

ปัญหาการปรับใช้กฎหมายทางแพ่งในเกมออนไลน์



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)  
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)  
are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2559  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS ON LEGAL APPLICATIONS IN CONTEXT OF ONLINE GAMES

Mr. Santhiti Thanasathirachai



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2016

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาการปรับใช้กฎหมายทางแพ่งในเกมออนไลน์

โดย

นายสันธิติ ธนสริชัย

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยันติ ไกรกาญจน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์

(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยันติ ไกรกาญจน์)

.....กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อังคณาดี ปิ่นแก้ว)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(รองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร)

สัณฐิติ ธนสิทธิ์ชัย : ปัญหาการปรับใช้กฎหมายทางแพ่งในเกมออนไลน์ (PROBLEMS ON LEGAL APPLICATIONS IN CONTEXT OF ONLINE GAMES) อ.ที่ปริกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ชัยันติ ไกรกาญจน์, 332 หน้า.

การให้บริการเกมออนไลน์ในประเทศไทยเป็นธุรกิจที่มีมูลค่าสูงเป็นอย่างมาก แต่ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเพื่อปรับใช้กับเกมออนไลน์โดยเฉพาะ จึงเกิดปัญหากฎหมาย การเกิดสัญญาเกมออนไลน์ สถานะและสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือน การใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และความรับผิดชอบของบุคคลฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงศึกษาวิเคราะห์เพื่อหามาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับการให้บริการเกมออนไลน์ โดยศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี

ประเด็นการเกิดสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาสำเร็จรูปทางอิเล็กทรอนิกส์ กฎหมายไทยไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การแสดงเจตนาที่จะมีผลเป็นคำเสนอและก่อให้เกิดสัญญา แต่ในกฎหมายสหรัฐอเมริกาและกฎหมายเกาหลีนั้นการแสดงเจตนาในสัญญาผู้บริโภคหรือในสัญญาสำเร็จรูปนั้นจะมีผลเป็นคำเสนอได้ จะต้องเปิดโอกาสให้ผู้รับการแสดงเจตนาตรวจสอบข้อสัญญาเสียก่อน สำหรับสถานะและสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์นั้น ทรัพย์สินเสมือนมีลักษณะเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ โดยเป็นสิ่งที่มีความและผู้เล่นเกมออนไลน์สามารถถือเอาและแสดงความเป็นเจ้าของได้ จึงมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนนั้น สามารถกระทำได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาโดยเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเสมือนที่มีค่าตอบแทน สำหรับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมพบว่าในประเทศไทยนั้นยังมีความไม่ชัดเจนว่าสัญญาลักษณะใดมีความเป็นธรรมและพอสมควรที่จะสามารถให้ใช้บังคับแก่คู่สัญญาได้โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจตัดสินให้ความเป็นธรรมในสัญญา แต่ในประเทศเกาหลีมีการกำหนดลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้โดยเฉพาะ ซึ่งทำให้เกิดความแน่นอนว่าสัญญาลักษณะใดมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่สำหรับความรับผิดชอบทางแพ่งจากพฤติกรรมของบุคคลฝ่ายต่างๆ เช่นการเล่นเกมออนไลน์โดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ การยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์โดยมิชอบ เป็นต้น สำหรับความรับผิดชอบละเมิดของไทยกฎหมายได้ให้ความคุ้มครองเฉพาะความเสียหายต่อสิทธิที่ขอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งต่างกับกฎหมายละเมิดของเกาหลีและสหรัฐอเมริกาที่ให้ความคุ้มครองต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งปวง นอกจากนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดความรับผิดชอบจากพฤติกรรมต่างๆ ของผู้เล่นเกมออนไลน์เช่นประเทศเกาหลี แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งของประเทศไทยก็ยังคงมีความเพียงพอที่จะนำมาปรับใช้ในเรื่องความรับผิดชอบจากพฤติกรรมของบุคคลฝ่ายต่างๆ ในเกมออนไลน์ได้

ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมนำเอาหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบข้อสัญญามาบัญญัติไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และปรับแก้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยควรกำหนดประเภทข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้ให้แน่ชัด เพื่อลดความไม่ชัดเจนในการใช้ดุลพินิจของศาล

สาขาวิชา นิติศาสตร์

ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อนิสิต .....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 5686029434 : MAJOR LAWS

KEYWORDS: GAMES ONLINE / VIRTUAL PROPERTY / TORT / UNFAIR CONTRACT

SANTHITI THANASATHIRACHAI: PROBLEMS ON LEGAL APPLICATIONS IN CONTEXT OF ONLINE GAMES. ADVISOR: ASST. PROF. CHAYANTI GREIGARN, 332 pp.

The services of online games in Thailand are the business that have the high market value. However, there is no specific law applying with online games in Thailand resulting in the law problems such as the contract occurrence of online games, the problems related to the status and ownership of virtual properties, the problems using unfair contract terms, and the problems about liability of individuals party that related to online games. Therefore, this thesis studies and analyses to find legal measures applied to online game services by comparing laws in the United States and Korea.

The matter of online game contract occurrence which are standard contracts in electronic form. Thai law does not specify any intention which leads to the contract occurrence. However, in US and Korean laws, the intention of a r standard contract that ready to be applied to the tender offer must allow recipients to review the contracts firstly (Opportunity to review rule). For the status and ownership of virtual properties in online games, virtual properties regard as the right for contracts of online game services which are valuable, and online game players can take their ownerships. Therefore, the virtual property is regarded as properties under the Civil and Commercial Code. The juristic act of trading virtual properties is regards as the transfer of claims. For unfair contractual terms, it is unclear in Thailand whether any contract is fair awith the discretion of court to decide the fairness in the contract. In Korea, there is the identification of the unfair contract nature. This ensures that any contract is enforceable. For civil liability of the individual behaviors from individual's party that related to online games such as playing online games by using auto-play programs and abolishing online game services, the study shows that Thailand tort liability will cover only damages to legitimate rights which are dissimilar to the Korean and US tort laws providing the protection against all damages. In addition, Thailand has no specific law defining the liability for various behaviors of online game players like Korea. Nevertheless, Thailand civil liability law is still sufficient to address the liability of various parties in online games.

The author suggests that the further revision be adopted the principle of Opportunity to review rule for consumer contract or standard contract in the civil and commercial codes and amendment of the unfair contract act by defining the unfair contract type explicitly to reduce the uncertainty of court discretion.

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2016

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้เนื่องจากความช่วยเหลือและความกรุณาอย่างยิ่งของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยนติ ไกรกาญจน์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่ได้ช่วยกรุณา คอยกระตุ้นให้ผู้เขียนจัดทำวิทยานิพนธ์อย่างสม่ำเสมอ ให้คำปรึกษาให้ข้อคิดมุมมองใหม่ๆทางกฎหมาย ตรวจสอบแก้ไขความถูกต้อง ปรับแต่งโครงร่างของวิทยานิพนธ์และเนื้อหาจนสำเร็จเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับสมบูรณ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อังคณาดี ปิ่นแก้ว กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ที่ได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว ยังได้ให้ความเมตตาผู้เขียนตลอดมา รวมทั้งยังได้ช่วยสละเวลาตรวจสอบแก้ไขและให้คำแนะนำข้อมูลต่างๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขวิทยานิพนธ์เป็นอย่างมาก

ผู้เขียนขอกราบขอบคุณ บิดา มารดา และบุคคลในครอบครัว ที่ให้การอุปการะและสนับสนุนผู้เขียน ช่วยเป็นกำลังใจในช่วงที่ผู้เขียนประสบปัญหาในการศึกษา จนผู้เขียนสามารถก้าวผ่านปัญหามาได้

ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนๆ ในหมวดเอกชนและธุรกิจ ทั้งรุ่น 55 และรุ่น 56 เพื่อนภายนอกมหาวิทยาลัย ที่ช่วยให้คำปรึกษา แลกเปลี่ยนความคิดเห็น เป็นกำลังใจ ทั้งในการเรียนและการจัดทำวิทยานิพนธ์จนวิทยานิพนธ์สำเร็จลุล่วงมาได้ และขอบคุณ คุณธัญญา วัฒนลี สำหรับการช่วยเขียนบทคัดย่อภาษาอังกฤษในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าของแหล่งข้อมูลที่ผู้เขียนใช้ค้นคว้ารวมทั้งบูรพาจารย์ทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้แก่ผู้เขียน ส่วนข้อบกพร่องใด ๆที่ปรากฏในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอผู้อ่านและท่านผู้รู้โปรดให้อภัยในความบกพร่องที่มี ซึ่งผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ .....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญรูปภาพ .....	ฅ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 สมมติฐานของการวิจัย.....	2
1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	2
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	3
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย .....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	3
บทที่ 2 ประวัติความเป็นมาของเกมออนไลน์ ลักษณะเฉพาะตัวของทรัพย์สินเสมือนและการ กระทำที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบในเกมออนไลน์.....	5
2.1 ความเป็นมาของโลกเสมือนและเกมออนไลน์ .....	5
2.1.1 โลกเสมือนในงานวรรณกรรม.....	6
2.1.2 โลกเสมือนในภาพยนตร์.....	7
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับเกมออนไลน์.....	7
2.2.1 ความหมายและประวัติของเกมออนไลน์ .....	7
2.2.2 ประเภทของเกมออนไลน์.....	10
2.3 ความหมายและคุณลักษณะของทรัพย์สินเสมือน .....	15
2.3.1 ลักษณะและคุณลักษณะเฉพาะของทรัพย์สินเสมือน.....	16
2.3.2 ลักษณะการได้มาซึ่งทรัพย์สินเสมือน .....	18

2.3.2.1	ทรัพย์สินเสมือนที่ได้มาจากการเล่นเกมออนไลน์.....	18
2.3.2.2	ทรัพย์สินเสมือนที่ได้มาจากการที่ใช้เงินจริงซื้อทรัพย์สินเสมือน .....	19
2.4	ลักษณะเฉพาะของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์.....	20
2.4.1	ประเภทของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ .....	20
2.4.2	การสมัครเข้าใช้งานเกมออนไลน์.....	23
2.4.3	ข้อสัญญาที่พบได้มากในสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์ .....	24
2.5	ลักษณะการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดในสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์.....	28
2.5.1	การกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดต่อผู้ให้บริการเกม ออนไลน์.....	28
2.5.1.1	การเล่นเกมออนไลน์โดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ .....	28
2.5.1.2	การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนด้วยเงินจริง.....	31
2.5.2	การกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดต่อผู้เล่นเกมออนไลน์ อื่น .....	33
2.5.2.1	การเล่นเกมโดยตั้งใจหรืออคติผู้เล่นอื่น .....	33
2.5.3	การกระทำของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดต่อผู้เล่นเกม ออนไลน์.....	35
2.5.3.1	การยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์ หรือระงับการใช้งานบัญชีเกม ออนไลน์ .....	35
2.5.4	การกระทำของบุคคลภายนอกที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดต่อผู้ให้บริการเกม ออนไลน์.....	36
2.5.4.1	การจำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติหรือโปรแกรมโกง เกมอื่นๆ .....	36
๒๓	มาตรการกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์ตามกฎหมายต่างประเทศ..	37
3.1	มาตรการกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์ของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	37



3.1.1 การเกิดสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	37
3.1.1.1 การเกิดสัญญาตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ .....	37
3.1.1.2 การเกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ มาตรา 2 Uniform Commercial Code (U.C.C) article 2.....	40
3.1.1.3 การเกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายเอกรูปว่าการกระทำธุรกรรมผ่านทาง คอมพิวเตอร์ Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA).....	42
3.1.1.4 แนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องการเกิดสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์โดยศาล ระบบคอมมอนลอว์ .....	46
3.1.2 สถานะและความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือนในประเทศสหรัฐอเมริกา .....	49
3.1.3 การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของประเทศ สหรัฐอเมริกา .....	51
3.1.4 ความรับผิดทางแพ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	57
3.1.4.1 ความรับผิดทางสัญญาในประเทศสหรัฐอเมริกา .....	57
3.1.4.2 ความรับผิดทางละเมิดในประเทศสหรัฐอเมริกา .....	60
3.1.4.3 ความรับผิดเกี่ยวกับเกมออนไลน์ตามกฎหมายอื่น .....	67
3.1.4.3.1 ความรับผิดตามกฎหมาย The Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act of 1984 (CFAA).....	67
3.1.4.3.2 ความรับผิดตามกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act (DMCA).....	71
3.2 มาตรการกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์ในประเทศสาธารณรัฐ เกาหลี .....	75
3.2.1 การเกิดสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ .....	75
3.2.2 สถานะและความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือนในสาธารณรัฐเกาหลี.....	80
3.2.2.1 สถานะของทรัพย์สินเสมือนในสาธารณรัฐเกาหลี .....	80

3.2.2.2	ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนในสาธารณรัฐเกาหลี .....	83
3.2.3	กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสาธารณรัฐเกาหลี .....	84
3.2.3.1	การให้ความเป็นธรรมในสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี .....	85
3.2.3.2	การให้ความเป็นธรรมตามกฎหมาย ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS 1986 .....	85
3.2.4	ความรับผิดทางแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลี .....	94
3.2.4.1	ความรับผิดทางสัญญาของสาธารณรัฐเกาหลี .....	94
3.2.4.2	ความรับผิดทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลี .....	95
3.2.4.3	ความรับผิดตามกฎหมาย GAME INDUSTRY PROMOTION ACT 2006 ...	98
บทที่ 4	วิเคราะห์กฎหมายทางแพ่งเกี่ยวกับเกมออนไลน์ในประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมาย ต่างประเทศ.....	101
4.1	ประเด็นการเกิดของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ .....	101
4.2	ประเด็นเกี่ยวกับสถานะและความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือน .....	109
4.2.1	ประเด็นเกี่ยวกับสถานะของทรัพย์สินเสมือน .....	109
4.2.2	ประเด็นเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือน .....	113
4.2.3	ประเด็นการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์.....	117
4.3	ประเด็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาเกมออนไลน์ ผลของสัญญาไม่เป็นธรรม และ กลไกในการดูแลสัญญาไม่เป็นธรรม .....	124
4.3.1	การให้ความเป็นธรรมในสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	125
4.3.2	การให้ความเป็นธรรมในสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 .....	128
4.3.3	การให้ความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 .....	139
4.4	ประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์ .....	145
4.4.1	ประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดทางสัญญา .....	146



## สารบัญรูปภาพ

รูปภาพที่ 1 สัญญาการให้บริการออนไลน์ประเภทที่ต้องกดยอมรับก่อนให้บริการ หรือ Click-Wrap agreement .....	21
รูปภาพที่ 2 สัญญาการให้บริการออนไลน์ประเภทที่ไม่ต้องกดยอมรับก่อนให้บริการ หรือ Browse-Wrap agreement.....	21
รูปภาพที่ 3 สัญญาการให้บริการออนไลน์ประเภทที่ไม่ต้องกดยอมรับก่อนให้บริการ หรือ Browse-Wrap agreement เมื่อมีการกดไปยังจุดเชื่อมต่อเพื่อแสดงข้อความในสัญญา .....	22
รูปภาพที่ 4 สัญญาการให้บริการออนไลน์ประเภทที่ไม่ต้องกดยอมรับก่อนให้บริการ หรือ Browse-Wrap agreement อีกรูปแบบหนึ่ง .....	22
รูปภาพที่ 5 การกรอกข้อมูลการสมัครใช้บริการเกมออนไลน์ .....	23
รูปภาพที่ 6 หน้าจอแสดงเกมออนไลน์ที่สามารถดาวน์โหลดได้ .....	24

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากพัฒนาการของเกมนั้น จากยุคเกมคอนโซล ที่ใช้ดิสก์ในยุคทศวรรษที่ 90 ซึ่งผู้นำตลาดคือนินเทนโด เข้าสู่ยุคเกมคอนโซลที่ใช้แผ่น CD ในช่วงปี 2000 โดยผู้นำตลาดเปลี่ยนไปเป็น SONY ซึ่งผลิต เครื่องเล่นเกมคอนโซลที่โด่งดังมากคือ Play Station โดยพร้อมกันนั้น ในโลกของคอมพิวเตอร์ อินเทอร์เน็ตเริ่มเป็นที่หลากหลายขึ้น เกมนั้นจากที่เคยอยู่แบบเดี่ยวๆ ไม่มีการเชื่อมต่อหรือเล่นกับบุคคลภายนอก ได้พัฒนาการไปสู่ยุคเกมออนไลน์ ที่ผู้เล่น สามารถเล่นกับบุคคลอื่นผ่านอินเทอร์เน็ตได้ ซึ่งเกมออนไลน์เกมแรกๆที่สามารถทำยอดขายผู้เล่นได้ถล่มทลายในช่วงเวลาดังกล่าวคือ เกม Ragnarok Online ซึ่งมีจำนวนผู้เล่นสูงสุดกว่า 1 ล้านบัญชี โดยเกม Ragnarok Online ถือว่าเป็นเกมประเภท ที่เรียกว่า เกมออนไลน์แบบเล่นตามบทบาท หรือ Massive Multiplayer Online Role-Playing Game (MMORPG) เป็นเกมที่ผู้เล่นหลายคนเข้ามาเล่นในเวลาเดียวกัน และเสมือนอยู่ในโลกเดียวกัน โดยผ่านระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ และผู้เล่นแต่ละคนจะสวมบทบาทเป็นตัวละครตัวหนึ่งในโลกนั้นด้วย ซึ่งในช่วงดังกล่าวได้เริ่มมีการซื้อขายทรัพย์สินเสมือน คือ เงินในเกม และ สิ่งของ ระดับสูงในเกม ให้แก่ผู้ที่ต้องการ โดย เงิน เกม และ สิ่งของ ระดับสูง ได้จากการที่ผู้เล่นทำภารกิจสำเร็จ การพิชิต หัวหน้าใหญ่ ของเกม โดยมูลค่าของ สิ่งของ ระดับสูงนั้น บางชิ้นมีมูลค่าซื้อขายเป็นเงินจริง นับแสนบาท และเกมได้พัฒนามาสู่ ยุคปัจจุบัน โดยผู้พัฒนาเกมต่าง ๆ ได้ปรับระบบใหม่ จากการผลิตเกมมาแล้วขาย มาเป็น ผลิตเกมมาแล้วให้ ผู้เล่นสามารถเล่นได้โดยไม่คิดมูลค่า แต่ขายสิ่งของหรือ เงินในเกมแทน โดยสิ่งของหรือ เงินเหล่านั้นจะทำให้ผู้ที่ซื้อ สามารถพัฒนาความสามารถของตัวละครในเกมได้ไวกว่าบุคคลที่ไม่ได้ซื้อสิ่งของหรือเงินในเกมจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ซึ่งทำให้ตลาดทรัพย์สินเสมือนนั้นเติบโตอย่างรวดเร็ว โดยในปี 2011 ในประเทศสหรัฐอเมริกา ตลาดทรัพย์สินเสมือนมีมูลค่าสูงถึง 2,900 ล้านดอลลาร์สหรัฐ สำหรับในประเทศไทยนั้น ตลาดทรัพย์สินเสมือนได้เติบโตเป็นอย่างมากเช่นกัน เห็นได้จากผู้พัฒนาเกมต่าง ๆ หันมาขายทรัพย์สินเสมือนเพิ่มมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นบริษัท Line ที่พัฒนาเกม Cookie run ,line ranger, line เกมเศรษฐี เป็นต้น หรือบริษัท Supercell INC .เจ้าของเกม Hay Day, Cash of clan และ Boom beach ซึ่งเป็นบริษัทเล็ก ๆ มีพนักงานเพียง 85 คน แต่ในปี 2013 นั้นกลับมีรายได้ถึงวันละ 2.4 ล้านเหรียญสหรัฐจากการขายทรัพย์สินเสมือนในเกม ซึ่งเมื่อทรัพย์สินเสมือนมีมูลค่าสูงขึ้นและตลาดใหญ่ขึ้น การฉ้อโกง หรือการแฮ็คเอาเปรียบได้เพิ่มขึ้นเป็นเงาตามตัว เห็นได้จากข่าว “ค่ายเกมดังประกาศลดราคาสิ่งของในเกม” ซึ่งหลังจากลดราคาไม่นาน ก็มีข่าว “ค่ายเกมดังประกาศยกเลิกให้บริการเกม

ออนไลน์ 3 เกม“ซึ่งเมื่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์ยกเลิกการให้บริการแล้ว ผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ซื้อสิ่งของหรือเติมเงินในเกม ก็จะได้รับความสะดวกเสียหาย กล่าวคือมูลค่าของสิ่งของนั้นได้หมดไปทันที ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้เล่นเกม และนอกจากนี้ยังมีพฤติกรรมของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้ เช่นการเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมโกงเกมหรือโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ การหาหรือได้มาซึ่งทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ชอบ หรือการเล่นเกมออนไลน์ที่จิตใจให้ผู้เล่นอื่นเสียหาย เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีบุคคลภายนอกที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับธุรกิจเกมออนไลน์และทรัพย์สินเสมือน ไม่ว่าจะเป็นการเผยแพร่ วิธีการเล่นเกมออนไลน์หรือวิธีการหาทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ชอบ การเป็นตัวกลางขายทรัพย์สินเสมือน การจำหน่ายโปรแกรมโกงเกมหรือโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ เป็นต้น โดยความรับผิดชอบที่บุคคลที่เกี่ยวข้องในเกมออนไลน์ที่แต่ละฝ่ายพึงมีต่อกันนั้นยังมีปัญหาเป็นอย่างมาก ทั้งในเรื่องความรับผิดชอบตามสัญญาที่อาจมีปัญหาว่าข้อสัญญานั้นเกิดขึ้นหรือไม่ และมีผลบังคับได้แค่ไหน เป็นในข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่อาจมีผลเป็นโมฆะหรือไม่ เป็นต้น อีกทั้ง การที่จะใช้หลักกฎหมายทั่วไป เช่นหลักความรับผิดชอบทางละเมิดในการ พิจารณา ความรับผิดชอบของฝ่ายต่าง ๆ นั้น ก็ยังมีปัญหาในการนำหลักความรับผิดชอบทางละเมิดมาปรับใช้ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องความผิดกฎหมายว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางละเมิดขึ้น ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะชี้ให้เห็นถึงความรับผิดชอบที่บุคคลฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์พึงมีต่อกัน รวมถึงปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าว และแนวทางการแก้ไข ปัญหาในเรื่องดังกล่าวของต่างประเทศ เพื่อนำมาปรับใช้กับธุรกิจเกมออนไลน์ที่กำลังเติบโตอย่างมากในโลกปัจจุบัน

## 1.2 สมมติฐานของการวิจัย

บทบัญญัติของกฎหมายไทยไม่อาจปรับใช้กับสัญญาเกมออนไลน์ได้อย่างเพียงพอ

## 1.3 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อให้ทราบถึงแนวความคิด ความเป็นมาและลักษณะการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับทรัพย์สิน ทรัพย์สิน เพื่อนำมาปรับใช้กับความคุ้มครองในเรื่องทรัพย์สินเสมือน

2. เพื่อให้ทราบถึงหลักกฎหมายและแนวทางของศาลไทยและศาลต่างประเทศในการปรับใช้กฎหมาย ในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ผู้ให้บริการเกมออนไลน์และทรัพย์สินเสมือน และบุคคลที่สามเกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์ ทั้งในแง่ของสิทธิตามสัญญา ความรับผิดชอบของฝ่ายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา หรือความรับผิดชอบตามกฎหมายอื่น เช่นละเมิด กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายความรับผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และการควบคุมดูแลพฤติกรรมของผู้เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์และทรัพย์สินเสมือน

3. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบุคคลฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับเกมออนไลน์ ที่พึงมีต่อกัน
4. เพื่อให้ทราบถึงรูปแบบของสัญญาการให้บริการของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ในประเทศไทย ว่ามีความเป็นธรรมหรือไม่ และสามารถนำมาปรับใช้เกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลฝ่ายต่าง ๆ ได้อย่างเพียงพอหรือไม่
5. เพื่อหาแนวทางการแก้ปัญหาและเสนอแนะแนวทางปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบุคคลฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์และทรัพย์สินเสมือน รวมทั้งหาวิธีการ เยียวยาหรือคุ้มครองเกี่ยวกับความเสียหาย อันเกิดจากความรับผิดชอบดังกล่าว

#### 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

มุ่งศึกษาถึงความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ ,ผู้ใช้บริการ, และบุคคล ผู้เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์ และทรัพย์สินเสมือน โดยจะศึกษาถึงความหมายแนวความคิดและลักษณะเฉพาะของทรัพย์สินเสมือน ลักษณะรูปแบบและความสำเร็จของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ โดยศึกษาเฉพาะโดยศึกษาเฉพาะเกมออนไลน์ที่มีผู้ให้บริการในประเทศไทย อีกทั้งยังศึกษาความรับผิดชอบจากพฤติกรรมของฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจเกมออนไลน์, ตามกฎหมายทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนคำพิพากษาของศาล โดยพิจารณาทั้งในบริบททางกฎหมายเศรษฐกิจและสังคม เพื่อหาแนวทางการแก้ไข ปัญหาการให้ความคุ้มครองความรับผิดชอบของฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์ที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยต่อไป

#### 1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสาร โดยจะทำการศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสารที่เกี่ยวข้องเช่น ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายภายในของต่างประเทศ กฎหมายภายในของประเทศไทย คำพิพากษา หนังสือ เอกสารทางวิชาการ บทความจากวารสารกฎหมาย วิทยานิพนธ์ ฐานข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต และสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้อง

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบแนวความคิดความเป็นมา และลักษณะการให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์และทรัพย์สินเสมือนตามกฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย

2. ทำให้ทราบแนวความคิดความเป็นมา และลักษณะการกระทำที่เป็นความผิด และความรับผิดของบุคคลฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์และทรัพย์สินเสมือนตามกฎหมายต่างประเทศ และกฎหมายไทย
3. ทำให้เข้าใจถึงสภาพของทรัพย์สินเสมือนและสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนว่าใครควรเป็นผู้มีสิทธิในการครอบครองทรัพย์สินเสมือน
4. ทำให้เข้าใจถึงหลักกฎหมายและแนวทางของศาลไทยและศาลต่างประเทศในการปรับใช้กฎหมาย ทั้งกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ กฎหมายคอมพิวเตอร์ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิ และการจัดการเรื่องความรับผิด ของบุคคลฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์และทรัพย์สินเสมือน
5. ทำให้ทราบและวิเคราะห์ปัญหาการให้ความคุ้มครองสิทธิของและ ความรับผิดของบุคคลฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์และทรัพย์สินเสมือนที่พ้องมีต่อกัน
6. เสนอแนะแนวทางการให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลฝ่ายต่างๆ ในการให้บริการเกมออนไลน์และทรัพย์สินเสมือน และ แนวทางการจัดการปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดของบุคคลฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการเกมออนไลน์และทรัพย์สินเสมือนที่พ้องมีต่อกัน



## บทที่ 2

### ประวัติความเป็นมาของเกมออนไลน์ ลักษณะเฉพาะตัวของทรัพย์สินเสมือนและการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดในเกมออนไลน์

เกมออนไลน์ในปัจจุบันนั้น ได้รับความนิยมอย่างมาก ซึ่งใน 1 วันมีผู้เล่น เข้าเล่นเกมออนไลน์เป็นจำนวนมาก และสิ่งที่ได้รับความนิยมอย่างหนึ่งคือการซื้อขายทรัพย์สินในเกม ซึ่งในปี 2012 เฉพาะในตลาดประเทศสหรัฐอเมริกา มีมูลค่ามากกว่า 90,000 ล้านบาท<sup>1</sup> ซึ่งทรัพย์สินในเกมที่ซื้อขายกันนั้นมีชื่อว่า ทรัพย์สินเสมือน หรือ Virtual Goods

ทรัพย์สินเสมือนนั้นเป็นคำสองคำประกอบกันขึ้นมาคือคำว่า สินค้า และคำว่าเสมือน ซึ่งถ้าดูความหมายจากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน 2542 นั้น สินค้าจะหมายความว่า “สิ่งของที่ซื้อขายกัน” และเสมือน จะหมายความว่า “เหมือนกับ, เหมือนกัน, คล้ายคลึงกัน” ดังนั้นคำว่าทรัพย์สินเสมือนจะหมายความว่า “สิ่งที่สามารถซื้อขายกันได้เหมือนกับสินค้า” ซึ่งจากการที่ทรัพย์สินเสมือนสามารถซื้อขายได้เหมือนสินค้า แต่ไม่มีรูปร่างและเป็นเพียงข้อมูลคอมพิวเตอร์ทำให้มีปัญหาเรื่องการใช้หลักกฎหมายมาวิเคราะห์ถึง สิทธิและความรับผิดที่เกิดขึ้นของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินเสมือน ซึ่งในบทที่ 2 นี้ผู้วิจัยจะเขียนอธิบายถึงประวัติความเป็นมา และลักษณะเฉพาะการให้บริการเกมออนไลน์ และคุณลักษณะของทรัพย์สินเสมือน เพื่อให้เข้าใจรูปแบบการให้บริการเกมออนไลน์ เพื่อให้เข้าใจและใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์ถึงความรับผิดของบุคคลฝ่ายต่างๆในเกมออนไลน์ได้ต่อไป

#### 2.1 ความเป็นมาของโลกเสมือนและเกมออนไลน์

โลกเสมือนนั้นหมายถึงโลกที่ไม่มีอยู่จริงมนุษย์เป็นผู้กำหนดขึ้นมา ซึ่งมีมาอย่างยาวนานในประวัติศาสตร์ของมนุษย์ ซึ่งพบได้จากงานจิตรกรรม และงานวรรณกรรมต่าง ๆ รวมทั้งความเชื่อของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นความเชื่อเรื่องสิ่งศักดิ์สิทธิ์ ชีวิตหลังความตาย ซึ่งโลกเสมือนที่เห็นได้ชัดที่สุดคือนรก และ สวรรค์ ตามความเชื่อทางศาสนาต่าง ๆ ซึ่งนรกและสวรรค์นั้นจะเห็นได้ว่าเป็นโลกที่ไม่มีอยู่จริง ถูกสมมติขึ้นมาจากจินตนาการของมนุษย์ โดยสวรรค์จะมีแต่ความสวยงาม ผู้คนในนั้นจะมีแต่ความสุขผู้ที่จะได้ไปสู่สวรรค์นั้นจะต้องทำความดีตอนยังมีชีวิตอยู่เป็นมนุษย์ ส่วนนรกนั้นจะต่างกับสวรรค์เป็นโลกที่มีแต่ความทุกข์ทรมานต่าง ๆ ซึ่งเป็นการลงโทษผู้ที่ทำความชั่ว โดยมนุษย์ผู้ตกนรก

<sup>1</sup> Eric Eldon, "Us Virtual Goods Market to Hit \$2.9 Billion in 2012, with Facebook Games Maturing, Mobile Booming," [Online] Accessed: 2015 December 7. Available from: <http://techcrunch.com/2011/12/07/us-virtual-goods-market-to-hit-2-9-billion-in-2012-with-facebook-games-maturing-mobile-booming/>

จะเป็นพวกคนที่ทำความชั่วตอนมีชีวิตอยู่ โดยโลกเสมือนนั้นผู้วิจัยได้แบ่งออกเป็น 2 ยุค คือยุคของนวนิยายที่แสดงออกโดยตัวหนังสือ และยุคของภาพวาดที่แสดงออกโดยภาพเขียน หรือภาพเคลื่อนไหว

### 2.1.1 โลกเสมือนในงานวรรณกรรม

นวนิยายคลาสสิกที่แสดงออกถึงโลกเสมือนที่ดีที่สุดของวัฒนธรรมตะวันตกนั้น คือนวนิยาย อีเลียด และ โอดิสซีย์ ที่แต่งโดยโฮเมอร์ ซึ่งเป็นเรื่องราวเกี่ยวกับเทพปกรณัมของกรีก มีเทพเจ้า สงคราม อสูร สัตว์ประหลาด โดยคาดกันว่าได้ถูกแต่งขึ้นในช่วงราว 1194–1184 ปีก่อนคริสตกาล ซึ่งเป็นช่วงการเกิดสงครามเมืองทรอย<sup>2</sup> ส่วนนวนิยายคลาสสิกของวัฒนธรรมตะวันออกนั้น คือนวนิยายเรื่อง รามายณะ ของอินเดีย ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ สงครามระหว่าง มนุษย์ซึ่งเป็นร่างอวตารของเทพคือพระนารายณ์ กับเหล่ายักษ์ที่มีผู้นำคือทศกัณฐ์ โดยผู้แต่งนั้นสันนิษฐานว่าเป็น ฤๅษี ชื่อ ฤๅษีวาลมิกิ ซึ่งได้แต่งขึ้นในช่วงราว 500 ก่อนคริสตกาล<sup>3</sup> โดยนวนิยายเรื่องรามายณะนั้นได้รับความแพร่หลายเป็นอย่างมากในโลกตะวันออก รวมทั้งในประเทศไทยโดยได้เผยแพร่มาจากวัฒนธรรมของชาวฮินดูที่นับถือยกย่องพระมหากษัตริย์โดยถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นร่างอวตารหนึ่งของพระวิษณุ หรือพระนารายณ์ สำหรับประเทศไทยนั้นรามายณะนั้น ได้มีการละเล่นในรูปของละครหลวง ตั้งแต่ในสมัยอยุธยา แต่ก็ยังมีไม่ครบทุกตอน โดยรามเกียรติ์นั้น ได้ถูกรวบรวมและจัดทำขึ้นมาใหม่จนครบสมบูรณ์ในสมัยรัชกาลที่ 1 และนอกจากนี้ยังมีวรรณกรรมไทยอีกหลายเรื่อง que แสดงให้เห็นถึงโลกเสมือนที่อยู่ในจินตนาการของผู้ประพันธ์ ไม่ว่าจะเป็น พระอภัยมณี เงาะป่า ไกรทอง เป็นต้น

สำหรับโลกเสมือนในงานวรรณกรรมในปัจจุบันที่ได้รับความนิยม และเป็นแบบอย่างให้เกมออนไลน์ต่าง ๆ นำไปประยุกต์ใช้เป็นรูปแบบของเกมออนไลน์คือ งานวรรณกรรมเรื่อง The lord of the ring และ The Hobbit ของผู้แต่งคือ เจ อาร์ อาร์ โทคีนซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ ดินแดนในจินตนาการหรือโลกเสมือนที่ชื่อว่า มิดเดิลเอิร์ธโดยในดินแดนนี้มีเผ่าพันธุ์ที่อาศัยอยู่มากมายเช่น เอลฟ์ มนุษย์ ออร์ค พ่อมด คนแคระ โดยมีตัวร้ายคือจอมมารที่ชื่อว่าเซารอนได้สร้างแหวนเอกอำนาจขึ้นมา และต้องการครอบครองดินแดนมิดเดิลเอิร์ธจึงทำให้เกิดสงครามขึ้นซึ่งนวนิยายเรื่องนี้ได้แต่งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1937 – 1949 และตีพิมพ์เมื่อปี ค.ศ. 1954-1955 โดยได้แบ่งออกเป็น 3 ตอน สำหรับ สงครามระหว่างเอลฟ์ มนุษย์ พ่อมด ออร์คนั้น ซึ่งเกมออนไลน์ต่าง ๆ ได้นำเอาเนื้อเรื่องและลักษณะของตัว

<sup>2</sup> Graziosi Barbara, *Inventing Homer: The Early Reception of Epic* ( Cambridge University Press),page. 98–101

<sup>3</sup> Radhey Shyam Chaurasiya, *History of Ancient India: Earliest Times to 1000 A. D* (Atlantic Publishers and Distributors, 2002).page. 38

ละครในนวนิยายของ อาร์โทคีน เอามาทำเป็นต้นแบบตัวละครและเนื้อเรื่องเป็นจำนวนมากดังเช่นเกม World of Warcraft, Diablo เป็นต้น

### 2.1.2 โลกเสมือนในภาพยนตร์

ภาพยนตร์นั้นได้เริ่มต้นผลิตขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ.1889 โดยโทมัส อัลวา เอดิสัน โดยการนำเอา फिल्मยาวประมาณ 50 ฟุต วางพาดไปมา แล้วให้บุคคลที่ต้องการดูฟิล์ม ผ่านหลอดไฟโดยฟิล์มจะเคลื่อนที่ด้วยความเร็ว 48 ภาพ ต่อวินาที ซึ่งจากการคิดค้นของเอดิสันนี้เอง เป็นจุดกำเนิดของการสร้างภาพยนตร์ขึ้นมา สำหรับโลกเสมือนในภาพยนตร์นั้น จะเห็นได้เด่นชัดที่สุดจากภาพยนตร์การ์ตูนของวอล ดิสนีย์ โดยภาพยนตร์การ์ตูนเรื่อง มิกกี้ เม้าส์ ซึ่งออกฉายครั้งแรกในปี ค.ศ. 1928<sup>4</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นโลกเสมือนที่สัตว์ต่าง ๆ สามารถพูดได้ และมีการกระทำที่เหมือนมนุษย์ จากนั้นยังมีภาพยนตร์การ์ตูน อีกมากมายที่แสดงให้เห็นถึงโลกเสมือนในจินตนาการของผู้สร้าง ไม่ว่าจะเป็น แจ็คผู้ฆ่ายักษ์ พิณออคิโอ วินนี่เดอะพูห์ ทอยสตอรี เป็นต้น ส่วนโลกเสมือนที่แสดงออกผ่านภาพยนตร์นั้น เรื่องที่ได้แสดงออกถึงโลกเสมือนที่ชัดเจนได้แก่ภาพยนตร์เรื่อง เดอะเมทริกซ์ ที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างโลกจริงและโลกเสมือนที่สร้างโดยคอมพิวเตอร์ โดยตัวละครเมื่ออยู่ในโลกแห่งเมทริกซ์(โลกเสมือน) แล้วสามารถกระทำการบางอย่างที่เกินกว่ากฎฟิสิกส์ หรือขีดจำกัดของมนุษย์ที่จะทำได้ อีกทั้งยังสามารถเลือกทรัพย์สินเสมือนเช่นปืน หรืออาวุธต่าง ๆ ให้กับตัวละครได้ ซึ่งจากตัวอย่างของเรื่องเดอะเมทริกซ์นั้น จะมีลักษณะคล้ายโลกเสมือนในเกมคอมพิวเตอร์ที่จะได้กล่าวต่อไป

## 2.2 แนวคิดเกี่ยวกับเกมออนไลน์

### 2.2.1 ความหมายและประวัติของเกมออนไลน์

ความหมายของเกมออนไลน์ (Game online) นั้น มีคำศัพท์ 2 คำอยู่ในคำนี้คือคำว่า เกม ซึ่งเป็นคำย่อของวิดีโอเกม ซึ่งหมายถึง คือกิจกรรมการเล่นอย่างหนึ่ง ที่มีรูปแบบ โครงสร้าง และกติกาที่กำหนดไว้ให้แก่ผู้เล่นเพื่อให้ทุกคนดำเนินตามจุดประสงค์ของกิจกรรม นั้น ๆ โดยแสดงผลออกมาในรูปแบบ ของภาพผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์หรือเครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์<sup>5</sup> และคำว่า Online นั้น แปลว่า การให้บริการ หรือข้อมูลที่สามารถหาได้จากอินเทอร์เน็ต<sup>6</sup> ซึ่ง เมื่อนำคำว่าเกมมารวมกับคำว่า

<sup>4</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Mickey\\_Mouse\\_%28film\\_series%29](http://en.wikipedia.org/wiki/Mickey_Mouse_%28film_series%29)

<sup>5</sup> "Timeline History of Game Online ", [Online] Accessed: 2015 December 21. Available from: [http://web.archive.org/web/20090223095707/http://www.time.com/time/covers/1101050523/console\\_timeline/](http://web.archive.org/web/20090223095707/http://www.time.com/time/covers/1101050523/console_timeline/)

<sup>6</sup> Online (adj) = Online products, services, or information can be bought or used on the internet: Cambridge dictionaries online

ออนไลน์นั้นจะให้ความหมายของเกมออนไลน์คือ เกมที่ผู้เล่นสามารถเล่นผ่านระบบอินเทอร์เน็ต หรือ การเชื่อมต่อประเภทอื่นที่คล้ายกัน ซึ่งเกมออนไลน์นั้น ผู้เล่นสามารถมีปฏิสัมพันธ์คือการ สนทนา แลกเปลี่ยนสิ่งของ ให้ความร่วมมือ เป็นศัตรูสู้รบกัน ซึ่งเกมออนไลน์นั้นมีการได้รับความนิยมนอย่างมาก เนื่องจาก

1. การที่ผู้เล่นเกมสามารถมีปฏิสัมพันธ์กับผู้เล่นคนอื่น ทำให้ผู้เล่นเกมออนไลน์มีความสุขมากกว่า การเล่นเกมคนเดียว
2. เกมออนไลน์นั้นมีระบบ การแข่งขัน รวมทั้งมีกิจกรรมที่ผู้เล่นสามารถทำร่วมกันได้ อีกทั้งยังมีการ พัฒนารูปแบบ ของตัวเกม ทรัพย์สินเสมือนในเกมอยู่เสมอ ทำให้ผู้เล่นได้พบเจอกับประสบการณ์ใหม่ๆ อยู่ตลอดเวลา<sup>7</sup>

3. เกมออนไลน์มีระบบการแข่งขันและการจัดอันดับ ทำให้มีผู้เล่นรู้สึกอยากเอาชนะผู้เล่นอื่น ซึ่งวิดีโอเกมนั้นได้ถูกสร้างขึ้นครั้งแรกในช่วงสงครามเย็นเพื่อเป็นการใช้คอมพิวเตอร์จำลองการทำงาน ผลลัพธ์ของสงครามที่เกิดขึ้น และในปี ค.ศ. 1958 William Higinbotham ได้เปลี่ยนแปลงเส้นพื้นฐาน สองเส้นกับลูกบอลแดงได้ ให้กลายเป็น เกมที่สามารถความบันเทิงเชิงปฏิสัมพันธ์บนคอมพิวเตอร์ นั่นคือ เกม เทนนิสพอร์ทู โดยเกมคอมพิวเตอร์นั้นได้ถูกพัฒนาต่อมา เรื่อย ๆ ในช่วงสงครามเย็น เช่น จะเป็น เกมจำลองสงครามอวกาศอย่าง “Space wars” ที่สร้างโดยนักศึกษาของสถาบัน MIT โดยเกม คอมพิวเตอร์ในยุคเริ่มแรกนั้น เป็นเกมคอมพิวเตอร์ที่บุคคล หนึ่งหรือสองคน สามารถเล่นได้บนเครื่อง คอมพิวเตอร์แค่เครื่องเดียว โดยเมื่อคอมพิวเตอร์เริ่มเชื่อมต่อกันโดยระบบเครือข่าย ในปี ค.ศ. 1974 นักศึกษา MIT สามารถพัฒนาเกมที่สามารถเล่นโดยเชื่อมต่อกันระหว่างคอมพิวเตอร์ได้เป็นครั้งแรก<sup>8</sup> แต่เกมออนไลน์ที่ถือว่าเป็นต้นกำเนิดแห่งการสร้างโลกเสมือนนั้น ได้ถูกสร้างขึ้นในปี ค.ศ.1978 โดยมี รูปแบบการเล่นเป็นตัวอักษร โดยเป็นการจำลอง สิ่งของและสถานที่ขึ้นเป็นตัวอักษร และผู้เล่น สามารถเห็นสิ่งของของผู้เล่นอื่น รวมทั้งสามารถพูดคุยติดต่อกับผู้เล่นคนอื่นได้ด้วย<sup>9</sup> สำหรับ วิวัฒนาการของเกมออนไลน์นั้นผู้วิจัย ได้จัดแบ่งเกมออนไลน์ออกเป็น 4 ยุคคือ

<sup>7</sup>ปณณธร ชัชวรัตน์ และ ตลฤดี เพชรขำ, "ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการติดเกมในจังหวัดพะเยา " [ออนไลน์] เข้าถึง เมื่อ: 15 พฤศจิกายน 2557. แหล่งที่มา: <http://mis.bcnpy.ac.th/webapp/research/myfile/1-52.pdf>

<sup>8</sup> “Timeline History of Game Online”

<sup>9</sup>Greg lastowka, *Virtual Justice the New Laws of Online Worlds* (Yale University Press, 2010). page

### 1. ยุคก่อนมีเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (ระหว่างปีค.ศ. 1970 - ปี ค.ศ.1995)

เกมออนไลน์ในยุคนี้จะทำงานอยู่บนระบบเครือข่ายแบบปิด เช่นเครือข่าย ARPANET โดยเกมออนไลน์ในยุคแรก จะแสดงผลในรูปแบบของตัวอักษร เช่นเกม MUD หรือ LamdaMOO โดยมีเกมออนไลน์ที่ให้บริการทางการค้าเป็นครั้งแรก ในปี ค.ศ. 1985 ชื่อเกม Island of Kesmai ซึ่งทำงานบนเครื่องคอมพิวเตอร์ Mainframe โดยสามารถรองรับผู้เล่นได้สูงสุดถึง 100 คน<sup>10</sup> และในปี ค.ศ. 1991 เกมออนไลน์ Never winter Nights สามารถแสดงผลในรูปแบบของรูปภาพได้เป็นเกมแรก โดยมีการคิดค่าบริการเล่นเกม 6 เหรียญสหรัฐต่อชั่วโมง โดยเกมออนไลน์ในยุคนี้ ยังไม่มีการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนทรัพย์สินเสมือนกันในเกม

### 2. ยุคเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเริ่มแรก (ระหว่างปี ค.ศ.1995 - ปี ค.ศ. 2000)

เมื่อเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเริ่มเข้าถึงบุคคลทั่วไปอย่างแพร่หลายเพิ่มมากขึ้น เกมออนไลน์ในยุคนี้ก็ได้พัฒนาเพิ่มมากขึ้น ทั้งในด้านการแสดงผล จากที่เคยแสดงผลในรูปแบบของ ตัวอักษร เป็นรูปแบบของรูปภาพที่สวยงามมากขึ้น สองมิติ และสามมิติ และมีการเล่นที่ซับซ้อนมากกว่าเกมออนไลน์ในยุคแรกตามความสามารถของคอมพิวเตอร์ที่เพิ่มมากขึ้นโดย เกม Meridian 59 เป็นเกมออนไลน์แรกที่สามารถเล่นได้บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยมีการแสดงผลเป็นภาพสามมิติ เกมออนไลน์ในยุคนี้ที่มีชื่อเสียงเช่น Ultima Online, หรือ EverQuest, เป็นต้น สำหรับเกมออนไลน์ในยุคนี้ เริ่มมีการครอบครองทรัพย์สินเสมือนและการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินเสมือนเกิดขึ้น แต่ยังไม่แพร่หลายนัก

### 3. ยุคเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในยุคที่ 2 (ระหว่างปี ค.ศ.2000 - ปี ค.ศ. 2005)

หลังจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ตได้แพร่หลายอย่างมากในหมู่บุคคลทั่วไป เกมออนไลน์ในยุคนี้ก็สามารถเข้าถึงบุคคลต่าง ๆ ได้เพิ่มมากขึ้นเป็นอย่างมาก เกมออนไลน์ในยุคนี้ได้พัฒนาไปอย่างมากทั้งรูปแบบการแสดงผลที่สวยงามเพิ่มมากขึ้น รูปแบบการเล่นที่มีความซับซ้อนเพิ่มมากขึ้น เช่นการที่ผู้เล่นสามารถช่วยกันเล่นเกม ทำภารกิจต่าง ๆ หรือรวมกันเป็นกลุ่มได้ นอกจากนี้เกมออนไลน์ในยุคนี้ยังได้มีการพัฒนาระบบเศรษฐกิจในเกมออนไลน์ โดยให้ผู้เล่นเกมออนไลน์สามารถแลกเปลี่ยนซื้อขายทรัพย์สินเสมือนที่ตน หรือตัวละครที่อยู่ในเกมออนไลน์มีความครอบครองอยู่ การคิดค่าบริการเกมออนไลน์ในยุคนี้ผู้ให้บริการยังคิดค่าบริการจากค่าชั่วโมงการเล่นเกมออนไลน์ สำหรับเกมออนไลน์ในยุคนี้ที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมากได้แก่ Diablo 2 ,Ragnarok ซึ่งจากการที่มีการซื้อขายทรัพย์สิน

<sup>10</sup> Raph Koster, "The Online World Timeline," [Online] Accessed: 2015 October 13. Available from: <http://www.raphkoster.com/games/the-online-world-timeline/>

เสมือนเป็นอย่างมากในยุคนี้ เริ่มทำให้คนในสังคมเริ่มตั้งคำถาม ถึงประเด็นเรื่องทรัพย์สินเสมือน ว่ามีสถานะเป็นอย่างไร

#### 4. เกมออนไลน์ในยุคปัจจุบัน (ระหว่างปี ค.ศ 2005 – ปัจจุบัน)

เกมออนไลน์ยุคใหม่นั้น ได้มีรูปแบบการเล่น ที่ซับซ้อนเป็นอย่างมาก มีสังคม มีระบบเศรษฐกิจที่ใหญ่ขึ้น รวมทั้งถึงการแสดงผลของเกมที่กำลังก้าวหน้าไปอย่างมาก สามารถแสดงผล ในรูปแบบสามมิติได้เหมือนจริง เกมออนไลน์ที่ประสบความสำเร็จเป็นอย่างมากคือ EverQuest II และ World of Warcraft (WoW) การคิดค่าบริการของผู้ให้บริการเกมออนไลน์เริ่มมีการเปลี่ยนวิธีคิดค่าบริการจากคิดตามชั่วโมงการเล่น เป็นการเปิดให้เล่นฟรี แต่ผู้ให้บริการจะมีรายได้จากการขายทรัพย์สินเสมือนที่มีความพิเศษมากกว่าทรัพย์สินเสมือนที่หาได้ในเกม นอกจากนี้ เกมออนไลน์ในยุคนี้เริ่มมีการเปลี่ยนจากการให้บริการบนเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลไปสู่การให้บริการบนโทรศัพท์มือถือด้วย ซึ่งจากการที่เกมออนไลน์ในยุคปัจจุบันได้รับความนิยมเป็นอย่างมากและมีความซับซ้อนทั้งในรูปแบบการเล่น และระบบเศรษฐกิจ ทำให้เกิดปัญหากฎหมายตามมาเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง สิทธิในทรัพย์สินเสมือน ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ความรับผิดชอบจากการเล่นเกม ซึ่งผู้วิจัยจะได้ทำการวิเคราะห์ในบทต่อไป

#### 2.2.2 ประเภทของเกมออนไลน์

สำหรับประเภทของเกมออนไลน์ที่ให้บริการทรัพย์สินเสมือนในเกมนั้น เกมออนไลน์ประเภทนี้จะเป็นเกมประเภทที่สามารถติดต่อกับบุคคลอื่นเวลาเล่นเกมหรือใช้งานได้ ซึ่งในต่างประเทศเรียกเกมออนไลน์ประเภทนี้ว่า MMO (Massive Multiplayer Online) โดยสามารถแบ่งเป็น 3 ประเภทหลักๆ ตามรูปแบบการติดตั้งดังนี้<sup>11</sup>

1. Browse MMOs คือเกมออนไลน์ ที่ให้บริการโดยผ่านทางเว็บไซต์ Browse หรือผ่านทางหน้าเว็บไซต์ โดยผู้เล่นเกมไม่จำเป็นต้องติดตั้ง เกมออนไลน์ลง บนเครื่องคอมพิวเตอร์ของตนเอง ผู้เล่นเพียงเข้าใช้งานเกมออนไลน์ผ่านทาง Browse และเข้าใช้งาน เว็บไซต์ที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ หรือเข้าใช้งานผ่านทาง แอปพลิเคชัน เช่น เฟสบุ๊ก โดยตัวเกมดังกล่าวอาจให้บริการผ่านทาง เว็บไซต์สังคมออนไลน์ โดยข้อมูลของผู้เล่นทั้งหมดนั้น จะเก็บอยู่บน Server ของผู้ให้บริการเท่านั้น เกมออนไลน์ประเภทนี้มักมีขนาดเล็กและภาพ กราฟิก ที่ไม่สวยงามมากนัก บางเกมอาจเป็นเพียงแค่ตัวเลขแสดง

<sup>11</sup> Game Genetics, "Mmo of the Year 2013 Categories," [Online] Accessed: 2015 October 22. Available from: <http://www.mmooftheyear.com/categories>

ให้เห็น โดยไม่มีการแสดงผลเป็นภาพกราฟิกที่สวยงาม เกมประเภทนี้ที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก ได้แก่ Travian, Super poke pet, Farm Ville, แอปป์คนเลี้ยงหมู เป็นต้น

2. Download MMOs เป็นเกมออนไลน์ที่ ผู้เล่นต้องติดตั้งเกมออนไลน์ ลงบนเครื่องคอมพิวเตอร์ของตนเอง ก่อนที่จะทำการ เชื่อมต่อข้อมูลกับ Server ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ โดยข้อมูลในการเล่น เกมส่วนหนึ่งจะเก็บอยู่บนเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้เล่น และอีกส่วนหนึ่งที่เป็น ข้อมูลประเภท ตัวละคร ทรัพย์สินเสมือน หรือเงินเสมือน จะถูกเก็บอยู่บน server ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ การเข้าใช้งาน เกมออนไลน์ประเภทนี้สามารถใช้งานได้ทั้งแบบเชื่อมต่อกับ Server ของผู้ให้บริการ และ ไม่ได้เชื่อมต่อกับผู้ให้บริการ ซึ่งถ้าหากผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่ได้เชื่อมต่อกับผู้ให้บริการ ข้อมูลทั้งหมดจะถูก เก็บอยู่บนเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้เล่น แต่ทั้งนี้ การเล่นเกมแบบไม่เชื่อมต่อกับ Server ของผู้ ให้บริการนั้น ข้อมูลต่าง ๆ จะแยกออกจากการเล่นเกมแบบประเภทเชื่อมต่อกับผู้ให้บริการโดยสิ้นเชิง เกมออนไลน์ประเภทนี้มักมีภาพกราฟิกที่สวยงามเพราะข้อมูลที่ต้องใช้แสดงผล ได้ถูกติดตั้งลงบน คอมพิวเตอร์ของผู้ใช้งาน จะมีแค่ข้อมูล ประเภทที่เป็นค่าความสามารถของตัวละคร หรือค่าเกี่ยวกับ ทรัพย์สินเสมือนและเงินเสมือนเท่านั้น ที่ถูกส่งข้อมูลไปประมวลผลที่ server ของผู้ให้บริการเกม ออนไลน์ เกมออนไลน์ประเภทนี้ที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก ได้แก่ Ragnarok Online ,World Of Warcraft, World of Tank เป็นต้น

3. Mobile MMOs เป็นเกมออนไลน์รูปแบบใหม่ ที่พัฒนามาพร้อมกับเทคโนโลยี smartphone ที่ โทรศัพท์มือถือทำงาน เหมือนเครื่องคอมพิวเตอร์ ลักษณะเกมออนไลน์ประเภทนี้จะมีการ ติดตั้งและส่งผ่านข้อมูลเหมือนเกมออนไลน์ประเภท Download MMOs แต่เปลี่ยนจากการติดตั้งตัว เกมออนไลน์บนเครื่องคอมพิวเตอร์มาติดตั้งเกมออนไลน์อยู่บนโทรศัพท์มือถือเท่านั้น สำหรับเกม ออนไลน์ที่ได้รับความนิยมอย่างมากในประเทศไทยคือ เกมออนไลน์ที่ให้บริการโดยบริษัท Line เช่น Line cookie RUN, Line Ranger เป็นต้น

นอกจากนี้เกมออนไลน์ ถ้าหากแบ่งตามประเภทของรูปแบบการเล่น สามารถแบ่งประเภทได้ดังนี้<sup>12</sup>

1. MMORPG (Massive Multiplayer Online Role Play Game) เป็นเกมออนไลน์ประเภท ที่ให้ผู้เล่นสามารถกำหนดตัวละครในโลกเสมือน และทำภารกิจต่าง ๆ ที่เกมกำหนดให้สำเร็จโดยเกมจะมีการดำเนินเรื่องไปเรื่อย ๆตามเวลาที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเกมออนไลน์ประเภทนี้เป็นเกมออนไลน์ที่ ได้รับความนิยมมากที่สุดและผู้เล่นใช้เงินสูงสุดในการเล่นด้วย เกมประเภทนี้ได้แก่ Ragnarok Online, World of Warcraft

<sup>12</sup> พิจรงรอง งามสูตร, การกำกับดูแลเนื้อหาอินเทอร์เน็ต (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ศึกษานโยบายสื่อ คณະนิเทศ ศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า. 361-406

2. MMOFPS (Massively multiplayer online first-person shooter game) เป็นเกมออนไลน์ประเภทเดินยิงโดยมีมุมมองเป็นบุคคล ที่หนึ่งหรือตัวผู้เล่นเอง โดยเนื้อหาของเกมออนไลน์ประเภทนี้มักเป็นเรื่องเกี่ยวกับการทหาร การต่อต้านการก่อการร้าย เป็นต้น โดยเกมออนไลน์ประเภทนี้มีเกมที่ได้รับความนิยมอย่างมากในประเทศไทยคือ SF หรือ Special Force หรือ เกม Battle Field 4 เป็นต้น
3. MMORTS (Massively multiplayer online real-time strategy game) เป็นเกมออนไลน์ที่เนื้อหาเป็น การที่ผู้เล่นสมมติตนเองเป็นพระราชา หรือแม่ทัพ ทำหน้าที่การสร้างกองทัพ และควบคุมวางแผนการรบให้ชนะผู้เล่นคนอื่น เกมประเภทนี้ ที่มีชื่อเสียงเป็นอย่างมากได้แก่ War Craft , Star Craft , Travian เป็นต้น
4. MMOTBS (Massively multiplayer online Turn Base Strategy Games) เป็นเกมออนไลน์ประเภทที่ ผู้เล่นเกม สามารถสร้างตัวละคร หรือกองทัพมาต่อสู้กัน โดยการต่อสู้กันนั้นผู้เล่นแต่ละฝ่ายจะเป็นฝ่ายสลับกันโจมตี เมื่อมีการกดปุ่มโจมตี ระบบจะประมวลผล ค่าความสามารถของตัวละครแต่ละฝ่าย แล้วออกมาเป็นค่าการโจมตี ซึ่งเมื่อผู้เล่นฝ่ายใดโจมตีแล้ว ในเวลาต่อไปผู้เล่นคนนั้นจะกลับเป็นฝ่ายตั้งรับ และจะทำสลับไปเรื่อย ๆ จนกว่าจะมีผู้เล่นฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดชนะ
5. MMO Simulations เป็นเกมออนไลน์ประเภทที่ทำการจำลองสิ่งใดสิ่งหนึ่ง หรือโลกใดโลกหนึ่งที่เป็นเหมือนจริง เช่น Train Simulations เป็นการจำลองการสร้างรถไฟ และการจำลองการเป็นผู้บังคับรถไฟ หรือจำลองให้ผู้เล่นสมมติเป็น ทหารในสมัยสงครามโลก เป็นต้น เกมประเภทนี้ได้แก่เกม *War Thunder, Motor City Online, The Sims Online,*
6. MMO Sport เป็นเกมออนไลน์ที่ผู้เล่นจะสมมติตัวเองเป็นนักกีฬา หรือเป็นเกมออนไลน์ที่เกี่ยวกับการแข่งขันกีฬา เกมออนไลน์ประเภทนี้ได้รับความนิยม ได้แก่ FIFA Online, Pangya เป็นต้น
7. MMO Racing เป็นเกมออนไลน์ประเภทที่ผู้เล่นต้องเข้าแข่งขัน ความเร็ว หรือแข่งกีฬาประเภทความเร็วเช่น แข่งรถ แข่งเจ็ตสกี เป็นต้น
8. MMO Casual เป็นเกมออนไลน์ที่ผู้เล่นเล่นเป็นครั้งคราว เกมประเภทนี้มักจบในเวลา และมักไม่มีทรัพย์สินเสมือนในเกมนานัก เกมประเภทนี้จะมีการเล่นอย่างง่าย และผู้เล่นสามารถใช้เวลาในการเล่นไม่เยอะมากในการเล่นแต่ละครั้ง เกมออนไลน์ประเภทนี้ที่รู้จักกันดีเช่น Line เกมเศรษฐี, หมากฮอส เป็นต้น
9. Social เป็นเกมออนไลน์ประเภทที่เกมจะสร้างโลกเสมือน (Virtual World) ขึ้นมาโดยผู้เล่นจะมี ตัวละครสมมติ (Avatar) เป็นบุคคลในโลกเสมือนนั้น โดยในโลกเสมือนนั้นจะมีระบบเศรษฐกิจ เหมือนกับโลกจริง มีการซื้อขายทรัพย์สินเสมือน กันได้ ซึ่งเกมออนไลน์ประเภทนี้ก็เป็นอีกประเภทหนึ่งที่ผู้เล่น



เกมจะใช้เวลา และใช้เงินในการซื้อทรัพย์สินเสมือนเป็นจำนวนมาก เกมออนไลน์ประเภทนี้ที่มีชื่อเสียงมาก ได้แก่ เกม Second Life

ในปี ค.ศ.2008 ได้มีการเริ่มเข้ามาของโทรศัพท์ smart phone โดยโทรศัพท์ smart phone นั้นเป็นโทรศัพท์ที่สามารถทำงานได้ใกล้เคียงกับเครื่องคอมพิวเตอร์โดยสามารถ ติดตั้งโปรแกรมเพิ่มเติมจากผู้ผลิตโปรแกรมอื่นได้นอกเหนือจากโปรแกรมที่ติดตั้งมากับโทรศัพท์ โดยตลาดของ Smart Phone ได้ขยายตัวอย่างรวดเร็วโดยในปี ค.ศ. 2013 นั้นมียอดผู้ใช้งาน Smart Phone ทั่วโลกถึง 1,500 ล้านคน และในประเทศไทย มีผู้ใช้งาน Smart Phone ถึง 22 ล้านคน<sup>13</sup> ซึ่งเกมนั้นได้เข้ามาสู่ Smart Phone มากขึ้น และระบบจัดเก็บค่าบริการของเกมออนไลน์ที่ให้บริการบน Smart Phone ได้เปลี่ยนจากระบบซื้อสิทธิในการเล่นเกมออนไลน์แบบครั้งเดียว มาเป็นให้ผู้เล่นสามารถเล่นได้ฟรี แต่ถ้าอยากได้ความพิเศษ ของเกมเช่นความสามารถของตัวละคร สัตว์เลี้ยง รูปแบบตัวละคร ผู้เล่นเกมจะต้องใช้เงินซื้อความสามารถเหล่านั้น โดยเกมที่ใช้วิธีการหารายได้จากการขายสินค้าในเกม นั้น ในขณะนี้ไม่จำกัดอยู่แต่เพียงเกมออนไลน์เท่านั้น แต่ยังแพร่กระจายไปสู่เกมประเภทที่ไม่ออนไลน์ด้วย โดยบางเกมอาจมีการจัดอันดับคะแนนของผู้เล่นประจำสัปดาห์ เพื่อให้เกิดการแข่งขัน และเกิดความรู้อีกอยากเอาชนะของมนุษย์เกิดขึ้น เพื่อทางผู้ผลิตเกมจะได้ขายสินค้าในเกมให้ได้เงินที่มากขึ้น เกมประเภทที่กล่าวมานี้ที่เห็นได้ชัดสุด คือเกมให้บริการโดยบริษัท LINE Corporation. ของประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น

### 2.2.3 การเข้ามาของเกมออนไลน์ในประเทศไทย

เกมออนไลน์ในประเทศไทยนั้นเริ่มมีเข้ามาหลังยุคการเจริญเติบโตของอินเทอร์เน็ตไม่นาน โดยอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยนั้นได้เริ่มใช้งานเชิงพาณิชย์ครั้งแรกในปี ค.ศ.1995 โดยความร่วมมือของ รัฐวิสาหกิจ 3 แห่ง คือ การสื่อสารแห่งประเทศไทย องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย และสำนักงานส่งเสริมวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) โดยให้บริการในนาม บริษัท อินเทอร์เน็ต ประเทศไทย (Internet Thailand) เป็นผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต เชิงพาณิชย์รายแรกของประเทศไทย<sup>14</sup> โดยมีความเร็วให้บริการเริ่มแรกที่ 9.6 Kbps โดยมีราคาสูงถึง 15000 บาทต่อเดือน<sup>15</sup> ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงเพิ่มขึ้นซึ่งมาพร้อมกับราคาที่ถูกลง จนในปัจจุบัน ความเร็ว

<sup>13</sup> Thammasat Business School, "มูลค่าของ เว็บไซต์เพื่อการรับชม และเผยแพร่วิดีโอที่มีต่อระบบเศรษฐกิจไทย," [Online] Accessed: 21 August 2016. Available from:

[www.conc.tbs.tu.ac.th/userfiles/files/research/Report\\_in\\_Thai.pdf](http://www.conc.tbs.tu.ac.th/userfiles/files/research/Report_in_Thai.pdf)

<sup>14</sup> ประเมศวร์ กุมารบุญ, "อินเทอร์เน็ต ในประเทศไทย พ.ศ. 2550," [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ: 22 ตุลาคม 2557. แหล่งที่มา: <http://www.manager.co.th/Telecom/ViewNews.aspx?NewsID=950000067518>

<sup>15</sup> Sirin Palasri, Steven Huter, and Zita Wenzel, *The History of the Internet in Thailand 1999* (University of Oregon Books ).Page 35

อยู่ที่ 30 Mbps ที่ราคาประมาณ 1000 บาทต่อเดือนทำให้เกมออนไลน์ที่ต้องการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ตนั้นได้รับความนิยมเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก โดยเกมออนไลน์ในช่วงแรกที่เข้ามาในประเทศไทยนั้นยังเป็นเกมที่สามารถเล่นจบในครั้งเดียว เช่น StarCraft, Counter-Strike , Command & Conquer: Red Alert เป็นต้น ซึ่งเกมในกลุ่มดังกล่าวได้เข้ามาในช่วงปี 1999-2000 แต่เกมออนไลน์ที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในช่วงปี 2000 คือเกม Ragnarok Online ซึ่งนำเข้ามาโดย บริษัทเอเชียซอฟท์จำกัดมหาชน ซึ่งเปิดให้บริการในประเทศไทยครั้งแรกในปี ค.ศ. 2002 โดยเกม Ragnarok Online เป็นเกมประเภท MMORPG ซึ่งทำให้ผู้เล่นสามารถพบปะ และมีปฏิสัมพันธ์กับผู้เล่นอื่นได้หลากหลายอย่างอิสระ การเล่นเกม Ragnarok Online ผู้เล่นจะต้องเลือกที่จะเล่นเป็นตัวละครอาชีพต่าง ๆ (role-playing) ซึ่งตัวละครแต่ละอาชีพจะมีความสามารถ และจุดเด่นจุดด้อยแตกต่างกันไป มีทั้งสายอาชีพที่สามารถเอาตัวรอดด้วยตัวเองได้ และสายอาชีพที่มีความสามารถที่จะช่วยเหลือผู้เล่นอื่น พื้นฐานโดยทั่วไปของการเล่นเกมคือการกำจัดสัตว์ประหลาดเพื่อสะสมไอเทม และได้รับค่าประสบการณ์ เพื่อนำมาพัฒนาความสามารถ หรือพัฒนาความสามารถของตนให้สูงขึ้น<sup>16</sup>ซึ่งเกม Ragnarok Online ได้รับความนิยมอย่างมากโดยมี บัญชีผู้เล่นในประเทศไทยสูงสุดถึง 1 ล้าน บัญชี หลังจากเกม Ragnarok Online ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก ได้มีผู้ประกอบการนำเข้ามาเปิดให้บริการในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก โดยในปัจจุบัน ได้มีผู้ประกอบการเกมออนไลน์ถึง 33 ราย และมีเกมออนไลน์ให้บริการกว่า 100 เกม<sup>17</sup> โดยยังไม่รวมเกมออนไลน์ที่มีผู้ให้บริการอยู่ที่ต่างประเทศ ซึ่งผู้เล่นในประเทศไทยสามารถเข้าใช้งานได้โดยอาจชำระค่าบริการผ่านกระบวนการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่นเกม World of Warcraft ของบริษัท Blizzard เป็นต้น<sup>18</sup>

สำหรับการให้บริการเกมออนไลน์นั้น ในยุคเริ่มแรกผู้ให้บริการจะคิดค่าบริการจากจำนวนชั่วโมงที่เข้าใช้งานในเกมออนไลน์ หรืออาจจ่ายตอนที่ซื้อเกมครั้งแรกครั้งเดียว มาเป็นระบบให้ผู้เล่นเล่นฟรี แต่ถ้าผู้เล่นอยากได้ความพิเศษที่เหนือกว่าผู้เล่นอื่น ผู้เล่นคนนั้นจะต้องจ่ายเงินในการซื้อสินค้าในเกม ไม่ว่าจะเป็นอาวุธ เครื่องแต่งกาย สัตว์เลี้ยง เป็นต้น ซึ่งหลังจากเปลี่ยนระบบจัดเก็บค่าบริการเกมออนไลน์มาเป็นระบบให้เล่นฟรี แต่ขายความพิเศษของผู้เล่นแทนแล้วนั้น รายได้ของบริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์กลับสูงขึ้นเป็นอย่างมาก เพราะว่า ธรรมชาติของมนุษย์เป็นสิ่งที่ชีวิตที่มีนิสัยชอบเอาชนะและต้องการที่จะเหนือกว่าผู้อื่น เมื่อมีผู้เล่นจำนวนมากขึ้น ก็จะมีผู้เล่นจำนวนหนึ่งใช้เงินซื้อสินค้าที่ผู้ให้บริการ เกมนำเอามาขายให้ เพราะจะได้ชนะเหนือกว่าผู้เล่นคนอื่น เกมประเภทที่ผู้

<sup>16</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Ragnarok\\_Online](http://en.wikipedia.org/wiki/Ragnarok_Online)

<sup>17</sup> “รายชื่อเกมในประเทศไทย” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ: 21 สิงหาคม 2558. แหล่งที่มา: <http://www.gameded.com/listgameonline/รายชื่อเกมในประเทศไทย.html>

<sup>18</sup> <http://sea.blizzard.com/en-sg/>

ให้บริการและขายสินค้าในเกมให้แก่ผู้เล่น ถ้าจะได้ผลดีที่สุด ต้องมีการจัดอันดับผู้เล่น ว่าผู้เล่นอยู่อันดับที่เท่าไร เพื่อให้เกิดการแข่งขัน และถ้าไม่ซื้อสินค้าในเกม ต่อให้ทุ่มเทเวลาหรือผู้เล่นมีฝีมือมากเท่าไร ก็ไม่อาจขึ้นสู่อันดับต้นๆของเกมได้จึงทำให้รายได้ของเกมออนไลน์ที่เปิดให้เล่นฟรีแต่ขายสินค้าและสิทธิพิเศษในเกมโดยมีการจัดอันดับของผู้เล่นสูงขึ้นอย่างมากเมื่อเทียบกับการคิดรายได้ของเกมออนไลน์แบบเดิมคือ การคิดรายได้จากชั่วโมงการเล่น<sup>19</sup>

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ จะเห็นได้ว่าตลาดสินค้าในเกมและโลกออนไลน์และโลกอินเทอร์เน็ตมีการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว และในประเทศไทยนั้นมีการซื้อขายสินค้านี้มีมากกว่า 10 ปี ตั้งแต่ยุคของเกมออนไลน์ Ragnarok โดยสินค้าในเกมเหล่านั้น มีชื่อเรียกว่า ทรัพย์สินเสมือน เพราะเป็นสินค้าที่ไม่มีตัวตนในโลกจริง มีแต่ตัวตนและใช้งานได้ในโลกของคอมพิวเตอร์เท่านั้น ซึ่งผู้วิจัยจะกล่าวถึงความหมายของทรัพย์สินเสมือนคุณลักษณะ และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในหัวข้อต่อไป

## 2.3 ความหมายและคุณลักษณะของทรัพย์สินเสมือน

คำว่าทรัพย์สินเสมือน หรือในภาษาอังกฤษที่เรียกว่า virtual property เป็นคำใหม่ที่เริ่มมีการใช้เมื่อไม่นานมานี้โดยเกิดจากการนำคำสองคำมารวมกัน ซึ่งก็คือคำว่า ทรัพย์สิน และคำว่าเสมือน ถ้าหากเปิดพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 นั้น จะพบว่า คำว่าทรัพย์สินนั้นหมายความว่า “วัตถุทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคา และอาจถือเอาได้” และคำว่าเสมือนนั้นหมายความว่า เหมือนกับ, เหมือนกัน, คล้ายคลึงกัน ซึ่งคำว่าเสมือนนั้นเป็นคำวิเศษ คือทำหน้าที่ขยายทรัพย์สิน ดังนั้นทรัพย์สินเสมือนจึงหมายความว่า สิ่งที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับทรัพย์สิน โดยในภาษาอังกฤษนั้นคำว่า Property มาหาความหมายตามพจนานุกรม Cambridge dictionary ได้คำแปลว่า “an object or objects that belong to someone” ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยได้คือ สิ่งของที่มีบุคคลครอบครองเป็นเจ้าของ และเมื่อนำคำว่า object แล้วพบว่า คำว่า Object มีความหมายคือ “a thing that you can see or touch but that is not usually a living animal, plant, or person” ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยได้คือ สิ่งที่สามารถเห็นหรือจับต้องได้ แต่ไม่ใช่ สัตว์ที่มีชีวิต พืช หรือบุคคล และเมื่อดูคำว่า virtual นั้น พจนานุกรม ฉบับ Cambridge ได้ให้ความหมายเหมือนภาษาไทยคือ “almost a particular thing or quality” คือเกือบจะเป็นสิ่งของหรือจำนวนโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งเมื่อเอารวมความหมายนั้นแปลได้ว่า สิ่งที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับสิ่งจับต้องได้โดยผู้คนสามารถมีความเป็นเจ้าของได้ ซึ่งถ้าหากมองความหมายทรัพย์สินเสมือน ตามความหมายนี้ ทรัพย์สินเสมือนนั้น จะรวมถึงสิ่งที่ไม่รูปร่างที่สามารถนำมาซื้อขายได้ทั้งหมด ซึ่งก็หมายรวมถึงสิทธิต่าง ๆ เช่นสิทธิการเช่า หรือแม้แต่

<sup>19</sup>ธีระรัตน์ จีระวัฒนา, "การประกันภัยสิ่งของในเกมออนไลน์ : ความเป็นไปได้ และประเด็นตามกฎหมายไทย" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 42, ฉบับที่ 2 (2556). หน้า 276-279

ทรัพย์สินทางปัญญาด้วย ซึ่งก็ไม่น่าถกเถียงเพราะทรัพย์สินเสมือน จะมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจาก สิทธิต่าง ๆ เช่นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งความแตกต่างระหว่างทรัพย์สินเสมือนกับสิทธิต่าง ๆ นั้น ผู้วิจัยจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

### 2.3.1 ลักษณะและคุณลักษณะเฉพาะของทรัพย์สินเสมือน

เมื่อเกมออนไลน์ได้มีการพัฒนาเพิ่มมากขึ้น และผู้เล่นเกมออนไลน์สามารถที่จะครอบครอง ทรัพย์สินเสมือนในเกม ออนไลน์ได้ โดยคุณสมบัติเฉพาะตัวของทรัพย์สินเสมือนนั้น ได้มีผู้พยายามหา ลักษณะเฉพาะตัว เพื่อที่จะใช้อธิบายความหมายและลักษณะของทรัพย์สินเสมือน Fairfield โดยในปี ค.ศ.2005 ได้ศึกษาและอธิบายคุณสมบัติของทรัพย์สินเสมือนไว้ 3 ข้อดังนี้<sup>20</sup>

#### 1. การกีดกันผู้อื่นไม่ให้ใช้งาน (Rivalry)

ทรัพย์สินเสมือนนั้น มีลักษณะอย่างหนึ่งที่มีความเหมือนกับทรัพย์สินประเภททั่วไป คือลักษณะ ที่ผู้ที่ครอบครองทรัพย์สินนั้น สามารถ มีการครอบครองได้เพียงคนเดียว เช่น โทรศัพท์มือถือที่นาย ก. เป็นเจ้าของ จะไม่มีบุคคลอื่นที่สามารถครอบครองโทรศัพท์มือถือเครื่องที่นาย ก. เป็นเจ้าของได้อีก ซึ่ง ในทรัพย์สินเสมือนนั้น เมื่อเราทำการครอบครอง ดาบที่อยู่ในโลกเสมือนแล้ว ดาบชิ้นเดียวกันจะไม่ถูก ครอบครองโดยบุคคลอื่นอีก ซึ่งคุณสมบัติเรื่องการกีดกันไม่ให้ผู้อื่นใช้งานนั้น จะไม่พบในทรัพย์สิน ประเภททรัพย์สินทางปัญญา เช่นลิขสิทธิ์หรือสิทธิบัตร ที่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา อาจมอบ สิทธิในทรัพย์สินนั้นให้ผู้อื่นครอบครองหรือใช้งานได้หลายคน ตัวอย่างเช่นลิขสิทธิ์ในภาพยนตร์ ที่ผู้ ครอบครองหรือเจ้าของสิทธิสามารถทำซ้ำภาพยนตร์เรื่องดังกล่าวไปให้ผู้อื่นต่อได้ เป็นต้น

#### 2. การมีลักษณะที่คงทน (Persistence)

การมีลักษณะที่คงทนนั้นเป็นคุณสมบัติอย่างหนึ่งของทรัพย์สินประเภทที่มีรูปร่าง คือการที่ มันสามารถคงรูปอยู่ได้แม้ไม่ได้มีการใช้งาน เช่นปากกา แม้ว่าเราจะเก็บเอาไว้ไม่ได้ใช้งานก็ยังคงรูปร่าง เป็นปากกาได้ ซึ่งแตกต่างกับทรัพย์สินทางปัญญาเช่น เพลง ซึ่งเพลงนั้น จะยังคงมีอยู่ได้ ตรวจจับที่ เสียงเพลง ยังคงมีและถูกส่งผ่านไปยังสมองของเรา แต่พอเพลงถูกปิด เพลงจะกลายเป็นเพียงการ ปกป้องทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น ซึ่งไม่อาจมีตัวตนที่จับต้องได้ โดยทรัพย์สินเสมือนนั้น มีคุณสมบัติ เรื่องความคงทนถาวรอยู่ เพราะว่าถึงแม้ว่าเราจะเลิกเล่นเกม หรือทำการปิดเครื่องคอมพิวเตอร์แล้ว ทรัพย์สินเสมือนเช่นดาบหรือตัวละครในเกมออนไลน์ก็ยังคงมีอยู่ ไม่ได้สูญหายไปไหน

<sup>20</sup> Fairfield Joshua, "Virtual Property," *Boston University Law Review* 85(2005). Page 1047–1102.

### 3. ความสามารถในการเชื่อมโยงกัน (Interconnectivity)

ความสามารถในการเชื่อมโยงกันนั้นเป็นลักษณะอีกอย่างหนึ่งของทรัพย์สินทั่วไป คือการที่ทรัพย์สินชิ้นหนึ่งสามารถส่งผลกระทบต่อหรือสามารถได้รับผลกระทบจากบุคคลหรือทรัพย์สินอื่นได้ โดยคุณสมบัติเรื่องการความสามารถในการเชื่อมโยงนั้น สามารถพบได้ในทรัพย์สินเสมือนด้วย ตัวอย่างเช่น อาวุธเสมือนในเกมออนไลน์เกมหนึ่งที่มีคุณสมบัติช่วยให้ตัวละครมีความสามารถเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก การที่อาวุธชิ้นนั้นถูกขโมยไป หรือถูกทำลายไป ย่อมส่งผลกระทบต่อมูลค่าของตัวละครในเกมออนไลน์นั้น มากกว่าอาวุธที่มีคุณสมบัติเพิ่มความสามารถของตัวละครได้ไม่มาก

ลักษณะเฉพาะตัวของทรัพย์สินเสมือนนั้น Charles Blazer ได้ทำการศึกษาลักษณะของทรัพย์สินเสมือนจนค้นพบสำคัญของทรัพย์สินเสมือนเพิ่มเติมอีก 2 ข้อ<sup>21</sup>คือ

#### 1. การซื้อขายในตลาดรอง (Secondary Markets)

การซื้อขายในตลาดรองนั้นหมายความว่า ตลาดที่เกิดขึ้นโดยมีความเกี่ยวข้องกับสินค้าที่อยู่ในตลาดหลักเช่น ตลาดขายกล้องถ่ายรูป ที่มีตลาดการขายฟิล์ม เป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องกับกล้องถ่ายรูป ซึ่งเป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดรอง โดยทรัพย์สินเสมือนก็เป็นตลาดรองของธุรกิจเกมออนไลน์ ที่ผู้เล่นเกมสามารถทำการซื้อขายสินค้าเสมือนที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์ได้

#### 2. การเพิ่มมูลค่าโดยผู้ใช้ (Value-Added-by-Users),

ลักษณะอีกอย่างหนึ่งที่พบได้ในทรัพย์สินเสมือนนั้น คือการที่ทรัพย์สินเสมือนนั้น สามารถเพิ่มมูลค่าได้โดย ผู้ใช้งานสินค้าเสมือนนั้น เช่นการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้สร้าง ตัวละครขึ้นมาหนึ่งตัวในตอนแรกนั้นตัวละครที่สร้างจะมีมูลค่าไม่มาก แต่พอผู้เล่นเกมออนไลน์ได้ใช้เวลา เงินทองในการเล่น เกมออนไลน์เพื่อสร้างหรือพัฒนาตัวละครนั้น ส่งผลให้ทรัพย์สินเสมือนที่เกิดขึ้น มีค่าเพิ่มขึ้นตามไปด้วย

ซึ่งนอกจากลักษณะของทรัพย์สินเสมือนดังที่กล่าวมานั้น ทรัพย์สินเสมือนยังมีลักษณะอีกอย่างหนึ่งคือ เป็นส่วนหนึ่งของชุดคำสั่งทางคอมพิวเตอร์ ที่เกิดมาจากข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ประกอบกันจะเป็นชุดข้อมูลชุดหนึ่ง บนโปรแกรมเกม ซึ่งจากคุณสมบัติข้อนี้ทำให้ทรัพย์สินเสมือนนั้น จะไม่สามารถทำงานได้โดยลำพัง ถ้าปราศจากการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์<sup>22</sup>

<sup>21</sup> CHARLES BLAZER, "The Five Indicia of Virtual Property," *UNH Law Review* 5, 1 (December 2006). Page 146-149

<sup>22</sup> Ung- gi Yoon, "Real Money Trading in Mmorpg Items from a Legal and Policy Perspective," [Online] Accessed: 23 January 2016. Available from: <http://ssrn.com/abstract=1113327> Page 4-5

## 2.3.2 ลักษณะการได้มาซึ่งทรัพย์สินเสมือน

วิธีการที่ผู้เล่นเกม จะเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินเสมือนได้นั้น มีหลายวิธี โดยผู้วิจัยได้สรุปวิธีการได้มา ซึ่งทรัพย์สินเสมือนของผู้เล่นเกมออนไลน์ดังนี้

### 2.3.2.1 ทรัพย์สินเสมือนที่ได้มาจากการเล่นเกมออนไลน์

ทรัพย์สินเสมือนที่ได้มาจากการเล่นเกมออนไลน์นั้นเกิดจากการที่ผู้เล่นเกม เข้าเล่นเกมออนไลน์แล้วทำตามเงื่อนไขของเกมออนไลน์สำเร็จ จากนั้นผู้เล่นเกมออนไลน์ก็จะได้ทรัพย์สินเสมือนเป็นการตอบแทน ซึ่งวิธีการได้ทรัพย์สินเสมือนจากการเล่นเกมออนไลน์นั้นยังแบ่งออกเป็น 4 ประเภท<sup>23</sup>ย่อย ๆ ได้คือ

1. ทรัพย์สินเสมือนที่ได้มาจากการสุ่มไอเทมในเกม โดยวิธีการได้ทรัพย์สินเสมือนประเภทนี้ จะเกิดจากการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ ไปฆ่า มอนสเตอร์ หรือสัตว์ประหลาดในเกมออนไลน์ที่กำหนดไว้ เมื่อผู้เล่นฆ่าสัตว์ประหลาดสำเร็จ ระบบก็จะสุ่ม ทรัพย์สินเสมือนออกมาให้เป็นการตอบแทน โดยถ้ายังเป็นทรัพย์สินเสมือนที่หายาก หรือมีคุณสมบัติดีมาก ๆ อัตราการสุ่มทรัพย์สินเสมือนก็จะน้อยตาม อีกทั้งอัตราการสุ่มทรัพย์สินเสมือนที่ให้เป็นรางวัลจากการสังหารสัตว์ประหลาดนั้น ก็จะสุ่มตามความแข็งแกร่งของสัตว์ประหลาด ยิ่งสัตว์ประหลาดมีความแข็งแกร่งมาก อัตราการสุ่มได้ทรัพย์สินเสมือน ที่หายาก ย่อมสูงตามไปด้วย

2. ทรัพย์สินเสมือนที่เป็นรางวัลจากการที่ทำการกิจที่เกมกำหนดสำเร็จ โดยการได้มาซึ่งทรัพย์สินเสมือนวิธีนี้นั้น โดยปกติแล้วในเกมออนไลน์จะมีภารกิจให้ผู้เล่นที่เล่นเกมออนไลน์ กระทำ เช่น การสะสม ทรัพย์สินเสมือนได้ครบจำนวนชิ้นที่กำหนด หรือ สังหารสัตว์ประหลาดได้ครบจำนวน หรือ ภายในเวลาที่กำหนด ถ้าผู้เล่นทำการกิจต่าง ๆ ที่เกมกำหนดให้สำเร็จ ก็จะได้รับทรัพย์สินเสมือนเป็นรางวัลตอบแทนการทำการกิจนั้น

3. ทรัพย์สินเสมือนที่สร้างได้จากระบบของเกม ทรัพย์สินเสมือนประเภทนี้ จะได้มาจากการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์เป็นผู้สร้างทรัพย์สินเสมือนนั้นขึ้นมาเอง โดยผู้เล่นเกมออนไลน์อาจสร้างทรัพย์สินเสมือน โดยอาจเกิดจากการพัฒนาทรัพย์สินเสมือนที่ผู้เล่นมี ตามระยะเวลาที่เกมกำหนด จนได้ทรัพย์สินเสมือนชิ้นใหม่ หรือเกิดจากการนำเอาทรัพย์สินเสมือนหลายๆชิ้นมารวมกันเป็นทรัพย์สินเสมือนชิ้นใหม่ ซึ่งการ

<sup>23</sup>สิทธิพันธ์ หนันไชย, "รูปแบบการดำเนินชีวิตที่ส่งผลต่อทัศนคติและกระบวนการตัดสินใจซื้อทรัพย์สินเสมือน"

(วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชาเทคโนโลยีสารสนเทศ, คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, University, 2554), หน้า 51-54

พัฒนาทรัพย์สินเสมือนขึ้นใหม่นั้นอาจใช้เวลาไม่กี่ปีก็น่าสำหรับทรัพย์สินเสมือนทั่วไป หรืออาจใช้เวลา นับเดือนสำหรับทรัพย์สินเสมือน ประเภทหายากก็ได้

4. ทรัพย์สินเสมือนที่ได้จากความร่วมมือของผู้เล่นเกม ทรัพย์สินเสมือนบางชนิด การได้มานั้น ผู้เล่นเกมเพียงคนเดียวไม่สามารถที่จะหาทรัพย์สินเสมือนขึ้นนั้นได้ โดยทรัพย์สินเสมือนประเภทนี้อาจเป็น ทรัพย์สินเสมือนที่มีวิธีการได้มาเหมือนทรัพย์สินเสมือนที่กล่าวมาสามอย่างข้างต้น แต่ผู้เล่นเพียงคนเดียวไม่สามารถทำให้ได้ทรัพย์สินเสมือนนั้นได้ เช่นการจะได้ทรัพย์สินเสมือนมานั้น จะต้องไปทำภารกิจ ที่ตัวละครตัวเดียวไม่สามารถทำได้ ต้องใช้ความร่วมมือจากผู้เล่นหลายๆคนภารกิจถึงสำเร็จ ซึ่งทรัพย์สินเสมือนประเภทนี้มักเป็นทรัพย์สินเสมือนประเภทที่หายากมาก และมีมูลค่าสูงในตลาด

สำหรับการได้มาซึ่งทรัพย์สินเสมือนโดยการเล่นเกมนอนไลน์นั้น ผู้เล่นเกมออนไลน์อาจจะใช้เวลาเล่นเกมออนไลน์ด้วยตัวเอง หรือใช้โปรแกรมประเภทโรบอทหรือที่เรียกว่าโปรแกรมอัตโนมัติช่วยเล่นเกมออนไลน์และช่วยในการหาทรัพย์สินเสมือน หรือใช้วิธีการใช้ช่องโหว่หรือบั๊กของระบบผู้ให้บริการเกมในการหาทรัพย์สินเสมือน ซึ่งวิธีการหาทรัพย์สินเสมือนบางวิธี ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้ระบุเอาไว้ว่าเป็นการกระทำผิดสัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (EULA) ซึ่งผู้วิจัยจะได้อธิบายถึงความรับผิดชอบที่มีจากการได้มาซึ่งทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ชอบในบทต่อไป

### 2.3.2.2 ทรัพย์สินเสมือนที่ได้มาจากการที่ใช้เงินจริงซื้อทรัพย์สินเสมือน

ทรัพย์สินเสมือนนั้นนอกจากผู้เล่นเกมจะสามารถหาได้จากการเล่นเกมออนไลน์แล้ว ยังมีทรัพย์สินเสมือนอีกกลุ่มหนึ่งที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้มาจากการที่นำเอาเงินจริง ไปซื้อทรัพย์สินเสมือนนั้น ซึ่งประเภทของการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนนั้น จะแบ่งได้เป็น 2 ประเภท<sup>24</sup>คือ

1. การที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ขายทรัพย์สินเสมือน (Primary real money trade market) เป็นการที่ผู้ให้บริการเป็นผู้ขายทรัพย์สินเสมือนนั่นเองโดยการ ขายทรัพย์สินเสมือนนั้นอาจขายอยู่ในรูปแบบของทรัพย์สินเสมือนโดยตรง หรือขายในรูปแบบของเงินเสมือนแล้วให้ผู้เล่นใช้เงินเสมือนนั้นไปซื้อทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์ หรืออาจขายในรูปแบบที่เป็นของสัมมาคุณที่ ซื้อบัตรเติมเวลา หรือการเข้าใช้บริการจากร้านอินเทอร์เน็ตคาเฟ่โดย ซึ่งราคาของทรัพย์สินเสมือนประเภทนี้จะถูกกำหนดโดยผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ไม่ได้ถูกกำหนดโดยตลาด ซึ่งการชำระเงินค่าซื้อทรัพย์สินเสมือนนั้นมีได้หลายรูปแบบ เช่น การชำระผ่านบัตรเครดิต การชำระผ่านบัตรเติมเงิน หรือการชำระเงินผ่านผู้ให้บริการรับชำระเงินเช่น PayPal เป็นต้น

<sup>24</sup> Tuukka Lehtiniemi, "Macroeconomic Indicators in a Virtual Economy" (Master's thesis, Department of Economic, Faculty of Social Sciences University of Helsinki, 2008).page 19-22

2. การที่ผู้เล่นซื้อขายทรัพย์สินเสมือนกับผู้เล่นด้วยตนเอง (Secondary real money trade market) คือการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์นำทรัพย์สินเสมือนมาประกาศขายแก่ผู้เล่นด้วยกัน โดยมีการนัดจุดที่จะส่งมอบทรัพย์สินเสมือนให้แก่กัน หรืออาจใช้วิธีผู้ขาย ส่งทรัพย์สินเสมือนเป็นของขวัญ (Gift) ให้แก่ ผู้ซื้อ โดยราคาของทรัพย์สินเสมือนจะถูกกำหนดโดยพึงพอใจของทั้งสองฝ่าย และภาวะตลาดในขณะนั้นว่ามีทรัพย์สินเสมือนขึ้นนั้นในตลาดมากหรือน้อยเพียงใด

## 2.4 ลักษณะเฉพาะของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์

สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการเกมออนไลน์นั้น เป็นสัญญาที่มีลักษณะที่เป็นสัญญาที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์เป็นผู้ร่างข้อตกลงหรือข้อสัญญาขึ้นฝ่ายเดียวโดยที่ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์นั้น ไม่สามารถที่จะต่อรองข้อตกลงในสัญญาได้นอกจากที่จะเลือกยอมรับข้อสัญญาและใช้บริการหรือไม่ยอมรับข้อสัญญาเท่านั้น โดยสัญญาเกมออนไลน์นั้นเป็นสัญญาที่ได้กระทำขึ้นบนระบบคอมพิวเตอร์ นอกจากนี้ลักษณะของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น มีลักษณะเป็นสัญญาการให้บริการ คือ ผู้ใช้บริการหรือผู้ตอบตกลงในสัญญาสามารถที่จะเลือกได้เพียงที่จะ ตกลงเข้าใช้บริการหรือไม่เท่านั้น มิใช่สัญญาซื้อขายสินค้าที่คู่สัญญา ฝ่ายที่ซื้อสินค้าสามารถระบุจำนวนหรือปริมาณของสินค้าที่จะซื้อ ก่อนเข้าทำสัญญาได้ โดยลักษณะรูปแบบของสัญญาเกมออนไลน์นั้นจะแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบหลักๆ คือ

### 2.4.1 ประเภทของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์

1. สัญญาที่ผู้เล่นต้องทำการแสดงการตอบตกลง ก่อนจึงจะสามารถใช้งานเกมออนไลน์ได้

สัญญาประเภทนี้มักจะปรากฏอยู่ในรูปแบบ ของกล่องข้อความ ที่แสดงขึ้นมาโดยให้ ผู้เล่นเกมออนไลน์ ตอบตกลงยินยอมรับ ข้อความในสัญญา โดยมักจะปรากฏอยู่ในครั้งแรก เมื่อมีการติดตั้ง เกมออนไลน์ โดยสัญญาประเภทนี้ เป็นสัญญาลักษณะที่เรียกว่า Click-Wrap agreement ซึ่งมักพบ อยู่มากในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยสัญญาประเภทนี้ จะมีช่องให้ใช้งานเกมส์ ออนไลน์ หรือผู้ติดตั้งโปรแกรม เลือกว่า จะยอมรับข้อความในสัญญาที่เกิดขึ้นหรือไม่ ถ้าหากยอมรับ ข้อความในสัญญา ผู้ติดตั้งเกมออนไลน์ก็จะสามารถติดตั้งเกมออนไลน์ต่อไปได้ แต่ถ้าหากเลือกที่ไม่ ยอมรับในสัญญา ก็จะไม่สามารถติดตั้งเกมออนไลน์ได้ โดยจุดที่น่าสังเกตของสัญญาประเภทนี้ สัญญา ประเภทนี้มักจะมีข้อความที่ยาว แต่ปรากฏอยู่ในกรอบขนาดไม่ใหญ่มาก ผู้อ่านสัญญา จะต้องเลื่อน แถบ scroll down บนเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อจะได้อ่านสัญญาทั้งหมด ซึ่งในสัญญาประเภทนี้บางครั้ง มีการบังคับให้ผู้ติดตั้งเกมออนไลน์ ต้องเลื่อนแถบ scroll down ลงไปถึงด้านล่างสุดเพื่ออ่านสัญญา



ทั้งหมดจึงจะสามารถกด ยอมรับการติดตั้งเกมออนไลน์ได้ แต่บางครั้งก็ไม่ได้บังคับผู้ติดตั้งเกมออนไลน์ ในการอ่านสัญญาทั้งหมด ก็สามารถ กดยอมรับและติดตั้งเกมออนไลน์ได้

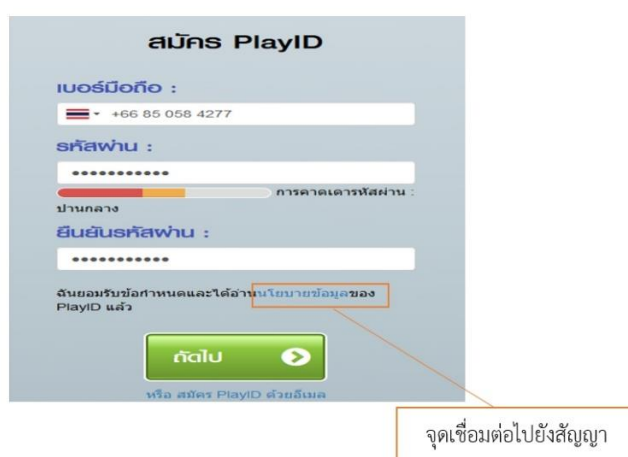
### รูปภาพที่ 1 สัญญาการให้บริการออนไลน์ประเภทที่ต้องกดยอมรับก่อนให้บริการ หรือ Click-Wrap agreement



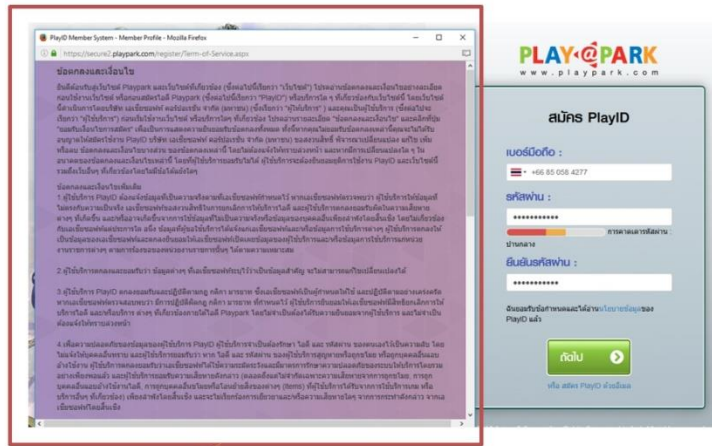
2.สัญญาที่ผู้เล่นไม่จำเป็นต้องแสดงการตอบตกลง ก็สามารถเข้าใช้บริการเกมออนไลน์ได้

สัญญาประเภทนี้ ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มักจะทำเป็น Link ให้ผู้เล่นหรือผู้ให้บริการเกมออนไลน์สามารถเข้าไปดูข้อความในสัญญาได้ โดยในต่างประเทศจะเรียกสัญญาประเภทนี้ว่า Browse-wrap agreement แต่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไม่จำเป็นต้องตอบตกลงในสัญญาฉบับนี้ ก็สามารถใช้บริการเกมออนไลน์ได้ ซึ่งสัญญาประเภทนี้มักใช้คำว่า ผู้เล่นได้เข้าใจและยอมรับข้อความในสัญญา ซึ่งผู้ให้บริการได้ทำ Link ที่คำว่าสัญญา และเมื่อ กดเข้าไปที่ Link จะปรากฏสัญญาขึ้นดังภาพ

### รูปภาพที่ 2 สัญญาการให้บริการออนไลน์ประเภทที่ไม่ต้องกดยอมรับก่อนให้บริการ หรือ Browse-Wrap agreement



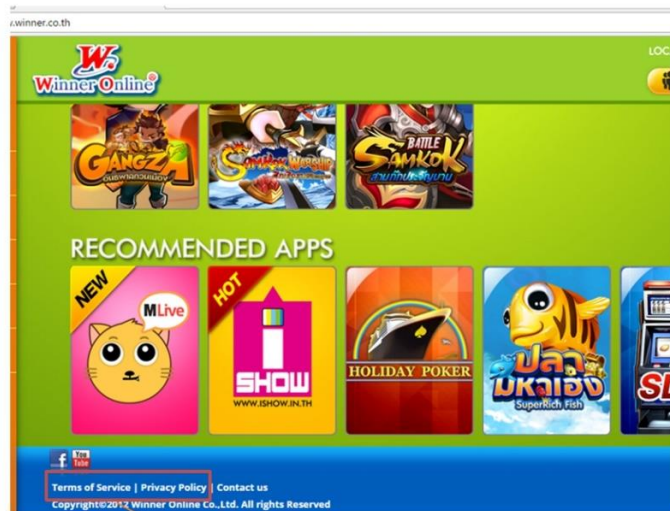
รูปภาพที่ 3 สัญญาการให้บริการออนไลน์ประเภทที่ไม่ต้องกดยอมรับก่อนให้บริการ หรือ Browse-Wrap agreement เมื่อมีการกดไปยังจุดเชื่อมต่อเพื่อแสดงข้อความในสัญญา



สัญญาที่ปรากฏขึ้นมา

หรือสัญญาประเภทดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในรูปแบบ ของข้อความที่อยู่ตรงมุมด้านล่างของ หน้าจอ โดยอาจใช้คำว่า “ข้อตกลงการใช้บริการ,” Term of service “ข้อตกลงด้านความลับ ข้อมูล” หรือ “Privacy Policy” ก็ได้ ซึ่งเมื่อผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ กดไปที่ คำดังกล่าว นั้น จะปรากฏ ข้อสัญญาขึ้นดังภาพ

รูปภาพที่ 4 สัญญาการให้บริการออนไลน์ประเภทที่ไม่ต้องกดยอมรับก่อนให้บริการ หรือ Browse-Wrap agreement อีกรูปแบบหนึ่ง



เมื่อกดที่ข้อความดังกล่าวจะปรากฏสัญญาขึ้นมา

นอกจากนี้สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ประเภทที่ผู้เล่นไม่จำเป็นต้องตอบตกลง ยังมีปรากฏอยู่อีกประเภทหนึ่ง ที่ชื่อว่ากฎของเกม ซึ่งสัญญาประเภทนี้ มักจะปรากฏอยู่ในเว็บไซต์ ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ โดยกฎของเกมจะมีการบอกถึงข้อห้ามในการเล่นเกมนต่าง ๆ รวมทั้งข้อห้ามหรือข้อควรระมัดระวังในการใช้บริการเว็บบอร์ด สำหรับเกมออนไลน์นั้นด้วย และนอกจากนี้กฎของเกมมักจะมีบทลงโทษผู้เล่น ที่ไม่ทำตามกฎของเกม ไม่ว่าจะเป็นการระงับบัญชีที่ใช้เล่นเกมออนไลน์ชั่วคราว หรือถาวร

#### 2.4.2 การสมัครเข้าใช้งานเกมออนไลน์

โดยปกติแล้วผู้ให้บริการเกมออนไลน์ แต่ละราย มักจะให้บริการเกมออนไลน์มากกว่า 1 เกม เช่น บริษัท วินเนอร์ออนไลน์ จำกัด ซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ได้ให้บริการเกมออนไลน์เป็นจำนวน 11 เกม<sup>25</sup> หรือเกมออนไลน์ที่ให้บริการบนระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ ที่บริษัท Line ให้บริการนั้นก็มากกว่า 26 เกม<sup>26</sup> โดยการสมัครใช้บริการเพื่อเล่นเกมออนไลน์นั้น จะเริ่มจากการที่ ผู้เล่นที่ต้องการเล่นเกมออนไลน์ ต้องสมัคร บัญชีการใช้บริการ กับบริษัท ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ก่อน โดยในการสมัครบัญชีการใช้บริการกับผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้น อาจต้องมีการยืนยันตัวตนโดยใส่เลขบัตรประชาชนดังภาพ

#### รูปภาพที่ 5 การกรอกข้อมูลการสมัครใช้บริการเกมออนไลน์

The image shows a registration form for Winner Online. The form has a green header with the Winner Online logo and a 'LOGIN' button. Below the header, there are several input fields and buttons:

- Winner VIP: [input field] [Check button]
- Password (รหัสผ่าน): [input field]
- Email Password: [input field] (Password must be 6-12 characters)
- เลขประจำประชาชน: [input field] [Check button]
- E-mail: [input field] [Check button]
- จำนวนสิทธิ์ออนไลน์: 60 + 50 - 30 = [input field]

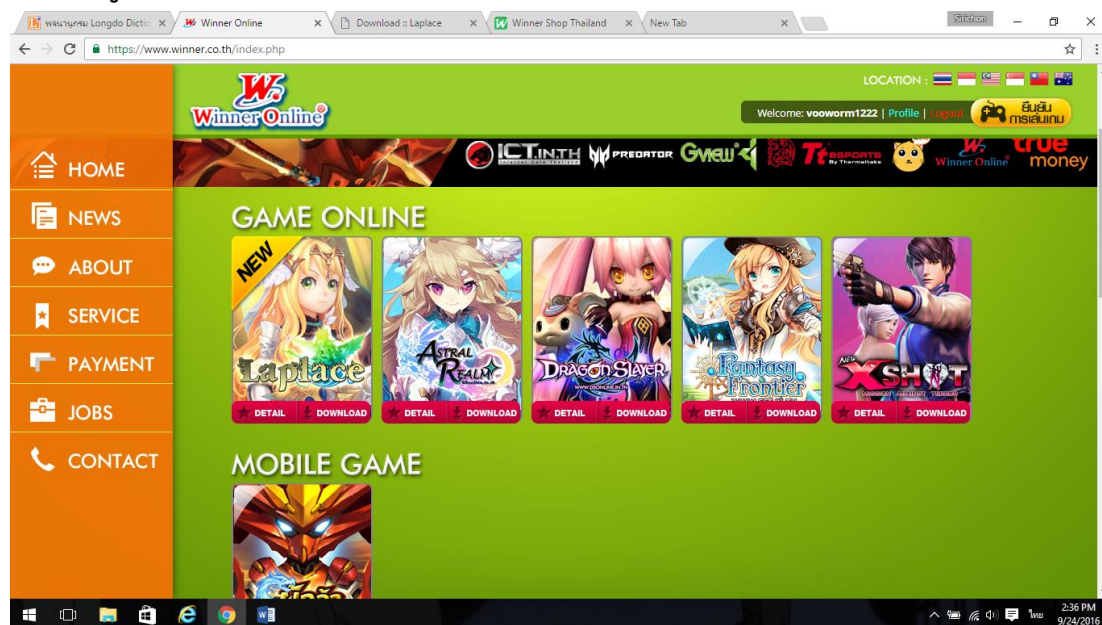
There is a red error message in the center: "\*\*\* กรุณาใส่ Email ที่ไม่ซ้ำกับท่าน กรุณาใส่ รหัสผ่าน password ที่ไม่ซ้ำกับชื่อเล่น password ไม่". At the bottom, there are two buttons: "ยืนยัน" (Confirm) and "ยกเลิก" (Cancel).

<sup>25</sup> ข้อมูลได้จากการแสดงรายชื่อเกมออนไลน์ที่ให้บริการของบริษัทวินเนอร์ เมื่อวันที่ 24 กันยายน 2559 โดยปรากฏอยู่บนเว็บไซต์ของบริษัท วินเนอร์ จำกัด แหล่งที่มา <https://www.winner.co.th/index.php>

<sup>26</sup> ข้อมูลได้จากการแสดงรายชื่อเกมออนไลน์ที่ให้บริการของบริษัทไลน์ ประเทศไทย เมื่อวันที่ 24 กันยายน 2559 โดยปรากฏอยู่บนเว็บไซต์ของบริษัท ไลน์ จำกัด แหล่งที่มา <http://line.me/th/games>

ซึ่งเมื่อมีการใส่ข้อมูลครบถ้วนแล้ว ผู้สมัครใช้บริการอาจต้องทำการกดยอมรับเงื่อนไขในสัญญา ก่อน จึงจะสามารถเล่นเกมออนไลน์ที่บริษัทผู้ให้บริการให้บริการอยู่ได้ โดยเมื่อผู้เล่นมีบัญชีเกมออนไลน์กับบริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์แล้ว ผู้เล่นเกมออนไลน์จึงจะสามารถ ดาวน์โหลดและติดตั้งเกมออนไลน์ได้ ดังภาพ

รูปภาพที่ 6 หน้าจอแสดงเกมออนไลน์ที่สามารถดาวน์โหลดได้



นอกจากการดาวน์โหลดและติดตั้งเกมออนไลน์แล้ว ผู้เล่นเกมออนไลน์ยังสามารถเติมเงินเข้าในบัญชีของผู้เล่นเกมออนไลน์ เพื่อนำเงินดังกล่าว ไปซื้อสิ่งของในเกมออนไลน์ได้ทุกเกมที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้ให้บริการอยู่ได้

#### 2.4.3 ข้อสัญญาที่พบได้มากในสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์

ในสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์นั้น ผู้ให้บริการจะมีข้อกำหนดในสัญญาที่ต่างกัน แต่จะมีสัญญาบางข้อที่มักจะมีข้อความเหมือนกัน หรือไปในทางเดียวกัน ซึ่งผู้วิจัยได้สรุปไว้ดังนี้

## 1. เรื่องสิทธิในทรัพย์สินเสมือน

ผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้น ส่วนใหญ่มักจะสงวนสิทธิในทรัพย์สินเสมือน ไม่ว่าจะเป็น สิ่งของ หรือเงินเสมือนในเกมออนไลน์ ว่าสิทธิในทรัพย์สินเสมือนนั้นเป็นของ ผู้ให้บริการเกมออนไลน์จะรวมไปถึง บัญชีของผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ ดังสัญญาตัวอย่าง<sup>27</sup>

“บัญชีและรหัสผ่านทั้งหมด รวมไปถึงไอเทมต่าง ๆ ในเกมที่อยู่ในบัญชี เป็นทรัพย์สินของบริษัทฯ ไม่ว่าไอเทมดังกล่าวจะได้มาด้วยวิธีการใดก็ตาม หรือเป็นไอเทมชนิดใดก็ตาม โดยบริษัทฯ เพียงแต่ให้สิทธิแก่ผู้ใช้ในการใช้บัญชี รหัสผ่าน และไอเทม ภายในระยะเวลาที่ให้บริการเท่านั้น และบริษัทฯ ขอสงวนสิทธิในการเปลี่ยนแปลง เรียกคืน ระงับ หรือยกเลิก บัญชี รหัสผ่าน และไอเทมในบัญชี ได้ทุกเมื่อ หากสัญญาการให้บริการระหว่างบริษัทฯ กับ เจ้าของลิขสิทธิ์ถูกแก้ไข ล้มสุดลง หรือถูกยกเลิก รวมไปถึงเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงการใช้บริการ โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า และบริษัทฯ ไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ต่อผู้ใช้หรือบุคคลอื่นจากการกระทำ ดังกล่าว

บริษัท เป็นผู้ถือสิทธิและอำนาจทั้งหมดในข้อมูลทุกประการในเกม เช่น ตัวละคร ไอเทมของผู้ใช้บริการ เป็นต้น ในกรณีที่บริษัทสังเกตเห็นความจำเป็นในการควบคุมหรือวางแผนเกมบริษัท สามารถเพิ่มเติม ลบ เปลี่ยนแปลงได้ ”

โดยการสงวนสิทธิในทรัพย์สินเสมือนนั้น ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ยังได้สงวนสิทธิในการจำหน่ายทรัพย์สินเสมือนของผู้เล่นเกมออนไลน์ด้วยโดยมักจะห้ามผู้เล่นเกมออนไลน์ ขายทรัพย์สินเสมือนกับผู้เล่นอื่นด้วยเงินจริง ดังสัญญาตัวอย่าง<sup>28</sup>

“การซื้อเงินตราเสมือนของคุณนั้นเป็นที่สิ้นสุด และไม่สามารถขอคืนเงิน, ขอเปลี่ยน หรือขอถ่ายโอนได้ ยกเว้นวินเนอร์ออนไลน์เห็นสมควร คุณไม่สามารถซื้อ ขาย หรือแลกเปลี่ยนเงินตราเสมือนนอกเหนือไปจากในบริการได้ การกระทำดังกล่าวถือเป็นการละเมิดข้อตกลง และอาจจะทำให้บัญชีผู้ใช้ของคุณ ถูกระงับและ/หรือถูกดำเนินการตามกฎหมาย”

<sup>27</sup> สัญญาการให้บริการเกม Special Force ของบริษัท ทูริ ดิจิทัล พลัส จำกัด แหล่งที่มา [http://auth.gg.in.th/authenticate\\_v3/Condition\\_TH.html](http://auth.gg.in.th/authenticate_v3/Condition_TH.html) (เข้าใช้งานเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2558)

<sup>28</sup> Term of Service ของบริษัท วินเนอร์ จำกัด แหล่งที่มา <http://www.winner.co.th/termservice.php> (เข้าใช้งานเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2558)

นอกจากนี้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ยังได้สงวนสิทธิในการ ยกเลิก ระเบียบข้อให้บริการให้บริการเกมออนไลน์ไว้ด้วย ดังสัญญาตัวอย่าง<sup>29</sup>

“เอเชียซอฟท์ขอสงวนสิทธิระดับ ยกเลิกการให้บริการไอดี ในเวลาใด ๆ ได้ตามความเหมาะสม โดยมีต้องบอกกล่าวผู้ใช้บริการล่วงหน้า และในกรณีที่ผู้ใช้งาน ไม่เข้าใช้งานระบบสมาชิก PlayID หรือไม่เข้าใช้บริการเกมต่าง ๆ ภายใต้ PlayID เป็นเวลา 1 ปีติดต่อกัน เอเชียซอฟท์ขอสงวนสิทธิยกเลิกการให้บริการ PlayID นั้น ๆ”

ทั้งนี้อาจมีผู้ให้บริการเกมออนไลน์บางเกมที่ไม่ได้สงวนสิทธิในทรัพย์สินเสมือนไว้ ซึ่งจะเขียนในสัญญาให้ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์มีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนและสามารถขายทรัพย์สินเสมือนก็ได้

## 2. ข้อสัญญาที่กำหนดหน้าที่และข้อห้ามของผู้เล่นเกม

ในสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการเกมออนไลน์นั้น ผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้น มักกำหนดหน้าที่ของผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ไว้ ซึ่งหน้าที่ข้อหนึ่ง ที่พบอยู่ในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น คือ การกำหนดหน้าที่ของผู้เล่นเกมออนไลน์เอาไว้ ว่ามีข้อห้ามอะไรบ้างในการเล่นเกมนออนไลน์ โดยถ้าหากฝ่าฝืน อาจโดนผู้ให้บริการเกมออนไลน์ระงับบัญชีผู้ใช้บริการได้ โดยข้อห้ามในเกมออนไลน์นั้นอาจรวมไปถึงข้อห้ามที่ ห้ามกระทำการบางอย่าง ในการใช้งานเว็บไซต์ เกี่ยวกับเกมออนไลน์ด้วย เช่น การใช้คำพุดตู่ดูถูก หยาบคาย ส่อเสียด เป็นต้น ดังเช่นสัญญาตัวอย่าง<sup>30</sup>

“ข้อ 8 หน้าที่ของผู้ใช้บริการ

ผู้ให้บริการจะต้องไม่สร้างความวุ่นวาย และจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการใช้บริการเกมภายใต้ลิขสิทธิ์ของบริษัท ทูรู ดิจิตอล พลัส จำกัด ที่ได้ประกาศไว้ และ ผู้ใช้บริการต้องไม่มีพฤติกรรมดังต่อไปนี้

8.1 ผู้ใช้บริการต้องไม่ทำความเดือดร้อนให้กับผู้บริการท่านอื่น

8.7 ผู้ใช้บริการต้องไม่เผยแพร่ Virus และทำการ Hack

8.8 ผู้ใช้บริการต้องไม่ใช้โปรแกรมโกง

<sup>29</sup> สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ของบริษัท เอเชียซอฟท์ จำกัด แหล่งที่มา

<https://secure2.playpark.com/register/Term-of-Service.aspx> (เข้าใช้งานเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2558)

<sup>30</sup> สัญญาการให้บริการเกม Special Force อ่างแล้ว ข้อ 27

8.9 ผู้ใช้บริการต้องไม่แลกเปลี่ยนสิ่งใดสิ่งหนึ่งในเกม หรือไอดี Identification “ID” เป็นเงินจริงกับผู้อื่น

ข้อ 12 ข้อตกลงในการใช้งานเว็บบอร์ด

ในกรณีดังต่อไปนี้ทางบริษัทสามารถลบข้อความที่ผู้ใช้บริการโพสต์ ในเว็บบอร์ด และสามารถระงับการให้บริการ Account (ID) ได้โดยไม่ต้องกล่าวตักเตือนหรือได้รับคำยินยอมจากผู้สมัคร Account ที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

12.1 ข้อความที่ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย เลื่อมเสียชื่อเสียงหรือเสียเกียรติ

12.15 แอบอ้างว่าเป็น จีเอ็ม หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท “

### 3. ข้อสัญญาจำกัดหรือยกเว้น ความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเกมออนไลน์

ในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น ผู้ให้บริการมักจะกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดชอบไว้ ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากการระงับบัญชี ความรับผิดชอบที่เกิดจากการไม่สามารถให้บริการเกมออนไลน์ได้ ความรับผิดชอบที่เกิดจากการยกเลิกการให้บริการ ความรับผิดชอบจากเหตุสุดวิสัย ความรับผิดชอบที่เกิดจากทรัพย์สินเสมือนสูญหาย เป็นต้น โดยข้อจำกัดความรับผิดชอบนั้น อาจอยู่ในสัญญาข้อใดข้อหนึ่งหรืออยู่รวมกันก็ได้ ดังข้อสัญญาตัวอย่าง

“ข้อตกลงในการให้บริการของบริษัท จำกัด

#### 1. การยอมรับข้อตกลง.

1.3 หากคุณละเมิดข้อตกลง วินเนอร์ออนไลน์ขอสงวนสิทธิ์ในการตัดเตือนคุณเกี่ยวกับการละเมิดนั้น ๆ หรือยกเลิกหรือระงับบัญชีผู้ใช้บัญชีใดบัญชีหนึ่งหรือบัญชีผู้ใช้ทั้งหมดของคุณที่ได้สร้างขึ้นผ่านบริการทันที คุณยินยอมว่าวินเนอร์ออนไลน์ไม่จำเป็นต้องแจ้งคุณก่อนที่จะยกเลิกหรือระงับบัญชีผู้ใช้ของคุณ

1.4 วินเนอร์ออนไลน์ขอสงวนสิทธิ์ในการปฏิเสธไม่ให้ผู้ใช้เข้าถึงบริการได้โดยไม่ต้องแจ้งเหตุผล ซึ่งเหตุผลนั้นอาจรวมถึงแต่ไม่จำกัดอยู่เพียงแค่การละเมิดข้อตกลง

1.5 คุณให้การยินยอมว่าวินเนอร์ออนไลน์อาจจะหยุดให้บริการหรือเปลี่ยนเนื้อหาของบริการเมื่อใดก็ได้ ด้วยเหตุผลใดก็ได้ และอาจจะแจ้งคุณหรือไม่ก็ได้ โดยที่วินเนอร์ออนไลน์ไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ

## 7. นโยบายการคืนเงิน

เพื่อป้องกันปัญหาอันเกิดจากมีฉ้อโกงต่าง ๆ เราจึงมีนโยบายเกี่ยวกับการคืนเงินดังนี้

- เราขอสงวนสิทธิ์ในการงดคืนเงินใด ๆ ทุกกรณีหากธุรกรรมนั้นเสร็จสมบูรณ์แล้ว ดังนั้นคุณจะต้องตรวจสอบความถูกต้องให้เรียบร้อยก่อนการยืนยันทุกครั้ง
- ทรัพย์สิน สิ่งของ และข้อมูลในบัญชี รวมถึงของขวัญหรือรางวัลต่าง ๆ ไม่สามารถแลกคืนเป็นเงินสดได้
- กรณีคุณถูกขโมยหรือโจรกรรมข้อมูลมาเพื่อเติมเงิน คุณต้องดำเนินการกับผู้กระทำผิดเอง เราจะไม่รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น
- เราไม่ยอมรับการร้องขอใด ๆ สำหรับการขอคืนเงิน และความเสียหายที่เกิดจากคุณเอง”<sup>31</sup>

ผู้วิจัยได้กล่าวถึงลักษณะของเกมออนไลน์ ทรัพย์สินเสมือน และลักษณะเฉพาะของสัญญาเกมออนไลน์ ในหัวข้อต่อไป ผู้วิจัยจะกล่าวถึงปัญหากฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดในกรณีดังกล่าว

## 2.5 ลักษณะการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดในสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์

### 2.5.1 การกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดต่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์

#### 2.5.1.1 การเล่นเกมออนไลน์โดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ

เนื่องจากการเล่นเกมออนไลน์นั้นผู้เล่นเกมออนไลน์จะมีความต้องการที่จะพัฒนาตัวละครที่อยู่ในเกมออนไลน์ ให้มีค่าความสามารถที่สูงมากขึ้นเรื่อย แต่เนื่องจากว่าการจะได้รับทรัพย์สินเสมือนที่หายาก (Rare item) มาครอบครอง หรือการพัฒนาความสามารถของตัวละคร จนทำให้มีความสามารถสูงกว่าผู้เล่นคนอื่นนั้น การเล่นเกมออนไลน์ต้องใช้เวลา เป็นจำนวนมากในการเล่นเพื่อเก็บสะสมทรัพย์สินเสมือน เงินเสมือน หรือพัฒนาตัวละครนั้น เพื่อเป็นการประหยัดเวลาในการเล่น จึงมีผู้เล่นเกมหลายคน ได้ใช้วิธีพัฒนาตัวละครในเกมออนไลน์ให้มีความสามารถเพิ่มขึ้น โดยใช้เวลาน้อยลง เช่น การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนด้วยเงินจริง จากผู้ขายที่ไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ให้บริการ การใช้ระบบอัตโนมัติ (Robot) ในการช่วยเล่นเกมออนไลน์และหาทรัพย์สินเสมือน การใช้โปรแกรมเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือส่งค่าที่ผิดให้แก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินเสมือน

<sup>31</sup> Term of Service ของบริษัท วินเนอร์ จำกัด อ้างแล้ว ข้อ 28



หรือความสามารถของตัวละคร และ การใช้ช่องโหว่ของระบบ ในการหาทรัพย์สินเสมือน และการพัฒนาตัวละครในเกมออนไลน์ โดยวิธีการดังกล่าวนั้นในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (EULA) หรือข้อกำหนดการใช้บริการ (TOU or TOS) นั้นได้กำหนดวิธีการหาทรัพย์สินเสมือนดังกล่าวเป็นวิธี ที่ผิดข้อตกลงการใช้บริการ ซึ่งผู้ให้บริการเกมออนไลน์มีสิทธิที่จะ ลบ หรือระงับบัญชีเกม ของผู้ใช้บริการได้<sup>32</sup> ถ้าหากพบการกระทำผิดข้อตกลงนี้ ซึ่งก่อให้เกิดข้อพิพาทเป็นอย่างมาก ระหว่างผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ กับผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ซึ่งในหัวข้อนี้ผู้วิจัย จะทำการวิเคราะห์ถึงปัญหา ของความรับผิดชอบของการกระทำนี้ทั้งของผู้ให้บริการเกมออนไลน์หรือบุคคลภายนอกที่จำหน่ายโปรแกรมดังกล่าว

### การทำงานของโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ

โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติที่เรียกว่า BOT หรือ Robot นั้น คือชุดคำสั่งที่สามารถสั่งให้ ตัวละครในเกม สามารถทำงานหรือเล่นได้โดยอัตโนมัติ โดยที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่จำเป็นต้องควบคุมตัวละครตัวนั้นเพื่อทำภารกิจต่าง ๆ<sup>33</sup> โดยโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ นั้นจะเป็นโปรแกรมที่เขียนขึ้นโดยมีการทำงาน ตามเงื่อนไขหรือคำสั่งที่ตั้งไว้ เพื่อลดเวลา ในการเล่นเกมที่ต้องทำบางอย่างซ้ำ เช่น การไปสังหารสัตว์ประหลาด เพื่อรวบรวมทรัพย์สินเสมือนหรือรวบรวม เงินเสมือน โดยโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติจะทำตัวโต้ตอบกับเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่ายของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ แทนผู้เล่นเกมออนไลน์ โดยโปรแกรม BOT นั้นจะสามารถทำสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ให้โดยเหมือนกับผู้เล่นเกมคนนั้นได้เล่นเกมออนไลน์ด้วยตนเอง ซึ่งการใช้ โปรแกรมช่วยการเล่นประเภท BOT นั้น เกมออนไลน์ส่วนใหญ่จะไม่อนุญาตให้ใช้โปรแกรมดังกล่าวในการเล่นเกมออนไลน์ และผู้ให้บริการเกมออนไลน์ยังได้คิดค้นโปรแกรมประเภทต่อต้านโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติเพื่อมาตรวจจับ ผู้เล่นที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติซึ่งโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติเองในบางครั้งก็ถูกเขียนขึ้นโดยเพิ่มความสามารถหลบหลีกหรือหลีกเลี่ยงโปรแกรมตรวจจับดังกล่าวได้ แต่ก็มีเกมออนไลน์บางเกมอนุญาตให้ใช้ โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติได้เช่นกัน โดยการใช้โปรแกรมอนุญาต นั้นผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ได้บอกเหตุผล

<sup>32</sup>หนังสือพิมพ์ผู้จัดการออนไลน์, "Wow ร่วมสวมบทโหดอีกคน แบนผู้เล่นเกือบ 6 หมื่นราย ข้อหาเปิดบอท เปิดฟาร์ม " [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ: 21 ตุลาคม 2558. แหล่งที่มา: <http://www.online-station.net/news/game/3369>

<sup>33</sup> Control bots/macroiding: these are automated characters or automated program codes that control characters

ที่ไม่อนุญาตให้ใช้โปรแกรมประเภทนี้ช่วยในการเล่นเกมนอนไลน์ นั้น<sup>34</sup>เนื่องจากโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ได้ก่อให้เกิดผลเสียแก่เกมออนไลน์ดังต่อไปนี้

#### 1.สร้างความเดือดร้อนให้กับผู้เล่นจริง

เนื่องจากการใช้ BOT นั้นตัวโปรแกรมจะไม่มีทางรู้ได้ว่า ได้ไปทำการรบกวนผู้เล่นเกมออนไลน์คนอื่นอย่างไร เช่นการ ที่ตัว BOT ไปร่วมแข่งค่าประสบการณ์ หรือสิ่งของที่ได้จากการสังหารสัตว์ประหลาดของผู้เล่นปกติ หรือถ้ามีบอทเป็นจำนวนมาก ทั่วพื้นที่เดียวกัน ก็จะทำให้สัตว์ประหลาดในพื้นที่นั้นไม่เพียงพอต่อผู้เล่นได้ซึ่งทำให้ผู้เล่นปกติเกิดความยากลำบากในการเล่นมากยิ่งขึ้น

#### 2.เป็นการกีดกันผู้เล่นจริงและผู้เล่นใหม่

เนื่องจากว่าเมื่อผู้เล่นเกมออนไลน์มีการใช้ BOT เป็นจำนวนมาก จะทำให้ระดับของตัวละครสูงขึ้นอย่างรวดเร็ว จนในที่สุดมีแต่ตัวละครเลเวลสูงเกือบทั้งเกม ซึ่งทำให้ผู้เล่นใหม่ที่เข้ามาเล่นเกมพัฒนาตัวละครเพื่อตามผู้เล่นเก่าได้ช้า เสียเปรียบผู้เล่นที่ใช้ BOT และเกิดความไม่อยากเล่นเกมออนไลน์นั้น

#### 3.ทำลายสังคมของเกม

เกมออนไลน์นั้นมีข้อได้เปรียบที่สำคัญกว่าเกมประเภทที่ไม่เชื่อมต่อสื่อสารหรือ offline นั่นก็คือการที่ผู้เล่นเกมได้มีปฏิสัมพันธ์กับผู้เล่นคนอื่น เช่นถ้าหากมีปัญหาหรืออยากรู้เทคนิคเกี่ยวกับการเล่นเกมสามารถคุยกับผู้เล่นคนอื่นได้ และก่อให้เกิดเพื่อนใหม่ๆ ขึ้นจากการเล่นเกมออนไลน์ ซึ่งถ้าหากเกมออนไลน์นั้นมี BOT มาก ๆ การสื่อสารปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้เล่นต่าง ๆ ก็จะหมดลง ส่งผลให้ผู้เล่นที่เข้ามาเล่นเกมด้วยตนเองเกิดความรู้สึกเบื่อหน่าย จากการไม่มีปฏิสัมพันธ์การโต้ตอบจากการเล่นเกม

#### 4.ทำลายระบบเศรษฐกิจของเกม

การเปิด BOT นั้นก่อให้เกิดภาวะที่เรียกว่าภาวะเงินเฟ้อในเกม เพราะการเปิด BOT จุดประสงค์หลักคือการหาเงินเสมือนภายในเกม BOT ไม่สามารถไปหาทรัพยากรสินเสมือนที่หายากมาก ๆ ได้ เพราะทรัพยากรสินเสมือนที่หายากนั้น จะมีเงื่อนไขการได้มาที่ซับซ้อน อาจต้องใช้ความร่วมมือของผู้เล่นหลายคนในการหา ซึ่งทำให้ BOT ไม่อาจทำได้ เมื่อ BOT มีหน้าที่ใช้หาเงินเสมือนแล้ว ถ้าหากเกมออนไลน์ไหนมี BOT เป็นจำนวนมากก็จะส่งผลให้ปริมาณเงินเสมือนในตลาด สูงขึ้นอย่างรวดเร็ว ซึ่งจะส่งผลต่อบรรดาทรัพยากรสินเสมือนที่มีราคาสูงตามไปด้วย ซึ่งในที่สุดแล้วก็จะส่งผลกระทบต่อผู้เล่นที่ไม่ได้เปิด

<sup>34</sup> ASTVผู้จัดการออนไลน์., "7 เหตุผลที่ระบบ Bot ไม่ควรมีในเกมออนไลน์," [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ: 28 พฤศจิกายน 2557. แหล่งที่มา: <http://www.manager.co.th/Game/ViewNews.aspx?NewsID=9570000147791>

BOT

ที่จะต้องซื้อทรัพย์สินเสมือนในราราสสูงชันนั่นเอง

### 5. ทำลายอายุขัยของเกมออนไลน์

เกมออนไลน์นั้นปกติจะต้องมีการอัปเดตอยู่ตลอดเวลา โดยการอัปเดตนั้น จะทำเพื่อที่ให้มีสิ่งใหม่ๆ รูปแบบการเล่นใหม่ๆ ให้เกมน่าสนใจและสร้างประสบการณ์ใหม่ๆแก่ผู้เล่นอยู่ตลอดเวลา การอัปเดตนั้นบางเกมอาจทำเป็นรอบ ๆ ตามช่วงเวลา เช่นทุก ๆ 2 เดือน หรืออาจทำเมื่อมีจำนวนผู้เล่นครบเงื่อนไขที่กำหนด เช่นมีผู้เล่นทำภารกิจสำเร็จ เกินกว่า ร้อยละ 20 หรือมีผู้เล่นได้รับระดับสูงกว่าระดับ 60 เกินกว่า ร้อยละ 30 เป็นต้น การใช้ โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ นั้นเป็นการทำให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ สามารถทำตามเงื่อนไขที่เกมกำหนดว่าจะอัปเดตได้อย่างรวดเร็ว จนทำให้เกมออนไลน์ พัฒนาการอัปเดต ไม่ทันต่อเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งทำให้ ผู้เล่นเกมออนไลน์เกิดการเบื่อ และเกิดความรู้สึกที่ไม่อยากเล่นเกมออนไลน์ และทำให้เกมออนไลน์นั้นต้องปิดตัวลงในที่สุด

จากข้อที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นกำหนดห้ามไม่ให้ผู้เล่นใช้โปรแกรมประเภทช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ในเกมออนไลน์ของตน ซึ่งหากฝ่าฝืนผู้เล่นอาจถูกลงโทษด้วยการระงับหรือยกเลิก บัญชีที่ใช้บริการเกมออนไลน์นั้น สำหรับความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเกมออนไลน์อันเกิดจากการใช้โปรแกรมประเภทช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ นั้น ผู้วิจัยจะอธิบายในส่วนต่อไป

#### 2.5.1.2 การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนด้วยเงินจริง

การได้มาซึ่งทรัพย์สินเสมือนของผู้เล่นเกมออนไลน์นั้น นอกจากจะได้มาจากการที่ผู้เล่นเล่นเกมออนไลน์แล้ว ยังมีวิธีการได้อีกวิธีหนึ่งคือการใช้เงินจริง ซื้อทรัพย์สินเสมือน ซึ่งการใช้เงินจริงซื้อทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์นั้น ผู้เล่นเกมออนไลน์สามารถซื้อทรัพย์สินเสมือนได้จากการที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นเป็นผู้ผูกขาดการขายทรัพย์สินเสมือนเอง โดยวิธีการซื้อทรัพย์สินเสมือนนั้นมีสองวิธีคือ รูปแบบการใช้เงินจริงซื้อทรัพย์สินเสมือนโดยตรง โดยผู้ให้บริการเกมออนไลน์จะทำการ ตั้งราคาทรัพย์สินเสมือนเป็นเงินจริง โดยเมื่อผู้เล่นกดซื้อทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์ ระบบจะทำการ ยืนยันการตัดเงินผ่านบัตรเครดิต หรืออาจให้กรอก ข้อมูลรูปแบบการชำระเงินอื่น เช่นการชำระเงินด้วยตัวกลางการชำระเงินเช่น PayPal หรือการใช้บัตรเครดิตเช่นบัตรเครดิตของบริษัท ทูรู เป็นต้น เมื่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้รับการชำระเงินแล้ว ทรัพย์สินเสมือนชิ้นนั้นก็จะถูกส่งเข้าสู่บัญชีของผู้เล่นเกมออนไลน์

ทรัพย์สินเสมือนนั้น นอกจากการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ทำการซื้อทรัพย์สินเสมือนจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์แล้ว อีกช่องทางหนึ่งที่ผู้เล่นเกมออนไลน์สามารถซื้อทรัพย์สินเสมือนได้ คือการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ซื้อทรัพย์สินเสมือนจากผู้เล่นเกมออนไลน์ด้วยกันเอง โดยผู้เล่นเกมออนไลน์ที่

ต้องการขายทรัพย์สินเสมือนจะทำการประกาศขายทรัพย์สินเสมือนใน เว็บไซต์ประเภทพูดคุยสื่อสาร (web board) ต่าง หรือแม้แต่ในเว็บไซต์ประเภทสังคมออนไลน์เช่นเฟสบุ๊ก เป็นต้น โดยการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนระหว่างผู้เล่นนั้นมีรูปแบบที่นิยมหลักๆ คือ

1. ขายทรัพย์สินเสมือนโดยแลกเปลี่ยนเป็นเงินจริงกับผู้เล่นอื่น โดยผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ต้องการขายทรัพย์สินเสมือน จะทำการประกาศขายทรัพย์สินเสมือน ในเว็บไซต์ จากนั้นผู้ที่ต้องการซื้อทรัพย์สินเสมือนก็จะทำการตกลงซื้อทรัพย์สินเสมือนและนัดแนะสถานที่จะส่งทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์ จากนั้นเมื่อผู้ซื้อทรัพย์สินเสมือนชำระเงินเป็นเงินจริงแก่ผู้ขายแล้ว ผู้ขายจะทำการส่งมอบทรัพย์สินเสมือนให้ผู้ซื้อโดยการกด ส่งมอบทรัพย์สินเสมือน หรือทิ้งทรัพย์สินเสมือนขึ้นนั้นไว้ในที่ที่กำหนดไว้ หลังจากนั้นผู้ซื้อทรัพย์สินเสมือนก็จะนำตัวละครมาเก็บทรัพย์สินเสมือนนั้นไป

2. การขายบัญชีผู้เล่นเกมออนไลน์ โดยวิธีนี้ผู้เล่นเกมออนไลน์จะทำการประกาศขายบัญชีของผู้เล่นเกมออนไลน์ โดยอาจทำการเปลี่ยนแปลง อีเมลที่ใช้สมัครเล่นเกมออนไลน์ที่ผูกกับบัญชีเป็นอีเมลใหม่ จากนั้นก็ทำการประกาศขายบัญชีทางเว็บไซต์เหมือน วิธีการขายทรัพย์สินเสมือน แบบปกติ หลังจากทำการติดต่อซื้อขายและชำระเงินเรียบร้อยแล้ว ผู้ขายจะทำการส่ง บัญชีผู้ใช้บริการพร้อมรหัสผ่านเข้าใช้งานไปให้ผู้ซื้อ ซึ่งผู้ซื้อสามารถเล่นเกมออนไลน์ ในบัญชีของผู้ขายได้ต่อไป

การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนนั้นระหว่างผู้เล่นกันเองนั้น เกมออนไลน์บางเกมได้ตั้งกฎห้ามผู้เล่นทำการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนระหว่างผู้เล่นด้วยกันเองเป็นเงินจริง โดยให้เหตุผลว่าการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนจะเป็นการส่งเสริมให้คนเล่นเกมเพื่อการค้ามากขึ้น ไม่ใช่เล่นเกมเพื่อความสนุก และยังเป็นการส่งเสริมให้ผู้เล่นเกมออนไลน์พยายามหาช่องทางที่ไม่ชอบในการหาทรัพย์สินเสมือนได้ง่ายขึ้นเช่น การใช้โปรแกรมประเภทบอท หรือการใช้โปรแกรมโกงเกมออนไลน์ เป็นต้น ซึ่งการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนเป็นเงินจริงระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์ ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้กล่าวว่า ทำให้เกิดผลเสียคือระบบเศรษฐกิจในเกมออนไลน์อาจมีปัญหากจากราคาเงินเฟ้อ ไม่มีความเป็นธรรมแก่ผู้เล่นที่ตั้งใจเล่น ผู้ให้บริการเกมออนไลน์สูญเสียรายได้ จากการเป็นผู้ผูกขาดการขายทรัพย์สินเสมือน และก่อให้เกิดการฉ้อโกงในเกมออนไลน์เพิ่มมากขึ้น<sup>35</sup> และนอกจากนี้ยังอาจทำให้การเล่นเกมนั้นอาจเข้าข่ายการพนันได้ด้วย แต่ทางผู้เล่นเกมออนไลน์นั้น ได้โต้แย้งว่า พวกเขาควรมีสติที่จะซื้อขายทรัพย์สินเสมือนเป็นเงินจริงกันได้ เพราะทรัพย์สินเสมือนนั้นเกิดจากการที่พวกเขาเล่นเกมออนไลน์และหามาได้ อย่างยากลำบาก ผู้เล่นเกมออนไลน์จึงควรมีสติที่จะขายทรัพย์สินเสมือนที่ตนหามาได้ อีกทั้งการที่เกมออนไลน์อนุญาตให้มีการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนเป็นเงินจริงระหว่างผู้เล่นได้นั้น ยังเป็นการ

<sup>35</sup> Troy Corben King, "Real Money Trade: Damage Control in Virtual Worlds " [Online] Accessed: 2016 July 8. Available from: [https://www.academia.edu/7309677/Real\\_Money\\_Trade\\_in\\_Virtual\\_Worlds](https://www.academia.edu/7309677/Real_Money_Trade_in_Virtual_Worlds)

ส่งเสริมการเล่นเกมออนไลน์ให้คนสนใจที่จะเล่นเกมมากขึ้น ซึ่งสุดท้ายแล้วผลประโยชน์ก็จะตกอยู่กับผู้ให้บริการเกมนอนไลน์นั่นเอง ซึ่งความรับผิดชอบจากการซื้อขายสินค้าเสมือนนั้น ผู้วิจัยจำทำการวิเคราะห์ในบทต่อไป

## 2.5.2 การกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อผู้เล่นเกมออนไลน์อื่น

### 2.5.2.1 การเล่นเกมโดยจงใจหรือคุกคามผู้เล่นอื่น

เนื่องจากการเล่นเกมออนไลน์นั้นเป็นการเล่นเกม ที่ต้องเล่นร่วมกับบุคคลเป็นจำนวนมากในโลกแห่งเกมออนไลน์โดยเหล่าผู้เล่นเกมออนไลน์ล้วนมีปฏิสัมพันธ์กัน ไม่ว่าจะเป็นการพูดคุย คำขายหรือช่วยกันเล่นเกมออนไลน์ แต่ก็มีผู้เล่นเกมออนไลน์จำนวนหนึ่ง ได้ใช้การเล่นเกมนอนไลน์นั้นเพื่อเป็นการกลั่นแกล้งผู้เล่นคนอื่น เช่นการทำลายทรัพย์สินเสมือนของผู้อื่น แกล้งสังหารผู้เล่นที่เป็นพวกเดียวกันเอง การแย่งสังหารสัตว์ประหลาดและเก็บเอาทรัพย์สินเสมือนที่ตกไป(Kill Stealing) การที่รวมกลุ่มกันโจมตีหรือขัดขวางไม่ให้ผู้เล่นหน้าใหม่ หรือผู้เล่นที่เป็นศัตรูให้ไม่อาจพัฒนาได้ ซึ่งจะพบได้เป็นอย่างมากในเกมออนไลน์ประเภทที่มีการให้ผู้เล่นร่วมมือกันเป็นพวกๆ (Clan) โดยอาจเป็นการที่ผู้เล่นในกลุ่ม เปิดสงครามกับกลุ่มอื่น แล้วมีการทำลายล้างทรัพย์สินเสมือนหรือ ผู้เล่นอื่นที่เป็นศัตรูเพื่อไม่ให้ผู้เล่นเหล่านั้นพัฒนาได้<sup>36</sup> โดยในบางครั้ง สงครามระหว่างกลุ่มต่าง ๆ ในเกมออนไลน์ ได้สร้างความเสียหายต่อทรัพย์สินเสมือนเป็นเงินจำนวนมากนับหลายล้านเหรียญสหรัฐ<sup>37</sup>

พฤติกรรมการเล่นเกมนอนไลน์ที่เป็นการรบกวนผู้เล่นอื่นนั้นได้เริ่มพบ ตั้งแต่ช่วงที่เกมออนไลน์เริ่มพัฒนาใหม่ๆ และไม่ได้มีกฎหมายอะไรมานัก โดยในปี 1990 นั้น ในเกมออนไลน์ยุคแรกอย่าง Lampda MOO ได้มีผู้เล่นเกมออนไลน์คนหนึ่งได้ทำการเล่นเกม โดยโดยใช้โปรแกรม ที่เรียกว่า voodoo.dll เข้าควบคุมตัวละครของผู้เล่นคนอื่นและให้แสดงท่าการมีเพศสัมพันธ์กัน ซึ่งจากการกระทำดังกล่าวทำให้ถกเถียงกันอย่างมากว่าจะทำอย่างไร กับผู้เล่นเกมที่ทำกรกระทำดังกล่าว เพราะยังไม่มียกของเกมนอนไลน์บอว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิด แต่ในที่สุดการกระทำดังกล่าวก็ถูกตัดสินว่าเป็นความผิด จากกลุ่มที่เรียกว่าผู้ดูแลระบบ โดยถือว่าการกระทำที่ละเมิดกฎอย่างไม่เป็น

<sup>36</sup> Martin Davies, "Gamers Don't Want Any More Grief " [Online] Accessed: 2016 May 13. Available from:

<http://www.theguardian.com/technology/2006/jun/15/games.guardianweeklytechnologysection2>

<sup>37</sup> ASTVผู้จัดการออนไลน์., "ผู้เล่น Eve Online เปิดศึกพิฆาตหลักแสนดอลลาร์เพราะ "ลิมจ่ายค่าเช่า" " [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ: 28 พฤศจิกายน 2556. แหล่งที่มา:

<http://www.manager.co.th/Game/ViewNews.aspx?NewsID=9570000010759>

การของสังคมเกม Lampda MOO และผู้ที่กระทำดังกล่าวก็ถูกขับออกจากการเล่นเกม Lampda MOO <sup>38</sup>

นอกจากพฤติกรรมการเล่นเกมที่จิตใจทำให้ผู้อื่นเสียหายจากการเล่นเกมแล้ว ยังมีพฤติกรรมการเล่นเกมอีกประเภทที่เป็นการเล่นเกมโดยคุกคามผู้เล่นอื่น ไม่ว่าจะเป็นการหมิ่นประมาท ถูกเหยียดหยามข่มขู่ หรือทำการคุกคามทางเพศผ่านทางช่องทางสื่อสารที่มีในเกมออนไลน์ ที่เรียกว่าการแซท ซึ่งการกระทำดังกล่าวอาจไม่เกี่ยวกับการเล่นเกม

โดยผู้ให้บริการเกมออนไลน์บางรายนั้นได้พยายามป้องกันการกระทำเหล่านี้โดยออกกฎการเล่นเกมที่ขึ้น เพื่อเป็นการป้องกันผู้เล่นหน้าใหม่ๆ ให้มีความรู้สึกละเล่นเกมออนไลน์โดยไม่เสียเปรียบ ไม่ว่าจะเป็นการทำ server สำหรับให้ผู้เล่นหน้าใหม่เข้าไปเล่น ,ทำระบบป้องกันการโจมตีจากผู้เล่นที่สูงกว่า ทำระบบป้องกันการแย่งขโมยทรัพย์สินเสมือนจากการสังหารสัตว์ประหลาดโดยการที่ให้บุคคลที่เข้ามาช่วยเหลือไม่มีสิทธิ์จะได้รับทรัพย์สินเสมือน จากการไปแย่งผู้เล่นอื่นสังหารสัตว์ประหลาดรวมทั้งในบางเกมออนไลน์ได้มีการออกกฎ ห้ามโจมตีผู้เล่นหน้าใหม่ กฎเพื่อป้องกันการเล่นเกมที่ไม่เป็นมิตร หรือ กฎห้ามใช้แซทด้วยถ้อยคำหยาบคาย ข่มขู่ หรือคุกคามทางเพศโดยมีบทลงโทษคือระงับหรือยกเลิกบัญชีผู้เล่นแก่ผู้เล่นที่กระทำละเมิดกฎดังกล่าว ซึ่งในเกม World of Warcraft ได้มีผู้เล่นที่ถูกระงับบัญชีจากการละเมิดกฎดังกล่าวครั้งใหญ่กว่า 5000 คน<sup>39</sup> โดยจากการระงับบัญชีดังกล่าวนี้เป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากกว่าควรกระทำหรือไม่ เพราะการกระทำกระทำดังกล่าวนั้น สามารถทำได้โดยไม่ผิดอะไร เพราะถือเป็นส่วนหนึ่งของการเล่นเกมออนไลน์ ที่ตัวเกมได้ถูกออกแบบมาให้มีระบบการแข่งขันของผู้เล่นให้สามารถต่อสู้กันได้และนอกจากนี้ในบางเกมออนไลน์ ไม่ได้มีกฎหมายห้ามไม่ให้ผู้เล่นสามารถเล่นเกมแบบทำร้ายผู้เล่นอื่นได้ <sup>40</sup> และนอกจากนี้แม้ว่าการกระทำที่ผู้เล่นทำให้คนอื่นเสียหายในเกมออนไลน์ เช่นขโมยทรัพย์สินเสมือน ทำลายทรัพย์สินเสมือนของผู้อื่น หรือแม้แต่ทำร้ายตัวละครอื่นในโลกเสมือนนั้น การกระทำประเภทนี้ถ้าทำกับทรัพย์สิน หรือบุคคลในโลกจริงจะเป็นความผิดต่อกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางแพ่งคือความรับผิดชอบทางละเมิดเกิดขึ้น แต่ถ้าหากการกระทำเหล่านั้นเกิดในเกมออนไลน์การกระทำเหล่านี้จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบหรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยจะทำการศึกษาในบทต่อไป

<sup>38</sup> lastowka, G., *Virtual Justice the New Laws of Online Worlds*.page 93-96

<sup>39</sup>Davies, M., "Gamers Don't Want Any More Grief "

<sup>40</sup>Nicole Girard, " Terrorizing Virtual Worlds " [Online] Accessed: 2016 June 14 Available from: <http://www.technewsworld.com/story/social-networking/59401.html>

## 2.5.3 การกระทำของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อผู้เล่นเกมออนไลน์

### 2.5.3.1 การยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์ หรือระงับการใช้งานบัญชีเกมออนไลน์

การให้บริการเกมออนไลน์ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้น บางครั้งบริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ หรือเจ้าของตัวเกมออนไลน์นั้น เพียงแต่ไปซื้อสิทธิในเกมออนไลน์เพื่อนำมาให้บริการแก่ผู้เล่นเกมออนไลน์ในประเทศ ซึ่งในการซื้อสิทธิเกมออนไลน์นั้น จะมีการระบุอายุของการอนุญาตให้ผู้ซื้อสิทธิ นำเกมออนไลน์นั้นไปเปิดให้บริการได้ช่วงเวลาระยะหนึ่ง ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งเกมออนไลน์นั้น รายได้ของผู้ให้บริการมาจาก การขายทรัพย์สินเสมือนในเกม และจากค่าเวลาเล่นเกม ซึ่งในตลาดเกมออนไลน์ที่มีการแข่งขันกันเป็นอย่างมาก อาจทำให้รายได้จากการให้บริการเกมออนไลน์ไม่คุ้มกับค่าบริหารจัดการ ซึ่งจากเหตุผลดังกล่าว ผู้ให้บริการเกมออนไลน์อาจยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์ ก่อนครบกำหนดถ้าหากเกมออนไลน์นั้นไม่สามารถทำเงิน หรือผลประโยชน์ให้กับบริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์อย่างเพียงพอซึ่งการยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์นั้น ในบางกรณีไม่ได้มีการแจ้งให้ผู้ใช้บริการทราบล่วงหน้า อีกทั้งยังมีการจัดโปรโมชั่นลดราคาทรัพย์สินเสมือนเพื่อทำเงินให้แก่ผู้ให้บริการ เกมออนไลน์เป็นครั้งสุดท้าย ก่อนที่เกมออนไลน์นั้นจะถูกยกเลิกการให้บริการ<sup>41</sup> ซึ่งทำให้ผู้เล่นเกมออนไลน์บางคน ที่ซื้อทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์รู้สึกไม่เป็นธรรมอย่างมาก ซึ่งการยกเลิกเกมออนไลน์นั้น ส่วนใหญ่ในสัญญาระหว่างผู้ให้บริการเกมออนไลน์ และผู้ให้บริการเกมออนไลน์มักจะเขียนข้อกำหนดให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์สามารถยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์ เมื่อใดก็ได้ และไม่ต้องมีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์นั้น

นอกจากนี้ในการให้บริการเกมออนไลน์นั้นผู้ให้บริการ ได้กำหนดข้อกำหนดเกี่ยวกับการเล่นเกมออนไลน์ รวมถึงข้อห้ามต่าง ๆ ที่ห้ามไม่ให้ผู้เล่นพึงกระทำ ไม่ว่าจะเป็นการหาทรัพย์สินเสมือนโดยมิชอบ การใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ การเล่นเกมโดยจงใจให้ผู้อื่นเสียหาย หรือแม้แต่การโพสต์ข้อความที่เป็นการหมิ่นประมาท หรือผิดกฎหมาย ในระหว่างการเล่นเกม อีกทั้งยังมีข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องอายุของผู้เล่นเกมที่ทางผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องควบคุมเรื่องดังกล่าวด้วย ซึ่งการละเมิดกฎดังกล่าวนี้ ผู้ให้บริการเกมออนไลน์สามารถทราบได้จากการที่ ใช้ระบบติดตามเฝ้าระวังอัตโนมัติ หรือมีเจ้าหน้าที่คอยเฝ้าระวังและคอยตรวจเช็คพฤติกรรมดังกล่าว หรือแม้แต่รับแจ้งถึงพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้เล่นเกมออนไลน์จากผู้เล่นเกมออนไลน์คนอื่น ซึ่งเมื่อทางผู้ให้บริการเกม

<sup>41</sup>เกมออนไลน์ MU Online ปิดให้บริการ 3 กันยายน 2557 [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ: 28 พฤศจิกายน 2556.

แหล่งที่มา: <http://news.playpark.com/th/24351>

ออนไลน์ทราบถึงการกระทำผิดกฎหมายของผู้เล่นเกมออนไลน์แล้ว จะมีบทลงโทษผู้เล่นที่ทำละเมิดกฏนั้นต่างกัน ตั้งแต่ตักเตือน ระวังใช้บริการชั่วคราว ลบทรัพย์สินเสมือน ลดค่าความสามารถ หรือที่ร้ายแรงที่สุดคือการระงับบริการถาวร ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิที่มีของผู้เล่นเกมออนไลน์อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และการระงับบัญชีการให้บริการเกมออนไลน์นั้น ยังอาจส่งผลกระทบต่อเงินที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้เติมลงไปบัญชีดังกล่าว เพราะผู้ให้บริการเกมออนไลน์มักจะไม่คืนเงินดังกล่าวที่คงเหลือในบัญชีแก่ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ที่ถูกระงับบัญชีการให้บริการ ซึ่งในการระงับบัญชีผู้เล่นเกมออนไลน์นี้ นี้ในเกมออนไลน์บางเกมอาจจะให้มีการยื่นคำร้องของอูธรณ์ บทลงโทษ ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลเกมออนไลน์ได้สำหรับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการ ยกเลิก หรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์นั้น ผู้วิจัยจะกล่าวในบทต่อไป

## 2.5.4 การกระทำของบุคคลภายนอกที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์

### 2.5.4.1 การจำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติหรือโปรแกรมโกงเกมอื่นๆ

ในปัจจุบันนี้ การเล่นเกมออนไลน์โดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นได้รับความนิยมขึ้นอย่างมากเนื่องจากผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติหรือโปรแกรมโกงเกมนั้นสามารถลดระยะเวลาในการเล่นของตนเองลงเป็นอย่างมาก ซึ่งการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินี้ ผู้เล่นเกมออนไลน์มักไม่ได้เป็นผู้พัฒนาโปรแกรมดังกล่าวเอง แต่จะมีผู้ประกอบการหรือบุคคลอื่นเป็นผู้พัฒนาโปรแกรมดังกล่าวขึ้นมาและนำมาจำหน่ายให้แก่ผู้เล่นเกมออนไลน์ โดยการจำหน่ายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นได้ทำรายได้ให้แก่ผู้ประกอบการที่จำหน่ายโปรแกรมดังกล่าวเป็นอย่างมาก แต่อย่างไรก็ดีการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินี้ ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มักจะไม่นิยามให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ใช้โปรแกรมดังกล่าว และนอกจากนี้ จากที่ผู้วิจัยได้กล่าวถึงลักษณะของโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติในหัวข้อ 2.5.1.1 เห็นได้ว่าโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติได้ก่อให้เกิดผลเสีย แก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์เป็นอย่างมาก โดยบริษัทผู้จำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินี้ไม่มีนิติสัมพันธ์ใดต่อกับผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ซึ่งการกระทำของบุคคลภายนอกที่จำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติจะก่อให้เกิดความรับผิดใดใดหรือไม่ ผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์ในบทต่อไป



### บทที่ 3

มาตรการกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์ตามกฎหมายต่างประเทศ

หลังจากได้ศึกษาความเป็นมาและลักษณะและพฤติกรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในเกมออนไลน์แล้ว ในบทนี้ผู้วิจัยจะศึกษาหลักเกณฑ์และบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์ตามกฎหมายต่างประเทศ โดยแยกศึกษาเป็น 2 ประเทศ คือ สหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และเป็นประเทศที่มีการให้บริการเกมออนไลน์รายใหญ่ของโลก และสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เหมือนประเทศไทยและมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเกมออนไลน์โดยเฉพาะ อีกทั้งยังเป็นประเทศที่มีธุรกิจเกมออนไลน์มีมูลค่าสูงสุดในเอเชียอีกด้วย

### 3.1 มาตรการกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 3.1.1 การเกิดสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

##### 3.1.1.1 การเกิดสัญญาตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์

หลักกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเป็นหลักกฎหมายที่เกิดมาจากคำพิพากษาของศาล โดยศาลจะวางหลักเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ ไว้ในคำพิพากษา ซึ่งสถาบันกฎหมายแห่งอเมริกา (America Law Institute) ได้ทำการรวบรวมหลักเกณฑ์ตามคำพิพากษาของศาลในแต่ละมลรัฐ มาจัดทำเป็นหมวดหมู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษร เพื่อให้ง่ายแก่การศึกษา ที่เรียกว่า The Restatement of law โดยในเรื่องเกี่ยวกับการเกิดสัญญานั้นได้ถูกรวบรวมไว้ใน Restatement of (Second) contract ที่ประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1981 โดยได้มีการปรับปรุงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในเรื่องสัญญาจาก First Restatement of contract ที่การประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1936 ซึ่งสำหรับ The Restatement of law นั้นยังไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมาย แต่เป็นเพียงคำอธิบายกฎหมายที่จะให้ศาลนำมาเป็นหลักในการพิจารณาตัดสินคดีเป็นรายคดีไปเท่านั้น Restatement of (Second) contract ได้วางหลักเกณฑ์เรื่องการเกิดสัญญาไว้ในมาตรา 17 ที่ว่า “สัญญานั้นจะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อมีการต่อรองที่แสดงออกถึงการยินยอมแลกเปลี่ยนซึ่งกันและกันและจะต้องมีผลประโยชน์ต่างตอบแทน (Consideration)<sup>42</sup> ซึ่งผลประโยชน์ต่างตอบแทนหรือ Consideration นั้น

<sup>42</sup>Restatement of (Secound) contract § 17 Requirement of a Bargain

(1) Except as stated in Subsection (2), the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration.

Restatement of (Second) contract ได้วางหลักเกณฑ์ ไว้ในมาตรา 71 โดยมีใจความสำคัญคือ “การก่อให้เกิดสิ่งตอบแทนจะต้องมีการแลกเปลี่ยน(bargained for) ด้วย “การชำระหนี้” (Performance) หรือด้วย “การให้คำสัญญาตอบแทน” (Return Promise) โดยการชำระหนี้หรือการให้คำสัญญาตอบแทนนั้นจะมีขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ให้คำสัญญา (Promisor) ได้เรียกร้องให้มีการชำระหนี้หรือเรียกร้องการให้คำสัญญาตอบแทนเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับคำสัญญาของตน และผู้ได้รับคำสัญญาก็ได้ชำระหนี้หรือให้คำสัญญาเพื่อแลกเปลี่ยนกับคำสัญญาของผู้ให้สัญญาเช่นกัน นอกจากนี้ยังได้กำหนดไว้ว่า การชำระหนี้นี้อาจจะอยู่ในรูปแบบของการกระทำตามคำสัญญา, การงดใช้สิทธิเรียกร้อง, การสร้าง,ปรับปรุง,เพิ่มเติมหรือทำลายความสัมพันธ์ทางกฎหมาย<sup>43</sup>

หลักเกณฑ์เรื่องการทำคำเสนอและการทำคำสนองที่จะเป็นการแสดงเจตนาให้เกิดสัญญานั้น Restatement of (Second) contract ได้บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 24 ที่ว่า “คำเสนอคือการแสดงออกหรือความตั้งใจที่จะเข้าไปต่อรองเพื่อเข้าทำสัญญา<sup>44</sup> แต่ถึงอย่างไรก็ดีถ้าหากการแสดงออกนั้น บุคคลอีกฝ่ายรู้หรือควรได้รู้ว่าการแสดงออกนั้นไม่เป็นการแสดงออกเพื่อมีเจตนาเข้าทำสัญญา การแสดงออกเช่นนั้นไม่ใช่คำเสนอ เป็นเพียงแต่คำเชื้อเชิญในการทำสัญญาเท่านั้น<sup>45</sup> ตัวอย่างเช่นการประกาศให้บริษัทต่าง ๆ มาเสนอราคาก่อสร้างรถไฟฟ้า เป็นต้น โดยในคำเสนอนั้นอาจกำหนดให้ผู้แสดงเจตนาทำคำสนองรับ แสดงออกในรูปแบบเป็นวาจา เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นการ

---

(2) Whether or not there is a bargain a contract may be formed under special rules applicable to formal contracts or under the rules stated in §§ 82-94.

<sup>43</sup> Restatement of (Secound) contract § 71 Requirement of Exchange; Types of Exchange

(1) To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for.

(2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise.

(3) The performance may consist of

(a) an act other than a promise, or

(b) a forbearance, or

(c) the creation, modification, or destruction of a legal relation.

(4) The performance or return promise may be given to the promisor or to some other person. It may be given by the promisee or by some other person.

<sup>44</sup> § 24 Offer Defined

An offer is the manifestation of willingness to enter into a bargain, so made as to justify another person in understanding that his assent to that bargain is invited and will conclude it.

<sup>45</sup> § 26 Preliminary Negotiations

A manifestation of willingness to enter into a bargain is not an offer if the person to whom it is addressed knows or has reason to know that the person making it does not intend to conclude a bargain until he has made a further manifestation of assent.

แสดงออกอย่างหนึ่งอย่างใด หรืออาจจะให้ผู้รับคำสนองเป็นผู้เลือกวิธีการแสดงเจตนาก็ได้ โดยคำสนองรับนั้นจะต้องมีเหตุผลและพอเหมาะกับสถานการณ์ด้วย<sup>46</sup>

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์เกิดสัญญาตาม Restatement of (Second) contract ผู้ทำคำเสนอจะต้องมีการกระทำที่มีการแสดงออกโดยมีเจตนาที่จะผูกพันให้เกิดสัญญาขึ้น หรือการแสดงออกนั้นอีกฝ่ายรู้หรือควรรู้ว่าเป็นการแสดงออกโดยมีเจตนาเป็นคำเสนอที่จะให้เกิดสัญญาขึ้น และการทำคำสนองนั้นคือการแสดงออกที่จะยอมรับเอาคำเสนอนั้นโดยจะเป็นการแสดงออกในรูปแบบใดก็ได้ตามที่ผู้ทำคำเสนอกำหนดไว้ และนอกจากนี้การเกิดสัญญาได้นั้นคู่สัญญาจะต้องมีลักษณะที่แลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทนซึ่งกันและกันด้วย (Consideration) ทั้งนี้สิ่งตอบแทนที่คู่สัญญามอบให้แก่กันนั้นไม่จำเป็นต้องเท่าเทียมกัน โดยสัญญาที่ไม่มีสิ่งตอบแทนจากฝ่ายที่ประสงค์บังคับตามสัญญาแล้วสัญญาย่อมไม่อาจบังคับกันได้ ซึ่งจากหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์เกิดสัญญาตาม Restatement of (Second) contract เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้กว้างๆสามารถนำมาปรับใช้กับในเรื่องการเกิดสัญญาได้ทุกประเภท รวมทั้งสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ด้วย

นอกจากนี้ใน Restatement of (Second) contract ยังได้ทำการบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ถึงการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในสัญญามาตรฐานที่จะสามารถก่อให้เกิดข้อสัญญาที่จะนำมาใช้บังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ไว้ในมาตรา 211 (3) ที่ว่า

“ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายมีเหตุผลที่ควรเชื่อได้ว่าคู่สัญญาที่แสดงความตกลงหรือเจตนาโดยชัดแจ้งดังกล่าวนั้นจะ จะไม่แสดงเจตนาเรื่องนั้นๆ ถ้ารู้ไว้ในสัญญา มีข้อสัญญานั้นอยู่ให้ถือว่าข้อสัญญาลักษณะดังกล่าวนี้ไม่เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา”<sup>47</sup>

จะเห็นได้ว่าการ Restatement of (Second) contract มาตรา 211(3) ข้อสัญญามาตรฐานที่จะใช้บังคับกันได้นั้นข้อสัญญานั้นคู่สัญญาอีกฝ่ายจะต้องมีการรับรู้ว่ามีข้อสัญญาดังกล่าวในสัญญา

<sup>46</sup> § 30 Form of Acceptance Invited

(1) An offer may invite or require acceptance to be made by an affirmative answer in words, or by performing or refraining from performing a specified act, or may empower the offeree to make a selection of terms in his acceptance.

(2) Unless otherwise indicated by the language or the circumstances, an offer invites acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances.

<sup>47</sup> Restatement (Second) of Contracts, § 211 Standardized Agreements

(3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.

ก่อนที่คู่สัญญาอีกฝ่ายจะแสดงเจตนาทำคำสนองออกไป โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวนั้นสามารถนำมาปรับใช้กับสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้

แต่อย่างไรก็ดีการปรับใช้ Restatement of (Second) contract กับสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาสำเร็จรูปทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ยังพบปัญหาในการนำมาปรับใช้ในประเด็นเกี่ยวกับการเกิดสัญญา เช่นผู้ทำคำสนองจะรู้หรือทราบได้อย่างไรว่าการกระทำของตนเป็นการทำคำสนองแล้ว หรือข้อกำหนดใดเป็นข้อสัญญาหรือไม่ อีกทั้งลักษณะการทำคำสนองในรูปแบบใดสัญญาจึงจะมีผล และคำเสนอกับคำสนองจะต้องตรงกันหรือไม่เมื่อใด ดังนั้น Restatement of (Second) contract จึงอาจไม่เหมาะสมในการพิจารณาการเกิดของสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาสำเร็จรูปทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์

### 3.1.1.2 การเกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายเอกรูปร่างด้วยการพาณิชย์

#### มาตรา 2 Uniform Commercial Code (U.C.C) article 2

ประมวลกฎหมายเอกรูปร่างด้วยการพาณิชย์ (U.C.C) เป็นกฎหมายถูกจัดทำขึ้นโดยความร่วมมือกันของหน่วยงาน The American Law Institute และ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws มีวัตถุประสงค์ เพื่อให้เกิดเป็นแบบฉบับของกฎหมายธุรกิจที่มลรัฐแต่ละมลรัฐนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตน เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกันของกฎหมายธุรกิจในแต่ละมลรัฐ ซึ่งจะเกิดความสะดวกและผลประโยชน์แก่การประกอบธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>48</sup>

ประมวลกฎหมายเอกรูปร่างด้วยการพาณิชย์ได้กำหนดขอบเขตของสัญญาซื้อขายไว้ในมาตรา 2-105 ที่ว่าสินค้า (Goods) นั้น หมายความว่าถึง ทุก ๆ สิ่งที่สามารถเคลื่อนย้ายได้ในขณะทำสัญญาซื้อขาย<sup>49</sup> โดยสำหรับเรื่องการเกิดของสัญญาซื้อขายนั้นได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 2-204 ที่ว่า<sup>50</sup> สัญญาซื้อ

<sup>48</sup> คณิง ภาไชย, กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร.: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541), หน้า.หน้า 7

<sup>49</sup> U.C.C § 2-105. Definitions: Transferability; "Goods"; "Future" Goods; "Lot"; "Commercial Unit".

(1) "Goods" means all things (including specially manufactured goods) which are movable at the time of identification to the contract for sale other than the money in which the price is to be paid, investment securities (Article 8) and things in action. "Goods" also includes the unborn young of animals and growing crops and other identified things attached to realty as described in the section on goods to be severed from realty (Section 2-107).

<sup>50</sup> U.C.C §2-204. Formation in General.

(1) A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract.

(2) An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the

ขายที่เกิดขึ้นได้นั้นจะเกิดขึ้นโดยการแสดงข้อสัญญาที่เพียงพอ รวมทั้งการกระทำของคู่สัญญาที่ยอมรับการมีอยู่ของข้อสัญญานั้น นอกจากนี้ในมาตรา 2-206(1)(a) ได้อธิบายถึงคำเสนอและคำสนองที่จะก่อให้เกิดสัญญาไว้คือ<sup>51</sup> “คำเสนอที่จะก่อให้เกิดสัญญานั้นเป็นคำเชิญชวนให้ทำคำสนองโดยคำสนอนั้นจะสามารถสนองรับในรูปแบบใดก็ได้ตามที่เหมาะสมกับสถานการณ์” ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้ให้การยอมรับการทำคำเสนอและคำสนอง ที่เป็นการแสดงเจตนาออกมา ไม่จำกัดรูปแบบว่าจะจะเป็นแบบใดก็ตาม

โดยประมวลกฎหมายเอกรูปร่างว่าด้วยการพาณิชย์นั้นในตอนแรกได้ถูกร่างขึ้นบนพื้นฐานของการซื้อขายสินค้าที่มีรูปร่าง ตามความหมายของคำว่าสินค้า ในมาตรา 2-105 ซึ่งโดยหลักเกณฑ์เรื่องการเกิดสัญญาซื้อขายนั้นตามประมวลกฎหมายเอกรูปร่างว่าด้วยการพาณิชย์นั้นสามารถนำมาปรับใช้กับในเรื่องการซื้อขายสินค้าที่มีรูปร่างที่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์นั้นมีลักษณะเป็นการซื้อขายบริการ, เป็นสินค้าประเภทที่ไม่มีรูปร่าง และเป็นสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่กระทำบนระบบคอมพิวเตอร์ โดยประมวลกฎหมายเอกรูปร่างว่าด้วยการพาณิชย์ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้รองรับกับธุรกรรมการซื้อขายสินค้าที่ไม่มีรูปร่างเช่นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้นทางอิเล็กทรอนิกส์ในปี ค.ศ.2003<sup>52</sup> แต่อย่างไรก็ตามส่วนที่บัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายเอกรูปร่างว่าด้วยการพาณิชย์ มาตรา 2 ในส่วนที่รองรับเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ถูกปรับแก้ในปี ค.ศ.2011 โดยได้นำเอาบทบัญญัติเพิ่มเติมในเนื้อหาที่เกี่ยวกับออกธุรกรรมการซื้อขายสินค้าทางอิเล็กทรอนิกส์ออกไป<sup>53</sup> เนื่องจากได้รับการต่อต้านจากกลุ่มอุตสาหกรรมผู้ผลิตโปรแกรม

---

moment of its making is undetermined.

(3) Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy.

<sup>51</sup>U.C.C § 2-206. Offer and Acceptance in Formation of Contract.

(1) Unless otherwise unambiguously indicated by the language or circumstances

(a) an offer to make a contract shall be construed as inviting acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances;

<sup>52</sup> Peter B. Maggs, "The Effect of Proposed Amendments to Uniform Commercial Code Article 2," [Online] Accessed: 2016 AUGUST 21. Available from: [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/ucc2and2a/ucc2\\_am02.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/ucc2and2a/ucc2_am02.pdf)

<sup>53</sup> Recommendation of the Permanent Editorial Board for the Uniform Commercial Code to Withdraw the 2003 Amendments to UCC Articles 2 and 2A from the Official Text of the Uniform Commercial Code

[Online] Accessed: 2016 AUGUST 21. Available from: [www.entrepreneur.typepad.com/files/article-2-and-2a-memo.pdf](http://www.entrepreneur.typepad.com/files/article-2-and-2a-memo.pdf)

คอมพิวเตอร์ และไม่มีมัลรัฐได้นำประมวลกฎหมายเอกรูปในส่วนที่แก้ไขเพิ่มเติมนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายของรัฐตน ส่งผลให้ต้องมีการปรับแก้ประมวลกฎหมายเอกรูปเพื่อการพาณิชย์เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายที่มัลรัฐต่าง ๆ ได้บัญญัติไว้

### 3.1.1.3 การเกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์ *Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)*

ประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์ หรือ *Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)* เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยหน่วยงานที่ชื่อ *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL)* ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ร่างและพัฒนาประมวลกฎหมายเอกรูปต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกา โดยประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์ นั้นได้ถูกออกแบบขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C) ในประเด็นเกี่ยวกับการทำธุรกรรมซื้อขายสิ่งที่ไม่มีการวางทางคอมพิวเตอร์ เช่น การซื้อขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือ การซื้อบริการทางคอมพิวเตอร์ ซึ่งในประเด็นการเกิดสัญญาซื้อขายสินค้าหรือบริการที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ ประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์ ได้บัญญัติอยู่ใน มาตรา 202(a) ที่ว่า “สัญญานั้น จะเกิดขึ้นด้วยวิธีการใดใดอย่างเพียงพอ ที่แสดงให้เห็นความตกลง รวมถึงการทำคำเสนอหรือคำสนอง หรือการกระทำของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย.....”<sup>54</sup> โดย UCITA ได้ให้ความหมายของคำสนองที่จะทำให้เกิดสัญญาไว้ในมาตรา 203 ที่ว่า “คำเสนอที่จะก่อให้เกิดสัญญานั้นเป็นคำเชิญชวนให้ทำคำสนองโดยคำสนอนนั้นจะสามารถสนองรับในรูปแบบใดก็ได้ตามที่เหมาะสมกับสถานการณ์”<sup>55</sup> โดยสัญญาที่ทำคำเสนอในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ และกำหนดให้ผู้ทำคำสนองต้องทำคำสนองในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ด้วยนั้น สัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อ 1. ผู้ทำคำเสนอได้รับคำสนองทางอิเล็กทรอนิกส์หรือ 2. ถ้าหากการทำคำสนอนนั้นได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้หรือมีการเข้าถึงข้อมูล จะถือได้ว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้ทำคำเสนอได้รับการชำระหนี้ หรือเมื่อมีการเข้าถึงข้อมูลและผู้ทำคำเสนอได้รับข้อมูลที่

<sup>54</sup> UCITA SECTION 202. FORMATION IN GENERAL.

(a) [Manner of formation.] A contract may be formed in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance or conduct of both party..... agents which recognize the existence of a contract.

<sup>55</sup> UCITA SECTION 203 OFFER AND ACCEPTANCE IN GENERAL. Unless otherwise unambiguously indicated by the language or the circumstances:

(1) [Manner of Acceptance] An offer to make a contract invites acceptance in any manner and by any medium reasonable under the circumstances.

สำคัญ สำหรับการเข้าถึงข้อมูลนั้น<sup>56</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นว่าสัญญาจะเกิดขึ้นได้ตาม UCITA นั้นยังคงต้องอาศัยหลักการทั่วไปในการเกิดสัญญาคือคำเสนอและคำสนองต้องถูกต้องตรงกัน

นอกจากนี้การแสดงเจตนาที่จะก่อให้เกิดสัญญานั้นจะมีผลเป็นการแสดงเจตนาหรือไม่นั้น ประมวลกฎหมายเอกรูบว่าการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์ (UCITA) นั้นยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญในการแสดงเจตนา ที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 112 กล่าวคือ

“การแสดงเจตนาของบุคคลที่จะก่อให้เกิดสัญญาได้นั้นจะที่ผลเมื่อบุคคลนั้นได้กระทำโดยได้รู้หรือหลังจากได้มีโอกาสที่จะตรวจสอบข้อสัญญา(OPPORTUNITY TO REVIEW) และผู้แสดงเจตนาได้ทำการรับรองข้อมูลหรือข้อสัญญาโดยได้รับรู้ว่าการแสดงเจตนาอันเป็นการแสดงความยินยอมกับข้อตกลงในสัญญา”<sup>57</sup>

สำหรับโอกาสที่จะได้ตรวจสอบข้อสัญญา(OPPORTUNITY TO REVIEW) นั้น ได้ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 113 (a) ที่ว่า “บุคคลนั้นจะได้มีโอกาสที่จะอ่านหรือตรวจสอบสัญญาถ้าหากข้อสัญญานั้นอยู่ในสภาพที่วิญญูชนสามารถเรียกขึ้นมาและตรวจสอบได้”<sup>58</sup>

<sup>56</sup> UCITA SECTION 203 (4) [Electronic acceptance.] If an offer in an electronic message evokes an electronic

message accepting the offer, a contract is formed:

(A) when an electronic acceptance is received; or

(B) if the response consists of beginning performance, full performance, or giving access to information, when the performance is received or the access is enabled and necessary access materials are received.

<sup>57</sup> UCITA SECTION 112. MANIFESTING ASSENT.

(a) [How person manifests assent.] 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.

<sup>58</sup> UCITA SECTION 113. OPPORTUNITY TO REVIEW.

(a) A person has an opportunity to review a record or term only if it is made available in a manner that ought to call it to the attention of a reasonable person and permit review.

สัญญาทางอินเทอร์เน็ตที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตนั้น UCITA ได้บัญญัติ เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับโอกาสได้ตรวจสอบข้อสัญญาไว้เป็นเฉพาะ ในมาตรา 114 ซึ่งมีใจความสำคัญที่ว่า

“โอกาสที่จะได้ตรวจสอบข้อสัญญาตามมาตรา 113 สำหรับสัญญาทางอินเทอร์เน็ตนั้น จะถือได้ว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ( Licensee) ได้ให้โอกาสคู่สัญญาที่จะตรวจสอบสัญญาถ้า

1. ข้อสัญญาในการอนุญาตให้ใช้สิทธิได้มีอยู่สำหรับผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensee) ที่จะมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญาก่อนที่จะทำการส่งข้อมูลที่จะทำให้ผูกพันในสัญญาหรือทำการชำระราคา โดยการแสดงหรือเปิดเผยให้เห็นข้อความในสัญญาอย่างชัดเจน หรือแนะนำวิธีการที่จะได้รับสัญญาดังกล่าว หรือทำการอ้างอิงไปยังที่อยู่ของสัญญาดังกล่าว หรือเปิดเผยข้อสัญญาในจุดโดดเด่นบนเว็บไซต์ของผู้ทำคำเสนอและจัดให้มีสำเนาของสัญญาดังกล่าว ข้อสัญญาทันทีที่มีการร้องขอก่อนที่จะทำการส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์

2. ห้ามการกระทำของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการขัดขวางการคัดลอกหรือพิมพ์สัญญาดังกล่าว  
“<sup>59</sup>

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์การแสดงเจตนาและหลักโอกาสในการตรวจสอบข้อสัญญานั้น เป็นการนำหลักเกณฑ์เรื่องข้อสัญญาที่สามารถใช้บังคับได้ในสัญญาสำเร็จรูปที่พบได้ใน Restatement (Second) of Contracts มาตรา 211 มาอธิบายให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยหลักเกณฑ์การแสดงเจตนาและหลักโอกาสในการตรวจสอบข้อสัญญานั้น เรื่องได้สร้างความชัดเจนในประเด็นการ

<sup>59</sup> UCITA SECTION 114. PRETRANSACTION DISCLOSURES IN INTERNET-TYPE TRANSACTIONS.

(a) This section applies to a licensor that makes its computer information available to a licensee by electronic means from its Internet or similar electronic site.

(b) In such a case, the licensor affords an opportunity to review the terms of a standard form license which opportunity satisfies Section 113 with respect to a licensee that acquires the information from that site, if the licensor:

(1) makes the standard terms of the license readily available for review by the licensee before the information is delivered or the licensee becomes obligated to pay, whichever occurs first, by:  
(A) displaying prominently and in close proximity to a description of the computer information, or to instructions or steps for acquiring it, the standard terms or a reference to an electronic location from which they can be readily obtained; or

(B) disclosing the availability of the standard terms in a prominent place on the site from which the computer information is offered and promptly furnishing a copy of the standard terms on request before the transfer of the computer information; and

(2) does not take affirmative acts to prevent printing or storage of the standard terms for archival or review purposes by the licensee



แสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนอง ในสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือได้ให้ความสำคัญกับโอกาสที่จะตรวจสอบข้อสัญญาของผู้เข้าทำสัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ร่างสัญญา หรือผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนในการแสดงเจตนาทำคำเสนอในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่ช่วยบังคับให้ผู้ทำธุรกิจที่ทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องแจ้งข้อตกลงและเงื่อนไขที่มีอยู่ในสัญญาให้คู่สัญญาทราบก่อนที่จะเข้าทำสัญญา มิฉะนั้นข้อสัญญาดังกล่าวจะไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนาทำคำสนองและส่งผลให้ข้อสัญญาดังกล่าวไม่สามารถใช้บังคับกันได้ และนอกจากนี้ในเรื่องการแสดงเจตนาทำคำสนอนนั้น ยังได้เกิดความชัดเจนเนื่องจาก การแสดงเจตนาทำคำสนอนนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้แสดงเจตนาทราบว่ากระทำของตนจะมีผลเป็นการแสดงความยินยอมที่จะตกลงเข้าทำสัญญา

โดยการปรับใช้เรื่องการเกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายเอกรูปร่างว่าการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์ ทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องการเกิดสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์ ซึ่งเป็นสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดขึ้นบนระบบคอมพิวเตอร์เพิ่มมากขึ้น แต่อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายเอกรูปร่างว่าการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์นั้นได้ถูกวิจารณ์ในเนื้อหาของกฎหมายเป็นอย่างมาก เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแต่กลุ่มอุตสาหกรรมผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์มากจนเกินไป ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง การลดการประกันสินค้าที่ทำให้คุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ลดลง การที่สามารถทำให้ผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถติดตั้งโปรแกรมเพื่อตรวจสอบ และยกเลิกการติดตั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เครื่องของผู้ใช้งานโดยอัตโนมัติ การทำลายกฎการขายครั้งแรก (First sale Doctrine) เป็นต้น<sup>60</sup> จากที่กล่าวมาส่งผลให้ประมวลกฎหมายเอกรูปร่างว่าการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์นั้นมีมลรัฐที่ประกาศใช้เพียง 2 มลรัฐ คือมลรัฐ Maryland<sup>61</sup> และ Virginia<sup>62</sup> ซึ่งได้นำกฎหมายดังกล่าวเป็นแม่แบบมาบัญญัติกฎหมายในมลรัฐของตน ในปี ค.ศ.2000 และนอกจากนี้ ยังมีมลรัฐที่ไม่ให้การยอมรับประมวลกฎหมายเอกรูปร่างว่าการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์ และบัญญัติกฎหมายที่ห้ามการบังคับใช้ประมวลกฎหมายเอกรูปร่างว่าการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์ กับประชาชนที่อาศัยในมลรัฐของตน ถึง 5 มลรัฐ ได้แก่ มลรัฐ Iowa, North Carolina, West Virginia, Vermont และรัฐ Idaho<sup>63</sup>

<sup>60</sup> CEM KANER, "Software Engineering and Ucita," Journal of Computer and Information Law, 18#2(2000),page 55-68

<sup>61</sup> <http://leg1.state.va.us/cgi-bin/legp504.exe?001+ful+SB372ER>

<sup>62</sup> <http://leg1.state.va.us/cgi-bin/legp504.exe?001+ful+SB372ER>

<sup>63</sup> Patrick Thibodeau, "Mass. Could Be Fifth State to Adopt Anti-Ucita Law " [Online] Accessed: 26 AUGUST 2016. Available from: <http://www.computerworld.com/article/2570450/enterprise-applications/mass--could-be-fifth-state-to-adopt-anti-ucita-law.html>

### 3.1.1.4 แนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องการเกิดสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์โดยศาลระบบคอมพิวเตอร์

สัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์เป็นสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ระบบคอมพิวเตอร์ โดยสัญญาดังกล่าวนั้นจะมีทั้งประเภทที่ให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องตอบตกลงก่อนให้บริการหรือที่เรียกว่า Click-wrap agreement และสัญญาที่ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ไม่ต้องตอบตกลงก่อนให้บริการ หรือที่เรียกว่า Browse-wrap agreement ดังที่กล่าวมาในหัวข้อ 2.4 ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำวินิจฉัยและให้เหตุผลของคำพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาลักษณะดังกล่าวไว้แตกต่างกันโดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

สัญญาประเภทที่ต้องตอบตกลงก่อนให้บริการ (Click-wrap agreement) ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษายอมรับว่า สัญญาประเภทที่ต้องตอบตกลงก่อนเข้าใช้บริการ (Click-wrap agreement) จะมีผลบังคับใช้ได้ กรณีตัวอย่างในคดี Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc.<sup>64</sup> ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเกิดสัญญาประเภทที่ต้องตอบตกลงก่อนเข้าใช้บริการ (Click-wrap agreement) ดังกล่าวไว้ว่า สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญามีการตอบตกลงโดยการกดปุ่มที่มีข้อความว่า “เห็นด้วย” “หรือยอมรับข้อตกลงในสัญญา” (Agree or Accept) หลังจากได้มีโอกาสที่จะอ่านสัญญานั้นแล้ว

และนอกจากนี้ศาลในคดี Feldman v Google , Bruce G. Forrest v. Verizon Communications Inc. และ Caspi v. Microsoft Network L.L.C<sup>65</sup> ได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมไว้ว่า ถึงแม้ว่าในระบบกระบวนการทำสัญญานั้น ผู้ให้บริการจะไม่ได้บังคับให้คู่สัญญากระทำการอ่านสัญญา หรือข้อตกลงทั้งหมดก่อนกดปุ่ม “เห็นด้วย” หรือ “ยอมรับข้อตกลงในสัญญา” สัญญานั้นก็สามารถเกิดขึ้นได้ โดยถ้าหากคู่สัญญามีโอกาสที่จะได้รับทราบถึงการมีอยู่ของข้อสัญญา หรือข้อตกลงอย่างมีนัยสำคัญ เช่นการแสดงด้วยข้อความที่เด่นชัด เป็นตัวอักษรขนาดใหญ่ บ่งบอกว่าข้อความดังกล่าวเป็นข้อสัญญาหรือข้อตกลง เป็นต้น และคู่สัญญาสามารถที่จะเลื่อนไปอ่านข้อตกลงหรือสัญญาที่อยู่ในกล่องข้อความ (Scroll box) ได้ทั้งหมด

<sup>64</sup> Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc., et al. C98-20064, 1998 WL 388389 (N.D. Ca., April 20, 1998)

<sup>65</sup> Caspi v. Microsoft Network L.L.C 371 A. ad 528 (N.J. Super. Ct. App . Div. 1999), Bruce G. Forrest v. Verizon Communications Inc 05 A.2d 1007 (Dist. of Columbia Court of Appeals, August 29, 2002 ) and Feldman v. Google, Inc., 513 F.Supp.2d 229 (E.D.Pa. 2007).

จะเห็นได้ว่าจากคำพิพากษาของศาลในเรื่องประเด็นการเกิดสัญญาประเภทที่ต้องตอบตกลงก่อนใช้บริการ (Click-wrap agreement) นั้นเห็นได้ว่า ศาลได้ให้ความสำคัญกับหลักโอกาสที่จะได้ตรวจสอบข้อสัญญา (OPPORTUNITY TO REVIEW) ก่อนที่คู่สัญญาจะแสดงเจตนาทำข้อเสนอตอบรับหรือไม่ตอบรับสัญญา

สัญญาที่ผู้ใช้บริการไม่ต้องตอบตกลงก่อนใช้บริการ (Browse-wrap agreement) การเกิดสัญญาประเภทนี้ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเกณฑ์ในการเกิดสัญญาประเภทดังกล่าวไว้ค่อนข้างเคร่งครัดที่จะไม่ยอมรับการเกิดสัญญามากกว่าสัญญาประเภทที่ต้องตอบตกลงก่อนใช้บริการ (Click-Wrap agreement) โดยศาลจะไม่ยอมรับในการเกิดสัญญาดังกล่าวในกรณีที่ข้อสัญญาได้แสดงออกในตัวอักษรที่มีลักษณะเล็ก<sup>66</sup> สีไม่เด่นชัด<sup>67</sup> ข้อสัญญาปรากฏอยู่คนละที่กับที่ให้ผู้ใช้งานรับทราบ<sup>68</sup> และถึงแม้ว่าตัวหนังสือจะปรากฏอย่างเด่นชัดว่ามีข้อสัญญานั้นอยู่แต่ถ้าบริษัทผู้ทำสัญญาไม่ได้แจ้งเตือนผู้ใช้บริการหรือแสดงถึงการให้ผู้ใช้บริการให้ความยินยอมในสัญญาซึ่งใกล้เคียงกับการที่ต้องให้ผู้ใช้บริการกดปุ่มตอบตกลงในสัญญา สัญญาดังกล่าวก็ไม่มีผลบังคับใช้เช่นกัน<sup>69</sup> แต่อย่างไรก็ดี สัญญาประเภทผู้ใช้บริการไม่ต้องตอบตกลงก่อนใช้บริการ (Browse-wrap agreement) นั้นอาจจะเกิดขึ้นและมีผลใช้บังคับกันได้ดังเช่น

คดี Register.com v. Verio<sup>70</sup> ที่มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์เป็นเจ้าของเว็บไซต์ที่ใช้จดทะเบียนโดเมนเนม โดยได้รับอนุญาตมาจาก ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers). โดยผู้จดทะเบียนโดเมนเนมทุกคนจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่นายทะเบียนได้รับการรับรองจาก ICANN จำเลยเป็นบริษัทผู้พัฒนาเว็บไซต์ และได้ทำการละเมิดข้อสัญญาของโจทก์ เรื่องการห้ามนำข้อมูลของที่ Register.com ไปใช้เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ หรือทำการแอบคม โดยจำเลยกล่าวอ้างว่าสัญญาไม่สามารถบังคับได้เพราะ เนื้อหาของสัญญาในเรื่องที่โจทก์ฟ้องไม่ได้ปรากฏขึ้นมาให้จำเลยทราบจนกระทั่งจำเลยได้ใช้บริการของโจทก์จนเสร็จสิ้น ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เหมือนกับ คดี Specht v. Netscape Comms. Corp. อีกทั้ง ยังไม่ได้มีการให้ผู้ใช้บริการต้องยอมรับในสัญญา เหมือนคดี Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, โดยศาลในคดีนี้ได้มีคำตัดสิน ให้ข้อสัญญานั้นมีผลบังคับใช้ โดยให้เหตุผลในคำพิพากษาว่า ถึงแม้ว่าข้อสัญญาจะไม่ได้ปรากฏให้จำเลยเห็นในขณะที่ทำสัญญา แต่ทุก ๆ ครั้งที่จำเลยทำการใช้งานคำสั่งเพื่อดึงข้อมูลมาจากโจทก์ จำเลยได้รับการแจ้งเตือนถึงการมี

<sup>66</sup> Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc., 2000 WL 525390, at \*3 (C.D.Cal. March 27, 2000).

<sup>67</sup> Specht v. Netscape, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002)

<sup>68</sup> Mary Defontes and Nicholas Long v. Dell Computers Corp., et al. C.A. No. P.C. 03-2636 (R.I. Superior Crt., Jan. 29, 2004).

<sup>69</sup> Nguyen v Barnes & Noble, Inc. (D.C. No. 8:12-cv-0812-JST)

<sup>70</sup> Register.com v. Verio, 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004)

อยู่ของข้อสัญญานั้นโดยจะมีข้อสัญญาและข้อความแสดงขึ้นมาว่า “by submitting this query, you agree to abide by these terms ” นอกจากนี้ในธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า สัญญาจะมีผลบังคับใช้ได้ แม้ว่าคู่สัญญาจะไม่ได้แสดงการตอบตกลงในสัญญา แต่ถ้าจำเลยรับเอาประโยชน์จากสัญญากล่าวคือจำเลยได้ใช้งานคำสั่งเพื่อดึงข้อมูลมาจากโจทก์เพื่อนำมาใช้งานในเชิงพาณิชย์ ก็ถือได้ว่าจำเลยได้รับการยอมรับเอาข้อสัญญาที่ว่าแล้ว

จากที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่า ในสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือสัญญาทางคอมพิวเตอร์ที่อยู่บนอินเทอร์เน็ตนั้น ถ้าจะมีผลบังคับใช้นั้น จะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ สองประการคือ

1. ต้องมีการแสดงการยืนยันที่จะเข้าทำสัญญาของผู้ใช้งาน และผู้ใช้งานจะไม่อาจใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้ ถ้าหากไม่ตอบตกลงยินยอม หรือยอมรับในข้อสัญญาเสียก่อน
2. การปรากฏของสัญญานั้นจะต้องแสดงให้เห็นอย่างเด่นชัดโดยผู้ใช้งานไม่จำเป็นต้องกดปุ่มเชื่อมต่อเพื่อไปดูสัญญา

ซึ่งถ้าครบองค์ประกอบทั้งสองข้อตามที่กล่าวข้างต้นซึ่งสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาประเภทที่ต้องตอบตกลงก่อนใช้บริการ หรือ Click-wrap agreement<sup>71</sup> ซึ่งศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้การยอมรับการเกิดสัญญาประเภทดังกล่าว

แต่ถ้าหากสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ขาดองค์ประกอบข้อหนึ่งข้อใด จะทำให้สัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็น สัญญาประเภทที่ไม่ต้องตอบตกลงก่อนใช้บริการ หรือ Browse-wrap agreement ซึ่งศาลในประเทศสหรัฐอเมริกามักจะมีคำตัดสินให้สัญญาดังกล่าวไม่สามารถเกิดขึ้นและใช้บังคับกันได้ แต่ทั้งนี้สัญญาประเภทที่ไม่ต้องตอบตกลงก่อนใช้บริการ นั้นยังอาจจะมีเกิดขึ้นและใช้บังคับได้ ถ้าหากคู่สัญญาฝ่ายที่ร่างสัญญาได้มีการแจ้งถึงการมีอยู่ของสัญญานั้นอย่างชัดเจน และคู่สัญญาอีกฝ่ายได้ทำการยอมรับเอาผลประโยชน์จากการมีอยู่ของข้อสัญญานั้นอย่างต่อเนื่อง เช่นการรับเอาประโยชน์ของสัญญาเป็นเวลานาน เป็นต้น

---

<sup>71</sup> ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996)

### 3.1.2 สถานะและความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือนในประเทศสหรัฐอเมริกา

สถานะความเป็นทรัพย์สินเสมือนในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการแบ่งประเภทของทรัพย์สิน (Property)<sup>72</sup> เป็น 2 ประเภท<sup>73</sup> คือ 1. Real property ซึ่งทรัพย์สินประเภทนี้ หมายถึง อสังหาริมทรัพย์ เช่นที่ดิน หรือสิทธิในที่ดิน 2. Personal property สำหรับทรัพย์สินประเภทนี้ หมายถึง ทรัพย์สินที่มีตัวตน เช่น สสังหาริมทรัพย์ สัตว์ สิ่งของ และสิ่งของที่ไม่มีตัวตน เช่น สิทธิต่าง ๆ เช่น หุ้น, สิทธิในสิทธิบัตร หรือทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น<sup>74</sup> นอกจากนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้ให้การยอมรับสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (intangible Property) โดยทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่มิเอกสารหรือกฎหมายรับรองสิทธินั้นอยู่<sup>75</sup> แต่อย่างไรก็ดีคำตัดสินในเรื่องการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างศาลในแต่มลรัฐยังมีการใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกัน<sup>76</sup> โดยศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างโดยไม่จำเป็นต้องเป็นสิทธิที่มีหนังสือหรือกฎหมายให้การรับรองอยู่ ตัวอย่างเช่นในคดี

Kremen v. Cohen<sup>77</sup> ที่มีข้อเท็จจริงในคดีคือ โจทก์เป็นเจ้าของโดเมนเนม SEX.COM ซึ่งโดเมนเนม SEX.COM นั้น ปรากฏหลักฐานว่าเป็นโดเมนเนมที่มีมูลค่าการซื้อขายโฆษณาในเว็บไซต์ชื่อโดเมนเนมนี้ เป็นมูลค่าสูงหลายล้านเหรียญสหรัฐต่อปี โดยจำเลยนั้นได้ทำการปลอมแปลงเอกสารส่งไปยังผู้ลงทะเบียนโดเมนเนม และเข้าควบคุมโดเมนเนมแทนโจทก์ ซึ่งเป็นเจ้าของผู้ลงทะเบียนโดเมนเนมตัวจริง โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องว่าจำเลยให้ต้องรับผิด ฐานได้ทำการเบียดบังโดเมนเนมของโจทก์

<sup>72</sup> ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจะใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” แทนคำว่า “Property” ที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

<sup>73</sup> lastowka, G., *Virtual Justice the New Laws of Online Worlds*.page 125-126

<sup>74</sup> Jeffrey Lehman and Shirelle Phelps, *West’s Encyclopedia of American Law Volum 8* (West Group, 1998).Page 198-202

<sup>75</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 242 (1965).

(1) Where there is conversion of a document in which intangible rights are merged, the damages include the value of such rights.

(2) One who effectively prevents the exercise of intangible rights of the kind customarily merged in a document is subject to a liability similar to that for conversion, even though the document is not itself converted.

<sup>76</sup> Nelson DaCunha, "Virtual Property, Real Concerns," *Akron Intellectual Property Journal University of Connecticut School of Law* 4, 1 (2010).Page 58-63

<sup>77</sup> kremen v. cohen 337 f.3d 1024 (9th cir. 2003)

ในคดีนี้ศาลชั้นต้นได้ตัดสินให้ปฏิเสธคำฟ้องของโจทก์ โดยให้เหตุผลว่า ชื่อโดเมนเนมนั้นไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่อยู่ในรูปแบบที่สามารถเบียดบังได้ โดยในคดีนี้จำเลยได้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ภาค 9 ซึ่งศาลโดยผู้พิพากษา 3 คน ได้ตัดสินกลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นว่า โดเมนเนมนั้นเป็นทรัพย์สินที่สามารถที่จะถูกเบียดบังได้ ซึ่งผู้พิพากษา Kozinski ได้ให้ความเห็นในคำพิพากษาไว้ว่า ชื่อโดเมนเนมนั้น เป็นทรัพย์สินที่กฎหมายได้ให้การรับรองเพราะว่า ชื่อโดเมนเนมนั้น สามารถสร้างผลประโยชน์ที่ชัดเจน สามารถครอบครองได้โดยมีสิทธิขาด และสามารถที่จะซื้อขายได้ในตลาดโดยมีมูลค่าหลายล้านเหรียญสหรัฐ

และนอกจากนี้ศาลของมลรัฐนิวยอร์กยังได้มีคำตัดสินรับรองสิทธิในสิ่งที่ไม่มีการรูปร่างในคดี *People v. Johnson*<sup>78</sup> โดยตัดสินให้ หมายเลขบนบัตรโทรศัพท์เป็นทรัพย์สินได้ แม้ว่าตัวเลขจะเป็นสิ่งที่ไม่เป็นตัวตน แต่ตัวเลขนั้นก็เป็นสิ่งที่มีคุณค่าและสามารถครอบครองได้ จึงทำให้ตัวเลขนั้นมีสถานะเป็นทรัพย์สิน และในคดี *Thyroff v. Nationwide Mut. Ins. Co*<sup>79</sup> ศาลยังได้ตัดสินในการให้ความคุ้มครอง สิทธิในข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยให้เหตุผลว่า “ไม่มีเหตุผลหรือตรรกะทางกฎหมายใดที่จะให้ความคุ้มครอง การสร้างสรรค์ที่เกิดขึ้นบนระบบคอมพิวเตอร์มีความคุ้มครองที่แตกต่างจากการสร้างสรรค์โดยใช้กระดาษ เอกสารที่อยู่บนสื่อจัดเก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ก็เปรียบเสมือนกับเอกสารที่จัดเก็บอยู่ในตู้เอกสาร จึงควรได้รับความคุ้มครองที่เท่ากัน”

และใน คดี *Bragg v. Linden*<sup>80</sup> ซึ่งเป็นคดีที่ตัดสินเกี่ยวกับสถานะของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของที่อยู่ในเกมออนไลน์ ศาลได้มีคำพิพากษาศาลตัดสิน ให้ทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์นั้น มีสภาพเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ที่ผู้เล่นเกมออนไลน์สามารถเป็นเจ้าของได้ โดยในคดีนี้ศาลให้เหตุผลในคำพิพากษา เกม *Second life* นั้นเหมือนสถานที่ และผู้เล่นเกมเป็นผู้อยู่อาศัย และทำให้โจทก์ซึ่งเป็นผู้เล่นเกมออนไลน์ มีความเป็นเจ้าของในผลประโยชน์ที่ได้มาจากสิ่งของในเกมออนไลน์

จากคำพิพากษาที่กล่าวมาข้างต้นชี้ให้เห็นว่า ศาลของสหรัฐอเมริกาได้ให้การยอมรับสิ่งที่ไม่มีการรูปร่างนั้นสามารถมีสถานะเป็นทรัพย์สิน ประเภทสังหาริมทรัพย์ได้ ซึ่งศาลได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมีสถานะเป็นทรัพย์สินของสิ่งที่ไม่มีการรูปร่างโดยให้ความสำคัญถึงคุณค่า นอกจากนี้ศาลในคดี *Kremen v. Cohen*<sup>81</sup> ยังได้อธิบายถึงสถานะความเป็นทรัพย์สินในสิ่งที่ไม่มีการรูปร่างว่า จะต้องเป็นสิ่งที่แสดงการครอบครองได้อย่างมีสิทธิขาดด้วย ซึ่งจากคำพิพากษาดังกล่าว ทำให้เห็นได้ว่าศาลในระบบคอมมอนลอว์เช่นสหรัฐอเมริกา ให้ความสำคัญถึงคุณค่า และลักษณะการครอบครองของสิ่งของ

<sup>78</sup> *People v. Johnson*, 560 N.Y.S.2d 238 (Crim. Ct. 1990).

<sup>79</sup> *Thyroff v. Nationwide Mut. Ins. Co.*, 8 N.Y.3d 283, 290-93, (2007).

<sup>80</sup> *Bragg v. Linden Research, Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Pa. 2007)

<sup>81</sup> *kremen v. Cohen* *ibid.*34

มากกว่าเรื่องการมีรูปร่างของสิ่งของ นอกจากนี้ศาลในคดี Bragg v. Linden<sup>82</sup> ยังได้ตัดสินรับรองสถานะความเป็นเจ้าของสิ่งของในเกมออนไลน์ ของผู้เล่นเกมออนไลน์ว่ามีสถานะความเป็นเจ้าของทรัพย์สินในสิ่งของในเกมด้วย

สำหรับสถานะในความเป็นเจ้าของสิ่งของในเกมออนไลน์ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จะบังคับตามข้อสัญญาที่ให้บริการ (EULA) ระหว่างให้บริการเกมออนไลน์กับผู้เล่นเกมออนไลน์<sup>83</sup> ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา และนอกจากนี้ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกายังได้มีคำพิพากษาในคดี Bragg v. Linden<sup>84</sup> ในประเด็นที่เกี่ยวกับความเป็นเจ้าของสิ่งของในเกม โดยให้ผู้เล่นเกมออนไลน์มีสิทธิเป็นเจ้าของสิ่งของในเกมที่ได้รับมาจากการเล่นเกมออนไลน์ ตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่ได้ระบุอย่างชัดเจนโดยให้ผู้เล่นเกมออนไลน์มีสิทธิเป็นเจ้าของสิ่งของในเกมออนไลน์ได้

### 3.1.3 การให้ความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา

หลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้บังคับเกี่ยวกับสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหลักใหญ่ๆ นั้น จะปรากฏอยู่ใน ประมวลกฎหมายเอกรูปร่างว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C) มาตรา 2-302 ที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมว่า

“(1) หากศาลเห็นว่าสัญญาหรือข้อสัญญาใดไม่เป็นธรรม(unconscionable)ในเวลาที่ทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับตามสัญญาหรืออาจบังคับตามสัญญาส่วนที่เหลือโดยปราศจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรืออาจจำกัดการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่เป็นธรรม”<sup>85</sup>

จะเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจพิจารณาความเป็นธรรมในสัญญา โดยศาลจะต้องค้นหา ความไม่เป็นธรรม(unconscionable) ในเวลาทำสัญญา ซึ่งเมื่อพบความไม่เป็นธรรมในสัญญานั้น ศาลสามารถใช้ดุลพินิจ ที่จะปฏิเสธการบังคับตามสัญญา ทั้งหมดหรือบางส่วน หรืออาจจะให้ใช้ข้อสัญญานั้นได้เท่าที่เป็นธรรมก็ได้

<sup>82</sup> Bragg v. Linden Research ibid.37

<sup>83</sup> Michael Passman, "Transactions of Virtual Items in Virtual Worlds," *Albany Law Journal of Science & Technology* 18(2008). Page 263-268

<sup>84</sup> Bragg v. Linden Research ibid.37

<sup>85</sup>Uniform Commercial Code Article 2-302

(1) If the court as a matter of law finds the contractor 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.

โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้แบ่งหลักความไม่เป็นธรรม(unconscionable) เป็น 2 ประเภท คือ

1. ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unconscionability) ซึ่งในที่นี้ได้แก่ การใช้อำนาจหรือสถานะที่เหนือกว่าในการบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำสัญญาโดยเสียเปรียบ การปกปิดข้อสัญญาบางข้อที่ไม่ได้แสดงออกทั้งหมดในตอนทำสัญญา การใช้ถ้อยคำในสัญญาที่วกวน รวมทั้งใช้ตัวอักษรที่มีขนาดเล็กเข้าใจได้ยาก เพื่อจงใจปกปิดหรือทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเสียเปรียบในการทำสัญญา การใช้อำนาจของตนที่เหนือกว่าข่มขู่ให้ทำสัญญา และยังรวมถึงการที่ให้ความแก่คู่สัญญาจำกัดในการอ่านและทำความเข้าใจสัญญาด้วย โดยหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ตัดสินว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่มีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญานั้น มีดังนี้<sup>86</sup>

#### 1.1 หลักเกณฑ์ไม่มีทางเลือกที่มีความหมาย (Lack of Meaningful Choice)

หลักเกณฑ์ไม่มีทางเลือกที่มีความหมาย มีสาเหตุเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องยอมรับในข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นไม่มีโอกาสที่จะเลือกทำสัญญากับผู้อื่น อาจด้วยจากสาเหตุของคู่สัญญาผู้นั้นเป็นผู้มีความน่าเชื่อถือต่ำ หรือเป็นผู้มีความรู้น้อย ไม่อาจเข้าใจข้อสัญญาได้ทุกข้อ จึงมีความจำเป็นต้องยอมรับข้อสัญญาที่เสียเปรียบนั้น เช่นคดี

*Williams v. Walker Thomas Furniture Co.*<sup>87</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงอยู่ว่าโจทก์เป็นผู้มีการศึกษาน้อย ไม่มีรายได้ประจำนอกเหนือจากเงินสังคมสงเคราะห์จากรัฐ และยังมีบุตรถึง 7 คน โดยได้ไปซื้อสินค้าจากบริษัทของจำเลยมาตลอดโดยได้ชำระราคาเป็นการผ่อนชำระเป็นงวดๆ ซึ่งตอนหลังโจทก์ได้ซื้อเครื่องเสียงจากจำเลยเป็นจำนวนเงิน 515 เหรียญสหรัฐโดยได้ผ่อนชำระกับบริษัทจำเลยอีกเช่นกัน โดยในสัญญาผ่อนชำระที่โจทก์ทำกับจำเลยทุกฉบับนั้น มีข้อสัญญา ว่า ในกรณีผิดนัด ผู้ขายสามารถเข้าครอบครองสิ่งของทุกชิ้นที่ซื้อไปแล้วตามสัญญา ซึ่งศาลได้ตัดสินโดยวางหลักของการตรวจสอบไม่เป็นธรรมในคดีนี้ โดยระบุงค์ประกอบของทางเลือกที่ไม่มี ความหมายไว้ ว่า การไม่มีทางเลือกที่ไม่มี ความหมายนั้นเกิดจากการที่ คู่สัญญามีอำนาจต่อรองน้อย ขาดโอกาสตามสมควรที่จะเข้าใจข้อสัญญา นอกจากนี้ในสัญญานั้นยังประกอบด้วย วิธีปฏิบัติในการทำสัญญาที่มีลักษณะหลอกลวง เช่นการใช้

<sup>86</sup> วัฒนา เทพวุฒิสถาพร, "แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 " (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, University, 2545).หน้า 130-137

<sup>87</sup> *Williams v. Walker Thomas Furniture Co* 121 U.S. App. D. C. 315, 350 F. 2d 445, 18 A. L. R. 3d 1297 (Dis.Col., Cir. 1965)



ตัวพิมพ์เล็ก ๆ การซ่อนข้อสัญญาไว้ การใช้ข้อความที่ซับซ้อน ซึ่งเมื่อประกอบทั้ง 2 อย่างเข้าด้วยกัน จะทำให้เห็นว่าผู้เข้าทำสัญญานั้นไม่มีทางเลือกอื่นที่มีความหมายในการทำสัญญานั้นได้

### 1.2 หลักเกณฑ์เรื่องความเหนือกว่าของอำนาจต่อรองและสัญญาจำยอม (Superiority of Bargaining Power and Adhesion Contracts)

โดยหลักเกณฑ์เรื่องความเหนือกว่าของอำนาจต่อรองและสัญญาจำยอม เกิดจากการที่อำนาจต่อรองของคู่สัญญามีความไม่เท่าเทียมกันอย่างมาก และนอกจากนี้ยังมีเรื่องสัญญาที่เป็นลักษณะสัญญาจำยอม ซึ่ง สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาจำยอมนั้นหมายความว่า เป็น สัญญาที่เกิดขึ้นกับการทำธุรกรรมที่เป็นจำนวนมาก เช่นสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งในสัญญาสำเร็จรูปนั้น จะมีลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้เขียนหรือร่างสัญญามีเพียงทางเลือกที่จะเข้าร่วมหรือไม่เข้าร่วมในสัญญา หรือไม่เท่านั้น คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ร่างสัญญาไม่มีโอกาสที่จะต่อรองข้อความหรือเนื้อหาในสัญญาเลยซึ่งความไม่เท่าเทียมกันจะพบได้ในสัญญาสำเร็จรูปทุกรูปแบบ แต่เรื่องอำนาจเหนือกว่าของอำนาจต่อรองนั้น อาจเกิดขึ้นจากการที่คู่สัญญา เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจต่อรองของคู่สัญญาที่ไม่เท่ากันโดยจะเกิดจากสถานะส่วนตัวของคู่สัญญาที่ทำให้อำนาจต่อรองไม่เท่ากันเช่น ความจำเป็นทางเศรษฐกิจ<sup>88</sup> ความรู้ และประสบการณ์ของคู่สัญญา หรือการที่คู่สัญญาไม่สามารถหาสินค้าหรือการบริการจากผู้ให้บริการอื่นได้ เช่นคดี

และคดี Bragg v. Linden Research, Inc.<sup>89</sup> คดีนี้มีข้อเท็จจริงดังที่กล่าวไปแล้วด้านบน และนอกจากนี้ คำพิพากษาที่ตัดสินโดย United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania คดีนี้ได้ตัดสินในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สำหรับเกมออนไลน์ โดยวางหลักว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ( EULA หรือ TOS) นั้น เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่โจทก์ทำขึ้นฝ่ายเดียว โจทก์ไม่มีสิทธิที่จะต่อรองสัญญา อีกทั้งสัญญา ยังเป็นประเภทที่เรียกว่า "take-it-or-leave-it-basis" ซึ่งมีข้อความให้เลือกเพียงกดยอมรับสัญญาเพื่อเข้าใช้งาน ถ้าหากไม่ยอมรับสัญญา ก็จะไม่สามารถใช้งานได้ซึ่งไม่เปิดโอกาสให้โจทก์ได้มีทางเลือกในการใช้งาน เพราะเมื่อศาลพิจารณาถึงเกมออนไลน์อื่นที่มีอยู่ในตลาดขนาดนั้น เกมออนไลน์ Second Life มีลักษณะพิเศษที่เกมอื่นไม่มี คือ การที่ยอมให้ผู้เล่นเป็นเจ้าของที่ดินเสมือนและทรัพย์สินเสมือนได้ และนอกเหนือไปกว่านี้ ในข้อสัญญายังได้กำหนดให้ Linden Research สามารถแก้ไขข้อสัญญาได้ตามที่ต้องการ ซึ่งทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรม และไม่อาจบังคับได้

### 1.3 หลักความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Surprise)

<sup>88</sup> Kosches v. Nichols 68 Misc.2d 795, 327 N.Y.S.2d 968 (N.Y. Civ. Ct. 1971).

<sup>89</sup> Bragg v. Linden Research, Inc 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Pa. 2007)

หลักเกณฑ์เรื่องความแปลกใจที่ไม่เป็นธรรมนั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้การพิจารณาจากฝ่ายที่ยอมรับเอาข้อสัญญาว่ามีความแปลกใจ กับข้อสัญญาดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งหากยังพบความแปลกใจอยู่ ก็จะแสดงว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ได้แสดงความยินยอมที่ยอมรับเอาข้อสัญญานั้น โดยความแปลกใจในกระบวนการทำสัญญานั้นจะพบได้จากข้อสัญญาที่มีการใช้ตัวอักษรขนาดเล็ก ใช้ภาษาที่คู่สัญญาไม่มีความรู้ หรือแม้กระทั่งลักษณะสัญญาที่มีความซับซ้อน

#### 1.4 หลักเกณฑ์เรื่องวิธีปฏิบัติแบบโกงและการหลอกลวง (Sharp Practices and Deception)

หลักเกณฑ์เรื่องวิธีปฏิบัติแบบโกงและการหลอกลวงเป็นหลักเกณฑ์ที่พบได้ในกระบวนการทำสัญญาทั่วไป โดยหลักเกณฑ์นี้เกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีเจตนาที่จะเข้าทำสัญญาจริง หรือมีเจตนาที่จะฉ้อโกง ฉ้อฉลคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาตามที่ตนต้องการ

2. ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unconscionability) ซึ่งในที่นี้ได้แก่การที่เนื้อหาของสัญญาไม่มีความสมเหตุสมผล ก่อให้เกิดความได้เปรียบหรือสร้างภาระให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมากเกินไป เช่น การกำหนดการยกเว้นความรับผิดที่ไม่เป็นธรรม การที่ต้องให้คู่สัญญาต้องสละข้อต่อสูบบางข้อที่ไม่เป็นธรรม การกำหนดราคาขายที่ไม่เป็นธรรม การกำหนดให้สามารถเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า เป็นต้น

ซึ่งในปัญหาเรื่องความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญานั้น ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาไว้ดังนี้

1. คำตัดสินว่าข้อสัญญามีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาโดยสร้างภาระแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่จำเป็นและไม่มีเหตุผลอันสมควร เช่นคดี

*Brower v. Gateway 2000, Inc.*<sup>90</sup>. คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า โจทก์ได้ซื้อเครื่องคอมพิวเตอร์พร้อมทั้งโปรแกรมของจำเลยผ่านทางช่องทางขายตรงเช่น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือทางโทรศัพท์ โดยในสัญญาให้บริการระหว่างซึ่งจำเลยได้ทำขึ้นมานั้น ในเรื่องการใช้สิทธิเรียกร้องของโจทก์ จำเลยได้บังคับให้โจทก์ต้องนำคดีขึ้นสู่ออญาโตตุลาการโดยให้หอการค้าระหว่างประเทศตัดสินก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องโจทก์ได้ ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวได้ถูกตัดสินโดย Supreme Court of New York, Appellate Division โดยศาลในคดีนี้ได้ตัดสินว่า ข้อตกลงให้คู่ความต้องนำคดีมาฟ้องต่อออญาโตตุลาการ โดยให้หอการค้าระหว่างประเทศ (International Chamber of Commerce หรือ

<sup>90</sup> 246 A.D.2d 246 (Supreme Court, Appellate Division, First Department 1998)

ICC )ตัดสินคดีนั้น เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทางเนื้อหา เพราะว่า ICC นั้นมีที่ตั้งอยู่ที่ประเทศฝรั่งเศส แต่คู่ความทำสัญญากันที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้เกิดความยุ่งยากในการนำคดีขึ้นสู่ออนุญาตตุลาการ อีกทั้งยังมีค่าใช้จ่ายที่สูงถึง 4000 เหรียญสหรัฐในการนำคดีเข้าสู่อนุญาตตุลาการ โดยไม่สามารถคืนเงินได้ ซึ่งศาลได้บอกว่า ข้อตกลงดังกล่าวเป็นการ”กดขี่อย่างร้ายแรง” ซึ่งทำให้ศาลบอกว่าสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมในเนื้อหา และไม่อาจบังคับได้ แต่ศาล ก็ได้บังคับไม่ให้ใช้ออนุญาตตุลาการเสียทีเดียว เพียงแต่ทำให้คำสั่งว่าต้องไปตัดสินที่อนุญาตตุลาการของ หอการค้าระหว่างประเทศไม่เป็นผลเท่านั้น

2. คำตัดสินที่ข้อสัญญามีความเป็นธรรมและมีผลบังคับได้ เพราะเป็นข้อสัญญาที่ไม่ได้สร้างภาระให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่จำเป็น เช่นคดี

Abreu v. Slide, Inc.<sup>91</sup> คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่าจำเลยเป็นผู้ให้บริการเกมที่ชื่อว่า SuperPoke pet ซึ่งเป็นเกมออนไลน์ที่ให้บริการอยู่บน เฟสบุ๊ก ต่อมาจำเลยได้หยุดให้บริการเกมออนไลน์ดังกล่าวทำให้โจทก์ซึ่งเป็นผู้เล่นเกมได้รับความเสียหาย โดยโจทก์ได้นำคดีมาฟ้องต่อศาล แต่จำเลยต่อสู้ว่าในข้อสัญญาการให้บริการระหว่าง จำเลยและโจทก์ โจทก์จะต้องนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่อนุญาตตุลาการ ก่อนที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาล ซึ่งคดีดังกล่าวตัดสินโดย United States District Court the Northern District of California ว่าข้อสัญญาที่จะต้องนำคดีเข้าสู่อนุญาตตุลาการก่อนนำมาฟ้องต่อศาลเป็นธรรมหรือไม่ โดยในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า ข้อตกลงที่ให้นำคดีเข้าสู่อนุญาตตุลาการ นั้นเป็นธรรมโดยศาลให้เหตุผลว่า สำหรับข้อตกลงที่จะให้โจทก์ต้องสละสิทธิทางศาลนั้น ศาลบอกว่าถ้าหากไม่เป็นธรรมก็สามารถแยกส่วนออกมาได้ไม่ได้ทำให้สัญญาทั้งหมดไม่เป็นธรรม ส่วนเรื่องค่าใช้จ่ายในการใช้สิทธิผ่านอนุญาตตุลาการนั้น ศาลบอกว่ามีราคาไม่สูงมาก และเป็นธรรม คือมีค่าใช้จ่าย 125 เหรียญสหรัฐ หรือมากที่สุดคือ 375 เหรียญสหรัฐซึ่งไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้มีข้อพิพาทมากเกินไป ส่วนค่าทนายความและค่าธรรมเนียมที่โจทก์จะไม่ได้เมื่อชนะคดีนี้ ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ว่าโจทก์จะได้ค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ ซึ่งเมื่อมีข้อสัญญานี้อยู่ในข้อตกลงให้ใช้ออนุญาตตุลาการตัดสินข้อพิพาท ก็ไม่ทำให้ข้อตกลงนี้ไม่เป็นธรรม

และ คดี M.A Mortenson Company Inc. V Timberline Software Cooperation<sup>92</sup> โดยเป็นเรื่องที่จำเลย เป็นผู้ผลิต โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ประมูลงานให้โจทก์ โดย หลังจากซื้อได้มีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (EULA) อีกฉบับหนึ่งที่อยู่ในลักษณะ shrink-wrap license<sup>93</sup> ซึ่งมีข้อความยกเว้น

<sup>91</sup> Abreu v. Slide, Inc., 12 0042 WHA (N.D. Cal.; July 12, 2012)

<sup>92</sup> M.A. Mortenson Co. v. Timberline Software Corp. 140 Wash. 2d 568, 998 P.2d 305 (2000)

<sup>93</sup> A shrink wrap license is an end user agreement, concerning the use of a copyright work, that is enclosed with software in plastic-wrapped packaging. It includes pre-drafted terms and conditions

ความรับผิดชอบที่เกิดจากการใช้งาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์อยู่ เมื่อโจทก์นำโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาใช้ปรากฏว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีข้อผิดพลาดทำให้คำนวณราคาค่าก่อสร้างผิดไป มีมูลค่าความเสียหายถึง 2 ล้านบาทสหรัฐอเมริกา ซึ่งจำเลยก็ได้ทราบถึงข้อผิดพลาดของโปรแกรมนี้แล้ว จากผู้ใช้งานรายอื่น ที่แจ้งเข้าไป แต่จำเลยไม่แก้ไขข้อผิดพลาดนี้ ซึ่งศาลได้ตัดสินให้จำเลยชนะคดี เพราะเหตุผลว่าโจทก์ได้ติดตั้งโปรแกรมและ ได้ใช้โปรแกรม ถือว่าโจทก์ได้ยินยอมในสัญญา อนุญาตให้ใช้สิทธิแล้ว (EULA) แล้ว จึงต้องมาพิจารณาว่าข้อตกลงที่ยกเว้นความรับผิดชอบใน สัญญานั้นมีความสมเหตุสมผลหรือไม่เป็นธรรมอยู่หรือไม่ ซึ่งศาลได้ตัดสินในประเด็นถึงความไม่เป็นธรรมในสัญญาไว้ว่า ไม่อาจนำเรื่องความไม่เป็นธรรมทั้งในเรื่องของความไม่เป็นธรรมทางเนื้อหา และความไม่เป็นธรรมในวิธีการ มาปรับใช้กับกรณีนี้ได้ เพราะในประเด็นความไม่เป็นธรรมในเนื้อหานั้น การที่สัญญาเขียนถึงข้อจำกัดความเสียหายอันเกิดจากการใช้งานโปรแกรม ก็มีส่วนช่วยให้เพื่อให้ต้นทุนเกี่ยวกับ การผลิตโปรแกรมนั้นถูกลง เพราะผู้ผลิตไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากการใช้โปรแกรมโดยไม่จำกัด เมื่อมีความรับผิดชอบที่สูงขึ้น ก็ทำให้โปรแกรมมีต้นทุนการผลิตที่มากขึ้นเพราะอาจจะต้องมีการทำประกันเพื่อคุ้มครองความรับผิดไว้ เมื่อต้นทุนการผลิตสูงขึ้นนั้น ในที่สุดราคาของโปรแกรมก็จะสูงขึ้น และก่อให้เกิดความเดือดร้อนกับผู้บริโภคเอง ส่วนความไม่เป็นธรรมในเชิงวิธีการนั้น ศาลได้วินิจฉัยว่า แม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทำฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่มีสิทธิที่จะเจรจาด้วย แต่โจทก์ ก็รับทราบข้อสัญญาเป็นอย่างดี เพราะจำเลยได้มีการแจ้งให้โจทก์ทราบเกี่ยวกับข้อสัญญาที่จำกัดความรับผิด โดยพิมพ์เน้นย้ำเฉพาะ ด้วยตัวหนังสืออักษรตัวใหญ่ อีกทั้งข้อสัญญาดังกล่าว ยังได้แสดงให้เห็นเมื่อโจทก์เปิดคอมพิวเตอร์เพื่อใช้งาน และนอกจากนี้ การทำสัญญาในลักษณะนี้ ก็เป็นเรื่องปกติที่ผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้องมีข้อสัญญา ประเภทนี้เอาไว้

จากคำพิพากษาดังกล่าวเห็นได้ว่าในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ศาลสหรัฐจะพิจารณาในเรื่องความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาก่อน โดยจะมีหลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาความเป็นธรรมในเนื้อหาว่าสัญญาดังกล่าวนั้นได้ก่อให้เกิดภาระหรือเกิดความได้เปรียบแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายมากจนเกินไปหรือไม่ ซึ่งถ้าสัญญามีความเป็นธรรมในเนื้อหา สัญญานั้นก็จะสามารถบังคับใช้แม้ว่ากระบวนการทำสัญญาจะไม่มีความเป็นธรรมก็ตาม แต่ถ้าหากพิจารณาได้ว่า ข้อสัญญามีความเป็นธรรมในเนื้อหาแล้ว ก็จะมาพิจารณาถึงว่า สัญญานั้นมีความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาหรือไม่ ซึ่งความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ศาลจะพิจารณาโดยใช้หลักเกณฑ์ว่า ผู้ที่เข้าทำสัญญานั้นมีตัวเลือกหรือ

---

of sale that consumers are required to agree before unpacking and using the work, usually a software product. The terms and conditions are usually non-negotiable. They are generally displayed on a piece of paper than can be read through shrink-wrap packaging. Once the end user opens the packaging, a consumer is deemed by the copyright owner to have agreed to the terms and conditions of use

ทางเลือกที่ดีกว่าในการเข้าทำสัญญานั้นหรือไม่ นอกจากนี้ยังใช้หลักเกณฑ์การรับรู้ถึงข้อสัญญาของคู่สัญญา ว่าคู่สัญญาที่ทำสัญญาที่เสียเปรียบจะต้องมีโอกาสได้รับรู้ว่ามีข้อสัญญาที่เสียเปรียบนั้นในสัญญาด้วย โดยสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ข้อใดจะมีลักษณะเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ ผู้วิจัยจะกล่าวต่อไปในบทที่ 4

### 3.1.4 ความรับผิดชอบทางแพ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 3.1.4.1 ความรับผิดชอบทางสัญญาในประเทศสหรัฐอเมริกา

ความรับผิดชอบทางสัญญาของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์อย่างสหรัฐอเมริกาจะเกิดขึ้นได้ เมื่อมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ทำการละเมิดข้อตกลงในสัญญา (Breach of contract) และก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งหลักความรับผิดชอบในสัญญาได้ถูกรวบรวมอยู่ใน The Restatement (Second) of Contracts มาตรา 346 ที่ว่า<sup>94</sup>

“ คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากการละเมิดสัญญาที่บังคับกันได้จากคู่สัญญาฝ่ายที่ละเมิดสัญญา นอกเหนือเสียจากการสิทธิในการเรียกร้องนั้นจะถูกระงับ หรือปฏิเสธ ”

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวเห็นได้ว่าความรับผิดชอบตามสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกามีองค์ประกอบดังนี้<sup>95</sup>

1. ต้องมีสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา โดยสัญญานั้นจะต้องมีผลบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายเช่น สัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมเป็นต้น
2. โจทก์มีสถานะเป็นเจ้าของหนี้ตามสัญญา
3. ต้องมีการละเมิดข้อตกลงในสัญญา

โดยการละเมิดข้อตกลงในสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้แบ่งออกเป็น<sup>96</sup>

(1). Minor Breach คือการที่คู่สัญญาได้เกิดการละเมิดข้อสัญญาคือการที่คู่สัญญาได้ทำการละเมิดข้อสัญญาในบางข้อ ที่ไม่ใช่ข้อสัญญาที่เป็นหัวใจของสัญญา ซึ่งการละเมิดข้อสัญญา

<sup>94</sup>Restatement (Second) of Contracts § 346

(1)The injured party has a right to damages for any breach by a party against whom the contract is enforceable unless the claim for damages has been suspended or discharged.

<sup>95</sup> Brian W. Shaffer, Michael R. Libor, and Jonathan D. Wall, "Breach of Contract (Express) "

[Online] Accessed: 2016 MAY 11. Available from:

<https://www.google.co.th/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=breach+of+contract+types+.pdf> Page 130-131

<sup>96</sup> Glanville Williams, Learning the Law Eleventh Edition (Stevens, 1982). Page 9

เล็กน้อยนั้นคู่สัญญาที่ไม่ได้กระทำการละเมิดสัญญาไม่มีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญากระทำการพิเศษเช่น เลิกสัญญา หรือเรียกร้องค่าเสียหายพิเศษเพื่อชดเชยความเสียหายได้ พึงเรียกได้เพียงแต่ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงในสัญญาเท่านั้น

(2). Material Breach คือการที่คู่สัญญาได้ละเมิดสัญญาในส่วนสาระสำคัญของสัญญา โดย Material Breach นั้นใน The Restatement (Second) of Contracts มาตรา 241 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิด Material Breach หรือไม่จากพฤติการณ์ดังต่อไปนี้<sup>97</sup> ขอบเขตของผลประโยชน์ที่คาดการณ์ได้ของผู้เสียหายมีความสมเหตุสมผลขอบเขตที่ผู้เสียหายสามารถได้รับการชดเชยอย่างเพียงพอเพื่อเป็นส่วนหนึ่งของผลประโยชน์ที่ซึ่งเขาจะถูกลิดรอนนั้น ขอบเขตความเสียหายหรือต้องสิ่งของเสียหายของบุคคลผู้ซึ่งทำตามสัญญานั้นจะต้องปฏิบัติตามความเป็นไปได้ของคู่สัญญาฝ่ายที่จะต้องทำตามสัญญา ขอบเขตที่พฤติกรรมของคู่สัญญาฝ่ายที่ละเมิดสัญญาในการดำเนินการหรือที่จะนำเสนอในการดำเนินการ โดยเทียบกับหลักสุจริตและการจัดการที่เป็นธรรม

จะเห็นได้ว่าการละเมิดสัญญาในสาระสำคัญนั้นในระบบคอมมอนลอว์ได้วางหลักไว้โดยจะพิจารณาจากผลประโยชน์ที่คู่สัญญาพึงได้รับจากการกระทำนั้น และพฤติกรรมทั้งพฤติการณ์ภายในสัญญาและพฤติการณ์ภายนอกจากผู้ทำสัญญา โดยการละเมิดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญนั้น ก่อให้เกิดความรับผิดแก่คู่สัญญา คือสามารถเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากสัญญา เรียกให้คู่สัญญากระทำหรือแสดงพฤติการณ์พิเศษ เช่นการเลิกสัญญา หรือกระทำเพื่อปฏิบัติตามสัญญาอย่างหนึ่งอย่างใดรวมทั้งเรียก ค่าเสียหายอื่น ๆ นอกเหนือจากค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริงได้ด้วย

<sup>97</sup> Restatement (Second) of Contracts § 241

In determining whether a failure to render or to offer performance is material, the following circumstances are significant:

- (a) the extent to which the injured party will be deprived of the benefit which he reasonably expected;
- (b) the extent to which the injured party can be adequately compensated for the part of that benefit of which he will be deprived;
- (c) the extent to which the party failing to perform or to offer to perform will suffer forfeiture;
- (d) the likelihood that the party failing to perform or to offer to perform will cure his failure, taking account of all the circumstances including any reasonable assurances;
- (e) the extent to which the behavior of the party failing to perform or to offer to perform comports with standards of good faith and fair dealing.

(3). Fundamental Breach คือการละเมิดสัญญาในส่วนที่จะทำให้สัญญาสิ้นผลหรือไม่สามารถบังคับกันได้เลย โดยฝ่ายคู่สัญญาที่ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกเอาค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเลิกสัญญานั้นได้ แต่ไม่สามารถเรียกร้องให้ฝ่ายที่ผิดสัญญากระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อปฏิบัติตามสัญญาได้ เพราะการละเมิดสัญญาประเภทนี้มีผลทำให้สัญญาสิ้นผลไป

(4). Anticipatory breach คือการละเมิดสัญญาเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเนื่องจากอีกฝ่ายไม่ทำตามสัญญา เช่นเมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายส่งมอบงานช้ากว่ากำหนด คู่สัญญาอีกฝ่ายก็ยังไม่จ่ายเงินค่าจ้างตามวันที่กำหนดไว้ในสัญญา เป็นต้น

4. ต้องมีความเสียหายจากการละเมิดสัญญานั้น โดยในเรื่องค่าเสียหายจากการละเมิดสัญญานั้นสามารถแบ่งออกได้ดังนี้<sup>98</sup>

(1). ค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย (Compensatory Damages) ค่าเสียหายดังกล่าวคือค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยเป็นผลโดยตรงจากการละเมิดข้อสัญญาของคู่สัญญา ซึ่งรวมถึง ค่าเสียหายที่เป็นผลต่อเนื่องจากการละเมิดสัญญา (consequential damages) เช่น ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากหลังคาน้ำรั่วซึ่งเป็นผลจากการซ่อมบ้านที่ไม่ดี เป็นต้น ค่าเสียหายจากการหาวิธีการอื่นทดแทน (Incidental Damages) เช่นส่วนต่างเพิ่มขึ้นจากการจ้างผู้รับเหมาคนใหม่ เป็นต้น รวมทั้งค่าเสียหายจากความไว้วางใจ (Reliance damage) เช่น การที่ไม่ควรต้องเสียเวลาเข้ามาทาสัญญาซึ่งผลที่สุดสัญญาไม่เกิดขึ้น หรือเกิดแล้วไม่สมบูรณ์หรือไม่มีผลในทางกฎหมาย เป็นต้น

(2). ค่าเสียหายเชิงลงโทษ (Punitive Damages) เป็นค่าเสียหายที่ไม่ได้เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง แต่เป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายเพื่อลงโทษอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งโดยปกติแล้วค่าเสียหายเชิงลงโทษนั้นจะไม่นำมาใช้กับเรื่องการผิดสัญญา เว้นแต่ว่าการผิดสัญญานั้น จะเป็นการกระทำผิดฐานละเมิดด้วย<sup>99</sup> ซึ่งจะก่อให้เกิดค่าเสียหายเชิงลงโทษขึ้น ตัวอย่างเช่นเจ้าหนี้ผู้ถือหลักประกันของลูกหนี้ ได้ขายหลักประกันของลูกหนี้ไปให้บุคคลที่ 3 ผู้ซื้อหลักประกันโดยสุจริต จะเห็นได้ว่าการกระทำของเจ้าหนี้นั้นเป็นการผิดสัญญาและผิดกฎหมายละเมิดด้วย

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าหลักความรับผิดทางสัญญาของสหรัฐอเมริกา นั้นจะเกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ที่เกิดขึ้นตามสัญญาที่กำหนดและการกระทำนั้นได้ก่อให้เกิดความ

<sup>98</sup> Don Mayer *et al.*, "Legal Aspects of Property, Estate Planning, and Insurance V. 1.0," [Online] Accessed: 2016 January 16. Available from: <http://2012books.lardbucket.org/books/legal-aspects-of-property-estate-planning-and-insurance> Page 339-345

<sup>99</sup> *Ibid.* Page 341.

เสียหายขึ้น ซึ่งการกระทำของบุคคลฝ่ายต่าง ๆ จะต้องมีความรับผิดชอบทางสัญญาเพียงใด ผู้วิจัยจะได้ทำการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

### 3.1.4.2 ความรับผิดชอบทางละเมิดในประเทศสหรัฐอเมริกา

ความรับผิดชอบทางละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะแบ่งเรื่องการละเมิดเป็นเรื่อง ๆ โดยแต่ละเรื่องจะมีองค์ประกอบปลีกย่อยที่แตกต่างกันออกไป เช่นการกระทำที่เป็นการละเมิดโดยการบุกรุกอสังหาริมทรัพย์ การละเมิดโดยการทำร้ายร่างกาย การละเมิดโดยการหมิ่นประมาท การละเมิดโดยการกักขังหน่วงเหนี่ยวโดยมิชอบ เป็นต้น ซึ่งการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดนั้นในประเทศสหรัฐอเมริกาได้แบ่งระดับของการกระทำละเมิดเป็นเรื่องหลักๆ ดังนี้<sup>100</sup>

1.การละเมิดโดยจงใจ (Intentional torts)ได้แก่การกระทำที่บุคคลหนึ่งกระทำต่อบุคคลหนึ่งโดยเจตนากระทำการใดใด และก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย ชื่อเสียง อารมณ์ หรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น ซึ่งการกระทำละเมิดโดยจงใจนี้ ผู้กระทำไม่จำเป็นต้องมุ่งหมายให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างไร เพียงแต่มีเจตนาที่จะกระทำโดยสมัครใจ ก็ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดเกิดขึ้นแล้วซึ่งการละเมิดโดยจงใจนี้มีข้อต่อสู้ที่ผู้กระทำอาจไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าว ได้แก่ความยินยอมของผู้ถูกรักษา การกระทำนั้นกระทำโดยเป็นการป้องกันตัว หรือการกระทำนั้นกระทำได้โดยมีเอกสิทธิ์ที่จะกระทำได้ เป็นต้น ซึ่งการฟ้องร้องในเรื่องเกี่ยวกับการทำละเมิดโดยจงใจนี้ ฝ่ายผู้ฟ้องร้องจะต้องทำการพิสูจน์ให้ได้ครบองค์ประกอบความรับผิดชอบซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้แบ่งการละเมิดโดยจงใจออกเป็นเรื่องต่าง ๆ เช่น การละเมิดโดยการข่มขู่ ละเมิดโดยการบุกรุกทรัพย์สิน ละเมิดโดยการทำร้ายร่างกาย เป็นต้น

2.การละเมิดโดยประมาท (Negligence) การกระทำละเมิดประเภทนี้เกิดจากการที่บุคคลไม่ได้มีเจตนากระทำให้เกิดความเสียหายขึ้นแต่การกระทำละเมิดนั้น ได้เกิดจากการกระทำที่ขาดความระมัดระวังของผู้กระทำ ซึ่งผู้กระทำต้องมีหน้าที่ที่จะกระทำการใดใดอย่างรอบคอบเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดผลเสียหายแก่บุคคลอื่น แต่ผู้กระทำนั้นได้ละเลยหรือฝ่าฝืนหน้าที่นั้น จนเป็นเหตุให้ให้เกิดผลเสียหายต่อบุคคลอื่นขึ้น ซึ่งการกระทำละเมิดโดยประมาทนั้น จะมีข้อต่อสู้ที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำดังกล่าวได้คือ ความเสียหายนั้นเกิดจากการที่ผู้เสียหายได้ทำขึ้นเอง หรือผู้เสียหายได้สมัครใจหรือยินยอมที่จะเข้ารับความเสี่ยงภัยเอง หรือเกิดจากการที่ผู้กระทำละเมิดมีส่วนก่อขึ้นหรือเกิดจากการที่ผู้กระทำมีสิทธิคุ้มกันจากการกระทำดังกล่าว

<sup>100</sup> Ibid. Page 275-315



3. ความรับผิดเด็ดขาด (strict liability) โดยปกติแล้วการกระทำที่จะก่อให้เกิดผลความรับผิดในทางละเมิดนั้น จะต้องเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาท แต่ความรับผิดเด็ดขาดผู้กระทำให้เกิดความเสียหายจะต้องรับผิดตามผลของกฎหมายที่กำหนดไว้แม้ว่าการกระทำของตนนั้นจะไม่ได้เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาท

จะเห็นได้ว่าจากที่กล่าวมานั้นความรับผิดทางละเมิดไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทนั้น จะมีองค์ประกอบดังนี้<sup>101</sup>

1. มีการกระทำ (act) โดยการกระทำนี้หมายความรวมถึงการงดเว้นการกระทำด้วย

การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำ (Intent) ในกรณีละเมิดโดยจงใจ หรือการกระทำนั้นเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่พึงมี ในกรณีประมาท (Breach of Duty)

2. มีความเสียหาย (Damage)

โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดนั้นตามหลักกฎหมายของคอมมอนลอว์ไม่ได้กำหนดว่าความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายประเภทใด ซึ่งทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดนั้นสามารถมีได้นอกเหนือจากความเสียหายตามสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายให้การรับรองเท่านั้น

3. มีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล (Causation)

4. การกระทำนั้นไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิดเช่น การให้ความยินยอมของผู้เสียหาย การกระทำโดยจำเป็น เป็นต้น

โดยความรับผิดทางละเมิดของสหรัฐอเมริกา สำหรับการกระทำละเมิดโดยจงใจ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้การยอมรับในเรื่องการกระทำที่จงใจรบกวนหรือทำลายความสัมพันธ์ของคู่สัญญา ก็เป็นส่วนหนึ่งของเรื่องละเมิดโดยศาลได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ ว่าการกระทำละเมิดโดยจงใจรบกวนหรือทำลายความสัมพันธ์ของคู่สัญญา นั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังนี้<sup>102</sup>

1. มีสัญญาอยู่ระหว่างโจทก์กับบุคคลที่ 3

2. จำเลยรู้ว่ามิสัญญาผู้นั้นอยู่

3. จำเลยได้กระทำการส่งเสริมให้บุคคลที่ 3 ละเมิดสัญญานั้นหรือกระทำมิสัญญาผู้นั้นไม่มีผลบังคับใช้

<sup>101</sup> Ibid. Page 28

<sup>102</sup> Ibid. Page 285

#### 4. เกิดความเสียหายต่อโจทก์

ซึ่งศาลของสหรัฐอเมริกาจะใช้ข้อสรุปดังกล่าวเป็น หลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ว่า จำเลยมีความรับผิดชอบละเมิดฐานจงใจรบกวนหรือทำลายความสัมพันธ์ของคู่สัญญาหรือไม่ ตัวอย่างเช่นในคดี Blizzard Entertainment Inc. v. Ceiling Fan Software LLC<sup>103</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า จำเลยเป็นบริษัทจำหน่ายขายโปรแกรม ช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ซึ่งใช้กับเกมออนไลน์ของโจทก์และโจทก์ได้มีข้อห้ามการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ซึ่งการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ใช้โปรแกรมของจำเลยนั้น ทำให้ถูกโจทก์ระงับการใช้หรือยกเลิกการให้บริการฐานผิดสัญญาเป็นจำนวนมาก โจทก์จึงนำคดีดังกล่าวมาฟ้องศาล ซึ่งการได้ตัดสินว่าการกระทำของจำเลยนั้นนั้นเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดการละเมิดต่อโจทก์ เพราะว่า การกระทำของบริษัทที่ขายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น ก่อให้เกิดการละเมิดโดยได้ทำลายความสัมพันธ์ทางสัญญา ระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์และผู้ให้บริการเกมออนไลน์ โดยให้เหตุผลว่า การกระทำที่เป็นการละเมิดโดยทำลายความสัมพันธ์ของสัญญานั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ คือ

1. มีสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ระหว่างโจทก์ กับบุคคลที่สาม ซึ่งในที่นี้ก็คือสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์
2. จำเลยต้องรู้ว่ามีความผิดฐานเช่นนี้ อยู่ ซึ่งในคดีนี้ มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยนั้น สมัครเข้าใช้งานเกมออนไลน์ของโจทก์ จึงถือว่าจำเลยได้รู้ถึงการมีอยู่ของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ด้วย
3. จำเลยต้องมีเจตนาที่จะสร้างหรือก่อให้เกิดการละเมิดสัญญาของคู่สัญญา โดยคดีนี้เห็นได้ว่าในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์มีข้อห้ามการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ โดยการที่จำเลยจำหน่ายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติให้แก่ผู้เล่นเกมออนไลน์ และได้มีการปรับปรุงให้ทันสมัยตามเกมของโจทก์ ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่จงใจที่จะทำให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ฝ่าฝืนสัญญาที่มีไว้ต่อโจทก์แล้ว
4. มีการกระทำที่เป็นการผิดหรือทำลายสัญญานั้น ซึ่งในองค์ประกอบข้อนี้ก็มีการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของผู้เล่นเกมออนไลน์ ทำให้เกิดการผิดสัญญาการให้บริการเกิดขึ้น
5. เกิดความเสียหาย ซึ่งในเรื่องความเสียหายนั้น การใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติได้ทำให้ ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ต้องเสื่อมเสียชื่อเสียง อีกทั้งต้องสูญเสียเงินในการพัฒนาโปรแกรมที่จะใช้ป้องกันโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติจึงถือได้ว่ามีความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้ว

<sup>103</sup> Blizzard Entertainment Inc v. Ceiling Fan Software LLC et8:12-cv-00144-JVS-JPR

เมื่อการกระทำของจำเลยครบองค์ประกอบดังกล่าวจำเลยจึงต้องรับผิดชอบละเมิดโดยจงใจ  
รบกวนหรือทำลายความสัมพันธ์ของคู่สัญญาต่อโจทก์

การปรับใช้กฎหมายในเรื่องละเมิดเกี่ยวกับเกมออนไลน์นั้น ถ้าหากการกระทำ  
ละเมิดนั้นเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นบนโลกเสมือนในเกมออนไลน์เช่น การไล่สังหารตัวละครอื่น การที่  
ตัวละครในเกมออนไลน์ได้ทำการขโมยสิ่งของหรือเงินเสมือนในเกม การทำร้ายร่างกายตัวละครอื่นใน  
เกม เรื่องเหล่านี้จะสามารถนำบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องละเมิดที่ปรับใช้กับการกระทำที่อยู่ในโลก  
เสมือนของเกมออนไลน์ได้หรือไม่นั้นเห็นได้ว่า การกระทำที่เกิดขึ้นในเกมออนไลน์หรือในโลกเสมือน  
นั้นจะเกิดขึ้นจากบนพื้นฐานของการมีเสรีภาพ 2 ประเภทคือ <sup>104</sup>

1. เสรีภาพในการออกแบบ (Freedom to design) โดยเสรีภาพในการออกแบบนั้น  
เป็นเสรีภาพที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์หรือผู้พัฒนาเกมออนไลน์ จะออกแบบระบบเกมออนไลน์หรือ  
สร้างกฎในการเล่นเกมนออนไลน์ใดก็ได้ที่ได้ออกมาก โดยการใช้เสรีภาพในการออกแบบของผู้ให้บริการ  
เกมออนไลน์นั้น จะถูกแสดงออกมาเพื่อใช้สร้างและควบคุมรูปแบบในการเล่นเกมนออนไลน์ใน 2  
รูปแบบคือ

ก. การควบคุมดูแลผ่านทางกรเขียนหรือพัฒนาโปรแกรมเกมนออนไลน์โดยเป็นการตั้งค่าใน  
ระดับกายภาพของโปรแกรม ที่จะตั้งค่าให้เกมออกแบบมาในรูปแบบใด ซึ่งผู้พัฒนาเกมนออนไลน์นั้น  
สามารถที่จะพัฒนาเกมนออนไลน์หรือปรับปรุงเกมนออนไลน์ให้อยู่ในรูปแบบใดก็ได้ ซึ่งเปรียบเสมือน  
พระเจ้าที่สร้างและกำหนดรูปแบบของจักรวาลและสิ่งมีชีวิตบนโลกตามอย่างที่พระเจ้าต้องการ

ข. การควบคุมดูแลผ่านทางกฎของเกม หรือข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้งาน ซึ่งการควบคุมดูแล  
ในรูปแบบนี้ผู้พัฒนาหรือผู้ให้บริการเกมนออนไลน์นั้นจะเข้าควบคุมลักษณะการเล่นที่เหมาะสม หรือ  
การควบคุมรูปแบบการเล่นในลักษณะที่ไม่สามารถควบคุมได้โดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่นการ  
ควบคุมการใช้คำพูดหรือการสื่อสารที่เป็นการดูถูกเหยียดหยามผู้อื่น เป็นต้น โดยการควบคุมนี้ถ้าหากมี  
การฝ่าฝืนกฎของเกมหรือสัญญาผู้ฝ่าฝืนมักจะถูกลงโทษด้วยการที่ถูกผู้ให้บริการเกมนออนไลน์ตัดเดือน  
ไปจนถึงถูกยกเลิกการให้บริการ

โดยการใช้เสรีภาพในการออกแบบกฎของเกมนั้นถ้าหากการตั้งกฎของเกมนั้นเป็น  
การขัดต่อหลักการคุ้มครองเสรีภาพพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็นออกตามรัฐธรรมนูญมาตรา 1 ที่

<sup>104</sup> Jack M. Balkin, "Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds,"  
*VIRGINIA LAW REVIEW* 90, 8 (2004). page 2050-2060

ได้แก้ไขใหม่ (The First Amendment to the U.S. Constitution)<sup>105</sup> เช่นการห้ามแสดงออกถึงการเป็นเพศที่สามในเกมออนไลน์ กฎดังกล่าวนี้สามารถใช้บังคับได้ในเกม ได้ โดยศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำตัดสินไว้ในคดี

*Estavillo v. Sony Computer Entertainment America*<sup>106</sup> โดยมีข้อเท็จจริงว่า โจทก์ได้ถูกบริษัท Sony จำเลยยกเลิกการให้บริการแก่บัญชีของโจทก์เนื่องจากโจทก์ละเมิดกฎของเกมที่ห้ามแสดงออกเป็นเพศที่สามในเกมออนไลน์ โดยโจทก์ได้ฟ้องบริษัท Sony ว่าการตั้งกฎของเกมนั้นเป็นการขัดต่อหลักการคุ้มครองเสรีภาพพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็นออกตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 ที่ได้แก้ไขใหม่ (The First Amendment to the U.S. Constitution) ซึ่งจะส่งผลให้กฎของเกมไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้ ซึ่งศาลในคดีนี้ได้มีคำพิพากษาตัดสินว่าผู้ให้บริการเกมสามารถตั้งกฎของเกมและมีผลบังคับใช้ได้ไม่เป็นการขัดต่อหลักการคุ้มครองเสรีภาพพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็น ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่า หลักการคุ้มครองเสรีภาพพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็นออกนั้นจะถูกบังคับใช้กับรัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐ ไม่ได้ถูกนำมาใช้โดยภาคเอกชน ซึ่งถ้าจะนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้บังคับใช้กับภาคเอกชนนั้น จะต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ทางโครงสร้าง (structural nexus) หรือความสัมพันธ์ตามการทำงาน (functional nexus) ระหว่างภาครัฐกับเอกชน ซึ่งความสัมพันธ์ตามโครงสร้าง (structural nexus) ได้แก่การแสดงให้เห็นถึงว่าบริษัทนั้นได้ถูกสร้างขึ้นโดยการปลักตันจากวัตถุประสงค์ของภาครัฐและ ผู้มีอำนาจตัดสินใจและบริหารในภาคเอกชนส่วนใหญ่เป็นบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งหรือรับมอบอำนาจมาจากภาครัฐ ส่วนความสัมพันธ์ในทางด้านการดำเนินงาน (functional nexus) ได้แก่การแสดงให้เห็นถึง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับการกระทำนั้น การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำที่รัฐบาลต้องกระทำ และรัฐบาลได้ให้การส่งเสริมหรือสนับสนุนการกระทำนั้น ซึ่งในคดีดังกล่าวนี้โจทก์ไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ทั้งทางโครงสร้างและการทำงานได้ จึงทำให้กฎของเกมออนไลน์ที่ออกโดยบริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์ซึ่งเป็นภาคเอกชน สามารถบังคับใช้ได้แม้ว่ากฎนั้นจะขัดต่อหลักการคุ้มครองเสรีภาพพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็นก็ตาม

2. เสรีภาพในการเล่นเกมนั้น (Freedom to play) โดยเสรีภาพในการเล่นเกมนั้นคือการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์นั้นได้ทำการเล่นเกมออนไลน์ มีเสรีภาพที่จะมีส่วนร่วมและโต้ตอบกับบุคคลอื่นในโลกออนไลน์ โดยในเกมออนไลน์นั้นผู้เล่นจะสร้างตัวละครขึ้นมาโดยตัวละครนั้นเรียกว่า avatar โดย

<sup>105</sup> รัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1 (The First Amendment to the U.S. Constitution) เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Free speech) โดยกำหนดว่า รัฐจะต้องไม่บัญญัติกฎหมายใดๆ ในการ จำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการตีพิมพ์สื่อสิ่งพิมพ์ หรือสิทธิในการชุมนุม และการเรียกร้องให้รัฐบาลในการแก้ไขความเดือดร้อนของประชาชน

<sup>106</sup> *Estavillo v. Sony Computer Entertainment America*, 2009 WL 3072887 (N.D. Cal. Sept. 22, 2009)

เป็นตัวละครที่แทนตัวผู้เล่นเกมออนไลน์ในโลกเสมือน ซึ่งผู้เล่นเกมออนไลน์นั้นจะใช้ตัวละครนั้นทำอะไรก็ได้ในโลกเสมือน トラบเท่าที่ฟังชันการทำงานของเกมออนไลน์อนุญาตให้ทำได้

โดยเสรีภาพในการเล่นเกมนั้น เห็นได้ว่าถ้าหากการใช้เสรีภาพในการเล่นเกมนั้นได้กระทำหรือก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้เล่นเกมออนไลน์อื่น เช่นการฆ่า ขโมยของ หรือรบกวนผู้เล่นอื่น ถ้าหากการกระทำดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตของเกมที่ผู้พัฒนาหรือผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้อนุญาตให้กระทำได้แล้ว ถือได้ว่าผู้เล่นเกมออนไลน์ที่กระทำดังกล่าวได้กระทำตามเสรีภาพในการเล่นเกมนั้น ซึ่งจะส่งผลให้ไม่เกิดความรับผิดชอบ<sup>107</sup>

แต่อย่างไรก็ดีถึงแม้ว่าการกระทำบางอย่างในโลกเสมือนจะได้รับการคุ้มครองตามหลักการคุ้มครองเสรีภาพพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็น แต่การแสดงออกบางประเภทอาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเช่น การใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะสื่อ ทางเพศลามกอนาจาร (Obscenity) การแสดงออกซึ่งข้อความอันเป็นเท็จโดยหลอกลวง (fraudulent misrepresentation) การหมิ่นประมาท (Defamation) การยุยงให้มีการกระทำผิดกฎหมายอย่างร้ายแรง (Advocacy of imminent lawless) หรือยุยงให้มีการต่อสู้หรือทำร้ายกัน (Fighting words)<sup>108</sup> ซึ่งการกระทำเหล่านี้เมื่อเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ก็จะทำให้เกิดความรับผิดชอบเกิดขึ้นได้ ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้เล่นเกมออนไลน์ทำการใช้คำพูดในช่องสนทนาให้ร้ายบุคคลอื่นต่อบุคคลที่สามด้วยข้อความอันเป็นเท็จ แม้ว่าเกมออนไลน์จะไม่ได้มีระบบป้องกันหรือห้ามการพิมพ์ข้อความที่เป็นการหมิ่นประมาทเอาไว้ การกระทำดังกล่าวก็จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางละเมิดโดยการหมิ่นประมาทได้<sup>109</sup>

ในกรณีที่มีการเล่นเกมนั้นเกิดการเป็นการเล่นเกมที่ฉ้อโกง หรือทำความเสียหายแก่ผู้เล่นอื่นโดยการกระทำนั้นตัวโปรแกรมเกมออนไลน์ได้ให้กระทำได้ และไม่ได้มีกฎของเกมหรือข้อตกลงการใช้บริการห้ามทำการดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้ประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่ได้มีคำพิพากษาในประเด็นดังกล่าวไว้ ถึงกรณีดังกล่าวน่าจะเปรียบเทียบได้กับการละเมิดที่เกิดจากการเล่นกีฬา<sup>110</sup> ที่ถือได้ว่าผู้เล่นกีฬาได้ให้ความยินยอมที่จะเข้าเสี่ยงภัยบาดเจ็บ โดยหลักเกณฑ์การให้ความ

<sup>107</sup> JACK M. BALKIN, "Law and Liberty in Virtual Worlds," [Online] Accessed: 2016 January 16. Available from: <http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/49-1.Balkin.pdf>

<sup>108</sup> Steven L. Emanuel, Constitutional Law (Aspen Law & Business Publisher, 2003).Page. 445

<sup>109</sup> RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 559 (1977) ("A communication is defamatory if it tends so to harm the reputation of another as to lower him in the estimation of the community or to deter third persons from associating or dealing with him.").

<sup>110</sup>lastowka, G., Virtual Justice the New Laws of Online Worlds. Page 102-121

ยินยอมนั้นในได้อยู่ในคำอธิบายกฎหมายเรื่องละเมิด(Restatement of Law of Torts , Second) ได้วางหลักของการให้ความยินยอมที่ทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบละเมิดไว้ คือ <sup>111</sup>

1. การยินยอมนั้นผู้ให้ความยินยอมจะแสดงออกโดยแน่ชัดซึ่งการกระทำ หรือดเว้นการกระทำก็ได้ และการให้ความยินยอมนั้นไม่จำเป็นต้องสื่อสารไปยังผู้กระทำ
2. ถ้าคำพูดหรือการกระทำได้แสดงออกอย่างน่าเชื่อได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาให้ความยินยอมให้ถือว่าความยินยอมนั้นเป็นความยินยอมที่ชัดเจนและมีผลเทียบเท่าการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง

ความยินยอมดังกล่าวนี้เช่น ความยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัด ความยินยอมให้ถูกเนื้อตัวร่างกาย ความยินยอมในการเล่นเกมกีฬา เป็นต้น <sup>112</sup> ซึ่งความยินยอมในการเล่นกีฬานั้นโดยปกติแล้วจะไม่ทำให้เกิดการละเมิดขึ้นถ้าหากเกิดการบาดเจ็บจากการทำร้ายร่างกายในการเล่นกีฬา ผู้ที่ทำให้ผู้อื่นบาดเจ็บจะไม่มีผลรับผิดในทางละเมิดต่อผู้ที่ถูกทำให้บาดเจ็บตัวอย่างเช่นการได้รับบาดเจ็บจากการเล่นกีฬาอเมริกันฟุตบอล ผู้ซึ่งทำการทำร้ายหรือหยุดฝ่ายตรงข้ามจนฝ่ายตรงข้ามได้รับบาดเจ็บก็ไม่ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิดในฐานละเมิด <sup>113</sup> และถึงแม้ว่าการกระทำที่ทำให้ผู้อื่นบาดเจ็บจากการเล่นกีฬานั้นจะเป็นการฝ่าฝืนกฎตามปกติของเกมก็ตามผู้กระทำก็ไม่ต้องมีความรับผิดในฐานละเมิด

ตัวอย่างเช่น นักกีฬาฟุตบอลได้รับบาดเจ็บจากการทำผิดกฎของฝ่ายรับเพื่อป้องกันการเสียประตูเป็นต้น แต่ในกรณีที่มีการบาดเจ็บนั้นเกิดจากการที่ผู้เล่นกีฬาที่มีความตั้งใจที่จะละเมิดกฎของเกมกีฬามีการกระทำที่ให้ผู้อื่นบาดเจ็บในการเล่น โดยการกระทำนั้นได้ทำการละเมิดกฎของเกมกีฬาที่มีการตั้งเอาไว้เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของผู้เล่นกีฬาคนอื่น ศาลอาจพิจารณาจากความตั้งใจที่ไม่ใส่ใจในความปลอดภัยของผู้เล่นกีฬาคนอื่น ซึ่งจะก่อให้เกิดความรับผิดละเมิดเช่นกัน<sup>114</sup> ตัวอย่างเช่นนักกีฬามวยสากลจงใจเตะฝ่าหมากหรือ ใช้ปากกัดหูต่อสู้อันได้รับบาดเจ็บ ซึ่งกฎการห้ามเตะหมาก หรือใช้

<sup>111</sup> Restatement of Law of Torts, Second § 892

(1) Consent is willingness in fact for conduct to occur. It may be manifested by action or inaction and need not be communicated to the actor.

(2) If words or conduct are reasonably understood by another to be intended as consent, they constitute apparent consent and are as effective as consent in fact.

<sup>112</sup> Illustrations: in Restatement of Law of Torts Second § 50

<sup>113</sup> Vendrell v. School District No. 26C, 233 Ore. 1, 376 P.2d 406 (1962). See also McAdams v. Windham, 208 Ala. 492, 94 So. 742, 30 A.L.R. 194 (1922), boxing match; Gibeline v. Smith, 106 Mo.App. 545, 80 S.W. 961 (1904), friendly scuffle; Ogden v. Rabinowitz, 86 R.I. 294, 134 A.2d 416 (1957), college fracas. See Note, 26 Mich.L.Rev. 322 (1929).

<sup>114</sup> Kabella v. Bouschelle, 100 N.M. 461, 672 P.2d 290, 292, 293.

ปากกัตุ่ต่อสู้ันมีเพื่อป้องกันอันตรายจากการเล่นกีฬาขมวย ถ้ามีผู้ฝ่าฝืนกฎดังกล่าวผู้กระทำก็ต้งมีความรับผิดชอบในทางละเมิดด้วยเช่นกัน

แม้ว่าในปัจจุบันยังไม่พบคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาในเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดที่เกี่ยวกับเกมออนไลน์ในหลายกรณี ดังนั้นจึงต้องอาศัยการวิเคราะห์เทียบเคียงตามหลักกฎหมายและคำพิพากษาในคดีที่ยกตัวอย่างมา ซึ่งบุคคลฝ่ายต่าง ๆ จะต้องรับผิดชอบหรือไม่ ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

#### 3.1.4.3 ความรับผิดชอบเกี่ยวกับเกมออนไลน์ตามกฎหมายอื่น

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นยังไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเกมออนไลน์โดยเฉพาะเจาะจงออกมา แต่ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นก็เป็นประเทศต้นกำเนิดเกี่ยวกับอุตสาหกรรมและเทคโนโลยีใหม่ๆ เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มากที่สุดในโลก และการก่ออาชญากรรมทางเทคโนโลยีก็มีสูงที่สุดในโลก<sup>115</sup> ด้วยซึ่งในเรื่องความการกระทำคามผิดทางคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวกับเกมออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็นการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติหรือการใช้โปรแกรมโกงนั้นการทำงานของโปรแกรมดังกล่าวล้วนเกี่ยวข้องกับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ทั้งสิ้น โดยกฎหมายที่บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบนั้น พบว่าได้มีการบัญญัติอยู่ในกฎหมาย 2 ฉบับคือ

##### 3.1.4.3.1 ความรับผิดชอบตามกฎหมาย The Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act of 1984 (CFAA)

กฎหมาย CFAA เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการก่ออาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์โดยตรงโดยได้มีการบัญญัติความผิดอันเกิดจากการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยปราศจากอำนาจ ไว้ในมาตรา 1030 ซึ่งในมาตราดังกล่าวนั้น มีการระบุถึงความผิดฐานเข้าถึงข้อมูลของผู้อื่น เข้าถึงเพื่อ

<sup>115</sup> Federal Bureau of Investigation, "2015 Internet Crime Report " [Online] Accessed: 2016 December 7. Available from: [https://pdf.ic3.gov/2015\\_IC3Report.pdf](https://pdf.ic3.gov/2015_IC3Report.pdf) page 14-15

ฉ้อโกง เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของรัฐ<sup>116</sup> โดยความผิดตามกฎหมายที่เกิดจากการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของเอกชนโดยมิชอบอยู่ในอุกบัญญัติ อยู่ในมาตรา 1030 (a) (5) (A) (B) (C) <sup>117</sup> ที่ว่า

(a) ผู้ใด

(5)

(A) โดยรู้ ทำให้เกิดการส่งโปรแกรม ข้อมูล รหัส หรือคำสั่ง และการกระทำดังกล่าวเจตนาทำให้เกิดความเสียหายต่อคอมพิวเตอร์ที่ได้รับการป้องกันโดยปราศจากอำนาจ

(B)เจตนาเข้าถึงคอมพิวเตอร์ที่ได้รับการป้องกันโดยปราศจากอำนาจ และจากการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายไม่ว่าจากการประมาทหรือโดยตั้งใจ หรือ

(C)เจตนาเข้าถึงคอมพิวเตอร์ที่ได้รับการป้องกันโดยปราศจากอำนาจ และจากการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายและสูญเสีย

จะเห็นได้ว่าความผิดเกี่ยวกับการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยปราศจากอำนาจ ตามมาตรา 1030 (a) (5) (A) (B) (C) จะมีองค์ประกอบของความผิดดังนี้

1.ผู้กระทำได้ต้องเป็นบุคคล โดยการกระทำของบุคคลนั้นอาจเป็นการกระทำผ่านทางโปรแกรมที่บุคคลนั้นเป็นผู้พัฒนาขึ้น ก็ถือว่าโปรแกรมนั้นทำการแทนบุคคลนั้น ตัวอย่างเช่น Hacker ใช้โปรแกรมประเภทหนอนคอมพิวเตอร์ (Worm) เข้าเครื่องคอมพิวเตอร์ของเหยื่อโดยมิได้รับอนุญาต เป็นต้น<sup>118</sup>

2.การทำโดยมีเจตนา

<sup>116</sup> พิชญา เลิศกิตติกุล, "พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 : ศึกษากรณีความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเข้าถึงระบบ คอมพิวเตอร์และข้อมูลคอมพิวเตอร์ " (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, University, 2551).หน้า 63-82

<sup>117</sup> U.S. Code § 1030 - Fraud and related activity in connection with computers

(a) Whoever—

(5)

(A) knowingly causes the transmission of a program, information, code, or command, and as a result of such conduct, intentionally causes damage without authorization, to a protected computer;

(B) intentionally accesses a protected computer without authorization, and as a result of such conduct, recklessly causes damage; or

(C) intentionally accesses a protected computer without authorization, and as a result of such conduct, causes damage and loss.

<sup>118</sup> United States v. Morris 928 F.2d 504



3. มีการเข้าถึง ประเด็นการเข้าถึงนั้น ศาลนั้นได้วางหลักเกี่ยวกับการเข้าถึงไว้ว่า ผู้เข้าถึงนั้นจะต้องมีการกระทำที่เข้าไปข้างในเครื่องหรือระบบคอมพิวเตอร์ เช่นการใช้ชื่อ และรหัสผ่านเพื่อเข้าสู่เครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นต้น<sup>119</sup> โดยถ้าหากการกระทำนั้นไม่ได้มีลักษณะการเข้าไปในเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่นการใช้เครื่องมือแสกนหาจุดอ่อน ก็ยังไม่ถือว่าเป็นการเข้าถึง<sup>120</sup>

4. การเข้าถึงนั้นต้องเป็นการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ หรือเกินกว่าอำนาจที่มี โดยมีคดีที่ตีความความหมายคำว่า “โดยปราศจากอำนาจ หรือเกินกว่าอำนาจที่มี” ไว้ตัวอย่างเช่น

คดี United States v. Nosal<sup>121</sup>

คดีนี้เป็นการตัดสินในเรื่อง การเข้าถึงโดยปราศจากขอบเขตอำนาจ โดยในคดีนี้พนักงานบริษัท ได้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ของบริษัทเข้าถึงฐานข้อมูลลูกค้าโดยพนักงานดังกล่าวไม่มีอำนาจและใช้ประโยชน์จากฐานข้อมูลนั้นเพื่อประโยชน์ส่วนตน แต่ฐานข้อมูลนั้นไม่ได้มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง ซึ่งการเข้าถึงฐานข้อมูลนั้นเป็นการผิดกฎระเบียบเรื่องการใช้คอมพิวเตอร์ได้ระบุเอาไว้ ซึ่งในคดีนี้ศาลได้ตัดสิน โดยวางหลักว่า ความผิดฐานเข้าถึงโดยเกินอำนาจ ตาม CFAA นั้น จะไม่เป็นการกระทำที่เป็นความผิด ถ้าหากการกระทำนั้นเป็นแค่การฝ่าฝืนเพียงแค่งานของพนักงานของบริษัทเพียงอย่างเดียว และบริษัทนั้นไม่ได้สร้างมาตรการเพื่อป้องกันการเข้าถึงโดยไม่มีสิทธิ ซึ่งหัวหน้าผู้พิพากษา Kozinski ได้กล่าวว่า ถ้าหากรัฐสภาจะขยายความรับผิดในเรื่องการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจโดยให้รวมไปถึงทุกคนที่ใช้คอมพิวเตอร์โดยละเมิดข้อกำหนดการใช้งาน รัฐสภาควรที่จะเขียนข้อความในกฎหมายให้ชัดเจนกว่านี้

แต่อย่างไรก็ดี ในคดี United States v. Czubinski,<sup>122</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยเป็นลูกจ้างโจทก์ ซึ่งมีสิทธิเข้าถึงข้อมูลที่โจทก์ให้เข้าถึงได้ แต่อย่างไรก็ดี จำเลยได้นำข้อมูลของโจทก์ ส่งเพื่อนหรือคู่แข่งทางการค้าของโจทก์ ซึ่งกฎที่ทำงานของจำเลยนั้นมีการกำหนดว่า ว่าลูกจ้างสามารถเข้าถึงข้อมูลได้เพียงเท่าที่เกี่ยวข้องกับงาน โดยในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า การกระทำของจำเลยนั้นเป็นการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจ เพราะในกรณีนี้โจทก์ซึ่งเป็นนายจ้างสิทธิจำกัดสิทธิของจำเลยซึ่งเป็นลูกจ้างในการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของบริษัทเพียงเพื่อการทำงานเท่านั้น

<sup>119</sup> State v. Allen

<sup>120</sup> Moulton v. VC3

<sup>121</sup> United States v. Nosal, 676 F.3d 854 (9th Cir. 2012)

<sup>122</sup> United States v. Czubinski 106 F.3d 1069, 1997 U.S. App. 3077,

และศาลในคดี *Fugarino v. State*<sup>123</sup>, ได้มีคำตัดสินที่วางหลักคล้ายกัน โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า จำเลย มีอาชีพเป็นโปรแกรมเมอร์ ของบริษัท เมื่อมีการเลิกจ้างพนักงานในบริษัท จำเลยได้ทำการชู้บริษัทว่าไม่มีใครจะสามารถทำงานแทนตนได้ และจำเลยได้ทำการลบข้อมูลฟังก์ชันการทำงานของโปรแกรมบนระบบคอมพิวเตอร์ของบริษัท ซึ่งเมื่อบริษัทรู้และได้เรียกจำเลยมาลงโทษ จำเลยจึงได้กระทำให้ฟังก์ชันการทำงานของโปรแกรมที่ลบไป กลับคืนมาเหมือนเดิม โดยในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า แม้ว่าจำเลย จะทำงานเป็นโปรแกรมเมอร์ของบริษัทโดยหน้าที่การทำงานของจำเลยนั้นสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของตนได้ แต่ถ้าหากการเปลี่ยนแปลงข้อมูลบนคอมพิวเตอร์นั้นกระทำไปโดยมีเจตนาร้ายแล้ว ถือได้ว่าการกระทำนั้น เป็นการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจแล้ว

นอกจากนี้ในคดี *United States v. Kane*<sup>124</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า จำเลยได้ค้นพบช่องโหว่ในระบบเครื่องเล่นวีดีโอพกเกอร์ และได้ใช้ช่องโหว่นั้นทำให้ชนะและหาเงินเข้าสู่ตัวเอง โดยในคดีนี้จำเลยได้ถูกฟ้องศาลในข้อหาเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ศาลได้ตัดสินยกฟ้องโจทก์ โดยศาลให้เหตุผลว่า กฎหมาย CFAA จะไม่ถูกนำไปกำกับการใช้งานข้อมูลของบุคคล ถ้าหากบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะเข้าถึง ซึ่งการที่จำเลยแสวงหาผลประโยชน์จากช่องโหว่ของระบบวีดีโอพกเกอร์นั้น ก็ไม่ทำให้จะเลยเข้าถึงโดยมิชอบ

โดยการพิจารณาว่าการเข้าถึงนั้นจะเป็นการเข้าถึงโดยปราศจากอำนาจหรือไม่นั้น ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกายังมีแนวคิดที่แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ คือ

1. โดยพิจารณาจากสิทธิของผู้กระทำว่ากระทำได้หรือไม่ ถ้าหากการเข้าถึงจะเป็นการกระทำที่ละเมิดกฎของที่ตั้งเอาไว้หรือก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้ที่ตั้งกฎก็ตามก็ตาม แต่ถ้าหากผู้ที่ทำนั้นมีอำนาจที่จะกระทำได้ ผู้กระทำก็จะเป็นความผิดฐานเข้าถึงโดยมิชอบ โดยเทียบเคียงกับคดี *United States v. Nosal* และคดี *United States v. Kane*

2. พิจารณาจากผลของการกระทำว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลร้ายหรือความเสียหายหรือไม่ ซึ่งแนวคิดนี้จะพิจารณาว่าการเข้าถึงนั้น ได้ทำไปโดยประปักษ์ก่อให้เกิดผลร้ายหรือก่อให้เกิดความเสียหายเจ้าของหรือไม่ แม้ว่าผู้กระทำนั้นจะมีสิทธิที่จะเข้าถึงก็ตาม การกระทำนั้นก็เป็นความผิดฐานเข้าถึงโดยมิชอบได้ โดยเทียบเคียงกับคดี *United States v. Czubinski*, และคดี *Fugarino v. State*

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ความผิดฐานการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยปราศจากอำนาจนั้นศาลสหรัฐอเมริกาได้มีการตีความที่แตกต่างกันไปตามมุมมองและดุลพินิจที่แต่ละศาลมี แม้ว่าใน

<sup>123</sup> FUGARINO v. The STATE. 531 S.E.2d 187 (2000) 243 Ga. App. 268

<sup>124</sup> *United States v. Kane*, 2:11-cr-00022-MMD -RJJ

ประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวมาเป็น 10 ปี แต่อย่างไรก็ดี หลักการและเหตุผลในคำพิพากษาในคดีที่เกี่ยวกับความผิดเรื่องการเข้าถึงโดยมิชอบตาม CFAA นั้น อาจนำมาเป็นตัวอย่างที่จะใช้ในการวิเคราะห์ความรับผิดที่เกี่ยวกับพฤติกรรมในเกมออนไลน์ที่ผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

### 3.1.4.3.2 ความรับผิดตามกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act (DMCA)

กฎหมาย Digital Millennium Copyright Act นั้นเป็นกฎหมายที่ให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา โดยกฎหมายดังกล่าวได้ถูกอนุวัติขึ้นตาม กฎหมายสนธิสัญญาลิขสิทธิ์ ปี พ.ศ.2539 (WIPO Copyright Treaty 1996: WCT) และ สนธิสัญญาการแสดงและสิ่งบันทึกเสียง พ.ศ.2539 (WIPO Performances and Phonograms Treaty 1996: WPPT)<sup>125</sup> โดยกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ที่มีมาตรการป้องกันการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา โดยในประเด็นเกี่ยวกับความผิดฐานละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยีนั้น ได้ถูกบัญญัติอยู่ในมาตรา 1201 ซึ่งมีลักษณะของการละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยีที่สำคัญดังนี้

1. มาตรา 1201(a)(3)(A) และ (B) ได้บัญญัติถึงความหมายของการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ที่ว่า การหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีคือ “การรบกวนการทำงาน, การถอดรหัสการทำงานที่มีการเข้ารหัสหรือ เพื่อหลีกเลี่ยง การบายพาส เอาออก ปิดการใช้งานหรือทำให้มาตรการทางเทคโนโลยีใช้งานไม่ได้ โดยไม่มีอำนาจหน้าที่ดังเช่นของเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น” และ มาตรการควบคุมการเข้าถึงอย่างมีประสิทธิภาพนั้นหมายถึง วิธีการ ข้อมูล กระบวนการ ที่เปรียบเสมือนเข้าด้วยอำนาจของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติ <sup>126</sup>

<sup>125</sup> U.S. Copyright Office, "Summary "the Digital Millennium Copyright Act of 1998", "[Online] Accessed: 2016 July 25. Available from: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

<sup>126</sup> 17 U.S. Code § 1201 - Circumvention of copyright protection systems

(a) Violations Regarding Circumvention of Technological Measures.—

(3) As used in this subsection—

(A) to “circumvent a technological measure” means to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner; and

(B) a technological measure “effectively controls access to a work” if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work.

2. มาตรา 1201(a)(1)(A) ได้บัญญัติถึงการห้ามทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งควบคุมการเข้าถึงงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้<sup>127</sup>

3. มาตรา 1201(a)(2) ได้บัญญัติถึงการห้ามจำหน่าย จ่าย โอน จัดหา หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนใด ซึ่ง เทคโนโลยี วิธีการ ผลิตภัณฑ์ หรือชิ้นส่วนใดใด ที่จะถูกออกแบบหรือผลิตเพื่อใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเข้าถึง งานตามพระราชบัญญัตินี้<sup>128</sup>

4. มาตรา 1201(b)(2)(A) ได้บัญญัติถึง การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันงานอันมีลิขสิทธิ์ตามกฎหมายนี้<sup>129</sup>

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่า การกระทำที่จะก่อให้เกิดความรับผิดตามกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act มาตรา 1201 นั้นจะมีองค์ประกอบของความผิดดังนี้

1. จะต้องมีส่วนที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ โดยลักษณะของงานที่ได้รับความคุ้มครองนั้นได้แก่ทรัพย์สินทางปัญญา เช่นงานอันมีลิขสิทธิ์ หรืองานอันมีสิทธิบัตรที่กฎหมายได้ให้การคุ้มครอง ซึ่งถ้าหากงานนั้นไม่ใช่งานอันมีลิขสิทธิ์ที่กฎหมายให้การคุ้มครองแล้ว การที่จะทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันงานดังกล่าวก็จะเป็นการไม่มีความผิด

<sup>127</sup> 17 U.S. Code § 1201 - Circumvention of copyright protection systems

(a) Violations Regarding Circumvention of Technological Measures.—

(1)

(A) No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title. The prohibition contained in the preceding

<sup>128</sup> 17 U.S. Code § 1201 - Circumvention of copyright protection systems

(a) Violations Regarding Circumvention of Technological Measures.—

(2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that—

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or

(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

<sup>129</sup> 17 U.S. Code § 1201 - Circumvention of copyright protection systems

(b) Additional Violations.—

(2) As used in this subsection—

(A) to “circumvent protection afforded by a technological measure” means avoiding, bypassing, removing, deactivating, or otherwise impairing a technological measure; and

ตัวอย่างเช่นคดี Lexmark V. Static Controls Corp.

ซึ่งมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า โจทก์เป็นผู้ผลิตเครื่องพิมพ์เลเซอร์ โดยได้ขายเครื่องพิมพ์ใน 2 แบบ คือ 1 แบบที่ให้ผู้ใช้งานสามารถใช้หมึกพิมพ์ ยี่ห้ออื่นได้ กับแบบราคาพิเศษ โดยผู้ใช้งานจะสามารถใช้ได้ แต่หมึกพิมพ์ที่ผลิตโดยโจทก์เท่านั้นซึ่งผู้ใช้งานจะต้องผูกพันตามสัญญาที่แนบไว้กับกล่อง (Shrink-wrap agreement) เครื่องพิมพ์ โดยโจทก์จะฝังโปรแกรมควบคุมการไหลต่อน้ำหมึก ไว้ในไมโครชิพของแท่นหมึกเพื่อควบคุม ปริมาณคงเหลือของน้ำหมึกในแท่นหมึก และนอกจากนี้โจทก์ยังได้สร้างโปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์ ที่จะถูกฝังอยู่ในเครื่องพิมพ์ เพื่อใช้ควบคุมการทำงานของเครื่องพิมพ์ดังกล่าว เช่น การจัดการกระดาษ การควบคุมหน้าจอแสดงผล ซึ่งโจทก์ได้ใช้มาตรการควบคุมตรวจสอบความถูกต้อง เพื่อป้องกันการเข้าถึง โปรแกรมการทำงานของเครื่องพิมพ์และโปรแกรมการไหลต่อน้ำหมึกโดยไม่ได้รับอนุญาต สำหรับการเติมแท่นหมึกอันใหม่นั้น เมื่อแท่นหมึกถูกใส่เข้าไปยังเครื่องพิมพ์จะมีการตรวจสอบว่า รหัสของเครื่องพิมพ์ตรงกับรหัสของไมโครชิพของแท่นหมึกเครื่องพิมพ์หรือไม่ ถ้ารหัสถูกต้องตรงกันเครื่องพิมพ์ก็จะทำงาน แต่ถ้ารหัสไม่ถูกต้องเครื่องพิมพ์จะไม่นำแท่นหมึกนั้นและจะไม่สามารถใช้งานได้ จำเลยได้เป็นผู้ผลิตส่วนประกอบของแท่นหมึก โดยได้ทำการทำวิศวกรรมย้อนกลับโปรแกรมที่อยู่ในไมโครชิพของแท่นหมึกโจทก์ และได้พัฒนาโปรแกรมแท่นหมึกยี่ห้ออื่นที่สามารถใช้งานกับเครื่องพิมพ์ของโจทก์โดยสามารถผ่านมาตรการยืนยันความถูกต้องของโจทก์ได้ ซึ่งจำเลยได้จำหน่ายโปรแกรมดังกล่าวให้แก่ผู้ผลิตแท่นหมึกรายอื่น ทำให้แท่นหมึกที่ไม่ใช่ของโจทก์สามารถใช้งานกับเครื่องพิมพ์ของโจทก์ได้ ในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษาโดยให้เหตุผลว่า การกระทำของจำเลยไม่เป็นการผิด DMCA เพราะ ตัวโปรแกรมไหลต่อน้ำหมึกของโจทก์ไม่เข้าข่ายงานอันมีลิขสิทธิ์ที่จะได้รับการคุ้มครอง และโปรแกรมไหลต่อน้ำหมึกของจำเลยยังไม่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เพราะศาลเห็นว่าโปรแกรมของจำเลยไม่ได้ทำให้เกิดความสามารถเข้าถึงโปรแกรมที่ใช้ในการไหลต่อน้ำหมึก แต่กลับใช้แทนที่โปรแกรมที่ใช้ในการไหลต่อน้ำหมึก ดังกล่าวเลย จึงทำให้จำเลยไม่ต้องรับผิด ในฐานะละเมิด มาตรการป้องกันการเข้าถึง ตาม DMCA

2. จะต้องมีมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี โดยมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นต้องเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพซึ่งศาลในสหรัฐอเมริกาชี้แจงแนวทางการพิจารณาว่า มาตรการทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพนั้น จะต้องมึลักษณะที่ยากต่อการทำลายและมาตรการนั้นยังต้องควบคุมการเข้าถึงได้ในทุกช่องทาง มิใช่จำกัดช่องทางการเข้าถึงในรูปแบบหนึ่งแต่เปิดช่องทางการเข้าถึงในรูปแบบหนึ่งไว้<sup>130</sup> แต่ถ้าหากมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีนั้นสามารถใช้ป้องกันการเข้าถึงได้ในทุกช่องทางแล้ว ก็จะมีลักษณะเป็นมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพ ตัวอย่างเช่น

<sup>130</sup> 321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc., 307 F.Supp.2d 1085, 70 U.S.P.Q.2d (BNA) 1028 (N.D. Cal. 2004).

คดี MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc. and Vivendi Games<sup>131</sup> ซึ่งเป็นคดีที่ตัดสินในเรื่องเกี่ยวกับจำหน่ายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ โดยในคดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า

MYD เป็นบริษัทผลิต Add-on ให้ผู้เล่นสามารถเล่นเกมโดยไม่ต้องเล่นเอง โดยทางบริษัท Blizzard โจทก์เป็นผู้ผลิตเกมออนไลน์ ตอนแรกไม่ได้ห้ามการใช้โปรแกรม add-on ประเภทดังกล่าวอย่างเป็นทางการ แต่ในเวลาต่อมา บริษัท blizzard ได้ห้ามการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติโดยอ้างว่าการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ เป็นการทำลายความสนุกและสังคมในเกม ซึ่ง ทาง บริษัท Blizzard ได้ใช้โปรแกรมที่มีชื่อว่า Warden เพื่อใช้ตรวจจับการโกง โดยมีทำงานใน 2 ฟังก์ชันงานคือ 1. scan.dll จะเป็นโปรแกรมที่ตรวจสอบในหน่วยความจำของเครื่องคอมพิวเตอร์ผู้เล่นเกม World of Warcraft ว่ามีการใช้งานโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติอยู่หรือไม่ และ 2.ฟังก์ชันที่ชื่อว่า Resident ที่ทำหน้าที่ยืนยันให้ผู้เล่นเกมที่ใช้โปรแกรม Scan.dll ตรวจสอบไม่พบการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ โดยทางบริษัท MYD ได้หาทางที่จะไม่ให้โปรแกรม Warden ทำการตรวจสอบจนเจอบว่า ผู้เล่นเกมมีการใช้งานโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ที่ MYD เป็นผู้ผลิต และก็ยังมีการขายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ต่อไปโดยไม่คำนึงถึงคำเตือนที่ว่า การใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ เป็นการผิดกฎการใช้งานเกมออนไลน์ของบริษัท Blizzard และอาจทำให้ผู้เล่นนั้นถูกระงับการใช้งานบัญชีได้ ซึ่งทำให้บริษัท Blizzard ฟ้อง MYD ในฐานะละเมิดโดยจงใจทำลายความสัมพันธ์ในสัญญา สนับสนุนการละเมิดลิขสิทธิ์ และละเมิดมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีตาม DMCA มาตรา 1201

โดยในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินโดยให้ความเห็นว่า MYD ได้ละเมิด DMCA มาตรา 1201(a)(2) แล้ว เพราะการกระทำของ MYD เข้าองค์ประกอบของความผิด คือ MYD ได้ทำการจำหน่ายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ซึ่งสามารถหลีกเลี่ยงโปรแกรม Warden ของโจทก์ ซึ่งเป็นมาตรการทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงที่มีประสิทธิภาพเพราะ จากสภาพการทำงานของเกม Warden เห็นได้ว่า โปรแกรมในส่วนที่ชื่อว่า scan.dll จะทำการตรวจสอบหน่วยความจำคอมพิวเตอร์ของผู้เล่นเกม และยืนยันว่ามีการใช้งานโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ หรือโปรแกรมโกงหรือไม่ ส่วนโปรแกรมในส่วนที่ชื่อว่า resident นั้น จะทำการ ยืนยันให้ผู้เล่นเกมได้มีสิทธิในการเข้าถึงเกมได้ ซึ่งจากที่กล่าวมานั้นทำให้โปรแกรม Warden ทำหน้าที่ ควบคุมการเข้าถึงที่มีประสิทธิภาพด้วยอำนาจของเจ้าของลิขสิทธิ์ ตาม DMCA มาตรา 1201(a)(3)(B)

<sup>131</sup> MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc and Vivendi Games, Inc., 629 F.3d 928 (9th Cir. 2010)

3.มีการกระทำที่เป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนด เช่นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี ที่ใช้ป้องกันการเข้าถึง หรือมีการจำหน่าย จ่าย โอน จัดหา หรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน ซึ่งอุปกรณ์ หรือโปรแกรมที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี เป็นต้น

ซึ่งจากองค์ประกอบความความรับผิดที่เกิดจากการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีตาม DMCA มาตรา 1201 และคำพิพากษาที่กล่าวมาเห็นได้ว่าในปัจจุบัน การใช้โปรแกรมอัตโนมัติรวมถึงการขายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ จะก่อให้เกิดความผิดฐานละเมิดมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงตาม DMCA มาตรา 1201 ได้ ซึ่งสามารถนำมาเป็นหลักในการพิจารณาความรับผิดทางแพ่งอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวได้ ซึ่งผู้วิจัยจะนำมาวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

### 3.2 มาตรการกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์ในประเทศสาธารณรัฐเกาหลี

#### 3.2.1 การเกิดสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์

การเกิดสัญญาในสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งว่าสัญญาพึงเกิดขึ้นเมื่อใด แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 527-535 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กล่าวอธิบายถึงลักษณะการแสดงเจตนาทำคำสนอง (Offer) และการแสดงเจตนาทำคำสนองรับ (Acceptance) ซึ่งจากเรื่องดังกล่าวทำให้ทราบได้ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นนั้นเมื่อ เจตนาทำคำเสนอกับเจตนาคำสนองถูกต้องตรงกัน ซึ่งเป็นทฤษฎีทั่วไปในการเกิดสัญญา โดยสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น จะเกิดขึ้นทันทีเมื่อคู่สัญญาคือผู้ให้บริการเกมออนไลน์มีการแสดงเจตนาเสนอที่จะเข้าผูกพันทำสัญญาและผู้ให้บริการเกมออนไลน์มีการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอนั้น

แต่การมีผลของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาประเภทสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นั้น ในประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการบัญญัติ กรอบของการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ใน กฎหมายที่ชื่อว่า FRAMEWORK ACT ON ELECTRONIC DOCUMENTS AND TRANSACTIONS โดยกฎหมายดังกล่าว มีจุดประสงค์ส่งเสริมพัฒนาเศรษฐกิจโดยได้ให้ความชัดเจนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของเอกสารและการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นอกจากนี้ ยังได้สร้างความมั่นใจในความปลอดภัยและความน่าเชื่อถือของเอกสารหรือธุรกรรมที่ทำผ่านอิเล็กทรอนิกส์ และการสร้างโครงสร้างพื้นฐานเพื่ออำนวยความสะดวกการใช้งาน<sup>132</sup>

<sup>132</sup> FRAMEWORK ACT ON ELECTRONIC DOCUMENTS AND TRANSACTIONS Article 1 (Purpose)

The purpose of this Act is to contribute to the development of the national economy by clarifying the legal relevance of electronic documents and electronic transactions, ensuring the

โดย “เอกสารอิเล็กทรอนิกส์” ตามกฎหมายนี้มีความหมายถึง ข้อมูล ที่จัดเตรียม จัดส่ง รับ หรือจัดเก็บ อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์โดยระบบที่ใช้ประมวลผลข้อมูล “ระบบที่ใช้ประมวลผลข้อมูล” หมายถึง กระบวนการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้ในการประมวลผลข้อมูลที่ใช้สำหรับ จัดเตรียม เปลี่ยนรูปแบบ จัดส่ง รับ หรือจัดเก็บเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ “ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” หมายถึง ธุรกรรมซื้อ/ขาย สินค้าหรือบริการที่ทำโดยทั้งหมดหรือบางส่วนด้วยกระบวนการทาง อิเล็กทรอนิกส์<sup>133</sup>

สำหรับสาระสำคัญในเรื่องสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกบัญญัติอยู่ใน FRAMEWORK ACT ON ELECTRONIC DOCUMENTS AND TRANSACTIONS มีดังต่อไปนี้

#### 1. รับรองความถูกต้องของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์

บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่ง FRAMEWORK ACT ON ELECTRONIC DOCUMENTS AND TRANSACTIONS <sup>134</sup> โดยมีวัตถุประสงค์ไม่ให้เกิดการมีผลทางกฎหมายเพราะสาเหตุเพียงว่า เอกสารนั้นเป็นเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ และให้เอกสารนั้นมีผลทางกฎหมายเหมือนเอกสารทั่วไป

#### 2. การเกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

security and reliability of electronic documents and electronic transactions, and creating infrastructure for facilitating the use thereof.

<sup>133</sup> Framework act on electronic documents and transactions Article 2 (Definitions)

The definitions of terms used in this Act shall be as follows:

- 1.The term "electronic document" means information, prepared, transmitted, received, or stored in an electronic form by an information processing system;
- 2.The term "information processing system" means an electronic mechanism or system capable of processing information used for preparing, converting, transmitting, receiving, or storing electronic documents;

5.The term "electronic transaction" means a transaction fully or partially conducted by an electronic document when buying and selling goods or services;

<sup>134</sup> Framework act on electronic documents and transactions Article 4 (Validity of Electronic Documents)

(1) No electronic document shall be denied legal effect as a document solely because it is in an electronic form



บัญญัติไว้ในมาตรา 6 แห่ง FRAMEWORK ACT ON ELECTRONIC DOCUMENTS AND TRANSACTIONS <sup>135</sup> โดยมีใจความสำคัญคือ ข้อความทางอิเล็กทรอนิกส์ (คำเสนอ หรือ คำสนอง) จะถือว่าเป็นการแสดงเจตนาเมื่อได้เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้รับ

### 3. รูปแบบของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

บัญญัติไว้ในมาตรา 17 แห่ง FRAMEWORK ACT ON ELECTRONIC DOCUMENTS AND TRANSACTIONS ดังนี้<sup>136</sup>

ผู้ประกอบการที่ทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดที่จะกล่าวต่อไปนี้เพื่อที่จะปกป้องผู้บริโภคในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และเพื่อสร้างความเชื่อมั่นในเรื่องความปลอดภัยและความน่าเชื่อถือในการใช้งานธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

<sup>135</sup> Framework act on electronic documents and transactions Article 6 (Time and Place of Transmission or Receipt of Electronic Documents)

(1) An electronic document (including a digitized document; hereinafter the same shall apply) shall be deemed sent at the time the electronic document is entered into an information processing system through which an addressee or his/her agent can receive the electronic document.

<sup>136</sup> Framework act on electronic documents and transactions Article 17 (Matters to be Generally Observed by Electric Transaction Business Entities)

Every electric transaction business entity shall comply with the following matters in order to protect consumers related to electronic transactions and to ensure the security and reliability of electronic transactions:

1. Provision of its trade name (including the name of the representative of a corporation, if applicable), information on itself and accurate information on goods, services, the terms of a contract, etc.;
2. Provision and preservation of contractual terms and conditions so that consumers may easily have access to or recognize them;
3. Formulation of procedures by which a consumer may cancel or change his/her order;
4. Formulation of procedures for easy withdrawal of an application, cancellation or termination of a contract, exchange, return of goods and refund of payments, etc.;
5. Formulation of procedures to promptly and fairly deal with consumer complaints and requests;
6. Preservation of transaction records required for the verification of transactions for a fixed period.

- จะต้องแสดงชื่อการค้า (รวมถึงชื่อของตัวแทนของ บริษัท ในกรณีที่ บังคับ) ข้อมูลเกี่ยวกับตัวเอง, ข้อมูลที่ถูกต้องเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ข้อมูลเกี่ยวกับสัญญา เป็นต้น
- จะต้องแสดงและจัดเก็บข้อสัญญาที่ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงและเข้าใจข้อสัญญาดังกล่าวได้ง่าย
- จะต้องกำหนดวิธีการที่ผู้บริโภคสามารถยกเลิกและเปลี่ยนแปลงการทำธุรกรรมของตน
- จะต้องกำหนดวิธีการที่ง่ายในการยกเลิกใบคำขอ ยกเลิกหรือเลิกสัญญา เปลี่ยนหรือคืนสินค้า และคืนเงินที่ชำระไป เป็นต้น
- จะต้องกำหนดวิธีการที่จะรับเรื่องร้องเรียนลูกค้าอย่างเป็นธรรม
- จะต้องจัดเก็บข้อมูลการทำธุรกรรมของลูกค้าไว้ในเวลาที่กำหนด

ซึ่งเมื่อพิจารณาความหมายและจุดประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้เห็นได้ว่าการกระทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นหมายความว่า ธุรกรรมการซื้อขายหรือบริการที่ใช้เอกสารอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งการทำสัญญาเกมออนไลน์นั้นเป็นการซื้อการให้บริการซึ่งใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์จึงสามารถนำกฎหมายฉบับนี้มาใช้บังคับได้

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาหลักการเกิดสัญญาตาม FRAMEWORK ACT ON ELECTRONIC DOCUMENTS AND TRANSACTIONS จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวยังไม่สามารถนำมาปรับใช้ในเรื่องการเกิดสัญญาได้เพราะว่า FRAMEWORK ACT ON ELECTRONIC DOCUMENTS AND TRANSACTIONS มีแค่บทบัญญัติที่ว่า “คำเสนอและคำสนองที่กระทำทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะมีผลเมื่อใด” ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการเกิดสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นยังคงใช้ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเกิดสัญญาซึ่งก็คือหลัก คำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน และนอกจากนี้การที่ FRAMEWORK ACT ON ELECTRONIC DOCUMENTS AND TRANSACTIONS ได้บัญญัติให้ข้อความทางอิเล็กทรอนิกส์ (คำเสนอ หรือ คำสนอง) จะมีผลเป็นการแสดงเจตนาเมื่อได้เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้รับ ยังก่อให้เกิดผลในการบังคับใช้ เช่นในกรณีที่ ผู้ใช้บริการทำการกดปุ่มยอมรับข้อตกลงในสัญญา แต่เกิดการสื่อสารขัดข้องทำให้ ข้อความที่ยอมรับ นั้นส่งไปไม่ถึงผู้ทำคำเสนอ ซึ่งยังไม่มีการทบทวนหรือทฤษฎีทางกฎหมายมาอธิบายว่าการกระทำดังกล่าวนั้นส่งผลให้สัญญานั้นเกิดขึ้น และมีผลบังคับใช้หรือไม่ ซึ่งทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าใครจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ผลของสัญญาดังกล่าว<sup>137</sup>

<sup>137</sup> Tae Hee Lee and Kwang Bae Park, "E-Commerce Regulations in Korea," [Online] Accessed: 2016 August 26. Available from: [www.leeko.com/pdf/Article\\_KBP\\_1.pdf](http://www.leeko.com/pdf/Article_KBP_1.pdf)

และนอกจากนี้แม้ว่า FRAMEWORK ACT ON ELECTRONIC DOCUMENTS AND TRANSACTIONS ยังได้กำหนด รูปแบบของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้ โดยกำหนดให้การทำธุรกรรมนั้นจะต้องแสดงให้เห็นอย่างเด่นชัดพอที่คู่สัญญาคือผู้บริโภคจะเข้าใจเนื้อหาของข้อสัญญาดังกล่าวได้ง่าย ซึ่งผลของการฝ่าฝืนข้อกำหนดตามกฎหมายนี้มีผลให้ผู้ให้บริการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์จะต้องถูกเพิกถอนใบรับรองซึ่งถ้าหากผู้ประกอบการได้ใช้ใบรับรองที่ถูกเพิกถอนดังกล่าวแล้ว ก็จะมีผลให้ผู้ประกอบการต้องเสียค่าปรับเป็นเงิน 30 ล้านบาท<sup>138</sup> ซึ่งทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงการเกิดของสัญญาดังกล่าวหากผู้ประกอบการไม่แจ้งข้อสัญญาให้ผู้บริโภคทราบระหว่างทำสัญญา จึงทำให้ไม่สามารถนำ FRAMEWORK ACT ON ELECTRONIC DOCUMENTS AND TRANSACTIONS นำมาพิจารณาในเรื่องประเด็นการเกิดสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์ได้

แต่อย่างไรก็ตามการเกิดของสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคนั้น สัญญาดังกล่าวนั้นจะได้รับความคุ้มครองในเรื่องรูปแบบของการทำสัญญาตามกฎหมาย Act on the regulation of terms and conditions ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสาธารณรัฐเกาหลี กฎหมายดังกล่าวได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์คุ้มครองผู้บริโภคโดยได้กำหนดรูปแบบของการแสดงข้อความหรือข้อตกลงในสัญญาที่ให้ผู้บริโภคได้รับรู้ไว้ในมาตรา 3<sup>139</sup> ดังนี้

1. ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้กำหนดเนื้อหาของสัญญาในประเทศสาธารณรัฐเกาหลีจะต้องใช้สัญญาที่มีรูปแบบเป็นมาตรฐานที่ผู้บริโภคสามารถเข้าใจเนื้อหาของข้อตกลงในสัญญาได้ง่าย และจะต้องมีการระบุถึงส่วนที่สำคัญในสัญญาด้วยการใช้ ตัวอักษรที่หนา ตัวอักษรขนาดใหญ่ การใส่สัญลักษณ์ เป็นต้น เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับรู้ข้อตกลงหรือข้อสัญญาได้อย่างชัดเจน
2. เมื่อเข้าสู่ขั้นตอนทำสัญญา ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงอย่างชัดเจนถึงรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาที่จะให้ผู้บริโภคสามารถรับรู้ได้ถึงประเภทของสัญญารวมถึงข้อสงสัยที่มีในสัญญา และยังต้องส่งมอบสำเนาของสัญญาให้แก่ผู้บริโภคได้หากผู้บริโภคร้องขอ โดยข้อกำหนดที่ต้องส่งมอบสำเนาสัญญาแก่ผู้บริโภคนั้นจะไม่นำมาใช้กับสัญญาในการให้บริการหรือประกอบธุรกิจเหล่านี้ คือ 1. การประกอบธุรกิจรับขนคนโดยสาร 2. การประกอบธุรกิจให้บริการไฟฟ้า แก๊ส และน้ำประปา 3. การประกอบธุรกิจไปรษณีย์ 4. ธุรกิจสื่อสารที่ให้บริการโทรศัพท์สาธารณะ

<sup>138</sup> Framework act on electronic documents and transactions Article 18

<sup>139</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 3(Obligation, etc. to Prepare and Explain Terms and Conditions)

3. ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องอธิบายรายละเอียดที่สำคัญของข้อตกลงในสัญญาให้ผู้บริโภคเข้าใจ โดยข้อความนี้ไม่นำมาใช้กับสัญญาที่มีลักษณะโดยธรรมชาติที่อธิบายถึงส่วนสำคัญของสัญญาได้ยาก

4. ถ้าผู้ประกอบธุรกิจไม่ปฏิบัติตาม หรือฝ่าฝืน หัวข้อที่ 2 และ 3 ตามมาตรานี้ ผู้ประกอบธุรกิจจะไม่สามารถเรียกร้องเอาประโยชน์จากข้อสัญญานั้นได้

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS ยังไม่สามารถนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในรูปแบบของสัญญามาปรับใช้กับประเด็น การเกิดสัญญาเกมออนไลน์ได้เพราะ ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS ได้กำหนดแต่เพียงว่ารูปแบบของสัญญาใดที่จะไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่งเป็นการคุ้มครองความเป็นธรรมใน สัญญาหลังจากสัญญาเกิดไปแล้วเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีผู้วิจัยเห็นว่าหลักเกณฑ์เรื่องการคุ้มครอง ผู้บริโภคในรูปแบบของสัญญายังสามารถนำมาปรับใช้ในเรื่องผลของสัญญาว่าสัญญาทาง อิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดขึ้นในรูปแบบต่าง ๆ นั้น ว่าสัญญามีผลบังคับใช้มากหรือน้อยเพียงใด เพราะใน กรณีที่ผู้ประกอบการไม่ได้แสดงให้คู่สัญญาเห็นข้อสัญญาได้อย่างเด่นชัดไว้ว่าการกระทำดังกล่าวมีผล ทำให้ผู้ประกอบการผู้ร่างสัญญานั้นไม่สามารถรับเอาผลประโยชน์ของข้อสัญญานั้นได้เลย

### 3.2.2 สถานะและความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือนในสาธารณรัฐเกาหลี

#### 3.2.2.1 สถานะของทรัพย์สินเสมือนในสาธารณรัฐเกาหลี

ในสาธารณรัฐเกาหลีนั้น เริ่มมีการตั้งคำถามเกี่ยวกับสถานะของทรัพย์สินเสมือน เมื่อมีการ จับกุมผู้ต้องหาสองคนที่เป็นเยาวชนใน โดยผู้ต้องหาทำการล่อวงเหยื่อให้ทำการซื้อ สิ่งของในเกม ออนไลน์ แต่ผู้ต้องหาทำการฉ้อโกงโดยไม่ทำการส่งสิ่งของในเกมดังกล่าวให้ ซึ่งทำให้ออกเกิดการตั้ง คำถามว่าการกระทำต่อในเกมออนไลน์ที่ไม่มีตัวตนอยู่จริงนั้นจะสามารถปรับใช้กฎหมายอาญาเช่น เรื่องความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน มาก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่บุคคลได้หรือไม่<sup>140</sup>

คำว่า ทรัพย์สิน นั้นในประมวลกฎหมายแพ่งของเกาหลีได้ใช้คำว่า Things โดยได้บัญญัติคำ นิยามของคำว่า Things อยู่ในมาตรา 98 ที่ว่า ทรัพย์สิน<sup>141</sup> (Things) ที่กล่าวอยู่ในพระราชบัญญัตินี้ หมายความว่า ทรัพย์สินที่เป็นรูปธรรม กระแสไฟฟ้า และ พลังงานธรรมชาติอื่น ที่สามารถควบคุมได้ และ

<sup>140</sup> Yoon, U.-g., "Real Money Trading in Mmorpg Items from a Legal and Policy Perspective." Page 4-5

<sup>141</sup> ในบทนี้ผู้วิจัย จะใช้คำว่า “ทรัพย์สิน“ ในการแปลความหมาย ของคำว่า “Things” ตามมาตรา 98 ประมวล กฎหมายแพ่งเกาหลี

นอกจากนี้ ยังได้ให้คำนิยามของคำว่า อสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ ไว้ในมาตรา 99 ที่ว่า อสังหาริมทรัพย์ (Immovable) คือ ที่ดิน หรือ ทรัพย์สินที่ยึดติดกับที่ดินที่ไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้ และสังหาริมทรัพย์ (movables) คือ ทรัพย์สินที่นอกเหนือจากอสังหาริมทรัพย์ที่สามารถเคลื่อนที่ได้<sup>142</sup> ซึ่งศาลฎีกาของประเทศเกาหลีได้มีคำตัดสินเกี่ยวกับเรื่องความเป็นทรัพย์สินในฐานข้อมูล ในคดีที่ลูกจ้างได้ทำการคัดลอกข้อมูลไปจากเครื่องคอมพิวเตอร์ของนายจ้าง ไว้ว่า

“ องค์ประกอบของการลักทรัพย์นั้น ได้ถูกจำกัดด้วยประเภทของทรัพย์สิน โดยรวมถึง พลังงานที่มนุษย์สามารถควบคุมได้ ซึ่งจะสามารถก่อให้เกิดความผิดอาญาเกี่ยวกับการลักทรัพย์ เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นจะต้องถูกแย่งการครอบครองหรือการใช้งานตามปกติ และจะต้องมีการกระทำที่พิเศษที่ทำให้ผู้ครอบครองหรือเจ้าของทรัพย์สินเสียหายการครอบครองนั้น ในความเป็นจริง ข้อมูลที่ถูกจัดเก็บอยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ โดยตัวมันเองไม่สามารถที่จะถือได้ว่าเป็นสิ่งของที่มีตัวตน และก็ไม่ใช่พลังงานตามกฎหมายนี้ จึงทำให้ข้อมูลไม่ใช่ทรัพย์สิน นอกจากนี้การคัดลอกหรือพิมพ์ข้อมูลก็ไม่อาจทำให้ผู้ครอบครองข้อมูลนั้น ถูกแย่งการครอบครองหรือไม่อาจใช้งานข้อมูลนั้นได้ ด้วยเหตุนี้การกระทำที่เป็นการคัดลอกข้อมูลหรือพิมพ์ข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงไม่ใช่ความผิดอาญาฐานลักทรัพย์ “<sup>143</sup>

ซึ่งข้อกำหนดเรื่องความเป็นทรัพย์สินของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นได้ให้ความสำคัญกับความมีตัวตนซึ่งก็คือการที่บุคคลสามารถควบคุมหรือครอบครองได้หรือไม่ แต่การมีตัวตนนั้นไม่

<sup>142</sup> Article 98 of the Civil Act (Definition of Things)

Things mentioned in this Act shall mean corporeal things, electricity, and other natural forces which can be managed.

Article 99 (Immovables and Movables)

(1) Land and things firmly affixed thereto shall be immovables.

(2) All things other than immovables shall be movables.

<sup>143</sup> South Korea Supreme Court Decision 2002Do745, Jul. 12, 2002

“ The element of larceny is limited to property, including energy subject to human control, and, to establish the crime of larceny, the owner or other possessor of property excludes the possibility of possession or use, and there must be the act of exclusive taking away from under one’s

possession. Thus, information saved in the computer itself cannot be considered to be a material thing, and also it is not energy with materiality thus it is not considered to be property. Also, even if it is being copied or printed, it does not decrease the availability of information or

possibility of possession and use, and thus such act of copying or printing does not constitute the crime of larceny.”

จำเป็นต้องมีรูปร่างก็ได้ และนอกจากนี้ทรัพย์สินยังอาจเป็นพลังงานที่ควบคุมได้เช่นกระแสไฟฟ้า ซึ่งจากที่กล่าวมานั้นเป็นคุณลักษณะที่สำคัญของทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐเกาหลี<sup>144</sup> แต่อย่างไรก็ดี สำหรับทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้นเนื่องจากอำนาจในการควบคุมและใช้งานยังมีข้อจำกัด โดยทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้นนอกจากผู้ใช้บริการหรือผู้เล่นเกมออนไลน์จะสามารถควบคุม และใช้งานได้ด้วยตัวเองเช่น เสื้อเกราะหรือดาบที่ตัวละครในเกมสวมใส่ที่ผู้เล่นเกมสามารถนำมาใช้งาน มอบให้ผู้เล่นเกมคนอื่นหรือทำลายทิ้ง เป็นต้น ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ดังกล่าวยังสามารถถูกควบคุมได้โดยผู้ให้บริการเกมออนไลน์ในเวลาเดียวกันด้วย โดยผู้ให้บริการเกมออนไลน์สามารถ ทำลาย เปลี่ยนแปลงค่าความสามารถหรือสร้างทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ได้ตลอดเวลา ซึ่งทำให้เกิดความแตกต่างจากทรัพย์สินที่อยู่ในโลกจริงที่สามารถถูกครอบครองและถูกควบคุม ณ เวลาใดเวลาหนึ่งได้โดยบุคคลผู้เดียว<sup>145</sup> ด้วยสาเหตุที่กล่าวมาจึงทำให้ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ไม่ได้ถูกยอมรับว่ามีสถานะเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐเกาหลี

สำหรับสถานะของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้น ถ้าไม่ใช่ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งแล้ว ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์จะมีฐานะเป็นอะไร สำหรับในเรื่องนี้ศาลฎีกาของสาธารณรัฐเกาหลี ยังไม่ได้เคยมีคำตัดสินที่ดีความว่า ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์มีสถานะเป็นอะไร แต่ก็มีนักกฎหมายได้ให้วิเคราะห์เกี่ยวกับสถานะของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์โดยได้ให้ความเห็นไว้ว่า<sup>146</sup>

“จากคุณลักษณะของสิ่งของในเกมออนไลน์ที่ไม่สามารถมีอยู่หรือทำงานได้เองโดยปราศจากโปรแกรมการทำงานของเกมออนไลน์และสิทธิที่จะสามารถควบคุมสิ่งของในเกมออนไลน์ได้ แต่เพียงผู้เดียวจากผู้ครอบครองสิ่งของนั้น ซึ่งจากคุณลักษณะดังกล่าว ทำให้สิ่งของในเกมออนไลน์มีสภาพใกล้เคียงกับ ทรัพย์สิน(Things) ตามกฎหมายแพ่งมาตรา 98 แต่เนื่องจากการที่สิ่งของในเกมออนไลน์จะสามารถมีอยู่หรือใช้งานได้แต่ในสภาพแวดล้อมของเกมออนไลน์เท่านั้น ไม่อาจนำสิ่งของดังกล่าวมาใช้งานภายนอกสภาพแวดล้อมของเกมออนไลน์ได้ ซึ่งจากคุณสมบัติข้อนี้จึงทำให้สิ่งของในเกมออนไลน์ไม่อาจมีสถานะเป็นสิ่งของหรือทรัพย์สินได้ตาม

<sup>144</sup> Suk Jin Kim, "Study of Copyright Issues Surrounding Online Gaming," *Yonsei Law Journal* 5, 1 (2014). Page. 17-18

<sup>145</sup> Yoon, U.-g., "Real Money Trading in Mmorpg Items from a Legal and Policy Perspective." Page 4-5

<sup>146</sup> Ibid. Page 4

กฎหมาย จึงทำให้ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์อาจมีสถานะได้เพียง ส่วนหนึ่งของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น”

และนอกจากนี้ศาลชั้นต้นเขตกรุงโซล ได้ให้คำตัดสินไว้ว่า เกมออนไลน์นั้น สิ่งของในเกมวิธีการเล่น ตัวละคร กฎของเกม มีลักษณะ เป็นเนื้อหาที่มีลิขสิทธิ์โดยเป็นประเภทของงานวรรณกรรม หรือ ฟังชั่นการใช้งาน ซึ่งผู้พัฒนาเกมออนไลน์เป็นผู้ที่เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์นั้น<sup>147</sup>

### 3.2.2.2 ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนในสาธารณรัฐเกาหลี

ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนในประเทศเกาหลีนั้น เนื่องจากทรัพย์สินเสมือน หรือสิ่งของในเกมออนไลน์ไม่มีสถานะเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่ง แต่อาจมีสถานะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาได้ ซึ่งในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น ส่วนใหญ่ ผู้ให้บริการเกมออนไลน์หรือผู้พัฒนาเกมออนไลน์ จะเขียนถึงการอ้างสิทธิในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์เอาไว้ โดยให้ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมทั้งหมดเป็นสิทธิหรือทรัพย์สินของผู้ให้บริการเกมออนไลน์<sup>148</sup>

จากลักษณะการได้มาซึ่งทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.3.3 นั้น ผู้เล่นเกมออนไลน์อาจได้รับทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์มาจากการทำภารกิจให้สำเร็จตามที่เกมกำหนดไว้ หรืออาจจะเข้าครอบครองสิ่งที่ไม่ใช่เจ้าของอยู่เช่นการขุดหาแร่ต่าง ๆ ในเกมออนไลน์ และนอกจากนี้ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้นอาจสร้างขึ้นมาจากการรวบรวมทรัพย์สินเสมือนชิ้นอื่นมาเช่นการรวบรวมแร่ที่ขุดได้ มาสร้างเป็นดาบหรือชุดเกราะ เป็นต้น ซึ่งมีปัญหาว่าผู้เล่นเกมออนไลน์จะมีสถานะเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมได้หรือไม่

โดยในประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ได้กำหนดมีการบัญญัติเอาไว้ถึงเรื่องสิทธิการเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยมีรายละเอียดที่สำคัญดังนี้

1. ในเรื่องการเป็นเจ้าของ ทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของตามมาตรา 252 ที่ว่า

“ บุคคลสามารถที่จะเป็นเจ้าของ สัหาริมทรัพย์ที่ไม่มีเจ้าของได้ ด้วยการครอบครอง และแสดงความเป็นเจ้าของ”<sup>149</sup>

<sup>147</sup> Seoul District Court Judgment No. 2002-kahap-2377

<sup>148</sup> Yoon, U.-g., "Real Money Trading in Mmorpq Items from a Legal and Policy Perspective."Page 8

<sup>149</sup> Article 252 of the Civil Act (Ownership in Unowned Property)

(1) One may acquire ownership of unowned movables by occupying them with the intention of possession thereof.

(2) Ownership of unowned real property belongs to the state.

2. เรื่องการเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้มาจากการ ผลิตจากสังหาริมทรัพย์อื่นนั้นผู้เป็นเจ้าของไว้ใน มาตรา 259 ที่ว่า<sup>150</sup>

“บุคคลที่ใช้สัมภาระของบุคคลอื่นสร้างสังหาริมทรัพย์ เจ้าของสัมภาระจะเป็นเจ้าของ กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่สร้างขึ้นใหม่ แต่ถ้ามูลค่าของสังหาริมทรัพย์ที่เพิ่มขึ้นมี มูลค่าสูงกว่าค่าสัมภาระที่ใช้สร้าง ผู้สร้างสังหาริมทรัพย์ใหม่ขึ้นจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ สังหาริมทรัพย์ที่สร้างขึ้นใหม่ “

ซึ่งจะเห็นได้ว่าจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐเกาหลีนั้นนั้น สังหาริมทรัพย์ที่ผู้เป็นเจ้าของจะสามารถครอบครองหรือเป็น เจ้าของกรรมสิทธิ์ได้นั้นจะต้องมีลักษณะเป็นทรัพย์สินที่สามารถครอบครองได้อย่างมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาด โดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่นรถยนต์ ทองคำ หรือเงินสด เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากสภาพของ ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้นไม่อาจก่อให้เกิดการครอบครองโดยเด็ดขาดโดย ปราศจากการควบคุมของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้<sup>151</sup> จึงไม่อาจนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้มาซึ่ง กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐเกาหลีมาปรับใช้กับเรื่องดังกล่าวได้

แม้ว่าผู้เล่นเกมออนไลน์จะไม่สามารถเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์สิ่งของในเกมออนไลน์ได้เหมือน อย่างการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์เช่นรถยนต์ แต่อย่างไรก็ดีผู้เล่นเกมออนไลน์ ยังมีสิทธิ ที่จะใช้ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ (Right-of-use) ตามสัญญาการให้บริการเกม ออนไลน์ที่ผู้เล่นเกมออนไลน์<sup>152</sup>

### 3.2.3 กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสาธารณรัฐเกาหลี

ในการทำสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์นั้น ผู้ใช้งานเกมออนไลน์มักจะประสบปัญหาจากความ ไม่เป็นธรรมในข้อสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ เช่นข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ให้บริการเกมออนไลน์ สามารถยกเลิกการให้บริการได้ฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องแจ้งให้ผู้ให้บริการทราบล่วงหน้า หรือข้อสัญญาที่

(3) Both wild animals and captive-bred animals returned into the wilderness shall be considered unowned

<sup>150</sup>Article 259 of the Civil Act (Processing)

(1) With regard to a movable that has been processed by a third party, the owner of the raw materials retains the rights of ownership over the item. Notwithstanding, if the value added by said processing, exceeds that of the raw materials, in a substantial manner, the rights of ownership over such movable, shall, henceforth, belong to the party who processed it.

<sup>151</sup> Yoon, U.-g., "Real Money Trading in Mmorpq Items from a Legal and Policy Perspective." Page 9

<sup>152</sup>Ibid. page11



จะกีดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ เป็นต้น โดยในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะทำการศึกษา การให้ความเป็นธรรมในสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี และการให้ความเป็นธรรมในสัญญา ตามกฎหมาย ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS 1986 (Amended 2016)<sup>153</sup> ว่าสามารถให้ความคุ้มครองความเป็นธรรมในข้อสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์ได้มากหรือน้อยเพียงใด

### 3.2.3.1 การให้ความเป็นธรรมในสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี

ในประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ได้มีการบัญญัติให้ความคุ้มครองความเป็นธรรมในสัญญา ดังนี้ 1. นิติกรรมที่เกิดขึ้นโดยขัดต่อศีลธรรมอันดีและความสงบเรียบร้อยทางสังคม นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับใช้ได้ ตามมาตรา 103 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี<sup>154</sup> 2. นิติกรรมที่ไม่เป็นธรรมอย่างชัดแจ้ง ที่เกิดจากพฤติการณ์ที่กดดัน ความไม่รอบคอบ หรือการขาดความรู้และประสบการณ์ของคู่สัญญา นิติกรรมนั้นเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับใช้ได้ ตามมาตรา 104 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี<sup>155</sup> แต่อย่างไรก็ดี สำหรับการทำสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์นั้น จะเห็นได้ว่าไม่อาจนำเรื่องการให้ความเป็นธรรม เนื่องจากลักษณะของการทำสัญญาดังกล่าวนั้นเป็นลักษณะของการทำข้อเสนอที่ปรากฏอยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ ที่ไม่อาจก่อให้เกิดพฤติการณ์ที่จะก่อให้เกิดความกดดันในการทำสัญญา หรือเกิดจากการข่มขู่ได้ จึงไม่อาจนำเอาการให้ความเป็นธรรมในสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี มาปรับใช้กับสัญญาเกมออนไลน์ได้

### 3.2.3.2 การให้ความเป็นธรรมตามกฎหมาย ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS 1986

กฎหมาย ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS เป็นกฎหมายอยู่ในการดูแลของคณะกรรมการให้ความเป็นธรรมทางการค้า โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การคุ้มครอง

<sup>153</sup> กฎหมาย THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS 1986 ได้เปลี่ยนชื่อมาจาก กฎหมาย Regulation of Adhesion Contracts Act 1986 ซึ่งได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง โดยผู้วิจัยได้ใช้ ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS 1986 ฉบับแก้ไขล่าสุด ปี ค.ศ.2016 โดยต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้วิจัยเรียกกฎหมายฉบับดังกล่าวว่า ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS 1986

<sup>154</sup> South Korea Civil Act Articles 103 (Juristic Acts Contrary to Social Order)

A juristic act which has for its object such matters as are contrary to good morals and other social order shall be null and void.

<sup>155</sup> South Korea Civil Act Articles 104 (Unfair Juristic Act)

A juristic act which has conspicuously lost fairness through strained circumstances, rashness, or inexperience of the parties shall be null and void

ผู้บริโภคและส่งเสริมความสมดุลของชีวิตบุคคลโดยการป้องกันภาคธุรกิจ ในการใช้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่เกี่ยวกับธุรกิจของตนโดยใช้ประโยชน์จากความไม่เป็นธรรมในอำนาจในการเจรจาต่อรองและใช้อำนาจนั้นสร้างข้อสัญญาหรือข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมขึ้นมา<sup>156</sup>

โดยกฎหมายดังกล่าวนี้ ได้กำหนดคำนิยามที่สำคัญไว้ในมาตรา 2 <sup>157</sup> คือ

1. ข้อกำหนดและเงื่อนไข คือ เนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาเตรียมในรูปแบบที่เฉพาะเจาะจงล่วงหน้าเพื่อเข้าทำสัญญากับบุคคลอื่นหลายคนโดยไม่คำนึงถึงชื่อ ชนิด หรือขอบเขต
2. ผู้ประกอบธุรกิจ คือ คู่สัญญาที่เป็นผู้กำหนดข้อตกลงหรือข้อสัญญาเพื่อให้บุคคลอีกฝ่ายยอมทำสัญญา
3. ผู้บริโภค คือ “คู่สัญญาฝ่ายที่ยอมรับข้อกำหนดหรือข้อตกลงในสัญญาจากผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นผู้กำหนดข้อสัญญานั้น”

ซึ่งจากคำนิยามของผู้ประกอบการและผู้บริโภคตามบทบัญญัติของ ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มาตรา 2 นั้น เห็นได้ว่าผู้ให้บริการเกมออนไลน์และผู้ให้บริการเกมออนไลน์ มีสถานะเป็นผู้ประกอบการและผู้บริโภคตามความหมายของกฎหมายนี้ และข้อสัญญาในเกมออนไลน์ยังมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ได้กำหนดรูปแบบไว้ล่วงหน้าเพื่อที่จะใช้กับหลายๆบุคคล ดังนั้นในสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์ของสาธารณรัฐเกาหลีจึงต้องบังคับตามบทบัญญัติเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ได้บัญญัติไว้ใน ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS ด้วย

<sup>156</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 1 (Purpose)

The purpose of this Act is to establish sound order in business transactions, and thus to protect consumers and promote the balanced improvement of people's lives by preventing business persons from preparing unfair terms and conditions and using them in business transactions by taking unfair advantage of their bargaining position and regulating unfair terms and conditions

<sup>157</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 2 (Definitions)

The terms used in this Act shall be defined as follows:

1. The term "terms and conditions" means the content of a contract that a party to a contract prepares in a specific form in advance in order to enter into a contract with multiple other parties, regardless of their name, type, or scope;
2. The term "business person" means a party to a contract who offers terms and conditions to the other party as the content of the contract;
3. The term "customer" means a party to a contract who has been offered terms and conditions from a business person as the content of the contract.

โดยกฎหมายได้ ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS ได้ให้ความคุ้มครองความเป็นธรรมที่เกิดในสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค ใน 2 รูปแบบคือ

1 การให้ความคุ้มครองความเป็นธรรมในรูปแบบของสัญญา ซึ่งผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.2.1 โดยมีใจความสำคัญคือ การให้สิทธิผู้บริโภคมีสิทธิที่จะตรวจสอบข้อสัญญาก่อนที่จะเข้าทำสัญญา ซึ่งถ้าหากไม่ปฏิบัติตาม กฎหมายดังกล่าวก็จะส่งผลให้ผู้ร่างสัญญานั้นไม่สามารถถือเอาประโยชน์จากข้อสัญญานั้นได้

2 การให้ความคุ้มครองความเป็นธรรมเนื้อหาของสัญญา โดยในกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเนื้อหาของข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในสัญญาเอาไว้ในมาตรา 7-14 ว่าข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในสัญญาลักษณะใดมีความไม่เป็นธรรม ถ้าหากในสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภคนั้นมีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่มีความไม่เป็นธรรมตามที่กฎหมายฉบับนี้ จะส่งผลให้ข้อสัญญานั้นมีผลเป็นโมฆะไม่อาจใช้บังคับกันได้ โดยกฎหมาย ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS ได้กำหนดลักษณะของข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรมไว้ดังต่อไปนี้

1. มีข้อสัญญาเกี่ยวกับการยกเว้นความรับผิดชอบ<sup>158</sup> ตามมาตรา 7 แห่ง ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มีใจความว่า ข้อสัญญาที่มีข้อความยกเว้นความรับผิดชอบในสัญญาเหล่านี้ไม่สามารถมีผลบังคับใช้ได้

1. ข้อตกลงที่ยกเว้นความรับผิดชอบจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ของตน ลูกจ้าง หรือตัวแทน ของผู้ประกอบการ

<sup>158</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 7 (Prohibition of Exemption Clause)

A clause in terms and conditions concerning the liability of contracting parties that falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which exempts a business person from liability for intentional or gross negligence on the part of the business person, his/her agents, or his/her employees;
2. A clause which limits, without a substantial reason, the extent of indemnification payable by a business person, or which passes a risk to be borne by a business person to a customer;
3. A clause which, without a substantial reason, excludes or limits the warranty liability of a business person, or tightens requirements of customers to exercise the rights under the warranty thereof;
4. A clause which excludes or limits the warranty for the subject-matter of a contract for which a business person has provided a sample, or has indicated the quality, performance, etc. without considerable reasons.

2. ข้อสัญญาซึ่งจำกัดไว้แต่เพียงการชดใช้ความเสียหายโดยผู้ประกอบการ หรือข้อสัญญาที่ความเสียหายตกเป็นภาระของผู้บริโภค
3. ข้อตกลงหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบการที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือการจำกัดการใช้สิทธิเรียกร้องของผู้บริโภคภายใต้การรับประกันสินค้า
4. ข้อสัญญาที่จำกัดหรือยกเว้นการรับประกันในสัญญาที่ผู้ประกอบการได้ให้ตัวอย่างหรือชี้(แสดง)ให้เห็นคุณภาพ หรือประสิทธิภาพของสินค้า โดยปราศจากเหตุผลที่เหมาะสม

2.มีข้อสัญญาที่จะต้องให้ผู้บริโภคต้องมีความรับผิดมากเกินไป<sup>159</sup> ตามมาตรา 8 แห่ง ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มีใจความว่า ข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่ให้ผู้บริโภคต้องรับผิดโดยไม่มีขอบเขตความรับผิด หรือรับผิดสูงมากเกินไปกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ข้อกำหนดดังกล่าวมีผลเป็นโมฆะ

3.มีข้อสัญญาเกี่ยวกับการระงับและยกเลิกสัญญา<sup>160</sup> ตามมาตรา 9 แห่ง ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มีใจความว่า สัญญาที่มีข้อความหรือข้อกำหนดหรือเงื่อนไขเหล่านี้จะมีผลเป็นโมฆะไม่สามารถมีผลบังคับใช้ได้

<sup>159</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 8 (Predetermination of Amount of Indemnification)

Any clause in terms and conditions which obligates customers to pay unreasonably heavy loss, including but not limited to, excessive liquidated loss for delay, shall be null and void.

<sup>160</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 9 (Cancellation or Termination of Contract)

A clause in terms and conditions concerning the cancellation or termination of a contract which falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which excludes the right of customers to cancel or terminate the contract under Acts, or limits the exercise of such right;
2. A clause which grants a business person the right to cancel or terminate the contract which is not provided for by Acts, therefore might put customers at an unreasonable disadvantage;
3. A clause which mitigates a business person's requirements to exercise the right to cancel or terminate the contract under Acts, therefore might put customers at an unreasonable disadvantage;
4. A clause which, without a substantial reason, obligates customers to pay excessive restitution due to cancellation or termination of a contract, or which unreasonably provides for customers to waive their claim to restitution;

1. ข้อสัญญาที่ไม่ให้สิทธิบอกเลิกสัญญาแก่ผู้บริโภค หรือข้อความที่จำกัดสิทธิเหล่านั้น
2. ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ประกอบการทำการระงับหรือยกเลิกสัญญาที่ไม่ได้เกิดจากสาเหตุตามกฎหมายและการยกเลิกสัญญานั้นทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายเปรียบอย่างไม่มีเหตุผล
3. ข้อสัญญาที่ช่วยลดหน้าที่ของผู้ประกอบการที่ต้องกระทำเมื่อทำการระงับหรือยกเลิกสัญญาตามกฎหมายนี้ และการกระทำนั้นได้ทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายเปรียบอย่างไม่มีเหตุผล
4. ข้อสัญญาที่ไม่มีเหตุผลที่ให้ผู้บริโภคต้องรับผิดชอบเกินสมควรจากการยกเลิกสัญญา หรือข้อตกลงที่ผู้บริโภคจะไม่รับค่าชดเชยจากการยกเลิกสัญญาอย่างไม่มีเหตุผล
5. ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่มีเหตุผลที่ผู้ประกอบการจะจำกัดความรับผิดชอบในหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายจากการระงับหรือยกเลิกสัญญา
6. ข้อสัญญาที่กำหนดความสัมพันธ์ของสัญญาโดยให้ผู้บริโภคเสียเปรียบโดยไม่มีเหตุผลเช่น การกำหนดระยะเวลาของสัญญายาวหรือสั้นเกินไปจนไม่มีเหตุผล หรือให้สัญญานั้นสามารถต่อสัญญาได้โดยปริยาย

4. มีข้อสัญญาเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา<sup>161</sup> ตามมาตรา 10 แห่ง ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มีใจความว่า สัญญาที่มีข้อความหรือข้อกำหนดหรือเงื่อนไขเหล่านี้จะมีผลเป็นโมฆะไม่สามารถมีผลบังคับใช้ได้

- 
5. A clause which unreasonably reduces the restitution obligation of a business person or his/her duty to pay indemnity in the event of cancelling or terminating a contract;
  6. A clause in a contract providing for a continuous creditor-debtor relationship which might put customers at an unreasonable disadvantage by providing for a duration that is unreasonably short or long or by allowing implied extensions or renewals of the contract.

<sup>161</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 10 (Performance of Obligations)  
A clause in terms and conditions concerning the performance of obligations which falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which, without a substantial reason, gives a business person power to unilaterally determine or change the details of performance;
2. A clause which, without a substantial reason, allows a business person to unilaterally suspend performance of his/her obligations or imputes performance of his/her obligation to a third party.

1. ข้อสัญญาที่ให้ผู้ประกอบการฝ่ายเดียวมีอำนาจแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาได้โดยไม่มีเหตุผล
2. ข้อสัญญาที่ไม่มีเหตุผลที่ผู้ประกอบการจะระงับความรับผิดชอบของตนไว้ชั่วคราวหรือโอนความรับผิดชอบของตนให้แก่บุคคลที่สาม

5. มีข้อสัญญาที่ไม่ปกป้องสิทธิหรือผลประโยชน์ของผู้บริโภค<sup>162</sup> ตามมาตรา 11 แห่ง ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มีใจความว่า สัญญาที่มีข้อความหรือข้อกำหนดหรือเงื่อนไขเหล่านี้จะมีผลเป็นโมฆะไม่สามารถมีผลบังคับใช้ได้

1. ข้อสัญญาที่ไม่มีเหตุผลอันสมควรที่จะจำกัดสิทธิของผู้บริโภคในการป้องกันหรือชดเชยความเสียหาย ที่สามารถกระทำได้ตามกฎหมายนี้
2. ข้อสัญญาที่ไม่มีเหตุผลที่จะปฏิเสธสิทธิในการปฏิบัติตามภาระผูกพันของผู้บริโภค ภายในเวลาที่กำหนด
3. ข้อสัญญาที่ห้ามไม่ให้ผู้บริโภคทำสัญญากับบุคคลที่สามโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
4. ข้อสัญญาที่ให้ผู้ประกอบการธุรกิจเปิดเผยข้อมูลความลับของลูกค้าที่ได้มาโดยการประกอบธุรกิจยกเว้นเพื่อเหตุผลทางศาล

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>162</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 11 (Protecting Rights and Interests of Customers)

A clause in terms and conditions concerning the rights and interests of customers which falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which, without a substantial reason, excludes or limits a customer's rights of defense, offset of damages, etc., which are provided for by Acts;
2. A clause which, without a substantial reason, deprives customers of the right to perform their obligations during a given time;
3. A clause which unreasonably limits a customer's right to enter into contracts with a third party;
4. A clause which, without any justifiable reason, allows a business person to divulge confidential information of customers he/she has obtained in the course of his/her business.

6. มีข้อสัญญาที่บังคับในเรื่องการสันนิษฐานว่าแสดงเจตนาของผู้บริโภค<sup>163</sup> ตามมาตรา 13 แห่ง ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มีใจความว่า สัญญาที่มีข้อความหรือข้อกำหนดหรือเงื่อนไขเหล่านี้จะมีผลเป็นโมฆะไม่สามารถมีผลบังคับใช้ได้

1. ข้อสัญญาที่ว่าถ้าผู้บริโภคกระทำการหรือไม่กระทำการบางอย่างถือได้ว่าผู้บริโภคได้แสดงเจตนาหรือไม่แสดงเจตนา โดยจะไม่สามารถใช้ข้อสัญญาดังกล่าวบังคับกับผู้บริโภคที่ได้รับแจ้งว่าถ้าหากพวกเขาไม่แสดงเจตนาภายในกำหนดระยะเวลา โดยเมื่อพิจารณาระยะเวลาที่ผ่านไปพอสมควร ถือได้ว่าผู้บริโภคได้แสดงเจตนา หรือไม่แสดงเจตนา หรือในกรณีที่เป็นไปไม่ได้ที่จะจัดทำหนังสือแจ้งเตือนเนื่องจากสถานการณ์ที่หลีกเลี่ยงไม่ได้
2. ข้อสัญญาที่กำหนดหนทางหรือวิธีการที่ยุ่งยากในการให้ผู้บริโภคแสดงเจตนาโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
3. ข้อสัญญาที่ถือว่าการแสดงเจตนาของผู้ประกอบการที่จะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้บริโภค ถือได้ว่าการแสดงเจตนาขึ้นเป็นการสื่อสารถึงผู้บริโภคแล้ว
4. ข้อสัญญาที่กำหนดระยะเวลาในการแสดงเจตนาของของผู้ประกอบการในเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นเวลานานโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

<sup>163</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 12 (Deemed Expression of Intent)

A clause in terms and conditions concerning an expression of intent which falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which provides that once a certain act of feausance or omission has occurred, customers shall be deemed to have expressed or to not have expressed a certain intent: Provided, That this shall not apply where customers are separately notified that if they fail to express their intent within a given period, which is a considerable length of time, the customers shall be deemed to have expressed or not have expressed their intent, or where it is impossible to issue such notice due to unavoidable circumstances;
2. A clause which imposes unreasonably strict restrictions on the requirements for or the way in which customers may express their intent;
3. A clause which provides, without a substantial reason, that the intent of a business person, which may materially affect the interest of customers, is deemed to have been communicated to customers;
4. A clause which provides for an unreasonably long or indefinite term during which a business person may express his/her intent which may materially affect the interests of customers.

7. มีข้อสัญญาเกี่ยวกับการโอนความรับผิดให้ตัวแทน<sup>164</sup> ตามมาตรา 13 แห่ง ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มีใจความว่า สัญญาที่มีข้อความหรือข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่ผู้ประกอบการที่ใช้ตัวแทนกระทำการแทนตนได้ส่งต่อความรับผิดของตนทั้งหมดที่มีต่อผู้ประกอบการต้องมีต่อผู้บริโภคนำไปให้แก่ตัวแทนทั้งหมด ถือได้ว่าข้อตกลงดังกล่าวมีผลเป็นโมฆะไม่มีผลบังคับกันได้

8. ข้อกำหนดห้ามไม่ให้ใช้สิทธิเรียกร้องหรือสิทธิทางศาล<sup>165</sup> ตามมาตรา 14 แห่ง ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มีใจความว่า สัญญาที่มีข้อความหรือข้อกำหนดหรือเงื่อนไขเหล่านี้จะมีผลเป็นโมฆะไม่สามารถมีผลบังคับใช้ได้

1. ข้อสัญญาที่ห้ามผู้บริโภคนำไปใช้สิทธิทางศาลหรือข้อสัญญาที่บังคับให้ผู้บริโภคต้องนำดีไปฟ้องต่อศาลเฉพาะศาลที่สัญญากำหนดไว้เท่านั้น
2. ข้อสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขการพิจารณาพิพากษาแก่ผู้บริโภคนำไปโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

9. นอกจากสัญญาที่กล่าวข้างต้นแล้วในกฎหมาย ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มาตรา 6 ยังได้บัญญัติเนื้อหาเบื้องต้นของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ไว้ดังนี้<sup>166</sup>

<sup>164</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 13 (Additional Obligations of Agents)

If a contract is entered into by the agent of a customer and the customer fails to perform his/her obligations, any clause in terms and conditions of the contract which imposes on the agent an obligation to carry out the customer's obligations in whole or in part shall be null and void.

<sup>165</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 14 (Prohibition, etc. of Filing Lawsuits)

A clause in terms and conditions concerning filing, etc. of lawsuits which falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which prohibits customers from filing a lawsuit unreasonable disadvantageous to them or requires customers to agree to jurisdiction;
2. A clause in terms and conditions which imposes the burden of proof on customers without any justifiable reason.

<sup>166</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 6 (General Principles)

(1) Any clause in terms and conditions which is not fair in contrary to the principle of trust and good faith shall be null and void.

(2) Any of the following clauses in terms and conditions shall be presumed to be unfair:

1. A clause which is unreasonably unfavorable to customers;



1. ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ขัดต่อหลักความไว้เนื้อเชื่อใจและหลักสุจริต (good faith) จะมีผลเป็นโมฆะและไม่อาจบังคับใช้ได้
2. ข้อสัญญาที่มีลักษณะเหล่านี้ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสัญญาไม่เป็นธรรม
  - ก. ข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความเสียหายเปรียบแก่ผู้บริโภคโดยไม่มีเหตุผล
  - ข. ข้อสัญญาที่สร้างความยากลำบากแก่ผู้บริโภคในการคาดการณ์สถานการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นหลังจากทำสัญญา รวมทั้งประเภทของสัญญา
  - ค. ข้อสัญญาที่จำกัดสิทธิที่สำคัญในสัญญาเมื่อวัตถุประสงค์หลักของสัญญาไม่อาจสำเร็จได้

นอกจากการคุ้มครองในด้านเนื้อหาของสัญญาที่กำหนดให้เนื้อหาของสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคบางประเภทมีผลต้องห้ามตามกฎหมายและไม่มีผลบังคับใช้ได้นั้น กฎหมาย ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS ยังได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์อื่น ๆ อีก ดังนี้

  1. หลักเรื่องการตีความในข้อสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค ซึ่งพบได้ในมาตรา 5 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ตีความข้อสัญญาไว้ดังนี้<sup>167</sup> 1. สัญญาระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคนั้นจะตีความตามหลักความไว้เนื้อเชื่อใจและหลักสุจริตโดยจะไม่ตีความตามผู้บริโภคนั้นที่มีความแตกต่างกัน 2. ถ้าข้อกำหนดในสัญญาไม่มีความชัดเจนให้ตีความในการที่เป็นคุณต่อผู้บริโภค
  2. หลักเกณฑ์เรื่องข้อสัญญาเป็นโมฆะแต่เพียงบางส่วนโดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ ได้พบอยู่ในมาตรา 16 ที่ว่า<sup>168</sup> โดยถ้าหากในสัญญาดังกล่าวมีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 6-14 หรือมีข้อ

- 
2. A clause which customers would have difficulty anticipating in light of various circumstances, including the type of transaction the contract represents;
  3. A clause which is so restrictive of essential rights under a contract that the purpose of the contract may not be achieved.

<sup>167</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 5 (Interpretation of Terms and Conditions)

(1) Term and conditions shall be construed impartially in accordance with the principle of trust and good faith, and shall not be construed differently depending on customers.

(2) If the meaning of terms and conditions is not clear, it shall be construed in favor of customers.

<sup>168</sup> ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS Article 5(Special Principle of Partial Nullity)

สัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในรูปแบบการทำสัญญาตามมาตรา 3 แล้ว สัญญาดังกล่าวจะยังคงบังคับได้ไม่เป็นโมฆะเฉพาะที่ข้อสัญญาที่เหลือนั้นที่มีความเป็นธรรมเท่านั้น แต่หากส่วนที่เหลือนั้นไม่อาจทำให้การทำสัญญาไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาแล้ว ข้อสัญญาดังกล่าวจะมีผลเป็นโมฆะไปทั้งหมด

ซึ่งจากที่กล่าวมาเห็นได้ว่า กฎหมาย ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS สามารถนำมาใช้บังคับในเรื่องข้อสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์ได้เนื่องจากสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นถือเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคตามกฎหมายนี้ ซึ่งถ้าหากข้อความหรือข้อกำหนดในสัญญาข้อใดขัดต่อกฎหมายฉบับนี้แล้วก็จะทำให้ข้อสัญญาหรือข้อกำหนดดังกล่าวมีผลเป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับใช้ได้ โดยข้อสัญญาใดในเกมออนไลน์จะมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่แค่นั้นผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

### 3.2.4 ความรับผิดชอบทางแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลี

#### 3.2.4.1 ความรับผิดชอบทางสัญญาของสาธารณรัฐเกาหลี

จากการมีผลของสัญญาของสาธารณรัฐเกาหลี นั้นเห็นได้ว่าเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ 3 ส่วนที่ 1 ส่วนย่อยที่ 2 เรื่องผลของสัญญา มาตรา 536-542 เห็นได้ว่า สัญญานั้นจะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา คือคู่สัญญาจะมีสถานะเป็นเจ้าของและลูกหนี้ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งถ้าหากคู่สัญญาไม่ได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญาแล้ว ในประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบจากการไม่ชำระหนี้ในมาตรา 390 ที่ว่า<sup>169</sup> “ถ้าหากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามความตั้งใจและวัตถุประสงค์ของหนี้แล้ว เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้ โดยมาตรานี้จะไม่ใช่บังคับกับการชำระหนี้ที่พ้นวิสัยโดยไม่ใช่เกิดจากการตั้งใจหรือประมาทของลูกหนี้”

---

Where the whole or any part of terms or conditions fails to constitute the content of a contract under Article 3 (4) or is null and void under Articles 6 through 14, the contract shall remain effective with only the remaining portion of the terms and conditions: Provided, That where it is impossible to achieve the objective of the contract with only the effective parts or such effective parts are unreasonably unfavorable to one party, the relevant contract shall be null and void.

<sup>169</sup>Civil Act Article 390 (Non-performance of Obligations and Compensation for Damages) print If an obligor fails to effect performance in accordance with the tenor and purport of the obligation, the obligee may claim damages: Provided, That this shall not apply to where performance has become impossible and where this is not due to the obligor's intention or negligence

จะเห็นได้ว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบทางสัญญาในสาธารณรัฐเกาหลีนั้นจะมีองค์ประกอบคือ 1. มีสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาโดยคู่สัญญาต่างมีสถานะเป็นเจ้าของหรือลูกหนี้ที่ต้องปฏิบัติตามตามสัญญานั้น 2. บุคคลที่เป็นคู่สัญญานั้นไม่ได้ปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญา ซึ่งหนี้ที่เกิดจากสัญญาที่คู่สัญญาต้องกระทำตามนั้นจะเป็นหนี้ที่ต้องกระทำการหรือหนี้ที่ต้องงดเว้นการกระทำการก็ได้ 3. การไม่ชำระหนี้ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งส่งผลให้บุคคลฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้ดังกล่าวมีความรับผิดชอบที่จะต้องชดใช้ความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น โดยความเสียหายที่เรียกได้จากการผิดสัญญานั้นสาธารณรัฐเกาหลีได้วางหลักไว้ว่าค่าเสียหายจากการผิดสัญญานั้น สามารถเรียกค่าเสียหายได้เฉพาะค่าเสียหายธรรมดาที่คาดหมายได้เท่านั้น แต่อย่างไรก็ดีลูกหนี้ยังต้องรับผิดชอบในความเสียหายพิเศษที่เกิดขึ้นถ้าหากมีพฤติการณ์ที่ลูกหนี้สามารถทราบอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าลูกหนี้ได้คาดเห็นหรือ ควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว<sup>170</sup> ซึ่งในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นได้เกิดหนี้ที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องปฏิบัติตามมากมาย ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการเกมออนไลน์โดยไม่ติดขัดของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ การที่ต้องเล่นเกมตามกฎของเกม หรืองดเว้นการเล่นเกมที่สัญญาการให้บริการได้ห้ามไว้ เป็นต้น ซึ่งคู่สัญญาเกมออนไลน์จะต้องมีความรับผิดชอบตามสัญญาแค่ไหนผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์ในบทที่ 4 ต่อไป

### 3.2.4.2 ความรับผิดชอบทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลี

ประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลี ได้บัญญัติเรื่องละเมิดอยู่ในมาตรา 750 ที่มีใจความว่า

“ผู้ใดก่อให้เกิดความเสียหายต่อหรือทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายโดยการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย โดยมีเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ ต้องมีความผูกพันชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้น”<sup>171</sup>

<sup>170</sup>Civil Act Article 393 (Scope of Compensation for Damages)

(1)The compensation for damages arising from the non-performance of an obligation shall be limited to ordinary damages.

(2) The obligor is responsible for reparation for damages that have arisen through special circumstances, only if he had foreseen or could have foreseen such circumstances.

<sup>171</sup> Civil Act Article 750 (Definition of Torts)

Any person who causes losses to or inflicts injuries on another person by an unlawful act, wilfully or negligently, shall be bound to make compensation for damages arising therefrom.

ซึ่งเมื่อพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายละเมิดในสาธารณรัฐเกาหลีนั้นเห็นได้ว่า กฎหมายละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นประกอบด้วยองค์ประกอบ 4 ข้อ คือ <sup>172</sup>

1. การกระทำไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawfulness) การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นถือเป็นส่วนสำคัญในเรื่องความรับผิดทางละเมิด แต่อย่างไรก็ดี การไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ยังมีความคลุมเครือและเป็นนามธรรมอยู่ ซึ่งความหมายโดยทั่วไปของ การไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือการละเมิดคำสั่งทางกฎหมาย หรือมาตรฐานทางกฎหมาย ซึ่งในหลายๆกรณีสามารถปรับใช้การตีความในเรื่อง การไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ง่าย แต่ในหลายๆกรณี การไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ยังไม่อาจมีความซับซ้อน และไม่มีธรรมเนียมหรือวิธีปฏิบัติที่มีกันมาว่า การกระทำไหนเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่นในกรณีที่กฎหมายเกิดการขัดกัน ก็เป็นการยากที่จะตีความว่าการกระทำไหนไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในวงการยุติธรรมและวิชาการทางด้านกฎหมายนั้นได้ให้การยอมรับว่าการไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น นอกจากหมายถึงกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์ ยังหมายรวมถึงกฎหมายที่ไม่ได้เขียนขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย เช่นจารีตประเพณีด้วย โดยในกรณีที่ ไม่แน่ชัดว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลจะพิจารณาตัดสินเรื่องการไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอาศัยดุลพินิจว่าจะอะไรเป็นสิ่งที่คำสั่งทางกฎหมายต้องการ โดยการใช้อดุลพินิจนี้จะอาศัยความสมดุลของผลประโยชน์ที่ได้รับทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ผู้พิพากษาจะกำหนดผลประโยชน์ที่ได้รับทางกฎหมายในแต่ละกรณีและชั่งน้ำหนักผลประโยชน์ที่ได้รับนั้นตามบริบทเทียบเป็นรายกรณีไป

2. การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อ (willfulness or negligence)

3. มีความเสียหาย (damage) โดยความเสียหายในทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ไม่ได้หมายความว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นที่กฎหมายให้การรับรอง เช่น สิทธิในเสรีภาพ ชีวิต ร่างกาย ความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน แต่ความเสียหายทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลียังหมายความรวมถึงผลประโยชน์ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับจิตใจ หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ เช่นผลประโยชน์ที่จะได้รับกำไรจากสัญญาเป็นต้นด้วย<sup>173</sup>

4. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหาย (a causal connection between the act and the damage) โดยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับความเสียหายนั้นเห็น

<sup>172</sup>Young joon Kwon, "Pure Economic Loss: A Korean Perspective," *Journal of Korean Law* 10(2011). Page 225-226.

<sup>173</sup>Ibid. Page 227.

ได้ว่าในสาธารณรัฐเกาหลีใต้ใช้ทฤษฎีที่วิเคราะห์ในเรื่องดังกล่าว คือ 1. ใช้ทฤษฎีความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง (factual causation) โดยทฤษฎีดังกล่าวจะเป็นทฤษฎีที่จะให้จำเลยต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดของตน ซึ่งจะทำให้เกิดการขยายขอบเขตในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหายได้โดยไม่จำกัดและไม่มีที่สิ้นสุด เช่นในทางทฤษฎีนี้บุพการีของผู้กระทำละเมิดอาจจะต้องรับผิดชอบเพราะเป็นผู้ทำให้ผู้กระทำละเมิดกำเนิดออกมากระทำละเมิดผู้อื่น ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบได้โดยไม่จำกัด ดังนั้นศาลจึงต้องใช้ทฤษฎี เหตุที่เหมาะสม (adequate causation) ซึ่งในทฤษฎีนี้มีหลักว่าความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำละเมิดและความเสียหายต้องเป็นเหตุที่เหมาะสม มาพิจารณาถึงขอบเขตที่เหมาะสมในการหาความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นซึ่งทำให้สามารถประเมินหาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหายอย่างมีมาตรฐาน<sup>174</sup>

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่ากฎหมายละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลีใต้ให้ความสำคัญครอบคลุมไปถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นทางเศรษฐกิจด้วย ซึ่งสิทธิในสัญญาก็เป็นหนึ่งในนั้น โดยสิทธิในทางสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิที่ใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญานั้น ศาลของสาธารณรัฐเกาหลีใต้ให้การยอมรับว่าการกระทำที่เป็นการรบกวนหรือทำลายความสัมพันธ์ของคู่สัญญาก็เป็นส่วนหนึ่งของเรื่องละเมิดด้วย<sup>175</sup> ซึ่งการผิดสัญญาที่ก่อให้เกิดการละเมิดนั้นนั้นศาลฎีกาของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้มีคำพิพากษาไว้ดังนี้<sup>176</sup>

คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่าโจทก์เป็นบริษัททำธุรกิจบันเทิงโดยจะนำเขา นักร้องดังมาจัดคอนเสิร์ตในประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งโจทก์ได้จัดคอนเสิร์ต ของไมเคิล แจคสัน โดยใช้ช่องทางธนาคารเป็นผู้จำหน่ายบัตรคอนเสิร์ต เนื่องจากไมเคิล แจคสันเคยต้องคดีความผิดเกี่ยวกับเพศและเด็ก จึงทำให้องค์กรภาคเอกชนทำการบอยคอตการจัดคอนเสิร์ตดังกล่าว โดยส่งสัญญาณที่จะคอนเสิร์ตผู้ที่เกี่ยวข้องกับการจัดคอนเสิร์ตทั้งหมด ซึ่งองค์กรดังกล่าวได้ส่งหนังสือไปยังธนาคารผู้ที่มีหน้าที่จำหน่ายบัตรคอนเสิร์ตดังกล่าว ให้หยุดจำหน่ายบัตรมิฉะนั้นจะเสื่อมเสียชื่อเสียง ซึ่งธนาคารได้ทำการหยุดจำหน่ายบัตรดังกล่าวและทำให้ต้นทุนในการจำหน่ายบัตรของผู้จัดคอนเสิร์ตสูงขึ้นเป็นอย่างมาก บริษัทผู้จัดคอนเสิร์ตจึงมาฟ้ององค์กรนี้เอกชนฐานละเมิด ซึ่งในคดีนี้ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ยกฟ้อง แต่ศาลฎีกาได้พิพากษากลับให้องค์กรนี้เอกชนต้องรับผิดชอบในทางละเมิดโดยศาลให้เหตุผลว่า จำเลยมีความตั้งใจที่จะทำลายความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างโจทก์กับธนาคาร โดยข้ออ้างที่ว่าจำเลยได้กระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อจะได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบนั้นฟังไม่ขึ้นเพราะว่า เพราะว่าการ

<sup>174</sup> Ibid. Page 228.

<sup>175</sup> Ibid. Page 230.

<sup>176</sup> Supreme Court Decision 98Da51091, Delivered on Jul. 13, 2001.

กระทำดังกล่าวจำเลยได้กระทำไปเกินของเขตที่จำเลยจะทำได้ จำเลยจึงต้องรับผิดในทางละเมิดต่อโจทก์

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐเกาหลีทั้งหมดแล้ว การที่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์ไม่ว่าจะเป็นผู้ให้บริการเกมออนไลน์ จะต้องมีความรับผิดในทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งสาธาณรัฐเกาหลีหรือไม่ ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ต่อไปในบทที่ 4

### 3.2.4.3 ความรับผิดตามกฎหมาย GAME INDUSTRY PROMOTION ACT 2006

วิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับเกมออนไลน์ของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีนั้น เริ่มขึ้นในปี พ.ศ. 2541 เมื่อตลาดเกมออนไลน์ของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีเริ่มมีการขยายตัวเพิ่มมากขึ้น แต่เกมนั้นยังไม่ได้รับการยอมรับถึงการเป็นภาคหนึ่งของอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรม ซึ่งในความเป็นจริง นโยบายเกี่ยวกับเกมนั้นได้ถูกได้ถูกยกขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายที่เกี่ยวกับวัฒนธรรม ซึ่งในนโยบายดังกล่าวนั้นครอบคลุมถึงเรื่อง เยาวชน การสันธนาการ ภาพยนตร์ และหนังสือการ์ตูน ซึ่งในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2541 นั้น ได้มีการเปลี่ยนผู้รับผิดชอบการกำกับดูแลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเกมจากกระทรวงสาธารณสุข ไปสู่กระทรวง กระทรวง วัฒนธรรม กีฬา และการท่องเที่ยว โดยในปี พ.ศ. 2542 นั้นกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมเกมฉบับแรกได้ถูกกำหนดขึ้นอยู่ในพระราชบัญญัติเพลง ภาพยนตร์และโปรแกรมเกม (Music, Video, and Game Software Act) ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวนี้ได้กำหนดให้มี สำนักงานอุตสาหกรรมเกมเกิดขึ้น โดยเมื่อตลาดเกมมีการขยายตัวขึ้นมาก ในปี พ.ศ. 2549 รัฐบาลสาธารณรัฐเกาหลีได้ให้การยอมรับว่าอุตสาหกรรมเกมนั้นเป็นอุตสาหกรรมที่มีความอิสระแยกออกจากอุตสาหกรรมเกี่ยวกับวัฒนธรรมเพราะเนื่องมาจากเนื้อหาของอุตสาหกรรมดังกล่าวมีความแตกต่างจากอุตสาหกรรมวัฒนธรรมเป็นอย่างมาก<sup>177</sup> และได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมเกี่ยวกับเกมออนไลน์ ภายใต้ชื่อว่า GAME INDUSTRY PROMOTION ACT ซึ่งประกาศใช้ครั้งแรกในปี พ.ศ.2549 และได้มีการปรับปรุงแก้ไขหลายครั้ง ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้ได้ออกมาเพื่อจุดประสงค์สนับสนุนการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศและการพัฒนาคุณภาพชีวิตทางวัฒนธรรมของผู้คนผ่านการส่งเสริมอุตสาหกรรมเกมและการจัดตั้งวัฒนธรรมเกมที่ดีต่อสุขภาพของประชาชนโดยการสร้างรากฐานสำหรับอุตสาหกรรมเกมและในเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้ผลิตภัณฑ์เกมของผู้เล่นเกม

<sup>177</sup> Korea Creative Content Agency, "2008 White Paper on Korean Games," [Online] Accessed: 2016 August 12. Available from: <https://www.wko.at/Content.Node/service/aussenwirtschaft/kr/2015-White-Paper-on-Korean-Games.pdf>

ออนไลน์<sup>178</sup> โดยในปัจจุบันกฎหมายดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การดูแลของกระทรวง วัฒนธรรม กีฬา และ การท่องเที่ยวของประเทศสาธารณรัฐเกาหลี

GAME INDUSTRY PROMOTION ACT ได้บัญญัติในเรื่องสำหรับพฤติกรรมการใช้ เกมออนไลน์ ที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายอยู่ในมาตรา 32<sup>179</sup> (1) ที่ว่า “ ห้ามผู้ใดกระทำการ ขัดขวางการจำหน่ายผลิตภัณฑ์เกมที่มีคุณภาพ โดยผู้กระทำการตามกฎหมายนี้จะต้องรับผิดชอบ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยคดีพิเศษเกี่ยวกับการควบคุมและลงโทษจากการค้ากำไรเกินควร” โดยการ กระทำที่เป็นการขัดขวางการจำหน่ายผลิตภัณฑ์เกมที่ดีตามมาตรา 32 (1) นั้น มีอยู่จะประกอบด้วย 10 หัวข้อ ซึ่งในหัวข้อ ที่ 1-6 จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายผลิตภัณฑ์เกมที่ต้องห้ามตามกฎหมาย จำหน่ายเกมที่ไม่ได้จัดเรตติ้ง การซื้อขายใบอนุญาตโดยมิชอบ เป็นต้น ส่วนหัวข้อที่ 7-10 นั้นจะเป็น เรื่องที่ควบคุมเกี่ยวกับพฤติกรรมของผู้ใช้บริการเกมโดยหากการกระทำเหล่านี้เกิดขึ้นจะเป็นการผิด กฎหมาย ซึ่งได้แก่

1. ประกอบธุรกิจแลกเปลี่ยนเงินหรือสื่อกลางที่ใช้แลกเปลี่ยนหรือซื้อขายสิ่งของที่มีตัวตนหรือไม่มี ตัวตน (อ้างอิงจากเงินในเกมตามความหมายที่ประกาศในกฎศกฐีกาที่ออกโดยประธานาธิบดี หรือสิ่งที คล้ายสิ่งทีคล้ายกัน ในกฎศกฐีกาที่ออกโดยประธานาธิบดี เช่น ของรางวัลพิเศษ เงินเสมือน) ที่ได้รับมา จากการเล่นเกมโดยใครก็ได้<sup>180</sup>

<sup>178</sup> GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 1 (Purpose)

The purpose of this Act is to contribute to the development of the national economy and the improvement of the quality of the cultural life of the people through the promotion of the game industry and the establishment of a healthy game culture of the people by creating a foundation for the game industry and providing for matters concerning the use of game products.

<sup>179</sup> GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 32 (Prohibition of Distribution of Illegal Game Products, etc.)

(1) No one shall perform the following acts hindering the good distribution order of game products: Provided, That in cases referred to in subparagraph 4, a person who conducts speculative business shall be excluded pursuant to the Act on Special Cases concerning Regulation and Punishment of Speculative Acts, Etc.

<sup>180</sup> GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 32 (Prohibition of Distribution of Illegal Game Products, etc.)

(1)

7. Making a business of converting into money or intermediating such conversion or repurchase of tangible and intangible results (referring to game money prescribed by Presidential Decree and

ซึ่งสิ่งของที่มีตัวตนหรือไม่มีตัวตนตามความหมายในมาตรา 32 (1) หัวข้อ 7 นั้น ใน กฤษฎีกาที่ออกตาม GAME INDUSTRY PROMOTION ACT ได้ให้ความหมายของสิ่งของดังกล่าวไว้ใน มาตรา 18-3<sup>181</sup> ดังนี้

1. เงินในเกมซึ่งกลายมาเป็นช่องทางในการพนันหรือส่วนแบ่งหรือการได้รับมาโดยเหตุบังเอิญเมื่อมี การเล่นเกม
2. เงินในเกมซึ่งกลายมาเป็นสิ่งที่ใช้แทนการแลกเปลี่ยนสำหรับเงินในเกมตามความหมายที่อธิบายไว้ใน วรรค 1 ตัวอย่างเช่นสิ่งของในเกม
3. เงินในเกมหรือข้อมูลเช่น สิ่งของในเกมตามที่อธิบายไว้ในหัวข้อด้านล่าง

ก. เงินในเกมหรือข้อมูล เช่นสิ่งของในเกม ที่สร้างหรือได้รับจากการสร้างใหม่ การดัดแปลง หรือการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ของธุรกิจผู้ให้บริการเกม

ข. เงินในเกมหรือข้อมูล เช่นสิ่งของในเกม ที่สร้างหรือได้รับจากการใช้โปรแกรม หรือ เครื่องมือที่ไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์ที่เกี่ยวข้อง

---

things similar thereto prescribed by Presidential Decree as score, premiums and virtual currency used in game) obtained through the use of game products by anyone;

<sup>181</sup> ENFORCEMENT DECREE OF THE GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 18-3 (Game Money)

"Game money prescribed by Presidential Decree and things similar thereto prescribed by Presidential Decree" in Article 32 (1) 7 of the Act means any of the following: <Amended by Presidential Decree No. 23863, Jun. 19, 2012>

1. Game money which becomes a means of betting or allotment or acquired by some fortuity when using a game product;
2. Game money which becomes exchangeable substitute for game money prescribed in subparagraph 1 or data, such as game items (referring to tools used in game products for playing games; hereinafter the same shall apply);
3. Game money or data, such as game items, falling under any of the following:
  - (a) Game money or data, such as game items, produced or acquired by reproduction, adaptation, or hacking of computer programs of a game producing business entity;
  - (b) Game money or data, such as game items, produced or acquired by using computer programs, apparatus, or device specified in Article 32 (1) 8 of the Act;
  - (c) Game money or data, such as game items, produced or acquired by using game products with personal information of another person;
  - (d) Game money or data, such as game items, produced or acquired through the abnormal use of game products, such as the production or acquisition of game money or game items for business purposes by using game products.



ค. เงินในเกมหรือข้อมูล เช่นสิ่งของในเกม ที่สร้างหรือได้รับจากการเล่นเกมโดยใช้ข้อมูลของบุคคลอื่น

ง. เงินในเกมหรือข้อมูล เช่นสิ่งของในเกม ที่สร้างหรือได้รับจากการเล่นเกมออนไลน์แบบไม่ปกติเช่น การสร้างหรือได้รับเงินในเกมหรือสิ่งของในเกมจากการเล่นเกมเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ

สำหรับการห้ามการประกอบธุรกิจแลกเปลี่ยนสิ่งของในเกมเป็นเงินจริงนั้นมีจุดประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันการเล่นพนันที่เกิดจากซื้อขายสินค้าเสมือนที่ได้จากการเล่นเกมเป็นเวลานานเป็นเงินจริงได้ซึ่งมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นนอกจากนี้ยังเพื่อเป็นการป้องกันเยาวชนจากการเล่นเกมอย่างหมกมุ่นมากเกินไปเพื่อหาสินค้าเสมือนในเกมมาขายแลกเปลี่ยนเป็นเงินจริง<sup>182</sup> โดยในปี พ.ศ. 2552 ศาลฎีกาของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีได้มีตัดสินให้การซื้อขายสิ่งของเสมือนดังกล่าวสามารถที่จะกระทำได้ แม้ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นแม้ว่าจะเป็นการผิดข้อตกลงการใช้งานเกมออนไลน์ (EULA) และมีผลทำให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ละเมิดข้อตกลงดังกล่าวถูกระงับการให้บริการจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์ แต่ศาลได้ตัดสินให้ข้อสัญญาดังกล่าวไม่มีผลบังคับ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าทรัพย์สินหรือสิ่งของที่ได้มาจากเกมนั้นไม่ได้มาจากการได้มาโดยอาศัยโชค และอาศัยเครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการเจาะระบบเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินเสมือน แต่เป็นการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้ใช้เวลาและความสามารถได้มาโดยในเวลานั้นตามพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยประธานาธิบดี ได้ให้ความหมายของเงินเสมือนที่ห้ามทำการซื้อขายไว้ คือ<sup>183</sup>

เงินในเกมซึ่งกลายมาเป็นช่องทางในการพนันหรือส่วนแบ่งหรือการได้รับมาโดยเหตุบังเอิญเมื่อมีการเล่นเกม

ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเงินในเกมหรือสิ่งของที่อธิบายในหัวข้อที่ 1

<sup>182</sup> Korea Creative Content Agency, "2012 White Paper on Korean Games " [Online] Accessed: 15 August 2016. Available from:

<https://www.wko.at/Content.Node/service/aussenwirtschaft/kr/2015-White-Paper-on-Korean-Games.pdf>

<sup>183</sup> The definition of the 'cyber game money or alike on the Presidential decree,' in Article 16, paragraph 3 [Game Money etc.] states:

1. game money or items acquired accidentally or used as the batting chips or alike in using a game ware
2. data regarding game money or items defined in the number 1
3. game money or items or data, acquired or produced through illegal or unusual route such as hacking, remaking, copying etc the original game product

เงินในเกม สิ่งของ หรือข้อมูล ที่ผลิตหรือได้รับจากช่องทางที่ไม่ปกติเช่น การเจาะระบบ การคัดลอก ข้อมูลจากเกมต้นแบบ

จากความหมายของเงินเสมือนตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวทำให้ผู้เล่นเกมออนไลน์มีสิทธิที่จะขายสิ่งของหรือเงินในเกมเหล่านั้นได้ โดยไม่ผิดกฎหมาย ถ้าหากสิ่งของหรือเงินในเกมนั้นผู้เล่นเกมสามารถได้ด้วยความสามารถของตนเอง แต่ต่อมา ในเดือน มิถุนายน พ.ศ.2554 โดยพระราชกฤษฎีกาที่ประกาศโดยประธานาธิบดีได้มีการแก้ไขกำหนดความหมายของเงินหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ใหม่ ซึ่งตามความหมายใหม่นั้นเงินเสมือน หมายความว่ารวมถึง เงินในเกมหรือข้อมูล เช่น สิ่งของในเกม ที่สร้างหรือได้รับจากการเล่นเกมออนไลน์แบบไม่ปกติเช่น การสร้างหรือได้รับเงินในเกมหรือสิ่งของในเกมจากการเล่นเกมเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ<sup>184</sup> ซึ่งจากความหมายดังกล่าวได้ทำให้เกิดการห้ามซื้อขายสินค้าเสมือนหรือสิ่งของที่ได้จากการเกมเป็นเงินจริง เกิดขึ้น ซึ่งหากผู้เล่นเกมหรือผู้ใดฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวจะต้องรับโทษ จำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 50 ล้านบาท ตาม GAME INDUSTRY PROMOTION ACT มาตรา 44<sup>185</sup>

2. จำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ ที่ไม่ได้รับการอนุมัติหรือไม่ได้จัดทำมาจากผู้ให้บริการเกมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรบกวนการทำงานโดยปกติของผลิตภัณฑ์เกม<sup>186</sup>

สำหรับความผิดตามมาตรานั้นนั้นเห็นได้ว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์ ที่ไม่ได้รับอนุมัติหรือจัดทำจากผู้ผลิตเกมนั้นหมายถึงโปรแกรมอื่น ๆ ที่นำมาใช้กับการเล่นเกมเช่น โปรแกรมโกงเกม หรืออาจเป็นโปรแกรมช่วยเล่นเกมบางอย่างเช่น โปรแกรมบอกแผนที่จุดเกิดของ

<sup>184</sup> Ibid., p. 16.

<sup>185</sup> GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 44 (Penal Provisions)

(1) A person who falls under any of the following subparagraphs shall be punished by imprisonment for not more than five years or a fine not exceeding 50 million won:

2. A person who performs an act falling under subparagraphs 1, 4 or 7 of Article 32 (1);

<sup>186</sup> GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 32 (Prohibition of Distribution of Illegal Game Products, etc.)

(1)

8. Distributing computer programs, apparatus or device not provided or approved by a game products related business entity for the purpose of disturbing normal operation of game products, or producing them for their distribution.

สัตว์ประหลาดในเกมโปเกมอนโก โดยการทำงานของโปรแกรมดังกล่าวจะไปดึงข้อมูลจากเครื่องแม่ข่ายของผู้ให้บริการเกมออนไลน์มาสร้างเป็นแผนที่ขึ้น สำหรับวัตถุประสงค์โปรแกรมดังกล่าวเป็นโปรแกรมที่บุคคลที่สามผลิตมาเพื่อช่วยทำให้เล่นเกมบรรลุภารกิจได้ง่าย ซึ่งในประเทศสาธารณรัฐเกาหลีนั้นได้กำหนดให้โปรแกรมที่ใช้งานกับเกมและส่งผลกระทบต่อการใช้บริการเกมทั้งหมด ต้องได้รับอนุมัติจากบริษัทผู้ผลิตเกมหรือผู้ให้บริการเกมก่อน จึงจะเผยแพร่หรือให้ใช้งานได้ ถ้าหากมีผู้เผยแพร่หรือจัดจำหน่ายโปรแกรมดังกล่าวโดยไม่ได้รับอนุญาตก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 46<sup>187</sup> ซึ่งจะต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 10 ล้านบาทตาม GAME INDUSTRY PROMOTION ACT มาตรา 46<sup>187</sup>

3. สร้าง, จำหน่าย, จัดหา หรือจัดเตรียมสิ่งของในเกมที่ไม่ได้รับการอนุมัติหรือได้รับการจัดหามาจากบริษัทผู้ผลิตเกม<sup>188</sup>

ความผิดตามมาตรา 32 นั้นเป็นความผิดที่เกิดจากการหาสิ่งของหรือเงินในเกมโดยใช้วิธีการอื่นที่ไม่ใช่วิธีการที่ผู้ผลิตเกมกำหนดขึ้นหรือ หาสิ่งของในเกมโดยวิธีการที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดหรือข้อตกลงในการใช้บริการ เช่น การใช้โปรแกรมโกงเกมหาสิ่งของในเกม หรือการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติเล่นเกมเพื่อหาสิ่งของในเกม ถ้าหากผู้เล่นเกมนั้นได้ใช้วิธีการดังกล่าวในการสร้างสิ่งของในเกม แล้วก็จะก่อให้เกิดความผิดตามกฎหมายมาตรานี้ แต่ถ้การสร้างจำหน่าย, จัดหา หรือจัดเตรียมสิ่งของในเกมโดยวิธีดังกล่าวไม่มีข้อห้ามในสัญญาการใช้บริการไว้ ก็จะไม่เป็นความผิดฐานนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>187</sup> GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 46 (Penal Provisions)

A person who falls under any of the following subparagraphs shall be punished by imprisonment for not more than one year or by a fine not exceeding ten million won:

3-2.A person who distributes computer programs, apparatus or device not provided or approved by a game products related business entity or produces them for their distribution in violation of Article 32 (1) 8;

<sup>188</sup> GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 32 (Prohibition of Distribution of Illegal Game Products, etc.)

(1)

9. Making, distributing, providing, or arranging game items that are not provided or approved by the related game companies

4. สร้างหรือจัดจำหน่ายอุปกรณ์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์โดยผิดกฎหมาย เพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งของในเกมที่ไม่ได้รับการอนุมัติหรือได้รับการจัดหามาจากบริษัทผู้ผลิตเกม<sup>189</sup>

สำหรับอุปกรณ์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามมาตรา 32 นั้นหมายความว่า เป็นโปรแกรมที่ใช้หาสิ่งของในเกมหรือเงินในเกมเช่น โปรแกรมโกงเกม หรือโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ซึ่งการใช้โปรแกรมนั้นจะต้องเป็นการผิดละเมิดต่อข้อกำหนดการใช้บริการหรือสัญญาการให้บริการเกมด้วยถ้าหากโปรแกรมนั้นผู้ผลิตเกมได้เป็นผู้ผลิตมาจำหน่ายเอง หรือไม่มีข้อห้ามในสัญญาการให้บริการไว้ ก็จะไม่เป็นความผิดฐานนี้

เมื่อพิจารณาถึงการกระทำที่เป็นความผิดตาม GAME INDUSTRY PROMOTION ACT เห็นได้ว่าได้มีการกำหนดห้ามการกระทำทั้ง จำหน่ายสิ่งของเสมือนหรือแลกเปลี่ยนทรัพย์สินเสมือนเป็นเงินจริง

ห้ามจำหน่ายหรือผลิตโปรแกรมหรืออุปกรณ์ในการเล่นเกมที่ไม่มีใบอนุญาตจากผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการ เกม ห้ามผู้เล่นเกมออนไลน์เล่นเกมโดยใช้โปรแกรมโกงเกมหรือใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติในการเล่น เกม รวมทั้งการห้ามจำหน่ายโปรแกรมดังกล่าวด้วย ซึ่งถ้าหากผู้เล่นเกมหรือมีบุคคลฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวนี้จะก่อให้เกิดความรับผิดทางอาญาซึ่งมีโทษทั้งจำคุกและปรับ จึงสามารถนำบทบัญญัติตามกฎหมายดังกล่าวมาใช้พิจารณาความรับผิดทางแพ่งที่เกิดจากการกระทำต่าง ๆ ในเกมออนไลน์ได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>189</sup> GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 32 (Prohibition of Distribution of Illegal Game Products, etc.)

(1)

10 Making or distributing a device or device to a computer program for the purpose of unlawful act pursuant to No. 9

## บทที่ 4

### วิเคราะห์กฎหมายทางแพ่งเกี่ยวกับเกมออนไลน์ในประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดความรับผิด ที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์โดยเฉพาะ จึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์และบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่มีอยู่ว่าหลักเกณฑ์และบทบัญญัติของกฎหมายใดบ้างที่สามารถนำมาปรับใช้พิจารณาความรับผิดทางแพ่งที่เกิดขึ้นในเกมออนไลน์ หากหลักเกณฑ์และบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับความรับผิดทางแพ่งที่เกิดขึ้นในเกมออนไลน์ ได้อย่างครอบคลุมเพียงพอ และมีความเป็นธรรมต่อบุคคลฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์ได้หรือไม่ โดยผู้วิจัยได้นำหลักเกณฑ์และบทบัญญัติของกฎหมายไทยในปัจจุบันที่อาจนำมาปรับใช้กับความรับผิดทางแพ่งของบุคคลฝ่ายต่าง ๆ ในเกมออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ 2559 โดยผู้วิจัยจะทำ แบ่งประเด็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์และบทบัญญัติของกฎหมายและแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศ ในเรื่องความรับผิดทางแพ่งเกี่ยวกับเกมออนไลน์ ไว้เป็น 4 ประเด็นดังนี้

#### 4.1 ประเด็นการเกิดของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์

จากลักษณะเฉพาะของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 เห็นได้ว่าสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์มีลักษณะเป็นสัญญาที่อยู่อยู่ในรูปแบบของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ โดยมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่สร้างขึ้นโดยผู้ให้บริการเกมออนไลน์เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้ร่างสัญญาขึ้นมา โดยผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไม่สามารถต่อรองหรือตกลงในสัญญาได้นอกจากที่จะเลือกใช้บริการและยอมรับข้อสัญญานั้น หรือไม่ใช้บริการเท่านั้น โดยการทำสัญญาที่เข้าใช้บริการเกมออนไลน์นั้น มีทั้งลักษณะที่ต้องให้ผู้ใช้บริการตอบตกลงก่อนในสัญญาก่อนจึงจะใช้บริการเกมออนไลน์ได้ หรือที่เรียกสัญญาประเภทดังกล่าวว่า Click-wrap agreement และสัญญาอีกประเภทหนึ่งคือ สัญญาที่ผู้ให้บริการไม่จำเป็นต้องตอบตกลงก่อนเข้าใช้บริการ หรือที่เรียกสัญญาประเภทดังกล่าวว่า Browse-wrap agreement โดยการพิจารณาเรื่องการเกิดสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทยนั้น จะต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบทบัญญัติเรื่องสัญญา และตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

โดยหลักเกณฑ์ในการเกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นสัญญาจะเกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและ ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนอง และเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันจึงจะเกิดสัญญาขึ้น<sup>190</sup>

### 1. คำเสนอในสัญญาเกมออนไลน์

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ได้มีการบัญญัติในเรื่องที่ เกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนาทำคำเสนอที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ในมาตรา 13 ที่ว่า “คำเสนอ หรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทาง กฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นได้ทำคำเสนอหรือคำสนองเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ซึ่งจากบทบัญญัติเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ได้บัญญัติ เพียงแต่รับรองทั่วไปในเรื่อง การมีผลทางกฎหมายของการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองที่จะ ก่อให้เกิดสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น ไม่ได้เป็นการที่จะพิจารณาว่าการแสดงเจตนาอันจะมี ลักษณะเป็นคำเสนอและคำสนองอย่างไร จึงจะต้องพิจารณากฎหมายในเรื่องของสัญญาซึ่งเป็น บทบัญญัติในเรื่องของสัญญาทั่วไป

จากบทบัญญัติทั่วไปของสัญญานั้น คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่ง แจ้งให้ บุคคลฝ่ายหนึ่งทราบว่าคุณมีความประสงค์ จะผูกพันตนเข้าทำสัญญาด้วยประการใด ขอให้บุคคลอีก ฝ่ายหนึ่งร่วมประสงค์ทำสัญญาด้วยตามที่เสนอไปนั้น<sup>191</sup> โดยคำเสนอนั้นต้องมีความชัดเจนชัดเจน เพียงพอที่จะให้ผู้ทำคำเสนอตอบกลับแล้วเกิดสัญญาขึ้นมาได้<sup>192</sup> ซึ่งการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้นถ้า หากมิได้แสดงให้เห็นถึงความพร้อมของผู้ทำคำเสนอที่จะผูกพันตัวเองที่จะเข้าทำสัญญาการแสดง เจตนาอันก็เป็นเพียงคำเชื้อเชิญที่จะเข้าทำสัญญา ตัวอย่างเช่นประกาศให้ผู้รับเหมาก่อสร้างมาขึ้นของ ประมูลสร้างตึก เป็นต้น<sup>193</sup>

ซึ่งจากลักษณะทั่วไปของการแสดงเจตนาทำคำเสนอนั้น เมื่อพิจารณารูปแบบของการแสดง เจตนาทำคำเสนอในสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์จะพบว่า สัญญาเกี่ยวกับเกม ออนไลน์นั้นจะมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ร่างขึ้นเพียงฝ่ายเดียว ผู้ใช้บริการไม่มีสิทธิหรือโอกาสที่จะทำการแก้ไขหรือต่อรองข้อสัญญาอีกนอกจากที่จะยอมรับหรือไม่

<sup>190</sup> คักดี สอนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2557), หน้า.346.

<sup>191</sup> เสนีย์ ปราโมทย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนา พาณิชย์, 2505), หน้า.342

<sup>192</sup> ศนันท์กรณ โสถถิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า.312

<sup>193</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.313

ยอมรับข้อสัญญาเท่านั้น และนอกจากนี้การแสดงเจตนาที่ให้บริการเกมออนไลน์ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นยังเป็นการแสดงเจตนาที่ปราศจากข้อสงสัยว่า บริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นมีความมุ่งหมายที่จะทำสัญญากับบุคคลใดก็ตามที่เข้ามาใช้บริการหรือมาเล่นเกมออนไลน์ที่บริษัทตนให้บริการอยู่ จึงทำให้การแสดงเจตนาทำคำเสนอของผู้ให้บริการเกมออนไลน์มีความชัดเจนเพียงพอที่จะก่อให้เกิดสัญญาขึ้นได้ มิใช่เป็นเพียงการแสดงคำเชื้อเชิญให้เข้าทำสัญญาเหมือนดังเช่นลักษณะของสัญญาซื้อขายสินค้าทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้เข้าทำสัญญานั้นต้องมีการระบุจำนวนสินค้าที่จะซื้อก่อน แต่สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นมีการแสดงเจตนาที่มีลักษณะที่ชัดเจนว่า ผู้ใช้บริการมีสิทธิเลือกที่จะแสดงเจตนาทำคำสนองยอมรับเอาข้อสัญญาหรือไม่เท่านั้น และเมื่อมีผู้แสดงเจตนาทำคำสนองยอมรับเอาข้อสัญญานั้นสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ก็จะเกิดขึ้นทันที เพียงแต่ว่าการแสดงเจตนาทำคำเสนอในสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งมีเป็นสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นอาจมีวิธีการแสดงเจตนาที่มีรูปแบบแตกต่างไปจากเดิม ที่จากเป็นการแสดงเจตนาด้วยลายลักษณ์อักษรหรือทางวาจา เป็นการแสดงเจตนาในรูปแบบที่แสดงออกถึงข้อสัญญาทางเว็บไซต์ของผู้ให้บริการเท่านั้น

## 2. คำสนองในสัญญาเกมออนไลน์

การแสดงเจตนาทำคำสนองนั้น คือ การแสดงเจตนาของผู้รับคำเสนอที่แสดงต่อผู้เสนอในการตกลงรับ ทำสัญญาตามคำเสนอ<sup>194</sup> ซึ่งคำสนองนั้นจะอยู่ในรูปแบบใดก็ได้ อาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้<sup>195</sup> แต่ต้องมีความชัดเจนแน่นอนปราศจากเงื่อนไขใด ๆ ทั้งสิ้นคำสนองนั้นจึงจะก่อให้เกิดสัญญาได้ มิฉะนั้นคำสนองนั้นจะกลายเป็นการทำคำเสนอขึ้นมาใหม่<sup>196</sup>

นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาตรา 13 ได้บัญญัติแต่เพียงว่ารับรองการมีผลทางกฎหมายของการแสดงเจตนาการทำคำสนองที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น การแสดงเจตนาทำคำสนองจึงต้องพิจารณากฎหมายในเรื่องของสัญญาซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องของสัญญาทั่วไป โดยการแสดงเจตนาทำคำสนองโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เช่นการกดปุ่มที่มีข้อความว่ายอมรับหรือตกลงในสัญญานั้น ถือได้ว่าเป็นรูปแบบหนึ่งในการแสดงเจตนาที่

<sup>194</sup> เนติบัณฑิตยสภา, "เอกสารประกอบคำบรรยายวิชา นิติกรรม สัญญา " [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ: 15 มีนาคม 2558. แหล่งที่มา:

<https://www.thethaibar.or.th/thaibarweb/fileadmin/DAM/2555/PDF/Lecture/LectureTerm1/20/1.pdf> หน้า 37

<sup>195</sup> ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า.360

<sup>196</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรค 2 “คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติมมีข้อจำกัดหรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับทั้งเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ด้วยในตัว”

จะกระทำได้ ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่คู่สัญญาจะเลือกรูปแบบการแสดงเจตนาด้วยวิธีการใดก็ได้

เมื่อพิจารณาถึงวิธีการทำคำสนองในสัญญาเกมออนไลน์นั้น เห็นได้ว่าในสัญญาเกมออนไลน์ประเภทที่ผู้ใช้บริการเป็นต้องตอบตกลงก่อนเข้าใช้บริการ หรือ Click-wrap agreement นั้นการกระทำของผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ที่กระทำการกดปุ่ม ยอมรับข้อตกลงในสัญญานั้น เห็นได้ว่าการกดปุ่มที่มีข้อความว่า “ตกลง (Agree) ” หรือ “ยอมรับ (Accept) “ที่ปรากฏอยู่บนหน้าจอคอมพิวเตอร์นั้น เป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองโดยชัดแจ้ง โดยมุ่งให้เห็นว่าผู้แสดงเจตนาที่มีความประสงค์จะยอมรับเอาข้อสัญญานั้นตามคำเสนอของผู้ให้สัญญานั้น โดยที่ผู้ทำคำสนองไม่มีโอกาสเปลี่ยนแปลงและแก้ไขข้อสัญญาดังกล่าวได้ ดังนั้นเมื่อการแสดงเจตนาทำคำสนองมีผลสมบูรณ์และถูกต้องตรงตามคำเสนอทุกประการแล้ว สัญญาจึงเกิดขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่สำหรับสัญญาเกมออนไลน์ประเภท ที่ผู้ใช้บริการไม่จำเป็นต้องตอบตกลง หรือBrowse-wrap agreement เนื่องจากลักษณะของสัญญาประเภทดังกล่าวไม่ได้เปิดโอกาสให้มีการแสดงเจตนาทำคำสนองอย่างชัดแจ้งที่จะก่อให้เกิดสัญญาเช่นเดียวกับการกดปุ่มที่มีข้อความว่า “ตกลง (Agree) ” หรือ “ยอมรับ (Accept)ข้อตกลงในสัญญา แต่อย่างไรก็ดีการที่ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์กระทำการสมัครบัญชีเกมออนไลน์และได้ทำการเล่นเกมออนไลน์นั้น ก็เป็นการเพียงพอที่จะแสดงด้วยการกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ว่าจะประสงค์จะแสดงเจตนาทำคำสนองกับบริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์ การกระทำดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนอง ที่จะทำให้อสัญญาเกิดขึ้นได้ เพราะลักษณะการที่ผู้เล่นทำการเล่นเกมออนไลน์นั้น ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้มีการตอบรับเอาผลประโยชน์ของสัญญาคือการเล่นเกมแล้ว เมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาให้บริการเกมออนไลน์จึงเกิดขึ้นดังนั้นสัญญาประเภทที่ผู้ใช้บริการไม่จำเป็นต้องตอบตกลง หรือBrowse-wrap agreement จึงสามารถเกิดขึ้นได้ในประเทศไทย ส่วนข้อสัญญาในเกมออนไลน์นั้นจะมีความเป็นธรรมสามารถบังคับถึงคู่สัญญาได้หรือไม่เพียงใดนั้น จะต้องบังคับตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อไป

197

แต่อย่างไรก็ดีแม้ว่าจะสามารถนำบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการเกิดสัญญา มาปรับใช้ในประเด็นการเกิดสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ ก็ยังมีช่องว่างในการปรับใช้ และอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ เช่นปัญหาว่า

<sup>197</sup> ดวงพร เตชะกำธร, "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับ Shrink-Wrapped Licensing" (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, University, 2546). หน้า.69



ผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้น มีการซ่อนข้อสัญญาที่เป็นคำเสนอไว้ตามจุดเชื่อมต่อต่าง ๆ ใ้ยากต่อการตรวจสอบและศึกษาข้อสัญญาก่อนเข้าทำสัญญา เป็นต้น

เมื่อวิเคราะห์หลักเกณฑ์การเกิดของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นเมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การเกิดสัญญาตามหลักคอมมอนเลอร์ที่ปรากฏอยู่ใน Restatement of (Second) contract นั้นพบว่า การเกิดสัญญานั้นจะอยู่บนหลักที่ว่า สัญญานั้นจะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อมีการต่อรองที่แสดงออกถึงการยินยอมแลกเปลี่ยนซึ่งกันและกันและจะต้องมีผลประโยชน์ต่างตอบแทน โดยการทำความเสนอตามหลักคอมมอนเลอร์นั้น คือการแสดงเจตนาหรือความตั้งใจที่มีความชัดเจนที่จะเข้าไปต่อรองเพื่อเข้าทำสัญญา โดยการทำความเสนอนั้น คือการแสดงเจตนาสนองรับไม่ว่ารูปแบบใด โดยจะต้องมีความเหมาะสมและเพียงพอต่อสถานการณ์ ซึ่งทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการปรับใช้หลักกฎหมายคอมมอนเลอร์ที่ว่า สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นข้อความใดจะมีผลเป็นคำเสนอ และการทำความเสนอที่จะก่อให้เกิดสัญญานั้นต้องแสดงออกเพียงพอเท่าใดถึงจะเป็นการเพียงพอที่จะก่อให้เกิดคำสนอง และการแสดงคำเสนอนั้นเป็นการแสดงออกเพื่อสนองรับคำเสนอใด ซึ่งทำให้มีปัญหามากในการปรับใช้หลักเกณฑ์การเกิดสัญญาตามระบบกฎหมายคอมมอนเลอร์กับสัญญาประเภท Browse-wrap agreement ที่ผู้ให้บริการไม่จำเป็นต้องตอบตกลงในสัญญาก่อน

ซึ่งเมื่อพิจารณาแนวการเกิดของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ตาม ประมวลกฎหมายเอกรูปร่างการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์ หรือ Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติมาอุดช่องว่างจากปัญหาในการใช้กฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดขึ้น เห็นได้ว่า แม้ว่าหลักเกณฑ์ในการเกิดสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ตาม UCITA นั้นจะบัญญัติว่าสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์จะเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน โดยได้ับแต่อย่างไรก็ตามข้อสัญญาใดที่จะสามารถใช้บังคับได้หรือไม่นั้น UCITA ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์การแสดงเจตนาที่จะสามารถทำให้ข้อสัญญานั้นสามารถใช้บังคับกันได้ อยู่ในมาตรา 202 ซึ่งหลักเกณฑ์การแสดงเจตนา นั้น ได้แก่

1. หลักการยืนยันการแสดงเจตนา (MANIFESTING ASSENT) ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เห็นได้ว่าการแสดงเจตนาอย่างชัดเจนที่จะเข้าทำสัญญานั้น จะเกิดขึ้นเมื่อผู้แสดงเจตนามีโอกาสที่จะอ่านข้อสัญญาก่อนเข้าทำสัญญาและการแสดงเจตนา นั้นผู้กระทำจะต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา โดยศาลของสหรัฐอเมริกาได้นำหลักการ ยืนยันการแสดงเจตนา มาปรับใช้ในการพิจารณาการมีผลของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ประเภท Browse-Wrap โดยในคดี Nguyen v Barnes & Noble, Inc.<sup>198</sup> ซึ่งแม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะแสดงออกให้ผู้ให้บริการเห็นอย่างชัดเจนก่อนเข้า

<sup>198</sup> Nguyen v Barnes & Noble, Inc. (D.C. No. 8:12-cv-0812-JST)

ทำสัญญาแล้วก็ตามแต่ แต่อย่างไรก็ดีการที่ผู้ให้บริการก็ยังไม่มีการแจ้งเตือนผู้ให้บริการหรือแสดงถึงการให้ผู้ให้บริการมีการยืนยันการแสดงเจตนายืนยันอย่างชัดแจ้งในการเข้าทำสัญญาซึ่งใกล้เคียงกับการที่ต้องให้ผู้ให้บริการกดปุ่มตกลงในสัญญา จึงทำให้สัญญาดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ได้ แต่อย่างไรก็ตามการแสดงเจตนายืนยันอย่างชัดแจ้งในการเข้าทำสัญญานั้นถ้าศาลในคดี Register.com v. Verio<sup>199</sup> ได้วางหลักเพิ่มเติมยอมรับการมีผลของสัญญาประเภท Browse-wrap agreement โดยศาลได้ตัดสินว่าในคดีนี้ผู้ให้บริการได้แสดงให้เห็นชัดถึงการมีอยู่ของสัญญา และนอกจากนี้การที่ผู้ให้บริการมีข้อความแจ้งเตือนขึ้นมาก่อนการใช้บริการทุกครั้งว่า “by submitting this query, you agree to abide by these terms” และผู้ให้บริการได้ใช้บริการและได้ประโยชน์จากการใช้บริการอย่างต่อเนื่องก็เป็นการเพียงพอที่จะให้ผู้ให้บริการเข้าใจได้ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการยอมรับเข้าทำสัญญาแล้ว

2. หลักการมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา (OPPORTUNITY TO REVIEW) โดยหลักการมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญานั้นเป็นหลักการที่ศาลนำมาพิจารณาในเรื่องการมีผลของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยศาลได้วางหลักไว้ในคดี Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie<sup>200</sup> ได้ตัดสินโดยอาศัยหลักการที่ว่าสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ประเภทที่ผู้ให้บริการต้องตอบตกลงก่อนเข้าใช้บริการหรือ Click-wrap agreement นั้นจะมีผลบังคับใช้ได้เพราะว่าในสัญญาดังกล่าวนั้นได้มีการเปิดโอกาสในการตรวจสอบและรับรู้ถึงข้อสัญญาที่ตนจะต้องยอมรับให้แก่ผู้บริโภคที่เข้าทำสัญญาก่อนที่ผู้บริโภคนั้นจะตอบตกลงเข้าใช้หรือไม่เข้าใช้บริการนั้นและยังต้องมีการแสดงเจตนาที่จะเข้าทำสัญญาของผู้บริโภคอย่างเด่นชัดเช่นการกดปุ่มตกลงที่จะเข้าทำสัญญาของผู้บริโภค สัญญาดังกล่าวก็จะมีผลบังคับใช้ได้ และนอกจากนี้ศาลในคดี Bruce G. Forrest v. Verizon Communications Inc.<sup>201</sup> ยังได้ตัดสินโดยเพิ่มเติมหลักการมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญาว่า แม้ว่าสัญญานั้นจะไม่ได้ทำบังคับให้ผู้บริโภคต้องอ่านสัญญาทั้งหมดก่อนที่ผู้บริโภคจะตอบตกลงเข้าทำสัญญาสัญญาดังกล่าวก็บังคับใช้ได้แล้ว

จากที่กล่าวมานั้นเห็นได้ว่า การที่ข้อสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะสามารถใช้บังคับกันได้นั้นจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือ 1. คู่สัญญาจะต้องมีโอกาสที่จะได้ตรวจสอบข้อสัญญาก่อน

<sup>199</sup> Register.com v. Verio, 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004)

<sup>200</sup> Hotmail Corporation v. Van Money Pie Inc., et al. C98-20064, 1998 WL 388389 (N.D. Ca., April 20, 1998)

<sup>201</sup> Bruce G. Forrest v. Verizon Communications Inc 05 A.2d 1007 (Dist. of Columbia Court of Appeals, August 29, 2002)

เข้าทำสัญญา และ 2. คู่สัญญาจะต้องมีการแสดงเจตนาที่เห็นได้ชัดที่จะรับเอาข้อสัญญานั้น เช่นการกดปุ่มยอมรับข้อตกลงในสัญญา ซึ่งจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ทำให้เกิดความชัดเจนในการเกิดทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้กับการเกิดสัญญาเกมออนไลน์ได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ การเกิดสัญญาเกมออนไลน์ในสาธารณรัฐเกาหลีนั้น พบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีในหมวดของสัญญานั้นไม่ได้มีการระบุชัดถึงเรื่องการเกิดสัญญาว่าสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใด หลักเกณฑ์ในการเกิดสัญญาของสาธารณรัฐเกาหลีจึงใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปในการเกิดสัญญาคือสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาได้มีเจตนาทำข้อเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน เหมือนหลักเกณฑ์การเกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย แต่อย่างไรก็ดีในเรื่องสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น ยังมีลักษณะเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภค โดยในสาธารณรัฐเกาหลีนั้นแม้ว่าสัญญาระหว่างผู้ให้บริการและผู้บริโภคจะเกิดขึ้น แต่ข้อตกลงหรือข้อสัญญานั้นจะบังคับกันได้หรือไม่ ต้องพิจารณาในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในรูปแบบของสัญญา ซึ่งได้ถูกบัญญัติอยู่ในกฎหมาย ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มาตรา 3 โดยวางหลักเกณฑ์ในการมีผลของข้อสัญญาระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคไว้ว่าสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคนั้น จะต้องแสดงอย่างชัดเจนถึงรายละเอียดเกี่ยวกับสัญญาที่จะให้ผู้บริโภคสามารถรับรู้ได้ถึงประเภทของสัญญา รวมทั้งคำถามที่มีในสัญญา อีกทั้งยังต้องอธิบายรายละเอียดที่สำคัญของข้อตกลงในสัญญาให้ผู้บริโภคเข้าใจ จึงจะทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้ เห็นได้ว่าในกฎหมาย ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS ได้มีการวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการที่คู่สัญญาได้มีโอกาสที่จะตรวจสอบข้อสัญญาก่อนเข้าทำสัญญาซึ่งเหมือนกับ หลักการมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา (OPPORTUNITY TO REVIEW) ซึ่งพบได้ในประมวลกฎหมายเอกรูปร่างการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์ ของประเทศสหรัฐอเมริกา

จากที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่าการปรับใช้เรื่องการเกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่มี ความเพียงพอที่จะปรับใช้กับสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งเป็นสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ จึงควรมีการปรับแก้เพิ่มเติม กฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นโดยควรเอาหลักการเกณฑ์การแสดงเจตนาที่จะก่อให้เกิดสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ตาม ประมวลกฎหมายเอกรูปร่างการกระทำธุรกรรมผ่านทางคอมพิวเตอร์ (UCITA) คือ หลักการยืนยันการแสดงเจตนา (MANIFESTING ASSENT) และหลักการมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา (OPPORTUNITY TO REVIEW) ของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นแม่แบบในการปรับใช้ เพราะเป็นการวางหลักในเรื่องรูปแบบของการทำข้อเสนอและคำสนองในการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ได้ชัดเจนและมีความเป็นธรรมต่อผู้บริโภคได้มากที่สุด

4.1 ประเด็นการเกิดของสัญญาเกมออนไลน์		
ประเทศไทย	สัญญาประเภท Click-Wrap	ใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปเรื่องสัญญามาพิจารณาโดย ซึ่งข้อสัญญาที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้ร่างขึ้นมา มีลักษณะเป็นการแสดงความชัดเจนเพียงพอที่จะก่อให้เกิดคำเสนอขึ้น และการแสดงเจตนาทำคำสนองโดยการกดปุ่มที่มีข้อความยอมรับหรือตกลงในสัญญานั้นถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดเจนที่จะยอมรับเอาข้อสัญญา เมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันสัญญาจึงเกิดขึ้น
	สัญญาประเภท Browse-Wrap	ใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปเรื่องสัญญามาพิจารณาโดย ซึ่งข้อสัญญาที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้ร่างขึ้นมา มีลักษณะเป็นการแสดงความชัดเจนเพียงพอที่จะก่อให้เกิดคำเสนอขึ้น และการเล่นเกมออนไลน์นั้นถือเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองโดยชัดแจ้ง เนื่องจากผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ได้ถือเอาประโยชน์ที่ได้จากข้อสัญญาแล้ว เมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันสัญญาจึงเกิดขึ้น
สหรัฐอเมริกา	สัญญาประเภท Click-Wrap	สัญญาเกมออนไลน์ดังกล่าวเกิดขึ้นและใช้บังคับกันได้เนื่องจากในสัญญานั้นได้มีการแสดงเจตนาทำคำสนองที่เด่นชัดโดยผู้ทำสัญญารับรู้ได้ว่าการกระทำนั้นจะทำให้ตนต้องผูกพันตามสัญญาตามหลักการยืนยันการแสดงเจตนา (MANIFESTING ASSENT) และ ข้อสัญญาที่จะผูกพันคู่สัญญาในเกมออนไลน์ยังได้ประกฏให้คู่สัญญาได้อ่านหรือศึกษาก่อนเข้าทำสัญญา ซึ่งตรงกับหลักการมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา (OPPORTUNITY TO REVIEW)
	สัญญาประเภท	สัญญาเกมออนไลน์สามารถเกิดขึ้นได้แต่ไม่อาจใช้บังคับกันได้เนื่องจาก สัญญาดังกล่าวนั้นเนื่องจากข้อสัญญาดังกล่าวขาดการแสดงเจตนาทำคำสนองที่เด่นชัดโดยผู้ทำสัญญารับรู้ได้ว่า

	Browse- Wrap	การกระทำนั้นจะทำให้ตนต้องผูกพันตามสัญญาตามหลักการ ยืนยันการแสดงเจตนา (MANIFESTING ASSENT)และยังขาด การที่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาได้อ่านหรือตรวจสอบสัญญาก่อน เข้าทำสัญญา (OPPORTUNITY TO REVIEW) แต่อย่างไรก็ดี ถ้าข้อสัญญาได้ปรากฏออกมาอย่างชัดเจนให้คู่สัญญาสามารถ อ่านหรือตรวจสอบได้ก่อนทำสัญญาและคู่สัญญาได้รับเอา ประโยชน์จากข้อสัญญาดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง สัญญาดังกล่าว อาจเกิดขึ้นและใช้บังคับกันได้
สาธารณรัฐ เกาหลี	สัญญา ประเภท Click-Wrap	การเกิดสัญญาของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นจะเกิดขึ้นตาม หลักเกณฑ์ทั่วไป คือสัญญาจะเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาทำคำ เสนอและทำคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน ซึ่งการแสดงเจตนา นั้น คู่สัญญาจะแสดงเจตนาในรูปแบบใดก็ได้ สัญญาจึงเกิดขึ้น
	สัญญา ประเภท Browse- Wrap	สัญญาสามารถเกิดขึ้นได้ตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในการเกิดสัญญา แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากสัญญาเกมออนไลน์นั้นเป็นสัญญา ระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค แม้ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นแต่ข้อ สัญญาดังกล่าว ไม่สามารถบังคับได้ ตาม ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มาตรา 3 เพราะลักษณะของสัญญา ไม่สามารถ แสดงถึงรายละเอียด เกี่ยวกับสัญญาที่จะให้ผู้บริโภคสามารถรับรู้ได้ถึงประเภทของ สัญญารวมทั้งคำถามที่มีในสัญญา อีกทั้งยังต้องอธิบาย รายละเอียดที่สำคัญของข้อตกลงในสัญญาให้ผู้บริโภคเข้าใจ ได้ ในขณะที่เข้าทำสัญญา

#### 4.2. ประเด็นเกี่ยวกับสถานะและความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือน

##### 4.2.1 ประเด็นเกี่ยวกับสถานะของทรัพย์สินเสมือน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้มีการบัญญัติแบ่งแยก ความหมายของทรัพย์สินและทรัพย์สินออกจากกัน โดยได้บัญญัติความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ไว้ใน มาตรา 137 ที่ว่าหมายถึงทรัพย์สินนั้นหมายความถึง “วัตถุหรือรูปร่าง” และได้บัญญัติความหมายของคำว่า

“ทรัพย์สิน” ไว้ในมาตรา 138 ว่า “ทรัพย์สินหมายความรวมทั้งทรัพย์สิน และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้”

โดยองค์ประกอบของการที่สิ่งใดจะเป็นทรัพย์สินนั้นนอกจากจะต้องเป็นวัตถุที่มีรูปร่างแล้วทรัพย์สินยังต้องเป็นสิ่งซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้<sup>202</sup> ซึ่งการมีราคาและถือเอาได้นั้นคือการที่วัตถุนั้นสามารถยึดถือเอาได้โดยเป็นสิทธิขาด และนอกจากนี้ยังสามารถคำนวณเป็นปริมาณออกมาได้<sup>203</sup> ซึ่งจากองค์ประกอบของทรัพย์สินที่กล่าวมาทำให้ วัตถุที่ไม่มีรูปร่างเช่นไฟฟ้านั้นสามารถมีลักษณะเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

ส่วนทรัพย์สินตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ได้ให้ความหมายของทรัพย์สินไว้กว้างกว่าทรัพย์สิน ซึ่งทรัพย์สินนั้นได้แก่ ทรัพย์สิน และวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้”ซึ่งจากความหมายดังกล่าวทำให้สิ่งที่จะเป็นทรัพย์สินนั้นจะต้องมีองค์ประกอบดังนี้

1. เป็นทรัพย์สิน หรือเป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง โดยวัตถุที่ไม่มีรูปร่างนั้นหมายถึง วัตถุที่ไม่มีสัณฐาน ไม่มีสัดส่วน ไม่กินที่ หรือไม่มีความเต็มอยู่ในตัว<sup>204</sup> ทำให้วัตถุที่ไม่มีรูปร่างนั้นเป็นคุณสมบัติที่ไม่อาจพบได้ในธรรมชาติเลย แต่วัตถุที่ไม่มีรูปร่างนั้นอาจเกิดขึ้นได้ตามนิติสมมุติ โดยที่กฎหมายได้ยอมรับรู้และรับรองว่า สิ่งทีกฎหมายสมมุติขึ้นนั้นก็คือ สิทธิหรือ ประโยชน์ที่ผู้ใดที่ได้รับสิทธิไปหรือประโยชน์นั้นไป กฎหมายจะบังคับไม่ให้ผู้ใดมาละเมิดต่อสิทธิหรือประโยชน์นั้นได้<sup>205</sup> โดยสิทธิใดจะมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้นั้น ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า สิทธิที่จะมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้นั้นจะต้องเป็นสิทธิที่ได้รับรองไว้ในกฎหมาย ถ้าสิทธินั้นกฎหมายยังไม่รับรองหรือไม่รับรู้ เช่น สิทธิในสิทธิบัตรในตอนที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้เป็นต้น จะยังถือว่าเป็นทรัพย์สินไม่ได้<sup>206</sup>

2. ทรัพย์สินหรือวัตถุที่ไม่มีรูปร่างนั้นจะต้องเป็นสิ่งซึ่งอาจมีราคา (Value) โดยราคาในความหมายของกฎหมายทรัพย์สินนั้น หมายถึง การที่วัตถุนั้นมีคุณค่าอยู่ในตัวของมันเอง มีใช้ราคาที่ใช้

<sup>202</sup> บัญญัติ สุชีวะ ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2559), หน้า.3-4

<sup>203</sup> จิตติ ดิงศภัทย์, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 877/2501

<sup>204</sup> ศรีราชา เจริญพาณิชย์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า.21

<sup>205</sup> เสนีย์ ปราโมทย์, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยามพรีนติ้ง, 2551), หน้า.14-15

<sup>206</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 837/2507, 1164/2543

ซื้อขายกันในตลาด ดังนั้นวัตถุใดที่มีคุณค่าย่อมเป็นที่ต้องการของมนุษย์ ซึ่งทำให้มีสถานะเป็นทรัพย์สินได้<sup>207</sup>

3. สิ่งที่จะเป็นทรัพย์สินได้นั้นจะต้องมีลักษณะคืออาจจะถือเอาได้ ซึ่งหมายความว่า การที่มนุษย์สามารถเข้าหวงแหนหรือเข้ายึดถือเอาเป็นเจ้าของเพื่อประโยชน์แก่ตนเองได้<sup>208</sup> และนอกจากนี้คำว่าอาจถือเอาได้นั้นจากความหมายตามต้นร่างกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เป็นภาษาอังกฤษนั้นได้ใช้คำว่า “appropriated” ซึ่งหมายความว่า การถือสิทธิ เพราะคำว่า การถือสิทธินั้นเป็นความหมายอย่างกว้างที่สามารถปรับใช้กับวัตถุที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่างได้ เช่น การถือสิทธิตามสัญญาเช่า เป็นต้น<sup>209</sup>

นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้นได้บัญญัติเกี่ยวกับประเภทของทรัพย์สินและทรัพย์สินไว้ในมาตรา 139 และ 140 ที่ว่า

“มาตรา 139 อสังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ที่ดินและทรัพย์สินอัน ติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวรหรือประกอบเป็นอันเดียวกับ ที่ดินนั้นและหมายความรวมถึงทรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดิน หรือ ทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดิน หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย

มาตรา 140 สสังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ทรัพย์สินอื่นนอก จากอสังหาริมทรัพย์ และหมายความรวมถึงสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สิน นั้นด้วย “

ซึ่งจากบทบัญญัติที่กล่าวมาโดยจะเห็นได้ว่า ความหมายของ สสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 140 นั้นมีลักษณะเป็นบทปฏิเสธของความหมายของอสังหาริมทรัพย์ เพราะฉะนั้นสิ่งใดก็ตามถ้าไม่เป็นอสังหาริมทรัพย์และจะต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ทั้งสิ้น เช่น นาฬิกา,โต๊ะ,รถยนต์ ตลอดจนสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นด้วย โดยคำว่า "ทรัพย์สิน" ให้หมายรวมถึงทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ดังนั้น จึงต้องนำความหมายของทรัพย์สิน ตามมาตรา 138 พิจารณาด้วย ซึ่งจากที่กล่าวมาทำให้แบ่งแยกสังหาริมทรัพย์ได้เป็น 2 ประเภทคือ

1. สิทธิในสังหาริมทรัพย์ที่มีรูปร่าง เช่น กรรมสิทธิ์ในรถยนต์เป็นสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินคือรถยนต์ ดังนั้นกรรมสิทธิ์ในรถยนต์ย่อมเป็นสังหาริมทรัพย์ด้วย
2. สิทธิในสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง สิทธิเหล่านี้ต้องเป็นสิทธิที่กฎหมายให้การรับรองแล้ว เช่น ลิขสิทธิ์, เครื่องหมายการค้า สิทธิเรียกร้องตามสัญญา

<sup>207</sup> ศรีราชา เจริญพาณิชย์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน หน้า.23

<sup>208</sup> บัญญัติ สุขีวะ ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า. 5

<sup>209</sup> ศรีราชา เจริญพาณิชย์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน หน้า.24





ตัดสินรับรองสถานะความเป็นเจ้าของสิ่งของในเกมออนไลน์ ของผู้เล่นเกมออนไลน์ว่าผู้เล่นเกมออนไลน์มีสถานะความเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือสิ่งในสิ่งของในเกมออนไลน์ได้ เนื่องจากในข้อสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ได้ระบุให้ผู้ให้บริการเกมมีสิทธิเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือน ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้เห็นได้ว่าทรัพย์สินเสมือนในเกมนั้นแม้ว่าจะเป็นสิ่งที่ไม่มีการรูปร่างแต่ก็สามารถเกิดการครอบครองอย่างเด็ดขาดของผู้เล่นเกม ทรัพย์สินเสมือนจึงมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้

เมื่อเปรียบเทียบกับสาธารณรัฐเกาหลีนั้นพบว่าในสาธารณรัฐเกาหลีนั้นไม่ได้มีการแยกความหมายของทรัพย์สินและทรัพย์สินออกจากกัน โดยในประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ได้ให้ความหมายของคำว่าทรัพย์สิน (Thing) ไว้ในมาตรา 98 ที่ว่าทรัพย์สิน(Thing) มีความหมายรวมถึงถึง สิ่งของที่เป็นรูปธรรม กระแสไฟฟ้า และ พลังงานธรรมชาติอื่น ที่สามารถควบคุมได้ โดยศาลฎีกาของเกาหลีนั้นได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของการเป็นทรัพย์สินคือจะต้องถูกควบคุมและครอบครองได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในสาธารณรัฐเกาหลีนั้น คุณสมบัติที่สำคัญของสิ่งที่จะมีสถานะเป็นทรัพย์สินนั้น คือจะต้องเป็นสิ่งที่สามารถถูกควบคุมและขถูกครอบครองได้อย่างสมบูรณ์โดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งในทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้น อำนาจในการควบคุมและใช้งานสิ่งของในเกมออนไลน์ยังมีข้อจำกัด โดยสิ่งของในเกมนั้นแม้ว่าผู้เล่นเกมจะมีอำนาจควบคุมและครอบครองทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมนั้น แต่ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ยังถูกควบคุมโดยผู้ให้บริการเกมออนไลน์อีกด้วย เช่นผู้ให้บริการเกมออนไลน์สามารถลบ เปลี่ยนแปลงคุณสมบัติ หรือสร้างสิ่งของในเกมออนไลน์ได้ ซึ่งแตกต่างทรัพย์สินตามปกติ เช่น รถยนต์ที่ผู้ครอบครองสามารถใช้งานสิ่งของนั้นได้เต็มที่โดยไม่ถูกควบคุมโดยผู้ใด และนอกจากนี้สิ่งของในเกมออนไลน์ที่ไม่สามารถมีอยู่หรือทำงานได้เองโดยปราศจากโปรแกรมการทำงานของเกมออนไลน์ จึงทำให้สิ่งของในเกมไม่อาจมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งสาธารณรัฐเกาหลีได้ จึงทำให้สิ่งของในเกมไม่อาจมีสถานะได้เพียง ส่วนหนึ่งของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น และนอกจากนี้ ศาลชั้นต้นของสาธารณรัฐเกาหลีได้ยังได้ให้การยอมรับ ว่าสิ่งของในเกมออนไลน์ถือเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินทางปัญญาด้วย

#### 4.2.2 ประเด็นเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือน

สิทธิในทรัพย์สินนั้น คือ สิทธิที่มีทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ ซึ่งสามารถแบ่งเป็นประเภทต่าง ๆ ได้ดังนี้<sup>213</sup>

<sup>213</sup> วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์สิน บรรพ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556), หน้า.18

1. สิทธิทางหนี้หรือบุคคลสิทธิ เป็นสิทธิที่มีวัตถุแห่งสิทธิเป็นการกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ เรียกว่าสิทธิเรียกร้อง โดยเป็นสิทธิที่มีเหนือตัวบุคคล ตัวอย่างของบุคคลสิทธิเช่น สิทธิของเจ้าหนี้ตามสัญญากู้เงิน สิทธิตามสัญญาเช่า สิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนในทางละเมิด เป็นต้น<sup>214</sup>

2. ทรัพย์สินคือสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน โดยทรัพย์สินนั้นจะมีลักษณะดังนี้ 1. มีตัวทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ 2. เป็นลักษณะการใช้สิทธิเป็นการใช้สิทธิโดยมีอำนาจเหนือ คือสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้โดยสามารถใช้กำลังของตนในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิโดยไม่ต้องพึ่งพาเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการใช้สิทธิทางศาล 3. สิทธิที่ไ้ยืนยันกับบุคคลโดยทั่วไป 4. การแสดงออกซึ่งทรัพย์สินนั้นสามารถแสดงออกได้โดยใช้ทะเบียนสาธารณะหรือการครอบครอง 5. เป็นสิทธิที่มีอายุความได้สิทธิและเสียสิทธิแต่ไม่มีอายุความฟ้องร้อง<sup>215</sup> ซึ่งตัวอย่างของทรัพย์สินนั้น เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง สิทธิอาศัย สิทธิจำนำ เป็นต้น โดยทรัพย์สินนั้น สามารถก่อตั้งขึ้นได้โดยอาศัยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น ไม่สามารถก่อตั้งได้เองโดยนิติกรรม โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้<sup>216</sup>

3. สิทธิเสมือนทรัพย์สินเป็นสิทธิที่เกิดขึ้น จากการที่รัฐได้มอบทรัพย์สินบางอย่างแก่บุคคลเพื่อกระทำการบางอย่าง เช่น ประทานบัตรในเหมืองแร่ หรือ ประทานบัตรในป่าไม้ เป็นต้น

4. สิทธิในสิ่งที่ไม่มรูปร่าง โดยตามปกติแล้วทรัพย์สินที่จะเกิดขึ้นได้นั้น จะต้องมทรัพย์สินหรือสิ่งที่มีรูปร่าง เป็นวัตถุแห่งสิทธิ เช่น การมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน การมีสิทธิครอบครองในสังหาริมทรัพย์เป็นต้น<sup>217</sup> แต่อย่างไรก็ดี สิ่งที่ไม่มรูปร่างในบางประเภทนั้นกฎหมายได้ให้การรับรองให้สิ่งที่มีรูปร่างนั้นสามารถมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้ เช่น สิทธิในลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า เป็นต้น

ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้นแม้ว่าจะมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่อย่างไรก็ดีทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้นไม่อาจก่อให้เกิดทรัพย์สินที่สามารถไ้ยืนยันกับบุคคลโดยทั่วไปเหมือนดังทรัพย์สินที่มีอยู่เหนือทรัพย์สินทั่วไปได้ เนื่องจากคุณลักษณะเฉพาะของทรัพย์สินเสมือน ที่แม้จะมีคุณลักษณะบางอย่างที่เหมือนกับทรัพย์สินในโลกจริง ดังตัวอย่างเช่น สัตว์ที่ผู้เล่นเกมออนไลน์จับได้ในเกม Pokémon Go ผู้เล่นเกมออนไลน์ที่จับสัตว์ตัวนั้นได้มีสิทธิที่จะใช้สัตว์ตัวนั้นมาเป็นสัตว์เลี้ยงและใช้ต่อสู้กับผู้เล่นอื่น โดยจะไม่มีผู้เล่นเกมออนไลน์อื่นที่สามารถครอบครองหรือใช้งานสัตว์เลี้ยงที่มีผู้ครอบครองแล้วได้ซึ่งแสดงให้เห็น

<sup>214</sup> บัญญัติ สุขีวะ ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า.62

<sup>215</sup> วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์สิน บรรพ 4 หน้า.20-33

<sup>216</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1298 ทรัพย์สินทั้งหลายนั้น ท่านว่าจะก่อตั้งขึ้นได้ด้วยอาศัยอำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น

<sup>217</sup> วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์สิน บรรพ 4 หน้า.20

ว่าทรัพย์สินเสมือนนั้นเป็นสิ่งที่ตัวตนเมื่ออยู่ในเกมออนไลน์ แต่อย่างไรก็ดี เมื่อออกมาจากเกมออนไลน์ ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์จะมีเพียงสิ่งที่ไม่มิตัวตน เป็นเพียงสิทธิเรียกร้องตามสัญญาเกมออนไลน์ ที่ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์เรียกร้องให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ดูแล จัดหา และ จัดเตรียมทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ให้ปรากฏอยู่ในบัญชีผู้เล่นเกมทุกครั้งที่ใช้บริการ<sup>218</sup> จึงทำให้ทรัพย์สินเสมือนนั้นมีสถานะเป็นเพียงแค่มูลค่าที่สร้างขึ้นตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ที่ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์จะบังคับใช้สิทธินั้นได้แต่แต่กับคู่สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ คือผู้ให้บริการเกมออนไลน์เท่านั้น ตัวอย่างเช่น สัตว์เลี้ยงที่จับได้ในเกม Pokémon Go ผู้เล่นเกมไม่สามารถนำเอาสัตว์เลี้ยงดังกล่าวมาใช้งานในเกมออนไลน์อื่น หรือมาใช้งานในโลกจริงได้ จึงทำให้การครอบครองทรัพย์สินเสมือนนั้นไม่อาจก่อให้เกิดทรัพย์สินของทรัพย์สินเสมือนในโลกจริงที่จะใช้ยันกับบุคคลผู้อื่นโดยทั่วไปได้ เพราะทรัพย์สินที่จะก่อขึ้นและสามารถใช้ยันกับบุคคลโดยทั่วไปได้ตามกฎหมายนั้น จะต้องเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองไว้เช่น กรรมสิทธิในที่ดิน หรือสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดเช่นลิขสิทธิ์ หรือสิทธิบัตร เป็นต้น ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้นเป็นเพียงบุคคลสิทธิที่เกิดขึ้นตามสัญญานั้น จึงไม่อาจก่อให้เกิดทรัพย์สินโดยที่กฎหมายยังไม่ให้การรับรองได้<sup>219</sup>

เมื่อทรัพย์สินเสมือนเป็นเพียงบุคคลสิทธิที่ใช้บังคับได้แต่เพียงคู่สัญญาเท่านั้น สิทธิความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินเสมือน ซึ่งอยู่ในเกมออนไลน์จะเกิดได้จากผลของข้อสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์เท่านั้น ถ้าหากในสัญญามีการระบุความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือนเป็นสิทธิของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์จะไม่มีสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนนั้น แต่ยังมีสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินเสมือนนั้น ตามที่ผู้ให้บริการกำหนดไว้ หรือเป็นสิทธิเรียกร้องที่จะใช้บังคับแก่คู่สัญญาคือ ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องให้บริการเกมออนไลน์โดยมีสิทธิที่จะใช้ความสามารถของทรัพย์สินเสมือนตามที่ตัวเองมีสิทธิอยู่

แต่ถ้าในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์มีการระบุไว้ให้ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์มีสิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนนั้น ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้ง หรือโดยนัยเช่น ให้ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์มีสิทธิจำหน่ายทรัพย์สินเสมือนได้ ก็ไม่อาจทำให้ทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์เปลี่ยนสภาพจากสิทธิเรียกร้องตามสัญญาซึ่งเป็นเพียงบุคคลสิทธิกลายเป็นทรัพย์สินได้ เนื่องจากทรัพย์สินนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรองไว้เท่านั้น สิทธิตามสัญญาซึ่งเป็นบุคคลสิทธินั้นไม่อาจก่อให้เกิด

<sup>218</sup> อธิษฐาน จีระวัฒนา, "การประกันภัยสิ่งของในเกมออนไลน์ : ความเป็นไปได้ และประเด็นตามกฎหมายไทย" วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า.284-285

<sup>219</sup> เสนีย์ ปราโมทย์, อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะทรัพย์สิน, หน้า.121

ทรัพย์สินที่ทรัพย์สินเสมือนจริงยังคงมีสภาพเป็นสิทธิตามสัญญาให้บริการเกมออนไลน์ซึ่งเป็นบุคคล สิทธิที่ใช้บังคับได้ระหว่างผู้ให้บริการเกมออนไลน์กับผู้ให้บริการเกมออนไลน์ เท่านั้น

เมื่อทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์มีสภาพเป็นเพียงสิทธิตามสัญญาการ ให้บริการเกมออนไลน์ซึ่งเป็นบุคคลสิทธิที่ใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น การที่ผู้เล่นเกม ออนไลน์ได้ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ จากการเล่นเกมออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็นการทำ ภารกิจในเกมสำเร็จ หรือทำการเก็บทรัพย์สินเสมือนที่ตกอยู่ในเกมออนไลน์มาเป็นของตน จึงไม่อาจ นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยผลของกฎหมายตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1316-1328 มาปรับใช้ในเรื่องการเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนใน เกมออนไลน์ได้ เพราะบทบัญญัติการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยผลของกฎหมาย ดังกล่าวนั้น สามารถใช้กับสังหาริมทรัพย์ที่สามารถก่อให้เกิดกรรมสิทธิ์ได้ เช่น รถยนต์ สัตว์ป่า เป็นต้น ส่งผลให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไม่สามารถที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ อย่างเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ได้

สำหรับเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น พบว่าความ เป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้น จะเกิดขึ้นตามสัญญาการให้บริการเกม ออนไลน์ ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

เมื่อเปรียบเทียบประเด็นความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือนของสาธารณรัฐเกาหลี พบว่า ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้น จากลักษณะการได้มาซึ่ง สิ่งของในเกมออนไลน์ แม้ว่าผู้ให้บริการจะตั้งกฎของเกม โดยใช้คำว่า สิ่งของในเกม อาจได้ มาโดยการ ชน, ได้รับ, การยืม หรือ การซื้อ เช่นการได้รับดาบเป็นรางวัล จากการทำภารกิจสำเร็จ ซึ่งจากการ ใช้คำเหล่านี้ ก็ไม่อาจทำให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ สามารถแสดงความเป็นเจ้าของในสิ่งของเสมือนในเกม ออนไลน์ ได้ เพราะในประมวลกฎหมายแพ่งของเกาหลีนั้นได้ มีการบัญญัติเกี่ยวกับการเป็นเจ้าของใน ทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของไว้ในมาตรา 252 ที่ว่า “บุคคลสามารถที่จะเป็นเจ้าของ สังหาริมทรัพย์ที่ไม่มี เจ้าของได้ ด้วยการครอบครอง และแสดงความเป็นเจ้าของ “ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวไม่อาจนำมาปรับ ใช้ได้กับสิ่งของในเกมออนไลน์ได้ เพราะว่า สิ่งของในเกมออนไลน์นั้นไม่เป็นสิ่งที่ไม่อาจครอบครอง และแสดงความเป็นเจ้าของได้อย่างเด็ดขาด เพราะสภาพการเกิดขึ้นของสิ่งของในเกมออนไลน์นั้น จะ เกิดขึ้นมาจากการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้ทำการเล่นเกมออนไลน์แล้วถูกต้องตามข้อกำหนดที่ผู้พัฒนา เกมออนไลน์ได้พัฒนาโปรแกรม คอมพิวเตอร์ไว้ สิ่งของในเกมออนไลน์ก็จะถูกย้ายไปไว้ในบัญชีของผู้ เล่นเกมออนไลน์โดยอัตโนมัติ และได้ทำให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ก็จะมีสิทธิใช้มัน ซึ่งทำให้สิ่งของในเกม นั้น ไม่ได้มีสภาพเป็นสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีเจ้าของแต่มีสภาพเป็นส่วนหนึ่งของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ที่

ผู้พัฒนาเกมออนไลน์เป็นเจ้าของ และพัฒนาขึ้นเท่านั้น ผู้ให้บริการเกมออนไลน์จึงไม่สามารถเป็นผู้มีกรรมสิทธิในทรัพย์สินเสมือนได้

มีปัญหาอีกว่า สิ่งของที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้รับมาจากการสร้างสรรค์ของผู้เล่นเกมออนไลน์ เช่นผู้เล่นเกมออนไลน์ที่มีอาชีพเป็น ช่างตีดาบ ได้รวบรวมสิ่งของเสมือนเช่นแร่ พลอย มารวมเป็นดาบเล่มหนึ่งโดยใช้ความสามารถ ของผู้เล่นเกมออนไลน์ในการสร้างสรรค์ สิ่งของนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลี ได้มีการบัญญัติถึงการได้มาซึ่งกรรมสิทธิในสังหาริมทรัพย์ที่ผลิตจากสังหาริมทรัพย์อื่นที่ว่า “สังหาริมทรัพย์ที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นใหม่โดยบุคคลที่สาม บุคคลผู้ซึ่งเป็นเจ้าของสังหาริมทรัพย์ที่เป็นเจ้าของวัตถุดิบ จะเป็นเจ้าของสังหาริมทรัพย์ที่สร้างขึ้นใหม่.....” เห็นได้ว่าสิ่งของในเกมออนไลน์นั้นไม่สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องดังกล่าวมาปรับใช้ได้ เพราะสิ่งของที่ผู้เล่นสร้างขึ้นนั้น ไม่ใช่สิ่งของที่มีอยู่จริง อีกทั้งวัตถุดิบที่ใช้ในการสร้างรวมถึงความสามารถของตัวละคร ก็ไม่ใช่สิ่งของที่มีอยู่จริง โดยทั้งหมดนั้นเป็นเพียงแค่ส่วนหนึ่งของข้อมูล และฟังก์ชันการทำงานของโปรแกรมเกมออนไลน์ที่ได้ถูกออกแบบโดยผู้พัฒนาเกมออนไลน์เท่านั้น นอกจากนี้การที่ผู้เล่นเกมออนไลน์สร้างสรรค์ สิ่งของในเกมออนไลน์ขึ้นมาขึ้นนั้น การสร้างสิ่งของตามฟังก์ชันของเกมออนไลน์ที่ได้มีขึ้นเท่านั้น ไม่ได้เป็นการสร้างสรรค์งานขึ้นมาใหม่ จึงไม่อาจทำให้สิ่งของที่สร้างขึ้นโดยผู้เล่นเกมออนไลน์มีลักษณะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ของผู้เล่นเกมออนไลน์ได้<sup>220</sup> จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่าในสาธารณรัฐเกาหลีนั้นผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่มีสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์ โดยทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์นั้นจะมีลักษณะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในการครอบครองของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มีเพียงสิทธิที่จะใช้งาน (Right-to-use)ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ตามสัญญาเกมออนไลน์เท่านั้น

#### 4.2.3 ประเด็นการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์

จากที่ผู้วิจัยได้วิเคราะห์สถานะของทรัพย์สินเสมือนไว้ในหัวข้อ 4.2 ว่าทรัพย์สินเสมือนนั้นมีสถานะเป็นทรัพย์สิน โดยเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ที่ผู้ครอบครองทรัพย์สินเสมือน มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ให้บริการออนไลน์ต้องให้บริการเกมออนไลน์ ตามความสามารถของทรัพย์สินเสมือนที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ครอบครองอยู่ ซึ่งตามปกติแล้วสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นบุคคลสิทธินั้น ผู้ที่มีสิทธิในสิทธิเรียกร้องนั้นสามารถที่จะ ซื้อขายหรือโอนสิทธิเรียกร้องที่ตนมีตามสัญญาให้แก่บุคคลอื่น ซึ่งการซื้อขายสิทธิในทรัพย์สินเสมือนซึ่งเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามสัญญาการ

<sup>220</sup>Yoon, U.-g., "Real Money Trading in Mmorpq Items from a Legal and Policy Perspective.", Page 9-10

ให้บริการเกมออนไลน์ ไม่อาจนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 ชื่อขาย มาบังคับใช้ได้ เนื่องจากสภาพของวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายนั้น แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 435<sup>221</sup> จะใช้คำว่าทรัพย์สินก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี สัญญาซื้อขายนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาที่มุ่งหมายให้โอนกรรมสิทธิ์เป็นสำคัญ เมื่อสิทธิในทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์ ไม่ได้เป็นสิ่งที่สามารถมีกรรมสิทธิ์ได้เหมือนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ จึงไม่อาจปรับใช้หลักเกณฑ์เฉพาะเรื่องสัญญาซื้อขายที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 ชื่อขายได้<sup>222</sup> แต่อย่างไรก็ดี การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนซึ่งเป็นสิทธิตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น สามารถกระทำได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่บุคคลจะทำสัญญาใดได้ก็ตามตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และแม้ว่าในสัญญาให้บริการเกมออนไลน์จะมีข้อตกลงในสัญญา ที่ห้ามมิให้ผู้ให้บริการหรือผู้เล่นเกมออนไลน์ทำการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ระหว่างผู้เล่นด้วยกันเอง แต่การผู้เล่นเกมออนไลน์จะทำการฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์โดยทำซื้อขายทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ระหว่างผู้เล่นด้วยกัน การกระทำดังกล่าวก็เป็นเพียงการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาเท่านั้นซึ่งผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสัญญาชอบที่จะไปเรียกร้องเอาค่าเสียหายแก่ผู้ละเมิดสัญญานั้น การซื้อขายสินค้าเสมือนจึงมิใช่เป็นการกระทำผิดกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ หรือเป็นการกระทำที่ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงทำให้การทำการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนนั้นสามารถเกิดขึ้นได้โดยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา<sup>223</sup> เมื่อทรัพย์สินเสมือนมีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนจึงมีลักษณะเป็นสัญญาการโอนสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเสมือนที่เกิดขึ้นตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์โดยมีค่าตอบแทน<sup>224</sup> ซึ่งเป็นสัญญาไม่มีชื่อชนิดหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 303 ได้มีการบัญญัติถึงสิทธิเรียกร้องที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ มี 3 ประเภทคือ 1.สิทธิเรียกร้องที่โอนกันไม่ได้ โดยสภาพของสิทธิ ตามมาตรา 303 วรรคแรกเช่น สิทธิในสัญญาเช่า หรือสิทธิเรียกร้องที่ถือเอาคุณสมบัติของลูกหนี้เป็นการเฉพาะตัว

<sup>221</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 435 อันว่าซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคา ทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย

<sup>222</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า.131

<sup>223</sup> Krongvika Aphaivongs, "Legal Problems on Virtual Property Transaction in Online Games"

(Master Degree, Faculty of Law, Thammasat University, 2013). page 78

<sup>224</sup> ผู้เขียน ขอให้คำว่า "ซื้อขายทรัพย์สินเสมือน" แทนคำว่า "การโอนสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเสมือนโดยเสียค่าตอบแทน"

เป็นต้น <sup>225</sup> 2. สิทธิเรียกร้องที่คู่กรณีได้แสดงเจตนาห้ามโอนกัน ตามมาตรา 303 วรรคสอง <sup>226</sup> 3. สิทธิเรียกร้องที่โอนไม่ได้ เพราะศาลสั่งยึดไม่ได้ ตามมาตรา 304 <sup>227</sup> ดังนั้นซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์ถ้าหากในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ได้มีการระบุไว้ในข้อสัญญาว่า ห้ามผู้เล่นเกมออนไลน์ทำการซื้อขายทรัพย์สินเสมือน กับผู้เล่นอื่นแล้ว แสดงให้เห็นว่าผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้แสดงเจตนาที่จะห้ามมิให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์โอนสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเสมือนของตนให้แก่บุคคลอื่น ทำให้ทรัพย์สินเสมือนมีสภาพเป็นสิทธิเรียกร้องที่โอนแก่กันไม่ได้ ตามที่คู่สัญญามีเจตนาตกลงกันไว้ โดยสิทธิเรียกร้องที่คู่กรณีมีเจตนาห้ามโอนกันนั้น ถ้าหากบุคคลภายนอกผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องได้รับกระทำการโดยสุจริต และไม่รู้ถึงข้อสัญญาที่เวลานั้น การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะมีผลบังคับกันได้ แต่คู่สัญญาที่เสียหายจากการกระทำดังกล่าวอาจฟ้องให้คู่สัญญาที่ละเมิดสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่บุคคลภายนอกต้องรับผิดชอบละเมิดสัญญาได้ <sup>228</sup> ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าจากลักษณะการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์นั้นการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์จะทำการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนระหว่างกันได้ ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องมีบัญชีเกมออนไลน์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ผู้ซื้อและผู้ขายทรัพย์สินเสมือนนั้นได้รับรู้ถึงข้อสัญญาที่ห้ามมิให้จำหน่ายทรัพย์สินเสมือนของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ผู้ซื้อทรัพย์สินเสมือนจึงไม่อาจอ้างความสุจริตของตน ในการทำให้สัญญาซื้อขายทรัพย์สินเสมือนระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์มีผลบังคับได้ การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์จึงไม่มีผลบังคับได้

แต่ในกรณีที่ไม่ได้มีข้อสัญญา ที่ห้ามมิให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ทำการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนหรือมีข้อสัญญาที่ให้สิทธิในทรัพย์สินเสมือนเป็นของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์นั้นย่อมกระทำกันได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนนั้น และเมื่อนิติกรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง จึงต้องกระทำตามแบบของการโอนสิทธิเรียกร้อง คือ 1. การโอนสิทธิเรียกร้องอันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงนั้น ต้องทำเป็นหนังสือ และต้องมีการบอกกล่าวโอนไปยังลูกหนี้ หรือลูกหนี้จะได้ยินยอมด้วย ในการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่าต้องทำ เป็นหนังสือ ตามมาตรา 306

<sup>225</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 303 วรรค แรก “สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าจะพึงโอนกันได้ เว้นไว้แต่สภาพแห่งสิทธินั้นเองจะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้”

<sup>226</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 303 วรรค สอง “ความที่กล่าวมานี้ย่อมไม่ใช่บังคับ หากคู่กรณีได้แสดงเจตนาเป็นอย่างอื่นความที่กล่าวมานี้ย่อมไม่ใช่บังคับ หากคู่กรณีได้แสดงเจตนาเป็น อย่างอื่นการแสดงเจตนา เช่นว่านี้ ท่านห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต”

<sup>227</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 304 “สิทธิเรียกร้องเช่นใด ตามกฎหมายศาลจะสั่งยึดไม่ได้ สิทธิเรียกร้องเช่นนั้น ท่านว่าจะโอนกันหาได้ไม่”

<sup>228</sup> โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2558), หน้า.444-445

แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการโอนสิทธิเรียกร้องประเภทนี้นั้น แม้ว่าผู้โอนจะไม่ได้ทำเป็นหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้ไม่ได้ให้ความยินยอมด้วย ก็ไม่ได้ทำให้นิติกรรมการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นโมฆะแต่อย่างใด เพียงแต่ไม่สามารถยกเอานิติกรรมดังกล่าวขึ้นต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกที่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เดิมโดยสุจริตเท่านั้น<sup>229</sup> 2. การโอนหนี้อันพึงต้องชำระตามเขาสั่งนั้น ท่านว่า จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้ หรือบุคคลภายนอกคนอื่นได้แต่เฉพาะ เมื่อการโอนนั้นได้สลักหลังไว้ในตราสาร และตัวตราสารนั้นได้ส่งมอบ ให้แก่ผู้รับโอนไปด้วย ตามมาตรา 309 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีการโอนทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้นเนื่องจากทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์มีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องให้บริการเกมออนไลน์ตามความสามารถของทรัพย์สินเสมือน ที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ครอบครองอยู่ ดังนั้นทรัพย์สินเสมือนนั้นจึงไม่ใช่สิทธิเรียกร้องอันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดย เฉพาะเจาะจง แต่เป็นสิทธิเรียกร้องที่พึงชำระแก่เจ้าหนี้โดยไม่รู้ว่าเป็นใคร เปรียบได้กับผู้ถือสลากกินแบ่งรัฐบาลที่ถูกรางวัล ซึ่งเป็นหน้าที่กองสลากจะต้องชำระแก่ผู้ถือสลากโดยไม่เฉพาะเจาะจงว่าเป็นใคร การโอนสิทธิเรียกร้องในสลากกินแบ่งรัฐบาลจึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือเพียงแต่ส่งมอบก็ถือว่านิติกรรมมีผลสมบูรณ์แล้ว<sup>230</sup>

ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์นั้น มีลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องที่ไม่ต้องชำระแก่เจ้าหนี้คนหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้นนิติกรรมการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้ขายทรัพย์สินเสมือนทำการส่งมอบทรัพย์สินเสมือนไปยังบัญชีผู้ซื้อทรัพย์สินเสมือน

และนอกจากนี้ในกรณีของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ที่อยู่ในบัญชีของผู้ใช้บริการเกมออนไลน์นั้น ถ้าผู้เล่นเกมออนไลน์ได้ทำการยกเลิกสัญญาเกมออนไลน์หรือไม่ทำการเล่นเกมออนไลน์นั้นแล้ว ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของที่อยู่ในบัญชีเกมออนไลน์นั้น จะมีมูลค่าหรือโอนต่อไปให้บุคคลอื่นได้หรือไม่นั้น เห็นได้ว่า โดยปกติแล้วการเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะส่งผลให้ผู้สัญญาจะต้องกลับคืนสู่สถานะเดิม<sup>231</sup> ซึ่งทำให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องทำ

<sup>229</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4247/2549

<sup>230</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร ปรับปรุงโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้* (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า.180-190

<sup>231</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 391 วรรค1 “ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่าย จำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็น อยู่เดิมแต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่”



การคืนค่าชั่วโมงหรือมูลค่าของสินค้าเสมือนที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ซื้อไปแล้ว แต่อย่างไรก็ดีการที่จะต้อง  
 กลับคืนสู่สถานะเดิมของคู่สัญญานั้น คู่สัญญาอาจจะทำข้อตกลงไว้ล่วงหน้าให้ไม่ต้องกลับคืนสู่สถานะ  
 เดิมเมื่อเลิกสัญญาก็ได้ เพราะบทบัญญัติเรื่องการกลับคืนสู่สถานะเดิมเมื่อเลิกสัญญาตามประมวล  
 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นไม่ใช่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยแต่อย่างใด และทรัพย์สิน  
 เสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้นก็ไม่ได้มีกฎหมายที่บัญญัติไว้เฉพาะให้ผู้ให้บริการต้องคืนเงินเมื่อ  
 มีเลิกสัญญาการให้บริการ เช่นเดียวกับเงินคงเหลือในบัญชีโทรศัพท์มือถือ<sup>232</sup> ส่วนสิทธิของผู้ให้บริการ  
 เกมออนไลน์ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์นั้นเมื่อผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ทำการยกเลิก  
 สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น นอกไปจากนี้การที่ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์จะมีสิทธิในการ  
 จำหน่ายหรือทำการโอนทรัพย์สินเสมือนที่ตนมีหลังจากการเลิกใช้บริการหรือยกเลิกสัญญาเกม  
 ออนไลน์ไปยังผู้ใช้บริการเกมออนไลน์รายอื่นได้หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าสิทธิในการจำหน่ายหรือโอน  
 ทรัพย์สินเสมือนของผู้ให้บริการเกมออนไลน์หลังจากการยกเลิกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ควร  
 ขึ้นอยู่กับข้อตกลงหรือข้อกำหนดในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ เนื่องจากลักษณะและสภาพ  
 เฉพาะของทรัพย์สินเสมือนที่มีเพียงบุคคลสิทธิคือเป็นสิทธิเรียกร้องตามสัญญาการให้บริการเกม  
 ออนไลน์ เมื่อทรัพย์สินเสมือนเป็นสิทธิตามสัญญาแล้ว อีกทั้งไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้ทรัพย์สิน  
 เสมือนมีลักษณะเป็นทรัพย์สินหรือกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการต้องทำการใช้คืนมูลค่าทรัพย์สิน  
 เสมือนที่หลงเหลืออยู่ในบัญชีการให้บริการเกมออนไลน์

เมื่อเปรียบเทียบกรณีการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในสาธารณรัฐเกาหลีเห็นได้ว่าการซื้อขาย  
 ทรัพย์สินเสมือนนั้นมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่ผิดต่อกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะคือ กฎหมาย  
 GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 32 (7) ที่ได้บัญญัติให้การขายเงินเสมือนหรือสิ่งของ  
 ในเกมออนไลน์เป็นความผิดตามกฎหมาย ส่งผลให้สัญญาซื้อขายทรัพย์สินเสมือนไม่อาจเกิดขึ้นได้  
 เนื่องจากข้อสัญญาที่ขัดต่อข้อกำหนดของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมตามมาตรา  
 105 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี<sup>233</sup>

เมื่อเปรียบเทียบการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในสหรัฐอเมริกาเห็นได้ว่า การซื้อขายทรัพย์สิน  
 เสมือนระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์นั้นย่อมกระทำกันได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาแต่อย่างไรก็

<sup>232</sup> ประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง มาตรฐานของสัญญาให้บริการโทรคมนาคม พ.ศ.  
 2549 ข้อ 34 "เมื่อสัญญาเลิกกัน ในกรณีที่ผู้ให้บริการมีเงินค้างชำระแก่ผู้ใช้บริการ ผู้ให้บริการ  
 ต้องคืนเงินนั้นให้แก่ผู้ใช้บริการ"

<sup>233</sup> Article 105 (Optional Provisions)

If the parties to a juristic act have declared an intention which differs from any  
 provisions of Acts or subordinate statutes, which are not concerned with good morals or other  
 social order, such intention shall prevail.

ถ้าหากข้อตกลงในสัญญาเกมออนไลน์ได้ระบุถึงการห้ามซื้อขายทรัพย์สินเสมือนนั้นย่อมทำให้การนิติกรรมดังกล่าวไม่อาจเกิดขึ้นได้

4.2 วิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับสถานะ,ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ และการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์		
ประเทศไทย	สถานะของทรัพย์สินเสมือน	มีลักษณะเป็นทรัพย์สินตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 เนื่องจากทรัพย์สินเสมือนนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง แต่สามารถคำนวณวัดปริมาณได้ และยังเป็นสิ่งที่มีราคา และอาจถือเอาได้
	ความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือน	ทรัพย์สินเสมือนจะมีสถานะเป็นสิทธิตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ซึ่งบุคคลสิทธิที่ใช้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา โดยมีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องที่ผู้เล่นเกมออนไลน์นั้นจะมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องให้บริการเกมออนไลน์ตามความสามารถของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ตามที่ตนได้ครอบครองอยู่ แต่ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งในทรัพย์สินเสมือนได้
	การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์	เนื่องจากทรัพย์สินเสมือนนั้นมีสถานะเป็น เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ซึ่งการซื้อขายสิทธิมีอาจนำประมวลกฎหมายแพ่งบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 ซื้อขาย มาบังคับใช้ได้ แต่อย่างไรก็ดี การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนสามารถทำได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยมีลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเสมือนที่มีค่าตอบแทน ซึ่งการซื้อขายทรัพย์สินเสมือน ถ้าหากในสัญญาเกมออนไลน์มีการห้ามมิผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ทำการจำหน่ายทรัพย์สินเสมือนแล้ว การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนมีอาจทำได้เพราะ ทรัพย์สินเสมือนเป็นสิทธิเรียกร้องที่ห้ามโอน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 303 วรรค 2

สหรัฐอเมริกา	สถานะของทรัพย์สินเสมือน	กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ได้แบ่งประเภททรัพย์สินออกเป็นอสังหาริมทรัพย์ (Real Property) และสังหาริมทรัพย์ (Personal Property) โดยสิ่งใดจะเป็นสังหาริมทรัพย์ได้นั้น จะพิจารณาถึงองค์ประกอบในเรื่อง การมีคุณค่าของสิ่งของนั้น และการแสดงครอบครองได้ นอกจากสถานะการเป็นทรัพย์สินของสิ่งที่ไม่รูปร่างนั้น ศาลได้มีแนวคำตัดสินว่าสิ่งที่ไม่รูปร่างนั้นไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายหรือหนังสือที่จะให้การรับรองสิทธินั้นก่อน จึงทำให้สถานะของทรัพย์สินเสมือนสามารถเป็นทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ได้
	ความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือน	สิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนจะบังคับตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา
	การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์	การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์นั้นย่อมกระทำกันได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตามหากข้อตกลงในสัญญาเกมออนไลน์ได้ระบุถึงการห้ามซื้อขายทรัพย์สินเสมือนนั้นย่อมทำให้การซื้อขายดังกล่าวไม่อาจเกิดขึ้นได้
สาธารณรัฐเกาหลี	สถานะของทรัพย์สินเสมือน	ในประมวลกฎหมายแพ่งของเกาหลีมีบทบัญญัติเฉพาะเรื่องทรัพย์สิน โดยให้ความสำคัญกับหลักเกณฑ์ สิ่งที่จะเป็นทรัพย์สินได้ต้องมีตัวตนหรือต้องเป็นพลังงานที่ควบคุม และต้องมีการครอบครองได้อย่างเด็ดขาด ซึ่งทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมนั้น ยังไม่มีสถานะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมาย เพราะอำนาจในการควบคุมและใช้งานสิ่งของในเกมออนไลน์ยังมีข้อจำกัด ซึ่งทรัพย์สินเสมือนนั้นจะถูกควบคุมได้โดยผู้ให้บริการเกมออนไลน์อีกต่อหนึ่ง และเนื่องจากทรัพย์สินเสมือนนั้นเกิดขึ้นได้จากการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทรัพย์สินเสมือนจึงมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ และนอกจากนี้ศาลชั้นต้นของสาธารณรัฐเกาหลีได้ตัดสินให้สิ่งของในเกมมีสถานะเป็นทรัพย์สินทางปัญญาเนื่องจากมี

		ลักษณะเป็นฟังก์ชันการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของงานอันมีลิขสิทธิ์
ความเป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินเสมือน		ผู้เล่นใช้บริการหรือผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่มีสถานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิในทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์เนื่องจากผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ไม่อาจแสดงการครอบครองการเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนได้อย่างเต็มที่โดยปราศจากการให้บริการจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์ โดยทรัพย์สินเสมือนนั้นจะเป็นผู้ใช้บริการเกมออนไลน์
การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์		เป็นการทำนิติกรรมที่ผิดต่อกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะคือ กฎหมาย GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 32 (7) ที่ได้บัญญัติให้การขายเงินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์เป็นความผิดตามกฎหมาย ส่งผลให้สัญญาซื้อขายทรัพย์สินเสมือนไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากข้อสัญญาที่ขัดต่อข้อกำหนดของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมตามมาตรา 105 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี

#### 4.3 ประเด็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาเกมออนไลน์ ผลของสัญญาไม่เป็นธรรม และกลไกในการดูแลสัญญาไม่เป็นธรรม

ในสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์นั้น โดยปกติแล้วคู่สัญญาสามารถทำสัญญาหรือใดก็ได้ที่โดยรัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงการหรือสัญญานั้น แม้ว่านิติกรรมหรือสัญญานั้นจะเกิดการเอาเปรียบกันอย่างมากก็ตาม เพราะถือได้ว่าบุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันทางกฎหมาย และมีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำสัญญาหรือไม่ก็ได้ ตามหลักอิสระทางแพ่ง และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>234</sup> แต่อย่างไรก็ดีการนำหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่จะให้บุคคลใด ทำสัญญาในรูปแบบใดเรื่องใดก็ได้จากก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาหรือการถูกเอาเปรียบในสัญญาในกรณีที่บุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองที่มากกว่าในการทำสัญญา กำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า และนอกจากนี้แล้วการใช้

<sup>234</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า.433

หลักเสรีภาพในการทำสัญญาอาจก่อให้เกิดการทำสัญญาที่อาจทำให้สังคมไม่สงบสุข เช่นการว่าสัญญาจ้างไปฆ่าคนตายขึ้น หรือการค้ายาเสพติด เป็นต้น

#### 4.3.1 การให้ความเป็นธรรมในสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

โดยการให้ความเป็นธรรมในสัญญาของประเทศไทยนั้น ในยุคแรก ประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมายที่ยกเว้นหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดย ได้วางเป็นหลักเกณฑ์การยกเว้นหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ไว้ดังนี้<sup>235</sup>

##### ก. หลักสุจริต

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ได้วางหลักสุจริตไว้ใน มาตรา 5 ที่ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” ซึ่งการวางหลักสุจริตนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่ช่วยทำให้การตัดสินปัญหาข้อพิพาทใดใดนั้น โดยศาลนั้นการนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้เพื่อประกอบดุลพินิจในการพิจารณา และใช้อุดช่องว่างทางในการตีความกฎหมาย และข้อสัญญาโดยมีความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่สุจริต ในทางกลับกันก็จะไม่คุ้มครองผู้ที่ใช้สิทธิไม่สุจริต<sup>236</sup>

โดยหลักสุจริตตามมาตรา 5 ที่ศาลสามารถใช้หลักดังกล่าวเพื่อนำมาปรับใช้ประกอบดุลพินิจในการให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังได้นำหลักสุจริตเกี่ยวกับการใช้สิทธิของบุคคลไปบัญญัติไว้ในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง การแสดงเจตนา ลากมิควรได้ ตัวเงิน ทรัพย์สิน เป็นต้น

และนอกจากนี้หลักเรื่องสุจริตยังได้ถูกนำมาใช้ในเรื่องของการตีความข้อความในสัญญา โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 368 ที่ว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย” ซึ่งหลักเกณฑ์ตีความตามหลักสุจริต

<sup>235</sup> ผู้วิจัยสรุปหลักกฎหมายที่คุ้มครองเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ที่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเรียบเรียงจาก วิชัย จิตตपालกุล, “สัญญาสำเร็จรูป: ศึกษาเปรียบเทียบเพื่อการแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,” (วิทยานิพนธ์ ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ 2531 หน้า 149-169).; วัฒนา เทพอุดมสถาพร, “แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540” (วิทยานิพนธ์ ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545 หน้า 196-206).; พิทยา วิทยาไพโรจน์, “ปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาไม่เป็นธรรม : ศึกษากรณีสัญญาประกันวินาศภัย” (วิทยานิพนธ์ ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2549) หน้า 35-57

<sup>236</sup> ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4-14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), หน้า.78.

นั้น ศาลได้นำมาใช้โดยนอกจากจะยึดถือตามเจตนาของคู่สัญญามากกว่าตัวอักษรในสัญญาแล้ว ศาลจะตีความข้อสัญญาโดยคำนึงถึงประสงค์ในทางสุจริตประกอบกับประเพณีปฏิบัติด้วยว่าเป็นเช่นไร มิใช่แค่การตีความตามเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น<sup>237</sup>

ข. หลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ได้วางหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนไว้ใน มาตรา 150 ที่ว่า

“การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพนันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

บทบัญญัติตามมาตรานี้เป็นบทจำกัดเรื่องหลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยเป็นการที่กฎหมายได้กำหนดของเขตว่าจะหรือสัญญา ได้มากหรือน้อยเพียงใด โดยปัญหาเรื่องว่า สัญญาหรือนิติกรรมประเภทใดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งไม่อาจทำได้นั้นยังเป็นปัญหาเรื่องการศึกษาที่ศาลจะต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆอยู่

โดยโดยจุดประสงค์หลักของกฎหมายที่ห้ามหรือสัญญาที่ขัดกับความสงบเรียบร้อย ของประชาชนนั้น ก็เพื่อปกป้องรักษาความสงบเรียบร้อยทางการเมือง ได้แก่ การที่กฎหมายได้วางหลักปกป้องรักษาสถาบันของสังคม ได้แก่ รัฐ ครอบครัว และเอกชน เช่นการกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร กฎหมายอาญา กฎหมายครอบครัวหรือสิทธิที่เอกชนพึงได้รับตามกฎหมายมหาชน นอกจากนี้ยังเป็นการปกป้องความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ โดยเป็นการวางขึ้นเพื่อรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชนนั่นเอง<sup>238</sup> โดยกฎหมายที่ปกป้องความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจนั้นเช่นกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามคิดดอกเบี้ยเกินอัตรา กฎหมายควบคุมอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา กฎหมายเกี่ยวกับแชร์ลูกโซ่ เป็นต้น สำหรับ

ส่วนหลักเกณฑ์บังคับตามศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นหลักเป็นหลักที่บังคับเกี่ยวกับธรรมเนียมประเพณี ซึ่งในแต่ละท้องถิ่นแต่ละเวลาอาจมีความแตกต่างกันได้ เช่น กรณีโสเภณี ซึ่งในสมัยหนึ่งได้กับการยอมรับและถูกกฎหมายสัญญาซื้อขายบริการทางเพศจึงมีได้และกฎหมายรับรองแต่ต่อมาสภาพสังคมเปลี่ยนไปทำให้โสเภณีไม่ได้รับการยอมรับในสังคม สัญญาซื้อขายบริการทางเพศจึงต้องห้ามและไม่สามารถทำได้เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนก็เป็นได้ โดยธรรมเนียมประเพณีซึ่งกฎหมายต้องห้ามมิให้บุคคลมีวัตถุประสงค์ที่ประสงค์ฝ่าฝืนธรรมเนียมประเพณีดังกล่าวนั้นอยู่นั้น

<sup>237</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2171/2518 และ 76/2496

<sup>238</sup> จิต เศรษฐบุตร แก้วไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ตังศภัทย์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2528), หน้า.11-30

ควรจะต้องอยู่ในระดับที่สูงกว่าธรรมเนียมประเพณีธรรมดา ทัวไปที่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ง่ายและยอมรับกันในสังคมแคบ ๆ แต่ต้องเป็นประเพณีที่ได้รับการยอมรับมาในเวลานานระดับหนึ่งและ ต้องมีบุคคลในสังคมส่วนใหญ่จำนวนมากยอมรับในประเพณีนั้น เพราะจะทำให้การวินิจฉัยของศาลในเรื่องนิติกรรมใดต้องห้ามตามประเพณีมีความคงที่ ไม่กลับไปกลับมาตามการเปลี่ยนแปลงของประเพณี ที่เปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ<sup>239</sup>

ค.หลักเกี่ยวกับความตกลงยกเว้นความรับผิด.

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ได้วางหลักเกณฑ์ตกลงยกเว้นความรับผิดไว้ในมาตรา 373 ที่ว่า “ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ”

โดยหลักเรื่องการตกลงยกเว้นความรับผิดนั้น เป็นหลักที่ยกเว้นในเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งมีขึ้นโดยเกิดจากความเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจและการเมือง เกิดการเอาเปรียบทางด้านสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่า เช่นผู้ประกอบการ ที่ใช้สัญญาสำเร็จรูป เป็นต้น<sup>240</sup> โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 373 นั้น ถือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งถ้าคู่สัญญาไม่อาจทำสัญญาที่จะยกเว้นความรับผิดอันเกิดจากกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงได้<sup>241</sup> ซึ่งนอกจากหลักเกี่ยวกับข้อตกลงยกเว้นความรับผิดจะมีอยู่ใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ยังมีอยู่ใน พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่จะกล่าวต่อไปด้วย

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าในสัญญาเกี่ยวกับการให้บริการเกมออนไลน์ หลักเกณฑ์การยกเว้นหลักอิสระในทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ยังไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากถ้าหากข้อความในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ไม่เป็นข้อความที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 หรือเป็นข้อความที่ทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน ตามมาตรา 373 ที่จะทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะแล้ว โดยในข้อสัญญาอื่น ๆ นั้น หากมีคดีขึ้นสู่ศาล ศาลต้องพิจารณาคดีบังคับตามข้อสัญญาฉบับนั้น แม้ว่าข้อสัญญาดังกล่าวจะก่อให้เกิดการได้เปรียบหรือเสียเปรียบกันของคู่สัญญาก็ตาม ศาลไม่มีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

<sup>239</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 18-19

<sup>240</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า.435

<sup>241</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2867/2541

#### 4.3.2 การให้ความเป็นธรรมในสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ซึ่งเมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนไป หลักความเสมอภาคทางกฎหมายหรือเสรีภาพของบุคคลที่จะเข้าทำหรือไม่ทำสัญญานั้น แทบจะเป็นไปไม่ได้เนื่องจากความเหลื่อมล้ำและช่องว่าง อันเกิดจากความรู้ สถานะภาพทางเศรษฐกิจ โอกาสที่จะเลือกเข้าทำสัญญา ทำให้บุคคลต่าง ๆ ที่มีโอกาสหรือสถานะที่เหนือกว่า สามารถที่จะใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา ทำสัญญาในลักษณะ อยุติธรรมที่เอารัดเอาเปรียบบุคคลที่มีโอกาสน้อยกว่า โดยกฎหมายและศาลไม่สามารถเข้ามาคุ้มครองให้ความเป็นธรรมได้เลย ซึ่งในตอนช่วงต้นนั้น ความไม่เป็นธรรมในสัญญายังถูกมองว่าไม่มีความจำเป็นที่ต้องให้ความคุ้มครองทางกฎหมาย<sup>242</sup> โดยอาศัยเหตุผลที่ว่า บุคคลนั้นย่อมมีเสรีภาพที่จะไม่ทำสัญญาที่มีลักษณะเอารัดเอาเปรียบตน ซึ่งทำให้มีแต่เฉพาะบุคคลที่สมัครใจที่จะเลือกทำสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบเท่านั้นจึงทำให้ต้องผูกพันตามข้อสัญญานั้น แต่ต่อมา เมื่อสภาพสังคมเกิดความสลับซับซ้อน ความเหลื่อมล้ำและช่องว่างระหว่างคู่สัญญาได้เพิ่มมากขึ้นไปอีก ผู้ประกอบการผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือผูกขาดตลาด สามารถกำหนดข้อสัญญาได้เองโดยคำถึงถึงแต่ผลประโยชน์ของตนเองและ เอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายอย่างไม่เป็นธรรม และใช้ข้อสัญญานั้นกับผู้บริโภคที่ไม่มีทางเลือกในลักษณะที่ว่า ถ้าไม่ยอมตกลงในสัญญา ก็จะไม่ให้ทำธุรกิจด้วย ( Take it or Leave it) ซึ่งจากความไม่เป็นธรรมในสัญญาดังกล่าวนั้น จึงมีการพยายามสร้างเครื่องมือทางกฎหมาย เพื่อที่จะยกเว้นหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการใช้ดุลพินิจของศาลในการให้ความเป็นธรรมในสัญญา หรือบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า ซึ่งในประเทศไทยได้มีการบัญญัติกฎหมาย ที่ชื่อว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพื่อควบคุมให้ความเป็นธรรมในสัญญา

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นกฎหมายที่ให้ความเป็นธรรมในสัญญาในช่วงขณะทำสัญญา หรือช่วงทำสัญญาเสร็จแล้วกล่าวคือ เป็นการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในสัญญาให้ไม่ต้องรับผลของสัญญาที่เกิดขึ้นแล้ว โดยให้อำนาจศาลที่จะปรับใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าสัญญาข้อนั้นเป็นธรรมและมีผลบังคับใช้หรือไม่<sup>243</sup> แต่อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้ให้อำนาจศาลสามารถใช้ดุลพินิจเข้าไปปรับใช้ให้ความเป็นธรรมในสัญญาได้เป็นการทั่วไป แต่ต้องเป็นสัญญาหรือนิติกรรมที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้บังคับลักษณะของสัญญาที่สามารถให้ศาลใช้อำนาจมีดุลพินิจ ตรวจสอบและปรับแก้ความไม่เป็นธรรมในสัญญาไว้ในมาตรา 4-9 รวม 8 ประเภทได้แก่

<sup>242</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, "สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540," *อุลพาห* 45, 1 (2541). หน้า.2.

<sup>243</sup> ศันท์กรณ โสทธิพันธ์, *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา*, หน้า.496



1. สัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 4
2. สัญญาสำเร็จรูป ตามมาตรา 4
3. สัญญาขายฝาก ตามมาตรา 4
4. ข้อตกลงจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพการงาน และข้อตกลงจำกัดเสรีภาพในการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 5 ไม่ว่าจะตกลงกันในสัญญาประเภทใดก็ตาม
5. ข้อตกลงยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือเพื่อรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ส่งมอบให้ผู้บริโภค ตามสัญญาที่ทำกันระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ตามมาตรา 6
6. ข้อสัญญาที่ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำตามมาตรา 7
7. ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ที่ใดทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นจำกัดความรับผิดชอบละเมิดหรือสัญญาตามมาตรา 8
8. ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายในคดีละเมิดตามมาตรา 9

โดยข้อตกลงนอกเหนือจากที่กล่าวมา 8 ข้อข้างต้น ข้อสัญญาดังกล่าวจะไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งคู่สัญญาจะทำสัญญาในรูปแบบใดก็ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา<sup>244</sup>

โดยสัญญาเกมออนไลน์นั้น มีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ เพราะเมื่อพิจารณาจากความหมายของผู้ประกอบการและผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 3<sup>245</sup> เห็นได้ว่าผู้ให้บริการเกมออนไลน์มีลักษณะเป็นผู้ประกอบ

<sup>244</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 81

<sup>245</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3

"ข้อสัญญา" หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอมรวมทั้งประกาศ และคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบด้วย

"ผู้บริโภค" หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มา ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช่เพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าวซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย

"ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ" หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน

ธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ” เนื่องจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้น เป็นผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อจัดให้ซึ่งบริการ และการทำสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นยังเป็นไปเพื่อประโยชน์ตามปกติของตนด้วย โดยผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นได้อยู่ในฐานะผู้บริโภค เพราะผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ได้เข้าทำสัญญาในฐานะเพื่อให้ได้มาซึ่งบริการ โดยมีค่าตอบแทนในที่นี้คือค่าชั่วโมงการเล่นเกม หรือค่าที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้จ่ายไปเพื่อให้ได้มาซึ่งเงินเสมือนหรือสิ่งของเสมือน ซึ่งค่าตอบแทนความหมายของค่าตอบแทนตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น ไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าผู้ใดเป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนการซื้อสินค้าและบริการเพียงแต่ผู้ประกอบการได้รับค่าตอบแทนจากการจำหน่ายสินค้าและบริการก็ถือว่าเป็นพอแล้ว<sup>246</sup> ซึ่งแม้ว่าการให้บริการเกมออนไลน์นั้นผู้ให้บริการเกมออนไลน์จะเปิดให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์เล่นเกมได้ฟรี โดยผู้ให้บริการเกมออนไลน์จะมีรายได้มาจากค่าโฆษณา ก็ถือเป็นค่าตอบแทนแล้ว

และนอกจากนี้สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น เป็นสัญญาที่มีลักษณะที่ผู้ประกอบการได้จัดทำสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยผู้บริโภคไม่มีโอกาสที่จะได้ต่อรองหรือปรับเปลี่ยนข้อสัญญาได้ นอกจากการเลือกที่จะยอมรับสัญญาและใช้บริการ หรือไม่ใช้บริการเท่านั้น โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 3 ได้ให้ความหมายของสัญญาสำเร็จรูปไว้ว่า

“สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการ กำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้าไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน”

ซึ่งจากข้อความดังกล่าวเห็นได้ว่า สัญญาสำเร็จรูปนั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังนี้<sup>247</sup>

1. ต้องเป็นสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ดังนั้นสัญญาที่ทำขึ้นเป็นวาจา ไม่อาจเป็นสัญญาสำเร็จรูปได้ แม้ว่าข้อสัญญานั้นจะมีการบันทึกเป็นวิดีโอ หรือบันทึกเสียงเอาไว้ก็ตาม และการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาไม่ใช่สาระสำคัญ โดยสัญญาลายลักษณ์อักษรนั้นไม่จำเป็นต้องอยู่บนรูปแบบของหนังสือสัญญาเท่านั้น เนื่องจากในคำนิยามของสัญญาสำเร็จรูปได้ใช้คำว่า ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใด มาขยายความดังกล่าว ดังนั้น สัญญาที่ส่งทางโทรสาร และจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งสัญญาที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ ถือได้ว่าเป็นสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว

<sup>246</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, "สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540," อุลพาท หน้า.

87.

<sup>247</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.89-90

2. ข้อสัญญาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญต้องถูกกำหนดขึ้นล่วงหน้า โดยข้อสัญญาดังกล่าวนั้นไม่ได้เกิดจากการเจรจาต่อรองกันของคู่สัญญา แต่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้วิจัยสัญญายืนยันว่าข้อสัญญาต้องเป็นไปตามประสงค์ของคู่สัญญาฝ่ายที่ทำสัญญาเท่านั้น มิฉะนั้นคู่สัญญาฝ่ายที่ร่างสัญญาจะไม่เข้าทำสัญญาด้วย คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิแค่เพียงเลือกที่จะยอมรับเข้าทำสัญญา หรือไม่เข้าทำสัญญาเท่านั้น โดยไม่สามารถเจรจาเนื้อหาของสัญญาได้

3. สัญญาที่ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้านั้นต้องเป็นข้อสัญญาเพื่อใช้ในการประกอบกิจการของคู่สัญญาฝ่ายที่ร่างสัญญาดังกล่าว ซึ่งในองค์ประกอบข้อสุดท้ายนี้ จะใช้ในการแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาที่ใช้ในการประกอบธุรกิจทางการค้ากับผู้บริโภคเป็นการทั่วไป กับสัญญาที่สร้างขึ้นเป็นครั้งคราว แต่ในกฎหมายฉบับนี้นั้นมิได้บังคับว่าต้องนำมาใช้ในการประกอบกิจการตามปกติเท่านั้น ดังนั้นแม้ว่าจะมีการนำข้อสัญญาดังกล่าวมาใช้ครั้งแรกในการประกอบกิจการของตน ก็จะต้องถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวใช้เพื่อการประกอบกิจการค้าแล้ว

ซึ่งจากองค์ประกอบดังกล่าวทำให้สัญญาเกมออนไลน์จึงมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปซึ่งเมื่อข้อตกลงในสัญญาให้บริการเกมออนไลน์มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคจึงต้องนำพระราชบัญญัติฉบับนี้มาปรับใช้บังคับด้วย

โดยลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาเกมออนไลน์ ที่บทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ให้ความคุ้มครองความเป็นธรรมไว้ดังนี้

### **ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบการ**

การให้ความเป็นธรรมในเรื่องการจำกัดหรือการยกเว้นความรับผิดในสัญญา ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นั้น ได้แบ่งการให้ความเป็นธรรมในสัญญาเรื่องดังกล่าวเป็น 2 ประเภทคือ

1. การข้อตกลงหรือจำกัดความรับผิดที่มีผลเป็นโมฆะไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย โดยข้อตกลงหรือข้อสัญญาประเภทนี้เป็นข้อสัญญาที่กฎหมายต้องห้ามไม่ให้มีในสัญญา ซึ่งถ้าหากมีในสัญญาข้อสัญญาดังกล่าวก็มีผลเป็นโมฆะไม่อาจใช้บังคับได้เลย ซึ่งได้แก่

1.1 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิ ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และ

1.2 ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำ

โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบด้วย ตามมาตรา 8 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

1.3 นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373 ยังบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาหรือข้อตกลงจำกัดความรับผิดที่ทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบต่อผลของความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน ว่าข้อสัญญาดังกล่าว ถ้าปรากฏอยู่ในสัญญาจะมีผลเป็นโมฆะไม่อาจบังคับกันได้

2. ข้อตกลงหรือจำกัดความรับผิดที่อาจมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจพิจารณาให้ความเป็นธรรมในสัญญาโดยให้ข้อสัญญาดังกล่าวนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งได้แก่

2.1 ข้อสัญญาจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาตามมาตรา 4 วรรคสาม (1) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

2.2 ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายที่ไม่ใช่ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัย ของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลงผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบด้วยตามมาตรา 8 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

โดยข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอันเกิดจากการผิดสัญญาตามมาตรา 4 วรรค สาม (1) นั้นได้แนวคิดมาจาก กฎหมายของประเทศอังกฤษในเรื่อง exemption clause หรือการยกเว้นความรับผิดที่เกิดขึ้นทั้งหมด ไม่ว่าจะจะเป็นความรับผิดอันเกิดจากการผิดสัญญา ความรับผิดอันเกิดจากละเมิด หรือความรับผิดอันเกิดจากกฎหมายอื่น ๆ ด้วยแต่อย่างไรก็ดี ความหมายของมาตรา 4 วรรคสาม (1) นั้นจะมีความหมายของการบังคับใช้ที่แคบกว่า กล่าวคือมาตรา 4 วรรคสาม (1) นั้นจำกัดอยู่แต่เพียงข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาเท่านั้น โดย exemption clause ได้ถูกบัญญัติขยายความอยู่ในกฎหมาย Unfair Contract Terms Act 1977 section 13 (1) ที่ว่า ข้อตกลงหรือยกเว้นความรับผิดนั้นให้หมายรวมถึง

(a) ข้อตกลงที่กำหนดให้ความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่า จะเกิดขึ้นหรือจะถูกบังคับให้เป็นจริงได้ภายใต้เงื่อนไขที่เคร่งครัดหรือยากกว่าปกติธรรมดา

(b) ข้อตกลงที่ยกเว้นหรือจำกัดสิทธิหรือช่องทางเยียวยาของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าให้น้อยลงกว่าปกติ หรือข้อตกลงที่ทำให้บุคคลดังกล่าวจะต้องถูกกระทบสิทธิหรือ

เสียประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งไป หากยืนยันที่จะบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิหรือช่องทางเยียวยาปกติของตน และ

(c) ข้อตกลงที่กำหนดให้ยกเว้นไม่ต้องนำกฎหมายตามกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความมาใช้ทั้งหมดหรือบางส่วนอันเป็นผลให้ความรับผิดชอบหรือภาระหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าลดน้อยหรือหมดสิ้นไป แต่อย่างไรก็ตาม ข้อตกลงที่ต้องให้เสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการก่อนที่จะฟ้องคดี นั้นสามารถใช้บังคับได้ ไม่ถือว่าเป็นข้อตกลงหรือยกเว้นจำกัดความรับผิด

โดยการตีความว่าข้อสัญญามีความเป็นธรรมหรือไม่ตามมาตรา 4 วรรคสาม (1) ท่านอาจารย์จรัญ ภักดีธนากุล ได้ให้ความเห็นในประเด็นดังกล่าวไว้ว่า ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามมาตรา 4 วรรคสาม (1) นั้น น่าจะหมายความรวมถึงข้อตกลงที่ระบุไว้ใน (a), (b) และ (c) ของ Unfair Contract Terms Act 1977 section 13 (1) ด้วย<sup>248</sup>

โดยในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มักจะมีข้อสัญญาที่กำหนดยกเว้นความรับผิด เอาไว้ดังเช่น สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์บริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์รายหนึ่ง ที่ว่า

“14.1 บริษัท จะถูกยกเว้นความรับผิดขอปในกรณีที่บริษัท ไม่สามารถให้บริการได้เนื่องจากเหตุสุดวิสัย เช่น สงคราม เหตุการณ์ร้าย มรสุม หรือ ภัยพิบัติในชาติ

14.2 บริษัท จะไม่รับผิดชอบเกี่ยวกับการระงับ หรือ ข้อบกพร่อง ในการให้บริการเนื่องมาจากผลทางกฎหมายใดหรือการกระทำผิดกฎหมายของผู้ใช้ บริการ

14.3 บริษัทมีสิทธิยกเว้นความรับผิดในกรณีที่ เกิดเหตุขัดข้องทางไฟฟ้า เช่น การจ่ายไฟ และ โทรมคมนาคมหยุดบริการ หรือการให้บริการระบบไฟฟ้าและการสื่อสารเกิดขัดข้อง ไม่ปกติ

14.4 บริษัทยกเว้นความรับผิดของตนในกรณีที่การให้บริการหยุดไปเนื่องจากเหตุการณ์ ที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ เช่นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง การตรวจเช็คและการก่อสร้างอุปกรณ์สำหรับการให้บริการซึ่งประกาศไปล่วงหน้า แล้ว

14.5 บริษัท จะไม่รับผิดชอบในกรณีที่ผู้ใช้บริการไม่สามารถทำตามคำที่ผู้ใช้บริการคาดหมายไว้ และความเสียหายจากการเลือกใช้บริการ หรือการใช้บริการของผู้ใช้บริการเอง

<sup>248</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.93-96.

14.6 บริษัท จะไม่รับผิดชอบจากการ login ล่าช้าและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการ lag (การรับส่งข้อมูลระหว่างระบบและผู้ใช้บริการเล่นเกมล่าช้า) ที่ผู้ใช้บริการเรียกกัน (การสูญเสียอุปกรณ์ และ ค่าประสบการณ์) ซึ่งถือว่ามิใช่ความเสียหาย และเป็นผลที่ไม่สามารถเป็นความเสียหายได้ ซึ่งอธิบายได้ชัดเจน<sup>249</sup>

ซึ่งจากข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาเกมออนไลน์ดังกล่าวนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ลักษณะข้อตกลงที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น มีลักษณะเป็นการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอันเกิดมาจากการกระทำอันเนื่องมาจากปัจจัยภายนอกสัญญา เช่น เหตุสุดวิสัยที่ไม่อาจควบคุมได้ เกิดจากบุคคลภายนอกสัญญา หรือเกิดจากการกระทำของผู้ให้บริการเกมออนไลน์เอง ซึ่งไม่ใช่เป็นลักษณะการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำละเมิด หรือผิดสัญญาของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ที่เป็นผู้ร่างสัญญา

และนอกจากนี้ความเสียหายที่จำกัดความรับผิดนั้น เป็นเพียงความเสียหายผู้ใช้บริการไม่สามารถทำกำไรตามที่ผู้ใช้บริการคาดหวังไว้ ซึ่งเป็นความเสียหายทางอ้อมจากการใช้บริการเกมออนไลน์ เพราะจุดประสงค์ของการใช้บริการเกมออนไลน์นั้นเป็นการใช้งานเพื่อความบันเทิง มิใช่การแสวงหากำไร หรือเพื่อการทำธุรกิจ อันเป็นการผิดวัตถุประสงค์การเล่นเกมออนไลน์

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นผู้วิจัยเห็นว่าข้อตกลงที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในสัญญาเกมออนไลน์ที่ยกตัวอย่างมานั้นมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมและใช้บังคับกันได้ตามกฎหมาย

**ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ ตามมาตรา 4 วรรคสาม (3)**

ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญนั้น เป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องการที่จะมีไว้ในสัญญาเพื่อป้องกันความผกผันทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง ที่จะส่งผลให้ตนจะต้องเป็นฝ่ายรับภาระมากขึ้นในการทำสัญญา เช่นการที่เพิ่มขึ้นของราคาสินค้าที่มาจากเงินเฟ้อ หรือการที่หากเปิดให้บริการต่อไปก็มีแต่จะขาดทุน เป็นต้น ซึ่งข้อตกลงลักษณะดังกล่าวนี้ อาจแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มคือ<sup>250</sup>

<sup>249</sup> สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่ให้บริการโดยบริษัท ทูออนไลน์ จำกัด ซึ่งแสดงอยู่บน เว็บไซต์ [http://auth.gg.in.th/authenticate\\_v3/Condition\\_TH.html](http://auth.gg.in.th/authenticate_v3/Condition_TH.html) โดยผู้วิจัยได้เข้าใช้งานเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2559

<sup>250</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.98-99.

1 ข้อตกลงให้สัญญาเลิกกันหรือสิ้นสุดสภาพผูกพันกันต่อไป เมื่อเกิดเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้ภาระตามสัญญาของฝ่ายตนหนักขึ้น ทั้งนี้ โดยไม่ต้องมีการบอกเลิกสัญญาเลย โดยข้อตกลงในกลุ่มนี้จะมืองค์ประกอบหลักอยู่ว่า ข้อตกลงให้สัญญาเลิกกันหรือสิ้นสุดสภาพผูกพันกันต่อไปนั้นจะต้องมีลักษณะที่ ขาดเหตุผลอันสมควร เช่นการขาดทุนในการให้บริการอันเนื่องมาจากต้นทุนที่เพิ่มขึ้นเป็นต้น แต่ถ้าเหตุแห่งการที่ทำให้สัญญาสิ้นสุดลงมาจากเหตุที่มีผลอันสมควร เช่นเหตุจากการชำระหนี้พ้นวิสัย หรือเกิดอุบัติเหตุร้ายแรงจนไม่สามารถทำตามสัญญาต่อไป ข้อสัญญาดังกล่าวก็มีผลบังคับกันได้เพราะสาเหตุดังกล่าวนั้นทำให้สัญญาเลิกกันได้ตามกฎหมายอยู่แล้ว

2. ข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองเหนือกว่ามีสิทธิเลือกที่จะบอกเลิกสัญญาหรือไม่ก็ได้ แม้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะไม่ได้ผิดสัญญาเลยก็ตาม ข้อตกลงลักษณะนี้ในสัญญาคือการให้สิทธิผู้ที่มีอำนาจเหนือกว่าในสัญญา เช่นผู้ให้บริการที่เป็นผู้ร่างสัญญามีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวโดย แม้ว่าอีกฝ่ายจะไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญเลยก็ตาม ซึ่งข้อสัญญาลักษณะนี้ก่อให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบแก่คู่สัญญาเป็นอย่างมาก จึงมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่หากข้อสัญญาที่ให้สิทธิบอกเลิกสัญญา เพราะเหตุว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นฝ่ายผิดสัญญาในสาระสำคัญแล้ว ข้อสัญญานั้นก็จะมีผลบังคับได้ เพราะเป็นการใช้สิทธิเลิกสัญญาที่มีตามกฎหมายอยู่แล้ว

โดยข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรหรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญตามข้อนี้องค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมคือ "ไม่มีเหตุผลอันสมควร" และ "โดยอีกฝ่ายมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ" ซึ่งการบอกเลิกสัญญา ตามข้อตกลงประเภทนี้ดังนั้นต่อไปนี้ สิทธิในการบอกเลิกสัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการระบุเหตุผลอันสมควรไว้ในสัญญา และไม่อาจกำหนดให้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาแม้อีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ<sup>251</sup>

ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ มักพบได้มากในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ดังเช่นสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์บริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์รายหนึ่ง ที่ว่า

“ 1.5 คุณให้การยินยอมว่าวินเนอร์ออนไลน์อาจจะหยุดให้บริการหรือเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของการบริการเมื่อใดก็ได้ ด้วยเหตุผลใดก็ได้ และอาจจะแจ้งคุณหรือไม่ก็ได้ โดยที่วินเนอร์ออนไลน์ไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ

<sup>251</sup> วัฒนา เทพวุฒิสถาพร, "แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ".หน้า.212

3.4 วินเนอร์ออนไลน์ของสงวนสิทธิ์ในการคัดออกหรือลบเนื้อหาของผู้ใช้ใด ๆ ออกจากบริการเป็นการถาวรโดยอาจจะแจ้งหรือไม่แจ้งให้ทราบล่วงหน้าก็ได้”<sup>252</sup>

ซึ่งจากข้อสัญญาตัวอย่างดังกล่าว การหยุดให้บริการเกมออนไลน์ หนี้อการคัดออกหรือลบเนื้อหาของผู้ใช้งานออกนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์โดยผู้ใช้บริการอาจไม่ได้ผิดสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์เลย ข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามความหมายที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 4 วรรคสาม (3)

และนอกจากนี้ ข้อสัญญาที่ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบจากการยกเลิกการให้บริการนั้น ยังมีลักษณะเป็นข้อข้อตกลงที่ยกเว้นความรับผิดชอบอันเกิดจากผิดสัญญาตามมาตรา 4 วรรคสาม (1) ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากข้อสัญญาดังกล่าวนั้นก่อให้เกิดการได้เปรียบผู้ใช้บริการเกมออนไลน์มากเกิดสมควรอีกด้วย

**ข้อตกลงที่ให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือรับภาระเพิ่มขึ้นเกินกว่าภาระที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาตามมาตรา 4 วรรคสาม (5)**

ข้อตกลงที่ให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่ากฎหมายกำหนดหรือรับภาระเพิ่มขึ้นเกินกว่าภาระที่มีอยู่ในขณะทำสัญญานั้น หลักเกณฑ์พิจารณาตามเรื่องนี้ จะแบ่งการพิจารณาเป็นสองกรณี คือ

1. ข้อตกลงที่ให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด จะต้องพิจารณาจากว่าในเรื่องดังกล่าวนี้มีกฎหมายที่กำหนดความรับผิดชอบหรือรับภาระแก่ผู้สัญญาหรือไม่ เช่นในกฎหมายเรื่องค้ำประกันฉบับแก้ไขใหม่ ที่ให้ผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วม หรือ เรื่องผู้ค้ำประกันเอาทรัพย์สินมาค้ำประกัน โดยการจำนองแก่เจ้าหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 727/1 ถ้าหากในสัญญากำหนดให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าทรัพย์สินที่ค้ำประกันสัญญาข้อนั้นก็จะเป็นสัญญาที่ผู้สัญญาได้เปรียบผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทันที
2. ข้อตกลงที่ให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายให้ต้องรับภาระเพิ่มขึ้นเกินกว่าภาระที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาตาม สำหรับประเด็นความไม่เป็นธรรมในหัวข้อนี้ จะพิจารณาจากการเพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ผู้สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองต่อยกกว่า เช่น ข้อตกลงในสัญญาค้ำประกันที่ให้ผู้สัญญาอาจต้องมีความรับผิดชอบที่มีมูลค่าเกิน

<sup>252</sup> สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่ให้บริการโดยบริษัท วินเนอร์ออนไลน์ จำกัด ซึ่งแสดงอยู่บน เว็บไซต์ <https://www.winner.co.th/termservice.php> โดยผู้วิจัยได้เข้าใช้งานเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2559



กว่าที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ ทั้งนี้ โดยสัญญาลักษณะดังกล่าวนั้นจะพิจารณาแต่เพียงว่า คู่สัญญาฝ่ายที่เหนือกว่าได้ทำข้อตกลงให้สิทธิตนสามารถไปเพิ่มภาระในสัญญาให้หนักขึ้นแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายเกินกว่าสัญญาก็ถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดการได้เปรียบแล้วโดยไม่ต้องคำนึงถึงเหตุผลในการเพิ่มภาระดังกล่าวแก่คู่สัญญา<sup>253</sup>

ข้อตกลงที่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือรับภาระเพิ่มขึ้นเกินกว่าภาระที่มีอยู่ในขณะทำสัญญา มักพบได้มากในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ดังเช่นสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์บริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์รายหนึ่ง ที่ว่า

“ 4.3 วินเนอร์ออนไลน์มีสิทธิ์ในการแก้ไข จัดการ ควบคุม หรือกำจัดเงินตราเสมือนตามเห็นสมควร ราคาและการหามาได้ของสิ่งของเสมือนในเกมอาจจะเปลี่ยนแปลงได้โดยไม่ต้องมีการ แจ้งล่วงหน้า”<sup>254</sup>

จากข้อสัญญาดังกล่าวนั้นผู้วิจัยเห็น หากผู้ให้บริการเกมออนไลน์ทำการ กำจัด ควบคุม หรือเปลี่ยนแปลงราคาของสิ่งของเสมือนหรือเงินตราเสมือนโดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า นั้น จะทำให้ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์จะต้องชำระค่าเงินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์เพิ่มขึ้นมากกว่าตอนทำสัญญาโดยไม่มีโอกาสได้ต่อรองราคา หรือไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาว่าจะใช้บริการต่อไปตามอัตราเงินเสมือนหรือสิ่งของในเกมที่เพิ่มขึ้นหรือไม่ ข้อตกลงนี้จึงเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิผู้ให้บริการเกมออนไลน์กำหนดให้ผู้ใช้บริการต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา จึงอาจมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 4 วรรคสาม (5)

#### ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

เนื่องจากข้อสัญญาที่มีข้อความที่ไม่เป็นธรรมในสัญญานั้น กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ข้อสัญญาดังกล่าวต้องตกเป็นโมฆะไปเสียหมด ข้อสัญญาดังกล่าวยังมีผลบังคับกันทางกฎหมาย แต่กฎหมายนั้นให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจของตนในการวินิจฉัยว่า สัญญาข้อไหนมีความยุติธรรมหรือเป็นธรรมนั้น โดยการใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นมีความเป็นธรรมหรือไม่นั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้วางหลักเรื่องการพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นเป็นธรรมหรือไม่ไว้ใน มาตรา 10 ที่มีใจความว่า “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

<sup>253</sup> จรรย์ ภักดีธนากุล, "สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540," ตุลพาท หน้า 101.

<sup>254</sup> สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่ให้บริการโดยบริษัท วินเนอร์ออนไลน์ จำกัด ซึ่งแสดงอยู่บน เว็บไซต์ <https://www.winner.co.th/termservice.php> โดยผู้วิจัยได้เข้าใช้งานเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2559

- (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสัมพันธ์ชัดเจน ความคาดหวัง แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญา ตามสภาพที่เป็นจริง
- (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
- (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
- (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”

แม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาตรา 10 จะวางหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจแก่ศาลในการพิจารณาว่าข้อตกลงหรือข้อสัญญาใด มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแต่ในแต่ในปัจจุบันนั้น ยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลที่แน่นอนว่าสัญญาต้องมีข้อตกลงแค่ไหนจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งการวินิจฉัยนั้นจะขึ้นอยู่กับศาลในแต่ละคดีที่จะตัดสินตามการใช้ดุลพินิจของตน ซึ่งอาจจะทำให้ในคดีที่มีเท็จจริงเดียวกันผู้พิพากษาแต่ละท่านอาจมีการใช้ดุลพินิจในการตัดสินว่าสัญญาเป็นธรรมหรือไม่แตกต่างกัน<sup>255</sup>

แต่อย่างไรก็ดียังมีข้อเว้นอยู่ 3 กรณีที่กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้บัญญัติไว้ว่า ถ้าหากมีข้อสัญญาดังกล่าวอยู่ในสัญญา ให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลเป็นโมฆะเสมือนหนึ่งไม่มีข้อสัญญานั้นเลยโดยไม่ต้องให้ศาลใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นเป็นธรรมหรือไม่ ได้แก่

1. ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิ โดยผู้บริโภคมิได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ตามมาตรา 6
2. ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย ตามมาตรา 8
3. ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 9

ซึ่งจากที่กล่าวมาเห็นได้ว่ากลไกการให้ความคุ้มครองความเป็นธรรมของสัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 นั้น มีลักษณะเป็นกลไกการให้ความ

<sup>255</sup> ศันนัทกรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า.514-520.

คุ้มครองความเป็นธรรมในสัญญาหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นไปแล้ว โดยผู้ใช้บริการเกมออนไลน์นั้น เมื่อพบข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะต้องมีการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล ซึ่งถ้าหากไม่ฟ้องคดีต่อศาลก็จะได้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ความคุ้มครองความเป็นธรรมในสัญญาเกมออนไลน์ตามกฎหมายนี้คงไม่ได้รับการปฏิบัติ เนื่องจากผู้ใช้บริการคงไม่ยากที่จะต้องใช้กระบวนการทางศาลที่ใช้เวลานานและเสียค่าใช้จ่าย ซึ่งอาจไม่คุ้มค่าเมื่อเทียบกับค่าเสียหายหรือความคุ้มครองที่ได้รับกลับมาเมื่อชนะคดี ผู้วิจัยจึงเห็นว่ากลไกการให้ความคุ้มครองความเป็นธรรมในสัญญาตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ยังไม่สามารถคุ้มครองความเป็นธรรมในการทำสัญญาเกมออนไลน์ได้อย่างเพียงพอ

#### 4.3.3 การให้ความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522

กลไกกำกับดูแลความเป็นธรรมในข้อสัญญาในประเทศไทยนั้นนอกจาก กลไกการกำกับดูแลความเป็นธรรมตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งเป็นกลไกการกำกับดูแลให้ความเป็นธรรมในข้อสัญญาในเชิงแก้ไขโดยการใช้อำนาจทางศาลในการปรับแก้ไขให้ความเป็นธรรมในสัญญาแล้ว ในประเทศไทยยังมีกลไกการกำกับดูแลให้ความเป็นธรรมในข้อสัญญาเชิงป้องกัน คือการใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของสัญญาให้มีเป็นธรรมโดยฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการเข้าทำสัญญา ซึ่งได้ถูกบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 ทวิ วรรค 1 ดังนี้

“ ในการประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้”

จะเห็นได้ว่าในกฎหมายฉบับนี้นั้นได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับธุรกิจที่อาจถูกควบคุมด้านสัญญาจะต้องมีองค์ประกอบดังนี้

- 1.ธุรกิจการขายหรือบริการใดที่กฎหมายหรือปกติประเพณีกำหนดให้สัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นต้องทำเป็นหนังสือ
- 2.คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ต้องกำหนดให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจที่อาจควบคุมสัญญา

โดยการคัดเลือกว่าธุรกิจไหนจะต้องถูกควบคุมสัญญานั้น ในพระราชกฤษฎีกา เรื่องกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจ ที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ.2542 นั้นได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกธุรกิจของคณะกรรมการไว้ในมาตรา 3 ดังนี้

“คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังต่อไปนี้

(๑) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

(๒) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย

(๓) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันทัดจัดเจน”

โดยหากธุรกิจใดถูกคณะกรรมการเลือกประเภทธุรกิจว่าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาแล้ว จะต้องทำสัญญาตามแนวทางที่มีลักษณะต่อไปนี้ได้<sup>256</sup>

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ถ้าหากธุรกิจเป็นธุรกิจที่ถูกควบคุมด้านสัญญาแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจอาจถูกจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาบางส่วนลง โดยไม่อาจร่างสัญญา ที่ทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบ หรือไม่ เป็นธรรมต่อผู้บริโภคได้ แต่ยังมีเสรีภาพในการร่างสัญญาใดใดที่ไม่เข้าข่าย ข้อห้ามตามกฎหมายได้อยู่ แต่ถ้าหากธุรกิจนั้นคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ได้รูปแบบของสัญญา ขึ้นมาแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจ จะต้องใช้สัญญาตามที่คณะกรรมการกำหนดเท่านั้น ไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาอีกต่อไป

แม้ว่าธุรกิจเกมออนไลน์นั้นจะเป็นธุรกิจผู้ประกอบการมีอำนาจต่อรองเหนือผู้บริโภคและยังเป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปที่มีข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคอย่างแพร่หลาย แต่ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายหรือตามประเพณีที่จะกำหนดให้สัญญาเกมออนไลน์นั้นต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้น คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา จึงไม่อาจอาศัยอำนาจ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคพ.ศ. 2522 มาตรา 35 ทวิ ในการกำหนดให้ธุรกิจเกมออนไลน์เป็นธุรกิจที่ถูกควบคุมสัญญาได้ ซึ่งทำให้ไม่สามารถนำกลไกการกำกับดูแลความเป็นธรรมในเชิงป้องกัน มาปรับใช้ให้ความเป็นธรรมในสัญญาเกมออนไลน์ได้

จากการศึกษาลักษณะและผลของข้อสัญญาในสัญญาเกมออนไลน์ตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของต่างประเทศเปรียบเทียบกับของไทย พบว่าเป็นดังนี้

<sup>256</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค(ฉบับที่2) พ.ศ.2541 มาตรา 35 ทวิ วรรค 2

## ข้อตกลงจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด

สำหรับข้อสัญญาเกี่ยวกับข้อตกลงจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ มักพบในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์เช่น ข้อสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ของบริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์รายหนึ่ง ที่ว่า

“และผู้ให้บริการ ตกลงจะไม่เรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นจากเอเชีย ซอฟท์ทังส์ ในกรณีที่ผู้ใช้บริการถูกยกเลิกหรือระงับการให้บริการไอดี ตลอดถึง การถูกระงับการให้บริการ ไอดีเกม หรืออื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง กับ Play ID ทุกกรณี”<sup>257</sup>

เนื่องจากการระงับการให้บริการไอดี หรือการระงับการให้บริการเกมออนไลน์นั้นจะเป็นการยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์ ซึ่งเป็นการผิดสัญญาการให้บริการ ทำให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญาตาม พระราชบัญญัติ ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาตรา 4 วรรคสาม (1) โดยกฎหมายให้ข้อสัญญาดังกล่าวให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งยังคงมีปัญหาว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะถือว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

แต่เมื่อพิจารณาข้อตกลงดังกล่าวในสาธารณรัฐเกาหลี ผู้วิจัยเห็นว่าข้อตกลงดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อสัญญาตกลงหรือยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบการจากการกระทำโดยประมาท หรือเจตนาจากการกระทำของผู้ประกอบการ ตามมาตรา 7 แห่ง ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS เนื่องจากการที่จะยกเลิก บัญชีหรือระงับการให้บริการได้นั้นจะต้องเกิดจากการกระทำโดยเจตนาของผู้ประกอบการ เมื่อการยกเลิกบริการได้กระทำไปโดยผู้เล่นเกมออนไลน์ ไม่ได้กระทำผิดสัญญาแล้ว ผู้ให้บริการที่เป็นผู้ผิดสัญญาก็ควรจะชดใช้คืนค่าบริการหรือมูลค่าทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ที่ผู้ใช้บริการได้ซื้อไปตามสัดส่วน การที่ในสัญญาไม่ให้สิทธิผู้ใช้บริการที่จะเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นคุณแก่ผู้ใช้บริการ ข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและมีผลเป็นโมฆะ ไม่อาจนำมาใช้บังคับกันได้ตั้งแต่ต้น

เมื่อพิจารณาข้อตกลงตัวดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกาผู้วิจัยเห็นว่า สัญญาเกมออนไลน์นั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ใช้บริการไม่มีโอกาสได้ต่อรองในการเข้าทำสัญญามีโอกาส

<sup>257</sup> ข้อสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ของบริษัท เอเชียซอฟท์ จำกัด Available at <https://secure2.playpark.com/register/Term-of-Service.aspx> เข้าใช้เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2559

เพียงแต่ที่จะ เลือกเข้าทำสัญญาหรือไม่เท่านั้น (Take-it or Leave-it) จึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะเหนือกว่าของอำนาจต่อรองและเป็นสัญญาจำยอม ซึ่งเป็นลักษณะของข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unconscionability) แต่ในเรื่องความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unconscionability) นั้นยังคงมีปัญหาในการพิจารณาว่าสัญญาต้องมีเนื้อหาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบแค่นั้นถึงเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหา ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป

**ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ**

ข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ให้บริการเกมออนไลน์สามารถยกเลิกการให้บริการโดยไม่จำเป็นต้องล่วงหน้านั้นมักพบได้มากในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ดังเช่น สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ บริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์รายหนึ่ง ที่ว่า

“ 1.5 คุณให้การยินยอมว่าวินเนอร์ออนไลน์อาจจะหยุดให้บริการหรือเปลี่ยนเนื้อหาของบริการเมื่อใดก็ได้ ด้วยเหตุผลใดก็ได้ และอาจจะแจ้งคุณหรือไม่ก็ได้ โดยที่วินเนอร์ออนไลน์ไม่ต้องรับผิดชอบใด ๆ

3.4 วินเนอร์ออนไลน์ของสงวนสิทธิ์ในการตัดออกหรือลบเนื้อหาของผู้ใช้ใด ๆ ออกจากบริการเป็นการถาวรโดยอาจจะแจ้งหรือไม่แจ้งให้ทราบล่วงหน้าก็ได้”<sup>258</sup>

เมื่อพิจารณาข้อสัญญาดังกล่าวพบว่า เป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะที่ ให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ตามมาตรา 4 วรรคสาม (3) โดยกฎหมายให้ข้อสัญญาดังกล่าวให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งยังคงมีปัญหาว่าแค่นั้นเพียงไรจึงจะถือว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

เมื่อเปรียบเทียบข้อสัญญาตัวอย่างในสาธารณรัฐเกาหลีนั้นพบว่า ข้อสัญญาดังกล่าว มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่เกี่ยวกับการระงับและยกเลิกสัญญา ที่มีลักษณะ เป็นการให้สิทธิผู้ประกอบการทำการระงับหรือยกเลิกสัญญาที่ไม่ได้เกิดจากสาเหตุตามกฎหมายและการยกเลิกสัญญานั้นทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหายเปรียบอย่างไม่มีเหตุผล ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตาม

<sup>258</sup> สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่ให้บริการโดยบริษัท วินเนอร์ออนไลน์ จำกัด ซึ่งแสดงอยู่บน เว็บไซต์ <https://www.winner.co.th/termservice.php> โดยผู้วิจัยได้เข้าใช้งานเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2559

ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS มาตรา 9 ข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีผลเป็นโมฆะ ไม่อาจนำมาใช้บังคับกันได้ตั้งแต่ต้น

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่าข้อสัญญาดังกล่าวนั้นมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unconscionability) โดยศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางหลักเรื่องการให้สิทธิยกเลิกสัญญาไว้ในคดี American Agricultural Chemical Company v. Kennedy & Crawford<sup>259</sup> โดยศาลได้วางหลักไว้อย่างเคร่งครัดว่า สิทธิในการยกเลิกสัญญานั้นจะต้องเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต และสมเหตุสมผลโดยการเลิกสัญญานั้นจะทำตามใจคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ แต่อย่างไรก็ดีในกรณีที่สัญญาที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา นั้น ศาลได้มีคำพิพากษาออกเป็น 3 แนวทางดังนี้

- (1) สัญญาที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาที่คู่สัญญาสามารถเลิกสัญญาเมื่อไรก็ได้ แต่การเลิกสัญญานั้นต้องมีคำบอกกล่าวไปยังผู้ใช้บริการเป็นระยะเวลาพอสมควร<sup>260</sup>
- (2) สัญญาที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาที่คู่สัญญาจะเลิกสัญญาได้ต่อเมื่อผ่านระยะเวลาพอสมควรไปแล้ว<sup>261</sup>
- (3) สัญญาที่คู่สัญญาจะต้องผูกพันตามสัญญาตลอดไปจนกว่าจะเกิดเหตุการณ์ที่กำหนดไว้ในสัญญา เช่นการผิดสัญญาเป็นต้น<sup>262</sup>

จากหลักการที่กล่าวมาทำให้เห็นได้ว่าศาลสหรัฐเริ่มให้การยอมรับหลักการที่ว่าให้คู่สัญญาสามารถเลิกสัญญาที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาได้เพื่อคุ้มครองภาวะทางเศรษฐกิจแก่คู่สัญญา แต่อย่างไรก็ดีการเลิกสัญญานั้น จะต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าให้คู่สัญญาอีกฝ่ายทราบก่อนที่จะเลิกสัญญา จากข้อสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่กล่าวมาในเรื่องการยกเลิกสัญญาเห็นได้ว่า ข้อสัญญานั้นมีลักษณะเป็นการให้สิทธิผู้ให้บริการเกมออนไลน์ มีสิทธิยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร โดยจำเป็นไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า อีกทั้งยังไม่ต้องมีความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการเลิกสัญญานั้น ดังนั้นข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหา(Substantive Unconscionability) และเมื่อพิจารณาจากสัญญาเกมออนไลน์มีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปซึ่งเป็นสัญญามีลักษณะ

<sup>259</sup> American Agricultural Chemical Company v. Kennedy & Crawford. November 23, 1904. [48 S. E. 868.] Available at [https://archive.org/stream/jstor-1099917/1099917\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/jstor-1099917/1099917_djvu.txt)

<sup>260</sup> Victor R. JESPERSEN, Appellant, v. MINNESOTA MINING AND MANUFACTURING COMPANY, Appellee. No. 83728. Decided: June 18, 1998

<sup>261</sup> Fluorine On Call, Ltd. v. Fluorogas Limited 380 F.3d 849 (5th Cir. 2004)

<sup>262</sup> Zee Med. Distrib. Ass'n. v. Zee Med., Inc., 94 Cal. Rptr. 2d 829, 833 (Ct. App. 2000)

เหนือกว่าของอำนาจต่อรองและเป็นสัญญาจำยอม ซึ่งเป็นลักษณะของข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unconscionability) จากองค์ประกอบดังกล่าว ข้อตกลงตัวอย่างจึงเป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ไม่สามารถโต้แย้งกัน

### **ข้อตกลงที่ให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือรับภาระเพิ่มขึ้นเกินกว่าภาระที่มีอยู่ในขณะทำสัญญา**

ข้อสัญญาให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือรับภาระเพิ่มขึ้นเกินกว่าภาระที่มีอยู่ในขณะทำสัญญามักจะพบได้ในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ดังเช่น สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์บริษัทผู้ให้บริการเกมออนไลน์รายหนึ่ง ที่ว่า

*4.3 วินเนอร์ออนไลน์มีสิทธิ์ในการแก้ไข จัดการ ควบคุม หรือกำจัดเงินตราเสมือนตามเห็นสมควร ราคาและการหามาได้ของสิ่งของเสมือนในเกมอาจจะเปลี่ยนแปลงได้โดยไม่ต้องมีการ แจ้งล่วงหน้า*

*8.2 วินเนอร์ออนไลน์ขอสงวนสิทธิ์ในการแก้ไขข้อตกลงนี้เมื่อใดก็ได้โดยไม่ต้อง แจ้งให้ทราบล่วงหน้า และเป็นความรับผิดชอบของคุณที่จะต้องอ่านทบทวนข้อตกลงนี้เพื่อทราบข้อแก้ไขเปลี่ยนแปลงเหล่านั้น การที่คุณใช้บริการวินเนอร์ออนไลน์หลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงข้อตกลงแล้ว จะถือว่าคุณยอมรับในข้อตกลงที่แก้ไขแล้วนั้น”<sup>263</sup>*

จากข้อสัญญาดังกล่าวนั้นเห็นได้ว่าการที่ในสัญญาให้บริการเกมออนไลน์นั้นมีข้อตกลงที่ให้ผู้ให้บริการสามารถเปลี่ยนแปลงมูลค่าของเงินตราเสมือนในเกม และสามารถเปลี่ยนแปลงข้อตกลงหรือข้อสัญญาในเกมออนไลน์ได้ตามใจชอบ โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้านั้นส่งผลให้ ผู้ใช้บริการก็ต้องชำระค่าเงินเสมือนในเกมเพิ่มมากขึ้น หรือต้องยอมรับข้อสัญญาที่อาจเอาเปรียบตนเพิ่มมากขึ้นโดยไม่มีโอกาสได้ต่อรองมูลค่าเงินเสมือนหรือข้อตกลงที่ทำให้ตนต้องรับภาระอันเกิดจากข้อสัญญาใหม่เพิ่มมากขึ้น โดยไม่มีโอกาสที่จะพิจารณาว่าจะใช้บริการต่อไปตามอัตราค่าบริการที่เพิ่มขึ้นหรือไม่ ข้อตกลงนี้จึงเป็นข้อตกลงที่ให้สิทธิผู้ให้บริการกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ตามมาตรา 4 วรรคสาม (5) โดยกฎหมายให้ข้อสัญญาดังกล่าวให้มี

<sup>263</sup> สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่ให้บริการโดยบริษัท วินเนอร์ออนไลน์ จำกัด ซึ่งแสดงอยู่บน เว็บไซต์ <https://www.winner.co.th/termservice.php> โดยผู้วิจัยได้เข้าใช้งานเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2559



ผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งยังคงมีปัญหาว่าแค่ไหนเพียงไรจึงจะถือว่าเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี

เมื่อเปรียบเทียบกับสาธารณรัฐเกาหลีใต้ เห็นได้ว่าข้อสัญญาตัวอย่างนั้น มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ให้ผู้ประกอบการฝ่ายเดียวมีอำนาจแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อความในสัญญาได้โดยไม่มีเหตุผล ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 10 แห่ง ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS ข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีผลเป็นโมฆะ ไม่อาจนำมาใช้บังคับกันได้ตั้งแต่ต้น

เมื่อพิจารณาข้อตกลงตัวดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกาผู้วิจัยเห็นว่า สัญญาเกมออนไลน์นั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ใช้บริการไม่มีโอกาสได้ต่อรองในการเข้าทำสัญญามีโอกาสเพียงแต่ที่จะ เลือกเข้าทำสัญญาหรือไม่เท่านั้น (Take-it or Leave-it) จึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะเหนือกว่าของอำนาจต่อรองและเป็นสัญญาจำยอม ซึ่งเป็นลักษณะของข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา (Procedural Unconscionability) แต่ในเรื่องความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา (Substantive Unconscionability) นั้นยังคงมีปัญหาในการพิจารณาว่าสัญญาจะต้องมีเนื้อหาที่ให้คู่สัญญาอีกฝ่ายให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือรับภาระเพิ่มขึ้นเกินกว่าภาระที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาเป็นสัญญา ขนาดไหนจึงจะมีลักษณะที่เป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเนื้อหา ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายคดีไป

#### 4.4 ประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์

ความรับผิดที่จะเกิดขึ้นตามกฎหมายได้นั้น จะต้องเกิดจากการกระทำการของบุคคลอันเป็นความผิด<sup>264</sup> โดยถ้าการกระทำความผิดนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชน ความรับผิดนั้นก็จะเป็นความรับผิดทางแพ่ง แต่ถ้าการกระทำความผิดนั้น ก่อความเสียหายให้แก่สมาคมมนุษย์ ความรับผิดนั้นก็จะเป็นความรับผิดทางอาญา<sup>265</sup> ซึ่งความรับผิดทางแพ่ง นั้นผู้กระทำจะต้องมีความผิด คือได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้บุคคลอื่นเสียหาย โดยหากเป็นการกระทำที่ผู้กระทำ มีการจงใจหรือประมาทเลินเล่อที่จะไม่ชำระหนี้ในสัญญาก็จะก่อให้เกิดความรับผิดในสัญญา แต่ถ้าเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยการละเมิดกฎหมายที่สังคมตั้งไว้เพื่อคุ้มครองผู้อื่นจนมีความเสียหายเกิดขึ้นก็จะเป็นความรับผิดทางละเมิด

<sup>264</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า.25

<sup>265</sup> จีต เศรษฐบุตร์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า.27

#### 4.4.1 ประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดทางสัญญา

ความรับผิดตามสัญญานั้นเกิดจากการที่บุคคล ไม่ชำระหนี้ตามที่เกิดขึ้นในสัญญา ไม่ว่าจะเกิดจากสาเหตุจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม โดยเมื่อมีสัญญากันเกิดขึ้น คู่สัญญาก็จะมีนิติสัมพันธ์ชนิดหนึ่ง ซึ่งผูกพันทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้เกิดขึ้น โดยความรับผิดตามสัญญาจะมีขึ้นได้นั้น คู่สัญญาจะต้องฟ้องร้องกันผ่านกระบวนการศาลโดย ความรับผิดที่จะเอามาฟ้องร้องบังคับกันนั้น ต้องเป็นหนี้ที่สภาพแห่งนั้นกฎหมายเปิดช่องให้ฟ้องร้องบังคับกันได้ด้วย<sup>266</sup>

ความรับผิดตามสัญญานั้นจะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อ<sup>267</sup>

1. ได้มีสัญญาสมบูรณ์ในระหว่างผู้รับผิดกับผู้เสียหาย ซึ่งสัญญานั้นไม่จำเป็นจะต้องมีรูปแบบเป็นหนังสือเสมอไป อาจอยู่ในรูปแบบใดก็ได้ ถ้าหากคำเสนอ สนองของบุคคลสองฝ่ายตรงกัน ก็เพียงพอที่จะเกิดสัญญาแล้ว และสัญญานั้นต้องมีผลบังคับใช้ได้ ตามกฎหมาย ไม่เป็นโมฆะ หรือโมฆียะ ที่ทำให้สัญญาสิ้นผลลง
  2. ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา หากเพียงแต่ความเสียหายที่เกิดขึ้น บุคคลทั้งสองเป็นคู่สัญญาอย่างไม่เพียงพอ ที่จะบังคับตามความรับผิดในสัญญาได้ ซึ่งกรณีความเสียหายที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น ถ้าสัญญามีข้อตกลงที่แน่ชัดก็จะมีปัญหาในการบังคับใช้ แต่ในบางกรณีที่สัญญาไม่ได้ระบุไว้แน่ชัด เพราะสัญญาจะระบุไว้แต่สาระสำคัญเท่านั้น ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นจากการจะถือว่าเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาและก่อให้เกิดความรับผิดตามสัญญาหรือไม่ ซึ่งกฎหมายได้อาศัยการแปลความเจตนาของคู่สัญญา ว่าจะมีหนี้เกิดขึ้น ในสัญญาอีกหลายอย่าง ตัวอย่างเช่น ในสัญญาซ่อมรถ แม้ว่าจะไม่ได้มีข้อกำหนดว่า รถที่ซ่อมออกมาช่างต้องขนนอตล้อให้แน่นเพื่อความปลอดภัย แต่เจตนาของสัญญาซ่อมรถย่อมเห็นได้ว่าเจ้าของรถย่อมมีความต้องการให้ช่างตรวจเช็คครถให้ดีก่อนออก เมื่อรถขับออกไปแล้วเกิดอุบัติเหตุ จึงเป็นความรับผิดที่เกิดจากสัญญา<sup>268</sup>
- โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222 ได้บัญญัติไว้ว่า

<sup>266</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรได้, หน้า.26

<sup>267</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด หน้า.50-60

<sup>268</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 25/2523

“การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหม ทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้”

เจ้าหน้าที่เรียกทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหาย อันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว”

จะเห็นได้ว่าความเสียหายที่เกิดจากความรับผิดตามสัญญา นั้น จะเรียกได้แต่เพียงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากการผิดสัญญาเท่านั้น นอกเสียจากว่าลูกหนี้ได้คาดการณ์หรือเห็นได้ว่าจะเกิดความเสียหายขึ้นจากไม่ชำระหนี้ที่ตนเองได้ทำลงไป โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา และก่อให้เกิดความรับผิดนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้นั้นโดยจะต้อง มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้นจะพิจารณาว่าการที่ลูกหนี้ตามสัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเจ้าหนี้ใช่หรือไม่ ถ้าหากการระงับหนี้ก่อให้เกิดความเสียหายและความเสียหายนั้นไม่ไกลเกินกว่าเหตุ ก็จะเป็นความเสียหายที่อาจเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ชำระหนี้ นั้นรับผิดชอบได้ โดยความเสียหายที่จะได้รับการชดเชยนั้นจะต้องอยู่บนฐานของสัญญานั้นด้วย จึงต้องนำสัญญาที่ตกลงกันไว้มาพิจารณาเสมอ<sup>269</sup> ตัวอย่างของความเสียหายที่เป็นความเสียหายโดยตรงจากการผิดสัญญานั้นได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากการทำสัญญาใหม่<sup>270</sup> ค่าเสียหายที่เกิดจากการต้องจ้างวิศวกรที่ปรึกษาโครงการในการคุมงานต่อไปจนเสร็จแม้ว่าในสัญญาจะไม่ได้ระบุไว้ว่าจะต้องมีความรับผิดในค่าจ้างวิศวกรดังกล่าว<sup>271</sup> เป็นต้น

ดังนั้นความรับผิดตามสัญญาที่จะเกิดขึ้นในสัญญาที่เกี่ยวกับเกมออนไลน์นั้น จะเกิดขึ้นระหว่างบุคคลผู้ซึ่งทำสัญญาเกี่ยวกับเกมออนไลน์ด้วยกัน คือผู้ให้บริการเกมออนไลน์ และผู้ใช้บริการเกมออนไลน์เท่านั้น ความรับผิดตามสัญญาที่เกิดขึ้นนั้นไม่อาจรวมไปถึง บุคคลที่สามที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็น บุคคลภายนอกที่อาจได้รับความเสียหายจากเกมออนไลน์ ผู้เล่นเกมออนไลน์ด้วยตนเอง หรือบุคคลภายนอกที่เข้ามาจำหน่ายโปรแกรมโกงเกมหรือโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ เป็นต้น ซึ่งเมื่อผู้เล่นเกมออนไลน์ได้ตกลงเข้าทำสัญญาการใช้บริการเกมออนไลน์แล้ว ถือได้ว่าผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ และผู้ให้บริการเกมออนไลน์มีหน้าที่จะต้องผูกพันกันตามสัญญาที่ได้ตกลง

<sup>269</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบัณฑิตยสภา, 2559), หน้า.155

<sup>270</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1726/2534

<sup>271</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4004/2534

กันไว้ คู่สัญญาจึงต้องมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าว เมื่อคู่สัญญาทำการละเลยที่จะกระทำตามสัญญาย่อมก่อให้เกิดความรับผิดทางสัญญาเกิดขึ้น

เมื่อเปรียบเทียบกับความรับผิดทางสัญญาของสาธารณรัฐเกาหลีพบว่า ความรับผิดทางสัญญานั้นจะเกิดจากการที่คู่สัญญามีสัญญาที่ต้องให้คู่สัญญาปฏิบัติ และคู่สัญญาไม่ชำระหนี้ตามสัญญาที่มีต่อกัน ซึ่งทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้รับชำระหนี้สามารถเรียกค่าเสียหายได้ ซึ่งการจะให้เกิดความรับผิดทางสัญญาได้นั้นจะต้องมีการพิสูจน์ให้ได้ว่าลูกหนี้ผู้ซึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญามีหนี้ที่ต้องชำระตามสัญญา<sup>272</sup> ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับการเกิดความรับผิดทางสัญญาในประเทศไทย และความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดทางสัญญาของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ตามมาตรา 390 ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีนั้น ได้บัญญัติให้ผู้ได้รับความเสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายได้แต่เพียงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากการผิดสัญญาเท่านั้น นอกเหนือเสียจากว่าค่าเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษที่ลูกหนี้ผู้ผิดสัญญาคาดเห็นหรือ ควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เหมือนกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 222 ของประเทศไทย

ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับหลักความรับผิดทางสัญญาในประเทศไทยที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างสหรัฐอเมริกา นั้น จะเห็นได้ว่าความรับผิดทางสัญญาจะเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเมิดข้อตกลงในสัญญาที่กำหนดไว้ และการละเมิดสัญญาต้องก่อความเสียหายให้กับคู่สัญญา ซึ่งในระบบคอมมอนลอว์นั้นได้มีการแบ่งระดับของการละเมิดสัญญาที่จะก่อให้เกิดความรับผิดแตกต่างกันออกไป คือ 1. Minor Breach 2. Material Breach 3. Fundamental Breach และ 4. Anticipatory Breach โดยการละเมิดสัญญาในระดับต่าง ๆ ก่อให้เกิดผลและความรับผิดที่เกิดขึ้นแตกต่างกันดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 โดยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากความรับผิดทางสัญญานั้นสามารถเรียกได้ทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นได้กว้างกว่า ค่าเสียหายจากการผิดสัญญาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เช่นประเทศไทยและสาธารณรัฐเกาหลี ที่จำกัดแต่เพียงค่าเสียหายเกิดขึ้นจริงจากการผิดสัญญาเท่านั้น แต่ความรับผิดทางสัญญาของสหรัฐอเมริกานั้นสามารถเรียกร้องค่าเสียหายต่อเนื่องที่เกิดจากการผิดสัญญา รวมทั้งค่าเสียหายจากความไว้วางใจ (Reliance damage) ได้อีกด้วย

แต่อย่างไรก็ดีนั้นเมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความรับผิดทางสัญญานั้นพบว่าความรับผิดทางสัญญานั้นไม่อาจนำมาปรับใช้ในเรื่องความรับผิดเกี่ยวกับเกมออนไลน์ได้ทั้งหมดเนื่องจากความรับผิดทางสัญญานั้นจะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญคือ จะต้องมีความสัมพันธ์กันระหว่างคู่สัญญาเนื่องจากความรับผิดในเกมออนไลน์นั้นอาจเกิดจากบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในเกมออนไลน์โดยตรง และนอกจากนี้ความรับผิดทางสัญญานั้นคู่สัญญายังสามารถทำสัญญาที่มีลักษณะจำกัดความ

<sup>272</sup> Kim In Hyeon, *Transport Law in South Korea* (Kluwer Law International, 2011).Page 80

รับผิดชอบบางอย่างในสัญญาได้ ซึ่งทำให้การปรับใช้ความรับผิดทางสัญญาในเรื่องเกี่ยวกับเกมออนไลน์ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองบุคคลฝ่ายต่างๆ ในเกมออนไลน์ได้อย่างเพียงพอ

4.3.1 ประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดทางสัญญา	
ประเทศไทย	ความรับผิดทางสัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเข้าองค์ประกอบคือ 1. มีสัญญาที่ใช้บังคับได้ระหว่างคู่สัญญา 2. คู่สัญญาไม่กระทำการชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญา 3. การไม่ชำระหนี้ดังกล่าวให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญา โดยความเสียหายที่สามารถเรียกได้จากการผิดสัญญานั้น สามารถเรียกได้เพียงค่าเสียหายโดยตรงจากการผิดสัญญาเท่านั้น
สาธารณรัฐเกาหลี	ความรับผิดทางสัญญามุ่งองค์ประกอบความผิดเหมือนความรับผิดทางสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศไทย กล่าวคือ ความรับผิดทางสัญญาจะมุ่งองค์ประกอบคือ 1. มีสัญญาที่ใช้บังคับได้ระหว่างคู่สัญญา 2. คู่สัญญาไม่กระทำการชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญา 3. การไม่ชำระหนี้ดังกล่าวให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญา โดยความเสียหายที่สามารถเรียกได้จากการผิดสัญญานั้น สามารถเรียกได้เพียงค่าเสียหายโดยตรงจากการผิดสัญญาเท่านั้น
สหรัฐอเมริกา	องค์ประกอบความรับผิดทางสัญญานั้นมุ่งองค์ประกอบคือ 1. มีสัญญาที่ถูกต้องใช้บังคับได้ระหว่างคู่สัญญา 2. คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละเมิดข้อตกลงในสัญญาที่กำหนดไว้ และ 3. การละเมิดสัญญาต้องก่อความเสียหายให้กับคู่สัญญา แต่อย่างไรก็ดีความรับผิดทางสัญญาของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่น สหรัฐอเมริกานั้นมีการแบ่งระดับของการละเมิดสัญญาเอาไว้ ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดที่ไม่เท่ากันในแต่ละระดับความรับผิด นอกจากนี้ความเสียหายอันเกิดจากการผิดสัญญานั้น นอกจากความเสียหายโดยตรงจากการผิดสัญญาแล้วคู่สัญญายังสามารถเรียกร้องเอาความเสียหายอื่น เช่น ความเสียหายจากการไว้วางใจ (Reliance damage) ได้ด้วย

#### 4.4.2 ความรับผิดทางละเมิด

ความรับผิดเพื่อละเมิดนั้นเป็นความรับผิดที่เกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมายจนมีความเสียหายเกิดขึ้น<sup>273</sup> ซึ่งหน้าที่ตามกฎหมายนั้นจะเป็นหน้าที่ที่มีต่อคนอื่นโดยทั่วไป<sup>274</sup> โดยหน้าที่นั้นคือการงดเว้นที่จะกระทำความเสียหายกับใครก็ตามในสังคม เมื่อมีบุคคลฝ่าฝืนหน้าที่นั้น ย่อมทำให้เกิดความเสียหายขึ้นต่อบุคคลอื่น และบุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้นก็ควรจะได้รับชดเชยค่าเสียหายเสมือนหนึ่งว่าความเสียหายไม่เคยเกิดขึ้น โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดของบุคคลในการกระทำของตนเองไว้ใน มาตรา 420 ที่ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” ซึ่งตามมาตรา 420 นี้ทำให้สามารถพิจารณาองค์ประกอบกฎหมายของการกระทำละเมิดได้ดังนี้

##### 1. มีการกระทำของบุคคลหนึ่งต่อบุคคลหนึ่ง

องค์ประกอบข้อแรกของความรับผิดเพื่อละเมิดนั้น คือต้องมีบุคคลเป็นผู้กระทำ ซึ่งในกฎหมายนั้นใช้คำว่าผู้ใด โดยผู้ใดที่จะทำละเมิดได้นั้นต้องเป็นมนุษย์<sup>275</sup>

สำหรับนิติบุคคลนั้น เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้นิติบุคคลมีสถานะเสมือนเป็นบุคคลขึ้นมาอีกคนหนึ่ง นิติบุคคลก็สามารถก่อความเสียหายได้เช่นกัน โดยการก่อความเสียหายของนิติบุคคลนั้นจะเป็นการกระทำผ่านตัวแทนของนิติบุคคล ซึ่งการกระทำของตัวแทนก็จะเปรียบเสมือนนิติบุคคลได้กระทำการเองถ้าการกระทำนั้นอยู่ในอำนาจของตัวแทนนิติบุคคลที่จะทำได้<sup>276</sup>

ส่วนลักษณะของการกระทำนั้น แค่นั้นถึงจะเป็นการกระทำ เห็นได้ว่าการกระทำนั้น หมายความว่าถึงการแสดงความรู้สึกนึกคิดในใจคนออกมาให้บุคคลอื่นทราบ โดยการเคลื่อนไหวร่างกายไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง ซึ่งผู้แสดงความเคลื่อนไหวนั้น ต้องรู้สำนึกในการเคลื่อนไหวของตนเองด้วย<sup>277</sup> การรู้สำนึก

<sup>273</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมีควรได้, หน้า.27

<sup>274</sup> ไพจิตร บุญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ 2558), หน้า.3

<sup>275</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.6

<sup>276</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมีควรได้, หน้า.62

<sup>277</sup> วารี นาสกุล ปรับปรุงโดย จรัล ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ละเมิด (กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นต์ติ้ง, 2554), หน้า.22

ในการเคลื่อนไหวนั้นผู้กระทำจะต้องสามารถบังคับการเคลื่อนไหวนั้นได้ ถ้าหากเป็นการเคลื่อนไหวที่ไม่รู้สำนึกหรือไม่สามารถบังคับการเคลื่อนไหวนั้นได้ จะไม่ถือเป็นการกระทำ<sup>278</sup>

สำหรับการกระทำนั้นจะมีการกระทำในสองรูปแบบคือการกระทำในด้านบวก ได้แก่การกระทำที่ผู้กระทำแสดงออกถึงการกระทำให้คนอื่นได้รู้ เช่นการเดิน การวิ่ง ส่วนการกระทำในด้านลบ นั้นหมายถึงการที่บุคคลไม่ยอมกระทำการใดใด ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นการงดเว้นการกระทำ<sup>279</sup> โดยการงด

โดยปกติแล้วบุคคลไม่ควรจะต้องรับผิดชอบ ถ้าหากไม่ได้กระทำการใด เพราะผู้ซึ่งงดเว้นการกระทำไม่ได้มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำ เขาจึงไม่จำเป็นต้องกระทำการใดใด แม้ว่าการงดเว้นนั้นจะทำให้เกิดความเสียหายขึ้น เช่นการที่บุคคลเห็นคนจมน้ำแล้วไม่ช่วย เป็นต้น แต่หากบุคคลผู้นั้นมีหน้าที่ที่ต้องกระทำ ซึ่งถ้าหากเขาได้ทำตามหน้าที่แล้วความเสียหายก็อาจไม่เกิดขึ้น แต่การงดเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ความเสียหายเกิดขึ้น การงดเว้นนี้ถือเป็นการกระทำด้วยเช่นกัน<sup>280</sup> ซึ่งเป็นการที่บุคคลนั้น มีหน้าที่บางประการที่จะต้องกระทำแต่บุคคลนั้นละเลยที่จะกระทำ โดยหน้าที่ที่บุคคลต้องกระทำนั้นแบ่งได้เป็น 4 ประเภทคือ<sup>281</sup>

1.หน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งก็คือการที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องกระทำ ถ้าหากบุคคลนั้นงดเว้นไม่กระทำแล้วความเสียหายก็จะเกิดขึ้น เช่นกฎหมายกำหนดให้รถที่จอดในที่มืด ต้องแสดงแสงไฟให้เห็นได้ชัด เจ้าของรถจึงมีหน้าที่ที่ต้องแสดงไฟให้รถคันอื่นรู้ว่าจะจอดอยู่ แต่เจ้าของรถละเลยงดเว้นการกระทำดังกล่าว เมื่อเกิดอุบัติเหตุมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้งดเว้นการกระทำก็ต้องรับผิดชอบ นอกจากนี้หน้าที่ตามกฎหมายนั้นอาจเป็นเรื่องระเบียบปฏิบัติทางราชการ ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษที่ส่วนราชการได้มีการออกข้อกำหนดไว้ ถ้าหากข้าราชการฝ่าฝืนงดเว้นไม่ปฏิบัติตามกฎดังกล่าว ก็จะต้องรับผิดชอบฐานละเมิดได้เช่นกัน<sup>282</sup>

2.หน้าที่ตามสัญญา คือการที่คู่สัญญาตกลงกันว่าจะทำการหนึ่งการใดแล้วไม่กระทำการนั้นจนก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น เช่น เซ่นกรมทางหลวงจ้างผู้รับเหมาซ่อมถนน แต่ผู้รับเหมาละเลยไม่ติดตั้งไฟเตือนทั้ง ๆ ที่ในสัญญามีระบุไว้ จนเกิดอุบัติเหตุขึ้น เห็นได้ว่าผู้รับเหมาที่มีหน้าที่ที่จะต้องติดตั้งไฟเตือนตามสัญญา แต่ได้งดเว้นการทำการ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นผู้รับเหมาก็ต้องรับผิดชอบ

<sup>278</sup> ไพจิตร บุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า.7

<sup>279</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, หน้า.64

<sup>280</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.65

<sup>281</sup> วารีน นาสกุล ปรับปรุงโดย จรัล ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ละเมิด, หน้า.27-31

<sup>282</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่1297/2493 , 910/2520

3.หน้าที่ตามวิชาชีพ กล่าวคือ ผู้ประกอบวิชาชีพ มักจะต้องมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดความเสียหายจากวิชาชีพของตน เช่น วิศวกรมีหน้าที่ต้องคุมงานก่อสร้างให้ตรงตามแบบแต่ดเว้นไม่คุมงานก็สร้างให้ดี ถ้าหากมีความเสียหายเกิดขึ้นวิศวกรก็ต้องรับผิดชอบในฐานะละเมิด

4.หน้าที่ตามความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำครั้งก่อน หน้าที่นี้โดยปกติแล้วบุคคลจะไม่มีหน้าที่อะไรที่ต้องกระทำกร แต่ถ้าหากบุคคลนั้นได้กระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่ขึ้น ซึ่งเมื่อมีหน้าที่เกิดขึ้นแล้วจะต้องทำต่อไปให้ลุล่วง แต่บุคคลนั้นงดเว้นกระทำกรไม่ทำหน้าที่นั้นต่อ จนเกิดความเสียหายขึ้น บุคคลนั้นจึงต้องรับผิดชอบประมาทเลินเล่อ

บุคคลที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด จากพฤติกรรมในเกมออนไลน์นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลที่เป็นคู่สัญญาในเกมออนไลน์อย่างเดียว บุคคลที่สามที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์เช่น ผู้ผลิตหรือจำหน่ายโปรแกรมเกม ถ้าหากการกระทำของบุคคลที่สามนั้นเข้าองค์ประกอบทางละเมิดก็ต้องรับผิดชอบด้วย และนอกจากนี้บุคคลที่ต้องรับผิดชอบนั้นหมายรวมถึงนิติบุคคล เช่นการที่บริษัทหนึ่งผลิตและจัดจำหน่ายโปรแกรมเกมออนไลน์ ถ้าหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นละเมิด บริษัทที่เป็นนิติบุคคลก็ต้องมีความรับผิดชอบในทางละเมิดด้วย

## 2.การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การที่บุคคลจะต้องรับผิดชอบทางละเมิดนั้นมีหลักเกณฑ์ว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบ จะต้องมีความผิดเกิดขึ้นเสียก่อน ซึ่งการกระทำที่จะก่อให้เกิดเป็นความผิดนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การกระทำที่เป็นการจงใจนั้น เป็นการกระทำที่ตั้งใจก่อให้เกิดความเสียหาย”<sup>283</sup> โดยผู้กระทำรู้สำนึกว่าการกระทำหรืองดเว้นการกระทำนั้นมีผลให้เกิดความเสียหายขึ้นและยอมรับเอาผลเสียหายนั้น <sup>284</sup>ซึ่งการจงใจนั้นมีความคล้ายคลึงกับเจตนาในทางอาญามาก แต่การจงใจในทางแพ่งนั้นผู้กระทำไม่จำเป็นต้องประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล เพียงแต่รู้สำนึกในการกระทำว่าจะทำให้เขาเสียหายก็เพียงพอแล้ว<sup>285</sup>

<sup>283</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดกรงานนอกสั่ง ลามิศวรได้, หน้า.72

<sup>284</sup> วารี นาสกุล ปรับปรุงโดย จรัส ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ละเมิด, หน้า.33

<sup>285</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.33-34



การกระทำโดยประมาทเลินเล่อในทางแพ่งนั้นมีความหมายเดียวกับการกระทำโดยประมาทตามกฎหมายอาญาซึ่งการกระทำโดยประมาทมีความหมายว่า การกระทำโดยมิได้ตั้งใจ แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในสภาวะเช่นนั้นจะต้องระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ โดยการพิจารณาเรื่องการกระทำของบุคคลนั้นจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากสองมุมคือ <sup>286</sup>

ความประมาทเลินเล่อในด้าน วัตถุประสงค์คือการพิจารณาที่ตัวบุคคลที่กระทำ ว่าด้วยกระทำไปโดยมีความไม่รอบคอบ ปราศจากความระมัดระวัง สะเพร่าหรือไม่ โดยการวิเคราะห์ว่าบุคคลใดมีความประมาทเลินเล่อทางวัตถุประสงค์นั้น ทำได้จากการสมมุติบุคคลขึ้นมาบุคคลหนึ่ง โดยให้อยู่ในสภาพการณ์เดียวกับบุคคลที่ทำละเมิด แล้วดูว่า ถ้าอยู่ในเหตุการณ์ดังกล่าวบุคคลนั้นจะตัดสินใจทำเช่นใด เช่นหมอมืออยู่ในป่าเจอคนไข้ต้องผ่าตัดแต่ไม่มียาสลบ ถ้าไม่ผ่าตัดฉุกเฉิน คนไข้ต้องถึงแก่ชีวิตใน 2 ชั่วโมง หมอจึงต้องทำการผ่าตัดทั้ง ๆ ที่ไม่มียาสลบจนในที่สุดคนไข้ถึงแก่ความตาย การพิจารณาว่าหมอกระทำการโดยประมาทหรือไม่นั้นให้สมมุติ ตัวหมอขึ้นมาอีกคนหนึ่งและเจอสถานการณ์ดังกล่าวหมอกคนนั้นจะทำเช่นไร ถ้าหากเขาทำเหมือนกันแล้ว และผลเสียหายยังคนเกิดขึ้น การกระทำนั้นก็ไม่เป็นการประมาทเลินเล่อ

ความประมาทเลินเล่อในด้านภาวะวิสัยคือการพิจารณาที่ การไม่เคารพกฎหมาย ข้อบังคับ ข้อกำหนด หรือไม่ การวิเคราะห์เรื่องการละเมิดในทางภาวะวิสัยนั้นให้ดูว่า การกระทำนั้นมีความหมายห้าม หรือข้อกำหนดใดห้ามหรือไม่ ถ้ามีแล้วแต่ผู้กระทำยังฝ่าฝืน ก็ถือเป็นการประมาทเลินเล่อแล้ว

### 3. การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

การกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายในเรื่องละเมิดนั้น ไม่ได้มีแต่ความหมายว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายที่กำหนดไว้เท่านั้น แต่กล่าวรวมถึงการกระทำก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ที่กฎหมายให้ความสำคัญหรือให้ความคุ้มครอง<sup>287</sup> ด้วย โดยการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายนั้นจะเป็นการกระทำดังนี้

1. การกระทำมีกฎหมายกำหนดชัดเจนให้เป็นความผิด ซึ่งการกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายนั้นก็คือการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง เช่นการไปฆ่าคน กาลักขโมยของบุคคลอื่น เป็นต้น ซึ่งกฎหมายที่ห้ามนั้น ไม่ใช่เฉพาะกฎหมายอาญา แต่ก็รวมถึงกฎหมายแพ่งด้วย เช่นการที่ตีต่ำกว่าไม่ยอมรับน้ำจาก

<sup>286</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิดคาร์ได้, หน้า.77

<sup>287</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.82

ที่สูงกว่าทำให้น้ำท่วมที่สูง จึงเป็นการไม่ทำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งถ้าความเสียหายเกิดขึ้นผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบ

ซึ่งการกระทำที่เป็นความผิดกฎหมายในเกมออนไลน์นั้น อาจเป็นการกระทำที่เกิดจากการกระทำผิดกฎหมายที่กำหนดไว้ว่าเป็นความผิด เช่นการเข้าถึงบัญชีเกมออนไลน์หรือพยายามเจาะระบบ(Hack) ระบบเกมออนไลน์ ซึ่งเป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 มาตรา 5 ว่าด้วยเรื่องการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ ถ้าหากผู้กระทำผิดได้ก่อความเสียหายให้แก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ผู้กระทำต้องรับผิดชอบในฐานะละเมิดต่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์

2. การกระทำที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นทำให้ผู้อื่นเสียหายโดยไม่มีสิทธิที่จะกระทำได้<sup>288</sup> โดยความเสียหายนั้นจะต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาดอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้กำหนดไว้ตาม มาตรา 420 ซึ่งได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งสิทธิเด็ดขาดนั้นเป็นสิทธิที่บุคคลทุกคนในสังคมต้องให้ความเคารพ<sup>289</sup> เช่นการกระทำทำให้ผู้อื่นเสียหายโดยประมาท แม้ว่าจะไม่เป็นการผิดกฎหมายแต่ก็เป็นการล่วงต่อสิทธิเด็ดขาดต่อความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของผู้อื่นแล้ว ผู้กระทำทำให้ผู้อื่นเสียหายโดยประมาทจึงต้องมีความรับผิดชอบในฐานะละเมิด และนอกจากนี้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดยังหมายความรวมถึงสิทธิในสัญญาโดยศาลฎีกาของประเทศไทยนั้นได้ให้การรับรองสิทธิในสัญญา ว่าถ้าหากบุคคลภายนอกสัญญานั้นเป็นผู้ทำลายสิทธิในสัญญาระหว่างคู่สัญญาแล้วเกิดความเสียหายต่อคู่สัญญาบุคคลภายนอกนั้นต้องรับผิดชอบในฐานะละเมิดด้วย เช่นการกระทำที่ยุยงชักนำจำเลยในคดีอาญาให้หลบหนีนายประกัน<sup>290</sup> หรือปิดบังค้ำบังทำให้เขาเลิกสัญญากันจนฝ่ายที่ถูกเลิกสัญญาได้รับความเสียหาย ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องฐานละเมิดได้<sup>291</sup> ซึ่งจากกรณีดังกล่าวเห็นได้ว่าศาลฎีกาของประเทศไทยได้ให้ความคุ้มครองสิทธิในสัญญา ที่จะป้องกันไม่ให้บุคคลภายนอกมาละเมิด ถ้าหากมีบุคคลภายนอกมาละเมิดสิทธิในสัญญา ทำให้ผลของสัญญาเสียหาย เช่นอาจมีการผิดสัญญา หรือมีการเลิกสัญญาเกิดขึ้น ผู้ที่ทำให้เกิดความเสียหายจำต้องรับผิดชอบในฐานะละเมิดเพราะได้ทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของบุคคลอื่นแล้ว

3.การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 421

<sup>288</sup> วารีนาสกุล ปรับปรุงโดย จรัส ภัคศิรนากุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ละเมิด, หน้า.55

<sup>289</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรได้, หน้า.84

<sup>290</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 457/2511

<sup>291</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 152/2523

โดย สิทธิ ตามความหมายของมาตรา 421 นั้น คือสิทธิที่กฎหมายได้ให้การรับรองไว้ โดยเฉพาะหรือที่เรียกว่าสิทธิสมบูรณ์ มิใช่สิทธิที่บุคคลจะทำอะไรก็ได้เช่นเสรีภาพ<sup>292</sup> ซึ่งเสรีภาพนั้น เป็นสิทธิที่กฎหมายไม่ได้กล่าวไว้โดยแจ้งชัด แต่ก็เป็นที่รู้จักกัน โดยบุคคลไม่อาจมองเห็นขอบเขตแห่ง สิทธินั้นได้<sup>293</sup> ซึ่งการใช้สิทธิประเภทเสรีภาพนั้น การใช้สิทธิจะต้องอยู่ ภายในขอบเขตจำกัดที่ว่า ผู้ทรง สิทธิจะต้องใช้สิทธิโดยไม่มีเจตนาแก่งหรือประมาทเลินเล่อ ถ้าหากเป็น การใช้เสรีภาพโดยการแก่งหรือประมาทเลินเล่อจนก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแล้ว ก็จะเป็นความผิด ฐานละเมิดทั่วไป<sup>294</sup>

ซึ่งปัญหาการใช้สิทธิสมบูรณ์ที่กฎหมายรับรองไว้ นั้นมีปัญหากจากการที่บุคคลนั้นใช้สิทธิของ ตนที่มีอยู่ แล้วเกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคลอื่น ซึ่งถ้าหากเป็นการใช้สิทธิโดยไม่มีสิทธิที่รับรองตาม กฎหมายแล้วย่อมเป็นการละเมิดปกติตามมาตรา 420 มิใช่การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดความเสียหาย แก่ผู้อื่นตามมาตรา 421<sup>295</sup> โดยศาลฎีกาของประเทศไทยได้วางหลักในการใช้สิทธิที่มีแต่ความ เดือดร้อนเสียหายแก่คนอื่นตามมาตราดังกล่าวไว้ค่อนข้างแคบกล่าวคือ สิทธิที่จะใช้ได้ตามมาตรา 421 นั้นต้องเป็นสิทธิที่ กฎหมายให้การรับรอง เช่นกรรมสิทธิในที่ดิน<sup>296</sup> สิทธิในเครื่องหมายการค้า<sup>297</sup> แต่ ถ้าสิทธินั้นกฎหมายยังไม่ให้การรับรอง ก็ไม่อาจฟ้องละเมิดตามมาตรา 421 ได้<sup>298</sup> และการใช้สิทธินั้น ต้องเป็นการใช้สิทธิที่ถึงขนาดจงใจก่อให้เกิดคนอื่นได้รับความเสียหาย<sup>299</sup>

สำหรับการใช้สิทธิของบุคคลต่าง ๆ นั้น ถ้าเข้าองค์ประกอบเหล่านี้ก็จะเป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิด ความเสียหายแก่บุคคลอื่นคือ<sup>300</sup>

1. ผู้กระทำได้รู้สำนึกว่ามีสิทธิ และสิทธินั้นต้องเป็นสิทธิที่กฎหมายได้ให้การรับรองไว้
2. ผู้กระทำมี สิทธิ ที่จะสามารถใช้สิทธินั้นได้

<sup>292</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า.18

<sup>293</sup> จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ดิงศภัทย์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, หน้า.153

<sup>294</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.154

<sup>295</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 528/2509, 2874/2523, 241/2495

<sup>296</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1982/2518, 1951/2523

<sup>297</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1784/2552, 2509/2552

<sup>298</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 837/2507

<sup>299</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1812/2552

<sup>300</sup> ศันนท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควร์ได้, หน้า.87-89

3. ผู้ใช้สิทธินั้น มีความมุ่งหมายที่จะให้บุคคลอื่นเกิดความเสียหายจากการใช้สิทธิของตน หมายความว่า การใช้สิทธินั้น ประโยชน์ที่ผู้ใช้สิทธิพึงได้รับจากการใช้สิทธิไม่มีเลย หรือมีน้อยมาก ถ้าเทียบกับความเสียหายที่คนอื่นได้รับจากการใช้สิทธิของตน<sup>301</sup>

4. ข้อยกเว้นที่ถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นการกระทำผิดกฎหมาย

อย่างไรก็ดีกฎหมายให้มีข้อยกเว้นเรื่องการกระทำบางอย่าง ซึ่งแม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแต่ถ้าการกระทำผู้กระทำผิด มีอำนาจที่จะกระทำได้ ก็อาจไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หากการกระทำนั้นมีลักษณะดังต่อไปนี้

ก. กฎหมายได้ให้อำนาจกระทำไว้ เช่น อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจที่จะมีอำนาจจับหรือควบคุมคนร้าย ซึ่งเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเสียหายต่อเสรีภาพของคนร้าย แต่การกระทำของตำรวจก็ไม่ใช่ความผิด หรือการตัดกิ่งไม้ที่ลู่กล้าเข้ามาในบ้าน แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของบุคคลอื่น แต่ถ้าผู้กระทำได้ทำตามกฎหมายคือได้บอกกล่าวเจ้าของต้นไม้แล้ว ผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิด เป็นต้น นอกจากนี้ การกระทำที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ยังรวมถึงการกระทำที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ตามคำพิพากษา เช่น การใช้ทรัพย์สินนั้นในระหว่างอุทธรณ์คำพิพากษาของศาล หรือ การใช้สิทธิตามสัญญาด้วย

ข. มีกฎหมายนิรโทษกรรมให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด หมายความว่า การกระทำของบุคคลที่กระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมาย แต่กฎหมายได้ยกเว้นให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดจากการกระทำนั้น เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นผู้กระทำก็ไม่ต้องรับผิด หรือการได้รับเอกสิทธิตามกฎหมายเช่น การเบิกความในศาล การอภิปรายในสภา เป็นต้น

4. ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง

เมื่อมีการกระทำเกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อแล้ว จะเป็นการทำที่เป็นการละเมิดหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายหรือไม่ ซึ่งการกระทำที่จะเป็นการละเมิดได้นั้นนอกจากจะต้องเป็นการกระทำที่ล่วงสิทธิผู้อื่นโดยผิดกฎหมายแล้ว การกระทำนั้นยังต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นด้วย<sup>302</sup> เพราะหลักเกณฑ์ของการละเมิดนั้นมีขึ้นเพื่อเป็นการชดเชยเยียวยาผู้เสียหายให้เสมือนไม่เคยมีความเสียหายเกิดขึ้นดังนั้น ถ้าไม่มี

<sup>301</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 702/2499, 1271/2507, 4857/2553

<sup>302</sup> ศนันทกรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรได้, หน้า.79

ความเสียหายเกิดขึ้นก็ไม่ใช่เป็นการละเมิด<sup>303</sup> โดยความเสียหายตามมาตรา 420 นั้นได้แก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งโดยรวมแล้วสิ่งเหล่านี้รวมอยู่ในความหมายของคำว่าสิทธิ ทั้งสิ้น<sup>304</sup> โดยคำว่าสิทธินั้นได้แก่ประโยชน์ที่บุคคลมีอยู่ ซึ่งบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพตามกฎหมาย<sup>305</sup>

ซึ่งโดยสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่จะป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ตนนั้น มีทั้งสิทธิเด็ดขาด ไม่ว่าจะเป็สิทธิในชีวิต ร่างกาย หรือสิทธิในทรัพย์สินเช่นทรัพย์สินนอกจากนี้ ยังรวมไปถึงบุคคลสิทธิ และสิทธิในหนี้ด้วย เช่นการก่อความเสียหายแก่ทรัพย์สินที่มีบุคคลเช่าอยู่ ย่อมเป็นการก่อความเสียหายต่อสิทธิการเช่าด้วยเป็นต้น

สำหรับสิทธิตามสัญญา นั้น โดยหลักแล้วสิทธิตามสัญญาจะผูกพันเฉพาะคู่สัญญา และการบังคับตามสัญญานั้นย่อมบังคับกันได้ตามสัญญาเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น<sup>306</sup> ถ้าหากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาแล้วส่งผลเสียหายต่อคนภายนอกแล้ว บุคคลภายนอกก็ไม่อาจฟ้องให้รับผิดชอบตามสัญญาได้ด้วยเช่นกันเพราะสัญญาใช้บังคับกันก็แต่บุคคลที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น แต่บุคคลภายนอกสัญญานั้น อาจจะเป็นผู้ที่ทำลายสิทธิในสัญญาได้ ซึ่งการทำลายสิทธิในสัญญาเช่นการชักชวนให้ลูกหนี้ รวมตัวกันไม่ชำระหนี้ตามสัญญา ก็ย่อมแก่เจ้าหนี้ หรือชักชวนให้เขาผิดสัญญา ก็อาจเป็นการละเมิดได้เช่นกัน เพราะถือว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายให้การคุ้มครองแล้ว<sup>307</sup>

โดยสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ถ้าหากบุคคลนั้นได้ให้ความยินยอมที่คือการที่บุคคลหนึ่งอนุญาต หรือยินยอมให้อีกบุคคลหนึ่งสามารถทำความเสียหายต่อตน โดยผู้ให้ความยินยอมจะยอมรับเอาผลแห่งภัยนั้นเข้าไว้ได้ ซึ่งจะทำให้ไม่เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้ความยินยอม เมื่อการกระทำนั้นไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว จึงเป็นการกระทำที่ไม่เป็นการละเมิด และเมื่อไม่เป็นการละเมิดจึงไม่ต้องมีการชดเชยค่าสินไหมทดแทน<sup>308</sup>

แต่อย่างไรก็ดีนั้นความยินยอมของผู้เสียหายที่จะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. ต้องเป็นความยินยอมที่ให้ไว้ก่อนการกระทำผิด เพราะหากมีกระทำผิดไปก่อนการให้ความยินยอมแล้ว การกระทำละเมิดก็เป็นผลสำเร็จไปแล้ว การให้ความยินยอมหลังการละเมิดจึงไม่มีผลแต่

<sup>303</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.92

<sup>304</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า.31

<sup>305</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.33

<sup>306</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.34

<sup>307</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.35

<sup>308</sup> ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิดไว้ได้, หน้า.157-162

อย่างไรซึ่งรูปแบบของการให้ความยินยอมนั้น อาจอยู่ในสัญญาข้อใดข้อหนึ่งก็ได้ หรืออาจเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยาย เช่นการยินยอมเข้าเล่นกีฬาชกมวย ถ้าหากผู้ให้ความยินยอมเข้าต่อสู้กับอีกฝ่ายแล้ว ก็ถือได้ว่าบุคคลผู้เล่นกีฬาชกมวยให้ความยินยอมแก่คู่ต่อสู้ในการทำร้ายร่างกายตนเองตามกฎหมายของกีฬาชกมวยได้

2. ผู้ให้ความยินยอมต้องเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายและรู้ถึงผลของการยินยอมนั้น ถ้าหากผู้ยินยอมไม่มีอำนาจเช่นเป็นพนักงานบริษัท ไม่ใช่กรรมการผู้แทนของบริษัท ย่อมไม่มีอำนาจทำการแทนบริษัทในการให้ความยินยอมใดใด หรือเด็กที่ยังไม่สามารถรับรู้ถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นถ้าหากให้ความยินยอมนั้น ก็ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ แต่ทั้งนี้ผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กเช่นผู้ปกครองมีสิทธิให้ความยินยอมแทนตัวเด็กได้ แต่ถ้าหาก เด็กนั้นสามารถรู้และเข้าใจถึงผลของการให้ความยินยอมนั้นแล้ว เด็กก็สามารถให้ความยินยอมได้เช่นกัน

3. ความยินยอมนั้นจะต้องเป็นความยินยอมต่อผู้ทำละเมิดโดยตรง ซึ่งการให้ความยินยอมต่อผู้ทำละเมิดโดยตรงนั้นไม่จำเป็นต้องระบุตัวผู้ทำละเมิดแบบเฉพาะเจาะจง ก็อาจเป็นการให้ความยินยอมต่อผู้ทำละเมิดได้เช่น ยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาโดยไม่รู้ว่าเป็นแพทย์คนไหน หรือยินยอมเข้าเล่นเกมกีฬาต่อสู้ โดยยังไม่รู้ว่าคู่ต่อสู้เป็นใครเป็นต้น

4. ต้องเป็นความยินยอมโดยปราศจากการ ฆ้อฉล ข่มขู่ หรือสำคัญผิด เช่น การที่บุคคลให้ความยินยอมที่จะให้โจรเอาทรัพย์สินของตนไปเพราะถูกโจรข่มขู่ด้วยปืนอยู่ หรือ ถูกหลอกโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจให้ถ่ายรูปกับงูไม่มีพิษไม่มีอันตรายต่างๆ ที่เขาจะมีพิษมาถ่ายรูปกับนักท่องเที่ยวเป็นต้น

5. ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งถ้าหากกฎหมายใดกำหนดไว้ว่าแม้มีความยินยอม ก็อาจเป็นความผิด ดังนั้นการให้ความยินยอมมีไม่ได้ แต่การทำผิดกฎหมายบางข้อเช่นการทำร้ายร่างกายนั้น ถ้าหากเป็นความยินยอมโดยชอบ เช่นกีฬาชกมวย ถ้ามีการชกตามกฎหมายและกติกา แม้ว่าจะก่อให้เกิดการบาดเจ็บหรือเสียชีวิต ก็ไม่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการละเมิดเป็นต้น

3.6 ความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่นความยินยอมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น

5. ความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของผู้ทำการละเมิด

ผลเสียหายที่เกิดจากผู้ทำละเมิดนั้น ในการทำละเมิดหนึ่งครั้งอาจก่อให้เกิดผลเสียหายได้มากมาย หลายอย่าง ซึ่งใน มาตรา 420 นั้นไม่ได้ระบุถึง ว่าผู้กระทำละเมิดไม่ต้องรับผิดชอบ

ผลแต่อย่างใด เพราะผลบางอย่างอันเกิดจากการกระทำของผู้ละเมิดนั้น อาจอยู่นอกเหนือขอบเขตที่ต้องรับผิดชอบ เพราะผลอย่างใดอย่างหนึ่งอาจเกิดจากเหตุหลายประการรวมกันก็ได้ ซึ่งถ้าจะให้ผู้กระทำละเมิดต้องรับผิดชอบทั้งหมดนั้นก็ดูจะไม่เป็นการยุติธรรมเท่าที่ควร เพราะผู้ทำละเมิดควรจะได้รับผิดในผลที่เกิดจากการกระทำของตนเท่านั้น และไม่ควรต้องรับผิดชอบในผลที่ตนไม่ได้กระทำ<sup>309</sup> ซึ่งทฤษฎีที่จะใช้อธิบายว่า ความเสียหายใดเกิดจากการกระทำของผู้ทำละเมิดนั้น มีสองทฤษฎีคือ

### 1. ทฤษฎีเงื่อนไข

โดยทฤษฎีนี้จะวิเคราะห์ว่าการกระทำนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายตามที่กฎหมายคุ้มครองไว้หรือไม่ ถ้าการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว แม้ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากหลายสาเหตุรวมกัน ผู้กระทำความเสียหายก็ยังคงรับผิดชอบในความเสียหาย ที่เกิดขึ้นโดยถือว่าทุกเหตุที่ทำให้เกิดผลนั้นมีน้ำหนักเท่ากัน ถ้าหากไม่มีเหตุ ต่าง ๆ รวมกันแล้วผลก็คงไม่เกิดขึ้น<sup>310</sup> โดยตัวอย่าง เช่น ก. ทำร้ายร่างกาย ข แล้ว ข ไปโรงพยาบาล ระหว่างไปโรงพยาบาลรถพยาบาลประสบอุบัติเหตุทำให้ ข เสียชีวิต แม้ว่าการเสียชีวิต จะไม่ได้มาจากเหตุที่ถูกทำร้ายแต่ก็ถือได้ว่า ก ต้องรับผิดชอบในความตายของ ข เพราะการทำร้ายร่างกาย ข ถือเป็นหนึ่งในเหตุที่ทำให้เกิดผลคือ ข ต้องเสียชีวิต ซึ่งการใช้ทฤษฎีเงื่อนไขนั้น ก่อให้เกิดผลดี คือผู้ถูกทำละเมิดได้ระบอบการชดเชยอย่างเต็มที่ในทุก ๆ ความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่ ก็มีข้อเสียคือ การที่ไม่สามารถจำกัดขอบเขตของความเสียหายไว้ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นเท่าใดและไปสิ้นสุดเท่าใด ซึ่งอาจทำให้ยากในการคิดค่าเสียหายและอาจไม่เป็นธรรมต่อผู้ทำละเมิดก็เป็นได้

### 2. ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม

สำหรับทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมนั้น เป็นทฤษฎีที่วิเคราะห์ว่า ความเสียหายที่เกิดจากการทำละเมิดนั้นเป็นความเสียหายที่สมควรเหมาะสมกับการกระทำที่เป็นสาเหตุหรือไม่ ซึ่งผู้กระทำละเมิดนั้นจะต้องรับผิดชอบเพียงแค่ว่าตนกระทำเท่านั้น<sup>311</sup> ซึ่งจากตัวอย่าง ทียกไปนั้น เห็นได้ว่า ก ต้องรับผิดชอบฐานละเมิดเพียงแค่ว่า การทำร้ายร่างกาย ข เท่านั้น ไม่ต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดจากการตายของ ข แต่ผู้ทำการประมาทให้รถพยาบาลที่ขโดยสารไปประสบอุบัติเหตุ ต้องรับผิดชอบในความตายของ ข เพราะเป็นผู้ทำให้ ข ตาย ซึ่งการใช้ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมมาปรับใช้เรื่องความรับผิดในทางละเมิดนั้น มีข้อดีคือสามารถหา ขอบเขตของความเสียหายที่เกิดจากการทำละเมิดได้ง่าย แต่ก็มีข้อเสียคืออาจไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายถ้าหากให้ผู้กระทำละเมิดรับแค่ผลจากเหตุที่ตนกระทำเท่านั้น

<sup>309</sup>ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด, หน้า.37

<sup>310</sup> ศันนัทภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิดควรได้, หน้า.109

<sup>311</sup>เรื่องเดียวกัน หน้า.110

สำหรับในประเทศไทยนั้น การหาว่าความเสียหายเป็นผลมาจากผู้ทำละเมิดหรือไม่นั้น เกิดจากการใช้ทฤษฎีทั้งสอง ผสมกันโดยใช้ทฤษฎี เงื่อนไขมาเป็นหลัก และใช้ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมเป็นข้อยกเว้น<sup>312</sup> โดยจะพิจารณาจากการกระทำไปถึงผล ว่ามีเหตุแทรกซ้อนอะไรบ้างที่ทำให้เกิดผล เช่นนั้นซึ่งถ้าเหตุแทรกซ้อนเกิดจากความคาดหมายได้ เช่นเหตุแทรกซ้อนที่อาจจะเกิดจากความเลินเล่อ ไม่ใส่ใจของผู้ถูกละเมิดจนทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นหนักขึ้น หรือเหตุแทรกซ้อนอันเกิดจากความประมาทของบุคคลที่ 3 ที่อาจคาดหมายได้ เช่นความประมาทเลินเล่อของแพทย์ที่รักษาคนไข้ อาจรักษาไม่ดี ผู้กระทำละเมิดยังคงต้องรับผิดชอบในผลแห่งการละเมิดนั้นอยู่ แต่ถ้าหากเหตุแทรกซ้อนนั้น ผู้กระทำละเมิดไม่อาจคาดเห็นได้ เช่น เหตุแทรกซ้อนที่เกิดจากภัยธรรมชาติ ไม่ว่าจะแผ่นดินไหว ฟ้าผ่า หรือเหตุแทรกซ้อนที่เกิดจากความตั้งใจใจของผู้เสียหายเอง หรือบุคคลที่สาม ตัวอย่างเช่น การทำร้ายร่างกายจนเป็นแผลเป็นแล้วผู้เสียหายฆ่าตัวตาย หรือ กรณียุติการชีวิตที่โรงพยาบาลแล้วถูกฆาตกรรม เป็นต้น

เมื่อเปรียบเทียบกับองค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นเห็นได้ ประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลีได้มีบทบัญญัติในเรื่องที่เกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดไว้ในมาตรา 750 ที่ว่า “ผู้ใดก่อให้เกิดความเสียหายต่อหรือทำให้ได้รับความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ ต้องมีความผูกพันชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้น” องค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลีได้แก่

2. การไม่ชอบด้วยกฎหมาย (unlawfulness)
3. การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อ (willfulness or negligence)
4. มีความเสียหาย (damage)
5. มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและความเสียหาย (a causal connection between the act and the damage)

จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นได้มีการบัญญัติในเรื่องความเสียหายที่ต้องรับผิดไว้กว้างๆ ไม่ได้หมายความว่าต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายให้การรับรอง เช่น สิทธิในเสรีภาพ ชีวิต ร่างกาย ความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เหมือนดังหลักความรับผิดทางละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย จึงทำให้ความ

<sup>312</sup> วารี นาสกุล ปรับปรุงโดย จรัล ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ละเมิด, หน้า.79



เสียหายทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลียังหมายความรวมไปถึง ผลประโยชน์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับจิตใจ หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ เช่นผลประโยชน์ที่จะได้รับกำไรจากสัญญาด้วย

ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น พบว่า ความรับผิดทางละเมิดนั้นจะมีองค์ประกอบดังนี้

1. มีการกระทำ ( act) โดยการกระทำนี้หมายความว่ารวมถึงการงดเว้นการกระทำด้วย
2. การกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำ (Intent) ในกรณีละเมิดโดยจงใจ หรือการกระทำนั้นเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่พึงมี ในกรณีประมาท (Breach of Duty)
3. มีความเสียหาย (Damage) โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดนั้นตามหลักกฎหมายของคอมมอนลอว์ไม่ได้กำหนดว่าความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายประเภทใด ซึ่งทำให้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดนั้นสามารถตีความได้กว้าง นอกเหนือจากความเสียหายตามสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายให้การรับรองเท่านั้น
4. มีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล (Causation)
5. การกระทำนั้นไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิดเช่นการให้ความยินยอม การกระทำโดยจำเป็น เป็นต้น

ซึ่งจะเห็นได้ว่าความรับผิดทางละเมิดของสหรัฐอเมริกาจะมีองค์ประกอบความรับผิดที่ใกล้เคียงกับองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย เพียงแต่ในเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดนั้น ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ได้จำกัดไว้เพียงแต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายให้ความคุ้มครองเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงความเสียหายใดใดก็ตามที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้กระทำด้วย ซึ่งทำให้ความรับผิดทางละเมิดของสหรัฐอเมริกานั้นสามารถมีความรับผิดที่เกิดขึ้นจากความเสียหายทางทางจิตใจ ความรับผิดอันเกิดจากความเสียหายทางเศรษฐกิจได้เช่นเดียวกับ ความรับผิดทางละเมิดในสาธารณรัฐเกาหลี

#### 4.4.3 วิเคราะห์ปัญหากฎหมายความรับผิดทางแพ่งจากพฤติกรรมต่าง ๆ ในเกมออนไลน์

##### 4.4.3.1 ความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์

การเล่นเกมนออนไลน์ของนั้น ผู้เล่นเกมออนไลน์อาจมีการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดขึ้นได้หลายประการ เช่นการเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ หรือการเล่นเกมโดยจง

ใจทำให้ผู้เล่นเกมอื่นเสียหายตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.5 ซึ่งผู้เล่นเกมออนไลน์ที่กระทำพฤติกรรมดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางแพ่งได้ดังนี้

#### 4.4.3.1.1 ความรับผิดชอบจากการเล่นเกมโดยใช้ โปรแกรมช่วยเล่นเกม อัตโนมัติ

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.5.1 ถึงลักษณะการเล่นเกมที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของผู้เล่นเกมออนไลน์นั้น ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการกระทำที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มักจะห้ามมิให้กระทำเนื่องก่อให้เกิดผลเสียต่อสภาพสังคมในเกมออนไลน์ และทำให้ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ลดลง ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้สามารถวิเคราะห์ความรับผิดชอบทางแพ่งได้ดังนี้

##### ก. ประเด็นความรับผิดชอบสัญญา

ความรับผิดตามสัญญานั้นจากการไม่ชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญาไม่ว่าจะเกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม<sup>313</sup> โดยความรับผิดทางสัญญาจากการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของผู้เล่นเกมออนไลน์ จะต้องพิจารณาว่าในสัญญาการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (EULA) หรือข้อตกลงการใช้บริการ (TOS or TOU) ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างผู้ให้บริการเกมออนไลน์กับผู้ให้บริการเกมออนไลน์หรือผู้เล่นเกมออนไลน์ มีข้อกำหนดในสัญญาที่ห้ามมิให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติหรือไม่ ซึ่งข้อตกลงในสัญญานั้นจะต้องเป็นไปอย่างชัดแจ้งถึงการห้ามมิให้ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ และเมื่อเมื่อสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้แล้ว ผู้เล่นจะต้องผูกพันตามสัญญา และมีหนี้ที่มีวัตถุแห่งแห่งหนึ่งคือการงดเว้นกระทำการคือ ผู้เล่นเกมออนไลน์จะต้องไม่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติในการเล่นเกมนั้น ซึ่งถ้าหากผู้เล่นเกมออนไลน์ได้ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติแล้วถือได้ว่าผู้ให้บริการหรือผู้เล่นเกมออนไลน์ได้กระทำการไม่ชำระหนี้ที่เกิดจากสัญญาคือหนี้ที่ต้องงดเว้นการกระทำการดังกล่าว และเมื่อการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ เช่น การที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องเสียค่าจ้างบุคคล หรือพัฒนาอุปกรณ์เพื่อเฝ้าระวังการใช้งานโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ หรือสูญเสียชื่อเสียงจากการไม่ควบคุมการใช้งานโปรแกรมประเภทดังกล่าว การกระทำดังกล่าวของผู้เล่นเกมออนไลน์จึงก่อให้เกิดความรับผิดตามสัญญาเกิดขึ้นได้

##### ข. ประเด็นความรับผิดทางละเมิด

<sup>313</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิศรไว้, หน้า.23-34

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดตามกฎหมายไทยนั้น พบว่าความรับผิดทางละเมิดจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำที่ครบองค์ประกอบคือ 1. มีการกระทำของบุคคลหนึ่งต่อบุคคลหนึ่ง 2. เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ 3.กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย 4.ก่อความเสียหาย 5.มีความสัมพันธ์กันระหว่างความเสียหายกับการกระทำ<sup>314</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาองค์ประกอบดังกล่าวแล้วพบว่า การที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้ใช้โปรแกรมโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติเล่นเกมแทนตนนั้น ถือได้ว่าการกระทำเกิดขึ้นแล้ว เพราะการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้กระทำไปโดยรู้สามัญสำนึกแล้ว เพราะเมื่อผู้เล่นเกมใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ย่อมสังเกตเห็นได้ว่าการใช้โปรแกรมดังกล่าวนอกจากจะเป็นการผิดสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์แล้ว การใช้โปรแกรมดังกล่าวยังก่อให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบในเกมซึ่งจะทำให้ผู้เล่นเกมออนไลน์อื่นไม่อยากจะเล่นเกมออนไลน์ มีแต่ผู้เล่นเกมที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ จึงทำให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์เกิดความเสียหายแล้ว

ประเด็นที่สำคัญอีกประเด็นหนึ่งที่ต้องพิจารณาคือประเด็นเรื่อง การใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมนั้นถือเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะ คือ การกระทำนั้นจะต้องฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่บัญญัติไว้ หรือ เป็นการกระทำที่ทำความเสียหายต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของบุคคลอื่น

โดยการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายที่มีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดในเรื่องระบบคอมพิวเตอร์นั้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทย มีกฎหมายคือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดถึงการกระทำที่เป็นความผิดซึ่งเป็นการกระทำที่กระทบต่อ การรักษาความลับ(Confidentiality) , ความถูกต้องของข้อมูล(integrity) และ ความพร้อมใช้งานของระบบคอมพิวเตอร์ (Availability)<sup>315</sup>

เมื่อพิจารณาถึงพฤติกรรมการเล่นเกมออนไลน์โดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นจะเป็นความผิดในเรื่องเข้าถึงโดยมิชอบ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาตรา 5 ที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเข้าถึงโดยมิชอบซึ่งระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นมิได้มีไว้สำหรับตน “สามารถพิจารณาองค์ประกอบความผิดได้ดังนี้

#### 1. ผู้ใด

<sup>314</sup> เรื่องเดียวหน้า หน้า.57-95

<sup>315</sup> คณะกรรมการพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550, บันทึกข้อสรุปเกี่ยวกับสาระสำคัญ ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 (สภานิติบัญญัติแห่งชาติ), หน้า.71

โดยคำว่าผู้ใดนั้น ในทางกฎหมายอาญา นั้นจะต้องหมายถึงบุคคลธรรมดาทั่วไปที่สามารถกระทำความผิดทางอาญาได้ ซึ่งความหมายตามมาตรานี้ไม่สามารถรวมไปถึงนิติบุคคลได้ เพราะนิติบุคคลไม่สามารถที่จะมีพฤติกรรมเข้าไปหรือกระทำความผิดทางอาญาได้

แต่การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น ในบางที่ผู้ที่พยายามหรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์จะไม่ใช้บุคคลธรรมดาที่ทำการเข้าถึง แต่หากเป็นโปรแกรมที่เขียนขึ้นมาโดยเฉพาะ เช่น โปรแกรมประเภทโรบอท ที่ใช้สุมหาการเข้าถึง หรือเป็นโปรแกรมที่ทำงานแทนบุคคลต่าง ๆ ซึ่งหากโปรแกรมดังกล่าวทำการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์นั้นจะต้องพิจารณาว่าผู้ใดจะเป็นผู้ใดจะเป็นผู้เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์เนื่องจากโปรแกรมดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นบุคคล สำหรับประเด็นดังกล่าวนี้เห็นได้ว่า การที่โปรแกรมดังกล่าวนั้นสามารถทำงานได้ ก็จะเป็นการทำงานตามคำสั่งของผู้พัฒนาโปรแกรมหรือผู้ใช้งานโปรแกรมนั่นเอง ซึ่งถ้าเปรียบเทียบกับกรกระทำผิดทางอาญานั้น จะเหมือนกับการที่ผู้ไม่หวังดี ได้ใช้ไม้หรือปืน กระทำการทำร้ายคนอื่นนั่นเอง จะเห็นได้ว่า ไม้หรือปืนนั้น เป็นสิ่งที่ใช้ทำร้ายผู้อื่นและทำให้ผู้อื่นเกิดความเสียหาย แต่ไม้หรือปืนก็เป็นเพียงเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ที่ผู้ไม่หวังดีใช้ทำร้ายผู้อื่นเท่านั้น ความผิดจึงต้องตกอยู่กับผู้ใช้ไม้หรือปืนทำร้ายผู้อื่นนั่นเอง ซึ่งเหมือนกับในกรณีความผิดฐานนี้ ถ้าหากผู้ไม่หวังดีใช้โปรแกรมประเภทโรบอทเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ชอบแล้ว ผู้กระทำผิดก็คือผู้ที่ใช้โปรแกรมนั่นเอง

## 2. เข้าถึง

สำหรับการเข้าถึงนั้น จะตรงกับภาษาอังกฤษ คือคำว่า “access” โดยการเข้าถึงนั้น หมายความว่า การเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ และยังมีความหมายรวมถึงการที่ทำให้ระบบคอมพิวเตอร์มีการทำงานตอบสนองกับคำสั่ง หรือโปรแกรมที่ได้รับไป โดยการเข้าถึงนั้นสามารถทำได้ ทั้งการเข้าถึงทางกายภาพเช่นการที่บุคคลเข้ามานั่งหน้าเครื่องคอมพิวเตอร์และใช้งานระบบคอมพิวเตอร์นั้น หรือ เข้าถึงผ่านระบบเครือข่ายเช่น ระบบ อินเทอร์เน็ต หรือ เครือข่ายไร้สาย ก็ได้<sup>316</sup> แต่ทั้งนี้การเข้าถึงนั้นรวมถึงการเข้าถึงเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือส่วนประกอบต่าง ๆ ของคอมพิวเตอร์ ด้วย รวมทั้งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ถูกเก็บอยู่บนเครื่องคอมพิวเตอร์ด้วย<sup>317</sup>

## 3. โดยมีชอบ

<sup>316</sup> พรเพชร พิชิตชลชัย, "คำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐ " [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ: 26 กรกฎาคม 2556. แหล่งที่มา: [www.nocv6.kmutt.ac.th/file/explain-law.pdf](http://www.nocv6.kmutt.ac.th/file/explain-law.pdf) หน้า. 2

<sup>317</sup> มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2554), หน้า.60

สำหรับความหมายของคำว่าโดยมิชอบนั้นจะเห็นได้ว่า จะต้องเป็นการเข้าถึงโดยปราศจากสิทธิโดยชอบธรรม (without right) ด้วย ซึ่งหมายความว่าหากผู้ทำการเข้าถึงนั้นเป็นบุคคลที่มีสิทธิเข้าถึงไม่ว่าด้วยถือสิทธิตามกฎหมายหรือได้รับอนุญาตจากผู้มีสิทธิแล้ว ก็จะเป็นการเข้าถึงโดยชอบแต่ถ้าหากเป็นการเข้าถึงโดยเกินกว่าสิทธิที่ได้รับเช่น มีสิทธิเป็นเพียงผู้ใช้งาน แต่เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ด้วยสิทธิของผู้ดูแลระบบโดยตัวเองไม่มีสิทธิดังกล่าวนั้น ย่อมเป็นการเข้าถึงโดยมิชอบตามความหมายนี้แล้ว

4. ระบบคอมพิวเตอร์ที่มีวิธีการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะและมาตรการนั้นไม่ได้มีไว้สำหรับตน

ระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงโดยเฉพาะนั้น โดยมาตรการป้องกันการเข้าถึงนั้นหมายความว่า กระบวนการทางคอมพิวเตอร์ใดใด ที่ใช้ป้องกันไม่ให้ผู้อื่นบุกรุกหรือเข้ามาใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ของตนเปรียบได้กับ รั้วบ้านหรือประตู บ้านที่ใช้ป้องกันบุคคลอื่นไม่ให้เข้าถึงหรือบุกรุกตัวบ้าน โดยมาตรการป้องกันทางเข้าถึงนั้น อาจเป็นการใช้ชื่อและรหัสผ่าน ใช้อุปกรณ์เช่นไฟลัเวอร์ทำการควบคุมการเข้าถึงเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือใช้การตรวจสอบทางชีวภาพเช่นการตรวจสอบม่านตา ลายนิ้วมือก็ได้ แต่การป้องกันการเข้าถึงนั้นไม่อาจรวมถึงกานป้องกันการเข้าถึงทางกายภาพ เช่น การใส่คอมพิวเตอร์ในตู้ แล้วล็อกกุญแจไว้ได้ เพราะไม่ได้เป็นมาตรการป้องกันการเข้าถึงที่เป็นวิธีการทางคอมพิวเตอร์ นอกจากนี้ถ้าหากคอมพิวเตอร์ไม่ได้ต้องมาตรการป้องกันการเข้าถึงไว้ ผู้เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ก็จะไม่ผิดตามมาตรานี้เช่นกัน

สำหรับคำว่ามาตรการไม่ได้มีไว้สำหรับตนนั้น หมายความว่า ถ้าหากมาตรการป้องกันนั้น มีไว้ใช้เพื่อตนเองเช่นการที่บุคคลผู้ใช้งานระบบคอมพิวเตอร์เข้าใช้งานโดยใช้ชื่อและรหัสผ่านของตนนั้น เพื่อเข้าใช้งานในระบบคอมพิวเตอร์ของนายจ้าง ผู้ใช้งานนั้นจะไม่มีผิด แต่ถ้าหากบุคคลนั้นใช้ชื่อและรหัสผ่านของผู้อื่นเข้าใช้งานระบบคอมพิวเตอร์ แล้ว ก็จะเป็นความผิดตามมาตรานี้ทันที

เมื่อวิเคราะห์จากจากองค์ประกอบของความผิดฐานเข้าถึงโดยมิชอบตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติเล่นเกมออนไลน์ มิได้เป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรานี้เนื่องจาก การเข้าถึง (Access) มีความหมายว่า การเข้าไปสู่ สิ่ง หรือสื่อสานกับ โดยเป็นการทำให้คอมพิวเตอร์ทำงาน โดยได้มีการตอบสนองกับคำสั่งที่ส่งออกไป<sup>318</sup> และคำว่ามาตรการป้องกันการเข้าถึงนั้น หมายความว่า มาตรการใดใดที่ใช้เพื่อ

<sup>318</sup> ชมเพลิน ภูษณณ์, "ความผิดทางอาญาว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, University, 2546). หน้า 114-126

กีดกันบุคคลอื่นเพื่อไม่ให้เข้าถึงระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ป้องกันอยู่<sup>319</sup> โดยมาตรการป้องกันการเข้าถึงนั้นผู้เป็นเจ้าของระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลได้สร้างมาตรการป้องกันไว้ เช่นกำหนด รหัสผ่าน หรือการเข้ารหัสข้อมูลเอาไว้ โดยเป็นการแสดงถึงว่าเจ้าของมีเจตนาหวงห้ามการเข้าถึง ดังนั้นใครที่เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์นั้นโดยมิชอบ ก็จะมีคามผิด<sup>320</sup>

โดยการจะเป็นความผิด ตามมาตรานี้จะต้องเป็นการเข้าถึงโดยไม่ชอบ ก็คือเป็นการกระทำที่เป็นผู้ไม่มีอำนาจกระทำ หรือไม่มีอำนาจเข้าถึงได้ เช่นระบบคอมพิวเตอร์มีการ ป้องกันโดยใช้ชื่อผู้ใช้งานและรหัสผ่าน โดยให้สิทธิแก่ เจ้าหน้าที่ระดับบริหารของบริษัทในการเข้าถึงรายงานการประชุมของคณะกรรมการ แสดงให้เห็นว่า บริษัทนั้นได้หวงห้ามรายงานการประชุมให้มีผู้เข้าถึงได้เพียงไม่กี่คนเท่านั้น ถ้าหากแม่บ้าน รู้รหัสผ่านของผู้บริหาร และใช้รหัสผ่านนั้นเข้าถึงรายงานการประชุมที่ตนไม่มีสิทธิเข้าถึงแล้ว แม่บ้านก็จะผิดตามมาตรานี้ และนอกจากนั้น มาตรการป้องกันการเข้าถึงนั้นจะต้องมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะป้องกันการเข้าถึงได้ มิฉะนั้นแล้วก็ไม่อาจเป็นมาตรการป้องกันการเข้าถึงได้<sup>321</sup>

ซึ่งการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ในการเล่นเกมออนไลน์นั้นนั้น ก่อนใช้งานผู้เล่นจะต้อง เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ด้วย ชื่อผู้ใช้งาน และ รหัสผ่าน ของผู้เล่นที่ได้ลงทะเบียนไว้กับผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ซึ่งผู้เล่นเกมออนไลน์ได้อนุญาตให้ ผู้เล่นเกมออนไลน์นั้นสามารถเล่นเกมออนไลน์ได้ ดังนั้นเมื่อเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยตัวผู้เล่นเอง จึงไม่ถือเป็นการเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยมิชอบ เพราะถึงอย่างไร ผู้เล่นเกมออนไลน์ก็มีสิทธิเข้าสู่ระบบของผู้ให้บริการเกมออนไลน์เพื่อเล่นเกมออนไลน์อยู่แล้วจึงไม่อาจพิจารณาว่าการกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ใช้โปรแกรม BOT ช่วยเล่นเกมออนไลน์มีความผิดฐานนี้ จึงทำให้การกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ 2550

<sup>319</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า.117

<sup>320</sup> มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, หน้า.62

<sup>321</sup> อรรถพรณ พนัสพัฒนา, "บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์," วารสารทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ฉบับพิเศษ.หน้า.67

โดยการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นจะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดต่อ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ.2558 มาตรา 53/4<sup>322</sup> ฐานละเมิดมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยีหรือไม่นั้นเห็นได้ว่า องค์ประกอบความผิดตามมาตรานี้ได้แก่<sup>323</sup>

- 1.มีมาตรการทางเทคโนโลยี คือ มีเทคโนโลยีที่ออกแบบมาเพื่อป้องกันการ ทำซ้ำหรือควบคุมการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์หรือสิ่งบันเทิงการแสดง
- 2.มาตรการทางเทคโนโลยีต้องเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพ
- 3.มีการกระทำโดยเจตนา กล่าวคือได้ทำการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี
- 4.มีองค์ประกอบพิเศษคือ ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าการกระทำของตนจะเป็นการจงใจที่ก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง

ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาว่าการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติจะเป็นความผิดฐานละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยีตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/4 หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาว่า ผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นมีมาตรการหรือมีการใช้โปรแกรมเพื่อควบคุมการเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติหรือไม่ นอกจากนี้การกระทำนั้นผู้เล่นเกมออนไลน์จะต้องรู้ว่าการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของงานอันมีลิขสิทธิ์ ได้แก่ (1)การก่อให้เกิดการทำซ้ำหรือดัดแปลง (2)เผยแพร่ต่อสาธารณชน (3)ให้เข้าต้นฉบับหรือสำเนางาน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ โสตทัศนวัสดุ ภาพยนตร์และสิ่งบันเทิงเสียง (4)ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น (5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) (3) แต่ลักษณะการทำงานของโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นเห็นได้ว่าไม่ก่อให้เกิดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์แต่อย่างใด ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่าไม่อาจปรับใช้ความรับผิดฐานละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยีตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/4 กับกรณีการเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติได้

ซึ่งสำหรับประเด็นการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้น แม้ว่าการเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นจะไม่ได้เป็นการกระทำผิดต่อกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ แต่ในหลักของความรับผิดละเมิดนั้นคำว่า มิชอบด้วยกฎหมายยังหมายความรวมถึง เป็นการกระทำเป็นการกระทำที่ทำให้ความเสียหายต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของบุคคลอื่น โดยสิทธินั้นต้องเป็นสิทธิเด็ดขาดที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ได้แก่ สิทธิในร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน ซึ่งสิทธิเด็ดขาดนี้ ทุก ๆ คนในสังคมต้อง

<sup>322</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 53/4 การหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีหรือการให้บริการเพื่อก่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยี โดยรู้อยู่แล้วว่าการกระทำนั้นอาจจงใจหรือก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดง ให้ถือว่าเป็นการละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยี

<sup>323</sup> อำนาจ เนตยสุภา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า.226-232,

เคารพต่อสิทธิ<sup>324</sup> ซึ่งการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้น เป็นการทำให้สังคมของเกมออนไลน์เกิดความเสียหาย ทำให้ผู้คนไม่อยากจะเล่นเกมออนไลน์มีแต่ผู้เล่นที่มีโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ อีกทั้งยังทำให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องมีค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบหาผู้เล่นที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ แต่อย่างไรก็ตาม การจะพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิเด็ดขาดของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ยังมีปัญหาความไม่ชัดเจนว่า การกระทำดังกล่าวเป็นเพียงการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางสัญญาเพียงอย่างเดียว หรือจะก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดได้ด้วย

โดยในประเด็นดังกล่าวศาลฎีกาของประเทศไทยนั้นได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าการผิดสัญญาบางอย่างก็ก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดได้ด้วย ถ้าหากความผิดตามสัญญานั้น เป็นการก่อให้เกิดเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดเช่น สิทธิในร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน เป็นต้นของผู้อื่นด้วย ตัวอย่างเช่น ในสัญญาฝากทรัพย์ผู้รับฝากทรัพย์กลับเอาทรัพย์ที่รับไปใช้จนทรัพย์สิ้นเสียหาย เป็นการผิดสัญญาและละเมิด<sup>325</sup> การเช่าทรัพย์แล้วไม่ส่งมอบทรัพย์นั้นคืนเมื่อหมดสัญญา ก็เป็นทั้งความผิดทางสัญญาและละเมิด<sup>326</sup> โดยจากการกระทำที่ก่อให้เกิดทั้งความรับผิดทางสัญญาและละเมิดนั้น ผู้ได้รับความเสียหายสามารถเลือกที่จะฟ้องตามสัญญาหรือฟ้องให้รับผิดตามละเมิดก็ได้<sup>327</sup> จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวนั้น เห็นได้ว่าการกระทำของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติในกรณีที่สัญญาเกมออนไลน์มีผลบังคับใช้ ผู้เล่นเกมออนไลน์จะต้องรับผิดตามสัญญาเนื่องจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไม่ได้ปฏิบัติตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ และจะต้องรับผิดในฐานละเมิดด้วย เนื่องจากใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น โดยตัวของการกระทำเอง ก็เป็นการกระทำละเมิดได้ด้วยตัวเองอยู่แล้วแม้ไม่มีสัญญาระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์ เพราะการกระทำดังกล่าวนี้ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาดคือสิทธิในทรัพย์สินของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ โดยทำให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้รับความเสียหายจากการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ลดน้อยลง และต้องเสียค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ดังนั้นการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของผู้ให้บริการเกมออนไลน์จึงก่อให้เกิดความรับผิดทั้งความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ก็สามารถเรียกร้องให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์รับผิด ทั้งในทางสัญญา และละเมิดก็ได้

<sup>324</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรใต้, หน้า.80

<sup>325</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5398/2538 , 1009/2538, 10155/2539

<sup>326</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 423/2495 , 1410/2508, 1433/2510

<sup>327</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3814/2525 , 975/2492 ,2508/2530



แต่อย่างไรก็ดี การกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น การกระทำดังกล่าวแม้จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ก็จริง แต่ก็เป็นการเสียหายที่คำนวณได้ยากมาก เนื่องจากการเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น โดยปกติแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นมักจะเกิดจากเกมออนไลน์ที่มีผู้เล่นที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติเป็นจำนวนมาก มิใช่เกิดจากการกระทำของผู้ให้บริการเกมออนไลน์เพียงคนหรือสองคน จึงทำให้การปรับใช้ความรับผิดชอบละเมิดในกรณีดังกล่าวทำได้ยาก

เมื่อเปรียบเทียบการกระทำดังกล่าวกับความรับผิดชอบละเมิดในประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า การกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น ครอบคลุมครอบคลุมความรับผิดชอบละเมิดแล้ว เนื่องจากการกระทำโดยจงใจ เพราะผู้กระทำได้กระทำไปโดยรู้รับรู้ได้ว่าการกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ และการกระทำนั้นส่งผลเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์แล้วคือการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมออนไลน์ต้องมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในการคิดค้นวิธีการป้องกันการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ และนอกจากนี้การเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติยังเป็นการกระทำที่ไม่สามารถอ้างได้ว่า ผู้กระทำสามารถกระทำได้โดยมีสิทธิที่จะกระทำหรือกระทำไปโดยการได้รับความยินยอมจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์ เนื่องจากในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น ผู้ให้บริการเกมออนไลน์จะมีข้อสัญญาที่ห้ามมิให้ทำการเล่นเกมออนไลน์โดยการที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ การกระทำดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดขึ้นได้

และนอกจากนี้การใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติยังก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดมาตรการป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ ที่มีประสิทธิภาพ ตามกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act มาตรา 1021 เนื่องจากการทำงานของโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นเป็นการกระทำที่หลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี โดยใน MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc. and Vivendi Games, Inc.<sup>328</sup> ได้พิจารณาถึงการกระทำของตัวโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ว่าการทำงานของโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติมีลักษณะเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ที่ใช้ในการป้องกันการดำเนินงานของโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติบนเกมออนไลน์ที่ตนให้บริการ การที่ผู้เล่นใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติดังกล่าวเล่นเกมออนไลน์ ก็ย่อมเป็นความผิดตาม Digital Millennium Copyright Act มาตรา 1021 ฐานละเมิดมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ที่ป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีประสิทธิภาพด้วย

<sup>328</sup> MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc. and Vivendi Games, Inc., 629 F.3d 928 (9th Cir. 2010)

แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของผู้เล่นเกมออนไลน์จะเป็นความผิดกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act โดยเป็นการละเมิดมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ที่ใช้ป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ และนอกจากนี้ยังเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดเกิดขึ้นแก่ผู้เล่นเกมออนไลน์ แต่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นมักจะใช้วิธีระงับการให้บริการบัญชีเกมออนไลน์ของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติตามสิทธิที่มีตามสัญญามากกว่า เพราะถือว่าผู้เล่นนั้นกระทำความผิดกฎหมายหรือข้อตกลงในสัญญาให้บริการเกมออนไลน์ แทนการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางละเมิดจากผู้เล่นเกมออนไลน์

เมื่อเปรียบเทียบการกระทำดังกล่าวกับความรับผิดทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นพบว่าการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดเพราะเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำที่จงใจโดยก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นตาม ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีมาตรา 750 แล้ว และนอกจากนี้การกระทำดังกล่าวยังเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย GAME INDUSTRY PROMOTION ACT มาตรา 32(9) เพราะการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นจะมีลักษณะเป็นการใช้โปรแกรมดังกล่าวเพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งของหรือเงินในเกมโดยใช้วิธีการอื่นที่ไม่ใช่วิธีการที่ผู้ผลิตเกมกำหนดขึ้นหรือได้มาซึ่งสิ่งของในเกมโดยวิธีการที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดหรือข้อตกลงในการใช้บริการ

เมื่อเปรียบเทียบความรับผิดทางแพ่งในกรณีที่ใช้บริการเกมออนไลน์ที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของทั้ง 3 ประเทศเห็นได้ว่าการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติสามารถก่อให้เกิดความรับผิดทั้งความรับผิดทางแพ่งได้ทั้งความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด ตามบทบัญญัติของกฎหมายที่กล่าวมาทั้ง 3 ประเทศ แต่ผู้วิจัยเห็นว่าการปรับใช้ความรับผิดทางละเมิดในกับพฤติกรรมการเล่นเกมออนไลน์โดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นทำได้ยากเนื่องจากโดยปกติแล้วความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวมักไม่เกิดขึ้นถ้าหากมีผู้เล่นเกมเพียงส่วนน้อยกระทำ ซึ่งการเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของผู้เล่นเกมออนไลน์นั้น ก็เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางสัญญาได้อยู่แล้ว นอกจากนี้การกระทำดังกล่าวนี้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มักจะใช้วิธีระงับหรือยกเลิกการให้บริการผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ทำผิดกฎของเกม มากกว่าการฟ้องร้องให้ผู้เล่นเกมต้องรับผิดในทางละเมิดจากการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ

#### 4.4.3.1.2 ความรับผิดจากการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาต

การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์เป็นเงินจริงนั้นโดยปกติแล้ว ในสัญญาให้บริการเกมออนไลน์มักจะมีข้อกำหนดในสัญญาดังกล่าวเอาไว้มิให้ผู้ให้บริการ

หรือผู้เล่นเกมออนไลน์ทำการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ระหว่างผู้เล่นด้วยกันเอง แต่อย่างไรก็ตามเกมออนไลน์บางประเภทเช่นเกม Second Life ที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้กำหนดในสัญญาว่า ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้เล่นเกมออนไลน์ ถือได้ว่าผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้ให้สิทธิผู้ใช้บริการเกมออนไลน์จำหน่ายทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของที่ทำได้ในเกม สำหรับการซื้อขายสินค้าเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นจะก่อให้เกิดความรับผิดทางแพ่งได้ดังนี้

#### ก. ความรับผิดทางสัญญา

เมื่อสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์มีข้อสัญญา ห้ามมิให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ทำการจำหน่ายทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ จึงถือได้ว่าคู่สัญญาคือผู้เล่นเกมออนไลน์มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ คือจะต้องงดเว้นการจำหน่ายสินค้าเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ ซึ่งถ้าผู้เล่นฝ่าฝืนกระทำการดังกล่าว และการกระทำนั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ เช่นการขาดกำไรจากการขายทรัพย์สินเสมือนแต่เพียงผู้เดียว เป็นต้น ซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็จะก่อให้เกิดความรับผิดตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ได้

#### ข. ความรับผิดทางละเมิด

สำหรับความรับผิดทางละเมิดจากการซื้อขายสินค้าเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น โดยหลักเกณฑ์ความรับผิดทางละเมิดของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 เป็นได้ว่าความรับผิดทางละเมิดจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด การกระทำที่ใช้สิทธิอันมีแต่ให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือ เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายให้การรับรองแก่ผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิที่จะกระทำได้ ซึ่งจากการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น เป็นการกระทำที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด และถึงแม้ว่าการกระทำนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์แต่ก็เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลสิทธิหรือสิทธิที่เกิดขึ้นตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์เท่านั้น มิใช่เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายให้การรับรองเช่นกรรมสิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น ด้วยเหตุดังกล่าวการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดขึ้นในประเทศไทย

เมื่อเปรียบเทียบความรับผิดทางละเมิดจากการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น จะเห็นได้ว่าการ

กระทำได้กล่าวก่อให้เกิดความรับผิดทางสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นได้ว่าการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการจงใจเพราะผู้กระทำได้กระทำลงไปโดยรู้ถึงว่าการกระทำของตนนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้ จึงเข้าองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิด

แต่อย่างไรก็ดีการกระทำที่เป็นการผิดสัญญาและก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดได้ด้วยนั้นสามารถพิจารณาได้จากจุดที่แตกต่างระหว่างการกระทำที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทั้งทางสัญญาและทางละเมิด คือ 1.การกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางสัญญาได้เพียงชนิดเดียวนั้น จะเป็นการกระทำที่มีลักษณะที่ผู้กระทำทำผิดต่อหน้าที่ที่มีต่อบุคคลโดยพิเศษที่มีเฉพาะตามสัญญา เช่นการไม่คืนเงินกู้แก่ผู้ให้กู้เงิน เป็นต้น 2.การกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดนั้น จะเป็นการกระทำที่ผู้กระทำผิดต่อหน้าที่ที่มีต่อบุคคลโดยทั่วไปในสังคม เช่นการกระทำที่บุคคลจะต้องพึงใช้ความระมัดระวังไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น หรือหน้าที่ตามกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ เป็นต้น ถ้าหากกระทำโดยฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าวการกระทำนั้นก็จะก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิด ดังนั้นถ้าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดต่อหน้าที่ที่มีต่อบุคคลโดยพิเศษที่มีเฉพาะตามสัญญา และยังเป็นการกระทำที่ผิดต่อหน้าที่ที่มีต่อบุคคลโดยทั่วไปในสังคมในคราวเดียวกัน การกระทำนั้นก็จะก่อให้เกิดความรับผิดทางแพ่งได้ทั้งทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด เช่นการที่แพทย์ทำการรักษาผู้ป่วยโดยประมาท ซึ่งแพทย์จะมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะรักษาผู้ป่วยให้ดีตามสัญญา และต้องทำการรักษาผู้ป่วยด้วยความระมัดระวังไม่ประมาท เป็นต้น<sup>329</sup> ซึ่งเมื่อเทียบกับกรณี การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาต เห็นได้ว่าการกระทำดังกล่าวนี้เป็นแค่เพียงการกระทำที่ละเมิดต่อหน้าที่ที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติติดตาม แต่ยังไม่ใช่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อหน้าที่โดยทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงแก่คู่สัญญา จึงทำให้การกระทำดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีความรับผิดทางละเมิดเกิดขึ้น

เมื่อพิจารณาการกระทำดังกล่าวในสาธารณรัฐเกาหลีนั้น พบว่าได้ว่าการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 32 (7) ที่ได้บัญญัติให้การขายเงินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์เป็นความผิดตามกฎหมาย เมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ซึ่งหลักความรับผิดทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลีมิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายรับรองเท่านั้น จึงทำให้ความเสียหายต่อเศรษฐกิจ เช่นโอกาสที่จะได้กำไรของผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้น ได้ถูกให้

<sup>329</sup> Percy H. Winfield, *The Province the Law of Tort* (Cambridge at university press 1931).page 40-91

ความคุ้มครองด้วย จึงทำให้การซื้อขายสินค้าเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตสามารถก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดขึ้นได้

เมื่อเปรียบเทียบความรับผิดทางแพ่งจากการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตของทั้ง 3 ประเทศนั้น เห็นได้ว่า การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความรับผิดทางสัญญาใน 3 ประเทศ แต่อย่างไรก็ดีในความรับผิดทางละเมิดนั้นเห็นว่าแม้แต่สาธารณรัฐเกาหลีเท่านั้นที่สามารถมีความรับผิดทางละเมิดในกรณีดังกล่าวได้ เนื่องจากเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายที่กำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ดีการปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งจากการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าการปรับใช้ความรับผิดดังกล่าวยังมีความเพียงพอ เพราะการซื้อขายเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ได้ก่อความเสียหายในวงกว้างแก่บุคคลอื่นอีกทั้งจุดประสงค์ของการออกกฎหมาย ห้ามการซื้อขายสิ่งของเสมือนด้วยเงินจริงของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น มีมาเพื่อจุดประสงค์ควบคุมพฤติกรรมการเล่นเกมนอนไลน์ของผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่ให้เล่นเกมจนมากเกินไป เล่นเกมเพื่อกระทำธุรกิจ หรือเพื่อการพนัน ไม่ได้มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ในการผูกขาดการจำหน่ายทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์แต่อย่างใด<sup>330</sup>

#### 4.4.3.2 ความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต่อผู้เล่นเกมออนไลน์อื่น

##### 4.4.3.2.1 ความรับผิดจากการเล่นเกมโดยจงใจคุกคามหรือรบกวนผู้เล่นอื่น

การเล่นเกมนอนไลน์ โดยจงใจคุกคามหรือรบกวนผู้เล่นอื่นไม่ว่าจะเป็นการทำลายทรัพย์สินเสมือนของผู้อื่น การใช้ถ้อยคำหยาบคาย หรือคุกคามผู้เล่นอื่นนั้น จะก่อให้เกิดความรับผิด ต่อผู้เล่นเกมออนไลน์คนอื่นได้ดังนี้

#### ความรับผิดทางสัญญา

เนื่องจากการเล่นเกมที่เป็นการจงใจคุกคามหรือรบกวนผู้เล่นเกมอื่นนั้น เห็นได้ว่าสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นเป็นสัญญาที่ผูกพันกันระหว่างระหว่างคู่สัญญาคือผู้ให้บริการเกมออนไลน์กับผู้ใช้บริการเกมออนไลน์หรือผู้เล่นเกมออนไลน์ โดยสัญญานั้นจะไม่ผูกพันไปถึงผู้เล่นเกมออนไลน์

<sup>330</sup> Cho Mu-hyun, "Korea Prohibits Trade of Online Game Items," [Online] Accessed: 2016 July 21. Available from: [http://www.koreatimes.co.kr/www/news/tech/2012/06/129\\_112964.html](http://www.koreatimes.co.kr/www/news/tech/2012/06/129_112964.html)

ด้วยกัน ซึ่งเมื่อไม่มีสัญญาที่จะผูกพันกันแล้ว ก็จะไม่มีหนี้ตามสัญญาที่คู่สัญญาจำต้องชำระให้แก่กัน ความรับผิดตามสัญญาจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้

### ความรับผิดทางละเมิด

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 กับพฤติกรรมการเล่นเกมออนไลน์โดยจงใจคุกคามผู้เล่นอื่นนั้น พบว่าการกระทำดังกล่าว นั้นเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดของความรับผิดทางละเมิด เนื่องจาก ผู้เล่นเกมออนไลน์มีการกระทำ ซึ่งได้แก่การที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ทำการ เข้าใช้งานเกมออนไลน์ และได้ควบคุมตัวละครในเกมออนไลน์ เมื่อผู้เล่นเกมออนไลน์ทำการ โจมตีผู้เล่นอื่น ถือได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการจงใจทำให้ผู้อื่นเสียหายแล้วเพราะผู้กระทำทำไปโดยประสงค์ต่อผล กล่าวคือคือผู้เล่นเกมได้กระทำไป โดยรู้ว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายกับทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมซึ่งเป็นทรัพย์สินของผู้อื่น และนอกจากนี้การเล่นเกมที่เป็นการจงใจหรือคุกคามผู้อื่นยังเป็นกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่เด็ดขาดกฎหมายรับรอง เช่นผู้เล่นเกมทำการหมิ่นประมาทต่อชื่อเสียงของบุคคลอื่น ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในชื่อเสียงซึ่งเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรอง ดังนั้นการกระทำดังกล่าวก็จะก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดได้

แต่อย่างไรก็ดีการเล่นเกมที่จงใจคุกคามหรือรบกวนผู้เล่นอื่นนั้นยังเป็นการกระทำที่ผู้กระทำสามารถกระทำได้โดยเข้าข่ายเว้นเรื่องการกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิด กล่าวคือ การเล่นเกมที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นนั้นนั้นเป็นการกระทำที่กฎหมายได้ให้อำนาจที่จะมีสิทธิกระทำไว้โดยอ้อม เป็นการใช้อำนาจกระทำตามสัญญาเกมออนไลน์ที่ผู้เล่นเกมจะเล่นเกมออนไลน์ในลักษณะใดก็ได้ トラบเท่าที่ยังไม่ขัดกับกฎของเกม ซึ่งถึงแม้ว่าการเล่นเกมนั้นอาจจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้อื่น ก็ไม่อาจทำให้ผู้เล่นเกมดังกล่าวต้องมีความรับผิดทางละเมิด

และนอกจากนี้ การเข้าเล่นเกมออนไลน์ของผู้เล่นเกมนั้นยังเป็นการให้ความยินยอมคล้ายกับการให้ความยินยอมที่จะเข้าเล่นกีฬา ซึ่งความยินยอมประเภทนี้ผู้ให้ความยินยอมจะได้ประโยชน์จากความยินยอมนั้น ไม่ว่าจะเป็นชื่อเสียง เงินทอง สุขภาพ หรือความสนุก ซึ่งไม่ใช่ความยินยอมที่จะทำให้เกิดแต่ความเสียหายเพียงอย่างเดียว <sup>331</sup>โดยความยินยอมในเกมกีฬานั้นจะมีลักษณะเป็นเป็นความยินยอมโดยปริยายที่จะทำให้กระทำนั้นไม่ต้องต้องเกิดความรับผิดแก่ผู้เสียหาย ซึ่งศาลฎีกาได้วางแนว

<sup>331</sup>สุพัชรินทร์ อัครวิชานนท์ "พัฒนาการของหลักกฎหมาย Volenti Non Fit Injuria : ศึกษาการปรับใช้กับประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, University, 2554). หน้า.133-134

การให้ความยินยอมกับเกมกีฬา ไว้ว่า ความยินยอมนั้นต้องเกิดจากความสมัครใจที่จะเล่นเกมกีฬา ไม่ใช่ความยินยอมที่เป็นการเอาตามกัน<sup>332</sup> และการให้ความยินยอมนั้นผู้ให้ความยินยอมจะต้องรู้ว่ามีความอันตรายที่เกิดขึ้น และได้ให้ความยินยอมนั้น แต่การยินยอมนั้นจะต้องเกินกว่ากรอบของกฎกติกาที่เกมกีฬาได้วางเอาไว้<sup>333</sup> ดังนั้นการเล่นเกมตามกฎของเกมตามปกติแล้ว แม้ว่าการกระทำนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เล่นคนอื่นก็ไม่อาจปรับใช้ความรับผิดชอบได้ เพราะถือได้ว่าเป็นการกระทำที่กฎของเกมให้อำนาจผู้เล่นที่จะกระทำได้ในการเล่น และผู้เล่นเกมได้ให้ความยินยอมโดยปริยายที่จะยอมรับผลเสียหายอันเกิดจากการเล่นเกมได้ หลักความรับผิดชอบละเมิดไม่อาจปรับใช้ในกรณีดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตามการเล่นออนไลน์โดยใช้ข้อความสนทนา หรือการสื่อสารในเกมในการหมิ่นประมาท ดูถูกเหยียดหยามข่มขู่ ผู้เล่นเกมออนไลน์อื่นนั้น เห็นได้ว่าการใช้ช่องทางสื่อสารในเกมนั้นมิใช่เป็นส่วนหนึ่งของการเล่นเกม เพียงแต่เป็นช่องทางให้ผู้เล่นเกมได้มีความสะดวกในการติดต่อกับผู้เล่นอื่นเท่านั้น อีกทั้งการให้ความยินยอมที่จะยอมรับความเสียหายจากการเล่นเกมตามปกตินั้น ความยินยอมนั้นไม่ได้รวมถึงการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้ให้ความยินยอมที่จะถูกบุคคลอื่นหมิ่นประมาท ดูถูกเหยียดหยามข่มขู่ด้วย เพราะผลเสียหายจากเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นผลที่มีได้เกิดมาจากการเล่นเกมตามปกติ จึงไม่ถือว่าผู้เล่นเกมออนไลน์ได้ให้ความยินยอมในเรื่องดังกล่าวด้วย เมื่อไม่มีความยินยอมเกิดขึ้น ผู้ที่ใช้ช่องทางสื่อสารในการดูหมิ่นเหยียดหยาม ข่มขู่ผู้อื่นในเกมออนไลน์จึงต้องรับผิดชอบจากการกระทำดังกล่าวด้วย

เมื่อเปรียบเทียบกรณีดังกล่าวกับหลักความรับผิดชอบละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น เห็นได้ว่าการเล่นเกมโดยจงใจดูถูกหรือรบกวนผู้เล่นอื่นนั้นเป็นการกระทำที่ครอบคลุมของความรับผิดชอบละเมิด กล่าวคือ มีการกระทำโดยจงใจ และการและการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินเสมือนของผู้อื่น ซึ่งความเสียหายที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ไม่ได้จำกัดไว้แต่เพียงสิทธิที่กฎหมายให้การรับรองเท่านั้น จึงทำให้ความเสียหายที่เกิดกับทรัพย์สินเสมือนของผู้เล่นเกมออนไลน์อื่น เป็นความเสียหายที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบละเมิดได้

แต่อย่างไรก็ดี การกระทำนั้นได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบได้ตามกฎหมายโดยถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้ให้ความยินยอมในการรับความเสียหายนั้น เหมือนกับความยินยอมที่จะทำให้ได้รับบาดเจ็บจากการเล่นกีฬาต่อสู้เช่นกีฬามวยเป็นต้น<sup>334</sup> ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาตัดสินวางหลัก

<sup>332</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 59/2502

<sup>333</sup> หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6092/2552 โดย นพพร โพธิ์รังสิยากร

<sup>334</sup> lastowka, G., *Virtual Justice the New Laws of Online Worlds*. Page.105-122

ในคดี *Vendrell v. School District*, *McAdams v. Windham*, boxing match; *Gibeline v. Smith*<sup>335</sup>, ที่ว่าการบาดเจ็บที่เกิดจากการเล่นเกมกีฬานั้นไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดขึ้น ถ้าหากความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นตามปกติจากการเล่นเกมกีฬา เนื่องเกมกีฬาได้สร้างรูปแบบการเล่นและกฎขึ้นมาเพื่อให้ความสนุกในการเล่นและการรับชมของผู้ชม เมื่อผู้เล่นกีฬาตกลงที่จะเข้าเล่นกีฬานั้นถือบุคคลนั้นได้รับรู้และยินยอมที่จะรับเอาความเสี่ยงหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเล่นเกมกีฬาแล้ว ซึ่งเปรียบเสมือนการให้ความยินยอมรับเอาความเสียหาย ดังนั้นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นในเกมกีฬาจึงไม่มีความรับผิดชอบในทางละเมิดขึ้น ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบการเล่นกีฬากับการเล่นเกมออนไลน์นั้นจะพบว่ามึลักษณะที่คล้ายกัน เพราะในสภาพการเล่นเกมออนไลน์นั้น ผู้สร้างเกมออนไลน์ได้ออกแบบรูปแบบการเล่นเกมรวมทั้งกฎของเกมที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เล่นเกมอื่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การเล่นเกมนั้นเกิดความสนุก เช่น การให้ผู้เล่นสามารถขโมยทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ของผู้เล่นอื่น การที่ผู้เล่นเกมสามารถโจมตีตัวละคร (Avatar) ของผู้อื่นได้ ผู้เล่นเกมที่เข้ามาเล่นเกมออนไลน์นั้นจึงถือได้ว่าได้ให้ความยินยอมที่จะยอมรับความเสียหายจากการเล่นเกมนั้น ดังนั้นเมื่อความเสียหายดังกล่าวอยู่ในขอบเขตหรืออยู่ในสิทธิที่ผู้เล่นเกมจะกระทำได้แล้ว การกระทำดังกล่าวก็ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิดแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ดีการกระทำบางอย่างของผู้เล่นเกมที่นอกเหนือจากรูปแบบการเล่นตามปกติ เช่นการใช้คำพูดหมิ่นประมาท ถูกเหยียดหยามผู้อื่นในเกมออนไลน์ เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ก็จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางละเมิด ขึ้นได้ เพราะการกระทำดังกล่าวนั้นไม่ได้เป็นการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งของการเล่นเกมออนไลน์ จึงไม่อาจตีความได้ว่าผู้เสียหายนั้นได้ให้ความยินยอมในการกระทำดังกล่าว เมื่อมีการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นผู้กระทำจึงต้องมีความรับผิดชอบทางละเมิด<sup>336</sup>

เมื่อเปรียบเทียบกับความรับผิดชอบทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลี พบว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดนั้น บทบัญญัติเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี มาตรา 750 ไม่ได้บัญญัติว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจะจำกัดอยู่แต่เพียงสิทธิที่กฎหมายให้การรับรองเท่านั้น จึงทำให้ผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิใดใดก็สามารถก่อให้เกิดความรับผิดชอบในทางละเมิดได้ ซึ่งทำให้สิทธิในทรัพย์สินเสมือนนั้นได้รับความคุ้มครองตามหลักความรับผิดชอบในทางละเมิด แต่อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความรับผิดชอบทางละเมิดของ สาธารณรัฐเกาหลีพบว่า การเล่นเกมที่เป็นการจงใจ

<sup>335</sup> *Vendrell v. School District No. 26C*, 233 Ore. 1, 376 P.2d 406 (1962). See also *McAdams v. Windham*, 208 Ala. 492, 94 So. 742, 30 A.L.R. 194 (1922), boxing match; *Gibeline v. Smith*, 106 Mo.App. 545, 80 S.W. 961 (1904), friendly scuffle; *Ogden v. Rabinowitz*, 86 R.I. 294, 134 A.2d 416 (1957), college fracas. See Note, 26 Mich.L.Rev. 322 (1929).

<sup>336</sup> lastowka, G., *Virtual Justice the New Laws of Online Worlds*.Page 109



หรือคุกคามผู้เล่นอื่นไม่เป็นการกระทำที่เป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful act) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผู้กระทำมีสิทธิที่จะกระทำได้โดยเป็นสิทธิที่เกิดขึ้น จากฟังก์ชันหรือการทำงานของเกม จึงเป็นการกระทำที่ทำได้โดยมีสิทธิตามกฎหมาย เมื่อการกระทำนั้นมิใช่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำดังกล่าวจึงไม่ก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดขึ้น

แต่เมื่อพิจารณาถึงการกระทำ เช่นการหมิ่นประมาท ใช้คำพูดคุกคาม เหยียดหยามผู้อื่นในเกมออนไลน์ เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบทางละเมิดนั้นพบว่าการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือลักษณะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายที่กำหนดไว้ และนอกจากนี้การกระทำดังกล่าวผู้กระทำไม่ได้มีสิทธิที่จะกระทำได้ เพราะไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของรูปแบบการทำงานของเกมออนไลน์ เมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และก่อความเสียหายแก่ผู้อื่นซึ่งในที่นี้ได้แก่ความเสียหายต่อชื่อเสียงหรือจิตใจ การกระทำดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความรับผิดฐานละเมิดได้

เมื่อเปรียบเทียบความรับผิดจากการเล่นเกมโดยจงใจคุกคามหรือรบกวนผู้เล่นอื่น ระหว่างสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลีและประเทศไทย พบว่ามีการปรับใช้เกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งที่คล้ายกัน กล่าวคือ ไม่สามารถปรับใช้ความรับผิดทางสัญญาจากกรณีดังกล่าวได้ เนื่องจากไม่มีสัญญาที่ใช้บังคับระหว่างกัน และถ้าหากเป็นการเล่นเกม โดยจงใจหรือคุกคามผู้อื่น โดยกฎ ฟังก์ชันการทำงานหรือรูปแบบของเกมได้กำหนดให้กระทำได้ ก็ไม่อาจปรับใช้ความรับผิดทางละเมิดได้เช่นกัน เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำที่เกิดจากความยินยอมของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่จะเข้ารับความเสียหายจากการเล่นเกมนี้เอง แต่อย่างไรก็ดี การเล่นเกมดังกล่าวก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดในทั้ง 3 ประเทศได้ ถ้าหากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นมิใช่เป็นการกระทำเพื่อการเล่นเกม ที่กฎ ฟังก์ชันการทำงาน หรือรูปแบบของเกมให้กระทำได้ เช่นการหมิ่นประมาทบุคคลอื่น จากที่กล่าวมาทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของประเทศไทย ยังมีความเพียงพอที่จะนำมาปรับใช้ในเรื่องความรับผิดทางแพ่งจากการเล่นเกมออนไลน์ โดยจงใจคุกคามหรือรบกวนผู้เล่นอื่น

#### 4.4.3.3 ความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต่อผู้เล่นเกมออนไลน์

##### 4.4.3.3.1 ความรับผิดจากการยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์หรือระงับบัญชีการใช้งานเกมออนไลน์

ซึ่งในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน ที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มีหน้าที่ต้องให้บริการเกมออนไลน์ แลกกับค่าตอบแทนที่ผู้ใช้บริการ

เกมออนไลน์ต้องจ่าย ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของ เงินค่าใช้บริการเกม เงินที่ใช้ซื้อทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์ หรือแม้แต่การที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องดูแลตามหน้าที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์กำหนด การยกเลิกหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์นั้นจะเกิดขึ้นได้จาก 2 กรณีที่อาจก่อให้เกิดความรับผิดที่ต่างกัน คือ 1. การยกเลิกหรือระงับการให้บริการจากสาเหตุที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ทำการผิดสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ และ 2. การยกเลิกหรือระงับการให้บริการที่ไม่ใช่มาจากสาเหตุของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ โดยทั้งสองกรณีนั้นจะก่อให้เกิดความรับผิดที่แตกต่างกันดังนี้

### ก. ความรับผิดทางสัญญา

การยกเลิกหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์นั้นคือการที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ทำการยกเลิกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่มีต่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์ โดยการยกเลิกหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์เนื่องจากผู้เล่นเกมออนไลน์กระทำการที่ผิดสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ เช่น การไม่ชำระค่าบริการ การใช้โปรแกรมโกงเกม เป็นต้น จึงถือว่าเป็นการที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไม่ชำระหนี้ที่พึงมีตามสัญญา เมื่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้ทำการแจ้งให้ผู้ให้บริการทราบถึงเรื่องผิดสัญญาแล้ว แต่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ยังไม่ปฏิบัติตาม ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ก็จะมีสิทธิยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์ได้ ตามกฎหมาย<sup>337</sup> แต่ผลของการยกเลิกสัญญานั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 ได้บัญญัติไว้ให้ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายนั้นต้องกลับคืนเหมือนไม่เคยมีสัญญากันเกิดขึ้น<sup>338</sup> ดังนั้นผู้ให้บริการเกมออนไลน์จึงมีหน้าที่ที่จะต้องรับคืน สินค้าเสมือน หรือค่าชั่วโมงเล่นเกมที่ได้เก็บจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไปแล้วยังไม่ได้มีการใช้งาน โดยอาจคืนเป็นรูปแบบของตัวเงินก็ได้ ซึ่งหากผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไม่ทำการรับคืนมูลค่าสินค้าเสมือนหรือค่าชั่วโมงที่เหลืออยู่ก็จะก่อให้เกิดความรับผิดขึ้นได้

แต่อย่างไรก็ดีในเรื่องการกลับคืนสู่สถานะเดิมนั้นคู่สัญญานั้นมีสิทธิที่จะทำสัญญาข้อสละสิทธิเรียกร้องในกรณีการกลับคืนสู่สถานะเดิมก็ได้ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายแต่อย่าง

<sup>337</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยษะเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ในระยะเวลาที่กำหนดให้ไซ้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้”

<sup>338</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรค 1 เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็น อยู่เดิมแต่ทั้งนี้จะเป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของบุคคลภายนอกหาได้ไม่

ใด<sup>339</sup> ซึ่งสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นมักจะมีข้อสัญญาลักษณะนี้อยู่ในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ซึ่งจะทำให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไม่ต้องมีความรับผิดชอบตามสัญญาแต่อย่างใด

แต่ถ้าหากเป็นการยกเลิกหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์ที่ไม่ได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาแล้ว ซึ่งโดยตามปกติคู่สัญญาไม่มีสิทธิที่จะเลิกสัญญาตามอำเภอใจได้<sup>340</sup> ถึงแม้ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายจะไม่ได้คัดค้านก็ตาม ก็ไม่ทำให้สัญญาเลิกกัน<sup>341</sup> เมื่อการยกเลิกหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์ของผู้ให้บริการโดยไม่มีสิทธิ จึงเท่ากับว่าสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ระหว่างผู้ให้บริการเกมออนไลน์และผู้ให้บริการยังคงมีอยู่ ซึ่งทำให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ยังมีหนี้หรือหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาคือต้องให้บริการเกมออนไลน์ตามที่สัญญากำหนดไว้ เมื่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไม่ให้บริการตามที่กำหนดไว้จึงถือได้ว่า ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์การกระทำดังกล่าวจึงก่อให้เกิดความรับผิดทางสัญญาขึ้น

### ก. ความรับผิดทางละเมิด

ความรับผิดทางละเมิดในกรณีการยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นเมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 เห็นได้ว่า การกระทำดังกล่าวนั้นขาดองค์ประกอบในทางละเมิดในเรื่องเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะการกระทำดังกล่าวนี้ ไม่ได้เป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือผิดจารีตประเพณีด้วย หรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายรับรอง เนื่องการยกเลิกหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์โดยไม่มีสิทธิที่จะทำได้นั้นจากการเป็นแค่การละเมิดข้อตกลงในสัญญาซึ่งก่อให้เกิดผลเสียหายแก่สิทธิในสัญญาซึ่งเป็นเพียงบุคคลสิทธิที่บังคับได้ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น มิได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายให้การรับรองเช่นทรัพย์สินสิทธิในทรัพย์สิน เมื่อการยกเลิกหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์ไม่ใช่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วจึงไม่อาจก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดได้

เมื่อเปรียบเทียบการยกเลิกหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์กับหลักความรับผิดทางละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นพบว่า การกระทำดังกล่าวไม่อาจก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดได้เนื่องจาก การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีลักษณะที่ผู้กระทำทำผิดต่อหน้าที่ที่มีต่อ

<sup>339</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2165/2556 , 3005-3006/2557

<sup>340</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 277/2551

<sup>341</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5876/2541

บุคคลโดยพิเศษที่มีเฉพาะตามสัญญาเท่านั้น มิใช่การกระทำที่กระทำผิดต่อหน้าที่ที่มีต่อบุคคลโดยทั่วไป ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิด

โดยเมื่อเทียบเทียบกรณีดังกล่าวกับความรับผิดทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลีพบว่า การยกเลิกหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์นั้น ไม่อาจก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดขึ้นเนื่องจากการกระทำดังกล่าวนั้นขาดองค์ประกอบในเรื่องละเมิดกล่าวคือ การกระทำดังกล่าวไม่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย(unlawfulness) เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะที่เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายที่ไม่ได้เขียนขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นจารีตหรือประเพณีด้วย เพียงแต่การกระทำดังกล่าวเป็นเพียงการผิดสัญญาที่มีไว้ให้แกกันเท่านั้น

#### 4.4.3.4 ความรับผิดทางแพ่งของบุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์

##### 4.4.3.4.1 ความรับผิดจากการจำหน่าย โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ

###### ก. ความรับผิดทางสัญญา

ความผิดทางสัญญาจากการจำหน่ายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของบุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้เพราะตัวบุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในการให้บริการเกมออนไลน์ ซึ่งเมื่อไม่มีสัญญาให้บังคับแก่กัน ความรับผิดทางสัญญาจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้

###### ข. ความรับผิดทางละเมิด

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 กับพฤติกรรมของบุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ในการเผยแพร่หรือจำหน่ายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น เห็นได้ว่า การกระทำของบุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิด เนื่องจาก การกระทำของบุคคลที่สามมีลักษณะเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นต่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์ โดยเป็นการกระทำที่มีลักษณะจงใจเนื่องจากบุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ แสดงออกให้เห็นว่าตนได้จำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมอัตโนมัติ โดยได้ประโยชน์เป็นค่าโฆษณาหรือรายได้จากการขายโปรแกรม และสามารถสังเกตเห็นได้ว่าการกระทำของตนนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ และการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ให้บริการเกมออนไลน์กล่าวคือ ทำให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นต้องเสียค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในการตรวจหาการใช้

งานโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ และยังทำให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องสูญเสียรายได้เนื่องจากการใช้งานเกมออนไลน์ที่ลดลง

แต่อย่างไรก็ตามในกรณีการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้นเห็นได้ว่า การกระทำดังกล่าวไม่เป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายที่กำหนดเนื่องจากตัวโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น การที่ผู้เล่นเกมออนไลน์นำโปรแกรมดังกล่าวไปใช้งาน ไม่ถือว่าเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2551 เพราะตัวโปรแกรมดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะเป็นโปรแกรมที่ใช้ทำลายมาตรการป้องกันการเข้าถึงเพื่อเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ หรือฐานข้อมูล อีกทั้งการกระทำของโปรแกรมดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นการรบกวนการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ ดังนั้น การที่บุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์เผยแพร่โปรแกรมหรือชุดคำสั่งดังกล่าว จึงไม่เป็นการผิดต่อกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์แต่อย่างใดจึงไม่อาจนำเรื่องการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายที่กำหนดมาปรับใช้ในกรณีดังกล่าวได้

แม้ว่าการกระทำของบุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่จำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกม อัตโนมัติจะไม่เป็นการผิดต่อกฎหมายที่กำหนดไว้ และยังไม่สามารถนำเรื่องการใช้สิทธิอันมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้เนื่องจากในเรื่องการใช้สิทธิอันมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น จะต้องเป็นการใช้สิทธิที่กฎหมายให้การรับรองเช่นสิทธิในกรรมสิทธิ์ที่ดิน ไม่ใช่เป็นการใช้เสรีภาพที่จะทำอะไรก็ได้ ซึ่งการกระทำของบุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่จำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นมิใช่ เป็นการกระทำที่ทำตามสิทธิในความหมายของมาตรา 421 แต่เป็นการกระทำที่เรียกว่าเสรีภาพ คือสิทธิของบุคคลที่จะทำอะไรก็ได้ เมื่อสิทธิในการค้าขายอย่างเสรีไม่ใช่สิทธิที่กฎหมายให้การรับรองไว้เป็นเฉพาะแล้ว การกระทำของบุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่จำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ จึงไม่อาจนำเรื่อง การใช้สิทธิอันมีแต่จะก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้อื่น มาปรับใช้กับความรับผิดละเมิดในกรณีดังกล่าวได้

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าการกระทำดังกล่าว จะไม่เป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายที่กำหนดไว้ และไม่อาจปรับเรื่องการใช้สิทธิอันมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายกับกรณีดังกล่าวได้ แต่ในการเผยแพร่และจำหน่ายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ยังเป็นการทำให้เสียหายต่อสิทธิในสัญญาของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ เพราะในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์จะมีข้อสัญญาหรือกฎของเกมที่ห้ามมิให้ผู้เล่นเกมทำการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติหรือโปรแกรมโกงเกมในการเล่นเกมออนไลน์ ดังนั้นการที่บุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ทำการขายหรือเผยแพร่โปรแกรมดังกล่าวไปช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ จึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะจงใจทำให้ผลของสัญญาเสียหาย เช่นการยุยงให้คู่สัญญาผิดสัญญา หรือมีการเลิกสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งเป็นการทำลายสิทธิในสัญญาซึ่งเป็นสิทธิอย่างหนึ่ง

กฎหมายให้การรับรอง การกระทำดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย เมื่อการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้คู่สัญญาเกมออนไลน์ บุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์จำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติจึงมีความรับผิดชอบในทางละเมิด

เมื่อเปรียบเทียบการกระทำของบุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์จำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติกับหลักความรับผิดชอบทางละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จะเห็นได้ว่า การกระทำของบุคคลภายนอกผู้ผลิตหรือจัดจำหน่ายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นเป็นการกระทำละเมิดในลักษณะการจงใจทำความเสียหายให้แก่สัญญา ซึ่งองค์ประกอบของการกระทำละเมิดในกรณีดังกล่าวนี้ คือ 1. มีสัญญาอยู่ระหว่างโจทก์กับคู่สัญญา 2. จำเลยรู้ว่ามิสัญญานั้นอยู่ 3. จำเลยได้กระทำการส่งเสริมให้คู่สัญญาละเมิดสัญญานั้นหรือกระทำให้สัญญานั้นไม่มีผลบังคับใช้ และ 4. เกิดความเสียหายต่อโจทก์

ซึ่งในกรณีที่บุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ทำการจำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นศาลสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาไว้ในคดี *Blizzard Entertainment Inc. v. Ceiling Fan Software LLC*<sup>342</sup> ว่าการขายโปรแกรม ช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ นั้น เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อโจทก์ เนื่องจากการกระทำของบริษัทที่ขายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น ก่อให้เกิดการละเมิดโดยได้ทำลายความสัมพันธ์ทางสัญญา ระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์และผู้ให้บริการเกมออนไลน์ โดยศาลให้เหตุผลว่า การกระทำที่เป็นการละเมิดโดยทำลายความสัมพันธ์ของสัญญานั้นจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ คือ 1. มีสัญญาที่ใช้บังคับกันได้ระหว่างโจทก์ กับคู่สัญญา ซึ่งในที่ นี้ก็คือสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ นั้นเอง 2. จำเลยต้องรู้ว่ามิสัญญาเช่นนั้นอยู่ ซึ่งในคดีนี้ มีข้อเท็จจริงว่าจำเลยนั้นสมัครเข้าใช้งานเกมออนไลน์ของโจทก์ จึงถือว่าจำเลยได้รู้ถึงการมีอยู่ของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ด้วย 3. จำเลยต้องมีเจตนาที่จะสร้างหรือก่อให้เกิดการละเมิดสัญญาของคู่สัญญา โดยคดีนี้เห็นได้ว่าการที่จำเลยจำหน่ายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ และได้มีการปรับปรุงให้ทันสมัยตามเกมของโจทก์ ก็ถือว่าเป็นการเข้าหลักในข้อนี้แล้ว 4. มีการกระทำที่เป็นการผิดหรือทำลายสัญญานั้น ซึ่งในข้อนี้ก็มีการ ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของคู่สัญญา ทำให้เกิดการผิดสัญญาการให้บริการเกิดขึ้น และ 5. เกิดความเสียหาย ซึ่งในเรื่องความเสียหายนั้น การใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติได้ทำให้ ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ต้องเสื่อมเสียชื่อเสียง อีกทั้งต้องสูญเสียเงินในการพัฒนาโปรแกรมที่จะใช้ป้องกันโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ จึงถือได้ว่า ความเสียหายได้เกิดขึ้นแล้ว บุคคลภายนอกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ทำการจำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติจึงต้องมีความรับผิดชอบในทางละเมิดจากการกระทำดังกล่าว

<sup>342</sup> *Blizzard Entertainment Inc v. Ceiling Fan Software LLC et8:12-cv-00144-JVS-JPR*

นอกจากนี้การกระทำดังกล่าวยังเป็นการกระทำที่เป็นความผิดต่อกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act มาตรา 1201(a)(2) ในเรื่อง จำหน่าย หรือเผยแพร่ โปรแกรมหรือเครื่องมือที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันเทคโนโลยี ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาในคดี MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc. and Vivendi Games, Inc.<sup>343</sup> โดยได้วินิจฉัยว่า การจัดจำหน่ายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น เป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐาน จำหน่าย หรือเผยแพร่ โปรแกรมหรือเครื่องมือที่ใช้หลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันเทคโนโลยี ตาม Digital Millennium Copyright Act มาตรา 1201(a)(2) โดยศาลได้ให้เหตุผลว่าการทำงานของโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ที่สามารถหลบหลีกการตรวจจับของโปรแกรมตรวจสอบการทำงานของโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติได้ เป็นการกระทำที่ละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยี ตาม Digital Millennium Copyright Act ดังนั้นการบริษัทจำหน่ายโปรแกรมดังกล่าวจึงเป็นความผิดตามกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act มาตรา 1201(a)(2)

เมื่อเปรียบเทียบกับความรับผิดจากการกระทำของบุคคลภายนอกที่เผยแพร่โปรแกรมประเภทช่วยเล่นเกมอัตโนมัติกับหลักความรับผิดทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นเห็นได้ว่า สำหรับความรับผิดในทางละเมิดของผู้ที่ผลิตหรือจัดจำหน่ายโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น จะเห็นได้ว่า การกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่ครอบคลุมความรับผิดในทางละเมิดแล้ว เนื่องจากเป็นการกระทำที่เป็นการจงใจ และเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกล่าวคือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นอีกทั้งการกระทำดังกล่าวยังเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายที่ได้บัญญัติเอาไว้ และนอกจากนี้การกระทำดังกล่าวยังก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ซึ่งความรับผิดทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลีนั้นได้ให้ความคุ้มครองความเสียหายที่กว้างมาก ไม่จำกัดอยู่เพียงสิทธิที่กฎหมายให้การยอมรับเท่านั้น ดังนั้นถ้าผู้ทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในทางเศรษฐกิจ เช่นสิทธิในสัญญา เป็นต้น หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อจิตใจ บุคคลที่ก่อความเสียหายนั้นก็ต้องรับผิดทางละเมิด ซึ่งศาลฎีกาสาธารณรัฐเกาหลีได้มีคำพิพากษาว่าการที่บุคคลภายนอกเป็นผู้เข้ามาขู่ยงให้คู่สัญญาผิดสัญญา บุคคลภายนอกนั้นต้องรับผิดทางละเมิดด้วย เมื่อเปรียบเทียบกรณีดังกล่าวกับการกระทำของบุคคลภายนอกที่จำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นเห็นได้ว่าการจำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นเป็นการขู่ยงให้คู่สัญญาเกมออนไลน์คือผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ทำการละเมิดสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ เมื่อการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์แล้ว บุคคลภายนอกผู้ซึ่งจำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติจึงมีความรับผิดทางละเมิดจากกรณีดังกล่าวด้วย

<sup>343</sup> MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc. and Vivendi Games, Inc., 629 F.3d 928 (9th Cir. 2010)

และนอกจากนี้การกระทำดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย GAME INDUSTRY PROMOTION ACT มาตรา 32 (10) ซึ่งบัญญัติว่า “การสร้างหรือจัดจำหน่ายอุปกรณ์ หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้เพื่อวัตถุประสงค์โดยผิดกฎหมายเพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งของในเกมที่ไม่ได้รับการอนุมัติหรือได้รับการจัดหามาจากบริษัทผู้ผลิตเกม” ทำให้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นก้อยู่ในความหมายของโปรแกรมประเภทดังกล่าวด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้การกระทำของบุคคลภายนอกที่จำหน่าย หรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ มีความผิดตามกฎหมาย GAME INDUSTRY PROMOTION ACT

เมื่อเปรียบเทียบความรับผิดทางแพ่งในกรณีที่บุคคลภายนอกจำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของทั้งสามประเทศเห็นได้ว่าแม้ว่าในประเทศไทยจะไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ ความรับผิดในเรื่องการจงใจทำให้สัญญาของผู้อื่นเสียหาย เหมือนดังหลักความรับผิดทางละเมิดของ ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือมีการกำหนดความเสียหายอันเกิดจากเหตุละเมิดที่รวมไปถึงสิทธิทาง เศรษฐกิจ เช่นสิทธิในสัญญาเหมือนดังหลักกฎหมายละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลี แต่หลักความรับผิด ทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ของประเทศไทยนั้นมีความเพียงพอที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีบุคคลภายนอกจำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ เนื่องจากกรกระทำของบุคคลภายนอกดังกล่าวเป็นการ ยุยงส่งเสริมให้คู่สัญญาทำผิดสัญญา เพราะ สิทธิในสัญญานั้น ในประเทศไทยถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่กฎหมายได้ให้การรับรอง เมื่อมี บุคคลภายนอกสัญญาจงใจหรือประมาทมาทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิดังกล่าว บุคคลนั้นจึงต้องมีความรับผิดในทางละเมิด



## บทที่ 5

### บทสรุป และข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

จากการพัฒนาอุตสาหกรรมเกมออนไลน์ และการเข้าถึงระบบอินเทอร์เน็ตของประชาชนได้ง่ายขึ้น ทำให้รูปแบบการเล่นเกมนิวทริคัลได้ถูกปรับเปลี่ยนจากลักษณะการเล่นเพียงบุคคลเดียว (Standalone) มาเป็นลักษณะการเล่นเกมในลักษณะออนไลน์ที่เกี่ยวข้องกับผู้เล่นเกมอื่นในโลกอินเทอร์เน็ตเป็นอย่างมาก ผู้เล่นเกมบางประเภทได้เปลี่ยนวัตถุประสงค์ของการเล่นเกมจากการเล่นเกมเพื่อความสนุกเป็นเล่นเกมเพื่อหารายได้หรือประกอบธุรกิจเช่น การจำหน่ายสินค้าเสมือนหรือเงินเสมือนที่ทำได้จากการเล่นเกม โดยจากรูปแบบของเกมออนไลน์ที่พัฒนามากขึ้นก่อให้เกิดปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้บริการเกมออนไลน์เป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทในด้านสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ หรือข้อพิพาทในประเด็นความรับผิดชอบจากพฤติกรรมของฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์ เป็นต้น ซึ่งหลักเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบันยังคงไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อพิจารณาความรับผิดชอบเกี่ยวกับเกมออนไลน์ได้อย่างเพียงพอ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้กฎหมายหลายประการซึ่งพิจารณาได้ดังนี้คือ

#### ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์

เนื่องจากสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคโดยเป็นสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่กระทำอยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งแม้ว่าบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการเกิดสัญญาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ที่ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นได้เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน จะสามารถนำมาปรับใช้ในเรื่องการเกิดของสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ได้แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการเกิดสัญญานั้นได้ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อรองรับนิติกรรม ที่เกิดขึ้นโดยคู่สัญญาที่มีความเท่าเทียมที่สามารถต่อรองและสามารถกำหนดรูปแบบในการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองในสัญญาได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่ในกรณีสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นเป็นกรณีที่สัญญาเกิดขึ้นจากคู่สัญญาที่มีลักษณะที่ไม่เท่าเทียมกันกล่าวคือเป็นสัญญาที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มีอำนาจต่อรองในสัญญามากกว่าผู้ใช้บริการเกมออนไลน์เป็นอย่างมากซึ่ง และนอกจากนี้เนื่องจากรูปแบบของสัญญายังเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ จึงเกิดปัญหาในการพิจารณาว่าสัญญา จะเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งมีปัญหาในการพิจารณาว่า สิ่งใดเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอ เช่น ลักษณะของการแสดงข้อสัญญาให้ผู้บริโภคหรือผู้ทำสัญญาเห็นได้อย่างเด่นชัด สิ่งใดเป็น

การแสดงเจตนาทำคำสนองรับคำสัญญา เช่นการกดปุ่มยอมรับทำสัญญาจะถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองได้หรือไม่ หรือในกรณีสัญญาเกมออนไลน์ที่ไม่จำเป็นต้องแสดงออกถึงการแสดงเจตนาทำคำสนองรับเช่นการกดปุ่ม ก็สามารถใช้บริการเกมออนไลน์ได้ จะถือได้ว่าการเล่นเกมออนไลน์เป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองหรือไม่ และนอกจากนี้ยังก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ร่างสัญญาเนื่องจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นสามารถซ่อนข้อสัญญาหรือแสดงออกถึงข้อสัญญาให้อ่านได้ยากและไม่เด่นชัด เป็นต้น ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าข้อสัญญาเกมออนไลน์ในลักษณะใดสามารถเกิดขึ้นและใช้บังคับได้นั้น จะขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาโดยอาศัยบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการเกิดสัญญาในการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอและการแสดงเจตนาทำคำสนอง ซึ่งผู้พิพากษาแต่ละคดีอาจมีการใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกันในการพิจารณา ซึ่งอาจทำให้ในคดีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกันอาจมีคำพิพากษาที่ต่างกันได้ ด้วยเหตุนี้การนำบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องการเกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดขึ้นบนระบบคอมพิวเตอร์ จึงยังไม่มีความเพียงพอที่จะใช้แก้ไขปัญญาในเรื่องการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนอง และยังไม่สามารถให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้ร่างสัญญา

ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติเรื่องการเกิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศคือ กฎหมาย Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) มาตรา 202 และคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) ,มาตรา 202 และคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้มีคำตัดสินในประเด็นการเกิดของสัญญา อิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์ และการที่ข้อสัญญาใดจะมีผลสามารถใช้บังคับกันได้ โดยได้วางหลักของการแสดงเจตนาทำคำเสนอที่จะทำให้ข้อสัญญาที่สามารถนำมาใช้บังคับกันได้ไว้ว่า การแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น จะถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอก็ต่อเมื่อ ผู้แสดงเจตนาได้ให้โอกาสคู่สัญญาในการที่จะตรวจสอบข้อสัญญาดังกล่าวก่อนเข้าทำสัญญา ซึ่งหลักการมีโอกาสตรวจสอบข้อสัญญา (OPPORTUNITY TO REVIEW) ได้สร้างความชัดเจนในเรื่องการแสดงเจตนาทำคำเสนอในสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บนระบบคอมพิวเตอร์เป็นอย่างมากและสร้างความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่มีโอกาสได้ตรวจสอบในสัญญา เนื่องจากการให้โอกาสคู่สัญญาอีกฝ่าย ที่จะได้ตรวจสอบข้อสัญญาว่าสัญญานั้นจะส่งผลผูกพันหรือไม่เป็นธรรมแก่ตนเท่าใด ก่อนที่จะตกลงใจที่จะเข้าทำหรือไม่เข้าทำสัญญา และนอกจากนี้การแสดงเจตนาทำคำสนองของคู่สัญญานั้นยังต้องตั้งอยู่บนหลักการยืนยันการแสดงเจตนา (MANIFESTING ASSENT) ซึ่ง เป็นหลักการที่กำหนดให้ การแสดงเจตนาของผู้เข้าทำสัญญานั้น จะต้องมึลักษณะที่ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา เช่น

การ ตอบตกลง หรือทำการกดปุ่มยอมรับข้อสัญญา เป็นต้น ส่งผลให้เกิดความชัดเจนในการที่จะ กำหนดรูปแบบการแสดงผลการทำคำสั่งของคู่สัญญาว่า การกระทำหรือแสดงออกในรูปแบบใดของ คู่สัญญา จึงจะถือว่าเป็นการแสดงผลการทำคำสั่ง ที่จะก่อให้เกิดสัญญาได้

### ประเด็นปัญหาเรื่องสถานะและความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์

เนื่องจากการเล่นเกมออนไลน์นั้น ผู้เล่นเกมออนไลน์จะสามารถได้รับหรือครอบครอง ทรัพย์สินเสมือนซึ่งได้แก่เงินและสิ่งของในเกมออนไลน์ ซึ่งผู้เล่นเกมออนไลน์สามารถได้รับมาจากการ เล่นเกมออนไลน์หรือจากการซื้อมาจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์ โดยสถานะและความเป็นเจ้าของ ทรัพย์สินเสมือนนั้นเป็นเรื่องที่ใหม่และเป็นเรื่องในแต่ละประเทศให้การตีความในการกำหนด ความหมายและสถานะของทรัพย์สินเสมือน เพราะทรัพย์สินเสมือนนั้นมีรูปแบบและคุณลักษณะ พิเศษ เช่นเป็นสิ่งไม่มีรูปร่าง แต่มีราคา และมีคุณสมบัติที่ผู้ครอบครองสามารถกีดกันไม่ให้ผู้เล่นเกม ออนไลน์อื่นมาใช้งานหรือครอบครองทรัพย์สินเสมือนของตนได้ ซึ่งเป็นคุณสมบัติของทรัพย์สิน แต่ อย่างไรก็ดีทรัพย์สินเสมือนนั้นไม่อาจถูกครอบครองได้อย่างเด็ดขาดหรือไม่อาจใช้ต่อสู้หรือใช้ยันกับ บุคคลทั่วไปที่อยู่นอกตลกเสมือนในเกมออนไลน์ได้

จากการศึกษาความหมายของทรัพย์สินและทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ของประเทศไทยและสาธารณรัฐเกาหลี และหลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินในระบบคอมพิวเตอร์ รวมถึงคำพิพากษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสถานะของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างของ ประเทศไทย สาธารณรัฐ เกาหลี และสหรัฐอเมริกา สามารถแยกประเด็นปัญหาเกี่ยวกับทรัพย์สินเสมือนได้ดังนี้

### ปัญหาสถานะของทรัพย์สินเสมือน

เนื่องจากคุณลักษณะของทรัพย์สินเสมือนนั้นแม้จะเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง แต่ก็เป็นที่สามารถ คำนวณเป็นราคาได้ และนอกจากนี้ผู้เล่นเกมออนไลน์ยังสามารถหวงกั้นทรัพย์สินเสมือนที่ตน ครอบครองอยู่ จึงทำให้ทรัพย์สินเสมือนนั้นสามารถมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์มาตรา 138 โดยทรัพย์สินเสมือนนั้นมีสถานะเป็นสิทธิอย่างหนึ่งตามสัญญาการให้บริการ เกมออนไลน์ที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องให้บริการเกมออนไลน์ตามคุณสมบัติของทรัพย์สินเสมือนที่ ผู้เล่นเกมออนไลน์ครอบครองอยู่ และยังคงจัดให้มีทรัพย์สินเสมือนในบัญชีของผู้เล่นเกมออนไลน์ใน ขณะที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ใช้งานด้วย ซึ่งสิทธิในทรัพย์สินเสมือนนั้น มีลักษณะที่เป็นบุคคลสิทธิ หรือ สิทธิทางหนี้ ที่เกิดขึ้นจากสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์

ซึ่งแตกต่างประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลีมาตรา 98 ที่บัญญัติความหมายของ ทรัพย์สิน (Thing) คือสิ่งที่เป็นรูปธรรม รวมถึงไฟฟ้า และพลังงานที่ควบคุมได้ ซึ่งจากที่กล่าวมาทำให้สาธารณรัฐ

เกาหลีใต้ สิ่งที่จะมีสถานะเป็นทรัพย์สิน(Thing) ได้มีอยู่ 2 ประการคือ 1. สิ่งของที่มีรูปร่าง 2. ไฟฟ้าหรือพลังงานที่อาจถูกควบคุมได้ ซึ่งทำให้ทรัพย์สินเสมือนที่อยู่ในเกมออนไลน์นั้นไม่อาจไม่สถานะเป็นทรัพย์สิน (Thing) ได้เนื่องจาก ทรัพย์สินเสมือนนั้นเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง และครอบครองหรือควบคุมทรัพย์สินเสมือนนั้น ทั้งผู้เล่นเกมออนไลน์และผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไม่อาจมีอำนาจควบคุมทรัพย์สินเสมือนได้อย่างเด็ดขาด แต่อย่างไรก็ตามศาลของประเทศเกาหลีใต้ได้ตัดสินให้ทรัพย์สินเสมือนนั้นมีสถานะเป็น ทรัพย์สินทางปัญญาโดยถือเป็นส่วนหนึ่งของฟังก์ชันการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์

ซึ่งเมื่อพิจารณาสถานะของทรัพย์สินเสมือนในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นได้แบ่งประเภทของทรัพย์สิน (Property) ไว้เป็น 2 ประเภทคือ 1. Real property ซึ่งทรัพย์สินประเภทนี้ หมายถึง อสังหาริมทรัพย์ เช่นที่ดิน หรือสิทธิในที่ดิน 2. Personal property ซึ่งทรัพย์สินประเภทนี้หมายถึง ทรัพย์สินที่มีตัวตน เช่น สสังหาริมทรัพย์ สัตว์ สิ่งของ และสิ่งของที่ไม่มีตัวตน เช่น สิทธิต่าง ๆ เช่น หุ้น, สิทธิในสิทธิบัตรหรือทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น โดยสิ่งที่จะมีสถานะเป็นทรัพย์สินได้นั้น ศาลในคดี Kremen v. Cohen ได้วางหลักไว้ว่า สิ่งที่จะเป็นทรัพย์สินได้นั้น จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการคือ 1. จะต้องมีความหมาย และ 2. จะต้องถูกการแสดงการครอบครองได้ ทำให้ทรัพย์สินเสมือนนั้นมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับการพิจารณาว่าสิ่งใดจะมีสถานะเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่า บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในการให้การรับรองสถานะของทรัพย์สินเสมือนในประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าการที่ทรัพย์สินเสมือนนั้นมีสถานะเป็น ทรัพย์สินโดยเป็นสิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่งตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น เป็นการรับรองสถานะของทรัพย์สินเสมือนอย่างเพียงพอและชัดเจนแล้ว

### ปัญหาสถานะความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือน

ผู้เล่นเกมออนไลน์จะได้รับทรัพย์สินเสมือนเช่นสิ่งของหรือเงินในเกมมาจาก 2 ช่องทางคือ 1. ได้รับมาจากการเล่นเกมออนไลน์เช่นการทำภารกิจในเกมสำเร็จ 2. ได้มาจากการซื้อขายทรัพย์สินเสมือน เช่นการซื้อทรัพย์สินเสมือนจากผู้ให้บริการเกมออนไลน์ แต่อย่างไรก็ตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นมักจะมีข้อตกลง ที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์จะสงวนสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนไว้ โดยทรัพย์สินเสมือนนั้น มีสถานะเป็นสิทธิอย่างหนึ่งตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์จะต้องให้บริการเกมออนไลน์โดยจัดหาหรือจัดมีทรัพย์สินเสมือนที่ซึ่งผู้เล่นเกมออนไลน์มีสิทธิที่จะใช้งาน ในเวลาเล่นเกมออนไลน์ ซึ่งจากสภาพดังกล่าวเห็นได้ว่าทรัพย์สินเสมือนนั้นมีสภาพเป็นสิทธิตามสัญญา ซึ่งเป็นบุคคลสิทธิเท่านั้น การมีสิทธิหรือการครอบครองทรัพย์สิน

เสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ไม่อาจก่อให้เกิดทรัพย์สินเสมือนได้ แม้ว่าในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์จะกำหนดให้ผู้เล่นเกมออนไลน์มีสถานะเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนก็ตาม เนื่องจากทรัพย์สินนั้นจะเกิดขึ้นได้ต้องมีกฎหมายรองรับเท่านั้น เมื่อประเทศไทยนั้นยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อรับรองสิทธิในทรัพย์สินเสมือน จึงส่งผลให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่สามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนได้อย่างผู้ทรงทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์ ซึ่งหลักเกณฑ์เดียวกับสถานะความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนในสาธารณรัฐเกาหลี ที่ไม่ยอมรับการเป็นเจ้าของทรัพย์สินในทรัพย์สินเสมือนของผู้เล่นเกมออนไลน์ โดยผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่มีสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์ โดยทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์นั้นจะมีลักษณะเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในการครอบครองของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์มีเพียงสิทธิที่จะใช้งาน (Right-to-use) ทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ตามสัญญาเกมออนไลน์เท่านั้น ซึ่งต่างกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้การรับรองความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือน โดยผู้เล่นเกมออนไลน์สามารถมีความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ถ้าหากในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์กำหนดให้ผู้เล่นเกมออนไลน์เป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์ ซึ่งจากพิจารณาสถานะและคุณลักษณะของทรัพย์สินเสมือนแล้ว

ผู้วิจัยเห็นว่าการให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่มีสถานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิในทรัพย์สินเสมือนนั้นเป็นการถูกต้องและชัดเจนแล้ว เพราะถ้าหากให้ผู้เล่นเกมออนไลน์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิในทรัพย์สินเสมือนได้นั้น จะก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายตามมาอีกมากมาย ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเรื่องการปรับใช้กฎหมายทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ในกรณีการเล่นเกมออนไลน์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินเสมือนของบุคคลอื่น หรือปัญหาเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินเสมือนดังกล่าว

### ค. ปัญหาการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์

ลักษณะของทรัพย์สินเสมือนนั้นมีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ที่ผู้ให้บริการออนไลน์ต้องให้บริการเกมออนไลน์ ตามความสามารถของทรัพย์สินเสมือนที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ครอบครองอยู่ การซื้อขายทรัพย์สินเสมือน จึงเป็นการ ซื้อขายสิทธิในทรัพย์สินเสมือนที่เกิดขึ้นตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ จึงทำให้ไม่อาจใช้บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 ซื้อขาย มาบังคับใช้ได้ เนื่องจากสภาพของวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายนั้น แม้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 435 จะใช้คำว่าทรัพย์สินก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี สัญญาซื้อขายนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาที่มุ่งหมายให้โอนกรรมสิทธิ์เป็นสำคัญ เมื่อสิทธิในทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์ ไม่ใช่มีลักษณะเป็นกรรมสิทธิ์เหมือนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ จึงไม่อาจปรับใช้หลักเกณฑ์เฉพาะเรื่องสัญญาซื้อขายได้ แต่อย่างไรก็ดี การซื้อขายทรัพย์สินเสมือน ซึ่งเป็นสิทธิตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น สามารถกระทำได้ตามหลัก

เสรีภาพในการทำสัญญา เมื่อทรัพย์สินเสมือนมีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนจึงมีลักษณะเป็นสัญญาการโอนสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเสมือนที่เกิดขึ้นตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์โดยมีค่าตอบแทน ซึ่งเป็นสัญญาไม่มีชื่อชนิดหนึ่ง

โดยการซื้อขายทรัพย์สินเสมือน ซึ่งเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้ขายทรัพย์สินเสมือนได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินเสมือนไปยังบัญชีของผู้ซื้อทรัพย์สินเสมือน โดยไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวไปยังเจ้าหน้าที่ให้บริการเกมออนไลน์ เหมือนอย่างการโอนสิทธิเรียกร้องที่พึงชำระแก่เจ้าหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจง เนื่องจากลักษณะของทรัพย์สินเสมือนนั้นไม่ใช่สิทธิเรียกร้องที่พึงชำระแก่เจ้าหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือเป็นสิทธิเรียกร้องที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องให้บริการเกมออนไลน์ตามความสามารถของทรัพย์สินเสมือนที่มีผู้ครอบครองอยู่ ดังนั้นใครก็ตามที่ครอบครองทรัพย์สินเสมือนขึ้นนั้นย่อมมีสิทธิเรียกร้องที่จะให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องจัดให้มีและให้ผู้เล่นเกมออนไลน์สามารถใช้งานทรัพย์สินเสมือนได้

แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากในข้อตกลงหรือสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้นได้มีการห้ามมิให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ทำการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกม จะส่งผลให้ทรัพย์สินเสมือนนั้นมีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องที่ต้องห้ามมิให้โอนแก่กันได้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 303 วรรค สอง โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าจากลักษณะการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์นั้นการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์จะทำการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนระหว่างกันได้ ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องมีบัญชีเกมออนไลน์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ผู้ซื้อและผู้ขายทรัพย์สินเสมือนนั้นได้รับรู้ถึงข้อสัญญาที่ห้ามมิให้จำหน่ายทรัพย์สินเสมือนของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ผู้ซื้อทรัพย์สินเสมือนจึงไม่อาจอ้างความสุจริตของตน ในการทำให้สัญญาซื้อขายทรัพย์สินเสมือนระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์มีผลบังคับได้ การทำธุรกรรมซื้อขายทรัพย์สินเสมือนระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์จึงไม่มีผลบังคับได้

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกรณีการทำธุรกรรมซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในสาธารณรัฐเกาหลี เห็นได้ว่าการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนนั้นมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่ผิดต่อกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ โดยเฉพาะคือ กฎหมาย GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 32 (7) ที่ได้บัญญัติให้การขายเงินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์เป็นความผิดตามกฎหมาย ส่งผลให้สัญญาซื้อขายทรัพย์สินเสมือนไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากข้อสัญญาที่ขัดต่อข้อกำหนดของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคมตามมาตรา 105 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี<sup>344</sup>

<sup>344</sup> Article 105 (Optional Provisions)

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการทำธุรกรรมซื้อขายทรัพย์สินเสมือนในสหรัฐอเมริกาเห็นได้ว่าการทำธุรกรรมซื้อขายทรัพย์สินเสมือนระหว่างผู้เล่นเกมออนไลน์นั้นย่อมกระทำกันได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตามหากข้อตกลงในสัญญาเกมออนไลน์ได้ระบุถึงการห้ามซื้อขายทรัพย์สินเสมือนนั้นย่อมทำให้การธุรกรรมดังกล่าวไม่อาจเกิดขึ้นได้

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องการทำธุรกรรมซื้อขายทรัพย์สินเสมือนของประเทศไทย สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐเกาหลี ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนควรที่จะให้กระทำได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เนื่องจากการดังกล่าวไม่ใช่นิติกรรมที่ขัดต่อกฎหมายความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของสังคมแต่อย่างใด ซึ่งการที่จะห้ามซื้อขายสินค้าเสมือนนั้นควรปล่อยให้ไปไปตามความประสงค์ของคู่สัญญา ที่จะห้ามหรือไม่ห้ามการดังกล่าว โดยเมื่อในสัญญาห้ามมิให้ผู้เล่นเกมออนไลน์ทำการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนแล้ว ทรัพย์สินเสมือนก็จะมีสภาพเป็นสิทธิเรียกร้องที่ไม่อาจโอนให้กันได้ ดังนั้นกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันจึงมีความเหมาะสมและเพียงพอที่จะนำมาปรับใช้กับนิติกรรมการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่จำเป็นต้องมีการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อกำกับดูแลหรือควบคุมการดังกล่าวอย่างเช่นสาธารณรัฐเกาหลีแต่อย่างใด เนื่องจากจุดประสงค์ของการออกกฎหมาย ควบคุมการซื้อขายสินค้าเสมือนในสาธารณรัฐเกาหลีนั้น เพื่อควบคุมพฤติกรรมการเล่นเกมออนไลน์ของผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่ให้เล่นเกมจนมากเกินไป เล่นเกมในลักษณะกระทำธุรกิจหรือเพื่อการพนัน ซึ่งจุดประสงค์ดังกล่าวนี้ผู้วิจัยเห็นว่ายังไม่มีควมจำเป็นในประเทศไทยเนื่องจากการเล่นเกมออนไลน์และการขายทรัพย์สินเสมือนในเกมออนไลน์นั้นไม่ได้ก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมหรือปัญหาที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีแต่อย่างใด

### **ประเด็นปัญหากรณีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาเกมออนไลน์**

ในสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น เนื่องจากเป็นสัญญาที่เกิดจากคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาที่ไม่เท่ากันกล่าวคือผู้ให้บริการเกมออนไลน์จะเป็นผู้ร่างสัญญาขึ้น โดยผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ไม่มีโอกาสที่จะได้ต่อรองในสัญญานั้นนอกเสียจากเลือกที่จะเข้าทำสัญญาหรือไม่เท่านั้น ซึ่งส่งผลให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มักร่างข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเอาเปรียบผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ เช่นข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ให้บริการยกเลิกสัญญาได้โดยไม่ผิดสัญญา ข้อสัญญายกเว้นและจำกัดความรับผิดชอบใดใดที่เกิดขึ้นจากการให้บริการเกมออนไลน์ เป็นต้น

---

If the parties to a juristic act have declared an intention which differs from any provisions of Acts or subordinate statutes, which are not concerned with good morals or other social order, such intention shall prevail.

ซึ่งเมื่อพิจารณาการให้ความเป็นธรรมในสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พบว่าการให้ความเป็นธรรมในสัญญาของประเทศไทยนั้นกฎหมายได้บัญญัติถึงผลของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี เว้นแต่ข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่มีลักษณะเหล่านี้กฎหมายได้บัญญัติให้มีผลเป็นโมฆะ ไม่สามารถใช้บังคับกันได้ ซึ่งได้แก่ข้อสัญญาที่มีลักษณะเหล่านี้ 1. ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน 2. ข้อสัญญาที่เกี่ยวกับความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพื่อถ่วงดุลหรือความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น 3. ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิ 4. ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบ 5. ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดโดยอ้างความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากที่กล่าวมาทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่ให้ความเป็นธรรมในสัญญา กล่าวคือ ถ้าหากข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่มีความไม่เป็นธรรมแต่ไม่ใช่ข้อสัญญาที่กฎหมายห้ามโดยเด็ดขาดซึ่งจะส่งผลให้ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะไม่อาจใช้บังคับกันได้แล้วแล้ว จะมีปัญหาว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวนั้นจะต้องให้ศาลเป็นใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าข้อสัญญานั้นมีความเป็นธรรมหรือไม่และสามารถใช้ดุลพินิจ และใช้ดุลพินิจปรับลดข้อยกเว้น, ข้อจำกัดความรับผิด หรือปรับลดความไม่เป็นธรรมในสัญญา ให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับใช้ได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ซึ่งผู้พิพากษาในแต่ละคดีก็อาจมีดุลพินิจที่แตกต่างกันในการพิจารณาให้ความเป็นธรรมในสัญญา ซึ่งทำให้คดีที่มีข้อเท็จจริงเดียวกันหรือคล้ายกันอาจถูกพิจารณาที่ให้ผลแตกต่างกันได้ ทำให้มีลักษณะเป็นการให้ความเป็นธรรมในสัญญาในแต่ละคดี ซึ่งไม่เกิดประโยชน์ใดต่อส่วนรวม อีกทั้งการที่ผู้บริโภคผู้ได้รับผลกระทบจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นผู้บริโภคต้องไปฟ้องร้องเป็นคดีความต่อศาล ซึ่งก่อให้เกิดความยุ่งยากในการบังคับใช้การให้ความเป็นธรรมในสัญญาแก่ผู้บริโภค

เมื่อศึกษากฎหมาย Act on the regulation of terms and conditions ซึ่งเป็นกฎหมายที่คุ้มครองความเป็นธรรมในสัญญาระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคของสาธารณรัฐเกาหลี เห็นได้ว่าในกฎหมายดังกล่าวนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับ กลไกให้ความเป็นธรรมในสัญญาโดย บัญญัติให้ข้อสัญญา



ที่ไม่เป็นธรรมตามกฎหมายฉบับนี้มีผลเป็นโมฆะไม่อาจบังคับใช้ได้ ซึ่งไม่ต้องให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่า ข้อสัญญาดังกล่าวจะใช้บังคับได้เพียงใดจึงจะเพียงพอและเป็นธรรมแก่คู่สัญญา ซึ่งการกำหนดประเภทของสัญญาในลักษณะนี้จะลดปัญหาความไม่แน่นอน ของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลงได้ และส่งผลให้ให้ผู้ประกอบการเกมออนไลน์จะร่างสัญญาที่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคที่สามารถใช้บังคับกันได้ตามกฎหมายเท่านั้น

### ประเด็นปัญหาเรื่องความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์

ประเด็นปัญหาความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์นั้นสามารถแยกได้ 2 ประเด็นดังนี้

#### ก. ประเด็นปัญหาความรับผิดทางสัญญา

จากการศึกษาพบว่า ในกรณีความรับผิดทางสัญญาของผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้นเมื่อพิจารณาตามมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เห็นได้ว่า เมื่อมีสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ที่สามารถใช้บังคับกันได้อยู่ ถือได้ว่าคู่สัญญาเกมออนไลน์นั้นจะมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาที่ตนเองได้ตกลงไว้ เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทำการผิดสัญญาละเลยไม่กระทำตามข้อตกลงในสัญญาถือได้ว่าคู่สัญญานั้นไม่ชำระหนี้ที่ตนเองมีอยู่ตามสัญญา ซึ่งเจ้าหนี้ได้รับความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้ นั้นสามารถเรียกค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้ได้ และยังสามารถเรียกค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือ ควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อนแล้ว ซึ่งการที่ผู้เล่นเกมกระทำผิดสัญญาและก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว นั้น จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ตนละเมิดสัญญา ซึ่งหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้นเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับ ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีมาตรา 390 ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากหลักความรับผิดทางสัญญาในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการแบ่งแยกกระบวนของความรับผิดทางสัญญา เป็นประเภทต่าง ๆ โดยกำหนดให้ความรับผิดทางสัญญาประเภทต่าง ๆ ผู้ที่ได้รับความเสียหายสามารถได้รับการชดเชยที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ ค่าเสียหายจากการละเมิดสัญญานั้น ผู้เสียหายจากการละเมิดสัญญาก็ยังสามารถเรียกค่าเสียหาย ได้กว้างกว่าความรับผิดทางสัญญาของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์เช่นประเทศไทยและสาธารณรัฐเกาหลี โดยสามารถเรียกให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญา จะต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการละเมิดความไว้เนื้อเชื่อใจในสัญญา หรือค่าเสียหายต่อเนื่องที่เกิดจากการละเมิดสัญญา แต่อย่างไรก็ดี เมื่อผู้วิจัยได้ทำการศึกษานำหลักความรับผิดทางสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มาปรับใช้พฤติกรรมที่เกิดขึ้นในเกมออนไลน์แล้ว พบว่า หลักความรับผิดทางสัญญาของประเทศไทยนั้น ยังคงมีความเหมาะสมและเพียงพอที่จะนำมาปรับใช้กับพฤติกรรมที่เกิดขึ้นของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ได้

## ข. ประเด็นปัญหาความรับผิดทางละเมิด

เนื่องจากพฤติกรรมต่าง ๆ ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์ไม่ว่าจะเป็นผู้ให้บริการเกมออนไลน์ที่สามารถยกเลิกหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์ ผู้เล่นเกมออนไลน์ที่เล่นเกมโดยฝ่าฝืนกฎของเกมไม่ว่าจะเป็นการเล่นเกมที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ การซื้อขายสินค้าเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาต การเล่นเกมโดยตั้งใจทำให้บุคคลอื่นเสียหาย หรือพฤติกรรมของบุคคลที่ภายนอกที่เข้ามาทำลายสัญญาการให้บริการ

จากการศึกษากฎหมายว่าความรับผิดทางแพ่งทั้งความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิดของทั้ง 3 ประเทศได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 420, ประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลี มาตรา 750, หลักกฎหมายละเมิด, และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง รวมถึงความรับผิดตามกฎหมายเฉพาะเช่น กฎหมาย Digital Millennium Copyright Act (DMCA) , กฎหมาย GAME INDUSTRY PROMOTION ACT พบว่าในกรณีความรับผิดทางละเมิดนั้นมีประเด็นปัญหาดังนี้

### 1. ประเด็นปัญหาความรับผิดในกรณีเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของผู้เล่นเกมออนไลน์

พฤติกรรมบางอย่างในเกมออนไลน์นั้นอาจเป็นการกระทำที่ไม่เป็นการผิดต่อกฎหมายที่บัญญัติไว้ เช่นการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของผู้เล่นเกมออนไลน์ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิด ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้น พบว่าองค์ประกอบสำคัญของการกระทำที่จะก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดได้นั้น จะต้องเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกล่าวคือเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ หรือมีลักษณะเป็นการกระทำที่ผู้กระทำก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายรับรองของผู้อื่น ซึ่งการเล่นเกมที่ใช้โปรแกรมอัตโนมัตินั้นมีลักษณะเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือคือแม้ว่าจะเป็นการกระทำที่ไม่ผิดต่อกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้เช่น การกระทำที่เป็นความผิดฐานเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ที่มีมาตรการป้องกันการเข้าถึง ตามมาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 และ ความผิดฐานละเมิดมาตรการทางเทคโนโลยีตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537 มาตรา 53/4 แต่อย่างไรก็ดีการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการจงใจที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิที่กฎหมายรับรอง เช่นสิทธิในทรัพย์สิน ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ เนื่องจากการกระทำนั้น ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ที่จะทำให้เกมออนไลน์มีผู้เล่นลดลง หรือส่งผลให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ต้องมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากการตรวจสอบหาผู้เล่นที่ใช้

โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ ดังนั้นการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของผู้ให้บริการเกมออนไลน์จึงก่อให้เกิดความรับผิดทั้งความรับผิดทางสัญญาและความรับผิดทางละเมิด ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ก็สามารถเรียกร้องให้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์รับผิด ทั้งในทางสัญญา และละเมิดก็ได้

แต่อย่างไรก็ดี การกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น การกระทำดังกล่าวแม้จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ก็จริง แต่ก็เป็นการเสียหายที่คำนวณได้ยากมาก เนื่องจากการเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น โดยปกติแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นมักจะเกิดจากเกมออนไลน์ที่มีผู้เล่นที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติเป็นจำนวนมาก มิใช่เกิดจากการกระทำของผู้ให้บริการเกมออนไลน์เพียงคนเดียวหรือสองคน จึงทำให้การปรับใช้ความรับผิดทางละเมิดในกรณีดังกล่าวทำได้ยาก

ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกรณีดังกล่าวในสาธารณรัฐเกาหลีเห็นได้ว่า การใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติในสาธารณรัฐเกาหลีนั้นเป็นการกระทำที่เป็นความผิดต่อกฎหมายที่บัญญัติไว้ กล่าวคือเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐาน สร้าง, จำหน่าย, จัดหา หรือจัดเตรียมสิ่งของในเกมที่ไม่ได้รับการอนุมัติหรือได้รับการจัดหามาจากบริษัทผู้ผลิตเกม ตาม GAME INDUSTRY PROMOTION ACT มาตรา 32 (1) หัวข้อที่ 9 ซึ่งทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายที่บัญญัติไว้ จึงสามารถก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลีมาตรา 750 ได้โดยไม่ต้องให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

โดยในประเทศสหรัฐอเมริกาการที่ใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติยังก่อให้เกิดความรับผิดตามกฎหมาย Digital Millennium Copyright Act มาตรา 1021 ฐานการป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ ที่มีประสิทธิภาพ โดยศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาในคดี MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc. and Vivendi Games, Inc. ว่าการทำงานของโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติมีลักษณะเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการทางเทคโนโลยีของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ที่ใช้ในการป้องกันการดำเนินงานของโปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติบนเกมออนไลน์ที่ตนให้บริการ การที่ผู้เล่นใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติดังกล่าวเล่นเกมออนไลน์ ก็ย่อมเป็นความผิดตาม Digital Millennium Copyright Act มาตรา 1021 ฐานละเมิดมาตรการป้องกันทางเทคโนโลยี ที่ป้องกันการเข้าถึงงานอันมีลิขสิทธิ์ที่มีประสิทธิภาพด้วย

แต่อย่างไรก็ดีแม้ว่า บทบัญญัติว่าความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้เล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติได้ แต่อย่างไรก็ดี แต่ผู้วิจัยเห็นว่าการปรับใช้ความรับผิดทางละเมิด

ในกับพฤติกรรมการเล่นเกมออนไลน์โดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้นทำได้ยากเนื่องจากโดยปกติแล้วความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวมักไม่เกิดขึ้นถ้าหากมีผู้เล่นเกมเพียงส่วนน้อยกระทำ ซึ่งการเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติของผู้เล่นเกมออนไลน์นั้น ก็เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางสัญญาได้อยู่แล้ว นอกจากนี้การกระทำดังกล่าวนี้ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มักจะใช้วิธีระงับหรือยกเลิกการให้บริการผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ทำผิดกฎของเกม มากกว่าการฟ้องร้องให้ผู้เล่นเกมต้องรับผิดชอบในทางละเมิดจากการใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ

## 2. ประเด็นปัญหาความรับผิดในกรณีซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาต ของผู้เล่นเกมออนไลน์

การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนของผู้เล่นเกมออนไลน์โดยไม่ได้รับอนุญาต จากผู้ให้บริการเกมออนไลน์หรือฝ่าฝืนข้อสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์นั้น เห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่อาจก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดได้ตามหลักความรับผิดทางละเมิดของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากการกระทำดังกล่าวนี้ แม้ว่าจะเป็นการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายคือการขาดรายได้หรือกำไรจากการขายทรัพย์สินเสมือนของผู้ให้บริการเกมออนไลน์นั้น แต่ความเสียหายดังกล่าวก็เป็นเพียงผลที่เกิดขึ้นจากการผิดหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาของผู้ให้บริการเกมออนไลน์เท่านั้น มิใช่เป็นความเสียหายอันเนื่องมาจากการผิดหน้าที่ที่ต้องพึงปฏิบัติต่อบุคคลทั่วไป การกระทำดังกล่าวจึงไม่อาจก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดขึ้น แต่ในสาธารณรัฐเกาหลีนั้น การซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้นสามารถก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวนี้เป็นกรกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย GAME INDUSTRY PROMOTION ACT Article 32 (7) ที่ได้บัญญัติให้การขายเงินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์เป็นความผิดตามกฎหมาย เมื่อการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ ผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงต้องมีความรับผิดในทางละเมิดด้วย แต่อย่างไรก็ดีการปรับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งจากการซื้อขายทรัพย์สินเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตในประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การปรับใช้ความรับผิดดังกล่าวยังมีความเพียงพอ เพราะการซื้อขายเสมือนโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ได้ก่อความเสียหายในวงกว้างแก่บุคคลอื่นอีกทั้งจุดประสงค์ของการออกกฎหมาย ห้ามการซื้อขายสิ่งของเสมือนด้วยเงินจริงของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น มีมาเพื่อจุดประสงค์ควบคุมพฤติกรรมการเล่นเกมออนไลน์ของผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่ให้เล่นเกมจนมากเกินไป เล่นเกมเพื่อกระทำธุรกิจ หรือเพื่อการพนัน ไม่ได้มีจุดประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ในการ

ผูกขาดการจำหน่ายทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ของผู้ให้บริการเกมออนไลน์แต่อย่างใด<sup>345</sup>

### 3. ประเด็นปัญหาเรื่องความรับผิดชอบจากการเล่นเกมออนไลน์โดยเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายหรือหรือคุกคามผู้เล่นอื่น

เนื่องจากพฤติกรรมการเล่นเกมออนไลน์นั้น ในบางกรณีอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เล่นเกมออนไลน์อื่นได้ เช่นการเล่นเกมที่เป็นการโจมตีผู้เล่นเกมอื่น หรือการที่ผู้เล่นเกมออนไลน์ได้ทำการขโมยทรัพย์สินเสมือนของผู้เล่นเกมออนไลน์ผู้อื่น ซึ่งการกระทำนั้นผู้เล่นเกมออนไลน์ได้กระทำไปตามการเล่นเกมที่ที่สามารถกระทำได้ มีปัญหาว่าผู้ได้รับความเสียหายจากพฤติกรรมการเล่นเกมนี้จะเรียกให้ผู้เล่นเกมที่ก่อให้เกิดความเสียหายรับผิดชอบทางละเมิดได้หรือไม่

ซึ่งจากศึกษาพบว่า ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การกระทำที่ก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดนั้น กฎหมายได้ข้อยกเว้นเรื่องการกระทำบางอย่างที่ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิด เช่นการกระทำกฎหมายได้ให้อำนาจกระทำไว้ การกระทำที่มีกฎหมายนิรโทษกรรมให้การกระทำนั้นไม่เป็นความผิด หรือการกระทำที่เกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายซึ่งจะทำให้การกระทำนั้นขาดองค์ประกอบเรื่องความเสียหาย ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์คล้ายคลึงกับกฎหมายเรื่องการกระทำที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องรับผิดทางละเมิดของสาธารณรัฐเกาหลีและสหรัฐอเมริกา ซึ่งการกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่ทำการโจมตีหรือทำให้ผู้เล่นเกมบุคคลอื่นเสียหายนั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะ เกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายเองที่ตกลงเข้าเล่นเกมออนไลน์โดยรู้ว่าถ้าหากตนเองเข้าเล่นเกมออนไลน์แล้วอาจเกิดความเสียหายกับตนได้ นอกจากนี้การกระทำของผู้เล่นเกมออนไลน์ที่เล่นเกมโดยก่อความเสียหายให้แก่ผู้เล่นเกมออนไลน์อื่นนั้นยังเป็นการกระทำในลักษณะที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้โดยอ้อม คือเป็นการกระทำผู้กระทำมีอำนาจที่จะกระทำได้ตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ จึงทำให้การกระทำดังกล่าวผู้กระทำไม่ต้องรับผิดทางละเมิด

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ในการเล่นเกมที่ผู้เล่นกระทำตามกฎหมายของเกมหรือเกมออนไลน์ได้อนุญาตให้กระทำได้นั้นผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่ควรจะต้องมีความรับผิดใดใดเกิดขึ้นจากการกระทำของตน เนื่องจากการเล่นเกมนั้นเป็นการเล่นเกมเพื่อความสนุก อีกทั้งผู้เสียหายย่อมรู้อยู่แล้วว่าการเล่นเกมของตนอาจได้รับความเสียหายขึ้นได้ จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่าบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดทางแพ่งนั้นสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวได้อย่างเพียงพอ

<sup>345</sup> Mu-hyun, C., "Korea Prohibits Trade of Online Game Items."

#### 4.ประเด็นปัญหาเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ในการยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์หรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์

การที่ผู้ให้บริการเกมออนไลน์ทำการยกเลิกหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์นั้น เห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่อาจก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดได้ตามหลักความรับผิดทางละเมิดของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐเกาหลี เนื่องจากการกระทำดังกล่าวนั้น แม้ว่าจะเป็นกรกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการเกมออนไลน์คือไม่อาจเล่นเกมออนไลน์ได้ตามสัญญาการให้บริการเกมนั้น แต่ความเสียหายดังกล่าวก็เป็นเพียงผลที่เกิดขึ้นจากการผิดหน้าที่ที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามเท่านั้น มิใช่เป็นความเสียหายอันเนื่องมาจากการผิดหน้าที่ที่ต้องพึงปฏิบัติต่อบุคคลทั่วไป การกระทำดังกล่าวจึงไม่อาจก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิดขึ้น

แต่อย่างไรก็ดีการยกเลิกการให้บริการหรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์นั้น ถ้าหากการกระทำนั้น ผู้ให้บริการกระทำไปโดยไม่มีสิทธิที่จะยกเลิกสัญญา เช่นยกเลิกการให้บริการโดยผู้เล่นเกมออนไลน์ไม่ได้ทำผิดสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ การกระทำนั้นก็จะก่อให้เกิดความรับผิดทางสัญญาเกิดขึ้นได้ เพราะถือได้ว่าผู้ให้บริการเกมออนไลน์ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า .ประเด็นปัญหาเรื่องความรับผิดของผู้ให้บริการเกมออนไลน์ในการยกเลิกการให้บริการเกมออนไลน์หรือระงับการให้บริการเกมออนไลน์ นั้นกฎหมายของประเทศไทยได้บัญญัติไว้เหมาะสมและสามารถคุ้มครองผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวไว้เพียงพอแล้ว

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

#### 5.ประเด็นปัญหาเรื่องความรับผิดของบุคคลภายนอกสัญญาเกมออนไลน์ที่จำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ หรือโปรแกรมโกงเกม

เนื่องจากพฤติกรรมการของบุคคลภายนอกสัญญา เช่นการจำหน่ายหรือเผยแพร่โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัติ หรือโปรแกรมโกงเกม ซึ่งการเล่นเกมโดยใช้โปรแกรมช่วยเล่นเกมอัตโนมัตินั้น หรือโปรแกรมโกงเกมนั้น ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มักจะมีข้อสัญญาหรือข้อตกลงห้ามการกระทำดังกล่าว ซึ่งถ้าผู้เล่นเกมฝ่าฝืนข้อสัญญาดังกล่าวแล้ว ผู้ให้บริการเกมออนไลน์มักจะทำกรยกเลิกสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์ จึงมีปัญหว่ากรกระทำของบุคคลภายนอกสัญญาที่มีพฤติกรรมทำลายสัญญานั้นจะต้องมีความรับผิดทางละเมิดได้หรือไม่

ซึ่งจากศึกษาพบว่าหลักความรับผิดทางละเมิด ตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยพบว่า แม้ว่าในประเทศไทยความรับผิดทางละเมิดจะให้ความคุ้มครองเพียงแต่ความเสียหายต่อสิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายให้การรับรอง เช่นสิทธิในร่างกาย อนามัย เสรีภาพ

ทรัพย์สิน เป็นต้น เท่านั้น ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองไว้จำกัดมากกว่าหลัก ความรับผิดทางละเมิดตาม มาตรา 750 ประมวลกฎหมายแพ่งเกาหลี หรือหลักความรับผิดทางละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ให้ความคุ้มครองไปถึงความเสียหายใดใดก็ตามที่เกิดขึ้น จากการกระทำของผู้กระทำละเมิด ซึ่งทำให้ ความคุ้มครองนั้นรวมไปถึง สิทธิทางเศรษฐกิจ เช่นสิทธิในสัญญา เป็นต้น จึงทำให้บุคคลภายนอกที่มี พฤติกรรม ยุยงหรือส่งเสริมให้คู่สัญญา ทำการผิดสัญญาหรือเลิกสัญญากัน ต้องมีความรับผิดทาง ละเมิด ต่อผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น ซึ่งสิทธิตามสัญญาในกฎหมายไทยนั้น ศาลฎีกาของ ประเทศไทยได้วางหลักในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 152/2523 ว่าสิทธิในสัญญานั้นเป็นสิทธิที่กฎหมาย ให้การรับรอง ถ้าหากมีบุคคลภายนอกมาละเมิดสิทธิในสัญญา ทำให้ผลของสัญญาเสียหาย ผู้เสียหาย สามารถฟ้องร้องให้รับผิดในฐานละเมิดได้ บทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงยังมีความเหมาะสมและเพียงพอที่จะคุ้มครองผู้ที่ได้รับความ เสียหายจากการกระทำตามประเด็นนี้

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งในเกมออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็ในประเด็น การเกิดของสัญญาเกมออนไลน์ สถานะภาพของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ ข้อสัญญา ที่ไม่เป็นธรรม และความรับผิดทางแพ่งของบุคคลฝ่ายต่าง ๆ ในเกมออนไลน์ ตามกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ แม้ว่าบทบัญญัติกฎหมายในประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดทาง แพ่งเช่นความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญา ของประเทศไทยนั้นยังสามารถนำมาปรับ ใช้ในการวิเคราะห์ความรับผิดของบุคคลฝ่ายต่างๆ ในประเทศไทยได้ อย่างเพียงพอ แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของกฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองในเรื่องการเกิดสัญญาเกม ออนไลน์ และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาเกมออนไลน์ได้อย่างเหมาะสม เพียงพอ และเป็นธรรม ซึ่งประเด็นเรื่องการเกิดสัญญาและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะส่งผลกระทบต่อความรับผิดทางแพ่ง ที่เกิดขึ้นด้วย ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะกลไกในการบังคับใช้กฎหมายในประเด็นการเกิดสัญญาและข้อ สัญญาที่ไม่เป็นธรรมในเกมออนไลน์ดังนี้

### 1. กลไกการบังคับใช้กฎหมายในประเด็นการเกิดสัญญาการให้บริการเกมออนไลน์

ในกรณีการเกิดของสัญญาเกมออนไลน์ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่บน ระบบคอมพิวเตอร์นั้น ผู้วิจัยขอเสนอแนะว่า

มาตรการในระยะสั้นนั้น ควรมีหน่วยงานกลางของรัฐ เช่น สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทาง อิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) ทำการออกข้อแนะนำในการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์โดย ควร

แนะนำให้ผู้ประกอบการต่างๆที่มีการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น จะต้องมีการแสดงข้อสัญญา หรือข้อตกลงให้ผู้บริโภคที่จะเข้าทำสัญญาเห็นอย่างเด่นชัดและมีโอกาสที่จะตรวจสอบข้อสัญญา ก่อนเข้าทำสัญญา และนอกจากนี้ ควรสร้างวิธีการแสดงทำคำเสนอหรือให้ความยินยอมของคู่สัญญาไว้ อย่างแน่ชัดเช่น การให้กดปุ่มยอมรับ หรือตกลงในสัญญา หรือให้มีการพิมพ์ตัวเลขหรือตัวอักษร หลังจากคู่สัญญากดปุ่มยืนยันในสัญญาแล้วเพื่อไม่ให้เกิดการกดปุ่มยอมรับข้อสัญญาโดยไม่ตั้งใจเป็น ต้น

สำหรับมาตรการในระยะยาวนั้น ควรมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยนำเอาหลักการเกี่ยวกับการ แสดงเจตนา มาปรับใช้กับสัญญาระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคทั้งหมด ดังนี้

ก. การแสดงเจตนาทำคำเสนอในสัญญาระหว่างผู้บริโภคจะมีผลเป็นข้อสัญญาและใช้บังคับ กันได้ ก็ต่อเมื่อการแสดงเจตนาที่ได้ให้โอกาสผู้รับการแสดงเจตนา นั้น ตรวจสอบข้อสัญญา หรือการแสดงเจตนา ก่อนตกลงเข้าทำสัญญา ซึ่งเป็นการนำเอาหลักการ ตรวจสอบข้อสัญญา (OPPORTUNITY TO REVIEW) ที่พบในคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ใน ประมวลกฎหมายเอกรูปร่างด้วยธุรกรรมคอมพิวเตอร์ (UCITA) และในกฎหมายว่าด้วยข้อ สัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสาธารณรัฐเกาหลีมาปรับใช้ เพื่อให้การแสดงเจตนาทำคำเสนอใน สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคมีความชัดเจนและ เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ที่เข้าทำสัญญาดังกล่าว

ข. การแสดงเจตนาทำคำเสนอในสัญญาระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคนั้นจะต้องมี ลักษณะเป็นการกระทำที่เด่นชัดที่ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าการกระทำนั้นเป็นการแสดงเจตนาเข้า ทำสัญญา เช่นการ ตอบตกลง หรือทำการกดปุ่มยอมรับข้อสัญญา ซึ่งเป็นการนำเอาหลักการ หลักการยืนยันการแสดงเจตนา (MANIFESTING ASSENT) ที่พบในคำพิพากษาของศาล ประเทศสหรัฐอเมริกาและในประมวลกฎหมายเอกรูปร่างด้วยธุรกรรมคอมพิวเตอร์ (UCITA) มาปรับใช้

## 2. กลไกการบังคับใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการเกมออนไลน์ในด้านข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในกรณีที่สัญญาการให้บริการเกมออนไลน์มีข้อสัญญาที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ผู้วิจัยขอ เสนอแนะเป็น 2 แนวทาง คือ

1. ทำการปรับแก้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยบัญญัติให้ ข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น มีผลเป็นโมฆะ หรือมีผลเสียเปล่าไม่อาจใช้บังคับกัน ได้ระหว่างคู่สัญญาโดย ไม่จำเป็นต้องให้ศาลใช้ดุลพินิจของตนในการปรับแก้ข้อสัญญาที่ไม่ เป็นธรรม ให้บังคับได้เท่าที่เป็นธรรมเพื่อลดปัญหาความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายว่า



ด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และส่งผลให้ให้ผู้ประกอบการเกมออนไลน์จะร่างสัญญาที่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคที่สามารถใช้บังคับกันได้ตามกฎหมายเท่านั้น

2. ควรมีการบัญญัติกฎหมายในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับเกมออนไลน์ โดยกำหนดให้สัญญาเกมออนไลน์นั้นจะต้องเป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาสามารถประกาศให้ธุรกิจเกี่ยวกับเกมออนไลน์เป็นธุรกิจที่ถูกควบคุมสัญญา ซึ่งเมื่อธุรกิจเกี่ยวกับเกมออนไลน์ถูกคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาแล้ว ผู้ประกอบกิจการเกมออนไลน์ก็จะไม่สามารถใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภคได้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 35 ทวิ วรรคสอง (2) ถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจที่ถูกควบคุมสัญญาใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภค นั้น ข้อสัญญาดังกล่าวจะไม่มีผลบังคับใช้ เสมือนไม่มีข้อสัญญาที่วางนั้นอยู่เลย

สำหรับประเด็นเรื่องสถานะและสิทธิความเป็นเจ้าของทรัพย์สินเสมือนหรือสิ่งของในเกมออนไลน์ และประเด็นความรับผิดชอบทางแพ่งจากพฤติกรรมของบุคคลฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเกมออนไลน์ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า บทบัญญัติที่มีอยู่ในกฎหมายไทยในปัจจุบันยังคงมีความเพียงพอที่จะนำมาปรับใช้กับประเด็นดังกล่าวได้อย่างเหมาะสม

## รายการอ้างอิง

- Aphaivongs, K. Legal Problems on Virtual Property Transaction in Online Games. Master Degree, Faculty of Law Thammasat University. 2013.
- ASTVผู้จัดการออนไลน์. 7 เหตุผลที่ระบบ Bot ไม่ควรมีในเกมออนไลน์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.manager.co.th/Game/ViewNews.aspx?NewsID=9570000147791> [เข้าถึงเมื่อ 28 พฤศจิกายน 2557]
- . ผู้เล่น Eve Online เปิดศึกพิณาศหลักแสนดอลลาร์เพราะ "ลืมจ่ายค่าเช่า" [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.manager.co.th/Game/ViewNews.aspx?NewsID=9570000010759> [เข้าถึงเมื่อ 28 พฤศจิกายน 2556]
- BALKIN, J. M. Law and Liberty in Virtual Worlds [Online]. Available from: <http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/49-1.Balkin.pdf> [2016 January 16]
- . Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds. VIRGINIA LAW REVIEW 90, 8 (2004): 2043-2096.
- Barbara, G. Inventing Homer: The Early Reception of Epic. Cambridge University Press.
- BLAZER, C. The Five Indicia of Virtual Property. UNH Law Review 5, 1 (December 2006): 137-160.
- Chaurasiya, R. S. History of Ancient India: Earliest Times to 1000 A. D. Atlantic Publishers and Distributors, 2002.
- DaCunha, N. Virtual Property, Real Concerns. Akron Intellectual Property Journal University of Connecticut School of Law 4, 1 (2010): 35-72.
- Davies, M. Gamers Don't Want Any More Grief [Online]. 2006. Available from: <http://www.theguardian.com/technology/2006/jun/15/games.guardianweeklytechnologysection2> [2016 May 13]
- Don Mayer, Daniel M. Warner, George J. Siedel, and Lieberman, J. K. Legal Aspects of Property, Estate Planning, and Insurance V. 1.0 [Online]. 2012. Available from: <http://2012books.lardbucket.org/books/legal-aspects-of-property-estate-planning-and-insurance> [2016 January 16]

- Eldon, E. Us Virtual Goods Market to Hit \$2.9 Billion in 2012, with Facebook Games Maturing, Mobile Booming [Online]. Available from: <http://techcrunch.com/2011/12/07/us-virtual-goods-market-to-hit-2-9-billion-in-2012-with-facebook-games-maturing-mobile-booming/> [2015 December 7]
- Emauel, S. L. Constitutional Law. Aspen Law & Business Publisher, 2003.
- Federal Bureau of Investigation. 2015 Internet Crime Report [Online]. 2015. Available from: [https://pdf.ic3.gov/2015\\_IC3Report.pdf](https://pdf.ic3.gov/2015_IC3Report.pdf) [2016 December 7]
- Genetics, G. Mmo of the Year 2013 Categories [Online]. Available from: <http://www.mmooftheyear.com/categories> [2015 October 22]
- Girard, N. Terrorizing Virtual Worlds [Online]. Available from: <http://www.technewsworld.com/story/social-networking/59401.html> [2016 June 14 ]
- Hyeon, K. I. Transport Law in South Korea. Kluwer Law International, 2011.
- Joshua, F. Virtual Property. Boston University Law Review 85 (2005): 1047–1102.
- KANER, C. Software Engineering and Ucita. Journal of Computer and Information Law, 18#2 (2000).
- Kim, S. J. Study of Copyright Issues Surrounding Online Gaming. Yonsei Law Journal 5, 1 (2014): 75-102.
- King, T. C. Real Money Trade: Damage Control in Virtual Worlds [Online]. Available from: [https://www.academia.edu/7309677/Real\\_Money\\_Trade\\_in\\_Virtual\\_Worlds](https://www.academia.edu/7309677/Real_Money_Trade_in_Virtual_Worlds) [2016 July 8]
- Korea Creative Content Agency. 2008 White Paper on Korean Games [Online]. Available from: <https://www.wko.at/Content.Node/service/aussenwirtschaft/kr/2015-White-Paper-on-Korean-Games.pdf> [2016 August 12]
- . 2012 White Paper on Korean Games [Online]. Available from: <https://www.wko.at/Content.Node/service/aussenwirtschaft/kr/2015-White-Paper-on-Korean-Games.pdf> [15 August 2016]

- Koster, R. The Online World Timeline [Online]. Available from:  
<http://www.raphkoster.com/games/the-online-world-timeline/> [2015 October 13]
- Kwon, Y. j. Pure Economic Loss: A Korean Perspective. Journal of Korean Law 10 (2011): 213-238.
- lastowka, G. Virtual Justice the New Laws of Online Worlds. Yale University Press, 2010.
- Lehman, J., and Phelps, S. West's Encyclopedia of American Law Volum 8. West Group, 1998.
- Lehtiniemi, T. Macroeconomic Indicators in a Virtual Economy. Master's thesis, Department of Economic, Faculty of Social Sciences University of Helsinki. 2008.
- Maggs, P. B. The Effect of Proposed Amendments to Uniform Commercial Code Article 2 [Online]. Available from:  
[http://www.uniformlaws.org/shared/docs/ucc2and2a/ucc2\\_am02.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/ucc2and2a/ucc2_am02.pdf) [2016 AUGUST 21]
- Mu-hyun, C. Korea Prohibits Trade of Online Game Items [Online]. 2012. Available from:  
[http://www.koreatimes.co.kr/www/news/tech/2012/06/129\\_112964.html](http://www.koreatimes.co.kr/www/news/tech/2012/06/129_112964.html) [2016 July 21]
- Palasri, S., Huter, S., and Wenzel, Z. The History of the Internet in Thailand 1999 University of Oregon Books
- Passman, M. Transactions of Virtual Items in Virtual Worlds. Albany Law Journal of Science & Technology 18 (2008): 261-290.
- School, T. B. มูลค่าของ เว็บไซต์เพื่อการรับชม และเผยแพร่วิดีโอที่มีต่อระบบเศรษฐกิจไทย [Online]. Available from:  
[www.conc.tbs.tu.ac.th/userfiles/files/research/Report\\_in\\_Thai.pdf](http://www.conc.tbs.tu.ac.th/userfiles/files/research/Report_in_Thai.pdf) [21 August 2016]
- Shaffer, B. W., Libor, M. R., and Wall, J. D. Breach of Contract (Express) [Online]. Available from: <https://www.google.co.th/webhp?sourceid=chrome->

[instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=breach+of+contract+types+.pdf](#) [2016 MAY 11]

Tae Hee Lee, and Kwang Bae Park. E-Commerce Regulations in Korea [Online]. Available from: [www.leeko.com/pdf/Article\\_KBP\\_1.pdf](http://www.leeko.com/pdf/Article_KBP_1.pdf) [2016 August 26]

Thibodeau, P. Mass. Could Be Fifth State to Adopt Anti-Ucita Law [Online]. Available from: <http://www.computerworld.com/article/2570450/enterprise-applications/mass--could-be-fifth-state-to-adopt-anti-ucita-law.html> [26 AUGUST 2016]

Timeline History of Game Online [Online]. Available from: [http://web.archive.org/web/20090223095707/http://www.time.com/time/covers/1101050523/console\\_timeline/](http://web.archive.org/web/20090223095707/http://www.time.com/time/covers/1101050523/console_timeline/) [2015 December 21]

U.S. Copyright Office. Summary "the Digital Millennium Copyright Act of 1998" [Online]. Available from: <https://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> [2016 July 25]

Williams, G. Learning the Law Eleventh Edition. Stevens, 1982.

WinField, P. H. The Province the Law of Tort. Cambridge at university press 1931.

Yoon, U.-g. Real Money Trading in Mmorpg Items from a Legal and Policy Perspective [Online]. Available from: <http://ssrn.com/abstract=1113327> [23 January 2016]

คณะกรรมการพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550. บันทึกข้อสรุปเกี่ยวกับสาระสำคัญ ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ,

คณิง ภาไชย. กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร.: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541

จรัญ ภัคดิธนากุล. สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540. ตุลพาท 45, 1 (2541).

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556

จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย จิตติ ดิงศภักดิ์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2528

- จิต เศรษฐบุตร ปรับปรุงโดย ดาราพร ธีระวัฒน์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554
- ชมเพลิน ภูซงณี. ความผิดทางอาญาว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีเพื่อหลีกเลี่ยงเทคโนโลยีการป้องกันการละเมิดลิขสิทธิ์. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2546.
- ดวงพร เตชะกัธกร. ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับ Shrink-Wrapped Licensing. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2546.
- ธีระรัตน์ จีระวัฒนา. การประกันภัยสิ่งของในเกมออนไลน์ : ความเป็นไปได้ และประเด็นตามกฎหมายไทย วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 42, ฉบับที่ 2 (2556): 273-293.
- เนติบัณฑิตยสภา. เอกสารประกอบคำบรรยายวิชา นิติกรรม สัญญา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.thethaibar.or.th/thaibarweb/fileadmin/DAM/2555/PDF/Lecture/LectureTerm1/20/1.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 15 มีนาคม 2558]
- บัญญัติ สุชีวะ ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 17 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2559
- ปรเมศวร์ กุมารบุญ. อินเทอร์เน็ต ในประเทศไทย พ.ศ. 2550 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.manager.co.th/Telecom/ViewNews.aspx?NewsID=9500000067518> [เข้าถึงเมื่อ 22 ตุลาคม 2557]
- ประสิทธิ์ ไชวี่โลกุล. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4-14. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548
- ปิ่นณธร ชัชวรัตน์ และ ดลฤดี เพชรขว้าง. ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการติดเกมในจังหวัดพะเยา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://mis.bcnpy.ac.th/webapp/research/myfile/1-52.pdf> [เข้าถึงเมื่อ 15 พฤศจิกายน 2557]
- พรเพชร พิชิตชลชัย. คำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิด เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ๒๕๕๐ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [www.nocv6.kmutt.ac.th/file/explain-law.pdf](http://www.nocv6.kmutt.ac.th/file/explain-law.pdf) [เข้าถึงเมื่อ 26 กรกฎาคม 2556]
- พิญดา เลิศกิตติกุล. พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 : ศึกษากรณีความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการเข้าถึงระบบ คอมพิวเตอร์และ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2551.

- พิรงรอง รามสูต. การกำกับดูแลเนื้อหาอินเทอร์เน็ต กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ศึกษานโยบายสื่อ คณะ  
นิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 14.  
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ 2558
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 11  
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2559
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์. พิมพ์ครั้งที่ 2.  
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554
- วัฒนา เทพวุฒิสถาพร. แนวความคิดและวิธีการเพื่อการวินิจฉัยความเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่า  
ด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชา  
นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2545.
- วารี นาสกุล ปรับปรุงโดย จรัล ภัคดิธนากุล. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ละเมิด.  
พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: พลสยามพริ้นต์ติ้ง, 2554
- วิริยะ นามศิริพงศ์พันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ทรัพย์สิน บรรพ 4  
พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556
- ศันท์ภรณ์ โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ซ้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 7.  
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้. พิมพ์ครั้งที่ 6.  
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558
- . คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558
- ศรียาชา เจริญพาณิชย์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร:  
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557
- ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา. พิมพ์  
ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2557
- สิทธิพันธ์ ทนไนไชย. รูปแบบการดำเนินชีวิตที่ส่งผลต่อทัศนคติและกระบวนการตัดสินใจซื้อทรัพย์สิน  
เสมือน. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2554.
- สุพัชรินทร์ อัครวิชิตานนท์ พัฒนาการของหลักกฎหมาย Volenti Non Fit Injuria : ศึกษาการปรับใช้  
กับประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2554.

เสนีย์ ปราโมทย์. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้. กรุงเทพมหานคร: ไทย  
วัฒนาพานิชย์, 2505

———. อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะทรัพย์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์  
พลสยามพรีนติ้ง, 2551

โสภณ รัตนาร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป พิมพ์  
ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2558

หนังสือพิมพ์ผู้จัดการออนไลน์. Wow ร่วมสวมบทโหดอีกคน แบนผู้เล่นเกือบ 6 หมื่นราย ข้อหาเปิด  
บอท เปิดฟาร์ม [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [http://www.online-  
station.net/news/game/3369](http://www.online-station.net/news/game/3369) [เข้าถึงเมื่อ 21 ตุลาคม 2558]

อรพรรณ พันธ์พัฒนา. บทบาทของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.  
2550 ในการปกป้องงานอันมีลิขสิทธิ์. วารสารทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง  
ประเทศ ฉบับพิเศษ: 39-73.

อำนาจ เนตยสุภา. คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,  
2558





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## ภาคผนวก ก.

## ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS 1986

Amended by Act No. 3922, Dec. 31, 1986

Amended by Act No. 4515, Dec. 8, 1992

Amended by Act No. 5491, Dec. 31, 1997

Amended by Act No. 6459, Mar. 28, 2001

Amended by Act No. 7108, Jan. 20, 2004

Amended by Act No. 7491, Mar. 31, 2005

Amended by Act No. 7988, Sep. 27, 2006

Amended by Act No. 8632, Aug. 3, 2007

Amended by Act No. 8863, Feb. 29, 2008

Amended by Act No. 10169, Mar. 22, 2010

Amended by Act No. 10303, May 17, 2010

Amended by Act No. 10474, Mar. 29, 2011

Amended by Act No. 11325, Feb. 17, 2012

Amended by Act No. 11840, May 28, 2013

Amended by Act No. 14141, Mar. 29, 2016

**Article 1 (Purpose)**

The purpose of this Act is to establish sound order in business transactions, and thus to protect consumers and promote the balanced improvement of people's lives by preventing business persons from preparing unfair terms and conditions and using them in business transactions by taking unfair advantage of their bargaining position and regulating unfair terms and conditions.

**Article 2 (Definitions)**

The terms used in this Act shall be defined as follows:

1. The term "terms and conditions" means the content of a contract that a party to a contract prepares in a specific form in advance in order to enter into a contract with multiple other parties, regardless of their name, type, or scope;
2. The term "business person" means a party to a contract who offers terms and conditions to the other party as the content of the contract;
3. The term "customer" means a party to a contract who has been offered terms and conditions from a business person as the content of the contract.

**Article 3 (Obligation, etc. to Prepare and Explain Terms and Conditions)**

(1) A business person shall provide terms and conditions of a contract in Korean and use standardized and systemized terms so that customers can easily understand the details of the terms and conditions, and explicitly indicate important details thereof with signs, color, bold and large letters, etc. so that customers can easily recognize them. *<Amended by Act No. 10474, Mar. 29, 2011>*

(2) When entering into a contract, a business person shall clearly state to his/her customers the details of the relevant terms and conditions in a way that is generally expected for the type of contract in question and shall, upon the request of the customer, deliver a copy of the terms and conditions to the customer to help the customer understand them: Provided, That this shall not apply to terms and conditions of business or service that falls under any of the following categories: *<Amended by Act No. 10474, Mar. 29, 2011>*

1. Passenger transportation business;
2. Electric utility business, gas business, and waterworks business;
3. Postal service;
4. Telecommunications business that provides public telephone service.

(3) A business person shall explain important details provided in the terms and conditions of a contract so that customers can understand them: Provided, That this

shall not apply where it is considerably difficult to explain them due to the nature of the contract.

(4) If a business person enters into a contract, in violation of paragraphs (2) and (3), he/she may not claim that the relevant terms and conditions constitute the content of the contract.

#### **Article 4 (Precedence of Individual Agreement)**

If a business person and a customer agree on a matter in a manner that is different from the manner stipulated in the terms and conditions, the agreement shall prevail over such terms and conditions.

#### **Article 5 (Interpretation of Terms and Conditions)**

(1) Term and conditions shall be construed impartially in accordance with the principle of trust and good faith, and shall not be construed differently depending on customers.

(2) If the meaning of terms and conditions is not clear, it shall be construed in favor of customers.

#### **Article 6 (General Principles)**

(1) Any clause in terms and conditions which is not fair in contrary to the principle of trust and good faith shall be null and void.

(2) Any of the following clauses in terms and conditions shall be presumed to be unfair:

1. A clause which is unreasonably unfavorable to customers;
2. A clause which customers would have difficulty anticipating in light of various circumstances, including the type of transaction the contract represents;
3. A clause which is so restrictive of essential rights under a contract that the purpose of the contract may not be achieved.

#### **Article 7 (Prohibition of Exemption Clause)**

A clause in terms and conditions concerning the liability of contracting parties that falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which exempts a business person from liability for intentional or gross negligence on the part of the business person, his/her agents, or his/her employees;
2. A clause which limits, without a substantial reason, the extent of indemnification payable by a business person, or which passes a risk to be borne by a business person to a customer;
3. A clause which, without a substantial reason, excludes or limits the warranty liability of a business person, or tightens requirements of customers to exercise the rights under the warranty thereof;
4. A clause which excludes or limits the warranty for the subject-matter of a contract for which a business person has provided a sample, or has indicated the quality, performance, etc. without considerable reasons.

#### **Article 8 (Predetermination of Amount of Indemnification)**

Any clause in terms and conditions which obligates customers to pay unreasonably heavy loss, including but not limited to, excessive liquidated loss for delay, shall be null and void.

#### **Article 9 (Cancellation or Termination of Contract)**

A clause in terms and conditions concerning the cancellation or termination of a contract which falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which excludes the right of customers to cancel or terminate the contract under Acts, or limits the exercise of such right;
2. A clause which grants a business person the right to cancel or terminate the contract which is not provided for by Acts, therefore might put customers at an unreasonable disadvantage;

3. A clause which mitigates a business person's requirements to exercise the right to cancel or terminate the contract under Acts, therefore might put customers at an unreasonable disadvantage;
4. A clause which, without a substantial reason, obligates customers to pay excessive restitution due to cancellation or termination of a contract, or which unreasonably provides for customers to waive their claim to restitution;
5. A clause which unreasonably reduces the restitution obligation of a business person or his/her duty to pay indemnity in the event of cancelling or terminating a contract;
6. A clause in a contract providing for a continuous creditor-debtor relationship which might put customers at an unreasonable disadvantage by providing for a duration that is unreasonably short or long or by allowing implied extensions or renewals of the contract.

#### **Article 10 (Performance of Obligations)**

A clause in terms and conditions concerning the performance of obligations which falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which, without a substantial reason, gives a business person power to unilaterally determine or change the details of performance;
2. A clause which, without a substantial reason, allows a business person to unilaterally suspend performance of his/her obligations or imputes performance of his/her obligation to a third party.

#### **Article 11 (Protecting Rights and Interests of Customers)**

A clause in terms and conditions concerning the rights and interests of customers which falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which, without a substantial reason, excludes or limits a customer's rights of defense, offset of damages, etc., which are provided for by Acts;

2. A clause which, without a substantial reason, deprives customers of the right to perform their obligations during a given time;
3. A clause which unreasonably limits a customer's right to enter into contracts with a third party;
4. A clause which, without any justifiable reason, allows a business person to divulge confidential information of customers he/she has obtained in the course of his/her business.

#### **Article 12 (Deemed Expression of Intent)**

A clause in terms and conditions concerning an expression of intent which falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which provides that once a certain act of feausance or omission has occurred, customers shall be deemed to have expressed or to not have expressed a certain intent: Provided, That this shall not apply where customers are separately notified that if they fail to express their intent within a given period, which is a considerable length of time, the customers shall be deemed to have expressed or not have expressed their intent, or where it is impossible to issue such notice due to unavoidable circumstances;
2. A clause which imposes unreasonably strict restrictions on the requirements for or the way in which customers may express their intent;
3. A clause which provides, without a substantial reason, that the intent of a business person, which may materially affect the interest of customers, is deemed to have been communicated to customers;
4. A clause which provides for an unreasonably long or indefinite term during which a business person may express his/her intent which may materially affect the interests of customers.

#### **Article 13 (Additional Obligations of Agents)**

If a contract is entered into by the agent of a customer and the customer fails to perform his/her obligations, any clause in terms and conditions of the contract which

imposes on the agent an obligation to carry out the customer's obligations in whole or in part shall be null and void.

**Article 14 (Prohibition, etc. of Filing Lawsuits)**

A clause in terms and conditions concerning filing, etc. of lawsuits which falls under any of the following subparagraphs shall be null and void:

1. A clause which prohibits customers from filing a lawsuit unreasonable disadvantageous to them or requires customers to agree to jurisdiction;
2. A clause in terms and conditions which imposes the burden of proof on customers without any justifiable reason.

**Article 15 (Limitations on Application)**

With regard to terms and conditions which are commonly used internationally or to which other special reasons apply as prescribed by Presidential Decree, the application of Articles 7 through 14 may be limited depending on the clauses in the terms and conditions or the category of business or service.

**Article 16 (Special Principle of Partial Nullity)**

Where the whole or any part of terms or conditions fails to constitute the content of a contract under Article 3 (4) or is null and void under Articles 6 through 14, the contract shall remain effective with only the remaining portion of the terms and conditions: Provided, That where it is impossible to achieve the objective of the contract with only the effective parts or such effective parts are unreasonably unfavorable to one party, the relevant contract shall be null and void.

**Article 17 (Prohibition on Use of Unfair Clauses in Terms and Conditions)**

No business person shall include in a contract any of the unfair clauses referred to in Articles 6 through 14 (hereinafter referred to as "unfair terms and conditions").

**Article 17-2 (Corrective Measures)**



(1) Where a business person violates Article 17, the Fair Trade Commission may recommend the business person to take measures necessary to correct the violation, including a deletion, revision, etc. of the relevant unfair terms and conditions.

(2) If a business person violating Article 17 falls under any of the following subparagraphs, the Fair Trade Commission may order him/her to publicly notify the fact of receiving an order to delete, revise, or correct the relevant unfair terms and conditions, and take other measures necessary to correct the terms and conditions:  
<Amended by Act No. 11840, May 28, 2013>

1. Where he/she is a market-dominating business person under subparagraph 7 of Article 2 of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act;
2. Where he/she enters into a contract by taking unfair advantage of his/her bargaining position;
3. Where the customer has difficulties in amending the terms and conditions of a contract to provide goods or services to the general public due to the urgency and swiftness of entering into such contract;
4. Where it is practically compulsory to include the terms and conditions in a contract because the business person is in a significantly predominating positions as a party to the contract, or the customer has a limited scope to choose other business persons;
5. Where it is impossible to cancel, rescind or terminate a contract in view of the nature or purpose of the contract, or where significant property loss occurs to the customer if the contract is cancelled, rescinded, or terminated;
6. Where loss is incurred or is very likely to be incurred to several customers because the business person fails to comply with the recommendation under paragraph (1) without any justifiable grounds.

(3) When rendering a recommendation or an order to correct violations under paragraphs (1) and (2), the Fair Trade Commission may, if necessary, also recommend

other business persons engaging in the same kind of business as the relevant business person to not use the same unfair terms and conditions.

**Article 18 (Government-Authorized Terms and Conditions, etc.)**

(1) If the Fair Trade Commission deems that terms and conditions prepared by an administrative agency or authorized by an administrative agency pursuant to other Acts fall under any provisions of Articles 6 through 14, the Fair Trade Commission may inform the relevant administrative agency of such fact and request it to take measures necessary to correct the violation.

(2) If the Fair Trade Commission deems that the terms and conditions of a bank under the Banking Act fall under any provisions of Articles 6 through 14, the Fair Trade Commission may inform the Financial Supervisory Service established under the Act on the Establishment, etc. of Financial Services Commission of such fact and recommend that it take measures necessary to correct the violation. *<Amended by Act No. 10303, May 17, 2010>*

(3) Where a request for correction is filed with the administrative agency pursuant to paragraph (1), the Fair Trade Commission shall not make any recommendation or order for correction pursuant to Article 17-2 (1) and (2).

**Article 19 (Request for Examination of Terms and Conditions)**

(1) A person falling under the following subparagraphs may request for examination as to whether any terms and conditions of a contract violate this Act to the Fair Trade Commission:

1. A person who has legal interests in relation to the terms and conditions of a contract;
2. A consumer organization registered under Article 29 of the Framework Act on Consumers;
3. The Korea Consumer Agency established under Article 33 of the Framework Act on Consumers;
4. A business person organization.

(2) A request for examination under paragraph (1) shall be submitted to the Fair Trade Commission either in writing or in an electronic document.

**Article 19-2 (Change of Subject-Matter of Examination due to Modification of Terms and Conditions)**

The Fair Trade Commission may change the subject-matter of examination ex officio or upon request of a person requesting for examination when any clause of the terms and conditions subject to examination are modified.

**Article 19-3 (Standard Terms and Conditions)**

(1) Business persons or trade organizations may develop a proposal for the enactment or amendment of standard contract terms and conditions for specific business transactions in order to prevent the use of unfair contract terms and conditions and to establish sound order in business transactions, and file an application with the Fair Trade Commission for review as to whether the content of the terms and conditions violates this Act. *<Amended by Act No. 14141, Mar. 29, 2016>*

(2) Any consumers' organization registered pursuant to Article 29 of the Framework Act on Consumers or the Korea Consumer Agency established pursuant to Article 33 of the same Act (hereinafter referred to as "consumers' organizations, etc.") may request the Fair Trade Commission to enact or amend standard terms and conditions of contracts for transactions in which consumers frequently incur loss. *<Amended by Act No. 14141, Mar. 29, 2016>*

(3) The Fair Trade Commission may recommend a business person or trade organization to formulate a proposal for the enactment or amendment of standard terms and conditions of contracts and to apply for the review thereof in any of the following cases: *<Amended by Act No. 14141, Mar. 29, 2016>*

1. Where consumers' organizations, etc. request;
2. Where no contract is found to exist or unfair terms and conditions of any contract are found after investigating the circumstances of any loss when the loss is incurred,

or is likely to be incurred, to a large number of customers in connection with certain types of business transactions;

3. Where it is required to adjust terms and conditions due to the enactment, amendment, repeal, etc. of Acts.

(4) Where any business person or trade organizations fail to take necessary measures within four months from the date they receive a recommendation under paragraph (3), the Fair Trade Commission may enact or amend standard terms and conditions of a contract, after hearing opinions of each party to the transaction in question and consumer organizations, etc. and holding consultations with relevant ministries and agencies. *<Amended by Act No. 14141, Mar. 29, 2016>*

(5) The Fair Trade Commission may publish terms and conditions examined or enacted or amended pursuant to paragraph (1) or (4) (hereinafter referred to as "standard terms and conditions") and recommend business persons and trade organizations to use them. *<Amended by Act No. 14141, Mar. 29, 2016>*

(6) Business persons and trade organizations recommended by the Fair Trade Commission to use standard terms and conditions shall, if they use terms and conditions different from the standard ones, indicate the major differences in a manner that customers can readily understand.

(7) The Fair Trade Commission may prescribe an indication of standard terms and conditions in order to increase the use of standard terms and conditions, and business persons and trade organizations may, if they use standard terms and conditions, use the indication of standard terms and conditions, as published by the Fair Trade Commission.

(8) Where any business person or trade organizations use any term or condition different from standard terms and conditions, the business person or trade organizations shall be prohibited from indicating it uses standard terms and conditions.

(9) Where any business person and trade organizations use the indication of standard terms and conditions, in violation of paragraph (8), terms and conditions of a contract

that are more disadvantageous to customers than the standard terms and conditions shall be made invalid.

#### **Article 20 (Investigation)**

(1) The Fair Trade Commission may conduct an investigation to verify whether terms and conditions violate this Act in any of the following cases:

1. Where the investigation is deemed necessary for the purposes of rendering a recommendation or order for correction under Article 17-2 (1) or (2);
2. Where a request is filed for examination of terms and conditions in accordance with Article 19.

(2) The public officials conducting an investigation under paragraph (1) shall carry a certificate identifying his/her authority and produce it to the relevant person.

**Article 21 Deleted. <by Act No. 10169, Mar. 22, 2010>**

#### **Article 22 (Statement of Opinions)**

(1) Before deliberating on whether the terms and conditions of a contract are in violation of this Act, the Fair Trade Commission shall notify the pertinent business person or interested persons who have engaged in a transaction under the terms and conditions of the fact that the terms and conditions are subject to its examination.

(2) The party or interested person who has received notice under paragraph (1) may attend the hearing of the Fair Trade Commission and state his/her opinion or submit necessary materials.

(3) If terms and conditions subject to examination have been authorized or is to be authorized by an administrative agency under other Acts, the Fair Trade Commission may request that the pertinent administrative agency state its opinion before commencing deliberation.

#### **Article 23 (Disclosure of Unfair Terms and Conditions)**

The Fair Trade Commission shall disclose via its Internet website a list of the terms and conditions of contracts it has deliberated and determined to be in violation of this Act. <Amended by Act No. 10474, Mar. 29, 2011>

**Article 24 (Establishment and Composition of Mediation Committee to Resolve Disputes on Terms and Conditions)**

(1) In order to mediate the disputes related to terms and conditions which violate Article 17 or the terms and conditions prescribed by Presidential Decree the type of which is similar thereto, the Mediation Committee to Resolve Disputes on Terms and Conditions (hereinafter referred to as the "Committee") shall be established under the Korea Fair Trade Mediation Agency (hereinafter referred to as the "Mediation Agency") established under Article 48-2 (1) of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act.

(2) The Committee shall be comprised of nine members including one Chairperson.

(3) The Chairperson of the Committee shall be commissioned by the Chairperson of the Fair Trade Commission upon recommendation by the President of the Mediation Agency.

(4) When the Chairperson of the Committee is unable to perform any of his/her duties due to any extenuating circumstances, a member of the Committee nominated by the Chairperson of the Committee shall act on his/her behalf.

(5) Members of the Committee shall be commissioned by the Chairperson of the Fair Trade Commission upon recommendation by the President of the Mediation Agency, from among the persons who have experience or professional knowledge in the fields of regulation on terms and conditions and consumers and who fall under any of the following subparagraphs:

1. Any person who has experience in the affairs of fair trade and consumer protection and has served or serves as a public official of Grade IV or higher (including a public official in general service belonging to the senior civil service);

2. Any person who has served or serves as a judge, public prosecutor or who is qualified as an attorney-at-law;
  3. Any person who has majored in law, economics, business administration, or studies in the consumer-related fields at a university or college, and has served as an associate professor or in higher rank or a position corresponding thereto at a school or authorized research institute provided for in subparagraph 1, 2, 4 or 5 of Article 2 of the Higher Education Act;
  4. Any other person with extensive knowledge on and experience in the affairs related to corporate management and rights and interests of consumers.
- (6) The term of office of the Committee members shall be three years, and the consecutive appointment may be permitted.
- (7) When any membership vacancy arises in the Committee, a supplementary member shall be commissioned pursuant to paragraph (5), and the term of office of such supplementary member shall be the remainder of his/her predecessor's term of office.
- (8) A separate organ for assisting such affairs as meetings, etc. of the Committee shall be established in the Mediation Agency.

#### **Article 25 (Committee Meetings)**

- (1) Committee meetings shall be classified as a meeting organized by all members (hereinafter referred to as "plenary meeting") and a meeting organized by three members nominated by the Chairperson (hereinafter referred to as "sectional meeting").
- (2) A sectional meeting shall deliberate and make resolutions on the matters delegated by a plenary meeting.
- (3) A plenary meeting shall be chaired by the Chairperson, and opened in the attendance of a majority of all the incumbent members, and a resolution thereby shall require the consent of a majority of those present.

(4) A sectional meeting shall be chaired by a member nominated by the Chairperson, and a resolution thereof shall require the attendance and consent of all its constituent members. In such cases, a resolution adopted by a sectional meeting shall be deemed a resolution adopted in a plenary meeting, and the result of the sectional meeting shall be reported to a plenary meeting.

(5) Any customer (excluding a customer defined in subparagraph 1 of Article 2 of the Framework Act on Consumers; hereafter the same shall apply in this Chapter) and business person who are the parties to a dispute subject to mediation (hereinafter referred to as "parties to the dispute") may attend meetings of the committee to state their opinions or present related materials.

#### **Article 26 (Exclusion, Challenge and Abstention of Committee Members)**

(1) Any member of the Committee who falls under any of the following shall be excluded from the mediation of the relevant matters for dispute mediation:

1. Where a Committee member or a spouse or former spouse of a Committee member becomes a party to the dispute subject to mediation of the relevant matters for dispute mediation or is related thereto as a joint holder of any right or liability;
2. Where a Committee member is or was in a blood relationship with a party to the dispute subject to mediation of the relevant matters for mediation;
3. Where a Committee member or a corporation to which a Committee member belongs performs any consultative or advisory role relating to the legal matters, business administration, etc. of a party to the dispute;
4. Where a Committee member or a corporation to which a Committee member belongs involves or has involved in the relevant matters for dispute mediation as a proxy of a party to the dispute or has given testimony thereto or conducted appraisal thereof.



(2) If any ground exists for which it would be difficult to expect impartial mediation by a member of Committee, a party to the dispute may file a request with the Committee for the challenge to the relevant member of the Committee.

(3) Any member of the Committee falling under paragraph (1) or (2) may voluntarily abstain from mediating the relevant matters for dispute mediation.

**Article 27 (Application, etc. for Dispute Mediation)**

(1) Any customer who suffers loss due to the terms and conditions which are in violation of Article 17 or the terms and conditions prescribed by Presidential Decree the type of which is similar thereto may file an application for dispute mediation with the Committee by submitting a written application stating the matters prescribed by Presidential Decree (hereinafter referred to as "application for dispute mediation"): Provided, That this shall not apply to any of the following cases:

1. Where an investigation is being conducted by the Fair Trade Commission before an application is filed for dispute mediation;
2. Where the contents of the application for the dispute mediation require an interpretation of the terms and conditions or the implementation thereof;
3. Where the affirmative judgement on the terms of conditions is required;
4. Where a lawsuit concerning the relevant matters for dispute mediation is filed with the court;
5. Other cases prescribed by Presidential Decree as inappropriate for dispute mediation.

(2) The Fair Trade Commission may commission the Committee to mediate disputes provided for in paragraph (1).

(3) Where an application for dispute mediation is received pursuant to paragraph (1) or dispute mediation is commissioned pursuant to paragraph (2), the Committee shall immediately notify the parties to the dispute of such fact.

**Article 27-2 (Mediation, etc.)**

(1) The Committee may recommend the parties to the dispute to mediate in propria persona or may prepare and present a proposal for mediation.

(2) Where necessary in confirming the facts related to the relevant matters for dispute mediation, the Committee may conduct an investigation or request the parties to the dispute to submit related materials or to attend at a meeting.

(3) The Committee shall reject an application for the mediation filed in any of the cases falling under subparagraphs of Article 27 (1).

(4) The Committee shall terminate the mediation process in any of the following cases:

1. Where the mediation is completed by acceptance of the recommendation or the proposal for mediation of the Committee by the parties to the dispute or by mediation in propria persona;

2. Where the mediation is not completed by after the lapse of 60 days (90 days if both parties to the dispute agree to extend the period) from the date such mediation is applied for or commissioned;

3. Where no practical benefit can be expected by proceeding with the mediation process in such cases as a party to the dispute rejects the mediation or files a lawsuit with the court relating to the relevant matters for dispute mediation, etc.

(5) Where the application for mediation is rejected pursuant to paragraph (3) or mediation process is terminated pursuant to paragraph (4), the Committee shall report in writing the reasons, etc. for the rejecting the application for mediation or for the terminating the mediation process to the Fair Trade Commission, as prescribed by Presidential Decree, without delay, appending the related documents, and notify the parties to the dispute of such fact.

#### **Article 28 (Preparation and Effect of Protocol for Mediation)**

(1) Upon completing mediation of the matters for dispute mediation, the Committee shall prepare a protocol for mediation to which the members participated in the mediation and parties to the dispute wrote their names and affixed their seals. In

such cases, an agreement shall be deemed reached between the parties to the dispute on the same terms with the protocol for mediation.

(2) Where the parties to the dispute mediate in propria persona the matters for dispute mediation and request for preparing a protocol for mediation, the Committee shall prepare such protocol for mediation.

#### **Article 28-2 (Special Cases concerning Dispute Mediation)**

(1) Notwithstanding Article 27 (1), with respect to a case prescribed by Presidential Decree as likely to inflict on many customers the same loss with the matters the mediation of which has been completed pursuant to Article 28 or any loss similar thereto, the Fair Trade Commission, any customer or business person may commission or apply for a mediation en bloc of dispute (hereinafter referred to as "collective dispute mediation") to the Committee,

(2) Upon commissioning with a collective dispute mediation or receiving an application therefor under paragraph (1), the Committee may commence collective dispute mediation pursuant to paragraphs (3) through (7) by a resolution by the Committee. In such cases, the Committee shall announce, as prescribed by Presidential Decree, the matters necessary for collective dispute management among the matters the dispute mediation of which has been completed, and publicly notify the commencement of the process for the period fixed by Presidential Decree.

(3) The Committee may receive applications from customers who are not a party to a collective dispute mediation for them to be adjoined in such dispute mediation.

(4) The Committee may appoint by resolution at least one person who are best fitted for representing the common interests as representative party from among the parties to the collective dispute mediation provided for in paragraphs (1) and (3).

(5) Where a business person accepts the contents of collective dispute mediation of the Committee, the Committee may recommend him/her to prepare a compensation plan for customers who are not a party to the collective dispute mediation, but to whom loss has incurred, and submit it to the Committee.

(6) Where some of the customers who are the party to collective dispute mediation file a lawsuit with the court, the Committee shall not discontinue its process, but the customers who filed the lawsuit shall be excluded therefrom.

(7) The period for collective dispute mediation shall be reckoned from the day following the date the public notification under paragraph (2) is terminated.

(8) Necessary matters concerning the procedure, etc. of collective dispute mediation shall be prescribed by Presidential Decree.

(9) The Mediation Agency shall conduct research necessary for invigoration of collective dispute mediation, such as searching for the subject-matter of collective dispute mediation and case studies into remedy for loss through mediation, and announce the outcome of the research on its Internet website.

#### **Article 29 (Organization, Operation, etc. of Committee)**

Matters necessary for the organization, operation, procedures for mediation, etc. of the Committee, other than those prescribed in Articles 24 through 27, 27-2, 28 and 28-2 shall be prescribed by Presidential Decree.

#### **Article 29-2 (Financial Resources of Committee)**

The Government shall contribute to the Mediation Agency Committee the expenses necessary for the operation, performance of the duties and related research to be conducted by the Committee.

#### **Article 30 (Scope of Application)**

(1) This Act shall not apply to the terms and conditions of contracts under Part III of the Commercial Act, contracts under the Labor Standards Act, or contracts concerning non-profit business provided for in Presidential Decree.

(2) Except as otherwise provided for in any other Act with respect to terms and conditions for specific business transactions, this Act shall govern.

#### **Article 30-2 (Application Mutatis Mutandis of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act)**

(1) Articles 42, 43, 43-2, 44 and 45 of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act shall apply mutatis mutandis to deliberations and resolutions by the Fair Trade Commission under this Act.

(2) Articles 53, 53-2, 54, 55 and 55-2 of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act shall apply mutatis mutandis to filing objections, the institution of lawsuits, and exclusive jurisdiction over the appeal of dissatisfaction with regard to dispositions by the Fair Trade Commission under this Act.

**Article 31 (Criteria for Authorization or Examination)**

Where an administrative agency authorizes the terms and conditions of a contract pursuant to other Acts, or examination organizations established under other Acts examine terms and conditions for specific business transactions, Articles 6 through 14 shall be the standards for such authorization or examination.

**Article 31-2 (Consultants)**

(1) Consultants may be commissioned by the Fair Trade Commission if deemed necessary for the purpose of examining terms and conditions in accordance with this Act.

(2) Matters necessary for commissioning of consultants under paragraph (1) and other necessary matters shall be prescribed by Presidential Decree.

**Article 32 (Penalty Provisions)**

A person who fails to comply with an order under Article 17-2 (2) shall be punished by imprisonment with labor for not more than two years, or by a fine not exceeding one hundred million won.

**Article 33 (Joint Penalty Provisions)**

If the representative of a corporation or an agent, employee or any other servant of a corporation or an individual commits any violation under Article 32 in connection with the business of the corporation or the individual, not only shall such violator be punished, but the corporation or the individual shall also be punished by a fine under the relevant Article: Provided, That the same shall not apply where the

corporation or the individual has not neglected to pay due attention and supervision concerning the relevant business in order to prevent such violation.

**Article 34 (Administrative Fines)**

(1) Any of the following persons shall be punished by an administrative fine not exceeding 50 million won: <Amended by Act No. 11325, Feb. 17, 2012>

1. A person who uses the indication of standard terms and conditions while using any terms and conditions of a contract different from the standard terms and conditions, in violation of Article 19-3 (8);

2. A person who refuses, interferes with or evades an investigation under Article 20.

(2) Any of the following persons shall be punished by an administrative fine not exceeding five million won: <Amended by Act No. 11325, Feb. 17, 2012>

1. A person who fails to clearly state to his/her customers the terms and conditions of a contract or fails to deliver a copy of them to his/her customers, in violation of Article 3 (2);

2. A person who fails to explain the important details of the terms and conditions of a contract, in violation of Article 3 (3);

3. A person who fails to indicate the major differences between the terms and conditions of a contract and the standard ones in a manner that customers can easily understand, in violation of Article 19-3 (6).

(3) Administrative fines under paragraphs (1) and (2) shall be imposed and collected by the Fair Trade Commission.

ADDENDA

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force on July 1, 1987.

**Article 2 (Transitional Measures)**

This Act shall be apply to contracts entered into under terms and conditions on and after this Act enters into force.

**Article 3 (Transitional Measures concerning Continuous Contract)**

This Act shall apply to the part of a contract to be executed after this Act enters into force under the terms and conditions of the contract providing for a continuous creditor-debtor relationship.

ADDENDA <Act No. 4515, Dec. 8, 1992>

(1) (Enforcement Date) This Act shall enter into force on March 1, 1993.

(2) (Transitional Measures) A recommendation for correction issued by the Minister of the Economic Planning Board or a request for examination filed with the said Minister in accordance with the former provisions at the time this Act enters into force shall be deemed a recommendation for correction issued by the Fair Trade Commission or a request for examination filed with the said Commission under this Act.

ADDENDA <Act No. 5491, Dec. 31, 1997>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force on April 1, 1998.

**Articles 2 through 8 Omitted.**

ADDENDA <Act No. 6459, Mar. 28, 2001>

(1) (Enforcement Date) This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

(2) (Applicability) The amendments to Article 17-2 (2) 6 shall be applicable to contracts entered into on or after this Act enters into force.

ADDENDA <Act No. 7108, Jan. 20, 2004>

(1) (Enforcement Date) This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

(2) (Transitional Measures concerning Standard Terms and Conditions) Any standard terms and conditions examined by the Fair Trade Commission in accordance with the former provisions at the time this Act enters into force shall be deemed standard terms and conditions provided for in this Act.

ADDENDUM <Act No. 7491, Mar. 31, 2005>

This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

ADDENDA <Act No. 7988, Sep. 27, 2006>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force six months after the date of its promulgation. (Proviso Omitted.)

**Articles 2 through 13 Omitted.**

ADDENDUM <Act No. 8632, Aug. 3, 2007>

This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

ADDENDA <Act No. 8863, Feb. 29, 2008>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

**Articles 2 through 5 Omitted.**

ADDENDUM <Act No. 10169, Mar. 22, 2010>

This Act shall enter into force on the date of its promulgation.



ADDENDA <Act No. 10303, May 17, 2010>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force six months after the date of its promulgation. (Proviso Omitted.)

**Articles 2 through 10 Omitted.**

ADDENDUM <Act No. 10474, Mar. 29, 2011>

This Act shall enter into force three months after the date of its promulgation.

ADDENDUM <Act No. 11325, Feb. 17, 2012>

This Act shall enter into force six months after the date of its promulgation.

ADDENDUM <Act No. 11840, May 28, 2013>

This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

ADDENDUM <Act No. 14141, Mar. 29, 2016>

This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

ภาคผนวก ข.

GAME INDUSTRY PROMOTION ACT

Amended by Act No. 7941, Apr. 28, 2006  
 Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007  
 Amended by Act No. 8739, Dec. 21, 2007  
 Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008  
 Amended by Act No. 9928, Jan. 1, 2010  
 Amended by Act No. 10219, Mar. 31, 2010  
 Amended by Act No. 10554, Apr. 5, 2011  
 Amended by Act No. 10629, May 19, 2011  
 Amended by Act No. 10879, Jul. 21, 2011  
 Amended by Act No. 11048, Sep. 15, 2011  
 Amended by Act No. 11139, Dec. 31, 2011  
 Amended by Act No. 11315, Feb. 17, 2012  
 Amended by Act No. 11690, Mar. 23, 2013  
 Amended by Act No. 11785, May 22, 2013  
 Amended by Act No. 11998, Aug. 6, 2013  
 Amended by Act No. 12844, Nov. 19, 2014  
 Amended by Act No. 13955, Feb. 3, 2016  
 Amended by Act No. 14199, May 29, 2016

**Article 1 (Purpose)**

The purpose of this Act is to contribute to the development of the national economy and the improvement of the quality of people's cultural life through the promotion of the game industry and the establishment of a healthy game culture of the people by creating a foundation for the game industry and prescribing matters concerning the use of game products.

**Article 2 (Definitions)**

The terms used in this Act shall be defined as follows: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 13955, Feb. 3, 2016>*

1. The term "game product" means any video product produced so that one can play a game by making use of data processing technology, such as computer programs, or

a mechanical device for making good use of leisure time, raising the effect of learning and physical exercise incidental thereto, or apparatus and devices produced for the main purpose of using such video products: Provided, That any of the following shall be excluded:

- (a) Speculative game products;
- (b) Things subject to regulation of tourism under Article 3 of the Tourism Promotion Act;
- (c) Things determined and publicly notified by the Minister of Culture, Sports and Tourism, as things in which game products and non-game products are mixed;

1-2. The term "speculative game products" means the following game products which bring profits or incur property loss as a result of using them:

- (a) Game products the contents of which are related to betting or allotment;
- (b) Game products the outcome of which is determined by some fortuity;
- (c) Horse racing regulated by the Korean Racing Association Act and game products which have been replicated therefrom;
- (d) Bicycle racing and motorboat racing regulated by the Bicycle and Motorboat Racing Act and game products which have been replicated therefrom;
- (e) Casino games regulated by the Tourism Promotion Act and game products which have been replicated therefrom;
- (f) Other game products prescribed by Presidential Decree;

2. The term "information about the contents of game products" means information on whether the contents of such game products contain violence, lasciviousness or speculation, or information on the degrees thereof and other information on the operation of such game products;

3. The term "game industry" means an industry related to the production, distribution, provision for use of game products or game wares (referring to tangible or intangible goods, services and compounds thereof creating economic value added

by making use of game products; hereinafter the same shall apply), and services with respect thereto;

4. The term "game producing business" means business of producing game products by planning or reproducing the same;

5. The term "game distributing business" means business of supplying those who conduct game providing business, or similar, with game products by importing game products (including importation of the original edition) or possessing or managing the copyright thereof;

6. The term "game providing business" means business of providing game products so that the public may use such products: Provided, That any of the following cases shall be excluded:

(a) Where a person conducts casino business under the Tourism Promotion Act;

(b) Where a person provided with speculative apparatus performs speculative acts under the Act on Special Cases concerning Regulation and Punishment of Speculative Acts, Etc.;

(c) Where a person provides game products according to the type, method or other prescribed by Presidential Decree, where he/she conducts business other than those provided for in subparagraphs 4 through 8 and allows customers at the place of business concerned to use game products with the objective of inducing customers, advertising or such;

(d) Business of providing Internet computer game facilities pursuant to subparagraph 7;

(e) Where a person provides a game product which has been issued a rejection of rating classification pursuant to Article 22 (2), because the product falls under the category of speculative game products;

6-2. Businesses providing game products and the necessary facilities at a fixed physical location among the game providing business referred to in subparagraph 6 shall be as follows:

(a) Juvenile game providing business: Business of providing game products among the game products rated pursuant to Article 21 to be available to the public by installing game products permitted for use by all;

(b) General game providing business: Business of providing game products among the game products rated pursuant to Article 21 to be available to the public by installing game products not permitted for use by juveniles and game products permitted for use by all;

7. The term "business of providing Internet computer game facilities" means business of providing necessary apparatus and materials, such as computers or similar, which makes game products available to the public or make available other information-providing products incidental thereto: Provided, That excluded are cases where a person provides game products according to the type, method or others prescribed by Presidential Decree and he/she conducts business other than those provided for in subparagraphs 4 through 6, 6-2, 7 and 8 to allow customers at a place of business concerned to use game products or other information-providing products incidental thereto with necessary apparatus and equipment, such as computers, with the objective of inducing customers, advertising or such;

8. The term "combined distribution and game providing business" means juvenile game providing business, or business of providing Internet computer game facilities, in combination with another business under this Act or a business under other Acts at the same location;

9. The term "game products related business entity" means a person who conducts business referred to in subparagraphs 4 through 8: Provided, That a person who conducts business referred to in subparagraph 6 (c) and the proviso to subparagraph 7 shall be deemed a game products related business entity only under Article 28;

10. The term "juveniles" means persons under 18 years of age (including students attending high schools referred to in Article 2 of the Elementary and Secondary Education Act).

### **Article 3 (Formulation and Execution of Comprehensive Plan for Promotion of Game Industry)**

(1) The Minister of Culture, Sports and Tourism shall formulate and execute a comprehensive plan (hereinafter referred to as "comprehensive plan") for the promotion of the game industry in consultation with the head of a relevant central administrative agency. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

(2) A comprehensive plan shall include the following matters:

1. Basic direction-setting for the comprehensive plan;
2. Improvement of the systems and laws related to the game industry;
3. Revitalization of game culture and game-related creative activities;
4. Creation of foundation for and balanced development of the game industry;
5. International cooperation and expansion of the game industry to overseas markets;
6. Guidance and crackdown on game products illegally produced, distributed, or provided for use;
7. Healthy development of the game industry and the protection of users;
8. Other matters necessary for the promotion of the game industry prescribed by Presidential Decree.

(3) Where the head of a local government intends to promote business falling under the provisions of paragraph (2) 3 through 5, he/she shall consult in advance with the Minister of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

### **Article 4 (Revitalization of Business Start-up Activities, etc.)**

(1) The Government may provide necessary support to persons establishing a business or developing high quality game wares for the purpose of the vitalization of start-up activities related to the game industry, the development of high quality game wares, and the modernization of game products related facilities.

(2) The Government may support the activities of amateur game manufacturers for non-profit purposes in order to revitalize the game industry. *<Newly Inserted by Act No. 11139, Dec. 31, 2011>*

(3) Necessary matters concerning the procedures and methods for providing support under paragraphs (1) and (2) shall be prescribed by Presidential Decree. *<Amended by Act No. 11139, Dec. 31, 2011>*

### **Article 5 (Training of Professionals)**

(1) The State or local governments shall formulate and execute a plan regarding the following matters for the training of professionals related to the game industry: *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

1. Analysis of the supply of and demand for professionals in the game industry and the development of human resources;
2. Strengthening cooperation with academia, industries, and public institutions for the training of professionals in the game industry.

(2) The Government may designate universities, research institutes, and other specialized institutions as professional training institutions and bear all or some of the expenses incurred in the education and training of professionals for the game industry, as prescribed by Presidential Decree.

### **Article 6 (Promotion of Technology Development)**

The Government may promote the following projects for technology development and improvement in technical standards related to the game industry:

1. Research on trends and demand in the game industry;
2. Research and development, evaluation and utilization of applied game technology;
3. Transfer of game technology and exchange of information.

### **Article 7 (Cooperative Development and Research)**

(1) The Government shall endeavor to build a systematic foundation for the promotion of cooperative development and research through the shared use of

human resources, facilities, apparatus and materials, funds and information for the research and development of game products or game wares.

(2) The Government may bear all or some of the expenses incurred in cooperative development and research on behalf of those who promote cooperative development and research pursuant to paragraph (1).

#### **Article 8 (Promotion of Standardization)**

(1) The Government may recommend that game products related business entities standardize matters prescribed by Presidential Decree, such as standards of game products, except matters prescribed by the Industrial Standardization Act.

(2) Where necessary to promote a standardization project pursuant to paragraph (1), the Government may designate a specialized institution or an organization related to game products for the performance of the standardization project, and bear all or some of the expenses incurred in the standardization project conducted by the institution or organization concerned.

#### **Article 9 (Establishment of Distribution Order)**

(1) The Government shall endeavor to establish a healthy distribution order for game products and game wares.

(2) The Government shall formulate and pursue policies for improving the quality of game products and game wares and for preventing the distribution of illegal reproductions and speculative game products. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

(3) The head of a Si/Gun/Gu (referring to the head of an autonomous Gu; hereinafter the same shall apply) may provide education to game products related business entities for the establishment of a healthy distribution order of game products and game wares and the creation of a healthy game culture for up to three hours per annum, as prescribed by Presidential Decree.

(4) The head of a Si/Gun/Gu may designate places of game providing business where the business order and business environment are excellent as model places of business and provide them with support in order to create a healthy game culture,



as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism, and he/she may cancel the designation and suspend the support where the requirements for designation are not satisfied. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 13955, Feb. 3, 2016>*

#### **Article 10 (Support for International Cooperation and Overseas Expansion)**

(1) The Government may promote the following activities for the overseas expansion of game products and game wares:

1. Hosting international game exhibitions in the Republic of Korea;
2. Overseas marketing and public relations, and attraction of foreign investment;
3. Provision of information on overseas expansion.

(2) The Government may bear all or some of the expenses incurred by persons who promote activities referred to in the subparagraphs of paragraph (1).

#### **Article 11 (Fact-Finding Survey)**

(1) The Government shall conduct a fact-finding survey of the game industry for the formulation and execution of policies related to the game industry. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

(2) Matters necessary for the subject matters, methods, etc. of the fact-finding survey under the provision of paragraph (1) shall be prescribed by Presidential Decree. *<Newly Inserted by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

#### **Article 12 (Creation of Foundation for Game Culture)**

(1) The Government shall promote the following activities for creating a foundation for a healthy game culture: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

1. Formulation and execution of policies to prevent adverse effects of games, such as excessive immersion in games or the encouragement of speculation, violence, lasciviousness;
2. Establishment and operation of game culture facilities for the public purpose, such as game culture experiential facilities, counseling or educational facilities;

3. Support for organizations that conduct business or activities for creating a healthy game culture.

(2) In order to create a foundation for juvenile game culture, the Minister of Culture, Sports and Tourism may promote policies to support game products related business entities who provide game products other than game products not-permitted for use by juveniles referred to in Article 21 (2) 4. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

(3) Matters necessary to promote activities and support, etc., pursuant to paragraphs (1) and (2) shall be prescribed by Presidential Decree.

#### **Article 12-2 (Prevention of Excessive Immersion in Games)**

(1) In order to prevent excessive immersion in games or speculation, lasciviousness, violence, etc. of game products (hereinafter referred to as "excessive immersion in games, etc."), the Government shall formulate and execute the following policies:

1. Formulation and execution of a master plan for the prevention and medical treatment for excessive immersion in games, etc.;
2. Implementation of fact-finding surveys on excessive immersion in games, etc., and the development of alternative policies;
3. Execution of counseling, education, and public relations for the prevention of excessive immersion in games, etc.;
4. Support for training of professionals for the prevention of excessive immersion in games, etc.;
5. Support for a specialized institution and an organization for the prevention of excessive immersion in games, etc.;
6. Other matters determined as policies necessary to prevent excessive immersion in games, etc. by Presidential Decree.

(2) In order to perform the matters provided in paragraph (1), the Minister of Culture, Sports and Tourism may establish and support a specialized institution for the

prevention of excessive immersion in games, etc., as prescribed by Presidential Decree. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

(3) Where necessary to prevent excessive immersion in games, etc., the Minister of Culture, Sports and Tourism may request cooperation from relevant central administrative agencies, local governments, related corporations and organizations, and game products related business entities, and upon receipt of such request, the agencies, organizations, etc., shall cooperate therewith, except in extenuating circumstances. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

(4) In order to prevent excessive immersion in games, etc., game products related business entities shall cooperate in the formulation and execution of policies provided in paragraph (1).

### **Article 12-3 (Preventative Measures on Excessive Immersion in and Addiction to Games, etc.)**

(1) In order to prevent excessive immersion in or addiction to games by users of game products, game products related business entities *[limited to service providers making game products available to the public through the information and communications network (hereinafter referred to as "information and communications network") defined in Article 2 (1) 1 of the Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, Etc.: hereafter the same shall apply in this Article] shall take measures to prevent an excessive use of game products including the following (hereinafter referred to as "preventative measures"):*

1. Verification of real names and ages of users of game products when they join as members, and self-authentication;
2. Securing the consent of legal representatives, such as persons with parental right, when juveniles join as members;
3. Restriction on method of using game products, time for using game products, etc. when juveniles themselves or their legal representatives request;
4. Giving notice to juveniles themselves and their legal representatives concerning the basic matters, such as the characteristics, rating, fee-charging policy of game products provided, and usage details for game products, such as time spent in using game products and information on payment;
5. Placement of a warning notice to prevent excessive use of game products;

6. Indication of details on the passage of time on the screen since a user starts using game products;

7. Other matters prescribed by Presidential Decree to prevent excessive use by users of game products.

(2) The Minister of Gender Equality and Family shall consult with the Minister of Culture, Sports and Tourism when he/she evaluates the propriety of the scope of game products subject to the time restriction to provide online games during the midnight hours under Article 26 of the Juvenile Protection Act. *<Amended by Act No. 11048, Sep. 15, 2011>*

(3) Scope of game products, methods and procedures for the preventative measures provided in paragraph (1) and the methods and procedures for evaluation provided in paragraph (2) shall be prescribed by Presidential Decree.

(4) The Minister of Culture, Sports and Tourism may request game products related business entities to submit data related to the preventative measures and to report thereon, as prescribed by Presidential Decree. Upon receipt of such request, the entities shall comply therewith, except in extenuating circumstances.

(5) Where the Minister of Culture, Sports and Tourism deems that the preventative measures are not enough after evaluating the data submitted or the details reported by game products related business entities pursuant to paragraph (4), he/she may order relevant game products related business entities to take corrective measures.

(6) When game products related business entities receive a corrective order under paragraph (5), they shall report the results of measures taken to the Minister of Culture, Sports and Tourism within ten days.

(7) Where the Minister of Culture, Sports and Tourism evaluates the preventative measures pursuant to paragraph (5), he/she may listen to the opinions of the head of a relevant central administrative agency, experts, juveniles and organizations related to school parents and publicly announce the outcomes of evaluation.

**Article 12-4 (Support for Education concerning Use of Game Products, etc.)**

(1) The Government may provide necessary support for education on the appropriate use of game products.

(2) The Government shall make sure that schools conduct education on the appropriate use of game products.

(3) The Minister of Culture, Sports and Tourism may request the Minister of Education to render cooperation so that the contents of education on the appropriate use of game products may be factored into the curriculum under Article 13 of the Early Childhood Education Act and Article 23 of the Elementary and Secondary Education Act. *<Amended by Act No. 11690, Mar. 23, 2013>*

(4) The Minister of Culture, Sports and Tourism may entrust education on the use of game products to an institution or organization related to the relevant business.

#### **Article 13 (Protection of Intellectual Property Rights)**

(1) In order to protect and foster creative activities related to games, the Government shall formulate policies to protect intellectual property rights of game products.

*<Amended by Act No. 10629, May 19, 2011>*

(2) In order to protect intellectual property rights of game products, the Government may promote the following activities: *<Amended by Act No. 10629, May 19, 2011>*

1. Technical protection of game products;
2. Encouraging indicating information on management of rights, such as information necessary for the identification of the game product and its producer;
3. Education and public relations on intellectual property rights, such as copyright in the game sector.

(3) The Government may designate institutions or organizations specializing in the field of intellectual property rights and have them promote the activities referred to in the subparagraphs of paragraph (2), as prescribed by Presidential Decree. *<Amended by Act No. 10629, May 19, 2011>*

#### **Article 14 (Protection of Rights and Interests of Users)**

In order to protect the rights and interests of persons who use game products, the Government shall promote the following activities:

1. Education and public relations for the establishment of a healthy game use culture;
2. Prevention of and remedies from damage which users of game products may suffer;
3. Protection of juveniles from harmful game products.

**Article 15 Deleted.** *<by Act No. 11315, Feb. 17, 2012>*

**Article 16 (Game Rating and Administration Committee)**

(1) The Game Rating and Administration Committee (hereinafter referred to as the "Committee") shall be established to ensure the ethics and public nature of game products, to prevent provocation or encouragement of a spirit of speculation, to protect juveniles, and to prevent the distribution of illegal game products. *<Amended by Act No. 10554, Apr. 5, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(2) The Committee shall deliberate and decide on the following matters: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8739, Dec. 21, 2007; Act No. 10554, Apr. 5, 2011; Act No. 11139, Dec. 31, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013; Act No. 14199, May 29, 2016>*

1. Matters concerning the rating classification of game products;
2. Matters concerning ascertainment on harmfulness to juveniles;
3. Matters concerning ascertainment on the speculative nature of game products;
4. Matters concerning the post management of the rating, such as ascertainment on production, distribution, or provision for use according to the rating of game products;
5. Matters concerning investigations and research to secure objectivity in the rating of game products;
- 5-2. Matters concerning the education under Article 21-3 (1) 7 and education for users of game products and game products related business entities;

6. Matters concerning the enactment, amendment, and repeal of the regulations of the Committee;

7. Matters concerning applications for the challenge filed by a member pursuant to Article 17-2 (2);

8. Matters as to whether game products, advertising, or publicity materials provided through the information and communications network are subject to a recommendation of correction referred to in Article 38 (7).

(3) The Committee shall be comprised of no more than nine members, including one chairperson, and the chairperson shall be a standing member. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11139, Dec. 31, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(4) The members of the Committee shall be commissioned by the Minister of Culture, Sports and Tourism upon recommendation by the heads of organizations prescribed by Presidential Decree, taking into consideration matters prescribed by Presidential Decree, such as gender, from among those who engage in the fields of cultural art, cultural industry, juvenile, law, education, press, and information and communications or in non-profit and non-governmental organizations under the Assistance for Non-Profit, Non-Governmental Organizations Act, and have expertise and experiences in the game industry, children, or juveniles, and the chairperson of the Committee shall be elected from among the members: *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

(5) The term of office of the chairperson and members shall be three years.

(6) Where necessary to efficiently perform the affairs of the Committee, subcommittees may be established. *<Newly Inserted by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(7) Matters necessary to organize and operate the Committee shall be prescribed by the regulations of the Committee. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11785, May 22, 2013>*

#### **Article 16-2 (Legal Personality, etc. of the Committee)**

(1) The Committee shall be a corporation.

(2) The Committee shall be duly formed upon completion of the registration for incorporation thereof at the registry office having jurisdiction over its principal place

of business after obtaining the authorization from the Minister of Culture, Sports and Tourism.

(3) A member of the Committee shall be deemed a director.

(4) Except as otherwise provided for in this Act and the Act on the Management of Public Institutions, the provisions of the Civil Act governing incorporated foundations shall apply mutatis mutandis.

### **Article 17 (Audit)**

(1) One auditor shall be assigned to the Committee to audit matters concerning the business affairs and accounts of the Committee. *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

(2) The auditor shall be appointed by the Minister of Culture, Sports and Tourism and shall be a standing member. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(3) The term of office of the auditor shall be three years.

### **Article 17-2 (Exclusion, Evasion of and Challenge to Members)**

(1) A member of the Committee shall be excluded from deliberations or decisions on any of the following matters: *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

1. Matters for which an application is filed with the Committee under this Act, such as an application, etc. for the rating classification of game products pursuant to the provision of Article 21 (1), by a member or his/her spouse or former spouse (hereafter referred to as "application" in this Article);

2. Matters for which an application is filed by any person who is a member, or his/her spouse or former spouse, or a joint holder of a right or a co-obligor;

3. Matters for which an application is filed by any person who has or had the ties of kinship with a member.

(2) When a person who has filed an application has any good reason to believe that a member is likely to make an unfair decision, he/she may explain such fact in writing and file an application for a challenge to such member.



(3) Where a member has a reason falling under any subparagraph of paragraph (1) or a reason which would enable him/her to apply for a challenge under the provisions of paragraph (2), he/she may voluntarily evade deliberation or decision on such matters.

(4) Matters necessary for exclusion, evasion of, and challenge to a member under paragraphs (1) through (3) shall be prescribed by the regulations of the Committee.

*<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

### **Article 17-3 (Minutes)**

(1) The Committee shall prepare the minutes, as prescribed by its regulations. *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

(2) The minutes referred to in paragraph (1) shall be open to the public, as prescribed by the regulations of the Committee: Provided, That in special circumstances, such as the protection of confidential business information, the minutes need not be open to the public by decision of the Committee. *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

(3) Necessary matters concerning the extent, methods, and procedure of, opening minutes to the public pursuant to paragraphs (1) and (2) shall be prescribed by the regulations of the Committee. *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

### **Article 18 (Secretariat)**

(1) A Secretariat shall be established in the Committee to assist in the affairs of the Committee and inspect matters concerning the post management of rating classification. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(2) The Secretariat shall have one secretary general, who shall be appointed by the chairperson with the consent of the Committee. *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

(3) Matters necessary for the post management of rating classification by the Secretariat shall be prescribed by Presidential Decree, and matters necessary for the organization and operation thereof shall be prescribed by the regulations of the Committee. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11139, Dec. 31, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013>*

### **Article 19 (Enactment, Amendment, etc. of Regulations of the Committee)**

(1) When the Committee intends to enact or amend its regulations, it shall place advance notice of a proposal for enactment or amendment in the Official Gazette for at least 20 days, and when it has enacted or amended its regulations, it shall publish and promulgate such regulations in the Official Gazette, etc. *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

(2) Where the Committee intends to determine or modify the standard for rating classification pursuant to Article 21 (7), it shall collect the opinions of juvenile organizations, non-profit organizations, and academia or industrial circles. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11785, May 22, 2013>*

### **Article 20 (Subsidization)**

(1) Expenses incurred in operation of the Committee may be subsidized from the National Treasury. *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

(2) The Committee's business plan accompanying the use of the National Treasury budget shall be formulated, following prior consultation with the Minister of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 11785, May 22, 2013>*

### **Article 21 (Rating Classification)**

(1) A person who intends to produce or distribute a game product for the purpose of circulating the game product or providing for the use thereof shall receive a rating for the contents of the relevant game product from the Committee or business entities designated pursuant to Article 21-2 (1) before producing or distributing such game product: Provided, That this shall not apply to any of the following game products: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Amended by Act No. 10554, Apr. 5, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013; Act No. 14199, May 29, 2016>*

1. Game products produced or distributed for the purpose of use or exhibition in a game competition or exhibition recommended by the head of a central administrative agency;
2. Game products prescribed by Presidential Decree, as game products produced or distributed for the purpose of education, learning, religion or public relations for public good;
3. Game products in compliance with the subject matters, standards, and procedures prescribed by Presidential Decree as game products for testing to evaluate

performance, safety, level of user satisfaction etc., in the process of developing game products;

4. Deleted. *<by Act No. 14199, May 29, 2016>*

(2) The ratings of game products shall be as follows: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

1. Permitted for use by all: Game products which can be used by anyone;
2. Permitted for use by 12 year old: Game products which cannot be used by those under 12 years of age;
3. Permitted for use by 15 year old: Game products which cannot be used by those under 15 years of age;
4. Not permitted for use by juveniles: Game products which cannot be used by juveniles.

(3) Notwithstanding paragraph (2), game products provided to a juvenile game providing business or a general game providing business shall be classified as game products permitted for use by all and game products not permitted for juveniles.

*<Newly Inserted by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

(4) The Committee shall ascertain whether a game product for which an application for rating is filed is a speculative game product. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(5) Where a person has revised the contents of a game product rated, he/she shall report such to the Committee within 24 hours, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. In such cases, where the contents reported have been revised to the extent that a change of rating is required, the Committee shall notify him/her that the contents are subject to revision of rating within seven days after receipt of the report, and shall deem the relevant game product a new one and take the necessary measures to assign it a new rating in accordance with the procedures prescribed by the regulations of the Committee. *<Newly Inserted by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(6) Where a game product has been revised to the extent that a change of rating is required pursuant to paragraph (5) and the party concerned fails to obtain a new

rating thereof or provides a game product different from the contents for which a rating was received, the Committee may investigate ex officio or revise the rating at the request of a game product providing business entity or a game product distributing business entity. *<Newly Inserted by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(7) Necessary matters concerning the standards for rating referred to in paragraphs (1) and (2) and ascertainment on the speculative nature of game products referred to in paragraph (4) shall be prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(8) The Committee may conduct a technical deliberation on a game product, as prescribed by Presidential Decree, to ascertain whether the game product is a speculative game product. *<Newly Inserted by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(9) Where any rating decision rendered by an agency that has been entrusted with the rating affairs pursuant to Article 24-2 (hereinafter referred to as "rating classification agency") is not proper for the rating standards referred to in paragraph (7), the Committee may conduct rating classification ex officio. *<Newly Inserted by Act No. 11139, Dec. 31, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013, Act No. 14199, May 29, 2016>*

(10) and (11) Deleted. *<by Act No. 14199, May 29, 2016>*

#### **Article 21-2 (Designation of Independent Rating Classification Business Entity)**

(1) The Minister of Culture, Sports and Tourism may designate a business entity allowed to conduct independent rating classification for a prescribed period not exceeding three years among the business entities fulfilling the requirements referred to in paragraph (2) after examining the following matters. In such cases, the Minister of Culture, Sports and Tourism may designate it by adding conditions regarding the business operation:

1. Propriety of the plan for operating independent rating classification affairs;
2. Propriety of the plan for contributing to the development of the game industry and creation of a healthy game culture.

(2) Business entities shall meet following requirements to be designated pursuant to paragraph (1):

1. It shall be any of the following corporations:

(a) A person conducting game producing business, game distributing business or game providing business, whose average sale for the recent three years is not less than the amount prescribed by Ordinance of the Minister of Culture, Sports and Tourism;

(b) A public institution or non-profit corporation under the Act on the Management of Public Institutions, conducting affairs relevant to the promotion of the game industry and game culture;

(c) A CATV broadcasting business entity or satellite broadcasting business entity under the Broadcasting Act or an Internet multimedia broadcast service operator under the Internet Multimedia Broadcast Services Act;

2. It shall have a person in charge of rating classification who is able to conduct an independent rating classification (referring to an executive officer of a corporation intending to be designated or a person who is the head of the department in charge of the affairs relevant to rating classification) and human resources exclusively for rating classification (including persons who concluded a business consignment agreement);

3. It shall appoint at least two experts, other than its employees, who present their advice on the propriety of rating classification of game products falling under paragraph 3 (2);

4. It shall establish an on-line business handling system (including functions linked to the system of the Committee) to conduct affairs of independent rating classification;

5. There has been no finalized business suspension or more severe administrative sanction or crime punishable by fine or more severe punishment in violation of this Act for the recent three years.

(3) The game products, rating classification of which may be conducted by the business entity designated pursuant to paragraph (1) (hereinafter referred to as

“independent rating classification business entity”), shall be as follows: Provided, That it shall not apply to the game products falling under Article 21 (2) 4 or provided to general game providing business or juvenile game providing business:

1. Game products (including those provided by cloud computing service under subparagraph 3 of Article 2 of the Act on the Development of Cloud Computing and Protection of Its Users) which are available after a contract for providing or mediating them is concluded (hereinafter referred to as “mediation contract”; excluding contracts only for sharing information on subscribers);

2. Game products manufactured by independent rating classification business entities.

(4) The affairs of rating classification that may be conducted by independent rating classification business entities shall be as follows:

1. Determination and notification of rating classification pursuant to the main sentence of Article 21 (1) excluding subparagraphs;

2. Receipt of the report on contents revision, notification of game products to be newly rated, and measures under Article 21 (5);

(5) Matters regarding the procedure necessary for the designation pursuant to paragraph (1) (including the re-designation pursuant to Article 21-6) and the details regarding the requirements for a business entity pursuant to paragraph (2) 2 through 5 shall be prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism.

**Article 21-3 (Matters to be Observed by Independent Rating Classification Business Entity, etc.)**

(1) An independent rating classification business entity shall observe the following:

1. He/she shall independently conduct a rating classification according to the standards for rating classification pursuant to Article 21 (7) or separate standards for which an agreement is made with the Committee (including the methods of indicating ratings): Provided, That this shall not apply to game products falling under

Article 21 (2) 4 in accordance with the standards for rating classification prescribed by Article 21 (7);

2. He/she shall have a business entity, who has concluded a mediation contract, indicate the result of rating classification under subparagraph 1: Provided, That this shall not apply to the cases of rating classification pursuant to Article 21-5 (1);

3. For game products falling under the grounds prescribed by Article 22 (2), he/she shall not provide a rating classification service and shall notify such fact to the Committee;

4. He/she shall confirm the propriety of rating indication under subparagraph 1 and the services following it by the end date of a mediation contract, and notify such fact to the Committee within five business days after the mediation contract is terminated;

5. He/she shall maintain a system linkage under Article 21-2 (2) 4 to ensure that the determination on rating classification (including the matters regarding the information on the contents of game products) set forth in Article 21 (1) and the matters of report on contents revision under paragraph (5) of the same Article are notified to the Committee within five business days;

6. He/she shall implement the measures referred to in Articles 21-8 (3) and 21-9 (2) and notify the results of the implementation of such measures to the Committee;

7. Persons in charge of rating classification and human resources exclusively for rating classification shall receive an education necessary for affairs on rating classification conducted by the Committee at least four times annually, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism;

8. He/she shall comply with the Committee's request for submission of data related to the affairs regarding rating classification;

9. He/she shall submit the activity report of the experts commissioned pursuant to Article 21-2 (2) 3 to the Committee one month before an evaluation is conducted pursuant to subparagraph 10;

10. He/she shall be evaluated by the Committee for the propriety of conducting affairs regarding independent rating classification not less than once a year as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism, and implement the improvement measures following the evaluation;

11. He/she shall not discriminate against the game products referred to in Article 21-2 (3) 1 and those stipulated in subparagraph 2 of the same paragraph when conducting the affairs under Article 21-2 (4);

12. He/she shall observe other matters necessary for maintaining, etc. propriety of the affairs on independent rating classification, prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism.

(2) A game products related business entity who has concluded a mediation contract shall observe the following:

1. He/she shall cooperate with the measures taken by an independent rating classification business entity to observe the matters under paragraph (1) 1 through 4, 6, 8, 10 and 12;

2. Where the game products rated pursuant to paragraph (1) 1 are distributed by persons other than independent rating classification business entities, he/she shall notify the Committee of such fact.

(3) The Committee shall confirm the propriety of rating indication and the services following it for the game products for which the mediation contract is terminated or which are distributed pursuant to paragraph (2) 2.

(4) Where a business entity distributes game products rated pursuant to paragraph (1) 1 by persons other than independent rating classification business entities after the termination of the mediation contract, he/she shall file a report pursuant to Article 21 (5) with the Committee where any change is made to game products contents. In such cases, the Committee shall consider the game product, for which the report on contents revision is made, as a new one and take measures for it to be newly rated according to the procedures prescribed by the regulations of the Committee.



**Article 21-4 (Effects of Independent Rating Classification)**

(1) A game product rated by an independent rating classification business entity shall be deemed rated by the Committee: Provided, That where another independent rating classification business entity intends to distribute the game product rated by the independent rating classification business entity, he/she shall newly conduct an independent rating classification.

(2) Where a person other than an independent rating classification business entity distributes a game product for which the results of rating classification by different independent rating classification business entities are not same, it shall be distributed with the rating, which indicates the age closer to the upper age limit for juvenile under subparagraph 10 of Article 2.

(3) Where the contents of a game product are revised to change the information and communication platform (referring to an electronic device or system with information-processing capacity, which is set for the use of game products), the effect of rating classification under Article 21-3 (1) 1 shall be maintained only within the extent not requiring the change of rating: Provided, That this shall not apply to the cases of game products provided to juvenile game providing business and general game providing business.

**Article 21-5 (Provision of Use of Overseas Game Products)**

(1) An independent rating classification business entity may provide users with a game product not mainly aimed to be distributed domestically (hereinafter referred to as “overseas game product”) in the cases satisfying all of the following requirements: Provided, That this shall not apply to the game products falling under Article 21 (2) 4 or those provided to juvenile game providing business and general game providing business:

1. An independent rating classification business entity shall conclude a contract regarding the provision of domestic use of overseas game products with an overseas distribution business entity;

2. An independent rating classification business entity shall rate overseas game products;
  3. An independent rating classification business entity shall ensure that users easily recognize the result of rating classification when using overseas game products;
  4. An independent rating classification business entity shall notify the result of rating classification of overseas game products within five business days to the Committee.
- (2) No overseas game products rated by the independent rating classification business entity pursuant to paragraph (1) shall be provided to users by other business entities.

**Article 21-6 (Re-designation of Independent Rating Classification Business Entity)**

(1) Where an independent rating classification business entity intends to conduct the affairs related to independent rating classification continuously after the expiration of the designated period, he/she shall be re-designated by the Minister of Culture, Sports and Tourism.

(2) The Minister of Culture, Sports and Tourism may re-designate independent rating classification business entities pursuant to paragraph (1) within the scope of three years after deliberating on the followings:

1. Whether the plan under each subparagraph of Article 21-2 (1) is implemented and the propriety of the future plan;
2. Whether the standards prescribed by Article 21-2 (2) 1 are satisfied;
3. The performance record under Article 21-2 (2) 2 through 4 and the propriety of the future plan;
4. Whether the requirements prescribed by Article 21-2 (2) 5 are fulfilled;
5. Whether the improvement measures referred to in Article 21-3 (1) 10 are implemented.

**Article 21-7 (Cancelling, etc. Designation of Independent Rating Classification Business Entity)**

(1) Where an independent rating classification business entity falls under any of the following, the Minister of Culture, Sports and Tourism may cancel the designation or order a suspension of business under Article 21-2 (4) for a prescribed period not exceeding six months: Provided, That he/she shall cancel the designation in the case of subparagraph 1:

1. Where an independent rating classification business entity has been designated by false or other improper means;
2. Where an independent rating classification business entity is not qualified for the designation requirements set forth in Article 21-2 (2);
3. Where an independent rating classification business entity violates the matters to be observed under Article 21-3 (1).

(2) Where the Minister of Culture, Sports and Tourism cancels the designation or suspends business pursuant to paragraph (1), he/she shall hold a hearing prescribed in the Administrative Procedures Act.

(3) The cancellation of the designation pursuant to paragraph (1) shall not have an influence on the effect of rating classification conducted by an independent rating classification business entity before the cancellation: Provided, That this shall not apply to the cancellation of designation due to the grounds referred to in paragraph (1) 1.

(4) Where the grounds prescribed in paragraph (1) 2 and 3 arise, the Minister of Culture, Sports and Tourism, before cancelling designation or issuing an order to suspend business, may determine corrective measures and recommend an independent rating classification business entity to accept such measures within ten days.

(5) Where an independent rating classification business entity takes action in accordance with the corrective measures under paragraph (4), the Minister of Culture, Sports and Tourism may not cancel the designation or issue an order to suspend business.

**Article 21-8 (Ex Officio Rating Reclassification, etc.)**

(1) Where the Committee deems that a game product rated by an independent rating classification business entity falls under Article 21 (2) 4 or is subject to the refusal of rating classification under Article 22 (2), it may make a determination on rating classification at the request of the Minister of Culture, Sports and Tourism or ex officio or may cancel the determination on rating classification by an independent rating classification business entity.

(2) Where the Committee makes a determination or determination of cancellation on rating classification, it shall notify an independent rating classification business entity of it without delay.

(3) From the day when the independent rating classification business entity is notified pursuant to paragraph (2), he/she shall take measures following it without delay.

(4) The Minister of Culture, Sports and Tourism may issue an order for correction where an independent business entity fails to implement the measures under paragraph (3).

**Article 21-9 (Measures, etc. for Rating Adjustment)**

(1) Where the result of rating classification seriously violates the rating classification standards, or the results of rating classification among independent rating classification business entities are different, the Committee may request independent rating classification business entities to adjust ratings.

(2) Independent rating classification business entities shall implement the measures following the request under paragraph (1).

(3) Where independent rating classification business entities fail to implement the measures under paragraph (2), the Minister of Culture, Sports and Tourism may order the correction thereof.

**Article 22 (Refusal of Rating Classification and Notice, etc.)**

(1) Where necessary to conduct activities under Article 16 (2) 1 through 4, the Committee may request a person who applies for rating to submit data necessary for the rating examination. *<Amended by Act No. 10554, Apr. 5, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(2) The Committee may refuse to assign a rating to any person who applies for a rating of any act or apparatus subject to regulation or punishment under the provisions of other Acts, such as the Act on Special Cases concerning Regulation and Punishment of Speculative Acts, Etc. and the Criminal Act, or under this Act, any person who applies for a rating without justifiable title, or by fraud or other improper means, or any person who applies for a rating of game products that constitute speculative game products. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(3) Where the Committee has determined to classify ratings, it shall deliver the following documents to an applicant, and where it has decided to refuse rating classification because the game products are speculative game products, it shall deliver to an applicant, without delay, the documents into which the contents of a decision and the reasons therefor are entered: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11785, May 22, 2013>*

1. A certificate of rating classification into which the relevant rating of the game product is entered;
2. Documents into which obligations according to rating classifications are entered;
3. Documents into which information on the contents of the game product is entered.

(4) If the Committee becomes aware of the fact that a game product which has received a rating is subject to a refusal of rating classification pursuant to the provision of paragraph (2), it shall cancel the rating classification decision without delay. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(5) Necessary matters concerning the standards, procedures for, and methods of, a request for presentation of data, rating classification decision, refusal decision on rating classification and procedures for decisions on speculative game products, delivery of a certificate of rating classification and matters, etc. to be included in

information about the contents of game products, pursuant to paragraphs (1) through (3), shall be prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism.

*<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

### **Article 23 (Rating Reclassification, etc.)**

(1) A person who has an objection to a rating classification decision made under Article 21 or a decision to refuse rating classification under Article 22 rendered by the Committee or a rating classification agency may file an objection stating detailed grounds therefor with the Committee to obtain a new rating within 30 days after receipt of a notice of such decision. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11139, Dec. 31, 2011; Act No. 11785,*

*May 22, 2013>*

(2) When the Committee receives an objection filed under paragraph (1), it shall examine the objection. Where it finds the objection has good cause, it shall reclassify the rating within 15 days after receipt of the application and notify an applicant or his/her agent of the result thereof, and where it finds no good cause, it shall notify the applicant or his/her agent of such. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(3) Necessary matters concerning the procedures for filing applications and notification of decisions pursuant to paragraphs (1) and (2) shall be prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

### **Article 24 (Notification, etc. of Rating Classification)**

Where the Committee has made any of the following decisions or cancellations, or has been notified of a rating classification decision or cancellation of a rating classification decision by a rating classification agency pursuant to subparagraph 1 of Article 24-3, it shall notify the head of an administrative agency prescribed by Presidential Decree, an association or organization provided for in Article 39 (hereinafter referred to as "association, etc."), and other institutions and organizations deemed necessary, of such decision or cancellation in writing, and it shall publish the details thereof, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and

Tourism: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 11139, Dec. 31, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013>*

1. A rating classification decision made under Article 21 (2) or decision to refuse rating classification of a speculative game product under Article 22 (2);
2. A cancellation of rating classification decision under Article 22 (4);
3. A decision on objection under Article 23 (2).

**Article 24-2 (Entrustment, etc. of Duties related to Rating Classification)**

(1) The Committee may entrust any of the following duties with respect to game products falling under Article 21 (2) 1 through 3 to a rating classification agency designated by the Minister of Culture, Sports and Tourism, which is a corporation equipped with human resources, facilities, etc. prescribed by Presidential Decree, for a fixed period of not more than five years: *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

1. Deciding on a rating classification pursuant to the main sentence of Article 21 (1);
2. Accepting reports on revised contents, notifying persons subject to rating reclassification, and taking measures pursuant to Article 21 (5);
3. Requesting submission of data pursuant to Article 22 (1) (limited to data necessary to perform the duties provided for in Article 16 (2) 1 and 2);
4. Deciding to refuse a rating classification pursuant to Article 22 (2) (excluding speculative game products);
5. Delivering documents related to rating classification decisions pursuant to Article 22 (3);
6. Cancelling rating classification decisions pursuant to Article 22 (4).

(2) The Minister of Culture, Sports and Tourism shall evaluate whether a rating classification agency has performed its duties in a proper manner at least six months before the expiration of the entrustment period referred to in paragraph (1), as prescribed by Presidential Decree. *<Newly Inserted by Act No. 11785, May 22, 2013>*

(3) The Committee may re-entrust its duties to a rating classification agency which is determined to be proper in an evaluation conducted under paragraph (2), for a fixed period of not more than five years. *<Newly Inserted by Act No. 11785, May 22, 2013>*

### **Article 24-3 (Matters to be Observed by Rating Classification Agency)**

A rating classification agency shall observe each of the following: *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

1. Where it renders a rating classification decision pursuant to the main sentence of Article 21 (1) or cancels a rating classification decision pursuant to Article 22 (4), it shall notify the Committee thereof within ten days;
2. It shall submit to the Committee by the end of February each year an annual activities report that factors into the current status of applications for rating classification of game products for each rate, the current status of rating classification decisions and decisions to refuse a rating classification, and the time spent classifying ratings of each game product and the reasons for decisions to refuse a rating classification when the decisions to refuse rating classification have been made;
3. The executive officers and employees of a rating classification agency shall receive an education necessary to perform duties related to rating classifications of game products provided by the Committee for up to ten hours each year;
4. Except in extenuating circumstances, it shall comply with the Committee's request for submission of data with regard to duties related to rating classifications.

### **Article 24-4 (Cancellation of Designation of Rating Classification Agency)**

Where a rating classification agency falls under any of the following cases, the Minister of Culture, Sports and Tourism may cancel its designation or order such agency to suspend its business operations for a fixed period not exceeding six months: Provided, That where it falls under subparagraph 1, he/she shall cancel its designation: *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

1. Where it has been designated by fraud or other improper means;
2. Where it fails to meet the requirements for designation referred to in Article 24-2 (1);
3. Where it is determined to be improper in an evaluation referred to in Article 24-2 (2);



4. Where it breaches any matter to be observed referred to in Article 24-3.

#### **Article 25 (Registration of Game Producing Business, etc.)**

(1) A person who intends to conduct game producing business or game distributing business shall register with the head of a Si/Gun/Gu, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism: Provided, That under any of the

following cases, such business may be conducted without registration: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

1. Where the State or a local government produces game products;
2. Where an educational or training institution established pursuant to statutes produces game products to be used for purposes of in-house education or training;
3. Where a government-invested institution or a government-funded institution established pursuant to Article 2 of the Framework Act on the Management of Government-Invested Institutions produces game products for use in the public relations related to its business;
4. Other cases prescribed by Presidential Decree, such as where a person produces game apparatus that cannot be used to play a game by itself.

(2) Where a person who has been registered pursuant to paragraph (1) intends to modify important matters prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism, he/she shall register such modifications. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

(3) Where registration is made pursuant to paragraph (1) or registration of modifications pursuant to paragraph (2), the head of a Si/Gun/Gu shall deliver a certificate of registration to the applicant. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

(4) Matters necessary for procedures for and methods of registration, registration of modifications, and delivery of a certificate of registration under paragraphs (1) through (3) shall be prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

#### **Article 26 (Permission to Conduct Game Providing Business)**

(1) A person who intends to engage in general game providing business may conduct such business with the permission of the head of a Si/Gun/Gu regarding the standards and procedures for such permission, as prescribed by Presidential Decree: Provided, That such business shall not be located in a residential area referred to in Article 36 (1) 1 (a) of the National Land Planning and Utilization Act. *<Newly Inserted by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 13955, Feb. 3, 2016>*

(2) A person who intends to conduct juvenile game providing business or business of providing Internet computer game facilities shall provide facilities prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism and register with the head of a Si/Gun/Gu: Provided, That where a person who provides game products through the information and communications network has obtained permission, reported or registered pursuant to the Telecommunications Business Act, he/she shall be deemed to have registered under this Act. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

(3) A person who intends to conduct combined distribution and game providing business shall register with the head of a Si/Gun/Gu, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism: Provided, That where a person who has registered juvenile game providing business or business of providing Internet computer game facilities pursuant to paragraph (2) intends to conduct combined distribution and game providing business, he/she shall report such to the head of a Si/Gun/Gu. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 13955, Feb. 3, 2016>*

(4) Where a person who has obtained permission, registered or reported pursuant to paragraphs (1) through (3) intends to modify important matters prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism, he/she shall obtain permission for modification, register or report modification. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

(5) Where the head of a Si/Gun/Gu grants business permission or permission for modification, receives registration, registration of modification, or receives a report or a report on modification pursuant to paragraphs (1) through (4), he/she shall deliver a certificate of permission, a certificate of registration or a certificate of report to an applicant, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

### **Article 27 (Restrictions on Business)**

Where a person who intends to obtain permission, register, or report pursuant to Article 25 or 26 falls under any of the following cases, he/she shall not obtain permission, register, or report pursuant to Article 25 or 26: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 11048, Sep. 15, 2011; Act No. 13955, Feb. 3, 2016>*

1. Where a person (in the case of a corporation, including its representative or an executive officer) in whose case one year has not passed since he/she was ordered to close business or became subject to a disposition of cancellation of permission or registration, or measures such as closure and collection, or the same period has not expired since he/she became subject to a disposition of suspension of business pursuant to Article 35 (1) and (2) and Article 38 (1) intends to conduct the same category of business again;
2. Where a person in whose case one year has not passed since he/she was ordered to close business or became subject to a disposition of cancellation of permission or registration, or measures such as closure and collection, or the same period has not expired since he/she became subject to a disposition of suspension of business pursuant to Article 35 (1) and (2) and Article 38 (1) intends to conduct business which is in the same category as the said business at the same location;
3. Where a person who operates a business establishment where the access and employment of juveniles are prohibited, as defined in subparagraph 5 (a) of Article 2 of the Juvenile Protection Act, intends to engage in the combined distribution and game providing business.

### **Article 28 (Matters to be Observed by Game Products related Business Entities)**

A game products related business entity shall observe the following matters: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 10554, Apr. 5, 2011; Act No. 13955, Feb. 3, 2016>*

1. He/she shall receive education concerning distribution order pursuant to Article 9 (3);
2. He/she shall neither have others gamble or do other speculative acts by making use of game products nor leave them to do such things;

- 2-2. He/she shall not promote speculation through operation method or apparatus, device, etc. closely related to the realization of the contents of game products by making a unit of currency used in games similar to that issued by the Bank of Korea, etc.;
3. He/she shall not promote speculation by offering free gifts, etc.: Provided, That the foregoing shall not apply to the types of free gifts (toys, stationery, etc.; provided, that cash, gift certificates and securities shall be excluded), criteria for provision, method of offering free gifts, etc., prescribed by Presidential Decree on game products permitted for use by all of juvenile game providing business;
4. A person who conducts juvenile game providing business under subparagraph 6-2 (a) of Article 2 shall not provide game products not permitted for use by juveniles;
5. A person who conducts general game providing business under subparagraph 6-2 (b) of Article 2 or combined distribution and game providing business under subparagraph 8 of Article 2 (excluding where the access by juveniles are allowed pursuant to the Juvenile Protection Act) shall not admit juveniles to a game room;
6. He/she shall install a program or device for blocking obscene materials and speculative game products, as published by the Minister of Culture, Sports and Tourism in game products and computer facilities, etc.: Provided, That the foregoing shall not apply where obscene materials and speculative game products cannot be connected even if a program or device for blocking obscene materials and speculative game products is not installed;
7. He/she shall observe business hours and hours for admitting juveniles prescribed by Presidential Decree;
8. He/she shall observe matters necessary for maintaining business order, etc. prescribed by Presidential Decree.

#### **Article 29 (Succession to Business)**

- (1) When a business entity who has obtained permission pursuant to Article 25, or any business entity who has registered or reported pursuant to Article 26, transfers

his/her business or dies, or such corporation is merged, such transferee, successor or corporation which continues to exist following merger, or a corporation which is established by merger shall succeed to such business entity's position. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

(2) Where a person whose permission, registration or report is cancelled as the results of a business closure report pursuant to Article 30 intends to obtain permission, register or report again within one year in the same category of business at the place where his/her business was closed, the business entity concerned shall succeed to a business entity's position before filing a business closure report. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

(3) A person who acquires the whole facilities and apparatus (referring to main facilities and apparatus prescribed by Presidential Decree) of a business entity through an auction held under the Civil Execution Act, conversion made under the Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act or sale of seized property conducted under the National Tax Collection Act, the Customs Act or the Framework Act on Local Taxes, and other procedures corresponding thereto shall succeed to such business entity's position. *<Amended by Act No. 10219, Mar. 31, 2010>*

(4) A person who succeeds to a business entity's position pursuant to paragraphs (1) through (3) shall report such fact to the head of a competent Si/Gun/Gu. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

### **Article 30 (Closure of Business and Ex Officio Cancellation)**

(1) When a person who has obtained permission, registered or reported pursuant to Article 25 or 26 closes his/her business, he/she shall report business closure to the head of a competent Si/Gun/Gu within seven days from the date he/she closes business, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

(2) With regard to a person who fails to report business closure pursuant to paragraph (1), the head of a Si/Gun/Gu may cancel the matters permitted, registered or reported ex officio after ascertaining whether he/she has closed his/her business, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

### Article 31 (Post Management)

(1) For the fair ratings classification and distribution of game products, and the establishment of sound business practices for providing game products for use, the Minister of Culture, Sports and Tourism shall regularly inspect and supervise matters as to whether the post management affairs relevant to the game products distribution of the Committee, a rating classification agency, and game products-related business entities observe this Act, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 11139, Dec. 31, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013; Act No. 13955, Feb. 3, 2016>*

(2) When deemed necessary for the following purposes, the Minister of Culture, Sports and Tourism, a Mayor/Do Governor or the head of a Si/Gun/Gu may have game products related business entities prepare necessary reports or allow a relevant public official to have access to a place of business of a game providing business or a business of providing Internet computer game facilities, etc. to conduct necessary investigations or inspect documents: *<Amended by Act No. 10554, Apr. 5, 2011>*

1. Establishment of distribution order of game products;
2. Prevention of use of game products in speculative activities;
3. Prevention of encouragement of speculation of game products.

(3) A Mayor/Do Governor and the head of a Si/Gun/Gu shall, as prescribed by Presidential Decree, submit status reports on game products related business entities to the Minister of Culture, Sports and Tourism, the Minister of the Interior, the Commissioner General of the Korean National Police Agency, and the head of a relevant administrative agency prescribed by Presidential Decree on a regular basis. *<Newly Inserted by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 11690, Mar. 23, 2013; Act No. 12844, Nov. 19, 2014>*

(4) A relevant public official who has such access and performs inspections pursuant to paragraph (2) shall carry an identification indicating his/her authority and show it to interested persons. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

### Article 32 (Prohibition of Distribution of Illegal Game Products, etc.)

(1) No one shall perform the following acts hindering the good distribution order of game products: Provided, That in cases referred to in subparagraph 4, a person who conducts speculative business shall be excluded pursuant to the Act on Special Cases concerning Regulation and Punishment of Speculative Acts, Etc. <Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 10554, Apr. 5, 2011>

1. Providing game products for distribution or use which have not been classified pursuant to Article 21 (1), or displaying or keeping the same for such purposes;
2. Providing game products for the purpose of distribution or use, the contents of which are different from the classification obtained pursuant to Article 21 (1), or displaying or keeping the same for such purposes;
3. Providing rated game products for use, in violation of the ratings classification referred to in the subparagraphs of Article 21 (2);
4. Distributing or providing a game product the rating classification of which has been refused because it constitutes a speculative game product pursuant to Article 22 (2), or displaying or keeping the product for the purpose of providing for distribution or use;
5. Buying and selling, donating or lending a certificate of rating obtained pursuant to Article 22 (3) 1;
6. Distributing or providing game products with no indications of matters, such as rating and information about the contents of the game product, or game products with no device attached indicating information on the operation of the game product for use, in violation of Article 33 (1) or (2);
7. Making a business of converting into money or intermediating such conversion or repurchase of tangible and intangible results (referring to game money prescribed by Presidential Decree and things similar thereto prescribed by Presidential Decree such as score, premiums and virtual currency used in game) obtained through the use of game products by anyone;

8. Distributing computer programs, apparatus or device not provided or approved by a game products related business entity for the purpose of disturbing normal operation of game products, or producing them for their distribution.

(2) No one shall produce or bring in any of the following game products:

1. Game products that can substantially erode the national identity by describing antinational acts or distorting historical facts;
2. Game products that can undermine good customs by destroying family moral, such as assault on, homicide etc., of an familial ascendant or descendant;
3. Game products that can disturb good social order, such as instigating criminal mentality or imitation mentality, by excessively describing a crime, violence, lewdness, etc.

#### **Article 33 (Duty of Indications)**

(1) A person who produces or distributes game products for the purpose of providing for the distribution or use thereof shall indicate the trade name (in cases of game products annexed to books, referring to the trade name of the publishing company) of the person who produces or distributes such, the rating, and information about the contents of the game products of the game products concerned.

(2) A person who produces or distributes game products for the purpose of providing for the circulation or use thereof shall attach a device indicating information on the operation of the game products to the game products prescribed by Presidential Decree. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

(3) Necessary matters concerning methods of providing indications pursuant to paragraphs (1) and (2) shall be prescribed by Presidential Decree.

#### **Article 34 (Restrictions on Advertising or Publicity)**

(1) No one shall perform the following acts: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

1. Advertising contents different from those of the game products as classified, or distributing or posting the promotional materials thereof;



2. Distributing or posting advertising and promotional materials in which a rating different from the rating of the game products as classified is indicated;
3. Advertising with different indications from the information about the contents of game products, or distributing or posting the promotional materials thereof;
4. Advertising contents encouraging a speculative spirit, such as providing free gifts in addition to information about the contents of game products, or distributing or posting promotional materials.

(2) A person who conducts game providing business, business of providing Internet computer game facilities or combined distribution and game providing business shall not install or post advertising materials prescribed by Presidential Decree, which may be misunderstood as a place for speculative acts or gambling. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

#### **Article 35 (Cancellation, etc. of Permission)**

(1) When a person who has registered game producing business or game distributing business pursuant to Article 25 (1) falls under any of the following subparagraphs, the head of a Si/Gun/Gu may order him/her to suspend or close his/her business for a fixed period not exceeding six months: Provided, That when he/she falls under subparagraph 1 or 2, the head of a Si/Gun/Gu shall order him/her to close his/her business: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

1. When he/she has registered by fraud or other improper means;
2. When he/she continues to conduct business in violation of a business suspension order;
3. When he/she fails to register modification in violation of Article 25 (2);
4. When he/she violates matters to be observed under Article 28;
5. When he/she violates a duty of prohibition of distribution of illegal game products, etc., under Article 32.

(2) When a person who has obtained permission for, registered or reported game providing business, business of providing Internet computer game facilities or

combined distribution and game providing business pursuant to Article 26 falls under any of the following subparagraphs, the head of a Si/Gun/Gu may order him/her to suspend or close his/her business, or cancel permission or registration for a fixed period not exceeding six months: Provided, That when he/she falls under subparagraph 1 or 2, the head of a Si/Gun/Gu shall cancel permission or registration, or order him/her to close his/her business. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

1. When he/she has obtained permission, registered or reported by fraud or other improper means;
2. When he/she continues to conduct business in violation of a business suspension order;
3. When he/she fails to meet the standards of permission or registration pursuant to Article 26 (1) through (3);
4. When he/she fails to obtain permission for modification, or fails to register or report modification pursuant to Article 26 (4);
5. When he/she violates matters to be observed under Article 28;
6. When he/she falls under paragraph (1) 4 and 5.

(3) A person who has received a business closure order or is subject to a disposition of cancellation of permission or registration pursuant to paragraph (1) or (2) shall return a certificate of permission, a certificate of registration, or a certificate of report within seven days from the date he/she receives notice of such disposition. *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

(4) Detailed standards for administrative disposition referred to paragraphs (1) and (2) shall be prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism in consideration of the types and degrees, etc. of such offenses. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

### **Article 36 (Imposition of Penalty Surcharge)**

(1) When the head of a Si/Gun/Gu issues a disposition of business suspension because a person who conducts game providing business, business of providing Internet computer game facilities or combined distribution or game providing

business falls under any of the following subparagraphs, he/she may impose a penalty surcharge not exceeding 20 million won in lieu of such disposition of business suspension, as prescribed by Presidential Decree: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

1. When he/she fails to meet the standard of permission or the standard of registration pursuant to Article 26 (1) and (2) or the main sentence of Article 26 (3);
2. When he/she violates matters to be observed under subparagraphs 4 through 8 of Article 28.

(2) The head of a Si/Gun/Gu shall use an amount equivalent to the amount collected as penalty surcharges pursuant to paragraph (1) for the following purposes and annually formulate and execute a plan for use of penalty surcharges for the next year: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

1. Production and distribution of healthy game products;
2. Creating a healthy game room environment and improvement of harmful environments;
3. Support for exemplary places of business;
4. Support following guidance on and control of illegal game products and illegal places of business;
5. Securing a storage place for seized illegal game products and discarding such products.

(3) When a person who is required to pay a penalty surcharge under paragraph (1) fails to pay it by the deadline for such payment, the head of a Si/Gun/Gu shall collect it pursuant to the Act on the Collection, etc. of Local Non-Tax Revenue.

*<Amended by Act No. 11998, Aug. 6, 2013>*

(4) Necessary matters concerning the amount of penalty surcharges and procedures for the imposition thereof according to the types and degrees of offenses on which penalty surcharges are imposed pursuant to paragraph (1) shall be prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

### **Article 37 (Succession to Effect of Disposition of Administrative Sanctions)**

(1) Where a person succeeds to the position of a business entity pursuant to Article 29 (1), the effect of a disposition of administrative sanctions imposed on the previous business entity for a violation of the subparagraphs of Article 35 (1) or (2) shall devolve on any person who succeeds to the position of the business entity within one year from the date of such administrative disposition, and when the formalities for disposition of administrative sanctions are proceeding, such formalities may proceed with any person who succeeds to the position of the business entity: Provided, That the foregoing shall not apply where a transferee, a heir or a corporation which continues to exist after a merger does not know of such disposition or offense at the time of transfer or merger.

(2) Where a person succeeds to the position of a business entity pursuant to Article 29 (2), the effect of a disposition of administrative sanctions imposed for a violation of the subparagraphs of Article 35 (1) or (2) before reporting a closure of business shall devolve on any person who succeeds to the position of the business entity within one year from the date of such administrative disposition, and when the formalities for the disposition of administrative sanctions are proceeding, such formalities may proceed with any person who succeeds to the position of the business entity.

### **Article 38 (Closure and Collection)**

(1) The head of a Si/Gun/Gu may have a relevant public official take the following measures against any person who conducts business without obtaining permission, making registration or reporting pursuant to Article 25 or 26 and any person who continues to conduct business in spite of having received a business closure order, or a disposition for cancellation of permission or registration pursuant to Article 35 (1) or (2) in order to close such places of business: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

1. Removal or elimination of a signboard of the business concerned or the place of business concerned and other indications of business;
2. Attaching a notice informing that the business concerned or the place of business concerned is illegal;

3. Prohibiting by seal the use of apparatus or facilities necessary for business.

(2) When taking the measures referred to in paragraph (1), the head of a Si/Gun/Gu shall advise in advance the business entity concerned or his/her agent of such measures in writing: Provided, That the foregoing shall not apply where an urgent reason prescribed by Presidential Decree exists.

(3) When game products provided for distribution or use, advertising or publicity materials, etc. fall under any of the following subparagraphs, the Minister of Culture, Sports and Tourism, a Mayor/Do Governor or the head of a Si/Gun/Gu shall remove, destroy, or delete such: Provided, That in cases referred to in subparagraph 2, cases of conducting speculation business pursuant to the Act on Special Cases concerning Regulation and Punishment of Speculative Acts, Etc. shall be excluded: *<Amended by Act No.*

*8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

1. Unrated game products or the contents of which are different from the rating obtained;

1-2. Game products which violate targets, standards, and procedures prescribed by Presidential Decree referred to in Article 21 (1) 3 as game products for testing;

2. Game products the rating of which is denied because they constitute speculative game products;

2-2. Game products provided in violation of the types and methods prescribed by Presidential Decree referred to in subparagraph 6 (c) of Article 2;

3. Game products produced or distributed for profit-making purposes by a person who has not registered pursuant to Article 25;

4. Advertising and promotional materials distributed or posted in violation of Article 34;

5. Apparatus, devices, and programs produced for the purpose of incapacitating the technical protection measures applicable to game products.

(4) When the relevant public official removes the game products concerned pursuant to paragraph (3), he/she shall deliver a certificate of removal to its owner or

occupant: Provided, That this shall not apply where the owner or occupant refuses to receive the certificate of removal.

(5) When necessary to crack down on game products, etc., referred to in the subparagraphs of paragraph (3), the Minister of Culture, Sports and Tourism, a Mayor/Do Governor or the head of a Si/Gun/Gu may request an association, etc., to provide cooperation, and upon receipt of such request, the association, etc. shall comply with such request. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

(6) The relevant public official who conducts a disposition, such as attaching a notice, sealing, removing, destroying under paragraphs (1) through (3) or an executive officer or an employee of the association, etc., shall carry an identification indicating his/her authority and present it to interested persons.

(7) Where a game product, advertising or promotional materials, etc., provided through the information and communications network, falls under any of the subparagraphs of paragraph (3), the Minister of Culture, Sports and Tourism may order an information and communications service provider referred to in Article 2 (1) 3 of the Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, Etc. or a person who supervises and manages a bulletin board referred to in subparagraph 9 of the same paragraph to refuse, suspend, or restrict the handling thereof. In such cases, the Minister of Culture, Sports and Tourism shall undergo the due formalities of deliberation and recommendation of correction by the Committee in advance. *<Newly Inserted by Act No. 10554, Apr. 5, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(8) The Minister of Culture, Sports and Tourism may order a person who encourages speculation through any operation method, apparatus, device, etc. closely related to the realization of the contents of game products in violation of subparagraph 2-2 of Article 28 to improve such operation method or to improve or remove such apparatus, device, etc. The Minister of Culture, Sports and Tourism may, before giving such corrective order, determine the correction method and recommend that he/she comply with such method. *<Newly Inserted by Act No. 10554, Apr. 5, 2011>*

(9) A person who has received a recommendation of correction or a corrective order under paragraph (7) or (8) shall take measures within seven days and notify the chairperson of the Game Product Administration Committee or the Minister of Culture, Sports and Tourism of such result. *<Newly Inserted by Act No. 10554, Apr. 5, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013>*

(10) The chairperson of the Game Product Administration Committee or the Minister of Culture, Sports and Tourism shall give a person subject to a recommendation of correction or a corrective order pursuant to paragraph (7) or (8) an opportunity to present his/her opinion on the matter in advance: Provided, That this shall not apply where he/she falls under any of the following subparagraphs: *<Newly Inserted by Act No. 8739, Dec. 21, 2007; Act No. 10554, Apr. 5, 2011; Act No. 11785, May 22, 2013>*

1. Where it is urgently needed for the safety and welfare of the public;
2. Where it is substantially difficult or obviously unnecessary to hear an opinion;
3. Where he/she clearly express his/her intentions not to submit his/her opinion or delays advancing his/her opinion without good cause.

#### **Article 39 (Establishment of Association, etc.)**

(1) Game products related business entities may establish an association, etc., to promote the healthy development of business related to game products and the common interests of game products related business entities.

(2) The association, etc., established pursuant to paragraph (1) shall be a juristic person.

(3) The association, etc., established pursuant to paragraph (1) shall endeavor to maintain the healthy production and good distribution order of game products.

#### **Article 39-2 (Reward)**

(1) The Government may provide a reward to a person who files a report or accusation of or arrests any of the following persons to the relevant administrative agency or investigation agency within budgetary limits:

1. A person who causes others to gamble, perform other speculative acts, or leaves others unattended so that they perform such acts, in violation of subparagraph 2 of Article 28;
2. A person who encourages speculation in violation of subparagraph 3 of Article 28;
3. A person who violates a duty of prohibition of distribution of illegal game products, etc., pursuant to Article 32;
4. A person who performs an act falling under any of the subparagraphs of Article 34 (1).

(2) Necessary matters concerning the standards, methods, and procedures for providing a reward pursuant to paragraph (1) shall be prescribed by Presidential Decree.

#### **Article 40 (Hearings)**

Where the head of a Si/Gun/Gu intends to order business closure pursuant to Article 35 (1), or cancel permission or registration pursuant to Article 35 (2), he/she shall hold a hearing. <Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>

#### **Article 41 (Fees)**

(1) Any of the following persons shall pay fees, as prescribed by ordinances of a Si/Gun/Gu (referring to an autonomous Gu): <Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>

1. A person who registers game producing business or game distributing business or registers modification thereof pursuant to Article 25;
2. A person who intends to obtain permission or permission for modification, or register the modification, or report the modification of game providing business, business of providing Internet computer game facilities or combined distribution and game providing business pursuant to Article 26.

(2) Any of the following persons shall pay fees determined by the Committee with the approval of the Minister of Culture, Sports and Tourism: <Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007;

Act No. 8739, Dec. 21, 2007; Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 11785, May 22, 2013>

1. A person who applies for rating classification under Article 21 (1);



2. A person who files an objection under Article 23;
3. A person who is required to undergo technical deliberation under Article 21;
4. A person who applies for confirmation of game products for testing under Article 21 (1) 3;
5. A person who is subject to a reclassification of rating because he/she reports a change on the contents of a game product under Article 21 (5).

(3) A person who intends to file an application for rating classification under Article 21 (1) with the rating classification agency shall pay a fee determined by the rating classification agency after obtaining approval from the Minister of Culture, Sports and Tourism. *<Newly Inserted by Act No. 11139, Dec. 31, 2011>*

#### **Article 42 (Delegation or Entrustment of Authority)**

(1) The Minister of Culture, Sports and Tourism or a Mayor/Do Governor may delegate part of his/her authority granted pursuant to the provisions of this Act to a Mayor/Do Governor or the head of a Si/Gun/Gu, as prescribed by Presidential Decree. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

(2) The authority of the Minister of Culture, Sports and Tourism, a Mayor/Do Governor, or the head of a Si/Gun/Gu granted pursuant to the provisions of this Act may be entrusted to the Committee or an association, etc., as prescribed by Presidential Decree. *<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008; Act No. 11785, May 22, 2013>*

#### **Article 43 (Legal Fiction as Public Official in Application of Penalty Provisions)**

The executive officers and employees of the Committee and the Secretariat under Articles 16 through 18 and the executive officers and employees of a rating classification agency and an association, etc., who are engaged in the entrusted affairs pursuant to Articles 24-2 and 42 (2), shall be deemed public officials in application of the penalty provisions of Articles 129 through 132 of the Criminal Act. *<Amended by Act No. 11785, May 22, 2013>*

#### **Article 44 (Penalty Provisions)**

(1) Any of the following persons shall be punished by imprisonment with labor for not more than five years or by a fine not exceeding 50 million won: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*

1. A person who causes others to gamble or perform other speculative acts, or leaves others unattended so that they perform such things, in violation of subparagraph 2 of Article 28;

1-2. A person who encourages speculation in violation of subparagraph 3 of Article 28;

2. A person who performs an act falling under subparagraphs 1, 4, or 7 of Article 32 (1);

3. A person who continues to conduct business in spite of measures referred to in the subparagraphs of Article 38 (1) taken against him/her.

(2) Game products owned or occupied by a person falling under paragraph (1), gains obtained by such criminal acts (hereafter in this paragraph referred to as "criminal gains") and property resulting from criminal gains shall be forfeited, and when they cannot be forfeited, the amount equivalent thereto shall be additionally collected.

(3) Articles 8 through 10 of the Act on Regulation and Punishment of Criminal Proceeds Concealment shall apply mutatis mutandis to matters related to forfeiture or collection of criminal gains and property resulting from criminal gains referred to in paragraph (2).

#### **Article 45 (Penalty Provisions)**

Any of the following persons shall be punished by imprisonment with labor for not more than two years or by a fine not exceeding 20 million won: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 10879, Jul. 21, 2011; Act No. 14199, May 29, 2016>*

1. A person who fails to comply with the corrective order issued by the Minister of Culture, Sports and Tourism under Article 12-3 (5);

1-2. A person who has no right title or receives a rating for game products by fraud or other improper means pursuant to Article 22 (4);

- 1-3. A person who has failed to comply with the order issued by the Minister of Culture, Sports and Tourism under Article 21-8 (4);
2. A person who conducts business without obtaining permission or making registration in violation of Article 25 or 26 (1), (2) and the main sentence of Article 26 (3);
3. Deleted; <by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>
- 3-2. A person who provides game products not permitted for use by juveniles in violation of subparagraph 4 of Article 28;
4. A person who distributes, provides for use, displays or keeps game products the contents of which are different from those of game products for which a rating has been obtained in violation of Article 32 (1) 2;
5. A person who buys and sells, donates or lends a certificate of rating in violation of Article 32 (1) 5;
6. A person who produces or brings in game products in violation of the subparagraphs of Article 32 (2);
7. A person who distributes game products for which a duty of indications has not been performed or provides such for use in violation of Article 32 (1) 6 and Article 33;
8. A person who obtains permission, registers or reports by fraud or improper means pursuant to Article 35 (1) 1 and (2) 1;
9. A person who conducts business in violation of a business suspension order issued pursuant to Article 35 (2) 2;
10. A person who produces, distributes, or watches game products and game wares, etc., referred to in Article 38 (3) 3 or 4, or provides such for use, or displays or stores for such purposes.

#### **Article 46 (Penalty Provisions)**

Any of the following persons shall be punished by imprisonment with labor for not more than one year, or by a fine not exceeding ten million won: *<Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 8739, Dec. 21, 2007; Act No. 10554, Apr. 5, 2011; Act No. 11690, Mar. 23, 2013; Act No. 14199, May 29, 2016>*

1. A person who conducts business without filing a report in violation of the proviso to Article 26 (3);
2. A person who admits juveniles in violation of the hours for admitting juveniles pursuant to subparagraph 7 of Article 28;
3. A person who provides game products in violation of the rating classification under Article 21-2 (4) pursuant to Article 32 (1) 3;
- 3-2. A person who distributes computer programs, apparatus or device not provided or approved by a game products related business entity or produces them for their distribution in violation of Article 32 (1) 8;
4. Deleted; *<by Act No. 8247, Jan. 19, 2007>*
5. A person who conducts business in violation of a business suspension order issued pursuant to Article 35 (1) 2;
6. A person who fails to comply with an order issued by the Minister of Culture, Sports and Tourism referred to in Article 38 (7) and (8).

#### **Article 47 (Joint Penalty Provisions)**

Where the representative of a corporation, or an agent, or employee of, or other person employed, by the corporation or an individual commits an offense under Articles 44 through 46 in connection with the business affairs of the corporation or individual, not only shall such offender be punished, but also the corporation or individual shall be punished by a fine under the relevant provisions: Provided, That this shall not apply to cases where such corporation or individual has not been negligent in giving due attention and supervision concerning the relevant duties to prevent such offence. *<Amended by Act No. 10554, Apr. 5, 2011>*

#### **Article 48 (Administrative Fines)**

(1) Any of the following persons shall be punished by an administrative fine not exceeding ten million won: <Amended by Act No. 8247, Jan. 19, 2007; Act No. 10879, Jul. 21, 2011; Act No. 13955, Feb. 3, 2016;

Act No. 14199, May 29, 2016>

1. A person who fails to comply with the request for submission of data or report by the Minister of Culture, Sports and Tourism under Article 12-3 (4);

1-2. A person who fails to file a report under Article 12-3 (6);

1-3. A person who fails to register modifications in violation of Article 25 (2);

2. A person who fails to obtain permission for modifications, register or report modifications in violation of Article 26 (4);

2-2. A person who fails to report modifications in violation of Article 21 (5);

2-3. A person who fails to observe the duty of cooperation, in violation of Article 21-3 (2) 1;

2-4. A person who fails to notify to the Committee, in violation of Article 21-3 (2) 2;

2-5. A person who provides overseas game products to users, in violation of Article 21-5 (2);

2-6. A person who fails to comply with the order issued by the Minister of Culture, Sports and Tourism under Article 21-9 (3);

3. A person who fails to receive education in violation of subparagraph 1 of Article 28;

4. A person who admits juveniles to a general game room or a combined distribution and game room (excluding the cases where the access by juveniles are allowed pursuant to the Juvenile Protection Act) in violation of subparagraph 5 of Article 28;

5. A person who fails to install a program or a device blocking obscene materials and speculative game products in violation of subparagraph 6 of Article 28;

6. A person who fails to file a report in violation of Article 29 (4);

7. A person who fails to file a report, or refuses, interferes with or evades a relevant public official's access to, investigation or inspection of documents pursuant to Article 31 (2);

7-2. A person who was ordered the corrective measures from the Committee, in violation of the rating classification under subparagraph 2 and 3 of Article 21 (2) pursuant to Article 32 (1) 3, and provides game products without complying with such measures;

8. A person who violates Article 34.

(2) The Minister of Culture, Sports and Tourism, a Mayor/Do Governor, the head of a Si/Gun/Gu (hereinafter referred to as the "imposing authority") shall impose and collect administrative fines under paragraph (1), as prescribed by Presidential Decree.

*<Amended by Act No. 8852, Feb. 29, 2008>*

(3) A person who is dissatisfied with a disposition of an administrative fine pursuant to paragraph (2) may raise an objection to the imposing authority within 30 days from the date he/she receives notice of such disposition.

(4) Where a person raises an objection to a disposition of an administrative fine pursuant to paragraph (3), the imposing authority shall, without delay, notify such to the competent court, which in turn shall proceed to a trial on an administrative fine pursuant to the Non-Contentious Case Procedure Act.

(5) Where a person fails to raise an objection and pay an administrative fine within the period pursuant to paragraph (3), the aforementioned administrative fine shall be collected in the same manner as delinquent national or local taxes are collected.

ADDENDA

#### **Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force six months after the date of its promulgation.

**Article 2 Deleted. <by Act No. 11785, May 22, 2013>**

**Article 3 (Preparation Following Change of Rating Board within Rating Classification Agency)**

The Minister of Culture and Tourism may conduct the business affairs necessary for preparation following the change of the rating business system, such as the establishment of the Rating Board, before this Act enters into force.

**Article 4 (Transitional Measures concerning Business of Providing Multi-Media Cultural Contents Facilities)**

A business of providing multi-media cultural contents facilities established pursuant to the provisions of the previous Sound Records, Video Products, and Game Software Act as at the time this Act enters into force shall be deemed a business of providing Internet computer game facilities established under this Act.

**Article 5 (Transitional Measures concerning Rating of Game Products)**

(1) Game products rated as permitted for use by persons 12 years old or 15 years old pursuant to the provisions of the previous Sound Records, Video Products, and Game Software Act as at the time this Act enters into force shall be deemed to have been rated as permitted for use by persons 12 years old or 15 years old pursuant to the amended provisions of Article 21 (2) of this Act: Provided, That game products rated as permitted for use by persons 18 years old shall be rated by the Rating Board pursuant to Article 16 within six months after this Act enters into force.

(2) The Rating Board may levy a prescribed fee necessary for revision of rating on a person who applies for rating reclassification pursuant to paragraph (1).

**Article 6 (Transitional Measures concerning Business on Report or Registration)**

(1) A person who has reported a game producing business or a distributing business pursuant to the provisions of the previous Sound Records, Video Products, and Game Software Act as at the time this Act enters into force shall be deemed to have reported such under this Act: Provided, That he/she shall be reissued a certificate of report within three months after this Act enters into force, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture and Tourism.

(2) A game providing business entity or a combined distribution and game providing business entity who has registered pursuant to the provisions of the previous Sound Records, Video Products, and Game Software Act as at the time this Act enters into force shall be deemed to have registered under this Act: Provided, That he/she shall be reissued a certificate of registration within three months after this Act enters into force, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture and Tourism.

**Article 7 (Transitional Measures concerning Devices Indicating Information on Operation of Game Products)**

All game products rated pursuant to the provisions of the previous Sound Records, Video Products, and Game Software Act as at the time this Act enters into force shall attach a device indicating information on the operation of the game product pursuant to Article 33 (2), within six months after this Act enters into force.

**Article 8 (Transitional Measures concerning Administrative Disposition and Restrictions on Business)**

A person who was or is subject to an administrative disposition, disposition of penalty surcharge or restrictions on business pursuant to the provisions of the previous Sound Records, Video Products, and Game Software Act as at the time this Act enters into force shall be deemed to be or have been subject to an administrative disposition, disposition of penalty surcharge or restriction on business pursuant to the provisions of this Act.

**Article 9 (Transitional Measures concerning Penalty Provisions, etc.)**

The provisions of the previous Sound Records, Video Products, and Game Software Act shall apply to penalty provisions or administrative fines for acts performed before this Act enters into force.

**Article 10 Omitted.**

**Article 11 (Relationship with other Acts)**

Where the previous Sound Records, Video Products, and Game Software Act or the provisions thereof are cited by other Acts and subordinate statutes as at the time



this Act enters into force, when the provisions corresponding thereto are in this Act, this Act or the relevant provisions of this Act shall be deemed to have been cited in lieu of the previous provisions.

ADDENDA <Act No. 8247, Jan. 19, 2007>

### **Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force three months after the date of its promulgation:

Provided, That the amended provisions of Articles 32 (1) 7 and 44 (1) 2 shall enter into force on the date of its promulgation, the amended provisions of subparagraph 3 of Article 28 shall enter into force on April 29, 2007, and the amended provisions of subparagraphs 5 and 6 of Article 28 shall enter into force nine months after the date of its promulgation, respectively.

### **Article 2 (Transitional Measures concerning Registration, etc)**

(1) A game producing business entity or a game distributing business entity who has filed a report pursuant to the previous Article 25 as at the time this Act enters into force shall be deemed to have registered as a game producing business entity or a game distributing business entity pursuant to the amended provisions of Article 25: Provided, That he/she shall be delivered a certificate of registration pursuant to the amended provisions of Article 25 within six months after this Act enters into force.

(2) A person who intends to obtain permission to operate as a general game providing business entity pursuant to the amended provisions of Article 26 among the game providing business entities who have registered pursuant to the previous Article 26 as at the time this Act enters into force shall meet the standards thereof and obtain permission within one year after this Act enters into force.

(3) A person who intends to register as a juvenile game providing business entity pursuant to the amended provisions of Article 26 from among the game providing business entities who have registered pursuant to the previous Article 26 as at the time this Act enters into force shall meet the standards thereof and register within six months after this Act enters into force.

(4) A person who conducts business of providing Internet computer game facilities pursuant to the previous provisions as at the time this Act enters into force shall meet the standards thereof and register within six months after this Act enters into force.

ADDENDA <Act No. 8739, Dec. 21, 2007>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force three months after the date of its promulgation: Provided, That Article 2 of the Addenda shall apply on October 20, 2007.

**Article 2 (Special Cases concerning Registration of Juvenile Game Providing Business, etc)**

(1) A juvenile game room business entity who has filed a report pursuant to Article 26 (2) of the Sound Records, Video Products, and Game Software Act repealed by Act No. 7943 or a game providing business entity who has registered pursuant to the previous Act (referring to the Act previously amended pursuant to the partially amended Game Industry Promotion Act, Act No. 8247; hereinafter the same shall apply) as at the time the partially amended Game Industry Promotion Act, Act No. 8247, enters into force may, notwithstanding Article 26 of the same amended Act and Article 2 (3) of the Addenda thereto, register a juvenile game providing business after meeting the standards thereof by May 17, 2008 after this Act enters into force.

(2) A person who conducts business of providing Internet computer game facilities pursuant to the previous Act as at the time the partially amended Game Industry Promotion Act, Act No. 8247, enters into force may, notwithstanding Article 2 (4) of the Addenda to the same amended Act, register after meeting the standards thereof by May 17, 2008 after this Act enters into force.

ADDENDA <Act No. 8852, Feb. 29, 2008>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force on the date of its promulgation. (Proviso Omitted.)

**Articles 2 through 7 Omitted.**

ADDENDUM <Act No. 9928, Jan. 1, 2010>

This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

ADDENDA <Act No. 10219, Mar. 31, 2010>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force on January 1, 2011.

**Articles 2 through 12 Omitted.**

ADDENDUM <Act No. 10554, Apr. 5, 2011>

This Act shall enter into force three months after the date of its promulgation.

ADDENDA <Act No. 10629, May 19, 2011>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force two months after the date of its promulgation. (Proviso Omitted.)

**Article 2 Omitted.**

ADDENDUM <Act No. 10879, Jul. 21, 2011>

This Act shall enter into force six months after the date of its promulgation.

ADDENDA <Act No. 11048, Sep. 15, 2011>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force one year after the date of its promulgation. (Proviso Omitted.)

**Articles 2 through 5 Omitted.**

ADDENDA <Act No. 11139, Dec. 31, 2011>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force six months after the date of its promulgation: Provided, That the amended provisions of Article 2 of the Addenda to the Game Industry Promotion Act (Act No. 7941) shall go into effect on the date of its promulgation.

**Article 2 (Transitional Measures concerning Appointment and Term of Office of Members)**

(1) Pursuant to Article 16 (4), the Minister of Culture, Sports and Tourism shall newly appoint a fixed number of members determined under the amended provisions of Article 16 (3) within three months after this Act enters into force.

(2) The term of office of the members appointed pursuant to Article 16 (4) as at the time this Act enters into force shall expire on the date prior to the date they are newly appointed pursuant to paragraph (1), notwithstanding Article 16 (5).

**Article 3 (Transitional Measures concerning Entrustment of Affairs)**

(1) Notwithstanding the amended provisions of Article 24-2, the previous provisions shall apply to the treatment of rating classifications of game products applied for as at the time this Act enters into force.

(2) Notwithstanding the amended provisions of Article 24-2, the previous provisions shall apply to the treatment of game products, the revised contents of which have been reported as at the time this Act enters into force.

ADDENDA <Act No. 11315, Feb. 17, 2012>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force six months after the date of its promulgation.

**Article 2 Omitted.**

ADDENDA <Act No. 11690, Mar. 23, 2013>

**Article 1 (Enforcement Date)**

(1) This Act shall enter into force on the date of its promulgation.

(2) Omitted.

**Articles 2 through 7 Omitted.**

ADDENDA <Act No. 11785, May 22, 2013>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force six months after the date of its promulgation: Provided, That the amended provisions of Article 2 of the Addenda of the Game Industry Promotion Act (No. 7941) and Article 2 of the Addenda shall enter into force on the date of its promulgation.

**Article 2 (Preparation for Establishment of Game Product Administration Committee)**

(1) The Minister of Culture, Sports and Tourism shall organize a task force to establish a Game Product Administration Committee (hereinafter referred to as "task force") in order to take charge of the affairs concerning the establishment of the Game Product Administration Committee.

(2) The task force shall consist of not more than five members appointed or commissioned by the Minister of Culture, Sports and Tourism.

(3) The task force shall prepare the articles of incorporation before this Act enters into force and register the establishment of the Game Product Administration Committee with the authorization of the Minister of Culture, Sports and Tourism after this Act enters into force.

(4) The task force shall hand over its affairs to the Game Product Administration Committee without delay after its establishment, and the members of the task force shall be deemed dismissed or decommissioned when the handing over is completed.

(5) Task force members, other than public officials, shall be deemed public officials in application of the provisions of Articles 129 through 132 of the Criminal Act concerning the affairs.

(6) Expenses incurred in establishing the Game Product Administration Committee shall be borne by the Game Product Administration Committee.

### **Article 3 (Agents for Affairs)**

The Game Rating Board shall act on behalf of the Game Product Administration Committee before its establishment.

### **Article 4 (Succession, etc. to Rights, Obligations, and Property)**

(1) The former Game Rating Board shall be deemed discontinued at the same time the Game Product Administration Committee is established, and the Game Product Administration Committee shall succeed to the rights, obligations, and property of the former Game Rating Board since the day of establishment.

(2) A rating received by the former Game Rating Board shall be deemed received by the Game Product Administration Committee.

ADDENDA <Act No. 11998, Aug. 6, 2013>

### **Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force one year after the date of its promulgation.

**Articles 2 and 3 Omitted.**

ADDENDA <Act No. 12844, Nov. 19, 2014>

### **Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force on the date of its promulgation: Provided, That, the amended part of any Act to be amended pursuant to Article 6 of the Addenda, which was promulgated before this Act enters into force but the enforcement date of which has not arrived, shall enter into force on the enforcement date of the relevant Act.

### **Articles 2 through 7 Omitted.**

ADDENDUM <Act No. 13955, Feb. 3, 2016>

This Act shall enter into force three months after the date of its promulgation.

ADDENDA <Act No. 14199, May 29, 2016>

### **Article 1 (Enforcement Date)**

This Act shall enter into force on January 1, 2017.

### **Article 2 (Transitional Measures concerning Previous Business Entities)**

(1) A business entity who consulted with the Committee pursuant to the previous Article 21 (9) as at the time this Act enters into force (hereinafter referred to as “previous business entity”) may distribute game products pursuant to the previous Article 21 (1) 4 and (9) through (11) for two years from the enforcement date of this Act.

(2) Article 2 (1) of the Addenda shall not apply to where the previous business entity was designated as the business entity who is allowed to independently conduct rating classification pursuant to the amended provision of Article 21-2 (1).

### **Article 3 (Transitional Measures concerning Penalty Provisions and Administrative Fines)**

The former provisions shall apply to the application of the penalty provisions and administrative fines for the acts done before this Act enters into force.

## ภาคผนวก ค.

## ENFORCEMENT DECREE OF THE GAME INDUSTRY PROMOTION ACT

Presidential Decree No. 19717, Oct. 27, 2006

Amended by Presidential Decree No. 20058, May 16, 2007

Presidential Decree No. 20252, Sep. 10, 2007

Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008

Presidential Decree No. 21148, Dec. 3, 2008

Presidential Decree No. 21214, Dec. 31, 2008

Presidential Decree No. 21634, Jul. 22, 2009

Presidential Decree No. 21722, Sep. 10, 2009

Presidential Decree No. 22003, Jan. 27, 2010

Presidential Decree No. 22076, Mar. 15, 2010

Presidential Decree No. 22541, Dec. 21, 2010

Presidential Decree No. 23017, Jul. 4, 2011

Presidential Decree No. 23036, Jul. 19, 2011

Presidential Decree No. 23348, Dec. 6, 2011

Presidential Decree No. 23523, Jan. 20, 2012

Presidential Decree No. 23863, Jun. 19, 2012

Presidential Decree No. 24042, Aug. 13, 2012

Presidential Decree No. 24102, Sep. 14, 2012

Presidential Decree No. 24406, Mar. 18, 2013

Presidential Decree No. 24453, Mar. 23, 2013

Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013

Presidential Decree No. 25050, Dec. 30, 2013

Presidential Decree No. 26016, Jan. 6, 2015

Presidential Decree No. 27043, Mar. 22, 2016

Presidential Decree No. 27120, May 3, 2016

Presidential Decree No. 27234, Jun. 21, 2016

Presidential Decree No. 27323, Jul. 6, 2016

Presidential Decree No. 27503, Sep. 21, 2016

#### Article 1 (Purpose)

The purpose of this Decree is to prescribe matters delegated by the Game Industry Promotion Act and matters necessary for the enforcement thereof.

#### Article 1-2 (Speculative Game Products)



"Other game products prescribed by Presidential Decree" in subparagraph 1-2 (f) of Article 2 of the Game Industry Promotion Act (hereinafter referred to as the "Act") means any of the following game products:

1. Game products which replicate speculation business referred to in subparagraph 2 of Article 2 of the Act on Special Cases concerning Regulation and Punishment of Speculative Acts, Etc.;
2. Game products which replicate lottery tickets referred to in subparagraph 1 of Article 2 of the Lottery Tickets and Lottery Fund Act;
3. Game products which replicate bullfighting referred to in subparagraph 1 of Article 2 of the Traditional Bullfighting Match Act.

**Article 2 (Extent of Provision of Game Products Excluded from Game Providing Business, etc.)**

(1) "Where a person provides game products according to the type and method or other prescribed by Presidential Decree" in subparagraph 6 (c) of Article 2 of the Act means where a person provides game products by satisfying all the following

standards: <Amended by Presidential Decree No. 20058, May, 16, 2007; Presidential Decree No. 21722, Sep. 10, 2009; Presidential Decree No. 27120, May 3, 2016>

1. Only the game products permitted for use by all shall be provided;
2. Game products, the number of which does not exceed the number determined and publicly notified by the Minister of Culture, Sports and Tourism, shall be installed for each business place;
3. Game products shall be installed in a building where the business place concerned is located.

(2) "Where a person provides game products according to the type, method or others prescribed by Presidential Decree" in the proviso to subparagraph 7 of Article 2 of the Act means where a person provides game products by satisfying all the following standards: <Newly Inserted by Presidential Decree No. 27120, May 3, 2016>

1. Only the game products permitted for use by all shall be provided;

2. Necessary apparatus and equipment such as computers, the number of which does not exceed the number determined and publicly notified by the Minister of Culture, Sports and Tourism, shall be installed to use game products for each business place;

3. Necessary apparatus and equipment, such as computers, shall be installed in a building where the business place concerned is located.

### **Article 3 (Comprehensive Plan for Promotion of Game Industry)**

"Matters prescribed by Presidential Decree" in Article 3 (2) 8 of the Act shall be as follows: *<Amended by Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008; Presidential Decree No. 23036, Jul. 19, 2011>*

1. Securing and managing financial resources for the promotion of the game industry;
2. Creation of jobs in the game industry, the development of export markets and the facilitation of industrial revitalization;
3. Improvements of the distribution structure of the game industry;
4. Support for non-profit, non-governmental organizations engaged in surveillance of game products (hereinafter referred to as "non-profit, non-governmental organizations"), as provided for in the Assistance for Non-Profit, Non-Governmental Organizations Act;
5. Policies for the protection of intellectual property rights to game products under Article 13 of the Act;
6. Matters concerning the protection of personal information on users of game products;
7. Other matters deemed necessary for the promotion of the game industry by the Minister of Culture, Sports and Tourism.

### **Article 4 (Extent of and Procedures for Support for Establishment of Business and Development of High Quality Game Wares, etc.)**

(1) The Minister of Culture, Sports and Tourism may, within budgetary limits, provide the following support to persons establishing a business or developing high quality

game wares and amateur producers of game products for non-profit purposes pursuant to Article 4 of the Act: *<Amended by Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008; Presidential Decree No. 23863, Jun. 19, 2012>*

1. Support for persons establishing a business:

(a) Subsidization of initial business expenses;

(b) Subsidization of purchase or lease of related equipment, such as game products and hardware;

2. Support for persons developing high quality game wares:

(a) Provision of development funds;

(b) Support for the distribution of game wares;

(c) Support for expansion into overseas markets;

3. Financial support for the production of game products to amateur producers of game products for non-profit purposes.

(2) Deleted. *<by Presidential Decree No. 23348, Dec. 6, 2011>*

(3) Detailed procedures for the selection of persons eligible for support under paragraph (1) and other necessary matters shall be prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008; Presidential Decree No. 23348, Dec. 6, 2011>*

#### **Article 5 (Training for Professionals)**

(1) The head of a relevant central administrative agency may designate any of the following institutions as a training institution for game industry professionals (hereinafter referred to as "professional training institution") pursuant to Article 5 (2) of the Act:

1. Universities which set up and operate a curriculum related to games, or research institutes or educational institutions which conduct research on games;

2. Government-funded research institutes referred to in Article 2 of the Act on the Establishment, Operation and Fostering of Government-Funded Research Institutes, Etc.;

3. Public interest corporations referred to in the Act on the Establishment and Operation of Public Interest Corporations;

4. Corporations established for the purpose of fostering the game industry as referred to in Article 32 of the Civil Act.

(2) A person who seeks designation as a professional training institution under paragraph (1) shall submit to the head of a relevant central administrative agency an application for designation in which the following matters are entered:

1. Performance and plan related to the training of professionals;
2. Matters concerning the formation of a curriculum, instructors, and similar matters;
3. Matters concerning facilities and installations necessary for the training of professionals;
4. A plan for financing operating expenses.

(3) When the head of a relevant central administrative agency intends to designate a professional training institution pursuant to paragraph (1), he/she shall, in advance, consult with the Minister of Culture, Sports and Tourism. <Amended by Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008>

(4) The head of a relevant central administrative agency may bear all or some of the expenses falling under any of the following subparagraphs on behalf of a professional training institution designated under paragraph (1):

1. Instructor fees and allowances;
2. Expenses for training textbooks, apparatus and materials for practical training;
3. Other necessary expenses incurred in the training of professionals.

#### **Article 6 (Promotion of Standardization)**

"Matters prescribed by Presidential Decree" in Article 8 (1) of the Act shall be the following:

1. Game products standards;
2. External appearance of a game machine or apparatus;

3. Apparatus for indicating information on the operation of a game product;
4. Apparatus for inserting money or such into a game machine or a device for recognizing free gifts, or such;
5. Apparatus for operating a game machine, such as for playing or stopping a game.

#### **Article 7 (Education of Game Products related Business Entities)**

(1) Education provided to a game products related business entity under Article 9 (3) of the Act shall be three hours per year.

(2) When it is impracticable for a game products related business entity to attend education owing to unavoidable circumstances, the head of a Si/Gun/Gu (referring to the head of an autonomous Gu; hereinafter the same shall apply) may require a person in charge of managing each place of business from among the employees of such business entity to receive education instead of the game products related business entity.

(3) Detailed methods of providing the education under paragraphs (1) and (2) and other matters necessary for the education shall be prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008>*

#### **Article 7-2 (Fact-Finding Survey)**

(1) The head of a relevant central administrative agency shall investigate annually the current status of the game industry and the status of use of game products by each relevant field pursuant to Article 11 (2) of the Act.

(2) The head of a relevant central administrative agency may request local governments and relevant institutions or organizations to submit materials on the current status related to the game industry for the purpose of investigating the status referred to in paragraph (1).

#### **Article 8 (Creating Foundation for Game Culture)**

The head of a relevant central administrative agency may provide assistance to institutions or organizations which conduct the following activities or conduct such activities pursuant to Article 12 (1) of the Act:

1. Investigation of the status of use of games;
2. Development of indices for excessive game immersion;
3. Education and publicity on medical treatment for and the prevention of excessive game immersion;
4. Assistance for the operation of counseling facilities for medical treatment and the prevention of excessive game immersion;
5. Development and dissemination of programs for medical treatment and the prevention of excessive game immersion;
6. Training of professionals for medical treatment and the prevention of excessive game immersion;
7. Enhancement of social recognition of game culture;
8. Development and dissemination of experiential and educational programs on game culture;
9. Activities on the protection of the personal information of game users;
10. Production of and assistance to game products for educational and functional purposes.

**Article 8-2 (Prevention, etc. of Excessive Game Immersion)**

(1) "Matters prescribed by Presidential Decree" in Article 12-2 (1) 6 of the Act means the following matters:

1. Research on the prevention of and cure for excessive game immersion or such;
2. Development of programs related to the prevention of excessive game immersion or such;

3. International exchange and cooperation among specialized institutions or organizations conducting business related to the prevention of excessive game immersion, etc.

(2) The Minister of Culture, Sports and Tourism may assist specialized institutions or organizations which have a track record of conducting business for the prevention of excessive game immersion, etc. for at least three years within budgetary limits, pursuant to Article 12-2 (2) of the Act. *<Amended by Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008>*

**Article 8-3 (Preventive Measures, etc. against Excessive Immersion in and Addiction to Games)**

(1) Game products subject to preventive measures under Article 12-3 (1) of the Act shall be those other than the following game products:

1. Game products listed in Article 21 (1) 1 through 3 of the Act;
2. Game products for which late night service hours are not restricted pursuant to the proviso to Article 1 of the Addenda to the Juvenile Protection Act (Act No. 10659), and game products publicly notified as game products with no restriction on late night online gaming hours as a result of the evaluations conducted and measures taken under Article 23 (2) of the Act;
3. Game products provided by small and medium enterprises as defined in Article 2 of the Framework Act on Small and Medium Enterprises, which are engaged in the video, broadcasting and telecommunications, or information service business.

(2) Notwithstanding paragraph (1) 3, in the case of game products provided by small and medium enterprises with annual sales of at least five billion won, among small and medium enterprises defined in Article 2 of the Framework Act on Small and Medium Enterprises, which are engaged in providing video-related services, broadcasting and telecommunications services, or information service business, the small and medium enterprises shall take the preventive measures specified in Article 12-3 (1) 1 and 2 of the Act.

(3) A game products related business entity (which shall be limited to game products related business entities under Article 12-3 (1) of the Act; hereafter the same shall apply in this Article) shall formulate ways to verify the identity of the user of a game product through a request to an accredited certification authority referred to in subparagraph 10 of Article 2 of the Digital Signature Act or any other third party or administrative agency providing personal verification services, or face-to-face verification, etc. when the user of the game product becomes a member, as prescribed in Article 12-3 (1) 1 of the Act.

(4) A game products related business entity shall obtain the consent of legal representatives using any of the following methods pursuant to Article 12-3 (1) 2 of the Act:

1. That the game products related business entity posts the details of the consent in the information and communications network defined in Article 12-3 (1) of the Act and requests the legal representatives to mark whether they consent to such details;
2. That the game products related business entity directly issues a document stating the details of the consent or delivers such document to the legal representatives by mail or fax, and requests them to submit the document after affixing their seal or signature on the details of the consent;
3. That the game products related business entity sends an electronic mail message stating the details of the consent to the legal representatives and receives electronic mail messages stating the expression of consent from them;
4. That the game products related business entity informs the legal representatives of the details of the consent and obtains their consent over the phone, or informs the legal representatives of the method by which he/she may check the details of the consent, such as the Internet address, and obtains their consent over the phone again.

(5) The restriction on method of using game products, time for using game products, etc. mentioned in Article 12-3 (1) 3 of the Act shall be imposed by providing services or programs that make such restrictions possible by setting a specific hour or period.



(6) When a game products related business entity gives notice to a juvenile and his/her legal representative pursuant to Article 12-3 (1) 4 of the Act, it shall give notice to them by sending a text message from mobile phones, by email or fax, over the phone, or in writing at least once a month.

(7) Each game products related business entity shall post the warning phrase "excessive gaming may interfere with normal daily life" on the game screen for at least three seconds per hour during the game pursuant to Article 12-3 (1) 5 of the Act.

(8) Each game products related business entity shall conspicuously indicate the detailed lapse of time spent playing the game on the game screen for at least three seconds per hour during the game to the extent that such indication does not interfere with the game pursuant to Article 12-3 (1) 6 of the Act.

(9) Where the Minister of Culture, Sports and Tourism requests a game products related business entity to submit data or file a report pursuant to Article 12-3 (4) of the Act, he/she shall make such request in writing (including an electronic document).

#### **Article 8-4 (Methods and Procedures for Evaluation)**

(1) Where the Minister of Gender Equality and Family evaluates the appropriateness of the scope of game products subject to the time restrictions on providing online games during late night hours (hereafter referred to as "evaluation of the scope of game products" in this Article) pursuant to Article 12-3 (2) of the Act, he/she shall formulate a plan for evaluation of the scope of game products including the following matters in consultations with the Minister of Culture, Sports and Tourism and publicly notify such plan in the Official Gazette: *<Amended by Presidential Decree No. 24102, Sep. 14, 2012>*

1. Game products subject to evaluation and matters to be evaluated under Article 21 (1) 1 and 2 of the Enforcement Decree of the Juvenile Protection Act;
2. Criteria for evaluation of the scope of game products;
3. An indicator for and measure of evaluation of the scope of game products;

4. Other matters determined by the Minister of Gender Equality and Family in consultation with the Minister of Culture, Sports and Tourism necessary for evaluation of the scope of game products.

(2) For the evaluation of the scope of game products, the Minister of Culture, Sports and Tourism may provide the Minister of Gender Equality and Family with data necessary for the investigation of the status under Article 11 of the Act, data for the investigation of the status of excessive immersion in games or such under Article 12-2 (1) 2 of the Act, and other data necessary for the evaluation of the scope of game products.

(3) Where necessary for the evaluation of the scope of game products, the Minister of Gender Equality and Family may request that the Minister of Culture, Sports and Tourism provide data necessary for the evaluation of the scope of game products referred to in paragraph (2).

(4) Where the Minister of Gender Equality and Family evaluates the scope of game products, he/she may seek opinions from the related experts, parents' organizations, associations of juveniles, game product related business entities, etc.

(5) The Minister of Gender Equality and Family shall consult with the Minister of Culture, Sports and Tourism on the final draft evaluation of the scope of game products before completing evaluation of the scope of game products.

#### **Article 9 (Protection of Intellectual Property Rights)**

Entities that may be designated as a specialized institution or an organization in the field of intellectual property rights pursuant to Article 13 (3) of the Act shall be as

follows: <Amended by Presidential Decree No. 21634, Jul. 22, 2009; Presidential Decree No. 23036, Jul. 19, 2011; Presidential Decree No. 27503, Sep. 21, 2016>

1. The Korea Copyright Commission established under Article 112 of the Copyright Act or the Korea Copyright Protection Agency under Article 122-2 of the same Act;
2. An incorporated foundation established for the purpose of promoting the game industry pursuant to Article 32 of the Civil Act.

**Article 10 Deleted.** <by Presidential Decree No. 24042, Aug. 13, 2012>

**Article 11 (Recommendation of Members of Game Rating and Administration Committee)**

(1) "Organizations prescribed by Presidential Decree" in Article 16 (4) of the Act means any of the following institutions or organizations: <Amended by Presidential Decree No. 20058, May 16, 2007;

Presidential Decree No. 20252, Sep. 10, 2007; Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008; Presidential Decree No. 22076, Mar. 15, 2010; Presidential Decree No. 24453, Mar. 23, 2013; Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>

1. Education-related organizations designated by the Minister of Education;
2. Law-related organizations designated by the Minister of Justice;
- 2-2. Organizations related to the promotion of industries designated by the Minister of Trade, Industry and Energy;
3. Juvenile-related organizations designated by the Minister of Gender Equality and Family;
4. The Arts Council Korea established under Article 20 of the Culture and Arts Promotion Act;
5. The Korea Creative Content Agency established under Article 31 of the Framework Act on the Promotion of Cultural Industries;
6. The Korea Communications Standards Commission established under Article 18 of the Act on the Establishment and Operation of Korea Communications Commission;
7. Institutions or organizations designated by the Minister of Culture, Sports and Tourism, from among the following institutions:
  - (a) Corporations established for the purpose of promoting the game industry pursuant to Article 32 of the Civil Act;
  - (b) Corporations established for the purpose of developing the press and promoting press culture pursuant to Article 32 of the Civil Act;
  - (c) Non-profit, non-governmental organizations.

(2) Upon receipt of a request by the Minister of Culture, Sports and Tourism, an institution or an organization falling under paragraph (1) shall select three persons as

recommended persons from among the persons with at least three years of work experience in the relevant fields, by taking into consideration gender, and notify the Minister of Culture, Sports and Tourism of such fact. *<Amended by Presidential Decree No. 20058, May 16, 2007; Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008; Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>*

(3) When appointing members of the Game Rating and Administration Committee pursuant to Article 16 of the Act (hereinafter referred to as the "Committee"), the Minister of Culture, Sports and Tourism shall appoint the members to ensure that the Committee is evenly comprised of persons from various fields. *<Amended by Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008; Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>*

#### **Article 11-2 (Post Management Business of Secretariat)**

The Secretariat of the Committee shall support public officials who conduct verification and inspection of whether game products rated pursuant to Article 18 (3) of the Act are legitimately distributed and who crack down on illegal games. *<Amended by Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>*

#### **Article 11-3 (Game Products for Testing)**

(1) A game product for testing referred to in Article 21 (1) 3 of the Act shall meet all the following requirements:

1. It shall not be a game product falling under any of the subparagraph 1-2 (a) through (f) of Article 2 of the Act;
2. It shall meet the standards prescribed in attached Table 1.

(2) A game producing business entity or game distributing business entity who intends to evaluate the performance and safety of game products, user satisfaction, etc. using the game products for testing shall file an application for confirmation of game products for testing with the Committee. *<Amended by Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>*

(3) The Committee shall verify whether the relevant game product meets all the requirements referred to in paragraph (1) (including verification by at least one member of the Committee) within seven days from the date it receives the application and issue a certificate of verification of game products for testing. *<Amended by Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>*

(4) A person who provides a game product for testing shall mark it as a game product for testing under paragraph (3) for the purpose of making the game product concerned known to all as game products for testing and notify users of instructions for use and precautions.

(5) Where a person who has obtained verification of a game product for testing pursuant to paragraph (3) is unable to complete a test within a testing period, he/she may file an application for extension of the period, up to two times, and the Committee shall grant the extension unless there is a compelling reason not to do

SO. <Amended by Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>

#### **Article 11-4 (Self-Rated Game Products)**

A game product referred to in the main sentence of Article 21 (1) 4 of the Act shall meet all the following requirements:

1. It shall be provided as common telecommunications services by a person permitted to engage in the common telecommunications business under the Telecommunications Business Act;
2. It shall be provided through online open markets or other electronic commerce intermediaries;
3. It shall be provided by means of mobile devices or wireless Internet- connected devices using an operating system of the same kind running on the mobile devices.

#### **Article 12 (Technological Deliberation on Game Products)**

(1) Where a game product for which an application for rating classification has been submitted under Article 21 (8) of the Act falls under any of the following subparagraphs, the Committee may conduct a technological deliberation on such game product: <Amended by Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>

1. Where the rating classification is conducted for game products falling under any of the subparagraph 1-2 (a) through (f) of Article 2 of the Act, which are provided to a game providing business entity (hereinafter referred to as "game products for places of game providing business");

2. Where it intends to classify a game product as the game products permitted for use by all of juvenile game providing business entities, on which free gifts are offered (excluding the game product confirmed by the Committee that it is unlikely to be produced, distributed, or provided for use different from the use befitting its rating) pursuant to the proviso to subparagraph 3 of Article 28 of the Act.

(2) When the Committee conducts a technological deliberation on the game products under paragraph (1), it shall verify whether the game products have the following functions: *<Newly Inserted by Act No. 24865, Nov. 20, 2013>*

1. Preventing renovation and alteration of the software for operating game products;
2. Recognizing forgery and falsification of money;
3. Operation of a device indicating information on the operation of game products (hereinafter referred to as "device indicating operating information") under Article 33 (2) of the Act.

(3) The chairperson of the Committee shall determine the methods of conducting deliberation under paragraphs (1) and (2) and other matters necessary for deliberation, in consultation with the Minister of Culture, Sports and Tourism and the Minister of Trade, Industry and Energy. *<Amended by Presidential Decree No. 20058, May 16, 2007; Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008; Presidential Decree No. 24453, Mar. 23, 2013; Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>*

### **Article 13 (Game Products with No Rating)**

(1) "Game products prescribed by Presidential Decree" in Article 21 (1) 2 of the Act means any of the following game products:

1. Game products produced and distributed pursuant to Article 25 (1) 1 through 3 of the Act;
2. Game products produced and distributed for purposes such as domestic education, learning, religion, or publicity activities for the public good, as game products produced and distributed for non-profit purposes by a person other than those falling under Article 25 (1) 1 through 3 of the Act.

(2) A person who intends to produce or distribute game products may seek prior verification from the Committee as to whether the game products concerned fall under the game products referred to in paragraph (1) 2. <Amended by Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>

#### **Article 14 (Notification to Heads of Administrative Agencies)**

"The head of an administrative agency prescribed by Presidential Decree" in Article 24 of the Act shall be as follows: <Amended by Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008; Presidential Decree No. 21214, Dec. 31, 2008; Presidential Decree No. 22076, Mar. 15, 2010; Presidential Decree No. 24453, Mar. 23, 2013>

1. The Minister of Culture, Sports and Tourism;
2. The Minister of Trade, Industry and Energy;
3. The Chairperson of the Korea Communications Commission;
4. The Minister of Gender Equality and Family;
5. The Prosecutor General;
6. The Commissioner General of the National Policy Agency;
7. The Special Metropolitan City Mayor, a Metropolitan City Mayor, or a Do Governor (hereinafter referred to as "Mayor/Do Governor").

#### **Article 14-2 (Requirements for Designation of Rating Classification Agency)**

"Human resources, facilities, etc. prescribed by Presidential Decree" referred to in Article 24-2 (1), other than its subparagraphs, of the Act mean personnel and facilities that meet the following standards: <Amended by Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>

1. The rating classification agency shall be organized in the form of a committee comprised of at least seven persons with much expert knowledge and experience in the fields of cultural art, cultural industries, juvenile, law, education, media, information and communications, and shall be evenly comprised of persons engaged in each field;
2. The rating classification agency shall have an office organization comprised of at least five persons, including three software engineers defined in subparagraph 5 of

Article 2 of the Software Industry Promotion Act or persons who have work experience in the game industry for at least three years;

3. The rating classification agency shall have a conference room and other business facilities to conduct the rating classification;

4. The rating classification agency shall establish an online business system to conduct the rating classification;

5. The rating classification agency shall have the financial capability to stably conduct the rating classification;

6. The rating classification agency shall be a nonprofit corporation incorporated with the permission of the Minister of Culture, Sports and Tourism pursuant to Article 32 of the Civil Act.

#### **Article 14-3 (Evaluation of Propriety of Rating Classification Agency)**

The Minister of Culture, Sports and Tourism shall establish standards for the evaluation of the propriety of business performance of the rating classification agency under Article 24-2 (2) of the Act, by taking into consideration the adequacy of rating classification decisions, efficiency of the processing of business affairs, customer satisfaction, etc., and formulate the methods of evaluation according to the standards, and conduct evaluations accordingly.

#### **Article 15 (Cases of Producing Game Products Excluded from Registration)**

"Cases prescribed by Presidential Decree" in Article 25 (1) 4 of the Act means any of the following cases:

1. Where a person produces a gaming machine with which no one can play a game;
2. Where a person produces game products only aimed at certain people for the purpose other than the purpose of distribution and providing something to watch and entertainment;



3. Where a person produces game products which do not fall under game products subject to rating classification pursuant to the subparagraphs of Article 21 (1) of the Act.

**Article 15-2 (Permission to Engage in General Game Providing Business)**

(1) A person who intends to obtain permission to engage in general game providing business pursuant to Article 26 (1) of the Act shall have facilities in place meeting the standards referred to in attached Table 1-2.

(2) A person who intends to obtain permission to engage in general game providing business pursuant to paragraph (1) shall submit an application for permission and documents attached thereto to the head of a Si/Gun/Gu, as prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism. *<Amended by Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008>*

**Article 16 (Business Hours and Restrictions on Hours for Admitting Juveniles)**

Business hours and hours for admitting juveniles referred to in subparagraph 7 of Article 28 of the Act shall be as follows: *<Amended by Presidential Decree No. 20058, May 16, 2007; Presidential Decree No. 21722, Sep. 10, 2009; Presidential Decree No. 22541, Dec. 21, 2010; Presidential Decree No. 24406, Mar. 18, 2013>*

1. Business hours:

(a) Business hours of general game providing business entities and combined distribution and game providing business entities shall be from 9:00 a.m. to 12:00 a.m.: Provided, That a business entity who provides only game products permitted for use by all shall not be subject to restrictions on business hours;

(b) Business hours of juvenile game providing business entities shall be from 9:00 a.m. to 12:00 a.m.: Provided, That where the number and the area of game products installed by a juvenile game providing business entity permitted to be used by all, in which it is possible to offer the outcomes (including free gifts offered pursuant to the proviso to subparagraph 3 of Article 28 of the Act) obtained by playing games, do not exceed 20/100 of the total number and the area of game products installed, such business entity shall not be subject to restrictions on business hours;

(c) Game products related business entities other than those falling under (a) and (b) shall not be subject to restrictions on business hours;

2. Hours for admitting juveniles

(a) Hours for admitting juveniles to juvenile game providing business entities, combined distribution and game providing business entities (only applicable where juveniles' entry is allowed pursuant to the proviso to Article 5 (1) 2 of the Enforcement Decree of the Juvenile Protection Act), and business providing Internet computer game facilities entities shall be from 9:00 a.m. to 10:00 p.m.: Provided, That where a juvenile is accompanied by a person having parental authority, a guardian, a teacher or a supervisor of his/her place of work, or any other person who is in a position to protect or supervise the juvenile concerned, such juvenile may be admitted during hours other than the hours for admitting juveniles;

(b) Hours for admitting juveniles shall not apply to game products related business entities other than item (a).

**Article 16-2 (Types of Free Gifts)**

The types of free gifts which may be offered pursuant to the proviso to subparagraph 3 of Article 28 of the Act and standards and methods for offering thereof shall be as follows: <Amended by Presidential Decree No. 24102, Sep. 14, 2012>

1. Types of free gifts:

(a) Toys and stationery;

(b) Cultural goods and sports supplies: Provided, That media harmful to juveniles, drugs harmful to juveniles, and goods harmful to juveniles defined in Article 2 of the Juvenile Protection Act shall be excluded;

2. Standards for provision of free gifts: consumer selling prices (referring to selling prices at general retail stores) for free gifts offered shall not exceed five thousand won;

3. Methods of provision of free gifts: free gifts shall be provided only through free gifts offering apparatus of game products that have undergone deliberation when

assigned a rating, and shall not be directly provided by persons related to business offices.

**Article 17 (Matters to be Observed by Game Products related Business Entities)**

"Matters prescribed by Presidential Decree" in subparagraph 8 of Article 28 of the Act shall be as specified in attached Table 2. *<Amended by Presidential Decree No. 20058, May 16, 2007>*

**Article 18 (Succession to Business)**

"Main facilities and apparatus prescribed by Presidential Decree" in Article 29 (3) of the Act shall be the following:

1. Game producing business and game distributing business: Places of business, business facilities, and apparatus;
2. Game providing business: Places of business, game products;
3. Combined distribution and game providing business: Places of business, game products, facilities and apparatus necessary for other business.

**Article 18-2 (Post Management)**

(1) "The head of a relevant administrative agency prescribed by Presidential Decree" in Article 31 (3) of the Act means the Minister of Gender Equality and Family. *<Amended by Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008; Presidential Decree No. 22076, Mar. 15, 2010>*

(2) A Mayor/Do Governor and the head of a Si/Gun/Gu shall submit a report on the status of game products related business entities twice every year (once per half year) in which the following matters are included, pursuant to Article 31 (3) of the Act:

1. The current status of permission, registration, etc. of game products related business entities and changed matters;
2. Matters concerning the types of game products provided by game products related business entities;

3. The current status of administrative dispositions regarding game products related business entities and the current status of litigation related to administrative dispositions.

### **Article 18-3 (Game Money)**

"Game money prescribed by Presidential Decree and things similar thereto prescribed by Presidential Decree" in Article 32 (1) 7 of the Act means any of the following:

*<Amended by Presidential Decree No. 23863, Jun. 19, 2012>*

1. Game money which becomes a means of betting or allotment or acquired by some fortuity when using a game product;
2. Game money which becomes exchangeable substitute for game money prescribed in subparagraph 1 or data, such as game items (referring to tools used in game products for playing games; hereinafter the same shall apply);
3. Game money or data, such as game items, falling under any of the following:
  - (a) Game money or data, such as game items, produced or acquired by reproduction, adaptation, or hacking of computer programs of a game producing business entity;
  - (b) Game money or data, such as game items, produced or acquired by using computer programs, apparatus, or device specified in Article 32 (1) 8 of the Act;
  - (c) Game money or data, such as game items, produced or acquired by using game products with personal information of another person;
  - (d) Game money or data, such as game items, produced or acquired through the abnormal use of game products, such as the production or acquisition of game money or game items for business purposes by using game products.

### **Article 19 (Method of Indicating Trade Name, etc. on Game Products)**

(1) Game products to which a device indicating operating information should be attached mean game products falling under subparagraph 1-2 (a) through (f) of Article 2 of the Act, as game products for places of game providing business, and game products on which free gifts are offered (excluding cases where the Committee, when assigning a rating to a game product pursuant to Article 21 of the Act, confirms

that the game product is unlikely to be produced, distributed, or provided for use different from the use befitting its rating) pursuant to the proviso to subparagraph 3 of Article 28 of the Act. *<Amended by Presidential Decree No. 23863, Jun. 19, 2012; Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>*

(2) The trade name, rating, and information on the contents of a game product that should be indicated on the game product pursuant to Article 33 (3) of the Act and methods of indicating a device indicating operating information shall be as specified in attached Table 3: Provided, That this shall not apply where the rating and information on the contents of a game product under Article 11-4 are indicated on the game product.

#### **Article 20 (Restrictions on Advertisement or Publicity)**

"Advertising materials prescribed by Presidential Decree" in Article 34 (2) of the Act means advertising materials making use of media or the means referred to in the following subparagraphs: *<Amended by Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008; Presidential Decree No. 21148, Dec. 3, 2008; Presidential Decree No. 22003, Jan. 27, 2010; Presidential Decree No. 27323 July, 6, 2016>*

1. Outdoor advertisements prescribed in subparagraph 1 of Article 2 of the Act on the Management of Outdoor Advertisements, etc. and Promotion of Outdoor Advertisement Industry;
2. Information and communications network prescribed in Article 2 (1) 1 of the Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, Etc.;
3. Newspapers or Internet newspapers prescribed in subparagraphs 1 and 2 of Article 2 of the Act on the Promotion of Newspapers, Etc. or periodicals prescribed in subparagraph 1 of Article 2 of the Act on Promotion of Periodicals, including Magazines;
4. Broadcasts prescribed in subparagraph 1 of Article 2 of the Broadcasting Act;
5. Telecommunications prescribed in subparagraph 1 of Article 2 of the Framework Act on Telecommunications;
6. Leaflets, samples, or admission tickets;

7. Video products, sound records, books, publications, motion pictures or plays;
8. Other media or means prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism.

#### **Article 21 (Penalty Surcharge)**

A penalty surcharge in lieu of a suspension of business prescribed in Article 36 (1) of the Act may be imposed only where the business of a relevant business entity does not impede the creation of a healthy game culture.

#### **Article 22 (Exception to Notice in Writing)**

"An urgent reason prescribed by Presidential Decree" in the proviso to Article 38 (2) of the Act means any reason prescribed by the subparagraphs of Article 21 (4) of the Administrative Procedures Act.

#### **Article 22-2 (Rewards)**

The standards for granting rewards pursuant to Article 39-2 (2) of the Act shall as follows:

1. Persons who report, accuse, or arrest a person who violates a duty to prohibit the distribution of illegal game products or such, pursuant to Article 32 of the Act: An amount not exceeding two million won;
2. Persons who report, accuse, or arrest a person who cause others to gamble or perform other speculative acts or leaves others unattended leading to such acts, in violation of subparagraph 2 of Article 28 of the Act or a person who promotes speculation in violation of subparagraph 3 of Article 28: An amount not exceeding one million won;
3. Persons who report, accuse, or arrest a person who commits an act falling under any of the subparagraphs of Article 34 (1) of the Act: An amount not exceeding 500 thousand won.

#### **Article 23 (Entrustment, etc. of Authority)**

(1) The Minister of Culture, Sports and Tourism may entrust the following affairs under Article 42 (2) of the Act to the Committee:

1. Affairs related to the access, investigation, and document inspection prescribed in Article 31 (2) of the Act;
2. Affairs related to the removal, destruction, and deletion of game products or advertising or publicity materials under Article 38 (3) of the Act.

(2) The members of the Committee, in charge of the access, investigation and document inspection or the removal, destruction, and deletion prescribed in paragraph (1), shall carry an identification prescribed by Ordinance of the Ministry of Culture, Sports and Tourism and present it to the persons concerned.

(3) In accordance with Article 42 (2) of the Act, the head of a Si/Gun/Gu may entrust the provision of education prescribed in Article 9 (3) of the Act to an association or organization established under Article 39 of the Act.

(4) Where the head of a Si/Gun/Gu entrusts the provision of education pursuant to paragraph (3), he/she shall publicly notify the name, address, etc. of the association or organization entrusted with the relevant affairs.

#### **Article 24 (Standards for Imposition of Administrative Fines)**

(1) The standards for imposition of administrative fines referred to in Article 48 (1) of the Act shall be as specified in attached Table 4.

(2) Where the Minister of Culture, Sports and Tourism, a Mayor/Do Governor or the head of a Si/Gun/Gu imposes an administrative fine pursuant to paragraph (1), he/she may decrease or increase the amount within 1/2 of the amount of the administrative fine under attached Table 4 in consideration of the severity and frequency of the violation, and the motive behind the violation, result, etc. of the violation: Provided, That when increasing the amount, the increased amount shall not exceed the maximum amount of an administrative fine prescribed in Article 48 (1) of the Act.

#### **Article 25 (Re-Examination of Regulation)**

(1) The Minister of Culture, Sports and Tourism shall examine the appropriateness of the following matters every three years, counting from each base date specified in the following (referring to the period that ends on the day before the base date of every third year) and shall take measures, such as making improvements: *<Amended by Presidential Decree No. 25050, Dec. 30, 2013>*

1. Restrictions on business hours of juvenile game providing business entities under subparagraph 1 (b) of Article 16: Jan. 1, 2014;
2. Standards for installation of general game providing business facilities under subparagraph 4 of attached Table 1-2: Jan. 1, 2014.

(2) The Minister of Culture, Sports and Tourism shall examine the appropriateness of subparagraph 8 of attached Table 2 that prescribes matters to be observed by a game providing business entity that offers game products that imitate the substance of betting or dividends, such as card or hwatu games, through the information and communications network referred to in Article 2 (1) 1 of the Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, Etc., and shall take measures, such as making improvements, biennially (referring to a period until March 15 of the year which becomes every two years), from March 15, 2016 as the base date. *<Amended by Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013; Presidential Decree No. 27043, Mar. 22, 2016>*

ADDENDA

#### **Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on October 29, 2006.

#### **Article 2 (Repeal of other Statutes)**

The Enforcement Decree of the Sound Records, Video Products, and Game Software Act shall be repealed.

#### **Article 3 (Applicability concerning Notification of Rating Decision)**

@Article 14 shall apply beginning with the first game product which has received a rating decision and a revocation decision after this Decree enters into force.



**Article 4 (Applicability concerning Indication of Trade name, Rating, and Information about Contents of Game Products)**

The provisions on the indication of the trade name, rating, and information about the contents of game products in attached Table 3 shall apply beginning with the first game product produced or distributed after this Decree enters into force.

**Article 5 (Transitional Measures concerning Education of Game Products related Business Entities)**

A game products related business entity or his/her employee who has received education for distribution-related business entities pursuant to the Enforcement Decree of the Sound Records, Video Products, and Game Software Act at the time this Decree enters into force shall be deemed to have received education for game products related business entities pursuant to Article 7.

**Article 6 (Transitional Measures concerning Computer Desk Partitions of Business Entities Providing Internet Computer Game Facilities)**

A person who installs partitions not meeting the installation standards pursuant to subparagraph 5 (b) of attached Table 2 among those who conduct the business of providing Internet computer game facilities at the time this Decree enters into force shall install partitions meeting the same standards within three months from the date on which this Decree enters into force.

**Article 7 Omitted.****Article 8 (Relationship with other Statutes)**

Where the provisions of the Enforcement Decree of the Sound Records, Video Products, and Game Software Act are cited by other statutes at the time this Act enters into force, when the provisions corresponding thereto are in this Decree, this Decree or the relevant provisions of this Decree shall be deemed to be cited in lieu of the previous provisions.

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on the date of its promulgation.

**Article 2 (Transitional Measures concerning Indication of Trade Name, Rating and Information about Contents of Game Products)**

(1) Indication of the trade name, rating, and information about the contents of game products (hereinafter referred to as "game products prior to amendment") produced or distributed before this Decree enters into force shall comply with the previous provisions, notwithstanding the amended provisions of subparagraphs 1 and 2 of attached Table 3.

(2) Notwithstanding paragraph (1), a producer or a distributor of game products prior to amendment may indicate the trade name, rating and information about the contents pursuant to the amended provisions of subparagraphs 1 and 2 of attached Table 3.

**Article 3 Omitted.**

ADDENDA <Presidential Decree No. 20252, Sep. 10, 2007>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on the date of its promulgation.

**Articles 2 and 3 Omitted.**

ADDENDA <Presidential Decree No. 20676, Feb. 29, 2008>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on the date of its promulgation.

**Articles 2 through 5 Omitted.**

ADDENDA <Presidential Decree No. 21148, Dec. 3, 2008>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on December 6, 2008.

**Articles 2 and 3 Omitted.**

ADDENDA <Presidential Decree No. 21214, Dec. 31, 2008>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on the date of its promulgation. (Proviso Omitted)

**Articles 2 through 5 Omitted.**

ADDENDA <Presidential Decree No. 21634, Jul. 22, 2009>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on July 23, 2009. (Proviso Omitted.)

**Articles 2 through 4 Omitted.**

ADDENDA <Presidential Decree No. 21722, Sep. 10, 2009>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into on the date of its promulgation.

**Article 2 (Term of Existence of Regulation)**

The amended provisions of subparagraph 1 (b) of Article 16 regarding the regulation of business hours of juvenile game providing business entities shall remain in force for the period of one year from the date this Decree enters into force.

ADDENDA <Presidential Decree No. 22003, Jan. 27, 2010>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on February 1, 2010.

**Articles 2 through 5 Omitted.**

ADDENDA <Presidential Decree No. 22076, Mar. 15, 2010>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on March 19, 2010.

**Articles 2 and 3 Omitted.**

ADDENDA <Presidential Decree No. 22541, Dec. 21, 2010>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into on the date of its promulgation.

**Article 2 (Term of Existence of Regulation)**

The amended provisions of subparagraph 1 (b) of Article 16 regarding the regulation of business hours of juvenile game providing business entities shall remain in force for the period of two years from the date this Decree enters into force.

ADDENDUM <Presidential Decree No. 23017, Jul. 4, 2011>

This Decree shall enter into force on July 6, 2011.

ADDENDA <Presidential Decree No. 23036, Jul. 19, 2011>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on the date of its promulgation.

**Articles 2 and 3 Omitted.**

ADDENDUM <Presidential Decree No. 23348, Dec. 6, 2011>

This Decree shall enter into force on the date of its promulgation.

ADDENDUM <Presidential Decree No. 23523, Jan. 20, 2012>

This Decree shall enter into force on Jan. 22, 2012

ADDENDA <Presidential Decree No. 23863, Jun. 19, 2012>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on July 1, 2012: Provided, That the amended provisions of Articles 18-3 and 19 and attached Table 2 shall enter into force one month after the date of its promulgation.

**Article 2 (Applicability concerning Attachment of Device Indicating Operating Information)**

The amended provisions of Article 19 (1) shall apply beginning with the game product for which an application for assigning a rating has been filed on or after the date this Decree enters into force.

ADDENDA <Presidential Decree No. 24042, Aug. 13, 2012>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on August 18, 2012.

**Article 2 Omitted.**

ADDENDA <Presidential Decree No. 24102, Sep. 14, 2012>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on September 16, 2012. (Proviso Omitted.)

**Articles 2 through 4 Omitted.**

ADDENDUM <Presidential Decree No. 24406, Mar. 18, 2013>

This Decree shall enter into force on the date of its promulgation.

ADDENDA <Presidential Decree No. 24453, Mar. 23, 2013>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on the date of its promulgation.

**Articles 2 through 5 Omitted.**

ADDENDA <Presidential Decree No. 24865, Nov. 20, 2013>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on November 23, 2013: Provided, That the amended provisions of Article 25 (2) and subparagraph 8 of attached Table 2 shall enter into force on February 23, 2014.

**Article 2 (Applicability concerning Technological Deliberation on Game Products)**

Regarding a game product for which an application for rating classification is submitted before this Decree enters into force, the amended provisions of Article 12 shall also apply to the cases where a game product is classified as the game products permitted for use by all of juvenile game producing business entities, on which free gifts are offered (excluding the game product confirmed by the Committee that it is unlikely to be produced, distributed or provided for use different from the use befitting its rating) pursuant to the proviso to subparagraph 3 of Article 28 of the Act.

**Article 3 (Transitional Measures concerning Entrustment of Provision of Education)**

Where the head of a Si/Gun/Gu entrusts the provision of education pursuant to the previous provisions of Article 23 before this Decree enters into force, he/she shall publicly notify the name, address, etc. of the association or organization entrusted

with the relevant affairs within three months after this Decree enters into force, notwithstanding the amended provisions of Article 23 (4).

**Article 4 Omitted.**

ADDENDUM <Presidential Decree No. 25050, Dec. 30, 2013>

This Decree shall enter into force on January 1, 2014. (Proviso Omitted.)

ADDENDUM <Presidential Decree No. 26016, Jan. 6, 2015>

This Decree shall enter into force on the date of its promulgation.

ADDENDUM <Presidential Decree No. 27043, Mar. 22, 2016>

This Decree shall enter into force on the date of its promulgation: Provided, That the amended provision of subparagraph 8 (g) of attached Table 2 shall enter into force six months after the date of its promulgation.

ADDENDUM <Presidential Decree No. 27120, May 3, 2016>

This Decree shall enter into force on May 4, 2016.

ADDENDUM <Presidential Decree No. 27234, Jun. 21, 2016>

This Decree shall enter into force on the date of its promulgation.

ADDENDA <Presidential Decree No. 27323, Jul. 6, 2016>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on July 7, 2016.

**Articles 2 through 4 Omitted.**

ADDENDA <Presidential Decree No. 27503, Sep. 21, 2016>

**Article 1 (Enforcement Date)**

This Decree shall enter into force on September 23, 2016.

**Articles 2 and 3 Omitted.**





## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายสันธิติ ธนสธิรัชย์ เกิดเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ.2528 สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาจากโรงเรียนสวนกุหลาบวิทยาลัย, ปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิตภาควิชาคอมพิวเตอร์จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เมื่อปีการศึกษา 2550 และ ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง เมื่อปีการศึกษา 2553 ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ จากสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความในพระบรมราชูปถัมภ์ เมื่อปีการศึกษา 2556 เนติบัณฑิตไทยสมัยที่ 66 จากสำนักฝึกอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา เมื่อพ.ศ. 2556 และเข้าศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปีการศึกษา 2556 เคยทำงานในตำแหน่งวิศวกรระบบเครือข่ายสารสนเทศ ที่บริษัทเนชั่นแนล ไอทีเอ็มเอ็กซ์ จำกัด และ วิศวกรความปลอดภัยสารสนเทศธนาคาร ทีสโก้ จำกัดมหาชน ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งผู้จัดการตรวจสอบเทคโนโลยีสารสนเทศ สายงานตรวจสอบ ธนาคาร ทหารไทย จำกัดมหาชน