

ปัญหาการให้ความคุ้มครองอัตลักษณ์ของมนุษย์ในบริบทกฎหมายไทย:  
ศึกษาเฉพาะกรณีการแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์

PROBLEM IN PROTECTING HUMAN IDENTITY UNDER CONTEXT  
OF THAI LAW: A CASE STUDY ON COMMERCIAL EXPLOITATION

ณัฐกานต์ พงษ์พันธ์ปัญญา

Nutthakarn Phongphunpunya

หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย

Doctor of Laws Program, Faculty of Law, Thammasat University, Bangkok, Thailand

nutthakarn.p@outlook.com

Received: 2019-07-23

Revised: 2020-01-16

Accepted: 2020-01-27

## บทคัดย่อ

อัตลักษณ์ของมนุษย์เป็นสิ่งที่นิยมนำมาแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์ เพราะมีคุณค่าทางเศรษฐกิจ โดยลักษณะการใช้อัตลักษณ์เชิงพาณิชย์ที่ได้รับความนิยม ได้แก่ การใช้ในฐานะตัวแทนสินค้าหรือบริการ การเป็นวัตถุเชิงพาณิชย์และการใช้อย่างเครื่องหมายการค้า ผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ดังกล่าวส่งผลให้เกิดการแสวงประโยชน์โดยมิชอบ อันนำไปสู่ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากบทบัญญัติกฎหมายไทยมีเพียงกฎหมายลักษณะละเมิดที่มีวัตถุประสงค์ในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้กับเจ้าของอัตลักษณ์

โดยอาศัยฐานของบทกฎหมายที่รับรองสิทธิเด็ดขาดประเภทต่าง ๆ ได้แก่ สิทธิในความเป็นส่วนตัวและชื่อเสียงตามรัฐธรรมนูญ สิทธิการใช้ชื่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สิทธิในทะเบียนเครื่องหมายการค้าและการลงชาย หรือ ธรรมเนียมตามกฎหมายลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม การพิสูจน์ความเสียหายเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายละเมิดนั้นมีปัญหาอย่างยิ่ง เพราะภาระในการพิสูจน์ความเสียหายดังกล่าวตกเป็นของเจ้าของอัตลักษณ์ที่จะต้องหาเหตุผลและพยานหลักฐานประกอบเพื่อเรียกร้องสิทธิของตนที่ถูกต้องโดยผู้ละเมิด กล่าวคือ กฎหมายละเมิดนั้นสามารถบรรเทาปัญหาได้เพียงระดับหนึ่งเฉพาะที่ข้อเท็จจริงปรากฏเป็นที่ประจักษ์ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้น

เท่านั้น การปรับใช้กฎหมายดังกล่าวจึงยังขาดไปซึ่งประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาอย่างเป็นธรรม จึงอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติกฎหมายไทยที่คุ้มครองอัตลักษณ์ของมนุษย์ข้างต้นยังไม่เพียงพอที่จะแก้ไขปัญหาการแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยมิชอบได้

**คำสำคัญ:** สิทธิ กฎหมายลักษณะละเมิด อัตลักษณ์ของมนุษย์

## ABSTRACT

A human identity is widely exploited for a commercial benefit due to its economic value. A common way of such exploitation is use of the identity as representation of goods/ services, commercial asset or trademark. Such commercial interest leads to unlawful exploitation of the identity. This may also result in a problem in application of law as, in the Thai legal system, there is only the tort law which is intended to compensate the owner of such identity on the basis of absolute rights recognized under the law, i.e. the rights to privacy and publicity under the Constitution, rights to names under the Civil and Commercial Code, rights to registered trademark and protection against passing off, or moral rights under the copyright law. Nonetheless, proving damage for the purpose of claiming compensation under the tort law is seriously problematic because the identity owner has the burden of proof to provide supporting reasons and evidence for enforcing its rights, which are disputed by an infringer. In other words, the tort law may alleviate the problem to only a certain extent where the damage is obvious. Therefore, application of the said law is not effective in handling the problem fairly. It can be said that the Thai laws on protection of the identity are rather insufficient for solving the problem of unlawful commercial exploitation.

**Keywords:** rights, tort law, human identity

## บทนำ

อัตลักษณ์ของมนุษย์เป็นสิ่งที่มีความค่าทางเศรษฐกิจซึ่งได้รับความนิยมนำมาใช้ประโยชน์ในลักษณะต่าง ๆ โดยเฉพาะการใช้เชิงพาณิชย์ คุณค่าดังกล่าวจึงนำไปสู่การแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์โดยมิชอบ อย่างไรก็ตาม กฎหมายของ

ประเทศไทยมิได้มีบทบัญญัติเพื่อแก้ไขปัญหาลักษณะนี้โดยตรง ทำได้เพียงอาศัยการใช้และการตีความกฎหมายเท่าที่มีอยู่ได้แก่ การปรับใช้กฎหมายละเมิด เช่น การถูกนำเอาภาพถ่ายไปแสวงประโยชน์โดยมิชอบที่มีปัญหาว่าเจ้าของ

อัตลักษณ์มีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ว่าตนเสียหายอย่างไรตามกฎหมาย ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วทำได้ยาก ด้วยข้อจำกัดของการพิสูจน์ความเสียหายตามกฎหมายในข้อเท็จจริง

ความข้างต้นทำให้เห็นว่ากฎหมายไทยยังขาดความชัดเจนและไม่เพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาอย่างมีประสิทธิภาพทั้งมิติการรับรองและคุ้มครองเจ้าของอัตลักษณ์และมิติการระงับความเสียหายจากการแสวงประโยชน์โดยมิชอบ

### กรอบในการวิเคราะห์

บทความฉบับนี้จะศึกษากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องโดยเริ่มจากการสร้างกรอบนิยามเบื้องต้นสำหรับอัตลักษณ์มนุษย์และลักษณะการแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์ โดยจะศึกษาสิทธิของเจ้าของ อัตลักษณ์ตามกฎหมายในมิติต่าง ๆ ได้แก่ สิทธิตามรัฐธรรมนูญ สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ สิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้อง

#### 1. การนิยามคำว่า “อัตลักษณ์”

คำว่า “อัตลักษณ์ (identity)” แม้จะมีการใช้อย่างแพร่หลายในภาษาไทย ทั้งยังมีการรับรู้ความหมายจากสำนักงานราชบัณฑิตยสภา แต่ก็ไม่ได้ปรากฏนิยามตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานแต่อย่างใด เบื้องต้นจึงต้องมีการตั้งสมมติฐานสำหรับกรอบนิยามเสียก่อน ประเด็นนี้เห็นว่า คำว่า “อัตลักษณ์” มีรากศัพท์ภาษาไทยจาก คำว่า “อัต” แปลว่า ตนหรือตัวเอง และ “ลักษณ์” แปลว่า สมบัติเฉพาะตัว ซึ่งหมายถึง ผลรวมของลักษณะเฉพาะของสิ่งใดสิ่งหนึ่ง ซึ่งทำให้สิ่งนั้นเป็นที่รู้จักหรือจำได้ (Office of the Royal Society, 2007) (คำว่า “ของ”

ที่เชื่อมคำ “อัตลักษณ์” และ คำ “มนุษย์” ตามหลักไวยากรณ์ภาษาไทยสื่อถึงการแสดงความเป็นเจ้าของที่จะเขียนหรือละไว้ในฐานที่เข้าใจก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น เสื้อของพ่อหรือเสื้อพ่อ เป็นต้น)

อัตลักษณ์ของมนุษย์ทางภาษาศาสตร์อาจมีความหมายได้กว้างขวาง กล่าวคือ สิ่งใด ๆ ที่สามารถทำหน้าที่ในการระบุตัวตนมนุษย์ผู้นั้นได้ อัตลักษณ์จึงมิได้จำกัดอยู่เพียงลักษณะทางกายภาพ แต่อาจรวมถึงสิ่งที่มนุษย์ประดิษฐ์ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว เช่น ชื่อ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นลักษณะภายนอกหรือภายในก็ตาม อนึ่ง การเลือกใช้คำว่าอัตลักษณ์แทนคำว่า “เอกลักษณ์ (uniqueness)” เพราะ “เอกลักษณ์” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน แปลว่า “ลักษณะที่เหมือนกันหรือมีร่วมกัน” จึงหมายถึงลักษณะภาพรวมหรือเป็นพหุพจน์ในฐานะร่วมกัน เมื่อเปรียบเทียบแล้วเห็นว่าอัตลักษณ์ที่สื่อถึงความ เป็นปัจเจกน่าจะต้องตรงกับ ความประสงค์มากกว่า (Office of the Royal Society, 2007) อนึ่ง คำว่า “อัตลักษณ์ของมนุษย์” ในทางนิติศาสตร์คงหมายถึงได้เพียงลักษณะทางกายภาพหรือสิ่งที่มนุษย์ประดิษฐ์ขึ้นเท่านั้น ไม่อาจรวมไปถึงลักษณะทางจิตใจได้ เพราะการรับรู้จิตใจของมนุษย์ย่อมเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ ในทางปฏิบัติโดยอาจเทียบเคียงได้กับหลักกรรม เป็นเครื่องชี้เจตนาตามกฎหมายอาญาที่อนุมาณการกระทำแทนเจตนาภายใน (Office of the Council of State, 1997)

2. ลักษณะการใช้อัตลักษณ์มนุษย์เชิงพาณิชย์ ซึ่งเป็นที่นิยมแพร่หลาย อาจมี 3 ลักษณะได้แก่

ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2563)

**ลักษณะแรก** การใช้อัตลักษณ์เป็นตัวแทนของบริการหรือสินค้าทั้งผู้นำเสนอสินค้า (brand presenter) หมายถึงผู้ใดก็ได้ที่มีชื่อเสียงหรือไม่มีชื่อเสียงที่อยู่ในชุดโฆษณาไม่สามารถไปไกลนอกจากสื่อได้ หรือ ตัวแทนของสินค้า (brand ambassador) หมายถึงผู้มีบทบาทที่จะต้องมีการทำหน้าที่เป็นทูตหรือตัวแทนในการให้ข้อมูลสนับสนุนและสื่อสารกับผู้บริโภค ดังนั้น การใช้อัตลักษณ์นี้จึงเป็นการผูกอัตลักษณ์ของมนุษย์เข้ากับตัวสินค้าหรือบริการ โดยที่ผู้เป็นเจ้าของอัตลักษณ์อาจเป็นเจ้าของสินค้าหรือบริการหรือไม่ก็ได้ กล่าวคือ ความรับรู้ (perception) ของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคมจะรับรู้ว่าเป็นเจ้าของอัตลักษณ์ คือ ตัวแทนสินค้าหรือบริการที่ตนเป็นเจ้าของหรือถูกว่าจ้างมาเท่านั้น

การใช้ลักษณะแรกนี้เห็นได้ว่าคุณภาพรับรู้โดยทั่วไปของสาธารณชนส่วนใหญ่เข้าใจว่าเจ้าของอัตลักษณ์อาจเป็นเจ้าของสินค้าหรือไม่ก็ได้และมีข้อสังเกตประการสำคัญคือเจ้าของอัตลักษณ์คนเดียวกันอาจเป็นตัวแทนสินค้าหลายรายการ (Matichon Online, 2019) หรือเป็นตัวแทนผูกขาดอยู่ที่อัตลักษณ์ของมนุษย์คนเดียวกันได้ ซึ่งก็ได้ทำให้สาธารณชนมีความเข้าใจว่าเจ้าของอัตลักษณ์เป็นเจ้าของสินค้า

**ลักษณะที่สอง** การนำเอาอัตลักษณ์ของมนุษย์มาเป็นวัตถุเชิงพาณิชย์โดยตรง กล่าวคือการแปลงอัตลักษณ์ของมนุษย์ให้อยู่ในรูปแบบของสินค้าหรือวัตถุเชิงพาณิชย์ซึ่งการใช้ประเภทนี้ได้รับความนิยมในอุตสาหกรรมการผลิต รวมถึงกลุ่มธุรกิจที่ผลิตสื่อชนิดต่าง ๆ อีกด้วย เช่น นักแสดงที่สวมบทบาทตัวละครในภาพยนตร์ กล่าวคือ

จะต้องมีการแปลงรูปแบบของอัตลักษณ์ให้อยู่ในสภาพวัตถุเชิงพาณิชย์ แต่ก็ยังมีความคล้ายคลึงกับกรณีแรกเนื่องจากสาธารณชนมิได้เข้าใจว่าวัตถุนั้นอาจไม่ได้ถูกผลิตขึ้นหรือเจ้าของอัตลักษณ์เป็นเจ้าของ

**ลักษณะที่สาม** การใช้อย่างเครื่องหมายการค้า หมายถึงการนำอัตลักษณ์ของมนุษย์มาใช้หรือจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าตามเงื่อนไขของกฎหมาย เพื่อสร้างความแตกต่างระหว่างสินค้าหรือบริการของผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายนั้น ซึ่งมีใช้การเป็นตัวแทนหรือวัตถุเชิงพาณิชย์เสียเอง (Sakdamrongrat, 2014)

การใช้อัตลักษณ์มนุษย์ในลักษณะต่าง ๆ นี้ จำต้องไม่สับสนกับปัจจัยเรื่องความมีชื่อเสียงของบุคคลที่จะถูกนำอัตลักษณ์มาใช้ เพราะแม้ข้อพิพาทมักเกิดขึ้นเฉพาะกรณีของผู้ที่มีชื่อเสียงด้วยประโยชน์เชิงพาณิชย์ แต่แท้จริงแล้วบุคคลโดยทั่วไปก็นับได้ว่ามีชื่อเสียงและเกียรติยศของตนในระดับหนึ่ง แม้จะไม่ถูกรับรู้ในหมู่สาธารณชนทั่วไป แต่คุณค่าของความมีชื่อเสียงนั้นก็ยังคงอยู่ กล่าวคือ ชื่อเสียงที่สาธารณชนรับรู้ (famous) ต่างกับชื่อเสียงในตัวตน (reputation) ดังนั้น ชื่อเสียงกับอัตลักษณ์ของมนุษย์จึงมิใช่สิ่งเดียวกันโดยสภาพ แต่เป็นปัจจัยเสริมในการให้ความคุ้มครองอัตลักษณ์มนุษย์เท่านั้น

**3. การรับรองและคุ้มครองอัตลักษณ์ของมนุษย์ตามกฎหมายไทย** ด้วยกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติรับรองและการคุ้มครองอัตลักษณ์ของมนุษย์โดยตรง จึงต้องพิจารณาบริบทของกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อทดแทนดังต่อไปนี้

**3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย** ซึ่งมุ่งประสงค์ให้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น พบว่า อุดมการณ์ของมนุษย์อาจถูกรับรองในประเภทของสิทธิ ดังต่อไปนี้

### สิทธิความเป็นส่วนตัว

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว” เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญรับรองความเป็นส่วนตัวในเชิงความเป็นส่วนตัว ชื่อเสียงและข้อมูล ซึ่งสามารถยืนยันได้กับทั้งรัฐและปัจเจกชน (Thongraweewong, 2012) ประเด็นปัญหา คือ การแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์จาก อุดมการณ์โดยมิชอบจะเป็นการละเมิดสิทธิข้างต้นหรือไม่

ยกตัวอย่างเช่น เมื่อบุคคลถูกถ่ายภาพโดยไม่รับอนุญาตและนำเอาไปปรากฏบนสื่อโฆษณา ประเด็นนี้จะเห็นได้ว่า แม้การถ่ายภาพโดยไม่ได้รับอนุญาตจะเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัว เพราะมีการรบกวนคุณค่าที่กฎหมายรับรอง อย่างไรก็ตามการใช้เชิงพาณิชย์อาจเกินขอบเขตของสิทธิดังกล่าว เนื่องจากไม่มีการรบกวนคุณค่าความเป็นส่วนตัวโดยตรงอีกต่อไป ทั้งยังมีการแปลงสถานะเป็นทรัพย์สินที่มีรูปร่างและทรัพย์สินทางปัญญาอีกด้วย ในอีกทางหนึ่ง

เมื่อพิจารณาสิทธิความเป็นส่วนตัวตามรัฐธรรมนูญข้างต้น เห็นว่าครอบคลุมในบริบทที่บุคคลจะรอดพ้นจากการสังเกต การรู้เห็น การสืบความลับ การรบกวนต่าง ๆ และมีความสันโดษ ไม่ติดต่อดัมพันธ์กับสังคม ดำรงชีวิตได้อย่างอิสระ (Pinthasiri, 1983) ดังนั้น ความ

คุ้มครองตามสิทธินี้ จึงเป็นเรื่องสิทธิมนุษยชนที่ผูกติดกับตัวมนุษย์ที่จะไม่ถูกรบกวนเท่านั้น (Suriya, 2006) ซึ่งอาจไม่รวมถึงกรณีผลผลิตเพื่อใช้เชิงพาณิชย์ อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าการนำอุดมการณ์ไปใช้เชิงพาณิชย์จะเป็นการกระทบความเป็นส่วนตัวทางอ้อมได้หรือไม่ เพราะผลผลิตที่เกิดขึ้นอาจเป็นการรบกวนความเป็นส่วนตัวบุคคลได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้จึงต้องไม่สับสนกับการทำให้เกิดความเสียหายซึ่งชื่อเสียงของเจ้าของ อุดมการณ์ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิทางแพ่งหรือมีความผิดทางอาญาเรื่องหมิ่นประมาทอยู่แล้ว

### สิทธิในชื่อเสียง รัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32 ยังรับรองอีกว่าบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในชื่อเสียงที่ผู้อื่นจะต้องเคารพ ไม่เข้ามาละเมิดหรือกระทบสิทธิ กล่าวคือ ความเป็นส่วนตัวรับรองการที่มนุษย์จะไม่ถูกรบกวนและชื่อเสียงก็รับรองการที่มนุษย์จะไม่ถูกดูหมิ่น เช่น การที่นาย ก. ถูกแอบถ่ายภาพโดยมิได้รับความยินยอมเป็นการละเมิดความเป็นส่วนตัว แต่ภาพถ่ายที่ถูกนำไปใช้อาจเกินขอบเขตไปทำให้นาย ก. เสียชื่อเสียงได้อีกด้วย อย่างไรก็ตามคุณค่าที่ถูกรับรองในบริบทนี้จะต้องเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงเท่านั้น อย่างเช่นภาพของนาย ก. ถูกนำไปตัดต่อให้เกิดความเกลียดชัง ซึ่งก็มีกฎหมายละเมิดและกฎหมายอาญากำหนดโทษไว้แล้ว ได้แก่ ความผิดฐานหมิ่นประมาท อย่างไรก็ตามอาจต้องมีการตีความต่อไปว่าเจ้าของอรรถลักษณะเสียชื่อเสียงจากการใช้ประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ เพราะเป็นช่องว่างของกฎหมายไทยที่ขาดหายไปในการปรับกับข้อเท็จจริง

ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2563)

กล่าวโดยสรุปความเป็นส่วนตัวและชื่อเสียงที่กล่าวถึงในมาตรา 32 เป็นการรับรองสิทธิเด็ดขาดทั้งกรณีละเมิดหรือกระทบสิทธิ และยังมีกรณีบัญญัติอย่างเฉพาะเจาะจงด้วยว่า “การนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้” ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็รับรองถึงการนำเอาสิ่งดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าทางใด ๆ กล่าวคือ วัตถุประสงค์ของมนุษย์ในมิติความเป็นส่วนตัวหรือชื่อเสียงจะถูกนำไปใช้โดยปราศจากการอนุญาตไม่ได้ เพราะมีกฎหมายรับรองแล้ว แต่การบังคับสิทธิในเชิงการคุ้มครองหรือสภาพบังคับจะต้องพิจารณาจากบทกฎหมายเฉพาะต่อไป

**3.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์** ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสภาพบุคคล รวมไปถึงบทบัญญัติลักษณะละเมิดทางแพ่งหรือแม้กระทั่งชื่อในฐานะวัตถุประสงค์ของมนุษย์ที่ได้รับการประดิษฐ์ขึ้นอย่างหนึ่ง โดยมีประเด็นพิจารณา ดังต่อไปนี้

**การกระทำละเมิด (unlawful act)** คือ การกระทำที่ละเมิดสิทธิเด็ดขาดของบุคคล โดยที่สิทธิเด็ดขาดนั้นไม่มีความจำเป็นต่อบัญญัติเป็นกฎหมายให้เป็นความผิด ซึ่งแตกต่างกับการทำความผิด (illegal act) ตามกฎหมายอาญาที่มีหลักว่า “ไม่มีโทษ ไม่มีความผิด ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติ (nullum crimen, nulla poena sine lege)” แต่จะต้องมีกฎหมายรับรองซึ่งมีองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

**ส่วนแรก** คือ การกระทำต่อสิทธิเด็ดขาด (absolute rights) ในส่วนนี้เห็นว่า วัตถุประสงค์มนุษย์เป็นสิทธิเด็ดขาดประเภทหนึ่ง

เพราะมีพื้นฐานจากสิทธิมนุษยชน มิติแรกคือ การละเมิดทางกายภาพในเชิงชีวิตและร่างกาย มิติที่สองคือการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว และชื่อเสียง และ มิติที่สามว่าด้วยการใช้อัตลักษณ์ของมนุษย์ในเชิงพาณิชย์ก็ควรเป็นสิทธิเด็ดขาดที่รับรองตามขอบเขตคำว่า “ประโยชน์ใด ๆ” แห่งมาตรา 32 ของรัฐธรรมนูญที่ได้กล่าวถึงข้างต้น อย่างไรก็ตาม การพิสูจน์เรื่องความเสียหายอันเป็นผลมาจากการละเมิดนั้นน่าจะแตกต่างจากคำว่า “กระทบ” เนื่องจากผู้ละเมิดมีหนี้ตามกฎหมายที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย (Chantara-opakorn, 1988)

**ส่วนที่สอง** คือ การทำให้เกิดความเสียหาย หมายถึงการกระทำละเมิดและผลแห่งความเสียหายจะต้องมีความสอดคล้องกันผ่านทฤษฎีเงื่อนไขที่ว่าหากไม่มีการกระทำดังกล่าวจะไม่เกิดผลเช่นนั้นขึ้น และ ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมที่ว่าผู้ละเมิดรับผิดชอบเฉพาะเหตุตามปกติเท่านั้น (Punyapant, 2005) โดยประเด็นความเสียหายกับการละเมิดวัตถุประสงค์ของมนุษย์เชิงพาณิชย์นั้นเป็นปัญหาอย่างยิ่ง เพราะความเสียหายอาจไม่ชัดเจนเพียงพอ ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ถูก นาย ข. ถ่ายภาพโดยไม่ได้รับอนุญาต ส่วนนี้ นาย ข. ย่อมกระทำการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัว ซึ่งนาย ข. จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ นาย ก. อนึ่ง ภาวะแห่งการพิสูจน์จำนวนค่าสินไหมทดแทนนั้นเป็นอีกประเด็นหนึ่ง แต่หากนาย ข. นำเอาภาพถ่ายของนาย ก. ไปปรากฏในสื่อโฆษณาของตน ก็จะเป็นปัญหว่านาย ก. ได้รับความเสียหายในความเป็นส่วนตัวหรือชื่อเสียง

หรือไม่ เพราะไม่ได้กระทำต่อตัวบุคคลแล้ว นอกจากนี้ภาพถ่ายที่ไปปรากฏบนสื่อโฆษณา อาจมีเหตุผลที่ไม่ชัดเจนว่าทำให้นาย ก. เสียหายอย่างไร เพราะสิทธิในความเป็นส่วนตัว เป็นการคุ้มครองคุณค่าที่มนุษย์จะไม่ถูกรบกวนซึ่งเป็นเช่นเดียวกับชื่อเสียงของบุคคล ในประเด็นนี้มีผู้เห็นว่า “การละเมิดอัตลักษณ์โดยการแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์อาจไม่ได้กระทำต่อชีวิตเนื้อตัวร่างกายและไม่ถือเป็นทรัพย์สิน หากจะพิจารณาให้ถือเป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง จะต้องพิจารณาต่อไปว่าสิทธิในอัตลักษณ์ของมนุษย์ถือเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองแล้วหรือไม่ ซึ่งเมื่อไม่มีกฎหมายรับรองจึงไม่สามารถพิจารณาปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิดได้ ในทางตรงกันข้ามกลุ่มประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีสามารถนำสิทธิดังกล่าวขึ้นสู่ศาลได้เลยโดยมีจำต้องอาศัยบทบัญญัติกฎหมายจึงสามารถแก้ไขปัญหาได้” (Thaweasang, 2018)

ความเห็นข้างต้นนี้เห็นต่างว่าเมื่อการแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์เป็นสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายรับรองในความเป็นส่วนตัวและชื่อเสียงอย่างไรก็ตาม ความเสียหายตามกฎหมายอาจพิจารณาว่าการแสวงประโยชน์โดยมิชอบมิได้ทำให้ชื่อเสียงหรือความเป็นส่วนตัวถูกละเมิดในทางตรงกันข้ามความเสียหายเกิดขึ้นหรือไม่ให้เป็นหน้าที่ของเจ้าของอัตลักษณ์ในการพิสูจน์จึงเห็นว่าอัตลักษณ์ของมนุษย์ย่อมเป็นสิทธิเด็ดขาดที่หมายรวมการแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์ด้วย (Kamkwaun, 2006) จึงจะถือว่าไม่มีกฎหมายรับรองโดยไม่ใช้กฎหมายลักษณะละเมิดไม่ได้

การละเมิดข้างต้นนี้มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าการใช้อัตลักษณ์ต้องเป็นกรณีอัตลักษณ์ของบุคคลนั้นโดยตรงเท่านั้นมิใช่ที่คล้ายกัน เนื่องจากผู้ถูกละเมิดมิได้ถูกก้าวล่วงความเป็นส่วนตัวอีกต่อไป ประเด็นนี้เห็นว่าแม้จะไม่ละเมิดความเป็นส่วนตัว แต่หากพิสูจน์ว่าเสียชื่อเสียงได้ก็ย่อมเป็นละเมิดตามกฎหมายได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อมีบุคคลมาอาศัยชื่อเสียงของอีกบุคคลหนึ่งโดยประการให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิดังกล่าว การกระทำนั้นจึงควรถือให้เป็นการละเมิดอัตลักษณ์ของมนุษย์ด้วยเช่นกัน

**การใช้ชื่อโดยไม่ได้รับอนุญาต** ชื่อหรือนามเป็นอัตลักษณ์ที่มนุษย์ประดิษฐ์ขึ้นมาเพื่อสร้างความเฉพาะตัวให้แก่มนุษย์ที่ใช้มาตั้งแต่อดีตกาล ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 ก็บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิในชื่อ โดยบทความนี้จะกล่าวถึงเฉพาะกรณีชื่อของบุคคลธรรมดาเท่านั้น ไม่รวมถึงนิติบุคคลหรือชื่อทางการค้า ซึ่งมาตรา 18 นี้มุ่งคุ้มครองเจ้าของสิทธิในสองส่วนหลัก ได้แก่ ส่วนแรก คือ การเรียกให้ระงับความเสียหาย และ ส่วนที่สอง คือ การขอให้ศาลสั่งห้ามการใช้ชื่อนั้นหากผู้เป็นเจ้าของเห็นว่า จะเกิดความเสียหาย กล่าวคือ จะต้องเกิดการสับสนในตัวบุคคลเกิดขึ้น ข้อความคิดในประเด็นนี้จึงเป็นเรื่องละเมิดเช่นกัน ทั้งนี้ จะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าการใช้ชื่อก่อให้เกิดความสับสนในตัวบุคคลอันก่อให้เกิดความเสียหาย นอกจากผู้มีสิทธิในชื่อจะมีสิทธิขอให้ศาลสั่งห้ามหรือระงับการใช้ชื่อแล้วก็ยังมีสิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนด้วย (Prokati, 2017)

ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2563)

ประเด็นวิเคราะห์ คือ ความเสียหายที่ผู้เป็นเจ้าของชื่อจะอ้างได้นั้นมีระดับเพียงใด กล่าวคือ จะต้องถึงขนาดที่เป็นชื่อของบุคคลอื่นตามความเป็นจริงหรือเพียงแต่การใช้ชื่อที่คล้ายจนทำให้เกิดความสับสน ทั้งนี้ในทางปฏิบัติแล้วผู้มีสิทธิในชื่อมีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าตนเสียหายอย่างไรในประเด็นนี้เห็นว่าเมื่อเจ้าของสิทธิมีหน้าที่พิสูจน์ความเสียหายแล้ว การอ้างสิทธิจึงสามารถทำได้ทั้งในกรณีที่เป็นการใช้ชื่อจริง ๆ และหมายรวมไปถึงความคล้ายคลึงกันด้วย เพราะการก่อให้เกิดความเสียหายไม่จำเป็นที่จะต้องใช้ชื่อเหมือนกันทุกประการ เพียงแต่ทำให้คนอื่นเข้าใจว่าได้เป็นบุคคลนั้นก็อาจเกิดความเสียหายแล้ว ซึ่งคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายเครื่องหมายการค้า เพราะในทางปฏิบัติแล้วคดีที่นำขึ้นสู่ศาลยุติธรรมเป็นจำนวนมาก นักกฎหมายผู้เป็นตัวแทนเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้า มักอ้างบทบัญญัติมาตรา 18 นี้เพื่อนำไปสู่ผลในการระงับใช้ชื่อของบุคคลอื่นโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหาย ซึ่งการใช้และการตีความนี้ศาลฎีกาก็รับรอง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 575/2552 “ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 นั้น บุคคลผู้เป็นเจ้าของนามหรือชื่อทางการค้าซึ่งต้องเสียเปรียบประโยชน์เพราะการที่มีผู้อื่นมาใช้นามหรือชื่อทางการค้าเดียวกันโดยมิได้รับอำนาจให้ใช้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามมิให้ใช้นามหรือชื่อทางการค้านั้นได้ต่อเมื่อการใช้นามหรือชื่อทางการค้าดังกล่าวเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายหรือเป็นที่พึงวิตกว่าจะต้องเสียหายอยู่สืบไปและผู้เป็นเจ้าของนามหรือชื่อทางการค้านั้นมีหน้าที่นำสืบถึงความ

เสียหายดังกล่าว” หรือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11047/2551 “ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 บุคคลย่อมมีสิทธิในการใช้ชื่อของตน การที่จำเลยที่ 1 ใช้ชื่อโจทก์ในบทความเอกสารหมายเลข ๑.7 ถึง ๑.9 โดยไม่ได้รับอนุญาตจากโจทก์ย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิในชื่อของโจทก์” เป็นต้น

ข้อสังเกตประการสำคัญ คือ กรณีชื่อกับอัตลักษณ์ของมนุษย์นั้น เห็นว่าแม้ชื่อจะเป็นอัตลักษณ์ของมนุษย์ชนิดหนึ่ง เพราะสามารถทำหน้าที่บ่งบอกลักษณะเฉพาะตัวของบุคคลได้ และโดยพื้นฐานมนุษย์ทุกคนก็มีสิทธิที่จะมีชื่อที่มาพร้อมสภาพบุคคล อยากรักดี ชื่อหรือนามเป็นเพียงสิ่งที่มนุษย์ประดิษฐ์ขึ้นจึงอาจมีข้อสังเกตว่าเป็นสิทธิมนุษยชนโดยแท้หรือไม่ เพราะโดยสภาพแล้วมนุษย์สามารถดำรงอยู่ได้ด้วยการไม่มีชื่อ อยากรักดี ในทางปฏิบัติที่มนุษย์ใช้ชื่อมาตั้งแต่อดีตกาลเพื่อการระบุตัวตนจึงเป็นเครื่องพิสูจน์ว่าชื่อก็เป็นส่วนหนึ่งของสภาพบุคคลที่อยู่คู่กับสังคมมนุษย์มาโดยตลอด ทั้งนี้มีประเด็นที่ว่าชื่ออาจเกิดความซ้ำซ้อนได้ ดังนั้น จึงอาจมีความแตกต่างกับใบหน้าหรือสิ่งที่ติดตัวกับมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดที่เป็นสิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง จึงเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดผลประหลาดจากการปรับใช้กฎหมายที่ชื่อของมนุษย์ได้รับความคุ้มครองแต่ใบหน้าหรือลักษณะเฉพาะของมนุษย์กลับไม่มีกฎหมายให้การคุ้มครองโดยตรง มีเพียงความคุ้มครองเรื่องความเป็นส่วนตัวและชื่อเสียง ดังนั้นจึงเป็นที่น่าสนใจว่าหากจะมีการใช้และการตีความกฎหมายโดยการอาศัยบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) ว่า ประมวลกฎหมายแพ่ง



และพาณิชย์มาตรา 18 หมายรวมถึงใบหน้าหรือลักษณะเฉพาะตัวอื่น ๆ ของมนุษย์ได้หรือไม่นั้น เห็นว่าเป็นไปได้ (Prokati, 2017) เพราะหากยึดตามหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนและสิทธิเด็ดขาดแล้ว ขนาดชื่อของบุคคลยังได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ใบหน้าที่ควรจะมีความคุ้มครองที่สูงกว่าก็ควรจะได้รับความคุ้มครองด้วย ดังนั้น มาตรา 18 อาจเป็นทางออกหนึ่งสำหรับกรณีอัตลักษณ์ของมนุษย์ เพื่อให้เจ้าของสิทธิสามารถระงับการใช้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายก็ได้ ทั้งนี้ อาศัยหลักการให้เหตุผลทางกฎหมายแบบยี่งต้องเป็นเช่นนั้น

อย่างไรก็ดี การตีความนี้ยังมีข้อถกเถียงกันว่าเจตนารมณ์ที่แท้จริงของมาตรา 18 ควรรวมถึงใบหน้าหรือไม่ เพราะชื่อเป็นเรื่องสภาพบุคคลที่เป็นนามธรรม ไม่ใช่รูปธรรมเช่นใบหน้า นอกจากนี้ การเทียบเคียงบทบัญญัติมาตรา 18 จะต้องไม่สับสนกับกรณีละเมิดปกติ กล่าวคือ กฎหมายลักษณะละเมิดได้ให้สิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนแล้ว ขอบเขตตามมาตรา 18 นี้เป็นเรื่องการเรียกให้ระงับความเสียหายและการขอให้ศาลสั่งห้ามใช้ อนึ่ง ได้กล่าวแล้วว่าครอบคลุมไปถึงความเหมือนคล้ายอีกด้วย ทั้งนี้ จักต้องพึงระลึกเอาไว้เสมอว่าการปรับใช้มาตรา 18 มีเงื่อนไขเช่นเดียวกับกฎหมายละเมิดคือ จะต้องมีการพิสูจน์ความเสียหาย ซึ่งกล่าวแล้วว่าเป็นการยากยิ่งในสถานการณ์การใช้เชิงพาณิชย์ ดังนั้น มาตรา 18 คงเป็นส่วนเสริมสิทธิ แต่ก็มิอาจแก้ไขสถานการณ์ได้อย่างสมบูรณ์แบบ โดยบุคคลอื่นมีหน้าที่จะต้องเคารพและไม่ล่วงละเมิดสิทธิในชื่อเพราะเป็นสิทธิเด็ดขาด เว้นเสียแต่จะได้

สิทธิในชื่อมาโดยวิธีทางที่สุจริต อนึ่ง หากไม่ปรากฏว่าการใช้ชื่อก่อให้เกิดความสับสนแก่ตัวบุคคลตามมาตรา 18 ก็ย่อมไม่เกิดความเสียหายแก่สิทธิในชื่อ ดังนั้น จึงไม่อาจจะเรียกร้องสิทธิจากการละเมิดได้

### 3.3 กฎหมายเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้า (trademark)

มีข้อความคิด คือ การใช้ตราสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายที่บุคคลสร้างขึ้น เพื่อสร้างความแตกต่างระหว่างสิ่งของของตนและของบุคคลอื่น และต่อมาได้นิยมใช้ทางการค้าเพื่อจำแนกแยกแยะสินค้าในทางการค้า (Ono, 1999) หลักการสำคัญของเครื่องหมายการค้า คือ ระบบจดทะเบียนของรัฐ เพื่อให้ผู้บริโภคสินค้ารับรู้ได้ว่าสินค้าหรือบริการนี้เป็นของบุคคลใดและการละเมิดย่อมมีบทลงโทษ โดยหน้าที่ส่วนนี้รัฐเป็นผู้เข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองและรักษาความเรียบร้อย กล่าวคือ แนวคิดพื้นฐานของกฎหมายเครื่องหมายการค้ามาจากลักษณะการกระทำละเมิดของบุคคลที่สาม กฎหมายจึงต้องกำหนดสิทธิให้แก่เจ้าของเพื่อปฏิเสธการละเมิด ทำให้กฎหมายเครื่องหมายการค้ามีลักษณะที่พิเศษเพราะเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ทั้งผู้ทรงสิทธิและสาธารณชนไปพร้อมกัน อย่างไรก็ตาม สิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่กฎหมายกำหนดข้างต้นเป็นคนละประเด็นกับสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเพื่อแสวงประโยชน์โดยชอบธรรม เนื่องจากเป็นสิทธิที่เกิดจากลักษณะทางธรรมชาติโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดมามอบให้อยู่แล้ว (Phongphunpunya, 2015) ดังนั้น การกล่าวถึงอัตลักษณ์ของมนุษย์กับ

เครื่องหมายการค้า มีความจำเป็นต้องอ้างอิงถึงหลักการการทำหน้าที่และระบบการจดทะเบียนของเครื่องหมายการค้าที่รับรองการใช้เครื่องหมายโดยรัฐ

เมื่ออัตลักษณ์ของมนุษย์ได้รับการจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า เจ้าของเครื่องหมายมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะใช้เครื่องหมายดังกล่าวกับสินค้าหรือบริการที่ได้จดทะเบียนไว้ ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า โดยหากมีผู้ใดใช้เครื่องหมายโดยมิได้รับอนุญาตอาจเป็นการละเมิดทางแพ่งและความผิดทางอาญา เพราะในมุมมองหนึ่งก็เป็นการสร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากความสับสนหลงผิด ซึ่งประเด็นนี้เองที่แสดงให้เห็นข้อจำกัดประการสำคัญ เพราะความคุ้มครองจะยึดโยงอยู่กับเครื่องหมายที่ได้จดทะเบียนไว้ประกอบกับรายการสินค้าและบริการเท่านั้น เช่น นาย ก. ประสงค์จดทะเบียนภาพใบหน้าของตนไว้กับสินค้าเสื้อผ้า หาก นาย ข. นำภาพของ นาย ก. ในบริบทอื่น ๆ ไปจดทะเบียน นาย ก. จะมีสิทธิในการคัดค้าน เพิกถอนหรือดำเนินการใด ๆ โดยอาศัยเหตุตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า เพื่อระงับการจดทะเบียนหรือเพิกถอนทะเบียนดังกล่าว แต่มีใช้ว่านาย ก. มีสิทธิในภาพซึ่งเป็นอัตลักษณ์ของตนในทุกบริบทโดยทันที นอกจากนี้การใช้เครื่องหมายการค้าจะต้องเป็นการใช้เพื่อทำหน้าที่อย่างเครื่องหมายการค้า เช่น การประทับเครื่องหมายลงบนบรรจุภัณฑ์ของสินค้า การใช้ในเอกสารทางธุรกิจหรือเพื่อเป็นการโฆษณาสินค้า (Kuanpoth, 2012) กล่าวคือ มีเจตนาใช้กับสินค้าหรือบริการที่ได้จดทะเบียนไว้

ดังนั้น การใช้อัตลักษณ์ของมนุษย์ในมิติอื่น ๆ อาจไม่ละเมิดสิทธิตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า (Kuanpoth, 2012)

**การลวงขาย (passing off)** ตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งเอาสินค้าของตนไปขายโดยกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อลวงผู้ซื้อว่าเป็นสินค้าของบุคคลอื่น กล่าวคือ เป็นการหลอกลวงเพื่อให้ประชาชนหลงเชื่อในแหล่งกำเนิดแห่งสินค้านั้นอันเป็นเท็จ (Hemarachata, 2012) ประเด็นนี้มีผู้เสนอว่าให้เทียบเคียงกับการแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์จากอัตลักษณ์ของมนุษย์ โดยเทียบค่านิยมทางการค้า (goodwill) ว่ามีสถานะเช่นเดียวกับชื่อเสียงของบุคคลที่อาศัยความวิริยะอุตสาหะเพื่อให้มีขึ้น ดังนั้น การอาศัยเอาค่านิยมหรือชื่อเสียงไปแสวงประโยชน์โดยที่ตนไม่มีสิทธิในนั้น คือ การละเมิดสิทธิในอัตลักษณ์ของบุคคล โดยเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องลวงขายว่า “ผู้ใดกระทำการโดยการนำเอาเอกลักษณ์ของบุคคลสาธารณะ เช่น ชื่อ ภาพ ลายมือชื่อ เสียง ความเหมือนคล้าย ไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์อันเป็นไปเพื่อขายหรือ โฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าหรือบริการ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากบุคคลสาธารณะนั้น หากการกระทำดังกล่าวเป็นการก่อให้เกิดความเข้าใจผิดต่อสาธารณชนว่าบุคคลนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการนั้นและส่งผลให้ลดทอนคุณค่าแห่งชื่อเสียงหรือสิทธิอันจะได้รับประโยชน์จากเอกลักษณ์ของบุคคลสาธารณะ ผู้นั้นกระทำความผิดละเมิดสิทธิในการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคล

และต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำได้กล่าวแก่เจ้าของสิทธิ” (Thaweasang, 2018)

การเปรียบเทียบและสร้างบทบัญญัติข้างต้นนี้ มีข้อสังเกตหลายประการเนื่องจากมีประเด็นยึดโยงกับหลักกฎหมายเครื่องหมายการค้าซึ่งมีมิติการใช้และการตีความเป็นการเฉพาะ ดังนั้น จึงขอตั้งข้อวินิจฉัยการเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว มีรายละเอียดดังนี้

**ประการแรก** การลงขายมีพื้นฐานมาจากการแสวงประโยชน์จากค่านิยมทางการค้าซึ่งบุคคลอื่นได้ใช้ความวิริยะอุตสาหะทางหนึ่งโดยสาระสำคัญ คือ ค่านิยม และ/หรือ ความมีชื่อเสียง ซึ่งในที่นี้หมายถึงการใช้ชื่ออย่างเป็นเครื่องหมายการค้าเท่านั้น ดังนี้ เมื่อการใช้ชื่อของมนุษย์เชิงพาณิชย์มีทั้งกรณีที่ใช้และไม่ใช้อย่างเครื่องหมาย ประกอบกับลักษณะของการลงขายและเครื่องหมายการค้าที่เป็นการคุ้มครองสาธารณชนจึงเป็นที่แน่ชัดว่าในทางปฏิบัติอาจไม่มีความสับสนหลงผิดเกิดขึ้นแต่อย่างใด เพราะการใช้ชื่อของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นกรณีให้ปรากฏบนวัตถุทางพาณิชย์หรือ การเป็นตัวแทนสินค้า ย่อมมิใช่กรณีพิพาทตามกฎหมายเครื่องหมายการค้า เนื่องจากสาธารณชนมิได้รับรู้ว่าเป็นเครื่องหมาย เช่นกรณีที่ นาย ก. เป็นตัวแทนสินค้าเครื่องสำอาง A ของบริษัท ข. ย่อมพิจารณาเทียบเคียงได้ยากยิ่งว่าบุคคลทั่วไปจะเข้าใจว่าสินค้าเครื่องสำอาง A เป็นของนาย ก. หรือ ในกรณีที่ นาย ข. นำภาพของ นาย ก. นักแสดงผู้มีชื่อเสียงไปเป็นลายเสื้อผ้าจำหน่ายเพราะ นาย ก. เป็นเพียงนักแสดง

ไม่เคยทำเสื้อจำหน่ายเสื้อผ้า ดังนั้น หลักเรื่องการลงขาย อาจไม่สามารถปรับใช้แก่กรณีนี้ได้ การกล่าวเช่นนี้ หมายความว่าอัตลักษณ์ของมนุษย์ แม้จะมีชื่อเสียงตามความเป็นจริง แต่ชื่อเสียงดังกล่าวก็มิได้อยู่ในบริบทของค่านิยมทางการค้าที่มีสาระสำคัญ คือ จะต้องมีการใช้อัตลักษณ์อย่างเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของหลักการลงขายที่มุ่งประสงค์คุ้มครองค่านิยมทางการค้าที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

**ประการที่สอง** ค่านิยมทางการค้าถูกนำมาเปรียบเทียบกับชื่อเสียงโดยอาศัยแนวคิดเรื่องการลงแรงและความวิริยะอุตสาหะของบุคคลผู้เป็นเจ้าของอัตลักษณ์นั้น ๆ เป็นที่แน่นอนว่าชัดเจนสำหรับค่านิยมทางการค้า เพราะ บุคคลผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายต้องลงทุนใช้เครื่องหมายอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลาอันนาน และให้แพร่หลายที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อให้เป็นที่รับรู้ของสาธารณชนในทางตรงกันข้ามการสร้างชื่อเสียงสำหรับอัตลักษณ์ของมนุษย์อาจมิได้ก่อกำเนิดจากการลงแรงและความวิริยะอุตสาหะของบุคคลผู้เป็นเจ้าของอัตลักษณ์เพราะการมีชื่อเสียงอาจมีขึ้นได้จากหลายปัจจัยทางข้อเท็จจริงที่ไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการใช้ของบุคคลนั้นแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมปัจจุบันนี้ที่ความมีชื่อเสียงอาจถือกำเนิดได้เพียงเสี้ยววินาที โดยไม่จำเป็นต้องลงแรงใด ๆ เลย ดังนั้น การเปรียบเทียบลักษณะของค่านิยมทางการค้ากับชื่อเสียงในปัจจุบันนี้ อาจไม่ต้องตรงกับเจตนารมณ์หลักการเรื่องลงขายที่ประสงค์จะคุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ลงแรงสร้างค่านิยมทางการค้า ที่มีใช้แนวความคิดเดียวกับการคุ้มครอง

ชื่อเสียงของบุคคล จึงไม่อาจเปรียบเทียบกันได้

**ประการที่สาม** เมื่อปรับใช้หลักเรื่อง ลวงขายที่มีการคุ้มครองค่านิยมทางการค้าหรือชื่อเสียง หมายความว่าบุคคลที่ไม่มีชื่อเสียงที่เทียบเท่าค่านิยมทางการค้าได้ ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ เพราะอัตลักษณ์ของมนุษย์ในลักษณะต่าง ๆ เช่น ชื่อย่อมเป็นคนละกรณีกับชื่อเสียง ซึ่งเป็นสิ่งที่ตามมาภายหลัง ดังนั้น จึงมีข้อสังเกตประการสำคัญว่าความมีชื่อเสียงที่ถึงขนาดได้รับความคุ้มครองเรื่องการค้าขายนี้จะต้องถึงระดับใดและการพิสูจน์สามารถทำได้โดยสิ่งใดบ้าง กล่าวคือ ชื่อเสียงในลักษณะความรู้ของสาธารณชนแตกต่างจากความรับรู้ตัวบุคคล ดังนั้น มุมมองในการพิสูจน์ความมีชื่อเสียงในทางปฏิบัติจึงเป็นปัญหาอย่างยิ่งสำหรับการปรับใช้เรื่องลวงขาย ทั้งนี้ ยังเป็นการยอมรับว่า อัตลักษณ์ที่ไม่มีชื่อเสียงในลักษณะที่เทียบได้กับค่านิยมทางการค้า จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยปริยาย ในประเด็นนี้เห็นว่าการปรับใช้หลักลวงขายกับการแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์จากอัตลักษณ์ของมนุษย์ เป็นการให้ความคุ้มครองการแสวงประโยชน์ค่านิยมทางการค้าหรือชื่อเสียง มิใช่กรณีการคุ้มครองอัตลักษณ์ของมนุษย์โดยตรง ส่งผลให้จะต้องมีการพิสูจน์ความมีชื่อเสียงซึ่งในทางปฏิบัติแล้วอาจมีอุปสรรคอยู่มาก

#### 3.4 กฎหมายลิขสิทธิ์

ลิขสิทธิ์ (copyrights) เป็นทรัพย์สินทางปัญญาอีกชนิดหนึ่งทีอาจมีความเกี่ยวเนื่องกับการใช้อัตลักษณ์ของมนุษย์เชิง

พาณิชย์ โดยลิขสิทธิ์เป็นเรื่องการคุ้มครองการแสดงออกทางความคิด (expression of idea) ที่ได้มีการสร้างสรรค์ขึ้นสำหรับงานประเภทต่าง ๆ (Rowley, 1998) ซึ่งตาม พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ได้ให้การคุ้มครองงานไว้ 9 ประเภทและกฎหมายยังกำหนดไว้อีกด้วยว่าไม่ว่างานดังกล่าวจะแสดงออกโดยวิธีหรือรูปแบบอย่างไรก็ตาม ตัวอย่างเปรียบเทียบที่ได้แสดงให้เห็นก่อนหน้านี้ ได้แก่ รูปถ่ายของบุคคลเป็นงานศิลปกรรม อันมีลิขสิทธิ์ ดังนั้น เมื่อ นาย ก. ถูก นาย ข. ถ่ายรูป นาย ก. อาจถูกละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว แต่รูปถ่ายของ นาย ก. ที่เกิดขึ้น นับว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายแล้ว ดังนั้น เห็นได้ว่าอัตลักษณ์ของมนุษย์จะต้องเข้าองค์ประกอบของกฎหมายลิขสิทธิ์จึงจะได้รับความคุ้มครอง ประเด็นปัญหา คือ การพิพาทระหว่างเจ้าของอัตลักษณ์กับผู้สร้างสรรค์งาน ยกตัวอย่างจากกรณีข้างต้น นาย ข. เป็นผู้สร้างสรรค์จึงควรเป็นผู้ทรงลิขสิทธิ์ แต่การถ่ายรูปของนาย ก. เกิดขึ้นโดยมิได้รับอนุญาต เช่นนี้ นาย ก. สามารถใช้สิทธิประการใดเพื่อโต้แย้งนาย ข. ในฐานะเจ้าของอัตลักษณ์ได้หรือไม่ เห็นว่ามีบทกฎหมายที่น่าจะปรับใช้กับกรณีนี้ได้แก่

**ส่วนแรก** คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหลักสุจริต ความเป็นว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” ดังนั้น หาก นาย ข. ใช้สิทธิของตนในการถ่ายภาพโดยไม่ได้รับอนุญาตเช่นนี้ย่อมเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ซึ่งอาจเป็นการละเมิดสิทธิ นาย ก.

**ส่วนที่สอง** เนื่องจากการมอบลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้สร้างสรรค์ข้างต้น อาจไม่เป็นธรรมกับเจ้าของอัตลักษณ์ เนื่องจากมิได้ให้ความยินยอมในการถ่ายรูป ประเด็นนี้เห็นว่าแม้บริบทของกฎหมายจะมีได้ให้อำนาจเพิกถอนลิขสิทธิ์รูปถ่ายดังกล่าว แต่ก็เห็นว่าควรจะต้องเปรียบเทียบบทกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของอัตลักษณ์ด้วย ซึ่งกรณีนี้เห็นว่าการใช้บทบัญญัติเรื่องธรรมสิทธิ (moral right) ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ที่บัญญัติว่า “ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้มีสิทธิที่จะแสดงว่าตนเป็นผู้สร้างสรรค์งานดังกล่าว และมีสิทธิที่จะห้ามมิให้ผู้รับโอนลิขสิทธิ์หรือบุคคลอื่นใดบิดเบือน ตัดทอน ดัดแปลงหรือทำโดยประการอื่นใดแก่งานนั้นจนเกิดความเสียหายต่อชื่อเสียง หรือเกียรติคุณของผู้สร้างสรรค์” บทบัญญัติเรื่องธรรมสิทธิมีขึ้นเพื่อให้ผู้สร้างสรรค์ (author) ในการยืนยันความเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์แต่เดิม รวมถึงการห้ามบุคคลอื่นทำให้เสียหายซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ของตน กล่าวคือ การให้ผู้สร้างสรรค์รักษาไว้ซึ่งศักดิ์ศรีในงานสร้างสรรค์ของตน (right to integrity) ดังนั้น ธรรมสิทธิจึงเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์เป็นการทั่วไป แต่จะต้องเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือเกียรติคุณด้วย (Chakrangkul, 2011) โดยการละเมิดธรรมสิทธิตามความของบทบัญญัตินี้เห็นว่าสามารถปรับใช้โดยการเทียบเคียงกับการแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์จากอัตลักษณ์ของมนุษย์ได้ โดยหากเทียบว่าอัตลักษณ์คือชื่อเสียงและเกียรติคุณของเจ้าของ เมื่อมีบุคคลอื่นมาแสวงประโยชน์โดยมิได้รับอนุญาตอันนำไปสู่การก่อให้เกิดความ

เสียหายต่อศักดิ์ศรีเกียรติคุณแล้ว เจ้าของอัตลักษณ์ควรมีสิทธิดำเนินการจากกรอบของบทบัญญัตินี้ อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ผลของบทบัญญัตินี้แม้จะสามารถอุดช่องว่างทางกฎหมายได้ครอบคลุมกว่าบทบัญญัติเครื่องหมายการค้า แต่จักต้องพึงระวังเอาไว้เสมอว่าธรรมสิทธิจะต้องก่อให้เกิดความเสียหายในกรอบของกฎหมายละเมิด จึงตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขในการพิสูจน์ค่าเสียหายเช่นเดียวกัน

### บทวิเคราะห์

บทบัญญัติกฎหมายไทยยังมิได้มีการรับรองและคุ้มครองการใช้อัตลักษณ์ของมนุษย์เชิงพาณิชย์เอาไว้โดยตรง โดยปัญหาที่ว่านี้ได้เคยมีผู้เสนอแนวทางแก้ไขออกเป็นสองส่วน ได้แก่ ส่วนแรก คือ การเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการลงขาย (Thaweasang, 2018) ที่เห็นว่าอาจมีประเด็นโต้แย้งตามนัยการใช้และตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และส่วนที่สอง คือ การสร้างบทบัญญัติของกฎหมายใหม่เพื่อรับรองสิทธิดังกล่าวเป็นการเฉพาะ (Kamkwaun, 2006) เห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อน เพราะการร่างกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมีความจำเป็นต้องพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายที่มีอยู่แล้วเสียก่อน เพื่อให้มีความสอดคล้องกันในข้อความคิดและ ลดความเสี่ยงในข้อความที่ขัดแย้งกันในประการสำคัญซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องมีการศึกษาให้ละเอียดเสียก่อน

การแก้ไขปัญหากรณีข้างต้น เห็นว่าควรใช้และตีความกฎหมายเท่าที่มีอยู่เพื่อแก้ไขปัญหาไปพลางก่อน โดยกฎหมายรัฐธรรมนูญได้รับรองอัตลักษณ์มนุษย์ในฐานะเป็นสิทธิเด็ดขาด

ปีที่ 15 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2563)

และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีการรับรองสิทธิไว้หากดำเนินการตามองค์ประกอบของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แนวทางการบังคับใช้และการคุ้มครองจะต้องยึดโยงอยู่กับกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งมุ่งประสงค์ให้มีการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายจากการละเมิดสิทธิเด็ดขาด โดยผู้ที่เป็นเจ้าของอัตลักษณ์มีหน้าที่จะต้องพิสูจน์ความเสียหายในชั้นศาล นอกจากนี้ การเทียบเคียงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 ที่ให้ความคุ้มครองชื่อของบุคคลมาปรับใช้กับอัตลักษณ์ของมนุษย์ในลักษณะอื่น ๆ เช่น ใบหน้า ก็อาจมีความเป็นไปได้ตามหลักการใช้การตีความ ประกอบการให้เหตุผลทางกฎหมายในลักษณะยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น ทั้งนี้ก็ยังมีข้อสงสัยต่อไปว่าแม้จะใช้มาตรา 18 ก็ยังมีองค์ประกอบเกี่ยวกับความเสียหายตามกฎหมายละเมิดอยู่นั่นเอง

การปรับใช้และการตีความโดยเทียบเคียงมาตรา 18 อาจมีการถกเถียงต่อไปว่าสามารถรวมถึงอัตลักษณ์ของมนุษย์อื่น ๆ ได้หรือไม่ เนื่องจากอาจมองได้ว่าชื่อในมาตราดังกล่าวมีเจตนารมณ์ให้เป็นเพียงการคุ้มครองสภาพบุคคลตามที่กฎหมายไทยกำหนดเท่านั้น โดยสิ่งซึ่งเป็นองค์ประกอบแห่งสภาพบุคคลนั้นจะประกอบไปด้วย ชื่อ ภูมิลำเนา สัญชาติ และสถานะตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น จึงเป็นเพียงเรื่องทางข้อเท็จจริงมิใช่ข้อกฎหมาย ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการนำใบหน้าของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย อาจมีความเป็นไปได้ที่ คำว่า “นาม” ตามมาตรา 18 นี้ กรณีบุคคลธรรมดา มีหมายความโดยตรงถึง

ชื่อบุคคลตามพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 เป็นสำคัญ เพราะฉะนั้น นามจึงไม่สามารถตีความตามบัญญัติโดยตรงไม่ได้หมายความว่ารวมถึงใบหน้าของบุคคลได้ เพราะว่าชื่อของบุคคลนั้นเป็นคำหรือกลุ่มคำที่ใช้เรียกบุคคลหนึ่ง ๆ ออกจากบุคคลอื่น เพื่ออ้างไว้ซึ่งหลักการเรื่องตัวการแห่งสิทธิในกรณีการตีความตามเจตนารมณ์โดยแท้ของการคุ้มครองชื่อบุคคล เมื่อพิจารณาจากผู้ร่างกฎหมายที่มุ่งให้คุ้มครองชื่อสกุลของบุคคลเป็นสำคัญเพื่อให้มาตรการของรัฐในการระบุตัวบุคคลได้มีประสิทธิภาพ อีกทั้งเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้มีสิทธิในชื่อด้วย ประกอบกับการจัดวางตัวบทอยู่ในเรื่องสภาพบุคคลซึ่งใบหน้าไม่ใช่กรณีของสภาพบุคคล ซึ่งไม่สามารถตีความคำว่า “นาม” ให้นอกเหนือสิ่งซึ่งเป็นสภาพบุคคลได้ ประเด็นนี้ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ได้เคยให้ความเห็นต่อที่ประชุมคณะกรรมการวิสามัญตรวจชำระประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2535 มีสาระสำคัญว่า “การใช้มาตรา 18 ไม่สามารถปรับใช้เกินกว่าสิ่งซึ่งเป็นสภาพบุคคล” จาก รายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติกำหนดความผิด เกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัท จำกัด สมาคมและมูลนิธิ (ฉบับที่..) พ.ศ. .... ในวันศุกร์ที่ 17 มกราคม 2535 ณ ห้องประชุมงบประมาณ 2 ชั้น 3 อาคารบี รัฐสภา เพราะฉะนั้น จึงไม่อาจจะตีความตามตัวอักษรหรือตามเจตนารมณ์ของกฎหมายของคำว่า “นาม”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้หมายรวมถึงใบหน้าของบุคคลได้ กล่าวโดยสรุปแล้ว การบังคับใช้มาตรา 18 กับการคุ้มครองกรณีอัตลักษณ์ของมนุษย์ในลักษณะอื่น ๆ นอกเหนือจากชื่อนั้น นอกจากจะมีข้อเสียเช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะละเมิด คือ ความเสียหายที่จะต้องมีการพิสูจน์แล้ว ยังมีข้อถกเถียงที่ว่ามาตราดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสภาพบุคคลตามกฎหมายไทยที่อาจไม่ครอบคลุมไปถึงใบหน้าซึ่งเป็นอัตลักษณ์ของมนุษย์ในเชิงข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่ยังขาดการรับรู้จากเจตนารมณ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

การพิจารณากรอบของกฎหมายไทยจึงนำไปสู่ข้อสรุปที่ว่า การแก้ไขปัญหาการแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์จากอัตลักษณ์ของมนุษย์นั้น ไม่มีบทกฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองไว้โดยตรง มีเพียงการใช้และตีความกฎหมายลักษณะอื่น ๆ แต่มีประเด็นปัญหาว่ากฎหมายที่ใช้และตีความนั้น ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอเนื่องจากจะต้องยึดโยงอยู่กับกฎหมายลักษณะละเมิดที่นอกจากจะต้องมีการตั้งเรื่องในการพิสูจน์ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากเจ้าของอัตลักษณ์แล้ว ยังจะต้องมีการพิสูจน์ค่าเสียหายที่จะต้องขึ้นอยู่กับทางนำสืบข้อเท็จจริงในชั้นศาล

กรณีตัวอย่างศึกษาจากข้อความคิดข้างต้น ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกา คดีหมายเลขดำที่ พ. 2293/2558 ที่นางสาว เขมนิจ จามิกรณ์ เป็นโจทก์ยื่นฟ้องบริษัท อาร์.เอส.เทเลวิชั่น จำกัด เป็นจำเลย เรื่องละเมิดในชื่อเสียง โดยโจทก์อ้างว่า จำเลยนำเอาภาพการสัมภาษณ์ของโจทก์ที่พูดว่า “ใคร ๆ ก็ดูช่อง 8” ซึ่งเป็นช่องโทรทัศน์ของ

จำเลยไปออกอากาศซ้ำจนเป็นผลทำให้สถานีโทรทัศน์ช่อง 7 และสื่อมวลชนเข้าใจผิดคิดว่า โจทก์ผิดสัญญา กับช่อง 7 อันเป็นช่องที่โจทก์สังกัดอยู่ โดยจะย้ายไปอยู่ในสังกัดสถานีโทรทัศน์ช่อง 8 ตามที่กล่าวมาแล้ว เมื่อโจทก์เป็นดารานักแสดงที่มีชื่อเสียงในวงการบันเทิง จึงถือว่า จำเลยกระทำละเมิดต่อโจทก์ให้ได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงแล้ว (Thairath Online, 2018) จากคดีดังกล่าวจะเห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าศาลพึงพิจารณาจากความเสียหายในชื่อเสียง ที่มีปัจจัยประการสำคัญ คือ การนำคำพูดของโจทก์ที่กล่าวส่งเสริมช่องโทรทัศน์ที่มีชื่อเสียงของโจทก์ ประเด็นนี้จึงเห็นความชัดเจนว่าความเสียหายของโจทก์มีปัจจัยมาจากสิ่งใด ในทางตรงกันข้ามหากโจทก์ในคดีนี้เป็นเพียงบุคคลธรรมดา มิได้เป็นนักแสดงหรือ ผู้มีชื่อเสียงที่สังกัดช่องโทรทัศน์ใด ๆ ก็เป็นที่น่าวิเคราะห์หรืออย่างยิ่งว่าโจทก์จะเสียหายได้อย่างไร เพราะขาดข้อเท็จจริงซึ่งแสดงความขัดแย้งของผลประโยชน์ทางธุรกิจอันเป็นปัจจัยสำคัญที่นำมาใช้เพื่อเป็นเหตุแห่งความเสียหายของโจทก์ กล่าวโดยสรุปแล้ว ข้อความคิดของการใช้กฎหมายลักษณะละเมิดสำหรับการแสวงประโยชน์จากอัตลักษณ์ของมนุษย์เชิงพาณิชย์ ยังขาดประสิทธิภาพเนื่องจากข้อจำกัดที่เจ้าของอัตลักษณ์จะต้องมีการพิสูจน์ความเสียหายที่ยากยิ่ง

### บทสรุป

การใช้อัตลักษณ์ของมนุษย์เชิงพาณิชย์ตามบริบทของกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่สามารถปรับใช้ได้โดยตรง เป็นเพียง

การใช้และการตีความกฎหมายลักษณะอื่น ๆ เพื่อให้เป็นการรับรองและคุ้มครองกรณีดังกล่าว ทั้งนี้จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและองค์ประกอบของกฎหมายนั้น ๆ เป็นการเฉพาะ โดยจะต้องยึดโยงกับความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด อย่างไรก็ตามการพิสูจน์ความเสียหายนั้น เป็นอุปสรรคต่อเจ้าของอัตลักษณ์เพื่อพิสูจน์ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจริง เพราะในหลายกรณีการใช้อัตลักษณ์ของมนุษย์เชิงพาณิชย์อาจถูกมองว่าไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาดแต่อย่างใด ดังนั้น การปรับใช้กฎหมายลักษณะละเมิด ยังไม่มีประสิทธิภาพมากเพียงพอที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างสมบูรณ์

สำหรับการกล่าวอ้าง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 เพื่อให้รับรองการใช้อัตลักษณ์ของมนุษย์ในเชิงใบหน้าหรือลักษณะภาพรวมนั้น เห็นว่าแม้จะมีความเป็นไปได้

โดยการให้เหตุผลทางกฎหมายแบบยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น แต่ก็มีเงื่อนไขเรื่องความเสียหายเกิดขึ้นแก่ชื่อของผู้มีสิทธิในชื่อ นอกจากนี้แนวทางการใช้การตีความ มาตรา 18 หากพิจารณาตามเจตนารมณ์ของกฎหมายก็ยังมีข้อถกเถียงกันหลากหลายประการอีกด้วย

กล่าวโดยสรุปแล้ว การใช้อัตลักษณ์ของมนุษย์เชิงพาณิชย์ตามกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายรับรองและคุ้มครองไว้โดยตรง มีเพียงบทบัญญัติแห่งสิทธิชนิดอื่น ๆ ที่ยึดโยงอยู่กับความเสียหายของเจ้าของอัตลักษณ์ตามกฎหมายลักษณะละเมิดที่อาจแก้ไข้ปัญหาได้บางสถานการณ์ แต่ในบางกรณีก็มิอาจแก้ไข้สถานการณ์ได้อย่างสมบูรณ์สำหรับปัญหาการใช้อัตลักษณ์ของมนุษย์เชิงพาณิชย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงจะต้องมีการศึกษาค้นคว้าแนวทางการแก้ไข้ปัญหาที่เหมาะสมต่อไป

## REFERENCES

- Chakrangkul, P. (2011). Copyright law: A comparative study between Thai and Australia. COJ comparative law Journal. 3(3), 96-120. (in Thai).
- Chantara-opakorn, A. (1988). Fundamental principle of tort law. In 60th year's celebration of Dr.Pridi Kasemsap articles book. Bangkok: Faculty of law, Thammasat University. (in Thai).
- Hemarachata, C. (2012). Intellectual property laws (basic knowledge). Bangkok: Nititham. (in Thai).
- Kamkwaun, P. (2006). Legal problems relating to taking business advantages from uniqueness of popular persons. LL.M. Program in Laws. Faculty of Laws, Dhurakij Pundit University. (in Thai).
- Kuanpoth, J. (2012). International laws: Copyright Patent and Trademark. Bangkok: Nititham. (in Thai).



- Matichon Online. (2020). Bella answers inquiry regarding the queen of brands presenter. Retrieved 3 January 2020, from [https://www.matichon.co.th/entertainment/thai-entertainment/news\\_1322432](https://www.matichon.co.th/entertainment/thai-entertainment/news_1322432) (in Thai).
- Nimmer, M. (1954). *The Right of Publicity. Law and Contemporary Problems*.
- Office of the Council of State. (1997). *Acta Exteriora Inducant Interiora Secreta*. Retrieved 15 April 2019, from [http://web.krisdika.go.th/data/serve/tha/acknowledge/acknowledge\\_2/proverb-6.htm](http://web.krisdika.go.th/data/serve/tha/acknowledge/acknowledge_2/proverb-6.htm) (in Thai).
- Office of the Royal Society. (2007). *Identity*. Retrieved 24 April 2019, from <http://www.royin.go.th/?knowledges=อัตลักษณ์-๑๖-มิถุนายน-๒๕> (in Thai)
- Office of the Royal Society. (2007). *Uniqueness*. Retrieved 24 April 2019, from <http://www.royin.go.th/?knowledges=เอกลักษณ์-๑๗-มิถุนายน-๒๕> (in Thai)
- Ono, S. (1999). *Overview of Japanese Trademark Law. The Japanese Original*.
- Phongphunpunya, N. (2015). *Legal reasoning underlying the necessity principle in the protection of life or health as an exception to international intellectual property law: a case study on tobacco plain packaging*. LL.M. Program in International Laws. Faculty of Laws, Thammasat University. (in Thai)
- Pinthasiri, C. (1983). *A violation of personality rights*. LL.M. Program in Laws. Faculty of Laws, Thammasat University. (in Thai)
- Prokati, K. (2017). *Principle of Law: Person*. Bangkok: Winyuchon. (in Thai)
- Punyapant, P. (2005). *An introduction to tort law and presumption of guilt in Civil and Commercial Code*. Bangkok: Nitibannakarn. (in Thai)
- Rowley, F. (1998). *Dynamic Copyright Law: Its Problems and a Possible Solution*. *Harvard Journal of Law and Technology*. 11(2), 481-528.
- Sakdamrongrat, R. (2014). *FEATURE: "Brand": original and legend "Presenter"*. Retrieved 12 January 2019, from <http://marketeer.co.th/archives/18783> (in Thai)
- Suriya, N. (2006). *Human rights: conception and protection*. Bangkok: Faculty of law, Thammasat University. (in Thai)
- Thairath Online. (2018). *Court ruled "RS" to compensate "Pancake" for 1 million baht regarding channel 8 dispute*. Retrieved 7 January 2019, from <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/1425541> (in Thai)

- Thaweelang. W. (2018). Rights in Personal Identity: A comparative study of Thai, The United States of America and The United Kingdom Law. Nitiphat-Thammasat (Law and Sustainable Development Goals in Thailand). 3, 21-45. (in Thai)
- Thongraweewong, T. (2012). Law of Mass Communication. Bangkok: Nititham. (in Thai)
- Warren, S. & Brandeis, L. (1890). The Right to Privacy. Harvard Law Review. 4(5), 193-220.
- .....