

### บทที่ 3

## การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในต่างประเทศ

### บทนำ

จากสภาพปัญหาที่บุคคลผู้มีชื่อเสียงอาจจะถูกนำภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ดังที่ได้นำเสนอในบทที่ 2 ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรที่จะพิจารณาหลักกฎหมายต่างประเทศที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายไทยต่อไป

### 3.1 การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในประเทศเยอรมนีมีได้แบ่งแยกความแตกต่างระหว่าง สิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง (celebrity) กับ สิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลทั่วไป (non-celebrity) โดยประเทศเยอรมนีจะนำหลักสิทธิเกี่ยวกับบุคคล (Persönlichkeitsrecht: Personality Right) มาใช้ในการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลแต่ละคน อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในบางประเด็นอาจจะมีรายละเอียดรายละเอียดปลีกย่อยที่มีความแตกต่างจากการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลทั่วไป เช่น การลักลอบถ่ายภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในขณะที่ทำกิจกรรมส่วนตัวในสถานที่สาธารณะเพื่อนำไปเผยแพร่ลงในนิตยสารอาจจะไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์เนื่องจากได้รับความคุ้มครองตามหลักเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการนำเสนอข่าวสาร (Freedom of Speech and Information) ซึ่งได้รับรับรองโดยบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมัน (Grundgesetz: GG – German Constitution of 1949)<sup>1</sup> เป็นต้น

หลักการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคล (Persönlichkeitsrecht: Personality Right) ในประเทศเยอรมนีเป็นการให้ความคุ้มครองบุคคลจากการกระทำใดๆต่อลักษณะที่เกี่ยวกับบุคคล (Aspect of Personality) โดยไม่จำกัดเฉพาะการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์ แต่จะรวมไปถึงการกระทำอื่นๆ ด้วย เช่น การกระทำต่อการเป็นที่ยอมรับของบุคคลในสังคม

<sup>1</sup> BGHZ 131, 332 – *Caroline von Monaco II*. available from

[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law/german-cases/cases\\_bundes.shtml?19dec1995](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/german-cases/cases_bundes.shtml?19dec1995)  
[2007, February 26].

(reputation) หรือ การทำให้บุคคลต้องเสื่อมเสียเกียรติยศ (dignitary) นอกจากนี้ยังรวมไปถึง การคุ้มครองบุคคลจากการถูกล้ำเข้าไปในความเป็นส่วนตัวของบุคคล ดังนั้น หลักการคุ้มครอง “สิทธิเกี่ยวกับบุคคล” ในประเทศเยอรมนีจะมีขอบเขตกว้างกว่า การคุ้มครอง “สิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคล” ที่ทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์นี้ เนื่องจากขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลที่ทำการศึกษาจะจำกัดเฉพาะการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยมิชอบเท่านั้น

สิทธิเกี่ยวกับบุคคลในส่วนที่ใช้ในการคุ้มครองบุคคลจากการถูกนำภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์โดยมิชอบนั้นในประเทศเยอรมนีจะให้ความคุ้มครองประโยชน์ 2 ประการ คือ ประโยชน์เชิงเศรษฐกิจ (Economic Interest – ตามกฎหมายไทย คือ ประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้) และประโยชน์เชิงนามธรรม (Ideal Interest – ตามกฎหมายไทย คือ ประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้) ดังนั้น เมื่อมีการนำภาพลักษณ์ของบุคคลอื่นไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยไม่ชอบ บุคคลผู้ถูกนำภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำต่อประโยชน์ที่สิทธิเกี่ยวกับบุคคลให้ความคุ้มครอง 2 ประการที่กล่าวมานี้ได้

อนึ่ง การคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลในประเทศเยอรมนีในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1950 จะให้ความคุ้มครองโดยจำกัดขอบเขตเฉพาะ “สิทธิโดยเฉพาะเกี่ยวกับบุคคล (besondere Persönlichkeitsrechte: Specific Personality Right)” ที่มีกฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น ดังนี้ ทำให้สิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองในช่วงนั้นจะจำกัดเฉพาะสิทธิโดยเฉพาะเกี่ยวกับบุคคลที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้เป็นการเฉพาะ คือ ชื่อของบุคคลตามมาตรา 12 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB) และภาพของบุคคลตามมาตรา 22 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ในงานวิจิตรศิลป์ (Act on Copyright in Work of Visual Art 1907, Kunsturheberrechtsgesetz: KUG) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ภายหลังเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 2 ในปี ค.ศ. 1945 ซึ่งมีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างมากมาย ทำให้ในประเทศเยอรมนีเริ่มมีแนวความคิดที่จะให้คุ้มครอง “สิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคล (allgemeines Persönlichkeitsrechte: General Personality Right)” โดยเริ่มจากการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ในปี 1949 ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญแห่งประเทศเยอรมนี (Grundgesetz: GG – German Constitution of 1949) ที่ให้หลักประกันแก่บุคคลในการคุ้มครองสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคล ส่งผลให้ภายหลังจากปี ค.ศ. 1950 ศาลในประเทศเยอรมันได้เริ่มมีแนวความคิดที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลที่มีความยืดหยุ่นมากขึ้น และสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลนี้ก็มีส่วนช่วยในการให้ความคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลด้วย

### 3.1.1 หลักกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคล

หลักกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศเยอรมัน คือ หลักสิทธิเกี่ยวกับบุคคล (personality right) ซึ่งสิทธิเกี่ยวกับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับภาพลักษณ์ของบุคคลนี้มี 2 ประเภท คือ

#### 3.1.1.1 สิทธิโดยเฉพาะเกี่ยวกับบุคคล

#### 3.1.1.2 สิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคล

#### 3.1.1.1 สิทธิโดยเฉพาะเกี่ยวกับบุคคล

สิทธิโดยเฉพาะเกี่ยวกับบุคคล (Specific Personality Right) เป็นสิทธิที่มีกฎหมายให้การรับรองไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ สิทธิโดยเฉพาะเกี่ยวกับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลสามารถแบ่งได้ 2 ประการ คือ

(ก) สิทธิในภาพของบุคคลซึ่งได้รับการรับรองตามมาตรา 22 แห่งกฎหมายลิขสิทธิ์ในงานจิตรกรรม ค.ศ. 1907 (มาตรา 22 KUG)

(ข) สิทธิในชื่อของบุคคลซึ่งได้รับการรับรองตามมาตรา 12 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (มาตรา 12 BGB)

#### 3.1.1.2 สิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคล

สิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคล (General Personality Right) เป็นสิทธิเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 1 และมาตรา 2 วรรคหนึ่ง โดยศาลจะนำหลักสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลนี้มาใช้ในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในกรณีที่ไม่มีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ

สิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลนี้จะมีส่วนในการให้ความคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เช่น ศาลนำหลักสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลมาใช้เพื่อให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายต่อจิตใจ (solatium) เพื่อประโยชน์ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์ในทางที่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสีย หรือในกรณีที่เป็นการลอกเลียนแบบการออกเสียงของบุคคลไปใช้ในการโฆษณา ซึ่งในประเทศเยอรมันมิได้มีการรับรองสิทธิในเสียงของบุคคลไว้ ในกรณีนี้ศาลจะนำหลักสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลมาใช้เพื่อคุ้มครองบุคคลจากการถูกลอกเลียนแบบลักษณะการออกเสียง ทั้งนี้ มาตรา 1 และมาตรา 2 วรรคหนึ่ง ซึ่งศาลในประเทศเยอรมนีใช้เป็นบทบัญญัติพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคล มีบทบัญญัติว่า

มาตรา 1 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะล่วงละเมิดมิได้ หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่จะต้องเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้”

(The dignity of man shall be inviolable. To respect it shall be the duty of state authority<sup>2</sup>)

มาตรา 2 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ปัจเจกชนมีสิทธิที่จะพัฒนาลักษณะเกี่ยวกับบุคคลได้อย่างอิสระ ทั้งนี้จะต้องไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น หรือ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีงามของสังคม”

(Everyone has the right to free development of his personality, in so far as he does not violate the right of others or offend against the constitution order or the moral code)

### 3.1.2 วัตถุประสงค์สิทธิในภาพลักษณ์

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลจะคุ้มครองโดยอาศัยสิทธิโดยเฉพาะเกี่ยวกับบุคคลเป็นหลัก ทั้งนี้ สิทธิโดยเฉพาะเกี่ยวกับบุคคลจะให้ความคุ้มครองสิทธิในภาพของบุคคลตามมาตรา 22 KUG และสิทธิในชื่อของบุคคลตามมาตรา 12 BGB อย่างไรก็ตาม นอกจากการหาประโยชน์จากภาพหรือชื่อของบุคคลแล้ว ศาลในประเทศเยอรมันยังได้นำหลักสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลมาใช้ในการคุ้มครองสิทธิในเสียงของบุคคลด้วย ดังนั้น วัตถุประสงค์สิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลจึงสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ (1) ภาพของบุคคล (2) ชื่อของบุคคล (3) เสียงของบุคคล

#### 3.1.2.1 ภาพของบุคคล

สิทธิในภาพของบุคคลในประเทศเยอรมนีจะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 22 KUG และมีข้อยกเว้นตามมาตรา 23 KUG ดังนี้

<sup>2</sup> คำแปลกฎหมายพื้นฐานฉบับภาษาอังกฤษนำมาจาก  
<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm> [February 26, 2007]

**“มาตรา 22** การนำแสดงหรือการเผยแพร่รูปภาพของบุคคลจะกระทำได้ เฉพาะในกรณีที่บุคคลที่อยู่ในภาพนั้นให้ความยินยอม ในกรณีที่บุคคลที่อยู่ในรูปภาพได้รับ ค่าตอบแทนจากการถ่ายภาพนั้นให้ถือว่าบุคคลในภาพนั้นให้ความยินยอม ในกรณีที่บุคคลที่อยู่ใน รูปภาพถึงแก่กรรม การเผยแพร่ภาพนั้นภายหลังจากที่บุคคลนั้นถึงแก่กรรม 10 ปี การให้ ความยินยอมจะต้องกระทำโดยญาติ ซึ่งญาติตามความหมายของมาตรานี้หมายถึง คู่สมรสที่มี ชีวิตอยู่ และบุตรของบุคคลที่อยู่ในรูปภาพ ในกรณีที่บุตรและคู่สมรสถึงแก่กรรมแล้ว ให้ถือว่า หมายความว่าถึง บิดา หรือมารดาของบุคคลนั้น”

(§ 22 KUG “Portraits may only be disseminated or exhibited with the consent of the person portrayed. Consent is deemed to have been given if the person portrayed has received a remuneration for having the portrait taken. For ten years after the death of the person portrayed, consent given by the relatives of that person must be obtained. Relatives within this meaning of this section are the surviving spouse and the portrayed person’s children and, if neither a spouse nor children exist, the portrayed person’s parents.)

มาตรา 23 บัญญัติว่า

“การกระทำดังต่อไปนี้สามารถนำแสดงหรือเผยแพร่รูปภาพของบุคคลได้ โดย ไม่จำเป็นต้องมีความยินยอมตามมาตรา 22

(1) ภาพที่มีลักษณะเป็นเหตุการณ์ปัจจุบัน

(2) ภาพบุคคลซึ่งเป็นภาพถ่ายโดยมิได้ตั้งใจซึ่งอยู่ในภูมิภาค หรือท้องที่อื่น

ใด

(3) ภาพหมู่ ภาพการดำเนินกิจกรรม หรือกิจกรรมอื่นใดที่มีลักษณะอย่าง เดียวกันซึ่งบุคคลที่อยู่ในรูปภาพได้เข้าร่วม

(4) ภาพซึ่งมิได้กระทำโดยเป็นระบบระเบียบ ในกรณีที่การนำเสนอหรือการ เผยแพร่ภาพเป็นการแสดงให้เห็นถึงคุณค่าทางศิลปะมากกว่า

อำนาจที่จะกระทำการเผยแพร่หรือนำแสดงรูปภาพที่ตามวรรคก่อน จะไม่ถือว่าเป็น การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หากการนำเสนอหรือการเผยแพร่รูปภาพนั้นล่วงละเมิดต่อ ประโยชน์ที่พึงได้รับความคุ้มครองโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่อยู่ในภาพ หรือ ทายาทใน กรณีที่บุคคลที่อยู่ในรูปภาพถึงแก่กรรมแล้ว”

(§ 23 Without the consent required by § 22 the following may be disseminated and exhibited:

1. Pictures from the sphere of contemporary history;

2. Pictures on which persons are only portrayed accidentally as parts of a landscape or any other location;

3. Pictures of gatherings, processions of similar activities in which the person portrayed participated;

4. Pictures not having been made into order, if the dissemination or exhibition serves higher interest of art.

This authorisation does not justify any dissemination or exhibition by which a justified interest of the person portrayed or, if the person deceased, of his relatives is violated<sup>3</sup>.)

ภาพของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 22 KUG ที่กล่าวมานี้จะใช้กับภาพของบุคคลทุกประเภทไม่ว่าจะเป็น รูปภาพ ภาพเคลื่อนไหว รูปปั้น หรือ หน้ากากของคนที่ยาไปแล้ว (Death Mask)<sup>4</sup> รวมถึง รูปภาพล้อเลียน (parody)<sup>5</sup> แต่บุคคลทั่วไปจะต้องรู้ได้ว่าบุคคลในภาพนั้นคือใคร ภาพนั้นจึงจะได้รับความคุ้มครองมิให้มีการนำภาพออกเผยแพร่หรือนำแสดงต่อสาธารณชน ดังนั้น หากภาพถ่ายของบุคคลเป็นภาพถ่ายจากด้านหลัง หากคนทั่วไปรู้ว่าบุคคลในภาพคือใครแล้ว ภาพนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้มีการนำออกแสดง หรือ เผยแพร่สู่สาธารณะ<sup>6</sup>

ในกรณีของการนำสิทธิในภาพของบุคคลมาเพื่อคุ้มครองมิให้มีการเผยแพร่ภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงจะต้องพิจารณาประกอบกับมาตรา 23 วรรคหนึ่ง (1) KUG เนื่องจากในคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับการนำภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไปเผยแพร่ จำเลยมักจะให้การว่า “การเผยแพร่ภาพของโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียงเป็นการเผยแพร่ภาพเหตุการณ์ปัจจุบันซึ่งจะอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 23 (1)”

<sup>3</sup> บทบัญญัติมาตรา 22 และมาตรา 23 KUG ภาษาอังกฤษนำมาจาก Beverly-Smith, Ohly and Lucas-scholoetter, Privacy, Property and Personality, P. 105.

<sup>4</sup> KG GRUR 1983, 507 – Totenmaske II

<sup>5</sup> BGH GRUR 2000, 715 – Der blaue Engel

<sup>6</sup> BGHZ 26, 349 at 351 - *Herrenreiter*; BHGZ GRUR 1962, 211 – *Hochzietsbild*; BGH GRUR 1979, 732 – *Fussballtor*.

ในประเด็นนี้ได้มีบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาซึ่งศาลในประเทศเยอรมนีได้วางหลักเพื่อจำแนกประเภทของ ภาพของบุคคลที่ถือว่าเป็น “ภาพเหตุการณ์ปัจจุบัน” (Person belong to the ‘sphere of contemporary history’) ออกเป็น 2 ประเภท<sup>7</sup> ดังนี้

(1) บุคคลในเหตุการณ์ปัจจุบันโดยเด็ดขาด (absolute persons of contemporary history) หรือ บุคคลสาธารณะ หมายความว่า บุคคลที่มีชื่อเสียงในตัวเอง และ

(2) บุคคลในเหตุการณ์ปัจจุบันโดยสัมพันธ์ (relative person of contemporary history) ซึ่งหมายความว่า บุคคลที่จะเป็นที่รู้จักเฉพาะในเหตุการณ์บางเหตุการณ์เท่านั้น

ในกรณีที่ภาพนั้นเป็นภาพของบุคคลในเหตุการณ์ปัจจุบันโดยเด็ดขาดภาพนั้นจะสามารถเผยแพร่สู่สาธารณะเมื่อใดก็ได้ หากการเผยแพร่ภาพนั้นเป็นการให้ข้อมูลข่าวสารแก่สาธารณชน ซึ่งข้อมูลข่าวสารนี้มีได้จำกัดเฉพาะประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมืองเท่านั้น แต่จะครอบคลุมไปถึงเรื่องราวในวงการบริหารหรือเรื่องซุบซิบด้วย<sup>8</sup> อย่างไรก็ตาม สิทธิในภาพของบุคคลจะไม่ให้คุ้มครองไปถึงการถูกลักลอบถ่ายภาพ แต่ในกรณีนี้จะคุ้มครองโดยสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคล อย่างไรก็ตาม สิทธิในภาพของบุคคลจะสามารถนำไปใช้เพื่อห้ามการเผยแพร่ภาพที่ลักลอบถ่ายได้ หากภาพที่เผยแพร่มีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลที่อยู่ในภาพ การเผยแพร่ภาพนั้นย่อมไม่อาจกระทำได้เนื่องจาก มาตรา 23 วรรคสอง KUG ห้ามการเผยแพร่ หรือ นำแสดงภาพ ซึ่งแม้ว่าภาพนั้นจะอยู่ในข้อยกเว้นตาม มาตรา 23 วรรคแรก KUG แต่หากภาพมีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดประโยชน์ที่พึงได้รับความคุ้มครองโดยชอบของบุคคลภาพนั้นก็ไมอาจเผยแพร่ หรือ นำแสดงได้

สำหรับการนำสิทธิในภาพของบุคคลไปใช้ในกรณีที่เป็นการนำภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยมิได้รับอนุญาต จำเลยก็มักจะให้การเสมอว่า “บุคคลผู้มีชื่อเสียง” หมายความว่า “บุคคลในเหตุการณ์ปัจจุบันโดยเด็ดขาด” ดังนั้น การนำภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ทุกกรณีย่อมถือเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้ข้อยกเว้นในมาตรา 23 วรรคหนึ่ง (1) KUG ทุกกรณี

อย่างไรก็ตาม ศาลได้ตีความว่า ข้อยกเว้นตามมาตรา 23 วรรคหนึ่ง (1) ว่าจะจำกัดเฉพาะกรณีการนำเสนอหรือเผยแพร่รูปภาพของบุคคลที่มีลักษณะเป็นการให้ข้อมูลข่าวสารแก่สาธารณชนเท่านั้น ดังนั้น เนื่องจากการนำภาพบุคคลผู้มีชื่อเสียงไปใช้ในการ

<sup>7</sup> Beverly-Smith, Ohly and Lucas-Schloetter, *Privacy, Property and Personality*, P. 106.

<sup>8</sup> RGZ 125, 80 – Tull Harder; BGHZ 20, 345 – Paul Dahlke; BGHZ 143, 214 – Marlene Dietrich; OLG Hamburg MMR 2004, 413 – Oliver Kahn.

โฆษณาโดยทั่วไปจะเป็นการสนองความต้องการของเอกชนในการโฆษณาสินค้าหรือบริการ มิได้กระทำเพื่อให้สาธารณชนได้รับข้อมูลข่าวสาร ดังนี้ การนำภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่จะอยู่ภายใต้ชื่อยกเว้นตามบทบัญญัติ มาตรา 23 วรรคหนึ่ง (1) จะมีเฉพาะกรณีที่เป็นกรนำภาพของบุคคลไปใช้เพื่อให้ข้อมูลข่าวสารแก่สาธารณชนเท่านั้น เช่น การนำภาพของ Boris Becker นักเทนนิสที่มีชื่อเสียงมาใช้เป็นปกหนังสือเกี่ยวกับเทนนิส<sup>9</sup> หรือ การนำภาพของ Franz Beckenbauer นักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงซึ่งเป็นภาพทั่วไปในกีฬาฟุตบอลมาใช้เป็นปกของปฏิทิน<sup>10</sup> การขายเหรียญที่ระลึกซึ่งมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับชีวิตของ Willy Brant<sup>11</sup> เป็นต้น

การคุ้มครองสิทธิในภาพของบุคคลมีลักษณะพิเศษอีกประการหนึ่งซึ่งศาล Bundesgerichtshof (ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) ได้วางบรรทัดฐานไว้ในคดี *Dalke* ว่าการที่โจทก์ฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องสิทธิในภาพของบุคคลซึ่งได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 22 KUG ถือเป็นกรฟ้องคดีเพื่อเรียกร้อง “ค่าสิทธิตามควร (reasonable license fee)” ซึ่งมีลักษณะเป็นประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ตามหลักลากมิดวาร์ดด้วย

### 3.1.2.2 ชื่อของบุคคล

การคุ้มครองสิทธิในชื่อของบุคคลในประเทศเยอรมนีจะให้ความคุ้มครองโดยบทบัญญัติมาตรา 12 BGB ซึ่งบัญญัติว่า

“หากสิทธิในการใช้ชื่อของบุคคลถูกโต้แย้งโดยบุคคลอื่น หรือ ประโยชน์ที่พึงได้รับความคุ้มครองในชื่อของบุคคลโดยชอบถูกล่วงละเมิดจากบุคคลอื่นที่ใช้ชื่อเดียวกัน บุคคลที่มีประโยชน์ที่พึงได้รับความคุ้มครองโดยชอบสามารถร้องขอให้หยุดกระทำนั้นได้และในกรณีนี้เกรงว่าจะต้องเสียหายต่อไป บุคคลนั้นอาจจะขอให้ศาลสั่งห้ามกระทำการต่อไปซึ่งละเมิดได้”

(§ 12 If a persons right to use a name is disputed by another person, or if the interest of the person entitled to the name is injured by another persons use of the same name without authority, the person entitled may require the other to remove the

<sup>9</sup> OLG Frankfurt Jan 21, 88 – *Boris Becker*.

<sup>10</sup> BGH February 6, 1979.

<sup>11</sup> BGH GRUR 1996, 195.



injury. If further injuries are to be feared, the person entitled may seek a prohibitory injunction<sup>12</sup>.)

ชื่อของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 12 หมายความว่าถึง คำ หรือ สัญลักษณ์ใดๆ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างบุคคล และหมายความรวมถึง ชื่อสกุล ชื่อในทางศาสนาคริสต์<sup>13</sup> และมาตรา 12 ให้ความคุ้มครองชื่อของนิติบุคคลด้วย เช่น บริษัท พรรคการเมือง หรือสภาวิชาชีพ หรือเมือง<sup>14</sup>

อนึ่ง ในปัจจุบันมาตรา 12 BGB จะนำมาใช้ในการฟ้องคดีเกี่ยวกับการจดทะเบียนชื่อโดเมน (domain name) ของบุคคล หรือนิติบุคคลด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ศาล Bundesgerichtshof ได้เคยวางหลักไว้ในคดี *shell.de*<sup>15</sup> ว่า มาตรา 12 BGB จะไม่นำมาใช้ในการตีชื่อทางการค้าได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าแล้ว (มาตรา 5, 15 Markengesetz: MarkenG (กฎหมายเครื่องหมายการค้าเยอรมัน))

มาตรา 12 ให้สิทธิในการคุ้มครองชื่อบุคคล 2 ประการ คือ

- (1) สิทธิของจำเลยในการให้การต่อสู้ตามมาตรา 12 ว่า จำเลยมีสิทธิในการใช้ชื่อนั้นโดยชอบ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้อง
- (2) สิทธิของโจทก์ที่จะป้องกันมิให้จำเลยนำชื่อซึ่งแสดงสามารถถึงโจทก์ หรือมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับชื่อของโจทก์ไปใช้ ซึ่งการนำชื่อของโจทก์ไปใช้นั้นเป็นการละเมิดต่อประโยชน์ที่โจทก์พึงได้รับความคุ้มครองโดยชอบ โจทก์จึงมีสิทธิที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำการต่อไปซึ่งละเมิด (injunction) ได้

ในประเทศเยอรมนีสิทธิประการที่สอง จะมีความสำคัญกว่าสิทธิประการแรก และนอกจากโจทก์จะมีสิทธิขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำการต่อไปซึ่งละเมิดแล้ว โจทก์ยัง

<sup>12</sup> คำแปลประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีภาษาอังกฤษนำมาจาก

[http://www.law.ed.ac.uk/file\\_download/courses/handouts/LLM/119/1730\\_germancivilcode.pdf](http://www.law.ed.ac.uk/file_download/courses/handouts/LLM/119/1730_germancivilcode.pdf) [February 26, 2007].

<sup>13</sup> BGHZ 155, 273 – *maxim.de*.

<sup>14</sup> BGHZ 119, 237 – *Universitatseblem*.

\* ชื่อโดเมน เป็นชื่อที่ระบุถึงคอมพิวเตอร์ หรือ คอมพิวเตอร์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ชื่อโดเมนนี้จะมีฐานะเป็นส่วนประกอบของชื่อในอินเทอร์เน็ต เช่น [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org) (ที่มา [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org) [2007, July 14].)

<sup>15</sup> BGHZ 149, 191

มีสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายโดยถือว่า การนำชื่อของบุคคลไปหาประโยชน์เป็นการละเมิดสิทธิอื่นใดตามมาตรา 823 วรรคแรก BGB ทั้งนี้ มาตรา 823 วรรคแรก บัญญัติว่า

“บุคคลใดจงใจ หรือ ประมาทเลินเล่อ กระทำการอันขัดต่อกฎหมายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใด ของบุคคลอื่น จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลนั้น”

(§ 823 Anyone intentionally or negligently trespassing, contrary to law, on the life, body, health, freedom, property or any other right of another party shall be liable for the damage thus incurred to that other party.<sup>16</sup>)

### 3.1.2.3 เสียงของบุคคล

ในประเทศเยอรมนีมิได้มีการรับรองสิทธิในเสียงของบุคคลในลักษณะที่เป็นบทบัญญัติเฉพาะเหมือนกับ สิทธิในภาพของบุคคล หรือ สิทธิในชื่อของบุคคล แต่อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าในประเทศเยอรมนีมีหลักการคุ้มครองสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคล โดยสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลจะถือเป็นสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลอย่างหนึ่ง ดังนั้น ในกรณีที่มีการลอกเลียนลักษณะการออกเสียงของบุคคลเพื่อนำไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ ศาลในประเทศเยอรมันจึงถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ ดังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี *Hienz Erhardt*<sup>17</sup> ในคดีนี้ จำเลยได้ลอกเลียนลักษณะการออกเสียงของ *Hienz Erhardt* นักแสดงตลกที่มีชื่อเสียง เพื่อนำใช้ในการโฆษณาหลังจากที่ *Hienz Erhardt* ได้ถึงแก่กรรมแล้ว ในคดีนี้ *Oberlandgericht* (ศาลอุทธรณ์) วินิจฉัยโดยเทียบเคียงกับการหาประโยชน์โดยมิชอบจากชื่อของบุคคล หรือภาพของบุคคล และมีคำพิพากษาให้โจทก์ชนะคดี

อย่างไรก็ตาม แม้บรรทัดฐานแห่งคดีนี้จะเป็นคดีที่ศาลให้ความคุ้มครองสิทธิในเสียงของบุคคลที่ถึงแก่กรรมแล้ว แต่ผู้เขียนก็เห็นว่า หากในกรณีที่มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการลอกเลียนแบบลักษณะการออกเสียงของบุคคลที่มีชีวิตอยู่ ศาลในประเทศเยอรมันก็น่าจะนำบรรทัดฐานคดีนี้มาใช้คุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลประเภทเสียงของบุคคลด้วย โดยถือ

<sup>16</sup> คำแปลประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนีภาษาอังกฤษนำมาจาก

[http://www.law.ed.ac.uk/file\\_download/courses/handouts/LLM/119/1730\\_germancivilcode.pdf](http://www.law.ed.ac.uk/file_download/courses/handouts/LLM/119/1730_germancivilcode.pdf) [February 26, 2007].

<sup>17</sup> OLG Hamburg GRUR 1989, 666.

ว่า การลอกเลียนลักษณะการออกเสียงของบุคคลเป็นการละเมิดสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลรูปแบบหนึ่ง

### 3.1.3 ภาพลักษณ์ของบุคคลผู้ถึงแก่กรรม

การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์นี้โดยหลักแล้วมิได้จำกัดเฉพาะการนำภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชีวิตอยู่ไปหาประโยชน์เท่านั้น บุคคลผู้ถึงแก่กรรมแล้วก็อาจจะถูกนำภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์ได้ ทั้งนี้ ในประเทศเยอรมนีก็มีแนวความคิดที่จะให้ความคุ้มครองภาพลักษณ์ของบุคคลผู้ถึงแก่กรรมจากการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์เช่นกัน

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้ถึงแก่กรรมตามกฎหมายเยอรมันจะใช้หลักสิทธิเกี่ยวกับบุคคลเช่นเดียวกับบุคคลที่มีชีวิตอยู่ ทั้งนี้ ในประเทศเยอรมันมีแนวความคิดที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลของบุคคลที่ถึงแก่กรรมแล้วตั้งแต่ยุคแรกที่มีเริ่มมีการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคล โดยจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 22 KUG ตอนท้ายซึ่งบัญญัติไว้ว่า "ในกรณีที่บุคคลที่อยู่ในรูปภาพถึงแก่กรรม การเผยแพร่ภาพนั้นภายหลังจากที่บุคคลนั้นถึงแก่กรรม 10 ปี การให้ความยินยอมจะต้องกระทำโดยญาติ ซึ่งญาติตามความหมายของมาตรานี้หมายถึง คู่สมรสที่มีชีวิตอยู่ และบุตรของบุคคลที่อยู่ในรูปภาพ ในกรณีที่บุตรและคู่สมรสถึงแก่กรรมแล้ว ให้ถือว่า หมายความว่า หมายความว่า บิดา หรือมารดาของบุคคลนั้น"

สำหรับแนวคำพิพากษาของศาล Bundesgerichtshof ก็มีแนวทางที่ให้การรับรองไว้ชัดเจนว่าสิทธิเกี่ยวกับบุคคลเป็นสิทธิที่ยังคงได้รับความคุ้มครองอยู่แม้ว่าบุคคลนั้นจะถึงแก่กรรมแล้วเช่นกัน<sup>18</sup> โดยศาลได้พิจารณาประเด็นนี้ไว้ในคดี *Mephisto*<sup>19</sup> อย่างชัดเจน

คดี *Mephisto* คดีนี้เกี่ยวข้องกับหนังสือที่เขียนโดย Klaus Mann ในปี 1936 ขณะที่ถูกเนรเทศไปอยู่ใน Amsterdam ทั้งนี้ ตัวละครที่สำคัญในหนังสือนี้เป็นนักแสดงชื่อ Hendrik Höffgen ซึ่งตัวละครนี้ประสบความสำเร็จจากการแสดงบทบาทเป็น Mephisto ใน Goethe's Drama Faust นอกจากนั้น ตัวละครที่ชื่อ Höffgen นี้มีลักษณะเด่นเป็นคนวิปริตทางเพศ และเป็นบุคคลซึ่งเดิมเคยมีแนวความคิดเป็นสังคมนิยม และได้เปลี่ยนความคิดภายหลังปี 1933 กลายเป็นสมาชิกพรรคนาซีเยอรมัน

<sup>18</sup> BGHZ 50, 133 – *Mephesto*; BGHZ 107, 384 – *Emil Nolde*

<sup>19</sup> BGHZ 50, 133 – *Mephesto*.

จากข้อเท็จจริงในนิยายเล่มนี้ บุตรบุญธรรม (adopted son) ของ Gustaf Gründgens เห็นว่าตัวละครที่ชื่อ Hendrik Höffgen จริงๆ แล้วหมายความถึง Gustaf Gründgens บิดาบุญธรรมของตน ซึ่งเมื่อศาล Bundesgerichtshof พิจารณาตามพยานหลักฐาน แล้วก็เห็นด้วยและมีคำสั่งห้ามเผยแพร่หนังสือเล่มนี้ในประเทศเยอรมนี

ศาลให้เหตุผลในการให้ความคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลภายหลังที่บุคคลนั้นถึงแก่กรรมแล้วว่า สิทธิเกี่ยวกับบุคคลจะยังคงมีผลทางกฎหมายอยู่แม้ว่าบุคคลนั้นจะถึงแก่กรรมแล้วซึ่งหลักการนี้ก็ได้รับการรับรองในมาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งรับรองว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะล่วงละเมิดมิได้” โดยมาตรา 1 นี้มีได้หมายความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะล่วงละเมิดได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นถึงแก่กรรมแล้ว” หากตีความกฎหมายเช่นนี้ย่อมทำให้บุคคลไม่อาจได้รับความคุ้มครองในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ เพราะบุคคลอาจจะถูกหมิ่นประมาทให้เสียชื่อเสียงหลังจากที่ตนถึงแก่กรรมแล้ว ศาลจึงมีความเห็นว่าสิทธิเกี่ยวกับบุคคลของบุคคลที่ถึงแก่กรรมแล้วมีลักษณะเป็น สิทธิที่จะต้องสูญหายไปทีละน้อย (dwindling right) ซึ่งจะค่อยๆ จางหายไปพร้อมกับความทรงจำของสาธารณะที่ค่อยๆ ลบเลือนออกไป ทั้งนี้ ศาล Bundesgerichtshof ก็ได้รับการรับรองแนวคิดนี้อีกครั้งในคดี *Nolde*<sup>20</sup> ด้วย

จะเห็นได้ว่าในคดี *Mephisto* ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับ การคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลในส่วนของประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้

สำหรับการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลในส่วนของประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้นั้นในช่วงแรกก็ยังไม่ได้ชัดเจนว่าสิทธิเกี่ยวกับบุคคลในส่วนนี้จะเป็นสิทธิที่ตกทอดไปยังทายาทได้หรือไม่

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้มีศาล Oberlandgericht ได้ระบุไว้ในคำพิพากษาในคดี *Heinz Erhardt* ซึ่งอธิบายได้ไปแล้วข้างต้นแล้วว่า ภาพลักษณ์ของศิลปินไม่อาจกลายเป็นวัตถุที่สามารถนำไปหาประโยชน์ได้ทันทีหลังจากที่ศิลปินได้ถึงแก่กรรม โดยศาลเห็นว่าทายาทของ Heinz Erhardt มีสิทธิในประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ และประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้

ภายหลังจากที่ศาล Oberlandgericht ได้วินิจฉัยคดี *Heinz Erhardt* แล้ว ศาล Bundesgerichtshof ก็ได้วินิจฉัยตามแนวทางของคดี *Heinz Erhardt* เดียวกันในคดี *Marlene*

<sup>20</sup> BGHZ 107, 384 – *Emil Nolde*

หัวข้อ 3.1.2.3

*Dietrich I*<sup>1</sup> แต่ในคดีนี้ศาลได้แบ่งแยกระหว่าง “ประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้” และ “ประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้” อย่างชัดเจน (ซึ่งประโยชน์ทั้ง 2 ประการนี้ได้รับความคุ้มครองโดยสิทธิเกี่ยวกับบุคคลเหมือนกัน) ทั้งนี้ ศาลเห็นว่าตามบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาที่มีอยู่ในขณะนั้นได้รับรองแล้วว่าประโยชน์ที่มีอาจคำนวณเป็นเงินได้จะได้รับความคุ้มครองแม้ว่าบุคคลนั้นถึงแก่กรรมแล้วก็ตาม ทั้งนี้ หลักการนี้ควรจะนำไปใช้สำหรับประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ด้วย โดยศาลได้ให้เหตุผลประกอบ 2 ประการ ดังนี้

**ประการแรก** การคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลของบุคคลที่ถึงแก่กรรม จะได้รับความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพหากสิทธิเกี่ยวกับบุคคลสามารถใช้ในการป้องกันการนำภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์โดยมิชอบได้ มิใช่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะการกระทำก่อให้เกิดความเสื่อมเสียต่อการเป็นที่ยอมรับในสังคม (reputation) ของบุคคลนั้น

**ประการที่สอง** มูลค่าทางเศรษฐกิจที่อยู่ในภาพลักษณ์ของบุคคลซึ่งบุคคลมีขณะที่บุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่ ควรจะถือเป็นทรัพย์สินที่ตกทอดไปพร้อมกับกองทรัพย์สินไปให้แก่ทายาทด้วย

จากเหตุผลที่กล่าวมานี้ศาล Bundesgerichtshof จึงได้วินิจฉัยว่า ประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ซึ่งได้รับความคุ้มครองโดยสิทธิเกี่ยวกับบุคคลเป็นมรดกที่ตกทอดไปยังทายาทได้ ดังนั้น ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ของจากภาพลักษณ์ของบุคคลที่ถึงแก่กรรมแล้ว ทายาทจึงมีสิทธิที่จะฟ้องคดีเพื่อขอคำสั่งห้ามกระทำการต่อไปซึ่งละเมิดหรือ เรียกร้องค่าเสียหายได้

ในประเด็นนี้เรื่องสิทธิเกี่ยวกับบุคคลจะได้รับความคุ้มครองภายหลังจากที่บุคคลภาพลักษณ์ของบุคคลได้มีความเห็นทางวิชาการที่มีการโต้แย้งเช่นกันว่า สิทธิเกี่ยวกับบุคคลควรที่จะได้รับความคุ้มครองแม้ว่าบุคคลนั้นจะถึงแก่กรรมแล้วหรือไม่

สำหรับความเห็นของฝ่ายที่ไม่เห็นด้วย เห็นว่า สิทธิเกี่ยวกับบุคคลควรจะเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองแม้ว่าบุคคลนั้นจะถึงแก่กรรมแล้ว เนื่องมาจากสิทธิเกี่ยวกับบุคคลอยู่ในหลักประธานแห่งสิทธิ (subjective right) ทำให้สิทธินี้จำเป็นต้องมีประธานแห่งสิทธิ เมื่อบุคคลผู้ทรงสิทธิถึงแก่กรรมแล้ว สิทธิเกี่ยวกับบุคคลย่อมไม่อาจมีอยู่

<sup>1</sup> ข้อเท็จจริงของคดีนี้จะกล่าวในหัวข้อ 3.1.4.2

อย่างไรก็ตาม สำหรับความเห็นของฝ่ายที่เห็นด้วยว่าสิทธิเกี่ยวกับบุคคล ควรที่จะได้รับความคุ้มครองแม้ว่าบุคคลจะถึงแก่กรรมแล้ว คือ การละเมิดสิทธิเกี่ยวกับบุคคล ของบุคคลที่ถึงแก่กรรมถือเป็นการละเมิดสิทธิเกี่ยวกับบุคคลของบุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่ และ เหตุผลนี้ก็คือเหตุผลที่ศาล Bundesgerichtshof นำไปใช้เพื่ออธิบายว่าเหตุใดประโยชน์ที่อาจ คำนวณเป็นเงินได้จึงเป็นประโยชน์ที่ตกทอดไปยังทายาทได้ในคดี *Marlene Dietrich I* ดังนั้น ทายาทจึงได้รับความคุ้มครองประโยชน์ส่วนนี้ด้วย ดังนั้น ทายาทย่อมมีสิทธิในการฟ้องคดีจาก การละเมิดสิทธิได้

### 3.1.3.1 ประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้

ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ ประโยชน์ เช่นว่านี้เป็นประโยชน์เฉพาะตัวของบุคคลโดยแท้ ประโยชน์เช่นนี้จึงไม่ใช่ประโยชน์ที่ควรจะตก ทอดเป็นมรดก อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ได้มีนักกฎหมายบางกลุ่มมีความเห็นว่า หากมีการ กระทำคามเสียหายให้เกิดขึ้นกับบุคคลที่ตายไปแล้ว ทายาทที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบุคคล นั้น (relatives) ย่อมอาจจะได้รับความเสียหายด้วย

ในประเด็นนี้นักกฎหมายในเยอรมันส่วนใหญ่เห็นว่าควรที่จะแบ่งแยกความ แตกต่างระหว่างคดีที่ทายาทที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดได้รับความเสียหายกับคดีที่ไม่ได้รับความ เสียหาย เนื่องจากในคดีที่ทายาทได้รับความเสียหายทายาทย่อมมีสิทธิขอคำสั่งศาลห้ามกระทำ การต่อไปซึ่งละเมิด หรือ เรียกร้องค่าเสียหายด้วยตัวเองอยู่แล้ว ดังที่ ศาล Bundesgerichtshof ได้เคยพิพากษาว่า การปฏิเสธการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของชาวยิว ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิเกี่ยวกับ บุคคลของชาวยิวที่เกิดขึ้นภายหลังปี 1945 ด้วย<sup>22</sup> แต่ในคดีนี้มีบทความซึ่งหมิ่นประมาทสมาชิก พรรคคอมมิวนิสต์ที่ต่อต้าน Hitler ศาล Bundesgerichtshof ได้พิพากษาว่า บุตรสาวของสมาชิก พรรคคอมมิวนิสต์คนนี้สามารถขอคำสั่งห้ามกระทำการต่อไปซึ่งละเมิดได้ แต่บุตรสาวคนนี้ไม่ อาจเรียกร้องค่าเสียหายจากความเจ็บปวด หรือ ความทุกข์ทรมานได้เนื่องจากบุตรสาวไม่ได้รับ ความเสียหายต่อการเป็นที่ยอมรับในสังคมแต่อย่างใด<sup>23</sup>

นักกฎหมายเยอรมันยอมรับในความแตกต่างระหว่างคดีทั้ง 2 ประเภทที่กล่าว มา นี้ ดังนั้น การที่จะถือว่าการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลหลังจากที่บุคคลนั้นถึงแก่กรรมเป็น การคุ้มครองสิทธิของทายาทที่ใกล้ชิดกับบุคคลผู้ถึงแก่กรรมโดยตรง จึงไม่น่าที่จะถูกต้อง

<sup>22</sup> BGHZ 75, 160

<sup>23</sup> BGH GRUR 1974, 797

เท่าใดนัก เพราะในบางคดีศาลก็มีคำสั่งห้ามกระทำการต่อไปซึ่งละเมิดในคดีที่ทายาทไม่ได้รับความเสียหาย

เหตุผลที่น่าจะเป็นที่ยอมรับมากที่สุดที่ใช้เป็นเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลของบุคคลที่ถึงแก่กรรมแล้ว คือ บุคคลที่ถึงแก่กรรมแล้วควรที่จะมีสิทธิบางประการซึ่งจะอยู่ในความทรงจำของทายาทที่ใกล้ชิดที่ยังมีชีวิตอยู่ หรือ อีกเหตุผลหนึ่งซึ่งคล้ายคลึงกันได้ให้เหตุผลว่า สิทธิเกี่ยวกับบุคคลของบุคคลที่ถึงแก่กรรมสิ้นสุดลงเมื่อบุคคลคนนั้นถึงแก่กรรม แต่สังคมยังมีหน้าที่โดยทั่วไปที่จะให้ความเคารพแก่ความทรงจำของบุคคลที่ถึงแก่กรรมนี้ ดังนั้น การคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลของบุคคลที่ถึงแก่กรรมจริง ๆ แล้วมิได้เกิดจากการคุ้มครองประธานแห่งสิทธิของทายาทที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด แต่เกิดจากหน้าที่ของสังคมที่จะต้องให้ความเคารพแก่บุคคลที่ถึงแก่กรรมนั้น

### 3.1.3.2 ประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้

ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ ซึ่งเป็นประเด็นที่ศาล Bundesgerichtshof รับรองว่าประโยชน์เช่นนี้เป็นประโยชน์ที่ตกทอดเป็นมรดก ประเด็นนี้ได้มีนักกฎหมายบางส่วนตั้งข้อสังเกตว่า สิทธิเกี่ยวกับบุคคลไม่ควรที่จะพัฒนาไปเป็นทรัพย์สินทางปัญญา โดยนักกฎหมายกลุ่มนี้มีความเห็นว่า บุคคลที่ถูกนำภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ควรที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายในระหว่างที่ตนมีชีวิตอยู่ แต่ไม่เห็นด้วยที่จะให้มูลค่าทางเศรษฐกิจนี้ตกทอดไปยังทายาทผู้รับมรดกด้วย

อย่างไรก็ตามความเห็นของนักกฎหมายเยอรมันส่วนใหญ่เห็นด้วยกับคำพิพากษาคดี *Marlene Dietrich* นี้ ทั้งนี้ เนื่องจากในกฎหมายเยอรมันมีหลักเกณฑ์ที่ทำให้ตีความได้ว่า ประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้เป็นประโยชน์ที่ตกทอดเป็นมรดกได้ ดังนี้

- (1) สิทธิโดยเฉพาะเกี่ยวกับบุคคลที่รับรองโดยกฎหมายเฉพาะก็เป็นสิทธิยังคงอยู่แม้ว่าบุคคลนั้นจะถึงแก่กรรมแล้ว ดังที่จะเห็นได้ว่า มาตรา 22 KUG ที่กล่าวไปข้างต้น
- (2) ภาพลักษณ์ของบุคคลเป็นสิ่งที่มียุทธค่าทางเศรษฐกิจตามความเป็นจริง และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเยอรมันระหว่างที่บุคคลนั้นมีชีวิตอยู่ เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 1922 BGB วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า

“เมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย (การกระจายของทรัพย์สินมรดก) ทรัพย์สินของบุคคลนั้น (ทรัพย์สินมรดก) ย่อมตกทอดไปยังทายาท”

(Upon the death of a person (devolution of an inheritance), that person's property (inheritance) passes as a whole to one or more other persons (heirs).)

นักกฎหมายเยอรมันตีความมาตรานี้ว่า สิทธิที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจทุกประเภท ย่อมตกทอดเป็นมรดก

(3) นอกจากนี้ นักกฎหมายกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับคดี *Marlene* เองก็เห็นว่าการ เป็นที่ยอมรับของบุคคลในสังคม (reputation) ควรที่จะได้รับความคุ้มครองภายหลังจากที่บุคคล นั้นถึงแก่กรรมแล้ว ทั้งนี้ ความคุ้มครองการเป็นที่ยอมรับของบุคคลจะมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นหาก ผู้รับมรดกมีสิทธิในฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการนำภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์โดยไม่ชอบด้วย

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมานี้ นักกฎหมายเยอรมันส่วนใหญ่จึงมีความเห็นว่าสิทธิ เกี่ยวกับบุคคลที่ให้ความคุ้มครองประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้สามารถตกทอดเป็นทรัพย์สิน มรดกได้

### 3.1.4 การหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนีมิได้มีกฎหมายเฉพาะที่ระบุว่า การหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของ บุคคลถือเป็นการละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคล แต่กฎหมายเยอรมันจะถือว่าการนำ ภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยมิชอบเป็นการกระทำต่อสิทธิเกี่ยวกับบุคคลที่มี กฎหมายรับรองไว้ ดังนั้น บุคคลผู้มีสิทธิในภาพลักษณ์ย่อมมีสิทธิเรียกร้องเพื่อให้ได้รับความ คุ้มครอง โดยการเรียกร้องสิทธิเกี่ยวกับบุคคลนี้มีหลายรูปแบบ เช่น การเรียกร้องสิทธิใน ภาพลักษณ์ของบุคคลโดยถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิอื่นใดตามมาตรา 823 BGB หรือ การถือว่า หาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยไม่ได้รับอนุญาตถือเป็นการทำให้บุคคลได้ไปซึ่งลามกมิควรได้ ดังนั้น บุคคลผู้ถูกนำภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์ย่อมสามารถเรียกร้องค่าสิทธิตามควรตามหลัก ลามกมิควรได้ได้ หรือ การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่บุคคลจะถือว่า เป็นการละเมิดสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 2 วรรคแรกแห่งกฎหมายพื้นฐานเยอรมัน

การคุ้มครองสิทธิภาพลักษณ์ของบุคคลจากการถูกนำภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์เชิง พาณิชย์นี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและนำเสนอข่าวที่ ได้รับความคุ้มครองในรัฐธรรมนูญมาตรา 5 ด้วย นอกจากนี้ การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ ของบุคคลประเภทภาพของบุคคลก็จะต้องอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามมาตรา 23 KUG ซึ่งให้การ



รับรองเสรีภาพของบุคคลในการนำภาพของบุคคลไปใช้ในการเสนอข่าวสารเหตุการณ์ปัจจุบันด้วย

จากที่กล่าวมานี้ทำให้เห็นว่าการนำภาพลักษณะของบุคคลไปหาประโยชน์โดยไม่ชอบในประเทศเยอรมันย่อมจะต้องพิจารณาว่าการนำภาพลักษณะของบุคคลไปหาประโยชน์นั้นอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการสื่อสารหรือไม่ หากเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้เสรีภาพในการสื่อสารแล้วก็ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิในภาพลักษณะของบุคคล ดังนั้น เพื่อความชัดเจนในการปรับใช้กฎหมายสำหรับคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณะของบุคคลในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าควรจัดประเภทคดีที่เกิดขึ้นตามรูปแบบการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่ผู้เขียนได้นำเสนอในบทที่ 2 เพื่อพิจารณาแนวทางในการปรับใช้กฎหมายไทย

### 3.1.4.1 การหาประโยชน์จากภาพลักษณะของบุคคลจากการถูกนำไปโฆษณา

#### (ก) การนำภาพของบุคคลไปใช้ในการโฆษณา

การนำภาพลักษณะของบุคคลประเภทภาพของบุคคลไปในการโฆษณาโดยไม่รับอนุญาตในประเทศเยอรมนีจะถือว่าเป็นการทำให้บุคคลผู้นำภาพลักษณะไปหาประโยชน์ได้ไปซึ่งลามมิควรได้ ดังนั้น ผู้นำภาพไปหาประโยชน์จะต้องชดใช้ “ค่าสิทธิตามควร” แก่เจ้าของภาพนั้นซึ่งบรรทัดฐานนี้มาจากคดี *Dalhke* ซึ่งมีข้อเท็จจริง ดังนี้

ในคดี *Dalhke* โจทก์ คือ Paul Dalhke ซึ่งเป็นนักแสดงที่มีชื่อเสียงได้ฟ้องคดีผู้ผลิตจักรยานยนต์สกูตเตอร์ยี่ห้อ NSU-Lambretter เป็นจำเลยเนื่องจากจำเลยได้นำภาพของโจทก์ซึ่งนั่งอยู่บนรถจักรยานยนต์ยี่ห้อของจำเลยไปใช้ในการโฆษณารถจักรยานยนต์ของจำเลย ซึ่งโจทก์ได้เคยอนุญาตให้นิตยสาร Film and Funk นำภาพดังกล่าวไปใช้ประกอบบทสัมภาษณ์ของโจทก์

ในคดี *Dahlke* ศาล Bundesgerichtshof วินิจฉัยว่า การคุ้มครองสิทธิในภาพของบุคคลโดยหลักเป็นการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลประเภทหนึ่งไม่ใช้การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน แต่ในคดีนี้โจทก์ไม่ได้เรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับความรู้สึกของโจทก์เนื่องจากโจทก์มิได้มีความรู้สึกอับอายจากการที่จำเลยนำภาพของโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียงซึ่งนั่งอยู่บนรถจักรยานยนต์ที่มีชื่อเสียงไปใช้ในการโฆษณา ดังนั้น ในคดีนี้ศาล Bundesgerichtshof จึงวางหลักว่า “สิทธิเกี่ยวกับบุคคลให้ความคุ้มครองประโยชน์เชิงเศรษฐกิจ[ประโยชน์ที่คำนวณเป็นเงินได้] ที่อยู่ในภาพของบุคคลด้วย” และศาล Bundesgerichtshof จึงมีคำพิพากษาให้จำเลย

ชดใช้ “ค่าสิทธิตามควร” ตามหลักกฎหมายลามิกควรได้แก่โจทก์ ซึ่งแนวบรรทัดฐานนี้ได้รับการยืนยันในอีกหลายคดี<sup>24</sup>

### (ข) การนำชื่อของบุคคลไปใช้ในการโฆษณา

สำหรับกรณีที่มีการนำชื่อของบุคคลไปใช้ในการโฆษณา ในประเทศเยอรมนี จะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อของบุคคลซึ่งถือเป็นสิทธิอื่นใดตามมาตรา 823 BGB ซึ่งโดยหลักแล้วโจทก์จะต้องพิสูจน์องค์ประกอบ 3 ประการ คือ

- (1) การนำชื่อของโจทก์ไปใช้เป็นการกระทำเพื่อแสดงถึงโจทก์ หรือ มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับโจทก์ และน่าจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิด และ
- (2) การนำชื่อของโจทก์ไปใช้เป็นการนำไปใช้โดยมิชอบ และ
- (3) การนำชื่อของโจทก์ไปใช้เป็นการละเมิดต่อประโยชน์ที่พึงได้รับความคุ้มครองโดยชอบของโจทก์

การนำชื่อของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาย่อมถือว่าเป็นการนำชื่อของบุคคลไปใช้โดยมิชอบ ตามองค์ประกอบข้อ 2 และเป็นการละเมิดประโยชน์ที่พึงได้รับความคุ้มครองโดยชอบตามองค์ประกอบข้อ 3 อยู่แล้ว เนื่องจากการนำชื่อของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาย่อมถือเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิของบุคคลที่จะนำชื่อของตนไปหาประโยชน์

อย่างไรก็ตาม สำหรับองค์ประกอบข้อที่ 1 ได้มีประเด็นที่น่าสนใจเนื่องจากในคดีที่บุคคลผู้มีชื่อเสียงเป็นโจทก์ฟ้องว่าจำเลยนำชื่อของตนไปใช้ในการโฆษณา จำเลยมักจะให้การต่อสู้ว่า “การนำชื่อของโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียงไปใช้ในการโฆษณาไม่น่าที่จะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดได้” เนื่องจากโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียงมิได้ประกอบกิจการประเภทเดียวกับจำเลยหรือประกอบกิจการแข่งขันกับจำเลย แต่คำให้การต่อสู้ของจำเลยเช่นว่านี้ ศาล Bundesgerichtshof ไม่เห็นด้วย และได้เคยวางบรรทัดฐานว่า หากการกระทำของจำเลยทำให้สาธารณชนเข้าใจได้ว่าโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียงได้ให้ความยินยอมในการใช้ชื่อนั้น ย่อมถือว่าย่อมจะก่อให้เกิดความสับสนหลงผิดแล้ว<sup>25</sup> โดยการพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการเบิกความของพยาน (witness statement) หรือแบบสอบถามมาใช้ในการพิสูจน์ความสับสนหลงผิดของสาธารณชน

<sup>24</sup> BGH GRUR 1979, 732 at 734 – Fußballtor, BGHZ GRUR 1987, 128 at 129 – Nena; BGH 1992, 557 at 558 – Talkmaster.

<sup>25</sup> RGZ 74, 308 at 310 et seq. – Graf Zeppelin; BGHZ 119, 237 – Universitätsblem.

### (ค) การนำเสียงของบุคคลไปใช้ในการโฆษณา

สำหรับกรณีที่มีการนำเสียงของบุคคลไปใช้ในการโฆษณา ในประเทศเยอรมนีได้มีการกฎหมายเฉพาะที่รับรองสิทธิในเสียงของบุคคล แต่ได้มีคดีที่เกี่ยวกับการลอกเลียนเสียงของบุคคลเพื่อนำไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์เกิดขึ้นคดีหนึ่งซึ่งในศาลคดีนี้ถือว่าการลอกเลียนเสียงของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาเป็นการละเมิดสิทธิโดยทั่วเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ ดังข้อเท็จจริงคดี *Heinz Erhardt* ที่ได้กล่าวไปแล้ว

### (ง) ข้อยกเว้น

ศาล *Bundesgerichtshof* ได้วางข้อยกเว้นจากการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาไปหาประโยชน์โดยมิชอบในประเทศเยอรมนีไว้ 2 ประการ คือ

- (1) กรณีการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้โฆษณาที่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสีย
- (2) กรณีการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาสื่อสิ่งพิมพ์

(1) กรณีการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้โฆษณาที่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสีย

การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาโดยทั่วไปแล้ว โจทก์จะสามารถเรียกร้อง “ค่าสิทธิตามควร” ไม่ว่าจะโดยอาศัยหลักกฎหมายละเมิด หรือ ลากมิกควรได้ แต่ศาล *Bundesgerichtshof* ได้วางบรรทัดฐานที่สำคัญว่า หากการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่บุคคลที่ถูกนำภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์แล้ว ศาลจะถือว่าการกระทำของจำเลยผู้นำภาพลักษณ์ของโจทก์ไปหาประโยชน์เป็นการละเมิดสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลตามมาตรา 1 และมาตรา 2 วรรคหนึ่งแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นสิทธิอื่นใดตามมาตรา 823 BGB<sup>26</sup> และศาลจะมีคำสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายต่อจิตใจ (*Solatium*) โดยถือว่าจำเลยละเมิดสิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง” ดังข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดี *Ginsengwurzel*<sup>27</sup> (Ginger root – รากโสม)

\* หัวข้อ 3.1.2.3

<sup>26</sup> BGHZ 26, 349 at 351 – *Herrenrieter*

\*\* เดิมศาล *Bundesgerichtshof* ถือว่าการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์เป็นการละเมิดสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคล และมีคำสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ตามโดยอาศัยการขยายความมาตรา 847 (ปัจจุบันถูกยกเลิกแล้ว แต่

ในคดี *Ginsengwurzel* นี้ โจทก์เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายศาสตร์ได้ฟ้องคดีเพราะจำเลยได้นำชื่อของโจทก์ไปใช้ในการโฆษณาขายกระตุ่นสมรรถภาพทางเพศซึ่งมีโสมเป็นส่วนผสม โดยถือเป็นการละเมิดสิทธิเกี่ยวกับบุคคลของโจทก์ เนื่องจากการกระทำของจำเลยก่อให้เกิดความเสื่อมเสียต่อการเป็นที่ยอมรับในสังคมของโจทก์ ซึ่งศาลได้พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายต่อจิตใจ

บรรทัดฐานที่ถือว่า การนำภาพลักษณ์ของโจทก์ไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่โจทก์นี้ยังมีการนำไปใช้กับคดีอีกหลายคดี<sup>28</sup> รวมไปถึงกรณีที่มีการนำชื่อของบุคคลไปโฆษณาที่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียด้วย<sup>29</sup> นอกจากนี้ ประเด็นที่ศาลให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายต่อจิตใจโดยถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้มีการรับรองโดยศาลรัฐธรรมนูญด้วยว่า การสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายต่อจิตใจ (*Solatiúm*) ของศาล *Bundesgerichtshof* ถือเป็นการตีความของศาลที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย<sup>30</sup>

## (2) กรณีการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาสิ่งพิมพ์

ขอยกเว้นอีกประการหนึ่งซึ่งศาลได้วางบรรทัดฐานไว้เกี่ยวกับการนำภาพของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาโดยไม่ได้รับอนุญาต แต่ศาลที่ไม่ถือเป็นการหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของบุคคลนี้เป็นการหาประโยชน์โดยมิชอบ โดยศาล *Bundesgerichtshof* ได้วางบรรทัดฐานนี้ไว้ในคดี *Marlene Dietrich II*<sup>31</sup> ซึ่งคดีนี้เกี่ยวกับการโฆษณาของหนังสือพิมพ์ฉบับ "50 ปี ประเทศเยอรมนี (50 years of Germany)" โดยใช้ภาพของ *Marlene Dietrich* ในคดีนี้ศาลเห็นว่าเป็นการเผยแพร่ภาพเหตุการณ์ปัจจุบันซึ่งได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 23 (1) KUG และบทบัญญัติแห่งมาตรา 5 วรรคหนึ่งแห่งกฎหมายพื้นฐานซึ่งให้สิทธิพิเศษแก่หนังสือพิมพ์ในการเผยแพร่ภาพของบุคคลรวมไปถึงได้ให้สิทธิในการนำภาพนั้นมาใช้ในการโฆษณาหนังสือพิมพ์ด้วย

---

หลักกฎหมายมาตรา 847 นี้จะอยู่ในมาตรา 253 ในปัจจุบัน) ว่าการกระทำของจำเลยเป็นกระทำต่อเสรีภาพในทางความคิดของโจทก์ (*deprive of intellectual freedom*)

<sup>27</sup> BGHZ 35, 363 available at

<http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tqcm/z610919.htm> [February 27,2007].

<sup>28</sup> BGHZ 30, 7; BGHZ 128, 1 – *Caroline von Monaco I*.

<sup>29</sup> BGHZ 30, 7 – *Caterina Valente*

<sup>30</sup> BVerfGE 34, 269

<sup>31</sup> BGHZ 151, 26 – *Marlene Dietrich II*.

บรรทัดฐานแห่งคดีนี้เป็นประเด็นที่ศาล Bundesgerichtshof พิเคราะห์เฉพาะการนำภาพของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาหนังสือ โดยถือว่าการโฆษณาหนังสือพิมพ์ได้รับสิทธิพิเศษตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าบรรทัดฐานนี้น่าจะไม่ได้จำกัดเฉพาะในกรณีที่เป็นการนำภาพของบุคคลไปใช้โฆษณาหนังสือพิมพ์เท่านั้น น่าจะรวมไปถึงการนำชื่อของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาด้วย

### 3.1.4.2 การหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของบุคคลจากการถูกนำไปเพิ่มมูลค่าให้กับสินค้า

ในประเทศเยอรมนีได้มีคดีเกี่ยวกับการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์ในรูปแบบของการสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับสินค้าเช่นกันซึ่งคดีที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการหาประโยชน์รูปแบบนี้ คือ คดี *Marlene I*<sup>32</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริง ดังนี้

คดีนี้โจทก์เป็นบุตรของ Marlene Dietrich ซึ่งเป็นนักแสดงและนักร้องที่มีชื่อเสียงในประเทศเยอรมนีได้ฟ้องจำเลยซึ่งเป็นผู้จัดการบริษัท Light House Musical ซึ่งผลิตละครเพลง เรื่อง "Tell me where the flowers are" และ "Marlene" จากกระทำการต่อไปนี้

(1) นำชื่อและภาพของ Marlene Dietrich ไปติดไว้บนของที่ระลึกหลายประเภทเพื่อนำออกขายในงานแสดงละครเพลงเกี่ยวกับ Marlene Dietrich และ

(2) นำคำว่า "Marlene" ไปจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าและให้สิทธิแก่บริษัท Fiat ในการผลิตรถยนต์รุ่นพิเศษ ชื่อรุ่น "Marlene" เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่บริษัท Fiat จะต้องโฆษณาละครเพลงเป็นการตอบแทนให้แก่จำเลย และ

(3) จำเลยได้จัดให้มีการโฆษณาของเครื่องสำอางของบริษัท Ellen Betrix ในแผ่นพับกำหนดการแสดงละครเพลง "Tell me where the flower are" ซึ่งใช้ถ้อยคำในการโฆษณาว่า "the Marlene Look" และมีภาพวาดของ Marlene Dietrich เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่บริษัท Ellen Betrix ได้ทำการแต่งหน้าให้กับนักแสดงในละครเพลงมูลค่า 2,000 – 3000 DM

(4) จำเลยได้นำชื่อ "Marlene Dietrich" ไปใช้ในการโฆษณาละครเพลง

ศาล Bundesgerichtshof ได้มีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำการต่อไปซึ่งละเมิด (injunction) ดังต่อไปนี้

(1) ห้ามจำเลยนำชื่อ และภาพของ Marlene ไปติดไว้บนสินค้า และ

<sup>32</sup> BGHZ 143, 214 – *Marlene Dietrich I*. available at

[http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law/german-cases/cases\\_bundes.shtml?01dec1999](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/german-cases/cases_bundes.shtml?01dec1999)

(2) ห้ามจำเลยกระทำการอนุญาตให้ บริษัท Fiat นำชื่อ “Marlene” ไปใช้เป็นชื่อรุ่นของรถยนต์ และ

(3) ห้ามจำเลยกระทำการอนุญาตให้บริษัท Ellen Betrix ทำการโฆษณาเครื่องสำอางโดยใช้ชื่อภาพของ Marlene ในแผ่นพับกำหนดการแสดงละครเพลงของจำเลย

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่า การโฆษณาละครเพลงโดยใช้ชื่อของ Marlene Dietrich สามารถกระทำได้นี้เนื่องจาก ละครเพลงเป็นผลงานศิลปะซึ่งได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 5 วรรคสามซึ่งให้ความคุ้มครองผลงานศิลปะ (Werbereich: work area) รวมถึง ผลงานที่เกี่ยวข้อง (Wirkbereich: effect area) ที่สามารถทำให้สาธารณชนเข้าถึงผลงานศิลปะได้ ซึ่งตามข้อเท็จจริงนี้ ผลงานที่เกี่ยวข้อง คือ การโฆษณาละครเพลงโดยใช้ชื่อ “Marlene Dietrich” ดังนั้น การนำชื่อ Marlene Dietrich ไปใช้ในการโฆษณาละครเพลงจึงสามารถทำได้

จากคดี Marlene นี้ทำให้เห็นว่าการนำภาพ หรือ ชื่อของบุคคลไปติดอยู่บนสินค้าเพื่อขายถือเป็นการละเมิดสิทธิเกี่ยวกับบุคคลของบุคคลที่อยู่ภาพ หรือ เจ้าของชื่อนั้น และการนำภาพ และชื่อไปติดไว้บนสินค้าจะไม่ถือว่าภาพนั้นของภาพเหตุการณ์ปัจจุบันตามมาตรา 23 วรรคหนึ่งด้วย

นอกจากการนี้ยังมีคดีที่เกี่ยวกับการหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของบุคคลในรูปแบบนี้อีกคดีที่น่าสนใจ คือ คดี *Oliver Kahn* ซึ่งศาลเห็นว่า การนำภาพของ Oliver Kahn นักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงมาใช้ในเกมส์คอมพิวเตอร์มิได้มีวัตถุประสงค์หลักในการให้ข้อมูลข่าวสารแก่สาธารณชน แต่เป็นการหากำไรจากการขายเกมส์คอมพิวเตอร์ที่มีภาพของนักฟุตบอลที่สมจริงเท่านั้น ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงถือเป็นการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์

### 3.1.4.3 การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของบุคคลรูปแบบอื่น ๆ

การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของบุคคลอาจจะมีรูปแบบอื่นนอกจากที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.1.4.1 หรือ 3.1.4.2 ซึ่งในประเทศเยอรมนีก็มีคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับการหาประโยชน์ประเภทนี้หลายรูปแบบดังนี้

(ก) การแต่งบทสัมภาษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงลงในนิตยสารเพื่อขาย

ในประเทศเยอรมนีมีคดีที่บริษัทสื่อสิ่งพิมพ์ (Press Company) ได้แต่งบทสัมภาษณ์เจ้าหญิงพระองค์หนึ่งขึ้นมาเองแล้วลงในนิตยสารเพื่อออกขาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของบุคคลรูปแบบหนึ่งเช่นกัน

การหาประโยชน์โดยการแต่งบทสัมภาษณ์ของบุคคลขึ้นมาเองนี้มีประเด็นที่น่าสนใจเกิดขึ้นในคดี *Caroline von Monaco I*

ในคดีนี้โจทก์ คือ เจ้าหญิง Caroline แห่ง Monaco ได้ฟ้องคดีต่อเจ้าของนิตยสารเป็นจำเลย เนื่องจากจำเลยได้เผยแพร่บทสัมภาษณ์ของเจ้าหญิง Caroline ซึ่งจำเลยแต่งขึ้นมาเอง

โจทก์ได้ฟ้องว่าจำเลยละเมิดสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลของโจทก์ และเรียกร้องค่าเสียหายโดยให้คำนวณจากผลกำไรที่พึงได้จากการขายนิตยสารฉบับที่มีบทสัมภาษณ์ของโจทก์

ในคดีนี้ศาล Bundesgerichtshof พิพากษาว่า จำเลยละเมิดสิทธิเกี่ยวกับบุคคลของโจทก์ แต่ศาล Bundesgerichtshof มิได้ให้ค่าเสียหายโดยการคำนวณผลกำไรที่พึงได้จากการขายนิตยสารฉบับนี้ โดยศาลให้เหตุผลว่า “โจทก์มิได้มีความประสงค์ที่จะอนุญาตให้จำเลยนำภาพลักษณ์ของโจทก์ไปหาประโยชน์แต่อย่างใด” แต่ในคดีนี้ศาลได้สั่งให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายต่อจิตใจให้กับโจทก์เป็นจำนวนเงิน 180,000 DM จากเดิมที่ศาลอุทธรณ์ได้ให้ไว้เป็นจำนวน 30,000 DM ซึ่ง ศาลได้ระบุว่าค่าเสียหายนี้มีได้เป็นเพียงแค่ว่าเสียหายสำหรับการเยียวยาความเสียหาย แต่ถือเป็นค่าเสียหายเชิงป้องกันด้วย

สาเหตุที่ในคดีนี้ศาล Bundesgerichtshof ได้ให้ค่าเสียหายต่อจิตใจในคดี *Caroline of Monaco I* เนื่องจากศาลได้ยืนยันบรรทัดฐานเดิมที่โจทก์จะไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายที่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ หากรูปแบบการหาประโยชน์ของจำเลยก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่โจทก์ และโจทก์ก็ไม่ได้มีความประสงค์ที่จะอนุญาตให้จำเลยนำไปหาประโยชน์เช่นนั้น

## (ข) การลักลอบถ่ายภาพของบุคคล

ในประเทศเยอรมนีมีกรณีที่บริษัทสื่อสิ่งพิมพ์ (Press Company) เผยแพร่ภาพของเจ้าหญิง Caroline แห่ง Monaco ระหว่างที่เจ้าหญิง Caroline กำลังทำกิจกรรมส่วนตัว เช่น

ชื่อของ ซีม่า ในที่สาธารณะ เป็นต้น แต่เจ้าหญิง Caroline มิได้ให้ความยินยอมในการถ่ายภาพเหล่านั้น เจ้าหญิงจึงฟ้องบริษัทสื่อสิ่งพิมพ์นี้ เป็นคดี *Caroline of Monaco II*

ในคดีนี้ศาล Landgericht (District Court) และศาล Obergericht (Court of Appeal) วินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า การเผยแพร่ภาพเหล่านี้เป็นการเผยแพร่ภาพที่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากโจทก์อยู่ในที่สาธารณะ อย่างไรก็ตาม ศาล Bundesgerichtshof ได้กลับคำพิพากษาส่วนที่เกี่ยวกับภาพที่ถูกถ่ายในสถานที่ที่เป็นที่สาธารณะแต่เป็นภาพที่มีความเป็นส่วนตัวจากสายตาของคนทั่วไป เช่น ภาพถ่ายขณะจูมกักับคนรักในสวนอาหาร แต่ศาล Bundesgerichtshof ก็ยังคงยืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในส่วนที่เกี่ยวกับภาพถ่ายในที่สาธารณะอื่นๆ

คดีนี้เจ้าหญิง Caroline แห่ง Monaco ได้ยื่นเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้ยืนตามคำพิพากษาศาล Bundesgerichtshof

อย่างไรก็ตาม ในคดีนี้ เจ้าหญิง Caroline แห่ง Monaco ได้ยื่นเรื่องต่อไปที่ European Court of Human Rights และศาล European Court of Human Right ตัดสินว่า ประเทศเยอรมนีละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของเจ้าหญิง Caroline ซึ่งได้รับการรับรองตาม European Convention on Human Rights ทั้งนี้ เนื้อหาส่วนคดีที่ขึ้นศาลยุโรปผู้เขียนไม่ขอนำมาพิจารณาเนื่องจากเป็นประเด็นเรื่องข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งอยู่นอกเหนือเขตอำนาจศาลของประเทศเยอรมัน

ในคดีนี้จะเห็นได้ว่าศาล Bundesgerichtshof ได้วางหลักเกี่ยวกับประเด็นนี้ว่า “บุคคลมีความเป็นส่วนตัวในสถานที่ที่มีส่วนตัวได้ ดังนั้น ศาล Bundesgerichtshof จึงได้ห้ามการเผยแพร่ภาพจูมกักับคูรักในสวนอาหาร โดยศาลเห็นว่าประโยชน์ที่สาธารณะพึงได้รับจากข้อมูลนี้มีน้อยมากเนื่องจากเรื่องนี้เป็นเพียงข่าวซุบซิบเท่านั้น”

อย่างไรก็ตามสำหรับการเผยแพร่ภาพขณะที่เจ้าหญิงอยู่ในที่สาธารณะ ศาลเห็นว่า บุคคลที่เป็นที่รู้จักทั่วไปไม่สามารถปฏิเสธการปรากฏตัวในหนังสือพิมพ์ในบทบาทของคนทั่วไปได้

**(ค) การเผยแพร่ชื่อของบุคคลที่กระทำความผิดในคดีอาญา**



ในประเทศเยอรมนีมีคดีซึ่งสื่อมวลชนถูกฟ้องคดีว่าละเมิดสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลอีกคดีหนึ่งซึ่งคดีนี้อาจจะไม่เกี่ยวข้องกับการหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของบุคคลโดยตรง แต่ผู้เขียนเห็นว่าคดีนี้อาจจะมีประโยชน์ในการใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาหาคุณภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลกับเสรีภาพในการสื่อสารในประเทศไทย คือ คดีคดี *Lebach*<sup>33</sup>

ในคดี *Lebach* นี้ โจทก์ซึ่งเป็นบุคคลผู้กระทำความผิดในฐานะเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานฆ่าคนตายซึ่งได้รับการปล่อยตัวก่อนสิ้นสุดกำหนดเวลารับโทษได้ขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามการเผยแพร่รายการโทรทัศน์ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับอาชญากรรมที่มีการกล่าวถึงชื่อ และรูปภาพของโจทก์

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักว่า “การนำเสนอข้อมูลที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีอาญาโดยทั่วไปจะเป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน” แต่หลักนี้จะต้องมีข้อยกเว้นบางประการ เนื่องจาก “การเผยแพร่ชื่อผู้กระทำความผิดจะกระทำได้เฉพาะในคดีอุกฉกรรจ์ และในคดีอุกฉกรรจ์เองก็อาจเผยแพร่ชื่อผู้กระทำความผิดต่อสาธารณชนได้ หากคดีอุกฉกรรจ์นั้นเกิดขึ้นมาแล้วหลายปี” ดังนั้น การเผยแพร่ชื่อผู้กระทำความผิดจะกระทำได้เฉพาะในกรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนเท่านั้น ดังนั้น การที่จำเลยเผยแพร่ชื่อ และภาพของโจทก์จึงถือเป็นการละเมิดสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลของโจทก์

จากรูปแบบการหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของบุคคลในข้อ (ข) – (ค) จะเห็นได้ว่า การที่ศาลจะพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลของโจทก์หรือไม่ ศาลจะต้องพิจารณาถึงดุลยภาพของเสรีภาพในการสื่อสารที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญมาตรา 5 กับการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับบุคคลตามรัฐธรรมนูญมาตรา 1 และมาตรา 2 วรรคหนึ่ง หากประโยชน์ที่สาธารณะชนจะได้รับในข่าวสารนั้นมีน้อยมากศาลในประเทศเยอรมนีก็จะถือว่าการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดสิทธิโดยทั่วไปเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับการรับรองตามมาตรา 1 และมาตรา 2 วรรคหนึ่งแห่งรัฐธรรมนูญ

### (ง) การนำลักษณะของบุคคลไปใช้เป็นตัวละครในหนังสือ

การหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของบุคคลอีกรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นเป็นคดีในประเทศเยอรมัน คือ การนำลักษณะของบุคคลไปใช้เป็นตัวละครในหนังสือซึ่งก่อให้เกิดความ

<sup>33</sup> BVerfG 35, 202.

เสื่อมเสียแก่บุคคลนั้น ซึ่งคือ คดี Mephisto ที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ในคดีนี้ศาล Bundesgerichtshof ได้พิจารณาถึงประเด็นเรื่องเสรีภาพทางศิลปะที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 วรรคสามด้วย แต่อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่า เสรีภาพนี้ไม่อาจให้ความคุ้มครองงาน ศิลปะที่จงใจทำลายชีวิตประวัติของบุคคลอื่น ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงถือเป็นการละเมิด สิทธิเกี่ยวกับบุคคลของ Gustaf Gründgens ซึ่งบุตรบุญธรรมของ Gustaf Gründgens สามารถ ขอคำสั่งห้ามเผยแพร่ได้

### 3.2 การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในประเทศสหรัฐอเมริกา

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงในประเทศสหรัฐอเมริกาจะ คุ้มครองโดยอาศัยสิทธิ 2 ประเภท โดยสิทธิแต่ละประเภทจะให้ความคุ้มครองประโยชน์ (interest) ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ สิทธิส่วนบุคคล (Privacy Right) จะให้ความคุ้มครอง ประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (Non-pecuniary Interest) และสิทธิในการเผยแพร่ (Publicity Right) จะให้ความคุ้มครองประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (Pecuniary Interest)

สาเหตุที่ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องแบ่งหลักกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิใน ภาพลักษณ์ของบุคคลออกเป็น 2 ประเภท เนื่องจากแนวความคิดในการคุ้มครองสิทธิใน ภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่เดิมจะคุ้มครองโดยหลักสิทธิส่วนบุคคลเป็น หลัก ทั้งนี้ สิทธิส่วนบุคคลจะมุ่งให้ความคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคล โดยสิทธินี้มี ลักษณะเป็นสิทธิเฉพาะตัวของบุคคล ดังนั้น เมื่อมีการโอนสิทธิในการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ จากภาพลักษณ์ของบุคคลไปให้บุคคลอื่นจึงเกิดปัญหาขึ้น ทำให้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ต้องพัฒนาหลักสิทธิในการเผยแพร่ (Right of Publicity)<sup>34</sup> เพื่อให้ความคุ้มครองมูลค่าที่มาจาก การเผยแพร่ (Publicity value) โดยสิทธินี้มีฐานะเป็นสิทธิในทรัพย์สิน และจะให้ความคุ้มครอง ประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้จากการถูกนำภาพลักษณ์ไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลจะคุ้มครองโดยสิทธิ 2 ประเภท ซึ่ง คุ้มครองประโยชน์ที่แตกต่างกัน 2 ประการ แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็มิได้แบ่งแยกความ แตกต่างระหว่าง การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียง (Celebrity) กับสิทธิใน ภาพลักษณ์ของบุคคลทั่วไป (Non-Celebrity) แต่จะขึ้นอยู่กับผู้เรียกร้องสิทธิในภาพลักษณ์ว่า ตนต้องการเรียกร้องสิทธิประเภทใด ทั้งนี้ ในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียง บุคคล ประเภทนี้อาจจะมีมูลค่าที่มาจากการเผยแพร่ที่ได้รับความคุ้มครองโดยสิทธิในการเผยแพร่

\* หัวข้อ 3.1.3

<sup>34</sup> *Haelan v Topps Chewwing Gums*, 498 F. 2d 821.

มากกว่าบุคคลทั่วไป แต่อาจจะเป็นส่วนตัวที่ได้รับการคุ้มครองโดยสิทธิส่วนบุคคลน้อยกว่าบุคคลทั่วไป ในทางตรงกันข้าม บุคคลทั่วไปก็อาจจะมีมูลค่าที่มาจากการเผยแพร่ที่ได้รับความคุ้มครองโดยสิทธิในการเผยแพร่ น้อยกว่าบุคคลผู้มีชื่อเสียง แต่อาจจะมีสิทธิส่วนบุคคลมากกว่าบุคคลผู้มีชื่อเสียง อย่างไรก็ตาม ความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความเห็นว่าสิทธิทั้ง 2 ประเภทนี้เป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนพึงมี

### 3.2.1 หลักกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคล

หลักกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศอเมริกามีฐานะเป็นเพียงกฎหมายของมลรัฐ และจะให้ความคุ้มครองเฉพาะในบางมลรัฐเท่านั้น โดยแต่ละมลรัฐอาจจะมีรายละเอียดปลีกย่อยที่แตกต่างกัน เช่น ในมลรัฐ Alabama ซึ่งได้รับรองว่าการนำภาพลักษณ์ของบุคคลหาประโยชน์เชิงพาณิชย์เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลประเภทหนึ่ง และในคำพิพากษาคดี *Allison v Vintage Sports Plaques*<sup>35</sup> ได้ระบุว่า “การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลจากการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ในมลรัฐ Alabama ไม่มีความแตกต่างกับการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่” แต่อย่างไรก็ตาม ในมลรัฐอื่นๆในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่จะแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสิทธิ 2 ประเภทโดยพิจารณาตามประโยชน์ที่พึงได้รับความคุ้มครอง

เนื่องจากความแตกต่างในเนื้อหาของกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวทางในการวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาควรที่จะพิจารณาตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้รับการรวบรวมเข้าไปอยู่ใน Restatement ซึ่งจัดทำโดยสถาบันกฎหมายอเมริกัน (American Law Institute: ALI) ทั้งนี้ หลักกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลที่ได้รับการรวบรวมใน Restatement มีอยู่ 2 เรื่อง คือ

<sup>35</sup> 136 F3d 1443, 46 USPQ2d (BNA) 1138 (11<sup>th</sup> Cir. 1998).

สถาบันกฎหมายอเมริกันมีสมาชิกที่ประกอบด้วย ผู้พิพากษา ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย และนักวิชาการทางกฎหมายจากทุกพื้นที่ในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมไปถึงประเทศอื่นๆบางประเทศด้วย ซึ่งผู้ที่ได้รับคัดเลือกเป็นสมาชิกจะพิจารณาตามความสำเร็จทางวิชาชีพและความสนใจในการพัฒนากฎหมาย สถาบันกฎหมายอเมริกันได้ Restatement กฎหมายขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้อกฎหมายมีความชัดเจน และง่ายต่อการทำความเข้าใจ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของสังคม และก่อให้เกิดหลักประกันในการบริหารงานยุติธรรม รวมไปถึงการสนับสนุนผลงานทางวิชาการ (ที่มา <http://www.ali.org/>)

- (1) สิทธิส่วนบุคคล ซึ่งได้รับการรวบรวมอยู่ใน Restatement of Tort (Second) ปี ค.ศ. 1977
- (2) สิทธิในการเผยแพร่ ซึ่งได้รับการรวบรวมอยู่ใน Restatement of Unfair Competition ปี ค.ศ. 1995

### 3.2.1.1 สิทธิส่วนบุคคล

หลักสิทธิส่วนบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคล อยู่ใน Restatement of Tort (Second) โดยถือเป็นครั้งที่สองที่สถาบันกฎหมายอเมริกันได้ทำการ Restatement กฎหมายละเมิด หลังจากที่ได้เคยทำการ Restatement กฎหมายละเมิดครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1939

การ Restatement ในครั้งนี้ ได้มีการรวบรวมหลักกฎหมายเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลให้อยู่ในมาตรา 652A ซึ่งการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์ถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลประเภทหนึ่ง และในมาตรา 652C เป็นหลักที่ใช้ในการอธิบายการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลประเภทนี้ โดย มาตรา 652A และมาตรา 652C ได้ระบุว่า

#### “มาตรา 652A

- (1) การรุกล้ำเข้าไปในความลับหรือเรื่องส่วนตัว (intrusion upon solitude or seclusion)
- (2) การนำชื่อ หรือภาพเหมือนของบุคคลไปหาประโยชน์ (appropriation of name or likeness)
- (3) การเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัว (disclosure of private fact)
- (4) การไขข่าวแพร่หลายอันเป็นเท็จ (false light)”

#### “มาตรา 652C การหาประโยชน์จากชื่อ หรือ ภาพเหมือนของบุคคล

“บุคคลใดนำชื่อ หรือ ภาพเหมือนของบุคคลอื่นไปใช้เพื่อประโยชน์ของตน หรือ หาประโยชน์จากชื่อหรือภาพเหมือนของบุคคลนั้น จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้บุคคลในฐานะละเมิดสิทธิส่วนบุคคล”

(Section 652C Appropriation of Name or Likeness

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

การ Restatement ในส่วนของสิทธิส่วนบุคคลในปี 1977 นี้เป็นการนำแนวความคิดของ ศาสตราจารย์ William L. Prosser ซึ่งในปี ค.ศ. 1960 ดำรงตำแหน่งเป็นคณบดี School of Law, Berkley University of California และเขียนบทความเรื่อง “สิทธิส่วนบุคคล”<sup>36</sup> ซึ่งเผยแพร่ใน California Law Review โดย Prosser ได้นำคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิส่วนบุคคลจำนวนประมาณ 300 คดีมาพิจารณาว่าประโยชน์ที่พึงได้รับความคุ้มครอง (Interest) จากสิทธิส่วนบุคคล คือ ประโยชน์ประเภทใด และให้ความคุ้มครองจากการกระทำ (conduct) รูปแบบใดบ้าง ทั้งนี้ Prosser ได้ให้ความเห็นไว้เกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์จากชื่อ และภาพเหมือน (“สิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์”) ในบทความว่า “การที่บุคคลจะเป็นโจทก์เรียกร้องความคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการถูกนำชื่อ และภาพไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ สิทธิส่วนบุคคลในกรณีนี้จะให้ความคุ้มครองประโยชน์เชิงทรัพย์สิน (proprietary interest) ที่โจทก์จะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการหาประโยชน์จากชื่อ หรือภาพเหมือน ในฐานะที่เป็นภาพลักษณ์ของโจทก์ และโจทก์มีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนจากการหาประโยชน์โดยการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ”

นอกจากนี้ข้อสังเกตที่ปรากฏอยู่ใน Restatement of Tort ของมาตรา 652C ยังได้มีการระบุว่า “...แม้ว่า หลักในการคุ้มครองบุคคลตามมาตรานี้ [มาตรา 652C] เป็นการคุ้มครองความรู้สึกของบุคคลจากการกระทบกระเทือนต่อจิตใจ แต่สิทธิตามมาตรานี้ [มาตรา 652C] มีลักษณะเป็นสิทธิในทรัพย์สินซึ่งสามารถทำสัญญาอนุญาตให้บุคคลภายนอกใช้สิทธินี้ได้ และผู้รับอนุญาตก็สามารถฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองสิทธินี้ได้เอง”

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เห็นด้วยกับแนวความคิดของ Prosser ที่กล่าวมานี้เท่าใดนัก โดยนักกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่เห็นว่า สิทธิส่วนบุคคลไม่อาจนำมาใช้เรียกร้องประโยชน์เชิงทรัพย์สินได้โดยตรง เพราะเหตุว่า สิทธิส่วนบุคคลมีแนวความคิดมาจากการให้ความคุ้มครอง “สิทธิในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลที่จะได้อยู่ตามลำพัง และได้มีความเป็นส่วนตัว (a right of human dignity to be let alone and private)”<sup>37</sup> ซึ่งสาเหตุนี้เป็นสาเหตุที่สำคัญที่ทำให้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจำเป็นต้องพัฒนาหลักสิทธิในการเผยแพร่มาใช้ในการคุ้มครองประโยชน์เชิงทรัพย์สินของบุคคล นอกจากนี้ ศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้รับรองความมีอยู่ของสิทธิในการเผยแพร่ต่างหากจากสิทธิส่วนบุคคลด้วย<sup>38</sup> ดังนั้น ความเห็นของนัก

<sup>36</sup> William L. Prosser, *Privacy*, 48 Calif. L. Rev. 383 (1960).

<sup>37</sup> McCarthy, J. Thomas, *The Right of Publicity and Privacy Volume 1*, p. 1-36

<sup>38</sup> *Zacchini v Script Howard Broadcasting Co.*, 97 S.Ct. 2489.

กฎหมายอเมริกันทั่วไปจึงมีความเห็นว่าสิทธิส่วนบุคคลจะให้ความคุ้มครองประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ แต่จะมีสิทธิในการเผยแพร่มาให้ความคุ้มครองประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้

นอกจากนี้ตามมาตรา 652C ได้ระบุว่าเป็นการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการหาประโยชน์จาก “ชื่อ” หรือ “ภาพ” ของบุคคล ทำให้มาตรานี้มีข้อสังเกตที่น่าสนใจประการหนึ่งคือ มาตรา 652C นี้จะให้ความคุ้มครองเฉพาะการหาประโยชน์จาก “ชื่อ” หรือ “ภาพเหมือน” ของบุคคลเท่านั้นหรือไม่

ในประเด็นนี้ได้มีคำพิพากษาคดี *Motshenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*<sup>39</sup>, ได้เคยพิจารณาว่า การหาประโยชน์จากรูปรถแข่งที่เป็นวัตถุที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลถือเป็น การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลประเภทที่ (4) ของ Prosser [ซึ่ง ศาลหมายรวมถึง การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลจากการหาประโยชน์ตาม Restatement of Tort (second) นี้]<sup>40</sup> นอกจากนั้น ศาลยังได้อธิบายว่าการกระทำละเมิดสิทธิส่วนบุคคลประเภทนี้ อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อจิตใจในลักษณะของความอับอาย หรือ ความโกรธ แต่หากภาพลักษณ์ที่นำไปหาประโยชน์มีมูลค่าทางพาณิชย์ความเสียหายที่เกิดขึ้นก็อาจจะเป็นความเสียหายต่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจก็ได้<sup>41</sup>

จากคดี *Motshenbacher* ทำให้เห็นว่า วัตถุแห่งสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามหลักการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์จริงๆ แล้วไม่ได้จำกัดเฉพาะชื่อ หรือ ภาพของบุคคลเท่านั้น แต่น่าจะรวมไปถึงภาพลักษณ์อื่นๆ ของบุคคลด้วย

จากแนวคำพิพากษานี้จะเห็นได้ว่า สิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์ กับ สิทธิในการเผยแพร่โดยหลักแล้วเป็นการให้ความคุ้มครองจากการกระทำอย่างเดียวกัน เพียงแต่ สิทธิทั้ง 2 ประเภทนี้ให้ความคุ้มครองประโยชน์ (interest) ที่แตกต่างกันเท่านั้น ดังนั้น วัตถุแห่งสิทธิของสิทธิในการเผยแพร่ และสิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์ย่อมเป็นวัตถุแห่งสิทธิอย่างเดียวกันซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดต่อไป

<sup>39</sup> 498 F.2d 821.

<sup>40</sup> 498 F.2d 821, p. 824.

<sup>41</sup> 498 F.2d 821, p. 824.

\* โปรดดูหัวข้อ 3.2.2

### 3.2.1.2 สิทธิในการเผยแพร่

หลักสิทธิในการเผยแพร่ได้รับการรวบรวมอยู่ใน Restatement of Unfair Competition ในปี ค.ศ. 1995 สิทธิในการเผยแพร่ที่เกิดขึ้นโดยบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาในคดี *Haelan*<sup>\*</sup> ซึ่งผู้พิพากษา Frank Jeromy ผู้พิพากษาในคดี *Haelan* ได้อธิบายว่า สิทธิในการเผยแพร่นี้เป็นสิทธิอีกประการหนึ่งที่บุคคลพึงมีนอกจากการสิทธิส่วนบุคคล เพราะเหตุว่าบุคคลย่อมมีสิทธิในมูลค่าที่มาจากจากการเผยแพร่ซึ่งอยู่ในภาพของบุคคล (right in publicity value of his photograph)<sup>42</sup> ซึ่งสิทธินี้เป็นสิทธิที่สามารถอนุญาตให้บุคคลอื่นมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive Right) ในการเผยแพร่ภาพของตนเองได้ และเป็นสิทธิซึ่งสามารถนำมาโอนแบบ In-gross ได้ (การโอนแบบ In-gross คือ การโอนโดยปราศจากการโอนธุรกิจอื่นใดไปด้วย)

ในคดีนี้ศาลเห็นว่าสิทธิประเภทนี้ คือ “สิทธิในการเผยแพร่ (Right of Publicity)” และเมื่อพิจารณาตามความเห็นของคนทั่วไปแล้ว บุคคลสำคัญ (prominent person) (โดยเฉพาะนักแสดง หรือ นักฟุตบอล) มักจะไม่ได้รับผลกระทบต่อจิตใจจากการนำรูปภาพหรือลักษณะอื่นใดที่เกี่ยวกับบุคคลสำคัญมาเผยแพร่ต่อสาธารณชน แต่บุคคลสำคัญกลับจะมีความรู้สึกไม่ดีจากการที่นำภาพออกไปเผยแพร่โดยที่ไม่ได้รับค่าตอบแทน

ภายหลังจากที่ศาลคดี *Haelan* ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับสิทธิในการเผยแพร่นี้ก็ยังมีบทความทางวิชาการหลายเรื่อง<sup>42</sup> ที่ทำให้สิทธิในการเผยแพร่ได้รับการพัฒนา และศาลก็ได้รับรองสิทธินี้ในคดีต่างๆ รวมไปถึงศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับรองความมีอยู่ของสิทธิในการเผยแพร่ในเวลาต่อมา<sup>43</sup> และในปี ค.ศ. 1995 สถาบันกฎหมายอเมริกันได้นำหลักสิทธิในการเผยแพร่ไปรวบรวมอยู่ใน Restatement of Unfair Competition มาตรา 46-48<sup>\*\*</sup> ซึ่งมีหลักการที่สำคัญในของสิทธิในการเผยแพร่ได้ถูกรวบรวมอยู่ในมาตรา 46 ดังนี้

\* โปรดดูภาคผนวก ก.

<sup>42</sup> Nimmer, Meville B., Right of Publicity, 19 Law & Contemp. Probs 203 (1954); Prosser, William L, Privacy, 48 Calif. L. Rev. 383 (1960); Bloustein, Edward J., Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosser, 39 N.Y.U. L. Rev. 962 (1964); Kalven, Harry, JR., Privacy in Tort Law Were Warren and Brandies Wrong, 31 Law & Contemp. Probs.

<sup>43</sup> *Zacchini v Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 47 Ohio St. 224, NE 2d 454, 457 (1976).

\*\* โปรดดูภาคผนวก ข.

**“มาตรา 46 การหาประโยชน์จากมูลค่าเชิงพาณิชย์ที่มีอยู่ในภาพลักษณ์  
ของบุคคล : สิทธิในการเผยแพร่**

บุคคลใดหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากมูลค่าเชิงพาณิชย์ที่มีอยู่ในภาพลักษณ์  
ของบุคคลอื่นโดยการใช้ชื่อของบุคคล ภาพเหมือน หรือ ภาพลักษณ์อื่นใดของบุคคลอื่น เพื่อ  
ประโยชน์ทางการค้า โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้น จะต้องชดเชยค่าเสียหายจากการ  
หาประโยชน์ตามหลักการที่ระบุไว้ใน มาตรา 48 และ 49”

จากความเห็นทางวิชาการ และแนวคำพิพากษาของศาลที่เกิดขึ้นในประเทศ  
สหรัฐอเมริกาทำให้ได้มีการอธิบายว่าสิทธิในการเผยแพร่ให้ความคุ้มครองประโยชน์ประเภทใด  
ไว้ใน Comment a<sup>44</sup> สำหรับมาตรา 46 นี้ว่า “ประโยชน์ที่พึงได้รับความคุ้มครองจากสิทธิใน  
การเผยแพร่ คือ ประโยชน์เชิงพาณิชย์ (commercial interest) ที่มีอยู่ในภาพลักษณ์ของบุคคล  
และหากต้องการจะเรียกร้องค่าเสียหายต่อประโยชน์ของบุคคล หรือ ประโยชน์เชิงเกียรติยศของ  
บุคคล [ประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้] จะต้องเรียกร้องโดยอาศัยสิทธิส่วนบุคคล ดังนั้น  
โดยหลักการแล้ว สิทธิในการเผยแพร่จึงเป็นการคุ้มครองประโยชน์เชิงเศรษฐกิจ [ประโยชน์ที่  
คำนวณเป็นเงินได้] ที่มีอยู่ในภาพลักษณ์ของบุคคล”

จากที่กล่าวมานี้ทำให้เห็นได้ว่าการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลใน  
ประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ความคุ้มครองโดยสิทธิ 2 ประเภท คือ สิทธิส่วนบุคคล และสิทธิใน  
การเผยแพร่ ซึ่งสิทธิแต่ละประเภทจะให้ความคุ้มครองประโยชน์ที่แตกต่างกัน 2 ประการ คือ  
ประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ หรือ ประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ แต่สิทธิทั้ง 2  
ประการนี้จะให้ความคุ้มครองจากการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์ ดังนั้น ประเด็นที่  
จะต้องพิจารณาต่อมา คือ วัตถุประสงค์ในลักษณะของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองมีอะไรบ้าง

### 3.2.2 วัตถุประสงค์ในภาพลักษณ์ของบุคคล

จากมาตรา 46 ที่กล่าวไปข้างต้นจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ในภาพลักษณ์ของ  
บุคคลสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประการหลัก คือ ชื่อของบุคคล (ก) ภาพเหมือน (ข) หรือ  
ภาพลักษณ์อื่นใดของบุคคล (ค)

<sup>44</sup> § 46, Restatement of Unfair Competition, Comment a.



### 3.2.2.1 ชื่อของบุคคล

ในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยทั่วไปแล้ว ชื่อของบุคคล จะประกอบด้วย ชื่อ และนามสกุลของบุคคล แต่เนื่องจากบุคคลแต่ละคนมีสิทธิใช้ชื่อซ้ำกันได้ ทำให้การที่บุคคลจะเป็นโจทก์ในการฟ้องคดีว่าจำเลยละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์ โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่าชื่อที่จำเลยนำหาประโยชน์สามารถระบุ (identify) ถึงโจทก์ได้

ในกรณีที่บุคคลที่เรียกร้องสิทธิเป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียง ชื่อของบุคคลที่รับความคุ้มครอง อาจะรวมไปถึง ชื่อในวงการบันเทิง ชื่อจริงของบุคคล หากโจทก์ที่เป็นบุคคลผู้มีชื่อเสียงพิสูจน์ได้ว่าชื่อที่จำเลยนำไปหาประโยชน์สามารถระบุถึงโจทก์ได้ ทั้งนี้ ศาลได้เคยให้ความคุ้มครองไปถึงชื่อเดิมของบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่เปลี่ยนไปแล้วด้วย<sup>45</sup> และคำขวัญประจำตัว (slogan) ของบุคคล หากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่า คำ หรือ ข้อความนั้นสามารถระบุถึงโจทก์ผู้เรียกร้องสิทธิได้

ในกรณีที่บุคคลใช้ชื่อเหมือนกัน การพิสูจน์ว่าจำเลยละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคล โดยทั่วไป โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่าชื่อที่จำเลยนำไปหาประโยชน์สามารถระบุถึงโจทก์ได้ อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงปรากฏเพียงแค่ชื่อที่ปรากฏในนิยายของตัวละครที่คล้ายคลึงกับชื่อของบุคคลไม่อาจถือเป็นเหตุในการฟ้องคดีการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคลได้ เช่น ในคดี *Newton v Thompson*<sup>46</sup> ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงเพียงแค่ชื่อของ Wood Newton ที่เป็นตัวละครตัวเอกในละครโทรทัศน์ของจำเลยซึ่งตรงกับชื่อ Wood Newton ที่เป็นนักดนตรีเพลง Country ที่มีชื่อเสียง ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ชื่อของนักดนตรีคนนี้

อย่างไรก็ตาม หากโจทก์สามารถพิสูจน์ถึง**บริบทอื่น**นอกจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่าชื่อของโจทก์คล้ายกับชื่อของตัวละคร การกระทำของจำเลยก็อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิได้ ดังเช่นในคดี *Doe v. TCI Cablevision*<sup>47</sup>

<sup>45</sup> *Abdul-Jabbar v. General Motor Corp*, 75 F.3d 1391, 37 USPQ2d 1694 (9th Cir 1996).

<sup>46</sup> 22 F.3d 1455, 22 Media L. Rep. (BNA) 1609, 30 U.S.P.Q.2d (BNA) 1633, 28 Fed. R. Serv.3d. 1039 (9th Cir. 1994).

<sup>47</sup> 110 S.W.3d 363, 370, 31 Media L. Rep. (BNA) 2025, 67 U.S.P.Q.2d. (BNA) 1604 (Mo. 2003).

ในคดี *Doe v. TCI Cablevision* (คดี “Tony Twist”) ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2003 ศาลได้พิพากษาว่าจำเลยละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ชื่อของโจทก์ โดยการนำชื่อของโจทก์ไปใช้เป็นตัวละครในนิยายของจำเลยและเมื่อพิจารณาประกอบกับบริบทในนิยายนี้จะทำให้เห็นว่าชื่อที่จำเลยนำไปหาประโยชน์สามารถระบุถึงโจทก์ได้

คดีนี้โจทก์ คือ นาย Anthony (Tony) Twist ซึ่งเป็นนักฮ็อกกี้ที่มีชื่อเสียง แต่ได้เลิกเล่นฮ็อกกี้เป็นอาชีพไปแล้ว ได้ฟ้องคดีเนื่องจากหนังสือการ์ตูนเรื่อง “Spawn” ของจำเลยมีตัวละครชื่อ “Anthony ‘Tony Twist’ Twistelli” และได้มีข้อเท็จจริงปรากฏด้วยว่า ผู้แต่งการ์ตูนเรื่องนี้ยอมรับว่าได้ตั้งชื่อตัวละครตัวนี้ตามโจทก์ และจำเลยได้ทำการตลาดหนังสือการ์ตูนเล่มนี้กับผู้ชื่นชอบกีฬาฮ็อกกี้ นอกจากนี้ลักษณะเด่นของตัวละครตัวนี้ก็มีความสามารถทางกีฬาเหมือนกับโจทก์ และยังมีเยาวชนผู้ชื่นชอบกีฬาฮ็อกกี้เข้าไปหาโจทก์โดยเข้าใจว่าโจทก์มีความเกี่ยวข้องกับตัวละครในการ์ตูนเรื่อง Spawn นี้ จากข้อเท็จจริงโดยสรุปที่ได้กล่าวมานี้ ศาลพิพากษาว่าจำเลยละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ชื่อของโจทก์ และสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหาย 15 ล้านดอลลาร์

### 3.2.2.2 ภาพของบุคคล

ในกรณีการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลประเภทภาพของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยหลัก ภาพของบุคคลสามารถระบุถึงบุคคลได้โดยที่ไม่จำเป็นต้องนำบริบทอื่นที่เกี่ยวข้องมาพิสูจน์เหมือนดังกรณีชื่อของบุคคล และในคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลประเภทการประโยชน์ หรือ การละเมิดสิทธิในการเผยแพร่หลายคดี ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ถือว่า การนำภาพของบุคคลอื่นไปหาประโยชน์ถือเป็นการรุกรานสิทธิส่วนบุคคล<sup>48</sup> หรือ ละเมิดสิทธิในการเผยแพร่<sup>49</sup> ได้ โดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงบริบทอื่นที่เกี่ยวข้องและไม่มีความหมายใดที่บัญญัติว่าภาพของบุคคลจะต้องมีบริบทอื่นประกอบจึงจะสามารถระบุถึงบุคคลได้ ทั้งนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายังให้ความคุ้มครองสิทธิในภาพของบุคคลไปถึง

<sup>48</sup> *Pavesich v New England Life Insurance Co.*, 122 Ga 190, 50 S.E. 68 (1905); *Munden v Harris*, 153 Mo App 652, 134 SW 1076 (1911); *Myers v U.S. Camera Publishing Corp.*, 9 Misc 2d 756, 167 NYS2d 711 (1957).

<sup>49</sup> *Factors Inc. v Pro Arts Inc.*, 579 F2d 215, 205 USPQ 751 (2d Cir 1978); *Brinkley v Casablancas*, 438 NYS2d 1004, 80AD2d 428, 212 USPQ 738 (1981). *Shamsky v Garan, Inc.*, 167 Misc2d 149, 632 NYS2d 930 (1995).

ภาพในอดีตของบุคคลด้วย หากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่าภาพนั้นสามารถทำให้คนจำนวนหนึ่งระบุว่าเป็นโจทก์ได้<sup>50</sup>

คำว่า “ภาพของบุคคล” ศาลในมลรัฐ New York ได้ตีความคำว่า “ภาพ หรือ ภาพวาด (picture or portrait)” ว่าไม่จำกัดเฉพาะภาพถ่ายของบุคคลเท่านั้น แต่ยังรวมถึงสิ่งใด ๆ ก็ตามที่สามารถแสดงให้เห็นว่าเป็นภาพเหมือนของบุคคลผู้ฟ้องคดีด้วย ดังนั้นการนำภาพของบุคคลที่แต่งกายเลียนแบบบุคคลผู้มีชื่อเสียง (celebrity look-alike) ไปหาประโยชน์ด้วยย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิในภาพของบุคคล<sup>51</sup> แต่อย่างไรก็ตามในกรณีของการใช้ภาพบุคคลที่แต่งกายเลียนแบบของบุคคลนี้จะต้องนำบริบทอื่นมาใช้ประกอบเพื่อพิสูจน์ว่าภาพของบุคคลที่จำเลยนำไปหาประโยชน์นั้นสามารถระบุถึงโจทก์ได้

### 3.2.2.3 ภาพลักษณะอื่นใดของบุคคล

วัตถุประสงค์ในภาพลักษณะของบุคคลประเภทที่ 3 ที่ระบุไว้ในมาตรา 46 Restatement of Unfair Competition คือ ภาพลักษณะอื่นใดของบุคคล ซึ่งหมายความถึงวัตถุประสงค์อื่นที่ไม่ใช่ ชื่อ หรือ ภาพของบุคคล แต่วัตถุประสงค์นั้นสามารถระบุถึงบุคคลได้ ทั้งนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแบ่งภาพลักษณะอื่นใดของบุคคล ออกเป็น 3 ประเภท คือ (1) ภาพลักษณะที่ปรากฏจากบทบาท หรือ ลักษณะเด่นของบุคคล (2) เสียงของบุคคล (3) ภาพลักษณะที่ปรากฏจากวัตถุประสงค์ที่มีความสัมพันธ์กับบุคคล

#### (ก) ภาพลักษณะที่ปรากฏจากบทบาทหรือลักษณะเด่นของบุคคล

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณะของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะรวมถึงภาพลักษณะที่ปรากฏจากบทบาท หรือ ลักษณะเด่นของบุคคล (Persona in Role or Characterization) เนื่องจาก บุคคลสาธารณะ หรือ นักแสดงบางคนอาจจะมีบทบาทที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวซึ่งโดดเด่นจากนักแสดง หรือ บุคคลอื่นเป็นอย่างยิ่ง โดยที่คนทั่วไปอาจจะไม่มีความคุ้นเคยกับภาพลักษณะทั่วไปที่ปรากฏจากการใช้ชีวิตส่วนตัวของบุคคลนั้น ดังนั้นมูลค่าเชิงพาณิชย์ที่อยู่ในภาพลักษณะของบุคคลประเภทนี้ไม่ได้เกิดมาจากการใช้ชีวิตตามปกติของบุคคล แต่ภาพลักษณะของบุคคลประเภทนี้เกิดจากการทำงานอย่างหนักเพื่อพัฒนา ลักษณะเด่นทางการแสดง หรือ การวางตัว เพื่อให้เกิดเอกลักษณ์เป็นของตนเอง

<sup>50</sup> *Negri v. Shering Corp*, 333, F Supp. 101 (SD NY 1971).

<sup>51</sup> *Ali v. Playgirl, Inc.*, 447 F Supp. 723, 296 USPQ 1021 (SD NY 1978); *Onassis v. Christian Dior-New York*, 122 Misc. 2d 603, 472 NYS2d 254.

ประเด็นที่สำคัญที่ใช้ในการพิจารณาว่า “วัตถุที่จำเลยนำไปหาประโยชน์เป็น ภาพลักษณ์ที่ปรากฏจากบทบาท หรือ ลักษณะเด่นของบุคคลหรือไม่” จะต้องพิจารณาว่าวัตถุที่จำเลยนำไปหาประโยชน์ระบุถึงบทบาท หรือ ลักษณะเด่นสามารถแยกต่างหากออกจากบุคคลได้ หรือ วัตถุที่จำเลยนำไปหาประโยชน์ระบุถึงบุคคลนั้นได้โดยตรง หากเป็นกรณีที่สิ่งที จำเลยนำไปหาประโยชน์ระบุถึงบุคคลได้โดยตรง ย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ ภาพลักษณ์ที่ปรากฏจากบทบาท หรือ ลักษณะเด่นของบุคคล หรือละเมิดสิทธิส่วนบุคคล ประเภทการหาประโยชน์ได้

ภาพลักษณ์ที่ปรากฏจากบทบาท หรือ ลักษณะเด่นของบุคคลที่เคยมีการให้ความคุ้มครองในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ ภาพลักษณ์ของสามพี่น้องตระกูล Marx (The Marx Brothers) ซึ่งเกิดข้อพิพาทขึ้นในคดี *Groucho Marx Production, Inc. v Day & Night Co.*,<sup>52</sup>

คดีนี้เกี่ยวข้องกับละครที่ประสบความสำเร็จเรื่อง “A Day in Hollywood / A Night in Ukraine” ซึ่งในละครนี้มีฉากมีเกี่ยวกับสามพี่น้องตระกูล Marx แต่ไม่ได้นำชื่อนักแสดงทั้ง 3 คนนี้มาใช้ อย่างไรก็ตามลักษณะภายนอกและรูปแบบการเล่นตลกเหมือนกับสามพี่น้องตระกูล Marx เป็นอย่างมาก โดยลักษณะเด่นของสามพี่น้องตระกูล Marx มีดังนี้

“Groucho Marx จะใส่หนวดปลอม สูบซิการ์ และจะชอบมองคนอื่นด้วยสายตา ประชดประชัน และ Chico Marx จะพูดเป็นสำเนียงอิตาลี และสวมหมวกดลายนก ขณะ Harpo Marx จะมีท่าทางที่ตื้นตื้นและชอบใส่ตามจับผู้หญิง ซึ่งศาลรับรองว่าบุคคลทั้ง 3 คนนี้มีสิทธิในการเผยแพร่ภาพลักษณ์ที่ปรากฏจากบทบาท หรือ ลักษณะเด่นของบุคคลโดยให้เหตุผลว่า “บุคคลทั้ง 3 คนนี้สร้างรายได้จากการนำบทบาทในละครที่มีความโดดเด่นซึ่ง บุคคลทั้งสามเป็นผู้สร้างสรรค์ขึ้นมาเองมาหาประโยชน์....ความมีชื่อเสียงของสามพี่น้องตระกูล Marx เกิดขึ้นจากความพยายามที่จะสร้างบทบาทในละครให้เป็นที่ยอมรับและเป็นที่ยอมรับในสังคม โดยที่ภาพลักษณ์นี้ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับบุคลิกภาพที่แท้จริงของบุคคลทั้ง 3 คนนั้น....การปรากฏตัวทุกครั้งของสามพี่น้องตระกูล Marx รวมถึงสัญญา และการโฆษณาเกี่ยวกับสามพี่น้องตระกูล Marx แสดงให้เห็นว่านักแสดงทั้ง 3 คนมีมูลค่าทางพาณิชย์จากบทบาทที่มีเอกลักษณ์เป็นของตนเอง ดังนั้น การที่จำเลยกล่าวอ้างว่าการกระทำของจำเลยไม่ถือเป็นการหาประโยชน์จากสิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลทั้งสามจึงเป็นความเห็นที่ไม่สมเหตุผล<sup>53</sup>”

<sup>52</sup> 523 F Supp 485, 491 (SD NY 1981).

<sup>53</sup> *Groucho Marx Production, Inc. v Day & Night Co.*, 523 F Supp 485, 491 (SD NY 1981).

อย่างไรก็ตาม เมื่อคดีนี้ขึ้นสู่ Appellate Court ศาลได้ยกฟ้องโจทก์เนื่องจากในคดีนี้ศาลเห็นว่า สิทธิในการเผยแพร่ย่อมระงับเมื่อบุคคลถึงแก่ความตาย<sup>54</sup>

นอกจากนี้ ภาพลักษณ์ที่ปรากฏจากลักษณะเด่นของบุคคลที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เคยให้ความคุ้มครอง คือ ภาพลักษณ์ของ Charlie Chaplin<sup>55</sup> ที่คนทั่วไปจะรู้จักในนาม "Little Tramp" ซึ่งจะใส่หมวกปลอม สวมหมวกทรงกลม รองเท้าใหญ่กว่าปกติ และใส่สูท ซึ่งศาลก็ได้ให้ความคุ้มครองภาพลักษณ์ที่ปรากฏจากลักษณะเด่นของ Charlie Chaplin เช่นกัน

### (ข) เสียงของบุคคล

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะรวมไปถึงเสียงของบุคคล โดยการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่เสียงของบุคคลนี้เป็นการคุ้มครองภาพลักษณ์ของบุคคลที่เกิดจากการได้ยิน ซึ่งจะมีความแตกต่างจากภาพลักษณ์ของบุคคลที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด เนื่องจากภาพลักษณ์ที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดเป็นภาพลักษณ์ที่สามารถมองเห็นได้ ทั้งนี้ โดยหลักการแล้ว ไม่น่าจะมีเหตุผลใดๆ ที่จะไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิในเสียงของบุคคล หากบุคคลที่ถูกนำเสียงไปหาประโยชน์สามารถพิสูจน์ได้ว่าเสียงที่ถูกบุคคลอื่นนำไปหาประโยชน์สามารถระบุถึงตนได้ แต่อย่างไรก็ตาม ในประเทศสหรัฐอเมริกาในยุคเริ่มแรกกลับไม่ค่อยยอมรับที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิในเสียงของบุคคลเท่าใดนัก<sup>56</sup> แต่อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1988 ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้รับรองว่าการเลียนแบบการออกเสียงเป็นละเมิดสิทธิในการเผยแพร่เสียง ในคดี *Midler v. Ford Motor Co.*<sup>57</sup>

สำหรับการคุ้มครองสิทธิในเสียงของบุคคล ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้วางแนวทางในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเพื่อให้คณะลูกขุนใช้ในการพิจารณา 3 ประการในคดี *Waits v. Frito-Lay, Inc.* เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาข้อเท็จจริงว่าเสียงที่ถูกนำไปใช้เป็นการละเมิดสิทธิในเสียงของบุคคลหรือไม่ ดังนี้ (1) มีการจงใจที่จะนำเสียงนั้นไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทาง

<sup>54</sup> 687 F.2d 317, 8 Media L. Rep. (BNA) 2201, 216 U.S.P.Q. (BNA) 553 (2nd Cir. 1982)

<sup>55</sup> *Chaplin v. Amador*, 93 Cal App 358 (1928).

<sup>56</sup> *Lahr v. Adell Chemical Co.*, 300 F.2d 256 (1st Cir 1962); *Sinatra v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 435 F.2d 711, 168 USPQ 12 (9th Cir 1970).

<sup>57</sup> 849 F.2d 460 (9th Cir 1988).

พาณิชย์ (2) เสียงที่นำไปใช้เป็นเสียงที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัว และ (3) เสียงที่นำไปใช้เป็นเสียงที่คนทั่วไปรู้จักเป็นอย่างดี ((1) the deliberate use for commercial purposes of voice (2) that is distinction and (3) widely known) และศาลได้อธิบายว่า ลักษณะการออกเสียง (vocal style) ของบุคคลไม่ถือเป็นวัตถุที่ได้รับความคุ้มครองในสิทธิในการเผยแพร่โดยเด็ดขาด (perse) แต่การเลียนแบบเสียงที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัวของบุคคลที่สามารถทำให้ระบุถึงบุคคลนั้นได้ ถือเป็นวัตถุที่ได้รับความคุ้มครอง และอธิบายต่อว่า “เสียงจะมีเอกลักษณ์ได้ จะต้องเป็นเสียงที่มีความโดดเด่นจากนักร้องคนอื่น [และ] เสียงนั้นมีคุณภาพและลักษณะเด่นพอสมควรในการระบุถึงเสียงของนักร้องคนนั้น (voice is distinctive if it is distinguishable from the voice of other singers [and] if it has particular qualities or characteristics that identify it with a particular singer)

ศาลได้อธิบาย คำว่า “เสียงที่คนทั่วไปรู้จักเป็นอย่างดี (widely known)” ให้กับคณะลูกขุนว่า หมายความว่า เป็นเสียงที่สาธารณชนกลุ่มใหญ่ในภูมิภาคที่เกี่ยวข้องรู้จัก (known to a large number of people throughout a relatively larger geographic area) ซึ่งจากหลักที่ศาลได้อธิบายกับคณะลูกขุนนี้ทำให้สิทธิในเสียงของบุคคลจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อเสียงนั้นเป็นที่รู้จักในสังคมเป็นอย่างดี ในคดีนี้ศาล Ninth Circuit จึงสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจำนวน 375,000 ดอลลาร์ และค่าเสียหายเชิงลงโทษจำนวน 2,000,000 ดอลลาร์ตามคำสั่งของคณะลูกขุน

### (ค) ภาพลักษณ์ที่ปรากฏจากวัตถุที่มีความสัมพันธ์กับบุคคล

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะรวมถึงภาพลักษณ์ที่ปรากฏจากวัตถุที่มีความสัมพันธ์กับบุคคล (object identified the person) ซึ่งเป็นการคุ้มครองวัตถุที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลอย่างแนบแน่นเสมือนหนึ่งเป็นสัญลักษณ์แทนตัวของบุคคล หากวัตถุนั้นสามารถทำหน้าที่ระบุถึงบุคคล รวมถึงแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างบุคคลหนึ่งกับบุคคลอีกคนหนึ่งได้

ศาลได้ให้ความคุ้มครองภาพลักษณ์ประเภทนี้ครั้งแรกในคดี *Motschenbacher v R.J. Reynolds Tobacco Co.*<sup>58</sup>

ในคดีนี้โจทก์เป็นนักแข่งรถมืออาชีพ ชื่อ Lothar Motschenbacher ได้ฟ้องคดีว่าจำเลยซึ่งเป็นบริษัทบุหรี่ชื่อ R.J. Reynolds Tobacco Company ละเมิดสิทธิของโจทก์

<sup>58</sup> 498 F.2d 821 (1974).

เนื่องจาก จำเลยได้ทำการโฆษณาบุหรี่โดยใช้รูปรถแข่งซึ่งโจทก์อ้างว่ารถแข่งที่อยู่ในรูปนี้มีความสัมพันธ์กับโจทก์เป็นอย่างมาก และรถแข่งนี้สามารถระบุถึงโจทก์ได้

ในชั้น District Court ศาลยกฟ้องโจทก์โดยให้เหตุผลว่า รถแข่งนี้ไม่สามารถระบุถึงโจทก์ได้ แต่ศาล Federal Court ได้นำ California Common Law และหลักการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์ในส่วนที่เป็นการคุ้มครองประโยชน์เชิงเศรษฐกิจมาพิจารณา และเห็นว่าจำเลยละเมิดสิทธิของโจทก์

โจทก์ได้พิสูจน์ว่าภาพลักษณะของโจทก์ปรากฏจากรถแข่งของโจทก์ที่มีเอกลักษณ์ ทั้งนี้ รถแข่งของโจทก์จะต้องเป็นสีแดง และมีหมายเลข 11 เป็นสีขาว และไม่มีรถแข่งคนอื่นมีองค์ประกอบที่โดดเด่นที่กล่าวมานี้ และในโฆษณาทางโทรทัศน์ของจำเลยใช้รูปภาพรถแข่งหลายคันบนสนามแข่งรถ และรถแข่งที่เป็นฉากหน้า คือ รถของโจทก์ แต่จำเลยได้ทำการปรับแต่งภาพไม่ให้เห็นสามารถมองเห็นได้ว่าโจทก์อยู่ในรถคันนั้น

จำเลยได้ทำโฆษณาโดยทำภาพเคลื่อนไหวโดยอาศัยโครงร่างจากภาพนี้ และจำเลยนำลูกโป่งที่มีคำว่า “Did you know that Winston tastes good, like a cigarette should?” มาติดไว้หลังรถคันที่โจทก์อ้างว่าเป็นภาพลักษณะของโจทก์ แต่จำเลยได้เปลี่ยนหมายเลขรถแข่งของโจทก์จากหมายเลข 11 ให้เป็นหมายเลข 71 และเพิ่มสปอยเลอร์ที่มียี่ห้อ Winston ของจำเลยเข้าไปท้ายรถแข่งของโจทก์ แต่จำเลยไม่ได้เปลี่ยนแปลงสีรถของโจทก์แต่อย่างใด

โจทก์ได้แสดงคำรับรอง (Affidavits) จากบุคคลหลายคนที่จำรถของโจทก์ได้จากการดูโฆษณานี้ในทันที ดังนั้น โจทก์จึงมีความเห็นว่า การกระทำของจำเลยถือเป็นการนำไปซึ่งการรับรองคุณภาพ (endorsement) และภาพลักษณะของโจทก์โดยไม่ได้จ่ายค่าตอบแทนให้กับโจทก์และโจทก์ยังระบุว่า การกระทำของจำเลยทำให้รายได้ที่โจทก์จะได้รับจากบริษัทอื่นจากการรับรองคุณภาพสินค้าลดลง ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงถือเป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ และในคดีนี้ศาลก็เห็นว่าจำเลยละเมิดสิทธิของโจทก์จริง

### 3.2.3 ภาพลักษณะของบุคคลที่ถึงแก่กรรม

การนำภาพลักษณะของบุคคลไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยหลักแล้วมิได้จำกัดเฉพาะการนำภาพลักษณะของบุคคลที่มีชีวิตอยู่ไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์เท่านั้น บุคคลผู้ถึงแก่กรรมแล้วก็อาจจะถูกนำภาพลักษณะไปหาประโยชน์ได้เช่นกัน ทั้งนี้ ในประเทศ

สหรัฐอเมริกาที่มีหลักกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองภาพลักษณ์ของบุคคลผู้ถึงแก่กรรมจากการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์เช่นกัน

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ความคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลโดยอาศัยหลักกฎหมาย 2 เรื่อง คือ สิทธิส่วนบุคคล และสิทธิในการเผยแพร่ และให้ความคุ้มครองประโยชน์ที่แตกต่างกันดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะต้องแบ่งประโยชน์ทั้ง 2 ประการออกมาพิจารณาว่า ประโยชน์แต่ละประการจะได้รับความคุ้มครองภายหลังจากที่บุคคลนั้นถึงแก่กรรมหรือไม่

### 3.2.3.1 ประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลในส่วนของประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ความคุ้มครองโดยหลักสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งถือเป็นการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล โดยค่าเสียหายจะพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นกับจิตใจ หรือ ร่างกาย หรือ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเป็นที่ยอมรับของบุคคลในสังคม<sup>59</sup> สิทธิส่วนบุคคลจึงถือเป็นสิทธิเฉพาะตัวของบุคคล ดังนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ถือว่า สิทธิส่วนบุคคลสิ้นสุดลงเมื่อบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย

สิทธิส่วนบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลเป็นเพียงประเภทหนึ่งของหลักสิทธิส่วนบุคคล ทั้งนี้ สิทธิส่วนบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาก็จะให้ความคุ้มครองบุคคลจากการกระทำละเมิด 4 ประเภท คือ (1) การรุกรานความเป็นส่วนตัว (2) การหาประโยชน์จากชื่อ หรือ ภาพของบุคคล (3) การเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัว และ (4) การไขข่าวแพร่หลายในข้อความอันเป็นเท็จ (มาตรา 652A Restatement of Tort (second)) โดยสิทธิส่วนบุคคลทั้ง 4 ประเภทล้วนสิ้นสุดลงเมื่อบุคคลถึงแก่กรรม

การที่ทายาทจะมีความรู้สึกอับอายจากการถูกระทำละเมิดสิทธิส่วนบุคคลประเภทต่างๆ จะไม่ส่งผลให้ทายาทมีสิทธิฟ้องคดีแทนบุคคลที่ถึงแก่กรรมแล้ว เว้นแต่การละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของบุคคลที่ถึงแก่กรรมจะถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของทายาทที่มีชีวิตอยู่ด้วย ทายาทจึงจะมีสิทธิในการฟ้องคดีละเมิดสิทธิส่วนบุคคลได้

<sup>59</sup> J. Thomas, The Right of Publicity and Privacy Voulume 2, p. 9-2



ในประเทศสหรัฐอเมริกา คำพิพากษาหลายคดีที่รับรองแนวความคิดนี้ เช่น คดี *James v Screen Gems, Inc.*,<sup>60</sup> ศาลมลรัฐ California พิจารณาว่า ภิรยาหมายไม่สามารถฟ้องคดีว่าสามที่ถึงแก่กรรมแล้วของตนถูกละเมิดสิทธิส่วนบุคคลได้ โดยศาลเห็นว่า สิทธิส่วนบุคคลไม่อาจเรียกร้องโดยบุคคลอื่นได้เว้นแต่ บุคคลนั้นจะเป็นบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิส่วนบุคคลเอง” หรือ ในคดี *Maritote v Desilu Productions Inc.*,<sup>61</sup> ศาลพิจารณาว่า ภิรยาหมาย และบุตรของ Al Capone ไม่มีอาจเรียกร้องว่าสิทธิส่วนบุคคลของ Al Capone ถูกรุกล้ำโดยการนำเสนอเรื่องราวของ Al Capone ในละครทางโทรทัศน์เรื่อง “The Untouchables” โดยศาลให้เหตุผลว่า “การนำอาชีพของบุคคลที่เสียชีวิตแล้วมาวิพากษ์วิจารณ์ หรือ นำไปทำนวนิยาย หรือ แม้แต่ก่อให้เกิดความเสื่อมเสียแก่อาชีพของบุคคลที่ถึงแก่กรรมแล้วไม่อาจถือเป็นการรุกล้ำสิทธิส่วนบุคคลของญาติมิตร หากญาติมิตรไม่ได้ถูกกล่าวถึงด้วย”

อย่างไรก็ตาม มีคดีบางเรื่องที่ศาลให้สิทธิบุพการีมีสิทธิในการเรียกร้อง จากถูกนำภาพของบุตรที่ถึงแก่กรรมแล้วไปเผยแพร่ได้ เช่น ในคดี *Bazemore v Savannah Hospital*<sup>62</sup> ศาล Georgia Supreme Court พิจารณาว่า จำเลยละเมิดสิทธิของโจทก์จากการที่จำเลยซึ่งคือโรงพยาบาล ช่างภาพ และหนังสือพิมพ์ เผยแพร่ภาพของบุตรที่ถึงแก่กรรมแล้วของโจทก์ โดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งบุตรของโจทก์เป็นทารกที่พิการ ทั้งนี้ ศาลได้ระบุว่า การเรียกร้องสิทธิของโจทก์ไม่ได้เป็นการเรียกร้องสิทธิส่วนบุคคลของบุตรที่ถึงแก่กรรมแล้ว แต่เป็นการเรียกร้องสิทธิส่วนบุคคลของโจทก์ซึ่งเป็นบุพการีเอง

จากที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า ประโยชน์ที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ซึ่งได้รับความคุ้มครองโดยสิทธิส่วนบุคคล ไม่อาจจดทอดไปยังทายาทได้ เนื่องจากสิทธิส่วนบุคคลเป็นสิทธิเฉพาะตัวของบุคคลโดยแท้ อย่างไรก็ตาม ทายาทสามารถเรียกร้องสิทธิส่วนบุคคลได้หากทายาทเป็นผู้ถูกรุกล้ำความเป็นส่วนตัวจากการกระทำของจำเลยเอง เหมือนกับที่กล่าวมาในคดี *Bazemore* เป็นต้น

### 3.2.3.2 ประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลในส่วนของประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ในประเทศสหรัฐอเมริกา จะให้ความคุ้มครองโดยหลักสิทธิในการเผยแพร่ ซึ่งถือเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินจากการเผยแพร่ภาพลักษณ์ของบุคคล และค่าเสียหายจะ

<sup>60</sup> 174 Cal App 2d 650, 653, 344 P2d 799 (1959).

<sup>61</sup> 345 F2d 418, 420, 18 ALR3d 863 (7th Cir 1965).

<sup>62</sup> 171 Ga 257, 155 SE 194 (Ga 1930).

พิจารณาจากตามความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิทธิในทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตามปัญหาที่ว่าสิทธิในการเผยแพร่ที่ให้ความคุ้มครองประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ตกทอดไปยังทายาทหรือไม่ในประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่ค่อยมีความชัดเจนเท่าที่ควร โดยจะขึ้นอยู่กับกฎหมาย (statute) หรือ บรรทัดฐานแห่งคำพิพากษา (case law) ของแต่ละมลรัฐที่จะให้สิทธิในการเผยแพร่ตกทอดไปยังทายาท ทั้งนี้ ศาลในหลายมลรัฐยังไม่เคยพิจารณาประเด็นเรื่องการตกทอดเป็นมรดกของสิทธิในการเผยแพร่ แต่ส่วนใหญ่แล้วในมลรัฐต่างๆจะถือว่าสิทธิในการเผยแพร่เป็นสิทธิที่ตกทอดทางมรดก

เหตุผลที่เห็นว่าสิทธิในการเผยแพร่ควรจะเป็นสิทธิที่ตกทอดทางมรดกได้ให้มีการให้เหตุผลที่น่าสนใจ 5 ประการ ศาลในคดี *Tennessee ex rel Presley v Crowell*<sup>63</sup> ดังนี้

- (1) สิทธิในการเผยแพร่เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างของบุคคล ดังนั้น สิทธิในการเผยแพร่ควรจะเป็นทรัพย์สินมรดกที่จะแบ่งให้กับทายาท
- (2) การหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของบุคคลที่ถึงแก่กรรมแล้ว ถือเป็น การได้ลาภมิควรได้ และเป็น การเก็บเกี่ยวผลผลิตที่บุคคลไม่ได้ปลูกเอง
- (3) กฎหมายควรที่จะรับรู้ความคาดหวังที่บุคคลผู้มีชื่อเสียงต้องการที่จะสร้างสินทรัพย์ที่มีมูลค่าเพื่อประโยชน์แก่ทายาทของบุคคลผู้มีชื่อเสียงภายหลังจากที่บุคคลผู้มีชื่อเสียงได้ถึงแก่กรรม เหมือนกับการที่บุคคลได้ลงทุนในที่ดิน หรือ หุ่น
- (4) กฎหมายควรที่จะรับรู้มูลค่าของสิทธิตามสัญญาของผู้รับอนุญาต
- (5) การให้สิทธิในการเผยแพร่ตกทอดไปยังทายาทจะทำให้การอ้างถึงบุคคลที่ถึงแก่กรรมแล้วว่าได้ให้คำรับรองไว้อันเป็นเท็จลดลง

((1) The Right of Publicity is intangible personal property and should be subject to testamentary distribution;

(2) The unauthorized post mortem user is unjustly enriched and reaps where he has not sown;

(3) The law should recognize a celebrity expectation that he or she is creating a valuable capital asset for benefit of heirs after death in the same way that others invest in real estate or stock;

(4) The law should recognize the value of contract rights of licensed users;

<sup>63</sup> 733 SW2d 89, 2 USPQ2d 1663, 14 Media L Rptr 1043 (Tenn App 1987).

(5) A post mortem right of publicity will discourage false claims of endorsement by the deceased person.)

นอกจากนี้ การคุ้มครองประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ภายหลังจากที่บุคคลถึงแก่กรรมโดยหลักสิทธิในการเผยแพร่จะต้องอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการสื่อสาร (freedom of speech) ดังนั้น การนำชีวประวัติของบุคคลที่ถึงแก่กรรมแล้วซึ่งอยู่ในความสนใจของคนทั่วไปไปเขียนเพื่อขาย หรือ นำไปทำนวนิยายย่อมไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ เพราะการกระทำเหล่านี้เป็นอยู่ในหลักเสรีภาพในการสื่อสาร

สำหรับมลรัฐที่รับรองว่าสิทธิในการเผยแพร่เป็นสิทธิที่ตกทอดไปยังทายาทมีดังนี้<sup>64</sup> มลรัฐ California, มลรัฐ Connecticut, มลรัฐ Florida, มลรัฐ Georgia, มลรัฐ Illinois มลรัฐ Indiana, มลรัฐ Kentucky, มลรัฐ Michigan, มลรัฐ Nebraska, มลรัฐ Nevada, มลรัฐ New Jersey, มลรัฐ New York, มลรัฐ Ohio, มลรัฐ Oklahoma, มลรัฐ Pennsylvania, มลรัฐ Tennessee, มลรัฐ Texas, มลรัฐ Utah, มลรัฐ Virginia, มลรัฐ Washington, มลรัฐ Wisconsin

ในส่วนของระยะเวลาที่สิทธิในการเผยแพร่จะให้ความคุ้มครองภายหลังจากที่บุคคลถึงแก่กรรมก็จะแตกต่างกันไปตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐจะกำหนดไว้

### 3.2.4 การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกา

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลจากการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะอาศัยหลักกฎหมาย 2 หลัก คือ สิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์ และสิทธิในการเผยแพร่งานที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 3.2.1 ทั้งนี้ สิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์ ตามมาตรา 652C ของ Restatement of Tort (Second) ได้ระบุไว้ว่า "...นำชื่อ หรือ ภาพเหมือนของบุคคลไปใช้หาประโยชน์..." และมาตรา 46 ของ Restatement of Unfair Competition ได้ระบุไว้เช่นกันว่า "...โดยการใช้ชื่อ ภาพเหมือน หรือ ภาพลักษณ์อื่นใดของบุคคลอื่น เพื่อประโยชน์ทางการค้า" โดยคำว่า "เพื่อประโยชน์ทางการค้า" นี้ได้มีการระบุความหมายไว้ในมาตรา 47 ของ Restatement of Unfair Competition ดังนี้

รายละเอียดเกี่ยวกับเสรีภาพในการสื่อสารซึ่งเป็นข้อยกเว้นของการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะอยู่ในหัวข้อ 3.2.4

<sup>64</sup> ข้อมูลจาก J Thomas, McCarthy, The Right of Publicity and Privacy Databased updated March 2007.

### “มาตรา 47 การใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า

การใช้ชื่อ ภาพเหมือน หรือ ภาพลักษณ์อื่นใดของบุคคลจะถือว่าเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้าตามที่ระบุไว้ในมาตรา 46 เมื่อมีการนำ ชื่อ ภาพเหมือน หรือ ภาพลักษณ์อื่นใดไปใช้โฆษณาสินค้า หรือ บริการ ของผู้ใช้ประโยชน์ หรือนำไปติดไว้บนสินค้าของผู้ใช้ประโยชน์ หรือ นำไปประกอบกับบริการของผู้ใช้ประโยชน์ แต่อย่างไรก็ตาม การใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้าโดยทั่วไปจะไม่รวมถึงการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการรายงานข่าว การวิพากษ์วิจารณ์ข่าว เรื่องราวบันเทิง งานเขียนนวนิยาย หรือ งานเขียนจากเรื่องจริง หรือ การโฆษณาเรื่องราวดังกล่าว”

### (§ 47 Use for Purposes of Trade

The name, likeness, and other indicia of person's identity are used “for purpose of trade” under the rule stated in (section) 46 if they are used in advertising the user's goods or services render by user. However, use “for purpose of trade” does not ordinary include the use of person's identity in news reporting, commentary, entertainment, works of fiction or nonfiction, or in advertising that is incidental to such uses.”)

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 47 นี้จะเห็นได้ว่า การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณา หรือ การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปติดไว้บนสินค้า ย่อมถือเป็นการกระทำละเมิดต่อสิทธิในการเผยแพร่อย่างแน่นอน นอกจากนี้ เมื่อพิจารณามาตรา 47 ประกอบกับหลักสิทธิส่วนบุคคลตามมาตรา 652C Restatement of Tort (Second) แล้วจะเห็นได้ว่า “การใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า” นี้ ย่อมถือว่าเป็น “นำชื่อ หรือ ภาพเหมือนของบุคคลไปใช้หาประโยชน์” ตามมาตรา 652C ด้วย ดังนั้น การใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้าย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลประเภทหาประโยชน์ด้วย ทำให้เห็นได้ว่าการกระทำที่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองโดยหลักสิทธิส่วนบุคคล หรือ โดยหลักสิทธิในการเผยแพร่ จะต้องอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการสื่อสาร (freedom of speech) ที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับแรกซึ่งมีบทบัญญัติว่า

“ห้ามสภาคอนเกรส บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งศาสนา หรือ กฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการสื่อสาร หรือ เสรีภาพของสื่อสิ่งพิมพ์ หรือ เสรีภาพในการรวมตัวอย่างสันติ และเรียกร้องให้รัฐบาลเยียวยาการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or **abridging the freedom of speech**, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”<sup>65</sup>

จากที่กล่าวมานี้ ทำให้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของบุคคลไม่ว่าบุคคลจะเรียกร้องสิทธินั้นโดยหลักสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่ ศาลจะต้องนำหลักเสรีภาพในการสื่อสารมาใช้ในการพิจารณาด้วยว่า การกระทำนั้นถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่ด้วยหรือไม่

เสรีภาพในการสื่อสารตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่มีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลไม่ว่าโดยสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่ ได้มีการจัดประเภทไว้ 3 ประเภทดังนี้<sup>66</sup>

- (1) การสื่อสารทางข่าวสาร (news)
- (2) การสื่อสารโดยนวนิยาย (story)
- (3) การสื่อสารทางพาณิชย์ (commercial)

#### (1) การสื่อสารทางข่าวสาร

การสื่อสารประเภทที่ 1 คือ “ข่าวสาร” โดยข่าวสารที่ได้รับความคุ้มครองไม่ได้จำกัดเฉพาะข่าวสารที่เป็นเรื่องราวทางการเมือง หรือ การวิพากษ์วิจารณ์กิจกรรมสาธารณะเท่านั้น แต่จะรวมไปถึงเรื่องราวใดๆที่ประชาชนให้ความสนใจ และยังรวมไปถึงการรายงานข่าวซุบซิบเกี่ยวกับบุคคลผู้มีชื่อเสียงด้วย

<sup>65</sup> <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment01/> [2007, February

1]

<sup>66</sup> Felcher & Rubin, Privacy, Publicity, the Protrayer of Real People bt the Media, 88 Yale LJ 1577. 1597 (1979). Cited in McCarthy, J. Thomas, The Right of Publicity and Privacy Voulume 2, p. 8-13.

## (2) การสื่อสารโดยนวนิยาย (Story)

การสื่อสารประเภทที่ 2 คือ นวนิยาย หรือในบางกรณีจะเรียกการสื่อสารประเภทนี้ว่า การให้ความบันเทิง (entertainment) ซึ่งจะครอบคลุมไปถึง “ศิลปะ” ทุกประเภทด้วย โดยไม่ได้จำกัดประเภทของสื่อกลางที่ใช้ในการสื่อสาร (medium) ไว้ ดังนั้น การสื่อสารประเภทนี้สามารถกระทำผ่าน ภาพวาด ภาพถ่าย หรือ เพลง หรือ ภาพพิมพ์ ได้

การสื่อสารประเภทนวนิยายอาจจะมีลักษณะเป็นการสื่อสารเพื่อสร้างความบันเทิงแต่ในความเป็นจริงการสื่อสารประเภทนี้อาจจะมีลักษณะเป็นการส่ง “ข้อความ” ที่มีลักษณะเป็นข่าวสารอยู่ในตัวด้วย แต่ไม่ว่านวนิยายนั้นจะเป็นการให้ข่าวสาร หรือ การสร้างความบันเทิง นวนิยายนั้นก็ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม<sup>67</sup> นอกจากนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างถึงว่าหนังสือการ์ตูนก็ถือเป็นการสื่อสารประเภทนวนิยายเช่นกัน<sup>68</sup>

สำหรับความแตกต่างที่สำคัญระหว่างการสื่อสารประเภทข่าว กับนวนิยาย คือ ผู้อ่าน หรือ ผู้ชมนวนิยาย จะทราบว่า สิ่งที่ตนกำลังรับฟังนั้นไม่ได้ตรงกับความจริงทุกประการ (conscious departure from accurate reporter) ด้วยเหตุนี้เองทำให้การสื่อสารเพื่อความบันเทิงไม่ได้มีฐานะเทียบเท่ากับข่าว การสื่อสารเพื่อความบันเทิงจึงได้รับความคุ้มครองน้อยกว่าการสื่อสารประเภทข่าว<sup>69</sup> และการสื่อสารประเภทนี้รวมไปถึงการสร้างสรรคงานศิลปะทุกประเภทด้วย

## (3) การสื่อสารทางพาณิชย์ (commercial)

การสื่อสารประเภทที่ 3 ที่ได้รับความคุ้มครอง คือ การสื่อสารทางพาณิชย์ ซึ่งก็คือ การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์ในบริบทที่ไม่ใช่การให้ข้อมูล หรือ การสร้างความบันเทิง แต่เป็นการสื่อสารที่กระทำเพื่อก่อให้เกิดการค้าขาย

<sup>67</sup> *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 452 U.S. 61, 65, 101 S. Ct. 2176, 68 L. Ed. 2d 671, 7 Media L. Rep. (BNA) 1426 (1981).

<sup>68</sup> *Winter v. DC Comics*, 30 Cal. 4th 881, 134 Cal. Rptr. 2d 634, 69 P.3d 473, 31 Media L. Rep. (BNA) 1774, 66 U.S.P.Q.2d (BNA) 1954, 118 A.L.R.5th 727 (2003).

<sup>69</sup> *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 105 S. Ct. 2218, 2232, 85 L. Ed. 2d 588, 11 Media L. Rep. (BNA) 1969, 225 U.S.P.Q. (BNA) 1073, 1082 (1985).

การสื่อสารทั้ง 3 ประเภทนี้เป็นการสื่อสารที่รับรองโดยรัฐธรรมนูญ แต่เฉพาะการสื่อสารประเภทที่ 1 และประเภทที่ 2 เท่านั้นที่จะได้รับความคุ้มกัน (immunity) ที่จะไม่ถือว่าการนำภาพลักษณะไปหาประโยชน์ที่มีลักษณะเป็นการสื่อสารประเภทที่ 1 และประเภทที่ 2 เป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ ละเมิดสิทธิส่วนบุคคล แต่สำหรับการนำภาพลักษณะของบุคคลไปหาประโยชน์ในรูปแบบที่เป็นการสื่อสารทางพาณิชย์ ความคุ้มกันที่จะได้รับจากหาประโยชน์เช่นนี้มีน้อยมาก โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้เคยพิจารณาว่าการสื่อสารทางพาณิชย์ไม่อาจให้คุ้มกันจากการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลได้<sup>69</sup> ดังนั้น เสรีภาพในการสื่อสารทางพาณิชย์จึงไม่ก่อให้เกิดความคุ้มกันจากการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคลจากการหาประโยชน์ได้

อย่างไรก็ตามแม้ว่าการหาประโยชน์จากภาพลักษณะของบุคคลจะมีรูปแบบเป็นการสื่อสารประเภทที่ 1 หรือ 2 แต่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่ถือว่าเป็นการสื่อสารประเภทที่ 1 และ 2 นี้ได้รับความคุ้มกันในตัวเอง (per se) แต่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาข้อเท็จจริงด้วยว่าการกระทำของจำเลยเป็นการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณะของบุคคลที่ถือเป็นการละเมิด (infringement) สิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคลจากการหาประโยชน์ หรือ เป็นกระกระทำที่ได้รับความคุ้มกัน (immunity) ตามหลักเสรีภาพในการสื่อสารที่รับรองโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ<sup>70</sup> ซึ่งประเด็นนี้จะได้กล่าวรายละเอียดต่อไป

จากที่กล่าวมานี้เพื่อความชัดเจนในการปรับใช้กฎหมายสำหรับคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณะของบุคคลในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าควรจะจัดประเภทคดีที่เกิดขึ้นตามรูปแบบการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่ผู้เขียนได้นำเสนอในบทที่ 2 เพื่อพิจารณาแนวทางในการปรับใช้กฎหมายไทย

### 3.2.4.1 การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณะของบุคคลจากการถูกนำไปโฆษณา

<sup>69</sup> *Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc.*, 255 F.3d 1180, 1184, 29 Media L. Rep. (BNA) 1993, 59 U.S.P.Q.2d (BNA) 1363 (9th Cir. 2001)

<sup>70</sup> *Zacchini v Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562, 578 (1977), *Comedy III Production, Inc. v Gary Saderup, Inc.*, 25 Cal. 4<sup>th</sup> 387, 399, 106 Cal. Rptr. 2d. 126, 21 P.3d. 797, 29 Media. L. Rep. (BNA) 1897, 58 U.S.P.Q.2d. (BNA) 1823 (2001).

\* หัวข้อ 3.2.4.3

### (ก) การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณา

รูปแบบการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ประเภทแรกที่ผู้เขียนได้นำเสนอ คือ นำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาสินค้า การหาประโยชน์เช่นนี้ถือเป็นการสื่อสารทางพาณิชย์ (commercial speech) ซึ่งการสื่อสารประเภทนี้เป็นการสื่อสารตามรัฐธรรมนูญ แต่การสื่อสารประเภทนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองจากการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์

การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของภาพลักษณ์เสียก่อนย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์ หรือ เป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ ไม่ว่าภาพลักษณ์นั้นจะเป็น ชื่อของบุคคล<sup>72</sup> ภาพของบุคคล<sup>73</sup> ไม่ว่าภาพของบุคคลนั้นโดยตรง<sup>73</sup> หรือ ภาพเหมือน<sup>74</sup> เสียงของบุคคล<sup>75</sup> หรือ ภาพลักษณ์ที่ปรากฏจากวัตถุที่มีความสัมพันธ์กับบุคคล<sup>76</sup> ย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่ บุคคลผู้เป็นเจ้าของภาพลักษณ์ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากการละเมิดประโยชน์ที่ไม้อาจคำนวณเป็นเงินได้ตามหลักสิทธิส่วนบุคคล หรือ ประโยชน์ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ตามหลักสิทธิในการเผยแพร่ ได้

อย่างไรก็ตามการนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้ในการโฆษณานี้มีข้อสังเกตว่าการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาบางรูปแบบไม่น่าจะถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ ซึ่งเป็นข้อสังเกตของผู้พิพากษา Kozinski เสียงข้างน้อยในคดี *Vanna White v Samsung Electronics American, Inc*<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> *Abdul-jabbar v General Motor Corp.*, 75 F.3d 1391, 37 U.S.P.Q.2d 1694 (9<sup>th</sup> Cir. 1996).

<sup>73</sup> *Pavesich v New England Life Insurance Co.*, 122 Ga 190, 50 S.E. 68 (1905).

<sup>74</sup> *Onassis v. Christian Dior-New York, Inc.*, 122 Misc. 2d 603, 472 N.Y.S.2d 254, 262-263, 10 Media L. Rep. (BNA) 1859 (Sup 1984), judgment aff'd, 110 A.D.2d 1095, 488 N.Y.S.2d 943 (1st Dep't 1985).

<sup>75</sup> *Waits v Frito-lay, Inc.*, 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).

<sup>76</sup> *Motschenbacher v. R.J. Reynold Tobacco Co.*, 498 F2d 821 (9th Cir 1974).

<sup>77</sup> 971 F2d 1395, 20 Media L. Rep. (BNA) 1457, 23 USPQ2d (BNA) 1583 (9th Cir 1992).



ในคดีนี้โจทก์ คือ Vanna White ซึ่งเป็นพิธีกรรายการเกมโชว์ที่มีชื่อเสียงได้ฟ้องคดีบริษัท Samsung Electronic เป็นจำเลย เนื่องจากจำเลยทำการโฆษณาซึ่งมีหุ่นยนต์ที่มีลักษณะที่เหมือนกับโจทก์เป็นอย่างมากอยู่ในโฆษณา ทั้งนี้ หุ่นยนต์ในโฆษณานี้เป็น หุ่นยนต์เหล็กสวมใส่วิกผมสีเงิน และสวมชุดเหมือนกับโจทก์เป็นอย่างมาก และในโฆษณาหุ่นยนต์นี้ทำหน้าที่ในการเปิดแผ่นป้ายซึ่งเหมือนกับแผ่นป้ายในเกมโชว์ชื่อ "Wheel of Fortune" ซึ่งเป็นเกมโชว์ที่โจทก์เป็นพิธีกรและมีชื่อเสียงเป็นอย่างมาก แต่ข้อความในโฆษณาของจำเลยเขียนว่า "Longest Running game show" ทั้งนี้ จำเลยได้ยอมรับว่า จำเลยตั้งใจจะทำให้หุ่นยนต์นั้นเหมือนกับกับโจทก์ แต่จำเลยเห็นว่าโฆษณาของจำเลยเป็นโฆษณาในลักษณะล้อเลียน (spoof) ในคดีนี้ศาล Ninth Circuit เห็นว่าจำเลยละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ตาม Common law

อย่างไรก็ตามผู้พิพากษา Kozinski ซึ่งเป็นผู้พิพากษาเสียงส่วนน้อยในคดีนี้ได้เขียนคำวินิจฉัยส่วนบุคคลโดยข้อสังเกตว่าการที่จำเลยใช้ประโยชน์จากภาพลักษณ์ของโจทก์ในคดีนี้ไม่ควรถือเป็นการนำภาพลักษณ์ไปโฆษณาโดยตรง แต่เป็นการนำภาพลักษณ์ไปใช้ในลักษณะล้อเลียนซึ่งน่าจะอยู่ในข้อยกเว้นไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่

ผู้พิพากษา Kozinski เห็นว่าการที่ผู้พิพากษาเสียงส่วนใหญ่ขยายขอบเขตการคุ้มครองสิทธิในการเผยแพร่จะส่งผลเสียหายต่อความสมดุลระหว่าง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา [ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะประเภทให้สิทธิในการเผยแพร่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง] และเสรีภาพในการแสดงออก (freedom of expression)<sup>78</sup> โดยผู้พิพากษา Kozinski ได้ให้เหตุผลในคำวินิจฉัยส่วนบุคคลว่า

“การให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามากเกินไปมีผลเทียบเท่ากับการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่น้อยเกินไป ความคิดสร้างสรรค์ยากที่จะเกิดขึ้นหากสิ่งที่เป็นสาธารณะ (public domain) มีน้อยเกินไป ความคิดที่ว่าสิ่งที่ไม่มีในวินนี้ ย่อมไม่อาจมีในอนาคตต่อไปได้ เนื่องจากการควบคุมที่มากเกินไป กล่าวอีกนัยหนึ่ง วัฒนธรรมดังเช่นวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีย่อมเติบโตขึ้นจากการรวมรวบ และผู้สร้างสรรค์แต่ละคนย่อมสร้างสรรค์งานใหม่จากงานสร้างสรรค์ของผลงานที่มีอยู่ก่อน ดังนั้น การคุ้มครองมากเกินไปย่อมทำให้พลังแห่งการสร้างสรรค์ลดน้อยลงไป<sup>79</sup>”

<sup>78</sup> Goodenough, Go Fish: Evaluation the Restatement's Formulation of Law of Publicity, p. 754.

<sup>79</sup> *White v. Samsung Elecs. Am., Inc.*, 989 F2d 1512 (9th Cir), cert denied, 113 S Ct 2443 (1993).

นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Kozinski ยังมีความเห็นว่า “การใช้ในรูปแบบล้อเลียน (parody)” เป็นข้อยกเว้นที่สำคัญสำหรับการละเมิดลิขสิทธิ์มาเป็นเวลานาน แต่ข้อยกเว้นนี้กลับไม่อาจนำมาใช้สำหรับการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากหุ่นยนต์ผสมเงินได้<sup>80</sup>

จากที่กล่าวมาผู้พิพากษา Kozinski จึงสรุปว่า การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาในลักษณะที่เป็นการกระทำโดยล้อเลียน (parody) ควรที่จะอยู่ในข้อยกเว้นไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ เพราะผู้พิพากษา Kozinski เห็นว่า การโฆษณาโดยหุ่นยนต์นี้ถือเป็นเสรีภาพในการแสดงออกที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การนำหุ่นยนต์ไปใช้ในการโฆษณานี้จึงไม่ควรถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่

### (ข) ข้อยกเว้น

อย่างไรก็ตามแม้ว่า โดยหลักแล้วการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปโฆษณาจะถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคล แต่มีการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้โฆษณาบางประเภทที่ได้รับความคุ้มครองไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่เช่นกัน ทั้งนี้ การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณามีข้อยกเว้น 2 ประการ คือ

- (1) การโฆษณาของหนังสือพิมพ์ หรือ สื่อมวลชน
- (2) การนำภาพลักษณ์ไปโฆษณาที่ไม่เป็นสาระสำคัญ

#### (1) การโฆษณาของหนังสือพิมพ์ หรือ สื่อมวลชน

การโฆษณาประเภทที่กล่าวมานี้ คือ การโฆษณาของหนังสือพิมพ์ หรือ สื่อมวลชนทางบันเทิงอื่นได้มีการระบุไว้ใน มาตรา 47 ที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า “การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการรายงานข่าว การวิพากษ์วิจารณ์ข่าว เรื่องราวบันเทิง งานเขียนนวนิยาย หรือ งานเขียนจากเรื่องจริง หรือ ในการโฆษณาเรื่องราวที่กล่าวมานี้” ทำให้ตีความได้ว่า การโฆษณารายการข่าว การโฆษณาการวิพากษ์วิจารณ์ข่าว การโฆษณาเรื่องราวบันเทิง การโฆษณางานเขียนนวนิยาย หรือ การโฆษณางานเขียนจากเรื่องจริง การโฆษณาที่กล่าวมานี้โดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลก็จะได้รับความคุ้มครองกันเช่นกัน

<sup>80</sup> *White v. Samsung Elecs. Am., Inc.*, 989 F2d 1512 (9th Cir), cert denied, 113 S Ct 2443 (1993).

ข้อยกเว้นนี้เรียกว่า “ข้อยกเว้นพิเศษสำหรับสื่อมวลชน (special exemption for the media)” ซึ่งศาลวางหลักไว้ในคดี *Humiston v Universal Film Mfg. Co.*,<sup>81</sup> ว่าการนำภาพของโจทก์ไปใช้ในการโฆษณาหนังสือที่โจทก์แสดงเป็นนำเสนอเหตุการณ์ที่โจทก์มีส่วนเกี่ยวข้องด้วย และข้อยกเว้นพิเศษสำหรับสื่อมวลชนนี้ได้ขยายความไปถึงการโฆษณาบทความที่มีภาพของโจทก์ที่อยู่ในนิตยสาร New York ทางหนังสือพิมพ์ ซึ่งศาล Second Circuit เห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่อาจฟ้องคดีได้โดยให้เหตุผลว่า “โฆษณานี้ได้รับส่วนแบ่งของสิทธิพิเศษที่บทความนี้ได้รับด้วย (share the privilege enjoy by article)<sup>82</sup>” และข้อยกเว้นนี้ต่อมาก็นำไปใช้กับการนำชื่อ หรือ ภาพของบุคคลที่อยู่ในหนังสือหรือวิดีโอชีวิตประวัติไปใช้ในการโฆษณาหนังสือ หรือ วิดีโอ นั้นด้วย<sup>83</sup>

## (2) การนำภาพลักษณะของบุคคลไปโฆษณาที่ไม่เป็นสาระสำคัญ

ข้อยกเว้นอีกประการหนึ่งสำหรับการนำภาพลักษณะของบุคคลไปโฆษณาจากการละเมิดสิทธิในภาพลักษณะของบุคคลไม่ว่าโดยสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่ คือ การนำชื่อ หรือ ภาพของบุคคลไปใช้ในโฆษณาในอัตราส่วนที่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ศาล New York เป็นผู้วางหลักเช่นกัน โดยเหตุผลที่ไม่ถือว่า การนำภาพลักษณะของบุคคลไปหาประโยชน์รูปแบบนี้เป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่ เนื่องมาจากการหาประโยชน์รูปแบบนี้มีความเกี่ยวพันประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่มีอยู่น้อยมาก ศาลได้เคยนำหลักการนี้มาพิจารณาในหลายคดีว่า การนำชื่อ หรือ ภาพของบุคคลไปใช้ประโยชน์เพียงไม่กี่วินาที หรือ นำไปหาประโยชน์ที่ไม่ได้เป็นสาระสำคัญ ไม่ถือเป็นการละเมิด เช่น การกล่าวถึงชื่อบุคคลเพียงเล็กน้อยในนิตยสาร<sup>84</sup> หรือ ภาพของนักเรียนในโปสเตอร์โฆษณา<sup>85</sup> หรือ การนำชื่อจริงของบุคคลไปใช้ในตัวประกอบในหนังสือการ์ตูน<sup>86</sup> หรือ ภาพของ

<sup>81</sup> 189 AD 467, 178 N.Y.S.752 (1919).

<sup>82</sup> *Sidis v F-R publishing Co.*, 113 F.2d. 806, 810 (2d Cir. 1940).

<sup>83</sup> *Koussevitsky v Allen, Town & Heath*, 188 Misc. 479, 68 N.Y.S.2d. 779, 784 (Sup. Ct.), aff'd 272 A.D. 759, 69 N.Y.S.2d. 432, app. Denied, 272 A.D. 794, 71 N.Y.S.2d. 712 (1947).

<sup>84</sup> *Marks v. Elephant Walk, Inc.*, 156 A.D.2d 432, 548 N.Y.S.2d 549, 551, 17 Media L. Rep. (BNA) 1612 (2d Dep't 1989).

<sup>85</sup> *D'Andrea v. Rafla-Demetrious*, 972 F. Supp. 154, 43 U.S.P.Q.2d (BNA) 1794 (E.D. N.Y. 1997), judgment aff'd, 146 F.3d 63 (2d Cir. 1998).

<sup>86</sup> *Netzer v. Continuity Graphic Associates, Inc.*, 963 F. Supp. 1308, 1325-26 (S.D. N.Y. 1997).

ช่างถ่ายภาพ 1 ภาพซึ่งปรากฏอยู่ในหนังสือที่มีภาพ Marilyn Monroe จำนวน 300 ภาพ<sup>86</sup> ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่ตามกฎหมายในมลรัฐ New York

อย่างไรก็ดี การหาประโยชน์จะเป็นสาระสำคัญหรือไม่ ถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย<sup>87</sup>

### 3.2.4.2 การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของบุคคลจากการถูกนำไปเพิ่มมูลค่าให้สินค้า

รูปแบบการหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ประเภทที่สองที่ผู้เขียนได้นำเสนอ คือ นำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในการโฆษณาสินค้า การหาประโยชน์เช่นนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นการสื่อสารทางพาณิชย์ (commercial speech) เช่นเดียวกับการโฆษณา ซึ่งการสื่อสารประเภทนี้เป็นการสื่อสารตามรัฐธรรมนูญ แต่การสื่อสารประเภทนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองจากการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคลประเภทการหาประโยชน์เช่นกัน

การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์ประเภทนี้ไม่ว่าจะเป็น การนำคำขวัญประจำตัวไปใช้เป็นชื่อบริการสุขภาพเคลื่อนที่<sup>88</sup> ภาพของบุคคลไปติดไว้บนของที่ระลึก<sup>89</sup> ก็ถือว่าการละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลซึ่งได้รับความคุ้มครองโดยสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่เช่นกัน เนื่องจากการกระทำเช่นนี้ถือเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลเพื่อประโยชน์ทางการค้า

อย่างไรก็ตาม การหาประโยชน์รูปแบบนี้มักจะมีการอ้างอยู่เสมอว่า การนำภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมาติดอยู่บนสินค้าอุปโภคทั่วไปจะถือเป็นการแสดงความชื่นชมต่อความสำเร็จของบุคคลผู้มีชื่อเสียงคนนั้น ทำให้การนำภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไปหาประโยชน์ประเภทนี้ควรที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับแรก ใน

<sup>86</sup> *Shaw v. Rizzoli Intern. Pub., Inc.*, 51 U.S.P.Q.2d (BNA) 1097, 1999 WL 160084 (S.D. N.Y. 1999).

<sup>87</sup> *Doe v. Darien Lake Theme Park & Camping Resort, Inc.*, 277 A.D.2d 967, 715 N.Y.S.2d 825 (4th Dep't 2000).

<sup>88</sup> *Carson v Here's Johnny Portable Toilets, Inc.*, 628 F.2d 831, 218 USPQ 1 (6th Cir 1983).

<sup>89</sup> *Lugosi v. Universal Pictures Co., Inc* 172 USPQ 541, 551 (Cal Supp 1972).

ฐานะที่เป็นการสื่อสารข่าวสารอย่างหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เมื่อผู้ซื้อได้ซื้อสื่อที่มีชื่อ หรือ ภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียง และได้ใส่เสื่อนั้นยอมทำให้เกิดการสื่อสารต่อสาธารณชนว่า ผู้ซื้อ “ชื่นชอบ” บุคคลผู้มีชื่อเสียงที่อยู่ในสื่อของตน ดังนั้น การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์เช่นนี้ควรที่จะได้รับความคุ้มครองไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่

อย่างไรก็ดี ศาลได้เคยพิจารณาประเด็นนี้ไว้ว่า เครื่องอุปโภค เช่น แก้วกาแฟ ไม่ถือเป็นสื่อกลางที่ใช้ในการสื่อสารโดยทั่วไป ทั้งนี้ ศาลได้เคยอธิบายถึงสื่อกลางในการสื่อสาร (medium) ที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองไว้ในคดี *Guglielmi v Spelling-Goldberg Production*<sup>91</sup> (คดี “Valentino”) ซึ่งศาลได้เปรียบเทียบกับการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์ในคดี *Bela Lugosi*

อนึ่ง ในคดี *Valentino* เป็นคดีเกี่ยวกับการที่จำเลยนำชีวิตส่วนหนึ่งของ Rudolf Valentino ไปสร้างเป็นภาพยนตร์โดยมีภาพ และชื่อของ Rudolf Valentino ปรากฏอยู่ในภาพยนตร์ด้วย โดยในคดี *Valentino* นี้ศาลเห็นว่า การสร้างภาพยนตร์นี้เป็นการนำภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงไปใช้ประโยชน์โดยอาศัยสื่อกลางที่ใช้ในการสื่อสารที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง ขณะที่ในคดี *Lugosi* มีประเด็นหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการนำภาพของ Bela Lugosi ไปใช้กับการขายสินค้าพาณิชย์ เช่น กบเหลาดินสอพลาสติก สบู่ เป็นต้น

ศาล Supreme Court of California ได้อธิบายถึงสื่อกลางที่ใช้ในการสื่อสาร (medium of expression) ในคดี *Valentino* โดยเปรียบเทียบกับคดี *Lugosi* ว่า

“ข้อเท็จจริงในคดี *Lugosi* มีสาระสำคัญที่แตกต่างจากคดีนี้ [คดี *Valentino*] เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดี *Lugosi* เกี่ยวข้องกับการนำภาพของ Bela Lugosi มาใช้กับสินค้าพาณิชย์หลายประเภท เช่น กบเหลาดินสอพลาสติก สบู่ ซึ่งสินค้าเหล่านี้มีความแตกต่างจากภาพยนตร์เนื่องจากสินค้าเหล่านั้นไม่ใช่ “สื่อกลางทั่วไปที่ใช้ในนำเสนอความคิดหรือความเห็น”...แต่ในคดีนี้เกี่ยวข้องกับงานวรรณกรรมซึ่งเป็นสื่อกลางที่ใช้ในการสื่อสารที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง<sup>92</sup>”

จะเห็นได้ว่าแนวทางในการพิจารณาว่า การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์โดยนำมาไปใช้กับสินค้าจะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่

<sup>91</sup> 25 Cal. 3d 860, 160 Cal. Rptr. 352, 603 P.2d 454.

<sup>92</sup> *Guglielmi v Spelling-Goldberg Productions*, 25 Cal. Rptr. 352, 361 603 P. 2d. 454, 205 U.S.P.Q. 1116 (1979).

1 หรือไม่ โดยศาลพิจารณาค่าถึง “สื่อกลางที่ใช้ในการสื่อสาร” ว่าถือเป็นสื่อกลางกลางที่ใช้ในการสื่อสารโดยทั่วไปหรือไม่ โดยการนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาเพิ่มมูลค่าให้กับสินค้านี้จะไม่ถือว่าเป็นการก่อให้เกิดการสื่อสาร

อย่างไรก็ดีการหาประโยชน์ประเภทนี้ได้มีการแสดงความคิดเห็นว่าควรที่จะมีข้อยกเว้น ในกรณีที่เกิดการสื่อสารที่เกิดขึ้นจากการหาประโยชน์นั้นเป็นการสื่อสารทางการเมือง (political speech) ซึ่งกรณีนี้ที่จะต้องพิจารณาตามเนื้อหาของของการหาประโยชน์นั้นว่าเป็นเรื่องทางการเมืองหรือไม่<sup>92</sup>”

สาเหตุที่การนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้กับสินค้าที่ก่อให้เกิดการสื่อสารทางการเมือง (political speech) ควรได้รับความคุ้มครองเนื่องมาจาก “บุคคลที่ต้องการจะเข้าสู่อการเมืองควรที่จะต้องสละสิทธิในการเผยแพร่ และสิทธิส่วนบุคคลเกือบทั้งหมด โดยสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคลที่บุคคลที่บุคคลในทางการเมืองยังคงมีอยู่จะมีเฉพาะในกิจการที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับ การเลือกตั้ง การทำงานสาธารณะ หรือ ประเด็นทางการเมือง เท่านั้น ดังนั้น บุคคลผู้มีชื่อเสียงที่อยู่ในการเมือง (politic figure) จึงไม่ควรที่จะมีสิทธิในการเรียกร้องมูลค่าที่เกิดจากการนำภาพของตนไปติดต่อยุบนสินค้า เพราะเหตุว่าการขายสินค้าที่มีบุคคลผู้มีชื่อเสียงทางการเมืองติดต่อยู่จะเป็นการแสดงให้เห็นถึงความชื่นชมในตัวบุคคลนั้น หรือ การต่อต้านบุคคลนั้น ซึ่งถือเป็นการสื่อสารทางการเมืองที่ได้รับความคุ้มครองได้<sup>93</sup>”

### 3.2.4.3 การหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของบุคคลจากการหาประโยชน์รูปแบบอื่น

การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของบุคคลอาจจะมีรูปแบบอื่นนอกจากที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.2.4.1 และ 3.2.4.2 ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีรูปแบบการหาประโยชน์ที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าสนใจ 5 ประเภท คือ

#### (ก) การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในข่าว

การที่ภาพลักษณ์ของบุคคลถูกนำไปใช้ในข่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตจะถือเป็นการสื่อสารประเภทข่าวสารที่ได้รับความคุ้มครอง (immunity) แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา 2 ประเด็น คือ

<sup>92</sup> McCarthy, J. Thomas, The Right of Publicity and Privacy Vouolume 2, p. 7-28.

<sup>93</sup> McCarthy, J. Thomas, The Right of Publicity and Privacy Vouolume 2, p. 7-28.

(1) การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปหาประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาตนี้ถือเป็นการใช้ประโยชน์ทางข่าวสารที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับแรกหรือไม่ และ

(2) ภาพลักษณ์ของบุคคลที่ถูกนำไปใช้มีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลกับข่าวสารหรือไม่

สำหรับประเด็นแรก ข่าวสาร (news) ที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่จำกัดเฉพาะ ข่าวสารทางการเมืองแต่จะรวมถึงเรื่องราวที่สาธารณชนให้ความสนใจ โดยเรื่องราวที่สาธารณชนให้ความสนใจนี้จะรวมถึงข่าวชุบชิบด้วย

สำหรับประเด็นที่สอง ในกรณีที่ภาพลักษณ์ที่ถูกนำไปใช้ไม่มีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลกับข่าวสาร เช่น การนำภาพของบุคคลไปปรากฏอยู่บนปกของนิตยสารโดยที่ในนิตยสารนี้ไม่ได้มีเนื้อหาส่วนใดเกี่ยวกับบุคคลดังกล่าวอยู่เลย การนำภาพของบุคคลไปใช้เช่นนี้จะมีลักษณะเป็นการดึงดูดความสนใจให้กับนิตยสารมากกว่าการนำเสนอข่าวสารแก่สาธารณชน การนำภาพของบุคคลไปหาประโยชน์เช่นนี้ย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคล<sup>95</sup>

การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปปรากฏในข่าวสารนี้จะต้องเป็นไปตามองค์ประกอบทั้ง 2 ข้อที่กล่าวมานี้ ทั้งนี้ การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในข่าวสารที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นการสื่อสารทางข่าวสารจะไม่จำกัดเฉพาะภาพลักษณ์ของบุคคลผู้มีชื่อเสียงเท่านั้น แต่จะรวมถึงการนำภาพลักษณ์ของบุคคลทั่วไป (non-celebrity) ซึ่งถูกนำไปใช้ในข่าวสารด้วยตราบเท่าที่เรื่องนั้นเป็นเรื่องที่สาธารณชนให้ความสนใจ ดังนั้น บุคคลทั่วไปก็ไม่อาจเรียกร้องสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่จากการถูกนำภาพลักษณ์ของตนไปปรากฏในข่าวสารได้เช่นกัน เนื่องจาก การที่บุคคลทั่วไปตกอยู่ในข่าวสารไม่ว่าทางใด หรือ ทางหนึ่ง เช่น บุคคลนั้นเป็นเหยื่อของการกระทำผิดอาญา หรือ บุคคลนั้นเป็นผู้รอดชีวิตจากไฟไหม้ หรือ เครื่องบินตก บุคคลเหล่านี้จะต้องสูญเสียสิทธิส่วนบุคคลบางประการเพราะเหตุว่าสาธารณชนมีสิทธิที่จะรับรู้เรื่องราวที่เกิดขึ้นกับของบุคคลนั้นได้ แม้ว่าเรื่องราวบางเรื่องอาจจะเป็นเรื่องราวส่วนตัวก็ตาม<sup>96</sup>

(ข) การนำเสนอชีวิตประวัติของบุคคลที่สังคมรู้จักโดยไม่ได้รับอนุญาตแต่ตรงกับความจริง

<sup>95</sup> Wallace v Weiss, 82 Misc 2d 1053, 372 NYS2d 416 419 (1975).

<sup>96</sup> Haynes v Alfred A, Knopf Inc., 8 F3d 1222, 1232 (7th Cir 1993).

การนำเสนอชีวประวัติของบุคคลที่สังคมรู้จักโดยไม่ได้รับอนุญาตแต่ตรงกับความจริงถือเป็นการหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของบุคคลอีกรูปแบบหนึ่งซึ่งถือเป็นการสื่อสารประเภทข่าวสารที่ได้รับความคุ้มกัน (immunity) ตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน

การนำเสนอชีวประวัติของบุคคลที่สังคมรู้จักโดยไม่ได้รับอนุญาตแต่ตรงกับความจริงนี้ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ เนื่องจากบุคคลที่สังคมรู้จักไม่อาจปฏิเสธที่จะถูกการวิพากษ์วิจารณ์โดยชอบได้ หรือ การหาประโยชน์รูปแบบนี้ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลเนื่องจาก เรื่องราวเกี่ยวกับบุคคลสาธารณะย่อมเป็นที่สนใจของสาธารณชน<sup>97</sup> ทั้งนี้ การนำเสนอชีวประวัติของบุคคลจะได้รับความคุ้มครองไม่ว่าจะนำเสนอโดยใช้หนังสือ<sup>98</sup> หรือนำเสนอโดยหนังเชิงสารคดี (docudrama)<sup>99</sup>

การนำเสนอชีวประวัติของบุคคลที่สังคมรู้จักโดยไม่ได้รับอนุญาต แต่ตรงกับความจริงนี้ หากมีบุคคลอื่นที่มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลที่สังคมรู้จักอยู่ด้วย บุคคลนี้ก็อาจเรียกร้องสิทธิส่วนบุคคล หรือ สิทธิในการเผยแพร่ได้เช่นกัน

#### (ค) การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปอยู่ในนิยาย

การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของบุคคลอีกประเภทที่น่าสนใจคือ การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปอยู่ในนิยาย ซึ่งจะแตกต่างจากการหาประโยชน์ในข้อ (ข) เนื่องจากการหาประโยชน์ในรูปแบบนี้เป็นการนำลักษณะเด่นของบุคคลมาแต่งเป็นเรื่องราวขึ้นมาใหม่ การหาประโยชน์รูปแบบนี้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ถือว่าการการสร้างสรรคงานวรรณกรรม และการหาประโยชน์รูปแบบนี้จึงไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคล<sup>100</sup>

ในประเด็นนี้ ศาล Supreme Court of California ได้เคยให้เหตุผลที่น่าสนใจว่า เหตุใดการทำนวนิยายเกี่ยวกับบุคคลไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วน

<sup>97</sup> *Rosemont Enterprise, Inc v Random House, Inc.*, 58 Misc 2d 1, 294 NYS2d 122, 128-129 (1968).

<sup>98</sup> *Mathews v Wozencraft*, 15 F3d 432, 439, 30 USPQ2d 1025 (5<sup>th</sup> Cir 1994).

<sup>99</sup> *Taylor v National Broadcasting Co.*, 22 Media L Rep 2433 (Cal Supper 1994).

<sup>100</sup> *Rosemont Enterprise, Inc v McGrae-Hill Book Co.*, 85 Misc 2d 583, 380. NYS2d 839, 844 (1975).



บุคคลไว้ในการตัดสินคดี *Rudolph Valentino*<sup>101</sup> ซึ่งเป็นคดีที่ทายาทของ Rudolf Valentino นักแสดงภาพยนตร์ที่ถึงแก่กรรมแล้วฟ้องจำเลยซึ่งทำนวนิยายเกี่ยวกับชีวิตของ Rudolf Valentino ทางโทรทัศน์ โดยศาลในคดีนี้ให้เหตุผลว่า การทำนวนิยายเกี่ยวกับชีวิตของบุคคลถือเป็นงานวรรณกรรมที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองเทียบเท่ากับข่าวสาร เพราะงานวรรณกรรมสามารถทำให้เกิด “ความรู้แจ้ง (enlightenment)” ซึ่งเป็นเหตุผลในการคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารตามรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับการให้ข่าวสาร ดังนั้น การทำนวนิยายเกี่ยวกับบุคคลจึงถือได้รับความคุ้มครองตามหลักเสรีภาพในการสื่อสารที่ได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญด้วย

อย่างไรก็ตามในคดี *Valentino* นี้ ศาลเห็นว่าหากโจทก์สามารถพิสูจน์ได้ว่า จำเลยจงใจทำนวนิยายอันเป็นเท็จ (false fictional works) จำเลยก็อาจจะต้องรับผิดชอบในเรื่องการเสื่อมเสียชื่อเสียง หรือ ละเมิดสิทธิส่วนบุคคลโดยการโฆษณาแพร่หลายอันเป็นเท็จ แต่ความรับผิดชอบนี้เป็นความรับผิดชอบต่างหากจากความรับผิดชอบในการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่

### (ง) การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในงานศิลปะ

การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของบุคคลอีกประเภทที่น่าสนใจ คือ การนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในงานศิลปะ ซึ่งการหาประโยชน์เช่นนี้ถือเป็นการสื่อสารประเภทนิยาย (story) อย่างหนึ่ง เนื่องจากการสื่อสารประเภทนี้ให้ความคุ้มครองไปถึงการให้ความบันเทิง (entertainment) และครอบคลุมไปถึง “งานศิลปะ” ทุกประเภทด้วย โดยไม่ได้จำกัดประเภทของสื่อกลางที่ใช้ในการสื่อสาร (medium) ไว้ ดังนั้น การสื่อสารประเภทนี้สามารถกระทำผ่าน ภาพวาด ภาพถ่าย หรือ เพลง หรือ ภาพพิมพ์ ได้

แม้ว่าการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ในงานศิลปะจะถือเป็นการสื่อสารประเภทนิยายที่ได้รับความคุ้มครอง (immunity) ตามรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากในบางกรณีการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปสร้างสรรค์งานศิลปะก็อาจจะถือเป็นการทำเพื่อการค้าได้ทำให้การกระทำนี้เป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ หรือ สิทธิส่วนบุคคลได้ ในประเด็นนี้ศาล California Supreme Court จึงได้สร้าง “หลักการนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้ที่มีความเปลี่ยนแปลง (transformative use)” ขึ้นมาเพื่อพิจารณาว่าการสร้างสรรค์งานศิลปะโดยภาพลักษณ์ของบุคคลเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลหรือสิทธิในการเผยแพร่ หรือว่าเป็นการกระทำที่เสรีภาพในการสื่อสารให้ความคุ้มครอง

<sup>101</sup> *Guglielmi v Spelling-Goldberg Production*, 25 Cal. 3d 860, 160 Cal. Rptr. 352, 603 P.2d 454.

ศาลได้สร้างหลักการนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้ที่มีความเปลี่ยนแปลง (transformative use) ในปี ค.ศ. 2001 ในคดี *Comedy III Production, Inc. v Gary Saderup, Inc.*<sup>102</sup> ซึ่งมีหลักการในการพิจารณาว่า การนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้เป็นการนำมาใช้ที่มีความเปลี่ยนแปลงหรือไม่ ดังนี้

(1) การวาดภาพบุคคลผู้มีชื่อเสียงตามความเป็นจริง (literal depiction of celebrity) โดยที่ไม่ได้มีการเติมแต่งอันเป็นนัยสำคัญ (significant expression) **ไม่ถือเป็นการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ที่มีการเปลี่ยนแปลง**

(2) หากภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงเป็นเพียงวัตถุดิบในการสร้างสรรคงาน กรณีนี้ **ย่อมถือเป็นการนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้ที่มีความเปลี่ยนแปลง และได้รับความคุ้มครอง** ตามรัฐธรรมนูญ แต่หากรูปของบุคคลผู้มีชื่อเสียงเป็นสาระสำคัญของภาพนั้น ภาพนั้น **ย่อมไม่ถือเป็นการนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้ที่มีความเปลี่ยนแปลง และย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิ** ในการเผยแพร่

(3) หากสินค้าที่มีภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงมีความเปลี่ยนแปลงถึงขนาดที่ทำให้เห็นว่าเป็น การสร้างสรรค์ของจำเลยมากกว่าเป็นภาพเหมือนของบุคคลผู้มีชื่อเสียง กรณีนี้ **ย่อมถือเป็นการนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้ที่มีความเปลี่ยนแปลง และได้รับความคุ้มครอง** ตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ประเด็นนี้ต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของผู้ซื้อด้วยว่าต้องการซื้อภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่นำมาทำซ้ำ หรือ ต้องการซื้อภาพวาดของศิลปิน ซึ่งประเด็นนี้จะต้องนำความมีชื่อเสียงของศิลปินผู้วาดภาพมาพิจารณาด้วย

(4) การพิจารณาจะต้องพิจารณาจากจำนวนของงานที่ทำออกมา มากกว่าพิจารณาถึงคุณภาพของงาน และจะต้องพิจารณาด้วยว่าจุดประสงค์ของงานเป็นการวาดตามความเป็นจริงหรือวาดภาพให้เหมือน หรือ เป็นการวาดภาพเป็นการวาดในเชิงสร้างสรรค์ กล่าวคือ ศาลเห็นว่า การสร้างสรรค์ภาพที่มีองค์ประกอบทางศิลปะ **ถือเป็นการนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้ที่มีการเปลี่ยนแปลง** ดังนั้น กรณีนี้ย่อมได้รับความคุ้มครอง

(5) พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการทำการตลาด หรือ มูลค่าเชิงเศรษฐกิจ ที่มาจกภาพของบุคคลผู้มีชื่อเสียง หากสิ่งเหล่านั้นมาจากบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่อยู่ในงานนั้นเป็นหลัก **ย่อมถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ และไม่ถือว่าได้รับความคุ้มครอง** ตามรัฐธรรมนูญ

จากหลักการนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ที่มีความเปลี่ยนแปลงในคดี *Comedy III* นี้ ศาลได้นำไปใช้ในการพิจารณาเพื่อให้ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญสำหรับการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของบุคคลจากการนำภาพลักษณ์ของบุคคลเป็นตัวละครในนิยายรวม

<sup>102</sup> 25 Cal. 4<sup>th</sup> 387, 399, 106 Cal. Rptr. 2d. 126, 21 P.3d. 797, 29 Media. L. Rep. (BNA) 1897, 58 U.S.P.Q.2d. (BNA) 1823 (2001).

ไปถึงการนำภาพลักษณ์ของบุคคลทำงานศิลปะในหลายคดี เช่น การนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาเป็นตัวละครในหนังสือการ์ตูน<sup>103</sup> การนำภาพถ่ายของโจทก์ไปปรับปรุงเป็นผลงานอื่น (derivative work) และได้มีการนำไปแสดงในพิพิธภัณฑ์ศิลปะหลายแห่ง รวมถึงนำไปขายเป็นของที่ระลึกสำหรับพิพิธภัณฑ์ด้วย<sup>104</sup> หรือ การทำภาพพิมพ์รูปไทเกอร์ วูด เพื่อเฉลิมฉลองชัยชนะของ ไทเกอร์ วูด ในรายการ 1997 Masters Tournament และได้มีการนำภาพนี้ออกขาย<sup>105</sup> เป็นต้น

### (จ) การหาประโยชน์โดยการลอกเลียนแบบลักษณะของบุคคล

การหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของบุคคลอีกประเภทที่น่าสนใจ คือ การลอกเลียนลักษณะของบุคคล (imitation of style) เพื่อนำไปหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ ทั้งนี้ ลักษณะของบุคคลอาจจะถูกนำไปใช้ในการโฆษณาซึ่งในประเด็นนี้ค่อนข้างจะมีความชัดเจนว่าถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ เช่น การแต่งกายเลียนแบบบุคคลเพื่อใช้ในการโฆษณา<sup>106</sup> เป็นต้น

สาเหตุที่ต้องคุ้มครองลักษณะการของบุคคลจากการถูกนำไปใช้ในโฆษณานี้ เนื่องจาก การโฆษณาประเภทโดยบุคคลที่เลียนแบบอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่มูลค่าในการเผยแพร่ของบุคคลที่เป็นตัวจริงได้ กล่าวคือ การนำภาพลักษณ์ของบุคคลที่เป็นตัวจริงมาใช้จะลดลงเพราะผู้ผลิตงานโฆษณาจะใช้บุคคลที่มีลักษณะเหมือนมาใช้โฆษณาแทนเนื่องจากค่าจ้างอาจจะต่ำกว่า และความเสียหายอีกประการหนึ่ง คือ การนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้

<sup>103</sup> *Winter v. DC Comics*, 30 Cal. 4th 881, 134 Cal. Rptr. 2d 634, 69 P.3d 473, 31 Media L. Rep. (BNA) 1774, 66 U.S.P.Q.2d (BNA) 1954, 118 A.L.R.5th 727 (2003).

<sup>104</sup> *Hoep v Kruger*, 200 F.Supp. 2d 340, 30 Media L. Rep. (BNA) 1737, 63 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1168, 1175 (S.D. N.Y. 2002).

<sup>105</sup> *ETW Corp. v Jereh Pub., Inc.* 332 F.3d 915, 937, 67 U.S.P.Q.2d. (BNA) 1065, 2003 FED App. 0207P (6<sup>th</sup> Cir. 2003).

<sup>106</sup> *Onassis v. Christian Dior-New York, Inc.*, 122 Misc. 2d 603, 472 N.Y.S.2d 254, 262-263, 10 Media L. Rep. (BNA) 1859 (Sup 1984), judgment aff'd, 110 A.D.2d 1095, 488 N.Y.S.2d 943 (1st Dep't 1985)

ในโฆษณาที่ตัวจริงไม่ต้องการยุ่งเกี่ยวกับสินค้าประเภทนั้น จะทำให้การว่าจ้างบุคคลมาเลียนแบบย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อการเป็นที่ยอมรับของบุคคลที่เป็นตัวจริงได้<sup>107</sup>

ความเสียหายที่เห็นได้ชัดเจนจากการลอกเลียนแบบลักษณะของบุคคลเพื่อนำไปใช้ในการโฆษณาจะเห็นได้ในคดีที่บริษัทโฆษณาของจำเลยยื่นข้อเสนอที่จะว่าจ้างโจทก์ให้มาโฆษณาให้จำเลยก่อน แต่โจทก์ปฏิเสธ บริษัทโฆษณาของจำเลยจึงว่าจ้างบุคคลผู้เลียนแบบให้มาเลียนแบบลักษณะของโจทก์แทนดังเช่นในคดี *Wait* ที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น กรณีนี้ทำให้เห็นว่าเป็นการเอาไปซึ่งประโยชน์เชิงทรัพย์สินที่สิทธิในการเผยแพร่ให้ความคุ้มครองโดยตรง

อย่างไรก็ตามนอกจาก การลอกเลียนแบบลักษณะของบุคคลเพื่อนำไปโฆษณาแล้ว ในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีการนำลอกเลียนแบบลักษณะของบุคคลไปหาประโยชน์รูปแบบอื่นที่น่าสนใจ คือ

- (1) การลอกเลียนแบบลักษณะของบุคคลในทางบันเทิงที่มีการแข่งขัน
- (2) การลอกเลียนแบบลักษณะของบุคคลในทางบันเทิงเพื่อความสนุกสนานหรือ การเสียดสี

**(1) การลอกเลียนแบบลักษณะของบุคคลในการแสดงที่มีการแข่งขัน  
(Use in Competitive Entertainment)**

การลอกเลียนแบบลักษณะของบุคคลในทางบันเทิงที่มีการแข่งขันเป็นการลอกเลียนแบบลักษณะเด่นของบุคคล (*distinctive character*) เพื่อนำไปใช้ในการแสดงอีกประเภทหนึ่ง เช่น การสร้างภาพยนตร์เลียนแบบ *Charlie Chaplin* นักแสดงตลกที่มีชื่อเสียง ชื่อเรื่อง "*Charlie Applin*"<sup>108</sup> เป็นต้น ทั้งนี้ การเรียกร้องสิทธิเพื่อขอคุ้มครองลักษณะของบุคคลที่เกิดจากการถูกนำไปแสดงนี้ได้มีการดำเนินคดีภายใต้กฎหมายหลายประเภท เช่น การโฆษณาอันเป็นเท็จ (*false advertisement*)<sup>109</sup> การหาประโยชน์โดยมิชอบ (*misappropriation*)<sup>110</sup> การลวง

<sup>107</sup> Comment, *The Right of Publicity as a Means of Protecting Performers' Style*, 14 *Loyola La. L. Rev.*, 129, 149 (1980).

<sup>108</sup> โปรดดูหัวข้อ 3.2.2.3 (ข)

<sup>108</sup> *Chaplin v Amador*, 93 Cal. App. 358 (1928).

<sup>109</sup> *Chaplin v Amador*, 93 Cal. App. 358 (1928).

<sup>110</sup> *West v Lind*, 186 Cal. App. 2d. 658, 9 Cal Rptr. 288 (1960); *De Costa v Columbia Broadcasting System, Inc.* 520 F.2d. 499, 186 U.S.P.Q. 305 (1<sup>st</sup> Cir. 1975).

ขาย (passing off)<sup>111</sup> และรวมไปถึงการเรียกร้องสิทธิในการเผยแพร่ (right of publicity) ซึ่งการเรียกร้องสิทธิโดยอาศัยสิทธิในการเผยแพร่ค่อนข้างจะประสบความสำเร็จมากที่สุด

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้ความคุ้มครองลักษณะของบุคคลในการแสดงที่มีการแข่งขันโดยสิทธิในการเผยแพร่ครั้งแรกในคดี *Apple Corps Limited v Leber*<sup>112</sup> (คดี *Beatlemania*) โดยโจทก์ได้ฟ้องคดีจากการที่จำเลยได้แสดงคอนเสิร์ตโดยร้องเพลงของ The Beatle เป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์มิได้กระทำเพื่อสร้างสรรค์ผลงานทางศิลปะ โดยลอกเลียนแบบการร้องเพลงของ The Beatle และได้สร้างภาพยนตร์เรื่อง *Beatlemania*

ศาลเห็นว่าการแสดงนี้เป็นคอนเสิร์ตนี้เป็นการเลียนแบบคอนเสิร์ตของ the Beatle อย่างสมบูรณ์ และผู้ชมคอนเสิร์ตก็มีความรู้สึกที่กำลังชมการแสดงของ the Beatle จริงๆ ดังนั้น การกระทำของจำเลยถือเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ โดยศาลได้ปฏิเสธข้อต่อสู้ของจำเลยที่ว่า การแสดงที่จำเลยนำเสนอเป็นเพียง การแสดงให้เห็นถึงประวัติศาสตร์ในยุค 1960 เนื่องจากศาลเห็นว่า การกระทำของจำเลยถือเป็นการหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของวง the Beatle ทั้งวง มิได้เป็นการกระทำเพื่อสร้างสรรค์ผลงานทางศิลปะและศาลมีคำสั่งให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายจำนวนสูงถึง 7.5 ล้านดอลลาร์

## (2) การลอกเลียนแบบลักษณะของบุคคลในทางบันเทิงเพื่อความสนุกสนาน หรือ การเสียดสี (Use by Mimics and Impersonators as Comedic and Satirical Entertainment)

การลอกเลียนแบบลักษณะของบุคคลในทางบันเทิงเพื่อความสนุกสนาน หรือ การเสียดสี เป็นการหาประโยชน์จากภาพลักษณ์ของบุคคลอีกประเภทหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกามีความแนวคิดว่า การหาประโยชน์เช่นนี้ควรที่จะได้รับความคุ้มครองจากการถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่โดยเหตุผลที่สำคัญประกอบ 2 ประการ<sup>113</sup> คือ

(1) การล้อเลียน (parody) หรือ การเสียดสี (satirical) มีลักษณะเป็นงานวรรณกรรมทั่วไป หรือ งานเพื่อความบันเทิงทั่วไป หรือ งานศิลปะทั่วไป ซึ่งงานเหล่านี้ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับแรก ทั้งนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกายัง

<sup>111</sup> *Lone Ranger, Inc. v Cox*, 124 F.2d. 650, 52 U.S.P.Q. 146 (4th Cir. 1942).

<sup>112</sup> 229 U.S.P.Q. 1015 (Cal. Super. 1986).

<sup>113</sup> McCarthy, J Thomas, The Right of Publicity Volume 1, p. 8-102.

รับรองว่า การล้อเลียน หรือ การเสียดสี เป็นข้อยกเว้นประการหนึ่งของการใช้อย่างเป็นธรรม (fair use) จากการละเมิดลิขสิทธิ์ และ

(2) การล้อเลียน และ การเสียดสีโดยทั่วไปไม่ได้ต้องการใช้บุคคลผู้ถูกเลียนแบบจริงๆ เนื่องจากผู้รับชมการแสดงที่เป็นการล้อเลียนไม่ได้ต้องการรับชมที่บุคคลผู้ถูกเลียนแบบ ดังนั้น การเลียนแบบเพื่อความบันเทิงย่อมไม่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อมูลค่าในการเผยแพร่ของบุคคลผู้ถูกเลียนแบบได้ แต่ในทางกลับกันการเลียนแบบนี้อาจจะทำมูลค่าในการเผยแพร่ของบุคคลผู้ถูกเลียนแบบเพิ่มขึ้นมาก็ได้

