

### บทที่ 3

## การให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในปัจจุบัน

ซอฟต์แวร์อื่นที่ไม่ใช่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่น คู่มือการใช้งานหรือเอกสารประกอบ ไม่เป็นประเด็นโต้เถียงถึงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแต่อย่างใด เนื่องจากต้องได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์อยู่แล้ว<sup>1</sup> แต่สำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะเห็นได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจสูงและเป็นทรัพย์สินที่ถูกทำซ้ำได้ง่าย เจ้าของโปรแกรมจึงต้องพยายามแสวงหามาตรการต่างๆ มาคุ้มครองงานของตน ในบทนี้ ผู้วิจัยจะกล่าวถึงประวัติและแนวความคิดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมทั้งหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยผู้วิจัยได้แบ่งการให้ความคุ้มครองออกเป็น 3 ระบบ คือ การคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ ระบบกฎหมายลักษณะสัญญา และระบบกฎหมายเฉพาะ

### 3.1 ประวัติและแนวความคิดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์

การให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นปัญหาที่มีการถกเถียงมาเป็นเวลานานว่ากฎหมายควรให้การคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะและรูปแบบใด การเขียนโปรแกรมนั้นต้องใช้การลงทุนอย่างมากทั้งในเรื่องของระยะเวลา เงินทุนและบุคลากร ผู้ที่จะอ่านเขียนและเข้าใจภาษาคอมพิวเตอร์จะต้องมีการศึกษาและเรียนรู้ถึงเทคนิคต่างๆ ในการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์และเข้าใจถึงสัญลักษณ์ต่างๆ ที่ใช้ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่กฎหมายต้องให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมดังกล่าวเพื่อไม่ให้ผู้ใดมาล่วงละเมิดและแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากงานของผู้สร้างสรรค์ เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการสร้างสรรค์งานใหม่ๆ ต่อไป

การให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเริ่มต้นใน ค.ศ. 1961 โดยเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์รายหนึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยื่นขอจดทะเบียนลิขสิทธิ์ต่อสำนักงานลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกา ซึ่งสำนักงานลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกาได้ประกาศว่าจะจดทะเบียนลิขสิทธิ์ให้แก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์หากโปรแกรมนั้นมีลักษณะเฉพาะตัวที่แสดงความคิดริเริ่มของตนเอง<sup>2</sup>

<sup>1</sup> David Bainbridge, Introduction to Computer Law, third ed., (London : Pitman Publishing) 1996 p 20.

<sup>2</sup> กริชผกา บุญเฟื่อง, การละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์, (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 7.

นักกฎหมายต่างพากันให้ความสนใจและวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวางว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ควรจะได้รับการคุ้มครองในรูปแบบใด นักกฎหมายในขณะนั้นเห็นว่าน่าจะได้รับ การคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์เช่นเดียวกับงานวรรณกรรมหรือมิฉะนั้นก็อยู่ในระบบสิทธิบัตรในฐานที่เป็นสิ่งประดิษฐ์อย่างใดอย่างหนึ่ง ในช่วงแรกฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความเห็นแตกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่ายแรกเห็นว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ควรได้รับการคุ้มครองตาม กฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากภาษาที่ใช้ในคอมพิวเตอร์ เช่น source code และ flowchart เป็นการ แสดงออกที่สามารถเข้าใจได้เหมือนเช่นงานวรรณกรรม ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าโปรแกรม คอมพิวเตอร์ควรอยู่ในระบบสิทธิบัตรเหมือนเครื่องจักรกลต่างๆ ไป เนื่องจากภาษาเครื่อง หรือ object code ไม่ใช่ภาษาในลักษณะเดียวกับภาษาในงานวรรณกรรมที่มนุษย์สามารถเข้าใจได้ จึง ควรได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร การที่ฝ่ายนิติบัญญัติและนักวิชาการมีความเห็น แตกแยกกันเช่นนี้มีเหตุอันเนื่องมาจากลักษณะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีการเปลี่ยนแปลง หลายขั้นตอนกว่าจะออกมาเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถนำมาใช้งานได้ โปรแกรม คอมพิวเตอร์จึงมีลักษณะคาบเกี่ยวกันระหว่างงานภายใต้ระบบลิขสิทธิ์กับระบบสิทธิบัตร จาก ปัญหา นี้ ได้มีการพิจารณาลักษณะของกฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายสิทธิบัตรให้ความคุ้มครองแก่ กระบวนการและสิ่งประดิษฐ์ที่มีการคิดค้นขึ้นใหม่และมีประโยชน์ ผู้ได้รับสิทธิบัตรจะได้รับสิทธิ ผูกขาดจากการใช้ การผลิต การขาย ตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และจะได้รับความ คุ้มครองจากการค้นพบโดยอิสระโดยผู้อื่น กล่าวคือ อาจมีผู้คิดค้นหรือประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์ได้ เช่นเดียวกันโดยที่ไม่ได้ลอกเลียนของเก่า แต่เจ้าของสิทธิบัตรได้รับการประกันสิทธิผูกขาดในการ ผลิตแต่เพียงผู้เดียว<sup>3</sup> การจะขอรับสิทธิบัตรนั้นจะต้องผ่านกระบวนการที่กินระยะเวลานาน มี ค่าใช้จ่ายสูง และจะต้องมีการตรวจสอบซึ่งมักใช้ระยะเวลานานหลายปี นอกจากนี้ การนำระบบ สิทธิบัตรมาให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของการขอรับ สิทธิบัตร 3 ประการ คือ จะต้องมีความใหม่หรือความแปลกใหม่ มีการทดสอบถึงความเป็น ประโยชน์ (usefulness) และสิ่งประดิษฐ์นั้นต้องไม่ใช่สิ่งที่บุคคลทั่วไปเห็นประจักษ์ได้โดยง่าย โดย ผู้ประดิษฐ์ต้องเปิดเผยข้อมูลการประดิษฐ์ให้สาธารณชนรับทราบด้วย เพื่อเป็นการตอบแทนการ ได้รับสิทธิผูกขาด สิ่งที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้คือ กฎธรรมชาติ กระบวนการทางคณิตศาสตร์ ทฤษฎีและความคิด หรือสิ่งที่มีรากฐานมาจากข้อเท็จจริง ด้วยเหตุนี้ ในช่วงแรกที่กฎหมายยังไม่มี

<sup>3</sup> ศศิวิมล เกษมศรี, กรอบและกลไกของกฎหมายในการคุ้มครองเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ใน ประเทศไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 66.

ความชัดเจน ศาลจึงปฏิเสธการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วยระบบสิทธิบัตร เนื่องจากเห็นว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถูกสร้างจากอัลกอริทึม (Algorithms) ซึ่งเป็นลำดับขั้นตอน ในการแก้ปัญหา และจากสูตรคณิตศาสตร์ (Mathematical Formula) ที่เป็นเพียงทฤษฎีและ กฎเกณฑ์เท่านั้น<sup>4</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 1969 นาย Elmer Galbi ที่ปรึกษากฎหมายอาวุโสของบริษัทไอบีเอ็มได้ เขียนบทความทางวิชาการเกี่ยวกับความสำคัญของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีต่อการธุรกิจและ ปัญหาที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับทางเลือกในการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสิ่งที่มีความซับซ้อนเกี่ยวกับระหว่างงานวรรณกรรมที่ได้รับความ คุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์และสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นส่วนประกอบของเครื่องจักรซึ่งได้รับความ คุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร โดยนาย Gabi ได้เสนอให้มีการร่างกฎหมายพิเศษซึ่งมี ลักษณะผสมผสานระหว่างกฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายสิทธิบัตรขึ้นเพื่อให้เกิดความเหมาะสมใน การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์มากที่สุด<sup>5</sup>

แนวความคิดที่ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์สมควรได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายพิเศษ ได้รับการสนับสนุนจากองค์กรทรัพย์สินทางปัญญาโลกหรือ WIPO (World Intellectual Property Organization) โดยในปี ค.ศ. 1970 สหประชาชาติได้ขอให้ WIPO พิจารณาเรื่องการให้ความ คุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่ง WIPO ได้ยกร่างกฎหมายพิเศษขึ้นมาชื่อ Model Provision on the Protection of Computer Software แนวความคิดดังกล่าวได้รับความสนใจจากประเทศกำลัง พัฒนาอย่างมากเนื่องจากประเทศเหล่านี้กำลังศึกษาและพัฒนาเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ โดย เหตุผลสำคัญของการใช้กฎหมายพิเศษในการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์คือเพื่อหลีกเลี่ยง ความไม่เหมาะสมในการที่จะเอากฎหมายลิขสิทธิ์หรือกฎหมายสิทธิบัตรมาใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม ความพยายามของนานาประเทศภายใต้กรอบพหุภาคีของ WIPO ที่จะแสวงหาแนวทางการ

<sup>4</sup> จักรกฤษณ์ ครอบงำ, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และ เครื่องหมายการค้า, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม 2544,) หน้า 97.

<sup>5</sup> กริชผกา บุญเฟื่อง, การละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์, หน้า 7 อ้างถึงในบัณฑิต หลิมสกุล, "การคุ้มครองลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เอื้อประโยชน์ต่อการพัฒนาเทคโนโลยี: วิเคราะห์คำตัดสินของศาลอุทธรณ์ที่สองของสหรัฐฯ ในคดี Computer Associates International, Inc v. Altai, Inc.", วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 23 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2536) หน้า 681.

คุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เหมาะสมต่อยุคชะงักลงเนื่องจากแรงผลักดันของวงการอุตสาหกรรมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในปี ค.ศ. 1974 สภาkongเกรสของประเทศสหรัฐอเมริกาได้จัดตั้งหน่วยงานที่มีชื่อว่า CONTU (US Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works) เพื่อทำหน้าที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่งานความคิดสร้างสรรค์ที่อยู่ในรูปเทคโนโลยีสมัยใหม่และแสวงหามาตรการการให้ประกันแก่สาธารณะในการเข้าไปใช้เทคโนโลยีเหล่านี้<sup>6</sup> CONTU ได้ใช้เวลาในการรวบรวมข้อมูล รับฟังความคิดเห็นสาธารณะ และความเห็นจากผู้เชี่ยวชาญ และวิเคราะห์ข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เป็นเวลา 3 ปี วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1978 CONTU ได้ลงความเห็นว่างานลิขสิทธิ์เป็นรูปแบบที่เหมาะสมที่สุดในการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยให้เหตุผลว่างานลิขสิทธิ์มีการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายอย่างเหมาะสมและมีความสมดุลทั้งในส่วนผลประโยชน์ของเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ผลประโยชน์ของผู้ใช้และผลประโยชน์สาธารณะ แนวความคิดของ CONTU ได้ถูกคัดค้านและวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก อย่างไรก็ตามเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1982 สภานิติบัญญัติได้มีมติ แก้ไขมาตรา 101 ของรัฐธรรมนูญลิขสิทธิ์สหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะเป็นงานวรรณกรรมตามแรงผลักดันของกลุ่มผลประโยชน์ในภาคอุตสาหกรรมโปรแกรมคอมพิวเตอร์<sup>7</sup>

CONTU ยังได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองโปรแกรมภายใต้กฎหมาย ลิขสิทธิ์ว่าหากพิจารณาโดยทั่วๆ ไปแล้วเห็นว่าสิทธิบัตรให้ความคุ้มครองแก่ผู้เป็นเจ้าของได้มากกว่าการคุ้มครองลิขสิทธิ์ เพราะมิใช่เป็นการให้สิทธิเด็ดขาดเฉพาะสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองเท่านั้น หากแต่รวมไปถึงการสร้างชิ้นใหม่โดยที่มิได้ทำการลอกเลียนด้วย อย่างไรก็ตามคณะกรรมการ CONTU เห็นว่าขั้นตอนการขอรับสิทธิบัตรต้องใช้เวลาและค่าใช้จ่ายสูง นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าสิทธิเด็ดขาดของผู้ขอรับสิทธิบัตรเป็นสิทธิที่มีค่ามาก ซึ่งเป็นสาเหตุให้เงื่อนไขการได้มาซึ่ง

<sup>6</sup> ศศิวิมล เกษมศรี, กรอบและกลไกของกฎหมายในการคุ้มครองเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ในประเทศไทย, หน้า 66.

<sup>7</sup> บัณฑิต หลิมสกุล, "การคุ้มครองลิขสิทธิ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เอื้อประโยชน์ต่อการพัฒนาเทคโนโลยี: วิเคราะห์คำตัดสินของศาลอุทธรณ์ที่สองของสหรัฐฯ ในคดี Computer Associates International, Inc v. Altai, Inc.", วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 23 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2536).

สิทธิถูกกำหนดไว้สูง ด้วยเหตุผลดังกล่าว CONTU จึงให้ความเห็นว่า ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสิ่งที่สามารถขอรับสิทธิบัตรหรือไม่ จากข้อเท็จจริงปรากฏว่าได้มีการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิบัตรในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 3 คดีที่แตกต่างกัน ในแต่ละคดีพบว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ยังเป็นที่ขาดคุณสมบัติของการได้รับสิทธิบัตร แต่ศาลไม่เคยวินิจฉัยตรงๆ ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสิ่งประดิษฐ์ที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้หรือไม่ คำตัดสินของศาลใน 3 คดีนี้กล่าวแต่เพียงว่า เป็นการยากที่เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร เพราะกระบวนการในทางคณิตศาสตร์ที่แม้จะมีความใหม่และเป็นประโยชน์ก็ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ นอกจากนี้ CONTU ให้ความเห็นอีกว่ากรณีพิพาทที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ หากพิสูจน์ได้ว่าสิทธิบัตรเป็นสิ่งที่สามารถให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ก็ตามและหากมีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ใดได้รับสิทธิบัตร ผลที่ตามมาคือผู้แข่งขันรายอื่นไม่สามารถสร้างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะเหมือนกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้สิทธิบัตร แม้ว่าจะเป็นการสร้างขึ้นเองโดยมิได้ทำการลอกเลียนก็ตาม จากที่กล่าวมานี้อาจเป็นเหตุผลส่วนหนึ่งที่ทำให้คณะกรรมการ CONTU ไม่นำระบบสิทธิบัตรมาใช้เป็นกฎหมายให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดย CONTU เห็นว่าการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้ระบบลิขสิทธิ์จะทำให้เกิดผลกระทบในทางลบน้อยที่สุดและเห็นว่าการให้ความคุ้มครองในระบบอื่นๆ เช่น สิทธิบัตร อาจทำให้เกิดการปิดกั้นการถ่ายทอดเทคโนโลยี อันเป็นการทำลายการแข่งขันมากกว่าระบบลิขสิทธิ์<sup>8</sup>

ต่อมาใน ค.ศ. 1991 คณะมนตรีประชาคมยุโรปได้ออกประกาศข้อกำหนดว่าด้วยการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกของประชาคมยุโรปใช้หลักเกณฑ์นี้เป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายลิขสิทธิ์ของแต่ละประเทศเพื่อให้การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์สอดคล้องไปทางเดียวกัน ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา กฎหมายลิขสิทธิ์ก็กลายเป็นกฎหมายหลักสำหรับการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์

<sup>8</sup> ศศิวิมล เกษมศรี, กรอบและกลไกของกฎหมายในการคุ้มครองเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ในประเทศไทย, หน้า 69.

### 3.2 ระบบการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในปัจจุบัน

การให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์อาจแบ่งออกเป็น 3 ระบบ คือ การคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์ ระบบกฎหมายลักษณะสัญญา และระบบกฎหมายเฉพาะ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 3.2.1 การให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์

##### แนวความคิดในการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์

เหตุผลสำคัญที่สนับสนุนแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์คือ<sup>9</sup>

1. เหตุผลทางเศรษฐกิจ กล่าวคือเมื่อบุคคลใดได้ใช้เวลาและความอุตสาหะในการสร้างสรรค์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นมา ก็ย่อมเป็นการสมควรที่บุคคลเหล่านั้นจะได้รับโอกาสในการเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเพื่อเป็นรางวัลในการตอบแทนการเสียสละเวลาและความอุตสาหะนั้น ซึ่งการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์นี้จะช่วยกระตุ้นให้ประชาชนสร้างสรรค์ผลงานต่างๆ ทำให้เกิดการลงทุน การจ้างแรงงาน ประเทศมีความเจริญรุ่งเรืองทางเศรษฐกิจ และยังเป็น การช่วยส่งเสริมให้มีการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ยิ่งขึ้นไปอีกด้วย ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะก่อให้เกิดผลดีต่อสังคมโดยรวม หากปราศจากการคุ้มครองงานของผู้สร้างสรรค์ที่ผู้สร้างสรรค์ได้ลงทุนทั้งทรัพย์สิน แรงงาน และสติปัญญา ผู้สร้างสรรค์ย่อมไม่ได้รับผลตอบแทนที่คุ้มค่ากับการเสียสละดังกล่าวจึงยอมทำให้ผู้สร้างสรรค์ขาดแรงจูงใจที่จะสร้างสรรค์ผลงานออกมา
2. เหตุผลทางศีลธรรม เช่นเดียวกับผู้สร้างสรรค์งานประเภทอื่นๆ บุคคลผู้สร้างโปรแกรมคอมพิวเตอร์ย่อมมีความคิดว่าตนเป็นเจ้าของโปรแกรมนั้น ตนจึงสามารถป้องกันบุคคล

<sup>9</sup> David Bainbridge, Software Copyright Law, (London: Pitman Publishing, 1992),

อื่นที่จะมาแสวงหาผลประโยชน์จากงานของตนเองโดยไม่ได้รับอนุญาตและสามารถควบคุมการใช้ประโยชน์ของงานนั้นที่มีต่อมาภายหลังได้

ความจริงกฎหมายลิขสิทธิ์มีความเหมาะสมต่อการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์อยู่หลายประการ สิทธิเด็ดขาดตามกฎหมายลิขสิทธิ์สามารถให้หลักประกันแก่ผู้สร้างสรรค์งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ว่าความวิริยะอุตสาหะและผลงานของเขาจะไม่สูญเปล่าเนื่องจากการลอกเลียนโดยมิชอบ นอกจากนี้ โดยที่กฎหมายลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองเฉพาะการแสดงออกซึ่งความคิด จึงไม่ทำให้เกิดการผูกขาดอย่างรุนแรงดังเช่นกฎหมายสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่เป็นอุปสรรคต่อความก้าวหน้าและพัฒนาการของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะเมื่อเปรียบเทียบกับผลที่จะเกิดขึ้นหากมีการคุ้มครองโดยกฎหมายสิทธิบัตร ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ นักเขียนโปรแกรมต่างๆ ยังคงสามารถสร้างสรรค์งานของตนได้อย่างเป็นอิสระโดยไม่ต้องคำนึงว่าจะมีผู้สร้างสรรค์งานประเภทนั้นมาก่อนหรือไม่<sup>10</sup> ผู้วิจัยขอจำแนกการให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้ระบบกฎหมายลิขสิทธิ์เป็น 2 ระดับ คือในระบบลิขสิทธิ์ในต่างประเทศและระบบลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

#### 1) ระบบลิขสิทธิ์ในต่างประเทศ

- การคุ้มครองลิขสิทธิ์ในระดับระหว่างประเทศ

- The World Intellectual Property Organization (WIPO)

WIPO เป็นทบวงชำนาญพิเศษขององค์การสหประชาชาติ การดำเนินการของ WIPO ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญานั้นโดยทั่วไปจะกระทำโดยอาศัยกฎเกณฑ์และบรรทัดฐานที่กำหนดขึ้นโดยความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ เช่น อนุสัญญากรุงปารีส อนุสัญญากรุงเบอร์ลิน และอนุสัญญากรุงโรม เป็นต้น<sup>11</sup> WIPO มีหน้าที่ดูแลอนุสัญญาระหว่างประเทศ 21 ฉบับ ซึ่งเกี่ยวข้องกับลักษณะต่างๆ ของทรัพย์สินทางปัญญา

<sup>10</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, หน้า 98.

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

- The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Protection  
(TRIPs)

ความตกลงทริปส์เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งรวมถึงหลักเกณฑ์อันเกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ด้วย ความตกลงทริปส์ได้ให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์และฐานข้อมูล โดย 10 ของความตกลงทริปส์ได้กำหนดให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ โดยระบุว่า “โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะเป็นรหัสโปรแกรมหรือรหัสเครื่อง จะได้รับความคุ้มครองในฐานะงานวรรณกรรม ภายใต้อนุสัญญากรุงเบอร์น (ค.ศ. 1971)”<sup>12</sup> โดยผลของบทบัญญัตินี้ ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกไม่อาจให้การคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นงานอย่างอื่น โดยต้องให้ความคุ้มครองในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์เท่านั้น<sup>13</sup> อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าประเทศสมาชิกจะคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้กฎหมายอื่นด้วย (นอกจากกฎหมายลิขสิทธิ์) ไม่ได้ เช่น อาจให้ความคุ้มครองข้อมูลลับตามกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความลับทางการค้า เป็นต้น ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก Minimum Standards นั้นเอง<sup>14</sup>

ความตกลงทริปส์ไม่ได้ให้คำจำกัดความของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เอาไว้ อาจารย์จักรกฤษณ์ ควรพจน์อธิบายว่ากฎหมายของประเทศต่างๆ ก็มักหลีกเลี่ยงที่จะกำหนดคำนิยามของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เช่นกัน<sup>15</sup> เพราะคำนิยามที่ให้ไว้อาจกลายเป็นสิ่งที่ล้าสมัยในเวลาอันสั้น เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วของเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ กฎหมายของประเทศต่างๆ มักจะทิ้งปัญหานี้ให้เป็นภาระของศาลในอันที่จะตีความกำหนดความหมายของโปรแกรม

<sup>12</sup> TRIPs Article 10 (1) “Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention (1971).”

<sup>13</sup> จักรกฤษณ์ ควรพจน์, กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า, หน้า 101.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 104.

<sup>15</sup> อย่างไรก็ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยมิได้เดินไปในแนวทางของกฎหมายของนานาประเทศ โดยกฎหมายไทยได้ให้คำจำกัดความของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 4 ซึ่งก็มีสาระสำคัญที่สอดคล้องกับหลักการในข้อ 10(1) ของความตกลงทริปส์



คอมพิวเตอร์ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นและสอดคล้องกับการพัฒนาทางเทคโนโลยีมากกว่าค่านิยามที่ให้ไว้ในตัวบทกฎหมาย<sup>16</sup>

## 2) ระบบลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

ในอดีตมักเป็นที่ถกเถียงกันว่าประเทศไทยควรจะให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรูปแบบใด แต่ในปัจจุบันปัญหาดังกล่าวได้หมดไปโดยพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา 4 ได้ให้นิยามของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ว่า คำสั่ง ชุดคำสั่ง หรือสิ่งอื่นใดที่นำไปใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานหรือเพื่อให้ได้รับผลอย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นภาษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด

มาตรา 30 การกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์อันมีลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัตินี้โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 15(5) ให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำได้ดังต่อไปนี้

- (1) ทำซ้ำหรือดัดแปลง
- (2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานดังกล่าว

ลักษณะของกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นสิทธิในทางนิเสธ (Negative right)<sup>17</sup> กล่าวคือ เจ้าของลิขสิทธิ์มีสิทธิที่จะห้ามมิให้บุคคลอื่นมากระทำการที่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ของตน เช่น การทำซ้ำ ดัดแปลง เป็นต้น โดยเจ้าของมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการต่างๆ ต่องานดังกล่าว ลักษณะของสิทธิที่จะให้แก่เจ้าของลิขสิทธิ์จึงเท่ากับการให้สิทธิผูกขาดกับผู้สร้างสรรค์งานให้มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาผลประโยชน์จากงานของตน

ส่วนข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัตินี้ โดยบัญญัติว่า “การกระทำแก่งานอันมีลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ขัดต่อ

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

<sup>17</sup> รัชชัย ศุภผลศิริ, คำอธิบายหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539), หน้า 146.

การแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร มิให้ถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์” จะเห็นได้ว่ามาตรานี้มีเนื้อหาสอดคล้องกับ TRIPs ข้อ 13<sup>18</sup> เรื่องข้อจำกัดและข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์นั่นเอง<sup>19</sup>

นอกจากนี้การให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ยังเป็นการคุ้มครองที่มีลักษณะเป็นความลับ คือ เป็นการคุ้มครองที่ไม่มีการเปิดเผยเทคโนโลยี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้สร้างสรรค์งานเป็นชาวต่างประเทศ ประเทศไทยจึงไม่สามารถทราบถึงข้อมูลบางประการของการได้มาซึ่งเทคโนโลยีนั้นเลย ซึ่งแตกต่างกับระบบกฎหมายสิทธิบัตรที่กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลในการประดิษฐ์เพื่อผู้อื่นสามารถจะใช้ข้อมูลนั้นให้เป็นประโยชน์ในการคิดประดิษฐ์งานหรือพัฒนาต่อยอดต่อไปได้

การให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นงานวรรณกรรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์ต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีด้วย ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนา การให้ความคุ้มครองแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์มากเกินไปจนไม่ก่อให้เกิดการถ่ายทอดทางเทคโนโลยีเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง กฎหมายที่ดีนั้นต้องประสานผลประโยชน์ของประชาชนให้ได้มากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ของผู้สร้างสรรค์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ผู้ใช้โปรแกรม และสังคมโดยรวมในการได้รับความรู้และการถ่ายทอดเทคโนโลยีทางด้านนี้เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาการเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่อไปในอนาคต

### 3.2.2 การให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้ระบบกฎหมายลักษณะสัญญา

แม้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์อยู่แล้ว แต่กลุ่มผู้ผลิตโปรแกรมก็ยังไม่มีความพอใจและต้องการที่จะขยายขอบเขตแห่งสิทธิของตนในการกำหนด

<sup>18</sup> TRIPs Article 13 “Member shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special case which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not reasonably the legitimate interests of the right holder.”

<sup>19</sup> อรรถพรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์, พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2546, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), หน้า 117.

หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตนให้มากยิ่งขึ้น<sup>20</sup> จึงได้มีการสร้างสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นมา ซึ่งหากเป็นกรณีที่เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างหรือถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้กับองค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยเฉพาะ คู่สัญญามักมีโอกาสเจรจาต่อรองเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาบางข้อในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่หากเป็นกรณีโปรแกรมที่ผลิตออกมาในปริมาณมากในลักษณะ mass market ผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์สร้างสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยผู้ซื้อไม่สามารถเข้าเจรจาต่อรองเกี่ยวกับข้อสัญญาได้เลย จึงมักตกอยู่ในสถานะที่เสียเปรียบโดยทำได้เพียงเลือกว่าจะเข้าทำสัญญาด้วยหรือไม่เท่านั้น กฎหมายที่เข้ามาควบคุมดูแลสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผลิตออกมาในปริมาณมากนั้น ได้แก่ กฎหมายลักษณะสัญญา กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 1) กฎหมายลักษณะสัญญา

ในทางกฎหมายเอกชน เมื่อบุคคลใดๆ ตั้งแต่สองคนขึ้นไปได้ตกลงร่วมกันที่จะสร้างความสัมพันธ์ต่อกันขึ้นในอันจะก่อให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบที่มีผลผูกพันต่อกันและกันระหว่างบุคคลทั้งสอง รัฐย่อมเคารพการตกลงกันดังกล่าวและให้อิสระแก่บุคคลที่จะทำข้อตกลงนั้น โดยเรียกข้อตกลงที่เกิดขึ้นนี้ว่า "สัญญา"

ถึงแม้แนวคิดเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิจะไม่ได้ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยเป็นการเฉพาะ โดยคงมีแต่แนวคิดเรื่องการซื้อขายและการเช่าทรัพย์สินเท่านั้น<sup>21</sup> แต่ก็สามารถพิจารณาเรื่องสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิตามหลักนิติกรรมสัญญา สัญญาเป็นนิติกรรมหลายฝ่ายซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยแต่ละฝ่ายต้องแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน<sup>22</sup> ท่านอาจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะได้จำแนกองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของสัญญาเป็น 3 ประการ คือ

<sup>20</sup> David Bainbridge, *Introduction to Computer Law*, p 67.

<sup>21</sup> Aunya Singsangob, *Computer Software and Information Licensing in Emerging Markets: The Need for a Visible Legal Framework*, p. 120.

<sup>22</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, *กฎหมายว่าด้วยสัญญา พิมพ์ครั้งที่ 2* (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 40.

1. ต้องมีบุคคลเป็นคู่สัญญาสองฝ่าย
2. ต้องมีการแสดงเจตนาตรงกัน
3. ต้องมีวัตถุประสงค์

ตามปกติเมื่อมีผู้แสดงเจตนาอันเรียกว่า คำเสนอจะทำสัญญา หากผู้รับคำเสนอนั้นแสดงเจตนาตกลงตรงตามคำเสนอ เรียกว่าทำคำสนองส่งไปถึงผู้เสนอ สัญญาก็เกิดขึ้น<sup>23</sup> ในการพิจารณาว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้วหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่าในการเจรจาต่อรองระหว่างบุคคลสองฝ่ายนั้น ได้มีคำเสนออันเป็นที่สิ้นสุด (definite) จากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง และมีคำสนองอันเป็นที่สิ้นสุดเช่นกัน จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมารับคำเสนอนั้นหรือไม่<sup>24</sup>

จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาคือข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากเจตนาโดยอิสระระหว่างบุคคลหลายฝ่ายที่เรียกว่า “คู่สัญญา” โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าจะปฏิบัติตามข้อความในสัญญาตามที่ได้ตกลงกัน และถือว่าข้อตกลงนี้มีผลผูกพันในทางกฎหมาย ซึ่งต้องถูกบังคับโดยกฎหมายหากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามความในสัญญานั้น<sup>25</sup>

### คำเสนอ (Offer)

คำเสนอคือ ถ้อยคำที่เกิดจากความสมัครใจในการเข้าทำสัญญาที่มีเจตนาในการกำหนดเงื่อนไขอย่างชัดเจนและคำเสนอนั้นจะมีผลผูกพันผู้ทำคำเสนอจนกว่าจะได้ถูกยอมรับโดยคู่สัญญาที่ถูกเสนอโดยตรง<sup>26</sup>

<sup>23</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2505) หน้า 5.

<sup>24</sup> J. Beatson, Anson's Law of Contract (New York: Oxford University Press Inc., 2002c), p.27.

<sup>25</sup> กัณณิกา เรืองนิติวิทย์, หลัก Consideration ตามกฎหมายอังกฤษ : ศึกษาความเสื่อมคลายในการบังคับใช้, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 11.

<sup>26</sup> G.H. Treitel, The Law of Contract, 8<sup>th</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 1991), p.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้ให้คำนิยามคำเสนอว่าหมายถึงอะไร แต่มีนักกฎหมายหลายท่านให้คำอธิบายไว้ดังนี้

คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่งแจ้งให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งทราบว่าตนมีความประสงค์จะผูกพันตนทำสัญญาด้วยประการใด ขอให้อีกฝ่ายหนึ่งร่วมความประสงค์ทำสัญญาด้วยตามที่เสนอไปนั้น กล่าวโดยย่อ คำเสนอเป็นคำขอให้ทำสัญญา<sup>27</sup>

คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งกระทำต่ออีกฝ่ายหนึ่งเพื่อทำสัญญาตามข้อความที่กำหนดไว้ คำเสนอต่างกับการทบทวนเพื่อให้มีการเจรจาติดต่อที่จะได้ทำสัญญากันต่อไป และต่างกับคำเชื้อเชิญให้อีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอมาก่อน เหตุนี้คำเสนอจึงต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอน พอที่จะถือเป็นข้อผูกพันในสัญญาได้ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งตกลงตามที่ตนเสนอไป<sup>28</sup>

คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาที่ฝ่ายหนึ่งมีไปยังอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้เขาเข้าทำสัญญา นอกจากนี้ การแสดงเจตนาที่จะมีลักษณะเป็นคำเสนอนั้นจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะถือเป็นข้อผูกพันในสัญญาได้ ซึ่งคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับการแสดงเจตนาพร้อมที่จะตกลงเข้าทำสัญญากับผู้แสดงเจตนามาถึงนั้นได้<sup>29</sup>

จึงสามารถสรุปได้ว่า คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาที่จะเข้าทำสัญญาและต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอ

คำเสนอต้องแสดงออกให้ปรากฏด้วยกิริยา วาจา ลายลักษณ์อักษร หรือด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นที่เข้าใจได้ว่าเป็นคำเสนอก็ได้ อาจสรุปได้ว่า คำเสนอจะทำสัญญาต้องเป็นการ

<sup>27</sup> ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาการพิมพ์, 2505), หน้า 342.

<sup>28</sup> จิตติ ติงศกัทธิย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 75.

<sup>29</sup> อักษราท จุฬารัตน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 117-118.

แสดงความประสงค์ที่จะผูกพันตนอย่างแน่นอนและคำเสนอจะมีผลต่อเมื่อได้แสดงออกให้ทราบถึงผู้ที่จะสนองรับ<sup>30</sup>

ลักษณะสำคัญของคำเสนอ คือ คำเสนอต้องประกอบด้วยความตั้งใจที่จะผูกพันตนตามกฎหมายและต้องเป็นสิ่งที่สามารถก่อให้เกิดหนี้ขึ้นได้ ประกอบกับคำเสนอจะต้องมีลักษณะที่สามารถปฏิบัติให้เกิดผลได้โดยชอบ ดังนั้น หากเป็นเพียงคำพูดที่กล่าวขึ้นลอยๆ โดยปราศจากความประสงค์ให้เกิดความสัมพันธ์ในทางมูลหนี้กับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว ถ้อยคำเหล่านั้นจะไม่ถือว่าเป็นคำเสนอ โดยถือว่าผู้ให้คำเสนอไม่มีเจตนาจะผูกพันตนตามกฎหมาย<sup>31</sup>

คำเสนอไม่จำเป็นต้องแสดงต่อบุคคลใดโดยเฉพาะ แต่จะมีสัญญาเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีบุคคลใดโดยเฉพาะได้สนองรับตามคำเสนอ<sup>32</sup> คำเสนอนั้นนอกจากจะเกิดขึ้นในลักษณะของถ้อยคำหรือทำเป็นหนังสือมีการลงลายมือชื่อของผู้สัญญาแล้ว คำเสนอยังอาจเกิดจากการกระทำได้อีกด้วย

คำเสนอคือเจตนาหรือความตั้งใจของบุคคลหนึ่งที่ต้องการผูกพันตนกับบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งในการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ที่กฎหมายยอมรับ โดยคำเสนอนั้นต้องมีลักษณะชัดเจนและส่งถึงอีกฝ่ายโดยตรง โดยเราเรียกผู้ทำคำเสนอนี้ว่า “ผู้เสนอ” (Offeror) และเรียกบุคคลอีกฝ่ายว่า “ผู้รับคำเสนอ” (Offeree)

ในบางครั้งคำเสนอที่ส่งไปคราวเดียวแต่มีข้อความแบ่งออกเป็นหลายข้อ เมื่อมีการสนองรับทุกๆ ไป จะถือได้ว่าได้สนองรับตามคำเสนอทุกข้อหรือไม่ กรณีนี้มีหลักว่า เมื่อบุคคลสนองรับตามเอกสารซึ่งโดยปกติย่อมเป็นที่เข้าใจกันว่าได้รวบรวมใจความของคำเสนอไว้หมดแล้ว จะต้องถือว่าบุคคลนั้นได้ทราบถึงและสนองรับตามข้อเสนอนั้นหมดทุกข้อ แม้ความจริงตนจะมีได้ถือโอกาสอ่านข้อความในเอกสารนั้นให้ตลอดก็ตาม<sup>33</sup>

<sup>30</sup> ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479), หน้า 11.

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

<sup>32</sup> กัณณิกา เรืองนิติวิทย์, หลัก Consideration ตามกฎหมายอังกฤษ : ศึกษาความเสื่อมคลายในการบังคับใช้, หน้า 14.

<sup>33</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

## คำสนอง (Acceptance)

เมื่อผู้เสนอได้ทำคำเสนอและส่งให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ผู้รับคำเสนอ” ความผูกพันตามสัญญายังไม่เกิดขึ้นจนกว่าผู้รับคำเสนอจะได้สนองรับตามคำเสนอนั้น การแสดงเจตนาของผู้รับคำเสนอที่ตกลงจะทำสัญญากับผู้เสนอเรียกว่า “คำสนอง” และเมื่อสัญญาเกิดขึ้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ต้องผูกพันตนตามคำเสนอและคำสนองที่แต่ละฝ่ายได้ให้ไว้ โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะปฏิเสธหรือถอนคำเสนอคำสนองของตนไม่ได้ เพราะถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว<sup>34</sup>

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติความหมายของคำสนองเอาไว้<sup>35</sup> แต่ตามหลักกฎหมายอังกฤษนั้น คำสนอง คือ คำตอบรับคำเสนอที่ผู้สนองตอบรับไปตามวิธีที่ผู้เสนอได้กำหนดให้ตอบหรือโดยวิธีอันสมควรแก่พฤติการณ์<sup>36</sup>

อาจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ ได้ให้ความหมายของคำสนองไว้ว่า คำสนอง คือกระบวนการของการแสดงออกซึ่งเจตนาฝ่ายเดียวที่มุ่งประสงค์ให้เกิดสัญญาผูกมัดซึ่งกันและกันตามกฎหมายลักษณะนี้ โดยแสดงเจตนาขึ้นไปยังผู้ให้คำเสนอ<sup>37</sup>

ส่วนอาจารย์จำปี โสติพิพันธ์ ได้ให้ความหมายของคำสนองไว้ว่า คำสนองคือการแสดงเจตนาตอบรับคำเสนอเพื่อที่จะเข้าทำสัญญากับผู้เสนอ<sup>38</sup>

ลักษณะของคำสนองจึงอาจสรุปได้เป็นดังนี้

1. คำสนองเป็นกระบวนการของการแสดงออกซึ่งเจตนาฝ่ายเดียว การแสดงเจตนาทำคำสนองอาจกระทำโดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยการนิ่งก็ได้<sup>39</sup>

<sup>34</sup> ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด, หน้า 23-24.

<sup>35</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 133.

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 134.

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 136.

<sup>38</sup> จำปี โสติพิพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 237.

1.1 การแสดงเจตนาทำคำสั่งนอกระบบโดยชัดแจ้ง ได้แก่ การแสดงกิริยาอาการออกมาโดยชัดแจ้ง โดยอาจเป็นการแสดงออกด้วยวาจา การขีดเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร หรือแสดงกิริยาอาการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ชัดแจ้งว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ เช่น ผงศิระระรับ<sup>40</sup> หรือ การเดินเข้าไปหยิบสินค้าในร้านค้าที่ปิดป้ายราคาสินค้าไว้ แล้วส่งเงินตามราคาป้ายให้เจ้าของร้าน ก็ถือเป็นการแสดงเจตนาทำคำสั่งนอกระบบคำสั่งเสนอขายสินค้า<sup>41</sup> เป็นต้น

1.2 การแสดงเจตนาทำคำสั่งนอกระบบโดยปริยาย ได้แก่ การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิใช่เป็นการทำคำสั่งนอกระบบโดยตรง แต่พฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่าได้มีเจตนาสนองรับ

1.3 การแสดงเจตนาโดยการนิ่ง ปกติการนิ่งไม่ถือเป็นการแสดงเจตนาเนื่องจากมิได้มีการแสดงกิริยาอาการอย่างใดอย่างหนึ่งออกมาอันจะถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนา การนิ่งที่จะถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาต้องเป็นการนิ่งที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นการแสดงเจตนา เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 570 และ 576 หรือต้องมีทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาหรือปกติประเพณีหรือมีประเพณีการค้าทั่วไปให้ถือได้เช่นนั้น<sup>42</sup> นอกจากนี้ มาตรา 361 วรรคสอง ยังบัญญัติว่า "ถ้า...ตามปกติประเพณีไม่จำเป็นจะต้องมีคำบอกกล่าวสนองไซ้ ท่านว่าสัญญานั้นเกิดเป็นสัญญาขึ้นในเวลาเมื่อมีการอันใดอันหนึ่งขึ้น อันพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ" ซึ่งแสดงว่ากฎหมายยอมรับการนิ่งตามปกติประเพณีเป็นการแสดงเจตนาด้วย ปกติประเพณีนั้นอาจเป็นธรรมเนียมประเพณีโดยทั่วไป หรือเป็นประเพณีปฏิบัติตามปกติระหว่างคู่กรณีก็ได้<sup>43</sup>

<sup>39</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้า 136.

<sup>40</sup> จำปี ไสตติพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 238.

<sup>41</sup> อัครวิทย์ สุมาวงศ์, บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมสัญญา สมัยที่ 46, สำนักอบรมและศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543 หน้า 238.

<sup>42</sup> ประเสริฐ จรรย์รัตน์ศรี, อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ : ศึกษาเฉพาะเรื่องการค้าก่อให้เกิดสัญญา (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 81 โดยอ้างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 805/2509 โจทก์จ้างนางแก่นาคาโดยเสียดอกเบ็ญร้อยละ 13 ต่อปี ต่อมาธนาคารมีหนังสือถึงโจทก์เสนอขอขึ้นอัตราดอกเบี้ยเป็นร้อยละ 15 ต่อปี โจทก์ไม่ยอมแต่ผ่อนชำระดอกเบี้ยอีกสองคราว และไถ่จำนองหลังจากนั้นมา 5 ปีโดยคัดค้านการที่จะต้องชำระดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ไม่มีประเพณีการค้าของธนาคารว่ากรณีที่โจทก์ไม่ตอบรับถือว่ายินยอม โจทก์จึงเรียกดอกเบี้ยที่ชำระเกินไปร้อยละ 2 คืนได้



2. คำสนองต้องกระทำหรือสนองกลับไปยังบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นฝ่ายเสนอโดยมุ่งประสงค์ให้เกิดสัญญาผูกมัดซึ่งกันและกัน ตามกฎหมายลักษณะหนี้ ในเมื่อการแสดงเจตนาทำคำสนองนั้นได้ไปถึงผู้ให้คำเสนอแล้ว
3. คำสนองต้องแสดงออกซึ่งความยินยอมตรงตามข้อความที่ได้ถูกกำหนดไว้ในคำเสนอ
4. คำสนองต้องแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง

คำสนองนั้นไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยวิธีใด ต้องยึดหลักว่าคำสนองต้องตอบรับไปตามวิธีที่ผู้เสนอได้กำหนดให้ตอบ หรือถ้าไม่ได้กำหนดวิธีให้ตอบ ก็ต้องตอบรับมาโดยวิธีอันสมควรแก่พฤติการณ์ เมื่อผู้สนองได้ตอบรับคำเสนอด้วยวิธีการที่ผู้เสนอกำหนด หรือโดยวิธีอันสมควรแก่พฤติการณ์แล้ว สัญญาก็เป็นอันเกิดขึ้นในขณะที่มีการสนองรับโดยถูกต้อง<sup>44</sup>

### คำเสนอและคำสนองในธุรกรรมกรจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์

กรณีสัญญา shrinkwrap สำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผลิตออกมาในปริมาณมาก และจำหน่ายเป็นการทั่วไปในลักษณะ mass market นั้น เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์มักมีช่องทางในการจำหน่ายโปรแกรมของตนหลายวิธี เช่น การวางจำหน่ายตามร้านค้าปลีก หรือการโฆษณาขายสินค้าทางโทรทัศน์หรือสื่ออื่นๆ เป็นต้น ผู้วิจัยขอแยกกรณีศึกษาเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีการสั่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทางโทรศัพท์หรือทางไปรษณีย์และกรณีการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากร้านค้าในลักษณะ off the shelf

## ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>43</sup> คักดี สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งเวลาและอายุความ) และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540) แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ), 2545, หน้า 8.

<sup>44</sup> กัณณิกา เรืองนิติวิทย์, หลัก Consideration ตามกฎหมายอังกฤษ : ศึกษาความเสื่อมคลายในการบังคับใช้, หน้า 34.

- กรณีการสั่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทางโทรศัพท์หรือทางไปรษณีย์

ในกรณีการสั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทางโทรศัพท์นั้น คำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นผู้เสนอและผู้สนอง คือ คดี Step-Saver Data System v. Wyse Technology<sup>45</sup>

Step-Saver Data Systems Inc v. Wyse Technology เป็นคดีแรกที่ศาลได้มีคำวินิจฉัยโดยตรงเกี่ยวกับความมีผลของสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภท Shrinkwrap ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า The Software Link, Inc (TSL) เป็นผู้จำหน่ายโปรแกรมระบบปฏิบัติการสำหรับผู้ใช้จำนวนมาก (Multi-user operating system) ชื่อ "Multilink Advanced" ให้กับ Step-Saver เพื่อนำไปใช้กับระบบคอมพิวเตอร์แบบมีผู้ใช้หลายคน (Multi-user computer system) Step-Saver ได้รับสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นี้มาจากการสั่งซื้อทางโทรศัพท์กับ TSL ซึ่ง TSL ก็รับคำสั่งซื้อทางโทรศัพท์และแจ้งว่าจะส่งสินค้าไปที่ไหน ซึ่งหลังจากการทำคำสั่งซื้อทางโทรศัพท์ Step-Saver ก็ได้ทำคำสั่งซื้อไปยัง TSL ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่จะซื้อ ราคาของสินค้าเหล่านั้น ตลอดจนเงื่อนไขการจัดส่งและการชำระเงินโดย TSL จะส่งโปรแกรมมาให้ทันทีพร้อมกับใบเรียกเก็บเงิน ใบใบเรียกเก็บเงินนี้จะมีรายละเอียดเกี่ยวกับราคาโปรแกรม จำนวนรวมทั้งเงื่อนไขการจัดส่งและการชำระเงินซึ่งมีข้อความเหมือนกับใบสั่งซื้อของ Step-Saver

ภายหลัง TSL ได้จัดส่งสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ "Multilink Advanced" โดยมีสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์แนบมาด้วย ในสัญญานี้ได้ปรากฏข้อความเรื่องการไม่มีการรับประกันไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ยกเว้นการรับประกันว่าแผ่นดิสก์ที่บรรจุอยู่นั้นไม่มีข้อชำรุดบกพร่องใดๆ สัญญาฉบับนี้ยังได้ระบุข้อความว่าหากเปิดบรรจุภัณฑ์ของโปรแกรมนี้จะถือว่าเป็นการยอมรับในเงื่อนไขและข้อตกลงที่ระบุในสัญญา

Step-Saver ได้ load สำเนา "Multilink Advanced" เข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์แต่ละระบบซึ่งเตรียมไว้ขายต่อให้ลูกค้า แล้วจะทำการโอนสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นไปยังลูกค้าในภายหลังหากลูกค้าซื้อระบบคอมพิวเตอร์ของตน ปรากฏว่าแทบจะทันทีหลังจากที่ติดตั้ง (install) ระบบคอมพิวเตอร์แล้ว Step-Saver ได้รับคำร้องเรียนจากลูกค้าว่าระบบคอมพิวเตอร์ทำงานผิดปกติ ลูกค้าอย่างน้อย 12 รายได้ฟ้องร้อง Step-Saver สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้น Step-Saver

<sup>45</sup> 939 F.2d 91 (3<sup>rd</sup> Cir. 1991)

ฟ้องร้อง TSL ว่าฝ่าฝืนคำรับประกัน ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ TSL ชะงักคดีโดยวินิจฉัยว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสัญญาที่สมบูรณ์แล้วระหว่าง Step-Saver กับ TSL

Step-Saver ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ที่สาม ในชั้นอุทธรณ์คู่ความตกลงกันว่าให้ถือว่าโปรแกรมนี้เป็นสินค้า (a good) ภายใต้คำนิยามของประมวลกฎหมายพาณิชย์ ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้ใช้มาตรา 2-207 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์วินิจฉัยคดีโดยตัดสินว่าผู้ซื้อ (Step-Saver) ไม่ได้แสดงเจตนายินยอมกับเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้ขาย (TSL) สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นขณะสั่งซื้อสินค้าทางโทรศัพท์เมื่อได้มีการตกลงเรื่องจำนวนสินค้าและราคา นอกจากนี้ศาลยังได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของบริษัท Software Link ที่ว่า การตกลงสั่งซื้อสินค้าทางโทรศัพท์เป็นสัญญาแบบมีเงื่อนไขให้ยอมรับข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ กล่าวคือ สัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ซื้อได้ตกลงรับเอาข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย และเมื่อ Step-Saver ได้เปิดบรรจุภัณฑ์ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ก็ถือว่า Step-Saver ได้ยอมรับเอาข้อตกลงตามสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นแล้ว โดยศาลให้เหตุผลว่าบริษัท Software Link มิเคยแสดงเจตจำนงใดๆ เลยว่าหากผู้ซื้อไม่ยอมรับเอาข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ สัญญาซื้อขายจะยังคงมีอยู่หรือไม่ ทั้งนี้ศาลได้สรุปว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือเป็นข้อตกลงเพิ่มเติมจากสัญญาซื้อขายกับบริษัท Software Link และเมื่อข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงอันเป็นสาระสำคัญภายใต้มาตรา 2-207 บริษัท Software Link จึงไม่อาจรวมข้อตกลงเพิ่มเติมนี้เข้ากับสัญญาซื้อขายเดิมได้โดยอัตโนมัติ สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงไม่มีผลบังคับใช้

ในเรื่องผู้เสนอและผู้สนองนั้นศาลได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า

.... First, Step-Saver would telephone TSL and place an order...TSL would accept the order and promise, while on the telephone, to ship the goods promptly...TSL contends that its acceptance of Step-Saver's telephone offer was conditioned on Step-Saver's acceptance of the terms of the box-top license. Therefore, TSL argues, it did not accept Step-Saver's telephone offer, but made a counteroffer represented by the terms of the box-top license, which was accepted when Step-Saver opened each package... we conclude that TSL did not clearly express its unwillingness to proceed with the transactions unless its additional terms were incorporated into the parties' agreement. The box-top license

did not, therefore, constitute a conditional acceptance under UCC § 2-207(1).

จึงเห็นได้ว่าศาลวินิจฉัยว่าการที่ผู้ซื้อ (Step-Saver) สั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากผู้ขาย (TSL) การสั่งซื้อของผู้ซื้อนั้นเป็นการทำคำเสนอ และผู้ขายก็ทำคำสนองรับคำเสนอซื้อแล้วทางโทรศัพท์ อย่างไรก็ตามผู้ขายอ้างว่าจะถือว่าผู้ขายสนองรับคำเสนอซื้อก็ต่อเมื่อผู้ซื้อยินยอมในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย เมื่อผู้ซื้อมิได้ยินยอม คำสนองรับของผู้ขายจึงกลายเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่โดยมีเงื่อนไขตามสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้นการที่ผู้ซื้อเปิดบรรจุภัณฑ์โปรแกรม จึงเป็นการสนองรับคำเสนออันใหม่แล้ว ข้อกล่าวอ้างนี้ศาลไม่เห็นด้วยเนื่องจากไม่ปรากฏชัดว่าผู้ขายจะไม่เข้าทำสัญญาเลย หากผู้ซื้อไม่ยินยอมในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์<sup>46</sup> คำสนองรับของผู้ขายทางโทรศัพท์จึงไม่ใช่คำสนองรับแบบมีเงื่อนไขตามมาตรา 2-207 (1) สัญญาจึงเกิดขึ้นตั้งแต่เมื่อมีการสั่งซื้อสินค้าทางโทรศัพท์แล้ว ส่วนข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้ซื้อทราบภายหลัง ศาลวินิจฉัยว่าเป็นเพียงการขอแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาเดิมตามมาตรา 2-207 ซึ่งมาตรา 2-207(2)(b) บัญญัติว่าข้อสัญญาเพิ่มเติมไม่อาจนำมารวมกับสัญญาฉบับเดิมได้หากข้อสัญญานั้นเปลี่ยนแปลงสัญญาเดิมในสาระสำคัญ ศาลเห็นว่าข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้ขายเป็นการเปลี่ยนแปลงสัญญาเดิมในสาระสำคัญเนื่องจากมีเรื่องการแถลงไม่รับประกัน (disclaimer of warranty) และการจำกัดความรับผิดของผู้ขาย ดังนั้นสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่มีผลสมบูรณ์

- กรณีการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากร้านค้าในลักษณะ off the shelf

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า คำเสนอนั้นไม่จำเป็นต้องกระทำต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเสมอไป โดยในบางกรณีอาจมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อบุคคลทั่วไปก็ได้ เช่น การที่ร้านค้าซึ่งวางของขายหน้าร้านโดยปิดป้ายบอกราคาแสดงไว้หรือรถยนต์โดยสารวิ่งรับผู้โดยสารในเส้นทางตามปกติ เป็นคำเสนอว่าจะรับส่งคนโดยสารตามอัตราค่าโดยสารที่กำหนดไว้

<sup>46</sup> โดยศาลวินิจฉัยจากข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ขายยังคงขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ผู้ซื้อเรื่อยมา แม้ว่าผู้ซื้อปฏิเสธไม่ยอมลงลายมือชื่อในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นถึง 2 ฉบับ ซึ่งมีข้อสัญญาเรื่องการแถลงไม่รับประกันสินค้าเหมือนกับในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์พิพาท

ผู้ที่ขึ้นไปบนรถเป็นฝ่ายผู้ทำค่านอง<sup>47</sup> หรือการเอาเครื่องจำหน่ายอาหารหรือเครื่องดื่มต่างๆ ชนิดแบบอัตโนมัติมาตั้งไว้ในที่สาธารณะติดป้ายว่าเมื่อเอาเงินหนึ่งบาทใส่ไว้ในช่องหนึ่ง อาหารหรือเครื่องดื่มชนิดนั้นๆ ก็จะออกมา ดังนี้ เป็นการทำการเสนอขายอาหารหรือเครื่องดื่มชนิดนั้นๆ<sup>48</sup>

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้วิเคราะห์สถานะของผู้เสนอและผู้สนองในกรณีการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากร้านค้าในลักษณะ off the shelf ไว้ในคดี ProCD, Inc. v. Zeidenberg<sup>49</sup> คดีนี้เป็นคดีแรกที่ศาลได้วินิจฉัยถึงความมีผลสมบูรณ์ของสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ระหว่างเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับผู้ใช้ที่เป็น end-user<sup>50</sup> คำพิพากษานี้ได้เปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เคยมีมาก่อนหน้านี้ และได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางในหมู่นักวิชาการ ผู้ผลิตโปรแกรม และบุคคลทั่วไป

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า ProCD, Inc เป็นบริษัทผู้รวบรวมฐานข้อมูล (Database) หมายเลขโทรศัพท์จำนวนมากกว่า 30,000 หมายเลข ซึ่งฐานข้อมูลนี้มีมูลค่ากว่า 10 ล้านเหรียญสหรัฐและยังต้องมีค่าใช้จ่ายอื่นๆ อีกเพื่อแก้ไขข้อมูลมีความทันสมัยอยู่เสมอ ProCD ได้ให้สิทธิ (license) ข้อมูลเหล่านี้เป็นโปรแกรมสองประเภท คือโปรแกรมสำหรับกลุ่มลูกค้าทั่วไป และโปรแกรมสำหรับกลุ่มภาคธุรกิจซึ่งมีราคาสูงกว่าราคาของกลุ่มลูกค้าทั่วไป Matthew Zeidenberg ได้ซื้อแผ่นโปรแกรมสำหรับกลุ่มลูกค้าทั่วไปจากร้านค้าปลีก ซึ่งบนกล่องโปรแกรมนี้มีข้อความว่าโปรแกรมที่ได้ซื้อไปอยู่ภายใต้ข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (License) ข้อสัญญานี้ปรากฏอยู่ในคู่มือการใช้และในแผ่นซีดีรอมที่บรรจุโปรแกรมนั้นอยู่ ซึ่งจะปรากฏขึ้นบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ทุกครั้งที่โปรแกรมนี้ทำงาน อย่างไรก็ตาม Zeidenberg ก็ยังคงเพิกเฉยต่อข้อ

<sup>47</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 126 อ้างถึงใน จิตติ ติงศภักดิ์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้, หน้า 7.

<sup>48</sup> ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, หน้าเดียวกัน 126 อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 251.

<sup>49</sup> 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

<sup>50</sup> David L. Hayes, The Enforceability of Shrinkwrap License Agreements On-Line and Off-Line, Available from [http://www.fenwick.com/docstore/publications/IP/IP\\_Articles/Shrinkwrap.pdf](http://www.fenwick.com/docstore/publications/IP/IP_Articles/Shrinkwrap.pdf) (Last visited January 20, 2004).

สัญญาดังกล่าว และได้ upload ข้อมูลเหล่านี้เข้าไปในเว็บไซต์ของตนทำให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตสามารถสืบค้นข้อมูลบางอย่างจากเว็บไซต์นี้ได้โดยเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการที่จะต้องไปซื้อโปรแกรมของ ProCD ProCD จึงนำคดีขึ้นสู่ศาลให้ Zeidenberg ปฏิบัติตามข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์

ศาล The Western District of Wisconsin ยกคำร้องของโจทก์โดยให้เหตุผลว่า 3 ประการ ดังนี้<sup>51</sup>

1. คำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดี Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc. ไม่อาจยกขึ้นต่อสู้กับข้อกล่าวอ้างด้านลิขสิทธิ์ เนื่องจากรายการหมายเลขโทรศัพท์ของ ProCD ขาดองค์ประกอบด้านความริเริ่มสร้างสรรค์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์
2. ข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไม่มีผลบังคับเนื่องจากตัวสัญญาไม่ได้ปรากฏอยู่ภายนอกกล่องผลิตภัณฑ์ ณ เวลาซื้อขาย ดังนั้นผู้ซื้อจึงไม่มีโอกาสตรวจสอบสัญญานั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ซื้อได้ให้ความยินยอมกับข้อสัญญาดังกล่าว และ
3. แม้ว่าอาจมีข้อสัญญาที่มีผลผูกพันคู่สัญญา ข้อความในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็ไม่มีผลสมบูรณ์เนื่องจากถูกหักล้างโดยกฎหมายลิขสิทธิ์

อย่างไรก็ตามศาลอุทธรณ์ที่เจ็ดได้พิพากษาว่า ข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นี้ควรได้รับการปฏิบัติเหมือน “สัญญาทั่วไปที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายสินค้า ดังนั้นจึงอยู่ภายใต้หลักกฎหมาย Common Law เรื่องสัญญาและประมวลกฎหมายพาณิชย์”<sup>52</sup> ศาลยังได้ระบุว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีผลใช้บังคับได้ เว้นแต่มีข้อความบางข้อที่แม้จะเป็นสัญญาทั่วไปก็ได้รับการปฏิเสธ ส่วนมาตรา 301<sup>53</sup> ของกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ได้ถูกนำมาใช้แทนสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยศาลได้ให้ความเห็นว่าสิทธิตามกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นสิทธิที่บังคับได้กับทุกคนในโลกนี้แม้ว่าจะไม่มีตัวสัญญาใดๆ อยู่ก็ตาม เพราะเป็นกฎหมาย ซึ่งแตกต่างกับสิทธิตามสัญญา ซึ่งจะสามารถใช้บังคับกันได้เพียงไรขึ้นอยู่กับการพิสูจน์ถึงข้อสัญญานั้น มาตรา 301 ไม่ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำสัญญาระหว่างเอกชน ดังนั้นคู่สัญญา

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> “...as ordinary contracts accompanying the sale of products, and therefore is governed by the common law of contracts and the Uniform Commercial Code”

<sup>53</sup> § 301 “...all legal or equitable rights that are equivalent to any of the exclusive rights within the general scope of copyright...are governed exclusively by this title.”

จึงมีเสรีภาพเต็มที่ในการกำหนดสิทธิและข้อห้ามต่างๆ ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับสิทธิที่ได้รับตามกฎหมายลิขสิทธิ์ได้<sup>54</sup>

ในเรื่องคำเสนอและคำสนองนั้นศาลได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาดอนหนึ่งว่า

...placing the package of software on the shelf is an "offer," which the customer "accepts" by paying the asking price and leaving the store with the goods...

...A vendor, as master of the offer, may invite acceptance by conduct, and may propose limitations on the kind of conduct that constitutes acceptance. A buyer may accept by performing the acts the vendor proposes to treat as acceptance. And that is what happened. ProCD proposed a contract that a buyer would accept by using the software after having an opportunity to read the license at leisure. This Zeidenberg did. He had no choice, because the software splashed the license on the screen and would not let him proceed without indicating acceptance...

จากคำวินิจฉัยข้างต้นทำให้เราทราบได้ว่าศาลในคดีนี้เห็นว่าการที่ผู้ขาย (ProCD, Inc.) วางผลิตภัณฑ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้บนชั้นในร้านค้า เป็นการเพียงพอแล้วที่จะถือเป็นการทำคำเสนอ และเมื่อลูกค้าชำระเงินตามราคาที่กำหนดไว้แล้วรับสินค้านั้นก็ถือเป็นการรับคำสนอง

ส่วนศาลในประเทศอังกฤษในคดี Beta Computers (Europe) v. Adobe Systems (Europe) Limited [1996]<sup>55</sup> ซึ่งเป็นคดีแรกที่เกี่ยวข้องกับสัญญา shrinkwrap ได้วินิจฉัยว่าผู้ขายเป็นผู้เสนอและผู้ซื้อเป็นอาจเป็นผู้สนองรับคำเสนอซื้อนั้นหรืออาจปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาด้วยก็ได้

<sup>54</sup> Cheon-Seok Seo, "License and the Uniform Computer Information Transactions Act," Buffalo Intellectual Property Law Journal, 2001.

<sup>55</sup> FSR 367.

## คำพิพากษาของศาลไทย

การที่บุคคลหนึ่งไปซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามร้านค้า หรืออาจสั่งซื้อสินค้าทางโทรศัพท์ หรือทางไปรษณีย์ ถึงแม้ในแง่กฎหมายจะถือว่าธุรกรรมที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับลูกค้าเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ไม่ใช่การซื้อขาย แต่ก็คงปฏิเสธไม่ได้ว่าในความรู้สึกของบุคคลทั่วไป การที่บุคคลใดสั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าจะด้วยวิธีใด บุคคลนั้นคงไม่รู้สึกว่ามีความแตกต่างกันมากนักกับการสั่งซื้อสินค้าอื่น เช่น หนังสือหรือเครื่องใช้สำนักงาน ดังนั้นนอกจากความเห็นของนักวิชาการของประเทศไทยเกี่ยวกับคำเสนอและคำสนองที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยจึงขอหยิบยกตัวอย่างจากคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เกี่ยวกับการทำธุรกรรมในลักษณะนี้ในสินค้าประเภทอื่นมาประกอบการวิเคราะห์ ทั้งนี้ มาจากเหตุจำเป็นว่าประเทศไทยยังไม่มีคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยตรงนั่นเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 748/2544 แผ่นพับโฆษณาที่มีข้อความกล่าวถึงขนาด เนื้อที่อาคาร ราคาเช่าต่อห้อง การผ่อนชำระเงิน วันจอง วันทำสัญญาผ่อนชำระ วันโอนสิทธิ การผ่อนชำระแก่สถาบันการเงิน อัตราดอกเบี้ย ซึ่งหากผู้ใดสนใจจะจองห้องเช่าที่ขนาดใดต้องติดต่อขอทำสัญญากับใจที่นั่น เป็นการเชิญชวนให้จำเลยเป็นฝ่ายทำคำเสนอ ไม่ชัดเจนแน่นอนพอที่จะถือว่าเป็นคำเสนอ

จึงสรุปได้ว่าในกรณีที่ผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้แจ้งให้บุคคลอื่นทราบถึงรายละเอียดประเภทหรือลักษณะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตนผ่านสื่ออย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น แผ่นพับโฆษณา ผ่านทางโทรทัศน์ หรือป้ายประกาศ เพื่อให้ผู้ที่สนใจมาซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นกับตน นั้น ถือว่าเป็นเพียงคำเชิญชวนให้เข้ามาทำคำเสนอซื้อสินค้าจากตน การที่บุคคลใดทำการสั่งซื้อสินค้าไม่ว่าทางโทรศัพท์ หรือด้วยวิธีอื่นใดจึงถือเป็นคำเสนอ และบุคคลนั้นเป็นผู้เสนอ ส่วนผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นผู้สนองรับคำเสนอซื้อด้วยการส่งผลิตภัณฑ์โปรแกรมมาให้ผู้เสนอ

ส่วนการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะ off the shelf ผู้ขายเป็นผู้เสนอ และผู้ซื้อเป็นผู้สนอง ซึ่งกรณีจะเป็นลักษณะเดียวกับการสั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากร้านค้าบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งแสดงสินค้าและราคาไว้ชัดเจน โดยผู้ซื้อสามารถเข้าไปเลือกซื้อ อ่านข้อสัญญา clickwrap หรือ browswrap และชำระเงินแบบออนไลน์ด้วยบัตรเครดิตแล้วดาวน์โหลดโปรแกรมที่ตนซื้อเข้าเครื่องคอมพิวเตอร์ของตน ดังนั้นในกรณีสัญญา clickwrap หรือ browswrap ผู้ขายเป็นผู้เสนอและผู้ซื้อเป็นผู้สนองเช่นกัน



## หลักสิ่งตอบแทน (Consideration)

ตามกฎหมายลักษณะสัญญาของประเทศไทย สัญญาจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน และมีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม สัญญาตามระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศอังกฤษนั้น ยังมีหลักเกณฑ์พิเศษอีกประการหนึ่ง ซึ่งหากขาดหลักเกณฑ์นี้ ศาลจะถือว่าสัญญาไม่สามารถบังคับได้ หลักเกณฑ์นั้นคือ การแลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทน หรือ consideration สิ่งตอบแทนนี้มีความสำคัญอย่างมากต่อการก่อให้เกิดสัญญา ถึงขนาดว่าแม้คู่สัญญาจะได้มีการแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งในรูปของคำเสนอและคำสนองที่มีความประสงค์ผูกความสัมพันธ์ทางกฎหมายต่อกันแล้ว สัญญาอาจจะไม่มีผลบังคับหากปราศจากการตกลงในเรื่องการให้สิ่งตอบแทน องค์ประกอบในการก่อให้เกิดสัญญาที่ต้องมีสิ่งตอบแทนถือว่าเป็นหลักการเฉพาะในกฎหมายระบบจารีตประเพณีเท่านั้น และถือเป็นข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างระบบกฎหมายจารีตประเพณีและระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เกี่ยวกับเรื่องการก่อให้เกิดสัญญา สิ่งตอบแทน หมายถึง “สิ่งใดๆ ที่เกิดจากผู้รับคำมั่นสัญญาได้มอบไว้แก่ผู้ให้คำมั่นสัญญา เพื่อตอบแทนสำหรับคำมั่นสัญญานั้น ซึ่งสิ่งนี้อาจจะอยู่ในรูปของการกระทำหรือละเว้นการกระทำก็ได้ แต่โดยสภาพของสิ่งเหล่านี้จะต้องมีคุณค่า (Value) เพียงพอที่จะบังคับคำมั่นสัญญานั้นได้”<sup>56</sup>

ในการทำสัญญา เมื่อสัญญาเกิดขึ้นตามหลักการก่อให้เกิดสัญญาแล้ว ต่อมาคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายอาจทำความตกลงใหม่เพื่อเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาบางประการ ความหมายของการเปลี่ยนแปลงสัญญา คือ กรณีที่คู่สัญญาได้ทำสัญญาเบื้องต้น (original contract) ที่มีการกำหนดข้อสัญญาหรือเงื่อนไขที่มีสาระสำคัญแตกต่างไปจากเดิม โดยหลักเกณฑ์ของการเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าวได้เกี่ยวข้องกับหลักสิ่งตอบแทนในลักษณะที่ว่า ในการทำข้อสัญญาครั้งใหม่จะต้องมีการกล่าวถึงเรื่องสิ่งตอบแทนไว้ด้วย เพื่อให้สามารถบังคับตามข้อสัญญาที่เกิดขึ้นใหม่ได้

หลักสิ่งตอบแทนปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาและมีความสำคัญในการวินิจฉัยเรื่องการเกิดสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจาก

<sup>56</sup> กัณณิกา เรืองนิติวิทย์, หลัก Consideration ตามกฎหมายอังกฤษ : ศึกษาความเสื่อมคลายในการบังคับใช้, หน้า 89.

ประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีคำพิพากษาของศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว ผู้วิจัยจึงขอ  
 เหยียบยกตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเหล่านั้น ดังนี้

1) คำพิพากษาที่วินิจฉัยว่าข้อสัญญา Shrinkwrap License ไม่มีผลบังคับใช้

ในช่วงทศวรรษที่ 1980 จนถึงต้นทศวรรษที่ 1990 นั้น ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกามักจะ  
 พิพากษาให้สัญญา shrinkwrap ไม่มีผลบังคับผูกพันคู่สัญญา คดีเหล่านั้นได้แก่

• Vault v. Quaid Software Limited<sup>57</sup>

Vault เป็นผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวกับระบบรักษาความปลอดภัยในการป้องกัน  
 การทำซ้ำโดยไม่ได้รับอนุญาตที่ชื่อ PROLOCK โดย Vault ได้จำหน่ายแผ่นดิสก์เปล่าที่มีระบบ  
 PROLOCK บรรจุอยู่ให้กับผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่นจำนวนมาก เพื่อให้ผู้ผลิตโปรแกรม  
 เหล่านี้เพียงแค่ copy โปรแกรมของตนลงในแผ่นดิสก์นี้ก็สามารรถจำหน่ายสู่สาธารณชนได้ทันที

Quaid Software Limited ได้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ชื่อ CopyWrite และ Ramkey  
 ขึ้น โดยวิธีการทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรม PROLOCK โดยมีระบบป้องกันระบบรักษาความ  
 ปลอดภัยของ PROLOCK ได้ จึงทำให้บุคคลใดๆ สามารถทำซ้ำซึ่งโปรแกรมของผู้ผลิตได้ Vault  
 จึงฟ้องร้อง Quaid เรื่องการละเมิดข้อสัญญาใน Shrinkwrap License Agreement ห้ามการทำซ้ำ  
 ดัดแปลง หรือการ decompile โดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากตน ศาล  
 อุทธรณ์ที่ห้า พิพากษาว่าข้อสัญญาใน Shrinkwrap License Agreement ไม่มีผลบังคับ Vault  
 ได้แย้งว่าสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับภายใต้ Louisiana Software License Enforcement Act<sup>58</sup>  
 แต่ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายแห่งมลรัฐและต้องอยู่ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่ง  
 เป็นกฎหมายแห่งชาติ เมื่อกฎหมายแห่งมลรัฐอนุญาตให้มีการห้ามการทำซ้ำไม่ว่าในกรณีใดๆ และ  
 ยินยอมให้แม้กระทั่งสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ กลับได้รับความคุ้มครองตาม

<sup>57</sup> 847 F.2d 255 (5th Cir.1988).

<sup>58</sup> กฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้ผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถกำหนดข้อตกลงใน  
 สัญญาที่เป็นไปตามกฎหมายฉบับดังกล่าวกับผู้ซื้อได้ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้บัญญัติว่าข้อตกลงใน  
 สัญญาที่มีผลบังคับใช้ได้รวมไปถึงข้อตกลงที่ห้ามการทำซ้ำใดๆ และห้ามการทำวิศวกรรม  
 ย้อนกลับด้วย

Louisiana Software License Enforcement Act สัญญา Shrinkwrap จึงไม่มีผลบังคับเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวจึงขัดแย้งกับกฎหมายลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นกฎหมายแห่งชาติและต้องใช้กฎหมายลิขสิทธิ์บังคับ

- Step-Saver Data Systems Inc v. Wyse Technology

ข้อเท็จจริงได้กล่าวมาแล้วก่อนหน้านี้ กล่าวโดยสรุป ศาลอุทธรณ์ที่สามได้วินิจฉัยว่า สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นแล้วขณะสั่งซื้อสินค้าทางโทรศัพท์เมื่อได้มีการตกลงเรื่องจำนวนสินค้าและราคา เมื่อผู้ซื้อ (Step-Saver) ไม่ได้แสดงเจตนายินยอมกับเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้ขาย (TSL) บริษัท Software Link จึงไม่อาจรวมสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งถือเป็นข้อตกลงอันเป็นสาระสำคัญภายใต้มาตรา 2-207 เข้ากับสัญญาซื้อขายเดิมได้โดยอัตโนมัติ สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่มีผลบังคับใช้

- Arizona Retail System v Software Link<sup>59</sup>

คดีนี้เกี่ยวข้องกับ shrinkwrap license อันเดียวกับคดีข้างต้นและมีข้อเท็จจริงเหมือนกัน ในคดีนี้ Arizona Retail System ได้สั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ Multilink Advanced แบบโปรแกรมทดลองและโปรแกรมตัวจริง หลังจากการทดลองการทำงานของ Multilink Advanced ด้วยแผ่นโปรแกรมทดลอง Arizona Retail System ได้ตัดสินใจเก็บแผ่นโปรแกรมตัวจริงไว้และได้เปิดบรรจุภัณฑ์ของแผ่นโปรแกรมตัวจริงที่บรรจุ shrinkwrap license อยู่ หลังจากนั้น Arizona Retail System ได้ทำการสั่งซื้อโปรแกรมทางโทรศัพท์หลายครั้งทางโทรศัพท์ โดยได้มีการตกลงเรื่องราคา จำนวนสินค้าและรายละเอียดการส่งมอบ ศาลในคดีนี้ได้พิพากษาตามคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ที่สามในคดีที่แล้วและใช้มาตรา 2-207 กับข้อเท็จจริงในคดีนี้ โดยพิพากษาว่าการส่งมอบโปรแกรมตัวจริงครั้งแรกนั้นเป็นเพียงคำเสนอให้เข้าทำสัญญาและ Arizona Retail System ได้ทำคำสนองโดยการเปิดบรรจุภัณฑ์และยินยอมในข้อตกลงใน shrinkwrap license ส่วนการสั่งซื้อสินค้าครั้งต่อๆ มานั้น สัญญาได้เกิดขึ้นก่อนการส่งสินค้าและ shrinkwrap license จึงทำให้ข้อตกลงใน shrinkwrap license เป็นเพียงข้อตกลงเพิ่มเติมของสัญญาซื้อขายภายใต้มาตรา 2-207 และเมื่อข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงอันเป็นสาระสำคัญ จึงไม่อาจถือข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาซื้อขายเดิม และศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของบริษัท Software Link ที่ว่า การตกลง

<sup>59</sup> 831 F. Supp 759 (1993)

สิ่งซื้อสินค้าทางโทรศัพท์เป็นสัญญาแบบมีเงื่อนไขให้ยอมรับข้อตกลงใน shrinkwrap license ซึ่งหมายถึงสัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ซื้อได้ตกลงรับเอาข้อตกลงใน shrinkwrap license ด้วย

จากคดีตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าศาลได้วินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับเรื่องการเกิดสัญญา (Contract formation) และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา (Contract Alteration) โดยสรุปได้ว่าตามแนวคำพิพากษาในคดีนี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว (Contract Formation) ณ เวลาทำคำสั่งซื้อและคำสั่งซื้อขาย เนื่องจากมีคำสั่งซื้อ คำสั่งขาย และการแลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทนต่อกัน คือผู้ซื้อชำระราคาและผู้ขายตกลงส่งมอบบรรจุภัณฑ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปยังผู้ซื้อ ส่วนการที่ภายหลังผู้ขายส่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาพร้อมสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ศาลมองว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวเป็นข้อตกลงเพิ่มเติมของสัญญาซื้อขายภายใต้มาตรา 2-207 ที่ผู้ขายต้องการจะแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Contract Alteration) เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายมิได้ยินยอมกับสัญญาดังกล่าว สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงยังไม่เกิดขึ้น เนื่องจากองค์ประกอบของการเกิดสัญญาในครั้งหลังนี้ยังไม่ครบถ้วนนั่นเอง

## 2) คำพิพากษาที่วินิจฉัยว่าข้อสัญญา Shrinkwrap License มีผลบังคับใช้

- ProCD, Inc. v. Zeidenberg<sup>60</sup>

ข้อเท็จจริงได้กล่าวไว้แล้วก่อนหน้านี้ กล่าวโดยสรุป ศาลอุทธรณ์ที่เจ็ดได้พิพากษาว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีผลใช้บังคับได้ เว้นแต่มีข้อความบางข้อที่แม้จะเป็นสัญญาทั่วไปก็ได้รับการปฏิเสธ

- M.A. Mortenson Company Inc. v. Timberline Software Corporation<sup>61</sup>

โจทก์ซึ่งเป็นบริษัทก่อสร้างได้สั่งซื้อโปรแกรมเพื่อใช้สำหรับการเตรียมงานประมูลจาก Timberline โดยมีข้อสัญญาเรื่องการจำกัดความรับผิดชอบว่า ผู้ใช้สละสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้หรือการไม่สามารถใช้โปรแกรม และไม่ว่าในกรณีใดๆ ก็ตาม

<sup>60</sup> 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

<sup>61</sup> 970 P.2d 803 (Wash. Ct. App. 1999)

ค่าเสียหายที่อาจมีขึ้นจะถูกจำกัดให้เท่ากับค่าธรรมเนียมการใช้โปรแกรม ระหว่างการใช้งาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ปรากฏว่าโปรแกรมล่มบ่อยครั้งเนื่องจากมี bug ในโปรแกรม ซึ่งปรากฏใน ภายหลังว่า Timberline ได้ทราบดีว่าโปรแกรมมี bug อยู่และลูกค้าอื่นก็ได้แจ้งให้ Timberline ทราบถึงปัญหาดังกล่าวนี้ แต่ Timberline เพิกเฉยเนื่องจากเห็นว่าไม่เป็นปัญหาสำคัญ อย่างไรก็ตาม สำหรับ Mortenson bug ในโปรแกรมทำให้ข้อมูลบางส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประมูลสูญหายไปอัน ส่งผลให้การคำนวณราคาประมูลผิดพลาดจากราคาที่ควรจะเป็นถึงเกือบสองล้านดอลลาร์ Mortenson จึงนำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลพิพากษาตามคำพิพากษาในคดี ProCD ว่าการติดตั้งโปรแกรม และการใช้โปรแกรมของ Mortenson ถือว่าเป็นการแสดงความยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญา shrinkwrap แล้ว ดังนั้น ถึงแม้สัญญาจะไม่เคยกล่าวถึงการมีอยู่ของสัญญา shrinkwrap ใน ระหว่างการเจรจาซื้อสินค้า Mortenson ก็ยังต้องผูกพันตนตามสัญญา

- Bowers v. Baystate Technologies, Inc.<sup>62</sup>

เท่าที่ค้นคว้ามาคดีนี้เป็นคดีล่าสุดที่เกี่ยวกับการทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรม คอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา Bowers ผู้มีลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรในโปรแกรม CAD (Computer aided design) ได้จำหน่ายโปรแกรมพร้อมสัญญา shrinkwrap โดยระบุว่าห้ามการ ทำวิศวกรรมย้อนกลับไว้ ต่อมา Baystate ได้นำโปรแกรมของตนมาวางตลาดซึ่งโปรแกรมนี้มี ลักษณะหลายประการที่เหมือนกับโปรแกรมของ Bowers Baystate จึงฟ้องร้อง Bowers ต่อศาล ให้พิพากษาว่าโปรแกรมของตนมิได้ละเมิดสิทธิบัตรของ Bowers และขอให้ศาลพิพากษาว่า สิทธิบัตรของ Bowers ไม่มีผลสมบูรณ์ Bowers จึงฟ้องแย้งว่า Baystate ละเมิดลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และผิดสัญญา shrinkwrap Baystate ได้แย้งว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ต้องเข้ามามีผลบังคับแทนที่ข้อ สัญญาห้ามการทำวิศวกรรมย้อนกลับในสัญญา shrinkwrap ศาลพิพากษาว่ากฎหมายลิขสิทธิ์ ไม่ได้เข้ามาบังคับแทนที่ข้อสัญญา shrinkwrap สัญญา shrinkwrap จึงมีผลบังคับสมบูรณ์<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Bowers v. Baystate Technologies, Inc., 302 F.3d 1334 (Fed. Cir. 2002).

<sup>63</sup> โปรดดูเพิ่มเติมใน Sara Bressman, "Restricting Reverse Engineering Through Shrink-Wrap Licenses : Bowers v. Baystate Technologies, Inc." Boston University Journal of Science and Technology Law, 2003. และ Merritt A. Gardiner, "Bowers v. Baystate Technologies : Using the Shrinkwrap License to Circumvent the Copyright Act and Escape Federal Preemption," University of Miami Business Law Review, 2003.

จึงสรุปได้ว่า ศาลในยุคต่อมายอมรับการขยายระยะเวลาในการเกิดหลักสิ่งตอบแทน โดยศาลมองว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้ขายส่งมาให้ในภายหลังพร้อมตัวโปรแกรมนั้นเป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนการแลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทน ศาลจึงวินิจฉัยว่าเป็นเรื่องการเกิดสัญญา ไม่ใช่เรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังที่ศาลในยุคแรกได้วินิจฉัยไว้ และพิพากษาให้สัญญา shrinkwrap เป็นสัญญาที่มีผลบังคับสมบูรณ์

### 3) คำพิพากษาเกี่ยวกับการซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมโปรแกรมคอมพิวเตอร์

- Hill v. Gateway 2000, Inc.<sup>64</sup>

Hill ได้สั่งซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์จำนวนหนึ่งเครื่องทางโทรศัพท์จาก Gateway 2000 คอมพิวเตอร์ถูกนำมาส่งพร้อมกับรายการข้อสัญญาต่างๆ ซึ่งใช้กับธุรกรรมการซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์นี้ เว้นเสียแต่ที่ผู้ซื้อจะส่งเครื่องคอมพิวเตอร์คืนภายในระยะเวลา 30 วัน ข้อสัญญาข้อหนึ่งในบรรดาข้อสัญญาหลายข้อนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า Hill ไม่พอใจในชิ้นส่วนของเครื่องคอมพิวเตอร์จึงนำคดีขึ้นสู่ศาลในข้อหาผิดสัญญา Gateway ได้แย้งว่า Hill ได้เก็บเครื่องคอมพิวเตอร์ไว้เกินกว่า 30 วัน ดังนั้นจึงต้องระงับข้อพิพาทด้วยกระบวนการอนุญาตตุลาการ

ศาลอุทธรณ์ที่เจ็ดพิพากษายืนยันการมีผลบังคับใช้ของ Shrinkwrap License agreement ถึงแม้ว่าเรื่องนี้จะไม่ใช่เป็นเรื่องเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่เป็นการซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์ก็ตาม

- Brower v. Gateway 2000, Inc.<sup>65</sup>

Brower ได้สั่งซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์และโปรแกรมจากบริษัท Gateway 2000 โดย Gateway จะส่งสินค้าไปยังลูกค้าพร้อมทั้งแนบข้อสัญญามาตรฐานที่ใช้กับลูกค้าทุกคนรวมทั้งแจ้งเรื่องการรับประกันสินค้า ในกล่องสินค้ามีเอกสารให้หัวเรื่องว่า "A NOTE TO CUSTOMERS" ในเอกสารนั้นมีข้อความต่อไปว่า "เอกสารฉบับนี้ระบุข้อสัญญามาตรฐานของบริษัท Gateway 2000

<sup>64</sup> 105 F.3d 1147 (7th Cir. 1997)

<sup>65</sup> 676 N.Y.S.2d. 569 (N.Y. App. Div. 1998)

หากท่านยังคงครอบครองเครื่องคอมพิวเตอร์เมื่อพ้นกำหนด 30 วันนับแต่วันส่งสินค้า ถือว่าท่านยอมรับเงื่อนไขและข้อตกลงแห่งสัญญา" ข้อสัญญาข้อหนึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม Brower กลับนำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาลว่า Gateway ผิดสัญญารับประกันสินค้า และมีประเด็นทางการค้าที่หลอกลวง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการให้ความช่วยเหลือด้านเทคนิค (Technical support) ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าสัญญาไม่ได้เกิดเมื่อทำการสั่งซื้อสินค้าทางโทรศัพท์ เมื่อชำระค่าสินค้าหรือเมื่อสินค้ามาส่ง แต่สัญญาเกิดขึ้นเมื่อลูกค้าตัดสินใจที่จะครอบครองสินค้านั้นต่อไป แม้พ้นระยะเวลา 30 วันที่ระบุไว้สัญญา สัญญานี้จึงสมบูรณ์

- Klocek v. Gateway, Inc.<sup>66</sup>

ข้อเท็จจริงในคดีนี้เหมือนกับในคดี 2 คดีข้างต้น แต่ศาลในคดีนี้วินิจฉัยว่าผู้ซื้อคอมพิวเตอร์เป็นผู้เสนอและ Gateway เป็นผู้สนองรับคำเสนอโดยการส่งสินค้าไปยังผู้ซื้อ ดังนั้น จึงไม่ถือว่าผู้ซื้อยอมรับข้อสัญญามาตรฐานของ Gateway และไม่ถูกผูกพันตามข้อสัญญาเรื่องอนุญาโตตุลาการ

คำพิพากษาข้างต้นแสดงว่าศาลได้นำแนววินิจฉัยของศาลในคดีที่เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้กับธุรกรรมการซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย โดยศาลเห็นว่า ขั้นตอนที่ผู้ขายได้ส่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์มายังผู้ซื้อพร้อมสัญญาอนุญาตใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และผู้ซื้อแสดงความยินยอมในสัญญานั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งในขั้นตอนการเกิดขึ้นของสัญญา (Contract Formation) ตามทฤษฎี Layered contracting สัญญาอนุญาตใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงถือเป็นขั้นตอนหนึ่งของสัญญาซื้อขาย ไม่ใช่เป็นการแก้ไขข้อสัญญาเดิม (Contract Alteration)

<sup>66</sup> 104 F.Supp. 2d 1332 (D. Kan. 2000)

#### 4) คำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับข้อสัญญา Clickwrap License

- CompuServe v. Patterson<sup>67</sup>

CompuServe เป็นบริษัทให้บริการด้านข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยจัดให้สมาชิกเข้าถึง (access) การบริการด้านคอมพิวเตอร์และข้อมูลข่าวสารบนเว็บไซต์ของตน Patterson สมาชิกคนหนึ่งของ CompuServe มีภูมิลิเนาที่รัฐเท็กซัสได้แจกจ่ายโปรแกรมประเภท shareware หลายโปรแกรมให้บุคคลอื่นใช้และซื้อไป ความจริงแล้ว Patterson ได้ทำสัญญา Shareware Registration Agreement (SRA) ซึ่งเป็นสัญญาออนไลน์ไว้กับ CompuServe และตามสัญญานี้ CompuServe มีสิทธิหักส่วนแบ่งค่าใช้สิทธิเมื่อมีผู้จ่ายค่าใช้สิทธิใน shareware ก่อนที่จะส่งค่าใช้สิทธิส่วนที่เหลือให้เจ้าของโปรแกรม สัญญาฉบับนี้มีสัญญาต่อท้ายอีก 2 สัญญาซึ่งทั้งสองสัญญานี้ระบุว่าให้ใช้กฎหมายแห่งรัฐโอไฮโอบังคับ ต่อมา CompuServe จำหน่ายโปรแกรมที่มีลักษณะเหมือนของ Patterson จึงมีข้อพิพาทเกิดขึ้น นาย Patterson อ้างว่าตนเป็นชาวเท็กซัสจึงไม่ต้องผูกพันตามสัญญา ศาลวินิจฉัยว่า Patterson ได้ยอมรับข้อสัญญา SRA แล้วโดยการพิมพ์คำว่า "AGREE" ในหลายๆ ที่ในสัญญา สัญญาจึงสมบูรณ์และต้องบังคับตามกฎหมายแห่งรัฐโอไฮโอ

- Hotmail v. Van \$ Money Pie<sup>68</sup>

Hotmail เป็นผู้ให้บริการจดหมายอิเล็กทรอนิกส์หรืออีเมลโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย สมาชิก Hotmail กว่าสิบล้านคนสามารถส่งอีเมลถึงกันทั่วโลกผ่านอินเทอร์เน็ต การจะสมัครเป็นสมาชิก Hotmail บุคคลนั้นจะต้องยอมรับสัญญาการใช้บริการซึ่งในสัญญานั้นระบุไว้อย่างชัดเจนว่า Hotmail ห้ามมิให้สมาชิกส่งอีเมลประเภท spam หรือส่งภาพหรือข้อความลามกอนาจาร โดย Hotmail สามารถยกเลิกการให้บริการกับสมาชิกที่ฝ่าฝืนข้อสัญญานี้ ในปีค.ศ. 1 997 Hotmail พบว่า Van \$ Money Pie ได้สมัครเป็นสมาชิก Hotmail เพื่อส่งอีเมลประเภท spam ไปยังบุคคลอื่นจำนวนหลายพันคน Hotmail จึงฟ้องร้อง Van \$ Money Pie ว่าผิดสัญญาการใช้บริการและทำให้ Hotmail เสื่อมเสียชื่อเสียง ศาลพิพากษาห้ามมิให้ Van \$ Money Pie ส่งอีเมลประเภท spam จาก Hotmail

<sup>67</sup> 89 F.3d 1257 (6<sup>th</sup> Cir. 1996)

<sup>68</sup> 47 U.S.P.Q.2d. 1020 (N.D. Cal 1998)



ถึงแม้ศาลจะมีได้วินิจฉัยโดยตรงเกี่ยวกับความมีผลสมบูรณ์ของสัญญาการใช้บริการ แต่จากคำพิพากษาก็สามารถสรุปได้ว่าศาลเห็นว่าสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับ

- *Capsi v. The Microsoft Network, L.L.C.*<sup>69</sup>

คดีนี้สมาชิกของ The Microsoft Network หรือ MSN ผู้ให้บริการด้านอินเทอร์เน็ตได้ฟ้องร้อง MSN เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่ MSN เปลี่ยนแผนการให้บริการมาเป็นระบบที่แพงกว่า โดยอ้างว่าข้อสัญญาของ MSN ไม่มีผลบังคับใช้

ขั้นตอนการสมัครเป็นสมาชิก MSN จะเริ่มจากการมีสัญญาสมาชิก MSN (MSN membership agreement) ปรากฏขึ้นบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ซึ่งสามารถ scroll down มาจนถึงปุ่ม 2 ปุ่ม ได้แก่ "I AGREE" และ "I DON'T AGREE" ผู้สมัครอาจคลิก "I AGREE" หรือ "I DON'T AGREE" เมื่อใดขณะ scroll down เพื่ออ่านสัญญา การลงทะเบียนสมาชิกจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อสมาชิกมีโอกาสอ่านข้อสัญญาและเลือกที่จะคลิก "I AGREE" เท่านั้น ซึ่ง MSN จะไม่คิดค่าบริการใดๆ จนกระทั่งการลงทะเบียนสมาชิกจะสมบูรณ์ ศาลพิพากษาว่าข้อสัญญาของ MSN บังคับได้สมบูรณ์และไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะเนื่องจากสมาชิกได้มีโอกาสอ่านข้อสัญญาก่อนแสดงความยินยอมในข้อสัญญา<sup>70</sup>

#### 5) คำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับข้อสัญญา Browsewrap License

- *Pollstar v. Gigmania, Ltd.*<sup>71</sup>

Pollstar เป็นผู้ให้บริการด้านข้อมูลโดยผ่านทางเว็บไซต์ ผู้ต้องการข้อมูลสามารถเข้าไปดาวน์โหลดข้อมูลได้ตามข้อกำหนดในข้อสัญญา Browsewrap เป็นที่น่าเสียดายที่ศาลในคดีนี้มีได้วินิจฉัยโดยตรงเกี่ยวกับประเด็นว่าสัญญา Browsewrap มีผลสมบูรณ์หรือไม่ ศาลในคดีนี้

<sup>69</sup> 732 A.2d 528 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1999)

<sup>70</sup> James C. Hoye, "Click – Do We Have a Deal?" Suffolk Journal of Trial & Appellate Advocacy, 2001.

<sup>71</sup> 170 F. Supp. 2d 974 (E.D. Cal. 2000)

เพียงแต่อ้างคดี ProCD ว่าเป็นเรื่องปกติที่บุคคลหนึ่งอาจเข้าทำสัญญาการใช้บริการโดยมิได้เห็นเงื่อนไขและข้อตกลงแห่งสัญญาก่อน และกล่าวเพียงว่าสัญญา Browsewrap อาจมีผลบังคับได้

- Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com Inc.<sup>72</sup>

ศาลในคดีนี้วินิจฉัยเรื่องวิธีการแจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงการมีอยู่ของข้อสัญญา Browsewrap การที่ผู้ใช้ไม่ต้องแสดงความยินยอมในเงื่อนไขและข้อตกลงแห่งสัญญาด้วยการคลิก “AGREE” หรือด้วยวิธีอื่นใด โดยผู้ใช้จะทราบถึงข้อสัญญาได้ด้วยการ scroll down โสมเพจนั้นเพื่ออ่านข้อความที่ใช้ตัวหนังสือขนาดเล็กเท่านั้น ศาลไม่ถือว่าเป็นการแจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงข้อสัญญา Browsewrap อย่างเพียงพอ

- Specht v. Netscape Communications Corp.<sup>73</sup>

จำเลย Netscape ได้จำหน่ายสำเนาโปรแกรมชื่อ SmartDownload บนเว็บไซต์ของตน โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายใดๆ ผู้ที่เข้ามาเยี่ยมชมเว็บไซต์สามารถคลิกในช่องที่ระบุว่าตนต้องการจะดาวน์โหลดโปรแกรมของ Netscape Netscape อ้างว่าการดาวน์โหลดโปรแกรมดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการแสดงความยินยอมในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของ Netscape แล้ว อย่างไรก็ตาม Netscape ไม่ได้บังคับให้ผู้ใช้ต้องคลิกปุ่มที่ระบุว่า “I accept” ทั้งยังไม่ได้ให้ผู้ใช้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงถึงการให้ความยินยอมในเงื่อนไขและข้อตกลงของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิของ Netscape ก่อนจะสามารถดาวน์โหลดโปรแกรมได้ ในหน้าเว็บเพจที่แสดงการดาวน์โหลด มีเพียงข้อความที่สามารถลิงค์ไปยังอีกเว็บเพจหนึ่ง โดยข้อความนี้ระบุว่า “กรุณาอ่านและแสดงความยินยอมในข้อตกลงของสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรม SmartDownload” (Please review and agree to the terms of the Netscape Smart-Download software license agreement.) ซึ่งผู้ใช้จะสามารถเห็นลิงค์ดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อตนได้ scroll down หน้าเว็บเพจนั้นลงมา ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าเท่านี้ยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะถือว่าผู้ใช้บริการได้ให้ความยินยอมกับข้อสัญญาของ Netscape

<sup>72</sup> 54 U.S.P.Q.2d (BNA) 1344 (C.D.Cal. 2000)

<sup>73</sup> 150 F. Supp. 2d 585 (S.D.N.Y. 2001)

## 2. กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

ความเป็นมาของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

ในอดีตสมัยที่ยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น ประชาชนทุกคนมีอิสระที่จะทำสัญญากันอย่างรักใคร่ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) ซึ่งเมื่อตกลงกันเช่นใดก็ต้องบังคับกันเช่นนั้นโดยเคร่งครัด ดังนั้น ในการซื้อขายสินค้า ถ้ามีข้อบกพร่องในสินค้าอย่างไร ก็เป็นเรื่องที่ผู้ซื้อเองต้องรับภาระในความเสียหายนั้น เนื่องจากตนเป็นผู้สมัครใจเลือกสินค้าประเภทนั้นเอง หลักนี้เรียกว่า Caveat Emptor หรือ Let the buyer beware ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายพาณิชย์ ซึ่งสันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนมีความรู้ความสามารถเท่าเทียมกัน และมีอิสระที่จะเจรจาตกลงก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์อย่างไรก็ได้<sup>74</sup>

ในยุคการปฏิวัติอุตสาหกรรม เริ่มมีแนวคิดพาณิชย์นิยมที่ว่ารัฐควรเป็นผู้ดำเนินการทางธุรกิจเอง ส่งผลให้ธุรกิจการค้าในยุคนั้นไม่เจริญก้าวหน้าเท่าที่ควร ต่อมาจึงเกิดแนวความคิดเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez-Faire) ขึ้น ซึ่งแนวคิดนี้เห็นว่ารัฐไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการทำธุรกิจการค้า โดยควรปล่อยให้เป็นเรื่องระหว่างเอกชนที่จะจัดการกันเอง การปล่อยให้เอกชนสามารถประกอบธุรกิจของตนได้โดยอิสระส่งผลให้เกิดการแข่งขันและการพัฒนา ซึ่งจะส่งผลให้เศรษฐกิจของประเทศมีความเจริญก้าวหน้า ด้วยอิทธิพลของแนวความคิดเศรษฐกิจแบบเสรี ศาลในยุคนั้นก็วินิจฉัยคดีความโดยหันไปยึดถือหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาอีกครั้ง ทำให้เกิดผลกระทบต่อการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นอย่างมาก จะเห็นได้ว่าแนวความคิดเศรษฐกิจแบบเสรีขัดแย้งกับแนวคิดการคุ้มครองผู้บริโภค

กฎหมายฉบับแรกที่กล่าวถึงเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคไว้โดยตรงคือ The Sale of Goods Act 1893 ของประเทศอังกฤษ ซึ่งวางหลักไว้ว่ากิจการขายสินค้าโดยผู้ขายได้โฆษณาสินค้าหรือบริการของตนไว้อย่างไร ผู้ขายต้องผูกพันและรับผิดชอบในคุณสมบัติของสินค้าตามที่ตนได้รับรองนั้น ซึ่งทำให้หลักผู้ซื้อต้องระวัง (Caveat Emptor) ต้องเปลี่ยนแปลงไปเป็นหลักผู้ขายต้องระวัง (Caveat Venditor)<sup>75</sup> นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบ

<sup>74</sup> วิษุทธิ์ จีระแพทย์, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 5.

สัญญาและความรับผิดชอบของผู้ประกอบการไว้อีกด้วยซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในระยะต่อมา หลักการดังกล่าวระบุว่าแม้ว่าผู้ประกอบการจะมีได้ทำสัญญาซื้อขายกับผู้บริโภคโดยตรง แต่หากเกิดความเสียหายขึ้นกับผู้บริโภคและสินค้าที่ทำความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคเป็นสินค้าตามปกติทางการค้าของผู้ประกอบการ ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น<sup>76</sup>

สำหรับประเทศไทย มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติเรื่องสิทธิของผู้บริโภคซึ่งจะต้องได้รับความคุ้มครอง ดังนี้

- (1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร รวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ
  - (2) สิทธิที่จะได้รับอิสระในเลือกหาสินค้าหรือบริการ
  - (3) สิทธิที่จะได้ความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ
  - (3 ทวิ) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา<sup>77</sup>
  - (4) สิทธิที่จะได้การพิจารณาและชดเชยความเสียหาย
- ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยกรนั้น ๆ หรือพระราชบัญญัตินี้

#### บทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา

คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา<sup>78</sup> เป็นคณะกรรมการเฉพาะเรื่องซึ่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคแต่งตั้งจากกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องสัญญามีจำนวนไม่น้อยกว่า 7 คน แต่ไม่เกิน 13 คน มีลักษณะเป็นคณะกรรมการถาวร มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี บทบาทของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีความสำคัญมาก เพราะเป็นผู้วางกรอบหรือแนวทางปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาอยู่ในลักษณะที่ไม่เอาเปรียบและเป็นธรรมต่อผู้บริโภค วิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายคือคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะต้องประกาศกำหนดให้การประกอบ

<sup>75</sup> อธิพร แก้วทิพย์, ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 29.

<sup>76</sup> วิษุทธิ์ จีระแพทย์, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา, หน้า 10.

<sup>77</sup> แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มาตรา 5

<sup>78</sup> แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มาตรา 7

ธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือตามปกติประเพณีต้องทำเป็นหนังสือเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาและกำหนดลักษณะของข้อสัญญาที่จำเป็นต้องมี รวมทั้งข้อสัญญาที่ห้ามใช้เพราะไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ปัจจุบันได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2542 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 92 ก ลงวันที่ 5 ตุลาคม 2542 โดยให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นผู้กำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือบริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ซึ่งการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือบริการใดที่จะเข้าข่ายเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา จะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดดังต่อไปนี้

- (1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค
- (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย
- (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และสันทัดชัดเจน

**การกำหนดลักษณะของสัญญา** ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- (1) ให้ผู้บริโภคทราบสิทธิและหน้าที่ของตนตลอดจนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ โดยชัดเจนตามควรแก่กรณี
- (2) ไม่เป็นการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจในส่วนที่เป็นสาระสำคัญโดยไม่มีเหตุผลที่สมควรเพียงพอ
- (3) ต้องคำนึงถึงความสุจริตในการประกอบธุรกิจ
- (4) ให้เยียวยาความเสียหายในเวลาอันสมควรในกรณีที่มีการฝ่าฝืนสัญญา
- (5) จัดให้มีหลักฐานที่ชัดเจนเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญต่อการคุ้มครองผู้บริโภค
- (6) ต้องไม่เป็นการเพิ่มภาระเกินควรแก่การประกอบธุรกิจ

## หลักความรับผิดในคำรับประกัน

ประเด็นเรื่องการรับประกันสินค้าเป็นประเด็นหนึ่งที่มีความสำคัญในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ผู้ประกอบการมักกำหนดข้อสัญญาว่าตนไม่ขอรับประกันสินค้า ทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายเมื่อสินค้าไม่ได้มาตรฐาน ซึ่งปัญหานี้ก็เกิดกับสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เช่นกัน จึงควรต้องศึกษาเรื่องนี้

คำรับประกันสินค้า หมายถึง ข้อความใดๆ ที่แสดงถึงการรับรองข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับสินค้าว่าจะเป็นไปตามข้อความนั้นๆ ซึ่งผู้ประกอบการที่แสดงข้อความจะยอมรับผิดหากสินค้ามิได้เป็นไปตามที่รับรองนั้น<sup>79</sup>

การรับประกันสินค้าสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. การรับประกันโดยชัดแจ้ง (Express Warranty) หมายถึง คำรับรองที่ผู้ประกอบการได้แสดงออกโดยชัดแจ้งในคุณภาพของสินค้า ทั้งนี้ ไม่ว่าจะด้วยรูปแบบ หรือวิธีการใดๆ เช่น ด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร และหากสินค้านั้น มิได้เป็นไปตามคำรับรองจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อสินค้านั้น ผู้เสียหายนั้นย่อมฟ้องเรียกค่าเสียหายได้โดยตรงจากผู้ที่ทำให้คำรับรอง<sup>80</sup>

2. การรับประกันโดยปริยาย (Implied Warranty) หมายถึง คำรับประกันโดยอำนาจแห่งกฎหมายซึ่งถือว่าผู้ขายได้ให้คำรับประกันไว้เช่นนั้น ถึงแม้ว่าตามความเป็นจริงจะมีได้มีการให้คำรับประกันเช่นนั้นไว้เลยก็ตาม เช่น การรับประกันการใช้สอยเหมาะสมตามเจตนารมณ์ดาที่ซื้อขายกัน (Warranty of Merchantability) ซึ่งเป็นการรับรองว่าสินค้านั้นสามารถนำไปใช้สอยสมประโยชน์ตามสภาพของสินค้าได้ หรือการรับประกันการใช้สอยเหมาะสมตามความมุ่งหมายเฉพาะ (Warranty of Fitness for a Particular Purpose) ซึ่งหมายถึงการที่ผู้ขายทราบดีอยู่แล้วว่าผู้ซื้อต้องการซื้อสินค้านั้นเพื่อประโยชน์เฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่งและผู้ซื้อไว้วางใจต่อความรู้ความ

<sup>79</sup> วิชัย รัญญาพาณิชย์, ปัญหาการชดเชยเยียวยาความเสียหายแก่ผู้บริโภคตาม พ.ร.บ. คุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 15.

<sup>80</sup> วิชัย รัญญาพาณิชย์ อ้างถึงใน ณัฐจักร บัณฑิตสิงห์ ณ อยุธยา "ความรับผิดของผู้ประกอบการผลิต," วารสารอัยการ ปีที่ 4 ฉบับที่ 39, หน้า 13-14.

ชำนาญของผู้ขายในการเลือกหรือจัดหาสินค้าให้ ผู้ขายได้ให้คำรับรองโดยปริยายในเวลาที่ยขายสินค้านั้นว่า สินค้าดังกล่าวสามารถนำไปใช้สอยได้สมประโยชน์เฉพาะนั้นได้<sup>81</sup>

แม้หลักการรับประกันสินค้าจะมีประโยชน์ในการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ความเป็นจริงแล้วกลับไม่สามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากผู้ขายซึ่งมีอำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจมากกว่าผู้ซื้อมักจะสร้างข้อตกลงแห่งสัญญาที่เว้นความรับผิดชอบในส่วนนี้ ทำให้ผู้บริโภคไม่ได้รับความเป็นธรรม ความรับผิดชอบในคำรับประกันเป็นประเด็นหนึ่งที่ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เนื่องจากสัญญาดังกล่าวแทบทุกสัญญามักจะมีข้อยกเว้นความรับผิดชอบในคำรับประกันของเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ ทำให้เกิดคำถามว่าข้อสัญญาที่เว้นความรับผิดชอบในคำรับประกันในโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีผลสมบูรณ์หรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ในบทต่อไป

### 3) กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจัดได้ว่าเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาคอนsumerที่เกิดจากเศรษฐกิจแบบทุนนิยมในลักษณะของการทำนิติกรรมสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยอีกฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจน้อยกว่าจำต้องยอมทำนิติกรรมสัญญาดังกล่าว<sup>82</sup> ซึ่งก่อนมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สัญญาเหล่านี้ถือว่ามีผลผูกพันคู่สัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาอันเป็นหลักประกันที่สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม การแก้ไขเยียวยาปัญหาที่คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้รับความเป็นธรรมจึงเป็นไปด้วยความยากลำบาก ดังนั้นการมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงทำให้ศาลมีทางออกในการช่วยเหลือคู่สัญญาที่ไม่ได้รับความเป็นธรรม

แนวคิดของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมีที่มาจากแนวคิดที่ว่า สังคมควรเข้ามาแทรกแซงเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล เพื่อรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ส่วนรวมและความเป็นธรรมในสังคม โดยอาศัยแนวความคิดปรัชญาสังคมพิทักษ์ (Paternalism) ซึ่งมี

<sup>81</sup> วิชัย ธีญญาภาณิษฐ์, หน้า 16-17.

<sup>82</sup> นกมล ปกรณ์นิมิตดี, ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 13.

แนวความคิดว่ารัฐเป็นเสมือนบิดา ประชาชนเป็นเสมือนบุตรในความปกครอง รัฐจึงออกกฎหมายมาปกป้องหรือพิทักษ์บุคคลซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมได้ แม้กฎหมายดังกล่าวจะมีส่วนกระทบถึงเสรีภาพส่วนบุคคลก็ตาม ปรัชญาความคิดในเรื่องสังคมพิทักษ์ได้แพร่เข้ามาในกฎหมายแพ่งด้วยเหตุผลว่าสภาพสังคมปัจจุบัน บุคคลผู้มีฐานะด้อยกว่าทางเศรษฐกิจ ไม่อาจเป็นผู้ดูแลพิทักษ์ผลประโยชน์ของตนเองได้เต็มที่ ผู้วิจัยขอล่าวถึงแนวความคิดเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศต่างๆ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย ดังนี้

#### แนวความคิดของกฎหมายสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ศาลแห่งสหรัฐอเมริกาจึงได้พัฒนากฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ใช้หลักการตีความสัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมเพื่อให้เหมาะสมแก่คดีแต่ละคดีไป (Case by Case) โดยทำให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตกเป็นโมฆะให้เหตุผลว่า ขัดต่อนโยบายสาธารณะ (public policy) บ้าง ไม่ชอบด้วยเหตุผล (unreasonableness) บ้าง โดยเหตุนี้จะแปรเปลี่ยนไปตามเหตุการณ์ในขณะนั้นๆ นโยบายสาธารณะถือว่าเป็นเครื่องมือการควบคุมทางกฎหมายที่ยืดหยุ่นอย่างยิ่ง ทั้งยังเหมาะสมต่อสภาพการณ์ทางสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป หลักสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ศาลอ้างถึงในหลาย ๆ คดีด้วยกัน เช่น นโยบายสาธารณะหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public policy) คำรับประกันโดยปริยาย (implied warranty) ไม่มีความยินยอมร่วมกัน (lack of mutual assent) ไม่มีการต่างตอบแทนกัน (lack of mutuality) ความล้มเหลวของการต่างตอบแทน (failure of consideration) ข้อบกพร่องในการก่อให้เกิดสัญญา (defects in formation of contract) การตีความสัญญา (construction) และความซื่อสัตย์สุจริต (Good faith) เป็นต้น ต่อมาจึงได้มีการรวบรวมกฎหมายพาณิชย์เข้าไว้ด้วยกันเป็นประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Uniform Commercial Code) ซึ่งในมาตรา 2-302 ได้บรรจุหลักความไม่มโนธรรม (Unconscionability) ซึ่งเดิมใช้เฉพาะแก่สัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ แต่หลักความไม่มโนธรรมในปัจจุบันนี้เป็นหลักที่ใช้แก้ปัญหาไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการใช้สัญญามาตรฐานหรือสัญญาสำเร็จรูป<sup>83</sup> ซึ่งมีปริมาณถึงร้อยละ 99 ของสัญญาทั้งหมดที่สร้างขึ้นในสหรัฐอเมริกา<sup>84</sup> ศาลได้

<sup>83</sup> นกมล ปกรณ์นิมิตดี, ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, หน้า 98.



นำหลักดังกล่าวนี้มาใช้เพื่อเสริมหลักที่มีอยู่เดิมซึ่งกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติไว้กว้างๆ โดยให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจปรับแก้ข้อสัญญาที่เห็นว่าไม่เป็นธรรมหรือเอาเปรียบกันจนเกินไป โดยยึดหลักให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและเหมาะสมต่อสภาพการณ์ทางสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไปด้วย วัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายนี้ คือ

- 1) เพื่อให้ศาลสามารถตัดสินได้ว่า สัญญาทั้งฉบับหรือข้อสัญญาบางข้อไม่มีผลบังคับ ซึ่งแต่เดิมศาลตัดสินคดีแบบนี้โดยให้เหตุผลอื่น เช่น ขัดต่อนโยบายสาธารณะ คำรับประกันโดยปริยาย ไม่มีความยินยอมร่วมกัน และความล้มเหลวของการต่างตอบแทน เป็นต้น
- 2) เป็นการรวมหลักการทาง Equity มาไว้ในกฎหมาย
- 3) เป็นการป้องกันการเอาเปรียบและเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรม

หลักความไม่มีมโนธรรม (The Unconscionability Doctrine) นี้ให้อำนาจศาลให้สามารถปฏิเสธการบังคับตามสัญญาหากศาลเห็นว่าสัญญานั้นไม่เป็นธรรม หลักนี้รวมไปถึงการที่คู่สัญญาไม่ได้เจตนาแสดงความยินยอมกับข้อตกลงข้อหนึ่งข้อใดในสัญญาซึ่งให้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างไม่เป็นธรรมด้วย<sup>85</sup> ประมวลกฎหมายพาณิชย์มาตรา 2-302 บัญญัติไว้ดังนี้<sup>86</sup>

“มาตรา 2-302 สัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรม

- (1) ถ้าศาลพบว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดที่ไม่มีมโนธรรมในขณะที่ทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับใช้สัญญา หรืออาจบังคับใช้ส่วนที่เหลือของสัญญา โดยไม่มีข้อสัญญาที่ไม่มีมโนธรรม หรืออาจจำกัดการใช้ข้อสัญญาใดที่ไม่มีมโนธรรมเพื่อหลีกเลี่ยงผลใดๆ ที่ไม่มีมโนธรรม...”

<sup>84</sup> Raymond T. Nimmer, “Through the Looking Glass : What Courts and UCITA Say about the Scope of Contract Law in the Information Age,” *Duquesne Law Review*, 2000.

<sup>85</sup> <http://www.west.net/~smith/unfairness.htm>

<sup>86</sup> §2-302 (1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

ประมวลกฎหมายพาณิชย์มาตราดังกล่าวอยู่ในหมวด 2 ซึ่งเกี่ยวกับสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสินค้า ดังนั้น สัญญาซึ่งไม่ใช่สัญญาซื้อขายและไม่เกี่ยวข้องกับสินค้าจึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรานี้ อย่างไรก็ตาม ศาลได้ใช้มาตรา 1-102 (1) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า รัฐบัญญัตินี้ต้องตีความและใช้อย่างกว้างขวางเพื่อสนับสนุนวัตถุประสงค์และนโยบายที่รองรับ (This Act must be liberally construed and applied to promote its underlying purposes and policies...) หลักความไม่มีมโนธรรมจึงขยายขอบเขตออกไปและใช้กับเรื่องที่ไม่ใช่สัญญาซื้อขายด้วย<sup>87</sup>

หลักความไม่มีมโนธรรม สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ความไม่มีมโนธรรมในเชิงเนื้อหา (Substantive Unconscionability) ซึ่งหมายถึงกรณีที่ข้อตกลงแห่งสัญญานั้นมีความไม่เป็นธรรมเกินสมควร เช่น ข้อกำหนดราคาที่ไม่เป็นธรรม ข้อยกเว้นรับผิดชอบที่ไม่เป็นธรรม ข้อกำหนดการสละข้อต่อสู้ หรือข้อกำหนดการเร่งชำระหนี้ เป็นต้น ความส่วนความไม่มีมโนธรรมในเชิงวิธีการ (Procedural Unconscionability) จะเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งถูกบังคับให้เข้าทำสัญญาโดยไม่มีทางเลือกอื่น ซึ่งกรณีนี้หมายรวมถึงการที่คู่สัญญาไม่มีโอกาสเพียงพอในการอ่านและทำความเข้าใจเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาเนื่องจากมีระยะเวลาอันจำกัดหรือเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามเจตนาปิดบังข้อสัญญาด้วยวิธีการหรือถ้อยคำทางกฎหมายที่ยากแก่การทำ ความเข้าใจด้วย

นักวิจารณ์บางท่านก็ให้ความเห็นว่าศาลมักหลีกเลี่ยงที่จะใช้หลักความไม่มีมโนธรรมมาปรับใช้ในคดีของตน เนื่องจากแม้ว่ามาตรา 2-302 จะรับรองอำนาจของศาลในการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของข้อสัญญา แต่ก็เป็นการยากที่จะพิสูจน์ถึงความไม่มีมโนธรรม<sup>88</sup>

#### แนวความคิดของกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

เดิมในประเทศอังกฤษ หากกฎหมายมิได้บัญญัติยกเว้นไว้โดยเฉพาะแล้ว ศาลอังกฤษเกือบจะไม่เข้าไปควบคุมข้อสัญญาในส่วนข้อยกเว้น เนื่องจากผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษ

<sup>87</sup> นกตล ปกรณ์นิมิตดี, ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, หน้า 101.

<sup>88</sup> Ryan J. Casamiquela, "Contractual Assent and Enforceability in Cyberspace", Berkeley Technology Law Journal, 2002.

ได้รับอิทธิพลจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างมาก ศาลจึงไม่มีการควบคุมเนื้อหาอย่างเปิดเผย เพียงแต่พยายามใช้วิธีควบคุมโดยอ้อมในการตีความข้อสัญญา ศาลอังกฤษมีหลักการตีความดังนี้ คือ

- 1) หลัก "The Contra Proferentem Rule" กล่าวคือ ศาลจะตีความข้อจำกัดหรือยกเว้นความผิดไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาที่อ้างข้อสัญญาดังกล่าวน้อยที่สุด
- 2) หลัก "The Proferentem Rule" กล่าวคือ การตีความข้อจำกัดความรับผิด หรือยกเว้นความรับผิดในสัญญามาตรฐานนั้น ต้องตีความไปในทางที่จะให้ประโยชน์แก่คู่สัญญาฝ่ายที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสัญญาดังกล่าวน้อยที่สุด
- 3) หลัก "Fundamental Breach" มี 2 ความหมาย คือ
  - ก. กรณีที่มีทำผิดข้อสัญญาที่เป็นรากฐานหรือหัวใจ (Fundamental Term) ของสัญญา ซึ่งกฎหมายจะสันนิษฐานว่าคู่สัญญาไม่มีเจตนาให้ช้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดใช้บังคับในกรณีที่มีการทำผิดสัญญาข้อนั้น
  - ข. ลักษณะของการทำผิดสัญญานั้น มีลักษณะร้ายแรง กล่าวคือจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการทำผิดสัญญา

ถึงแม้ว่าศาลอังกฤษจะพยายามใช้หลักการตีความดังกล่าวข้างต้นมาช่วยจำกัดขอบเขตของการแสวงหาประโยชน์อันไม่เป็นธรรมจากการอ้างช้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดแล้วก็ตาม แต่มาตรการต่างๆ นั้นล่าช้าและไม่เพียงพอ ดังนั้นในปี ค.ศ. 1977 ฝ่ายนิติบัญญัติ คือ รัฐสภาอังกฤษจึงได้ตรากฎหมายขึ้นมาหนึ่งฉบับเรียกว่า "The Unfair Contract Terms Act 1977" (พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2520) เพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากช้อยกเว้นและจำกัดความรับผิดโดยไม่เป็นธรรมซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2521 สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ คือ

- 1) ควบคุมการจำกัดความรับผิดของคู่สัญญา (exemption clauses) โดยกำหนดว่าข้อจำกัดความรับผิดไม่มีผลบังคับหรืออาจมีผลบังคับถ้ามีเหตุผลเพียงพอ (The requirement of reasonableness)
- 2) คุ้มครองคู่สัญญาซึ่งมีฐานะและอำนาจต่อรองน้อยกว่า โดยกำหนดว่าในกรณีการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ซึ่งทำสัญญาในทางธุรกิจของตนโดยใช้สัญญารูปแบบที่ตนกำหนดขึ้น (standard form contract) กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นลูกค้าของตน (dealing as consumer) การจะบังคับตามข้อสัญญานั้นจะต้องพิจารณาว่ามีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ (the requirement of reasonableness)

## แนวความคิดของกฎหมายไทยเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใด โดยถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ซึ่งถ้าการแสดงเจตนาไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 แล้ว การแสดงเจตนาที่ย่อมใช้บังคับกันได้ แม้ว่าการแสดงเจตนาหรือข้อสัญญานั้นจะทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบหรือเสียเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม หากมีคดีฟ้องร้องสู่ศาล ศาลต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยคดีตามข้อตกลงในสัญญาฉบับนั้น หากข้อตกลงในสัญญาหรือข้อสัญญานั้นไม่เป็นโมฆะ ศาลก็ไม่สามารถแทรกแซงบังคับให้ข้อสัญญานั้นใช้บังคับไม่ได้<sup>89</sup> หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าถูกต้องเป็นธรรมตลอดมา เนื่องจากมีพื้นฐานของหลักความเสมอภาคและเสรีภาพแห่งบุคคลรองรับอยู่ แต่โดยสภาพความเป็นจริงของสังคมปัจจุบัน การประกอบธุรกิจมีความเข้มแข็งและมีอำนาจครอบงำตลาดมากขึ้น เป็นเหตุให้ผู้มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าถือโอกาสเข้าทำสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่า โดยบางครั้งผู้มีอำนาจต่อรองที่ด้อยกว่าก็ตระหนักดีว่าตนเสียเปรียบ แต่ก็ต้องจำยอมเข้าทำสัญญาด้วย เนื่องจากตนต้องการทรัพย์หรือบริการนั้นๆ และเมื่อเกิดข้อพิพาทฟ้องร้องคดีในชั้นศาลแล้ว ศาลก็ต้องบังคับให้เป็นไปตามข้อสัญญาที่คู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงกันไว้ นั่น แม้รู้เลยว่าข้อสัญญานั้นเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพราะคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยขัดแย้งก็ตาม ประชาชนส่วนใหญ่ที่อยู่ในฐานะผู้บริโภคสินค้าและบริการเหล่านี้จึงตกอยู่ในสภาพที่ถูกมัดมือชกกว่าถ้าไม่ยอมตกลงทำสัญญาตามเงื่อนไขในสัญญานี้ก็ไม่ต้องมาขอทำธุรกิจด้วย (take it or leave it contract)<sup>90</sup>

แต่เดิมศาลได้นำหลักกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เช่น หลักความสุจริต (มาตรา 5) หลักการความสงสัย (มาตรา 11) หลักการตีความการแสดงเจตนา (มาตรา 171) หลักปกติประเพณี (มาตรา 368) และหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (มาตรา 150) เป็นต้น ซึ่งหลักกฎหมายเป็นหลักที่กว้างขวางมากในการนำมาใช้ แต่ศาลก็ยังไม้อาจใช้เป็น

<sup>89</sup> อธิราช มณีภาค, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญาและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ปรับปรุงเพิ่มเติมใหม่) (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2543), หน้า 355.

<sup>90</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัดพิมพ์อักษร), 2541.

เครื่องเยียวยาแก้ไข้ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้มากนัก จึงได้มีการศึกษาแนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้แก่ เยอรมัน ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ ฯลฯ มาเปรียบเทียบและนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

เมื่อ พ.ศ. 2540 รัฐบาลจึงได้เสนอให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับ รัฐสภาจึงได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ขึ้น โดยให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 เป็นต้นไป โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

เมื่อผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรและเข้าสู่การพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้ว จึงได้ตราเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 72 ก เมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน พ.ศ. 2540 โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ คือ "เนื่องจากหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับอยู่มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคลตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ในปัจจุบันสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่า ถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก ซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม สมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่า ข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรมและให้อำนาจศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ "

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้มิได้ให้อำนาจศาลเข้าไปตรวจสอบหรือปรับแก้นิติกรรมสัญญาได้เป็นการทั่วไป เฉพาะนิติกรรมสัญญาบางประเภทเท่านั้นที่อยู่ในขอบอำนาจตรวจสอบของศาล นิติกรรมเหล่านี้ ได้แก่ นิติกรรมสัญญาตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4 ถึงมาตรา 9 รวม 8 ประเภทด้วยกัน ได้แก่

1. สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพตามมาตรา 4
2. สัญญาสำเร็จรูปตามมาตรา 4
3. สัญญาขายฝากตามมาตรา 4
4. ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพตามมาตรา 5 ไม่ว่าจะตกลงกันในสัญญาประเภทใดก็ตาม
5. ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค ตามสัญญาที่ทำระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพตามมาตรา 6
6. ข้อสัญญาที่ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำตามมาตรา 7
7. ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาตามมาตรา 8
8. ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิดตามมาตรา 9

สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นถือเป็นสัญญาสำเร็จรูปอย่างหนึ่ง จึงควรศึกษาความหมายและลักษณะของสัญญาสำเร็จรูป ดังนี้

สัญญาสำเร็จรูปตามความหมายของ Law.com dictionary นั้นหมายความถึง “สัญญาที่มีลักษณะไม่เท่าเทียมกันในลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมากเกินไป โดยคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบไม่มีอำนาจต่อรองได้อย่างเสรี”<sup>91</sup>

สัญญาสำเร็จรูป หมายความว่า “สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใดซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน โดยเขียนหรือพิมพ์ข้อความที่เป็นข้อตกลงซึ่งเป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้าเป็นแบบสำเร็จรูปไว้แล้ว ซึ่งสาระสำคัญส่วนนี้มักกำหนดไว้ให้ได้เปรียบผู้บริโภคร่วมโดยที่ผู้บริโภคร่วมไม่มีอำนาจต่อรองหรือแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญได้เลย เช่น สัญญากู้ยืมเงิน สัญญาค้ำประกัน สัญญาประกันภัย เป็นต้น”<sup>92</sup> ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ก็เรียกว่า “สัญญาจำยอม”<sup>93</sup>

<sup>91</sup> <http://dictionary.law.com/default2.asp?typed=adhesion+contract>

ในประเทศอังกฤษและเยอรมันนั้น กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งสองประเทศก็มีการบัญญัติขอบเขตของสัญญาในลักษณะนี้ด้วย เช่น ใน Unfair Contract Terms Act 1977 ของอังกฤษ เรียกชื่อสัญญาประเภทนี้ว่า standard form contract ซึ่งตามร่างเดิมของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยก็ใช้คำว่า สัญญามาตรฐาน เช่นเดียวกัน แต่เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าอาจทำให้เกิดความเข้าใจสับสนได้ จึงเปลี่ยนมาใช้คำว่า สัญญาสำเร็จรูปแทน<sup>94</sup> โดยในมาตรา 3 ได้บัญญัติความหมายว่าหมายถึงสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้าไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

ลักษณะของสัญญาสำเร็จรูปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จึงแบ่งได้เป็น 3 ประการ ดังต่อไปนี้

1. ต้องเป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร มิใช่ด้วยวาจา แต่จะทำในรูปแบบใดก็ได้<sup>95</sup> โดยถึงแม้จะมีได้ลงลายมือชื่อของคู่สัญญากำกับไว้ก็มีข้อสำคัญ เช่น สัญญาที่ทำผ่านเครื่องโทรสารหรืออีเมลล์ เป็นต้น ดังจะเห็นได้จากคำนิยามศัพท์ที่ว่า “ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด” ขยายความอยู่ด้วย<sup>96</sup>

<sup>92</sup> อธิราช มณีภาค, คำอธิบายนิติกรรมและสัญญาและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ปรับปรุงเพิ่มเติมใหม่), หน้า 362.

<sup>93</sup> ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2, เล่ม 2 (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสาสน์), 2505 หน้า 444.

<sup>94</sup> นาดล ปกรณ์นิมิตดี, ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, หน้า 110.

<sup>95</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งเวลาและอายุความ) และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540) แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ), 2545, หน้า 665.

<sup>96</sup> จรรย์ ภัคดีธนากุล, “สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540,” เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่องพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: วิเคราะห์หลักการ ผลกระทบ ปัญหา อุปสรรค และ workshop, 6 มิถุนายน 2541 ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ

2. ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจะต้องถูกกำหนดขึ้นไว้ล่วงหน้าก่อนการทำสัญญา<sup>97</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นมิได้เกิดจากการเจรจาต่อรองของคู่สัญญา หากแต่เป็นข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งนำมาใช้ยืนยันกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่าข้อสัญญาจะต้องมีลักษณะเป็นเช่นนี้ มิฉะนั้นจะไม่ทำสัญญาด้วย ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการทำให้คู่สัญญาฝ่ายตรงข้ามตกอยู่ในภาวะที่เลือกได้เพียงว่าจะเข้าทำสัญญาดังกล่าวหรือไม่เท่านั้น ส่วนการเจรจาต่อรองในเรื่องเนื้อหาแห่งสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นไม่สามารถกระทำได้เลย อนึ่งข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้านี้ไม่จำเป็นต้องบันทึกไว้ในกระดาษเสมอไป จะบันทึกไว้ในคอมพิวเตอร์หรือสื่ออื่นใดก็ได้ จุดสำคัญอยู่ที่ต้องไม่มีการเจรจาต่อรองในสาระของข้อสัญญานั้น<sup>98</sup>

3. ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้านั้นจะต้องถูกนำมาใช้ในการประกอบกิจการของคู่สัญญาฝ่ายที่ยืนยันให้มีข้อสัญญาดังกล่าว<sup>99</sup> องค์ประกอบข้อนี้มุ่งที่จะแบ่งแยกระหว่างสัญญาที่ใช้ในการประกอบธุรกิจการค้ากับสัญญาที่บุคคลทั่วไปทำเป็นครั้งคราว โดยจะถือว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูปเฉพาะแต่สัญญาที่ทำในทางธุรกิจการค้าหรือการประกอบกิจการอื่นเท่านั้น<sup>100</sup>

ประเภทของข้อตกลงในสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค (มาตรา 4)

ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝาก ที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติ หรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหวังได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

<sup>97</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

<sup>98</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

<sup>99</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

<sup>100</sup> นกอดล ปกรณ์นิมิตดี, ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, หน้า 112.



1. ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร
2. ข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูปที่ทำให้ผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร
3. ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าวิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น
  - ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิด
  - ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
  - ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
  - ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุอันสมควร
  - ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา

ในกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น และแนวทางในการวินิจฉัยของศาลว่า ข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใด จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

1. ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันตจิตต์เจตนา ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
2. ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
3. เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
4. การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (มาตรา 10)

สำหรับนิติกรรมสัญญาที่อยู่ในขอบเขตที่ศาลสามารถให้ความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัตินี้ได้ นั้น โดยหลักแล้วกฎหมายมิได้บัญญัติให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องตกเป็น

โมฆะหรือเสียเปล่าไปทั้งหมด ข้อสัญญาเหล่านั้นยังคงสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่อาจจะ บังคับกันให้เต็มตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมดไม่ได้ คงบังคับได้เพียงเท่าที่ธรรมและ พอสสมควรแก่กรณีเท่านั้น ทั้งนี้ ให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยว่า ข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใด จึงจะเป็น ธรรมและพอสสมควรแก่กรณี ซึ่งในการใช้ดุลพินิจของศาลนั้น จะต้องเป็นไปตามแนวทางที่ระบุไว้ ในมาตรา 10

สำหรับข้อตกลงหรือยกเว้นความรับผิดของคู่สัญญามีผลใช้บังคับได้เพียงใดนั้น มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติไว้ว่า สัญญาระหว่าง ผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ ผู้บริโภค จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อ ความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุ แห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมี ผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสสมควรแก่กรณีเท่านั้น

**หลักการหรือพื้นฐานความคิดเบื้องหลังพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540**

### 1. หลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract)

หลักเสรีภาพในการทำสัญญา เปิดโอกาสให้ปัจเจกชนทั้งหลายสามารถที่จะใช้เสรีภาพ ของตนกำหนดขอบเขตในทางกฎหมายของตนอย่างไรก็ได้ ด้วยวิธีการอย่างไร หรือมีเนื้อหา ใดๆก็ได้ หลักเสรีภาพในการทำสัญญาเกิดจากความคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมในศตวรรษ ที่ 18 ที่เน้นเสรีภาพของมนุษย์ โดย Adam Smith ได้เขียนไว้ใน The Wealth of Nations ซึ่งเป็น ผลงานที่มีชื่อเสียงของเขาว่า "บุคคลทุกคนควรที่จะมีอิสระในการจัดการผลประโยชน์ของตนเอง ด้วยวิถีทางของตนเอง (Every man should be free to pursue his own interest in his own way) เป็นหน้าที่ของกฎหมายที่จะต้องให้ความเป็นผลต่อเจตนาของคู่สัญญา และมีการจำกัด เสรีภาพในการทำสัญญาที่น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้"<sup>101</sup> ประกอบกับปรัชญาทางสังคมที่เน้น ปัจเจกชน เน้นสิทธิส่วนบุคคลที่รัฐต้องยอมรับรองให้บุคคลแต่ละคน ถือว่าบุคคลทุกคนมีเสรีภาพที่

<sup>101</sup> จำปี ไสตทิพันธ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2543), หน้า 227.

จะทำสัญญาผูกมัดตนเองได้ แต่ในปัจจุบันนิติสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนถูกกำหนดตายตัวมากขึ้นทุกที จนกระทั่งเสรีภาพในการทำสัญญาที่แท้จริงนั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย เพราะการที่คู่สัญญาไม่มีความเท่าเทียมกันในทางสังคมและเศรษฐกิจทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าเท่านั้นที่มีเสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญา

เสรีภาพในการทำสัญญามีอยู่ 2 ความหมาย ความหมายแรกคือเสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญา ส่วนความหมายที่สองหมายถึงเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว<sup>102</sup> สำหรับเสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญานั้น หมายถึง เสรีภาพในการเริ่มต้นดำเนินต่อไป หรือระงับกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา ซึ่งในความหมายนี้อาจพิจารณาได้อีก 2 ด้าน คือ ด้านกระทำ อันหมายถึง การเริ่มต้น ดำเนินต่อไป และการตกลงเข้าทำสัญญา และด้านไม่กระทำ อันหมายถึง การไม่เข้าทำสัญญาหรือการระงับกระบวนการในการเจรจา ด้วยการถอนคำเสนอหรือยกเลิกการเจรจา เป็นต้น

ส่วนเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว หมายความว่าเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงจากรัฐตามกฎหมายปฏิรูปปัจเจกชนนิยม<sup>103</sup> ทั้งนี้เนื่องจากรัฐได้รับรองเสรีภาพที่ปัจเจกชนมีตั้งแต่ขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้นเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว รัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญากำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพเปลี่ยนแปลงไปเป็นประการอื่นไม่ได้ เพราะหากปล่อยให้ทำเช่นนั้นได้ เสรีภาพของปัจเจกชนก็จะถูกทำลายไป

## 2. หลักความยุติธรรม (Equity)

หลักความยุติธรรมจะเข้ามามีบทบาทเสมอในเวลาที่เราตัดสินคดีพิพาทใดๆ ในประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law การปรับใช้หลักความยุติธรรมดังกล่าวไม่อาจที่จะปรับใช้ได้เสมอไป เพราะพื้นฐานความคิดในระบบ Civil Law นั้นมักต้องยอมเสียสละความยุติธรรมแห่งคดีให้กับความจำเป็นที่ต้องมีกฎหมายแน่นอน เพราะถือว่าเป็นเรื่องอันตรายมากหากยอมมอบหมายความไว้วางใจในเรื่องดังกล่าวให้กับการประเมินของศาล ดังนั้น การใช้หลักความยุติธรรมจึงสามารถ

<sup>102</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 211.

<sup>103</sup> ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2542, หน้า 15-16.

ใช้ได้เฉพาะในกรณียกเว้น และต้องเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้หลักความยุติธรรมด้วย นอกจากนี้ยังต้องใช้ในขอบเขตอันเหมาะสมโดยไม่นำทัศนคติส่วนตัวของตนมาปน ส่วนในกรณีอื่นๆ ทุกกรณี การปรับใช้กฎหมายควรจะเป็นไปโดยเคร่งครัด

### 3. หลักความเท่าเทียมกัน

หลักความเท่าเทียมกันถือเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญ คู่สัญญาต้องเข้าทำสัญญาด้วยความเท่าเทียมกัน แม้หลักการดังกล่าวจะไม่ได้มีการคำนึงถึงมากนัก แต่เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับกันมาเสมอว่าคู่สัญญาจะใช้เสรีภาพในการทำสัญญาได้ก็ต่อเมื่อมีความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ ทั้งในการทำสัญญาต่างตอบแทน หน้าที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องชำระให้กันก็ควรจะต้องมีความสมดุลกันด้วย หากคู่สัญญาไม่มีความเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจและสังคมแล้ว เฉพาะคู่สัญญาฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าเท่านั้นที่มีอิสระที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญา แต่เนื่องจากความเท่าเทียมกันไม่มีอยู่จริงในสังคม เสรีภาพในการทำสัญญาจึงเกิดขึ้นได้แต่เพียงในอุดมคติเท่านั้น

### 4. หลักความแน่นอนของกฎหมาย (Principle of Certainty of Law)

สำหรับพื้นฐานความคิดของหลักความแน่นอนของกฎหมายนั้นอยู่ที่ว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับกับประชาชนนั้นต้องเป็นกฎหมายที่ประชาชนได้รับรู้ว่ามีอยู่ และได้รับรู้ว่ามีผลของการฝ่าฝืนกฎหมายคืออะไร ทั้งนี้เพื่อความยุติธรรม เพราะจะนำสิ่งที่บุคคลนั้นไม่รู้ไปปรับใช้กับเขา ก็เท่ากับสร้างความไม่ยุติธรรมแก่เขานั่นเอง

เจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญากับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มีข้อความว่า

“เนื่องจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในส่วนที่เกี่ยวข้ององค์ประกอบของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคและการบริหารงานคุ้มครองผู้บริโภคอันได้แก่ การตรวจตรา กำกับดูแล และประสานงานการปฏิบัติงานของส่วนราชการต่างๆ ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคยังไม่เหมาะสม และโดยที่ในปัจจุบันปรากฏว่ามีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากยังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้นๆ บัญญัติไว้อย่างมีประสิทธิภาพ

ตลอดจนมีผู้บริโภคจำนวนมากร้องเรียนว่า ไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจมากขึ้น สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อปรับปรุงองค์ประกอบของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ปรับปรุงองค์การบริหารงานคุ้มครองผู้บริโภค คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ให้ดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค และปรับปรุงอำนาจของคณะกรรมการเฉพาะเรื่องและคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ในการเสนอเรื่องในนายกรัฐมนตรีพิจารณาออกคำสั่งเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้ได้โดยกรณีจำเป็น หรือรีบด่วนให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ตลอดจนเพิ่มบทบัญญัติกำหนดสิทธิและการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาไว้ โดยเฉพาะ และทั้งเป็นการสมควรปรับปรุงอัตราโทษเกี่ยวกับการกระทำผิดในเรื่องการโฆษณาและฉลากให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

เจตนารมณ์ที่เห็นได้จากหมายเหตุคือถ้อยคำที่ว่า ปัจจุบันปรากฏว่ามีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากยังไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามที่กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้นๆ บัญญัติไว้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนมีผู้บริโภคจำนวนมากร้องเรียนว่าไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาประกอบธุรกิจมากขึ้น สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อ... ตลอดจนเพิ่มบทบัญญัติกำหนดสิทธิและการคุ้มครองผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาไว้ ซึ่งเจตนารมณ์นี้นำมาซึ่งการแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ด้วยการกำหนดสิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 35 ทวิ ถึงมาตรา 35 นว

ส่วนกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น มีเจตนารมณ์ที่ใกล้เคียงกันคือการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า โดยรัฐมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาใช้ดุลพินิจในการปรับลดข้อสัญญาให้เป็นธรรมและสมควรแก่กรณี เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายทั้ง 2 ฉบับแล้วจะเห็นได้ว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจะใช้องค์กรฝ่ายบริหารคือสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเข้ามาทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภค ตั้งแต่ต้นเหตุของปัญหา ซึ่งก็คือข้อสัญญา โดยการควบคุมข้อสัญญาบางประเภทไว้ ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะมีศาลเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย โดยศาลเข้ามาช่วยปรับลดระดับของความไม่เป็นธรรมของการทำสัญญาลงมาโดยคู่สัญญาสามารถนัดตีฟ้องร้องต่อศาลได้หากเห็นว่าตนไม่ได้ได้รับความเป็นธรรม

เหตุผลสำคัญประการหนึ่งอันเป็นที่มาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเดิมไม่มีประสิทธิภาพในการช่วยเหลือผู้บริโภคได้ดีพอ ซึ่งต่อมาหลังจาก

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมประกาศใช้แล้ว กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา จึงออกตามหลังมา<sup>104</sup>

### 3.2.3 การให้ความคุ้มครองภายใต้ระบบกฎหมายเฉพาะ

#### 1) ความจำเป็นในการมีกฎหมายเฉพาะ

เนื่องจากการให้ความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไม่อาจคุ้มครองและรักษามลประโยชน์ของเจ้าของโปรแกรมได้อย่างเต็มที่ บุคคลเหล่านั้นจึงพยายามหามาตรการอื่นมาใช้ในการขยายขอบเขตแห่งสิทธิที่ตนมีตามกฎหมายลิขสิทธิ์ มาตรการนั้นก็คือการใช้สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ความจริงแล้วสัญญาในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับการคุ้มครองภายใต้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ แต่เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เหล่านั้นก็ยังคงต้องการให้ข้อตกลงบางข้อมีผลบังคับสมบูรณ์อย่างชัดเจนตามกฎหมาย จึงได้มีการสร้างกฎหมายเฉพาะขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสัญญาที่เกี่ยวกับธุรกรรมด้านข้อมูลข่าวสาร ซึ่งรวมถึงสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย กฎหมายนั้นก็คือ Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA)

#### 2) Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA)

สำหรับประเทศไทยในปัจจุบันนี้ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีกฎหมายเฉพาะชื่อ Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA) ผู้วิจัยจึงขอศึกษากฎหมายฉบับนี้เป็นหลัก เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยตรงหรือไม่ และสาระในกฎหมายควรจะเป็นไปในลักษณะใด

<sup>104</sup> นกมล ปกรณ์นิมิตดี, ปัญหาขอบเขตและการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, หน้า 24.

## ประวัติและความเป็นมาของ The Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการพัฒนากฎหมาย Uniform Computer Information Transaction Act หรือ UCITA มากกว่า 15 ปี โดยในระยะแรกมีการเรียกกฎหมายฉบับนี้ว่า Article 2B ซึ่งเป็นกฎหมายเพื่อแก้ไขประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Uniform Commercial Code: UCC) ของสหรัฐอเมริกา

ในช่วงตั้งแต่ทศวรรษที่ 1950 UCC มาตรา 2 เป็นมาตราหลักที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายทรัพย์สินที่จับต้องได้ (tangible goods) ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่สภาพการติดต่อค้าขายในยุคปัจจุบันนี้นั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลงบทบาทจากการซื้อขายสินค้าเป็นการให้บริการและธุรกิจเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์เริ่มมีความสำคัญมากขึ้น กฎหมายดั้งเดิมที่ใช้กับธุรกรรมการค้าทรัพย์สินที่จับต้องได้จึงล้าสมัยและไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ดังนั้นในปี ค.ศ. 1991 หน่วยงานหนึ่งของสหรัฐอเมริกาชื่อ National Conference of Commissions for the Uniform State Law (NCCUSL) จึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อทำการแก้ไขมาตรา 2 ของ UCC ควบคู่กับ American Law Institute (ALI)

ในปี ค.ศ. 1995 คณะกรรมการของ NCCUSL ได้ร่าง มาตรา 2B เพื่อใช้กับการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing) และธุรกรรมอื่นที่เกี่ยวกับการส่งข้อมูลในยุคดิจิทัล มาตรา 2B ได้ถูกร่างขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1994 แต่ก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวาง ปี ค.ศ. 1996 จึงได้มีการแก้ไขร่างมาตรานี้ แต่ก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางในกลุ่มผู้บริโภคว่าร่างกฎหมายนี้ให้ความคุ้มครองกลุ่มอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์มากเกินไป ในช่วงปี ค.ศ. 1998 ถึง ค.ศ. 1999 จนกระทั่งในที่สุด เดือนเมษายน 1999 ALI และ NCCUSL ได้ประกาศว่าจะไม่มีการแก้ไขมาตรา 2B เพื่อให้ครอบคลุมธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลทางคอมพิวเตอร์อีกต่อไป โดย NCCUSL จะเป็นผู้ดำเนินการต่อโดยลำพัง มาตรา 2B ได้ถูกเปลี่ยนชื่อและเปลี่ยนมาเป็นกฎหมายแม่แบบอิสระชื่อ The Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA) ในเดือนกรกฎาคม 1999 คณะกรรมการได้อนุมัติกฎหมายฉบับนี้และให้เป็นเรื่องของแต่ละรัฐที่จะนำกฎหมายแม่แบบฉบับนี้ไปพิจารณาและปรับใช้ โดยรัฐแรกที่นำ UCITA ไปบัญญัติคือรัฐเวอร์จิเนีย โดยมีมติให้ผ่านเป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 2000 และให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2001 รัฐที่สองที่ผ่านกฎหมายฉบับนี้ คือรัฐแมริแลนด์ เมื่อวันที่ 25 เมษายน ค.ศ. 2000 และให้กฎหมาย

เริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2000<sup>105</sup> กล่าวกันว่ารัฐทั้งสองรัฐนี้ได้ชื่อว่าเป็นรัฐที่"เอาใจ"กลุ่มอุตสาหกรรมด้านเทคโนโลยีอยู่แล้ว จึงไม่น่าแปลกใจที่รัฐทั้งสองจะผ่านกฎหมายฉบับนี้ออกมาบังคับใช้<sup>106</sup>

### ขอบเขตของการบังคับใช้

UCITA เป็นกฎหมายที่ใช้กับธุรกรรมที่เกี่ยวกับข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ (computer information) ทุกประเภท ซึ่งตามคำนิยามในมาตรา 102(a) (10)<sup>107</sup> นั้น ข้อมูลคอมพิวเตอร์ หมายถึง ข้อมูลในรูปอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งได้รับจากหรือผ่านการใช้คอมพิวเตอร์ หรือซึ่งอยู่ในรูปแบบที่สามารถนำมาผ่านกระบวนการทางคอมพิวเตอร์ โดยหมายรวมถึงสำเนาข้อมูล เอกสาร หรือวัสดุ ภัณฑ์ใดๆ ที่มีมากับสำเนานั้นด้วย จึงกล่าวได้ว่า UCITA เป็นกฎหมายลักษณะสัญญาที่ครอบคลุมธุรกรรมโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับ multimedia interactive เช่น สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ สัญญาพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ สัญญาเกี่ยวกับการเข้าถึงฐานข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลออนไลน์อื่นๆ ทางอินเทอร์เน็ต<sup>108</sup> เป็นต้น อย่างไรก็ตาม UCITA จะนำมาใช้เมื่อวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาคือการก่อให้เกิด โอน หรือให้ใช้สิทธิในข้อมูลคอมพิวเตอร์เท่านั้น ดังนั้นการซื้อขายเครื่องคอมพิวเตอร์จึงไม่อยู่ในขอบข่ายของกฎหมายฉบับนี้<sup>109</sup>

<sup>105</sup> Cheon-Seok Seo, "License and the Uniform Computer Information Transactions Act," Buffalo Intellectual Property Law Journal, 2001.

<sup>106</sup> Roger E. Schechter, "The Unfairness of Click-On Software Licenses," The Wayne Law Review, 2000.

<sup>107</sup> §102(a)(10) "Computer information" means information in electronic form which is obtained from or through the use of a computer or which is in a form capable of being processed by a computer.

<sup>108</sup> Mary Jo Howard Dively, "The New Laws That Will Enable Electronic Contracting: A Survey of the Electronic Contracting Rules in the Uniform Electronic Transactions Act and the Uniform Computer Information Transactions Act," Duquesne Law Review, 2000.

<sup>109</sup> Matthew J. Smith, "An Overview of the Uniform Computer Information Transactions Act: Warranties, Self-Help, and Contract Formation Why UCITA should be



UCITA ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวาง มีทั้งผู้สนับสนุนและผู้คัดค้านจำนวนมาก ฝ่ายที่คัดค้านนั้นเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้ให้ความคุ้มครองกับกลุ่มอุตสาหกรรมโปรแกรมคอมพิวเตอร์มากเกินไป เช่น ผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถสร้างระบบ backdoors ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของตนเพื่อให้ตนสามารถยกเลิกการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้ (user) และสามารถตรวจสอบเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้ใช้ได้ เพื่อให้มั่นใจว่าผู้ใช้ปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญา<sup>110</sup> นอกจากนี้ฝ่ายที่คัดค้านยังเห็นว่าการที่กฎหมายฉบับนี้รับรองความมีผลของสัญญา Shrinkwrap หรือ Mass-market licenses อย่างอื่น นอกจากจะเป็นการทำลายหลัก First sale doctrine แล้ว ยังเป็นการลดทอนสิทธิผู้บริโภคจนกระทั่งเรียกกฎหมายฉบับนี้ว่าเป็นกฎหมายที่ต่อต้านผู้บริโภค (anticonsumer)<sup>111</sup> การลดการแข่งขันทางการค้าและนำไปสู่คุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ต่ำลงด้วย ในขณะที่ฝ่ายผู้สนับสนุนกฎหมายฉบับนี้อ้างว่าการบัญญัติกฎหมายขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรจะเป็นการช่วยให้ศาลพิพากษาคดีได้ถูกต้องมากขึ้น และผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะได้ประโยชน์ในแง่กฎหมายมากขึ้นเนื่องจาก UCITA บัญญัติชัดเจนว่า จะต้องให้ผู้ซื้อมีโอกาสตรวจตราข้อสัญญาและมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาพร้อมกับสามารถคืนโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นกับร้านค้าปลีกที่ตนซื้อมาได้หากตนไม่ตกลงยินยอมในเงื่อนไขของสัญญา

## สรุปสาระสำคัญของกฎหมาย UCITA

### 1. การเกิดสัญญา

ภายใต้ UCITA สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภท mass market มีผลบังคับใช้ได้หากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensee) ได้มีโอกาสตรวจทานข้อสัญญาแล้วและแสดงความยินยอมในข้อสัญญานั้น อย่างไรก็ตามถึงแม้สัญญาจะสมบูรณ์ แต่ศาลไม่จำเป็นต้องบังคับตามข้อสัญญาบางข้อที่ไม่มีในธรรมหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย<sup>112</sup>

---

Renamed "The Licensor's Protection Act", Southern Illinois University Law Journal, Winter 2001.p3

<sup>110</sup> Deborah E. Bouchoux, Protecting your Company's Intellectual Property: A Practical Guide to Trademarks, Copyrights, Patents & Trade Secrets, Amacom 2001, p.136.

<sup>111</sup> Ibid.

การเกิดสัญญาภายใต้กฎหมาย UCITA ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 202<sup>113</sup> ซึ่งบัญญัติไว้มีสาระสำคัญว่า “สัญญาอาจเกิดขึ้นได้จากวิธีการใดๆ อันเพียงพอที่แสดงให้เห็นความตกลง รวมทั้ง คำเสนอและคำสนอง...” UCITA กำหนดว่าคำสนองจะเกิดขึ้นได้ต้องมีองค์ประกอบ 2 ส่วน คือ การยืนยันการแสดงเจตนา (Manifestation of Assent) และการมีโอกาสดูตรวจสอบข้อสัญญา (Opportunity to Review) หลักเรื่องการยืนยันการแสดงเจตนา และหลักการมีโอกาสดูตรวจสอบข้อสัญญามีรากฐานมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ สืบสานต่อมาโดยผ่านคดีต่างๆ และได้บรรจุอยู่ในประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย<sup>114</sup>

หลักการทั้งสองใช้เพื่อพิสูจน์การแสดงความยินยอมรับเอาเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญา shrinkwrap หรือ clickwrap license โดยตามกฎหมาย UCITA นั้น การแสดงความยินยอมจะผูกพันคู่สัญญาหากคู่สัญญาผู้นั้นมีเหตุผลที่ทำให้เข้าใจได้ว่าการแสดงออกของตนจะถูกถือว่าเป็นการแสดงความยินยอมในข้อตกลงในสัญญา<sup>115</sup> อย่างไรก็ตามบุคคลใดจะแสดงความยินยอมในเงื่อนไขและข้อตกลงของสัญญาได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้มีโอกาสที่จะตรวจสอบเงื่อนไขและข้อตกลงดังกล่าวล่วงหน้าเท่านั้น<sup>116</sup>

- การยืนยันการแสดงเจตนา (Manifestation of Assent)

---

<sup>112</sup> Cheon-Seok Seo, “License and the Uniform Computer Information Transactions Act,” *Buffalo Intellectual Property Law Journal*, 2001.

<sup>113</sup> § 202 A contract may be formed in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance or conduct of both parties or operations of electronic agents which recognize the existence of a contract.

<sup>114</sup> Matthew J. Smith, An Overview of the Uniform Computer Information Transactions Act: Warranties, Self-Help, and Contract Formation why UCITA should be renamed “The Licensor’s Protection Act”, *Southern Illinois University Law Journal*, 2001.

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> James D. Hornbuckle, The Uniform Computer Information Transaction Act: State Legislatures Should Take a Critical Look Before Clicking Away Consumer Protections, *Whittier Law Review*, 2002.

การแสดงความยินยอมอาจพบได้ในหลายรูปแบบนับตั้งแต่การพยักหน้า การจับมือเชคแฮนด์ การทำเครื่องหมายต่างๆ รวมทั้งการคลิก "I agree" ใน click wrap license นั้น ผู้ใช้จะต้องแสดงความรับรู้และความยินยอมในเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาก่อน ผู้ใช้จึงจะสามารถใช้บริการหรือใช้ผลิตภัณฑ์นั้นได้โดยชอบ การคลิก "I accept" โดยใช้ mouse หรือการกดปุ่ม enter เป็นวิธียืนยันว่าตนได้ยินยอมและพร้อมที่จะผูกพันตนในเงื่อนไขและข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญานั้น UCITA รับรองความมีผลสมบูรณ์ของสัญญาประเภทนี้แม้ว่าข้อความในสัญญาจะมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิที่ผู้ใช้มีภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นๆ<sup>117</sup>

ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นคือการสำคัญผิดหรือการขาดเจตนาเข้าผูกพันตนในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีความเป็นไปได้บ่อยครั้งที่บุคคลหนึ่งจะคลิกคำว่า "I agree" โดยมิได้ตระหนักถึงการกระทำของตนว่าจะมีผลตามมาอย่างไรบ้าง ด้วยเหตุนี้ มาตรา 112 ของ UCITA<sup>118</sup> จึงได้บัญญัติถึงองค์ประกอบของการแสดงความยินยอมเข้าผูกพันตนตามสัญญาไว้ 3 ประการ ดังนี้

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> § 112. MANIFESTING ASSENT

(a) A person manifests assent to a record or term if the person, acting with knowledge of, or after having an opportunity to review the record or term or a copy of it::

(1) authenticates the record or term with intent to adopt or accept it; or

(2) intentionally engages in conduct or makes statements with reason to know that the other party or its electronic agent may infer from the conduct or statement that the person assents to the record or term.

(b) An electronic agent manifests assent to a record or term if, after having an opportunity to review it, the electronic agent:

(1) authenticates the record or term; or

(2) engages in operations that in the circumstances indicate acceptance of the record or term...

1. บุคคลนั้นต้องทราบถึงการมีข้อตกลงในสัญญาหรือมีโอกาสที่จะตรวจสอบข้อสัญญา
2. บุคคลนั้นต้องลงลายมือชื่อ (authenticate) ในสัญญาด้วยวิธีการทางดิจิทัลใดๆ ที่เทียบเท่ากับลายมือชื่อ และต้องทราบว่าการกระทำนั้นเป็นการแสดงความยินยอมกับข้อตกลงในสัญญา
3. ลายมือชื่อหรือการ authentication นั้นต้องเป็นของบุคคลนั้น

องค์ประกอบสามประการข้างต้นช่วยลดปัญหาการเข้าใจผิดเข้าทำสัญญา หรืออย่างน้อยที่สุดก็เป็นการช่วยให้ผู้ที่ไม่มีความรู้เรื่องโปรแกรมคอมพิวเตอร์พอที่จะทราบว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือผู้ที่ไม่คุ้นเคยกับข้อสัญญาดังกล่าวให้เข้าทำสัญญาได้ยากขึ้น<sup>119</sup>

#### - หลักการมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา (Opportunity to Review)

หลักการมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา (Opportunity to Review) นั้นหมายความว่าบุคคลได้มีโอกาสในการอ่านสัญญาก่อนที่จะแสดงความยินยอมในข้อตกลงในสัญญา ในกรณีการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากร้านค้า (Off-the-shelf software) ซึ่งผู้ซื้อไม่มีโอกาสได้พิจารณาข้อตกลงในสัญญาก่อนทำการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นมา กลุ่มบุคคลที่เห็นด้วยกับกฎหมายฉบับนี้ระบุว่ามีความต้องการป้องกันที่เพียงพอแล้วสำหรับบุคคลดังกล่าว เนื่องจากไม่อาจถือได้ว่าผู้ซื้อมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา หากผู้ซื้อคืนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวหลังจากที่ตนได้พิจารณาข้อสัญญาแล้วไม่ยินยอมในข้อสัญญานั้น ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งก็วิตกว่าการที่ UCITA ไม่ได้บังคับ

(d) Conduct or operations manifesting assent may be proved in any manner, including a showing that a person or an electronic agent obtained or used the information or informational rights and that a procedure existed by which a person or an electronic agent must have engaged in the conduct or operations in order to do so. Proof of compliance with subsection (a)(2) is sufficient if there is conduct that assents and subsequent conduct that reaffirms assent by electronic means.

<sup>119</sup> Katy Hull, "The Overlooked Concern with the Uniform Computer Information Transactions Act," *Hastings Law Journal*, 2000.

ให้ผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้องอ่านข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยเพียงแต่บังคับให้ผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้องมีโอกาสตรวจทานข้อสัญญาได้เท่านั้น อาจทำให้ผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เกิดความเสียหายได้ เนื่องจากความจริงแล้วผู้ใช้จำนวนมากมิได้อ่านข้อสัญญา<sup>120</sup>

## 2. Layered Contracting<sup>121</sup>

หลัก Layered Contracting มีความสัมพันธ์กับหลักสิ่งตอบแทน (Consideration) หลักการนี้มาจากแนวความคิดที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันและมีการแลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทนต่อกัน ซึ่งการแลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทนนี้ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นและสิ้นสุดลงในครั้งเดียว แต่สามารถกินระยะเวลาต่อเนื่องได้<sup>122</sup> (เช่น กรณีคดี ProCD ที่ศาลวินิจฉัยว่าสัญญาไม่จำเป็นต้องเกิด ณ เวลาที่มีคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันเท่านั้น แต่ผู้ขายยังสามารถขยายระยะเวลาของการแลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทนไปถึงเวลาที่ผู้ซื้อได้อ่านข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิและได้ยอมรับข้อสัญญาดังกล่าว โดยถือเป็นปกติประเพณีทางการค้า) การที่คู่สัญญาไม่ได้เจรจากันเกี่ยวกับข้อสัญญาบางข้อ (เช่น ข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ) จึงไม่ได้ทำให้สัญญานั้นไม่เกิดขึ้น Official comment ของ UCITA กล่าวว่าแนวคิดที่ว่าสัญญาเกิดขึ้น ณ จุดเวลาเดียวและจุดเวลา

<sup>120</sup> Zachary M. Harrison, "Just click here : Article 2B's Failure to Guarantee Adequate Manifestation of Assent in Click-Wrap Contracts," Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, 1998.

<sup>121</sup> โปรดดูเพิ่มเติมใน Stephen Y. Chow, "Uniform Computer Information Transaction Act: UCITA: A 1990's Vision of E-Commerce," The John Marshall Journal of Computer & Information Law, 1999; Raymond T. Nimmer, "Breaking Barriers: The Relation Between Contract And Intellectual Property Law," Berkeley Technology Law Journal, 1998 และ Brian F. Fitzgerald, "Information and Electronic Commerce Law: Comparative Perspective: Digital Property: The Ultimate Boundary?" Roger Williams University Law Review, 2001.

<sup>122</sup> Mary Jo Howard Dively, "The New Laws That Will Enable Electronic Contracting: A Survey of the Electronic Contracting Rules in the Uniform Electronic Transactions Act and the Uniform Computer Information Transactions Act," Duquesne Law Review, 2000.

นั้นเป็นตัวกำหนดข้อสัญญาทุกข้อ ไม่มีความสอดคล้องกับหลักปฏิบัติทางการค้า รายละเอียดของเรื่อง Layered Contracting จะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 4

### 3. การรับประกันสินค้า

หลักเรื่องคำรับประกันของผู้ขายเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์พบข้อบกพร่องในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น UCITA ได้นำหลักการเรื่องการรับประกันสินค้าจากประมวลกฎหมายพาณิชย์มาใช้ และได้สร้างหลักการรับประกันเพิ่มสำหรับธุรกรรมข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม กลุ่มผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensee) ได้แสดงความไม่เห็นด้วยกับหลักการรับประกันสินค้าใน UCITA เช่น การที่ UCITA อนุญาตให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตกลงไม่รับประกันสินค้าโดยปริยายได้ทราบเท่าที่การตกลงนั้นเป็นไปอย่างชัดแจ้ง เป็นต้น<sup>123</sup> ผู้วิจัยขอแบ่งประเภทของคำรับประกันเป็น 2 ประเภทคือ คำรับประกันโดยชัดแจ้งและคำรับประกันโดยปริยาย

#### - คำรับประกันโดยชัดแจ้ง (Express Warranty)

UCITA มาตรา 402<sup>124</sup> ได้วางหลักการเกี่ยวกับเรื่องคำรับประกันโดยชัดแจ้งว่าการที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensor) ยืนยันข้อเท็จจริงใดๆ หรือให้คำมั่นต่อผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensee) ไม่ว่าจะด้วยกิริยาอาการอย่างใดอันเกี่ยวข้องกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ตนขายหรืออนุญาตให้ใช้สิทธิ (license) โดยใช้ตัวอย่าง หรือแบบแสดงจากผลิตภัณฑ์ที่เสร็จบริบูรณ์ (final product) จนเป็นเหตุให้ผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิเข้าทำสัญญาด้วยนั้น เป็นการให้คำรับประกันโดยชัดแจ้ง

<sup>123</sup> Cheon-Seok Seo, "License and the Uniform Computer Information Transactions Act," Buffalo Intellectual Property Law Journal, 2001.

<sup>124</sup> § 402 Any sample, model, or demonstration of a final product which is made part of the basis of the bargain creates an express warranty that the performance of the information will reasonably conform to the performance of the sample, model, or demonstration, taking into account differences that would appear to a reasonable person in the position of the licensee between the sample, model, or demonstration and the information as it will be used.

สิ่งที่เกิดขึ้นในกรณีการซื้อขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์คือผู้ขายมักใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบทดสอบ (Alpha/Beta) ในการแสดงสินค้าให้กลุ่มลูกค้าดู ดังนั้นหากมีปัญหาเกิดขึ้นกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ลูกค้าซื้อไปและลูกค้าอ้างว่าผู้ขายต้องรับผิดชอบตามที่รับประกันโดยชัดแจ้ง ผู้ขายก็สามารถอ้างถึงเหตุไม่ต้องรับผิดชอบตามที่รับประกันของตน เนื่องจากโปรแกรมที่แสดงให้ดูนั้นไม่ใช่ผลิตภัณฑ์ที่เสร็จบริบูรณ์นั่นเอง<sup>125</sup>

- คำรับประกันโดยปริยาย (Implied Warranty)

เรื่องที่เกี่ยวข้องเป็นเรื่องหนึ่งที่สำคัญที่สุดในกฎหมาย UCITA คือเรื่อง implied warranty ในผลิตภัณฑ์ประเภทข้อมูลทางคอมพิวเตอร์<sup>126</sup> หลักเรื่องคำรับประกันโดยปริยายในกฎหมาย UCITA เช่น คำรับประกันเกี่ยวกับความสามารถในการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Warranty of Merchantability of Computer Program) คำว่า Merchantability หมายถึงการที่สินค้านั้น (ในที่นี้คือโปรแกรมคอมพิวเตอร์) สามารถใช้งานได้ตรงตามวัตถุประสงค์ที่สินค้าในลักษณะดังกล่าวควรจะเป็น<sup>127</sup> จะเห็นได้ว่าหลักนี้ไม่รับประกันว่าสินค้านั้นจะมีคุณลักษณะพิเศษกว่าสินค้าอื่นเพียงแต่รับประกันว่าสินค้านั้นจะสามารถใช้งานได้ตามวัตถุประสงค์ต่างๆ ไปเท่านั้น การที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความชำรุดบกพร่องถึงขนาดที่ไม่สามารถทำงานง่ายๆ ได้ถือว่าการที่โปรแกรมไม่สามารถใช้งานได้ตรงตามวัตถุประสงค์ที่ควรจะเป็นแล้ว<sup>128</sup> ซึ่งมีผู้วิพากษ์วิจารณ์ว่ามาตรฐานนี้ทำให้เกิดการพัฒนาคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เท่าใดนัก

<sup>125</sup> Matthew J. Smith, "An Overview of the Uniform Computer Information Transactions Act: Warranties, Self-Help, and Contract Formation Why UCITA should be Renamed "The Licensor's Protection Act"", Southern Illinois University Law Journal, Winter 2001.p10

<sup>126</sup> James D. Hornbuckle, The Uniform Computer Information Transaction Act: State Legislatures Should Take a Critical Look Before Clicking Away Consumer Protections, Whittier Law Review, 2002, p. 8.

<sup>127</sup> Aunya Singsangob, Computer Software and Information Licensing in Emerging Markets: The Need for a Visible Legal Framework, p. 224 อ้างถึงใน Clark, Boardman and Callaghan, American Law of Warranties § 2: 1 (1991).

<sup>128</sup> Colin Tapper, Computer Law, 4th ed, (Avon: Longman Group UK Limited),1989 p.195.

ถึงแม้ผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะไม่สามารถ disclaim คำรับประกันโดยชัดแจ้งได้ UCITA รับประกันให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถ disclaim คำรับประกันโดยปริยายได้ในทุกกรณี<sup>129</sup> มาตรฐานนี้จึงไม่เกิดผลดีกับผู้บริโภคเท่าใดนัก

#### 4. เรื่อง Electronic self-help repossession

หลักการนี้มีต้นกำเนิดมาจากกฎหมายคอมมอนลอว์และต่อมาได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้ UCITA self-help repossessions หมายถึงการที่ผู้ผลิตโปรแกรมได้สอดแทรกกระบวนหนึ่งลงในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยระบบนี้สามารถยกเลิกการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้ไม่ว่าจะเป็นการยกเลิกโดยคำสั่งที่ผ่านมาจากโมเด็มหรือเป็นการยกเลิกโดยตรงโดยผู้ผลิตโปรแกรมเข้าสู่ระบบของผู้ใช้งาน แล้วใช้ระบบนี้ออกคำสั่งยกเลิกการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าว<sup>130</sup>

ภายใต้มาตรา 814<sup>131</sup> ผู้ผลิตโปรแกรมสามารถติดตั้งระบบยกเลิกการใช้งานในโปรแกรมได้หากผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้โปรแกรม (licensee) ผ่าฝืนข้อตกลงอันเป็นสาระสำคัญในสัญญา

กล่าวโดยสรุป UCITA เป็นกฎหมายลักษณะสัญญาที่ใช้ควบคุมดูแลธุรกรรมคอมพิวเตอร์ โปรแกรมและข้อมูลข่าวสารโดยเฉพาะ แต่กฎหมายฉบับนี้กลับไม่ได้สร้างความเป็นธรรมให้กับผู้บริโภคเลย โดยเป็นกฎหมายที่เข้าข้างกลุ่มผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์เสียมากกว่า

<sup>129</sup> Matthew J. Smith, "An Overview of the Uniform Computer Information Transactions Act: Warranties, Self-Help, and Contract Formation Why UCITA should be Renamed "The Licensor's Protection Act"", Southern Illinois University Law Journal, Winter 2001.p3

<sup>130</sup> Aunya Singsangob, Computer Software and Information Licensing in Emerging Markets: The Need for a Visible Legal Framework, p. 243.

<sup>131</sup> §814 On material breach of an access contract or if the agreement so provides, a party may discontinue all contractual rights of access of the party in breach and direct any person that is assisting the performance of the contract to discontinue its performance.