

การสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล

วุฒิ ศรีธีระวิศาล

การสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล*

The Creation of Video Game Avatar by Using Personal Identity

วุฒิ ศรีธีระวิศาล**
Wut Sriterawisarn

บทคัดย่อ

ในปัจจุบัน ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้สร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียง เพื่อให้ผู้เล่นได้รับประสบการณ์ที่เหมือนจริงในการเล่น เกม การสร้างตัวละครในวิดีโอเกมย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาเป็นตัวอย่างในการสร้างตัวละคร สภาพปัญหาคือ ผู้พัฒนาวิดีโอเกมนำภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงมาเป็นแรงบันดาลใจในการสร้างเป็นตัวละครในวิดีโอเกมโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยอ้างว่าเป็นเสรีภาพในการแสดงออก ศาลจะมีแนวทางในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์อย่างไร บทความนี้ศึกษาการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในสหภาพยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว พบว่า ในคดี Edgar Davids v. Riot Games ศาลในประเทศเนเธอร์แลนด์พิจารณาว่า การใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลเป็นการให้ประโยชน์แก่สังคมหรือ

*บทความนี้เรียบเรียงจากดัชนีพนธ์ เรื่อง “การนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้ในวิดีโอเกม” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันดัชนีพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน และรองศาสตราจารย์ ดร.ภุมินทร บุตรอินทร์ คณะกรรมการสอบป้องกันดัชนีพนธ์ คือ ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันท์ทกะ, รองศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน, รองศาสตราจารย์ ดร.ภุมินทร บุตรอินทร์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จารุประภา รักพงษ์ และ ดร.จุมพล ภิญโญสินวัฒน์.

This article is a part of dissertation “The Use of Personal Identity in Video Games.” This dissertation has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirement for the Doctor of Laws at Thammasat University. Associate Professor Dr.Munin Pongsapan and Associate Professor Dr.Bhumindr Butr-Indr are advisors. Adjunct Professor Vichai Ariyanuntaka, Associate Professor Dr.Munin Pongsapan, Associate Professor Dr.Bhumindr Butr-Indr, Assistant Professor Dr.Jaruprapa Rakpong and Dr.Jumpol Pinyosinwat are examiners.

**นักศึกษาลัทธิสุตธรรมาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: w.sriterawisarn@gmail.com

LL.D. Candidate, Faculty of Law, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 19 กรกฎาคม 2566, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 27 กรกฎาคม 2566, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 27 กรกฎาคม 2566.

เป็นเพียงการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์ของผู้พัฒนาวิดีโอเกมเท่านั้น แต่ในคดี *Pellegrino v. Epic Games, Inc.* ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาปรับหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่โดยพิจารณาถึงข้อเท็จจริงที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้อย่างแรงบันดาลใจแล้วเปลี่ยนรูปภาพลักษณ์มาเป็นตัวละครของผู้พัฒนาวิดีโอเกมเอง ซึ่งแนวทางของทั้งสองประเทศจะเป็นประโยชน์ต่อศาลไทยเมื่อมีคดีที่เกี่ยวข้องกับการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล

คำสำคัญ: สิทธิในภาพลักษณ์, หลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่, วิดีโอเกม

Abstract

Today, video game developers create video game's characters using images of famous individuals to give a realistic gaming experience to game players. In order to create an avatar in a video game, it can be argued that video game developers inevitably created an avatar inspired by the image of a celebrity as an example. This paper has studied the creation of video game avatar by using personal identity in the European Union and the United States. The paper was found that the Dutch court in *Edgar Davids v. Riot Games* strikes the balance by considering whether the use of a personal identity is a benefit to society or simply a commercial exploitation of personal identity by video game developers. Nevertheless, in *Pellegrino v. Epic Games, Inc.*, the US court applies the Transformative Use Test takes into account the fact that video game developers use personal identity as the inspiration and then transform the identity into their own avatar in video game. Both countries' approaches would be beneficial for the Thai courts when considering the case involving the creation of avatar in video game by using the image of a person.

Keywords: the right to image, transformative use test, video game

1. บทนำ

ในปัจจุบัน ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้สร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียง เพื่อให้ผู้เล่นได้รับประสบการณ์ที่เหมือนจริงในการเล่นเกมนำเทคโนโลยีความเป็นจริงเสมือน (Virtual Reality หรือ VR)¹ ที่ผู้เล่นเกมสามารถสวมอุปกรณ์แว่นวีอาร์ (VR) เช่น แว่น “Vision Pro” ของ Apple หรือ “Meta Quest Pro” ของ Meta² ซึ่งเมื่อสวมใส่แล้ว ผู้เล่นเสมือนเข้าไปอยู่ในโลกเสมือนที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสร้างขึ้น หรือการนำเทคโนโลยีความเป็นจริงเสริม (Augmented Reality หรือ AR) ที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสร้างตัวละครให้สามารถออกมาปรากฏในสถานที่ที่ผู้เล่นกำลังเล่นเกมจำลองเหตุการณ์จริงหรือโลกแฟนตาซีประกอบสถานที่จริงตามเนื้อหาของแต่ละเกม เช่น การนำตัวละครในวิดีโอเกมออกมาให้ปรากฏอยู่ในโลกจริงขณะที่ผู้เล่นกำลังเล่น และเทคโนโลยีผสม (Mixed Reality หรือ MR)³ ที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมนำเทคโนโลยี VR และ AR มาผสมกัน ซึ่งทั้งหมดจะปรากฏอยู่ในโลกเสมือน (Metaverse)⁴ ผู้เล่นสามารถซื้อวิดีโอเกมแต่ละประเภทโดยดาวน์โหลดผ่านเครือข่ายออนไลน์ได้อย่างไร้พรมแดน เช่น ผ่าน Steam, Xbox Game Pass หรือ My Nintendo Store เป็นต้น ผู้เล่นสามารถนำวิดีโอเกมที่ซื้อไปเล่นกับเครื่องเล่นผ่านแพลตฟอร์มของแต่ละอุปกรณ์การเล่น เช่น Steam Deck, ROG Ally หรือ Nintendo Switch เป็นต้น ส่งผลให้อุตสาหกรรมวิดีโอเกมมีมูลค่าและสร้างรายได้ให้แก่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมเป็นจำนวนมาก โดยในปี พ.ศ. 2566 รายได้ในตลาดวิดีโอเกมคาดว่าจะสูงถึง 384.90 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ⁵

¹Mark A. Lemley and Eugene Volokh, “Law, virtual reality, and augmented reality,” *University of Pennsylvania Law Review* 166, 5 (April 2018): 1051-1138, 1054-1055.

²Stephen Nellis, *Apple to sell Vision Pro AR headset for triple Meta’s top-line price* [Online], available URL: <https://www.reuters.com/technology/apple-expected-reveal-mixed-reality-headset-developer-conference-2023-06-05/>, 2023 (July, 17).

³Marie Hopkins, “Live Sports Virtual Reality Broadcasts: Copyright and Other Protections,” *Duke Law & Technology Review* 16 (2017-2018): 141-160, 147.

⁴Jon M. Garon, “Playing in the Virtual Arena: Avatars, Publicity, and Identity Reconceptualized through Virtual Worlds and Computer Games,” *Chapman Law Review* 11, 3 (Spring 2008): 465-520, 467. Beckett Cantley and Geoffrey Dietrich, “The Metaverse: A Virtual World with Real World Legal Consequences,” *Rutgers Computer and Technology Law Journal* 49, 1 (2022): 1-25, 3-5.

⁵Statista, *Video Games – Worldwide* [Online], available URL: <https://www.statista.com/outlook/dmo/digital-media/video-games/worldwide>, 2023 (July, 17).

การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลไม่มีหลักสากลกำหนดไว้โดยเฉพาะ ส่งผลให้แต่ละประเทศให้การคุ้มครองแตกต่างกันไป ในสหภาพยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี⁶ และประเทศเนเธอร์แลนด์⁷ เป็นต้น ให้การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ผ่าน “สิทธิในบุคลิกภาพ” (“Right of personality”) ซึ่งเป็นการรับรองบุคคลในฐานะสิ่งมีชีวิตทางร่างกายรวมทั้งจิตวิญญาณ อันเป็นการรับประกันว่า บุคคลนั้นจะมีความเพลิดเพลินในการดำรงชีวิตอยู่⁸

สิทธิในบุคลิกภาพประกอบไปด้วยมุมมองสองฝั่ง ในฝั่งแรก เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ในการได้รับการคุ้มครองภาพลักษณ์ของบุคคลนั้น⁹ ซึ่งเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวมีพัฒนาการมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Dignity)¹⁰ อันเป็นสิทธิมนุษยชน ในฝั่งตรงกันข้าม เป็นสิทธิในทางปฏิเสธที่จะห้ามไม่ให้ใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลเพื่อประโยชน์ในทางพาณิชย์โดยไม่ได้รับความยินยอม ซึ่งแตกต่างจากมุมมองฝั่งแรกเพราะมีประโยชน์ในทางพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องนอกเหนือไปจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในสหภาพยุโรปมีการกำหนดหลักการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์แตกต่างกันไปตามพัฒนาการของประวัติศาสตร์ทางกฎหมายของแต่ละประเทศ ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาให้การคุ้มครองภาพลักษณ์ของบุคคลผ่าน “สิทธิในการเผยแพร่” (“Right of publicity”) อันมีลักษณะแห่งสิทธิที่คล้ายกับสิทธิในทางทรัพย์สินทางปัญญา¹¹ เป็นกฎหมายในระดับมลรัฐ แต่ไม่ได้มีการคุ้มครองทุกมลรัฐ

จากการคุ้มครองที่แตกต่างกัน ส่งผลให้เกิดปัญหาว่า การที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียงโดยไม่ได้รับอนุญาต ในด้านหนึ่ง เป็นการคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียง อันเป็นประโยชน์ในทางทรัพย์สินของบุคคลนั้น ในอีกด้านหนึ่ง เป็นการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกมในการสร้างสรรค์วิดีโอเกมโดยใช้

⁶Corinna Coors, “Celebrity image rights versus public interest: striking the right balance under German law,” *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 9, 10 (2014): 835-840, 836.

⁷Ruud van der Velden, “Image rights in The Netherlands—injunction prohibiting use of football player’s image and name,” *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 1, 11 (2006): 701-702, 701.

⁸Johann Neethling, “Personality Rights: A Comparative Overview,” *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 38, 2 (2005): 210-245, 210.

⁹Gillian Black, *Publicity Rights and Image: Exploitation and Legal Control* (Hart Publishing, 2011), 16.

¹⁰James Q. Whitman, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty,” *Yale Law Journal* 113, 6 (2004): 1153-1221, 1163.

¹¹Dustin Marlan, “Unmasking the Right of Publicity,” *Hastings Law Journal* 71, 2 (February 2020): 419-474, 435.

บุคคลที่มีชื่อเสียงมาเป็นต้นแบบในการสร้างสรรค์ตัวละคร ศาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์อย่างไร ทั้งนี้ ในประเทศไทยก็ยังไม่เคยมีคดีเกิดขึ้นโดยตรง บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลผ่านตัวอย่างของการสร้างตัวละครโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกมเพื่อพิจารณาถึงแนวทางที่ศาลใช้ในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของสิทธิในภาพลักษณ์และเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกม

อนึ่ง บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของดัชนีพนธ์ที่ผู้เขียนกำลังศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง การนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาใช้ในวิดีโอเกม ที่ศึกษาปัญหาว่า แม้รัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยจะให้การรับรองสิทธิของบุคคลในชื่อเสียงและสิทธิในความเป็นส่วนตัวก็ตาม แต่เมื่อยังไม่มีคดีที่เกี่ยวข้องกับการสร้างตัวละครในวิดีโอเกม โดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล หากไม่มีการศึกษาหลักในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์จะทำให้ไม่มีแนวทางที่ศาลไทยจะใช้เป็นตัวอย่างในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์เพื่อหาการถ่วงดุลระหว่างสิทธิในภาพลักษณ์และเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกม

2. การคุ้มครองสิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลในสหภาพยุโรป

2.1 อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

2.1.1 สิทธิในความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัว

ในสหภาพยุโรป อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) มาตรา 8 กำหนด การคุ้มครอง “สิทธิในความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัว” (“Right to respect for private and family life”) ว่า

1) บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว ในเคสสถาน และการสื่อสาร

2) การแทรกแซงโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในสิทธิในความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัวจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ และการแทรกแซงดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของสังคม หรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันความไม่สงบหรืออาชญากรรม เพื่อคุ้มครองสุขภาพหรือศีลธรรม หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น¹²

¹²European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 8–Right to respect for private and family life

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Human Rights) จะต้องพิจารณาว่า คำร้องของผู้ที่ขอให้พิจารณานั้น เป็นการอ้างการคุ้มครองประโยชน์แห่งสิทธิในความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัวหรือไม่ หากเป็นการอ้างเช่นนั้นแล้ว ศาลจะตรวจสอบว่ามีการแทรกแซงสิทธินั้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ หรือรัฐมีภาระผูกพันในการปกป้องสิทธิดังกล่าวหรือไม่ เงื่อนไขที่รัฐอาจแทรกแซงการใช้สิทธิที่ได้รับการคุ้มครองนั้นเป็นไปตาม ECHR มาตรา 8 วรรคสอง ข้อจำกัดที่อาจแทรกแซงได้มีเพียงการแทรกแซงที่เป็นไปตามกฎหมายและเป็นมาตรการที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยโดยจะต้องได้รับอนุญาตจากศาล¹³ ขอบเขตของมาตรา 8 จะเป็นการตีความอย่างกว้าง ถึงแม้ว่าสิทธิบางประเภทไม่มีกำหนดอยู่ในมาตรา 8 โดยตรง เช่น การคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยรวมถึง “สิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคล” (“Right to one’s own image”¹⁴) ด้วย อันเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการระบุภาพลักษณ์ของบุคคลที่ในลักษณะเฉพาะของบุคคลนั้น อันเป็นภาพลักษณ์ที่ทำให้บุคคลนั้นแตกต่างจากบุคคลอื่น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงหรือไม่ บุคคลนั้นย่อมประสงค์ที่จะคาดหวังได้ว่าความเป็นส่วนตัวของเขาจะได้รับการคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองภาพลักษณ์ของบุคคลตามมาตรา 8 ไม่ใช่สิทธิแบบเด็ดขาด กล่าวคือ สิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลนั้นเป็นสิทธิที่จะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์กับประโยชน์อื่น ซึ่งได้แก่การใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลด้วยเสรีภาพในการแสดงออก

2.1.2 เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of expression)

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มาตรา 10 กำหนดเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงออกว่า

1) บุคคลทุกคนมีเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิดังกล่าวรวมถึงสิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิที่จะได้รับและเผยแพร่ข้อมูลและความคิดโดยปราศจากการแทรกแซงโดยเจ้าหน้าที่รัฐ และไม่คำนึงถึงพรมแดน มาตรานี้ไม่ห้ามรัฐจากการกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตในการจัดให้มีการกระจายเสียงแพร่ภาพ หรือบริษัทที่เกี่ยวข้องกับโทรทัศน์ หรือบริษัทที่เกี่ยวข้องกับภาพยนตร์

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”.

¹³Council of Europe, **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights** [Online], available URL https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf, 2023 (July, 17).

¹⁴Ibid, 49.

2) จากสาเหตุที่ใช้เสรีภาพดังกล่าวมีหน้าที่และความรับผิดชอบที่ต้องปฏิบัติ การใช้เสรีภาพอาจอยู่ภายใต้รูปแบบ เงื่อนไข ข้อจำกัด หรือบทกำหนดโทษ ตามที่ได้กำหนดไว้ตามกฎหมาย และตามที่มีความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยในประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ ดินแดน หรือความปลอดภัยสาธารณะ การป้องกันความไม่สงบหรืออาชญากรรม การคุ้มครองสุขภาพ หรือศีลธรรม การคุ้มครองสิทธิในชื่อเสียง หรือสิทธิของบุคคลอื่น การคุ้มครองการเปิดเผยซึ่งข้อมูลที่ได้รับ มาเป็นความลับ หรือการรักษาไว้ซึ่งอำนาจและความเป็นกลางของศาล¹⁵

2.1.3 ข้อความคิดเสรีภาพในการแสดงออก

ในสหภาพยุโรป เสรีภาพในการแสดงออก ตามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการ คุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้น เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์อันเป็นส่วนสำคัญของสังคมประชาธิปไตย ซึ่งการแสดงออกนั้นไม่จำกัดอยู่เพียงคำพูดเพียงอย่างเดียว แต่ยังรวมถึง การแสดงออกทางสื่ออื่น เช่น สิ่งพิมพ์ ภาพวาด สัญลักษณ์ ภาพยนตร์ และระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (electronic information systems)¹⁶ แต่เสรีภาพในการแสดงออกนี้ “ไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด” (“not an absolute right”) เพราะหลักพื้นฐานตามมาตรา 10 เป็นการให้คำจำกัดอย่างกว้างที่ครอบคลุม กิจกรรมการแสดงออกทุกรูปแบบ การแทรกแซงเสรีภาพในการแสดงออกจึงขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศ ที่จะให้ข้อจำกัดของเสรีภาพในการแสดงออก เช่น หากมีประโยชน์อื่นหรือสิทธิอื่นที่มีน้ำหนักมากกว่า

¹⁵European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 10 - Freedom of expression

“1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

¹⁶Toby Mendel, *Freedom of Expression: A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights* [Online], available URL <https://rm.coe.int/16806f5bb3>, 2023 (July, 26).

เสรีภาพในการแสดงออกอัน เช่น ความมั่นคงของรัฐ เป็นต้น การตีความในข้อห้ามปรามตามมาตรา 10(2) จึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด (strict) โดยศาลเท่านั้น ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป อาจต้องพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ เช่น วัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ และระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ¹⁷

ในประเทศเนเธอร์แลนด์ เมื่อมีการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในสื่อต่าง ๆ โดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลก็จะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ระหว่างสิทธิในภาพ (Portrait right) กับ ประโยชน์อื่นรวมถึงเสรีภาพในการรับข้อมูล สิทธิในความเป็นส่วนตัว และเสรีภาพในการแสดงออก ด้วยเช่นกัน¹⁸ โดยประโยชน์ที่บุคคลที่ “มีความนิยมที่หาประโยชน์ได้” (“people with exploitable popularity”) มีคือประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (commercial interest)¹⁹ ในภาพลักษณ์ของบุคคลนั้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกา เสรีภาพในการแสดงออกได้รับการคุ้มครองตาม รัฐธรรมนูญภายใต้หลัก First Amendment ซึ่งข้อความคิดของเสรีภาพในการแสดงออกของสหรัฐอเมริกา อยู่ภายใต้ “การค้นหาความจริง วาทกรรมทางประชาธิปไตย และการกำหนดตัวตนของบุคคล” (“the search for truth, democratic discourse, and personal autonomy”²⁰) เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับวิดีโอเกมแล้ว Eli Pales พบว่า วิดีโอเกมเป็นสื่ออย่างหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองด้วยเสรีภาพในการแสดงออก เพราะวิดีโอเกมเป็นสื่อที่จะให้ทางเลือกแก่ผู้เล่นสามารถโต้ตอบ (interactivity) กับ เนื้อเรื่องภายในเกมได้ เช่น เกม “Until Dawn” เป็นเกมแนวสยองขวัญ (horror) ประกอบไปด้วย 8 ตัวละคร แต่ละตัวละครอาจจะมีชีวิตรอดในเกมได้หากตัดสินใจเลือกคำตอบในการเล่นไปในทางใด ระหว่างเล่น ซึ่งแตกต่างจากหนังสือหรือภาพยนตร์ที่ไม่มีตัวเลือกให้ผู้อ่านหรือผู้ชมได้เลือกตอนจบได้²¹ วิดีโอเกมจึงเป็นตัวอย่างของสื่ออย่างหนึ่งที่อยู่ในสังคมประชาธิปไตย ส่วนการค้นหาความจริง (“truth seeking”) นั้น เป็นเรื่องของตลาดทางความคิด (marketplace of ideas) วิดีโอเกมก็เปิดโอกาสให้ ผู้เล่นได้แสวงหาความจริงในสิ่งที่ชีวิตจริงไม่อาจทำได้ เช่น การที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสร้างเกมเบสบอล ให้ผู้เล่นได้ทดสอบความสามารถในการตีลูกเบสบอลหรือความเร็วในการรับลูกเบสบอล เป็นต้น²² ซึ่งก็จะนำไปสู่ข้อถกเถียงถึงความสามารถในการเล่นเบสบอลต่อไป และในข้อสุดท้าย เสรีภาพในการแสดงออกเป็นการคุ้มครองความเป็นตัวตนของบุคคลและการแสดงออกในตัวบุคคลนั้น (self-expression)

¹⁷Ibid, 3.

¹⁸Steffen Hagen, “Sports Image Rights in the Netherlands,” *The International Sports Law Journal* 3, 4 (2011): 115-127, 118.

¹⁹Ibid, 119.

²⁰Eli Pales, “Video Games and the First Amendment,” *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 20, 3 (2023): 393-432, 419.

²¹Ibid, 422.

²²Ibid, 424-425.

Eli Pales ยกตัวอย่างที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสามารถสร้างวิดีโอเกมที่มาจากความคิดหรือจินตนาการของผู้พัฒนาวิดีโอเกมนั้น ไม่ต่างจากที่ศิลปินวาดภาพลงบนผ้าใบ ผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็เขียนโค้ด ใช้ซอฟต์แวร์ และการออกแบบองค์ประกอบภายในวิดีโอเกมแต่ละประเภท เป็นต้น²³

2.1.4 คดี Edgar Davids v. Riot Games

ในคดี Edgar Davids v. Riot Games²⁴ มีข้อเท็จจริงคือ โจทก์เป็นนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงทีมชาติเนเธอร์แลนด์ชื่อ Edgar Davids ในอดีตเคยเล่นฟุตบอลให้กับหลายสโมสรฟุตบอล เช่น สโมสร Ajax ในประเทศเนเธอร์แลนด์, สโมสร Juventus ในประเทศอิตาลี และสโมสร FC Barcelona ในประเทศสเปน โดยภาพลักษณ์ของโจทก์เป็นที่รู้จักของแฟนฟุตบอลจำนวนมากเนื่องจากโจทก์มีภาพลักษณ์ที่โดดเด่นจากการสวมแว่นตารอบสีดำเพื่อป้องกันดวงตาในระหว่างแข่งขันฟุตบอล และไว้ทรงผมยาวแบบเดรดล็อก ส่วนในอาชีพการค้าแข้งของโจทก์ ขณะลงแข่งฟุตบอล โจทก์มีสไตล์การเล่นฟุตบอลที่ดุเดือด จนมีแฟนบอลเรียกโจทก์ว่า “The Pitbull”²⁵

จำเลยคือ Riot Games เป็นผู้พัฒนาวิดีโอเกม “League of Legends หรือ LoL” ในระหว่างการเล่นผู้เล่นเกม LoL สามารถเลือกเล่นเป็น “ตัวละครเสมือนจริง” (“virtual character”) หรือในเกมเรียกว่า “Champion” ตามกฎและกติกาในการเล่นเกม LoL ผู้เล่นจะต้องใช้ตัวละคร “Champion” ที่เลือกไปยึดฐานที่มั่นของผู้เล่นคนอื่นให้ได้จึงจะชนะ ในขณะเล่นเกม ผู้เล่นจะได้เล่น “Champion” ที่มีมาให้กับเกม LoL โดยไม่ต้องชำระค่าใช้จ่าย แต่อย่างไรก็ตาม ผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็ได้สร้างตัวละคร “Champion” ออกมาเรื่อย ๆ ให้ผู้เล่นซื้อตามระดับความสามารถและความใหม่ล่าสุดของตัวละคร นอกจากนี้ เพื่อความสนุกและในการเอาชนะผู้เล่นตรงข้าม ผู้พัฒนาวิดีโอเกมยังสร้าง “Skin” ไว้สำหรับการเพิ่มความสามารถให้กับตัวละคร “Champion” โดยการจำหน่ายออนไลน์ เมื่อผู้เล่นซื้อ “Skin” มาแล้ว ผู้เล่นสามารถนำ “Skin” ที่ซื้อไปสวมใส่ให้กับตัวละคร “Champion” ของตน ตัวละครก็จะกลายเป็นลักษณะและมีความสามารถตาม “Skin” แต่ละประเภท ตัวละคร “Champion” ตัวหนึ่งในเกม LoL มีชื่อว่า “Lucian” (“ผู้ชำระล้างความมืด”)²⁶ เป็นตัวละครผู้ชายผิวสี และใช้ สกิลที่เกี่ยวกับอาวุธปืนคู่

²³Ibid, 427.

²⁴Edgar Davids v. Riot Games, District Court Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:5415 (9 August 2017). [Online], available URL <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2017:5415>, 2023 (July, 17).

²⁵Kian Hsia and Thijs v. Heuvel, “Levelling the playing field in eSports – Dutch portrait rights in games,” *Interactive Entertainment Law Review* 1, 1 (2018): 67-70, 67.

²⁶League of legends, *Lucian* [Online], available URL <https://www.leagueoflegends.com/th-th/champions/lucian/>, 2023 (July, 17).



ภาพที่ 1 ตัวละคร “Striker Lucian” ในเกม League of Legends²⁷

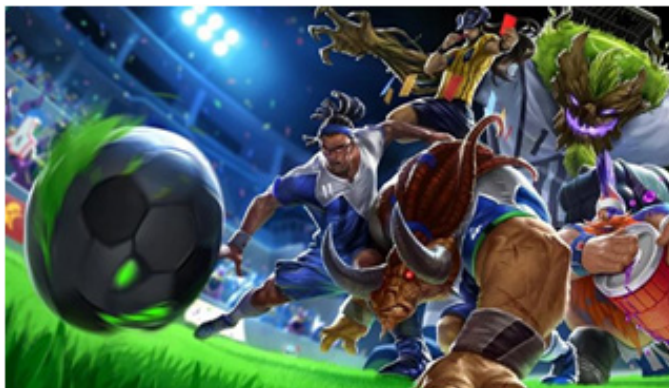


ภาพที่ 2 ภาพที่ Riot Game Group โฆษณาในเกม League of Legends²⁸

ในระหว่างการแข่งขันฟุตบอลโลกเมื่อปี ค.ศ. 2014 จำเลยสร้าง “Skin” ที่เกี่ยวกับฟุตบอล 4 รูปแบบ ด้วยกัน หนึ่งใน “Skin” ชื่อว่า “Striker” เป็น “Skin” สำหรับตัวละคร “Lucian” (ซึ่งคำว่า “Striker” หมายถึง ผู้เล่นฟุตบอลในตำแหน่งกองหน้าที่จะยิงประตู) เมื่อผู้เล่นซื้อ “Striker” มาสวมใส่แล้วก็จะกลายเป็น “Striker Lucian” ตามภาพที่ 1 จำเลยโฆษณาตัวละคร “Skin” กับ “Striker Lucian” จนเป็นที่แพร่หลายตามสื่อต่าง ๆ ตามภาพที่ 2 และ 3

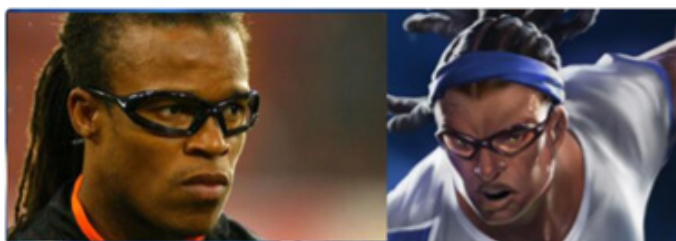
²⁷Edgar Davids v. Riot Games, supra note 24, para 2.5.

²⁸Ibid, para 2.6.



ภาพที่ 3 ภาพโฆษณาเกม League of Legends²⁹

For all you wondering, Striker Lucian was
inspired by soccer pro [eiser] ~



18:18 - 4 jun. 2014

ภาพที่ 4 ภาพที่ปรากฏในบัญชีผู้ใช้งาน twitter ชื่อ “@RiotBaconhawk”³⁰

หลังจากโฆษณาแล้ว มีผู้เล่นเกมแสดงความคิดเห็นว่า ตัวละคร “Striker Lucian” มีลักษณะคล้ายกับโจทก์ หลังจากนั้นจำเลยโดยผู้ใช้บัญชีทวิตเตอร์ชื่อ “@RiotBaconhawk” ได้แสดงข้อความว่า “สำหรับคนที่มีความสงสัย ตัวละคร Striker Lucian ได้รับแรงบันดาลใจจากนักฟุตบอลอาชีพ” (“For all you wondering, Striker Lucian was inspired by soccer pro”) และยังสามารถแสดงภาพเปรียบเทียบระหว่างภาพของโจทก์กับภาพของตัวละคร “Striker Lucian” ตามภาพที่ 4

²⁹Wesley Yin-Poole, *Edgar Davids wins lawsuit over League of Legends Lucian skin* [Online], available URL <https://www.eurogamer.net/articles/2017-08-14-ex-footballer-edgar-davids-wins-lawsuit-against-league-of-legends-dev-riot-over-lucian-skin>, 2023 (July, 17).

³⁰Edgar Davids v. Riot Games, *supra* note 24, para 2.7.

ต่อมาเมื่อโจทก์ทราบเรื่องจึงมีหนังสือบอกกล่าวให้จำเลยหยุดใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์กับตัวละคร “Striker Lucian” แต่อย่างไรก็ตาม จำเลยยังคงใช้ “Skin” “Striker” กับตัวละคร “Lucian” ส่งผลให้โจทก์ฟ้องจำเลยว่า จำเลยละเมิดสิทธิในภาพ (“Portrait’s right”) ของโจทก์ ต่อศาล District Court Amsterdam (Rechtbank Amsterdam) แห่งประเทศเนเธอร์แลนด์ จากการที่จำเลยใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในวิดีโอเกม LoL โดยไม่ได้รับอนุญาต ขอให้จำเลยหยุดการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์ภายใน 3 วัน นับแต่ศาลพิพากษา ให้จำเลยแสดงกำไรที่ได้รับของวิดีโอเกม LoL หลังจากที่มีการจำหน่าย “Skin” “Striker” กับตัวละคร “Lucian” ให้จำเลยจ่ายค่าปรับ (penalty fee) และค่าเสียหายจากการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์³¹ จำเลยให้การปฏิเสธสรุปได้ว่า ตัวละคร “Striker Lucian” ไม่ใช่ภาพของโจทก์ จำเลยจึงไม่ได้ละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์ ขอให้ยกฟ้อง

คดีมีประเด็นให้วินิจฉัยประการแรกว่าตัวละคร “Striker Lucian” เป็น “ภาพ” (“Portrait”) ของโจทก์ หรือไม่ ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเนเธอร์แลนด์ (Auteurswet หรือ Dutch Copyright Act) มาตรา 21 กำหนดว่า “หากมีการสร้างสรรค์ภาพเหมือนโดยที่ผู้สร้างสรรค์ไม่ได้รับมอบหมายจากหรือในนามของบุคคลที่แสดงในภาพหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่แสดงในภาพ บุคคลที่แสดงในภาพหรือกรณีที่บุคคลที่แสดงในภาพจะเสียชีวิตแล้วก็ตาม ทายาทของบุคคลที่แสดงในภาพ หากมีผลประโยชน์ที่มีเหตุผลต่อการเผยแพร่ในส่วนบุคคลที่แสดงในภาพอาจมีสิทธิที่จะได้แจ้งการเปิดเผยซึ่งภาพเหมือนนั้น”³² ตามมาตรา 21 เป็นสิทธิในภาพ (Portrait’s right) ปรับใช้กับภาพเหมือน (Portrait) ไม่ว่าจะเป็นรูปภาพ ภาพวาด ภาพที่แสดงออกทางดิจิทัล เช่น ตัวละครเสมือนในวิดีโอเกม ถือเป็นภาพเหมือนทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นใช้เทคโนโลยีใดก็ตาม³³ และคำว่า “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” ในมาตรา 21 คือ ประโยชน์ในความเป็นส่วนตัวและผลประโยชน์ในทางพาณิชย์กับการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล³⁴ โดยสิทธิในความเป็นส่วนตัวไม่จำกัดที่ความมีชื่อเสียงของบุคคล ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ไม่มีชื่อเสียงหรือบุคคลที่มีชื่อเสียงย่อมมีสิทธิในความเป็นส่วนตัว แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับบุคคลสาธารณะ

³¹Ibid, para 3.1.

³²Dutch Copyright Act, Article 21 “If a portrait is made without the maker having been commissioned by or on behalf of the persons portrayed, or having been commissioned for their benefit, the copyright owner is not permitted to make the portrait public if there is a reasonable interest against publication on the part of the person portrayed or, after his death, of one of his relatives”. Eechoud, M.V., “Copyright Act – Auteurswet Unofficial translation”. [Online], available URL <https://www.ivir.nl/syscontent/pdfs/119.pdf>, 2023 (July, 17).

³³Edgar Davids v. Riot Games, *supra* note 24, para 4.7.

³⁴Kian Hsia and Thijs v. Heuvel, *op. cit.*, 69-70.

สิทธิในความเป็นส่วนตัวอาจจะมีน้ำหนักน้อยกว่าเสรีภาพของสื่อต่าง ๆ จึงทำให้ต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ของการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลที่สามารถแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ได้กับเสรีภาพของสื่อ³⁵

ในการพิจารณาว่าตัวละคร “Striker Lucian” มีคุณสมบัติที่จะเป็นภาพเหมือน (Portrait) ได้หรือไม่ ศาลต้องพิจารณาในข้อแรกว่า ตัวละคร “Striker Lucian” มีการแสดงออกอย่างไร ในเกม LoL และศาลต้องพิจารณาในข้อสองว่า จำเลยโฆษณาตัวละคร “Striker Lucian” อย่างไร

ปัญหาว่า ตัวละคร “Striker Lucian” มีการแสดงออกอย่างไร ในเกม LoL เห็นว่า การที่จำเลยใช้ตัวละคร “Striker Lucian” แสดงออกตามสื่อโซเชียลมีเดียตามภาพที่ 2 และ 3 หรือการแสดงภาพของโจทก์เปรียบเทียบกับตัวละครตามภาพที่ 4 ล้วนเป็นรายละเอียดที่อาจจะมองเห็นไม่ชัดขณะเล่นเกมตามภาพที่ 1 เพราะในขณะที่เล่นเกม มีความเร็วของเกม หรือความละเอียดของภาพในเกมที่เปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว เมื่อเปรียบเทียบแล้วศาลเห็นว่า ตัวละคร “Striker Lucian” มีลักษณะเหมือนกับโจทก์ มีผิวสี มีท่าทางของนักกีฬา มีท่าทางการเล่นที่ดูดี วัชรพมเดรดลือคสีดำ และสวมแว่นตา เมื่อดูโดยรวมแล้วอยู่ด้วยกันภายใต้ชุดฟุตบอล เมื่อสาธารณชนเห็นตัวละคร “Striker Lucian” ย่อมนึกถึงโจทก์ อีกทั้งการที่โจทก์มีข้อความตามที่ปรากฏในบัญชีผู้ใช้ทวิตเตอร์เป็นหลักฐานตามภาพที่ 4 ที่จำเลยอ้างว่า ตัวละคร “Striker Lucian” นั้น เป็นการสร้างตัวละครโดยได้รับแรงบันดาลใจมาจากนักฟุตบอลอาชีพ อีกทั้งจำเลยสร้าง “Skin” “Striker” แล้วจำหน่ายให้แก่ผู้เล่นในระหว่างการแข่งขันฟุตบอลโลก นอกจากนี้ ตามนิยามของภาพเหมือนแล้วไม่จำเป็นต้องเหมือนกับบุคคลที่ถูกแสดงในภาพ เนื่องจากภาพเหมือนไม่ใช่ตัวบุคคล สิ่งที่เป็นประเด็นเกี่ยวข้องคือ บุคคลที่แสดงในภาพนั้นสามารถเป็นที่จดจำจากสาธารณชนได้หรือไม่ เจตนาของการใช้กับบริบทที่ถูกนำไปใช้คือสิ่งสำคัญที่ต้องนำมาวินิจฉัย เมื่อพิจารณาเช่นนี้แล้ว ศาลเห็นว่า ตัวละคร “Striker Lucian” จึงเป็นภาพเหมือนของโจทก์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา 21³⁶

คดีมีประเด็นให้วินิจฉัยประการที่สองว่าการใช้ตัวละคร “Striker Lucian” เป็นการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์หรือไม่ ในข้อนี้เป็นประเด็นของ “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” (“Reasonable interest”) อันตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศเนเธอร์แลนด์ มาตรา 21 ที่ศาลต้องพิจารณาก่อนว่า โจทก์มี “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” ในการโต้แย้งการเผยแพร่ตัวละคร “Striker Lucian” ของจำเลยหรือไม่ เห็นว่า การได้คำตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในภาพเหมือนนั้นเป็น “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” ตามมาตรา 21 เมื่อโจทก์เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงและเป็นบุคคลที่ได้รับความนิยมจากผู้ชื่นชอบฟุตบอลจากการที่โจทก์เป็นนักฟุตบอลอาชีพ โจทก์ย่อมมี “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” ในการโต้แย้งการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในภาพเหมือนโดยปราศจากคำตอบแทน การที่จำเลยจำหน่าย

³⁵Steffen Hagen, op. cit., 118-119.

³⁶Edgar Davids v. Riot Games, supra note 24, para 4.11.

“Skin” “Striker” แล้วนำไปใช้กับตัวละคร “Lucian” ให้ผู้เล่นชื่อ “Skin” ดังกล่าว ย่อมทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายเนื่องจากไม่ได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์

นอกจากนี้ การใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในเกม LoL ไม่ได้เป็นการให้ข้อมูลที่เพียงพอเกี่ยวกับตัวโจทก์ หรือเป็นการให้ประโยชน์อื่นใดแก่สาธารณะอันจะเป็นช้อยกเว้นของ “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” การใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ตามที่ถูกพัฒนาวิดีโอเกม LoL สร้างขึ้น เป็นเพียงตัวเลือกหนึ่งในเกม LoL ซึ่งผู้เล่นสามารถซื้อมาใช้กับตัวละคร “Lucian” ดังนั้น จำเลยจึงมีเพียงผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ (commercial interest) เท่านั้น

เมื่อศาลชั้นนำหน้าระหว่างผลประโยชน์ของโจทก์ในการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในเชิงพาณิชย์โดยปราศจากค่าตอบแทนด้านหนึ่ง กับผลประโยชน์ของจำเลยในการสร้าง “Skin” ที่เรียกว่า “Striker” และใช้กับตัวละคร “Striker Lucian” อีกด้านหนึ่งแล้ว “ผลประโยชน์ที่มีเหตุผล” ของโจทก์ย่อมมีน้ำหนักมากกว่าผลประโยชน์ของจำเลย³⁷ การใช้ตัวละคร “Striker Lucian” จึงเป็นการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์ และการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในเกม LoL ผู้เล่นเกมสามารถเล่นได้ในประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลจึงมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์ และให้จำเลยใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์จากการละเมิด โดยจำนวนค่าเสียหายนั้นต้องสอดคล้องกับรายได้และกำไรของจำเลยในประเทศเนเธอร์แลนด์ในช่วงระหว่างที่มีการจำหน่ายตัวละคร “Striker Lucian”³⁸

3. บทวิเคราะห์

3.1 การชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์

จากคดี Edgar Davids v. Riot Games แสดงให้เห็นว่า สิทธิในภาพลักษณ์ไม่จำกัดถึงประเภทของสื่อที่ภาพลักษณ์ของบุคคลถูกนำไปใช้ วิดีโอเกมเป็นสื่อประเภทหนึ่งที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมสามารถนำภาพลักษณ์ของบุคคลไปใช้ได้ด้วยเทคโนโลยีที่สามารถทำให้ตัวละครเหมือนกับบุคคลที่มีชื่อเสียง ผู้เล่นย่อมได้รับประสบการณ์จากการเล่นเป็นตัวละครและภาพลักษณ์ของบุคคลที่ตนชื่นชอบ ศาล District Court Amsterdam ได้เปรียบเทียบตัวละคร “Striker Lucian” กับโจทก์ว่า มีการแสดงออกอย่างไรในเกม LoL แล้วชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม โดยพิจารณาในด้านหนึ่งเกี่ยวกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวของโจทก์ว่า แม้โจทก์จะเป็นนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงและเป็นบุคคลร่วมสมัยของสังคมในขณะแข่งขันฟุตบอลโลก แต่โจทก์ก็มีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์ในวิดีโอเกมโดยไม่ได้รับความยินยอม และพิจารณาในอีกด้านหนึ่งว่า แม้ผู้พัฒนาวิดีโอเกมจะมีเสรีภาพในการแสดงออกตาม ECHR มาตรา 10 โดยการสร้าง

³⁷Ibid, para 4.15.

³⁸Ibid, para 5.1.

“Skin” “Striker” ที่นำออกมาจำหน่ายในช่วงฟุตบอลโลกกับตัวละคร “Striker Lucian” ก็ตาม แต่เมื่อคำนึงถึงผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ที่โจทก์มีสิทธิที่จะได้รับกับเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกมแล้ว การใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ตามที่ถูกพัฒนาวิดีโอเกม LoL สร้างขึ้น เป็นเพียงตัวเลือกหนึ่งในเกม LoL ซึ่งผู้เล่นสามารถซื้อมาใช้กับตัวละคร “Lucian” ดังนั้น จำเลยจึงมีเพียงผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ (commercial interest) เท่านั้น โดยที่ตัวละคร “Striker Lucian” ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงประโยชน์สาธารณะว่าสังคมจะได้รับประโยชน์ใดจากการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์นอกไปเสียจากการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์จากภาพลักษณ์ของโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงโดยไม่ได้รับความยินยอมและไม่ให้ค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์

3.2 ผลกระทบของคดี Edgar Davids v. Riot Games

จากคดี Edgar Davids v. Riot Games ศาล District Court Amsterdam พิจารณาว่าประโยชน์ของจำเลยเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในทางพาณิชย์เท่านั้น และยังพิจารณาปัจจัยแวดล้อมอื่นว่า การที่โจทก์มีข้อความตามที่ปรากฏในบัญชีผู้ใช้วีดิเตอร์เป็นหลักฐานตามภาพที่ 4 ที่จำเลยอ้างว่า ตัวละคร “Striker Lucian” นั้นเป็นการสร้างตัวละครโดยได้รับแรงบันดาลใจมาจากนักฟุตบอลอาชีพนั้นเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ และเนื่องจากโจทก์เป็นนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียงได้รับความนิยมนอกจากสาธารณชนที่ชื่นชอบในกีฬาฟุตบอล และเป็นช่วงการแข่งขันฟุตบอลโลก โจทก์ย่อมมีประโยชน์ทางพาณิชย์ในการได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในวิดีโอเกม จำเลย ทั้งการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในวิดีโอเกมไม่ได้ให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์สาธารณะ แต่เป็นการใช้เพื่อทางการค้าของจำเลยจากการจำหน่าย “Skin” ประโยชน์ที่โจทก์จะได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์จึงได้รับผลกระทบ

ในข้อนี้ผู้เขียนเห็นว่า ภาพลักษณ์ของโจทก์เป็นเพียงแรงบันดาลใจให้จำเลยสร้างตัวละคร “Striker Lucian” เท่านั้น เพราะตามภาพที่ 4 แสดงให้เห็นถึงข้อความในการสร้างตัวละครแล้วว่า จำเลยได้รับแรงบันดาลใจจากนักฟุตบอลอาชีพและมีภาพของโจทก์เปรียบเทียบกับตัวละคร “Striker Lucian” และเมื่อพิจารณาตัวละคร “Striker Lucian” แล้ว ในขณะที่ผู้เล่นเล่นเกม LoL ก็ต้องใช้สกิลที่เกี่ยวข้องกับอาวุธปืนคู่ การปรากฏของตัวละคร “Striker Lucian” ในเกม LoL ไม่ได้เป็นการใช้ตัวละครดังกล่าวกับเกมฟุตบอลอันเป็นกิจกรรมที่โจทก์มีส่วนร่วม แต่เกม LoL เป็นเกมประเภท Multiplayer Online Battle Arena หรือ MOBA ที่ผู้เล่นจะต้องเล่นในการต่อสู้เพื่อชิงฐานของผู้เล่นฝั่งตรงข้าม การที่ศาลพิจารณาว่าตัวละครนั้นเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์แล้วมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำการละเมิดสิทธิในภาพของโจทก์ ให้จำเลยใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์จากการละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์ย่อมส่งผลให้ผู้พัฒนาวิดีโอเกมเกิดความกลัว (chilling effect) ที่จะสร้างตัวละครจากการใช้บุคคลที่มีชื่อเสียงเป็นต้นแบบ ทั้ง ๆ ที่ตัวละคร “Lucian” เป็นเพียงตัวละครผู้ชาย ผิวสี มีกล้ามเนื้อ และทรงผมคล้ายกับบุคคลอื่นที่คล้ายโจทก์อีกหลายคน และเมื่อสวมใส่ “Skin” อื่น ก็อาจจะถูกพิจารณา

ได้ว่าเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ เพราะตัวละคร “Lucian” มีรูปร่างและลักษณะคล้ายโจทก์ การที่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมเกิดความกลัวว่าจะถูกดำเนินคดีและต้องชดใช้ค่าเสียหายนี้ ย่อมส่งผลให้ไม่มีการพัฒนางานหรือการสร้างสรรค์งานอื่นให้แก่สังคม ซึ่งท้ายที่สุดแล้ว ผลกระทบก็จะตกแก่สาธารณะที่ไม่ได้รับประโยชน์จากการสร้างตัวละครโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในวิดีโอเกม

3.3 หลักอื่นในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์

นอกจากการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ตาม ECHR มาตรา 8 และ 10 ดังจะเห็นได้จาก คดี Edgar Davids v. Riot Games แล้ว การสร้างตัวละครในวิดีโอเกมจากภาพลักษณ์ของบุคคลที่มีชื่อเสียง มีคดีที่คล้ายกันในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้ “หลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบ” (“Transformative Use Test”) ในคดี Pellegrino v. Epic Games, Inc.³⁹

คดีนี้มีข้อเท็จจริงคือ โจทก์คือ Leo Pellegrino เป็นนักแซกโซโฟน มีท่าทางการแสดงขณะเป่าแซกโซโฟนโดยใช้เท้าในการเต้นเป็น “ท่าเฉพาะ” (“Signature Move”) ในทุกการแสดงต่อหน้าผู้ชมหลายพันคนและผ่านทางออนไลน์ ท่าเต้นของโจทก์ได้รับความนิยมจากผู้ชม จำเลยคือ Epic Games เป็นผู้พัฒนาวิดีโอเกมชื่อ “Fortnite Battle Royale” หรือ “Fortnite” เปิดให้เล่นเมื่อปี ค.ศ. 2017 และเป็นวิดีโอเกมที่ได้รับความนิยมทั้งสร้างรายได้ให้จำเลยเป็นจำนวนมาก จากมูลค่าของจำเลยเดิมมีเพียง 825 ล้านดอลลาร์สหรัฐ เพิ่มขึ้น 15 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ ด้วยความสำเร็จของเกม Fortnite ซึ่งเป็นเกมต่อสู้แบบ “battle royale”⁴⁰

เกม Fortnite เป็นส่วนผสมขององค์ประกอบเกมเอาชีวิตรอด ส้ารวจ และวิ่งไล่ผู้เล่นอื่น และผู้เล่นที่อยู่ได้เป็นคนสุดท้ายก็จะเป็นผู้ชนะ ด้วยรูปแบบการเล่นดังกล่าว ผู้เล่นในการเล่นคราวหนึ่งมีได้ถึง 100 คน จะเล่นเดี่ยว หรือเล่นเป็นกลุ่ม เล่นไปจนเหลือคนเดียวหรือกลุ่มสุดท้าย โดยใช้อาวุธหรือความรุนแรงภายในเกมในการกำจัดผู้เล่นคนอื่น ในการเล่นเกมนั้น จำเลยไม่ได้คิดค่าใช้จ่ายในการเล่นหรือดาวน์โหลดเกม ผู้เล่นสามารถดาวน์โหลด ลงทะเบียน และเข้าเล่นได้โดยไม่เสียเงิน รายได้ของจำเลยมาจากร้านจำหน่ายของภายในเกมอันเป็นสถานที่ในการจำหน่ายเนื้อหาอื่นภายในเกม (virtual content) รวมถึงการปรับแต่งตัวละครดิจิทัล (digital avatars) โดยใช้เนื้อหา “การแสดงอารมณ์” (“emotes”) ที่จะทำให้ตัวละครแสดงการเต้นหรือท่าเคลื่อนไหวตามแต่ละ “emotes” จำเลยสร้าง “emotes” โดยคัดลอกท่าเต้นและท่าเคลื่อนไหวของบุคคลจากวิดีโอที่ได้รับความนิยม ภาพยนตร์และรายการโทรทัศน์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่ถูกคัดลอกซึ่ง “emotes” ได้รับความนิยมจากผู้เล่นเกมเพราะเป็นการทำให้ผู้เล่นมีความสุขไปกับท่าเต้นหรือท่าเคลื่อนไหวนั้น ระหว่างเล่นเกม ถึงขนาดที่ว่าท่าเต้นในเกมถูกนักเต้นอาชีพนำออกไปเต้นในชีวิตจริงแล้วนำไปโพสต์ลงในสื่อสังคมอื่น

³⁹Pellegrino v. Epic Games, Inc. 451 F. Supp. 3d 373 (E.D. Pa. 2020).

⁴⁰Ibid, para. 378.



ภาพที่ 5 ภาพ “emotes” “Phone It In”⁴¹

ใน “emotes” หนึ่งที่มีชื่อว่า “Phone It In” คล้ายกับท่าเต้น “Signature Move” ของ โจทก์ คำว่า “Phone It In” เป็นการอ้างถึงภาพลักษณ์ของโจทก์ในโฆษณาโทรศัพท์ Google Pixel 2 ในปี ค.ศ. 2017 โดยไม่ได้รับความยินยอมจากโจทก์ จำเลยจำหน่าย “emotes” “Phone It In” ในราคา 800 V-Bucks ซึ่งเป็นเงินดิจิทัลในเกม คำนวณเป็นเงินได้ประมาณ 8 ดอลลาร์สหรัฐ⁴² เมื่อผู้เล่นซื้อ “emotes” “Phone It In” แล้ว สามารถนำไปสวมใส่ให้กับตัวละครที่ผู้เล่นใช้เล่นเกม ตัวละครก็จะสามารถเต้นท่าเต้นของโจทก์ได้ในระหว่างเล่นเกม ส่งผลให้มีผู้เล่นหลายคนเข้าใจว่าโจทก์ให้การสนับสนุนเกม Fortnite ในขณะที่ผู้เล่นอีกหลายคนก็เข้าใจว่า “emotes” “Phone It In” สร้างโดยจำเลยเนื่องจากจำเลยไม่ได้อ้างอิงว่าเป็นท่าเต้นของโจทก์⁴³

โจทก์ฟ้องจำเลยหลายข้อหาด้วยกัน หนึ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้คือ โจทก์อ้างว่า จำเลยใช้ชื่อหรือภาพลักษณ์ (name or likeness) อันเป็นสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์ และเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของโจทก์ด้วย⁴⁴ จำเลยให้การในประเด็นดังกล่าวว่า จำเลยมีเสรีภาพในการแสดงออกภายใต้ First Amendment ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ศาล United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania วินิจฉัยว่า วิดีโอเกม Fortnite เป็นงานแสดงออกอย่างหนึ่ง (an expressive work) (ถือเป็น speech ในรูปแบบหนึ่ง) ที่ได้รับการ

⁴¹Eric Goldman, *Videogame Can Replicate Musician’s “Signature Move” (Unless It’s a False Endorsement, Which It Isn’t)*–Pellegrino v. Epic Games [Online], available URL <https://blog.ericgoldman.org/archives/2020/04/videogame-can-replicate-musicians-signature-move-unless-its-a-false-endorsement-which-it-isnt-pellegrino-v-epic-games.htm>, 2023 (July, 17).

⁴²Pellegrino v. Epic Games, Inc., *supra* note 39, para. 378.

⁴³*Ibid*, para. 379.

⁴⁴*Ibid*.

คุ้มครองภายใต้ First Amendment ศาลจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ว่า เสรีภาพในการแสดงออกของจำเลยในการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์มีน้ำหนักมากกว่าสิทธิในการเผยแพร่และสิทธิในความเป็นส่วนตัวของโจทก์หรือไม่ หลักที่ศาลนำมาพิจารณาในคดีนี้คือ หลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ โดยพิจารณาว่า เสรีภาพในการแสดงออกของจำเลยจะมีน้ำหนักแห่งประโยชน์มากกว่าสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์ได้นั้นต้องพิจารณาว่า “สินค้าที่มีการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลได้เปลี่ยนรูปไปเป็นการแสดงออกของจำเลยมากยิ่งขึ้นไปว่าเป็นเพียงภาพลักษณ์ของบุคคลนั้น” (“the product containing [the] celebrity’s likeness is so transformed that it has become primarily the defendant’s own expression rather than the celebrity’s likeness.”)⁴⁵ ศาลพิจารณาคำฟ้องของโจทก์แล้วเห็นว่า ในคำฟ้องไม่ได้อ้างว่าตัวละครในเกม Fortnite เมื่อสวม “Phone It In” “emote” แล้ว เป็นการใชภาพลักษณ์หรือข้อมูลทางกายภาพ (appearance or biographical information) ของโจทก์ แต่ตัว Avatar ที่สวม “Phone It In” “emote” ไม่ได้มีส่วนที่คล้ายกับโจทก์อย่างมาก ทั้งผู้เล่นเกม Fortnite ยังสามารถปรับแต่งตัวละครที่เล่นด้วย “คาแรคเตอร์ใหม่” (“new characters”) และ “emotes” อื่นที่คล้ายกับบุคคลที่มีชื่อเสียงคนอื่นนอกจากโจทก์ ทั้งเกม Fortnite ก็เป็นเกมต่อสู้แบบ “battle royale” และสามารถใช้ “emotes” ต่าง ๆ เช่น “Phone It In” ในระหว่างที่เล่นเกมใน “จักรวาล Fortnite” (“Fortnite Universe”) นอกจากนี้ ยังมีการใช้อาวุธและความรุนแรงในการกำจัดผู้เล่นคนอื่นเพื่อชนะการเล่นในแต่ละครั้ง แตกต่างจากกิจกรรมของโจทก์ซึ่งเป็นนักดนตรีใช้ท่าเต้น “Signature Move” ในการแสดงดนตรี เมื่อตัวละคร Avatar ในเกม Fortnite ไม่ได้ใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์หรือทำในสิ่งที่โจทก์มีตัวตนในชีวิตจริง (“These allegations establish that the avatars in Fortnite do not share Pellegrino’s identity nor do what Pellegrino does in real life.”)⁴⁶ ศาลจึงเห็นว่า ข้ออ้างของจำเลยที่อ้างว่า การที่จำเลยใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในเกม Fortnite ได้เปลี่ยนรูปใหม่จนความคล้ายของตัวละครนั้นกลายมาเป็นการแสดงออกของจำเลยเองมากยิ่งขึ้นไปว่าเป็นเพียงภาพลักษณ์ของโจทก์ ตามหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ภายใต้ First Amendment มีน้ำหนักมากกว่าสิทธิในการเผยแพร่และสิทธิในความเป็นส่วนตัวของโจทก์ ข้ออ้างของโจทก์ในประเด็นนี้จึงตกไป⁴⁷

⁴⁵Ibid, para. 380.

⁴⁶Ibid, para. 381.

⁴⁷Ibid, paras. 381-382.

4. บทสรุป

สิทธิในภาพลักษณ์ของบุคคลเป็นสิทธิในการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์และควบคุมการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล ซึ่งจะต้องมีการหาดุลยภาพแห่งสิทธิกับเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกมในการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมโดยใช้ภาพลักษณ์ของบุคคล ในสหภาพยุโรปจะต้องพิจารณาหลักเสรีภาพในการแสดงออกตาม ECHR มาตรา 10 ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการพิจารณาตามหลัก First Amendment

จากคดี *Pellegrino v. Epic Games, Inc.* จะเห็นได้ว่า สิทธิในการเผยแพร่เป็นสิทธิที่ให้คุณบุคคลสามารถควบคุมการใช้ภาพลักษณ์และแสวงหากำไรจากการใช้ภาพลักษณ์⁴⁸ ศาล United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania ปรับหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบกับตัวละครในเกม Fortnite ที่ใช้ “emotes” “Phone It In” ตามภาพที่ 5 ซึ่งผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้สร้าง “emote” ขึ้นมาจากท่าเต้น “Phone It In” ของโจทก์ จะเห็นได้ว่า แม้เป็นการสร้างขึ้นมาโดยได้รับตัวอย่างจากท่าเต้นโจทก์ก็ตาม แต่ผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็ได้ใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในเกม Fortnite โดยเปลี่ยนรูปแบบจนความคล้ายของตัวละครนั้นกลายมาเป็นการแสดงออกของจำเลยเองมากยิ่งขึ้นไปกว่าเดิมเป็นเพียงภาพลักษณ์ของโจทก์ อีกทั้งศาลยังพิจารณาว่าตัวละคร และ “emotes” “Phone It In” ไม่ได้ใช้ข้อมูลทางกายภาพของโจทก์ และเมื่อดูตัวละครเปรียบเทียบกันแล้วก็ได้มีความคล้ายกันกับภาพลักษณ์ของโจทก์แต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงการเล่นเกม Fortnite ซึ่งเป็นเกมต่อสู้โดยใช้อาวุธและความรุนแรง จะเล่นคนเดียวหรือเล่นเป็นทีม เพื่อให้ผู้เล่นคนนั้นหรือทีมผู้นั้นอยู่เป็นคนสุดท้ายหรือทีมสุดท้ายจึงจะชนะ เกม Fortnite ไม่ได้เป็นเกมดนตรี หรือมีการเป่าแซกโซโฟนเหมือนกับที่โจทก์แสดงในชีวิตจริง การใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ในคดีนี้จึงเป็นการใช้โดยเปลี่ยนรูปแบบและไม่เป็นการละเมิดสิทธิในการเผยแพร่ของโจทก์

ในมุมมองของกฎหมายลิขสิทธิ์แล้ว เมื่อเปรียบเทียบการนำงานต้นฉบับมาดัดแปลง “งานดัดแปลง” (Derivative work) จะยังไม่ถือเป็นข้อยกเว้นของงานอันมีลิขสิทธิ์ เพราะเป็นเพียงการทำซ้ำงานต้นฉบับอันมีลิขสิทธิ์โดยเปลี่ยนรูปแบบเท่านั้น แต่จากคดี *Pellegrino v. Epic Games, Inc.* จะเห็นได้ว่า การที่จำเลยนำท่าเต้น “Phone It In” ที่โจทก์คิดขึ้นและเป็นท่าเต้นประจำ มาเป็นท่าเต้นของตัวละคร Avatar ในเกม Fortnite แม้จะได้รับแรงบันดาลใจมาจากท่าเต้นของโจทก์ แต่การที่โจทก์เป็นนักแซกโซโฟนไม่ได้มีกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเกมต่อสู้อันเป็นกิจกรรมของจำเลย วัตถุประสงค์เดิมของท่าเต้นโจทก์

⁴⁸Nam Le, “Trademark Law - Looking out for the Big Guys: Outdated Precedent Reveals the Need for New Legal Test in Fortnite Likeness Case - *Pellegrino v. Epic Games, Inc.*,” 451 F. Supp. 3D 373 (E.D. PA. 2020),” *Suffolk Journal of Trial & Appellate Advocacy* 26, 2 (2020-2021): 309-320, 313.

จึงได้เปลี่ยนรูปใหม่มาเป็นงานของจำเลยด้วยหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ซึ่งสอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการแสดงออกภายใต้ First Amendment

เมื่อเปรียบเทียบกับคดี Edgar Davids v. Riot Games แล้วจะเห็นได้ว่า มีข้อเท็จจริงที่คล้ายกัน เพราะการใช้ “skin” กับตัวละคร “Lucian” และ “emote” “Phone It In” เป็นการสวมให้ตัวละคร Avatar ภายในเกม และการจำหน่าย “skin” ในเกม LoL หรือ “emotes” ในเกม Fortnite ก็ทำให้ผู้พัฒนาวิดีโอเกมได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์เช่นเดียวกัน แต่ศาลในคดี Edgar Davids v. Riot Games พิจารณาที่ประโยชน์ทางพาณิชย์ของโจทก์ที่ได้รับผลกระทบ โดยศาลคำนึงว่าการใช้ภาพลักษณ์ของโจทก์ไม่ได้ให้ประโยชน์แก่สังคม แต่เป็นการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าของจำเลยเท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงการเปลี่ยนรูปของตัวละครหรือองค์ประกอบอื่นในเกมว่าไม่ได้เกี่ยวข้องกับชีวิตจริงของโจทก์ ซึ่งเป็นเรื่องการปรับหลักการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ต่างกันกับศาลประเทศสหรัฐอเมริกา หากปรับหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่กับตัวละคร “Striker Lucian” ตามเหตุผลในคดี Pellegrino v. Epic Games, Inc. การใช้ภาพลักษณ์ของ Edgar Davids ซึ่งเป็นนักฟุตบอลที่มีชื่อเสียง ก็น่าจะเป็นการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่เพราะเป็นการนำวัตถุดิบหลักในภาพลักษณ์ของโจทก์มาใช้ในการสร้างตัวละครในวิดีโอเกม LoL จนกลายมาเป็นการแสดงออกในตัวละคร “Striker Lucian” อันเป็นงานของจำเลย และจะเห็นได้ว่า ตัวละคร “Striker Lucian” ในเกม LoL ไม่ได้เล่นฟุตบอล ทั้งเกม LoL ไม่ได้เป็นเกมฟุตบอล และไม่ได้มีลูกฟุตบอลในการเล่น แต่เป็นการใช้อาวุธปืนคู่ในตัวละคร Lucian ไม่ต่างจากตัวละครในเกม LoL ที่ใช้อาวุธและความรุนแรงในเกม Fortnite ในการเอาชนะผู้เล่นฝั่งตรงข้าม การปรับหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่ในตัวละครในวิดีโอเกมเช่นนี้ส่งผลให้ผู้เล่นได้เล่นเป็นตัวละครหรือได้ใช้ท่าทางของบุคคลที่ตนชื่นชอบ และสังคมก็จะได้รับประโยชน์จากการชื่นชมผลงานของผู้พัฒนาวิดีโอเกม ซึ่งสามารถนำมาเป็นแนวทางหนึ่งในการพิจารณาคดีหากเกิดขึ้นในประเทศไทย

จากการศึกษาหลักกฎหมายของสหภาพยุโรป และคดีที่เกิดขึ้นในประเทศเนเธอร์แลนด์และประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า ในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ในภาพลักษณ์กับเสรีภาพในการแสดงออกของผู้พัฒนาวิดีโอเกม สิทธิในภาพลักษณ์อาจถือเป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ศาลไทยควรพิจารณาหลักการใช้โดยเปลี่ยนรูปใหม่มากกว่าการพิจารณาเพียงผลกระทบต่อประโยชน์ทางพาณิชย์ของบุคคลที่ถูกนำภาพลักษณ์ไปใช้เพียงอย่างเดียว เพราะการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลในสื่อแต่ละประเภท สื่อเองก็ได้รับค่าตอบแทนจากการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลนั้น แต่บุคคลนั้นอาจไม่ได้รับค่าตอบแทนด้วย เช่น การวาดภาพการ์ตูนล้อเลียน (caricatures) เป็นต้น แต่หากเป็นการนำภาพลักษณ์ของบุคคลมาเปลี่ยนรูปให้เป็นการสร้างตัวละครในวิดีโอเกมของผู้พัฒนาวิดีโอเกมเอง โดยตัวละครนั้นไม่มีกิจกรรมเดียวกันกับบุคคลที่ถูกนำภาพลักษณ์ไปใช้ในชีวิตจริง ตามคดี Pellegrino v. Epic Games, Inc. ก็น่าจะเป็นการเปลี่ยนวัตถุประสงค์ของการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลแล้ว ทั้งนี้ จะต้องมียกระดับของ

การเปลี่ยนรูปของตัวละครเช่นเดียวกันดังจะเห็นได้จากการนำภาพลักษณ์ของนักฟุตบอลมาเปลี่ยนรูป
ถืออาวุธปืนคู่เป็นตัวละคร “Striker Lucian” ในคดี Edgar Davids v. Riot Games

ในข้อสุดท้าย หากเป็นการใช้ภาพลักษณ์ของบุคคลโดยเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางพาณิชย์
เช่น ไม่มีการเปลี่ยนรูปหรือนำภาพลักษณ์มาใช้โดยตรงกับสินค้าแล้วนำออกจำหน่ายโดยไม่ได้รับความ
ยินยอมย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในภาพลักษณ์เป็นอย่างแน่แท้ ผู้พัฒนาวิดีโอเกมก็ควรที่จะทำ
สัญญาอนุญาตให้สิทธิในภาพลักษณ์ก่อน และใช้ภาพลักษณ์ภายในขอบเขตของความยินยอมในวิดีโอเกม
ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

บรรณานุกรม

- Black, Gillian, **Publicity Rights and Image: Exploitation and Legal Control**. Hart Publishing, 2011.
- Cantley, Beckett and Geoffrey Dietrich, “The Metaverse: A Virtual World with Real World Legal Consequences,” **Rutgers Computer and Technology Law Journal** 49, 1 (2022): 1-25.
- Coors, Corinna. “Celebrity image rights versus public interest: striking the right balance under German law,” **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 9, 10 (2014): 835-840.
- Council of Europe, **Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights** [Online], available URL https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf, 2023 (July, 17).
- Goldman, Eric. **Videogame Can Replicate Musician’s “Signature Move” (Unless It’s a False Endorsement, Which It Isn’t)–Pellegrino v. Epic Games** [Online], available URL <https://blog.ericgoldman.org/archives/2020/04/videogame-can-replicate-musicians-signature-move-unless-its-a-false-endorsement-which-it-isnt-pellegrino-v-epic-games.htm>, 2023 (July, 17).
- Garon, Jon M. “Playing in the Virtual Arena: Avatars, Publicity, and Identity Reconceptualized through Virtual Worlds and Computer Games.” **Chapman Law Review** 11, 3 (Spring 2008): 465-520.
- Hopkins, Marie. “Live Sports Virtual Reality Broadcasts: Copyright and Other Protections,” **Duke Law & Technology Review** 16 (2017-2018): 141-160.
- Hsia, Kian and Thijs. v. Heuvel. “Levelling the playing field in eSports – Dutch portrait rights in games,” **Interactive Entertainment Law Review** 1, 1 (2018): 67-70.
- Lemley, Mark A. and Eugene Volokh, “Law, virtual reality, and augmented reality,” **University of Pennsylvania Law Review** 166, 5 (April 2018): 1051-1138.
- League of legends. **Lucian** [Online], available URL <https://www.leagueoflegends.com/th-th/champions/lucian/>, 2023 (July, 17).

- Le, Nam. “Trademark Law - Looking out for the Big Guys: Outdated Precedent Reveals the Need for New Legal Test in Fortnite Likeness Case - *Pellegrino v. Epic Games, Inc.*, 451 F. Supp. 3D 373 (E.D. PA. 2020),” **Suffolk Journal of Trial & Appellate Advocacy** 26, 2 (2020-2021): 309-320.
- Marlan, Dustin. “Unmasking the Right of Publicity,” **Hastings Law Journal** 71, 2 (February 2020): 419-474.
- Neethling, Johann. “Personality Rights: A Comparative Overview,” **Comparative and International Law Journal of Southern Africa** 38, 2 (2005): 210-245.
- Nellis, Stephen. **Apple to sell Vision Pro AR headset for triple Meta’s top-line price** (6 June 2023) [Online], available URL: <https://www.reuters.com/technology/apple-expected-reveal-mixed-reality-headset-developer-conference-2023-06-05/>, 2023 (July, 17).
- Pales, Eli. “VIDEO GAMES AND THE FIRST AMENDMENT.” **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property** 20, 3 (2023): 393-432 Statista, **Video Games – Worldwide** [Online], available URL: <https://www.statista.com/outlook/dmo/digital-media/video-games/worldwide>, 2023 (July, 17).
- Steffen, Hagen. “Sports Image Rights in the Netherlands,” **The International Sports Law Journal** 3, 4 (2011): 115-127.
- Velden, Ruud van der. “Image rights in The Netherlands—injunction prohibiting use of football player’s image and name,” **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 1, 11 (2006): 701-702.
- Whitman, James. Q. “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty,” **Yale Law Journal** 113, 6 (2004): 1153-1221.
- Yin-Poole, Wesley. “Edgar Davids wins lawsuit over League of Legends Lucian skin” (14 August 2017). [Online], available URL <https://www.eurogamer.net/articles/2017-08-14-ex-footballer-edgar-davids-wins-lawsuit-against-league-of-legends-dev-riot-over-lucian-skin>, 2023 (July, 17).