

บทที่ 3

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง มาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

ในโลกแห่งธุรกิจยุคปัจจุบัน คงไม่มีใครที่จะปฏิเสธได้ว่ากฎหมายส่วนใหญ่จะเอื้อประโยชน์ต่อคนรวยให้รวยมากยิ่งขึ้น โดยกฎหมายมีขึ้นเพื่อรับใช้สังคมแบบทุนนิยม (Capitalism) ดังนั้น การที่บุคคลหนึ่งเกิดมีชื่อเสียงขึ้นมาหรือได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะ ความรู้ ความสามารถ จนทำให้เป็นที่ยอมรับจากสาธารณชน แต่ความมีชื่อเสียงของเขากลับถูกบุคคลอื่นนำไปใช้แสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจโดยมิได้ขออนุญาตจากบุคคลที่มีชื่อเสียงนั้น โดยมีการนำเอาเอกลักษณ์ลักษณะเฉพาะตัวซึ่งสื่อให้เข้าใจว่ามีแหล่งที่มาจากบุคคลผู้มีชื่อเสียงดังกล่าว ไปผลิตสินค้าที่มีคุณภาพต่ำ ไม่มีคุณภาพ เพื่อตัดราคาสินค้าที่บุคคลผู้มีชื่อเสียงให้การสนับสนุน หรือนำเอาเอกลักษณ์นั้นไปเป็นแบบประสาสัมพันธ์สินค้าของคนเพื่อจูงใจให้สาธารณชนหรือผู้บริโภคที่ชื่นชอบบุคคลที่มีชื่อเสียงนั้นให้ทำการซื้อสินค้าหรือบริการจากบุคคลเหล่านั้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของเอกลักษณ์นั้นได้

ดังนั้น เมื่อมีการกระทำละเมิดต่อสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลหรือสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลขึ้น ประเทศต่างๆ แต่ละประเทศ ก็จะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ในประเทศของตน มาปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองเท่าที่จะทำได้ เพื่อเยียวยาและแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งจะมี ความหลากหลายแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายภายใน ของประเทศนั้นๆ ว่าสามารถนำมาปรับใช้ได้แค่ไหน เพียงใด ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหา ประโยชน์จากบุคคลผู้มีชื่อเสียง ได้แก่ กฎหมายลวงขาย (Passing Off) กฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ยังอาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายพิเศษอื่นๆ เช่น หลักการเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล (Privacy Right) หรือสิทธิในบุคลิกภาพ (Personality Right) หรือ หลักการเกี่ยวกับสิทธิในชื่อเสียงของบุคคล (The Right of Publicity) เป็นต้น

ก่อนที่จะศึกษาในรายละเอียดของกฎหมาย จำเป็นต้องทำความเข้าใจถึงความหมายของ เอกลักษณ์ของบุคคลว่ามีความหมายอย่างไร ความสำคัญของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในเชิงธุรกิจ ลักษณะ ของการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ ดังนี้

3.1 ความหมายของเอกลักษณ์ของบุคคล

คำว่า เอกลักษณ์ หรือ บุคลิกภาพ (personality) ของบุคคลนั้น ได้มีนักจิตวิทยาให้คำนิยามไว้หลายความหมายด้วยกัน⁴⁰ คือ

Munn (1902) ให้ความหมายว่า บุคลิกภาพ คือ “ลักษณะเด่นของแต่ละบุคคลซึ่งเป็นการรวบรวมแบบแผนทั้งหมดมาเป็นบูรณาการของโครงสร้างพฤติกรรม เช่น ความสนใจ ทักษะนิสัยปัญญา ความสามารถ ความถนัด และสิ่งอื่นๆ ที่แสดงถึงลักษณะนิสัย”

Schoen (1930) กล่าวว่า บุคลิกภาพ คือ “การจัดระบบการทำหน้าที่ทั้งหมดหรือการรวมนิสัยต่างๆ ความคิดเห็น และอารมณ์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นแตกต่างจากสมาชิกคนอื่นๆ แม้จะอยู่ในกลุ่มเดียวกัน”

Muddi (1968) ให้ความเห็นว่า บุคลิกภาพ คือ “ความมั่นคงของคุณสมบัติและแนวโน้มต่างๆ ไปที่จะแสดงถึง ความแตกต่างของพฤติกรรมทางจิต เช่น ความคิด ความรู้สึก และการกระทำ”

Morgan ให้ทัศนะว่า บุคลิกภาพ คือ “คุณสมบัติของคุณลักษณะเด่นของบุคคลรวมทั้งการปรับตัวของบุคคลและสิ่งแวดล้อมต่างๆ”

Murphy กล่าวไว้ว่า บุคลิกภาพ คือ “ความเด่นประจำตัวของแต่ละบุคคล ซึ่งอาจบอกถึงความแตกต่างกับบุคคลอื่นๆ ได้ในรูปของปริมาณและคุณภาพในลักษณะเด่นนั้นๆ”

ฉันทนิช อศวนนท์ ให้ความเห็นว่า “ลักษณะเด่นหรือบุคลิกภาพ น่าจะหมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างที่หล่อหลอมให้เป็นและอยู่ในคนๆ นั้น ไม่ว่าจะเป็จุดเด่นจุดด้อยก็ตาม ซึ่งทำให้เขามีความแตกต่างจากคนอื่นๆ จนกระทั่งไม่เหมือนกับผู้ใดในโลก”

กล่าวโดยสรุป คำว่า เอกลักษณ์หรือบุคลิกภาพของบุคคลนั้น หมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่างที่หล่อหลอมให้เป็นและอยู่ในคนๆ นั้น ซึ่งก็คือ บุคลิกภาพภายนอกที่เรามองเห็นได้ สัมผัสได้และบุคลิกภาพภายใน ซึ่งไม่อาจมองหรือสัมผัสได้จากการมองเห็นเพียงอย่างเดียว โดยต้องศึกษาค้นคว้าหรือใช้เครื่องมือทดสอบ ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้จะหมายถึงเฉพาะเอกลักษณ์เฉพาะตัวหรือบุคลิกภาพภายนอกที่สามารถมองเห็นได้รวมถึงชื่อ รูปภาพ ท่าทาง น้ำเสียงและสิ่งที่เป็นเอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคลด้วย

อย่างไรก็ตาม ความหมายและคำจำกัดความของเอกลักษณ์หรือบุคลิกภาพของบุคคลนั้น มีบางมลรัฐในสหรัฐอเมริกาได้พยายามบัญญัติคำจำกัดความของเอกลักษณ์หรือบุคลิกภาพของบุคคลไว้ดังนี้

⁴⁰ ฉันทนิช อศวนนท์. (2547). เทคนิคและการพัฒนาบุคลิกภาพ. หน้า 1-2.

กฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ ได้ให้คำจำกัดความของเอกลักษณ์ (Identity) ไว้ใน (765 ILCS 1075/5) Right of Publicity Act. มาตรา 5 ความว่า

“เอกลักษณ์” (Identity) หมายถึง คุณลักษณะของบุคคลซึ่งสามารถจำแนกแยกแยะได้ถึงลักษณะของบุคคลซึ่งรวมถึง (1) ชื่อ (2) ลายมือชื่อ (3) ภาพถ่าย (4) รูปลักษณ์ (5) ลักษณะความเหมือนคล้าย หรือ (6) เสียง

“Identity” means any attribute of an individual that serves to identify that individual to an ordinary, reasonable viewer or listener, including but not limited to (i) name, (ii) signature, (iii) photograph, (iv) image, (v) likeness, or (vi) voice.

กฎหมายของมลรัฐวอชิงตันได้ให้คำจำกัดความของบุคลิกภาพ (Personality) ไว้ใน Personality rights มาตรา 63.60.020 (7) ความว่า

“บุคลิกภาพ” (Personality) หมายถึง บุคคลทุกคนซึ่งชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพถ่าย หรือความเหมือนคล้าย ที่มีมูลค่าทางการค้า ไม่ว่าบุคคลนั้นจะใช้ชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพถ่าย หรือความเหมือนคล้าย บนหรือในผลิตภัณฑ์ การวางแผนการขายหรือสินค้า หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการโฆษณาหรือจูงใจในการซื้อสินค้า ผลิตภัณฑ์หรือการวางแผนการขาย สินค้าหรือบริการ

“Personality” means any individual whose name, voice, signature, photograph, or likeness has commercial value, whether or not that individual uses his or her name, voice, signature, photograph, or likeness on or in products, merchandise, or goods, or for purpose of advertising or selling, or solicitation of purchase of, products, merchandise, goods, or services.

3.2 ความสำคัญของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในเชิงธุรกิจ

สังคมของผู้บริโภคที่มีการบริโภคจนไม่รู้จักคำว่าเพียงพอ นักโฆษณาจึงได้สังเกตเห็นว่า จะต้องดึงดูดใจให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าจากความน่าสนใจให้เป็นที่โดดเด่นจากการใช้ชีวิตในสังคม เขาจึงได้แต่หวังว่าความรู้สึกของสาธารณชนที่มีต่อบุคคลที่มีชื่อเสียงนั้นจะเป็นไปในทางบวกและส่งผลที่ดีต่อสินค้า ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 นั้น ดาราและนักกีฬาที่สมัครเข้าเป็นทหารมักจะได้รับ การติดต่อให้โฆษณาสินค้า ตัวอย่างเช่น ชาร์ลส์ ลินด์เบิร์ก (Charles Lindbergh) ที่โฆษณาโมบิลออยล์ (Mobil Oil) และเอซี พลัก (AC Spark Plugs) ก่อนที่เขาจะบินสู่อากาศในปีกในปี 1927 ในขณะนั้นกล่าวได้ว่า การโฆษณามีคำพูดที่โอ้อวดเกินความจริงจนเข้าสู่ยุคปลายศตวรรษที่ 19 ที่เป็นเหมือนกระดาษหนังสือพิมพ์สีเหลืองในดิสเนย์พีเคชั่นในไทม์สแควร์ กรณีดังกล่าวเป็นตัวอย่างของปัจจัยการใช้ชื่อเสียงที่มีอิทธิพลต่อบุคคลสมัยใหม่

จากความเป็นศิลปะในการแสดงออก ชาร์ลส์ เอ็คเกอร์ท (Charles Eckert) ได้สร้างชื่อเสียงอย่างมากแก่อุตสาหกรรมภาพยนตร์โดยเฉพาะแก่บริษัทผู้ผลิต เมื่อผ่านยุค 1920 อุตสาหกรรมบันเทิงของฝั่งตะวันตกเริ่มมีบทบาทมากขึ้น ธุรกิจเป็นที่ต้องการของผู้บริโภค จากนั้นอีกเพียง 55 ปีก็บรรลุ เป้าหมาย ทำให้ฮอลลีวูดกลายเป็นอุตสาหกรรมที่มีขนาดใหญ่ มีนักลงทุนหลั่งไหลเข้าร่วมไม่ว่าจะเป็น เอ ที แอนด์ ที, อาร์ ซี เอ, เดอะ เฮาส์ ออฟ มอร์แกน, และ โกลด์แมน แซกส์ ซึ่งเป็นนักลงทุนด้านที่อยู่อาศัยที่สำคัญและหลายๆ องค์กรธุรกิจในอเมริกาที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในสมัยนั้น ไม่เหมือนกับธุรกิจด้าน ทางรถไฟ เหล็กกล้า การก่อสร้างที่มีความมั่นคงทางการเงินการลงทุนอยู่แล้ว นักลงทุนที่เข้าไปลงทุนในฮอลลีวูดก็เพื่อชื่อเสียงและเกียรติยศ

ตัวอย่างเช่น ก่อนที่สงครามโลกครั้งที่ 1 จะเริ่มขึ้น องค์กรส่วนใหญ่มักจะเก็บข้อมูลเอกสารเกี่ยวกับชีวิตจริงของบุคคล ข่าวสารต่างๆ ในช่วงนั้นมักจะเป็นเรื่องของความก้าวหน้าในการค้นพบทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี นักแสดงมีความเป็นเอกลักษณ์ส่วนตัวสูง บ่อยครั้งที่เรื่องราวของงานเขียนมักจะมีเนื้อหาเกี่ยวกับความลำบาก และนักแสดงมักจะได้รับแรงบันดาลใจจากสื่อในปี 1909 เริ่มมีการทำภาพยนตร์เกิดขึ้น และมักจะใช้ชื่อของตนเองหรือชื่อบริษัทเป็นเครื่องหมายความสำเร็จของนิยายที่เผยแพร่ออกไปก่อนจะส่งผลต่อไปยังภาพยนตร์ เนื่องจากทำให้ผู้ที่เป็นคลัง ใจคิดถึงตามความเคลื่อนไหวของนักแสดง จนกระทั่งติดตามคุณภาพยนตร์ทุกๆ เรื่องที่สร้างลำดับต่อมา

ฮอลลีวูดจึงได้มีการวางแผนเพื่อสร้างบุคคลที่มีชื่อเสียงที่เป็นสัญลักษณ์ เพื่อเป็นจุดขาย ทอมมี แฮร์ริส (Thomas Harris) นักทฤษฎีการสื่อสาร ได้นำเสนอเอกสารเกี่ยวกับการสร้างภาพลักษณ์ของนักแสดงที่ชื่อ มารีลิน มอนโรย์ (สัญลักษณ์ทางเซ็กส์) เกรซ เคลลี (สัญลักษณ์แห่งความงาม) โดยทั้งคู่ถูกกระพือข่าวจำนวนมากในสื่อต่างๆ รวมทั้งบทบาทในภาพยนตร์เพื่อเป็นการโฆษณาตนเอง ซึ่งเป็นการจัดแต่งขึ้นมา แต่ผลที่ได้รับก็เป็นไปตามความต้องการ

เทคนิคการเผยแพร่โฆษณาผ่านสื่อบันเทิงกลายเป็นสิ่งที่เต็มไปด้วยเล่ห์เหลี่ยมและการหลอกลวงเสริมแต่ง แต่เป้าหมายหลักก็ยังคงเพื่อโฆษณาประชาสัมพันธ์เผยแพร่บางอย่างผ่านสื่อ บางครั้งอาจจะมีการใช้ข้อมูลเสริมจากการวิจัยตลาดผ่านเครือข่ายทีวี หนังสือ ผ่านนักดนตรี บริษัทสร้างภาพยนตร์ที่ออกแบบรายการมาเพื่อทำนายผลสำเร็จของตนเองผ่านสื่อ เช่น กลวิธีของเมดิสัน อเวนิว (Madison Avenue) ที่โฆษณาตนเองในหน้าหนังสือพิมพ์ ในปี 1980 เริ่มมีการใช้ที่ปรึกษาทางการเมือง วิธีการนี้กลายมาเป็นมาตรฐานของงานแสดงรวมทั้งมีการใช้บริการจากนักการตลาด

เมื่อเข้าสู่ศตวรรษที่ 20 อุตสาหกรรมการสื่อสารกลายเป็นธุรกิจที่แพร่กระจายครอบคลุมไปทั่วโลก ย้อนกลับไประหว่างศตวรรษที่ 18 ศาสตราจารย์ ลีโอ บราวดี (Leo Braudy) ได้ร่างเส้นทางของการตลาดผ่านภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงนั้นจะครอบคลุมพื้นที่ไปทั่วโลก ขณะที่ โจเซฟ เวคกิวด์

(Josiah Wedgwood) ก็ได้ผลิตเหรียญต่างๆ ที่มีรูปของบุคคลที่มีชื่อเสียงในยุคสมัยใหม่อย่างโวลแตร์ (Voltaire) และรูสโซ (Rousseau) มีวิธีการประชาสัมพันธ์แบบใหม่ๆ รวมทั้งการเผยแพร่ทางหนังสือเล่มเล็กๆ รวมทั้งภาพวาดลือเลียนต่างๆ ทำให้เกิดจินตนาการระหว่างรูปภาพกับคนว่าใครเป็นใคร รวมทั้งเบนจามิน แฟรงก์ลีน (Benjamin Franklin) ผู้ไปเจรจากับฝรั่งเศสในปี 1770 รวมทั้งภาพการประชาสัมพันธ์ที่ทำให้เกิดความตกขบขัน สินค้าฟุ่มเฟือยหลายอย่างปรากฏมีใบหน้าของแฟรงก์ลีนอยู่ด้วย ทั้งในขวดน้ำหอม และสินค้าเกี่ยวกับแฟชั่น แต่เขาก็ไม่ได้เรียกร้องอะไรตอบแทนจนกระทั่งในเวลาต่อมาเขาก็ได้กลายมาเป็นผู้นำของประเทศเช่นเดียวกับวอชิงตัน (Washington) และเจฟเฟอร์สัน (Jefferson) ที่ใบหน้าของเขามีแพร่กระจายไปทั่ว เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้เขากลายเป็นบุคคลสาธารณะ จนกลายมาเป็นการได้รับอิสรภาพและสร้างประเทศในลำดับต่อมา ทำให้มีการพบว่าความดังของเขา ทำให้เกิดความรู้สึกในเชิงบวกต่อสาธารณชนและเป็นสิ่งที่พวกเขาใช้ทดสอบในทางการเมือง

จะเห็นได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจจากการใช้ความนิยมชมชอบที่สาธารณชนมีในตัวบุคคลผู้มีชื่อเสียงทางด้านต่างๆ เช่น นักกีฬา นักแสดง นักดนตรี และนักร้อง ซึ่งปรากฏอยู่ในสื่อต่างๆ ได้เริ่มขึ้นปลายศตวรรษที่ 20 นับแต่การพัฒนาเทคโนโลยีวิทยุ โทรทัศน์ไปสู่ระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ที่นำไปสู่สังคมวิทยาการสารสนเทศอันก่อให้เกิดความนิยมชมชอบบุคคลผู้มีชื่อเสียงตามแรงกระหน่ำของการประชาสัมพันธ์ตามสื่อสารมวลชนแขนงต่างๆ จนสร้างมาตรฐานทางค่านิยมของสังคมที่เปลี่ยนไปเป็นในลักษณะของจิตวิทยาสังคม ซึ่งกลุ่มบุคคลส่วนใหญ่ของสังคมต่างยอมรับนับถือและหาที่พึ่งทางจิตใจจากบุคคลผู้มีชื่อเสียง ผู้มีความสามารถทางด้านต่างๆ อันเนื่องมาจากพรสวรรค์ คุณสมบัติ หรือลักษณะพิเศษทางกายภาพหรือทางปัญญา จนก่อให้เกิดความหลงใหลเทิดทูนแก่บุคคลเหล่านั้นจากสาธารณชน ซึ่งกลายเป็นแนวทางจุดประกายแก่บุคคลบางกลุ่ม

ในการสร้างผลประโยชน์มหาศาลจากความหลงใหลของประชาชนตามพัฒนาการทางสังคมระบบทุนนิยมที่สามารถแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจได้จากทุกอย่างที่มีชีวิตหรือที่เสียชีวิตไปแล้ว เพื่อสนองความต้องการในการแต่งเติมความฝันที่ขาดหายไปของแต่ละปัจเจกชน โดยใช้วิธีการย้อนกลับมาใช้ผลทางสื่อมวลชนมาเป็นประโยชน์อีกครั้ง อันได้แก่ การโหมประชาสัมพันธ์ทางสื่อสารมวลชนตามกลยุทธ์การตลาดในระบบทุนนิยม เพื่อส่งเสริมความเด่นดังของบุคคลนั้นให้เพิ่มพูนยิ่งขึ้น สำหรับการสนับสนุนขอจดจำหน้าผลิตภัณฑ์ อันเป็นตัวสินค้าในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นแก้วน้ำ เสื้อ สิ่งพิมพ์ นาฬิกา และตุ๊กตา ที่มีเครื่องหมายหรือสื่อแสดงความเป็นตัวตนหรือรูปลักษณะว่ามีที่มาหรือเกี่ยวข้องกับบุคคลผู้มีชื่อเสียงเหล่านั้น ดังเช่น ปรากฏชื่อ ลายเซ็น รูป หรือ

สัญลักษณ์บนผลิตภัณฑ์ รวมทั้งการเลียนแบบรูปร่างหน้าตาตลอดจนเสียงของบุคคลดังกล่าว เป็นต้น

3.3 ลักษณะของการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์เชิงธุรกิจ

การแสวงหาประโยชน์จากเอกลักษณ์ของบุคคลเป็นรูปแบบที่เกิดขึ้นมาไม่นานนัก โดยจะเกี่ยวพันกับการแสวงหาประโยชน์เชิงธุรกิจจากการนำเอกลักษณ์ของบุคคลนั้น ไม่ว่าจะเป็น ชื่อ ภาพ รูปลักษณ์ ท่าทาง หรือเอกลักษณ์ต่างๆ ของบุคคล มาใช้บนหรือประชาสัมพันธ์สินค้า ซึ่งโดยทั่วไป ตัวบุคคลที่มีเอกลักษณ์เฉพาะในทางการค้าจะเป็นบุคคลที่รู้จักโดยสาธารณชนอย่างกว้างขวาง และจากจุดนี้ จึงเป็นเหตุผลที่ว่า ทำไมรูปแบบดังกล่าวในบางครั้งจึงอาจถูกเรียกว่า “การแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคล” (Reputation Merchandising) ทั้งนี้เนื่องจากในมุมมองทางการค้า ผู้ประกอบการทางด้านธุรกิจมีความเชื่อว่าเหตุผลที่ผู้บริโภคจะซื้อสินค้าราคาสูงที่มีการจำหน่ายทั่วไปในท้องตลาด เช่น เสื้อเชิ้ต กระดุม เครื่องคีม ถ้วยแก้วมิโซะเพราะตัวสินค้านั้น หากแต่เป็นเพราะชื่อ ภาพ หรือรูปลักษณ์ของบุคคล ผู้มีชื่อเสียงที่ปรากฏอยู่ในสินค้านั้นต่างหากที่เพิ่มความสนใจให้แก่สาธารณชน

อนึ่ง เอกลักษณ์ของสินค้าที่เป็นตัวบุคคลจริงนี้ ยังอาจแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะย่อยๆ คือ ลักษณะแรกเป็นการใช้ชื่อ ภาพ (ไม่ว่าจะเป็นรูปทรงสองมิติหรือสามมิติ) หรือสัญลักษณ์ของตัวบุคคล ลักษณะแรกนี้จะเกี่ยวพันกับบุคคลผู้มีชื่อเสียงในงานภาพยนตร์หรืองานดนตรีกรรม เช่น นักร้อง นักแสดงผู้มีชื่อเสียงนอกจากนี้ยังอาจเกี่ยวพันกับบุคคลในสาขาอื่น เช่น บุคคลในครอบครัวเชื้อพระวงศ์ ส่วนในลักษณะที่สองเป็นการใช้ความสามารถหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของบุคคลนั้น เช่น นักกีฬา หรือนักดนตรีที่มีชื่อเสียง ซึ่งจะปรากฏในคำโฆษณาในการรับรองสินค้าหรือบริการต่างๆ เช่น การโฆษณารองเท้าเทนนิสหรือไม้เทนนิส โดยนักเทนนิสที่มีชื่อเสียงระดับโลกหรือระดับโลก หรือการโฆษณาอุปกรณ์หรือเครื่องดนตรี โดยนักร้องที่มีชื่อเสียง เป็นต้น

ในระหว่างประเภทหลักๆ ทั้งสองประเภดังกล่าว จะมีประเภทที่ 3 ซึ่งเป็นแบบผสมที่เรียกว่า ภาพลักษณ์ของตัวสินค้า (Image Merchandising) ซึ่งลักษณะพิเศษของสินค้าประเภทนี้เป็นรูปแบบที่เกิดขึ้นเมื่อไม่นานซึ่งจะมีความเกี่ยวพันกับการใช้ลักษณะพิเศษของตัวสินค้าที่ประดิษฐ์ขึ้นในงานภาพยนตร์ หรืองานโทรทัศน์ ซึ่งแสดงโดยตัวนักแสดงในการโฆษณาสินค้าหรือบริการในกรณีดังกล่าวเป็นการยากที่จะแยกความแตกต่างระหว่างตัวบุคคลซึ่งเป็นนักแสดง (Real Person) กับบทบาทที่เขาแสดง (Character Portrayed) แต่อย่างไรก็ตามในบางครั้งตัวนักแสดงจะถูกรู้จักในชื่อของลักษณะพิเศษในงานที่เขาแสดง ตัวอย่างในธุรกิจภาพยนตร์ อย่างในหนังเรื่อง เจมส์ บอนด์ 007

(James Bond 007) ซึ่งรับบทโดย ฉอน คอนเนอรี่ (Sean Connery) และ โรเจอร์ มัวร์ (Roger Moore) หรือในหนังซีรีส์ทางโทรทัศน์ เช่น บทบาทของแมกไกวเวอร์ (McGyver) ซึ่งรับบทโดย ริชาร์ด ดิน แอนเดอร์สัน (Richard Dean Anderson) ซึ่งผู้ประกอบการก็จะนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงเหล่านี้มาใช้ใน การประกอบตัวสินค้า เช่น เสื้อเชิ้ตที่มีภาพของริชาร์ด ดิน แอนเดอร์สัน (Richard Dean Anderson) ซึ่งจะถูกรู้จักว่า เสื้อเชิ้ตแมกไกวเวอร์ (McGyver T-Shirts) เป็นต้น

อย่างไรก็ตามขอบเขตแห่งการให้ความคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงนี้ยังแตกต่างกันบ้างในแต่ละประเทศ ทั้งนี้หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิในชื่อเสียงที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาจำกัดขอบเขตอยู่เพียงสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลที่มีตัวตนอยู่ในโลกแห่งความเป็นจริงเท่านั้น เช่น เอลวิส เพรสลีย์ ไมเคิล แจ็คสัน ไมเคิล จอร์แดน หรือวงดนตรีเดอะบีเทิล เป็นต้น ไม่ได้รวมไปถึงสิทธิในชื่อเสียงจากตัวละครที่ไม่มีชีวิตอยู่ในโลกแห่งความเป็นจริง แต่ปรากฏอยู่ในสื่อบันเทิงต่างๆ (Fiction Character) ไม่ว่าจะเป็นในนวนิยาย ภาพยนตร์ ละครโทรทัศน์ หรือแม้แต่ตัวการ์ตูนอันมีชื่อเสียงเป็นที่ได้รับความนิยม หรือเป็นที่ยอมรับนับถือเทิดทูนจากสาธารณชน เช่น อินเดียน่า โจนส์ (Indiana Jones) อัศวินเจได (Jedi Knight) มนุษย์ค้างคาว (Batman) ซูเปอร์แมน (Superman) มิกกี้ เม้าท์ (Mickey Mouse) และไลอันคิง (Lion King) เป็นต้น อันแตกต่างกับหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งว่าด้วย “Character Merchandising” ที่มีขอบเขตว่าด้วยสิทธิในชื่อเสียงอย่างกว้างกว่ามาก โดยเป็นกรณีว่าด้วยการแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจจากผู้มีชื่อเสียงทุกประเภท หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ การทำธุรกิจ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้รูปลักษณะของบุคคลหรือตัวละครด้วยการสร้างผลประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของบุคคลที่มีอยู่ในความเป็นจริง รวมไปถึงบุคคลหรือตัวแสดงที่ถูกสร้างขึ้นในทางธุรกิจบันเทิงในสาขาต่าง ๆ เช่น ตัวการ์ตูนหรือตัวละครในบทบาทใดดังที่กล่าวมา

ลักษณะของสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลมีความแตกต่างจากสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกันทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละแขนง กล่าวคือ จุดกำเนิดของสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญาเริ่มต้นที่มีการสร้างสรรค์หรือค้นคิดงานให้ปรากฏอันมีลักษณะตามหลักเกณฑ์ซึ่งกฎหมายทรัพย์สินแต่ละแขนงได้กำหนดให้ความคุ้มครอง ดังเช่น

ตัวอย่างแรก นาย ก. ได้ประพันธ์เพลงขึ้นมาเพลงหนึ่งจากความคิดสร้างสรรค์ของตนเอง งานเพลงของนาย ก. ได้กลายเป็นงานสร้างสรรค์ประเภทงานดนตรีกรรมอันได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักเกณฑ์แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ (Copyright Law) ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิทางกฎหมาย อันได้แก่สิทธิทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการทำซ้ำ คัดแปลง เผยแพร่งานต่อสาธารณชน และอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ ตลอดจนจรรยาบรรณสิทธิซึ่งเกี่ยวกับการปกป้องความเสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของนาย ก. ผู้สร้างสรรค์ จากการห้ามมิให้ผู้อื่นใดทำการบิดเบือนตัดทอนดัดแปลงเพลงนั้น

ตัวอย่างที่สอง นาย ข. ได้คิดค้นสูตรเชื้อเพลิงชนิดใหม่ที่มีราคาถูกกว่าน้ำมัน และได้นำสูตรเชื้อเพลิงดังกล่าวไปจดทะเบียนเพื่อขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ตามกฎหมายสิทธิบัตร (Patent Law) เมื่อได้รับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ตามกฎหมายแล้ว สิทธิทางเศรษฐกิจที่นาย ข. ได้รับตามกฎหมายสิทธิบัตร ได้แก่ สิทธิในการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในประเทศ ซึ่งผลิตภัณฑ์เชื้อเพลิง ที่ผลิตขึ้นตามสูตรที่ได้รับสิทธิบัตรนั้น

ตัวอย่างที่สาม นาย โย่ง ได้ทำการผลิตภัณฑอาหารจำพวกน้ำพริกขึ้นจำหน่าย โดยมีแผ่นกระดาษฉลากที่มีรูปใบหน้าของนาย โย่ง และชื่อว่า “น้ำพริกนาย โย่ง” ประกอบกันติดอยู่ที่ขวดบรรจุผลิตภัณฑ์ ที่นำออกจำหน่ายในท้องตลาด ทั้งนี้กระดาษฉลากที่มีลักษณะดังกล่าว ย่อมแสดงลักษณะบ่งเฉพาะถึงที่มาของผลิตภัณฑ์น้ำพริกที่ผลิตโดยนาย โย่ง อันเป็นเครื่องหมายการค้าของนาย โย่ง ซึ่งนาย โย่งสามารถ ขอรับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า (Trademark Law) และเมื่อได้รับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว นาย โย่งจึงเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าอันนำไปสู่สิทธิแต่ผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายทางการค้าดังกล่าว อย่างไรก็ตามในกรณีที่นาย โย่งมิได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า นั้น หากปรากฏว่าเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะดังกล่าวของนาย โย่งต่างเป็นที่รู้จักแพร่หลายกันโดยทั่วไปถึงแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์ และมีบุคคลใดทำการด้วยเจตนาหลอกลวงประชาชนผู้ซื้อให้หลงผิดว่า ผลิตภัณฑ์จำพวกน้ำพริกของบุคคลนั้นนำออกจำหน่ายเป็นผลิตภัณฑ์ของนาย โย่ง เช่น ฉลากที่บรรจุผลิตภัณฑ์น้ำพริกของนาย โย่ง เป็นต้น นาย โย่งสามารถดำเนินการปกป้องสิทธิได้ด้วยการฟ้องคดีบุคคลนั้นว่าเป็นการเอาสินค้าของตนไปลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า

จะเห็นว่า ในตัวอย่างที่กล่าวมาเป็นกรณีที่สิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าในแขนงลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า ล้วนมีที่มาจาก การสร้างสรรค์งาน ค้นคิดผลิตภัณฑ์ หรือการประดิษฐ์รูปเครื่องหมายเฉพาะ อันเป็นผลผลิตจากการใช้ปัญญาของบุคคลสร้างตัวงานให้ปรากฏขึ้นเพื่อรองรับสิทธิตามที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละเรื่องได้กำหนดไว้

ส่วนตัวอย่างลักษณะของข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์อันเกี่ยวกับการใช้ชื่อเสียงของบุคคลเป็นองค์ประกอบสำคัญที่เกิดขึ้นเสมอในสังคมปัจจุบัน ซึ่งมักเกี่ยวข้องกับวงการสื่อสารมวลชน และด้านงานบันเทิงนั้น ดังเช่น⁴¹

ตัวอย่างที่ 1 สำนักพิมพ์เจ้าของนิตยสารภาพยนตร์เล่มหนึ่ง ได้นำภาพถ่ายของนักแสดงผู้หนึ่ง ในงานฉลองวันครบรอบห้าสิบปีของสถานีโทรทัศน์แห่งหนึ่งมาใช้เป็นภาพปกนิตยสารภาพยนตร์เล่มนั้น โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงผู้นั้น

⁴¹ ไซยศ เหมะรัชตะ ก (2545). ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. หน้า 413-414.

ตัวอย่างที่ 2 บริษัทรองเท้ากีฬาแห่งหนึ่งได้นำชื่อของนักฟุตบอลชื่อดังผู้หนึ่งมาใช้เป็นชื่อของผลิตภัณฑ์รองเท้าฟุตบอลที่บริษัทได้ผลิตออกมาและนำออกจำหน่ายโดยไม่ได้ออกขออนุญาตจากนักฟุตบอลผู้นั้นเลย

ตัวอย่างที่ 3 ผู้ผลิตเสื้อผ้าได้นำเอาชื่อ และใบหน้าของนักร้องผู้มีชื่อเสียงก้องโลกมาติดที่เสื้อยืด และผลิตออกมาวางจำหน่ายในท้องตลาด โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักร้องผู้นั้น

ตัวอย่างที่ 4 บริษัทโฆษณาแห่งหนึ่งได้นำเอารูปภาพของนักร้องยอดนิยมคนหนึ่งมาใช้ประกอบในภาพยนตร์โฆษณา โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักร้องผู้นั้น

ตัวอย่างที่ 5 กลุ่มนักวาดการ์ตูนได้ศึกษารูปภาพตัวการ์ตูนขึ้นมาตัวหนึ่ง โดยนำเอาสัญลักษณ์และบุคลิกของนักแสดงอาวุโสผู้หนึ่งมาใช้เป็นแบบ โดยไม่ได้ขออนุญาตจากนักแสดงผู้นั้นเลย และทำการวาดภาพเป็นการ์ตูน โดยตั้งชื่อตัวการ์ตูนนั้นตามชื่อเล่นของนักแสดงผู้นั้นจนจัดทำเป็นการ์ตูนเรื่องหนึ่งและได้พิมพ์ในหนังสือการ์ตูนออกจำหน่ายจนมีชื่อเสียง และมีโครงการจะนำมาสร้างเป็นภาพยนตร์การ์ตูนอีกด้วย

ตัวอย่างที่ 6 บริษัทโฆษณาแห่งหนึ่งได้จัดทำภาพยนตร์โฆษณาโทรทัศน์เคลื่อนที่ขึ้นมาเรื่องหนึ่ง โดยให้นักแสดงผู้หนึ่ง ซึ่งมีหน้าตาคล้ายคลึงกับนักจัดรายการโทรทัศน์ยอดนิยมผู้หนึ่งมาแต่งตัวแต่งหน้า และทำท่าทาง รวมทั้งน้ำเสียงเลียนแบบนักจัดรายการผู้นั้นในการโฆษณาดังกล่าว

ตัวอย่างที่ 7 บริษัทผู้ผลิตน้ำหอมแห่งหนึ่ง ได้นำเอารูปภาพของนักแสดงหญิงผู้โด่งดังคนหนึ่งมาใช้ประกอบในฉลากของผลิตภัณฑ์น้ำหอมของบริษัท เพื่อหวังจะใช้ชื่อเสียงของนักแสดงผู้นั้นในการช่วยส่งเสริมคุณค่าของผลิตภัณฑ์ ทั้งๆ ที่ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับนักแสดงหญิงผู้นั้นเลย

ตัวอย่างที่ 8 บริษัทโฆษณาแห่งหนึ่ง ได้ทำการติดต่อนักร้องชื่อดังผู้หนึ่ง เพื่อขอนำเพลงดังที่นักร้องผู้นั้นได้ร้องไว้มาใช้เป็นเสียงประกอบในภาพยนตร์โฆษณารายวันซี่รี่ส์หนึ่ง แต่นักร้องผู้นั้นกลับปฏิเสธการใช้เสียงเพลงนั้น บริษัทโฆษณาก็ขออนุญาตจากผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในเพลงนั้น และนำนักร้องคนอื่นมาร้องเพลงดังกล่าว โดยเลียนแบบน้ำเสียงและรูปแบบของการขับร้องให้เหมือนกับที่นักร้องผู้นั้นได้ร้องไว้ในเพลงดังกล่าว

ตัวอย่างที่ 9 บริษัทผลิตผลิตภัณฑ์ของที่ระลึก ได้นำเอาชื่อและรูปภาพของวงดนตรียอดนิยมมาคิดไว้บนผลิตภัณฑ์ของที่ระลึกต่างๆ เช่น แก้วน้ำ จานรองแก้ว ที่เขียนური และพวงกุญแจ เป็นต้น แล้วนำออกจำหน่ายตามร้านขายของที่ระลึกทั่วไป

จะเห็นได้ว่าลักษณะของการกระทำต่างๆ ตามตัวอย่างที่กล่าวมาเป็นเพียงข้อเท็จจริงบางเรื่องที่เกิดขึ้นจริงในวงการธุรกิจยุคปัจจุบันเท่านั้น ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวมีที่มาจากการใช้ชื่อเสียงของบุคคลสำคัญในสังคมให้แลดูเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการตามแนวความคิดของการตลาด

ในระบบทุนนิยม เพื่อสร้างรายได้จากการประชาสัมพันธ์และการจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่มีหรือประกอบด้วยสิ่งบ่งชี้ที่สัญลักษณ์จากความมีชื่อเสียงของบุคคลเหล่านั้น โดยมีลักษณะของการกระทำด้วยวิธีการนำ สิ่งที่เป็นรูปธรรมที่เกี่ยวกับบุคคล ไม่ว่าจะเป็นชื่อ รูปภาพ รูปวาด และลายมือชื่อรวมถึงสิ่งที่เป็นนามธรรมอันเกี่ยวกับบุคคล ดังเช่น น้ำเสียง ท่าทาง และรูปลักษณ์ และรวมไปถึงความเหมือนคล้ายของบุคคล มาใช้ประกอบในสื่อโฆษณา หรือมาใช้ติดไว้ที่ตัวผลิตภัณฑ์สินค้าหรือแสดงที่บริการอีกประการหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์พื้นฐานเพื่อเป็นการประชาสัมพันธ์ตัวสินค้าหรือบริการ ซึ่งสามารถสื่อให้สาธารณชนเข้าใจในทำนองความเกี่ยวพันหรือการรับรองคุณภาพจากบุคคลผู้มีชื่อเสียงกับตัวผลิตภัณฑ์สินค้าหรือบริการที่ปรากฏอยู่ในโฆษณาหรือแม้แต่ที่ตัวผลิตภัณฑ์สินค้าหรือบริการนั่นเองเป็นสำคัญ ตลอดจน ทำให้ตัวผลิตภัณฑ์หรือบริการดังกล่าวเป็นที่น่าสนใจเพื่อดึงดูดความต้องการบริโภคของลูกค้าจากแนวทางจิตวิทยาที่เกี่ยวกับการเลียนแบบหรือการต้องการความเกี่ยวพันกับผู้ที่มิชื่อเสียงที่ปัจเจกชนหรือกลุ่มคนต่างให้ความรักเคารพยกย่องในความสามารถ ความสวยงาม รวมทั้งแม้แต่ความกล้าหาญหรือความมีอำนาจวาสนาซึ่งเป็นความรู้สึกที่ขาดหายไปของประชาชนอันเกิดขึ้นในสังคมที่ปัจเจกชนเริ่มสูญเสียความเชื่อมั่นในตนเอง ด้วยเหตุนี้ปัจจัยสำคัญของการแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจ โดยการเพิ่มยอดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ จึงอยู่ที่การดึงดูดความสนใจจากสาธารณชนและผู้บริโภคจากการใช้ชื่อเสียงของบุคคลในวงการบันเทิง กีฬา และรวมทั้งทางการเมือง เพื่อตอบสนองความต้องการแฝงเร้นทางความรู้สึกภายในจิตใจของสาธารณชนไม่ว่าทางด้านความรู้สึกอยากใกล้ชิดหรืออยากเป็นอยากเหมือนบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ตนรักและเทิดทูนหรือเคารพยกย่อง

เมื่อเปรียบเทียบกันแล้วจะเห็นได้ว่า ชื่อเสียงเกิดขึ้นจากคุณค่าของความนิยมสนใจชมชอบที่สาธารณชนมีต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง อันแตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทที่เกิดขึ้นจากการใช้ปัญญาสร้างสรรค์คตินคิดงานอันเป็นรูปธรรมให้ปรากฏต่อสาธารณชนประการหนึ่ง และชื่อเสียงเป็นนามธรรมที่ต้องมาใช้ประกอบกับตัวสินค้าผลิตภัณฑ์หรือบริการเพื่อสร้างมูลค่าเพิ่มแก่ตัวผลิตภัณฑ์หรือบริการ อันแตกต่างจากตัวผลิตภัณฑ์หรือวิธีการให้บริการ ซึ่งเป็นสิ่งที่เกิดจากการสร้างสรรค์คตินคิดทางปัญญาของบุคคลและก่อให้เกิดสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาในการสร้างสรรค์ คตินคิด อันมีคุณค่าด้วยตัวผลิตภัณฑ์หรือบริการนั่นเองอีกประการหนึ่ง ตลอดจนสิทธิในชื่อเสียงอาจเปลี่ยนแปลงขึ้นหรือลดลงหรือสิ้นสุดได้ตามกระแสความนิยมที่สาธารณชนมีต่อบุคคลผู้มีชื่อเสียงนั้น อันแตกต่างจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดขึ้นหรือสูญสิ้นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทได้กำหนดไว้ โดยไม่ได้คำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงอันไม่แน่นอนของจิตใจมนุษย์เป็นสำคัญ นอกจากนี้ในแง่กฎหมายแล้วยังมีข้อถกเถียงของนักกฎหมายเกี่ยวกับแนวทางให้ความคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียง เนื่องจากยังมี

ปัญหาว่าสิทธิดังกล่าวเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งหรือไม่ ในขณะที่นักกฎหมายต่างยอมรับว่างานสร้างสรรค์หรือค้นคิดด้วยปัญญาของมนุษย์สามารถก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์หรือผู้ค้นคิด อันถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีกฎหมายเฉพาะรับรองไว้

3.4 แนวทางเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคล

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ชื่อเสียงของบุคคลเป็นเพียงนามธรรมซึ่งเกิดจากความรู้สึกร่วมกันของสาธารณชนที่มีต่อผู้มีชื่อเสียงเท่านั้น ทั้งนี้โดยเหตุที่ล้าพั้งแล้ว ชื่อเสียงนั้นไม่สามารถก่อให้เกิดผลประโยชน์เป็นรูปร่างแก่บุคคลผู้ใดได้ ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการนำชื่อเสียงมาประกอบหรือติดกับสินค้าหรือบริการเพื่อเสริมสร้างภาพพจน์ให้แก่สินค้าหรือบริการอันก่อให้เกิดผลทางจิตวิทยาแก่สาธารณชน ทางด้านการยอมรับและเชื่อถือในตัวสินค้าหรือการให้บริการ ซึ่งเป็นรูปแบบวิธีการอย่างหนึ่งที่น่าไปสู่การสนับสนุนขอจดจำหน้าแก่ผู้บริโภคหรือการขอรับบริการจากลูกค้า

ตัวอย่างเช่น นายเอ เป็นนักกีฬาขอลนิคมในสังคมไทย จึงเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับและชื่นชมในความสามารถในการเล่นฟุตบอลจากประชาชนทั่วไป แต่กระนั้นโดยล้าพั้งแล้วความมีชื่อเสียงอันเป็นนามธรรมของนายเอไม่สามารถสร้างผลประโยชน์ใดๆ แก่นายเอได้ แต่หากได้มีการนำเอาสัญลักษณ์อันแสดงความเป็นตัวตนของนายเอไปประกอบสินค้าหรือบริการ เช่น การนำรูปภาพนายเอไปใช้ในแผ่นภาพโฆษณาการให้บริการบัตรเครดิตของธนาคารแห่งหนึ่ง การใช้ชื่อนายเอกับสนามกีฬาฟุตบอลหรืออุปกรณ์ผลิตภัณฑ์กีฬาฟุตบอลและการวาดภาพและใช้รูปลักษณะของนายเอเป็นตัวละครหนึ่งในหนังสือการ์ตูน เป็นต้น รวมทั้งการใช้ชื่อหรือรูปภาพที่เกี่ยวกับนายเอไปติดประกอบที่ตัวผลิตภัณฑ์ หรือใช้รูปลักษณะเป็นแบบในการสร้างตัวผลิตภัณฑ์สินค้าต่างๆ เช่น แก้วน้ำ พวงกุญแจ จานรองแก้ว และตุ๊กตารูปนักฟุตบอล การดำเนินการดังกล่าวนี้ ย่อมสามารถสร้างผลประโยชน์มหาศาลแก่นายเอ เนื่องจากผลิตภัณฑ์และบริการที่มีรูปลักษณะของนายเอปรากฏประกอบหรือติดอยู่สามารถสร้างแรงดึงดูดใจแก่สาธารณชนผู้จะขอเป็นลูกค้าในผลิตภัณฑ์หรือใช้บริการมากกว่าการประชาสัมพันธ์หรือการให้บริการตามปกติโดยทั่วไป จึงอาจสรุปได้ว่า ด้วยเหตุที่ในตัวชื่อเสียงของบุคคลนี้ เป็นเพียงคุณค่าทางความรู้สึกของผู้คนในลักษณะนามธรรมที่ไม่มีรูปร่างอันจับต้องได้ การหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจในชื่อเสียงของบุคคล จึงต้องมีการสร้างสรรค์ต่างๆ ที่แสดงความเกี่ยวข้องระหว่างบุคคลผู้มีชื่อเสียงกับสินค้าหรือบริการขึ้นมารองรับ โดยวิธีการนำสัญลักษณ์หรือรูปลักษณะที่เกี่ยวกับบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาประกอบหรือติดไว้ที่สินค้าหรือบริการ ดังเช่นวิธีการตามตัวอย่างมาข้างต้น

นอกจากนี้ ข้อที่ควรพิจารณาอีกประการหนึ่ง ได้แก่ ในกรณีที่การสร้างสรรคหรือค้นคิดงานใหม่ๆ ที่มีการใช้ตัวบุคคลผู้มีชื่อเสียงเป็นแนวความคิด (Concept) สำคัญในการผลิต ยังอาจเกี่ยวเนื่องให้เกิดสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาในงานสร้างสรรค์ดังกล่าวแก่ผู้สร้างสรรค์ค้นคิดอันเป็นผลพลอยได้ตามมา ดังตัวอย่างในการถ่ายภาพ หรือวาดภาพของตัวบุคคลผู้มีชื่อเสียงหรือการสร้างภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ที่มีตัวบุคคลผู้มีชื่อเสียงเป็นนายแบบหรือร่วมแสดงไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์สำหรับใช้ทางสื่อโฆษณาหรือทางด้านบันเทิง ย่อมถือว่าเป็นงานสร้างสรรค์อันได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และการใช้ชื่อ ลายมือชื่อ ตัวหนังสือ ภาพวาด ภาพถ่าย หรือสิ่งใดๆ ที่เป็นเอกลักษณ์แสดงตัวตนของบุคคลผู้มีชื่อเสียงเพื่อใช้เป็นที่ยุทธหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการ อาจเข้าหลักเกณฑ์ของเครื่องหมายการค้าหรือบริการได้ ซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า ตลอดจนการออกแบบตัวสินค้าที่มีลวดลายหรือสีหรือรูปร่างของผลิตภัณฑ์ เพื่อสื่อให้ถึงรูปลักษณะหรือรูปทรงของบุคคลผู้มีชื่อเสียง เพื่อเป็นต้นแบบของการผลิตสินค้าของที่ระลึก เช่น พวงกุญแจ แก้วน้ำ และตุ๊กตา รวมไปถึงหุ่นยนต์ ก็อาจเข้าลักษณะของการออกแบบผลิตภัณฑ์อันเข้าหลักเกณฑ์ของการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรสำหรับการออกแบบผลิตภัณฑ์

อย่างไรก็ตามในเชิงธุรกิจปัจจุบันนี้ ไม่ว่าตัวบุคคลผู้มีชื่อเสียงจะเกี่ยวข้องในฐานะเจ้าของสินค้าหรือบริการหรือไม่ก็ตาม การแสวงหาประโยชน์ในชื่อเสียงของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมิได้จำกัดอยู่ในรูปแบบของการแสดงตัวในฐานะผู้แนะนำ (Presenter) สินค้าหรือบริการ รวมทั้งการใช้เอกลักษณ์หรือรูปลักษณะของตนให้ประกอบหรือติดไปกับสินค้าหรือบริการ โดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้ชื่อเสียงของตนสำหรับประชาสัมพันธ์หรือดึงดูดใจสาธารณชนในตัวสินค้าหรือบริการเพื่อการเสริมสร้างยอดขายหรือการใช้บริการ แต่รูปแบบการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคลในเชิงธุรกิจ ในสาขาต่างๆ ยังสามารถขยายไปสู่กิจการในลักษณะการอนุญาตให้ใช้สิทธิในชื่อเสียงของบุคคล (License) ประการหนึ่ง เช่น นักร้องชื่อดังอนุญาตให้บริษัทผู้ผลิตเสื้อผ้าสามารถใช้ชื่อและรูปภาพของนักร้องผู้นั้นติดที่เสื้อผ้าและใช้ในสื่อโฆษณาโดยบริษัทต้องจ่ายค่าตอบแทนในการดำเนินการดังกล่าวตลอดจนในลักษณะที่บุคคลผู้มีชื่อเสียงแสวงหาประโยชน์ด้วยวิธีการดำเนินการในรูปแบบที่เรียกว่า “แฟรนไชส์” (Franchise) อันได้แก่ การอนุญาตให้บุคคลอื่นหาประโยชน์ทางธุรกิจตามรูปแบบ (Format) และรูปลักษณะของธุรกิจที่กำหนดไว้ด้วยการที่ธุรกิจนั้นขึ้นอยู่กับภาพพจน์และชื่อเสียงที่ดึงดูดใจและเป็นที่ยอมรับจากสาธารณชนไม่ว่าในลักษณะของตัวสินค้าและบริการ หรือในตัวบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่เป็นเจ้าของธุรกิจดังกล่าว

3.5 กฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

เนื่องจากในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงหรือสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้ ซึ่งได้แก่

3.5.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ได้รับรองคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลไว้ในมาตรา 34 ความว่า

“สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นส่วนตัวย่อมได้รับความคุ้มครอง

การกล่าวหรือใจข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน”

ความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล คือ สถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่างๆ และมีความสันโดษ ไม่ติดต่อสัมพันธ์กับสังคม ก็คือมีการดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระ มีการพัฒนาบุคลิกลักษณะตามที่ต้องการ มีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้ และเป็นความพอใจของเขาตราบเท่าที่ความสนุกสนานนั้นไม่ล่วงเกินสิทธิของผู้อื่น หรือขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน กล่าวอีกนัยหนึ่ง การใช้สิทธิส่วนตัวนี้จะต้องไม่เป็นการรบกวนล่วงเกินสิทธิของผู้อื่นหรือสาธารณชน

อย่างไรก็ดี แม้ว่าสิทธิส่วนบุคคลจะเป็นสิทธิธรรมชาติของมนุษย์เป็นสิทธิเด็ดขาดที่ใช้ยันบุคคลต่างๆ ไปได้ทุกคน อันทำให้มีการยอมรับในศักดิ์ศรีของมนุษย์ และเสรีภาพในการดำรงชีวิตของบุคคลก็ตาม แต่สิทธิส่วนบุคคลย่อมมีความเชื่อมโยงกับกฎหมายอย่างใกล้ชิด เพราะกฎหมายเป็นเครื่องมือพื้นฐานที่สำคัญที่มีไว้ป้องกันในสภาพสังคมที่ซับซ้อนนั้น แม้จะสันนิษฐานได้ว่าบุคคลมีสิทธิส่วนบุคคลที่กฎหมายคุ้มครอง แต่สิทธิส่วนบุคคลนี้ย่อมถูกจำกัดโดยกฎหมายได้เมื่อมีผลประโยชน์แห่งสาธารณะเข้ามาเกี่ยวข้อง

คำว่า ประโยชน์ต่อสาธารณชน หรือสาธารณประโยชน์นั้น สามารถจำแนกเป็นกรณีต่างๆ ไปและกรณีที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและสืบอาชญากรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Policy) เป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์โดยทั่วไปของสังคมส่วนรวม (Public Interest) ผันแปรไปตามกาลเวลา โครงสร้างของสังคมและทัศนคติของมหาชนโดยทั่วไป ซึ่งย่อมอยู่เหนือ

ผลประโยชน์ของเอกชน และศาลมักจะเป็นผู้วินิจฉัยมากกว่าที่จะให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้วินิจฉัย การวินิจฉัยเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของสังคมและประเทศชาติ เป็นใหญ่เหนือผลประโยชน์ของเอกชน รวมทั้งคำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมคคคของมหาชน โดยที่ผู้วินิจฉัยควรถือหลักเกณฑ์ของวิญญูชน คือ การพิจารณาจากความรู้สึคนึกคิดของคนธรรมดาสามัญที่มีความประพฤติกติ ทั้งไม่ควรคำนึงถึงบรรทัดฐานคำตัดสินเดิมมากเกินไป เพราะคำวินิจฉัยนั้นจะตกอยู่ภายในกฎแห่งการเปลี่ยนแปลงเสริมแต่งเพื่อผลานผลประโยชน์ของหน่วยต่างๆ ในสังคมโดยมหาชนให้การยอมรับ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนสามารถจำแนกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ ได้ดังนี้⁴²

- 1) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางการเมืองอันจะเกี่ยวข้องกับอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ
- 2) ความสงบเรียบร้อยของประชาชนทางเศรษฐกิจ
- 3) ความสงบเรียบร้อยของประชาชน ด้านสังคม ด้านสถาบันครอบครัว ด้านวิชาชีพ และด้านสิทธิมนุษยชนที่จะต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมในสิทธิมูลฐาน คือ เกียรติและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ เช่น สิทธิในการเลือกที่อยู่อาศัย ความเป็นไทแก่ตน เป็นต้น

ฉะนั้น สิทธิส่วนตัวของบุคคลหนึ่ง หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องด้วยสาธารณประโยชน์ทั่วไป บุคคลนั้นไม่อาจมีความเป็นส่วนตัวในเรื่องดังกล่าวได้อย่างหนึ่ง เช่น ในกรณีที่บุคคลหนึ่งได้กลายเป็นบุคคลสำคัญของสาธารณะ (Public Personage) ข่าวสารของบุคคลดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับสาธารณประโยชน์อันชอบธรรมไม่อาจมีสิทธิส่วนตัวได้ เช่น ดาราภาพยนตร์ นักมวย นักแสดง นักกีฬาอาชีพ บุคคล ผู้เป็นข่าวเนื่องจากกระทำการมีชื่อเสียง นักการเมือง เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ต้องโทษ จำคุก จำเลยในคดีอาญา เป็นต้น ทั้งนี้โดยมีกรอบของการไม่มีสิทธิส่วนตัว คือ การเผยแพร่ที่ชอบตามสมควร และจำเป็นสำหรับเรื่องนั้นๆ จึงมิได้หมายความว่า ชื่อ ภาพ ข่าวสารข้อมูล หรือเรื่องราวของบุคคลสาธารณะจะถูกใช้ไปได้ตลอดโดยไม่มีสิทธิส่วนตัว⁴³

จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิส่วนตัวบุคคลมีขอบเขตเท่าที่ไม่เป็นปรปักษ์กับสิทธิของส่วนรวมหรือสาธารณประโยชน์ การกำหนดขอบเขตอันสมควรในเรื่องสิทธิส่วนตัวบุคคลจึงเป็นความพยายามที่จะประสานประโยชน์ที่ขัดแย้งกันระหว่างประโยชน์ของบุคคลหนึ่งในชีวิตส่วนตัวกับประโยชน์ของชุมชนและสังคม ซึ่งประโยชน์ทั้งสองประการสามารถนำมาประสานกันได้บนรากฐานของการยอมรับที่สมเหตุสมผล

⁴² ชีนอารี มาลีศรีประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 25.

⁴³ แหล่งเดิม. หน้า 26.

ข้อสังเกต การพิจารณาว่าเป็นกานละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิส่วนตัวหรือไม่นั้น บุคคลธรรมดาทั่วไปกับบุคคลสาธารณะซึ่งเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงในสังคมนั้น มาตรฐานในการจำกัดสิทธิส่วนบุคคลย่อมไม่เท่ากัน สิทธิส่วนบุคคลของบุคคลสาธารณะต้องถูกจำกัดมากกว่าบุคคลธรรมดา แต่อย่างไรก็ดี บุคคลสาธารณะก็ยังคงมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในสิทธิส่วนบุคคลเช่นกัน

3.5.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มีบทบัญญัติของกฎหมายที่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียง และกำหนดการชดใช้เยียวยาความเสียหายเอาไว้เมื่อเกิดความเสียหายจากการกระทำละเมิด ดังนี้

3.5.2.1 กฎหมายลักษณะละเมิด

ความรับผิดในทางละเมิด เป็นความรับผิดในทางแพ่งที่มีพัฒนาการมาจากแนวความคิดที่จะเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยวิธีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ความรับผิดในทางละเมิดมีบัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่งแทบทุกประเทศ ทั้งนี้เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องและสัมพันธ์กับชีวิตประจำวันของบุคคลทั่วไป

1) แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดในการกระทำละเมิด

กฎหมายลักษณะละเมิดเกิดจากแนวความคิดทางศีลธรรมที่ว่า ผู้ใดก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นต้องชดใช้ค่าเสียหาย ดังที่อริสโตเติลนักปราชญ์ผู้มีชื่อเสียงของกรีกกล่าวไว้ว่า “ความชอบธรรมนั้นมี 2 ประการ ประการแรกเป็นความชอบธรรมในการจัดสรรแบ่งปัน และประการที่สองเป็นความชอบธรรมในทางชดเชย หมายถึง การแบ่งสรรปันส่วนทรัพย์สินชื่อเสียง เกียรติยศ ตำแหน่ง และผลประโยชน์หรือความสุขอื่นระหว่างสมาชิกในสังคม และเมื่อจัดสรรแบ่งปันส่วนเรียบร้อยแล้ว ก็เป็นอันรู้ว่าส่วนของใครของมัน ถ้าผู้ใดมาทำให้ส่วนของอีกผู้หนึ่งเสียหาย ก็ต้องชดใช้ให้ดี เช่นเดิมตามความยุติธรรม”⁴⁴ ความรับผิดทางละเมิดเกิดจากการล่วงละเมิดผิดหน้าที่ (Breach of Duty) หมายความว่า บุคคลทั่วไปย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ผู้ใดมากระทำละเมิด ผู้ใดกระทำจึงเป็นการล่วงละเมิด ผิดหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีต่อบุคคลอื่นและผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้กระทำผิดเพื่อชดใช้แก่ตน ความรับผิดทางละเมิดนั้น กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่น โดยเฉพาะเจาะจง หากทำให้ดินสภาพเดิมไม่ได้

⁴⁴ วิชา มหากุณ. (2523). หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา. หน้า 3.

ก็พยายามที่จะให้ใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด แตกต่างกับความผิดอาญา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด มุ่งบำบัด ความเสียหายแก่ชุมชนเป็นส่วนรวม การกระทำอันใดที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิดอาญาส่วนมากจะเป็นการละเมิดด้วย เพราะนอกจากการกระทำอันนั้นจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อชุมชนโดยส่วนรวมตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ยังทำให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนเป็นส่วนตัวด้วย⁴⁵

2) หลักการสำคัญของความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายไทย

ประเทศไทยนั้นเป็นประเทศหนึ่งที่มีบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดทางละเมิดโดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้บุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายได้รับการเยียวยาชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งหากพิจารณาถึงหลักการสำคัญของความรับผิดทางละเมิดสามารถแยกทำการพิจารณาได้เป็นลำดับดังนี้ คือ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

มาตรานี้เป็นบทบัญญัติถึงความรับผิดทางละเมิด โดยมีองค์ประกอบดังนี้คือ

- (1) มีการกระทำ
- (2) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
- (3) โดยผิดกฎหมาย
- (4) มีความเสียหายแก่สิทธิของผู้อื่น
- (5) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

บทบัญญัติ มาตรา 420 มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งมีความหมายว่า การกระทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น โดยไม่มีสิทธิ หรือที่เรียกกันว่า “ล่วงสิทธิผิดหน้าที่” ซึ่งหมายความว่า การล่วงล้ำเข้าไปทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของผู้อื่นอันตนมีหน้าที่เคารพต่อสิทธินั้น จึงเท่ากับผิดหน้าที่ในขณะเดียวกันด้วย⁴⁶

⁴⁵ วารีนานาสกุล. (2518). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้. หน้า 4-5.

⁴⁶ สุขุม สุภนิคย์. (2537). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 13.

ส่วนในข้อที่ว่า เมื่อถือว่าเป็นการกระทำละเมิดแล้ว ผู้กระทำจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ไม่ใช่หลักเกณฑ์แห่งการกระทำละเมิด แต่เมื่อเกิดการกระทำละเมิดขึ้นแล้ว เป็นหน้าที่ผู้กระทำจะต้องปฏิบัติโดยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย

องค์ประกอบตามมาตรา 420 อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวในอิริยาบถ โดยรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวและผู้กระทำสามารถบังคับควบคุมการเคลื่อนไหวได้ด้วย ถ้าหากเป็นการเคลื่อนไหวที่ไม่รู้สำนึกแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ

การกระทำในทางละเมิด หมายรวมถึง การงดเว้นกระทำอันเป็นผลให้เกิดผลเสียหายขึ้นด้วย การงดเว้นกระทำ คือ การงดเว้นไม่เคลื่อนไหวร่างกายภายใต้บังคับของจิตใจเช่นกัน และการงดเว้นกระทำนั้น หมายความว่า บัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรคห้า ประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ งดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล (คำพิพากษาฎีกาที่ 38/2496)

ดังนั้น การกระทำจึงหมายความว่ารวมถึง การงดเว้นกระทำในกรณีที่จักต้องป้องกันผล การป้องกันผลเสียหายมิให้เกิดนั้นต้องมีหน้าที่ที่จะต้องป้องกัน หน้าที่นั้นอาจเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น บิดามารคามิหน้าที่เลี้ยงดูบุตร หน้าที่เกิดจากสัญญา เช่น ก. ตกลงรับเลี้ยงบุตรให้ ข. หรือหน้าที่เกิดจากความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี เช่น ก. เข้าช่วย ข. ออกจาก ที่เพลิงไหม้แล้ว ข. มีบาดแผลสาหัส ก. ต้องนำตัว ข. สถานพยาบาลให้ ข. ได้รับการรักษาพยาบาล เพื่อ ข. จะได้พ้นภัยอันตราย หน้าที่ต่างๆ เหล่านี้ ถ้าผู้มีหน้าที่งดเว้นกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ถือว่ามีกรกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย⁴⁷

(2) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

โดยจงใจ มีความหมายคล้ายกับโดยเจตนาในทางอาญาแตกต่างกัน แต่เพียงว่า การกระทำโดยจงใจนั้น หมายถึง กระทำโดยรู้สำนึกถึงการกระทำว่าจะเป็นผลเสียหายต่อบุคคลอื่น แต่มิได้หมายความว่าต้องเจาะจงให้เกิดผลเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นโดยเฉพาะอย่างเช่น กระทำโดยเจตนา ฉะนั้น การกระทำโดยเจตนาในทางอาญาจึงเป็นการกระทำโดยจงใจในความหมายของมาตรา 420 เสมอ ทั้งนี้ก็เพราะจงใจมีความหมายกว้างกว่าเจตนาตนเอง เช่น ก. ใช้มีแท่ง ข. เป็นเหตุให้ ข. ได้รับบาดเจ็บสาหัส การกระทำของ ก. เป็นเจตนาทำร้ายร่างกายในทางอาญา ขณะเดียวกันก็เป็นจงใจทำละเมิดต่อร่างกายของ ข. โดยทางแพ่ง

⁴⁷ สุขุม ศุนนิตย์. (2546). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 13.

กระทำโดยประมาทเลินเล่อ⁴⁸ การกระทำที่จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดตามมาตรา 420 นี้ ไม่จำเป็นจะต้องเป็นการกระทำโดยจงใจเสมอไป การกระทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยประมาทเลินเล่อก็ยังคงรับผิดชอบตามมาตรา 420 นี้ เหมือนกัน ความประมาทเลินเล่อที่บัญญัติไว้ในมาตรา 420 นี้ กฎหมายไม่ได้บัญญัติบทวิเคราะห์ศัพท์เอาไว้ ซึ่งแตกต่างกับประมาทในทางอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ บัญญัติบทวิเคราะห์ศัพท์เอาไว้ การกระทำใดจะเป็นความผิดฐานประมาทในทางอาญา ก็ต้องเป็นการกระทำโดยประมาทตามลักษณะที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่ามีโทษ จึงจะต้องรับผิดชอบ ดังนั้น แม้บุคคลใดจะกระทำการใดโดยประมาท หากมิใช่เป็นการประมาทตามที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดแล้ว ก็ไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญาไม่ เช่น ก. ทำให้ทรัพย์สินของ ข. เสียหายโดยประมาท เช่นนี้ ก. หารต้องรับผิดชอบทางอาญาฐานทำให้เสียทรัพย์สินของ ข. เสียหายโดยประมาทไม่ เพราะความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์สินตามมาตรา 358 จะต้องกระทำโดยเจตนา

ส่วนการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในทางแพ่งนั้น หากผู้ใดกระทำการใดๆ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยประมาทเลินเล่อแล้ว ก็ต้องรับผิดชอบทางละเมิดต่อผู้นั้น จะมีเจตนาแก่ลึงทำให้เขาได้รับความเสียหายหรือไม่ ไม่เป็นข้อสำคัญ เช่น ตามอุทธรณ์ข้างต้น แม้ ก. จะไม่ต้องรับผิดชอบต่อ ข. ในทางอาญาก็ตาม แต่ ก. ก็ยังต้องรับผิดชอบทางละเมิดต่อ ข. ในทางแพ่งจะต้องใช้ ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ ข. ในการที่ทำให้ทรัพย์สินของ ข. เสียหาย

มีปัญหาว่า อย่างไรเรียกว่า ประมาทเลินเล่อ นั้น ได้มีผู้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมทย์ ได้ให้คำอธิบายคำว่า เลินเล่อ ไว้ในคำสอนกฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิดว่า “ความประมาทเลินเล่อ (Negligence) คือ ความที่ละเว้น ไม่ทำสิ่งซึ่งคนที่มีเหตุผลและความระมัดระวังตามธรรมดาจะยอมกระทำ หรือกระทำในสิ่งซึ่งคนมีเหตุผลและความระมัดระวังตามธรรมดาจะละเว้น บุคคลใดมีหน้าที่ตามกฎหมายต่อบุคคลอื่นที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง หากมากระทำหรือละเว้นการโดยไม่ตั้งใจ แต่โดยความประมาทเลินเล่อทำให้เขาเสียหาย ด้วยประการใดๆ บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน”

อาจารย์จิต เศรษฐบุตร ได้ให้บทวิเคราะห์ศัพท์ คำว่า ประมาทเลินเล่อ ไว้ในคำสอนกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายว่า “เป็นความประมาทซึ่งบุคคลที่มีความระมัดระวังและอยู่ในสภาพภายนอกเช่นเดียวกับผู้ก่อความเสียหายจะไม่กระทำเช่นนั้น”

⁴⁸ กล่อม อิศรพันธ์. (2496). หลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิด. หน้า 49-52.

นอกจากนี้ ท่านอาจารย์จิติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายไว้ว่า ประมาทเลินเล่อ หมายถึง ไม่ตั้งใจแต่ไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่จะให้รวมถึงในลักษณะที่บุคคลผู้มีความระมัดระวังจะไม่กระทำด้วย ความรับผิดชอบทางละเมิดนั้น ระดับความระมัดระวังที่จะสมมติขึ้นเปรียบเทียบเป็นมาตรฐาน เพื่อวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้กระทำความเสียหายนั้น ต้องเปรียบเทียบ กับบุคคลที่มีความระมัดระวังตามพฤติการณ์ และตามฐานะในสังคมเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหาย ความระมัดระวังจึงอาจแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์แห่งตัวบุคคล เช่น ความระมัดระวังของผู้เยาว์ อาจหย่อนกว่าความระมัดระวังของบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะแล้วก็ได้ บุคคลที่สมมติขึ้นเป็นมาตรฐาน เปรียบเทียบในความรับผิดชอบละเมิดนั้น คือ บุคคลที่มีสภาพร่างกายอย่างเดียวกับผู้กระทำความเสียหาย เพศและวัยของบุคคลก็ต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย และบุคคลที่สมมติขึ้นต้องอยู่ในพฤติการณ์ภายนอกเช่นเดียวกับผู้กระทำความเสียหายด้วย นอกจากนี้ยังต้องคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมในขณะเกิดเหตุประกอบด้วย⁴⁹

(3) โดยผิดกฎหมาย

การให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลโดยเฉพาะบุคคลที่มีชื่อเสียงกรณีละเมิดนี้ กฎหมายให้การคุ้มครองโดยต้องพิจารณาว่ามีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และลักษณะของการกระทำนั้นๆ เป็นไปโดยผิดกฎหมาย (Unlawfully) ซึ่งการกระทำโดยผิดกฎหมายนั้น หมายความว่า กระทำลงโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิหรือทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้นก็เป็นละเมิดได้⁵⁰ นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ยังได้อธิบายไว้ว่า มาตรา 420 คำว่า ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมาย หมายความว่า การประทุษร้ายต่อสิทธิของผู้อื่นโดยให้เหตุผลว่า มาตรา 420 เทียบเคียงมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและญี่ปุ่น ซึ่งมีความหมายว่า เป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจหรือเกินกว่าอำนาจที่ตนมีอยู่ ซึ่งหมายความว่า การละเมิดสิทธิของผู้อื่นเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัว โดยไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นผิดกฎหมาย เว้นแต่ผู้กระทำจะมีอำนาจกระทำเช่นนั้นได้⁵¹

⁴⁹ จิติ ดิงศภัทย์ ก (2525). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 474-475.

⁵⁰ สุขุม สุภนิติย์. (2546). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 22.

⁵¹ ชูศักดิ์ ศิรินิล. (2526). ตำราประกอบการศึกษากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด

เช่น ก. ถ่ายรูปภาพของ ข. แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด แต่เมื่อการกระทำของ ก. เป็นการกระทำที่ไม่สามารถอ้างสิทธิในการกระทำได้เสียแล้วก็เป็นกรกระทำโดยผิดกฎหมาย ส่วนค่าเสียหายจะเป็นเท่าใดนั้นเป็นเรื่องที่ต้องนำสืบและไม่ใช่ประเด็นที่ทำให้ขาดองค์ประกอบอันเป็นละเมิด

(4) มีความเสียหายแก่สิทธิของผู้อื่น

เมื่อมีการกระทำต่อบุคคลอื่น โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยผิดกฎหมายแก่สิทธิของบุคคลอื่นแล้ว จะต้องปรากฏว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น และความเสียหายตามมาตรา 420 จะต้องเป็นความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ส่วนความเสียหายแก่ชื่อเสียง เกียรติคุณ ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของเขา โดยประการอื่นอยู่ใน บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 423 นอกจากนี้ ในมาตรา 446 ยังบัญญัติถึงความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินอีกด้วย ฉะนั้นจึงกล่าวได้โดยทั่วไปว่า ความเสียหายอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิดนั้น อาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นตัวเงินหรือไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินก็ได้

สำหรับความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัยและเสรีภาพ ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่า รวมทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Pecuniary Loss) เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าที่ต้องขาดประโยชน์เพราะไม่สามารถประกอบกรงาน และความเสียหายในทางความรู้สึกของจิตใจ ซึ่งไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ (Non-pecuniary Loss) เช่น ความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน และตกใจเสียขวัญ (Pain, Suffering and Shock) การสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิต (Loss of Expectation of Life) การได้รับความลำบากและไม่สะดวกสบาย (inconvenience and discomfort) ค่าเสียหายเป็นพิธีหรือเพื่อเป็นเยี่ยงอย่าง (Exemplary Damages) เป็นต้น ตามหลักจึงถือกันว่าความเสียหายนั้นจะเป็นความเสียหายที่เป็นรูปร่างคำนวณเป็นเงินได้หรือเป็นความเสียหายทางจิตใจ คำนวณเป็นเงินไม่ได้ก็ตาม ถ้าเป็นความเสียหายที่แน่นอนแล้ว ก็เป็นมูลความผิดฐานละเมิดได้ รวมไปถึงผลในอนาคตที่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นด้วย ส่วนความเสียหายที่ไม่แน่นอนนั้นเป็นแต่เพียงความคาดหมายว่าจะเกิดหรือไม่เกิดก็ได้ ความคาดหมายเช่นนี้ จึงไม่ถือเป็นความเสียหายอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิด⁵² ตัวอย่างโจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำละเมิดโดยจัดให้โจทก์รับอาวัลตัวสัญญาใช้เงินโดยฝ่าฝืนระเบียบ ได้ความว่าในการรับอาวัลตัวสัญญาใช้เงินดังกล่าว มีการจ้างของที่ดินและสิ่งปลูกสร้างเป็นประกันกับมีบุคคลค้ำประกันทุกราย แต่โจทก์ยังไม่ได้บังคับชำระหนี้เนื่องจากทรัพย์สินที่จ้างจากลูกหนี้และจากผู้ค้ำประกัน จึงไม่อาจทราบได้ว่าโจทก์ได้รับ ความเสียหายหรือไม่ เพราะความเสียหายจะเกิดขึ้น

⁵² นवलพรรณ จ้าวสุวรรณ. (2517). ค่าเสียหายทางศีลธรรม. หน้า 8-9.

ก็คือเมื่อมีการบังคับชำระหนี้เอาแก่ผู้ต้องรับผิดชอบดังกล่าว ตลอดจนทรัพย์สินที่จำนองแล้วได้เงินน้อยกว่าจำนวนที่ไม่ได้ออกไป เมื่อยังไม่ปรากฏว่าโจทก์ได้รับความเสียหายจากการกระทำของจำเลย การกระทำของจำเลยจึงยังไม่เป็นการละเมิด โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง (คำพิพากษาฎีกาที่ 171/2532)

สำหรับความหมายของความเสียหายนั้น จะมีความหมายอย่างไรนั้น ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “เสียหาย” ไว้ว่า หมายถึง “เสื่อมเสีย”

เสื่อม ก. เสียไป, สิ้นไป, ค่อยหมดไป, น้อยไป, หย่อนลง, โทรมลง, ไม่เจริญ

เสีย ก. เสื่อมลงไป, ทำให้เลวลง, เช่น เสียเกียรติ, เสียศักดิ์ศรี เสียชื่อ, สูญไป, หมดไป

กล่าวโดยสรุปแล้ว ความเสียหายจึงหมายถึง ความเสียไป, สิ้นไป, ค่อยหมดไป, น้อยไป, เสื่อมลงไป, ทำให้เลวลง, ไม่เจริญ, เสียศักดิ์ศรี ซึ่งเป็นความไม่พึงประสงค์ทั้งหลายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายนั่นเอง เช่น ทรัพย์สินเสียไป ชีวิตสิ้นลง ร่างกายพิการ เงินที่ทำมาหาได้ลดน้อยถอยลง จิตใจเสื่อมโทรมลง ชื่อเสียงเกียรติคุณหย่อนลงหรือหมดไป กิจการทรุดโทรมไม่เจริญ เป็นต้น ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาได้รับความไม่พึงประสงค์ ความเสื่อมทรามดังกล่าวมานี้ กฎหมายถือว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

นอกจากนี้ การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ก็ถือว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421) และผู้ใดกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริงเป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียง เกียรติคุณของบุคคลอื่น หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นๆ ก็จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขา เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันเกิดแต่การนั้น แม้ทั้งคนมิได้รู้ว่าเป็นความไม่จริง แต่หากควรรู้ได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 423)

การกระทำละเมิดที่ทำให้เกิดความเสียหายนั้น จะต้องเป็นการทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิตามที่กฎหมายละเมิด มาตรา 420 กำหนดไว้ ซึ่งในส่วนของสิทธิที่จะต้องพิจารณาก็คือ คำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด จะหมายถึงสิทธิอะไรนั้น กรณีดังกล่าว ศาลฎีกาได้อธิบายให้ความหมายไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 124/2487 ว่า ได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ ต้องแล้วแต่ว่าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพแล้ว ประโยชน์นั้นก็จะเป็นสิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองแล้ว หากใครไปละเมิดสิทธิของเขา ก็ต้องรับผิดชอบ ฐานละเมิดตามมาตรา 420 เช่น สิทธิที่จะได้รับความอุปการะจากผู้อื่น

ตามกฎหมาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 1601/2492) สิทธิที่จะได้รับใช้แรงงานจากผู้อื่น หรือสิทธิในครอบครัว เช่น สิทธิของบิดามารดาเหนือบุตร เป็นต้น

(5) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

อย่างไรก็ดี แม้มีความเสียหายเกิดขึ้น แต่บุคคลใดจะต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิด จะต้องปรากฏว่าความเสียหายนั้นเป็นผลจากการกระทำของผู้ทำความเสียหาย ซึ่งประเด็นดังกล่าวตามหลักเรียกว่า “ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล” หรือระหว่าง “ความผิดกับความเสียหาย” ไม่มีหลักแน่นอนที่จะปรับแก้กรณีต่างๆ ได้ทั่วไปทุกกรณี เพราะอะไรเป็นการกระทำของอะไรนั้นเป็นปัญหาทางธรรมชาติหรือตามข้อเท็จจริง ไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย มาตรา 420 มิได้บัญญัติว่าจะต้องรับผิดชอบในผลอย่างไร แต่ผลบางอย่างอันสืบเนื่องมาจากการกระทำของผู้ก่อความเสียหายนั้น อาจอยู่นอกเหนือขอบเขตที่ควรจะรับผิดชอบเพราะเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง อาจเป็นผลมาจากเหตุหลายอย่างหลายประการ จึงเป็นการแน่ชัดว่าจะให้ผู้กระทำละเมิดรับผิดชอบไม่ได้ คงรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่เป็นผลเนื่องมาจากการกระทำของตน ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายซึ่งโดยปกติไม่มีทางที่จะเกิดจากการกระทำของตน ศาลและนักนิติศาสตร์จึงต้องหาหลักเกณฑ์ปรับแก้ปัญหาต่างๆ ว่า ผลที่จะต้องรับผิดชอบนั้นควรอยู่ในขอบเขตอย่างไร ปัญหาข้อนี้ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแห่งคดีเป็นเรื่องๆ ไป โดยอาศัยตรรกวิทยา ความยุติธรรม นโยบายและบรรทัดฐานที่มีมาเป็นตัวอย่าง

ส่วนกรณีที่เป็นละเมิดแล้ว ข้อแก้ตัวเพื่อถือว่าไม่มีความเสียหาย ได้แก่ บทบัญญัติในหมวดที่ 3 ว่าด้วย นิรโทษกรรม มาตรา 449-452 และอาจกล่าวอ้าง “ความยินยอม” โดยมีสุภาษิตที่ว่า *voluntati non fit injuria* “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” เป็นหลักที่ใช้อ้างเพื่อให้ผู้ที่ยินยอมนั้น หมดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย⁵³

3.5.2.2 กฎหมายว่าด้วยสิทธิในการใช้ชื่อ

นอกจากกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว ยังมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ เช่นกัน

⁵³ จิตติ ดิงศภัทย์ ก เล่มเดิม. หน้า 469.

ตามมาตรา 18 บัญญัติไว้ว่า “สิทธิของบุคคลในการที่จะใช้นามอันชอบที่จะใช้ได้นั้น ถ้ามีบุคคลอื่นได้แย่งก็ดี หรือบุคคลผู้เป็นเจ้าของนามนั้นต้องเสื่อมเสียประโยชน์ เพราะการที่มีผู้อื่นมาใช้นามเดียวกันโดยมิได้รับอำนาจให้ใช้ได้ก็ดี บุคคลผู้เป็นเจ้าของนามจะเรียกให้บุคคลอื่นระงับความเสียหายก็ได้ ถ้าและเป็นที่ยังวิตกว่าจะต้องเสียหายอยู่สืบไป จะร้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้”

กฎหมายให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับการใช้ชื่อบุคคลโดยเฉพาะชื่อสกุล ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีเมื่อมีบุคคลภายนอกได้แย่งคัดค้านการที่เราจะใช้นามสกุลของเรา โดยจะได้แย่งหรือคัดค้านด้วยวิธีใดก็ได้ เราก็มีสิทธิที่จะแสดงสิทธิอันชอบธรรมของเราโดยอ้างพยานบุคคลหรือพยานเอกสารแล้วแต่กรณี และในกรณีที่มีผู้ใช้ชื่อของเราโดยไม่มีอำนาจ เป็นเหตุให้เราเสื่อมเสียประโยชน์ หรือทำให้เราเสียหายก็ถือเป็นการได้แย่งสิทธิของเรา ผู้มีสิทธิแก้ไขการได้แย่งหรือความเสียหาย ได้แก่ เจ้าของนามผู้ถูกได้แย่งหรือได้รับความเสียหายซึ่งอาจจะเป็นบุคคลใดบุคคลหนึ่งในสกุลนั้น เป็นผู้ระงับความเสียหายก็ได้ และถ้าเป็นที่ยังวิตกว่าจะต้องเสียหายอยู่สืบไป จะร้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้

การเสื่อมเสียประโยชน์ที่ว่านี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นการเสียหายที่เป็นตัวเงิน อาจจะเป็นการเสื่อมเสียชื่อเสียง เกียรติคุณ เกียรติยศของตนหรือของครอบครัวก็ได้ ทั้งนี้ การเอาชื่อสกุลผู้อื่นไปใช้ก็เป็นการใช้โดยไม่มีสิทธิตามกฎหมาย เจ้าของนามก็ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ระงับการใช้ชื่อสกุลได้ ถ้าฝ่าฝืนก็ขอให้ศาลสั่งห้ามได้ แม้จะยังไม่เสื่อมเสียประการใดแก่เจ้าของนาม กรณีนี้ไม่ต้องนำสืบว่า จำเลยได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็อยู่ในความคุ้มครองของมาตรา 18 แต่ถ้ากรณีที่ได้เกิดความเสียหาย เจ้าของนามก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ใช้นามโดยไม่มีสิทธิในฐานะกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้ ทั้งนี้ต้องมีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงจะเป็นการละเมิด ถ้าไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ขอบังคับได้ตามมาตรา 18 เท่านั้น

สำหรับผู้เอานามไปใช้โดยไม่มีสิทธินั้น อาจจะไปใช้ประการใดก็ได้ เช่น เอาไปใช้เป็นนามปากกา ใช้เป็นชื่อละคร เป็นต้น การคุ้มครองชื่อบุคคลนี้อาจขยายความคุ้มครองออกไปถึงชื่ออื่นๆ เช่น นามแฝง ชื่อทางการค้า ชื่อนิติบุคคล ชื่อย่อสำหรับโทรเลข นามปากกา⁵⁴

⁵⁴ ประสิทธิ์ ไหมวิไลกุล. (2540). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. หน้า 34-35.

ลักษณะพิเศษของชื่อบุคคล คือ ชื่อบุคคลและชื่อสกุลไม่ใช่ทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 ไม่อาจจำหน่ายหรือโอนขายให้บุคคลอื่นได้ และจะไม่อาจได้มาหรือสูญเสียไปโดยอายุความ การใช้ชื่อบุคคลของผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเวลา 10 ปี ก็ไม่อาจได้สิทธิตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138⁵⁵

3.5.3 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

โดยหลักทั่วไปที่ปรากฏในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศต่างๆ เมื่อบุคคลใด สร้างสรรค์งานอันได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว บุคคลนั้นย่อมมีฐานะเป็นผู้สร้างสรรค์งานอัน ได้รับซึ่งสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ การได้มาซึ่งสิทธิในงานสร้างสรรค์นั้น ซึ่ง หมายถึง สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Right) ในการใช้และแสวงหาประโยชน์จากการสร้างสรรค์ นั้น แต่ทั้งนี้อาจจะมีเงื่อนไขบางประการที่กฎหมายกำหนดไว้ ในบางกรณีและผู้สร้างสรรค์อาจจะไม่ใช่ เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์นั้น โดยลิขสิทธิ์จะตกแก่บุคคลอื่นตามสัญญาหรือบทบัญญัติของ กฎหมาย เช่น นายจ้าง ผู้ว่าจ้างหรือหน่วยงานของรัฐบาล เป็นต้น อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์ เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แล้ว ผู้สร้างสรรค์ก็จะเป็นผู้ที่มีสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ นั่นคือ สิทธิทาง เศรษฐกิจ (Economic Right) ประการหนึ่ง และธรรมสิทธิ (Moral Right) อีกประการหนึ่ง แต่โดย หลักเกณฑ์แล้ว ธรรมสิทธินี้เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้สร้างสรรค์ เพื่อมุ่งคุ้มครองชื่อเสียง เกียรติคุณ ของผู้สร้างสรรค์ ด้วยเหตุนี้ผู้สร้างสรรค์จึงไม่อาจ ที่จะทำการจำหน่ายจ่ายโอน แม้บุคคลอื่นซึ่งมิใช่ ผู้สร้างสรรค์จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ก็ตาม ในขณะที่สิทธิทางเศรษฐกิจนั้น ผู้สร้างสรรค์ในฐานะ เจ้าของลิขสิทธิ์ สามารถที่จะทำการจำหน่ายจ่ายโอน เพื่อหาประโยชน์ทางทรัพย์สินจากความเป็น เจ้าของลิขสิทธิ์ (Licence)

สิทธิของผู้สร้างสรรค์มีสาระสำคัญคือการห้ามมิให้ผู้ใดมากระทำละเมิดในงาน ที่ตนเองเป็นเจ้าของ เช่น ห้ามมิให้ผู้อื่นมาทำซ้ำหรือนำงานที่ตนเองเป็นเจ้าของออกโฆษณา ฯลฯ ดังนั้น ความหมายของการละเมิดลิขสิทธิ์ คือ การกระทำของบุคคลอื่นที่มากระทำซ้ำ หรือนำงาน ออกโฆษณาเผยแพร่ต่อสาธารณชนในงานของผู้สร้างสรรค์โดยมิได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์ก่อน

นอกจากนี้ยังสามารถแปลความหมายของคำว่า การละเมิดลิขสิทธิ์ หมายความว่า เป็นการกระทำที่ใช้งานโดยไม่เป็นธรรม (Unfair Use) กล่าวคือ บุคคลอื่นได้กระทำซ้ำซึ่งงานอันมี ลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้สร้างสรรค์ก่อน และการกระทำซ้ำนั้นไม่ได้อยู่ในขอบเขตแห่ง ข้อยกเว้นในเรื่องการใช้งานโดยชอบธรรม

⁵⁵ จิตติ ดิงศักดิ์ ช (2530). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. หน้า 28.

ดังนั้นจากความหมายข้างต้นจะพิจารณาได้ถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องหมายถึงการกระทำต่อสิ่งที่ปรากฏออกมาเป็นรูปร่างทางความคิดแล้ว (Expression of Idea) นอกจากนี้การกระทำที่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องเป็นการกระทำต่องานซึ่งตามกฎหมายกำหนด เช่น งานดนตรีกรรม งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานนาฏกรรม งานศิลปกรรม งานดนตรีกรรม งานสัตตชนวิศุ งานภาพยนตร์ งานสิ่งบันทึกเสียง งานนักแสดง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ ในทางตรงกันข้าม งานที่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ให้ความคุ้มครอง เช่น รัฐธรรมนูญ กฎหมายต่างๆ กฎกระทรวง ข่าวดังประจำวัน เป็นต้น ผู้ใดกระทำต่องานดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

3.5.3.1 หลักเกณฑ์สำคัญของการละเมิดลิขสิทธิ์

หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการพิจารณาว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

1) สารบัญญัติ

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้บัญญัติในเรื่องงานอันมีลิขสิทธิ์ ได้แก่ งานสร้างสรรค์ประเภทวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม สัตตชนวิศุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดีแผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธี หรือรูปแบบอย่างใด

อย่างไรก็ดีจะพิจารณาว่าบุคคลใดมีลิขสิทธิ์หรือไม่จะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบพื้นฐานดังนี้⁵⁶

(1) เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง โดยทั้งนี้ต้องสื่อความหมายต่อผู้อื่นไปแล้ว ไม่ใช่เป็นเพียงแต่ความคิด (Idea) เท่านั้น เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้คุ้มครองในเรื่องความคิด คือ สืบเนื่องตามหลักกฎหมายที่ถือว่า ปรัชญาของมนุษย์ไม่ว่าจะอยู่ในรูปความรู้ สัจธรรม แนวคิดหรือความคิดเมื่อได้สื่อความหมายต่อผู้อื่นไปแล้วก็ย่อมเป็นอิสระแก่ผู้อื่นที่จะใช้ความคิดเหล่านั้นได้ จะมีข้อจำกัดอยู่เมื่อสังคมเห็นเป็นการสมควรที่ผลผลิตทางปัญญาเหล่านั้นจะดำรงค่าแห่งสิทธิประโยชน์แก่ผู้ผลิต เมื่ออยู่ในรูปของการสร้างสรรค์ (Creation) การประดิษฐ์ (Invention) การค้นพบ (Discovery) ของเขา⁵⁷

(2) ต้องเป็นงานที่กฎหมายยอมรับ (Type of Work) เป็นงานที่กฎหมายลิขสิทธิ์ได้กำหนดไว้ในงานสร้างสรรค์ประเภทต่างๆ คือ งานวรรณกรรม งานดนตรีกรรม งานภาพยนตร์ งานสิ่งบันทึกเสียง ฯลฯ ซึ่งงานต่างๆ ที่ได้กำหนดในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

⁵⁶ ชัชชัย สุภผลศิริ. (2539). คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. หน้า 86-114.

⁵⁷ ชัชชัย สุภผลศิริ. (2527, มิถุนายน). "องค์ประกอบมูลฐานของงานอันมีลิขสิทธิ์." กฎหมาย, 9, 102. หน้า 174.

ได้บัญญัติไว้ในแบบกว้าง คือ การคุ้มครองมุ่งเน้นคุ้มครองงานสร้างสรรค์นอกจากงานที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอื่น

(3) ต้องเป็นการสร้างสรรค์โดยตนเอง (Originality) หมายถึง ต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ ได้กระทำขึ้นโดยทุ่มเทกำลังสติปัญญา ความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ โดยมีได้ลอกเลียนงานของผู้อื่น ผู้สร้างสรรค์จึงเป็นผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ด้วยการริเริ่มขึ้นเองโดยมิได้ทำซ้ำหรือคัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต การริเริ่มขึ้นเองแตกต่างจากความคิดริเริ่มขึ้นเอง เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองความคิด ฉะนั้น ผู้สร้างสรรค์งานอาจใช้ความคิดของผู้อื่นมาเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างสรรค์งานของตนเองได้ กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ที่ได้ใช้ความรู้ความสามารถในระดับหนึ่ง ในการสร้างสรรค์งานขึ้นมา แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ต้องการถึงขนาดว่า ผู้สร้างสรรค์ต้องสร้างสรรค์สิ่งที่ไม่เคยปรากฏพบเห็นมาก่อน⁵⁸

(4) เป็นงานที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย (Non-illegal Work) กล่าวคือ เป็นงานที่ต้องห้ามตามกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ภาพลามก อนาจาร งานที่ทำลายความมั่นคงของประเทศชาติ

2) อายุลิขสิทธิ์ได้สิ้นสุดไปแล้วหรือไม่

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้จำแนกอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนี้⁵⁹

(1) อายุลิขสิทธิ์ทั่วไป การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ และมีต่อไปอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย

(2) อายุลิขสิทธิ์กรณีมีผู้สร้างสรรค์ร่วม อายุลิขสิทธิ์กรณีผู้สร้างสรรค์ร่วม ระยะเวลาให้นับตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ร่วมคนสุดท้ายตายและนับต่อไปอีก 50 ปี เป็นกรณีที่ยังไม่มีการโฆษณาหรือโฆษณาก่อนที่ผู้สร้างสรรค์ร่วมคนสุดท้ายถึงแก่ความตาย

ในกรณีผู้สร้างสรรค์หรือผู้สร้างสรรค์ร่วมทุกคนถึงแก่ความตายก่อนมีการโฆษณางาน อายุของลิขสิทธิ์จะมีอายุ 50 ปี นับแต่โฆษณารั้งแรก การโฆษณาในที่นี้หมายถึง การนำงานออกโฆษณาโดยความยินยอมของเจ้าของลิขสิทธิ์

⁵⁸ ไชยยศ เหมะรัชตะ ก เล่มเคิม. หน้า 32.

⁵⁹ ชัชชัย ศุภผลศิริ. เล่มเคิม. หน้า 161-170.

ในกรณีโฆษณางานหลังผู้สร้างสรรค์ร่วมทุกคนถึงแก่ความตาย
ไปก่อนแล้ว อายุลิขสิทธิ์จะมีอายุ 50 ปี นับแต่โฆษณางานครั้งแรก อายุลิขสิทธิ์กรณีผู้สร้างสรรค์
เป็นนิติบุคคล หรือ งานที่สร้างสรรค์ขึ้นโดยผู้สร้างสรรค์ใช้นามแฝงหรือไม่ปรากฏชื่อผู้สร้างสรรค์

ก. อายุลิขสิทธิ์ 50 ปี นับแต่สร้างสรรค์

ข. ถ้าในระหว่างอายุ 50 ปี นับแต่สร้างสรรค์ ได้มีการโฆษณางานขึ้น ให้ลิขสิทธิ์มีอยู่ต่อไปอีก 50 ปี นับแต่มีการโฆษณางานครั้งแรก อายุลิขสิทธิ์ในงานภาพถ่าย
โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง หรืองานแพร่เสียง แพร่ภาพ

อายุลิขสิทธิ์ คือ 50 ปี นับแต่ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น แต่ถ้า
ได้มีการโฆษณานั้น ในระยะอายุลิขสิทธิ์ 50 ปี ให้ลิขสิทธิ์อยู่ต่อไปอีก 50 ปี นับแต่งานโฆษณา
ครั้งแรกอายุลิขสิทธิ์ในงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้น โดยการจ้างหรือตามคำสั่ง หรือในความควบคุมอายุ
ลิขสิทธิ์ คือ 50 ปี นับแต่สร้างสรรค์งาน โดยมีข้อจำกัดดังนี้

(3) ถ้าได้มีการโฆษณางานในระยะเวลาดังกล่าว ให้ลิขสิทธิ์มีอยู่
ต่อไปอีก 50 ปี นับแต่วันโฆษณางานครั้งแรก

3) การกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่

ในคดีละเมิดลิขสิทธิ์มีข้อพิจารณาแตกต่างไปจากคดีละเมิดทั่วไป
กล่าวคือ ความเสียหายไม่ใช่องค์ประกอบของการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ แม้โจทก์ไม่มีความเสียหาย
ก็ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ การพิจารณาคดีละเมิดลิขสิทธิ์ จึงไม่อาจนำมาตรา 420 ตามประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ แต่ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เพราะ
การละเมิดลิขสิทธิ์ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องจงใจหรือประมาทเลินเล่อ รวมทั้งความเสียหายดังกล่าว

3.5.3.2 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์

เนื่องจากลิขสิทธิ์ เป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะกระทำการใดๆ
ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้กำหนดขอบเขตทางเศรษฐกิจ
ให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานอันมีลิขสิทธิ์ไว้ในมาตรา 15 ฉะนั้นบุคคลอื่นที่ไปกระทำการใดๆ ตาม
ที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ย่อมเป็นการละเมิด

1) สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Right) ที่มาตรา 15 กำหนดไว้นี้ เป็น
สิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Right) ของเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสร้างสรรค์ต่างๆ โดยเมื่อพิจารณาถึง
ลักษณะ วิธีการของการใช้สิทธิแล้ว สามารถแยกได้เป็น 2 ประการ คือ

ประการแรก สิทธิในการกระทำต่องานโดยตรง เป็นสิทธิของเจ้าของ
ลิขสิทธิ์ที่กระทำต่องานโดยตรงโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (1)-(3) โดยกฎหมายได้
กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิแต่ผู้เดียวในการทำซ้ำหรือดัดแปลงในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน

ในงานทุกประเภทอันมีลิขสิทธิ์ และในการให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนาในงานทุกประเภทอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งนอกจากเจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการกระทำการในลักษณะต่างๆ แล้ว เจ้าของลิขสิทธิ์ยังมีสิทธิในลักษณะของการหวงกันเพื่อปกป้องมิให้บุคคลใดมาทำการใดๆ ดังเช่น การทำซ้ำหรือดัดแปลงในการเผยแพร่ต่อสาธารณชน หรือให้เช่างานหรือสำเนาโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์อันจะทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์ได้รับความเสียหายจากการหาประโยชน์ในงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์นั้น ด้วยเหตุนี้ หากบุคคลใดกระทำการในลักษณะดังกล่าวโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์นี้ ย่อมเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

ประการที่สอง สิทธิอันเกี่ยวกับประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ เป็นสิทธิแต่ผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเกี่ยวกับประโยชน์จากงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์ อันได้แก่สิทธิตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (4)-(5) ได้บัญญัติไว้โดยกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์ หรืออนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (1)-(3) ซึ่งในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิ (Licence) ส่วนใหญ่เจ้าของลิขสิทธิ์จะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนโดยมีการตกลงค่าตอบแทน (Royalty) ตามที่ทั้งสองฝ่ายจะเห็นสมควร และทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถกระทำการใดๆ ตามที่ตกลงได้ โดยไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตามการอนุญาตให้ใช้สิทธิเช่นนั้นจะต้องไม่มีการตกลงเงื่อนไขใดๆ อันมีลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรม มิฉะนั้นอาจทำให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁶⁰ นอกจากนี้ในมาตรา 16 ยังกำหนดในกรณีที่เจ้าของลิขสิทธิ์ได้อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิแล้วก็ตาม ย่อมไม่ตัดสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นให้ใช้สิทธินั้นได้ด้วย (Non Exclusive Licence) เว้นแต่หนังสืออนุญาตเป็นการตกลงให้บุคคลใดใช้สิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Licence) โดยระบุนำมิให้เจ้าของลิขสิทธิ์อนุญาตให้ผู้อื่น สามารถใช้สิทธิได้อีก

2) ธรรมสิทธิ (Droit moral or Moral Right) เป็นสิทธิของผู้สร้างสรรค์ในการที่จะปกป้องชื่อเสียงเกียรติคุณอันเนื่องมาจากการที่ได้สร้างสรรค์นั้น ทั้งนี้ การปกป้องชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์อาจมาจากผลของการกระทำของบุคคลอื่นในลักษณะใดๆ อันทำให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ เช่น การแก้ไข ดัดแปลง ตัดทอนส่วนสำคัญของงานสร้างสรรค์หรือการไม่ได้ระบุชื่อของผู้สร้างสรรค์ไว้ เป็นต้น โดยการกระทำดังกล่าวอาจมีผลต่อความรู้สึกภาคภูมิใจและการวิพากษ์วิจารณ์ในเนื้อหาของงานสร้างสรรค์⁶¹ อันจะกระทบต่อ

⁶⁰ ไซยชศ เหมะรัชตะ ก เล่มเดิม. หน้า 64.

⁶¹ ไซยชศ เหมะรัชตะ ข (2545). คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. หน้า 156-157.

ชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ ดังนั้น หากการกระทำในลักษณะเช่นนั้นทำให้บุคคลผู้สร้างสรรค์งานเสียหาย

ตามลักษณะทั่วไปของกรรมสิทธิ์นี้เป็นสิทธิทางนามธรรมและไม่อาจถูกจำหน่ายขายโอนโดยผลของการตกลงทางธุรกิจอันแตกต่างจากสิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Right) ในงานที่สร้างสรรค์ซึ่งก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่ผู้สร้างสรรค์ในรูปของตัวเงิน หรือก่อให้เกิดสิทธิในการหาประโยชน์ทางธุรกิจแก่ผู้สร้างสรรค์ ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิ การโอนสิทธิ การยกเลิกสิทธิ หรือกระทำการใดๆ ในลักษณะเดียวกันประจวบถ้วนเป็นสินค้าประเภทหนึ่ง ดังนั้น กรรมสิทธิ์ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการมุ่งปกป้องชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์จึงแตกต่างจากสิทธิในทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิในผลประโยชน์ทางทรัพย์สินของบุคคลใดก็ตามที่เป็นเจ้าของงานสร้างสรรค์อันมีลิขสิทธิ์โดยเจ้าของลิขสิทธิ์อาจมิใช่ผู้สร้างสรรค์งานก็ได้

ส่วนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มีบัญญัติไว้ในมาตรา 18 ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับสิทธิ อยู่ 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก สิทธิที่จะแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์ หรือที่เรียกกันว่า “สิทธิในการแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์” (The Right of Paternity)

ประการที่สอง สิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือนุคคลอื่นใด บิดเบือน ดัดทอน ดัดแปลง หรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานสร้างสรรค์ จนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ หรือที่เรียกว่า “สิทธิในการคงไว้ซึ่งบูรณภาพของงาน” (The Right of Integrity)

3.5.3.3 ลักษณะของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์

การละเมิดลิขสิทธิ์อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะคือ การละเมิดโดยตรง (Direct Infringement) และการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (Indirect Infringement)

1) การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง (Direct Infringement) หมายถึง การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดแก่งานอันมีลิขสิทธิ์โดยมิได้รับอนุญาต คือ การทำซ้ำหรือดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะในส่วนของการทำซ้ำหรือดัดแปลงเท่านั้น

(1) การทำซ้ำ (Reproduction) หมายความว่า ความรวมถึง คัดลอกไม่ว่าโดยวิธีใดๆ เลียนแบบ ทำสำเนา ทำแม่พิมพ์ บันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือบันทึกเสียงและภาพ จากต้นฉบับ จากสำเนาหรือจากการโฆษณาในส่วนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน⁶²

⁶² พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 4 วรรค 12.

(2) คัดแปลง หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน⁶³ ในส่วนที่เกี่ยวกับคนตรีกรรม ให้หมายความรวมถึงจัดลำดับเรียบเรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนแปลงคำร้องหรือทำนองใหม่

2) การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (Indirect Infringement) การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม คือ การละเมิดมิได้กระทำการอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นแต่เป็นการกระทำการที่รู้หรือรู้ว่าจะได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้นเงื่อนไขของการกระทำผิด คือ กระทำโดยรู้ว่าจะงานนั้นเป็นงานที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเหตุเช่นนี้เป็นผลให้จำเลยได้ยกข้อต่อสู้ว่าคนไม่ทราบว่าจะงานนั้นกระทำโดยละเมิดลิขสิทธิ์ สำหรับเหตุผลที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดก็เพื่อลงโทษบุคคลอื่นที่ร่วมมือให้ความช่วยเหลือในการละเมิดลิขสิทธิ์

การกระทำที่จัดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม ก็คือ การรู้ของผู้กระทำว่างานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นและมุ่งหมายหากำไรจากการกระทำนั้นโดยการขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขายหรือนำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร⁶⁴

3.5.3.4 การกระทำที่ได้รับการยกเว้นไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

วิธีการในการทำให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์ของเจ้าของลิขสิทธิ์ และประโยชน์ของสาธารณะอีกประการหนึ่ง ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศกำหนดไว้ คือ การที่กฎหมายอนุญาตให้ประชาชนทั่วไป สามารถกระทำการบางอย่างแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ เช่น การที่สามารถนำเอางานที่ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์มาจัดการใช้งานโดยธรรม (Fair Dealing) ซึ่งได้แก่ เพื่อการค้นคว้า การศึกษาเป็นการส่วนตัว ดิจิทัลวิชัน เสนอรายงานข่าว เพื่อประโยชน์ทางการศึกษาและแก่สาธารณชนทั่วไป ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 32-43 ของพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ของประเทศไทย หรือในมาตรา 28-76 ของ Copyright, Designs and Patents Act 1988 ของอังกฤษ เป็นต้น

⁶³ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 4 วรรค 3.

⁶⁴ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 31.

3.5.4 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2543

เครื่องหมายการค้า เป็นทรัพย์สินทางปัญญาอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งจัดอยู่ในประเภทของทรัพย์สินทางอุตสาหกรรม (Industrial Property) โดยในกฎหมายเครื่องหมายการค้าจะคุ้มครองสัญลักษณ์ที่ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายสินค้าหรือผู้เสนอบริการใช้กับสินค้าหรือบริการของตน เพื่อใช้เป็นสื่อให้ผู้ซื้อสินค้าหรือบริการสามารถเลือกซื้อสินค้าหรือบริการได้โดยสะดวกและถูกต้อง ทั้งนี้โดยทั่วไปแล้ว เครื่องหมายการค้า หมายถึง เครื่องหมายที่ใช้กับสินค้า ส่วนเครื่องหมายบริการ หมายถึง เครื่องหมายที่ใช้กับบริการต่างๆ นอกจากนี้กฎหมายเครื่องหมายการค้าบางประเทศยังคุ้มครองเครื่องหมายที่ใช้ในการรับรองเกี่ยวกับคุณภาพหรือคุณลักษณะอื่นๆ ของสินค้าหรือบริการของบุคคลอื่นด้วย

กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าในประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่กำหนดให้ ความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าอันได้จดทะเบียนไว้โดยชัดแจ้ง แต่ในส่วนของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน จะไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายดังกล่าว แต่เครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนสามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิตามหลักกฎหมายว่าด้วยละเมิดในส่วนเกี่ยวกับการลวงขาย (Passing Off)

3.5.4.1 ความหมายของเครื่องหมายการค้า

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ได้กำหนดนิยามความหมายของเครื่องหมายการค้าไว้ในมาตรา 4 ดังนี้

“เครื่องหมายการค้า หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น”

จากบทนิยามดังกล่าว สามารถแยกสาระสำคัญของสิ่งที่จะเป็นเครื่องหมายการค้าได้ 3 ประการ คือ 1) ต้องเป็นเครื่องหมาย 2) ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือที่เกี่ยวข้องกับสินค้า 3) เพื่อแสดงความแตกต่างของสินค้า

1) ต้องเป็นเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายการค้าที่จะได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ในเบื้องต้นจะต้องเป็นเครื่องหมายเสียก่อน ตามมาตรา 4 ได้กำหนดนิยามของคำว่า เครื่องหมายไว้ หมายความว่า “ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประติมากรรม ชื่อ คำ ตัวหนังสือ ตัวเลข ลายมือชื่อ หรือสิ่งเหล่านี้โดยอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างรวมกัน แต่ไม่ได้หมายความรวมถึงแบบผลิตภัณฑ์ตามกฎหมาย ว่าด้วยสิทธิบัตร”

จากบทบัญญัติมาตรา 4 นี้ทำให้เห็นว่า พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าพ.ศ. 2534 ได้กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่าสิ่งใดบ้างที่เป็นเครื่องหมายได้ การตีความว่าสิ่งใดเป็นเครื่องหมายหรือไม่ ต้องตีความโดยเคร่งครัดภายใต้กฎหมายกำหนดเท่านั้น สิ่งใดที่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด ไม่ถือว่าเป็นเครื่องหมายตามความหมายของกฎหมาย จะอ้างเพื่อขอรับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ คำว่า เครื่องหมาย (Marks) จึงหมายถึงสิ่งต่างๆ ดังต่อไปนี้

- (1) ภาพถ่าย
- (2) ภาพวาด
- (3) ภาพประดิษฐ์
- (4) ตรา (Brand) หมายถึง สิ่งที่ใช้แทนบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือแสดงถึงสิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง
- (5) ชื่อ (Names) หมายถึง ชื่อเอกชนหรือนิติบุคคล
- (6) คำ (Word) เป็นเครื่องหมายที่นิยมใช้เป็นเครื่องหมายการค้ามากกว่าเครื่องหมายอื่นๆ เพราะทำให้มีคุณสมบัติที่รวมลักษณะบ่งเฉพาะและความสะดวกในการที่จะจดจำและในการที่จะอ้างถึง นอกจากนี้คำยังมีจำนวนนับไม่ถ้วนที่จะใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้
- (7) ตัวหนังสือ (Letter)
- (8) ตัวเลข (Numeral) โดยปกติไม่ถือว่าตัวเลขเป็นเครื่องหมายการค้า เว้นแต่จะจัดทำขึ้นให้มีลักษณะบ่งเฉพาะ
- (9) ลายมือชื่อ (Signature)

2) ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือที่เกี่ยวข้องกับสินค้า คำว่า ใช้ หมายถึง การพิมพ์ ระบายสี ประทับตรา ฯลฯ หรือ ทำอย่างหนึ่งอย่างใดให้เครื่องหมายการค้าปรากฏบนสินค้า ซึ่งปิดบนสินค้าหรือภาชนะที่ใส่สินค้านั้น การปรากฏของเครื่องหมายต้องสามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน แต่ไม่จำเป็นต้องปรากฏในลักษณะถาวร ทั้งไม่จำเป็นว่าเครื่องหมายจะต้องติดอยู่จนกระทั่งสินค้าส่งถึงมือผู้บริโภค ส่วนคำว่าใช้นั้น หมายความว่า ยังไม่เคยใช้แต่เจ้าของมีความประสงค์ที่จะใช้

สาระสำคัญของการใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า จึงขึ้นอยู่กับความตั้งใจหรือเจตนาของการใช้หรือจะใช้นั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องแสดงให้เห็นบุคคลทั่วไปเห็นว่าได้มีการใช้หรือตั้งใจที่จะใช้เครื่องหมายที่ตนอ้างความเป็นเจ้าของในฐานะเป็นเจ้าของเครื่องหมาย อีกทั้งจะต้องมีเจตนาที่จะใช้เครื่องหมายของตนโดยสุจริตด้วย เพราะถ้าเจ้าของเครื่องหมายการค้ามีได้ตั้งใจโดยสุจริตที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียน

ไว้ และตามความจริงก็ไม่เคยมีการใช้เครื่องหมายนั้น โดยสุจริตสำหรับสินค้าดังกล่าวเลย ก็อาจถูกเพิกถอนการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้นได้

3) เพื่อแสดงความแตกต่างของสินค้า หมายถึง เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น กล่าวคือ เครื่องหมายการค้าจะต้องแสดงให้เห็นให้ผู้ซื้อสินค้าทราบว่า สินค้ามาจากแหล่งกำเนิดใด และเป็นสินค้าจากแหล่งกำเนิดเดิมที่ตนเคยซื้อมาก่อนหรือไม่โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้ซื้อจะรู้จักแหล่งที่มาของสินค้าหรือไม่ หรืออาจกล่าวได้ว่า เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่ใช้เพื่อระบุ (Identify) ตัวสินค้า และแยกแยะ (Distinguish) สินค้าจากสินค้าอื่นๆ

3.5.4.2 หลักเกณฑ์การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า

1) การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 46 บัญญัติว่า “บุคคลใดจะฟ้องคดีเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิเครื่องหมายการค้า ที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือเรียกชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดดังกล่าวไม่ได้

บทบัญญัติในมาตรา 46 นี้ เป็นการให้สิทธิแก่บุคคลที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน แต่ได้มีการใช้เครื่องหมายการค้านั้นมาแล้วสามารถที่จะฟ้องคดีบุคคลอื่นซึ่งเอาสินค้าของตนไปลงขาย (Passing-off) ว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า การลงขาย คือ การที่บุคคลหนึ่งเอาสินค้าของตนไปขายโดยกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อลวงผู้ซื้อว่าเป็นสินค้าของบุคคลอื่น เป็นการหลอกลวงเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อในแหล่งกำเนิดแห่งสินค้านั้นอันเป็นเท็จ ถ้าการลงขายนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น เจ้าของเครื่องหมายการค้าย่อมมีสิทธิเรียกชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากผู้ทำละเมิดต่อตนโดยใช้หลักเกณฑ์การฟ้องคดีละเมิดตาม ป.พ.พ. มาตรา 420 และมาตรา 421 เพราะตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ไม่ได้บัญญัติว่ากรณีใดบ้างเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า หรือกำหนดวิธีการเรียกชดเชย ค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิดแต่อย่างใด

หลักเกณฑ์ของการกระทำอันเป็นการลงขายตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศไทย มีสาระสำคัญดังนี้

(1) สินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้น ต้องเป็นที่รู้จักแพร่หลายแก่เหล่าสาธารณชนอันเป็นแรงจูงใจให้ผู้กระทำละเมิดทำการลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าดังกล่าว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 38/2503, 694/2521 และ 1100/2537)

(2) การกระทำอันเป็นการลวงขาย จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ละเมิดไม่ได้แสดงไว้อย่างเด่นชัดว่าเป็นสินค้าของผู้ละเมิดอันจะถือว่าลักษณะของการกระทำชี้เจตนาในการหลอกลวงผู้ซื้อ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1422/2524 และ 4154/2532)

(3) คำฟ้องของเจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้ถูกระทำละเมิดต้องมีการอ้างว่าผู้ละเมิดได้เอาสินค้าของคนไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายนั้นอันเป็นการฟ้องให้เป็นประเด็นแห่งคดีตามบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 2079/2518)

2) การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าอันได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 44 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ เพื่อประโยชน์แห่งตนด้วยเหตุนี้ หากมีบุคคลใดปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้านั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ เพื่อประโยชน์แห่งตนด้วยเหตุนี้ หากมีบุคคลใดปลอมหรือเลียนเครื่องหมายการค้านั้น หรือใช้ เครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้า นั้น กับสินค้าจำพวกเดียวกับที่ได้จดทะเบียนไว้ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือการกระทำการลวงขายสินค้านั้น หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า ตามมาตรา 44 นี้ ซึ่งเจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการทำละเมิดตามมาตรา 420 ได้

3.6 การคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงตามกฎหมายต่างประเทศ

การคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงในต่างประเทศนั้น มีปรากฏอยู่ในลักษณะการคุ้มครองสิทธิส่วนตัว (Privacy Right) สิทธิในบุคลิกภาพ (Personality Right) และสิทธิในชื่อเสียง (Right of Publicity) ของบุคคล โดยหลักการคุ้มครองของแต่ละประเทศก็จะแตกต่างกันออกไป เช่น อาจคุ้มครองไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายแพ่ง กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ที่ไม่เป็นธรรมหรือกฎหมายว่าด้วยการลวงขาย (Passing off) เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามจุดมุ่งหมายหรือหลักการในการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงของแต่ละประเทศต่างก็เพื่อป้องกันการใช้อิทธิพล อาชีพ ชื่อ เสียง รูปภาพ ลักษณะท่าทางหรือเอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคล หรือที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน มาใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้า การขายสินค้าหรือบริการโดยปราศจากอำนาจอันจะนำมาซึ่งการละเมิดสิทธิของบุคคลและถือเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม และนอกจากนี้ ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมิให้ถูกล่วงละเมิดสิทธิ และ

ให้มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนในการอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยที่การให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ผู้เขียนจึงทำการศึกษาแยกออกเป็น 2 กลุ่ม โดยกลุ่มแรก คือ กลุ่มของประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ได้แก่ ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส ส่วนในกลุ่มที่สอง คือ กลุ่มประเทศที่อยู่ในระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์ ได้แก่ ประเทศแคนาดา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสหรัฐอเมริกา

3.6.1 การคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์

จากการศึกษากฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส พบว่าเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหลายฉบับด้วยกัน ได้แก่ กฎหมายแพ่ง กฎหมายพิเศษ และรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.6.1.1 ประเทศเยอรมัน

โดยหลักทั่วไป การคุ้มครองเอกลักษณ์เฉพาะตัวหรือสิทธิในบุคลิกภาพ (Personality Right) จะมีบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งการคุ้มครองสิทธิในบุคลิกภาพตามกฎหมายเยอรมันจะมีบัญญัติไว้ดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (The German Civil Code ค.ศ. 1900) มาตรา 12 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าสิทธิในการใช้ชื่อของบุคคลถูกโต้แย้งหรือผลประโยชน์ของบุคคลถูกทำให้เสียหายเนื่องมาจากมีบุคคลอื่นมาใช้ชื่อนั้นโดยไม่มีอำนาจ เจ้าของชื่อมีสิทธิที่จะเรียกให้บุคคลอื่นนั้นระงับความเสียหายได้ และถ้าเกรงว่าจะต้องเสียหายอยู่สืบไป อาจจะร้องขอให้ศาลสั่งห้ามมิให้กระทำการเช่นนั้นต่อไปได้” (If the right to use of a man by a person entitled to it is challenged by another, or if the interest of the person entitled is injured by the fact that another use the name without authority , then the person entitled may demand form the other elimination of the infringement. If further infringements are to be feared , he may seek an injunction)⁶⁵

ตามมาตรา 12 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนอกจากจะใช้กับชื่อบุคคลธรรมดา (Name) แล้ว ยังปรับใช้กับชื่อของนิติบุคคล (Name of Juristic Persons) ห้างหุ้นส่วน (Partnerships) นามแฝง (Pseudonyms) ตราประจำตระกูล (Coats of Arms) ชื่อย่อสำหรับโทรเลข (Cable Addresses) ในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) อีกด้วย

⁶⁵ Ian S.Forester, Simon L-Coren and Hans-Michael. (1975). *The German Civil Code*. p.4. อ้างใน วรวิ ขันทอง. ปัญหาการคุ้มครองชื่อทางการค้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. หน้า 42.

สิทธิในการใช้ชื่อ ตามมาตรา 12 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยได้บัญญัติคุ้มครองการใช้ชื่อ โดยไม่มีอำนาจและไม่สมควร ในคดี 30 BGHZ. 7(1959) Caterina Valente ได้ฟ้องว่าจำเลยใช้ข้อความโฆษณาสินค้าพาดพิงถึงตน ศาลตัดสินว่าการใช้ชื่อโจทก์มิได้เป็นไปตามนัย แห่งมาตรา 12 ซึ่งคุ้มครองต่อการใช้ชื่อของบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์แห่งการโฆษณา และคงไม่มีผู้ใด คิดว่าโจทก์เป็นเครื่องหมายแห่งสินค้า แต่การอ้างชื่อโจทก์ในผลิตภัณฑ์ของจำเลย เป็นการทำลายบุคลิกภาพของโจทก์ในขอบเขตที่มีแนวโน้มทำให้โจทก์ตกต่ำลงในสายตาของประชาชน⁶⁶ นอกจากนี้การคุ้มครองชื่อของบุคคลยังได้ขยายไปถึง ชื่อทางการค้า ชื่อในการแสดง (Stage Names) นามแฝง (Pseudonyms) และชื่อที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ซึ่งมีลักษณะบ่งเฉพาะมาแต่เดิม (Distinctive) หรือบ่งเฉพาะโดยการใช้ การใช้ชื่อเช่นนี้ไปในทางแสวงหาประโยชน์ทางการค้าโดยมิชอบ ย่อมได้รับการคุ้มครอง อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่าในบางกรณีสิทธิในบุคลิกภาพโดยทั่วไป จะได้รับการปกป้องอย่างกว้างขวางมากกว่าสิทธิในการใช้ชื่อ

สำหรับสิทธิในการใช้ชื่อนั้น โดยหลักการแล้วเจ้าของชื่อโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะสามารถห้ามมิให้บุคคลอื่นนำชื่อของตนไปใช้ในทางที่ไม่เหมาะสมโดยมิได้รับอนุญาต

สิทธิในภาพของบุคคลได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองศิลปกรรม (Artistic Authors Right Act) มาตรา 22 และมาตรา 23 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า การเผยแพร่ภาพหรือแสดงต่อสาธารณชน จะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของภาพ โดยมีข้อยกเว้นสำหรับภาพเกี่ยวกับเหตุการณ์ประจำวัน ภาพแสดงภูมิประเทศหรือทัศนียภาพต่างๆ ภาพการชุมนุม ขบวนซึ่งบุคคลที่ปรากฏในภาพเป็นเพียงวัตถุประสงค์รอง หรือเป็นการเผยแพร่ภาพที่มีคุณค่าทางศิลปะอย่างมาก แต่ข้อยกเว้นนี้จะอ้างในกรณีที่มีการเผยแพร่หรือแสดงนั้นเป็นการขัดต่อผลประโยชน์ตามกฎหมายของเจ้าของภาพไม่ได้ การคุ้มครองนี้ได้ขยายไปถึงการลักลอบถ่ายภาพโดยปราศจากอำนาจ ในคดี 24 BGHZ. 200 (1957) ศาลได้ตัดสินว่า การลักลอบถ่ายภาพโจทก์และนำไปเผยแพร่ประกอบข้อความ ซึ่งเกินจากสิทธิพิเศษของหนังสือพิมพ์ที่มีหน้าที่เสนอข่าวเกี่ยวกับเหตุการณ์ประจำวันเป็นการละเมิดขอบเขตส่วนตัวของโจทก์ ซึ่งไม่จำเป็นต้องอดทนให้มีการเผยแพร่ภาพเกี่ยวกับขอบเขตส่วนตัวโดยที่เขาไม่รู้ และขัดต่อเจตนาของเขาและสิทธิทั่วไปแห่งบุคลิกภาพได้คุ้มครองถึงการแสดงเป็นบุคคลอื่นบนเวทีหรือในภาพยนตร์โดยไม่มีอำนาจ นอกจากนี้โดยหลักการแล้ว ภาพที่ปรากฏทั่วไป และภาพเหมือนหรือภาพวาดของบุคคล (Person Portrait) สามารถเพียงนำไปบริจาคหรือนำไปแสดงเป็นนิทรรศการให้สาธารณชนดูได้ แต่ต้องได้รับความยินยอมก่อนและแม้บุคคลเจ้าของภาพนั้นตายลง หากอยู่ใน

⁶⁶ ซูริฟ ปินจะศิริ. เล่มเดิม. หน้า 57.

ระหว่างระยะเวลา 10 ปี นับจากวันที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตาย ก็สามารถนำภาพไปบริจาคหรือจัดแสดงนิทรรศการได้ แต่ทั้งนี้ต้องได้รับความยินยอมจากทายาทของผู้ตายก่อน

นอกจากนี้ ในประเทศเยอรมันยังได้ยอมรับกันว่า การแสวงหาผลประโยชน์จากเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคลผู้มีชื่อเสียงโดยมิได้รับอนุญาต ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในบุคลิกภาพอันเป็นความผิดฐานละเมิด ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 823 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายแก่ผู้นั้นในความเสียหายใดๆ อันเกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำนั้นๆ”

ทั้งนี้โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ศักดิ์ศรีของมนุษย์ไม่อาจถูกทำลายได้” และมาตรา 2 วรรคแรก ความว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้อย่างอิสระ เท่าที่จะไม่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่นหรือขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเกี่ยวกับศีลธรรม” สิทธิพื้นฐานนี้มีคุณค่าเป็นกฎหมายโดยตรง และคดี 20 BGHZ. 345 (1956) ศาลได้ตัดสินว่าสิทธิพิเศษได้คุ้มครองถึงการถ่ายภาพโจทก์ในการโฆษณาสินค้าซึ่งเขาไม่ปรารถนาที่จะเกี่ยวข้องกับ จำเลยต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายในความเสียหายอันมิใช่ตัวเงินในสิทธิเกี่ยวกับบุคลิกภาพ ในปี 1957 ศาลสูงก็ได้ตัดสินอย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับรองและคุ้มครองสิทธิในบุคลิกภาพนั้น ย่อมหมายถึงว่า สิทธิทั่วไปในบุคลิกภาพก็คือ สิทธิอื่นๆ ตามความหมายของมาตรา 823 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

มาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติเกี่ยวกับพัฒนาการในการให้สิทธิของบุคคลโดยทั่วไป ศาลฎีกาเยอรมันใน Caterina Valente ได้ตัดสินอย่างชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิในบุคลิกภาพโดยทั่วไป (General Personality Right) รวมถึงการประกอบธุรกิจส่วนบุคคล (The Commercial Aspects of Personality) ศาลได้สร้างสิทธิในทางเศรษฐกิจที่ปัจเจกชนจะควบคุมหรือไม่ก็ได้ ในการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในทางการค้า หากจะใช้ในโลกแห่งธุรกิจ สิทธินี้จะมีผลบังคับได้ก็โดยคำสั่งศาล ภายใต้ มาตรา 823 และ 1004 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ตัวอย่างเช่น จะได้รับการปกป้องในความดูเหมือนกัน (Look-Alikes)⁶⁷ หรือ ฟังดูเหมือนกัน (Sound-Alikes)⁶⁸

⁶⁷ Blauer Engel. (2000). Neue Juristische Wochenschrift 2201, BGH.

⁶⁸ Heinz Erhardt. (1989). G.R.U.R. 666, Oberlandsggericht Hamburg.

ในประเทศเยอรมันได้มีความพยายามปกป้องสิทธิในบุคลิกภาพ (Personality Right) ไม่เหมือนกับว่าปราศจากหลุมพราง (Pitfalls) มายากล (Sleight of Hand) ได้แสดงโดยคำตัดสินของศาลใน มาร์ลีน ไคทริช (Marlene Dietrich) ปังเจกบุคคลผู้ซึ่งใช้ชื่อ ภาพลักษณ์ หรือนำสิ่งเหล่านั้นมาดำเนินการในทางธุรกิจ โดยต้องการการปกป้องภายใต้กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน กฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินบ่อยครั้งที่กำหนดการอย่างหนัก ในเรื่องหน้าที่นำสืบของผู้กล่าวหา สิทธิในบุคลิกภาพหรือสิทธิส่วนบุคคลอยู่บนพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน เหมือนกับว่าได้มาจาก คำสั่งศาล แต่มีจุดอ่อนอย่างเห็นได้ชัดในเรื่องของการกำหนดค่าเสียหาย แนวทางของศาลเยอรมัน อาจจะเห็นได้ว่ามีความก้าวหน้า แต่อย่างไรก็ตามยังไม่มี ความชัดเจนในขอบเขตระหว่างสิทธิทาง เศรษฐกิจและสิทธิมนุษยชน ซึ่งสิทธิมนุษยชนนี้ไม่กลายเป็นการแลกเปลี่ยนสินค้าได้ สิทธิมนุษยชน อยู่บนกฎเกณฑ์ที่สำคัญของสังคมมากกว่าการหลอกลวง (Hijacked) โดยบุคคลผู้มีชื่อเสียงใน การปกป้องภาพลักษณ์ของเขา สิ่งเหล่านี้มิได้หมายความว่าความเป็นบุคคลหรือภาพลักษณ์ของ บุคคลมิได้มีค่าพอที่จะได้รับการคุ้มครอง ซึ่งมองไปที่การสร้างการรบกวนบางอย่างในบุคคลผู้ที่มี ชื่อเสียงในทางการค้าระหว่างผู้มีชื่อเสียงและการดำเนินงาน ผู้ที่ได้จ้างพวกเขาเหล่านั้นในการสนับสนุน ส่งเสริมผลิตภัณฑ์ ซึ่งเป็นที่ชัดเจนว่าพวกเขาเหล่านั้นมีความสำคัญต่อคุณค่าทางธุรกิจเกี่ยวกับ ทั้งสองอย่าง คือ ปังเจกชน การดำเนินงาน (Undertaking) และเศรษฐกิจทั้งหมด

ข้อสังเกต แม้สิทธิในบุคลิกภาพไม่สามารถโอนกันได้ตามกฎหมาย ประเทศเยอรมัน เนื่องจากเป็นสิทธิเฉพาะตัวของบุคคล โดยแท้ แต่เจ้าของสิทธิดังกล่าวก็อาจจะสละ ในการถือสิทธิหรือให้ความยินยอมให้บุคคลอื่นใช้เอกลักษณ์นั้นแทนได้

3.6.1.2 ประเทศฝรั่งเศส

การให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคลผู้มีชื่อเสียงใน ประเทศฝรั่งเศสนั้น จะให้ความคุ้มครองบนพื้นฐานของสิทธิในบุคลิกภาพ (Personality Right) ไว้ เป็นหลักทั่วไป ในมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับ การเคารพในชีวิตที่เป็นส่วนตัว” “Everyone has the right to respect for his or her private life.” และ สิทธินั้นยังคงมีอยู่ แม้ภายหลังบุคคลนั้นถึงแก่ความตายไปแล้ว โดยศาลได้ให้คำจำกัดความของ คำว่า เอกลักษณ์หรือ บุคลิกภาพ (Personality) ไว้ว่า ให้ความหมายรวมถึง ชื่อ เสียง รูปลักษณ์ (Image) และความเหมือนคล้าย (Likeness) ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้จะนำไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ใน ทางการค้าโดยปราศจากความยินยอมมิได้ หรือแม้จะได้รับความยินยอมแล้วก็ตาม ก็อาจจะถูกฟ้องร้อง ดำเนินคดีตามกฎหมายได้ หากเป็นการใช้สิทธิไปเกินขอบเขตที่ได้รับอนุญาต เช่น มีชวานาผู้หนึ่ง ได้อนุญาตให้พิมพ์ภาพของเขาเพื่อทำการศึกษาชีวิตครอบครัวของชาวฝรั่งเศส แต่เมื่อปรากฏว่า

พรรคการเมืองหนึ่งนำภาพแบบเดียวกันนี้ไปคิดในแผ่นป้ายหาเสียงโดยไม่ได้รับความยินยอมจาก ชาวนา ชาวนาผู้นั้นสามารถเรียกร้องให้พรรคการเมืองนั้นชดใช้ค่าเสียหายได้

ตามแนวคำพิพากษากับการคุ้มครองภาพของบุคคลนั้น โดยทั่วไปแล้ว อาจเผยแพร่ได้โดยความตกลงจากเจ้าของภาพ แต่ภาพของบุคคลที่ปรากฏอยู่ในสายตาของสาธารณชน อาจพิมพ์เผยแพร่ได้โดยไม่ต้องขออนุญาต เช่นเดียวกับกรณีที่ประชาชนตกเป็นภาพเกี่ยวกับภูมิประเทศ หรือสถานที่ทั่วไป แต่กรณีเช่นนี้ การพิมพ์เผยแพร่ต้องไม่เป็นการละเมิดผลประโยชน์ที่ถูกต้องตามกฎหมายของเจ้าของภาพ⁶⁹

ยิ่งไปกว่านั้น ขอบเขตในการให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวยังครอบคลุม ไปถึงการใช้ประโยชน์โดยอ้อม ด้วยการเลียนแบบให้ดูเหมือนหรือการล้อเลียนต่างๆ (Look-alikes or Caricatures) ตัวอย่างของการคุ้มครองสิทธิในบุคลิกภาพของบุคคล อาทิเช่น ในกลุ่มพวกนักการเมือง เช่น ประธานาธิบดีปอมปีดู (President Georges Pompiduo) สามารถที่จะป้องกันการใช้ภาพที่ปรากฏ ของเขาในการโฆษณาเครื่องยนต์ของเรือได้ หรือ ประธานาธิบดีเดสแตง (President Valery Giscard d' Estaing) สามารถป้องกันการใช้ชื่อ Giscarte และการใช้ภาพพิมพ์ลงในสารพิมพ์ได้ หรือในกรณี ของพวกนักแสดงก็เช่นนายเจอร์ราร์ด เดอปาร์เดียว (Gerard Depardieu) ก็ได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย ซึ่งเป็นความเสียหายในทางจิตใจเนื่องจากใช้ภาพล้อเลียนในการโฆษณาช็อกโกแลตโดยที่เขาไม่ได้ ให้ความยินยอม โดย ศาลในคดีนั้นให้เหตุผลว่า แม้จะเป็นการใช้ภาพล้อเลียนก็ตาม แต่เมื่อทำให้ เขาเสียหายเนื่องจากสาธารณชนจะเชื่อว่าเขาได้ให้ความยินยอมแล้วและได้รับคำตอบแทนจาก การโฆษณาสินค้านั้น หรือในกรณีการใช้ซ้ำเสี่ยงก็เช่น นักแสดงคนหนึ่งซึ่งมีน้ำเสียงเป็นเอกลักษณ์ เฉพาะตัวและเป็นที่ยอมรับกัน ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการโฆษณาผลิตภัณฑ์อันหนึ่งด้วย น้ำเสียงซึ่งฟังก็รู้ว่าเป็นการเลียนแบบเสียงของเขาและในกรณีที่มีการแสวงหาประโยชน์จากการใช้ ภาพถ่ายของนักกีฬาผู้หนึ่ง โดยได้มีร้านถ่ายภาพแห่งหนึ่งได้ขายภาพของนักฟุตบอลอาชีพจำนวนมาก ให้กับบริษัทโฆษณาแห่งหนึ่ง หนึ่งในภาพเหล่านี้เป็นภาพของนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงได้ถูกนำไปใช้ ในการโฆษณาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของภาพ ในทางพิจารณาของศาล ศาลพิจารณาว่า ไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิทางศีลธรรม (Moral Rights) ที่โจทก์พึงมีในภาพที่ปรากฏเพราะภาพที่ปรากฏ ได้ถ่ายในสภาพแวดล้อมอันเป็นที่สาธารณะ (Public Surroundings) และถ่ายในขณะที่โจทก์กำลัง ดำเนินกิจกรรมทางวิชาชีพนั้นอยู่ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อโจทก์ไม่ได้ให้การยินยอมในการใช้ภาพนั้น ในทางการโฆษณา โจทก์ก็ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องว่าเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิในทางเศรษฐกิจของ โจทก์ (A breach of his economic rights) ได้

⁶⁹ ชูชีพ ปิณฑะศิริ. เล่มเดิม. หน้า 40.

นอกจากนี้การให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคล ยังนำมาตรา 1382 และ 1383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง มาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครอง ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็น หลักกฎหมายในเรื่องละเมิด

มาตรา 1382 “บัญญัติว่า การกระทำใดๆ ของบุคคล ซึ่งก่อให้เกิด ความเสียหายแก่ผู้อื่น ผู้กระทำจะต้องรับผิดชอบใช้ในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน”

“Article 1382 Every act of a man which causes injury to another obligates the one by whose fault it occurred to give redress...”

มาตรา 1383 บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายซึ่งเขา ได้ก่อขึ้น รวมทั้งการที่ได้ละเลยหรือประมาทเลินเล่อ”

“Article 1383 Everyone is responsible for the injury he has caused not only by his acts, but also by his neglect or imprudence...”

ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กว้างมาก รวมถึงสิทธิในชื่อและภาพของบุคคลและ ทำให้ทุกคนต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะความผิดของเขา

การที่ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสสามารถใช้คุ้มครองเอกลักษณ์ เฉพาะตัวของบุคคลได้ ทำให้เป็นที่ประจักษ์ว่าระบบกฎหมาย (Legal System) จะสามารถรับวิธีการ แก้ปัญหาที่ยืดหยุ่นในการคุ้มครองเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคล ถ้ากฎหมายละเมิดใช้ได้ในทุก ผลประโยชน์ตามกฎหมายที่ได้รับการกระทบกระเทือน ซึ่งต่างจาก มาตรา 823 วรรคแรก ของ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่จำกัดเฉพาะกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น และสามารถให้ ค่าเสียหายได้อย่างอิสระในความเสียหายที่มีไซ่ทางวัตถุ ซึ่งตามกฎหมายเยอรมันจะเรียกได้เฉพาะกรณี ที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นกัน

ปัญหาประการสุดท้าย คือ ปัญหาที่เกี่ยวกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคล ที่ตายไปแล้วเพื่อประโยชน์ทางการค้า เมื่อไม่นานมานี้ ศาลอุทธรณ์ของประเทศฝรั่งเศสได้ตัดสิน คดีเรื่องหนึ่ง โดยศาลได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่า แม้ทายาท (Heirs) จะมีสิทธิที่จะปกป้องชื่อเสียงและ เกียรติยศของผู้ที่มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้วก็ตาม แต่ทายาทที่กล่าวถึงนี้ไม่มีสิทธิที่จะ โอนสิทธิที่จะ ใช้ประโยชน์ทางการค้าในภาพที่ปรากฏของบุคคลที่ตายแล้วไปให้บุคคลที่ 3 ทั้งนี้เพราะสิทธิใน ภาพที่ปรากฏของบุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคลนั้นมีไซ่สิทธิในทาง เศรษฐกิจ (Not an Economic Right) อันทายาทจะแสวงหาประโยชน์ส่วนตนได้

3.6.2 การคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงของกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์

ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ ซึ่งได้แก่ ประเทศแคนาดา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และประเทศสหรัฐอเมริกา การให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในการถูกนำมาแสวงหาผลประโยชน์ในเชิงธุรกิจนั้น โดยศาลจะนำหลักกฎหมายว่าด้วยความเป็นส่วนตัว การหมิ่นประมาท การลงขาย รวมไปถึงกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม เพื่อให้การคุ้มครองแก่การกระทำอันไม่เป็นธรรมหรือเอาเปรียบทางการค้าจากการแสวงหาผลประโยชน์ในชื่อเสียงของบุคคล โดยผู้เขียนจะแยกพิจารณาเรียงตามลำดับดังนี้

3.6.2.1 ประเทศแคนาดา

ในประเทศแคนาดา มีหลายจังหวัดได้ยอมรับให้มีการคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงภายใต้การล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล แต่มีเพียง 4 จังหวัดคือ British Columbia, Saskatchewan, Manitoba และ Newfoundland เท่านั้น ที่ได้บัญญัติกฎหมายในเรื่องความเป็นส่วนตัว (Privacy Laws) ขึ้นมาใช้บังคับ โดยกฎหมายของ British Columbia ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิส่วนตัวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Code of Quebec) ไว้ในมาตรา 3 ความว่า⁷⁰

“Every person is the holder of personality rights such as the right to life, the right to the inviolability and integrity of his person, and the right to the respect of his name, reputation and privacy, these rights are inalienable”

“บุคคลทุกคนเป็นเจ้าของสิทธิในบุคลิกภาพ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในการล่วงละเมิดมิได้ และความซื่อสัตย์สุจริตจากคนของเขา และสิทธิในการให้ความเคารพในชื่อเสียง และความเป็นส่วนตัว สิทธิดังกล่าวไม่สามารถโอนให้แก่กันได้”

นอกจากนี้ในมาตรา 36 ยังได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นการรบกวนความเป็นส่วนตัวไว้ว่า

- 1) เข้าไปหรือนำสิ่งใดๆ ออกมาจากที่อยู่ของเขา
- 2) เจตนาขัดขวาง หรือให้ความเป็นส่วนตัวของเขาเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสาร
- 3) ประกอบรวบรวม หรือใช้ภาพลักษณ์ของเขา หรือเสียงในขณะที่เขาอยู่ในบริเวณที่ส่วนตัว
- 4) เก็บชีวิตความเป็นส่วนตัวของเขาโดยการสังเกตโดยทุกวิถีทาง

⁷⁰ สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2549, จาก http://en.wikipedia.org/wiki/Personality_rights.

5) ใช้ชื่อของเขา ภาพลักษณ์ สิ่งอื่นที่คล้ายคลึงกัน หรือเสียง เพื่อวัตถุประสงค์อื่นอันชอบด้วยกฎหมาย ในเรื่องข้อมูลสาธารณะ

6) ใช้เอกสารโต้ตอบของเขา ด้นฉบับ หรือเอกสารส่วนตัวอื่นใด

ส่วนอีก 3 จังหวัด คือ Saskatchewan, Manitoba และ Newfoundland ได้บัญญัติหลักไว้ว่า การที่ชื่อหรือภาพวาดของบุคคลใดถูกนำไปใช้นั้น บุคคลนั้นจะต้องมีตัวตนอยู่จริง และจะต้องมีบุคคลอีกคนหนึ่งแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งว่าที่จะใช้หรือเอกลักษณ์ของบุคคลดังกล่าวโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม

นอกจากนี้ ประเทศแคนาดา การถือเอาเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคล อาจนำมาพิจารณาภายใต้หลักกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) อันจะถือเป็นการละเมิดนั้น โจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าสาธารณชนจะต้องรู้ว่าเอกลักษณ์ที่กล่าวถึงนั้นเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวของโจทก์ และจำเลยได้ยึดถือเอาจึงสมควรลงโทษคู่เคียงกันกับการใช้ชื่อเสียงของบุคคลที่มีชื่อเสียง ลักษณะของความผิดชนิดนี้อีกอย่างหนึ่งก็คือ การใช้ประโยชน์ไปในทางการค้าโดยไม่มีอำนาจซึ่งภาพในลักษณะที่เป็นการแสดงของบุคคล

มีเพียงจังหวัดเดียว คือ คิวเบก (Quebec) ซึ่งให้บุคคลมีสิทธิในเอกลักษณ์เฉพาะตัวอย่างสมบูรณ์ ซึ่งคิวเบกจะให้การรับรองสิทธิความเป็นเจ้าของในเอกลักษณ์ของคน แต่จำกัดไว้เพียงสิทธิที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเท่านั้น ซึ่งในคิวเบกยังให้การรับรองสิทธิทางศีลธรรม (moral rights) ซึ่งคุ้มครองถึง เกียรติยศ ศักดิ์ศรี และชื่อเสียงของบุคคล ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ บุคคลธรรมดาที่ย่อมมีได้ เช่นเดียวกับกับบุคคลผู้มีชื่อเสียง และแม้จะตายไปแล้วสิทธินี้ก็จะได้รับการคุ้มครองเช่นกัน

ตัวอย่างของการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลอื่นมาแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจ ซึ่งศาลได้กล่าวไว้ภายใต้หลักการนำไปใช้โดยมิชอบของบุคลิภาพ (Misappropriation of Personality) ว่าประชาชนมีผลประโยชน์อยู่หลากหลายในบุคลิภาพ (Personality) ซึ่งมีอยู่โดยธรรมชาติ ไม่สามารถตีราคาเป็นเงินได้ (Non-Pecuniary) อย่างไรก็ตาม ละประโยชน์ทางเศรษฐกิจในบุคลิภาพไม่สามารถที่จะถูกละเลยได้ ตัวอย่างเช่นชื่อของบุคคลหรือรูปลักษณ์ (Images) ล้วนมีคุณค่าทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะผู้มีชื่อเสียง หากชื่อของเขาเหล่านั้นหรือรูปลักษณ์ได้นำไปหาประโยชน์ทางการค้าในการโฆษณาและการประกอบการค้า ในคดีของ **Krouse v. Chrysler Canada Ltd.**⁷¹ ผู้พิพากษา เฮนส์ ได้รับรองสิทธิในทรัพย์สิน (Property Right) ในการค้าขายทางธุรกิจในบุคลิภาพ (Personality) ของปัจเจกชนและพบว่ามี การนำบุคลิภาพของบุคคลเหล่านั้นไปใช้โดยมิชอบ ในคดี

⁷¹ (1972). 25 D.L.R. (3d) 49.

ของ *Athans v. Canadian Adventure Camps Ltd.*⁷² ซึ่งศาลถือว่าการละเมิดโดยการใช้นุคลิกภาพของบุคคล ปกป้องสิทธิในทรัพย์สิน ในการผูกขาดทางการตลาดสำหรับหากำไร (ของโจทก์) ใน นุคลิกภาพส่วนบุคคล รูปลักษณ์ และชื่อของเขา

นอกจากนี้ในคดี *Deschamps v. Renault Canada Case*⁷³ ศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้นักแสดงผู้มีชื่อเสียง 2 คน ยับยั้งจำเลยมิให้ใช้รูปภาพของพวกเขาที่รถยนต์ยี่ห้อ Renault ด้วยเหตุผลที่ว่า เพื่อเป็นการปกป้องการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในทางการค้า ทั้งนี้ ศาลเห็นว่าชื่อและความเหมือนคล้ายของผู้ยื่นคำร้อง (Petitioners) เกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สิน (Property Rights) ซึ่งเจ้าของชื่อมีอิสระที่จะใช้ในทางการค้าหรือสั่งห้ามบุคคลใดกระทำการเช่นว่านี้ และยังมีอิสระที่จะกำหนดเงื่อนไขในการใช้ชื่อหรือความเหมือนคล้ายที่จะเกิดขึ้นด้วย และจากที่ปรากฏก็เห็นได้ว่าชื่อหรือความเหมือนคล้ายนั้นมีมูลค่าทางการค้าซึ่งสามารถแปลงเป็นรูปของตัวเงินได้ และการให้ความคุ้มครองในเรื่องนี้ก็คือผู้จัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ในสินค้าและบริการจะต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้ร้องอันเนื่องมาจากการพิมพ์โฆษณาเผยแพร่ชื่อนั้น

หากสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์ในเชิงธุรกิจโดยการใช้ชื่อและภาพที่ปรากฏของดารากาพยนต์นั้นเป็นสิทธิในทรัพย์สิน (Property Right) และเป็นสิทธิในทรัพย์สินอันแท้จริงซึ่งสามารถก่อให้เกิดผลตอบแทนเป็นเงินได้ (Financial Return) สิทธิดังกล่าวนี้ย่อมเป็นการต้องห้ามมิให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์โดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของสิทธิ

3.6.2.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ โดยหลักคอมมอนลอว์ มิได้มีการให้การรับรองคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเสียงกรณีมีการนำเอกลักษณ์เฉพาะตัวของเขามาแสวงหาประโยชน์ไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง หากแต่ได้มีการพิจารณาใช้กฎหมายลักษณะอื่นๆ เพื่อให้มีการคุ้มครองเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท ละเมิดลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า หรือกฎหมายเกี่ยวกับการลงขาย (Passing Off) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การใช้กฎหมายดังกล่าวข้างต้นอาจมีข้อจำกัดไม่สามารถให้ความคุ้มครองต่อสิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้ทั้งหมดทุกกรณี ตัวอย่างเช่น

การใช้กฎหมายเรื่องหมิ่นประมาทในประเทศอังกฤษนั้น เช่น การใช้ชื่อหรือรูปลักษณ์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยไม่มีอำนาจนั้น ไม่อาจถือเป็นการกระทำหมิ่นประมาทได้เสียทีเดียว เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการใช้ชื่อหรือรูปลักษณ์ของบุคคลนั้น ทำให้เกิดความเสียหาย

⁷² (1977). 80 D.L.R. (3d) 583.

⁷³ (1977). 18 C de D 937 (MtI SC).

ขึ้น หรือการจะผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นจะต้องทำให้เกิดความรู้สึกถูกลดคุณค่าในชื่อเสียง ตัวอย่างเช่น ในคดี Tolley v. Fry Case⁷⁴ ได้อธิบายให้เข้าใจถึงเนื้อหาของคำว่า ความเสียหายจากการแสวงหาประโยชน์เชิงธุรกิจโดยมิชอบว่าเป็นอย่างไร ซึ่งในคดีนี้ได้มีการนำภาพของนักกอล์ฟผู้มีชื่อเสียงผู้หนึ่งไปใช้ในการโฆษณาสินค้าช็อกโกแลต ซึ่งนักกอล์ฟผู้นั้นเป็นโจทก์ฟ้องบริษัทผู้ผลิตช็อกโกแลต โดยอ้างกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาเผยแพร่หรือการใช้ชื่อเขียนอันเป็นการหมิ่นประมาท ซึ่งโจทก์ได้บรรยายในฟ้องว่า การโฆษณานั้นได้พาดพิงถึงการที่โจทก์ได้รับเงินเป็นการตอบแทนจากการที่ได้ตกลงให้ภาพไปปรากฏในโฆษณา ซึ่งถือเป็นการล่วงละเมิด สถานะของบุคคลผู้ไม่ได้ยึดอาชีพการโฆษณา ในคดีนี้นักกอล์ฟผู้นั้น จึงสามารถฟ้องร้องได้ว่า การกระทำเช่นนั้นทำให้ชื่อและชื่อเสียงของเขาเสียหาย โดยศาลได้ตัดสินว่า สาธารณชนอาจดูหมิ่นโจทก์ได้ว่าแม้จะเป็นคนที่มีชื่อเสียงก็ยังสามารถโฆษณาสินค้าเช่นนี้ ดังนั้น จำเลยต้องชดใช้ค่าเสียหายให้โจทก์ จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนี้ ส่งผลให้เห็นเป็นนัยว่า การกระทำเช่นนั้นถือเป็นการหมิ่นประมาทได้

อย่างไรก็ดี คดีนี้ ได้แสดงถึงข้อยกเว้นอย่างมากในการใช้ประโยชน์ของกฎหมายว่าด้วยการหมิ่นประมาท ในการปกป้องสิทธิในภาพลักษณ์ที่มีขอบเขต บุคคลใดก็ตามที่ต้องการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงในวัตถุประสงค์ของสินค้าหรือบริการจะต้องไม่ทำให้เกิดความเสียหายในชื่อเสียงของแต่ละบุคคล หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ถ้าเพียงแต่ใช้ชื่อหรือภาพที่ปรากฏของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในทางการส่งเสริมการค้า ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการหมิ่นประมาท ดังนั้น การทำการตลาดในผลิตภัณฑ์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียง โดยบุคคลนั้นไม่ได้ให้ความยินยอม จะถือเป็นการหมิ่นประมาทไม่ได้ เว้นเสียแต่จะพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าชื่อเสียงในทางวิชาชีพ (Professional Reputation) ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น

การนำหลักกฎหมายว่าด้วยการลงขายมาปรับใช้ในเรื่องการแสวงหาประโยชน์จากคามมีชื่อเสียงของบุคคล ในประเทศอังกฤษนั้น เป็นการให้ความคุ้มครองแก่สาธารณชนเพื่อมิให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าอันอาจจะลงให้สาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิดในแหล่งกำเนิดคุณภาพของสินค้าหรือความเป็นเจ้าของสินค้า โดยถือว่าเมื่อบุคคลใดได้ใช้เครื่องหมายการค้าเอกลักษณ์ในทางการค้าหรือในธุรกิจการค้าของตนจนเครื่องหมายการค้าหรือเอกลักษณ์ดังกล่าวเกิดมีค่านิยม (Good Will) หรือมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักแพร่หลาย การที่บุคคลภายนอกได้นำเอกลักษณ์ของบุคคลดังกล่าวไปใช้ โดยมุ่งที่จะแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากชื่อเสียง และค่านิยมของบุคคลดังกล่าว โดยการลงให้สาธารณชนเข้าใจว่าสินค้านั้นเป็นสินค้าหรือกิจการของเจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือเอกลักษณ์นั้นอันเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย โดยเป็นการลงขาย

⁷⁴ Tolley v. Fry (1931).

อย่างไรก็ตาม การใช้หลักในเรื่องการลงขายเพื่อให้ความคุ้มครองกรณีการแสวงหาประโยชน์ในชื่อเสียงของบุคคลนั้น มีข้อจำกัด เนื่องจากหลักดังกล่าวมุ่งที่จะคุ้มครองสาธารณชนจากความสับสนหลงผิด ดังนั้น หากไม่ปรากฏว่ามีความสับสนหลงผิดแล้ว ศาลก็จะปฏิเสธที่จะใช้หลักดังกล่าว เพื่อให้ความคุ้มครอง ซึ่งการที่จะเกิดความสับสนหลงผิดขึ้นหรือไม่นั้น ศาลมักจะใช้เกณฑ์ การพิจารณาว่า ธุรกิจของทั้งสองฝ่าย ว่าเป็นธุรกิจในแขนงเดียวกันหรือไม่ (Common Field of Activity) และหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นธุรกิจของทั้งสองฝ่ายมิได้จัดอยู่ในแขนงเดียวกัน หรือมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันแล้ว ศาลมักจะถือว่าไม่มีการลงขายเกิดขึ้น ซึ่งผลที่ตามมาคือ ทำให้มีการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคลอื่นโดยมิชอบ โดยอาศัยช่องว่างที่กล่าวมา ดังตัวอย่างที่เกิดขึ้นต่อไปนี้

คดี *McCulloch v. May*⁷⁵ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า โจทก์เป็นนักจัดรายการทางวิทยุสำหรับเด็ก ใช้ชื่อว่า Uncle Mac ต่อมาจำเลยได้นำชื่อดังกล่าวไปใช้กับสินค้า วิทยุพีซที่เป็นอาหารเช้า ในคดีนี้โจทก์ไม่ประสบความสำเร็จในการขอให้ศาลห้ามจำเลยใช้ชื่อ Uncle Mac กับสินค้าของจำเลยเนื่องจากศาลเห็นว่า ธุรกิจของทั้งสองฝ่ายไม่มีความเกี่ยวข้องกันไม่ว่าในทางใด ๆ กล่าวคือ ระหว่างนักจัดรายการทางวิทยุสำหรับเด็กกับบริษัทผลิตวิทยุพีซ โอกาสที่สาธารณชนจะสับสนหลงผิด จึงไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ และโจทก์ไม่อาจห้ามจำเลยในการใช้ชื่อดังกล่าวกับสินค้าของตนได้

คำตัดสินคดีนี้ ทำให้เกิดความยากลำบากมากแก่ผู้มีชื่อเสียง (Celebrity) ที่จะประสบความสำเร็จในการดำเนินคดีในการลงขาย กระทั่งพวกเขาได้ตั้งสมคำความนิยมหรือจมนมีชื่อเสียงแพร่หลายทั่วไป (Good Will) จนกลายเป็นภาพลักษณ์ของตนเอง ไม่ใช่ลักษณะเฉพาะในตัวสินค้าหรือบริการ จนกระทั่งไม่นานมานี้ ธุรกิจสามารถที่จะใช้บุคลิกลักษณะพิเศษ (Characteristic Features) ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ได้ อย่างวงดนตรีแนวป๊อปที่ชื่อ ABBA ก็ไม่ประสบความสำเร็จในการห้ามจำเลยจากการใช้ชื่อและภาพพจน์วงดนตรีของตนในการจำหน่ายสินค้าของจำเลย โดยศาลมีความเห็นว่า ธุรกิจของทั้งสองฝ่ายไม่มีความเกี่ยวข้องกัน สาธารณชนย่อมจะไม่เกิดความสับสนหลงผิดอย่างแน่นอนจึงไม่เป็นการลงขายสินค้า⁷⁶ ซึ่งในคดีนี้ Oliver J. ได้แสดงความเห็นออกมอย่างชัดเจนว่า สาธารณชนจะไม่เชื่อมั่นว่ากลุ่มนักดนตรีจะรับผิดชอบถึงการถูกใช้ชื่อหรือรูปลักษณะดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่กลุ่มคนพวกนั้นมิได้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับธุรกิจในการขายสินค้าที่เกี่ยวกับเรื่องหรือเหตุการณ์ที่ควรจดจำซึ่งถูกนำภาพหรือชื่อมาใช้

⁷⁵ (1948). 65 RPC58.

⁷⁶ ดวงพร เลิศวงศ์ชัชวาล. (2538). การคุ้มครองค่านิยมในเครื่องหมายการค้า. หน้า 84-86.

ลงบนเสื้อ T-Shirt ถ้วยแก้ว และสิ่งอื่นทำนองเดียวกันเช่นเดียวกับการใช้ชื่อ The Beatles และรูปภาพของพวกเขาที่พบในการสัมภาษณ์ของ Fab Four⁷⁷ ศาลก็ได้ตัดสินในทำนองเดียวกัน

นอกจากนี้ยังมีคดี Tavenor Rutledge Ltd.v. Trexapalm. Ltd. (1977) ข้อเท็จจริงคดีนี้ ปรากฏว่าจำเลยได้ใช้ชื่อของตัวละครเอกในภาพยนตร์ทางโทรทัศน์ว่า “Kojak” เป็นเครื่องหมายการค้า สำหรับผลิตภัณฑ์ลูกกวาด โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ผู้เป็นเจ้าของ แต่เมื่อไม่ได้แสดงให้เห็น ถึงความสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยในตัวผลิตภัณฑ์นั้น อันไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดต่อสาธารณชนถึงที่มาของผลิตภัณฑ์ลูกกวาดนั้น จึงไม่ใช้การลงขาย นอกจากนี้เป็นการใช้คำว่า “Kojak” ในความหมายของคำแปลต่างๆ สำหรับเครื่องหมายการค้าผลิตภัณฑ์ลูกกวาด

หลังจากที่มีการวิพากษ์วิจารณ์ ถึงคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีได้ให้ความคุ้มครองแก่คดีที่กล่าวมาและในอีกหลายๆ คดี เนื่องจากศาลได้พิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ว่า ธุรกิจของทั้งสองฝ่ายว่าเป็นธุรกิจในแขนงเดียวกันหรือไม่ (Common Field of Activity) ซึ่งถ้าไม่ ก็ย่อมจะไม่มีผลสืบเนื่องกัน และศาลก็จะปฏิเสธที่จะมีคำสั่งให้ ความคุ้มครองตามหลักเรื่องการลงขายสินค้า (Passing Off)

ต่อมา จึงได้มีการขยายหลักเรื่องการลงขาย เพื่อให้ความคุ้มครองในกรณีที่มีการใช้ชื่อเสียงของบุคคลอื่นโดยมิชอบหรือไม่เหมาะสม โดยได้มีคำพิพากษา ซึ่งวางหลักเกณฑ์ไว้เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์โดยไม่ชอบนี้ ดังปรากฏในคดีเครื่องหมายการค้า Advocaat ซึ่งท่านผู้พิพากษา Lord Diplock ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องการกระทำอันถือว่าเป็น การลำแดงเท็จ (Misrepresentation) ดังนี้⁷⁸

- 1) ต้องมีการกระทำหรือการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ
- 2) เป็นการกระทำโดยผู้ประกอบการค้าและในธุรกิจการค้า
- 3) กระทำแก่กลุ่มลูกค้าที่คาดไว้ (Propective Customers) ของผู้ประกอบการค้าหรือผู้บริโภค (Altimate Consumers) ที่บริโภคสินค้าหรือบริการที่เสนอโดยผู้ประกอบการ ในที่สุด
- 4) การกระทำดังกล่าวอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ธุรกิจหรือค่านิยมของผู้ประกอบการรายอื่น โดยเป็นการกระทำที่อาจจะคาดถึงผลที่ตามมาได้
- 5) การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นจริง (Actual Damage) แก่ธุรกิจหรือค่านิยมของผู้ประกอบการค้ารายอื่น ซึ่งเป็นผู้ที่นำคดีมาสู่ศาล

⁷⁷ Harrison and Starkey v. Polydor. (1977). FSR 1.

⁷⁸ ควงพร เลิศวงศ์ชัชวาล. เล่มเดิม. หน้า 87-89.

หลังจากคำพิพากษาคดี *Advocaat* ในสหราชอาณาจักร ปรากฏว่ามี การดำเนินตามคำพิพากษาดังกล่าว เช่น คดี *Irvine v. Talksport Ltd.*⁷⁹ ศาลได้ตัดสินว่า สาธารณชน อาจถูกทำให้สับสนหลงผิดในกรณีที่ความเหมือนคล้ายของบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้นำไปใช้เพื่อ ประโยชน์ในทางการค้าโดยปราศจากความยินยอม เช่น การนำไปใช้ซึ่งการโฆษณาสินค้าหรือ ผลิตภัณฑ์ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการดำเนินการดังกล่าว อย่างไรก็ตามบุคคลที่ได้ใช้ชื่อของผู้อื่นเพื่อ ประโยชน์ในทางการค้าก็สามารถทำให้เกิดข้อยุติได้โดยการทำให้บุคคลดังกล่าวได้รับความพึงพอใจ และอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวได้

3.6.2.3 ประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลีย เป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์เหมือนกับ ประเทศอังกฤษ การป้องกันสิทธิส่วนบุคคลจะมุ่งพิจารณาถึงการกระทำอันเป็นการลวงขาย (*Passing off*) การทำให้ขาดความไว้วางใจ (*Breach of Confidence*) โดยหลักทั่วไป (*General Rule*) กฎหมายออสเตรเลีย จะเป็นกฎหมายที่เปิดกว้างและส่วนมากมีการประยุกต์ใช้กับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลรูปแบบใหม่ๆ ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้จะกล่าวถึงเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของ บุคคลอื่นในทางธุรกิจเท่านั้น โดยในประเทศออสเตรเลียได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายลวงขาย ในกรณีการใช้ประโยชน์ในเชิงธุรกิจในชื่อเสียงของบุคคล แม้ยังไม่เคยมีการอนุญาตให้บุคคลใด ใช้สิทธิ ถือว่าเป็นการลวงขายแล้ว ดังเช่น คำพิพากษาในคดี *Henderson v. Radio Corporation Pty. Ltd.* (1969)

ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า จำเลยได้นำเอารูปภาพของโจทก์ซึ่งเป็น นักเดินร่าอาชีพเป็นปกบนชุดสวมแผ่นเสียงคนตรีสำหรับเดินร่า โดยมีได้รับอนุญาตจากโจทก์ ศาล ได้กล่าวในคดีนี้ว่า โจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายแม้จะปรากฏว่าอาชีพนักเดินร่าและบริษัทผลิต แผ่นเสียงจะมีความแตกต่างกันทางด้านธุรกิจโดยสิ้นเชิง (*Entirely Different of Business*) แต่เจตนา อันไม่เหมาะสมต่อชื่อเสียงในทางอาชีพของโจทก์โดยการหลอกลวงแสดงข้อความอันเป็นเท็จว่า โจทก์แนะนำให้ใช้แผ่นเสียงดังกล่าวของจำเลย ซึ่งนับว่าเป็นหลักฐานที่เพียงพอแล้ว สำหรับ ความเสียหาย โดยโจทก์มิได้รับค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทน (*Royalty*) ซึ่งโจทก์อาจจะเรียกเอา จากจำเลยได้

หลังจากคำพิพากษาคดี *Henderson* ในออสเตรเลียแล้ว ปรากฏว่ามี การดำเนินตามคำพิพากษาดังกล่าว และมีการขยายหลักเรื่องลวงขายเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิใน ชื่อหรือรูปลักษณ์ของบุคคลหรือตัวละครผู้มีชื่อเสียง อย่างกว้างขวาง เช่น

⁷⁹ (2002). *EWHC S39* ; (2003) *EWCA Civ. 423*.

คดี Hutchence v. South Sea Bubble Co. Pty Ltd. (1986)

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า โจทก์เป็นวงดนตรีแนวป๊อปใช้ชื่อว่า INXS ต่อมา จำเลยได้ผลิตเสื้อที่เจ็ดซึ่งมีรูป หรือชื่อวงดนตรีของโจทก์ เพื่อจำหน่าย โจทก์จึงได้นำคดีมาสู่ศาล ในคดีนี้ศาลได้พิจารณา และมีคำสั่งว่าการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย และห้ามมิให้จำเลยจำหน่ายเสื้อที่เจ็ดดังกล่าวต่อไป โดยศาลเห็นว่าการกระทำของจำเลยอาจทำให้ สาธารณชนเข้าใจได้ว่า สินค้าที่จำหน่ายโดยจำเลยเป็นสินค้าที่ได้รับความเห็นชอบจากวงดนตรีของ โจทก์เพื่อตอบแทนการที่จำเลยจ่ายค่าสิทธิ (royalty) ให้แก่โจทก์

คดี Hogan v. Koala Dundee (1989)

ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า โจทก์เป็นผู้เขียนและออกแบบลักษณะตัวละคร และบทภาพยนตร์เรื่อง Crocodile Dundee ต่อมาจำเลยได้ลอกเลียนลักษณะตัวละคร และการแสดง ในฉากบางฉากในภาพยนตร์ของโจทก์ไป ในภาพยนตร์ของจำเลยซึ่งมีชื่อว่า Dundee Country ศาลได้มีคำสั่งห้ามมิให้จำเลยใช้ชื่อ Dundee Country และการใช้รูปแบบลักษณะการแต่งตัวที่มีภาพพจน์ คล้ายกับตัวละครในภาพยนตร์ เรื่อง Crocodile Dundee ของโจทก์ โดยศาลเห็นว่า การกระทำของ จำเลยเป็นที่แน่ชัดว่ามีเจตนาที่จะแสวงหากำไรจากภาพยนตร์ดังกล่าว โดยการถ่ายภาพพจน์จาก ภาพยนตร์ที่เคยโด่งดังที่กล่าว การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยเจตนา และมีความชั่วร้าย อย่างไม่เหมาะสมต่อชื่อเสียงหรือภาพพจน์ซึ่งเป็นของโจทก์ โจทก์จึงสมควรที่จะได้รับความคุ้มครอง โดยการขยายหลักในเรื่องการลวงขายดังที่ได้กระทำมาแล้วในคดี Henderson

คดี Hogan v. Pacific Dunlop Limited (1990)

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยได้ลอกเลียนฉากการแสดง ไขว้มีด (Knife scene) ที่มีชื่อเสียงในภาพยนตร์เรื่อง Crocodile Dundee ในการโฆษณาสินค้ารองเท้าของจำเลย ศาลได้ ก่อว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการลวงขาย โดยเป็นการสำแดงเท็จเกี่ยวกับการใช้ภาพพจน์หรือ ชื่อทางการค้า เพื่อชักจูงให้ผู้บริโภคเข้าใจว่า ระหว่างโจทก์กับสินค้าหรือบริการของจำเลยมี ความเกี่ยวข้องกัน ในทางใดทางหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นความจริงแต่อย่างใด

3.6.2.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจากการถูกนำมา แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการนำหลักกฎหมายที่แตกต่างกัน มาปรับใช้ อาทิเช่น กฎหมายละเมิดว่าด้วยการบุกรุกความเป็นส่วนตัว การละเมิดชื่อในทางการค้า (Trade Name Infringement) หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในชื่อเสียง (Right of Publicity)

1) กฎหมายละเมิดว่าด้วยการบุกรุกความเป็นตัว(Invation of Privacy)

การให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจากการถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจนั้น เริ่มแรกมีการยอมรับภายใต้สิทธิส่วนตัว (Privacy Right)

สำหรับที่มาของสิทธิส่วนตัวนั้น ได้รับการกล่าวถึงในบทความของ แซมมวล ดี วอร์เรน (Samuel D. Warren) และหลุยส์ ดี แบรินไคส์ (Louis D. Brandies) นักกฎหมายผู้มีชื่อเสียง โดยบทความนั้นได้รับการตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดในปี ค.ศ. 1890 ซึ่งได้ให้ความหมายของสิทธิส่วนตัวไว้ว่า สิทธิที่จะอยู่โดยลำพังปราศจากการรบกวน (The right to be let alone) และเป็นสิทธิที่ได้รับการกล่าวถึงกันมากที่สุดในช่วงปี ค.ศ. 1890⁸⁰ หลังจากบทความดังกล่าว ทำให้สิทธิส่วนตัวได้รับการยอมรับโดยศาลของมลรัฐต่างๆ เช่น⁸¹

คดี *Schuyley v Curtis*, 147 N.Y. 434, 42 N.e. 22 (1895) ศาลนิวยอร์ก ยอมรับว่า สิทธิส่วนตัวในชื่อและภาพของบุคคลมีอยู่จริง แต่โจทก์ไม่ได้รับการชดเชยเพราะสิทธินี้ไม่มีในผู้ที่ตายไปแล้ว

คดี *Atkinson v New England Mutual Life Insurance Co.*, 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905) ศาลฎีกามลรัฐจอร์เจียยอมรับว่า สิทธิส่วนตัวของโจทก์ถูกละเมิดเนื่องจากจำเลยได้ใช้ชื่อและภาพของโจทก์ในการโฆษณาการประกันภัย ศาลห้ามการกระทำนั้นโดยให้เหตุผลที่น่าสนใจว่า ในกรณีที่คอมมอนลอว์ไม่ได้กล่าวถึง “สิทธิ” นั้น มิได้หมายความว่าไม่มีอยู่ แม้จะไม่มี แบบอย่างบรรทัดฐานคำพิพากษามาก่อน ก็เป็นที่ยอมรับโดยกฎหมายธรรมชาติและถือเป็นสิทธิที่ประชาชนมีเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ “เสรีภาพย่อมรวมถึง สิทธิที่จะดำเนินชีวิตตามที่เขาปรารถนา... บางคนอาจต้องการมีชีวิตอยู่ตามลำพัง”

ต่อมา มลรัฐนิวยอร์กก็ได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิส่วนตัวในปี ค.ศ. 1903 มาตรา 50-51 แห่งกฎหมายซีวิลลอว์ (New York Civil Law) ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่รับรองสิทธิส่วนตัวของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งบัญญัติว่า “การใช้ชื่อ รูปภาพ หรือภาพถ่ายของบุคคลอื่นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือการโฆษณาที่เขาไม่ได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือเป็นความผิดทางอาญาและเป็นการละเมิด”⁸²

⁸⁰ วรวิทย์ ฤทธิพิศ. เล่มเดิม. หน้า 70.

⁸¹ ซีนอริ มาลิศรีประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 146-147.

⁸² แหล่งเดิม. หน้า 147.

หลังจากนั้น มลรัฐต่างๆ เกือบทุกมลรัฐ ก็ได้ให้การรับรองสิทธิส่วนตัว โดยตราเป็นกฎหมายของมลรัฐ และให้ความคุ้มครอง “สิทธิส่วนตัว” ว่าหมายถึง สิทธิที่จะมิให้มีการนำบุคลิกภาพของบุคคลไปใช้แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ มิให้มีการโฆษณาเรื่องราวส่วนตัวอันสาธารณะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยชอบ หรือมิให้มีการก้าวล่วงโดยมิชอบต่อกิจกรรมส่วนตัวของบุคคลในลักษณะรุนแรง ก่อให้เกิดความตกใจ หรืออับอายใจ หรือเป็นสิทธิของบุคคลที่จะอยู่ตามลำพัง และดำเนินชีวิตอย่างสันโดษ

รูปแบบของการละเมิดสิทธิส่วนตัว (Tort Privacy) ซึ่งมีที่มาจากบทความของวอเรนและแบรนไดส์ สามารถแบ่งการกระทำต่อสิทธิส่วนตัวได้เป็น 4 แนวทาง⁸³ ดังนี้

(1) การแทรกแซงในกิจกรรมส่วนตัวหรือก้าวล่วงต่อสิทธิส่วนตัวที่จะมีความสันโดษ (Intrusion Upon Seclusion) ในสถานที่ของเอกชนผู้นั้น ซึ่งเป็นการกระทำที่น่ารังเกียจ โดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งมีความมุ่งหมายแต่เดิมเพื่อปกป้องการบุกรุก และการลักขโมยทรัพย์สิน

แต่อย่างไรก็ดี การแทรกแซงหรือก้าวล่วงสิทธิในที่สาธารณะ เอกชนย่อมไม่อาจสิทธิส่วนตัวที่อยู่โดยลำพังได้ ดังเช่นในคดี Gill v Hearst Pub. Co., (1953) การถูกถ่ายภาพในที่สาธารณะ จึงไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัว

(2) การเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัวต่อสาธารณะ (Public Disclosure of Private Fact)

(3) การไขข่าวแพร่หลายในเรื่องราวอันเป็นเท็จ (False Light in the Public Eye) คือ โดยการเผยแพร่ต่อสาธารณะและเพียงแต่ทำให้โจทก์เสื่อมเสียตามสายตาของสาธารณชน โจทก์ไม่ถึงกับต้องเสียชื่อเสียงอย่างความผิดฐานหมิ่นประมาท และในการเผยแพร่ซึ่งเรื่องราวที่ไม่เป็นจริงดังกล่าว ย่อมทำให้ผู้อื่นไม่สมควรมีสิทธิเป็นพิเศษที่จะรายงานให้สาธารณะทราบ กล่าวได้ว่า เรื่องเท็จไม่ใช่เรื่องราวที่เป็นผลประโยชน์ต่อสาธารณะนั่นเอง ข้อยกเว้นที่สำคัญคือ การเป็นบุคคลสาธารณะ จะถูกจับตามองได้มากกว่าคนธรรมดา

คดี Lord Byron v Johnston (1816) จำเลยใช้ชื่อโจทก์เพื่อแสดงว่า บทประพันธ์ละครเป็นของโจทก์ แม้จะเป็นบทประพันธ์ที่ดี แต่ทำให้โจทก์เสื่อมเสียชื่อเสียงในสายตาของสาธารณชน เนื่องจากต่างก็ทราบว่าเป็นโจทก์มิได้เป็นผู้ประพันธ์จริง ศาลพิพากษาสั่งห้ามจำเลยใช้ชื่อโจทก์ เพื่อแสดงว่าเป็นบทประพันธ์ของโจทก์

⁸³ ซีนอริ มาลีศรีประเสริฐ. แหล่งเดิม. หน้า 150-155.

(4) การใช้ชื่อหรือภาพเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า (Commercial appropriation of portrait or name) หรือการโฆษณาหรือใช้เป็นชื่อสินค้า บริการหรือ ใช้เป็นชื่อบริษัทนิติบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมทั้งชัดแจ้งหรือ โดยปริยายจากเอกชนผู้นั้น เนื่องจากชื่อและภาพ เป็นเอกลักษณ์ของบุคคล เช่น

คดี **Pollard v Photographic Co., (1888)** การที่ช่างภาพได้ขาย ภาพถ่ายของโจทก์เป็นการใช้ภาพถ่ายของโจทก์โดยไม่ได้รับความยินยอมแล้วได้ผลประโยชน์ตอบแทน เป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวต่อโจทก์ ทั้งยังเป็นการผิดสัญญาโดยปริยายต่อโจทก์ด้วย

คดี **Kerby v Hal Roach Studios (1942)** แม้ว่าชื่อจะเป็นเอกลักษณ์ของบุคคล อย่างไรก็ตามชื่อที่เหมือนกันอาจไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิของโจทก์ แต่คำอธิบายความหมายประกอบหรือสภาพเหตุการณ์และสาระสำคัญอื่นๆ บางอย่าง จะชี้ให้เห็นชัดว่า ชื่อนั้นหมายถึงตัวโจทก์ โจทก์ย่อมมีสิทธิป้องกันมิให้กระทำเช่นนั้น

คดี **Miller v National Broadcasting Co., (1957)** จำเลยใช้บุคลิก ลักษณะ อาชีพ และเรื่องราวเกี่ยวกับชีวิตโจทก์ มาเป็นบุคคลในนวนิยาย ซึ่งเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่าเป็นเรื่องราวที่สมมุติขึ้น จำเลยไม่ได้กระทำละเมิดต่อโจทก์

ต่อมาสิทธิส่วนตัว ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ใน **Restatement (Second) of Torts as Section 652A-652D** ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงเฉพาะมาตรา 652C ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลมาแสวงหาประโยชน์เท่านั้น

มาตรา 652C บัญญัติว่า “บุคคลใดที่ได้ยึดถือผลประโยชน์จากชื่อ หรือความคล้ายคลึงกันของบุคคลอื่น จะต้องรับผิดชอบสำหรับการละเมิดความเป็นส่วนตัว”

“One who appropriates to his own use or benefit the name or likeness of another is subject to liability to the other for invasion of his privacy.”

ผลประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายข้อนี้ คือ ผลประโยชน์ที่ได้จากเอกลักษณ์ของบุคคลที่ถูกละเมิดซึ่งอาจจะเป็นชื่อหรือความคล้ายคลึงไม่ว่าจะเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อประโยชน์แก่ผู้อื่น การสูญเสียต่อความรู้สึกทางจิตใจ ทำให้เกิดกฎหมายข้อนี้ขึ้น และกฎหมายถือว่าผลประโยชน์นี้เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง การนำมาและใช้ชื่อของบุคคลใดเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้า ถือเสมือนว่าเป็นการพรากสิทธิในทางทรัพย์สินของบุคคลนั้นมา ใน การดำเนินคดีตามหลักกฎหมายเรื่องนี้ ประเด็นเกี่ยวกับความสับสนของสาธารณชนในแหล่งที่มาไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเลย เพียงแต่สาธารณชนสามารถระบุได้ว่าจำเลยได้ใช้ชื่อโจทก์ในการกระทำนั้น ย่อมก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องคดีแล้ว และแม้จะมีการ โอนสิทธิไปให้แก่บุคคลที่สามแล้วก็ตาม ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก็มีสิทธิในการปกป้องสิทธิในใบอนุญาตของตน โดยใช้กฎหมายข้อนี้

การบุกรุกความเป็นส่วนตัว (Invasion of Privacy) ภายใต้กฎหมาย
ข้อนี้ คือ การนำชื่อหรือความคล้ายคลึงของโจทก์ไปโฆษณาทางธุรกิจหรือผลิตภัณฑ์ หรือเพื่อ
วัตถุประสงค์ในทางการค้าของจำเลย แต่ไม่ได้หมายความว่า จะต้องจำกัดเฉพาะในทางการค้าเพียง
อย่างเดียว กฎหมายนี้ใช้ครอบคลุมถึงการที่จำเลยนำเอกลักษณ์ของโจทก์ไปใช้เพื่อผลประโยชน์
ของจำเลย แม้จะไม่เกี่ยวกับทางการค้าและรวมไปถึงผลประโยชน์อันมิใช่ตัวเงิน กฎหมายในบางมลรัฐ
จำกัดความรับผิดในการใช้ชื่อหรือความคล้ายคลึงเฉพาะในทางการค้าเท่านั้น

2) การละเมิดชื่อในทางการค้า(Trade Name Infringement)

ในกรณีสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลอันก่อให้เกิดสิทธิดำเนินคดี
ละเมิดชื่อในทางการค้า โดยหากโจทก์ได้ใช้ชื่อของตนเกี่ยวข้องกับธุรกิจหรืออาชีพ ศาลอาจเห็นชอบ
แก่การฟ้องคดีละเมิดชื่อในทางการค้าของโจทก์เพื่อป้องกันจำเลยจากการใช้ชื่อของโจทก์ในการขาย
หรือประชาสัมพันธ์สินค้าของจำเลย อันเป็นการนำหลักกฎหมายว่าด้วยการลวงขายในระบบกฎหมาย
คอมมอนลอว์มาปรับใช้

ในคดีดังกล่าวนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาให้หลักเกณฑ์ใน
การพิจารณาไว้ว่า การใช้ประโยชน์ในชื่อของบุคคลโดยจำเลยเป็นเหตุให้เกิดความสับสนแก่สาธารณชน
ถึงความเกี่ยวพันระหว่างโจทก์และจำเลยหรือไม่ โดยคำนึงถึงประเด็นที่ว่า สาธารณชนมีแนวโน้ม
ที่จะคิดว่าโจทก์ได้สนับสนุนหรืออนุญาตให้ใช้ชื่อของตนในสินค้าหรือบริการของจำเลยหรือไม่
หากเป็นเช่นนั้น โจทก์อาจได้รับความเสียหายสองประการ คือ (1) ชื่อเสียงของโจทก์อาจได้รับความ
เสียหาย ดังเช่นสินค้าหรือบริการของจำเลยมีคุณภาพต่ำ และ (2) คุณค่าในทางประชาสัมพันธ์
ชื่อโจทก์อาจเสื่อมค่าลง ดังเช่น โจทก์อาจมีโอกาสน้อยลงในการใช้ชื่อของตนเพื่อการขายหรือ
ประชาสัมพันธ์สินค้าและบริการอื่นๆ ในอนาคต

3) สิทธิในชื่อเสียง (Right of Publicity)

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีหลักการคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียง
โดยมีการกำหนดไว้ในรูปแบบของสิทธิในชื่อเสียงของบุคคล (Right of Publicity) หลักการเกี่ยวกับ
สิทธิในชื่อเสียงของบุคคลนี้ มีแนวทางเริ่มต้นมาจากแนวคำพิพากษาของศาล ในระบบกฎหมาย
คอมมอนลอว์ (Common Law) ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยได้พัฒนามาจากหลักกฎหมายใน
เรื่องละเมิดว่าด้วยการบุกรุกความเป็นส่วนตัว ซึ่งแต่เดิมมีหลักการพิจารณาว่า การแสวงหาประโยชน์
เชิงธุรกิจจากเอกลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียง โดยมิได้รับความยินยอม ไม่อาจถือเป็นการละเมิด
ความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่มีชื่อเสียงได้ ทั้งนี้เพราะเรื่องดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับการก้าวล่วงสิทธิ
หรือการเปิดเผยต่อสาธารณชนและไม่เกี่ยวข้องกับการใช้ข้อมูลซึ่งเป็นความลับในทางมิชอบแต่อย่างใด
ในเขตอำนาจศาลบางประเทศให้การยอมรับว่าสิทธิในชื่อหรือความคล้ายคลึงเป็นสิทธิในทรัพย์สิน

ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าการแสวงหาประโยชน์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยมิได้รับความยินยอมนั้น จะถือเป็นการละเมิดสิทธิการใช้ประโยชน์ของเจ้าของสิทธิในเชิงธุรกิจหรือไม่ และเป็นที่น่าพิจารณาว่าการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลเป็นความคิด ในกรณีที่มีการใช้เอกลักษณ์นั้นไป โดยแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคลอื่น (Personality Merchandising) ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นดารานักแสดงหรือไม่ก็ตาม หากบุคคลดังกล่าวมีตัวตน เป็นที่รู้จักในสังคม และในกรณีที่ใช้เอกลักษณ์ที่เป็นภาพลักษณ์ บุคลิกลักษณะ เสียงหรือภาพนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับนักแสดงจริงๆ

(1) ลักษณะของสิทธิในชื่อเสียง

สิทธิในชื่อเสียงของบุคคลผู้มีชื่อเสียง เป็นรูปแบบหนึ่งของทรัพย์สินส่วนบุคคลซึ่งไม่มีรูปร่าง (A Species of Intangible Personal Property) ซึ่งเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะ (Characterized) ของสิทธิในทางทรัพย์สิน (Property Right)

สาระสำคัญของสิทธิในชื่อเสียง เป็นผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินของโจทก์ที่มีอยู่ในกฎหมาย (Entire Act) ความคล้ายคลึงของเขา หรือลักษณะท่าทางของเขา (Style) และครอบคลุมถึงงานแสดงละครที่มีลักษณะโดดเด่นเป็นพิเศษ รวมถึงน้ำเสียงที่มีลักษณะพิเศษ ตลอดจนการแสดงผลงานทางวรรณกรรมอันมีลักษณะโดดเด่นเฉพาะตัว รวมทั้งการเลียนแบบให้ดูเหมือนหรือคล้ายกับบุคคลที่มีชื่อเสียงและการวาดภาพในการแสดงของบุคคลที่มีชื่อเสียงด้วย

สิทธิในชื่อเสียง ปกป้องบุคคล (Persona) ภาพลักษณ์สาธารณะ (Public image) ซึ่งบ่งบอกถึงความเป็นบุคคลนั้นหรือจำแนกแยกแยะบุคคลนั้นๆ ในชื่อ หรือสิ่งที่คล้ายคลึงกัน เกี่ยวกับผลประโยชน์ทางการค้าในการทำการตลาดของสิ่งเหล่านั้น ที่จะบ่งบอกถึงลักษณะเฉพาะของสิ่งเหล่านั้นดังนั้น การดำเนินคดีเกี่ยวกับชื่อเสียง (Publicity) อยู่บนพื้นฐานที่จำเลยพยายามเผยแพร่หรือโฆษณา ซึ่งดำเนินการที่จะต้องจ่ายค่าตอบแทน

สิทธินี้คล้ายกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐ (Federal) ในการผูกขาด (Monopoly) อนุญาตให้ใช้ในทางการค้า ในการใช้ชื่อหรือสิ่งที่คล้ายคลึงกัน (likeness)⁸⁴ ของเขา และเทียบได้กับสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการประกอบการค้าที่มีผลกำไร (Benefit) อันได้มาจากความนิยม (Good Will) และในความหมายที่สอง (Secondary Meaning) ในการสร้างคุณค่าความนิยมให้กับชื่อ⁸⁵ ยิ่งกว่านั้น ในการปกป้องคุณค่าทางชื่อเสียง (Publicity Value) ในชื่อของเขาที่ได้รับการสนับสนุน โดยการพิจารณา (Consideration) นโยบายสาธารณะ (Public Policy)

⁸⁴ U.S.-Bi-rite v. Button Master. D.C.N.Y., 578 F.Supp. 59.

⁸⁵ U.S.-Price v. Hal Roach Studios. Inc., D.C.N.Y., 400 F.Supp. 836.

ตัวอย่างเช่น จากการใช้บุคลิกภาพของเขาและการป้องกันการได้มาซึ่งสิทธิบัตรได้ในกรณีที่บุคคลใดนำสิ่งเหล่านั้นมาหาประโยชน์จาก สิ่งที่เป็นเอกลักษณ์อื่นๆ⁸⁶ ของบุคคล

การเกิดขึ้นของสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายนั้นได้เป็นที่ยอมรับครั้งแรกในปี 1953 โดยการตีความตามเขตอำนาจศาลครั้งที่สองของกฎหมายแห่งรัฐนิวยอร์ก เป็นที่รู้จักกันในคดี **The Haelen Laboratories Inc. V. Topps Chewing Gum Case**⁸⁷ ซึ่งในคดีนี้เกี่ยวพันถึงข้อเรียกร้องของบริษัทหมากฝรั่งโจทก์ว่าจำเลยซึ่งเป็นบริษัทหมากฝรั่งเช่นเดียวกัน ทำการไม่เหมาะสมในการชักจูงนักเบสบอลอาชีพหลายคนให้กระทำการผิดสัญญา กับ โจทก์

ในสัญญาดังกล่าวนักเบสบอลได้อนุญาตให้โจทก์บริษัทหมากฝรั่งได้มีสิทธิใช้รูปถ่ายของพวกเขาอย่างผูกขาดในการติดต่อเกี่ยวกับการขายการ์ดนักเบสบอลอาชีพกับหมากฝรั่งและไม่อนุญาตให้บริษัทอื่นได้มีสิทธิอย่างเดียวกันนี้ จำเลยได้ทำการท้าทายต่อการมีผลของสัญญาดังกล่าว โดยอ้างว่าโจทก์ได้ทำการละสิทธิส่วนตัว (Privacy Right) แล้ว และสิทธิส่วนตัวโดยตัวของมันเองนั้นไม่สามารถโอนแก่กันได้ ศาลไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างดังกล่าวและได้กำหนดสิทธิขึ้นมาได้แก่ “สิทธิแห่งชื่อเสียง” ซึ่งมีอยู่จริงและได้แยกออกจากหากจากสิทธิส่วนตัว และได้ชี้แจงว่าบุคคลคนหนึ่งมีสิทธิในการขายหรือโอนให้กับผู้ใดก็ได้ในรูปภาพของตน ศาลในคดี Haelan มิได้จะแจ้งว่า สิทธิแห่งชื่อเสียงเป็นสิทธิแห่งทรัพย์สิน แต่ได้ถูกจำแนกออกอย่างชัดเจนจากสิทธิส่วนตัวและสิทธิซึ่งถูกเทียบเคียงโดยกฎหมายเครื่องหมายการค้า ซึ่งคดีนี้ทำให้ผู้ผลิตหมากฝรั่งรายนี้สามารถ ที่จะคุ้มครองป้องกันมิให้คู่แข่งของเขาใช้ภาพของนักเบสบอลคนเดียวกันนี้ได้

หกปีถัดมา ศาสตราจารย์ พรอสเซอร์ ได้ทำให้ชัดเจนถึงความแตกต่างดังกล่าว เมื่อเขาได้ตีพิมพ์บทความอันมีผลกระทบถึง “ความเป็นส่วนตัว” (Privacy) ซึ่งได้จัดระเบียบเกี่ยวกับทฤษฎีในเรื่องสิทธิส่วนตัวถึง 4 หลักเกณฑ์ (1) การกระทำละเมิดอย่างไม่มีเหตุผลต่อความลับ ผู้อื่น (2) การเปิดเผยต่อสาธารณชนในเรื่องส่วนตัว (3) การบุกรุกในความเป็นส่วนตัวและ (4) การนำ ชื่อของบุคคลอื่นที่คล้ายคลึงมาใช้ บทความดังกล่าวเป็นสิ่งสำคัญเพราะว่าได้จัดระเบียบเกี่ยวกับการจัดสรรในเรื่องความเป็นเอกลักษณ์ (Identity Appropriation) หรือเป็นที่ทราบในนามของ “สิทธิแห่งชื่อเสียง” ซึ่งได้แยกการคุ้มครองของมูลเหตุแห่งการกระทำในส่วนของผลประโยชน์ทางการค้าและส่วนบุคคล

⁸⁶ Wis.-Hirsch v. S.C. Johnson & Son. Inc., 280 N.W.2d 129, 90 Wis.2d 379.

⁸⁷ 202F.2d 866, 868 (2d Cir. 1953). cert. denied. 346 U.S. 816 (1953).

อย่างไรก็ดี หลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเกี่ยวกับสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลนี้มีขอบเขตอันจำกัดอยู่เฉพาะในเรื่องของบุคคลที่มีตัวตนอยู่อย่างแท้จริงเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับชื่อเสียงของตัวละครในนวนิยายหรือในภาพยนตร์ที่ได้มีตัวตนอยู่ในโลกแห่งความเป็นจริง อันสามารถนำมาใช้แสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจได้ ดังเช่นในประเทศออสเตรเลีย

(2) มูลฐานของความรับผิด

องค์ประกอบของการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของปัจเจกชน ปัจเจกชนจะต้องแสดงให้เห็นคุณค่าทางชื่อเสียง (Publicity) ในชื่อของเขาหรือสิ่งที่คล้ายคลึงกัน นอกจากนี้โจทก์ต้องใช้หาประโยชน์ทางการค้า ในชื่อหรือสิ่งที่คล้ายคลึงกันของเขา ในทางที่มีหลักฐานรับรองถึงสิทธิของเขาที่มาจากคุณค่าทางเศรษฐกิจ

โจทก์ต้องแสดงให้เห็นถึงสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์ โดยปราศจากความยินยอมในวัตถุประสงค์ของการโฆษณาหรือวัตถุประสงค์ทางการค้า เป็นสิ่งที่โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่า โจทก์เป็นบุคคลสาธารณะ (Public Personality) และจำเลยได้นำประโยชน์ทางทรัพย์สินของโจทก์ในชื่อหรือใบหน้า (Face) ไปใช้ในทางที่ผิด (Misappropriated) โดยการชี้้นำให้สาธารณชนเชื่อว่าโจทก์ได้สนับสนุนในการใช้บุคลิกลักษณะ (Personality) ชื่อหรือใบหน้าของโจทก์

(3) การป้องกันและเหตุยกเว้นความรับผิด

ไม่มีความรับผิดในการเผยแพร่รูปภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ได้มีการเผยแพร่เรียบร้อยแล้ว และได้ตกเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้ว (Public Domain)

สิทธิในชื่อเสียง ไม่สามารถที่จะปกป้อง การเผยแพร่ในเรื่องของข้อมูลทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับบุคคลผู้มีชื่อเสียง เมื่อข้อมูลนั้นได้ถูกนำมาใช้ในการตลาดของผลิตภัณฑ์ที่เป็นข้อมูลอิสระในตัวของมันเอง

นักแสดงไม่ประสบความสำเร็จในการใช้ความแตกต่างในลักษณะของพวกเขา สำหรับช่วงเวลาซึ่งรัฐธรรมนูญละเลยต่อสิทธิในชื่อของพวกเขาและสิ่งอื่นที่คล้ายคลึงกัน

(4) ข่าวที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะและเรื่องของผลประโยชน์

สาธารณะ (Newsworthiness and Matters of Public Interest)

การนำมาเผยแพร่ใหม่ ก่อนการเผยแพร่ การไม่มีลิขสิทธิ์ในภาพของผู้มีชื่อเสียงเป็นการใช้สิทธิโดยชอบธรรม (Fair Use) โดยข่าวที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะของผู้มีชื่อเสียง และไม่เป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของปัจเจกชน

เมื่อสิทธิในชื่อเสียง ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายการใช้ชื่อของปัจเจกชน หรือสิ่งที่คล้ายคลึงกันโดยปราศจากความยินยอมของเขา สามารถที่จะอนุญาตเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ หรือการเสนอข่าวที่เป็นปัจจุบันหรือประโยชน์สาธารณะ อันชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่บัญญัติถึงการยกเว้นจากความรับผิดชอบสำหรับการที่รู้อยู่แล้ว (Knowing) หรือประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (Reckless) การหลอกลวง (Falsehood) ภายใต้อาณัติของการเสนอข่าว

(5) การใช้สิทธิพิเศษ (Privileged Uses)

การใช้สิทธิพิเศษหรือข้อยกเว้น เช่น เนื้อหาของข่าว ประวัติศาสตร์ ชีวประวัติ และเรื่องที่เป็นประโยชน์สาธารณะอื่นๆ แม้จะมีความจำเป็นที่จะต้องอ้างอิง ชื่อภาพของบุคคล (Portraits) เอกลักษณ์ (Identities) หรือประวัติของบุคคลในเรื่องของสิทธิที่เรียกว่ายิ่งกว่านั้น สิทธิในชื่อเสียงไม่รวมถึงเรื่องราวเหตุการณ์ในชีวิตของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในการที่จะพรรณานาในนวนิยายหรือภาพยนตร์ที่เป็นการให้ปรากฏต่อสาธารณะจากเรื่องราวที่แต่งขึ้น

ดังนั้น หากการพรรณนา (Portrayal) ทางสื่อที่เกี่ยวข้องกับเรื่องจริงของบุคคลในวัตถุประสงค์ของการให้ข้อมูลซึ่งไม่ผิด (Not False) หรือไม่เป็นการหมิ่นประมาท (Defamatory) ในการอภิปรายสาธารณะทางการเมืองหรือเรื่องของสังคม (Public Debate of or Social Issues) หรือแสดงถึงความสามารถในการสร้างสรรค์ที่เป็นอิสระในการเพิ่มคุณค่าให้กับวัฒนธรรมของสังคม ดังนั้น การพรรณนาโดยทั่วไป จะได้รับการยกเว้นจากความรับผิดชอบพื้นฐานของสิทธิในชื่อเสียง

อย่างไรก็ตาม หากการพรรณนาทางสื่อเกี่ยวกับเรื่องราวในการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลในวิธีการหาผลประโยชน์ทางธุรกิจเช่นนี้ จะไม่ได้รับการยกเว้น โดยเฉพาะหากการหาประโยชน์ทางธุรกิจได้เสนอข้อมูลอันเป็นเท็จ

สำหรับการเยียวยาความเสียหาย หลังจากที่ได้มีการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงตามกฎหมายสหรัฐได้กำหนดให้มีทั้งการให้ชดเชยค่าเสียหายตามความเป็นจริง (Actual Damages) และค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) การให้คืนผลกำไร (Accounting of Profits) อันเนื่องมาจากการได้มาซึ่งลาภมิควรได้

อย่างไรก็ตาม ปัญหาอีกประการหนึ่งที่มีความเกี่ยวพันกับการแสวงหาประโยชน์เชิงธุรกิจในบุคคลผู้มีชื่อเสียง คือ เรื่องของการคงอยู่ (Survival) ของสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลภายหลังจากที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตายไปแล้วทายาทของผู้ตายจะสามารถดำเนินคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่ ซึ่งแนวคิดนี้มีความเห็นแตกต่างกัน โดยนักกฎหมายส่วนหนึ่งเห็นว่าสิทธิในชื่อเสียงยังคงมีอยู่แม้ภายหลังเจ้าของเอกลักษณ์ถึงแก่ความตายไปแล้ว แต่อีกส่วนหนึ่ง

กลับเห็นว่า สิทธิในชื่อเสียง (Right of Publicity) ของบุคคลหมดไปแล้วและไม่อาจตกทอดสู่ทายาท ภายหลังจากบุคคลผู้มีชื่อเสียง ถึงแก่ความตายไปแล้ว ซึ่งประเด็นในเรื่องนี้ แนวความคิดของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีความคิดเห็นแตกต่างกัน โดยศาลฎีกาในมลรัฐจอร์เจียได้พิจารณาว่า กองมรดกของมาร์ติน ลูเธอร์ คิงส์ จูเนียร์ จะสามารถได้รับค่าชดเชยหรือไม่จากการผลิตซึ่งมิได้รับความยินยอมและการขายรูปปั้นทรงครึ่งตัว ศาลได้ลงความเห็นว่ามีสิทธิแห่งชื่อเสียงนั้นสามารถ สืบทอดกันได้ กรณีรวมถึงบุคคลที่มีชื่อเสียง-ไม่มีชื่อเสียง และยังได้คุ้มครองถึงภาพวาด รูปหล่อ ของบุคคลทางการเมืองต่อการนำไปใช้ทางการค้า ซึ่งได้รับความคุ้มครองโดยหลักของการแก้ไข กฎหมายเพิ่มเติมในครั้งแรก ศาลของมลรัฐนิวยอร์กให้สิทธิในชื่อเสียงของเอลวิส เพรสลีย์ ยังคงมี อยู่ภายใต้กฎหมายของมลรัฐนิวยอร์ก แม้ภายหลังที่เอลวิสตายไปแล้วก็ตาม แต่ในทางตรงข้าม The Sixth Circuit Court of Appeals กลับเห็นว่าสิทธิในชื่อเสียงหมดไปแล้ว และไม่ตกทอดสู่ทายาท ภายหลังจากผู้มีชื่อเสียงถึงแก่ความตายไปแล้ว ภายใต้อำนาจของมลรัฐเทนเนสซี นอกจากนี้ ศาลในมลรัฐแมสซาชูเซต ยังได้กล่าวไว้ว่า สิทธิส่วนบุคคลในการใช้ชื่อหรือภาพนั้น นับเป็นสิทธิ เฉพาะตัวเมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตายก็ไม่ตกทอดไปยังทายาท เช่น การขายประวัติและภาพถ่าย ของบุคคลที่มีชื่อเสียง รัฐบุรุษ นักเขียน ศิลปิน นักประดิษฐ์ ฯลฯ ซึ่งเสียชีวิตไปแล้ว ทายาทไม่สามารถ ห้ามได้ เพราะบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ที่ร้องขอหรือต้องการการยอมรับจากสาธารณชน จึงควรยกสิทธินี้ คืนให้แก่สาธารณชน

ในหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา สิทธิในชื่อเสียงได้มีการยอมรับอย่างกว้างขวางโดยทั้งศาลและสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ (State Legislatures) เกือบครึ่งรัฐ ทั้งหมดมีการยอมรับสิทธิในชื่อเสียงทั้งในคอมมอนลอว์⁸⁸ หรือก็ได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิ ในชื่อเสียงของบุคคลและ/หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Publicity and or Privacy)⁸⁹ และ แต่ละมลรัฐก็จะให้ความคุ้มครองแตกต่างกันออกไป เช่น บางมลรัฐไม่คุ้มครองภายหลังจากบุคคลผู้มี

⁸⁸ States with common law sources for the right of publicity include : Alabama, California, Florida, Georgia, Hawaii, Illinois, Kentucky, Michigan, Minnesota, Missouri, New Jersey, Ohio, Pennsylvania, Texas, Utah and Wisconsin. See, J Thomas McCarthy, The right of publicity and privacy 6.3 (2000).

⁸⁹ States statutory sources for the right of publicity include : CAL. CIV. CODE 3344-3344.1(West 1997& Supp. 2001); Ind. CODE ANN. 32-13-1-8(Michie 1995); KY. REV. STAT. ANN. 391.170(Michie 1999); MASS. GEN. LAWS.ANN. ch. 214 3A(West 1989); NEB. REV. STAT. 20.201 211(1999); NEV. REV. STAT. ANN. 597.770-597.810(Michie 1999); N.Y. CIV. RIGHTS LAW 50, 51(McKinney 1992& Supp. 1996); OKLA. STAT. ANN. Tit 21, 839.1-2(West 1983); R.I. GEN. LAWS 9-1-28-29.1(1997); TENN.CODE ANN. 47-25-1101 1108(1995); UTAH CODE ANN.

กฎหมายได้กำหนดไว้ว่า บุคคลทุกคน (รวมถึงปัจเจกชนและสิ่งที่มีชีวิตที่บ่งบอกว่าเขาเป็นใคร) มีสิทธิในทรัพย์สินในการที่จะใช้ชื่อ เสียง ลายมือชื่อ รูปภาพ หรือสิ่งอื่นที่คล้ายคลึงกันในทุกๆ สิ่งหรือทุกๆ ลักษณะท่าทาง สิทธิในทรัพย์สินนี้โดยทั่วไปมีอยู่ในระหว่างที่บุคคลยังมีชีวิตอยู่และอีก 10 ปี หลังจากที่ได้ถึงแก่ความตายสำหรับการที่บุคคลนั้น สิ่งต่างๆ ที่มีคุณค่าทางธุรกิจ และบุคคลนั้นได้ตายภายหลังวันที่ 1 มกราคม 1948 สิทธินี้ยังคงมีอยู่เป็นเวลา 75 ปี หลังจากที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตายและสิทธินี้สามารถที่จะโอนหรืออนุญาตให้แก่กันได้และตกทอดเป็นมรดกโดยไม่ต้องมีการจดทะเบียน

ในส่วนของกรณีความเสียหายนั้น กฎหมายได้กำหนดสำหรับคำสั่งเยียวยาความเสียหายในการกระทำละเมิด โดยได้กำหนดค่าเสียหายขั้นต่ำ (1,500 ดอลลาร์) หรือค่าเสียหายตามความเป็นจริงและค่าทนายความ และค่าฤชาธรรมเนียมศาล เป็นต้น

อย่างไรก็ดี สิทธิดังกล่าวก็มีข้อยกเว้น กรณีเป็นการใช้สิทธิโดยชอบธรรม เช่น การใช้เพื่อให้เห็น ดิจมหรือวิจารณ์ การเสียดสี และการล้อเลียน ใช้เกี่ยวกับทางด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ การเมือง ศาสนา การศึกษา การเสนอข่าว หรือประโยชน์สาธารณะ การใช้สิทธิโดยชอบธรรมในการไม่เปิดเผยรวมงานเดี่ยวและงานต้นฉบับของงานศิลป์ที่มีคุณค่า ทั้งนี้ต้องไม่เผยแพร่มากกว่า 5 สำเนา และการโฆษณา และขายงานที่หายาก หรืองานที่มีคุณค่า (เช่น งานระบายสี งานปั้น หรือการพรรณนาถึงบุคคลที่มีชื่อเสียง โดยจะทำสำเนาเผยแพร่ได้ไม่เกิน 5 สำเนา มิฉะนั้นจะไม่ได้รับการคุ้มครอง) ส่วนงานวรรณกรรม งานละคร ดนตรีประกอบ ภาพยนตร์ วิทยุ การถ่ายทอดสด และรายการโทรทัศน์ บทความในนิตยสาร รายงานเกี่ยวกับสาธารณะ ถ่ายทอดกีฬา และการรณรงค์ทางการเมือง ทั้งหมดนี้ ไม่รวมอยู่ในกฎหมาย หากไม่มีการเรียกร้องหรือเพิกเฉยให้มีการกำหนดไว้

เช่นเดียวกันกับในมลรัฐอิลลินอยส์ สิทธิในชื่อเสียงได้มีการตราเป็นกฎหมายขึ้นมาแทนที่กฎหมายคอมมอนลอว์และทำให้เกิดความชัดเจนในสิทธิของปัจเจกชนในการที่จะควบคุมมูลค่าทางธุรกิจในเอกลักษณ์ของแต่ละบุคคลและป้องกันการกระทำที่ไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของสิทธิ

ภายใต้วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในชื่อเสียงตามกฎหมายนี้ ได้ให้คำนิยามศัพท์เกี่ยวกับความหมายของวัตถุประสงค์ทางการค้า ความหมายของเอกลักษณ์ของบุคคล ชื่อของบุคคล เป็นต้น เช่น คำว่า เอกลักษณ์ ตามคำนิยามศัพท์หมายถึง คุณลักษณะ (Attribute) ของบุคคลซึ่งสามารถแยกแยะได้ถึงลักษณะของบุคคลซึ่งรวมถึงชื่อ ลายมือชื่อ ภาพถ่าย รูปสัญลักษณ์ (Images) ลักษณะของความเหมือนคล้ายหรือเสียงของบุคคล เป็นต้น และให้ความคุ้มครองปัจเจกชนในระหว่างมีชีวิตและอีก 50 ปี หลังจากบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย

กฎหมายได้กำหนดไว้ว่า บุคคลทุกคน (รวมถึงปัจเจกชนและสิ่งที่บ่งบอกว่าเขาเป็นใคร) มีสิทธิในทรัพย์สินในการที่จะใช้ชื่อ เสียง ลายมือชื่อ รูปภาพ หรือสิ่งอื่นที่คล้ายคลึงกันในทุกๆ สิ่งหรือทุกๆ ลักษณะท่าทาง สิทธิในทรัพย์สินนี้โดยทั่วไปมีอยู่ในระหว่างที่บุคคลยังมีชีวิตอยู่และอีก 10 ปี หลังจากที่ตั้งแก่ความตายสำหรับการที่บุคคลนั้น สิ่งต่างๆ ที่มีคุณค่าทางธุรกิจ และบุคคลนั้นได้ตายภายหลังวันที่ 1 มกราคม 1948 สิทธินี้ยังคงมีอยู่เป็นเวลา 75 ปี หลังจากที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตายและสิทธินี้สามารถที่จะโอนหรืออนุญาตให้แก่กันได้และตกทอดเป็นมรดกโดยไม่ต้องมีการจดทะเบียน

ในส่วนของการเยียวยาความเสียหายนั้น กฎหมายได้กำหนดสำหรับคำสั่งเยียวยาความเสียหายในการกระทำละเมิด โดยได้กำหนดค่าเสียหายขั้นต่ำ (1,500 ดอลลาร์) หรือค่าเสียหายตามความเป็นจริงและค่าทนายความ และค่าฤชาธรรมเนียมศาล เป็นต้น

อย่างไรก็ดี สิทธิดังกล่าวก็มีข้อยกเว้น กรณีเป็นการใช้สิทธิโดยชอบธรรม เช่น การใช้เพื่อให้เห็น ดิจิมหรือวิจารณ์ การเสียดสี และการล้อเลียน ใช้เกี่ยวกับทางด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ การเมือง ศาสนา การศึกษา การเสนอข่าว หรือประโยชน์สาธารณะ การใช้สิทธิโดยชอบธรรมในการไม่เปิดเผยรวมงานเดี่ยวและงานต้นฉบับของงานศิลป์ที่มีคุณค่า ทั้งนี้ต้องไม่เผยแพร่มากกว่า 5 สำเนา และการโฆษณา และขายงานที่หายาก หรืองานที่มีคุณค่า (เช่น งานระบายสี งานปั้น หรือการพรรณนาถึงบุคคลที่มีชื่อเสียง โดยจะทำสำเนาเผยแพร่ได้ไม่เกิน 5 สำเนา มิฉะนั้นจะไม่ได้รับการคุ้มครอง) ส่วนงานวรรณกรรม งานละคร ดนตรีประกอบ ภาพยนต์ วิทยุ การถ่ายทอดสด และรายการโทรทัศน์ บทความในนิตยสาร รายงานเกี่ยวกับสาธารณะ ถ่ายทอดกีฬา และการรณรงค์ ทางการเมือง ทั้งหมดนี้ ไม่รวมอยู่ในกฎหมาย หากไม่มีการเรียกร้องหรือเพิกเฉยให้มีการกำหนดไว้

เช่นเดียวกันกับในมตรัฐอิลลินอยส์ สิทธิในชื่อเสียงได้มีการตราเป็นกฎหมายขึ้นมาแทนที่กฎหมายคอมมอนลอว์และทำให้เกิดความชัดเจนในสิทธิของปัจเจกชนในการที่จะควบคุมมูลค่าทางธุรกิจในเอกลักษณ์ของแต่ละบุคคลและป้องกันการกระทำที่ไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของสิทธิ

ภายใต้วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในชื่อเสียงตามกฎหมายนี้ ได้ให้คำนิยามศัพท์เกี่ยวกับความหมายของวัตถุประสงค์ทางการค้า ความหมายของเอกลักษณ์ของบุคคล ชื่อของบุคคล เป็นต้น เช่น คำว่า เอกลักษณ์ ตามคำนิยามศัพท์หมายถึง คุณลักษณะ (Attribute) ของบุคคลซึ่งสามารถแยกแยะได้ถึงลักษณะของบุคคลซึ่งรวมถึงชื่อ ลายมือชื่อ ภาพถ่าย รูปลักษณ์ (Images) ลักษณะของความเหมือนคล้ายหรือเสียงของบุคคล เป็นต้น และให้ความคุ้มครองปัจเจกชนในระหว่างมีชีวิตและอีก 50 ปี หลังจากบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย

สำหรับการเยียวยาความเสียหายนั้น ได้กำหนดในลักษณะเช่นเดียวกันกับรัฐออสเตรีย แต่ที่แตกต่างกันคือ การกำหนดค่าเสียหายขั้นต้น คือ 1,000 ดอลลาร์ และมีค่าเสียหายในเชิงลงโทษ สำหรับบุคคลที่ได้กระทำโดยจงใจฝ่าฝืนกฎหมายนี้ด้วย และนอกจากนี้ยังได้กำหนดข้อยกเว้นของสิทธิดังกล่าวในทำนองเดียวกันกับกฎหมายรัฐออสเตรียและรัฐแคลิฟอร์เนีย

นอกจากนี้สิทธิในชื่อเสียงยังได้ถูกยอมรับในคำประกาศของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมฉบับที่ 3 (ค.ศ. 1995) (Restatement (Third) Unfair Competition 1995) ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 46-49 ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

มาตรา 46 การจัดสรรคุณค่าทางการค้าในเอกลักษณ์ของบุคคล

(สิทธิในชื่อเสียง)

“ผู้ใดซึ่งได้จัดสรรไว้ในครอบครองถึงคุณค่าทางการค้าในเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคล ซึ่งการนำไปใช้โดยปราศจากความยินยอมจากเจ้าของชื่อ ความเหมือนคล้ายหรือตราสัญลักษณ์ที่เป็นเอกลักษณ์เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า ซึ่งนำไปสู่การรบกวนที่รับผิดชอบภายใต้กฎหมายแห่งรัฐมาตรา 48 และมาตรา 49

Article 46 Appropriation of the commercial value of a person's identity: the right of publicity

One who appropriates the commercial value of a person's identity by using without consent the person's name, likeness, or other indicia of identity for purposes of trade is subject to liability for the relief appropriate under the rules stated in article 48 and 49

มาตรา 47 การนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า

ชื่อ ความเหมือนคล้าย และสัญลักษณ์ของความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคลซึ่งถูกนำไปใช้ “เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า” ภายใต้กฎหมายซึ่งได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 46 ว่า ถ้าบุคคลใดได้ถูกนำไปใช้ เพื่อการโฆษณาผลิตภัณฑ์สินค้า หรือการบริการของผู้ใช้หรือจัดวางไว้เพื่อการส่งเสริมในด้านการขายทางการตลาด โดยผู้ใช้หรือผู้ถูกใช้ในการเชื่อมโยงด้วยการบริการซึ่งได้ถูกจัดให้มีขึ้นโดยผู้ใช้ อย่างไรก็ตามการนำไปใช้ “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ไม่รวมถึงการนำ เอกลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการรายงานข่าว บทความแสดงข้อคิดเห็น การให้ความเห็นทางด้านการบันเทิง งานด้านนวนิยาย หรือสิ่งซึ่งมีใจนวนิยายที่ได้สร้างสรรค์เรื่องขึ้นหรือในการโฆษณาซึ่งได้เกิดขึ้นเพียงเล็กน้อยถึงการใช้”

Article 47 Use for Purposes of Trade

The name, likeness, and other indicia of a person's identity are used "for purposes of trade" under the rule stated in 46 if they are used in advertising the user's goods or services or are placed on merchandise marketed by the user, or are used in connection with services rendered by the user. However, use "for purposes of trade" does not ordinarily include the use of a person's identity in news reporting, commentary, entertainment, works of fiction or nonfiction, or in advertising that is incidental to such uses.

การใช้สิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมนี้ โดยถือว่าเป็นการยกขออกทรัพย์เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำอันมีลักษณะเป็นการแอบใช้สิ่งที่ไม่ใช่เป็นของตน ด้วยเหตุผลที่ว่าเป็นการไม่ยุติธรรมที่จำเลยจะชูปมือเปิบจากการใช้สิ่งที่โจทก์ได้มาด้วยความยากลำบากในการฝึกฝนและทำงานมาอย่างยาวนาน ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวมักเกิดขึ้นเสมอ เมื่อโจทก์เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง ที่ต้องทำงานอย่างหนักเพื่อพัฒนาการยอมรับและความนิยมจากสาธารณชน และจำเลยได้นำชื่อของโจทก์มาใช้ในการขายหรือประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของจำเลยนั้น อันถือว่าเป็นการชูปมือเปิบจากชื่อเสียงต่อสาธารณชนที่ได้มาด้วยความยากลำบากของโจทก์