

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสัญญา Shrinkwrap Clickwrap และ Browsewrap ตามกฎหมายไทย

ผู้วิจัยได้อธิบายถึงลักษณะของสัญญา Shrinkwrap, Clickwrap และ Browsewrap ในบทที่ 2 และแนวคิดทางกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องในบทที่ 3 แล้ว ในบทนี้ ผู้วิจัยจะนำเสนอปัญหาของสัญญาดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นในประเทศไทย รวมทั้งจะขอแนะนำเสนอทางออกของปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นแล้วในต่างประเทศ โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้เพื่อเป็นตัวอย่างและเป็นแนวทางของประเทศไทยว่าหากมีปัญหาลักษณะเดียวกันเกิดขึ้น ประเทศไทยควรเลือกที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างไร โดยปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในประเทศไทยเกี่ยวกับสัญญา Shrinkwrap Clickwrap และ Browsewrap ที่ผู้วิจัยศึกษาอาจแบ่งได้เป็นหลายประการ ดังต่อไปนี้

1. ประเด็นเกี่ยวกับการเกิดสัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภท Shrinkwrap, Clickwrap และ Browsewrap

การพิจารณาข้อเกิดของสัญญาเพื่อพิจารณาว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้วหรือยัง มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นเกณฑ์ในการที่จะวินิจฉัยว่ามีนิติสัมพันธ์เกิดขึ้นแล้วหรือยัง สัญญาเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ และอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงจะเกิดขึ้น ผู้วิจัยจะศึกษาวิเคราะห์ว่าในกรณีธุรกรรมเกี่ยวกับการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น สัญญาที่เกิดขึ้นมีที่สัญญาและได้แก่สัญญาใดบ้าง โดยแบ่งการศึกษาเป็น 2 กรณี คือ กรณีธุรกรรมการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบปกติ เช่น การสั่งซื้อทางโทรศัพท์ หรือซื้อจากร้านค้า และกรณีธุรกรรมการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบออนไลน์ หลังจากนั้นผู้วิจัยจะวิเคราะห์ถึงเวลาการเกิดสัญญา

1. ประเด็นเรื่องประเภทของสัญญา

1. กรณีธุรกรรมการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบปกติ

แนวปฏิบัติทางการค้าของการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์กรณีนี้ ไม่ว่าจะกรณีสั่งซื้อทางโทรศัพท์หรือทางไปรษณีย์ หรือเลือกซื้อจากร้านค้า บุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับธุรกรรม

หนึ่งๆ มักได้แก่ บุคคลผู้ต้องการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ผู้ขายโปรแกรม และเจ้าของโปรแกรมนั้น จะเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณาในแง่กฎหมายแล้ว สัญญาที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับบุคคลทั้งสามฝ่ายมี 2 สัญญา สัญญาแรกคือสัญญาซื้อขายระหว่างบุคคลผู้ต้องการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้ขายโปรแกรม การที่ผู้ซื้อเลือกซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์และชำระราคาให้ผู้ขาย และผู้ขายตกลงขายโปรแกรมนั้นให้ผู้ซื้อนั้น สัญญาซื้อขายย่อมเกิดขึ้น โดยกรรมสิทธิ์ในสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นจะโอนมาเป็นของผู้ซื้อโปรแกรม

ส่วนภายหลังที่ผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้อ่านข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภท shrinkwrap และแสดงความยินยอมในข้อสัญญาดังกล่าว สัญญาที่เกิดขึ้น สัญญาที่สองนี้ ได้แก่สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์และเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นในอันที่จะปฏิบัติตามข้อสัญญาที่เจ้าของโปรแกรมกำหนดขึ้น

2. กรณีธุรกรรมการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบออนไลน์

แนวปฏิบัติทางการค้าในการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบออนไลน์ที่เกิดขึ้นคือ บุคคลผู้ต้องการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ชำระเงินทางบัตรเครดิต แล้วทำการดาวน์โหลดโปรแกรมเข้าสู่เครื่องคอมพิวเตอร์ของตน ในขณะที่ทางฝ่ายเจ้าของเว็บไซต์ (กรณีที่เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่เจ้าของเว็บไซต์) มักจะมีสัญญาบริการกับเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตกลงให้เจ้าของเว็บไซต์ได้รับส่วนแบ่งจากรายได้ในกรณีจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์เมื่อมีบุคคลมาทำการดาวน์โหลดแต่ละครั้ง เมื่อพิจารณาสัญญาที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะเห็นได้ว่า การสั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบออนไลน์โดยทำการดาวน์โหลดโปรแกรมเข้าสู่เครื่องคอมพิวเตอร์ของตนได้ทันทีเมื่อผู้ซื้อชำระราคานั้น ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใดๆ ระหว่างเจ้าของเว็บไซต์และบุคคลผู้ต้องการซื้อโปรแกรมเลย เมื่อไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน สัญญาซื้อขายระหว่างเจ้าของเว็บไซต์กับผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่เกิดขึ้น สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาดังกล่าวจึงมีเพียงหนึ่งสัญญา ได้แก่ สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ระหว่างผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์กับเจ้าของโปรแกรม โดยเป็นกรณีสัญญา clickwrap หรือ browswrap

2. ประเด็นเรื่องเวลาการเกิดสัญญา

สำหรับประเด็นเวลาการเกิดสัญญา ผู้วิจัยวิเคราะห์เป็น 2 กรณี คือกรณีสัญญา shrinkwrap กรณีหนึ่งและกรณีสัญญา clickwrap หรือ browswrap อีกกรณีหนึ่ง

- สัญญา shrinkwrap

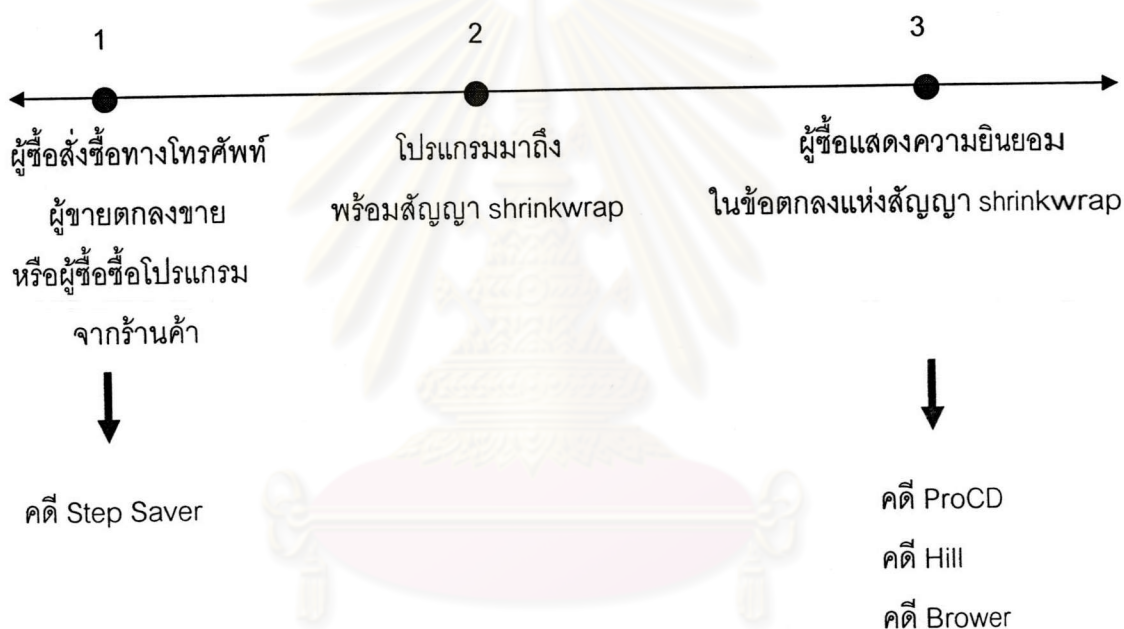
อย่างที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 ถึงลักษณะของสัญญา Shrinkwrap ว่าเป็นสัญญาที่อยู่ในบรรจุภัณฑ์โปรแกรม โดยบนกล่องบรรจุภัณฑ์จะมีข้อความทำนองว่าหากผู้ซื้อเปิดบรรจุภัณฑ์นี้ จะถือว่าผู้ซื้อมีความผูกพันตามกฎหมายในอันที่จะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ผู้ขายระบุไว้ หากผู้ซื้อไม่ยอมรับตามข้อสัญญา Shrinkwrap ผู้ซื้อสามารถส่งคืนโปรแกรมนั้นกับร้านค้าที่ตนซื้อภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้

หากเป็นการสั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทางโทรศัพท์ หรือทางไปรษณีย์ กรณีมักเป็นว่าในขณะที่ทำการซื้อขายนั้น ผู้ซื้อและผู้ขายเพิ่งแต่ตกลงกันเรื่องต่างๆ ไป เกี่ยวกับตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น เช่น จำนวนที่ผู้ซื้อต้องการ ราคาสินค้า หรือวิธีการส่งสินค้า เป็นต้น โดยผู้ขายมิได้ทำการเจรจาตกลงหรือแจ้งให้ผู้ซื้อทราบถึงข้อสัญญา shrinkwrap ดังนั้นผู้ซื้อจะทราบถึงการมีอยู่ของสัญญา shrinkwrap และได้มีโอกาสอ่านข้อสัญญานั้น ก็ต่อเมื่อผู้ซื้อได้รับสินค้านั้นจากผู้ขายแล้วในภายหลัง จะเห็นได้ว่ามีช่วงเวลาหนึ่งเกิดขึ้นระหว่างจุดเวลาที่ทำการสั่งซื้อและจุดเวลาที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์มาถึงพร้อมกับสัญญา shrinkwrap จึงมีปัญหว่าสัญญาเกิด ณ ช่วงเวลาใด

ในคดี Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology ศาลได้ใช้มาตรา 2-207(3)¹ อธิบายว่าการที่ผู้ซื้อทำคำสั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทางโทรศัพท์และผู้ขายสนอง

¹ UCC §2-207(3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this chapter.

รับคำเสนอชื่อนั้น ถือว่าสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้ว (ตามจุดที่ 1 ในภาพข้างล่าง) ถึงแม้จะไม่มีการตกลงในรายละเอียดของสัญญาก็ตาม เมื่อสัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้วทางการสนทนาทางโทรศัพท์ ศาลจึงมองว่าสัญญา shrinkwrap ที่แนบมาภายหลังพร้อมกับการขนส่งโปรแกรมเป็นเพียงความพยายามที่จะแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาซื้อขายที่มีอยู่ เมื่อสัญญา shrinkwrap มีข้อสัญญาอันเป็นสาระสำคัญและคู่สัญญาไม่ได้ตกลงยินยอมในข้อตกลงในสัญญา shrinkwrap ดังกล่าว ศาลจึงใช้มาตรา 2-207(3) ดังกล่าวในการปฏิเสธข้อตกลงในสัญญา shrinkwrap ซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลในคดีนี้ไม่ได้เห็นชัดว่าสัญญาเกิดหลังจากได้อ่านข้อสัญญา shrinkwrap แล้ว ยินยอมในข้อสัญญานั้นดังที่ผู้ขายอ้าง (ตามจุดที่ 3 ในภาพข้างล่าง) แต่เห็นว่าสัญญาเกิดตั้งแต่แรกที่สนทนาทางโทรศัพท์แล้ว



อย่างไรก็ตามในศาลในคดี ProCD, Inc. v. Zeidenberg ได้วินิจฉัยว่าผู้ขายสามารถกำหนดลักษณะการแสดงผลของผู้ซื้อว่าการแสดงผลของผู้ซื้ออย่างไรที่ถือว่าได้ตอบรับคำเสนอขายของผู้ขายแล้ว รวมทั้งผู้เสนอยังสามารถกำหนดว่าคำสนองเกิดขึ้นเมื่อใด ดังนั้นการที่ผู้ขาย (ProCD) กำหนดให้คำสนองของผู้ซื้อเกิดขึ้นหลังจากการซื้อขายโปรแกรมเมื่อผู้ซื้อได้มีโอกาสตรวจข้อตกลงในสัญญา shrinkwrap แล้วไม่ส่งสินค้ากลับเพื่อรับเงินคืน จึงสามารถกระทำได้ในคดีนี้จึงถือว่าสัญญาเกิดขึ้นภายหลังจากการซื้อขายโปรแกรม (ตามจุดที่ 3 ในภาพบน) ดังนั้นสัญญา shrinkwrap จึงไม่ใช่ข้อสัญญาที่มีขึ้นเพื่อแก้ไขข้อสัญญาซื้อขายเดิม หากเป็นข้อสัญญาอีกส่วนหนึ่งของสัญญาซื้อขาย

ศาลในคดี Hill v. Gateway 2000 Inc ได้ดำเนินตามแนวคำพิพากษาในคดี ProCD, Inc. v. Zeidenberg โดยวินิจฉัยว่าสัญญาสามารถเกิดขึ้นหลังจากขั้นตอนการซื้อขายที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติได้จบสิ้นแล้ว การซื้อขายที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติมักเริ่มจากการที่ผู้ซื้อสั่งซื้อโปรแกรม ผู้ขายส่งสินค้าไปยังผู้ซื้อ หลังจากนั้นเมื่อผู้ซื้อได้รับสินค้าแล้วได้ตรวจข้อตกลงในสัญญา shrinkwrap หากผู้ซื้อไม่ส่งคืนสินค้าภายในระยะเวลาที่ผู้ขายกำหนด เช่น 30 วัน ถือว่าผู้ซื้อได้ตกลงยินยอมในข้อตกลงในสัญญา shrinkwrap และจึงถือว่าสัญญาซื้อขายเกิดขึ้น

ศาลในคดี Brower v. Gateway 2000 Inc ก็เช่นกัน ศาลได้วินิจฉัยว่าสัญญา shrinkwrap ที่ผู้ขายส่งให้ผู้ซื้อในภายหลังนั้นไม่ใช่ข้อสัญญาที่มีขึ้นเพื่อแก้ไขข้อตกลงในสัญญาซื้อขาย แต่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาซื้อขายซึ่งคู่สัญญาจะต้องพิจารณาในขั้นตอนของการเกิดสัญญา

จากคดีข้างต้นจะเห็นได้ว่าศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาในยุคแรกไม่ยอมรับให้ผู้ขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถกำหนดได้ว่าสัญญาเกิดเมื่อไร จึงวินิจฉัยว่าขั้นตอนการเกิดสัญญา (Contract Formation) ได้เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงเมื่อมีคำเสนอ คำสนอง และการแลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทนอันได้แก่การชำระราคาและการตกลงส่งมอบทรัพย์สินโปรแกรมคอมพิวเตอร์เกิดขึ้นครบถ้วน เมื่อภายหลังที่ผู้ซื้อได้รับทรัพย์สินดังกล่าวแล้วและพบว่า มีสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์แนบมาด้วย ศาลจึงมองว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นเรื่องของการแก้ไขสัญญา (Contract Alteration) เดิม เมื่อผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์มิได้มีการแลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทนใดๆ กลับไป สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่เกิดขึ้น แต่ในคดีหลังๆ ตั้งแต่คดี ProCD เป็นต้นมา ศาลได้รับรองให้ขั้นตอนการเกิดสัญญาสามารถขยายระยะเวลาไปถึงภายหลังที่ผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้อ่านข้อตกลงแห่งสัญญาแล้วแสดงความยินยอม ซึ่งสามารถอธิบายตามทฤษฎี Layered Contracting ได้ว่าศาลเห็นชอบกับการขยายระยะเวลาการแลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทนของผู้ขายนั่นเอง โดยถือว่าการแลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทนในกรณีนี้คือการชำระราคาของผู้ซื้อฝ่ายหนึ่ง และการส่งมอบทรัพย์สินพร้อมสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้ขายอีกฝ่ายหนึ่ง ความเห็นเกี่ยวกับเวลาที่สัญญาเกิดอาจแบ่งได้เป็น 2 แนวคิด ดังนี้

แนวคิดที่ 1 การยอมรับแนวคิด layered contracting ซึ่งหมายถึงผู้ขายสามารถขยายระยะเวลาการเกิดสัญญาออกไปได้นั้นน่าจะก่อให้เกิดผลดีมากกว่าและเกิดความสับสนน้อยกว่า เนื่องจากเจตนาในการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของทุกคนก็คือการซื้อสิทธิในการได้ใช้ประโยชน์ในโปรแกรมนั้น (Purchase the license) ไม่ใช่เพื่อต้องการกรรมสิทธิ์ในตัวแผ่นดิสก์หรือซีดีรอม ซึ่ง

เป็นเพียงสื่อบรรจุโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ต้องการ ดังนั้นหากจะถือว่าสัญญาเกิดขึ้น ณ ขณะที่ผู้ซื้อซอฟต์แวร์ชำระเงินแล้วเดินออกจากร้านค้าพร้อมโปรแกรมนั้นโดยที่บุคคลนั้นยังไม่มีโอกาสได้อ่านข้อสัญญา shrinkwrap อันเป็นสัญญาที่มีความสำคัญยิ่งในการใช้โปรแกรมเสียก่อน ก็อาจเกิดความยุ่งยากเหมือนในคดี Step Saver ในการพิจารณาถึงการเกิดสัญญาและสถานะทางกฎหมายของสัญญา shrinkwrap ซึ่งหากมีการยอมรับแนวคิด layered contracting ที่ถือว่าสัญญาเกิดเมื่อผู้ซื้อได้อ่านข้อสัญญา shrinkwrap และแสดงความยินยอมในข้อสัญญานั้นไม่ว่าด้วยวิธีการใด เช่น การคลิก “I agree” ขณะทำการติดตั้งโปรแกรมในเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือการเปิดฝึกรับบรรจุภัณฑ์โปรแกรม การถือว่าสัญญาเกิดเมื่อมีการแสดงความยินยอมในข้อสัญญา shrinkwrap ก็จะสอดคล้องกับหลักปฏิบัติในการประกอบธุรกิจมากกว่าและน่าจะตรงตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญามากกว่าด้วย

แนวคิดที่ 2 ผู้วิจัยเห็นว่าตามแนวคิด layered contracting นั้น เมื่อผู้ซื้อซื้อโปรแกรมจากร้านค้าหรือสั่งซื้อไม่ว่าด้วยวิธีการใด กระบวนการเกิดสัญญายังไม่สิ้นสุด ขั้นตอนที่เกิดขึ้นต่อมาคือการส่งสินค้าพร้อมแนบสัญญา shrinkwrap ซึ่งผู้ซื้ออาจยอมรับหรือไม่ก็ได้ หากผู้ซื้อไม่ยอมรับข้อสัญญา ผู้ซื้อก็มีสิทธิได้รับเงินคืน แต่หากผู้ซื้อยอมรับข้อสัญญา สัญญาก็เกิด สิ่งที่น่าคิดคือ การที่ผู้ซื้อได้ชำระราคาและสินค้าถูกส่งมายังผู้ซื้อก็ถือว่าเป็นการกระทำที่เกิดก่อนการเกิดสัญญา หากยังไม่มีสัญญาเกิดขึ้นจนกว่าผู้ซื้อจะยอมรับสัญญา shrinkwrap ผู้ซื้อจะสามารถเรียกค่าเสียหายตามสัญญาหรือค่าโปรแกรมที่ตนชำระไปได้ได้อย่างไร นอกจากนี้การที่ศาลยอมรับข้อสัญญา shrinkwrap ที่ว่าหากผู้ซื้อไม่ยอมรับสัญญานี้ผู้ซื้อสามารถส่งสินค้าคืนเพื่อรับเงินเต็มจำนวนคืนว่าผลบังคับใช้ ก็เท่ากับว่าศาลได้มีการยอมรับว่ามีสัญญาเกิดขึ้นแล้วก่อนที่ผู้ซื้อจะเข้าพิจารณายอมรับหรือปฏิเสธสัญญา shrinkwrap นั่นเอง การที่จะถือว่าสัญญาเกิดขึ้นหลังจากที่ผู้ซื้อยอมรับข้อสัญญา shrinkwrap จึงเป็นการขัดแย้งกันในตัวเอง

นอกจากนี้แนวคิดเรื่อง layered contracting ที่ผู้ผลิตโปรแกรมอ้างว่ามีความสอดคล้องกับแนวปฏิบัติทางการค้านั้น ความจริงแล้วมีความเหมาะสมกับธุรกิจที่กินระยะเวลาอันยาวนานที่ไม่สามารถตกลงข้อสัญญาทุกข้อไว้ล่วงหน้า เช่น สัญญาก่อสร้างซึ่งกินระยะเวลายาวนาน เท่านั้น แต่การซื้อโปรแกรมนั้นเป็นธุรกรรมที่เกิดขึ้นแบบครั้งเดียวจบ การยอมรับความสมบูรณ์ของ layered contracting มาใช้กับสัญญา shrinkwrap จะทำให้ผู้ขายโปรแกรมสามารถกำหนดเวลาการเกิดสัญญาได้ จึงเป็นการสนับสนุนให้มีการซ่อนเร้นข้อสัญญาซึ่งความจริงแล้วสามารถเปิดเผยให้ผู้ซื้อได้ทราบตั้งแต่ก่อนซื้อโปรแกรม เพราะเป็นข้อสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ขายเตรียมไว้ล่วงหน้าอยู่แล้ว แต่ผู้ขายกลับซ่อนเร้นข้อสัญญานั้นไว้ก่อน โดยเปิดเผยข้อสัญญาภายหลังเมื่อส่งสินค้ามาให้ ทำให้ผู้

ซื้อไม่สามารถนำข้อสัญญา shrinkwrap มาเปรียบเทียบกับระหว่างโปรแกรมหลายๆ ตัว เพื่อช่วยในการตัดสินใจในการเลือกซื้อ และการเปิดเผยข้อสัญญา shrinkwrap ในภายหลังอาจสร้างความเสียหายให้กับผู้ซื้อที่ไม่ได้พิจารณาสัญญาโดยละเอียดเพราะถือว่าตนได้ตัดสินใจเลือกซื้อและชำระเงินค่าโปรแกรมไปแล้ว ทำให้ผู้ขายสามารถซ่อนข้อสัญญาที่เขาเปรียบผู้ซื้อได้ ซึ่งกรณีจะต่างกับการเปิดเผยข้อสัญญาตั้งแต่ก่อนซื้อ ผู้ซื้อจะใส่ใจกับการอ่านข้อสัญญา shrinkwrap นั้นมากกว่า

หากมีประเด็นนี้เกิดขึ้นในศาลไทย มีปัญหาว่าศาลไทยน่าจะวินิจฉัยประเด็นนี้ไปในแนวทางใด มีมาตราที่เกี่ยวข้องดังนี้

มาตรา 359 วรรค 2 บัญญัติว่า “คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว”

มาตรา 366 วรรค 1 บัญญัติว่า “ข้อความใดๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีคู่สัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่”

มาตรา 367 บัญญัติว่า “สัญญาใดคู่สัญญาได้ถือว่าเป็นอันได้ทำขึ้นแล้ว แต่แท้จริงยังมีได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใดอันจะต้องทำความตกลงให้สำเร็จ ถ้าจะพึงอนุมานได้ว่าถึงหากจะไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นไซ้ ท่านว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้วก็ยอมเป็นอันสมบูรณ์”

มาตรา 359 วรรค 2 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีคำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่น ซึ่งอธิบายได้ว่าตามปกติสัญญายอมเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันและคำสนองได้ส่งถึงผู้เสนอแล้ว กล่าวคือข้อความที่ได้กำหนดไว้ในคำสนองถูกต้องสอดคล้องตรงกันกับข้อความที่ได้กำหนดไว้ในคำเสนอ หากคำเสนอมีข้อกำหนดไว้แต่คำสนองกลับมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยแล้ว สัญญาก็ไม่อาจเกิดขึ้นและต้องถือว่าคำสนองดังกล่าวเป็นคำบอกปิดไม่รับ²

² ไชยยศ เหมะรัชตะ, ฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 165.

อย่างไรก็ตามคำบอกปิดไม่รับไม่ใช่คำบอกปิดจะไม่ทำสัญญาด้วย เพียงแต่กฎหมายบัญญัติให้มีผลเหมือนกับการบอกปิดไม่ทำสัญญา คือทำให้คำเสนอนั้นสิ้นผลไปเท่านั้น กล่าวคือเป็นการสนองรับที่ยังสงวนคำเสนอไว้แต่มีข้อแม้เงื่อนไข เมื่อคำเสนอเดิมสิ้นผล ทำให้คำบอกปิดไม่รับนั้นเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วย หากแต่ต้องเข้าใจว่าการแสดงเจตนาที่ตอบสนองไปนั้นโดยเนื้อหาสาระของการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอนั้นต้องมีลักษณะสมบูรณ์ในฐานะที่เป็นคำเสนอได้ในตัวเอง สามารถที่จะทำให้ผู้เสนอเดิมตกลงทำสัญญาตามข้อความนั้นได้ทันที³ การเพิ่มเติม การมีข้อจำกัดหรือการมีข้อแก้ไขคำเสนอนั้นโดยหลักแล้วต้องทำให้สาระสำคัญของคำเสนอเดิมนั้นเปลี่ยนแปลงไปเหมือนว่าผู้สนองได้เสนอที่จะขอให้ผู้เสนอเดิมเข้าทำสัญญากับตนตามเนื้อหาของคำเสนอในที่นั่นเอง⁴

ถึงแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้บัญญัติว่าการเพิ่มเติม การมีข้อจำกัดหรือการมีข้อแก้ไขในเรื่องใดบ้างที่จะถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของคำเสนอในสาระสำคัญ ก็พอจะสรุปกฎเกณฑ์ได้ว่าหากเป็นการเพิ่มเติม จำกัด หรือแก้ไขข้อสาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย เช่น ราคาสินค้า คุณภาพ และปริมาณสินค้า ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่ทำให้คำเสนอเดิมสิ้นผล เช่น นาย ก ต้องการจะขายรถจักรยานยนต์ในราคา 30,000 บาท แต่นาย ข ต้องการซื้อในราคาเพียง 25,000 บาท คำสนองของนาย ข ถือเป็นคำสนองที่มีข้อแก้ไขเรื่องราคาสินค้าจากราคาที่ผู้เสนอกำหนด หรือเรื่องเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดชอบของสัญญาฝ่ายหนึ่งต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ถือเป็นข้อสาระสำคัญในสัญญาเช่นกัน เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3249/2537 ประกาศประกวดราคามีทั้งสัญญาว่าโจทก์มีสิทธิจะเลือกเข้าทำสัญญากับผู้เข้าประกวดรายใดก็ได้โดยไม่ต้องทำสัญญากับผู้ประกวดราคาที่เสนอราคาสูงสุดหรือไม่เลือกผู้ประกวดราคารายใดเลยก็ได้ ดังนี้ประกาศประกวดราคาเป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น หนังสือประกวดราคาของโจทก์จึงเป็นคำเสนอของโจทก์ที่ประสงค์จะเข้าทำสัญญาเช่าซื้อที่ดินพิพาทกับจำเลยเท่านั้น การที่จำเลยมีหนังสือแจ้งให้โจทก์ทราบที่โจทก์เป็นผู้มีสิทธิเช่าซื้อที่ดินพิพาท โดย โจทก์ต้องนำหลักฐานแสดงการตกลงระหว่างโจทก์กับผู้อาศัยในที่ดินพิพาทว่าจะขนย้ายทรัพย์สินออกจากที่ดินโดยไม่เรียกร้องใดๆ จากจำเลยมาแสดงภายใน 30 วัน

³ อ่างแล้ว, หน้า 167.

⁴ จำปี โสติพิพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน,

หนังสือของจำเลยดังกล่าวเป็นคำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติมอันมีข้อจำกัดหรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่น ประกอบด้วย ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอบางส่วนของโจทก์ทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ในตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 359 วรรคสอง เมื่อโจทก์ไม่ได้ดำเนินการสนองตาม คำเสนอของจำเลยภายในเวลาที่กำหนดไว้ สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยจึงยังไม่เกิดขึ้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 73/2509 กรณีที่โจทก์ขอซื้อไม้จากจำเลยและจำเลยได้สนองตอบว่าจะขายให้แต่ให้ติดต่อชำระเงินและรับมอบไม้ภายใน 30 วันนับแต่วันได้รับหนังสือ มิฉะนั้นถือว่าโจทก์ไม่ประสงค์จะซื้อไม้รายนี้ ดังนี้ คำสนองของจำเลยเป็นคำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติมและข้อจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 359 วรรคสอง จึงถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ในตัว ซึ่งหากโจทก์ต้องการทำสัญญากับจำเลย โจทก์ก็ต้องสนองรับตามข้อกำหนดใน คำเสนอใหม่ของจำเลยดังกล่าวด้วย โดยชำระเงินและรับมอบไม้ภายในกำหนด เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า โจทก์ได้ชำระค่าไม้เพียงบางส่วน เมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวในคำเสนอใหม่ของจำเลย ข้อผูกพันตามคำเสนอใหม่ของจำเลยที่บอกขายไม้ให้โจทก์ย่อมสิ้นสุดไปแล้ว จำเลยจึงไม่มีหน้าที่ขายไม้ให้แก่โจทก์อีกต่อไป

อย่างไรก็ตามคำสนองที่มีข้อแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอในสาระสำคัญนั้น อาจทำให้เกิดสัญญาได้เช่นเดียวกัน โดยต้องพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาเป็นหลัก โดยต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีว่าคู่สัญญาประสงค์จะก่อให้เกิดเป็นสัญญาตามคำสนองที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอหรือไม่โดยมีหลักกว้างๆ ในการพิจารณาเจตนาของคู่สัญญาดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 366 และ 367 กล่าวคือ

1. หากอนุমানได้ว่าถึงแม้ข้อแตกต่างนั้นจะไม่ทำความตกลงกัน คู่สัญญาก็ยังคงมีเจตนาที่จะทำสัญญากันก็ตาม ก็ต้องถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว และข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันได้ตามคำเสนอและคำสนองย่อมเป็นอันสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 367 เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 605/2481 โจทก์ประมูลการส่งกระบือให้แก่จำเลยได้ และตกลงกันให้โจทก์ไปเซ็นสัญญาและวางเงินประกัน แต่โจทก์ส่งกระบือให้แก่คนของจำเลยครบถ้วน ถูกต้องตามเงื่อนไขแล้วโดยไม่ได้ไปเซ็นสัญญาและวางเงินประกัน ฝ่ายจำเลยก็มีได้ปฏิเสธไม่ยอมรับกระบือ ดังนี้ โจทก์ฟ้องเรียกราคากระบือได้ การที่จะไปเซ็นสัญญาก็เพื่อให้โจทก์ส่งกระบือให้ถูกต้องตามเงื่อนไขที่ตกลงกัน โจทก์ได้ส่งกระบือถูกต้องทุกอย่างแล้วและการวางเงินประกันก็เพื่อให้โจทก์ปฏิบัติถูกต้อง เมื่อโจทก์ปฏิบัติถูกต้องแล้ว เงินประกันก็ไม่จำเป็น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 135/2507 ผู้เช่าทำสัญญา จ.1 เช่าทรัพย์สินจากผู้ให้เช่า ค่าเช่าเดือนละ 500 บาท มีกำหนด 1 ปี และได้ทำหนังสือ จ.2 ไว้ต่อกันอีกหนึ่งฉบับ มีความในข้อ 1 ว่า “ฯลฯ ผู้เช่ามีสิทธิที่จะต่อสัญญา (จ.1) ได้อีก 1 ปี โดยต้องบอกกับผู้ให้เช่าล่วงหน้า 1 เดือน แล้วทำสัญญาใหม่ขึ้นอีก 1 ฉบับ และต้องเพิ่มค่าเช่าเป็นเดือนละ 3,500 บาท” ปรากฏว่าก่อนที่จะครบสัญญาเช่า 1 เดือน ผู้เช่าได้ให้คนไปติดต่อกับผู้ให้เช่าขอเช่าต่อ และผู้ให้เช่าก็ยอมให้เช่าต่อได้ เมื่อครบกำหนดเวลาเช่าตามสัญญา จ.1 แล้ว ผู้เช่าก็ยังคงครอบครองทรัพย์สินที่เช่าต่อมา ดังนี้ หนังสือ จ.2 ย่อมเป็นหลักฐานผูกมัดผู้เช่าให้ต้องชำระค่าเช่าสำหรับการเช่าต่อมาในอัตราเดือนละ 3,500 บาท กรณีนี้ แม้ผู้เช่ากับผู้ให้เช่ายังไม่ได้ทำสัญญากันใหม่อีกฉบับหนึ่งตามความในหนังสือ จ.2 ก็ตาม ก็เป็นที่ชัดแจ้งว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้วย่อมเป็นอันสมบูรณ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 367 ไม่มีข้อสงสัยอันจะนับได้ว่ายังมีสัญญาต่อกันตามบทบัญญัติมาตรา 366 วรรค 2 แต่อย่างใด⁵

2. ในกรณีตรงข้าม หากคำสนองมีการขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำเสนอและคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงไว้ว่าข้อที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้น เป็นสาระสำคัญที่จะต้องตกลงกันให้หมดทุกข้อนั้น ดังนี้ หากคู่สัญญายังมีได้ตกลงกันในข้อที่แตกต่างนั้น สัญญาย่อมยังไม่เกิดขึ้น หรือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือเมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ต้องนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 366 เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4584/2528 เมื่อโจทก์ผู้ยื่นคำเสนอเข้าประมูลเป็นผู้ประมูลในราคาสูงสุด และจำเลยได้สนองรับคำเสนอของโจทก์แล้ว โจทก์จำเลยจะได้ตกลงเกี่ยวกับเงื่อนไขรายละเอียดและเช่าทำสัญญากันอีกชั้นหนึ่ง ต่อมาเมื่อปรากฏว่า โจทก์จำเลยยังตกลงกันไม่ได้เกี่ยวกับเงื่อนไขและรายละเอียดซึ่งโจทก์จำเลยถือว่าเป็นสาระสำคัญ ดังนั้น กรณีจึงถือได้ว่าโจทก์จำเลยยังมีได้มีสัญญาต่อกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 366⁶

⁵ โปรดดูเพิ่มเติมในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2207/2525, 3427/2529, 3459/2524 และ 3651/2537 เป็นต้น

⁶ โปรดดูเพิ่มเติมในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2639/2515, 1541/2509, 856/2481, 851/2523, และ 1167/2526 เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป แนวคำพิพากษาของศาลไทยเป็นไปในแนวทางว่า ศาลต้องพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาว่าประสงค์จะให้ถือว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวถือเป็นข้อสัญญาซึ่งต้องตกลงกันให้ได้ก่อนหรือไม่ ซึ่งจากตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่า คำสนองที่มี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงในเรื่องอื่นๆ นอกเหนือจากกรณีการเพิ่มเติม จำกัด หรือแก้ไขข้อสาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย เช่น ราคาสินค้า คุณภาพ และปริมาณสินค้า อันถือว่าเป็นสาระสำคัญที่ทำให้ คำเสนอเดิมสิ้นผลและถือว่าสัญญายังไม่เกิดขึ้นนั้น จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า คู่สัญญาฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายแสดงเจตนาไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นเรื่องที่จะต้องตกลงกันก่อนที่จะทำ สัญญา (เช่น ต้องตกลงเกี่ยวกับเงื่อนไขรายละเอียด หรือต้องทำสัญญาเป็นหนังสือ) มิฉะนั้น ถือว่ากรณีดังกล่าวสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว (แม้ว่าจะมิได้มีการเซ็นสัญญา หรือทำสัญญาเป็นหนังสือ หรือยังมิได้มีการวางประกันกันไว้ก็ตาม) ทั้งนี้ จะต้องพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาดังได้กล่าว มาแล้ว

ปัจจุบันนี้ประเทศไทยยังไม่มีคำพิพากษาของศาลวินิจฉัยโดยตรงเกี่ยวกับกรณีสัญญา shrinkwrap การที่ผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (ผู้สนอง) ได้ส่งโปรแกรมมายังผู้ซื้อ (ผู้เสนอ) พร้อมกับสัญญา shrinkwrap ดังกล่าว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ปัญหาว่าสัญญา shrinkwrap เกิดขึ้นแล้ว หรือไม่ อาจวินิจฉัยได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางที่ 1 การที่ผู้สนองส่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาพร้อมกับสัญญา shrinkwrap ถือว่าเป็นกรณีผู้สนองได้มีคำสนองเพิ่มเติมที่มีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ และถือว่าคำสนองนั้นเป็นคำบอกปิดไม่รับและเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ในตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 359 วรรค 2 ดังนั้นหากผู้ซื้อได้สนองรับคำเสนอใหม่นี้ (เช่น โดยการฉีกซองบรรจุภัณฑ์โปรแกรม) จึงถือว่าเป็นคำสนองรับขึ้นใหม่ สัญญาย่อมเกิดขึ้นโดยมีข้อ สัญญาตามคำเสนอใหม่นั้น

แนวทางที่ 2 การที่คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ในเรื่อง เช่น ราคา คุณภาพ และ ปริมาณสินค้า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายชำระหนี้โดยที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังมิได้ตกลงกันในข้อ สัญญาข้ออื่นๆ อาจมองได้ว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้ถือว่าสัญญาเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้ว แต่แท้จริง ยังมีได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใดอันจะต้องทำความตกลงให้สำเร็จ และหากอนุมานได้ว่า ถึงหากจะ ไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ได้ สัญญานั้นก็ได้ทำขึ้น ข้อความส่วนที่ตกลงกันแล้วย่อมเป็นอัน สมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 367

มาตรา 366 และ 367 เป็นบทเกี่ยวกับการพิเคราะห์การตีความเจตนาว่า ตามพฤติการณ์ที่บัญญัติไว้ นั้น จะถือว่ามีสัญญาเกิดขึ้นผูกพันกันแล้วหรือยัง โดยหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญานั้น สัญญาจะเกิดขึ้นได้ต้องมีเจตนาถูกต้องตรงกันโดยการแสดงออกเป็นคำเสนอและคำสนอง การที่ทางปฏิบัติมีการทำสัญญามากมายที่ทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันเพียงบางข้อเท่านั้น ซึ่งกรณีนี้หากคู่สัญญาได้ตกลงในข้อความที่แต่ละฝ่ายถือว่าเป็นสาระสำคัญแล้ว ย่อมถือว่าคู่สัญญามีเจตนาถูกต้องตรงกันแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 366 และ มาตรา 367

กรณีตามปัญหาวินิจฉัยได้ว่าการที่คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ในเรื่อง (เช่น ราคาและปริมาณสินค้า) โดยยังมีได้ตกลงกันในข้อสัญญาข้ออื่นๆ อันจะต้องทำความเข้าใจให้สำเร็จ (เช่น สัญญา shrinkwrap) ถึงแม้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีการชำระหนี้ให้แก่กัน แต่ก็ยังไม่สามารถอนุมานได้ว่า ถึงหากจะไม่ทำตามความตกลงกันในข้ออื่นๆ นั้น สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นเนื่องจากสัญญา shrinkwrap มีข้อตกลงแห่งสัญญาอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา รวมทั้งกำหนดเรื่องการจำกัดความรับผิดของผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์และการไม่รับประกันสินค้าด้วย ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นด้วยกับการใช้แนวทางที่ 1 ที่ถือว่าสัญญา shrinkwrap เป็นคำสนองขึ้นใหม่ตามมาตรา 359 วรรค 2

2. สัญญา clickwrap หรือ browwrap

ในโลกแห่งเทคโนโลยีที่ธุรกรรมหลายๆ ประเภทสามารถกระทำทางอินเทอร์เน็ต ผู้คนเริ่มเปลี่ยนพฤติกรรมการบริโภคจากการพิจารณาสินค้าในร้านค้ามาเป็นการเลือกสินค้าผ่านทางอินเทอร์เน็ต การเดินเข้าร้านเพื่อซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเริ่มจะเป็นการล่าสมัย เราสามารถสั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้จากเว็บไซต์ของร้านค้า โดยเลือกโปรแกรมที่ต้องการ ชำระเงินด้วยบัตรเครดิต จากนั้นก็เริ่มดาวน์โหลดโปรแกรมที่สั่งซื้อเข้าสู่คอมพิวเตอร์ของตน ณ ขั้นตอนนี้ผู้สั่งซื้อจะพบกับสัญญา clickwrap ซึ่งต้องการให้ผู้ซื้อแสดงความยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญาด้วยการคลิกคำว่า "I agree" หรือข้อความอื่นที่มีความหมายทำนองเดียวกัน ซึ่งหากผู้ซื้อไม่แสดงความยินยอม การสั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็เป็นอันยุติไป

สัญญา clickwrap หรือ browwrap ไม่มีช่องว่างระหว่างระยะเวลาที่ผู้ซื้อซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์และระยะเวลาที่เขาสามารถอ่านข้อสัญญา clickwrap หรือ browwrap ได้ เพราะสัญญาแบบ clickwrap หรือ browwrap นั้น ผู้ซื้อสามารถอ่านข้อสัญญาได้ตั้งแต่เริ่มทำคำเสนอ

ซื้อสินค้าและหากผู้ซื้อไม่ยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญา กระบวนการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็ไม่เสร็จสมบูรณ์ สัญญาจึงไม่เกิด แต่หากผู้ซื้อคลิกปุ่ม "I agree" หรือข้อความอื่นที่มีความหมายทำนองว่าตนยินยอมกับข้อตกลงแห่งสัญญา ก็ถือว่าตนได้ทำคำเสนอซื้อสิทธิการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ เมื่อผู้ขายสนองรับด้วยการให้ผู้ซื้อดาวน์โหลดโปรแกรมสัญญาก็เกิดขึ้น การวิเคราะห์ปัญหาการเกิดสัญญา clickwrap หรือ browserwrap ในบทนี้จึงเป็นการวิเคราะห์ว่าเราควรจะนำหลักใดมาวิเคราะห์ว่าการคลิกปุ่ม "I agree" ภายใต้อาณัติการใดบ้างที่ถือว่าสัญญาเกิดแล้ว

ดังได้กล่าวมาในบทก่อนๆ แล้วว่าศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาในยุคทศวรรษที่ 1980 และ 1990 พิพากษาว่า Shrinkwrap License ไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกามาตรา 2-207 และ 2-209 แต่ในยุคปลายทศวรรษที่ 1990 ในคดี ProCD, Inc. v. Zeidenberg ศาลอุทธรณ์ The Seventh Circuit Court ได้บุกเบิกแนวคำพิพากษาใหม่ โดยพิพากษาให้ Shrinkwrap License ที่อยู่ในกล่องโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย นับแต่นั้นมา ศาลก็เริ่มวินิจฉัยตามคำพิพากษาดังกล่าวไว้ว่า Shrinkwrap License เป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ข้อแตกต่างของคดี ProCD, Inc. v. Zeidenberg กับคดีก่อนหน้านั้นก็คือ ในคดีก่อนหน้านั้นเช่นคดี Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology ซึ่งข้อสัญญาอยู่ในรูปเอกสาร (hardcopy) บรรจุอยู่ในบรรจุภัณฑ์โปรแกรม ผู้ใช้จึงสามารถเข้าไปใช้โปรแกรมได้โดยไม่ต้องกระทำการอันเป็นการแสดงออกซึ่งความยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญาก่อน แต่ในคดี ProCD, Inc. v. Zeidenberg นั้น สัญญา shrinkwrap มีลักษณะต่างไปโดยสัญญาไม่ได้อยู่ในรูปเอกสารแบบ hardcopy แต่จะปรากฏขึ้นบนหน้าจอโดยอัตโนมัติหลังจากที่ผู้ใช้โหลดโปรแกรมแล้ว ซึ่งผู้ใช้ต้องให้ความยินยอมในข้อสัญญาดังกล่าวก่อนโปรแกรมจึงจะสามารถทำงานได้ ลักษณะสัญญา shrinkwrap ในคดี ProCD จึงเป็นกรณีใกล้เคียงที่สุดที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกานำมาเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับสัญญา clickwrap หรือ browserwrap เนื่องจากสัญญา shrinkwrap ของ ProCD มีลักษณะบางประการเหมือนกับสัญญา clickwrap หรือ browserwrap

ผู้วิจัยขอหยิบยกคดีสำคัญคดีหนึ่ง คือ Specht v. Netscape Communications Corporation ขึ้นมาศึกษา จำเลย Netscape ได้จำหน่ายสำเนาโปรแกรมชื่อ SmartDownload บนเว็บไซต์ของตนโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายใดๆ ผู้ที่เข้ามาเยี่ยมชมเว็บไซต์สามารถคลิกในช่องที่ระบุว่าตนต้องการจะดาวน์โหลดโปรแกรมของ Netscape Netscape อ้างว่าการดาวน์โหลดโปรแกรมดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการแสดงความยินยอมในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของ Netscape แล้ว

อย่างไรก็ตาม Netscape ไม่ได้บังคับให้ผู้ใช้ต้องคลิกปุ่มที่ระบุว่า "I accept" ทั้งยังไม่ได้ให้ผู้ใช้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงถึงการให้ความยินยอมในเงื่อนไขและข้อตกลงของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของ Netscape ก่อนจะสามารถดาวน์โหลดโปรแกรมได้ ในหน้าเว็บเพจที่แสดงการดาวน์โหลด มีเพียงข้อความที่สามารถเชื่อมโยงไปยังอีกเว็บเพจหนึ่ง โดยข้อความนี้ระบุว่า "กรุณาอ่านและแสดงความยินยอมในข้อตกลงของสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ SmartDownload" (Please review and agree to the terms of the Netscape Smart-Download software license agreement.) ซึ่งผู้ใช้จะสามารถเห็นจุดเชื่อมต่อ (ลิงค์) ดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อตนได้ scroll down หน้าเว็บเพจนั้นลงมา ปัญหาจึงมีว่าจะถือได้หรือไม่ว่าผู้ใช้ได้ให้ความยินยอมในข้อสัญญานี้แล้ว

ผู้พิพากษา Hellerstein แห่ง the Southern District of New York พิพากษาว่า Netscape ไม่ได้แจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงข้อสัญญาอย่างชัดเจนเพียงพอ จึงไม่อาจถือได้ว่าโจทก์ (Specht) ได้แสดงความยินยอมในข้อตกลงในสัญญา browwrap ดังกล่าวแล้ว

ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้ใช้คดี ProCD เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาเรื่องการแสดงความยินยอมในข้อสัญญา browwrap ของผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจากศาลเห็นว่าสัญญา shrinkwrap ในคดี ProCD มีการแสดงออก (presentation) ในลักษณะเดียวกับสัญญา clickwrap เมื่อสัญญา shrinkwrap ในคดี ProCD มีผลใช้ได้ ศาลจึงเห็นว่าสัญญา clickwrap มีผลบังคับใช้ได้เช่นกัน ดังนั้นศาลจึงวางหลักว่าการคลิก "I agree" ในสัญญา clickwrap เท่ากับการแสดงความยินยอมในข้อสัญญา ในขณะที่ลักษณะของ browwrap ไม่เป็นเช่นนั้น เพราะสัญญา browwrap ไม่ได้บังคับให้ผู้ใช้ต้องแสดงความยินยอมในข้อสัญญาก่อนการดาวน์โหลดโปรแกรมแต่อย่างใด ศาลจึงได้สร้างแบบทดสอบเพื่อแยกแยะว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิออนไลน์นั้น เป็นสัญญา clickwrap หรือ browwrap

แบบทดสอบที่ศาลสร้างเพื่อพิจารณาว่าสัญญาออนไลน์นั้นเป็นสัญญา clickwrap หรือ browwrap มีองค์ประกอบ 2 ประการ องค์ประกอบทั้งสองนี้ ศาลได้นำมาจากแนวความคิดการวิเคราะห์ลักษณะของสัญญา shrinkwrap ในคดี ProCD ซึ่งหากสัญญาออนไลน์นั้นมีลักษณะทั้งสองประการดังกล่าวครบถ้วน สัญญานั้นเป็นสัญญา clickwrap แต่หากสัญญานั้นขาดลักษณะสำคัญอย่างหนึ่งอย่างใดไป สัญญานั้นเป็นสัญญา browwrap องค์ประกอบ 2 ประการนี้ ได้แก่

1. การกระทำการยืนยันว่าตนได้ให้ความยินยอมในข้อสัญญา ซึ่งโปรแกรมจะไม่สามารถใช้งานได้หากไม่มีการกระทำการดังกล่าวเสียก่อน และ

2. สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องปรากฏขึ้นบนหน้าจอคอมพิวเตอร์โดยอัตโนมัติ โดยผู้ใช้ไม่ต้องคลิกไปที่จุดเชื่อมต่ออื่นเพื่ออ่านข้อสัญญา

1. การกระทำการยืนยันว่าตนได้ให้ความยินยอมในข้อสัญญา

การคลิกคำว่า "I agree" หรือการคลิกในช่องที่ระบุว่าผู้ใช้ยินยอมในข้อตกลงในสัญญา เป็นการแสดงความยินยอมของผู้ใช้ที่เพียงพอแล้ว ในคดี Netscape ศาลได้เน้นว่า จำเลย (Netscape) ไม่ได้บังคับให้ผู้ใช้โปรแกรมกระทำการใดๆ เพื่อยืนยันว่าตนได้ให้ความยินยอมในข้อสัญญาออนไลน์นั้น การดาวน์โหลดโปรแกรมไม่ถือเป็นการแสดงออกเพื่อยืนยันการยินยอมในข้อสัญญา⁷ เนื่องจากจุดประสงค์ของการดาวน์โหลดโปรแกรมคือการให้ได้มาซึ่งตัวโปรแกรมนั้น ไม่ใช่เป็นการแสดงออกซึ่งความยินยอมแต่อย่างใด ดังนั้นการแสดงออกซึ่งความยินยอมจึงต้องแยกเป็นอิสระจากการแสดงออกถึงความต้องการโปรแกรม

อย่างไรก็ตามในคดี Register.com v. Verio Inc. ศาล District court ได้พิพากษาให้สัญญา browsewrap มีผลบังคับใช้ได้ แม้ว่าผู้ใช้ไม่ต้องคลิกคำว่า "I agree" หรือคลิกในช่องที่ระบุว่าผู้ใช้ยินยอมในข้อตกลงในสัญญาก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากผู้ใช้โปรแกรมสามารถสังเกตเห็นข้อตกลงในสัญญาได้อย่างชัดเจน โดยสัญญา browsewrap ของ Register.com ได้ปรากฏขึ้นโดยอัตโนมัติบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ในลักษณะชัดเจน อ่านได้ง่ายและอยู่ในตำแหน่งใกล้กับคำว่า "WHOIS query" ทั้งยังมีข้อความแจ้งต่อผู้ใช้โปรแกรมว่า "โดยการส่ง query นี้ ท่านได้ยินยอมที่จะผูกพันตนตามข้อตกลงในสัญญา" (By submitting this query, you agree to abide by these terms) ดังนั้นศาลในคดีนี้จึงวินิจฉัยว่าการคลิกส่ง query เป็นการแสดงออกทั้งความประสงค์จะใช้โปรแกรมและเป็นการยืนยันความยินยอมในข้อตกลงตามสัญญา browsewrap นั้นแล้ว

⁷ "...In consequence, plaintiffs' bare act of downloading the software did not unambiguously manifest assent to the arbitration provision contained in the license terms."

เมื่อพิจารณาจากคดีนี้จึงเห็นได้ว่าการคลิกคำว่า "I agree" จึงไม่ใช่เงื่อนไขผูกพันตายตัว หากข้อเท็จจริงประการอื่นที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้นเป็นการเพียงพอแล้วที่จะถือว่าผู้ประกอบการได้แจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงการมีอยู่ของข้อสัญญาออนไลน์นั้น และภาษาที่ใช้ในการแจ้งเรื่องการมีอยู่ของข้อสัญญา browwrap ต้องอยู่ในลักษณะบังคับ ไม่ใช่อยู่ในลักษณะการขอร้อง

2. สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องปรากฏขึ้นบนหน้าจอคอมพิวเตอร์โดยอัตโนมัติ

ศาลในคดี Netscape ได้วิเคราะห์เปรียบเทียบข้อเท็จจริงกับคดีบรรทัดฐานคือ ProCD ซึ่งสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในคดี ProCD นั้นปรากฏขึ้นบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้โดยอัตโนมัติ แต่สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในคดี Netscape กลับไปอยู่อีกจุดเชื่อมต่อหนึ่งซึ่งเป็นตัวหนังสือที่อยู่ในกรอบเล็กๆ ที่ผู้ใช้จะต้องคลิกไปที่จุดเชื่อมต่อนั้นเพื่ออ่านสัญญา ข้อความในกรอบเล็กๆ นั้นระบุว่า "กรุณาอ่านและแสดงความยินยอมในข้อตกลงของสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ SmartDownload" (Please review and agree to the terms of the Netscape Smart-Download software license agreement.) ซึ่งศาลเห็นว่าข้อความดังกล่าวมีขนาดเล็ก ทั้งยังมีลักษณะเป็นการเชื้อเชิญหรือขอร้องมากกว่าเป็นการแจ้งให้ผู้ใช้ต้องเข้าไปอ่านสัญญาก่อนจะทำการดาวน์โหลดและใช้โปรแกรม

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับคดี Pollstar v. Gigmania ผู้ประกอบการได้ใช้ถ้อยคำว่า การให้บริการออนไลน์ของตนนั้นตกอยู่ภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Uses subject to the license agreement) ซึ่งเมื่อคลิกที่ข้อความนี้จะจุดเชื่อมต่อไปสู่ข้อตกลงในสัญญาดังกล่าว ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าตัวอักษรมีขนาดเล็กและเป็นสีเทา แสดงอยู่บนพื้นหลังสีเทา ทั้งผู้ประกอบการก็ไม่ได้ขีดเส้นใต้ข้อความเพื่อให้ผู้อื่นสามารถเห็นข้อความได้ชัดเจน ทั้งยังมีข้อเท็จจริงอื่นว่าจุดเชื่อมต่ออื่นบางจุดเชื่อมต่อซึ่งแสดงโดยใช้ตัวอักษรสีฟ้าที่ปรากฏบนเว็บไซต์นั้น ก็ไม่สามารถใช้งานได้ ซึ่งศาลมองว่าอาจทำให้ผู้ใช้เข้าใจผิดว่าจุดเชื่อมต่อทุกจุดที่ปรากฏอยู่บนเว็บไซต์นั้นไม่สามารถใช้งานได้เลย ดังนั้นลักษณะและองค์ประกอบของข้อความที่ปรากฏบนเว็บไซต์จึงไม่เป็นการเพียงพอที่จะเป็นการแจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์

เมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว จะเห็นได้ว่าหากข้อเท็จจริงปรากฏลักษณะสำคัญของทั้งสองประการครบถ้วน กล่าวคือเมื่อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ปรากฏขึ้นบนหน้าจอของผู้ใช้โดยอัตโนมัติและผู้ใช้ต้องกระทำการบางอย่าง

อันเป็นการแสดงถึงความยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญา เช่น การคลิกคำว่า "I agree" หรือคลิกในช่องที่ระบุว่าผู้ใช้ยินยอมในข้อตกลงในสัญญา ศาลมักวินิจฉัยว่าผู้ประกอบการได้แจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้ใช้ได้ให้ความยินยอมในข้อสัญญาดังกล่าวแล้ว ซึ่งศาลมักวินิจฉัยว่าสัญญาที่มีลักษณะข้างต้นเป็นสัญญา clickwrap

อย่างไรก็ตาม หากผู้ประกอบการไม่ได้แจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงการมีอยู่ของสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือเพียงแค่จัดให้มีจุดเชื่อมต่อไปสู่สัญญาแต่จุดเชื่อมต่อนั้นไม่สามารถเห็นได้อย่างชัดเจน และผู้ใช้ไม่จำเป็นต้องกระทำการอันเป็นการแสดงถึงความยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญา เช่น การคลิกคำว่า "I agree" กรณีนี้ศาลมักวินิจฉัยว่าผู้ใช้ไม่ได้ให้ความยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญา ตัวอย่างของกรณีนี้คือคดี Netscape

ปัญหาที่ยังคลุมเครืออยู่มากคงจะเป็นในกรณีที่สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมีลักษณะสำคัญข้อใดข้อหนึ่งอยู่เพียงข้อเดียวโดยขาดอีกข้อหนึ่งไป กรณีนี้ศาลมีแนวโน้มวินิจฉัยให้สัญญามีผลบังคับใช้ได้ หากลักษณะการวางรูปแบบเว็บเพจเป็นการเพียงพอที่จะแจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่น หากผู้ประกอบการสร้างลิงค์ที่สามารถเห็นได้อย่างชัดเจนไปยังสัญญาและวางจุดเชื่อมต่อนั้นไว้ติดกับปุ่ม "I accept" ศาลมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยว่าเป็นการแจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงข้อสัญญาอย่างเพียงพอแล้ว ทั้งนี้ต้องพิจารณาความชัดเจนของจุดเชื่อมต่อจากข้อเท็จจริงอื่นประกอบด้วย เช่น ขนาดหรือสีของตัวหนังสือ

ในกรณีที่ผู้ใช้ไม่ต้องกระทำการแสดงความยินยอมในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ใช้ได้ทราบถึงข้อสัญญานั้นแล้วด้วยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง เช่น กรณีที่ผู้ประกอบการจัดให้ข้อสัญญาปรากฏขึ้นโดยอัตโนมัติในหน้าเว็บเพจหลัก ซึ่งสามารถเห็นได้ง่าย ศาลก็ยังคงอาจวินิจฉัยได้ว่าการใช้โปรแกรมของผู้ใช้เป็นการแสดงออกซึ่งความยินยอมในข้อสัญญาแล้ว ตัวอย่างในกรณีนี้คือคดี Verio

กล่าวโดยสรุป คดีเกี่ยวกับสัญญา Browsewrap คดีแรก ศาลยังวางหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างเข้มงวดว่าต้องมีการกระทำการยืนยันว่าตนได้ให้ความยินยอมในข้อสัญญา ซึ่งโปรแกรมจะไม่สามารถใช้งานได้หากไม่มีการกระทำการดังกล่าวเสียก่อน และสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิต้องปรากฏขึ้นบนหน้าจอคอมพิวเตอร์โดยอัตโนมัติ โดยผู้ใช้ไม่ต้องคลิกไปที่จุดเชื่อมต่ออื่นเพื่ออ่านข้อสัญญา จึงจะถือว่าผู้ใช้โปรแกรมได้แสดงความยินยอมในข้อสัญญาแล้ว ส่วนในคดีอื่นในระยะหลัง

นี้ ศาลมีแนวโน้มวินิจฉัยไปในทางที่ว่า การขาดซึ่งลักษณะสำคัญข้อใดข้อหนึ่งยังอาจถือได้ว่าผู้ใช้ได้แสดงออกซึ่งความยินยอมในข้อสัญญาแล้ว หากรายละเอียดอื่นๆ ที่ปรากฏบนเว็บไซต์มีความชัดเจนพอที่จะแจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงข้อสัญญาดังกล่าว

สำหรับประเทศไทยนั้น การที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่กำหนดข้อความแห่งสัญญาเป็นภาษาอังกฤษก็เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้คนไทยทั่วไปไม่ได้อ่านข้อความในสัญญาอย่างระมัดระวัง นอกจากนี้ข้อตกลงแห่งสัญญาก็มีหลายข้อและเขียนไว้ว่ายาว ใช้ภาษากฎหมายที่ยากต่อการทำความเข้าใจ อุปสรรคเหล่านี้ล้วนเป็นสาเหตุที่ทำให้ผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์คลิกปุ่ม “I agree” โดยไม่ได้พิจารณาตรวจทานข้อสัญญาให้ละเอียดถี่ถ้วนก่อน ผู้วิจัยสังเกตว่าผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์บางรายก็พยายามแก้ไขปัญหारेื่องภาษาในสัญญาเช่นกัน โดยปัจจุบันนี้ผู้จะดาวน์โหลดโปรแกรม เช่น Adobe สามารถเลือกอ่านข้อตกลงในสัญญาในภาษาที่ตนถนัดได้ โดย Adobe ได้เขียนสัญญาสำหรับภาษาถึง 25 ภาษา⁸ เป็นที่น่าเสียดายว่าไม่มีภาษาไทยอยู่ แต่ก็เข้าใจได้ว่าภาษาไทยมีความเป็นเอกลักษณ์สูงและใช้กันในวงจำกัดเฉพาะในประเทศไทย จึงเป็นภาษาที่แตกต่างเมื่อเทียบกับภาษาอื่นๆ เช่น ภาษาอาหรับ หรือภาษาจีน

อย่างไรก็ตามถึงแม้จะมีอุปสรรคด้านภาษาบ้าง แต่ผู้วิจัยเห็นว่าผู้ซื้อไม่สามารถอ้างได้ว่าตนไม่รู้สำนึกในการกระทำหรือตนขาดเจตนา หากเป็นกรณีที่ผู้ขายได้แจ้งให้ผู้ซื้อทราบอย่างชัดเจนถึงการมีอยู่ของข้อสัญญา clickwrap หรือ browwrap และได้เปิดโอกาสให้ผู้ซื้ออ่านข้อสัญญาดังกล่าวก่อนด้วย เมื่อผู้ซื้อมีโอกาสอ่าน แต่เลือกที่จะไม่อ่าน ต่อมาเมื่อมีปัญหา จะอ้างว่าตนไม่ได้อ่านจึงไม่รู้ เห็นว่าไม่น่าจะเป็นธรรมนัก

เมื่อการทำคำสนองสามารถแสดงออกด้วยกิริยาอาการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ การคลิกว่าตนยินยอมในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์แล้ว จึงถือเป็นการทำคำสนองแล้ว ดังนั้นเมื่อมีคำเสนอและคำสนอง สัญญา clickwrap หรือ browwrap ก็เกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนข้อสัญญาจะมีผลบังคับคู่สัญญาแค่ไหน เพียงไร ก็ต้องพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งจะได้นำมากล่าวในภายหลัง

⁸ <http://www.adobe.com/products/acrobat/readstep2.html>

3. ประเด็นเรื่องความสามารถของคู่สัญญากรณีคู่สัญญาเป็นผู้เยาว์

เนื่องจากการใช้คอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตเป็นไปอย่างง่ายดายและสะดวกรวดเร็ว ผู้เยาว์จำนวนมากจึงให้ความสนใจกับเทคโนโลยีดังกล่าว ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นคือผู้เยาว์เข้าทำสัญญาโดยไม่รู้ตัวหรือไม่ตระหนักถึงภาระทางกฎหมายที่จะตามมา การที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่มีโอกาสเข้าทำสัญญากันแบบตัวต่อตัวโดยผู้ซื้อเพียงแค่คลิกเพื่อแสดงความยินยอมกับข้อตกลงในสัญญา ทำให้ผู้ขายไม่อาจรู้ได้ว่าผู้ซื้อดังกล่าวเป็นผู้เยาว์หรือไม่ ในประเทศอังกฤษได้มีกฎหมาย The Family Law Reform Act 1969 กำหนดอายุของผู้เยาว์ว่า ผู้เยาว์คือผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองมากกว่าบังคับ ซึ่งไม่เพียงแต่จะคุ้มครองผู้เยาว์จากการทำสัญญาโดยไม่เป็นธรรมเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการป้องกันการดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวกับผู้เยาว์ของผู้ที่บรรลุนิติภาวะอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ผลที่เกิดขึ้นหากผู้เยาว์ได้ทำสัญญาก่อนที่ตนจะบรรลุนิติภาวะ คือ สัญญานั้นอาจมีผลใช้บังคับหรือตกเป็นโมฆียะ ขึ้นอยู่กับกรณี⁹ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีลักษณะเดียวกัน ผู้ผลิตโปรแกรมหรือเจ้าของเว็บไซต์บางรายจึงพยายามลดปัญหานี้ด้วยการคิดวิธีการให้ความยินยอมในข้อสัญญามากกว่าการคลิกเมาส์ เช่น การยืนยันว่าบุคคลที่กำลังจะเข้าทำสัญญามีอายุมากกว่า 18 ปี เป็นต้น

ตามหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมสัญญาได้ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม ซึ่งได้แก่ บิดามารดา หรือผู้ปกครองแล้วแต่กรณี หากทำโดยปราศจากความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมแล้ว นิติกรรมสัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆียะ ผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญานั้นสามารถบอกล้างได้และเมื่อบอกล้างแล้วก็ตกเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก ทำให้นิติกรรมนั้นไม่สมบูรณ์และไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย

อย่างไรก็ดี กฎหมายได้บัญญัติให้ผู้เยาว์ทำนิติกรรมสัญญาได้เองในบางกรณี ทั้งนี้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน เมื่อนิติกรรมนั้นมีลักษณะดังนี้

1. เป็นการเพียงเพื่อจะได้สิทธิหรือเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง
2. เป็นการซึ่งต้องทำเองเฉพาะตัว
3. เป็นการสมแก่ฐานะานุรูปแห่งตนและเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตามสมควร

⁹ กัณณิกา เรื่องนิติวิธี, หลัก Consideration ตามกฎหมายอังกฤษ : ศึกษาความเปลี่ยนแปลงในการบังคับใช้, หน้า 53.

4. ทำพินัยกรรมได้เมื่อมีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์

ดังนั้นกรณีที่ผู้เยาว์แสดงความยินยอมด้วยการใช้เมาส์คลิกในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นอาจพิจารณาได้ตามหลักทั่วไปว่า เมื่อผู้เยาว์ทำสัญญา สัญญาที่ทำขึ้นโดยผู้เยาว์มีผลเป็นโมฆียะ แต่หากถือว่าเป็นการสมแก่ฐานานุรูปแห่งผู้เยาว์ ผู้เยาว์ก็สามารถเข้าทำสัญญาดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงแต่ละกรณีไป

การพิจารณาเรื่องการเกิดสัญญาตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจัดได้ว่าเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาคอนsumerที่เกิดจากระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมในลักษณะของการทำนิติกรรมสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่าจำต้องยอมทำนิติกรรมสัญญาดังกล่าว ซึ่งก่อนที่จะมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ สัญญาเหล่านี้ถือว่ามีผลผูกพันคู่สัญญาตามหลักเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา การเยียวยาปัญหาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้รับความเป็นธรรมจึงเป็นไปด้วยความยากลำบาก ดังนั้นการมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงเป็นการช่วยให้ศาลมีทางออกในการช่วยเหลือคู่สัญญาที่ไม่ได้รับความเป็นธรรม

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่ว่าของประเทศใด จะมีลักษณะเป็นกฎหมายที่เข้ามาผ่อนคลายความเคร่งครัดในเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญาหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน¹⁰ เนื่องจากลักษณะที่รัฐเข้ามาแทรกแซงการทำสัญญาของเอกชนโดยฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินคดี

สัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนี้ย่อมเกิดขึ้นในลักษณะเดียวกับการเกิดสัญญาทั่วไป กล่าวคือ โดยการมีคำเสนอสนองที่ต้องตรงกัน แม้ลักษณะของความไม่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมักจะเกิดขึ้นจากการกำหนดของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ

¹⁰ นกมล ปกรณ์นิมิตติ, ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 14.

เหนือกว่าก็ตาม แต่ด้วยลักษณะของข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าได้ เป็นผู้กำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้ล่วงหน้าแต่เพียงฝ่ายเดียวในลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปนั้น ทำให้เกิดมีปัญหาถกเถียงกันในทางทฤษฎีด้วยว่า ลักษณะในทางกฎหมายของข้อสัญญาดังกล่าว เป็นอย่างไร ซึ่งมีความเห็นทางทฤษฎีแตกออกเป็น 2 ฝ่าย¹¹ กล่าวคือ

ฝ่ายแรก เห็นว่า สัญญานี้มีลักษณะเป็นนิติกรรม กล่าวคือเป็นเนื้อหาที่มาจากการตกลงกันของคู่สัญญา เพราะแม้ข้อสัญญาจะได้ถูกกำหนดไว้จากผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าก็ตาม สัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาแสดงเจตนาสนองรับ ดังนั้น การแสดงเจตนาสนองรับนี้เองคือสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าเสรีภาพในการทำสัญญายังมีอยู่ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายที่เข้าทำสัญญาสามารถตัดสินใจที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่ก็ได้

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า ลักษณะในทางกฎหมายมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ การพิจารณาว่าสัญญาหรือข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าวเกิดจากเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญา เป็นการพิจารณาโดยผิวเผินเท่านั้น เพราะในความเป็นจริงแล้ว คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าได้แสดงออกถึงเจตนาฝ่ายเดียวในการกำหนดข้อสัญญาเพื่อใช้กับกลุ่มคนจำนวนมาก

เมื่อพิจารณาแนวคิดทั้ง 2 ทฤษฎีข้างต้นประกอบแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องของศาลต่างประเทศ ผู้วิจัยเห็นว่า สัญญา Shrinkwrap หรือ Clickwrap เป็นนิติกรรมแล้ว เนื่องจากสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นจากการที่ผู้ขายแสดงเจตนาเสนอและผู้ซื้อส่งคำสั่งรับคำสั่งเสนอนั้นโดยการเปิดกล่องบรรจุภัณฑ์โปรแกรมหรือโดยการคลิกคำว่า "I agree" หรือ "Accept" ดังนั้นหากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีความสามารถตามกฎหมาย สัญญาดังกล่าวก็เป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์ แม้จะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมก็ตาม

2. ประเด็นเกี่ยวกับความมีผลสมบูรณ์ของข้อสัญญา Shrinkwrap และ Clickwrap หรือ Browsewrap

การที่สัญญา Shrinkwrap และ Clickwrap หรือ Browsewrap มีผลบังคับใช้ได้หากผู้ใช้ได้แสดงความยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญานั้น ไม่ได้หมายความว่าคู่สัญญาจะต้องถูกบังคับตามข้อสัญญาเสมอไป เนื่องจากข้อสัญญาดังกล่าวเกิดจากคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียว คือฝ่ายผู้ผลิต

¹¹ จำปี โสติพิพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 348.

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งมีอำนาจทางเศรษฐกิจมากกว่า ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมักเป็นฝ่ายผู้บริโภคที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่า ศาลในประเทศต่างๆ จึงหาหลักกฎหมายมาช่วยสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้น สำหรับประเทศไทยในอดีตก่อนที่จะมี พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น ศาลก็ได้ใช้หลักกฎหมายแพ่งมา ปรับใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น หลักความสุจริต (มาตรา 5) หลักการความสงสัย (มาตรา 11) หลักการตีความการแสดงเจตนา (มาตรา 171) หลักปกติประเพณี (มาตรา 368) และ หลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (มาตรา 150) เป็นต้น และในปัจจุบันศาลก็ใช้ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาสร้างความยุติธรรมให้คู่สัญญา

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ไม่มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นการ เฉพาะ แต่ศาลก็สามารถสร้างความยุติธรรมโดยเข้าไปแก้ไขข้อสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยอาศัยเหตุผล 3 ประการ กล่าวคือ

1. หลักความไม่มีมโนธรรม (The Unconscionability Doctrine)

ศาลมักจะไม่ใช่หลักความไม่มีมโนธรรมในเชิงวิธีการ (Procedural Unconscionability) มาใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทออนไลน์ เนื่องจากหากศาลวินิจฉัย แล้วว่าผู้ใช้ได้แสดงออกซึ่งความยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญาแล้ว ก็ถือได้ว่าผู้ประกอบการได้ใช้ วิธีการอันสมควรในการแจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงข้อสัญญา ดังนั้นหากศาลจะไม่บังคับข้อสัญญาข้อหนึ่ง ข้อใดโดยอ้างเหตุความไม่มีมโนธรรมในเชิงวิธีการก็จะเป็นการขัดแย้งกันเองกับคำวินิจฉัยแรกเริ่ม ที่ว่าวิธีการที่ผู้ประกอบการใช้ในการแจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงข้อตกลงในสัญญาด้วยวิธีการอันเหมาะสม แล้วและผู้ใช้ได้แสดงออกซึ่งความยินยอมในข้อสัญญาดังกล่าวแล้ว จริงๆ แล้ว การที่ศาลวินิจฉัย ว่าสัญญาออนไลน์ดังกล่าวเป็นสัญญา shrinkwrap หรือ clickwrap ก็เป็นการวิเคราะห์เรื่องหลัก ความไม่มีมโนธรรมในเชิงวิธีการไปด้วยในตัวอยู่แล้ว และสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรม คอมพิวเตอร์ประเภทออนไลน์ก็มีลักษณะต่างจากสัญญา shrinkwrap ตรงที่สัญญาประเภท ออนไลน์ไม่ว่าจะเป็น clickwrap หรือ browswrap ผู้ใช้มีโอกาสอ่านข้อสัญญาก่อนกระทำการซื้อ โปรแกรมนั้น ในขณะที่ผู้ใช้ไม่สามารถอ่านข้อสัญญา shrinkwrap ได้เลยก่อนการซื้อขาย

อย่างไรก็ตามหลักนี้แม้จะรับรองอำนาจของศาลในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการ เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของข้อสัญญา แต่ก็เป็นการยากที่จะพิสูจน์ความไม่มีมโนธรรมของคู่ความ

ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นอันแสดงให้เห็นถึงความยากลำบากในการใช้หลักนี้มาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในคดี

ในคดี M.A. Mortenson Company Inc. v. Timberline Software Corporation¹² โจทก์ซึ่งเป็นบริษัทก่อสร้างได้สั่งซื้อโปรแกรมเพื่อใช้สำหรับการเตรียมงานประมูลจาก Timberline โดยมีข้อสัญญาเรื่องการจำกัดความรับผิดข้อว่า ผู้ใช้ละสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้หรือการไม่สามารถใช้โปรแกรม และไม่ว่าในกรณีใดๆ ก็ตามค่าเสียหายที่อาจมีขึ้นจะถูกจำกัดให้เท่ากับค่าธรรมเนียมการใช้โปรแกรม ระหว่างการใช้งานโปรแกรมปรากฏว่าโปรแกรมล่มบ่อยครั้งเนื่องจากมี bug ในโปรแกรม ซึ่งปรากฏในภายหลังว่า Timberline ได้ทราบดีว่าโปรแกรมมี bug อยู่และลูกค้าอื่นก็ได้แจ้งให้ Timberline ทราบถึงปัญหาดังกล่าวนี้ แต่ Timberline เพิกเฉยเนื่องจากเห็นว่าไม่เป็นปัญหาสำคัญ อย่างไรก็ตามสำหรับ Mortenson bug ในโปรแกรมทำให้ข้อมูลบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประมูลสูญหายไปอันส่งผลให้การคำนวณราคาประมูลผิดพลาดจากราคาที่ควรจะเป็นถึงสองล้านดอลลาร์ Mortenson จึงนำคดีขึ้นสู่ศาล ประเด็นในคดีนี้มีหลายประเด็นแต่ผู้วิจัยจะขอหยิบยกแต่ประเด็นที่เกี่ยวกับหลักความไม่มีมโนธรรมเท่านั้น โดยศาลวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจำกัดความรับผิดตามสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของ Timberline ไม่อาจปรับเข้าหลักความไม่มีมโนธรรมได้เลย ไม่ว่าจะเป็ความไม่รู้ในเชิงเนื้อหาหรือวิธีการ

สำหรับประเด็นความไม่มีมโนธรรมในเชิงวิธีการนั้น ศาลได้พิเคราะห์ข้อเท็จจริงว่า ถึงแม้คู่สัญญาจะไม่ได้เจรจาตกลงกันในเรื่องข้อสัญญาเรื่องการจำกัดความรับผิดเป็นการเฉพาะ แต่ Mortenson ก็ทราบถึงข้อสัญญาดังกล่าวดี เนื่องจากมีการแจ้งให้ทราบถึงข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เมื่อเปิดหน้าจคอมพิวเตอร์และข้อสัญญาเรื่องการจำกัดความรับผิดก็เป็นตัวอักษรตัวใหญ่ (Capital Letter) ทั้งข้อสัญญาข้อนี้ยังเป็นที่ใช้กันอย่างกว้างขวางในอุตสาหกรรมโปรแกรม

ส่วนข้ออ้างเรื่องความไม่มีมโนธรรมในเชิงเนื้อหา นั้น ศาลพิเคราะห์ว่าข้อสัญญาเรื่องการจำกัดค่าเสียหายเป็นเรื่องปกติในธุรกิจอุตสาหกรรมโปรแกรมซึ่งมีส่วนช่วยให้ราคาโปรแกรมถูกลงเนื่องจากหากผู้ประกอบการไม่สามารถจำกัดค่าเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากโปรแกรมของตนได้

¹² 140 Wn. 2d 568 (1999)

ต้นทุนการผลิตโปรแกรมก็จะมีราคาสูงขึ้นซึ่งจะเป็นภาระแก่ผู้บริโภคในที่สุดนั่นเอง ดังนั้นข้อกล่าวอ้างของ Mortenson จึงตกไป จะเห็นได้ว่าเป็นการยากที่จะแก้ไขหรือไม่บังคับข้อสัญญาบางข้อโดยใช้หลักความไม่มีโมฆกรรมนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากความเป็นจริงในโลกธุรกิจปัจจุบัน การจะใช้หลักความไม่มีโมฆกรรมในเชิงเนื้อหากับคดีได้จึงต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏชัดจริงๆ ว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีเนื้อหาที่ไม่เป็นธรรมอย่างเห็นได้ชัด

2. การคุ้มครองผู้บริโภค

ช่วงที่มีการเคลื่อนไหวด้านผู้บริโภคในประเทศสหรัฐอเมริกาในยุคทศวรรษที่ 1960 ถึง 1970 นั้น รัฐบาลทั้งในระดับมลรัฐและระดับประเทศได้พยายามสร้างกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคและการกำจัดการค้าที่ไม่เป็นธรรม แม้ว่ากฎหมายเหล่านี้จะมีวัตถุประสงค์แรกเริ่มเพื่อการกำจัดการที่ผิดกฎหมายและอยู่ในลักษณะหลอกลวงประชาชน แต่ก็มีกฎหมายหลายฉบับที่กล่าวถึงข้อสัญญาและวิธีปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม¹³

การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องบัญญัติกฎหมายเหล่านี้ขึ้นมา ผู้วิจัยมองว่าเหตุผลส่วนหนึ่งคือ เพื่อให้ศาลสามารถใช้กฎหมายเหล่านี้เป็นเครื่องมือในการสร้างความเป็นธรรมให้กับผู้บริโภค แทนที่จะใช้หลักความไม่มีโมฆกรรมมาแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาของเอกชน ซึ่งอย่างที่กล่าวมาแล้วว่าเป็นหลักที่บังคับใช้ได้ยากในโลกแห่งความเป็นจริง

3. การแทรกแซงโดยกฎหมายลิขสิทธิ์

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งเป็น 2 ระดับ คือระดับมลรัฐและระดับประเทศ ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาบัญญัติว่ากฎหมายระดับประเทศมีผลบังคับแทนที่กฎหมายระดับมลรัฐหากกฎหมายทั้งสองมีความขัดแย้งกันโดยตรง¹⁴ ประเด็นที่ผู้วิจัยเห็นว่าน่าสนใจมี 2 ประเด็นได้แก่

¹³ Ryan J. Casamiquela, "Contractual Assent and Enforceability in Cyberspace", *Berkeley Technology Law Journal*, 2002, p.7

¹⁴ U.S. Constitution Article VI, § 2 "Federal laws preempt. State laws in direct conflict"

3.1 การใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เข้าแทรกแซงสัญญาของเอกชน

ประเด็นนี้เป็นที่ถกเถียงกันในหมู่นักวิชาการและศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาว่ากฎหมายระดับประเทศสามารถหรือควรจะมาแทนที่ข้อสัญญาของเอกชนหรือไม่ เรื่องนี้จึงมีผลกระทบโดยตรงต่อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจากสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาของเอกชนเช่นกัน

คดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายลิขสิทธิ์บังคับแทนกฎหมายอื่นคือคดี Vault Corp. v. Quaid Software Ltd. ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีผู้วิจัยได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 อย่างไรก็ตาม คดีนั้นเป็นกรณีที่ศาลใช้กฎหมายลิขสิทธิ์บังคับแทนกฎหมายระดับมลรัฐ จึงไม่ใช่กรณีการใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เข้าบังคับแทนสัญญาของเอกชน นักวิชาการบางท่านเห็นว่าคดีดังกล่าวรวมทั้งบทบัญญัติในกฎหมายลิขสิทธิ์เรื่องการเข้าแทนที่กฎหมายอื่นนั้นบ่งบอกชัดเจนอยู่แล้วว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ไม่สามารถเข้าแทรกแซงหรือแทนที่สัญญาระหว่างเอกชนได้ และการให้คู่สัญญาสามารถสร้างเงื่อนไขและข้อตกลงแห่งสัญญาได้ จะมีประสิทธิภาพและตรงกับความต้องการของคู่สัญญา มากกว่าการให้รัฐเข้าแทรกแซงโดยรัฐต้องคาดเดาความต้องการของคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม นักวิชาการอีกกลุ่มเห็นว่าศาลสามารถและควรจะนำกฎหมายระดับประเทศเช่นกฎหมายลิขสิทธิ์นี้ มาใช้แทนที่สัญญาระหว่างเอกชน เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้คู่สัญญาทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่สภาของเกรสใช้เวลานานในการสร้างขึ้น โดยนักวิชาการกลุ่มนี้เห็นว่ากฎหมายลิขสิทธิ์นั้นได้ให้สิทธิและหน้าที่แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ รวมทั้งสาธารณชนอย่างเป็นธรรมแล้ว หากกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่สามารถเข้าบังคับใช้แทนที่สัญญาระหว่างเอกชนแล้ว ก็เท่ากับว่าศาลเปิดโอกาสให้ผู้ผลิตโปรแกรมสามารถเขียนกฎหมายลิขสิทธิ์ขึ้นมาได้เองตามอำเภอใจนั่นเอง นอกจากนี้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาก็ไม่มีอยู่จริงในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจากโปรแกรมลักษณะนี้ได้ถูกผลิตขึ้นจำนวนมาก (mass market) และผู้ผลิตเป็นผู้กำหนดข้อตกลงแห่งสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว ผู้ซื้อโปรแกรมซึ่งเป็นคู่สัญญาจึงไม่สามารถเข้าเจรจาต่อรองขอแก้ไขข้อตกลงแห่งสัญญาได้ อันทำให้ตกอยู่ในภาวะที่ต้องเลือกว่าจะใช้โปรแกรมนี้หรือไม่ใช้เลย (take it or leave it basis) ดังนั้นการเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้กฎหมายระดับประเทศในการเข้าไปแทนที่ข้อตกลงแห่งสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเดียวเป็นผู้กำหนดขึ้นมาจึงเป็นการช่วยให้ศาลไม่ต้องบังคับตามข้อสัญญานั้น ผู้วิจัยเห็นด้วยกับความเห็นหลังนี้

3.2 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับหลัก First Sale Doctrine

ภายใต้หลัก First Sale Doctrine ผู้ซื้อสำเนางานอันมีลิขสิทธิ์สามารถกระทำการใดๆ ก็ได้กับสำเนาที่ตนซื้อเข้ามา เช่น นำไปขายต่อหรือจำหน่ายด้วยวิธีอื่นใด อย่างไรก็ตามศาลมักจะไม่ทำการปฏิเสธข้อตกลงแห่งสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิทั้งฉบับว่ามีขอบด้วยกฎหมายโดยอาศัยหลัก First Sale Doctrine แต่ศาลเคยใช้หลักนี้ในการปฏิเสธไม่บังคับตามข้อตกลงแห่งสัญญาบางข้อ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบอื่นด้วยว่าศาลจะพิจารณาว่าการจำหน่ายโปรแกรมถือเป็นการขายหรือการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

ผู้ขายโปรแกรมสามารถเอาชนะหลัก First Sale ได้เนื่องจากผู้ขายไม่ได้ “ขาย” โปรแกรมตนเพียงแต่อนุญาตให้บุคคลอื่นมาใช้โปรแกรมของตน (license) เท่านั้น ด้วยวิธีนี้ผู้ซื้อสำเนาโปรแกรมจะไม่มีกรรมสิทธิ์ในสำเนานั้นและต้องใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในขอบเขตที่เจ้าของโปรแกรมกำหนดไว้เท่านั้น

ในคดี *Softman v. Adobe* ศาลวินิจฉัยว่าธุรกรรมระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ผลิตโปรแกรมฝ่ายหนึ่งและผู้จัดจำหน่ายโปรแกรมอีกฝ่ายหนึ่งเป็นการซื้อขาย ไม่ใช่การอนุญาตให้ใช้สิทธิตามที่อ้าง โดยศาลพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าผู้จัดจำหน่ายโปรแกรมพิพาท (Softman) และยอมรับเอาซึ่งความเสี่ยงในกรณีมีความเสียหายใดๆ เกิดขึ้นกับสำเนาโปรแกรมที่ตนซื้อเข้ามา ทั้งยังรับเอาความเสี่ยงจากการนำสำเนาโปรแกรมไปขายต่อด้วย ดังนั้น Softman จึงสามารถอ้างสิทธิตามหลัก First Sale ในการจำหน่ายสำเนาโปรแกรมที่ตนซื้อเข้ามาในลักษณะและวิธีการใดๆ ตามแต่ที่ตนต้องการ แม้ว่าการจำหน่ายนั้นจะเป็นการขัดแย้งกับข้อตกลงในสัญญา license ก็ตาม

คดีนี้เป็นประเด็นระหว่างผู้ผลิตและผู้จัดจำหน่ายโปรแกรม ปัญหาที่ว่าหากเป็นกรณีผู้ผลิตโปรแกรมกับผู้ใช้ที่เป็น end user ศาลจะพิจารณาประเด็นนี้อย่างไร ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่าศาลมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยให้ธุรกรรมระหว่างผู้ผลิตโปรแกรมกับผู้ใช้เป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิ

ผู้วิจัยเห็นว่าแนวโน้มของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะให้สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีผลบังคับได้มีสูงมาก อย่างไรก็ตามข้อตกลงแห่งสัญญาดังกล่าวควรมีความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายด้วย ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้หลัก 3 ประการ ได้แก่ หลักความไม่มีมิในธรรม การคุ้มครองผู้บริโภค และการใช้กฎหมายลิขสิทธิ์เข้าแทรกแซงข้อสัญญา ในการแสวงหาความยุติธรรมให้คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกเอาเปรียบ ซึ่งได้แก่ ผู้ซื้อโปรแกรม ใน

การเข้าไปแทรกแซงและแก้ไขข้อตกลงแห่งสัญญาบางข้อที่มีลักษณะเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมากเกินไป

สำหรับประเทศไทยซึ่งเป็นระบบกฎหมาย civil law นั้น ไม่มีหลักความไม่มีโมฆกรรม แต่ประเทศไทยก็สามารถสร้างความเป็นธรรมให้กับคู่สัญญาได้โดยอาศัยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั่นเอง

3. ประเด็นเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ว่าสภาพความเป็นจริงของผู้ประกอบธุรกิจมีความเข้มแข็งและมีอำนาจครอบงำตลาดมากขึ้น เป็นเหตุให้ผู้มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าถือโอกาสเข้าทำสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่า โดยบางครั้งผู้มีอำนาจต่อรองที่ด้อยกว่าก็ตระหนักดีว่าตนเสียเปรียบ แต่ก็ต้องจำยอมเข้าทำสัญญาด้วยเนื่องจากตนต้องการทรัพย์หรือบริการนั้นๆ ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม เมื่อเกิดข้อพิพาทฟ้องร้องคดีในชั้นศาลแล้ว ศาลจึงต้องใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาสร้างความยุติธรรมแก่คดี

สัญญา Shrinkwrap, Clickwrap และ Browsewrap เป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ซึ่งเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นำมาใช้กับการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตน โดยเขียนหรือพิมพ์ข้อความที่เป็นข้อตกลงซึ่งเป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้าเป็นแบบสำเร็จรูปไว้แล้ว โดยผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่มีอำนาจต่อรองหรือแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญได้เลย สัญญา Shrinkwrap, Clickwrap และ Browsewrap จึงเข้าลักษณะสัญญาสำเร็จรูปและตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาว่าข้อตกลงในสัญญาที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ หากเป็นการได้เปรียบเกินสมควร ศาลก็จะวินิจฉัยให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ข้อสัญญาในสัญญา Shrinkwrap, Clickwrap และ Browsewrap ที่ควรนำมาพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ อาจแบ่งได้เป็น 3 ประเด็น ได้แก่ ข้อสัญญาเรื่องการไม่รับประกันสินค้า ข้อสัญญาเรื่องการจำกัดความรับผิดชอบของเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และข้อสัญญาเรื่องการห้ามทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

1. ข้อสัญญาเรื่องการไม่รับประกันสินค้า

ตัวอย่างเช่น สัญญา END-USER LICENSE AGREEMENT ของ NETSCAPE 6.2.1 ข้างล่างนี้

8. DISCLAIMER OF WARRANTY. THE PRODUCT IS PROVIDED FREE OF CHARGE, AND, THEREFORE, ON AN "AS IS" BASIS, WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EXPRESS OR IMPLIED, INCLUDING WITHOUT LIMITATION THE WARRANTIES THAT IT IS FREE OF DEFECTS, VIRUS FREE, ABLE TO OPERATE ON AN UNINTERRUPTED BASIS, MERCHANTABLE, FIT FOR A PARTICULAR PURPOSE OR NON-INFRINGEMENT.

จะเห็นได้ว่าข้อความในสัญญามักเป็นไปในลักษณะที่ว่าเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ผู้ใช้ให้โปรแกรมในลักษณะที่เป็นอยู่ (as is) โดยเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ขอรับประกันสินค้าไม่ว่าจะเห็นการรับประกันในลักษณะใด ไม่ว่าจะเป็นการรับประกันอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ปัญหาจึงมีว่าข้อสัญญาในลักษณะนี้ถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกามาตรา 2-316¹⁵ จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการแถลงไม่รับประกันสินค้าไม่ว่าจะเป็นคำรับประกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย

¹⁵ UCC §2-316. Exclusion or Modification of Warranties.

(1) Words or conduct relevant to the creation of an express warranty and words or conduct tending to negate or limit warranty shall be construed wherever reasonable as consistent with each other; but subject to the provisions of this Article on parol or extrinsic evidence (Section 2-202) negation or limitation is inoperative to the extent that such construction is unreasonable.

(2) Subject to subsection (3), to exclude or modify the implied warranty of merchantability or any part of it the language must mention merchantability and in case of a writing must be conspicuous, and to exclude or modify any implied warranty of

และเมื่อพิจารณา UCITA กฎหมายฉบับนี้ก็บัญญัติเรื่องการไม่รับประกันสินค้าในทำนองเดียวกับ UCC อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่ากรณีที่กฎหมายยินยอมให้มีการแถลงไม่รับประกันโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยผู้ใช้โปรแกรมต้องยอมรับโปรแกรมนั้นในลักษณะ "as is" ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภคเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับสินค้าประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์เนื่องจากเป็นสินค้าที่ไม่สามารถตรวจสอบคุณลักษณะของสินค้าได้เลยจนกว่าจะได้ลองใช้งาน ถึงแม้สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะให้สิทธิผู้ซื้อโปรแกรมส่งคืนสินค้านั้นเพื่อรับเงินคืน แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือผู้ซื้อไม่สามารถทราบได้เลยว่าตนจะพอใจกับลักษณะ "as is" ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นหรือไม่จนกว่าจะได้ใช้งานจริง การจะใช้งานได้ หากเป็นสัญญา shrinkwrap ผู้ซื้อก็ต้องเปิดบรรจุภัณฑ์โปรแกรมเพื่อติดตั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ลงใน

fitness the exclusion must be by a writing and conspicuous. Language to exclude all implied warranties of fitness is sufficient if it states, for example, that "There are no warranties which extend beyond the description on the face hereof."

(3) Notwithstanding subsection (2)

(a) unless the circumstances indicate otherwise, all implied warranties are excluded by expressions like "as is", "with all faults" or other language which in common understanding calls the buyer's attention to the exclusion of warranties and makes plain that there is no implied warranty; and

(b) when the buyer before entering into the contract has examined the goods or the sample or model as fully as he desired or has refused to examine the goods there is no implied warranty with regard to defects which an examination ought in the circumstances to have revealed to him; and

(c) an implied warranty can also be excluded or modified by course of dealing or course of performance or usage of trade.

(4) Remedies for breach of warranty can be limited in accordance with the provisions of this Article on liquidation or limitation of damages and on contractual modification of remedy (Sections 2-718 and 2-719).

เครื่องคอมพิวเตอร์ของตน หรือหากเป็นสัญญา clickwrap หรือ browsewrap ผู้ซื้อก็ต้องแสดงความยินยอมในข้อสัญญาก่อนที่จะสามารถติดตั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเท่ากับว่าผู้ซื้อได้ให้ความยินยอมในข้อสัญญาเสียแล้ว และสิทธิในการส่งสินค้ากลับคืนก็หมดไป

ในส่วนของกฎหมายไทยนั้น พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้บัญญัติถึงเรื่อง ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคตามสัญญาไว้ ดังนี้

มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม บัญญัติว่า “สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมิผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น”

ข้อตกลงตามมาตรา 6 นี้ เป็นข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ และเป็นข้อตกลงหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาเช่นเดียวกับมาตรา 4 แต่จำกัดเฉพาะข้อตกลงในสัญญาที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น¹⁶ ซึ่งนอกจากสัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาเช่าทรัพย์สิน และสัญญาเช่าซื้อแล้ว ยังมีสัญญาบางประเภทที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินเช่นเดียวกัน เช่น สัญญาจ้างทำของประเภทที่มีการทำทรัพย์สิน หรือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญา หากมีข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิ ย่อมจะอยู่ในบังคับของมาตรา 6 โดยไม่มีปัญหา ดังนั้นสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 6 เช่นกัน เพราะเป็นการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน

¹⁶ ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, ฉบับพิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2542, หน้า 75.

เมื่อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เหล่านี้ให้เจ้าของโปรแกรมสามารถตกลงไม่รับประกันสินค้าไม่ว่าในลักษณะใด ทำให้ผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตกอยู่ในภาวะเสียเปรียบ หากเป็นกรณีผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถใช้โปรแกรมโดยไม่ต้องจ่ายค่าใช้สิทธิใดๆ ก็คงไม่ทำให้ผู้ใช้โปรแกรมเสียหายมากนัก แต่หากเป็นกรณีที่ผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้องชำระค่าใช้สิทธิ ข้อสัญญาลักษณะนี้ก็ไม่เป็นธรรมนัก เนื่องจากผู้ใช้โปรแกรมต้องชำระเงินค่าโปรแกรมโดยไม่รู้หรือแน่ใจถึงคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ทั้งยังไม่มี การรับประกันสินค้าจากเจ้าของโปรแกรม กรณีนี้ผู้วิจัยจึงเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวน่าจะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

2. ข้อสัญญาเรื่องการจำกัดความรับผิดของเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์

ตัวอย่างเช่น สัญญา END-USER LICENSE AGREEMENT ของ NETSCAPE 6.2.1 ข้างล่างนี้

"...9. LIMITATION OF LIABILITY. IN NO EVENT WILL LICENSOR BE LIABLE FOR ANY INDIRECT, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OF OR INABILITY TO USE THE PRODUCT, INCLUDING, WITHOUT LIMITATION, DAMAGES FOR LOST PROFITS, LOSS OF GOODWILL, WORK STOPPAGE, COMPUTER FAILURE OR MALFUNCTION, OR ANY AND ALL OTHER COMMERCIAL DAMAGES OR LOSSES,..."

จะเห็นได้ว่าเจ้าของโปรแกรมมักจำกัดความรับผิดในกรณีที่มีความเสียหายจากการใช้หรือการไม่ได้ใช้โปรแกรมนั้น รวมทั้งความเสียหายจากการสูญเสียกำไร เสียชื่อเสียงทางการค้า การหยุดงาน การที่เครื่องคอมพิวเตอร์ไม่ทำงานหรือทำงานผิดปกติ หรือความเสียหายหรือสูญเสียในเชิงพาณิชย์ไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมด เมื่อพิจารณาลักษณะของความเสียหายที่เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จำกัดความรับผิดไว้ (INDIRECT, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES) จะเห็นได้ว่าเป็นความเสียหายโดยอ้อมทั้งสิ้น ซึ่งหมายความว่าเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ยังคงรับผิดในกรณีเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงกับตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์อยู่

สาเหตุของการจำกัดความรับผิดในลักษณะนี้ ผู้วิจัยมองว่าน่าจะมาจากลักษณะพิเศษของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ต่างจากสินค้าอื่นที่ว่าเป็นสินค้าที่ต้องนำไปใช้งานร่วมกับอุปกรณ์อื่นๆ และเป็นสินค้าที่อาจมีราคาไม่มาก แต่สามารถสร้างความเสียหายได้อย่างมหาศาล เราได้เห็น

มาแล้วในคดี M.A. Mortenson Company Inc. v. Timberline Software Corporation ที่ความผิดพลาดของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทำให้คำนวณราคาประมูลผิดไปหลายล้านเหรียญสหรัฐ ดังนั้นหากจะให้เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้องรับผิดชอบในความเสียหายประเภทนี้ด้วย คงไม่เป็นธรรมเท่าใดนัก และหากเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่สามารถจำกัดความรับผิดในส่วนที่นอกเหนือการควบคุมของตน คงไม่มีผู้ใดยากคิดค้นสร้างสรรค์โปรแกรมคอมพิวเตอร์เพราะตนไม่สามารถคาดเดาได้เลยว่าหากโปรแกรมของตนมีความบกพร่อง ตนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่าใด อันส่งผลให้ไม่เกิดการพัฒนาทางเทคโนโลยี นอกจากนี้การจำกัดความรับผิดในลักษณะนี้ถือเป็นปกติทางการค้าของธุรกิจโปรแกรมและศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ยอมรับการจำกัดความรับผิดในลักษณะนี้ ดังจะเห็นได้จากคดีข้างต้น ที่ศาลรับรองให้สัญญา shrinkwrap และข้อสัญญาจำกัดความรับผิดมีผลบังคับได้

สำหรับประเทศไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 472 บัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดเพื่อชำระดอกเบี้ยไว้ว่า

“ในกรณีที่ทรัพย์ซึ่งซื้อขายนั้นชำระดอกเบี้ยอย่างหนึ่งอย่างใด อันเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติก็ดี ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญาก็ดี ท่านว่าผู้ขายต้องรับผิด

ความที่กล่าวมาในมาตรานี้ยอมให้ได้ ทั้งที่ผู้ขายรู้อยู่แล้วหรือไม่รู้ว่าความชำระดอกเบี้ยมีอยู่”

มาตรา 473 บัญญัติว่า “ผู้ขายยอมไม่ต้องรับผิดในกรณีดังกล่าวต่อไปนี้ คือ

- (1) ถ้าผู้ซื้ออยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายที่มีความชำระดอกเบี้ย หรือควรจะได้รู้เช่นนั้นหากได้ใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน
- (2) ถ้าความชำระดอกเบี้ยนั้นเป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบและผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อิดเอื้อน
- (3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด”

มาตรา 483 คู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่าผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดเพื่อความชำระดอกเบี้ยหรือเพื่อการรอนสิทธิก็ได้

มาตรา 484 บัญญัติว่า ข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบนั้น ย่อมไม่คุ้มผู้ชายให้พ้นจากการต้องส่งคืนเงินตามราคา เว้นแต่จะได้ระบุเป็นอย่างอื่น

มาตรา 485 บัญญัติว่า ข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบนั้น ไม่อาจคุ้มความรับผิดของผู้ชายในผลของการอันผู้ชายได้กระทำไปเองหรือผลแห่งข้อความจริงอันผู้ชายได้รู้อยู่แล้วและปกปิดเสีย

จึงสรุปได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยินยอมให้มีการยกเว้นความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องของโปรแกรมได้ แต่ผู้ชายยังคงต้องส่งคืนเงินตามราคาแก่ผู้ซื้ออยู่ เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อพิจารณาสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะเห็นได้ว่าเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพียงแต่จำกัดความรับผิดในความเสียหายโดยอ้อมเท่านั้น มิได้จำกัดความรับผิดทั้งหมดในทุกกรณี โดยในกรณีที่เป็นโปรแกรมที่ผู้ซื้อต้องชำระค่าใช้สิทธิผู้ชายมักกำหนดข้อสัญญาว่าตนยังคงรับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้าอยู่เท่ากับราคาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้ซื้อชำระไป ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่าข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนที่ว่าด้วยการจำกัดความรับผิดไม่ถึงว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

3. ข้อสัญญาเรื่องการห้ามทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

การทำวิศวกรรมย้อนกลับ เป็นกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งรายละเอียดการทำงานโดยการวิเคราะห์ผลิตภัณฑ์¹⁷ การทำวิศวกรรมย้อนกลับมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งสำหรับอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งต้องทำงานร่วมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือฮาร์ดแวร์อื่นๆ Ian Sommerville¹⁸ ได้ให้คำจำกัดความของการทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ว่าเป็นกระบวนการในการวิเคราะห์โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ได้มาซึ่ง design และ specification ของโปรแกรมนั้น

¹⁷ รศ. ดร. วิบูลย์ แสงระสีพันธุ์ศิริ, เครื่องมือวัดพิภักต์ 3 มิติแบบอัตโนมัติ วิศวกรรมเครื่องกล, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย www.cadthai.com

¹⁸ Ian Sommerville, Software Engineering, 5th edition, (Addison: Wesley Publishing Company), 1996.

ศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้คำนิยามของกระบวนการวิศวกรรมย้อนกลับไว้ในคดี *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp*¹⁹ ว่าเป็นกระบวนการศึกษาที่เริ่มจากการนำผลิตภัณฑ์ที่เป็นที่รู้จักมาศึกษาย้อนหลังกลับไปเพื่อให้ทราบถึงขั้นตอนที่ช่วยในการพัฒนาหรือขั้นตอนที่ช่วยในการผลิตผลิตภัณฑ์นั้น²⁰

วิศวกรรมย้อนกลับ จึงหมายถึง การวิเคราะห์และจำแนกแยกแยะโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาระบบการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นๆ ทำให้ได้มาซึ่งความคิดและหลักการที่บรรจุอยู่ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือที่แสดงออกโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าในรูปแบบใด ด้วยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง

การทำวิศวกรรมย้อนกลับถือว่าการละเมิดลิขสิทธิ์ตรงที่วิธีการทำวิศวกรรมย้อนกลับต้องเริ่มจากการทำซ้ำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ต้องการจะทำวิศวกรรมย้อนกลับเพื่อให้ทราบถึง source code ที่อยู่ในโปรแกรม อย่างไรก็ตามการทำวิศวกรรมย้อนกลับเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้หากเป็นการใช้สิทธิโดยชอบธรรมซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 35

“การกระทำแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้ มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หากไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไร และได้ปฏิบัติตาม มาตรา 32 วรรคหนึ่ง ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) วิจัยหรือศึกษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น
- (2) ใช้เพื่อประโยชน์ของเจ้าของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น...”

¹⁹ *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470, 476 (1974)

²⁰ “...starting with the known product and working backward to divine the process which aided in its developments or manufacture” cited in John T. Soma, Sharon K. Black-Keefer and Alexander R. Smith. “Minimizing Reverse Engineering: Sample language for Dual United States and European Union Software Licenses.” *Denver Journal of International Law and Policy*, 1995.

ส่วนกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกามาตรา 107 ก็อนุญาตให้มีการทำการวิศวกรรมย้อนกลับได้หากมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาระบบการทำงานเชื่อมประสาน (interoperability) ระหว่างโปรแกรมคอมพิวเตอร์หลายๆ โปรแกรม

อย่างไรก็ตามข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์หาได้มีความสอดคล้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์ไม่ เจ้าของโปรแกรมมักกำหนดข้อสัญญาจำกัดการใช้งานว่าผู้ใช้โปรแกรมไม่สามารถทำการแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรมได้เลย ตัวอย่างของข้อสัญญาลักษณะนี้ได้แก่

ICQ version 99 beta "License Agreement" dated August 10, 1999²¹

You agree not to extract information from the ICQ directories and databases, reverse engineer, decompile, disassemble, alter, duplicate, make copies, create derivative works from, distribute or provide others with the ICQ software, the ICQ communications protocol or any information available on, derived or extracted from the ICQ directories and databases or any part thereof.

Adobe's "Adobe Photoshop 5.5 Tryout for Windows" "License Agreement"²²

The Software and any copies that you make are owned by Adobe and its suppliers, and its structure, organization and code are the valuable trade secrets of Adobe and its suppliers. The Software is also protected by United States Copyright Law and International Treaty provisions. You must treat the Software just as you would any other copyrighted material, such as a book. You may not copy the Software, except as set forth in the "Use of the Software" section. Any copies that you are permitted to make pursuant to this Agreement must contain the same copyright and other proprietary notices that appear on or in the Software. Except for font software converted to other

²¹ <http://www.cptech.org/ecom/ucita/licenses/reverse.html>

²² <http://www.adobe.com/products/photoshop/demodnld.html>

formats as permitted in section 1.6.4, you agree not to modify, adapt or translate the Software. You also agree not to reverse engineer, decompile, disassemble or otherwise attempt to discover the source code of the Software.

กฎหมายลิขสิทธิ์ทั้งของสหรัฐอเมริกาและของประเทศไทยอนุญาตให้มีการทำวิศวกรรมย้อนกลับได้ในบางกรณี การที่เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์กำหนดข้อสัญญาห้ามการทำวิศวกรรมย้อนกลับในทุกกรณีจึงเป็นการใช้สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการขยายสิทธิที่ตนได้รับภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์โดยสร้างข้อสัญญาอันไม่สอดคล้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงเป็นการไม่ถูกต้องและควรถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและไม่สนับสนุนหลักการตามกฎหมายลิขสิทธิ์

3. ประเด็นเกี่ยวกับความจำเป็นในการมีกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์

ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์เป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีมูลค่ามหาศาล เจ้าของโปรแกรมจึงต่างพากันแสวงหากฎเกณฑ์เพื่อให้ความคุ้มครองกับงานโปรแกรมของตน ซึ่งสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะสัญญาอยู่แล้ว แต่ประเทศที่เป็นผู้ผลิตโปรแกรม อย่างประเทศสหรัฐอเมริกาได้พยายามสร้างกฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อควบคุมดูแลสัญญาประเภทนี้เป็นการเฉพาะ การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ร่าง UCITA ขึ้นมาก็เพื่อคุ้มครองธุรกรรมที่เกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ด้วยเหตุผลจากทางฝ่ายผู้ผลิตโปรแกรมว่ากฎหมายที่มีอยู่เดิมของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถให้ความคุ้มครองธุรกิจแขนงนี้ได้อย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพ จึงมีปัญหว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายเฉพาะในลักษณะเดียวกับ UCITA ของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่

การจะวิเคราะห์ประเด็นดังกล่าวได้ จะต้องศึกษากฎหมายของประเทศไทยปัจจุบันที่ให้ความคุ้มครองสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ อันได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่สามารถให้ความคุ้มครองสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้หรือไม่ และมีความจำเป็นแค่ไหน เพียงไรในการมีกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมดูแลสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติเกี่ยวกับเอกเทศสัญญาไว้ เช่น สัญญาซื้อขาย ขายฝาก หรือแลกเปลี่ยน เป็นต้น แต่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่มีชื่ออยู่ในเอกเทศสัญญาเลย เนื่องจากในอดีตยังไม่มีธุรกรรมเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ตามถึงแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจะมีได้มีการบัญญัติเรื่องการอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้เป็นการเฉพาะอย่างในกฎหมายลิขสิทธิ์หรือกฎหมายสิทธิบัตร หลักกฎหมายสัญญาของประเทศไทยก็ยังคงยืนอยู่บนหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนั้นคู่สัญญาจึงสามารถตกลงทำสัญญากันอย่างไรก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน บทบัญญัติเรื่องนิติกรรมและสัญญาทั่วไปจึงสามารถนำมาใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์

2. พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อช่วยมิให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจการค้า ปัญหาที่มีอยู่ว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือว่าอยู่ในขอบเขตที่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคให้ความคุ้มครองหรือไม่

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้ให้คำนิยามของคำสำคัญต่างๆ ไว้ดังต่อไปนี้

“ซื้อ” หมายความว่ารวมถึง เช่า ซื้อ หรือได้มาไม่ว่าด้วยประการใดๆ โดยให้ค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น

“ขาย” หมายความว่ารวมถึง ให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือจัดหาไม่ว่าด้วยประการใดๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ตลอดจนการเสนอหรือชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย

“สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย

“บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใดๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใดๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น แต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

แม้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งรวมทั้งสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย จะไม่ได้รับการระบุชัดในคำนิยามตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ แต่สัญญาเหล่านี้ก็น่าจะได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคด้วย โดยถือว่า คอมพิวเตอร์โปรแกรมเป็น “สินค้า” ตามคำนิยามข้างต้น เพราะสำเนาโปรแกรมเป็นสินค้าที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย ทั้งนี้ เนื่องจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิแท้จริงแล้วเป็นการขายสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยที่สิทธิใดๆ ในตัวโปรแกรมไม่ได้โอนไปด้วยนั่นเองและการอนุญาตให้ใช้สิทธิน่าจะถือได้ว่าเป็นการ “ขาย” ตามคำนิยามในกฎหมายนี้ได้เช่นกัน เนื่องจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นการที่เจ้าของโปรแกรมจัดทำให้ไม่ว่าด้วยประการใดๆ โดยที่เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น

ปัญหาต่อมาคือว่าผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือเป็นผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคหรือไม่

ปัญหาว่าใครเป็นผู้บริโภคเป็นเรื่องที่ถกเถียงกันพอสมควรในการวางขอบเขตเพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง ร่างเดิมของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ในบทนิยามคำว่า “ผู้บริโภค” ดังนี้ “บุคคลธรรมดาซึ่งซื้อ เช่า เช่าซื้อ หรือได้มาซึ่งสินค้า หรือได้รับบริการที่จัดทำมาหรือทำขึ้นโดยผู้ประกอบการธุรกิจ โดยมีการจ่ายค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น และให้หมายความรวมถึงผู้ซื้อได้รับการเสนอหรือชักชวนจากผู้ประกอบการธุรกิจให้ซื้อ เช่า เช่าซื้อ หรือได้มาซึ่งสินค้าหรือได้รับบริการโดยมีการจ่ายค่าตอบแทนด้วย” แต่เมื่อแปรญัตติในรัฐสภาแล้วปรากฏออกมาเป็นพระราชบัญญัติ คำนิยามของผู้บริโภคได้รับการแก้ไขเป็น “ผู้ซื้อหรือได้รับบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจ...”²³ จึงเห็นได้ว่าผู้บัญญัติกฎหมายมีเจตนาให้กฎหมายนี้คุ้มครองผู้บริโภคทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลด้วย

บทนิยามคำว่าผู้บริโภคในปัจจุบันได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ความว่า “ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้ซื้อหรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจ หรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบการธุรกิจเพื่อซื้อสินค้าหรือรับบริการและให้หมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้า หรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม ดังนั้นผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้

²³ สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545) หน้า 145.

สิทธิจึงควรถือเป็นผู้บริโภคด้วย โดยผู้บริโภคมีสิทธิที่ต้องได้รับความคุ้มครองบัญญัติไว้ในมาตรา 4²⁴

นอกจากนี้ในมาตรา 35 ทวิ ยังได้บัญญัติการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาไว้ด้วย²⁵ โดยให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้ ปัจจุบันนี้ธุรกิจการอนุญาตให้ใช้โปรแกรมยังไม่ได้รับการประกาศ

²⁴ มาตรา 4 บัญญัติว่า

- (1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร รวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ
- (2) สิทธิที่จะได้รับอิสระในเลือกหาสินค้าหรือบริการ
- (3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ
- (3 ทวิ) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา
- (4) สิทธิที่จะได้การพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยกรณัั้น ๆ หรือพระราชบัญญัตินี้

²⁵ มาตรา 35 ทวิ “ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนด และเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

การกำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา”

เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาแต่อย่างใด แต่ผู้บริโภครวมตามสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ก็ยังคงมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 4 อยู่

3. พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเกิดจากการซึ่งหน้าระหว่างหลักเสรีภาพ ในการทำสัญญากับหลักการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจจากเนื้อหาของ พระราชบัญญัตินี้ที่เน้นความสำคัญของการให้ผู้พิพากษาเข้ามาเป็นผู้ปรับลดข้อตกลงตาม สัญญาให้เป็นธรรม สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้เนื่องจากเป็น สัญญาสำเร็จรูป ศาลจึงมีอำนาจเข้ามาพิจารณาข้อสัญญาให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความในคดี ได้

กล่าวโดยสรุปประเทศไทยในปัจจุบันมีกฎหมายสามฉบับในการให้ความคุ้มครองการ อนุญาตให้ใช้โปรแกรม ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติคุ้มครอง ผู้บริโภค และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศ สหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายแม่แบบชื่อ UCITA ซึ่งกลุ่มอุตสาหกรรมโปรแกรมพยายามผลักดันให้ ได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายบังคับใช้ในแต่ละรัฐ ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้มีหลายประเด็นที่ ให้อำนาจเจ้าของโปรแกรมมากเกินไปซึ่งไม่ส่งผลดีต่อผู้บริโภค เช่น การแถลงไม่รับประกัน โปรแกรม การห้ามทำวิศวกรรมย้อนกลับในทุกกรณี การใช้ระบบ Electronic self-help เพื่อยกเลิก การใช้งานโปรแกรมของผู้ใช้ เป็นต้น แม้กระทั่งในประเทศสหรัฐอเมริกาเอง ก็มีบุคคลจำนวนมากที่ ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายฉบับนี้ ทั้งนักวิชาการ นักกฎหมายและกลุ่มผู้บริโภค รัฐหลายรัฐพยายาม ชะลอหรือหลีกเลี่ยงการบัญญัติกฎหมายนี้เพื่อใช้ภายในรัฐของตน และรัฐที่บัญญัติกฎหมายฉบับ นี้ไปแล้ว เช่น รัฐเวอร์จิเนีย หรือ รัฐแมริแลนด์ ก็เป็นรัฐที่มีกลุ่มอุตสาหกรรมโปรแกรมอยู่เป็น จำนวนมาก จึงไม่เป็นเรื่องน่าแปลกใจแต่อย่างใดที่กฎหมายฉบับนี้สามารถผ่านออกมาได้ในรัฐ ดังกล่าว

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติใน UCITA ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่สร้างผลดีให้กับ ฝ่ายนายทุนมากกว่าฝ่ายผู้บริโภค ประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศผู้รับเทคโนโลยีซึ่งยังคงต้อง บริโภคโปรแกรมของต่างชาติอยู่ จึงไม่ควรบัญญัติกฎหมายไปเอื้อประโยชน์ให้เจ้าของโปรแกรม มากนัก และเมื่อกฎหมายของประเทศไทยปัจจุบันมีอย่างเพียงพอและสามารถให้ความคุ้มครอง

สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวได้อยู่แล้ว ผู้วิจัยจึงเห็นว่าประเทศไทยยังไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเฉพาะอย่าง UCITA เพื่อมากำกับธุรกรรมการอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย