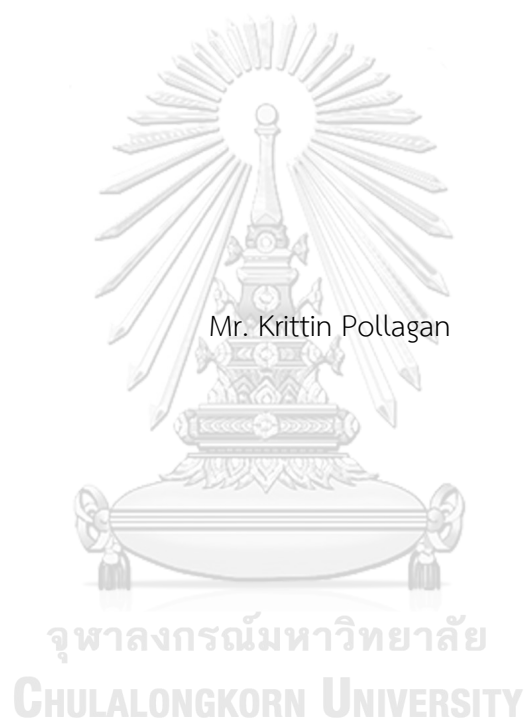


ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้ล่วงลับ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2561  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS ON PROTECTION OF THE RIGHT OF PUBLICITY OF DECEASED PERSON



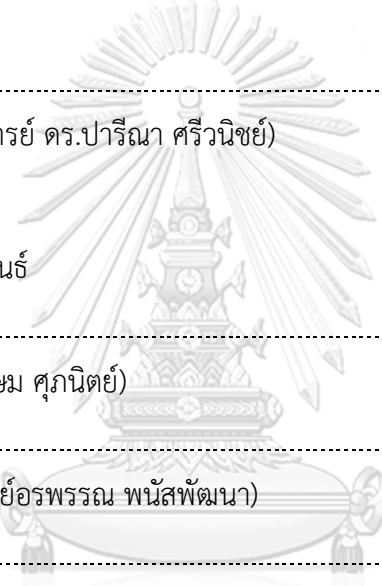
A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws in Laws  
Common Course  
Faculty of Law  
Chulalongkorn University  
Academic Year 2018  
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของ
	บุคคลผู้ล่วงลับ
โดย	นายกฤติน พลภรณ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ  
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

.....	คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)	
คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์	ประธานกรรมการ
.....	
(ศาสตราจารย์สุขุม ศุภนิത്യ)	อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
.....	
(รองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา)	กรรมการ
.....	
(ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)	กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
.....	
(อาจารย์จิตรลดา เสงยศமாக)	



CHULALONGKORN UNIVERSITY

กฤติน พลภรณ์ : ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้ล่วงลับ.  
( PROBLEMS ON PROTECTION OF THE RIGHT OF PUBLICITY OF DECEASED  
PERSON) อ.ที่ปรึกษาหลัก : รศ.อรพรรณ พันธ์พัฒนา

ปัจจุบันมีการใช้ภาพ ชื่อ เสียง และภาพลักษณ์อื่นๆ ของผู้ล่วงลับในการขายหรือโฆษณา  
สินค้าและบริการ ตลอดจนการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ในรูปแบบต่างๆ เนื่องจากภาพลักษณ์  
ของผู้ล่วงลับเหล่านั้นสามารถช่วยให้สินค้าหรือบริการได้รับความสนใจจากผู้บริโภคได้ ซึ่งกฎหมาย  
ในหลายประเทศมีการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ให้แก่บุคคลตั้งแต่ตอนที่ยังมีชีวิตอยู่  
ขยายไปจนถึงเมื่อบุคคลนั้นได้ล่วงลับไปแล้ว โดยให้สิทธิแก่ทายาทของผู้ล่วงลับในการควบคุมการ  
ใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับ รวมทั้งมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนและส่วนแบ่งค่าตอบแทนจากผู้  
นำภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ อาทิเช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย  
ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาว่ากฎหมายของประเทศไทยที่บังคับใช้ใน  
ปัจจุบัน สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้ล่วงลับได้อย่างชัดเจน  
และเพียงพอหรือไม่ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ในกรณีการใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับในเชิงพาณิชย์  
นั้น ยังไม่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิในการใช้ภาพลักษณ์และการได้รับค่าตอบแทนไว้ สิทธิ  
เหล่านี้จึงไม่มีสถานะเป็นทรัพย์สินและไม่อาจตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาท

โดยผู้เขียนได้เสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่  
ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้ล่วงลับ สำหรับกรณีการนำภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้แสวงหาประโยชน์  
ในเชิงพาณิชย์ โดยรับรองให้สิทธินี้เป็นทรัพย์สินอันอาจตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทได้ และให้  
ทายาทเป็นผู้มีสิทธิควบคุมการใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับ ตลอดจนมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน  
และค่าตอบแทนจากผู้ให้นำภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้ในเชิงพาณิชย์

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ลายมือชื่อนิติ .....  
.....

ปีการศึกษา 2561

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 5885952634 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Publicity right, Personality right, Post-humous right, Post-mortem right

Krittin Pollagan : PROBLEMS ON PROTECTION OF THE RIGHT OF PUBLICITY OF DECEASED PERSON. Advisor: Assoc. Prof. Orabhund Panuspatthna

Pictures, names, voices, and other likeness of deceased persons are used for sale or advertisement of products or services and other commercial purposes because the ability to attract customers. Laws in many countries recognize and protect the publicity right for living persons and extend the same for deceased persons by entitling their heirs to control the publicity of the deceased persons and compensation from those who commercially exploit the personality of deceased persons; for example, in California of the USA, and in Germany.

This thesis studied as to whether the existing laws in Thailand sufficiently protect the publicity right of the deceased persons. The study found that the existing laws in Thailand has not recognized and protected the publicity right in commercial aspect and has not regarded the right as a descendible property.

This thesis proposes an enactment of a law to recognize and protect the publicity right of the deceased persons from being commercially exploited, by regarding such right as a property which can legally be descended and entitling their heirs to control the use of their personalities and to receive the compensation from those who commercially exploit personalities of the deceased persons.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2018

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาจากท่านรองศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา ผู้รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์เล่มนี้ และได้ให้คำปรึกษาและคำแนะนำอันเป็นประโยชน์ ทั้งในด้านเนื้อหาสาระและการเรียบเรียง ตลอดจนให้ความสนใจเมตตาในการตรวจทานเนื้อหาในแต่ละบท และให้กำลังใจแก่ผู้เขียนในการศึกษาวิจัย จนกระทั่งวิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงได้ในที่สุด

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์สุขุม ศุภนิธย์ ท่านอาจารย์ ดร. กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ และท่านอาจารย์จิตระลดา เสงยสมาก สำหรับคำแนะนำและข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์ยิ่งแก่การศึกษาวิจัย ทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีเนื้อหาที่สมบูรณ์และครบถ้วนมากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต และเจ้าหน้าที่ประจำศูนย์กฎหมายเพื่อประชาชน ที่คอยให้ความช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกแก่ผู้เขียนในทุกขั้นตอนของการทำวิทยานิพนธ์

ขอขอบคุณนายศรัณย์ พิมพ้งาม สำหรับประเด็นทางกฎหมายที่นำมาสู่หัวข้อวิทยานิพนธ์เล่มนี้ และขอขอบคุณนางสาวณัฐนิช รุจิรัตน์เจริญ สำหรับคำปรึกษาแนะนำและกำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียนเสมอมา

สุดท้ายนี้ ขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาของผู้เขียน ตลอดจนสมาชิกในสกุลพลกรรณ สำหรับความเป็นห่วงเป็นใยและกำลังใจที่มอบให้แก่ผู้เขียนเสมอมา และขอขอบคุณนายณัฐดนัย มีรัตน์ ที่เป็นกัลยาณมิตรและอุปถัมภ์ค้ำจุนผู้เขียนด้วยความอดทน ตลอดระยะเวลาในการทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

กฤติน พลกรรณ

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ช
สารบัญรูปภาพ.....	ฅ
บทที่ 1 บทนำ.....	17
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	17
1.2 สมมติฐานของการวิจัย.....	18
1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	19
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	19
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย.....	19
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	19
บทที่ 2 สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง.....	21
2.1 แนวความคิดในการหาประโยชน์จากบุคคล.....	21
2.1.1 แนวความคิดในการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์.....	21
2.1.2 บุคคลผู้มีชื่อเสียง.....	22
2.1.2.1 ความหมายของบุคคลผู้มีชื่อเสียง.....	22
2.1.2.2 ประเภทของบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ถูกนำมาใช้ในการแนะนำสินค้า.....	22
2.1.3 การนำบุคคลมาใช้ในการเพิ่มมูลค่าสินค้า.....	26
2.1.3.1 การนำชื่อของบุคคลมาใช้เพิ่มมูลค่าสินค้า.....	26

2.1.3.2	การนำภาพของบุคคลมาใช้เพิ่มมูลค่าสินค้า .....	27
2.1.3.3	การนำเสียงของบุคคลมาใช้เพิ่มมูลค่าสินค้า .....	28
2.1.4	การแสวงหาประโยชน์จากบุคคลโดยวิธีอื่นที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ .....	28
2.1.5	แนวคิดเรื่องการสร้างตราสินค้าตัวบุคคล .....	29
2.1.6	สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคล .....	31
2.2	การแสวงหาประโยชน์จากผู้ล่งลับ .....	32
2.2.1	แนวคิดเรื่องการคุ้มครองการเผยแพร่ของผู้ล่งลับ .....	34
2.2.2	การแสวงหาประโยชน์ทางการค้าจากผู้ล่งลับที่มีชื่อเสียง .....	35
2.2.2.1	การนำผู้ล่งลับมาใช้ในการโฆษณา .....	35
2.2.2.2	การนำผู้ล่งลับมาใช้ในการสร้างสรรค์ผลงาน .....	36
2.2.2.3	การแสวงหาประโยชน์ทางการค้าจากผู้ล่งลับที่มีชื่อเสียงเพราะการตาย .....	40
2.2.3	ธุรกิจจัดการดูแลผลประโยชน์ของผู้มีชื่อเสียงที่ล่งลับ .....	41
บทที่ 3	การคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับในต่างประเทศ .....	44
3.1	การคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา .....	44
3.1.1	ความเป็นมาของการคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ .....	44
3.1.1.1	เหตุผลในการยอมรับและคุ้มครอง .....	54
(1)	เหตุผลด้านศีลธรรม .....	54
(2)	เหตุผลด้านเศรษฐกิจ .....	55
(3)	เหตุผลด้านประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรทางเศรษฐกิจ ...	57
(4)	เหตุผลด้านเป้าหมายในการกระจายความมั่งคั่ง .....	58
(5)	เหตุผลด้านการตัดสินใจอย่างมีเหตุผลของผู้บริโภค .....	59
3.1.1.2	ทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองการเผยแพร่ของผู้ล่งลับ .....	59
(1)	ทฤษฎีผลประโยชน์ .....	60
(2)	ทฤษฎีเจตนา .....	61



3.1.2	หลักกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองการเผยแพร่ของผู้ล่งลับ.....	62
3.1.2.1	หลักกฎหมายคอมมอนลอว์.....	65
3.1.2.2	กฎหมายลายลักษณ์อักษร.....	69
3.1.3	วัตถุประสงค์ที่ได้รับการคุ้มครอง.....	70
3.1.3.1	ชื่อของผู้ล่งลับ.....	71
3.1.3.2	เสียงของผู้ล่งลับ.....	71
3.1.3.3	ภาพถ่ายของผู้ล่งลับ.....	72
3.1.3.4	ความคล้ายของผู้ล่งลับ.....	73
3.1.4	ขอบเขตความคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ.....	77
3.1.4.1	เงื่อนไขของผู้ล่งลับที่ได้รับการคุ้มครอง.....	77
3.1.4.2	การกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่.....	78
3.1.4.3	ข้อยกเว้นความรับผิด.....	78
3.1.5	ผู้ทรงสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ.....	83
3.1.5.1	ทายาทตามที่กฎหมายบัญญัติ.....	83
3.1.5.2	ผู้รับโอนสิทธิ.....	84
3.1.6	การเยียวยาผู้ถูกละเมิดสิทธิ.....	85
3.1.7	ความระงับแห่งสิทธิ.....	89
3.1.7.1	ระยะเวลาความคุ้มครอง.....	89
3.1.7.2	กรณีผู้ล่งลับไม่มีผู้รับโอนและผู้สืบทอดสิทธิ.....	92
3.1.8	ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สิทธิในการเผยแพร่.....	92
3.1.8.1	การบังคับใช้กฎหมายในช่วงเริ่มต้นที่มีการใช้บังคับ.....	92
3.1.8.2	ถ้อยคำในต้วบทกฎหมายที่ฟุ่มเฟือยจนเกินไป.....	93
3.1.8.3	ความไม่ชัดเจนในการตีความข้อยกเว้น.....	94
3.1.8.4	ความไม่ทันสมัยของขอบเขตการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่.....	96

3.1.8.5	ความไม่เป็นเอกภาพของกฎหมายที่ใช้บังคับ.....	97
3.1.8.6	การขัดกันระหว่างกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่กับเสรีภาพตาม รัฐธรรมนูญ.....	98
3.1.8.7	ความไม่สอดคล้องระหว่างสิทธิเผยแพร่และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ....	102
	(1) สิทธิในการเผยแพร่และเครื่องหมายการค้า.....	103
	(2) สิทธิในการเผยแพร่และลิขสิทธิ์ .....	104
3.1.9	สิทธิในการเผยแพร่และกฎหมายคุ้มครองการแข่งขันทางการค้า .....	109
3.2	การคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี .....	113
3.2.1	ความเป็นมาของการคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ.....	113
	3.2.1.1 การคุ้มครองสิทธิเผยแพร่ภาพลักษณ์เพื่อคุ้มครองความเป็นส่วนตัว .....	114
	3.2.1.2 การคุ้มครองสิทธิเผยแพร่ภาพลักษณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์เชิงพาณิชย์.....	118
3.2.2	หลักกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ.....	120
	3.2.2.1 Act on Protection of Copyright in Works of Art and Photographs (Kunsturheberrechtsgesetz – KUG).....	120
	3.2.2.2 สิทธิในชื่อของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่ง .....	122
	3.2.2.3 สิทธิในความเป็นบุคคล .....	123
	(1) ความหมายของสิทธิในความเป็นบุคคล.....	123
	(2) ที่มาของการให้ความคุ้มครอง .....	128
	(3) การพิจารณาและวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นบุคคล .....	130
3.2.3	วัตถุประสงค์สิทธิที่ได้รับการคุ้มครอง.....	131
	3.2.3.1 วัตถุประสงค์สิทธิตาม KUG .....	131
	3.2.3.2 วัตถุประสงค์สิทธิตามสิทธิในความเป็นบุคคล .....	132
3.2.4	ขอบเขตความคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ.....	133
	3.2.4.1 เจื่อนใจของผู้ล่งลับที่ได้รับการคุ้มครอง .....	133

3.2.4.2	การกระทำที่เป็นการละเมิด .....	133
3.2.4.3	ข้อยกเว้นความรับผิด .....	134
	(1) ความยินยอมของผู้ที่ปรากฏอยู่ในภาพ .....	134
	(2) ภาพที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ร่วมสมัย .....	138
3.2.5	ผู้ทรงสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของผู้ล่วงลับ .....	143
3.2.6	การเยียวยาผู้ถูกละเมิดสิทธิ .....	146
	3.2.6.1 การสั่งห้ามการเผยแพร่ .....	146
	3.2.6.2 การกำหนดค่าสินไหมทดแทน .....	147
	(1) ค่าสินไหมทดแทนในกรณีการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว .....	147
	(2) ค่าเสียหายในกรณีการละเมิดสิทธิในประโยชน์เชิงพาณิชย์ .....	148
3.2.7	ความระงับแห่งสิทธิ .....	150
	3.2.7.1 ระยะเวลาความคุ้มครองตาม KUG .....	151
	3.2.7.2 ระยะเวลาความคุ้มครองตามแนวคำพิพากษาของศาล .....	151
3.2.8	ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของบุคคลผู้ล่วงลับ .....	155
	3.2.8.1 ความไม่ชัดเจนในเรื่องระยะเวลาความคุ้มครอง .....	155
	3.2.8.2 ขอบเขตข้อยกเว้นความรับผิด .....	155
	3.2.8.3 การกำหนดค่าสินไหมทดแทน .....	156
<p>บทที่ 4 วิเคราะห์สถานะและการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของผู้ล่วงลับภายใต้ กฎหมายไทยในปัจจุบัน .....</p>		
4.1	สิทธิในชื่อของผู้ล่วงลับ .....	160
(ก)	รัฐธรรมนูญ .....	160
	(1) ลักษณะของการคุ้มครอง .....	160
	(2) ปัญหาการใช้รัฐธรรมนูญในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่วงลับ .....	161
(ข)	หลักการใช้สิทธิโดยสุจริต ตาม ปพพ. มาตรา 5 .....	161

(ค)	สิทธิตามปปพ. มาตรา 18 .....	162
	(1) ลักษณะของการคุ้มครอง .....	162
	(2) การเยียวยา.....	163
	(3) ปัญหาการใช้มาตรา 18 ในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่งลับ .....	164
(ง)	กฎหมายลักษณะละเมิด .....	165
	(1) การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ.....	166
	(2) การละเมิดโดยการโฆษณาแพร่หลายข้อความฝ่าฝืนความจริง .....	168
	(3) การละเมิดโดยการใช้ชื่อของคนตายโดยไม่ได้รับอนุญาต .....	169
	(3.1) การใช้ชื่อของผู้ล่งลับในลักษณะที่ไม่ใช่ชื่อทางการค้า.....	169
	(3.2) การใช้ชื่อของผู้ล่งลับในลักษณะที่เป็นชื่อทางการค้า .....	170
	(4) ปัญหาการใช้กฎหมายละเมิดในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่งลับ .....	172
(จ)	กฎหมายเครื่องหมายการค้า.....	173
	(1) ลักษณะของการคุ้มครอง .....	173
	(2) การเยียวยา.....	175
	(3) ปัญหาการใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่งลับ .....จพาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.....	175
(ฉ)	กฎหมายอาญา.....	177
	(1) ลักษณะของการคุ้มครอง .....	177
	(2) ปัญหาการใช้กฎหมายอาญาในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่งลับ.....	177
	4.2 สิทธิในภาพของผู้ล่งลับ .....	178
(ก)	รัฐธรรมนูญ .....	178
	(1) ลักษณะของการคุ้มครอง .....	178
	(2) ปัญหาการใช้รัฐธรรมนูญในการคุ้มครองภาพของผู้ล่งลับ .....	179
(ข)	หลักการใช้สิทธิโดยสุจริต .....	179

(ค)	กฎหมายลักษณะละเมิด.....	179
	(1) การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ.....	179
	(2) การละเมิดสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากการให้ใช้ภาพ .....	181
	(3) ปัญหาการใช้กฎหมายละเมิดในการคุ้มครองภาพของผู้ล้วงลับ .....	181
(ง)	กฎหมายเครื่องหมายการค้า.....	182
	(1) ลักษณะของการคุ้มครอง .....	182
	(2) การเยียวยา.....	183
	(3) ปัญหาการใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ในการคุ้มครองภาพของผู้ล้วงลับ .....	184
(จ)	กฎหมายลิขสิทธิ์.....	184
	(1) ลักษณะของการคุ้มครอง .....	184
	(2) ระยะเวลาความคุ้มครอง.....	185
	(3) การเยียวยาเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ .....	185
	(4) ปัญหาการใช้พรบ.ลิขสิทธิ์ ในการคุ้มครองภาพของผู้ล้วงลับ .....	186
	4.3 สิทธิในเสียงของผู้ล้วงลับ.....	187
(ก)	รัฐธรรมนูญ.....	187
	(1) ลักษณะของการคุ้มครอง .....	187
	(2) ปัญหาการใช้รัฐธรรมนูญในการคุ้มครองเสียงของผู้ล้วงลับ .....	187
(ข)	หลักการใช้สิทธิโดยสุจริต .....	187
(ค)	กฎหมายลักษณะละเมิด.....	188
	(1) การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ.....	188
	(2) การละเมิดสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากการให้ใช้เสียง.....	189
	(3) ปัญหาการใช้กฎหมายละเมิดในการคุ้มครองชื่อของผู้ล้วงลับ .....	190
	4.4 สิทธิในการเลียนภาพลักษณะอื่นๆ ของผู้ล้วงลับ .....	191

(ก)	รัฐธรรมนูญ .....	191
	(1) ลักษณะของการคุ้มครอง .....	191
	(2) ปัญหาการใช้รัฐธรรมนูญในการคุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ล้วงลับ.....	191
(ข)	หลักการใช้สิทธิโดยสุจริต .....	192
(ค)	กฎหมายลักษณะละเมิด .....	192
	(1) การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ.....	192
	(2) การละเมิดสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากการให้ใช้ภาพลักษณ์อื่นๆ .....	193
	(2.1) การใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล้วงลับในทางที่ดี.....	194
	(2.2) การใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล้วงลับในทางที่ไม่ดี.....	195
	(3) ปัญหาการใช้กฎหมายละเมิดในการคุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ล้วงลับ .....	195
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....		197
	5.1 บทสรุป.....	197
	5.2 ข้อเสนอแนะ.....	206
บรรณานุกรม.....		212
ประวัติผู้เขียน.....		217

## สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 ตารางอันดับผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับที่มีรายได้มากที่สุดภายหลังจากที่เสียชีวิตไปแล้ว ใน ระยะเวลาระหว่างวันที่ 15 ตุลาคม 2559 ถึงวันที่ 15 ตุลาคม 2560 .....	43
ตารางที่ 2 ตารางสรุปหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่กรณีผู้ล่วงลับ ของมลรัฐ แคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา .....	110
ตารางที่ 3 ตารางสรุปสถานะกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล ในเชิง พาณิชย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา .....	112
ตารางที่ 4 ตารางสรุปหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับของสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี .....	158
ตารางที่ 5 ตารางสรุปปัญหาการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับภายใต้กฎหมาย ไทยในปัจจุบัน .....	202

## สารบัญรูปภาพ

	หน้า
ภาพที่ 1 อาจารย์ยິงศักดิ์ จงเลิศเจษฎาวงศ์ แนะนำผลิตภัณฑ์ปรุงรสอาหารยี่ห้อหนึ่ง .....	23
ภาพที่ 2 นายธงชัย แมคอินไตย์ เป็นผู้นำเสนอผลิตภัณฑ์สีทาบ้าน.....	24
ภาพที่ 3 นางสาวดาวิกา โฮร์เน่ เป็นผู้นำเสนอผลิตภัณฑ์น้ำผลไม้ยี่ห้อหนึ่ง.....	24
ภาพที่ 4 โฆษณาผลิตภัณฑ์ซูปเปอร์มาร์เก็ตที่ใช้นักกีฬาและผู้ฝึกสอนทีมชาติไทยประกอบภาพ .....	25
ภาพที่ 5 นางนวลพรรณ ล่ำซำ ผู้บริหารและทายาทตระกูลที่มีชื่อเสียง เป็นผู้นำเสนอผลิตภัณฑ์.....	26
ภาพที่ 6 ภาพโฆษณาน้ำหอมของนางสาวพัชราภา ไชยเชื้อ ที่มีการใช้ชื่อของตนเองบนผลิตภัณฑ์ ..	27
ภาพที่ 7 ภาพโฆษณาสินค้าชุดกีฬาที่ใช้ภาพของนักกีฬาทีมชาติ.....	27
ภาพที่ 8 ภาพของ Danica Patrick นักแข่งรถยนต์ชาวอเมริกัน รณรงค์โครงการดีมีนม.....	28
ภาพที่ 9 ภาพของนางสาวไปรยา สวนดอกไม้ จากโครงการของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัย สหประชาชาติ หรือ UNHCR.....	29
ภาพที่ 10 โอปรา วินฟรีย์ มีรายการโทรทัศน์ของตนเอง ออกอากาศทางช่องโทรทัศน์ของตนเอง ...	30
ภาพที่ 11 มาร์ธา สจ๊วต บนหน้าปกหนังสือคู่มือการทำงาน .....	30
ภาพที่ 12 โดนัลด์ ทรัมป์ และอาคารที่ตั้งตามชื่อของตนเอง.....	31
ภาพที่ 13 เสื้อยืดพิมพ์ลายโดยใช้ชื่อและภาพของ James Dean ยี่ห้อ Dolce & Gabbana .....	33
ภาพที่ 14 ภาพโฆษณาของภาพยนตร์เรื่องพุ่มพวง .....	37
ภาพที่ 15 การแสดงคอนเสิร์ตของไมเคิล แจ็คสัน โดยใช้เทคโนโลยีโฮโลแกรม.....	39
ภาพที่ 16 ภาพของชายฉิวสกีที่เป็นเหยื่อถูกตำรวจฆาตกรรม ถูกใช้บนเสื้อยืดเพื่อขายเป็นสินค้า .....	41
ภาพที่ 17 ภาพเหมือนของ Bela Lugosi ผู้รับบทเป็นท่านเคานต์ในภาพยนตร์เรื่อง Dracula .....	50
ภาพที่ 18 ภาพของนาย Zachini ระหว่างการแสดงผาดโผน .....	64
ภาพที่ 19 ภาพของ Vana White .....	74
ภาพที่ 20 ภาพของหุ่นยนต์ในโฆษณาของ Samsung .....	74



ภาพที่ 21 ภาพ The Master of Augusta .....	100
ภาพที่ 22 ภาพของ Otto Von Bismarck อดีตผู้นำของเยอรมนี.....	115
ภาพที่ 23 ภาพของ Marlene Dietrich จากภาพยนตร์เรื่อง The Blue Angel.....	125
ภาพที่ 24 ภาพของ Heinz Erhardt นักแสดงตลก นักร้อง นักดนตรีชาวเยอรมันผู้มีชื่อเสียง.....	126
ภาพที่ 25 ตัวอย่างเหรียญสะสมที่ใช้ภาพคล้ายของ Willy Brandt อดีตผู้นำของเยอรมนี.....	141
ภาพที่ 26 ภาพของ Klaus Kinski อดีตดารานักแสดงผู้มีชื่อเสียงชาวเยอรมัน.....	153
ภาพที่ 27 รูปของ Emil Nolde จิตรกรลัทธิสำแดงพลังอารมณ์ผู้มีชื่อเสียงชาวเยอรมัน.....	155
ภาพที่ 28 เครื่องหมายบริการ “ชลาชล” .....	174
ภาพที่ 29 เครื่องหมายรับรองด้านอาหาร “หมึกแดง” “ถนัดศรีชวนชิม” และ “คุณหรีด” .....	174
ภาพที่ 30 ภาพของนางประนอม เป็นเครื่องหมายการค้า “แม่ประนอม” .....	182

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

โดยปกติแล้ว บุคคลเมื่อเกิดและอยู่รอดเป็นทารกย่อมมีสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และได้รับสิทธิต่างๆ ตามที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองไว้ ยกตัวอย่างเช่น ทรัพย์สินอันเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินหรือสิทธิในการบังคับเอาแก่ทรัพย์สิน บุคคลสิทธิอันเป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือบุคคลในอันที่จะเรียกให้ปฏิบัติตามสัญญาหรือกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ตน เป็นต้น ซึ่งสิทธิแต่ละสิทธิมีเงื่อนไขในการได้มา การระงับหรือสิ้นไป แตกต่างกันไปตามลักษณะของสิทธิเหล่านั้น หากสิทธิที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองของบุคคลใดถูกกระทบกระเทือน บุคคลนั้นย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้

นอกจากสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ยังมีกฎหมายฉบับอื่นๆ อีก ที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของบุคคล ซึ่งกฎหมายฉบับหนึ่งที่บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ได้แก่ รัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งที่ผ่านมา ถึงแม้จะมีการยกเลิกและประกาศ รัฐธรรมนูญฉบับใหม่อยู่บ่อยครั้ง แต่เนื้อหาในรัฐธรรมนูญเหล่านั้น นอกจากจะกำหนดโครงสร้างองค์กรต่างๆ ตามกฎหมายแล้ว ก็จะต้องมีการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลเสมอๆ ซึ่งสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองได้แก่ สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และสิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นส่วนตัว ประกอบกันเป็นสิทธิส่วนบุคคล เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม สิทธิส่วนบุคคลนั้นเป็นสิทธิในการที่บุคคลจะดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระ สามารถพัฒนาบุคลิกลักษณะได้ตามปรารถนา สิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้ และเป็นความพอใจตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อีกทั้งจะต้องไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นแต่เนื่องจากในสังคมปัจจุบัน นอกจากจะมีการกำหนดราคาหรือมูลค่าให้กับทรัพย์สินแล้ว บุคคลแต่ละคนก็อาจมีมูลค่าได้ในตนเองเดียวกัน สังเกตได้จากการที่ชื่อ ภาพ หรือเสียงของบุคคลที่มีชื่อเสียง เมื่อถูกนำมาใช้กับทรัพย์สินบางอย่าง สามารถเพิ่มมูลค่าให้กับทรัพย์สินเหล่านั้นได้ ชื่อ ภาพถ่าย หรือเสียงของบุคคลจึงเป็นสิ่งที่สามารถนำมาใช้หาผลประโยชน์ในทางการค้าได้ ซึ่งในบางประเทศ ยกตัวอย่างเช่น มลรัฐหลายๆ รัฐ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติกฎหมายภายในมลรัฐของตนเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิ

ของบุคคลที่จะหวงกันมิให้ผู้อื่นนำชื่อ ภาพ เสียง ลายมือชื่อ หรือความคล้าย ของตน ไปใช้เพื่อหาประโยชน์ในทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิ่งเหล่านั้น ซึ่งสิทธิเหล่านี้เรียกว่า สิทธิในการเผยแพร่ (Right of Publicity) ซึ่งแต่เดิม กฎหมายคุ้มครองสิทธิเฉพาะของบุคคลที่มีชีวิตเท่านั้น แต่ต่อมา บางมรัฐได้มีการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมเพื่อขยายความคุ้มครองในสิทธิดังกล่าวให้รวมถึงผู้ที่ล่วงลับไปแล้วด้วย เนื่องจากบุคคลบางบุคคลยังคงสามารถถูกนำมาใช้สร้างมูลค่าในทางการค้าโดยบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ได้ ถึงแม้ว่าจะได้ล่วงลับไปแล้วก็ตาม รัฐจึงบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิให้แก่ผู้ที่ล่วงลับไปแล้วจากการถูกนำมาใช้หาประโยชน์ในทางการค้า

ปัจจุบัน มีเทคโนโลยีที่ทันสมัยหลายๆ อย่างที่สามารถนำภาพหรือเสียงของผู้ที่ล่วงลับไปแล้วกลับมาใช้ในผลงานได้เสมือนหนึ่งว่าผู้ที่ล่วงลับนั้นเป็นส่วนหนึ่งของงานสร้างสรรค์ ยกตัวอย่างเช่น เทคโนโลยีโฮโลแกรม ที่นำมาฉายในการแสดงคอนเสิร์ต โดยให้มิติเสมือนหนึ่งว่าผู้ที่ล่วงลับไปแล้วนั้นได้มาทำการแสดงที่คอนเสิร์ตนั้นด้วยตนเอง หรือการใช้คอมพิวเตอร์กราฟฟิคตัดต่อภาพของผู้ล่วงลับจากผลงานในอดีต มาบรรจุในงานสร้างสรรค์ใหม่ ด้วยเทคโนโลยีเหล่านี้ ทำให้ภาพลักษณ์ของผู้ที่ล่วงลับไปแล้วกลับมามีชีวิตใหม่ได้ ซึ่งในบางประเทศก็ยังเป็นที่ถกเถียงกันว่า กฎหมายจะให้ความคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์ด้วยภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับมากน้อยเพียงใด และมีขอบเขตเพียงใด

สำหรับในประเทศไทยนั้น ปัจจุบันยังมิได้มีการบัญญัติกฎหมายออกมาคุ้มครองสิทธิในทำนองเดียวกันนี้โดยเฉพาะ แต่ก็อาจจะใช้การคุ้มครองภายใต้กฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาได้ แต่ก็อาจคุ้มครองได้แต่เฉพาะกรณีผู้ที่ถูกเผยแพร่แล้วยังมีชีวิตอยู่ แต่สำหรับกรณีผู้ที่ล่วงลับไปแล้วนั้น ยังไม่พบว่ามีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเหล่านี้แต่ประการใด

ดังนั้น จึงเห็นสมควรศึกษาและวิจัยว่า หากมีการเผยแพร่ภาพลักษณ์เหล่านั้นของผู้ที่ล่วงลับไปแล้ว จะได้รับการคุ้มครองตลอดจนการเยียวยา ภายใต้กฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันได้หรือไม่ พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาต่อไป

## 1.2 สมมติฐานของการวิจัย

สิทธิในการเผยแพร่ชื่อ ภาพ เสียง หรือความคล้ายของบุคคล แม้บุคคลนั้นจะได้ล่วงลับไปแล้ว แต่ก็ยังมีมูลค่าและอาจถูกนำมาใช้แสวงหาประโยชน์ในทางการค้าได้ การคุ้มครองสิทธิเหล่านี้ภายใต้กฎหมายไทยยังไม่ชัดเจนและเพียงพอ จึงสมควรมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิเหล่านี้ให้แก่ผู้ล่วงลับ

### 1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- (1) ศึกษาแนวคิด ความเป็นมา หลักการในการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ล่งลับ ตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน และกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ล่งลับในต่างประเทศ
- (2) ศึกษาเปรียบเทียบแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ที่ล่งลับในต่างประเทศ กับในประเทศไทย เพื่อสามารถเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงหรือเพิ่มเติมกฎหมายของไทยให้มีความชัดเจนและเหมาะสมมากยิ่งขึ้น
- (3) ศึกษาการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ ให้ทันและสอดคล้องกับสภาพของสังคมที่มีความเป็นพลวัต

### 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

การวิจัยนี้มุ่งศึกษาถึงแนวคิดอันเป็นที่มาของการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของบุคคล ตลอดจนของผู้ที่ล่งลับไปแล้ว โดยศึกษาเฉพาะกรณีการนำสิทธิในการเผยแพร่ไปแสวงหาประโยชน์ ในทางการค้า โดยใช้ชื่อ ภาพ เสียง ลายมือชื่อ และความคล้ายของผู้ที่ล่งลับไปแล้ว บนสินค้า ในการโฆษณาสินค้า หรืองานสร้างสรรค์อื่นๆ และศึกษาแนวทางการชดใช้เยียวยาแก่การละเมิดสิทธิเหล่านั้น โดยพิจารณาแนวทางการคุ้มครองในต่างประเทศ เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน เพื่อพิจารณาถึงแนวทางในการให้ความคุ้มครองสิทธิให้แก่ผู้ล่งลับอย่างเหมาะสมแก่บริบทของสังคมไทย

### 1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

ในการวิจัยนี้ ผู้ศึกษาได้รวบรวมข้อมูลโดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการศึกษาวิจัยข้อมูลต่างๆ ที่มาจากเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือ ศึกษาค้นคว้าจากตำราคำบรรยายกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกับสิทธิในการเผยแพร่ศึกษากฎหมายว่าด้วยมรดก ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทยและต่างประเทศ ศึกษาวิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง ค้นคว้าความคิดเห็นของนักวิชาการจากบทความต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นที่เป็นปัญหา ศึกษาหลักกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์ถึงแนวคิดพื้นฐานอันเป็นที่มาของกฎหมาย หลักการของกฎหมาย และผลทางกฎหมาย และหาข้อสรุปต่อไป

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

- (1) ได้รับความรู้เกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการเผยแพร่ ทั้งของบุคคล และของผู้ที่ล่งลับไปแล้ว

(2) ได้ทราบความเป็นมาและแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่  
ทั้งของบุคคลและของผู้ที่ล่วงลับไปแล้ว

(3) สามารถเสนอแนวทางในการปรับใช้กฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน เพื่อให้เกิดความ  
ยุติธรรมในการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ได้

(4) สามารถเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศและกฎหมายไทย เพื่อปรับปรุงแก้ไข  
ตลอดจนพัฒนาการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ในประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับยุค  
สมัย เทียบทันนานอารยประเทศ



## บทที่ 2

### สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง

#### 2.1 แนวความคิดในการหาประโยชน์จากบุคคล

##### 2.1.1 แนวความคิดในการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์

ปัจจุบัน ธุรกิจการค้าและการพาณิชย์ได้พัฒนาก้าวหน้าและมีการแข่งขันกันอย่างสูง เมื่อเทียบกับในสมัยอดีต การจะทำให้สินค้าหรือบริการของตนสามารถอยู่รอดต่อไปได้ในตลาดนั้น นอกจากผู้ประกอบการจะต้องพัฒนาคุณภาพของสินค้าหรือบริการของตนให้มีคุณภาพ มีจุดเด่นหรือสร้างความแตกต่างเพื่อดึงดูดใจผู้บริโภคแล้ว การนำเสนอในการขายหรือการโฆษณาสินค้าก็เป็นอีกหนึ่งกลยุทธ์ที่จะช่วยให้สินค้าหรือบริการได้รับความสนใจหรือความน่าเชื่อถือจากผู้บริโภคได้มากยิ่งขึ้น เนื่องจากสินค้าหรือบริการบางประเภทมิได้มีความโดดเด่นในตัวเอง การนำเสนอสินค้าหรือบริการจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้บุคคลมาเพื่อเป็นสื่อกลางในการนำเสนอ หรือในการขาย สินค้าอุปโภคบริโภคบางประเภทอาจมีการนำลักษณะที่เกี่ยวข้องกับบุคคลของบุคคลบางประเภทมาใช้ในการสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับสินค้านั้นได้ หรือการนำบุคคลมาหาประโยชน์เพื่อก่อให้เกิดผลตอบแทนในลักษณะอื่นนอกจากที่กล่าวมา<sup>1</sup>

การโฆษณานับได้ว่าเป็นหนึ่งในกลยุทธ์ทางการตลาดที่ได้รับความนิยม เป็นเครื่องมือสื่อสารทางการตลาดที่มีความสำคัญและมีบทบาทอย่างมากต่อการนำเสนอสินค้า หรือบริการของผู้ประกอบการไปยังผู้บริโภคโดยทั่วไป และกลุ่มเป้าหมาย เพื่อสร้างการรับรู้ เสริมสร้างความเข้าใจให้แก่ผู้บริโภคและคุณลักษณะเด่นของผลิตภัณฑ์ ตลอดจนโน้มน้าวให้เกิดการซื้อผลิตภัณฑ์ของผู้ประกอบการ อีกแห่งหนึ่ง การโฆษณามีวัตถุประสงค์หลักเพื่อทำให้ผู้บริโภคสามารถ

<sup>1</sup> ชีวิน มัลลิกะมาลย์, “การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 5.

จดจำตราสินค้าได้ ตลอดจนกระตุ้นให้กลุ่มเป้าหมายเกิดความรู้สึกที่ดีต่อภาพลักษณ์ของตัวผลิตภัณฑ์ จนนำไปสู่พฤติกรรมการซื้อสินค้าในที่สุด<sup>2</sup>

## 2.1.2 บุคคลผู้มีชื่อเสียง

### 2.1.2.1 ความหมายของบุคคลผู้มีชื่อเสียง

บุคคลผู้มีชื่อเสียง หรือ Celebrity หมายถึง บุคคลที่เป็นที่รู้จักของสาธารณชน และเป็นบุคคลที่สื่อและมวลชนให้ความสนใจ ซึ่งไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแค่บุคคลในวงการบันเทิงเท่านั้น แต่จะเป็นบุคคลที่เป็นที่รู้จักทั้งในด้านดนตรี กีฬา การเมือง ศาสนา ไม่ว่าจะเป็น นักร้อง ศิลปิน ดารา นักกีฬา และผู้มีชื่อเสียงในแวดวงสังคม เป็นต้น<sup>3</sup>

ผลที่ตามมาของการเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง คือการเป็นจุดสนใจของประชาชนว่าเขาเหล่านั้นสนใจจะทำอะไร อย่างไร ที่ไหน กับใคร ตลอดจนก่อให้เกิดการเลียนแบบ พฤติกรรมการดำรงชีวิตของบุคคลที่มีชื่อเสียงที่สนใจและชื่นชอบ นักการตลาดจึงเล็งเห็นความน่าสนใจของบุคคลที่มีพฤติกรรมชื่นชอบบุคคลที่มีชื่อเสียงเหล่านี้ จึงมักนำบุคคลที่มีชื่อเสียงมาเป็นตัวแทนในการนำเสนอสินค้าเพื่อดึงดูดเหล่าผู้ที่ชื่นชอบในฐานะผู้บริโภค<sup>4</sup>

### 2.1.2.2 ประเภทของบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ถูกนำมาใช้ในการแนะนำสินค้า

ผลิตภัณฑ์ที่เหมาะสมแก่การใช้ผู้มีชื่อเสียงในการแนะนำหรือโฆษณาสินค้า ได้แก่ ผลิตภัณฑ์ที่ต้องใช้อารมณ์ในการตัดสินใจ มักจะใช้ในสินค้าที่เกี่ยวข้องพันกันกับองค์ประกอบของรสนิยม ความคิดเห็น และภาพลักษณ์ของบุคคล (Self-Image) การใช้บุคคลในกลุ่มนี้มักมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้มีอิทธิพลต่อทัศนคติ ความสนใจ และพฤติกรรมของผู้บริโภค ตลอดจนสร้าง

<sup>2</sup> ชนิตา จุฬรัตน์มณี, “อิทธิพลของผู้แนะนำสินค้า ที่เป็นผู้ที่มีชื่อเสียงด้านกีฬาที่มีผลต่อความตั้งใจซื้อสินค้าของผู้บริโภค,” (วิทยานิพนธ์บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 1.

<sup>3</sup> วรณพร ภูซงศ์, “ผลของการประชาสัมพันธ์เพื่อการตลาดโดยบุคคลมีชื่อเสียงผ่านอินสตาแกรม ในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทเศรษฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์ คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 30.

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

ทัศนคติที่ดีต่อสินค้าหรือบริการ<sup>5</sup>บุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ถูกนำมาใช้ในการแนะนำสินค้า (Brand endorser) มีด้วยกันหลายประเภท ได้แก่<sup>6</sup>

(1) **ผู้เชี่ยวชาญ (Expert)** คือบุคคลหรือหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญในด้านใดด้านหนึ่ง และสามารถพูดเกี่ยวกับสิ่งนั้นๆ ได้เป็นอย่างดี เหมาะกับโฆษณาที่ต้องใช้เหตุผลในการตัดสินใจ เช่น การใช้รองศาสตราจารย์สุณีย์ สินธุเดชะ ซึ่งเป็นนักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญด้านภาษาไทย เป็นผู้นำเสนอโฆษณาของมหาวิทยาลัยรัตนบัณฑิต การใช้คุณวิษณุ นิลกลัด ซึ่งเชี่ยวชาญด้านกีฬา เป็นผู้นำเสนอผลิตภัณฑ์เจลบรรเทาอาการปวด การใช้อาจารย์ยิ่งศักดิ์ จงเลิศเจษฎาวงศ์ ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านการทำอาหาร เป็นผู้นำเสนอโฆษณาผลิตภัณฑ์ปรุงรสอาหาร เป็นต้น<sup>7</sup>



ภาพที่ 1 อาจารย์ยิ่งศักดิ์ จงเลิศเจษฎาวงศ์ แนะนำผลิตภัณฑ์ปรุงรสอาหารยี่ห้อหนึ่ง

(2) **นักร้อง** เป็นกลุ่มผู้มีชื่อเสียงที่เป็นที่ชื่นชอบของผู้บริโภคด้วยความสามารถในการร้องเพลง หรือรูปร่างหน้าตา มีทั้งที่มีชื่อเสียงจากการเป็นนักร้อง จากการประกวดร้องเพลง หรือมีชื่อเสียงจากสาขาอาชีพอื่นก่อนแล้วจึงกลายมาเป็นนักร้อง<sup>8</sup> เช่น ชงไชย

<sup>5</sup> ชนิตา จุลรัตนมณี, “อิทธิพลของผู้แนะนำสินค้า ที่เป็นผู้ที่มีชื่อเสียงด้านกีฬาที่มีผลต่อความตั้งใจซื้อสินค้าของผู้บริโภค,” หน้า 23.

<sup>6</sup> รุ่งนภา เตรียมอาย, “ทัศนคติและพฤติกรรมของผู้บริโภคที่มีต่อการใช้ผู้มีชื่อเสียงขายเป็นผู้นำเสนอสินค้าในตราสินค้าสำหรับผู้หญิง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศึกษาศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชาการประชาสัมพันธ์ ภาควิชาการประชาสัมพันธ์ คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 27.

<sup>7</sup> ภัตสรนันท์ เอนกธรรมกุล, “ผลกระทบจากการใช้บุคคลที่มีชื่อเสียง (Celebrity) ที่เป็นผู้นำเสนอสินค้าหลากหลายตราสินค้าในงานโฆษณา,” (สารนิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต (การบริหารการตลาด) คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 11-12.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 7-8.



แมคอินไตย์ นักร้องผู้มีชื่อเสียง เป็นผู้นำเสนอผลิตภัณฑ์สีทาบ้าน โครงการอสังหาริมทรัพย์ และ กาแฟคั่วบด เป็นต้น



ภาพที่ 2 นายธงไชย แมคอินไตย์ เป็นผู้นำเสนอผลิตภัณฑ์สีทาบ้าน

(3) ดารานักแสดง (Actor/Actress) หมายถึง กลุ่มดารานักแสดง เป็นบุคคลที่ปรากฏตัวให้เห็นทั้งในจอภาพยนตร์และจอโทรทัศน์ในฐานะนักแสดง ภาพที่ติดตัวบุคคลที่มีชื่อเสียงกลุ่มนี้ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากบทบาททางการแสดงที่ได้รับ อาจเป็นที่ชื่นชอบของผู้บริโภค จากความสามารถพิเศษ รูปร่างหน้าตา<sup>9</sup> ยกตัวอย่างเช่น นางสาวดาวิกา โสร้เน่ ดารานักแสดงชาวไทย เป็นผู้นำเสนอผลิตภัณฑ์หลากหลายประเภท อาทิเช่น เครื่องสำอาง ยาลดไข้ ยาสีฟัน น้ำผลไม้ ไอศกรีม อาหารเสริม น้ำยาปรับผ้านุ่ม โทรศัพท์เคลื่อนที่ แวนตา ธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น



ภาพที่ 3 นางสาวดาวิกา โสร้เน่ เป็นผู้นำเสนอผลิตภัณฑ์น้ำผลไม้ห่อหนึ่ง

(4) นักกีฬา (Sport Figures) เป็นกลุ่มผู้มีชื่อเสียงที่เป็นที่รู้จักจากความสามารถทางการกีฬา ประสบความสำเร็จในการแข่งขันระดับสากล มีภาพลักษณ์เป็นนักกีฬา

<sup>9</sup> วรรณพร ภูซงค์, “ผลของการประชาสัมพันธ์เพื่อการตลาดโดยบุคคลมีชื่อเสียงผ่านอินสตาแกรม ในประเทศไทย,” หน้า 30-31.

ร่างกายแข็งแรง เป็นที่ชื่นชอบในความสามารถพิเศษ (Talent Admirers) ของผู้บริโภค<sup>10</sup> เช่น การใช้นักกีฬาทีมชาติไทยในหลายประเภทในการโฆษณาผลิตภัณฑ์เครื่องดื่มเกลือแร่ ชูปโก้สกัด เจลบรรจุเทาอาการปวดกล้ามเนื้อ อุปกรณ์เครื่องแต่งกายสำหรับสวมใส่เล่นกีฬา เป็นต้น



ภาพที่ 4 โฆษณาผลิตภัณฑ์ชูปโก้สกัดที่ใช้นักกีฬาและผู้ฝึกสอนทีมชาติไทยประกอบภาพ

(5) ผู้มีชื่อเสียงในแวดวงสังคม หมายถึง บุคคลที่มีชาติตระกูล มีธุรกิจหรือเป็นลูกหลานของนักธุรกิจที่ประสบความสำเร็จระดับประเทศ เป็นที่รู้จักของสื่อทั่วไป โดยเฉพาะนิตยสารและงานสังคม ปัจจุบันบุคคลในกลุ่มนี้เป็นที่รู้จักของบุคคลทั่วไปมากขึ้น และอาจเป็นที่ชื่นชอบของผู้บริโภคจากฐานะความเป็นอยู่ (Status Admirers) มีฐานะทางสังคม (Social Status) และฐานะทางการเงิน (Financial Status) ที่เหนือบุคคลทั่วไป ทำให้ผู้บริโภคต้องการเลียนแบบ<sup>11</sup> มักพบบุคคลในกลุ่มนี้เป็นผู้นำเสนอสินค้าที่มีความหรูหรา เช่น รถยนต์ ปากกา นาฬิกา เครื่องประดับ และสินค้าฟุ่มเฟือยต่างๆ เป็นต้น

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>10</sup> ภัตสนันท์ เอนกธรรมกุล, “ผลกระทบจากการใช้บุคคลที่มีชื่อเสียง (Celebrity) ที่เป็นผู้นำเสนอสินค้าหลากหลายตราสินค้าในงานโฆษณา,” หน้า 8-9.

<sup>11</sup> วรณพร ภูซงค์, “ผลของการประชาสัมพันธ์เพื่อการตลาดโดยบุคคลมีชื่อเสียงผ่านอินสตาแกรม ในประเทศไทย,” หน้า 31-32.



ภาพที่ 5 นางนวลพรรณ ลำชา ผู้บริหารและทายาทตระกูลที่มีชื่อเสียง เป็นผู้นำเสนอผลิตภัณฑ์

### 2.1.3 การนำบุคคลมาใช้ในการเพิ่มมูลค่าสินค้า

การสร้างความดึงดูดใจเป็นกุญแจสำคัญในการนำเสนอสินค้าต่างๆ สินค้าหลายประเภทสร้างความน่าสนใจและความโดดเด่นเพื่อดึงดูดใจผู้บริโภคโดยการใช้ผู้นำเสนอสินค้าที่มีรูปร่างหน้าตาและบุคลิกภาพที่ดี เป็นความดึงดูดใจทางกายภาพ (Physical Attractiveness) โดยพบว่าการใช้ผู้เสนอสินค้าที่มีบุคลิกภายนอกที่ดี ทำให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจและชื่นชอบสินค้านั้นมากกว่าการใช้การสื่อสารด้วยคำพูด และทำให้ผู้บริโภคอยากซื้อสินค้าที่นำเสนอโดยไม่ต้องอาศัยข้อมูลในการตัดสินใจมากนัก<sup>12</sup> ในปัจจุบัน มีการนำบุคคลที่เป็นที่สนใจและยอมรับจากสังคมมาใช้ในการเพิ่มมูลค่าของสินค้า ด้วยวิธีต่างๆ ดังนี้

#### 2.1.3.1 การนำชื่อของบุคคลมาใช้เพิ่มมูลค่าสินค้า

ชื่อของบุคคลอาจถูกนำมาสร้างมูลค่าสินค้าหรือใช้โฆษณาสินค้าได้ ยกตัวอย่างเช่น ร้านขายนาฬิกาเรือนหนึ่ง ได้อ้างว่านาฬิกาจากร้านของตน เป็นเรือนเดียวกันกับที่นักแสดงชื่อดังคนหนึ่งได้สวมใส่ในฉากหนึ่งในภาพยนตร์เรื่องดัง เป็นการนำชื่อของนักแสดงชื่อดังมาใช้ในการสร้างความน่าสนใจให้กับสินค้าของตน หรือดารานักแสดงที่มีชื่อเสียง ที่เมื่อหันมาทำธุรกิจ โดยเฉพาะผลิตภัณฑ์เสริมความงามต่างๆ ก็มักจะใช้ชื่อตัวเองในการตั้งชื่อผลิตภัณฑ์ของตนเอง เพื่อกระตุ้นยอดขาย โดยเฉพาะแพนคัลที่เป็นกลุ่มเป้าหมายหลัก และเป็นการนำภาพลักษณ์ของตนเองมาใช้ในการสร้างความน่าเชื่อถือให้กับผลิตภัณฑ์

<sup>12</sup> ญรัฎฐ์หทัย เจริญแป้น, “การโฆษณาโดยใช้บุคคลที่มีชื่อเสียง มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจซื้อผลิตภัณฑ์ สก๊อต ของผู้บริโภคในเขตกรุงเทพมหานคร,” (วิทยานิพนธ์บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2558), หน้า 11.



ภาพที่ 6 ภาพโฆษณาน้ำหอมของนางสาวพัชรภา ไชยเชื้อ ที่มีการใช้ชื่อของตนเองบนผลิตภัณฑ์

### 2.1.3.2 การนำภาพของบุคคลมาใช้เพิ่มมูลค่าสินค้า

ปัจจุบัน ช่องทางการสื่อสารมีมากขึ้น ไม่ว่าจะทางโทรทัศน์ ทางอินเทอร์เน็ต หรือทางโทรศัพท์มือถือ ซึ่งช่องทางเหล่านี้สามารถรับส่งข้อมูลที่อยู่ในรูปของตัวอักษรตลอดจนรูปภาพได้ ดังนั้น ช่องทางเหล่านี้จึงถูกนำมาใช้ในการโฆษณาสินค้ามากยิ่งขึ้น ซึ่งการใช้ภาพในโฆษณาต่างๆ มีส่วนสำคัญในการดึงดูดความสนใจและสร้างการจดจำแก่ผู้พบเห็น การใช้ภาพของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาใช้ในการโฆษณาหรือบนตัวสินค้าจึงมีส่วนสำคัญเป็นอย่างมาก ยกตัวอย่างเช่น หากเป็นผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับอุปกรณ์กีฬา การใช้ภาพนักกีฬาที่มีชื่อเสียงก็จะทำให้ได้รับความสนใจและความน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น เพราะจะทำให้ผู้บริโภคเข้าใจว่านักกีฬารายนั้นใช้ผลิตภัณฑ์ยี่ห้อ นั้นจริง



ภาพที่ 7 ภาพโฆษณาสินค้าชุดกีฬาที่ใช้ภาพของนักกีฬาทิมชาติ

### 2.1.3.3 การนำเสียงของบุคคลมาใช้เพิ่มมูลค่าสินค้า

เสียงของบุคคลที่มีชื่อเสียงก็อาจนำมาใช้ในการสร้างมูลค่าให้กับสินค้าได้ ยกตัวอย่างเช่น การใช้ดารานักแสดงที่มีชื่อเสียงและมีน้ำเสียงที่เป็นเอกลักษณ์และเป็นที่จดจำของประชาชน ในโฆษณาสินค้าทางโทรทัศน์หรือวิทยุ เป็นต้น

### 2.1.4 การแสวงหาประโยชน์จากบุคคลโดยวิธีอื่นที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์

นอกจากเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์แล้ว ชื่อเสียงของบุคคลอาจถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น อาทิเช่น ในการจัดทำโครงการเพื่อรณรงค์อย่างหนึ่งอย่างใด นิยมนำผู้มีชื่อเสียงมาช่วยประชาสัมพันธ์โครงการเพื่อให้ผู้มีชื่อเสียงเหล่านั้นช่วยเปลี่ยนความคิดของกลุ่มเป้าหมายซึ่งเป็นผู้ชื่นชมผู้มีชื่อเสียงเหล่านั้น เช่น โครงการต่อต้านยาเสพติด โครงการรณรงค์ให้ประชาชนดื่มนมของ Californian of Milk Processor Board ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ไม่แสวงหากำไร และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดย California Department of Food and Agriculture แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ตั้งใจให้ประชาชนให้ความสำคัญต่อการดื่มและเห็นคุณค่าของนมมากขึ้น โดยการใช้ผู้มีชื่อเสียงในการนำเสนอโครงการทำให้ชาวอเมริกันรับรู้และเห็นความสำคัญของการบริโภคนมมากยิ่งขึ้น เป็นต้น นอกจากนี้ กิจกรรมเพื่อการกุศลบางโครงการ ได้เลือกใช้ประโยชน์จากความมีชื่อเสียงของบุคคล เพื่อดึงดูดให้คนสนใจเพื่อสนับสนุนโครงการเช่นกัน<sup>13</sup>



ภาพที่ 8 ภาพของ Danica Patrick นักแข่งรถยนต์ชาวอเมริกัน รณรงค์โครงการดื่มนม

<sup>13</sup> ซูเกียรติ โพธิ์วงศ์ไพโรเลิศ, “การใช้บุคคลที่มีชื่อเสียงในงานโฆษณา,” (สารนิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต สาขาโฆษณา คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 24-25.





ภาพที่ 9 ภาพของนางสาวไพรยา สวนดอกไม้ จากโครงการของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัย  
สหประชาชาติ หรือ UNHCR

### 2.1.5 แนวคิดเรื่องการสร้างตราสินค้าตัวบุคคล

โดยปกติแล้ว เมื่อบุคคลมีชื่อเสียง โดยอาจจะมาจากความสำเร็จในสายงานของบุคคลนั้น หรือการเป็นที่รู้จักในวงกว้างของคนในสังคมก็ตามแต่ บุคคลเหล่านั้นอาจใช้ประโยชน์จากชื่อเสียงของตนให้เกิดมูลค่าในเชิงพาณิชย์ อันมีลักษณะเป็นผลพลอยได้จากความมีชื่อเสียง แต่ในปัจจุบัน มีแนวคิดเรื่องการสร้างตราสินค้าบุคคล (Personal Branding) ซึ่งหมายถึง การแสดงตัวตนของบุคคลสู่สาธารณะ ให้รู้จัก จดจำ และมองเห็นว่า ตัวตนของบุคคลนั้นๆ เป็นอย่างไร ผ่านกระบวนการวางแผนอย่างเป็นระบบและเป็นขั้นตอน โดยในแนวคิดนี้ บุคคลจะนำเสนอตัวเองสู่สังคมเสมือนหนึ่งเป็นสินค้า โดยจะหาวิธีการนำเสนอให้คนจดจำและมองเห็นคุณลักษณะที่ตนต้องการ<sup>14</sup> ประกอบกับเทคโนโลยีการสื่อสารในยุคปัจจุบันที่เปิดโอกาสให้บุคคลนำเสนอตนเองเพื่อให้เป็นที่รู้จักในสังคมมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางออนไลน์หรือทางอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นช่องทางการสื่อสารที่ได้รับความนิยมและมีผู้ใช้งานเป็นจำนวนมาก จึงมีการใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีเหล่านี้ในการสร้างตราสินค้าให้แก่ตนเองและนำเสนอขายผ่านช่องทางเหล่านี้เพื่อหาประโยชน์ในทางการค้า ซึ่งตัวอย่างของบุคคลที่ประสบความสำเร็จในการสร้างตราสินค้าบุคคลของตนเอง ได้แก่<sup>15</sup>

<sup>14</sup> ยูทธิพงศ์ แซ่จิ๋ว, “การสื่อสารตราสินค้าบุคคลผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ของคนดังข้ามคืน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา นิเทศศาสตรมหาบัณฑิต สาขา นิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 19.

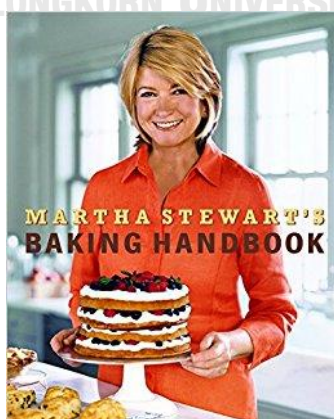
<sup>15</sup> กรกมล แก้วเจียม, “การสื่อสารตราสินค้าบุคคลของบุคคลผู้มีชื่อเสียงผ่านอินสตาแกรม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา นิเทศศาสตรมหาบัณฑิต สาขา นิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 44 - 45.

โอปรา วินฟรีย์ (Oprah Winfrey) เป็นพิธีกรรายการโทรทัศน์ที่มีชื่อเสียงมากที่สุดของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นผู้ผลิตและเจ้าของรายการโทรทัศน์และช่องโทรทัศน์ของตัวเอง ซึ่งได้รับความนิยมอย่างมาก มีอิทธิพลต่อผู้หญิงทั่วโลก ถือได้ว่าเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่มีตราสินค้าบุคคลในด้านพิธีกรรายการโทรทัศน์ที่เป็นที่รู้จักมากที่สุด โดยมีการสร้างเครือข่ายของตนเองจากการจัดทำนิตยสาร ชมรมหนังสือ องค์กรการกุศล และธุรกิจอื่นๆ



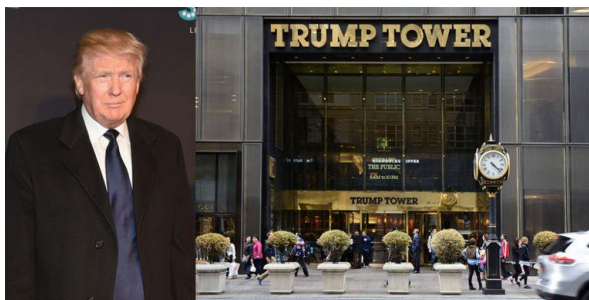
ภาพที่ 10 โอปรา วินฟรีย์ มีรายการโทรทัศน์ของตนเอง ออกอากาศทางช่องโทรทัศน์ของตนเอง

มาร์ธา สจ๊วต (Martha Stewart) เป็นนักธุรกิจที่ประสบความสำเร็จอย่างมากในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นผู้ที่มีชื่อเสียงที่สร้างเครื่องหมายการค้าภายใต้ชื่อของตนเองสำหรับสินค้าในด้านงานบ้านงานเรือน การทำอาหาร การทำงานฝีมือและสิ่งประดิษฐ์ต่างๆ การประดับตกแต่งบ้าน และสิ่งของเครื่องใช้ โดยได้ผลิตนิตยสาร หนังสือ ตลอดจนรายการโทรทัศน์ที่เกี่ยวกับความเป็นแม่บ้าน เพื่อสนับสนุนสินค้าของตนเอง



ภาพที่ 11 มาร์ธา สจ๊วต บนหน้าปกหนังสือคู่มือการทำขนม

โดนัลด์ ทรัมป์ (Donald Trump) เป็นนักธุรกิจด้านอสังหาริมทรัพย์ที่ประสบความสำเร็จอย่างมากในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นเจ้าของอาคารสำนักงาน และโรงแรมหลายแห่งทั่วประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะใช้ชื่อของตนเองเป็นชื่อของโครงการ เช่น ทรัมป์ อินเทอร์เน็ตเนชั่นแนล โฮเทล ทรัมป์ ทาวเวอร์ เป็นต้น



ภาพที่ 12 โดนัลด์ ทรัมป์ และอาคารที่ตั้งตามชื่อของตนเอง

### 2.1.6 สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคล

สิทธิในการเผยแพร่ (Right of Publicity) ของบุคคลหรือเรียกในอีกชื่อว่า สิทธิในภาพลักษณ์ (Personality Right) คือสิทธิของปัจเจกชนในการควบคุมการนำชื่อ ภาพ ความคล้ายหรือสิ่งอื่นใดที่มีความเกี่ยวข้องกับตัวตนของปัจเจกชนนั้นไปใช้เพื่อประโยชน์ในทางการค้า<sup>16</sup> เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองในหลายๆ ประเทศทั่วโลก โดยเฉพาะประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศแคนาดา<sup>17</sup> ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น โดยมีทั้งที่เป็นกฎหมายจากแนวบรรทัดฐานของศาล และที่อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแนวนโยบายของรัฐแต่ละรัฐ ให้ความสำคัญกับสิทธิประเภทนี้มากน้อยเพียงใด โดยในบางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ยอมรับเอาสิทธินี้เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง ในทำนองเดียวกันกับเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Aubrie Hicks, "The Right to Publicity after Death: Postmortem Personality Rights in Washington in the Wake of Experience Hendrix V. Hendrixlicensing.Com," *Seattle University Law Review* 36, 1 (2012): 275.

<sup>17</sup> David Collins, "Age of the Living Dead : Personality Rights of Deceased Celebrities," *Alberta Law Review* 39, 4 (April 2002): 921.

<sup>18</sup> Martin H. Redish and Kelsey B. Shust, "The Right of Publicity and the First Amendment in the Modern Age of Commercial Speech," *William & Mary Law Review* 56, 4 (March 2015): 1463.



สิทธิในการเผยแพร่ (Right of Publicity) หรืออาจเรียกอีกชื่อว่า สิทธิของผู้มีชื่อเสียง ซึ่งเกิดขึ้นจากแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองบุคคลจากการถูกนำอัตลักษณ์ของตนซึ่งมีมูลค่าหรือสามารถดึงดูดความสนใจของคนในสังคม ไปใช้ในการโฆษณาหรือขายสินค้า โดยมีได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้นเสียก่อน<sup>19</sup>

อัตลักษณ์ (Identity) หมายถึง คุณสมบัติของบุคคล ที่แสดงออกถึงความเป็นตัวตนว่าเป็นใคร มีลักษณะอย่างไร เหมือนหรือแตกต่างจากบุคคลอื่น กลุ่มอื่นอย่างไร ผ่านมุมมองของตนเองและของผู้อื่น ณ ขณะนั้น บุคคลอาจมีอัตลักษณ์หลายๆ อย่างในตัวตนก็ได้ โดยจะพิจารณาจากการแสดงออกผ่านทางสถานะของบุคคล เช่น เพศ ตำแหน่ง บทบาททางสังคม เรียกว่า อัตลักษณ์ส่วนบุคคล (Personal Identity) ส่วนอัตลักษณ์ทางสังคม (Social Identity) เป็นสิ่งที่แสดงออกถึงผลของการขัดเกลาทางสังคม กระบวนการเปลี่ยนแปลงทางวัฒนธรรม และระบบการศึกษา โดยจะแสดงออกมาในรูปแบบของวิถีชีวิต ความคิด ความเชื่อ และแบบแผนพฤติกรรม<sup>20</sup>

ในหลายประเทศได้มีการยอมรับและคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของปัจเจกชน โดยถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายธรรมชาติอย่างหนึ่ง ในการที่จะควบคุมการนำตัวตนของปัจเจกชนไปใช้ในทางพาณิชย์โดยบุคคลภายนอก ด้วยเหตุที่ตัวตนของบุคคลบางคนสามารถนำมาใช้สร้างมูลค่าในทางพาณิชย์ได้ หลายๆ ประเทศจึงมีนโยบายในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว

## 2.2 การแสวงหาประโยชน์จากผู้ล่วงลับ

บุคคลที่มีชื่อเสียง ในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ก็สามารถใช้ชื่อเสียงของตนแสวงหาประโยชน์ได้ ไม่ว่าจะโดยการใช้ชื่อ ภาพ หรือเสียงของตนเอง โดยไม่ว่าจะใช้สิ่งเหล่านั้นเองโดยตรง หรืออนุญาตให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์จากสิ่งเหล่านั้น แล้วตกลงให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับแก่ตน อันมีลักษณะเป็นการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) รูปแบบหนึ่ง<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Kenneth E. Spahn, "The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain?," *Nova Law Review* 19, 3 (1995): 1014-1015.

<sup>20</sup> ชนิตา จุฬรัตน์มณี, "อิทธิพลของผู้แนะนำสินค้า ที่เป็นผู้ที่มีชื่อเสียงด้านกีฬาที่มีผลต่อความตั้งใจซื้อสินค้าของผู้บริโภค," หน้า 30.

<sup>21</sup> Sara Zerehi, "Valuating a Celebrity's Right of Publicity for Estate Tax Purposes," *Harvard Journal of Sports and Entertainment Law* 8, 1 (Winter 2017): 128.

เมื่อบุคคลนั้นได้ล่วงลับไปแล้ว แต่ความมีชื่อเสียงของบุคคลนั้นยังคงอยู่ และในบางราย สามารถดำรงอยู่ต่อไปภายหลังจากการตายได้เป็นเวลานาน และในบางราย พบว่ายังมีชื่อเสียงมากขึ้น เมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตายไปแล้ว ดาราและนักร้องบางรายสามารถสร้างรายได้หรือยอดขายจาก ผลงานได้จำนวนหนึ่งในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ แต่หลังจากเสียชีวิตลง มีการนำเสนอชีวประวัติหรือผลงาน ของศิลปินท่านนั้นต่อสาธารณชน ทำให้ประชาชนกลับมาให้ความสนใจอีกครั้งหนึ่ง ส่งผลให้ผลงาน ของศิลปินกลับมาได้รับความสนใจและสร้างรายได้ไปอีก หรืออาจจะสร้างรายได้ได้มากกว่าเดิมเสียด้วยซ้ำ ดังนั้น ความมีชื่อเสียงของบุคคลจึงสามารถใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้าได้ ถึงแม้ว่าบุคคลนั้น จะได้ล่วงลับไปแล้วก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น James Dean ดารานักแสดงชาวอเมริกันที่โด่งดังอย่างมาก ในช่วง ค.ศ. 1950 แม้ว่า James Dean จะได้เสียชีวิตจากอุบัติเหตุทางรถยนต์ไปแล้วตั้งแต่ปี ค.ศ. 1955 แต่ชื่อและภาพของ James Dean ยังคงถูกนำมาใช้กับผลิตภัณฑ์ต่างๆ เช่น เครื่องแต่งกาย ผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับเส้นผมของผู้ชาย อุปกรณ์โทรศัพท์เคลื่อนที่ ตุ๊กตาของเล่น ตลอดจนถูกใช้ชื่อในเนื้อ เพลงของศิลปินบางราย เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ กองทรัพย์สินของ James Dean จึงมีรายได้เป็นจำนวน มหาศาลจากชื่อเสียงของเขาเป็นเวลายาวนานต่อเนื่องกว่า 6 ทศวรรษ<sup>22</sup> นอกจากนี้ยังมีกองทรัพย์สิน ของผู้มีชื่อเสียงอีกหลายรายที่ยังคงมีรายได้จากผลิตภัณฑ์ที่อาศัยชื่อเสียงของบุคคลเหล่านั้นแม้ว่าจะ ได้ล่วงลับไปแล้ว อาทิเช่น Michael Jackson ศิลปินนักร้องชาวอเมริกัน มีรายได้จากผลงานของเขา และจากแหล่งรายได้อื่นๆ เฉพาะในปี ค.ศ. 2016 คิดเป็นมูลค่ากว่า 825 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือ Bob Marley ศิลปินนักร้องเพลงแนวเร็กเก้ มีรายได้จากการอนุญาตให้ใช้ชื่อและภาพบนผลิตภัณฑ์ต่างๆ เฉพาะในปี ค.ศ. 2017 คิดเป็นมูลค่ากว่า 23 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หรือ Albert Einstein นักวิทยาศาสตร์ มีรายได้เฉพาะในปี ค.ศ. 2017 จากการอนุญาตให้ใช้ชื่อและภาพบนผลิตภัณฑ์ต่างๆ คิดเป็นมูลค่ากว่า 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เป็นต้น<sup>23</sup>



ภาพที่ 13 เสื้อยืดพิมพ์ลายโดยใช้ชื่อและภาพของ James Dean ยี่ห้อ Dolce & Gabbana

<sup>22</sup> Ibid., p. 139.

<sup>23</sup> Zach O'Malley Greenburg, Top-Earning Dead Celebrities [ออนไลน์], 12 มีนาคม 2561. Forbes. แหล่งที่มา <http://www.forbes.com/dead-celebrities/>.

### 2.2.1 แนวคิดเรื่องการคุ้มครองการเผยแพร่ของผู้ล่วงลับ

แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงนั้นเกิดขึ้นจากการที่รัฐเริ่มยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคล ยกตัวอย่างเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกาใน ค.ศ. ในหลายๆ มลรัฐได้ยอมรับและคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลมาเป็นระยะเวลานานแล้ว แต่ในยุคแรกๆ นั้น การนำภาพของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาสินค้าโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลในภาพนั้น ถือเป็น การละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Privacy Right)<sup>24</sup> ซึ่งศาลจะใช้กฎหมายในเรื่องหมิ่นประมาทซึ่งเกี่ยวข้องกับชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลมาใช้เทียบเคียงแก่คดี<sup>25</sup> ดังนั้น เมื่อบุคคลผู้มีชื่อเสียงฟ้องร้องดำเนินคดีจากการถูกใช้ชื่อหรือภาพในเชิงพาณิชย์โดยปราศจากความยินยอม ศาลจะคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ชื่อเสียงเกียรติยศและสภาพจิตใจของบุคคลที่ถูกนำภาพลักษณ์ไปใช้ และจะพยายามเยียวยาโดยการสั่งระงับการกระทำของจำเลยโดยมุ่งให้โจทก์ซึ่งเป็นผู้มีชื่อเสียงได้รับความเป็นส่วนตัวกลับคืนมาดังเดิม แต่สำหรับบุคคลที่มีชื่อเสียงแล้วนั้น ไม่ได้ประสงค์จะห้ามไม่ให้มีการใช้ภาพลักษณ์ของตน หากแต่ต้องการควบคุมการใช้และได้รับค่าตอบแทนจากการใช้<sup>26</sup> ซึ่งต่อมา ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาในบางมลรัฐได้เริ่มยอมรับว่าสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลนั้นเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลเพื่อประโยชน์ในทางการค้า และผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่เป็นตัวเงินของผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิ ซึ่งการละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลก่อให้เกิดความเสียหายที่เป็นตัวเงินแก่บุคคล แตกต่างจากการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคลซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่ออารมณ์และจิตใจ<sup>27</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลในหลายๆ มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาจะยอมรับและคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ว่าเป็นสิทธิในทรัพย์สิน แต่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะในระหว่างที่บุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น เมื่อบุคคลใดถึงแก่ความตาย สิทธินี้ก็จะเป็นอันระงับไป ไม่อาจ

<sup>24</sup> Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N.Y. 538 (1902)

<sup>25</sup> Peter L. Felcher and Edward L. Rubin, "The Descendibility of the Right of Publicity: Is There Commercial Life after Death," *Yale Law Journal* 89, 6 (May 1980): 1127.

<sup>26</sup> Thomas Brierton and Peter Bowal, "The Right of Publicity," *Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal* 4, 2 (2015): 277-278.

<sup>27</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," *UCLA Entertainment Law Review* 2, 1 (1995): 158.

ตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทได้ เมื่อบุคคลที่มีชื่อเสียงได้ล่วงลับ บุคคลภายนอกจึงสามารถใช้ภาพลักษณ์ของผู้ที่ล่วงลับเหล่านั้นในการแสวงหารายได้ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ทายาทของผู้ที่มีชื่อเสียงรู้สึกว่าจะไม่ได้รับความเป็นธรรม ฝ่ายนิติบัญญัติของหลายๆ มลรัฐจึงเห็นถึงความจำเป็นในการบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อขยายความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ให้แก่ผู้ที่ล่วงลับ<sup>28</sup>

ต่อมา ในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ให้มีสภาพเป็นสิทธิในทรัพย์สินอย่างชัดเจน เพื่อให้มีผลว่าเมื่อบุคคลใดถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าวจะสามารถตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทได้ ซึ่งนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ในเรื่องของการคุ้มครองอำนาจการจัดการผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ตัวตนของผู้ล่วงลับไปแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการในภาคธุรกิจมิให้อาศัยชื่อเสียงของผู้ที่ล่วงลับมาใช้แสวงหาประโยชน์หรือผลกำไรในทางธุรกิจโดยปราศจากความยินยอมจากทายาทของผู้ที่ล่วงลับเสียก่อน อีกทั้งยังเป็นการป้องกันความเสียหายอันอาจเกิดขึ้นแก่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับที่ถูกนำไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้า เนื่องจากอาจทำให้สาธารณชนเข้าใจผิดได้ว่าผู้นั้นเป็นผู้นำเสนอสินค้าของผู้ประกอบการรายนั้น

## 2.2.2 การแสวงหาประโยชน์ทางการค้าจากผู้ล่วงลับที่มีชื่อเสียง

### 2.2.2.1 การนำผู้ล่วงลับมาใช้ในการโฆษณา

การนำผู้ล่วงลับมาใช้ในการโฆษณาสินค้าหรือบริการนั้นมีมาเป็นเวลานานแล้ว ยกตัวอย่างเช่น การนำชื่อหรือภาพของมาริลิน มอนโร (Marilyn Monroe) ดารานักแสดงชื่อดังชาวอเมริกันในยุค ค.ศ. 1950 ที่ล่วงลับไปแล้ว ไปใช้กับสินค้าหรือโฆษณาสินค้าต่างๆ อาทิเช่น ไฟแช็ก สุรา รถยนต์ ไวน์ เพอร์นิเจอร์ เสื้อผ้ายีนส์ เป็นต้น โดยมาริลิน มอนโร ได้แสดงเจตนาไว้ก่อนจะเสียชีวิต ให้มีการแต่งตั้งผู้จัดการดูแลผลประโยชน์อันเกิดจากการนำชื่อหรือภาพของเธอไปใช้ในการการค้า ซึ่งต่อมา ในปี ค.ศ. 1966 ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งได้ร่วมกันกับบริษัทยักษ์ใหญ่ชื่อว่า CMG Worldwide, Inc. (“CMG”) ที่ดำเนินธุรกิจด้านการจัดการกองทรัพย์สินของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้ว และดูแลผลประโยชน์จากการอนุญาตให้ใช้สิทธิของผู้มีชื่อเสียง ซึ่งรายได้ที่กองทรัพย์สินของมารี

<sup>28</sup> Ibid., p. 170-171.

ลีน มอนโรได้รับจากการนำชื่อและภาพของเธอไปใช้ในทางการค้า เฉพาะภายหลังจากที่เธอเสียชีวิตไปแล้ว มีมูลค่ามากกว่า 30 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

นอกจากมาริลีน มอนโรแล้ว ยังมีดารานักร้องนักแสดงอีกเป็นจำนวนมากที่สามารถสร้างรายได้ให้แก่กองทัพสินทรัพย์หลังจากที่ได้ล่วงลับไปแล้ว ส่งผลให้ธุรกิจการบริหารจัดการกองทัพสินทรัพย์ของผู้มีชื่อเสียงเจริญเติบโตอย่างมาก โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่มีอุตสาหกรรมบันเทิงขนาดใหญ่ที่สุดแห่งหนึ่งของโลก จากข้อมูล พบว่าไมเคิล แจ็คสัน นักร้องชาวอเมริกัน เป็นผู้มีชื่อเสียงที่ทำรายได้ภายหลังจากล่วงลับได้มากที่สุดเป็นอันดับ 1 ในบรรดาผู้มีชื่อเสียงทั้งหลาย โดยนับตั้งแต่ที่ไมเคิล แจ็คสัน ได้ถึงแก่ความตายในปี ค.ศ. 2009 จนถึงเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 2016 กองทัพสินทรัพย์ของไมเคิลมีรายรับมากกว่าหนึ่งพันล้านเหรียญสหรัฐ<sup>29</sup> จากการอนุญาตให้ใช้ชื่อ ภาพ ภาพเหมือน และงานดนตรีของเขา<sup>29</sup>

ด้วยเหตุที่ภาพลักษณ์ของผู้ที่มีชื่อเสียงที่ล่วงลับยังสามารถสร้างรายได้เป็นจำนวนมากยิ่งขึ้น อีกทั้งตลาดการค้าการพาณิชย์มีการแข่งขันสูงกว่าสมัยก่อนมาก การนำผู้ล่วงลับมาใช้เป็นจุดขายหรือส่งเสริมการค้าหรือการบริการจึงเป็นกลยุทธ์ที่สำคัญ เมื่อทั้งผู้ประกอบการและบุคคลที่มีชื่อเสียงต่างอาศัยซึ่งกันและกันในการหาประโยชน์ให้แก่ตนเอง การนำผู้ล่วงลับมาใช้ในการโฆษณาสินค้าจึงมีแนวโน้มเพิ่มมากยิ่งขึ้น เมื่อมีจำนวนเงินและผลประโยชน์จากรูทิจประเภทนี้มากยิ่งขึ้น หลายๆ รัฐจึงเข้ามาควบคุมการใช้ผู้ล่วงลับมาแสวงหาประโยชน์ในทางการค้ามากยิ่งขึ้น

### 2.2.2.2 การนำผู้ล่วงลับมาใช้ในการสร้างสรรค์ผลงาน

ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มีการนำผู้ล่วงลับมาใช้ในการสร้างสรรค์ผลงานเสมอ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของงานเพลง หรืองานภาพยนตร์ ซึ่งอาจจะมีทั้งงานที่ได้รับแรงบันดาลใจจากผู้ล่วงลับ หรืออาจจะด้วยเหตุผลประการอื่นใดก็ตาม ซึ่งในอดีต หากจะมีการสร้างภาพยนตร์ที่เกี่ยวข้องกับผู้ล่วงลับ หรือภาพยนตร์แนวชีวประวัติ อาจกระทำได้โดยการใช้นักแสดงที่มีลักษณะภายนอกคล้ายคลึงกันกับบุคคลที่มีชื่อเสียงที่ล่วงลับ เพื่อให้เกิดความสมจริงของผลงาน

<sup>29</sup> Charlie Douglas, When Heirs Cry: Prince's Post-Mortem Right of Publicity [ออนไลน์], 28 เมษายน 2559. แหล่งที่มา <http://www.wealthmanagement.com/estate-planning/when-heirs-cry-prince-s-post-mortem-right-publicity>.



#### ภาพที่ 14 ภาพโฆษณาของภาพยนตร์เรื่องพุ่มพวง

ปัจจุบันมีเทคโนโลยีที่ทันสมัยมากมายที่สามารถช่วยให้ผู้สร้างสรรค์ผลงานสามารถนำภาพหรือเสียงของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้ว มาใช้ในการสร้างสรรค์ผลงาน อาทิเช่น งานภาพยนตร์ งานดนตรีกรรม การแสดงคอนเสิร์ต เป็นต้น เสมือนหนึ่งว่าผู้ที่ได้ล่วงลับไปแล้วนั้นได้ร่วมทำการแสดงหรือมีส่วนร่วมในงานสร้างสรรค์นั้นด้วยตนเอง ยกตัวอย่างเทคโนโลยี เช่น

##### (1) คอมพิวเตอร์กราฟฟิก

ในการสร้างงานภาพยนตร์บางเรื่อง หากนักแสดงที่รับบทในภาพยนตร์ถึงแก่ความตายในระหว่างที่ภาพยนตร์ยังถ่ายทำไม่แล้วเสร็จ และยังมีฉากที่นักแสดงรายนั้นยังมีได้ทำการแสดง ผู้สร้างภาพยนตร์สามารถใช้เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์กราฟฟิกโดยการนำภาพเคลื่อนไหวของนักแสดงที่ล่วงลับที่ถ่ายทำไปแล้วในฉากอื่นๆ มาผ่านกระบวนการโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และตัดต่อเข้ากับฉากที่นักแสดงนั้นยังไม่ได้ถ่ายทำ เพื่อให้เนื้อเรื่องมีความต่อเนื่องและมีความสมบูรณ์มากที่สุด หรือในกรณีที่ทางผู้สร้างภาพยนตร์ไม่สามารถหาภาพเคลื่อนไหวอื่นใดของนักแสดงรายนั้นเพื่อมาผ่านกระบวนการคอมพิวเตอร์กราฟฟิกได้แล้ว หรือในกรณีที่ฉากที่ยังมิได้ถ่ายทำนั้นมิพบเหตุหรือการแสดงอย่างใดๆ ที่ไม่อาจใช้ภาพเคลื่อนไหวของนักแสดงที่ล่วงลับมาใช้งานได้ ก็อาจใช้นักแสดงรายอื่นมาทำการแสดงในฉากที่ยังมิได้ถ่ายทำ จากนั้นจึงใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ตัด

ต่อภาพของนักแสดงที่ล่องลับเข้ากับใบหน้าของนักแสดงแทน ภาพยนตร์ที่มีการใช้เทคนิคเหล่านี้ ได้แก่ *Rogue One: A Star Wars Story* (2016) และ *Furious 7* (2015) เป็นต้น<sup>30</sup>

ในปัจจุบัน ผู้สร้างภาพยนตร์ โดยเฉพาะในภาพยนตร์ที่มีการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในการตัดต่อภาพเป็นจำนวนมาก จะทำการถ่ายภาพเคลื่อนไหวแบบเต็มตัวของนักแสดงไว้ แล้วนำภาพที่ถ่ายไว้นั้นไปตกแต่งภาพ โดยผ่านโปรแกรมตัดต่อในคอมพิวเตอร์ ซึ่งในกรณีที่ผู้สร้างภาพยนตร์ได้ถ่ายภาพเคลื่อนไหวแบบเต็มตัวของนักแสดงไว้ แล้วต่อมานักแสดงรายนั้นได้ถึงแก่ความตายโดยที่ยังมีฉากที่ยังมิได้ทำการแสดง ผู้สร้างภาพยนตร์สามารถใช้ประโยชน์จากภาพเคลื่อนไหวของนักแสดงรายนั้นที่ได้ถ่ายเก็บไว้ในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ได้<sup>31</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าผู้สร้างภาพยนตร์และนักแสดงจะได้ตกลงกันทำสัญญาเพื่อแสดงภาพยนตร์ แต่ถ้าหากในระหว่างสัญญา นักแสดงรายนั้นได้ถึงแก่ความตายในขณะที่ยังถ่ายทำภาพยนตร์ไม่เสร็จสิ้น ทำให้ผู้สร้างภาพยนตร์ต้องใช้ภาพซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของผลงานที่นักแสดงรายนั้นได้ถ่ายทำไว้ มาผ่านวิธีการตัดต่อด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และผนวกเข้ากับฉากอื่นๆ ของภาพยนตร์ ซึ่งผู้สร้างภาพยนตร์มักจะขอความยินยอมจากทายาทของนักแสดงรายนั้นเสียก่อน และดำเนินการถ่ายทำโดยคำนึงถึงความเหมาะสมและอย่างไร้เกียรตินักแสดงผู้ล่องลับด้วยเช่นกัน

## (2) โฮโลแกรม

โฮโลแกรม (Hologram) เป็นภาพที่มีลักษณะ 3 มิติ ถูกสร้างขึ้นด้วยกระบวนการที่เรียกว่า โฮโลกราฟี (Holography) อันเป็นการฉายแสงเลเซอร์จากแหล่งเดียวกัน แยกเป็น 2 ลำแสง ลำแสงหนึ่งเป็นลำแสงอ้างอิงเล็งตรงไปที่แผ่นฟิล์ม อีกลำแสงหนึ่งเล็งไปที่วัตถุและสะท้อนไปยังฟิล์ม แสงจากทั้งสองแหล่งจะถูกบันทึกไว้บนฟิล์มในรูปแบบของการแทรกสอด (Interference Pattern) ซึ่งมองไม่คล้ายกับรูปของวัตถุต้นแบบ ก่อให้เกิดภาพเสมือน (Virtual Image) ขึ้นมาตามมุมของแสงที่มากกระทบ ทำให้ตาของเรารับแสงอีกด้านหนึ่งของแผ่น

<sup>30</sup> Meaghan Fontein, "Digital Resurrections Necessitate Federal Post-Mortem Publicity Rights," *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 99, 3 (September 2017): 483-485.

<sup>31</sup> Ibid.

Hologram และเห็นเป็นภาพ 3 มิติ เทคโนโลยีโฮโลแกรมถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการสื่อสาร ระยะไกลระหว่างบุคคลต้นทางและปลายทางที่อยู่ต่างสถานที่กัน สามารถโต้ตอบแบบตัวต่อตัว

เทคโนโลยีโฮโลแกรมถูกนำมาใช้ในภาพยนตร์เรื่อง Star Trek และ Star Wars โดยมีการฉายโฮโลแกรมเป็นแสงให้เห็นเป็นภาพหรือภาพเคลื่อนไหวออกไปกลางอากาศ โดยไม่ต้องอาศัยจอรับภาพ ซึ่งเป็นการฉายภาพแบบสามมิติ มีความลึกจริงๆ เหมือนนำวัตถุหรือคนจริงๆ มาตั้งไว้

### (3) เปปเปอร์โกสต์ (Pepper's Ghost)

เปปเปอร์โกสต์เป็นเทคนิคที่ใช้โปรเจคเตอร์ฉายภาพลงไปยังพื้นผิวที่สะท้อนแสง จากนั้นภาพจะสะท้อนไปยังจอรับภาพแบบใส ที่ถูกทำมุมประมาณ 45 องศากับพื้นผิวสะท้อนแสง เป็นเทคนิคที่ถูกนำมาใช้ในการแสดงคอนเสิร์ต โดยจะนำภาพเคลื่อนไหวของศิลปินหรือนักร้องที่ล่องลับไปแล้วมาผ่านเทคนิคเปปเปอร์โกสต์ทำให้เกิดภาพสะท้อนขึ้นบนเวที ผู้ชมที่อยู่ด้านล่างของเวทีจะสามารถมองเห็นภาพของศิลปินหรือนักร้องกำลังทำการแสดงอยู่บนเวที เหมือนหนึ่งกำลังทำการแสดงอยู่บนเวทีจริงๆ แต่ผู้ชมคอนเสิร์ตที่ไม่ได้ยืนตรงด้านหน้าของจอรับภาพจะเห็นภาพแบบผิดสัดส่วน ทั้งนี้ เนื่องจากภาพเคลื่อนไหวที่ปรากฏบนจอรับภาพเป็นภาพแบบสองมิติที่มาจากไฟล์วิดีโอธรรมดา ระบบการฉายภาพแบบนี้จึงมิได้เป็นสามมิติเหมือนการใช้เทคนิคโฮโลแกรม



ภาพที่ 15 การแสดงคอนเสิร์ตของไมเคิล แจ็คสัน โดยใช้เทคโนโลยีโฮโลแกรม

แม้ว่าโฮโลแกรมและเปปเปอร์โกสต์จะเป็นเทคนิคที่แตกต่างกัน แต่ในปัจจุบันโฮโลแกรมเป็นชื่อที่เป็นที่รู้จักมากกว่า และแม้ในการแสดงที่ใช้เทคนิคแบบเปปเปอร์โกสต์ ก็มักถูกเรียกว่าเป็นการแสดงแบบโฮโลแกรม



แม้ว่าปัจจุบันจะมีเทคโนโลยีที่สามารถนำภาพของดารานักแสดงหรือนักร้องที่เสียชีวิตไปแล้วมาใช้ในการสร้างภาพยนตร์หรือคอนเสิร์ตได้ แต่หากนักแสดงหรือนักร้องทำสัญญากับต้นสังกัดหรือผู้ว่าจ้างโดยมิได้กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้ภาพหรือเสียงของตนในการสร้างสรรค์ผลงานภายหลังจากที่ตนได้เสียชีวิตไปแล้ว อาจทำให้เกิดปัญหาตามมาแก่การจัดการกองมรดกได้ เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันอาจไม่รองรับรูปแบบของเทคโนโลยีที่มีความก้าวหน้าและเปลี่ยนแปลงไปอยู่ตลอดเวลา และในการเข้าทำสัญญา นักแสดงหรือนักร้องบางรายอาจมิได้มีอำนาจต่อรองกับผู้ว่าจ้างในการกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้ภาพหรือเสียงของตนภายหลังจากที่ตนล่วงลับไปแล้วได้

### 2.2.2.3 การแสวงหาประโยชน์ทางการค้าจากผู้ล่วงลับที่มีชื่อเสียงเพราะการตาย

ที่ผ่านมา การคุ้มครองการเผยแพร่ของผู้ล่วงลับ มักจะมุ่งเน้นบุคคลที่มีชื่อเสียงตั้งแต่ในช่วงระหว่างที่บุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่ แม้ถ้อยคำตามตัวบทกฎหมายของหลายๆ ประเทศ จะมีได้กำหนดโดยแจ้งชัดว่าผู้ที่ได้รับความคุ้มครองจะต้องเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง แต่โดยการที่กำหนดว่าผู้ที่ได้รับการคุ้มครองจะต้องเป็นผู้ที่ชื่อเสียง หรือภาพของบุคคลนั้น มีมูลค่าในทางการค้า ในขณะที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตาย ย่อมมีความหมายว่าบุคคลนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงตั้งแต่ยังมีชีวิตอยู่โดยปริยาย อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติแก้ไขกฎหมาย ให้ผู้ล่วงลับที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ได้แก่ผู้ที่มีชื่อเสียง ณ เวลาที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตาย รวมถึงผู้ที่มีชื่อเสียงในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ แต่กลายเป็นที่รู้จักและภาพลักษณ์ของเขากลับกลายมามีมูลค่าอันอาจใช้แสวงหาประโยชน์ได้ เพราะการตายของบุคคลนั่นเอง

ที่มาของการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว มีสาเหตุมาจากการที่ทหารที่กลายเป็นที่รู้จักของสาธารณะอย่างแพร่หลายอันเนื่องมาจากการเสียชีวิตในระหว่างสู้รบในสงคราม ถูกกลุ่มผู้ที่ต่อต้านการทำสงคราม นำภาพหรือชื่อมาใช้บนสินค้าต่างๆ เช่น เสื้อโปสเตอร์ เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีกรณีของเหยื่อในคดีฆาตกรรมอันธพาล ที่สื่อสารมวลชนได้นำเสนอข่าวและสังคมให้ความสนใจ ทำให้ชื่อหรือภาพของบุคคลเหล่านั้นถูกนำไปใช้แสวงหาประโยชน์ในทางการค้า เป็นต้น ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว เห็นว่านอกจากจะเป็นการคุ้มครองสิทธิของทายาทของผู้ล่วงลับในการแสวงหาประโยชน์จากตัวตนของผู้ล่วงลับแล้ว ยังเป็นการควบคุมพฤติกรรมในการนำผู้ล่วงลับมาเป็นเครื่องมือในการทำมาหากินโดยไม่ได้รับอนุญาตจากทายาทของผู้ล่วงลับอีกด้วย



ภาพที่ 16 ภาพของชายผิวสีที่เป็นเหยื่อถูกตำรวจฆาตกรรม ถูกใช้บนเสื้อยืดเพื่อขายเป็นสินค้า

### 2.2.3 ธุรกิจจัดการดูแลผลประโยชน์ของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับ

บุคคลที่มีชื่อเสียงนั้น นอกจากจะมีรายได้หรือค่าตอบแทนจากหน้าที่การงานแล้วยังอาจได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ผู้อื่นนำภาพหรือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับตนไปใช้งานได้อีกด้วย ในประเทศที่ชื่อเสียงของบุคคลเปรียบเสมือนสินค้าที่สามารถสร้างรายได้ให้แก่บุคคลนั้นเป็นจำนวนมาก ตัวอย่างเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา มีธุรกิจรูปแบบหนึ่ง ที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของผู้มีชื่อเสียงในการอนุญาตให้บุคคลภายนอกนำผลงาน ภาพ ชื่อ หรือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับผู้มีชื่อเสียง ไปเผยแพร่หรือใช้เพื่อวัตถุประสงค์ต่างๆ ตลอดจนทำหน้าที่บริหารจัดการค่าตอบแทนและผลประโยชน์ที่ผู้มีชื่อเสียงมีสิทธิได้รับจากการอนุญาต

โดยบริษัทตัวแทนจะทำหน้าที่เป็นนายหน้าให้แก่ทายาทของผู้มีชื่อเสียง ในการทำสัญญาอนุญาตให้ผู้ประกอบการต่างๆ ใช้ชื่อหรือภาพของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับบนผลิตภัณฑ์ หรือเพื่อโฆษณาหรือนำเสนอสินค้า และดำเนินการต่างๆ เพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถใช้ชื่อหรือภาพของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับได้โดยได้รับความยินยอมจากทายาท และถูกต้องตามกฎหมาย เรียกการดำเนินการเหล่านี้ว่า “Rights Clearance”<sup>32</sup> โดยบริษัทตัวแทนบางรายอาจจะทำหน้าที่ในการประเมินมูลค่าของค่าตอบแทนหรือค่าสิทธิที่ทายาทควรได้รับจากผู้ประกอบการสำหรับการอนุญาตให้ใช้ภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับ เพื่อประโยชน์แก่ทายาทของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับ<sup>33</sup> ตลอดจนฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับ เพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนให้แก่ทายาทหรือกองทรัสต์สินของผู้มีชื่อเสียงเหล่านั้น<sup>34</sup>

<sup>32</sup> <https://www.cmgworldwide.com/our-work/>

<sup>33</sup> <https://www.cmgworldwide.com/celebrity-valuations/>

<sup>34</sup> Shaw Family Archives Ltd v CMG Worldwide, Inc, (486 F Supp 2d 309 (SDNY 2007))

บริษัทที่มีชื่อเสียงในธุรกิจนี้ ได้แก่ Curtis Management Group (CMG) มีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในมลรัฐอินเดียน่า มีสาขาอยู่ในมลรัฐต่างๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศจีน ปัจจุบันมีลูกค้าที่เป็นบุคคลมีชื่อเสียง ทั้งที่ยังมีชีวิตอยู่และที่ล่วงลับไปแล้ว อยู่ภายใต้การดูแลอยู่ทั่วโลกมากกว่า 220 ราย และให้บริการแก่ลูกค้ามาแล้วมากกว่า 1500 ราย นับตั้งแต่เริ่มประกอบกิจการเมื่อ ค.ศ. 1981 ประกอบไปด้วยผู้มีชื่อเสียงในวงการต่างๆ เช่น วงการบันเทิง กีฬา ศิลปิน บุคคลสำคัญทางประวัติศาสตร์ เป็นต้น นอกจากนี้ลูกค้าที่เป็นบุคคลแล้ว ยังปรากฏว่ามีลูกค้าที่เป็นองค์กรหรือสมาคม ตลอดจนสัตว์เลี้ยงอีกด้วย<sup>35</sup>

บุคคลที่มีชื่อเสียงที่ใช้บริการของ CMG ได้แก่ James Dean (ดารารายานตร์) Christopher Reeves (ดารารายานตร์) Neil Armstrong (นักบินอวกาศ) Maya Angelou (นักประพันธ์) National Baseball Hall of Fame เป็นต้น

นอกจากจะทำหน้าที่เป็นตัวแทนของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในการอนุญาตให้นำผลงานไปใช้แล้ว CMG ยังเป็นตัวแทนในการฟ้องร้องดำเนินคดีทางกฎหมายกับผู้ที่น่าผลงานของลูกค้าที่อยู่ภายใต้การดูแลไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตอีกด้วย และเนื่องจากเป็นองค์กรที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวข้องกับการใช้ภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงเพื่อการพาณิชย์ CMG จึงมีส่วนร่วมในการผลักดันและเสนอเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิของผู้มีชื่อเสียงของรัฐอินเดียน่า และมีส่วนร่วมในการแก้ไขกฎหมายคุ้มครองสิทธิของผู้มีชื่อเสียงในมลรัฐอื่นๆ เช่น แคลิฟอร์เนีย ทั้งในส่วนของผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตและที่ล่วงลับไปแล้ว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>35</sup> <https://www.cmgworldwide.com/our-story/#about>

ตารางที่ 1 ตารางอันดับผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับที่มีรายได้มากที่สุดภายหลังจากที่เสียชีวิตไปแล้ว  
ในระยะเวลาระหว่างวันที่ 15 ตุลาคม 2559 ถึงวันที่ 15 ตุลาคม 2560<sup>36</sup>

อันดับ	รายชื่อ	สาขาอาชีพ	มูลค่า (หน่วย: ล้านดอลลาร์ สหรัฐฯ)
1	ไมเคิล แจ็คสัน (Michael Jackson)	นักดนตรี	75
2	อาร์โนลด์ พาลเมอร์ (Arnold Palmer)	นักกีฬา (กอล์ฟ)	40
3	ชาร์ลส์ ชูลซ์ (Charles Schulz)	นักวาดการ์ตูน	38
4	เอลวิส เพรสลีย์ (Elvis Presley)	นักดนตรี นักแสดง	35
5	บ็อบ มาลีย์ (Bob Marley)	นักดนตรี	23
6	ทอม เพ็ตตี้ (Tom Petty)	นักดนตรี	20
7	ปรินซ์ (Prince)	นักดนตรี นักแสดง	18
8	ดร. ซุส (Dr. Seuss)	นักประพันธ์	16
9	จอห์น เลนนอน (John Lennon)	นักดนตรี	12
10	อัลเบิร์ต ไอน์สไตน์ (Albert Einstein)	นักวิทยาศาสตร์	10
11	เดวิด โบวี่ (David Bowie)	นักดนตรี นักแสดง	9.5
12	อลิซาเบธ เทย์เลอร์ (Elizabeth Taylor)	นักแสดง	8
13	เบ็ตตี้ เพจ (Bettie Page)	นางแบบ	7.5

<sup>36</sup> Zack O'Malley Greenburg, The Top-Earning Dead Celebrities of 2017 [ออนไลน์], 30 ตุลาคม 2560.  
แหล่งที่มา <https://www.forbes.com/sites/zackomalleygreenburg/2017/10/30/the-top-earning-dead-celebrities-of-2017/#437c8bbe41f5>.

### บทที่ 3

#### การคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับในต่างประเทศ

##### 3.1 การคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา

###### 3.1.1 ความเป็นมาของการคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ

ตามหนังสือคำอธิบายกฎหมายว่าด้วยละเมิด (Tort Law) ของศาสตราจารย์ William Lloyd Prosser ได้กล่าวไว้ว่า กฎหมายคอมมอนลอว์มีการคุ้มครองประโยชน์ความเป็นส่วนตัว 4 รูปแบบ<sup>1</sup> ได้แก่

- (1) การล่งลับความเป็นอยู่ตามลำพังของโจทก์โดยปราศจากการรบกวน
- (2) การเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวของโจทก์ต่อสาธารณชน
- (3) การเผยแพร่อันเป็นเท็จเกี่ยวกับโจทก์ต่อสาธารณชน
- (4) การแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้าโดยอาศัยชื่อ หรือภาพของโจทก์

การคุ้มครองการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าโดยอาศัยภาพลักษณ์นั้นเริ่มต้นมาจากการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคล (Privacy Right)<sup>2</sup> ซึ่งในสมัยก่อน การคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคลอาจเป็นการคุ้มครองบุคคลจากการถูกรบกวนในการใช้ชีวิตความเป็นอยู่ทั่วไป ต่อมาเมื่อเข้าสู่ช่วง ค.ศ. 1950 เทคโนโลยีการสื่อสารและการเผยแพร่ข้อมูลในประเทศสหรัฐอเมริกามีความก้าวหน้าและมีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก นำไปสู่การใช้บุคคลที่มีชื่อเสียงแสวงหาประโยชน์ในทางการค้า ซึ่งในช่วงแรก ถูกมองว่ามีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเกินสมควร แต่เมื่อเวลาผ่านไป บุคคลที่มีชื่อเสียงเห็นว่าการคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวไม่สามารถให้ความคุ้มครองในกรณีที่มีชื่อเสียงของตนถูกนำไปใช้หาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้อย่างเพียงพอและเหมาะสม และในหลายๆ คดี ศาลปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวแก่บุคคลที่มีชื่อเสียง

<sup>1</sup> Alana-Seanne M. Fassiotta, "Fred Astaire Dances Again: California Passes the Astaire Celebrity Image Protection Act," *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law* 10 (2000): 498.

<sup>2</sup> J. Thomas McCarthy, "Public Personas and Private Property: The Commercialization of Human Identity," *The Trademark Reporter* 79 (1989): 685.

เพราะถือว่าบุคคลเหล่านี้ได้สละซึ่งความเป็นส่วนตัวแล้ว<sup>3</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากมีเรื่องของผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงินเข้ามาเกี่ยวข้อง ในหลายคดีที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าโจทก์ให้ความสำคัญกับค่าตอบแทนเป็นตัวเงินจากการที่ชื่อเสียงของตนถูกนำไปใช้ในทางการค้า มากกว่าเรื่องของ การถูกนำไปใช้โดยปราศจากความยินยอมของตน ทำให้เกิดแนวคิดในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิในความเป็นตัวเงินของบุคคล มิให้ผู้อื่นสามารถนำไปใช้แสวงหาประโยชน์ได้ และสิทธิในผลกำไรที่เกิดขึ้นจากความมีชื่อเสียงของตน ด้วยเหตุผลและความเป็นมาดังกล่าวมานี้ ทำให้ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการจัดให้สิทธิในการทำงานนี้มีลักษณะเป็นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง คล้ายกันกับเครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์<sup>4</sup>

เมื่อพิจารณาประเภทของสิทธิส่วนบุคคลที่กฎหมายคอมมอนลอว์ให้ความสำคัญคุ้มครอง พบว่าการคุ้มครองบุคคลจากการล่วงล้ำความเป็นอยู่ตามลำพังโดยปราศจากการรบกวน การเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวต่อสาธารณะ และการเผยแพร่อันเป็นที่ต่อสาธารณะ มีลักษณะของความเป็นอยู่ส่วนตัวโดยแท้จริง ไม่ใช่สิทธิที่ญาติหรือสมาชิกในครอบครัว จึงมิใช่สิทธิที่จะตกทอดไปยังผู้อื่นได้ด้วยธรรมชาติของสิทธิอยู่ในตัวเอง แตกต่างจากการคุ้มครองการแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้าโดยอาศัยชื่อหรือภาพของบุคคล ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับชื่อกับผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงินของบุคคลมากกว่าการคุ้มครอง 3 ประเภทแรก มีลักษณะเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินอันอาจโอนให้แก่กันหรือให้อนุญาตใช้ในระหว่างที่ผู้ทรงสิทธิยังมีชีวิตอยู่ได้ ตลอดจนสามารถตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทได้<sup>5</sup>

คำว่า Right of Publicity หรือ สิทธิในการเผยแพร่หรือใช้ความมีชื่อเสียงของบุคคลในทางการค้า นั้น ปรากฏครั้งแรกเมื่อ ค.ศ. 1953 ในคำพิพากษาคดี Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.<sup>6</sup> ซึ่งในคดีนี้ บริษัทผลิตและจำหน่ายหมากฝรั่งได้ทำสัญญากับนักกีฬาเบสบอลรายหนึ่ง เป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดในการใช้ภาพของนักกีฬารายนั้นบนผลิตภัณฑ์ ต่อมาได้ฟ้องร้องดำเนินคดีบริษัทคู่แข่งที่นำภาพของนักเบสบอลรายนั้นไปใช้บนผลิตภัณฑ์ โดยฟ้องร้องบนฐานละเมิดซึ่งสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล จำเลยจึงโต้แย้งว่าสิทธิเช่นนั้นเป็นสิทธิส่วนบุคคล ไม่อาจ

<sup>3</sup> Melville B. Nimmer, "The Right of Publicity," *Law and Contemporary Problems* 19, 2 (Spring 1954): 205.

<sup>4</sup> Laurie Henderson, "Protecting Celebrity Legacies: Living in California or New York Becomes the Deciding Factor," *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law* 3 (2009): 169.

<sup>5</sup> J. Thomas McCarthy, "Public Personas and Private Property: The Commercialization of Human Identity," *The Trademark Reporter*, p. 687.

<sup>6</sup> Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

โอนให้แก่กันได้ โจทก์จึงไม่มีสิทธิฟ้อง ซึ่งศาลได้ตัดสินโดยอาศัยกฎหมายคอมมอนลอว์ว่า นอกจากบุคคลจะมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวแล้ว ยังมีสิทธิในการควบคุมการเผยแพร่หรือการใช้ภาพถ่ายของตน ตลอดจนสิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นมีสิทธิเด็ดขาดในการตีพิมพ์ภาพถ่ายเหล่านั้นได้ด้วย สิทธินี้มีไว้เพื่อรับประกันแก่บุคคลที่มีชื่อเสียงว่าจะได้รับค่าตอบแทนอย่างเหมาะสมจากการถูกนำชื่อเสียงไปใช้ในเชิงพาณิชย์ และที่สำคัญ บุคคลสามารถอนุญาตหรือโอนสิทธินี้ให้แก่ผู้อื่นได้ และบุคคลผู้ได้รับอนุญาตหรือรับโอนสิทธิย่อมสามารถต่อสู้บุคคลภายนอกได้

คำพิพากษาในคดีนี้เป็นครั้งแรกที่มีการรับรองสิทธิในการเผยแพร่ แยกต่างหากจากสิทธิส่วนบุคคล โดยศาลให้เหตุผลว่า บุคคลที่มีชื่อเสียง โดยเฉพาะนักแสดงและนักกีฬา อยู่ในสายตาของสาธารณชนเป็นปกติอยู่แล้ว การถูกนำภาพไปเผยแพร่จึงมิได้ส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของบุคคลเหล่านี้แต่ประการใด แต่บุคคลเหล่านี้ต้องการได้รับค่าตอบแทนจากการถูกนำชื่อเสียงไปใช้ในการโฆษณาสินค้าหรือผ่านสื่อต่างๆ ซึ่งสิทธิในการเผยแพร่เป็นเรื่องของอำนาจในการควบคุมผลประโยชน์ทางธุรกิจ ซึ่งแตกต่างจากสิทธิส่วนบุคคลอันเป็นสิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกรบกวนโดยผู้อื่น (Right to be left alone)

ร่างกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ถูกเสนอสู่ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐแคลิฟอร์เนียโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้นนามว่า John Vasconcellos เบื้องหลังที่นำมาสู่ร่างกฎหมายฉบับนี้แท้จริงแล้วมิได้มาจากกลุ่มบุคคลผู้มีชื่อเสียงหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับคนกลุ่มนี้แต่อย่างใด แต่มาจากการร้องทุกข์ของประชาชนที่ถูกร้องเรียนต่อ John Vasconcellos โดยตรง กล่าวคือ มีบุคคลกลุ่มหนึ่งได้รับจดหมายจากนิตยสารฉบับหนึ่งชื่อว่า Reader's Digest แจ้งว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นผู้โชคดีได้รับเลือกให้ร่วมชิงโชคที่นิตยสารจัดขึ้น ซึ่งบุคคลเหล่านั้นมองว่า ชื่อของตนถูกนิตยสารนำไปใช้เพื่อโฆษณานิตยสารโดยไม่ได้รับอนุญาต โดย John Vasconcellos เองก็เห็นว่าในขณะนั้นมีเพียงกฎหมายป้องกันการนำชื่อของห้างหุ้นส่วนบริษัทไปใช้ในทางการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตเท่านั้น แต่ไม่มีการคุ้มครองในทำนองเดียวกันสำหรับบุคคลธรรมดา จึงนำมาซึ่งการเสนอร่างกฎหมายสู่ฝ่ายนิติบัญญัติ และได้รับการสนับสนุนจากสหภาพแรงงานอุตสาหกรรมของนครลอสแอนเจลิส (Union of United Automobile Workers) สหภาพแรงงานท่าเรือของเมืองซานฟรานซิสโก (International Longshore and Warehouse Union) เป็นต้น ซึ่งแม้ว่าในบันทึกการร่างและพิจารณากฎหมายจะมีได้มีการเปิดเผยสาเหตุที่องค์กรเหล่านี้ให้การสนับสนุนร่างกฎหมายฉบับนี้ แต่สันนิษฐานได้ว่าเป็นไปเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนายจ้างนำชื่อหรือภาพของลูกจ้างไปใช้เพื่อหาประโยชน์

ในทางการค้าของนายจ้างโดยปราศจากความยินยอม เช่น การนำภาพของลูกจ้างไปใช้ในการโฆษณา ธุรกิจหรือผลิตภัณฑ์ของนายจ้าง เป็นต้น<sup>7</sup>

เนื่องจากกฎหมายคอมมอนลอว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่อยู่ก่อนที่จะมีการเสนอร่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ ซึ่งบุคคลที่มีชื่อเสียงหรือนักกีฬาที่มีชื่อเสียงสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ที่นำชื่อหรือภาพไปใช้ในทางการค้าโดยที่ตนมิได้ยินยอมได้ เนื่องจากเป็นที่ประจักษ์อยู่แล้วว่าชื่อเสียงของบุคคลเหล่านั้นมีมูลค่าในตลาด เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังการเสนอร่างกฎหมายของ John Vasconcellos จึงมิได้เป็นไปเพื่อคุ้มครองบุคคลที่มีชื่อเสียง หากแต่ต้องการคุ้มครองบุคคลธรรมดาทั่วไปให้มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน ซึ่งในตอนที่ยังร่างกฎหมายฉบับนี้ กำหนดอัตราค่าเสียหายไว้เป็นจำนวน 300 เหรียญสหรัฐ<sup>8</sup>

ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1971 ระหว่างที่ยังร่างกฎหมายอยู่ในขั้นตอนของการพิจารณานั้น Ronald Reagan ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ณ ขณะนั้น ได้ส่งจดหมายถึง John Vasconcellos เพื่อเร่งให้มีการลงนามเพื่อประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ แต่ John Vasconcellos ได้ชี้แจงว่าอุตสาหกรรมการโฆษณาสินค้ามีความซับซ้อนมากขึ้น และวิธีการที่ใช้ในการส่งเสริมการขายสินค้าเปลี่ยนแปลงไปอย่างไม่หยุดนิ่ง จึงจำเป็นต้องพิจารณาร่างกฎหมายให้สามารถคุ้มครองปัจเจกชนจากการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลได้<sup>9</sup>

ในที่สุด Ronald Reagan ซึ่งดำรงตำแหน่งผู้ว่าการมลรัฐแคลิฟอร์เนียในขณะนั้น ได้ลงนามให้ร่างกฎหมาย A.B. 826 เป็นกฎหมาย มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1972 เป็นมาตรา 3344 ของ Civil Code ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย กำหนดให้บุคคลที่จะใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลอื่นแสวงหาประโยชน์ทางการค้าได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของเจ้าของชื่อหรือภาพนั้นๆ เสียก่อน แต่สิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลเช่นว่านั้นจะได้รับความคุ้มครองแต่เฉพาะในระหว่างที่เจ้าของชื่อหรือภาพในระหว่างที่บุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น โดยศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียพิพากษาว่าสิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลเป็นสิทธิเฉพาะตัว เมื่อบุคคลนั้นได้เสียชีวิตลง สิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลนั้นก็สิ้นอันระงับสิ้นไป ไม่สามารถตกเป็นมรดกแก่ทายาทได้ภายใต้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์

<sup>7</sup> Douglas E. Mirell, "Right-of-Publicity Statutes: Some Historical Reflections and Recent Developments," *Communications Lawyer* 27, 3 (September 2010): 15.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid.



เนื่องจาก Civil Code มาตรา 3344 มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของชื่อหรือภาพ มิใช่คุ้มครองทายาทของผู้นั้น<sup>10</sup>

กฎหมายมาตรา 3344 สามารถให้ความคุ้มครองบุคคลจากการถูกผู้ประกอบธุรกิจนำชื่อหรือภาพของตนไปใช้ในทางการค้าได้ ซึ่งตรงตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย โดยกฎหมายมาตรานี้ได้บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดเอาไว้เพียงแค่ 2 กรณี ได้แก่ การใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลในการรายงานข่าวที่อยู่ในความสนใจของประชาชน (Newsworthy) หรือกิจการที่เป็นเรื่องสาธารณะ (Public Affair) ซึ่งต่อมาได้เกิดปัญหาการตีความขอบเขตของข้อยกเว้นความรับผิด และปัญหาว่าการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายมาตรานี้ เป็นการกระทบกระเทือนเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ซึ่งศาลสูงของมลรัฐแคลิฟอร์เนียนำหลักการใช้โดยมีการดัดแปลง (Transformative Use Test) มาใช้ในการตัดสินคดี เพื่อเป็นการรับประกันว่าการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของบุคคลจะไม่กระทบกระเทือนเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา แต่กระนั้น ก็ยังเกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์ว่าการใช้หลักการใช้โดยมีการดัดแปลงของศาลไม่สามารถคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญได้อย่างเพียงพอ โดยเฉพาะการใช้ชื่อหรือภาพของบุคคลในงานสร้างสรรค์ต่างๆ อาทิเช่น ละคร วรรณกรรม หนังสือพิมพ์ นิตยสาร ภาพยนตร์ สื่อโทรทัศน์ วิดีโอเกมส์ เป็นต้น<sup>11</sup>

มาตรา 3344 นั้น แท้จริงแล้วถูกบัญญัติขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคล (Privacy Right) เป็นหลัก สืบไปได้จากจากบทนำในบันทึกการพิจารณาร่างกฎหมายของที่ประชุมสามัญที่ระบุว่า กฎหมายฉบับนี้เกี่ยวข้องกับละเมิดสิทธิส่วนบุคคล เพียงแต่ขยายขอบเขตของสิทธิให้รวมถึงการถูกนำชื่อเสียงไปใช้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยมิชอบ ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล โดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินแต่อย่างใด อีกทั้งการบัญญัติกฎหมายมาตรานี้มิได้มีการกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติว่า ประสงค์จะให้มียุทธการประมวลกฎหมายเรื่องสิทธิในการเผยแพร่ตามกฎหมายคอมมอนลอว์เข้าไว้ด้วยกันกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือต้องการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรแทนที่กฎหมายคอมมอนลอว์ ทำให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์ในช่วงแรกๆ ที่ประกาศใช้กฎหมาย ว่ากฎหมายมาตรานี้มิได้เป็นการกลับแนวคำพิพากษาที่เคยมีมาแต่อย่างใด และเมื่อศาลวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้

<sup>10</sup> Ibid., p. 15-16.

<sup>11</sup> F. Jay Dougherty, "All the World's Not a Stooge: The Transformiveness Test for Analyzing a First Amendment Defense to a Right of Publicity Claim against Distribution of a Work of Art," *Columbia Journal of Law and the Arts* 27, 1 (2003): 1-7.

ภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงโดยมิชอบศาลจะหยิบยกทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายคอมมอนลอว์มาใช้ในการตัดสินคดี<sup>12</sup>

แม้ว่ากฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลพึงจะถูกรับรองโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เมื่อปี ค.ศ. 1972 แต่ก่อนหน้านี้นี้ ศาลได้เคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิในลักษณะนี้มาก่อนแล้วในรูปแบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยเรียกชื่อสิทธิแตกต่างกันออกไป เช่น คดี West v. Lind คดี Chaplin v. Amador เป็นต้น ทั้งยังได้มีการกล่าวถึงแนวคิดที่มีต่อสิทธิเหล่านี้ในลักษณะที่เป็นสิทธิในทรัพย์สิน และเป็นผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่บุคคลพึงได้รับความคุ้มครอง แม้ต่อมาในภายหลังจะได้มีการประกาศใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียก็ยังพัฒนากฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ผ่านกฎหมายคอมมอนลอว์ต่อไป ถึงแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะมีได้ให้อำนาจศาลในการพัฒนาสิทธิในการเผยแพร่ผ่านกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ตาม โดยศาลได้วินิจฉัยไว้ว่าสิทธิในการเผยแพร่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายคอมมอนลอว์ และสามารถใช้เป็นมูลฟ้องเพิ่มเติมจากมูลฟ้องตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้<sup>13</sup> ส่งผลให้โจทก์สามารถเลือกฟ้องเพื่อขอความคุ้มครองได้ทั้งตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรและตามกฎหมายคอมมอนลอว์

คดีที่สำคัญที่นำมาสู่การบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ลวงลับ ได้แก่ คดี Lugosi v. Universal Pictures<sup>14</sup> ซึ่งเป็นคดีระหว่างทายาทของ Bela Lugosi นักแสดงผู้ซึ่งรับบทท่านเคานต์แดรกคิวลาในภาพยนตร์เรื่อง Dracula เมื่อปี ค.ศ. 1931 กับ Universal Pictures ซึ่งเป็นบริษัทผู้สร้างภาพยนตร์ดังกล่าว โดยทายาทของ Bela Lugosi ได้ฟ้องร้อง Universal Studios ต่อศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เมื่อปี ค.ศ. 1966 ว่า Universal Pictures ได้หาประโยชน์จากทรัพย์สินมรดกของ Bela Lugosi

ข้อเท็จจริงในคดีมีอยู่ว่า ในปี ค.ศ. 1930 Bela Lugosi ได้เข้าทำสัญญากับ Universal Pictures Company, Inc. เพื่อถ่ายทำภาพยนตร์เรื่อง Dracula โดย Bela Lugosi ได้รับบทแสดงนำเป็นท่านเคานต์แดรกคิวลา ต่อมา เมื่อ Bela Lugosi ได้เสียชีวิตไปแล้ว Universal ได้แสวงหาประโยชน์ทางการค้าจากการเข้าทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ตัวละครท่านเคานต์แดรกคิวลาเป็นจำนวนหลายฉบับ ซึ่งเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือข้อสัญญาที่ Universal ได้ตกลงกับ Bela Lugosi

<sup>12</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," *UCLA Entertainment Law Review*, p. 163.

<sup>13</sup> Eastwood v. Superior Court, 149 Cal. App. 3d 410 (1983)

<sup>14</sup> Lugosi v. Universal Pictures, 603 P.2d 425 (Cal. 1979)

ไว้ ทายาทของ Bela Lugosi จึงได้ฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเรียกบรรดาค่าตอบแทนที่ Universal ได้รับจากการอนุญาตให้ใช้ตัวละครท่านเคานต์แดรกคูล่า อีกทั้งยังขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ Universal ทำสัญญาอนุญาตฉบับอื่นต่อไปในอนาคตด้วย ซึ่งประเด็นที่ศาลพิจารณาในคดีนี้มีด้วยกัน 2 ประเด็น คือ เนื้อหาในสัญญาระหว่าง Bela Lugosi กับ Universal มีการอนุญาตให้ Universal มีสิทธิใช้ภาพนิ่งของ Bela Lugosi ขณะรับบทเป็นท่านเคานต์แดรกคูล่าบนสินค้าได้หรือไม่ และสิทธิเช่นว่านั้นของ Bela Lugosi ตกทอดแก่ทายาทหรือไม่



ภาพที่ 17 ภาพเหมือนของ Bela Lugosi ผู้รับบทเป็นท่านเคานต์ในภาพยนตร์เรื่อง Dracula

คดีนี้ ศาลชั้นต้นได้ตัดสินให้ทายาทของ Bela Lugosi ชนะคดี และได้รับค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนกว่า 70,000 เหรียญสหรัฐ และมีคำสั่งห้ามมิให้ Universal นำภาพเหมือนของ Bela Lugosi ไปใช้บนสินค้า แต่ต่อมา ศาลสูงของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้พิพากษากลับ โดยตัดสินว่า ในขณะที่ Bella Lugosi ยังมีชีวิตอยู่นั้น Bella Lugosi ไม่ได้ใช้บทบาทหรือคาแรกเตอร์แดรกคูล่าในการประกอบธุรกิจ ซึ่งถ้าหาก Bella Lugosi ทำเช่นนั้น ย่อมได้รับเงินหรือผลกำไรซึ่งจะตกทอดแก่ทายาทของ Bella Lugosi เมื่อเขาถึงแก่ความตาย นอกจากนี้ ศาลยังได้วินิจฉัยอีกด้วยว่า ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียแล้ว สิทธิในการใช้ชื่อและภาพเหมือนเพื่อแสวงหาประโยชน์นั้นเป็นสิทธิส่วนตัวของศิลปิน อันอาจใช้ได้แต่โดยศิลปินผู้นั้น ในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น ("the right to exploit one's name and likeness is personal to the artist and must be exercised, if at all, by him during his lifetime.") คำพิพากษาของศาลสูงฉบับนี้จึงเป็นการวางแนววินิจฉัยไว้ว่าสิทธิในการใช้ชื่อและภาพของบุคคลจะได้รับการคุ้มครองมิให้ถูกผู้อื่นนำไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ในทางการค้าแต่เฉพาะที่บุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น เมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย สิทธินั้นย่อมเป็นอันระงับสิ้นไป กฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองอีกต่อไป ผู้ใดก็ตามย่อมสามารถใช้ชื่อหรือภาพของผู้ที่ล่วงลับไปแล้วบนสินค้าเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้าได้โดยชอบ

แม้ว่าเสียงข้างมากขององค์คณะผู้พิพากษาในคดีนี้จะเห็นว่าสิทธิในการเผยแพร่เป็นสิทธิเฉพาะตัวและไม่สามารถตกทอดแก่ทายาทได้ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย แต่ก็มีความเห็นแย้งของ Chief Justice Bird ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้ โดยได้ให้ความเห็นไว้ว่า การที่กฎหมายคอมมอนลอว์จะยอมรับและให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในอัตลักษณ์ของบุคคลนั้น มิใช่เป็นการโจมตีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด (เนื่องจากในขณะนั้น ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ล่วงลับ) หากแต่เป็นการตอบสนองต่อความจำเป็นของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลง และสามารถปรับตัวให้เข้ากับสถานการณ์ได้ จึงมีความเห็นว่าสิทธิในการใช้ภาพหรือความคล้ายซึ่งบทบาทท่านเคานต์แดรกคิวล่าของ Bella Lugosi ตกทอดแก่ทายาทได้<sup>15</sup>

นอกจากการที่กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้นจะไม่ให้การคุ้มครองการเผยแพร่ชื่อหรือภาพของบุคคลเมื่อบุคคลนั้นได้เสียชีวิตไปแล้ว ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ในขณะนั้นได้เกิดขึ้น เนื่องจากโจทก์ได้อ้างสิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) เป็นฐานของสิทธิในการเผยแพร่ในการฟ้องร้องต่อศาล แต่โดยสภาพการคุ้มครองของสิทธิทั้งสองสิทธินี้มีความแตกต่างกัน เนื่องจากในกรณีของสิทธิความเป็นส่วนตัวนั้น สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองและเยียวยาคือการถูกเผยแพร่โดยไม่พึงปรารถนา (Unwelcome Publicity) แต่การเยียวยาสำหรับกรณีการฝ่าฝืนสิทธิการเผยแพร่ ได้แก่ การชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากการนำชื่อหรือภาพไปใช้<sup>16</sup> ซึ่งบุคคลที่เป็นเจ้าของชื่อหรือภาพอาจทำสัญญาอนุญาตให้ผู้อื่นนำชื่อหรือภาพของตนไปใช้หาประโยชน์ทางการค้าได้ สิทธิในการเผยแพร่จึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สิน เป็นเรื่องของสิทธิในการได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการถูกนำภาพลักษณ์ไปใช้ ซึ่งแตกต่างจากสิทธิในความเป็นส่วนตัวซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิเฉพาะตัว

ผลจากคำพิพากษาฉบับนี้ ส่งผลให้หลายๆ ฝ่ายในวงการอุตสาหกรรมภาพยนตร์และบันเทิงในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย พยายามที่จะผลักดันให้มีการออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่คุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ที่ล่วงลับให้ตกทอดแก่ทายาท เพื่อเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาที่ศาลในคดี *Lugosi v. Universal Pictures* ได้ตัดสินไว้ นำโดยสมาคมนักแสดงภาพยนตร์และ

<sup>15</sup> “Judicial recognition and protection of the proprietary interest in one's name and likeness is not an unjustified foray by the judiciary into the legislative domain but a recognition of the common law's sensitivity to the evolution of societal needs and its ability to adapt to new conditions. The trial court properly found Lugosi had a right of publicity in his likeness in his portrayal of Count Dracula and that the right descended to plaintiffs as his beneficiaries.”

<sup>16</sup> Robert C. Denicola, "Institutional Publicity Rights: An Analysis of the Merchandising of Famous Trade Symbols," *North Carolina Law Review* 62 (1984): 621-622.

โทรทัศน์ (Screen Actors Guild) ดารานักแสดงผู้มีชื่อเสียง และทายาทของเหล่าผู้มีชื่อเสียงเป็นจำนวนมาก โดยมีวุฒิสภา William Campbell เป็นผู้นำเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของสภา เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1983 ภายใต้ชื่อร่างกฎหมายที่เรียกกันว่า “Senate Bill (S.B.) 613”<sup>17</sup>

ในขณะเดียวกันนั้น ก็มีหลายฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับร่างกฎหมายฉบับนี้ เช่น สมาคมอุตสาหกรรมภาพยนตร์แห่งอเมริกา (Motion Picture Industry of America) เครือข่ายผู้ผลิตภาพยนตร์และสื่อโทรทัศน์ (The Alliance of Motion Picture and Television Producers) สหภาพเสรีภาพพลเมืองอเมริกัน (The American Civil Liberties Union) สถานีโทรทัศน์ CBS และ NBC เป็นต้น<sup>18</sup> โดยให้เหตุผลว่าไม่มีความจำเป็นต้องออกกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครอง เนื่องจากผู้ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้คือทายาทของผู้มีชื่อเสียง ซึ่งมีได้เป็นผู้ที่ใช้สิทธิเช่นว่านี้ในระหว่างที่ผู้มีชื่อเสียงมีชีวิตอยู่ และกฎหมายฉบับนี้จะเป็นการขัดหรือแย้งกับเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ในลักษณะเดียวกันกับที่เกิดขึ้นกับการใช้มาตรา 3344<sup>19</sup>

ร่างกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่กรณีผู้ล่วงลับ มีความแตกต่างจากกฎหมายที่ใช้คุ้มครองผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่บางประการ ได้แก่ สิ่งที่ทำให้ความคุ้มครองในกรณีผู้ล่วงลับ มีการเพิ่มความคุ้มครองสำหรับการใช้เสียงและลายมือชื่อของผู้ล่วงลับด้วย และค่าสินไหมทดแทนขั้นต่ำกำหนดไว้เป็นจำนวน 750 เหรียญสหรัฐ เพิ่มขึ้นจากกรณีของผู้ที่ยังมีชีวิต ซึ่งกำหนดไว้เป็นจำนวน 300 เหรียญสหรัฐ นอกจากนี้ยังอนุญาตให้ศาลกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ค่าทนายความ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ อีกด้วย<sup>20</sup>

หลักจากการพิจารณาแก้ไขร่างกฎหมายโดยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเป็นเวลานานกว่า 18 เดือน จนกระทั่งในที่สุด เมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 1984 ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจึงได้บัญญัติ มาตรา 990 ใน Civil Code มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1985 เพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีที่มีการฟ้องร้องโดยใช้สิทธิในความเป็นส่วนตัวมาเป็นฐานในการฟ้องการฝ่าฝืนสิทธิการเผยแพร่ ด้วยการขยายสิทธิการเผยแพร่ของผู้ที่มีชื่อเสียงให้แก่ทายาทของผู้มีชื่อเสียงด้วย ผลจากกฎหมายนี้ ทำให้สิทธิการเผยแพร่มีลักษณะเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินมากกว่าสิทธิ

<sup>17</sup> Douglas E. Mirell, "Right-of-Publicity Statutes: Some Historical Reflections and Recent Developments," *Communications Lawyer*, p. 16.

<sup>18</sup> Stephen F. Rohde, "Dracula: Still Undead," *California Lawyer* 5, 4 (April 1985): 51-53.

<sup>19</sup> Douglas E. Mirell, "Right-of-Publicity Statutes: Some Historical Reflections and Recent Developments," *Communications Lawyer*, p. 17.

<sup>20</sup> California Civil Code § 3344.1 (a)(1)

ความเป็นส่วนตัว อีกทั้งยังทำให้สิทธินี้สามารถสืบทอดต่อไปได้โดยการทำพินัยกรรม หรือในกรณีที่ ไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ ก็สามารถตกทอดแก่ทายาทตามกฎหมายของบุคคลนั้นได้ และสามารถโอน ให้แก่กันได้โดยอิสระ แม้ว่าผู้มีชื่อเสียงเหล่านั้นจะได้ถึงแก่ความตายแล้วก็ตาม อย่างไรก็ตาม สิทธิที่ ถูกบัญญัติขึ้นโดยมาตรา 990 นี้ ครอบคลุมเฉพาะในกรณีที่ผู้ล่วงลับนั้น ใช้ภาพของตนหา ผลประโยชน์หรือกำไร หรือถูกเผยแพร่อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการขายสินค้าที่มีการนำภาพของผู้ ล่วงลับไปแสดงบนสินค้านั้น

มาตรา 990 ซึ่งใช้สำหรับกรณีผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับนั้น ให้ความคุ้มครองชื่อเสียง ลายมือชื่อ ภาพถ่าย และความคล้าย เหมือนกันกับกรณีผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่ ส่วนข้อยกเว้นความ คุ้มครองนั้น มาตรา 990 กำหนดข้อยกเว้นไว้มากกว่า โดยกำหนดให้การนำผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปใช้ ในการรายงานข่าว เรื่องที่เป็นสาธารณะ งานละคร หนังสือ นิตยสาร หนังสือพิมพ์ บทประพันธ์เพลง ภาพยนตร์ วิทยุ และรายการโทรทัศน์ ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากทายาทของผู้มีชื่อเสียงหรือผู้รับโอน สิทธิ และสามารถกระทำได้โดยไม่มีผิด แต่ข้อยกเว้นในกรณีของผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น กำหนดไว้เพียงแต่การใช้ในการรายงานข่าว และเรื่องที่เป็นสาธารณะเท่านั้น นอกจากนี้ มาตรา 990 ยังให้สิทธิแก่ทายาทของผู้ล่วงลับหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิภายหลังจากที่ผู้มีชื่อเสียงได้ถึง แก่ความตาย โดยได้รับความคุ้มครองสิทธิเป็นระยะเวลากว่า 50 ปี นับตั้งแต่วันที่ผู้มีชื่อเสียงได้ล่วงลับ

ต่อมาในปี ค.ศ. 1999 มาตรา 990 ได้ถูกแก้ไขมาตรา เป็นมาตรา 3344.1 ซึ่งคดีที่ มีความสำคัญและนำมาซึ่งการแก้ไขมาตราดังกล่าว ได้แก่ คดี *Robyn Astaire v. Best Film & Video Corp.*<sup>21</sup> ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า Fred Astaire ซึ่งเป็นนักแสดงภาพยนตร์ชื่อดัง ได้ทำ สัญญาอนุญาตให้ Robyn Corporation สามารถใช้ชื่อและภาพถ่ายของตนเฉพาะภาพที่กำหนดไว้ นำไปใช้สตูดิโอสำหรับการเต้น โรงเรียนหรือกิจการอื่นๆ ที่ Fred Astaire ได้เคยมีส่วนร่วมในการ ก่อตั้ง ส่วนรูปภาพนอกเหนือจากที่ Fred Astaire ได้อนุญาตไว้ตามสัญญา จะต้องได้รับความยินยอม จาก Fred Astaire เป็นลายลักษณ์อักษรเสียก่อนจึงจะสามารถนำไปใช้ได้ Fred Astaire เสียชีวิตลง ในปี ค.ศ. 1989

ภายหลังจากที่ Fred Astaire เสียชีวิตได้ 2 ปี Robyn ได้ทำสัญญาฉบับหนึ่งกับ Best Corporation ซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตวิดีโอเทป โดยว่าจ้างให้ Best Corporation ผลิตและจัด จำหน่ายวิดีโอชุด มีเนื้อหาเกี่ยวกับการเต้นของ Fred Astaire โดยมีการใช้ภาพเคลื่อนไหวของ Fred Astaire ที่ตัดมาจากภาพยนตร์ มาเป็นส่วนเริ่มต้น (Introduction) ของวิดีโอ ภรรยาของ Fred

<sup>21</sup> *Robyn Astaire v. Best Film & Video Corp.* 166 F.3d 1297 (9th Cir. 1997)

Astaire จึงได้ฟ้อง Best Corporation ต่อศาล อ้างว่า Best Corporation ละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของเธอ เนื่องจากมีการนำภาพเคลื่อนไหวไปใช้โดยปราศจากความยินยอมของเธอ แม้ว่าศาลชั้นต้นของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจะตัดสินว่าจำเลยละเมิดสิทธิของโจทก์ แต่ศาลสูงได้พิพากษากลับว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นได้บัญญัติข้อยกเว้นให้การนำภาพของผู้ล่องลับไปใช้ในงานภาพยนตร์ ไม่เป็นการฝ่าฝืนสิทธิในการเผยแพร่ แม้ในคดีนี้จะเป็นการนำภาพเคลื่อนไหวไปใช้ในวิดีโอเทป ก็ตีความว่าได้รับยกเว้นเช่นเดียวกัน

ผลจากคำพิพากษาในคดีนี้ทำให้มีการเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายโดยการขยายความคุ้มครองไปถึงการนำภาพของผู้ล่องลับไปใช้ในงานภาพยนตร์ด้วย ซึ่งองค์กรหนึ่งที่มีส่วนสำคัญในการสนับสนุนการแก้ไขกฎหมาย คือ Screen Actors Guild หรือ SAG ซึ่งมองว่าร่างกฎหมายฉบับแก้ไขจะเป็นกลไกในการคุ้มครอง “มูลค่าทางการค้าของสถานะความมีชื่อเสียงของนักแสดง” (commercial value of an actor’s celebrity status) แต่ในการพิจารณาร่างกฎหมายก็ได้มีการเจรจากันเพื่อหาข้อยกเว้นในการคุ้มครองสิทธิการเผยแพร่ในบางประการ เช่น กรณีการนำไปใช้ในงานสิ่งพิมพ์ ภาพยนตร์ หรือผลงานด้านประวัติศาสตร์ เป็นต้น จนในที่สุดก็สามารถบัญญัติกฎหมายฉบับแก้ไขออกมาได้ในที่สุด ซึ่งนอกจากจะมีการแก้ไขในส่วนข้อยกเว้นการคุ้มครองแล้ว ยังมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเลขมาตรา จากเดิมมาตรา 990 เปลี่ยนเป็นมาตรา 3344.1 เพื่อให้อยู่ต่อเนื่องกันกับมาตรา 3344 ซึ่งเป็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่

### 3.1.1.1 เหตุผลในการยอมรับและคุ้มครอง

#### (1) เหตุผลด้านศีลธรรม

การที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะกลายเป็นผู้มีชื่อเสียงและสามารถใช้ชื่อเสียงของตนสร้างรายได้ขึ้นนั้น เกิดจากการลงทุนลงแรงและสร้างสรรค์ผลงาน เมื่อประสบความสำเร็จ ชื่อเสียงจึงกลายเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่า เปรียบได้กับสินค้าอย่างหนึ่งที่ถูกกำหนดคุณสมบัติหรือสรรพคุณตามการจดจำและค่านิยมของผู้บริโภค แต่ชื่อเสียงเป็นสินค้าที่ไม่มีตัวตนและไม่สามารถจับต้องได้ ที่มีมูลค่าเพราะสามารถนำมาใช้ประโยชน์ในการเรียกความสนใจจากผู้บริโภคเพื่อขายสินค้าหรือบริการได้ ดังนั้น ผู้ที่ลงทุนลงแรงด้วยกำลังร่างกายของตนย่อมมีสิทธิตามธรรมชาติในดอกผลจากความวิริยะอุตสาหะของเขาเอง (Fruits of his own industry) และย่อมมีสิทธิควบคุม

การใช้ชื่อเสียงของตนเองในการแสวงหาประโยชน์ ด้วยเหตุที่ว่าเขาเป็นผู้สร้างชื่อเสียงให้แก่ตนเองจนกลายเป็นสิ่งที่มีมูลค่าขึ้นมา ด้วยความวิริยะพยายามของตนเอง<sup>22</sup>

ศาลมักใช้เหตุผลด้านศีลธรรมเป็นเหตุผลในการยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของผู้มีชื่อเสียง โดยศาลส่วนมากให้ความสำคัญกับการป้องกันการหาผลประโยชน์โดยไม่เป็นธรรม (Prevention of Unjust Enrichment) จากการฉวยโอกาสใช้ชื่อเสียงของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ทางการค้าของตนเอง ซึ่งศาลเห็นว่าเป็นการฉกฉวยทั้งผลประโยชน์และอำนาจในการควบคุมซึ่งภาพลักษณ์ของผู้อื่นโดยไม่ยุติธรรม<sup>23</sup> ทั้งนี้ แนวคิดในการป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์โดยไม่เป็นธรรม เป็นแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายลิขสิทธิ์ด้วยเช่นกัน ซึ่งศาลได้นำมาเทียบเคียงและปรับใช้แก่การให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่<sup>24</sup>

## (2) เหตุผลด้านเศรษฐกิจ

การรับรองและคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ เป็นหลักประกันสำหรับบุคคลที่พัฒนาตนเองจนกลายเป็นผู้มีชื่อเสียงและมีมูลค่า ว่าบุคคลเหล่านั้นและทายาทจะสามารถแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงได้<sup>25</sup> และเป็นการสร้างแรงจูงใจให้บุคคลสร้างสรรค์ผลงานเพื่อให้ตนเองมีชื่อเสียง การสร้างสรรค์ผลงานไม่เพียงแต่เป็นการสร้างมูลค่าในด้านวัฒนธรรมแต่ยังยังเป็นประโยชน์ต่อสังคมโดยทั่วไป<sup>26</sup>

ในคดี *Zacchini v. Scripps-Howard Broad, Co.* ศาลได้กล่าวไว้ว่า การที่รัฐยอมรับสิทธิในการเผยแพร่ เท่ากับเป็นการอนุญาตให้ปัจเจกชนมีสิทธิได้รับผลตอบแทนจากความวิริยะอุตสาหะของเขา (Reap the reward of his endeavors) อีกทั้งยังเป็นการสร้างแรงจูงใจให้เกิดการลงทุนลงแรงเพื่อพัฒนาศักยภาพหรือความสำเร็จให้เป็นที่ยอมรับจากสาธารณชน โดยศาลได้นำเรื่องผลประโยชน์ของรัฐในการยอมรับและคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรมาใช้ในการเทียบเคียงแก่เหตุผลในการยอมรับและคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ แต่ในขณะเดียวกัน ก็มีบางฝ่ายที่

<sup>22</sup> Martin H. Redish and Kelsey B. Shust, "The Right of Publicity and the First Amendment in the Modern Age of Commercial Speech," *William & Mary Law Review*, p. 1456-1457.

<sup>23</sup> *Lugosi v. Universal Pictures*

<sup>24</sup> Kenneth E. Spahn, "The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain?," *Nova Law Review*, p. 1027.

<sup>25</sup> *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*,

<sup>26</sup> Martin H. Redish and Kelsey B. Shust, "The Right of Publicity and the First Amendment in the Modern Age of Commercial Speech," *William & Mary Law Review*, p. 1462-1463.



มีความเห็นว่าการให้ความคุ้มครองโดยอาศัยเหตุผลด้านแรงจูงใจในทางเศรษฐกิจนั้น ควรจำกัดไว้เฉพาะในระหว่างที่บุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น เนื่องจากแรงจูงใจหลัก (Primary Incentive) ของบุคคลในการพัฒนาตนเองเพื่อให้กลายเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง คือการได้รับรายได้หรือค่าตอบแทนจากการใช้ชื่อเสียงของตนในระหว่างที่ตนเองยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น มิใช่การคาดหวังให้สิทธิเหล่านี้เป็นกองทรัพย์สินและตกทอดไปยังทายาทของตน<sup>27</sup>

การใช้เหตุผลด้านเศรษฐกิจเพื่อสนับสนุนให้มีการยอมรับและคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ะนั้นมีจุดอ่อนอยู่บางประการ เนื่องจากจะใช้ได้แต่เฉพาะในกรณีที่บุคคลตั้งใจทำให้ตัวเองมีชื่อเสียงเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากชื่อเสียงของตน แต่ในความเป็นจริงแล้ว มิใช่ทุกคนที่ตั้งใจหรือวางแผนให้ตนเองมีชื่อเสียงเพื่ออาศัยเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ การรับรองและคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่จึงอาจจะมีได้สร้างแรงจูงใจในด้านเศรษฐกิจให้แก่บุคคลเสมอไป<sup>28</sup> ซึ่งในคดี *Lugosi v. Universal Pictures* ศาลสูงก็ได้ตัดสินคดีโดยปฏิเสธที่จะใช้เหตุผลด้านเศรษฐกิจในการขยายความคุ้มครองสิทธิให้ครอบคลุมถึงทายาทของผู้มีชื่อเสียง เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้มีชื่อเสียงในคดีนี้มีได้อาศัยชื่อเสียงของตนเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ โดยศาลมองว่า เมื่อผู้มีชื่อเสียงรายนี้มิได้ตระหนักว่าภาพลักษณ์ของเขา (จากบทบาทการแสดงในภาพยนตร์) เป็นสิ่งที่มีมูลค่าในเชิงพาณิชย์ในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ ย่อมถือมิได้ว่าผู้มีชื่อเสียงรายนี้อาศัยสิทธิในการเผยแพร่เป็นแรงจูงใจในการพาตนไปสู่ความมีชื่อเสียง<sup>29</sup>

อย่างไรก็ตาม มีบางความเห็นที่เสนอว่า ศาลจะใช้แค่เพียงแรงจูงใจในทางเศรษฐกิจเป็นเหตุผลสนับสนุนว่าทายาทของผู้มีชื่อเสียงสมควรมีสิทธิในการเผยแพร่หรือไม่ก็ได้ แต่จะต้องอาศัยเหตุผลอื่นๆ มาร่วมสนับสนุนด้วย และการที่บุคคลใดมิได้แสวงหาผลประโยชน์จากชื่อเสียงของตนในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ มิได้แปลว่าผู้นั้นจะมิทราบว่ามีสิทธิในการเผยแพร่อยู่ การที่บุคคลใดจะใช้ชื่อเสียงของตนให้เกิดมูลค่าหรือไม่นั้นมิได้ขึ้นอยู่กับผู้เป็นเจ้าของชื่อเสียงแค่เพียงฝ่ายเดียว แต่ต้องอาศัยผู้ที่จะเสนอค่าตอบแทนเพื่อแลกกับการใช้ชื่อบุคคลนั้นด้วยเช่นกัน ดังนั้น การที่ศาลไม่อนุญาตให้ทายาทมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ชื่อเสียงของผู้ที่

<sup>27</sup> Kenneth E. Spahn, "The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain?," *Nova Law Review*, p. 1028-1029.

<sup>28</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," *UCLA Entertainment Law Review*, p. 177.

<sup>29</sup> *Lugosi v. Universal Pictures*, 25 Cal. 3d 813, 821, 603 P.2d 425, 430 (1979)

ล่วงหน้าเพื่อการค้า ด้วยเหตุเพราะว่าผู้ที่มีชื่อเสียงนั้นมีทราบว่ามีชื่อเสียงของตนเป็นสิ่งมีมูลค่า จึงมิใช่เหตุอันสมควร<sup>30</sup>

(3) เหตุผลด้านประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากรทางเศรษฐกิจ

การที่กฎหมายรับรองสิทธิในการเผยแพร่ให้แก่ปัจเจกชน ให้มีอำนาจสั่งห้ามหรือเรียกค่าเสียหายจากการถูกนำชื่อเสียงของตนไปใช้นั้น จะส่งผลให้เกิดการจัดสรรทรัพยากรทางเศรษฐกิจอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ ค่าตอบแทนที่มีประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์ (economic efficiency considerations) เช่น ต้นทุนในการทำธุรกรรม เป็นต้น จะเป็นสิ่งที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่ายใดสมควรเป็นผู้ได้รับสิทธิ โดยกำหนดให้ฝ่ายที่สามารถหลีกเลี่ยงต้นทุนในการทำธุรกรรมได้มากที่สุด เป็นฝ่ายแบกรับภาระต้นทุน ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นผู้ได้รับสิทธิ และให้ฝ่ายที่รับภาระต้นทุนสามารถซื้อสิทธินั้นได้โดยใช้ต้นทุนที่ต่ำที่สุด เนื่องจากในทางเศรษฐศาสตร์แล้ว การลดต้นทุนในการทำธุรกรรมจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคม<sup>31</sup>

เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลในทางเศรษฐศาสตร์แล้ว หากกฎหมายบัญญัติให้ผู้ที่ใช้ชื่อเสียงของผู้อื่นในทางการค้า เป็นผู้ทรงสิทธิในการเผยแพร่ ความเป็นไปได้ว่าผู้ที่มีชื่อเสียงจะไม่สามารถทำธุรกรรมเพื่อซื้อสิทธินั้นได้ เนื่องจากกว่าผู้ที่มีชื่อเสียงจะทราบว่าชื่อเสียงของตนถูกนำไปใช้ ก็ต่อเมื่อการใช้นั้นปรากฏต่อสาธารณะแล้ว และจะเป็นการล่าช้าจนเกินไปที่จะหยุดการใช้ นอกจากนี้ ยังอาจก่อให้เกิดปัญหาการกำหนดราคาสูงเกินจริงจากฝ่ายผู้ประกอบการ ซึ่งเปรียบได้กับการกรรโชก อันก่อให้เกิดต้นทุนในการทำธุรกรรมแก่ทั้งสองฝ่าย ซึ่งเป็นการใช้ทรัพยากรทางเศรษฐศาสตร์ที่ไร้ซึ่งประสิทธิภาพ<sup>32</sup>

ในทางตรงกันข้าม ผู้ประกอบการที่จะใช้ชื่อเสียงของผู้อื่นในทางการค้า สมควรที่จะเป็นผู้แบกรับต้นทุนในการซื้อสิทธิในการเผยแพร่จากผู้ที่มีชื่อเสียง เนื่องจากเป็นผู้ที่ทราบว่าชื่อเสียงของบุคคลใดจะสามารถนำมาใช้ในการค้าได้ การใช้จะสร้างรายได้แก่ธุรกิจของตนเท่าใด และจำนวนเงินที่ตนยินดีจะจ่ายเพื่อแลกกับการใช้สิทธินั้น โดยต้นทุนในการทำธุรกรรมที่เกิดขึ้น ได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการทำสัญญา อาทิเช่น ค่าอนุญาตการใช้สิทธิ เป็นต้น<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," *UCLA Entertainment Law Review*, p. 177-178.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 178-179.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>33</sup> *Ibid.*

## (4) เหตุผลด้านเป้าหมายในการกระจายความมั่งคั่ง

ในการกำหนดว่ากฎหมายควรรับรองสิทธิของผู้มีชื่อในการได้รับค่าตอบแทนจากการถูกนำชื่อเสียงไปใช้ หรือให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการในการใช้ชื่อเสียงของผู้อื่นได้โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน จะต้องพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งสมควรร่ำรวยขึ้นโดยอาศัยค่าใช้จ่ายของคู่สัญญาอีกฝ่ายหรือไม่ การพิจารณาเช่นนี้เรียกว่า “เป้าหมายในการกระจายความมั่งคั่ง” (Distributional Goals) เพื่อกำหนดเกี่ยวกับการให้สิทธิ โดยมุ่งให้เกิดการกระจายความมั่งคั่งแก่สังคม<sup>34</sup>

ในความเป็นจริงแล้ว ทั้งผู้มีชื่อเสียงและผู้ประกอบการอาจจะไม่จำเป็นต้องมั่งคั่งไปมากกว่าที่เป็นอยู่ เนื่องจากผู้มีชื่อเสียงเองก็สามารถสร้างรายได้เป็นจำนวนมากจากงานปกติของตนอยู่แล้ว การรับรองสิทธิให้แก่ผู้มีชื่อเสียงอาจมิได้มีผลทำให้รายได้ของบุคคลเหล่านี้เพิ่มมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญแต่อย่างไร ส่วนผู้ประกอบการเองก็มีกำไรจากการประกอบธุรกิจของตนเป็นจำนวนมากกว่าจำนวนที่จะต้องนำมาจ่ายเป็นค่าจ้างของผู้มีชื่อเสียงอยู่แล้ว หากจะกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้มีชื่อเสียงก็ไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบการเกินสมควร<sup>35</sup>

หากใช้เรื่องความคิดสร้างสรรค์เป็นฐานแห่งหลักการและเหตุผล (Rationale) ผู้มีชื่อเสียงย่อมเป็นฝ่ายที่สมควรจะมั่งคั่งมากขึ้น เนื่องจากเป็นฝ่ายสร้างสรรค์บุคลิกและอัตลักษณ์จนเป็นที่ต้องการของคนในสังคม ซึ่งถือว่าเป็นการสร้างประโยชน์ให้แก่สังคม จึงสมควรได้รับสิ่งตอบแทน โดยการได้สิทธิในค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ชื่อเสียงของตน และสิทธินั้นเป็นทรัพย์สินสิทธิ แต่เมื่อพิจารณาโดยอาศัยหลักเป้าหมายในการกระจายตัวแล้ว ผู้ประกอบการจะเป็นฝ่ายได้รับความเสียหายหรือได้รับผลกระทบเพียงเล็กน้อยหากต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่ผู้มีชื่อเสียง เนื่องจากผู้ประกอบการเป็นฝ่ายที่สามารถกระจายต้นทุนและค่าใช้จ่ายได้โดยผลัดภาระไปยังผู้บริโภค และผู้ประกอบการมักอยู่ในรูปขององค์กรขนาดใหญ่ การแบกรับต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายจึงไม่ส่งผลกระทบต่อรายบุคคลแต่ประการใด ในทางตรงกันข้าม ผู้มีชื่อเสียงมิได้อยู่ในฐานะที่จะสามารถกระจายต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายได้ ดังนั้น การกระจายต้นทุนในการได้มาซึ่งสิทธิไปยังบุคคลหลาย

<sup>34</sup> Ibid., p. 179-180.

<sup>35</sup> Ibid., p. 180.

ยอมเป็นการยุติธรรมมากกว่าการให้บุคคลรายเดียวเป็นผู้แบกรับ ซึ่งแนวคิดนี้สอดคล้องกับทฤษฎีที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ในปัจจุบันที่มุ่งคุ้มครองปัจเจกชนที่เป็นผู้มีชื่อเสียง<sup>36</sup>

#### (5) เหตุผลด้านการตัดสินใจอย่างมีเหตุผลของผู้บริโภค

ในทางเศรษฐศาสตร์มีทฤษฎีที่เรียกว่า ทฤษฎีการตัดสินใจอย่างมีเหตุผล (Rational Choice Theory) ซึ่งอธิบายว่ากิจกรรมต่างๆ ของมนุษย์ เกิดขึ้นจากการไตร่ตรองและใช้เหตุผลในการตัดสินใจเลือกกระทำ การใช้ผู้มีชื่อเสียงในการโฆษณาสินค้าหรือบนผลิตภัณฑ์ ทำให้ผู้บริโภคต้องการซื้อผลิตภัณฑ์มากยิ่งขึ้น เนื่องจากผู้บริโภคให้คุณค่าหรือความสำคัญกับตัวบุคคลที่ใช้ในการโฆษณา แต่เป็นคุณค่าที่ได้มีความเกี่ยวข้องกับตัวผลิตภัณฑ์หรือบริการแต่ประการใด ในทางทฤษฎีจึงถือว่าเป็นการขัดขวางการตัดสินใจโดยใช้เหตุผลของผู้บริโภค<sup>37</sup>

ในทางทฤษฎี ถึงแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้มีชื่อเสียงเพื่อแลกกับการใช้บนผลิตภัณฑ์หรือในการโฆษณา ภาระต้นทุนดังกล่าวจะไม่ถูกผลักไปยังผู้บริโภค เนื่องจากผู้บริโภคที่มีเหตุผลจะตัดสินใจเลือกซื้อผลิตภัณฑ์โดยไม่คำนึงถึงหรือคำนึงถึงผู้นำเสนอสินค้าเพียงเล็กน้อยเท่านั้น แต่จะตัดสินใจจากประโยชน์ที่จะได้รับจากสินค้าเมื่อเทียบกับราคาของสินค้านั้น<sup>38</sup>

แต่ในความเป็นจริงนั้น ผู้บริโภคทุกคนในสังคมมิใช่ผู้บริโภคที่ตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าโดยใช้เหตุผลผู้บริโภคจำนวนมากตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าจากผู้นำเสนอสินค้า ดังนั้น เมื่อผู้ประกอบการเลือกใช้อำนาจผู้มีชื่อเสียงในการโฆษณาสินค้าหรือบริการ ส่งผลกระทบต่อการใช้เหตุผลในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าของผู้บริโภค การสนับสนุนสิทธิในการเผยแพร่ กล่าวคือ การให้สิทธิแก่ผู้มีชื่อเสียงในการได้รับค่าตอบแทนจากการถูกนำไปใช้โฆษณาสินค้า จะเป็นการขัดขวางการตัดสินใจซื้อสินค้าโดยไม่ใช้เหตุผลของผู้บริโภค<sup>39</sup>

#### 3.1.1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองการเผยแพร่ของผู้ลวงลับ

การคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ลวงลับนั้นมีความแตกต่างจากการคุ้มครองบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ในหลายๆ มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการคุ้มครองสิทธิบางประการของผู้ที่ลวงลับ

<sup>36</sup> Ibid., p. 180-181.

<sup>37</sup> Ibid., p. 181.

<sup>38</sup> Ibid., p. 181.-182.

<sup>39</sup> Ibid., p. 182.

ไปแล้ว ให้สามารถตกทอดแก่ทายาทของผู้นั้นได้ แต่ก็ยังมีประเด็นเป็นที่ถกเถียงกันในทางวิชาการอยู่ ว่า การคุ้มครองสิทธิให้แก่ผู้ล่วงลับนั้นสามารถทำได้หรือไม่ ซึ่งในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มี ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ล่วงลับไปแล้ว แบ่งออกได้เป็น 2 ทฤษฎี ดังนี้<sup>40</sup>

### (1) ทฤษฎีผลประโยชน์

ทฤษฎีผลประโยชน์มีแนวความคิดว่าผู้ที่ล่วงลับสามารถเป็นผู้ทรง สิทธิได้ สิทธิต่างๆ ที่เป็นผลประโยชน์ของผู้ล่วงลับในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ สามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ ภายหลังจากที่ผู้ันถึงแก่ความตาย และสิทธินั้นอาจได้รับการรับรองโดยกฎหมายได้<sup>41</sup>

ตามแนวคิดของทฤษฎีนี้ มองว่าบุคคลที่ไม่สามารถตัดสินใจได้ ยกตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยที่อยู่ในขั้นโคม่า ถึงแม้ว่าจะไม่สามารถแสดงออกใดๆ ได้แล้วก็ตาม แต่ก็ยังมี ส่วนได้เสียกับสิ่งนั้นอยู่ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Schindler v. Schiavo ที่ Terry Schiavo เป็นผู้ป่วยที่ อยู่ในภาวะที่ไม่รับรู้สิ่งใดๆ ทั้งต่อตนเองและสิ่งแวดล้อม หรืออยู่ในภาวะผัก (vegetative state) ซึ่ง ในคำพิพากษาของศาลคดีนี้ได้มีการกล่าวถึงสิทธิตามกฎหมาย และสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ของ Terry Schiavo ในคำพิพากษา<sup>42</sup>

ทฤษฎีผลประโยชน์เห็นว่าสิ่งที่ไม่มีชีวิต ไม่ว่าจะเป็นสิ่งของ หรือผู้ ที่ล่วงลับไปแล้ว สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายได้ นักปรัชญากฎหมายผู้เสนอแนวคิดฝ่ายทฤษฎี ผลประโยชน์ที่มีชื่อเสียงท่านหนึ่ง นามว่า Joe Feinberg มองว่าผู้ล่วงลับก็มีผลประโยชน์ที่สามารถ ได้รับการดูแลรักษาหรือถูกทำลาย ภายหลังจากที่ถึงแก่กรรมไปแล้วได้ สอดคล้องกันกับแนวคิดของ อริสโตเติล นักปรัชญาชาวกรีกสมัยโบราณ ว่าเมื่อมนุษย์ตายไปแล้ว เชื่อกันว่าจะได้พบทั้งสิ่งที่ดีและ สิ่งที่ไม่ดีอาทิเช่น ได้รับการเคารพหรือถูกทำให้เสื่อมเสีย มีลูกหลานหรือทายาทที่โชคดีหรือโชคร้าย ([B]oth good and evil are thought to happen to a dead person.....Take, for example, honours and dishonours, and the good and bad fortunes of his children or his descendants generally.)<sup>43</sup>

นักกฎหมายฝ่ายทฤษฎีผลประโยชน์ได้ยกตัวอย่างว่า การที่ผู้ ล่วงลับไม่ได้รับรู้ถึงการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อตน เช่น การถูกดูหมิ่นเหยียดหยามทำให้

<sup>40</sup> Kirsten Rabe Smolensky, "Rights of the Dead," *Hofstra Law Review* 37, 3 (2009): 767-768.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 769.

<sup>42</sup> Schindler v. Schiavo, 357 F. Supp.2d 1378, 1383-85 (M.D. Fla. 2005)

<sup>43</sup> Kirsten Rabe Smolensky, "Rights of the Dead," *Hofstra Law Review*, p. 770.

เสียชีวิตเสีย มีได้แปลว่าการกระทำและผลของการกระทำนั้นมิได้เกิดขึ้น ดังนั้น การทราบหรือรับรู้ถึงการกระทำนั้นโดยผู้ล่วงลับจึงมิใช่สิ่งสำคัญที่กำหนดว่ามีการกระทำให้เสียหายตามกฎหมายหรือไม่ จึงควรจะต้องมีการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ล่วงลับจากการถูกทำให้เสียหายโดยบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ โดยการให้บุคคลสามารถตัดสินใจเลือกผู้รับประโยชน์ต่อจากตนภายหลังจากที่ตนเสียชีวิตไปแล้ว และให้ผู้รับประโยชน์จากสิทธิเหล่านั้นเป็นผู้ใช้สิทธิไปในทางปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์จากชื่อเสียงของผู้ล่วงลับ<sup>44</sup>

นอกจากการคุ้มครองสิทธิของผู้ล่วงลับแล้ว ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งเป็นมลรัฐที่อุตสาหกรรมภาพยนตร์และสื่อบันเทิงต่างๆ มีขนาดใหญ่ ผู้ที่มีชื่อเสียงมักจะแสดงเจตนาไว้ตั้งแต่ก่อนเสียชีวิต กำหนดให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้จัดการดูแลผลประโยชน์เกี่ยวกับการนำชื่อหรือภาพของตนไปใช้ภายหลังจากที่ตนเสียชีวิตไปแล้ว ยกตัวอย่างเช่น Marilyn Monroe ซึ่งเป็นนักแสดงหญิงที่มีชื่อเสียง ได้ทำพินัยกรรมกำหนดให้ตระกูล Strasberg เป็นผู้คุ้มครองผลประโยชน์จากการนำภาพลักษณ์ของเธอไปใช้ เป็นต้น ทฤษฎีผลประโยชน์จึงมองว่า การบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ล่วงลับไปแล้ว นอกจากจะเป็นการรับรองบรรดาผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นภายหลังความตายแล้ว ยังเป็นการช่วยยืนยันว่าความประสงค์ของบุคคลจะได้รับการคุ้มครองด้วยเช่นกัน<sup>45</sup>

นอกจากนี้ ทฤษฎีผลประโยชน์ยังมองว่า ผลประโยชน์ของผู้ที่ล่วงลับสามารถดำรงต่อไปได้ แม้จะมีได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ก็ตาม การที่มีกฎหมายคุ้มครองเฉพาะสิทธิบางสิทธินั้น เนื่องมาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะสิทธิบางประการที่จำเป็นจะต้องมีกฎหมายคุ้มครอง<sup>46</sup>

## (2) ทฤษฎีเจตนา

ทฤษฎีเจตนา (Will Theory) มีความคิดเกี่ยวกับสิทธิของผู้ล่วงลับไปในทางตรงกันข้ามกับทฤษฎีผลประโยชน์ โดยทฤษฎีนี้เห็นว่าสิทธิตามกฎหมายจะมีอยู่ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นมีความรู้สึกและสามารถตัดสินใจได้ และเห็นว่าสาระสำคัญของสิทธิ คือ โอกาสที่ผู้ทรงสิทธิจะตัดสินใจในสิ่งที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมของผู้อื่น (the essence of a right consists in opportunities for the right holder to make normatively significant choices relating to

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid., p. 771.

<sup>46</sup> Ibid., p. 772.

the behavior of someone else)<sup>47</sup> ดังนั้น เมื่อผู้ที่ล่องลับไปแล้วไม่สามารถตัดสินใจเลือกทางเลือกที่มีความสำคัญได้ อีกทั้งยังไม่สามารถถือเอาผลประโยชน์ได้ ทฤษฎีเจตนาจึงเห็นว่าผู้ที่ล่องลับไปแล้วไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ แม้กระทั่งในกรณีที่บุคคลยังมีชีวิตอยู่ แต่ไม่ได้สติ เป็นต้นว่านอนป่วยอยู่ในขั้นโคม่าหรือแก่ชรามาก ก็ไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ตามแนวคิดของทฤษฎีเจตนา เนื่องจากบุคคลเหล่านั้นไม่อาจจะก่อหรือแสดงเจตนาหรือความประสงค์ไปในทางที่เป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายได้<sup>48</sup>

แม้ว่าทฤษฎีเจตนาจะมองว่าผู้ที่ไม่อาจแสดงเจตนาได้ ไม่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้เนื่องจากไม่สามารถตัดสินใจซึ่งเป็นสาระสำคัญของการใช้สิทธิได้ แต่ทฤษฎีนี้ยังมองว่ากฎหมายสามารถคุ้มครองผู้ที่ล่องลับหรือสิ่งของอะไรก็ตามแต่ ซึ่งไม่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายได้ แต่การคุ้มครองนั้นไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย และไม่อาจแม้แต่จะเรียกได้ว่าเป็นสิทธิที่ถือโดยผู้ที่นอนป่วยไม่รู้สึกรู้ตัว คนชรา หรือผู้ล่องลับได้เลย<sup>49</sup>

อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีเจตนาโต้แย้งว่ากฎหมายต่างๆ ที่บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ที่ล่องลับ แท้จริงแล้วมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมพฤติกรรมหรือการกระทำของผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่<sup>50</sup> กฎหมายที่คุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ล่องลับนั้น แท้จริงแล้วไม่ได้เป็นเรื่องของการแสดงความเคารพต่อสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในทางการค้าจากภาพลักษณ์ของผู้ล่องลับ แต่เป็นการสร้างแรงจูงใจให้ผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ สร้างภาพลักษณ์ที่สามารถใช้ในทางการค้าได้ (Marketable identity) และเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ทางการเงินของทายาทของผู้ล่องลับ<sup>51</sup>

### 3.1.2 หลักกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองการเผยแพร่ของผู้ล่องลับ

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาคือรัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลกที่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จนกลายเป็นต้นแบบให้อีกหลายๆ ประเทศทั่วโลกนำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของตน แนวความคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล และสิทธิความเป็นส่วนตัว ก็เป็นสิทธิพื้นฐานอย่างหนึ่งที่รัฐรับรองและคุ้มครองให้แก่ประชาชน เพื่อให้ประชาชนสามารถใช้ชีวิตอยู่ใน

<sup>47</sup> Matthew H. Kramer, "Do Animals and Dead People Have Legal Rights," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 14, 1 (January 2001): 29.

<sup>48</sup> Ibid., p. 30.

<sup>49</sup> Ibid., p. 31.

<sup>50</sup> Ibid., p. 30.

<sup>51</sup> Kirsten Rabe Smolensky, "Rights of the Dead," *Hofstra Law Review*, p. 769.

สังคมได้โดยสงบสุข ปราศจากการรุกรานหรือก้าวล่วงชีวิตความเป็นอยู่ซึ่งกันและกัน จนกระทั่งต่อมาเมื่อสังคมเริ่มพัฒนามากขึ้น เศรษฐกิจและธุรกิจการค้ามีขนาดใหญ่มากขึ้น การค้าและการพาณิชย์มีความหลายหลายมากยิ่งขึ้น นอกจากทรัพย์สินที่มีมูลค่าแล้ว ตัวบุคคลก็สามารถมีมูลค่าอันอาจนำมาใช้แสวงหาประโยชน์ในทางพาณิชย์ได้เช่นกัน

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ โดยการปกครองของสหรัฐอเมริกานั้นเป็นแบบสหพันธรัฐ (Federalism) มีการแบ่งแยกอำนาจการปกครองโดยรัฐบาลของมลรัฐ และรัฐบาลกลางของประเทศ รัฐบาลของแต่ละมลรัฐมีอำนาจบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้ในมลรัฐของตนเองได้ ยกเว้นกฎหมายบางประเภทที่รัฐธรรมนูญสงวนไว้ให้รัฐสภา (Congress) แต่เพียงผู้เดียวที่มีอำนาจบัญญัติได้ ด้วยเหตุนี้ ระบบศาลในสหรัฐอเมริกาจึงแบ่งออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบศาลของรัฐบาลกลาง (Federal Court System) และระบบศาลของมลรัฐ (State Court System) เพื่อให้ศาลของแต่ละมลรัฐสามารถตีความและปรับใช้กฎหมายของมลรัฐของตนเอง และเนื่องจากเป็นศาลในระบบคอมมอนลอว์ ศาลจึงมีอำนาจสร้างกฎหมายมาพิพากษาคดีในกรณีที่ไม่มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้ด้วย ดังนั้น คำพิพากษาศาลของแต่ละมลรัฐจึงมีความแตกต่างกันไป เนื่องจากแต่ละมลรัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ นอกจากกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลอันเป็นบรรทัดฐานแล้ว กฎหมายลายลักษณ์ (Statutory Law) ก็เป็นอีกหนึ่งแหล่งที่มาของกฎหมายในทำนองเดียวกันกับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายด้วย โดยที่รัฐสภาของรัฐบาลกลางและของมลรัฐต่างๆ อาจบัญญัติกฎหมายบางเรื่องเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อบังคับใช้ระหว่างมลรัฐหรือภายในมลรัฐได้ ซึ่งหลักๆ แล้วจะบัญญัติขึ้นเพื่อเป็นไปตามความประสงค์ของพลเมือง เพื่อแก้ไขปัญหาอย่างใดอย่างหนึ่ง และเพื่อเป็นการทำให้กฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้นเป็นรูปเป็นร่างชัดเจน

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น สิทธิในการเผยแพร่ (Right of Publicity) เป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง<sup>52</sup> โดยคดีแรกที่มีการกล่าวถึงสิทธิประเภทนี้ คือ คดี Haelan Labs, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. ในปี ค.ศ. 1953 ซึ่ง Haelan Labs, Inc. ที่เป็นโจทก์ในคดีนี้

<sup>52</sup> ETW Corp. v. Jireh Publishing, Inc., 332 F.3d 915, 928 (6th Cir. 2003)



เป็นผู้ได้รับอนุญาตจากนักเบสบอลที่มีชื่อเสียงในลีกการแข่งขันเบสบอลในประเทศสหรัฐอเมริกา ในการนำภาพของนักเบสบอลไปใช้บนผลิตภัณฑ์ของตนได้แต่เพียงผู้เดียว ได้กล่าวหาว่า Topps Chewing Gum, Inc. นำภาพของนักเบสบอลเหล่านั้นไปทำเป็นการ์ดเพื่อนำออกขายพร้อมกับสินค้าหมากฝรั่ง เป็นการละเมิดสิทธิของ Haelan Labs., Inc. ซึ่งศาลในคดีนี้ได้รับรองสิทธิในการเผยแพร่ภาพถ่ายหรือความคล้ายของบุคคล ว่าเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สินที่เจ้าของสามารถอนุญาตให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งนำไปใช้ได้แต่เพียงผู้เดียว (Exclusive License) ซึ่งคำพิพากษานี้เป็นการรับรองการนำสิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลมาใช้ในทางการค้าได้อย่างเป็นทางการ<sup>53</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 1977 เป็นครั้งแรกที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้รับรองสิทธิในการเผยแพร่ในคดี Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co. ซึ่งเป็นคดีที่ศาลตัดสินว่าสถานีโทรทัศน์ได้ละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของนาย Zacchini โดยการบันทึกวิดีโอในขณะที่นาย Zacchini ทำการแสดงผาดโผนและนำไปออกอากาศทางช่องโทรทัศน์ของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า หากสถานีโทรทัศน์นำบันทึกภาพการแสดงของโจทก์มาเผยแพร่ผ่านทางช่องโทรทัศน์ของจำเลย ก็จะไม่มีความเสียหายเพื่อซื้อตั๋วเข้าชมการแสดงของโจทก์ โดยศาลได้เทียบเคียงแนวคำพิพากษาคดีเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์และสิทธิบัตร ซึ่งมีการชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากับเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และความจำเป็นทางเศรษฐกิจในการส่งเสริมวิทยาศาสตร์และศิลปะ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY



ภาพที่ 18 ภาพของนาย Zachini ระหว่างการแสดงผาดโผน

<sup>53</sup> Topps Chewing Gum Inc v. Fleer Corporation, 799 F. 2d 851

คดี Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co. นับเป็นคดีที่มีความสำคัญ เนื่องจากเป็นคดีแรกที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิในการเผยแพร่ นอกจากนี้ ยังเป็นการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ที่อยู่ในรูปแบบของการแสดง ซึ่งแตกต่างจากวัตถุแห่งสิทธิในคดีอื่นๆ ที่อยู่ในรูปของชื่อ ภาพ หรือความคล้าย อันมีลักษณะเป็นรูปธรรมและจับต้องได้ โดยในขณะที่ทำการแสดงนั้น นาย Zacchini มิได้เป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียง จึงมีความแตกต่างจากในคดีอื่นๆ ที่โจทก์มักเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียง แต่ศาลก็ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่

สิทธิในการเผยแพร่นั้นเป็นสิทธิที่มีพื้นฐานมาจากสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของปัจเจกชน<sup>54</sup> ซึ่งในทางกฎหมายแล้วเป็นสิทธิเฉพาะตัวและมิอยู่เฉพาะในระหว่างที่บุคคลยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น ไม่สามารถตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทได้ แต่ต่อมา สิทธิในการเผยแพร่ได้รับการยอมรับในหลายๆ มลรัฐของสหรัฐอเมริกาว่าเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน เนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในทางการค้า มากกว่าที่จะเป็นสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ผลในทางกฎหมายที่ตามมาคือทำให้สิทธิในการเผยแพร่สามารถตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของบุคคลนั้นได้<sup>55</sup>

ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ลวงลับเป็นกฎหมายเรื่องหนึ่งที่มีทั้งกฎหมายที่เกิดจากบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล และกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 3.1.2.1 หลักกฎหมายคอมมอนลอว์

สิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลได้รับการรับรองโดยกฎหมายคอมมอนลอว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ในคดีที่โจทก์และจำเลยพิพาทเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล แต่ศาลได้วินิจฉัยคดีโดยรับรองสิทธิในการเผยแพร่ จึงเป็นจุดเริ่มต้นของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่คุ้มครองสิทธิ

<sup>54</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," UCLA Entertainment Law Review, p. 161.

<sup>55</sup> Peter L. Felcher and Edward L. Rubin, "The Descendibility of the Right of Publicity: Is There Commercial Life after Death," Yale Law Journal, p. 1127.

ของบุคคลในการแสวงหาประโยชน์จากอัตลักษณ์ของตน ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียนับตั้งแต่นั้นมา แต่  
ว่าในแรกเริ่มนั้นจะยังคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น<sup>56</sup>

สิทธิในการเผยแพร่ซึ่งความคล้าย (Likeness)<sup>57</sup>ของบุคคล เป็นสิทธิที่ศาลใน  
ประเทศสหรัฐอเมริกาได้สร้างขึ้นมา เพื่อคุ้มครองบุคคลจากการถูกนำความคล้ายไปใช้แสวงหา  
ประโยชน์ในทางการค้าโดยบุคคลภายนอก แต่กฎหมายที่ใช้ ณ ขณะนั้นขาดประสิทธิภาพและความ  
ชัดเจน อีกทั้งแนวคำพิพากษาของศาลที่ใช้เป็นแนวบรรทัดฐาน ยังเอื้อต่อการการลอกเลียนแบบตัว  
บุคคลได้โดยปราศจากอำนาจโดยชอบ<sup>58</sup> แต่กระนั้นเอง กฎหมายคอมมอนลอว์ของสหรัฐอเมริกามี  
การยอมรับให้สิทธิในการเผยแพร่เป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง แยกต่างหากจากสิทธิในความเป็น  
ส่วนตัว<sup>59</sup> ซึ่งทำให้ศาลสามารถขยายการใช้กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเผยแพร่ได้กว้างยิ่งขึ้น เนื่องจาก  
ไม่ถูกจำกัดการตีความและปรับใช้กฎหมายอยู่เพียงแค่ว่าเฉพาะกฎหมายคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล  
(Privacy Law) แต่ศาลมีอิสระในการนำกฎหมายทรัพย์สิน กฎหมายคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล  
กฎหมายลิขสิทธิ์ หรือกฎหมายว่าด้วยเรื่องอื่นๆ มาเทียบเคียงใช้กับคดีได้<sup>60</sup>

คดีแรกที่มีการหยิบยกประเด็นเรื่องการสืบทอดสิทธิในการเผยแพร่เป็น  
มรดก ได้แก่ คดี Price v. Hal Roach Studios Inc. เมื่อปีค.ศ. 1975 ซึ่งพิพาทกันเรื่องการนำชื่อ  
และความคล้ายของผู้ที่ล่วงลับไปใช้ โดยศาลได้วินิจฉัยว่าความตายไม่ได้ทำให้สิทธิในการเผยแพร่นี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>56</sup> Lydia B. Yerrick, "Live for One Life Only: The Need to Amend California's Post-Mortem Right of  
Publicity Statute to Better Protect the Dead and Their Heirs from Holographic Exploitation," Southwestern  
Law Review 43, 2 (2013): 352-353.

<sup>57</sup> Oxford Dictionaries ให้ความหมายของคำว่า likeness ไว้ว่า 1) [mass noun]The fact or quality of being  
alike; resemblance, 2) [count noun]A portrait or representation

<sup>58</sup> Pamela Lynn Kunath, "Lights, Camera, Animate! The Right of Publicity's Effect on Computer  
Animated Celebrities," Loyola of Los Angeles Law Review 29, 2 (January 1996): 896.

<sup>59</sup> Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562 (1977).

<sup>60</sup> Peter L. Felcher and Edward L. Rubin, "The Descendibility of the Right of Publicity: Is There  
Commercial Life after Death," Yale Law Journal, p. 1127-1128.

ระงับไป<sup>61</sup> ผลจากคำพิพากษานี้ ทำให้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาในยุคนั้นมีแนววินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิภายหลังการล่วงลับ แบ่งออกได้เป็น 2 แนว ดังนี้<sup>62</sup>

แนวแรก เป็นแนวที่เทียบเคียงสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับ กับสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคล ซึ่งเป็นสิทธิที่ระงับไปเมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย ศาลที่มีความเห็นในแนวนี้อาจวินิจฉัยให้สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับ ไม่ตกทอดไปยังกองทรัพย์สินของผู้นั้น<sup>63</sup> สิทธินี้ย่อมตกเป็นสาธารณประโยชน์<sup>64</sup>

แนวที่สอง คือแนวคำพิพากษาที่ศาลพิจารณาว่าสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับเป็นสิทธิในทรัพย์สิน เนื่องจากเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลจากการถูกผู้อื่นนำภาพลักษณ์ไปใช้หาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยปราศจากความยินยอม และบุคคลมีสิทธิเด็ดขาดในการใช้ภาพลักษณ์ของตนเองให้เกิดมูลค่าในเชิงพาณิชย์ได้ จึงมีลักษณะเป็นสิทธิในทรัพย์สิน จึงสามารถตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทได้<sup>65</sup> โดยไม่ต้องพิจารณาว่าผู้ล่วงลับเคยใช้สิทธินั้นแสวงหาประโยชน์ทางการค้าเมื่อครั้งยังมีชีวิตอยู่หรือไม่<sup>66</sup>

สำหรับมลรัฐแคลิฟอร์เนียซึ่งเป็นรัฐที่ให้ความสำคัญกับสิทธิในการเผยแพร่อย่างมาก เนื่องจากเป็นศูนย์กลางของอุตสาหกรรมภาพยนตร์และสิ่งบันเทิงต่างๆ ซึ่งศาลสูงของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้เคยมีคำวินิจฉัยในคดี *Lugosi v. Universal Pictures* ว่าสิทธิในการแสวงหาประโยชน์จากชื่อและความคล้ายของผู้ล่วงลับไม่ตกทอดเป็นมรดก เนื่องจากผู้ล่วงลับมิได้ใช้ภาพลักษณ์ของตนในการแสวงหาประโยชน์เมื่อครั้งยังมีชีวิตอยู่ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าศาลในมลรัฐ

<sup>61</sup> David Collins, "Age of the Living Dead : Personality Rights of Deceased Celebrities," *Alberta Law Review*, p. 917.

<sup>62</sup> Peter L. Felcher and Edward L. Rubin, "The Descendibility of the Right of Publicity: Is There Commercial Life after Death," *Yale Law Journal*, p. 1127.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> David Collins, "Age of the Living Dead : Personality Rights of Deceased Celebrities," *Alberta Law Review*, p. 917.

<sup>65</sup> Peter L. Felcher and Edward L. Rubin, "The Descendibility of the Right of Publicity: Is There Commercial Life after Death," *Yale Law Journal*, p. 1127.

<sup>66</sup> David Collins, "Age of the Living Dead : Personality Rights of Deceased Celebrities," *Alberta Law Review*, p. 917.

แคลิฟอร์เนียมีแนววินิจฉัยแบบแนวที่ 2 กล่าวคือ สิทธิในการเผยแพร่จะตกทอดแก่ทายาทได้ต่อเมื่อผู้ล่วงลับเคยใช้สิทธินั้นแสวงหาประโยชน์เมื่อครั้งยังมีชีวิตอยู่

กฎหมายคอมมอนลอว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียให้ความคุ้มครองกว้างกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยคุ้มครองไปถึงกรณีการใช้ภาพหรือความคล้ายของบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือไปจากทางการค้า ซึ่งโจทก์จะต้องนำเสนอให้ศาลเห็นถึงองค์ประกอบดังต่อไปนี้<sup>67</sup>

- (1) จำเลยใช้อัตลักษณ์ (identity) ของโจทก์
- (2) จำเลยใช้ชื่อ หรือความคล้ายของโจทก์ เพื่อประโยชน์ทางการค้า หรือประการอื่นใด
- (3) จำเลยใช้โดยปราศจากความยินยอม
- (4) ก่อให้เกิดความเสียหาย

ศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ผ่านกฎหมายคอมมอนลอว์มาเป็นเวลานานก่อนที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะประกาศใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ เพียงแต่มีได้เรียกชื่อสิทธิในลักษณะนี้ว่าสิทธิในการเผยแพร่เหมือนที่ปรากฏในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งแม้ในภายหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว โจทก์ก็ยังสามารถเลือกฟ้องโดยอาศัยกฎหมายคอมมอนลอว์ได้ ส่งผลให้สิทธิในการเผยแพร่ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ได้รับการพัฒนาโดยคำพิพากษาของศาลอย่างต่อเนื่อง<sup>68</sup>

จุดเด่นของสิทธิในการเผยแพร่ตามกฎหมายคอมมอนลอว์คือขอบเขตการให้ความคุ้มครองที่กว้างกว่า ซึ่งเป็นสิ่งที่แตกต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่ไม่ให้ความคุ้มครอง

<sup>67</sup> Lydia B. Yerrick, "Live for One Life Only: The Need to Amend California's Post-Mortem Right of Publicity Statute to Better Protect the Dead and Their Heirs from Holographic Exploitation," *Southwestern Law Review*, p. 352.

<sup>68</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," *UCLA Entertainment Law Review*, p. 167-168.

แก่การใช้ที่นอกเหนือไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ นอกจากนี้ กฎหมายคอมมอนลอว์ยังมิได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับจำเลยไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่จะพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยศาลในบางคดีมีการพิจารณาถึง “Primary Message” หรือข้อความสำคัญที่จำเลยต้องการจะสื่อไปยังผู้บริโภค ยกตัวอย่างเช่น หากจำเลยใช้บุคคลที่มีลักษณะภายนอกคล้ายกับโจทก์ในงานโฆษณา โดยมีข้อความสำคัญให้ผู้ชมซื้อสินค้าของจำเลย มากกว่าเพียงแค่ต้องการล้อเลียนโจทก์ ถือว่าการกระทำของจำเลยไม่ได้รับยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย<sup>69</sup> เป็นต้น ข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์จึงไม่เคร่งครัดเหมือนในกรณีของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับจำเลยไว้โดยชัดแจ้ง ด้วยเหตุดังกล่าว ทำให้ในหลายๆ คดี โจทก์เลือกที่จะฟ้องคดีโดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เนื่องจากขอบเขตความคุ้มครองที่กว้างกว่า ทำให้โจทก์มีโอกาสชนะคดีมากยิ่งขึ้น แต่ทั้งนี้ ศาลจะใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ในการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่เฉพาะในกรณีของผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น แต่ไม่รวมถึงในกรณีผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้ว ซึ่งข้อจำกัดของกฎหมายคอมมอนลอว์ในส่วนนี้ เป็นที่มาของการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้ว ดังนั้น ในปัจจุบัน ทายาทของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้วสามารถฟ้องร้องโดยอาศัยสิทธิตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้เพียงทางเดียวเท่านั้น<sup>70</sup>

### 3.1.2.2 กฎหมายลายลักษณ์อักษร

มลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นมลรัฐที่มีอุตสาหกรรมภาพยนตร์และสิ่งบันเทิงขนาดใหญ่และเฟื่องฟูมาเป็นเวลานานนับตั้งแต่ในอดีตจนถึงปัจจุบัน จึงเป็นรัฐแรกๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory Law) ขึ้น เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของบุคคล<sup>71</sup> โดยที่มาของการบัญญัติกฎหมายในเรื่องสิทธิเหล่านี้ก็มาจกบรรดานักแสดงหรือบุคคลที่อยู่ในวงการบันเทิง ที่เคยมีคดีพิพาทและรู้สึกว่าการกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในช่วงเวลานั้นไม่ได้ให้ความคุ้มครองผู้ที่ถูกนำชื่อหรือภาพอันเป็นผลงานของตนไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตและไม่ได้มีการให้ค่าตอบแทนจากการนำสิ่งเหล่านั้นไปใช้ บุคคลที่ชื่อและภาพมีมูลค่าในทาง

<sup>69</sup> White v. Samsung Elecs. Am., Inc., (9th Cir. 1992)

<sup>70</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," *UCLA Entertainment Law Review*, p. 170-171.

<sup>71</sup> Ibid., p. 158-159.

การค้าเนื่องจากความมีชื่อเสียง จึงเป็นกลุ่มบุคคลสำคัญในการผลักดันและเรียกร้องให้มลรัฐบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเช่นว่านี้ในประมวลกฎหมายแพ่งแคลิฟอร์เนีย (California Civil Code) อยู่ในมาตรา 3344 จึงมักจะถูกเรียกว่าเป็น สิทธิของผู้มีชื่อเสียง (Celebrity Right) โดยในตอนแรกให้การคุ้มครองเฉพาะแก่บุคคลที่มีชีวิต และต่อมาได้ขยายความคุ้มครองไปถึงช่วงเวลาหลังจากที่บุคคลถึงแก่ความตายไปแล้วด้วย โดยบัญญัติไว้เป็นมาตรา 3344.1 ต่อเนื่องจากการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่การคุ้มครองสิทธิในช่วงระยะเวลาภายหลังจากที่บุคคลเสียชีวิตไปแล้ว จึงมักจะถูกเรียกว่าเป็น Posthumous Right หรือ Post-mortem Right<sup>72</sup>

### 3.1.3 วัตถุประสงค์สิทธิที่ได้รับการคุ้มครอง

มาตรา 3344.1(a)(1)แห่ง California Civil Code บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดใช้ชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพถ่าย หรือความคล้าย โดยวิธีใด บนหรือในผลิตภัณฑ์หรือสินค้า หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการโฆษณา หรือเพื่อขายหรือซื้อเชิญให้ซื้อซึ่งผลิตภัณฑ์สินค้า หรือบริการใดๆ โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลตามที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (c) ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแก่ผู้ซึ่งได้รับความเสียหายอันเกิดแต่การนั้น ...”<sup>73</sup>

บทบัญญัติเรื่องการคุ้มครองการเผยแพร่ของผู้ที่ล่วงลับตาม California Civil Code นั้น อยู่ในมาตรา 3344.1 ซึ่งมีเพียงมาตราเดียว แต่ประกอบด้วยข้อย่อย (a) ถึง (p)โดยที่มาตรา 3344.1(a) (1) ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของผู้ล่วงลับที่กฎหมายคุ้มครองจากการถูกบุคคลอื่นนำไปใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้า โดยสามารถจำแนกประเภทของวัตถุประสงค์ที่ได้รับการคุ้มครองดังต่อไปนี้

<sup>72</sup> Joseph J. Beard, "Fresh Flowers for Forest Lawn: Amendment of the California Post-Mortem Right of Publicity Statute," *Entertainment and Sports Lawyer* 17, 4 (2000): 1.

<sup>73</sup> (Section 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.)

### 3.1.3.1 ชื่อของผู้ล้วงลับ

คดีที่พิพาทกันเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิในการเผยแพร่โดยมีชื่อเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ได้แก่ คดี Cairns v. Franklin Mint Co.<sup>74</sup> ซึ่งในคดีนี้ จำเลยนำชื่อของเจ้าหญิงไดอาน่า แห่งเวลส์ ไปใช้ในสินค้าประเภทจิ๋วเวลล์ และสินค้าอื่นๆ ของตน ทำให้กองทุนที่ได้รับแต่งตั้งจากกองทัพสันของเจ้าหญิงไดอาน่า ฟ้องร้องดำเนินคดี

นอกจากคดีดังกล่าวแล้ว ยังมีคดีอื่นๆ อีกที่เกี่ยวข้องกับการนำชื่อของผู้มีชื่อเสียงมาใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้า ได้แก่ คดี Carson v. Here's Johnny Portable Toilets (698 F.2d 831, 6th Cir. 1983) และคดี Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co. (498 F.2d 921, 9th Cir. 1974) เป็นต้น

### 3.1.3.2 เสียงของผู้ล้วงลับ

คดีที่พิพาทกันเกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิในการเผยแพร่โดยมีเสียงเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ได้แก่ คดี Midler v. Ford Motor Co. 849 F.2d 460 (9th Cir. 1989) และ คดี Waits v. Frito-Lay, Inc. 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992)

ในคดี Midler v. Ford Motor Co. มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า บริษัทจำเลยต้องการติดต่อโจทก์ ซึ่งเป็นนักร้องและนักแสดงที่มีชื่อเสียง ให้มาร้องเพลงประกอบโฆษณาสินค้าของจำเลย แต่โจทก์ได้ปฏิเสธข้อเสนองของจำเลย จำเลยจึงว่าจ้างนักร้องซึ่งเคยร้องเพลงเสียงประสาน (back up) ให้แก่โจทก์ ให้มาร้องเพลงของโจทก์แทน โดยได้สั่งให้นักร้องคนนั้นพยายามเลียนเสียงให้เหมือนโจทก์มากที่สุด ต่อมาเมื่อโฆษณาถูกเผยแพร่ คนทั่วไปเข้าใจผิดว่าเสียงร้องในเพลงประกอบโฆษณาของจำเลยเป็นเสียงของโจทก์ โจทก์จึงได้ฟ้องร้องจำเลยเป็นคดีว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดสิทธิในเสียงของโจทก์

ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิในเสียงของบุคคลตามมาตรา 3344 ไว้ว่า คຸ່ມครองเฉพาะการนำเสียงที่แท้จริงของบุคคลไปใช้เท่านั้น ไม่รวมไปถึงการทำเลียนเสียงของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อให้ผู้อื่นเข้าใจว่าเป็นเสียงของบุคคลนั้น และการเลียนเสียง

<sup>74</sup> Cairns v. Franklin Mint Co. 292 F.3d 1139 (9th Cir. 2002)



ไม่ถือเป็นการลอกเลียนความคล้าย (likeness) ตามมาตรา 3344 เนื่องจากความคล้ายตามมาตรานี้ต้องมีลักษณะเป็นภาพที่มองเห็นได้ด้วยตา (Visual Image) เท่านั้น ดังนั้น การที่จำเลยว่าจ้างผู้อื่นมาร้องเพลงโดยเลียนเสียงของโจทก์จึงไม่เป็นการกระทำความผิดตามมาตรา 3344

อย่างไรก็ตาม แม้การกระทำดังกล่าวจะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากไม่เข้าองค์ประกอบความผิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ศาลได้นำคำพิพากษาของศาลในคดีก่อนหน้าซึ่งมีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกัน และศาลได้ตัดสินไว้ว่าการกระทำเช่นนี้เป็นการละเมิดประโยชน์อันบุคคลมีอยู่เหนืออัตลักษณ์ของเขา มาใช้เทียบเคียงในคดีนี้ในฐานะเป็นกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า การที่จำเลยติดต่อให้โจทก์มาร้องเพลงประกอบโฆษณาสินค้าของจำเลย และการที่จำเลยสั่งให้ผู้อื่นร้องเพลงโดยเลียนเสียงร้องของโจทก์ แสดงให้เห็นว่าน้ำเสียงของโจทก์เป็นสิ่งที่มีความสำคัญสำหรับจำเลย ซึ่งมูลค่าของเสียงโจทก์ ก็คือค่าจ้างที่โจทก์อาจได้รับการร้องเพลงประกอบโฆษณา

นอกจากนี้ศาลยังมองว่าเสียงของมนุษย์เป็นสิ่งแสดงอัตลักษณ์ของแต่ละบุคคลเช่นเดียวกับใบหน้า แต่การเลียนเสียงของบุคคลเพื่อใช้ในการโฆษณาสินค้าหาได้แปลว่าจะเป็นการละเมิดเสมอไป แต่ในกรณีที่มีการเลียนแบบเสียงของผู้ที่มีน้ำเสียงเป็นเอกลักษณ์และเป็นที่ยอมรับในวงกว้าง ด้วยวัตถุประสงค์ในการขายสินค้า โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น ถือว่าเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบและเป็นการละเมิดตามกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

### 3.1.3.3 ภาพถ่ายของผู้ล้วงลับ

มาตรา 3344.1 (i) ให้นิยามของคำว่า “ภาพถ่าย” ที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิไว้ดังต่อไปนี้

คำว่า “ภาพถ่าย” ที่ใช้ในมาตรานี้ หมายถึง ภาพถ่ายใดๆ หรือการทำซ้ำซึ่งภาพถ่าย ทั้งภาพนิ่ง หรือภาพเคลื่อนไหว หรือวิดีโอเทป หรือการแพร่ภาพโทรทัศน์แบบสด ของบุคคลใด อันอาจบ่งชี้ได้โดยทันทีว่าเป็นผู้ที่ล้วงลับ โดยให้ถือว่าสามารถบ่งชี้ได้โดยทันทีจาก

ภาพถ่ายว่าเป็นผู้ที่ล้วงลับ หากผู้ที่เห็นภาพถ่ายนั้นด้วยตาเปล่าแล้วสามารถทราบได้ว่าผู้ที่ปรากฏในภาพนั้นคือใคร<sup>75</sup>

#### 3.1.3.4 ความคล้ายของผู้ล้วงลับ

ตามมาตรา 3344.1 ไม่ได้มีการให้นิยามของคำว่า “ความคล้าย” (Likeness) ไว้ แต่มีคดีที่พิพาทกันเกี่ยวกับการนำความคล้ายของบุคคลไปใช้ในทางการค้า ดังนี้

คดี White v. Samsung Electronics America, Inc.<sup>76</sup> ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ Vanna White ฝ่ายโจทก์ เป็นพิธีกรรายการเกมโชว์ทางโทรทัศน์ที่มีชื่อเสียง ใช้ภาพลักษณะหาประโยชน์จากการถ่ายโฆษณาหลายชิ้น Samsung Electronics เป็นจำเลยในคดีนี้ ได้จัดทำชุดโฆษณาสินค้าประเภทเครื่องเล่นวิดีโอของบริษัทตน มีภาพของหุ่นยนต์มีลักษณะคล้ายคลึงกับโจทก์ ยืนอยู่ข้างๆ แผ่นป้ายเกมแบบเดียวกันกับในรายการที่โจทก์เป็นพิธีกรอยู่ อีกทั้งจำเลยยังใช้ชื่อของโจทก์ในการเรียกชื่อชุดโฆษณานั้น โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์หรือจ่ายค่าตอบแทนให้แก่โจทก์เลย โจทก์จึงฟ้องจำเลยเป็นคดี

คดีนี้ ศาลชั้นต้นวินิจฉัยยกฟ้อง แต่ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยกลับคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี แต่ประเด็นเรื่อง “ความคล้าย” นั้น ศาลวินิจฉัยว่า การที่จำเลยนำหุ่นยนต์มีลักษณะเหมือนกับโจทก์นั้น ยังไม่เข้าลักษณะของคำว่า “คล้ายคลึง” ตามมาตรา 3344 แต่ศาลได้นำหลักเรื่องสิทธิการเผยแพร่ตามกฎหมายคอมมอนลอว์มาปรับแก้คดี โดยพิจารณาถึงการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ ว่ามีที่มาจากการคุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงในการนำภาพลักษณ์ (Identity) ใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้า อาทิเช่น นำไปใช้โฆษณาสินค้า หากมีบุคคลอื่นนำภาพลักษณ์ไปใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้า ก็ถือได้ว่าการก้าวล่วงสิทธิเกิดขึ้นแล้ว โดยไม่จำกัดเฉพาะการนำชื่อ

<sup>75</sup> ((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 if one who views the photograph with the naked eye can reasonably determine who the person depicted in the photograph is.)

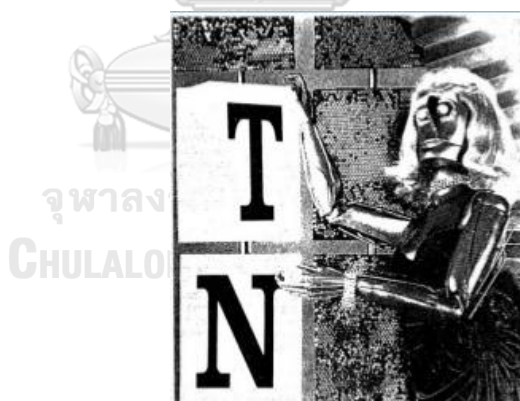
<sup>76</sup> White v. Samsung Electronics America, Inc., 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992)

หรือความคล้ายไปใช้เท่านั้น ประเด็นที่ศาลพิจารณา มิใช่วิธีการที่จำเลยกระทำ แต่อยู่ที่ว่าจำเลยได้ใช้ประโยชน์จากภาพลักษณ์ของโจทก์จริงหรือไม่

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาท่านหนึ่งได้ทำความเข้าใจไว้ท้ายคำพิพากษาฉบับนี้ โดยเห็นว่าการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญามากจนเกินไปเป็นอันตรายพอๆ กันกับการคุ้มครองน้อยจนเกินไป เพราะจะเป็นการยับยั้งการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในการสร้างผลงาน



ภาพที่ 19 ภาพของ Vana White



ภาพที่ 20 ภาพของหุ่นยนต์ในโฆษณาของ Samsung

ในคดี Donald Newcombe v. Adolf Coors Co.<sup>77</sup> นั้น ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า บริษัท Adolf Coors Co. ซึ่งเป็นบริษัทตัวแทนด้านโฆษณา ได้ลงโฆษณาผลิตภัณฑ์เบียร์ยี่ห้อหนึ่งลงในนิตยสาร Sports Illustrated โดยใช้ภาพวาดของบุคคลขณะกำลังขว้างลูกเบสบอลซึ่งมีลักษณะของท่าทางคล้ายกันกับท่า High Kick ของนาย Donald Newcombe ซึ่งเป็นนักกีฬาเบสบอลที่มี

<sup>77</sup> Newcombe v. Adolf Coors Co., 157 F.3d 686, 692 (9th Cir. 1998)

ชื่อเสียงในลีกอาชีพของสหรัฐอเมริกา นาย Donald Newcombe จึงเป็นโจทก์ยื่นฟ้องบริษัท Adolf Coors Co. เป็นจำเลยต่อศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยเรียกค่าเสียหายจากจำเลยเป็นจำนวน 100 ล้านเหรียญสหรัฐ แต่จำเลยปฏิเสธว่าภาพวาดดังกล่าวมิใช่ภาพของนาย Donald Newcombe แต่ยอมรับว่าได้ใช้รูปของนาย Donald Newcombe เป็นแบบในการวาดภาพ

คดีนี้ ศาลได้พิจารณาในประเด็นว่าภาพวาดตามคำฟ้องของโจทก์ เป็นภาพเหมือนของโจทก์หรือไม่ หากบุคคลทั่วไปเห็นภาพวาดนั้นแล้วนึกถึงโจทก์โดยทันที ถือได้ว่าภาพวาดนั้นเป็นภาพเหมือนของโจทก์ แม้ว่าภาพวาดนั้นจะมีได้แสดงใบหน้าและเครื่องแต่งกายเลยก็ตาม และวัตถุประสงค์ของจำเลยในการใช้ภาพเหมือนของโจทก์ คือการเรียกความสนใจจากผู้อ่านนิตยสาร เพื่อประโยชน์ในการโฆษณาผลิตภัณฑ์ เมื่อจำเลยได้กระทำไปโดยปราศจากความยินยอมของโจทก์ จึงเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์ ทั้งตามมาตรา 3344 แห่ง California Civil Code และตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์

ในคดี *Motschenbacher u. R. J. Reynolds Tobacco Co.*<sup>78</sup> นั้น จำเลยได้ใช้รูปถ่ายชุดหนึ่งในโฆษณาผลิตภัณฑ์ของจำเลยทางโทรทัศน์ โดยในรูปถ่ายปรากฏเป็นภาพของบุคคลซึ่งเห็นใบหน้าไม่ชัดเจน นั่งอยู่ในรถซึ่งมีลายด้านนอกของตัวรถ และตัวเลขบนรถเหมือนกันกับรถของโจทก์ซึ่งเป็นนักแข่งรถอาชีพที่มีชื่อเสียง โจทก์จึงฟ้องว่าจำเลยกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์

คดีนี้ ศาลวางแนววินิจฉัยว่า แม้บุคคลในรูปจะไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นโจทก์ เนื่องจากเห็นใบหน้าได้ไม่ชัดเจน แต่รายละเอียดต่างๆ ของรถ และองค์ประกอบต่างๆ ทำให้บุคคลทั่วไปที่ได้เห็นรูป สามารถทราบได้ว่าเป็นรูปของโจทก์ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์

ปัจจุบัน มาตรา 3344.1 แห่ง Civil Code ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ให้ความสำคัญคุ้มครองวัตถุแห่งสิทธิด้วยกันเพียง 5 ประการข้างต้น แต่ศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ในการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่แก่วัตถุแห่งสิทธิประการอื่นนอกเหนือจาก 5

<sup>78</sup> *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974)

ประการตามมาตรา 3344.1 เช่น คดี *Chaplin v. Amador*<sup>79</sup> ที่ศาลให้ความคุ้มครองบทบาทตัวละคร และการแสดงออก (characterizations and expressions) ของ Charlie Chaplin จากการถูกลอกเลียนแบบโดยมิได้รับอนุญาต ทั้งนี้ ศาลได้เคยวางแนววินิจฉัยไว้คดี *White v. Samsung Electronics America, Inc.* ว่า ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ มิได้จำกัดวัตถุแห่งสิทธิเอาไว้เพียงแค่ชื่อ และภาพ แต่เป็นเพียงตัวอย่างวัตถุแห่งสิทธิที่คุ้มครองเท่านั้น ดังนั้น วัตถุแห่งสิทธิตามกฎหมายคอมมอนลอว์จึงกว้างกว่าวัตถุแห่งสิทธิตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยให้ความคุ้มครองรวมถึงสิ่งต่างๆ ที่แสดงอัตลักษณ์ (Identity) ของบุคคลด้วย

แต่ในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกา พบว่าศาลได้ให้ความคุ้มครองวัตถุแห่งสิทธิอย่างอื่นด้วย อาทิเช่น คดี *Estate of Presley v. Russen*<sup>80</sup> เป็นคดีแรกที่ศาลให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่สำหรับสไตล์การแสดง โดยในคดีนี้ จำเลยได้วางแผนจัดการแสดงคอนเสิร์ตโดยผู้ทำการแสดงมีลักษณะคล้าย Elvis Presley และองค์ประกอบต่างๆ ของการจัดแสดงคล้ายกับการแสดงของ Elvis Presley ศาลจึงมีคำสั่งห้ามมิให้จำเลยจัดการแสดง เนื่องจากการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของกองทรัพย์สินของ Elvis Presley

บทบาทการแสดงและภาพลักษณะอันเป็นเอกลักษณ์ (unique characteristics and appearance) ก็เป็นสิ่งที่ศาลในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครอง เช่น ในคดี *Groucho Marx Productions, Inc. v. Day & Night Co., Inc.*<sup>81</sup> ที่ศาลแขวงของมลรัฐนิวยอร์กตัดสินให้ความคุ้มครองบทบาทการแสดงของกลุ่มนักแสดงตลกจากการถูกคณะละครเวทีนำไปแสดงล้อเลียน และในคดี *Price v. Worldvision Entertainment, Inc.* ที่ศาลให้ความคุ้มครองบทบาทของตัวละครในโทรทัศน์ โดยสั่งห้ามมิให้จำเลยนำลักษณะภาพนอกและท่าทางการแสดงออกของโจทก์ไปลอกเลียนแบบเพื่อใช้ในการโฆษณาสินค้า

<sup>79</sup> 269 P. 544 (Cal. Ct. App. 1928).

<sup>80</sup> 513 F. Supp. 1339 (D.N.J. 1981)

<sup>81</sup> 523 F. Supp. 485 (S.D.N.Y. 1981)

### 3.1.4 ขอบเขตความคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับ

#### 3.1.4.1 เจื่อนใจของผู้ล่วงลับที่ได้รับการคุ้มครอง

มาตรา 3344.1 แห่ง California Civil Code กำหนดเจื่อนใจเกี่ยวกับผู้ล่วงลับที่ได้รับการคุ้มครองการเผยแพร่ ว่าจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

“คำว่า “ผู้ล่วงลับ” ตามมาตรานี้ หมายถึง บุคคลธรรมดา ซึ่งชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพถ่าย หรือความคล้ายของบุคคลนั้น มีมูลค่าในทางพาณิชย์ในเวลาที่ยังมีชีวิตอยู่ หรือเสียชีวิตแล้ว แต่เนื่องมาจากการตายของบุคคลนั้น ไม่ว่าจะในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ จะสามารถใช้ชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพถ่าย หรือความคล้ายของตน บนหรือในผลิตภัณฑ์ สินค้า หรือเพื่อประโยชน์ในการโฆษณา หรือขาย หรือเชื้อเชิญให้ซื้อผลิตภัณฑ์ สินค้า หรือบริการ หรือไม่ก็ตาม...”<sup>82</sup>

ในช่วงแรกของการประกาศใช้กฎหมายเรื่องนี้ กฎหมายมุ่งคุ้มครองเฉพาะผู้ล่วงลับที่เคยใช้ภาพลักษณ์ของตนเองในเชิงพาณิชย์ในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ ให้ได้รับการคุ้มครองภายหลังจากที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตายไปแล้วด้วย จึงมักถูกเรียกว่าเป็นกฎหมายที่คุ้มครองผู้มีชื่อเสียง หรือ Celebrity’s Right Act ดังนั้น หากเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่ได้มีภาพลักษณ์ที่มีมูลค่าในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ ต่อมาเมื่อถึงแก่ความตาย ก็จะไม่เข้านิยามของคำว่า “ผู้ล่วงลับ” และไม่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา<sup>83</sup>

ต่อมาในปีค.ศ. 2009 เนื่องจากมีการนำชื่อหรือภาพของบุคคลที่กลายเป็นที่รู้จักเพราะการตายของบุคคลเหล่านั้น โดยเฉพาะทหารอเมริกันหลายนายที่เสียชีวิตในสงครามในตะวันออกกลาง ถูกนำชื่อหรือภาพมาสกรีนบนเสื้อและนำออกขายด้วยวัตถุประสงค์ต่างๆ ไม่ว่าจะ

<sup>82</sup> (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, or because 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. ....)

<sup>83</sup> California Civil Code § 3344.1(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...”

เพื่อรณรงค์เกี่ยวกับนโยบายการทำสงครามหรือเพื่อหาประโยชน์ในทางการค้าก็ตาม รวมถึงเหยื่ออาชญากรรมในคดีที่สำคัญๆ ที่กลายเป็นที่รู้จักผ่านการนำเสนอข่าว ซึ่งบุคคลเหล่านี้ไม่อยู่ในนิยามของคำว่า “ผู้ล่วงลับ” ตามมาตรา 3344.1 (h) เดิม เนื่องจากชื่อหรือภาพของบุคคลเหล่านั้นมิได้มีมูลค่าในทางการค้าในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ แต่เพียงจะมีมูลค่าภายหลังจากที่บุคคลเหล่านั้นถึงแก่ความตายและกลายเป็นข่าวดัง ด้วยเหตุนี้เอง มลรัฐแคลิฟอร์เนียจึงได้บัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของคำว่า “ผู้ล่วงลับ” ในมาตราเดียวกันนี้ ให้ครอบคลุมถึงผู้ที่ภาพลักษณ์ของเขามีมูลค่าในทางพาณิชย์อันเนื่องมาจากการตาย เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ที่ล่วงลับจากการถูกนำชื่อหรือภาพไปใช้หาประโยชน์ในทำนองเดียวกันกับผู้ล่วงลับที่เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงตั้งแต่ก่อนเสียชีวิต

#### 3.1.4.2 การกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่

มาตรา 3344.1 (a) แห่ง California Civil Code กำหนดให้การกระทำดังต่อไปนี้ต่อวัตถุแห่งสิทธิซึ่งเป็นของผู้ล่วงลับ ตามที่ได้กล่าวไปในข้อ 3.1.4 เพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่

(1) การนำชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพ หรือความคล้ายของผู้ล่วงลับ ไปใช้บนหรือในผลิตภัณฑ์ หรือสินค้า โดยปราศจากความยินยอมของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย<sup>84</sup>

(2) การนำชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพ หรือความคล้ายของผู้ล่วงลับไปใช้ในการโฆษณา หรือเพื่อขายหรือเชิญให้ซื้อ ซึ่งผลิตภัณฑ์ สินค้า หรือบริการใดๆ โดยปราศจากความยินยอมของผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย<sup>85</sup>

#### 3.1.4.3 ข้อยกเว้นความรับผิดชอบ

การบัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามมาตรา 3344.1 แห่ง Civil Code ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย นั้น มีสาเหตุจากการที่มาตรา 3344 ของกฎหมายฉบับเดียวกัน ซึ่งให้ความ

<sup>84</sup> “Any person who uses a deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, ..., without prior consent from the person...”

<sup>85</sup> “Any person who uses a deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, ... for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods, or services, without prior consent from the person...”

คุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดไว้เพียง 2 ประการ คือ การใช้ในงานที่มีคุณค่าแห่งความเป็นข่าว (Newsworthy) หรือสิ่งที่เป็นเรื่องสาธารณะ (Public Affair) จึงมีประเด็นวิพากษ์วิจารณ์ว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่โดยมีข้อยกเว้นความรับผิดอย่างจำกัดในลักษณะนี้ เป็นการกระทบกระเทือนเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกามากเกินไปจนสมควรหรือไม่<sup>86</sup>

เมื่อมีการฟ้องคดีตามมาตรา 3344 ศาลสูงของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้นำหลักการใช้อย่างมีการดัดแปลง (Transformative Use Test) มาใช้ในการพิจารณาคดี ซึ่งถ้าหากฟังได้ว่าจำเลยได้ใช้ชื่อเสียงของโจทก์ในการขายหรือโฆษณาผลิตภัณฑ์ของจำเลย โดยมีการดัดแปลงอย่างเพียงพอ จำเลยจะได้รับการยกเว้นความรับผิด แต่ถึงกระนั้น ก็ยังเกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์ว่าศาลยังไม่สามารถใช้หลักการทดสอบดังกล่าวในการให้ความคุ้มครองงานที่เป็นการแสดงออก (Expressive Works) เช่น ละคร ภาพยนตร์ วรรณกรรม นิตยสาร เป็นต้น ได้อย่างเพียงพอ<sup>87</sup>

ในเวลาต่อมา เมื่อมีการร่างกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ในกรณีผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้ว ฝ่ายผู้ร่างเห็นว่า กฎหมายที่ให้ความคุ้มครองควรมีความอ่อนคลายมากกว่า กรณีที่ผู้มีชื่อเสียงยังมีชีวิตอยู่ และไม่ควรถูกให้ความคุ้มครองไปในทางที่กระทบกระเทือนเสรีภาพในการแสดงออกที่รับรองโดยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดไว้ในมาตรา 3344.1 เป็นจำนวนหลายประการมากกว่ากรณีมาตรา 3344

แม้กฎหมายมาตรานี้จะมุ่งคุ้มครองการเผยแพร่ของผู้ล่วงลับ มิให้ถูกผู้อื่นนำภาพลักษณ์อันมีมูลค่าไปใช้แสวงหาประโยชน์ในทางพาณิชย์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิในการเผยแพร่ตามกฎหมายก่อน แต่เพื่อเป็นการผ่อนคลายความเคร่งครัด และเพื่อมิให้การคุ้มครองสิทธิเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (First Amendment)<sup>88</sup> มาตรา 3344.1 (2) จึงได้กำหนดข้อยกเว้นการใช้บางประการที่ไม่ให้ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในทางเผยแพร่ ซึ่งมีเงื่อนไขอยู่ว่า

“เพื่อประโยชน์แห่งอนุมาตรานี้ การแสดง หนังสือ นิตยสาร หนังสือพิมพ์ บทประพันธ์ดนตรี งานสื่อสตัททัศน์ รายการโทรทัศน์หรือวิทยุ งานศิลปะ งานด้านการเมือง งานที่มี

<sup>86</sup> Douglas E. Mirell, "Right-of-Publicity Statutes: Some Historical Reflections and Recent Developments," *Communications Lawyer*, p. 16.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," *UCLA Entertainment Law Review*, p. 186.



คุณค่าแห่งความเป็นข่าว หรือโฆษณา หรือการประชาสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์ซึ่งผลงานเหล่านี้ มิให้ถือเป็นผลิตภัณฑ์ สินค้า หรือบริการ หากเป็นไปเพื่อความบันเทิงในเชิงนวนิยายหรือสารคดี หรืองานละคร งานวรรณกรรม หรืองานดนตรีกรรม”<sup>89</sup>

ข้อยกเว้นความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่สำหรับกรณีผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับนั้นมีหลายประการมากกว่าในกรณีของผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่ ข้อยกเว้นหนึ่งสำหรับผู้ที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยมักยกเป็นเหตุให้ศาลยกฟ้องของโจทก์ ได้แก่ การเผยแพร่ของจำเลยมีคุณค่าแห่งความเป็นข่าว (Newsworthy) ซึ่งกฎหมายมิได้กำหนดนิยามไว้ แต่ตามพจนานุกรมของ Cambridge ได้ให้ความหมายไว้ว่าหมายถึงสิ่งที่น่าสนใจมากพอที่จะนำมารายงานข่าว (Interesting enough to be described in a news report) ซึ่งสิ่งที่มีคุณค่าแห่งความเป็นข่าวนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นข้อมูลที่ถูกนำเสนอในรูปแบบของข่าวสารเสมอไป และไม่จำเป็นต้องเป็นการนำเสนอแบบไม่หวังผลกำไร โดยศาลได้ตีความโดยกว้างให้รวมถึงข้อมูลใดๆ ก็ตามที่เกี่ยวข้องกับสาธารณชน ซึ่งรวมถึงข้อมูลเพื่อการศึกษา ความบันเทิง หรือข้อมูลที่ประเทืองปัญญา ที่สาธารณชนคาดหวังว่าจะได้รับประโยชน์จากการเผยแพร่ข้อมูลเหล่านั้น<sup>90</sup> ซึ่งบุคคลบางกลุ่มมีลักษณะเป็นบุคคลสาธารณะ (Public Figure) กล่าวคือ เป็นบุคคลที่มีผลงาน วิถีชีวิต หรือสถานะทางวิชาชีพ เป็นที่สนใจของสาธารณะในวงกว้าง<sup>91</sup> ซึ่งในคดี Gertz v. Welch<sup>92</sup> ศาลได้จำแนกประเภทของบุคคลสาธารณะไว้ 2 ประเภท ตามทฤษฎีบุคคลสาธารณะ (Public figure doctrine) ดังนี้

ประเภทแรก คือ บุคคลที่เป็นสาธารณะในทุกๆ ด้าน (All-purpose public figure) เป็นกลุ่มบุคคลที่มีชื่อเสียงถึงระดับหนึ่ง<sup>93</sup>

ประเภทที่สอง คือ บุคคลที่เป็นสาธารณะเฉพาะด้าน (Limited purpose public figure) เพราะมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องที่เป็นประเด็นของสังคม ไม่ว่าจะด้วยความสมัครใจหรือถูกโยงเข้าไปเกี่ยวข้องโดยไม่สมัครใจก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น นักธุรกิจที่จัดการระดมทุนหลายๆ

<sup>89</sup> (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.)

<sup>90</sup> Shulman v. Group W Productions, Inc., 955 P.2d 469 (Cal. 1998)

<sup>91</sup> Eastwood v. Superior Court, 198 Cal. Rptr. 342, 350 (Ct. App. 1983).

<sup>92</sup> Gertz v. Welch, 418 U.S. 323 (1974).

<sup>93</sup> Francesca Grea, "To Like or Not to Like: Fraley V. Facebook's Impact on California's Right of Publicity Statute in the Age of the Internet," *Loyola of Los Angeles Law Review* 47, 3 (2014): 874.

โครงการ จะเป็นที่รู้จักของสาธารณะและมีชื่อเสียงเฉพาะในด้านการกุศล เป็นต้น โดยในบางคดี<sup>94</sup> ศาลได้พิจารณาให้ผู้ใช้งานเว็บไซต์ที่เปิดเผยชีวิตตนเองต่อสาธารณะและรับฟังความคิดเห็นอย่างสมัครใจบนเว็บไซต์ มีสถานะเป็นบุคคลสาธารณะเฉพาะด้าน<sup>95</sup>

ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสาธารณะทั้ง 2 ประเภท อาจมีลักษณะเป็นข้อมูลที่มีคุณค่าแห่งความเป็นข่าว และอาจทำให้การใช้ชื่อ หรือภาพของบุคคลเหล่านี้เพื่อแสวงหาผลกำไร ได้รับการยกเว้นความรับผิดจากการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่<sup>96</sup> ซึ่งศาลได้วางแนววินิจฉัยไว้ว่า บุคคลที่มีสถานะเป็นบุคคลสาธารณะจะต้องมีชื่อเสียงถึงระดับหนึ่ง ไม่ว่าจะไปในทางที่ดีหรือไม่ดีก็ตาม<sup>97</sup> แต่กระนั้น แม้ข้อมูลที่ถูกเผยแพร่จะมีคุณค่าแห่งความเป็นข่าว แต่หากวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่นั้นมุ่งเน้นด้านผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์มากกว่าเพื่อประโยชน์ทางด้านข้อมูลข่าวสาร (Journalistic) ย่อมไม่เข้าข้อยกเว้นความรับผิดตามมาตรา<sup>98</sup>

ยกตัวอย่างเช่นในคดี *Fraley v. Facebook, Inc.* ที่โจทก์ซึ่งเป็นผู้ใช้งานเว็บไซต์ Facebook ของจำเลย ได้กล่าวหาว่าจำเลยกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์ ผ่านการใช้งานบนเว็บไซต์ของจำเลยที่เรียกว่า Sponsored Stories ซึ่งจะแสดงรายการสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่โจทก์ได้กดถูกใจ (Like) ให้ไปปรากฏแก่บุคคลที่เป็นเพื่อนของโจทก์ทราบ ซึ่งโจทก์ฟ้องว่าชื่อของโจทก์ถูกนำไปใช้ในการโฆษณาสินค้าที่โจทก์ได้กดถูกใจโดยไม่ยินยอม แต่จำเลยได้ต่อสู้ว่าโจทก์มีสถานะเป็นบุคคลสาธารณะในระดับหนึ่ง และข้อมูลที่จำเลยเผยแพร่นั้นมีคุณค่าแห่งความเป็นข่าว แต่ศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่าวัตถุประสงค์การเผยแพร่ข้อมูลของจำเลยนั้นมุ่งประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จนเกินขอบเขตของการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสาร<sup>99</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้มาตรา 3344.1 (2) จะกำหนดข้อยกเว้นให้แก่การเผยแพร่บางประการ แต่ถ้าหากเข้าลักษณะบางประการตามมาตรา 3344.1 (3) ก็ถือว่าผู้เผยแพร่ละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ทรงสิทธิ ซึ่งมาตรา 3344.1 (3) กำหนดเงื่อนไขไว้ดังต่อไปนี้

<sup>94</sup> *Tipton v. Warshavsky*, 32 F. App'x 293 (9th Cir. 2002)

<sup>95</sup> Francesca Grea, "To Like or Not to Like: *Fraley V. Facebook's* Impact on California's Right of Publicity Statute in the Age of the Internet," *Loyola of Los Angeles Law Review*, p. 874.

<sup>96</sup> Michael Kernan, "Privacy in Social Media: The Right of Publicity," *Hastings Communications and Entertainment. Law Journal* 34, 3 (2012): 363,375.

<sup>97</sup> Matthew Lafferman, "Do Facebook and Twitter Make You a Public Figure?:How to Apply the Gertz Public Figure Doctrine to Social Media," *Santa Clara High Technology Law Journal* 29 (2012): 199,216.

<sup>98</sup> *Fraley v. Facebook, Inc.*, 830 F. Supp. 2d 785, 790 (N.D. Cal. 2011).

<sup>99</sup> Francesca Grea, "To Like or Not to Like: *Fraley V. Facebook's* Impact on California's Right of Publicity Statute in the Age of the Internet," *Loyola of Los Angeles Law Review*, p. 876-877.

“หากงานที่ได้รับความคุ้มครองตามข้อ (2) มีการนำไปใช้กับผลิตภัณฑ์หรือบริการ การใช้นี้จะไม่ได้รับการยกเว้นตามอนุมาตรานี้ ถึงแม้ว่าจะถูกนำไปผนวกเข้ากับงานที่ได้รับยกเว้นก็ตาม หากผู้ร้องสามารถพิสูจน์ได้ว่าการใช้นั้นเกี่ยวข้องโดยตรงกับผลิตภัณฑ์ หรือสินค้า หรือบริการ เพื่อโฆษณา ขาย หรือเชื้อเชิญให้ซื้อซึ่งผลิตภัณฑ์ หรือสินค้า หรือบริการนั้น โดยอาศัยบุคลิกของผู้ที่ล่วงลับโดยปราศจากความยินยอมจากบุคคลที่ระบุในอนุมาตรา (c)”<sup>100</sup>

ในกรณีของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้วนั้น กฎหมายบัญญัติข้อยกเว้นไว้มากกว่าในกรณีของผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาแล้วเห็นว่า ควรผ่อนคลายความเคร่งครัดของกฎหมายสำหรับกรณีของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้ว อีกทั้งฝ่ายนิติบัญญัติยังเห็นว่าการให้ความคุ้มครองบุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเรื่องละเอียดอ่อน จึงบัญญัติให้การกระทำบางประการที่เป็นการแสดงออกโดยเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้รับยกเว้นความรับผิด<sup>101</sup> โดยข้อยกเว้นความรับผิดตามมาตรานี้เป็นข้อยกเว้นในตัวเอง (Per Se Exemption) ดังนั้น เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและคดีขึ้นสู่ศาล ศาลจะพิจารณาเพียงแค่ว่า รูปแบบการกระทำของจำเลยเข้าข้อข้อยกเว้นตามกฎหมายหรือไม่ โดยไม่พิจารณาว่าโจทก์จะได้รับความเสียหายหรือไม่

แต่เดิมมีการยกเว้นการนำบุคลิกของผู้ที่ล่วงลับมาใช้ในงานภาพยนตร์ ไม่ให้ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิการเผยแพร่ แต่ต่อมามีคดี *Robyn Astaire v. Best Film & Video Corp.*<sup>102</sup> ซึ่งจำเลยในคดีนี้นำภาพเคลื่อนไหวของนักแสดงที่ล่วงลับไปแล้วมาใส่ในคลิปวิดีโอและวางขายในตลาด โดยศาลในคดีนี้ได้ตีความว่า แม้มาตรา 3344.1 (2) จะมีได้กำหนดให้วิดีโอคลิปเป็นงานที่ได้รับยกเว้น แต่เมื่องานภาพยนตร์ได้รับการยกเว้น และคลิปวิดีโอและงานภาพยนตร์มีลักษณะใกล้เคียงกัน จึงตัดสินให้การนำภาพเคลื่อนไหวของผู้ล่วงลับมาใส่ในคลิปวิดีโอได้รับการยกเว้นไม่ให้

<sup>100</sup> (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))

<sup>101</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," *UCLA Entertainment Law Review*, p. 186.

<sup>102</sup> *Robyn Astaire v. Best Film & Video Corp.* 166 F.3d 1297 (9th Cir. 1997)

ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิการเผยแพร่ ทำให้กลุ่มนักแสดงรวมตัวกันเพื่อเรียกร้องให้มีการแก้ไข  
ข้อยกเว้นตามมาตรา 3344.1 (2) โดยการตั้งงานภาพยนตร์ออกจากงานที่ได้รับยกเว้น

### 3.1.5 ผู้ทรงสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับ

มลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นมลรัฐที่คุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของบุคคล ทั้งในระหว่าง  
ที่ยังมีชีวิตอยู่ และเมื่อบุคคลนั้นได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว สำหรับกรณีที่มีชื่อเสียงยังมีชีวิตอยู่ ผู้มี  
ชื่อเสียงรายนั้นก็เป็นผู้ทรงสิทธิในการเผยแพร่ตามกฎหมาย แต่สำหรับผู้ล่วงลับไปแล้ว  
แม้ว่ากฎหมายจะคุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้นั้นจากการถูกนำไปใช้หาประโยชน์ทางการค้า แต่เมื่อผู้  
นั้นสิ้นสภาพบุคคลไปแล้ว จึงไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิเพื่อใช้สิทธิการเผยแพร่ด้วยตนเองได้ กฎหมาย  
จึงต้องกำหนดตัวบุคคลที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิเพื่อคุ้มครองสิทธิที่เคยเป็นของผู้ล่วงลับ และจัดการกับ  
ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการนำภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้ ซึ่งได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

#### 3.1.5.1 ทายาทตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 3344.1 (d) กำหนดเกี่ยวกับการสืบทอดสิทธิในการเผยแพร่ของผู้  
ล่วงลับโดยมรดก ดังต่อไปนี้<sup>103</sup>

<sup>103</sup> (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 belongs 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 belongs to the surviving spouse.

(2) The entire interest in those rights belongs 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 belongs 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 420 of the Probate Code according to the

“ภายหลังการตายของบุคคลใด สิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลนั้นเป็นของ บุคคลหรือบุคคลทั้งหลายดังต่อไปนี้ และอาจใช้สิทธิได้ในนามและเพื่อประโยชน์ของบุคคลเหล่านี้ โดยบุคคลซึ่งมีสิทธิในผลประโยชน์เกินกว่ากึ่งหนึ่งจากสิทธินั้น

(1) ประโยชน์ทั้งหมดแห่งสิทธิ เป็นของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ของผู้ ล่วงลับ เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ล่วงลับมีบุตรหรือหลานที่ยังมีชีวิตอยู่ ให้สิทธิเพียงกึ่งหนึ่งเป็นของคู่สมรสที่ ยังมีชีวิต

(2) ประโยชน์ทั้งหมดแห่งสิทธิ เป็นของบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ของผู้ล่วงลับ และของบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ของบุตรที่เสียชีวิตไปแล้วของผู้ล่วงลับ เว้นแต่คู่สมรสของผู้ล่วงลับยังมีชีวิต อยู่ ให้แบ่งกรรมสิทธิ์เพียงกึ่งหนึ่งของผลประโยชน์แห่งสิทธิแก่บุตรและหลานที่ยังมีชีวิต

(3) กรณีที่ไม่มีคู่สมรส บุตร และหลานของผู้ล่วงลับ ที่ยังมีชีวิตอยู่ ให้ ผลประโยชน์ทั้งหมดแห่งสิทธิเป็นของบุพการีของผู้ล่วงลับ

(4) ให้แบ่งสิทธิในระหว่างบุตรและหลานของผู้ล่วงลับอย่างเท่าๆ กัน ในทุกกรณี และให้ใช้สิทธิดังกล่าวตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมาย ตามจำนวน บุตรของผู้ล่วงลับ การใช้สิทธิในระหว่างบุตรของบุตรที่เสียชีวิตไปแล้วของผู้ล่วงลับ จะต้องกระทำ โดยเสียงข้างมากของบรรดาบุตรเหล่านั้น”

### 3.1.5.2 ผู้รับโอนสิทธิ

มาตรา 3344.1 (b) ได้บัญญัติไว้ว่า

---

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.

“บรรดาสีทธิตามมาตรา นี้ เป็นทรัพย์สินที่สามารถโอนหรือตกทอดเป็นมรดกได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน โดยสัญญา โดยทรัสต์ หรือโดยพินัยกรรม ที่ได้กระทำก่อนหรือในภายหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1985 ...”<sup>104</sup>

มาตรานี้เป็นการยืนยันและรับรองว่าสิทธิในการเผยแพร่เป็นสิทธิในทางทรัพย์สินหรือทรัพย์สิน ซึ่งผู้ที่มีสิทธิสามารถโอนเปลี่ยนมือได้ และผู้ที่รับโอนสิทธินี้ไปก็จะกลายเป็นผู้ทรงสิทธิ หากผู้ทรงสิทธิได้ทำสัญญาโอนสิทธินี้ หรือทำสัญญาอนุญาต (Licensing Agreement) ให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งสามารถแสวงหาผลประโยชน์จากภาพลักษณ์ได้ หรือทำพินัยกรรมมีข้อความกำหนดให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีสิทธิชื่อนั้น ต่อมาเมื่อผู้นั้นถึงแก่ความตาย ผู้ที่ได้รับโอนสิทธินั้นตามสัญญาหรือตามพินัยกรรม ย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิและอาจใช้สิทธินั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมายต่อไป

สิทธิประการหนึ่งที่บุคคลซึ่งรับโอนสิทธิในการเผยแพร่มาจากผู้ล่วงลับสามารถใช้ได้ คือสิทธิในการอนุญาตหรือยินยอมให้บุคคลภายนอกอื่นๆ ในการนำภาพลักษณ์ของผู้ที่ล่วงลับไปใช้หาประโยชน์ ดังที่มาตรา 3344.1 (c) กำหนดไว้ว่า

“ความยินยอมตามมาตรา นี้ อาจกระทำได้โดยบุคคลหรือบุคคลทั้งหลาย ซึ่งเป็นผู้รับโอนสิทธิในการให้ความยินยอมมาตามข้อ (b)”<sup>105</sup>

### 3.1.6 การเยียวยาผู้ถูกละเมิดสิทธิ

เมื่อมีบุคคลใดนำชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพถ่าย หรือความคล้ายของผู้ที่ล่วงลับไปใช้กับสินค้าหรือเพื่อโฆษณา โดยไม่ได้รับความยินยอมของผู้ทรงสิทธิเสียก่อน ผู้ทรงสิทธิสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทน ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา 3344.1 (1)(a) ดังต่อไปนี้

<sup>104</sup> (The rights recognized under this section are property rights, freely transferable or descendible, in whole or in part, by contract or by means of any trust or any other testamentary instrument, executed before or after January 1, 1985...)

<sup>105</sup> (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)...)

“ผู้ที่ได้กระทำการฝ่าฝืนต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายที่เสียหายเป็นจำนวนเท่ากับหรือมากกว่า 750 เหรียญสหรัฐฯ หรือตามจำนวนความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เสียหายได้รับอันเกิดจากการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือจำนวนผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งมีได้นำมารวมคำนวณในการกำหนดค่าเสียหายที่แท้จริง ในการเรียกร้องผลประโยชน์เหล่านี้ ผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์รายได้ที่เกิดขึ้นจากการใช้ ส่วนผู้ที่ฝ่าฝืนจะต้องพิสูจน์ค่าใช้จ่ายที่สามารถนำมาหักได้ อาจมีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษให้แก่ผู้เสียหายได้ ผู้ที่ชนะคดีมีสิทธิได้รับค่าทนายความและบรรดาค่าใช้จ่าย”<sup>106</sup>

การละเมิดสิทธิในการเผยแพร่จะเกิดขึ้นเมื่อชื่อหรือภาพของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่มีชื่อเสียง ถูกนำไปใช้บนผลิตภัณฑ์หรือใช้ในการขายสินค้าหรือบริการ โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้น ซึ่งการละเมิดสิทธิอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลโดยประการดังต่อไปนี้

1) สร้างความเข้าใจผิดแก่สาธารณชนว่าบุคคลนั้นเป็นผู้โฆษณาผลิตภัณฑ์หรือมีความเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์หรือผู้ผลิตสินค้า<sup>107</sup> ยกตัวอย่างเช่นในคดี *Fifty-Six Hope Road Music, Ltd. v. A.V.E.L.A., Inc.* ที่โจทก์ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ชื่อและภาพของ Bob Marley นักร้องนักดนตรีผู้ล่วงลับ บนเสื้อยืดและผลิตภัณฑ์อื่นๆ ได้ฟ้องร้องว่าจำเลยได้ขายเสื้อยืดและผลิตภัณฑ์อื่นๆ ที่มีภาพของ Bob Marley โดยไม่ได้รับอนุญาตอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งผลิตภัณฑ์ของจำเลยถูกวางขายในห้างสรรพสินค้าเดียวกันกับสินค้าของโจทก์ โดยในคดีนี้ ศาลตัดสินให้การกระทำของจำเลยเป็นการทำให้ผู้บริโภคสับสนและเข้าใจผิดได้ว่าสินค้าของจำเลยเป็นสินค้าที่ได้รับอนุญาตจากกองทรัพย์สินของ Bob Marley โดยชอบด้วยกฎหมาย

<sup>106</sup> ([T]he 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 attorney's fees and costs.)

<sup>107</sup> Kenneth E. Spahn, "The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain?," *Nova Law Review*, p. 1016.

2) อาจทำให้บุคคลนั้นเสียโอกาสในการรับงานโฆษณาผลิตภัณฑ์อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งสินค้าที่เป็นคู่แข่งในตลาด<sup>108</sup> ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Motschenbacker v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*,<sup>109</sup> ที่จำเลยซึ่งเป็นบริษัทผู้ผลิตบุหรี่ได้ใช้ภาพคล้ายของโจทก์ซึ่งเป็นนักแข่งรถอาชีพในการโฆษณาบุหรี่ของจำเลยทางโทรทัศน์ ซึ่งหากคนทั่วไปเข้าใจว่าโจทก์รับเป็นผู้เสนอสินค้าของจำเลยซึ่งเป็นสิ่งเสพย์ติดประเภทหนึ่ง อาจทำให้โจทก์เสียโอกาสในการรับเป็นผู้เสนอสินค้าประเภทอื่นๆ เช่น ผลิตภัณฑ์ด้านสุขภาพ เป็นต้น

3) อาจทำลายความน่าเชื่อถือของบุคคล ตลอดจนความสามารถในการแข่งขันในตลาดของบุคคล โดยเฉพาะเมื่อบุคคลนั้นถูกแอบอ้างนำไปใช้ในการขายสินค้าหรือบริการเป็นจำนวนมาก หรือถูกนำไปใช้ในทางที่เสื่อมเสียหรือแง่ลบ<sup>110</sup> ยกตัวอย่างเช่น ในคดีที่ผู้พิพากษาท่านหนึ่งในสหรัฐอเมริกา ชื่อว่า Judge Judy Sheindlin ซึ่งนอกจากจะปฏิบัติหน้าที่ในการตัดสินคดีแล้ว ยังได้ดำเนินรายการโทรทัศน์ที่ถ่ายทอดกระบวนการพิจารณาในศาล ชื่อรายการว่า “Judge Judy” ได้ฟ้องร้องว่าบริษัทที่ปรึกษากฎหมายแห่งหนึ่ง ได้นำภาพของเธอจากรายการ Judge Judy ไปใช้เป็นส่วนหนึ่งในโฆษณาโทรทัศน์ของบริษัทที่ปรึกษากฎหมายดังกล่าว ส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของ Judge Judy Sheindlin เนื่องจากเธอดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษา การที่บริษัทที่ปรึกษากฎหมายนำภาพของเธอไปใช้ในโฆษณา อาจทำให้ประชาชนที่ได้รับชมโฆษณาเข้าใจผิดได้ว่าเธอมีความเกี่ยวข้องกับบริษัทที่กฎหมายดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม<sup>111</sup>

4) เป็นช่องทางให้ผู้ทีละเมิดสิทธิร้ายขึ้นอย่างไม่ยุติธรรม จากการแอบอ้างใช้ชื่อเสียงของผู้อื่นโดยไม่ได้มีการจ่ายค่าตอบแทน ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Doe v. McFarlane* ซึ่งจำเลยได้นำชื่อของโจทก์ซึ่งเป็นนักกีฬาฮอกกี้ที่จำเลยชื่นชอบ ไปตั้งเป็นชื่อตัวละครในหนังสือการ์ตูนของจำเลย และได้ใช้ชื่อของโจทก์ในการโฆษณาหนังสือการ์ตูนของจำเลยด้วย ซึ่งศาลได้ตัดสินโดย

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> *Motschenbacker v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974)

<sup>110</sup> Kenneth E. Spahn, "The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain?," *Nova Law Review*, p. 1016.

<sup>111</sup> Oren Yaniv, *Judge Judy Sues Connecticut Lawyer for Using Her in His Ads without Permission* [ออนไลน์], 20 ธันวาคม 2561. New York Daily News. แหล่งที่มา <https://www.nydailynews.com/entertainment/tv-movies/judge-judy-sues-connecticut-lawyer-article-1.1719561>.



วางหลักว่า หากการที่หนังสือการ์ตูนของจำเลยมียอดขายเป็นจำนวนมากนั้น สืบเนื่องมาจากการใช้ชื่อหรือภาพลักษณ์ของโจทก์โดยไม่มีค่าตอบแทนและปราศจากความยินยอม ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของโจทก์ตามกฎหมาย<sup>112</sup>

5) เกิดความไม่ยุติธรรมแก่ผู้สนับสนุนรายอื่นที่ว่าจ้างให้บุคคลที่มีชื่อเสียงเป็นผู้โฆษณาสินค้าโดยมีการจ่ายค่าตอบแทนอย่างถูกต้อง<sup>113</sup> ยกตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่างดารานักแสดงภาพยนตร์ชาวอเมริกันชื่อว่า Katherine Heigl ที่ฟ้องร้อง Duane Reade ซึ่งเป็นร้านขายยาในสหรัฐอเมริกา ว่าได้ละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของเธอ โดยการนำภาพของเธอขณะกำลังเดินออกจากร้านของจำเลยโดยถือถุงบรรจุภัณฑ์ที่มีชื่อร้านของจำเลยแสดงอยู่โดยชัดเจน ซึ่งเป็นภาพที่ถ่ายโดยปาปารัสซี่ ไปใช้ในการโฆษณาร้านของจำเลยผ่านทางบัญชีเฟสบุ๊คและทวิตเตอร์ของจำเลย พร้อมกับระบุข้อความว่าเธอได้มาซื้อสินค้าที่ร้านของจำเลย เธอจึงฟ้องร้านขายยาดังกล่าว โดยตามคำฟ้องของเธอได้ระบุว่า ภาพลักษณ์ของเธอเป็นที่จดจำของคนเป็นจำนวนมาก และมีมูลค่าเป็นตัวเงิน เนื่องจากเธอเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง จึงมีผู้ประกอบการหลายรายว่าจ้างเธอเพื่อเป็นผู้เสนอสินค้า ซึ่งเธอจะเลือกสินค้าที่เธอจะรับเป็นผู้นำเสนออย่างจำกัด และเธอได้รับค่าตอบแทนจากการรับเป็นผู้นำเสนอสินค้าเป็นจำนวนมาก การที่จำเลยนำภาพของเธอไปใช้ในการโฆษณาร้านของจำเลยโดยปราศจากความยินยอมของเธอนั้น นอกจากจะเป็นการละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์ของเธอแล้ว ยังเป็นการเอาเปรียบผู้ประกอบการรายอื่นที่ว่าจ้างเธอเป็นผู้นำเสนอสินค้าโดยมีการจ่ายค่าตอบแทนอย่างถูกต้อง ซึ่งไม่เป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการเหล่านั้น<sup>114</sup>

6) บุคคลที่ถูกนำไปใช้ในการขายสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ ไม่ได้รับค่าตอบแทนหรือค่าสิทธิ<sup>115</sup> ยกตัวอย่างเช่น ในคดีระหว่างกองทัพเรือของ Marlon Brando อดีตดารานักแสดงภาพยนตร์ชาวอเมริกันผู้ล้วงลับ กับ Harley Davidson ซึ่งเป็นผู้ผลิตรถจักรยานยนต์และผลิตภัณฑ์เครื่องแต่งกายและอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องสำหรับผู้ขี่รถจักรยานยนต์ โดยกองทัพเรือของ Marlon

<sup>112</sup> Doe v. McFarlane, 207 S.W.3d 52 (Mo. Ct. App. 2006)

<sup>113</sup> Kenneth E. Spahn, "The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain?," *Nova Law Review*, p. 1017.

<sup>114</sup> Heigl v. Duane Reade, Inc., No. 1:14-cv-02502 (S.D.N.Y. 2014), ECF No. 2.

<sup>115</sup> Kenneth E. Spahn, "The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain?," *Nova Law Review*, p. 1017.

Brando ได้ฟ้องร้องว่า Harley Davidson ได้ละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของ Marlon Brando โดยการขายรองเท้าบู๊ตสำหรับใช้ขี่รถจักรยานยนต์ โดยตั้งชื่อรุ่นว่า “Brando” และมีลักษณะภายนอกคล้ายกันกับรองเท้าบู๊ตที่ Marlon Brando เคยสวมในภาพยนตร์เรื่อง The Wild One เมื่อปี ค.ศ. 1953 กองทรัพย์สินของ Marlon Brando จึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย พร้อมเรียกส่วนแบ่งผลกำไรจากการขายผลิตภัณฑ์ดังกล่าว<sup>116</sup>

### 3.1.7 ความระงับแห่งสิทธิ

สิทธิในการเผยแพร่ของผู้ที่ล่วงลับ ตาม California Civil Code อาจระงับไปด้วยเหตุดังต่อไปนี้

#### 3.1.7.1 ระยะเวลาความคุ้มครอง

มาตรา 3344.1 (g) บัญญัติไว้ว่า

ห้ามมิให้มีการฟ้องร้องตามมาตรา นี้ เพราะเหตุที่ได้มีการใช้ชื่อ เสียง ลายมือชื่อ ภาพถ่าย หรือความคล้ายของผู้ล่วงลับ เมื่อพ้น 70 ปี ภายหลังจากการล่วงลับ<sup>117</sup>

เมื่อครั้งที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียประกาศใช้กฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่กรณีผู้ล่วงลับ ตามมาตรา 990 เมื่อปี ค.ศ. 1984 นั้น ทายาทจะได้รับความคุ้มครองสิทธิเป็นระยะเวลา 50 ปี นับตั้งแต่บุคคลถึงแก่ความตาย ต่อมามาตรา 990 ได้รับการแก้ไขโดยฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เมื่อปี ค.ศ. 1999 ให้ความคุ้มครองสิทธิเป็นระยะเวลา 70 ปี สืบเนื่องมาจากการเทียบเคียงระยะเวลาความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์<sup>118</sup>

แม้ว่าจะมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อเพิ่มระยะเวลาความคุ้มครอง แต่ก็ยังมีบางฝ่ายแสดงความคิดเห็นว่าไม่ควรกำหนดระยะเวลาความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ในทำนองเดียวกันกับระยะเวลาคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น ด้วยเหตุผลสำคัญดังต่อไปนี้

<sup>116</sup> [https://blogs.findlaw.com/celebrity\\_justice/2011/05/brando-boots-marlon-brando-estate-sues-harley-davidson.html](https://blogs.findlaw.com/celebrity_justice/2011/05/brando-boots-marlon-brando-estate-sues-harley-davidson.html)

<sup>117</sup> (An action shall not 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.)

<sup>118</sup> Thomas Brierton and Peter Bowal, "The Right of Publicity," *Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal*, p. 282.

(1) ความแตกต่างระหว่างสิทธิในการเผยแพร่กับทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น

แม้ว่าสิทธิในการเผยแพร่จะมีลักษณะคล้ายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง แต่ก็มี ความแตกต่างจากเครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตร เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านั้นเกี่ยวข้องกับผลงานที่มีความสร้างสรรค์และเป็นสิ่งที่มีคุณค่าในทางสังคม กฎหมายจึงมุ่งเน้นคุ้มครองความเป็นเจ้าของผลงาน แต่สิทธิในการเผยแพร่นั้นเกี่ยวข้องกับตัวตนของบุคคล ซึ่งกฎหมายมิได้กำหนดว่าบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องมีความริเริ่มสร้างสรรค์หรือเป็นผู้ที่มีคุณค่าต่อสังคมแต่อย่างใด อีกทั้งสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองคือประโยชน์ในทางพาณิชย์ของบุคคลที่เป็นเจ้าของตัวตน ดังนั้น จึงมีบางฝ่ายเสนอความเห็นว่าการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่โดยไม่จำกัดระยะเวลา เฉกเช่นเดียวกับสิทธิในทรัพย์สินทั่วไป และการให้ความคุ้มครองโดยไม่จำกัดระยะเวลาจะไม่กระทบกระเทือนต่อเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา หากสิ่งนั้นมิได้เป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมีนัยสำคัญ<sup>119</sup>

(2) ความแตกต่างระหว่างสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์กับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริการับรองหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา และรัฐจะออกกฎหมายในทางเสื่อมสิทธิตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ การที่กฎหมายจำกัดระยะเวลาคุ้มครองสิทธิไว้ จึงอาจถือได้ว่าเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิหรือเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าปัจเจกชนจะมีอำนาจเด็ดขาดในการเข้าทำและกำหนดข้อสัญญา แต่รัฐก็สามารถออกกฎหมายควบคุมได้หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของสังคม<sup>120</sup>

ในการพิจารณาว่าการออกกฎหมายของรัฐที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิตามสัญญาของคู่สัญญามีลักษณะเป็นการใช้อำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย (State's Police Power) เกินสมควรหรือไม่นั้น ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้เคยวางแนวคำวินิจฉัยไว้ในคดี Energy Reserves Group, Inc. v. Kansas Power and Light Co. ว่าจะต้องพิจารณาประเด็นดังต่อไปนี้

1) การออกกฎหมายของรัฐทำให้ความสัมพันธ์ตามสัญญาเสื่อมลงอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่ (Substantial impairment of a contractual relationship) หาก

<sup>119</sup> Ibid., p. 295-298.

<sup>120</sup> West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S. 379 (1973).

กฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสิทธิตามสัญญาอย่างร้ายแรง ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องใช้ระดับของความระมัดระวังในการออกกฎหมายที่สูงขึ้น<sup>121</sup>

2) รัฐจะต้องพิจารณาถึงลักษณะและวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะบัญญัติเป็นสำคัญ โดยรัฐจะต้องสามารถแสดงให้เห็นว่าการออกกฎหมายของรัฐเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะที่มีความสำคัญและชอบด้วยกฎหมาย (Significant and Legitimate Public Purpose) เพื่อพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการใช้อำนาจรัฐเป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย มิใช่เพื่อผลประโยชน์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง<sup>122</sup>

3) การออกกฎหมายของรัฐมีความสมเหตุสมผลและเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการหรือไม่ โดยปกติแล้ว ศาลจะเคารพความเห็นของฝ่ายนิติบัญญัติหากเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจหรือสังคม แต่ศาลจะจำกัดการใช้อำนาจรักษาความสงบของรัฐ หากการใช้อำนาจนั้นกระทบกระเทือนสัญญาของเอกชนอย่างมีนัยสำคัญ และศาลจะถือว่าการใช้อำนาจของรัฐเป็นไปโดยไม่จำเป็นและปราศจากเหตุผลอันสมควร<sup>123</sup>

ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา บั๊กเจกซันมีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา และกำหนดเนื้อหาสัญญาได้ตามความปรารถนาของตน ตราบใดที่ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือทำขึ้นโดยการฉ้อฉล โดยคู่สัญญามีเสรีภาพในการกำหนดระยะเวลาการมีผลบังคับของสัญญาได้ตามที่ต้องการ ดังนั้น จึงมีบางฝ่ายที่เสนอความเห็นว่าการบัญญัติระยะเวลาความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ในกรณีของผู้ล่งลับ ย่อมมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาเนื่องจากเมื่อบุคคลใดพัฒนาตนเองจนกลายเป็นผู้มีชื่อเสียงจนสามารถเข้าทำสัญญาอนุญาต (Licensing Agreement) ให้ผู้อื่นใช้ชื่อหรือภาพของตนบนผลิตภัณฑ์หรือใช้ในการขายสินค้าโดยได้รับค่าตอบแทนได้ ผู้ที่ได้รับอนุญาตย่อมประเมินมูลค่าของสัญญาตามระยะเวลาของสัญญาและความมีสิทธิเด็ดขาด (Exclusivity) จากการเข้าทำสัญญา หากกฎหมายกำหนดระยะเวลาความคุ้มครองไว้โดยเทียบเคียงจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่นๆ เมื่อครบระยะเวลาความคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว ชื่อ ภาพ หรือความคล้ายของผู้มีชื่อเสียงจะกลายเป็นสาธารณะสมบัติที่ทุกคนสามารถ

<sup>121</sup> Allied Structural Steel Co. v. Spannaus, 438 U.S.234, 244 (1978).

<sup>122</sup> Allied Structural Steel Co. v. Spannaus, 438 U.S.234, 244 (1978).

<sup>123</sup> Allied Structural Steel Co. v. Spannaus, 438 U.S.234, 244 (1978).

นำไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้าได้อย่างเสรี อาจมีผลเป็นการกระทบสิทธิในการทำสัญญาอนุญาตของผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิได้<sup>124</sup>

### 3.1.7.2 กรณีผู้ล่วงลับไม่มีผู้รับโอนและผู้สืบทอดสิทธิ

มาตรา 3344.1 (e) กำหนดผลของการที่ผู้ล่วงลับไม่ได้โอนสิทธิและไม่มีผู้สืบทอดสิทธิเหลืออยู่ไว้ดังนี้

“กรณีที่ผู้ล่วงลับมิได้โอนสิทธิตามมาตรา 3344.1 (d) โดยสัญญา หรือโดยทรัสต์ หรือตราสารอื่นใด และไม่มีบุคคลตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา (d) มีชีวิตอยู่ สิทธิตาม (a) เป็นอันระงับสิ้นไป”<sup>125</sup>

สังเกตได้ว่า ในกรณีที่ผู้ล่วงลับมิได้โอนสิทธิในการเผยแพร่ของตนไว้ให้แก่ผู้ใด และบุคคลซึ่งเป็นผู้ที่มีสิทธิสืบทอดสิทธิได้ตามที่กำหนดไว้ในข้อ (d) ซึ่งจำกัดไว้เพียงแค่ คู่สมรส บุตร หลาน และบุพการีของผู้ล่วงลับ ไม่มีชีวิตอยู่แล้ว สิทธิในการเผยแพร่เป็นอันระงับไป ถึงแม้ว่าพี่น้อง ลุง ป้า น้า อา หรือญาติสายโลหิตของผู้ล่วงลับจะยังมีชีวิตอยู่ก็ตาม เนื่องจากมิใช่บุคคลที่กฎหมายกำหนดไว้ให้สืบทอดสิทธิได้

## 3.1.8 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สิทธิในการเผยแพร่

### 3.1.8.1 การบังคับใช้กฎหมายในช่วงเริ่มต้นที่มีการใช้บังคับ

มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้เริ่มให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ในเริ่มแรกผ่านกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น ต่อมาจึงได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งให้ความคุ้มครองทั้งผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่ และผู้มีชื่อเสียงที่ได้ล่วงลับไปแล้ว โดยในกรณีหลัง ทายาทของผู้ล่วงลับหรือผู้ที่ได้รับโอนสิทธิ จะเป็นผู้ทรงสิทธิในการเผยแพร่ และมีอำนาจควบคุมผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการนำภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงที่ได้ล่วงลับไปใช้ในทางการค้า แต่ในช่วงแรกๆ ที่มีการประกาศบังคับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร

<sup>124</sup> Thomas Brierton and Peter Bowal, "The Right of Publicity," *Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal*, p. 313-316.

<sup>125</sup> (If any deceased personality does not transfer his or her rights under this section by contract, or by means of a trust or testamentary instrument, and there are no surviving persons as described in subdivision (d), then the rights set forth in subdivision (a) shall terminate.)

ดังกล่าว พบว่ามีปัญหาด้านความไม่สอดคล้องต้องกันในการบังคับใช้กฎหมายอยู่บางประการ ดังต่อไปนี้<sup>126</sup>

- (1) ขอบเขตของรูปแบบ หรือ ข้อบ่งชี้ของบุคคล (Indicia of Persona) ที่ให้ความคุ้มครอง
- (2) การใช้ที่ได้รับยกเว้นจากความรับผิด
- (3) การพิจารณาของศาลว่าการกระทำเพียงใดที่ถือได้ว่าเป็นการฉวยประโยชน์ในทางการค้า (commercially appropriation)

ในกรณีที่ศาลตัดสินคดีโดยใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ ศาลจะสามารถให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ได้อย่างกว้าง โดยศาลจะเปิดโอกาสให้โจทก์ได้ต่อสู้ว่าตนถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการหาประโยชน์ทางการค้าอย่างใด แม้ว่าจำเลยจะหยิบยกกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญขึ้นมาเป็นข้อต่อสู้ก็ตาม แต่สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ไม่มีความยืดหยุ่นเหมือนดังกฎหมายคอมมอนลอว์ และบทบัญญัติที่บังคับใช้ไม่อำนวยต่อการนำมาปรับใช้ให้เข้ากับรูปแบบของการแสวงหาประโยชน์ที่เปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์และตามยุคสมัย ทั้งนี้เนื่องจาก กฎหมายลายลักษณ์อักษรของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจำกัดสิ่งที่ให้ความคุ้มครองไว้แค่เพียง 5 ประการ นั่นคือ ชื่อเสียง รูปภาพ ลายมือชื่อ และความคล้าย นอกจากนี้ยังจำกัดรูปแบบของการนำภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงไปใช้ ว่าจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์เท่านั้น หากเป็นการใช้ในลักษณะของข้อมูลข่าวสาร หรือเป็นเรื่องสาธารณะ หรือเพื่อประการอื่นๆ ที่เข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนด จะไม่เข้าองค์ประกอบตามกฎหมาย และศาลไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้<sup>127</sup>

### 3.1.8.2 ถ้อยคำในตัวบทกฎหมายที่ฟุ่มเฟือยจนเกินไป

เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย ในมาตราที่กำหนดลักษณะของการนำผู้มีชื่อเสียงไปใช้ที่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้มีชื่อเสียง ได้กำหนดไว้ว่า ต้องเป็นการใช้เพื่อการโฆษณาหรือเพื่อขายสินค้า ซึ่งจากถ้อยคำเพียงเท่านี้ก็เป็นการชัดเจนอยู่ในตัวแล้วว่าโฆษณาที่มีการนำผู้มีชื่อเสียงไปใช้นั้นต้องถูกนำไปใช้ในการการเป็นผู้สนับสนุน (Commercial Sponsorship) ต่อไป แต่ในมาตราที่กำหนดการพิจารณาพิสูจน์ของโจทก์ ได้กำหนดให้โจทก์ต้องนำสืบให้ศาลเห็นว่า ในกรณี

<sup>126</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," UCLA Entertainment Law Review, p. 158.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 158-159.

ของการใช้ในงานโฆษณา โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการใช้นั้นเกี่ยวข้องโดยตรงกับการนำไปใช้ในการเป็นผู้สนับสนุน จึงมีผู้เห็นว่า การกำหนดค่าในเรืองภาระการพิสูจน์เช่นนี้เป็นการฟุ่มเฟือย และมีได้เป็นการช่วยศาลในการตีความการใช้สิทธิให้ชัดเจนยิ่งขึ้นแต่ประการใด<sup>128</sup>

### 3.1.8.3 ความไม่ชัดเจนในการตีความข้อยกเว้น

ในการพิจารณาคดีของศาล นอกจากโจทก์จะต้องเป็นฝ่ายแสดงให้ศาลเห็นว่าจำเลยได้ละเมิดสิทธิของโจทก์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อโฆษณาหรือขายสินค้าแล้ว ในบางคดี ศาลยังกำหนดให้โจทก์มีหน้าที่นำสืบให้ศาลเห็นว่า การกระทำของจำเลยไม่เข้าข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายเสียก่อนอีกด้วย ซึ่งเป็นการกำหนดมาตรฐานการนำสืบสำหรับโจทก์ให้ยากขึ้น ซึ่งข้อยกเว้นที่ทำให้จำเลยไม่ต้องรับผิด ได้แก่ การใช้ที่มีคุณค่าในเชิงข่าวสาร (Newsworthiness) และสิ่งที่เป็นเรื่องสาธารณะ (Public Affairs) เป็นต้น<sup>129</sup>

อย่างไรก็ตาม การตีความข้อยกเว้นความรับผิดชอบของศาลยังไม่มี ความชัดเจนและศาลสามารถตีความได้โดยกว้าง ยกตัวอย่างเช่นในคดี *Dora v. Frontline Video, Inc.*<sup>130</sup> ที่จำเลยได้ถ่ายทำสารคดีเกี่ยวกับการเล่นกระดานโต้คลื่น ชื่อว่า “The Legends of Malibu” ส่วนหนึ่งของสารคดีมีภาพเคลื่อนไหวของโจทก์ขณะเล่นกระดานโต้คลื่น และให้สัมภาษณ์แก่ผู้ถ่ายทำ ซึ่งศาลอุทธรณ์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ตั้งข้อสันนิษฐานไว้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ “เรื่องสาธารณะ” ตามมาตรานี้ มีความหมายครอบคลุมถึงสิ่งอื่นๆ นอกเหนือจากข่าวสาร และสิ่งที่มีความสำคัญน้อยกว่าข่าวสาร ศาลจึงได้ตัดสินว่าสารคดีของจำเลยเป็นเรื่องสาธารณะ พร้อมทั้งให้เหตุผลว่าการเล่นกระดานโต้คลื่นนั้นเป็นมากกว่างานอดิเรกสำหรับคนบางกลุ่ม เป็นกิจกรรมที่มีอิทธิพลต่อพฤติกรรม เครื่องแต่งกาย สิ่งบันเทิง และเศรษฐกิจ เนื่องจากส่งผลกระทบต่อ การซื้อขาย การท่องเที่ยว และตลาดคริวเรือ จึงเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับคนจำนวนมาก จึงตัดสินให้สารคดีเกี่ยวกับกีฬาโต้คลื่นที่จำเลยได้จัดทำขึ้นมีลักษณะเป็นเรื่องสาธารณะ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่จำเลยสามารถกระทำ ได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบใช้ต่อโจทก์ โดยศาลมิได้พิจารณาว่าจำเลยจะได้ถ่ายทำสารคดีโดยมีแรงจูงใจเป็นผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ หรือมูลค่าความเสียหายเป็นจำนวนเงินที่โจทก์ได้รับแต่อย่างใด<sup>131</sup>

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>130</sup> 15 Cal. App. 4th 536, 18 Cal. Rptr. 2d 790 (1993).

<sup>131</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," *UCLA Entertainment Law Review*, p. 166.

การที่ศาลกำหนดให้โจทก์มีหน้าที่พิสูจน์ว่าการกระทำของจำเลยไม่เข้า ข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมาย โดยที่ตัวบทกฎหมายมิได้กำหนดนิยามของข้อยกเว้นไว้โดยชัดแจ้ง และศาลก็ได้ให้นิยามตามคำพิพากษาไว้อย่างกว้าง ส่งผลให้ภาระการพิสูจน์ของโจทก์ยากยิ่งขึ้น<sup>132</sup>

แนวทางหนึ่งที่มีผู้เสนอเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ปัญหาการกำหนด ขอบเขตข้อยกเว้นความรับผิด คือการพิจารณาข้อความสำคัญ (Primary Message) ที่ผู้ประกอบการ ต้องการส่งไปยังผู้บริโภค หากข้อความสำคัญของการเผยแพร่มีวัตถุประสงค์เพื่อโฆษณาหรือขาย สินค้าหรือบริการ ย่อมถือเป็นการกระทำที่ไม่เข้าข้อยกเว้นความรับผิด เนื่องจากหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ คือการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการมีสิทธิได้รับคำตอบแทนจากการที่ชื่อเสียงของตนถูกผู้อื่นนำไปใช้งานเพื่อหากำไร<sup>133</sup>

นอกจากประเด็นเรื่องความไม่ชัดเจนของขอบเขตข้อยกเว้นแล้ว มีบางฝ่าย ที่เห็นว่าข้อยกเว้นยังไม่สอดคล้องกับแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ ทั้งนี้ เนื่องจาก ขอบเขตข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับกรณีผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับนั้นมีจำนวนมากกว่าและกว้างกว่าใน กรณีของผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่ ซึ่งหลักการและเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่นั้นมิใช่ เพื่อกำหนดความผิดให้แก่ผู้ประกอบการที่ใช้ชื่อเสียงของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ทางการค้าของตน หากแต่มุ่งเน้นให้ผู้ที่เป็นเจ้าของชื่อเสียงหรืออัตลักษณ์มีสิทธิได้รับคำตอบแทนจากการถูกนำไปใช้ในการขายสินค้าหรือบริการ<sup>134</sup> ซึ่งมีลักษณะเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งอันอาจตกทอดเป็นมรดกหรือ โอนแก่กันได้โดยอิสระ มีความแตกต่างจากสิทธิความเป็นส่วนตัวซึ่งเป็นเรื่องของความรู้สึกและ ความสุขสบายในการดำรงชีวิตอันเป็นเรื่องเฉพาะบุคคล เมื่อบุคคลได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว สิทธินั้นก็ เป็นอันระงับไป มีอาจตกทอดไปยังทายาทได้ ความแตกต่างระหว่างสองกรณีจึงมีเพียงว่าเป็น ทรัพย์สินที่มีอยู่ในระหว่างที่เจ้าของอัตลักษณ์ยังมีชีวิตอยู่หรือได้ล่วงลับไปแล้วเท่านั้น ดังนั้น เงื่อนไข ในการให้ความคุ้มครอง ตลอดจนข้อยกเว้น ทั้งในกรณีผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่และในกรณีที่ล่วงลับ ไปแล้ว ควรจะถูกกำหนดไว้อย่างเท่าเทียมภายใต้มาตรฐานเดียวกัน<sup>135</sup>

<sup>132</sup> Ibid., p. 167.

<sup>133</sup> Ibid., p. 193.

<sup>134</sup> *Lugosi v. Universal Pictures*

<sup>135</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," *UCLA Entertainment Law Review*, p. 190-192.



### 3.1.8.4 ความไม่ทันสมัยของขอบเขตการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่

กฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ที่ล่วงลับของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ใช้บังคับมาตั้งแต่ ค.ศ. 1984 จนถึงปัจจุบัน ให้ความคุ้มครองครอบคลุมเฉพาะกรณีการนำภาพ ชื่อ เสียง หรืออัตลักษณ์อื่นใดของผู้ที่ล่วงลับ ไปใช้กับสินค้า หรือเพื่อการโฆษณาสินค้าเท่านั้น แต่ในปัจจุบัน การใช้อัตลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้วเพื่อการพาณิชย์นั้นสามารถทำได้หลายรูปแบบและหลายช่องทางนอกเหนือไปจากการนำไปใช้บนสินค้าหรือใช้ในการโฆษณาสินค้า ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงเป็นข้อสังเกตว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บังคับใช้ในปัจจุบันให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของทายาทหรือผู้ที่เกี่ยวข้องได้อย่างครอบคลุมและเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปแล้วหรือไม่

ยกตัวอย่างเช่น การใช้เทคนิคเปปเปอร์โกสต์ หรือโฮโลแกรม ในการนำภาพเคลื่อนไหวของศิลปินที่ล่วงลับไปแล้ว ในการแสดงคอนเสิร์ต โดยผู้ชมด้านล่างของเวทีจะเห็นภาพเคลื่อนไหวของศิลปินราวกับว่ากำลังทำการแสดงอยู่บนเวที ณ ขณะนั้นจริงๆ แม้ว่าเทคนิคนี้จะถูกคิดค้นมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานมาแล้ว แต่เนื่องจากเทคโนโลยีในปัจจุบันมีความก้าวหน้าไปมาก จึงช่วยให้การแสดงมีความสมจริงมากยิ่งขึ้น และถูกนำไปใช้ในการจัดแสดงคอนเสิร์ต ตลอดจนถึงถ่ายทอดออกอากาศทางโทรทัศน์อย่างแพร่หลาย แต่เมื่อพิจารณาถึงขอบเขตการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ตามกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียแล้ว การจัดแสดงโดยใช้เทคนิคดังกล่าวเป็นการกระทำที่ทายาทของผู้ล่วงลับหรือผู้ทรงสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ล่วงลับไม่อาจควบคุมหรือเรียกร้องส่วนแบ่งค่าตอบแทนจากการจัดแสดงได้เลย เนื่องจากมิใช่เป็นการนำผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปใช้กับสินค้าหรือในการโฆษณาสินค้า ซึ่งในปัจจุบัน แม้ผู้จัดแสดงจะได้รับอนุญาตจากทายาทของศิลปินผู้ล่วงลับก่อนจะจัดการแสดงก็ตาม แต่ก็มีประเด็นว่า หากเป็นกรณีที่ทายาทไม่ยินยอมให้มีการจัดแสดง ทายาทย่อมไม่อาจใช้สิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ในการสั่งห้ามมิให้มีการจัดแสดงได้<sup>136</sup> เนื่องจากขอบเขตการคุ้มครองไม่ครอบคลุมถึงกรณีการนำไปใช้ในงานโสตทัศน (Audiovisual)<sup>137</sup> ซึ่งการให้ความคุ้มครองแก่ผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่จะแตกต่างจากผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้ว เพราะแม้ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรสำหรับทั้งสองกรณีจะไม่ครอบคลุมถึงกรณีการนำผู้มีชื่อเสียงไปใช้ในงานโสตทัศนก็ตาม แต่พบว่าศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้มีชื่อเสียงที่

<sup>136</sup> Lydia B. Yerrick, "Live for One Life Only: The Need to Amend California's Post-Mortem Right of Publicity Statute to Better Protect the Dead and Their Heirs from Holographic Exploitation," *Southwestern Law Review*, p. 354.

<sup>137</sup> California Civil Code § 3344.1(a)(2)

ยังมีชีวิตอยู่ในขอบเขตที่กว้างกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยให้ความคุ้มครองไปถึงการนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ นอกจากเพื่อการพาณิชย์ด้วย แต่กฎหมายคอมมอนลอว์ให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่เฉพาะผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น ไม่รวมถึงผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้ว<sup>138</sup>

การกำหนดขอบเขตการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่โดยชัดเจนหรือเป็นการตายตัวนั้นอาจทำได้ยาก ปัจจุบัน กฎหมายลายลักษณ์อักษรของมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดสิ่งซึ่งได้รับความคุ้มครองไว้ 5 ประการ ได้แก่ ชื่อ เสียง ลายมือชื่อ รูปภาพ และความคล้าย โดยใช้ทั้งในกรณีของผู้มีชื่อเสียงที่ยังมีชีวิตอยู่ และที่ล่วงลับไปแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม มีบางฝ่ายที่เห็นว่า มูลค่าของอัตลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงนั้นขึ้นอยู่กับสิ่งที่ผู้ประกอบการได้รับจากการใช้อัตลักษณ์นั้นในการขายสินค้าหรือบริการ ซึ่งสิ่งที่ได้รับนั้นมาจากการรับรู้ของผู้บริโภคที่มีต่ออัตลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียง มิได้ขึ้นอยู่กับเพียงแค่วิธีการหรือสิ่งที่ใช้ในการนำเสนอสินค้าเท่านั้น ดังนั้น การบัญญัติสิ่งซึ่งได้รับความคุ้มครองซึ่งสิทธิในการเผยแพร่ไว้อย่างตายตัวอาจทำได้ยาก และอาจเป็นการไม่สอดคล้องต่อรูปแบบการนำเสนอหรือขายสินค้าที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย ตลอดจนอาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการตีความและบังคับใช้กฎหมายว่ากรณีใดเข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ แต่ควรคำนึงถึงการกระทำทั้งหลายที่เป็นการใช้ชื่อเสียงของผู้อื่นเพื่อหาประโยชน์ในทางการค้าไม่ว่าด้วยวิธีใดก็ตาม<sup>139</sup>

### 3.1.8.5 ความไม่เป็นเอกภาพของกฎหมายที่ใช้บังคับ

ปัจจุบัน มลรัฐแคลิฟอร์เนียมีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ที่ใช้บังคับอยู่ 3 กฎหมาย ได้แก่ กฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่สำหรับบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ ในรูปของกฎหมายคอมมอนลอว์ และกฎหมายลายลักษณ์อักษร และกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่สำหรับผู้ล่วงลับไปแล้ว ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งกฎหมายทั้งสามส่วนนี้มีขอบเขตการให้ความคุ้มครองที่แตกต่างกัน ทำให้เกิดปัญหาว่าสิทธิที่เกิดขึ้นจากแนวคิดและหลักการพื้นฐานเดียวกัน มีขอบเขตการให้ความคุ้มครองที่ไม่เท่าเทียมกัน และขาดความเป็นเอกภาพ จึงมีบางฝ่ายที่เสนอแนวทางการแก้ปัญหาโดยการรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ทั้งหมดเข้าไว้ด้วยกัน<sup>140</sup>

<sup>138</sup> *Lugosi v. Universal Pictures*, 603 P.2d 425, 431 (Cal. 1979); *Guglielmi v. Spelling-Goldberg Prod.*, 603 P.2d 454, 455 (Cal. 1979).

<sup>139</sup> Stephen M. Lobbin, "The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One," *UCLA Entertainment Law Review*, p. 184-185.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 193.

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ในการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่จะมีความยืดหยุ่นมากกว่าการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากศาลสามารถสร้างหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ควบคู่ไปกับการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ได้ แต่การใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก็มีความจำเป็น เนื่องจากมีการบัญญัตินิยามของคำต่างๆ ให้มีความชัดเจน ตลอดจนวิธีการและขั้นตอนในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน อีกทั้งการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะมีลักษณะเป็นการถาวรและมีความชัดเจนมากกว่ากฎหมายคอมมอนลอว์ แต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรอาจต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้<sup>141</sup>

- 1) กำหนดมาตรฐานความรับผิดชอบ โดยอนุญาตให้ศาลพิจารณาข้อความสำคัญ (Primary Message) ของการเผยแพร่
- 2) ขยายขอบเขตความคุ้มครองให้มากกว่าเพียงแค่ ชื่อ เสียง ลายมือ ชื่อ ภาพ และความคล้าย แบบที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน
- 3) กำหนดช้อยกเว้นความรับผิดชอบไว้เพียงในเชิงตัวอย่างหรือข้อเสนอแนะมากกว่าในเชิงบังคับ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและเปิดโอกาสให้ศาลชั่งน้ำหนักการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่เป็นรายกรณีเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากที่สุด

### 3.1.8.6 การชดเชยระหว่างกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่กับเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

การคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่นั้นเป็นคุณแก่ผู้ทรงสิทธิหรือทายาทของผู้ทรงสิทธิที่ล่วงลับ แต่ก็ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับผู้มีชื่อเสียงอย่างเสรีและเปิดเผย (Free and open exchange of information about the celebrity)<sup>142</sup> โดยฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ให้เหตุผลว่า ชื่อหรือภาพที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่มีชื่อเสียง ควรตกเป็นทรัพย์สินสาธารณะที่คนทั่วไปสามารถแลกเปลี่ยนกันได้ ซึ่งจะเป็นการสร้างโอกาสทางธุรกิจในระบบตลาดเสรีได้ อีกทั้งยังเคยมีคำพิพากษาของศาลในคดี Memphis Development Foundation v. Factors ที่กล่าวไว้ว่า ความเป็นที่นิยมและการเป็นผู้มีชื่อเสียงนั้นได้มาจากการยอมรับของสาธารณะและสื่อมวลชน เพื่อที่จะรับรู้เรื่องราวทั้งด้านดีและด้านร้ายของ

<sup>141</sup> Ibid., p. 194.

<sup>142</sup> Kenneth E. Spahn, "The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain?," *Nova Law Review*, p. 1029.

บุคคลเหล่านั้นมากยิ่งขึ้น ดังนั้น การให้ความคุ้มครองผู้มีชื่อเสียงโดยไม่คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของสาธารณชนเลย ย่อมเป็นการขัดต่อแนวความคิดพื้นฐานทางศีลธรรม (Moral Presupposition)<sup>143</sup>

First Amendment ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา รับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ของบุคคล ซึ่งการนำชื่อหรือภาพของบุคคลมาใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้า มักจะมีความเกี่ยวโยงกันระหว่างเสรีภาพในการแสดงออก กับสิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลที่ถูกนำมาภาพหรือชื่อไปใช้ในผลงาน ซึ่งในมลรัฐที่มีกฎหมายบัญญัติวัตถุแห่งสิทธิของผู้ล่งลับที่ได้รับการคุ้มครองอย่างชัดเจนดังเช่นมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ศาลก็จะคุ้มครองไปตามวัตถุแห่งสิทธิที่กฎหมายกำหนดไว้ หากเข้าข้อยกเว้นที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลภายนอกสามารถนำไปใช้หาประโยชน์ได้ ก็จะไม่เป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ แต่ในบางมลรัฐที่มีได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยชัดแจ้ง ศาลจะต้องนำสิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลหนึ่ง มาชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบกับเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลอีกคนหนึ่ง เพื่อมิให้เป็นการกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของแต่ละฝ่ายจนเกินไป<sup>144</sup>

ยกตัวอย่างเช่นคดี Gionfriddo v. Major League Baseball ที่โจทก์ซึ่งเป็นนักเบสบอลอาชีพฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลย เนื่องจากจำเลยนำข้อมูลสถิติเกี่ยวกับการแข่งขันเบสบอลและคลิปวิดีโอบันทึกการแข่งขันของโจทก์ ไปเผยแพร่บนเว็บไซต์ของจำเลย โดยในคดีนี้ ศาลอุทธรณ์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้วางหลักไว้ว่า การคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่จะต้องสมดุลกับการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา โดยพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะในการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารตามระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักประกันเสรีภาพในการแสดงออกตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ศาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ทางเศรษฐกิจของโจทก์ ซึ่งตามคดีนี้ ศาลวินิจฉัยว่าประโยชน์สาธารณะจากการกระทำของจำเลยมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ทางเศรษฐกิจของโจทก์ เนื่องจากกีฬาเบสบอลเป็นกีฬาระดับชาติ มีผู้ติดตามชมการแข่งขันเป็นจำนวนมาก การนำเสนอข้อมูลของจำเลยเป็นประโยชน์ต่อการสร้างมาตรฐานทางการกีฬา และเป็นการนำเสนอข้อเท็จจริง โดยมีได้มีประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้อง<sup>145</sup>

<sup>143</sup> Memphis Development Foundation v. Factors, 616 F.2d 956, 960 (6th Cir. 1980).

<sup>144</sup> Thomas Brierton and Peter Bowal, "The Right of Publicity," *Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal*, p. 307-308.

<sup>145</sup> Ibid.

จากคำพิพากษาของศาล หากเป็นการใช้ชื่อ ภาพ หรือความคล้ายของผู้มีชื่อเสียงในเนื้อหาข่าว โดยมุ่งสร้างความน่าสนใจให้แก่เนื้อหาของข่าว ย่อมไม่เป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของผู้มีชื่อเสียงนั้น เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการใช้เพื่อหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เท่านั้น เช่น การนำภาพของผู้มีชื่อเสียงไปใช้ในงานโฆษณา ย่อมเห็นได้ชัดว่าผู้สร้างโฆษณามีเจตนาใช้ภาพเพื่อสร้างความน่าสนใจให้แก่ผลิตภัณฑ์ของตนมิใช่เพื่อประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับผู้มีชื่อเสียง<sup>146</sup>

คดีที่พิพาทกันระหว่างสิทธิในการเผยแพร่ กับ เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิดสร้างสรรค์ ได้แก่ คดี ETW Corporation v. Jireh Publishing ซึ่งจิตรกรคนหนึ่งได้วาดรูป Tiger Woods นักกอล์ฟที่มีชื่อเสียง โดยตั้งชื่อภาพว่า “The Masters of Augusta” ซึ่งศาลได้ตัดสินให้ศิลปินเป็นฝ่ายชนะคดี เนื่องจากผลงานของเขามีการดัดแปลงอย่างมีนัยสำคัญ (Significant Transformative Elements)<sup>147</sup>



ภาพที่ 21 ภาพ The Master of Augusta

ส่วนในคดี Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc. ซึ่งศิลปินได้ทำภาพพิมพ์หิน (Lithography) และเสื้อที่เชิร์ต โดยใช้ภาพของทีมตลกที่มีชื่อเสียงที่ได้ล่วงลับไปแล้วมาเป็นแบบ ทายาทจึงได้ฟ้องร้องดำเนินคดี ซึ่งฝ่ายศิลปินเองได้ต่อสู้คดีว่างานของตนมิได้ถูกนำไปใช้เพื่อการโฆษณาสินค้า จึงไม่เข้าองค์ประกอบความผิดตามกฎหมาย และผลงานของตนเป็นงานที่มีคุณค่าในทางข่าวสารอันได้รับยกเว้นตามกฎหมาย อีกทั้งกฎหมายฉบับนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาว่าด้วยเรื่องเสรีภาพในการแสดงออก โดยคดีนี้ได้รับการวินิจฉัยโดยศาลสูงของมลรัฐ

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> ETW Corp. v. Jireh Publishing, Inc., 332 F.3d 915, 918, 924–25, 937–38 (6th Cir. 2003).

แคลิฟอร์เนีย ซึ่งศาลได้ตัดสินให้ศิลปินเป็นฝ่ายแพ้คดี เนื่องจากงานของศิลปินไม่มีการดัดแปลงและความเป็นต้นฉบับอย่างเพียงพอ<sup>148</sup>

ตามคำพิพากษาของศาลสูงในคดีนี้ ศาลได้ให้เหตุผลในการตัดสินให้ทายาทชนะคดีไว้ว่า สังคมทั่วไปยอมรับว่าทายาทของผู้มีชื่อเสียงหรือผู้ที่ได้รับโอนสิทธิมาจากผู้มีชื่อเสียง มีสิทธิอันชอบธรรมที่จะได้รับส่วนแบ่งหรือผลประโยชน์จากการนำภาพของผู้มีชื่อเสียงไปใช้ในทางการค้า ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลว่าผลประโยชน์เหล่านั้นเป็นทรัพย์สินที่พึงมีตามธรรมชาติ หรือเพื่อเป็นแรงจูงใจให้เกิดการสร้างสรรคผลงานก็ตาม แต่จะมีคำถามจากคนบางกลุ่มว่าการให้ความคุ้มครองเช่นนี้เป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของสังคมหรือไม่ แต่ก็มีอาจจะปฏิเสธได้ว่าการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น กระทำไปบนฐานของเหตุผล เพื่อที่จะให้สิทธิแก่ผู้มีชื่อเสียงและทายาทจากการถูกนำเอาภาพลักษณ์ไปใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้า แม้จะเป็นเรื่องน่าประหลาดใจที่มีคำพิพากษาเพียงไม่กี่คดีที่ได้วินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างสิทธิในการเผยแพร่และสิทธิตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลในคดีนี้เห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาที่ตัดสินว่า การนำภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงไปใช้ในทางที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อมูลค่าทางเศรษฐกิจของผู้มีชื่อเสียงรายนั้น ย่อมมิได้รับความคุ้มครองภายใต้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่ศิลปินได้นำภาพของผู้มีชื่อเสียงไปใช้สร้างผลงานหรือทำเลียนแบบเพื่อการพาณิชย์ ในลักษณะที่เป็นการก้าวล่วงสิทธิในการเผยแพร่โดยตรง มากกว่าการแสดงออกอย่างมีนัยสำคัญ ผลประโยชน์อันเกิดจากกำลังร่างกายของผู้มีชื่อเสียงซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระดับรัฐ ย่อมมีน้ำหนักมากกว่าผลประโยชน์ของศิลปินที่แสดงออกซึ่งผลงานโดยการลอกเลียนแบบ<sup>149</sup>

การใช้ชื่อหรือภาพของผู้มีชื่อเสียงเพื่อประโยชน์ในทางการค้าเป็นหลัก โดยมิได้สร้างประโยชน์ให้แก่สาธารณะอย่างเพียงพอ อาจไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีของการใช้ในรูปแบบของหนังสือ (Literary work) อาจได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญมากกว่า เนื่องจากหนังสือเป็นงานสร้างสรรค์ที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าในทางวรรณกรรม<sup>150</sup> ยกตัวอย่างเช่น ในคดี *Frosch v. Grosset & Dunlap Inc.* ที่โจทก์ฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลยที่ตีพิมพ์หนังสือโดยใช้ชื่อว่า Marilyn อันเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของ Marilyn Monroe อดีตนักแสดงผู้ล่วงลับ และโจทก์ได้ต่อสู้ว่าการกระทำของจำเลยไม่ได้รับความคุ้มครองโดย

<sup>148</sup> *Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc.*, 21 P.3d 797, 805 (Cal. 2001).

<sup>149</sup> Steven Andreacola, "History: California Civil Code 3344.1," *Journal of Contemporary Legal Issues* 12, 1 (2001): 594-595.

<sup>150</sup> Kenneth E. Spahn, "The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain?," *Nova Law Review*, p. 1041-1042.

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากหนังสือของโจทก์มิใช่ชีวประวัติที่แท้จริงของ Marilyn Monroe แต่ศาลได้วินิจฉัยว่า ศาลมิได้มีหน้าที่พิจารณาว่าหนังสือนั้นจะถูกจัดอยู่ในประเภทของชีวประวัติ ชีวประวัติกึ่งนวนิยาย หรือในรูปแบบงานวรรณกรรมอื่นใดก็ตาม หากศาลเพียงแต่พิจารณาว่าหนังสือนั้นเป็นงานวรรณกรรม และได้จัดทำขึ้นเพื่อใช้ในการโฆษณาสินค้าหรือบริการ การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมาก และศาลไม่เห็นด้วยกับการขยายขอบเขตความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ล่งลับ เสียจนกระทบกระเทือนการตีพิมพ์งานวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับผู้ล่งลับ<sup>151</sup>

### 3.1.8.7 ความไม่สอดคล้องระหว่างสิทธิเผยแพร่และสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ในสหรัฐอเมริกา จัดให้สิทธิในการเผยแพร่มีลักษณะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาประเภทหนึ่ง แต่กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการเผยแพร่นั้นไม่ได้เป็นกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐสภาแห่งสหรัฐ แต่เป็นกฎหมายภายในของแต่ละมลรัฐ จึงมีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละมลรัฐ ในขณะที่กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาประเภทอื่น เช่น กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายเครื่องหมายการค้า เป็นกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐสภาแห่งสหรัฐ ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายเครื่องหมายการค้า จึงมีศักดิ์สูงกว่า (Preemptive)<sup>152</sup> กฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ เช่น ในคดี *Laws v. Sony Music (C.D. Cal. 2003)* ซึ่งพิพาทในเรื่องสิทธิในการนำเพลงไปใช้ ซึ่งโจทก์กล่าวอ้างสิทธิในการเผยแพร่ แต่ศาลตัดสินว่าการใช้ของจำเลยได้รับอนุญาตถูกต้อง และอยู่ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ จึงต้องนำกฎหมายลิขสิทธิ์มาปรับใช้แก่คดี<sup>153</sup>

ใน คดี *Zacchini v. Scripps-Howard Broad. Co.*, ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยไว้ว่า เป้าหมายของรัฐในการให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่นั้นอาจเทียบเคียงได้กับการคุ้มครองสิทธิบัตรและลิขสิทธิ์ ทั้งนี้ เนื่องจากสิทธิทั้ง 3 สิทธิดังกล่าว อนุญาตให้ปัจเจกชนได้รับผลตอบแทนจากความวิริยะอุตสาหะของเขา และป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์อย่างไม่เป็นธรรมด้วยการขโมยค่าความนิยม (unjust enrichment by the theft of goodwill) ของผู้อื่น ศาลจึงใช้ทฤษฎีแรงจูงใจทางเศรษฐศาสตร์ (Economic Incentive Theory) ที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายลิขสิทธิ์และสิทธิบัตร ในการให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ และใช้เป็นเครื่องมือในการชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างสิทธิในการเผยแพร่และสิทธิส่วนบุคคล แต่อย่างไรก็ตาม ศาลสูงมิได้

<sup>151</sup> *Frosch v. Grosset & Dunlap Inc.*, 427 N.Y.S.2d 828 (App. Div. 1980).

<sup>152</sup> Jennifer E. Rothman, "Copyright Preemption and the Right of Publicity," *U.C. Davis Law Review* 36, 1 (November 2002): 207.

<sup>153</sup> *Laws v. Sony Music Entertainment*, 448 F. 3d 1134 (9th Cir. 2006).

วินิจฉัยไว้ว่าสามารถนำกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายสิทธิบัตรมาใช้เทียบเคียงแก่กรณีสิทธิในการเผยแพร่ของผู้ล่วงลับได้หรือไม่<sup>154</sup>

(1) สิทธิในการเผยแพร่และเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายทางการค้านั้น มีความใกล้เคียงกันกับสิทธิในการเผยแพร่ ตรงที่เป็นการนำชื่อหรือภาพไปใช้เป็นส่วนหนึ่งของผลิตภัณฑ์หรือสินค้า เพื่อประโยชน์ในทางการค้า แต่มีความแตกต่างกันตรงที่ เครื่องหมายทางการค้านั้นถูกนำไปใช้กับสินค้าหรือบริการเฉพาะอย่างเท่านั้น ในขณะที่สิทธิในการเผยแพร่ เป็นการคุ้มครองการนำไปใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้าในทุกรูปแบบ มิได้จำกัดเฉพาะสินค้าหรือบริการอย่างหนึ่งอย่างใด

กฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายการค้าขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ผลิตจากการถูกคู่แข่งนำเครื่องหมายไปดัดแปลงโดยมิชอบ ซึ่งเป็นหลักการและพื้นฐานเดียวกันกับกฎหมายที่เกี่ยวกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมทั้งหลาย ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงยอมรับสิทธิในเครื่องหมายการค้าเป็นสิทธิในทางทรัพย์สิน เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้ผลิต<sup>155</sup> ตลอดจนป้องกันมิให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนกับเครื่องหมายการค้าต่างๆ ด้วย ส่วนการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่นั้น เกิดมาจากแนวคิดที่ว่าปัจเจกชนมีสิทธิเด็ดขาดตามธรรมชาติในการควบคุมมูลค่าในเชิงพาณิชย์ของชื่อและภาพของตนเอง ตลอดจนมีสิทธิป้องกันมิให้ผู้อื่นนำชื่อและภาพของตนไปใช้หาประโยชน์โดยปราศจากความยินยอม<sup>156</sup>

ในปัจจุบัน แม้ว่าผู้ที่มีชื่อเสียงจะได้รับความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่แล้ว แต่ก็มักจะจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าด้วย เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น ซึ่งจะก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า นอกเหนือไปจากค่าสินไหมทดแทนจากการถูกละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ที่มีชื่อเสียงได้จัดชื่อของตนเองเป็นเครื่องหมายการค้าไว้ และได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้ชื่อของตนในการขายสินค้าหรือบริการ อาจทำให้เกิดปัญหาในการแยกระหว่างเงินได้ในส่วนที่เป็นค่าตอบแทนการใช้เครื่องหมายการค้าและค่าตอบแทนสิทธิในการ

<sup>154</sup> Martin H. Redish and Kelsey B. Shust, "The Right of Publicity and the First Amendment in the Modern Age of Commercial Speech," *William & Mary Law Review*, p. 1462-1464.

<sup>155</sup> Mark P. McKenna, "The Normative Foundations of Trademark Law," *Notre Dame Law Review* 82 (2007): 1839-1841.

<sup>156</sup> *World Wrestling Fedn. Entm't, Inc. v. Big Dog Holdings, Inc.*, 280 F. Supp. 2d 413, 433 (WD Pa. 2003)



เผยแพร่ ซึ่งเงินได้ทั้งสองประเภทนี้จะต้องถูกแจกแจงให้ชัดเจนในแบบแสดงรายการเงินได้เพื่อเสียภาษี<sup>157</sup>

แนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการประเมินมูลค่าของเครื่องหมายทางการค้าและสิทธิในการเผยแพร่ นั้นมีความคล้ายกัน การประเมินค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้านั้นคำนวณจากจำนวนเงินที่จ่ายเพิ่มขึ้น (Premium) ในการซื้อสินค้า เนื่องมาจากค่าความนิยมของเครื่องหมายที่ติดอยู่กับสินค้านั้นเอง เครื่องหมายการค้าเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นว่าผู้ขายสามารถขายสินค้าของตนได้ในราคาที่สูงกว่าและได้ส่วนแบ่งการตลาดที่ใหญ่กว่าสินค้าประเภทเดียวกันแต่ไม่มีเครื่องหมายการค้า ส่วนการประเมินค่าตอบแทนการใช้สิทธิในการเผยแพร่ นั้นคำนวณจากจำนวนเงินที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาต ยินยอมที่จะจ่ายเพื่อแลกกับการได้ใช้ชื่อเสียงของบุคคลนั้นในการขายสินค้าหรือบริการของตน<sup>158</sup>

(2) สิทธิในการเผยแพร่และลิขสิทธิ์

(ก) สถานะของกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่และกฎหมายลิขสิทธิ์

แม้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการยอมรับกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่มาเป็นเวลานานแล้ว แต่ยังคงเป็นเพียงกฎหมายในระดับมลรัฐ ซึ่งแต่ละมลรัฐจะให้ความคุ้มครองในรูปแบบที่แตกต่างกัน โดยแบ่งออกเป็นมลรัฐที่ให้ความคุ้มครองด้วยกฎหมายคอมมอนลอว์ผ่านแนวคำพิพากษาของศาล มลรัฐที่ให้ความคุ้มครองด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษร และมลรัฐที่ให้ความคุ้มครองด้วยทั้งกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายลายลักษณ์อักษร ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นมิใช่ว่าจะเป็นกฎหมายในระดับรัฐ ดังนั้น หากมีข้อพิพาทที่มีความขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ ศาลจะให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์จะมีศักดิ์สูงกว่า<sup>159</sup>

คดีหนึ่งที่ศาลได้อธิบายถึงเหตุผลที่ให้กฎหมายลิขสิทธิ์อยู่เหนือสิทธิในการเผยแพร่ นั้น ได้แก่ คดี *Laws v. Sony Music Entertainment*<sup>160</sup> ซึ่งโจทก์เป็น

<sup>157</sup> Sara Zerehi, "Valuating a Celebrity's Right of Publicity for Estate Tax Purposes," *Harvard Journal of Sports and Entertainment Law*, p. 142.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 142-143.

<sup>159</sup> *Jules Jordan Video, Inc. v. 144942 Canada, Inc.*, 617 F. 3d 1146 (2010)

<sup>160</sup> *Laws v. Sony Music Entertainment*, 448 F. 3d 1134 (9th Cir. 2006).

นักร้องและนักแต่งเพลง ได้ทำสัญญาอนุญาตให้ค่ายเพลงต้นสังกัดมีสิทธิใช้ชื่อ ภาพ และเสียงของ โจทก์ในการโฆษณาและขายผลงานเพลงของโจทก์ และอนุญาตให้ต้นสังกัดทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลภายนอกใช้ผลงานของโจทก์ได้ เมื่อได้รับความยินยอมของโจทก์ ต่อมาต้นสังกัดของโจทก์ได้ทำสัญญาอนุญาตให้ค่ายเพลง Sony Music Entertainment จำเลย นำส่วนหนึ่งของเพลงของโจทก์ไปใช้ในการบันทึกเพลงของจำเลย โจทก์จึงได้ฟ้องว่าจำเลยกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์ แต่ศาลได้วินิจฉัยว่ากรณีมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์ และกฎหมายลิขสิทธิ์ อยู่เหนือสิทธิในการเผยแพร่ จึงต้องบังคับตามกฎหมายลิขสิทธิ์

ตามคำพิพากษาในคดีนี้ ศาลได้ให้เหตุผลประกอบการพิจารณาไว้ว่า สิทธิในการเผยแพร่นั้นมีไว้เพื่อให้นักแสดงได้รับค่าตอบแทนสำหรับเวลาและความวิริยะอุตสาหะที่ได้ทุ่มเทไปในการสร้างสรรค์ผลงาน แต่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นเกิดขึ้นจากการแสดงออกซึ่งผลงาน โดยที่สิทธิในการเผยแพร่นั้นมิใช่สิทธิในการจำกัดสิทธิของผู้ได้รับลิขสิทธิ์ มิให้อนุญาตให้ผู้อื่นใช้ต่อ หากศาลตัดสินคดีโดยให้สิทธิในการเผยแพร่อยู่เหนือกฎหมายลิขสิทธิ์ จะทำให้ทุกครั้งที่มีการใช้สื่อบันทึกเสียงที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ กลายเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของนักร้องเจ้าของงานต้นฉบับ จึงเป็นการยากที่จะจินตนาการว่าลิขสิทธิ์จะเหลือความสำคัญเพียงใด ถ้าหากผู้ได้รับลิขสิทธิ์อาจจะถูกนักร้องเจ้าของผลงานฟ้องร้องเมื่อใดก็ตามที่มีการนำงานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้

#### (ข) กฎหมายลิขสิทธิ์กับการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่

แม้สหรัฐแคลิฟอร์เนียจะเป็นรัฐแรกๆ ของสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ สำหรับทั้งบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่และผู้ที่ล่วงลับไปแล้ว แต่ในปัจจุบัน ศาลก็ยังพบปัญหาในการชั่งน้ำหนักในการให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือวิจารณ์ ตาม The First amendment แห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่อันมีสถานะเป็นเพียงกฎหมายในระดับมลรัฐ ศาลในหลายคดีจึงได้พยายามนำหลักกฎหมายลิขสิทธิ์มาใช้ในการให้เหตุผลและกำหนดขอบเขตความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ เนื่องจากสิทธิทั้งสองประการมีแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการให้ความคุ้มครองที่คล้ายกัน นั่นคือการส่งเสริมและสร้างแรงจูงใจ ให้บุคคลสร้างมูลค่าให้แก่ตนเองจากแรงงานของตนเอง (Promoting Creative Endeavor) และการขัดขวางการหาประโยชน์จากสิ่งที่บุคคลนั้นได้สร้างขึ้น (Prevention of Unjust Enrichment)<sup>161</sup> ซึ่งถ้าหากรัฐ

<sup>161</sup> Kenneth E. Spahn, "The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain?," *Nova Law Review*, p. 1030.

ไม่ให้ความคุ้มครองเสียแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อแรงจูงใจในการสร้างสรรค์ผลงานที่มีมูลค่า โดยในบางคดีมีการนำหลักการใช้อย่างเป็นธรรม (Fair Use) มาใช้เทียบเคียงในการวินิจฉัยคดีที่พิพาทกันด้วยเรื่องสิทธิในการเผยแพร่<sup>162</sup>

หลักการใช้อย่างเป็นธรรม หรือ Fair Use Doctrine นั้น เป็นหลักที่พบในกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดให้การใช้งานที่มีลิขสิทธิ์ เพื่อวัตถุประสงค์อันได้แก่ การวิพากษ์วิจารณ์ การแสดงความคิดเห็น การรายงานข่าว การเรียนการสอน การศึกษา หรือการวิจัย ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ทำให้สามารถใช้งานที่มีลิขสิทธิ์ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของผลงานก่อน<sup>163</sup>

ตัวอย่างคดีที่ศาลนำหลักการใช้อย่างเป็นธรรมมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี ได้แก่ คดี *Namath v. Sports Illustrated* ที่ Joe Namath ซึ่งเป็นนักกีฬาอเมริกันฟุตบอลเป็นโจทก์ยื่นฟ้องนิตสาร *Sports Illustrated* ที่นำภาพของนิตสารที่มีรูปโจทก์เป็นรูปหน้าปก ไปใช้เป็นส่วนหนึ่งในการโฆษณา นิตสารของจำเลย ว่าเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์ แต่ศาลวินิจฉัยว่าการใช้ของจำเลยมีลักษณะเป็นการใช้โดยบังเอิญหรือโดยมิได้เจตนา (Incidental) จึงถือว่าเป็นการใช้โดยได้รับอนุญาต<sup>164</sup> แตกต่างจากข้อเท็จจริงในคดี *Zacchini v. Scripps-Howard Broad, Co.* ที่จำเลยถ่ายทอดการแสดงของโจทก์ตลอดทั้งการแสดง ซึ่งไม่เข้าลักษณะของการใช้โดยบังเอิญ<sup>165</sup>

ในการร่างกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่กรณีผู้ล่วงลับที่ประกาศใช้เมื่อปีค.ศ. 1984 นั้น ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิเป็นระยะเวลา 50 ปีนับตั้งแต่วันที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตาย แต่ต่อมาในปีค.ศ. 1999 ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ให้คุ้มครองเป็นระยะเวลา 70 ปีนับตั้งแต่วันที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตาย โดยเทียบเคียงจากระยะเวลาความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของสหรัฐอเมริกาเอง ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายในระดับรัฐ (Federal Law)<sup>166</sup>

<sup>162</sup> Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, "What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law," *Stanford Law Review* 119 (February 2006): 1163.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 1188.

<sup>164</sup> *Namath v. Sports Illus.*, 48 A.D.2d 487 (N.Y. App. Div. 1975)

<sup>165</sup> *Zacchini v. Scripps-Howard Broad, Co.*, 433 U.S. 562 (1977)

<sup>166</sup> Thomas Brierton and Peter Bowal, "The Right of Publicity," *Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal*, p. 282.

แม้ว่าจะมีแนวความคิดในการใช้ระยะเวลาความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์มาปรับใช้แก่การคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่กรณีผู้ล่วงลับ เนื่องจากสิทธิทั้งสองสิทธิมีลักษณะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาด้วยกันทั้งคู่ แต่ก็มีบางความเห็นแย้งว่าการเทียบเคียงระหว่างกฎหมายทั้งสองเรื่องนั้นอาจทำได้อย่างจำกัด เนื่องด้วยเหตุผลว่ากฎหมายลิขสิทธิ์นั้นคุ้มครองการแสดงออกซึ่งผลงาน มีการกำหนดประเภทของงานที่ให้ความคุ้มครองไว้โดยชัดแจ้ง เช่น งานวรรณกรรม งานดนตรีกรรม งานศิลปกรรม งานสถาปัตยกรรม เป็นต้น และต้องเป็นงานที่มีความเป็นต้นแบบ (Originality) มีการใช้ความคิดสร้างสรรค์ในระดับหนึ่ง (Creativity) โดยมีได้คุ้มครองกระบวนการ วิธีการ หรือกรรมวิธีที่ใช้ในการสร้างสรรค์ผลงานนั้นแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ ซึ่งเป็นเรื่องของการคุ้มครองตัวตนของบุคคล โดยไม่คำนึงว่าตัวตนที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นนั้นจะต้องเป็นอย่างไร นอกจากนี้ลักษณะของการให้ความคุ้มครองระหว่างกฎหมายทั้งสองเรื่องก็มีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายลิขสิทธิ์ห้ามมิให้มีการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ซึ่งผลงานที่ได้รับความคุ้มครองเป็นหลัก ส่วนการคุ้มครองมูลค่าของงานอันมีลิขสิทธิ์นั้นเป็นผลพลอยได้ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่เน้นคุ้มครองมูลค่าในเชิงพาณิชย์ของชื่อ ภาพ หรือความคล้ายของปัจเจกชนเป็นสำคัญลายมือชื่อ

ในส่วนของระยะเวลาการให้ความคุ้มครองนั้น มีบางฝ่ายแสดงความเห็นไว้ว่าไม่ควรมีการจำกัดระยะเวลาการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ไว้เท่ากันกับระยะเวลาคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากการกำหนดระยะเวลาคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่มิได้เป็นการกระตุ้นให้สังคมสร้างสรรค์ผลงานใหม่ๆ ในลักษณะเดียวกันกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ซึ่งให้ความคุ้มครองผลงานโดยมีระยะเวลาอย่างจำกัด เมื่อสิ้นระยะเวลาคุ้มครองแล้ว ผลงานนั้นจึงเป็นงานสาธารณะ เพื่อเปิดโอกาสให้สังคมสร้างสรรค์ผลงานใหม่ๆ โดยอาศัยการต่อยอดจากผลงานเหล่านั้นได้ แต่สำหรับสิทธิในการเผยแพร่ นั้น เป็นการคุ้มครองการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งในเชิงพาณิชย์ แม้ว่าจะมีการกำหนดระยะเวลาคุ้มครองไว้ แต่ในภายหลังเมื่อสิ้นระยะเวลาความคุ้มครองและตัวตนของบุคคลนั้นได้กลายเป็นสิ่งสาธารณะไปแล้ว สังคมก็อาจสร้างสรรค์ผลงานใหม่ๆ โดยอาศัยตัวตนของบุคคลนั้นได้ เพียงแต่เป็นการเปิดโอกาสให้สังคมสามารถใช้อัตลักษณ์ของผู้นั้นในทางการค้าได้ ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดระยะเวลาคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่แต่ประการใด<sup>167</sup>

แม้ว่าแนวคิดเบื้องหลังการคุ้มครองลิขสิทธิ์และสิทธิในการเผยแพร่ นั้นจะมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ การคุ้มครองการแสดงออกซึ่งผลงาน และการ

<sup>167</sup> Ibid., p. 297-298.

ป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์จากผลงานของผู้อื่นโดยมิชอบ แต่การใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ในการเทียบเคียงแก่การคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ที่อาจทำได้อย่างจำกัด เนื่องจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการคุ้มครองนั้นมีความแตกต่างกัน แต่ขณะเดียวกันก็มีบางฝ่ายที่เสนอความเห็นที่เห็นว่า รัฐอาจพัฒนากฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่เพื่อใช้ในการคุ้มครองงานสร้างสรรค์ในรูปแบบอื่นๆ ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์กำหนดประเภทของงานที่ได้รับ ความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน แต่อาจมีงานสร้างสรรค์บางอย่างที่ไม่อาจอยู่ในขอบเขตของงานที่ได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ซึ่งรัฐสามารถพัฒนากฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ ภายลักษณะเพื่อให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์เหล่านี้ได้<sup>168</sup>

ยกตัวอย่างเช่นในคดี Columbia Broadcasting System v. DeCosta นั้น นาย Victor DeCosta เป็นนักแสดง ได้สร้างตัวตนขึ้นมาเพื่อใช้ปรากฏต่อสาธารณชนในงานรื่นเริงต่างๆ เช่น งานคาร์นิวัล โดยตั้งชื่อให้ตัวตนนั้นว่า “Paladin” โดยมีการแต่งกายและบุคลิกภาพที่เป็นเอกลักษณ์ สิบปีต่อมา สถานีโทรทัศน์แห่งหนึ่งได้สร้างละครโทรทัศน์โดยนำ ตัวตนที่ชื่อว่า Paladin เป็นตัวแสดงนำของเรื่อง โดยแต่งกายและมีลักษณะภายนอกคล้ายกันกับ ตัวตนที่นาย DeCosta ได้สร้างขึ้น แม้ว่าลูกขุนจะมีความเห็นว่าการกระทำของสถานีโทรทัศน์เป็นการ ลอกเลียนตัวตนที่นาย DeCosta เคยสร้างไว้โดยแทบจะทุกรายละเอียด แต่ศาลก็ไม่สามารถพิพากษา ให้นาย DeCosta ชนะคดีได้ เนื่องจาก Paladin เป็นตัวตนที่มีได้ปรากฏอยู่ในงานสร้างสรรค์ที่ได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ นอกจากนี้ หากนาย DeCosta ประสงค์จะขอรับความคุ้มครอง ตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า หรือกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ก็อาจจะไม่เข้าเงื่อนไข ที่จะได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากนาย DeCosta ใช้ตัวตน Paladin อย่างจำกัด ซึ่งไม่เพียงพอที่จะ สร้างความสับสนแก่ประชาชน ระหว่างตัวตนที่นาย DeCosta ได้สร้างขึ้น กับตัวละครที่ สถานีโทรทัศน์ได้ใช้ในละครโทรทัศน์<sup>169</sup>

จากตัวอย่างข้างต้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองแก่งานสร้างสรรค์ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่จำกัด การสร้างสรรค์บางประการไม่เข้าหลักเกณฑ์และเงื่อนไข แต่เป็นสิ่งที่มีความสำคัญและสามารถใช้แสวงหาประโยชน์ในทางการค้าได้ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่อาจได้รับการพัฒนาเพื่อนำมาใช้ขจัดปัญหาหรือเติมเต็มช่องว่างที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ได้

<sup>168</sup> Kenneth E. Spahn, "The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain?," *Nova Law Review*, p. 1030-1031.

<sup>169</sup> Columbia Broadcasting System v. DeCosta, 377 F.2d 315 (1st Cir. 1967).

### 3.1.9 สิทธิในการเผยแพร่และกฎหมายคุ้มครองการแข่งขันทางการค้า

ในบางมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่โดยใช้กฎหมายคุ้มครองการแข่งขันทางการค้า หรือ Restatement of Unfair Competition โดยถือว่าเป็นการลวงขาย (Passing Off) ผลิตภัณฑ์ โดยการใช้ตัวบุคคล ซึ่งเป็นการใช้กฎหมายคุ้มครองการแข่งขันทางการค้าเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิประเภทนี้ โดยมาตรา 46 ของ Restatement of Unfair Competition กำหนดว่า บุคคลใดหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่มีอยู่ในภาพลักษณ์ของบุคคลอื่น โดยการใช้ชื่อของบุคคล ภาพเหมือน หรือภาพลักษณ์อื่นใดของบุคคลอื่น เพื่อประโยชน์ทางการค้า โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น จะต้องชดใช้ค่าเสียหายจากการหาประโยชน์นั้น<sup>170</sup>

จาก Comment a<sup>171</sup> เกี่ยวกับประเภทของประโยชน์ที่สิทธิในการเผยแพร่ให้ความสำคัญคุ้มครอง ได้อธิบายไว้ว่า “ประโยชน์ที่พึงได้รับความคุ้มครองจากสิทธิในการเผยแพร่ คือ ประโยชน์เชิงพาณิชย์ (commercial interest) ที่มีอยู่ในภาพลักษณ์ของบุคคล และหากต้องการจะเรียกร้องค่าเสียหายต่อประโยชน์ของบุคคล หรือ ประโยชน์เชิงเกียรติยศของบุคคล [ประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้] จะต้องเรียกโดยอาศัยสิทธิส่วนบุคคล ดังนั้น โดยหลักการแล้ว สิทธิในการเผยแพร่จึงเป็นการคุ้มครองประโยชน์เชิงเศรษฐกิจ [ประโยชน์ที่คำนวณเป็นเงินได้] ที่มีอยู่ในภาพลักษณ์ของบุคคล”<sup>172</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>170</sup> ซีวิน มัลลิกะมาลย์, “การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง,” หน้า 64.

<sup>171</sup> §46, Restatement (Third) of Unfair Competition, Comment a.

<sup>172</sup> ซีวิน มัลลิกะมาลย์, “การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง,” หน้า 64.

ตารางที่ 2 ตารางสรุปหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่กรณีผู้ลวงลับ  
ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา

ประเด็น	หลักเกณฑ์
1. กฎหมายที่ใช้คุ้มครอง	Civil Code of California มาตรา 3344.1
2. คุณสมบัติของผู้ที่ได้รับความคุ้มครอง	1) เป็นผู้ที่มีชื่อเสียงหรือมีมูลค่าในทางการค้าในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ 2) เป็นผู้ที่มีชื่อเสียงหรือมีมูลค่าในทางการค้า เนื่องจากความตายของตนเอง
3. สิ่งที่ได้รับคุ้มครอง	1) ชื่อ 2) เสียง 3) ลายมือชื่อ 4) ภาพ 5) ความคล้าย
4. การกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิ	การใช้สิ่งที่มีกฎหมายคุ้มครองตามข้อ 3. ของผู้ที่มีคุณสมบัติตามข้อ 2. บนสินค้า หรือใช้ในการโฆษณาสินค้า
5. ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย	ทายาทตามกฎหมาย หรือผู้รับโอนสิทธิ
6. ค่าสินไหมทดแทน	1) ค่าเสียหายขั้นต่ำ 750 เหรียญสหรัฐ 2) ค่าเสียหายตามความเป็นจริง 3) ค่าเสียหายเชิงลงโทษ

ประเด็น	หลักเกณฑ์
7. ข้อยกเว้นความรับผิด	<p>การแสดง หนังสือ นิตยสาร หนังสือพิมพ์ บทประพันธ์ ดนตรี งานสื่อโสตทัศน์ รายการโทรทัศน์หรือวิทยุ งานศิลปะ งานด้านการเมือง งานที่มีคุณค่าแห่งความเป็นข่าว หรือการโฆษณา หรือการประชาสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์ซึ่งผลงานเหล่านี้ หากเป็นไปเพื่อความบันเทิงในเชิงนวนิยายหรือสารคดี หรืองานละคร งานวรรณกรรม หรืองานดนตรีกรรม</p>
8. ระยะเวลาคุ้มครอง	70 ปี นับตั้งแต่บุคคลถึงแก่ความตาย



ตารางที่ 3 ตารางสรุปสถานะกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล  
ในเชิงพาณิชย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

สถานะของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครอง	รายชื่อมลรัฐ
กฎหมายคอมมอนลอว์ (คุ้มครองเฉพาะในระหว่างที่ยังมีชีวิต)	อลาบามา แอริโซนา คอนเนตทิคัต จอร์เจีย ฮาวาย เมน มิชิแกน มินเนโซตา มิสซูรี นิวเจอร์ซี โอเรกอน
กฎหมายลายลักษณ์อักษร (คุ้มครองเฉพาะในระหว่างที่ยังมีชีวิต)	แคลิฟอร์เนีย ฟลอริดา อิลลินอย อินเดียนา เคนตักกี แมสซาชูเซตส์ เนบราสก้า เนวาดา โอไฮโอ โอคลาโฮมา เทนเนสซี เท็กซัส ยูทา เวอร์จิเนีย วอชิงตัน
กฎหมายคอมมอนลอว์ (คุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ที่ถึงแก่ความตายไปแล้ว)	คอนเนตทิคัต จอร์เจีย นิวเจอร์ซี
กฎหมายลายลักษณ์อักษร (คุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ที่ถึงแก่ความตายไปแล้ว)	แคลิฟอร์เนีย ฟลอริดา อิลลินอย อินเดียนา เคนตักกี เนบราสก้า เนวาดา โอไฮโอ โอคลาโฮมา เทนเนสซี เท็กซัส ยูทาห์ เวอร์จิเนีย วอชิงตัน

### 3.2 การคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนี ไม่ได้มีการแบ่งกฎหมายคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลไว้ อย่างชัดเจนเหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ให้ความสำคัญคุ้มครองภายใต้สิทธิที่เรียกว่า สิทธิในความเป็นบุคคล (Persönlichkeitsrecht: Personality Right) ซึ่งให้ความสำคัญคุ้มครองทั้งสิทธิใน ความเป็นส่วนตัว หรือสิทธิที่จะไม่ถูกผู้อื่นรบกวน และสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จาก ภาพลักษณ์หรืออัตลักษณ์ของตนเอง เป็นการคุ้มครองภายใต้สิทธิระบบเดียวกัน (Monistic) ต่างจาก ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการแบ่งสิทธิทั้งสองสิทธิแยกต่างหากจากกันโดยชัดเจน (Dualistic)<sup>173</sup>

นอกจากนี้ การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีมิได้มีการ แบ่งแยกความแตกต่างระหว่าง สิทธิในความเป็นบุคคลของผู้มีชื่อเสียง กับสิทธิในความเป็นบุคคลของ บุคคลทั่วไป แต่จะนำหลักเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นบุคคลมาใช้ในการคุ้มครองบุคคลแต่ละคน แต่อาจ มีรายละเอียดปลีกย่อยที่แตกต่างกัน เช่น การนำภาพของบุคคลที่มีชื่อเสียงขณะร่วมกิจกรรม สาธารณะไปเผยแพร่ในนิตยสาร อาจไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคล เนื่องจากได้รับความ คุ้มครองตามหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการนำเสนอข่าว ตามรัฐธรรมนูญ แห่งประเทศเยอรมนี เป็นต้น<sup>174</sup>

#### 3.2.1 ความเป็นมาของการคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ

การคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลหรือการคุ้มครองสิทธิในความเป็น บุคคลในประเทศเยอรมนีนั้น แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ การคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว ซึ่งเป็นการ คุ้มครองประโยชน์ในเชิงนามธรรม (Ideal Interest – ตามกฎหมายไทย คือ ประโยชน์ที่ไม่อาจ คำนวณเป็นเงินได้) และการคุ้มครองประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือเชิงเศรษฐกิจ (Economic Interest - ตามกฎหมายไทยคือประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้)<sup>175</sup> ซึ่งเป็นประโยชน์ทางทรัพย์สิน โดยมีประวัติความเป็นมาในการให้ความสำคัญคุ้มครองดังนี้

<sup>173</sup> Anne Lauber-Ronsberg, "The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives," *The Trademark Reporter* 107, 4 (July-August 2017): 815.

<sup>174</sup> ชีวิน มัลลิกะมาลย์, "การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง," หน้า 33.

<sup>175</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

### 3.2.1.1 การคุ้มครองสิทธิเผยแพร่ภาพลักษณ์เพื่อคุ้มครองความเป็นส่วนตัว

การคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศเยอรมนีนั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะการนำภาพของบุคคลผู้ล่องลับไปใช้หาประโยชน์ทางการค้าเท่านั้น แต่มุ่งคุ้มครองจากการถูกนำภาพลักษณ์ไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นจุดที่แตกต่างจากแนวคิดเรื่องการคุ้มครองในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มุ่งเน้นคุ้มครองผลประโยชน์ในเชิงทรัพย์สินของบุคคลจากการใช้ภาพลักษณ์บนสินค้าหรือเพื่อโฆษณาสินค้า

ในช่วงของการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มีความคิดที่จะบัญญัติกฎหมายรับรองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคล แต่แนวคิดดังกล่าวไม่ได้รับการสนับสนุนเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศเยอรมนีเห็นว่า ควรบัญญัติรับรองประโยชน์ของบุคคลอย่างจำกัด อีกทั้งบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะละเมิด และสิทธิในชื่อของบุคคล ก็เพียงพอต่อการคุ้มครองแล้ว<sup>176</sup> และเนื่องจากร่างกฎหมายในขณะนั้น มีการกำหนดความผิดไว้ทั้งในกรณีการละเมิดสิทธิโดยเจตนาและโดยประมาทเล็กน้อย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าเป็นการขัดแย้งกับบทบัญญัติในเรื่องการหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมนีที่กำหนดความผิดไว้เฉพาะกรณีที่ทำโดยเจตนาเท่านั้น<sup>177</sup>

แม้ว่าในขณะนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่ได้อนุมัติร่างกฎหมายคุ้มครองภาพลักษณ์ทั่วไปของบุคคล แต่ในปี ค.ศ. 1900 มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch) ซึ่งมีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการใช้ชื่อของบุคคล ตามมาตรา 12 และต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 1907 มีการรับรอง “สิทธิในภาพของบุคคล” (Right to One’s Image) ไว้ในมาตรา 22 และ มาตรา 23 แห่งกฎหมายคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานศิลปะและภาพถ่าย (Act on Protection of Copyright in Work of Art and Photographs 1907, Kunsturheberrechtsgesetz: KUG)<sup>178</sup> สืบเนื่องมาจากเหตุการณ์เมื่อครั้งที่ Otto Von Bismarck

<sup>176</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal* 19, 3 (1999): 501.

<sup>177</sup> Anne Lauber-Ronsberg, "The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives," *The Trademark Reporter*, p. 806-807.

<sup>178</sup> Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie

อดีตผู้นำของเยอรมนีเสียชีวิต ได้มีช่างภาพสองคนแอบเข้าไปถ่ายภาพศพของ Otto Von Bismarck ในพิธีศพโดยไม่ได้รับอนุญาตและนำภาพไปเผยแพร่ต่อสาธารณชน ทายาทของ Otto Von Bismarck จึงฟ้องร้องดำเนินคดี แต่เนื่องจากในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิในภาพของบุคคล ศาลจึงได้แต่พิจารณาเฉพาะความผิดฐานบุกรุก และวินิจฉัยให้จำเลยคืนผลประโยชน์ที่ได้รับไว้อันเนื่องมาจากการบุกรุกให้แก่เจ้าของสถานที่ ซึ่งมีหลายฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับวิธีการเยียวยาตามคำพิพากษานี้ จึงนำมาสู่การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองสิทธิในภาพของบุคคลในเวลาต่อมา<sup>179</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 1910 Count Zeppelin ซึ่งเป็นนักบินผู้มีชื่อเสียง ณ ขณะนั้น ได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งยกเลิกเครื่องหมายการค้าที่ใช้รูปและชื่อของตนบนสินค้าประเภทบุหรี ที่ได้รับการจดทะเบียนโดยไม่ได้รับอนุญาตจาก Count Zeppelin โดยศาลได้วินิจฉัยบนฐานของหลักศีลธรรมให้โจทก์ชนะคดี โดยรับรองสิทธิของโจทก์ในการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าจากชื่อหรือภาพของตนเองได้ และยอมรับว่าจะต้องจัดให้มีการเยียวยาการใช้ภาพลักษณ์ของผู้อื่นเพื่อประโยชน์ทางการค้าโดยปราศจากการอนุญาตอย่างเหมาะสม<sup>180</sup>



### ภาพที่ 22 ภาพของ Otto Von Bismarck อดีตผู้นำของเยอรมนี

ต่อมาในปี ค.ศ. 1954 มีคดีสำคัญคดีหนึ่งที่โจทก์ซึ่งเป็นทนายความของนักการเมืองรายหนึ่ง ได้ส่งจดหมายในนามของลูกความถึงหนังสือพิมพ์แห่งหนึ่ง แจ้งให้หนังสือพิมพ์แก้ไขข้อความที่ไม่ถูกต้อง แต่หนังสือพิมพ์กลับนำจดหมายฉบับนั้นลงประกาศในหนังสือพิมพ์

<sup>179</sup> Anne Lauber-Ronsberg, "The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives," *The Trademark Reporter*, p. 807.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 807-808.

ทำให้ผู้อ่านเข้าใจผิดว่าเนื้อความในจดหมายเป็นความคิดเห็นของโจทก์ โดยในคดีนี้ ศาล Bundesgerichtshof (ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) ได้คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน (Grundgesetz: German Constitution 1949) และภาพลักษณ์ของบุคคลจากการถูกทำให้เข้าใจผิด โดยเป็นคดีแรกที่ศาลได้ตีความขอบเขตของสิทธิในความเป็นบุคคลโดยกว้าง โดยไม่จำกัดเพียงแค่ภาพถ่ายและชื่อ โดยเรียกสิทธิในทำนองนี้ว่า สิทธิในความเป็นบุคคล (Allgemeine Persönlichkeitsrecht: General Right of Personality) ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิด ในมาตรา 823 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และผู้ที่ถูกละเมิดมีสิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามการกระทำ และเรียกค่าเสียหายทางจิตใจ<sup>181</sup> การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลตามกฎหมายเยอรมันจึงประกอบไปด้วย 2 ส่วน คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่คุ้มครองเฉพาะชื่อและภาพของบุคคล และกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการตีความของศาล ที่คุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคล ที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ความคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ<sup>182</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคล เพื่อให้มีการเยียวยาแก่ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคล หากศาลไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคล บุคคลจะได้รับความคุ้มครองเฉพาะเพียงชื่อและภาพของตนเท่านั้น<sup>183</sup> แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็มีได้ให้นิยามแก่สิทธิที่ได้รับการคุ้มครอง ดังนั้น เมื่อมีคดีเกิดขึ้น ศาลจึงต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป ว่าอยู่ในขอบเขตแห่งสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลจะพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยเป็นการขัดต่อศีลธรรม (Contra bonos mores) หรือไม่ โดยในช่วงแรกของการรับรองสิทธินั้น แนวคำพิพากษาของศาลยังไม่มี ความชัดเจน เนื่องจากศาลมักนำหลักในเรื่องสิทธิในความเป็นบุคคลมาปรับใช้กับแทบทุกคดีที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของผู้อื่นโดยไม่ได้ ได้รับความยินยอม แต่เมื่อเวลาผ่านไปก็มีความชัดเจนมากขึ้น<sup>184</sup>

<sup>181</sup> Ibid.

<sup>182</sup> Ibid., p. 809.

<sup>183</sup> Ibid.

<sup>184</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 501-502.

ในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลง กฎหมายเยอรมันได้พัฒนาสิทธิในความเป็นบุคคลไปในหลายแนวทาง โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญของเยอรมนีมีแนวคิดที่รัฐมีหน้าที่คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้แก่ปัจเจกชนในรัฐ ต่างจากแนวคิดในยุคก่อนสงครามโลกครั้งที่สองที่รัฐภายใต้การปกครองของพรรคกรรมกรชาติสังคมนิยมเยอรมัน (National Socialism Party) พัฒนาการคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลเฉพาะสำหรับชาวเยอรมันเท่านั้น แนวคิดในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญของเยอรมนี รวมถึงกฎหมายว่าด้วยสิทธิในความเป็นบุคคล ต่อมาในปี ค.ศ. 1977 ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีได้วินิจฉัยไว้ว่า ปัจเจกชนนั้นไม่ใช่วัตถุของรัฐ การเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลคือการยอมรับตัวตนของปัจเจกชนที่เป็นอิสระ โดย Carlo Schmid ซึ่งเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญของเยอรมนีได้สรุปความสำคัญของปัจเจกชนไว้ว่า รัฐมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของปัจเจกชน ปัจเจกชนหาว่ามีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของรัฐไม่<sup>185</sup>

ศาลในประเทศเยอรมนีเองก็ได้มีส่วนในการพัฒนาสิทธิในความเป็นบุคคล และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์บนฐานของสิทธิความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิส่วนบุคคล แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจะไม่ได้มีบทบัญญัติที่รับรองสิทธิในความเป็นบุคคล แต่ในปี ค.ศ. 1954 ศาล Bundesgerichtshof ของเยอรมนีได้รับรองให้สิทธิในความเป็นบุคคลซึ่งมีสถานะเป็นสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้น จัดว่าเป็นสิทธิอื่นๆ (Another Right) ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยให้ความคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนในการพัฒนาความเป็นบุคคลของตนเอง<sup>186</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 1958 ในคดีนี้ที่โจทก์ถูกนำภาพไปใช้ในการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาเพิ่มสมรรถภาพโดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ เป็นครั้งแรกที่ศาล Bundesgerichtshof ของเยอรมนีกำหนดค่าสินไหมทดแทนสำหรับการถูกละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคล โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งศาลได้วางหลักไว้ว่า เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งได้กำหนดสิทธิในการได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการถูกละเมิดเสรีภาพทางกายแล้ว ก็ควรให้ความคุ้มครองสิทธิในการได้รับค่าเสียหายจากการถูกจำกัดการตัดสินใจเช่นกัน การที่จำเลยนำภาพของโจทก์ไปใช้ในการขายสินค้า

<sup>185</sup> Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, "Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better Than One Unitary Concept," *California Law Review* 98, 6 (December 2010): 1948.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 1950.

ของจำเลยโดยไม่ขออนุญาตจากโจทก์ก่อน ถือเป็นการไม่เคารพต่อสิทธิเสรีภาพของโจทก์ในการกำหนดชีวิตความเป็นส่วนตัวของโจทก์ ประเด็นที่สำคัญในคดีนี้จึงเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเสรีภาพที่อยู่ภายในตัวบุคคล<sup>187</sup>

ปัจจุบัน สิทธิในความเป็นบุคคลเป็นสิทธิที่คุ้มครองการนำภาพลักษณะของบุคคลอื่นไปเผยแพร่ต่อสาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาต เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพของปัจเจกชนอย่างอิสระ เป็นสิทธิที่มีได้มีการกำหนดวัตถุประสงค์แห่งสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน ในกรณีที่ว่าวัตถุประสงค์แห่งสิทธิใดได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้โดยชัดเจนแล้ว ศาลก็จะใช้กฎหมายเช่นว่านั้นในการให้ความคุ้มครอง แต่หากวัตถุประสงค์ที่ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ความคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะ ศาลจะนำหลักสิทธิในความเป็นบุคคลมาปรับใช้ เพื่อให้ความคุ้มครอง โดยพิจารณาเป็นรายคดีไป<sup>188</sup>

### 3.2.1.2 การคุ้มครองสิทธิเผยแพร่ภาพลักษณะเพื่อคุ้มครองประโยชน์เชิงพาณิชย์

แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของบุคคลในประเทศเยอรมนีนั้นมีที่มาจากแนวคิดในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเป็นส่วนตัวของบุคคลซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ แต่ต่อมา ศาลได้นำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ในการให้ความคุ้มครองประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ กฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลในการควบคุมการใช้ภาพลักษณะของตนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จึงเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาล บนฐานของกฎหมายลักษณะละเมิด<sup>189</sup> โดยในปี ค.ศ. 1956 มีคดีที่ดารานักแสดงผู้มีชื่อเสียงชาวเยอรมัน ชื่อว่า Paul Dahlke ถูกนำภาพไปใช้ในการโฆษณาารถจักรยานยนต์สกูตเตอร์โดยปราศจากความยินยอม ศาล Bundesgerichtshof ได้วางหลักว่า กฎหมายว่าด้วยสิทธิในภาพของบุคคลไม่ได้คุ้มครองเฉพาะความเป็นส่วนตัวเท่านั้น แต่ยังรวมถึงสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณะของ

<sup>187</sup> Ibid., p. 1951.

<sup>188</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 503.

<sup>189</sup> Anne Lauber-Ronsberg, "The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives," *The Trademark Reporter*, p. 816.

ตนเองด้วย จึงตัดสินให้โจทก์ชนะคดี และสั่งให้จำเลยจ่ายค่าตอบแทนให้แก่โจทก์ตามกฎหมายว่าด้วยละเมิดและลามิควรได้<sup>190</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 1999 ศาล Bundesgerichtshof ได้วินิจฉัยให้ความคุ้มครองประโยชน์เชิงพาณิชย์แก่ชื่อและภาพลักษณ์อื่นๆ ของดารานักแสดงหญิงผู้ล่วงลับชาวเยอรมันรายหนึ่ง ชื่อว่า Marlene Dietrich โดยศาลได้มีคำสั่งห้ามมิให้จำเลยนำชื่อและภาพของ Marlene Dietrich ไปใช้บนสินค้า หรือนำไปใช้ในการโฆษณาผลิตภัณฑ์ และสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ทายาทของ Marlene Dietrich<sup>191</sup>

ตามแนวคำพิพากษาของศาลในเยอรมนี การละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลในเชิงพาณิชย์หมายถึงการนำภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้าเป็นส่วนใหญ่ แต่หากเป็นการนำไปใช้ในการรายงานข่าวสาร (Journalistic) ศาลจะไม่นับว่าเป็นการละเมิดสิทธิในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากรัฐธรรมนูญของเยอรมนีคุ้มครองเสรีภาพในการพูดและแสดงออก ยกตัวอย่างเช่นในคดีที่หนังสือพิมพ์แห่งหนึ่งนำภาพของเหยื่ออุบัติเหตุทางรถยนต์ไปลงประกอบเนื้อหาข่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจากพ่อแม่ของเหยื่อ ศาลปฏิเสธคำขอค่าสินไหมทดแทนที่พ่อแม่ของเหยื่อร้องขอ แม้ว่าการนำภาพของเหยื่อไปใช้จะเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายคุ้มครองสิทธิในภาพของบุคคล ที่ขยายระยะเวลาความคุ้มครองออกไปอีกเป็นเวลา 10 ปีภายหลังจากที่บุคคลในภาพถึงแก่ความตายก็ตาม แต่ภาพของเหยื่อไม่มีมูลค่าในเชิงพาณิชย์ในระหว่างที่เหยื่อยังมีชีวิตอยู่นอกจากนี้ การนำภาพของเหยื่อไปใช้นั้นเป็นไปเพื่อนำเสนอรายงานข่าวมากกว่าเพื่อแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ไม่ได้เป็นที่รู้จักในวงกว้าง ถึงแม้ว่าหนังสือพิมพ์จะได้รับผลประโยชน์จากการนำเสนอข่าวก็ตาม<sup>192</sup>

กรณีการนำชื่อหรือภาพของผู้มีชื่อเสียงไปใช้ในการรายงานผ่านสื่อต่างๆ โดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลของเยอรมนีได้วางแนววินิจฉัยว่าไม่เป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคล และปฏิเสธคำขอเรียกค่าตอบแทนของโจทก์เสมอมา โดยศาลเห็นว่า หากศาลพิพากษาว่าการรายงานเหล่านี้เป็นความผิดตามกฎหมาย อาจเป็นการคุกคามสื่อมวลชนจนเกินสมควร ซึ่งจะไม่สอดคล้องกับ

<sup>190</sup> Ibid., p. 814-815.

<sup>191</sup> Ibid.

<sup>192</sup> Ibid., p. 819-820.



หลักเสรีภาพของสื่อมวลชน (Freedom of the Press) แต่หลายฝ่ายได้แสดงความคิดเห็นแย้ง ว่าแนวคำพิพากษาในลักษณะนี้จะเป็นการสนับสนุนให้สื่อมวลชนแสวงหาผลประโยชน์จากการรายงานข้อมูลจนเกินสมควร แม้ว่าศาลในบางคดีจะกำหนดค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่โจทก์ แต่ก็ไม่เพียงพอที่จะยับยั้งการกระทำเหล่านั้นได้ ดังนั้น การกำหนดค่าตอบแทนในจำนวนที่สมควรให้แก่โจทก์จึงเป็นวิธีการที่เหมาะสม<sup>193</sup>

### 3.2.2 หลักกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ลวงลับ

ในประเทศเยอรมนี มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้ลวงลับ ทั้งที่อยู่ในรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษร และกฎหมายที่เกิดจากการตีความของศาล ดังต่อไปนี้

#### 3.2.2.1 Act on Protection of Copyright in Works of Art and Photographs (Kunsturheberrechtsgesetz – KUG)

KUG เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศเยอรมนี โดยมาตรา 22 และมาตรา 23 ของกฎหมายฉบับนี้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิในภาพถ่ายของบุคคล มีที่มาจากแนวความคิดในการให้สิทธิเด็ดขาดแก่บุคคลที่ปรากฏในภาพ ในการกำหนดว่าจะให้รูปภาพนั้นถูกแสดงหรือเผยแพร่ต่อบุคคลที่สามหรือสาธารณะหรือไม่ จึงได้มีการบัญญัติมาตรา 22 และมาตรา 23 <sup>194</sup>

โดยมาตรา 22 บัญญัติไว้ว่า “ภาพถ่ายหรือภาพวาดอาจถูกเผยแพร่หรือแสดงได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของบุคคลที่ปรากฏในภาพนั้น ในกรณีที่เป็นที่สงสัย ให้ถือว่าได้มีการให้ความยินยอมแล้ว หากบุคคลที่ปรากฏในภาพได้รับค่าตอบแทนสำหรับการถูกถ่ายหรือถูกวาดนั้นแล้ว กรณีบุคคลที่ปรากฏในภาพถ่ายหรือภาพวาดได้เสียชีวิตไปแล้ว ให้ได้รับความคุ้มครองต่อไปอีกเป็นระยะเวลา 10 ปีหลังจากเสียชีวิต โดยการเผยแพร่จะต้องได้รับความยินยอมจากทายาท ซึ่งให้

<sup>193</sup> Ibid., p. 820-821.

<sup>194</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 503.

หมายความว่าถึง คู่สมรสและบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ของบุคคลนั้น หากไม่มีคู่สมรสหรือบุตร ให้หมายความว่าถึง บุพการีของบุคคลนั้น”<sup>195</sup>

ส่วนมาตรา 23 บัญญัติว่า “ภาพของบุคคลที่สามารถนำไปเผยแพร่หรือ แสดงได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมตามมาตรา 22 ได้แก่

- (1) ภาพที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ร่วมสมัย
- (2) ภาพที่ปรากฏรูปของบุคคลอยู่ในภูมิทัศน์หรือสถานที่โดยบังเอิญ
- (3) ภาพของกลุ่มบุคคลที่เข้าร่วมการประชุม การต้อนรับ การดำเนินพิธี หรือการรวมตัวกันอื่นใด
- (4) ภาพที่บุคคลในภาพไม่ได้ยินยอมให้ถ่าย แต่การเผยแพร่หรือการแสดง ภาพนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านศิลปะ

ความยินยอมไม่ขยายไปถึงการเผยแพร่หรือการแสดงรูปภาพในลักษณะที่ เป็นการละเมิดประโยชน์โดยชอบธรรมของบุคคลที่ปรากฏในภาพ หรือทายาทของบุคคลนั้น”<sup>196</sup>

<sup>195</sup> “ Pictures or portraits may be distributed or displayed only with the consent of the person portrayed, i.e., the subject. In cases of doubt, consent is considered to have been given if the person portrayed has received a consideration for allowing himself to be portrayed. When the subject dies and for up to 10 years thereafter, the consent of the next of kin is required. Next of kin within the meaning of this law are the surviving spouse and children of the subject and, if neither the spouse nor the children are alive, the parents of the subject.”

<sup>196</sup> “§ 22 KUG. Section 23 KUG describes the types of pictures that do not require consent: The following may be distributed or publicly displayed without the required consent according to § 22:

- (1) Pictures within the realm of contemporary history;
- (2) Pictures in which the persons appear only incidentally in a landscape or other location;
- (3) Pictures of meetings, receptions, processions and other gatherings in which the persons portrayed have participated;
- (4) Pictures that have not been produced by order or request, but whose distribution or display would be in the higher interests of art.

Consent does not however extend to distribution and display in which the legitimate interests of the subject or the next of kin are infringed.”

### 3.2.2.2 สิทธิในชื่อของบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่ง

ในประเทศเยอรมนี บุคคลได้รับความคุ้มครองสิทธิในชื่อของตนตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 12 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“หากสิทธิในการใช้ชื่อของบุคคลที่มีสิทธิใช้ชื่อถูกโต้แย้งโดยบุคคลอื่นหรือต้องเสียหายเพราะถูกบุคคลอื่นนำชื่อไปใช้โดยไม่มีสิทธิ บุคคลนั้นอาจร้องขอให้บุคคลอื่นระงับการกระทำนั้นเสีย หากสงสัยว่าการกระทำนั้นจะดำเนินต่อไป อาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งห้าม”<sup>197</sup>

ประเด็นที่ศาลจะพิจารณาหากมีการฟ้องร้องตามมาตรา 12 นี้มี 2 ประเด็นคือ ชื่อของโจทก์ได้รับความคุ้มครองหรือไม่ และการที่จำเลยใช้ชื่อนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่<sup>198</sup> โดยที่มาตรา 12 ให้ความคุ้มครองชื่อที่แสดงให้ทราบถึงตัวบุคคล ดังนั้น ชื่อหน้าหรือนามแฝง (Pseudonym) ก็อาจได้รับความคุ้มครอง หากเกี่ยวข้องกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งถึงขนาดที่ทำให้คนทั่วไปนึกถึงบุคคลนั้นเมื่อได้ยินชื่อ<sup>199</sup> ยกตัวอย่างเช่นในคดีที่ศาลอุทธรณ์ตัดสินให้ความคุ้มครองชื่อ “Romy” ของ Romy Schneider ซึ่งเป็นดารานักแสดงหญิงชาวเยอรมันที่มีชื่อเสียงมาก และเมื่อสาธารณชนได้ยินชื่อ Romy ก็จะนึกถึง Romy Schneider โดยทันที<sup>200</sup>

สิทธิในการได้รับความคุ้มครองชื่อของบุคคล ตามมาตรา 12 มี 2 ประการ ได้แก่

(1) สิทธิของจำเลยในการให้การต่อสู้ตามมาตรา 12 ว่าจำเลยมีสิทธิใช้ชื่อนั้นโดยชอบ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง

<sup>197</sup> § 12 If the right to the use of a name 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 uses the same name without authority, then the person entitled may demand from the other elimination of the infringement. If further infringements are anticipated, he may seek an injunction.

<sup>198</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 510.

<sup>199</sup> Bundesgerichtshof Neue Juristische Wochenschrift [BGH NJW] [Supreme Court] 1983, 1184 (1185) 'Uwe.'

<sup>200</sup> Oberlandesgerichte MfIlnchen Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [OLG Muenchen GRUR] 1960, 394 'Romy.'

(2) สิทธิของโจทก์ที่จะป้องกันมิให้จำเลยนำชื่อซึ่งสามารถแสดงถึงโจทก์ หรือมีลักษณะคล้ายกันกับชื่อของโจทก์ไปใช้ ซึ่งการนำชื่อของโจทก์ไปใช้เป็นการละเมิดต่อประโยชน์ที่โจทก์พึงได้รับโดยชอบ โจทก์จึงมีสิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำละเมิดต่อไป (Injunction) ได้<sup>201</sup>

ในการพิจารณาว่ามีการใช้ชื่อโดยมิชอบหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาว่าการใช้ชื่อก่อให้เกิดความสับสนหรือไม่ ซึ่งมีได้พิจารณาเพียงแต่ลักษณะเฉพาะ (Distinctiveness) ของชื่อ แต่ยังไม่พิจารณาถึงสาขาอาชีพของบุคคลที่ใช้ชื่อนั้นด้วย ยกตัวอย่างเช่นในคดี Romy ศาลให้ความสำคัญคุ้มครองชื่อของนักแสดงหญิงเฉพาะแค่ภายในอุตสาหกรรมภาพยนตร์เท่านั้น หากชื่อ Romy ถูกนำไปใช้ในอุตสาหกรรมอื่น ก็สามารถกระทำได้ นอกจากการนำชื่อไปใช้โดยตรงแล้ว การนำชื่อไปใช้ในลักษณะที่ทำให้ผู้อื่นเข้าใจว่าเจ้าของชื่อตามกฎหมายและผู้ที่นำชื่อไปใช้นั้นมีความสัมพันธ์บางประการ ก็ถือว่าเป็นการใช้ชื่อโดยไม่ชอบเช่นกัน เช่น การนำชื่อของผู้อื่นไปใช้ในทางที่ทำให้คนทั่วไปเข้าใจผิดว่าเจ้าของชื่อได้ยินยอมให้ผู้นั้นใช้ชื่อในการขายหรือโฆษณาสินค้า<sup>202</sup>

### 3.2.2.3 สิทธิในความเป็นบุคคล

#### (1) ความหมายของสิทธิในความเป็นบุคคล

สิทธิในความเป็นบุคคล (General Right of Personality) เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่ศาลของเยอรมนีนำมาใช้ในการให้ความคุ้มครองวัตถุแห่งสิทธิอื่นๆ นอกเหนือไปจากภาพและชื่อของบุคคล ซึ่งเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ กฎหมายเยอรมันมีแนวคิดที่ว่ารัฐมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งการใช้กฎหมายในเรื่องนี้มีความยืดหยุ่นและมีการพัฒนาอยู่เสมอ นำไปสู่การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเป็นบุคคลเพิ่มเติมมากขึ้น นอกจากการคุ้มครอง

<sup>201</sup> ซีวริน มัลลิกะมาลย์, “การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง,” หน้า 41.

<sup>202</sup> Bundesgerichtshof Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs Report [BGH NJW- RR] 1989, 1388.

ชื่อเสียง ความเป็นส่วนตัว และความเป็นปัจเจกแล้ว ยังมีการคุ้มครองการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล เพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์อีกด้วย<sup>203</sup>

กฎหมายเยอรมันให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลบนฐานของการคุ้มครองชื่อเสียงและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ โดยมีได้มีการแบ่งประเภทของสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน ทำให้ศาลของเยอรมันสามารถใช้ดุลยพินิจในการให้ความคุ้มครองแก่ภาพลักษณ์ของบุคคลได้อย่างกว้าง<sup>204</sup> โดยพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ ประกอบกับอัตลักษณ์ของแต่ละบุคคลเป็นปัจจัยสำคัญในการตัดสินว่าจะให้ความคุ้มครองอย่างไร<sup>205</sup>

สิทธิในความเป็นบุคคลตามกฎหมายของประเทศเยอรมนีนั้นมีลักษณะคล้ายกันกับสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยขอบเขตของภาพลักษณ์ที่ได้รับความคุ้มครองนั้นถูกกำหนดไว้อย่างกว้าง ทำให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการให้ความคุ้มครองได้อย่างยืดหยุ่น โดยในปี ค.ศ. 1999 มีคดีที่จำเลยนำท่าทางของ Marlene Dietrich ซึ่งเป็นนักแสดงที่มีชื่อเสียง จากภาพยนตร์เรื่อง *The Blue Angel* ไปใช้ในการโฆษณาสินค้าของจำเลย โดยใช้นางแบบที่มีรูปร่างหน้าตาคล้าย Marlene ในโฆษณาชิ้นนั้น ในคดีนี้ ศาลได้ตัดสินว่าสิทธิในความเป็นบุคคลนั้นมีได้จำกัดอยู่เพียงแค่หน้าตาเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงสิ่งอื่นๆ ที่บ่งบอกหรือทำให้นักถึงตัวบุคคลได้ด้วย ศาลจึงตัดสินให้การกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคล นอกจากคดีนี้จะได้วางหลักเกี่ยวกับขอบเขตของภาพลักษณ์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว ยังเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้วอีกด้วย เนื่องจากการกระทำอันเป็นการละเมิดได้เกิดขึ้นภายหลังจากที่เจ้าของภาพลักษณ์ได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว และผู้ที่เป็นโจทก์ฟ้องคดีได้แก่กองทรัพย์สินของ Marlene<sup>206</sup>

คดี Marlene เป็นคดีแรกที่ศาล Bundesgerichtshof กำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ทายาท ต่างจากคดีอื่นๆ ก่อนหน้านั้น ที่ศาลเพียงแต่สั่งห้ามการเผยแพร่

<sup>203</sup> Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, "Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better Than One Unitary Concept," *California Law Review*, p. 1952.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 1954.

<sup>205</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 518.

<sup>206</sup> BGH, 53 NJW 2201 (2000).

เท่านั้น โดยศาลเน้นย้ำว่า สิทธิในความเป็นบุคคลตามรัฐธรรมนูญของเยอรมนี มาตรา 1 และมาตรา 2 นั้น ไม่เพียงแต่คุ้มครองประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (Non-material interest) เท่านั้น แต่ยังคุ้มครองประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ด้วย ยกตัวอย่างเช่น ภาพลักษณ์ของบุคคลที่อาจนำไปใช้ในการโฆษณาสินค้าได้ เปรียบเสมือนสินทรัพย์ประเภทหนึ่ง ไม่ว่าเจ้าของภาพลักษณ์นั้นจะยังมีชีวิตอยู่หรือล่วงลับไปแล้วก็ตาม<sup>207</sup>



ภาพที่ 23 ภาพของ Marlene Dietrich จากภาพยนตร์เรื่อง The Blue Angel

อีกตัวอย่างของคดีที่ศาลให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคล ได้แก่ คดีที่ทายาทของ Heinz Erhardt ซึ่งเป็นนักแสดงชาย ฟ้องร้องขอให้ระงับโฆษณาทางวิทยุที่มีการเลียนแบบเสียงของ Heinz Erhardt ในลักษณะที่ทำให้ผู้ได้ยินโดยทั่วไปเข้าใจว่าเป็นเสียงของ Heinz Erhardt คดีนี้ศาล Oberlandgericht (ศาลอุทธรณ์) ได้เทียบเคียงหลักกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองภาพและชื่อของบุคคล และขยายความคุ้มครองไปถึงการลอกเลียนเสียง โดยศาลเห็นว่าการลอกเลียนเสียงที่เป็นภาพลักษณ์เฉพาะของผู้อื่น เป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่นในทำนองเดียวกันกับการแสวงหาผลประโยชน์จากภาพหรือชื่อของผู้อื่นโดยมิชอบ โฆษณาของจำเลยทำให้ผู้ที่ได้ยินโดยทั่วไปนึกถึง Heinz Erhardt ไม่ว่าจะทราบว่าเป็นการเลียนเสียงหรือไม่ก็ตาม เป็นการเจตนาใช้โฆษณาในการสร้างมูลค่าทางธุรกิจ ในคดีนี้ ศาลอุทธรณ์จึงตัดสินให้โจทก์ชนะคดี<sup>208</sup>

<sup>207</sup> Hannes Rosler, "Dignitarian Posthumous Personality Rights - an Analysis of U.S. And German Constitutional and Tort Law," *Berkeley Journal of International Law* 26, 1 (2008): 181.

<sup>208</sup> Oberlandesgericht Hamburg Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [OLG Hamburg GRUR] 1989, 666



ภาพที่ 24 ภาพของ Heinz Erhardt นักแสดงตลก นักร้อง นักดนตรีชาวเยอรมันผู้มีชื่อเสียง

บุคคลที่มีชื่อเสียงอาจได้รับความคุ้มครองจากการถูกลอกเลียนแบบ ไม่ว่าจะโดยรูปร่างหน้าตาหรือน้ำเสียง หากการลอกเลียนแบบนั้นอาจก่อให้เกิดความสับสนหรือเข้าใจผิดแก่คนทั่วไปว่าบุคคลนั้นเป็นผู้นำเสนอสินค้าหรือผลิตภัณฑ์นั้น แต่ตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศเยอรมนี การใช้ชื่อของบุคคลผู้มีชื่อเสียงเป็นแต่เพียงการดึงดูดความสนใจจากผู้บริโภค แต่อาจจะไม่ทำให้คนทั่วไปเข้าใจผิดว่าบุคคลนั้นเป็นผู้นำเสนอสินค้า บุคคลผู้มีชื่อเสียงจึงอาจไม่ได้รับความคุ้มครองหากถูกนำชื่อไปใช้ในการโฆษณาสินค้า เว้นแต่จะมีลักษณะเป็นการหมิ่นประมาทเจ้าของชื่อ ซึ่งแตกต่างจากศาลในสหรัฐอเมริกาที่อาจให้ความคุ้มครองโดยอาศัยกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคล<sup>209</sup>

นอกจากวัตถุประสงค์แห่งสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองที่คล้ายกันแล้ว ศาลในประเทศเยอรมันมีการนำหลักการมีแนวโน้มจะเป็นข่าว (Newsworthy) มาใช้ในการยกเว้นความรับผิดชอบ ในทำนองเดียวกันกับศาลในสหรัฐอเมริกา เพื่อชี้แจงน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของสาธารณะในการได้รับข้อมูลข่าวสารกับสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของปัจเจกชน ซึ่งหลักเกณฑ์ข้อยกเว้นของศาลในทั้งสองประเทศมีความคล้ายคลึงกัน คือการพิจารณาวัตถุประสงค์หลักของการใช้ภาพลักษณ์เป็นสิ่งสำคัญ หากเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้ามากกว่า ก็จะไม่ได้รับยกเว้นความรับผิด<sup>210</sup>

<sup>209</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 518-519.

<sup>210</sup> *Ibid.*

ยกตัวอย่างเช่นในคดี Montana<sup>211</sup> ที่เกิดขึ้นในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และคดี Beckenbauer<sup>212</sup> ที่เกิดขึ้นในประเทศเยอรมนี ซึ่งจำเลยในทั้งสองคดี เป็นนักกีฬาที่มีชื่อเสียงและถูกนำภาพไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต แต่เนื่องจากภาพที่ถูกนำไปใช้นั้นเป็น ภาพที่ถูกถ่ายในระหว่างการแข่งขัน ซึ่งปรากฏรูปของนักกีฬาคนอื่นในภาพเดียวกัน และจำเลยในคดี ได้เผยแพร่ภาพของจำเลยในช่วงเวลาใกล้เคียงกันกับการแข่งขัน ศาลในทั้งสองคดีจึงตัดสินในทำนอง เดียวกันว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ เนื่องจากการเผยแพร่ภาพโดย มุ่งการให้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการแข่งขันมากกว่าผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์<sup>213</sup>

กรณีการโฆษณาสินค้าโดยล้อเลียน (Parody) ผู้มีชื่อเสียง ศาลในสหรัฐอเมริกาเคยตัดสินให้จำเลยมีความผิด แม้ว่าการล้อเลียนนั้นสามารถเห็นได้โดยชัดเจนว่า ไม่ใช่ภาพของโจทก์ และไม่ทำให้ผู้บริโภคที่พบเห็นโฆษณาเข้าใจว่าโจทก์เป็นผู้นำเสนอสินค้าของ จำเลยแต่อย่างใด<sup>214</sup> ในขณะที่ศาลในเยอรมัน เคยตัดสินว่าจำเลยไม่มีความผิด トラบไต้ผู้ที่พบเห็น โฆษณาสามารถทราบได้ว่าเป็นเพียงการล้อเลียน จำเลยจะมีความผิดต่อเมื่อการล้อเลียนนั้นอาจทำให้ ผู้บริโภคเข้าใจผิดว่าเป็นภาพต้นฉบับของโจทก์ ซึ่งจะเป็นการละเมิดสิทธิในภาพของบุคคล<sup>215</sup>

ความแตกต่างอีกประการระหว่างสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ ของบุคคลในสหรัฐอเมริกาและสิทธิในความเป็นบุคคลในประเทศเยอรมนี คือ สิทธิในการเผยแพร่ ภาพลักษณ์ของบุคคลนั้นเป็นสิทธิในทรัพย์สิน ในขณะที่สิทธิในความเป็นบุคคลเป็นสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งไม่สามารถโอนให้แก่กัน หรือตกทอดเป็นมรดกได้ แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลอาจยินยอมให้มีการ เผยแพร่ภาพลักษณ์ของตนเพื่อแลกกับค่าตอบแทนได้ ทำให้ผู้ที่มีชื่อเสียงต่างๆ มักจะทำสัญญา

<sup>211</sup> Montana v. San Jose Mercury News, Inc., 40 Cal. Rptr. 2d 639 (Cal. Ct. App. 1995).

<sup>212</sup> BGH NJW 1979, 2203.

<sup>213</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 519.

<sup>214</sup> White v. Samsung Elecs. Am., Inc., 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992), reh'g denied 989 F.2d 1512 (9th Cir. 1992).

<sup>215</sup> OLG Dtlsseldorf NJW 1987, 1413.



อนุญาตให้ใช้ภาพลักษณ์ของตนในการขายหรือโฆษณาสินค้า และทายาทของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับสามารถควบคุมการใช้ภาพของผู้ที่ล่วงลับในการขายหรือโฆษณาสินค้าได้โดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>216</sup>

แม้ว่าศาลในประเทศเยอรมนีจะกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนน้อยกว่าศาลในสหรัฐอเมริกา แต่ในปัจจุบัน ศาลในเยอรมนีได้ยอมรับว่าภาพลักษณ์ของบุคคลนั้นอาจมีมูลค่าในเชิงพาณิชย์ โดยเฉพาะกรณีสิทธิในภาพของบุคคลที่ศาลได้รับรองถึงควมมีมูลค่าในเชิงพาณิชย์มากขึ้นกว่าในอดีตที่เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลมักนำกฎหมายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทมาใช้ในการพิจารณา โดยมีได้คำนึงถึงมูลค่าในเชิงพาณิชย์ของบุคคลในภาพ แต่ในปัจจุบันศาลในเยอรมนีได้รับรองการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ภาพลักษณ์ และการกำหนดค่าตอบแทนการอนุญาตแบบสมมติ สะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายในเรื่องการคุ้มครองภาพลักษณ์ของเยอรมนีได้รับการพัฒนาไปในทางเดียวกันกับกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของสหรัฐอเมริกา<sup>217</sup>

อย่างไรก็ตาม สิทธิในความเป็นบุคคลยังไม่ได้มีสถานะเป็นสิทธิในเชิงพาณิชย์ตามกฎหมายเยอรมัน เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักที่ศาลในเยอรมนีให้ความคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลนั้นไม่ใช่เพื่อคุ้มครองประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ แต่ต้องการรับประกันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิในการพัฒนาภาพลักษณ์โดยอิสระของบุคคล ต่างจากในสหรัฐอเมริกา ที่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดเจนว่าเป็นสิทธิในเชิงพาณิชย์<sup>218</sup>

## (2) ที่มาของการให้ความคุ้มครอง

หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นบุคคลนั้นเกิดขึ้นจากการตีความสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคลได้รับการเยียวยา<sup>219</sup> โดยศาลจะนำหลักเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นบุคคลมาใช้ในการคุ้มครองภาพลักษณ์อื่นๆ ของผู้ล่วงลับ ที่ไม่ได้

<sup>216</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 520.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 520-521.

<sup>218</sup> *Ibid.*

<sup>219</sup> Anne Lauber-Ronsberg, "The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives," *The Trademark Reporter*, p. 809.

รับความคุ้มครองโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ชื่อ เสียง ความคล้าย เป็นต้น โดยศาลจะพิจารณาเป็นรายคดีไป<sup>220</sup>

กฎหมายเยอรมันนั้นให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และชื่อเสียงของบุคคล ถึงแม้ว่าผู้ที่ได้ถึงแก่ความตายไปแล้วก็ตาม นำมาซึ่งการคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลให้แก่ผู้ที่ล่วงลับไปแล้ว (Postmortales Persönlichkeitsrecht) โดยแบ่งความคุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับออกเป็น 2 กรณี คือ การคุ้มครองประโยชน์ในเชิงนามธรรม (Ideal Aspect) และการคุ้มครองประโยชน์ในเชิงทรัพย์สิน (Property Aspect)<sup>221</sup>

การคุ้มครองประโยชน์ในเชิงนามธรรมนั้นคือการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และตัวตนของบุคคล ที่รัฐธรรมนูญของเยอรมนีรับรองและคุ้มครอง<sup>222</sup> ซึ่งศาล Bundesgerichtshof ของเยอรมนีเคยวางแนววินิจฉัยไว้ว่า หากผู้ที่ได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงไม่ได้รับการเยียวยาหรือชดเชยความเสียหายเสียแล้ว การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายก็จะเกิดขึ้นอีก ซึ่งจะทำให้กฎหมายที่ใช้คุ้มครองภาพลักษณ์หรือตัวตนของบุคคลถูกระทบกระเทือน ทั้งนี้ กฎหมายคุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ที่ล่วงลับของเยอรมนีอยู่บนฐานของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>223</sup>

<sup>220</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 503.

<sup>221</sup> Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, "Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better Than One Unitary Concept," *California Law Review*, p. 1967.

<sup>222</sup> Article 1 of Basic Law for the Federal Republic of Germany:

“(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights [including, on the one hand, Article 2(1) GG regarding the right to a free development of one's personality on which the general personality right is based in conjunction with Article 1 GG and, on the otherhand, Article 5(1) GG on the freedom of communication] shall bind the legislature, the executive, and the judiciary as directly applicable law.”

<sup>223</sup> Hannes Rosler, "Dignitarian Posthumous Personality Rights - an Analysis of U.S. And German Constitutional and Tort Law," *Berkeley Journal of International Law*, p. 163.

คดีที่มีชื่อเสียงที่ศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับประโยชน์ในเชิงนามธรรม ได้แก่ คดี Mephisto ที่นักแสดงชาวเยอรมันผู้ล่วงลับคนหนึ่งถูกนำไปใช้เป็นตัวละครในวรรณกรรมเรื่องหนึ่ง แม้ผู้ประพันธ์จะยืนยันว่าเป็นเพียงตัวละครสมมติก็ตาม ทายาทของนักแสดงคนนั้นจึงได้ฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อขอให้ศาลสั่งห้ามการเผยแพร่วรรณกรรมเรื่องดังกล่าว ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีได้ตัดสินว่ารัฐมีหน้าที่คุ้มครองศักดิ์ศรีของปัจเจกชน ถึงแม้ว่าปัจเจกชนรายนั้นจะได้ถึงแก่ความตายไปแล้วก็ตาม<sup>224</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าความคุ้มครองมีระยะเวลาเท่าใดนับตั้งแต่ผู้นั้นถึงแก่ความตาย โดยระยะเวลาที่ศาลเคยให้ความคุ้มครองมากที่สุดคือสามสิบปีภายหลังจากที่บุคคลถึงแก่ความตาย ซึ่งศาลจะกำหนดระยะเวลาความคุ้มครองโดยพิจารณาจากลักษณะและความร้ายแรงของการละเมิด หากผู้ที่เป็นเจ้าของภาพลักษณ์ได้ล่วงลับไปเป็นเวลานานมากจนยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไปแล้ว ความจำเป็นในการให้ความคุ้มครองอาจลดน้อยลง ระยะเวลาความคุ้มครองก็อาจลดลงตามไปด้วย<sup>225</sup> จึงมีลักษณะเป็นสิทธิที่จะต้องสูญหายไปทีละน้อย (Dwindling Right) ซึ่งจะค่อยๆ จางหายไปพร้อมกับความทรงจำของสาธารณะที่ค่อยๆ เลือนไป<sup>226</sup>

ส่วนความคุ้มครองประโยชน์ในเชิงทรัพย์สินนั้น คือการคุ้มครองประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ จากการถูกนำภาพลักษณ์ไปใช้ในการโฆษณาหรือแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยปราศจากการอนุญาต ซึ่งผู้ที่เป็นเจ้าของภาพลักษณ์ในกรณีนี้จะรู้สึกว่าได้ได้รับความเสียหายทางการเงินมากกว่าความเสียหายต่อเกียรติหรือชื่อเสียง<sup>227</sup>

### (3) การพิจารณาและวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นบุคคล

ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นบุคคล ศาลเยอรมันจะพิจารณาใน 3 ประเด็น ประเด็นแรก คือ ประโยชน์ในภาพลักษณ์ของบุคคลได้รับการกระทบกระเทือนหรือไม่ ประเด็นที่สองที่ศาลจะพิจารณา คือ การกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดสิทธิ

<sup>224</sup> Ibid., p. 175-178.

<sup>225</sup> Federal Supreme Court, BGHZ 107, 385 -Nolde.

<sup>226</sup> ซีวิน มัลลิกะมาลย์, "การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง," หน้า 44.

<sup>227</sup> Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, "Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better Than One Unitary Concept," *California Law Review*, p. 1968.

ตามฟ้องนั้นมีเหตุอันสมควรหรือไม่ เหตุอันสมควรที่ศาลอาจรับไว้พิจารณา ได้แก่ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะเนื่องจากมีความน่าเป็นข่าว หรือมีเหตุปัจจัยประการอื่น เช่น การกระทำนั้นได้รับความยินยอมจากโจทก์แล้ว เป็นต้น และประการที่สามที่ศาลจะพิจารณา คือ ลักษณะของการกระทำที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการละเมิดสิทธิ ลักษณะการเผยแพร่ภาพลักษณ์ และเหตุปัจจัยอื่นๆ เช่น เจตนาที่แท้จริงของจำเลย เป็นต้น โดยศาลจะชั่งน้ำหนักโดยใช้หลักความได้สัดส่วน (Proportionality Test) เพื่อพิจารณาว่าความร้ายแรงของการละเมิดสิทธินั้นมากกว่าประโยชน์ที่ได้รับหรือไม่<sup>228</sup>

### 3.2.3 วัตถุประสงค์สิทธิที่ได้รับการคุ้มครอง

#### 3.2.3.1 วัตถุประสงค์สิทธิตาม KUG

วัตถุประสงค์สิทธิที่อยู่ในขอบเขตของ KUG มาตรา 22 และมาตรา 23 ได้แก่ ภาพถ่าย โครงร่างของภาพ ภาพวาด ภาพระบายสี รูปปั้น ภาพล้อเลียน เป็นต้น โดยมีได้กำหนดรูปแบบหรือวิธีการในการแสดงเป็นสำคัญ หากเป็นวัตถุประสงค์ที่บุคคลทั่วไปเห็นแล้วสามารถทราบได้ว่ามีความคล้ายบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ไม่ว่าจะโดยเสื้อผ้า ทรงผม หรือท่าทางก็ตามแต่ ดังนั้น เพียงแต่เป็นภาพของเงา (Silhouette) ของบุคคลก็สามารถเป็นวัตถุประสงค์สิทธิตามกฎหมายมาตรานี้ได้ แม้จะไม่สามารถมองเห็นหน้าของบุคคลนั้นได้ก็ตาม ยกตัวอย่างเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีหนึ่ง ที่ผู้ประกอบการได้นำภาพด้านหลังของผู้รักษาประตูทีมฟุตบอลที่มีชื่อเสียงคนหนึ่งมาใช้ในโฆษณาสินค้าทางโทรทัศน์ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าแม้ภาพดังกล่าวจะปรากฏเพียงด้านหลังของนักกีฬารายนั้น แต่จากรูปร่าง ท่าทาง และทรงผม ทำให้บุคคลบางกลุ่มสามารถทราบได้ว่าเป็นภาพของนักกีฬารายนั้นก็เพียงพอแล้ว โดยไม่จำเป็นว่าทุกคนที่เห็นภาพจะต้องสามารถทราบได้แต่อย่างใด<sup>229</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า มาตรา 22 นี้ไม่รวมถึงรูปภาพของบุคคลที่มีความคล้าย (Look-Alike) หรือบุคคลที่เลียนแบบเพื่อให้มีความคล้าย แต่ต่อมาในภายหลัง ศาลได้ให้ความคุ้มครองภาพของบุคคลที่มีรูปร่างหน้าตาคล้ายคลึงกันกับผู้เสียหาย โดยอาศัยสิทธิในความเป็นบุคคล และหากเป็นการจงใจทำให้คล้ายโดยมีเจตนาเพื่อล้อเลียน ศาลจะให้ความคุ้มครองต่อเมื่อ

<sup>228</sup> Ibid., p. 1955.

<sup>229</sup> Bundesgerichtshof Neue Juristische Wochenschrift [BGH NJW] 1979, 2205, 'Fußballtor.'

การล้อเลียนนั้นอาจทำให้คนทั่วไปเกิดความสับสนได้ว่าเป็นรูปภาพของผู้เสียหาย หรือเป็นการล้อเลียนในเชิงหมิ่นประมาท<sup>230</sup>

ยกตัวอย่างเช่นคดีที่โจทก์ซึ่งเป็นนักร้องเพลงแนวโพล์ที่มีชื่อเสียง ได้ฟ้องร้องจำเลยซึ่งเป็นนักร้องเพลงแนวฟังก์ เนื่องจากจำเลยลอกเลียนแบบโจทก์และกล่าวอ้างว่าจำเลยคือโจทก์ แต่ศาลได้ตัดสินว่าภาพลักษณะของโจทก์ที่เป็นที่จดจำของสาธารณะคือผู้ชายผมสีบลอนด์และสวมแว่นตาดำ ซึ่งแตกต่างจากภาพลักษณะภายนอกของจำเลยอย่างสิ้นเชิง แม้ว่าจำเลยจะกล่าวอ้างต่อสาธารณะว่าจำเลยคือโจทก์ ก็ไม่เป็นการสร้างความสับสนแก่คนทั่วไปจนอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ได้ การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย<sup>231</sup>

### 3.2.3.2 วัตถุประสงค์แห่งสิทธิตามสิทธิในความเป็นบุคคล

สำหรับวัตถุประสงค์แห่งสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามแนวคำพิพากษาศาลว่าด้วยสิทธิในความเป็นบุคคล ได้แก่ ภาพลักษณ์อื่นๆ ของผู้ล่องลับ ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองโดย KUG ซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ชื่อ เสียง ความคล้าย เป็นต้น โดยศาลจะพิจารณาเป็นรายคดีไปว่าภาพลักษณ์ตามฟ้องของโจทก์ เป็นวัตถุประสงค์แห่งสิทธิที่ควรได้รับความคุ้มครองหรือไม่<sup>232</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลนั้นเกิดขึ้นจากการตีความของศาล เป็นการใช้เหตุผลในการแสวงหาความยุติธรรม เพื่อให้ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคลได้รับการเยียวยา ศาลจึงสามารถกำหนดขอบเขตของวัตถุประสงค์ได้อย่างกว้าง<sup>233</sup>

<sup>230</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 505.

<sup>231</sup> Oberlandesgericht Dillseldorf *Neue Juristische Wochenschrift* [OLG Dasselndorf NJW] 1987, 1413 'Heino.'

<sup>232</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 503.

<sup>233</sup> Anne Lauber-Ronsberg, "The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives," *The Trademark Reporter*, p. 809.

### 3.2.4 ขอบเขตความคุ้มครองการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ

#### 3.2.4.1 เจื่อนใจของผู้ล่งลับที่ได้รับการคุ้มครอง

กฎหมายเยอรมันให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้ล่งลับ ไม่เพียงแต่เฉพาะผู้ที่มีชื่อเสียงเท่านั้น แต่รวมถึงบุคคลธรรมดาซึ่งมิได้เป็นผู้ที่เป็นที่รู้จักหรือเป็นที่สนใจของสาธารณะอีกด้วย แต่กระนั้น ระยะเวลาความคุ้มครองจะแตกต่างกันออกไป โดยขึ้นอยู่กับความมีชื่อเสียงของบุคคลที่เป็นประเด็น และความร้ายแรงของการทำละเมิด ดังนั้น แม้ว่าการคุ้มครองสิทธิจะไม่ได้คงอยู่ตลอดไป และจะได้รับความคุ้มครองอย่างจำกัดมากขึ้นเมื่อระยะเวลาผ่านไป<sup>234</sup>

#### 3.2.4.2 การกระทำที่เป็นการละเมิด

การละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ การละเมิดประโยชน์ในเชิงนามธรรม (Ideal Aspect) และการละเมิดประโยชน์ในเชิงทรัพย์สิน (Property Aspect)<sup>235</sup>

การละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับที่เป็นการละเมิดประโยชน์ในเชิงนามธรรมนั้นคือการนำภาพลักษณ์ของผู้อื่น อันได้แก่ ชื่อ ภาพ เสียง ความคล้าย หรือภาพลักษณ์อื่นๆ ไปใช้ในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และตัวตนของบุคคล ที่รัฐธรรมนูญของเยอรมนีรับรองและคุ้มครอง<sup>236</sup>

<sup>234</sup> Hannes Rosler, "Dignitarian Posthumous Personality Rights - an Analysis of U.S. And German Constitutional and Tort Law," *Berkeley Journal of International Law*, p. 182.

<sup>235</sup> Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, "Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better Than One Unitary Concept," *California Law Review*, p. 1967.

<sup>236</sup> Article 1 of Basic Law for the Federal Republic of Germany:

"(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights [including, on the one hand, Article 2(1) GG regarding the right to a free development of one's personality on which the general personality right is based in conjunction with

ส่วนการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับที่เป็นการละเมิดประโยชน์ในเชิงทรัพย์สินนั้น คือการนำภาพลักษณ์ของผู้อื่น อันได้แก่ ชื่อ ภาพ เสียง ความคล้าย หรือภาพลักษณ์อื่นๆ ไปใช้ในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ เช่น การนำภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับไปใช้ในการโฆษณาหรือแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยปราศจากการอนุญาตจากทายาทผู้ทรงสิทธิ ซึ่งผู้ทรงสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ในกรณีนี้จะรู้สึกว่าคุณได้รับความเสียหายทางการเงินมากกว่าความเสียหายต่อเกียรติหรือชื่อเสียง<sup>237</sup>

### 3.2.4.3 ข้อยกเว้นความรับผิด

#### (1) ความยินยอมของผู้ที่ปรากฏอยู่ในภาพ

การนำภาพที่ปรากฏรูปของบุคคลใดบุคคลหนึ่งไปแสดงหรือเผยแพร่จะกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้ปรากฏอยู่ในภาพนั้น โดยจะเป็นความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ กรณีที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ปรากฏในภาพ ศาลจะสันนิษฐานว่าบุคคลนั้นได้ให้ความยินยอมในการแสดงหรือเผยแพร่ภาพนั้นแล้ว แต่หากรูปภาพนั้นถูกนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ เช่น นำไปใช้บนผลิตภัณฑ์หรือใช้ในการโฆษณาสินค้า จะถือว่าการยินยอมต่อเมื่อบุคคลนั้นได้ทราบว่าภาพจะถูกนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์ ยกตัวอย่างเช่นในคดีหนึ่งที่จำเลยซึ่งเป็นช่างภาพ ได้ถ่ายภาพของโจทก์ซึ่งเป็นดารานักแสดงที่มีชื่อเสียง โดยจำเลยแจ้งแก่โจทก์เพียงว่าจะนำภาพที่ถ่ายไปตีพิมพ์ในนิตยสารรายการโทรทัศน์ แต่จำเลยกลับนำภาพที่ถ่ายไปขายให้แก่บริษัทผู้ผลิตรถจักรยานยนต์เพื่อใช้ในการโฆษณา ซึ่งในคดีนี้ ศาล Bundesgerichtshof ของประเทศเยอรมนีได้ตัดสินว่าจำเลยนำภาพของโจทก์ไปใช้โดยปราศจากความยินยอมของโจทก์ เนื่องจากในขณะที่จำเลยถ่ายภาพโจทก์นั้น โจทก์มีอาจทราบได้เลยว่าภาพของตนจะถูกนำไปใช้ในการโฆษณาสินค้า<sup>238</sup>

---

Article I GG and, on the otherhand, Article 5(1) GG on the freedom of communication] shall bind the legislature, the executive, and the judiciary as directly applicable law.”

<sup>237</sup> Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, "Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better Than One Unitary Concept," *California Law Review*, p. 1968.

<sup>238</sup> Bundesgerichtshof Neue Juristische Wochenschrift [BGH NJW] 1956, 1554 'Paul Dahlke.'

กรณีของการเผยแพร่ภาพของผู้ที่เสียชีวิตไปแล้วเป็นเวลาไม่เกินสิบปี จะต้องได้รับความยินยอมจากทายาทของผู้ล่วงลับก่อน ซึ่งทายาทตามกฎหมายในเรื่องนี้ หมายความว่า คู่สมรสและบุตรของผู้ล่วงลับ หากไม่มีคู่สมรสและบุตร จะต้องได้รับความยินยอมจากบุพการีของผู้ล่วงลับ<sup>239</sup>

การใช้โดยได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิ ซึ่งเป็นข้อต่อสำคัญ ของฝ่ายที่ถูกกล่าวหาว่าละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของบุคคล ตามกฎหมายเยอรมันมีหลัก อยู่ว่า ไม่จำเป็นต้องคุ้มครองศักดิ์ศรีหรือชื่อเสียงของบุคคลที่ได้แสดงเจตนายินยอมไว้โดยชัดแจ้งแล้ว อีกทั้งกฎหมายลักษณะละเมิดของเยอรมันยังยึดหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti Non Fit Iniuria) เช่นเดียวกับกฎหมายละเมิดของสหรัฐอเมริกา<sup>240</sup>

อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นด้วยเหตุความยินยอมตามกฎหมาย เยอรมันนั้นแตกต่างจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่บุคคลปรากฏตัวในที่สาธารณะและถูก ถ่ายภาพ โดยศาลในเยอรมนีเคยวินิจฉัยไว้ว่า แม้บุคคลจะถูกถ่ายภาพในที่สาธารณะ ก็ไม่ถือว่าบุคคล นั้นได้ยินยอมให้นำภาพนั้นไปเผยแพร่ได้ ยกตัวอย่างเช่นในคดีที่นักออกแบบแฟชั่นผู้มีชื่อเสียงคนหนึ่ง ถูกนำภาพที่ถ่ายในงานเลี้ยงเต้นรำไปใช้ในการรายงานข่าว พร้อมกับเนื้อหาที่วิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับ รูปร่างหน้าตา หรือในอีกคดีหนึ่งที่นักกีฬาขี่ม้าคนหนึ่ง ถูกนำภาพขณะกำลังขี่ม้าในการแข่งขันขี่ม้า รายการหนึ่ง ไปใช้ในข่าวพร้อมกับเนื้อหาวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ส่วนตัว ซึ่งศาลในทั้งสองคดีได้วินิจฉัยว่า แม้บุคคลจะถูกถ่ายภาพในที่สาธารณะ ก็ไม่ถือว่าเป็นการยินยอมให้นำภาพ เหล่านั้นไปใช้ในบริบทอื่น นอกเหนือไปจากบริบทที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์นั้น ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า บุคคลผู้มีชื่อเสียงในเยอรมนีได้รับความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในที่สาธารณะ หากถูกนำภาพที่ ถ่ายในที่สาธารณะไปใช้ในทางที่ไม่เป็นประโยชน์ในเชิงข้อมูลข่าวสาร และมีเหตุอันควรคาดหมายได้ ว่าไม่ควรถูกนำภาพไปใช้ในบริบทเช่นนั้น<sup>241</sup>

<sup>239</sup> § 22 KUG.

<sup>240</sup> Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, "Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better Than One Unitary Concept," *California Law Review*, p. 1973.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 1973-1974.



คดีที่มีความสำคัญคดีหนึ่งที่ศาลของเยอรมนีได้ตัดสินเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นบุคคล ได้แก่ คดีเมื่อปี ค.ศ. 1999 ที่เจ้าหญิงแคโรไลน์แห่งโมนาโก (Princess Caroline of Monaco) ถูกบริษัทสื่อสิ่งพิมพ์เผยแพร่ภาพในขณะที่ท่านกำลังทำกิจกรรมส่วนตัวในสถานที่สาธารณะ เช่น ซ็องของ ชัมมา เป็นต้น โดยที่ท่านไม่ได้ให้ความยินยอมในการถ่ายภาพ ซึ่งศาล Bundesgerichtshof ของเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าสิทธิในความเป็นบุคคลนั้นมิได้จำกัดอยู่เพียงแค่ว่าในสถานที่ส่วนบุคคลเท่านั้น แต่ปัจเจกชนจะต้องสามารถดำรงชีวิตได้อย่างอิสระโดยปราศจากการถูกเฝ้าสังเกต แม้อยู่ในที่สาธารณะ แต่เป็นบริเวณที่ถูกกั้นส่วนหรือแยกต่างหากจากบุคคลภายนอกไว้โดยเฉพาะ (locations clearly isolated from the general public) เช่น ห้องรับรองที่ผู้จัดงานเลี้ยงได้จัดเตรียมไว้สำหรับรับรองแขกพิเศษโดยเฉพาะ แม้ห้องนั้นจะอยู่ในสถานที่สาธารณะ แต่ผู้ที่อยู่ในห้องย่อมได้รับความคุ้มครองความเป็นส่วนตัว เป็นต้น<sup>242</sup>

ความยินยอมให้ใช้ภาพลักษณะนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นความยินยอมโดยชัดแจ้งเสมอไป ยกตัวอย่างเช่น การนำภาพของบุคคลไปใช้ ให้ถือว่าได้รับความยินยอมจากบุคคลในภาพนั้นแล้ว หากบุคคลนั้นเป็นเพียงองค์ประกอบรอง (Secondary Object) ของภาพ หรือเป็นหนึ่งในกลุ่มผู้เข้าร่วมการประชุม การดำเนินการ หรือเหตุการณ์ต่างๆ เป็นต้น<sup>243</sup>

ในกรณีที่บุคคลยินยอมให้ผู้อื่นใช้ภาพลักษณะของตนเองเพื่อแลกกับประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ บุคคลนั้นจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคล ตัวอย่างคดีที่วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นนี้ ได้แก่ คดีที่ Katarina Witt ซึ่งเป็นนักกีฬาสเกตลีลา (Figure Skate) ผู้มีชื่อเสียงชาวเยอรมัน ได้ฟ้องร้องนิตยสาร Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung เนื่องจากนิตยสารรายดังกล่าวได้นำภาพที่เธอถ่ายไว้กับนิตยสาร Playboy ไปลงในคอลัมน์หนึ่งของนิตยสาร โดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเธอได้ทำสัญญาอนุญาตให้นิตยสาร Playboy มีสิทธิเด็ดขาดในการเผยแพร่ภาพของเธอลงในนิตยสาร Playboy โดยในคดีนี้ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าภาพของ Katarina Witt ที่พิพาทกันนั้นเป็นภาพเปลือย ซึ่งกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพของบุคคลที่ปรากฏในภาพ แต่การที่ Katarina Witt ได้ทำสัญญาอนุญาตให้ Playboy มีสิทธิเผยแพร่รูปภาพดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการสละสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของตนเองแล้ว และสาธารณชน

<sup>242</sup> Ibid.

<sup>243</sup> Ibid.

สามารถเข้าถึงรูปภาพเหล่านั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ศาลจึงตัดสินให้การกระทำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดสิทธิของ Katarina Witt<sup>244</sup>

ผลจากคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ ทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ว่า ถึงแม้โจทก์จะยินยอมให้นิตยสาร Playboy มีสิทธิเผยแพร่ภาพของโจทก์ ก็เป็นการยินยอมให้เฉพาะนิตยสารรายนี้เท่านั้นที่มีสิทธิเผยแพร่ภาพของโจทก์ได้ แต่ไม่ควรถือว่าโจทก์ได้ยินยอมให้นิตยสารรายอื่นๆ มีสิทธิเผยแพร่ด้วยได้ ศาลจึงควรชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิในการเผยแพร่ภาพของโจทก์และสิทธิในการได้รับข้อมูลข่าวสารของสาธารณะชนตามรัฐธรรมนูญ<sup>245</sup>

ประเด็นเกี่ยวกับความยินยอมจะมีความสำคัญมากยิ่งขึ้นในอนาคต เนื่องจากวัฒนธรรมเกี่ยวกับการแสดงภาพลักษณ์และตัวตนของคนในสังคมที่เป็นที่นิยมมากขึ้น โดยในเยอรมนี ผู้พิพากษาในหลายๆ คดี ถือว่าการลงนามในเอกสารเข้าร่วมรายการเรียลิตีโชว์ (Reality Show) ทางโทรทัศน์ เป็นการอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตกระทำการต่างๆ ได้ ถึงแม้ว่าจะเป็น การละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้อนุญาตก็ตาม ผลจากแนวคำพิพากษาในทำนองนี้ ทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ถึงขอบเขตของการยินยอมให้ละเมิดความเป็นส่วนตัว ซึ่งมีบางฝ่ายโต้แย้งว่า การยินยอมให้ทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่อาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ให้ความยินยอมไม่อาจทราบได้ว่าตนจะถูกละเมิดความเป็นส่วนตัวมากน้อยเพียงใด ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการยินยอมในทำนองนี้มักจะไม่ใช่บุคคลผู้มีชื่อเสียง หากแต่เป็นบุคคลทั่วไปที่เป็นแขก รับเชิญในรายการโทรทัศน์ ซึ่งในหลายๆ กรณี แขกรับเชิญต้องลงลายมือชื่อในเอกสารให้ความยินยอมที่กำหนดขอบเขตความยินยอมอย่างกว้าง<sup>246</sup>

นอกจากการให้ความยินยอมโดยปราศจากการกำหนดขอบเขต แล้ว ยังมีประเด็นว่าในกรณีที่ผู้เข้าร่วมรายการโทรทัศน์ได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนเริ่มการถ่ายทำ

<sup>244</sup> Ibid., p. 1974-1975.

<sup>245</sup> Ibid.

<sup>246</sup> Ibid., p. 1976.

รายการ ความยินยอมที่ได้ให้ไว้จะมีผลผูกพันทั้งหมดหรือไม่ เนื่องจากเป็นความยินยอมที่ให้ไว้ล่วงหน้า ซึ่งผู้ให้ความยินยอมไม่อาจทราบถึงขอบเขตเนื้อหาที่จะถูกเผยแพร่ออกอากาศได้<sup>247</sup>

(2) ภาพที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ร่วมสมัย

ภาพที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ร่วมสมัย (Contemporary History) นั้นอาจถูกแสดงหรือเผยแพร่ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่ปรากฏอยู่ในภาพก่อน เนื่องจากการเผยแพร่ภาพประเภทนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ ตัวอย่างของภาพที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ร่วมสมัย ได้แก่ ภาพที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ทางการเมือง สังคม เศรษฐกิจ กีฬา และวัฒนธรรมของประเทศชาติ เป็นต้น<sup>248</sup>

ด้วยเหตุนี้ บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่น่าเป็นข่าว (Newsworthy Events) หรือเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ไม่ว่าจะในอดีต ปัจจุบัน หรือในอนาคต ถือว่าเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ร่วมสมัย (Person Der Zeitgeschichte) และรูปของบุคคลประเภทนี้อาจถูกแสดงและเผยแพร่ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลเหล่านี้เสียก่อน<sup>249</sup>

ตามแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศเยอรมันได้แบ่งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ร่วมสมัยออกเป็น 2 ประเภท คือ บุคคลสาธารณะโดยแท้ (Absolute Personen Der Zeitgeschichte) ซึ่งได้แก่ นักการเมือง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ดารา นักร้อง นักแสดง พิธีกรรายการโทรทัศน์ นักกีฬา เป็นต้น บุคคลประเภทนี้เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์สำคัญในทางประวัติศาสตร์ และบุคคลสาธารณะเฉพาะเรื่อง (Relative Personen Der Zeitgeschichte) ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์เฉพาะเรื่องเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น บุคคลที่เป็นคู่ความในคดีความสำคัญ หรือผู้เข้าร่วมแข่งขันหรือแขกรับเชิญในรายการโทรทัศน์ เป็นต้น โดยภาพของบุคคลสาธารณะเฉพาะ

<sup>247</sup> Ibid., p. 1976-1977.

<sup>248</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 507.

<sup>249</sup> § 23 KUG.

เรื่องนี้อาจเผยแพร่ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม จะต้องเป็นภาพที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์เฉพาะเรื่องเท่านั้น<sup>250</sup>

บุคคลอาจกลายเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ร่วมสมัย หากบุคคลนั้นมีความเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่มีแนวโน้มจะเป็นข่าว (Newsworthy) หรือเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ซึ่งภาพของบุคคลประเภทนี้อาจถูกเผยแพร่ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม แต่อย่างไรก็ตาม ภาพที่จะถือได้ว่ามีแนวโน้มจะเป็นข่าวนั้นต้องมีการให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะ หากภาพใดถูกนำไปใช้เพื่อโฆษณาสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ ถือว่าเป็นการใช้โดยมุ่งเน้นประโยชน์ในเชิงพาณิชย์มากกว่าการให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ จึงไม่ใช่ภาพที่มีแนวโน้มจะเป็นข่าว การเผยแพร่ภาพจึงกระทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากบุคคลที่ปรากฏในภาพแล้ว ยกตัวอย่างเช่น บริษัทผู้ผลิตรถจักรยานยนต์นำภาพของนักแสดงที่มีชื่อเสียงขณะกำลังขี่รถจักรยานยนต์ไปใช้ในการโฆษณาสินค้าของบริษัทตัวเอง ไม่ถือว่าเป็นภาพที่มีแนวโน้มจะเป็นข่าว เนื่องจากเป็นการใช้ภาพของนักแสดงที่มีชื่อเสียงเพื่อช่วยให้ตัวสินค้าได้รับความสนใจ โดยไม่ได้มีการให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์แต่อย่างใด ศาลจึงไม่ถือว่าเป็นการใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ และไม่มีแนวโน้มที่จะเป็นข่าว<sup>251</sup>

ในการพิจารณาคดี ศาลจะชั่งน้ำหนักว่าการเผยแพร่ของจำเลยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ หรือเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของจำเลยเอง หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยเผยแพร่ภาพเพื่อให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ จำเลยจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 23 แห่ง KUG แต่หากเป็นการเผยแพร่เพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจของจำเลย ศาลจะให้ความคุ้มครองแก่โจทก์ในการควบคุมการเผยแพร่ภาพตลอดจนมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากการเผยแพร่<sup>252</sup>

ยกตัวอย่างเช่นคดี Ligaspieler ที่จำเลยใช้ภาพของโจทก์ซึ่งเป็นนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียง จัดทำเป็นการ์ดสะสม (Trading Cards) และนำออกขาย ในคดีนี้

<sup>250</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 507.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 508.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 508-509.

ศาล Bundesgerichtshof พิจารณาแล้วเห็นว่าจำเลยนำภาพของโจทก์มาใช้บนผลิตภัณฑ์ของจำเลย เพื่อดึงดูดความสนใจของผู้ที่ต้องการสะสมรูปภาพของโจทก์ ให้ซื้อสินค้าของจำเลย จึงเป็นการใช้ภาพ โดยมุ่งต่อผลประโยชน์ทางธุรกิจของจำเลยเองเป็นหลัก มิใช่เป็นการใช้ภาพเพื่อให้ข้อมูลข่าวสาร อันเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ (Zweck Der Informationsvermittlung) ที่จะทำให้จำเลยสามารถใช้รูปภาพของโจทก์ได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากโจทก์ ศาลจึงวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยไม่เข้าข่ายยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 23 แห่ง KUG และตัดสินให้จำเลยจ่ายค่าตอบแทนแก่โจทก์<sup>253</sup>

ส่วนคดีที่ศาลตัดสินว่าการเผยแพร่ภาพเป็นไปเพื่อให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเพื่อประโยชน์ทางการค้าของตัวจำเลยเอง ได้แก่ คดี Beckenbauer ที่จำเลยใช้ภาพของโจทก์ซึ่งเป็นนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงบนหน้าปฏิทิน ซึ่งศาล Bundesgerichtshof ของประเทศเยอรมันตัดสินให้จำเลยชนะคดี แม้ว่าจำเลยจะได้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ แต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าปฏิทินของจำเลยให้ประโยชน์ในเชิงข้อมูลแก่สาธารณะมากกว่า เนื่องจากโจทก์เป็นนักกีฬาฟุตบอลที่มีชื่อเสียงมากที่สุดในขณะนั้น ภาพที่จำเลยนำมาใช้บนปฏิทินเป็นภาพจากการแข่งขันฟุตบอลที่จัดขึ้นในช่วงเวลาใกล้เคียงกันกับการจำหน่ายปฏิทิน จึงเป็นภาพที่มีความเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์สำคัญในช่วงเวลานั้น นอกจากนี้ ภาพที่จำเลยนำมาใช้บนปฏิทินนั้นมิใช่ภาพเดี่ยว (Portrait) ของโจทก์ แต่ยังมีนักฟุตบอลคนอื่นอีกหลายคนรวมอยู่ในภาพด้วย ศาลจึงวินิจฉัยว่าโจทก์นำภาพของจำเลยมาใช้เพื่อให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ จึงได้รับยกเว้นให้กระทำได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากโจทก์<sup>254</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ในคดี Boris Becker ศาลอุทธรณ์ตัดสินให้จำเลยมีสิทธิใช้ภาพของโจทก์ซึ่งเป็นนักเทนนิสที่มีชื่อเสียงบนปกของหนังสือ โดยศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าแม้จำเลยจะได้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ แต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดขึ้นนั้นมีน้ำหนักมากกว่า เนื่องจากโจทก์เป็นนักเทนนิสที่กลายเป็นบุคคลสำคัญในประวัติศาสตร์ร่วมสมัย<sup>255</sup> ในทำนองเดียวกันกับคดี Chris Revue ที่จำเลยนำภาพของโจทก์ซึ่งเป็นดารานักแสดงที่มีชื่อเสียงไปใช้บนแผ่นพับโฆษณาร้านอาหารขายยาของโจทก์ โดยมีบทความเกี่ยวกับจำเลยอยู่ด้านในของแผ่นพับนั้นด้วย ซึ่งศาล Bundesgerichtshof

<sup>253</sup> BGH NJW 1968, 1091 'Ligaspieler.'

<sup>254</sup> BGH NJW 1979, 2203 'Beckenbauer.'

<sup>255</sup> OLG Frankfurt ZUM 1988, 248 'Boris Becker.'

ตัดสินคดีนี้ว่าเสรีภาพของสื่อมวลชนมีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน トラบไตที่ไม่ทำให้ผู้อ่านเข้าใจผิดว่าบุคคลในภาพเป็นผู้นำเสนอสินค้า<sup>256</sup>

และคดี Abschiedsmedaille ที่จำเลยนำภาพของ Willy Brandt ซึ่งเป็นอดีตนายกรัฐมนตรีผู้ล่วงลับของเยอรมันไปสลักบนเหรียญ โดยมีการสลักข้อมูลเกี่ยวกับประวัติของ Willy Brandt บนอีกด้านของเหรียญ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า Willy Brandt เป็นนักการเมืองและรัฐบุรุษ จึงเป็นบุคคลสำคัญและมีความเกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ร่วมสมัย แม้ว่าจำเลยจะนำภาพของ Willy Brandt ไปใช้บนผลิตภัณฑ์เพื่อประโยชน์ทางธุรกิจของจำเลย แต่เป็นการใช้ภาพเพื่อประกอบการให้ข้อมูลเกี่ยวกับประวัติและผลงานในฐานะนักการเมืองและรัฐบุรุษของ Willy Brandt อันเป็นข้อมูลที่มีประโยชน์ต่อสาธารณะ จำเลยจึงสามารถใช้ภาพของ Willy Brandt ได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมก่อน ศาลจึงตัดสินว่าการกระทำของจำเลยไม่เป็นการละเมิดสิทธิของ Willy Brandt<sup>257</sup>



ภาพที่ 25 ตัวอย่างเหรียญสะสมที่ใช้ภาพคล้ายของ Willy Brandt อดีตผู้นำของเยอรมนี

การใช้ในลักษณะของการให้ข้อมูลข่าวสารสิ่งที่กฎหมายว่าด้วยสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของบุคคลของทั้งเยอรมนีและสหรัฐอเมริกามีความคล้ายกันอีกประการหนึ่ง คือการจำกัดความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของบุคคล มิให้กระทบกระเทือนเสรีภาพของสาธารณะในการแสดงความคิดเห็นจนเกินสมควร ซึ่งในประเทศเยอรมนี ศาลอนุญาตให้ผู้ประกอบการสามารถใช้ภาพของผู้มีชื่อเสียงทั้งที่ยังมีชีวิตอยู่หรือล่วงลับไปแล้ว ในการโฆษณาได้ トラบไตที่การใช้ภาพเป็นไปในลักษณะของการให้ข้อมูลข่าวสาร<sup>258</sup>

<sup>256</sup> Bundesgerichtshof Wettbewerbsrecht In Recht und Praxis [BGH WRP] 1995,613.

<sup>257</sup> Bundesgerichtshof Neue Juristische Wochenschrift [BGH NJW] 1996, 593 'Abschiedsmedaille.'

<sup>258</sup> Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, "Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better Than One Unitary Concept," *California Law Review*, p. 1970.

ยกตัวอย่างเช่นในคดีที่ศาลอนุญาตให้บริษัทให้เช่ารถยนต์รายหนึ่ง เผยแพร่โฆษณาของบริษัท โดยใช้รูปภาพของรัฐมนตรีของเยอรมันคนหนึ่ง ซึ่งตกเป็นข่าวเนื่องจากดำรงตำแหน่งแค่เพียงระยะเวลาสั้นๆ ก่อนจะลาออกจากตำแหน่งอย่างกะทันหัน บริษัทจึงนำภาพของรัฐมนตรีรายนั้นมาใช้ประกอบการโฆษณาบริการของบริษัท พร้อมกับล้อเลียนว่าบริษัทมีรถยนต์เช่าไว้ให้บริการสำหรับลูกค้าที่เป็นลูกจ้างระยะสั้น โดยคดีนี้ ศาลตัดสินว่าโฆษณาของบริษัทให้เช่ารถยนต์ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการพูดถึงข่าวที่กำลังเป็นประเด็นอยู่ ณ ขณะนั้น<sup>259</sup>

การเผยแพร่ภาพหรือชื่อของบุคคลที่เป็นบุคคลสาธารณะอาจกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือว่าเป็นบุคคลที่มีความน่าเป็นข่าว ทั้งนี้ ในประเทศเยอรมนี มีการแบ่งประเภทของบุคคลสาธารณะในทำนองเดียวกันกับในสหรัฐอเมริกา โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ บุคคลที่เป็นสาธารณะในทุกๆ ด้าน (Absolute Person Der Zeitgeschichte) อันได้แก่ นักการเมือง บุคคลที่มีชื่อเสียงในแวดวงต่างๆ ที่สาธารณะชนสามารถเข้าถึงข้อมูลของบุคคลเหล่านี้ได้ เป็นต้น และบุคคลที่เป็นสาธารณะเฉพาะด้าน (Relative Person Der Zeitgeschichte) อันได้แก่บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่มีความสำคัญหรือเป็นที่สนใจ หรือเป็นคนที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลที่เป็นสาธารณะในทุกๆ ด้าน เป็นต้น<sup>260</sup>

ศาลในเยอรมนีใช้หลักความน่าเป็นข่าวหรือการใช้โดยมุ่งให้ข้อมูลข่าวสาร เป็นข้อยกเว้นความรับผิดชอบในทำนองเดียวกันกับศาลในสหรัฐอเมริกา แต่ในกรณีของการใช้ภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์นั้น ศาลในเยอรมนีกำหนดขอบเขตของความน่าเป็นข่าวโดยกว้างกว่าศาลในสหรัฐอเมริกา เมื่อพิจารณาถึงขอบเขตข้อยกเว้นที่กว้างกว่า และระยะเวลาความคุ้มครองผู้มีชื่อเสียงภายหลังจากที่ล่วงลับที่สั้นกว่า จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายเยอรมันยังให้ความสำคัญสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไม่มากเท่า กฎหมายของสหรัฐอเมริกา<sup>261</sup>

<sup>259</sup> Ibid.

<sup>260</sup> Ibid., p. 1977.

<sup>261</sup> Ibid., p. 1971.

ในการวินิจฉัยว่าสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลถูกรบกวนหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาถึงความสามารถในการระบุตัวบุคคล (Identifiability) เป็นสำคัญ หากการนำอัตลักษณ์ของบุคคลไปใช้ เช่น ชื่อ ชื่อเล่น หรือรูปภาพที่แสดงใบหน้าหรือการแสดงท่าทาง เป็นไปในลักษณะที่สามารถบ่งบอกตัวบุคคลได้ ศาลจะถือว่ามีกรบกวนภาพลักษณ์ของบุคคล ซึ่งที่ผ่านมา หากเป็นเพียงการใช้วัตถุที่สามารถบ่งบอกถึงตัวบุคคลได้ ศาลของเยอรมนีจะไม่ถือว่าเป็นการรบกวนสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคล ต่างจากแนวคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาที่ตัดสินว่าอาจเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลได้ เช่น การนำภาพรถแข่งที่มีหมายเลขรถและลักษณะภายนอกคล้ายกันกับรถของนักแข่งรถชื่อเสียงไปใช้ในการโฆษณาสินค้า เป็นต้น<sup>262</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาลในเยอรมนีมีแนวโน้มจะเดินตามแนวคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกา โดยเมื่อปี ค.ศ. 2014 ศาลของเยอรมนีได้วินิจฉัยไว้ในคดีที่บริษัทผู้ผลิตเฟอร์นิเจอร์รายหนึ่งได้โฆษณาสินค้าผ่านทางโทรทัศน์โดยเลียนแบบรายการแข่งตอบคำถามทางโทรทัศน์ (Quiz Show) ที่โจทก์เป็นผู้ดำเนินรายการ แม่ว่านักแสดงในโฆษณาดังกล่าวจะไม่ได้มีรูปร่างหน้าตาคล้ายกันกับโจทก์ แต่ศาลได้วินิจฉัยว่าโฆษณาของจำเลยเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์จากรายการโทรทัศน์ที่เป็นที่นิยม โดยมุ่งแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาต และพิพากษาให้จำเลยจ่ายค่าตอบแทนให้แก่โจทก์ในรูปแบบค่าธรรมเนียมการอนุญาต (License Fee)<sup>263</sup>

### 3.2.5 ผู้ทรงสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับ

แม้ว่าสิทธิในความเป็นบุคคลของเยอรมนีจะมีความคล้ายคลึงกันกับสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของหลายๆ มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ในสหรัฐอเมริกาเป็นสิทธิในทรัพย์สินอันอาจโอนให้แก่กันได้โดยอิสระ และแตกต่างหากจากสิทธิความเป็นส่วนตัวอันมิอาจโอนให้ผู้อื่นได้ ในขณะที่สิทธิในความเป็นบุคคลของเยอรมนีมีสถานะเป็นสิทธิ

<sup>262</sup> Anne Lauber-Ronsberg, "The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives," *The Trademark Reporter*, p. 822.

<sup>263</sup> Ibid.



ส่วนบุคคลอันมิอาจโอนให้แก่ผู้อื่นได้ (Inalienable Right)<sup>264</sup> เนื่องจากกฎหมายต้องการคุ้มครองบุคคลจากการถูกนำภาพลักษณ์ไปใช้ในทางลบ ยกตัวอย่างเช่น การโอนสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์แก่บุคคลภายนอกโดยไม่อาจเพิกถอนได้ หากกฎหมายยินยอมให้ทำสัญญาโอนสิทธิในลักษณะนี้ได้ ผู้โอนจะต้องผูกพันตามสัญญาซึ่งจะสูญเสียสิทธิในการควบคุมการใช้ภาพลักษณ์ของตนเอง<sup>265</sup>

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันได้มีการถือว่าสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลมีมูลค่าในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากบุคคลมีสิทธิเรียกร้องค่าตอบแทนเพื่อแลกกับการยินยอมให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์จากภาพลักษณ์ของตนได้ ซึ่งนำไปสู่การทำสัญญาอนุญาต (License Agreement) แต่การอนุญาตจะสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการกำหนดวัตถุประสงค์ วิธีการหรือรูปแบบ และขอบเขตการใช้ไว้เป็นการล่วงหน้า แต่ผลของการทำสัญญาอนุญาต และสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตในการฟ้องร้องผู้ละเมิดสิทธิยังมีความไม่ชัดเจน<sup>266</sup>

ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้ใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล ได้แก่ คดี Nena ที่ศาล Bundesgerichtshof ของเยอรมนีได้วินิจฉัยโดยชัดเจนว่าผู้ได้รับอนุญาต (Licensee) อาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดขึ้นจากการผิดสัญญาอนุญาตได้ ในคดีนี้ โจทก์เป็นผู้ได้รับอนุญาตตามสัญญาอนุญาตให้ใช้ภาพลักษณ์ของ Nena ซึ่งนักร้องที่มีชื่อเสียงในประเทศเยอรมนีในเชิงพาณิชย์ได้รวมถึงการใช้รูปภาพของ Nena ด้วย แต่จำเลยได้ขายสินค้าต่างๆ เช่น รูปภาพ เสื้อยืด อุปกรณ์เครื่องเขียน ตลอดจนแปรงสีฟันที่มีรูปภาพของนักร้อง โจทก์จึงได้ฟ้องร้องต่อศาล ว่าโจทก์มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้รูปภาพของ Nena บนสินค้า และเรียกค่าสินไหมทดแทนจากจำเลย ซึ่งศาลของเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าโจทก์มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากจำเลย สำหรับค่าตอบแทนที่จำเลยได้รับจากการใช้รูปภาพของ Nena ในทางการค้า โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าสิทธิในรูปภาพเป็นสิทธิที่สามารถโอนให้แก่กันได้หรือไม่ การกระทำของจำเลยทำให้จำเลยมีสิทธิได้รับการเยียวยาขาดใช้

<sup>264</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 512-513.

<sup>265</sup> Anne Lauber-Ronsberg, "The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives," *The Trademark Reporter*, p. 823.

<sup>266</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 512-513.

บนฐานของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 812 ว่าด้วยเรื่องละเมิด โดยไม่จำเป็นต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าเจ้าของสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ที่แท้จริงได้โอนสิทธินั้นให้แก่โจทก์แล้วหรือไม่<sup>267</sup>

จากคำพิพากษาของศาลในคดี Nena เป็นการสนับสนุนการทำสัญญาอนุญาต โดยการรับรองสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตในการเรียกร้อยค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงิน แต่อย่างไรก็ตามยังไม่ชัดเจนว่าบุคคลภายนอกจะมีสิทธิร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองประการใดหรือไม่ หรือเฉพาะเพียงแค่บุคคลที่เป็นเจ้าของภาพลักษณ์ที่แท้จริงเท่านั้นที่มีสิทธิในการห้ามมิให้ผู้อื่นใช้ภาพลักษณ์ของตนโดยมิชอบ<sup>268</sup>

แม้ว่าสิทธิในความเป็นบุคคลนั้นมีอาจออนให้แก่กันได้โดยชอบและมีอาจตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของผู้เป็นเจ้าของภาพลักษณ์ได้ตามกฎหมายของเยอรมนีอย่างไรก็ตาม มาตรา 22 แห่ง KUG ให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลในรูปภาพ ขยายออกไปอีกเป็นระยะเวลา 10 ปี หลังจากบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย โดยมีทายาทของผู้เป็นผู้นั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังนั้นหากผู้ใดต้องการนำภาพของผู้ที่ล่วงลับไปแล้วเป็นเวลาไม่เกิน 10 ปี ไปใช้แสดงหรือเผยแพร่ จะต้องขอความยินยอมจากทายาทของผู้เป็นผู้นั้นก่อน และทายาทมีสิทธิทำสัญญาอนุญาตและได้รับค่าตอบแทน ดังนั้น แม้ว่าสิทธิในความเป็นบุคคลจะไม่อาจตกทอดเป็นมรดกได้ตามกฎหมาย แต่ทายาทก็อาจแสวงหาประโยชน์จากบทบัญญัติของมาตรา 22 แห่ง KUG ได้<sup>269</sup>

ตามกฎหมายเยอรมัน มีการแบ่งระหว่างผู้ทรงสิทธิและผู้ที่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดี ซึ่งการดำเนินคดีส่วนมากเกี่ยวข้องกับการทำลายชื่อเสียงและภาพของผู้ล่วงลับ ทายาทจึงฟ้องคดีเพื่อปกป้องเกียรติของผู้ล่วงลับ แต่ไม่อาจเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่มีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือทำให้เสียชื่อเสียงได้ เนื่องจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานนั้นเป็นวิธีการเยียวยาบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ แต่ทายาทมิได้เป็นผู้ได้รับความเสียหายในกรณีเหล่านี้ แต่ในกรณี

<sup>267</sup> Bundesgerichtshof Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report [ BGH NJW-RR] 1987,231 'Nena.'

<sup>268</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 514.

<sup>269</sup> Ibid.

ของการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับเป็นไปเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์นั้น ทายาทมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีได้<sup>270</sup>

ตุลาการและนักกฎหมายส่วนมากเห็นด้วยว่าสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้ล่วงลับเท่านั้น ทายาทจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีแทนได้ แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการหมิ่นประมาทนั้น ควรให้ญาติ (ไม่จำเป็นต้องเป็นทายาทตามกฎหมาย) ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ ผู้ที่เคยได้รับมอบหมายจากผู้ล่วงลับ ให้ฟ้องคดี หรือสถาบันทางกฎหมายอื่นๆ ที่มีอำนาจตามกฎหมายในการดูแลผลประโยชน์ของผู้ล่วงลับ อาทิเช่น ทรัสต์ (Trust) สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีในกรณีนี้ได้<sup>271</sup>

### 3.2.6 การเยียวยาผู้ถูกละเมิดสิทธิ

เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ล่วงลับถูกละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ ศาลอาจใช้วิธีการเยียวยา ดังต่อไปนี้

#### 3.2.6.1 การสั่งห้ามการเผยแพร่

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับถูกละเมิด ศาลอาจสั่งห้ามการใช้หรือการเผยแพร่เหล่านั้นได้ ซึ่งศาลในประเทศเยอรมนีจะใช้มาตรการดังกล่าวอย่างระมัดระวัง เนื่องจากจะต้องมีการเรียกผลิตภัณฑ์หรือสินค้าที่ละเมิดสิทธิกลับคืนมาจากตลาด โดยที่ผ่านมา ศาลได้เคยมีคำสั่งห้ามการตีพิมพ์และเผยแพร่หนังสือ ยกตัวอย่างเช่น คดี Mephisto ที่หนังสือวรรณกรรมตามฟ้อง ใช้ตัวละครที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับดารานักแสดงผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับไปแล้ว ศาลจึงมีคำสั่งห้ามเผยแพร่<sup>272</sup>

ในคดี Esra เมื่อปี ค.ศ. 2007 ศาลได้ตัดสินว่าหนังสือวรรณกรรมตามฟ้อง มีการนำใจทก์มาใช้เป็นตัวละครในหนังสือ และมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ส่วนตัวของใจทก์ เป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของใจทก์ ศาลจึงสั่งห้ามการเผยแพร่หนังสือวรรณกรรมตามฟ้อง

<sup>270</sup> Hannes Rosler, "Dignitarian Posthumous Personality Rights - an Analysis of U.S. And German Constitutional and Tort Law," *Berkeley Journal of International Law*, p. 184.

<sup>271</sup> Ibid.

<sup>272</sup> Ibid., p. 199-200.

โดยศาลได้ตัดสินว่า เสรีภาพในการแสดงออกทางศิลปะ (Artistic Freedom) สำหรับกรณีสานวรรณกรรมต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เฉพาะ ซึ่งแตกต่างไปจากกรณีของหนังสือชีวประวัติหรือหนังสือเฉพาะด้าน โดยในกรณีของหนังสือประเภทวรรณกรรมนั้น ให้สันนิษฐานว่าเป็นเรื่องราวที่แต่งขึ้น (Fictionality) แม้ในบางกรณี ผู้อ่านจะสามารถทราบได้ว่าตัวละครในวรรณกรรมหมายถึงบุคคลใดในความเป็นจริงก็ตาม แต่ผู้ประพันธ์มีสิทธิและเสรีภาพในการแสดงออกทางศิลปะที่จะนำบุคคลที่มีตัวตนอยู่จริงมาใช้เป็นตัวละครในงานวรรณกรรมได้ อย่างไรก็ตาม บุคคลได้รับความคุ้มครองจากการถูกล่วงล้ำชีวิตส่วนตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในเชิงชู้สาว ที่เสรีภาพในงานศิลปะไม่อาจก้าวล่วงได้<sup>273</sup>

### 3.2.6.2 การกำหนดค่าสินไหมทดแทน

บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคล อาจร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ที่ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาถึงการกระทำของจำเลยเสียก่อนว่าเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว หรือสิทธิในประโยชน์เชิงพาณิชย์ของโจทก์ เนื่องจากวิธีการเยียวยาที่กำหนดสำหรับแต่ละกรณีนั้นมีความแตกต่างกัน แต่ในบางกรณี ศาลอาจให้ความคุ้มครองทั้งสิทธิความเป็นส่วนตัวและประโยชน์เชิงพาณิชย์ เช่น ในคดีที่โจทก์ซึ่งเป็นนักแสดงที่มีชื่อเสียง ถูกนำภาพไปใช้โฆษณาการค้าบริการทางเพศโดยไม่ได้อนุญาต ก่อให้เกิดความเสียหายต่อจิตใจและความเสียหายที่เป็นตัวเงินแก่โจทก์<sup>274</sup> ซึ่งการกำหนดค่าสินไหมทดแทนสำหรับแต่ละกรณี มีดังต่อไปนี้

#### (1) ค่าสินไหมทดแทนในกรณีการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว

หากเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว โจทก์อาจฟ้องร้องเพื่อเรียกค่าเสียหายต่อจิตใจ แต่จะต้องเป็นกรณีของการละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคลอย่างร้ายแรง และไม่อาจเยียวยาโดยวิธีการอื่นได้แล้ว เช่น กรณีที่จำเลยเผยแพร่ข้อมูลอันเป็นเท็จทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ศาลอาจสั่งให้จำเลยออกแถลงการณ์เพื่อแก้ไขข้อมูลอันเป็นเท็จ โดยไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายต่อจิตใจแก่โจทก์ก็ได้ แต่หากศาลเห็นว่า แม้จำเลยจะออกแถลงการณ์เพื่อแก้ไขข้อมูลอัน

<sup>273</sup> Ibid.

<sup>274</sup> Anne Lauber-Ronsberg, "The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives," *The Trademark Reporter*, p. 816.

เป็นเท็จ ก็ไม่อาจเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ศาลก็อาจสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายต่อจิตใจให้แก่โจทก์แทนการออกแถลงการณ์<sup>275</sup>

ในกรณีที่การกระทำของจำเลยเป็นการหมิ่นประมาทโดยการโฆษณาหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงของโจทก์ ศาลจะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคลของโจทก์อย่างร้ายแรง และโจทก์มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเพื่อความเจ็บปวดและทรมาน รวมถึงค่าเสียหายทางเศรษฐกิจด้วย<sup>276</sup>

(2) ค่าเสียหายในกรณีการละเมิดสิทธิในประโยชน์เชิงพาณิชย์

กรณีการละเมิดสิทธิในประโยชน์เชิงพาณิชย์ของโจทก์ ซึ่งเป็นกรณีที่ชื่อ ภาพ หรือภาพลักษณ์อื่นๆ ของโจทก์ถูกนำไปใช้หาประโยชน์ทางการค้า โจทก์จะมีสิทธิได้รับเฉพาะค่าเสียหายทางเศรษฐกิจ หากโจทก์สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนขาดประโยชน์หรือผลกำไรจากการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต โดยศาลอาจกำหนดจำนวนค่าเสียหายจากค่าตอบแทนการอนุญาตที่โจทก์พึงได้รับ (Fictitious License Fee) ซึ่งใช้วิธีการกำหนดจำนวนค่าเสียหายคล้ายกันกับกรณีการละเมิดลิขสิทธิ์ คือจำนวนที่จำเลยจะต้องจ่ายเป็นค่าตอบแทนให้แก่โจทก์ หากได้มีการทำสัญญาอนุญาตกันก่อนที่จะนำภาพลักษณ์ของโจทก์ไปใช้ โดยศาลได้นำวิธีการกำหนดค่าเสียหายเช่นนี้มาจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 812 ว่าด้วยการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ (Unjust Enrichment) ซึ่งจำเลยจะต้องยกผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับให้แก่โจทก์ เฉพาะส่วนที่ไม่เกินจำนวนที่โจทก์อาจได้รับหากมีการทำสัญญาอนุญาตเกิดขึ้น<sup>277</sup>

ในการกำหนดค่าตอบแทนการอนุญาตที่โจทก์พึงได้รับ ศาลจะพิจารณาความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ หากเป็นเรื่องที่ศาลไม่อาจทราบได้ว่าจำนวนค่าตอบแทนที่เหมาะสมคือเท่าใด แต่ค่าเสียหายสำหรับการหมิ่นประมาทและค่าตอบแทนการอนุญาตที่ศาลกำหนดให้แก่โจทก์นั้นมักจะมีจำนวนน้อยกว่ามูลค่าที่แท้จริงของภาพลักษณ์ ยกตัวอย่างเช่นในคดีที่นักฟุตบอลผู้มีชื่อเสียงถูกนำภาพไปใช้ในโฆษณาสินค้า ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้เป็นจำนวน

<sup>275</sup> Ibid.

<sup>276</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 516-517.

<sup>277</sup> Ibid.

3,050 มาร์กเยอรมัน หรือประมาณ 1,700 เหรียญสหรัฐ และในคดีที่นี้กร็องด์นักแสดงหญิงชาวเยอรมันถูกนำภาพไปใช้บนสินค้าต่างๆ ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ภาพลักษณะอย่างถูกต้อง เป็นจำนวน 5,500 มาร์กเยอรมัน หรือประมาณ 3,055 เหรียญสหรัฐ เป็นต้น เมื่อเทียบกับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ถือว่าศาลในประเทศเยอรมนีกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทนเป็นจำนวนน้อยกว่า และไม่มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษเหมือนที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>278</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาลจะพิพากษาให้เฉพาะค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน หรือค่าตอบแทนการอนุญาตที่โจทก์พึงได้รับ เพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่งเท่านั้น เพราะเมื่อโจทก์ได้รับค่าตอบแทนการอนุญาตแล้ว ก็ถือเสมือนว่าโจทก์ได้เข้าทำสัญญาอนุญาตกับผู้ละเมิดสิทธิแล้ว เมื่อโจทก์ได้ให้ความยินยอมแล้วจึงไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเป็นตัวเงินอีก<sup>279</sup>

เมื่อมีการละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคล ทายาทซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิ อาจฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทน ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 823 ซึ่งกำหนดให้ผู้ที่ทำต่อผู้อื่นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้นให้แก่อีกฝ่าย โดยศาลในประเทศเยอรมันถือว่าสิทธิในความเป็นบุคคลของผู้ล่งลับเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ตามมาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน<sup>280</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาลจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้เฉพาะในกรณีที่เป็นการละเมิดสิทธิเพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยมิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากเป็นการละเมิดสิทธิในลักษณะอื่น เช่น การทำลายชื่อเสียงหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ศาลจะไม่กำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ เนื่องจากศาลจะกำหนดค่าเสียหายสำหรับความทุกข์หรือความทรมาณให้เฉพาะแก่ผู้เสียหายที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น ซึ่งในกรณีที่เจ้าของภาพลักษณ์ได้เสียชีวิตไปแล้ว ย่อมไม่มีสิทธิได้รับ

<sup>278</sup> Ibid., p. 518.

<sup>279</sup> Ibid., p. 517.

<sup>280</sup> Section 823 (1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

ค่าเสียหายในส่วนนี้ และทายาทซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิก็ไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายเหล่านี้เช่นกัน เนื่องจากมิใช่การละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคลของทายาท<sup>281</sup>

ยกตัวอย่างเช่นคดีเมื่อ ปี ค.ศ. 1999 ที่ศาล Bundesgerichtshof ได้มีคำสั่งห้ามมิให้จำหน่ายชื่อและภาพของ Marlene Dietrich ซึ่งเป็นดารานักแสดงหญิงผู้ล่วงลับชาวเยอรมันไปติดไว้บนสินค้า นำชื่อไปใช้ป็นชื่อรุ่นของรถยนต์ หรือนำไปใช้ในการโฆษณาผลิตภัณฑ์ และสั่งให้จำหน่ายชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ทายาทของ Marlene Dietrich<sup>282</sup> ทั้งนี้ ศาลได้วินิจฉัยให้ประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ซึ่งได้รับความคุ้มครองโดยสิทธิในความเป็นบุคคลเป็นมรดกที่ตกทอดไปยังทายาทได้ ทายาทจึงมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามกระทำการอันเป็นละเมิดต่อไป หรือเรียกชดใช้ค่าเสียหายได้ โดยศาลได้ให้เหตุผลประกอบ 2 ประการ ดังนี้

**ประการแรก** การคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลของผู้ที่ล่วงลับ จะมีประสิทธิภาพ หากสิทธิในความเป็นบุคคลสามารถใช้ป้องกันการนำภาพลักษณะไปหาประโยชน์โดยมิชอบได้ มิใช่คุ้มครองเฉพาะการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการเป็นที่ยอมรับในสังคม<sup>283</sup>

**ประการที่สอง** มูลค่าทางเศรษฐกิจที่อยู่ในภาพลักษณะของบุคคลอันบุคคลมีอยู่ในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ ควรจะถือเป็นทรัพย์สินที่ตกทอดไปพร้อมกับกองทรัพย์สินไปให้แก่ทายาทด้วย<sup>284</sup>

### 3.2.7 ความระงับแห่งสิทธิ

สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของบุคคลผู้ล่วงลับตามกฎหมายของเยอรมนีนั้นอาจระงับไปเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาความคุ้มครอง ซึ่งอาจแบ่งได้ออกเป็น 2 กรณี ดังต่อไปนี้

<sup>281</sup> Hannes Rosler, "Dignitarian Posthumous Personality Rights - an Analysis of U.S. And German Constitutional and Tort Law," *Berkeley Journal of International Law*, p. 183-184.

<sup>282</sup> Anne Lauber-Ronsberg, "The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives," *The Trademark Reporter*, p. 815.

<sup>283</sup> ชีวิน มัลลิกะมาลย์, "การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณะของบุคคลผู้มีชื่อเสียง," หน้า 45.

<sup>284</sup> เรื่องเดียวกัน

### 3.2.7.1 ระยะเวลาความคุ้มครองตาม KUG

KUG เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่นอกจากจะรับรองและคุ้มครองสิทธิในภาพถ่ายของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่แล้ว ยังให้ความคุ้มครองแก่ผู้ล่วงลับไปแล้วเป็นระยะเวลาไม่เกิน 10 ปีอีกด้วย เมื่อบุคคลใดได้ถึงแก่ความตายไปแล้วเป็นเวลามากกว่า 10 ปี สิทธิในภาพของบุคคลผู้ล่วงลับย่อมเป็นอันระงับไป และสาธารณชนสามารถนำภาพของบุคคลนั้นไปใช้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากทายาทตามกฎหมายของบุคคลผู้ล่วงลับนั้นก่อน ทั้งนี้ มีที่มาจากแนวความคิดในการให้สิทธิเด็ดขาดแก่บุคคลที่ปรากฏในภาพ หรือทายาทตามกฎหมายของบุคคลนั้น ในการกำหนดว่าจะให้รูปภาพนั้นถูกแสดงหรือเผยแพร่ต่อบุคคลที่สามหรือสาธารณะหรือไม่ ภายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง<sup>285</sup>

โดยมาตรา 22 บัญญัติไว้ว่า “ภาพถ่ายหรือภาพวาดอาจถูกเผยแพร่หรือแสดงได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของบุคคลที่ปรากฏในภาพนั้น ในกรณีที่เป็นที่สงสัย หากบุคคลที่ปรากฏในภาพได้รับค่าตอบแทนสำหรับการถูกถ่ายหรือถูกวาดนั้นแล้ว ให้ถือว่าได้มีการให้ความยินยอมแล้ว เมื่อบุคคลนั้นได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว แต่ยังไม่เกินกว่า 10 ปี จะต้องได้รับความยินยอมจากทายาท ซึ่งให้หมายความถึง คู่สมรสและบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ของบุคคลนั้น หากไม่มีคู่สมรสหรือบุตร ให้หมายความถึงบุพการีของบุคคลนั้น”<sup>286</sup>

### 3.2.7.2 ระยะเวลาความคุ้มครองตามแนวคำพิพากษาของศาล

สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะอื่นๆ ของบุคคลผู้ล่วงลับ ที่ไม่ได้อยู่ภายใต้ KUG นั้น อาจระงับเมื่อพันกำหนดระยะเวลาความคุ้มครองด้วยเช่นกัน โดยในปัจจุบัน ระยะเวลาความคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลยังมีความไม่ชัดเจน เนื่องจากมิได้มีการบัญญัติลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ศาลของประเทศเยอรมนีจึงมีบทบาทหน้าที่สำคัญในการพัฒนากฎหมายเพื่อ

<sup>285</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 503.

<sup>286</sup> “ Pictures or portraits may be distributed or displayed only with the consent of the person portrayed, i.e., the subject. In cases of doubt, consent is considered to have been given if the person portrayed has received a consideration for allowing himself to be portrayed. When the subject dies and for up to 10 years thereafter, the consent of the next of kin is required. Next of kin within the meaning of this law are the surviving spouse and children of the subject and, if neither the spouse nor the children are alive, the parents of the subject.”



คุ้มครองสิทธิประเภทนี้ ซึ่งที่ผ่านมา ศาล Bundesgerichtshof ของเยอรมนีได้พิพากษามาโดยตลอดว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองปัจเจกชนภายใต้รัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าปัจเจกชนนั้นจะถึงแก่ความตายไปแล้วก็ตาม สิทธิทั่วไปในศักดิ์ศรีและเกียรติยศยังคงดำรงอยู่ต่อไป แนวความคิดนี้เห็นได้จากการที่กฎหมายให้ความคุ้มครองภาพของผู้ที่ล่วงลับไปแล้วเป็นระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งอย่างน้อยก็เป็นการป้องกันมิให้ผู้ล่วงลับไปแล้วถูกนำภาพไปใช้ในทางที่เสื่อมเสียชื่อเสียงหรือเกียรติยศ อีกทั้งยังให้สิทธิแก่ทายาทตามกฎหมายในการฟ้องร้องเพื่อขอความคุ้มครองตามกฎหมาย<sup>287</sup>

ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1967 ถึง ค.ศ. 1968 มีการร่างกฎหมายเพื่อปรับโครงสร้างการคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคล โดยการจำกัดระยะเวลาความคุ้มครองไว้เพียงแค่ 30 ปี หลังจากเสียชีวิต แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ถูกบัญญัติเป็นกฎหมาย เนื่องจากไม่ได้รับการสนับสนุนจากฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>288</sup>

หลายฝ่ายมีความเห็นว่า การจำกัดระยะเวลาความคุ้มครองไว้เพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งภายหลังจากเสียชีวิตนั้นเหมาะสมแล้ว เนื่องจากเมื่อบุคคลถึงแก่ความตายไปแล้วเป็นเวลาหลายปี ย่อมเป็นที่จดจำของคนในสังคมลดน้อยลงไปด้วย นอกจากนี้ การกำหนดระยะเวลาความคุ้มครองที่เหมาะสม จะทำให้การคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลของผู้ล่วงลับ ไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพของสาธารณะจนเกินสมควร ส่วนระยะเวลาความคุ้มครองการใช้ภาพลักษณะของผู้ล่วงลับในเชิงพาณิชย์นั้น ในปี ค.ศ. 2006 ศาล Bundesgerichtshof ได้กำหนดระยะเวลาความคุ้มครองไว้เป็นเวลา 10 ปีหลังจากถึงแก่ความตาย ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายคุ้มครองสิทธิในรูปภาพของบุคคล มาตรา 22 แห่ง KUG ที่บัญญัติห้ามมิให้เผยแพร่ภาพของบุคคลออกไปอีก 10 ปี นับตั้งแต่บุคคลในภาพถึงแก่ความตาย โดยคำพิพากษานี้ แตกต่างจากคำพิพากษาก่อนหน้านี้ของศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนี ที่วินิจฉัยไว้ว่ารัฐธรรมนูญของเยอรมนีไม่คุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลของผู้ล่วงลับในเชิงพาณิชย์ トラบไตที่การใช้ภาพลักษณะนั้นไม่เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>289</sup>

<sup>287</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 514-515.

<sup>288</sup> Hannes Rosler, "Dignitarian Posthumous Personality Rights - an Analysis of U.S. And German Constitutional and Tort Law," *Berkeley Journal of International Law*, p. 182-183.

<sup>289</sup> Ibid.

ในคดี Klaus Kinski เมื่อปี ค.ศ. 2007 ศาล Bundesgerichtshof ของเยอรมนีได้ให้เหตุผลในการกำหนดระยะเวลาความคุ้มครองไว้เพียง 10 ปีว่า เมื่อบุคคลได้ถึงแก่ความตายไปเป็นเวลานานมากขึ้น ความจำเป็นในการได้รับความคุ้มครองย่อมลดน้อยลง การกำหนดระยะเวลาความคุ้มครองไว้ที่ 10 ปี หลังการตาย เป็นการเปิดโอกาสให้สาธารณะได้นำภาพลักษณ์ของผู้ที่เคยมีชื่อเสียงในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ไปใช้งานได้อีกทั้งกฎหมายคุ้มครองสิทธิในภาพถ่ายของบุคคล ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกันกับสิทธิในความเป็นบุคคล ได้กำหนดระยะเวลาความคุ้มครองสิทธิไว้เป็นระยะเวลา 10 ปี นับตั้งแต่วันที่ถึงแก่ความตาย ศาลจึงนำระยะเวลาความคุ้มครองดังกล่าวมาใช้เทียบเคียงในการกำหนดระยะเวลาความคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลของผู้ที่ล่วงลับ<sup>290</sup>

คำพิพากษาศาล Bundesgerichtshof ของเยอรมนีในคดี Klaus Kinski เมื่อปี ค.ศ. 2007 เป็นคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ในเชิงพาณิชย์อย่างมีนัยสำคัญ แต่นักกฎหมายเยอรมันบางส่วนได้ตั้งข้อสังเกตว่าระยะเวลาการคุ้มครอง 10 ปีนั้นน้อยเกินไปหรือไม่ เมื่อเทียบกับระยะเวลาความคุ้มครองในสหรัฐอเมริกา<sup>291</sup>



ภาพที่ 26 ภาพของ Klaus Kinski อดีตดารานักแสดงผู้มีชื่อเสียงชาวเยอรมัน

ในคดี Heinz Erhardt ซึ่งเป็นคดีที่ทายาทของนักแสดงผู้ล่วงลับ ได้ฟ้องร้องผู้ประกอบการที่โฆษณาสินค้าโดยการลอกเลียนเสียงของนักแสดงผู้ล่วงลับนั้น ศาลได้วินิจฉัย

<sup>290</sup> Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, "Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better Than One Unitary Concept," *California Law Review*, p. 1968-1970.

<sup>291</sup> Ibid.

ไว้ว่า งานสร้างสรรค์ของศิลปินที่ถูกนำไปใช้ จะได้รับความคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลด้วย และเมื่อศิลปินผู้เป็นเจ้าของผลงานได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว ศาลจะกำหนดขอบเขตความคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลของศิลปินรายนั้นโดยพิจารณาถึงสิทธิที่ศิลปินรายนั้นเคยมีอยู่ ณ ขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ อีกทั้งเมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญของเยอรมนีที่ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่ปัจเจกชนแล้วนั้น หากจะปล่อยให้มีการลอกเลียนแบบภาพลักษณ์ของศิลปินได้โดยเสรีภายหลังที่ศิลปินรายนั้นได้ถึงแก่ความตายแล้วนั้นนับว่าเป็นเรื่องที่มีอาจรับได้ ถึงแม้ว่าการลอกเลียนแบบนั้นจะมีได้ ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียชื่อเสียงต่อศิลปินหรือกระทบต่อสิทธิในการหาประโยชน์ของทายาทก็ตาม<sup>292</sup>

คำพิพากษาในคดี Heinz Erhardt มีความสำคัญ เนื่องจากศาลได้รับรองความคุ้มครองสิทธิในความเป็นบุคคลให้แก่ผู้ล่วงลับไปแล้ว ในทำนองเดียวกันกับสิทธิในความเป็นบุคคลของผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ แม้ว่าศาลในคดีนี้จะให้ความคุ้มครองเพียงแค่การออกคำสั่งห้ามมิให้จำหน่ายใช้ภาพลักษณ์ตามฟ้องอีกต่อไป แต่ก็อาจตีความขยายไปได้ว่าทายาทสามารถนำภาพลักษณ์ของผู้ที่ล่วงลับไปใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้าได้ ดังนั้น ทายาทจึงมีสิทธิเลือกที่จะไม่ฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้อื่นนำภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้ แต่เลือกเข้าทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ภาพลักษณ์เพื่อแลกกับการได้รับค่าตอบแทนก็ได้<sup>293</sup>

ในคดี Emil Nolde ซึ่งเป็นจิตรกรที่มีชื่อเสียงชาวเยอรมัน ถูกปลอมลายมือชื่อบนภาพวาดจำนวน 2 รูป ที่ถูกวาดโดยลอกเลียนแบบ ศาล Bundesgerichtshof ของเยอรมนีได้วินิจฉัยว่าทั้งภาพวาดและลายมือชื่อถูกทำขึ้นโดยละเมิดสิทธิในความเป็นบุคคลของ Emil Nolde และได้วินิจฉัยว่าระยะเวลาความคุ้มครองในกรณีนี้เจ้าของภาพลักษณ์ได้ล่วงลับไปแล้วนั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยคำนึงถึงความมีชื่อเสียงและลักษณะเฉพาะของผู้มีชื่อเสียงแต่ละรายเป็นสำคัญ ซึ่งในคดีนี้ ศาลกำหนดความคุ้มครองเป็นระยะเวลา 30 ปีนับตั้งแต่ Emil Nolde ถึงแก่ความตาย<sup>294</sup> แสดงให้เห็นว่าสิทธิในความเป็นบุคคลอาจได้รับความคุ้มครองเป็นระยะเวลาสูงสุดถึง 30 ปี

<sup>292</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 515.

<sup>293</sup> Ibid.

<sup>294</sup> Bundesgerichtshof Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [BGH GRUR] 1995, 668.

ภายหลังจากที่บุคคลนั้นถึงแก่ความตาย ซึ่งทายาทมีสิทธิที่จะเลือกสละความคุ้มครองนั้น และนำภาพลักษณ์ไปแสวงหาประโยชน์ทางการค้าได้<sup>295</sup>



ภาพที่ 27 รูปของ Emil Nolde จิตรกรลัทธิสำแดงพลังอารมณ์ผู้มีชื่อเสียงชาวเยอรมัน

### 3.2.8 ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้ล่วงลับ

#### 3.2.8.1 ความไม่ชัดเจนในเรื่องระยะเวลาความคุ้มครอง

ในปัจจุบัน ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้โดยชัดเจนว่าสิทธิในความเป็นบุคคลของผู้ล่วงลับนั้นจะได้รับความคุ้มครองเป็นระยะเวลาเท่าใดนับตั้งแต่ผู้นั้นถึงแก่ความตาย แม้ว่าระยะเวลาที่ศาลเคยให้ความคุ้มครองมากที่สุดคือสามสิบปีภายหลังจากที่บุคคลถึงแก่ความตาย แต่ศาลจะกำหนดระยะเวลาความคุ้มครองโดยพิจารณาจากลักษณะและความร้ายแรงของการละเมิดเป็นรายคดีไป ทายาทจึงไม่อาจทราบได้ว่าภาพลักษณ์ของผู้ที่ล่วงลับยังอยู่ในระยะเวลาที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล<sup>296</sup>

#### 3.2.8.2 ขอบเขตข้อยกเว้นความรับผิดชอบ

ตามแนวคำพิพากษาของศาลในเยอรมัน หากจำเลยนำภาพลักษณ์ของโจทก์ไปใช้ในทางที่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะ จำเลยจะได้รับยกเว้นความรับผิดชอบ แม้ว่าจะเป็นการใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ก็ตาม ซึ่งที่ผ่านมา ศาลมักตัดสินให้การลงข่าวหรือรูปของบุคคลที่เป็น

<sup>295</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 515.

<sup>296</sup> Federal Supreme Court, BGHZ 107, 385 -Nolde.

สาธารณชนนั้นเป็นการใช้ภาพลักษณ์เพื่อประโยชน์สาธารณะ จนกระทั่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า กฎหมายของเยอรมนีกำหนดขอบเขต ข้อยกเว้นความรับผิดชอบโดยกว้างจนไม่สามารถคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวแก่บุคคลที่เป็น สาธารณะได้อย่างเพียงพอ<sup>297</sup> เนื่องจากศาลในเยอรมนีให้ความสำคัญกับเสรีภาพของสื่อมวลชนมาก จนเกินไป โดยไม่พิจารณาว่าภาพหรือเนื้อหาของบทความที่ถูกเผยแพร่ขึ้นก่อนให้เกิดประโยชน์ต่อ สาธารณะอย่างแท้จริงหรือไม่<sup>298</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของการ เผยแพร่ที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะไว้ในคำพิพากษา ส่งผลให้สื่อมวลชนในเยอรมนีในปัจจุบันมัก เผยแพร่ข่าวลือหรือข่าวลือ (Gossip) ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสาธารณะ โดยสอดแทรกเนื้อหาเพียง บางส่วนที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ เพื่อใช้เป็นข้อต่อสู้ว่าการเผยแพร่นั้นเป็นประโยชน์ต่อ สาธารณะ<sup>299</sup>

ยกตัวอย่างเช่นการนำเสนอข่าวของหนังสือพิมพ์ฉบับหนึ่งของเยอรมนี ที่ แสดงรูปภาพของเชื้อพระวงศ์พระองค์หนึ่งของเยอรมนีในขณะที่กำลังสวมกอดกับสตรีคนอื่นที่ไม่ใช่ ภรรยา โดยเนื้อหาข่าวบางส่วนมีการกล่าวถึงวิกฤติระดับชาติที่อาจเกิดจากวิกฤติภายในราชวงศ์ เป็น การเชื่อมโยงเนื้อหาข่าวให้เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ เพื่อให้การเผยแพร่เข้าหลักเกณฑ์ ข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิของบุคคลในข่าว<sup>300</sup>

### 3.2.8.3 การกำหนดค่าสินไหมทดแทน

แม้ว่าศาลในประเทศเยอรมนีจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ที่ถูก ละเมิดสิทธิในประโยชน์เชิงพาณิชย์จากการถูกนำชื่อ ภาพ หรือภาพลักษณ์อื่นๆ ไปใช้หาประโยชน์ ทางการค้า โดยคำนวณจากค่าตอบแทนที่โจทก์อาจได้รับหากมีการทำสัญญาอนุญาตเกิดขึ้น แต่

<sup>297</sup> European Court of Human Rights, 57 NJW 2647 (2004) - Von Hannover v. Germany.

<sup>298</sup> Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus Peifer, "Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better Than One Unitary Concept," *California Law Review*, p. 1978.

<sup>299</sup> Ibid.

<sup>300</sup> Ibid.

อย่างไรก็ตาม ค่าสินไหมทดแทนที่ศาลกำหนดให้แก่โจทก์นั้นมักจะมีจำนวนน้อยกว่ามูลค่าที่แท้จริงของภาพลักษณ์ที่พิพาทกัน

ยกตัวอย่างเช่นในคดีที่นักฟุตบอลผู้มีชื่อเสียงถูกนำภาพไปใช้ในโฆษณาสินค้า ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์เพียงแค่ 3,050 มาร์กเยอรมัน หรือประมาณ 1,700 เหรียญสหรัฐ และในคดีที่นักร้องนักแสดงหญิงชาวเยอรมันถูกนำภาพไปใช้บนสินค้าต่างๆ ศาลกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ภาพลักษณ์อย่างถูกต้อง เป็นจำนวนเพียงแค่ 5,500 มาร์กเยอรมัน หรือประมาณ 3,055 เหรียญสหรัฐ ซึ่งถือว่าเป็นจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่น้อยเมื่อเทียบกับจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกากำหนด และยังไม่ได้สัดส่วนกับมูลค่าของภาพลักษณ์ที่พิพาทกัน<sup>301</sup>



<sup>301</sup> Susanne Bergmann, "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, p. 518.

ตารางที่ 4 ตารางสรุปหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้แสวงล้างมลทินของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

	สิทธิของบุคคลในภาพ	สิทธิในความเป็นบุคคล
แหล่งที่มาของกฎหมาย	Act of Protection of Copyright of Works in Art and Photograph (1907) มาตรา 22 และ มาตรา 23	เกิดจากการที่ความคุ้มครองตามกฎหมายโดยศาล
วัตถุประสงค์แห่งสิทธิ	ภาพถ่ายหรือภาพถ่ายที่ปรากฏรูปภาพของบุคคล	ภาพลักษณะต่างๆ ของบุคคล เช่น ภาพ ชื่อ เสียง ความคล้าย เป็นต้น
การกระทำที่เป็นการละเมิด	การนำภาพถ่ายหรือภาพถ่ายไปเผยแพร่หรือจัดแสดงโดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่ปรากฏในภาพถ่ายหรือภาพถ่าย	การนำภาพลักษณะของผู้อื่นไปใช้ 1) อันเป็นการกระทบกระเทือนชื่อเสียงหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น หรือ 2) เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
ข้อยกเว้นความรับผิด	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. ภาพที่เกี่ยวข้องกับประวัติศาสตร์ร่วมสมัย</li> <li>2. ภาพที่ปรากฏรูปของบุคคลอยู่ในภูมิทัศน์หรือสถานที่โดยบังเอิญ</li> <li>3. ภาพของกลุ่มบุคคลที่เข้าร่วมการประชุม การต้อนรับ การดำเนินพิธี หรือการรวมตัวกันอื่นใด</li> <li>4. ภาพที่ไม่ได้ถูกถ่ายตามคำสั่งหรือคำขอ แต่การเผยแพร่</li> </ol>	การนำภาพลักษณะของผู้อื่นโดยได้รับความยินยอมจากผู้ทรงสิทธิ หรือ การใช้ในลักษณะของการให้ข้อมูลข่าวสาร

	สิทธิของบุคคลในภาพ	สิทธิในความเป็นบุคคล
	หรือการแสดงภาพนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านศิลปะ	
<b>ผู้ทรงสิทธิ</b>	คู่สมรสและบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ หรือบุพการี ในกรณีที่ไม่มีคู่สมรสหรือบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่	ทายาทโดยชอบธรรม
<b>การเยียวยา</b>	1) การสั่งห้ามการเผยแพร่ 2) ค่าสินไหมทดแทน ในเรื่องละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 823	1) การสั่งห้ามการเผยแพร่ 2) ค่าสินไหมทดแทน ในเรื่องละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 823
<b>ระยะเวลาควบคุมครอง</b>	10 ปี นับแต่บุคคลที่ปรากฏในภาพถ่ายหรือภาพวาดถึงความตาย	แบ่งออกเป็น 2 กรณี 1) กรณีการใช้ภาพลักษณะในเชิงพาณิชย์ คุ้มครองเป็นระยะเวลา 10 ปี นับตั้งแต่วันที่ถึงความตาย 2) กรณีการใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ คุ้มครองสูงสุดเป็นระยะเวลา 30 ปี นับตั้งแต่วันที่ถึงความตาย ตามดุลพินิจของศาล โดยพิจารณาถึงความมีชื่อเสียงของเจ้าของภาพลักษณะเป็นสำคัญ



## บทที่ 4

### วิเคราะห์สถานะและการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่องลับภายใต้ กฎหมายไทยในปัจจุบัน

#### 4.1 สิทธิในชื่อของผู้ล่องลับ

##### (ก) รัฐธรรมนูญ

###### (1) ลักษณะของการคุ้มครอง

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่เป็นรากฐานของประเทศซึ่งนอกจากจะก่อตั้งสถาบันทางการเมืองและกำหนดขอบเขตอำนาจรัฐแล้ว ยังกำหนดหลักประกันสิทธิ เสรีภาพของประชาชนอีกด้วย<sup>1</sup> โดยสิทธิประเภทหนึ่งที่รัฐธรรมนูญของไทยมีการรับรองให้ประชาชนชาวไทยเสมอมา ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>2</sup> ตลอดจนสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศและชื่อเสียงให้แก่บุคคล<sup>3</sup>

คำว่า "สิทธิส่วนบุคคล" หมายถึง สิทธิประจำตัวของบุคคลอันประกอบไปด้วยเสรีภาพร่างกาย การดำรงชีวิตมีความเป็นอยู่ส่วนตัวซึ่งได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายมิให้ผู้อื่นมาล่วงละเมิด ส่วนคำว่า "ความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล" นั้น หมายถึง สถานะที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่างๆ และมีความสันโดษ โดยไม่ติดต่อสัมพันธ์กับสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มีการดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระ มีการพัฒนาบุคลิกลักษณะตามที่ต้องการ มีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้และเป็นความพอใจตราบเท่าที่

<sup>1</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 1.

<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง”

<sup>3</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 32 “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศชื่อเสียง และครอบครัว

ความสนุกสนานนั้นไม่ล่วงเกินสิทธิของบุคคลอื่น หรือขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>4</sup>

การนำชื่อของบุคคลอื่นไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย เป็นการกระทบหรือละเมิด สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว ชื่อเสียง เกียรติยศที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคล หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว ชื่อเสียง เกียรติยศ บุคคลนั้นสามารถใช้สิทธิทางศาลได้<sup>5</sup> อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีจุดประสงค์ในการควบคุมอำนาจรัฐและผดุงไว้ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นการทั่วไป แต่ไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบของบุคคลในกรณีที่มีการทำละเมิดกันไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การกำหนดความรับผิดชอบระหว่างกันนั้นต้องใช้หลักกฎหมายต่างๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>6</sup>

## (2) ปัญหาการใช้รัฐธรรมนูญในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่วงลับ

สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นสิทธิของบุคคลโดยแท้ เป็นสิทธิที่รัฐ คุ้มครองให้แก่ปัจเจกชนหรือบุคคลที่ยังมีชีวิต โดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัว จึงไม่ตกทอดแก่ ทายาท เมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นอันระงับ ไม่ถือว่าทายาทเป็นผู้ทรงสิทธิ แทนผู้ตาย<sup>7</sup> หากผู้ใดนำชื่อของผู้ตายไปใช้ในทางที่ทำให้ชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ตายเสื่อมเสีย ทายาท ของผู้ตายไม่มีสิทธิขอรับความคุ้มครองแทนผู้ตายได้

## (ข) หลักการใช้สิทธิโดยสุจริต ตาม ปพพ. มาตรา 5

### ลักษณะและปัญหาในการใช้หลักสุจริตตามมาตรา 5 ในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่วงลับ

หลักสุจริตนั้นบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ซึ่งมี เนื้อความว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” โดยมาตรา 5 นั้นเป็นหลักสุจริตทั่วไป เป็นกฎหมายยุติธรรมที่ให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัย

<sup>4</sup> มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550), หน้า 139.

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 25 วรรคสาม “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับ ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกข้อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

<sup>6</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4893/2558

<sup>7</sup> ชิวิน มัลลิกะมาสย์, “การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง,” หน้า 120.

คดีตามหลักความเป็นธรรม โดยผู้พิพากษามีอำนาจนำหลักสุจริตมาใช้ในการพิพากษาตามพฤติการณ์ แวดล้อมเป็นรายคดีไป มีเจตนารมณ์เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่สังคมโดยนำหลักมาตรฐานทาง ศีลธรรมทางสังคมมาเป็นกลไกควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคมทุกๆ กรณีที่จะปฏิบัติต่อกัน เป็นหลักกฎหมายที่ศาลนำมาใช้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้<sup>8</sup> ดังนั้นผลแห่งคำพิพากษาของศาลแต่ละคดีจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและดุลพินิจของศาลใน คดีนั้นๆ ว่าการใช้สิทธิเป็นไปด้วยความสุจริตหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันยังไม่มีแนวคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในการใช้ชื่อของผู้ลวงลับ โดยใช้หลักสุจริตตาม มาตรา 5

ยกตัวอย่างเช่น หากผู้ประกอบการรายใดนำชื่อบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ได้ลวงลับไปแล้ว ไปตั้งเป็นชื่อสินค้าประเภทสุรา บุหรี่ หรือสถานอาบอบนวด ไม่ว่าจะด้วยเจตนาให้ผู้ตายเสื่อมเสีย ชื่อเสียงหรือไม่ก็ตาม ศาลควรใช้หลักสุจริตตามมาตรา 5 มาใช้ในการคุ้มครอง

### (ค) สิทธิตามพพ. มาตรา 18

#### (1) ลักษณะของการคุ้มครอง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการ ใช้นามของบุคคลไว้ว่า

“สิทธิของบุคคลในการที่จะใช้นามอันชอบที่จะใช้ได้นั้นถ้ามีบุคคลอื่นโต้แย้ง กิติ หรือบุคคลผู้เป็นเจ้าของนามนั้นต้องเสื่อมเสียประโยชน์เพราะการที่มีผู้อื่นมาใช้นามเดียวกันโดย มิได้รับอำนาจให้ใช้ได้กิติ บุคคลผู้เป็นเจ้าของนามจะเรียกให้บุคคลนั้นระงับความเสียหายก็ได้ ถ้าและ เป็นที่พึงวิตกว่าจะต้องเสียหายอยู่สืบไป จะร้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้”

คำว่า “นาม” ตามมาตรา 18 หมายความว่าถึง “ชื่อบุคคล” ตามพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2502<sup>9</sup> โดยได้แบ่งชื่อของบุคคลออกเป็น 3 ประเภท คือ

<sup>8</sup> สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติ บรรณาการ, 2555), หน้า 64.

<sup>9</sup> ประสิทธิ์ ไขวีโลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติ ธรรม, 2548), หน้า 45.

- (1) ชื่อตัว หมายความว่าถึง ชื่อประจำตัวของบุคคล
- (2) ชื่อรอง หมายความว่าถึง ชื่อประกอบถัดจากชื่อตัว
- (3) ชื่อสกุล หมายความว่าถึง ชื่อประจำวงศ์สกุล

การใช้ชื่อเดียวกันที่จะถือได้ว่าเป็นการกระหนาบสิทธิของเจ้าของชื่อ ตามมาตรา 18 นั้น ไม่จำเป็นว่าชื่อที่ถูกนำไปใช้จะต้องเหมือนกับชื่อของตนเสียทีเดียว เพียงแต่เป็นชื่อที่ใกล้เคียงกัน หรือมีคำที่เป็นส่วนสำคัญคล้ายกัน อันอาจก่อให้เกิดความสับสนแก่คนทั่วไปว่ามีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน ก็ถือได้ว่าเป็นการกระหนาบสิทธิของผู้ที่ใช้ชื่ออยู่ก่อนแล้ว<sup>10</sup> ทั้งนี้ บุคคลได้รับคุ้มครองสิทธิในการใช้ชื่อของตนตลอดระยะเวลาที่ยังมีชีวิตและยังใช้ชื่อนั้นอยู่

การให้ความคุ้มครองสิทธิในการใช้ชื่อของบุคคล ตามมาตรา 18 นั้น แตกต่างจากการคุ้มครองชื่อที่เป็นเครื่องหมายการค้า ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 โดยที่การคุ้มครองการใช้ชื่อบุคคลตามมาตรา 18 นั้นเป็นการคุ้มครองนามหรือชื่อของบุคคลที่มีชื่อตามสภาพบุคคล เช่น ชื่อตัว ชื่อสกุล อันเป็นสิทธิตามสภาพบุคคลเพื่อจำแนกบุคคล และหากบุคคลได้ใช้ชื่อนั้นในทางการค้าและธุรกิจเพื่อแสดงว่าธุรกิจหรือบริการนั้นเป็นของตน ชื่อนั้นเป็นชื่อทางการค้า (Tradename) ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากชื่อที่เป็นเครื่องหมายการค้า (Trademark) ซึ่งเป็นเครื่องหมาย คำ หรือกลุ่มคำที่ประดิษฐ์ขึ้นมาให้มีลักษณะพิเศษและใช้กับตัวสินค้าเพื่อแสดงว่าสินค้านั้นมีแหล่งที่มาจากไหน มีคุณภาพอย่างไร และแตกต่างจากสินค้าในลักษณะประเภททำนองเดียวกันของผู้ผลิตรายอื่นๆ อย่างไร ซึ่งจะมีฐานะเป็นเครื่องหมายการค้าและได้รับความคุ้มครองอย่างเครื่องหมายการค้าต่อเมื่อได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 แล้ว<sup>11</sup>

## (2) การเยียวยา

มาตรา 18 ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคลซึ่งเป็นเจ้าของชื่อที่จะห้ามไม่ให้บุคคลอื่นนำชื่อของตนไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ หรือถ้าบุคคลอื่นได้ใช้ชื่อนั้นแล้ว ก็มีสิทธิขอให้ศาลสั่ง

<sup>10</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9513/2554

<sup>11</sup> อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, "การให้ความคุ้มครองชื่อทางการค้า (Tradename) ในประเทศไทย," บทบัญญัติ 52, 3 (กันยายน 2539): 112-113.

ห้ามมิให้บุคคลนั้นใช้ชื่อของตนได้ เพื่อเป็นการระงับความเสียหายอันเกิดจากการที่ผู้นั้นนำชื่อไปใช้ โดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งความเสียหายตามมาตรา 18 นี้ กฎหมายหมายถึงการเสื่อมประโยชน์ ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นความเสียหายที่เป็นเงินเป็นทอง เพียงแต่เป็นการเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือเกียรติคุณก็พอ<sup>12</sup> อย่างไรก็ตาม มาตรา 18 มิได้บัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าของชื่อในการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่น่าชื่อไปใช้ ซึ่งหากเจ้าของชื่อต้องการเรียกค่าสินไหมทดแทน จะต้องฟ้องร้องว่าการที่ผู้นั้นนำชื่อของตนไปใช้นั้นเป็นการทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 และเรียกค่าสินไหมทดแทน ตามมาตรา 438

### (3) ปัญหาการใช้มาตรา 18 ในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่วงลับ

มาตรา 18 นั้นเป็นบทบัญญัติคุ้มครองการใช้ชื่อของบุคคล ซึ่งตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย” ดังนั้น สิทธิในการใช้นามตามมาตรา 18 จึงมีอยู่เฉพาะในระหว่างที่เจ้าของชื่อยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น และเป็นอันระงับสิ้นไปเมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย เมื่อเจ้าของชื่อได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว แม้จะมีผู้ใดนำชื่อของบุคคลนั้นไปใช้ ก็จะไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 18 เนื่องจากเจ้าของชื่อได้สิ้นสภาพบุคคลไปแล้ว

ยกตัวอย่างเช่น คุณพุ่มพวง ดวงจันทร์ เป็นผู้ที่มีสิทธิในการใช้ชื่อของตนตามมาตรา 18 ในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ เมื่อคุณพุ่มพวง ดวงจันทร์ได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว หากมีผู้นำชื่อ “พุ่มพวงดวงจันทร์” ไปตั้งเป็นชื่อค่ายเพลงหรือชื่อทางการค้า ก็ไม่เป็นการละเมิดสิทธิในการใช้นามของคุณพุ่มพวง เนื่องจากคุณพุ่มพวงไม่มีสภาพบุคคลแล้ว

แต่ในกรณีที่ชื่อสกุลของบุคคลใดเป็นที่จดจำของประชาชนในวงกว้าง เช่น ชื่อสกุล “ชัยบัญชา” เมื่อคนทั่วไปเห็นหรือได้ยินย่อมนึกถึง “คุณมิตร ชัยบัญชา” อดีตนักแสดงผู้ล่วงลับ หากมีผู้นำชื่อสกุล “ชัยบัญชา” ไปใช้เป็นชื่อทางการค้า แม้จะไม่เป็นการละเมิดสิทธิในการใช้นามของคุณมิตร เนื่องจากคุณมิตรได้สิ้นสภาพบุคคลไปแล้ว แต่อาจเป็นการกระทบสิทธิในการใช้

<sup>12</sup> จักรพงษ์ เล็กสกุลไทย, "ฎีกาวิเคราะห์ : การเลียนแบบชื่อทางการค้า (มาตรา 18) ละเมิดใช้สิทธิให้เกิดความเสียหาย," วารสารนิติศาสตร์, 14 (มิถุนายน 2528): 195-196.

นามของทายาทของคุณมิตรและสมาชิกในสกุลชัยบัญชาได้ เนื่องจาก “ชัยบัญชา” เป็นชื่อสกุลของทายาทของคุณมิตรและสมาชิกทุกคนของสกุลด้วยเช่นกัน

### (ง) กฎหมายลักษณะละเมิด

มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

องค์ประกอบของการละเมิดตามมาตรา 420 มีดังนี้<sup>13</sup>

องค์ประกอบแรก คือ “การกระทำ” หมายถึงการกระทำของบุคคลซึ่งรวมทั้งการงดเว้นกระทำแล้วเกิดความเสียหายด้วย ซึ่งการนำชื่อของผู้ล่วงลับไปเผยแพร่อาจกระทำได้โดยหลายทาง เช่น นำชื่อของผู้ล่วงลับไปใช้บนสินค้า หรือนำไปใช้ในการโฆษณาสินค้า หรือใช้โดยประการอื่นใด เพื่อเพิ่มมูลค่าให้กับสินค้า เป็นต้น ย่อมถือว่ามีกรกระทำเกิดขึ้น

องค์ประกอบที่สอง คือ “โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ” โดยการกระทำโดยจงใจ หมายถึงกระทำโดยรู้สำนึกถึงการกระทำว่าจะเป็นผลเสียหายต่อบุคคลอื่น ซึ่งการนำชื่อของผู้ล่วงลับไปเผยแพร่ ไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใดก็ตาม ผู้ที่นำไปใช้ย่อมรู้ถึงการกระทำของตน

องค์ประกอบที่สาม คือ “โดยผิดกฎหมาย” หมายความว่า กระทำโดยไม่มีอำนาจหรือไม่มีสิทธิหรือทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Unlawfully) ดังนั้น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายโดยตรง ถ้าผู้กระทำได้ทำต่อบุคคลอื่นจนเขาเสียหายโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ การกระทำนั้นย่อมถือเป็นการกระทำละเมิดได้<sup>14</sup>

<sup>13</sup> สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 13-34.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

องค์ประกอบที่สี่ คือ “มีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ชื่อเสียง สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ซึ่งความเสียหายดังกล่าวนี้ต้องแน่นอนพอที่จะเป็นมูลให้เกิดการชดใช้แทนกันได้ มิใช่เป็นความเสียหายที่คาดหมายว่าจะเกิดหรือน่าจะเกิด และคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามมาตรา 420 นั้น เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยความหมายไว้ในคำพิพากษาดังแต่เมื่อ พ.ศ. 2477 ว่าได้แก่ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่และบุคคลอื่นมีหน้าที่เคารพ การที่จำเลยด่าโจทก์นั้นเป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420”<sup>15</sup> และต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า ความเสียหายต่อสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น หมายถึง สิทธิที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้ถูกทำให้เสียหาย<sup>16</sup>

ชื่อของบุคคลนั้นเป็นวัตถุแห่งสิทธิประเภทหนึ่งที่สามารถบุคคลอื่นนำไปใช้ในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงของเจ้าของชื่อ หรือใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์แก่ตนเองได้ แม้ว่าบุคคลจะได้ลบล้างและสิ้นสภาพบุคคลตามกฎหมายไปแล้ว แต่ชื่อของผู้นั้นก็อาจถูกนำไปใช้ได้อยู่ ซึ่งการใช้ชื่อของบุคคลผู้ลบล้างอาจพิจารณาได้หลายแง่มุมดังต่อไปนี้

#### (1) การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

บุคคลได้รับความคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียง เกียรติยศ และความเป็นอยู่ส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หากบุคคลใดถูกผู้อื่นนำชื่อไปใช้ในทางที่เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศ หรือกระทบต่อความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น ซึ่งรัฐธรรมนูญนั้นเป็นบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชนไว้อย่างกว้างๆ ส่วนการฟ้องร้องเพื่อให้มีการเยียวยานั้นต้องเป็นไปตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดอันอาจถูกทำละเมิดให้เสียหายได้ ดังนั้น หากบุคคลถูกผู้อื่นนำชื่อไปใช้ในทางที่เสื่อมเสียชื่อเสียงหรือกระทบต่อความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีผู้นั้นฐานละเมิด ตลอดจนเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้นั้นได้

<sup>15</sup> คำพิพากษาประจำปี 2477(กทม : บริการสวัสดิการศาลฎีกา บริการส่งเสริมงานตุลาการ, 2477, อ้างถึงในชีวิน มัลลิกะมาลย์. การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550

<sup>16</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 404/2555

กรณีการใช้ชื่อของบุคคลผู้ลวงลับนั้น เนื่องจากสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิทธิส่วนบุคคลโดยแท้ และมีลักษณะเป็นสิทธิเฉพาะตัว เมื่อบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของสิทธิได้ลวงลับไปแล้ว สิทธิเหล่านี้ย่อมเป็นอันระงับและไม่ตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของบุคคลนั้น ดังนั้น หากผู้ใดใช้ชื่อของผู้ที่ลวงลับไปแล้วในทางที่เสื่อมเสียต่อชื่อเสียงของผู้ลวงลับ ย่อมไม่เป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของผู้ลวงลับ และไม่เป็นการทำละเมิด ตามมาตรา 420 ต่อผู้ลวงลับ

อย่างไรก็ตาม หากการใช้ชื่อของผู้ลวงลับนั้นเป็นเพียงแต่การใช้ชื่อตัวหรือชื่อจริงของผู้ลวงลับ ย่อมไม่เป็นการละเมิดต่อผู้ลวงลับและทายาทของผู้ลวงลับ เช่น เผยแพร่ข่าวว่า “นายสมัคร” เป็นคนทุจริตชาติบ้านเมือง โดยต้องการหมายความถึงนายสมัคร สุนทรเวช ไม่ว่าจะคนทั่วไปจะทราบว่าจะหมายถึงนายสมัคร สุนทรเวชหรือไม่ก็ตาม ก็ไม่เป็นการละเมิดต่อนายสมัคร สุนทรเวช เนื่องจากสิทธิตามรัฐธรรมนูญของนายสมัครได้ระงับไปแล้ว

แต่หากเป็นการใช้ทั้งชื่อตัวและชื่อสกุลของผู้ลวงลับ หรือใช้แค่ชื่อสกุลของผู้ลวงลับ แต่ทำให้คนทั่วไปทราบได้ว่าหมายถึงผู้ลวงลับ อาจเป็นการกระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญของทายาทของผู้ลวงลับซึ่งใช้ชื่อสกุลเดียวกันกับผู้ลวงลับได้ เช่น เผยแพร่ข่าวว่า “นายสมัคร สุนทรเวช” เป็นคนทุจริตโกงกินบ้านเมือง หรือใช้เพียงแค่ชื่อสกุลว่า “สุนทรเวช” แต่คนทั่วไปย่อมเข้าใจโดยทั่วกันว่าหมายถึงนายสมัคร สุนทรเวช แม้จะไม่เป็นการละเมิดนายสมัคร สุนทรเวช เนื่องจากสิทธิตามรัฐธรรมนูญของนายสมัครได้ระงับไปแล้ว แต่เป็นการกระทบสิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศของทายาทของนายสมัคร เนื่องจากคนทั่วไปที่ได้เห็นหรือได้ยินข้อความดังกล่าว อาจดูหมิ่นและเกลียดชังทายาทว่าเป็นครอบครัวเดียวกันกับคนทุจริตและทรัพย์สินต่างๆ ของทายาทอาจได้มาจากการทุจริต เป็นต้น

ส่วนในกรณีของการใช้ชื่อในทางที่ดีหรือไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง เช่น เผยแพร่ข่าวว่านายสมัคร สุนทรเวช เป็นอดีตนายกรัฐมนตรีที่ได้รับเครื่องราชอิสริยาภรณ์มากมาย หรือเป็นผู้เสนอโครงการสร้างอาคารรัฐสภาแห่งใหม่ ไม่เป็นการละเมิดทั้งต่อนายสมัครและต่อทายาทของนายสมัคร เนื่องจากขาดองค์ประกอบเรื่องความเสียหายตามมาตรา 420

การคุ้มครองบุคคลจากการถูกทำละเมิด ตามมาตรา 420 นั้น ไม่มีกำหนดระยะเวลาความคุ้มครอง แต่สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น มีอายุความหนึ่งปี



นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ว่าผู้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการทำละเมิดอย่างต่อเนื่อง ซึ่งจะไม่มีอายุความ

(2) การละเมิดโดยการไขข่าวแพร่หลายข้อความฝ่าฝืนความจริง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423 วรรคแรก บัญญัติว่า

“ผู้ใดกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นก็ดี ท่านว่าผู้นั้นจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การนั้น แม้ทั้งเมื่อตนมิได้รู้ว่าข้อความนั้นไม่จริง แต่หากควรจะรู้ได้”

กรณีที่มีผู้ใช้ชื่อของบุคคลผู้ล่วงลับในการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง แต่เป็นการใช้เพียงแค่ชื่อตัวหรือชื่อจริง เช่น เผยแพร่ข่าวว่า “นายสมัคร” เป็นอดีตผู้ก่อการร้ายคอมมิวนิสต์เมื่อครั้งยังมีชีวิตอยู่ โดยผู้กล่าวข้อความต้องการจะหมายความว่านายสมัคร สุนทรเวช ซึ่งข้อความดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนความจริงเนื่องจากนายสมัครไม่เคยเป็นผู้ก่อการร้ายคอมมิวนิสต์แต่อย่างใด การกล่าวข้อความดังกล่าวก็ไม่ทำให้นายสมัครได้รับความเสียหายแต่อย่างใด เนื่องจากนายสมัครได้ล่วงลับไปแล้ว และไม่ทำให้ทายาทของนายสมัครเสียหาย เนื่องจากเป็นการกล่าวเพียงชื่อตัวของบุคคลโดยมิได้ระบุชื่อสกุลด้วย

อย่างไรก็ตาม หากเป็นการกล่าวข้อความโดยใช้ทั้งชื่อตัวและชื่อสกุล เช่น เผยแพร่ข่าวว่า “นายสมัคร สุนทรเวช” เป็นอดีตผู้ก่อการร้ายคอมมิวนิสต์ หรือกล่าวข้อความโดยใช้เฉพาะชื่อสกุลว่า “สุนทรเวช” ย่อมทำให้คนทั่วไปเข้าใจได้ว่าหมายถึงนายสมัคร แม้จะไม่ทำให้นายสมัครเสียหายเนื่องจากนายสมัครได้ล่วงลับไปแล้วก็ตาม แต่อาจทำให้ทายาทของนายสมัครได้รับความเสียหายแก่ทางทำมาหาได้หรือทางเจริญ เนื่องจากอาจถูกดูหมิ่นหรือเกลียดชังว่าเป็นทายาทของผู้ก่อการร้าย จึงเป็นการทำละเมิดต่อทายาท ไม่ใช่ต่อผู้ล่วงลับ

การทำให้ผู้อื่นเสียชื่อเสียง ตามมาตรา 423 นั้น เป็นการกระทำโดยการไขข่าวแพร่หลายข้อความเท็จ ส่วนการทำให้เสียชื่อเสียงโดยประการอื่นๆ ผู้ได้รับความเสียหายอาจ

ฟ้องร้องดำเนินคดีโดยอาศัยมาตรา 420 ได้<sup>17</sup> โดยที่ความคุ้มครองตามมาตรา 423 นั้นไม่มีกำหนดระยะเวลาความคุ้มครอง ดังนั้น หากบุคคลต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงอันเนื่องมาจากการไขข่าวข้อความอันฝ่าฝืนความจริง ย่อมฟ้องร้องดำเนินคดีได้เสมอ โดยศาลอาจสั่งให้ผู้ที่ทำให้เสียชื่อเสียง จัดการตามควรเพื่อให้ชื่อเสียงกลับคืน เช่น ลงประกาศขอโทษผู้เสียหายและชี้แจงข้อมูลที่ถูกต้องในหนังสือพิมพ์ และศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ที่ต้องเสียชื่อเสียงด้วยก็ได้

### (3) การละเมิดโดยการใช้ชื่อของคนตายโดยไม่ได้รับอนุญาต

ตามที่ได้อธิบายไว้ในข้อ (ค) ว่าบุคคลได้รับความคุ้มครองสิทธิในการใช้นามของตน โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 แต่มาตรา 18 นั้นให้สิทธิแก่เจ้าของชื่อในการเรียกให้ผู้ที่น่าชื่อไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตหยุดการใช้ชื่อหรือขอให้ศาลสั่งห้ามใช้ชื่อได้ แต่ไม่ได้ให้สิทธิแก่เจ้าของชื่อในการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่น่าชื่อไปใช้แต่อย่างใด ดังนั้น หากเจ้าของชื่อต้องการเรียกค่าสินไหมทดแทน สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีโดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องละเมิด มาตรา 420 หรือ มาตรา 421 เนื่องจากสิทธิในการใช้นาม ตามมาตรา 18 นั้นเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่อาจถูกทำละเมิดได้<sup>18</sup> โดยอาจแบ่งการใช้ชื่อของผู้ล่วงลับออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

#### (3.1) การใช้ชื่อของผู้ล่วงลับในลักษณะที่ไม่ใช่ชื่อทางการค้า

การใช้ชื่อของผู้ล่วงลับในลักษณะที่ไม่ใช่การใช้ชื่อทางการค้า แต่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ ยกตัวอย่างเช่น การนำชื่อตัวของ ศาสตราจารย์ ดร.สัญญา ซึ่งเป็นอดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และอดีตอธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ไปใช้

<sup>17</sup> สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 89.

<sup>18</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 3070/2522 ที่วินิจฉัยไว้ว่า โจทก์เป็นนิติบุคคลใช้ชื่อว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัด เจมพลาซ่าต่อมาจำเลยตั้งร้านค้าชื่อว่า เจ.พลาซ่า และต่างก็จำหน่ายเพชรพลอยและเครื่องประดับซึ่งเป็นสินค้าประเภทเดียวกัน ชื่อทั้งสองดังกล่าวคล้ายคลึงกัน ทำให้ประชาชนเข้าใจผิดได้ว่า "เจ" เป็นชื่อย่อของ "เจม" และร้านจำเลยก็คือห้างของโจทก์ แสดงว่าจำเลยมีเจตนาแสวงหาประโยชน์จากชื่อห้างโจทก์ ทำให้โจทก์ต้องเสื่อมเสียประโยชน์การขายสินค้าลดลงและต้องเสียค่าใช้จ่ายในการโฆษณาว่าห้างโจทก์มีเพียงแห่งเดียว การกระทำของจำเลยดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดเสียหายแก่โจทก์ตามมาตรา 18 และมาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โจทก์มีสิทธิขอให้จำเลยระงับการใช้ชื่อร้านดังกล่าวและเรียกค่าเสียหายได้ ค่าเสียหายที่โจทก์ขายสินค้าลดลงและค่าโฆษณาให้ลูกค้าทราบว่าห้างโจทก์มีเพียงแห่งเดียว เป็นค่าเสียหายเกิดจากการใช้สิทธิอันมิชอบด้วยกฎหมายของจำเลยโดยตรง จำเลยจึงต้องรับผิดชอบ

ในการเรียไรเงินบริจาคโดยไม่ได้รับอนุญาต ไม่เป็นการละเมิดสิทธิในการใช้ชื่อของศาสตราจารย์ ดร. สัญญา เนื่องจากสิทธิในการใช้นามของศาสตราจารย์ ดร. สัญญา ได้ระงับไปเมื่อเสียชีวิตแล้ว

แต่หากเป็นการใช้ทั้งชื่อตัวและชื่อสกุลของศาสตราจารย์ ดร. สัญญา ในการเรียไรเงินบริจาคโดยไม่ได้รับอนุญาต แม้จะไม่เป็นการละเมิดสิทธิในการใช้ชื่อของศาสตราจารย์ ดร. สัญญา แต่อาจเป็นการละเมิดสิทธิของทายาทของศาสตราจารย์ ดร. สัญญาและสมาชิกในสกุลธรรมศักดิ์ เนื่องจากทายาทของศาสตราจารย์ ดร. ธรรมศักดิ์ และสมาชิกในสกุลธรรมศักดิ์ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลธรรมศักดิ์อาจได้รับผลกระทบ และสามารถขอให้หยุดการใช้ชื่อโดยไม่ได้รับอนุญาต

### (3.2) การใช้ชื่อของผู้ล่งลับในลักษณะที่เป็นชื่อทางการค้า

ชื่อที่ได้รับความคุ้มครอง ตามมาตรา 18 นั้น นอกจากหมายความถึงนามหรือชื่อของบุคคลที่มีชื่อตามสภาพบุคคล เช่น ชื่อตัว ชื่อสกุล แล้วนั้น ยังหมายความถึงชื่อทางการค้า (Tradenam) ที่บุคคลใช้ในทางการค้าและธุรกิจเพื่อแสดงว่าธุรกิจหรือบริการนั้นเป็นของตนอีกด้วย แต่ไม่หมายความรวมถึงชื่อที่จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ซึ่งหลักเกณฑ์และเงื่อนไขความคุ้มครองต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

ชื่อทางการค้า เป็นวัตถุแห่งสิทธิอันมีมูลค่าขึ้นมาได้จากชื่อเสียงเกียรติคุณของเจ้าของชื่อ หรือสินค้าหรือบริการที่ใช้ชื่อทางการค้านั้น หากผู้ใดนำชื่อไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงเกียรติคุณของชื่อนั้นโดยไม่สุจริต ย่อมเป็นการทำละเมิดให้เจ้าของชื่อได้รับความเสียหาย เจ้าของชื่อสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนโดยอาศัยบทบัญญัติในเรื่องละเมิดได้<sup>19</sup>

ยกตัวอย่างเช่น ชื่อห้องเสื้อและสินค้าแฟชั่นแบรนด์ “พิจิตรา” ของคุณพิจิตรา บุญรัตพันธุ์ หรือชื่อแบรนด์ “วทานิกา” ของคุณวทานิกา ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา เป็นชื่อทางการค้า หากผู้ใดนำชื่อ “พิจิตรา” หรือ “วทานิกา” ไปใช้กับสินค้าเสื้อผ้าหรือแฟชั่น เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้าจากชื่อเสียงเกียรติคุณของแบรนด์ “พิจิตรา” หรือ “วทานิกา” โดย

<sup>19</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่. 6525/2559, 9513/2554, 4423/2553, 5565/2548

ไม่ได้รับอนุญาตจากคุณพิจิตรหรือคุณวาทานิกา เป็นการละเมิดสิทธิในการใช้ชื่อของคุณพิจิตรหรือคุณวาทานิกา

กรณีที่บุคคลใช้ชื่อของตนเป็นชื่อทางการค้าและต่อมาบุคคลนั้นได้ถึงแก่ความตาย ชื่อทางการค้านั้นเป็นทรัพย์สินอันอาจตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทได้ ยกตัวอย่างเช่น หากคุณพิจิตร บุนยรัตพันธุ์ ถึงแก่ความตาย ชื่อทางการค้า “พิจิตรรา” ย่อมตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของคุณพิจิตร หรือชื่อทางการค้า “Christian Dior” ซึ่งเป็นชื่อตัวและชื่อสกุลของ Christian Dior เมื่อ Christian Dior ถึงแก่ความตาย ชื่อทางการค้าย่อมตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของ Christian Dior หากผู้ใดนำชื่อทางการค้าไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อทางการค้าของทายาท

นอกจากสิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่น่าชื่อไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตแล้ว บุคคลยังอาจอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ชื่อของตนในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ เพื่อแลกกับค่าตอบแทนในทำนองเดียวกันกับเงินค่าสิทธิ (Royalty) เนื่องจากชื่อของบุคคลที่มีชื่อเสียงหรือเป็นที่จดจำของคนทั่วไป เป็นสิ่งที่ผู้ประกอบการสามารถนำมาใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้าหรือบริการของเขาได้ ยกตัวอย่างเช่น ในขณะที่คุณปอ ทฤษฎี สหวงษ์ ยังมีชีวิตอยู่ เคยเป็นดารานักแสดงที่มีชื่อเสียงและเป็นที่รู้จักของคนทั่วไป คุณปอมีสิทธิอนุญาตให้ผู้ผลิตสินค้าหรือผู้ให้บริการใช้ชื่อของคุณปอในการขายหรือโฆษณาสินค้าหรือบริการ แลกกับค่าตอบแทนการใช้ชื่อได้

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และของประเทศเยอรมนี พบว่ากฎหมายของทั้งสองประเทศมีการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ทายาทของผู้ล่วงลับในการได้รับค่าสินไหมทดแทน ตลอดจนค่าตอบแทนจากผู้ประกอบการที่น่าชื่อของผู้ล่วงลับไปใช้เป็นชื่อสินค้าหรือใช้เพื่อโฆษณาสินค้า แม้จะเป็นการใช้ชื่อในภายหลังจากที่เจ้าของชื่อได้ล่วงลับไปแล้วก็ตาม โดยกฎหมายของทั้งสองประเทศถือว่าสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้ชื่อนั้นเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินอันอาจตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของเจ้าของชื่อผู้ล่วงลับได้

แต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันแล้ว พบว่ายังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของทายาทในการได้รับ

คำตอบแทนจากการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ชื่อของผู้ล่วงลับไว้โดยเฉพาะ สิทธิดังกล่าวจึงมิใช่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดอันอาจถูกทำละเมิดได้ ตามมาตรา 420 และเมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะมรดกพบว่าสิทธิดังกล่าวมิได้มีสถานะเป็นทรัพย์สินที่ผู้ตายมีอยู่เมื่อตาย และโดยสภาพแล้ว เป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ สิทธิดังกล่าวจึงไม่ใช่กองมรดกของผู้ตาย และไม่ตกทอดแก่ทายาท<sup>20</sup> ยกตัวอย่างเช่น เมื่อคุณปอ ทฤษฎี ได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว หากมีผู้ผลิตสินค้าเกษตรนำชื่อของคุณปอไปตั้งเป็นชื่อผลิตภัณฑ์ หรือใช้ชื่อในการโฆษณาสินค้า เนื่องจากเมื่อครั้งที่คุณปอยังมีชีวิตอยู่ได้เคยส่งเสริมการทำเกษตรแบบพอเพียง ทายาทของคุณปอจะไม่สามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิในการได้รับคำตอบแทนหรือค่าสินไหมทดแทนจากผู้ผลิตสินค้าที่นำชื่อของคุณปอไปใช้แต่อย่างใด

#### (4) ปัญหาการใช้กฎหมายละเมิดในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่วงลับ

จากการศึกษาการใช้กฎหมายละเมิดของไทยในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่วงลับ พบว่ายังมีปัญหาในการให้ความคุ้มครองดังต่อไปนี้

1) กฎหมายละเมิดไม่คุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศของของผู้ล่วงลับจากการถูกผู้อื่นนำชื่อของผู้ล่วงลับไปใช้ในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ล่วงลับ แต่จะคุ้มครองเฉพาะในกรณีที่ใช้ชื่อของผู้ล่วงลับก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น

2) กฎหมายละเมิดไม่คุ้มครองชื่อของผู้ล่วงลับในกรณีที่ถูกนำไปใช้ในลักษณะอื่นใดที่ไม่ใช่การใช้ชื่อทางการค้า โดยไม่ได้รับอนุญาต

3) สิทธิของทายาทในการได้รับค่าสินไหมทดแทนและคำตอบแทนจากผู้ที่ใช้ชื่อของผู้ล่วงลับในการขายหรือโฆษณาสินค้าไม่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายละเมิด เนื่องจากมิใช่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามนัยแห่งมาตรา 420 และไม่มืเป็นกองมรดกของผู้ล่วงลับอันอาจตกทอดแก่ทายาทได้

<sup>20</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1600 “ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ กองมรดกของผู้ตายได้แก่ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบต่าง ๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้”

## (ง) กฎหมายเครื่องหมายการค้า

### (1) ลักษณะของการคุ้มครอง

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4 บัญญัตินิยามของคำว่า “เครื่องหมายการค้า” ว่าหมายถึง เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น เพื่อให้ผู้บริโภคสามารถเลือกซื้อสินค้าได้คุณภาพสินค้าตามเครื่องหมายการค้าที่โฆษณา และเพื่อให้ผู้บริโภคทราบถึงผู้ผลิตสินค้านั้นๆ อีกด้วย ซึ่งตรงกับภาษาโดยทั่วไปที่เราเรียกกันว่า ยี่ห้อ โลโก้ หรือ แบนด์ โดยที่เครื่องหมายการค้านี้ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนก็ถือว่าเป็นเครื่องหมายการค้าได้ แต่หากเจ้าของเครื่องหมายต้องการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เจ้าของเครื่องหมายจะต้องนำเครื่องหมายนั้นไปจดทะเบียน ณ กรมทรัพย์สินทางปัญญา จึงจะมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของตนและสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิได้<sup>21</sup>

ชื่อตัว ชื่อสกุลของบุคคลธรรมดาที่ไม่เป็นชื่อสกุลตามความหมายที่เข้าใจกันโดยธรรมดา ถือว่ามีลักษณะบ่งเฉพาะอันสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้<sup>22</sup>

ตัวอย่างเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ และเครื่องหมายรับรองที่ใช้ชื่อของบุคคลเป็นเครื่องหมาย ได้แก่ น้ำจิ้มตรา “แม่ประนอม” ใช้ชื่อตัวของนางประนอม แดงสุภา ร้านเสริมสวย “ชลาชล” ใช้ชื่อตัวของคุณสมศักดิ์ ชลาชล เครื่องหมายรับรองด้านอาหาร “หมึกแดง” ใช้ชื่อเล่นของ ม.ล. ศิริเฉลิม สวัสดิวัฒน์ หรือเครื่องหมายรับรองด้านอาหาร “คุณหรีด” ใช้ชื่อเล่นของคุณรพีพรรณ เหลืองอร่ามรัตน์ เป็นต้น ซึ่งผู้ที่นำชื่อไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า จะเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายนั้น<sup>23</sup>

<sup>21</sup> พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ มาตรา 46 “บุคคลใดจะฟ้องคดี เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดสิทธิดังกล่าวไม่ได้”

<sup>22</sup> พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ มาตรา 7(1)

<sup>23</sup> พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ มาตรา 44 “ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”



ภาพที่ 28 เครื่องหมายบริการ “ชลาชล”



ภาพที่ 29 เครื่องหมายรับรองด้านอาหาร “หมึกแดง” “ถนัดศรีชวนชิม” และ “คุณหรีด”

กรณีที่บุคคลจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการโดยใช้ชื่อของตนเองเป็นเครื่องหมาย หากต่อมาบุคคลนั้นได้ถึงแก่ความตาย สิทธิในเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายบริการ ตกเป็นมรดกแก่ทายาทได้<sup>24</sup> โดยจะต้องมีการจดทะเบียนการรับมรดกสิทธิต่อนายทะเบียน<sup>25</sup> ยกตัวอย่างเช่น หากในอนาคต คุณประนอมหรือคุณสมศักดิ์ถึงแก่ความตาย ทายาทของคุณประนอมหรือของคุณสมศักดิ์ย่อมมีสิทธิในเครื่องหมายการค้า “แม่ประนอม” หรือ “ชลาชล” และสามารถจดทะเบียนรับมรดกสิทธิต่อนายทะเบียนได้

ส่วนกรณีเครื่องหมายรับรองนั้น ไม่อาจตกทอดเป็นมรดกเหมือนกรณีเครื่องหมายการค้าและเครื่องหมายรับรองได้ แต่จะระงับเมื่อเจ้าของเครื่องหมายรับรองตาย<sup>26</sup> ยกตัวอย่างเช่น หากในอนาคต ม.ล. ศิริเฉลิม สวัสดิวัฒน์ถึงแก่นิจกรรม สิทธิในเครื่องหมายรับรอง “หมึกแดง” ย่อมเป็นอันระงับ ไม่ตกทอดแก่ทายาท

<sup>24</sup> พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า มาตรา 49 “สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วย่อมโอนหรือรับมรดกกันได้ ทั้งนี้ จะเป็นการโอนหรือรับมรดกพร้อมกับกิจการที่เกี่ยวกับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ได้”

<sup>25</sup> พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า มาตรา 51 “การโอนหรือการรับมรดกสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วต้องจดทะเบียนต่อนายทะเบียน”

<sup>26</sup> พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า มาตรา 93 “สิทธิในเครื่องหมายรับรองสิ้นสุดลง เมื่อเจ้าของเครื่องหมายรับรองนั้นตายหรือสิ้นสภาพบุคคล”

เครื่องหมายการค้านั้นมีอายุ 10 ปีนับแต่วันที่จดทะเบียนซึ่งได้แก่วันที่ยื่นคำขอจดทะเบียน แต่เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถขอต่ออายุการจดทะเบียนต่อไปได้ ดังนั้นเครื่องหมายการค้าจึงได้รับความคุ้มครองตราเท่าที่เจ้าของเครื่องหมายยังใช้เครื่องหมายนั้นอยู่และมีการต่ออายุการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า<sup>27</sup>

## (2) การเยียวยา

ผู้ที่จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าจะเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้<sup>28</sup> ยกตัวอย่างเช่น หากนางประนอม แดงสุภา จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในชื่อ “แม่ประนอม” สำหรับสินค้าประเภทน้ำจิ้ม หากผู้อื่นนำชื่อ “แม่ประนอม” ไปใช้กับผลิตภัณฑ์น้ำจิ้มโดยไม่ได้รับอนุญาตจากนางประนอม ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายการค้าของนางประนอม นางประนอมสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีให้ผู้นั้นรับผิดชอบละเมิดได้

## (3) ปัญหาการใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าในการคุ้มครองชื่อของผู้ล้วงลับ

จากการศึกษากฎหมายเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 พบว่ายังมีปัญหาในการให้ความคุ้มครองแก่การใช้ชื่อของผู้ล้วงลับ ดังต่อไปนี้

1) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ คุ้มครองการใช้ชื่อของผู้ล้วงลับในฐานะของเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายบริการ หรือเครื่องหมายรับรอง แต่ไม่ครอบคลุมถึงการใช้ชื่อในลักษณะต่างๆ ไป เช่น การนำชื่อของคุณปอ ทฤษฎีไปใช้ในการโฆษณา ประกันชีวิตว่าคุณปอ ทฤษฎีวางใจเลือกใช้ประกันภัยรายนี้ ไม่ใช่การใช้ชื่อของคุณปออย่างเครื่องหมายการค้า จึงไม่ใช่กรณีที่อยู่ภายใต้กฎหมายเครื่องหมายการค้า

<sup>27</sup> พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ มาตรา 53 “การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าให้มีอายุสิบปีนับแต่วันที่จดทะเบียนตามมาตรา 42 และอาจต่ออายุได้ตามมาตรา 54”

<sup>28</sup> พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้าฯ มาตรา 44 “ภายใต้บังคับมาตรา ๒๗ และมาตรา ๖๘ เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”



2) กรณีใช้ชื่อตัวหรือชื่อสกุลเป็นเครื่องหมายรับรอง เมื่อเจ้าของเครื่องหมายถึงแก่ความตาย สิทธิในเครื่องหมายรับรองเป็นอันระงับ ยกตัวอย่างเช่น หากม.ล.ศิริเฉลิม สวัสดิวัฒน์ ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายรับรอง “หมึกแดง” ถึงแก่ความตาย สิทธิในเครื่องหมายรับรองย่อมเป็นอันระงับ ทายาทของม.ล.ศิริเฉลิม ไม่อาจรับมรดกสิทธิในเครื่องหมายรับรองได้ ดังนั้น ผู้ที่มีสิทธินำชื่อ “หมึกแดง” ไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายรับรองได้

เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และลักษณะของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายของประเทศไทย และสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับตามกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและของประเทศเยอรมนีแล้ว พบว่ามีความแตกต่างกัน กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของเครื่องหมายการค้าใน 2 ประเทศ ประการแรก คือเพื่อจัดระเบียบข้อมูลการเป็นเจ้าของและการใช้เครื่องหมายการค้า และประการที่สอง คือเพื่อคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า เพื่อคุ้มครองผู้ผลิตจากการถูกคู่แข่งนำเครื่องหมายไปดัดแปลงโดยมิชอบ ซึ่งเป็นหลักการและพื้นฐานเดียวกันกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมทั้งหลาย เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของผู้ผลิตและคุ้มครองผู้บริโภค ให้ผู้บริโภคสามารถแยกความแตกต่างในแหล่งกำเนิดของสินค้าหรือความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า ช่วยให้ประชาชนหรือผู้บริโภคสามารถแยกได้ว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างจากสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายอื่น ซึ่งเครื่องหมายการค้าที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าจะต้องเป็นเครื่องหมายที่ได้รับการจดทะเบียนต่อนายทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้แล้วเท่านั้น โดยในการจดทะเบียนนั้น นายทะเบียนจะพิจารณาลักษณะต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ นั่นคือ เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีลักษณะบ่งเฉพาะ เป็นเครื่องหมายการค้าที่ไม่มีลักษณะต้องห้าม และต้องไม่เป็นเครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายเครื่องหมายการค้าที่บุคคลอื่นได้จดทะเบียนไว้แล้ว โดยเครื่องหมายการค้าที่ได้รับการจดทะเบียนจะได้รับความคุ้มครองเฉพาะสำหรับสินค้าหรือบริการในกลุ่มที่เครื่องหมายการค้านั้นได้ถูกจดทะเบียนไว้เท่านั้น แต่ไม่รวมถึงสินค้าหรือบริการในประเภทอื่น

ส่วนสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองการนำภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับไปใช้แสวงหาประโยชน์ทางการค้าในทุกรูปแบบ โดยมีได้มีการกำหนดว่าจะต้องมีการจดทะเบียนชื่อของผู้ล่งลับต่อนายทะเบียนเสียก่อน อีกทั้งยังมีได้จำกัดขอบเขตความคุ้มครองไว้เฉพาะสำหรับกลุ่มสินค้าหรือบริการอย่างหนึ่งอย่างใดเท่านั้น เนื่องจากการ

คุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ที่นั่นเกิดมาจากแนวคิดที่ว่าปัจเจกชนมีสิทธิเด็ดขาดตามธรรมชาติในการควบคุมมูลค่าในเชิงพาณิชย์ของชื่อและภาพของตนเอง ตลอดจนมีสิทธิป้องกันมิให้ผู้อื่นนำชื่อและภาพของตนไปใช้หาประโยชน์โดยปราศจากความยินยอม โดยมีได้คำนึงถึงประเภทหรือกลุ่มของสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่มีการนำภาพหรือชื่อของผู้ล้วงลับไปใช้

ดังนั้น การคุ้มครองชื่อของผู้ล้วงลับโดยอาศัยกฎหมายเครื่องหมายการค้า จึงยังมีข้อจำกัดในการคุ้มครองชื่อของผู้ล้วงลับ ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล้วงลับ ตามกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและของประเทศเยอรมนี

## (จ) กฎหมายอาญา

### (1) ลักษณะของการคุ้มครอง

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สาม และการใส่ความนั้นน่าจะเป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษดังบัญญัติไว้ในมาตรา 326 นั้น”

ยกตัวอย่างเช่น หากผู้ใดเผยแพร่ข่าวว่านายสมักร สุนทรเวช เป็นนักการเมืองที่สนับสนุนผู้ก่อการร้ายแบ่งแยกดินแดนสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ เป็นการใส่ความนายสมักร และเป็นเหตุให้ทายาทของนายสมักรต้องเสื่อมเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดอาญาฐานหมิ่นประมาทผู้ตาย ทั้งนี้ การกระทำความผิดข้อหาดังกล่าวไม่มีกำหนดระยะเวลาความคุ้มครอง ดังนั้น ไม่ว่าผู้ตายจะได้เสียชีวิตไปแล้วเป็นระยะเวลาานานเท่าใด หากมีการกระทำครบองค์ประกอบความผิด ผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้เสมอ โดยศาลมีอำนาจลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

### (2) ปัญหาการใช้กฎหมายอาญาในการคุ้มครองชื่อของผู้ล้วงลับ

แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327 จะกำหนดให้การใส่ความผู้ตายต่อบุคคลที่สามเป็นองค์ประกอบของความผิด แต่ก็มีกำหนดพฤติการณ์ไว้ด้วยว่าการใส่ความนั้นต้องน่าจะเป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง

ด้วย ฉะนั้น หากการใส่ความผู้ตายไม่เป็นเหตุให้บิดา มารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ก็ไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา 327 นี้ จึงเห็นได้ว่า มาตรา 327 นี้มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ คนที่ยังมีชีวิตอยู่ที่ถูกกระทบจากการใส่ความผู้ตาย ไม่ใช่คุ้มครองผู้ตาย

ยกตัวอย่างเช่น หากใส่ความโดยใช้ทั้งชื่อตัวและชื่อสกุลของนายสมัคร สุนทรเวช ว่าเคยเป็นแนวร่วมผู้ก่อการร้าย ย่อมทำให้บิดา มารดา คู่สมรส และบุตรของนายสมัครเสื่อม เสียชื่อเสียงถูกดูหมิ่นเกลียดชังว่าเป็นทายาทของผู้ก่อการร้าย เป็นความผิดตามมาตรา 327 แต่หาก เป็นการใส่ความโดยใช้เฉพาะชื่อตัวของนายสมัคร ว่านายสมัครเคยเป็นแนวร่วมผู้ก่อการร้าย ไม่ทำให้ บิดา มารดา คู่สมรส และบุตรของนายสมัครเสียชื่อเสียง เนื่องจากไม่ได้เจาะจงนามสกุล จึงไม่เป็น ความผิดตามมาตรา 327

## 4.2 สิทธิในภาพของผู้ล่วงลับ

### (ก) รัฐธรรมนูญ

#### (1) ลักษณะของการคุ้มครอง

การนำภาพของบุคคลอื่นไปใช้ในทางที่เสื่อมเสียชื่อเสียง เกียรติยศ หรือกระทบสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองให้แก่ บุคคล ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอความคุ้มครองได้ ยกตัวอย่างเช่น การนำภาพ ผู้อื่นในขณะกำลังมีเพศสัมพันธ์มาเผยแพร่ เป็นการละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของคนในภาพ แม้ผู้นั้นจะเป็นบุคคลสาธารณะ ก็ไม่ได้แปลว่าจะไม่มีชีวิตความเป็นอยู่ส่วนตัว<sup>29</sup>

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีจุดประสงค์ในการควบคุม อำนาจรัฐและผดุงไว้ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นการทั่วไป โดยมิได้กำหนดความรับผิดชอบของ บุคคลในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อกันไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การกำหนดความรับผิดชอบระหว่างกันนั้น ต้องใช้หลักกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>30</sup>

<sup>29</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4893/2558

<sup>30</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4893/2558

(2) ปัญหาการใช้รัฐธรรมนูญในการคุ้มครองภาพของผู้ล่วงลับ

สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะ เป็นสิทธิที่รัฐคุ้มครองให้แก่ปัจเจกชน หรือบุคคลที่ยังมีชีวิต โดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวและเป็นสิทธิของบุคคลโดยแท้ จึงไม่ตกทอดแก่ทายาท เมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นอันระงับ และทายาทไม่ได้เป็นผู้ทรงสิทธิแทนผู้ตาย<sup>31</sup> หากผู้ใดนำภาพของผู้ตายไปใช้ในทางที่ทำให้ผู้ตายต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศ ทายาทของผู้ตายไม่สามารถขอรับความคุ้มครองแทนผู้ตายได้

(ข) หลักการใช้สิทธิโดยสุจริต

ลักษณะและปัญหาในการใช้หลักสุจริตตามมาตรา 5 ในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่วงลับ

ลักษณะการคุ้มครองโดยหลักสุจริตนั้นเหมือนกันกับในหัวข้อ 4.1 (ข) ที่ได้กล่าวในข้างต้น ยกตัวอย่างเช่น หากผู้ประกอบการนำภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ได้ล่วงลับไปแล้วไปใช้ในทางโฆษณาสินค้าประเภทสุรา บุหรี่ หรือสถานอาบอบนวด ไม่ว่าจะด้วยเจตนาให้ผู้ตายเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือไม่ก็ตาม ศาลอาจใช้หลักสุจริตตามมาตรา 5 มาใช้ในการคุ้มครองได้

อย่างไรก็ตาม หลักสุจริตตามมาตรา 5 นั้นเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้กว้างๆ เกี่ยวกับการใช้สิทธิตามกฎหมายแพ่งและสิทธิตามสัญญาว่าจะต้องกระทำโดยสุจริต ซึ่งศาลมีอำนาจในการนำหลักสุจริตมาใช้วินิจฉัยคดีเพื่อผดุงความยุติธรรมตามพฤติการณ์แห่งคดี ดังนั้นผลแห่งคำพิพากษาของศาลแต่ละคดีจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและดุลพินิจของศาลในคดีนั้นๆ ว่าการใช้สิทธิเป็นไปด้วยความสุจริตหรือไม่

(ค) กฎหมายลักษณะละเมิด

(1) การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

การนำภาพของผู้อื่นไปใช้ในทางที่เสียหายต่อชื่อเสียง เกียรติยศ หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของเขา เช่น เผยแพร่ภาพถ่ายดาราราชณะกำลังอยู่ในบ้านพักหรือสถานที่ส่วนตัว เป็นการละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญ ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิสามารถฟ้องร้องดำเนินคดี

<sup>31</sup> ชีวิน มัลลิกะมาลย์, “การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง,” หน้า 120.

กับผู้ที่ทำให้ละเมิด โดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้ แต่หากเป็นการเผยแพร่ภาพแอบถ่ายดาราดูผู้ล่วงลับขณะที่กำลังอยู่ในบ้านพักหรือสถานที่ส่วนตัวเมื่อครั้งที่ยังมีชีวิตอยู่ ไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของดาราดูผู้ล่วงลับ เนื่องจากสิทธิได้ระงับไปแล้วเมื่อถึงแก่ความตาย และสิทธิจะไม่ตกทอดแก่ทายาทของผู้ล่วงลับ เนื่องจากเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ล่วงลับ ทายาทจึงไม่อาจฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้เผยแพร่ภาพของผู้ล่วงลับได้

ส่วนกรณีของการนำภาพของผู้ล่วงลับไปใช้ในทางที่ทำให้ชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ล่วงลับต้องเสื่อมเสียนั้น แม้จะไม่เป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของผู้ล่วงลับ เนื่องจากสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้นได้ระงับสิ้นไปแล้ว แต่หากการใช้ภาพของผู้ล่วงลับส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติยศของทายาทของผู้ล่วงลับ ทำให้ทายาทของผู้ล่วงลับได้รับความเสียหาย ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของทายาท ทายาทจึงสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ที่ทำให้ตนต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงได้ โดยอาศัยมาตรา 420

ยกตัวอย่างเช่น เผยแพร่ภาพของดาราดูผู้ล่วงลับขณะกำลังมีเพศสัมพันธ์เมื่อครั้งยังมีชีวิต หรือภาพของผู้ล่วงลับซึ่งนับถือศาสนาอิสลาม ขณะกำลังรับประทานอาหารที่ทำจากเนื้อหมู แม้จะไม่เป็นการทำละเมิดต่อผู้ล่วงลับ เนื่องจากสิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ล่วงลับได้ระงับไปแล้วเมื่อถึงแก่ความตาย แต่การเผยแพร่ภาพเหล่านั้นอาจทำให้ทายาทของผู้ล่วงลับถูกดูหมิ่นเกลียดชังหรือเสื่อมเสียชื่อเสียง เป็นการละเมิดสิทธิของทายาท ทายาทจึงสามารถฟ้องร้องผู้เผยแพร่ภาพตามมาตรา 420 ได้

ส่วนการเผยแพร่ภาพที่ไม่ทำให้ผู้ล่วงลับเสื่อมเสียชื่อเสียง เช่น ภาพของดาราดูผู้ล่วงลับขณะกำลังเป็นจิตอาสาช่วยผู้ประสบภัยน้ำท่วม หรือขณะกำลังทำการแสดงในงานเปิดตัวสินค้าในห้างสรรพสินค้า ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทั้งผู้ล่วงลับและทายาทของผู้ล่วงลับ จึงไม่เป็นการทำละเมิด

การคุ้มครองบุคคลจากการถูกทำละเมิด ตามมาตรา 420 นั้นไม่มีกำหนดระยะเวลาความคุ้มครอง ดังนั้น เมื่อใดที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้น ผู้ที่ถูกทำละเมิดมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีได้เสมอ และในกรณีที่ได้รับ ความเสียหาย ก็สามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 โดยศาลจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามพฤติการณ์และความร้ายแรง

(2) การละเมิดสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากการให้ใช้ภาพ

ผู้ที่มีชื่อเสียงหรือเป็นที่รู้จักของประชาชนอาจอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ภาพของตนในเชิงพาณิชย์ เช่น การขายหรือโฆษณาสินค้าหรือบริการ เพื่อแลกกับค่าตอบแทนในทำนองเดียวกันกับเงินค่าสิทธิ ยกตัวอย่างเช่น คุณปอ ทฤษฎี สหวงษ์ มีสิทธิอนุญาตให้ผู้ผลิตสินค้าหรือผู้ให้บริการใช้ภาพของตนบนสินค้าหรือใช้ภาพในการโฆษณาสินค้าหรือบริการ และได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้ภาพของตน ต่อมาเมื่อคุณปอถึงแก่ความตาย หากคุณปอมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากผู้ประกอบการรายใด สิทธิในค่าตอบแทนนั้นย่อมตกเป็นมรดกแก่ทายาทของคุณปอ เนื่องจากตามกฎหมายและโดยสภาพแล้วมิได้เป็นสิทธิเฉพาะตัวโดยแท้ของคุณปอแต่อย่างใด

แต่หลังจากที่คุณปอได้ล่วงลับไปแล้ว หากมีผู้ผลิตสินค้าเกษตรนำภาพของคุณปอไปแสดงบนผลิตภัณฑ์ หรือใช้ภาพของคุณปอในการโฆษณาสินค้า ทายาทของคุณปอไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่น่าภาพของคุณปอไปใช้ เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดของประเทศไทยที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของทายาทในการได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่ใช้ภาพของผู้ล่วงลับเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ สิทธิดังกล่าวจึงไม่ใช่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดอันอาจถูกทำละเมิดตามมาตรา 420 ได้ และเมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะมรดก พบว่าสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนที่คุณปอเคยมีเมื่อครั้งที่ยังมีชีวิต มิได้มีสถานะเป็นทรัพย์สินที่คุณปอมีอยู่เมื่อตายและโดยสภาพแล้ว เป็นสิทธิเฉพาะตัวของคุณปอโดยแท้ สิทธิดังกล่าวจึงไม่ใช่กองมรดกของคุณปอและไม่ตกทอดแก่ทายาทของคุณปอ ทายาทของคุณปอจะไม่สามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากผู้ผลิตสินค้าที่น่าชื่อของคุณปอไปใช้แต่อย่างใด

(3) ปัญหาการใช้กฎหมายละเมิดในการคุ้มครองภาพของผู้ล่วงลับ

จากการศึกษาการใช้กฎหมายละเมิดของไทยในการคุ้มครองการใช้ภาพของผู้ล่วงลับ พบว่ายังมีปัญหาในการให้ความคุ้มครองดังต่อไปนี้

1) กฎหมายละเมิดของไทยไม่คุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศของของผู้ล้วงลับจากการถูกบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่นำภาพของผู้ล้วงลับไปใช้ในทางที่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ล้วงลับ แต่จะคุ้มครองเฉพาะในกรณีที่มีการภาพชื่อของผู้ล้วงลับก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น

2) สิทธิของทายาทในการได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือค่าตอบแทนจากผู้ที่ใช้ภาพของผู้ล้วงลับในการขายหรือโฆษณาสินค้าไม่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายละเมิดเนื่องจากมิใช่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามนัยแห่งมาตรา 420 และไม่เป็นกองมรดกของผู้ล้วงลับอันอาจตกทอดแก่ทายาทได้ ต่างจากกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และของประเทศเยอรมนี ที่รับรองและคุ้มครองสิทธิแก่ทายาทของผู้ล้วงลับในการได้รับค่าสินไหมทดแทนตลอดจนค่าตอบแทนจากผู้ประกอบการที่นำภาพของผู้ล้วงลับไปใช้ในการโฆษณาสินค้า โดยถือว่าสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้ภาพนั้นเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินอันอาจตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของเจ้าของภาพผู้ล้วงลับได้

### (ง) กฎหมายเครื่องหมายการค้า

#### (1) ลักษณะของการคุ้มครอง

ภาพของผู้จดทะเบียนหรือบุคคลอื่นที่อนุญาตแล้ว เป็นเครื่องหมายที่มีลักษณะบ่งเฉพาะอันสามารถจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ ตามพ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า ฯ ยกตัวอย่างเช่น นางประนอม แดงสุภา ใช้ภาพของตนเองจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า “แม่ประนอม” นางประนอมเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายนั้น



ภาพที่ 30 ภาพของนางประนอม เป็นเครื่องหมายการค้า “แม่ประนอม”

กรณีที่เจ้าของเครื่องหมายใช้ภาพตนเองเป็นเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการ หากต่อมาเจ้าของเครื่องหมายได้ถึงแก่ความตาย สิทธิในเครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายบริการนั้นสามารถตกเป็นมรดกแก่ทายาทได้ ตามมาตรา 49 แห่งพ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า โดยจะต้องมีการจดทะเบียนการรับมรดกสิทธิต่อนายทะเบียน ยกตัวอย่างเช่น หากนางประนอมผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า “แม่ประนอม” ถึงแก่ความตาย ทายาทของนางประนอมสามารถรับมรดกสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้ ส่วนกรณีเครื่องหมายรับรองนั้นเป็นอันระงับเมื่อเจ้าของเครื่องหมายรับรองตายหรือสิ้นสภาพบุคคล โดยผลของมาตรา 93

กรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้าใช้ภาพของบุคคลอื่นเป็นเครื่องหมาย และต่อมาบุคคลในภาพได้ถึงแก่ความตาย จะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด เจ้าของเครื่องหมายการค้าจึงยังสามารถใช้เครื่องหมายนั้นต่อไปได้ ตราบเท่าที่ยังมีการใช้เครื่องหมายและมีการต่ออายุการจดทะเบียนเครื่องหมายนั้น

ส่วนกรณีการนำภาพของผู้ล่วงลับไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้านั้น พ.ร.บ. เครื่องหมายการค้า มาตรา 7(7) กำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนต้องได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของคนตาย (ถ้ามี) ยกตัวอย่างเช่น หากคิงพาวเวอร์ซึ่งเป็นผู้ประกอบการร้านค้าปลอดอากร ต้องการนำภาพของนายวิชัย ศรีวัฒนประภา ซึ่งได้ล่วงลับไปแล้ว ไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าของคิงพาวเวอร์ จะต้องได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของนายวิชัยก่อน โดยที่หลักเกณฑ์เรื่องการได้รับอนุญาตนั้นไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ ดังนั้น ไม่ว่าคุณวิชัยจะล่วงลับไปแล้วเป็นระยะเวลาเท่าใดก็ตาม คิงพาวเวอร์จะต้องได้รับอนุญาตจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรสของนายวิชัยก่อนเสมอ

## (2) การเยียวยา

ผู้ขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเป็นเจ้าของเครื่องหมายและมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้เครื่องหมายนั้น หากผู้อื่นนำเครื่องหมายนั้นไปใช้แสวงหาประโยชน์และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของเครื่องหมาย เจ้าของเครื่องหมายสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ที่ใช้เครื่องหมายนั้นฐานละเมิดได้



(3) ปัญหาการใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ในการคุ้มครองภาพของผู้ล้วงลับ

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า คุ้มครองเฉพาะภาพที่ได้จดทะเบียนไว้เป็นเครื่องหมาย เช่น นางประนอมใช้ภาพตนเองเป็นเครื่องหมายการค้า “แม่ประนอม” หากต่อมา นางประนอมถึงแก่ความตาย แม่ทายาทจะสามารถจดทะเบียนรับมรดกสิทธิในเครื่องหมายการค้าได้ก็ตาม แต่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า คุ้มครองเฉพาะภาพของนางประนอมที่ได้จดทะเบียนไว้เป็นเครื่องหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงภาพอื่นๆ ของแม่ประนอม ดังนั้น หากผู้ผลิตน้ำจิ้มรายอื่นนำภาพของนางประนอม ที่ไม่ใช่ภาพอันเป็นเครื่องหมายการค้า “แม่ประนอม” ไปใช้ในการโฆษณาผลิตภัณฑ์ของตน ย่อมไม่เป็นการละเมิดสิทธิของทายาทของนางประนอม ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า แต่อย่างใด

นอกจากนี้ แม้ว่าพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า จะบัญญัติเกี่ยวกับการนำภาพของผู้ล้วงลับไปใช้ในการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า ว่าจะต้องได้รับความยินยอมของทายาทของผู้ล้วงลับก่อน แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์สำหรับการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าเท่านั้น จึงไม่ครอบคลุมไปถึงการใช้ภาพของผู้ล้วงลับในการโฆษณาสินค้าหรือบริการในกรณีทั่วไป จึงเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า ยังมีได้ให้ความคุ้มครองการใช้ภาพของผู้ล้วงลับในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของผู้ล้วงลับของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย และของประเทศเยอรมนี

(จ) กฎหมายลิขสิทธิ์

(1) ลักษณะของการคุ้มครอง

ภาพถ่ายบุคคลอาจเป็นงานสร้างสรรค์อันเป็นงานมีลิขสิทธิ์ภายใต้พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 โดยผู้สร้างสรรค์ผลงานเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในผลงานที่ตนได้สร้างสรรค์ขึ้น และมีสิทธิแต่ผู้เดียวในการทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน<sup>32</sup> กรณีภาพถ่ายของผู้ล้วงลับ หากภาพถ่ายนั้นเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ผู้ที่มีลิขสิทธิ์ในภาพถ่ายอาจมิใช่บุคคลที่อยู่ในภาพถ่าย ตัวอย่างเช่น ภาพของคุณโอ วรุธ วรรณ ที่ถ่ายโดยคุณใหญ่ อมาตย์ นิमितภาคย์ เป็นงานลิขสิทธิ์

<sup>32</sup> พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 15

ของคุณใหญ่ ดังนั้น คุณใหญ่จึงเป็นผู้มีสิทธิทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ภาพถ่ายดังกล่าวต่อสาธารณชนแต่เพียงผู้เดียว

กรณีที่บุคคลในภาพเป็นผู้ถ่ายภาพด้วยตนเองหรือเป็นผู้ว่าจ้างให้ผู้อื่นถ่ายภาพตนเอง บุคคลนั้นเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในภาพนั้น หากต่อมาบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย ลิขสิทธิ์ในภาพถ่ายเหล่านั้นย่อมตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของเขา เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่เขามีอยู่เมื่อตาย ยกตัวอย่างเช่น คุณโอ วรุฒ ว่าจ้างให้คุณใหญ่ อมาตย์ ถ่ายภาพตนเอง คุณโอ วรุฒ เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในภาพนั้น เมื่อคุณโอ วรุฒ ถึงแก่ความตาย ลิขสิทธิ์ในภาพนั้นจะตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของคุณโอ วรุฒ

### (2) ระยะเวลาความคุ้มครอง

ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 21 บัญญัติคุ้มครองลิขสิทธิ์ในงานภาพถ่ายเป็นระยะเวลาห้าสิบปีนับแต่ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น แต่ถ้าได้มีการโฆษณางานนั้นในระหว่างระยะเวลาดังกล่าว จะได้รับความคุ้มครองเป็นระยะเวลา 50 ปีนับแต่ได้มีการโฆษณางานนั้นเป็นครั้งแรก<sup>33</sup>

### (3) การเยียวยาเมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์

การทำซ้ำ ดัดแปลง หรือเผยแพร่ภาพของผู้ลวงลับโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์<sup>34</sup> เว้นแต่จะไม่ใช่เป็นการไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร<sup>35</sup>

<sup>33</sup> พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 21 “ลิขสิทธิ์ในงานภาพถ่าย โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์ สิ่งบันทึกเสียงหรืองานแพร่เสียงแพร่ภาพให้มีอายุห้าสิบปีนับแต่ได้สร้างสรรค์งานนั้นขึ้น แต่ถ้าได้มีการโฆษณางานนั้นในระหว่างระยะเวลาดังกล่าว ให้ลิขสิทธิ์มีอายุห้าสิบปีนับแต่ได้มีการโฆษณาเป็นครั้งแรก”

<sup>34</sup> พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 27 “การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15 (5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำดังต่อไปนี้

- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน”

<sup>35</sup> พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 32 “การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์...”

เมื่อมีการละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์ตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ และหากปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการกระทำโดยจงใจหรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์สามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่า<sup>36</sup>

(4) ปัญหาการใช้พร.ลิขสิทธิ์ฯ ในการคุ้มครองภาพของผู้ล้วงลับ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ให้ความสำคัญคุ้มครองแก่เจ้าของงานลิขสิทธิ์ กรณีที่ผู้ล้วงลับไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ถึงแม้ว่าจะปรากฏภาพของตนเองในภาพก็ตาม เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ ดัดแปลง และเผยแพร่ภาพของผู้ล้วงลับได้

เมื่อเปรียบเทียบจะเห็นว่ากฎหมายลิขสิทธิ์นั้นมุ่งคุ้มครองการแสดงออกซึ่งผลงานอันเป็นงานสร้างสรรค์ ส่วนกฎหมายคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของผู้ล้วงลับของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและของประเทศเยอรมนีนั้นมุ่งคุ้มครองมูลค่าของภาพลักษณ์ของผู้ล้วงลับ จากการถูกนำไปใช้แสวงหาผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยไม่ได้จำกัดว่าจะต้องเป็นภาพลักษณ์ที่สร้างสรรค์ เพียงแต่เป็นภาพลักษณ์ที่มีมูลค่าเชิงพาณิชย์ก็ได้รับความคุ้มครองแล้ว

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองภาพของผู้ล้วงลับได้ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายลิขสิทธิ์นั้นคือการคุ้มครองผลงานสร้างสรรค์ มิใช่การคุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ล้วงลับ

<sup>36</sup> พ.ร.บ. ลิขสิทธิ์ฯ มาตรา 64 “ในกรณีที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดชดใช้ค่าเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร โดยคำนึงถึงความร้ายแรงของความเสียหาย รวมทั้งการสูญเสียประโยชน์และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบังคับตามสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงด้วย

ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงเป็นการกระทำโดยจงใจ หรือมีเจตนาเป็นเหตุให้งานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงสามารถเข้าถึงโดยสาธารณชนได้อย่างแพร่หลาย ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ละเมิดจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นไม่เกินสองเท่าของค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง”

### 4.3 สิทธิในเสียงของผู้ล่งลับ

#### (ก) รัฐธรรมนูญ

##### (1) ลักษณะของการคุ้มครอง

การนำเสียงของบุคคลอื่นไปใช้ในทางที่เสื่อมเสียชื่อเสียง เกียรติยศ หรือกระทบสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคล ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอความคุ้มครองได้ ยกตัวอย่างเช่น การนำคลิปเสียงของนักการเมืองคนหนึ่งไปใช้หรือตัดต่อให้ผู้ที่ได้ฟังเข้าใจผิดว่าเป็นการเจรจาซื้อขายเสียงในการเลือกตั้ง ทำให้นักการเมืองคนนั้นเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศ เป็นการละเมิดสิทธิของนักการเมืองคนนั้น

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้โดยกว้างๆ โดยมีได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อกันไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การกำหนดความรับผิดชอบระหว่างกันนั้นต้องอาศัยหลักกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>37</sup>

##### (2) ปัญหาการใช้รัฐธรรมนูญในการคุ้มครองเสียงของผู้ล่งลับ

สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะ เป็นสิทธิที่รัฐคุ้มครองให้แก่ปัจเจกชนหรือบุคคลที่ยังมีชีวิต โดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวและเป็นสิทธิของบุคคลโดยแท้ จึงไม่ตกทอดแก่ทายาท เมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นอันระงับ และทายาทไม่ได้เป็นผู้ทรงสิทธิแทนผู้ตาย<sup>38</sup> หากผู้ใดนำเสียงของผู้ตายไปใช้ในทางที่ทำให้ผู้ตายต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศ ทายาทของผู้ตายไม่สามารถขอรับความคุ้มครองแทนผู้ตายได้

#### (ข) หลักการใช้สิทธิโดยสุจริต

ลักษณะและปัญหาในการใช้หลักสุจริตตามมาตรา 5 ในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่งลับ

<sup>37</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4893/2558

<sup>38</sup> ชิวิน มัลลิกะมาลย์, “การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง,” หน้า 120.

ลักษณะการคุ้มครองโดยหลักสุจริตนั้นเหมือนกันกับในหัวข้อ 4.1 (ข) ที่ได้กล่าวในข้างต้น ยกตัวอย่างเช่น หากผู้ประกอบการนำเสียงของบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ได้ล่วงลับไปแล้วไปใช้ในการโฆษณาสินค้าประเภทสุรา บุหรี่ หรือสถานอาบอบนวด ไม่ว่าจะด้วยเจตนาให้ผู้ตายเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือไม่ก็ตาม ศาลอาจใช้หลักสุจริตตามมาตรา 5 มาใช้ในการให้ความคุ้มครองได้

อย่างไรก็ตาม หลักสุจริตตามมาตรา 5 นั้นเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้กว้างๆ เกี่ยวกับการใช้สิทธิตามกฎหมายแพ่งและสิทธิตามสัญญาว่าจะต้องกระทำโดยสุจริต ซึ่งศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจนำหลักสุจริตมาปรับแก้คดีเพื่ออำนวยความสะดวกตามพฤติการณ์แห่ง ด้วยเหตุดังกล่าวผลของคำวินิจฉัยในแต่ละคดีจึงอาจแตกต่างกันออกไปตามข้อเท็จจริงและดุลพินิจของศาล ว่าการใช้สิทธิตามฟ้องเป็นไปด้วยความสุจริตหรือไม่

### (ค) กฎหมายลักษณะละเมิด

#### (1) การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

การนำเสียงของผู้อื่นไปใช้ในทางที่เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศ หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของเขา เช่น เผยแพร่คลิปเสียงที่แอบบันทึกทางโทรศัพท์โดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นการละเมิดสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญ หรือนำเสียงการสนทนาของนักการเมืองมาตัดต่อให้ผู้ที่ได้ยินเข้าใจผิดว่านักการเมืองคนนั้นกำลังเจรจาดำเนินการซื้อสิทธิขายเสียงเลือกตั้ง เป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศตามรัฐธรรมนูญ ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ที่ทำละเมิดโดยอาศัยกฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้ แต่หากเป็นการเผยแพร่คลิปเสียงของผู้ล่วงลับ ที่แอบบันทึกขณะกำลังสนทนาทางโทรศัพท์เมื่อครั้งที่ยังมีชีวิตอยู่ ไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ล่วงลับ เนื่องจากสิทธิได้ระงับไปแล้วเมื่อถึงแก่ความตาย และสิทธิจะไม่ตกทอดแก่ทายาทของผู้ล่วงลับ เนื่องจากเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ล่วงลับ ทายาทจึงไม่อาจฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้เผยแพร่ภาพของผู้ล่วงลับได้

ส่วนกรณีของการนำคลิปเสียงของผู้ล่วงลับไปใช้ในทางที่เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ล่วงลับ แม้จะไม่เป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของผู้ล่วงลับ เนื่องจากสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้นได้ระงับสิ้นไปแล้ว แต่หากการเผยแพร่เสียงของผู้ล่วงลับส่งผลกระทบต่อ

ชื่อเสียงเกียรติยศของทายาทของผู้ล่วงลับ ทำให้ทายาทของผู้ล่วงลับได้รับความเสียหาย ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของทายาท ทายาทจึงสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ที่ทำให้ตนต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงได้ โดยอาศัยมาตรา 420 ยกตัวอย่างเช่น เผยแพร่คลิปตัดต่อเสียงของนักการเมืองผู้ล่วงลับ ให้ผู้ที่ได้ยินเข้าใจว่านักการเมืองรายนั้นกำลังเจรจาชื่อเสียงในการเลือกตั้ง แม้จะไม่เป็นการทำละเมิดต่อผู้ล่วงลับ เนื่องจากสิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ล่วงลับได้ระงับไปแล้วเมื่อถึงแก่ความตาย แต่อาจทำให้ทายาทของผู้ล่วงลับถูกดูหมิ่นเกลียดชังว่าเป็นทายาทของนักการเมืองทุจริต ทำให้ทายาทเสื่อมเสียชื่อเสียง เป็นการละเมิดสิทธิของทายาท ทายาทจึงสามารถฟ้องร้องผู้ที่เผยแพร่เสียง ตามมาตรา 420 ได้

ส่วนการเผยแพร่เสียงที่ไม่ทำให้ผู้ล่วงลับเสื่อมเสียชื่อเสียง เช่น เสียงคำกล่าวรับรางวัล คำกล่าวสุนทรพจน์ หรือการอภิปรายในสภาของนักการเมืองเมื่อครั้งที่ยังมีชีวิตอยู่ ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทั้งผู้ล่วงลับและทายาทของผู้ล่วงลับ จึงไม่เป็นการทำละเมิด

การคุ้มครองบุคคลจากการถูกทำละเมิด ตามมาตรา 420 นั้นไม่มีกำหนดระยะเวลาความคุ้มครอง ดังนั้น เมื่อใดที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้น ผู้ที่ถูกทำละเมิดมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีได้เสมอ และในกรณีได้รับความเสียหาย ก็สามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 โดยศาลจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนตามพฤติการณ์และความร้ายแรง

## (2) การละเมิดสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากการให้ใช้เสียง

ผู้ที่มีน้ำเสียงเป็นเอกลักษณ์หรือเป็นที่จดจำของประชาชนอาจอนุญาตให้ผู้อื่นใช้เสียงของตนในเชิงพาณิชย์ เช่น การใช้เสียงเพื่อโฆษณาสินค้าทางวิทยุ เพื่อแลกกับค่าตอบแทน ในทำนองเดียวกันกับเงินค่าสิทธิ ยกตัวอย่างเช่น คุณปนัดดา วงศ์ผู้ดี ใช้เสียงของตนในโฆษณาสปูหรือรองศาสตราจารย์สุนีย์ สินธุเดชะ ใช้เสียงของตนในโฆษณายาสีฟัน ย่อมมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากการอนุญาตให้ใช้เสียงของตน หากในอนาคต คุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุนีย์ ได้ถึงแก่ความตาย โดยที่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากผู้ประกอบการรายใด สิทธิในค่าตอบแทนนั้นย่อมตกเป็นมรดกแก่ทายาทของคุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุนีย์ เนื่องจากตามกฎหมายและโดยสภาพแล้วมิได้เป็นสิทธิเฉพาะตัวโดยแท้ของคุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุนีย์แต่อย่างใด

แต่หลังจากที่คุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุณีย์ได้ล่วงลับไปแล้ว หากมีผู้ผลิตสินค้านำเสียงของคุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุณีย์ไปใช้โฆษณาสินค้าทางวิทยุ ทายาทของคุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุณีย์จะไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่น่าเสียงของคุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุณีย์ไปใช้ เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดของประเทศไทยที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของทายาทในการได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่ใช้เสียงของผู้ล่วงลับเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ สิทธิดังกล่าวจึงมิใช่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดอันอาจถูกทำลายละเมิดตามมาตรา 420 ได้ และเมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะมรดก พบว่าสิทธิดังกล่าวมิได้มีสถานะเป็นทรัพย์สินที่คุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุณีย์มีอยู่เมื่อตาย และโดยสภาพแล้วเป็นสิทธิเฉพาะตัวของคุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุณีย์โดยแท้ สิทธิดังกล่าวจึงไม่ใช่กองมรดกของคุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุณีย์ และไม่อาจตกทอดแก่ทายาทของคุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุณีย์ได้ ทายาทของคุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุณีย์จะไม่สามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากผู้ผลิตสินค้าที่นำเสียงของคุณปนัดดาหรือรองศาสตราจารย์สุณีย์ไปใช้แต่อย่างใด

### (3) ปัญหาการใช้กฎหมายละเมิดในการคุ้มครองชื่อของผู้ล่วงลับ

จากการศึกษาการใช้กฎหมายละเมิดของไทยในการคุ้มครองการใช้เสียงของผู้ล่วงลับ พบว่ายังมีปัญหาในการให้ความคุ้มครองดังต่อไปนี้

1) **พาล**กฎหมายละเมิดของไทยไม่คุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศของของผู้ล่วงลับจากการถูกบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่นำเสียงของผู้ล่วงลับไปใช้ในทางเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ล่วงลับ แต่จะคุ้มครองเฉพาะกรณีที่ใช้เสียงของผู้ล่วงลับก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น

2) สิทธิของทายาทในการได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือค่าตอบแทนจากผู้ที่น่าเสียงของผู้ล่วงลับไปใช้ในการโฆษณาสินค้า ไม่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายละเมิด เนื่องจากมิใช่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามนัยแห่งมาตรา 420 และไม่ใช่มรดกของผู้ล่วงลับอันอาจตกทอดแก่ทายาทได้ ต่างจากกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และของประเทศเยอรมนี ที่รับรองและคุ้มครองสิทธิให้แก่ทายาทของผู้ล่วงลับในการได้รับค่าสินไหมทดแทนและค่าตอบแทนจากผู้ที่น่าเสียงของผู้ล่วงลับไปใช้โฆษณาสินค้า โดยถือว่าสิทธิในการได้รับ

ค่าตอบแทนดังกล่าวเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินอันอาจตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของเจ้าของเสียงผู้ล่วงลับได้

#### 4.4 สิทธิในการเลียนภาพลักษณ์อื่นๆ ของผู้ล่วงลับ

##### (ก) รัฐธรรมนูญ

###### (1) ลักษณะของการคุ้มครอง

การนำภาพลักษณ์อื่นๆ ของบุคคลไปใช้ในทางที่เสื่อมเสียชื่อเสียง เกียรติยศ หรือกระทบสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคล ยกตัวอย่างเช่น การใช้คนที่มีรูปร่างหน้าตาคล้ายกันกับนักการเมืองคนหนึ่งมาแสดงละครล้อเลียนการสั่งฆ่าหรือทำร้ายประชาชน ทำให้ผู้ที่รับชมเข้าใจว่านักการเมืองคนนั้นเป็นคนไม่ดี เป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศของนักการเมืองคนนั้น

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบุคคลในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อกันไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การกำหนดความรับผิดชอบระหว่างกันนั้นต้องใช้หลักกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>39</sup>

###### (2) ปัญหาการใช้รัฐธรรมนูญในการคุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับ

สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นสิทธิของบุคคลโดยแท้และเป็นการเฉพาะตัว จึงได้รับความคุ้มครองเฉพาะในระหว่างที่ผู้ทรงสิทธิยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น เมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นอันระงับ ไม่อาจตกทอดแก่ทายาทได้ ทายาทจึงไม่ได้มีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิแทนผู้ตาย<sup>40</sup> หากผู้ใดนำภาพลักษณ์อื่นๆ ของผู้ตายไปใช้ในทางที่ทำให้ผู้ตายต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศ ทายาทของผู้ตายไม่สามารถขอรับความคุ้มครองแทนผู้ตายได้ ยกตัวอย่างเช่น การใช้คนที่มีรูปร่างหน้าตาคล้ายกันกับนักการเมืองที่เสียชีวิตไปแล้ว มาแสดงละครล้อเลียนการสั่งฆ่าหรือทำร้ายประชาชน ไม่เป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของนักการเมืองผู้ล่วงลับคนนั้น เนื่องจากได้สิ้นสภาพบุคคลไปแล้ว แต่การล้อเลียนนั้นอาจเป็นการกระทบสิทธิตามรัฐธรรมนูญของ

<sup>39</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4893/2558

<sup>40</sup> ชิวิน มัลลิกะมาลย์, “การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง,” หน้า 120.



ทายาทแทน เนื่องจากทำให้ทายาทเสื่อมเสียชื่อเสียงและถูกดูหมิ่นเกลียดชังว่าเป็นทายาทของ  
นักการเมืองที่ไม่ดี

(ข) **หลักการใช้สิทธิโดยสุจริต**

ลักษณะและปัญหาในการใช้หลักสุจริตตามมาตรา 5 ในการคุ้มครองชื่อของผู้ลวงลับ

ลักษณะการคุ้มครองโดยหลักสุจริตนั้นเหมือนกันกับในหัวข้อ 4.1 (ข) ที่ได้กล่าวใน  
ข้างต้น ยกตัวอย่างเช่น หากผู้ประกอบการนำภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ได้ลวงลับไปแล้ว เช่น  
การใช้บุคคลที่มีรูปร่างหน้าตาคล้ายกันกับผู้ลวงลับมาแสดงท่าทางเลียนแบบในการโฆษณาสินค้า  
ประเภทสุรา บุหรี่ หรือสถานอาบอบนวด ไม่ว่าจะด้วยเจตนาให้ผู้ตายเสื่อมเสียชื่อเสียงหรือไม่ก็ตาม  
ศาลอาจใช้หลักสุจริตตามมาตรา 5 มาใช้ในการคุ้มครองได้

อย่างไรก็ตาม หลักสุจริตตามมาตรา 5 นั้นเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้กว้างๆ เกี่ยวกับการ  
การใช้สิทธิตามกฎหมายแพ่งและสิทธิตามสัญญาว่าจะต้องกระทำโดยสุจริต ซึ่งศาลมีอำนาจในการนำ  
หลักสุจริตมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาตามพฤติการณ์ของแต่ละคดี ดังนั้นผลแห่งคำพิพากษาของ  
ศาลในแต่ละคดีจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและดุลพินิจของศาลในคดีนั้นๆ ว่าการใช้สิทธิเป็นไปด้วยความ  
สุจริตหรือไม่

(ค) **กฎหมายลักษณะละเมิด**

(1) **การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ**

การนำภาพลักษณ์อื่นๆ นอกเหนือไปจากชื่อ ภาพ และเสียงของผู้อื่น เช่น  
รูปลักษณ์ภาพนอกหรือบุคลิกภาพที่เป็นที่จดจำของคนทั่วไปและทำให้ผู้ที่พบเห็นเข้าใจได้ว่าหมายถึง  
ผู้นั้น ไปใช้ในทางที่ทำให้ชื่อเสียงเกียรติยศ ของเขาต้องเสียหาย เช่น การใช้คนรูปร่างหน้าตาคล้ายคุณ  
อภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ มาแสดงละครล้อเลียนว่าเป็นนักการเมืองที่สั่งให้ทหารใช้อาวุธฆ่าประชาชนเพื่อ  
สลายการชุมนุม ทำให้ประชาชนที่ได้รับชมละคร เข้าใจได้ว่านายอภิสิทธิ์เป็นนักการเมืองที่ใช้อำนาจ  
โดยไม่ชอบ ทำให้นายอภิสิทธิ์เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ นาย  
อภิสิทธิ์สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับการแสดงดังกล่าวทำละเมิดต่อตน ตามประมวล  
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ตลอดจนเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยาความเสียหายได้

ส่วนกรณีของการใช้ภาพลักษณ์อื่นๆ ของผู้ล่องลับไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย ชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ล่องลับ ยกตัวอย่างเช่น การใช้คนรูปร่างหน้าตาคล้ายคุณสมัคร สุนทรเวช มาแสดงละครโดยเลียนแบบบุคลิกและกริยาท่าทางของคุณสมัคร โดยมีเนื้อหาว่าคุณสมัครเป็น นักการเมืองทุจริต แม้จะไม่เป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของคุณสมัคร เนื่องจากสิทธิตาม รัฐธรรมนูญของคุณสมัครได้ระงับไปแล้วเมื่อถึงแก่ความตาย แต่การใช้ภาพลักษณ์ของคุณสมัครใน ลักษณะดังกล่าว อาจทำให้ทายาทของคุณสมัครถูกดูหมิ่นเกลียดชังว่าเป็นทายาทของนักการเมือง ทุจริต ทำให้ทายาทได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติยศ ทายาทจึงสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้ ที่ทำให้ตนต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงได้ โดยอาศัยมาตรา 420 และเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่ทำ ละเมิดได้

ในทางตรงกันข้าม หากเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล่องลับในทางที่ไม่ทำให้ เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศ ยกตัวอย่างเช่น การใช้คนรูปร่างหน้าตาคล้ายคุณสมัคร สุนทรเวช มา แสดงละครโดยเลียนแบบการแต่งกาย บุคลิกภาพและกริยาท่าทางของคุณสมัคร ขณะจัดรายการ ทำอาหาร “ชิมไปบ่นไป” ไม่ทำให้คุณสมัครและทายาทของคุณสมัครต้องเสียชื่อเสียง จึงไม่เป็นการ ละเมิดต่อทั้งคุณสมัครและทายาทของคุณสมัคร

การคุ้มครองบุคคลจากการถูกทำละเมิด ตามมาตรา 420 นั้นไม่มีกำหนด ระยะเวลาความคุ้มครอง ดังนั้น เมื่อใดที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้น ผู้ที่ถูกทำละเมิดมีสิทธิฟ้องร้อง ดำเนินคดีได้เสมอ และในกรณีที่ได้รับ ความเสียหาย ก็สามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 โดยศาลจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนตาม พฤติการณ์และความร้ายแรง

## (2) การละเมิดสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากการให้ใช้ภาพลักษณ์อื่นๆ

ผู้ที่มีภาพลักษณ์เป็นเอกลักษณ์หรือเป็นที่จดจำของประชาชน ไม่ว่าจะเป็น รูปร่างหน้าตา บุคลิกภาพหรือกริยาท่าทาง อาจอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ภาพลักษณ์ของตนในเชิงพาณิชย์ เช่น หมอลักษณ์ เรขานีเทศ เป็นนักโหราศาสตร์ที่มีชื่อเสียงและเป็นที่จดจำจากประโยค “หมอลักษณ์ฟันธง” อาจอนุญาตให้ผู้ผลิตสินค้าใช้ผู้ที่มีรูปร่างหน้าตาคล้ายหมอลักษณ์เลียนแบบ กริยาท่าทางและใช้คำว่า “ฟันธง” ในการโฆษณาสินค้า แลกกับค่าตอบแทนจากการอนุญาตใน

ทำนองเดียวกันกับค่าสิทธิ หากต่อมาในอนาคต หมอลักษณะนี้ได้ถึงแก่ความตาย โดยที่ขณะถึงแก่ความตาย มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากผู้ประกอบการรายใด สิทธิในค่าตอบแทนนั้นย่อมตกเป็นมรดกแก่ทายาทของหมอลักษณะ เนื่องจากตามกฎหมายและโดยสภาพแล้วมิได้เป็นสิทธิเฉพาะตัวโดยแท้ของหมอลักษณะ

ส่วนการนำภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้ในเชิงพาณิชย์ อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณีดังต่อไปนี้

### (2.1) การใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับในทางที่ดี

กรณีที่ผู้ล่วงลับถูกนำภาพลักษณ์ไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ในทางที่ดีหรือไม่ทำให้ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับต้องเสียหาย ยกตัวอย่างเช่น หากหมอลักษณะเรขานิเทศ ได้ล่วงลับไปแล้ว หากมีผู้ประกอบการนำภาพลักษณ์ของหมอลักษณะไปใช้โฆษณาสินค้าทายาทของหมอลักษณะไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่น่าภาพลักษณ์ของหมอลักษณะไปใช้ เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดของประเทศไทยที่รับรองและคุ้มครองสิทธิของทายาทในการได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่ใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ สิทธิดังกล่าวจึงมิใช่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดอันอาจถูกทำลายละเมิดตามมาตรา 420 ได้

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะมรดก พบว่าสิทธิดังกล่าวมิได้มีสถานะเป็นทรัพย์สินที่หมอลักษณะมีอยู่เมื่อตาย และโดยสภาพแล้วเป็นสิทธิเฉพาะตัวของหมอลักษณะโดยแท้ สิทธิดังกล่าวจึงไม่ใช่กองมรดกของหมอลักษณะ และไม่อาจตกทอดแก่ทายาทของหมอลักษณะได้ ทายาทของหมอลักษณะจะไม่สามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากผู้ผลิตสินค้าที่นำภาพลักษณ์ของหมอลักษณะไปใช้แต่อย่างใด

นอกจากนี้ การนำภาพลักษณ์ของหมอลักษณะไปใช้ในลักษณะดังกล่าว ไม่ทำให้ภาพลักษณ์ของหมอลักษณะต้องเสื่อมเสีย จึงไม่เป็นการทำลายละเมิดต่อทั้งหมอลักษณะและทายาทของหมอลักษณะ

## (2.2) การใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับในทางที่ไม่ดี

กรณีที่ผู้ล่งลับถูกนำภาพลักษณ์ไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ในทางที่ไม่ดีหรือทำให้ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับต้องเสียหาย ยกตัวอย่างเช่น การนำภาพลักษณ์ของคุณพุ่มพวง ดวงจันทร์ อดีตนักร้องลูกทุ่งชื่อดังผู้ล่งลับ ไปใช้ในการสร้างภาพยนตร์ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับชีวประวัติของคุณพุ่มพวง โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องชู้สาวและความขัดแย้งภายในครอบครัว แม้ทายาทของคุณพุ่มพวงจะไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากผู้ที่นำภาพลักษณ์ของคุณพุ่มพวงไปสร้างเป็นภาพยนตร์ เนื่องจากสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนของคุณพุ่มพวงเป็นสิทธิเฉพาะตัวโดยแท้ จึงไม่ตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของคุณพุ่มพวง

อย่างไรก็ตาม การนำภาพลักษณ์ของคุณพุ่มพวงไปสร้างเป็นภาพยนตร์โดยมีเนื้อหาที่ทำให้ภาพลักษณ์ของคุณต้องเสื่อมเสีย หากสร้างความเสียหายแก่ทายาทของคุณพุ่มพวงเนื่องจากถูกดูหมิ่นเกลียดชัง ย่อมเป็นการทำละเมิดต่อทายาทของคุณพุ่มพวง

## (3) ปัญหาการใช้กฎหมายละเมิดในการคุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ

จากการศึกษาการใช้กฎหมายละเมิดของไทยในการคุ้มครองการใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ พบว่ายังมีปัญหาในการให้ความคุ้มครองดังต่อไปนี้

1) กฎหมายละเมิดของไทยไม่คุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศของของผู้ล่งลับจากการถูกบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่นำภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับไปใช้ในทางเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ล่งลับ แต่จะคุ้มครองเฉพาะกรณีที่การใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น

2) สิทธิของทายาทในการได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือค่าตอบแทนจากผู้ล่งลับนำภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับไปใช้ในการโฆษณาสินค้า ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายละเมิด เนื่องจากมิใช่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามนัยแห่งมาตรา 420 และไม่เป็นกองมรดกของผู้ล่งลับ อันอาจตกทอดแก่ทายาทได้ ต่างจากกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และของประเทศเยอรมนี ที่รับรองและคุ้มครองสิทธิให้แก่ทายาทของผู้ล่งลับในการได้รับค่าสินไหมทดแทนและค่าตอบแทนจากผู้ล่งลับนำภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับไปใช้โฆษณาสินค้า โดยถือว่าสิทธิในการได้รับ

คำตอบแทนดังกล่าวเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินอันอาจตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของเจ้าของ  
ภาพลักษณ์ผู้ล่วงลับได้



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

บุคคลผู้มีชื่อเสียงที่ได้รับความเสียหายจากการถูกผู้อื่นนำภาพลักษณ์อย่างหนึ่งอย่างใด อาทิ เช่น ชื่อ ภาพ เสียง หรืออัตลักษณ์อื่นใด ไปใช้ในทางที่ทำให้ต้องเสียชื่อเสียง หรือถูกผู้อื่นนำภาพลักษณ์ไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้าหรือบริการเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยปราศจากความยินยอม เป็นการกระทบต่อสิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศและความเป็นอยู่ส่วนตัวอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครอง ผู้ที่ถูกทำให้เสียชื่อเสียงสามารถฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายละเมิดได้

ส่วนในกรณีของผู้มีชื่อเสียงที่ได้ล่วงลับนั้น แม้ว่าจะได้สิ้นสภาพบุคคลตามกฎหมายไปแล้ว แต่ก็ยังอาจถูกบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ทำให้ต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงได้ เนื่องจากภาพลักษณ์ยังเป็นที่จดจำของคนทั่วไปอยู่ นอกจากนี้ ผู้มีชื่อเสียงที่ล่วงลับยังอาจถูกผู้ผลิตสินค้าและผู้ให้บริการนำภาพลักษณ์ไปใช้กระตุ้นการรับรู้ของผู้บริโภคเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจของผู้ประกอบการได้ โดยในปัจจุบันกฎหมายของหลายประเทศได้รับรองและคุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับ มิให้ถูกนำไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้าเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยปราศจากความยินยอมจากทายาทของผู้ล่วงลับ ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยเรียกสิทธิในการใช้ภาพลักษณ์ว่า สิทธิในการเผยแพร่ (Right of Publicity) หรือสิทธิในภาพลักษณ์ (Right of Personality)

ส่วนในประเทศไทยนั้น ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่คุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับโดยตรง แต่จากการศึกษา พบว่ามีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องอันอาจนำมาใช้ในการคุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับได้ ดังนี้

##### (1) รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชน สิทธิประการหนึ่งที่ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ คือ สิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคล หากผู้ใดถูกนำชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ไปใช้ในทางที่ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียง หรือนำไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้าเพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยไม่ได้อนุญาต ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศและความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้นั้น

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญนั้นคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศให้แก่เฉพาะบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น เมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย สิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศเป็นอันระงับ ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญอีกต่อไป และไม่ตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาท เนื่องจากมีลักษณะเป็นสิทธิเฉพาะตัว ดังนั้น หากชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับถูกนำไปใช้ในทางที่ทำให้ผู้ล่วงลับเสื่อมเสียชื่อเสียง ทายาทของผู้ล่วงลับไม่อาจขอรับความคุ้มครองแทนผู้ล่วงลับโดยอาศัยรัฐธรรมนูญได้ แต่หากการนำชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้นั้นทำให้ทายาทของผู้ล่วงลับต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงไปด้วย เป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของทายาทของผู้ล่วงลับ ทายาทของผู้ล่วงลับย่อมสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้ที่ทำให้ตนเสียชื่อเสียงได้

## (2) หลักการใช้สุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5

หลักสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 เป็นกฎหมายยุติธรรมที่ผู้พิพากษามีอำนาจนำมาใช้ในการวินิจฉัยว่าการนำชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้นั้นเป็นไปโดยสุจริตหรือไม่ แม้จะเป็นกรณีที่ไม่มีความหมายอันอาจนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีได้แล้วก็ตาม แต่ทั้งนี้ ผลแห่งคำพิพากษาของศาลแต่ละคดีขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและดุลพินิจของศาลในคดีนั้นๆ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันยังไม่มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในการใช้ชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับ โดยใช้หลักสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5

## (3) สิทธิในการใช้นาม

ชื่อของผู้ล่วงลับเป็นสิ่งที่อาจถูกผู้อื่นนำไปใช้ในทางที่ทำให้ผู้ล่วงลับต้องเสื่อมเสียชื่อเสียง หรือถูกนำไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้าเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิในการใช้นามของบุคคล อยู่ในมาตรา 18 โดยบุคคลผู้เป็นเจ้าของชื่อสามารถห้ามมิให้ผู้อื่นใช้ชื่อเดียวกันกับตน หรือขอให้ศาลสั่งห้ามก็ได้ หากการใช้นามนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของชื่อ

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 คุ้มครองสิทธิในการใช้นามให้แก่เฉพาะบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น เมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย สิทธิในการใช้นามเป็นอันระงับ การนำชื่อของผู้ล่วงลับไปใช้จึงไม่เป็นการละเมิดสิทธิในการใช้นามของผู้ล่วงลับอีกต่อไป

แต่กระนั้น ชื่อที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 18 นั้นรวมถึงชื่อรองและชื่อสกุลของบุคคลด้วย ดังนั้น ในกรณีที่ชื่อสกุลของผู้ล่วงลับนั้นเป็นที่รู้จักในวงกว้าง แม้การนำชื่อสกุลของผู้ล่วงลับไปใช้จะไม่เป็นการละเมิดสิทธิในการใช้ชื่อของผู้ล่วงลับ แต่อาจเป็นการละเมิดสิทธิของ

ทายาทและสมาชิกในสกุลเดียวกันกับผู้ล่วงลับได้ เนื่องจากชื่อสกุลนั้นเป็นชื่อสกุลเดียวกันกับทายาทของผู้ล่วงลับและสมาชิกในสกุล

(4) กฎหมายละเมิด

(4.1) การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญนั้นเป็นบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างกว้างๆ ส่วนการบังคับตามสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันนั้นจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งในกรณีที่บุคคลถูกนำชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณะไปใช้ในทางที่สร้างความเสื่อมเสียชื่อเสียงอันเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายละเมิดได้

แต่ในกรณีของการใช้ชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณะของผู้ล่วงลับในทางเสื่อมเสียชื่อเสียงนั้น ไม่เป็นการทำละเมิดต่อผู้ล่วงลับ เนื่องจากสิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศตามรัฐธรรมนูญของผู้ล่วงลับนั้นได้ระงับไปแล้วเมื่อตาย จึงไม่เป็นการทำให้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ล่วงลับต้องเสียหาย

อย่างไรก็ตาม หากการใช้ชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณะของผู้ล่วงลับทำให้ทายาทของผู้ล่วงลับได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติยศจนเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของทายาทของผู้ล่วงลับเสียแล้ว ทายาทของผู้ล่วงลับสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายละเมิดได้

(4.2) การละเมิดสิทธิในการใช้นาม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 นั้นให้สิทธิแก่เจ้าของนามในการห้ามมิให้ผู้อื่นใช้ชื่อของตน และสิทธิในการขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้อื่นใช้ชื่อของตนได้เท่านั้น ส่วนการเรียกค่าสินไหมทดแทนนั้น จะต้องใช้สิทธิตามกฎหมายละเมิด ซึ่งเมื่อผู้ล่วงลับได้ถึงแก่ความตาย สิทธิในการใช้นามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 เป็นอันระงับไปด้วย สิทธิในการใช้นามของผู้ล่วงลับจึงไม่อาจถูกทำละเมิดได้อีกต่อไป

อย่างไรก็ตาม กรณีที่เป็นการใช้ทั้งชื่อจริงและชื่อสกุลของผู้ล่วงลับ อาจเป็นการละเมิดสิทธิในการใช้นามของทายาทของผู้ล่วงลับและสมาชิกในสกุลเดียวกันได้ เนื่องจากชื่อสกุลของผู้ล่วงลับเป็นชื่อสกุลของทายาทของผู้ล่วงลับและสมาชิกในสกุลด้วยเช่นกัน ทายาทของผู้ล่วงลับและสมาชิกในสกุลเดียวกันจึงสามารถขอให้หยุดการใช้ชื่อได้



ส่วนกรณีชื่อของผู้ลวงลับเป็นชื่อทางการค้า ชื่อนั้นเป็นทรัพย์สินอันอาจตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของผู้ลวงลับได้ การนำชื่อของผู้ลวงลับที่เป็นชื่อทางการค้าไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต จึงเป็นการละเมิดต่อทายาทของผู้ลวงลับ

#### (4.3) การละเมิดสิทธิในการได้รับค่าตอบแทน

บุคคลที่มีชื่อเสียงอาจอนุญาตให้ผู้ประกอบการใช้ชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของตนในการขายหรือโฆษณาสินค้า เพื่อแลกกับค่าตอบแทนในลักษณะเดียวกันกับค่าสิทธิ การนำชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ โดยไม่ได้รับอนุญาต เป็นการทำละเมิดต่อบุคคลนั้น

ส่วนการนำชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของผู้ลวงลับไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้าเพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ ไม่เป็นการทำละเมิดต่อผู้ลวงลับ เนื่องจากไม่เป็นการทำให้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ลวงลับต้องเสียหาย และไม่เป็นการทำละเมิดต่อทายาทของผู้ลวงลับ เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายไทยที่รับรองสิทธิให้แก่ทายาทในการได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่นำชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของผู้ลวงลับไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากทายาทของผู้ลวงลับ เหมือนที่กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและของประเทศเยอรมนีรับรองและคุ้มครองให้ ดังนั้น จึงไม่เป็นการทำให้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของทายาทของผู้ลวงลับต้องเสียหาย

นอกจากนี้ ทายาทของผู้ลวงลับยังไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากผู้ที่นำชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของผู้ลวงลับไปใช้ในการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ เหมือนที่กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและของประเทศเยอรมนีรับรองและคุ้มครองให้ เนื่องจากตามกฎหมายไทยแล้วสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนดังกล่าวไม่ใช่ทรัพย์สินที่ผู้ลวงลับมีอยู่เมื่อตาย อีกทั้งยังเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ลวงลับโดยแท้ จึงไม่ตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของผู้ลวงลับ

#### (5) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ให้ความคุ้มครองเครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้าานั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ซึ่งชื่อและภาพของผู้ลวงลับอาจถูกนำมาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าได้ แต่พบว่ามีข้อจำกัดในการคุ้มครองดังต่อไปนี้

##### (5.1) การใช้ชื่อผู้ลวงลับเป็นเครื่องหมายการค้า

ชื่อของผู้ลวงลับที่ได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายบริการ หรือเครื่องหมายรับรอง ภายใต้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.

2534 จะได้รับความคุ้มครองในฐานะของเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายบริการ หรือเครื่องหมายรับรองเท่านั้น

ส่วนในกรณีที่ใช้ชื่อตัวหรือชื่อสกุลเป็นเครื่องหมายรับรอง เมื่อเจ้าของเครื่องหมายรับรองถึงแก่ความตาย สิทธิในเครื่องหมายรับรองเป็นอันระงับ จึงไม่ได้รับความคุ้มครองอีกต่อไป

#### (5.2) การใช้ภาพผู้ล่องลับเป็นเครื่องหมายการค้า

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฯ คุ้มครองเฉพาะภาพที่ได้จดทะเบียนไว้เป็นเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายบริการ หรือเครื่องหมายรับรองเท่านั้น กรณีที่ผู้ล่องลับใช้ภาพของตนเองเป็นเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายบริการ หรือเครื่องหมายรับรอง จะได้รับความคุ้มครองเฉพาะภาพที่ได้จดทะเบียนไว้เท่านั้น ไม่รวมถึงภาพอื่นๆ ของผู้ล่องลับ

ส่วนบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ที่จะใช้ภาพของผู้ล่องลับจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ หรือเครื่องหมายรับรอง ต้องได้รับความยินยอมจากบุพการี ผู้สืบสันดาน หรือคู่สมรสของผู้ล่องลับก่อน ก็คุ้มครองเฉพาะการนำภาพของผู้ล่องลับไปจดทะเบียนเท่านั้น ไม่ครอบคลุมไปถึงการใช้ภาพของผู้ล่องลับในการโฆษณาสินค้าหรือบริการในกรณีทั่วไป

#### (6) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 นั้นให้ความคุ้มครองแก่การสร้างสรรค์ผลงาน ซึ่งภาพถ่ายของผู้ล่องลับอาจเป็นงานสร้างสรรค์ที่ได้รับความคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของงานลิขสิทธิ์ ซึ่งในกรณีที่ผู้ล่องลับไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ถึงแม้ว่าจะปรากฏภาพของตนเองในภาพก็ตาม เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมเป็นผู้มีสิทธิ แต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ ดัดแปลง และเผยแพร่ภาพของผู้ล่องลับได้ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองการแสดงออกซึ่งผลงานสร้างสรรค์ มิได้คุ้มครองบุคคลที่ปรากฏอยู่ในภาพถ่าย

จากการศึกษากฎหมายต่างๆ ดังที่กล่าวมาในข้างต้น สามารถสรุปปัญหาในการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่องลับ โดยแบ่งตามวัตถุประสงค์แห่งสิทธิ ได้ตามตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 5 ตารางสรุปปัญหาการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่าวางขายในประเทศไทยในปัจจุบัน

วัตถุประสงค์สิทธิ	ปัญหาการคุ้มครอง
<p>1. ชื่อ</p>	<p><b>1. รัฐธรรมนูญ</b> สิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิเฉพาะตัว จึงระงับเมื่อบุคคลถึงแก่ความตายและไม่ตกทอดแก่ทายาท หากผู้ใดนำชื่อของผู้ตายไปใช้ในทางเสื่อมเสียชื่อเสียง ทายาทของผู้ตายไม่มีสิทธิขอรับความคุ้มครองแทนผู้ตายได้</p> <p><b>2. หลักสุจริต ตาม ป.พ.พ. มาตรา 5</b> เป็นกฎหมายตีธรรมที่ให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีตามหลักความเป็นธรรม ผลแห่งคำพิพากษาในแต่ละคดีจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและดุลพินิจของศาลในคดีนั้นๆ ว่าการใช้สิทธิเป็นไปด้วยความสุจริตหรือไม่</p> <p><b>3. สิทธิในการช้นาม ตาม ป.พ.พ. มาตรา 18</b> มาตรา 18 คุ้มครองการใช้ชื่อของบุคคล จึงคุ้มครองเฉพาะในระหว่งที่เจ้าของชื่อยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น และเป็นอันระงับสิ้นไปเมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย</p> <p><b>4. กฎหมายละเมิด</b> 4.1 กฎหมายละเมิดไม่คุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ล่าวางขายจากผู้อื่นนำชื่อไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย แต่จะคุ้มครองเฉพาะในกรณีที่มีการใช้ชื่อของผู้ล่าวางขายก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น 4.2 กฎหมายละเมิดไม่คุ้มครองชื่อของผู้ล่าวางขายในกรณีที่ถูกนำไปใช้ในลักษณะอื่นใดที่ไม่ใช่การใช้ชื่อทางการค้า 4.3 ทายาทไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือค่าตอบแทนจากผู้ล่าวางขายที่นำชื่อของผู้ล่าวางขายไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้า เนื่องจากสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ล่าวางขาย จึงระงับเมื่อถึงแก่ความตาย และไม่ตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาท</p>

วัตถุประสงค์	ปัญหาการคุ้มครอง
	<p><b>5. กฎหมายเครื่องหมายการค้า</b></p> <p>5.1 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า คุ้มครองการใช้ชื่อของผู้ส่งถึงในฐานชื่อของเครื่องหมายการค้า หรือเครื่องหมายบริการ หรือเครื่องหมายรับรอง</p> <p>5.2 กรณีใช้ชื่อตัวหรือชื่อสกุลเป็นเครื่องหมายรับรอง เมื่อเจ้าของเครื่องหมายถึงแก่ความตาย สิทธิในเครื่องหมายรับรองเป็นอันระงับ</p>
	<p><b>6. กฎหมายอาญา</b></p> <p>ความผิดฐานหมิ่นประมาทคนตาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 327 มุ่งคุ้มครองคนที่ยังมีชีวิตอยู่ที่ได้รับความเสียหายจากการใส่ความคนตาย ไม่ได้มุ่งคุ้มครองคนตาย</p>
2. ภาพ	<p><b>1. รัฐธรรมนูญ</b></p> <p>สิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิเฉพาะตัว จึงระงับเมื่อบุคคลถึงแก่ความตายและไม่ได้ตกทอดแก่ทายาท หากผู้ใดนำภาพของผู้ตายไปใช้ในทางเสื่อมเสียชื่อเสียง ทายาทของผู้ตายไม่มีสิทธิขอรับความคุ้มครองแทนผู้ตายได้</p> <p><b>2. หลักสุจริต ตาม ป.พ.พ. มาตรา 5</b></p> <p>เป็นกฎหมายยุติธรรมที่ให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีตามหลักความเป็นธรรม ผลแห่งคำพิพากษาในแต่ละคดีจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและดุลพินิจของศาลในคดีนั้นๆ ว่าการใช้สิทธิเป็นไปด้วยความสุจริตหรือไม่</p>
	<p><b>3. กฎหมายละเมิด</b></p> <p>3.1 กฎหมายละเมิดไม่คุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ส่งถึงจากผู้ส่งถึงจากภาพที่ส่งไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย แต่จะคุ้มครองเฉพาะในกรณีที่มีการใช้ภาพของผู้ส่งถึงก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น</p> <p>3.2 ทายาทไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือค่าตอบแทนจากผู้ที่นำภาพของผู้ส่งถึงไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้า เนื่องจากสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ส่งถึง จึงระงับเมื่อถึงแก่ความตาย และไม่ตกทอดแก่ทายาท</p>

วัตถุประสงค์	ปัญหาการคุ้มครอง
	<p data-bbox="355 1256 395 1626"><b>4. กฎหมายเครื่องหมายการค้า</b></p> <p data-bbox="411 185 451 1581">4.1 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า คุ้มครองเฉพาะภาพของผู้ล่งลับที่ได้จดทะเบียนไว้เป็นเครื่องหมายการค้าเท่านั้น</p> <p data-bbox="475 185 579 1581">4.2 การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าโดยใช้ภาพของผู้ล่งลับ ต้องได้รับความยินยอมจากบุพการี ผู้สืบสันดาน และคู่สมรส (ถ้ามี) ของผู้ล่งลับ</p> <p data-bbox="603 1384 643 1626"><b>5. กฎหมายลิขสิทธิ์</b></p> <p data-bbox="667 185 834 1581">5.1 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของงานลิขสิทธิ์ กรณีที่ผู้ล่งลับไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ ถึงแม้ว่าจะปรากฏภาพของตนเองในภาพก็ตาม เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำ ตัดแปลง และเผยแพร่ภาพของผู้ล่งลับได้</p> <p data-bbox="858 185 962 1581">5.2 กฎหมายลิขสิทธิ์มุ่งคุ้มครองการแสดงออกซึ่งผลงานอันเป็นงานสร้างสรรค์ มิได้คุ้มครองภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับจากการถูกผู้อื่นนำไปใช้แสวงหาผลประโยชน์เชิงพาณิชย์</p>
<p data-bbox="986 1720 1026 1827"><b>3. เสียง</b></p>	<p data-bbox="986 1435 1026 1626"><b>1. รัฐธรรมนูญ</b></p> <p data-bbox="1042 185 1153 1581">สิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิเฉพาะตัว จึงระงับเมื่อบุคคลถึงแก่ความตายและไม่ตกทอดแก่ทายาท หากผู้ใดนำเสียงของผู้ตายไปใช้ในทางเสื่อมเสียชื่อเสียง ทายาทของผู้ตายไม่มีสิทธิขอรับความคุ้มครองแทนผู้ตายได้</p> <p data-bbox="1177 1189 1217 1626"><b>2. หลักสุจริต ตาม ป.พ.พ. มาตรา 5</b></p> <p data-bbox="1233 185 1345 1581">เป็นกฎหมายยุติธรรมที่ให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีตามหลักความเป็นธรรม ผลแห่งคำพิพากษาในแต่ละคดีจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและดุลพินิจของศาลในคดีนั้นๆ ว่าการใช้สิทธิเป็นไปด้วยความสุจริตหรือไม่</p>

วัตถุประสงค์	ปัญหาการคุ้มครอง
	<p><b>3. กฎหมายละเมิด</b></p> <p>3.1 กฎหมายละเมิดคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ลงลับจากการถูกผู้นำเสียไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย แต่จะคุ้มครองเฉพาะในกรณีที่มีการใช้เสียงของผู้ลงลับก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น</p> <p>3.2 ทายาทไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือค่าตอบแทนจากผู้ลงลับไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้า เนื่องจากสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ลงลับ จึงระงับเมื่อถึงแก่ความตาย และไม่ตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาท</p>
<p><b>4. ภาพลักษณ์</b></p>	<p><b>1. รัฐธรรมนูญ</b></p> <p>สิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิเฉพาะตัว จึงระงับเมื่อบุคคลถึงแก่ความตายและไม่ตกทอดแก่ทายาท หากผู้ใดนำภาพลักษณ์ของผู้ตายไปใช้ในทางเสื่อมเสียชื่อเสียง ทายาทของผู้ตายไม่มีสิทธิขอรับความคุ้มครองแทนผู้ตายได้</p>
	<p><b>2. หลักสุจริต ตาม ป.พ.พ. มาตรา 5</b></p> <p>เป็นกฎหมายยุติธรรมที่ให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีตามหลักความเป็นธรรม ผลแห่งคำพิพากษาในแต่ละคดีจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและดุลพินิจของศาลในคดีนั้นๆ ว่าการใช้สิทธิเป็นไปด้วยความสุจริตหรือไม่</p>
	<p><b>3. กฎหมายละเมิด</b></p> <p>3.1 กฎหมายละเมิดคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ลงลับจากการถูกผู้นำภาพลักษณ์ไปใช้ในทางที่เสื่อมเสีย แต่จะคุ้มครองเฉพาะในกรณีที่มีการใช้ภาพลักษณ์ของผู้ลงลับก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น</p> <p>3.2 ทายาทไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนหรือค่าตอบแทนจากผู้ลงลับไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้า เนื่องจากสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ลงลับ จึงระงับเมื่อถึงแก่ความตาย และไม่ตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาท</p>

จากปัญหาในการคุ้มครองการใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น สรุปได้ว่าการคุ้มครองสิทธิในการใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับภายใต้กฎหมายไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่ชัดเจนและเพียงพอ จึงสมควรมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิเหล่านี้ให้แก่ผู้ล่งลับ ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอแนะแนวทางในการบัญญัติกฎหมาย เพื่อให้การคุ้มครองแก่สิทธิเหล่านี้ในหัวข้อถัดไป

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อก่อนหน้านี้ว่ากฎหมายไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับได้อย่างชัดเจนและเพียงพอ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรมีกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

- 1) การมีกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ จะเป็นการรับประกันและให้ความมั่นใจแก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของภาพลักษณ์ได้ว่า ภายหลังจากที่เขาได้ล่งลับไปแล้ว ชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของเขาจะได้รับความคุ้มครองจากการถูกนำไปใช้ในทางที่ทำให้ต้องเสื่อมเสียชื่อเสียง หรือถูกนำไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้าเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
- 2) การมีกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ พร้อมทั้งกำหนดให้ทายาทของผู้ล่งลับเป็นผู้ทรงสิทธิในบรรดาภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ จะสามารถรับประกันแก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของภาพลักษณ์ได้ว่า ภายหลังจากที่ตนได้ล่งลับไปแล้ว ทายาทของตนจะเป็นผู้มีสิทธิในการควบคุมการใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์แทนตน ตลอดจนมีสิทธิได้รับค่าเสียหายหรือค่าตอบแทนจากผู้ที่น่าชื่อ ภาพ เสียงหรือภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับไปใช้
- 3) การมีกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ จะช่วยส่งเสริมและสนับสนุนให้บุคคลพัฒนาบุคลิกภาพและศักยภาพของเขาให้เป็นที่จดจำของสาธารณชน และมีมูลค่ามากยิ่งขึ้น เนื่องจากมีกฎหมายที่เป็นหลักประกันว่าชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์จะยังคงได้รับความคุ้มครองต่อไปอีก ถึงแม้ว่าจะได้ล่งลับไปแล้วก็ตาม

สำหรับการมีกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับนั้น ผู้เขียนเห็นว่ามีความเป็นไปได้ 2 วิธีดังต่อไปนี้

## วิธีที่ 1: การบัญญัติกฎหมายฉบับใหม่เพื่อให้ความคุ้มครอง

การออกกฎหมายฉบับใหม่ทั้งฉบับเพื่อคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ อาจกระทำได้ 2 แนวทาง ดังนี้

**แนวทางแรก** คือ การออกกฎหมายฉบับใหม่เพื่อคุ้มครองสิทธิการใช้หรือการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับทั้งในเชิงพาณิชย์และไม่ใช้ในเชิงพาณิชย์

กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาใหม่ฉบับนี้อาจให้ความคุ้มครองแก่ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ จากการถูกนำไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้าเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ โดยกำหนดให้สิทธิในการได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายอันอาจตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทของผู้ล่งลับได้ และกำหนดให้ทายาทของผู้ล่งลับเป็นผู้ทรงสิทธิในการที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นนำชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับไปใช้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ตลอดจนมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากผู้ที่ได้รับอนุญาต ในทำนองเดียวกันกับค่าสิทธิ

นอกจากจะคุ้มครองชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ จากการถูกนำไปใช้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์แล้ว กฎหมายฉบับเดียวกันนี้จะให้ความคุ้มครองไปถึงการใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ เพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ ที่ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ด้วย ยกตัวอย่างเช่น การนำชื่อหรือภาพของผู้ล่งลับไปใช้ในการรายงานข่าว การนำภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับไปใช้ในการแสดงละครหรือภาพยนตร์ เป็นต้น

ข้อดีของการออกกฎหมายในลักษณะนี้ คือสามารถให้ความคุ้มครองแก่ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับได้ทั้งจากการถูกนำไปใช้ในเชิงพาณิชย์และเพื่อการอื่นใดที่ไม่ใช้ในเชิงพาณิชย์ อย่างครอบคลุมภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน โดยการออกกฎหมายในแนวทางนี้ควรเป็นพระราชบัญญัติ มีสาระสำคัญของกฎหมายดังต่อไปนี้

- กำหนดให้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ เป็นวัตถุแห่งสิทธิ ที่ได้รับความคุ้มครองจากการถูกนำไปใช้ในทางที่ทำให้ผู้ล่งลับเสื่อมเสียชื่อเสียง หรือการใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้าในเชิงพาณิชย์ โดยไม่ได้รับอนุญาต



- กำหนดให้สิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณะของบุคคลผู้ล่วงลับเป็นทรัพย์สิน และให้ทายาทของผู้ล่วงลับเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาด (Exclusive Right) ในการใช้หรือเผยแพร่ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณะของผู้ล่วงลับ ตลอดจนมีสิทธิในการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้หรือเผยแพร่ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณะของผู้ล่วงลับ และได้รับค่าตอบแทนจากการให้อนุญาต
- กำหนดให้ทายาทของผู้ล่วงลับสามารถโอนสิทธิการเผยแพร่ภาพลักษณะของผู้ล่วงลับให้แก่ผู้อื่นได้ เนื่องจากเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง
- กำหนดให้การใช้ชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณะของผู้ล่วงลับในทางเสื่อมเสีย หรือใช้ในเชิงพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากทายาทของผู้ล่วงลับหรือผู้รับโอนสิทธิ เป็นการละเมิดสิทธิของทายาทของผู้ล่วงลับหรือผู้รับโอนสิทธิ และให้ทายาทของผู้ล่วงลับหรือผู้รับโอนสิทธิ มีสิทธิห้ามมิให้ผู้อื่นใช้ชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณะของบุคคลผู้ล่วงลับ ตลอดจนให้ทายาทของผู้ล่วงลับหรือผู้รับโอนสิทธิมีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้ละเมิดสิทธิ
- กำหนดข้อยกเว้นความรับผิดสำหรับการใช้ชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณะของผู้ล่วงลับ ในทางที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ เช่น การใช้ชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณะของผู้ล่วงลับ ในการรายงานข่าวสารหรือข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ เป็นต้น
- กำหนดให้ความคุ้มครองสิทธิเป็นระยะเวลา 50 ปีนับตั้งแต่บุคคลถึงแก่ความตาย เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า ภาพลักษณะของบุคคลที่เป็นที่จดจำของสาธารณชนและมีมูลค่านั้น เป็นผลมาจากการใช้ความวิริยะอุตสาหะเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพและศักยภาพ จึงควรรักษาอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ซึ่งมีอายุ 50 ปีนับแต่ผู้สร้างสรรค์ถึงแก่ความตาย มาใช้เทียบเคียงในการกำหนดระยะเวลาความคุ้มครองสิทธิในการใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณะของผู้ล่วงลับ

อย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายในแนวทางนี้มีข้อเสีย คือมีรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการคุ้มครองที่ซ้ำซ้อนกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

**แนวทางที่สอง** คือ การออกกฎหมายฉบับใหม่เพื่อคุ้มครองเฉพาะสิทธิการใช้หรือเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับในเชิงพาณิชย์เท่านั้น

การออกกฎหมายในแนวทางนี้จะเป็นการคุ้มครองชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ จากการถูกนำไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้าเพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เท่านั้น โดยกำหนดให้ทายาทของผู้ล่งลับเป็นผู้ทรงสิทธิในการใช้ รวมถึงการอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ และมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากผู้ที่ได้รับอนุญาต

ข้อดีของการออกกฎหมายในแนวทางนี้ คือ มีขอบเขตความคุ้มครองที่ไม่ซ้ำซ้อนกับกฎหมายฉบับอื่น เนื่องจากปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายฉบับใดในประเทศไทยที่คุ้มครองสิทธิในการใช้หรือเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับในเชิงพาณิชย์ ดังนั้น การออกกฎหมายในแนวทางนี้จะครอบคลุมสิทธิที่ยังไม่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน

ส่วนข้อเสียของการออกกฎหมายในแนวทางนี้ คือ กฎหมายที่ใช้ในการให้ความคุ้มครองการใช้หรือเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับ จะกระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ ทำให้ยากต่อการเห็นภาพรวมในการให้ความคุ้มครอง

## วิธีที่ 2: การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันอาจได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมเพื่อให้สามารถคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่หรือการใช้ภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับได้ ทั้งการใช้เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใดที่ไม่ใช่ในทางพาณิชย์ โดยกฎหมายที่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง มีดังต่อไปนี้

### (2.1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ในมาตราที่ให้ ความคุ้มครองแก่สิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคล โดยหากต้องการคุ้มครองชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่งลับจากการถูกนำไปใช้ในทางที่เสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติยศ จะต้องกำหนดให้สิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลนั้นไม่ระงับเมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย แต่ยังคงได้รับความคุ้มครอง

ต่อไปอีกแม้จะได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว ก็จะสามารถคุ้มครองชื่อเสียงเกียรติยศของผู้ล่วงลับจากการถูกนำชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ไปใช้ในทางที่เสียหายได้ ทั้งการใช้ในเชิงพาณิชย์และเพื่อการอื่นใดที่ไม่ใช่ในเชิงพาณิชย์

## (2.2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การคุ้มครองสิทธิในการใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์นั้น อาจทำได้โดยการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อกำหนดให้สิทธิในการใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับมีสถานะเป็นทรัพย์สิน และสามารถตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาทได้ ซึ่งจะทำให้ทายาทของผู้ล่วงลับเป็นผู้ทรงสิทธิในการใช้หรืออนุญาตให้ผู้อื่นนำชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้หาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ และหากมีผู้ที่นำชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้ในเชิงพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากทายาทของผู้ล่วงลับ จะเป็นการทำละเมิดต่อทายาทของผู้ล่วงลับ เนื่องจากทำให้สิทธิของทายาทต้องเสียหาย ทายาทจึงมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ที่ทำละเมิดได้

ข้อดีของการใช้วิธีแก้ไขกฎหมาย คือไม่ต้องร่างกฎหมายขึ้นมาใหม่ทั้งฉบับ เนื่องจากสามารถแก้ไขเพิ่มเติมจากบทบัญญัติที่มีอยู่แล้วในปัจจุบันได้ เพียงแต่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเฉพาะบางส่วนเท่าที่จำเป็นต่อการให้ความคุ้มครอง และสามารถอาศัยบทบัญญัติในเรื่องอื่นๆ ของกฎหมายฉบับเดียวกันนั้นในการให้ความคุ้มครองประกอบกันได้

ส่วนข้อเสียของการใช้วิธีแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย คือ จะต้องแก้ไขกฎหมายหลายฉบับ เนื่องจากกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองอยู่กระจัดกระจายกันออกไป และเมื่อแก้ไขกฎหมายแล้ว จะเป็นการยากในการดูภาพรวมของการให้ความคุ้มครอง

จากแนวทางและวิธีการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า การออกกฎหมายฉบับใหม่เพื่อคุ้มครองการใช้หรือการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับในเชิงพาณิชย์ เป็นแนวทางที่เหมาะสมที่สุด ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1) แม้ว่ากฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันจะไม่สามารถให้ความคุ้มครองชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับได้โดยตรง แต่หากการใช้ชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับ

ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทายาทของผู้ล่วงลับ ทายาทของผู้ล่วงลับสามารถฟ้องร้องดำเนินคดีและเรียกค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายละเมิดได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามิใช่เป็นการคุ้มครองและควบคุมการใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับทางอ้อม เนื่องจากการชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับจะอยู่ในขอบเขตเท่าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทายาทของผู้ล่วงลับ ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องออกกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับจากการเผยแพร่หรือการใช้ที่ทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงในกรณีที่ไม่ใช่การใช้ในเชิงพาณิชย์แต่อย่างใด

แต่สำหรับสิทธิในการใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับเพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์นั้น ปัจจุบันยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และไม่มีสถานะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย ทำให้สิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิเฉพาะตัวที่ระงับไปเมื่อบุคคลถึงแก่ความตายและไม่ตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาท ทายาทจึงไม่มีสิทธิในการควบคุมการใช้ชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับในการขายหรือโฆษณาสินค้าในเชิงพาณิชย์ และไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากผู้ที่น่าชื่อ ภาพ เสียง หรือภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้

ผู้เขียนจึงเสนอว่า ควรจะมีการออกกฎหมายฉบับใหม่เพื่อคุ้มครองเฉพาะสิทธิการใช้หรือการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับในเชิงพาณิชย์ เพื่อรับรองให้สิทธิเช่นนี้เป็นทรัพย์สินและให้สิทธิแก่ทายาทเป็นผู้อนุญาตหรือยินยอมให้ผู้ประกอบการนำชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้ในการขายหรือโฆษณาสินค้า ตลอดจนมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากผู้ที่น่าชื่อ ภาพ เสียง และภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

2) การออกกฎหมายฉบับใหม่ ควรออกกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติ โดยกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน จะทำให้เห็นภาพรวมและขอบเขตการให้ความคุ้มครองสิทธิในการใช้หรือเผยแพร่ภาพลักษณ์ของผู้ล่วงลับในเชิงพาณิชย์ได้

## บรรณานุกรม

- Andreacola, Steven. History: California Civil Code 3344.1. Journal of Contemporary Legal Issues 12 (2001): 592-95.
- Beard, Joseph J. Fresh Flowers for Forest Lawn: Amendment of the California Post-Mortem Right of Publicity Statute. Entertainment and Sports Lawyer 17 (2000): 1.
- Bergmann, Susanne. Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis. Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal 19 (1999): 479-522.
- Bowal, Thomas Brierton and Peter. The Right of Publicity. Arizona State University Sports and Entertainment Law Journal 4 (2015): 273-318.
- Collins, David. Age of the Living Dead : Personality Rights of Deceased Celebrities. Alberta Law Review 39 (April 2002): 914-33.
- Denicola, Robert C. Institutional Publicity Rights: An Analysis of the Merchandising of Famous Trade Symbols. North Carolina Law Review 62 (1984): 603-42.
- Dougherty, F. Jay. All the World's Not a Stooge: The Transformativeness Test for Analyzing a First Amendment Defense to a Right of Publicity Claim against Distribution of a Work of Art. Columbia Journal of Law and the Arts 27 (2003): 1-78.
- Douglas, Charlie. When Heirs Cry: Prince's Post-Mortem Right of Publicity [ออนไลน์]. 2558. แหล่งที่มา: <http://www.wealthmanagement.com/estate-planning/when-heirs-cry-prince-s-post-mortem-right-publicity> [28 เมษายน 2559].
- Fassiotta, Alana-Seanne M. Fred Astaire Dances Again: California Passes the Astaire Celebrity Image Protection Act. DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law 10 (2000): 497-514.
- Fontein, Meaghan. Digital Resurrections Necessitate Federal Post-Mortem Publicity Rights. Journal of the Patent and Trademark Office Society 99 (September 2017): 481-99.
- Grea, Francesca. To Like or Not to Like: Fraley V. Facebook's Impact on California's Right of Publicity Statute in the Age of the Internet. Loyola of Los Angeles Law Review 47 (2014): 865-82.
- Greenburg, Zach O'Malley. Top-Earning Dead Celebrities [ออนไลน์]. 2015. แหล่งที่มา:

<http://www.forbes.com/dead-celebrities/> [12 มีนาคม 2561].

Greenburg, Zack O'Malley. The Top-Earning Dead Celebrities of 2017 [ออนไลน์]. 2017.

แหล่งที่มา: <https://www.forbes.com/sites/zackomalleygreenburg/2017/10/30/the-top-earning-dead-celebrities-of-2017/#437c8bbe41f5> [30 ตุลาคม 2560].

Henderson, Laurie. Protecting Celebrity Legacies: Living in California or New York Becomes the Deciding Factor. The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law 3 (2009): 166-93.

Hicks, Aubrie. The Right to Publicity after Death: Postmortem Personality Rights in Washington in the Wake of Experience Hendrix V. Hendrixlicensing.Com. Seattle University Law Review 36 (2012): 275-97.

Kernan, Michael. Privacy in Social Media: The Right of Publicity. Hastings Communications and Entertainment Law Journal 34 (2012): 363-80.

Kramer, Matthew H. Do Animals and Dead People Have Legal Rights. Canadian Journal of Law and Jurisprudence 14 (January 2001): 29-54.

Kunath, Pamela Lynn. Lights, Camera, Animate! The Right of Publicity's Effect on Computer Animated Celebrities. Loyola of Los Angeles Law Review 29 (January 1996): 863-908.

Lafferman, Matthew. Do Facebook and Twitter Make You a Public Figure?: How to Apply the Gertz Public Figure Doctrine to Social Media. Santa Clara High Technology Law Journal 29 (2012): 199-247.

Lauber-Ronsberg, Anne. The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives. The Trademark Reporter 107 (July-August 2017): 803-47.

———. The Commercial Exploitation of Personality Features in Germany from the Personality Rights and Trademark Perspectives. The Trademark Reporter 107 (July-August 2017).

Lemley, Stacey L. Dogan and Mark A. What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law. Stanford Law Review 119 (February 2006): 1161-220.

Lobbin, Stephen M. The Right(S) of Publicity in California: Is Three Really Greater Than One. UCLA Entertainment Law Review 2 (1995): 157-94.

McCarthy, J. Thomas. Public Personas and Private Property: The Commercialization of

- Human Identity. The Trademark Reporter 79 (1989): 681-97.
- McKenna, Mark P. The Normative Foundations of Trademark Law. Notre Dame Law Review 82 (2007): 1839-916.
- Mirell, Douglas E. Right-of-Publicity Statutes: Some Historical Reflections and Recent Developments. Communications Lawyer 27 (September 2010): 15-26.
- Nimmer, Melville B. The Right of Publicity. Law and Contemporary Problems 19 (Spring 1954): 203-23.
- Peifer, Paul M. Schwartz and Karl-Nikolaus. Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better Than One Unitary Concept. California Law Review 98 (December 2010): 1925-88.
- Rohde, Stephen F. Dracula: Still Undead. California Lawyer 5 (April 1985): 51-55.
- Rosler, Hannes. Dignitarian Posthumous Personality Rights - an Analysis of U.S. And German Constitutional and Tort Law. Berkeley Journal of International Law 26 (2008): 153-205.
- Rothman, Jennifer E. Copyright Preemption and the Right of Publicity. U.C. Davis Law Review 36 (November 2002): 199-266.
- Rubin, Peter L. Felcher and Edward L. The Descendibility of the Right of Publicity: Is There Commercial Life after Death. Yale Law Journal 89 (May 1980): 1125-32.
- Shust, Martin H. Redish and Kelsey B. The Right of Publicity and the First Amendment in the Modern Age of Commercial Speech. William & Mary Law Review 56 (March 2015): 1443-500.
- Smolensky, Kirsten Rabe. Rights of the Dead. Hofstra Law Review 37 (2009): 763-804.
- Spahn, Kenneth E. The Right of Publicity: A Matter of Privacy, Property, or Public Domain? Nova Law Review 19 (1995): 1014-45.
- Yaniv, Oren. Judge Judy Sues Connecticut Lawyer for Using Her in His Ads without Permission [ออนไลน์]. 2014. แหล่งที่มา: <https://www.nydailynews.com/entertainment/tv-movies/judge-judy-sues-connecticut-lawyer-article-1.1719561> [20 ธันวาคม 2561].
- Yerrick, Lydia B. Live for One Life Only: The Need to Amend California's Post-Mortem Right of Publicity Statute to Better Protect the Dead and Their Heirs from Holographic Exploitation. Southwestern Law Review 43 (2013): 349-70.

- Zerehi, Sara. Valuing a Celebrity's Right of Publicity for Estate Tax Purposes. Harvard Journal of Sports and Entertainment Law 8 (Winter 2017): 126-45.
- . Valuing a Celebrity's Right of Publicity for Estate Tax Purposes. Harvard Journal of Sports and Entertainment Law 8 (Winter 2017).
- กรกมล แก้วเจียม. การสื่อสารตราสินค้าบุคคลของบุคคลผู้มีชื่อเสียงผ่านอินสตาแกรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558.
- จักรพงษ์ เล็กสกุลไทย. ฎีกาวิเคราะห์ : การเลียนแบบชื่อทางการค้า (มาตรา 18) ละเมิดใช้สิทธิให้เกิดความเสียหาย. วารสารนิติศาสตร์ (มิถุนายน 2528): 194-201.
- ชนิดา จุฬรัตน์มณี. อิทธิพลของผู้แนะนำสินค้า ที่เป็นผู้ที่มีชื่อเสียงด้านกีฬาที่มีผลต่อความตั้งใจซื้อสินค้าของผู้บริโภค. วิทยานิพนธ์บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- ชีวิน มัลลิกะมาลย์. การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.
- ชูเกียรติ โพธิ์วงศ์ไพโรเลิศ. การใช้บุคคลที่มีชื่อเสียงในงานโฆษณา. สารนิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต สาขาโฆษณา คณะวารสารศาสตร์และสื่อสารมวลชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- ณัฏฐ์หทัย เจิมแป้น. การโฆษณาโดยใช้บุคคลที่มีชื่อเสียง มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจซื้อผลิตภัณฑ์ สก๊อต ของผู้บริโภคในเขตกรุงเทพมหานคร. วิทยานิพนธ์บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2558.
- ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548.
- ภัทสรนันท์ เอนกธรรมกุล. ผลกระทบจากการใช้บุคคลที่มีชื่อเสียง (Celebrity) ที่เป็นผู้แนะนำสินค้าหลากหลายตราสินค้าในงานโฆษณา. สารนิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต (การบริหารการตลาด) คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- มานิตย์ จุมปา. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- ยุทธพงศ์ แซ่จิว. การสื่อสารตราสินค้าบุคคลผ่านเครือข่ายสังคมออนไลน์ของคนดั่งข้ามคืน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- รุ่งนภา เตรียมอ้าย. ทักษะคิดและพฤติกรรมของผู้บริโภคที่มีต่อการใช้ผู้มีชื่อเสียงขายเป็นผู้แนะนำสินค้าในตราสินค้าสำหรับผู้หญิง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการประชาสัมพันธ์ ภาควิชาการประชาสัมพันธ์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- วรรณพร กุชซังค์. ผลของการประชาสัมพันธ์เพื่อการตลาดโดยบุคคลมีชื่อเสียงผ่านอินสตาแกรม ในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- สุขุม ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2555.



อรพรรณ พันธ์พัฒนา. การให้ความคุ้มครองชื่อทางการค้า (Tradename) ในประเทศไทย. บทบัณฑิตย์ 52 (3 กันยายน 2539): 111 - 26.



## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	กฤติน พลกรรม
วัน เดือน ปี เกิด	28 เมษายน 2532
สถานที่เกิด	จังหวัดประจวบคีรีขันธ์
วุฒิการศึกษา	โรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา สายศิลป์ - เยอรมัน นิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (เกียรตินิยม อันดับ 1)
ที่อยู่ปัจจุบัน	เนติบัณฑิต สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 99/506 คอนโดแอสปาย สาทร-ราชพฤกษ์ ถนนราชพฤกษ์ แขวงปากคลอง ภาษีเจริญ เขตภาษีเจริญ กรุงเทพมหานคร



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY