



ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง  
แสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

ปฐพี คำควร



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2549

ISBN : 974-671-530-5

**Legal Problems Relating to Taking Business Advantages  
from Uniqueness of Popular Persons**

**Pathapee Kamkwaun**

**A Thesis Submitted in Partail Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Graduate School, Dhurakij Pundit University**

**2006**

**ISBN: 974-671-530-5**

เลขทะเบียน.....	0192781
วันลงทะเบียน.....	21 ก.พ. 2550
เลขเรียกหนังสือ.....	342.0858
	ป.1392
	[2549]
	03



ใบรับรองวิทยานิพนธ์  
บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์  
ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

ชื่อวิทยานิพนธ์ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหา  
ประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

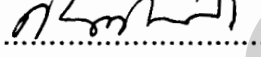
เสนอโดย นายปรุฬห์ คำควร

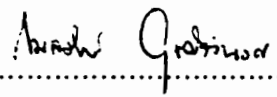
สาขาวิชา นิติศาสตร์ หมวดวิชา กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ


อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รศ.ดร.กัลยา ตัณศิริ

ได้พิจารณาเห็นชอบ โดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

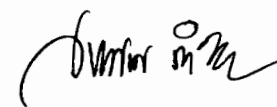
  
..... ประธานกรรมการ  
(ศ.ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์)

  
..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์  
(รศ.ดร.กัลยา ตัณศิริ)

  
..... กรรมการ  
(อาจารย์กมลมิตร วุฒิจำนงค์)

  
..... กรรมการ  
(รศ.ชูศักดิ์ ศิรินิล)

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว

  
..... คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ คำริชอบ)  
วันที่ 23 เดือน กันยายน พ.ศ. 2549

### กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของท่าน ศ.ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ประธานกรรมการสอบ รศ.ดร. กัลยา ตัณศิริ กรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ อาจารย์กมลมิตร วุฒิจำนงค์ รศ. ชูศักดิ์ ศิรินิล กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้กรุณาให้คำปรึกษาแนะนำและชี้ข้อบกพร่องต่างๆ จนวิทยานิพนธ์เล่มนี้สมบูรณ์และสำเร็จในที่สุด

ขอขอบพระคุณทุกท่านที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการสำเร็จของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ กล่าวคือ คณะอาจารย์ทางด้านกฎหมายทุกท่านที่ได้ให้ความรู้ประสิทธิประสาทวิชา บิดา มารดา ที่ให้การสนับสนุนและให้กำลังใจตลอดมา รวมทั้งเพื่อนๆ ที่กรุณาสละเวลาช่วยแปลเอกสารต่างประเทศ นุศลากรของมหาวิทยาลัย สถาบันกฎหมายและเจ้าหน้าที่ของห้องสมุดต่างๆ ที่ได้อำนวยความสะดวก และให้ความกรุณาตลอดมา

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วิทยานิพนธ์เล่มนี้คงมีคุณค่าและประโยชน์ในการศึกษากฎหมายและเจตนารมณ์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้รับการสานต่อให้เป็นรูปธรรมเพื่อประโยชน์ในการดูแลและพัฒนาสังคมต่อไป สำหรับความผิดพลาดและข้อบกพร่องใดๆ หากมีผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ปฐพี คำควร

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฉ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ซ
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	4
2. ความหมายและแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล.....	5
2.1 ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล.....	5
2.1.1 ความหมายเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล.....	5
2.1.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล.....	7
2.1.2.1 สมัยกรีก.....	9
2.1.2.2 สมัยโรมัน.....	10
2.1.2.3 สมัยกลางสมัยฟื้นฟูและปรัชญาร่วมสมัย.....	11
2.1.2.4 สมัยศตวรรษที่19-20.....	16
2.2 สิทธิส่วนบุคคลตามหลักสิทธิมนุษยชน.....	17
2.3 ความหมายและแนวความคิดในการประกอบธุรกิจ.....	19
2.3.1 ความหมายของธุรกิจ.....	19
2.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ.....	20
2.3.2.1 กระบวนการที่ก่อให้เกิดการประกอบธุรกิจ.....	20
2.3.2.2 ปัจจัยที่ก่อให้เกิดกระบวนการผลิต.....	21
3. กฎหมายที่เกี่ยวกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง	
มาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ.....	23
3.1 ความหมายของเอกลักษณ์ของบุคคล.....	24

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2 ความสำคัญของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในเชิงธุรกิจ.....	25
3.3 ลักษณะของการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง มาแสวงหาประโยชน์ ในเชิงธุรกิจ.....	28
3.4 แนวทางเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคล.....	33
3.5 การคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงตามกฎหมายไทย.....	35
3.5.1 สิทธิส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.....	35
3.5.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	37
3.5.2.1 กฎหมายลักษณะละเมิด.....	37
1) แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดในการกระทำละเมิด.....	37
2) หลักการสำคัญของความรับผิดทางละเมิด ตามกฎหมายไทย.....	38
3.5.2.2 กฎหมายว่าด้วยสิทธิในการใช้ชื่อ.....	44
3.5.3 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537.....	46
3.5.3.1 หลักเกณฑ์สำคัญของการละเมิดลิขสิทธิ์.....	47
3.5.3.2 สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์.....	49
1) สิทธิทางเศรษฐกิจ.....	49
2) ธรรมสิทธิ.....	50
3.5.3.3 ลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์.....	51
1) การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง.....	51
2) การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม.....	52
3.5.3.4 การกระทำที่ได้รับการยกเว้น ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์.....	52
3.5.4 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2543.....	53
3.5.4.1 ความหมายของเครื่องหมายการค้า.....	53
3.5.4.2 หลักเกณฑ์การละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้า.....	55
3.6 การคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงตามกฎหมายต่างประเทศ.....	56
3.6.1 การคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์.....	57

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.6.1.1 ประเทศเยอรมัน.....	57
3.6.1.2 ประเทศฝรั่งเศส .....	60
3.6.2 การคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ของกุ่มประเทศคอมมอนลว.....	63
3.6.2.1 ประเทศแคนาดา.....	63
3.6.2.2 ประเทศอังกฤษ.....	65
3.6.2.3 ประเทศออสเตรเลีย.....	69
3.6.2.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	70
4. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง มาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ.....	84
4.1 ปัญหาข้อจำกัดของงานสร้างสรรค์อันได้มาซึ่งลิขสิทธิ์.....	84
4.2 ปัญหาขอบเขตและข้อจำกัดของการคุ้มครองการละเมิดสิทธิ ในเครื่องหมายการค้า.....	87
4.3 ปัญหาการนำหลักกฎหมายละเมิดมาใช้กับการคุ้มครองเอกลักษณ์ ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในเชิงธุรกิจ.....	90
4.3.1 สิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลเป็นสิทธิประเภทใดตามมาตรา 420.....	91
4.3.2 ปัญหาการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงโดยผิดกฎหมาย.....	96
4.3.3 ข้อพิจารณา “ความเสียหาย” กรณีที่มีการใช้เอกลักษณ์ ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงโดยมิชอบด้วยกฎหมาย.....	103
4.3.4 ปัญหาการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในคดีละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์ ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง.....	105
4.4 ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์บุคคล ผู้มีชื่อเสียงภายหลังถึงแก่ความตาย.....	111
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	116
5.1 บทสรุป.....	116
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	122
บรรณานุกรม.....	124
ภาคผนวก.....	128

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
ประวัติผู้เขียน.....	166

D  
P  
U



หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง แสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ
ชื่อผู้เขียน	ปฐพี คำควร
อาจารย์ที่ปรึกษา	รศ. ดร. กัลยา ตันศิริ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2549

### บทคัดย่อ

ในปัจจุบันมีการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง เช่น ชื่อ ภาพ เสียง ลักษณะท่าทาง หรือเอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคลไปแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจกันเป็นจำนวนมาก แม้เอกลักษณ์ของบุคคลจะมีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาดที่จำแนกแยกแยะตัวบุคคลออกจากบุคคลอื่น เป็นสิทธิเฉพาะตัวของบุคคลที่ไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองไว้โดยตรงนอกจากชื่อของบุคคล เมื่อเกิดการล่วงละเมิดสิทธิขึ้น จึงต้องปรับใช้กฎหมายทั่วไปที่มีอยู่เพื่อให้ความคุ้มครองแก่เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจากการถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ กฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ คือ กฎหมายเครื่องหมายการค้า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาถึงปัญหาการปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์หรือลักษณะเฉพาะตัวของบุคคลผู้มีชื่อเสียง และแนวทางการแก้ปัญหาในกรณีกฎหมายดังกล่าวไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ

การศึกษาเรื่องนี้ ใช้วิธีวิจัยเอกสาร โดยศึกษาจากตำรา หนังสือ บทความ วารสาร และวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจากการถูกบุคคลอื่นนำมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจของประเทศต่างๆ อย่างเช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน แคนาดา อังกฤษ ออสเตรเลีย และสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่ได้ให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลโดยอัตโนมัติ อย่างไรก็ตาม การที่ชื่อหรือภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจะได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่งนั้น ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายที่ว่า จะต้องได้ใช้ชื่อหรือภาพนั้นกับสินค้า หรือเป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า หากปรากฏว่ามีได้ใช้ชื่อหรือภาพของตนไปใช้ในลักษณะที่เป็นเครื่องหมายการค้าแล้ว ชื่อหรือภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงก็ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตามเนื่องจากเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาดชนิดหนึ่งที่สามารถล่วงละเมิดได้ ดังนั้นหลักกฎหมายลักษณะละเมิดตาม

มาตรา 420 จึงสามารถนำมาปรับใช้เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายนั้นได้ แต่การปรับใช้หลักกฎหมาย ลักษณะละเมิดดังกล่าว ยังคงมีปัญหาบางประการที่ทำให้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ไม่อาจได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพเพียงพอ ซึ่งมีประเด็นปัญหาคือ ปัญหาการตีความในการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคล ขอบเขตหรือข้อยกเว้นในการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลยังขาดความชัดเจน ปัญหาการคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงภายหลังถึงแก่ความตาย เนื่องจากเอกลักษณ์ของบุคคลถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวไม่ใช่สิทธิในทางทรัพย์สิน ทายาทของบุคคลนั้นไม่สามารถรับมรดกหรือจำหน่ายจ่ายโอนสิทธิดังกล่าวหรือดำเนินคดีกับบุคคลภายนอกได้ ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนซึ่งความเสียหายส่วนใหญ่เป็นความเสียหายต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ค่านิยมหรือชื่อเสียงเกียรติคุณของบุคคลผู้มีชื่อเสียงซึ่งเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่า ผลประโยชน์ของโจทก์นั้นตามความเป็นจริงแล้วกระทบกระเทือนหรือเสียหายเพียงใด ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงยังไม่แน่ชัดหรือโจทก์นำสืบให้เห็นแน่ชัดไม่ได้ ศาลย่อมจะกำหนดให้ตามควรแก่พฤติการณ์ได้ ซึ่งอาจจะเป็นจำนวนที่ไม่เหมาะสมกับที่ควรจะได้รับและค่าเสียหายอาจไม่คุ้มค่ากับความเสียหายที่ตนได้รับและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีละเมิด

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อเสนอว่า ควรจะมีการบัญญัติกฎหมายให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไว้โดยเฉพาะรวมถึงหลักเกณฑ์และขอบเขตแห่งสิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเสียงให้มีความชัดเจน เพื่อแก้ปัญหาในการตีความว่าเอกลักษณ์ของบุคคลเป็นสิทธิที่ได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ และควรมีการกำหนดลักษณะของการใช้เอกลักษณ์ของบุคคล ในลักษณะใดที่จะถือว่าเป็นการละเมิดและสามารถใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้เพียงใด นอกจากนี้ควรกำหนดให้เอกลักษณ์ของบุคคลเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งที่สามารถจำหน่ายจ่ายโอน สิทธิและให้สิทธิแก่ทายาทได้รับผลตอบแทนจากการที่บุคคลอื่นนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง นั้นมาแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจ และมีสิทธิในการป้องกันการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง มาใช้แสวงหาประโยชน์อย่างไม่เหมาะสม กำหนดให้มีการเรียกร้องค่าเสียหายได้ตามความเป็นจริง ให้โจทก์สามารถเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดชดเชยซึ่งผลประโยชน์จากลาภมิควรได้ที่ได้รับจากการละเมิด โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผลประโยชน์จากลาภมิควรได้โดยอาศัยเอกลักษณ์ของโจทก์ มาแสวงหาประโยชน์นั้นเป็นความเสียหายที่โจทก์มีสิทธิได้รับ และควรมีการนำหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้ผู้ละเมิดมีการกระทำเช่นนั้น อีกได้

Thesis Title: Legal Problems Relating to Taking Business Advantages  
from Uniqueness of Popular Persons

Author: Pathapee Kamkwaun

Thesis Advisor: Assoc. Prof. Dr. Kanlaya Tansiri

Department: Law

Academic Year: 2006

### ABSTRACT

Nowadays, there are a great number of business advantages which have been taken from the unique character of popular persons such as names, voices, body movements or other uniqueness. Although personal uniqueness is absolute right which can identify one person from another and it is personal right which has not been directly protected by law apart from the name, when there is violation of right, the general applicable laws must be applied to protect the uniqueness of popular persons from taking business advantages. The applicable laws are Trademark Law and Civil and Commercial Law. Consequently, this thesis aims to study the problems in applying the related laws to protect uniqueness or personal unique character of popular persons. The study includes the possible ways to redress problems in the case where the said laws can not provide with adequate and effective protection for uniqueness of popular persons.

This thesis is in the form of documentary research by studying from texts, books, articles, magazines and related theses. It includes the laws which have been applied to protect the uniqueness of popular persons from taking business advantages in other countries such as France, Germany, Canada, England, Australia and the United States of America.

From the study, it is found that the Trademark Law does not automatically protect the personal uniqueness. However, if personal names or images are protected as a type of trademark, it must be subject to the legal condition that names and images must be used with the images or they must be marked with or related to the products. If it appears that their own names or images are not used in the form of trademark, the popular persons' names or pictures are not protected according to the Trademark Law. However, since the uniqueness of popular persons is considered

as an absolute right which may be violated, the principles of wrongful act under Section 420 can be applied for the claim of damages. In applying the said legal principles of wrongful act, there are some problems which do not provide with the effective and adequate protection for uniqueness of popular persons. In this regard, the legal issue includes the interpretation in providing with protection for uniqueness of popular persons and the lack of explicit limitation or exception to use the personal uniqueness. The problems include the protection for popular persons after death. Because personal uniqueness is personal right, not property right, the heirs or heiresses of such persons are not entitled to receive a legacy or dispose the said right or take legal action against the third parties. There are also problems in determining the compensation. There are mostly damages in business benefits, popularity or reputation of popular persons which are difficult to prove how much the plaintiff's benefits are actually affected or damaged. Consequently, when the fact is uncertain or the plaintiff can not clearly adduce, the Court may determine the compensation which is appropriate as per such circumstance. The amount of compensation may not be appropriate with the portion which should be entitled to and the damages may not be worth-receiving comparing to the received damage and expenses in prosecuting the wrongful act case.

Therefore, this thesis suggests that the law which provides with the protection for popular persons together with the explicit principles and limitations of rights of popular persons be particularly enacted in order to redress the problems in interpreting whether or not the personal uniqueness is the right which is protected by law. The way to use personal uniqueness should be provided to identify in what way it can be considered as the violation and in what extent the uniqueness of popular persons can be used. Apart from this, the personal uniqueness should be considered as a type of property which can be sold and disposed the right and given the right to their heirs or heiresses in receiving the benefits from what other persons take business advantages due to the uniqueness of popular persons and in being entitled to protect the uniqueness of popular persons from taking business advantages inappropriately. The actual damages should also be claimed. The plaintiff should be entitled to claim the violators to compensate the undue benefits from the wrongful act provided that it should be firstly presumed that the undue benefits due to taking advantages from the uniqueness of plaintiff are damage which the plaintiff is

entitled to claim damages. Moreover, the principles in determining the punitive damages should be applied to suppress the violators not to commit such action again.

D  
P  
U

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันการประกอบธุรกิจ มีรูปแบบการพัฒนาทางเศรษฐกิจที่มุ่งเน้นความสำคัญของการแสวงหาผลกำไร จากวัตถุดิบทุกลักษณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้ภาพพจน์และรูปลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในสาขาวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชนทางด้านต่างๆ เช่น วงการบันเทิง การเมือง แฟชั่น กีฬา เป็นต้น สำหรับเป็นองค์ประกอบหลักในการสร้างสรรค์งานสื่อต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น แก้วน้ำ เสื้อ สิ่งพิมพ์ กีฬา พวงกุญแจ นาฬิกา ตุ๊กตาและเกมส์คอมพิวเตอร์ ที่มีเครื่องหมายหรือสื่อแสดงความเป็นตัวตน หรือรูปลักษณ์ว่ามีที่มาหรือเกี่ยวข้องกับบุคคลผู้มีชื่อเสียงเหล่านั้น ดังเช่น ปรางค์ชื่อ ภาพ หรือ รูปลักษณ์ ทำทาน น้ำเสียงหรือเอกลักษณ์ต่างๆ บนผลิตภัณฑ์สินค้าหรือการบริการ หรือในภาพยนตร์โฆษณา รวมถึง การเลียนแบบบุคคลดังกล่าว เพื่อใช้ในการโฆษณา ซึ่งการแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจต่างๆ ทั้งนี้ทำให้สินค้านั้นง่ายต่อการจดจำและเป็นที่รู้จักของสาธารณชน ทางด้านการยอมรับและเชื่อถือในตัวสินค้าหรือการให้บริการซึ่งเป็นรูปแบบวิธีการอย่างหนึ่งที่น่าไปสู่ การสนับสนุนขอค้ำจุนแก่ผู้บริโภค

ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในทางธุรกิจนั้นจึงเหมือนกับ เครื่องหมายการค้าหรือลายเซ็นต์ ในลักษณะที่ว่า ถ้าบุคคลใดมีชื่อเสียงหรือได้รับความนิยมนมาก บุคคลนั้นก็มักจะถูกล้วงละเมิด โดยจะมีบุคคลอื่นฉวยโอกาสนำไปใช้อย่างในการโฆษณาประชาสัมพันธ์ สินค้าหรือบริการ หรือจงใจให้มีการซื้อผลิตภัณฑ์สินค้าหรือบริการ ซึ่งก็ย่อมจะส่งผลเสียหายให้แก่ เจ้าของเอกลักษณ์ที่แท้จริง ซึ่งเป็นผู้ใช้ความวิริยะอุตสาหะ สร้างชื่อเสียงนั้นขึ้นมาจนได้รับความนิยมน และความเชื่อถือ เช่น อาจจะต้องเสื่อมเสียชื่อเสียง ถ้าผู้ที่แอบอ้างใช้เอกลักษณ์ของเขาไปในการโฆษณา ประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพไม่ดีหรือไม่ได้มาตรฐาน หรืออาจทำให้ต้องขาดรายได้ หรือผลประโยชน์ที่ควรจะได้รับจากการที่จะมีผู้สนับสนุนทางการเงินในอนาคต ซึ่งถือเป็นการกระทำ ที่ไม่เป็นธรรม ตลอดจนถือเป็นการลักลอบแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากความมีชื่อเสียงของ บุคคลอื่นโดยมิชอบ และอาจถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวของบุคคล ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ที่จะต้องมีการป้องกันและคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ได้ใช้ความอุตสาหะในการสร้างชื่อเสียง จนเป็นที่ยอมรับจากสาธารณชนมิให้ถูกล้วงละเมิด เพราะการสร้างชื่อเสียงให้ได้รับความนิยมนและ

ความเชื่อถือจากสาธารณชนนั้น ย่อมใช้ระยะเวลายาวนาน นอกจากนี้แล้วการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจากการถูกนำไปแสวงหาประโยชน์นั้น ไม่เพียงแต่เป็นการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเอกลักษณ์ที่แท้จริงเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการป้องกันการเอาเปรียบ หลอกลวง ต่อสาธารณชนทั่วไปด้วย กล่าวคือ ทำให้สาธารณชนสามารถเลือกซื้อสินค้าและบริการที่ตนต้องการได้อย่างมั่นใจว่ามีใช่เอาสินค้าหรือบริการมาลงขายโดยใช้ความชื่อเสียงของบุคคลอื่น

เนื่องจาก ประเทศไทยยังมีได้มีบทบัญญัติของกฎหมาย ในการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจากการถูกนำไปใช้แสวงหาประโยชน์เชิงธุรกิจไว้โดยเฉพาะ เมื่อมีการกระทำในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น จึงต้องนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้ เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายลักษณะละเมิด แต่กฎหมายที่กล่าวยังมีปัญหาในเรื่องข้อจำกัดและหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครอง กล่าวคือ การที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น จะต้องเป็นงานที่มีการแสดงออกซึ่งความคิด (Expression of Idea) ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง โดยจะคุ้มครองงานสร้างสรรค์เพียง 9 ประเภท คือ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใด ในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ สำหรับการคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าจะต้องปรากฏว่าได้มีการใช้เอกลักษณ์นั้นอย่างเครื่องหมายการค้า สำหรับเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนจะได้รับความคุ้มครองเฉพาะประเภทสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้ ส่วนเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนไว้ การใช้สิทธิฟ้องร้องคดีจะต้องปรากฏว่าบุคคลอื่นมีเจตนานำสินค้าของตนไปลงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายการค้า นั้นและสาธารณชนจะต้องสับสนหลงผิดในการลงขายดังกล่าว หากสาธารณชนไม่เกิดความสับสนหลงผิดก็ไม่ถือว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น และเจ้าของเอกลักษณ์นั้นก็ไม่มีสิทธิในการฟ้องร้องคดีภายใต้หลักกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ ส่วนการปรับใช้หลักกฎหมายลักษณะละเมิดนั้น ยังมีปัญหาบางประการที่น่าศึกษาและวิเคราะห์ กล่าวคือ ปัญหาว่าสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงรวมไปถึงสิ่งอื่นที่คล้ายคลึงกัน (Likeness) ของบุคคลเป็นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 420 หรือไม่การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในลักษณะใดที่จะถือว่าเป็นการกระทำ “โดยผิดกฎหมาย” หรือ “มิชอบด้วยกฎหมาย” ตลอดจนปัญหาว่าอย่างไรที่จะถือว่าได้รับความเสียหายจากการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงโดยมิชอบนั้นได้ อีกทั้งยังมีปัญหาเรื่องการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในคดีละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลและหากกรณีบุคคลผู้มีชื่อเสียงถึงแก่ความตาย ทายาทของบุคคลนั้นจะมีสิทธิในการดำเนินคดีกับบุคคลที่นำเอาเอกลักษณ์เฉพาะตัวของผู้ตายไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบได้หรือไม่

ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาถึงปัญหาในการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง รวมถึงไปถึงความเหมือนหรือคล้ายคลึงของบุคคลจากการถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจตาม หลักกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดเป็นส่วนใหญ่ และ เสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในโอกาสต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงความหมายและแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล และแนวคิด ในการประกอบธุรกิจ

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงปัญหาและข้อจำกัดของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการ นำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์เชิงธุรกิจตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ว่ามีการกำหนดไว้เป็นบทบัญญัติลักษณะใด มีปัญหาอย่างไร

1.2.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาการละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์เฉพาะตัว และ ความคล้ายคลึงของบุคคลว่าเป็นการละเมิดสิทธิประเภทใดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 420 และ การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในลักษณะใดที่จะถือว่าเป็นการละเมิด

1.2.4 เพื่อศึกษาหาแนวทางในการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มี ชื่อเสียงจากการถูกนำเอาเอกลักษณ์เฉพาะตัวมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ในปัจจุบันมีการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ โดยมิได้รับความยินยอมจากเจ้าของสิทธิ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายเครื่องหมายการค้า และกฎหมายลักษณะละเมิด ยังมีข้อจำกัด ในการให้ความคุ้มครอง ทั้งหลักเกณฑ์และปัญหาเกี่ยวกับการตีความว่าสิทธิในเอกลักษณ์ของ บุคคลเป็นสิทธิประเภทใดตามมาตรา 420 ขอบเขตการให้ความคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของ บุคคลยังขาดความชัดเจน ปัญหาการกำหนดค่าสินไหมทดแทนจากการละเมิดสิทธิ รวมถึงปัญหา ในการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงภายหลังถึงแก่ความตาย ดังนั้น หากมี การออกกฎหมายพิเศษเป็นการเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคล ผู้มีชื่อเสียง จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าของเอกลักษณ์และผู้ที่เกี่ยวข้องมากยิ่งขึ้น



#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล โดยเฉพาะกรณีการนำชื่อ เสียง รูปภาพ ท่าทางหรือเอกลักษณ์อื่นๆ รวมถึงความคล้ายคลึงของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะกฎหมายลักษณะละเมิด กฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายเครื่องหมายการค้า รวมทั้งจะได้ศึกษาถึงแนวความคิดทางกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลซึ่งถือเป็นสิทธิส่วนบุคคล ในกรณีการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการเสนอแนะแก้ไขปัญหาคต่อไป

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การดำเนินการศึกษาวิจัยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยผู้วิจัยจะทำการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลทางด้านเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศในรูปแบบของตำรากฎหมาย บทความ ตำบทยกฎหมาย ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต รวมทั้งคำพิพากษาของศาลมาประมวลพิจารณาวิจัยประกอบกับความเห็นของนักกฎหมายและบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ได้ผลการพิจารณาเสนอแนะความคิดเห็นของผู้วิจัยที่สมบูรณ์

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงความหมายและแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลและ แนวคิดในการประกอบธุรกิจ

1.6.2 ทำให้ทราบถึงปัญหาและข้อจำกัดของกฎหมายที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์เชิงธุรกิจตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

1.6.3 ทำให้ทราบถึงสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงและความเหมือนคล้ายว่าเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายละเมิดหรือไม่และการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในลักษณะใดที่จะถือว่าเป็นการละเมิดตามมาตรา 420

1.6.4 ทำให้สามารถนำไปกำหนดแนวทางในการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

## บทที่ 2

### ความหมายและแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลกับการประกอบธุรกิจ

ก่อนที่จะได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงในเชิงธุรกิจ ในเบื้องต้นจำเป็นต้องอ้างอิงที่จะต้องทราบถึงความหมาย แนวคิดทฤษฎี และสาระสำคัญทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล และแนวคิดในการประกอบธุรกิจเสียก่อน ดังนั้น ในบทนี้จึงเป็นการศึกษาถึงความหมาย แนวความคิด ทฤษฎีสิทธิส่วนบุคคลในแต่ละสมัย ว่ามีแนวความคิดอย่างไร รวมถึงการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลตามหลักสิทธิมนุษยชนที่หลายประเทศได้บัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

#### 2.1 ความหมายและแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล

สิทธิส่วนบุคคล (Right to Privacy) เป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับสังคมที่บุคคลนั้นอาศัยอยู่ จากการที่มนุษย์มีความจำเป็นที่จะต้องรวมกันเป็นสังคม ย่อมเกิดความสัมพันธ์ขึ้นระหว่างสังคม กับ สมาชิกของสังคม โดยฐานะของสังคมจะอยู่สูงกว่าสมาชิกของสังคม สังคมจะเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์มาใช้บังคับแก่สมาชิกของสังคม และสมาชิกของสังคมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์นั้นๆ แต่อย่างไรก็ตาม โดยธรรมชาติของความเป็น “บุคคล” ของสมาชิกของสังคมนั้นย่อมมีกิจกรรมบางอย่างที่โดยธรรมชาติแล้วบุคคลอื่นรวมทั้งสังคมไม่สมควรก้าวล่วงเข้าไปบงการ นั่นคือ ความเป็นส่วนตัว (Privacy) ของบุคคล

##### 2.1.1 ความหมายเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล

สิทธิส่วนบุคคล (Right to Privacy) หรือ สิทธิส่วนตัว หมายถึง สิทธิประจำตัวอันประกอบด้วยเสรีภาพในร่างกาย การดำรงชีวิต ความเป็นส่วนตัว ซึ่งได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย มิให้ผู้อื่นมาล่วงเกินความเป็นส่วนตัว คือ สถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่างๆ และมีความสันโดษ ไม่คิดสัมพันธ์กับสังคม<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ชูชีพ ปิณฑะศิริ. (2525). การละเมิดสิทธิส่วนบุคคล. หน้า 3.

Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายของสิทธิส่วนบุคคลไว้ว่า หมายถึง สิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพังเสรีปราศจากการรบกวนจากบุคคลภายนอก กล่าวโดยทั่วไป สิทธิในชีวิตส่วนตัวเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามแนวความคิดที่ว่าเป็นเสรีภาพอันมีมาแต่ดั้งเดิม และเป็นสิทธิ ที่ปลอดจากการแทรกแซงจากรัฐในกิจกรรมของแต่ละบุคคล โดยเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานของแต่ละบุคคลที่จะเลือกในการดำเนินชีวิตของตนเองไม่ว่าในเรื่องครอบครัว หรือเรื่องความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น หรือเป็นสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลที่จะถอนตนเองจากการที่จะถูกพิจารณาโดยสังคม ถ้าเขาเลือกที่จะทำเช่นนั้น<sup>2</sup>

สิทธิส่วนบุคคล (Right to Privacy) หรือ สิทธิส่วนตัว หมายถึง สิทธิอันเป็นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ที่จะมี “ความเป็นส่วนตัว” โดยมีการพัฒนาความหมายมาจากคำพิพากษาของศาลว่าเป็นสิทธิที่จะปลอดจากการเข้าถือเอาหรือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในเรื่องส่วนตัวของบุคคลและเป็นสิทธิที่จะปลอดจากการเผยแพร่โดยมิชอบ และไม่เป็นที่ปรารถนาของบุคคลนั้น หรือเป็นสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการโฆษณาเผยแพร่ถึงความสัมพันธ์ส่วนตัวที่สาธารณชนไม่มีความเกี่ยวข้องได้ประโยชน์ในเรื่องนั้น หรือปลอดต่อการก้าวล่วงโดยมิชอบต่อกิจกรรมส่วนตัวที่จะเป็นการทำลายหรือเป็นสาเหตุให้เกิดความทุกข์ทรมานทางจิตใจ ทำให้ได้รับความอับอายหรือทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงตามความรู้สึกรับของวิญญูชนหรือเป็นสิทธิที่จะดำรงชีวิตอย่างสันโดษหรือเป็นสิทธิที่จะกำหนดขอบเขตของความสัมพันธ์ของเอกชนผู้นั้นหรือหมายถึงสิทธิที่จะอยู่โดยลำพัง (right to be let alone) หรือเป็นสิทธิที่จะดำรงชีวิตโดยปราศจากการเข้ารบกวนจากสาธารณชนอย่างมิชอบ ซึ่งเป็นเรื่องที่สาธารณชนนั้นไม่มีความจำเป็นจะต้องเกี่ยวข้องแต่อย่างใด<sup>3</sup>

นอกจากนี้ศาสตราจารย์ Alan Westin ก็ให้ความหมายไว้ว่า สิทธิส่วนบุคคลเป็นเรื่องของความสมัครใจของบุคคลที่จะเลือกถอนตนเองจากสังคมส่วนรวมไม่ว่าโดยการแสดงออกทางด้านร่างกายหรือจิตใจ รวมถึงเรื่องที่ต้องการจะอยู่อย่างสันโดษ หรือเฉพาะกลุ่ม ภายใต้เงื่อนไขว่าจะไม่ถูกรบกวนหรือขัดขวาง<sup>4</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า “สิทธิส่วนบุคคล” เป็นสิทธิที่ได้มีการให้ความหมายถึงการดำเนินชีวิตของบุคคลผู้หนึ่งในสังคมที่เขาอยู่อาศัยอย่างมีความสงบโดยปราศจากการเข้ารบกวน หรือนำไปเปิดเผยต่อสาธารณชนที่ทำให้เขารู้สึกไร้ค่า หรือเบื่อหน่ายหรือสูญเสียศักดิ์ศรีในความเป็นตัวเองในการดำเนินชีวิตเช่นนั้น ซึ่งความหมายของการดำเนินชีวิตของบุคคลมีการดำเนินกิจกรรมได้หลากหลายรูปแบบ โดยคำนึงถึงสภาพการปกครองในสังคม การเมือง

<sup>2</sup> วรวิทย์ ฤทธิพิศ. (2538). สื่อมวลชนกับความรับผิดชอบทางกฎหมาย. หน้า 73.

<sup>3</sup> ชื่นอารี มาลีศรีประเสริฐ. (2539). การคุ้มครองสิทธิส่วนตัวกับการสื่อสารสนเทศ. หน้า 12.

<sup>4</sup> วรวิทย์ ฤทธิพิศ. เล่มเดิม. หน้า 73.

เศรษฐกิจ วัฒนธรรม เทคโนโลยีและบุคคลเป็นองค์ประกอบ ซึ่งสามารถกล่าวสั้นๆ ได้ว่า เป็น สิทธิที่จะดำเนินชีวิตตามอัธยาศัยของตนโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>5</sup> นั้นเอง

### 2.1.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล

การแสวงหาและความต้องการความเป็นส่วนตัวถือเป็นธรรมชาติอย่างหนึ่งที่มีใช้ มีแต่ในมนุษย์เท่านั้น สัตว์ทุกประเภทมีความจำเป็นที่ต้องการจะแยกตัวไปอยู่ตามลำพังชั่วขณะหนึ่ง หรือต้องการความสนิทสนมคุ้นเคยกันในกลุ่มเล็กๆ ก่อนข้างจะมากพอๆ กับการเผชิญหน้าใน สังคมในระหว่างเผ่าพันธุ์ของตนเอง ความสมดุลระหว่างความเป็นส่วนตัวและการมีส่วนร่วมใน สังคมถือว่าเป็นหนึ่งในลักษณะพื้นฐานของสิ่งมีชีวิต<sup>6</sup>

ความพยายามในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลมีมานานควบคู่กับสังคมมนุษย์ เนื่องจากความพยายามที่จะหาความชัดเจนระหว่างผลประโยชน์ของสังคม (Public Interest) กับ สิทธิส่วนบุคคลนั้นเป็นสิ่งที่ยากที่จะกำหนดขึ้นเพื่อเป็นกติกาในการอยู่ร่วมกัน เป็นสังคมย่อมต้อง รักษาประโยชน์ของสังคม ในขณะที่เดียวกันก็ต้องส่งเสริมความเป็นส่วนตัวของแต่ละบุคคลในสังคม ให้ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ ประกอบกับเมื่อพิจารณาความจำเป็นที่มนุษย์จักต้องอยู่ร่วมกัน เป็นสังคมเพื่อความอยู่รอด แต่ด้วยความเป็นคน ทำให้มีความต้องการอย่างยิ่งในบางครั้งบางคราว ที่อยากจะถอยห่างออกจากการอยู่ร่วมกัน ซึ่งเป็นความขัดแย้งที่ทำให้เกิดความยากอีกอย่างหนึ่ง ต่อการกำหนดขอบเขตของการอยู่ร่วมกันระหว่างบุคคลในสังคม<sup>7</sup>

สิทธิส่วนบุคคลเป็นแนวความคิดแบบปัจเจกนิยม (Individualism) ที่มีรากฐาน ทางความคิดมาจากพวกสโตอิก (Stoic) ที่เชื่อว่ามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติสมบูรณ์นั้นจะดำรงชีวิต อย่างมีเหตุผล เนื่องจากในโลกนี้เป็นระบบที่มีระเบียบใหญ่ทั้งจักรวาล ในจักรวาลที่มีแก่นสาร (Substance) อันสำคัญอย่างหนึ่งคือ เหตุผลเป็นระบบสากลซึ่งเป็นพื้นฐานของกฎเกณฑ์ที่ธรรมชาติ คอยควบคุมอยู่ มนุษย์ก็อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของจักรวาลนี้ และสิ่งที่ทำให้คนเราแตกต่างไปจากสิ่งอื่น คือ เรามีจิตใจ (Spirit) ที่สามารถหยั่งทราบถึงกฎเกณฑ์ดังกล่าว ประกอบกับการรู้คิดในเหตุและผล มนุษย์จึงสามารถจะประพฤติตามกฎเกณฑ์ได้ การดำรงชีพของมนุษย์จะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ ธรรมชาติดังกล่าว แม้ว่ากฎเกณฑ์นั้นจะก่อให้เกิดความไม่สะดวกสบายแก่มนุษย์ก็ตาม ถ้าสิ่งใดถูกต้อง

<sup>5</sup> ชีนอารี มาลิสรีประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 14.

<sup>6</sup> สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. (2543). การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการดักฟังทางโทรศัพท์. หน้า 14.

<sup>7</sup> ชีนอารี มาลิสรีประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 14.

แม้ตนเองจะต้องทนทุกข์ทรมานกับการปฏิบัติตามสิ่งที่ถูกต้องก็ต้องทำ เพราะมนุษย์มิได้เกิดมาเพื่อแสวงหาความสุข หากแต่มนุษย์ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับธรรมชาติ เหตุผลและความดี<sup>8</sup>

ความมีเหตุผลของมนุษย์ไม่ถูกจำกัดด้วยเชื้อชาติหรือเผ่าพันธุ์จึงก่อให้เกิดระบบที่เป็นสากลอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายธรรมชาติและค่านิยมจริยธรรม มนุษย์จะใช้เหตุผลที่มีในตนเองแยกแยะได้ว่าสิ่งใดเป็นความดีหรือความชั่วได้ แก่นแท้ของความเป็นมนุษย์จึงอยู่ที่ความสามารถที่จะใช้เหตุผล ซึ่งเป็นพรสวรรค์ที่ทำให้มนุษย์แตกต่างจากสัตว์โลกอื่นๆ<sup>9</sup> สังคมที่ไม่มีสิทธิส่วนบุคคลหรือไม่ได้รับความเคารพอย่างเต็มที่ ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นสังคมของคนเสรี เช่น บุคคลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามายุ่งเกี่ยวในบ้านของคนอื่นตลอดเวลาเพียงต้องการรู้ว่าบุคคลนั้นกำลังทำอะไรอยู่ โทรศัพท์ถูกดักฟัง ถูกลักลอบดูสมุดบันทึกส่วนตัว การแอบถ่ายภาพ เป็นต้น การกระทำเหล่านี้จะเปลี่ยนวิถีชีวิตของบุคคลที่ถูกกระทำไปอย่างมาก จะต้องระมัดระวังตลอดเวลา เพราะความเป็นส่วนตัวนี้ไม่ว่าบุคคลใดก็ต้องปกปิดเป็นความลับไม่ต้องการเปิดเผย หรือเผยแพร่ให้แก่สาธารณชนหรือบุคคลภายนอกให้รับทราบ ทั้งนี้เพราะจะทำให้บุคคลนั้นได้รับความเสียหาย เช่น เกิดความอับอายขายหน้า เดือดร้อนรำคาญ เสื่อมเสียชื่อเสียงในประการต่างๆ<sup>10</sup>

เพราะเหตุผลที่แวดล้อมตัวมนุษย์อยู่เป็นกฎเกณฑ์ของจักรวาล ปัจเจกชนที่เกิดมาแล้ว จึงมีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ เป็นสิทธิเฉพาะตัวไม่อาจจำหน่ายถ่าย โอน ยกเลิกเพิกถอนไม่ว่ากรณีใดๆ ซึ่งสิทธิตามธรรมชาตินี้ เป็นแนวความคิดว่าด้วยสิทธิส่วนบุคคลของเอกชนว่าเกิดขึ้นพร้อมกับสภาพบุคคลและหากมีการก้าวล่วงสิทธิส่วนบุคคล ย่อมเป็นการหมิ่นศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ของผู้นั้น โดยในสมัยกรีกและโรมัน สิทธิส่วนบุคคลมักจะใช้กล่าวอ้างเพื่อเป็นข้อเรียกร้องต่อผู้มีอำนาจในการปกครอง

แนวคิดและทฤษฎีของการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล สามารถพิจารณาได้จากสำนึกที่ประกอบไปด้วยศีลธรรมของมนุษย์ว่ามนุษย์มีความสำคัญในความถูกต้องเหมาะสมตามสิทธิธรรมชาติที่มนุษย์ได้รับมาแต่กำเนิด โดยพิจารณาแนวคิดของนักปราชญ์ตั้งแต่สมัยกรีกที่สนับสนุนแนวคิดของพวกสโตอิกดังนี้

<sup>8</sup> ซีนอริ มาลีศรีประเสริฐ. แหล่งเดิม. หน้า 15.

<sup>9</sup> แหล่งเดิม. หน้า 16.

<sup>10</sup> สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. เล่มเดิม. หน้า 15.

### 2.1.2.1 สมัยกรีก

1) **เพลโต** (Plato, 429-348 BC) เห็นว่ามนุษย์ประกอบด้วย 2 ส่วน คือ ส่วนที่เป็นรูปธรรม (Empirie) ซึ่งหมายถึงร่างกายของมนุษย์ และอีกส่วนหนึ่งที่เป็นนามธรรม (Idea) ซึ่งหมายถึงวิญญาณหรือจิตของมนุษย์ที่กฎหมายบัญญัติขึ้น (Positive Law) เพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่นั้น มีลักษณะหยาบเกินกว่าที่จะนำมาบังคับใช้กับมนุษย์ที่มีความซับซ้อน จึงมีเพียงกฎหมายธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นศีลธรรมมนุษย์จะสำนึกรู้ได้เอง ซึ่งเป็นการสนับสนุนแนวคิดในเรื่อง “สิทธิส่วนบุคคล” ที่ว่า มนุษย์มีสำนึกที่จะรู้ว่าตนมีสิทธิในส่วนของตนแค่ไหนเพียงไร อันเป็นธรรมชาติของความเป็นมนุษย์นั่นเอง<sup>11</sup>

2) **อริสโตเติล** (Aristotle 384-322 B.C.) เป็นลูกศิษย์ของเพลโตและโสเครตีส ได้รับเอาแนวความคิดของเพลโตมาเป็นส่วน โดยเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับศีลธรรม แต่เห็นเพิ่มเติมอีกว่านอกจากจะมีนิติรัฐแล้ว ยังต้องมีกฎหมายเป็นเครื่องกำหนดความยุติธรรมที่มีโดยธรรมชาตินั้น เหตุผลของมนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติที่เป็นกฎหมาย ซึ่งธรรมชาติได้ให้ความสามารถในการใช้เหตุผลมาแก่มนุษย์อันแตกต่างจากสัตว์โลกชนิดอื่นๆ<sup>12</sup> และอริสโตเติลได้ให้คำจำกัดความของมนุษย์ไว้ว่ามนุษย์ คือ สัตว์ที่มีเหตุผล (Man is the rational animal) ซึ่งสิ่งที่อยู่ในระดับสูงกว่าเครื่องจักรก็คือมนุษย์ นอกจากจะมีคุณสมบัติเหมือนเครื่องจักร คือ การหาอาหารเลี้ยงตัวเอง การเจริญเติบโต การแพร่พันธุ์ การเคลื่อนไหว และการรู้สึกสัมผัส แล้วมนุษย์ยังมีคุณลักษณะพิเศษคือ ปัญญาและเหตุผล เหนือกว่าเครื่องจักร ซึ่งปัญญาอันนี้เป็นจุดมุ่งหมายหรือเป็นกิจกรรมสำคัญพิเศษสุดเฉพาะมนุษย์เท่านั้น โดยคุณธรรม (Virtue) หมายถึงการดำเนินชีวิตไปตามธรรมชาติ คือ เหตุผลของศีลธรรมเป็นเพียงการกระทำที่ประกอบด้วยเหตุผลเท่านั้น<sup>13</sup> โดยเหตุผลในการที่มนุษย์ระลึกว่าตนมีขอบเขตในการกระทำเพียงไร ในเรื่องหนึ่งๆ เป็นสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งสิทธิส่วนตัวของบุคคลหนึ่งที่จะไม่ถูกก้าวล่วงเป็นเรื่องที่มนุษย์รู้ได้ด้วยตนเองจากความมีเหตุผลที่เป็นคุณสมบัติพิเศษในความเป็นมนุษย์นั่นเอง

<sup>11</sup> ชีนอารี มาลีศรีประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 16-17.

<sup>12</sup> แหล่งเดิม. หน้า 17.

<sup>13</sup> ยศศักดิ์ โกสโยกานนท์. (2544). *ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.*

### 2.1.2.2 สมัยโรมัน

ซีเซโร (Cicero 106-43 BC) ได้กล่าวถึงกฎหมายธรรมชาติที่รองรับสิทธิธรรมชาติซึ่งหมายรวมถึง “สิทธิส่วนบุคคล” ไว้ดังนี้<sup>14</sup>

....True law is right reason , harmonious with nature , diffuss among all constant eternal . A law which calls to duty by its command and restraints from evil by its prohibition ....It is a sacerd obligation not to legislate in contradiction to this law. Nor may it be derogated nor abrogated. Indeed by neither the senate nor the people can we be released from this law. Nor does it require any but oneself to be its expositer or interpreter, nor it is one law at Rome and another at Athena one now and another at a time, but one eternal and unchangeable, binding all nations through all times...

กฎหมายที่แท้จริง คือ เหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ แผ่ซ่านไปในทุกสิ่งทุกอย่าง สม่าเสมอเป็นนิรันดร ก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องทำโดยคำสั่งหรือห้ามไม่ให้กระทำความชั่วโดยข้อห้าม เป็นหน้าที่อันศักดิ์สิทธิ์ที่จะต้องไม่บัญญัติกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายนี้ เราไม่อาจยกเลิกหรือทำให้กฎหมายนี้เสื่อมลงได้ อันที่จริงแล้วไม่ว่าวุฒิสภาหรือสื่อมวลชนก็ไม่มีอำนาจปลดปล่อยเราให้พ้นจากกฎหมายนี้ และเราไม่จำเป็นต้องพึ่งบุคคลหรือสิ่งอื่นใดนอกจากตัวเราเองที่จะแสดงออกว่ากฎหมายนั้นมีความหมายว่าอย่างไร กฎหมายนี้ไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงโรมและเป็นอีกอย่างหนึ่งที่กรุงเอเธนส์ เป็นอย่างหนึ่งในสมัยนี้ แต่เป็นอีกอย่างหนึ่งในสมัยต่อมา แต่จะยังคงเป็นกฎหมายอันหนึ่งอันเดียวไม่เปลี่ยนแปลงโดยอนันตกาลและผูกพันบังคับทุกชาติ ทุกยุคทุกสมัย<sup>15</sup>

ความหมายของคำว่า กฎหมาย จากคำกล่าวของซีเซโร คือ กฎหมายที่แท้จริง คือ เหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ คำว่า เหตุผล ตามความหมายทางปรัชญาของกรีก หมายถึง ระบบที่เป็นระเบียบที่มีอยู่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับระบบของจักรวาลซึ่งเป็นธรรมชาติภายนอก จะเรียกว่าเป็นเหตุผลสากลก็ได้ ส่วนเหตุผลที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ที่ทำให้มนุษย์รู้สึกชอบชั่วดีก็เป็นส่วนหนึ่งของเหตุผลสากล เมื่อเหตุผลเติบโตเต็มที่และสมบูรณ์ครบถ้วนแล้ว ก็คือสิ่งที่เรียกว่า “ปัญญา” ซึ่งจะทำให้เหตุผลเป็นสามัญเป็นสากลและเป็นเหตุผลอันถูกต้อง

<sup>14</sup> ซีนอริ มาลีศรีประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 17.

<sup>15</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์. (2531). นิติปรัชญา. หน้า 117-118.

### 2.1.2.3 สมัยกลางฟื้นฟูและปรัชญาร่วมสมัย

เหตุผลและสติปัญญาของมนุษย์เป็นรูปธรรม (Content) มากขึ้น การพัฒนาของสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) โดยพิจารณาให้ความสำคัญในแง่ของปัจเจกชน (Individualism) มากขึ้น กล่าวคือ ในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนและรัฐนั้นคล้ายกับมีสัญญาทางสังคมว่าต่างฝ่ายต่างมีสิทธิหน้าที่ระหว่างกัน หากมีการละเมิดสัญญานั้นจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบขึ้น โดยเน้นที่สิทธิส่วนตัวของแต่ละบุคคลเป็นหลัก ซึ่งรัฐจะละเมิดไม่ได้ หรือหากจะละเมิดต้องมีเหตุผลพื้นฐานอย่างเพียงพอ ทั้งในด้านการเมืองที่เน้นระบบเสรีนิยม และในด้านกฎหมายที่เน้นเนื้อหาของกฎหมายธรรมชาติที่เป็นมโนธรรมในใจคน<sup>16</sup> และในสมัยนี้เองได้เกิดนักคิดบุคคลสำคัญหลายคนด้วยกัน ได้แก่

1) ฮูโก โกรเชียส (Hugo Grotius 1583-1645) เป็นนักกฎหมายและนักปรัชญาชาวดัชต์และนับว่าเป็นผู้ที่เบิกทางและยืนยันว่า แนวความคิดเรื่องเหตุผลและสติปัญญาของมนุษย์ในฐานะที่เป็นที่มาของกฎหมายธรรมชาติอันปรากฏอยู่ในธรรมชาติของมนุษย์เอง และได้ยืนยันว่าธรรมชาติของมนุษย์ คือ “มารดาของกฎหมายธรรมชาติและจะคงปรากฏอยู่ แม้ว่าจะไม่มีพระเจ้าแล้วก็ตาม” นอกจากนี้ยังมีการเปลี่ยนแปลงวิธีวิเคราะห์ธรรมชาติของมนุษย์ในแบบอภิปรัชญาซึ่งมองธรรมชาติ ที่จุดแห่งสัมบูรณ์ภาพของความเป็นมนุษย์มาสู่การวิเคราะห์เชิงวิทยาศาสตร์หรือจิตวิทยาที่เน้นการสังเกตในเรื่องข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลักษณะสำคัญของมนุษย์หรือกฎแห่งความมีเหตุผลซึ่งมีอิทธิพลต่อมนุษย์

นอกจากนั้นยุคสมัยนี้ มีการสร้างการอนุมานโดยตรงจากเหตุผลของมนุษย์นับเป็นการเคลื่อนตัวในแง่วิธีคิดแบบวิธีการเป็นเหตุผล (Natural Law of Method) มาเน้นที่เนื้อหาอันเป็นรูปธรรมเพิ่มขึ้น (Natural Law of Content) อย่างค่อยเป็นค่อยไปจากเรื่องธรรมชาติของมนุษย์เชิงสังคมไปสู่แนวคิดทฤษฎีสถิติธรรมชาติ (Natural Right) ของมนุษย์อันเป็นความปรารถนาต้องการของมนุษย์ที่จะเพิ่มบทบาทปัจเจกชนนิยมให้มากขึ้น<sup>17</sup>

2) ซามูเอล ปูเฟนดอร์ฟ (Samuel Pufendorf 1632-1694) นับได้ว่าเป็นนักจัดระบบ (System-builder) ที่ยิ่งใหญ่ของสำนักกฎหมายธรรมชาติยุคนี้ โดยความคิดต่างๆ ของปูเฟนดอร์ฟสามารถพัฒนากฎหมายธรรมชาติอย่างเป็นระบบระเบียบมีรายละเอียดเกี่ยวกับหน้าที่ในทางสังคมที่เป็นรากฐานสำคัญของการคุ้มครองสิทธิของบุคคลดังนี้<sup>18</sup>

<sup>16</sup> ชินอารี มาลิตศรีประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 19.

<sup>17</sup> ชศศิกค์ โกไสยกานนท์. เล่มเดิม. หน้า 22.

<sup>18</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์. เล่มเดิม. หน้า 205-206.



(1) การไม่ทำร้ายผู้อื่น หลักข้อนี้มีได้ใช้เฉพาะกับสิ่งที่เป็นของผู้อื่น ตามธรรมชาติ เช่น ร่างกาย ชีวิต และความไม่อาจล่วงละเมิดได้ของส่วนต่างๆของร่างกาย และเสรีภาพเท่านั้น แต่ยังคงหมายความถึงส่วนที่เราตกลงยอมให้เขาหรือตามที่ชนบธรรมเนียมหรือกฎหมายของรัฐหรือสถาบันของสังคมยอมรับว่าให้เขาแล้วด้วย

(2) ทุกคนจะต้องให้ความนับถือต่อผู้อื่น ปฏิบัติต่อผู้อื่นในฐานะที่โดยธรรมชาติเขาย่อมมีความเท่าเทียมกันกับเรา คือ มีฐานะที่เป็นคนเหมือนกัน หลักการนี้เกิดจากหลักการที่กล่าวถึงศักดิ์ศรีของมนุษย์หรือสิทธิของบุคคลตามที่เขาควรจะเป็นควรจะได้รับ จากหลักการนี้ทำให้เกิดหลักเรื่องความเสมอภาคของมนุษย์และประชาธิปไตย

(3) พึงทำประโยชน์ให้แก่คนอื่นเท่าที่จะทำได้ เราไม่เพียงแต่มีหน้าที่ไม่ทำร้ายคนอื่นเท่านั้น แต่ควรจะทำความคิดต่อผู้อื่นด้วย เพื่อว่าความเมตตากรุณาซึ่งเป็นความรู้สึกที่ตระหว่งมนุษย์ชาตินั้นจะได้รับการทำนุบำรุงให้เจริญงอกงาม (มีความเมตตาและกรุณาที่กล่าวถึงเป็นสิ่งเดียวกันกับที่ปรัชญาศาสนาพุทธได้กล่าวถึง และยืนยันติดต่อกันมานานแล้วเช่นกัน)

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น กฎหมายธรรมชาติได้กลายมาเป็นหลักการที่นักปราชญ์ทั้งหลายของยุคนี้ยกขึ้นอ้างเป็นหลักต่อสู้ปกป้องสิทธิที่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์อันได้แก่ สิทธิในชีวิต ทรัพย์สิน และเสรีภาพในทางสังคม ได้มีการย้าถึงหลักความเสมอภาค หลักความมีศักดิ์ศรีเท่าเทียมกันของมนุษย์ หลักความมีมนุษยธรรม ทางด้านเศรษฐกิจมีการย้าถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญาและการประกอบอาชีพ เป็นต้น<sup>19</sup>

3) จอห์น ล็อก (John Lock 1632-1704) นักปรัชญาทางการเมืองชาวอังกฤษ เชื่อว่า ความเป็นมนุษย์นั้นเป็นผู้ที่มีเหตุผลและศีลธรรมโดยธรรมชาติ มนุษย์จึงดำรงชีวิตภายใต้สภาวะธรรมชาติ ซึ่งเป็นสภาวะแห่งเสรีภาพอันสมบูรณ์ และเป็นสภาวะแห่งความเสมอภาคในสิทธิที่ตนมีอยู่ เมื่อมนุษย์อยู่ภายใต้กฎธรรมชาติอันเดียวกัน มนุษย์ย่อมมีเสรีภาพในชีวิตและทรัพย์สิน และย่อมมี ความเสมอภาคในสิทธิที่เกี่ยวกับสิ่งเหล่านี้ด้วย และโดยที่สิทธิของราษฎรเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ไม่อาจจำหน่ายโอนกันได้ (Unalienable Right) และเป็นสิทธิที่มีอยู่ควบคู่กับความเป็นมนุษย์ สิทธิตามธรรมชาติ คือสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สิน รวมไปถึงสิทธิส่วนตัวของบุคคล ซึ่งนับเป็นสิทธิ ขั้นพื้นฐานของมนุษย์อันเป็นรากฐานของการจัดทำรัฐธรรมนูญในสมัยต่อมา<sup>20</sup>

<sup>19</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, แหล่งเดิม, หน้า 209.

<sup>20</sup> ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์, เล่มเดิม, หน้า 25.

จากสิทธิตามธรรมชาติของลี้กอนั้น ได้ก่อให้เกิดสิทธิอันชอบธรรมที่มนุษย์ทุกคนจะพึงมี คือ สิทธิในตัวเอง สิทธิในทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพของตนเองในการจะใช้สิ่งเหล่านั้นอย่างเท่าเทียมกันและสมบูรณ์ได้ ก็ต้องก่อตั้งรัฐขึ้นมาให้ความคุ้มครองแก่สิทธิธรรมชาติของมนุษย์ และรัฐจะต้องทำให้สิทธิธรรมชาตินั้นกลายเป็นสิทธิทางกฎหมายที่รัฐบาลจะต้องยอมรับและนำไปบังคับใช้ทั่วไป เพื่อคุ้มครองชีวิต อิสรภาพและทรัพย์สิน รวมถึงสิทธิส่วนตัวของบุคคลตามสิทธิธรรมชาติเหล่านี้ รวมเรียกว่าทรัพย์สินของความเป็นมนุษย์นั่นเอง

ด้วยเหตุนี้ กฎธรรมชาติก็คอยควบคุมมนุษย์ทุกคนในลักษณะของการสอนให้มนุษย์เฝ้าหาความเสมอภาคแห่งสิทธิและอิสรภาพ และคอยตักเตือนมิให้มนุษย์ทำอันตรายผู้อื่นด้วยเช่นกัน จึงเป็นจุดเริ่มต้นอันเป็นพื้นฐานทางอุดมการณ์พื้นฐานแบบเสรีประชาธิปไตยที่มองว่ามนุษย์และสังคมแยกจากกันไม่ได้ สังคมจึงมีวัตถุประสงค์อยู่ที่ความสุขของมนุษย์ โดยมนุษย์มีเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงความไม่มั่นคงปลอดภัย แล้วทำสัญญาประชาคมขึ้นมาให้มนุษย์ทุกคนยินยอมและสละสิทธิตามธรรมชาติของตนเอง เพื่อให้สามารถจะบังคับควบคุมการละเมิดสิทธิของมนุษย์ได้ แต่อย่างไรก็ตามมนุษย์ไม่ได้สละสิทธิทั้งหมดของตน คงสละเพียงเสรีภาพบางส่วนให้สังคมบังคับเท่านั้น<sup>21</sup> และในสหรัฐอเมริกาเกือบจะพูดได้ว่า เป็นรูปแบบของการปกครองที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีของลี้กอน อย่างสิ้นเชิง

4) มองเตสกีเออ (Montesquieu, 1689-1755) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส เชื่อว่า มนุษย์เมื่อทางเข้าสู่สังคมจะสูญเสียความเสมอภาคทั้งปวงอันมีอยู่ตามสภาวะธรรมชาติและมนุษย์ยังจะสูญเสียความรู้สึกอ่อนแอไปด้วย เพราะสังคมต่างๆ เกิดขึ้นและริเริ่มช่วงชิงผลประโยชน์ระหว่างกันสภาวะสงครามจะเข้ามาแทนที่หากไม่สร้างสภาวะซึ่งก่อให้เกิดกฎหมายบัญญัติ เกิดข้อบังคับและระเบียบอันจำเป็นเพื่อรักษาสันติภาพอันเป็นกฎธรรมชาติข้อแรก

ดังนั้นมองเตสกีเออจึงเห็นว่า หลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพนั้น ไม่ได้อยู่ที่การปกครองแบบประชาธิปไตย แต่อยู่ที่รูปแบบรัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด เพราะใครก็ตามที่มีอำนาจย่อมมีแนวโน้มจะใช้อำนาจไปในทางที่มีขอบได้เสมอ จึงต้องควรป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือยับยั้งการใช้อำนาจเกินขอบเขตโดยใช้วิธีการแบ่งแยกอำนาจและถ่วงดุลอำนาจ และควรสร้างหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) เพื่อเป็นหลักประกันแก่ความเป็นมนุษย์ในสังคมนั้นเอง<sup>22</sup>

<sup>21</sup> ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์. แหล่งเดิม. หน้าเดิม.

<sup>22</sup> แหล่งเดิม. หน้า 27.

5) **จঁจ อากส์ รูสโซ** (Jean Jacques Rousseau, 1712-1778) ได้กล่าวว่า ตามอารยธรรมสมัยใหม่ได้ขจัดเสรีภาพซึ่งเป็นคุณสมบัติติดตัวมาแต่กำเนิดของมนุษย์เสียสิ้น ในขณะที่เดียวกันก็ยังทำให้มนุษย์พอใจในการจมอยู่ในปลักแห่งความเป็นทาสของตน กล่าวคือ มนุษย์นั้นเกิดมาเสรี แต่ตกอยู่ในห้วงแห่งพันธนาการและสภาวะธรรมชาติ ทำให้สันติและความเสมอภาคของความเป็นมนุษย์ได้ถูกรีดถอนสูญหายไปเนื่องจากอารยธรรมสมัยใหม่นั้นเอง ถึงแม้ว่าจะดูเหมือน ความเป็นมนุษย์ในสังคมอารยะจะชื่นชมและพึงพอใจในเสรีภาพของตนเอง แต่ในทางจิตวิทยาและ ศีลธรรมแล้ว เขาอยู่ในเครื่องพันธนาการอันมีลักษณะความเป็นทาสแบบนี้ คือ การอยู่ในครวนเหล็ก ซึ่งถูกประดับด้วยมาลัยกรอง ซึ่งร้ายยิ่งกว่าการถูกจองจำร่างกายมากมายนัก เพราะความเป็นมนุษย์ ในสังคมอารยะเป็นทาสอยู่ในจักรวรรดิแห่งความคิด (The Empire of Opinions) ของเพื่อนมนุษย์ ด้วยกันเอง ดังคำกล่าวของรูสโซที่ว่า “มนุษย์เกิดมาเสรี แต่ทุกหนทุกแห่งเขาอยู่ในเครื่องพันธนาการ ใครที่คิดว่าตนเป็นนายคนอื่น แท้จริงแล้วกลับเป็นทาสเสียยิ่งกว่า”<sup>23</sup>

ตามแนวความคิดของรูสโซ เชื่อว่า สังคมที่มีระเบียบในทางการเมือง จึงเป็นผลผลิตของวิวัฒนาการของสังคมมนุษย์ เพื่อช่วยให้มนุษย์ได้กลับมามีเสรีภาพที่เคยมีอยู่ดั้งเดิม ในสภาวะธรรมชาติสังคมที่มีระเบียบในทางการเมืองจำเป็นต้องมีอำนาจสูงสุดเพื่อปกครองบัญชา มนุษย์ทั้งปวงที่ดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมให้มีสันติสุข ดังนั้นการที่มนุษย์ร่วมทำสัญญาประชาคม นั้น มนุษย์ทุกคนจำเป็นต้องยอมสละสิทธิทุกประการที่ตนเคยมีอยู่ในสภาวะตามธรรมชาติให้กับสังคม เพื่อก่อตั้งองค์อธิปัตย์ องค์อธิปัตย์จึงประกอบด้วยสมาชิกทุกคนของสังคมและองค์อธิปัตย์นี้จะเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุดในการปกครองบังคับบัญชาสมาชิกของสังคม อย่างไรก็ตาม รูสโซเห็นว่า การที่มนุษย์ ยอมสละสิทธิทั้งปวงของตนให้แก่อธิปัตย์นี้ มนุษย์ไม่ได้สูญเสียเสรีภาพแต่อย่างใด<sup>24</sup>

นอกจากนี้งานเขียนในหนังสือ “สัญญาประชาคม” (Contrat Social) กล่าวโดยสรุปว่า เสรีภาพเป็นสิ่งที่สำคัญควบคู่ไปกับความเป็นมนุษย์ ใครก็ตามที่ปฏิเสธเสรีภาพ ก็หมายความว่า เขากำลังปฏิเสธความเป็นมนุษย์ เท่ากับสละสิทธิของมนุษยชาติ จะถือว่าเป็นการละทิ้ง หน้าที่ของมนุษย์ก็ได้ และมองว่ามนุษย์มีความเสมอภาคแท้จริง ไม่มีนายไม่มีทาส ความไม่เท่าเทียมกัน ในสภาวะธรรมชาติอาจจะมีบ้าง เช่น อายุ เพศ พละกำลัง สติปัญญา เหล่านี้ก็ไม่มีความสำคัญพอ ที่จะบั่นทอนความเสมอภาคของมนุษย์ได้ ฉะนั้นเสรีภาพที่เกิดจากสัญญาประชาคม หรือเป็นเสรีภาพ อันเกิดจากการออกกฎหมายมาใช้บังคับตัวเอง จึงเป็นเสรีภาพแบบหนึ่งที่เสมอภาคโดยไม่สูญเสีย เสรีภาพของเราไปด้วย<sup>25</sup>

<sup>23</sup> ชศศิกดิ์ โกลิยกันนท. แหล่งเดิม. หน้า 28.

<sup>24</sup> วีระ โลจายะ. (2531). กฎหมายมหาชน. หน้า 473.

<sup>25</sup> ชศศิกดิ์ โกลิยกันนท. เล่มเดิม. หน้า 29.

เมื่อคนก่อตั้งสัญญาประชาคมและจริยธรรมร่วมกัน เอกชนแต่ละคน ได้สละเสรีภาพตามธรรมชาติ แต่เขาก็แลกเอาเสรีภาพอันเกิดจากสังคมไป (Civil Liberty) นอกจากนี้ เจตนารมณ์ร่วมสามารถกระทำโดยการตกลงร่วมกันด้วยการออกเสียง สิ่งที่ตกลงร่วมกันก็กลายเป็นกฎหมายซึ่งจะใกล้เคียงกับเจตนารมณ์สามัญ (General Will) ที่สุด เพราะเป็นอิสระจากความเห็นส่วนตัว (Personal Dependency) หากแต่ขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ร่วมกัน (Common Interest)

จะเห็นได้ว่า รัสโซ เชื่อว่ามนุษย์มีสิทธิเสรีภาพโดยธรรมชาติ แต่ได้ตกลงใจที่จะสละเสียเพื่อการอยู่ร่วมกันและการยอมรับว่าผู้อื่นมีสิทธิอย่างไรเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้เกิดความสงบในการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมซึ่งเป็นสภาพที่เกิดได้โดยสภาพธรรมชาติของสังคมมนุษย์<sup>26</sup> และการเคารพเชื่อฟังกฎหมายอันเป็นสิ่งแสดงออกของเจตจำนงร่วมที่ประชาชนมีส่วนร่วมสร้างนั้น คือ การที่มนุษย์แต่ละคนต่างเคารพเชื่อฟังตัวของเขาเอง มนุษย์จึงยังคงมีอิสระเสรี

6) อิมมานูเอล คานท์ (Immanuel Kant 1724-1804) เป็นนักคิดนักปรัชญาสมัยใหม่ชาวเยอรมัน มองว่า มนุษย์เป็นสัตว์ศีลธรรม (Moral Agent) ได้ต่อเมื่อบุคคลเป็นอิสระในแง่การมีศักดิ์ของสัตว์ที่มีเหตุผลเช่นมนุษย์ จึงไม่สามารถแยกอิสระภาพและศีลธรรมออกจากกันได้ ทฤษฎีทางศีลธรรมของคานท์ได้ให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีและสิทธิของมนุษย์ที่จะได้รับความเคารพอันมาจากอิสระภาพของมนุษย์ หรือมีพื้นฐานมาจากความสามารถที่จะฝ่าฝืนความปรารถนา “แรงโน้ม” (Inclinations) และทำตามเหตุผล ทำตามกฎศีลธรรมที่เป็นสากล การมีชีวิตอิสระในความหมายนี้ ถือว่าเป็นศักดิ์ศรีของมนุษย์ และใน The Critique of Practical Reason คานท์ยังกล่าวไว้ว่า เหตุผลปฏิบัติเป็นเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับว่า “อะไรเป็นสิ่งที่ควรจะทำ” (What I ought to do?) คำว่าสิ่งที่ “ควร” คานท์เห็นว่า มีลักษณะเช่นเดียวกับ “สิ่งที่ดี” นั่นเอง สิ่งนี้เอง คือ การมีศักดิ์ศรีของมนุษย์ภายใต้กฎศีลธรรมของคานท์<sup>27</sup>

แนวความคิดดังกล่าวข้างต้น ได้รับการพัฒนาต่อมาโดยนักปรัชญา เช่น Benedict de Spinoza, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Thomas Christian Thomasius, Christian Wolff เป็นต้น ในศตวรรษที่ 18 แนวความคิดดังกล่าวได้นำไปสู่การประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสหรัฐอเมริกาและในฝรั่งเศส โดยในขั้นแรกได้มีการประกาศ “Bill of Right” ของรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Bill Von Virginia ในปี ค.ศ. 1776 และแนวความคิดดังกล่าวได้แสดงออกอย่างชัดเจนในการประกาศความเป็นอิสระของสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 ส่วนในระดับของสหพันธรัฐ สิทธิและเสรีภาพได้รับการวางหลักไว้ใน “Federal Bill of Right von 1791”

<sup>26</sup> ซีนอริ มาลีศรีประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 31.

<sup>27</sup> ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์. เล่มเดิม. หน้า 31.

ประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ซึ่งมีการประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองในช่วงของการปฏิวัติของฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 โดยตัวแทนของประชาชนชาวฝรั่งเศส ซึ่งประกอบกันเป็นสภาแห่งชาติ (National Versammlung) ตามประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ได้กล่าวถึงความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อสิทธิและเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่ออำนาจรัฐทั้งหมด ประกาศดังกล่าวได้กล่าวถึงเสรีภาพและหลักการที่สำคัญ เช่น เสรีภาพทั่วไปในการกระทำอันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล เสรีภาพในทางศาสนา สิทธิในกรรมสิทธิ์ (das Eigentumsrecht) หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักอธิปไตยของปวงชน รวมทั้งแนวความคิดเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของมหาชน<sup>28</sup>

#### 2.1.2.4 สมัยศตวรรษที่ 19-20

จากประกาศสิทธิของมนุษยชนทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น มีอิทธิพลต่อหลักการสิทธิและเสรีภาพอย่างสำคัญในศตวรรษที่ 19 และ 20 นี้ หลักการดังกล่าวข้างต้นมีอิทธิพลต่อประเทศในยุโรปเกือบทั้งหมด และมีอิทธิพลต่อประเทศต่างๆ เกือบทั่วโลก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

ในแนวทางกฎหมายได้มีการโต้เถียงกันมานานแล้วว่าอะไรคือสิทธิและเสรีภาพ โดยความเห็นทั่วไปนั้น คำว่า “สิทธิ” มีความหมายเป็น 2 นัย คือ สิทธิทางกฎหมาย (Positive Right) และสิทธิทางศีลธรรม (Moral Right)

สิทธิทางกฎหมายนั้น หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ กล่าวคือ กฎหมาย “รับรอง” ว่ามีอยู่ และ “คุ้มครอง” คือ คุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย และกฤพล พลวัน ก็ได้ให้ความหมายของสิทธิทางกฎหมายไว้ว่า “ตามหลักทั่วไป การมีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง ก็คือ การมีบางสิ่งบางอย่างที่กฎหมายบ้านเมืองยอมรับและบังคับให้เป็นไปตามสิทธินั้นๆ”<sup>29</sup>

สิทธิทางศีลธรรมนั้น หมายถึง สิทธิซึ่งเกิดจากความรู้สึกนึกคิดของคนต่างๆ ไปว่าวิถีทางที่ถูกต้องและเป็นธรรมในกรณีหนึ่งกรณีใดควรจะเป็นอย่างนั้นอย่างนี้ แต่วิถีทางที่ถูกต้องและเป็นธรรมนั้น อาจจะยังไม่มีกฎหมายรับรองคุ้มครอง หรือบังคับให้การเป็นไปตามสิทธิดังกล่าว

<sup>28</sup> บรรเจิด สิงคนดี. (2547). หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. หน้า 43-44.

<sup>29</sup> วีระ โสจายะ. เล่มเดิม. หน้า 462.

ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” นั้น หมายถึง สถานะภาพของมนุษย์เราที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของใคร หรือหมายถึง อำนาจที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

เมื่อพิจารณาความหมายทั้งสองประการแล้วจะเห็นได้ว่า เสรีภาพ ก็คือ อำนาจของคนเราที่จะตัดสินใจด้วยตัวเองที่จะเลือกดำเนินพฤติกรรมของตนเอง โดยไม่มีบุคคลอื่นใดมีอำนาจสอดแทรกเข้ามาเกี่ยวข้องในการตัดสินใจนั้น แต่ความหมายดังกล่าวเป็นเพียงความหมายในทางปรัชญาเท่านั้น ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” ตามความหมายในทางกฎหมายจึงหมายถึง อำนาจของคนเราที่จะตัดสินใจด้วยตนเองที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการสิ่งใดสิ่งหนึ่งซึ่งไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย<sup>30</sup> หรือภาวะของมนุษย์ที่จะไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นอันเป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง<sup>31</sup>

## 2.2 สิทธิส่วนบุคคลตามหลักสิทธิมนุษยชน

อันที่จริงแล้ว คำว่า “สิทธิมนุษยชน” นั้น เพิ่งใช้เรียกกันเมื่อศตวรรษที่ 20 แต่ก่อนหน้านั้นรู้จักกันในคำว่า สิทธิของบุคคล ซึ่งคำดังกล่าวเป็นคำที่ใช้กันมานานและใช้คำดังกล่าวในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองรัฐที่เห็นกันว่าใช้อำนาจตามอำเภอใจและเบียดเบียนผู้อยู่ใต้การปกครอง โดยใช้แนวความคิดเรื่องกฎหมายฝ่ายธรรมชาติมาเป็นฐานในการรับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคลจนปรากฏการรับรองเรื่องดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรหลายฉบับด้วยกัน เช่น มหาบัตรแมกนาคาร์ตา คำประกาศอิสรภาพอเมริกัน วันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 เป็นต้น<sup>32</sup>

การที่มีแต่เพียงการยอมรับว่าสิทธิดังกล่าวมีอยู่ นั้นหาเป็นการเพียงพอไม่ เพราะการที่จะให้สิทธิดังกล่าวมีผลเป็นจริงเป็นจังขึ้นนั้นจำเป็นต้องทำให้ปรากฏออกมาเป็นลายลักษณ์อักษร โดยยังยืนบนพื้นฐานแห่งกฎหมายธรรมชาติที่ยังผูกติดอยู่กับความเป็นมนุษย์ซึ่งยังไม่ได้รับการเคารพจากองค์กรของรัฐหรือแม้แต่ระหว่างปัจเจกบุคคลด้วยกันเอง เว้นเสียแต่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องได้รับการตราเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยการให้หลักประกันแก่สิทธิดังกล่าวนั้นเอง และการให้หลักประกันดังกล่าวที่จะเกิดผลได้มากที่สุดก็คือ การให้หลักประกันโดยรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็น

<sup>30</sup> วีระ โลจายะ. แหล่งเดิม. หน้า 463.

<sup>31</sup> ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์. เล่มเดิม. หน้า 133.

<sup>32</sup> เกรียง ไกร เจริฎฐนาวัฒน์. (2547). หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย.

ตัวกำหนดกรอบของการใช้อำนาจรัฐ<sup>33</sup> ซึ่งในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงเฉพาะการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลตามหลักสิทธิมนุษยชน

ในกฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิส่วนบุคคลได้ถูกกำหนดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการที่จะต้องได้รับความคุ้มครองโดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ได้กำหนดไว้ในข้อที่ 12 ว่า

“บุคคลย่อมไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในเคหสถาน หรือในการสื่อสาร หรือ ไม่อาจถูกลบหลู่ในเกียรติยศและชื่อเสียง บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองโดยกฎหมาย ต่อการก้าวล่วงในสิทธิเช่นว่านั้น”

Article 12 ( UN's Universal Declaration of Human Right 1948)

No one shall subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law aganst such interference or attacks.

สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Convention on Human Right) มาตรา 8 กำหนดว่า

1) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับความเคารพในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในครอบครัว ในชีวิต ในเคหสถานหรือในการสื่อสาร (Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.)

นอกจากนี้ยังมีสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา (American Convention on Human Right) มาตรา 11 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง 1966 (Convention on Civil and Political Right 1966) ข้อ 17 ก็บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลไว้ในทำนองเดียวกันว่า

1) บุคคลจะถูกแทรกแซงความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหสถาน หรือการต้องติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ และจะถูกลบหลู่เกียรติและชื่อเสียงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ (No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.)

<sup>33</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. แหล่งเดิม. หน้า 108.

## 2.3 ความหมายและแนวความคิดในการประกอบธุรกิจ

ปัจจุบันการประกอบธุรกิจได้มุ่งเน้นการแสวงหาประโยชน์จากวัตถุดิบทุกลักษณะที่สามารถสร้างผลประโยชน์หรือผลกำไรให้แก่ผู้ประกอบการ โดยวิธีการประกอบธุรกิจยังรวมไปถึงการใช้ความมีชื่อเสียงของบุคคลมาเป็นรูปแบบของการแสวงหาผลประโยชน์ เพื่อดึงดูดใจให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าหรือใช้บริการของตนอันนำมาซึ่งผลประโยชน์มหาศาล ซึ่งในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะทำการศึกษาดังถึงความหมายแนวความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจว่ามีความหมายอย่างไร และมีปัจจัยอะไรที่ก่อให้เกิดการประกอบธุรกิจและกระบวนการผลิต ดังนี้

### 2.3.1 ความหมายของธุรกิจ

คำว่า ธุรกิจ (Business) นั้น ได้มีผู้ให้ความหมายไว้หลายความเห็นแตกต่างกัน<sup>34</sup> ดังนี้

**ธุรกิจ** หมายถึง กระบวนการทั้งปวงของการนำเอาทรัพยากรธรรมชาติมาแปรสภาพตามกรรมวิธีการผลิตด้วยแรงงานคนและเครื่องจักรให้เป็นสินค้าและเก็บรักษาไว้เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ต้องการ

**ธุรกิจ** หมายถึง กิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจและการพาณิชย์ที่มีเป้าหมายทางด้านกำไรในการจัดหาสินค้าและบริการเพื่อตอบสนองผู้บริโภค

**ธุรกิจ** หมายถึง กิจกรรมทุกสิ่งทุกอย่างที่มีความเกี่ยวพันในองค์การ เพื่อที่จะจำหน่ายและให้บริการภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ โดยมีความสัมพันธ์กับบริการอื่นและกลุ่มผู้กระทำงานร่วม

**ธุรกิจ** หมายถึง กิจกรรมต่างๆ ที่จะนำไปสู่เป้าหมายในการเสนอสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภค

**ธุรกิจ** หมายถึง กิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการผลิต การแลกเปลี่ยนซื้อขายสินค้าและบริการโดยมีจุดมุ่งหมายที่จะแสวงหากำไรจากการประกอบธุรกิจนั้นๆ

**ธุรกิจ** หมายถึง บุคคลหรือองค์กรที่พยายามสร้างกำไร โดยการจัดหาผลิตภัณฑ์เพื่อสร้างความพึงพอใจ โดยการสนองความจำเป็นพื้นฐานของมนุษย์<sup>35</sup>

<sup>34</sup> สมคิด บางโม. (2539). การประกอบธุรกิจ. หน้า 14.

<sup>35</sup> พรพรม พรหมเพศ. (2546). ธุรกิจเบื้องต้น. หน้า 1.



จากความเห็นดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปลักษณะของธุรกิจได้ดังนี้

- 1) ธุรกิจจะเกี่ยวข้องกับการผลิต การซื้อขายสินค้าและบริการ
- 2) ธุรกิจจะต้องจัดให้มีสินค้าและบริการแก่สังคม
- 3) การดำเนินธุรกิจต้องเป็นกิจกรรมที่ต่อเนื่องกัน ไม่ใช่ทำชั่วคราวครั้งชั่วคราว
- 4) แรงจูงใจในการดำเนินธุรกิจคือกำไร
- 5) การประกอบธุรกิจเป็นกิจการที่มีการเสี่ยงภัย อาจได้กำไรหรือขาดทุน

### 2.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ

เมื่อมนุษย์มีความต้องการปัจจัย 4 เป็นพื้นฐาน แต่มนุษย์มีข้อจำกัดในความรู้ความสามารถแตกต่างกันออกไป ทำให้คนที่มีความสามารถในด้านใดก็จะผลิตปัจจัยในด้านที่ตนถนัดเพื่อสนองความต้องการของมนุษย์จึงทำให้เกิดการประกอบธุรกิจขึ้น โดยการศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ ในวิทยานิพนธ์นี้จะเริ่มศึกษาทำความเข้าใจเฉพาะจากเรื่องกระบวนการที่ก่อให้เกิดการประกอบธุรกิจและปัจจัยที่ก่อให้เกิดกระบวนการผลิตเท่านั้น กล่าวคือ

#### 2.3.2.1 กระบวนการที่ก่อให้เกิดการประกอบธุรกิจ

เนื่องจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจึงทำให้เกิดการประกอบธุรกิจนั้นเกิดขึ้นคือ<sup>36</sup>

1) **Wants** หมายถึง ความต้องการ การที่จะก่อให้เกิดการผลิตได้นั้นต้องเริ่มจากการที่บุคคลมีความต้องการที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม อาหาร ยารักษาโรค และอื่นๆ อีกมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมนุษย์ในโลกมีจำนวนหลายพันล้านคน ความต้องการของมนุษย์จึงมีความต้องการที่จะอุปโภคหรือบริโภคที่หลากหลายแตกต่างกันไป เมื่อมีความต้องการเกิดขึ้นก็ต้องมีผู้เข้ามาจัดการให้ความต้องการนั้นบรรลุผล ซึ่งก็คือมนุษย์ในรูปแบบขององค์การธุรกิจต่างๆ

2) **Organization** คือ องค์การทางธุรกิจที่เข้ามารวมตัวกันหรือจะกระทำโดยลำพังเพื่อกระทำกิจการให้สนองตอบต่อความต้องการของมนุษย์ องค์การธุรกิจที่เกิดขึ้นอาจจัดอยู่ในรูปของห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด หรือบริษัทข้ามชาติที่กระทำธุรกิจในหลายๆ ประเทศ

3) **Production** หมายถึง กระบวนการผลิตซึ่งเกิดขึ้นจากการกระทำในทางธุรกิจของปัจเจกชนหรือองค์การธุรกิจในรูปแบบต่างๆ ที่ต้องการผลิตสินค้าสนองตอบความต้องการของมนุษย์ โดยเริ่มกระบวนการผลิตจากการหาแหล่งที่ดิน การสรรหาคนงาน การลงทุน

<sup>36</sup> พงศ์ธร บุญอารีย์. (2544). ธุรกิจกับกฎหมาย. หน้า 18.

ในด้านวัสดุอุปกรณ์ เทคโนโลยี เงิน และเมื่อสินค้าที่ผลิตออกมาได้รับการสนองตอบรับจากผู้บริโภคก็จะทำให้ธุรกิจนั้นมีกำไรเกิดขึ้น

4) **Distribution** หมายถึง การจัดจำหน่าย เมื่อผลิตสินค้าออกมาได้แล้ว การจัดจำหน่ายให้ถึงมือผู้มีความต้องการบริโภคจึงเป็นสิ่งจำเป็น กระบวนการจัดจำหน่ายหรือการตลาดจึงถูกนำมาใช้ในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการขนส่งโดยทางน้ำ ทางบก ทางอากาศ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ

5) **Exchange** หมายถึง การแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการในรูปแบบต่างๆ เมื่อมีสินค้ามาถึงผู้มีความต้องการอุปโภคบริโภคแล้ว กระบวนการแลกเปลี่ยนจึงเกิดขึ้น กล่าวคือระบบการตลาด เช่น ร้านค้า ห้างสรรพสินค้า จะเป็นตัวกลางในการแลกเปลี่ยนสินค้าให้เป็นเงินและเงินซึ่งถูกนำไปใช้เป็นเงินทุนและรายได้ที่จะก่อให้เกิดกระบวนการผลิตสินค้าเกิดขึ้นอีก

6) **Consumtion** หมายถึง การบริโภคของประชาชนในโลกซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมากจะเป็นผู้ทำลายสินค้าที่ผลิตนั้นให้หมดสิ้นไปหรือใช้การไม่ได้ และเมื่อไม่มีสินค้าให้บริโภค ความต้องการก็จะเกิดขึ้นอีก เมื่อมีความต้องการเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นสินค้าในรูปแบบเดิมหรือ รูปแบบใหม่ กระบวนการจัดการขององค์กรธุรกิจก็จะทำหน้าที่ผลิตสินค้าให้เกิดขึ้นใหม่อีก จึงเป็นกระบวนการวัฏจักรของกลไกในการผลิตสินค้าที่ไม่มีวันจบสิ้น ตราบใดที่มนุษย์ยังมีความต้องการอยู่

### 2.3.2.2 ปัจจัยที่ก่อให้เกิดกระบวนการผลิต

ในด้านอุตสาหกรรมนั้น การผลิต (Production) หมายถึง การแปรสภาพวัตถุดิบหรือทรัพยากรต่างๆ ให้เป็นสิ่งที่สามารถใช้อุปโภคบริโภคได้ เช่น อาหาร ยารักษาโรค เครื่องใช้ต่างๆ เครื่องแต่งกาย เครื่องมืออำนวยความสะดวกต่างๆ การผลิตในด้านเกษตรกรรม หมายถึง การแปรสภาพดิน น้ำ แร่ธาตุต่างๆ ให้เป็นผลิตผลทางการเกษตร เช่น ข้าว ผลไม้ ยางพารา ฯลฯ ส่วนการผลิตในด้านการบริการนั้น หมายถึง การสร้างบริการต่างๆ ให้เกิดขึ้น เช่น การขนส่ง การชักรีด การท่องเที่ยว เป็นต้น เมื่อกล่าวโดยสรุป การผลิตก็คือ การสร้างสินค้าและบริการให้เกิดขึ้นนั่นเอง

เมื่อได้ทราบถึงกระบวนการที่ก่อให้เกิดการประกอบธุรกิจแล้ว สิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจต่อไปคือ ปัจจัยที่ก่อให้เกิดการผลิต (Factor of Production) ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 4 ประการคือ

1) **ที่ดิน** หมายถึง ทรัพยากรธรรมชาติทั้งหลายไม่ว่าจะเป็น ป่าไม้ แร่ธาตุ น้ำ หรือแม้กระทั่งน้ำฝน ซึ่งจะต้องถูกนำมาเป็นปัจจัยในการผลิตว่าทรัพยากรธรรมชาติเหล่านี้อยู่ในทำเลที่เหมาะสมต่อการผลิตหรือไม่

2) แรงงาน หมายถึง ความรู้ความสามารถของทรัพยากรมนุษย์ (Human Resource) เป็นปัจจัยสำคัญต่อการผลิต ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าผู้ประกอบการธุรกิจจะผลิตอะไร<sup>37</sup>

3) ทุน ทุนจะมีความหมายที่แตกต่างกันหลายอย่างด้วยกัน ในฐานะที่ทุนเป็นปัจจัยการผลิตอย่างหนึ่ง ทุนในที่นี้จะหมายถึงทุกสิ่งทุกอย่างที่คนงานใช้สำหรับการผลิตและการขายสินค้า เครื่องมือ เครื่องจักร รถยนต์ และสิ่งอื่นๆ ที่คนผลิตขึ้นมาใช้ช่วยในการผลิต<sup>38</sup>

4) ผู้ประกอบการ หมายถึง บุคคลที่ทำหน้าที่สั่งการปัจจัยการผลิตทั้งสามประเภทข้างต้นที่ใช้สำหรับการผลิตและการขายสินค้า ผู้ประกอบการจึงได้แก่ ปังเจกชนหรือองค์กรธุรกิจทั้งหลาย เช่น ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด เป็นต้น ผู้ประกอบการจึงถือเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้เกิดการผลิตสินค้าที่ออกมาตามความต้องการของผู้บริโภค<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> พงศ์ธร บุญอารีย์. เล่มเดิม. หน้า 19.

<sup>38</sup> สมยศ นาวิการ. (2540). ธุรกิจเบื้องต้น. หน้า 4.

<sup>39</sup> พงศ์ธร บุญอารีย์. แหล่งเดิม. หน้า 20.

### 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 ซึ่งจะมีความหลากหลายแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ ว่าสามารถนำมาปรับใช้ได้แค่ไหน เพียงใด ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลผู้มีชื่อเสียง ได้แก่ กฎหมายลวงขาย (Passing Off) กฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม นอกจากนี้ยังอาจเกี่ยวข้องกับกฎหมายพิเศษอื่นๆ เช่น หลักการเกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล (Privacy Right) หรือสิทธิในบุคลิกภาพ (Personality Right) หรือหลักการเกี่ยวกับสิทธิในชื่อเสียงของบุคคล (The Right of Publicity) เป็นต้น

ก่อนที่จะศึกษาในรายละเอียดของกฎหมาย จำเป็นต้องทำความเข้าใจถึงความหมายของเอกลักษณ์ของบุคคลว่ามีความหมายอย่างไร ความสำคัญของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในเชิงธุรกิจ ลักษณะของการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ ดังนี้

### 3.1 ความหมายของเอกลักษณ์ของบุคคล

คำว่า เอกลักษณ์ หรือ บุคลิกภาพ (personality) ของบุคคลนั้น ได้มีนักจิตวิทยาให้คำนิยามไว้หลายความหมายด้วยกัน<sup>40</sup> 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 ซึ่งไม่อาจมองหรือสัมผัสได้จากมุมมองเห็นเพียงอย่างเดียว โดยต้องศึกษาค้นคว้าหรือใช้เครื่องมือทดสอบ ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้จะหมายถึงเฉพาะเอกลักษณ์เฉพาะตัวหรือบุคลิกภาพภายนอกที่สามารถมองเห็นได้รวมถึงชื่อ รูปภาพ ท่าทาง น้ำเสียงและสิ่งที่เป็นเอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคลด้วย

อย่างไรก็ตาม ความหมายและคำจำกัดความของเอกลักษณ์หรือบุคลิกภาพของบุคคลนั้น มีบางมลรัฐในสหรัฐอเมริกาได้พยายามบัญญัติคำจำกัดความของเอกลักษณ์หรือบุคลิกภาพของบุคคลไว้ดังนี้

<sup>40</sup> 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.

กฎหมายของมลรัฐอิลลินอยส์ ได้ให้คำจำกัดความของบุคลิกภาพ (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) ก่อนที่เขาจะบินสู่อแอตแลนติกในปี 1927 ในขณะนั้นกล่าวได้ว่า การโฆษณามีคำพูดที่โอ้อวดเกินความจริงจนเข้าสู่ยุคปลายศตวรรษที่ 19 ที่เป็นเหมือนกระดาษหนังสือพิมพ์สีเหลืองในดิสเนย์พีเคชั่นในไทม์สแควร์ กรณีดังกล่าวเป็นตัวอย่างของปัจจัยการใช้ชื่อเสียงที่มีอิทธิพลต่อบุคคลสมัยใหม่

จากความเป็นศิลปะในการแสดงออก ชาร์ลส์ เอ็คเกิร์ต (Charles Eckert) ได้สร้างชื่อเสียงอย่างมากแก่อุตสาหกรรมภาพยนตร์โดยเฉพาะแก่บริษัทผู้ผลิต เมื่อผ่านยุค 1920 อุตสาหกรรมบันเทิงของฝั่งตะวันตกเริ่มมีบทบาทมากขึ้น ธุรกิจเป็นที่ต้องการของผู้บริโภค จากนั้นอีกเพียง 55 ปีก็บรรลุ เป้าหมาย ทำให้ฮอลลีวูดกลายเป็นอุตสาหกรรมที่มีขนาดใหญ่ มีนักลงทุนหลังไหลเข้าร่วมไม่ว่าจะเป็น 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 และนักแสดงมักจะได้รับความสนใจจากสื่อในปี 1909 เริ่มมีการทำภาพยนตร์เกิดขึ้น และมักจะใช้ชื่อของตนเองหรือชื่อบริษัทเป็นเครื่องหมายความสำเร็จของนิยายที่เผยแพร่ออกไปก่อนจะส่งผลต่อไปยังภาพยนตร์ เนื่องจากทำให้ผู้ที่เป็คนคลั่งไคล้ติดตามความเคลื่อนไหวของนักแสดง จนกระทั่งติดตามคุณภาพยนตร์ทุกๆ เรื่องที่สร้างลำดับต่อมา

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

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 แต่เขาก็ไม่ได้เรียกร้องอะไรตอบแทน จนกระทั่งในเวลาต่อมาเขาก็ได้กลายมาเป็นผู้นำของประเทศเช่นเดียวกับวอชิงตัน (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 ถ้วยแก้วมิใช่เพราะตัวสินค้านั้น 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 โดยนักเทนนิสที่มีชื่อเสียงระดับประเทศหรือระดับโลก 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 หรือเป็นที่ยอมรับนับถือเกิดทุนจากสาธารณชน 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 อันเป็นผลผลิตจากการใช้ปัญญาของบุคคลสร้างตัวตนให้ปรากฏขึ้นเพื่อรองรับสิทธิตามที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละเรื่องได้กำหนดไว้

ส่วนตัวอย่างลักษณะของข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์อันเกี่ยวกับการใช้ชื่อเสียงของบุคคลเป็นองค์ประกอบสำคัญที่เกิดขึ้นเสมอในสังคมปัจจุบัน ซึ่งมักเกี่ยวข้องกับวงการสื่อสารมวลชน และด้านงานบันเทิงนั้น ดังเช่น<sup>41</sup>

ตัวอย่างที่ 1 สำนักพิมพ์เจ้าของนิตยสารภาพยนตร์เล่มหนึ่ง ได้นำภาพถ่ายของนักแสดงผู้หนึ่ง ในงานฉลองวันครบรอบห้าสิบปีของสถานีโทรทัศน์แห่งหนึ่งมาใช้เป็นภาพปกนิตยสารภาพยนตร์เล่มนั้น โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนักแสดงผู้นั้น

<sup>41</sup> 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 ที่เขี่ยบุหรี่ 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 เพื่อตอบสนองความต้องการแผ่ร่นทางความรู้สึกภายในจิตใจของสาธารณชนไม่ว่าทางด้านความรู้สึกอยากใกล้ชิดหรืออยากเป็นอยากเหมือนบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ตนรักและเทิดทูนหรือเคารพยกย่อง

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

ปัญหาว่าสิทธิดังกล่าวเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งหรือไม่ ในขณะที่นักกฎหมายต่างยอมรับว่างานสร้างสรรค์หรือค้นคิดด้วยปัญญาของมนุษย์สามารถก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้สร้างสรรค์หรือผู้ค้นคิด อันถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีกฎหมายเฉพาะรับรองไว้

### 3.4 แนวทางเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคล

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ชื่อเสียงของบุคคลเป็นเพียงนามธรรมซึ่งเกิดจากความรู้สึกร่วมกันของสาธารณชนที่มีต่อผู้มีชื่อเสียงเท่านั้น ทั้งนี้โดยเหตุที่ล้าพังแล้ว ชื่อเสียงนั้นไม่สามารถก่อให้เกิดผลประโยชน์เป็นรูปร่างแก่บุคคลผู้ใดได้ ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการนำชื่อเสียงมาประกอบหรือติดกับสินค้าหรือบริการเพื่อเสริมสร้างภาพพจน์ให้แก่สินค้าหรือบริการอันก่อให้เกิดผลทางจิตวิทยาแก่สาธารณชน ทางด้านการยอมรับและเชื่อถือในตัวสินค้าหรือการให้บริการ ซึ่งเป็นรูปแบบวิธีการอย่างหนึ่งที่น่าไปสู่การสนับสนุนขอจดจำหน้าแก่ผู้บริโภคหรือการขอรับบริการจากลูกค้า

ตัวอย่างเช่น นายเอ เป็นนักกีฬาขอดีนิมในสังคมไทย จึงเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับและชื่นชมในความสามารถทางการเล่นฟุตบอลจากประชาชนทั่วไป แต่กระนั้นโดยล้าพังแล้วความมีชื่อเสียงอันเป็นนามธรรมของนายเอไม่สามารถสร้างผลประโยชน์ใดๆ แก่ นายเอได้ แต่หากได้มีการนำเอารูปลักษณ์อันแสดงความเป็นตัวตนของนายเอไปประกอบสินค้าหรือบริการ เช่น การนำรูปภาพนายเอไปใช้ในแผ่นภาพโฆษณาการให้บริการบัตรเครดิตของธนาคารแห่งหนึ่ง การใช้ชื่อนายเอกับสนามกีฬาฟุตบอลหรืออุปกรณ์ผลิตภัณฑ์กีฬาฟุตบอลและการวาดภาพและใช้รูปลักษณ์ของนายเอเป็นตัวละครหนึ่งในหนังสือการ์ตูน เป็นต้น รวมทั้งการใช้ชื่อหรือรูปภาพที่เกี่ยวกับนายเอไปติดประกอบที่ตัวผลิตภัณฑ์ หรือใช้รูปลักษณ์เป็นแบบในการสร้างตัวผลิตภัณฑ์สินค้าต่างๆ เช่น แก้วน้ำ พวงกุญแจ จานรองแก้ว และตุ๊กตารูปนักฟุตบอล การดำเนินการดังกล่าวนี้ ย่อมสามารถสร้างผลประโยชน์มหาศาลแก่นายเอ เนื่องจากผลิตภัณฑ์และบริการที่มีรูปลักษณ์ของนายเอปรากฏประกอบหรือติดอยู่สามารถสร้างแรงดึงดูดใจแก่สาธารณชนผู้จะขอเป็นลูกค้าในผลิตภัณฑ์หรือใช้บริการมากกว่าการประชาสัมพันธ์หรือการให้บริการตามปกติโดยทั่วไป จึงอาจสรุปได้ว่า ด้วยเหตุที่ในตัวชื่อเสียงของบุคคลนี้ เป็นเพียงคุณค่าทางความรู้สึกของผู้คนในลักษณะนามธรรมที่ไม่มีรูปร่างอันจับต้องได้ การหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจในชื่อเสียงของบุคคล จึงต้องมีการสร้างสรรค์ต่างๆ ที่แสดงความเกี่ยวข้องระหว่างบุคคลผู้มีชื่อเสียงกับสินค้าหรือบริการขึ้นมารองรับ โดยวิธีการนำสัญลักษณ์หรือรูปลักษณ์ที่เกี่ยวกับบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาประกอบหรือติดไว้ที่สินค้าหรือบริการ 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

การกล่าวหรือใจขาวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิดหรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำได้ 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 โครงสร้างของสังคมและทัศนระของมหาชนโดยทั่วไป ซึ่งย่อมอยู่เหนือ



ผลประโยชน์ของเอกชน และศาลมักจะเป็นผู้วินิจฉัยมากกว่าที่จะให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้วินิจฉัย การวินิจฉัยเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของสังคมและประเทศชาติ เป็นใหญ่เหนือผลประโยชน์ของเอกชน รวมทั้งคำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมคคคคของมหาชน โดยที่ผู้วินิจฉัยควรถือหลักเกณฑ์ของวิญญูชน คือ การพิจารณาจากความรู้สึคนึกคิดของคนธรรมดาสามัญที่มีความประพฤติดี ทั้งไม่ควรคำนึงถึงบรรทัดฐานคำตัดสินเดิมมากเกินไป เพราะคำวินิจฉัยนั้นจะตกอยู่ภายในกฎแห่งการเปลี่ยนแปลงเสริมแต่งเพื่อผลานผลประโยชน์ของหน่วยต่างๆ ในสังคมโดยมหาชนให้การยอมรับ ความสงบเรียบร้อยของประชาชนสามารถจำแนกได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ ได้ดังนี้<sup>42</sup>

- 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 หรือเรื่องราวของบุคคลสาธารณะจะถูกใช้ไปได้ตลอดโดยไม่มีสิทธิส่วนตัว<sup>43</sup>

จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิส่วนตัวบุคคลมีขอบเขตเท่าที่ไม่เป็นปรปักษ์กับสิทธิของส่วนรวมหรือสาธารณประโยชน์ การกำหนดขอบเขตอันสมควรในเรื่องสิทธิส่วนตัวบุคคลจึงเป็นความพยายามที่จะประสานประโยชน์ที่ขัดแย้งกันระหว่างประโยชน์ของบุคคลหนึ่งในชีวิตส่วนตัวกับประโยชน์ของชุมชนและสังคม ซึ่งประโยชน์ทั้งสองประการสามารถนำมาประสานกันได้บนรากฐานของการยอมรับที่สมเหตุสมผล

<sup>42</sup> ชีนอารี มาลีศรีประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 25.

<sup>43</sup> แหล่งเดิม. หน้า 26.

ข้อสังเกต การพิจารณาว่าเป็นกานละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิส่วนตัวหรือไม่นั้น บุคคลธรรมดาทั่วไปกับบุคคลสาธารณะซึ่งเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงในสังคมนั้น มาตรฐานในการจำกัดสิทธิส่วนบุคคลย่อมไม่เท่ากัน สิทธิส่วนบุคคลของบุคคลสาธารณะต้องถูกจำกัดมากกว่า บุคคลธรรมดา 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”<sup>44</sup> ความรับผิดทางละเมิดเกิดจากการล่วงละเมิดผิดหน้าที่ (Breach of Duty) หมายความว่า บุคคลทั่วไปย่อมมีสิทธิที่จะไม่ให้ผู้ใดมากระทำละเมิด ผู้ใดกระทำจึงเป็นการล่วงละเมิด ผิดหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีต่อบุคคลอื่นและผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้กระทำผิดเพื่อชดใช้แก่ตน ความรับผิดทางละเมิดนั้น กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนคนใดคนหนึ่ง ซึ่งได้รับความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างอื่น โดยเฉพาะเจาะจง หากทำให้คืนสภาพเดิมไม่ได้

<sup>44</sup> วิชา มหากุณ. (2523). หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา. หน้า 3.

ก็พยายามที่จะให้ใกล้เคียงกับสภาพเดิมมากที่สุด แตกต่างกับความผิดอาญา ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิด มุ่งบำบัด ความเสียหายแก่ชุมชนเป็นส่วนรวม การกระทำอันใดที่กฎหมายถือว่าเป็นความผิดอาญาส่วนมากจะเป็นการละเมิดด้วย เพราะนอกจากการกระทำอันนั้นจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อชุมชนโดยส่วนรวมตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ยังทำให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนเป็นส่วนตัวด้วย<sup>45</sup>

## 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 จึงเท่ากับผิดหน้าที่ในขณะเดียวกันด้วย<sup>46</sup>

<sup>45</sup> วารีนานาสกุล. (2518). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้. หน้า 4-5.

<sup>46</sup> 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 หมายความว่าความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรคห้า ประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ งดเว้นการที่จักต้องกระทำเพื่อป้องกันผล (คำพิพากษาฎีกาที่ 38/2496)

ดังนั้น การกระทำจึงหมายความว่าความรวมถึง การงดเว้นกระทำในกรณีที่จักต้องป้องกันผล การป้องกันผลเสียหายมิให้เกิดนั้นต้องมีหน้าที่ที่จะต้องป้องกัน หน้าที่นั้นอาจเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น บิดามารดามีหน้าที่เลี้ยงดูบุตร 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 ถ้าผู้มีหน้าที่งดเว้นกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ถือว่ามีกรกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อด้วย<sup>47</sup>

#### (2) โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

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

<sup>47</sup> สุขุม สุนนิตย์. (2546). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 13.

กระทำโดยประมาทเลินเล่อ<sup>48</sup> 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 จะมีเจตนาแก่ลั้งทำให้เขาได้รับความเสียหายหรือไม่ 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”

<sup>48</sup> 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 นอกจากนี้ยังต้องคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมในขณะเกิดเหตุประกอบด้วย<sup>49</sup>

### (3) โดยผิดกฎหมาย

การให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลโดยเฉพาะบุคคลที่มีชื่อเสียงกรณีละเมิดนี้ กฎหมายให้การคุ้มครองโดยต้องพิจารณาว่ามีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และลักษณะของการกระทำนั้นๆ เป็นไปโดยผิดกฎหมาย (Unlawfully) ซึ่งการกระทำโดยผิดกฎหมายนั้น หมายความว่า กระทำลงโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิหรือทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ถ้าผู้กระทำได้ทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้นก็เป็นละเมิดได้<sup>50</sup> นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ยังได้อธิบายไว้ว่า มาตรา 420 คำว่า ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมาย หมายความว่า การประทุษร้ายต่อสิทธิของผู้อื่นโดยให้เหตุผลว่า มาตรา 420 เทียบเคียงมาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและญี่ปุ่น ซึ่งมีความหมายว่า เป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจหรือเกินกว่าอำนาจที่ตนมีอยู่ ซึ่งหมายความว่า การละเมิดสิทธิของผู้อื่นเป็นผิดกฎหมายอยู่ในตัว โดยไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นผิดกฎหมาย เว้นแต่ผู้กระทำจะมีอำนาจกระทำเช่นนั้นได้<sup>51</sup>

<sup>49</sup> จิติ ดิงศภัทย์ ก (2525). คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. หน้า 474-475.

<sup>50</sup> สุขุม สุภนิติย์. (2546). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. หน้า 22.

<sup>51</sup> ชูศักดิ์ ศิรินิล. (2526). ตำราประกอบการศึกษากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด

เช่น ก. ถ่ายรูปภาพของ ข. แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำ เช่นนั้นเป็นความผิด แต่เมื่อการกระทำของ ก. เป็นการกระทำที่ไม่สามารถอ้างสิทธิในการกระทำ ได้เสียแล้วก็เป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย ส่วนค่าเสียหายจะเป็นเท่าใดนั้นเป็นเรื่องที่ต้องนำสืบ และไม่ใช่ประเด็นที่ทำให้ขาดองค์ประกอบอันเป็นละเมิด

#### (4) มีความเสียหายแก่สิทธิของผู้อื่น

เมื่อมีการกระทำต่อบุคคลอื่น โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดย ผิดกฎหมายแก่สิทธิของบุคคลอื่นแล้ว จะต้องปรากฏว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น และความเสียหาย ตามมาตรา 420 จะต้องเป็นความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิ อย่างหนึ่งอย่างใด ส่วนความเสียหายแก่ชื่อเสียง เกียรติคุณ ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของเขา โดยประการอื่นอยู่ใน บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 423 นอกจากนี้ ใน มาตรา 446 ยังบัญญัติถึงความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินอีกด้วย ฉะนั้นจึงกล่าวได้โดยทั่วไปว่า ความเสียหายอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิดนั้น อาจเป็นความเสียหายที่คำนวณเป็นตัวเงินหรือไม่ อาจคำนวณเป็นตัวเงินก็ได้

สำหรับความเสียหายแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัยและเสรีภาพ ย่อมเป็นที่เห็นได้ว่า รวมทั้งความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Pecuniary Loss) เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าที่ต้อง ขาดประโยชน์เพราะไม่สามารถประกอบกิจการงาน และความเสียหายในทางความรู้สึกของจิตใจ ซึ่ง ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ (Non-pecuniary Loss) เช่น ความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน และตกใจเสียขวัญ (Pain, Suffering and Shock) การสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิต (Loss of Expectation of Life) การได้รับความ ลำบากและไม่สะดวกสบาย (inconvenience and discomfort) ค่าเสียหายเป็นพิธีหรือเพื่อเป็น เยี่ยงอย่าง (Exemplary Damages) เป็นต้น ตามหลักจึงถือกันว่าความเสียหายนั้นจะเป็นความเสียหาย ที่เป็นรูปร่างคำนวณเป็นเงินได้หรือเป็นความเสียหายทางจิตใจ คำนวณเป็นเงินไม่ได้ก็ตาม ถ้าเป็น ความเสียหายที่แน่นอนแล้ว ก็เป็นมูลความผิดฐานละเมิดได้ รวมไปถึงผลในอนาคตที่แน่นอนว่า จะเกิดขึ้นด้วย ส่วนความเสียหายที่ไม่แน่นอนนั้นเป็นแต่เพียงความคาดหมายว่าจะเกิดหรือไม่เกิด ก็ได้ ความคาดหมายเช่นนี้ จึงไม่ถือเป็นความเสียหายอันเป็นมูลความผิดฐานละเมิด<sup>52</sup> ตัวอย่าง โจทก์ฟ้องว่าจำเลยกระทำละเมิดโดยจัดให้โจทก์รับอาวัลตัวสัญญาใช้เงินโดยฝ่าฝืนระเบียบ ได้ ความว่าในการรับอาวัลตัวสัญญาใช้เงินดังกล่าว มีการจ้างที่ดินและสิ่งปลูกสร้างเป็นประกันกับ มีบุคคลค้ำประกันทุกราย แต่โจทก์ยังไม่ได้บังคับชำระหนี้เนื่องจากทรัพย์สินที่จ้างจากลูกหนี้และ จากผู้ค้ำประกัน จึงไม่อาจทราบได้ว่าโจทก์ได้รับ ความเสียหายหรือไม่ เพราะความเสียหายจะเกิดขึ้น

<sup>52</sup> 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 หมดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย<sup>53</sup>

#### 3.5.2.2 กฎหมายว่าด้วยสิทธิในการใช้ชื่อ

นอกจากกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว ยังมีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์ เช่นกัน

<sup>53</sup> 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 จำเลยได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็อยู่ในความคุ้มครองของ มาตรา 18 แต่ถ้ากรณีที่ได้เกิดความเสียหาย เจ้าของนามก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้ใช้นามโดยไม่มีสิทธิในฐานะกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้ ทั้งนี้ต้องมีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อจึงจะเป็นการละเมิด ถ้าไม่จงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ขอบังคับได้ตาม มาตรา 18 เท่านั้น

สำหรับผู้เอานามไปใช้โดยไม่มีสิทธินั้น อาจจะไปใช้ประการใดก็ได้ เช่น เอาไปใช้เป็นนามปากกา ใช้เป็นชื่อละคร เป็นต้น การคุ้มครองชื่อบุคคลนี้อาจขยายความคุ้มครองออกไปถึงชื่ออื่นๆ เช่น นามแฝง ชื่อทางการค้า ชื่อนิติบุคคล ชื่อย่อสำหรับโทรเลข นามปากกา<sup>54</sup>

<sup>54</sup> ประสิทธิ์ ไหมวิไลกุล. (2540). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. หน้า 34-35.

ลักษณะพิเศษของชื่อบุคคล คือ ชื่อบุคคลและชื่อสกุลไม่ใช่ทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 ไม่อาจจำหน่ายหรือโอนขายให้บุคคลอื่นได้ และจะไม่อาจได้มาหรือสูญเสียไปโดยอายุความ การใช้นามสกุลของผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเวลา 10 ปี ก็ไม่อาจได้สิทธิตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138<sup>55</sup>

### 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

<sup>55</sup> จิตติ ดิงศักดิ์ ช (2530). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. หน้า 28.

ดังนั้นจากความหมายข้างต้นจะพิจารณาได้ถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องหมายถึงการกระทำต่อสิ่งที่ปรากฏออกมาเป็นรูปร่างทางความคิดแล้ว (Expression of Idea) นอกจากนี้การกระทำที่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องเป็นการกระทำต่องานซึ่งตามกฎหมายกำหนด เช่น งานดนตรีกรรม งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ งานนาฏกรรม งานศิลปกรรม งานดนตรีกรรม งานสัตตภัณฑ์ 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 สัตตภัณฑ์ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดีแผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธี หรือรูปแบบอย่างใด

อย่างไรก็ดีจะพิจารณาว่าบุคคลใดมีลิขสิทธิ์หรือไม่จะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบพื้นฐานดังนี้<sup>56</sup>

(1) เป็นการแสดงออกซึ่งความคิด ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง โดยทั้งนี้ต้องสื่อความหมายต่อผู้อื่นไปแล้ว ไม่ใช่เป็นเพียงแต่ความคิด (Idea) เท่านั้น เพราะกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้คุ้มครองในเรื่องความคิด คือ สืบเนื่องตามหลักกฎหมายที่ถือว่า ปรัชญาของมนุษย์ไม่ว่าจะอยู่ในรูปความรู้ สัจธรรม แนวคิดหรือความคิดเมื่อได้สื่อความหมายต่อผู้อื่นไปแล้วก็ย่อมเป็นอิสระแก่ผู้อื่นที่จะใช้ความคิดเหล่านั้นได้ จะมีข้อจำกัดอยู่เมื่อสังคมเห็นเป็นการสมควรที่ผลผลิตทางปัญญาเหล่านั้นจะดำรงค่าแห่งสิทธิประโยชน์แก่ผู้ผลิต เมื่ออยู่ในรูปของการสร้างสรรค์ (Creation) การประดิษฐ์ (Invention) การค้นพบ (Discovery) ของเขา<sup>57</sup>

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

<sup>56</sup> ชัชชัย สุขผลศิริ. (2539). คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. หน้า 86-114.

<sup>57</sup> ชัชชัย สุขผลศิริ. (2527, มิถุนายน). "องค์ประกอบมูลฐานของงานอันมีลิขสิทธิ์." กฎหมาย, 9, 102. หน้า 174.

ได้บัญญัติไว้ในแบบกว้าง คือ การคุ้มครองมุ่งเน้นคุ้มครองงานสร้างสรรค์นอกจากงานที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอื่น

(3) ต้องเป็นการสร้างสรรค์โดยตนเอง (Originality) หมายถึง ต้องเป็นงานที่ผู้สร้างสรรค์ ได้กระทำขึ้นโดยทุ่มเทกำลังสติปัญญา ความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ โดยมิได้ลอกเลียนงานของผู้อื่น ผู้สร้างสรรค์จึงเป็นผู้ทำหรือก่อให้เกิดงานสร้างสรรค์ด้วยการริเริ่มขึ้นเองโดยมิได้ทำซ้ำหรือคัดแปลงจากงานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต การริเริ่มขึ้นเอง แตกต่างจากความคิดริเริ่มขึ้นเอง เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่คุ้มครองความคิด ฉะนั้น ผู้สร้างสรรค์งานอาจใช้ความคิดของผู้อื่นมาเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างสรรค์งานของตนเองได้ กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองผู้สร้างสรรค์ที่ได้ใช้ความรู้ความสามารถในระดับหนึ่ง ในการสร้างสรรค์งานขึ้นมา แต่กฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ได้ต้องการถึงขนาดว่า ผู้สร้างสรรค์ต้องสร้างสรรค์สิ่งที่ไม่เคยปรากฏพบเห็นมาก่อน<sup>58</sup>

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

## 2) อายุลิขสิทธิ์ได้สิ้นสุดไปแล้วหรือไม่

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ได้จำแนกอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ดังนี้<sup>59</sup>

(1) อายุลิขสิทธิ์ทั่วไป การคุ้มครองลิขสิทธิ์ที่มีอยู่ตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ และมีต่อไปอีก 50 ปี นับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย

(2) อายุลิขสิทธิ์กรณีมีผู้สร้างสรรค์ร่วม อายุลิขสิทธิ์กรณีผู้สร้างสรรค์ร่วม ระยะเวลาให้นับตลอดอายุของผู้สร้างสรรค์ร่วมคนสุดท้ายตายและนับต่อไปอีก 50 ปี เป็นกรณีที่ยังไม่มีการโฆษณาหรือโฆษณาก่อนที่ผู้สร้างสรรค์ร่วมคนสุดท้ายถึงแก่ความตาย

ในกรณีผู้สร้างสรรค์หรือผู้สร้างสรรค์ร่วมทุกคนถึงแก่ความตายก่อนมีการโฆษณางาน อายุของลิขสิทธิ์จะมีอายุ 50 ปี นับแต่โฆษณารั้งแรก การโฆษณาในที่นี้หมายถึง การนำงานออกโฆษณาโดยความยินยอมของเจ้าของลิขสิทธิ์

<sup>58</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ ก เล่มเคม. หน้า 32.

<sup>59</sup> ชัชชัย ศุภผลศิริ. เล่มเคม. 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 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>60</sup> 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 โดยการกระทำดังกล่าวอาจมีผลต่อความรู้สึกภาคภูมิใจและการวิพากษ์วิจารณ์ในเนื้อหาของงานสร้างสรรค์<sup>61</sup> อันจะกระทบต่อ

<sup>60</sup> ไซยศ เหมะรัชตะ ก เล่มเดิม. หน้า 64.

<sup>61</sup> ไซยศ เหมะรัชตะ ข (2545). คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. หน้า 156-157.

ชื่อเสียงเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์ ดังนั้น หากการกระทำในลักษณะเช่นนั้นทำให้บุคคลผู้สร้างสรรค์งานเสียหาย

ตามลักษณะทั่วไปของกรรมสิทธิ์นี้เป็นสิทธิทางนามธรรมและไม่อาจถูกจำหน่ายจ่ายโอนโดยผลของการตกลงทางธุรกิจอันแตกต่างจากสิทธิทางเศรษฐกิจ (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 ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน<sup>62</sup>

<sup>62</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 4 วรรค 12.



(2) คัดแปลง หมายความว่า ทำซ้ำโดยเปลี่ยนรูปแบบปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม หรือจำลองงานต้นฉบับในส่วนอันเป็นสาระสำคัญโดยไม่มีลักษณะเป็นการจัดทำงานขึ้นใหม่ ทั้งนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน<sup>63</sup> ในส่วนที่เกี่ยวกับคนตรีกรรม ให้หมายความรวมถึงจัดลำดับเรียบเรียงเสียงประสานหรือเปลี่ยนแปลงคำร้องหรือทำนองใหม่

2) การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม (Indirect Infringement) การละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม คือ การละเมิดมิได้กระทำการอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นแต่เป็นการกระทำการที่รู้หรือรู้ได้ว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ดังนั้นเงื่อนไขของการกระทำผิด คือ กระทำโดยรู้ว่าการนั้นเป็นงานที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งเหตุเช่นนี้เป็นผลให้จำเลยได้ยกข้อต่อสู้ว่าคนไม่ทราบว่าการนั้นกระทำโดยละเมิดลิขสิทธิ์ สำหรับเหตุผลที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดก็เพื่อลงโทษบุคคลอื่นที่ร่วมมือให้ความช่วยเหลือในการละเมิดลิขสิทธิ์

การกระทำที่จัดเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อม ก็คือ การรู้ของผู้กระทำว่างานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นและมุ่งหมายหากำไรจากการกระทำนั้นโดยการขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขายหรือนำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร<sup>64</sup>

#### 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

<sup>63</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537, มาตรา 4 วรรค 3.

<sup>64</sup> 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 ส่วนใหญ่กำหนดให้ความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าอันได้จดทะเบียนไว้โดยชัดแจ้ง 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 ภาพประดิษฐ์ ตรา 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 ส่วนคำว่าจะใช้นั้น 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 ผู้ถูกละเมิดละเมิดต้องมีการอ้างว่าผู้ละเมิดได้เอาสินค้าของคนไปลวงขายว่าเป็นสินค้าของเจ้าของเครื่องหมายนั้นอันเป็นการฟ้องให้เป็นประเด็นแห่งคดีตามบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้ (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 เครื่องหมายการค้าอันมีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายการค้านั้น 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 กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมหรือกฎหมายว่าด้วยการลวงขาย (Passing off) เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามจุดมุ่งหมายหรือหลักการในการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงของแต่ละประเทศต่างก็เพื่อป้องกันการใช้อิทธิพล อาชีพ ชื่อ เสียง รูปภาพ ลักษณะท่าทางหรือเอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคล หรือที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน มาใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้า การขายสินค้าหรือบริการโดยปราศจากอำนาจอันจะนำมาซึ่งการละเมิดสิทธิของบุคคลและถือเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมและนอกจากนี้ 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 )<sup>65</sup>

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

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

สิทธิในการใช้ชื่อ ตามมาตรา 12 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยได้บัญญัติคุ้มครองการใช้ชื่อ โดยไม่มีอำนาจและไม่สมควร ในคดี 30 BGHZ. 7(1959) Caterina Valente ได้ฟ้องว่าจำเลยใช้ข้อความโฆษณาสินค้าพาดพิงถึงตน ศาลตัดสินว่าการใช้ชื่อโจทก์มิได้เป็นไปตามนัย แห่งมาตรา 12 ซึ่งคุ้มครองต่อการใช้ชื่อของบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์แห่งการโฆษณา และคงไม่มีผู้ใด คิดว่าโจทก์เป็นเครื่องหมายแห่งสินค้า แต่การอ้างชื่อโจทก์ในผลิตภัณฑ์ของจำเลย เป็นการทำลายบุคลิกภาพของโจทก์ในขอบเขตที่มีแนวโน้มทำให้โจทก์ตกต่ำลงในสายตาของประชาชน<sup>66</sup> นอกจากนี้การคุ้มครองชื่อของบุคคลยังได้ขยายไปถึง ชื่อทางการค้า ชื่อในการแสดง (Stage Names) นามแฝง (Pseudonyms) และชื่อที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ซึ่งมีลักษณะบ่งเฉพาะมาแต่เดิม (Distinctive) หรือบ่งเฉพาะโดยการใช้ การใช้ชื่อเช่นนี้ไปในทางแสวงหาประโยชน์ทางการค้าโดยมิชอบ ย่อมได้รับการคุ้มครอง อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่าในบางกรณีสิทธิในบุคลิกภาพโดยทั่วไป จะได้รับการปกป้องอย่างกว้างขวางมากกว่าสิทธิในการใช้ชื่อ

สำหรับสิทธิในการใช้ชื่อนั้น โดยหลักการแล้วเจ้าของชื่อโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะสามารถห้ามมิให้บุคคลอื่นนำชื่อของตนไปใช้ในทางที่ไม่เหมาะสมโดยไม่ได้รับอนุญาต

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

<sup>66</sup> ซูริท ปินอะสิริ. เล่มเดิม. หน้า 57.

ระหว่างระยะเวลา 10 ปี นับจากวันที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตาย ก็สามารถนำภาพไปบริจาคหรือจัดแสดงนิทรรศการได้ แต่ทั้งนี้ต้องได้รับความยินยอมจากทายาทของผู้ตายก่อน

นอกจากนี้ ในประเทศเยอรมันยังได้ยอมรับกันว่า การแสวงหาผลประโยชน์จากเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคลผู้มีชื่อเสียงโดยมิได้รับอนุญาต ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในบุคลิกภาพอันเป็นความผิดฐานละเมิด ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 823 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อามทรัพย์ก็ดี 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 ศาลสูงก็ได้ตัดสินอย่างชัดเจนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับรองและคุ้มครองสิทธิในบุคลิกภาพนั้น ย่อมหมายถึงว่าสิทธิทั่วไปในบุคลิกภาพก็คือ สิทธิอื่นๆ ตามความหมายของมาตรา 823 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

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

<sup>67</sup> Blauer Engel. (2000). Neue Juristische Wochenschrift 2201, BGH.

<sup>68</sup> Heinz Erhardt. (1989). G.R.U.R. 666, Oberlandsggericht Hamburg.



ในประเทศเยอรมันได้มีความพยายามปกป้องสิทธิในบุคลิกภาพ (Personality Right) ไม่เหมือนกับว่าปราศจากหลุมพราง (Pitfalls) มายากล (Sleight of Hand) ได้ แสดงโดยคำตัดสินของศาลใน 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 เป็นหลักทั่วๆ ไปในมาตรา 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 ชวนา ชวนาผู้นั้นสามารถเรียกร้องให้พรรคการเมืองนั้นชดใช้ค่าเสียหายได้

ตามแนวคำพิพากษากับการคุ้มครองภาพของบุคคลนั้น โดยทั่วไปแล้ว อาจเผยแพร่ได้โดยความตกลงจากเจ้าของภาพ แต่ภาพของบุคคลที่ปรากฏอยู่ในสายตาของสาธารณชน อาจพิมพ์เผยแพร่ได้โดยไม่ต้องขออนุญาต เช่นเดียวกับกรณีที่ประชาชนตกเป็นภาพเกี่ยวกับภูมิประเทศ หรือสถานที่ทั่วไป แต่กรณีเช่นนี้ การพิมพ์เผยแพร่ต้องไม่เป็นการละเมิดผลประโยชน์ที่ถูกต้องตามกฎหมายของเจ้าของภาพ<sup>69</sup>

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 หรือในกรณีการใช้ซ้ำเสียงก็เช่น 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

<sup>69</sup> 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 จังหวัด คือ British Columbia, Saskatchewan, Manitoba และ Newfoundland เท่านั้น ที่ได้บัญญัติกฎหมายในเรื่องความเป็นส่วนตัว (Privacy Laws) ขึ้นมาใช้บังคับ โดยกฎหมายของ British Columbia ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิส่วนตัวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Code of Quebec) ไว้ในมาตรา 3 ความว่า<sup>70</sup>

“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 ยังได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็น การรบกวนความเป็นส่วนตัวไว้ว่า

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

<sup>70</sup> สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2549, จาก [http://en.wikipedia.org/wiki/Personality\\_rights](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 และจะต้องมีบุคคลอีกคนหนึ่งแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งว่าที่จะใช้หรือเอกลักษณ์ของบุคคลดังกล่าวโดยไม่ได้รับความยินยอม

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 ลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในบุคลิภาพไม่สามารถที่จะถูกละเลยได้ ตัวอย่างเช่นชื่อของบุคคลหรือรูปลักษณ์ (Images) ล้วนมีคุณค่าทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะผู้มีชื่อเสียง หากชื่อของเขาเหล่านั้นหรือรูปลักษณ์ได้นำไปหาประโยชน์ทางการค้าในการโฆษณาและการประกอบการค้า ในคดีของ **Krouse v. Chrysler Canada Ltd.**<sup>71</sup> ผู้พิพากษา เฮนส์ ได้รับรองสิทธิในทรัพย์สิน (Property Right) ในการค้าขายทางธุรกิจในบุคลิภาพ (Personality) ของปัจเจกชนและพบว่ามี การนำบุคลิภาพของบุคคลเหล่านั้นไปใช้โดยมิชอบ ในคดี

<sup>71</sup> (1972). 25 D.L.R. (3d) 49.

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

นอกจากนี้ในคดี *Deschamps v. Renault Canada Case*<sup>73</sup> ศาลได้มีคำสั่งอนุญาตให้นักแสดงผู้มีชื่อเสียง 2 คน ยับยั้งจำเลยมิให้ใช้รูปภาพของพวกเขากับรถยนต์ยี่ห้อ 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

<sup>72</sup> (1977). 80 D.L.R. (3d) 583.

<sup>73</sup> (1977). 18 C de D 937 (Mt SC).

ขึ้น หรือการจะผิดฐานหมิ่นประมาทนั้นจะต้องทำให้เกิดความรู้สึกถูกลดคุณค่าในชื่อเสียง ตัวอย่างเช่น ในคดี Tolley v. Fry Case<sup>74</sup> ได้อธิบายให้เข้าใจถึงเนื้อหาของคำว่า ความเสียหายจากการแสวงหาประโยชน์เชิงธุรกิจโดยมิชอบว่าเป็นอย่างไร ซึ่งในคดีนี้ได้มีการนำภาพของนักกอล์ฟผู้มีชื่อเสียงผู้หนึ่งไปใช้ในการโฆษณาสินค้าช็อกโกแลต ซึ่งนักกอล์ฟผู้นั้นเป็นโจทก์ฟ้องบริษัทผู้ผลิตช็อกโกแลต โดยอ้างกฎหมายว่าด้วยการโฆษณาเผยแพร่หรือการใช้ชื่อเขียนอันเป็นการหมิ่นประมาท ซึ่งโจทก์ได้บรรยายในฟ้องว่า การโฆษณานั้นได้พาดพิงถึงการทำที่โจทก์ได้รับเงินเป็นการตอบแทนจากการที่ได้ตกลงให้ภาพไปปรากฏในโฆษณา ซึ่งถือเป็นการล่วงละเมิด สถานะของบุคคลผู้ไม่ได้ยึดอาชีพการโฆษณา ในคดีนี้นักกอล์ฟผู้นั้น จึงสามารถฟ้องร้องได้ว่า การกระทำเช่นนั้นทำให้ชื่อและชื่อเสียงของเขาเสียหาย โดยศาลได้ตัดสินว่า สาธารณชนอาจดูหมิ่นโจทก์ได้ว่าแม้จะเป็นคนที่มีชื่อเสียงก็ยังสามารถโฆษณาสินค้าเช่นนี้ ดังนั้น จำเลยต้องชดเชยค่าเสียหายให้โจทก์ 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

<sup>74</sup> 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*<sup>75</sup> 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 สาธารณชนย่อมจะไม่เกิดความสับสนหลงผิดอย่างแน่นอนจึงไม่เป็นการลงขายสินค้า<sup>76</sup> ซึ่งในคดีนี้ Oliver J. ได้แสดงความเห็นออกมอย่างชัดเจนว่า สาธารณชนจะไม่เชื่อมั่นว่ากลุ่มนักดนตรีจะรับผิดชอบถึงการถูกใช้ชื่อหรือรูปลักษณะดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่กลุ่มคนพวกนั้นมิได้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับธุรกิจในการขายสินค้าที่เกี่ยวกับเรื่องหรือเหตุการณ์ที่ควรจดจำซึ่งถูกนำภาพหรือชื่อมาใช้

<sup>75</sup> (1948). 65 RPC58.

<sup>76</sup> ดวงพร เลิศวงศ์ชัชวาล. (2538). การคุ้มครองค่านิยมในเครื่องหมายการค้า. หน้า 84-86.



ลงบนเสื้อ T-Shirt ถ้วยแก้ว และสิ่งอื่นทำนองเดียวกันเช่นเดียวกับการใช้ชื่อ The Beatles และรูปภาพของพวกเขาที่พบในการสัมภาษณ์ของ Fab Four<sup>77</sup> ศาลก็ได้ตัดสินในทำนองเดียวกัน

นอกจากนี้ยังมีคดี Tavenor Rutledge Ltd.v. Trexapalm. Ltd. (1977) ข้อเท็จจริงคดีนี้ ปรากฏว่าจำเลยได้ใช้ชื่อของตัวละครเอกในภาพยนตร์ทางโทรทัศน์ว่า “Kojak” เป็นเครื่องหมายการค้า สำหรับผลิตภัณฑ์ลูกกวาด โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ที่เป็นเจ้าของ 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 เพื่อให้ความคุ้มครองในกรณีที่มีการใช้ชื่อเสียงของบุคคลอื่นโดยมิชอบหรืออย่างไม่เหมาะสม โดยได้มีคำพิพากษา ซึ่งวางหลักเกณฑ์ไว้เป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์โดยไม่ชอบนี้ ดังปรากฏในคดีเครื่องหมายการค้า Advocaat ซึ่งท่านผู้พิพากษา Lord Diplock ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องการกระทำอันถือว่าเป็น การลำแดงเท็จ (Misrepresentation) ดังนี้<sup>78</sup>

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

<sup>77</sup> Harrison and Starkey v. Polydor. (1977). FSR 1.

<sup>78</sup> ควงพร เลิศวงศ์ชัชวาล. เล่มเดิม. หน้า 87-89.

หลังจากคำพิพากษาคดี *Advocaat* ในสหราชอาณาจักร ปรากฏว่ามี การดำเนินตามคำพิพากษาดังกล่าว เช่น คดี *Irvine v. Talksport Ltd.*<sup>79</sup> 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

<sup>79</sup> (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 แบรินไดส์ (Louis D. Brandies) นักกฎหมายผู้มีชื่อเสียง โดยบทความนั้นได้รับการตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดในปี ค.ศ. 1890 ซึ่งได้ให้ความหมายของสิทธิส่วนตัวไว้ว่า สิทธิที่จะอยู่โดยลำพังปราศจากการรบกวน (The right to be let alone) และเป็นสิทธิที่ได้รับการกล่าวถึงกันมากที่สุดในช่วงปี ค.ศ. 1890<sup>80</sup> หลังจากบทความดังกล่าว ทำให้สิทธิส่วนตัวได้รับการยอมรับโดยศาลของมลรัฐต่างๆ เช่น<sup>81</sup>

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

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

ต่อมา มลรัฐนิวยอร์กก็ได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิส่วนตัวในปี ค.ศ. 1903 มาตรา 50-51 แห่งกฎหมายซีวิลลอว์ (New York Civil Law) ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่รับรองสิทธิส่วนตัวของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งบัญญัติว่า “การใช้ชื่อ รูปภาพ หรือภาพถ่ายของบุคคลอื่น เพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าหรือการโฆษณาที่เขาไม่ได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือเป็นความผิดทางอาญาและเป็นการละเมิด”<sup>82</sup>

<sup>80</sup> วรวิทย์ ฤทธิพิศ. เล่มเดิม. หน้า 70.

<sup>81</sup> ชีนอาร์ี มาลีศรีประเสริฐ. เล่มเดิม. หน้า 146-147.

<sup>82</sup> แทลงเคิม. หน้า 147.

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

รูปแบบของการละเมิดสิทธิส่วนตัว (Tort Privacy) ซึ่งมีที่มาจากบทความของวอเรนและแบรนไดส์ สามารถแบ่งการกระทำต่อสิทธิส่วนตัวได้เป็น 4 แนวทาง<sup>83</sup> 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

<sup>83</sup> ซีนารี มาลีศรีประเสริฐ. แหล่งเดิม. หน้า 150-155.

(4) การใช้ชื่อหรือภาพเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า (Commercial appropriation of portrait or name) หรือการโฆษณาหรือใช้เป็นชื่อสินค้า บริการหรือใช้เป็นชื่อบริษัทนิติบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมทั้งชัดแจ้งหรือโดยปริยายจากเอกชนผู้นั้น เนื่องจากชื่อและภาพ เป็นเอกลักษณ์ของบุคคล เช่น

คดี **Pollard v Photographic Co., (1888)** การที่ช่างภาพได้ขายภาพถ่ายของโจทก์เป็นการใช้ภาพถ่ายของโจทก์โดยไม่ได้รับความยินยอมแล้วได้ผลประโยชน์ตอบแทนเป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวต่อโจทก์ ทั้งยังเป็นการผิดสัญญาโดยปริยายต่อโจทก์ด้วย

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

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

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

มาตรา 652C บัญญัติว่า “บุคคลใดที่ได้ยึดถือผลประโยชน์จากชื่อหรือความคล้ายคลึงกันของบุคคลอื่น 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)<sup>84</sup> ของเขา และเทียบได้กับสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการประกอบการค้าที่มีผลกำไร (Benefit) อันได้มาจากความนิยม (Good Will) และในความหมายที่สอง (Secondary Meaning) ในการสร้างคุณค่าความนิยมให้กับชื่อ<sup>85</sup> ยิ่งกว่านั้น ในการปกป้องคุณค่าทางชื่อเสียง (Publicity Value) ในชื่อของเขาที่ได้รับการสนับสนุน โดยการพิจารณา (Consideration) นโยบายสาธารณะ (Public Policy)

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

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



ตัวอย่างเช่น จากการใช้บุคลิกภาพของเขาและการป้องกันการได้มาซึ่งลามกมิควรได้ในกรณีที่บุคคลใดนำสิ่งเหล่านั้นมาหาประโยชน์จาก สิ่งที่เป็นเอกลักษณ์อื่นๆ<sup>86</sup> ของบุคคล

การเกิดขึ้นของสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายนั้นได้เป็นที่ยอมรับครั้งแรกในปี 1953 โดยการตีความตามเขตอำนาจศาลครั้งที่สองของกฎหมายแห่งมลรัฐนิวยอร์ก เป็นที่รู้จักกันในคดี **The Haelen Laboratories Inc. V. Topps Chewing Gum Case**<sup>87</sup> ซึ่งในคดีนี้เกี่ยวพันถึงข้อเรียกร้องของบริษัทหมากฝรั่งโจทก์ว่าจำเลยซึ่งเป็นบริษัทหมากฝรั่งเช่นเดียวกัน ทำการไม่เหมาะสมในการชักจูงนักเบสบอลอาชีพหลายคนให้กระทำการผิดสัญญา กับ โจทก์

ในสัญญาดังกล่าวนักเบสบอลได้อนุญาตให้โจทก์บริษัทหมากฝรั่งได้มีสิทธิใช้รูปถ่ายของพวกเขาอย่างผูกขาดในการติดต่อกับการขายการ์ดนักเบสบอลอาชีพกับหมากฝรั่งและไม่อนุญาตให้บริษัทอื่นได้มีสิทธิอย่างเดียวกันนี้ 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

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

<sup>87</sup> 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 ได้บัญญัติโดยกฎหมายการใช้ชื่อของปัจเจกชน 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) หรือประวัติของบุคคลในเรื่องของสิทธิที่เรียกว่ากว้างกว่านั้น 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 ทั้งหมดมีการยอมรับสิทธิในชื่อเสียงทั้งในคอมมอนลอว์<sup>88</sup> หรือก็ได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิ ในชื่อเสียงของบุคคลและ/หรือสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right of Publicity and or Privacy)<sup>89</sup> และ แต่ละมลรัฐก็จะให้ความคุ้มครองแตกต่างกันออกไป เช่น บางมลรัฐไม่คุ้มครองภายหลังจากบุคคลผู้มี

<sup>88</sup> 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).

<sup>89</sup> 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

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

อย่างไรก็ดี สิทธิดังกล่าวก็มีข้อยกเว้น กรณีเป็นการใช้สิทธิโดยชอบธรรม เช่น การใช้เพื่อให้เห็น ดิจิมหรือวิจารณ์ การเสียดสี และการล้อเลียน ใช้เกี่ยวกับทางด้านวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ การเมือง ศาสนา การศึกษา การเสนอข่าว หรือประโยชน์สาธารณะ การใช้สิทธิโดยชอบธรรมในการไม่เปิดเผยรวมงานเดี่ยวและงานค้นฉบับของงานศิลป์ที่มีคุณค่า 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

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

อย่างไรก็ดี สิทธิดังกล่าวก็มีข้อยกเว้น กรณีเป็นการใช้สิทธิโดยชอบธรรม เช่น การใช้เพื่อให้เห็น ดิชมหรือวิจารณ์ 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 และการรณรงค์ ทางการเมือง ทั้งหมดนี้ ไม่รวมอยู่ในกฎหมาย หากไม่มีการเรียกร้องหรือเพิกเฉยให้มีการกำหนดไว้

เช่นเดียวกันกับในมลรัฐอิลลินอยส์ 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 โดยถือว่าเป็นการยกขอกทรรพ์เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำอันมีลักษณะเป็นการแอบใช้สิ่งที่ไม่ใช่เป็นของตน ด้วยเหตุผลที่ว่าเป็นการไม่ยุติธรรมที่จำเลยจะชูปมือเปิบจากการใช้สิ่งที่โจทก์ได้มาด้วยความยากลำบากในการฝึกฝนและทำงานมาอย่างยาวนาน ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวมักเกิดขึ้นเสมอ เมื่อโจทก์เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง ที่ต้องทำงานอย่างหนักเพื่อพัฒนาการยอมรับและความนิยมจากสาธารณชน และจำเลยได้นำชื่อของโจทก์มาใช้ในการขายหรือประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการของจำเลยนั้น อันถือว่าเป็นการชูปมือเปิบจากชื่อเสียงต่อสาธารณชนที่ได้มาด้วยความยากลำบากของโจทก์



## บทที่ 4

### วิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง มาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ

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

#### 4.1 ปัญหาข้อจำกัดของงานสร้างสรรค์อันได้มาซึ่งลิขสิทธิ์

การแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจจากควมมีชื่อเสียงของบุคคลนั้น อาจเป็นการใช้ชื่อภาพ นามเสียง 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 ทั้งๆที่ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวไม่เกี่ยวข้องกับนักแสดงผู้นั้นเลย 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 หากบุคคลใดละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าวเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นผู้สร้างสรรค์ย่อมฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ ส่วนบุคคลซึ่งเป็นแบบในภาพถ่ายหรือภาพวาดเมื่อมิได้เป็นผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์

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

แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ในต่างประเทศ ได้ให้การคุ้มครองขยายออกไปถึงชื่อ นามแฝง ทำทางการแสดงออกของบุคคล ซึ่งเป็นที่รู้จักของบุคคลทั่วไป เช่น พิธีกรรายการเกมโชว์ทางโทรทัศน์ที่ดำเนินรายการมาเป็นเวลานานพอสมควร มีผู้ติดตามรับชมรายการของเขาส่วนหนึ่งเป็นประจำ ทุกครั้งของการเปิดรายการ หรือเริ่มต้นรายการพิธีกรดังกล่าวจะแสดงท่าทางร่างกายและพูดถ้อยคำ ด้วยประโยคซ้ำๆ เช่นเดิม จนเป็นเอกลักษณ์ของรายการเกมโชว์ และหากมีการแสดงท่าทางหรือถ้อยคำดังกล่าว คนส่วนใหญ่ในกลุ่มที่ชมดูรายการเกมโชว์ทางโทรทัศน์จะนึกถึงพิธีกรคนดังกล่าว เช่นนี้ ศาลในต่างประเทศถือว่าถ้อยคำหรือท่าทางของพิธีกรดังกล่าวเป็นลิขสิทธิ์ของพิธีกรคนนั้น ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้ใดจะลอกเลียน แสดงท่าทาง หรือใช้ถ้อยคำแสวงหาประโยชน์มิได้ นอกจากนี้ยังรวมถึงเสียงที่เป็นเอกลักษณ์ของบุคคลด้วย<sup>92</sup>

<sup>92</sup> See Carson Inc. v. Here' Johnny Portable Toilets, Inc., 698 F.2d 831 (6<sup>th</sup> Cir. 1983), Midler v. Ford Motor Co., อ้างใน วิศิษฐ์ 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 ต่อมาจำเลยได้ผลิตเสื้อที่เชิ้ตซึ่งมีรูป หรือชื่อวงดนตรีของโจทก์เพื่อจำหน่าย โจทก์จึงได้นำคดีมาสู่ศาล ในคดีนี้ศาลได้มีคำพิพากษาและคำสั่งว่า การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย และห้ามมิให้จำเลยจำหน่ายเสื้อที่เชิ้ตดังกล่าวต่อไป โดยศาลเห็นว่า การกระทำของจำเลยอาจทำให้สาธารณชนเข้าใจได้ว่า สินค้าที่จำหน่าย

โดยจำเลยเป็นสินค้าที่ได้รับความเห็นชอบจากวงดนตรีของโจทก์ เพื่อตอบแทนการที่จำเลยจ่ายค่าสิทธิ (Royalty) ให้แก่โจทก์

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

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาหลักเกณฑ์ของกฎหมายเครื่องหมายการค้า จะเห็นได้ว่า การที่เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไม่ว่าจะเป็นชื่อหรือภาพของบุคคลจะได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นเครื่องหมายการค้าชนิดหนึ่งนั้น ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายว่า จะต้องได้ใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลนั้นกับสินค้าหรือเป็นที่มาหรือเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือใช้กับบริการ หากปรากฏว่ามีได้ใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลนั้นไปใช้ในลักษณะเป็นเครื่องหมายการค้าแล้ว ชื่อหรือภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ก็ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีหลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดที่สามารถนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้ 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 ควรจะมีแนวทางแก้ปัญหาคืออย่างไร

#### 4.3.1 การตีความสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลเป็นสิทธิประเภทใดตามมาตรา 420

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

โดยที่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดนี้ จะต้องพิจารณาอย่างไม่จำกัดเฉพาะสิทธิที่เป็นทรัพย์สินหรือสิทธิเด็ดขาด<sup>93</sup> เท่านั้น ในการอ่านและแปลบทบัญญัติมาตรา 420 ของท่านอาจารย์จิติ ดิงศภัทย์ (พ.ศ. 2503) ท่านมีความเห็นว่าไม่ควรแปลมาตรา 420 ให้มีความหมายคับแคบเหมือนกฎหมายเยอรมัน มาตรา 823 บรรทัดแรก แม้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823 จะเป็นที่มาแห่งบทบัญญัติมาตรา 420 ของไทยก็ตาม เพราะกฎหมายแพ่งเยอรมันว่าด้วยละเมิดยังมีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิอื่นๆ ไว้ในมาตราถัดไป<sup>94</sup> แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดของประเทศไทยมีเพียงมาตรา 420 มาตราเดียวเท่านั้น มิได้มีบทบัญญัติถึงสิทธิไว้ในมาตราอื่นๆ อีก<sup>95</sup>

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

<sup>93</sup> สิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ซึ่งในภาษาลาตินเรียกว่า “Jura in rem” เป็นสิทธิที่กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าของสิทธิที่จะเกี่ยวข้องกับบุคคล ทรัพย์สิน หรือสิทธิ โดยที่คนมิให้บุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องกับ ใช้ยัน กับบุคคลทุกคนในโลก ทุกคนมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิเด็ดขาดนี้ และนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่เห็นว่าเมื่อสิทธิในบุคลิกภาพและสิทธิทางทรัพย์สินนั้นล้วนแต่มีลักษณะเป็นสิทธิเด็ดขาด ดังนั้น โดยหลักของการตีความแล้ว “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ต้องหมายถึงสิทธิเด็ดขาดด้วย

<sup>94</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 826 บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ด้วยกระทำการที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

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



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

ดังนั้นสิทธิในชื่อของบุคคล ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติรับรองและคุ้มครองอย่างชัดเจนแล้ว จึงเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 420 ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิด อย่างไรก็ตามยังมีปัญหาว่า ภาพ ลักษณะท่าทาง น้ำเสียงหรือเอกลักษณ์อื่นๆ ของบุคคล ผู้มีชื่อเสียงที่ได้ถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจนั้น จะได้รับความคุ้มครองในฐานะของ สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 420 หรือไม่ เนื่องจากตามกฎหมายทั่วไปอย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 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 แม้อกฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองและ 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 กรณีภาพถ่ายลำเนาบันทึกลีขึง เหล่านี้ล้วนเป็นสิ่งบ่งชี้และจำแนกบุคคลเช่นเดียวกับชื่อบุคคล ก็ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวในภาพถ่ายและเสียงของตนเช่นเดียวกับชื่อของตนด้วย บุคคลจึงย่อมสงวนสิทธิไม่ให้ผู้ใดจำลองภาพหรือถ่ายทอดลำเนาจำลองบันทึกลีขึงของตนเผยแพร่ต่อไป โดยอาศัยสิทธิตามมาตรา 18 นี้ได้<sup>๙๖</sup>

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

<sup>๙๖</sup> 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 ถ้าหากใช้สิทธิโดยไม่สุจริตและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ย่อมถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายอย่างหนึ่ง 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 ทั้งไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของหนึ่งอย่างใดด้วยเพราะไม่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครอง<sup>97</sup> 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 และการ โฆษณาและขายงานที่หายากหรืองานที่มีคุณค่า (เช่น งานระบายสีงานปั้น หรือการพรรณนาถึงบุคคลที่มีชื่อเสียง โดยจะทำสำเนาเผยแพร่ได้ไม่เกิน 5 สำเนา มิฉะนั้น จะไม่ได้รับการคุ้มครอง) ส่วนงานวรรณกรรม งานละคร ดนตรีประกอบภาพยนตร์ วิทยู การถ่ายทอดกีฬา และการรณรงค์ทางการเมือง ทั้งหมดนี้ไม่รวมอยู่ในกฎหมาย หากไม่มีการเรียกร้องหรือเพิกเฉยให้มีการกำหนดไว้

<sup>97</sup> เฟ็ง เฟ็งนิตติ. (2543). คำอธิบายว่าด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่. 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

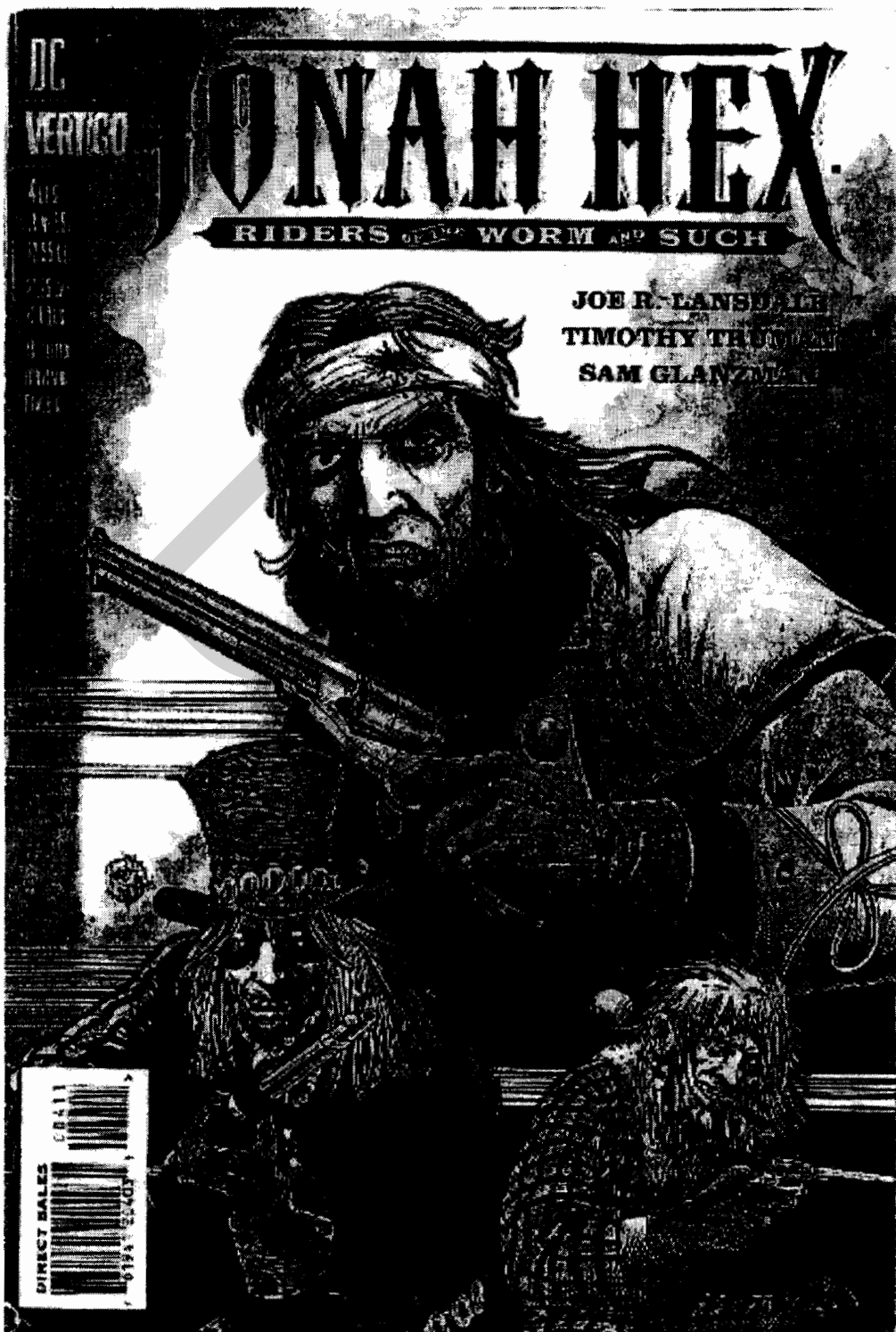
(5) การใช้ภาพถ่าย วีดิโอเทป และรูปสัญลักษณ์ (image) โดยบุคคล บริษัทหรือองค์กรที่ดำเนินการโดยผู้เชี่ยวชาญ (ช่างภาพมืออาชีพ) ในเรื่องการถ่ายภาพ ช่างภาพที่มีประสบการณ์ในการแสดงหรือเกี่ยวกับผู้มีประสบการณ์ในการถ่ายภาพทางธุรกิจ หรือการลงทุน ตัวอย่างงานของผู้มีประสบการณ์ในการถ่ายภาพ ยกเว้นได้มีการแสดงงานต่อเนื่องโดยผู้มีประสบการณ์ในการถ่ายภาพ ภายหลังจากที่ได้มีการบอกกล่าวถึงวัตถุประสงค์เป็นหนังสือในการจัดแสดงงานของบุคคล

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

ตัวอย่างคดีของ *Edgar Winter et. v. DC Comics et al.* ซึ่งศาลไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ซึ่งในทศวรรษที่ 90 คีซี 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 พี่น้องตระกูลออทัมน์ตายในการยิงต่อสู้กันชั้นใต้ดิน โจทก์ คือ จอห์นนี่ และเอคก้า วินเทอร์

ซึ่งเป็นนักดนตรีผู้มีชื่อเสียง ได้ยื่นฟ้องคดีต่อ คีซี คอมิกส์ และผู้เกี่ยวข้อง กล่าวหาโดยอ้างประเด็นฟ้องหลายประเด็นรวมทั้งการนำชื่อและลักษณะของความเหมือนคล้าย (Likeness) มาตั้งมูลค่าทางการค้าภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 3344 โจทก์กล่าวหาว่าจำเลยเลือกใช้ชื่อ จอห์นนี่ และเอคก้า ออทัมน์ เพื่อให้ผู้อ่านเห็นได้ชัดโดยพี่น้องตระกูลออทัมน์ถูกวาดให้มีผมยาวสีขาวและมีลักษณะเป็นคนเผือกคล้ายกับโจทก์ และตัวละคร จอห์นนี่ ออทัมน์ ถูกวาดให้ใส่หมวกทรงสูงสีดำ ซึ่งคล้ายกับหมวกที่จอห์นนี่ วินเทอร์ สวมใส่อยู่บ่อยๆ และกล่าวต่อด้วยว่า ชื่อเรื่องของหนังสือตอนที่ 4 “Autumm 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 ก็จะได้รับคามคุ้มครองดังเช่นคดีนี้

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 ขึ้นันประโยชน์ของสาธารณชนไม่ได้ เช่น การลงข่าวเกี่ยวกับฐานะการเงินของธนาคาร ซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจของลูกค้า หรือผู้ติดตามโดยรวม การแต่งงาน การหย่าร้าง เพื่อตอบสนองความต้องการของสาธารณชนในการที่จะรับรู้ข่าวสารความเป็นไปต่างๆ ในสังคม ทั้งในแง่ความรู้ และความบันเทิง ทั้งนี้มีข้อแม้ว่าจะต้องเป็นการเสนอข่าวที่เป็นจริงไม่บิดเบือนหรือไม่ถูกต้อง

การลดความเป็นส่วนตัวอยู่ในขอบเขตจำกัด ดังนั้นสิทธิพิเศษในการรายงานข่าว และข้ออ้างเรื่องสาธารณะประโยชน์ก็ถูกจำกัดด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น คาราภาพยนตร์ย่อมมีสิทธิส่วนตัวที่จะไม่ให้ใครแทรกแซงหรือรบกวนในบ้านของตน การแอบถ่ายภาพโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียง แล้วนำมาเผยแพร่ย่อมเป็นละเมิด การใช้ชื่อคาราในการโฆษณาภาพยนตร์ หรือใช้ภาพนักกีฬาโฆษณาสินค้าโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเขา ก็เป็นการละเมิด

ดังนั้น ความยากของการให้ความคุ้มครองในความเป็นส่วนตัวอยู่ที่การชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของสาธารณชน สิทธิของสาธารณชนที่จะได้รับข่าวสารหรือเสรีภาพของสื่อมวลชนกับสิทธิในความเป็นส่วนตัว ซึ่งจะแตกต่างกันไปตามพฤติการณ์<sup>98</sup>

โดยสรุป การพิจารณาว่าการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในลักษณะใดจะถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายหรือเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตอันจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดได้นั้น มีประเด็นที่เป็นปัญหา คือ ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของสิทธิส่วนบุคคล เพราะหากไม่สามารถ

<sup>98</sup> ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. (2548). ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่งและลาภมิควรได้. หน้า 66-67.

กำหนดขอบเขตของสิทธิได้ ก็ย่อมไม่อาจอ้างว่ามีการล่วงสิทธิหรือใช้สิทธิโดยไม่สุจริตได้ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใช้บังคับโดยตรงกับเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ซึ่งถือเป็นสิทธิในบุคลิกภาพหรือสิทธิส่วนบุคคล นอกจากการให้ความคุ้มครองชื่อของบุคคลที่บัญญัติไว้ในมาตรา 18

ดังนั้นหากได้มีการกำหนดขอบเขตหรือข้อยกเว้นสิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไว้ให้ชัดเจนว่าสิทธิอย่างไรที่ถูกจำกัดไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะและสิทธิหรือการกระทำอย่างใดที่จำกัดไว้ให้เป็นสิทธิส่วนบุคคลโดยเฉพาะ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง อันจะทำให้บุคคลทั่วไปได้รับทราบว่าสิ่งที่ตนได้กระทำนั้นเป็นการก้าวล่วงสิทธิของบุคคลอื่นแล้ว

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

#### 4.3.3 ข้อพิจารณา “ความเสียหาย” กรณีที่มีการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลอื่นโดยมิชอบ

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

ความเสียหาย สำหรับกรณีที่ใช้เอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ มีทั้งความเสียหายในลักษณะที่คำนวณเป็นตัวเงินได้ และคำนวณเป็นตัวเงินไม่ได้ ความเสียหายที่คำนวณเป็นตัวเงินได้ ได้แก่ รายได้หรือผลกำไรที่ลดลงเมื่อมีการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลอื่นโดยมิชอบเกิดขึ้น กล่าวคือ หากสาธารณชนเกิดความสับสนหลงผิด เข้าใจว่ากิจการของผู้ที่แอบอ้างใช้เอกลักษณ์นั้นเป็นกิจการเดียวกันหรือเกี่ยวข้องกับกิจการของเจ้าของเอกลักษณ์ที่แท้จริง ผู้ใช้บริการหรือผู้บริโภคส่วนหนึ่งก็จะหันไปใช้บริการของผู้ที่แอบอ้างนั้นแทน โดยเชื่อว่าเป็นกิจการที่มาจากบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่สาธารณชนชื่นชอบ ดังนั้น เจ้าของที่แท้จริงย่อมสูญเสียรายได้หรือผลกำไรในส่วนนี้ไป นอกจากนี้ หากสินค้าหรือบริการที่ผู้แอบอ้างใช้ความมีชื่อเสียงของบุคคลอื่นผลิตออกมา มีคุณภาพต่ำหรือไม่ได้มาตรฐานเหมือนกับที่เจ้าของเอกลักษณ์นั้นได้ผลิตขึ้น 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 มาใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการโดยทั่วไป 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 ขึ้นมาจนเป็นที่ยอมรับแก่สาธารณชน ขึ้นมาย่อมเป็นการสมควรที่เขาจะได้รับประโยชน์อันเกิดจากความอวดสาเหของเขาโดยการให้มี 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 ซึ่งหลักเกณฑ์นี้อาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์นี้เป็นมาตรการป้องกันการกระทำการลักลอบแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของบุคคลอื่น 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 (9<sup>th</sup> 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 ภายหลังจากการพิจารณาคดีก่อนผู้พิพากษา 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 (9<sup>th</sup> 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 ลักษณะละเมิดของไทยใช้ระบบกฎหมายชีวิตล่อว์ที่มีวัตถุประสงค์ในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่ได้รับจริง เพื่อให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนการทำละเมิด โดยไม่มีแนวความคิดในการกำหนดให้ชดใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ดังนั้น หากศาลไทยถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยเคร่งครัด โดยให้โจทก์ได้รับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามที่เกิดขึ้นจริง ไม่มากไม่น้อยไปกว่านั้น อาจทำให้จำเลยไม่เข็ดหลาบ และไม่เกรงกลัวการทำละเมิดเพราะเมื่อเกิดความรูสึกว่าการละเมิดของจำเลยนั้น “คุ้มค่า” ต่อการเสียกระทำความผิดถึงจะถูกจับได้เพียงแต่ชดใช้เป็นจำนวนไม่มากนัก ก็เป็นการคุ้มค่าแล้ว เพราะจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับจากการทำละเมิด อาจมีจำนวนมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงที่ศาลจะพิพากษาให้จำเลยชดใช้ก็ได้ ทำให้จำเลยกล้าเสี่ยงที่จะกระทำความผิดและไม่เข็ดหลาบที่จะกระทำความผิดอีก และจำนวนผลกำไรที่จำเลยได้รับนี้ กฎหมายไทยไม่เปิดช่องให้ศาลมีอำนาจพิพากษาได้และในทางปฏิบัติ ศาลก็ไม่เคยกำหนดค่าเสียหายชนิดนี้ให้แก่โจทก์

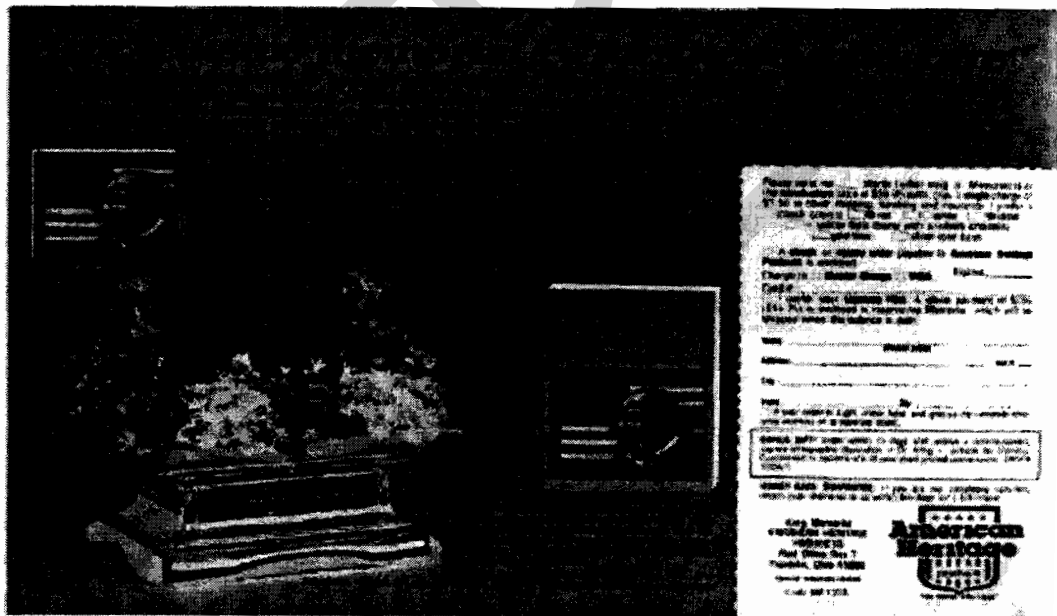
ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรมีการนำแนวความคิดในเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ในระบบกฎหมายคอมมอนล่อว์มาใช้กับกรณีการแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจจากความมีชื่อเสียงของบุคคลอื่นโดยมิชอบ ทั้งนี้เพื่อ

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

ซึ่งหากมีการแก้ไขกฎหมาย ให้มีการบังคับให้ชดใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้อย่างเป็นรูปธรรมแล้ว น่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ได้มากยิ่งขึ้น

#### 4.4 ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงภายหลังถึงแก่ความตาย

ปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ การแสวงหาประโยชน์จากเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคลที่มีชื่อเสียงซึ่งถึงแก่กรรมไปแล้ว โดยไม่ได้รับอนุญาตจากทายาทของเขา เช่นนี้ ทายาทของผู้ตายจะสามารถดำเนินคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่ ซึ่งแนวคิดนี้มีความเห็นแตกต่างกัน โดยนักกฎหมายส่วนหนึ่ง เห็นว่าสิทธินั้นยังคงมีอยู่ แม้ภายหลังถึงแก่ความตาย แต่อีกส่วนหนึ่งกลับเห็นว่า สิทธิในชื่อเสียง (Right of Publicity) ของบุคคลหมดไปแล้ว และไม่อาจตกทอดสู่ทายาท ภายหลังจากบุคคลผู้มีชื่อเสียงถึงแก่ความตายไปแล้ว ซึ่งประเด็นในเรื่องนี้ แนวความคิดของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีความคิดเห็นแตกต่างกัน โดยศาลฎีกาในมลรัฐจอร์เจียได้พิจารณาว่ากองมรดกของมาร์ติน ลูเธอร์ คิงส์ จูเนียร์<sup>99</sup> จะสามารถได้รับค่าชดเชยหรือไม่จากการผลิต ซึ่งมีได้รับความยินยอมและการขายรูปปั้นทรงครึ่งตัว



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

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

ศาลได้ลงความเห็นวาสติทธีแห่งชื่อเสียงนั้นสามารถสืบทอดกันได้ กรณีรวมถึงบุคคลที่มีชื่อเสียง-ไม่มีชื่อเสียง และยังได้คุ้มครองถึงภาพวาด รูปหล่อของบุคคลทางการเมืองต่อการนำไปใช้ทางการค้า ซึ่งได้รับความคุ้มครองโดยหลักของการแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมในครั้งแรก ศาลของมลรัฐนิวยอร์ก ให้สิทธิในชื่อเสียงของเอลวิส เพรสลีย์ ยังคงมีอยู่ภายใต้กฎหมายของมลรัฐนิวยอร์ก แม้ภายหลังที่เอลวิสตายไปแล้วก็ตาม<sup>100</sup> แต่ในทางตรงข้าม The Sixth Circuit Court of Appeals กลับเห็นว่าสิทธิในชื่อเสียงหมดไปแล้วและไม่ตกทอดสู่ทายาท ภายหลังจากผู้มีชื่อเสียงถึงแก่ความตายไปแล้ว ภายใต้กฎหมายของมลรัฐเทนเนสซี<sup>101</sup> นอกจากนี้ศาลในมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ยังได้กล่าวไว้ว่า สิทธิส่วนบุคคลในการใช้ชื่อหรือภาพนั้น นับเป็นสิทธิเฉพาะตัว เมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตายก็ไม่ตกทอดไปยังทายาท เช่น การขายประวัติและภาพถ่ายของบุคคลที่มีชื่อเสียง รัฐบุรุษ นักเขียน ศิลปิน นักประดิษฐ์ ฯลฯ ซึ่งเสียชีวิตไปแล้ว ทายาทไม่สามารถห้ามได้ เพราะบุคคลเหล่านี้เป็นผู้ที่ร้องขอหรือต้องการการยอมรับจากสาธารณชน จึงควรยกสิทธินี้ให้คืนแก่สาธารณชน<sup>102</sup>

ในประเทศเยอรมัน การล่วงละเมิดต่อบุคคล เกียรติยศ หรือชื่อเสียงนั้นสามารถยังคงมีอยู่ถึงแม้ว่าเจ้าของเอกลักษณ์เฉพาะตัวนั้นถึงแก่ความตายไปแล้ว ตัวอย่างเช่น ทายาทของนักวิทยาศาสตร์ ผู้เชี่ยวชาญในด้านของการค้นพบเซลล์แรกเกิด ซึ่งเกี่ยวกับการบำบัดรักษาโรค ศาสตราจารย์ Niehans ผู้ซึ่งได้สามารถคิดค้นถึงการคุ้มครองจำเลยจากการนำไปใช้ ซึ่งชื่อของเขาต่อการโฆษณาเกี่ยวกับการทำศัลยกรรม ซึ่งหลักอันเป็นรากฐานแห่งคดีของเขานั้นเกี่ยวข้องถึงการละเมิดสิทธิทั่วไปแห่งบุคลิกภาพ ซึ่งได้มาจากมาตรา 1 (1) แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งกล่าวไว้ว่า มิได้สิ้นสุดไปเนื่องจากความตายของบุคคล การโฆษณาดังกล่าว ได้ถูกยื่นขึ้นว่ามันจะนำพาซึ่งการทำให้เข้าใจผิดซึ่งศาสตราจารย์ Niehans ได้ประยุต์ว่าประสบการณ์ทางด้านวิทยาศาสตร์ของเขาในสาขาเกี่ยวกับศัลยกรรม และผลิตภัณฑ์ต่างๆ ซึ่งได้ทำกำไรให้กับเขานั้นมาจากฝีมือความสามารถทางเทคนิคของเขา ด้วยเหตุนี้จึงเป็นการทำให้เสียหายต่อชื่อเสียงของเขา<sup>103</sup> ภายหลังจากนั้นลูกชายของนักแสดงตลกที่มีชื่อเสียง (Well-know) และนักประพันธ์ Heinz Erhardt สามารถปกป้องถึงลักษณะเฉพาะของเสียงของบิดาของเขาในการโฆษณาบนหลักการของสิทธิในบุคลิกภาพ (Personality Rights) ของบิดาของเขา ซึ่งยังคงได้ดำรงอยู่และยังไม่สิ้นสุดไปกับความตายของเขา การโฆษณาได้ช่วยปลูก

<sup>100</sup> Factors Etc., Inc. v. Pro Arts Inc., 579 F. 2d 215.

<sup>101</sup> Memphis Development Foundation v. Factors Inc., 626 F.2d 986.

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

<sup>103</sup> 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 การยื่นยันดังกล่าวนี้มีความถูกต้อง ทั้งในกรณีเกี่ยวกับความมีเกียรติ (Dignity) ของบุคคลที่ได้ล่วงลับไปแล้ว และผลประโยชน์ทาง เศรษฐกิจถึงการนำไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวทางการค้า ซึ่งได้รับสิทธิโดยทายาทตามความเห็น ของศาลในกรณีของการคุ้มครองถึงการนำไปโฆษณาทางการค้า ซึ่งมีได้รับความยินยอมนั้น ไม่ส่งผล ต่อประโยชน์ในความเป็นศิลปะของผู้ลอกเลียนแบบ หรือมีสิทธิตามกฎหมายในการรายงานข่าวสาร โดยสื่อมวลชน<sup>104</sup>

นอกจากนี้ยังมีคดีตัดสินของ Marlene Dietrich<sup>105</sup> คดีดังกล่าวได้มีความเกี่ยวข้องกับถึง สิทธิในการเรียกร้อง ซึ่งได้ถูกนำขึ้นฟ้องร้องโดยทายาทของนักแสดงหญิงที่มีชื่อเสียงในการพยายาม ที่จะหยุดการใช้โดยปราศจากความยินยอมในชื่อและในสิ่งที่คล้ายคลึงของมารดาผู้ล่วงลับของเธอ ในรถยนต์ และประกอบการค้า Kammergericht (ศาลอุทธรณ์แห่งกรุงเบอร์ลิน) ได้ตัดสินให้เธอได้รับ ค่าตอบแทนจากผลประโยชน์ทางการเงินจากการนำไปใช้ในการประกอบกิจการทางธุรกิจ โดยศาล ได้ให้เหตุผลบนหลักพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนกับกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินว่า สิทธิในบุคลิกภาพ โดยทั่วไป (General Personality Right) ได้รับความคุ้มครองโดยมาตรา 823 (1) BGB ซึ่งมีใช้คุ้มครอง เฉพาะผลประโยชน์ส่วนบุคคลที่มีใช้ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผลประโยชน์ ทางเศรษฐกิจอีกด้วย ในการใช้ทางธุรกิจในสิทธินั้น และย่อมได้รับผลตอบแทนจากผลประโยชน์ ทางการเงินในการนำไปใช้ทางธุรกิจ ซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่สมควรได้รับ มิใช่แก่บุคคลที่สาม สิทธิ ดังกล่าวได้ถูกโอนไปยังโจทก์คู่ดั่งการเป็นทายาทไปสู่ทรัพย์สินของ Dietrich เนื่องจากผลประโยชน์ เหล่านี้สามารถสืบทอดเป็นมรดกได้ ในทางตรงกันข้าม ผลประโยชน์อันมิใช่ตัวเงิน (Non-material interests) ได้มีข้อผูกมัดต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องรวมทั้งไม่สามารถสละทิ้งหรือขายได้ ดังนั้นสิทธิใน ความมีชื่อเสียงของบุคคลนี้ย่อม ตกทอดเป็นมรดกได้ และอนุญาตให้โจทก์ได้รับชดใช้ค่าเสียหาย

ในประเด็นดังกล่าว หากพิจารณาตามหลักกฎหมายไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่า หาก เจ้าของชื่อหรือภาพนั้นได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้แล้ว เครื่องหมายการค้าย่อมเป็นสิทธิใน ทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ย่อมตกทอดแก่ทายาทและทายาทสามารถรับมรดกต่อไปได้ แต่ถ้าหากเจ้าของ ชื่อนั้นยังมีได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ แต่มีบุคคลอื่นได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้า

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

<sup>105</sup> 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

D  
P  
U



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

บุคคลผู้มีชื่อเสียงได้มีบทบาทที่สำคัญอย่างมากต่อการนำไปใช้แสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจยุคปัจจุบัน โดยการใช้ความนิยมชมชอบที่สาธารณชนมีในตัวบุคคลผู้มีชื่อเสียงทางด้านต่างๆ เช่น นักกีฬา นักแสดง นักดนตรี และนักร้อง ซึ่งปรากฏอยู่ในสื่อต่างๆ อันนำมาซึ่งผลประโยชน์มหาศาลให้แก่บุคคลที่มีชื่อเสียงและแก่ผู้ประกอบการธุรกิจ แต่เนื่องจากความมีชื่อเสียงของบุคคลเป็นเพียงนามธรรม ไม่สามารถก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางธุรกิจแก่บุคคลใดได้ จึงต้องมีการใช้รูปลักษณ์หรือเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในสาขาวิชาชีพต่างๆ มาใช้เป็นองค์ประกอบหลักในการสร้างสรรคงานสื่อต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นแก้วน้ำ เสื้อผ้า สิ่งพิมพ์ กีฬา พวงกุญแจ นาฬิกา ตุ๊กตา เกมสื่อกอมพิวเตอร์ ในภาพยนตร์โฆษณา รวมถึงการเลียนแบบบุคคลดังกล่าว เพื่อใช้ในการโฆษณา เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้สินค้านั้นง่ายต่อการจดจำและเป็นที่ยอมรับของสาธารณชนทางด้านการยอมรับและเชื่อถือในตัวสินค้าหรือการให้บริการ ซึ่งเป็นรูปแบบวิธีการอย่างหนึ่งที่น่าไปสู่การสนับสนุนยอดขายแก่ผู้บริโภค

จากบทบาทที่สำคัญของบุคคลผู้มีชื่อเสียงนั้น ในทางธุรกิจ จึงเปรียบเสมือนกับเครื่องหมายหรือลายเซ็นในลักษณะที่ว่า ถ้าบุคคลใดมีชื่อเสียงหรือได้รับความนิยมนมาก บุคคลนั้นก็มักจะถูกล่วงละเมิด โดยจะมีบุคคลอื่นฉวยโอกาสนำไปใช้อ้างในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้า หรือบริการหรือจงใจให้มีการซื้อผลิตภัณฑ์สินค้าหรือบริการ ซึ่งก็ย่อมจะส่งผลเสียหายให้แก่ผู้มีชื่อเสียงที่แท้จริง ซึ่งเป็นที่ให้ความวิริยะอุตสาหะ สร้างชื่อเสียงนั้นขึ้นมาจนได้รับความนิยมน (Good Will) และความเชื่อถือ เช่น อาจจะต้องเสื่อมเสียชื่อเสียง ถ้าผู้ที่แอบอ้างใช้เอกลักษณ์ของเขาไปใช้ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการที่มีคุณภาพไม่ดีหรือไม่ได้มาตรฐานหรืออาจทำให้ต้องขาดรายได้หรือผลประโยชน์ที่ควรจะได้รับจากการที่จะมีผู้สนับสนุนทางการเงินในอนาคต หากไม่มีการแอบอ้างเอาเอกลักษณ์ไปใช้เช่นนั้น โดยบุคคลผู้มีชื่อเสียงไม่ได้รับผลตอบแทนเป็นเงิน ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรม ตลอดจนถือเป็นการลักลอบแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากความมีชื่อเสียงของบุคคลอื่นโดยมิชอบ และอาจถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิส่วนตัว

ในต่างประเทศได้มีการให้ความคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลหรือสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลไว้แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวความคิดพื้นฐานของหลักกฎหมายภายในของแต่ละประเทศซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ส่วนใหญ่จะให้ความคุ้มครองภายใต้หลักกฎหมายแพ่ง เช่น

ประเทศเยอรมัน การให้ความคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงหรือสิทธิในชื่อเสียงนี้จะปรากฏในรูปของสิทธิในบุคลิกภาพ (Personality Right) ตามประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิดและนำกฎหมายรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ และสิทธิดังกล่าวบุคคลผู้มีชื่อเสียงจะได้รับความคุ้มครองภายหลังถึงแก่ความตายด้วย

ประเทศฝรั่งเศสการให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงจากการถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจนั้น จะนำมาตรา 9 และมาตรา 1382 และมาตรา 1383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้อย่างกว้างขวาง

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น อาจมีการให้ความคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงหรือสิทธิในชื่อเสียงแตกต่างกัน เช่น

ประเทศแคนาดา มีการยอมรับกฎหมายคอมมอนลอว์เกี่ยวกับเรื่องการเอาสิทธิส่วนบุคคลไปใช้ในทางที่มิชอบ ซึ่งสิทธิส่วนบุคคลนี้ไม่เพียงแต่เป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนบุคคลเท่านั้น แต่ยังคุ้มครองผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของบุคคลด้วย ดังเช่นในคดี Krouse v Chrysler Canada และการใช้สิทธิส่วนบุคคลนี้ยังได้รับการปกป้องโดยกฎหมาย Privacy Right

ประเทศอังกฤษ การให้ความคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงนั้น การนำหลักกฎหมายใดมาใช้จะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่แตกต่างกัน เช่น การหมิ่นประมาท ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า และหลักกฎหมายว่าด้วยการลวงขาย (Passing off) การสำแดงเท็จ (Misrepresentation) เป็นต้น

ประเทศออสเตรเลีย เป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์เหมือนกับประเทศอังกฤษ การป้องกันสิทธิส่วนบุคคลจะมุ่งพิจารณาถึงการกระทำอันเป็นการลวงขาย การทำให้ขาดความไว้วางใจ โดยหลักการกฎหมายออสเตรเลียจะเป็นกฎหมายที่เปิดกว้างและส่วนมากประยุกต์ใช้กับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลรูปแบบใหม่ๆ เช่น ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยการลวงขายให้คุ้มครองการใช้ประโยชน์เชิงธุรกิจชื่อเสียงของบุคคล แม้ยังไม่เคยมีการอนุญาตให้บุคคลใดใช้สิทธิ ถือว่าเป็นการลวงขายแล้ว เช่น ในกรณีที่จำเลยนำเอารูปภาพของโจทก์ผู้เป็นนักเดินรำที่มีชื่อเสียงมาคิดไว้ที่ปกแผ่นเสียงซึ่งเป็นเพลงเดินรำ ศาลออสเตรเลียพิพากษาว่าเป็นการลักลอบใช้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในชื่อเสียงทางธุรกิจและทางอาชีพของโจทก์ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายเพียงพอที่โจทก์จะดำเนินคดีได้ เพื่อให้ได้ชดเชยความเสียหายจากผลประโยชน์ที่โจทก์สมควรได้รับจากการจะมีผู้สนับสนุนทางการเงินแก่โจทก์ในอนาคต

ประเทศสหรัฐอเมริกา การให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงทางธุรกิจ นั้น ให้สิทธิแก่โจทก์ดำเนินคดีภายใต้หลักกฎหมายที่แตกต่างกันตามข้อเท็จจริงแห่งคดี เช่น ศาลบางแห่ง ในประเทศสหรัฐอเมริกานำหลักกฎหมายเรื่องละเมิดเกี่ยวกับการบุกรุกความเป็นส่วนตัว (The tort of invasion of privacy) มาปรับใช้ ในกรณีการลักลอบใช้ชื่อ หรือรูปลักษณะของบุคคลอื่นเพื่อการแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจ โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของบุคคลแต่ละคนอยู่แล้ว ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่บุคคลผู้ถูกละเมิดเป็นผู้มีชื่อเสียงหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ ศาลได้เริ่มพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องละเมิดว่าด้วยการกระทำอันถือเป็นการบุกรุก ความเป็นส่วนตัว โดยมีสาระสำคัญว่าบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่จะปกป้องมิให้ผู้อื่นลักลอบใช้สิ่งใดๆ อันแสดงความเป็นเอกลักษณ์ของตนเพื่อวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ ทั้งนี้ ในการดำเนินคดีละเมิด ผู้เป็นโจทก์เพียงแสดงให้ศาลเห็นว่า สาธารณชนสามารถแยกแยะตัวโจทก์จากการลักลอบใช้ดังกล่าวได้ แม้จะไม่ก่อให้เกิด ความสับสนใดๆ แก่สาธารณชนก็ตาม

อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มีบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้ใช้ชื่อของตัวเองเกี่ยวเนื่องกับธุรกิจ หรืออาชีพของตนอยู่แล้ว และมีผู้ใดกระทำละเมิดในลักษณะของการนำชื่อของบุคคลผู้มีชื่อเสียงนั้น มาใช้แสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจ ศาลก็สามารถในแนวทางของหลักกฎหมายละเมิดชื่อทางการค้า (Trade Name Infringement) เพื่อป้องกันการละเมิดจากการใช้ชื่อของบุคคลอื่นในการจำหน่ายหรือ ประชาสัมพันธ์สินค้าของผู้กระทำละเมิดดังกล่าว หากผู้เป็นโจทก์ในคดีละเมิดนี้สามารถพิสูจน์ ให้ศาลเห็นได้ว่า การละเมิดก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงของโจทก์ เช่น สินค้าของจำเลยมี คุณภาพต่ำ หรือคุณค่าในชื่อของโจทก์ที่เกี่ยวกับการส่งเสริมโอกาสทางธุรกิจอาจเสื่อมลงได้

นอกจากนี้ ยังได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายในการให้ความคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ ของบุคคลหรือสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลโดยเฉพาะ ซึ่งศาลมลรัฐหลายแห่งของประเทศสหรัฐ อเมริกาได้ยอมรับการให้ความคุ้มครองการใช้สิทธิในชื่อเสียงของบุคคล ทั้งนี้ แม้ว่าโดยลักษณะ ของชื่อและ รูปลักษณะต่างๆ ของบุคคลเหล่านี้ จะมีใช้สิ่งที่จะถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาโดยตรง แต่ก็เป็นสิ่งที่ใช้เป็นองค์ประกอบสำคัญในการสร้างสรรค์งานอันจะได้มาซึ่งสิทธิตามกฎหมาย ทรัพย์สินทางปัญญา จึงมีแนวความเห็นของนักกฎหมายบางท่านในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ของประเทศสหรัฐอเมริกาว่า สมควรยอมรับให้ถือว่าสิ่งเหล่านี้เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลที่มีแรงจูงใจจากความมีชื่อเสียงของบุคคลโดยไม่ชอบ สมควรนำมาพิจารณาเสมือนกรณีการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ด้วย อันทำให้เกิดแนวทางดำเนินคดีเกี่ยวกับการขโมยทรัพย์สิน (Misappropriation Claims) ซึ่งอ้างว่า เป็นการกระทำในลักษณะการแข่งขัน ที่มีเป็นธรรม (Unfair Competition) ด้วยการขโมยมือเปิบ โดย การหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคลผู้ได้ชื่อเสียงมาจากความสามารถ ทักษะ และความอดุสาหะ

รวมทั้งการฝึกฝนในสาขาของงานที่ตนได้รับการยกย่องจากสาธารณชน ส่วนระยะเวลาของการให้ความคุ้มครองนั้น ศาลในแต่ละมลรัฐยังมีความเห็นแตกต่างกัน บางมลรัฐเห็นว่าสิทธิในชื่อเสียงยังคงมีอยู่ต่อไปแม้ว่าบุคคลนั้นจะถึงแก่ความตายไปแล้ว สิทธิดังกล่าวยังสามารถเป็นมรดกตกทอดไปยังทายาทได้ แต่บางมลรัฐกลับเห็นว่าสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลหมดสิ้นลงเมื่อบุคคลผู้มีชื่อเสียงถึงแก่ความตายไปแล้ว

สำหรับประเทศไทย ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร การบังคับใช้กฎหมายจึงขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการประกาศใช้เป็นสำคัญมากกว่าการปรับใช้หลักกฎหมายที่ได้มาจากคำพิพากษาของศาล ดังเช่น ที่ใช้กันในระบบคอมมอนลอว์ ดังนั้น เมื่อมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ไม่ว่าจะเป็น ชื่อ ภาพ เสียง ท่าทาง รูปลักษณ์ หรือเอกลักษณ์อื่นๆ มาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจโดยปราศจากอำนาจนั้น ไม่ว่าจะเป็นการใช้กับตัวสินค้าหรือใช้ในการประชาสัมพันธ์สินค้าของตน จึงต้องนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับคดี ซึ่งกฎหมายที่นำมาปรับใช้ ได้แก่ กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายเครื่องหมายการค้า กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

แต่อย่างไรก็ดี การนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงนั้น ไม่อาจแก้ไขปัญหาหรือเยียวยาความเสียหายได้อย่างเหมาะสมในทุกกรณี บางครั้งอาจมีปัญหาค้างคาหรือข้อจำกัด ปัญหาในการตีความกฎหมายว่าเอกลักษณ์ของบุคคลเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 420 หรือไม่ และขอบเขตของสิทธิดังกล่าวมีเพียงใด รวมไปถึงการพิจารณาความเสียหายว่าเป็นความเสียหายในลักษณะใด และปัญหาในเรื่องหลักเกณฑ์การกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายลักษณะละเมิดยังไม่มีความเหมาะสมเพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหายกรณีการแสวงหาประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของบุคคลในเชิงธุรกิจปัจจุบัน รวมถึงการพิจารณาให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงภายหลังถึงแก่ความตาย ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

ตามกฎหมายลิขสิทธิ์นั้น ให้ความคุ้มครองงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์เพียง 9 ประเภทเท่านั้น คือ งานวรรณกรรม นาฏกรรม ศิลปกรรม ดนตรีกรรม โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียง งานแพร่เสียงแพร่ภาพ หรืองานอื่นใดในแผนกวรรณคดี แผนกวิทยาศาสตร์ หรือแผนกศิลปะของผู้สร้างสรรค์ ดังนั้น เอกลักษณ์ของบุคคลไม่ว่าจะเป็น ชื่อ รูปภาพ ท่าทางหรือเสียงของบุคคลล้วนเป็นสิ่งที่บังชี้ถึงตัวบุคคลแยกออกจากบุคคลอื่นและคิดตัวบุคคลมาแต่กำเนิด จึงไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และถึงแม้ว่างานภาพถ่ายจะถือเป็นงานศิลปกรรมอย่างหนึ่งซึ่งถือเป็นงานสร้างสรรค์ที่อาจได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

แต่กฎหมายลิขสิทธิ์นี้จะคุ้มครองแต่เฉพาะงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นเท่านั้น ไม่อาจคุ้มครองไปถึงตัวบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของเอกลักษณ์ในภาพนั้นด้วย

กฎหมายเครื่องหมายการค้า อาจให้ความคุ้มครองชื่อหรือภาพซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของบุคคล ผู้มีชื่อเสียงได้ แต่ไม่คุ้มครองเสียงของบุคคล และหากบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของเอกลักษณ์นั้นได้นำชื่อหรือภาพของตนไปจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2543 โดยชื่อหรือภาพของบุคคลนั้นถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะที่จะขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ อย่างไรก็ดี กฎหมายเครื่องหมายการค้าก็ยังมีข้อจำกัดในการคุ้มครองอยู่บางประการ กล่าวคือ การที่บุคคลซึ่งเป็นเจ้าของเอกลักษณ์เฉพาะตัวไม่ว่าจะเป็นชื่อหรือภาพจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าได้ ก็ต่อเมื่อบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของเอกลักษณ์นั้น ได้มีการใช้ประโยชน์จากชื่อหรือภาพของตนในทางการค้า โดยการผลิตสินค้าเพื่อจำหน่ายหรือให้บริการโดยใช้เครื่องหมายนั้น ดังนั้น หากบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของชื่อหรือภาพยังมีได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้วย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง นอกจากนี้การจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า จะได้มาโดยการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า หรือโดยการใช้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ กฎหมายเครื่องหมายการค้าไม่อาจให้ความคุ้มครองโดยอัตโนมัติได้ อีกทั้งการที่บุคคลอื่นซึ่งมิได้รับความยินยอมนำชื่อหรือภาพซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์เชิงธุรกิจในกิจการของตน หากเจ้าของเอกลักษณ์นั้นมิได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ กรณีดังกล่าวไม่เป็นการใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น จึงไม่เป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า ย่อมไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายการค้าได้

สำหรับการคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงในการถูกบุคคลอื่นนำเอกลักษณ์ของเขา ไม่ว่าจะเป็นการใช้ชื่อ รูปภาพ เสียง ท่าทาง รูปลักษณ์หรือเอกลักษณ์อื่นๆ รวมไปถึงสิ่งอื่นที่คล้ายคลึงกันไปแสวงหาประโยชน์นั้น ควรได้รับการคุ้มครองและรับรองตามกฎหมาย ผู้เป็นเจ้าของควรมีสติที่จะป้องกันมิให้ผู้อื่นมาล่วงละเมิด การใช้เอกลักษณ์ของเขาโดยไม่ได้รับความยินยอมหรือโดยไม่มีอำนาจ ไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการหรือไม่ ย่อมเป็นการละเมิด เพราะเป็นการก้าวล่วงสิทธิประจำตัวของเขา และการใช้เอกลักษณ์ของเขายังอาจทำให้เขาเป็นที่เสื่อมเสียหรือตกต่ำลงในสายตาของประชาชนด้วย นอกจากนี้บุคคลผู้เป็นเจ้าของควรมีอำนาจที่จะเลือกว่าจะให้มีการใช้เอกลักษณ์ของเขาหรือไม่ เพื่อวัตถุประสงค์อะไร ถ้าเขาได้ยินยอมในวัตถุประสงค์หนึ่ง แต่เอาไปใช้ในอีกวัตถุประสงค์ ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของเขาเช่นกัน ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด สามารถนำมาปรับใช้กับการให้ความคุ้มครองสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้ แต่จากการศึกษาและวิเคราะห์พบว่า

ยังมีปัญหาบางประการ เช่น เรื่องของการตีความว่าเอกลักษณ์ของบุคคลซึ่งถือเป็นสิทธิส่วนบุคคล เป็นสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิดมาตรา 420 หรือไม่ ในกรณีดังกล่าว ประเทศเยอรมันก็เคยประสบปัญหาในกรณีเดียวกันกับประเทศไทย แต่ในเยอรมัน ศาลได้นำกฎหมายรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลอย่างกว้างขวาง ซึ่งในปี 1957 ศาลสูงได้ตัดสินอย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญที่รับรองและคุ้มครองสิทธิในบุคลิกภาพนั้น ย่อมหมายถึงว่าสิทธิทั่วไปในบุคลิกภาพ (General Personality Right) ก็คือ สิทธิอื่นๆ ตามความหมายของมาตรา 823 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งนั่นเอง ขอบเขตหรือข้อยกเว้น สิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมีเพียงใดจึงจะถือเป็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากประเด็นที่กล่าวมาแล้ว สิ่งที่ควรพิจารณาในเรื่องของการกระทำอันเป็นการละเมิด สิทธิในเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคลผู้มีชื่อเสียงอีกเรื่องหนึ่งก็คือ การบังคับตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิดังกล่าว ซึ่งโดยปกติย่อมจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการบังคับตามสิทธิเช่นเดียวกับ ในกรณีที่มีการกระทำอันเป็นการละเมิดโดยทั่วไป คือการฟ้องร้องเป็นคดีละเมิด ซึ่งในกฎหมาย ของต่างประเทศมักจะมีบทบัญญัติกำหนดลักษณะของการกระทำต่างๆ ที่จะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิ ในชื่อเสียงของบุคคลจากการนำมาแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจ และข้อยกเว้นของการกระทำ ที่ไม่ให้ถือว่าเป็น การแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจไว้โดยชัดเจน หรือในเรื่องของการกำหนด ค่าสินไหมทดแทน กฎหมายมักจะมีหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการกำหนดค่าเสียหายให้แก่โจทก์ไว้ อย่างชัดเจนเหล่านี้เป็นต้น ซึ่งหลักกฎหมายไทยมิได้มีบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ซึ่งทำให้มีปัญหาบางประการ เมื่อนำมาใช้กับการกระทำในลักษณะของการใช้ชื่อเสียงของบุคคลอื่นมาแสวงหาประโยชน์ใน เชิงธุรกิจ จึงควรมีการปรับปรุงให้เหมาะสมอีกกรณีหนึ่ง และตามกฎหมายลักษณะละเมิดยังมีข้อจำกัด ในบางกรณี กล่าวคือ ค่าสินไหมทดแทนที่ศาลจะกำหนดให้ นั้น ต้องเป็นค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรง จากการละเมิดเท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 481/2526) ดังนั้น ทำให้ค่าใช้จ่ายอย่างอื่น เช่น ค่าใช้จ่าย อันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิและค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ที่โจทก์ต้องเสียไป โจทก์ จึงไม่อาจเรียกร้องได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายลิขสิทธิ์ และกฎหมายสิทธิบัตร กลับสามารถให้โจทก์ เรียกค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิและค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ที่โจทก์ต้อง เสียไปได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายในอันที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ หลักกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งผู้เสียหายต้องเสียค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ การเยียวยาความเสียหายมุ่งที่จะแก้ไขโดยไม่มียุติธรรมที่เป็นการป้องกันการกระทำดังกล่าว จึงอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจยอมชดใช้ค่าสินไหมทดแทนซึ่งอาจมีจำนวนเล็กน้อยให้แก่โจทก์เพื่อ แสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจโดยอาศัยความมีชื่อเสียงของโจทก์ต่อไป

นอกจากนี้หลักดังกล่าวยังไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ในทุกกรณี เช่น การนำเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงซึ่งถึงแก่ความตายไปแล้วมาแสวงหาประโยชน์ ทายาทไม่สามารถดำเนินคดีกับบุคคลผู้กระทำละเมิดได้ ทั้งนี้เพราะถือว่าเอกลักษณ์ของบุคคลโดยอ้อมเป็นสิทธิเฉพาะตัวของบุคคลนั้นและไม่ใช่สิทธิในทางเศรษฐกิจ ทำให้ไม่สามารถจำหน่ายจ่ายโอนให้แก่กันได้ แต่หลักกฎหมายของต่างประเทศได้ให้ความคุ้มครองบุคคลผู้มีชื่อเสียงภายหลังถึงแก่ความตายด้วย โดยให้สิทธิดังกล่าวตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทได้ และให้ถือว่าสิทธิดังกล่าวเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง ทำให้สามารถจำหน่ายจ่ายโอนหรือเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวได้

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อแก้ปัญหาในเรื่องข้อจำกัดและปัญหาในการตีความกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจากการถูกบุคคลอื่นนำมาแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า

1) ควรให้มีการออกกฎหมายพิเศษเพื่อคุ้มครองเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจากการถูกนำมาแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจไว้โดยเฉพาะ โดยบัญญัติไว้ในทำนองที่ว่า

“บุคคลใดใช้ชื่อ ภาพ เสียง ลักษณะท่าทาง หรือเอกลักษณ์อื่นใดของบุคคลในทำนองเดียวกันมาแสวงหาประโยชน์โดยมิได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้น จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือกรณีใดๆ อันนำมาซึ่งความเสียหาย และบุคคลนั้นชอบที่จะเรียกให้ระงับการกระทำนั้นได้ และถ้าพึงวิตกว่าอาจมีการกระทำเช่นนั้นอีกต่อไป จะร้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามมิให้กระทำการนั้นได้”

2) ควรมีการกำหนดขอบเขตของสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลไว้ด้วยว่า สิทธิใดที่ถูกจำกัดไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ และสิทธิหรือการกระทำอย่างไรที่เป็นสิทธิส่วนบุคคลโดยเฉพาะ สิทธิของบุคคลผู้มีชื่อเสียง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือการแสดงออกทางด้านงานศิลปะ และเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

3) ให้สิทธิแก่เจ้าของเอกลักษณ์สามารถที่จะโอนสิทธิในเอกลักษณ์ของตนนั้น ให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์ได้โดยเจ้าของเอกลักษณ์นั้นได้รับผลตอบแทนเป็นเงิน และแม้เจ้าของเอกลักษณ์นั้นจะยังไม่ได้ใช้ประโยชน์แล้วถึงแก่ความตายไป ทายาทก็อาจนำเอาเอกลักษณ์นั้นไปใช้แสวงหาประโยชน์ได้ โดยถือว่าเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ซึ่งโอนและสามารถรับมรดกกันได้ เช่นเดียวกับทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ ไป และให้สิทธิแก่ทายาทได้รับผลตอบแทนจากการที่มี

บุคคลอื่นนำเอกลักษณ์ของผู้ตายมาแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจ และห้ามบุคคลอื่นแสวงหาประโยชน์จากเอกลักษณ์นั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตได้

4) เพื่อแก้ปัญหาการนำสืบพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดจากการละเมิดสิทธิในเอกลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในทางธุรกิจให้ปรากฏแก่ศาลได้ชัดเจน เป็นเหตุให้ศาลต้องกำหนดให้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด ซึ่งไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณค่าสินไหมทดแทนที่ชัดเจนและเหมาะสม ทำให้การใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนในแต่ละคดีแตกต่างกันไปตามความคิดของผู้พิพากษาแต่ละท่าน ดังนั้น เพื่อขจัดปัญหาการใช้ดุลพินิจที่ขาดความชัดเจนไม่เป็นบรรทัดฐานเดียวกัน และปัญหาในการนำสืบค่าเสียหายของโจทก์ จึงสมควรมีการแก้ไขกฎหมายดังนี้

- 4.1) กำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนความเสียหายตามความเป็นจริง
- 4.2) ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายอื่นที่เกิดจากการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของผู้ทรงสิทธิในจำนวนที่ศาลเห็นสมควร
- 4.3) ให้ผู้ทรงสิทธิสามารถเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดชดเชยคืนซึ่งผลประโยชน์จากลาภมิควรได้ ที่ได้รับจากการทำละเมิด โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผลประโยชน์จากลาภมิควรได้ดังกล่าวเป็นความเสียหายที่ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิได้รับ เพื่อแก้ปัญหาที่โจทก์ไม่สามารถนำสืบพิสูจน์ความเสียหายให้ปรากฏแก่ศาลได้ชัดเจน และศาลไม่อาจจะทราบความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริง
- 4.4) ควรมีการนำหลักเกณฑ์ ในการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษมาใช้โดยกำหนดให้ศาลอาจนำมาพิจารณา กำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายกรณีที่การละเมิดเป็นการกระทำโดยจงใจ หรือเจตนาถั่นแถ้ง เพื่อเป็นการป้องปรามมิให้ผู้ละเมิดมีการกระทำเช่นนั้นอีกได้

ดังนั้น หากมีการออกกฎหมายเฉพาะในรูปกฎหมายพิเศษตามที่ได้เสนอแนะข้างต้น อันเป็นการสอดคล้องกับกฎหมายของต่างประเทศ น่าจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ศึกษากฎหมายและผู้ใช้กฎหมายได้มากกว่า ทั้งคู่กรณีที่มีส่วนได้เสียก็จะได้รับความมั่นใจว่า คำพิพากษาของศาลนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย อันมีบทบัญญัติรองรับไว้อย่างชัดเจน



DRU

บรรณานุกรม

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- จิตติ ดิงศภัทย์. (2503). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 2 มาตรา 421-452**. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา.
- \_\_\_\_\_. (2530). **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล (พิมพ์ครั้งที่ 7)**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ฉันทนิช อิศวนนท์. (2547). **เทคนิคและการพัฒนาบุคลิกภาพ**. กรุงเทพฯ: ศูนย์ส่งเสริมวิชาการ.
- ชูศักดิ์ ศิรินิล. (2526). **ตำราประกอบการศึกษากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดจัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (2545). **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 4)**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- \_\_\_\_\_. (2545). **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- รัชชัช สุภผลศิริ. (2539). **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ พร้อมด้วยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 (พิมพ์ครั้งที่ 2)**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- บรรเจิด สิงคนดี. (2547). **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540**. กรุงเทพฯ: วิทยุชน.
- ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. (2548). **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้**. กรุงเทพฯ: มีสมบัติ.
- \_\_\_\_\_. (2548). **คำอธิบายพร้อมด้วยบทกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 3)**. กรุงเทพฯ: ทิพยดา.
- ประสิทธิ์ โฉมิไถกุล. (2540). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2531). **นิติปรัชญา (พิมพ์ครั้งที่ 2)**. กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์.
- พงศธร บุญอารีย์. (2544). **ธุรกิจกับกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: ดวงกมล.

- พรพรม พรหมเทศ. (2546). **ธุรกิจเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: ท็อป.
- ยศศักดิ์ โกศัยกานนท์. (2544). **ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540**. กรุงเทพฯ: สภานายความ.
- วิชา มหาคุณ. (2523). **หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาฎีกา**. กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์.
- วรวิทย์ ฤทธิพิศ. (2538). **สื่อมวลชนกับความรับผิดชอบทางกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วารี นาสกุล. (2518). **คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ฉกมฉวได้**. กรุงเทพฯ: มงคลการพิมพ์.
- วีระ โลจายะ. (2531). **กฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- สมคิด บางโม. (2539). **การประกอบธุรกิจ**. กรุงเทพฯ: วิทย์พัฒน์.
- สมยศ นาวิการ. (2540). **ธุรกิจเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: ดอกหญ้า.
- สุขุม สุนนิตย์. (2537). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (พิมพ์ครั้งที่ 2)**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- \_\_\_\_\_. (2546). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (พิมพ์ครั้งที่ 5)**. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

### วิทยานิพนธ์

- กล่อม อิศรพันธ์. (2496). **หลักทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิด**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชูชีพ ปิณฑะศิริ. (2523). **การละเมิดสิทธิส่วนบุคคล**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชื่นอารี มาลีศรีประเสริฐ. (2539). **การคุ้มครองสิทธิส่วนตัวกับการสื่อสารสนเทศ**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- นवलพรรณ จ้าวสุวรรณ. (2517). **คำเสียหายทางศีลธรรม**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สุชาติ ตระกูลเกษมสุข. (2543). **การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการดักฟังทางโทรศัพท์**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

## ภาษาต่างประเทศ

### BOOKS

Huw Beverley-Smith. (2002). **The Commercial Appropriation of Personality**. Cambridge University Press.

Mark A.Glick, Lara A. Reymann, Richard Hoffman. (2003). **Intellectual Property Damages, Guidelines and Analysis**.

Lawrence J. Culligan and Anthony V. Ahodio. **Corpus Juris Secundum (Volume 77)**.

### ELECTRONIC SOURCES

Jonathan S. Jennings. The Right of Publicity and Cyberspace. from  
[www. Pattishall. com /pdfs/Publicity-Cyberspace.pdf](http://www.Pattishall.com/pdfs/Publicity-Cyberspace.pdf).

Mitchell A. Flagg. (1999). Star Crazy : Keeping the righth of publicity out of canadian law. from  
[www.adidem.org/articles/MF1.html](http://www.adidem.org/articles/MF1.html).

Nation Conference of State Legislatures. (2005). State Right to Publicity Laws. from  
[www. nesl. org/programs/lis /privacy/publicity 04. htm](http://www.nesl.org/programs/lis/privacy/publicity_04.htm).

Robert J. Labate and Jonathan S. Jannings. (1998). The Developing Right of Publicity. from  
[www.mbc.com/db30/cgi-bin/pubs/RJL-Developing-Right\\_of\\_Publicity.pdf](http://www.mbc.com/db30/cgi-bin/pubs/RJL-Developing-Right_of_Publicity.pdf).

Ryan. Swanson Cleveland. PLLC. Protection of one's name, voice, signature, photograph or other likeness (publicity right). from  
[www.ryanlaw. Com/Articles/Protection %20 of % 20 Ones. Pdf](http://www.ryanlaw.Com/Articles/Protection%20of%20Ones.Pdf).

Thorsten Lauterbach, Robert Gordon University. (2005). US-style 'personality' right in the UK-en route from Strasbourg. from  
[www.bileta.ac.uk./Document%20Lirrary/1/usstyle%20'personality'%20Right %20in%20the%20UK%20-%20En%20Route%20Fram%20Strasbourg. pdf](http://www.bileta.ac.uk/Document%20Lirrary/1/usstyle%20'personality'%20Right%20in%20the%20UK%20-%20En%20Route%20Fram%20Strasbourg.pdf).

[www.wipo.int/copyright/enlactivities/pdf/wo\\_inf\\_108.pdf](http://www.wipo.int/copyright/enlactivities/pdf/wo_inf_108.pdf).

กรม  
การ  
การ

ภาคผนวก



**มฉวรัฐคเคลฟอรเนีย**

**CIVIL CODE**

**SECTION 3344-3346**

**3344.** (a) Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof. In addition, in any action brought under this section, the person who violated the section shall be liable to the injured party or parties in an amount equal to the greater of seven hundred fifty dollars (\$750) or the actual damages suffered by him or her as a result of the unauthorized use, and any profits from the unauthorized use that are attributable to the use and are not taken into account in computing the actual damages. In establishing such profits, the injured party or parties are required to present proof only of the gross revenue attributable to such use, and the person who violated this section is required to prove his or her deductible expenses. Punitive damages may also be awarded to the injured party or parties.

The prevailing party in any action under this section shall also be entitled to attorney's fees and costs.

(b) As used in this section, "photograph" means any photograph or photographic reproduction, still or moving, or any videotape or live television transmission, of any person, such that the person is readily identifiable.

(1) A person shall be deemed to be readily identifiable from a photograph when one who views the photograph with the naked eye can reasonably determine that the person depicted in the photograph is the same person who is complaining of its unauthorized use.

(2) If the photograph includes more than one person so identifiable, then the person or persons complaining of the use shall be represented as individuals rather than solely as members of a definable group represented in the photograph. A definable group includes, but is not limited to, the following examples: a crowd at any sporting event, a crowd in any street or public building, the audience at any theatrical or stage production, a glee club, or a baseball team.

(3) A person or persons shall be considered to be represented as members of a definable group if they are represented in the photograph solely as a result of being present at the time the photograph was taken and have not been singled out as individuals in any manner.

(c) Where a photograph or likeness of an employee of the person using the photograph or likeness appearing in the advertisement or other publication prepared by or in behalf of the user is only incidental, and not essential, to the purpose of the publication in which it appears, there shall arise a rebuttable presumption affecting the burden of producing evidence that the failure to obtain the consent of the employee was not a knowing use of the employee's photograph or likeness.

(d) For purposes of this section, a use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in connection with any news, public affairs, or sports broadcast or account, or any political campaign, shall not constitute a use for which consent is required under subdivision (a).

(e) The use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in a commercial medium shall not constitute a use for which consent is required under subdivision (a) solely because the material containing such use is commercially sponsored or contains paid advertising. Rather it shall be a question of fact whether or not the use of the person's name, voice, signature, photograph, or likeness was so directly connected with the commercial sponsorship or with the paid advertising as to constitute a use for which consent is required under subdivision (a).

(f) Nothing in this section shall apply to the owners or employees of any medium used for advertising, including, but not limited to, newspapers, magazines, radio and television networks and stations, cable television systems, billboards, and transit ads, by whom any advertisement or solicitation in violation of this section is published or disseminated, unless it is established that such owners or employees had knowledge of the unauthorized use of the person's name, voice, signature, photograph, or likeness as prohibited by this section.

(g) The remedies provided for in this section are cumulative and shall be in addition to any others provided for by law.



**3344.1.** (a) (1) Any person who uses a deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods, or services, without prior consent from the person or persons specified in subdivision (c), shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof. In addition, in any action brought under this section, the person who violated the section shall be liable to the injured party or parties in an amount equal to the greater of seven hundred fifty dollars (\$750) or the actual damages suffered by the injured party or parties, as a result of the unauthorized use, and any profits from the unauthorized use that are attributable to the use and are not taken into account in computing the actual damages. In establishing these profits, the injured party or parties shall be required to present proof only of the gross revenue attributable to the use and the person who violated the section is required to prove his or her deductible expenses. Punitive damages may also be awarded to the injured party or parties.

The prevailing party or parties in any action under this section shall also be entitled to attorneys' fees and costs.

(2) For purposes of this subdivision, a play, book, magazine, newspaper, musical composition, audiovisual work, radio or television program, single and original work of art, work of political or newsworthy value, or an advertisement or commercial announcement for any of these works, shall not be considered a product, article of merchandise, good, or service if it is fictional or nonfictional entertainment, or a dramatic, literary, or musical work.

(3) If a work that is protected under paragraph (2) includes within it a use in connection with a product, article of merchandise, good, or service, this use shall not be exempt under this subdivision, notwithstanding the unprotected use's inclusion in a work otherwise exempt under this subdivision, if the claimant proves that this use is so directly connected with a product, article of merchandise, good, or service as to constitute an act of advertising, selling, or soliciting purchases of that product, article of merchandise, good, or service by the deceased personality without prior consent from the person or persons specified in subdivision (c).

(b) The rights recognized under this section are property rights, freely transferable, in whole or in part, by contract or by means of trust or testamentary documents, whether the transfer occurs before the death of the deceased personality, by the deceased personality or his or her transferees, or, after the death of the deceased personality, by the person or persons in whom the rights vest under this section or the transferees of that person or persons.

(c) The consent required by this section shall be exercisable by the person or persons to whom the right of consent, or portion thereof, has been transferred in accordance with subdivision (b), or if no transfer has occurred, then by the person or persons to whom the right of consent, or portion thereof, has passed in accordance with subdivision (d).

(d) Subject to subdivisions (b) and (c), after the death of any person, the rights under this section shall belong to the following person or persons and may be exercised, on behalf of and for the benefit of all of those persons, by those persons who, in the aggregate, are entitled to more than a one-half interest in the rights:

(1) The entire interest in those rights belong to the surviving spouse of the deceased personality unless there are any surviving children or grandchildren of the deceased personality, in which case one-half of the entire interest in those rights belong to the surviving spouse.

(2) The entire interest in those rights belong to the surviving children of the deceased personality and to the surviving children of any dead child of the deceased personality unless the deceased personality has a surviving spouse, in which case the ownership of a one-half interest in rights is divided among the surviving children and grandchildren.

(3) If there is no surviving spouse, and no surviving children or grandchildren, then the entire interest in those rights belong to the surviving parent or parents of the deceased personality.

(4) The rights of the deceased personality's children and grandchildren are in all cases divided among them and exercisable in the manner provided in Section 240 of the Probate Code according to the number of the deceased personality's children represented. The share of the children of a dead child of a deceased personality can be exercised only by the action of a majority of them.

(e) If any deceased personality does not transfer his or her rights under this section by contract, or by means of a trust or testamentary document, and there are no surviving persons as described in subdivision (d), then the rights set forth in subdivision (a) shall terminate.

(f) (1) A successor in interest to the rights of a deceased personality under this section or a licensee thereof may not recover damages for a use prohibited by this section that occurs before the successor in interest or licensee registers a claim of the rights under paragraph (2).

(2) Any person claiming to be a successor in interest to the rights of a deceased personality under this section or a licensee thereof may register that claim with the Secretary of State on a form prescribed by the Secretary of State and upon payment of a fee as set forth in subdivision (d) of Section 12195 of the Government Code.

The form shall be verified and shall include the name and date of death of the deceased personality, the name and address of the claimant, the basis of the claim, and the rights claimed.

(3) Upon receipt and after filing of any document under this section, the Secretary of State shall post the document along with the entire registry of persons claiming to be a successor in interest to the rights of a deceased personality or a registered licensee under this section upon the World Wide Web, also known as the Internet. The Secretary of State may microfilm or reproduce by other techniques any of the filings or documents and destroy the original filing or document. The microfilm or other reproduction of any document under the provisions of this section shall be admissible in any court of law. The microfilm or other reproduction of any document may be destroyed by the Secretary of State 70 years after the death of the personality named therein.

(4) Claims registered under this subdivision shall be public records.

(g) No action shall be brought under this section by reason of any use of a deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness occurring after the expiration of 70 years after the death of the deceased personality.

(h) As used in this section, "deceased personality" means any natural person whose name, voice, signature, photograph, or likeness has commercial value at the time of his or her death, whether or not during the lifetime of that natural person the person used his or her name, voice, signature, photograph, or likeness on or in products, merchandise or goods, or for purposes of advertising or selling, or solicitation of purchase of, products, merchandise, goods, or services. A "deceased personality" shall include, without limitation, any such natural person who has died within 70 years prior to January 1, 1985.

(i) As used in this section, "photograph" means any photograph or photographic reproduction, still or moving, or any video tape or live television transmission, of any person, such that the deceased personality is readily identifiable. A deceased personality shall be deemed to be readily identifiable from a photograph when one who views the photograph with the naked eye can reasonably determine who the person depicted in the photograph is.

(j) For purposes of this section, a use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in connection with any news, public affairs, or sports broadcast or account, or any political campaign, shall not constitute a use for which consent is required under subdivision (a).

(k) The use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in a commercial medium shall not constitute a use for which consent is required under subdivision (a) solely because the material containing the use is commercially sponsored or contains paid advertising. Rather, it shall be a question of fact whether or not the use of the deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness was so directly connected with the commercial sponsorship or with the paid advertising as to constitute a use for which consent is required under subdivision (a).

(l) Nothing in this section shall apply to the owners or employees of any medium used for advertising, including, but not limited to, newspapers, magazines, radio and television networks and stations, cable television systems, billboards, and transit ads, by whom any advertisement or solicitation in violation of this section is published or disseminated, unless it is established that the owners or employees had knowledge of the unauthorized use of the deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness as prohibited by this section.

(m) The remedies provided for in this section are cumulative and shall be in addition to any others provided for by law.

(n) This section shall apply to the adjudication of liability and the imposition of any damages or other remedies in cases in which the liability, damages, and other remedies arise from acts occurring directly in this state. For purposes of this section, acts giving rise to liability shall be limited to the use, on or in products, merchandise, goods, or services, or the advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods, or services prohibited by this section.

(o) This section shall be known and may be cited as the Astaire Celebrity Image Protection Act.

### มลรัฐนิวยอร์ก

## ARTICLE 5 (Civil Rights)

### Right of Privacy

Section 50. Right of privacy.

51. Action for injunction and for damages.

**Sec. 50.** Right of privacy. A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor.

**Sec. 51.** Action for injunction and for damages. Any person whose name, portrait or picture is used within this state for advertising purposes or for the purposes of trade without the written consent first obtained as above provided may maintain an equitable action in the supreme court of this state against the person, firm or corporation so using his name, portrait or picture, to prevent and restrain the use thereof; and may also sue and recover damages for any injuries sustained by reason of such use and if the defendant shall have knowingly used such person's name, portrait or picture in such manner as is forbidden or declared to be unlawful by section fifty of this article, the jury, in its discretion, may award exemplary damages. But nothing contained in this article shall be so construed as to prevent any person, firm or corporation from selling or otherwise transferring any material containing such name, portrait or picture in whatever

medium to any user of such name, portrait or picture, or to any third party for sale or transfer directly or indirectly to such a user, for use in a manner lawful under this article; nothing contained in this article shall be so construed as to prevent any person, firm or corporation, practicing the profession of photography, from exhibiting in or about his or its establishment specimens of the work of such establishment, unless the same is continued by such person, firm or corporation after written notice objecting thereto has been given by the person portrayed; and nothing contained in this article shall be so construed as to prevent any person, firm or corporation from using the name, portrait or picture of any manufacturer or dealer in connection with the goods, wares and merchandise manufactured, produced or dealt in by him which he has sold or disposed of with such name, portrait or picture used in connection therewith; or from using the name, portrait or picture of any author, composer or artist in connection with his literary, musical or artistic productions which he has sold or disposed of with such name, portrait or picture used in connection therewith.

**มลรัฐอธิปไตย**

**PROPERTY (765 ILCS 1075/)**

**Right of Publicity Act.**

**(765 ILCS 1075/1)**

Sec. 1. Short title. This Act may be cited as the Right of Publicity Act.

**(765 ILCS 1075/5)**

Sec. 5. Definitions. As used in this Act: "Commercial purpose" means the public use or holding out of an individual's identity (i) on or in connection with the offering for sale or sale of a product, merchandise, goods, or services; (ii) for purposes of advertising or promoting products, merchandise, goods, or services; or (iii) for the purpose of fundraising. "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. "Individual" means a living or deceased natural person, regardless of whether the identity of that individual has been used for a commercial purpose during the

individual's lifetime. "Juristic person" means a partnership, trust, estate, corporation, unincorporated association, or other organization capable of suing and being sued in a court of law. "Name" means the actual name or other name by which an individual is known that is intended to identify that individual.

**(765 ILCS 1075/10)**

Sec. 10. Recognition of right of publicity. The right to control and to choose whether and how to use an individual's identity for commercial purposes is recognized as each individual's right of publicity.

**(765 ILCS 1075/15)**

Sec. 15. Transferability, descendability, and divisibility. The rights under this Act are property rights that are freely transferable in whole or in part to any person either by written transfer, including but not limited to wills and trusts, or by intestate succession only to an individual's spouse, parents, children, and grandchildren, except that the rights under this Act are not subject to levy or attachment and may not be the subject of a security interest. Nothing in this Section limits the ability of any party to levy, attach, or obtain a security interest in the proceeds of the rights under this Act or the proceeds of the exercise of those rights.

**(765 ILCS 1075/20)**

Sec. 20. Enforcement of rights and remedies.

(a) The rights and remedies set forth in this Act may be exercised and enforced by:

(1) an individual or his or her authorized representative;

(2) a person to whom the recognized rights have been transferred by written transfer under Section 15 of this Act; or

(3) after the death of an individual who has not transferred the recognized rights by written transfer under this Act, any person or persons who possesses an interest in those rights.

(b) Each person described in paragraph (3) of subsection (a) shall make a proportional accounting to, and shall act at all times in good faith with respect to, any other person in whom the rights being enforced have vested.

**(765 ILCS 1075/25)**

Sec. 25. Termination of rights of deceased individual. The rights set forth in this Act terminate if:

- (a) a deceased individual has not transferred his or her rights in writing under Section 15 of this Act; and
- (b) the individual has no living spouse, parents, children, or grandchildren.

**(765 ILCS 1075/30)**

Sec. 30. Limitations regarding use of an individual's identity.

- (a) A person may not use an individual's identity for commercial purposes during the individual's lifetime without having obtained previous written consent from the appropriate person or persons specified in Section 20 of this Act or their authorized representative.
- (b) If an individual's death occurs after the effective date of this Act, a person may not use that individual's identity for commercial purposes for 50.

**(765 ILCS 1075/35)**

Sec. 35. Applicability.

- (a) This Act applies to acts or events that take place after the effective date of this Act.
- (b) This Act does not apply to the following:
  - (1) use of an individual's identity in an attempt to portray, describe, or impersonate that individual in a live performance, a single and original work of fine art, play, book, article, musical work, film, radio, television, or other audio, visual, or audio-visual work, provided that the performance, work, play, book, article, or film does not constitute in and of itself a commercial advertisement for a product, merchandise, goods, or services;
  - (2) use of an individual's identity for non-commercial purposes, including any news, public affairs, or sports broadcast or account, or any political campaign;
  - (3) use of an individual's name in truthfully identifying the person as the author of a particular work or program or the performer in a particular performance;
  - (4) promotional materials, advertisements, or commercial announcements for a use described under paragraph (1), (2), or (3) of this subsection; or



(5) use of photographs, videotapes, and images by a person, firm, or corporation practicing the profession of photography ("professional photographer") to exhibit in or about the professional photographer's place of business or portfolio, specimens of the professional photographer's work, unless the exhibition is continued by the professional photographer after written notice objecting to the exhibition has been given by the individual portrayed.

**(765 ILCS 1075/40)**

Sec. 40. Violations; monetary relief.

(a) A person who violates Section 30 of this Act may be liable for either of the following, whichever is greater:

(1) actual damages, profits derived from the unauthorized use, or both; or

(2) \$1,000

(b) Punitive damages may be awarded against a person found to have willfully violated Section 30 of this Act.

**(765 ILCS 1075/45)**

Sec. 45. Establishment of profits. In establishing profits under paragraph (1) of subsection (a) of Section 40 of this Act:

(a) the plaintiff is required to prove the damages or gross revenue attributable to the unauthorized use; and

(b) the defendant is required to prove properly deductible expenses.

**(765 ILCS 1075/50)**

Sec. 50. Injunctive relief. Upon a showing of cause as required by Article XI of the Code of Civil Procedure for the issuance of injunctive relief, the court may issue such temporary restraining orders, preliminary injunctions, and permanent injunctions as may be appropriate under this Act.

**(765 ILCS 1075/55)**

Sec. 55. Attorney's fees; costs. The court may award to the prevailing party reasonable attorney's fees, costs, and expenses relating to an action under this Act.

**(765 ILCS 1075/60)**

Sec. 60. Rights and remedies. The rights and remedies provided for in this Act are meant to supplant those available under the common law as of the effective date of this Act, but do not affect an individual's common law rights as they existed before the effective date of this Act. Except for the common law right of publicity, the rights and remedies provided under this Act are supplemental to any other rights and remedies provided by law including, but not limited to, the common law right of privacy.

มฉวรัฐอินเดียนา

**IC 32-36 ARTICLE 36. PUBLICITY IC 32-36-1**

**Chapter 1. Rights of Publicity**

**IC 32-36-1-1 Application of chapter**

Sec. 1. (a) This chapter applies to an act or event that occurs within Indiana, regardless of a personality's domicile, residence, or citizenship.

(b) This chapter does not affect rights and privileges recognized under any other law that apply to a news reporting or an entertainment medium.

(c) This chapter does not apply to the following:

(1) The use of a personality's name, voice, signature, photograph, image, likeness, distinctive appearance, gestures, or mannerisms in any of the following:

(A) Literary works, theatrical works, musical compositions, film, radio, or television programs.

(B) Material that has political or newsworthy value.

(C) Original works of fine art.

(D) Promotional material or an advertisement for a news reporting or an entertainment medium that:

(i) uses all or part of a past edition of the medium's own broadcast or publication; and

(ii) does not convey or reasonably suggest that a personality endorses the news reporting or entertainment medium.

(E) An advertisement or commercial announcement for a use described in this subdivision.

(2) The use of a personality's name to truthfully identify the personality as:

(A) the author of a written work; or

(B) a performer of a recorded performance; under circumstances in which the written work or recorded performance is otherwise rightfully reproduced, exhibited, or broadcast.

(3) The use of a personality's:

(A) name;

(B) voice;

(C) signature;

(D) photograph;

(E) image;

(F) likeness;

(G) distinctive appearance;

(H) gestures; or

(I) mannerisms; in connection with the broadcast or reporting of an event or a topic of general or public interest.

**IC 32-36-1-2 "Commercial purpose" defined**

Sec. 2. As used in this chapter, "commercial purpose" means the use of an aspect of a personality's right of publicity as follows:

(1) On or in connection with a product, merchandise, goods, services, or commercial activities.

(2) For advertising or soliciting purchases of products, merchandise, goods, services, or for promoting commercial activities.

(3) For the purpose of fundraising.

**IC 32-36-1-3 "Name" defined**

Sec. 3. As used in this chapter, "name" means the actual or assumed name of a living or deceased natural person that is intended to identify the person.

**IC 32-36-1-4 "News reporting or an entertainment medium" defined**

Sec. 4. As used in this chapter, "news reporting or an entertainment medium" means a medium that publishes, broadcasts, or disseminates advertising in the normal course of its business, including the following:

(1) Newspapers.

(2) Magazines.

(3) Radio and television networks and stations.

(4) Cable television systems.

**IC 32-36-1-5 "Person" defined**

Sec. 5. As used in this chapter, "person" means a natural person, a partnership, a firm, a corporation, or an unincorporated association.

**IC 32-36-1-6 "Personality" defined**

Sec. 6. As used in this chapter, "personality" means a living or deceased natural person whose: (1) name; (2) voice; (3) signature (4) photograph; (5) image; (6) likeness; (7) distinctive appearance; (8) gesture; or (9) mannerisms; has commercial value, whether or not the person uses or authorizes the use of the person's rights of publicity for a commercial purpose during the person's lifetime.

**IC 32-36-1-7 "Right of publicity" defined**

Sec. 7. As used in this chapter, "right of publicity" means a personality's property interest in the personality's: (1) name; (2) voice; (3) signature; (4) photograph; (5) image; (6) likeness; (7) distinctive appearance; (8) gestures; or (9) mannerisms.

**IC 32-36-1-8 Consent to commercial purpose use of personality's right of publicity; duration of right**

Sec. 8. (a) A person may not use an aspect of a personality's right of publicity for a commercial purpose during the personality's lifetime or for one hundred (100) years after the date of the personality's death without having obtained previous written consent from a person specified in section 17 of this chapter.

(b) A written consent solicited or negotiated by an athlete agent (as defined in IC 25-5.2-1-2) from a student athlete (as defined in IC 25-5.2-1-2) is void if the athlete agent obtained the consent as the result of an agency contract that:

(1) was void under IC 25-5.2-2-2 or under the law of the state where the agency contract was entered into;

(2) was voided by the student athlete under IC 25-5.2-2-8 or a similar law in the state where the agency contract was entered into; or

(3) was entered into without the notice required under IC 35-46-4-4 or a similar law in the state where the agency contract was entered into.

(c) A written consent for an endorsement contract (as defined in IC 35-46-4-1.5) is void if notice is not given as required by IC 35-46-4-4 or a similar law in the state where the endorsement contract is entered into.

**IC 32-36-1-9 Jurisdictional acts**

Sec. 9. A person who:

- (1) engages in conduct within Indiana that is prohibited under section 8 of this chapter;
- (2) creates or causes to be created within Indiana goods, merchandise, or other materials prohibited under section 8 of this chapter;
- (3) transports or causes to be transported into Indiana goods, merchandise, or other materials created or used in violation of section 8 of this chapter; or
- (4) knowingly causes advertising or promotional material created or used in violation of section 8 of this chapter to be published, distributed, exhibited, or disseminated within Indiana; submits to the jurisdiction of Indiana courts.

**IC 32-36-1-10 Damages**

Sec. 10. A person who violates section 8 of this chapter may be liable for any of the following:

- (1) Damages in the amount of:
  - (A) one thousand dollars (\$1,000); or
  - (B) actual damages, including profits derived from the unauthorized use; whichever is greater.
- (2) Treble or punitive damages, as the injured party may elect, if the violation under section 8 of this chapter is knowing, willful, or intentional.

**IC 32-36-1-11 Profits derived from unauthorized use; proof**

Sec. 11. In establishing the amount of the profits under section 10(1)(B) of this chapter:

- (1) the plaintiff is required to prove the gross revenue attributable to the unauthorized use; and
- (2) the defendant is required to prove properly deductible expenses.

**IC 32-36-1-12 Additional remedies**

Sec. 12. In addition to any damages awarded under section 10 of this chapter, the court:

- (1) shall award to the prevailing party reasonable attorney's fees, costs, and expenses relating to an action under this chapter; and
- (2) may order temporary or permanent injunctive relief, except as provided by section 13 of this chapter.

**IC 32-36-1-13 Injunctive relief; enforceability against news reporting or entertainment medium**

Sec. 13. Injunctive relief is not enforceable against a news reporting or an entertainment medium that has:

- (1) contracted with a person for the publication or broadcast of an advertisement; and
- (2) incorporated the advertisement in tangible form into material that has been prepared for broadcast or publication.

**IC 32-36-1-14 Impoundment of materials pending resolution of action**

Sec. 14. (a) This section does not apply to a news reporting or an entertainment medium.

(b) During any period that an action under this chapter is pending, a court may order the impoundment of:

- (1) goods, merchandise, or other materials claimed to have been made or used in violation of section 8 of this chapter; and
- (2) plates, molds, matrices, masters, tapes, negatives, or other items from which goods, merchandise, or other materials described in subdivision (1) may be manufactured or reproduced.

(c) The court may order impoundment under subsection (b) upon terms that the court considers reasonable.

**IC 32-36-1-15 Destruction or other disposition of offending materials**

- Sec. 15. (a) This section does not apply to a news reporting or an entertainment medium.
- (b) As part of a final judgment or decree, a court may order the destruction or other reasonable disposition of items described in section 14 (b) of this chapter.

**IC 32-36-1-16 Property rights**

Sec. 16. The rights recognized under this chapter are property rights, freely transferable and descendible, in whole or in part, by the following: (1) Contract. (2) License. (3) Gift. (4) Trust. (5) Testamentary document. (6) Operation of the laws of intestate succession applicable to the state administering the estate and property of an intestate deceased personality, regardless of whether the state recognizes the property rights set forth under this chapter.

**IC 32-36-1-17 Exercise and enforcement of rights and remedies**

Sec. 17. (a) The written consent required by section 8 of this chapter and the rights and remedies set forth in this chapter may be exercised and enforced by:

- (1) a personality; or
- (2) a person to whom the recognized rights of a personality have been transferred under section 16 of this chapter.

(b) If a transfer of a personality's recognized rights has not occurred under section 16 of this chapter, a person to whom the personality's recognized rights are transferred under section 18 of this chapter may exercise and enforce the rights under this chapter and seek the remedies provided in this chapter.

**IC 32-36-1-18 Exercise and enforcement of rights and remedies following death of intestate personality; fractional interests**

Sec. 18. (a) Subject to sections 16 and 17 of this chapter, after the death of an intestate personality, the rights and remedies of this chapter may be exercised and enforced by a person who possesses a total of not less than one-half (1/2) interest of the personality's recognized rights.



(b) A person described in subsection (a) shall account to any other person in whom the personality's recognized rights have vested to the extent that the other person's interest may appear.

**IC 32-36-1-19 Termination of untransferred rights following personality's death**

Sec. 19. If:

- (1) a deceased personality's recognized rights under this chapter were not transferred by: (A) contract; (B) license; (C) gift; (D) trust; or (E) testamentary document; and
- (2) there are no surviving persons as described in section 17 of this chapter to whom the deceased personality's recognized rights pass by intestate succession; the deceased personality's rights set forth in this chapter terminate.

**IC 32-36-1-20 Rights and remedies supplemental to others provided by law**

Sec. 20. The rights and remedies provided for in this chapter are supplemental to any other rights and remedies provided by law.

**มฉฐเทกซัส**

**PROPERTY CODE**

**CHAPTER 26. USE OF A DECEASED INDIVIDUAL'S NAME, VOICE, SIGNATURE,  
PHOTOGRAPH, OR LIKENESS**

**§ 26.001. DEFINITIONS.** In this chapter:

(1) "Photograph" means a photograph or photographic reproduction, still or moving, videotape, or live television transmission of an individual in a manner that allows a person viewing the photograph with the naked eye to reasonably determine the identity of the individual.

(2) "Property right" means the property right created by this chapter.

(3) "Name" means the actual or assumed name used by an individual which, when used in conjunction with other information, is intended to identify a particular person.

(4) "Media enterprise" means a newspaper, magazine, radio station or network, television station or network, or cable television system.

**§ 26.002. PROPERTY RIGHT ESTABLISHED.**

An individual has a property right in the use of the individual's name, voice, signature, photograph, or likeness after the death of the individual.

**§ 26.003. APPLICABILITY.** This chapter applies to an individual:

- (1) alive on or after September 1, 1987, or who died before September 1, 1987, but on or after January 1, 1937; and
- (2) whose name, voice, signature, photograph, or likeness has commercial value at the time of his or her death or comes to have commercial value after that time.

**§ 26.004. TRANSFERABILITY.**

- (a) The property right is freely transferable, in whole or in part, by contract or by means of trust or testamentary documents.
- (b) The property right may be transferred before or after the death of the individual.

**§ 26.005. OWNERSHIP AFTER DEATH OF INDIVIDUAL.**

- (a) If the ownership of the property right of an individual has not been transferred at or before the death of the individual, the property right vests as follows:
  - (1) if there is a surviving spouse but there are no surviving children or grandchildren, the entire interest vests in the surviving spouse;
  - (2) if there is a surviving spouse and surviving children or grandchildren, one-half the interest vests in the surviving spouse and one-half the interest vests in the surviving children or grandchildren;
  - (3) if there is no surviving spouse, the entire interest vests in the surviving children of the deceased individual and the surviving children of any deceased children of the deceased individual; or

(4) if there is no surviving spouse, children, or grandchildren, the entire interest vests in the surviving parents of the deceased individual.

(b) The interests of the deceased individual's children and grandchildren are divided among them and exercisable on a per stirpes basis in the manner provided by Section 43, Texas Probate Code, according to the number of the deceased individual's children represented. If there is more than one child of a deceased child of the deceased individual, the share of a child of a deceased child may only be exercised by a majority of the children of the deceased child.

(c) If the property right is split among more than one person, those persons who own more than a one-half interest in the aggregate may exercise the right on behalf of all persons who own the right.

#### **§ 26.006. REGISTRATION OF CLAIM.**

(a) A person who claims to own a property right may register that claim with the secretary of state.

(b) The secretary of state shall provide a form for registration of a claim under this section. The form must be verified and must include:

- (1) the name and date of death of the deceased individual;
- (2) the name and address of the claimant;
- (3) a statement of the basis of the claim; and
- (4) a statement of the right claimed.

(c) The secretary of state may microfilm or reproduce by another technique a document filed under this section and destroy the original document.

(d) A document or a reproduction of a document filed under this section is admissible in evidence.

(e) The secretary of state may destroy all documents filed under this section after the 50th anniversary of the date of death of the individual whose property right they concern.

(f) The fee for filing a claim is \$25.

(g) A document filed under this section is a public record.

**§ 26.007. EFFECT OF REGISTRATION.**

(a) Registration of a claim is prima facie evidence of a valid claim to a property right.

(b) A registered claim is superior to a conflicting, unregistered claim unless a court invalidates the registered claim.

**§ 26.008. EXERCISE OF OWNERSHIP FOR FIRST YEAR FOLLOWING DEATH OF INDIVIDUAL.**

(a) Except as provided by Subsection (b), for the first year following the death of the individual a property right may be exercised, if authorized by law or an appointing court, by the following persons who may be appointed by a court for the benefit of the estate of the deceased individual:

- (1) an independent executor;
- (2) an executor;
- (3) an independent administrator;
- (4) a temporary or permanent administrator; or
- (5) a temporary or permanent guardian.

(b) For the first year following the death of the individual, an owner of a property right may exercise that right only if the owner registers a valid claim as provided by Section 26.006.

**§ 26.009. EXERCISE OF OWNERSHIP AFTER FIRST YEAR FOLLOWING DEATH OF INDIVIDUAL.**

After the first year following the death of the individual, an owner of a property right may exercise that right whether or not the owner has registered a claim as provided by Section 26.006.

**§ 26.010. TERMINATION.**

A property right expires on the first anniversary of the date of death of the individual if:

- (1) the individual has not transferred the right; and
- (2) a surviving person under Section 26.005 does not exist.

**§ 26.011. UNAUTHORIZED USES.**

Except as provided by Section 26.012, a person may not use, without the written consent of a person who may exercise the property right, a deceased individual's name, voice, signature, photograph, or likeness in any manner, including:

- (1) in connection with products, merchandise, or goods; or
- (2) for the purpose of advertising, selling, or soliciting the purchase of products, merchandise, goods, or services.

**§ 26.012. PERMITTED USES.**

(a) A person may use a deceased individual's name, voice, signature, photograph, or likeness in:

- (1) a play, book, film, radio program, or television program;
- (2) a magazine or newspaper article;
- (3) material that is primarily of political or newsworthy value;
- (4) single and original works of fine art; or

(5) an advertisement or commercial announcement concerning a use under this subsection.

(b) A media enterprise may use a deceased individual's name, voice, signature, photograph, or likeness in connection with the coverage of news, public affairs, a sporting event, or a political campaign without consent. Any use other than the above by a media enterprise of a deceased individual's name, voice, signature, photograph, or likeness shall require consent if the material constituting the use is integrally and directly connected with commercial sponsorship or paid advertising. No consent shall be required for the use of the deceased individual's name,

voice, signature, photograph, or likeness by a media enterprise if the broadcast or article is not commercially sponsored or does not contain paid advertising.

(c) A person who is an owner or employee of a media enterprise, including a newspaper, magazine, radio station or network, television station or network, cable television system, billboard, or transit ad, that is used for advertising a deceased individual's name, voice, signature, photograph, or likeness in a manner not authorized by this section is not liable for damages as provided by this section unless the person:

(1) knew that the use was not authorized by this section; or

(2) used the deceased individual's name, voice, signature, photograph, or likeness in a manner primarily intended to advertise or promote the media enterprise itself.

(d) A person may use a deceased individual's name, voice, signature, photograph, or likeness in any manner after the 50th anniversary of the date of the individual's death.

#### **§ 26.013. LIABILITY FOR UNAUTHORIZED USE.**

(a) A person who uses a deceased individual's name, voice, signature, photograph, or likeness in a manner not authorized by this chapter is liable to the person who owns the property right for:

(1) the amount of any damages sustained, as a result of the unauthorized use, by the person who owns the property right or \$2,500, whichever is greater;

(2) the amount of any profits from the unauthorized use that are attributable to that use;

(3) the amount of any exemplary damages that may be awarded; and

(4) reasonable attorney's fees and expenses and court costs incurred in recovering the damages and profits established by this section.

(b) The amount of profits under Subsection (a)(2) may be established by a showing of the gross revenue attributable to the unauthorized use minus any expenses that the person who committed the unauthorized use may prove.

**§ 26.014. OTHER RIGHTS NOT AFFECTED.**

This chapter does not affect a right an individual may have in the use of the individual's name, voice, signature, photograph, or likeness before the death of the individual.

**§ 26.015. DEFENSES TO LIABILITY.**

A person shall not be liable for damages under this chapter if he has acted in reliance on the results of a probate proceeding governing the estate of the deceased personality in question.

โอคลาโฮมา

Oklahoma.Stat.tit. 12,1448,1449

**§12-1448. Deceased personality's right of publicity - Unauthorized use - Claims - Exemptions.**

A. Any person who uses a deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods, or services, without prior consent from the person or persons specified in subsection C of this section, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof, and any profits from the unauthorized use that are attributable to the use shall be taken into account in computing the actual damages. In establishing these profits, the injured party or parties shall be required to present proof only of the gross revenue attributable to the use and the person who violated this section is required to prove his or her deductible expenses. Punitive damages may also be awarded to the injured party or parties. The prevailing party or parties in any action under this section shall also be entitled to attorney's fees and costs.

B. The rights recognized under this section are property rights, freely transferable, in whole or in part, by contract or by means of trust or testamentary documents, whether the transfer occurs before the death of the deceased personality, by the deceased personality or his or her transferees, or, after the death of the deceased personality, by the person or persons in whom such rights vest under this section or the transferees of that person or persons.

C. The consent required by this section shall be exercisable by the person or persons to whom such right of consent (or portion thereof) has been transferred in accordance with subsection B of this section, or if no such transfer has occurred, then by the person or persons to whom such right of consent (or portion thereof) has passed in accordance with subsection D of this section.

D. Subject to subsections B and C of this section, after the death of any person, the rights under this section shall belong to the decedents' spouse, issue, or parents in accordance with Section 213 of Title 84 of the Oklahoma Statutes. Said rights shall be exercised on behalf of and for the benefit of all those persons, by those persons who, in the aggregate, are entitled to more than a one-half (1/2) interest in such rights.

E. If any deceased personality does not transfer his or her rights under this section by contract, or by means of a trust or testamentary document, and there are no surviving persons as described in subsection D of this section, then the rights set forth in subsection A of this section shall terminate.

F. 1. A successor-in-interest to the rights of a deceased personality under this section or a licensee thereof may not recover damages for a use prohibited by this section that occurs before the successor-in-interest or licensee registers a claim of the rights under paragraph 2 of this subsection.

2. Any person claiming to be a successor-in-interest to the rights of a deceased personality under this section or a licensee thereof may register that claim with the Secretary of State on a form prescribed by the Secretary of State and upon payment of a fee of Ten Dollars (\$10.00). The form shall be verified and shall include the name and date of death of the deceased personality, the name and address of the claimant, the basis of the claim, and the rights claimed.

3. Upon receipt and after filing of any document under this section, the Secretary of State may microfilm or reproduce by other techniques any of the filings or documents and destroy the original filing or document. The microfilm or other reproduction of any document under the provision of this section shall be admissible in any court of law. The microfilm or other reproduction of any document may be destroyed by the Secretary of State fifty (50) years after the death of the personality named therein.

4. Claims registered under this subdivision shall be public records.



G. No action shall be brought under this section by reason of any use of a deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness occurring after the expiration of one hundred (100) years from the death of the deceased personality.

H. As used in this section, "deceased personality" means any natural person whose name, voice, signature, photograph, or likeness has commercial value at the time of his or her death, whether or not during the lifetime of that natural person the person used his or her name, voice, signature, photograph, or likeness on or in products, merchandise or goods, or for purposes of advertising or selling, or solicitation of purchase of, products, merchandise, goods, or services. A "deceased personality" shall include, without limitation, any such natural person who has died within fifty (50) years prior to January 1, 1986.

I. As used in this section, "photograph" means any photograph or photographic reproduction, still or moving, or any videotape or live television transmission, of any person, such that the deceased personality is readily identifiable. A deceased personality shall be deemed to be readily identifiable from a photograph when one who views the photograph with the naked eye can reasonably determine who the person depicted in the photograph is.

J. For purposes of this section, a use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in connection with any news, public affairs, or sports broadcast or account, or any political campaign, shall not constitute a use for which consent is required under subsection A of this section.

K. The use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in a commercial medium shall not constitute a use for which consent is required under subsection A of this section solely because the material containing such use is commercially sponsored or contains paid advertising. Rather it shall be a question of fact whether or not the use of the deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness was so directly connected with the commercial sponsorship or with the paid advertising as to constitute a use for which consent is required under subsection A of this section.

L. Nothing in this section shall apply to the owners or employees of any medium used for advertising, including, but not limited to, newspapers, magazines, radio and television networks and stations, cable television systems, billboards, and transit ads, by whom any advertisement or solicitation in violation of this section is published or disseminated, unless it is established that such owners or employees had knowledge of the unauthorized use of the deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness as prohibited by this section.

M. The remedies provided for in this section are cumulative and shall be in addition to any others provided for by law.

N. This section shall not apply to the use of a deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any of the following instances:

1. A play, book, magazine, newspaper, musical composition, exhibit, display, film, radio or television program, other than an advertisement or commercial announcement not exempt under paragraph 4 of this subsection;
2. Material that is of political or newsworthy value;
3. Single and original works of fine art; and
4. An advertisement or commercial announcement for a use permitted by paragraph 1, 2 or 3 of this subsection.

**§12-1449. Unauthorized use of another person's rights of publicity - Damages - Consent - Presumptions - Fact questions - Exemptions.**

A. Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods, or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof, and any profits from the unauthorized use that are attributable to the use shall be taken into account in computing the actual damages. In establishing such profits, the injured party or parties are required to present proof only of the gross revenue attributable to such use, and the person who violated this section is required to prove his or her deductible expenses.

Punitive damages may also be awarded to the injured party or parties. The prevailing party in any action under this section shall also be entitled to attorney's fees and costs.

B. As used in this section, "photograph" means any photograph or photographic reproduction, still or moving, or any videotape or live television transmission, of any person, such that the person is readily identifiable.

1. A person shall be deemed to be readily identifiable from a photograph when one who views the photograph with the naked eye can reasonably determine that the person depicted in the photograph is the same person who is complaining of its unauthorized use.

2. If the photograph includes more than one person so identifiable, then the person or persons complaining of the use shall be represented as individuals rather than solely as members of a definable group represented in the photograph. A definable group includes, but is not limited to, the following examples: A crowd at any sporting event, a crowd in any street or public building, the audience at any theatrical or stage production, a glee club, or a baseball team.

3. A person or persons shall be considered to be represented as members of a definable group if they are represented in the photograph solely as a result of being present at the time the photograph was taken and have not been singled out as individuals in any manner.

C. Where a photograph or likeness of an employee of the person using the photograph or likeness appearing in the advertisement or other publication prepared by or in behalf of the user is only incidental, and not essential, to the purpose of the publication in which it appears, there shall arise a rebuttable presumption affecting the burden of producing evidence that the failure to obtain the consent of the employee was not a knowing use of the employee's photograph or likeness.

D. For purposes of this section, a use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in connection with any news, public affairs, or sports broadcast or account, or any political campaign, shall not constitute a use for which consent is required under subsection A of this section.

E. The use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in a commercial medium shall not constitute a use for which consent is required under subsection A of this section solely because the material containing such use is commercially sponsored or contains paid advertising. Rather it shall be a question of fact whether or not the use of the person's name, voice, signature, photograph, or likeness was so directly connected with the commercial sponsorship or with the paid advertising as to constitute a use for which consent is required under subsection A of this section.

F. Nothing in this section shall apply to the owners or employees of any medium used for advertising, including, but not limited to, newspapers, magazines, radio and television networks and stations, cable television systems, billboards, and transit ads, by whom any advertisement or solicitation in violation of this section is published or disseminated, unless it is established that such owners or employees had knowledge of the unauthorized use of the person's name, voice, signature, photograph, or likeness as prohibited by this section.

G. The remedies provided for in this section are cumulative and shall be in addition to any others provided for by law.

## มลรัฐวอชิงตัน

### Chapter 63.60 RCW

#### Personality rights

#### **63.60.010 Use of name, voice, signature, photograph, or likeness is a property right.**

Every individual or personality, as the case may be, has a property right in the use of his or her name, voice, signature, photograph, or likeness, and such right shall be freely transferable, assignable, and licensable, in whole or in part, by any otherwise permissible form of inter vivos or testamentary transfer, including without limitation a will, trust, contract, community property agreement, or cotenancy with survivorship provisions or payable-on-death provisions, or, if none is applicable, under the laws of intestate succession applicable to interests in intangible personal property. The property right does not expire upon the death of the individual or personality, as the case may be. The right exists whether or not it was commercially exploited by the individual or the personality during the individual's or the personality's lifetime.

**63.60.020 Definitions.**

Unless the context clearly requires otherwise, the definitions in this section apply throughout this chapter.

(1) "Deceased personality" means any individual whose name, voice, signature, photograph, or likeness had commercial value at the time of his or her death, whether or not during the lifetime of that individual he or she used his or her name, voice, signature, photograph, or likeness on or in products, merchandise or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting the purchase or sale of, products, merchandise, goods, or services. A "deceased personality" includes, without limitation, any such individual who has died within fifty years before January 1, 1998.

(2) "Fund raising" means an organized activity to solicit donations of money or other goods or services from persons or entities by an organization, company, or public entity. A fund-raising activity does not include a live, public performance by an individual or group of individuals for which money is received in solicited or unsolicited gratuities.

(3) "Individual" means a natural person, living or dead.

(4) "Likeness" means an image, painting, sketching, model, diagram, or other clear representation, other than a photograph, of an individual's face, body, or parts thereof, or the distinctive appearance, gestures, or mannerisms of an individual.

(5) "Name" means the actual or assumed name, or nickname, of a living or deceased individual that is intended to identify that individual.

(6) "Person" means any natural person, firm, association, partnership, corporation, joint stock company, syndicate, receiver, common law trust, conservator, statutory trust, or any other concern by whatever name known or however organized, formed, or created, and includes not-for-profit corporations, associations, educational and religious institutions, political parties, and community, civic, or other organizations.

(7) "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 purposes of advertising or selling, or solicitation of purchase of, products, merchandise, goods, or services.

(8) "Photograph" means any photograph or photographic reproduction, still or moving, or any videotape, online or live television transmission, of any individual, so that the individual is readily identifiable.

(9) "Signature" means the one handwritten or otherwise legally binding form of an individual's name, written or authorized by that individual, that distinguishes the individual from all others.

**63.60.030 Right is transferable, assignable, and licensable - Does not expire upon death - Exists without exploitation during lifetime.**

(1) Every individual or personality, as the case may be, has a property right in the use of his or her name, voice, signature, photograph, or likeness, and such right shall be freely transferable, assignable, and licensable, in whole or in part, by contract or inter vivos transfer, and shall not expire upon the death of the individual or personality, as the case may be, so protected but shall pass:

(a) Under the deceased individual's or personality's, as the case may be, last will and testament or, if none, then under the laws of intestate succession applicable to interests in intangible personal property of the individual's or personality's, as the case may be, domicile; or

(b) If the individual or personality, as the case may be, transferred or assigned any interest in the personality rights during his or her life, then the transferred or assigned interest shall pass as follows:

(i) If the transferred or assigned interest was held in trust, in accordance with the terms of the trust;

(ii) If the interest is subject to a cotenancy with any survivorship provisions or payable-on-death provisions, in accordance with those provisions;

(iii) If the interest is subject to any contract, including without limitation a community property agreement, in accordance with the terms of the applicable contract or contracts;

(iv) If the interest has been transferred or assigned to a third person in a form that is not addressed earlier in this section, then the interest may be transferred, assigned, or licensed by such third person, in whole or in part, by any otherwise permissible form of inter vivos or testamentary transfer or, if none is applicable, under the laws of intestate succession applicable to interests in intangible personal property of the third person's domicile.

(2) A property right exists whether or not such rights were commercially exploited by the individual or the personality during the individual's or the personality's, as the case may be, lifetime.

**63.60.040 Right is exclusive for individuals and personalities.**

(1) For individuals, except to the extent that the individual may have assigned or licensed such rights, the rights protected in this chapter are exclusive to the individual, subject to the assignment or licensing of such rights, during such individual's lifetime and are exclusive to the persons entitled to such rights under RCW 63.60.030 for a period of ten years after the death of the individual except to the extent that the persons entitled to such rights under RCW 63.60.030 may have assigned or licensed such rights to others.

(2) For personalities, except to the extent that the personality may have assigned or licensed such rights, the rights protected in this chapter are exclusive to the personality, subject to the assignment or licensing of such rights, during such personality's lifetime and to the persons entitled to such rights under RCW 63.60.030 for a period of seventy-five years after the death of the personality except to the extent that the persons entitled to such rights under RCW 63.60.030 may have assigned or licensed such rights to others.

(3) The rights granted in this chapter may be exercised by a personal representative, attorney in fact, parent of a minor child, or guardian, or as authorized by a court of competent jurisdiction. The terms "personal representative," "attorney in fact," and "guardian" shall have the same meanings in this chapter as they have in Title 11 RCW.

**63.60.050 Infringement of right — Use without consent — Profit or not for profit.**

Any person who uses or authorizes the use of a living or deceased individual's or personality's name, voice, signature, photograph, or likeness, on or in goods, merchandise, or products entered into commerce in this state, or for purposes of advertising products, merchandise, goods, or services, or for purposes of fund raising or solicitation of donations, or if any person disseminates or publishes such advertisements in this state, without written or oral, express or implied consent of the owner of the right, has infringed such right. An infringement may occur under this section without regard to whether the use or activity is for profit or not for profit.

**63.60.060 Infringement of right — Superior courts — Injunctions — Liability for damages and profits — Impoundment — Destruction — Attorneys' fees.**

(1) The superior courts of this state may grant injunctions on reasonable terms to prevent or restrain the unauthorized use of the rights in a living or deceased individual's or personality's name, voice, signature, photograph, or likeness.

(2) Any person who infringes the rights under this chapter shall be liable for the greater of one thousand five hundred dollars or the actual damages sustained as a result of the infringement, and any profits that are attributable to the infringement and not taken into account when calculating actual damages. To prove profits under this section, the injured party or parties must submit proof of gross revenues attributable to the infringement, and the infringing party is required to prove his or her deductible expenses. For the purposes of computing statutory damages, use of a name, voice, signature, photograph, and/or likeness in or related to one work constitutes a single act of infringement regardless of the number of copies made or the number of times the name, voice, signature, photograph, or likeness is displayed.

(3) At any time while an action under this chapter is pending, the court may order the impounding, on reasonable terms, of all materials or any part thereof claimed to have been made or used in violation of the injured party's rights, and the court may enjoin the use of all plates, molds, matrices, masters, tapes, film negatives, or other articles by means of which such materials may be reproduced.



(4) As part of a final judgment or decree, the court may order the destruction or other reasonable disposition of all materials found to have been made or used in violation of the injured party's rights, and of all plates, molds, matrices, masters, tapes, film negatives, or other articles by means of which such materials may be reproduced.

(5) The prevailing party may recover reasonable attorneys' fees, expenses, and court costs incurred in recovering any remedy or defending any claim brought under this section.

(6) The remedies provided for in this section are cumulative and are in addition to any others provided for by law.

**63.60.070 Exemptions from use restrictions — When chapter does not apply.**

(1) For purposes of RCW 63.60.050, the use of a name, voice, signature, photograph, or likeness in connection with matters of cultural, historical, political, religious, educational, newsworthy, or public interest, including, without limitation, comment, criticism, satire, and parody relating thereto, shall not constitute a use for which consent is required under this chapter. A matter exempt from consent under this subsection does not lose such exempt status because it appears in the form of a paid advertisement if it is clear that the principal purpose of the advertisement is to comment on such matter.

(2) This chapter does not apply to the use or authorization of use of an individual's or personality's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any of the following:

(a) Single and original works of fine art, including but not limited to photographic, graphic, and sculptural works of art that are not published in more than five copies;

(b) A literary work, theatrical work, musical composition, film, radio, online or television program, magazine article, news story, public affairs report, or sports broadcast or account, or with any political campaign when the use does not inaccurately claim or state an endorsement by the individual or personality;

(c) An advertisement or commercial announcement for a use permitted by subsections (1) and (7) of this section and (a) or (b) of this subsection;

(d) An advertisement, commercial announcement, or packaging for the authorized sale, distribution, performance, broadcast, or display of a literary, musical, cinematographic, or other artistic work using the name, voice, signature, photograph, or likeness of the writer, author, composer, director, actor, or artist who created the work, where such individual or personality consented to the use of his or her name, voice, signature, photograph, or likeness on or in connection with the initial sale, distribution, performance, or display thereof; and

(e) The advertisement or sale of a rare or fine product, including but not limited to books, which incorporates the signature of the author.

(3) It is no defense to an infringement action under this chapter that the use of an individual's or personality's name, voice, signature, photograph, or likeness includes more than one individual or personality so identifiable. However, the individuals or personalities complaining of the use shall not bring their cause of action as a class action.

(4) RCW 63.60.050 does not apply to the owners or employees of any medium used for advertising, including but not limited to, newspapers, magazines, radio and television stations, on-line service providers, billboards, and transit ads, who have published or disseminated any advertisement or solicitation in violation of this chapter, unless the advertisement or solicitation was intended to promote the medium itself.

(5) This chapter does not apply to a use or authorization of use of an individual's or personality's name that is merely descriptive and used fairly and in good faith only to identify or describe something other than the individual or personality, such as, without limitation, to describe or identify a place, a legacy, a style, a theory, an ownership interest, or a party to a transaction or to accurately describe the goods or services of a party.

(6) This chapter does not apply to the use of an individual's or personality's name, voice, signature, photograph, or likeness when the use of the individual's or personality's name, voice, signature, photograph, or likeness is an insignificant, de minimis, or incidental use.

(7) This chapter does not apply to the distribution, promotion, transfer, or license of a photograph or other material containing an individual's or personality's name, voice, signature, photograph, or likeness to a third party for use in a manner which is lawful under this chapter, or to a third party for further distribution, promotion, transfer, or license for use in a manner which is lawful under this chapter.

**63.60.080 Community property rights.**

Nothing contained in this chapter is intended to invalidate any community property rights.

DRAFT

**ประวัติผู้เขียน****ชื่อ-นามสกุล****ประวัติการศึกษา****ปรุพี คำควร****ปริญญาตรีมหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา พ.ศ. 2544****เนติบัณฑิตไทย สมัย 55 พ.ศ. 2545****ทนายความ รุ่นที่ 20**

D  
P  
U