

การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมของประเทศ
สหรัฐอเมริกา: หลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่

วุฒิ ศรีธีระวิศาล

การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมของประเทศสหรัฐอเมริกา:
หลักการที่ใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่
The Use of Personal Identity in Video Games of United States:
Transformative Use Test

วุฒิ ศรีธีระวิศาล*
Wut Sriterawisarn

บทคัดย่อ

สิทธิในชื่อเสียงมีรากฐานมาจากสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง แต่สิทธิในชื่อเสียงมุ่งคุ้มครองบุคคลในการป้องกันไม่ให้ผู้อื่นใช้เอกลักษณ์ของตนโดยไม่ได้รับอนุญาต บุคคลที่มีชื่อเสียง เช่น นักกีฬา นักแสดง หรือนักร้อง สมควรที่จะมีสิทธิป้องกันไม่ให้ผู้อื่นใช้ชื่อเสียงของตนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ ด้วยเทคโนโลยีวิดีโอเกมในปัจจุบัน ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้สร้างตัวละครจากบุคคลที่มีชื่อเสียงโดยใช้เอกลักษณ์ของบุคคลนั้น ทำให้ผู้เล่นสามารถเลือกที่จะเป็นตัวละครเสมือนบุคคลที่มีชื่อเสียงที่มีอยู่จริง กรณีดังกล่าวยังไม่เคยเกิดขึ้นเป็นคดีในประเทศไทยบทความนี้ศึกษาแนวทางของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้วางหลักการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลโดยเปลี่ยนรูปใหม่มาปรับใช้กับคดีที่เกี่ยวข้องกับวิดีโอเกม ซึ่งเป็นแนวทางหนึ่งที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยในการถ่วงดุลน้ำหนักระหว่างสิทธิในชื่อเสียงและเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญ

* ผู้พิพากษาศาลจังหวัดสระแก้ว; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., LL.M. in International Trade and Commercial Law, University of Durham, LL.M. in Intellectual Property Law, University of Edinburgh, ประกาศนียบัตรผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาชั้นสูง รุ่นที่ 2 จากศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง.

Abstract

The right of publicity is rooted in the right of privacy or the right to be left alone. Publicity rights aim to protect an individual from other people using the individual's likeness or persona without consent. Celebrities such as athletes, performers, or singers should have the right to protect their identities from those who would use their persona and fame for commercial purposes. Today's videogame technology allows game developers to create avatars by using the likenesses or personas of celebrities in the videogame's content. Players are able to be their favorite real-life avatars in the game. This is not yet the case in Thailand. This paper studies the decision of a U.S. court regarding the right of publicity in the area of videogames. The case promulgates transformative use test to be used as one of the balancing tests between the right of publicity and First Amendment freedom of expression under the Constitution.

คำสำคัญ: สิทธิในชื่อเสียง, วิดีโอเกม, การใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่

Keywords: right of publicity, videogame, transformative use test

1. บทนำ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา อุตสาหกรรมวิดีโอเกมสร้างรายได้เป็นจำนวนมากแก่ประเทศสหรัฐอเมริกาปี ค.ศ.2017 สมาคม Entertainment Software Association (ESA) ซึ่งเป็นสมาคมเกี่ยวกับธุรกิจคอมพิวเตอร์และวิดีโอเกมของประเทศสหรัฐอเมริการายงานข้อมูล¹ เกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้บริโภคชาวอเมริกันต่ออุตสาหกรรมวิดีโอเกมประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างน่าสนใจว่า ในปี ค.ศ. 2016 ผู้บริโภคชาวอเมริกันมีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับวิดีโอเกมมากถึง 30.4 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ แบ่งเป็นค่าวิดีโอเกม (Content) 24.5 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ ค่าเครื่องวิดีโอเกม (Hardware) 3.7 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ และค่าอุปกรณ์เสริมเครื่องวิดีโอเกม (Accessories, including VR หรือ Virtual Reality² – อุปกรณ์แว่นสวมใส่) 2.2 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ³ ประเภทของวิดีโอเกมที่ผู้เล่นได้ซื้อไปมากที่สุดแบ่งเป็นเกม Shooter ร้อยละ 27.5 เกม Action ร้อยละ 22.5 เกม Role-playing ร้อยละ 12.9 เกมกีฬา ร้อยละ 11.7 เกม Adventure ร้อยละ 7.8 เกมต่อสู้ ร้อยละ 5.8 เกมวางแผน ร้อยละ 4.3 เกมแข่งรถ ร้อยละ 3.3 เกมประเภทอื่น ร้อยละ 4.1⁴ และยังรายงานว่าร้อยละ 65 ของบ้านในประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีคนในบ้านจำนวน 1 คน เล่นวิดีโอเกมเป็นประจำ 3 ชั่วโมงหรือมากกว่านั้นต่อสัปดาห์ ร้อยละ 67 ของบ้านในประเทศสหรัฐอเมริกามีอุปกรณ์ที่สามารถเล่นวิดีโอเกมอยู่ในบ้าน⁵ สิ่งหนึ่งที่ทำให้ผู้เล่นวิดีโอเกมซื้อวิดีโอเกมมาเล่นเนื่องมาจากเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้นระบบการเล่น และภาพกราฟิกของวิดีโอเกมได้รับการพัฒนาให้เสมือนจริง ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้นำเอกลักษณ์ (identity) ของบุคคลที่มีชื่อเสียง เช่น นักกีฬา นักการเมือง หรือนักร้องและใช้ข้อมูลของบุคคลนั้นในวิดีโอเกม เช่น นำใบหน้า ผิวสี ส่วนสูง น้ำหนัก ท่าทาง และความสามารถเฉพาะตัวของบุคคลนั้นเป็นเอกลักษณ์ของบุคคลนั้นๆ มาสร้างตัวละคร (avatar) ทำให้ขณะเล่นเกม ผู้เล่นเปรียบเสมือนได้เป็นบุคคลที่ตนชื่นชอบ เพื่อแข่งขันกับคอมพิวเตอร์หรือผู้เล่นอื่น

ในทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาผู้พัฒนาวิดีโอเกมอาจทำสัญญาขออนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลที่มีชื่อเสียง ทีมกีฬา วงดนตรีหรือนักดนตรี เกี่ยวกับการขออนุญาตใช้ทรัพย์สินทางปัญญาต่างๆ เช่น เครื่องหมายการค้าและลิขสิทธิ์เพื่อใช้ในวิดีโอเกม แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายทรัพย์สิน

¹Entertainment Software Association, **2017 Sales Demographic and Usage Data: Essential Facts About The Computer and Video Game Industry** [Online], available URL: [http:// www.theesa.com/wp-content/themes/esa/assets/EF2017_Design_FinalDigital.pdf](http://www.theesa.com/wp-content/themes/esa/assets/EF2017_Design_FinalDigital.pdf), 2017 (August, 29).

²Ibid.

³Ibid.

⁴Ibid.

⁵Ibid.

ทางปัญญาไม่รวมการใช้เอกลักษณ์ของบุคคล ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดเป็นอีกสิทธิหนึ่ง เรียกว่า “สิทธิในชื่อเสียง” (right of publicity) ซึ่งหมายถึง “สิทธิในการแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจจากการใช้ชื่อเสียงในด้านต่างๆ ของบุคคลที่มีตัวตนจริง”⁶ ปัญหาว่า หากบุคคลที่มีชื่อเสียง ถูกนำเอกลักษณ์ของตนไปใช้ในวิดีโอเกมโดยไม่ได้รับอนุญาตจะมีหลักกฎหมายใดหรือแนวทางของศาลที่พิจารณาไว้แล้วสามารถนำมาวินิจฉัยกรณีเช่นนี้บุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมได้รับผลกระทบเป็นแน่แท้ โดยเฉพาะผลกระทบต่อการสูญเสียรายได้ที่ควรได้รับจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เนื่องจากบุคคลที่มีชื่อเสียงกว่าจะพัฒนาทักษะและฝีมือในเรื่องที่ตนถนัดจนมีชื่อเสียงต้องใช้ทั้งงบประมาณและระยะเวลาในทางตรงกันข้ามผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็นำเอกลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงไปใช้ย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกมาเป็นงานให้ปรากฏต่อสาธารณะและหาประโยชน์ทางพาณิชย์จากความสามารถในการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาปรับใช้เป็นตัวละครในวิดีโอเกมในเรื่องนี้ ประเทศไทยยังไม่มีเกิดขึ้นโดยตรงแต่ในประเทศสหรัฐอเมริกามีคดีที่เกิดขึ้นแล้วและมีแนวทางของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยไว้น่าสนใจอยู่หลายวิธีด้วยกัน แต่บทความนี้ขอศึกษาจากหลักการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลโดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่ที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกานำมาปรับใช้กับคดีเกี่ยวกับวิดีโอเกม

2. ประเทศสหรัฐอเมริกา

2.1 สิทธิในความเป็นส่วนตัว

สิทธิในชื่อเสียงนั้นมีรากฐานมาจากสิทธิในความเป็นส่วนตัว (right of privacy) ซึ่งหมายถึงสิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง (right to be let alone)⁷ ความรับผิดชอบจะเกิดขึ้นเมื่อมีผู้อื่นก่อให้เกิดความเสียหายโดยการรุกรานต่อความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น สิทธิในความเป็นส่วนตัวมีจุดกำเนิดมาจากหลักกฎหมายละเมิดในปี ค.ศ.1890 Samuel D. Warren และ Louis D. Brandeis ให้ความเห็นว่าบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะปกป้องตนเองจากการรุกรานของผู้อื่นในความเป็นส่วนตัวของตน บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะควบคุมระดับและรูปแบบของข้อมูลส่วนตัวที่จะเปิดเผยต่อสังคม นอกจากนี้

⁶ไชยยศ เหมะรัชตะ, “สิทธิในชื่อเสียง,” *จุฬาลงกรณ์วารสาร* 16, 64 (2547): 102.

⁷Reshma Amin, “A Comparative Analysis of California's Right of Publicity and the United Kingdom's Approach to the Protection of Celebrities: Where Are They Better Protected,” *Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet* 1, 2 (2010): 97.

ยังกระตุ้นสังคมให้ควบคุมครองต่อความเป็นส่วนตัวของบุคคลในกรณีที่ถูกช่างภาพและนักข่าวใช้การบันทึกภาพและเสียงของบุคคลไว้⁸

ศาสตราจารย์ William Prosser อธิบายองค์ประกอบของสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวนั้นจะต้องประกอบด้วย 4 ลักษณะ

1. การรบกวนหรือแทรกแซงความสันโดษหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล
2. การเปิดเผยข้อเท็จจริงที่น่าอับอายของความเป็นส่วนตัวของบุคคลแก่สาธารณชน
3. การทำให้บุคคลเสื่อมเสียชื่อเสียงต่อสังคมในเรื่องที่ไม่เป็นความจริง
4. การยกยอกใช้ชื่อหรือลักษณะของบุคคลเพื่อผลประโยชน์ส่วนตนโดยไม่ได้รับอนุญาต⁹

องค์ประกอบสามข้อแรกนั้นเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล แต่องค์ประกอบข้อสุดท้ายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลที่สามารถได้รับการคุ้มครองในชื่อของตนหรือลักษณะของบุคคลนั้นๆ และป้องกันไม่ให้ผู้อื่นนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต¹⁰ ในข้อนี้ ศาสตราจารย์ Melville Nimmer อธิบายว่า บุคคลทุกคนไม่ใช่แค่บุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมมีสิทธิในชื่อเสียงของตนจะควบคุมหรือหารายได้จากสิ่งที่บุคคลได้สร้างขึ้นมาจากแรงงานของตัวเอง¹¹ อันแสดงให้เห็นถึงข้อแตกต่างของสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลกับสิทธิในชื่อเสียงเนื่องจากสิทธิในความเป็นส่วนตัวมุ่งคุ้มครองความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล แต่สิทธิในชื่อเสียงมุ่งคุ้มครองภาพลักษณ์ของบุคคลต่อสาธารณชน และให้ความคุ้มครองทั้งผู้มีชื่อเสียงและบุคคลธรรมดาเพียงแต่เป็นธรรมดาที่ผู้ที่มีชื่อเสียงย่อมถูกแสวงหาประโยชน์จากเอกลักษณ์ของตนมากกว่าบุคคลธรรมดา

2.2 องค์ประกอบของสิทธิในชื่อเสียง

สิทธิในความเป็นส่วนตัวไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การการค้าโลก เช่นไม่ปรากฏอยู่ในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า¹²

⁸Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, "The Right of Privacy," *Harvard Law Review* 4 (1890): 193, 206, 215-216.

⁹William L. Prosser, "Privacy," *California Law Review* 48, 3 (1960): 389.

¹⁰*Ibid.*, p. 406.

¹¹Nimmer, M. B., "The Right of Publicity," *Law and Contemporary Problems* 19 (1954): 216.

¹²Eliana Torres, "The Celebrity Behind the Brand International Protection of the Right of Publicity," *Pace Intellectual Property, Sports & Entertainment Law Forum* 6 (2016): 118.

แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกา สิทธิในชื่อเสียงได้รับการบัญญัติในกฎหมายของแต่ละรัฐ¹³ และยังบัญญัติอยู่ในกฎหมายป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (The Restatement (Third) of Unfair Competition) มาตรา 46 เรื่องการกำหนดคุณค่าทางการค้าในเอกลักษณ์ของบุคคล: สิทธิในชื่อเสียงว่า ผู้ใดซึ่งได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์จากเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้ซึ่งชื่อ เอกลักษณ์ ลักษณะ หรือสิ่งที่สามารถระบุได้ว่าเป็นบุคคลคนนั้นย่อมมีความผิด¹⁴

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การฟ้องคดีของโจทก์เกี่ยวกับสิทธิในชื่อเสียงนั้น โจทก์ต้องแสดงให้เห็นถึงการกระทำของจำเลยว่าครบองค์ประกอบทั้ง 4 ประการ¹⁵ ดังนี้

2.2.1 มีการใช้ลักษณะของบุคคล (Use of Plaintiff's identity)

ลักษณะของบุคคลนั้นย่อมมีหลายความหมาย แต่ละมลรัฐก็ให้ความหมายไว้ไม่เหมือนกัน เช่น มลรัฐ California กำหนดอยู่ใน California Civil Code มาตรา 3344 (a) ให้ความหมายของลักษณะ (identity) ว่าหมายรวมถึง ชื่อของบุคคล เสียง รูปโฉม รูปภาพ หรือเอกลักษณ์ต่างๆ ไม่ว่าจะอยู่บนสิ่งใดๆ หรือสินค้า หรือบริการ¹⁶ นอกจากนี้มาตรา 3344 (a) ยังกำหนดว่าบุคคลใดรู้อยู่แล้วและยังใช้ชื่อของบุคคล เสียง รูปโฉม รูปภาพ หรือเอกลักษณ์ต่างๆ ไม่ว่าจะอยู่บนสิ่งใดๆ หรือสินค้า หรือบริการ โดยปราศจากความยินยอมของบุคคลนั้น หรือหากเป็นกรณีผู้เยาว์ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองย่อมมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นของบุคคลที่ให้นำเอกลักษณ์ไปใช้

¹³F. Jay Dougherty, "Foreword: The Right of Publicity-Towards a Comparative and International Perspective," *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 18 (1998): 423.

¹⁴The Restatement (Third) of Unfair Competition § 46 "Appropriation Of The Commercial Value Of A Person's Identity: The Right Of Publicity. One who appropriates the commercial value of a person's identity by using without consent the person's name, likeness, or other indicia of identity for purposes of trade is subject to liability for the relief appropriate under the rules stated in § § 48 and 49".

¹⁵Hilton v. Hallmark Cards, 599 F.3d 894, 909 (9th Cir. 2010).

¹⁶California Civil Code Section 3344 (a) "Any person who knowingly uses another's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods or services, without such person's prior consent, or, in the case of a minor, the prior consent of his parent or legal guardian, shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof".

มลรัฐ Indiana ให้ความหมายของลักษณะ (personality) ใน Indiana Code มาตรา 32-36-1-6 กำหนดให้รวมถึง ภาพถ่าย ท่าทางที่โดดเด่น การเคลื่อนไหว และคำพูดที่ติดปากของบุคคลด้วย¹⁷

2.2.2 จำเลยมีจุดประสงค์เพื่อได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์ (For the commercial advantage of the defendant)

องค์ประกอบข้อนี้ค่อนข้างชัดเจนว่า จำเลยจะต้องใช้สิทธิในชื่อเสียงของโจทก์ในทางพาณิชย์ของจำเลย เช่นการใช้ชื่อหรือรูปภาพของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาตในสินค้าของจำเลย เพื่อผลประโยชน์ของจำเลยฝ่ายเดียว

2.2.3 โดยปราศจากความยินยอมของโจทก์ (Without consent of the plaintiff)

การให้ความยินยอมของโจทก์นั้นอาจทำได้หลายทางเช่นทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทำเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ การใช้ลักษณะของบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมรวมถึงการใช้ที่แตกต่างจากข้อสัญญาที่ได้รับอนุญาตไว้ด้วย

2.2.4 ในทางที่จะส่งผลต่อความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้ (In the manner that causes monetary harm)¹⁸

โจทก์จะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่า การกระทำของจำเลยสร้างความเสียหายแก่โจทก์เป็นตัวเงิน ไม่ใช่สร้างความเสียหายแก่โจทก์ในเรื่องของจิตใจ การคำนวณเป็นเงินนี้อาจจะคิดจากความเสียหายจากการถูกนำลักษณะไปใช้และจำเลยได้ผลประโยชน์เท่าไร

2.3 สิทธิในชื่อเสียงสามารถโอนกันได้

ในปี ค.ศ.1953 เป็นช่วงเวลาที่ยุทธศาสตร์มากมายในประเทศสหรัฐอเมริกากำลังได้รับความนิยมควบคู่กับกีฬาเบสบอล ศาลอุทธรณ์ภาค 2 ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยคดีที่อ้างกล่าวว่าเป็นจุดเริ่มต้นของสิทธิในชื่อเสียงไว้ในคดี Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.¹⁹

¹⁷Indiana Code Title 32.Property IN CODE § 32-36-1-6. As used in this chapter, “personality” means a living or deceased natural person whose: (1) name; (2) voice; (3) signature; (4) photograph;(5) image; (6) likeness;(7) distinctive appearance;(8) gesture; or (9) mannerisms; has commercial value, whether or not the person uses or authorizes the use of the person's rights of publicity for a commercial purpose during the person's lifetime.

¹⁸Marc Edelman, “Closing the “Free Speech” Loophole: The Case for Protecting College Athletes’ Publicity Rights in Commercial Video Games,” *Florida Law Review* 65 (2013): 560.

¹⁹Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

โจทก์เป็นบริษัทจำหน่ายหมากฝรั่งทำสัญญากับผู้เล่นเบสบอลใน major league หลายคนโดยมีข้อตกลงว่า ผู้เล่นเบสบอลจะให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่โจทก์ที่จะใช้รูปภาพของผู้เล่นเบสบอลกับสินค้าหมากฝรั่งที่โจทก์นำออกจำหน่าย ในสัญญาอนุญาตระหว่างโจทก์กับผู้เล่นเบสบอลนั้น ผู้เล่นจะไม่ได้รับอนุญาตให้ทำสัญญากับบริษัทหมากฝรั่งอื่นนอกจากโจทก์ จำเลยเป็นบริษัทจำหน่ายหมากฝรั่งเช่นเดียวกับโจทก์ จำเลยชักจูงผู้เล่นเบสบอลอาชีพหลายคนที่ทำสัญญากับโจทก์ให้ใช้รูปภาพ อันได้แก่สินค้าประเภทการ์ดรูปนักเบสบอลที่ทำสัญญากับโจทก์ขายคู่กับสินค้าหมากฝรั่งของจำเลย จากการกระทำของจำเลย ทำให้รายได้ของบริษัทโจทก์จากการจำหน่ายสินค้าหมากฝรั่งกับรูปภาพผู้เล่นเบสบอลลดลงจาก 973,000 ดอลลาร์สหรัฐ ในปี ค.ศ.1951 เหลือ 731,000 ดอลลาร์สหรัฐ ในปี ค.ศ.1952²⁰ โจทก์จึงฟ้องจำเลยว่า จำเลยละเมิดสิทธิของโจทก์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่ผู้เล่นเบสบอลได้ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการใช้รูปภาพของผู้เล่นเบสบอลแก่โจทก์ จำเลยต่อสู้ว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัวของนักเบสบอลแต่ละคนนั้นไม่อาจที่จะโอนให้แก่กันได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งสัญญาที่โจทก์ทำกับผู้เล่นเบสบอลไม่ใช่ทรัพย์สิน (property) ที่จะโอนได้ จำเลยจึงสามารถใช้รูปภาพของผู้เล่นเบสบอลกับสินค้าหมากฝรั่งของจำเลยได้

ศาลอุทธรณ์ภาค 2 โดยท่านผู้พิพากษา Jerome Frank วินิจฉัยว่า บุคคลย่อมมีสิทธิในชื่อเสียงในรูปภาพของตน เช่น สิทธิที่จะอนุญาตในการผลิตรูปภาพของตนแก่ผู้อื่น อันเป็นสิทธิที่แยกออกมาจากสิทธิในความเป็นส่วนตัว บุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมได้รับผลกระทบหากไม่ได้รับผลตอบแทนจากการอนุญาตให้โฆษณารูปภาพในที่ต่างๆ เช่น ทำให้ปรากฏในหนังสือพิมพ์ บนรถโดยสาร หรือรถไฟใต้ดิน และสิทธิในชื่อเสียงย่อมเป็นสิทธิของบุคคลในการห้ามไม่ให้ผู้อื่นใช้รูปภาพได้²¹ เมื่อผู้เล่นเบสบอลได้ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในรูปภาพแก่โจทก์แล้ว โจทก์จึงสามารถที่จะห้ามจำเลยไม่ให้ใช้รูปภาพของผู้เล่นเบสบอลที่ทำสัญญาไว้กับโจทก์ไปใช้กับสินค้าของจำเลยได้จากคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถตีความได้ว่าสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลสามารถที่จะอนุญาตให้ผู้อื่นใช้ได้ ผู้ที่ได้รับอนุญาตย่อมมีสิทธิที่จะห้ามไม่ให้บุคคลอื่นใช้สิทธิที่ได้รับอนุญาตได้

จากคำพิพากษาคดีนี้เป็นจุดเริ่มต้นของสิทธิในชื่อเสียงที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้หยิบยกขึ้นวินิจฉัยเป็นครั้งแรก และต่อมาในภายหลังเมื่อมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างไปจากเดิมส่งผลให้ศาลสหรัฐอเมริกาวางหลักการวินิจฉัยว่าอย่างไรจึงเป็นการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลแล้วเป็นการกระทบสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลนั้น

²⁰J. Gordon Hylton, "Baseball Cards and the Birth of the Right of Publicity: The Curious Case of Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum," *Marquette Sports Law Review* 12 (2001): 283-284.

²¹Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc, *supra* note 19, 868.

2.4 การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลโดยเปลี่ยนรูปใหม่

2.4.1 คดี Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc.

ในคดี Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc.²² ศาลสูงสุดของมลรัฐ California ได้วินิจฉัยสิทธิในชื่อเสียงกับหลัก First Amendment หรือสิทธิในการแสดงออกในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โจทก์คือบริษัทชื่อ Comedy III Productions ได้สิทธิของทีมนักแสดงตลกชื่อ The Three Stooges จำเลยคือ Gary Saderup และบริษัท Gary Saderup, Inc. ประกอบกิจการเกี่ยวกับการวาดภาพนักแสดงด้วยสีชาร์โคล (Charcoal) โจทก์ฟ้องว่าจำเลยผลิตและขายเสื้อพิมพ์หิน (lithographs and t-shirts) ซึ่งใช้รูปภาพที่มีลักษณะของทีมตลก The Three Stooges

คดีมีประเด็นแรกให้ศาลวินิจฉัยว่า California Civil Code มาตรา 3344 (a) ครอบคลุมถึงการใช้ลักษณะเด่นของทีมตลก The Three Stooges หรือไม่ จำเลยอ้างว่า กฎหมายของมลรัฐ California ปรับใช้กับการโฆษณาหรือการให้ความสนับสนุนสินค้าเท่านั้น แต่เสื้อพิมพ์หินของจำเลยไม่ได้ใช้สำหรับการโฆษณาหรือการให้ความสนับสนุนสินค้าของโจทก์ จำเลยจำหน่ายเสื้อพิมพ์หินที่เกิดจากการวาดภาพทีมตลก The Three Stooges ด้วยฝีมือและทักษะของจำเลยเอง เห็นว่า California Civil Code มาตรา 3344 (a) นั้นตีความตามตัวอักษรว่าปรับใช้กับบุคคลที่ใช้โดยปราศจากการได้รับอนุญาตในการใช้ลักษณะของบุคคลรวมถึงชื่อ เสียง รูปภาพ ไม่ว่าจะอยู่บนหรืออยู่ในสินค้า หรือการโฆษณา หรือการจำหน่าย สินค้าอื่นๆ แม้จำเลยจะไม่ได้ใช้เพื่อโฆษณาสินค้า แต่เมื่อจำเลยใช้ลักษณะของทีมตลก The Three Stooges โดยไม่ได้รับอนุญาตในการจำหน่ายสินค้าของจำเลยแล้ว จึงเป็นการกระทำความเสียหายในชื่อเสียงของโจทก์

ประเด็นที่สอง การกระทำของจำเลยเป็นการใช้เสรีภาพในการแสดงออกซึ่งกำหนดไว้ใน First amendment ของรัฐธรรมนูญ หรือไม่ เห็นว่า จำเลยมีเสรีภาพในการแสดงออกตาม First amendment ของรัฐธรรมนูญ แต่สิทธิในชื่อเสียงเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic right) อย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ได้ให้สิทธิของบุคคลในการเซ็นเซอร์ (right of censorship) แต่เป็นสิทธิในการป้องกันมิให้มีการนำชื่อเสียงของบุคคลไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต²³ การที่จำเลยนำลักษณะของทีมตลก The Three Stooges ไปใช้นั้นไม่ใช่การแสดงออกอย่างมีเสรีภาพ แต่เป็นการใช้ลักษณะของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต

ประเด็นสุดท้าย งานภาพพิมพ์หินบนเสื้อยืดของจำเลยเป็นการแปลงงานในรูปแบบอื่นหรือไม่ ศาลเทียบการกระทำของจำเลยกับหลักการใช้ที่เป็นธรรม (fair use) ในกฎหมาย

²²Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc., 21 P.3d 797 (Cal. 2001).

²³Ibid.

ลิขสิทธิ์ว่าจะต้องมีการเปลี่ยนรูปแบบของงานที่จำเลยได้สร้างขึ้นมา หรือเป็นการเพิ่มเติมสิ่งใหม่เข้าไปในงานนั้นๆ กล่าวอีกนัยหนึ่ง งานของจำเลยจะต้องมีการเปลี่ยนรูปจากงานเดิมของโจทก์ หรือที่เรียกว่าหลัก Transformative test เนื่องจากสิทธิในชื่อเสียงหรือลิขสิทธิ์ต่างมุ่งคุ้มครองงานที่เกิดจากการสร้างสรรค์ด้วยแรงงานของบุคคลที่สร้างสรรค์ขึ้น หากงานใหม่ที่จำเลยได้สร้างขึ้นมีองค์ประกอบที่สร้างขึ้นใหม่จากงานเดิมแล้ว เสรีภาพในการแสดงออก First amendment ของรัฐธรรมนูญย่อมมีเหตุผลมากกว่าสิทธิในชื่อเสียงของบุคคล การกระทำของบุคคลที่นำเอกลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาปรับเปลี่ยนรูปแบบใหม่ย่อมไม่เป็นการกระทบสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลนั้น นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่า ต้องพิจารณาการกระทำของจำเลยมุ่งประสงค์หากำไรจากชื่อเสียงของบุคคลหรือไม่ หากงานของจำเลยไม่ได้มุ่งประสงค์เพื่อทางการค้าแล้วการที่โจทก์อ้างว่าสิทธิในชื่อเสียงโจทก์ได้รับการกระทบกระเทือนย่อมไม่เกิดขึ้น แต่หากเกี่ยวข้องกับทางการค้าแล้วก็จะกลับไปติดเงื่อนไขข้อแรกว่างานดังกล่าวมีการเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยเพียงใด เช่นนี้แล้ว ศาลเห็นว่าการที่จำเลยวาดภาพทีมตลก The Three Stooges ลงบนเสื้อพินของจำเลยโดยการลอกเลียนลักษณะของทีมตลกดังกล่าวโดยไม่ได้มีการเปลี่ยนรูปแบบใหม่ของทีมตลก The Three Stooges ให้เป็นลักษณะอื่นการกระทำของจำเลยเป็นการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของทีมตลก The Three Stooges แล้ว²⁴

2.4.2 คดี Winter v. DC Comics

ในคดี Winter v. DC Comics²⁵ ศาลสูงสุดแห่ง California ได้วินิจฉัยหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบใหม่กับหนังสือการ์ตูนที่มีเนื้อหาโดยใช้เอกลักษณ์ของบุคคลมาเป็นตัวละคร ข้อเท็จจริงในคดีนี้เกิดขึ้นในช่วงปี ค.ศ.1990 บริษัทจำเลยผลิตหนังสือการ์ตูนชื่อว่า Jonah Hex มีทั้งหมด 5 เล่ม โดยในจำนวน 2 เล่ม มีตัวละครปรากฏในนั้นใช้ชื่อว่า Johnny Autumn และ Edgar Autumn เป็นพี่น้องกัน ตัวละครดังกล่าวมีลักษณะครึ่งคน ครึ่งหนอน มีผมยาว ใบหน้าซีด และมีหนึ่งคนที่สวมแว่นกันแดดสีแดงและสวมหมวกทรงสูง โจทก์คือพี่น้องตระกูล Winter ชื่อว่า Johnny Winter และ Edgar Winter เป็นนักดนตรีผู้มีชื่อเสียงจากรัฐ Texas พี่น้องทั้งสองคนมีลักษณะเป็นคนเผือก (Albino) และ Johnny Winter สวมหมวกทรงสูงอยู่เป็นประจำ โจทก์ฟ้องจำเลยว่าใช้ชื่อและลักษณะท่าทางของโจทก์โดยไม่ได้รับอนุญาตภายใต้ California Civil Code มาตรา 3344 (a) เนื่องจากจำเลยตั้งใจใช้ชื่อ Johnny Autumn และ Edgar Autumn เพื่อชักจูงให้ผู้อ่านหนังสือการ์ตูนของจำเลยเชื่อว่าตัวละครในหนังสือการ์ตูนเป็นโจทก์ หนังสือการ์ตูนดังกล่าวยังทำให้โจทก์

²⁴Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc., 21 P.3d 797 (Cal. 2001).

²⁵Winter v. DC Comics 69 P.3d 473 (Cal. 2003).

เป็นบุคคลที่ โง่เลาะ ชี้อารมณ์ ชั่วร้าย และชอบความรุนแรง จำเลยต่อสู้ว่า หนังสือการ์ตูนของจำเลยเป็นการใช้ลักษณะรูปร่างของโจทก์โดยเปลี่ยนรูปใหม่

คดีมีประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัยคือ การกระทำของจำเลยเป็นการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่หรือไม่ ศาลสูงสุดแห่ง California เห็นว่า การวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวต้องพิจารณาว่า ลักษณะของบุคคลที่มีชื่อเสียงนั้นเป็นวัตถุติดจากงานต้นฉบับที่ได้ประกอบขึ้นหรือไม่ หรือการเลียนแบบบุคคลที่มีชื่อเสียงเป็นส่วนประกอบและองค์ประกอบของงานที่สร้างขึ้นหรือไม่ และลักษณะของบุคคลที่มีชื่อเสียงได้ถูกเปลี่ยนรูปใหม่อันเป็นสินค้าที่จำเลยได้จัดทำขึ้นมาเองมากกว่า อาศัยลักษณะของบุคคลที่มีชื่อเสียงหรือไม่ เห็นว่าผู้ที่มีสิทธิในชื่อเสียงอยู่นั้น สิทธิไม่ใช่ right of censorship แต่เป็นสิทธิที่จะห้ามผู้อื่นจากการแสวงหาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่เกิดจากชื่อเสียงบุคคลโดยการใช้ชื่อ เสียง รูปภาพ ลักษณะเด่น หรือลักษณะท่าทาง²⁶ หนังสือการ์ตูนของจำเลยที่มีตัวละคร Johnny Autumn และ Edgar Autumn แม้จะอาศัยลักษณะของโจทก์ก็ตาม แต่ลักษณะของโจทก์ก็เป็นเพียงส่วนประกอบอย่างหนึ่งในงานของจำเลยที่ใช้เป็นตัวละครในหนังสือการ์ตูน ตัวละครนั้นไม่ได้ทำให้รายได้ของโจทก์ลดลง เพราะหากแฟนเพลงของโจทก์ต้องการสนับสนุนสินค้าของโจทก์คงไม่มาซื้อหนังสือการ์ตูนของจำเลย ศาลยังเห็นว่า งานที่แสดงออกมานั้นไม่จำเป็นจะต้องเป็นการล้อเลียน เสียดสี การให้ความเห็นทางสังคม หรือในรูปแบบใด แต่งานที่แสดงออกมาก็ต้องมี การเปลี่ยนรูปใหม่ การที่จำเลยวาดตัวละครการ์ตูนโดยมีการสร้างสรรค์ Johnny Autumn และ Edgar Autumn ในรูปแบบของจำเลยแล้วอันจะเห็นได้จากการวาดในลักษณะครึ่งคน ครึ่งหนอน มีผมยาว ใบหน้าซีด มีหนึ่งคนที่สวมแว่นกันแดดสีแดงและสวมหมวกทรงสูง จำเลยไม่ได้ใช้รูปภาพของโจทก์โดยตรงในตัวละครนั้น²⁷ หนังสือการ์ตูนของจำเลยย่อมได้รับการคุ้มครองด้วยเสรีภาพในการแสดงออกและไม่ได้กระทบสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์

จากคดีข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกี่ยวกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลที่จะต้องมีการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ กล่าวคือจะต้องไม่เป็นการคัดลอกรูปลักษณะเอกลักษณ์ หรือลักษณะของบุคคลโดยตรง แต่จะต้องมีการปรับเปลี่ยน เพิ่มเติม ใส่รายละเอียดอื่นๆ เพิ่มเติมเข้าไปจากเอกลักษณ์ของบุคคลนั้นๆ ซึ่งจะเป็นข้อต่อสู้ของผู้สร้างผลงานขึ้นมาโดยอาศัยชื่อเสียงของบุคคลอื่น

²⁶Winter v. DC Comics 69 P.3d 473 (Cal. 2003).

²⁷Ibid.

3. คดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม

3.1 คดี *Pesina v. Midway Manufacturing Co.*

ศาล District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division วินิจฉัยคดี *Pesina v. Midway Manufacturing Co.*²⁸ เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ.1996 โจทก์คือ Daneil Pesina เป็นนักศิลปะการต่อสู้ ฟ้องจำเลย บริษัท Midway Manufacturing Company บริษัท Williams Electronics Games, Inc. บริษัท Nintendo of America, Inc. บริษัท Sega of America, Inc. และบริษัท and Acclaim Entertainment, Inc. ที่เป็นบริษัทสร้างและจำหน่าย วิดีโอเกม Mortal Kombat และ Mortal Kombat II จำเลยเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์วิดีโอเกมดังกล่าวซึ่ง อยู่ในรูปแบบของเกมตู้หยอดเหรียญและเครื่องวิดีโอเกมเล่นที่บ้านในปี ค.ศ.1991 ถึง ค.ศ.1993 จำเลยว่าจ้างโจทก์ให้เป็นตัวอย่างสำหรับตัวละครในวิดีโอเกมจำเลย จำเลยบันทึกทำทางของโจทก์ และนำภาพลงคอมพิวเตอร์²⁹ นักพัฒนาวิดีโอเกมของจำเลยได้ใส่รูปร่างท่าทางเพิ่มเติมจากบันทึก การเคลื่อนไหวและลักษณะของโจทก์แล้วสร้างเป็นตัวละครชื่อ Johny Cage ในวิดีโอเกมทั้งสองภาค ของจำเลย โจทก์ฟ้องจำเลยในประเด็นหนึ่งว่า จำเลยนำรูปภาพ ลักษณะ และท่าทางของโจทก์ไปใช้ โดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลเห็นว่า การที่โจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์นั้น โจทก์ ต้องแสดงให้เห็นก่อนว่าเอกลักษณ์ของโจทก์นั้นเป็นที่จดจำแก่ผู้เล่นวิดีโอเกม³⁰ ศาลพิจารณา พยานหลักฐานของจำเลยจากวิดีโอที่จำเลยบันทึกท่าทางของโจทก์ไว้ก่อนที่จำเลยจะนำมาตัดแปลง ลงวิดีโอเกมแล้ว เห็นว่า จำเลยได้เปลี่ยนท่าทางการเคลื่อนไหวและเปลี่ยนภาพของโจทก์ก่อน นำไปใช้ในวิดีโอเกม³¹ จำเลยยังแสดงให้เห็นว่า ผู้เล่นเกม Mortal Kombat และ Mortal Kombat II มีเพียง 6% จากจำนวน 306 ผู้เล่นที่เข้าใจว่าโจทก์คือ ตัวละครชื่อ Johny Cage³² เช่นนี้แล้วจำเลยจึงไม่ได้ละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์

²⁸ *Pesina v. Midway Manufacturing Co.*, 948 F. Supp. 40 (N.D. Ill. 1996).

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Gerald O. Sweeney Jr, and John T. Williams, "Mortal Kombat: The Impact of Digital Technology on the Rights of Studios and Actors to Images and Derivative Works," *Minnesota Intellectual Property Review* 3 (2002): 103.

³² *Pesina v. Midway Manufacturing Co.*, *supra* note 28, 42.

3.2 คดี Kirby v. Sega of America, Inc.

ศาล Court of Appeal of California, Second District, Division Eight วินิจฉัยคดี Kirby v. Sega of America, Inc.³³ เมื่อวันที่ 25 กันยายน ค.ศ. 2006 โจทก์คือ Keirin Kirby เป็นนักร้อง นักแสดง และนักร้องแบบ ได้รับฉายาว่า Lady Miss Kier และยังเป็นนักร้องนำวง Deee-Lite ซึ่งได้รับความนิยมในช่วงต้นยุคทศวรรษที่ 90 มีเพลงที่รู้จักมากในยุคนั้นคือ Groove is in the Heart ได้รับการเปิดบ่อยที่สุดในช่อง MTV และวิทยุไปทั่วโลกด้วยลักษณะเด่นของโจทก์ที่จะแต่งตัวด้วยรองเท้าส้นตึก ถุงเท้ายาวถึงหัวเข่า เสื้อผ้ารัดรูปสีฉูดฉาดสไตล์ Funky กระโปรงทรงเชียร์ลีดเดอร์ ทำผมสีแดงชมพู บนเสื้อจะมีตัวเลขหรือตัวอักษรตัวโตติดอยู่ สะพายกระเป๋าเป้สีน้ำเงิน มีท่าทางการเต้นแนว Groove ทำให้ความรู้สึกเหมือนอยู่ในปาร์ตี้ และในเพลง Groove is in the Heart โจทก์ยังพูดคำที่ผู้ฟังจะจดจำได้ว่า ooh la la³⁴ จำเลยคือ บริษัท Sega of America เป็นผู้จัดทำนำวีดีโอเกมญี่ปุ่นชื่อเกมว่า Space Channel 5 เกมดังกล่าวถูกพัฒนาโดย Takashi Yuda ในปี ค.ศ. 1997 ถึง ค.ศ. 1999 ตัวละครหลักของเกมนี้เป็นนักร้องชื่อว่า Ulala และมีประโยคที่พูดติดปากในเกมว่า ooh la la โจทก์ฟ้องว่าจำเลยละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์โดยนำรูปลักษณะของโจทก์ไปใช้ในวีดีโอเกม Space Channel 5 โดยไม่ได้รับอนุญาต

วีดีโอเกม Space Channel 5 เป็นเรื่องราวที่จำลองเหตุการณ์ในทศวรรษที่ 25 มีตัวละครหลักคือ นักร้อง เป็นหญิงสาวชื่อ Ulala สังกัดอยู่สถานีช่อง 5 สวมเสื้อผ้าสีส้มทั้งตัว กระโปรงสั้น สวมถุงมือยาว สวมรองเท้าส้นตึก ผมสีชมพู มีตัวเลข 5 ติดอยู่บนหน้าอก สะพายไอโฟนสีน้ำเงิน โดยการกิจของ Ulala ต้องไปสำรวจการรุกรานของเอเลี่ยนบนโลกมนุษย์ และใช้ปืนรังสียิงไปที่เอเลี่ยน และจะต้องมีการเต้นให้ตรงกับจังหวะของฝ่ายตรงข้าม หากผู้เล่นทำได้ก็จะได้คะแนนและผ่านด่านต่างๆ จนไปถึงด่านสุดท้าย จะเจอด่านชื่อว่า Space Michael ซึ่งถูกสร้างให้ผู้เล่นพบกับราชาเพลงป๊อป Michael Jackson ซึ่งได้อนุญาตให้ใช้เสียงและได้รับเครดิตในเกมนี้³⁵

ในการพิจารณาของศาลนั้นพยานโจทก์ปาก Takashi Yuda เบิกความว่าตัวละครในวีดีโอเกมชื่อ Ulala มาจากชื่อภาษาญี่ปุ่นว่า Urara และเปลี่ยนให้เป็นภาษาอังกฤษให้ง่ายขึ้นต่อการออกเสียง และตัวละครดังกล่าวสร้างจากการ์ตูนญี่ปุ่นไม่ได้ใช้ลักษณะโจทก์ ลักษณะท่าทางในเกมนั้นตัวละคร Ulala จะเคลื่อนไหวได้ 6 แบบ คือ ขึ้น ลง ซ้าย ขวา หน้า และหลัง ท่าทางการเต้นออกแบบโดย NahokoNezu เป็นนักเต้นชาวญี่ปุ่น โดย NahokoNezu ไม่รู้จักโจทก์มาก่อน NahokoNezu แสดงท่าทางการเต้นแล้ว Takashi Yuda บันทึกวีดีโอท่าเต้นไว้ใช้ในเกม Space Channel 5 สำหรับเพลง

³³ Kirby v. Sega of America, Inc., 50 Cal.Rptr.3d 607 (2006).

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

ที่ใช้ในเกมนั้นคือ Mexican Flyer แต่งโดย Ken Woodman ในปี ค.ศ.1960 ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับหรืออ้างถึงดนตรีของโจทก์หรือวง Deee-Lite³⁶

ศาลเห็นว่า California Civil Code มาตรา 3344 (a) การใช้เอกลักษณ์ของบุคคล หมายถึงการใช้ภาพของบุคคลอื่น ในการชั่งน้ำหนักระหว่างการสร้างสรรค์วิดีโอเกมกับสิทธิในชื่อเสียงนั้น ศาลพิจารณาก่อนว่า วิดีโอเกมนั้นผู้สร้างสรรค์มีเสรีภาพในการแสดงออกหรือไม่ เห็นว่า สิทธิเสรีภาพในการแสดงออกนั้นครอบคลุมไม่ว่าจะแสดงออกโดยการเขียน หรือพูด หรือแสดงออก ในรูปงานดนตรีหรืองานภาพยนตร์ เช่นเดียวกับวิดีโอเกมที่เกี่ยวข้องเป็นการแสดงออกมาเป็นงานอย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับงานประพันธ์อย่างอื่น³⁷ วิดีโอเกมจึงเป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองด้วยหลักเสรีภาพในการแสดงออก

คดีมีประเด็นต่อมาให้ศาลวินิจฉัยว่า การที่จำเลยสร้างตัวละคร Ulala นั้นเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงโจทก์หรือไม่ เห็นว่า Ulala ไม่ได้ลอกเลียนรูปลักษณ์ของโจทก์มาโดยตรง เนื่องจากมีความแตกต่างกันในรายละเอียดเช่น Ulala ถูกสร้างด้วยคอมพิวเตอร์ทำให้มีลักษณะที่ดูหอมสูง พยานหลักฐานของจำเลยฟังได้ว่า Ulala สร้างมาจากการตูนญี่ปุ่น นอกจากนี้ทรงผมของตัวละครยังแตกต่างจากโจทก์ ที่โจทก์มีหลายทรงผม แต่ Ulala มีทรงผมเดียว และมีส่วนต่างที่สำคัญคือฉากของเกมนั้นจำลองว่าอยู่ในอวกาศซึ่งหมายถึงในอนาคต แต่การแต่งกายของโจทก์นั้นเป็นยุคปี ค.ศ.1960 และไม่ปรากฏว่ารูปลักษณ์ของโจทก์จะเกี่ยวข้องกับอวกาศแต่อย่างใด ทั้งเมื่อพิจารณาจากท่าทางการเต้นแล้ว พบว่า ท่าเต้นของ Ulala มีการเต้นด้วยแขน ขา และหัว ที่ไม่เหมือนในวิดีโอเพลงของโจทก์ เมื่อพิจารณาดังกล่าวแล้วย่อมแสดงให้เห็นว่า ตัวละคร Ulala นั้นมีการเปลี่ยนรูปใหม่ และจำเลยได้สร้างสรรค์สิ่งอื่นเข้าไปเป็นงานใหม่³⁸ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่างานใหม่นั้นมีการส่งข้อความหรือความหมายอื่น ศาลพิจารณาหลักเปลี่ยนรูปใหม่จากคดี Winter แล้ว เห็นว่า Ulala เป็นตัวละครที่สร้างขึ้นโดยผู้พัฒนาเกมและไม่ได้นำรูปลักษณ์ของโจทก์มาใช้โดยตรง ดังเช่นคดี Comedy III³⁹ ดังนั้นจำเลยจึงไม่ได้ละเมิดสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์

³⁶ Kirby v. Sega of America, Inc., 50 Cal.Rptr.3d 607 (2006).

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

3.3 คดี No Doubt v. Activision Publishing, Inc.

ศาล Court of Appeals of California, Second District, Division Four วินิจฉัยคดี No Doubt v. Activision Publishing, Inc.⁴⁰ เมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2011 โจทก์คือวงดนตรี No Doubt เป็นวงดนตรีร็อกที่รู้จักแพร่หลายทั่วโลก มี Gwen Stefani นักร้องหญิงเป็นนักร้องนำ โจทก์ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในเอกลักษณ์ของวงดนตรีกับบริษัทจำเลยเพื่อใช้ในวิดีโอเกมของจำเลย⁴¹ จำเลยคือบริษัท Activision Publishing เป็นบริษัทผลิตและจัดจำหน่ายวิดีโอเกมทั่วโลก เป็นผู้สร้างและพัฒนาเกม Band Hero โดยเกม Band Hero จำหน่ายได้มากกว่า 40 ล้านแผ่นทั่วโลก ในการเล่นเกมนี้อัตโนมัติเปรียบเสมือนเล่นเป็นวงดนตรีที่มีอยู่จริง และใช้เพลงหลายเพลงประกอบในเกมผู้เล่นจะทำการเลือกตัวละคร (avatar) เช่นผู้เล่นสามารถเป็น มือกีตาร์ นักร้องนำ หรือมือกลอง ตัวละครบางตัวเป็นตัวละครที่สร้างขึ้นจากจินตนาการไม่มีอยู่จริง แต่บางตัวละครถูกสร้างและออกแบบจากวงดนตรีที่มีชีวิตอยู่จริง ผู้เล่นยังสามารถสร้างตัวละครในโหมดสร้างบุคลิกของตัวละครได้เอง และเลือกที่จะแสดงในฉากใดๆ เช่น ลานเวทีที่เมืองปารีสหรือเมืองมาดริด ในห้างสรรพสินค้า หรือแม้กระทั่งอวกาศนอกโลกก็เลือกได้ ในเกม Band Hero ประกอบด้วยเพลงมากกว่า 60 เพลง อนุญาตให้ผู้เล่นแต่งเพลงขึ้นมาเองได้ ในขณะที่เล่นเกมนั้น เมื่อผู้เล่นผ่านด่านแต่ละฉากได้แล้วจะสามารถปลดล็อคตัวละครอื่นและสามารถเลือกตัวละครนั้น แสดงกับเพลงอะไร ก็ได้ที่อยู่ในเกม

ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด โจทก์อนุญาตให้จำเลยใช้ชื่อ รูปโฉม เครื่องหมาย เครื่องหมายการค้า และสิทธิที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาในวิดีโอเกม Band Hero นอกจากนี้โจทก์ยังอนุญาตให้จำเลยใช้เพลงของโจทก์จำนวน 3 เพลงในเกมจำเลย และตกลงที่จะทำการถ่ายภาพและบันทึกรูปโฉม รูปลักษณะ รวมถึงเอกลักษณ์ของสมาชิกวงดนตรี โดยมีการบันทึกท่าทาง การเต้น การร้อง รวมถึงเสียงของนักร้องนำ เมื่อบันทึกและแปลงเป็นตัวละครในเกมเสร็จ โจทก์ก็จะตรวจสอบว่าเหมือนกับตนเองและสมาชิกวง No Doubt หรือไม่ ก่อนที่วิดีโอเกม Band Hero จะวางจำหน่าย 2 สัปดาห์ โจทก์ทราบถึงการปลดล็อคตัวละครในวิดีโอเกมว่า สำหรับวง No Doubt สมาชิก 2 คนจะถูกปลดล็อคในด่านที่ 7 สมาชิกที่เหลือจะถูกปลดล็อคในด่านที่ 9 เมื่อปลดล็อคแล้ว ผู้เล่นสามารถเลือกตัวละครนักร้องนำ Gwen Stefani ร้องในเสียงผู้ชายได้ ส่วนสมาชิกคนอื่นสามารถนำมาร้องเป็นเสียงผู้หญิง สมาชิกแต่ละคนของวงสามารถถูกเลือกโดยผู้เล่น และแสดงในเกมเพียงคนเดียวโดยไม่ต้องประกอบไปด้วยสมาชิกคนอื่น หรือไปประกอบกับสมาชิกวงดนตรีอื่นในเกม โจทก์อ้างว่าจำเลยไม่ได้แจ้งลักษณะเด่นของเกมนี้ให้โจทก์ทราบก่อน นอกจากนี้โจทก์เพียงอนุญาตให้จำเลยใช้ลักษณะของวงดนตรีโจทก์กับเพลงจำนวน 3 เพลงของโจทก์เท่านั้น เมื่อโจทก์แจ้งให้จำเลย

⁴⁰No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal.App.4th 1018 (2011).

⁴¹Ibid.

ทราบ จำเลยรับว่า จำเลยได้ว่าจ้างนักดนตรีอื่นเลียนแบบวงดนตรีโจทก์เพื่อสร้างบุคลิก ท่าทาง ให้เหมือนกับโจทก์เพื่อแสดงเพลงอื่นนอกจากเพลงของจำเลย โจทก์ต้องการให้จำเลยนำวิธีการ ปลดลือคของตัวละครโจทก์ในเกม Band Hero ออก แต่จำเลยปฏิเสธโดยอ้างว่าโจทก์มาหาจำเลย ภายหลังจากที่ผู้พัฒนาเกมได้สร้างตัวละครและเกมเสร็จแล้ว

โจทก์ฟ้องจำเลยว่า จำเลยใช้ชื่อวงดนตรี No Doubt ท่าทางการแสดง เอกลักษณ์ของ สมาชิกวงดนตรีโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นการละเมิดสิทธิในชื่อเสียงโจทก์ตาม California Civil Code มาตรา 3344 (a) และข้อหาอื่นๆ⁴² จำเลยต่อสู้ว่าวิดีโอเกม Band Hero ได้รับการคุ้มครองด้วยหลัก เสรีภาพในการแสดงออกที่จำเลยได้สร้างสรรค์ขึ้นมา ศาลเห็นว่า วิดีโอเกม Band Hero เป็นงานที่ แสดงออกมาอย่างหนึ่งที่จะได้รับการคุ้มครองด้วยหลักเสรีภาพในการแสดงออกไม่ต่างจากงาน วรรณกรรมอื่น แต่อย่างไรก็ตามเสรีภาพในการแสดงออกของจำเลยต้องพิจารณาด้วยว่าเป็นการ แสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของโจทก์หรือไม่⁴³ เนื่องจากสิทธิในชื่อเสียงนั้นคล้ายกับลิขสิทธิ์ที่ มุ่งคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่สังคมทราบว่า เป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นจากแรงงาน เวลา และเงิน ซึ่งเป็นเวลาหลายปีกว่าจะพัฒนาทักษะของบุคคล ชื่อเสียง ความอื้อฉาว หรือคุณค่าของบุคคลที่จะ แลกเปลี่ยนกับคุณค่าทางพาณิชย์หรือทางเศรษฐกิจกลับมาจากเอกลักษณ์ของบุคคลนั้น⁴⁴

คดีมีปัญหาว่าวิดีโอเกม Band Hero ใช้เอกลักษณ์ของโจทก์เป็นการเปลี่ยนรูปแบบ ใหม่หรือไม่ เห็นว่า จำเลยไม่ได้ต่อสู้ว่าตัวละครวงดนตรี No Doubt ในเกมไม่ได้สร้างจากโจทก์ เท่ากับ รับว่าจำเลยใช้เอกลักษณ์ของโจทก์จริงด้วยการใช้วิธีบันทึกการเคลื่อนไหวและถ่ายภาพ เพื่อที่จะ สร้างท่าทางการเต้น การร้อง และเสียงร้องของวงดนตรี จำเลยเจตนาเลือกวงดนตรีโจทก์เพื่อให้ผู้ เล่นเกมเลือกที่จะเป็นนักร้องนำหรือวงดนตรี No Doubt จำเลยอ้างกรณีคดี Kirby v. Sega of America, Inc. ว่าจำเลยใช้ตัวละครโจทก์เป็นการเปลี่ยนรูปแบบแล้วเนื่องจากภายในวิดีโอเกม Band Hero ตัว ละครโจทก์จะเล่นดนตรีประกอบด้วยฉากที่มีวัตถุอย่างอื่นที่สร้างขึ้น มีฉากหลังหลายประเภท รวมถึง ฉากในอวกาศ และอนุญาตให้ผู้เล่นเปรียบเสมือนเล่นอยู่ในฉากที่วงดนตรีโจทก์ไม่อาจแสดงได้ในชีวิตจริง ศาลเห็นว่าคดี Kirby v. Sega of America, Inc. ตัวละครนักร้อง Ulala นั้นถูกเปลี่ยนเอกลักษณ์ ใหม่ทั้งหมด แต่ในเกม Band Hero แม้ตัวละครโจทก์จะแสดงดนตรีอยู่ที่ใดก็ตาม ก็ยังเป็นวงดนตรี ร็อก⁴⁵ เช่นเดียวกับชีวิตจริงที่โจทก์มีชื่อเสียงจากการเล่นดนตรีร็อก ฉากในเกมและตัวละครในเกมที่ ทำให้ผู้เล่นใช้ตัวละครโจทก์แสดงเพลงอื่นที่ไม่ใช่เพลงของโจทก์ไม่ได้เปลี่ยนรูปแบบของเอกลักษณ์

⁴² No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal.App.4th 1018 (2011).

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

สมาชิวงดนตรี No Doubt นอกจากนั้นการใช้เอกลักษณ์วง No Doubt แสดงเพลงต่างๆ เป็นผลประโยชน์ทางการค้าโดยอาศัยชื่อเสียงจากวงดนตรีโจทก์เพราะแฟนเพลงของโจทก์ย่อมเลือกที่จะซื้อเกม Band Hero เพื่อเล่นเป็นนักร้องหรือสมาชิวงดนตรีโจทก์ เช่นนี้แล้ว ภาพกราฟิกหรือฉากหลังของเกมเป็นเรื่องราวจากเอกลักษณ์ของบุคคลที่จำเลยมุ่งใช้ชื่อเสียงของโจทก์ในวิดีโอเกมจำเลย⁴⁶ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการแสวงหาประโยชน์จากสิทธิในชื่อเสียงของโจทก์แล้ว

4. บทวิเคราะห์

4.1 สิทธิในชื่อเสียงของบุคคล

จากคดีที่ยกขึ้นเป็นตัวอย่างในบทความนี้ จะเห็นได้ว่าบุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมถูกนำชื่อเสียงไปแสวงหาประโยชน์โดยไม่ได้รับอนุญาต เนื่องจากการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์อย่างหนึ่ง California Civil Code มาตรา 3344 (a) กำหนดว่าบุคคลใดรู้อยู่แล้วและยังใช้ชื่อของบุคคล เสียง รูปโฉม รูปภาพ หรือเอกลักษณ์ต่างๆ ไม่ว่าจะอยู่บนสิ่งใดๆ หรือสินค้า หรือบริการ โดยปราศจากความยินยอม ย่อมมีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นของบุคคลที่ถูกนำเอกลักษณ์ไปใช้ จากคดี Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc. สิทธิในชื่อเสียงเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ (economic right) อย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ได้ให้สิทธิของบุคคลในการเซ็นเซอร์ (right of censorship) แต่เป็นสิทธิในการป้องกันมิให้มีการนำชื่อเสียงของบุคคลไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต⁴⁷ การที่จำเลยนำลักษณะของทีมตลก The Three Stooges ไปใช้นั้นไม่ใช่การแสดงออกอย่างมีเสรีภาพ แต่เป็นการใช้ลักษณะของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาตนอกจากนี้สิทธิในชื่อเสียงยังอาจโอนให้แก่กันได้ในรูปแบบของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ อันจะเห็นได้จาก คดี Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. แต่ขอบเขตของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจะมีเพียงใดนั้นจะต้องมีการกำหนดไว้ให้แน่ชัดไม่อย่างนั้นแล้วอาจมีการใช้ที่เกินกว่าที่ได้รับอนุญาต และก่อให้เกิดการฟ้องร้องคดีตามมาเช่นคดี No Doubt v. Activision Publishing, Inc.

4.2 การใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมจะต้องมีการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบ

4.2.1 การใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบ

สิทธิในชื่อเสียงเกิดจากคุณค่าของความสนใจของผู้ที่ชื่นชอบในชื่อเสียงของบุคคลใดบุคคลหนึ่งแตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาที่มุ่งคุ้มครองในงานแต่ละประเภทที่ผู้สร้างสรรค์

⁴⁶No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal.App.4th 1018 (2011).

⁴⁷Ibid.

ได้สร้างเป็นรูปธรรมออกมา แต่ชื่อเสียงนั้นเป็นนามธรรมที่ต้องอาศัยเวลาและแรงงานในการสร้างขึ้น ทั้งชื่อเสียงอาจลดลงหรือเพิ่มขึ้นได้ในอนาคต แตกต่างจากทรัพย์สินทางปัญญาที่มีกฎหมายรองรับ การคุ้มครองและการสิ้นสุดของทรัพย์สินทางปัญญาแต่ละประเภทไว้⁴⁸

แต่อย่างไรก็ตามการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลนั้นเชื่อมโยงกับหลักการใช้อย่างเป็นธรรมในกฎหมายลิขสิทธิ์ อันจะเห็นได้จากคดี *Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc.* จะเห็นได้ว่าศาลได้พยายามวางแนวทางว่า การใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่จะต้องมีการเพิ่มเติมสิ่งใหม่เข้าไปในเอกลักษณ์ของบุคคลที่จำเลยได้นำไปแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของโจทก์ แม้จำเลยจะมีเสรีภาพในการแสดงออกโดยการวาดภาพ ทีมตลก *The Three Stooges* โดยใช้ฝีมือและแรงงานของจำเลยก็ตาม แต่จำเลยก็ไม่ได้แสดงให้ศาลเห็นว่ามีการเปลี่ยนรูปลักษณะเด่นของทีมตลก *The Three Stooges* อย่างไร จำเลยเพียงแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของทีมตลก *The Three Stooges* อันเป็นการกระทบสิทธิของโจทก์ แต่จากคดี *Winter v. DC Comics* จำเลยจะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่างานที่จำเลยสร้างขึ้นมานั้นมีการเปลี่ยนรูปใหม่จากงานเดิมของโจทก์และไม่ได้มุ่งประสงค์ทางการค้าที่แสวงหามาโดยอาศัยชื่อเสียงของโจทก์ หลักดังกล่าวเรียกว่า การใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ (*transformative use test*) โดยใช้แนวความคิดจากกฎหมายลิขสิทธิ์เรื่องการใช้อย่างเป็นธรรม (*fair use*)⁴⁹ หลักดังกล่าวนี้เป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลเป็นงานที่สร้างสรรค์ขึ้นกับสิทธิในชื่อเสียงที่บุคคลกว่าจะสร้างชื่อเสียงขึ้นได้ต้องใช้กำลังแรงงาน เวลา และกำลังทรัพย์ หากเป็นการใช้ชื่อเสียงของบุคคลโดยอาศัยเอกลักษณ์ของบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต และมุ่งประสงค์ต่อประโยชน์ทางพาณิชย์แล้ว แม้จะเป็นงานที่สร้างขึ้นมาก็ตาม ก็เป็นการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของบุคคลอื่น

4.2.2 ความเชื่อมโยงกับหลักความชอบธรรมในการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์

หลักความชอบธรรมในการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ (*Fair use*) ในกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นข้อยกเว้นอย่างหนึ่งของการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ค.ศ.1976 (*The Copyright Act 1976*) มาตรา 107 หลักดังกล่าวไม่ได้เปรียบเทียบงานที่สร้างสรรค์กับสิทธิในชื่อเสียงแต่อย่างใด หากแต่เปรียบเทียบงานที่สร้างสรรค์ใหม่กับงานอันมีลิขสิทธิ์เดิม

มาตรา 107 กำหนดว่า “แม้จะมีกำหนดตามมาตรา 106 และ 106 (a) หลักความชอบธรรมในการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ รวมถึงการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์โดยทำสำเนาในบันทึกหรือสิ่งบันทึกเสียงหรือการกระทำโดยวิธีอื่นใดตามที่กำหนดไว้ในมาตรานั้นๆ สำหรับวัตถุประสงค์ เช่น

⁴⁸ไชยยศ เหมะรัชตะ, เรื่องเดิม, หน้า 105.

⁴⁹Benjamin J. Rosenzweig, “A Change of Hart: An Argument Favoring the Transformative Use Test in Right-of-Publicity Cases,” *Suffolk University Law Review* 48 (2015): 240.

การติชม วิจารณ์ นำเสนอข่าว การสอน (รวมถึงการทำสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์สำหรับการใช้ในชั้นเรียน) การศึกษาและวิจัย ซึ่งการกระทำเหล่านี้ไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ในการพิจารณาว่าการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์จะเข้าหลักความชอบธรรมในการกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์หรือไม่” ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบ 4 ประการ⁵⁰

1) วัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งานต้องพิจารณาว่าผู้ใช้งานอันมีลิขสิทธิ์ไปใช้ มีวัตถุประสงค์อย่างไรมีการใช้ในงานที่สร้างสรรค์แตกต่างจากงานเดิมอันมีลิขสิทธิ์อย่างไร มีการเพิ่มเติมสิ่งใดเข้าไปจากงานเดิมไปบ้าง และมีการใช้เพื่อหาประโยชน์ทางพาณิชย์หรือไม่

2) สภาพของงานอันมีลิขสิทธิ์ ต้องพิจารณาจากสภาพของงานใหม่ว่าถูกสร้างสรรค์มาอย่างไร เป็นการสร้างสรรค์งานใหม่ด้วยข้อมูลที่มีอยู่แล้วในสาธารณะหรือไม่

3) จำนวนและสัดส่วนในการใช้งานเมื่อเปรียบเทียบกับงานอันมีลิขสิทธิ์ทั้งหมด ต้องพิจารณาจากจำนวนงานและคุณภาพของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่ถูกนำไปใช้ โดยพิจารณาถึงการใส่สาระสำคัญของงานที่เกี่ยวข้องกับงานอันมีลิขสิทธิ์ในภาพรวม

4) ผลกระทบต่อตลาดของงานอันมีลิขสิทธิ์⁵¹

ในคดี Authors Guild v. Google, Inc.⁵² โจทก์เป็นกลุ่มบริษัทจำหน่ายหนังสือ จำเลยคือบริษัทกูเกิ้ล โจทก์ฟ้องว่า จำเลยละเมิดลิขสิทธิ์โจทก์ ด้วยการคัดลอกงานวรรณกรรมของ

⁵⁰ 17 U.S. Code § 107 - Limitations on exclusive rights: Fair use, “ Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.”

⁵¹ อำนวย เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 134.

⁵² Authors Guild v. Google, Inc. No. 13-4829 (2d Cir. 2015).

โจทก์ แล้วจัดทำโครงการห้องสมุดดิจิทัล ซึ่งอนุญาตให้ผู้ใช้ค้นหาหนังสือที่ถูกละเมิดไว้ การค้นหาจะแสดงข้อมูลบางส่วน (snippet) ของหนังสือโจทก์ เป็นต้น จำเลยให้การในประเด็นหลักว่า โครงการห้องสมุดดิจิทัล เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรม

ศาลอุทธรณ์ภาค 2 วินิจฉัยประเด็นวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งานว่าแม้งานอันมีลิขสิทธิ์ไม่มีการเปลี่ยนรูปใหม่ เช่น ถูกคัดลอกมาทั้งหมด แต่หากมีการนำมาใช้เพื่อติชมหรือวิจารณ์ หรือให้ข้อมูลเพิ่มเติมจากงานนั้นก็เป็นการใช้โดย transformative แล้ว แต่หากเป็นการดัดแปลง (derivative works) จะต้องเป็นการเปลี่ยนรูป (“changes of form”)⁵³ เช่น การแปลนิยายเป็นภาษาอื่น การเปลี่ยนรูปนิยายเป็นภาพยนตร์หรือการแสดง หรือเปลี่ยนหนังสือให้เป็น e-book เป็นต้น⁵⁴ ซึ่งการเปลี่ยนรูปเช่นนี้จะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ทรงสิทธิเสียก่อน⁵⁵

การที่จำเลยทำซ้ำหนังสือของโจทก์ด้วยการสแกนและจัดให้ผู้ใช้ค้นหาข้อมูลบางส่วนโดยจำเลยจัดทำเครื่องมือค้นหาหนังสือด้วยการใช้คำหรือข้อความที่ต้องการค้นหานั้น เป็นการใช้ที่ transformative แล้ว เนื่องจากผลการค้นหาคำแต่ละคำนั้นแสดงออกมาในหลายความหมายหลายลักษณะ และหลายข้อความ ขึ้นอยู่กับว่า แต่ละหน้าของหนังสือใช้คำหรือข้อความนั้นอย่างไร⁵⁶

การที่จำเลยแสดงข้อมูลบางส่วน (snippet) ที่แสดงเพียงไม่กี่คำในหนึ่งหน้าของหนังสือโจทก์ก็เพื่อที่จะระบุตำแหน่งของหน้าเพื่อผู้ใช้สามารถค้นหาหนังสือที่แสดงข้อความเล็กน้อยในส่วนที่ผู้ใช้สนใจในหนังสือเล่มนั้น ศาลยกตัวอย่างคำว่า “ทฤษฎีของ Einstein” ระบบก็จะบอกผู้ค้นหาว่าผู้แต่งหนังสือคนใดหรือหนังสือเล่มใดเขียนเกี่ยวกับ “ทฤษฎีของ Einstein”⁵⁷ ล้วนเป็นการเปลี่ยนรูปใหม่ของการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์แล้ว

ปัญหาว่าลักษณะการใช้งานของจำเลยเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์หรือไม่ ศาลอุทธรณ์ภาค 2 อ้างคดี Castle Rock Entm’t, Inc. v. Carol Pub. Grp., Inc. ที่วินิจฉัยว่ายังมีการเปลี่ยนรูปในงานที่สร้างสรรค์ใหม่มากเท่าใดแล้ว ความสำคัญของปัจจัยอื่นจะยิ่งน้อยลงมากเท่านั้น โดยเฉพาะการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์และยังเห็นว่า การรายงานข่าว หรือติชมวิจารณ์หนังสือ รวมถึงการล้อเลียน ล้วนเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์แล้ว แม้จำเลยจะได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์ แต่ก็เป็นการใช้งานอันมีลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรมแล้ว⁵⁸

⁵³ Authors Guild v. Google, Inc. No. 13-4829 (2d Cir. 2015).

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ 17 U.S. Code § 106.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ 17 U.S. Code § 106.

เมื่อปรับใช้หลักวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้งานอันเป็นองค์ประกอบข้อแรกของหลักการใช้ลิขสิทธิ์อย่างเป็นธรรมกับการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลแล้ว ต้องพิจารณาว่า งานที่สร้างขึ้นนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของงานเดิมหรือเพิ่มเติมสิ่งใหม่เข้าไปหรือไม่ มีการเปลี่ยนวัตถุประสงค์จากการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลหรือไม่ หรือเอกลักษณ์ของบุคคลมีความแตกต่างไปด้วยการเปลี่ยนวิธีนำเสนอของอัตลักษณ์บุคคลด้วยรูปแบบใหม่ เปลี่ยนความหมาย หรือเปลี่ยนข้อความที่เสนอในงานนั้นๆ⁵⁹ ดังนั้นหากมีการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมจากเอกลักษณ์ของบุคคลก็จะต้องพิจารณาองค์ประกอบดังกล่าวจึงจะเป็นงานที่ transformative ได้ แต่หากเป็นการนำเอกลักษณ์ของบุคคลมาใช้ตรงๆ โดยไม่มีการเปลี่ยนรูป หรือเปลี่ยนการนำเสนอ การใช้เช่นนั้นไม่อาจทำให้ส่วนหนึ่งของวิดีโอเกมที่สร้างขึ้นด้วยการใช้อัตลักษณ์ของบุคคลเป็นตัวละครกลายเป็นงานที่ transformative ได้ คงเป็นแต่เพียงการดัดแปลงจากเอกลักษณ์บุคคลจริงมาเป็นตัวละครในเกมเท่านั้นซึ่งเป็นการดัดแปลง (derivative works) โดยเป็นการเปลี่ยนรูป (“changes of form”) ตามที่ศาลอุทธรณ์ภาค 2 ในคดี Authors Guild v. Google, Inc. วินิจฉัยไว้ ซึ่งผู้สร้างวิดีโอเกมต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลที่ต้องการนำเอกลักษณ์ไปใช้เสียก่อน

4.2.3 เมื่อปรับหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่กับวิดีโอเกม จากคดี Kirby v. Sega of America, Inc. และ No Doubt v. Activision Publishing, Inc. จะเห็นได้ว่า กรณีจะไม่เหมือนกับการใช้รูปภาพวาดลงเสื้อผ้าหรือลงวัตถุอย่างอื่น แต่เป็นกรณีที่วิดีโอเกมมีการเปลี่ยนแปลงเอกลักษณ์ลักษณะของบุคคล รูปโฉม รวมถึงท่าทางของบุคคลมาเป็นตัวละครในวิดีโอเกม เพื่อให้ผู้เล่นเกมเปรียบเสมือนได้เล่นเป็นบุคคลที่ตนชื่นชอบการสร้างตัวละครโดยอาศัยเอกลักษณ์ของบุคคลจะต้องเปลี่ยนรูปใหม่ไม่ให้เหมือนกับบุคคลที่มีชื่อเสียงจริง ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณารายละเอียดของตัวละครที่สร้างขึ้น ดังเช่น ตัวละคร Ulala ในคดี Kirby v. Sega of America, Inc. และวินิจฉัยว่าหลักเสรีภาพในการแสดงออกควรที่จะพิจารณามากกว่าสิทธิในชื่อเสียง⁶⁰ แต่หากใช้ตัวละครที่มีเอกลักษณ์เหมือนบุคคลจริงแล้ว ย่อมต้องดูว่าได้รับอนุญาตจากบุคคลนั้นๆ เพียงใด ดังเช่นการใช้วงดนตรีและนักร้องนำวง No Doubt ตามที่ได้รับอนุญาตให้ใช้เพียง 3 เพลง แต่มีการปลดล็อคในวิดีโอเกมให้นำตัวละครดังกล่าวไปร้องเพลงอื่น เปลี่ยนเสียง หรือนำไปร่วมเล่นกับวงดนตรีอื่นในวิดีโอเกม ย่อมเป็นการแสวงหาประโยชน์จากชื่อเสียงของผู้นั้นแล้วผู้พัฒนาวิดีโอเกม

⁵⁹ Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc., 807-808.

⁶⁰ Jordan M. Blanke, “No Doubt About It - You've Got to Have Hart: Simulation Video Games May Redefine the Balance Between and Among the Right of Publicity, the First Amendment and Copyright Law.” *Boston University Journal of Science & Technology Law* 19, 26 (2013): 67.

ควรที่จะทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับบุคคลที่มีชื่อเสียงที่ต้องการนำเอกลักษณ์ไปใช้ในวิดีโอเกมของตนโดยคำนึงถึงผลตอบแทนที่จะได้รับจากกำไรวิดีโอเกมที่สร้างขึ้น

5. บทสรุป

ด้วยเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้น ผู้เล่นเปรียบเสมือนได้เล่นเป็นบุคคลที่ตนชื่นชอบในเกมประเภทต่างๆ ผู้สร้างและพัฒนาวิดีโอเกมใช้ตัวละครภายในเกมโดยอาศัยเอกลักษณ์ของผู้มีชื่อเสียงสิทธิในชื่อเสียงของบุคคลที่ถูกนำไปใช้ในวิดีโอเกมย่อมได้รับผลกระทบเป็นแน่แท้บุคคลสมควรที่จะมีสิทธิป้องกันไม่ให้ผู้อื่นใช้ชื่อเสียงของตนที่กว่าจะสร้างได้ต้องใช้เวลา แรงงาน และกำลังทรัพย์ ในขณะที่เดียวกันการให้ความคุ้มครองต่อเสรีภาพของผู้สร้างสรรค์วิดีโอเกมก็ควรจะได้รับคุ้มครองด้วยการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ของเอกลักษณ์เป็นเพียงแนวทางหนึ่งที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยในการถ่วงดุลน้ำหนักระหว่างสิทธิในชื่อเสียงและเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญซึ่งสามารถใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยการใช้เอกลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมได้หากเกิดเป็นคดีในประเทศไทยและยังคงมีอีกหลายแนวทางที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกานำมาพิจารณาและมีข้อถกเถียงทางวิชาการว่าจะปรับใช้อย่างไร

บรรณานุกรม

- ไชยยศ เหมะรัชตะ. “สิทธิในชื่อเสียง.” *จุฬาลงกรณ์วารสาร* 16, 64 (2547): 102.
- อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ. *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- Amin, Reshma. “A Comparative Analysis of California's Right of Publicity and the United Kingdom's Approach to the Protection of Celebrities: Where Are They Better Protected.” *Case Western Reserve Journal of Law, Technology & the Internet* 1, 2 (2010): 97.
- Blanke, Jordan M. “No Doubt About It - You've Got to Have Hart: Simulation Video Games May Redefine the Balance Between and Among the Right of Publicity, the First Amendment and Copyright Law.” *BostonUniversity Journal of Science & Technology Law* 19, 26 (2013): 67.
- Dougherty, F. Jay. “Foreword: The Right of Publicity—Towards a Comparative and International Perspective.” *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review* 18 (1998): 423.
- Edelman, Marc. “Closing the “Free Speech” Loophole: The Case for Protecting College Athletes’ Publicity Rights in Commercial Video Games.” *Florida Law Review* 65 (2013): 560.
- Entertainment Software Association, *2017 Sales Demographic and Usage Data: Essential Facts about The Computer and Video Game Industry* [Online]. Available URL: http://www.theesa.com/wp-content/themes/esa/assets/EF2017_Design_FinalDigital.pdf, 2017 (August, 29).
- Hylton, J. Gordon. “Baseball Cards and the Birth of the Right of Publicity: The Curious Case of Haelan Laboratories v. Topps Chewing Gum.” *Marquette Sports Law Review* 12 (2001): 283-284.
- Nimmer, Melville B. “The Right of Publicity.” *Law and Contemporary Problems* 19 (1954): 216.
- Prosser, William L. “Privacy.” *California Law Review* 48, 3 (1960): 389.

- Rosenzweig, Benjamin J. “A Change of Hart: An Argument Favoring the Transformative Use Test in Right-of-Publicity Cases.” **Suffolk University Law Review** 48 (2015): 240.
- Sweeney Jr., Gerald O., and John T. Williams. “Mortal Kombat: The Impact of Digital Technology on the Rights of Studios and Actors to Images and Derivative Works.” **Minnesota Intellectual Property Review** 3 (2002): 103.
- Torres, Eliana. “The Celebrity Behind the Brand International Protection of the Right of Publicity.” **Pace Intellectual Property, Sports & Entertainment Law Forum** 6 (2016): 118.
- Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis. “The Right of Privacy.” **Harvard Law Review** 4 (1890): 193, 216.
- Authors Guild v. Google, Inc. No. 13-4829 (2d Cir. 2015).
- Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc., 21 P.3d 797 (Cal. 2001).
- Comedy III Productions v. Gary Saderup, Inc., 807-808.
- Hilton v. Hallmark Cards, 599 F.3d 894, 909 (9th Cir. 2010).
- Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc, supra note 19, 868.
- Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).
- Kirby v. Sega of America, Inc., 50 Cal.Rptr.3d 607 (2006).
- No Doubt v. Activision Publishing, Inc., 192 Cal.App.4th 1018 (2011).
- Pesina v. Midway Manufacturing Co., supra note 28, 42.
- Pesina v. Midway Manufacturing Co., 948 F. Supp. 40 (N.D. Ill. 1996).
- Winter v. DC Comics 69 P.3d 473 (Cal. 2003).
- 17 U.S. Code § 106.