

บทที่ 4

วิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง มาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

ในปัจจุบันการแข่งขันกันเชิงธุรกิจ ผู้ประกอบธุรกิจต่างได้พยายามนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงและเป็นที่รู้จักของสาธารณชนมาใช้ในการแสวงหาประโยชน์ในธุรกิจของตนเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้เพื่อเพิ่มพูนศักยภาพในการจำหน่ายสินค้าและการให้บริการให้มีผลกำไรมากยิ่งขึ้น ซึ่งในบางครั้งการนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลอื่นมาใช้ได้กระทำไปโดยปราศจากความยินยอมจากบุคคลผู้เป็นเจ้าของเอกลักษณ์นั้น อันทำให้บุคคลซึ่งเป็นเจ้าของเอกลักษณ์นั้นได้รับผลกระทบจากการกระทำดังกล่าวและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลไว้โดยเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ เมื่อเกิดข้อเท็จจริงปรากฏสู่ศาลที่ว่า บุคคลหนึ่งบุคคลใดนำเอาชื่อหรือรูปลักษณ์ของผู้อื่นมาใช้ประโยชน์เชิงธุรกิจไม่ว่าจะเป็นการใช้กับตัวสินค้าหรือใช้ในการประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของตน ทางแก้ของศาลก็คงได้แต่เพียงนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายใกล้เคียงมาปรับใช้กับคดีที่เกิดขึ้น โดยพิจารณาแต่ละกรณีกับหลักกฎหมายที่มีอยู่อย่างเหมาะสมเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาการนำหลักกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง โดยมีประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณา ดังนี้

4.1 ปัญหาข้อจำกัดของงานสร้างสรรค์อันได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

การแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจจากควมมีชื่อเสียงของบุคคลนั้น อาจเป็นการใช้ชื่อภาพ น้ำเสียง ท่าทาง หรือเอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคลที่มีชื่อเสียง อาทิเช่น นักร้อง นักแสดง นักกีฬา นักการเมือง และนักดนตรี เป็นต้น ซึ่งกรณีเช่นนี้จะปรากฏในรูปของการโฆษณาในการรับรองสินค้าหรือบริการต่างๆ เช่น การนำชื่อตัว นามสกุล ชื่อเล่น หรือนามแฝง ของดารานักแสดงที่มีชื่อเสียงไปใช้เป็นชื่อของเครื่องสำอาง น้ำหอม หรือขนมขบเคี้ยวต่างๆ หรือการนำเอารูปภาพของนักแสดงผู้โด่งดังไปเป็นแบบประกอบโฆษณาสินค้า เช่น อาหารเสริม หรือยาควบคุมน้ำหนัก ทำเป็นตุ๊กตา หรือนำไปติดที่เสื้อผ้า นอกจากนี้ยังได้มีการนำบุคคลที่มีเสียงคล้ายคลึงกับนักร้องชื่อดังมาร้องเพลงประกอบในการโฆษณาสินค้าหรือบริการ รวมทั้งการนำภาพหรือบุคลิกลักษณะของ

บุคคลที่มีชื่อเสียงมาใช้เป็นองค์ประกอบสำคัญของการสร้างสรรค์งานขึ้นมาโดยไม่ได้มีการขออนุญาตจากบุคคลที่มีชื่อเสียงเหล่านั้นเลย ซึ่งในกรณีดังกล่าว กฎหมายของบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการพัฒนาบทบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษ ในการคุ้มครองสิทธิของสาธารณะบุคคล ที่เรียกว่า สิทธิในชื่อเสียงของบุคคล (Right of Publicity) โดยบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวจะให้ความคุ้มครองสิทธิของสาธารณะบุคคล ในกรณีที่บุคคลผู้มีชื่อเสียงนั้นไม่ได้รับผลตอบแทนเป็นเงินจากการที่บุคคลอื่นนำเอกลักษณ์ของตนไปแสวงหาประโยชน์ โดยมิได้ขออนุญาตจากบุคคลนั้นก่อน และในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ถือว่า แม้เอกลักษณ์ของบุคคลจะไม่ใช่ว่าสิ่งที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาโดยตรง แต่ก็ยังเป็นสิ่งที่ใช้ประกอบสำคัญ ในงานสร้างสรรค์งานอันจะได้มาซึ่งสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา จึงมีแนวคิดของนักกฎหมายที่เห็นถึงความสำคัญและยอมรับกันว่า สิทธิในชื่อเสียงของบุคคลหรือเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง เป็นสิทธิในทรัพย์สินรูปแบบหนึ่ง ดังนั้น ปัญหาอันเกิดจากการใช้สิทธิในชื่อเสียงของบุคคลโดยไม่ชอบธรรม จึงสมควรนำมาพิจารณาในส่วนของ การคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และอาจดำเนินคดีภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยแข่งขันอันไม่เป็นธรรม

ในประเด็นแรก ผู้เขียนมีความเห็นว่า การนำ ชื่อของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจนั้น ไม่อาจได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติของกฎหมายลิขสิทธิ์ได้ เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้น จะคุ้มครองเฉพาะงานที่มีการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง โดยจะคุ้มครองงานสร้างสรรค์เพียง 9 ประเภทด้วยกัน คือ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใด ในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ กรณีชื่อของบุคคลมิใช่งานสร้างสรรค์ประเภทใดประเภทหนึ่งตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงไม่เข้าเงื่อนไขในการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้

ประเด็นที่สอง การนำภาพถ่ายหรือภาพวาดของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาใช้เป็นแบบประกอบโฆษณาสินค้า เช่น น้ำหอม อาหารเสริมหรือสถานเสริมสวยความงาม โดยหวังจะใช้ชื่อเสียงของนักแสดง ผู้มีชื่อเสียงในการช่วยส่งเสริมคุณค่าของผลิตภัณฑ์ ทั้งๆที่ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับนักแสดงผู้มีชื่อเสียง หรือมีการจ้างนางแบบเปลือยมาเป็นแบบในการถ่ายภาพหรือวาดภาพแล้ว ต่อมา มีการนำภาพดังกล่าวไปเป็นแบบของสินค้าหรือประกอบในตัวสินค้า เช่น ทำเป็นตุ๊กตา หรือนำภาพดังกล่าวไปจัดนิทรรศการภาพ หากพิจารณาตามกฎหมายลิขสิทธิ์จะเห็นว่า ตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น งานภาพถ่าย หรือภาพเขียน ถือเป็นงานศิลปกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งตามมาตรา 4 และ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ถือเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่บุคคลจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ในงานภาพถ่ายหรือภาพวาด

ก็คือ ผู้สร้างสรรค์งาน ซึ่งเป็นผู้ถ่ายภาพหรือวาดภาพนั้น ที่จะเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ซึ่งเจ้าของลิขสิทธิ์นั้นย่อมมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำหรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่าต้นฉบับ หรือสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ และสิ่งบันทึกเสียง ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น และอนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ดังนั้น หากบุคคลใดละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์งานต้องเรียกร้องค่าเสียหายได้ ส่วนบุคคลซึ่งเป็นแบบในภาพถ่ายหรือภาพวาดเมื่อมิได้เป็นผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ประเด็นที่สาม การเลียนเสียงของบุคคลโดยเฉพาะเสียงของนักร้องชื่อดัง โดยการนำบุคคลที่มีเสียงคล้ายกับเสียงของนักร้องผู้นั้น มาใช้ในการโฆษณาหรือในภาพยนตร์โฆษณาสินค้าหรือบริการ ทั้งนี้ เพื่อเพิ่มยอดขายสินค้า เมื่อพิจารณาตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เห็นได้ว่า ลำพังเสียงของนักร้องผู้นั้น ไม่สามารถเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ได้ เนื่องจากเสียงของบุคคลโดยทั่วไปไม่เป็นสิ่งที่ “คงที่” และติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิด จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายลิขสิทธิ์จะให้ความคุ้มครอง

แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในต่างประเทศ ได้ให้การคุ้มครองขยายออกไปถึงชื่อ นามแฝง ท่าทางการแสดงออกของบุคคล ซึ่งเป็นที่รู้จักของบุคคลทั่วไป เช่น พิธีกรรายการเกมโชว์ทางโทรทัศน์ที่ดำเนินรายการมาเป็นเวลานานพอสมควร มีผู้ติดตามรับชมรายการของเขาส่วนหนึ่งเป็นประจำ ทุกครั้งของการเปิดรายการ หรือเริ่มต้นรายการพิธีกรดังกล่าวจะแสดงท่าทางร่างกายและพูดถ้อยคำ ด้วยประโยคซ้ำๆ เช่นเดิม จนเป็นเอกลักษณ์ของรายการเกมโชว์ และหากมีการแสดงท่าทางหรือถ้อยคำดังกล่าว คนส่วนใหญ่ในกลุ่มที่ชมดูรายการเกมโชว์ทางโทรทัศน์จะนึกถึงพิธีกรคนดังกล่าว เช่นนี้ ศาลในต่างประเทศถือว่าถ้อยคำหรือท่าทางของพิธีกรดังกล่าวเป็นลิขสิทธิ์ของพิธีกรคนนั้น ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้ใดจะลอกเลียน แสดงท่าทาง หรือใช้ถ้อยคำแสวงหาประโยชน์มิได้ นอกจากนี้ยังรวมถึงเสียงที่เป็นเอกลักษณ์ของบุคคลด้วย⁹²

⁹² See Carson Inc. v. Here' Johnny Portable Toilets, Inc., 698 F.2d 831 (6th Cir. 1983), Midler v. Ford Motor Co., อ้างใน วิกิซอร์ซ ศรีพิบูลย์. (2548). คำอธิบายพร้อมตัวบทกฎหมาย: ทรัพย์สินทางปัญญา. หน้า 12.

4.2 ปัญหาขอบเขตและข้อจำกัดของการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า

การที่บุคคลผู้มีชื่อเสียงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าหรือไม่นั้น มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา คือ ชื่อหรือภาพของบุคคลสามารถนำมาจดทะเบียนหรือใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่ จากการวิเคราะห์ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ชื่อของบุคคล หากมีลักษณะครบถ้วนตามเงื่อนไขที่จะขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้แล้ว กล่าวคือ มีลักษณะบ่งเฉพาะ (Distinctiveness) ไม่มีลักษณะต้องห้าม และไม่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้วของบุคคลอื่น ชื่อของบุคคลดังกล่าว ย่อมอาจขอจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ และเมื่อได้จดทะเบียนใช้ชื่อดังกล่าว เป็นเครื่องหมายการค้าแล้ว เจ้าของชื่อย่อมมีสิทธิดำเนินคดีละเมิดเครื่องหมายการค้ากับบุคคลที่ละเมิดนำชื่อของตนไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบได้ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 มาตรา 44 ที่บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้ จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้ที่มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”

นอกจากนี้ ในมาตรา 4 ยังได้บัญญัตินิยามของคำว่า “เครื่องหมาย” หมายความว่า ภาพถ่าย ภาพวาด ภาพประดิษฐ์ ตรา ชื่อ คำ ข้อความ ตัวหนังสือ ตัวเลข กลุ่มของสี รูปร่าง หรือรูปทรงของวัตถุ หรือสิ่งเหล่านี้ อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างรวมกัน และในมาตรา 7 วรรค 2 ยังได้บัญญัติไว้ว่า เครื่องหมายการค้าที่ประกอบด้วยลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่า มีลักษณะบ่งเฉพาะ

(1) ชื่อตัว ชื่อสกุล ของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความหมายอันเข้าใจกัน โดยธรรมดา ชื่อเต็มของนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น หรือชื่อในทางการค้าที่แสดงโดยลักษณะพิเศษและไม่ถึงถึงลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง

(5) ภาพของผู้จดทะเบียนหรือของบุคคลอื่นโดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว หรือในกรณีที่บุคคลนั้นตายแล้ว โดยได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของบุคคลนั้น ถ้ามีแล้ว

ดังนั้น หากบุคคลใดนำชื่อ หรือภาพของตน ไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในสินค้าหรือบริการอย่างหนึ่งอย่างใดไว้แล้ว การที่บุคคลอื่นนำชื่อหรือภาพที่ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไปใช้แสวงหาประโยชน์โดยปราศจากอำนาจ ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของบุคคลผู้ซึ่งได้จดทะเบียนสิทธิของตนไว้ก่อน บุคคลซึ่งเป็นเจ้าของชื่อหรือภาพที่ได้จดทะเบียน

เครื่องหมายการค้า ไว้แล้ว ย่อมมีสิทธิฟ้องคดีแพ่งในมูลละเมิด เรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำละเมิด เรียกให้ผู้ละเมิดเก็บสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าออกจากท้องตลาด และขอให้ห้ามผู้กระทำละเมิดใช้เครื่องหมายการค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้

แต่หากบุคคลผู้ซึ่งเป็นเจ้าของชื่อหรือภาพนั้น ไม่ได้นำชื่อหรือภาพของตนไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ แต่ได้นำชื่อหรือภาพของตนดังกล่าวไปใช้ประโยชน์อย่างเครื่องหมายการค้า และเครื่องหมายการค้าดังกล่าวนั้น ต่อมาชื่อเสียงแพร่หลายจนเป็นที่รู้จักของสาธารณชนเช่นนี้ การที่บุคคลอื่นนำชื่อหรือภาพดังกล่าวไปใช้แสวงหาประโยชน์ส่วนตน อาจเป็นการลวงขายได้ (passing off) ถ้าหากสามารถพิสูจน์ได้ว่า การที่บุคคลอื่นนำชื่อหรือภาพของตนไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของโจทก์ ผู้เป็นเจ้าของชื่อหรือภาพนั้นซึ่งใช้เครื่องหมายการค้าอยู่ก่อนแล้วด้วยการนำชื่อหรือภาพของโจทก์มาใช้ติดกับตัวสินค้าเพื่อเจตนาให้ประชาชนเข้าใจผิดว่าเป็นสินค้าของโจทก์ และโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของชื่อ หรือภาพนั้นได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 มาตรา 46

ปัญหาที่จะต้องทำการวิเคราะห์ต่อไป คือ การใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลที่มีชื่อเสียงที่ยังไม่เคยมีการอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิมาก่อน โจทก์จะสามารถดำเนินคดีภายใต้หลักกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้หรือไม่

ในประเทศออสเตรเลีย ได้มีการพัฒนาหลักเรื่องการลวงขายเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิในชื่อหรือเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง แม้ยังไม่เคยมีการอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิ ถือว่าเป็นการลวงขายแล้ว ดังเช่น ในคดี *Henderson v. Radio Corporation Pty. Ltd. (1969)* ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยได้นำเอารูปภาพของโจทก์ซึ่งเป็นนักเดินร่าอาชีพเป็นปกชุดสวมแผ่นเสียงคนตรีสำหรับเดินร่าโดยมิได้รับอนุญาตจากโจทก์ ศาลได้กล่าวในคดีนี้ว่า โจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหาย แม้จะปรากฏว่า อาชีพนักเดินร่าและบริษัทผลิตแผ่นเสียงจะมีความแตกต่างกันทางด้านธุรกิจโดยสิ้นเชิง (Entirely Different of Business) แต่เจตนาอันไม่เหมาะสมต่อชื่อเสียงในทางอาชีพของโจทก์โดยการหลอกลวงแสดงข้อความอันเป็นที่ว่า โจทก์แนะนำให้ใช้แผ่นเสียงดังกล่าวของจำเลย ซึ่งนับว่าเป็นหลักฐานที่เพียงพอแล้วสำหรับความเสียหาย โดยโจทก์มิได้รับค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทน (Royalty) ซึ่งโจทก์อาจจะเรียกเอาจากจำเลยได้

นอกจากนี้ยังมีคดี *Hutchence v. South Sea Bubble Co. Pty Ltd. (1986)* ข้อเท็จจริงปรากฏว่า โจทก์เป็นวงดนตรีแนวป๊อปใช้ชื่อว่า INXS ต่อมาจำเลยได้ผลิตเสื้อที่เช็ดซึ่งมีรูป หรือชื่อวงดนตรีของโจทก์เพื่อจำหน่าย โจทก์จึงได้นำคดีมาสู่ศาล ในคดีนี้ศาลได้มีคำพิพากษาและคำสั่งว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย และห้ามมิให้จำเลยจำหน่ายเสื้อที่เช็ดดังกล่าวต่อไป โดยศาลเห็นว่า การกระทำของจำเลยอาจทำให้สาธารณชนเข้าใจได้ว่า สินค้าที่จำหน่าย

โดยจำเลยเป็นสินค้าที่ได้รับความเห็นชอบจากวงดนตรีของโจทก์ เพื่อตอบแทนการที่จำเลยจ่ายค่าสิทธิ (Royalty) ให้แก่โจทก์

เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่ชื่อหรือภาพโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า นั้น จะต้องปรากฏว่าโจทก์ได้ใช้ชื่อหรือภาพของตนไปใช้ประโยชน์อย่างเครื่องหมายการค้าเท่านั้น หากโจทก์ไม่ได้ใช้ชื่อหรือภาพของตน หรือมีการอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้เอกลักษณ์ของโจทก์อย่างเครื่องหมายการค้า ดังนี้ การที่บุคคลอื่นนำชื่อหรือภาพของโจทก์ไปใช้แสวงหาประโยชน์ โจทก์ย่อมไม่อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายตามหลักกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ และหากบุคคลใดได้นำชื่อนั้น ไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าก่อน โดยที่โจทก์ไม่ได้ใช้ประโยชน์จากชื่อนั้น โจทก์ย่อมขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนไม่ได้เช่นกัน เพราะชื่อของบุคคลกับเครื่องหมายการค้าเป็นคนละเรื่องกัน สามารถซ้ำกันได้ จำเลยมีสิทธิใช้ชื่อโจทก์ไปจดทะเบียนได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 7037/2538) ส่วนภาพของโจทก์นั้น การที่บุคคลใดนำภาพของโจทก์มาใช้กับสินค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ แม้จะทำให้บุคคลนั้นไม่สามารถนำภาพของโจทก์มาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ เพราะไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 7 วรรคสอง (5) ก็ตาม โจทก์ก็ไม่สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลยโดยอาศัยหลักกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ เนื่องจากโจทก์ไม่ได้ใช้ภาพของตนเป็นเครื่องหมายการค้ากับสินค้าหรือบริการนั้น

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาหลักเกณฑ์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้า จะเห็นได้ว่า การที่เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไม่ว่าจะเป็นชื่อหรือภาพของบุคคลจะได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่งนั้น ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายว่า จะต้องได้ใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลนั้นกับสินค้าหรือเป็นที่มาหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือใช้กับบริการ หากปรากฏว่ามีได้ใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลนั้นไปใช้ในลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าแล้ว ชื่อหรือภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ก็ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีหลักกฎหมายแห่งลักษณะละเมิดที่สามารถนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้ ซึ่งจะศึกษาต่อไปว่า การนำหลักกฎหมายลักษณะละเมิดมาปรับใช้นั้น คุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้เพียงใด สมบูรณ์เพียงพอหรือไม่และหากไม่สามารถเยียวยาความเสียหายแก่เจ้าของสิทธิได้อย่างเพียงพอ สมควรจะมีแนวทางการแก้ปัญหาดังกล่าวได้อย่างไร

4.3 ปัญหาการนำหลักกฎหมายลักษณะละเมิด มาใช้กับการคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในเชิงธุรกิจ

การให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในเชิงธุรกิจ เช่น ชื่อ เสียง ลักษณะท่าทาง ภาพ หรือเอกลักษณ์อื่นๆ รวมถึงความเหมือนคล้ายของบุคคล นั้นสามารถนำหลักกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้มีชื่อเสียงได้ อย่างไรก็ตาม แม้จะนำหลักละเมิดมาใช้ในการคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลได้ แต่การปรับใช้กฎหมายดังกล่าวก็ยังมีปัญหาอยู่ ยังไม่อาจเยียวยาความเสียหายได้อย่างสมบูรณ์เพียงพอ กล่าวคือ ยังไม่มีกฎหมายวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในลักษณะอย่างไรที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและได้รับความคุ้มครองอย่างไร ซึ่งแตกต่างกับหลักกฎหมายของต่างประเทศที่จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน เช่น กำหนดให้นิยามความหมายของคำว่า เอกลักษณ์ของบุคคลไว้อย่างชัดเจน ตลอดจนขอบเขตของการให้ความคุ้มครอง ข้อยกเว้นของสิทธิ กำหนดลักษณะของการกระทำไว้ว่าอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นการกระทำละเมิด เป็นต้น ทำให้ผู้ใช้กฎหมายรวมถึงคู่ความหรือบุคคลทั่วไปได้ทราบถึงขอบเขตในการกระทำของตนว่า การกระทำอย่างไรจึงเป็นการละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลอื่น

เนื่องจากกฎหมายละเมิดยังไม่มี การวางหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลไว้อย่างชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของการตีความว่า สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลเป็นสิทธิประเภทใด ตามกฎหมายมาตรา 420 ขอบเขตของการล่วงละเมิด อันจะถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบประการหนึ่งของความผิดฐานละเมิดมีเพียงใด ปัญหาการพิสูจน์ความเสียหาย ซึ่งอาจจะเป็นความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น ความเสียหายต่อชื่อเสียง (Good Will) หรือความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เช่น หากผลกำไรหรือขาดรายได้ไปส่วนหนึ่งซึ่งฝ่ายที่กล่าวอ้าง ก็จะต้องสามารถนำสืบให้ได้

ปัญหาทั้งหลายดังที่กล่าวถึงข้างต้น เกิดขึ้นเนื่องจากตามกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับเอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคล เช่น ภาพ ท่าทาง น้ำเสียง รวมไปถึงความเหมือนคล้าย (Likeness) ของบุคคล นอกจากชื่อของบุคคลที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ปัญหาเหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงรายละเอียดของปัญหาแต่ละประการต่อไปว่าบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะละเมิดนำมาปรับใช้ได้มากน้อยเพียงใดและหากไม่สามารถคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลได้อย่างครบถ้วน ควรจะมีแนวทางแก้ปัญหาดังกล่าวได้อย่างไร

4.3.1 การตีความสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลเป็นสิทธิประเภทใดตามมาตรา 420

จากหลักเกณฑ์และองค์ประกอบความรับผิดชอบในเรื่องละเมิด จะเห็นได้ว่าการกระทำที่จะถือว่าเป็นละเมิดนั้น แม้จะได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อและโดยผิดกฎหมายแล้ว จะต้องปรากฏว่าเป็นการล่วงสิทธิต่างๆ ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 420 ซึ่งสิทธิตามมาตรา 420 ได้แก่ 1) สิทธิในบุคลิกภาพ ซึ่งได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ 2) สิทธิทางทรัพย์สิน ซึ่งได้แก่ กรรมสิทธิ์ และสิทธิทางทรัพย์สินอื่นๆ และ 3) สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งสิทธิที่ระบุไว้ในมาตรา 420 ล้วนเป็นสิทธิของบุคคลทั้งสิ้น สิทธิเหล่านี้จึงน่าจะเป็นส่วนหนึ่งของคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ดังนั้น คำว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดจึงควรหมายถึง สิทธิที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ทุกประเภท และหมายความรวมถึงสิทธิส่วนตัว (Right to Privacy) หรือสิทธิส่วนบุคคลด้วย

โดยที่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนี้ จะต้องพิจารณาอย่างไม่จำกัดเฉพาะสิทธิที่เป็นทรัพย์สินหรือสิทธิเด็ดขาด⁹³ เท่านั้น ในการอ่านและแปลบทบัญญัติมาตรา 420 ของท่านอาจารย์จิติ ดิงศภัทย์ (พ.ศ. 2503) ท่านมีความเห็นว่าไม่ควรแปลมาตรา 420 ให้มีความหมายคับแคบเหมือนกฎหมายเยอรมัน มาตรา 823 บรรทัดแรก แม้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 จะเป็นที่มาแห่งบทบัญญัติมาตรา 420 ของไทยก็ตาม เพราะกฎหมายแพ่งเยอรมันว่าด้วยละเมิดยังมีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิอื่นๆ ไว้ในมาตราถัดไป⁹⁴ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดของประเทศไทยมีเพียงมาตรา 420 มาตราเดียวเท่านั้น มิได้มีบทบัญญัติถึงสิทธิไว้ในมาตราอื่นๆ อีก⁹⁵

อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีปัญหาว่า “สิทธิ” จะต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองไว้โดยตรงหรือไม่ การจะพิจารณาว่าสิ่งใด คือสิทธิ ตามกฎหมายนั้น จะพิจารณาเฉพาะว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อตั้งสิทธิไว้โดยตรงหรือไม่เท่านั้น น่าจะไม่ถูกต้อง ควรจะพิจารณาว่าในเรื่องนั้น มีกฎหมายรับรองและให้ความคุ้มครองไว้บ้างหรือไม่ หากมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองไว้ ไม่ว่าจะตามกฎหมายทั่วไปอย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา หรือตามกฎหมายเฉพาะเรื่องก็ตาม ก็ถือได้ว่าสิ่งนั้นคือสิทธิประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ ซึ่งบุคคลมีหน้าที่

⁹³ สิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ซึ่งในภาษาลาตินเรียกว่า “Jura in rem” เป็นสิทธิที่กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าของสิทธิที่จะเกี่ยวข้องกับบุคคล ทรัพย์สิน หรือสิทธิ โดยที่คนมิให้บุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้อง เป็นสิทธิที่ใช้นับ กับบุคคลทุกคนในโลก ทุกคนมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิเด็ดขาดนี้ และนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นว่าเมื่อสิทธิในบุคลิกภาพและสิทธิทางทรัพย์สินนั้นล้วนแต่มีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาด ดังนั้น โดยหลักของการตีความแล้ว “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ต้องหมายถึงสิทธิเด็ดขาดด้วย

⁹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 826 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ด้วยกระทำการที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

⁹⁵ จิติ ดิงศภัทย์ ค (2503). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 241-452. หน้า 486.

ต้องเคารพ และศาลฎีกาได้เคยตีความไว้ว่า สิทธิ ได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็น สิทธิหรือไม่ ก็ต้องแล้วแต่ว่าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพแล้ว ประโยชน์นั้นก็เป็สิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองของกฎหมาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487)

ดังนั้นสิทธิในชื่อของบุคคล ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติรับรองและคุ้มครองอย่างชัดเจนแล้ว จึงเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 420 ที่ จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิด อย่างไรก็ตามยังมีปัญหาว่า ภาพ ลักษณะท่าทาง น้ำเสียงหรือเอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคล ผู้มีชื่อเสียงที่ได้ถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจนั้น จะได้รับความคุ้มครองในฐานะของ สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 420 หรือไม่ เนื่องจากตามกฎหมายทั่วไปอย่างประมวลกฎหมาย แห่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายพิเศษ ไม่ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครอง ภาพ ลักษณะท่าทาง เสียงหรือเอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคลไว้โดยชัดเจน ซึ่งในประเทศเยอรมันก็เคย ประสบปัญหาในกรณีเดียวกันกับประเทศไทย แต่ในเยอรมัน ศาลได้นำกฎหมายรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลอย่างกว้างขวาง ซึ่งในปี 1957 ศาลสูงได้ตัดสินอย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับรองและคุ้มครองสิทธิในบุคลิกภาพนั้น ย่อมหมายถึงว่า สิทธิทั่วไปในบุคลิกภาพ (General Personality Right) ก็คือ สิทธิอื่นๆ ตามความหมายของมาตรา 823 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งนั่นเอง

ดังนั้น หากพิจารณาถึงเอกลักษณ์ของบุคคลแล้ว แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองและ คุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลไว้เป็นการทั่วไปอย่างชัดเจน ดังเช่น สิทธิในการใช้ชื่อของ บุคคลก็ตาม แต่สิทธิในเอกลักษณ์ดังกล่าวก็อยู่ในความหมายของคำว่า สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตาม มาตรา 420 โดยอาจจะตีความอย่างกว้างให้หมายความรวมถึงสิทธิในเอกลักษณ์ซึ่งเป็นส่วนหนึ่ง ของสิทธิส่วนตัวตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติรับรองไว้ซึ่งถือเป็น สิทธิเด็ดขาดหรือสิทธิเฉพาะตัวที่จะไม่ให้ใครมารบกวนในความเป็นอยู่ส่วนตัวก็ได้ในทำนองเดียวกับ ประเทศเยอรมัน

เมื่อเอกลักษณ์อย่างอื่นนอกจากชื่อ ไม่ว่าจะเป็น ภาพ ลักษณะท่าทาง หรือน้ำเสียงหรือ เอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ซึ่งถือเป็นสิทธิส่วนตัวและเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิส่วนบุคคล นั้นได้มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 34 แล้ว ไม่จำเป็นต้องรอให้มีการตรา กฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองเป็นการเฉพาะ ก็ควรจะสามารดดำเนินการเพื่อเยียวยาความเสียหาย ที่เกิดขึ้นได้

ข้อสังเกต การพิจารณาว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคลหรือไม่นั้น บุคคลธรรมดาทั่วไปกับบุคคลสาธารณะ (Public Figure) ซึ่งเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงในสังคมนั้น มาตรฐานในการจำกัดสิทธิส่วนตัวย่อมไม่เท่ากัน สิทธิส่วนบุคคลของบุคคลสาธารณะต้องถูกจำกัดมากกว่าบุคคลธรรมดา แต่อย่างไรก็ดี บุคคลสาธารณะก็ยังคงมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในสิทธิส่วนบุคคลเช่นกัน

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายที่เสนอแนวทางในการคุ้มครองภาพและเสียงของบุคคล โดยอาศัยมาตรา 18 ซึ่งท่านได้ให้ความเห็นไว้ว่า เมื่อชื่อของบุคคลตามมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นสิทธิเด็ดขาดที่ตกติดมากับสภาพบุคคล และถือเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิเหนือเครื่องจำแนกตัวบุคคลในฐานะเป็นสิทธิในสภาพบุคคลชนิดพิเศษเป็นสิทธิเด็ดขาดอย่างอื่นซึ่งได้รับความคุ้มครอง นอกเหนือจากสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพและทรัพย์สิน ซึ่งระบุไว้ในเรื่องหลักทั่วไปทางละเมิดในมาตรา 420 ดังนั้น ในกรณีปัญหาใกล้เคียงกัน คือ กรณีภาพถ่ายลำเนาบันทึกละเมิด เหล่านี้ล้วนเป็นสิ่งบ่งชี้และจำแนกบุคคลเช่นเดียวกับชื่อบุคคล ก็ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวในภาพถ่ายและเสียงของตนเช่นเดียวกับชื่อของตนด้วย บุคคลจึงย่อมสงวนสิทธิไม่ให้ผู้ใดจำลองภาพหรือถ่ายทอดลำเนาจำลองบันทึกละเมิดของตนเผยแพร่ต่อไป โดยอาศัยสิทธิตามมาตรา 18 นี้ได้^{๙๖}

ข้อพิจารณา ประการหนึ่ง ในการใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลมาแสวงหาประโยชน์นั้น มีการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกัน เช่น สิทธิในการใช้ชื่อของบุคคล มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติรับรองให้ความคุ้มครองชื่อของบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้บุคคลผู้เป็นเจ้าของชื่อสามารถที่จะเรียกให้บุคคลผู้กระทำละเมิดนั้นระงับความเสียหายได้ และถ้าเป็นที่พึงวิคกว่าจะต้องเสียหายอยู่สืบไป บุคคลนั้นมีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้ แม้ผู้กระทำละเมิดต่อสิทธินั้นจะมีได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม โดยอาศัยมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หากมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของชื่อ บุคคลนั้นก็สามารดำเนนคดีภายใต้หลักกฎหมายละเมิด มาตรา 420 และเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้กระทำละเมิดได้ เพราะชื่อของบุคคลมีกฎหมายบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้อย่างชัดเจนตามมาตรา 18 โดยถือว่าชื่อของบุคคล เป็นสิทธิเด็ดขาดที่ตกติดมากับสภาพบุคคลและถือเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิเหนือเครื่องจำแนกตัวบุคคล ในฐานะเป็นสิทธิในสภาพบุคคล (Personal Right) ชนิดพิเศษ เป็นสิทธิเด็ดขาดอย่างอื่นซึ่งได้รับความคุ้มครอง นอกเหนือจากสิทธิในชีวิต ร่างกาย

^{๙๖} กิตติศักดิ์ ปรกติ. หลักทั่วไปว่าด้วยบุคคลธรรมดาและหลักทั่วไปของนิติบุคคล. เอกสารประกอบการศึกษา วิชากฎหมายแพ่ง. หน้า 30.

อนามัย เสรีภาพและทรัพย์สิน ซึ่งระบุไว้ในเรื่องหลักทั่วไปทางละเมิดในมาตรา 420 นอกจากนั้น การให้ความคุ้มครองชื่อ ของบุคคลยังรวมไปถึง ชื่อทางการค้า ชื่อบริษัทหรือชื่อของนิติบุคคล เป็นต้น

ดังนั้น การที่บุคคลได้นำภาพถ่ายหรือภาพวาดของบุคคลอื่น ไม่ว่าจะ เป็นภาพของดารานักแสดง หรือนักกีฬาที่มีชื่อเสียง ไปใช้โดยการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคลนั้นๆ เช่น การนำเอารูปภาพของบุคคลไปเป็นแบบโฆษณาสินค้าเสริมความงามต่างๆ โดยไม่ได้ขออนุญาตจากบุคคลนั้น อาจถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคลอันถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนี้ได้ แต่ทั้งนี้ การที่จะฟ้องเป็นคดีละเมิดได้นั้น บุคคลที่ถูกนำภาพไปใช้แสวงหาประโยชน์นั้น จะต้องได้รับความเสียหาย โดยบุคคลเหล่านั้นมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ความเสียหายต่อศาลให้เห็นว่าตนได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าว ทั้งนี้หากพิสูจน์ไม่ได้ว่าเกิดความเสียหายแล้ว ย่อมไม่ถือเป็นการละเมิดตามมาตรา 420

ปัญหาที่จะต้องทำการวิเคราะห์ต่อไปคือ การนำบุคคลที่มีหน้าตา ลักษณะท่าทาง รวมถึงเสียงของบุคคล ที่มีลักษณะความเหมือนหรือคล้ายกับบุคคลที่มีชื่อเสียงมาเลียนแบบให้เหมือนบุคคลดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือการให้บริการ เพื่อเพิ่มยอดขายสินค้าหรือการบริการ จะถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือไม่นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการให้ความคุ้มครองการเลียนแบบเสียงของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาใช้แสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจ เช่นคดี Corporation, and Young & Rubicam ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ ในปี ค.ศ. 1985 บริษัท ฟอร์ด มอเตอร์ และตัวแทนในการโฆษณาของบริษัท ชื่อ บริษัท ยัง แอนด์ รูบิคัม ได้เปิดตัว “The Yuppie Campaign” เป็นภาพยนตร์ชุดโฆษณาทางทีวี 19 ตอน เพื่อการโฆษณารถยนต์ฟอร์ด ลินคอร์น เมอคิวรี่ จุดประสงค์ก็เพื่อที่จะระลึกถึง Yuppies ความทรงจำสมัยที่เขาเรียนอยู่ในมหาวิทยาลัย มีการร้องเพลงต่างๆ ซึ่งเป็นที่นิยมในยุค 70 ในการโฆษณาแต่ละตอน บริษัทตัวแทนโฆษณาพยายามที่จะนำนักร้องต้นฉบับมา แต่หลังจากได้รับการปฏิเสธจากตัวแทนของ เบ็ตตี มิดเลอร์ บริษัทตัวแทนได้ว่าจ้างผู้ที่มีเสียงคล้ายมาแสดงใน “Do You Want to Dance” ซึ่งเป็นเพลงหนึ่งจากอัลบั้มหนึ่งในปี 1973 ของมิดเลอร์ ผู้รับจ้างได้รับคำสั่งให้ทำเสียงให้เหมือนมิดเลอร์ให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยไม่ได้มีการใช้ชื่อหรือภาพของมิดเลอร์ในภาพยนตร์โฆษณาตอนนี้

คดีนี้ศาลได้นำกฎหมายแพ่งของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มาตรา 3344 มาพิจารณา โดยที่กฎหมายมาตรานี้ ได้มีการให้ความคุ้มครองบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการถูกนำ “ชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพถ่าย หรือความเหมือนคล้ายในลักษณะท่าทางใดๆ” ไม่ว่าจะรูปแบบใด สำหรับคดีนี้ ชื่อของเบ็ตตี มิดเลอร์ ไม่เคยปรากฏในการโฆษณา เสียงที่ถูกนำไปใช้ในการโฆษณาก็มิใช่เสียงของเธอ และภาวะของความเหมือนคล้าย ก็เพียงแต่อ้างถึงภาพที่มองเห็นได้ด้วยตา ซึ่งไม่ใช่ความเหมือนคล้าย

ของเสียง อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษานูแนน จูเนียร์ ก็ได้พิจารณาเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งที่มีอยู่ ไม่ได้ห้ามสิทธิในการไล่เบียดเบียนฟ้องภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์

โดยแท้จริงแล้ว สิทธิภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์ได้คุ้มครองการตั้งมูลค่าทางการค้าของภาพหรือเสียงภายใต้ “สิทธิในทรัพย์สิน” คดีระหว่าง Motschenbacher v. R.J.Reynolds Tobacco Co. ได้ถูกนำมาวิเคราะห์ และถึงแม้ว่ามันจะเกี่ยวเนื่องกับความเหมือนคล้ายของรูปร่างผู้พิพากษาโคเอลส์ กล่าวว่า รัฐแคลิฟอร์เนียได้รับรองความเสียหายจาก “การตั้งมูลค่าของคุณสมบัติจากเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคล” ดังนั้น มันเป็นเรื่องนอกประเด็นไม่ว่าผู้ที่ถูกลอกเลียนแบบจะเป็นผู้ที่มีชื่อเสียงโดยแท้จริงหรือไม่ตราบเท่าที่ปรากฏในโฆษณา โดยการใช้สัญลักษณ์ซึ่งเกี่ยวพันถึงโจทก์และในวิธีที่เธอได้รับรองต่อผลิตภัณฑ์สินค้า “จำเลยในคดีนี้ใช้การลอกเลียนแบบเพื่อนำซึ่งผลประโยชน์จากเสียงเพลงของมิดเลอร์”

ผู้พิพากษานูแนน จูเนียร์ ได้กล่าวไว้ในตอนท้ายที่น่าสนใจว่า เสียงเป็นคุณสมบัติส่วนหนึ่งของเอกลักษณ์ของบุคคล ซึ่งสามารถถูกแสดงออกอย่างง่าย ๆ โดยข้อเท็จจริงที่ว่า จำเลยพยายามที่จะขอให้เบียดเบียน มิดเลอร์ ร้องเพลงให้ และการสั่งให้ผู้ที่มีเสียงคล้ายคลึงมาแสดงแทนให้เหมือน (กับโจทก์) ให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ จำเลยจะไม่ทำเช่นนั้นถ้าเสียงไม่มีมูลค่าในตัวของมัน มันเป็นคุณสมบัติของเอกลักษณ์ของมิดเลอร์ และซึ่งเป็น “ลักษณะของความบังเอิญและความเป็นเฉพาะตัวมากกว่าการวิเคราะห์โดยการมองเห็น” ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้น ก็กล่าวได้ว่าการกระทำอย่างเดียวกันสามารถใช้กับการร้องเพลงได้ด้วย เพราะฉะนั้นการที่มีชื่อเสียงทำการแสดงด้วยเสียงเพลง “การปลอมเสียงของเธอ จึงเป็นการลักลอบใช้เอกลักษณ์ของเธอ” ดังนั้น เมื่อเสียงบังเอิญของนักร้องอาชีพคนหนึ่ง ซึ่งเป็นที่รู้จักกันแพร่หลายถูกลอกเลียนแบบโดยเจตนาเพื่อที่จะขายผลิตภัณฑ์สินค้าซึ่งมิใช่ของของตนเอง การกระทำนั้นเป็นการละเมิด

หากพิจารณาตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ในมาตรา 34 แล้วจะเห็นว่า การนำเอกลักษณ์ของบุคคลอื่นมาเลียนแบบเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง เพื่อใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น ไม่อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลได้เนื่องจากไม่ได้เป็นการนำเอาภาพหรือเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจริง มาใช้ตามความหมายของกฎหมายลักษณะละเมิดและไม่มิกฎหมายบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ห้ามมิให้บุคคลใดที่มีหน้าตาท่าทาง หรือน้ำเสียงที่เหมือนกันมาเลียนแบบบุคคลที่มีชื่อเสียงจริงมาใช้ในทางธุรกิจไว้โดยชัดเจน อีกทั้งไม่ถือเป็นการแทรกแซงความเป็นส่วนตัวของบุคคลในการดำเนินชีวิตตามปกติของบุคคล ซึ่งส่วนใหญ่บุคคลที่ถูกนำมาเลียนแบบนั้นจะเป็นบุคคลสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นนักร้อง คารา นักแสดงหรือนักกีฬา ซึ่งเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงและเป็นที่รู้จักดีโดยสาธารณชนอยู่แล้ว จึงไม่อาจถือ

เป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญและสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดได้

เป็นที่น่าสังเกตว่า ปัญหาการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิส่วนตัวดังกล่าว ในประเทศไทย ไม่ปรากฏว่ามีคดีขึ้นสู่ศาลให้เห็นเหมือนกับที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ที่เป็นเช่นนี้อาจจะเป็นเพราะอุปนิสัยส่วนตัวของคนไทยส่วนใหญ่ ซึ่งถ้าไม่เหลือบากกว่าแรงจริงๆ ก็ไม่ชอบให้มีเรื่องหรือเป็นคดีความกันที่ศาล และหากเกิดปัญหาการล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลที่มีชื่อเสียงจริง ก็มักจะตกลงกันได้ตั้งแต่ต้น ในชั้นนี้จึงยังไม่อาจชี้ชัดลงไปได้ว่า หากมีปัญหาคดีความเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลเกิดขึ้น ศาลไทยจะมีแนวโน้มวินิจฉัยคดีไปในแนวทางใด เพราะลักษณะคดีประเภทนี้ ยังไม่เป็นที่คุ้นเคยกัน คงต้องรอดูแนวคำพิพากษาของศาลในเรื่องดังกล่าวต่อไป

4.3.2 ปัญหาการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงโดยผิดกฎหมายหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำโดย “ผิดกฎหมาย” (Unlawful) ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 420 หมายถึง การกระทำที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ เพราะถ้าผู้กระทำมีอำนาจกระทำแล้ว แม้จะเกิดความเสียหายหรือเป็นการล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม การกระทำโดยมีสิทธิก็อาจถือว่าเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเป็นละเมิดได้เหมือนกัน หากการกระทำนั้นเป็นการใช้สิทธิโดยมิแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามนัยมาตรา 421

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 ได้วางหลักเรื่องการใช้สิทธิไว้ว่า การใช้สิทธิ บุคคลต้องกระทำโดยสุจริต ถ้าหากใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นย่อมถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายอย่างหนึ่ง ดังนั้น มาตรา 421 จึงเป็นบทขยายความของคำว่า ผิดกฎหมาย ตามมาตรา 420 คำว่า การอันมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 421 แม้จะต่างจากคำว่า โดยผิดกฎหมาย แต่ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า เดียว คือ Unlawful

การใช้สิทธิที่จะถือได้ว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผล คือ ความเสียหายแก่ผู้อื่นแต่ถ่ายเดียว อีกนัยหนึ่งก็คือต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาให้ผู้อื่นเสียหาย อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีที่ผู้ใช้สิทธิอาจไม่ได้ตั้งใจกลั่นแกล้งบุคคลอื่นแต่ตนเองก็ได้รับประโยชน์จากสิทธินั้นด้วยก็ไม่ถือเป็นการละเมิด ตัวอย่างเช่น การที่จำเลยถ่ายสำเนาแล้วไปพิมพ์ขาย เขามุ่งที่จะพิมพ์หนังสือออกมาขาย แต่ไม่ได้มุ่งให้โจทก์เสียหาย จึงไม่เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต และไม่

การละเมิด ทั้งไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของหนึ่งอย่างใดด้วยเพราะไม่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครอง⁹⁷ แต่หากในขณะเดียวกันการใช้สิทธินั้นได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่นเกินกว่าปกติธรรมดาของการใช้สิทธิ ก็คือว่า เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นด้วย

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงโดยผิดกฎหมายหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น เป็นการ “ล่วงสิทธิ” ของบุคคลอื่นหรือไม่ ซึ่งอย่างไรจะเป็นการล่วงสิทธิและสิทธินั้นมีขอบเขตเพียงใดภายใต้การคุ้มครองในเรื่องของสิทธิส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ในต่างประเทศเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ในหลายมลรัฐส่วนใหญ่จะให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงในทางการค้าภายใต้หลักของสิทธิในชื่อเสียง (Right of Publicity) ซึ่งเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจะได้รับความคุ้มครองหากมีการนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือผลิตภัณฑ์สินค้าหรือบริการ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเอกลักษณ์นั้น แต่สิทธิในชื่อเสียงหรือสิทธิส่วนบุคคลนี้จะต้องพิจารณาถึงประโยชน์ของสาธารณะด้วย ซึ่งส่วนใหญ่จะเน้นในเรื่องการพูด การเขียน การพิมพ์โฆษณา หรือการแสดงออกทางด้านของงานสร้างสรรค์อันเป็นเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ในมลรัฐวอชิงตัน สิทธิส่วนบุคคลมีข้อยกเว้น กรณีเป็นการใช้สิทธิโดยธรรม เช่น การใช้เพื่อให้เห็น ดิชมหรือวิจารณ์ การเสียดสี การล้อเลียน ใ้เกี่ยวกับทางด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ การเมือง ศาสนา การศึกษา การเสนอข่าว หรือประโยชน์สาธารณะ การใช้สิทธิโดยชอบธรรมในการไม่เปิดเผยรวมงานเดี่ยวและงานต้นฉบับของงานศิลป์ที่มีคุณค่า ทั้งนี้ต้องไม่เผยแพร่มากกว่า 5 สำเนา และการโฆษณาและขายงานที่หายากหรืองานที่มีคุณค่า (เช่น งานระบายสีงานปั้น หรือการพรรณนาถึงบุคคลที่มีชื่อเสียง โดยจะทำสำเนาเผยแพร่ได้ไม่เกิน 5 สำเนา มิฉะนั้น จะไม่ได้รับการคุ้มครอง) ส่วนงานวรรณกรรม งานละคร ดนตรีประกอบภาพยนตร์ วิทยู การถ่ายทอดกีฬา และการรณรงค์ทางการเมือง ทั้งหมดนี้ไม่รวมอยู่ในกฎหมาย หากไม่มีการเรียกร้องหรือเพิกเฉยให้มีการกำหนดไว้

⁹⁷ เพิ่ง เพิ่งนิติ. (2543). คำอธิบายว่าด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. หน้า 145.

ในมลรัฐอิลลินอยส์ มาตรา 35 (b) ในพระราชบัญญัติสิทธิแห่งชื่อเสียง จะไม่มีผลใช้บังคับในกรณี

(1) การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในลักษณะที่เป็นภาพวาด การพรรณนา การเลียนแบบ ในกรณีของการแสดงสด (Performance) การแสดงงานศิลปะ ละคร หนังสือ บทความ งานดนตรีกรรม ภาพยนตร์ วิทยุโทรทัศน์ หรือเกี่ยวกับเสียง หรืองานโสตทัศนวัสดุ ภายใต้เงื่อนไขของการแสดงสด ละคร หนังสือ บทความ หรือฟิล์ม นั้น ไม่มีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ การโฆษณาผลิตภัณฑ์สินค้า หรือบริการ

(2) ใช้เอกลักษณ์ของบุคคลไม่มีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ รวมถึง ข่าว เรื่องราวหรือปัญหาของสาธารณชน หรือ รายการกีฬา หรือการรณรงค์เกี่ยวกับการเมือง (political campaign)

(3) การใช้ชื่อของบุคคลในการเปิดเผยข้อความจริงของบุคคลผู้เป็นเจ้าของงาน (ที่มีลักษณะพิเศษ) หรือโปรแกรม หรือการดำเนินการในการแสดงงานนั้นๆ

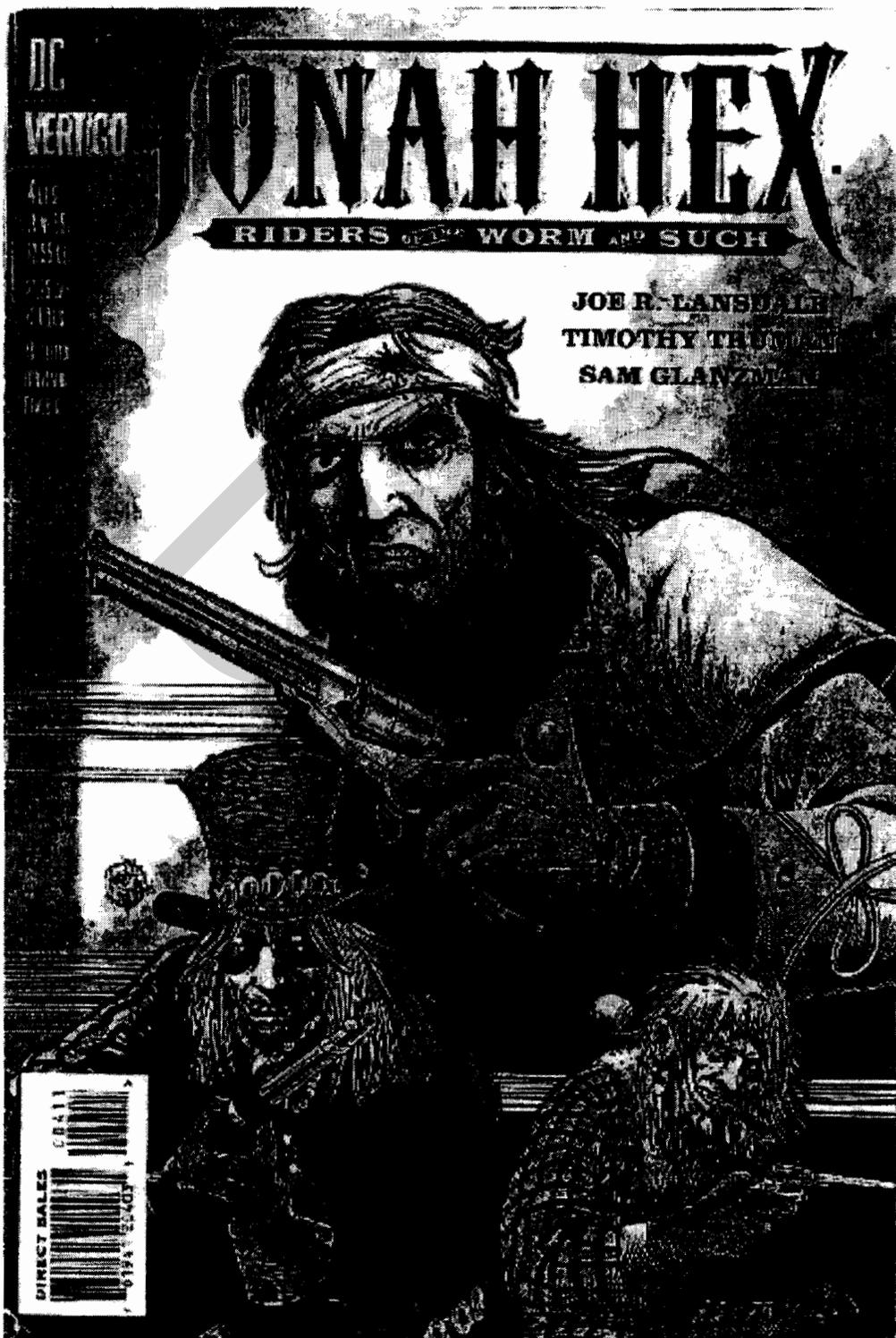
(4) เครื่องมือสนับสนุนการโฆษณาหรือการโฆษณาในทางการค้า สำหรับใช้บรรยายภายใต้ (1) (2) หรือ (3) แห่งอนุมาตรานี้ หรือ

(5) การใช้ภาพถ่าย วิดีโอเทป และรูปลักษณ์ (image) โดยบุคคล บริษัทหรือองค์กรที่ดำเนินการโดยผู้เชี่ยวชาญ (ช่างภาพมืออาชีพ) ในเรื่องการถ่ายภาพ ช่างภาพที่มีประสบการณ์ในการแสดงหรือเกี่ยวกับผู้มีประสบการณ์ในการถ่ายภาพทางธุรกิจ หรือการลงทุน ตัวอย่างงานของผู้มีประสบการณ์ในการถ่ายภาพ ยกเว้นได้มีการแสดงงานต่อเนื่องโดยผู้มีประสบการณ์ในการถ่ายภาพ ภายหลังจากที่ได้มีการบอกกล่าวถึงวัตถุประสงค์เป็นหนังสือในการจัดแสดงงานของบุคคล

นอกจากนี้ ยังมีคำประกาศของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ฉบับที่ 3 (ค.ศ. 1995) มาตรา 47 ยังมีข้อยกเว้นไว้ว่า การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจ ไม่รวมถึงการนำเอกลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการรายงานข่าว บทความแสดงข้อคิดเห็น การให้ความเพลิดเพลินทางด้านบันเทิง งานด้านนวนิยายหรือมิชชันนารีที่ได้สร้างสรรค์เรื่องขึ้น หรือในการโฆษณาซึ่งได้เกิดขึ้นเพียงเล็กน้อยถึงการให้

ตัวอย่างคดีของ *Edgar Winter et. v. DC Comics et al.* ซึ่งศาลไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ซึ่งในทศวรรษที่ 90 ดีซี คอมิกส์ ได้จัดพิมพ์หนังสือเรื่องสั้นแนวตลกขบขันชุดหนึ่งซึ่งมี 5 ตอน เสนอเรื่องของ Jonah Hex ซึ่งเป็นหนังสืออ่านเล่นแนวตลกขบขัน เรื่อง “Anti hero” หนังสือตอนที่ 4 มีชื่อว่า “Autumm of our Discontent” นำเสนอตัวละคร “Autumm brothers” พี่น้องตระกูลออทัมน์ ชื่อ จอห์นนี่ และเอคก้า ออทัมน์ ซึ่งถูกวาดให้เป็นตัวผู้ร้ายมีรูปร่างเป็นกิ่งตัวหนอน กิ่งมนุษย์ มีใบหน้าขาวซีดและผมยาวขาว ในตอนที่ 5 Jonah Hex พี่น้องตระกูลออทัมน์ตายในการยิงต่อสู้กันขึ้นใต้ดิน โจทก์ คือ จอห์นนี่ และเอคก้า วินเทอร์

ซึ่งเป็นนักดนตรีผู้มีชื่อเสียง ได้ยื่นฟ้องคดีต่อ คีซี คอมิกส์ และผู้เกี่ยวข้อง กล่าวหาโดยอ้างประเด็นฟ้องหลายประเด็นรวมทั้งการนำชื่อและลักษณะของความเหมือนคล้าย (Likeness) มาตั้งมูลค่าทางการค้าภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 3344 โจทก์กล่าวหาว่าจำเลยเลือกใช้ชื่อ จอห์นนี่ และเอคก้า ออทมันน์ เพื่อให้ผู้อ่านเห็นได้ชัดโดยพี่น้องตระกูลออทมันน์ถูกวาดให้มีผมยาวสีขาวและมีลักษณะเป็นคนเผือกคล้ายกับโจทก์ และตัวละคร จอห์นนี่ ออทมันน์ ถูกวาดให้ใส่หมวกทรงสูงสีดำ ซึ่งคล้ายกับหมวกที่จอห์นนี่ วินเทอร์ สวมใส่อยู่บ่อยๆ และกล่าวต่อดัวยว่า ชื่อเรื่องของหนังสือตอนที่ 4 “Autumn of our Discontent” ได้อ้างถึงวลีของเชคสเปียร์ที่ว่า “the winter of our discontent” เขากล่าวหาต่ออีกว่า หนังสืออ่านเล่มนี้แสดงรูปลักษณะของเขาในทางที่ผิด กล่าวคือเป็นรูปลิงที่มีลักษณะคล้ายมนุษย์ซึ่งเป็นภาพลักษณ์ที่เข่มาก เสื่อมทราม โง่ ซ้ำฉลาด



คำวินิจฉัยและเหตุผลของผู้พิพากษา ชิน เจ ให้ความเห็นไว้โดยอาศัยมาตรา 3344 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งว่า บุคคลผู้มีชื่อเสียงมีสิทธิตามกฎหมายในสิทธิแห่งชื่อเสียง (Right of Publicity) ของตน และสามารถห้ามมิให้ผู้อื่นใช้หรือแสวงหาประโยชน์จากลักษณะของความเหมือนคล้ายของเขา ในคดี Comedy III ศาลได้ตระหนักถึงกรณีของการนำไปใช้ชื่อหรือรูปภาพของบุคคลที่มีชื่อเสียง ต้องมีผลกระทบต่อสาธารณชนเป็นการจำเป็นต้องได้รับการตีความจากสาธารณชน

สิทธิในชื่อเสียงเป็นปัจจัยต่อวัตถุประสงค์ของหลักการแก้ไขสาระสำคัญของข้อกฎหมายในครั้งแรก อยู่ 2 ประการ

- 1) คุ้มครองหลักของการแข่งขันทางการตลาดโดยความคิดแบบไม่มีข้อห้าม
- 2) การคงอยู่ต่อไปของสิทธิปัจเจกชน (Individual right) ในการแสดงออกโดยตนเอง

ดังนั้น ในบางเหตุการณ์จะให้เหตุผลของการนำชื่อหรือลักษณะของความเหมือนคล้ายไปใช้และให้ความคุ้มครองบ้างภายใต้หลักของการแก้ไขสาระสำคัญของข้อกฎหมายในครั้งแรก ตัวอย่างเช่น ผู้พิพากษา ชิน เจ. กล่าวว่า “สิทธิในชื่อเสียงนั้นเป็นสิทธิที่ยอมรับโดยสาธารณชน ไม่ใช่เป็นการให้โล่เพื่อปกป้องตนเองจากภาพหรือหนังสือที่ถูกเขียนล้อเลียน แต่ได้เปิดโอกาสให้มีการแสดงความคิดเห็นอย่างสร้างสรรค์มากกว่า ผู้ถือสิทธิในชื่อเสียงนั้น ด้านหนึ่งจะต้องมีสิทธิที่จะใช้ ซึ่งได้แก่ ความเป็นเอกสิทธิ์และผลประโยชน์จากการแสวงหาประโยชน์และผลงานการวาดภาพตามแบบของผู้มีชื่อเสียง แต่ในอีกด้านหนึ่ง เมื่อผู้มีชื่อเสียงเป็นแค่เพียงจุดสำคัญของความคิดของงานซึ่งนำเสนองานประดิษฐ์ที่สำคัญอื่นๆ งานนั้นไม่น่าจะเป็นการแทรกแซงในด้านที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทางการเงิน ซึ่งได้รับการคุ้มครองภายใต้สิทธิในชื่อเสียง และอาจได้รับการคุ้มครองภายใต้หลักของการแก้ไขสาระสำคัญของข้อกฎหมายในครั้งแรก

จากคดีที่กล่าวมาข้างต้น พอสรุปได้ว่า ในกรณีที่มีการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์เพียงบางส่วน โดยมีการสร้างสรรค์งานขึ้นมาใหม่ และงานนั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้อย่างเพียงพอแล้ว ก็ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคล กล่าวคือ การนำเอกลักษณ์ของบุคคลมาใช้เป็นเพียงวัตถุดิบในวิธีการที่จะทำให้เกิดงานต้นฉบับชิ้นใหม่ขึ้นมา โดยไม่ได้เป็นเพียงนำงานนั้นมาแปลงลักษณะของความเหมือนคล้ายหรือภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงในวิถีทางที่เป็นเพียง ความไร้สาระเท่านั้น ก็จะได้รับ ความคุ้มครองดังเช่นคดีนี้

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีข้อกำหนดขอบเขตหรือข้อยกเว้นของสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิส่วนตัวไว้โดยเฉพาะ จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงการให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงตามหลักกฎหมายที่มีอยู่ ซึ่งการให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงภายใต้สิทธิส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 34 นั้น สิทธิส่วนตัวของบุคคลจะถูกจำกัดโดยประโยชน์

สาธารณะ ดังนั้น ในบางครั้งสิทธิส่วนบุคคลบางจำพวกอาจต้องถูกจำกัดโดยสิทธิพิเศษของอีกฝ่ายหนึ่ง เพราะความมีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักกันดีในสังคมหรือเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน

ในกรณีของบุคคลผู้มีชื่อเสียง (Public Figure) เช่น นักแสดง นักการเมือง นักกีฬา นักประติมากรรมหรือทำกิจกรรมอันเป็นประโยชน์แก่สาธารณชนในกรณีอื่นๆ บุคคลเหล่านี้ ย่อมกลายเป็นสาธารณบุคคล ซึ่งเรื่องของเขาย่อมเป็นที่ต้องการรู้เห็นของสาธารณชน การเผยแพร่ข่าวเกี่ยวกับบุคคลเหล่านี้ จึงเป็นหน้าที่ของสื่อมวลชน สิทธิส่วนตัวของสาธารณบุคคลจึงต้องถูกจำกัดมากกว่าบุคคลธรรมดา แต่อย่างไรก็ตามเขาก็มีสิทธิในความเป็นส่วนตัวอยู่ สื่อมวลชนจะเปิดเผยเรื่องราวของเขาได้เฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความเป็นสาธารณบุคคลเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิที่จะเปิดเผยเรื่องเพศสัมพันธ์ของเขา หรือถ่ายภาพขณะที่กำลังเปลือยกายอาบน้ำในบ้านพัก เป็นต้น

สำหรับกรณีสาธารณประโยชน์ ในบางกรณีการเผยแพร่เรื่องราวส่วนตัวของบุคคลเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ผู้ตกเป็นข่าวก็จะอ้างสิทธิในความเป็นส่วนตัว ซึ่งเป็นประโยชน์ของปัจเจกชน ขึ้นยันประโยชน์ของสาธารณชนไม่ได้ เช่น การลงข่าวเกี่ยวกับฐานะการเงินของธนาคาร ซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของลูกค้า หรือผู้ติดตามโดยรวม การแต่งงาน การหย่าร้าง เพื่อตอบสนองความต้องการของสาธารณชนในการที่จะรับรู้ข่าวสารความเป็นไปต่างๆ ในสังคม ทั้งในแง่ความรู้ และความบันเทิง ทั้งนี้มีข้อแม้ว่าจะต้องเป็นการเสนอข่าวที่เป็นจริงไม่บิดเบือนหรือไม่ถูกต้อง

การลดความเป็นส่วนตัวอยู่ในขอบเขตจำกัด ดังนั้นสิทธิพิเศษในการรายงานข่าว และข้ออ้างเรื่องสาธารณะประโยชน์ก็ถูกจำกัดด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น คาราภาพยนตร์ย่อมมีสิทธิส่วนตัวที่จะไม่ให้ใครแทรกแซงหรือรบกวนในบ้านของตน การแอบถ่ายภาพโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียง แล้วนำมาเผยแพร่ย่อมเป็นละเมิด การใช้ชื่อคาราในการโฆษณาภาพยนตร์ หรือใช้ภาพนักกีฬาโฆษณาสินค้าโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเขา ก็เป็นการละเมิด

ดังนั้น ความยากของการให้ความคุ้มครองในความเป็นส่วนตัวอยู่ที่การชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของสาธารณชน สิทธิของสาธารณชนที่จะได้รับข่าวสารหรือเสรีภาพของสื่อมวลชนกับสิทธิในความเป็นส่วนตัว ซึ่งจะแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์⁹⁸

โดยสรุป การพิจารณาว่าการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในลักษณะใดจะถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายหรือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดได้นั้น มีประเด็นที่เป็นปัญหา คือ ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของสิทธิส่วนบุคคล เพราะหากไม่สามารถ

⁹⁸ ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. (2548). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้. หน้า 66-67.

กำหนดขอบเขตของสิทธิได้ ก็ย่อมไม่อาจอ้างว่ามีการล่วงสิทธิหรือใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใช้บังคับโดยตรงกับเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ซึ่งถือเป็นสิทธิในบุคลิกภาพหรือสิทธิส่วนบุคคล นอกจากการให้ความคุ้มครองชื่อของบุคคลที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18

ดังนั้นหากได้มีการกำหนดขอบเขตหรือข้อยกเว้นสิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไว้ให้ชัดเจนว่าสิทธิอย่างไรที่ถูกจำกัดไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะและสิทธิหรือการกระทำอย่างใดที่จำกัดไว้ให้เป็นสิทธิส่วนบุคคลโดยเฉพาะ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง อันจะทำให้บุคคลทั่วไปได้รับทราบว่ามีสิ่งใดที่ตนได้กระทำนั้นเป็นการก้าวล่วงสิทธิของบุคคลอื่นแล้ว

นอกจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลโดยผิดกฎหมายหรือโดยมิชอบด้วยกฎหมายและเป็นการกระทำโดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อแล้ว ความรับผิดชอบทางละเมิดจะเกิดขึ้นได้ จะต้องมียุติการประกอบเรื่อง “ความเสียหาย” อีกประการหนึ่ง ซึ่งจะทำการวิเคราะห์ในหัวข้อต่อไปถึงการพิจารณาเรื่อง “ความเสียหาย” เกี่ยวกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ว่าเป็นความเสียหายต่อสิทธิในลักษณะอย่างไร

4.3.3 ข้อพิจารณา “ความเสียหาย” กรณีที่มีการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลอื่นโดยมิชอบ

คำว่า ความเสียหาย ตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 หมายถึง การล่วงสิทธิของบุคคลอื่นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 420 ความเสียหายอันเป็นมูลละเมิดความผิดฐานละเมิดนั้น อาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินหรือไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ และความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน แต่มิได้หมายความเฉพาะผลที่เกิดขึ้นแล้วในปัจจุบันเท่านั้น แต่รวมทั้งผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเป็นที่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นด้วย แต่ย่อมไม่หมายความถึง ความเสียหายที่ไม่แน่นอนซึ่งยังเป็นแต่เพียงความคาดหมายว่าจะเกิดหรือไม่เกิดขึ้นก็ได้

ความเสียหาย สำหรับกรณีที่ใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ มีทั้งความเสียหายในลักษณะที่คำนวณเป็นตัวเงินได้ และคำนวณเป็นตัวเงินไม่ได้ ความเสียหายที่คำนวณเป็นตัวเงินได้ ได้แก่ รายได้หรือผลกำไรที่ลดลงเมื่อมีการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลอื่นโดยมิชอบเกิดขึ้น กล่าวคือ หากสาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิด เข้าใจว่ากิจการของผู้ที่แอบอ้างใช้เอกลักษณ์นั้นเป็นกิจการเดียวกันหรือเกี่ยวข้องกับกิจการของเจ้าของเอกลักษณ์ที่แท้จริง ผู้ใช้บริการหรือผู้บริโภคส่วนหนึ่งก็จะหันไปใช้บริการของผู้ที่แอบอ้างนั้นแทน โดยเชื่อว่าเป็นกิจการที่มาจากบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่สาธารณชนชื่นชอบ ดังนั้น เจ้าของที่แท้จริงย่อมสูญเสียรายได้หรือผลกำไรในส่วนนี้ไป นอกจากนี้ หากสินค้าหรือบริการที่ผู้แอบอ้างใช้ความมีชื่อเสียงของบุคคลอื่นผลิตออกมามีคุณภาพต่ำหรือไม่ได้มาตรฐานเหมือนกับที่เจ้าของเอกลักษณ์นั้นได้ผลิตขึ้น ความเสียหายอีกลักษณะ

หนึ่ง ก็ย่อมจะตามมา คือ ความเสียหายในชื่อเสียงหรือเกียรติคุณ และความเชื่อถือที่เคยได้รับจากสาธารณชน ซึ่งก็จะส่งผลให้เกิดความเสียหายในตัวตนตามมาอย่างมาก ดังนั้นในการพิจารณาให้ความคุ้มครองหรือเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของสิทธิในเอกลักษณ์ ไม่ว่าจะป็น ชื่อ เสียง ท่าทาง รูปภาพ หรือเอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคล จำเป็นต้องพิจารณาถึงความเสียหาย ทั้ง 2 กรณี มิใช่จะเพ่งเล็งเฉพาะความเสียหายที่เป็นตัวตนเท่านั้น

ปัญหาว่าการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงอย่างไร จึงจะถือว่าเกิดความเสียหายนั้น ในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา การให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงจากการถูกบุคคลอื่นนำเอาเอกลักษณ์ของตนมาแสวงหาประโยชน์นั้น ภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิส่วนตัว (Privacy Right) นั้น ไม่สามารถให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้อย่างเพียงพอ เนื่องจากเห็นว่าการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง มาใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการ โดยทั่วไป ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายทางศีลธรรมแก่บุคคลผู้มีชื่อเสียง หรือบุคคลผู้มีชื่อเสียงจะต้องเสียความรู้สึกหรือได้รับความทุกข์ความเจ็บปวดทางจิตใจเกิดขึ้น รวมไปถึงเกียรติยศและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์อันจะถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวภายใต้แนวความคิดของหลักสิทธิมนุษยชนเพราะเขาเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง ความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวย่อมจะแตกต่างกับบุคคลธรรมดาทั่วไป แต่การกระทำดังกล่าวเป็นเพียงโอกาสที่ผลประโยชน์จากการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจะหลุดลอยไปเท่านั้น ดังนั้นกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้มีการพัฒนาบทบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษในการให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีชื่อเสียง ที่เรียกว่า “สิทธิในชื่อเสียงของบุคคล” (Right of Publicity) โดยบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว จะให้ความคุ้มครองสิทธิของสาธารณบุคคลในกรณีที่บุคคลผู้มีชื่อเสียงนั้นไม่ได้รับผลตอบแทนเป็นเงินจากการที่บุคคลอื่นนำเอกลักษณ์เฉพาะตัวของเขาไปแสวงหาประโยชน์ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเอกลักษณ์นั้น

ในประเทศฝรั่งเศสนั้น ได้มีข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกันนี้ คือ มีร้านถ่ายภาพแห่งหนึ่ง ได้ขายภาพของนักฟุตบอลอาชีพที่มีชื่อเสียงได้ถูกนำไปใช้ในการโฆษณาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของภาพ ในทางพิจารณาของศาล ศาลพิจารณาว่าไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิทางศีลธรรม (Moral Right) ที่โจทก์พึงมีในภาพที่ปรากฏ เพราะภาพที่ปรากฏได้ถ่ายในสภาพแวดล้อมอันเป็นที่สาธารณะ และถ่ายในขณะที่โจทก์กำลังดำเนินกิจกรรมทางวิชาชีพนั้นอยู่ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อโจทก์ไม่ได้ให้การยินยอมในการใช้ภาพนั้นในทางการโฆษณา โจทก์ก็ย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องว่าเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิใน ทางเศรษฐกิจของโจทก์ได้ เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายละเมิดของไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่า สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้น ไม่ใช่สิทธิที่มีรากฐานมาจากตัวทรัพย์สินหรือทรัพย์สินทางปัญญา อย่างเช่น ลิขสิทธิ์ แต่ฐานของการคุ้มครองเป็นสิทธิ ในความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิในบุคลิกภาพ ซึ่งความเสียหายเกิดจากความรู้สึกหรือเกียรติยศที่เกี่ยวกับตัวตนของเอกชนนั้น

ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงไม่ถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนตัวซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชน ไม่ใช่สิทธิในทางเศรษฐกิจ และ ภาพดังกล่าวได้มีการเปิดเผยในที่สาธารณะแล้ว และบุคคลผู้มีชื่อเสียง คงไม่รู้สึกรับปวดทางจิตใจ หรือถูกลบหลู่เกียรติหรือศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ จึงไม่ถือว่าเป็น การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายในทางศีลธรรม แต่อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปบุคคลผู้มีชื่อเสียง สามารถสร้างผลประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของตนได้ เพราะอาจมีผู้สนับสนุนทางการเงิน ในการโฆษณาสินค้าหรือผลิตภัณฑ์สินค้าหรือการบริการต่างๆ โดยคนได้ผลตอบแทนเป็นเงิน เป็นต้น ดังนั้นความเสียหายในกรณีดังกล่าวเป็นความเสียหายต่อผลประโยชน์ทางการเงินหรือ ผลประโยชน์ทางด้านการเศรษฐกิจและถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิเด็ดขาด เมื่อมีการล่วงสิทธิของ บุคคลนั้น ย่อมถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว และความเสียหายนั้นอาจเป็นความเสียหายอันมิใช่ ตัวเงินหรือเป็นความเสียหายที่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง

ปัญหาในเรื่องความเสียหาย จริงๆ แล้วอยู่ที่การนำสืบพิสูจน์โดยบางครั้งมีความเสียหาย เกิดขึ้นจริง แต่ไม่สามารถพิสูจน์ความจริงหรือความประมาทเลินเล่อ ของจำเลยให้เป็นที่พอใจของ ศาลได้ โจทก์ย่อมไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหาย

การให้ความคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงหรือสิทธิในชื่อเสียงนี้ ผู้เขียน มีความเห็นว่า แม้การแทรกแซงสิทธิส่วนบุคคลในบางกรณีอาจไม่เป็นเรื่องที่บุคคลได้รับความเสียหาย ก็ควรมีสิทธิห้ามบุคคลอื่นได้ถ้าเป็นกรณีที่น่าไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเขา

4.3.4 ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในคดีละเมิดสิทธิใน เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง

เมื่อบุคคลใดได้ใช้ความรู้ความสามารถของตน ขึ้นมางานเป็นที่ยอมรับแก่สาธารณชน ขึ้นมาข่อมเป็นการสมควรที่เขาจะได้รับประโยชน์อันเกิดจากความอวดสาเหของเขาโดยการให้มี สิทธิ แต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการกระทำด้วยประการใดๆ อันก่อให้เกิดประโยชน์แก่เขา ไม่ว่า จะเป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ชื่อเสียง เกียรติคุณ หรือลาภอื่นๆ และกำหนดมาตรการทาง กฎหมายในการปกป้องคุ้มครองและยับยั้งการกระทำใดๆ ที่เป็นการละเมิดหรือเอาเปรียบโดย ไม่เป็นธรรมด้วยการซุบซิบมือเปิบ อันเป็นการลักลอบแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของ บุคคลอื่น โดยมิชอบ ซึ่งได้แก่ การให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายแก่ผู้ทรงสิทธิ ที่ถูกละเมิด แต่รูปแบบของการละเมิดดังกล่าวต่างจากการละเมิดทั่วไป เพราะความเสียหายของ บุคคลผู้มีชื่อเสียงเกี่ยวพันกับค่านิยม (Good Will) ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณ หรือผลประโยชน์ทางด้าน เศรษฐกิจ ทำให้ไม่อาจประเมินคุณค่าและราคาเพื่อกำหนดค่าสินไหมทดแทนได้ชัดเจน ซึ่งในทางปฏิบัติ

แล้ว เป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิหรือผู้เสียหายนั้น กระทบกระเทือนอย่างไร หรือมีความเสียหายเพียงใด

ดังนั้น ปัญหาก็คือในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนนั้นควรมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร และหากมีการนำแนวความคิดค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้ในประเทศไทยจะมีความเหมาะสมมากน้อยเพียงใด

หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยกำหนดค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงนั้น อาจกระทำได้หลายวิธี เช่น กำหนดค่าเสียหายเป็นตัวเงินที่ผู้ต้องเสียหายต้องสูญเสียไปอันเป็นผลมาจากการละเมิดนั้น หรือค่าเสียหายซึ่งเท่ากับจำนวนผลกำไรที่ผู้ทำละเมิดได้รับจากการทำละเมิดนั้น หรืออาจกำหนดค่าเสียหายในรูปของจำนวนเงินอันเหมาะสมที่ผู้ทำละเมิดจะต้องชำระในการใช้ประโยชน์ อันเนื่องมาจากการใช้ความมีชื่อเสียงของบุคคลอื่นไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ

ในประเด็นที่กล่าวมานี้ กฎหมายแพ่ง มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มาตรา 3344 (a) ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายไว้โดยเฉพาะซึ่งได้กำหนดไว้ว่า “...บุคคลผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในจำนวนเท่าหรือมากกว่า 750 ดอลลาร์ หรือค่าเสียหายตามความเป็นจริง อันเนื่องมาจากการใช้โดยปราศจากความยินยอมและผลกำไรอันเนื่องมาจากการใช้โดยปราศจากความยินยอม จะไม่ถูกนำมาคำนวณเป็นค่าเสียหายอันแท้จริง ในการกำหนดค่าผลกำไรนั้น ผู้เสียหายหรือคู่กรณีเป็นฝ่ายพิสูจน์เพียงเท่าไรได้สุทธิอันเนื่องมาจากการใช้เท่านั้น บุคคลผู้ทำการละเมิดเป็นฝ่ายที่ต้องพิสูจน์ในค่าใช้จ่ายซึ่งสามารถหักกลบลบกันได้ ...”

ส่วนมลรัฐอิลลินอยส์ พระราชบัญญัติสิทธิแห่งชื่อเสียง (Right of Publicity Act.) (765 ILCS 1075/40) มาตรา 40 (a) กำหนดว่า “..ผู้ฝ่าฝืน มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัตินี้จะต้องรับผิดชอบใดอย่างหนึ่ง

(1) ค่าเสียหายตามความเป็นจริง, ผลประโยชน์ที่ได้รับมาจากการใช้ โดยไม่มีอำนาจหรือทั้งสองอย่าง (both) หรือ

(2) 1,000 ดอลลาร์ ...”

นอกจากนี้ยังได้ กำหนดหลักเกณฑ์ว่า ในกรณีที่มีพฤติการณ์บางอย่าง ถ้าศาลเห็นสมควร อาจมีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษทางแพ่งแก่ผู้กระทำละเมิดได้ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้อาจกล่าวได้ว่า หลักเกณฑ์นี้เป็นมาตรการป้องกันการกระทำการลักลอบแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของบุคคลอื่น โดยมิชอบอันถือเป็นการละเมิดสิทธิของเขาได้ อย่างหนึ่ง

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า ข้อพิจารณาในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในกรณีแสวงหาประโยชน์จากเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงนี้ ได้แก่ การชดเชยค่าเสียหายตามความเป็นจริงหรืออาจเรียกผลกำไรสุทธิที่จำเลยได้มาจากการกระทำโดยมิชอบอันถือเป็นว่าเป็นการได้มาซึ่งลาภมิควรได้ (Unjust Enrichment) และยังมีค่าเสียหายที่เป็นการลงโทษในทางแพ่ง ซึ่งมักจะมีจำนวนที่สูงมาก

สำหรับค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) นี้ เป็นค่าเสียหายที่เพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือจากค่าสินไหมทดแทนความเสียหายตามธรรมดา และมีวัตถุประสงค์ในการลงโทษจำเลยโดยไม่ได้เป็นการวัดความสูญเสียและเสียหายของโจทก์ ทฤษฎีเกี่ยวกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษก็คือ ค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นการลงโทษทางแพ่งอย่างหนึ่งและกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำที่คล้ายคลึงกันอันจะเกิดขึ้นในอนาคต ภายใต้แนวความคิดนี้เอง ค่าเสียหายดังกล่าวจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของนโยบายสาธารณะ (Public Policy) และประโยชน์ของสังคมและสาธารณะ (The Interest of Society and for The Public Benefit) ไม่ใช่เพียงเพื่อเป็นค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับเท่านั้น แต่มีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษผู้กระทำผิด เพื่อชดเชยสำหรับการกระทำความผิดของเขา ค่าเสียหายในเชิงลงโทษเป็นหลักการที่รับมาจากกฎหมายโรมันและไม่เป็นที่รู้จักกันในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือระบบซีวิลลอว์ ประเทศไทยเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลมาจากกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ยึดถือหลักเกณฑ์การชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่ได้รับจริงโดยหลักการจึงไม่ยอมรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าเสียหายในเชิงลงโทษ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลได้เคยกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษสำหรับการกระทำโดยเจตนาที่ไม่นำพาต่อสิทธิของโจทก์ในทางธุรกิจ ดังเช่นในคดี *Waits v. Frito-Lay, Inc.*, 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992), cert. denied, 506 U.S. 1080 (1993). The Ninth Circuit ได้ยื่นยันในคำตัดสินของคณะลูกขุน (Yerdict) ที่ให้เงิน 2.5 ล้านดอลลาร์ ในการต่อต้าน Frito-Lay ในการเป็นตัวแทนการโฆษณาในการอ้างสิทธิของการเลียนแบบเสียง

นักร้อง Tom Waits ได้ฟ้องร้อง Frito-Lay ในการอ้างสิทธิโดยมิชอบภายใต้พระราชบัญญัติแลนแฮม (Lanham Act) และการนำเสียงของเขาไปใช้โดยมิชอบในรายการวิทยุทางการค้าของ Frito-Lay ภายหลังจากพิจารณาคดีก่อนผู้พิพากษา เจมส์ ไอเดมาน (James Ideman) ในศาลมลรัฐของอเมริกา (มลรัฐกลางของแคลิฟอร์เนีย) คณะลูกขุนได้มีคำตัดสินให้เงิน 2.5 ล้านดอลลาร์แก่ผลประโยชน์ของนักเล่นดนตรี ประกอบด้วย ค่าทดแทนความเสียหายจำนวน 375,000 เหรียญ ค่าเสียหายในเชิงลงโทษจำนวน 2 ล้านดอลลาร์ และค่าทนายความ

The Ninth Circuit ได้ยืนยันในคำตัดสินในคดีของ Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460, 463 (9th Cir. 1988) ที่ว่า “เมื่อลักษณะเฉพาะในเสียงของนักร้องมีอาชีพที่เป็นที่รู้จักอย่างแพร่หลาย และได้มีการเลียนแบบเสียงเพื่อการขายผลิตภัณฑ์ ผู้ขายทั้งหลายต้องรู้ว่าอะไรที่ไม่ใช่ของเขา (ผู้ขาย) และเป็นผู้กระทำละเมิดในแคลิฟอร์เนีย

ศาลได้ยืนยันในการให้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษจำนวน 2 ล้านเหรียญ ในการที่จำเลยมีเจตนาที่จะไม่นำพาดพิงของนักเล่นดนตรีในการที่จะควบคุมลักษณะเฉพาะของเขา นักเล่นดนตรี (Waits) 798 F.2d at 1105. ในการตัดสินให้ค่าทดแทนความเสียหาย ศาลได้อ้างถึงหลักฐานที่ชัดเจนของนักเล่นดนตรีที่พูดแสดงทัศนคติต่อสาธารณะที่จะต่อต้านการกระทำทางการค้าที่ทำให้เขาเกิดความเสียหายเมื่อได้มีการหาประโยชน์ทางธุรกิจ และการทำให้เกิดความเสียหายในชื่อเสียงทางการค้าของเขาและคุณค่าทางโฆษณา (Publicity) ในอนาคต

สำหรับประเทศไทย เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติในเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้โจ่งใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” และมาตรา 438 บัญญัติไว้ว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันได้ก่อกำขึ้นนั้นด้วย”

คำว่า “พฤติการณ์” ตามพจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 หมายความว่า เหตุการณ์ที่เป็นไป พฤติการณ์แห่งละเมิดจึงหมายถึง เหตุการณ์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของจำเลย เช่น จำเลยกระทำละเมิดโดยมีเจตนาถ่มน้ำใส่โจทก์ให้โจทก์ได้รับความเสียหายแก่ธุรกิจการค้า การละเมิดของจำเลยเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การจงใจนั้นเทียบได้กับการกระทำโดยเจตนา โจทก์ต้องนำสืบว่าจำเลยเจตนาทำให้โจทก์เสียหายอย่างไร โจทก์ต้องระมัดระวังจากการเสียชื่อเสียงในทางการค้าหรือมีผลกระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ทางการเงินหรือมีความเสียหายเพียงใด อย่างไร ส่วนการประมาทเลินเล่อ นั้น โจทก์ต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่าเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อย่างธรรมดา หรือเพียงเล็กน้อย ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นเทียบได้เกือบเท่ากับจงใจหรือเจตนา หมายถึง ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเอาเสียเลยผิดวิสัยบุคคลธรรมดาจะทำได้ แต่ประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา หรือเพียงเล็กน้อย

เป็นเพียงแต่ปราศจากความระมัดระวังเท่านั้น ถ้าโจทก์นำสืบได้ว่าจำเลยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้มากกว่าประมาทเลินเล่ออย่างธรรมดา

คำว่า “ร้ายแรง” ตามพจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 หมายความว่า รุนแรง ร้ายเกินควร ความร้ายแรงแห่งละเมิดจึงหมายถึง ลักษณะแห่งการกระทำละเมิดของจำเลย มีความรุนแรงก่อให้เกิดความเสียหายเพียงใด

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 438 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางและโดยอิสระ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแห่งคดีเป็นกรณีไป และขึ้นอยู่กับการนำสืบพิสูจน์ของโจทก์ ถ้าโจทก์สามารถนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเสียหาย และศาลเชื่อเช่นนั้น ศาลก็จะวินิจฉัยเยียวยาความเสียหายให้แก่โจทก์เป็นจำนวนตามฟ้อง ซึ่งจากการที่กฎหมายให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง ทำให้การพิพากษาไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน นอกจากนี้เมื่อนำมาใช้ในเรื่องของการลักลอบแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของบุคคลอื่นแล้ว อาจมีปัญหาในบางประการ ทั้งนี้ เนื่องจากการเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนนั้น โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าโจทก์ได้รับความเสียหายเท่าใด ซึ่งในเรื่องของการกระทำละเมิดสิทธิดังกล่าวนั้น เป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าผลประโยชน์ของโจทก์นั้น ตามความเป็นจริงแล้วถูกกระทบกระเทือนหรือเสียหายเพียงใด ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงยังไม่แน่ชัดหรือโจทก์นำสืบให้เห็นแน่ชัดไม่ได้ ศาลย่อมจะกำหนดให้ตามควรแก่พฤติการณ์ได้ ซึ่งอาจไม่เหมาะสมกับที่ควรจะได้รับก็ได้และค่าเสียหายอาจไม่คุ้มเท่ากับค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีละเมิด จึงอาจทำให้เจ้าของเอกลักษณ์หรือผู้ต้องเสียหายไม่ฟ้องร้องผู้ทำละเมิด ซึ่งหากพิจารณาอีกแง่หนึ่งก็คือ การให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงในทางธุรกิจไม่เป็นผลเท่าที่ควร และการไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณค่าสินไหมทดแทนที่ชัดเจนและเหมาะสม อาจทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนในแต่ละคดีแตกต่างกันไปตามความคิดของผู้พิพากษาแต่ละท่าน

อีกทั้งค่าสินไหมทดแทนที่ศาลจะกำหนดให้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดนั้นจะต้องเป็นค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการละเมิดเท่านั้น ดังนั้นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิโจทก์จึงไม่มีสิทธิเรียกร้องได้ ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 2608/2526 ค่าจ้างนักสืบเป็นค่าเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ ไม่สมควรแก่พฤติการณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้องได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายสิทธิบัตรของไทยที่สามารถเรียกค่าเสียหายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิหรือค่าเสียหายตามความเป็นจริงได้ ทำให้การวินิจฉัยคดีมีความแตกต่างกันอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย

ดังนั้น หากมีการกำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายตามความเป็นจริง การสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของผู้เสียหาย ในจำนวนตามที่ศาลเห็นสมควร และกำหนดหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการพิจารณาเรื่องของค่าเสียหาย ในกรณีมีการละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจากการถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจให้ชัดเจนแล้วย่อมจะเป็นการเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม แม้จะได้มีการแก้ไขปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นแล้วก็ตาม แต่เนื่องจากกฎหมาย ลักษณะละเมิดของไทยใช้ระบบกฎหมายชีวิตล่อว์ที่มีวัตถุประสงค์ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่ได้รับจริง เพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนการทำละเมิด โดยไม่มีแนวความคิดในการกำหนดให้ชดเชยค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ดังนั้น หากศาลไทยถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยเคร่งครัด โดยให้โจทก์ได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนตามที่เกิดขึ้นจริง ไม่มากไม่น้อยไปกว่านั้น อาจทำให้จำเลยไม่เข็ดหลาบ และไม่เกรงกลัวการทำละเมิดเพราะเมื่อเกิดความรูสึกว่าการละเมิดของจำเลยนั้น “คุ้มค่า” ต่อการเสียกระทำความผิดถึงจะถูกจับได้เพียงแต่ชดเชยเป็นจำนวนไม่มากนัก ก็เป็นการคุ้มค่าแล้ว เพราะจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการทำละเมิด อาจมีจำนวนมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงที่ศาลจะพิพากษาให้จำเลยชดเชยก็ได้ ทำให้จำเลยกล้าเสี่ยงที่จะกระทำความผิดและไม่เข็ดหลาบที่จะกระทำความผิดอีก และจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับนี้ กฎหมายไทยไม่เปิดช่องให้ศาลมีอำนาจพิพากษาได้และในทางปฏิบัติ ศาลก็ไม่เคยกำหนดค่าเสียหายชนิดนี้ให้แก่โจทก์

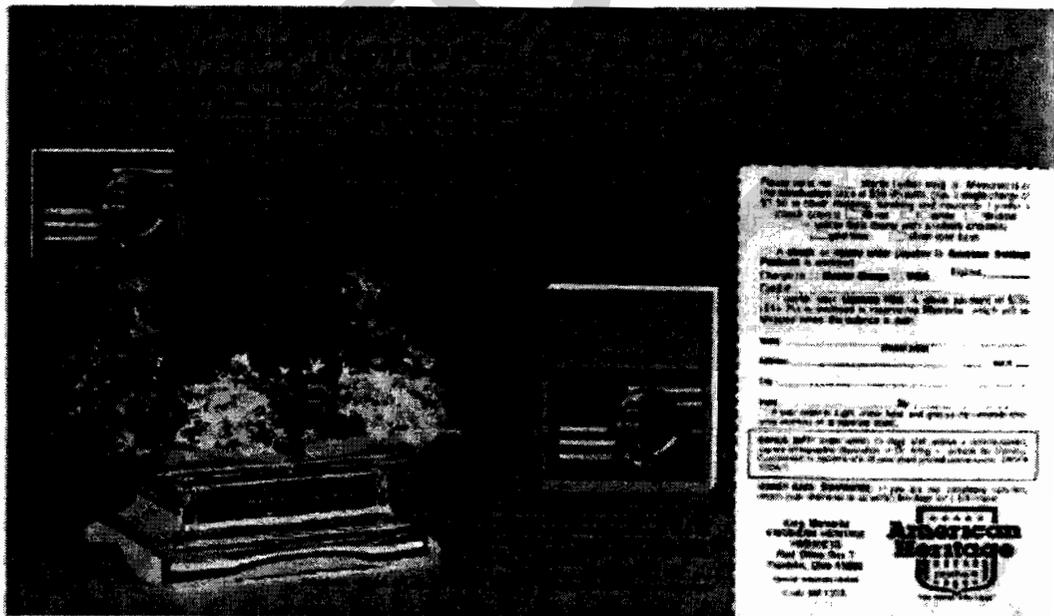
ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรมีการนำแนวความคิดในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ในระบบกฎหมายคอมมอนล่อว์มาใช้กับกรณีการแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจจากความมีชื่อเสียงของบุคคลอื่นโดยมิชอบ ทั้งนี้เพื่อ

- 1) เพื่อเป็นการลงโทษจำเลยที่มีพฤติการณ์ละเมิดโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Wanton) ประมาทเลินเล่อโดยจงใจ (Reckless) เจตนาชั่วร้าย (Malicious) มีลักษณะกดขี่ข่มเหง (Oppressive) หรือมีพฤติการณ์จงใจไม่นำพาต่อกฎหมายและสิทธิของผู้อื่น
- 2) เพื่อเป็นการยับยั้งและป้องปรามมิให้มีการกระทำความผิดในลักษณะเช่นเดียวกันขึ้นอีกในอนาคต
- 3) ทำให้บุคคลในสังคมอยู่ร่วมกันด้วยความสงบสุข ทุกคนมีความเคารพและยอมรับในสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลและกฎหมายมากขึ้น

ซึ่งหากมีการแก้ไขกฎหมาย ให้มีการบังคับให้ชดเชยค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้อย่างเป็นรูปธรรมแล้ว น่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ได้มากยิ่งขึ้น

4.4 ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงภายหลังถึงแก่ความตาย

ปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ การแสวงหาประโยชน์จากเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคลที่มีชื่อเสียงซึ่งถึงแก่กรรมไปแล้ว โดยไม่ได้รับอนุญาตจากทายาทของเขา เช่นนี้ ทายาทของผู้ตายจะสามารถดำเนินคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่ ซึ่งแนวคิดนี้มีความเห็นแตกต่างกัน โดยนักกฎหมายส่วนหนึ่ง เห็นว่าสิทธินั้นยังคงมีอยู่ แม้ภายหลังถึงแก่ความตาย แต่อีกส่วนหนึ่งกลับเห็นว่า สิทธิในชื่อเสียง (Right of Publicity) ของบุคคลหมดไปแล้ว และไม่อาจตกทอดสู่ทายาท ภายหลังจากบุคคลผู้มีชื่อเสียงถึงแก่ความตายไปแล้ว ซึ่งประเด็นในเรื่องนี้ แนวความคิดของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีความคิดเห็นแตกต่างกัน โดยศาลฎีกาในมลรัฐจอร์เจียได้พิจารณาว่ากองมรดกของมาร์ติน ลูเธอร์ คิงส์ จูเนียร์⁹⁹ จะสามารถได้รับค่าชดเชยหรือไม่จากการผลิต ซึ่งมีได้รับความยินยอมและการขายรูปปั้นทรงครึ่งตัว



Martin Luther King, Jr. bust, as presented in an ad in *Ebony*

⁹⁹ Martin Luther King, Jr. Ctr. v. Am. Heritage Prods., Inc., 250 Ga. 135(1982).

ศาลได้ลงความเห็นวาสติทธีแห่งชื่อเสียงนั้นสามารถสืบทอดกันได้ กรณีรวมถึงบุคคลที่มีชื่อเสียง-ไม่มีชื่อเสียง และยังได้คุ้มครองถึงภาพวาด รูปหล่อของบุคคลทางการเมืองต่อการนำไปใช้ทางการค้า ซึ่งได้รับความคุ้มครองโดยหลักของการแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมในครั้งแรก ศาลของมลรัฐนิวยอร์ก ให้สิทธิในชื่อเสียงของเอลวิส เพรสลีย์ ยังคงมีอยู่ภายใต้กฎหมายของมลรัฐนิวยอร์ก แม้ภายหลังที่เอลวิสตายไปแล้วก็ตาม¹⁰⁰ แต่ในทางตรงข้าม The Sixth Circuit Court of Appeals กลับเห็นว่าสิทธิในชื่อเสียงหมดไปแล้วและไม่ตกทอดสู่ทายาท ภายหลังจากผู้มีชื่อเสียงถึงแก่ความตายไปแล้ว ภายใต้อีกกฎหมายของมลรัฐเทนเนสซี¹⁰¹ นอกจากนี้ศาลในมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ยังได้กล่าวไว้ว่า สิทธิส่วนบุคคลในการใช้ชื่อหรือภาพนั้น นับเป็นสิทธิเฉพาะตัว เมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตายก็ไม่ตกทอดไปยังทายาท เช่น การขายประวัติและภาพถ่ายของบุคคลที่มีชื่อเสียง รัฐบุรุษ นักเขียน ศิลปิน นักประดิษฐ์ ฯลฯ ซึ่งเสียชีวิตไปแล้ว ทายาทไม่สามารถห้ามได้ เพราะบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ที่ร้องขอหรือต้องการการยอมรับจากสาธารณชน จึงควรยกสิทธินี้ให้คืนแก่สาธารณชน¹⁰²

ในประเทศเยอรมัน การล่วงละเมิดต่อบุคคล เกิดดิศ หรือชื่อเสียงนั้นสามารถยังคงมีอยู่ถึงแม้ว่าเจ้าของเอกลักษณ์เฉพาะตัวนั้นถึงแก่ความตายไปแล้ว ตัวอย่างเช่น ทายาทของนักวิทยาศาสตร์ ผู้เชี่ยวชาญในด้านของการค้นพบเซลล์แรกเกิด ซึ่งเกี่ยวกับการบำบัดรักษาโรค ศาสตราจารย์ Niehans ผู้ซึ่งได้สามารถคิดค้นถึงการคุ้มครองจำเลยจากการนำไปใช้ ซึ่งชื่อของเขาต่อการโฆษณาเกี่ยวกับการทำศัลยกรรม ซึ่งหลักอันเป็นรากฐานแห่งคดีของเขานั้นเกี่ยวข้องถึงการละเมิดสิทธิทั่วไปแห่งบุคลิกภาพ ซึ่งได้มาจากมาตรา 1 (1) แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งกล่าวไว้ว่า มิได้สิ้นสุดไปเนื่องจากความตายของบุคคล การโฆษณาดังกล่าว ได้ถูกยืนยันว่ามันจะนำพาซึ่งการทำให้เข้าใจผิดซึ่งศาสตราจารย์ Niehans ได้ประยุคต์ว่าประสบการณ์ทางด้านวิทยาศาสตร์ของเขาในสาขาเกี่ยวกับศัลยกรรม และผลิตผลต่างๆ ซึ่งได้ทำกำไรให้กับเขานั้นมาจากฝีมือความสามารถทางเทคนิคของเขา ด้วยเหตุนี้จึงเป็นการทำให้เสียหายต่อชื่อเสียงของเขา¹⁰³ ภายหลังจากนั้นลูกชายของนักแสดงตลกที่มีชื่อเสียง (Well-know) และนักประพันธ์ Heinz Erhardt สามารถปกป้องถึงลักษณะเฉพาะของเสียงของบิดาของเขาในการโฆษณาบนหลักการของสิทธิในบุคลิกภาพ (Personality Rights) ของบิดาของเขา ซึ่งยังคงได้ดำรงอยู่และยังไม่สิ้นสุดไปกับความตายของเขา การโฆษณาได้ช่วยปลูก

¹⁰⁰ Factors Etc., Inc. v. Pro Arts Inc., 579 F. 2d 215.

¹⁰¹ Memphis Development Foundation v. Factors Inc., 626 F.2d 986.

¹⁰² Corliss v. E.W. Walker Co., 57 F. 434 (D Mass 1893); 64 F. 280 (D. Mass. 1894). อ้างใน สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. เล่มเดิม. หน้า 20.

¹⁰³ BGH 17.05.82 (Case No.IZR 73/82) (1982) (Fresh Call Cosmentics) (translated in (1986) 17 IIC, 426).

กระตุ้นความทรงจำเมื่อครั้งยังมีชีวิตอยู่ของบุคลิกภาพ (Personality) ทางด้านศิลปะของ Erhardt และมันจะไม่ได้รับการยอมรับ ในมุมมองของศาลซึ่งเห็นว่าบุคลิกภาพ (Personality) ในด้านศิลปะ นั้น สามารถถูกลอกเลียนแบบต่อผลในบั้นปลายทางการค้าได้ การยื่นขึ้นคัดค้านนั้นมีความถูกต้อง ทั้งในกรณีเกี่ยวกับความมีเกียรติ (Dignity) ของบุคคลที่ได้ล่วงลับไปแล้ว และผลประโยชน์ทาง เศรษฐกิจถึงการนำไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวทางการค้า ซึ่งได้รับสิทธิโดยทายาทตามความเห็น ของศาลในกรณีของการคุ้มครองถึงการนำไปโฆษณาทางการค้า ซึ่งมีได้รับความยินยอมนั้น ไม่ส่งผล ต่อประโยชน์ในความเป็นศิลปะของผู้ลอกเลียนแบบ หรือมีสิทธิตามกฎหมายในการรายงานข่าวสาร โดยสื่อมวลชน¹⁰⁴

นอกจากนี้ยังมีคดีตัดสินของ Marlene Dietrich¹⁰⁵ คดีดังกล่าวได้มีความเกี่ยวข้องกับถึง สิทธิในการเรียกร้อง ซึ่งได้ถูกนำขึ้นฟ้องร้องโดยทายาทของนักแสดงหญิงที่มีชื่อเสียงในการพยายาม ที่จะหยุดการใช้โดยปราศจากความยินยอมในชื่อและในสิ่งที่คล้ายคลึงของมารดาผู้ล่วงลับของเธอ ในรถยนต์ และประกอบการค้า Kammergericht (ศาลอุทธรณ์แห่งกรุงเบอร์ลิน) ได้ตัดสินให้เธอได้รับ ค่าตอบแทนจากผลประโยชน์ทางการเงินจากการนำไปใช้ในการประกอบการทางธุรกิจ โดยศาล ได้ให้เหตุผลบนหลักพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนกับกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินว่า สิทธิในบุคลิกภาพ โดยทั่วไป (General Personality Right) ได้รับความคุ้มครองโดยมาตรา 823 (1) BGB ซึ่งมีใช้คุ้มครอง เฉพาะผลประโยชน์ส่วนบุคคลที่มีใช้ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผลประโยชน์ ทางเศรษฐกิจอีกด้วย ในการใช้ทางธุรกิจในสิทธินั้น และย่อมได้รับผลตอบแทนจากผลประโยชน์ ทางการเงินในการนำไปใช้ทางธุรกิจ ซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่สมควรได้รับ มิใช่แก่บุคคลที่สาม สิทธิ ดังกล่าวได้ถูกโอนไปยังโจทก์คู่คดีการเป็นทายาทไปสู่ทรัพย์สินของ Dietrich เนื่องจากผลประโยชน์ เหล่านี้สามารถสืบทอดเป็นมรดกได้ ในทางตรงกันข้าม ผลประโยชน์อันมิใช่ตัวเงิน (Non-material interests) ได้มีข้อผูกมัดต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องรวมทั้งไม่สามารถสละทิ้งหรือขายได้ ดังนั้นสิทธิใน ความมีชื่อเสียงของบุคคลนี้ย่อม ตกทอดเป็นมรดกได้ และอนุญาตให้โจทก์ได้รับชดใช้ค่าเสียหาย

ในประเด็นดังกล่าว หากพิจารณาตามหลักกฎหมายไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่า หาก เจ้าของชื่อหรือภาพนั้นได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้แล้ว เครื่องหมายการค้าย่อมเป็นสิทธิใน ทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ย่อมตกทอดแก่ทายาทและทายาทสามารถรับมรดกต่อไปได้ แต่ถ้าหากเจ้าของ ชื่อนั้นยังมีได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ แต่มีบุคคลอื่นได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

¹⁰⁴ OLG Hamburg 08.05.89 (Case No.3 W 45/89) (1989) (Heinz Erhardt) (translated in (1990) 21 IIC,881).

¹⁰⁵ BGB 1.12.1999. (1999). (translated in B.S. Markesinis, Always on the Same Path (Oxford, 2001), 401).

ชื่อนั้นไว้ก่อน เจ้าของชื่อย่อมไม่อาจร้องขอจดทะเบียนชื่อนั้นซ้ำได้อีก ทายาทย่อมไม่มีสิทธิเช่นกัน เว้นแต่ การนำเอาชื่อของเจ้าของชื่อไปใช้ ทำให้เจ้าของชื่อเสียชื่อเสียง เกียรติยศ ทายาทได้รับความเสียหายด้วย ทายาทก็อาจฟ้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งได้

นอกจากนี้ สิทธิในชื่อของบุคคลถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวของบุคคลโดยสภาพ ดังนั้น หากโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของชื่อ ยังมีได้ใช้ประโยชน์ในชื่อของคนในลักษณะของชื่อทางการค้าและถึงแก่ความตายไป สิทธิในชื่อดังกล่าวย่อมหมดไป ทายาทย่อมไม่อาจห้ามบุคคลอื่นได้เช่นกัน ทั้งนี้ เพราะสิทธิดังกล่าวมิใช่สิทธิทางเศรษฐกิจที่ทายาทจะแสวงหาประโยชน์ส่วนตนจากสิทธิดังกล่าวได้

ในส่วนของสิทธิในภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงนั้น หากบุคคลในภาพยังมีได้แสวงหาประโยชน์จากภาพดังกล่าว ต่อมาถึงแก่ความตายลง ทายาทจะห้ามมิให้บุคคลอื่นใช้ภาพดังกล่าวได้หรือไม่นั้น กรณีนี้ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะสำหรับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคล แต่หากพิจารณาจากกฎหมายมรดกในมาตรา 1600 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ กองมรดกของผู้ตาย ได้แก่ ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้ว เป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ภาพของบุคคลนั้น เมื่อเจ้าของภาพถึงแก่ความตายลง หากบุคคลอื่นต้องการใช้ประโยชน์ในภาพของบุคคลดังกล่าว ทายาทของเจ้าของภาพนั้นอาจให้ความยินยอมแก่บุคคลอื่นนั้นได้ ทั้งนี้โดยเทียบเคียงจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า มาตรา 7 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “เครื่องหมายการค้าที่มีหรือประกอบด้วยลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นลักษณะบ่งเฉพาะ

(5) ภาพของผู้จดทะเบียนหรือภาพของบุคคลอื่น โดยได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นแล้ว หรือในกรณีที่บุคคลนั้นตายแล้ว โดยได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดานและคู่สมรสของบุคคลนั้น ถ้ามี แล้ว”

ดังนั้นหากพิจารณาในบทบัญญัติมาตรานี้ประกอบ จะเห็นว่า หากเจ้าของภาพได้ถึงแก่ความตายแล้ว บุคคลอื่นที่จะนำภาพของเจ้าของภาพมาจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า อาจขอความยินยอมจากทายาทของบุคคลนั้นได้ แต่อย่างไรก็ดี แม้บุคคลอื่นจะแสวงหาประโยชน์จากภาพนั้น โดยไม่ได้รับความยินยอมจากทายาทก็ตาม ทายาทก็ไม่อาจห้ามบุคคลดังกล่าวแสวงหาประโยชน์จากภาพนั้นได้ และไม่อาจโอนสิทธิดังกล่าวให้บุคคลอื่นได้อีกด้วย ทั้งนี้ เพราะภาพอันถือเป็นเอกลักษณ์ของบุคคลย่อมเป็นเครื่องบ่งชี้และจำแนกตัวบุคคลแต่ละคนว่ามีความแตกต่างจากบุคคลอื่น ดังนั้นภาพของบุคคลภายใต้การได้รับความคุ้มครองในเรื่องสิทธิส่วนตัวดังกล่าว จึงถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวและไม่ใช่สิทธิที่มีรากฐานมาจากตัวทรัพย์สินหรือทรัพย์สินทางปัญญา อย่างเช่น ลิขสิทธิ์

แต่ฐานของการคุ้มครองเป็นสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิในบุคลิกภาพ เช่นเดียวกับชื่อของบุคคล และมีใช้สิทธิทางเศรษฐกิจซึ่งทายาทจะแสวงหาประโยชน์ส่วนตนจากสิทธิดังกล่าวได้

DPU