สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

น.ส.ชนิดา เมธาชวลิต

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2562
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Rights and Duties of Parties to a Software License Agreement

Miss Chanida Methachaowalit

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Common Course

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2019

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์
โดย	น.ส.ชนิดา เมธาชวลิต
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	อาจารย์ ดร.สุรัชดา รีคี

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้นับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปารีณา ศรีวนิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(อาจารย์สรวิศ ลิมปรังษี)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(อาจารย์ ดร.สุรัชดา รีคี)

..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ชนิดา เมธาชวลิต : สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ . (Rights and Duties of Parties to a Software License Agreement) อ.ที่ปรึกษาหลัก : อ. ดร.สุรัชดา รีคี

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งมักที่มีก่อให้เกิดประเด็นปัญหาจากการที่ไม่มีกฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาไว้อย่างชัดเจน เนื่องจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์มักมีลักษณะเป็นสัญญาแบบมาตราฐานที่คู่สัญญาฝ่ายผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถกำหนดเนื้อหาของสัญญาได้โดยฝ่ายผู้รับอนุญาตไม่มีอำนาจต่อรอง การกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาโดยอาศัยเพียงข้อสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรจึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม และนอกจากนี้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีลักษณะเป็นธุรกรรมที่มีการคาบเกี่ยวกันระหว่างสัญญาหลายประเภทในสัญญาฉบับเดียวกัน จึงมีปัญหาว่าสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาควรเป็นไปในแนวทางเดียวกับสัญญาประเภทใดจึงทำให้สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาไม่มีความชัดเจนแน่นอน รวมถึงคู่สัญญาจะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาเปรียบเทียบถึงเนื้อหาของสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่สัญญา รวมถึงศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษเพื่อนำมาปรับใช้ในการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในประเทศไทย

ผลการศึกษาพบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ มีการนำสิทธิหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายและสัญญาให้บริการมาปรับใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย เนื่องจากเป็นสัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงกันพอที่จะปรับใช้หลักเกณฑ์อย่างเดียวกันได้อย่างสมเหตุสมผล โดยมีการปรับใช้ในสองลักษณะคือ การปรับใช้โดยอนุโลมโดยอาศัยการตีความเจตนาของคู่สัญญาว่ามีความประสงค์จะให้สิทธิหน้าที่ตามสัญญาเป็นไปในแนวทางเดียวกับสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการแล้วแต่กรณี และกำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิหน้าที่อย่างเช่นเดียวกันกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของสัญญาที่มีความใกล้เคียงมากกว่า และต่อมาในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ได้มีการตรากฎหมายฉบับใหม่เพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาไว้เป็นการเฉพาะเพื่อขจัดปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนจากการตีความสัญญาโดยศาลเป็นรายคดี ในประเทศไทย การปรับใช้สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะซื้อขายหรือเอกเทศสัญญาอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยตรงนั้น ไม่สามารถทำได้เนื่องจากสาระสำคัญของสัญญาแตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ดีศาลไทยอาจกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันได้โดยอาศัยการตีความสัญญาว่าตามเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา และโดยการใช้หลักสุจริตคู่สัญญาต้องการให้สิทธิหน้าที่ระหว่างกันเป็นไปในแนวทางเดียวกับสิทธิหน้าที่ตามเอกเทศสัญญานั้น ศาลจึงบังคับสิทธิหน้าที่ระหว่างกันให้เป็นไปตามเจตนาอันแท้จริง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

สาขาวิชา	นิติศาสตร์	ลายมือชื่อนิสิต .....
ปีการศึกษา	2562	ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

5985961334 : MAJOR LAWS
KEYWORD: Computer Software, Software License Agreement, Right and Duty, Contract

Chanida Methachaowalit : Rights and Duties of Parties to a Software License Agreement. Advisor: Surutchada Reekie, Ph.D.

Software license agreements are agreements that usually had issues about unclearly legal rights and duties because the agreements were usually standard agreements that the licensors could specify the statements of the agreements and the licensees had to authorities to object the agreements. Specifying the rights and duties of the parties in the agreements with only written statements might be unfair. Moreover, the software license agreements were transactions overlapping with many types of agreements. Consequently, what was type of agreements that the rights and duties of the parties should be consistent with? Accordingly, the rights and duties of the parties were unclear and uncertain. Therefore, this thesis focused on studying and comparing the rights and duties under the software license agreements according to the American and British laws in order to adjust specifying the rights and duties in the software license agreements in Thailand.

According to the findings, it was found that the rights and duties under the sale and service agreements were adapted to the in the software license agreements in the United States and England since those agreements were similar and the agreements could reasonably comply with the same criteria. There were two types of the adaptations: the adaptations were done according to the parties' interpretations and decisions to comply with the sale or service agreements, and the rights and duties of the parties were specified according to the most consistent agreements. Then, new laws were enacts in both countries in order to specify the rights and duties of the parties and to solve the unclear interpretations by courts. In Thailand, the rights and duties under the sale agreements or specific contracts according to the Civil and Commercial Codes could not be adapted to the software license agreements because the essences of the agreements were different. However, Thai courts might consistently specify the rights and duties with the interpretations according to the actual intentions of the parities and good faith.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Field of Study: Laws
Academic Year: 2019

Student's Signature .....
Advisor's Signature .....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งจาก อาจารย์ ดร.สุรัชดา รีคี อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ที่ได้กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก โดยได้กรุณาให้ความห่วงใย มอบความรู้ ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์เพื่อพัฒนาปรับปรุงวิทยานิพนธ์ และคอยกระตุ้นให้ผู้เขียนจัดทำวิทยานิพนธ์สม่ำเสมอ ตลอดจนแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ให้แก่ผู้เขียนเป็นอย่างดีมาตลอด

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์สรวิศ ลิมปรังษี ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ ดร.กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์ และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทุกท่านได้ให้ความรู้ และข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ รวมทั้งให้ความเมตตาสละเวลาอันมีค่าเพื่อมาดำเนินการสอบวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียน

สุดท้าย ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัวอันเป็นที่รักยิ่งที่ได้ให้การอุปการะเลี้ยงดู ส่งเสริม สนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด รวมทั้งให้กำลังใจที่ยิ่งใหญ่ในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ

ชนิดา เมธาชวลิต

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ค

บทคัดย่อภาษาอังกฤษ ..... ง

กิตติกรรมประกาศ ..... จ

สารบัญ ..... ฉ

บทที่ 1 บทนำ 1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1

1.2 สมมติฐาน 5

1.3 วัตุประสงค์ 5

1.4 วิธีการศึกษา 5

1.5 ขอบเขตการศึกษา 5

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 6

บทที่ 2 โปรแกรมคอมพิวเตอร์และสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 7

2.1 โปรแกรมคอมพิวเตอร์ 7

2.1.1 ลักษณะทั่วไปของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 7

2.1.2 ชนิดของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 8

2.1.2.1 โปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบมาตรฐานหรือแบบสำเร็จรูป (Standard or Package Software) 8

2.1.2.2 โปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับใช้งานโดยเฉพาะเจาะจง (Specific Software) 8

2.1.3 กระบวนการในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 9

2.2 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรูปแบบ Mass Marketing License.... 12

2.2.1 Click-wrap License 13

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

2.2.2. Browse-wrap License 14
2.2.3 Shrink-wrap License 15
2.2.4 ผลของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรูปแบบ Mass Marketing License ในประเทศไทย 16
บทที่ 3 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในระบบกฎหมายไทย 20
3.1 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามหลักทั่วไปว่าด้วยสัญญา 20
3.1.1 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยการชำระหนี้ 20
3.1.1.1 หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้ 21
3.1.1.2 สิทธิของลูกหนี้เมื่อการชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์แท้จริงแห่งมูลหนี้ 22
3.1.2 การกำหนดวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 24
3.1.2.1 การตีความสัญญา 24
3.1.2.2 มาตรฐานการชำระหนี้ 29
3.2 การจำกัดผลของข้อสัญญา 31
3.2.1 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน 33
3.2.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 33
3.2.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 35
3.1.3.1 ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 35
3.1.3.2 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด 38
3.1.3.3 ผลของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 39
3.3 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเปรียบเทียบกับเอกเทศสัญญาอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ 41
3.3.1 เปรียบเทียบสัญญาซื้อขาย 41
3.3.1.1 สาระสำคัญของสัญญา 41
3.3.1.2 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา 43

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

3.3.2 เปรียบเทียบสัญญาจ้างทำของ 46
3.3.2.1 สาระสำคัญของสัญญา 46
3.3.2.2 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา 48
บทที่ 4 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ 50
4.1 สหรัฐอเมริกา 50
4.1.1 การกำหนดประเภทของสัญญา 51
4.1.1.1 สัญญาซื้อขายสินค้า 52
4.1.1.2 สัญญาให้บริการ 53
4.1.1.3 การกำหนดประเภทของสัญญาโดยหลัก Predominant Factor 54
4.1.2 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายสินค้า 56
4.1.2.1 ข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Terms) 57
4.1.2.2 ข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms) 58
4.1.2.3 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด 61
4.1.3 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาให้บริการ 65
4.1.3.1 ข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Terms) 66
4.1.3.2 ข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms) 67
4.1.3.3 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด 70
4.1.4 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาเกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ภายใต้ Uniform Computer Information Transactions Act 72
4.1.4.1 ข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Terms) 73
4.1.4.2 ข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms) 75
4.1.4.3 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด 78
4.2 ประเทศอังกฤษ 83
4.2.1 การกำหนดประเภทของสัญญา 84

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

4.2.1.1 Sale of Goods Act 1979 85
4.2.1.2 Supply of Goods and Services Act 1982 87
4.2.1.3 Common Law 89
4.2.2 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Terms) 92
4.2.2.1 ประเภทของคำมั่นสัญญา 93
4.2.3.2 ข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิด 96
4.2.3. สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms) ในสัญญาซื้อขายสินค้า 98
4.2.4 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms) ในสัญญาให้บริการ 104
4.2.4.1 ข้อสัญญาโดยปริยายในการจัดหาบริการ 104
4.2.4.2 ข้อสัญญาโดยปริยายในการจัดหาสินค้า 105
4.2.5 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาจัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ 107
4.2.5.1 ข้อสัญญาโดยปริยายในสัญญาจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์ 109
4.2.5.2 ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม 116
บทที่ 5 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ 118
5.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายต่างประเทศ 118
5.1.1 สิทธิและหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Terms) 119
5.1.2 สิทธิและหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms) 122
5.1.2.1 ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ในการรับประกันการรอนสิทธิ 123
5.1.2.2 ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งตรงตามคำพรรณนาและตัวอย่าง 124
5.1.2.3 ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่รับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป 126

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5.1.2.4 ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่รับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ 131
5.1.2.5 ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องใช้ความรู้ความสามารถในวิชาชีพและความระมัดระวังในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 132
5.1.2.6 สิทธิและหน้าที่ตามลักษณะเฉพาะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 136
5.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 140
5.2.1 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับสัญญาซื้อขายสินค้า 141
5.2.1.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศ 141
5.2.1.2 วิเคราะห์แนวคิดของกฎหมายต่างประเทศและการปรับใช้ในประเทศไทย 144
5.2.2 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับสัญญาให้บริการ 145
5.2.2.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศ 145
5.2.2.2 วิเคราะห์แนวคิดของกฎหมายต่างประเทศและการปรับใช้ในประเทศไทย 146
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 148
6.1 บทสรุป 148
6.2 ข้อเสนอแนะ 153
บรรณานุกรม 155
ภาคผนวก 159
ภาคผนวก 1 ตัวอย่างสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ 160
ภาคผนวก 2 The Consumer Right Act 2015 Chapter 3: Digital Content 180
ประวัติผู้เขียน 189

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในยุคเศรษฐกิจสมัยใหม่ เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์เพื่อการบริหารจัดการข้อมูลข่าวสาร เป็นปัจจัยสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจและสังคม คอมพิวเตอร์เข้ามามีบทบาทในชีวิตประทำวันในทุกด้าน ในด้านเศรษฐกิจคอมพิวเตอร์เข้ามามีบทบาทในการเปลี่ยนแปลงวิธีการผลิต และการบริหารจัดการธุรกิจ และในการใช้งาน ลำพังเพียงแค่อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ (hardware) นั้น ไม่สามารถทำงานได้ด้วยตัวเอง การจะทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถประมวลผลออกมาได้นั้น ต้องอาศัยชุดข้อมูลหรือคำสั่งที่เรียบเรียงโดยผู้พัฒนาโปรแกรมเป็นภาษาเฉพาะที่ใช้กับอุปกรณ์คอมพิวเตอร์เท่านั้น ซึ่งเรียกว่าซอฟต์แวร์ (software) หรือที่เรียกขานโดยทั่วไปว่า “โปรแกรมคอมพิวเตอร์”

ผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในปัจจุบัน มีความสัมพันธ์ระหว่างกันตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (software license agreement) เสมอ[1] ทั้งนี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ในปัจจุบันได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ โดยในประเทศไทย โปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือเป็นส่วนหนึ่งของงานวรรณกรรม ที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ และได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการทำซ้ำซึ่งสำเนาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์และอนุญาตให้ผู้อื่นทำซ้ำซึ่งสำเนาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้[2] ซึ่งการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ต้องมีการติดตั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ต้องการให้มีการแสดงผลนั้นเสียก่อน การติดตั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องมีการทำสำเนาข้อมูลชุดคำสั่งลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ จึงถือเป็นการทำซ้ำซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ดังนี้ ผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องได้รับซึ่งการอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ก่อนเสมอ การอนุญาตกระทำโดยการทำ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[1] Michael Madison, "Reconstructing the Software License," Loyola University Chicago Law Journal 35(2003): 276.

[2] มาตรา 15 ภายใต้บังคับมาตรา 9 มาตรา 10 และ มาตรา 14 เจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมมีสิทธิแต่ผู้เดียวดังต่อไปนี้

(1) ทำซ้ำ หรือดัดแปลง

(2) เผยแพร่ต่อสาธารณชน

(3) ให้เช่าต้นฉบับหรือสำเนางานโปรแกรมคอมพิวเตอร์

(4) ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น

(5) อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิตาม (1) (2) หรือ (3) โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรหรือไม่ก็ได้ แต่เงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในลักษณะที่เป็นการจำกัดการแข่งขันโดยไม่เป็นธรรมไม่ได้

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (software license agreement) ระหว่างผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ คือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensor) และผู้รับอนุญาต (licensee)

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยทั่วไปหมายถึง สัญญาซึ่งบุคคลที่เป็นเจ้าของสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง อนุญาตหรือยินยอมให้อีกบุคคลหนึ่งใช้สิทธิที่บุคคลแรกมีอยู่ตามที่ได้ตกลงกัน โดยมีการให้ค่าสิทธิหรือผลตอบแทนอย่างอื่นแก่เจ้าของสิทธิ[3] ดังนี้ จะเห็นได้ว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น มีลักษณะที่แตกต่างจากเอกเทศสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันมีกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ในสัญญาและวัตถุประสงค์ของสัญญาไว้เป็นการเฉพาะแล้ว จึงเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ซึ่งคู่สัญญาสามรถตกลงกันได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญา[4] ในปัจจุบันไม่มีกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้เป็นการเฉพาะ

เมื่อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ มีสาระสำคัญคือการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (license grant) ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ภายใต้เงื่อนไขการใช้งานที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนด และเมื่อเป็นสัญญาที่มิได้มีกฎหมายควบคุมไว้เป็นการเฉพาะ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะเป็นอย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับข้อสัญญาที่กำหนดไว้โดยคู่สัญญาเองเป็นหลัก ซึ่งตามปกติการทำสัญญาจะอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมมีสิทธิที่จะต่อรองกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้เป็นไปตามที่ตนเองสามารถยอมรับและสมประโยชน์ของได้ และเมื่อมีสัญญาเกิดขึ้น กฎหมายจะเข้ามารับรองให้ผลเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญานั้น

การบังคับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาโดยกำหนดตามข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น โดยหลักการแล้วย่อมเป็นธรรมต่อคู่สัญญาเพราะเกิดจากการที่คู่กรณีคิดคำนึงและทบทวนผลได้เสียของตนแล้วจึงยอมรับเข้าผูกพันโดยเจตจำนงเสรีของตนเอง อย่างไรก็ดี โดยที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ปัจจุบันนั้น ผู้เป็นเจ้าของสิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อยู่ในฐานะที่มีความรู้และมีอำนาจในการต่อรองเงื่อนไขในสัญญาได้มากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบมาตรฐานหรือแบบสำเร็จรูป (standard or package software) ที่ปัจจุบันเป็นแนวทางปฏิบัติแล้วว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจะมาในรูปแบบ shrink-wrap click-warp และ browse-wrap licenses ที่บังคับให้ผู้ที่จะเข้าทำสัญญาต้องเลือกที่รับเงื่อนไขทั้งหมดที่ถูกกำหนดมาจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือมิฉะนั้นจะไม่สามารถใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในทางปฏิบัติผู้ใช้งานซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ไม่อาจใช้เสรีภาพ

---

[3] ดวงพร เตชะกำธร, "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับ Shrink-Wrapped Licensing" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 29.

[4] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2559), หน้า 269.

ของตนเองในการต่อรองกำหนดเนื้อหาในสัญญาได้อย่างที่ควร ในขณะที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยังคงสามารถใช้เสรีภาพในการกำหนดข้อสัญญาต่าง ๆ เพื่อรักษาประโยชน์ของตนได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น การอาศัยเพียงข้อสัญญาซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษรมากำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบมาตรฐานหรือแบบสำเร็จรูป จึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญา จึงมีประเด็นปัญหาว่าในกรณีเช่นนี้ เมื่อมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล ควรมีการเข้าไปแทรกแซงสิทธิในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาโดยการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาขึ้นมาใหม่ให้มีความเหมาะสมและเป็นธรรมได้หรือไม่ และด้วยการอาศัยหลักกฎหมายใด

จากการศึกษาเบื้องต้นพบว่า ในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีประเด็นปัญหาที่สำคัญคือ นอกเหนือจากการอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หลักของสัญญาแล้ว ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิควรมีหน้าที่ในการรับประกันคุณภาพมาตรฐานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เช่นเดียวกับคู่สัญญาในสัญญาที่มีการส่งมอบทรัพย์สินไปยังคู่สัญญาอีกฝ่าย เช่น สัญญาซื้อขาย ด้วยหรือไม่ อย่างไร เนื่องจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาแบบผสม (mixed contracts or hybrid transactions) กล่าวคือเป็นธุรกรรมที่มีการคาบเกี่ยวกันระหว่างสัญญาหลายประเภทในสัญญาฉบับเดียวกัน[5] โดยมีทั้งส่วนที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการซื้อขาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการส่งมอบวัสดุสื่อกลางอันเป็นวัตถุมีรูปร่างให้แก่ผู้รับอนุญาตเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และใกล้เคียงกับสัญญาให้บริการ โดยเฉพาะในกรณีที่มีการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นมาใหม่ หรือในการปรับปรุงแก้ไขโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามคำขอของผู้ใช้งานหรือการสนับสนุนอื่น ๆ อีกทั้งในตัวสัญญาเองมักจะมีการกำหนดความผูกพันของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในเรื่องคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ในข้อสัญญาในลักษณะกว้าง เพียงว่าโปรแกรมจะสามารถทำงานหรือมีฟังก์ชั่น การใช้งานได้อย่างสำคัญ (“substantial performance” or “perform substantially”) ตามที่ได้ระบุไว้ในเอกสารภาคผนวก[6] ซึ่งไม่ชัดเจนว่าถือเป็นการรับประกันความชำรุดบกพร่องของโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือไม่

---

[5] Gary D. Spivey, "Applicability of Ucc Article 2 to Mixed Contracts for Sale of Business Goods and Services: Computer Software, Systems, and Similar Contracts (19 A.L.R.7th Art. 6)," [Online] Accessed: 2019, May 23 Available from: ttps://1.next.westlaw.com/Document/Ib837c802030611e7bc61881289c41f88/View/FullText.html?originationContext=citingReferences&transitionType=Document&contextData=(sc.DocLink)&docSource=8d4b939a07d34bfb8bbd22c0b6b28c74&rulebookMode=false

[6] ตัวอย่างเช่น สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรม Microsoft office 2016 ระบุไว้ว่า “The device manufacturer or installer warrants that properly licensed software will perform substantially as described in any Microsoft materials that accompany the software”. หรือ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิและบริการของโปรแกรม Autodesk ระบุว่า The Licensed

โดยที่ลักษณะเฉพาะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์คือในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อาจเกิดความผิดพลาดในการเรียบเรียงชุดคำสั่งหรือการออกแบบระบบ และทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น แสดงผลผิดไปจากความต้องการ เรียกว่า “บั๊ก”(bug) โดยเฉพาะในระบบที่มีความสลับซับซ้อนและต้องอาศัยความรู้ชั้นสูง เป็นไปไม่ได้ที่จะสามารถทดสอบการเรียบเรียงชุดคำสั่งที่เป็นไปได้ทั้งหมดสำหรับการสั่งงานโปรแกรมเพื่อให้แน่ใจว่าโปรแกรมดังกล่าวจะไม่มีบั๊กปรากฏ[7] ความบกพร่องในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงได้ยากหรือเป็นไปไม่ได้เลยที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะสมารถจัดการให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ปราศจากบั๊กโดยสิ้นเชิง ผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่อาจทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความสมบูรณ์ปราศจากข้อบกพร่องได้แบบเดียวกับสินค้าประเภทอื่น ๆ ดังนี้ จึงเกิดปัญหาว่าการปรากฏบั๊กในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะถือเป็นกรณีผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิผิดสัญญาแม้ว่าจะไม่ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ตามหลักการเดียวกับความรับผิดในความชำรุดบกพร่องตามสัญญาซื้อขายสินค้า หรือจะถือเป็นการผิดสัญญาเฉพาะกรณีที่ปรากฏว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ได้ใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังตามสมควรในการปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งเป็นมาตรฐานที่ใช้ในสัญญาประเภทที่การชำระหนี้ตามสัญญาให้สมบูรณ์สมตามความคาดหวังของเจ้าหนี้ทุกประการอาจเป็นไปได้ยากเนื่องจากปัจจัยภายนอกซึ่งไม่สามารถควบคุมได้ เช่น สัญญาจ้างทนายความ

ความไม่ชัดเจนของหลักเกณฑ์การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญานี้เองจะก่อให้เกิดปัญหาทั้งทางฝั่งผู้รับอนุญาตและผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยทางฝั่งผู้รับอนุญาตจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกับการทำธุรกรรมประเภทอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน เช่น สัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ ในขณะเดียวกัน ความไม่ชัดเจนนี้ก็ทำให้ทางฝั่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่สามารถคาดการณ์ต้นทุนทางการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์และการร่างสัญญาให้เหมาะสมเพียงพอที่จะสามารถดำเนินกิจการต่อไปโดยไม่ต้องรับภาระเกินสมควรหากเกิดความเสียหายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ดังนั้น ในยุคสมัยที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตประจำวัน การกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ชัดเจน จึงเป็นสิ่งจำเป็นต่อการการขับเคลื่อนเศรษฐกิจและสังคม เพื่อให้ผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้รับการคุ้มครองการใช้ประโยชน์จากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญา ในขณะเดียวกันก็ไม่ทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับภาระเกินสมควรจนกระทบต่อการดำเนินธุรกิจตามปกติด้วย

Materials will provide the general features and functions described in the User Documentation portion of the Licensed Materials”.

[7] Patrick Miyaki, "Computer Software Defects: Should Computer Software Manufacturers Be Hold Strictly Liable for Computer Software Defects?," Santa Clara high technology law Journal 8, 1 (1992): 131.

1.2 สมมติฐาน

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะซึ่งไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงควรมีกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ชัดเจน

1.3 วัตถุประสงค์

(1) เพื่อศึกษาสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะหน้าที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีต่อผู้รับอนุญาตตามกฎหมายไทย

(2) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะหน้าที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิที่มีต่อผู้รับอนุญาตตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

(3) เพื่อศึกษาแนวทางในการนำหลักเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในต่างประเทศมาปรับใช้ในการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในประเทศไทย

1.4 วิธีการศึกษา

วิธีการศึกษาวิจัยของวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (documentary research) โดยค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ บทความ เว็บไซต์ กฎหมายและคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศไทยแบะต่างประเทศ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1.5 ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาเฉพาะความรับผิดตามสัญญา (contractual liability) กรณีที่ผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้พัฒนาโปรแกรมมีความสัมพันธ์กันโดยตรงผ่านสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (software license agreement) แต่ไม่รวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทไม่เสียค่าใช้จ่ายใช้งาน (open source software หรือ freeware) โดยศึกษาการกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดของคู่สัญญาตามหลักทั่วไปของสัญญาและเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาโดยเฉพาะในกรณีโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความชำรุดบกพร่องหรือไม่เป็นไปตามสัญญา แต่ไม่รวมถึงสิทธิหน้าที่เกี่ยวกับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ และเขตอำนาจศาลในกรณีที่สัญญามีความเกี่ยวพันกับ

ต่างประเทศ การศึกษาจะเปรียบเทียบกับการกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดตามสัญญาตามกฎหมายของประเทศประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

(1) ทำให้ทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิหน้าที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ทั้งกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ

(2) ทำให้ทราบถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

(3) ทำให้เข้าใจถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากลักษณะเฉพาะของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และแนวทางการแก้ไขปัญหาที่มีอยู่ในปัจจุบัน

(4) การศึกษาจะเป็นแนวทางในการพัฒนามาตรการทางกฎหมายให้ทันต่อเทคโนโลยีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากในปัจจุบัน โดยรักษาสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์และการคุ้มครองสิทธิของผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 2
โปรแกรมคอมพิวเตอร์และสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

ในบทนี้จะกล่าวถึงข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพื่อเป็นการทำความเข้าใจในเบื้องต้นถึงลักษณะเฉพาะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณากำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และ สัญญาแบบ mass marketing license ซึ่งเป็นสัญญารูปแบบเฉพาะที่นิยมใช้ในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

2.1 โปรแกรมคอมพิวเตอร์

2.1.1 ลักษณะทั่วไปของโปรแกรมคอมพิวเตอร์

โปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือซอฟต์แวร์ คือ ชุดคำสั่ง (instruction) ที่กำหนดให้คอมพิวเตอร์ทำงานในลักษณะตามลำดับขั้นตอน เพื่อสร้างผลลัพธ์ตามที่ต้องการได้อย่างมีประสิทธิภาพ[1] โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความสำคัญอย่างมากในระบบคอมพิวเตอร์ เนื่องจากหากปราศจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์แล้ว จะไม่สามารถใช้งานเครื่องคอมพิวเตอร์ได้ ดังนั้น โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเปรียบเสมือนส่วนต่อประสานระหว่างมนุษย์และคอมพิวเตอร์ ในปัจจุบัน นอกจากบนเครื่องคอมพิวเตอร์แล้ว โปรแกรมคอมพิวเตอร์ยังปรากฏในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ เช่น โทรศัพท์เครื่องที่ หรือ เครื่องใช้ไฟฟ้า เป็นต้น

ลักษณะตามธรรมชาติของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ได้แก่ เป็นสิ่งที่มองไม่เห็นและจับต้องไม่ได้ สามารถนำมาทำซ้ำเป็นจำนวนมากได้ง่าย ไม่เกิดการสึกหรอจากการใช้เป็นเวลานาน แต่อาจจะล้าสมัยได้จึงต้องถูกปรับเปลี่ยนให้ทันสมัยต่อการเปลี่ยนแปลงเสมอ[2] โดยการปรับปรุงโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะพัฒนาเป็นเวอร์ชั่นต่อไปเรื่อย ๆ เช่น โปรแกรมไมโครซอฟต์ออฟฟิศ พัฒนาจาก Office 95 ถึง Office 2016 เป็นต้น

เมื่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์คือชุดคำสั่ง ดังนั้น โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเป็นสิ่งที่แยกต่างหากจากวัสดุสื่อกลาง (tangible disk) ที่บรรจุโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นไว้ความบกพร่องของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่ใช่ความชำรุดบกพร่องของวัสดุบรรจุ[3] และไม่ใช่เป็นเพียงข้อมูล (information)

---

[1] น้ำฝน อัศวเมฆิน, หลักการพื้นฐานของวิศวกรรมซอฟต์แวร์ (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ซีเอ็ดยูเคชั่น จำกัด (มหาชน), 2560), หน้า 14.

[2] เรื่องเดียวกัน,

[3] St Albans City and District Council v International Computers Ltd. [1997] F.S.R. 251.

แต่เป็นสิ่งที่มีผลกระทบโดยตรงต่ออุปกรณ์คอมพิวเตอร์ ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจึงอาจมีความแตกต่างจากความรับผิดในความผิดพลาดของข้อมูล[4] จากสัญญาประเภทที่มีการส่งมอบข้อมูลข่าวสาร (contract to supply information) เช่น หนังสือพิมพ์ ที่ฝ่ายผู้ให้ข้อมูลจะมีความรับผิดในความผิดพลาดของข้อมูลต่อเมื่อคู่สัญญามีความสัมพันธ์กันในลักษณะพิเศษมากกว่าเป็นเพียงแค่ผู้ซื้อหรือผู้ขาย[5]

2.1.2 ชนิดของโปรแกรมคอมพิวเตอร์

โปรแกรมคอมพิวเตอร์อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ โปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบมาตรฐานหรือแบบสำเร็จรูป และโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับการใช้งานโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งชนิดของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะส่งผลต่อสาระสำคัญของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อยู่ที่ความสมบูรณ์ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือการทำงานของผู้พัฒนาโปรแกรม

2.1.2.1 โปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบมาตรฐานหรือแบบสำเร็จรูป (Standard or Package Software)

คือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้ประกอบธุรกิจด้านโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้พัฒนาขึ้นและนำออกจำหน่ายในท้องตลาดสำหรับผู้ใช้งานทั่วไป เช่น โปรแกรม Microsoft word หรือ Adobe Photoshop เป็นต้น ผู้ใช้งานสามารถนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปติดตั้งในอุปกรณ์คอมพิวเตอร์และใช้งานได้ทันทีได้โดยไม่จำเป็นต้องจ้างนักพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาปรับแต่งเข้ากับอุปกรณ์คอมพิวเตอร์เป็นการเฉพาะ[6]

2.1.2.2 โปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับใช้งานโดยเฉพาะเจาะจง (Specific Software)

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

คือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกพัฒนาขึ้นสำหรับงานแต่ละชนิดเพื่อให้ตรงตามความต้องการของผู้ใช้ อาจแบ่งได้เป็น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาขึ้นตามคำสั่ง (bespoke software) คือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาขึ้นมาใหม่เพื่อการใช้งานของบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง เพื่อให้ได้รับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เหมาะสมสำหรับการใช้งานของตนมากที่สุด และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ปรับแต่งตามคำสั่ง (customized software) คือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเกิดจากการที่ผู้พัฒนานำ

---

[4] Diane Rowland and Elizabeth Macdonald, Information Technology Law (Great Britain: Cavendish Publishing Limited, 2005), p. 144.

[5] Daniel v. Dow Jones Company Inc. [520 N.Y.S.2d 334 (N.Y. Civ. Ct. 1987)].

[6] สรรพีระ นิลขำ, "กฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย: ศึกษาเฉพาะกรณีซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 10.

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอยู่แล้วมาปรับแต่งให้เหมาะสมกับการใช้งานของลูกค้าแต่ละราย[7] โดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับการใช้งานโดยเฉพาะเจาะจง จะต้องมีการรวบรวมความต้องการของผู้ใช้งานมาก่อนดำเนินการออกแบบโปรแกรมให้เข้ากับความต้องการนั้น ตามขั้นตอนการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งจะกล่าวถึงต่อไปในหัวข้อต่อไป

2.1.3 กระบวนการในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์

เพื่อให้เข้าใจลักษณะเฉพาะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ส่งผลถึงสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมถึงข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงขอกล่าวถึงภาพรวมของกระบวนการในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งอาจแบ่งการทำงานได้เป็น 6 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้

1. การเก็บรวบรวมความต้องการ (Requirements Gathering)

โดยรวบรวมความต้องการของผู้ว่าจ้างหรือผู้ใช้งานเพื่อกำหนดปัญหาและศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการ พิจารณางบประมาณ ตารางเวลา จัดหาทรัพยากรและทีมสำหรับดำเนินโครงการ ความต้องการที่รวบรวมมาอาจแบ่งได้เป็น 2 ระดับ ได้แก่ ความต้องการของผู้ใช้งาน (user requirement) คือ ความต้องการหรือความคาดหวังในการทำงานที่ได้จากโปรแกรมคอมพิวเตอร์และเงื่อนไขที่ระบบจะต้องทำตาม ถือเป็นความต้องการในระดับบนสุด การจัดหาความต้องการอาจทำได้โดยหมายวิธี เช่น การสังเกตสภาพแวดล้อมการทำงาน การสัมภาษณ์ หรือการจัดทำต้นแบบ (Prototyping) ในกรณีที่ผู้ใช้งานยังไม่ทราบความต้องการของต้นเองอย่างชัดเจน เป็นต้น และความต้องการในระดับที่ 2 คือ ความต้องการของระบบ (system requirement) คือ การกำหนดฟังก์ชั่นการทำงาน และบริการต่าง ๆ ของระบบในระดับรายละเอียด พร้อมทั้งจัดทำข้อกำหนดเชิงฟังก์ชั่น (functional specification) ของระบบ[8]

2. การวิเคราะห์ซอฟต์แวร์ (Software Analysis)

คือ การวิเคราะห์ปัญหาหรือความต้องการของผู้ว่าจ้างหรือผู้ใช้ และนิยามความต้องการนั้น โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือการศึกษาความต้องการที่รวบรวมมาและใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาระบบใหม่ โดยนักวิเคราะห์จะประเมินถึงฟังก์ชั่นหลักของระบบทำไปจัดทำเอกสารข้อกำหนดความต้องการของซอฟต์แวร์ เพื่อใช้เป็นข้อตกลงหรือสัญญาระหว่างผู้ผลิตซอฟต์แวร์และผู้ว่าจ้างหรือผู้ใช้งาน[9] และจัดทำแบบจำลองวิเคราะห์ (analysis model) คือแบบจำลองที่เขียนขึ้นจากข้อกำหนด

---

[7] เรื่องเดียวกัน,

[8] น้ำฝน อัศวเมฆิน, หลักการพื้นฐานของวิศวกรรมซอฟต์แวร์, หน้า 126.

[9] เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

ความต้องการของโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือคำอธิบายระบบ (system description) เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงฟังก์ชั่นการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์และจะนำไปสร้างแบบจำลองการออกแบบในขั้นตอนต่อไป

3. การออกแบบซอฟต์แวร์ (Software Design)

การออกแบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ คือ การนำแบบจำลองการวิเคราะห์ ข้อกำหนดกระบวนการ และต้นแบบมากำหนดโครงสร้างของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ พร้อมทั้งกำหนดรายละเอียดโครงสร้างภายในของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพื่อนำไปใช้สำหรับขั้นตอนการเขียนโปรแกรมและการทดสอบโปรแกรม[10] ขั้นตอนการออกแบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเป็นขั้นตอนที่สำคัญในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจากหากการออกแบบไม่มีประสิทธิภาพ จะส่งผลถึงการเขียนโปรแกรม การทดสอบและการบำรุงรักษาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ทำได้ยากและมีความเสี่ยงในการเกิดข้อผิดพลาดมากขึ้น

การออกแบบ แบ่งเป็น 4 ประเภท ได้แก่ การออกแบบข้อมูลหรือคลาส (data/class design) คือการออกแบบข้อมูลที่จะใช้ในระบบ ลักษณะประจำและความสัมพันธ์ระหว่างคลาสต่าง ๆ การออกแบบเชิงสถาปัตยกรรม (architectural design) คือ การแสดงให้ผู้ใช้มองเห็นถึงส่วนประกอบความสัมพันธ์ระหว่างส่วนประกอบเชิงโครงสร้างของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การออกแบบส่วนต่อประสาน (interface design) หรือการออกแบบหน้าจอที่ใช้สำหรับติดต่อกับผู้ใช้งาน และการออกแบบระดับส่วนประกอบ (component-level design) คือการออกแบบโปรแกรมย่อย ฟังก์ชั่นย่อย หรือมอดูลย่อยต่าง ๆ ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ประกอบกันเป็นระบบ

4. การเขียนโปรแกรม (Implementation/Programming)

คือ การนำรายละเอียดจากขั้นตอนการออกแบบซอฟต์แวร์มาเขียนโปรแกรม รวมทั้งตรวจสอบความถูกต้องและทดสอบระบบโปรแกรม โดยการเขียนโปรแกรม คือ การเขียนชุดคำสั่งด้วยภาษาคอมพิวเตอร์ภาษาใดภาษาหนึ่ง[11] เพื่อให้คอมพิวเตอร์ทำงานตามโปรแกรมที่เขียนขึ้น ภาษาที่ได้รับความนิยมในปัจจุบัน เช่น C++,Visual C#, Visual Basic, Java, HTML, XML เป็นต้น ในส่วนการทดสอบโปรแกรม การทดสอบทำได้โดยการป้อนค่าต่าง ๆ ตามที่โปรแกรมกำหนดแล้วสังเกตผลลัพธ์ที่ได้ หากพบว่าผลลัพธ์ไม่ถูกต้องก็ย้อนกลับไปแก้ไขรหัสโปรแกรม หากพบว่าไม่มีประสิทธิภาพ เช่น โปรแกรมทำงานช้า โปรแกรมไม่ครอบคลุมความต้องการก็อาจย้อนกลับไปแก้ไขรหัสโปรแกรมหรือออกแบบวิธีการแก้ปัญหาใหม่

5 การส่งมอบและการติดตั้ง (Delivery and Installment)

---

[10] เรื่องเดียวกัน, หน้า 196.

[11] สกุล อำนวนชัย, การเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ศูนย์ส่งเสริมวิชาการ, 2557), หน้า 2.

เกิดขึ้นภายหลังการทดสอบซอฟต์แวร์เสร็จสิ้นแล้ว นักพัฒนาซอฟต์แวร์จะส่งมอบและติดตั้งซอฟต์แวร์ให้กับผู้ว่าจ้างหรือผู้ใช้งาน พร้อมทั้งมอบเอกสารประกอบการใช้งานระบบเพื่อให้ผู้ใช้งานแก้ไขปัญหาการใช้งานระบบในเบื้องต้นได้

6. การสนับสนุนและการบำรุงรักษา (Support and Maintenance)

โดยภายหลังการส่งมอบซอฟต์แวร์ ผู้ใช้งานอาจตรวบพบจุดบกพร่องในโปรแกรมหรือต้องการปรับเปลี่ยนความต้องการ ซึ่งนักพัฒนาซอฟต์แวร์จะต้องแจ้งให้นักเขียนโปรแกรมแก้ไขหรือปรับปรุงโปรแกรมใหม่ การบำรุงรักษายังรวมไปถึงการเพิ่มประสิทธิภาพของซอฟต์แวร์ด้วย

จากขั้นตอนการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะเห็นได้ว่า การพัฒนาจะเริ่มต้นจากการรวบรวมความต้องการของผู้ใช้งานเพื่อจัดทำความต้องการของระบบ (system requirement) ซึ่งจะเป็นพื้นฐานที่นำไปสู่การวิเคราะห์ ออกแบบและเขียนโปรแกรมขึ้นมาตามความต้องการนั้น ในหลายกรณีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาแล้วไม่สามารถทำงานตามที่ผู้ใช้งานต้องการเนื่องมาจาก ผู้พัฒนาและผู้ใช้งานมีมุมมองความต้องการที่ต่างกัน โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผ่านการทดสอบของผู้พัฒนาอาจไม่เป็นที่พอใจของผู้ใช้งานเมื่อผู้ใช้งานพบว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นทำงานได้แต่ไม่ได้ตามที่ตนคาดหวัง[12] ซึ่งหากเปรียบเทียบกับสินค้าทั่วไปในท้องตลาด สินค้าที่ถือว่าไม่มีความชำรุดบกพร่องตามกฎหมายจะต้องเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปตามประเภทของสินค้านั้น แต่โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะทำงานอย่างไรได้บ้างย่อมเป็นไปตามความต้องการที่ก่อให้เกิดการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ๆ ขึ้น โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่มีมาตรฐานกลางสำหรับวัดระดับความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป (merchantability) เว้นแต่โปรแกรมคอมพิวเตอร์บางประเภท เช่น word processing หรือ spreadsheet program ได้มีการเผยแพร่ในท้องตลาดเป็นเวลานานและโดยผู้ประกอบการหลายราย จึงอาจกำหนดมาตรฐานทางการค้าสำหรับการใช้งานโดยทั่ว ๆ ไปได้[13]

ในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทพัฒนาขึ้นตามคำสั่ง (bespoke software) ย่อมมีการตกลงกันเรื่องความต้องการของผู้ใช้งานแล้ว แต่ในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบสำเร็จรูป (package software) ที่ไม่ได้มีการเจรจาต่อรองเรื่องความต้องการใช้งานมาก่อน ผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่ต้องการรับผิดในความชำรุดบกพร่องของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามมาตรฐานทาง

---

[12] Frances E. Zollers, Andrew McMullin, Sandra N. Hurd, and Peter Shears, "No More Soft Landings for Software: Liability for Defects in an Industry That Has Come of Age," Santa Clara high technology law Journal 21, 4 (2005): 752.

[13] Robert W. Gomulkiewicz, "The Implied Warranty of Merchantability in Software Contracts: A Warranty No One Dares to Give Andhow to Change That," The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law 16, 2 (1997): 399.

กฎหมาย โดยกำหนดข้อสัญญาการรับประกันของตนเองขึ้น และแจ้งข้อสงวนสิทธิไม่รับประกันความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป (disclaim the implied warranty of merchantability)[14]

ในกระบวนการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ข้อผิดพลาดหรือบั๊ก (bug) มักจะเกิดขึ้นในช่วงของการออกแบบ (software design) อยู่เสมอ เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขนาดเล็กโดยทั่ว ๆ ไปอาจประกอบด้วยชุดคำสั่งมากกว่าสิบล้านบรรทัดเปรียบเทียบกับสินค้าทั่วไปที่จะมีส่วนประกอบไม่ถึง 100 ส่วน[15] ในขั้นตอนการเขียนโปรแกรมจึงต้องมีการทดสอบการป้อนคำสั่งเพื่อให้แน่ใจได้ว่าโปรแกรมจะสามารถทำงานได้อย่างถูกต้อง อย่างไรก็ดีเมื่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประกอบด้วยชุดคำสั่งจำนวนมาก การทดสอบการทำงานของชุดคำสั่งทั้งหมดจึงเป็นไปไม่ได้ และความผิดพลาดของการเรียบเรียงชุดคำสั่งใด ๆ ก็อาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ร้ายแรงได้ เช่น บั๊กในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ควบคุมระบบห้ามล้อของรถบรรทุกทำให้รถเกิดอุบัติเหตุ[16] เป็นต้น ดังนั้น ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงมักมีข้อสัญญาที่จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเพื่อป้องกันไม่ให้ต้องรับผิดจากความเสียหายที่เกิดจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์[17] เช่น การแจ้งข้อสงวนสิทธิ์ว่าจะไม่มีการรับประกันนตามกฎหมาย (warranty disclaimers) การจำกัดความรับผิดในความเสียหายบางประเภท (limitation of liability) เป็นต้น

2.2 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรูปแบบ Mass Marketing License

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ในกรณีที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีราคาแพงและพัฒนาขึ้นเป็นการเฉพาะ การทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่เป็นผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้ใช้งานก็จะมีลักษณะเป็นการเจรจาทำสัญญาปกติ ซึ่งสัญญาอาจจะมีการให้รายละเอียดเกี่ยวกับการยอมรับว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ยังต้องมีการทดสอบและปรับปรุงอยู่ และผู้พัฒนาได้เสนอการปรับปรุงและสนับสนุนการใช้งานอย่างต่อเนื่องภายหลังการส่งมอบแทนที่จะเป็นการรับประกันคุณภาพแบบสินค้าปกติ[18] แต่ในทางตรงกันข้าม โปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบสำเร็จรูป ที่มีราคาถูกกว่าและมีการเผยแพร่ออกสู่ตลาดเป็นจำนวนมาก การเจรจาทำสัญญาและให้การสนับสนุนเช่นเดียวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีราคาแพงเป็นค่าใช้จ่ายที่ไม่คุ้มค่ากับราคาที่ได้รับตอบแทน การทำสัญญาจึง

---

[14] Ibid., 398.

[15] สรรพีระ นิลขำ, "กฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย: ศึกษาเฉพาะกรณีซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์," หน้า 32.

[16] Scott v. White Trucks 699 F.2d 714 (5th Cir. 1983).

[17] Lawrence Levy and Suzunne Bell, "Software Product Liability: Understanding and Minimizing the Risks," High Technology Law Journal 5, spring (1989): 15.

[18] Robert T. Daunt, "Warranties and Mass Distributed Software," Santa Clara High Technology Law Journal 1, 2 (1985): 255.

เป็นทำในรูปแบบสัญญามาตรฐานและมีการจำกัดการรับประกันคุณภาพไว้เพียงระดับตามสภาพจริง (“as is”)[19]

ในปัจจุบัน การทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบสำเร็จรูป มักเป็นสัญญารูปแบบเฉพาะเรียกว่า mass marketing license ได้แก่ 1. click-wrap license 2. shrink-wrap” และ 3. browse-wrap license โดยการทำสัญญาในรูปแบบนี้จะมีข้อที่ต้องพิจารณาในประการแรกว่าสัญญาจะมีผลผูกพันคู่กรณีหรือไม่ ดังต่อไปนี้

2.2.1 Click-wrap License

เป็นสัญญาที่มักปรากฏในรูป ข้อตกลงในการติดตั้ง (installation agreement) หรือข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิแก่ผู้ใช้งาน (end-user license agreement) บนหน้าจอคอมพิวเตอร์เมื่อผู้ใช้งานติดตั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อการใช้งานครั้งแรก และผู้ใช้งานสามารถแสดงเจตนายินยอมตามข้อกำหนดตามข้อตกลงนั้นโดยการคลิกที่ปุ่ม “Yes” หรือ “I accept” หรือ “I agree” หรือถ้อยคำอื่น ๆ ที่มีความหมายทำนองเดียวกันแล้วแต่กรณี โดยหากผู้ใช้งานไม่ตกลงยินยอมด้วยในข้อกำหนดการใช้งานที่ปรากฏขึ้น ผู้ใช้งานจะไม่สามารถใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้เลย[20]

สำหรับผลบังคับตามกฎหมายของสัญญาประเภท click-wrap ได้ปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาว่ามีผลใช้บังคับได้ในทางกฎหมาย ในหลายคดี เช่น ในคดี Hotmail Corp. v. Van$ Money Pie[21] ศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียพิพากษาให้ข้อกำหนดการให้บริการ (term of service) ที่ผู้ลงทะเบียนใช้งาน E-mail ต้องกดยอมรับก่อนเข้าใช้งานมีผลผูกพันคู่สัญญา หรือ Caspi v. The Microsoft Network[22] ศาลเห็นว่า ข้อตกลงการเป็นสมาชิก (membership agreement) เพื่อใช้บริการ Microsoft Network (MSN) ซึ่งปรากฏขึ้นบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ในเวลาที่ลงทะเบียนการใช้งานและผู้ใช้งานสามารถเลื่อนผ่านเพื่ออ่านข้อสัญญาทั้งหมดก่อนคลิกปุ่มที่อยู่ท้ายข้อความ โดยผู้ใช้งานสามารถเลือกได้ว่าจะคลิก “ “I Agree” หรือ “I Don't Agree.” เป็นสัญญาที่มีผลใช้บังคับได้ และศาลมลรัฐอิลลินอยส์ก็ได้ตัดสินไปในทำนองเดียวกันในคดี DeJohn v.

---

[19] Ibid., 256.

[20] ดวงพร เตชะกำธร, "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับ Shrink-Wrapped Licensing" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 34

[21] 1998 WL 388389 (N.D.Cal.).

[22] 732 A.2d 528 (N.J. Super. 1999).

The .TV Corporation International[23] ว่าการที่ผู้ใช้งานคลิกปุ่ม “I Agree” โดยผู้ใช้งานสามารถตรวจสอบ อ่านและทำความเข้าใจข้อกำหนดและเงื่อนไขที่เข้าถึงได้จากจุดเชื่อมโยง (link) เหนือปุ่ม I Agree ก่อนตัดสินใจคลิกปุ่มเพื่อยอมรับข้อตกลง ทำให้ข้อกำหนดนั้นมีผลผูกพัน สำหรับในประเทศอังกฤษนั้น ไม่มีคำพิพากษาเกี่ยวกับ การอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรูปแบบ click-wrap อย่างชัดเจน แต่มีปรากฏความเห็นของนักวิชาการว่าในกรณีของประกาศข้อกำหนดและเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากเป็นประเภท click-wrap license ซึ่งผู้ใช้งานจำเป็นจะต้องยอมตกลงด้วยในข้อกำหนดและเงื่อนไขการใช้งานเสียก่อนจึงจะสามารถใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้ อาจมีสถานะเป็นสัญญาที่มีผลใช้บังคับได้ หากเข้าตามหลักเกณฑ์อื่น ๆ ของการเกิดสัญญา[24]

2.2.2. Browse-wrap License

การอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะนี้จะปรากฏข้อตกลงการใช้งานบนหน้าเว็บไซต์และส่วนใหญ่จะเชื่อมต่อมาถึงผ่านจุดเชื่อมโยง (hyperlink) ระหว่างหน้าเว็บไซต์ของเจ้าของผลิตภัณฑ์ ข้อตกลงในลักษณะนี้ ในหลายกรณีผู้ใช้งานไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแสดงเจตนาตกลงด้วยการคลิกตกลงหรือข้อความอื่นที่มีความหมายเช่นเดียวกัน แต่การคลิกจุดเชื่อมโยงเพื่อไปถึงยังหน้าเว็บไซต์ที่แสดงข้อกำหนดก็เพียงพอจะถือว่าผู้ใช้งานรับทราบข้อตกลงการใช้งานแล้ว[25]

ผลทางกฎหมายของข้อกำหนดประเภท browse-wrap license ได้มีคำพิพากษาไว้ในคดี Specht v. Netscape[26] ซึ่งมีข้อเท็จจริงคือผู้ใช้งานที่ประสงค์จะดาวน์โหลดโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากเว็บไซต์ของ Netscape โดยการคลิกที่ปุ่ม download ซึ่งผู้ใช้งานจะต้องเลื่อนหน้าจอลงมาข้างใต้และพบจุดเชื่อมโยง (hyperlink) ไปยังข้อตกลงการอนุญาตให้ใช้สิทธิพร้อมคำเชิญชวนให้ตรวจสอบ ศาลอุทธรณ์สัญจรที่ 2 ประเทศสหรัฐอเมริกา เห็นว่าการที่ผู้ใช้งานเพียงแต่คลิกปุ่ม download ไม่เพียงพอจะเป็นการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาตามข้อตกลงการการอนุญาตให้ใช้สิทธิถ้าผู้ใช้งานถ้าคำเชิญชวนไม่ได้ระบุชัดแจ้งว่าการคลิกปุ่ม download จะถือเป็นการตกลงด้วยในข้อสัญญา อย่างไรก็ดีในคดี Hubbert v. Dell Corp[27] ศาลอุทธรณ์มลรัฐอิลลินอยส์ได้พิพากษาว่า การที่มีการปรากฏซ้ำ ๆ ซึ่งถ้อยคำว่า “ผลิตภัณฑ์ทั้งหมดจะอยู่ภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขการขาย”

---

[23] 245 F.Supp.2d 913 (C.D. Ill. 2003).

[24] the Consumer Rights Act 2015 explanatory notes para 296.

[25] ดวงพร เตชะกำธร, "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับ Shrink-Wrapped Licensing," หน้า 36.

[26] 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002).

[27] 359 Ill.App.3d 976, 835 N.E.2d 113 (5th Dist. 2005).

รวมถึง hyperlink ที่เห็นได้อย่างเด่นชัดซึ่งพบในหลายหน้าของเว็บไซต์ เป็นการเพียงพอแล้วที่วิญญูชนจะรับรู้ได้ถึงการมีอยู่ของข้อกำหนดนั้น ข้อกำหนดและเงื่อนไขดังกล่าวถึงผูกพันผู้บริโภค

2.2.3 Shrink-wrap License

หรือการอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบห่อหุ้ม โดยปรากฏในกรณีที่มีการบรรจุข้อมูลโปรแกรมคอมพิวเตอร์ลงในวัสดุสื่อกลาง เช่น CD-ROM และผู้ใช้งานจะได้รับวัสดุสื่อกลางมาโดยการบรรจุในซองปิดผนึก หรือในกล่องพลาสติกหรือถูกห่อหุ้มอยู่ โดยสิ่งห่อหุ้มจะปรากฏข้อความทำนองว่าการเปิดสิ่งที่ห่อหุ้มอยู่จะถือเป็นการยอมรับข้อกำหนดตามกฎหมายที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ระบุไว้ หากผู้ใช้งานไม่เห็นด้วยกับข้อกำหนดดังกล่าว ก็ต้องโปรแกรมคอมพิวเตอร์คืนโดยไม่เปิดสิ่งห่อหุ้ม[28] การอนุญาตให้ใช้สิทธิในรูปแบบ shrink-wrap ผู้ได้รับอนุญาตจะไม่มีโอกาสได้ทบทวนข้อกำหนดและเงื่อนไขการอนุญาตก่อนการยอมรับเข้าผูกพัน ทำให้เกิดปัญหาที่สำคัญคือข้อตกลงในรูปแบบนี้ ถือเป็นหนึ่งเดียวกับสัญญาจัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาฉบับใหม่ที่ต้องพิจารณาแยกต่างหากจากสัญญาฉบับเดิม

ในคดี Beta Computers (Europe) ltd v Adobe Systems (Europe) ltd [1996][29] ซึ่งมีข้อเท็จจริงคือ Adobe ได้ทำการสั่งซื้อโปรแกรม Informix จาก Beta Computers โดยทางโทรศัพท์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ถูกส่งมาโดยบรรจุในหีบห่อปิดผนึกและปรากฏข้อความบนหีบห่อนั้นว่า “การเปิดห่อบรรจุโปรแกรม Informix S.I. จะแสดงว่าท่านยอมรับข้อกำหนดและเงื่อนไขเหล่านี้แล้ว” ('opening the Informix S.I. software package indicates your acceptance of these terms and conditions.') Adobe ตัดสินใจไม่เปิดหีบห่อบรรจุและส่งโปรแกรมคืนโดยไม่ชำระเงิน Beta computers ไม่ยอมรับคืนและฟ้องให้ Adobe ชำระราคาตามสัญญาซื้อขาย โดยอ้างว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้วจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันเมื่อมีการสั่งซื้อทางโทรศัพท์ ศาลสกอตแลนด์เห็นว่าสัญญาระหว่างคู่กรณีมีวัตถุประสงค์หลักคือการได้สิทธิในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอที่ก่อให้เกิดสัญญาผูกพันคู่สัญญาจะเกิดขึ้นในขณะที่มีการเปิดห่อบรรจุโปรแกรมตามเงื่อนไข ดังนั้น เมื่อคู่กรณีไม่ได้มีสัญญามาก่อนการยอมรับเงื่อนไข Beta computers จึงเรียกร้องให้ชำระราคาตามสัญญาไม่ได้

อย่างไรก็ดี ในคดี Step-saver Data Systems Inc. v. Wyse Technology[30] ซึ่งตามข้อเท็จจริง Step-saver ได้เปิดกล่องบรรจุโปรแกรมซึ่งมีการแสดงข้อความว่าการเปิดกล่องจะถือ

---

[28] ดวงพร เตชะกำธร, "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับ Shrink-Wrapped Licensing," หน้า 33.

[29] [1996] S.L.T. 604.

[30] 939 F.2d 91, 1991 U.S. App. 16526.

เป็นการยอมรับข้อกำหนดและเงื่อนไขซึ่งรวมถึงข้อสงวนสิทธิ์การรับประกันด้วย ศาลอุทธรณ์สัญจรที่ 3 ประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าสัญญาซื้อขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์เกิดขึ้นเมื่อมีการสั่งซื้อโปรแกรมทางโทรศัพท์ ข้อกำหนดและเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา โดยไม่ปรากฏชัดเจนว่ามีการยอมรับเงื่อนไขดังกล่าวโดยผู้ซื้อแล้ว และเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในสาระสำคัญซึ่งมาตรา 2-207 แห่ง Uniform Commercial Code กำหนดว่าไม่สามารถนำมารวมกับสัญญาฉบับเดิมได้ ข้อสงวนสิทธิ์การรับประกันจึงไม่มีผลใช้บังคับ

2.2.4 ผลของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรูปแบบ Mass Marketing License ในประเทศไทย

ในประเทศไทย แม้ว่าการอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้เป็นการเฉพาะ แต่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิและผู้รับอนุญาตสามารถสร้างความผูกพันกันได้ตามหลักเรื่องนิติธรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัตินิยามของสัญญาไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากตำราทั่ว ๆ ไป และนิยามของนิติกรรมแล้วอาจกล่าวได้ว่า สัญญาคือนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอ สนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปที่มุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์[31] โดยคำเสนอนั้นต้องเป็นการแสดงเจตนาขอทำสัญญาที่ชัดแจ้งว่าเป็นคำเสนอและต้องมีข้อความที่ชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้หากผู้รับมีคำสนองตอบรับกลับมา และคำสนองต้องเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองโดยอาจเป็นการแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ โดยคำสนองนั้นต้องมีข้อความชัดเจน แน่นอน ไม่มีเงื่อนไข และไม่มีการแก้ไขจำกัด ตัดทอนหรือเปลี่ยนแปลงคำเสนอเลย[32] เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว

ในปัจจุบัน ธุรกรรมการได้มาซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูป อาจเป็นไปได้ใน 2 ลักษณะ คือการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูปที่มีการวางจำหน่ายในลักษณะ off the shelf และการสั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากร้านค้าบนอินเตอร์เน็ตและจัดส่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แก่ผู้ซื้อโดยการดาวน์โหลดทางอินเตอร์เน็ต ปัญหาว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรูปแบบ mass marketing license มีผลผูกพันผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายไทยหรือไม่ เพียงใด ยังไม่มีคำพิพากษาของศาลที่วินิจฉัยในกรณีนี้โดยตรง แต่มีวิทยานิพนธ์ปริญญา

---

[31] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2559), หน้า 289.

[32] เรื่องเดียวกัน, หน้า 323.

มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เรื่อง ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับ Shrink-Wrapped Licensing โดยนางสาวดวงพร เตชะกำธร ได้ให้ความเห็นในกรณีนี้ไว้ดังต่อไปนี้

ในกรณีที่มีการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยดาวน์โหลดทางอินเตอร์เน็ต จะมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรูปแบบสัญญา click-wrap หรือ browse-wrap ณ ขั้นตอนการทำสัญญา ผู้รับอนุญาตจะพบกับข้อความแห่งสัญญาที่ต้องการให้มีการแสดงความยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญาด้วยการคลิกคำว่า “I agree” ปรากฏขึ้น ซึ่งข้อความแห่งสัญญาที่ปรากฏนั้นเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอที่มีความชัดเจนเพียงพอ ย่อมถือเป็นคำเสนอ และเมื่อการทำคำสนองสามารถแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ การคลิกคำว่า “I agree” จึงถือเป็นการทำคำสนอง เมื่อมีคำเสนอและสนองต้องตรงกัน สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็เกิดขึ้นและมีผลผูกพันใช้บังคับได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[33] ในทางตรงกันข้าม หากไม่มีการสนองรับโดยโดยการคลิกปุ่ม สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็จะไม่เกิดขึ้นและการสั่งซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็จะยุติไป

ในกรณีซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากชั้นวาง สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อาจมาในรูปแบบของสัญญาในรูปแบบ shrink-wrap :ซึ่งเป็นสัญญาที่อยู่ในบรรจุภัณฑ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ การเกิดสัญญาจะต้องพิจารณาเป็น 2 ช่วงเวลาคือ ณ เวลาที่ได้ตกลงซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากชั้นวาง และเวลาที่ได้มีการอ่านสัญญาที่แนบมาพร้อมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจากในเวลาที่ได้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากชั้นวาง ผู้รับอนุญาตยังไม่ได้รับทราบข้อความในสัญญา จึงจะถือว่าการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการทำคำสนองรับคำเสนอตามเนื้อหาในสัญญา shrink-wrap แล้วโดยปริยายไม่ได้

ปัญหาว่าในกรณีนี้ มีสัญญาซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมายเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาโดยการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากชั้นวางหรือไม่ และข้อความตามสัญญา shrink-wrap จะมีผลผูกพันคู่สัญญาตามกฎหมายไทยหรือไม่ อาจวินิจฉัยได้เป็น 2 แนวทางคือ[34]

แนวทางแรก ถือว่าการบรรจุสัญญา shrink-wrap ลงในบรรจุภัณฑ์ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือเป็นคำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วย จึงถือเป็นคำบอกปัดไม่รับคำเสนอและเป็นคำเสนอใหม่ในตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 359 วรรค 2[35] ดังนั้น สัญญายังไม่เกิดในเวลาที่มีการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่ต้องมีการ

---

[33] ดวงพร เตชะกำธร, "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับ Shrink-Wrapped Licensing," หน้า 130.

[34] เรื่องเดียวกัน, หน้า 123.

[35] มาตรา 359 วรรค 2 คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือเป็นคำบอกปัดไม่รับทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว

สนองรับคำเสนอใหม่ในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง เช่น โดยการฉีกซองบรรจุภัณฑ์โปรแกรม จึงจะเกิดเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีเนื้อหาตามข้อความในสัญญา shrink-wrap ซึ่งมีผลผูกพันคู่สัญญานั้น

แนวทางที่ 2 จะต้องพิจารณาว่าข้อความในสัญญา shrink-wrap ถือเป็นข้อตกลงที่เป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันให้สำเร็จสัญญาจึงจะเกิดหรือไม่ หากถือว่าเป็นข้อที่เป็นสาระสำคัญ เมื่อไม่มีการตกลงกันในข้อนี้ สัญญาจะยังไม่เกิดขึ้นแม้จะมีบางข้อที่ตกลงกันได้แล้ว เช่น ราคา หรือคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ก็ไม่มีผลผูกพันคู่กรณี ตามมาตรา 366[36] แต่หากข้อความนั้นอนุมานได้ว่า แม้จะไม่ตกลงกันในข้อนี้ สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้น ข้อความในส่วนที่ตกลงกันได้แล้วนั้นก็เป็นอันสมบูรณ์มีผลผูกพันตามมาตรา 367[37] ซึ่งโดยที่เนื้อหาในสัญญา shrink-wrap ล้วนเป็นข้อตกลงที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา เช่น ข้อจำกัดด้านลิขสิทธิ์ การรับประกันสินค้าและข้อตกลงเรื่องการจำกัดความรับผิด จึงไม่อาจอนุมานได้ว่าหากไม่ตกลงกันในข้อนี้ สัญญาก็จะได้ทำขึ้นตามมาตรา 367[38]

เมื่อการทำธุรกรรมในรูปแบบ mass marketing license สามารถมีผลผูกพันเป็นสัญญาใช้บังคับได้ตามกฎหมายไทย โดยเนื้อหาของสัญญาจะเป็นไปตามข้อความในสัญญา shrink-wrap ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งการทำสัญญาในรูปแบบดังกล่าว อาจก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาได้ ดังนี้

จะเห็นได้ว่า ในการทำธุรกรรมเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากผู้ใช้งานไม่ยอมรับข้อสัญญาที่จัดเตรียมมาโดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ความผูกพันระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้ใช้งานก็จะไม่เกิดขึ้น ผู้ใช้งานจึงไม่มีสิทธิในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ในทางปฏิบัติผู้ใช้งานซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงไม่อาจใช้เสรีภาพของตนเองในการต่อรองกำหนดเนื้อหาในสัญญา และผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก็ได้ใช้การกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาเพื่อรักษาประโยชน์ของฝ่ายตนเองได้ ดังนี้ การอาศัยเพียงข้อสัญญาซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษรมากำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบสำเร็จรูป ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา จึงก่อให้เกิดความไม่เป็น

---

[36] มาตรา 366 ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม้เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยท่านนับว่ายังมิได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันไว้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้จดลงไปก็หาเป็นการผูกพันไม่

[37] มาตรา 367 สัญญาใดคู่สัญญาได้ถือว่าเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้วแต่แท้จริงยังมิได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใดอันจะต้องทำความตกลงให้สำเร็จ ถ้าจะพึงอนุมานได้ว่า ถึงหากไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ได้สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นไซร้ ท่านว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้วก็ย่อมเป็นอันสมบูรณ์

[38] ดวงพร เตชะกำธร, "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับ Shrink-Wrapped Licensing," หน้า 124.

ธรรมต่อผู้รับอนุญาต ซึ่งเป็นฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองด้อยกว่า ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ เมื่อมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล ควรมีการเข้าไปแทรกแซงสิทธิในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาโดยกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา โดยการวางหลักเกณฑ์กำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาขึ้นมาใหม่ให้มีความเหมาะสมและเป็นธรรมได้หรือไม่ และด้วยการอาศัยหลักกฎหมายใด

ในประเทศสหรัฐอเมริกา หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับโปรแกรมสำเร็จรูปขึ้นสู่ศาล จะมีแนวคิดในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาเพิ่มเติมจากการอาศัยเพียงข้อสัญญาแต่เพียงอย่างเดียว โดยแนวคำพิพากษาของศาลกำหนดให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทโปรแกรมสำเร็จรูปอยู่ภายใต้บังคับของ Uniform Commercial Code Article ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำกับดูแลธุรกรรมการซื้อขายสินค้า คู่สัญญาจึงมีสิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยปริยายที่กำหนดโดยกฎหมายดังกล่าวด้วย สำหรับในประเทศอังกฤษกมีการปรับใช้ Sale of Goods Act 1979 กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะเดียวกัน แต่วิธีการในการปรับใช้จะมีความแตกต่างกัน ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษจะกล่าวถึงในบทที่ 4 สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายต่างประเทศต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บทที่ 3
สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในระบบกฎหมายไทย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาในประเทศไทยจะแบ่งเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ กฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาเป็นการทั่วไป ซึ่งจะใช้บังคับกับสัญญาทุกประเภท โดยหลักคือการประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ1 และบรรพ 2 และกฎหมายที่ควบคุมการใช้เสรีภาพในการทำสัญญา และอีกลักษณะหนึ่ง คือกฎหมายที่กำหนดเนื้อหาของสิทธิหน้าที่ตามสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งในปัจจุบัน ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด ดังนั้น สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในระบบกฎหมายไทยจึงเป็นไปตามกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาเป็นการทั่วไป

เนื้อหาในบทนี้จะกล่าวถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในระบบกฎหมายไทย โดยในส่วนแรกจะกล่าวถึงการปรับใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ส่วนที่สองจะกล่าวถึงการควบคุมข้อสัญญา และในส่วนที่สามจะเปรียบเทียบสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับเอกเทศสัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงกันซึ่งมีกฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาไว้เป็นการเฉพาะ

3.1 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามหลักทั่วไปว่าด้วยสัญญา

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นสัญญาที่มีสาระสำคัญคือการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (license grant) ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ภายใต้เงื่อนไขการใช้งานที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนด และในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดถึงรายละเอียดของสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะเป็นอย่างไรย่อมเป็นไปตามกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยสัญญา และในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น การวินิจฉัยเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาต้องอาศัยการตีความสัญญาเพื่อกำหนดวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญา

3.1.1 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยการชำระหนี้

เนื่องจากในระบบกฎหมายไทย การกำหนดหน้าที่และความรับผิดตามสัญญาในทางแพ่ง ย่อมตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายลักษณะหนี้ โดยหนี้คือความผูกพันทางกฎหมายที่ก่อสิทธิให้เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ ดังนี้ การที่ผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมี

สิทธิเรียกร้องอย่างใด ๆ ต่อตัวผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงต้องพิจารณาว่าผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีหนี้หรือหน้าที่อย่างใดต่อผู้ใช้งานโปรแกรมนั้น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่าหนี้ไว้เป็นการเฉพาะเพียงแต่วางหลักที่สำคัญไว้ในมาตรา 194 ว่า “ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกให้มูลหนี้ชำระหนี้ได้ อนึ่ง การชำระหนี้ด้วยงดเว้นการอันใดอันหนึ่งก็ย่อมได้” และมาตรา 213 ที่ให้หลักว่าถ้าลูกหนี้ละเลยไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้มีสิทธิร้องขอให้ศาลสั่งบังคับชำระหนี้ได้จากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ตามหลักที่บัญญัติไว้ในมาตรา 214 ดังนี้ หลักการสำคัญของหนี้ คือความผูกพันระหว่างบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้บุคคลที่เป็นลูกหนี้ต้องทำการชำระหนี้ให้ และความผูกพันทางทรัพย์สินที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ จนอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า หนี้คือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย กล่าวคือ เจ้าหนี้ฝ่ายหนึ่งและลูกหนี้อีกฝ่ายหนึ่ง ที่กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ ปฏิบัติการชำระหนี้ให้ถูกต้องตรงตามความประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้[1]

3.1.1.1 หลักเกณฑ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้

โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้โดยกำหนดหน้าที่ในการชำระหนี้ของลูกหนี้ไว้ ดังต่อไปนี้

1) หน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เป็นอย่างนั้นโดยตรง ตามมาตรา 208

2) หน้าที่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาที่ได้ตกลงไว้ ตามมาตรา 203 และมาตรา 204

3) หน้าที่ชำระหนี้ด้วยตนเอง ในกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บุคคลภายนอกชำระ หรือคู่กรณีได้แสดงเจตนาไว้ หรือจะเป็นการฝืนใจลูกหนี้หากบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนได้เสียด้วยในหนี้นั้นเป็นผู้ปฏิบัติการชำระหนี้แทน[2]

4) หน้าที่ชำระหนี้ต่อตัวเจ้าหนี้โดยตรงหรือต่อบุคคลที่มีอำนาจรับชำระหนี้แทนเจ้าหนี้[3] เช่น บุคคลที่ได้รับมอบหมายจากเจ้าหนี้ให้รับชำระหนี้แทนตามสัญญา หรือผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ เป็นต้น

---

[1] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายหนี้ หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2560), หน้า 16.

[2] มาตรา 314 อันการชำระหนี้นั้น ท่านว่าบุคคลภายนอกจะเป็นผู้ชำระก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้บุคคลภายนอกชำระหรือจะขัดกับเจตนาอันคู่กรณีได้แสดงไว้

บุคคลผู้ไม่มีส่วนได้เสียด้วยในการชำระหนี้นั้นจะเข้าชำระหนี้โดยขืนใจลูกหนี้หาได้ไม่

[3] มาตรา 315 อันการชำระหนี้นั้นต้องทำให้แก่ตัวเจ้าหนี้หรือแก่บุคคลผู้มีอำนาจรับชำระหนี้แทนเจ้าหนี้ การชำระหนี้ทำให้แก่บุคคลผู้ไม่มีอำนาจรับชำระหนี้นั้น ถ้าเจ้าหนี้ให้สัตยาบันก็นับว่าสมบูรณ์

5) หน้าที่ชำระหนี้ในสถานที่ที่ถูกต้องตามที่ตกลง หรือกรณีไม่ได้ตกลงเรื่องสถานที่ในการชำระหนี้และหนี้เป็นการส่งมอบทรัพย์เฉพาะสิ่ง ต้องชำระ ณ สถานที่ที่ทรัพย์นั้นได้อยู่ในเวลาที่ก่อให้เกิดหนี้นั้น ส่วนการชำระหนี้โดยประการอื่น ต้องชำระที่ที่เป็นภูมิลำเนาปัจจุบันของเจ้าหนี้ ตามมาตรา 324

โดยที่หลักเกณฑ์ดังกล่าวใช้บังคับกับสัญญาทุกประเภท ดังนั้น คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วย เช่น กรณีที่สัญญาไม่ได้กำหนดวันส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ และไม่สามารถอนุมานจากพฤติการณ์ได้ ผู้รับอนุญาตย่อมมีสิทธิเรียกให้ชำระหนี้ได้ทันที ตามมาตรา 203 แต่ผู้อนุญาตจะมีความรับผิดเพราะชำระหนี้ล่าช้าต่อเมื่อมีการเรียกให้ชำระหนี้แล้ว แต่ผู้อนุญาตไม่ดำเนินการตามมาตรา 204 หรือ จากสัญญากำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องเป็นผู้ดำเนินการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วยตนเอง ผู้อนุญาตจะให้บุคคลอื่นดำเนินการแทนไม่ได้ตามมาตรา 314 เป็นต้น

3.1.1.2 สิทธิของลูกหนี้เมื่อการชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์แท้จริงแห่งมูลหนี้

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์ผลคือการเกิดหนี้ผูกพันขึ้นระหว่างคู่สัญญา ยังผลให้คู่สัญญามีหน้าที่ในการปฏิบัติการชำระหนี้ให้ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาต่อตัวคู่สัญญาผู้เป็นเจ้าหนี้โดยตรง ตามมาตรา 194 มาตรา 208 และลูกหนี้จะเกิดความรับผิดตามสัญญาขึ้นเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตรงตามหน้าที่ที่ลูกหนี้ต้องทำทุกประการ ตามที่มาตรา 215 บัญญัติว่า เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ไซร้ เจ้าหนี้จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่การนั้นก็ได้ และเจ้าหนี้จะเกิดสิทธิในการร้องขอต่อศาลให้บังคับชำระหนี้ ตามมาตรา 213 ซึ่งบัญญัติว่า ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำได้

คำว่า สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ชำระได้ ต้องดูว่าการชำระหนี้ตามสัญญานั้นมีลักษณะเฉพาะตัว คือลูกหนี้เท่านั้นที่จะสามารถทำได้หรือไม่ เพราะเป็นการกระทำที่ลูกหนี้จะต้องสมัครใจทำจึงจะสามารถทำได้ดี หากบังคับให้ทำผลก็จะออกมาไม่เป็นไปตามความประสงค์ของเจ้าหนี้ได้[4] เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2766/2517 การบังคับให้จำเลยผลิตกระเบื้องให้โจทก์ตามสัญญาเป็นเรื่องที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับได้ เมื่อโจทก์เสียหายอย่างไรเป็นเรื่องที่โจทก์จะต้องใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายแทน เป็นต้น แต่ในกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ มาตรา 213 วรรค 2 กำหนดให้อาจมีการบังคับชำระหนี้โดยทางอื่น ได้แก่ เจ้าหนี้ให้บุคคลภายนอก

[4] จิ๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 59.

กระทำการนั้นแทนโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย และกรณีที่วัตถุแห่งหนี้เป็นการทำนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง ศาลจะสั่งให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ได้

เมื่อลูกหนี้มีความรับผิดตามสัญญาเนื่องมาจากการไม่ชำระหนี้ไม่ต้องตรงตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ เจ้าหนี้จะเกิดสิทธิในการร้องขอต่อศาลให้บังคับชำระหนี้ ตามมาตรา 213 โดยนอกจากสิทธิในการร้องขอต่อศาลให้บังคับชำระหนี้ เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ด้วย ค่าเสียหายที่ลูกหนี้ต้องรับผิด ได้กำหนดไว้ตามมาตรา 222 ได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดจากการไม่ชำระหนี้นั้น และความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าแล้ว ตามหลักการให้ค่าเสียหายจะเป็นไปเพื่อการเยียวยาคู่สัญญาที่มิได้เป็นฝ่ายผิดสำหรับความเสียหายที่ได้รับจริง โดยจะเรียกค่าเสียหายเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและสามารถพิสูจน์ได้ไม่ได้[5] ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับความรับผิด กล่าวคือจะต้องเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้และไม่ห่างไกลต่อเหตุ รวมถึงค่าขาดทุนและขาดกำไรที่คาดว่าจะได้รับจากสัญญา[6]

ดังนี้ หากนำมาปรับใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้ต้องตรงตามความประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายจะเกิดสิทธิในการร้องขอต่อศาลให้มีการสั่งบังคับชำระหนี้ตามมาตรา 213 และสิทธิในการเรียกค่าเสียหายที่ตามปกติเกิดจากการไม่ชำระหนี้และค่าเสียหายในพฤติการณ์พิเศษ หากได้คาดเห็นล่วงหน้าตามมาตรา 215 และมาตรา 222

โดยหนี้ทางฝั่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะเป็นหนี้ที่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้หรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่า เป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ในกรณีที่การชำระหนี้ตามสัญญา คือ การอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นหนี้ที่เปิดช่องให้ชำระได้โดยให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา ทำให้ผู้รับอนุญาตสามารถใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันเป็นลิขสิทธิ์ของผู้รับอนุญาตได้โดยไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และในกรณีที่การชำระหนี้เป็นการซ่อมแซมปรับปรุงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้สามารถใช้งานได้ตามสัญญา ผู้รับอนุญาตสามารถนำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปให้บุคคลภายนอกดำเนินการแทนได้โดยให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเสียค่าใช้จ่าย เพราะการแก้ไขปรับปรุงโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อให้สามารถใช้ประโยชน์ได้สมตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญานั้น ย่อมไม่ขัดต่อการแสวงหาประโยชน์จากงานอันมีลิขสิทธิ์ตามปกติของเจ้าของลิขสิทธิ์และ

---

[5] เรื่องเดียวกัน, หน้า 80.

[6] เรื่องเดียวกัน, หน้า 83.

ไม่กระทบต่อสิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของเจ้าของลิขสิทธิ์เกินสมควร จึงเข้าข่ายเป็นข้อยกเว้นการละเมิดลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา 31

3.1.2 การกำหนดวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

วัตถุแห่งหนี้ หมายถึง การที่ลูกหนี้ผูกพันชำระหนี้ วัตถุแห่งหนี้จะเป็นความผูกพันให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้อะไรขึ้นอยู่กับมูลหนี้ ในกรณีมูลหนี้สัญญาวัตถุแห่งหนี้จะแตกต่างไปตามข้อตกลง โดยมีหลักการสำคัญคือ ต้องมีการตกลงกำหนดไว้ว่าคู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้มีความผูกพันต้องชำระหนี้อะไร สัญญาจึงจะเกิดขึ้นได้ เนื่องจากหนี้ก่อความผูกพันให้ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ให้ถูกต้อง ลูกหนี้จึงจะหลุดพ้นจากหนี้ได้ การพิจารณาถึงความผูกพันที่ลูกหนี้ต้องชำระแค่ไหน อย่างไร เพื่อพิจารณาว่าลูกหนี้มีความรับผิดหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากวัตถุแห่งหนี้เป็นสำคัญ[7] การกำหนดวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญา นอกเหนือจากหนี้ที่กำหนดโดยกฎหมายซึ่งได้กล่าวถึงไปแล้วในหัวข้อ 3.1.1 คู่สัญญาย่อมเป็นผู้กำหนดหนี้ที่จะต้องชำระแก่กันได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ดังนี้ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีอยู่อย่างไร ย่อมต้องพิจารณาจากวัตถุแห่งหนี้ที่คู่สัญญาตกลงกันตามสัญญาคืออะไรเป็นสำคัญ สำหรับการกำหนดวัตถุแห่งหนี้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ พบว่ามีปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณา 2 ประการ ดังนี้

3.1.2.1 การตีความสัญญา

สัญญาเกิดจากการแสดงเจตนาที่ต้องตรงกันของคู่สัญญา หน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาจะมีอยู่อย่างไรโดยหลักย่อมเป็นไปตามเจตนาที่เสนอไปและสนองรับโดยคู่กรณีและปรากฏเป็นข้อสัญญานั่นเอง หลักการตีความสัญญามีจุดมุ่งหมายเพื่อกำหนดเนื้อหาของข้อสัญญาที่พิพาทกันระหว่างคู่กรณีจากเจตนาที่แสดงออกมาเท่านั้น โดยพิจารณาจากมาตรฐานของการกระทำของบุคคลหนึ่ง ๆ ถ้าเขามีเจตนาเช่นนั้น เขาควรแสดงออกมาอย่างไร ทั้งนี้เพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริง[8] ดังนี้ แม้ว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ปัจจุบันจะเป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร และมีถ้อยคำที่ชัดเจนแน่นอน ในการปรับใช้สัญญานั้น ศาลก็ต้องมีการตีความเพื่อค้นหาความหมายที่แท้จริงของสัญญา

ตามทฤษฎี การตีความสัญญาอาจแบ่งเป็น 2 ทฤษฎี คือ

---

[7] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายหนี้ หลักทั่วไป, หน้า 32.

[8] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), หน้า 60.

(1) การตีความในทางอัตวิสัย (Subjective Theory) ซึ่งเป็นการตีความที่มุ่งค้นหาความหมายของสัญญาจากตัวผู้ทำสัญญาเอง หรือก็คือจากเจตนาที่มีร่วมกันของผู้ทำสัญญา[9] โดยอาจตีความตัวอักษรเพื่อค้นหาความหมายหรือเป้าหมายของคู่สัญญาในความสัมพันธ์กับชนิดของสัญญา หรือสถานที่ที่สัญญาเกิด รวมถึงการปฏิบัติของคู่สัญญาในขณะทำสัญญาหรือภายหลัง และ

(2) การตีความทางภาวะวิสัย (Objective Theory) ซึ่งเป็นการตีความที่มุ่งหาความหมายของสัญญาจากสภาพหรือข้อเท็จจริงอย่างอื่นที่แน่นอนที่อยู่นอกเหนือตัวผู้ทำสัญญา[10] เช่น ตีความโดยหลักการรักษาสัญญา คือ การตีความเพื่อพยายามรักษานิติสัมพันธ์ตามสัญญาไว้มากกว่าทำลายนิติสัมพันธ์นั้นเสีย รวมถึงการตีความตามปกติประเพณีหรือการตีความเพื่อความยุติธรรม

หลักเกณฑ์การตีความสัญญาที่กำหนดไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ หลักการตีความการแสดงเจตนาและสัญญา และหลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ที่ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้

<u>หลักการตีความการแสดงเจตนาและสัญญา</u>

ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักเรื่องการตีความสัญญาไว้ในมาตรา 368 ซึ่งบัญญัติว่า สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย และเนื่องจากสัญญาเป็นนิติกรรมชนิดหนึ่งซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญา จึงต้องอาศัยหลักการตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 171 ประกอบด้วย[11] โดยมาตรา 171 บัญญัติว่า ในการตีความการแสดงเจตนานั้น ให้เพ่งเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนตามตัวอักษร โดยการค้นหาเจตนาที่แท้จริงตามมาตรา 171 นั้นไม่ใช่การค้นหาเจตนาแท้จริงที่อยู่ภายในใจ เพราะเจตนาที่อยู่ภายในนั้นไม่มีใครล่วงรู้ได้และเจตนาที่อยู่ภายในอาจไม่ตรงกับเจตนาที่แสดงออกก็ได้ ดังนั้น การค้นหาเจตนาที่แท้จริง จึงหมายถึงเจตนาที่แท้จริงภายในที่ปรากฏอยู่ในเจตนาที่แสดงออกมา[12]

ดังนั้น จากการปรับใช้หลักการตีความสัญญาตามมาตรา 368 และมาตรา 171 อาจกล่าวได้ว่า สัญญา คือ ข้อตกลงที่เขียนเป็นลายลักษณ์อักษร รวมถึงประเพณีทางการค้าและข้อตกลงที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

---

[9] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, <u>คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา</u>, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2559), หน้า 384.

[10] เรื่องเดียวกัน,

[11] เรื่องเดียวกัน, หน้า 385.

[12] เรื่องเดียวกัน,

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่แสดงว่าในกรณีที่มีการกำหนดสิทธิหน้าของคู่สัญญาไว้แล้วในสัญญา ศาลอาจตีความเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาให้ต่างไปจากถ้อยคำตามตัวอักษรได้ โดยอาศัยการพิจารณาเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญา และปกติประเพณีทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5674/2545

โจทก์ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับที่ดิน เคยทำสัญญาซื้อขายและจัดสรรที่ดินมาแล้วหลายแห่ง ในทางปฏิบัติและตามปกติประเพณีของการซื้อที่มีราคาสูง หากผู้จะซื้อที่ดินจะต้องออกตั๋วสัญญาใช้เงินเพื่อชำระราคาที่ดินล่วงหน้า ผู้ออกตั๋วสัญญาใช้เงินนั้นจะต้องให้ธนาคารอาวัลตั๋วสัญญาใช้เงินด้วย ประเพณีเช่นว่ามีแม้ไม่ได้เขียนไว้ในสัญญาก็ต้องถือว่าเป็นข้อตกลงที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติโดยปริยาย จึงน่าเชื่อว่าโจทก์กับจำเลยมีเจตนาให้ธนาคารอาวัลตั๋วสัญญาใช้เงินในคดีนี้ด้วย แม้สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาทจะไม่ได้ระบุไว้ก็ตาม เมื่อโจทก์ออกตั๋วสัญญาใช้เงินชำระราคาที่ดินพิพาทให้แก่จำเลยโดยไม่มีอาวัลของธนาคาร จำเลยย่อมมีสิทธิปฏิเสธไม่ยอมรับชำระหนี้ด้วยตั๋วสัญญาใช้เงินได้ กรณีถือไม่ได้ว่าจำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา โจทก์จึงเรียกค่าเสียหายจากจำเลยไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5911/2544

โจทก์ส่งมอบเครื่องคอมพิวเตอร์ให้แก่จำเลยตามสัญญาซื้อ ซึ่งถ้าพิจารณาเฉพาะข้อความตามสัญญาซื้อขายแล้วจะเห็นว่าโจทก์จะต้องรับผิดชอบในการส่งมอบเครื่องคอมพิวเตอร์และติดตั้งให้แล้วเสร็จจนกว่าจะใช้งานได้รวมถึงการติดตั้งระบบสายสัญญาณและระบบไฟฟ้าจนกว่าจะทดลองเครื่องคอมพิวเตอร์จนใช้งานได้ด้วย แต่ต่อมาจำเลยได้ทำหนังสือจ้างโจทก์ให้ติดตั้งระบบสายสัญญาณและสายไฟฟ้าสำหรับติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์ จึงทำให้เห็นเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่สัญญาได้ว่า ตามสัญญาซื้อขายนั้นมีความหมายเพียงโจทก์จะต้องส่งมอบเครื่องคอมพิวเตอร์แล้วนำมาติดตั้งคือการมาตั้งเครื่องและเชื่อมโยงต่อเครื่องเข้ากับระบบสายสัญญาณและสายไฟฟ้าที่ฝ่ายจำเลยจะต้องทำเตรียมไว้ให้พร้อม ซึ่งโจทก์และจำเลยเคยทำสัญญาซื้อขายให้ติดตั้งเครื่องคอมพิวเตอร์ในลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาในคดีนี้ โดยจำเลยต้องว่าจ้างโจทก์ให้ติดตั้งระบบสัญญาณและระบบไฟฟ้า เมื่อโจทก์ส่งมอบแล้วติดตั้งให้ทดลองล่าช้าจำเลยก็มิได้ปรับโจทก์แต่ประการใดจึงทำให้เห็นเจตนารมณ์ของคู่สัญญาได้ชัดเจนขึ้นว่ามีการทำสัญญาซื้อขายโดยไม่ได้รวมถึงการติดตั้งระบบสัญญาณและระบบไฟฟ้าเมื่อโจทก์ได้ส่งมอบเครื่องคอมพิวเตอร์ภายในกำหนดสัญญาจึงมิใช่เป็นฝ่ายผิดสัญญา จำเลยจึงมิอาจหักค่าปรับตามสัญญาซื้อขาย

<u>หลักการตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ที่ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้</u>

เป็นไปตามมาตรา 11 ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะต้องเป็นผู้เสียในมูลหนี้นั้น ซึ่งโดยถ้อยคำของบทบัญญัติเองทำให้มีปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ คำว่า “ผู้ที่ต้องเสียในมูลหนี้” มีความหมายกว้างแคบเพียงใด โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกา

หลายฉบับวินิจฉัยว่า หมายถึง ลูกหนี้ในมูลหนี้นั้น และการตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ที่จะต้องเสียในมูลหนี้ คือให้ตีความไปในทางที่จะให้มีความรับผิดน้อย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 939/2501 สัญญากู้กำหนดวันใช้เงินไว้ แต่มีสัญญาซื้อขายรถยนต์ กำหนดว่าเงินกู้รายนี้ให้คืนเมื่อผู้ให้กู้โอนทะเบียนรถยนต์แก่ผู้กู้แล้ว 60 วัน ต้องถือตามวันที่เป็นคุณแก่ลูกหนี้ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5277/2540 ข้อความในสัญญาเช่าที่ได้กำหนดไว้ถือว่าเป็นความตกลงพิเศษแสดงให้เห็นเจตนาของคู่สัญญา และตีความให้เป็นคุณแก่ผู้เช่าผู้เป็นลูกหนี้ ซึ่งถือเป็นผู้เสียหายในมูลหนี้ เป็นต้น ซึ่งหากจำกัดการตีความเพียงเท่านี้ ในกรณีของสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้กำหนดข้อสัญญามีฐานะเป็นลูกหนี้ ก็จะถือว่าเป็นผู้เสียในมูลหนี้ได้ ต่อมาจึงมีการให้ความหมายของผู้ที่ต้องที่เสียในมูลหนี้ โดยเฉพาะในสัญญาประกันภัย ครอบคลุมถึงคู่สัญญาฝ่ายที่เสียเปรียบ เพราะการอยู่ในฐานะจำยอมโดยไม่สามารถต่อรองในมูลหนี้ได้ เนื่องมาจากฐานะทางเศรษฐกิจหรือเทคนิคที่ด้อยกว่า[13] เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 5085/2558 ข้อยกเว้นที่จะไม่ต้องรับผิด ต้องตีความโดยเคร่งครัดว่าย่อมหมายถึงเฉพาะความสูญเสียหรือความเสียหายอันเกิดจากการบาดเจ็บทางร่างกายที่ผู้เอาประกันภัยมิได้เสียชีวิต การที่ผู้ตายถึงแก่ความตายเพราะถูกฆาตกรรมจึงไม่เข้าข้อยกเว้นความรับผิดของจำเลยตามตารางกรมธรรม์ จำเลยจึงต้องรับผิดชำระเงินให้แก่โจทก์ เป็นต้น ซึ่งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 บัญญัติการตีความสัญญาสำเร็จรูปไว้ตามมาตรา 4 วรรค 2 ดังนี้ “ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น” ดังนี้ ในการตีความสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะของสัญญาสำเร็จรูป เช่น สัญญา shrink-wrap จะต้องตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายผู้ใช้งานมากกว่าฝ่ายผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

ปัญหาการตีความสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดให้ศาลตีความสัญญาเพื่อค้นหาเจตนาอันแท้จริงและตีความให้เป็นคุณแก่ผู้ที่ต้องเสียเปรียบในมูลหนี้ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าข้อความในสัญญาชัดเจนอยู่แล้ว ศาลจะไม่ตีความถ้อยคำในสัญญาตามเจตนาของคู่สัญญาอีก ดังเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3325/2548 การตีความการแสดงเจตนาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 171 นั้น หมายถึงกรณีนิติกรรมที่ทำกันไว้มีข้อความไม่ชัดแจ้ง หรือมีข้อความขัดแย้งกัน หรืออาจแปลความหมายได้เป็นหลายนัย แต่ถ้าข้อความในสัญญาชัดเจนแล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นอย่างใดที่จะต้องตีความการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอีก คดีนี้จำเลยกู้ยืมเงินโจทก์และนำที่ดินมาทำสัญญาจำนองไว้กับโจทก์ และหนังสือสัญญาจำนองมีข้อความระบุว่า "ผู้จำนองตกลงจำนองที่ดินแก่ผู้รับจำนอง เพื่อเป็นประกันหนี้ของตนเองที่มีต่อผู้รับจำนอง และคู่สัญญาตกลงให้ถือสัญญาจำนองนี้เป็น

---

[13] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, หน้า 73.

หลักฐานการกู้ยืมด้วย เป็นจำนวนเงิน 48,000 บาท โดยให้ดอกเบี้ยเป็นจำนวนเงินร้อยละ 15 ต่อปี การที่ศาลชั้นต้นนำข้อความอื่นนอกเหนือจากข้อตกลงในสัญญาดังกล่าวมาใช้แปลเจตนาของคู่สัญญาในทำนองเป็นที่สงสัยว่าโจทก์ตกลงคิดดอกเบี้ยเอาจากจำเลยหรือไม่นั้น ไม่ต้องด้วยการตีความการแสดงเจตนาเพราะข้อความในสัญญาชัดแจ้งแล้ว ที่ศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าโจทก์ให้จำเลยกู้ยืมเงินโดยไม่คิดดอกเบี้ยจึงเป็นการไม่ชอบ

ดังนี้ จะเห็นได้ว่าแม้กฎหมายจะเปิดช่องให้ศาลสามารถตีความสัญญาเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาแก่คู่สัญญาแม้ว่าสิทธิหน้าที่นั้นจะไม่ปรากฏในสัญญาซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษร แต่หากศาลเห็นว่าสิทธิหน้าที่ของสัญญากำหนดมาชัดเจนเพียงพอแล้วไม่มีความจำเป็นต้องตีความสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะเป็นอย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับถ้อยคำตามสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ

จากการศึกษาพบว่ามีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15016/2558 วินิจฉัยว่า สัญญาการให้สิทธิและการบริการทั้งสองฉบับ เป็นสัญญาที่โจทก์อนุญาตให้จำเลยใช้ซอฟต์แวร์ระบบบริหารจัดการโรงแรมโดยจำเลยยินยอมจ่ายค่าตอบแทน ดังนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์และจำเลยจึงเป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่งซึ่งมีผลผูกพันคู่สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 ไม่ใช่สัญญาซื้อขาย จำเลยจึงไม่อาจยกเหตุที่ทรัพย์สินซึ่งซื้อขายชำรุดบกพร่องมาเป็นเหตุปฏิเสธไม่ชำระเงินแก่โจทก์ได้ สำหรับวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นปรากฏข้อความในตอนต้นของสัญญาการให้สิทธิและบริการว่า จำเลยประสงค์จะได้รับการจัดหา การติดตั้ง การบำรุงรักษา และสิทธิการใช้ระบบบริหารโรงแรมตามที่ระบุในภาคผนวก ก (Appendix A) ซึ่งคือระบบซอฟต์แวร์ทั้งสี่ระบบ เมื่อโจทก์ได้จัดหา ติดตั้ง บำรุงรักษา และให้สิทธิจำเลยใช้ระบบซอฟต์แวร์ทั้งสี่ระบบตามสัญญาแล้ว ถือว่าโจทก์ได้ปฏิบัติการชำระหนี้ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาการให้สิทธิและการบริการ ซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทนในส่วนของตนแล้ว จำเลยจึงมีหน้าที่ต้องชำระราคาสัญญาซึ่งคือราคาเสนอขายที่ระบุอยู่ตามภาพผนวก ก ให้แก่โจทก์ อุทธรณ์ของจำเลยในข้อนี้ฟังไม่ขึ้น

จากคำพิพากษาจะเห็นได้ว่า ศาลวินิจฉัยว่าหน้าที่ในการจัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญาไม่ใช่สัญญาซื้อขาย ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจึงไม่มีหน้าที่ในการประกันความชำรุดบกพร่องของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญา และศาลไม่ได้มีการตีความข้อสัญญาเพื่อวินิจฉัยสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาแต่อย่างใด ทำให้ผู้รับอนุญาตในคดีนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเมื่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญามีความชำรุดบกพร่อง

ผู้เขียนเห็นว่า การวินิจฉัยสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาโดยอาศัยเพียงข้อสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น โดยไม่ได้มีการตีความสัญญาเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ซึ่งเหมาะสมกับเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาจะก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมในกรณีของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบ

mass marketing license ซึ่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมักจะเป็นผู้กำหนดเนื้อหาของสัญญาทั้งหมดและผู้รับอนุญาตไม่มีอำนาจในการต่อรองแก้ไขเนื้อหาของสัญญาแต่อย่างใด โดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถกำหนดข้อสัญญาเรื่องคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เพียงว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะสามารถใช้งานฟังก์ชั่นที่กำหนดไว้ในเอกสาร[14] ซึ่งหากตีความตามตัวอักษรแล้ว หากโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีฟังก์ชั่นการทำงานครบตามที่ระบุไว้ แม้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีบั๊กที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้งาน ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก็ไม่ต้องรับผิด จึงไม่เป็นธรรมต่อผู้รับอนุญาต โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาประเภทอื่นที่มีลักษณะในความเป็นจริงใกล้เคียงกันอย่างสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของ ซึ่งมีบทบัญญัติให้ผู้ขายหรือผู้รับจ้างต้องรับผิดในความชำรุดบกพร่องของทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาด้วย

3.1.2.2 มาตรฐานการชำระหนี้

ในการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากกำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ในการรับประกันคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วยแล้ว ปัญหาที่สำคัญ คือ หนี้ตามสัญญาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกรณีนี้ เป็นหนี้ที่ต้องกระทำการให้สำเร็จหรือเป็นหนี้หรือเป็นหนี้กระทำให้ถึงผลในระดับอันควร

เมื่อมีหนี้เกิดขึ้นแล้ว ผลที่เกิดตามมาอันเป็นผลธรรมดาของหนี้ คือ การที่ลูกหนี้มีความผูกพันจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติการชำระหนี้ไว้ใน มาตรา 208 ซึ่งบัญญัติว่า การชำระหนี้จะให้สำเร็จผลเป็นอย่างใด ลูกหนี้จะต้องขอปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้เป็นอย่างนั้นโดยตรง กล่าวคือ การปฏิบัติการชำระหนี้จะต้องถูกต้องตรงตามหน้าที่ที่ลูกหนี้ต้องทำทุกประการ[15] ซึ่งผลของการปฏิบัติการชำระหนี้ที่สมบูรณ์ คือ การทำให้หนี้ระงับไปด้วยการชำระหนี้ในกรณีที่เจ้าหนี้ยอมรับชำระหนี้นั้น แต่ถ้าหากลูกหนี้ได้ขอปฏิบัติการชำระหนี้ต่อเจ้าหนี้โดยชอบแล้ว เจ้าหนี้ไม่ยอมรับการชำระหนี้ จะมีผลคือลูกหนี้จะหลุดพ้นจากบรรดาความรับผิดทั้งหลายอันสืบเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ และเมื่อลูกหนี้มีความผูกพันจะต้องชำระหนี้ การไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องตรงตามหน้าที่ที่ลูกหนี้ต้องทำทุกประการ ย่อมก่อผลในทางกฎหมายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้นั้น

สภาพความรับผิดในหนี้กระทำการต่าง ๆ จึงสามารถแยกหนี้กระทำการที่ลูกหนี้จะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้เป็น 2 ประเภท คือ หนี้ให้กระทำจนถึงผลสำเร็จ และหนี้ให้

---

[14] ภาคผนวก 1 ตัวอย่างสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ : Section 5 Limited Warranty and Disclaimers

[15] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2557), หน้า 175.

กระทำถึงผลในระดับอันควร[16] หนี้ประเภทแรกเป็นกรณีที่การกระทำการ ได้กำหนดไว้เป็นที่แน่นอนว่าหน้าที่ที่ลูกหนี้จะต้องกระทำนั้นต้องกระทำจนถึงผลสำเร็จของกิจการนั้น ๆ เช่น ในสัญญาซื้อขายที่ผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบของให้ถูกต้องครบถ้วนไม่ชำรุดบกพร่องตามที่ตกลงในสัญญา เป็นต้น ส่วนหนี้ประเภทหลัง เป็นกรณีที่ลูกหนี้จะต้องกระทำกิจการงานขนาดที่ควรจะเป็นไปได้ในระดับอันควร ด้วยความระมัดระวังเอาใจใส่ตามความรู้ความสามารถของตนในวิชาชีพนั้น เช่น การรักษาคนไข้ของแพทย์ การว่าความของทนายความ เป็นต้น โดยการแยกหนี้กระทำการมีผลในการพิจารณาความรับผิดของลูกหนี้ เนื่องจากหากเป็นหนี้ประเภทต้องการผลสำเร็จ ลูกหนี้ต้องรับผิดเมื่อการกระทำชำระหนี้ไม่ถึงผลสำเร็จที่กำหนดไว้ตามสัญญา เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการชำระหนี้นั้นเป็นพ้นวิสัย และการพ้นวิสัยนั้นไม่ใช่ความผิดของลูกหนี้ ส่วนหนี้ประเภทให้กระทำถึงผลในระดับอันสมควรนั้น ลูกหนี้จะต้องรับผิดต่อเมื่อไม่ได้กระทำไปตามความรู้ความสามารถในวิชาชีพของตน โดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่ตามควรแก่การปฏิบัติหน้าที่ ของผู้มีวิชาชีพ ซึ่งจะต้องเป็นความระมัดระวังที่สูงกว่าของคนปกติธรรมดาทั่วไป

กรณีที่วัตถุแห่งหนี้เป็นหนี้เป็นหนี้กระทำการ และเป็นหนี้ให้กระทำถึงผลในระดับอันควร เพียงแค่การใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่ตรงตามมาตรฐานของวิชาชีพในเรื่องนั้น ระหว่างการชำระหนี้ก็เพียงพอที่จะถือว่ามีการชำระหนี้ต้องตรงตามความประสงค์แห่งมูลหนี้แล้ว แม้ผลของการชำระหนี้ที่ออกมาจะไม่ตรงตามความประสงค์ของเจ้าหนี้ เช่น การจ้างทนายความ แค่ทนายความว่าความแพ้คดียังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้[17] การชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ในกรณีเช่นนี้จะเกิดเมื่อลูกหนี้มิได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดมาตรฐานการใช้ความระมัดระวังในสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาฝากทรัพย์ กำหนดมาตราฐานการรับฝากทรัพย์ไว้ตามมาตรา 659 ว่าถ้าเป็นการรับฝากแบบให้เปล่าต้องใช้ความระมัดระวังในระดับเดียวกับที่ใช้ในกิจการของตนเอง แต่ถ้ามีค่าฝาก ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างวิญญูชน และถ้าผู้รับฝากเป็นผู้มีวิชาชีพ ต้องใช้ความระมัดระวังเท่าที่สมควรต้องใช้ในกิจการหรือวิชาชีพนั้น เป็นต้น แต่มิได้มีกำหนดมาตรฐานทั่วไปของการใช้ความระมัดระวังในชำระหนี้ไว้ รวมทั้งในเอกเทศสัญญาบางอย่างก็มิได้มีกำหนดไว้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น ตามสัญญาจ้างทำของก็กำหนดเพียงแค่ผู้รับจ้างต้องทำงานที่จ้างจนสำเร็จ จึงเกิดปัญหาว่าหากทำงานสำเร็จแล้วแต่เกิดความเสียหายขึ้นระหว่างการทำงาน เพราะความประมาทเลินเล่อ ผู้รับจ้างต้องรับผิดตามมาตรา 215 เพราะชำระหนี้ไม่ต้องตรงตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ด้วยหรือไม่ กรณีเช่นนี้

---

[16] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายหนี้ หลักทั่วไป, หน้า 20.

[17] ศุภกาญจน์ ปรีชา, "การชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 42.

อาจต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 แทน[18]

ดังนี้ ในกรณีของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากหนี้ตามสัญญาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหนี้กระทำจนถึงผลสำเร็จ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดเมื่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่เป็นไปตามสัญญาไม่ว่า การที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่เป็นไปตามสัญญานั้นจะเป็นเพราะความผิดของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิหรือไม่ แต่หากหนี้ตามสัญญาเป็นหนี้กระทำให้ถึงผลในระดับอันควร ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องรับผิดต่อเมื่อปรากฏว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งมาตรฐานการชำระหนี้ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในประเทศไทย ในปัจจุบันยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอจะกำหนดได้ว่าเป็นมาตรฐานในระดับใด

<u>สรุป</u> สิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายไทยโดยหลักย่อมเป็นไปตามกฎหมายลักษณะหนี้ โดยเจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ต้องตรงตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ ปัญหาสำคัญในการพิจารณาสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ คือ วัตถุแห่งหนี้ที่ลูกหนี้ต้องชำระแก่เจ้าหนี้ตามสัญญาคืออะไร เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้มีกฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ การกำหนดวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาจึงต้องอาศัยการตีความสัญญาโดยศาล

ในส่วนต่อไปจะกล่าวถึง ข้อจำกัดการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาโดยอาศัยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ว่าเมื่อมีการกำหนดสิทธิหน้าที่โดยกฎหมายแล้ว คู่สัญญาจะสามารถใช้เสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อจำกัดสิทธิหน้าที่ของตนตามกฎหมายได้หรือไม่ อย่างไร และข้อจำกัดดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อย่างไร

3.2 การจำกัดผลของข้อสัญญา

หลักการพื้นฐานของสัญญาในระบบกฎหมายไทย ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นหลักการพื้นฐานของการทำนิติกรรมสัญญาระหว่างบุคคล เมื่อคู่สัญญาแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญาแล้ว ก็จะเกิดความผูกพันระหว่าง

---

[18] เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

คู่สัญญาตามเจตนาที่ได้ให้ไว้ โดยกฎหมายรับรองให้มีผลบังคับใช้เสมือนกฎหมายระหว่างคู่สัญญา[19] แม้แต่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดถึงรายละเอียดของสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่ควรจะต้องมีระหว่างกันในแต่ละประเภทของสัญญาไว้แล้ว ซึ่งรายละเอียดของสิทธิและหน้าที่ในบางกรณีกฎหมายกำหนดไว้เป็นเพียงข้อสันนิษฐานในเบื้องต้นว่าควรจะเป็นเช่นนั้นถ้าจะมีสัญญานั้น ๆ เกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้ถ้าคู่สัญญาใดต้องการตกลงเป็นอย่างอื่นต่างจากที่กฎหมายกำหนดก็อาจทำได้ หากบทบัญญัตินั้นไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 ได้บัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนว่า การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล อาจถูกจำกัดได้ โดยหลักที่ว่าสัญญาจะก่อหนี้ผูกพันบังคับกันได้ตามกฎหมายก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับระเบียบแห่งสังคม ซึ่งคำนึงถึงผลประโยชน์ของสังคมเป็นหลัก[20] ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติที่ห้ามไม่ให้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นที่ต้องห้ามโดยชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 150 และบทบัญญัติอื่น ๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งในสัญญารับขน (มาตรา 625) การคิดดอกเบี้ยทบต้นในระหว่างผิดนัด (มาตรา 224 วรรค 2) เป็นต้น

ในปัจจุบัน นอกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้มีการตรากฎหมายที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจและความรู้ด้อยกว่า ที่สำคัญได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ที่กำหนดให้การมีผลบังคับของข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่กำหนดให้ธุรกิจตามประกาศของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเป็นธุรกิจควบคุมสัญญา กฎหมายที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองฝ่ายที่อ่อนแอเช่นนี้ ย่อมถือเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันเปลี่ยนแปลงหรือยกเว้นสิทธิและหน้าที่ที่คู่สัญญามีระหว่างกันตามกฎหมายดังกล่าวได้

ดังนี้ โดยหลัก คู่สัญญาสามารถตกลงกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาด้วยกันตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แตกต่างไปจากสิทธิหน้าที่ที่กำหนดโดยกฎหมายได้ แต่ข้อตกลงนั้นอาจจะถูกจำกัดหรือไม่อาจใช้บังคับได้ ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

---

[19] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 239.

[20] ดาราพร ถิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, หน้า 52.

3.2.1 หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นสัญญาที่มีสาระสำคัญคือการอนุญาตให้ใช้สิทธิ (license grant) ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ภายใต้เงื่อนไขการใช้งานที่เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ให้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนด เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญาคือการอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญา โดยกฎหมายจะเข้ามารับรองให้ผลของสัญญาเป็นไปตามรายละเอียดของสิทธิหน้าที่ระหว่างกันที่กำหนดโดยเจตนารมณ์ของคู่สัญญานั้น อย่างไรก็ดีการกำหนดขอบเขตตามกฎหมายของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ยังคงอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยหนี้และสัญญารวมทั้งกฎหมายอื่นที่จำกัดเสรีภาพในการทำสัญญา ข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาจึงอาจถูกจำกัดหรือตกเป็นโมฆะได้โดยผลของกฎหมาย แต่ไม่ได้ทำให้สัญญาทั้งฉบับต้องเสียไปตามหลักโมฆะแยกส่วน ตามมาตรา 173[21]

3.2.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เป็นกฎหมายอีกฉบับที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ ในลักษณะการควบคุมล่วงหน้าโดยตรวจสอบเนื้อหาสาระสำคัญของสัญญาก่อนที่จะมีการเข้าทำสัญญา โดยการกำหนดให้ธุรกิจบางประเภทจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมในเรื่องสัญญาจากคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคว่าด้วยสัญญา

เมื่อธุรกิจถูกควบคุมสัญญาตามประกาศของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา จะมีผลทำให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นจะต้องกำหนดเนื้อหาของสัญญาตามแนวทางที่ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 35 ทวิ วรรค 2 ได้แก่

(1) ต้องมีข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้นจะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร และ

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด

นอกจากนี้ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้ โดยหากสัญญาใดไม่ใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญา

---

[21] มาตรา 173 ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่าคู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้

ดังกล่าวแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้น แล้วแต่กรณี[22]

ธุรกิจที่จะต้องถูกควบคุมสัญญา ได้แก่ ธุรกิจขายสินค้าหรือบริการที่มีกฎหมายหรือปกติประเพณีกำหนดให้สัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการต้องทำเป็นหนังสือ และ การประกอบธุรกิจนั้นจะต้องเข้าลักษณะหนึ่งลักษณะใดดังต่อไปนี้[23]

(1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

(2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย

(3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือผู้บริโภค ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ และความสันทัดจัดเจน

ดังนี้ จะเห็นได้ว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อาจเป็นสัญญาที่ถูกควบคุมเนื้อหาของสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ได้ เนื่องจากเข้าข่ายเป็นธุรกิจบริการ ที่มาตรา 2 ให้นิยามว่า การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น และมีปกติประเพณีกำหนดให้สัญญาต้องทำเป็นหนังสือ รวมทั้งเป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปโดยแพร่หลาย และฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค

อย่างไรก็ดี ธุรกิจที่จะถือเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาได้ จะต้องมีการประกาศจากคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาเสียก่อน ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีการประกาศให้ธุรกิจเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นธุรกิจควบคุมสัญญาแต่อย่างใด สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

[22] มาตรา 35 ตรี เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องใช้ข้อสัญญาใดหรือต้องใช้ข้อสัญญาใดโดยมีเงื่อนไขในการใช้ข้อสัญญานั้นด้วยตามมาตรา35ทวิ แล้ว ถ้าสัญญานั้นไม่ใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้น แล้วแต่กรณี

มาตรา 35 จัตวา เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องไม่ใช้ข้อสัญญาใดตามมาตรา 35 ทวิ แล้ว ถ้าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้น

[23] พระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนด ธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ.2542 ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 116 ตอน 92 ก วันที่ 5 ตุลาคม 2542

3.2.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เกิดจากความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมเศรษฐกิจของประเทศไทย ทำให้มีการทำสัญญาใหม่ขึ้นมากมายในลักษณะที่คู่สัญญามีอำนาจการต่อรองหรือเจรจาทำสัญญาที่ไม่เท่าเทียมกัน ฝ่ายที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจเหนือกว่าจึงอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญในทางวิชาชีพและช่องทางกฎหมายคือหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีความอ่อนแอกว่า จึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นในสังคมไทย มุ่งหมายใช้บังคับกับสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันเอง หรือระหว่างหน่วยงานรัฐกับเอกชน โดยมีหลักกการที่สำคัญคือการคุ้มครองผู้อ่อนแอกว่าให้ไม่ต้องรับผลที่ไม่เป็นธรรมเกิดจากสัญญาเมื่อสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว ด้วยการให้ศาลใช้ดุลพินิจปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้[24] โดยที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้เฉพาะกับสัญญาบางประเภท จึงเป็นกฎหมายพิเศษและเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยซึ่งผู้เกี่ยวข้องไม่อาจตกลงแก้ไขหรือยกเว้นให้ต่างไปได้ ตามที่มาตรา 11 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ข้อสัญญาที่มิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน แก่สัญญาดังต่อไปนี้ จะตกเป็นโมฆะ

ข้อสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อาจแบ่งได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ (1) ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม และ (2) ข้อสัญญายกเว้นและจำกัดความรับผิด

3.1.3.1 ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

เป็นไปตามมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่า “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น” โดยผลของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมคือศาลมีอำนาจในการปรับลดผลของสัญญาลงเหลือเพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณี ซึ่งการวินิจว่าเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและสมควรแก่กรณีมาตรา 10 กำหนดให้ ศาลต้องวินิจฉัยโดยพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวงรวมถึง

(1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

---

[24] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 502.

(3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ข้อสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้บังคับและทำให้ศาลมีอำนาจในการปรับผลของสัญญาจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ส่วน ได้แก่

1. เป็นข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือสัญญาสำเร็จรูป หรือสัญญาขายฝาก ซึ่งเป็นสัญญาที่โดยปกติแล้วคู่สัญญาจะมีความไม่เท่าเทียมกันในการใช้เสรีภาพตกลงกำหนดรายละเอียดในข้อสัญญา จึงทำให้ฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าสามารถกำหนดข้อสัญญาเอาเปรียบผู้ที่อ่อนแอกว่าได้ ดังรายละเอียดดังต่อไปนี้

<u>สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ</u>

มาตรา 3 ได้ให้ความหมายของ ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพว่า “ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขาย ผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใด เพื่อจัดให้ซึ่งทรัพย์สิน บริการหรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้า ทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางการค้าปกติของตน” และให้ความหมายของผู้บริโภคว่า “ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปโดยมิใช้เพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้ำประกันของบุคคลดังกล่าว ซึ่งมิได้กระทำเพื่อการค้าด้วย”

การที่พระราชบัญญัติกำหนดให้สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 4 ที่ศาลอาจวินิจฉัยปรับลดผลของข้อสัญญาได้ เนื่องมาจากผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ย่อมมีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับสัญญาที่ตนต้องทำต่อผู้บริโภคจำนวนมาก ทั้งยังเป็นฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าผู้บริโภคซึ่งขาดความรู้ขาดประสบการณ์ จึงยอมตกลงตามข้อเสนอของผู้ประกอบธุรกิจด้วยข้อตกลงที่ตนรู้เท่าไม่ถึงการณ์ได้[25]

<u>สัญญาสำเร็จรูป</u>

มาตรา 3 ได้ให้ความหมายของสัญญาสำเร็จรูปไว้ว่า “สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน” สัญญาสำเร็จรูปไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภค แม้ว่าโดยปกติสัญญาสำเร็จรูปมักเกิดระหว่างผู้ประกอบธุรกิจหรือวิชาชีพที่มีอำนาจเหนือกว่าคู่สัญญา เป็นผู้กำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้ล่วงหน้า สัญญาสำเร็จรูปมี

---

[25] เรื่องเดียวกัน, หน้า 508.

ลักษณะที่ไม่เป็นธรรมในตัวเองเพราะคู่สัญญาอีกฝ่ายมีเสรีภาพเพียงเลือกว่าจะทำสัญญาหรือไม่ทำ จึงเสมือนไม่มีเสรีภาพ จึงทำให้ฝ่ายที่กำหนดเนื้อหาสามารถกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบอีกฝ่ายได้ ดังนั้น มาตรา 4 วรรค 2 จึงกำหนดให้ต้องตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายที่มิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

สัญญาขายฝาก

สัญญาขายฝากคือสัญญาซื้อขายที่มีข้อตกลงตั้งแต่ตอนทำสัญญาว่าผู้ขายสามารถไถ่ทรัพย์สินที่ขายคืนได้[26] สัญญาขายฝากทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกเป็นของผู้ซื้อฝากที่มักเป็นผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าผู้ขายฝากที่มักจะเป็นเกษตรผู้ยากไร้ ซึ่งไม่สามารถหาเงินมาโดยวิธีอื่นและยากที่จะหาเงินมาไถ่คืนทรัพย์สินที่ขายฝากไว้ได้ จึงทำให้คู่สัญญาไม่ได้มีเสรีภาพในการทำสัญญาที่เท่าเทียมกันอย่างแท้จริง[27] จึงมีการกำหนดให้สัญญาขายฝากเป็นหนึ่งในสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของสัญญาพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 เพื่อให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณาว่าข้อสัญญามีความเป็นธรรมหรือไม่

2. ข้อตกลงในสัญญาทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร

ข้อตกลงเช่นใดที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร ศาลสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีได้ โดยพระราชบัญญัติได้กำหนดตัวอย่างของข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ในมาตรา 4 วรรค 3 ได้แก่ ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เช่น

(1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
(2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
(3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
(4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
(5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา

---

[26] มาตรา 491 อันว่าขายฝากนั้น คือสัญญาซื้อขายซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปยังผู้ซื้อ โดยมีข้อตกลงกันว่าผู้ขายอาจไถ่ทรัพย์นั้นคืนได้

[27] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา, หน้า 510.

(6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินไถ่สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี

(7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

(8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่ผิดนัดหรือที่เกี่ยวเนื่องกับการผิดนัดชำระหนี้

(9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

ข้อตกลงตามมาตรา 4 วรรค 3 เป็นเพียงตัวอย่างข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ไม่ถือเป็นเด็ดขาดว่าถ้าเป็นข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวจะถือว่าไม่เป็นธรรมในทุกกรณี โดยศาลจะต้องพิจารณาว่าเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ โดยพิเคราะห์ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 10[28]

3.1.3.2 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากสัญญาไว้ดังต่อไปนี้

1. ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ

ในสัญญาที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินแก่ผู้บริโภค เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์สิน เป็นต้น และเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภค จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิไม่ได้[29] โดยบทบัญญัติในข้อนี้ถือเป็นบทบังคับเด็ดขาด และมีผลเป็นการยกเว้นมาตรา 483 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งให้อนุญาตให้มีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อการชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิในสัญญาซื้อขาย รวมถึงในสัญญาอื่นที่ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องมาบังคับใช้โดยอนุโลมด้วย เฉพาะในสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภค เว้นแต่ในกรณีผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา และข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

---

[28] มาตรา 4 วรรค 4 ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม

[29] มาตรา 6 สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะ มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

2. ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ[30]

ในกรณีที่มีข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น ที่เกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของคู่สัญญา ข้อสัญญานั้นจะใช้บังคับไม่ได้ตามมาตรา 8 แต่ถ้าเป็นข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากนี้ และนอกจากกรณีที่ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ เช่น ข้อตกลงทำไว้ล่วงหน้ายกเว้นไม่ให้ลูกหนี้ต้องรับผิดเพื่อกลฉ้อฉลหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน ตามมาตรา 373 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

3.1.3.3 ผลของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ในฐานะข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ได้ใน 2 ลักษณะ ได้แก่ กรณีที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาขึ้นในเชิงพาณิชย์โดยผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ทำขึ้นระหว่างผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับผู้รับอนุญาตที่เข้าลักษณะเป็นผู้บริโภค สัญญานั้นก็จะเข้าข่ายเป็นสัญญาระหว่างผู้ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ และในอีกกรณีหนึ่ง คือเป็นสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้บังคับในฐานะเป็นสัญญาสำเร็จรูป ที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นผู้ร่างข้อตกลงเตรียมไว้ล่วงหน้า ซึ่งพบในสัญญารูปแบบ mass-marketing license ไม่ว่าผู้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิจะมีสถานะเป็นผู้บริโภคหรือไม่

อย่างไรก็ดี แม้ว่าข้อสัญญาตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามสัญญาอาจเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ซึ่งศาลอาจจำกัดผลของข้อสัญญาให้เป็นธรรมแก่คู่กรณีได้ แต่ผู้อนุญาตจะมีความรับผิดตามสัญญาได้ ก็ต่อเมื่อผู้อนุญาตกระทำผิดหน้าที่ตามสัญญาโดยการไม่ชำระหนี้ หรือชำระหนี้ไม่ต้องตรงตามประสงค์แห่งมูลหนี้ ดังนี้ ในกรณีที่สัญญาไม่ได้ก่อหนี้ให้แก่ผู้อนุญาต ผู้อนุญาตก็จะไม่ต้องรับผิดตามสัญญา ไม่ว่าข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ ดังนี้ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นกฎหมายที่

---

[30] มาตรา 8 ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศหรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็น โมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

จำกัดผลของข้อสัญญาที่มีอยู่แล้ว แต่ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญานอกเหนือไปจากที่คู่สัญญาตกลงกันไว้แต่อย่างใด ดังนั้น การปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพื่อคุ้มครองผู้รับอนุญาต จึงต้องยึดโยงกับการกำหนดหน้าที่ตามสัญญาของผู้อนุญาตเป็นสำคัญ

สำหรับความรับผิดที่เกิดจากความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิ มาตรา 6 กำหนดให้ใช้บังคับเฉพาะในสัญญาที่มีการชำระหนี้โดยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภคเท่านั้น โดยที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เป็นสัญญาที่มีสาระสำคัญคือการอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ปัญหาว่าการชำระหนี้ตามสัญญารวมถึงการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับอนุญาตด้วยหรือไม่ จึงส่งผลถึงความมีผลของข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามสัญญา ตัวอย่างเช่น หากศาลตีความว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสัญญาซื้อขาย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8141/2548 จำเลยซื้อสินค้าประเภทซอฟต์แวร์จากโจทก์และสินค้าที่โจทก์ขายและติดตั้งให้จำเลยนั้นมีปัญหาการใช้งานจนโจทก์ต้องส่งคนมาแก้ไข การที่โจทก์ส่งมอบสินค้าและการที่ทำชำรุดบกพร่อง จำเลยชอบจะยึดหน่วงราคาสินค้าและสินจ้างไว้ได้ เป็นต้น เมื่อมีการตีความว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสัญญาซื้อขาย ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดก็จะใช้บังคับไม่ได้เลย โดยศาลไม่จำต้องวินิจฉัยว่าข้อสัญญามความเป็นธรรมหรือไม่ และในขณะเดียวกันก็ไม่สามารถใช้อำนาจปรับผลของข้อสัญญาเพียงเท่าที่เป็นธรรม

หากมองในมุมมองของผู้รับอนุญาตที่เป็นผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจด้อยกว่า การกำหนดให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสัญญาซื้อขาย ย่อมทำให้ผู้รับอนุญาตได้รับความคุ้มครองมากกว่าและทำให้มาตรฐานการคุ้มครองคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นมาตรฐานเดียวกับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาตามเอกเทศสัญญาอื่น อย่างไรก็ดี หากมองในมุมมองของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ การห้ามไม่ใช้มีการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามสัญญาย่อมไม่เป็นธรรมต่อผู้อนุญาต เนื่องจากลักษณะเฉพาะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ที่อาจพบความผิดพลาดในการเรียบเรียงชุดคำสั่งหรือการออกแบบระบบ และทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น แสดงผลผิดไปจากความต้องการ หรือ “บั๊ก”(bug) และการทดสอบเพื่อค้นหาบั๊กทั้งหมดก่อนการส่งมอบแก่ผู้ใช้งานเพื่อให้โปรแกรมสมบูรณ์ปราศจากข้อผิดพลาดเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ การที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่สามารถจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงอาจส่งผลให้ผู้อนุญาตต้องรับภาระความเสี่ยงที่หนักเกินสมควรได้

3.3 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาเปรียบเทียบกับเอกเทศสัญญาอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัญหาที่ว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะถือได้ว่าเป็นเอกเทศสัญญาลักษณะใดลักษณะหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ สำหรับในประเทศไทยพบว่ามีคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษที่ วท. 1/2560 วินิจฉัยว่าในคดีซึ่งมีประเด็นว่าสัญญาตามคำฟ้องเป็นสัญญาอนุญาตให้จำเลยใช้สิทธิในซอฟต์แวร์พิพาทซึ่งเป็นโปรแกรมสำเร็จรูปของโจทก์ หรือไม่ และโจทก์มีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามสัญญาดังกล่าวหรือไม่ เพียงใด กับจำเลยได้รับความเสียหายหรือไม่ เพียงใด เป็นคดีแพ่งเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศตามบทบัญญัติ มาตรา 7(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ดังนี้ จึงอาจแสดงให้เห็นว่า ในประเทศไทยสัญญาเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูป ถือเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ เป็นสัญญาอีกประเภทหนึ่งซึ่งไม่ใช่เอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แม้ว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อาจไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เนื่องจากสาระสำคัญของสัญญาแตกต่างกัน แต่โดยที่ลักษณะของธุรกรรมในทางความเป็นจริงมีความใกล้เคียงกับสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในส่วนต่อไปนี้จึงจะกล่าวถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของเปรียบเทียบกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

3.3.1 เปรียบเทียบสัญญาซื้อขาย

3.3.1.1 สาระสำคัญของสัญญา

ลักษณะของสัญญาซื้อขาย ปรากฏตามมาตรา 453 ซึ่งบัญญัติว่า “อันว่าซื้อขายนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย” ดังนี้ ลักษณะเฉพาะที่สำคัญของสัญญาซื้อขายคือ จะต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และจะต้องมีการชำระราคาเป็นเงินเสมอ จะเป็นการเอาทรัพย์สินอื่นมาตอบแทนการโอนกรรมสิทธิ์ไม่ได้[31] สัญญาซื้อขายไม่มีกฎหมายกำหนดแบบไว้ คู่สัญญาจึงสามารถตกลงกันด้วยวิธีการอย่างใด ๆ ก็ได้ เว้นแต่การ

[31] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550), หน้า 48.

ซื้อขายทรัพย์สินตามประเภทที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะ คือ การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ตามมาตรา 456

สัญญาซื้อขายเมื่อเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์จะก่อให้เกิดผลทั้งในทางหนี้และในทางทรัพย์[32] ผลในทางทรัพย์ ได้แก่ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายในเวลาที่ทำสัญญา ตามมาตรา 458 ซึ่งบัญญัติว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกัน ส่วนผลในทางหนี้คือ การก่อความผูกพันระหว่างคู่สัญญาคือผู้ซื้อกับผู้ขายให้ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์ของสัญญานั้น

<u>เปรียบเทียบกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์</u>

หากเปรียบเทียบกับ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากมองลักษณะของความสัมพันธ์ในทางข้อเท็จจริงอาจมีลักษณะที่คล้ายกับสัญญาซื้อขายมาก โดยเฉพาะกรณีโปรแกรมสำเร็จรูป ที่มีการบรรจุในวัสดุสื่อกลางและได้มีการวางจำหน่ายวัสดุสื่อกลางนั้นในร้านค้าทั่วไป อย่างไรก็ดี หากพิจารณาลักษณะของนิติสัมพันธ์ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะพบว่ามีความแตกต่างในสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และผลของสัญญาคือทรัพย์สินที่ขายย่อมโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อทำสัญญา ในขณะที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ วัตถุประสงค์ของสัญญา คือ การอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิของผู้พัฒนาโปรแกรมและควบคุมการใช้งานโปรแกรมของผู้ใช้งานที่เป็นคู่สัญญา ไม่ใช่การโอนสิทธิเหนือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้กับผู้ซื้อแต่อย่างใด โดยจะเห็นได้จากเนื้อหาข้อกำหนดตามสัญญาที่มักจะระบุชัดเจนว่าผู้รับอนุญาตจะต้องใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามเงื่อนไขการใช้งานที่ระบุไว้เท่านั้น[33] มิฉะนั้นจะถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้อนุญาตตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ในขณะที่การได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อจะได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย ทำให้ผู้ซื้อมีสิทธิ์เหนือทรัพย์สินที่ซื้อขายอย่างเจ้าของกรรมสิทธิ์ ตามมาตรา 1336

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิจึงไม่ใช่สัญญาซื้อขาย ในกรณีของการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่บรรจุในวัสดุสื่อกลางจากร้านค้า สัญญาระหว่างผู้ซื้อกับร้านค้าอาจถือเป็นการซื้อขายวัสดุสื่อกลางนั้นได้และสามารถบังคับสิทธิตามสัญญาซื้อขายหากมีข้อพิพาทที่เกิดจากวัสดุสื่อกลางนั้นได้ตามปกติ แต่หากข้อพิพาทเกิดจากคุณภาพของข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่บรรจุ เช่น ฟังก์ชั่นการทำงานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ได้มาตรฐาน แต่ตัววัสดุสื่อกลางคือ CD-ROM ไม่ได้มีความชำรุด

---

[32] เรื่องเดียวกัน, หน้า 131.

[33] ภาคผนวก 2 ตัวอย่างสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ : section 2. License Limitations; Prohibitions

บกพร่องใด ๆ จะเกิดปัญหาว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ไม่ใช่วัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย จึงไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย ดังนั้น ผู้ซื้อจึงไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ขายรับผิดในส่วนนี้ได้

3.3.1.2 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดสิทธิหน้าที่สำคัญของคู่สัญญาไว้ดังต่อไปนี้ ซึ่งหากผู้ขายไม่ปฏิบัติตามผู้ซื้อย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายชำระหนี้ให้ถูกต้อง ตามมาตรา 213 และเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ได้

1) การส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้เข้าไปอยู่ในเงื้อมมือของผู้ซื้อ

การส่งมอบทรัพย์สินหรือโอนการครอบครองให้แก่ผู้ซื้อ เป็นไปตามตามมาตรา 461 ที่บัญญัติว่า ผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินซึ่งขายนั้นให้แก่ผู้ซื้อ และมาตรา 462 ได้วางหลักว่าการส่งมอบนั้นจะทำอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้สุดแต่ว่าเป็นผลให้ทรัพย์สินไปอยู่ในเงื้อมมือของผู้ซื้อ กล่าวคือกระทำด้วยวิธีการใด ๆ ให้ผู้ซื้อสามารถครอบครองและใช้อำนาจกรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้นได้[34] เช่น การส่งมอบกุญแจรถหรือกุญแจบ้านให้ผู้ซื้อ

2) การขายตามคำพรรณนาและตามตัวอย่าง

เป็นไปตามมาตรา 503 ที่บัญญัติว่า ในการขายตามตัวอย่าง ผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามตัวอย่าง และในการขายตามคำพรรณนา ผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนา โดยการขายตามคำพรรณนาการขายตามคำพรรณนาคือการขายที่ผู้ซื้อไม่ได้เห็นหรือตรวจตราทรัพย์สินที่ขาย แต่ตกลงซื้อโดยเชื่อถึงคำบรรยายถึงลักษณะรูปพรรณสัณฐานและคุณภาพของทรัพย์สินนั้นตามที่ผู้ขายบอกหรือบรรยายไว้และแม้บางกรณีผู้ซื้อจะได้เห็นทรัพย์สินนั้นแล้วแต่หากยากแก่การที่จะตรวจตราถึงคุณภาพได้และผู้ซื้อตกลงซื้อโดยอาศัยคำบรรยายของผู้ขายเป็นหลัก[35] ในการฟ้องให้ส่งมอบทรัพย์สินให้ตรงตามคำพรรณนาหรือตามตัวอย่าง หรือเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการนั้นต้องฟ้องภายใน 1 ปีนับแต่เวลาส่งมอบตามมาตรา 504

3) การประกันความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ซื้อขาย

เป็นไปตามมาตรา 472 ซึ่งกำหนดให้ผู้ขายต้องรับผิดหากทรัพย์สินที่ขายชำรุดบกพร่องถึงขนาดเสื่อมราคา หรือเสื่อมความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปรกติ หรือประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา และหากผู้ซื้อพบเห็นความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินซึ่งตนได้รับซื้อจะให้สิทธิผู้ซื้อในการยึดหน่วงราคาที่ยังไม่ได้ชำระไว้ทั้งหมกหรือแต่บางส่วน เว้นแต่ผู้ขายจะหา

---

[34] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 149.

[35] คำพิพากษาฎีกาที่ 9157/2539

ประกันที่สมควรให้ได้ จามมาตรา 488 โดยความชำรุดบกพร่อง หมายถึงการที่ทรัพย์สินชำรุดเสียหายจนเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติ ตามวิสัยของการใช้ทรัพย์หรือตามข้อกำหนดในสัญญา กล่าวคือต้องเป็นความเสียหายในเนื้อหาของวัตถุหรือทรัพย์[36] โดยความชำรุดบกพร่องอาจแบ่งได้เป็นความรับผิดในความชำรุดบกพร่องเป็นเหตุให้เสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันผู้ซื้อจะได้มุ่งหมายจะใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นปกติ ซึ่งจะมีความสำคัญในกรณีที่คู่สัญญามิได้ตกลงประโยชน์ที่มุ่งใช้เป็นอย่างอื่น คู่กรณีย่อมตกลงกันโดยปริยายว่าทรัพย์นั้นจะต้องเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์ที่มุ่งใช้เป็นปกติ ซึ่งจะต้องพิจารณาจากปกติประเพณี จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือมาตรฐานของวิญญูชน[37] และความชำรุดบกพร่องเป็นเหตุให้เสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา ซึ่งคู่สัญญาทำสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์พิเศษในการใช้ทรัพย์และประโยชน์ที่มุ่งหมายนั้นกลายเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ไม่ใช่เป็นเพียงความมุ่งหมายที่อีกฝ่ายมิได้รับรู้หรือตกลงด้วย โดยสัญญาที่ว่าอาจเป็นสัญญาโดยปริยายก็ได้[38]

ความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องมีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) ผู้ขายจะต้องรับผิดเมื่อสินค้าที่ขายชำรุดบกพร่องไม่ว่าผู้ขายจะรู้หรือไม่รู้ว่ามีความชำรุดบกพร่องอยู่ และไม่ว่าผู้ขายจะประมาทเลินเล่อหรือไม่ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3496/2538 เมื่อสาเหตุไฟลุกไหม้เกิดจากความชำรุดบกพร่องของระบบไฟเป็นเหตุให้เครื่องยนต์ของรถยนต์คันพิพาทได้รับความเสียหาย แม้เป็นเรื่องนอกเหนือความคาดหมายของจำเลย จำเลยต้องรับผิดใช้ค่าซ่อมแก่โจทก์ และผู้ขายจะหลุดพ้นจากความรับผิดได้ก็แต่ในกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 473 ได้แก่กรณีที่ (1) ผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาที่ซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้นหากได้ใช้ความระมัดระวังอันพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน (2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบ และผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อิดเอื้อน และ (3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด หรือได้มีข้อสัญญาตกลงว่าผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่อง ตามมาตรา 483 ดังนั้น ผู้ซื้อจึงเพียงแต่ต้องพิสูจน์ว่าทรัพย์สินที่ซื้อไม่ได้มาตรฐาน โดยไม่ต้องพิสูจน์เจตนาหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ขาย

กฎหมายกำหนดให้ผู้ขายต้องรับผิดในความชำรุดบกพร่องเนื่องมาจากหลักทั่วไปเรื่องคู่สัญญาต้องกระทำการโดยสุจริต โดยในสัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อย่อมประสงค์จะได้กรรมสิทธิ์ใน

---

[36] วิษณุ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545), หน้า. 220.

[37] ปัญญา ด่านพัฒนามงคล, "ความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขาย" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า. 60.

[38] เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

ทรัพย์สินอันอาจใช้ประโยชน์ได้สมความมุ่งหมาย ถ้าทรัพย์สินนั้นไม่อาจใช้ประโยชน์ได้สมความมุ่งหมายผู้ขายจึงควรรับผิด[39] และผู้ขายควรต้องรับผิดแม้กระทำการโดยสุจริต ไม่รู้ว่าความชำรุดบกพร่องนั้นมีอยู่ เพราะเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น ในที่สุดฝ่ายที่ควรต้องรับผิดมากกว่าควรเป็นฝ่งผู้ขาย ซึ่งอยู่ในฐานะที่จะรู้เรื่องของทรัพย์นั้นดีกว่าใคร ๆ และควรต้องตรวจตราดูว่าทรัพย์สินของตนถูกต้องมีคุณภาพดีเหมาะแก่การใช้สอยหรือไม่ ตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ผู้ขายต้องระวัง” (caveat venditor)[40]

4) การประกันการรอนสิทธิ

เป็นไปตามมาตรา 475 ซึ่งกำหนดให้ผู้ขายต้องรับผิดหากมีการรบกวนการครอบครองโดยปกติสุขโดยบุคคลอื่นซึ่งมีสิทธิดีกว่าเหนือตัวทรัพย์ที่ซื้อขาย และหากทรัพย์นั้นหลุดไปจากการครอบครองของผู้ซื้อทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และผู้ขายยังต้องรับผิดในกรณีที่ทรัพย์สินที่ขายตกอยู่ในบังคับแห่งสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเป็นเหตุให้เสื่อมราคา เสื่อมความเหมาะสมแก่การใช้ หรือเสื่อมประโยชน์อันพึงได้แต่ทรัพย์สินนั้น ตามมาตรา 479

การรอนสิทธิมีพื้นฐานความคิดมาจากผลของสัญญาซื้อขาย โดยเมื่อตกลงทำสัญญาซื้อขายแล้วย่อมก่อให้เกิดการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อทันทีตามมาตรา 458 และเมื่อผู้ซื้อเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แล้ว ย่อมมีสิทธิตามมาตรา 1336 ที่จะทำอะไรกับทรัพย์สินของตนก็ได้ รวมทั้งมีอำนาจที่จะยกความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์นี้ขึ้นต่อสู้กับบุคคลอื่น ๆ ทุกคนในสังคมได้[41] อย่างไรก็ดี สิทธิดังกล่าวอาจถูกบุคคลภายนอกซึ่งมีสิทธิดีกว่าโต้แย้งได้ในหลายกรณี เช่น กรณีทรัพย์สินที่ถูกขโมยมาและนำมาขายให้ผู้ซื้อ เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกขโมยจะเป็นผู้ทรงสิทธิในฐานะที่เป็นเจ้าของที่แท้จริง ดังนั้น เมื่อผู้ซื้ออยู่ในสภาพที่ไม่อาจใช้สิทธิในทรัพย์สินตามที่ควรได้รับจากสัญญา ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้ขายได้ตามมาตรา 475 และยังมีสิทธิในการยึดหน่วงราคาทั้งหมดหรือบางส่วนได้ ตามมาตรา 489 หากผู้ซื้อถูกบุคคลที่เรียกร้องเอาทรัพย์สินที่ขายขู่ว่าจะฟ้องเป็นคดีหรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะถูกขู่เช่นนั้น

<u>เปรียบเทียบกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์</u>

หากเปรียบเทียบกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นสัญญาไม่มีชื่อ จะเห็นได้ว่า ผู้รับอนุญาตจะมีสิทธิที่ด้อยกว่าผู้ขายในสัญญาซื้อขายอยู่ หลายประการได้แก่

ในการขายตามคำพรรณนาหรือตามตัวอย่าง ทรัพย์สินที่ขายจะต้องตรงกับคำพรรณนา หากผู้ซื้อเข้าทำสัญญาโดยอาศัยคำพรรณนาหรือตัวอย่างเป็นหลัก แต่ในกรณีของสัญญา

---

[39] วิษณุ เครืองาม, <u>คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้</u>, หน้า. 223.

[40] เรื่องเดียวกัน,

[41] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, <u>คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้</u>, หน้า 205.

อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องผูกพันตามคำพรรณนาหรือตัวอย่างต่อเมื่อปรากฏว่าคำพรรณนาหรือตัวอย่างนั้นคู่สัญญาได้แสดงเจตนาต้องตรงกันให้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย

ความรับผิดในความชำรุดบกพร่อง เป็นหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้กับผู้ขาย แม้ว่าจะไม่ได้มีข้อตกลงกันไว้ในสัญญา โดยมีข้อยกเว้นความรับผิดเพียง 3 กรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 473 และผู้ซื้อมีสิทธิในการยึดหน่วงราคาที่ยังไม่ได้ชำระไว้ทั้งหมดหรือบางส่วน ในขณะที่คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากปรากฏว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ชำรุดบกพร่องจะต้องผูกพันตามข้อสัญญารับประกัน ซึ่งมักกำหนดไว้ในลักษณะกว้าง เช่น โปรแกรมจะสามารถทำงานหรือมีฟังก์ชั่น การใช้งานได้อย่างสำคัญ (“substantial performance” or “perform substantially”) ตามที่ได้ระบุไว้ในเอกสารภาคผนวก[42] ซึ่งจะเกิดปัญหาในกรณีมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลว่ามาตราฐานในการใช้งานได้อย่างสำคัญเป็นอย่างไร ต่างจากกรณีชำรุดบกพร่องซึ่งมีกำหนดไว้ชัดเจนว่าเป็นกรณีที่ถึงขนาดเสื่อมราคา หรือเสื่อมความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปรกติ หรือประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา

ในกรณีรอนสิทธิ ผู้รับอนุญาตอาจถูกรบกวนขัดสิทธิในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยปกติสุขได้เช่นกัน เนื่องจากสิทธิในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะเป็นของเจ้าของลิขสิทธิ์เท่านั้นตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ดังนั้น หากปรากฏว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ได้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์พัฒนาขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของบุคคลอื่น จะทำให้ผู้รับอนุญาตไม่ได้รับสิทธิในการใช้งานด้วย ในกรณีของสัญญาซื้อขายระบุชัดเจนให้ผู้ขายต้องรับผิดหากมีการรบกวนขัดสิทธิในอันที่จะครองทรัพย์โดยปกติสุข และผู้ซื้อยังมีสิทธิที่จะยึดหน่วงราคาไว้ทั้งหมดหรือบางส่วนได้แม้ว่าทรัพย์ที่ขายจะยังไม่ได้หลุดไปจากการครอบครองหากมีบุคคลภายนอกมาเรียกร้องเอาทรัพย์ที่ขายนั้นขู่ว่าจะฟ้องเป็นคดีหรือเพียงแต่มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะถูกขู่ แต่ผู้รับอนุญาตจะไม่มีสิทธินี้แต่อย่างใด

3.3.2 เปรียบเทียบสัญญาจ้างทำของ

3.3.2.1 สาระสำคัญของสัญญา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ให้ความหมายของสัญญาจ้างทำของไว้ในมาตรา 487 ดังนี้ “อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อ

---

[42] ภาคผนวก 1 ตัวอย่างสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ : Section 5 Limited Warranty and Disclaimers

ผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น” เมื่อพิจารณาจากความหมายจะเห็นได้ว่าสัญญาจ้างทำของมีวัตถุประสงค์คือ ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ โดยผู้ว่าจ้างไม่ได้ต้องการเฉพาะแรงงานของผู้รับจ้าง แต่ต้องการความสำเร็จของงานด้วย โดยงานที่ทำอาจเป็นงานที่ทำให้เกิดวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมา เช่น รับจ้างก่อสร้างบ้าน หรือทำงานโดยไม่ก่อให้เกิดวัตถุ เช่น จ้างว่าความ แสดงดนตรี เป็นต้น โดยความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างทำของที่ทำให้เกิดวัตถุอย่างหนึ่งขึ้นมากับสัญญาซื้อขาย อาจพิจารณาได้จากสาระสำคัญของสัญญา หากสาระสำคัญที่การโอนกรรมสิทธิ์ในสิ่งของโดยสัมภาระมีความสำคัญมากกว่าฝีมือแรงงานของผู้ทำ สัญญานั้นก็จะเป็นสัญญาซื้อขาย แต่ถ้าสัมภาระมีความสำคัญน้อยกว่าและสาระสำคัญอยู่ที่ผลของงานโดยไม่คำนึงถึงการโอนกรรมสิทธิ์ ก็จะจัดเป็นสัญญาจ้างทำของ[43] นอกจากนี้ ตามสัญญาจ้างทำของ ผู้ว่าจ้างจะได้รับสินจ้างจากการทำงานจนสำเร็จ หากค่าตอบแทนจ่ายเป็นลักษณะอื่นซึ่งไม่ใช่การจ่ายจากผลสำเร็จของงานสัญญานั้นก็ไม่ถือเป็นสัญญาจ้างทำของ

เปรียบเทียบกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

เมื่อสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 597 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือสัญญาซึ่งผู้รับจ้างตกลงทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น ดังนั้น สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่จะถือเป็นสัญญาจ้างทำของคือ สัญญาจ้างพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับใช้งานเฉพาะ (bespoke software) เพราะเป็นการที่ผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตกลงรับจะทำงานคือการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้สำเร็จ แต่โดยที่พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 10[44] กำหนดให้ผู้ว่าจ้างเป็นผู้ได้ไปซึ่งลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ความสัมพันธ์ของผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างในกรณีนี้จะมีลักษณะเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิได้ คู่สัญญาจะต้องตกลงกันให้ลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ยังเป็นของผู้รับจ้าง และผู้รับจ้างตกลงอนุญาตให้ผู้ว่าจ้างใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

แต่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ในกรณีวัตถุแห่งสัญญาเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบสำเร็จรูป (standard software) ไม่ใช่ความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของ เพราะผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเสร็จสมบูรณ์อยู่ก่อนทำสัญญาแล้ว ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ได้ทำงานอย่างหนึ่งขึ้นจนสำเร็จตามข้อตกลงกับผู้รับอนุญาต ส่วนกรณีที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้นแบบอยู่แล้ว แต่นำมาปรับปรุงให้เหมาะสมกับความต้องการของผู้รับ

---

[43] ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2560), หน้า 149.

[44] มาตรา 10 งานที่ผู้สร้างสรรค์ได้สร้างสรรค์ขึ้นโดยการรับจ้างบุคคลอื่น ให้ผู้ว่าจ้างเป็นผู้มีลิขสิทธิ์ในงานนั้น เว้นแต่ผู้สร้างสรรค์และผู้ว่าจ้างจะได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น

อนุญาต (customized software) จะถือเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างทำของหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์การแบ่งแยกประเภทของสัญญาในกรณีนี้อาจนำหลักเกณฑ์ที่ใช้กับการแบ่งแยกสัญญาจ้างทำของกับสัญญาซื้อขายมาใช้ได้ กล่าวคือ พิจารณาเจตนาของคู่สัญญาว่าให้ความสำคัญกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือฝีมือแรงงานที่ใช้ในการปรับปรุง

3.3.2.2 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

สิทธิและหน้าที่ที่สำคัญตามสัญญาจ้างทำของได้มีกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

1) ผู้รับจ้างต้องทำงานให้ผู้ว่าจ้าง

โดยผู้ว่าจ้างอาจไม่จำเป็นต้องทำงานทั้งหมดด้วยตนเอง เว้นแต่สาระสำคัญแห่งสัญญานั้นจะอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้าง[45] และต้องทำการที่จ้างให้สำเร็จตามที่ได้ตกลงไว้ในสัญญา โดยผู้รับจ้างจะต้องยอมให้ผู้ว่าจ้างหรือตัวแทนตรวจตราการงานได้ตลอดเวลาที่ทำอยู่นั้น ตามมาตรา 592 โดยในระหว่างเวลาที่ทำการนั้น หากผู้ว่าจ้างคาดเห็นว่างานที่ทำจะสำเร็จอย่างบกพร่องหรือจะเป็นไปในทางอันฝ่าฝืนข้อสัญญาเพราะความผิดของผู้รับจ้าง ผู้ว่าจ้างจะบอกกล่าวให้แก้ไขภายในเวลาอันสมควร ซึ่งหากคลาดกำหนดนั้นไป ผู้ว่าจ้างสามารถนำงานนั้นให้บุคคลภายนอกซ่อมแซมหรือทำต่อได้ โดยผู้รับจ้างต้องเป็นฝ่ายเสี่ยงความเสียหายและออกค่าใช้จ่ายทั้งสิ้น ตามมาตรา 594

2) ผู้รับจ้างต้องทำงานโดยไม่ชักช้า

โดยหากผู้รับจ้างไม่เริ่มทำงานในเวลาอันควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งสัญญา หรือชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้าง จนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าการนั้นจะไม่สำเร็จภายในเวลาที่กำหนด มาตรา 593 ให้สิทธิผู้ว่าจ้างเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องรอจนถึงกำหนดเวลาส่งมอบ หรือหากผู้รับจ้างส่งมอบงานไม่ทันกำหนดเวลาหรือเมื่อล่วงพ้นเวลาอันควรแก่เหตุในกรณีที่ไม่ได้กำหนดเวลาไว้ในสัญญา ผู้ว่าจ้างมีสิทธิลดสินจ้างหรือเลิกสัญญาได้หากสาระสำคัญแห่งสัญญาอยู่ที่เวลา ตามมาตรา 596 เว้นแต่ผู้รับจ้างจะรับมอบงานที่ทำแล้วโดยไม่ได้อิดเอื้อน

3) การรับประกันความชำรุดบกพร่อง

ผู้รับจ้างต้องรับผิดในความชำรุดบกพร่องของงานที่ทำตามมาตรา 591, 595, 598 และมาตรา 599 ซึ่งผู้ว่าจ้างจะมีสิทธิในการยึดหน่วงสินจ้างไว้ได้ นอกเสียจากผู้รับจ้างจะให้ประกันตามสมควร เว้นแต่ในกรณี ความชำรุดบกพร่องเกิดเพราะคำสั่งของผู้ว่าจ้าง หรือความชำรุดบกพร่อง

---

[45] มาตรา 607 ผู้รับจ้างจะเอาการที่รับจ้างทั้งหมดหรือแบ่งการแต่บางส่วนไปให้ผู้รับจ้างช่วงทำอีกทอดหนึ่งก็ได้ เว้นแต่สาระสำคัญแห่งสัญญานั้นจะอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้างแต่ผู้รับจ้างคงต้องรับผิดเพื่อความประพฤติหรือความผิดอย่างใด ๆ ของผู้รับจ้างช่วง

เกิดจากสภาพของสัมภาระที่ผู้ว่าจ้างส่งให้ ซึ่งผู้รับจ้างรู้อยู่แล้วว่าสัมภาระนั้นไม่เหมาะสมแต่ไม่ได้ตักเตือน ตามมาตรา 591 คำว่าสัมภาระในกรณีนี้ไม่ใช่เครื่องมือที่ใช้ในการทำงาน ซึ่งจะเป็นหน้าที่ของผู้รับจ้างต้องจัดหาตามมาตรา 588 แต่เป็นตัวเนื้อหาแห่งงานนั้น เช่น จ้างช่างทองทำแหวนทอง สัมภาระ คือ เนื้อทองคำ เป็นต้น[46] โดยคู่สัญญาอาจเรียกร้องให้ผู้ว่าจ้างรับผิดกรณีชำรุดบกพร่องได้แม้ว่าท้ายที่สุดแล้วผู้ว่าจ้างจะทำงานแก่ผู้รับจ้างสำเร็จแล้วก็ตาม[47]

ผู้รับจ้างไม่ต้องรับผิดกรณีชำรุดบกพร่องถ้าผู้ว่าจ้างยอมรับมอบงานที่ทำแล้วทั้งชำรุดบกพร่องโดยมิได้อิดเอื้อน เว้นแต่ความชำรุดบกพร่องจะไม่พึงพบได้ในขณะรับมอบหรือผู้รับจ้างได้ปิดบังความนั้นเสีย ตามมาตรา 598 ในกรณีทั่วไป ผู้รับจ้างจะต้องรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องเพียงเท่าที่ปรากฏภายใน 1 ปีนับแต่วันส่งมอบ เว้นแต่ผู้รับจ้างปิดบังความชำรุดบกพร่องนั้น ตามมาตรา 600 และผู้ว่าจ้างต้องฟ้องให้รับผิดภายใน 1 ปีนับแต่วันที่การชำรุดบกพร่องได้ปรากฏขึ้น ตามมาตรา 601

<u>เปรียบเทียบกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์</u>

หากเปรียบเทียบสัญญาจ้างทำของกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะเห็นได้ว่าตามสัญญาจ้างทำของจะให้สิทธิในการควบคุมคุณภาพของงานที่ทำกับผู้ว่าจ้างในระหว่างที่งานยังไม่เสร็จสิ้นได้ตามสมควร เช่น ผู้ว่าจ้างมีสิทธิในการตรวจงานและบอกกล่าวให้แก้ไขงานได้ และหากผู้รับจ้างไม่แก้ไขในเวลาสมควร ผู้ว่าจ้างสามารถนำงานให้บุคคลภายนอกซ่อมแซมหรือทำต่อได้ รวมทั้งมีสิทธิในการเลิกสัญญาหากคาดหมายได้ว่างานที่ทำจะไม่สำเร็จภายในเวลาที่กำหนดผู้ว่าจ้างเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องรอจนถึงกำหนดเวลาส่งมอบ เป็นต้น ต่างกับหลักสัญญาทั่วไป ที่คู่สัญญาจะมีสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ให้ตรงตามสัญญาต่อเมื่อมีการปฏิบัติการชำระหนี้ คือการส่งมอบงานแล้วปรากฏว่างานที่ทำขึ้นไม่ตรงตามสัญญา หรือเมื่อไม่มีการชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดระยะเวลาชำระหนี้แล้ว นอกจากนี้ ผู้รับจ้างยังต้องรับผิดในการส่งมอบงานที่ชำรุดบกพร่อง ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ว่าจ้างมีสิทธิในการยึดหน่วงสินจ้างไว้ได้จนกว่าผู้รับจ้างจะให้ประกันตามสมควร

---

[46] จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, <u>คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะตัวแทน, ตัวแทนค้าต่าง, นายหน้า, จ้างทำของ, รับขน</u>, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550), หน้า 104.

[47] ศุภกาญจน์ ปรีชา, "การชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้," หน้า 45.

บทที่ 4
สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ

เนื้อหาในบทนี้จะกล่าวถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ โดยศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่เป็นผู้นำด้านการประกอบธุรกิจโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์อย่างแพร่หลาย และประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ common law เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา แต่มีวิธีการในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่แตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะศึกษาถึงปัจจัยที่มีผลต่อการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์คือการกำหนดประเภทของสัญญา และเนื้อหาของสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา รวมถึงหลักเกณฑ์การยกเว้นและจำกัดความรับผิดโดยข้อสัญญา

4.1 สหรัฐอเมริกา

เนื่องจากในสหรัฐอเมริกา นอกเหนือจากกฎหมายที่ใช้บังคับในระดับสหรัฐ (Federal law) แล้ว แต่ละมลรัฐยังมีอำนาจในการออกกฎหมายของตนใช้บังคับในระดับมลรัฐได้ (State law) กฎหมายของแต่ละมลรัฐจึงมีความแตกต่างกันไป ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะขอศึกษากฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาในภาพรวมเป็นหลัก และจะศึกษากฎหมายระดับมลรัฐเฉพาะส่วนที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

ตามหลักกฎหมายสัญญาของสหรัฐอเมริกา สัญญาคือคำมั่นหรือชุดของคำมั่นที่กฎหมายจะให้การชดเชยเมื่อมีการละเมิดหรือการปฏิบัติตามคำมั่นนั้นมีกฎหมายรับรองในทางใดทางหนึ่งว่าเป็นหน้าที่[1] ดังนี้ คำมั่นหรือข้อตกลงที่จะถือเป็นสัญญา ต้องเป็นคำมั่นหรือข้อตกลงที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายว่าการละเมิดข้อตกลงจะส่งผลให้อีกฝ่ายได้สิทธิในการเรียกค่าเสียหาย โดยกฎหมายจะเข้ามามีบทบาทในการกำหนดว่าสัญญามีผลใช้บังคับหรือไม่และการชดเชยจะเป็นอย่างไร กฎหมายที่เข้ามาควบคุมสัญญาโดยหลัก คือ กฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐ (state statutory) และ กฎหมายที่เกิดขึ้นโดยผู้พิพากษา (common law) ข้อกำหนดที่เกิดจากการแลกเปลี่ยนคำมั่นระหว่างคู่กรณีก็อาจถือเป็นกฎหมายเอกชน (private law) ระหว่างคู่กรณีได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของรัฐ[2] ซึ่งในปัจจุบัน สัญญาในเชิงพาณิชย์จะถูกควบคุมโดยกฎหมายของรัฐ โดยทั้ง 50 รัฐได้รับเอา

---

[1] American Law Institute, Restatement (Second) of Contracts §1 (1981).

[2] Jonathan J. Kim, Contract Wex Legal Dictionary / Encyclopedia [online], 18 February 2018. Available from: https://www.law.cornell.edu/wex/contract.

Uniform Commercial Code ไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในสำหรับการควบคุมดูแลธุรกรรมทางการค้าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ในปัจจุบันมีทั้งหมด 11 บท หากธุรกรรมที่พิพาทไม่สามารถปรับใช้ Uniform Commercial Code ศาลจะต้องชี้ขาดข้อพิพาทโดยอาศัยหลัก common law[3]

4.1.1 การกำหนดประเภทของสัญญา

สำหรับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ข้อพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลโดยส่วนใหญ่จะได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาซื้อขาย อันจะทำให้สัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับของ Uniform Commercial Code Article 2 (“U.C.C.”) อย่างไรก็ดี ยังคงมียังคงมีข้อโต้แย้งว่า ธุรกรรมดังกล่าวสมควรจัดเป็น “การขาย” (sale) หรือไม่ เนื่องมาจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ผู้ซื้อจึงไม่ได้ไปซึ่งสิทธิเหนือโปรแกรมคอมพิวเตอร์เช่นเดียวกับสินค้าอื่น โดยหากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตกอยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C. ผลที่สำคัญคือจะทำให้ผู้อนุญาตมีหน้าที่ในการรับประกันคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ได้มาตรฐานที่กำหนด[4] เช่น ในคดี Kentwool Company v. NetSuite Inc[5] ศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียวินิจฉัยว่าสัญญาจัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสัญญาให้บริการ ดังนั้นผู้จัดหาไม่มีหน้าที่รับประกันโดยปริยายซึ่งคุณภาพเชิงพาณิชย์ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ตาม U.C.C. ศาลจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าข้อสงวนสิทธิ์การรับประกันตามสัญญาสามารถใช้บังคับได้หรือไม่

ปัญหาการปรับใช้กฎหมายซื้อขายกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้นำไปสู่การเสนอร่างกฎหมายต้นแบบใหม่ ได้แก่ The Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) เป็นต้นแบบร่างกฎหมายสัญญาเพื่อการกำกับดูแลธุรกรรมเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ในรูปแบบข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ อย่างไรก็ดี ร่างกฎหมายฉบับนี้ในปัจจุบันมีเพียง 2 มลรัฐเท่านั้นที่ได้รับเอาไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ได้แก่ รัฐเวอร์จิเนียและแมริแลนด์ สำหรับรัฐอื่น ๆ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ยังคงอยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C. และ common law

---

[3] Pamela R. Tepper, "The Law of Contacts and the Uniform Commercial Code,"(New York: Delmar Cengage Learning, 2012), pp. 10-12.

[4] Lawrence Levy and Suzunne Bell, "Software Product Liability: Understanding and Minimizing the Risks," High Technology Law Journal: 7.

[5] No.14-cv-05264-JST, 2015 WL 693552 (N.D. Cal. Feb. 18, 2015).

4.1.1.1 สัญญาซื้อขายสินค้า

Uniform Commercial Code Article 2 (“U.C.C.”) ใช้บังคับกับ “ธุรกรรมเกี่ยวกับสินค้า” (transactions in goods)[6] โดยสินค้าได้มีคำนิยาม ตาม section 2-105(1) ว่าหมายถึง สิ่งของทั้งหมด รวมถึงสินค้าอุตสาหกรรม ซึ่งเคลื่อนที่ได้ในเวลาที่สามารถระบุตัวในสัญญาซื้อขายนอกเหนือจากเงินซึ่งจะถูกจ่ายออกไป หลักประกันการลงทุน และสิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับทรัพย์[7]

หากพิจารณาจากตัวสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเอง จะเห็นได้ว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีความประสงค์เพียงแต่อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เท่านั้น มิได้มีเจตนาจะขายสำเนาโปรแกรมดังกล่าวให้เป็นสิทธิขาดของผู้ซื้อในการบริหารจัดการโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นแต่อย่างใด จึงมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิขึ้นเพื่อให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีสิทธิในการควบคุมการใช้งานโปรแกรมนั้นกับผู้ใช้งานโปรแกรมทุกคน ไม่เพียงแต่ผู้ที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น[8] อย่างไรก็ดี หากมองในมุมมองของผู้ได้รับอนุญาตซึ่งเป็นคู่สัญญาย่อมต้องการสิทธิขาดในการกระทำการใด ๆ กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่นเดียวกับการซื้อขายสินค้าอื่น ๆ ดังนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต่อผู้ใช้งานโปรแกรมในประเทศสหรัฐอเมริกาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ยังคงมีข้อโต้แย้งว่า ธุรกรรมการจัดหาให้ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น เป็น “การขาย” (sale) หรือไม่ หรือเป็นธุรกรรมประเภทอื่นที่ไม่ใช่การขาย เช่น เป็นเพียง “การให้บริการ” (service) หรือ “การอนุญาตให้ใช้สิทธิ” (license)

<u>หลักการขายครั้งแรก (First Sale Doctrine)</u>

โดยหากได้รับสิทธิในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ถือว่าเป็นการ “ขาย” การนั้นควรจะอยู่ภายใต้บังคับของหลักการขายครั้งแรก (First Sale Doctrine) ด้วย โดยตามมาตรา 109(a) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ 1976 ซึ่งบัญญัติว่าผู้เป็นเจ้าของสำเนางานหรือสิ่งบันทึกเสียง (phonorecord) ของงานอันมีลิขสิทธิ์โดยถูกต้อง สามารถขายหรือจำหน่ายจ่ายโอนไปซึ่งความเป็นเจ้าของสำเนาหรือสิ่งบันทึกเสียงดังกล่าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ดี โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากงานอันมีลิขสิทธิ์อื่น ๆ โดยหลักการขายครั้งแรกได้มีข้อยกเว้นในส่วนของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 109(b)(1)(a) ว่าผู้เป็นเจ้าของซึ่งสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมถึงสิ่งที่บันทึก ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอน หรืออนุญาตให้

---

[6] Section 2-102 Unless the context otherwise requires, this Article applies to transactions in goods

[7] Section 2-105 (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.

[8] Michael Madison, "Reconstructing the Software License," <u>Loyola University Chicago Law Journal</u>: 276.

บุคคลอื่นทำการจำหน่ายซึ่งการครอบครองในสำเนาของโปรแกรมดังกล่าว โดยการให้เช่า ยืม หรือการอื่นในลักษณะเดียวกัน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์[9] และหลักที่ว่าผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้เพียงแต่สิทธิในการใช้งาน ไม่ใช่ความเป็นเจ้าของในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่ตกอยู่ภายใต้หลักการขายครั้งแรก ได้รับการยืนยันในหลายคดี เช่น Vernor v. Autodesk, Adobe Systems v. Stargate Software[10] เป็นต้น

4.1.1.2 สัญญาให้บริการ

ในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีการพัฒนาขึ้นหรือมีการปรับเปลี่ยนตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง ศาลจะวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาซื้อขายหรือให้บริการโดยพิจารณาจากปัจจัยแวดล้อมอื่นประกอบด้วย กรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นการให้บริการ ปัจจัยที่ศาลใช้พิจารณาอาจแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริง แต่อาจแบ่งได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1. พิจารณาจากถ้อยคำที่ใช้ในสัญญาบ่งบอกว่าเป็นสัญญาให้บริการ เช่น ในคดี Pain Center of SE Indiana LLC v. Origin Healthcare Solutions[11] ใช้คำว่า “บริการ” ในการพรรณนาถึงคุณสมบัติและความสามารถของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมถึงการชำระเงินถูกระบุว่าเป็นค่าบริการ

2. พิจารณาจากวัตถุประสงค์หลักของคู่สัญญาพิจารณาโดยภาพรวมของสัญญา เช่น TK Power, Inc. v. Textron, Inc.[12] สัญญามีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นมาเพื่อเป็นต้นแบบในการทดสอบและพัฒนาต่อไปโดยไม่ได้มีความตั้งใจในการนำไปใช้งานอย่างผู้ซื้อหรือนำไปขายต่อแก่ผู้บริโภคไม่ใช่สัญญาซื้อขาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

[9] Section 109. (b)(1)(a) Notwithstanding the provisions of subsection (a), unless authorized by the owners of copyright in the sound recording or the owner of copyright in a computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program), and in the case of a sound recording in the musical works embodied therein, neither the owner of a particular phonorecord nor any person in possession of a particular copy of a computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program), may, for the purposes of direct or indirect commercial advantage, dispose of, or authorize the disposal of, the possession of that phonorecord or computer program (including any tape, disk, or other medium embodying such program) by rental, lease, or lending, or by any other act or practice in the nature of rental, lease, or lending.

[10] 555 F. Supp. 2d 1164 (W.D. Wash. 2008).

[11] 2018 WL 3045278.

[12] 433 F. Supp. 2d 1058.

3. พิจารณาจากสัดส่วนค่าตอบแทนที่ต้องชำระในกรณีที่มีการส่งมอบสินค้า เช่น ระบบ Hardware แก่คู่สัญญาด้วย หากสัดส่วนของมูลค่าสินค้าน้อยกว่าค่าบริการ สัญญานั้นย่อมมีสาระสำคัญอยู่ที่การบริการ เช่น Datalink Corp. v. Perkins Eastman Architects P.C.[13]

4.1.1.3 การกำหนดประเภทของสัญญาโดยหลัก Predominant Factor

ในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทั้งการขายและการให้บริการหรือการอื่น ๆ เช่น สัญญาในการจัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการใช้หลัก “Predominant Factor” คือการทดสอบเพื่อหาความมุ่งหมายหลักของสัญญา โดยพิจารณาจากถ้อยคำที่ใช้ในสัญญานั้นเองเพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างสัดส่วนของสินค้าหรือบริการกับค่าตอบแทนที่ได้รับ และจะใช้กฎหมายที่บังคับใช้กับธุรกรรมที่มีน้ำหนักมากกว่าเพียงชุดเดียวกับสัญญาทั้งหมดทั้งในส่วนที่เป็นการขายและส่วนที่ไม่ใช่การขาย[14] โดยคดีที่ถือเป็นคดีต้นแบบของศาลในการปรับใช้ Predominant Factor ในสัญญาจัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้แก่ Advent Systems Ltd. v. Unisys Corp. (1991)[15]

Advent Systems Ltd. v. Unisys Corp. มีข้อเท็จจริงว่า Advent Systems ได้ตกลงทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ พร้อมจัดหาอุปกรณ์คอมพิวเตอร์รวมเข้าเป็นระบบจัดการเอกสาร รวมถึงอบรมช่างเทคนิคสำหรับการประกอบและติดตั้งให้แก่ Unisys Corp. ดังนี้ สัญญาระหว่าง Advent Systems Ltd. และ Unisys Corp. จึงประกอบด้วยธุรกรรม 3 ส่วน ได้แก่ สัญญาซื้อขายอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และสัญญาให้บริการจัดหาและอบรมช่างเทคนิค ศาลอุทธรณ์พิจารณาสถานะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากถ้อยคำใน Section 2-501(1) แห่ง U.C.C. ที่บัญญัติว่า ผู้ซื้อได้ไปซึ่งสิทธิเหนือทรัพย์สินและความมีส่วนได้เสียในสินค้าโดยการแยกกำหนดสินค้าที่จะถือเป็นสินค้าตามสัญญาออกมาจากสินค้าอื่น ๆ การแยกกำหนดนั้นสามารถทำในเวลาใด ๆ หรือด้วยวิธีใด ๆ ก็ได้ที่คู่สัญญาตกลงกัน และเห็นว่าคุณลักษณะของสินค้าตาม U.C.C. คือ การเคลื่อนที่ได้ (movable) จะพิจารณาเมื่อมีการแยกกำหนดสินค้าตามมาตรา 2-501 (1) แล้ว กล่าวคือ เมื่อมีการบรรจุโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลงในวัสดุสื่อกลาง (medium) ซึ่งทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถนำไปใช้โดยผู้ใช้งานได้ โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงมีลักษณะที่ มีรูปร่าง เคลื่อนที่ได้ และปรากฏในท้องตลาดได้ อันถือเป็นสินค้า และวัตถุประสงค์หลักของสัญญา คือการโอนไปซึ่งสินค้า มากกว่าการให้บริการ ดังนั้น U.C.C. จึงใช้บังคับ

---

[13] 2015 WL 3607784.

[14] Clayton Gillette and Steven Walt, Sales Law Domestic and International, Second ed. (United States of America: Foundation Press, 2009), p. 28.

[15] 925 F.2d 670 (3d Cir. 1991).

กับสัญญาฉบับนี้ โดยได้มีคำพิพากษาของศาลที่ตัดสินไปในทำนองเดียวกันตามมา เช่น Smart Online, Inc. v. Opensite Technologies, Inc.[16] เป็นต้น

ดังนี้ คำวินิจฉัยของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา อาจแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มที่วินิจฉัยว่าเมื่อพิจารณาจากสาระสำคัญและความมุ่งหมายของคู่สัญญาแล้ว ถ้าวัตถุประสงค์หลักของสัญญาคือการได้มาซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะเป็นสินค้าโดยทั่วไป เช่น โปรแกรมที่ผลิตขึ้นเป็นจำนวนมาก (mass-produced) โปรแกรมมาตรฐานหรือโปรแกรมที่ปรากฏในท้องตลาดโดยทั่ว ๆ ไป ธุรกรรมเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์คือการซื้อขายจึงตกอยู่ภายใต้ U.C.C. แม้ว่าหน้าที่ตามสัญญาจะรวมถึงการบริการ เช่น ในคดี RRX Industries, Inc. v. Lab-Con, Inc[17] ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า ข้อสัญญาที่รวมถึงการอบรมพนักงาน การซ่อมแซมและพัฒนาปรับปรุงระบบให้เข้ากับความต้องการของผู้ใช้งาน นั้นไม่กระทบต่อลักษณะสำคัญของสัญญา หรือ ePresence, Inc. v. Evolve Software, Inc.[18] ซึ่งศาลมลรัฐแมสซาชูเซตเห็นว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิและให้บริการโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (software license and services agreement) ระหว่างโจทก์และจำเลยมีสาระสำคัญอยู่ที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์มากกว่าการให้บริการ จึงอยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C.

และธุรกรรมย่อมมีลักษณะสำคัญเป็นการซื้อขายได้ แม้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะไม่ได้ส่งมอบให้แก่คู่สัญญาโดยบรรจุอยู่ในภาชนะบรรจุหรือส่งมอบพร้อมอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ โดยในคดี Gross v. Symantec Corp.[19] ศาลแคลิฟอร์เนียวินิจฉัยว่าแม้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อโดยการการส่งผ่านเครือข่ายอินเตอร์เน็ต สาระสำคัญของสัญญาก็ยังคงเป็น “การซื้อขายสินค้า” เช่นเดียวกับในคดี Rottner v. AVG Technologies USA, Inc[20] ซึ่งศาลมลรัฐแมสซาชูเซตเห็นว่า การดาวน์โหลดโปรแกรมผ่านเครือข่ายอินเตอร์เน็ต ไม่ทำให้สาระสำคัญในธุรกรรมระหว่างคู่สัญญาแตกต่างจาก การได้โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยซื้อบรรจุภัณฑ์จากร้านค้าแต่อย่างใด ดังนั้น แม้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง แต่ธุรกรรมการได้มาก็สามารถถือเป็นการซื้อขายตามเจตนารมณ์ของ U.C.C.

กลุ่มที่ 2 คือ กลุ่มที่เห็นว่า ธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในบางกรณีไม่ควรถือเป็นการซื้อขาย ธุรกรรมจึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C. ส่วนธุรกรรมนั้นจะถือว่าเป็นสัญญาประเภทใด ศาลมีความเห็นที่แตกต่างกันไปในแต่ละคดี เช่น เป็นการให้บริการที่มีโปรแกรม

---

[16] 2003 WL 21555316.

[17] 772 F.2d 543 (9th Cir. 1985).

[18] 190 F. Supp. 2d 159 (D. Mass. 2002).

[19] No. 3:2012cv00154 (N.D. Cal. 2014).

[20] 12-10920-RGS (D. Mass May 3, 2013).

คอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นสินค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง ได้แก่ Simulados Software, Ltd. v. Photon Infotech Private, Ltd.(2014)[21] คดีนี้มีข้อเท็จจริงคือ Simulados Software ได้ว่าจ้างให้ Photon Infotech Private พัฒนาผลิตภัณฑ์ใหม่ โดยนำโปรแกรม Certify Teacher ซึ่งเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของ Simulados มาพัฒนาให้สามารถใช้กับระบบปฏิบัติการ Mac ได้ ปรากฏว่าโปรแกรมที่พัฒนาขึ้นมีข้อผิดพลาดมากมาย Simulados ฟ้องเรียกค่าชดเชยตาม U.C.C. Article 2 จาก Photon โดยถือว่าสัญญาระหว่าง Simulados และ Photon คือสัญญาซื้อขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ศาลแคลิฟอร์เนียพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่าวัตถุประสงค์หลักของธุรกรรมคือ Simulados ต้องการให้ Photon ให้บริการโดยใช้ ความรู้และความสามารถทำการปรับปรุงผลิตภัณฑ์ที่ Simulados มีอยู่แล้ว เพื่อที่ Simulados จะได้นำไปขายแก่ลูกค้าของตน แม้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์อาจถือเป็นสินค้า แต่ Simulados ไม่ได้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จาก Photon ในกรณีนี้ U.C.C. จึงไม่ใช้บังคับ หรือในคดี Digital Ally, Inc. v. Z3 Technology, LLC. (2010)[22] ซึ่ง Digital Ally, Inc. ได้ว่าจ้างให้ Z3 Technology, LLC. ออกแบบและพัฒนาโมดูลสำหรับอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ รวมทั้งโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับใช้ในงานวีดีโอกราฟฟิก ศาลเนบราสก้า เห็นว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่อยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C. เนื่องจากไม่มีการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์เหนือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงไม่ใช่สัญญาซื้อขาย และต้องอยู่ใต้บังคับของ common law

ดังนี้ ตามแนววินิจฉัยของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะตกอยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C. หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของสัญญาเป็นรายกรณีไป โดยศาลมีแนวโน้มว่าจะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาในภาพรวมว่าหากสัญญามุ่งถึงการได้มาซึ่งสิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะซื้อขายสินค้า กล่าวคือ เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีอยู่ก่อนแล้ว ไม่ได้พัฒนาขึ้นมาใหม่ตามคำสั่งของคู่สัญญาโดยเฉพาะ และผู้ได้รับอนุญาตมีสิทธิในการใช้งานอย่างเสรี แม้จะถูกจำกัดบ้างโดยลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญา แต่ไม่กระทบถึงการใช้งานในทางข้อเท็จจริงในภาพรวม สัญญาจะอยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C. ไม่ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะถือเป็นสินค้าตามคำนิยามของ U.C.C. หรือไม่

4.1.2 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายสินค้า

สำหรับตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น หากศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาซื้อขาย ก็จะตกอยู่ภายใต้บังคับของ Uniform Commercial Code Article 2 โดยผลที่

---

[21] 40 F. Supp. 3d 1191 (N.D. Calif. 2014).

[22] 2010 WL 3974674 (D. Kan. Sept. 30, 2010).

สำคัญคือ การกำหนดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายให้แก่คู่สัญญา โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยการแสดงเจตนาของคู่สัญญา และการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามสัญญาต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้

4.1.2.1 ข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Terms)

U.C.C. ได้กำหนดให้ข้อสัญญาซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งของผู้ขายถือเป็นการรับประกันโดยชัดแจ้ง (express warranty) คือ การรับประกันที่เกิดจากการกระทำของผู้ขายซึ่งก่อให้ผู้ซื้อเกิดความเชื่อโดยสมเหตุสมผลอย่างใดอย่างหนึ่งในเรื่องเกี่ยวกับสินค้านั้น โดย Section 2-313 ได้วางหลักเกี่ยวกับการรับประกันโดยชัดแจ้งไว้ว่า การยืนยันข้อเท็จจริงหรือคำมั่นที่ให้โดยผู้ขายซึ่งเกี่ยวข้องกับสินค้า หรือ คำพรรณนา หรือ สินค้าตัวอย่าง ซึ่งได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของการต่อรองขั้นต้น จะก่อตั้งการรับประกันโดยชัดแจ้งว่าสินค้านั้นสอดคล้องกับการยืนยันข้อเท็จจริงหรือคำมั่น หรือ คำพรรณนา หรือ สินค้าตัวอย่าง แล้วแต่กรณี นั้น[23] ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นว่าผู้ขายจะต้องแสดงคำว่า “รับรอง” หรือ “รับประกัน” หรือคำอื่นใดที่มีความหมายเฉพาะที่แสดงความจำนงเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม เพียงการยืนยันเกี่ยวกับคุณค่าของสินค้าหรือข้อความที่มีความประสงค์เพื่อแสดงความเห็นของผู้ขายเกี่ยวกับสินค้านั้น ไม่เพียงพอจะถือว่าเป็นการรับประกัน[24] ดังนี้ การพิจารณาว่ามีการรับประกันโดยชัดแจ้งเกิดขึ้นหรือไม่ จึงต้องพิจารณาจากกการแสดงออกโดยรวมของผู้ขายเองว่าเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงแม้ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงตามความเชื่อของผู้ขาย หรือเป็นเพียงความเห็น และผู้ซื้อเชื่ออย่างสมเหตุสมผลต่อการยืนยันข้อเท็จจริงนั้นโดยนำมาเป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาเข้าทำสัญญาหรือไม่[25] ในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การยืนยันข้อเท็จจริงโดยทั่วไปคือข้อมูลที่ปรากฏในเอกสารแสดงข้อมูลทางเทคนิค (technical specifications) ของโปรแกรม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[23] Section 2-313 (1) Express warranties by the seller are created as follows:

(a) Any affirmation of fact or promise made by the seller to the buyer which relates to the goods and becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise.

(b) Any description of the goods which is made part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the description.

(c) Any sample or model which is made part of the basis of the bargain creates an express warranty that the whole of the goods shall conform to the sample or model.

[24] Section 2-313 (2) It is not necessary to the creation of an express warranty that the seller use formal words such as "warrant" or "guarantee" or that he have a specific intention to make a warranty, but an affirmation merely of the value of the goods or a statement purporting to be merely the seller's opinion or commendation of the goods does not create a warranty.

[25] Clayton Gillette and Steven Walt, Sales Law Domestic and International.

คอมพิวเตอร์[26] โดยตัวอย่างคดีที่ศาลพิพากษาให้ผู้อนุญาตต้องรับผิดตามคำรับประกันโดยชัดแจ้ง ได้แก่ USM v. Arthur D. Little Systems, Inc.[27] ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตอบสนองช้ากว่าเวลาที่มีการระบุไว้ชัดเจนในข้อสัญญา

4.1.2.2 ข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms)

U.C.C. กำหนดให้ผู้ขายต้องมีหน้าที่โดยปริยายในการรับประกัน (warranty) ตัวสินค้าให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดและปราศจากการชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิ หน้าที่ในการรับประกันมาจากแนวคิดที่ว่าผู้ขายเป็นผู้ที่อยู่ในสถานะที่ได้เปรียบกว่าผู้ซื้อในข้อมูลที่เกี่ยวกับตัวสินค้านั้นเอง (ไม่ว่าในเรื่องของคุณภาพ หรือสิทธิเหนือตัวสินค้า ผู้ขายจึงมีหน้าที่ในการรับประกันสินค้า และความรับผิดที่เกิดจากผิดข้อสัญญาการรับประกันก็จะเกิดขึ้นแม้ว่าผู้ขายจะไม่ได้สมควรถูกตำหนิ (non-blameworthy)[28]

1) การรับประกันกรรมสิทธิ์และการรอนสิทธิ (Warranty of Title and Non-infringement)

เป็นไปตาม Section 2-312 ผู้ขายสินค้าจะต้องรับประกันแก่ผู้ซื้อว่า กรรมสิทธิ์ที่โอนไปนั้นปราศจากบุริมสิทธิหรือภาระผูกพันที่ผู้ซื้อไม่รู้ และหากผู้ขายเป็นผู้ประกอบธุรกิจในสินค้านั้น ต้องรับประกันว่าสินค้าจะส่งมอบให้โดยปราศจากการอ้างสิทธิจากบุคคลภายนอกในลักษณะของการละเมิดสิทธิ[29] โดยการอ้างสิทธิจากบุคคลภายนอก ไม่จำเป็นต้องเป็นการอ้างต่อตัวผู้ซื้อโดยตรง เช่น เพียงแค่ผู้ซื้อทราบว่าผู้ขายได้ถูกฟ้องร้องว่าละเมิดสิทธิบัตรก็เป็นการเพียงพอแล้ว และการผิดสัญญาในข้อนี้อาจเกิดขึ้นได้แม้ว่าจะยังไม่มีการฟ้องร้องคดีจนถึงที่สุดเกิดขึ้นก็ตาม[30] การรับประกัน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[26] Robert T. Daunt, "Warranties and Mass Distributed Software," Santa Clara High Technology Law Journal: 261.

[27] 546 N.E.2d 888, 890 (Mass. App. Ct. 1989).

[28] Clayton Gillette and Steven Walt, Sales Law Domestic and International, p. 325.

[29] Section 2-312 (1) there is in a contract for sale a warranty by the seller that

(a) the title conveyed shall be good, and its transfer rightful; and

(b) the goods shall be delivered free from any security interest or other lien or encumbrance of which the buyer at the time of contracting has no knowledge.

(3) Unless otherwise agreed a seller who is a merchant regularly dealing in goods of the kind warrants that the goods shall be delivered free of the rightful claim of any third person by way of infringement

[30] Clayton Gillette and Steven Walt, Sales Law Domestic and International, p. 288.

กรรมสิทธิ์และการรอนสิทธิอาจมีการยกเว้นได้โดยข้อสัญญา แต่การยกเว้นไม่รับประกันนั้นจะต้องแสดงข้อความอย่างชัดแจ้งว่าไม่มีการรับประกันกรรมสิทธิ์และการรอนสิทธิในสินค้าที่ซื้อขาย[31]

2) การรับประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่ประโยชน์ใช้สอย (Implied Warranty of Fitness for particular purpose)

เป็นการรับประกันโดยผู้ขายไม่ต้องมีการแสดงออกหรือให้คำมั่น แต่เกิดภายใต้สถานการณ์ที่กำหนดไว้ใน Section 2-315 ซึ่งวางหลักว่า ถ้าในขณะเกิดสัญญา ผู้ขายควรรู้ว่าผู้ซื้อมีความต้องการสินค้านั้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่าง และผู้ซื้อได้ให้ความไว้วางใจในความสามารถและการตัดสินของผู้ขาย ในการเลือกหรือการจัดหาให้ซึ่งสินค้าที่เหมาะสมกับการนั้น ให้ถือว่าผู้ขายรับประกันว่าสินค้าจะต้องตรงกับวัตถุประสงค์เฉพาะดังกล่าว[32] เช่น ผู้ซื้อแจ้งกับผู้ขายว่าต้องการคอมพิวเตอร์ที่สามารถทำงานร่วมกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์หนึ่งได้ ย่อมเป็นการแสดงว่าผู้ซื้อหวังว่าผู้ขายจะเลือกอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ที่เหมาะสมกับโปรแกรมดังกล่าวให้ เป็นต้น[33] โดยการยกเว้นการรับประกันโดยปริยายจะทำได้แต่โดยการระบุเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้งเท่านั้นว่าจะไม่มีการรับประกันอื่นใดนอกเหนือจากที่ได้ระบุไว้เท่านั้น ตาม Section 2-316(2)

3) การประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป (Implied Warranty of Merchantability)

การรับประกันโดยปริยายในกรณีที่ผู้ขายเป็นผู้ประกอบธุรกิจในสินค้าประเภทนั้น Section 2-314 ได้กำหนดให้ผู้ขายต้องรับประกันว่าสินค้ามีคุณภาพในระดับท้องตลาดสำหรับการใช้สอยโดยทั่วไป[34] ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปประเมินโดยพิจารณาว่าผลิตภัณฑ์นั้นเป็นที่ยอมรับในอุตสาหกรรมหรือโดยความคาดหวังจากผู้ซื้อโดยทั่วไปหรือไม่ โดยสินค้าที่จะถือว่ามีคุณภาพเชิงพาณิชย์อย่างน้อยต้องสามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนในท้องตลาดได้อย่างไม่มีข้อทักท้วงและ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[31] Darin Klemchuk, "Warranty against Infringenemt - Ucc Section 2-312," [Online] Accessed: 2019, February 24. Updated: 4 July 2017. Available from: https://www.klemchuk.com/legal-insights/warranty-against-infringement-ucc-section-2-312

[32] Section 2-315. Where the seller at the time of contracting has reason to know any particular purpose for which the goods are required and that the buyer is relying on the seller's skill or judgment to select or furnish suitable goods, there is unless excluded or modified under the next section an implied warranty that the goods shall be fit for such purpose.

[33] Clayton Gillette and Steven Walt, Sales Law Domestic and International, p. 288.

[34] Section 2-314 (1) Unless excluded or modified (Section 2-316), a warranty that the goods shall be merchantable is implied in a contract for their sale if the seller is a merchant with respect to goods of that kind.

ต้องเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปสำหรับสินค้าชนิดนั้น[35] เช่น ในคดี Neilson Bus. Equip Ctr. v. Monteleone[36] ศาลสูงรัฐเดลาแวร์พิพากษาว่าการที่โปรแกรมบัญชีสำหรับคลินิกของจำเลยทำงานผิดพลาดโดยออกใบสำคัญรับเงินและเอกสารประกันสุขภาพไม่ตรงกับข้อมูลที่โจทก์บันทึกไว้ โปรแกรมไม่แสดงผลข้อมูลคนไข้ อีกทั้งปรากฏข้อผิดพลาดในงบดุล เป็นการผิดข้อสัญญารับประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้งานโดยทั่วไปตาม Section 2-314

ปัญหาว่าความชำรุดบกพร่องระดับใดจึงจะถือว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ได้มาตรฐานและทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิด ได้มีการนำเสนอไว้ใน Principles of the law of software contracts ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการนำเสนอโดย The American Law Institute เพื่อเป็นแนวทางของศาลในการสร้างหลัก common law หรือการปรับใช้ Uniform Commercial Code Article 2 กับธุรกรรมเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์[37] ไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอย่างไร โดย Principles of the law of software contracts ได้เสนอหลักการสำคัญคือสัญญาควรจะต้องมีการรับประกันโดยปริยายว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องปราศจากความชำรุดบกพร่องอย่างร้ายแรงซึ่งผู้อนุญาตทราบ โดยความชำรุดบกพร่องอย่างร้ายแรงหมายถึงข้อผิดพลาดร้ายแรงถึงขนาดทำให้ก่อให้เกิดสิทธิเลิกสัญญาตาม common law เพราะขาดสาระสำคัญอันเป็นหลักแห่งการแลกเปลี่ยนอย่างสมเหตุสมผล เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีช่วงเวลาซึ่งทำงานไม่ได้อย่างยาวนาน หรือไม่อาจทำงานตามฟังก์ชั่นที่สัญญาไว้ได้เลย[38]

การรับประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้งานโดยทั่วไปเป็นหน้าที่ซึ่งกำหนดโดยกฎหมาย จึงมีอยู่แม้ผู้ขายจะไม่ได้มีการแสดงออกซึ่งการรับประกันอย่างใด ๆ และแม้ผู้ซื้อไม่ได้หวังพึ่งพาความรู้หรือทักษะของผู้ขาย[39] ทั้งนี้ เพราะการกำหนดให้ผู้ขายต้องรับผิดในลักษณะเช่นนี้มีเหตุผลเนื่องมาจากฐานะของผู้ขายเอง โดยการที่ผู้ขายซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจย่อมอยู่ในฐานะที่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[35] Section 2-314 (2) Goods to be merchantable must be at least such as

(a) pass without objection in the trade under the contract description; and

(b) in the case of fungible goods, are of fair average quality within the description; and

(c) are fit for the ordinary purposes for which such goods are used

[36] 524 A.2d 1172 (1987).

[37] Jean Braucher, "Unfair Terms in Comparative Perspective: Software Contracts," in Commercial Contract Law: Transatlantic Perspectives, ed. Qi Zhou Larry Dimatteo, Severine Saintier, Keith Rowley (New York: Cambridge University Press, 2013).

[38] Robert Hillman and Maureen A. O'Rourke, "Principles of the Law of Software Contracts: Some Highlights," Tulane law review 84(2010): 1535.

[39] Clayton Gillette and Steven Walt, Sales Law Domestic and International. page 335.

มีความรู้และเชี่ยวชาญในการจัดการเกี่ยวกับสินค้าที่ซื้อขาย เช่น ความทนทานหรือความเสี่ยงในการชำรุดบกพร่อง มากกว่าผู้ซื้อ จึงการบังคับให้ผู้ขายทำการรับประกันคุณภาพสินค้าเพื่อสร้างสมดุลจากความไม่เท่าเทียมกันทางข้อมูลระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย โดยการโอนความเสี่ยงต่อความบกพร่องของสินค้าแก่ผู้ขายซึ่งอยู่ในฐานะที่จะจัดการความเสี่ยงได้ดีกว่า[40]

4.1.2.3 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

ในสัญญาซื้อขายกรณีที่ผู้ขายผิดสัญญารับประกัน ในกรณีที่ผู้ซื้อยังไม่ได้ทำการรับสินค้า ผู้ซื้อมีสิทธิปฏิเสธการรับสินค้าและผู้ซื้อสามารถยึดหน่วงราคาสินค้าหรือเรียกคืนราคาสินค้าคืนจากผู้ขาย[41] และผู้ซื้อสามารถซื้อสินค้าจากที่อื่นมาเพื่อทดแทนสินค้าของผู้ขายได้ และผู้ขายต้องรับผิดชดใช้ส่วนต่างระหว่างค่าใช้จ่ายที่ผู้ซื้อต้องเสียไปกับราคาสินค้าตามสัญญา และในกรณีที่ผู้ซื้อรับสินค้ามาแล้ว[42] ผู้ขายต้องชดใช้ค่าเสียหายจากส่วนต่างระหว่างมูลค่าของสินค้าที่ยอมรับไปกับมูลค่าที่ควรเป็นตามการรับประกัน ในเวลาและสถานที่ที่รับสินค้านั้น เว้นแต่จะแสดงให้เห็นถึงจำนวนความเสียหายที่ต่างออกไป[43] ทั้ง 2 กรณีสามารถเรียกค่าเสียหายที่เกี่ยวเนื่องหรือสืบเนื่องมาจากการผิดสัญญาได้ โดยความเสียหายที่เกี่ยวเนื่องมาจากการผิดสัญญา (incidental damages) รวมถึงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการตรวจสอบ การรับ การขนส่งและการยึดถือหรือดูแลสินค้าที่ถูกปฏิเสธอย่างถูกต้อง ค่าธรรมเนียมการค้าที่ถูกเรียกเก็บอย่างสมเหตุสมผล ค่าใช้จ่ายหรือค่านายหน้าที่เกี่ยวข้องหรือค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่เกิดขึ้นอย่างสมเหตุสมผลจากความล่าช้าหรือการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดอื่น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[40] Ibid.

[41] Section 2-711 (1) Where the seller fails to make delivery or repudiates or the buyer rightfully rejects or justifiably revokes acceptance then with respect to any goods involved, and with respect to the whole if the breach goes to the whole contract (Section 2-612), the buyer may cancel and whether or not he has done so may in addition to recovering so much of the price as has been paid.

[42] Section 2-712 (1) After a breach within the preceding section the buyer may "cover" by making in good faith and without unreasonable delay any reasonable purchase of or contract to purchase goods in substitution for those due from the seller.

(2) The buyer may recover from the seller as damages the difference between the cost of cover and the contract price together with any incidental or consequential damages as hereinafter defined (Section 2-715), but less expenses saved in consequence of the seller's breach.

[43] Section 2-714 (2) The measure of damages for breach of warranty is the difference at the time and place of acceptance between the value of the goods accepted and the value they would have had if they had been as warranted, unless special circumstances show proximate damages of a different amount.

ๆ[44] และความเสียหายสืบเนื่องมาจากการผิดสัญญา (consequential damages) ให้รวมถึง ความสูญเสียอย่างใด ๆ ที่เกิดจากความต้องการโดยทั่วไป หรือความต้องการเฉพาะอย่างซึ่งผู้ขายรู้หรือควรได้รู้ในขณะทำสัญญาซึ่งไม่อาจทดแทนโดยการจัดซื้อสินค้าจากแหล่งอื่นได้ และความเสียหายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินซึ่งเกิดจากการผิดข้อสัญญารับประกัน[45]

แม้ว่าการรับประกันตามกฎหมายจะมีขึ้นโดยอยู่บนข้อสันนิษฐานที่ว่าฝ่ายผู้ขายเป็นฝ่ายที่อยู่ในฐานะที่ดีกว่าผู้ซื้อในการจัดการความเสี่ยงเกี่ยวกับคุณภาพสินค้า แต่ในหลายสถานการณ์ผู้ขายอาจไม่ได้เป็นผู้อยู่ในฐานะเหนือกว่าโดยแท้จริง เช่น ในกรณีสินค้าที่ขายเป็นสินค้าต้นแบบซึ่งผู้ขายยังไม่มีข้อมูลเกี่ยวกับความทนทาน หรือในกรณีที่ผู้ซื้อไม่ต้องการรับประกันแลกเปลี่ยนกับราคาสินค้าที่ลดลง[46] U.C.C. จึงอนุญาตให้มีการยกเว้นหรือจำกัดการรับประกันขึ้นได้โดยข้อสัญญาหรือโดยสถานการณ์บางอย่าง ตามหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) ในกรณีที่สัญญามีการใช้ถ้อยคำทั้งที่สื่อถึงการรับประกันโดยชัดแจ้ง การจำกัดหรือปฏิเสธการรับประกันจะกระทำได้ต่อเมื่อ การปฏิเสธหรือจำกัดนั้นไม่ได้ทำให้โครงสร้างในภาพรวมของสัญญาเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติหรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล[47] เช่น ในคดี Gross v. Symantec Corp. (2012) ศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนีย วินิจฉัยว่า ข้อสงวนสิทธิ์ของ Symantec Corp ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ PC Tools ซึ่งปฏิเสธการรับประกันโดยปริยายทั้งหมดขัดกับการรับประกันโดยชัดแจ้ง การปฏิเสธการรับประกันจึงเป็นโมฆะ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

[44] Section 2-715 (1) Incidental damages resulting from the seller's breach include expenses reasonably incurred in inspection, receipt, transportation and care and custody of goods rightfully rejected, any commercially reasonable charges, expenses or commissions in connection with effecting cover and any other reasonable expense incident to the delay or other breach.

[45] Section 2-715 (2) Consequential damages resulting from the seller's breach include

(a) any loss resulting from general or particular requirements and needs of which the seller at the time of contracting had reason to know and which could not reasonably be prevented by cover or otherwise; and

(b) injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty.

[46] Clayton Gillette and Steven Walt, Sales Law Domestic and International., p. 342-343.

[47] Section 2-316 (1) Words or conduct relevant to the creation of an express warranty and words or conduct tending to negate or limit warranty shall be construed wherever reasonable as consistent with each other; but subject to the provisions of this Article on parol or extrinsic evidence (Section 2-202) negation or limitation is inoperative to the extent that such construction is unreasonable.

(2) ในการปฏิเสธหรือจำกัดการรับประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปของสินค้า จะต้องปรากฏถ้อยคำว่า “ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป” (“merchantability”) อย่างเด่นชัดถ้ามีการทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร และในกรณีการรับประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง การปฏิเสธหรือจำกัดการรับประกันจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและเห็นได้อย่างเด่นชัด[48]

(3) การปฏิเสธหรือจำกัดการรับประกันโดยปริยายทั้งหมด อาจกระทำได้โดยการแสดงออกว่าสินค้านั้นขายตาม “ตามสภาพจริง” (“as is”) หรือ “ผู้รับต้องรับเอาความชำรุดบกพร่องด้วย” (“with all faults”) หรือใช้ถ้อยคำอื่น ๆ ที่มีความหมายตามธรรมดาในลักษณะที่ทำให้ผู้รับอนุญาตเห็นได้ทันทีว่าจะไม่มีการรับประกันโดยปริยายไม่ว่าในข้อใด[49]

(4) ถ้าก่อนที่จะเข้าทำสัญญา ผู้ซื้อได้ทำการตรวจสอบสินค้าหรือสินค้าตัวอย่างหรือแบบจำลองเท่าที่ต้องการแล้ว หรือปฏิเสธที่จะตรวจสอบ จะถือว่าไม่มีการรับประกันโดยปริยายในข้อบกพร่องใด ๆ ที่ควรตรวจพบได้จากการตรวจสอบนั้น[50]

(5) การปฏิเสธหรือจำกัดการรับประกันโดยปริยายอาจเกิดจากทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา (course of dealing) หรือ วิธีการดำเนินงานตามปกติของคู่สัญญา (course of performance) หรือ ปกติประเพณีในทางการค้า (usage of trade) ก็ได้[51]

(6) การเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนการชดเชยความเสียหายตาม U.C.C. เป็นการคืนสินค้าและรับเงินคืน หรือ โดยการซ่อมแซมหรือเปลี่ยนสินค้าใหม่ อาจทำได้โดยข้อสัญญา แต่ถ้าเป็นการจำกัดวิธีการชดเชยให้เหลือเพียงทางเดียวต้องมีการตกลงโดยชัดแจ้ง[52]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[48] Section 2-316 (2) to exclude or modify the implied warranty of merchantability or any part of it the language must mention merchantability and in case of a writing must be conspicuous, and to exclude or modify any implied warranty of fitness the exclusion must be by a writing and conspicuous.

[49] Section 2-316 (3) (a) all implied warranties are excluded by expressions like "as is", "with all faults" or other language which in common understanding calls the buyer's attention to the exclusion of warranties and makes plain that there is no implied warranty.

[50] Section 2-316 (3) (b) when the buyer before entering into the contract has examined the goods or the sample or model as fully as he desired or has refused to examine the goods there is no implied warranty with regard to defects which an examination ought in the circumstances to have revealed to him.

[51] Section 2-316 (3) (c) an implied warranty can also be excluded or modified by course of dealing or course of performance or usage of trade.

[52] Section 2-719 (1) the agreement may provide for remedies in addition to or in substitution for those provided in this Article and may limit or alter the measure of damages recoverable under this Article, as by limiting the buyer's remedies to return of the goods and repayment of the price or to repair and replacement of non-

(7) ข้อสัญญาจำกัดความรับผิดในความเสียหายสืบเนื่องมาจากการผิดสัญญา จะต้องไม่มีลักษณะที่ไร้เหตุผล (unconscionable) โดยในกรณีสินค้าก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าข้อจำกัดความรับผิดไร้เหตุผล[53]

การตกลงจำกัดความเสียหายทำได้เพียงเท่าจำนวนที่สมเหตุสมผลเมื่อพิจารณาจากความเสียหายที่คาดเห็นหรือเกิดขึ้นจริง ความยากลำบากในการพิสูจน์ความเสียหาย และความไปได้ในการเยียวยาด้วยหนทางอื่น[54] ในกรณีที่ผู้ขายกำหนดวิธีการอื่นในการเยียวยาความเสียหายแก่ผู้ซื้อด้วย เช่น การซ่อมแซมหรือเปลี่ยนสินค้าใหม่ การคำนวณหรือจำกัดค่าเสียหายอาจแตกต่างไปได้ แต่การเยียวยาที่ผู้ขายกำหนดให้ผู้ซื้อนั้นจะต้องไม่เป็นการทำให้วัตถุประสงค์หลักของข้อจำกัดความรับผิดนั้นล้มเหลว (failure of its essential purpose)[55] และการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากความเสียหายสืบเนื่องไม่อาจทำได้หากการยกเว้นหรือจำกัดนั้นมีลักษณะที่ไร้เหตุผล (unconscionability)[56]

ในสถานการณ์ทำให้วัตถุประสงค์หลักของข้อจำกัดความรับผิดนั้นล้มเหลว การชดเชยต้องเป็นไปตามที่ระบุใน U.C.C. แทน ซึ่งสถานการณ์ทำให้วัตถุประสงค์หลักของข้อจำกัดความรับผิดนั้นล้มเหลว ได้มีการวินิจฉัยในคดี RRX Industries, Inc. v. Lab-Con, Inc (1985) ว่าการที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญามีความชำรุดบกพร่องและจำเลยไม่สามารถซ่อมแซมโปรแกรมให้เป็นไปตามสัญญาได้ ถือเป็นสถานการณ์ทำให้วัตถุประสงค์หลักของข้อจำกัดความรับผิดล้มเหลว

---

conforming goods or parts; and resort to a remedy as provided is optional unless the remedy is expressly agreed to be exclusive, in which case it is the sole remedy.

[53] Section 2-719 (3) Consequential damages may be limited or excluded unless the limitation or exclusion is unconscionable. Limitation of consequential damages for injury to the person in the case of consumer goods is prima facie unconscionable but limitation of damages where the loss is commercial is not.

[54] Section 2-718 Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or nonfeasibility of otherwise obtaining an adequate remedy.

[55] Section 2-719 (1) (a) the agreement may provide for remedies in addition to or in substitution for those provided in this Article and may limit or alter the measure of damages recoverable under this Article, as by limiting the buyer's remedies to return of the goods and repayment of the price or to repair and replacement of non-conforming goods or parts; and

(2) Where circumstances cause an exclusive or limited remedy to fail of its essential purpose, remedy may be had as provided in this Act.

[56] Section 2-719 (3) Consequential damages may be limited or excluded unless the limitation or exclusion is unconscionable.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

แล้ว ดังนั้น ข้อสัญญาจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่สืบเนื่องมาจากการผิดสัญญาจึงใช้บังคับไม่ได้

การปฏิเสธหรือจำกัดการรับประกันที่อนุญาตให้ทำได้ตาม U.C.C อาจมีข้อจำกัดได้ตาม Magnuson Moss Warranty-Federal Trade Commission Improvements Act ซึ่งกำหนดมาตรฐานในการรับประกันในสินค้าผู้บริโภค (consumer product) ที่สำคัญคือการยกเว้นหรือจำกัดการับประกันโดยปริยายจจะทำไม่ได้หากสินค้ามีการรับประกันเป็นลายลักษณ์อักษร (written warranty) หรือมีการทำสัญญาให้บริการเกี่ยวกับสินค้านั้นภายใน 90 วันนับจากวันที่เกิดการซื้อขาย[57] แต่อาจมีการจำกัดระยะเวลาของรับประกันโดยปริยายอย่างเหมาะสมได้ หากการจำกัดนั้นสมเหตุสมผล (conscionable) และมีการแสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งบนหน้าของการรับประกัน[58]

อายุความการฟ้องร้องกรณีผิดสัญญามีกำหนดไว้ตาม Section 2-725 ให้ผู้เสียหายต้องฟ้องร้องภายในระยะเวลา 4 ปีนับแต่วันที่มีการผิดสัญญา ซึ่งคู่สัญญาสามารถตกลงกันให้สั้นลงได้แต่ต้องมีกำหนดระยะเวลาอย่างน้อย 1 ปี สำหรับการรับประกัน การนับระยะเวลาเริ่มตั้งแต่การส่งมอบสินค้า ไม่ว่าผู้ซื้อจะทราบถึงการผิดสัญญานั้นหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่กรณีที่มีการให้คำมั่นขยายไปถึงการใช้งานในอนาคตของสินค้า ในการนี้ระยะเวลาจะเริ่มนับเมื่อมีการใช้งานนั้นเกิดขึ้น อย่างไรก็ดีศาลโดยส่วนใหญ่เห็นว่าการรับประกันโดยชัดแจ้งว่าจะซ่อมแซมความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่ปรากฏขึ้นในช่วงระยะเวลาที่กำหนดแน่นอนหรือรับรองการใช้งานของสินค้าไม่ถือเป็นการให้คำมั่นที่จะเข้าข้อยกเว้นของ Section 2-725[59]

4.1.3 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาให้บริการ

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่สัญญาซื้อขายอันตนอยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C. สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะบังคับตามหลัก common law

---

[57] 15 U.S.C., Section 2308 (a) No supplier may disclaim or modify (except as provided in subsection (b)) any implied warranty to a consumer with respect to such consumer product if (1) such supplier makes any written warranty to the consumer with respect to such consumer Product, or (2) at the time of sale, or within 90 days thereafter, such supplier enters into a service contract with the consumer which applies to such consumer product

[58] 15 U.S.C., Section 2308 (b) For purposes of this chapter (other than section 2304(a)(2) of this title), implied warranties may be limited in duration to the duration of a written warranty of reasonable duration, if such limitation is conscionable and is set forth in clear and unmistakable language and prominently displayed on the face of the warranty.

[59] Alice M. Wright, "What Constitutes Warranty Explicitly Extending to "Future Performance" for Purposes of Ucc § 2–725(2)," 81 American Law Reports 5th 483(2000).

ซึ่งเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลที่เป็นบรรทัดฐานให้ศาลในคดีที่มีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันต้องยึดถือตาม นอกจากแนวคำพิพากษาที่มีค่าผูกพันแล้ว ยังมีแหล่งที่มาของกฎหมายที่มีลักษณะชวนให้เชื่อถือ (persuasive authority)[60] เช่น คำอธิบายกฎหมายเฉพาะเรื่องในกฎหมายสัญญา (Restatement of Contract) ที่จัดทำโดย American Law Institute เป็นต้น ซึ่งเป็นงานเขียนโดยนักวิชาการ นักกฎหมาย ผู้พิพากษา งานเขียนลักษณะนี้ไม่ใช่กฎหมายที่มีผลผูกพัน เว้นแต่ศาลจะได้อ้างอิงเป็นหลักแห่งคำพิพากษา ในส่วนต่อไปนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงหลัก common law ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิหน้าที่และความรับผิดของคู่สัญญาในสัญญาให้บริการ

4.1.3.1 ข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Terms)

โดยหลัก คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะมีความรับผิดตามสัญญาได้ เมื่อล้มเหลวในการปฏิบัติการหน้าที่ตามข้อสัญญา ในการพิจารณาว่าคู่สัญญาได้ปฏิบัติการตามสัญญาอย่างถูกต้อง อันเป็นผลให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นหลุดพ้นจากภาระหน้าที่ และก่อให้เกิดสิทธิในการเรียกร้องให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตอบแทน หรือไม่ ศาลต้องพิจารณาจากมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับการคาดหวังจากสัญญา เนื่องจากในบางกรณี การปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่ต้องตรงตามสัญญาทุกประการก็อาจเพียงพอต่อการหลุดพ้นจากภาระหน้าที่ได้ มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่อาจแบ่งได้เป็น 2 ระดับ ได้แก่

1. Strict Performance Standard เป็นกรณีที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ระบุไว้ตามข้อสัญญาอย่างถูกต้องทุกประการ มักจะปรากฏในกรณีที่หน้าที่ดังกล่าวโดยทั่วไปสามารถปฏิบัติได้อย่างสมบูรณ์แบบหรือในระดับใกล้เคียงอย่างมาก เช่น สัญญาซื้อขายสินค้า และ

2. Substantial Performance Standard ปรากฏในสัญญาบางประเภทการปฏิบัติการชำระหนี้อย่างสมบูรณ์แบบเป็นไปได้ยากมากเนื่องมาจากธรรมชาติและข้อจำกัดตามความสามารถของมนุษย์ การปฏิบัติตามสัญญาในสาระสำคัญ (substantial performance) คือการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งอาจไม่สมบูรณ์แบบในประเด็นเล็กน้อยซึ่งไม่กระทบต่อสาระสำคัญอันเป็นหลักแห่งการแลกเปลี่ยนตอบแทนและการเจรจาต่อรอง[61] ผู้ให้สัญญาอาจใช้ความพยายามโดยสุจริตในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว แต่เพราะขาดไปซึ่งความสามารถหรือปัจจัยบางประการที่ไม่อาจควบคุมได้ จึงทำให้การปฏิบัติหน้าที่นั้นไม่สมบูรณ์แบบ

---

[60] มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553), หน้า 99.

[61] James Barnes, Terry Morehead Dworkin, and Eric Richards, Law for Business (North America: McGraw-Hill Education 2015), p. 289.

ความผูกพันตามสัญญาจะสิ้นสุดลง ก็แต่โดยการปฏิบัติการชำระหนี้ให้ต้องตรงกับเงื่อนไขที่ตนได้ผูกพันไว้ตามสัญญานั้น สำหรับการปฏิบัติตามสัญญาโดยทั่วไป การปฏิบัติการชำระหนี้ที่โดยไม่สมบูรณ์หรือไม่เต็มตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ อาจถือเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ในสาระสำคัญ (substantial performance) ซึ่งสัญญาอาจมีผลใช้บังคับได้ต่อไป แต่คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องเสียหายจะได้รับการชดเชยความเสียหายนั้น หรือหากความไม่สมบูรณ์นั้นเป็นสาระสำคัญของสัญญาจะถือเป็นการผิดสัญญา (breach of contact) ซึ่งมีผลทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิบอกเลิกสัญญาและรับการเยียวยาความเสียหายได้

ในคดี Micro-Managers, Inc v. Gregory[62] ปรากฏข้อเท็จจริงในศาลชั้นต้นว่า Micro-Managers, Inc ได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะใช้ความเชี่ยวชาญและทักษะในการออกแบบและพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แก่ Gregory และ Micro-Managers, Inc โดยที่ไม่ได้ให้การรับประกันถึงผลลัพธ์เนื่องจากธรรมชาติของงานพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีลักษณะเป็นการทดลอง เมื่อพยานหลักฐานในศาลแสดงว่า Micro-Managers, Inc ได้ใช้ความเชี่ยวชาญและทักษะในการทำงานแล้ว จึงถือได้ว่ามีการปฏิบัติตามสัญญาในสาระสำคัญ (substantially performed its contract) ดังนั้น จึงไม่ถือว่า Micro-Managers, Inc ผิดสัญญาแม้ว่าในท้ายที่สุดผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าโปรแกรมที่พัฒนาขึ้นไม่สามารถใช้งานได้ก็ตาม

4.1.3.2 ข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms)

1) การใช้ความระมัดระวังและความรู้ความสามารถอย่างผู้มีอาชีพ (Reasonable Care and Workmanlike Manner)

ในสัญญาให้บริการ โดยทั่วไปจะถือว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายตามหลัก common law ว่าผู้ให้บริการจะต้องกระทำหน้าที่ตามสัญญาด้วยความระมัดระวัง โดยใช้ความรู้ความสามารถอย่างผู้มีอาชีพให้สอดคล้องกับธรรมชาติของการบริการนั้น (reasonable care and workmanlike manner)[63] ซึ่งเป็นมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ระดับ substantial performance standard ในการปฏิบัติตามสัญญาจะให้ความสำคัญกับกระบวนการทำงานมากกว่าผลลัพธ์ ทั้งนี้ เนื่องจากในสัญญาให้บริการโดยส่วนใหญ่ ข้อผูกพันที่ผู้ให้บริการให้คำมั่นไว้คือการใช้ความรู้ความสามารถอย่างระมัดระวังและได้มาตรฐานอย่างผู้มีอาชีพในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาเท่านั้น โดยไม่ถือว่าผู้

---

[62] 147 Wis. 2d 500.

[63] Raymond Nimmer and Jeff Dodd, "Modern Licensing Law," [Online] Accessed: 2018, August 21. Available from: https://1.next.westlaw.com/Document/Ic39099ab563511dab18fcc849cb1e5d6/View/FullText.html?originationContext=documenttoc&transitionType=CategoryPageItem&contextData=%28sc.Category%29

ให้บริการเป็นผู้รับประกันคุณภาพของงานที่เกิดจากการให้บริการนั้นด้วย[64] ผู้ให้บริการจึงอาจไม่ต้องรับผิดแม้งานที่ทำจะไม่สำเร็จตามสัญญา เหตุผลสำคัญคือในสัญญาให้บริการ ผู้ให้บริการมักต้องประสบกับปัจจัยที่ไม่สามารถควบคุมได้เป็นนิจ หากการพิจารณาความรับผิดเป็นไปในรูปแบบเดียวกับการรับประกันอาจเป็นการขยายหน้าที่ซึ่งคู่สัญญาได้คาดหวังไว้เมื่อเข้าทำสัญญา[65] ดังนี้ ในกรณีที่การบริการที่พิพาทไม่ได้มีลักษณะที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถในการพิจารณาและตัดสินใจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมีความยากลำบากอย่างใด ๆ แต่เป็นเพียงการทำงานตามขั้นตอนที่มีไว้ การที่งานตามสัญญาไม่สำเร็จถือเป็นการผิดสัญญา เช่น ในคดี Southwestern Bell Telephone Co. v. FDP Corp.[66] ศาลพิพากษาว่าการที่ Southwestern Bell จัดพิมพ์โฆษณาเพียง 2 ตัวจากที่สัญญาไว้ 3 ตัวในสมุดโทรศัพท์ ถือเป็นการผิดสัญญาเพราะการตีพิมพ์โฆษณาตามที่ผู้รับบริการจัดเตรียมไว้ให้แล้ว ไม่ต้องอาศัยการตัดสินใจ รวมถึงไม่มีปัจจัยภายนอกที่ควบคุมไม่ได้อย่างใด ๆ ที่จะมาขัดขวางไม่ให้งานสำเร็จได้

ข้อสัญญาโดยปริยายเรื่องมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น อาจเห็นได้จากคดี Data Processing Services, Inc. v. L.H. Smith Oil Corp[67]

ข้อเท็จจริงในคดี คือ L.H. Smith Oil Corp ซึ่งประกอบธุรกิจขายผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียม ได้ว่าจ้างให้ Data Processing Services ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามคำสั่ง พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับใช้ในกิจการของตนขึ้นมาเฉพาะ แต่ปรากฏว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาขึ้นไม่สามารถใช้งานได้ตามที่ L.H. Smith Oil Corp ต้องการ ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐอินดีแอนาพิพากษาว่าสัญญาที่พิพาทไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C. และวินิจฉัยคดีนี้โดยอาศัยหลัก common law ดังนี้

“ผู้ซึ่งวางตนในฐานะผู้มีทักษะและคุณสมบัติในกิจการค้าหรือวิชาชีพ ถือเป็นการแสดงออกโดยนัยว่าตนเองมีทักษะและจะแสดงความระมัดระวังเช่นที่เป็นไปตามปกติของผู้ทำการค้าหรือวิชาชีพนั้น เช่น Citizens Loan, Fund and Savings Association v. Friedley (1890), 123 Ind. 143, 23 N.E. 1075 (ทนายความแสดงออกโดนนัยว่าตนเองมีทักษะที่จำเป็นและจะจะแสดงความระมัดระวังเช่นที่เป็นไปตามปกติของทนายความ) Kirk v. Ridgway (1985), Iowa, 373 N.W.2d 491 (การรับประกันโดยปริยายในสัญญาก่อสร้างว่าอาคารจะถูกสร้างให้ดีและอย่างผู้มีฝีมือ

---

[64] Ibid.

[65] Chemical Bank v. Title Services, Inc., 708 F. Supp. 245.

[66] 811 S.W.2d 572.

[67] 492 N.E.2d 314 (1986).

(in a good and workmanlike manner)) ... เรายึดถือหลักการเหล่านี้บังคับใช้อย่างเท่าเทียมกันกับผู้ที่ทำสัญญาเพื่อพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์”[68]

เมื่อปรากฏจากพยานหลักฐานว่า Data Processing Services ขาดความรู้ความสามารถอย่างผู้ประกอบอาชีพของผู้พัฒนาโปรแกรม จึงไม่อาจปฏิบัติงานได้อย่างที่ได้สัญญาไว้ ถือได้ว่า Data Processing Services ผิดข้อสัญญาโดยปริยายว่าจะใช้ทักษะและความสามารถอย่างเหมาะสมในการทำงานตามที่ได้สัญญาไว้

2) การรับประกันซึ่งคุณภาพโดยปริยาย (Implied Warranty of Quality)

แม้ว่าศาลจะเห็นว่าตามหลัก Predominant Factor สัญญามีลักษณะเป็นการให้บริการมากกว่าการซื้อขาย ซึ่งทำให้สัญญาไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C. แต่จะมีข้อสัญญาโดยปริยายในเรื่องความระมัดระวังและการปฏิบัติอย่างผู้มีอาชีพแทน อย่างไรก็ดี ศาลอาจถือว่ามีข้อสัญญารับประกันคุณภาพโดยปริยาย (implied warranty of quality) ในส่วนของสินค้าหรือวัตถุดิบที่ใช้ในการทำงาน ในสถานการณ์ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ที่มีความสามารถในขณะที่อีกฝ่ายไม่มีความรู้หรือประสบการณ์ในงานนั้น การทำงานเป็นไปโดยไม่มีแบบแปลน แบบร่างหรือมีกำหนดข้อมูลจำเพาะไว้ แต่คาดหวังจะพึ่งพาความสามารถและประสบการณ์ของฝ่ายผู้ให้บริการ[69] โดยศาลมักปรับใช้หลักเรื่องการรับประกันโดยปริยายตาม U.C.C. Article 2 โดยอนุโลมกับสัญญาประเภทอื่นที่ไม่ใช่สัญญาซื้อขายแต่มีลักษณะใกล้เคียงกัน เช่น สัญญาให้บริการก่อสร้างหรือซ่อมแซมวัตถุ เป็นต้น การปรับใช้โดยอนุโลมเช่นนี้มีข้อดีคือการทำให้บรรทัดฐานคุณภาพของงานในสัญญาที่มีลักษณะใกล้เคียงกันเป็นไปในรูปแบบเดียวกัน โดยคู่สัญญาและศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าสัญญาที่พิพาทเข้าลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายหรือไม่[70] เพื่อประโยชน์สาธารณะในการคุ้มครองผู้บริโภคในสัญญาบริการที่ผู้ให้บริการที่มีสถานะทางเศรษฐกิจดีกว่าและอาจป้องกันความเสียหายใด ๆ ที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากการให้บริการได้ดีกว่าผู้บริโภคที่มักจะไม่ได้มีความสามารถและประสบการณ์ในงานเพียงพอที่จะวินิจฉัยคุณภาพของการบริการด้วยตนเองได้ เช่นเดียวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการผิดข้อสัญญารับประกันในสัญญาซื้อขาย[71]

ในคดี Semler v. Knowling[72] ศาลสูงมลรัฐโลวาได้วินิจฉัยให้ผู้ให้บริการติดตั้งท่อน้ำทิ้งในอาคารมีหน้าที่รับประกันคุณภาพของงานโดยปริยายด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

---

[68] 492 N.E.2d 314 (1986).

[69] INSUL–MARK MIDWEST, INC. v. MODERN MATERIALS, INC. (612 N.E.2d 550).

[70] Allan Farnsworth, "Implied Warranries of Quality in Non Sales Case," Columbia Law Review 57(1957): 660.

[71] Melody Home Mfg. Co. v. Barnes (1987) 741 S.W.2d 349.

[72] 325 N.W.2d 395 (1982).

“เมื่อผู้รับเหมาตกลงจะก่อสร้างโครงสร้างเพื่อการใช้งานอันมีวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจง จะมีข้อสัญญาโดยปริยายว่าโครงสร้างนั้นเมื่อเสร็จสมบูรณ์แล้วจะสามารถใช้งานได้ตามวัตถุประสงค์ เมื่อสัญญามีการรับประกันไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายว่างานที่ทำขึ้นจะมีความเหมาะสมต่อการใช้ประโยชน์โดยเฉพาะหรือจะบรรลุผลลัพธ์ที่แน่นอน ความเสี่ยงในการดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์หรือนำไปสู่ผลลัพธ์นั้นจะตกอยู่กับผู้รับเหมาและจะไม่ถือว่ามีการปฏิบัติการชำระหนี้ในสาระสำคัญ (substantial performance) จนกว่างานนั้นเพียงพอจะบรรลุวัตถุประสงค์หรือผลลัพธ์ที่กำหนดไว้ เราพบว่าการรับประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ (implied warranty of fitness for a particular purpose) เช่นที่ว่านี้ ย่อมปรับใช้กับงานติดตั้งท่อน้ำทิ้งในคดีนี้ได้”

นอกจากนี้ผู้พิพากษายังได้อ้างถึงคำอธิบายในประมวลกฎหมายมลรัฐโลวา (Lowa Code) มาสนับสนุนการปรับใช้หลักกฎหมายที่ปรากฏใน U.C.C. Article 2 กับสัญญาที่ไม่ใช่สัญญาซื้อขายด้วย ดังนี้

“ศาลเล็งเห็นว่านโยบายที่แฝงอยู่ในพระราชบัญญัติสามารถปรับใช้ได้อย่างเป็นเหตุเป็นผลกับประเด็นที่ไม่ได้ครอบคลุมโดยภาษาของพระราชบัญญัติอย่างชัดแจ้ง ก็ไม่มีสิ่งใดในพระราชบัญญัตินี้ที่จะขัดขวางการกระทำนั้นของศาล”[73]

อย่างไรก็ดี การปรับใช้ข้อสัญญาโดยปริยายของศาลจะต้องเป็นไปเพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะ จึงปรากฏในธุรกรรมเกี่ยวกับผู้บริโภค ซึ่งคู่สัญญาไม่ได้อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันเป็นหลัก ดังนั้นในกรณีที่คู่สัญญาต่างเป็นผู้ประกอบธุรกิจและอยู่ในฐานะที่จะเจรจาต่อรองข้อสัญญาได้อย่างเท่าเทียมกันแล้ว ศาลจะไม่ปรับใช้ข้อสัญญาโดยปริยายกับสัญญาให้บริการ เช่น ในคดี Pain Center of SE Indiana LLC v. Origin Healthcare Solutions LLC[74] ศาลมลรัฐอินเดียน่าพิพากษาว่าสัญญาสำหรับการจัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับเรียกเก็บค่าบริการทางการแพทย์และสำหรับบริการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรม เป็นสัญญาที่มีสาระสำคัญเป็นการให้บริการ และข้อสัญญารับประกันคุณภาพโดยปริยายในสัญญาให้บริการตามหลัก common law ไม่อาจปรับใช้กับกรณีนี้ได้เนื่องจากเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจด้วยกัน

4.1.3.3 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

หากเกิดการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเกิดขึ้น ฝ่ายผู้รับบริการมีสิทธิในการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเรียกค่าเสียหายเป็นเงิน แต่ไม่อาจบังคับให้ชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific

---

[73] Iowa Code Annotated § 554.1102 comment 1 (1981).

[74] 2018 WL 3045278.

performance) เพราะเป็นการยากโดยสภาพที่จะบังคับให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกระทำ แม้ศาลจะเป็นคนสั่งก็ตาม[75] โดยค่าเสียหายเป็นเงินที่สำคัญคือ ค่าเสียหายเพื่อชดเชยความเสียหาย (compensatory) เป็นค่าเสียหายที่ให้เพื่อชดเชยความสูญเสียที่ฝ่ายที่ไม่ได้ทำผิดสัญญาได้รับจากการที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง โดยเงินค่าเสียหายเข้าไปแทนที่ให้เสมือนหนึ่งคู่สัญญาอีกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญาอย่างครบถ้วน[76] โดยคดีที่สำคัญคือ Hawkins v. McGee[77] หมอรักษามือของเด็กที่ผิวหนังถูกไฟไหม้โดยการนำผิวหนังบริเวณหน้าอกมาปลูกถ่ายให้ เมื่อเด็กโตขึ้นปรากฏว่ามือเริ่มมีขนงอกออกมา ศาลได้คำนวณค่าเสียหายจากความแตกต่างระหว่างมือที่สมบูรณ์กับมือที่ปกคลุมไปด้วยขน ซึ่งค่าเสียหายนี้ไม่รวมไปถึงความเจ็บปวดที่เด็กได้รับในการรักษาและค่ารักษาพยาบาล ค่าชดเชยความเสียหายที่รู้ล่วงหน้า (consequential damage) คือ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างสำคัญซึ่งเป็นความเสียหายที่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญารู้ล่วงหน้าถึงความเสียหายนั้นหากมีการผิดสัญญา[78]

หากสัญญามีข้อสัญญายกเว้นและจำกัดความรับผิด ข้อสัญญานั้นจะต้องไม่มีลักษณะที่ไร้เหตุผล (unconscionability) ซึ่งแต่เดิมเป็นหลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายตาม Uniform Commercial Code Article 2-302 และศาลได้นำมาปรับใช้กับสัญญาอื่น ๆ ในฐานะ Common law ในเวลาต่อมาด้วย[79] โดย Restatement (Second) of Contract Law 208 ได้บัญญัติหลัก unconscionability ไว้ดังนี้

“ถ้าศาลพบว่าสัญญาหรือข้อกำหนดใด ๆ ตามสัญญามีลักษณะที่ขัดต่อเหตุผล (unconscionable) ในขณะที่ทำสัญญา ศาลอาจปฏิเสธที่จะบังคับการตามสัญญาทั้งหมดหรือบังคับตามสัญญาที่มีอยู่เว้นแต่ข้อสัญญาที่ขัดต่อเหตุผลนั้น หรือจำกัดการปรับใช้ข้อสัญญาที่ขัดต่อเหตุผลเพื่อให้เกิดผลที่เป็นธรรม”

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[75] มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 111.

[76] เรื่องเดียวกัน,

[77] 146 A. 641 (N.H. 1929).

[78] มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, หน้า 112.

[79] Charles L. Knapp, “Unconscionability in American Contract Law: A Twenty-First-Century Survey,” in Commercial Contract Law: Transatlantic Perspectives, eds. Larry A. Dimatteo, Qi Zhou, Severine Saintier, and Keith Rowley. (New York: Cambridge University Press, 2013), p. 311.

4.1.4 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาเกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ภายใต้ Uniform Computer Information Transactions Act

เนื่องมาจากปัญหาในการปรับใช้ Uniform Commercial Code กับธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จึงได้มีการเสนอร่างกฎหมายต้นแบบใหม่โดย National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) ได้แก่ The Uniform Computer Information Transactions Act (“UCITA”) เป็นต้นแบบร่างกฎหมายสัญญาเพื่อการกำกับดูแลธุรกรรมเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ในรูปแบบข้อมูลคอมพิวเตอร์ โดยสร้างชุดกฎระเบียบใหม่ที่ชัดเจนและเป็นระบบเพื่อใช้บังคับกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ฐานข้อมูลออนไลน์ หรือธุรกรรมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ เช่นเดียวกับที่ Uniform Commercial Code ใช้บังคับกับการซื้อขายสินค้า[80] ในปัจจุบันมี 2 มลรัฐได้รับเอาร่างกฎหมายต้นแบบว่าด้วยธุรกรรมคอมพิวเตอร์ไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ได้แก่ รัฐเวอร์จิเนียและแมริแลนด์

สัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับ UCITA ได้แก่ ธุรกรรมเกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ (computer information transactions) มหายถึง สัญญาที่มีวัตถุประสงค์หลักในการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง โอน หรืออนุญาตให้ใช้สิทธิในข้อมูลคอมพิวเตอร์ หรือสิทธิเข้าถึงข้อมูลในข้อมูลคอมพิวเตอร์[81] ซึ่งสิทธิที่ทำธุรกรรมนี้ไม่ใช่สิทธิในลักษณะกรรมสิทธิ์ในข้อมูล และเน้นถึงสิทธิในตัวข้อมูลที่สามารถประมวลผลหรือเข้าถึงได้โดยใช้คอมพิวเตอร์ เป็นสำคัญ เช่น สัญญาพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ สัญญาเข้าใช้งานฐานข้อมูลอินเตอร์เน็ต เป็นต้น[82] เว้นแต่ในสัญญาเกี่ยวกับธุรกรรมทางการเงิน การออกอากาศรายการผ่านดาวเทียมหรือเคเบิล ธุรกรรมเกี่ยวกับสิทธิใน ภาพเครื่องไหว, การบันทึกเสียง, ผลงานทางดนตรี มาตรการบังคับใช้สิทธิ (compulsory license) และสัญญาจ้างแรงงาน

ในกรณีทีธุรกรรมในข้อมูลคอมพิวเตอร์มีสินค้าซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของ Uniform Commercial Code เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย Uniform Commercial Code ในลักษณะซื้อขายและเช่าจะไม่ใช้บังคับกับกับธุรกรรมในข้อมูลคอมพิวเตอร์ แต่ธุรกรรมนั้นจะอยู่ภายใต้บังคับของ UCITA แทน[83] ในส่วนธุรกรรมของสินค้าก็จะอยู่ภายใต้บังคับของ Uniform Commercial Code ตามปกติ

---

[80] The Uniform Computer Information Transactions Act prefatory note.

[81] Section 102 (11) “Computer information transaction” means an agreement or the performance of it to create, modify, transfer, or license computer information or informational rights in computer information.

[82] The Uniform Computer Information Transactions Act Section 102’s comment.

[83] Section 103 (c)(1) If a transaction involves computer information and goods, as between this [Act] and [Article 2 and Article 2A of the Uniform Commercial Code], this [Act] applies to the computer information and [Article 2 or 2A] do not apply to the computer information.

เช่น กรณีความชำรุดบกพร่องในบรรจุภัณฑ์ หรือวัสดุสื่อกลางที่บรรจุโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ก็จะนำกฎหมายลักษณะซื้อขายมาใช้บังคับ อย่างไรก็ดี ถ้าวัตถุประสงค์หลักของธุรกรรมคือสินค้า โดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นเพียงส่วนประกอบ ที่การขาดตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ได้ทำให้สินค้านั้นไม่สามารถใช้งานได้ จะไม่นำ UCITA มาใช้บังคับ เช่น รถยนต์ซึ่งมีฟังก์ชั่นการทำงานบางประการที่บังคับโดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือ โทรทัศน์ที่มีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ติดตั้งมาด้วย เป็นต้น[84]

หน้าที่และความรับผิดของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตาม UCITA ที่สำคัญคือ หน้าที่ในการรับประกันคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งจะถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาระหว่างผู้อนุญาตและผู้รับอนุญาต ที่หากผู้อนุญาตไม่ปฏิบัติตามแล้ว ผู้รับอนุญาตย่อมมีสิทธิเรียกร้องการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาได้ นอกจากนี้ผลของการรับประกันยังขยายไปถึงบุคคลภายนอก ที่ผู้อนุญาตมีความตั้งใจให้ใช้ประโยชน์จากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่จัดหาภายใต้สัญญานั้นโดยการใช้งานตามปกติ รวมถึงบุคคลในครอบครัวของคู่สัญญาที่เป็นผู้บริโภค หากการใช้งานของบุคคลนั้นควรคาดเห็นได้[85]

สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตาม UCITA อาจแบ่งได้เป็น 3 ส่วน ได้แก่ 1. ข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง เป็นการกำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องมีหน้าที่ในการรับประกันที่เกิดจากการแสดงออกของผู้อนุญาตเอง 2. ข้อสัญญาโดยปริยาย หรือการรับประกันที่ไม่ได้ปรากฏในสัญญาแต่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้น และ 3. การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามกฎหมายโดยข้อสงวนสิทธิ์ (disclaimer) รายละเอียดของหลักเกณฑ์แต่ละส่วนมีดังต่อไปนี้

4.1.4.1 ข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Terms)

โดย Section 402 ได้กำหนดให้การแสดงออกโดยชัดแจ้งของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิถือเป็นการรับประกันโดยชัดแจ้ง ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

---

[84] The Uniform Computer Information Transactions Act Section 203's comment.

[85] Section 409 (a) Except for published informational content, a warranty to a licensee extends to persons for whose benefit the licensor intends to supply the information or informational rights and which rightfully use the information in a transaction or application of a kind in which the licensor intends the information to be used.

(b) A warranty to a consumer extends to each individual consumer in the licensee's immediate family or household if the individual's use would have been reasonably expected by the licensor.

(1) ผู้อนุญาตได้ยืนยันข้อเท็จจริงหรือให้คำมั่นแก่ผู้ได้รับอนุญาตเกี่ยวกับการให้ใช้สิทธินั้น โดยการโฆษณาและกลายเป็นพื้นฐานของการต่อรอง การยืนยันหรือคำมั่นดังกล่าวจะก่อให้เกิดการรับประกันโดยชัดแจ้งว่าข้อมูลตามสัญญาจะสอดคล้องกับการยืนยันหรือคำมั่น[86]

(2) คำพรรณนาใด ๆ เกี่ยวกับข้อมูลซึ่งเป็นพื้นฐานของการต่อรองจะก่อให้เกิดการรับประกันโดยชัดแจ้งว่าข้อมูลจะสอดคล้องกับคำพรรณนา[87]

(3) สินค้าตัวอย่าง แบบจำลอง หรือการสาธิตซึ่งผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้ายซึ่งเป็นพื้นฐานของการต่อรองจะก่อให้เกิดการรับประกันโดยชัดแจ้งว่าการทำงานของข้อมูลจะสอดคล้องกับการทำงานของสินค้าตัวอย่าง แบบจำลอง หรือการสาธิตนั้น ตามมาตรฐานการใช้งานของวิญญูชนที่อยู่ในฐานะเดียวกับผู้รับอนุญาต[88]

สิ่งที่สำคัญของการก่อให้เกิดการรับประกันโดยชัดแจ้งคือ การแสดงออกโดยผู้อนุญาตที่เป็นการรับประกันนั้นต้องเกิดอยู่บนพื้นฐานของการเจรจาต่อรองที่เป็นปัจจัยในการทำสัญญาและไม่ใช่เพียงแค่การโอ้อวด คาดการณ์หรือเป็นคำสัญญาที่บังคับไม่ได้[89] ดังที่มาตรา 402 (b) ได้ระบุไว้ชัดเจนว่า เพียงแค่ผู้อนุญาตใช้ถ้อยคำว่า “รับประกัน” หรือ “รับรอง” หรือถ้อยคำอื่นที่มีความหมายถึงการรับประกัน ไม่ได้ก่อให้เกิดการรับประกันโดยชัดแจ้งในทุกกรณี และในกรณี ที่เป็นการยืนยันหรือคาดการณ์ถึงคุณค่าของข้อมูลหรือสิทธิในข้อมูล หรือจัดแสดงหรือพรรณนาถึงส่วนหนึ่งของข้อมูลเพื่อแสดงให้เห็นถึงสุนทรียศาสตร์ ความน่าดึงดูด ความเหมาะสมด้วยรสนิยม หรือแถลงการณ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับข้อมูลหรือสิทธิในข้อมูล ไม่ถือว่ามีการรับประกันโดยชัดแจ้งเกิดขึ้น[90]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[86] Section 402 (1) [Affirmation of fact or promise.] An affirmation of fact or promise made by the licensor to its licensee, including by advertising, which relates to the information and becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the information to be furnished under the agreement will conform to the affirmation or promise.

[87] Section 402 (a) (2) [Description.] Any description of the information which is made part of the basis of the bargain creates an express warranty that the information will conform to the description.

[88] Section 402 (a) (3) [Sample, model, or demonstration.] Any sample, model, or demonstration of a final product which is made part of the basis of the bargain creates an express warranty that the performance of the information will conform to the performance of the sample, model, or demonstration, taking into account differences that would appear to a reasonable person in the position of the licensee between the sample, model, or demonstration and the information as it will be used.

[89] The Uniform Computer Information Transactions Act Section 402’s comment.

[90] Section 402 (b) [Puffing and language limitations.] It is not necessary to the creation of an express warranty that the licensor use formal words, such as “warranty” or “guaranty”, or state a specific intention to make a warranty.

4.1.4.2 ข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms)

ข้อสัญญาโดยปริยายหรือการรับประกันโดยปริยาย คือการรับประกันที่ไม่เกิดจากถ้อยคำที่ปรากฏในสัญญา แต่เป็นหน้าที่และความรับผิดของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ UCITA กำหนดขึ้น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) การรับประกันการรอนสิทธิ (Warranty of Noninterference and Noninfringement)

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจจะต้องรับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ส่งมอบให้จะปราศจากการละเมิดสิขสิทธิ์หรือการยักยอกสิทธิ แต่ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตได้กำหนดรายละเอียดความต้องการเฉพาะอย่าง ซึ่งเพื่อให้ได้ตามความต้องการเช่นนั้น ผู้อนุญาตจะไม่ต้องรับผิดในการรับประกันการรอนสิทธิ เว้นแต่ผู้อนุญาตจะไม่ได้แจ้งให้ทราบหรือดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์โดยทางเลือกอื่นที่ไม่ต้องละเมิด ที่ผู้อนุญาตทราบหรือควรได้ทราบ[91] ในกรณีเช่นนี้ จะต้องเป็นกรณีที่ผู้อนุญาตได้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นตามคำสั่งและรายละเอียดขั้นตอนที่ผู้รับอนุญาตกำหนดไว้ให้ ไม่ใช่เพียงแค่ผู้รับอนุญาตมอบหมาย หรือให้คำแนะนำ ซึ่งผู้อนุญาตยังคงเป็นผู้ควบคุมหลักในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น[92]

นอกจากการละเมิดหรือการยักยอกสิทธิเหนือโปรแกรมคอมพิวเตอร์แล้ว ผู้อนุญาตยังต้องรับประกันว่าตลอดระยะเวลาที่สัญญายังคงมีผล ผู้อนุญาตจะต้องไม่กระทำหรืองดเว้นกระทำการใดที่ส่งผลให้มีบุคคลภายนอกเข้ามาใช้สิทธิเรียกร้องเหนือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งกระทบต่อการใช้งานอย่างปกติสุขของผู้รับอนุญาต[93]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

However, an express warranty is not created by an affirmation or prediction merely of the value of the information or informational rights.

(2) a display or description of a portion of the information to illustrate the aesthetics, appeal, suitability to taste, subjective quality, or the like of informational content; or

(3) a statement purporting to be merely opinion or commendation of the information or informational rights.

[91] Section 401 (a) [Warranty of noninfringement.] A licensor of information that is a merchant regularly dealing in information of the kind warrants that the information will be delivered free of the rightful claim of any third person by way of infringement or misappropriation, but a licensee that furnishes detailed specifications to the licensor and the method required for meeting the specifications holds the licensor harmless against any such claim that arises out of compliance with either the required specification or the required method except for a claim that results from the failure of the licensor to adopt, or notify the licensee of, a noninfringing alternative of which the licensor had reason to know.

[92] The Uniform Computer Information Transactions Act Section 401's comment.

[93] Section 401 (b) A licensor warrants:

(2) ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Merchantability of Computer Program)

ในกรณีที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นผู้ประกอบธุรกิจ จะต้องมีการรับประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยรับประกันต่อผู้ใช้งานที่ได้รับอนุญาตว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์ตามธรรมดาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในประเภทนั้น และรับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะสอดคล้องกับคำมั่นหรือคำยืนยันข้อเท็จจริงที่ปรากฏบนสิ่งบรรจุหรือฉลาก[94]

มาตรฐานความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ได้เรียกร้องให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องสมบูรณ์แบบปราศจากข้อบกพร่อง แต่ต้องอยู่ในมาตรฐานธรรมดา (average) ที่ใช้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทนั้นในท้องตลาดทั่วไป ดังนั้น แม้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีข้อบกพร่องที่เกิดจากความผิดพลาดในการเรียบเรียงข้อมูล หรือ บั๊ก ก็อาจไม่ถึงกับเป็นการขัดต่อมาตรฐานความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปก็ได้ ถ้าโปรแกรมนั้น ในท้ายที่สุดแล้ว ยังคงใช้งานได้ตามมาตรฐานทั่วไปของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในทางการค้าหรืออุตสาหกรรมประเภทนั้น[95] และมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์ตามธรรมดาอย่างสมเหตุสมผล ในทางปฏิบัติ การทำให้โปรแกรมมีมาตรฐานขึ้นอยู่กับเทคโนโลยีในการลดจำนวนบั๊กให้ได้มากที่สุด โดยใช้เวลาและค่าใช้จ่ายให้น้อยที่สุด มาตรฐานทางวิชาชีพก็อาจถูกใช้ในการประเมินคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้เช่นกัน โดยประเมินจากการใช้เทคโนโลยีและมาตรฐานในการทดสอบโปรแกรมว่าเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ ดังนี้ ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปในทางกฎหมายก็ยังคงขึ้นอยู่กับมาตรฐานการพัฒนาทางเทคโนโลยีในทางอุตสาหกรรมเป็นสำคัญ[96]

(3) ความถูกต้องของข้อมูล (Informational Content)

ในกรณีที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ผู้รับอนุญาตได้คาดหวังการพึ่งพาอาศัยข้อมูลหรือความรู้จากผู้อนุญาตที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีความเชี่ยวชาญหรือมีเอกลักษณ์ในด้านนั้นซึ่งอยู่ใน

---

(1) for the duration of the license, that no person holds a rightful claim to, or interest in, the information which arose from an act or omission of the licensor, other than a claim by way of infringement or misappropriation, which will interfere with the licensee's enjoyment of its interest;

[94] Section 403 (a) a licensor that is a merchant with respect to computer programs of the kind warrants:

(1) to its end user licensee that the computer program is fit for the ordinary purposes for which such computer programs are used;

(3) to the parties described in paragraphs (1) and (2), that the program conforms to any promises or affirmations of fact made on the container or label.

[95] The Uniform Computer Information Transactions Act Section 403's comment.

[96] Ibid.

ฐานะที่ผู้รับอนุญาตจะคาดหวังได้[97] จะถือว่ามีการรับประกันโดยปริยายต่อผู้รับอนุญาตว่า จะไม่มีความคลาดเคลื่อนในเนื้อหาของข้อมูลที่เกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสม[98] ยกเว้นในกรณีที่เป็น ข้อมูลที่มีลักษณะเป็นอัตวิสัย เช่น สุนทรียศาสตร์ ความน่าดึงดูด ความเหมาะสมด้วยรสนิยม เป็นต้น หรือ เนื้อหาที่เป็นข้อมูลสาธารณะ หรือเป็นกรณีที่เห็นได้ว่าเนื้อหาข้อมูลเป็นของบุคคลภายนอกและผู้อนุญาตเป็นเพียงผู้ส่งต่อหรือเตรียมข้อมูลโดยไม่ได้กระทำสิ่งอื่นใดนอกเหนือจากงานบรรณาธิการ[99]

การรับประกันความถูกต้องของข้อมูลจะมีลักษณะที่แตกต่างจากการรับประกันความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป ตรงที่คุณภาพในกรณีนี้ขึ้นอยู่กับตัวผู้อนุญาตเป็นหลัก โดยผู้อนุญาตจะมีหน้าที่รับประกันความถูกต้องของข้อมูลต่อเมื่อเป็นปรากฏว่าผู้อนุญาตเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นและผู้รับอนุญาตก็คาดหวังในความสามารถของผู้อนุญาต ดังนี้ UCITA จึงกำหนดให้มาตรฐานการปฏิบัติตามหน้าที่ในข้อนี้เป็นการใช้ความระมัดระวัง (reasonable care) ซึ่งประเมินจากการดำเนินงานของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมากกว่าผลสำเร็จของงาน

(4) ความหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่างของผู้รับอนุญาต (Licensee's Purpose)

ถ้าในเวลาที่สัญญาได้เกิดขึ้นมีเหตุที่ทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ทราบว่าผู้รับอนุญาตต้องการพึ่งพาความสามารถและการตัดสินใจของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในการเลือก, พัฒนา หรือปรับให้เข้ากันซึ่งข้อมูลอย่างเหมาะสม ให้ถือว่ามีการรับประกันโดยปริยายว่าข้อมูลนั้นจะมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง หรือในกรณีที่เห็นได้ว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะได้รับค่าตอบแทนโดยคำนวณจากเวลาที่ใช้หรือความพยายามโดยไม่ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของข้อมูลที่เป็นผลจากการนั้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[97] The Uniform Computer Information Transactions Act Section 404's comment.

[98] Section 404 (a) a merchant that, in a special relationship of reliance with a licensee, collects, compiles, processes, provides, or transmits informational content warrants to that licensee that there is no inaccuracy in the informational content caused by the merchant's failure to perform with reasonable care.

[99] Section 404 (b) There is no warranty under subsection (a) with respect to:

(1) subjective characteristics of the informational content, such as the aesthetics, appeal, and suitability to taste;

(2) published informational content; or

(3) a person that acts as a conduit or provides no more than editorial services in collecting, compiling, distributing, processing, providing, or transmitting informational content that under the circumstances can be identified as that of a third person.

จะรับประกันว่าผู้อนุญาตจะใช้ความสามารถอย่างสมเหตุสมผลเพื่อให้ข้อมูลเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง[100]

(5) ความเข้ากันได้ของระบบ (System Integration)

ในกรณีที่สัญญากำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องเตรียมหรือเลือกระบบที่สอดคล้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือสินค้า และผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิรู้หรือควรรู้ว่าผู้รับอนุญาตอาศัยพึ่งพาความสามารถหรือการตัดสินใจของตนในการเลือกส่วนประกอบเสริมของระบบ จะเกิดการรับประกันโดยปริยายว่าส่วนประกอบเสริมที่เตรียมหรือเลือกไว้จะทำงานเข้ากันได้กับระบบ[101] เช่น การเตรียมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถทำงานร่วมกับเครื่องพิมพ์และโปรแกรมอื่นของผู้รับอนุญาตได้

4.1.4.3 ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

เมื่อฝ่ายผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ผู้รับอนุญาตจะมีสิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นตามปกติของการผิดสัญญานั้น ทั้งความเสียหายทางตรง (direct damages) กล่าวคือส่วนต่างของมูลค่าตลาดของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ควรเป็นตามสัญญากับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่เป็นไปตามสัญญา รวมถึงความเสียหายที่เกี่ยวเนื่องหรือสืบเนื่องมาจากการผิดสัญญา (incidental and consequential damages)[102] และในกรณีที่เป็นการผิดสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ (material breach) ผู้รับอนุญาตมีสิทธิในการปฏิเสธการรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์รวมถึงสิทธิในการเลิกสัญญา[103] คู่สัญญาสามารถตกลงกันยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่กำหนดใน UCITA ได้โดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

---

[100] Section 405 (a) if a licensor at the time of contracting has reason to know any particular purpose for which the computer information is required and that the licensee is relying on the licensor's skill or judgment to select, develop, or furnish suitable information, the following rules apply:

(1) Except as otherwise provided in paragraph (2), there is an implied warranty that the information is fit for that purpose.

(2) If from all the circumstances it appears that the licensor was to be paid for the amount of its time or effort regardless of the fitness of the resulting information, the warranty under paragraph (1) is that the information will not fail to achieve the licensee's particular purpose as a result of the licensor's lack of reasonable effort.

[101] Section 405 (c) If an agreement requires a licensor to provide or select a system consisting of computer programs and goods, and the licensor has reason to know that the licensee is relying on the skill or judgment of the licensor to select the components of the system, there is an implied warranty that the components provided or selected will function together as a system.

[102] Uniform Computer Information Transactions Act Section 809

[103] Uniform Computer Information Transactions Act Section 601

ข้อตกลงเปลี่ยนแปลงวิธีการเยียวยาความเสียหาย (Contractual Modification of Remedy)

คู่สัญญาสามารถตกลงกันกำหนดวิธีการเยียวยาความเสียหายเหลือเพียงการส่งคืนสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์และรับคืนราคา หรือการซ่อมแซมและเปลี่ยนใหม่ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ไม่เป็นไปตามสัญญานั้น แต่หากกำหนดให้ข้อตกลงนี้เป็นวิธีเยียวยาเพียงอย่างเดียวตามสัญญาต้องแสดงออกโดยชัดแจ้ง และหากข้อตกลงนี้ทำให้วัตถุประสงค์หลักของข้อจำกัดความรับผิดนั้นล้มเหลว (failure of its essential purpose) หรือมีลักษณะที่ไร้เหตุผล (unconscionability) ข้อตกลงจะใช้บังคับไม่ได้ รวมถึงทำให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด และข้อสงวนสิทธิ์ (disclaimer) ในความเสียหายที่เกี่ยวเนื่องหรือสืบเนื่องมาจากการผิดสัญญาใช้บังคับไม่ได้ด้วย[104] ในกรณีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายสืบเนื่อง (consequential damages) สำหรับสินค้าผู้บริโภค การจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อร่างกาย (personal injury) ที่เกิดจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้สันนิฐานไว้ก่อนว่าเป็นข้อตกลงที่มีลักษณะที่ไร้เหตุผล แต่การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความสูญเสียทางเศรษฐกิจ (commercial loss) ไม่ถือว่ามีมีลักษณะที่ไร้เหตุผล[105]

อายุความในการฟ้องร้องคดี

การฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการผิดสัญญาต้องกระทำภายใน 4 ปีนับแต่วันที่สิทธิเรียกร้องเกิดขึ้นหรือภายใน 1 ปีนับตั้งแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงการผิดสัญญา แต่ต้องไม่เกิน 5 ปีนับแต่วันที่สิทธิเรียกร้องเกิดขึ้น[106] การตกลงเรื่องอายุความเป็นอย่างอื่นสามารถทำได้ แต่ต้องไปต่ำกว่า 1 ปีนับแต่วันที่สิทธิเรียกร้องเกิดขึ้น และการย่นระยะเวลาลงไม่สามารถทำได้ในสัญญาผู้บริโภค[107]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[104] Uniform Computer Information Transactions Act Section 803

[105] Uniform Computer Information Transactions Act Section 803 (d)

[106] Section 805 (a) Except as otherwise provided in subsection (b), an action for breach of contract must be commenced within the later of four years after the right of action accrues or one year after the breach was or should have been discovered, but not later than five years after the right of action accrues.

[107] Section 805 If the original agreement of the parties alters the period of limitations, the following rules apply:

(1) The parties may reduce the period of limitation to not less than one year after the right of action accrues but may not extend it.

(2) In a consumer contract, the period of limitation may not be reduced.

ข้อสงวนสิทธิ์ (Disclaimer)

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อาจยกเว้นหรือจำกัดการรับประกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายที่ถูกกำหนดไว้ตาม UCITA ได้โดยการแจ้งข้อสงวนสิทธิ์ไว้อย่างชัดเจน ในข้อสัญญาหรือในข้อกำหนดและเงื่อนไขการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา อย่างไรก็ดี UCITA ได้กำหนดหลักเกณฑ์และข้อจำกัดในการสงวนสิทธิ์การรับประกันของผู้อนุญาตไว้ดังต่อไปนี้

(1) การสงวนสิทธิ์ในการรับประกันการรอนสิทธิ์ จะทำได้แต่โดยคำประกาศโดยถ้อยคำที่ชัดแจ้ง หรือโดยสถานการณ์ที่ทำให้ผู้รับอนุญาตมีเหตุผลที่จะทราบว่าผู้อนุญาตไม่รับประกันการเรียกร้องหรือผู้อนุญาตจะให้สิทธิเพียงเฉพาะเท่าที่ผู้อนุญาตมีสิทธิเท่านั้น และในธุรกรรมที่ดำเนินไปโดยอัตโนมัติ (automated transaction) ถ้อยคำจะต้องเป็นที่เห็นได้อย่างเด่นชัด หรือเป็นถ้อยคำว่า “จะไม่มีการรับประกันการรบกวนการใช้งานข้อมูลอย่างปกติสุขหรือการละเมิดสิทธิ”หรือถ้อยคำที่คล้ายกัน[108]

(2) ในการสงวนสิทธิ์การรับประกันโดยชัดแจ้ง จะต้องมีการตีความถ้อยคำที่ถือเป็นการรับประกันโดยชัดแจ้งว่าสอดคล้องหรือสมเหตุสมผลกับข้อสงวนสิทธิ์หรือไม่[109]

(3) ในข้อสงวนสิทธิ์การรับประกันโดยปริยายซึ่งคุณภาพเชิงพาณิชย์และความถูกต้องของเนื้อหา จะต้องทำให้เห็นอย่างเด่นชัด และต้องมีถ้อยคำว่า “ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป” (“merchantability”) หรือ “คุณภาพ” (“quality”) หรือถ้อยคำอื่นที่คล้ายกัน และในกรณีความถูกต้องของเนื้อหา จะต้องมีถ้อยคำว่า “ความถูกต้อง” (“accuracy”) หรือถ้อยคำอื่นที่คล้ายกัน[110]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[108] Section 401 (d) a warranty under this section may be disclaimed or modified only by specific language or by circumstances that give the licensee reason to know that the licensor does not warrant that competing claims do not exist or that the licensor purports to grant only the rights it may have..... In an automated transaction, language is sufficient if it is conspicuous. Otherwise, language in a record is sufficient if it states: (1) as to a licensor’s obligation, “There is no warranty against interference with your enjoyment of the information or against infringement”, or words of similar import;

[109] Section 406 (a) Words or conduct relevant to the creation of an express warranty and words or conduct tending to disclaim or modify an express warranty must be construed wherever reasonable as consistent with each other.

[110] Section 406 (b) (A) To disclaim or modify the implied warranty arising under Section 403, language must mention “merchantability” or “quality” or use words of similar import and, if in a record, must be conspicuous. (B) To disclaim or modify the implied warranty arising under Section 404, language in a record must mention “accuracy” or use words of similar import.

(4) ในข้อสงวนสิทธิ์การรับประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง หรือความเข้ากันได้ของระบบ จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและทำให้เห็นอย่างเด่นชัด แต่ไม่จำเป็นต้องระบุถ้อยคำเฉพาะ โดยอาจมีข้อความทำนองว่า “ไม่มีการรับประกันว่าข้อมูลนี้หรือความพยายามของข้าพเจ้า หรือระบบจะตอบสนองต่อจุดประสงค์หรือความต้องการเฉพาะอย่างของท่านได้” หรือถ้อยคำอื่นที่คล้ายกันก็ได้[111]

(5) การสงวนสิทธิ์การรับประกันโดยปริยายทั้งหมดสามารถทำได้ โดยการแสดงข้อความอย่างเด่นชัดเป็นลายลักษณ์อักษรว่า “เว้นแต่การรับประกันโดยชัดแจ้งตามที่ได้ปรากฏในสัญญาแล้ว ถ้ามี โปรแกรมคอมพิวเตอร์นี้ได้ส่งมอบให้โดยข้อบกพร่องใด ๆ รวมถึงความเสี่ยงต่อคุณภาพที่น่าพึงพอใจ, ประสิทธิภาพ, ความเที่ยงตรง และความพยายามให้ตกอยู่กับผู้ใช้งาน” หรือถ้อยคำที่คล้ายคลึงกัน[112]

<u>การสงวนสิทธิ์โดยพฤติการณ์</u>

นอกจากการสงวนสิทธิ์โดยผู้อนุญาตโดยข้อสัญญาแล้ว การสงวนสิทธิ์ในเรื่องการรับประกันโดยปริยายอาจมีขึ้นโดยพฤติการณ์ได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่ปรากฏว่ามีการรับประกันโดยชัดแจ้ง จะถือว่าไม่มีการรับประกันโดยปริยายในข้อที่ไม่สอดคล้องกับการรับประกันอย่างชัดแจ้งนั้น[113] เช่น การระบุข้อมูลจำเพาะ (detailed specifications) ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ในสัญญา อาจจะทำให้ไม่มีการรับประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น

(2) ถ้ามีการสงวนสิทธิ์โดยใช้ถ้อยคำว่า “ตามสภาพจริง” (“as is”) หรือ “ผู้รับต้องรับเอาความชำรุดบกพร่องด้วย” (“with all faults”) หรือถ้อยคำอื่น ๆ ที่มีความหมายตามธรรมดาใน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

111 Section 406 (2) Language to disclaim or modify the implied warranty arising under Section 405 must be in a record and be conspicuous. It is sufficient to state “There is no warranty that this information, our efforts, or the system will fulfill any of your particular purposes or needs”, or words of similar import.

112 Section 406 (3) [Disclaimer of all implied warranties.] Language in a record is sufficient to disclaim all implied warranties if it individually disclaims each implied warranty or, except for the warranty in Section 401, if it is conspicuous and states “Except for express warranties stated in this contract, if any, this ‘information’ ‘computer program’ is provided with all faults, and the entire risk as to satisfactory quality, performance, accuracy, and effort is with the user”, or words of similar import.

113 Section 408 (3) Express warranties displace inconsistent implied warranties other than an implied warranty under Section 405(a).

ลักษณะที่ทำให้ผู้รับอนุญาตเห็นได้ทันทีว่าเป็นการขอสงวนสิทธิ์ในการรับประกันและเห็นได้อย่างชัดเจนว่าจะไม่มีการรับประกันโดยปริยายไม่ว่าในข้อใด[114]

(3) ถ้าก่อนที่จะเข้าทำสัญญา ผู้รับอนุญาตได้ทำการตรวจสอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือตัวอย่าง เท่าที่ต้องการแล้ว หรือปฏิเสธที่จะตรวจสอบ จะถือว่าไม่มีการรับประกันโดยปริยายในข้อบกพร่องใด ๆ ที่ควรตรวจพบได้จากการตรวจสอบนั้น[115] โดยข้อบกพร่องที่จะถูกยกเว้นได้จากกรณีนี้จะประเมินจากความสามารถผู้รับอนุญาตที่เป็นผู้ตรวจสอบกับวิธีการในการตรวจสอบ เช่น ถ้าผู้รับอนุญาตเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่ได้มีความรู้ความชำนาญ ข้อบกพร่องที่ได้รับยกเว้นคือข้อบกพร่องที่คนธรรมดาอาจเห็นได้ หรือถ้าใช้วิธีธรรมดาในการตรวจสอบ แต่ข้อบกพร่องบางประการต้องใช้วิธีการทดสอบที่เฉพาะทางกว่านั้นจึงจะสามารถพบได้ การรับประกันจะถูกยกเว้นเฉพาะข้อบกพร่องที่พบได้จากวิธีการธรรมดาเท่านั้น

(4) การสงวนสิทธิ์อาจเกิดจากทางปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา (course of dealing) หรือปกติประเพณีในทางการค้า (usage of trade) ก็ได้[116] และถือเป็นคนละส่วนกับถ้อยคำในการสงวนสิทธิ์กรณีอื่น เป็นหลักการเดียวกับสัญญาซื้อขายตาม U.C.C. ที่รับรองให้สิ่งที่ดำเนินไปในทางปฏิบัติมีผลทางกฎหมายได้

(5) การเปลี่ยนแปลงแก้ไขโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยการลบทิ้ง แก้ไข หรือเพิ่มเติมรหัส (code) ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ นอกเหนือจากการใช้งานตามปกติ จะมีผลให้การรับประกันทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยายเกี่ยวกับประสิทธิภาพของสำเนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่แก้ไขแล้วตกเป็นโมฆะ[117]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

[114] Section 406 (c) Unless the circumstances indicate otherwise, all implied warranties, but not the warranty under Section 401, are disclaimed by expressions like “as is” or “with all faults” or other language that in common understanding calls the licensee’s attention to the disclaimer of warranties and makes plain that there are no implied warranties.

[115] Section 406 (d) If a licensee before entering into a contract has examined the information or the sample or model as fully as it desired or has refused to examine the information, there is no implied warranty with regard to defects that an examination ought in the circumstances to have revealed to the licensee.

[116] Section 406 (e) An implied warranty may also be disclaimed or modified by course of performance, course of dealing, or usage of trade.

[117] Section 407 A licensee that modifies a computer program, other than by using a capability of the program intended for that purpose in the ordinary course, does not invalidate any warranty regarding performance of an unmodified copy but does invalidate any warranties, express or implied, regarding performance of the modified copy. A modification occurs if a licensee alters code in, deletes code from, or adds code to the computer program.

4.2 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายสัญญาของประเทศอังกฤษในปัจจุบันมีรากฐานมาจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งได้รับอิทธิพลจากแนวคิด laissez-faire ในศตวรรษที่ 19 อันเป็นหลักเศรษฐศาสตร์ หลักการให้ปัจเจกบุคคลรักษาผลประโยชน์ของตนโดยรัฐไม่เข้าไปแทรกแซง ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา คู่กรณีจะมีเสรีภาพในการทำสัญญาและกำหนดข้อสัญญาอย่างไรก็ได้ โดยข้อสันนิษฐานว่าไม่มีผู้ใดจะเลือกกหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นประโยชน์แก่ตน และเมื่อคู่กรณีได้เลือกกำหนดแล้ว ศาลจะมีหน้าที่เป็นเพียงผู้ชี้ขาดและบังคับการให้คู่กรณีปฏิบัติตามคำสัญญาเท่านั้น โดยศาลจะไม่เข้าไปวินิจฉัยว่าสัญญามีความเป็นธรรมหรือไม่[118] อย่างไรก็ดี แนวคิดดังกล่าวได้หายไปในเวลาไม่นาน และถูกแทนที่ด้วยหลักความเป็นธรรม (fairness) ซึ่งจะพิจารณาจากการชั่งน้ำหนักอำนาจการเจรจาต่อรองของคู่กรณีว่ามีเท่าเทียมกันหรือไม่ หากคู่กรณีมีอำนาจไม่เท่าเทียมกัน ศาลจะเข้ามาคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแอกว่าโดยจำกัดผลบังคับของของสัญญา[119] ในปัจจุบัน การพิจารณาชี้ขาดและบังคับสัญญาของศาลประเทศอังกฤษจึงจะต้องคำนึงถึงหลักความเป็นธรรมเสมอ โดยแนวทางการวินิจฉัยมาจากทั้งจาก common law และ จากกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีการตราขึ้นตามแนวคิดดังกล่าว เช่น The Unfair Contract Terms Act 1977 เป็นต้น

นอกจากการคุ้มครองจากศาลภายหลังสัญญาเกิดแล้ว หลักความยุติธรรมยังพัฒนาต่อไปในการให้ความคุ้มครองตั้งแต่ขณะเกิดสัญญาด้วย โดยฝ่ายนิติบัญญัติได้เข้ามาแทรกแซงหลักเสรีภาพในการสัญญาโดยการออกกฎหมายพิเศษเข้ามาควบคุมดูแลทั้งการเกิดขึ้นของสัญญาและเนื้อหาของสัญญา[120] เช่น Sale of Goods Act 1979 เข้ามากำหนดข้อสัญญาในสัญญาซื้อขายสินค้า เป็นต้น ดังนั้น แม้คู่กรณีจะสามารถทำสัญญาและกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างไรก็ได้ แต่ผลบังคับตามเนื้อหาของสัญญาจะมีอย่างไร เพียงไรนั้น จะต้องพิจารณาจากหลักความยุติธรรมตามกฎหมาย common law และภายใต้บังคับของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

การกำหนดเนื้อหาของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ นอกเหนือจาก common law แล้ว ยังได้มีการนำหลักกการของกฎหมายนิติบัญญัติซึ่งใช้กับสัญญาเกี่ยวกับสินค้าและบริการได้แก่ Sale of Goods Act 1979 และ Supply of Goods and Services Act 1982 ซึ่งกำหนดข้อสัญญาโดยปริยาย (implied terms) ให้กับสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้บังคับมาปรับใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อีกด้วย อย่างไรก็ดี ยังมีข้อโต้แย้งว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้

---

[118] Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law (Great Britain: Pearson Education Limited, 2007), p. 3.

[119] Ibid., 4.

[120] Ibid., 357.

สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับหรือไม่ เพราะสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ใช้ทั้งสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจัดหาสินค้าหรือบริการตามนิยามของพระราชบัญญัติ

นอกเหนือจากกฎหมายที่เข้ามากำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา ในประเทศอังกฤษยังมีกฎหมายที่เข้ามาจำกัดผลของข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญา ได้แก่ The Unfair Contract Terms Act 1977 ที่เข้ามาควบคุมการทำสัญญาโดยจำกัดผลของข้อสัญญาที่ถือว่าไม่เป็นธรรมให้มีผลใช้บังคับได้เท่าที่มีความสมเหตุสมผล หรือใช้บังคับไม่ได้เลยในบางกรณี และในปัจจุบัน ได้มีการตรากฎหมายฉบับใหม่ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา ได้แก่ The Consumer Rights Act 2015 ซึ่งมีการสร้างบทบัญญัติใหม่ที่ไม่ได้มีในกฎหมายฉบับอื่น คือสัญญาเกี่ยวกับดิจิตอลคอนเทนต์ (digital content) ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือเป็นดิจิตอลคอนเทนต์ตามนิยามของพระราชบัญญัติ ทำให้ในปัจจุบันสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตาม สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นสัญญาผู้บริโภค จะต้องบังคับตาม The Consumer Rights Act 2015

4.2.1 การกำหนดประเภทของสัญญา

ในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา กฎหมายที่เข้ามามีบทบาทมากคือ Sale of Goods Act 1979 ซึ่งควบคุมธุรกรรมการซื้อขายสินค้า Supply of Goods and Services Act 1982 ซึ่งควบคุมธุรกรรมการให้บริการและรวมถึงการให้บริการที่รวมการจัดหาและส่งมอบสินค้าที่ทำขึ้นในการให้บริการนั้นด้วย[121] โดยกฎหมายทั้ง 2 ฉบับจะกำหนดข้อสัญญาโดยปริยาย (implied terms) ของสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้บังคับไว้ ดังนี้ แม้ว่าตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะไม่ได้กำหนดหน้าที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ในสัญญา แต่หากสัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับของ Sale of Goods Act 1979 หรือ Supply of Goods and Services Act 1982 หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คู่สัญญาอาจต้องรับผิดตามหน้าที่โดยปริยายที่กำหนดตามกฎหมายก็ได้ ดังนี้ ปัญหาประการแรกในการพิจารณาความรับผิดตามสัญญาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ คือโดยลักษณะความสัมพันธ์ของคู่สัญญาแล้ว สัญญานั้นจะอยู่อยู่ภายใต้บังคับของ Sale of Goods Act 1979 หรือ Supply of Goods and Services Act 1982 หรือไม่ หากสัญญาไม่เข้าข่ายเป็นสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาจัดหาสินค้าและบริการ หน้าที่ของคู่สัญญาก็จะเป็นไปตามหลัก common law กล่าวคือตั้งอยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพในการทำสัญญาที่คู่กรณีตกลงกัน ในส่วนต่อไปจะขอกล่าวถึงแนวคิดและปัญหาในการ

[121] Ibid., 366.

กำหนดประเภทของสัญญาตามกฎหมายอังกฤษ และสรุปแนวทางการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามคำวินิจฉัยของศาล

4.2.1.1 Sale of Goods Act 1979

สัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของ Sale of Goods Act 1979 ได้แก่ สัญญาซื้อขายสินค้า[122] ซึ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา 2 (1) ว่า คือสัญญาซึ่งผู้ขายโอนหรือตกลงที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าแก่ผู้ซื้อเพื่อเงินค่าตอบแทน เรียกว่า ราคา[123] ซึ่งรวมถึงสัญญาว่าจะขายสินค้าด้วย[124] และ Section 61 ได้ให้นิยามของ สินค้า ไว้ว่า สินค้า รวมถึง ทรัพย์เคลื่อนที่ได้สำหรับใช้ส่วนตัวทั้งหมดนอกจากสิ่งของที่เคลื่อนไหวและเงิน[125] ดังนี้ จะเห็นได้ว่า สัญญาที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ จะต้องเป็นสัญญาที่มีการโอนความเป็นเจ้าของในวัตถุอันมีรูปร่างอันเคลื่อนที่ได้ จากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์แล้ว จะมีปัญหาในการปรับใช้หลายประการ โดยมีปัญหาที่สำคัญ คือ

1. โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง

โปรแกรมคอมพิวเตอร์ คือชุดคำสั่ง หรือชุดข้อมูลที่เรียบเรียงอย่างเป็นระบบ ซึ่งสามารถสั่งการให้อุปกรณ์คอมพิวเตอร์แสดงผลตามที่ต้องการได้ โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยตัวเองแล้วจึงไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายตามพระราชบัญญัตินี้ได้ อย่างไรก็ตาม โดยปรกติของการส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แก่ผู้ใช้งาน มักจะต้องมีการบรรจุชุดคำสั่งของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ลงในวัตถุอื่นเป็นสื่อกลาง เช่น CD-ROM เป็นต้น และส่งมอบสื่อกลางนั้นให้แก่ผู้ใช้งานเพื่อนำไปติดตั้งในอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ต่อไป จึงมีแนวคิดว่า วัตถุอันเป็นสื่อกลางที่บรรจุโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเอง สามารถเข้าลักษณะเป็นสินค้าตามนิยามของ Section 61 สัญญาระหว่างผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้ใช้งานโปรแกรม จึงเป็นสัญญาซื้อขายสินค้าที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ Sale of Goods Act 1979 ได้ ซึ่งความเห็นนี้ ได้รับการโต้แย้งว่า แม้ว่าอาจจัดธุรกรรมที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในวัสดุสื่อกลางที่บรรจุโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปยังผู้ใช้งาน เป็นสัญญาซื้อขายสินค้าได้ แต่ก็เพียงวัสดุสื่อกลางเท่านั้นที่ถือเป็นสินค้า ตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่บรรจุ

---

[122] Section 1 (1) This Act applies to contracts of sale of goods.

[123] Section 2 Contract of sale.

(1)A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price.

[124] Section 61 “contract of sale” includes an agreement to sell as well as a sale;

[125] Section 61 “goods” includes all personal chattels other than things in action and money

อยู่ในวัสดุสื่อกลางนั้น เป็นเพียงข้อมูลซึ่งไม่อาจอยู่ภายใต้บังคับของ Sale of Goods Act 1979 ได้[126]

2. ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาไม่ใช่การซื้อขาย

ประเด็นต่อมาที่ต้องพิจารณาคือ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น มีลักษณะเป็นการซื้อขาย หรือไม่ เนื่องจากการซื้อขายตามนิยามของ Sale of Goods Act 1979 ต้องมีการโอนสิทธิในความเป็นเจ้าของสินค้าจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ แต่การอนุญาตให้ใช้สิทธิ ผู้อนุญาตไม่ได้โอนความเป็นเจ้าของในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปยังผู้ซื้อแต่อย่างใด[127] แม้ว่าจะมีการโอนไปซึ่งความเป็นเจ้าของในวัสดุสื่อกลางที่บรรจุโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปก็ตาม สิทธิสำคัญที่ผู้ใช้งานได้รับจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์คือ สิทธิที่จะใช้งานโปรแกรมโดยทำซ้ำซึ่งสำเนาของโปรแกรมลงในอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ของตนได้โดยไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าว[128]

อย่างไรก็ดีศาลอุทธรณ์ได้เคยปรับใช้ Sale of Goods Act 1979 ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการว่าจ้างจัดทำระบบคอมพิวเตอร์ในคดี Rubicon Computer Systems Limited v United Paints Limited[129] โดยถือว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นส่วนหนึ่งของชุดอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ในส่วน hardware ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่าง ธุรกรรมตามสัญญาโดยรวมถึงถือเป็นสัญญาซื้อขายสินค้าที่อยู่ภายใต้บังคับ Sale of Goods Act 1979 และในคดี The Software Incubator Ltd v Computer Associates Ltd[130] ศาลสูงได้พิพากษาว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือเป็นสินค้า ตัวแทนจำหน่ายจึงอยู่ภายใต้บังคับของ Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับตัวแทนจำหน่ายสินค้า โดยคดีนี้ได้แสดงแนวคิดเกี่ยวกับสถานะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในยุคสมัยใหม่ ซึ่งแตกต่างจากมุมมองเดิม

ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้วินิจฉัยสถานะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยมิได้ยึดติดกับสภาพโดยทางกายภาพ (physical) ดังนี้ แม้ว่าในข้อเท็จจริงโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะไม่ใช่วัตถุมีรูปร่าง อันเป็นคำนิยามของสินค้าตาม Sale of Goods Act 1979 แต่พิจารณาจากภาพรวมของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ว่าเป็น “สินค้า” (product) มากกว่า “บริการ” (service) เพราะเป็นสิ่งที่มีลักษณะซื้อขายหรือโอนกันได้ (commodified) ไม่ว่าโปรแกรมนั้นจะอยู่ในรูปแบบหรือส่งมอบไปยัง

---

[126] Chris Reed and John Angel, Computer Law (New York: Oxford University Press Inc, 2003), p. 106.

[127] Ibid., 107.

[128] Diane Rowland and Elizabeth Macdonald, Information Technology Law, p. 145.

[129] [2000] 2 TCLR 453.

[130] [2017] Bus LR 245.

ผู้ใช้งานโดยทางใด และการที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ก็ไม่ได้ทำลายลักษณะสำคัญนี้แต่อย่างใด

ปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ ธุรกรรมถือเป็นการขายได้หรือไม่ โดยศาลในคดีนี้เห็นว่า ในเชิงพาณิชย์ ถือเป็นการขาย เนื่องจากผู้บริโภคส่วนใหญ่มุ่งหมายต่อการได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเป็นการตลอดไป โดยเพียงแต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการใช้งานบางประการและปัญหาเกี่ยวกับการบำรุงรักษา เป็นเจตนาเช่นเดียวกับการขายสินค้าอื่น ๆ ที่ผู้ซื้อจะได้รับความสามารถในการใช้งานสินค้าโดยอิสระตลอดไปตราบเท่าที่อยู่ในข้อจำกัดของทำซ้ำหรือข้อจำกัดอื่น[131] ผู้พิพากษาได้หยิบยกเอาคำพิพากษาของศาลสหภาพยุโรปในคดี Usedsoft v Oracle มาเป็นแนวทาง โดยคดีดังกล่าวได้ตีความคำว่า “ซื้อขาย” ให้รวมถึงการที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้จัดการให้สำเนาของโปรแกรมสามารถเข้าถึงเพื่อใช้งานได้โดยผู้บริโภค ไม่ว่าในรูปแบบใด โดยไม่จำกัดระยะเวลาและโดยชำระราคาค่าใช้สิทธินั้นเพียงครั้งเดียว[132]

4.2.1.2 Supply of Goods and Services Act 1982

สัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของ Supply of Goods and Services Act 1982 แบ่งเป็น 2 ประเภท ประเภทแรก คือ สัญญาจัดหาสินค้า ได้แก่ สัญญาที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาเพื่อการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้า ยกเว้น สัญญาซื้อขายสินค้า สัญญาเช่าซื้อ การโอนหรือข้อตกลงว่าจะโอนที่ทำขึ้นโดยหนังสือตราสาร (deed) ซึ่งไม่มีค่าตอบแทน (consideration) อื่นนอกเหนือจากที่ปรากฏตามข้อสันนิษฐานตามหนังสือตราสารนั้นเอง สัญญาที่มีเจตนาจะบังคับในลักษณะจำนอง จำนำ หรือหลักประกันอื่น ๆ และสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของบทที่ 2 ภาค 1 Consumer Rights Act 2015[133] รวมถึงสัญญาเช่าสินค้า (hire of goods) คือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งรับประกันหรือตกลงว่าจะรับประกันสินค้าแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายในลักษณะการเช่า นอกเหนือจากสัญญาเช่าซื้อ และสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของบทที่ 2 ภาค 1 The Consumer Rights Act 2015[134] โดยคำว่า “สินค้า” ได้มีการให้คำนิยามไว้ตาม Section 18 ว่า “สินค้า” รวมถึง ทรัพย์เคลื่อนที่ได้สำหรับใช้ส่วนตัวทั้งหมด

---

[131] Ibid.,

[132] Usedsoft v Oracle [2012] 3 CMLR 44.

[133] Section 1 (1) In this Act contract for the transfer of goods means a contract under which one person transfers or agrees to transfer to another the property in goods, other than an excepted contract and other than a contract to which Chapter 2 of Part 1 of the Consumer Rights Act 2015 applies.

[134] Section 6 (1) In this Act a relevant contract for the hire of goods means a contract under which one person bails or agrees to bail goods to another by way of hire, other than a hire-purchase agreement and other than a contract to which Chapter 2 of Part 1 of the Consumer Rights Act 2015 applies.

นอกจากสิ่งของที่เคลื่อนไหวและเงิน สัญญาจัดหาสินค้าจึงเป็นสัญญาที่มีองค์ประกอบทั้งสินค้าและบริการ[135]

สัญญาจัดหาสินค้าและบริการ มีความแตกต่างจากสัญญาซื้อขายตาม Sale of Goods Act 1979 ตรงที่สินค้าที่ผู้จัดหาส่งมอบแก่ผู้สัญญาตามสัญญาจัดหาสินค้าและบริการ จะมาจาก “การจัดหาวัตถุดิบและการทำงาน” (work and materials) การพิจารณาว่าเป็นสัญญาในประเภทใดอาจพิจารณาได้จากแบบทดสอบต่อไปนี้[136]

(1) กรณีสินค้าต้องยึดติดเข้ากับที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์อื่นของผู้ซื้อ ถ้าเป็นการนำตัวสินค้ามาติดตั้งเป็นสัญญาซื้อขายสังหาริมทรัพย์ เช่น สัญญาจัดหาและติดตั้งพรมในคดี Philip Head & Sons Ltd v Showfronts Ltd[137] แต่ในกรณีที่บริการมีส่วนสำคัญมากกว่าตัวสินค้าก็จะจัดเป็นสัญญาจัดหาสินค้าและบริการ เช่น สัญญาจัดหาและติดตั้งกระเบื้องมุงหลังคาในคดี Young & Marten Ltd v McManus Childs Ltd[138]

(2) กรณีสินค้าถูกจัดเตรียมโดยผู้ซื้อ ถ้าผู้ซื้อเป็นฝ่ายจัดหาวัตถุดิบทั้งหมดและอีกฝ่ายเป็นผู้ลงแรงประกอบขึ้นเป็นสินค้า ย่อมไม่ใช่สัญญาซื้อขายสินค้า แต่ถ้าสินค้านั้น คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีส่วนในการจัดหาวัตถุดิบ ก็ต้องพิจารณาในข้อเท็จจริงต่อไป เช่น การที่ผู้ซื้อเพียงแค่จัดหากระบอกปืนในขณะที่วัสดุที่เหลือทั้งหมดจัดหาโดยผู้ขาย สัญญาจัดหาปืนยาวนั้นเป็นสัญญาซื้อขาย (Dixon v London Small Arms Co.[139])

(3) กรณีสินค้าที่ถูกจัดให้เป็นส่วนหนึ่งของการบริการทักษะ ต้องพิจารณาจากระดับของทักษะที่ได้ใช้ไป เช่น ผู้ให้บริการจัดแต่งทรงผมได้ใช้น้ำยาย้อมผมและโลชั่นเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติการตามสัญญา วัตถุดิบเหล่านั้นไม่ได้อยู่ภายใต้สัญญาซื้อขาย (Watson v Buckley[140])

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[135] Noriko Kawawa, "Contractual Liability for Defects in Information in Electronic Form," Baltimore Intellectual Property Law Journal 8, Fall 1999/Spring 2000 (1999). p. 86.

[136] Richard Miles, Blackstone's Sale and Supply of Goods and Services (United Kingdom: Blackstone Pass Limited, 2001), p. 16.

[137] [1970] 1 Lloyd's Rep. 140.

[138] (1979) 9 BLR 77.

[139] (1876) 1 App Cas 632.

[140] [1940] 1 All ER 174.

สัญญาประเภทที่ 2 คือสัญญาจัดหาบริการ ซึ่งกำหนดไว้ตาม Section 12 ได้แก่ สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้จัดหา ตกลงที่จะให้บริการใด ๆ ไม่ว่าภายใต้สัญญานั้น จะได้มีการโอนไปซึ่งสินค้าหรือรับจ้างรับประกันสินค้าอย่างใด ๆ หรือไม่[141]

4.2.1.3 Common Law

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของทั้ง Sale of Goods Act 1979 และ Supply of Goods and Services Act 1982 การกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะต้องเป็นไปตามหลัก common law ซึ่งเป็นแนวทางที่ศาลอังกฤษมีแนวโน้มจะวินิจฉัยไปในแนวทางนี้มากที่สุด โดยมีคดีสำคัญ ที่ถือเป็นเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้ใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายอังกฤษ คือ St Albans City and District Council v International Computers Ltd.[142] ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

ในปี ค.ศ. 1988 คณะกรรมการของเมือง St Albans ได้ว่าจ้างให้ International Computers Ltd. (ICL) พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์การจัดเก็ยภาษีท้องถิ่นรูปแบบใหม่ โดยระบบนอกจากจะทำการลงทะเบียนผู้เสียภาษีในเมืองและคำนวณภาษี ปรากฏว่าภายหลังการติดตั้ง มีการตรวจพบว่าโปรแกรมนับจำนวนผู้เสียภาษีในเมืองผิดพลาดเป็นเหตุให้ เมือง St Albans ต้องสูญเสียรายได้ไปมากกว่า £484,000 คณะกรรมการเมือง St Albans ได้ฟ้องร้อง ICL ฐานผิดข้อสัญญาที่ปรากฏชัดแจ้ง (express term) ตามสัญญาว่าจ้างพัฒนาระบบ และผิดข้อสัญญาโดยปริยายเรื่องความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง (fitness for particular purpose) ตาม Sale of Goods Act 1979

ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่า โดยพิจารณาจากตัวสัญญาก็เป็นการเพียงพอแล้วว่า ICL ตกอยู่ภายใต้ข้อสัญญาโดยชัดแจ้งว่าจะต้องจัดเตรียมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถคำนวนภาษีได้อย่างถูกต้องเที่ยงตรงแก่คณะกรรมการของเมือง St Albans ภายในกำหนดเวลา ดังนั้น จึงไม่มีความ

---

[141] Section 12 (1) In this Act a relevant contract for the supply of a service means, a contract under which a person (“the supplier”) agrees to carry out a service.

(3) a contract is a relevant contract for the supply of a service for the purposes of this Act whether or not goods are also

(a)transferred or to be transferred, or

(b)bailed or to be bailed by way of hire,

under the contract, and whatever is the nature of the consideration for which the service is to be carried out.

[142] [1997] F.S.R. 251.

จำเป็นต้องพิจารณาว่า ICL จะตกอยู่ภายใต้บังคับของข้อสัญญาโดยปริยายหรือไม่ และการที่ ICL ไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้นั้น จึงถือเป็นการผิดสัญญา แม้ว่า ICL จะได้มีเข้ามาแก้ไขเมื่อปรากฏข้อผิดพลาดในภายหลังก็ตาม

แม้จะไม่ได้มีการวินิจฉัยว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตกอยู่ภายใต้ Sale of Goods Act 1979 หรือไม่ ด้วยเหตุผลข้างต้น แต่ผู้พิพากษา ได้ทำความเห็นทางกฎหมายในกรณีนี้ไว้ด้วย ซึ่งได้รับการนำมาอ้างอิงต่อมาในคดีอื่น ดังต่อไปนี้

1) สถานะของทรัพย์สินตามข้อสัญญาในคดีนี้ ปรากฏชัดว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็น “ชุดคำสั่ง” (instructions or commands) ยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของ ICL และ St Albans ได้รับการอนุญาตให้ใช้โปรแกรมนี้ ซึ่งถึงแม้ในทางปฏิบัติ การบันทึกโปรแกรมลงในเครื่องคอมพิวเตอร์จะต้องมีการบันทึกโปรแกรมลงในแผ่นดิสก์เสียก่อนจะนำไปถ่ายโอนลงคอมพิวเตอร์ตามลำดับ แต่การวินิจฉัยต้องแยกระหว่างตัวแผ่นบรรจุและตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์ออกจากกัน ซึ่งจะทำให้แผ่นดิสก์อยู่ในความหมายของ “สินค้า” ตาม Sale of Goods Act 1979 เพราะเป็นสิ่งมีรูปร่าง แต่เป็นที่แน่ชัดว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่ ซึ่งหากแผ่นดิสก์ถูกโอนไปด้วยการขายหรือการว่าจ้าง และปรากฏว่าโปรแกรมที่บรรจุอยู่มีความชำรุดบกพร่อง จะถือว่าเป็นกรณีที่แผ่นดิสก์ชำรุดบกพร่องไม่ได้ เมื่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่สินค้า ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจึงไม่ใช่การขายสินค้าที่จะตกอยู่ภายใต้ข้อสัญญาโดยปริยายเรื่องความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง

2) การที่สัญญาไม่ตกอยู่ภายใต้ Sale of Goods Act 1979 หรือ Supply of Goods and Services Act 1982 ไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นไม่อาจมีข้อสัญญาโดยปริยายได้ โดยผู้พิพากษา ได้อ้างถึงความเห็นในคดี Trollope & Colls Ltd v. N.W. Metropolitan Regional Hospital Board (1973)[143] ซึ่งวางหลักว่า ศาลอาจวินิจฉัยว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายระหว่างคู่กรณีได้ในกรณีประเด็นพิพากนั้นไม่ได้มีข้อสัญญาโดยชัดแจ้งปรากฏ หากศาลเห็นว่าคู่กรณีมีความตั้งใจให้ข้อสัญญาเช่นนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย โดยในคดีนี้ แม้ไม่มีข้อสัญญาโดยชัดแจ้งอยู่ ก็เห็นได้ว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายในเรื่องคุณภาพและความเหมาะสมของโปรแกรมคอมพิวเตอร์อยู่ นอกจากนี้โดยที่ข้อสัญญาโดยปริยายดังกล่าว ซึ่งปรากฏอยู่ใน Sale of Goods Act 1979 หรือ Supply of Goods and Services Act 1982 ล้วนมีที่มาจากหลัก common law ซึ่งศาลสามารถกำหนดให้ใช้กับสัญญาประเภทอื่นนอกเหนือจากที่ปรากฏตามกฎหมายสารบัญญัติได้อยู่แล้ว

โดยจากแนวคำพิพากษาของศาล ศาลประเทศอังกฤษจึงมีแนวโน้มจะไม่วินิจฉัยชี้ขาดให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เข้าลักษณะเป็นสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่ง แต่จะวินิจฉัยโดยอาศัยการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (express terms) และ

---

[143] [1973] 1 WLR 601.

การจำกัดผลของกฎหมายโดย The Unfair Contract Terms Act 1977 การกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะพิจารณาจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญาตามสมควรเป็นรายกรณีไป[144] ซึ่งศาลอาจกำหนดให้นำข้อสัญญาโดยปริยายตามกฎหมายสารบัญญัติมาบังคับใช้โดยอนุโลม ซึ่งอาจแบ่งลักษณะของสิทธิหน้าที่ตามสัญญาได้เป็น 2 ลักษณะ คือ สิทธิหน้าที่ในส่วนของสินค้า และสิทธิหน้าที่ในส่วนของการบริการ โดยในกรณีที่สัญญามีองค์ประกอบทั้งส่วนของสินค้าและบริการ ศาลอังกฤษสามารถบังคับสิทธิหน้าที่ในส่วนสินค้าและบริการแยกต่างหากจากกันได้[145] จึงอาจกำหนดสิทธิหน้าที่ทั้งในส่วนสินค้าและส่วนบริการให้แก่คู่สัญญาในคดีเดียวกันได้ เนื้อหาของสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของทั้งสองส่วนจะขอกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

<u>สรุป</u> ในประเทศอังกฤษ การกำหนดประเภทของสัญญาให้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความสำคัญเนื่องมาจากการกำหนดประเภทของสัญญาจะส่งผลให้สัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายสารบัญญัติคนละฉบับ เช่น การให้บริการจัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ในกรณีที่มีการส่งมอบวัสดุสื่อกลางแก่ผู้ใช้งานด้วย อาจจะถือเป็นการบริการที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของ Supply of Goods and Services Act 1982 หรืออาจเป็นการซื้อขายสินค้า ซึ่งจะตกอยู่ภายใต้บังคับของ Sale of Goods Act 1979 เป็นต้น[146] แม้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับจะกำหนดข้อสัญญาโดยปริยายเกี่ยวกับสินค้าไว้เป็นอย่างเดียวกันอย่างไรก็ดี โดยส่วนใหญ่ศาลอังกฤษมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยคดีไปในแนวทางเดียวกับคำพิพากษาในคดี St Albans City and District Council v International Computers Ltd. กล่าวคือไม่ชี้ขาดประเภทของสัญญาแต่จะวินิจฉัยสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาโดยอาศัยข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (express terms) และการจำกัดผลของกฎหมายโดย The Unfair Contract Terms Act 1977 และศาลอาจนำข้อสัญญาโดยปริยายตาม Supply of Goods and Services Act 1982 และ Sale of Goods Act 1979 มากำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่คู่สัญญาทั้งในส่วนสินค้าและการใช้บริการได้ โดยอาศัยหลัก common law

ในส่วนต่อไป จะกล่าวถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง และสิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยปริยายทั้งในส่วนสินค้าและส่วนการให้บริการตามกฎหมายอังกฤษ

---

[144] Noriko Kawawa, "Contractual Liability for Defects in Information in Electronic Form," <u>Baltimore Intellectual Property Law Journal</u>. p. 99.

[145] Ibid. p. 87.

[146] The Sales Law Review Group, <u>Report on the Legislation Governing the Sale of Goods and Supply of Services</u> (Dublin: The stationery office, 2014), p. 65.

4.2.2 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Terms)

ข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (express terms) เป็นข้อสัญญาซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยคู่สัญญาเอง โดยข้อความที่จะถือเป็นข้อสัญญาโดยชัดแจ้งได้ คู่สัญญาจะต้องเจตนาให้ข้อความนั้นมีผลผูกพันเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา[147] ข้อสัญญาโดยชัดแจ้งอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

(1) Condition คือข้อสัญญาที่ถือเป็นสาระสำคัญของสัญญา การผิดข้อสัญญาประเภทนี้ยังผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิในการยุติสัญญา

(2) Warranties เป็นข้อสัญญาย่อยซึ่งการผิดสัญญาไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการเลิกสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายมีเพียงสิทธิในการเรียกค่าเสียหาย

(3) Innominate Term เป็นข้อสัญญาประเภทที่ไม่ใช่ทั้ง Condition และ Warranties โดยศาลจะเป็นผู้พิจารณากำหนดผลของการผิดสัญญาให้เหมาะสมเป็นกรณีไป

ในสัญญาเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ศาลประเทศอังกฤษมีมุมมองว่าเป็นสัญญาที่มุ่งถึงการทำงานเฉพาะอย่าง ที่ผู้จัดหานำเสนอว่าตนเองมีความเชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์และผู้รับก็หวังพึ่งพาความเชี่ยวชาญนั้น เป็นที่เข้าใจตรงกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ย่อมจะถูกจัดหามาให้แก่ผู้รับอนุญาตโดยใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางและโดยมีความรู้ความเข้าใจในทางธุรกิจ และผู้รับอนุญาตคาดหวังในความเชี่ยวชาญและความรู้เฉพาะทางนั้น ซึ่งศาลจะให้ความสำคัญกับเจตนารมณ์นั้นในการพิจารณาสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา[148] ถ้อยคำที่ปรากฏในสัญญาจะถือเป็นข้อสัญญาโดยชัดแจ้งที่มีผลผูกพันคู่สัญญาหรือไม่และเพียงใดศาลจะต้องวิเคราะห์จากลักษณะทั่วไปของการแสดงเจตนาหรือความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา โดยปัจจัยสำคัญซึ่งจะนำมาพิจารณาคือ (1) ผู้แสดงเจตนาได้มีความตั้งใจที่จะให้คำมั่นซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมายหรือไม่ และ (2) คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจคาดหวังได้อย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ว่าผู้แสดงเจตนาจะรับผิดชอบตามคำมั่นนั้น[149]

เมื่อปรากฏว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง การพิจารณาในขั้นต่อไปเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาคือ (1) ประเภทของคำมั่นสัญญา และ (2) ข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิด

---

[147] Richard Stone and James Devenney, The Modern Law of Contract (Oxford: Routledge, 2017), p. 199.

[148] Noriko Kawawa, "Contractual Liability for Defects in Information in Electronic Form," Baltimore Intellectual Property Law Journal: 99.

[149] Ibid., 125.

4.2.2.1 ประเภทของคำมั่นสัญญา

ประเภทของคำมั่นสัญญา โดยทั่วไปอาจแบ่งได้เป็นคำสัญญาถึงผลสำเร็จของงาน (result-oriented promises) ซึ่งผลของสัญญาจะพิจารณาจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้รับอนุญาตได้รับเป็นสำคัญ และ คำสัญญาถึงกระบวนการทำงาน (process-oriented promises) ซึ่งพิจารณาผลของสัญญาจากกระบวนการทำงานจนแล้วเสร็จเป็นสำคัญ เช่น ในคดี Salvage Association v. Cap Financial Service Ltd.[150] ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าข้อสัญญาโดยชัดแจ้งมุ่งถึงผลสำเร็จของงาน ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องรับผิดเมื่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานได้ตามที่ระบุไว้ในสัญญา เช่น ในคดี St Albans City and District Council v International Computers Ltd.

1) คำสัญญาถึงผลสำเร็จของงาน (Result-oriented Promises)

ในกรณีที่สัญญามีสินค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าสาระสำคัญของสัญญาจะเป็นการซื้อขายสินค้าหรือการให้บริการจัดหาวัตถุดิบและการทำงาน (work and materials) ศาลอังกฤษมีแนวโน้มจะกำหนดสิทธิหน้าที่ในลักษณะผลสำเร็จของงาน (result-oriented promises) เนื่องมาจากความสัมพันธ์พิเศษระหว่างคู่สัญญา ซึ่งมีที่มาจากคดี Samuel v. Davis[151] โดยผู้พิพากษาได้วินิจฉัยว่า เมื่อทันตแพทย์ได้ทำสัญญาว่าจะทำฟันปลอมที่เหมาะสมกับช่องปากของคนไข้และผูกพันที่จะทำการนั้นโดยใช้ความรู้ความชำนาญอย่างที่ควรคาดหวังได้จากผู้ปฏิบัติการซึ่งมีคุณวุฒิ กรณีที่ความรู้ควาชำนาญเช่นที่ว่านั้นถูกคาดหวังว่าจะสามารถนำมาซึ่งผลลัพธ์ตามที่คู่สัญญาแสดงเจตนาไว้ การกำหนดสิทธิหน้าที่ตามผลสำเร็จของงานแก่คู่สัญญาก็ถือเป็นความเหมาะสม และสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ก็มีแนวโน้มจะพิจารณาว่าเป็นสัญญาซึ่งคู่สัญญามีความสัมพันธ์เป็นพิเศษในแนวทางเดียวกัน[152]

การพิจารณาระดับความผลสำเร็จของงาน แม้ศาลจะวินิจฉัยโดยอ้างอิงผลสำเร็จของงานเป็นหลัก แต่ก็มิได้หมายความว่าความไม่สมบูรณ์ใด ๆ จะถือว่าเป็นการผิดสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เมื่อปรากฏว่ามีการพบบั๊กในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งส่งมอบให้คู่สัญญาแล้ว จะถือว่าเป็นการผิดสัญญาหรือไม่ ซึ่งอาจพิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาลอังกฤษในคดีต่อไปนี้

คดี Saphena Computing Ltd. v. Allied Collection Agencies Ltd.[153]

---

[150] [1995] F.S.R. 654.

[151] [1943] 1 K.B. 526

[152] Noriko Kawawa, "Contractual Liability for Defects in Information in Electronic Form," Baltimore Intellectual Property Law Journal: 95.

[153] [1995] F.S.R. 616, 651.

ในคดีนี้ Saphena Computing Ltd. ได้ทำสัญญาจัดทำระบบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ออนไลน์ให้แก่ Allied Collection Agencies Ltd. แต่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานได้ตามที่ได้ตามความต้องการที่ระบุไว้ แม้ Saphena จะพยายามแก้ไขอยู่เป็นเวลานาน จนนำไปสู่การยุติสัญญาในที่สุด ข้อพิพาทในคดีมีขึ้นว่าบั๊กซึ่งหลงเหลืออยู่ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในเวลาที่สัญญาได้ยุติลงจะถือว่าเป็นการผิดข้อสัญญาโดยชัดแจ้งหรือไม่ ซึ่งผู้พิพากษาได้ให้ความเห็นว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ใช่สินค้าประเภทที่ส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อเสร็จสิ้นเพียงครั้งเดียว แต่อาจมีความจำเป็นต้องทดสอบและปรับปรุงแก้ไขเมื่อจำเป็น โดยต้องอาศัยความร่วมมือของคู่สัญญาในการทดสอบใช้งานโปรแกรมในการทำงานตามปกติของบริษัทและรายงานไปยังผู้จัดหาเมื่อตรวจพบข้อบกพร่องจากการใช้งานเพื่อให้ทำการแก้ไข ดังนั้น ข้อบกพร่องในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏในครั้งแรกที่ส่งมอบจึงยังไม่ถือเป็นการผิดสัญญา Saphena จึงมีทั้งสิทธิและหน้าที่ในการทดสอบและปรับปรุงแก้ไขโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งตนได้จัดหาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันสมควร เมื่อไม่ปรากฏว่าระยะเวลาอันควรได้ผ่านพ้นไปแล้วในขณะที่ยุติสัญญาจึงถือไม่ได้ว่า Saphena ผิดสัญญา

จากคำพิพากษาในคดีนี้แสดงให้เห็นว่า เพียงแค่ปรากฏบั๊กในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในเวลาที่ส่งมอบยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะถือเป็นการผิดสัญญา ผู้จัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ยังคงมีหน้าที่และสิทธิในการปรับปรุงโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นให้เสร็จสมบูรณ์ภายในระยะเวลาอันสมควรหลังการส่งมอบ โดยข้อสรุปในแนวทางนี้ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากประเภทของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏในคดี[154] อันจะทำให้ผลในคดีนี้แตกต่างจากคดี Sam Business Systems v Hedley & Co

คดี Sam Business Systems v Hedley & Co[155]

ในคดีนี้ Hedley & Co ได้ซื้อโปรแกรมสำเร็จรูปสำหรับจาก Sam Business Systems เพื่อใช้ในธุรกิจซื้อขายหุ้น แต่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ทำงานไม่ได้ตามที่คาดหวัง ผู้พิพากษาได้วินิจฉัยว่าคดีนี้แตกต่างจาก Saphena Computing Ltd. v. Allied Collection Agencies Ltd. ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พิพาทยังพัฒนาไม่แล้วเสร็จ จำเป็นต้องได้รับการทดลองใช้งานและค้นหาข้อผิดพลาดโดยคู่สัญญาก่อน ดังนั้นคู่สัญญาจึงถือได้ว่ามีเจตนาต้องตรงกันที่จะยอมรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่อาจไม่สามารถทำงานตามที่คาดหวังไว้ได้อย่างสมบูรณ์เมื่อยังอยู่ในขั้นตอนการพัฒนาในเวลาที่ได้มีการส่งมอบ ในขณะที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พิพาทในคดีนี้ถูกแสดงออกว่าเป็นโปรแกรมที่ได้ผ่านขั้นตอนการทดลองและทดสอบการใช้งาน (tried and tested system) สามารถ

---

[154] Diane Rowland and Elizabeth Macdonald, Information Technology Law. p. 123.

[155] [2003] 1 All ER (Comm) 465.

ทำงานได้อย่างดีในที่อื่น ๆ มาแล้ว จึงไม่สมควรที่จะปรากฏว่ามีบั๊กหลงเหลืออยู่ ดังนั้น หากมีการค้นพบบั๊กในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทนี้ ควรถือเป็นความชำรุดบกพร่อง

ดังนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับคดีก่อนหน้า การพิจารณาว่าบั๊กถือเป็นการผิดสัญญาหรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับสิ่งที่คู่สัญญาให้คำมั่นสัญญาไว้ และแม้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในคดีที่พิพาทจะเป็นประเภทที่ยังพัฒนาไม่เสร็จสมบูรณ์ ปัญหาว่าบั๊กที่สามารถยอมรับได้จากโปรแกรมซึ่งยังอยู่ระหว่างการพัฒนาควรอยู่ในระดับใด โดยทั่วไปแล้วมาตรฐานของผลสำเร็จของงานที่ยอมรับได้ตามกฎหมายอังกฤษคือมาตรฐานวิญญูชน (reasonable person) ตามที่ปรากฏใน Sale of Goods Act 1979 กล่าวคือมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป (reasonable fitness for the buyer's particular purpose)[156] และในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การประเมินอาจต้องอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญในด้านเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ประกอบด้วย[157]

2) คำสัญญาถึงกระบวนการทำงาน (Process-oriented Promises)

ปรากฏในคดี Salvage Associates v. Cap Financial Service Ltd.[158] ซึ่งศาลพบว่าข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง โดยเฉพาะในเรื่องคุณภาพของพนักงานและคุณภาพของผลงาน จะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยความระมัดระวัง ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า Salvage Associates ("Salvage") ได้ทำสัญญาสองฉบับกับ Cap Financial Service Ltd. ("Cap") โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อติดตั้งระบบบัญชีของสำนักงานใหญ่ โดยสัญญาฉบับแรกเป็นสัญญาที่มอบหมายให้ Cap วิเคราะห์ความต้องการของระบบ ซึ่งได้ดำเนินการจดสำเร็จลุล่วงแล้ว และสัญญาฉบับที่สองเป็นสัญญาพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับระบบให้ได้ตามความต้องการของ Salvage ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ถูกพัฒนาและส่งมอบแล้ว แต่ฟังก์ชั่นการทำงานมีปัญหาจนไม่สามารถใช้งานได้

ศาลวินิจฉัยว่ามีข้อสัญญาโดยชัดแจ้งระบุว่าบุคคลที่จะทำงานในโครงการนี้จะปฏิบัติงานด้วยความรู้ความชำนาญในระดับเดียวกับผู้เชี่ยวชาญ แต่ปรากฏว่าผู้ที่ Cap ได้มอบหมายให้ดำเนินโครงการไม่มีความรู้ ประสบการณ์หรือความชำนาญอย่างเพียงพอส่งผลให้ Cap ไม่สามารถส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถใช้งานได้ภายในเวลาที่เหมาะสม จึงเป็นการผิดสัญญาในส่วนสาระสำคัญยังผลให้ Salvage มีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาได้

---

[156] Diane Rowland and Elizabeth Macdonald, Information Technology Law. p. 126.

[157] Ibid.

[158] [1995] F.S.R. 654.

4.2.3.2 ข้อยกเว้นและจำกัดความรับผิด

ตามกฎหมายอังกฤษ หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงตามธรรมชาติจากการผิดสัญญาหรือค่าเสียหายที่คู่สัญญาพึงคาดเห็นได้ในขณะทำสัญญาว่าอาจเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญา และการกำหนดค่าเสียหายคือการทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนเกิดการผิดสัญญา และหมายรวมถึงค่าขาดกำไรที่พึงคาดหมายได้ตามปกติหรือตามพฤติการณ์พิเศษที่ได้รู้ขณะเข้าทำสัญญา[159] โดยหลักเกณฑ์การกำหนดค่าเสียหายจากการผิดสัญญามีที่มาจากคดี Hadley v. Baxendale[160] คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าโจทก์คือ Hadley ได้ว่าจ้างให้ Baxendale จำเลยขนส่งเพลาเครื่องจักรโรงสีไปซ่อมแซม แต่ปรากฏว่าจำเลยดำเนินการขนส่งล่าช้า โจทก์ฟ้องจำเลยเรียกค่าเสียหายที่ตนเองต้องขาดกำไรเนื่องจากโรงสีต้องหยุดงานเพื่อรอเพลา ศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์เนื่องจากข้อเท็จจริงไม่เพียงพอที่จะบอกได้ว่าจำเลยคาดเห็นว่าโจทก์จึงกับจะต้องหยุดโรงสีเพราะการขนส่งล่าช้า

โดยความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญานี้สามารถทำได้ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่การใช้เสรีภาพในการทำสัญญาอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่สำคัญคือ The Unfair Contract Terms Act 1977 ซึ่งจะจำกัดผลของข้อสัญญาบางประการให้มีผลใช้บังคับได้เท่าที่มีความสมเหตุสมผล หรือใช้บังคับไม่ได้เลยในบางกรณี พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้กับความรับผิดทางสัญญาและละเมิดที่เกิดจากการดำเนินธุรกิจเท่านั้น[161] ยกเว้นสัญญาที่เข้าข่ายเป็นสัญญาผู้บริโภคซึ่งจะตกอยู่ภายใต้ The Consumer Rights Act 2015 โดยข้อสัญญาที่ถูกจำกัดผลใช้บังคับตาม The Unfair Contract Terms Act 1977 ได้แก่

1) การยกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อ[162] คือการผิดหน้าที่ใช้ความระมัดระวังตามสมควรในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาหรือตามกฎหมาย[163]

2) การกำหนดให้มาตรฐานการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาไม่เป็นไปตามที่ควรคาดหวังอย่างสมเหตุสมผล กรณีเป็นสัญญาที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งต้องใช้ข้อสัญญาทางธุรกิจแบบมาตราฐาน (written standard terms of business) ของอีกฝ่าย[164]

---

[159] เทอดทูน รัฐกาญจน์, "ความรับผิดในความเสียหายต่อเนื่องอันเกิดจากความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่ซื้อขาย" (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า. 80.

[160](1844) 9 Exch, 341.

[161] The Unfair Contract Terms Act 1977 sections 1(3)

[162] The Unfair Contract Terms Act 1977 sections 2

[163] The Unfair Contract Terms Act 1977 sections 1(1)

[164] The Unfair Contract Terms Act 1977 sections 3

3) การยกเว้นหรือจำกัดหน้าที่ตาม Sale of Goods Act 1979 ในข้อสัญญาโดยปริยายเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์, การขายตามคำพรรณนาหรือตามตัวอย่าง, คุณภาพเหมาะสมแก่ประโยชน์เฉพาะอย่าง[165] โดยเฉพาะข้อสัญญาเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดได้ไม่ว่ากรณีใด

ข้อสัญญาซึ่งถูกยกเว้นหรือจำกัดข้างต้นอาจมีผลใช้บังคับได้ หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อสัญญาที่กล่าวมานั้นมีความสมเหตุสมผล ซึ่งผู้กล่าวอ้างว่าข้อกำหนดดังกล่าวมีความสมเหตุสมผลต้องเป็นผู้พิสูจน์ โดยได้มีการวางแนวทางในการพิสูจน์ความสมเหตุสมผล (the “reasonableness” test.) ดังต่อไปนี้[166]

(1) ความสมเหตุสมผลตามพระราชบัญญัตินี้ คือ ข้อตกลงที่ถูกรวมเข้ามามีเหตุผลและเป็นธรรมหากพิจารณาจากสถานการณ์ซึ่งคู่สัญญารู้หรือควรได้รู้ในขณะที่ทำสัญญา

(2) การวินิจฉัยเพื่อพิสูจน์ความสมเหตุสมผลในกรณีการยกเว้นหรือจำกัดหน้าที่ตาม Sale of Goods Act 1979 ควรพิจารณาตามแนวทางที่กำหนดไว้ในตาราง 2 ได้แก่[167]

(ก) อำนาจต่อรองของคู่กรณี

(ข) ผู้บริโภคได้รับการชักชวนให้ตกลงด้วยในข้อสัญญาหรือยอมรับโอกาสในการเข้าทำสัญญาในลักษณะคล้ายกันกับบุคคลอื่น แต่ไม่มีข้อตกลงในลักษณะเดียวกัน หรือไม่

(ค) ผู้บริโภครู้หรือควรรู้หรือไม่ว่าว่ามีข้อตกลงเช่นนี้อยู่รวมถึงขอบเขตของข้อตกลง

(ง) ในกรณีที่มีการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดเมื่อมีการผิดเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งในเวลาที่ทำสัญญาอาจคาดการณ์ได้ว่าเงื่อนไขนั้นสามารถปฏิบัติตามได้โดยสมเหตุสมผลหรือไม่

(จ) สินค้านั้นเป็นสินค้าอุตสาหกรรม หรือทำขึ้นตามคำสั่งพิเศษของผู้บริโภค

ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

การปรับใช้ The Unfair Contract Terms Act 1977 กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเป็นการปรับใช้โดยอาศัยว่าเป็นสัญญามาตราฐาน (written standard terms of business) แต่คำว่าสัญญามาตรฐานนั้น ไม่ได้การกำหนดคำนิยามไว้ ดังนั้น การวินิจฉัยว่าสัญญาใดเข้าข่ายเป็นสัญญามาตราฐานหรือไม่ ในกรณีที่ปรากฏว่ามีการเจรจาและแก้ไขสัญญาโดยฝ่ายหนึ่งจัดเตรียมร่างสัญญาตั้งต้นไว้ จึงต้องพิจารณาจากการปรับแก้ไขข้อสัญญานั้นโดยอีกฝ่ายอันเป็นผลจากการเจรจาเป็นสำคัญ ซึ่งต้องพิจารณาทั้งขนาดของการแก้ไข และการแก้ไขนั้นเป็นการ

---

[165] The Unfair Contract Terms Act 1977 sections 6

[166] The Unfair Contract Terms Act 1977 sections 11

[167] The Unfair Contract Terms Act 1977 schedule 2

แก้ไขในเรื่องใด[168] ในคดี St Albans City and District Council v International Computers Ltd. ศาลพิพากษาว่าสัญญาจัดเตรียมระบบคอมพิวเตอร์ระหว่างโจทก์และจำเลยเป็นกรณีที่เป็นสัญญาที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งต้องใช้ข้อสัญญาทางธุรกิจแบบมาตราฐาน ของอีกฝ่ายแม้ว่า ICL จะโต้แย้งว่าทั้งสองฝ่ายได้มีการเจรจาและปรับแก้ไขสัญญาหลายครั้ง อันแสดงว่าสัญญาในท้ายที่สุดนั้นไม่ได้เป็นสัญญามาตราฐานฝ่ายเดียวอีกต่อไป เนื่องจากศาลเห็นว่าการแก้ไขไม่ได้ประทบต่อข้อยกเว้นที่สำคัญ อย่างไรก็ดี หากศาลเห็นว่าร่างสัญญาที่จัดเตรียมมาไม่ใช่แบบสัญญาซึ่งฝ่ายนั้นใช้ในการดำเนินธุรกิจตามปรกติของตน ทั้งยังปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาหลายข้อตามคำร้องของอีกฝ่าย สัญญานั้นย่อมไม่เข้าข่ายเป็นสัญญามาตราฐาน[169] และข้อสัญญาย่อมมีผลใช้บังคับได้

สรุป ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อาจไม่มีผลบังคับใช้ได้หากสัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญามาตรฐานทางธุรกิจที่ทำขึ้นโดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ซึ่งไม่ได้ปรากฏว่ามีการเจรจาหรือพิจารณาในข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดโดยผู้ใช้งานซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่าย อย่างไรก็ดี ข้อสัญญาเช่นนั้นอาจมีผลใช้บังคับได้ หากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถพิสูจน์ความสมเหตุสมผล ของการมีข้อสัญญาดังกล่าวได้

4.2.3. สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms) ในสัญญาซื้อขายสินค้า

ในสัญญาซื้อขายสินค้าและสัญญาจัดหาสินค้า นอกเหนือจากข้อสัญญาโดยชัดแจ้งแล้ว ภายใต้บังคับของ Sale of Goods Act 1979 คู่สัญญาจะมีสิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยปริยาย (implied terms) ซึ่งเป็นข้อสัญญาที่กำหนดโดยกฎหมาย การผิดข้อสัญญาโดยปริยายจะให้สิทธิแก่ผู้ซื้อในการคืนสินค้า เว้นแต่การผิดสัญญานั้นเป็นกรณีเล็กน้อยมากจนไม่สมเหตุสมผลที่จะคืนสินค้า จะถือเป็นเรื่องการผิดสัญญารับประกัน (warranty)[170] ซึ่งผู้ซื้อไม่มีสิทธิในการเลิกสัญญา แต่ยังคงมีสิทธิในการเรียกให้ผู้ขายลดหรือคืนราคาที่เสียไปแล้ว หรือฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญา โดยความเสียหายเบื้องต้นได้แก่ความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงหรือความเสียหายซึ่งเกิดขึ้นตามธรรมดาจากการผิดสัญญานั้น แต่ในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญารับประกันด้าน

---

[168] Diane Rowland and Elizabeth Macdonald, Information Technology Law, p. 193.

[169] African Export-Import Bank and Others v Shebah Exploration & Production Company Limited [2017] EWCA Civ 845.

[170] Section 15A the buyer would have the right to reject goods by reason of a breach on the part of the seller of a term implied by section 13, 14 or 15 above, but the breach is so slight that it would be unreasonable for him to reject them, the breach is not to be treated as a breach of condition but may be treated as a breach of warranty.

คุณภาพ ให้คำนวณความเสียหายเบื้องต้นจากความแตกต่างระหว่างมูลค่าของสินค้าในเวลาที่ส่งมอบกับมูลค่าที่ควรเป็นหากไม่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น[171]

อายุความในการฟ้องร้องคดีเพื่อให้ผู้ขายต้องรับผิดตามสัญญาถูกกำหนดตาม Limitation Act 1980 ซึ่งกำหนดให้ต้องฟ้องคดีภายใน 6 ปีนับตั้งแต่เกิดการผิดสัญญา (the cause of action accrued) อย่างไรก็ดี ในกรณีของการผิดข้อสัญญาว่าด้วยการรับประกันคุณภาพของสินค้า ระยะเวลาจะเริ่มต้นเมื่อใดนั้น ยังมีความเห็นแบ่งเป็น 2 ฝ่าย[172] ฝ่ายแรกเห็นว่า เมื่อมีการส่งมอบสินค้าแก่ผู้ซื้อ ความเสี่ยงทั้งหมดในสินค้า รวมถึงความชำรุดบกพร่องที่ยังไม่ได้ถูกค้นพบในเวลานั้นจะถูกโอนไปยังผู้ซื้อด้วย การรับประกันเป็นการให้คำมั่นว่าผู้ขายจะชดเชยให้แก่ผู้ซื้อต่อความชำรุดบกพร่องใด ๆ ที่ปรากฏขึ้นภายในช่วงเวลาที่กำหนดไว้แน่นอน ดังนั้น การนับระยะเวลารับประกันจะเริ่มนับตั้งแต่มีการส่งมอบสินค้า ส่วนอีกฝ่ายเห็นว่า การรับประกันเป็นการให้คำมั่นว่าสินค้าจะไม่ชำรุดในระหว่างระยะเวลารับประกัน ดังนั้น การผิดสัญญาเกิดเมื่อสินค้าชำรุดในช่วงระยะเวลารับประกัน และการนับอายุความจะเริ่มจากเวลานั้น โดยความเห็นส่วนใหญ่เป็นไปในแนวทางแรกเนื่องจากความเหมาะสมในเชิงพาณิชย์

ข้อสัญญาโดยปริยายตาม Sale of Goods Act 1979

ข้อสัญญาโดยปริยายในสัญญาซื้อขายตาม Sale of Goods Act 1979 มีดังต่อไปนี้

1) การขายตามคำพรรณนา (Sale description)

สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในข้อนี้เป็นไปตาม Section 13 แห่ง Sale of Goods Act 1979 กำหนดว่าการขายสินค้าโดยคำพรรณนา จะมีข้อสัญญาโดยปริยายว่าสินค้าจะต้องมีลักษณะตรงตามคำพรรณนา[173] ในทางปฏิบัติ การขายตามคำพรรณนาครอบคลุมถึงธุรกรรมทุกประเภทที่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

[171] Section 53 (1) Where there is a breach of warranty by the seller, or where the buyer elects (or is compelled) to treat any breach of a condition on the part of the seller as a breach of warranty, the buyer is not by reason only of such breach of warranty entitled to reject the goods; but he may—

(a)set up against the seller the breach of warranty in diminution or extinction of the price, or

(b)maintain an action against the seller for damages for the breach of warranty.

(2) The measure of damages for breach of warranty is the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the breach of warranty.

(3) In the case of breach of warranty of quality such loss is prima facie the difference between the value of the goods at the time of delivery to the buyer and the value they would have had if they had fulfilled the warranty remedy for breach of warranty.

[172] Christian Twigg-Flesner, "The Nature of Express Quality Warranties," Law Quarterly Review 120, April (2004): 215.

[173] Section 13 Sale by description. (1) Where there is a contract for the sale of goods by description, there is an implied term that the goods will correspond with the description.

คู่สัญญาตกลงกันในข้อกำหนดเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว แม้ไม่มีการบรรยายคุณลักษณะเกี่ยวกับการนั้นไว้ เช่น การซื้อสินค้าโดยหยิบจากชั้นวางของในห้างสรรพสินค้า ก็ถือว่าเป็นการขายตามคำพรรณนาแล้ว[174] ตาม Section 13(3) ซึ่งระบุว่าเพียงแต่การที่ผู้ซื้อเป็นผู้ที่เลือกสินค้าซึ่งแสดงอยู่ด้วยตนเอง ไม่ทำให้การขายสินค้านั้น ไม่เป็นการขายตามคำพรรณนา[175] และการขายตามคำพรรณนา ถ้าสินค้าไม่ตรงตามที่พรรณนาไว้ จะถือเป็นความรับผิดโดยเด็ดขาดของผู้ขาย แม้ว่าสินค้าที่ซื้อขายนั้นจะมิได้มีความชำรุดบกพร่องใด ๆ ก็ตาม[176]

2) กรรมสิทธิ์ (Title)

เป็นไปตาม Section 12(1) แห่ง Sale of Goods Act 1979 ที่บัญญัติว่า ผู้ขายในกรณีสัญญาซื้อขาย ต้องมีสิทธิที่จะขายสินค้านั้น หรือในกรณีที่เป็นสัญญาจะซื้อจะขาย ผู้ขายต้องมีสิทธิเช่นว่านั้นในเวลาที่ความเป็นเจ้าของได้โอนไป โดยบทบัญญัติระบุชัดว่าผู้ขายจะต้องมี “สิทธิในการขายสินค้า” (right to sell the goods) ดังนั้น แม้ว่าผู้ขายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้า แต่ไม่มีสิทธิขาย เช่น กรณีที่สินค้านั้นถูกอายัดไว้ตามคำสั่งของเจ้าพนักงานศุลกากร หากเจ้าของสินค้านำสินค้าไปขายก็จะถือเป็นการผิดสัญญา[177] ผู้ซื้อมีสิทธิในการเลิกสัญญาหรือเรียกร้องค่าเสียหายจากการผิดสัญญานั้นได้ นอกจากนี้ผู้ขายยังมีหน้าที่โดยปริยายในการรับประกันว่าสินค้าปลอดจากภาระผูกพันที่ผู้ซื้อไม่ทราบก่อนที่จะได้ทำสัญญาขึ้นและผู้ซื้อจะได้ครอบครองทรัพย์โดยปกติสุขเว้นแต่อาจถูกรบกวนโดยเจ้าของหรือผู้ที่มีสิทธิประโยชน์เหนือทรัพย์ซึ่งผู้ซื้อได้มีการเปิดเผยหรือผู้ซื้อได้ทราบแล้ว[178]

3) คุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ (Satisfactory quality)

เป็นไปตาม Section 14 (2) Sale of Goods Act 1979 กำหนดว่า ในกรณีที่เป็นการขายสินค้าในเชิงพาณิชย์ มีข้อสัญญาโดยปริยายว่าสินค้าที่จัดหาให้ภายใต้สัญญานั้นจะมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ (satisfactory quality) โดยคุณภาพของสินค้า กล่าวคือ ความเหมาะสมแก่ประโยชน์ใช้สอยเทียบกับสินค้าในประเภทเดียวกันโดยทั่วไป, รูปลักษณ์และความเรียบร้อย,

---

[174] Catherine Elliott and Frances Quinn, Contract Law, p. 361.

[175] Section 13 Sale by description. (3)A sale of goods is not prevented from being a sale by description by reason only that, being exposed for sale or hire, they are selected by the buyer.

[176] Re Moore & Landauer [1921] 2 KB 519.

[177] P S Atiyah, The Sale of Goods, ed. Hector Macqueen John N. Adams, 11 ed. (England: Person Education Limited, 2005). p.113.

[178] Sale of Goods Act 1979 section 11(3) This subsection applies to a contract of sale in the case of which there appears from the contract or is to be inferred from its circumstances an intention that the seller should transfer only such title as he or a third person may have.

ปราศจากความชำรุดบกพร่อง, ความคงทนและความปลอดภัย ต้องเป็นไปตามมาตราฐานที่วิญญูชนจะพึงพอใจ อันพิจารณาจากคำพรรณนา ราคา หรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง[179] อย่างไรก็ดีข้อกำหนดตามมาตรานี้ไม่ใช้บังคับ ในกรณีที่ผู้ซื้อเห็นหรือควรเห็นได้ว่าสินค้ามีความบกพร่องตั้งแต่ก่อนเข้าทำสัญญา[180]

ประเด็นที่ว่าสินค้ามีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่ามีความเหมาะสมแก่ประโยชน์ใช้สอยเทียบกับสินค้าในประเภทเดียวกันโดยทั่วไป ตามมาตรฐานวิญญูชนหรือไม่ หากสินค้ามีคุณภาพเหมาะกับการใช้งานโดยทั่วไป แม้ว่าอาจใช้งานได้ไม่เหมาะกับงานเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการเฉพาะ หากงานนั้นไม่ใช่งานเป็นปกติของสินค้านั้น ก็ไม่ถือว่าสินค้ามีคุณภาพไม่น่าพึงพอใจ แต่อาจเข้าลักษณะเป็นความไม่ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่างตามมาตรา 14(3) แทน[181]

มาตรฐานของความพึงพอใจตามมาตรานี้คือ มาตรฐานวิญญูชน ซึ่งต้องพิจารณาจากผู้ซื้อที่เป็นวิญญูชนโดยทั่วไปเห็นว่าสินค้านั้นมีคุณภาพเป็นที่ยอมรับได้หรือไม่ เช่น ในคดี Rogers v Parish (Scarborough) Ltd[182] ซึ่ง Court of Appeal พิพากษาว่า การที่รถยนต์มีความชำรุดบกพร่องเล็กน้อยในหลายจุดทำให้ผู้ซื้อต้องนำรถยนต์ดังกล่าวไปซ่อมแซมหลายครั้งและความชำรุดนั้นยังคงมีอยู่จนกระทั้งเดือนที่ 6 ของการใช้งาน แม้ว่ารถยนต์ยังคงวิ่งอยู่บนถนนได้ ก็ไม่อาจถือได้ว่ารถยนต์มีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ เพราะผู้ใช้รถยนต์โดยทั่วไปไม่ได้ต้องการเพียงแค่การเดินทางจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งเท่านั้น แต่ยังต้องการความสะดวกสบาย ความมั่งคงในการควบคุม รวมถึงความความภาคภูมิใจในรูปลักษณ์ของรถยนต์ด้วย หรือ ในกรณีผู้ซื้อรถยนต์มือสอง ผู้ซื้อย่อมไม่คาดหวังว่ารถยนต์นั้นจะไร้ข้อบกพร่องเช่นเดียวกับรถยนต์ใหม่[183] นอกจากนี้ราคาของสินค้าก็เป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาความพึงพอใจเช่นกัน โดยหากสินค้านั้นมีราคาที่สูงกว่าราคาตลาดอย่างเห็นได้ชัด สินค้านั้นก็

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[179] Section 14 (2A) For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.

[180] Section 14 (2C) The term implied by subsection (2) above does not extend to any matter making the quality of goods unsatisfactory—
(a)which is specifically drawn to the buyer's attention before the contract is made,
(b)where the buyer examines the goods before the contract is made, which that examination ought to reveal

[181] P S Atiyah, The Sale of Goods, p. 166.

[182] [1987] QB 933.

[183] P S Atiyah, The Sale of Goods, p. 188.

ควรมีคุณภาพที่สูงกว่าสินค้าอื่นในประเภทเดียวกัน หรือหากสินค้าคุณภาพด้อยกว่าปกติ แต่ขายโดยลดราคาให้เทียบเท่าคุณภาพ ก็ถือว่ามีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจได้[184]

การกำหนดให้สินค้าต้องปราศจากความชำรุดบกพร่องตาม Section 14(2) มิได้หมายความว่าสินค้าจะต้องมีความสมบูรณ์แบบ มาตรฐานของคุณภาพสินค้าจะต้องพิจารณาจากระดับวิญญูชน ดังนั้น ในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การพิจารณาว่าข้อบกพร่องมีความร้ายแรงถึงขนาดไม่ได้มาตรฐานหรือไม่นั้น อาจต้องพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทเดียวกันของผู้ประกอบการรายอื่น[185] โดยในคดี Eurodynamic Systems v General Automation Ltd,[186] ผู้พิพากษาได้ระบุไว้อย่างชัดเจนดังนี้

“พยานผู้เชี่ยวชาญได้แสดงให้เห็นว่าในทางปฏิบัติซึ่งเป็นที่ยอมรับเกี่ยวกับการรับมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์เมื่อปรากฏว่ามีข้อผิดพลาดและบั๊ก ทางปฏิบัติโดยปกติคือผู้จัดหาซึ่งมีหน้าที่ในการสนับสนุนการใช้งานตามข้อตกลง จะดำเนินการซ่อมแซมแก้ไขข้อผิดพลาดนั้นเพื่อให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์กลับมาใช้งานได้ จึงไม่ได้หมายความว่าข้อผิดพลาดหรือบั๊กใด ๆ ที่พบในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะถือเป็นการผิดสัญญาทั้งหมด”

4) ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง (Fitness for particular purpose)

เป็นไปตาม Section 14 (3) Sale of Goods Act 1979 ซึ่งวางหลักว่า ในกรณีที่เป็นการขายสินค้าในเชิงพาณิชย์ และผู้ขาย โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ทำให้ผู้ขายรู้ถึงการใช้ประโยชน์เฉพาะอย่างสำหรับสินค้าที่ถูกซื้อไป ให้ถือว่ามีเงื่อนไขโดยปริยายว่า สินค้าที่จัดหาให้ตามสัญญามีความเหมาะสมสำหรับการใช้ประโยชน์เฉพาะอย่างนั้น ไม่ว่าการใช้ประโยชน์สำหรับสินค้าดังกล่าวจะมีเป็นการทั่วไปหรือไม่ เว้นแต่ ตามพฤติการณ์ผู้ซื้อไม่ได้อาศัย หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะอาศัยความสามารถหรือการตัดสินใจของผู้ขายในการซื้อสินค้านั้น[187]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[184] Ibid.

[185] Lan Lloyd, Information Technology Law, 8 ed. (Oxford: Oxford University Press, 2017). p. 494.

[186] (6 September 1988, unreported), QBD.

[187] Section 14 (3) Where the seller sells goods in the course of a business and the buyer, expressly or by implication, makes known—

(a)to the seller, or

(b)where the purchase price or part of it is payable by instalments and the goods were previously sold by a credit-broker to the seller, to that credit-broker,

any particular purpose for which the goods are being bought, there is an implied term that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied, except where the circumstances show that the buyer does not rely, or that it is unreasonable for him to rely, on the skill or judgment of the seller or credit-broker.

ความเหมาะสมแก่ประโยชน์เฉพาะอย่างมีความแตกต่างจากเรื่องคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ โดยแม้ว่าสินค้าจะมีความเหมาะสมแก่การใช้งานโดยปกติทั่วไป ซึ่งถือได้ว่ามีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ แต่หากผู้ซื้อตั้งใจซื้อเพื่อใช้งานอย่างใดอย่างหนึ่งอันมิใช่การใช้งานโดยทั่วไป และผู้ขายรับรู้ถึงความต้องการเฉพาะอย่างนั้นแล้ว ถ้าสินค้าไม่เหมาะกับงานเฉพาะอย่างซึ่งผู้ซื้อคาดหมายไว้นั้น ก็ถือได้ว่าสินค้าไม่มีความเหมาะสมแก่ประโยชน์เฉพาะอย่าง[188] หลักที่สำคัญของมาตรฐานความเหมาะสมแก่ประโยชน์เฉพาะอย่างคือ การที่ผู้ซื้อคาดหวังในความสามารถหรือการตัดสินใจของผู้ขายสำหรับการซื้อขายสินค้านั้น เป็นการสมเหตุสมผลหรือไม่ เช่น ในกรณีที่ผู้ขายสินค้ารู้ว่าผู้ซื้อจะนำสินค้าไปขายต่อต่างประเทศ ผู้ขายย่อมไม่อาจทราบได้ทั้งหมดว่าสินค้านั้นเหมาะสมกับการใช้งานในประเทศใดเป็นการเฉพาะบ้าง จึงเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่ผู้ซื้อจะพึ่งพาอาศัยการตัดสินใจของผู้ขายในการเลือกซื้อสินค้านั้น[189] แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ซื้อแจ้งแก่ผู้ขายแล้วว่าต้องการนำถ่านไปใช้กับเรือกลไฟที่ต้องใช้ถ่านประเภทที่เหมาะสมกับเรือเท่านั้น การที่ผู้ซื้อทราบว่าการจัดหาถ่านประเภทนั้นทำได้อย่างยากลำบากในเวลานั้น เพราะมีการประท้วงปิดรถไฟ ก็ไม่ถือว่าเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่ผู้ซื้อจะคาดหวังในความสามารถหรือการตัดสินใจของผู้ขาย[190]

5) การขายหรือจัดหาสินค้าตามตัวอย่าง (Sale or Supply by Sample)

เป็นไปตาม Section 15(2) แห่ง Sale of Goods Act 1979 ที่วางหลักว่า ในกรณีที่มีการขายสินค้าโดยใช้สินค้าตัวอย่าง จะมีข้อสัญญาโดยปริยายว่า สินค้าที่ขายจะมีคุณภาพตรงตามสินค้าตัวอย่าง และสินค้านั้นจะต้องไม่มีความชำรุดบกพร่อง อันไม่ปรากฏหรือไม่อาจตรวจสอบได้อย่างสมเหตุสมผลจากสินค้าตัวอย่าง ซึ่งทำให้คุณภาพของสินค้าไม่น่าพึงพอใจ[191] และ Section 5 แห่ง Supply of Goods and Services Act 1982 ซึ่งวางหลักว่า ในกรณีเป็นสัญญาจัดหาสินค้าที่ตกลงให้โอนสินค้าโดยอ้างอิงถึงสินค้าตัวอย่าง จะมีข้อสัญญาโดยปริยายว่า คุณภาพของกองสินค้าจะสอดคล้องกับตัวอย่าง โดยผู้รับโอนจะมีโอกาสได้ตรวจสอบสินค้ากับตัวอย่าง และสินค้านั้นจะปราศจากความชำรุดบกพร่อง ที่ไม่อาจเห็นได้ชัดจากการตรวจสอบตัวอย่างสินค้าโดยเหมาะสม[192]

---

[188] P S Atiyah, The Sale of Goods, p. 203.

[189] Ibid.

[190] Manchester Liner Ltd v Rea (1922) 2 AC 74.

[191] Section 15(2) In the case of a contract for sale by sample there is an implied that the goods will be free from any defect, making their quality unsatisfactory, which would not be apparent on reasonable examination of the sample.

[192] Section 5(1) This section applies where, under a relevant contract for the transfer of goods, the transferor transfers or agrees to transfer the property in the goods by reference to a sample.

(2) In such a case there is an implied condition—

Lord Macnaghten ได้ให้นิยามหน้าที่ของสินค้าตัวอย่าง ไว้ในคดี Drummond v Van Ingen[193] ว่า “คือการแสดงให้เห็นประจักษ์ซึ่งความหมายและเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่สัญญาในส่วนซึ่งควรจะมีอยู่ในข้อความที่ไม่บริบูรณ์เนื่องจากเป็นสิ่งที่ยากลำบากต่อการแสดงออกโดยใช้ถ้อยคำ ซึ่งสินค้าตัวอย่างจะแสดงให้เห็นถึงสิ่งนั้น”

ในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากมีการส่งมอบแผ่น CD-ROM บรรจุโปรแกรมใน version ที่ถูกตัดฟังก์ชั่นการทำงานบางอย่างไปให้แก่คู่กรณีเพื่อจูงใจให้ซื้อโปรแกรมที่สมบูรณ์ ก็อาจถือได้ว่าเป็นสินค้าตัวอย่างในความหมายตามข้อสัญญาโดยปริยายเช่นกัน[194]

4.2.4 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms) ในสัญญาให้บริการ

ข้อสัญญาโดยปริยายในสัญญาให้บริการถูกกำหนดไว้ตาม Supply of Goods and Services Act 1982 โดยแบ่งเป็นข้อสัญญาโดยปริยายในการจัดหาให้บริการและข้อสัญญาโดยปริยายในการจัดหาสินค้า โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.4.1 ข้อสัญญาโดยปริยายในการจัดหาบริการ

ข้อสัญญาโดยปริยายต่อไปนี้ ใช้บังคับกับสัญญาให้บริการใด ๆ ไม่ว่าจะมีหรือไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือการรับประกันสินค้า และการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดตามข้อสัญญาสามารถทำได้โดยอาศัยข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง[195] ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวจะอยู่ภายใต้บังคับของ The Unfair Contract Terms Act 1977

1) ความสามารถในวิชาชีพและความระมัดระวัง (Reasonable care and skill)

เป็นไปตาม Section 13 ซึ่งกำหนดว่าในสัญญาจัดหาบริการ ในกรณีที่ผู้จัดหาเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ถือว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายว่า การจัดหาให้ซึ่งบริการนั้นจะต้องกระทำโดยใช้ความสามารถในวิชาชีพและความระมัดระวังอย่างเหมาะสม[196] มาตรฐานของการใช้ความสามารถใน

(c) that the goods will be free from any defect, which would not be apparent on reasonable examination of the sample.

[193] (1887) 12 App Cas 284, p 297.

[194] Diane Rowland and Elizabeth Macdonald, Information Technology Law. p.178.

[195] Section 16 Where a right, duty or liability would arise under a relevant contract for the supply of a service by virtue of this Part of this Act, it may be negatived or varied by express agreement.

[196] Section 13 In a relevant contract for the supply of a service where the supplier is acting in the course of a business, there is an implied term that the supplier will carry out the service with reasonable care and skill.

วิชาชีพและความระมัดระวังมีที่มาจากมาตรฐานในเรื่องความประมาทเลินเล่อใน Common law ซึ่งมีหลักว่าผู้ประกอบวิชาชีพไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีความสามารถในระดับสูง แต่ต้องได้ทำงานของตนในมาตรฐานเดียวกันกับมาตรฐานตามธรรมดาของวิชาชีพที่ผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกันซึ่งมีความสมเหตุสมผลกระทำในงานนั้น[197]

2) เวลาและการปฏิบัติการชำระหนี้(Time for performance)

เป็นไปตาม Section 14 ซึ่งกำหนดว่าในสัญญาจัดหาบริการ ในกรณีที่ผู้จัดหาเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ถ้าระยะเวลาในการจัดหาไม่ได้กำหนดไว้ หรือเว้นไว้ให้ตกลงกำหนดกันในภายหลัง หรือให้กำหนดโดยวิธีที่เคยปฏิบัติกันมาระหว่างคู่สัญญา ให้ถือว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายว่าการจัดหาซึ่งบริการนั้นต้องกระทำไปในเวลาที่เหมาะสม[198] โดยเวลาที่เหมาะสมถือเป็นปัญหาข้อเท็จจริง

4.2.4.2 ข้อสัญญาโดยปริยายในการจัดหาสินค้า

ข้อสัญญาโดยปริยายนี้จะใช้บังคับกับสัญญาที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าไปยังคู่สัญญาด้วย การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตามข้อสัญญาอาจทำได้โดยและการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดตามข้อสัญญาสามารถทำได้โดยอาศัยข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง[199] ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวจะอยู่ภายใต้บังคับของ The Unfair Contract Terms Act 1977 การผิดข้อข้อสัญญาโดยปริยายในการจัดหาสินค้าจะทำให้ผู้รับโอนสินค้ามีสิทธิในการคืนสินค้า เว้นแต่การผิดสัญญานั้นเป็นเรื่องเล็กน้อยจนไม่สมเหตุสมผลที่จะคืนสินค้า นอกเหนือจากข้อสัญญาว่าด้วยกรรมสิทธิ์ ข้อสัญญานั้นจะถือเป็นการผิดสัญญารับประกันซึ่งผู้รับโอนไม่มีสิทธิคืนสินค้าหรือเลิกสัญญา[200] แต่ยังคงมีสิทธิในการเรียกค่าเสียหาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[197] Bolam v Friern Hospital Management Committee [1957] 2 All ER 118.

[198] Section 14 Implied term about time for performance.

(1) Where, under a relevant contract for the supply of a service] by a supplier acting in the course of a business, the time for the service to be carried out is not fixed by the contract, left to be fixed in a manner agreed by the contract or determined by the course of dealing between the parties, there is an implied term that the supplier will carry out the service within a reasonable time.

[199] Section 11 (1) Where a right, duty or liability would arise under a relevant contract for the transfer of goods by implication of law, it may negatived or varied by express agreement.

[200] Section 5A (a)the transferee would have the right to treat the contract as repudiated by reason of a breach on the part of the transferor of a term implied by section 3, 4 or 5(2)(a) or (c) above, but

(b)the breach is so slight that it would be unreasonable for him to do so,

... the breach is not to be treated as a breach of condition but may be treated as a breach of warranty.

1) กรรมสิทธิ์ (Title)

เป็นไปตามมาตรา 2(1) ที่วางหลักว่าผู้จัดหาสินค้าจะต้องมีสิทธิในการโอนไปซึ่งสินค้านั้น และหากเป็นสัญญาจะโอนสิทธิในสินค้า จะต้องมีสิทธินั้นในเวลาที่สินค้าได้ถูกโอนไป[201]

2) การจัดหาสินค้าคำพรรณนา (Description)

หากเป็นการจัดหาให้ซึ่งสินค้าโดยคำพรรณนา สัญญานั้นจะมีข้อสัญญาโดยปริยายว่าสินค้าต้องตรงตามคำพรรณนา แม้ว่าผู้รับโอนสินค้าจะเป็นผู้เลือกสินค้าด้วยตนเอง[202]

3) คุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ (Satisfactory quality)

ในกรณีที่เป็นสัญญาจัดหาสินค้าในเชิงพาณิชย์ มีข้อสัญญาโดยปริยายว่าสินค้าที่จัดหาให้ภายใต้สัญญานั้นจะมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจตามมาตรฐานวิญญูชน พิจารณาจากคำพรรณนา ราคา และสถานการณ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง[203]

4) ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง (Fitness for particular purpose)

ในกรณีที่เป็นสัญญาจัดหาสินค้าในเชิงพาณิชย์ และผู้รับโอนได้แสดงให้เห็นแก่ผู้โอนว่ามีความประสงค์เฉพาะอย่างสำหรับสินค้าที่จะได้รับนั้น จะถือว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายว่าสินค้าที่จัดหาให้ภายใต้สัญญานั้นจะมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่างอย่างสมเหตุสมผล ไม่ว่าประโยชน์เฉพาะอย่างนั้นจะเป็นวัตถุประสงค์ปกติสำหรับการจัดหาสินค้าประเภทนั้นหรือไม่ เว้นแต่ในกรณีที่สภาพการณ์แสดงให้เห็นว่าผู้รับโอนไม่ได้พึ่งพาอาศัยหรือเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะพึ่งพาอาศัยในความสามารถและการตัดสินใจของผู้จัดหา[204]

---

[201] Section 2(1) In a relevant contract for the transfer of goods, there is an implied condition on the part of the transferor that in the case of a transfer of the property in the goods he has a right to transfer the property and in the case of an agreement to transfer the property in the goods he will have such a right at the time when the property is to be transferred.

[202] Section 3(2) there is an implied condition that the goods will correspond with the description.

[203] Section 4 (2) Where, under such a contract, the transferor transfers the property in goods in the course of a business, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality.

(2A) goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.

[204] Section 4 (4) under a relevant contract for the transfer of goods, the transferor transfers the property in goods in the course of a business and the transferee, expressly or by implication, makes known to the transferor any particular purpose for which the goods are being acquired.

(5) In that case there is an implied condition that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5) การจัดหาสินค้าที่ตามตัวอย่าง (Sample)

ในกรณีเป็นสัญญาจัดหาสินค้าที่ตกลงให้โอนสินค้าโดยอ้างอิงถึงสินค้าตัวอย่าง จะมีข้อสัญญาโดยปริยายว่า คุณภาพของกองสินค้าจะสอดคล้องกับตัวอย่าง โดยผู้รับโอนจะมีโอกาสได้ตรวจสอบสินค้ากับตัวอย่าง และสินค้านั้นจะปราศจากความชำรุดบกพร่อง ที่ไม่อาจเห็นได้ชัดจากการตรวจสอบตัวอย่างสินค้าโดยเหมาะสม[205]

4.2.5 สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาจัดหาดิจิตอลคอนเทนต์

The Consumer Rights Act 2015 ได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2015 กับสัญญาที่ทำขึ้นนับตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัติมีผลใช้บังคับ พระราชบัญญัติฉบับนี้มีความมุ่งหมายสำคัญคือ การรวบรวมกฎระเบียบต่าง ๆ ให้มีความเป็นระบบเพื่อประโยชน์ที่มากขึ้นทั้งผู้บริโภคและภาคธุรกิจ นอกจากนี้ยังเป็นการปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยสอดคล้องกับลักษณะการได้มาซึ่งสินค้าและบริการในปัจจุบันมากขึ้น[206] โดยการปรับปรุงที่สำคัญคือ การขยายขอบเขตการคุ้มครองให้รวมถึง ดิจิตอลคอนเทนต์ (digital content) ให้ได้รับความคุ้มครองในระดับเดียวกับสินค้าที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง โดยดิจิตอลคอนเทนต์ ตามคำนิยามหมายถึง ข้อมูลซึ่งได้ถูกผลิตและจัดเก็บในรูปแบบดิจิตอล[207] ซึ่งรวมถึง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เพลง เกมคอมพิวเตอร์ และโปรแกรมประยุกต์ (application) ที่ถูกเก็บไว้และเรียกใช้งานทางไกล เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้งานโดยเทคโนโลยี cloud computing [208] ซึ่งสิทธิหน้าที่ตามสัญญาระหว่างคู่สัญญาตามสัญญาจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์จะปรากฏอยู่ในส่วนที่ 1 บทที่ 3 ของพระราชบัญญัติ และการจำกัดความผูกพันของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภคตามส่วนที่ 2 ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

(6) Subsection (5) above does not apply where the circumstances show that the transferee does not rely, or that it is unreasonable for him to rely, on the skill or judgment of the transferor.

[205] Section 5 (1) This section applies where, under a relevant contract for the transfer of goods, the transferor transfers or agrees to transfer the property in the goods by reference to a sample.

(2) In such a case there is an implied condition—

(a) that the bulk will correspond with the sample in quality; and

(c) that the goods will be free from any defect, which would not be apparent on reasonable examination of the sample.

[206] Herbert Smith Freehills LLP, "The Uk Consumer Rights Act 2015 – Key Changes That Every Consumer Business Should Be Aware Of " [Online] Accessed: 2018, January 11. Available from: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a86e26b5-2c03-4264-9cd8-1ce16ca7532e

[207] The Consumer Rights Act 2015 section 2(9)

[208] The Consumer Rights Act 2015 explanatory notes 166

สัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของThe Consumer Rights Act 2015 ส่วนที่ 1บทที่ 3 ดิจิตอลคอนเทนต์ ได้แก่ สัญญาระหว่างผู้ค้า (trader) กับผู้บริโภค (consumer) เพื่อการจัดหาให้ซึ่งสินค้า ดิจิตอลคอนเทนต์ หรือ บริการ[209] โดยผู้ค้า หมายถึง บุคคลที่กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อันเกี่ยวเนื่องกับการค้า ธุรกิจ ทักษะ หรือวิชาชีพของตน ไม่ว่าจะกระทำการในนามตนเองหรือโดยอาศัยบุคคลอื่นการะทำในนามหรือในฐานะตัวแทนของผู้ค้า และผู้บริโภค หมายถึง ปัจเจกบุคคลซึ่งกระทำการ อันโดยส่วนใหญ่หรือทั้งหมด ไม่ได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้า ธุรกิจ ทักษะ หรือวิชาชีพของตน[210] โดยในส่วนของดิจิตอลคอนเทนต์ สัญญาที่อยู่ใต้บังคับยังรวมถึงสัญญาที่ผู้ค้าตกลงจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์แก่ผู้บริโภค ในลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ได้มาโดยการชำระค่าตอบแทนเป็นเงิน

(2) ได้มาพร้อมกับสินค้า บริการ หรือดิจิตอลคอนเทนต์อื่นที่ต้องชำระเงิน ซึ่งต้องไม่ปรากฏว่าสามารถได้มาโดยทางอื่นซึ่งไม่ต้องเสียค่าตอบแทน[211]

(3) ชำระโดยสิ่งอำนวยความสะดวกอื่น เช่น โทเค็น (token) สกุลเงินดิจิตอล บัตรของขวัญ ที่ได้มาจากการชำระเงินตอบแทน[212]

ดังนี้ จะเห็นได้ว่า สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นสัญญาเกี่ยวกับการจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์ประเภทหนึ่ง หากทำขึ้นระหว่างผู้ค้าที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจและผู้ใช้งานโปรแกรม ซึ่งเข้าข่ายเป็นผู้บริโภค กล่าวอื่นไม่ได้ทำสัญญาเพื่อใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเพื่อประโยชน์ทางธุรกิจของตนเป็นหลัก สัญญานั้นย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของThe Consumer Rights Act 2015 โดยการพิจารณาว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะใด จะเข้าข่ายเป็นสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของบทที่ 3 หรือไม่นั้น จะคำนึงถึงการได้มาซึ่งสิทธิในการใช้งานโดยเสียค่าตอบแทนเป็นหลัก ส่วนวิธีการในการได้มาหรือรูปแบบของวัสดุสื่อกลางที่บรรจุโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น เช่น การซื้อแผ่น CD-ROM ที่บรรจุสำเนาโปรแกรมจากร้านค้า (off the shelf) หรือการดาวน์โหลดโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทางอินเตอร์เน็ต ไม่เป็นสาระสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณา[213]

---

[209] The Consumer Rights Act 2015 section 1(1)

[210] The Consumer Rights Act 2015 section 2(2), (3)

[211] The Consumer Rights Act 2015 section 33(2)

[212] The Consumer Rights Act 2015 section 33(3)

[213] The Consumer Rights Act 2015 explanatory notes 39

4.2.5.1 ข้อสัญญาโดยปริยายในสัญญาจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์

หน้าที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตาม The Consumer Rights Act 2015 จะเป็นไปตามหน้าที่ของผู้จัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์ ในบทที่ 3 ดิจิตอลคอนเทนต์ โดยสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับจะต้องถือว่ามีข้อสัญญาที่กำหนดหน้าที่ของผู้ค้าซึ่งเป็นผู้จัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ต่อผู้บริโภคตามเนื้อหาที่ระบุไว้ ซึ่งหากผู้ค้ากระทำผิดหน้าที่ดังกล่าว จะถือเป็นการผิดสัญญา อันก่อให้เกิดความรับผิดต่อผู้บริโภค โดยนอกจากสิทธิในการเรียกร้องค่าชดเชยความเสียหายจากการผิดสัญญาตามหลักทั่วไปแล้ว พระราชบัญญัติฉบับนี้ ยังได้กำหนดวิธีการเฉพาะในการแก้ไขเยียวยาความเสียหายในแต่ละกรณีไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วย ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1 ดิจิตอลคอนเทนต์ต้องปราศจากความชำรุดบกพร่อง

เป็นหน้าที่ของผู้จัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์เกี่ยวกับคุณภาพของดิจิตอลคอนเทนต์ที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคตามสัญญา โดยจะถือว่าสัญญาจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์มีข้อสัญญาว่าดิจิตอลคอนเทนต์จะมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ มีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่างและต้องตรงตามคำพรรณนา ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1.1 มีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ (Digital content to be of satisfactory quality)

คุณภาพที่น่าพึงพอใจ หมายถึงคุณภาพถึงมาตรฐานที่วิญญูชนเห็นว่าเป็นที่น่าพึงพอใจ เมื่อพิจารณาจาก คำพรรณนา ราคาที่ต้องจ่ายตอบแทนและสภาพการณ์ที่เกี่ยวข้อง[214] เป็นต้น ว่า ตามประกาศที่เผยแพร่ต่อสาธารณะโดยผู้ค้าหรือผู้ผลิตหรือโดยผู้แทน รวมถึงการโฆษณา เป็นต้น เว้นแต่ก่อนทำสัญญา ผู้ค้าไม่ได้ทราบหรือควรทราบถึงประกาศนั้น หรือประกาศเช่นว่านั้นได้ถูกยกเลิกหรือแก้ไขไปโดยประกาศต่อสาธารณะ หรือ การตัดสินใจทำสัญญาของผู้บริโภคไม่ได้เกิดจากอิทธิพลของประกาศ และหมายความรวมถึงสภาพและเงื่อนไขรวมทั้งมาตรฐานดังต่อไปนี้ ต้องมีความเหมาะสมต่อคุณภาพด้วย

(1) ความเหมาะสมแก่ประโยชน์ใช้สอยซึ่งเป็นปรกติของดิจิตอลคอนเทนต์ประเภทนั้น

(2) ปลอดจากความชำรุดบกพร่อง

(3) ความปลอดภัย

(4) ความทนทาน

ทั้งนี้ ความเหมาะสมต่อคุณภาพจะพิจารณาตามมาตรฐานที่วิญญูชนควรคาดหวังต่อดิจิตอลคอนเทนต์ในแต่ละประเภท เช่น หากเป็นดิจิตอลคอนเทนต์ประเภทเพลงดิจิตอล วิญญูชนควร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

---

[214] The Consumer Rights Act 2015 section 34(2)

คาดหวังได้ว่าจะปราศจากความชำรุดโดยสิ้นเชิง แต่หากเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีความสลับซับซ้อน วิญญูชนย่อมไม่คาดหวังว่าโปรแกรมนั้นจะปลอดจากความบกพร่องโดยสิ้นเชิง[215]

แต่จะถือว่าดิจิตอลคอนเทนต์มีคุณภาพไม่เป็นที่น่าพึงพอใจไม่ได้หากผู้บริโภครับทราบถึงความไม่น่าพึงพอใจนั้นแล้วก่อนที่จะทำสัญญา เช่น ได้มีโอกาสใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในรุ่นทดลองใช้มาแล้วเป็นระยะเวลาตามสมควร เป็นต้น[216]

1.2 มีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง (Digital content to be fit for particular purpose)

ผู้จัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์ต้องมีหน้าที่รับประกันว่าดิจิตอลคอนเทนต์นั้นมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง ไม่ว่าการใช้ประโยชน์นั้นจะเป็นการใช้ประโยชน์ตามปรกติธรรมดาของดิจิตอลคอนเทนต์ประเภทนั้นหรือไม่ ถ้าผู้จัดหาได้รับทราบก่อนแล้วถึงเจตนาของผู้บริโภคว่าทำสัญญาเพื่อประโยชน์เฉพาะอย่างนั้น[217] เช่น ผู้บริโภคแจ้งแก่ผู้ค้าว่าต้องการโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อการศึกษาสำหรับเด็กก่อนวัยเรียน ถ้าโปรแกรมที่ผู้ค้าจัดหาให้แม้เป็นโปรแกรมเพื่อการศึกษาแต่เหมาะสมสำหรับเด็กที่อายุมากกว่านั้น ก็ถือว่าผู้ค้าผิดหน้าที่จัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ที่เหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง[218] แต่หน้าที่นี้ ไม่ใช้บังคับหากปรากฏว่าผู้บริโภคไม่ได้อาศัยหรือไม่สมเหตุสมผลที่จะอาศัยความสามารถหรือการตัดสินใจของผู้ค้าในการทำสัญญา[219]

1.3 ตรงตามคำพรรณนา (Digital content to be as described)

สัญญาจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์จะต้องมีข้อสัญญาว่าดิจิตอลคอนเทนต์จะตรงตามคำพรรณนาใด ๆ ที่ผู้ค้าให้แก่ผู้บริโภค[220] แม้ว่าผู้บริโภคจะได้มีโอกาสใช้งานรุ่นทดลองใช้ก่อนทำสัญญาและดิจิตอลคอนเทนต์นั้นตรงตามหรือดีกว่ารุ่นทดลองใช้ ก็ไม่ถือว่าผู้จัดหาได้ทำตามหน้าที่แล้ว ถ้าดิจิตอลคอนเทนต์ไม่ตรงตามคำพรรณนาที่ผู้ค้าให้ไว้[221] โดยการเปลี่ยนแปลงข้อมูลใด ๆ ที่ผู้ค้าเคยได้ให้ไว้จะมีผลต่อเมื่อคู่สัญญาตกลงด้วยโดยชัดแจ้งเท่านั้น[222]

---

[215] The Consumer Rights Act 2015 explanatory notes 179

[216] The Consumer Rights Act 2015 section 34(4)

[217] The Consumer Rights Act 2015 section 34(1)

[218] The Consumer Rights Act 2015 explanatory notes 182

[219] The Consumer Rights Act 2015 section 35(4)

[220] The Consumer Rights Act 2015 section 36(1)

[221] The Consumer Rights Act 2015 section 36(2)

[222] The Consumer Rights Act 2015 section 36(4)

ความรับผิดของผู้ค้าในกรณีผิดหน้าที่จัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์ที่ปราศจากความชำรุดบกพร่อง กล่าวคือ ในกรณีที่ดิจิตอลคอนเทนต์ที่ส่งมอบแก่ผู้บริโภค ขาดคุณลักษณะข้างต้น อันได้แก่ มีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ มีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง หรือต้องตรงตามคำพรรณนา ผู้ค้าจะต้องรับผิดชอบชดเชยความเสียหายต่อผู้บริโภค ใน 2 รูปแบบ ได้แก่ (1) การซ่อมแซมหรือเปลี่ยนใหม่ให้ผู้บริโภค (repair or replacement) และ (2) ในกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการซ่อมแซมหรือเปลี่ยนใหม่ได้ ต้องชดเชยโดยการลดราคา (price reduction)[223] ความรับผิดของผู้ค้าในกรณีนี้ ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดได้โดยข้อสัญญา

สำหรับการซ่อมแซมหรือเปลี่ยนใหม่ จะต้องเป็นไปตามมาตรา 43 โดยในเบื้องต้นผู้บริโภคมีสิทธิเลือกรับการชดเชยโดยการซ่อมแซมดิจิตอลคอนเทนต์ที่ไม่เป็นไปตามข้อสัญญา ให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนด หรือโดยการเปลี่ยนใหม่ อย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ เว้นแต่ในกรณีที่การชดเชยโดยการนั้นเป็นไปไม่ได้หรือไม่ได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับอีกรูปแบบหนึ่ง และเมื่อผู้บริโภคได้เลือกรับการชดเชยในรูปแบบหนึ่งแล้ว จะกลับมาใช้สิทธิเลือกอีกไม่ได้ เว้นแต่ได้ให้เวลาผู้ค้าดำเนินการอย่างเหมาะสมแล้ว การชดเชยโดยการซ่อมแซมหรือเปลี่ยนใหม่จะต้องกระทำภายในเวลาที่เหมาะสมและสะดวกต่อผู้บริโภค และผู้ค้าต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่เกิดจากการนั้นด้วย

หลักเกณฑ์การชดเชยในส่วนของการลดราคาจะเป็นไปตามมาตรา 44 ในกรณีที่การซ่อมแซมหรือเปลี่ยนใหม่ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์ ไม่อาจกระทำได้หรือไม่อาจทำได้ในเวลาที่เหมาะสม ผู้ค้าจะต้องรับผิดชอบโดยการลดราคาให้แก่ผู้บริโภคตามสัดส่วน รวมถึงการคืนราคาที่ผู้บริโภคได้ชำระไปก่อน หากได้ชำระไปมากกว่าส่วนลด และการลดราคาอาจลดได้จนเต็มจำนวน และการคืนเงินจะต้องทำโดยไม่ชักช้าและภายใน 14 วันนับแต่วันที่ผู้ค้าตกลงว่าผู้บริโภคมีสิทธิได้รับการลดราคา โดยผู้ค้าไม่สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมใด ๆ จากผู้บริโภคเพื่อการนี้ได้

ข้อสังเกตสำหรับการเยียวยาผู้บริโภคโดยวิธีการเฉพาะในกรณีนี้ คือ ผู้บริโภคไม่มีสิทธิเลือกที่จะเลิกสัญญาในกรณีนี้ คงมีแต่เพียงสิทธิเลือกรับการชดเชยโดยการซ่อมแซมหรือเปลี่ยนใหม่ และหากไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้ ก็จะต้องรับการลดราคาแทนเท่านั้น[224]

<u>2. หน้าที่แจ้งข้อมูลก่อนทำสัญญาและข้อมูลที่ผู้ค้าได้ให้ไว้ก่อนทำสัญญาจะถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา (Other pre-contract information included in contract)</u>

หากผู้ค้ามีหน้าที่แจ้งข้อมูลก่อนทำสัญญาแก่ผู้บริโภคตาม the Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 หน้าที่ที่จะต้องแจ้งตามระเบียบเกี่ยวกับดิจิตอลคอนเทนต์ในเรื่องลักษณะสำคัญ ฟังก์ชั่นการใช้งาน ความเข้า

---

[223] The Consumer Rights Act 2015 section 42(1), (2)

[224] The Consumer Rights Act 2015 explanatory notes 205

กันได้ของดิจิตอลคอนเทนต์นั้นกับอุปกรณ์คอมพิวเตอร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งผู้ค้าทราบหรือควรได้ทราบ จะถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา[225]

ในกรณีที่ผู้ค้าผิดสัญญาในข้อสัญญาเกี่ยวกับข้อมูลที่ผู้ค้ามีหน้าที่ต้องให้ไว้ก่อนทำสัญญา เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับฟังก์ชั่นการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ตรงตามที่ได้ให้ไว้ ซึ่งทำให้ผู้บริโภคต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น ผู้ค้าจะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าใช้จ่ายนั้นในจำนวนสูงสุดได้ถึงเท่าราคาของดิจิตอลคอนเทนต์นั้น[226] อย่างไรก็ดี กรณีที่มีความเสียหายอย่างอื่นเกิดขึ้นจากเนื่องมาจากการผิดสัญญาข้อนี้ที่ไม่ใช่ในลักษณะค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น ผู้บริโภคก็สามารถเรียกร้องเพิ่มเติมจากผู้ค้าได้ตามหลักทั่วไป โดยไม่เกี่ยวข้องกับการชดเชยค่าใช้จ่ายในข้อนี้ และความรับผิดของผู้ค้าในกรณีนี้ ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดได้โดยข้อสัญญา

3. การส่งมอบดิจิตอลคอนเทนต์แก่ผู้บริโภคโดยการส่งผ่านเครือข่ายอินเตอร์เน็ต (Supply by transmission)

ซึ่งหน้าที่นี้มีในกรณีที่การส่งมอบดิติตอลคอนเทนต์ในลักษณะส่งผ่าน (transmission) โดยทางอินเตอร์เน็ต ซึ่งจะถือว่าได้มีการส่งมอบให้ผู้รับแล้วเมื่อ (ก) ดิจิตอลคอนเทนต์ไปถึงยังอุปกรณ์ของผู้บริโภค หรือ (ข) ดิจิตอลคอนเทนต์ไปถึงยังผู้ค้าอื่นที่ผู้บริโภคเลือกให้เป็นผู้บริการจัดส่ง เช่น ผู้ให้บริการเครือข่ายอินเตอร์เน็ตที่ผู้บริโภคทำสัญญาด้วย[227] โดยผู้ค้าจะต้องมีหน้าที่ดำเนินการจัดส่งให้ถึงผู้บริโภคในเวลาที่สมเหตุสมผล เว้นแต่จะระบุเวลาไวในสัญญาเป็นการเฉพาะ[228] นอกจากนี้หากการมีการจัดส่งในลักษณะนี้หลายครั้ง คุณภาพของดิจิตอลคอนเทนต์จะต้องเป็นที่น่าพึงพอใจ เหมาะสมแก่ประโยชน์ใช้สอย และตรงตามคำพรรณนา ในทุกครั้งที่มีการส่งผ่านข้อมูลดิจิตอลนั้น[229]

ในกรณีที่ผู้ค้าผิดหน้าที่ส่งมอบดิติตอลคอนเทนต์ในเวลาที่เหมาะสม และการผิดหน้าที่นั้นทำให้ผู้บริโภคต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น ผู้ค้าจะต้องรับผิดชอบชดเชยค่าใช้จ่ายนั้นในจำนวนสูงสุดได้ถึงเท่าราคาของดิจิตอลคอนเทนต์นั้น[230]

---

[225] The Consumer Rights Act 2015 section 36(2)

[226] The Consumer Rights Act 2015 section 42(4)

[227] The Consumer Rights Act 2015 section 39(2)

[228] The Consumer Rights Act 2015 section 39(5)

[229] The Consumer Rights Act 2015 section 39(6)

[230] The Consumer Rights Act 2015 section 39(7)

ในกรณีที่ผู้ค้าผิดหน้าที่ส่งมอบดิจิตอลคอนเทนต์ที่ปราศจากความชำรุดบกพร่อง ผู้ค้าจะต้องรับผิดชดเชยแก่ผู้บริโภคโดยการซ่อมแซม เปลี่ยนใหม่ หรือลดราคาแล้วแต่กรณี เช่นเดียวกับการชดเชยในกรณีมีการส่งมอบดิจิตอลคอนเทนต์เพียงครั้งเดียว

4. การปรับปรุงแก้ไขดิจิตอลคอนเทนต์ (Modification)

ในกรณีที่ผู้ค้ามีสิทธิในการปรับปรุงแก้ไขดิจิตอลคอนเทนต์ เช่น ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขการอนุญาตให้ใช้สิทธิ ดิจิตอลคอนเทนต์ที่ปรับปรุงแล้วต้องปรากฏว่ามีคุณภาพของดิจิตอลคอนเทนต์จะต้องเป็นที่น่าพึงพอใจ เหมาะสมแก่ประโยชน์ใช้สอย และตรงตามคำพรรณนา[231]

ผู้ค้าย่อมสามารถปรับปรุงคุณลักษณะของดิจิตอลคอนเทนต์ให้ดีขึ้น หรือเพิ่มเติมคุณลักษณะอื่นแก่ดิจิตอลคอนเทนต์ได้ ตราบเท่าที่ ดิจิตอลคอนเทนต์นั้นยังคงตรงตามคำพรรณนาที่ผู้ค้าให้ไว้แก่ผู้บริโภค และยังคงสอดคล้องกับข้อมูลที่ผู้ค้าได้ให้ไว้ก่อนสัญญาอันถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาในเรื่องลักษณะสำคัญ ฟังก์ชั่นการใช้งาน ความเข้ากันได้ของดิจิตอลคอนเทนต์นั้นกับอุปกรณ์คอมพิวเตอร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์[232]

ความรับผิดของผู้ค้าในกรณีแก้ไขปรับปรุงดิจิตอลคอนเทนต์ ให้ถือว่าเกิดขึ้นในเวลาที่มีการจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์ตามสัญญา ไม่ใช่ในเวลาที่มีการปรับปรุง

5. สิทธิในการจัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ให้แก่ผู้บริโภค (Trader's right to supply)

ในทุก ๆ สัญญาจะต้องมีข้อสัญญาว่าผู้ค้ามีสิทธิในการจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์แก่ผู้บริโภค โดยข้อกำหนดในลักษณะนี้มีขึ้นเนื่องมาจากในกรณีของดิจิตอลคอนเทนต์ ผู้ค้ามักไม่ได้ให้สิทธิขาดเหนือดิจิตอลคอนเทนต์นั้นแก่ผู้บริโภคเช่นเดียวกับกรณีซื้อขายสินค้า และลิขสิทธิ์ในดิจิตอลคอนเทนต์นั้นยังคงอยู่กับผู้ค้าหรืออาจเป็นสิทธิของบุคคลอื่นก็ได้ ดังนั้น หากปรากฏว่าผู้ค้าไม่ได้มีสิทธิในการจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์แก่ผู้บริโภค ย่อมถือเป็นการผิดสัญญาซึ่งผู้บริโภคมีสิทธิในการเรียกร้องการชดเชยได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย CHULALONGKORN UNIVERSITY

ในกรณีที่ผู้ค้าผิดสัญญาในข้อสิทธิในการจัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ให้แก่ผู้บริโภค ผู้ค้าต้องรับผิดโดยการคืนราคาที่ผู้บริโภคจ่ายไปเต็มจำนวน โดยต้องดำเนินการโดยไม่ชักช้าและ ภายใน 14 วันนับแต่วันที่ผู้ค้าตกลงว่าผู้บริโภคมีสิทธิได้รับการคืนราคา[233] และความรับผิดของผู้ค้าในกรณีนี้ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดได้โดยข้อสัญญา

---

[231] The Consumer Rights Act 2015 section 40(1)

[232] The Consumer Rights Act 2015 section 40(2)

[233] The Consumer Rights Act 2015 section 45

6. การเยียวยาความเสียหายกรณีดิจิตอลคอนเทนต์ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุปกรณ์หรือดิจิตอลคอนเทนต์อื่นของผู้บริโภค (Remedy for damage to device or to other digital content)

ในกรณีที่ดิจิตอลคอนเทนต์ซึ่งผู้ค้าจัดหาให้แก่ผู้บริโภคก่อให้เกิดความเสียหายแก่อุปกรณ์หรือดิจิตอลคอนเทนต์อื่นของผู้บริโภค และปรากฏว่าความเสียหายนั้นอาจป้องกันได้หากผู้ค้าได้ใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังเพียงพอ ผู้ค้าต้องรับผิดชดเชยความเสียหายแก่ผู้บริโภค โดยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้[234]

(1) แก้ไขความเสียหายภายในเวลาที่เหมาะสม ซึ่งพิจารณาจากธรรมชาติของอุปกรณ์หรือดิจิตอลคอนเทนต์ที่เสียหายนั้นเอง หรือจากความมุ่งหมายในการใช้งานของผู้บริโภค โดยผู้ค้ารับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมด หรือ

(2) ชดใช้ค่าเสียหายในจำนวนที่เหมาะสมแก่ผู้บริโภคโดยไม่ชักช้าและต้องดำเนินการภายใน 14 วันนับจากวันที่ผู้ค้าตกลงว่าผู้บริโภคมีสิทธิได้รับค่าชดเชย

กล่าวโดยสรุป หน้าที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์หากพิจารณาตาม The Consumer Rights Act 2015 มีดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ในการรับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ เหมาะสมแก่ประโยชน์ใช้สอย และตรงตามคำพรรณนา โดยระดับคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถือเป็นการผิดหน้าที่ตามข้อสัญญาที่กฎหมายกำหนด จะเป็นไปในมาตรฐานเดียวกัน กล่าวคือ ถือเอามาตรฐานที่วิญญูชนควรคาดหวังจะได้จากโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยทั่วไป ดังนั้น หากที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่มีข้อผิดพลาดหรือบั๊กเพียงเล็กน้อยที่ไม่กระทบต่อการใช้งานในภาพรวม ย่อมไม่ถือเป็นการผิดสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องแก่ผู้บริโภคได้ โดยหากมีการจัดส่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ผ่านระบบเครือข่ายอินเตอร์เน็ตหมายครั้ง หรือมีการดำเนินการปรับปรุงแก้ไขโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นภายหลัง ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก็มีหน้าที่ต้องจัดการให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีมาตรฐานเดียวกันกับการจัดส่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญาในครั้งแรกด้วย โดยหากผู้ค้าผิดหน้าที่ในกรณีนี้ ผู้บริโภคจะมีสิทธิรับการซ่อมแซมหรือเปลี่ยนใหม่ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์จากผู้ค้า ซึ่งจะต้องดำเนินการภายในเวลาอันสมควร (reasonable time) โดยระยะเวลาอันสมควรจะยาวนานเพียงใดขึ้นอยู่กับประเภทของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีความสลับซับซ้อนและ

---

[234] The Consumer Rights Act 2015 section 46(1), (2)

ราคาสูง ย่อมต้องการเวลาในการปรับปรุงนานกว่า แต่หากไฟล์เพลงดิจิตอลที่สามารถดาวน์โหลดผ่านอินเตอร์เน็ตได้เสียหาย ผู้ค้าย่อมสามารถเปลี่ยนใหม่ให้ได้อย่างรวดเร็ว เป็นต้น[235]

(2) หน้าที่ในการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะสำคัญของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ฟังก์ชั่นการใช้งาน รวมถึงความเข้ากันได้ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นกับอุปกรณ์คอมพิวเตอร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่น ๆ แก่ผู้บริโภคก่อนที่จะทำสัญญา

(3) หน้าที่รับประกันว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธินั้นมีสิทธิในการอนุญาตให้ผู้บริโภคใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้โดยถูกต้อง โดยหากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่ใช่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น อันทำให้ผู้บริโภคไม่มีสิทธิในการใช้งาน ย่อมเป็นการผิดสัญญา

(4) หน้าที่ใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการป้องกันไม่ให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออุปกรณ์หรือดิจิตอลคอนเทนต์อื่นของผู้บริโภค

การผิดหน้าที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ย่อมทำให้ผู้บริโภคมีสิทธิเรียกร้องให้ชดเชยความเสียหายที่เกิดจากการผิดสัญญาได้ โดยนอกจากการชดเชยเยียวยาตามปกติ The Consumer Rights Act 2015 ยังได้กำหนดวิธีการในการเยียวยาความเสียหายไว้พิเศษสำหรับการผิดข้อสัญญาที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติ เป็นทางเลือกแก่ผู้บริโภคมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ค้าดำเนินการชดเชยในรูปแบบที่กำหนดไว้แทนได้ ในส่วนความรับผิดของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันเกิดเนื่องมาจากการผิดข้อสัญญาที่กำหนดให้มีตามพระราชบัญญัติ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่สามารถจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดที่เกิดจาก ข้อสัญญาในเรื่องต่อไปนี้ ได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ยังอาจจำกัดความรับผิดตามข้อสัญญาที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ได้ ในเรื่องต่อไปนี้

(1) ความรับผิดที่เกิดจากการการส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยการส่งผ่านเครือข่ายอินเตอร์เน็ต

(2) ความรับผิดที่เกิดจากการแก้ไขปรับปรุงโปรแกรมคอมพิวเตอร์

(3) ความรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีต่ออุปกรณ์หรือดิจิตอลคอนเทนต์อื่นของผู้บริโภค

อย่างไรก็ดี ข้อสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดในข้อนี้ ยังคงอยู่ภายใต้บทบัญญัติในเรื่องข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ตามThe Consumer Rights Act 2015 บทที่ 3 ซึ่งหากข้อสัญญา

---

[235] The Consumer Rights Act 2015 explanatory notes 213

ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมีลักษณะเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม ข้อสัญญานั้นก็จะไม่มีผลผูกพันผู้บริโภค

4.2.5.2 ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม

ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตกอยู่ภายใต้บังคับของ The Consumer Rights Act 2015 ส่วนที่ 2 โดยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม แบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ สัญญาผู้บริโภค (consumer contract) หมายถึงสัญญาระหว่างผู้ค้ากับผู้บริโภค และ ประกาศแจ้งแก่ผู้บริโภค (consumer notice) หมายถึง ประกาศที่มีวัตถุประสงค์หรืออุปโลกน์ได้ว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อสื่อสารต่อผู้บริโภค โดยประกาศนั้นจะเป็นสัญญาหรือไม่เป็นสัญญาก็ได้ อันเกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ระหว่างผู้ค้ากับผู้บริโภค หรืออ้างถึงข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ค้าต่อผู้บริโภค[236] ซึ่งบทบัญญัติในส่วนนี้จะแตกต่างจากบทที่ 3 ดิจิตอลคอนเทนต์ โดยผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องจ่ายค่าตอบแทนการได้มาซึ่งสิทธิในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์แก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิโดยตรง สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ย่อมตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติในบทที่ 3 นี้ โดยผลของข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามThe Consumer Rights Act 2015 คือ ข้อสัญญานั้นจะไม่ผูกพันผู้บริโภค แต่ผู้บริโภคสามารถเลือกจะบังคับตามข้อสัญญานั้นก็ได้หากสมัครใจ[237]

ข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้แก่ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นไปตามหลักสุจริต หรือที่ก่อให้เกิดความไม่สมดุลกันระหว่างสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาถึงขนาดทำความเสียหายแก่ผู้บริโภค[238] พิจารณาจากธรรมชาติของสัญญานั้นเองและสถานการณ์แวดล้อมในขณะที่คู่สัญญาตกลงด้วยในข้อสัญญานั้นรวมถึงข้อสัญญาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ดี ข้อสัญญาในข้อที่เป็นการกำหนดสาระสำคัญของสัญญา หรือสัดส่วนของราคาที่ต้องจ่ายเปรียบเทียบกับสินค้าหรือดิจิตอลคอนเทนต์ที่ได้รับ จะไม่ถูกนำมาพิจารณาว่าเป็นธรรมหรือไม่ ถ้าข้อสัญญานั้นเขียนขึ้นด้วยภาษาธรรมดาที่เข้าใจได้และผู้บริโภคโดยทั่วไปจะรับทราบถึงการมีอยู่ของข้อสัญญาเช่นว่านั้น[239]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

<u>บทสรุป</u>

จากการศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา พบว่ามีการกำหนดเนื้อหาของสัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ใน 2 ลักษณะ ได้แก่ การกำหนดเนื้อหา

---

[236] The Consumer Rights Act 2015 section 61

[237] The Consumer Rights Act 2015 section 62

[238] The Consumer Rights Act 2015 section 62 (4)

[239] The Consumer Rights Act 2015 section 64

ของสิทธิหน้าที่โดยศาล และ การตรากฎหมายที่สามารถใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการเฉพาะ

การกำหนดเนื้อหาของสิทธิหน้าที่โดยศาล จะเป็นกรณีที่ข้อพิพาทเกิดก่อนที่จะมีการบัญญัติกฎหมายซึ่งสามารถใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้น หรือสัญญาไม่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายฉบับนั้น โดยเมื่อมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล โดยศาลจะวินิจฉัยว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ฉบับนั้นโดยภาพรวมมีลักษณะค่อนไปทางสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการมากกว่ากัน และจะวินิจฉัยสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์เดียวกันกับสัญญาประเภทที่มีลักษณะใกล้เคียงกันมากกว่า

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีหลัก Predominant Factor ซึ่งเป็นหลัก common law ที่กำหนดให้ศาลต้องวินิจฉัยชี้ขาดว่าในธุรกรรมที่มีลักษณะผสมกันระหว่างสัญญาซื้อขายสินค้าและสัญญาให้บริการ มีสาระสำคัญค่อนไปทางใดมากกว่า หากสัญญามีสาระสำคัญค่อนไปทางสัญญาซื้อขายมากกว่า สัญญาทั้งฉบับนั้นจะถูกบังคับอย่างสัญญาซื้อขายภายใต้ Uniform Commercial Code Article 2 แต่หากมีลักษณะไปทางการให้บริการมากกว่าจะตกอยู่ภายใต้บังคับของ common law

ในประเทศอังกฤษ มีกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายและให้บริการไว้เป็นการเฉพาะได้แก่ Sale of Goods Act 1979 และ Supply of Goods and Services Act 1982 แต่ศาลอังกฤษมีแนวโน้มที่จะไม่ชี้ขาดประเภทของสัญญาแต่จะวินิจฉัยสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาโดยอาศัยการตีความข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (express terms) และนำข้อสัญญาโดยปริยายตาม Supply of Goods and Services Act 1982 และ Sale of Goods Act 1979 มากำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่คู่สัญญาทั้งในส่วนสินค้าและการใช้บริการได้ โดยอนุโลม ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์จากคำพิพากษาในคดี St Albans City and District Council v International Computers Ltd.

เนื่องมาจากปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยใช้กฎหมายที่มีอยู่เดิม ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษจึงมีการบัญญัติกฎหมายที่สามารถใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้โดยตรง โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ The Uniform Computer Information Transactions Act และประเทศอังกฤษได้แก่ The Consumer Rights Act 2015 Chapter 3: Digital Content กฎหมายทั้งสองฉบับได้มีการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาไว้เป็นการเฉพาะ โดยสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะมีทั้งส่วนที่มีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาซื้อขายสินค้า เช่น การรับประกันความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปและการใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ และส่วนที่เป็นสิทธิหน้าที่ซึ่งกำหนดตามลักษณะเฉพาะของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่น กำหนดมาตรฐานการปรับปรุงแก้ไขโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายหลังการส่งมอบ (modification) เป็นต้น

บทที่ 5
วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำหนดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่าปัญหาหลักของการกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เกิดจากการที่สัญญามีลักษณะเป็น hybrid transactions กล่าวคือเป็นธุรกรรมที่มีการคาบเกี่ยวกันระหว่างสัญญาหลายประเภทในสัญญาฉบับเดียวกัน โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะมีทั้งส่วนที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการซื้อขาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการส่งมอบวัสดุสื่อกลางอันเป็นวัตถุมีรูปร่างให้แก่ผู้รับอนุญาตเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และใกล้เคียงกับสัญญาให้บริการ โดยเฉพาะในกรณีที่ต้องมีการปรับปรุงแก้ไขโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามคำขอของผู้ใช้งานหรือการสนับสนุนอื่น ๆ จากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เกี่ยวเนื่องมาจากการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น แต่กฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละประเภทไว้แตกต่างกัน ก่อให้เกิดปัญหาที่ศาลจะต้องพิจารณาว่าควรบังคับใช้กฎหมายใดกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายมากที่สุด

ในส่วนแรกผู้เขียนจะวิเคราะห์เปรียบเทียบวิเคราะห์สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศเพื่อหาหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมและเป็นธรรมสำหรับใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และในส่วนที่สองจะวิเคราะห์เปรียบเทียบวิธีการในการปรับใช้สิทธิหน้าที่ดังกล่าวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายต่างประเทศและแนวทางการปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวในประเทศไทยต่อไป

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายต่างประเทศ

จากการศึกษาพบว่าในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา กรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ควรกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามหลักเกณฑ์ของสัญญาซื้อขายสินค้า ผลที่สำคัญคือสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะขึ้นอยู่กับผลสำเร็จของงานซึ่งก็คือความสมบูรณ์ของโปรแกรม โดยไม่คำนึงถึงกระบวนการในการทำงานเพื่อให้ได้มาซึ่งผลลัพธ์นั้น ปัจจุบัน สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งมีลักษณะเป็นโปรแกรมสำเร็จรูปหรือสัญญาที่มีสาระสำคัญอยู่ที่ตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์ มากกว่าความรู้ความชำนาญของผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะถูกอ้างอิงตามหลักของสัญญาซื้อขาย ในขณะที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งคู่สัญญาให้ความสำคัญกับกระบวนการทำงานมากว่าผลลัพธ์

เช่น การพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นใหม่ ซึ่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะไม่รับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาขึ้นจะได้ผลเป็นที่พึงพอใจของผู้รับอนุญาตทุกประการ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาก็จะเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับสัญญาให้บริการ โดยสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (express terms) คือ สิทธิหน้าที่ที่ถูกกำหนดโดยอาศัยเจตนารมณ์ของคู่สัญญาเอง และข้อสัญญาโดยปริยาย (implied terms) ซึ่งเป็นสิทธิหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้โดยคู่สัญญาไม่ต้องมีการแสดงเจตนา

5.1.1 สิทธิและหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (Express Terms)

สิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง คือ สิทธิหน้าที่ใด ๆ ซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยเจตนาของคู่สัญญาเอง ไม่ว่าจะปรากฏในสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือ จากการแสดงออกยืนยันซึ่งข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งคู่สัญญาต้องการให้มีผลผูกพันเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และกฎหมายได้เข้ามารับรองให้คู่สัญญามีสิทธิหน้าที่ต่อกันตามเจตนานั้น โดยเนื้อหาของสิทธิหน้าที่ระหว่างกันจะมีอยู่อย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับการตีความเจตนาของคู่สัญญาโดยศาลเป็นรายคดี ตามรายละเอียดในบทที่ 4

<u>ประเทศสหรัฐอเมริกา</u>

ตามหลัก common law ของประเทศสหรัฐอเมริกา สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้งจะเป็นไปจะเป็นไปในแนวทางใด ขึ้นอยู่กับการกำหนดมาตรฐานการชำระหนี้ (Performance Standard) ที่ถือเป็นสาระสำคัญซึ่งเป็นหลักแห่งการเจรจาต่อรองระหว่างคู่สัญญา อาจแบ่งได้เป็น 2 ระดับ ได้แก่

1. Strict Performance Standard เป็นกรณีที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติหน้าที่ที่ระบุไว้ตามข้อสัญญาอย่างถูกต้องทุกประการ จึงจะถือว่าได้ชำระหนี้ถูกต้องแล้ว ปรากฏในสัญญาซื้อขายสินค้า และ

2. Substantial Performance Standard คือการปฏิบัติการชำระหนี้อาจถือได้ว่าถูกต้องแล้ว แม้ไม่สมบูรณ์แบบในประเด็นเล็กน้อยซึ่งไม่กระทบต่อสาระสำคัญ เพราะขาดไปซึ่งความสามารถหรือปัจจัยบางประการที่ไม่อาจควบคุมได้ จึงทำให้การปฏิบัติหน้าที่นั้นไม่สมบูรณ์

ในกรณีของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้งตามหลัก common law จะใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งไม่ใช่โปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบสำเร็จรูป ซึ่งตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะตกอยู่ภายใต้บังคับของ Uniform Commercial Code Article 2 (“U.C.C.”) อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้า โดยมาตรฐานการชำระหนี้ตามสัญญาจะถือเป็น Substantial Performance Standard เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสินค้าที่ไม่สามารถทำให้

สมบูรณ์แบบได้โดยธรรมชาติ เช่น ในคดี Micro-Managers, Inc v. Gregory[1] เมื่อ Micro-Managers, Inc ได้ให้คำมั่นสัญญาว่าจะใช้ความเชี่ยวชาญและทักษะในการออกแบบและพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แก่ Gregory โดยที่ไม่ได้ให้การรับประกันถึงผลลัพธ์เนื่องจากธรรมชาติของงานพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีลักษณะเป็นการทดลอง เมื่อพยานหลักฐานในศาลแสดงว่า Micro-Managers, Inc ได้ใช้ความเชี่ยวชาญและทักษะในการทำงานแล้ว จึงถือได้ว่ามีการปฏิบัติตามสัญญาในสาระสำคัญ (substantially performed its contract) ดังนั้น จึงไม่ถือว่า Micro-Managers, Inc ผิดสัญญาแม้ว่าในท้ายที่สุดผู้ว่าจ้างจะเห็นว่าโปรแกรมที่พัฒนาขึ้นไม่สามารถใช้งานได้ก็ตาม

ประเทศอังกฤษ

ตามหลัก common law ในประเทศอังกฤษ ศาลจะกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (express terms) โดยพิจารณาจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญา ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยว่า สัญญามีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่ผลสำเร็จของงาน (result-oriented promises) สิทธิหน้าที่ของคู่กรณีจะเป็นไปในทางเดียวกันกับผู้ขายตามสัญญาซื้อขาย กล่าวคือ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดเมื่อส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีความชำรุดบกพร่องหรือไม่เป็นไปตามสัญญา โดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องรับผิดในความบกพร่องอย่างไร เพียงใด ขึ้นอยู่กับประเภทของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่น ในคดี Saphena Computing Ltd. v. Allied Collection Agencies Ltd[2] ที่วินิจฉัยว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยังไม่ต้องรับผิดในบั๊กของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาขึ้นใหม่เพียงแต่มีหน้าที่แก้ไขปรับปรุงเมื่อมีการค้นพบบั๊กระหว่างการใช้งาน ในขณะที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในคดี Sam Business Systems v Hedley & Co[3] เป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูปซึ่งคู่สัญญาควรคาดหวังได้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีความสมบูรณ์ปราศจากบั๊ก เมื่อมีบั๊กปรากฏในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงถือเป็นการที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิผิดสัญญา ในขณะที่หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคู่สัญญาให้ความสำคัญกับกระบวนการทำงานมากกว่าผลลัพธ์ (process-oriented promises) สิทธิหน้าที่ของคู่กรณีจะเป็นไปในทางเดียวกันกับผู้ให้บริการตามสัญญาให้บริการ กล่าวคือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดเมื่อไม่ได้ใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังอย่างเพียงพอจนเป็นผลให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ส่งมอบให้แก่ผู้รับอนุญาตมีความชำรุดบกพร่องหรือไม่เป็นไปตามสัญญา เช่น คดี Salvage Associates v. Cap Financial Service Ltd.[4]

---

[1] 147 Wis. 2d 500 (1988).

[2] [1995] F.S.R. 616, 651.

[3] [2003] 1 All ER (Comm) 465.

การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดตาม express terms ในกรณีที่สัญญามีลักษณะเป็นสัญญาทางธุรกิจแบบมาตราฐาน (written standard terms of business) จะอยู่ภายใต้บังคับของ The Unfair Contract Terms Act 1977

วิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศจะเห็นได้ว่า การวินิจฉัยว่าคู่สัญญาจะมีสิทธิหน้าที่ตามสัญญาต่อกันอย่างไร ศาลจะไม่ได้วินิจฉัยโดยอาศัยข้อความในสัญญาเพียงอย่างเดียว แต่จะวินิจฉัยโดยพิจารณาเจตนารมณ์อันแท้จริงของคู่สัญญาเป็นหลักว่าสัญญามีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่ผลสำเร็จของงานหรืออยู่ที่การทำงานของผู้พัฒนา และ พิจารณาปัจจัยอื่น ๆ เช่น ประเภทของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประกอบด้วย เห็นได้จากการที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาจะกำหนดให้คู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูปมีสิทธิหน้าที่อย่างเดียวกับคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายสินค้า เพราะเจตนาแท้จริงของคู่สัญญามีลักษณะเป็นไปในแนวทางเดียวกับสัญญาซื้อขายสินค้า ในขณะที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทพัฒนาขึ้นใหม่ในคดี Micro-Managers, Inc v. Gregory ศาลเห็นว่าบั๊กที่เกิดตามธรรมชาติของการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นปัจจัยที่อยู่นอกเหนือการควบคุม ผู้พัฒนาจึงไม่ต้องรับผิด ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางของศาลประเทศอังกฤษในคดี Saphena Computing Ltd. v. Allied Collection Agencies Ltd และ Sam Business Systems v Hedley & Co ที่ประเภทของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นปัจจัยสำคัญในการวินิจฉัยความรับผิดของคู่สัญญา

หากเปรียบเทียบกับประเทศไทย สัญญาที่มีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่ผลสำเร็จของงาน จะมีหนี้ตามสัญญาเป็นหนี้กระทำให้ถึงผลสำเร็จ คือ หนี้ที่ลูกหนี้จะต้องกระทำนั้นต้องกระทำจนถึงผลสำเร็จของกิจการนั้น ๆ และจะถือว่าลูกหนี้ผิดสัญญาเมื่อไม่สามารถกระทำการนั้นจนเป็นผลสำเร็จตรงตามสัญญาได้ส่วนสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่การทำงาน หนี้ตามสัญญาจะเป็นหนี้กระทำให้ถึงผลในระดับอันควร คือหนี้ที่ลูกหนี้จะต้องกระทำกิจการงานขนาดที่ควรจะเป็นไปได้ในระดับอันควร ด้วยความระมัดระวังเอาใจใส่ตามความรู้ความสามารถของตนในวิชาชีพนั้น ลูกหนี้จะต้องรับผิดเมื่อการชำระหนี้ไม่ได้ทำไปโดยใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่นั้น

การวินิจฉัยว่าหนี้ตามสัญญาเป็นหนี้ประเภทกระทำให้ถึงผลสำเร็จหรือเป็นหนี้กระทำให้ถึงผลในระดับอันควรในสัญญาที่ไม่ได้มีกฎหมายระบุไว้โดยเฉพาะนั้นต้องอาศัยการตีความสัญญาโดยศาล การตีความสัญญาตามกฎหมายไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ตามมาตรา 368 และมาตรา 171 ว่าการตีความสัญญาต้องพิจารณาโดยอาศัยเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาเป็นหลัก ประกอบกับหลักสุจริตและปกติประเพณีด้วย ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมายต่างประเทศ

ดังนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ในการตีความสัญญาเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา ศาลไทยสามารถใช้หลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยของศาลต่างประเทศมาเป็นแนวทางได้ โดยในเบื้องต้น ศาลจะต้องตีความสัญญาเพื่อค้นหาเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาตามมาตรา 171 โดยพิจารณาจากเจตนาที่แสดงออกคือ จากข้อความในสัญญาและพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่คู่สัญญาแสดงต่อกัน เพื่อวินิจฉัยว่าคู่สัญญามีเจตนาทำสัญญาเพื่อใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้รับจากสัญญานั้นไปในลักษณะเดียวกับการทำสัญญาซื้อขายสินค้าประเภทอื่น ๆ เช่น ในกรณีโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูป ในกรณีนี้หนี้ตามสัญญาก็จะเป็นหนี้กระทำให้เป็นผลสำเร็จ หรือมีเจตนาต้องการให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิทำงานที่กำหนดไว้ตามสัญญาคือการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นใหม่ให้เสร็จสิ้นโดยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาขึ้นแล้วเสร็จนั้นอาจไม่เป็นที่พึงพอใจของผู้รับอนุญาตก็ได้ อันเป็นลักษณะเดียวกับการทำสัญญาให้บริการทางวิชาชีพ หนี้ตามสัญญาก็จะเป็นหนี้กระทำให้ถึงผลในระดับอันควร

ในการวินิจฉัยว่า การที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความชำรุดบกพร่องหรือบั๊ก จะถือว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิผิดสัญญาซึ่งจะมีผลให้ผู้รับอนุญาตมีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายหรือไม่ การพิจารณาในกรณีนี้ นอกจากเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาแล้ว ศาลต้องพิจารณาปัจจัยที่สำคัญคือประเภทของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประกอบด้วย โดยหากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พิพาทเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูปที่ผ่านการทดสอบการใช้งานจนได้มาตรฐานและออกวางจำหน่ายเช่นสินค้าทั่วไป ตามปกติโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นควรจะสามารถใช้งานได้อย่างสมบูรณ์ แม้จะมีบั๊กเล็กน้อยก็ต้องไม่กระทบต่อการใช้งานทั่วไป แต่หากโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาขึ้นใหม่ การมีบั๊กปรากฏในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายหลังการส่งมอบเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ จึงจะถือว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิผิดสัญญาไม่ได้ อันเป็นการตีความสัญญาโดยคำนึงถึงหลักสุจริตและปกติประเพณีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 368

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5.1.2 สิทธิและหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms)

ข้อสัญญาโดยปริยายแตกต่างจากข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง ข้อสัญญาโดยชัดแจ้งจะต้องเกิดจากคู่สัญญาแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน ในขณะที่ข้อสัญญาโดยปริยายเป็นหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้โดยคู่สัญญาไม่ต้องมีการแสดงเจตนา โดยกฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญา ในสถานการณ์ที่แม้คู่สัญญาไม่ได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งไว้ ก็อาจเล็งเห็นได้ว่าคู่สัญญาผู้สุจริตย่อมต้องการให้สิทธิหน้าที่ระหว่างกันเป็นไปในแนวทางเดียวกับที่กฎหมายกำหนดไว้

จากการศึกษาพบว่าสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามข้อสัญญาโดยปริยายในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามกฎหมายต่างประเทศ มีดังต่อไปนี้

5.1.2.1 ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ในการรับประกันการรอนสิทธิ

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ต้องรับประกันว่าผู้รับอนุญาตจะไม่ถูกรบกวนขัดสิทธิในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นโดยปกติสุข โดยหากผู้รับอนุญาตไม่สามารถใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญาได้เนื่องจากมีการรอนสิทธิโดยบุคคลภายนอกที่มีสิทธิเหนือกว่าในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น จะถือว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิผิดสัญญา ผู้รับอนุญาตมีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้ หน้าที่ในการรับประกันการรอนสิทธิมีที่มาจากหลักเรื่องการรอนสิทธิในสัญญาซื้อขาย เนื่องจากสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายไปยังผู้ซื้อ ให้ผู้ซื้อสามารถใช้ประโยชน์จากสินค้าได้อย่างเต็มที่ในฐานะเจ้าของกรมสิทธิ์ ในกรณีที่ผู้ขายไม่มีสิทธิในการขายสินค้านั้น จนทำให้ผู้ซื้อไม่ได้กรรมสิทธิ์ในสินค้า หรือเป็นการขัดขวางไม่ให้ผู้ซื้อได้ใช้ประโยชน์จากสินค้าอย่างเต็มตามสิทธิ ย่อมเป็นการไม่สมกับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา กฎหมายจึงต้องกำหนดให้ผู้ขายต้องรับผิดชดใช้แก่ผู้ซื้อในกรณีเกิดจากรอนสิทธิ โดยในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งไม่มีการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปเช่นเดียวกับสัญญาซื้อขาย ก็ยังมีหลักการเกี่ยวกับการรอนสิทธิปรากฏอยู่ทั้งในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ดังนี้

<u>ประเทศสหรัฐอเมริกา</u>

การรับประกันการรอนสิทธิในสัญญาซื้อขายปรากฏตาม U.C.C., Section 2-312 ความว่า ผู้ขายจะต้องรับประกันว่ากรรมสิทธิ์ที่โอนไปนั้นปราศจากบุริมสิทธิหรือภาระผูกพันที่ผู้ซื้อไม่รู้ และหากผู้ขายเป็นผู้ประกอบธุรกิจในสินค้านั้น ต้องรับประกันว่าสินค้าจะส่งมอบให้โดยปราศจากการอ้างสิทธิจากบุคคลภายนอกในลักษณะของการละเมิดสิทธิ และหลักการนี้ได้ถูกนำไปบัญญัติใน UCITA, Section 401 โดยปรับให้เข้ากับหลักการของธุรกรรมเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งไม่มีการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้น หลักเกี่ยวกับการรอนสิทธิตาม UCITA จึงเป็นการรับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ส่งมอบให้จะปราศจากการละเมิดสิขสิทธิ์ของบุคคลอื่นหรือการยักยอกสิทธิ เว้นแต่เป็นกรณีที่มีการรอนสิทธิเกิดขึ้นเนื่องมาจากคำสั่งเฉพาะของผู้รับอนุญาตเอง การยกเว้นไม่รับประกันการรอนสิทธิจะทำได้โดยการแสดงข้อความที่ชัดเจนว่าถ้อยคำว่า “จะไม่มีการรับประกันการรบกวนการใช้งานข้อมูลอย่างปกติสุขหรือการละเมิดสิทธิ” หรือถ้อยคำอื่นที่คล้ายกัน

<u>ประเทศอังกฤษ</u>

ในประเทศอังกฤษหลักเรื่องการรอนสิทธิในสินค้า ปรากฏตาม Section 11 Sale of Goods Act 1979 และ Section 2(1) Supply of Goods and Services Act 1982 ซึ่งมีหลักกการว่า ผู้ขายหรือผู้จัดหาจะต้องมีสิทธิในการขายหรือการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้น รวมทั้งประกันว่าผู้ซื้อจะได้ครอบครองสินค้าโดยปกติสุขปราศจากการรบกวนจากผู้ที่มีสิทธิเหนือกว่า ซึ่งหลักกการนี้ได้ถูกนำมาบัญญัติใน The Consumer Rights Act 2015 ให้ผู้จัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ต้องเป็นผู้มี

สิทธิในการจัดหาดิจิตอลคอนเทนต์แก่ผู้บริโภค โดยลิขสิทธิ์ในดิจิตอลคอนเทนต์นั้นยังคงอยู่กับผู้จัดหาหรืออาจเป็นสิทธิของบุคคลอื่นก็ได้ การยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีกรรมสิทธิ์ไม่สามารถทำได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งตาม The Unfair Contract Terms Act 1977 และ The Consumer Rights Act 2015

<u>วิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย</u>

การรอนสิทธิในกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ คือหลักเรื่องการรอนสิทธิในสัญญาซื้อขายตามมาตรา 475 - 479 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักให้ผู้ขายต้องรับผิดในกรณีที่มีผู้มารบกวนการครอบครองทรัพย์สินของผู้ซื้อเนื่องจากบุคคลภายนอกมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ได้ซื้อขายกันในเวลาที่ซื้อขายหรือเพราะความผิดของผู้ขาย และในกรณีที่ทรัพย์สินที่การรอนสิทธิทำให้ซื้อขายหลุดไปจากผู้ซื้อทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือทรัพย์นั้นตกอยู่ในบังคับแห่งสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นเหตุให้เสื่อมราคา หรือเสื่อมความเหมาะสมแก่การที่จะใช้หรือเสื่อมความสะดวกในการใช้สอย หรือเสื่อมประโยชน์อันพึงได้แต่ทรัพย์สินนั้น

การกำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ต้องมีความรับผิดเมื่อผู้รับอนุญาตไม่สามารถใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยปกติสุขได้เพราะมีการรบกวนขัดสิทธิ โดยหลักการเดียวกับที่ผู้ขายในสัญญาซื้อขายต้องรับผิดเมื่อมีการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่ซื้อขายในประเทศไทยจะมีความเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร ผู้เขียนเห็นว่ามีความเหมาะสม เนื่องจากหากพิจารณาจากเจตนารมณ์ของคู่สัญญา จะเห็นได้ว่าในสัญญาซื้อขายผู้ซื้อย่อมประสงค์จะได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเพื่อที่จะสามารถใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นอย่างผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ จึงได้เข้าทำสัญญากับผู้ขายและผู้ขายตกลงขายทรัพย์สินที่ผู้ซื้อต้องการแลกกับค่าตอบแทน หากมีผู้เข้ามารบกวนขัดสิทธิของผู้ซื้อ ผู้ซื้อย่อมไม่อาจใช้ทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นได้อย่างสมตามเจตนารมณ์ที่เข้าทำสัญญาได้ กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ขายต้องรับผิดต่อผู้ซื้อเมื่อมีการรอนสิทธิดังนี้ ในกรณีของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แม้ว่าจะไม่มีการโอนสิทธิเหนือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แก่ผู้รับอนุญาต แต่ผู้รับอนุญาตเข้าทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็เพราะต้องการได้สิทธิในการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น หากผู้รับอนุญาตไม่สามารถใช้สิทธิตามสัญญาได้เนื่องจากมีการรบกวนขัดสิทธิ ผู้รับอนุญาตก็ควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในลักษณะเดียวกัน

5.1.2.2 ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งตรงตามคำพรรณนาและตัวอย่าง

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ต้องส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ตรงตามคำพรรณนาและตามตัวอย่างแก่ผู้รับอนุญาต ในกรณีที่ปรากฏว่าผู้รับอนุญาตเข้าทำสัญญาเพราะเชื่อในคำ

พรรณนาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิหรือเพราะเชื่อในตัวอย่าง หากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ตรงตามคำพรรณนาหรือตัวอย่าง เช่น ไม่สามารถทำงานได้เร็วเท่ากับที่ระบุไว้ แม้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะไม่ได้มีความชำรุดบกพร่องแต่อย่างใด ผู้รับอนุญาตมีสิทธิในการเรียกร้องให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ตรงตามคำพรรณนาหรือตามตัวอย่างได้ หน้าที่ในการส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ตรงตามคำพรรณนาหรือตัวอย่างมีที่มาจากหน้าที่ของผู้ขายตามกฎหมายลักษณะซื้อขาย ซึ่งผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบสินค้าให้ตรงตามคำพรรณนา หรือตามตัวอย่าง หากผู้ซื้อตัดสินใจเข้าทำสัญญาเพราะเชื่อในคำพรรณนาหรือตัวอย่างนั้น หลักเรื่องคำพรรณนาและตัวอย่างปรากฏอยู่ทั้งในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา

โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา ปรากฏในเรื่องการรับประกันโดยชัดแจ้ง (express warranty) ตาม U.C.C., Section 2-313 ว่า การยืนยันข้อเท็จจริงหรือคำมั่นที่ให้โดยผู้ขายซึ่งเกี่ยวข้องกับสินค้า หรือ คำพรรณนา หรือ สินค้าตัวอย่าง และผู้ซื้อเชื่อมั่นอย่างสมเหตุสมผลต่อการยืนยันข้อเท็จจริงนั้นจึงได้ตัดสินใจเข้าทำสัญญา จะก่อตั้งการรับประกันโดยชัดแจ้งว่าสินค้านั้นสอดคล้องกับการยืนยันข้อเท็จจริงหรือคำมั่น หรือ คำพรรณนา หรือ สินค้าตัวอย่าง แล้วแต่กรณี ในกรณีที่สัญญามีการใช้ถ้อยคำทั้งที่สื่อถึงการรับประกันโดยชัดแจ้ง การจำกัดหรือปฏิเสธการรับประกันจะกระทำได้ต่อเมื่อ การปฏิเสธหรือจำกัดนั้นไม่ได้ทำให้โครงสร้างในภาพรวมของสัญญาเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติหรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล ซึ่ง The Uniform Computer Information Transactions Act (“UCITA”) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการเฉพาะ ก็ได้นำหลักการเดียวกันไปบัญญัติไว้ใน Section 402

ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ หน้าที่ในการส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ตรงตามคำพรรณนาและตามตัวอย่าง มาจากหลักเรื่องการขายตามคำพรรณนา (description) ตาม Section 13 Sale of Goods Act 1979 และ Section 3(2) Supply of Goods and Services Act 1982 และตามตัวอย่าง (Sample) ตาม Section Section 15(2) Sale of Goods Act 1979 และ Section 5(1) Supply of Goods and Services Act 1982 ซึ่งมีหลักการว่า การขายหรือการจัดหาสินค้าโดยคำพรรณนา จะมีข้อสัญญาโดยปริยายว่าสินค้าจะต้องมีลักษณะตรงตามคำพรรณนา ความรับผิดของผู้ขายตามข้อสัญญาโดยปริยายนี้ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดได้โดยข้อสัญญาเว้นแต่ผู้ขายจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อสัญญามีความสมเหตุสมผลตาม The Unfair Contract Terms Act 1977 ในปัจจุบัน The Consumer Rights Act 2015 ได้บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของผู้จัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ต้องจัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ซึ่งตรงตามคำพรรณนา ดังนั้น ในกรณีที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เข้าลักษณะเป็นสัญญาผู้บริโภค โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องเป็นไปตามคำ

พรรณนา โดยไม่ต้องวินิจฉัยตีความข้อสัญญาแบบเดียวกับการกรณีข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง นอกจากนี้ ความรับผิดของผู้จัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ในกรณีนี้จะไม่สามารถตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้ ไม่ว่ากรณีใด ๆ

วิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย

ในประเทศไทยบทบัญญัติในเรื่องคำพรรณนาและตัวอย่าง ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติมาตรา 503 การขายตามคำพรรณนาและการขายตามตัวอย่าง อันเป็นกรณีที่ผู้ซื้อตกลงซื้อสินค้าเพราะเชื่อในคำพรรณนาของผู้ขายหรือตัวอย่างเป็นหลัก ผู้ขายจึงมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายให้ตรงตามคำพรรณนาหรือตัวอย่างนั้น การขายตามคำพรรณนาหรือตัวอย่างจะแตกต่างจากข้อสัญญาโดยชัดแจ้งตรงที่การฟ้องร้องให้รับผิดจะต้องกระทำภายใน 1 ปีนับแต่วันส่งมอบตามมาตรา 504

หลักเรื่องการขายตามคำพรรณนาและตามตัวอย่างในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความเหมาะสมในการนำไปใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่ามีความเหมาะสม เนื่องจากโดยทั่วไปผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะเป็นผู้มีความรู้เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญามากกว่าผู้รับอนุญาต และโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสินค้าที่ยากแก่การตรวจตราถึงคุณสมบัติและคุณภาพในขณะทำสัญญา ผู้รับอนุญาตจึงต้องพึ่งพาคำพรรณนาเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ให้ไว้เป็นหลักในการตัดสินใจเข้าทำสัญญา กฎหมายจึงควรคุ้มครองผู้รับอนุญาตในกรณีนี้เช่นเดียวกับการคุ้มครองผู้ซื้อในสัญญาซื้อขาย

5.1.2.3 ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่รับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่รับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป กล่าวคือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ส่งมอบให้แก่ผู้รับอนุญาตจะต้องอย่างน้อยสามารถใช้งานได้ในมาตรฐานเดียวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทนั้น ๆ ซึ่งมีอยู่ในท้องตลาดและต้องปราศจากความชำรุดบกพร่อง หากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ส่งมอบให้แก่ผู้รับอนุญาตไม่มีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป ผู้รับอนุญาตมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซ่อมแซมโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นให้กลับมาอยู่ในมาตราฐานที่ควรเป็นหรือเปลี่ยนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ใหม่ให้แก่ผู้รับอนุญาตได้ ความรับผิดของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในกรณีนี้เป็นความรับผิดในลักษณะ strict liability กล่าวคือ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดแม้ว่าจะมิได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความชำรุดบกพร่อง หรือไม่ทราบว่าความชำรุดบกพร่องนั้นมีอยู่ก็ตาม การพิจารณาว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปหรือไม่ ย่อมพิจารณาจากความคาดหวังอย่างสมเหตุสมผลของวิญญูชนต่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์เอง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่

ปรากฏว่ามีข้อผิดพลาดหรือบั๊กอยู่อาจยังถือว่าเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปอยู่หากความบกพร่องนั้นไม่ถึงขนาด หน้าที่ในการรับประกันความเหมาะสมในการใช้ประโยชน์โดยทั่วไปของโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีที่มาจากหลักเรื่องความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปของสินค้าในสัญญาซื้อขาย ดังรายละเอียดต่อไปนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา

ข้อสัญญาโดยปริยายว่าด้วยความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปในสัญญาซื้อขาย ปรากฏตาม U.C.C., Section 2-314 การประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป (implied warranty of merchantability) ซึ่งกำหนดให้ผู้ขายซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจในสินค้าประเภทนั้นต้องรับประกันว่าสินค้ามีคุณภาพในระดับท้องตลาดสำหรับการใช้สอยโดยทั่วไป ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปประเมินโดยพิจารณาว่าผลิตภัณฑ์นั้นเป็นที่ยอมรับในอุตสาหกรรมหรือโดยความคาดหวังจากผู้ซื้อโดยทั่วไปหรือไม่ หลักกการนี้ได้นำไปใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตาม UCITA, Section 403(a) ซึ่งกำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์ตามธรรมดาของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในประเภทนั้นและสอดคล้องกับคำมั่นหรือคำยืนยันข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่บนฉลาก การรับประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปทั้งตาม U.C.C. และ UCITA สามารถตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดได้โดยข้อสัญญา โดยมีเงื่อนไขว่าข้อสงวนสิทธิจะต้องทำให้เห็นอย่างเด่นชัดและจะต้องมีคำว่า “มาตรฐานทางพาณิชย์” (“merchantability”) ในกรณีของ UCITA อาจเป็นคำว่า “คุณภาพ” (“quality”) หรือถ้อยคำอื่นที่คล้ายกันก็ได้

ความบกพร่องของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่จะทำให้ผู้รับอนุญาตต้องรับผิดจะต้องร้ายแรงถึงขนาดกระทบถึงสาระสำคัญของสัญญา โดยคำอธิบาย UCTIA ได้ระบุว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่จำเป็นต้องสมบูรณ์แบบแต่ต้องอยู่ในมาตรฐานธรรมดา (average) ที่ใช้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทนั้นในท้องตลาดทั่วไป ดังนั้น แม้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีข้อบกพร่องที่เกิดจากความผิดพลาดในการเรียบเรียงข้อมูล หรือ บั๊ก ก็อาจไม่ถึงกับเป็นการขัดต่อมาตรฐานคุณภาพเชิงพาณิชย์ก็ได้ ถ้าโปรแกรมนั้น ในท้ายที่สุดแล้ว ยังคงใช้งานได้ตามมาตรฐานทั่วไปของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในทางการค้าหรืออุตสาหกรรมประเภทนั้น

ประเทศอังกฤษ

ข้อสัญญาโดยปริยายเรื่องความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปในสัญญาซื้อขาย ในประเทศอังกฤษกำหนดไว้ใน Section 14 (2) แห่ง Sale of Goods Act 1979 ให้กรณีที่เป็นการขายสินค้าในเชิงพาณิชย์ มีข้อสัญญาโดยปริยายว่าสินค้าที่จัดหาให้ภายใต้สัญญานั้นจะมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ (satisfactory quality) และในสัญญาจัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ตาม

Section 34(2) The Consumer Rights Act 2015 การวินิจฉัยว่าสินค้าหรือดิจิตอลคอนเทนต์เป็นที่น่าพึงพอใจหรือไม่ ต้องพิจารณาจากคำพรรณนา ราคาที่ต้องจ่ายตอบแทนและสภาพการณ์ที่เกี่ยวข้อง เทียบกับสินค้าในประเภทเดียวกันโดยทั่วไป ความรับผิดของผู้ขายตามข้อสัญญาโดยปริยายนี้ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดได้โดยข้อสัญญาเว้นแต่ผู้ขายจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าข้อสัญญามีความสมเหตุสมผลตาม The Unfair Contract Terms Act 1977 แต่ไม่สามารถจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดได้ถ้าเป็นสัญญาผู้บริโภคภายใต้ The Consumer Rights Act 2015

ความชำรุดบกพร่องในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในระดับใด ที่จะทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิด จึงต้องพิจารณาจากสภาพการณ์ประกอบด้วย เช่น ในกรณีที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นประเภท bespoke ในคดี Saphena Computing v Allied Collection Agencies Ltd[5] ศาลเห็นว่าผู้รับอนุญาตไม่ควรคาดหวังว่าโปรแกรมจะต้องใช้งานได้สมตามเจตนาของคู่สัญญาตั้งแต่ครั้งแรกที่ส่งมอบ แต่จำเป็นต้องมีการปรับปรุงเป็นระยะจนกว่าโปรแกรมจะสมบูรณ์ ในขณะที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทโปรแกรมสำเร็จรูป ในคดี Sam Business Systems v Hedley & Co,[6] ศาลวินิจฉัยว่า แม้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะไม่อาจปราศจากบั๊กโดยสิ้นเชิง แต่จำนวนและความร้ายแรงของบั๊กที่ทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดไม่สามารถใช้มาตรฐานเดียวกับโปรแกรมประเภท bespoke ได้และผู้รับอนุญาตควรคาดหวังได้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะเสร็จสมบูรณ์แล้วในเวลาที่ส่งมอบ

แนวคำวินิจฉัยของศาลยังแสดงว่าการมีอยู่ของข้อผิดพลาดหรือบั๊กของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ถือเป็นข้อผิดสัญญา แต่เป็นหน้าที่ของผู้อนุญาตในการแก้ไขจัดการให้ถูกต้องเมื่อมีการค้นพบข้อผิดพลาดดังกล่าวภายในระยะเวลาที่เหมาะสม นอกจากนี้ คำอธิบายประกอบบทบัญญัติใน The Consumer Rights Act 2015 ในเรื่องระดับคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจของดิจิตอลคอนเทนต์ได้ยกตัวอย่างว่าหากเป็นดิจิตอลคอนเทนต์ประเภทเพลงดิจิตอล วิญญูชนควรคาดหวังได้ว่าจะปราศจากความชำรุดโดยสิ้นเชิง แต่หากเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีความสลับซับซ้อน วิญญูชนย่อมไม่คาดหวังว่าโปรแกรมนั้นจะปลอดจากความบกพร่องโดยสิ้นเชิง

<u>วิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย</u>

สำหรับประเทศไทย การรับประกันความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปเทียบได้กับความรับผิดเพื่อการชำรุดบกพร่องจนเป็นเหตุให้เสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 472 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ทำให้ผู้ขายต้องรับผิดในลักษณะ strict liability เช่นเดียวกับกฎหมายต่างประเทศ และประมวลกฎหมายแพ่งและ

---

[5] [1995] F.S.R. 616, 651.

[6] [2003] 1 All ER (Comm) 465.

พาณิชย์ยังได้บัญญัติให้นำไปใช้กับสัญญาจ้างทำของในกรณีที่มีการส่งมอบทรัพย์สิน และสัญญาเช่าทรัพย์โดยอนุโลม การวินิจฉัยว่าทรัพย์สินที่ซื้อขายจะมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปหรือไม่พิจารณาจากปกติประเพณี จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือมาตรฐานของวิญญูชน และมีการนำบทบัญญัติเรื่องความชำรุกบกพร่องนี้ไปใช้กับสัญญาจ้างทำของที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระตามมาตรา 595

ปัญหาว่าการที่นำหลักเรื่องความชำรุดกบพร่องในสัญญาซื้อขายตามกฎหมายไทยมาปรับใช้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นสินค้าที่ไม่อาจมีความสมบูรณ์แบบปราศจากข้อผิดพลาดได้เป็นการเหมาะสมหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย การบังคับให้ผู้ขายต้องรับผิดในความบกพร่องแม้ผู้ขายจะไม่มีความผิดเป็นเหตุผลทางด้านนโยบาย กล่าวคือเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นโดยไม่อาจโทษฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ เมื่อชั่งน้ำหนักแล้วฝ่ายใดควรต้องเป็นฝ่ายรับความเสียหายนั้น โดยทั้งกฎหมายประเทศไทย ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นไปในแนวทางเดียวกันคือให้ฝ่ายผู้ขายเป็นฝ่ายต้องรับผิด เนื่องมาจากการที่ผู้ขายเป็นฝ่ายที่มีโอกาสในการป้องกันและแก้ไขไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นมากกว่าผู้ซื้อ ในกรณีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะเห็นได้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ยังเป็นสินค้าที่มีความสลับซับซ้อน ต้องอาศัยผู้มีความรู้ความชำนาญเป็นการเฉพาะ ผู้ใช้งานทั่วไปซึ่งเป็นคู่สัญญาจำเป็นต้องพึ่งพาความรู้และทักษะของผู้อนุญาตในการตรวจสอบค้นหาและป้องกันความชำรุดบกพร่องใด ๆ ที่อาจมีอยู่ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังนั้น เมื่อผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นฝ่ายที่ได้เปรียบในเรื่องความรู้เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มากกว่าผู้รับอนุญาต การกำหนดให้ผู้อนุญาตต้องรับผิดในรูปแบบ strict liability ซึ่งทำให้ผู้อนุญาตต้องเสียเปรียบเพื่อให้เกิดความสมดุลย่อมเป็นธรรมกับคู่สัญญามากกว่า นอกจากนี้ หากไม่ให้ผู้อนุญาตต้องรับผิดในรูปแบบ Strict liability แล้ว ฝ่ายผู้รับอนุญาตจะต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ว่าผู้อนุญาตจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งเป็นไปได้ยากสำหรับผู้รับอนุญาตเนื่องจากความไม่สมดุลในเรื่องความรู้ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้อนุญาตไม่ต้องรับผิดจนเกินควรอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้อนุญาต การพิจารณาระดับความชำรุดบกพร่องที่ต้องรับผิดตามมาตรฐานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเป็นสิ่งจำเป็น เพราะการที่ให้ผู้อนุญาตต้องรับผิดในรูปแบบ strict liability มิได้หมายความว่าผู้อนุญาตจะต้องรับผิดต่อความบกพร่องใด ๆ ที่เกิดกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในทุกกรณี แต่เฉพาะกรณีที่ความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นเหตุให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ใช้สอยตามปกติของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นเท่านั้น ซึ่งหลักการพิจารณาว่าสินค้ามีความบกพร่องหรือไม่จากธรรมชาติของสินค้าเองก็เป็นหลักวินิจฉัยความรับผิดของผู้ขายในสัญญาซื้อขายทั้งในประเทศไทย อังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้นำมาใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เช่นกัน ตามที่ได้กล่าวถึงแล้วในส่วนกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศ

อังกฤษข้างต้น สำหรับในประเทศไทย อาจพิจารณาได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9676/2522 ศาลวินิจฉัยว่าการที่ปลาป่นที่โจทก์ส่งมอบให้แก่จำเลยมีขนไก่ปลอมปนอยู่บ้าง ก็ไม่ถึงกับทำให้ไก่ของจำเลยเจริญเติบโตช้ากว่าปกติ จึงถือไม่ได้ว่าเป็นกรณีทรัพย์สินที่ขาดชำรุดบกพร่องจนเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติ ดังนี้ หากนำมาปรับใช้กับกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีข้อผิดพลาดหรือบั๊กอยู่บ้าง แต่ไม่ถึงกับกระทบต่อการใช้งานตามปกติอย่างมีนัยสำคัญ ย่อมไม่ถือว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ชำรุดบกพร่องถึงขนาดเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติ อาจสรุปได้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้มาตรฐานวิญญูชนไม่จำเป็นต้องปราศจากบั๊กอย่างสิ้นเชิง ข้อบกพร่องที่ผู้อนุญาตต้องรับผิดจะต้องร้ายแรงถึงขนาดทำให้โปรแกรมไม่สามารถทำงานได้ตามที่ได้สัญญาไว้ หรือข้อบกพร่องมีมากเกินกว่าปกติเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ลักษณะเดียวกันในท้องตลาด ด้วยเหตุผลตามที่กล่าวมาข้างต้น การรับผิดในรูปแบบ strict liability จึงไม่ทำให้ผู้อนุญาตต้องรับผิดเกินกว่าที่สมควรเพียงเพราะข้อจำกัดของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจากความชำรุดบกพร่องจะพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับมาตรฐานของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เอง

นอกจากนี้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิยังสามารถป้องกันไม่ให้ตนต้องรับภาระเกินสมควรได้โดยการกำหนดข้อสัญญายกเว้นและจำกัดความรับผิด ซึ่งกฎหมายทั้งของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาต่างเปิดช่องให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจำกัดความรับผิดของตนได้ตราบเท่าที่ข้อสัญญานั้นมีความสมเหตุสมผล (satisfies the requirement of reasonableness) ในกรณีของประเทศอังกฤษ และต้องมีถ้อยคำตามที่กฎหมายกำหนดรวมถึงไม่มีลักษณะที่ไร้เหตุผล (unconscionability) ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา สำหรับในกรณีของประเทศไทย พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม มาตรา 6 กำหนดให้สัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจการค้ากับผู้บริโภคที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สิน จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิไม่ได้ แต่หากพิจารณาถ้อยคำของมาตรา 6 ประกอบกับมาตรา 3 ที่ให้คำนิยามของ “ผู้บริโภค” ว่า ผู้ที่เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้ที่ได้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้ว่าซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์น่าจะเข้าลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์อื่นใดอันมีค่าตอบแทน มากกว่าสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน แม้จะนำหลักเกณฑ์เรื่องความชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขายมาใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็เป็นเพียงแต่การปรับในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ไม่ได้ทำให้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์กลายเป็นสัญญาซื้อขายแต่อย่างใด ข้อสัญญาจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดนี้จึงไม่ตกเป็นโมฆะแต่จะเป็นข้อสัญญาที่ศาลสามารถปรับให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีตามมาตรา 4

5.1.2.4 ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่รับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่รับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ หากได้รับทราบว่าผู้รับอนุญาตมีเจตนาจะใช้ประโยชน์บางอย่างจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการเฉพาะซึ่งอยู่นอกเหนือจากประโยชน์ที่มุ่งใช้โดยทั่วไป โดยผู้รับอนุญาตอาจคาดหวังได้อย่างสมเหตุสมผลว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะสามารถตัดสินใจเลือกโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะนั้นแก่ผู้รับอนุญาตได้ การไม่เหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะเป็นข้อสัญญาที่แยกต่างหากจากการรับประกันความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป ดังนั้น แม้บางกรณีผู้อนุญาตจะไม่ต้องรับผิดจากความไม่เหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป ก็อาจต้องรับผิดถ้าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานได้ตามฟังก์ชั่นที่ผู้รับอนุญาตต้องการซึ่งทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่เหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ โดยหากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิส่งมอบแก่ผู้รับอนุญาตไม่เหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ ผู้รับอนุญาตมีสิทธิในการเรียกให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซ่อมแซมแก้ไขหรือเปลี่ยนใหม่ซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นได้ หน้าที่ในการรับประกันความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะมีที่มาจากหน้าที่ในการรับประกันความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะในสัญญาซื้อขาย ดังรายละเอียดดังนี้

<u>ประเทศสหรัฐอเมริกา</u>

การรับประกันความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะในสัญญาซื้อขายกำหนดไว้ใน U.C.C. §2-314 (3) (implied warranty of fitness for particular purpose) ซึ่งวางหลักว่าถ้าในขณะเกิดสัญญา ผู้ขายควรรู้ว่าผู้ซื้อมีความต้องการสินค้านั้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะอย่าง และผู้ซื้อได้ให้ความไว้วางใจในความสามารถและการตัดสินของผู้ขาย ในการเลือกหรือการจัดหาให้ซึ่งสินค้าที่เหมาะสมกับการนั้น ให้ถือว่าผู้ขายรับประกันว่าสินค้าจะต้องตรงกับวัตถุประสงค์เฉพาะดังกล่าว และหลักกการนี้ได้ถูกนำไปใช้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตาม UCITA โดยนอกเหนือจากความเหมาะสมแก่ประโยชน์โดยเฉพาะซึ่งอ้างอิงหลักของสัญญาซื้อขายแล้ว UCITA ยังได้เพิ่มหน้าที่ในการประกันความเข้ากันได้ของระบบ (system integration) ในกรณีที่สัญญากำหนดให้ผู้อนุญาตต้องเตรียมหรือเลือกระบบที่สอดคล้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์แยกไว้เฉพาะอีกด้วย โดยการรับประกันในข้อนี้อาจยกเว้นได้โดยการแสดงข้อความสงวนสิทธิ์ให้เห็นเด่นชัดและต้องมีข้อความทำนองว่า “ไม่มีการรับประกันว่าข้อมูลนี้ หรือความพยายามของข้าพเจ้า หรือระบบจะตอบสนองต่อจุดประสงค์หรือความต้องการเฉพาะอย่างของท่านได้” หรือถ้อยคำอื่นที่คล้ายกันก็ได้

ประเทศอังกฤษ

ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะถูกกำหนดไว้ในมาตรา14 (3) (fitness for particular purpose) แห่ง Sale of Goods Act 1979 ซึ่งวางหลักว่า ในกรณีที่เป็นการขายสินค้าในเชิงพาณิชย์ และผู้ซื้อ โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ทำให้ผู้ขายรู้ถึงการใช้ประโยชน์เฉพาะอย่างสำหรับสินค้าที่ถูกซื้อไป ให้ถือว่ามีเงื่อนไขโดยปริยายว่า สินค้าที่จัดหาให้ตามสัญญามีความเหมาะสมสำหรับการใช้ประโยชน์เฉพาะอย่างนั้น ไม่ว่าการใช้ประโยชน์สำหรับสินค้าดังกล่าวจะมีเป็นการทั่วไปหรือไม่ เว้นแต่ ตามพฤติการณ์ผู้ซื้อไม่ได้อาศัย หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะอาศัยความสามารถหรือการตัดสินใจของผู้ขายในการซื้อสินค้านั้นและหลักกการนี้ได้ถูกนำไปใช้กับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตาม The Consumer Rights Act 2015 โดย Section34(1) กำหนดให้ผู้จัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์ต้องมีหน้าที่รับประกันว่าดิจิตอลคอนเทนต์นั้นมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์เฉพาะอย่าง ถ้าผู้จัดหาได้รับทราบก่อนแล้วถึงเจตนาของผู้บริโภคว่าทำสัญญาเพื่อประโยชน์เฉพาะอย่างนั้น ซึ่งข้อสัญญาโดยปริยายนี้ไม่สามารถยกเว้นหรือจำกัดได้

วิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย การรับประกันโดยปริยายซึ่งความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ เทียบได้กับความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องจนเป็นเหตุให้เสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญาในสัญญาซื้อขาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 472 โดยหลักกการเป็นไปในทำนองเดียวกับกฎหมายต่างประเทศกล่าวคือผู้ขายจะต้องรับผิดต่อเมื่อประโยชน์โดยเฉพาะนั้นจะต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่ก่อให้เกิดการทำสัญญาและรับรู้กันทั้งสองฝ่ายแม้ว่าไม่ได้แสดงออกชัดเจนในสัญญา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักเรื่องความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ มีความเหมาะสมในการนำไปใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เนื่องจากโดยทั่วไปผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะเป็นผู้มีความรู้เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญามากกว่าผู้รับอนุญาต ดังนั้น เมื่อผู้อนุญาตได้รับทราบว่าผู้รับอนุญาตประสงค์จะทำสัญญาเพื่อวัตถุประสงค์พิเศษ หากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญาไม่อาจตอบสนองความประสงค์นั้นได้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิควรแจ้งแก่ผู้รับอนุญาตไว้ตั้งแต่เมื่อทำสัญญา การที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิทราบความประสงค์พิเศษแล้วแต่ยังเข้าทำสัญญาย่อมเป็นการรับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะสามารถใช้งานตามวัตถุประสงค์พิเศษนั้นได้ กฎหมายจึงควรคุ้มครองผู้รับอนุญาตในกรณีนี้

5.1.2.5 ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องใช้ความรู้ความสามารถในวิชาชีพและความระมัดระวังในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถอย่างผู้มีวิชาชีพและความระมัดระวังในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

ซึ่งผู้รับอนุญาตเข้าทำสัญญาเพราะคาดหวังในการทำงานอย่างผู้มีวิชาชีพของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ เช่น ในสัญญาพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้นแบบสำหรับให้ผู้รับอนุญาตนำไปพัฒนาเพื่อเป็นสินค้าของตนต่อไป ในสัญญาลักษณะนี้ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะมีหน้าที่ในการใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังอย่างผู้มีวิชาชีพในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามเจตนารมณ์ของสัญญานั้น การพิจารณาว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิผิดสัญญาหรือไม่จะพิจารณาจากกระบวนการทำงานมากกว่าผลลัพธ์ ดังนั้น แม้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ส่งมอบแก่ผู้รับอนุญาตจะไม่เป็นที่พึงพอใจแก่ผู้รับอนุญาต ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก็ไม่ต้องรับผิดหากปรากฏว่าในขั้นตอนการพัฒนา ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังอย่างผู้มีวิชาชีพแล้ว หน้าที่ในการใช้ความสามารถในวิชาชีพและความระมัดระวังมีที่มาจากหน้าที่ของผู้ให้บริการในสัญญาให้บริการ เนื่องจากในกรณีที่ผู้ให้บริการเป็นผู้ประกอบอาชีพ ผู้รับบริการเข้าทำสัญญากับผู้ให้บริการเพราะคาดหวังว่าจะได้รับการทำงานโดยใช้ทักษะและความระวัดระวังอย่างผู้ประกอบอาชีพ เพื่อให้สมกับเจตนารมณ์ของสัญญา กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ให้บริการจะต้องมีหน้าที่ใช้ความสามารถในวิชาชีพและความระมัดระวังในการทำงานตามสัญญา ดังนั้น ดังรายละเอียดต่อไปนี้

<u>ประเทศสหรัฐอเมริกา</u>

ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยทั่วไปจะถือว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายตามหลัก common law ว่าผู้ให้บริการซึ่งแสดงออกว่ามีทักษะและคุณสมบัติในกิจการค้าหรือวิชาชีพ เป็นการให้คำมั่นสัญญาโดยนัยแล้วว่า จะต้องกระทำหน้าที่ตามสัญญาด้วยความระมัดระวัง โดยใช้ความรู้ความสามารถอย่างผู้มีอาชีพให้สอดคล้องกับธรรมชาติของการบริการนั้น (reasonable care and workmanlike manner) และศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐอินดีแอนา ได้วินิจฉัยให้ผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้องรับผิดในมาตรฐานเช่นเดียวกันในคดี Data Processing Services, Inc. v. L.H. Smith Oil Corp[7] และหลักการนี้ได้ถูกนำมาใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตาม UCITA ซึ่ง Section 404 กำหนดให้ในกรณีที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะที่ผู้รับอนุญาตได้คาดหวังการพึ่งพาอาศัยข้อมูลหรือความรู้จากผู้อนุญาตที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีความเชี่ยวชาญหรือมีเอกลักษณ์ในด้านนั้นซึ่งอยู่ในฐานะที่ผู้รับอนุญาตจะคาดหวังได้ จะถือว่ามีการรับประกันโดยปริยายต่อผู้รับอนุญาตว่า จะไม่มีความคลาดเคลื่อนในเนื้อหาของข้อมูล (the informational content) ที่เกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสม (reasonable care)

<u>ประเทศอังกฤษ</u>

ปรากฏตาม Section 13 แห่ง Supply of Goods and Services Act 1982 ซึ่งกำหนดว่าในสัญญาจัดหาบริการ ในกรณีที่ผู้จัดหาเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ถือว่ามีข้อสัญญาโดยปริยายว่า

---

[7] 492 N.E.2d 314 (1986)

การจัดหาให้ซึ่งบริการนั้นจะต้องกระทำโดยใช้ความสามารถในวิชาชีพและความระมัดระวังอย่างเหมาะสม (reasonable care and skill) และการปฏิบัติการตามสัญญาต้องกระทำลงไปภายในเวลาที่เหมาะสม (reasonable time) ซึ่งหน้าที่ในการใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังได้ถูกนำมาใช้กับสัญญาจัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ตาม The Consumer Rights Act 2015 โดย section 46 ได้กำหนดให้ผู้จัดหาดิจิตอลคอนเทนต์ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีที่ดิจิตอลคอนเทนต์ซึ่งผู้ค้าจัดหาให้แก่ผู้บริโภคก่อให้เกิดความเสียหายแก่อุปกรณ์หรือดิจิตอลคอนเทนต์อื่นของผู้บริโภค ถ้าปรากฏว่าความเสียหายนั้นอาจป้องกันได้หากผู้ค้าได้ใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังเพียงพอ อย่างไรก็ดี ความรับผิดในความเสียหายดังกล่าว ผู้จัดหาดิจิตอลคอนเทนต์สามารถยกเว้นหรือจำกัดได้โดยข้อสัญญา

<u>วิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย</u>

หน้าที่ตามกฎหมายในการใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังปรากฏอยู่ในสัญญาจ้างทำของ เป็นหน้าที่ของผู้รับจ้างทำของซึ่งจะมีขึ้นต่อเมื่อปรากฏว่าผู้ว่าจ้างเข้าทำสัญญาเพราะคาดหวังในความรู้ความสามารถของผู้รับจ้าง เห็นได้จากมาตรา 607 ซึ่งบัญญัติว่า ผู้รับจ้างจะเอาการที่รับจ้างทั้งหมดหรือบางส่วนไปให้ผู้รับจ้างช่วงทำอีกทอดหนึ่งก็ได้ เว้นแต่สาระสำคัญแห่งสัญญาจะอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้าง และมาตรา 606 ที่กำหนดให้สัญญาเป็นอันสิ้นสุดลงหากสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่ความรู้ความสามารถของผู้รับจ้างและผู้รับจ้างตายหรือตกเป็นผู้ไม่สามารถทำการที่รับจ้างนั้นต่อไปได้ สัญญาประเภทที่ให้ความสำคัญกับกระบวนการทำงานมากกว่าผลลัพธ์ในสัญญาให้บริการในประเทศไทยเห็นได้จากสัญญาจ้างทำของ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 487 ถึงแม้ถ้อยคำตามมาตรา 487 จะใช้ถ้อยคำว่า ทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จ แต่ก็มิได้หมายความว่า งานที่ทำจะต้องสำเร็จสมความคาดหวังของผู้ว่าจ้าง แต่หมายถึงการทำงานจนเสร็จสิ้นกระบวนการ ผลของงานอาจไม่ตรงตามความต้องการของผู้ว่าจ้างก็ได้ เช่น สัญญาจ้างทนายความ ในกรณีของสัญญาจ้างทำของประเภทที่มีการก่อให้เกิดวัตถุขึ้น เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างอาคาร แม้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดให้มีการรับประกันความชำรุดบกพร่องของงาน ซึ่งเป็นการรับผิดโดยคำนึงถึงผลลัพธ์ของงานโดยไม่ได้พิจารณาถึงความผิดของผู้รับจ้าง แต่สัญญาที่จะถือว่าเข้าข่ายเป็นสัญญาจ้างทำของได้ ต้องให้ความสำคัญกับแรงงานที่ใช้ในการทำงานมีมากกว่ามูลค่าของสัมภาระ ซึ่งหากสัมภาระมีมูลค่ามากกว่าจะถือเป็นสัญญาซื้อขายประเภทผลิตตามคำสั่งแทน

นอกจากสัญญาจ้างทำของ สัญญาให้บริการตามกฎหมายไทยอาจถือเป็นสัญญาไม่มีชื่อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนากำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาได้ตามมาตรา 150 เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4680/2545 สัญญาจ้างที่ปรึกษาทางธุรกิจมีข้อตกลงจ่ายค่าตอบแทนเป็นรายเดือน การให้คำปรึกษาแต่ละครั้งไม่ได้ทำให้งานสำเร็จตามที่กำหนด

ไว้ จึงไม่ใช่สัญญาจ้างทำของ แต่เป็นสัญญาจ้างบริการอย่างอื่น เป็นต้น ในกรณีที่สัญญาไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาย่อมขึ้นอยู่กับการกำหนดวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาโดยเจตนารมณ์ของคู่สัญญาและการตีความโดยศาล

จากการศึกษา ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการปรับใช้หลักเรื่องความรู้ความสามารถในวิชาชีพและความระมัดระวังกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะค่อนไปทางสัญญาให้บริการคือให้ความสำคัญกับกระบวนการทำงานมากกว่าผลลัพธ์ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

การใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังเป็นหน้าที่สำคัญของผู้ให้บริการในสัญญาให้บริการ เนื่องจากโดยทั่วไปสัญญาให้บริการจะมีสาระสำคัญอยู่ที่ผู้ให้บริการมากกว่างานที่ได้รับจากการให้บริการ โดยสิ่งที่ผู้รับบริการคาดหวังเมื่อเข้าทำสัญญาคือผู้ให้บริการจะใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังอย่างผู้มีวิชาชีพอย่างเต็มที่ในการทำงานตามสัญญา ในทำนองเดียวกันในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทพัฒนาตามคำสั่ง (bespoke software) สิ่งที่ฝ่ายผู้รับอนุญาตคาดหวังจากสัญญาและเป็นสิ่งที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิให้คำมั่นสัญญาไว้คือผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะดำเนินการให้ได้มาซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญา โดยอาศัยทักษะความรู้ความสามารถเฉพาะในทางด้านโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ด้วยความระมัดระวังรอบคอบในการปฏิบัติอย่างผู้ประกอบวิชาชีพ ดังนั้น เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญาที่คู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงกันคือการใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังอย่างผู้ประกอบวิชาชีพในการปฏิบัติงาน การกำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญาไม่สามารถทำงานได้ตามที่คาดหวังเพราะผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิขาดความรู้ความสามารถตามที่ควรจะเป็นจึงเป็นการเหมาะสมต้องตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญา

เหตุผลประการสำคัญประการหนึ่ง ที่คู่สัญญาสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทพัฒนาขึ้นใหม่มีวัตถุประสงค์หลักคือใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังในการปฏิบัติงานของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ คือ ข้อจำกัดในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาเนื่องมาจากในงานที่เป็นการให้บริการ โดยเฉพาะงานให้บริการทางวิชาชีพ เช่น ทนายความหรือแพทย์ การที่งานนั้นจะสำเร็จสมตามที่ผู้รับบริการคาดหวังหรือไม่ มักมีปัจจัยภายนอกที่ผู้ให้บริการไม่อาจควบคุมได้เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ดังนั้น เมื่อธรรมชาติของการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นใหม่มีข้อจำกัดว่าไม่อาจทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาสมบูรณ์แบบ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจึงเพียงแต่สัญญาว่าตนจะใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังอย่างเต็มที่อย่างผู้ประกอบอาชีพในการพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ตามสัญญาเท่านั้น โดยไม่ให้การรับประกันว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาขึ้นตามสัญญาจะเป็นไปตามที่ผู้รับอนุญาตต้องการ

5.1.2.6 สิทธิและหน้าที่ตามลักษณะเฉพาะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์

เนื่องจากลักษณะเฉพาะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีความแตกต่างจากสินค้าอื่น ทำให้ข้อสัญญาโดยปริยายซึ่งมีที่มาจากหลักการของสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นไม่เพียงพอที่จะกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ชัดเจนในหลายกรณีได้ ดังนั้น เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษมีการบัญญัติกฎหมายที่ใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการเฉพาะแล้ว จึงได้มีการกำหนดข้อสัญญาโดยปริยายขึ้นใหม่หลายประการ ดังต่อไปนี้

ความถูกต้องของข้อมูล (Informational Content)

การรับประกันความถูกต้องของข้อมูล เป็นหน้าที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถูกกำหนดไว้ใน UCITA Section 404 โดยในกรณีที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีความเชี่ยวชาญหรือมีเอกลักษณ์ในด้านนั้นอันอยู่ในฐานะที่ผู้รับอนุญาตจะคาดหวังได้จะถือว่ามีการรับประกันโดยปริยายต่อผู้รับอนุญาตว่า จะไม่มีความคลาดเคลื่อนในเนื้อหาของข้อมูลที่เกิดจากการไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างเหมาะสม (reasonable care) ความรับผิดของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในกรณีนี้ขึ้นอยู่กับความคาดหวังที่มีต่อผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหลัก แตกต่างจากการรับประกันความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไป ที่พิจารณาจากมาตรฐานโดยทั่วไปของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทนั้น ๆ เป็นหลัก

ความเข้ากันได้ของระบบ (System Integration)

ความเข้ากันได้ของระบบ เป็นหน้าที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถูกกำหนดไว้ใน UCITA Section 405 โดยหากสัญญากำหนดให้ผู้อนุญาตต้องเตรียมหรือเลือกระบบที่สอดคล้องกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือสินค้า จะเกิดการรับประกันโดยปริยายว่าส่วนประกอบเสริมที่เตรียมหรือเลือกไว้จะทำงานเข้ากันได้กับระบบ เช่น การเตรียมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถทำงานร่วมกับเครื่องพิมพ์และโปรแกรมอื่นของผู้รับอนุญาตได้

ข้อมูลก่อนทำสัญญาจะถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา (Other pre-contract information included in contract)

เป็นหน้าที่ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษซึ่งถูกกำหนดไว้ใน The Consumer Rights Act 2015 Section 36(2) โดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะมีหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในเรื่องลักษณะสำคัญ ฟังก์ชั่นการใช้งาน ความเข้ากันได้กับอุปกรณ์คอมพิวเตอร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่น ซึ่งผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิทราบหรือควรได้ทราบ และข้อมูลดังกล่าวนั้นจะถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา

การส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ผ่านเครือข่ายอินเตอร์เน็ต (Supply by Transmission)

เป็นข้อสัญญาโดยปริยายในประเทศอังกฤษซึ่งถูกกำหนดไว้ใน The Consumer Rights Act 2015 Section 36(5),(6) โดยกำหนดให้การส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยทางอินเตอร์เน็ต จะถือว่าได้มีการส่งมอบให้ผู้รับแล้วเมื่อ (ก) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปถึงยังอุปกรณ์ของผู้รับอนุญาต หรือ (ข) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปถึงยังผู้ประกอบการอื่นที่ผู้รับอนุญาตเลือกให้เป็นผู้บริการจัดส่ง เช่น ผู้ให้บริการเครือข่ายอินเตอร์เน็ต โดยผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องมีหน้าที่ดำเนินการจัดส่งให้ถึงผู้รับอนุญาตในเวลาที่สมเหตุสมผล และนี้หากการมีการจัดส่งในลักษณะนี้หลายครั้ง คุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะต้องเป็นที่น่าพึงพอใจ เหมาะสมแก่ประโยชน์ใช้สอย และตรงตามคำพรรณนา ในทุกครั้งที่มีการส่งผ่านข้อมูลนั้น

<u>การปรับปรุงแก้ไขดิจิตอลคอนเทนต์ (Modification)</u>

เป็นข้อสัญญาโดยปริยายในประเทศอังกฤษซึ่งถูกกำหนดไว้ใน The Consumer Rights Act 2015 Section 40 โดยกำหนดให้ในกรณีที่มีการปรับปรุงแก้ไขโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ปรับปรุงแล้วต้องปรากฏว่ามีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ เหมาะสมแก่ประโยชน์ใช้สอย และตรงตามคำพรรณนา และผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีสิทธิในการปรับปรุงคุณลักษณะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ดีขึ้น หรือเพิ่มเติมคุณลักษณะอื่นแก่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ ตราบเท่าที่ โปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นยังคงตรงตามคำพรรณนา และสอดคล้องกับข้อมูลที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ให้ไว้ก่อนสัญญาอันถือเป็นส่วนหนึ่งของข้อสัญญาในเรื่องลักษณะสำคัญ ฟังก์ชั่นการใช้งาน ความเข้ากันได้กับอุปกรณ์คอมพิวเตอร์และโปรแกรมคอมพิวเตอร์อื่น

<u>ความรับผิดต่อความเสียหายที่มีต่ออุปกรณ์หรือดิจิตอลคอนเทนต์อื่น (Remedy for damage to device or to other digital content)</u>

เป็นข้อสัญญาโดยปริยายในประเทศอังกฤษซึ่งถูกกำหนดไว้ใน The Consumer Rights Act 2015 Section 46 ในกรณีที่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อุปกรณ์หรือดิจิตอลคอนเทนต์อื่นของผู้รับอนุญาต และปรากฏว่าความเสียหายนั้นอาจป้องกันได้หากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังเพียงพอ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดชดเชยความเสียหายแก่ผู้รับอนุญาต

<u>วิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย</u>

ข้อสัญญาโดยปริยายว่าด้วยข้อมูลก่อนทำสัญญาจะถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาของกฎหมายประเทศอังกฤษอาจเปรียบเทียบได้กับมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ที่กำหนดให้ประกาศ โฆษณา คำรับรอง หรือการกระทำด้วยประการใดของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งตกลงจะให้สิ่งของ บริการ หรือดำเนินการอย่างใดแก่ผู้บริโภค ให้ถือว่าข้อความหรือการกระทำหรือข้อตกลงดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ซึ่งใช้บังคับกับสัญญาผู้บริโภคโดยทั่วไปไม่ใช่แต่เฉพาะสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เท่านั้น

ในส่วนของข้อสัญญาโดยปริยายอื่น ๆ มีที่มาจากลักษณะเฉพาะของโปรแกรมคอมพิวเตอร์และสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เมื่อประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เป็นการเฉพาะ การที่คู่สัญญาจะมีสิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยปริยายในกลุ่มนี้ได้ ก็แต่โดยในฐานะข้อสัญญาโดยชัดแจ้งซึ่งกำหนดโดยเจตนารมณ์ของคู่สัญญา หรือศาลอาจต้องตีความสัญญาว่า แม้คู่สัญญาจะไม่ได้กำหนดให้มีสิทธิหน้าที่ระหว่างในเรื่องนี้ไว้ในสัญญา.แต่โดยวัตถุประสงค์ในทางสุจริตและปกติประเพณี คู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยทั่วไปย่อมต้องการให้มีสิทธิหน้าที่ต่อกันในกรณีไว้เป็นเช่นนี้แน่นอน เนื่องจากสิทธิหน้าที่เหล่านี้ล้วนกำหนดขึ้นตามลักษณะตามธรรมชาติของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อให้วัตถุประสงค์หลักของสัญญาบรรลุผล เช่น การส่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ผ่านเครือข่ายอินเตอร์เน็ตเป็นวิธีการส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์เข้าไปอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับอนุญาตโดยวิธีการที่ใช้ได้เฉพาะกับสินค้าที่เป็นข้อมูลดิจิตอล เช่นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การปรับปรุงแก้ไขโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็มาจากธรรมชาติของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่จำเป็นต้องมีการแก้ไขบั๊กซึ่งค้นพบภายหลังส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในครั้งแรก ดังนั้น หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในกรณีเหล่านี้ ผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยควรตีความสัญญาโดยอาศัยมาตรา 368 ว่าคู่สัญญามีสิทธิหน้าที่ต่อกันในทำนองเดียวกับข้อสัญญาโดยปริยายในกลุ่มนี้ เพราะเป็นวัตถุประสงค์ในทางสุจริตและปกติประเพณีของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

<u>บทสรุปการวิเคราะห์เปรียบเทียบสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา</u>

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่า ปัจจัยที่เป็นหลักในการวินิจฉัยกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อาจแบ่งได้เป็น 2 ปัจจัย ได้แก่ (1) เจตนารมณ์ของคู่สัญญา และ (2) เหตุผลทางด้านนโยบาย โดยปัจจัยด้านเจตนารมณ์ของสัญญาจะส่งผลสำคัญในการแบ่งประเภทของสัญญาว่ามีลักษณะที่ใกล้เคียงกับสัญญาหรือสัญญาให้บริการ หากคู่สัญญาเข้าทำสัญญาโดยให้ความสำคัญกับการได้มาซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สมบูรณ์สามารถใช้งานได้ตรงตามสัญญา โดยไม่ได้ให้ความสำคัญกับวิธีการที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิใช้ในการปฏิบัติตามสัญญา สัญญาก็มีลักษณะค่อนไปทางสัญญาซื้อขาย สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของคู่สัญญาก็จะเป็นการรับประกันคุณภาพของสินค้าคือโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อให้ผู้ซื้อได้ไปซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งตรงตามวัตถุประสงค์ของสัญญา ในขณะที่หากคู่สัญญาเข้าทำสัญญาโดยให้ความสำคัญกับการทำงานเพื่อให้ได้มาซึ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยผู้รับอนุญาตก็อาจคาดเห็นได้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้จากการทำงานอาจไม่ได้เป็นไปตามความคาดหวังอย่างสมบูรณ์จากปัจจัยต่าง ๆ ที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่อาจก้าวล่วงได้ สัญญานั้นก็จะมีลักษณะค่อนไปทางสัญญาให้บริการ

สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของคู่สัญญาก็จะเป็นการกำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องทำงานที่ถูกว่าจ้างโดยใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังอย่างเต็มที่ อันเป็นสิ่งที่คู่สัญญาตกลงร่วมกันในการทำสัญญา

ปัจจัยประการที่สองที่ส่งผลต่อการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามกฎหมาย คือเหตุผลทางด้านนโยบาย การกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญา นอกเหนือจากเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของคู่สัญญาแล้ว ยังเป็นไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางด้านนโยบายของรัฐโดยรวม โดยเฉพาะการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่า เห็นได้จากการกำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่รับประกันคุณภาพของสินค้าโดยต้องรับผิดในรูปแบบ strict liability แม้ว่าจะมีผลกระทบต่อผู้ขายในกรณีที่ผู้ขายไม่มีความผิด และยังได้มีการนำหลักการนี้ไปใช้กับสัญญาอื่น ๆ ที่มีสินค้าเป็นองค์ประกอบเพื่อให้ผลทางกฎหมายสอดคล้องเป็นไปในแนวทางเดียวกันทั้งระบบ

หากเปรียบเทียบกับประเทศไทย พบว่าประเทศไทยมีกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายและให้บริการที่มีเนื้อหาในทำนองเดียวกันกับกฎหมายต่างประเทศ และสิทธิหน้าที่เหล่านี้มีความเหมาะสมในการนำมาปรับใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วยเหตุปัจจัยในทำนองเดียวกัน ดังนี้

ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทโปรแกรมมาตรฐานหรือโปรแกรมสำเร็จรูป คู่สัญญาแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาเพราะต้องการโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เสร็จสมบูรณ์แล้ว ไม่ใช่โปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งอยู่ระหว่างการพัฒนา ผู้รับอนุญาตจึงควรคาดหวังได้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะใช้งานได้ตามที่ตามที่ควรเป็นโดยปกติของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในประเภทนั้นและตามที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ระบุไว้ เมื่อเจตนาของคู่กรณีเป็นเช่นนี้ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจึงควรเป็นไปในแนวทางที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสัญญา ซึ่งสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของคู่สัญญาได้ดีที่สุด ตามที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วในหัวข้อ 5.1.2.1 ถึง 5.1.2.4 ข้างต้น และการให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดในความชำรุดบกพร่องของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ในโปรแกรมประเภทโปรแกรมแบบมาตรฐาน แม้ว่าการทำให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์สมบูรณ์แบบปราศจากข้อบกพร่องนั้นเป็นไปไม่ได้ในความเป็นจริง ส่งผลให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิไม่มีเจตนาที่จะรับประกันความสมบูรณ์ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก อย่างไรก็ตาม การกำหนดสิทธิหน้าที่ดังนี้ก็เป็นการตอบสนองปัจจัยด้านนโยบายเนื่องจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นผู้มีความรู้เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์มากกว่าจึงมีอำนาจต่อรองสูงกว่ารวมถึงอยู่ในฐานะที่จะป้องกันไม่ใช้เกิดความเสียหายได้ดีกว่าผู้รับอนุญาต กฎหมายจึงควรเข้ามาคุ้มครองผู้รับอนุญาตในทำนองเดียวกับผู้ซื้อตามสัญญาซื้อขาย

ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทโปรแกรมพัฒนาตามคำสั่ง (bespoke software) หรือโปรแกรมประเภทปรับปรุงให้เหมาะสมกับความต้องการของผู้รับอนุญาต

(customized software) ซึ่งเน้นความสำคัญของฝีมือแรงงานของผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์มากกว่าตัวโปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้นแบบ ผู้เขียนเห็นว่าสัญญาจะเข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ เนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งคู่สัญญาตกลงว่าจะทำงานอย่างใดอย่างหนึ่งจนสำเร็จให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย ตามที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วในหัวข้อ 3.3.2.1 และสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ลักษณะจ้างทำของก็มีความเหมาะสมในการนำมาใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แต่เพื่อให้สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญามีความสอดคล้องกับเจตนาอันแท้จริงที่สุด ศาลจำเป็นต้องวินิจฉัยว่างานที่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องทำให้สำเร็จตามสัญญาตามมาตรา 487 มีลักษณะเป็นหนี้กระทำให้ถึงผลสำเร็จหรือหนี้กระทำให้ถึงผลในระดับอันควร โดยในการวินิจฉัย ศาลจะต้องอาศัยการตีความสัญญาเพื่อค้นหาเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาว่าสาระสำคัญของสัญญาคือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เสร็จสมบูรณ์หรือความรู้ความสามารถในการทำงานจนเสร็จสิ้นกระบวนการของผู้รับอนุญาต และสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาก็จะเป็นไปในแนวทางที่สอดคล้องกับเจตนานั้น โดยหากเป็นหนี้ประเภทกระทำให้เป็นผลสำเร็จ เช่นเดียวกับในสัญญาจ้างทำของประเภทก่อให้เกิดวัตถุ จะส่งผลให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ในการรับประกันความชำรุดบกพร่องของงานที่ทำขึ้น หรือหากเป็นหนี้ประเภทกระทำให้ถึงผลในระดับอันควร สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะมีอยู่ในลักษณะเดียวกับสัญญาจ้างทนายความ คือจะทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ต้องทำงานโดยใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังในการทำงานจนเสร็จสิ้นกระบวนการ

5.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

จากการศึกษาเปรียบเทียบสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในต่างประเทศพบว่า นอกเหนือจากการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้งแล้ว ศาลยังได้มีการกำหนดข้อสัญญาโดยปริยายโดยอาศัยนำข้อสัญญาโดยปริยายในสัญญาซื้อขายและให้บริการมาปรับใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย เนื่องจากข้อสัญญาเหล่านี้โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายสามารถปรับใช้ได้อย่างสามเหตุสมผลกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาตามที่ได้วิเคราะห์ไปในหัวข้อ 5.1 ข้างต้น

อย่างไรก็ดี สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสัญญาอีกประเภทหนึ่งซึ่งไม่ใช่ทั้งสัญญาซื้อขายหรือให้บริการจึงไม่สามารถนำข้อสัญญาโดยปริยายในสัญญาซื้อขายและสัญญาให้บริการมาใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้โดยตรง ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษจึงต้องปรับใช้ข้อสัญญาโดยปริยายกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยอนุโลมตามหลัก common law และในปัจจุบันทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา

และประเทศอังกฤษได้มีการตรากฎหมายเฉพาะที่สามารถใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้โดยตรงแล้ว ได้แก่ The Uniform Computer Information Transactions Act ใช้บังคับกับกับธุรกรรมเกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ (computer information transactions) ใช้บังคับในรัฐเวอร์จิเนียและแมริแลนด์ของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษได้แก่ The Consumer Rights Act 2015 Chapter 3: Digital Content ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้กับสัญญาระหว่างผู้ค้า (trader) กับผู้บริโภค (consumer) เพื่อการจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์ อันหมายถึงข้อมูลซึ่งได้ถูกผลิตและจัดเก็บในรูปแบบดิจิตอล ซึ่งรวมถึง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ การปรับใช้สิทธิหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายและให้บริการกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยอนุโลมจึงใช้กับสัญญาที่ทำขึ้นก่อนการประกาศใช้กฎหมายฉบับใหม่กับสัญญาที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับใหม่เท่านั้น

เนื่องจากในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการเฉพาะ ผู้เขียนจึงขอวิเคราะห์แนวทางการปรับสิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยปริยายโดยอนุโลมตามแนวทางของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ว่าจะสามารถปรับใช้วิธีการดังกล่าวในประเทศไทยได้หรือไม่ โดยจะแบ่งเป็นการปรับใช้สิทธิหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายและสัญญาให้บริการ

5.2.1 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับสัญญาซื้อขายสินค้า

ตามที่ได้วิเคราะห์ไปในหัวข้อ 3.3.1.1 แล้วว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากสาระสำคัญของสัญญาแตกต่างกัน ในส่วนต่อไปจะขอวิเคราะห์แนวคิดในการปรับใช้สิทธิหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในต่างประเทศและความเป็นไปได้ในการปรับใช้แนวทางของต่างประเทศกับกฎหมายไทย

5.2.1.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศ

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ พบว่าในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา บทบัญญัติในกฎหมายลักษณะซื้อขายจะมีสาระสำคัญอย่างเดียวกันและก่อให้เกิดปัญหาในการปรับใช้ตัวบทกฎหมายโดยตรงกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ดังที่ได้กล่าวถึงไว้โดยละเอียดแล้วในหัวข้อ 4.1.1 และ 4.2.1 โดยสัญญาซื้อขายสินค้าจะต้องมีองค์ประกอบดังนี้

1. สินค้าที่ซื้อขายต้องเป็นวัตถุมีรูปร่าง โดย Sale of Goods Act 1979 ของประเทศอังกฤษได้นิยามความหมายของสินค้าโดยใช้คำว่า “personal chattels” และ Uniform

Commercial Code Article 2 ของประเทศสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า “things” ซึ่งส่งผลให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งโดยธรรมชาติเป็นเพียงชุดข้อมูลและมีความคงอยู่แยกต่างหากจากวัสดุสื่อกลางซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่าง ไม่ถือว่าเป็นสินค้าตามนิยามของกฎหมายลักษณะซื้อขาย ซึ่งจะเห็นได้โดยชัดเจนจากคำพิพากษาคดี St Albans City and District Council v International Computers Ltd.[8]

2. การซื้อขายสินค้าจะต้องมีการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์เหนือสินค้าที่ซื้อขาย ดังจะเห็นได้จากคำนิยาม โดย Sale of Goods Act 1979 ของประเทศอังกฤษได้นิยามว่า “contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer” และ Uniform Commercial Code Article 2 ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้นิยามว่า “"sale" consists in the passing of title from the seller to the buyer” และกฎหมายซื้อขายของทั้งสองประเทศยังกำหนดหน้าที่ให้ผู้ขายต้องรับผิดในกรณีที่ไม่สามารถโอนสิทธิเหนือสินค้าที่ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อได้ ในขณะที่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีข้อกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าจะไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิเหนือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไปยังผู้รับอนุญาต[9]

ดังนี้ จะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะซื้อขายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา หากตีความโดยเคร่งครัด สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ย่อมไม่ถือว่าเป็นสัญญาซื้อขายสินค้าที่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายลักษณะซื้อขาย อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่าศาลทั้งประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาก็ได้มีการปรับใช้กฎหมายซื้อขายกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อยู่เสมอ โดยอาศัยการตีความสัญญาและเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยอาจแบ่งเหตุผลที่ศาลใช้วินิจฉัยว่าสัญญาควรอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายซื้อขาย อาจแบ่งได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้

แนวคิดแรก เห็นว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือเป็นสินค้าตามนิยามของกฎหมาย เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เป็นข้อมูลไม่มีรูปร่างเป็นส่วนหนึ่งของสื่อบรรจุ เช่น CD-ROM หรืออุปกรณ์คอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นวัตถุมีรูปร่างและสามารถโอนความเป็นเจ้าของในสื่อบรรจุนั้นแก่คู่สัญญาได้ สัญญาจัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเข้าข่ายเป็นสัญญาซื้อขาย ในประเทศอังกฤษได้แก่ Rubicon Computer Systems Limited v United Paints Limited[10] และในประเทศสหรัฐอเมริกาได้แก่ Advent Systems Ltd. v. Unisys Corp.[11]

---

[8] [1997] F.S.R. 251.

[9] ภาคผนวก 1 ตัวอย่างสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์: Section 3 All Rights Reserved

[10] (2000) 2 TCLR 453.

[11] 925 F.2d 670 (1991).

แนวคิดที่สอง คือเห็นว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ควรอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายลักษณะซื้อขายเนื่องมาจากลักษณะของธุรกรรมในทางข้อเท็จจริงและอาศัยเจตนารมย์ของกฎหมายเองว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในภาพรวมมีลักษณะเป็นการขายสินค้ามากกว่าการใช้บริการ แม้ผู้ซื้อจะมีข้อจำกัดบางประการที่เกิดจากการคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์ ก็ไม่ทำให้ภาพรวมของสัญญานั้นเปลี่ยนแปลงไป คดีที่ศาลวินิจฉัยตามแนวคิดนี้ได้แก่ The Software Incubator Ltd v Computer Associates Ltd[12] ของประเทศอังกฤษ และ Rottner v. AVG Technologies USA, Inc[13] ของประเทศสหรัฐอเมริกา

โดยที่ตามบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะซื้อขายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาไม่อาจปรับเข้ากับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยตรง การปรับใช้กฎหมายลักษณะซื้อขายกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ จึงเป็นการปรับใช้โดยอาศัยหลักการตีความสัญญาและหลัก common law โดยประเทศสหรัฐอเมริกาศาลจะอาศัยหลัก Predominant Factor วินิจฉัยว่าสัญญามีลักษณะค่อนไปทางสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการ และจะบังคับสิทธิหน้าที่ตามหลักสัญญาที่ถือเป็นสาระสำคัญ ในกรณีของโปรแกรมสำเร็จรูป ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการวินิจฉัยไปในแนวทางว่า สัญญามีลักษณะค่อนไปทางสัญญาซื้อขายมากกว่าการให้บริการ สัญญาทั้งฉบับจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของ U.C.C. แม้ว่าสัญญาจะไม่ถือเป็นสัญญาซื้อขายหากพิจารณาตามถ้อยคำของบทบัญญัติโดยเคร่งครัด ตามรายละเอียดที่ได้กล่าวถึงไปแล้วในหัวข้อ 4.1.1.3 ในส่วนของประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษมีแนวโน้มจะไม่วินิจฉัยชี้ขาดประเภทของสัญญา แต่จะกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาโดยอาศัยการตีความข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (express terms) ว่าเจตนารมณ์ของคู่สัญญาต้องการกำหนดหน้าที่ไปในแนวทางใด ตามรายละเอียดที่ได้กล่าวถึงไปแล้วในหัวข้อ 4.2.1.3 และศาลจะไม่ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาโดยปรับใช้ Sale of Goods Act 1979 กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยตรง แต่จะปรับใช้โดยถือว่าสิทธิหน้าที่ตาม Sale of Goods Act 1979 เป็นข้อสัญญาโดยปริยายที่ศาลกำหนดให้แก่คู่สัญญาได้ตามหลัก common law เพราะเป็นการกำหนดโดยอาศัยการตีความเจตนาของคู่สัญญาว่าในกรณีประเด็นพิพากนั้นไม่ได้มีข้อสัญญาโดยชัดแจ้งปรากฏ หากศาลเห็นว่าคู่กรณีมีความตั้งใจให้ข้อสัญญาเช่นนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย

---

[12] [2017] Bus LR 245.

[13] 943 F. Supp. 2d 222 (D. Mass. 2013).

5.2.1.2 วิเคราะห์แนวคิดของกฎหมายต่างประเทศและการปรับใช้ในประเทศไทย

หากเปรียบเทียบกับประเทศไทย สัญญาซื้อขายตามคำนิยายในมาตรา 453 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับสัญญาคำนิยามสัญญาซื้อขายตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ และการปรับใช้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับสัญญาซื้อขายโดยตรงก็ไม่อาจทำได้เช่นเดียวกัน ปัญหาว่าศาลไทยสามารถใช้วิธีเดียวกับศาลประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการปรับใช้ U.C.C เข้ากับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยอาศัยหลัก Predominant Factor ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ไม่มีปรากฏในกฎหมายไทย ศาลไทยจึงอาศัยการวินิจฉัยว่าสัญญามีสาระสำคัญเป็นการซื้อขายสินค้าและปรับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ได้ ในขณะที่ศาลประเทศอังกฤษนำสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตาม Sale of Goods Act 1979 มาปรับใช้โดยอาศัยการตีความสัญญาว่าแม้ว่าจะไม่มีข้อสัญญาปรากฏโดยชัดแจ้งแต่คู่สัญญามีเจตนาจะให้มีข้อสัญญาเช่นนั้นอยู่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในประเทศไทยมีหลักกการตีความสัญญาเช่นเดียวกับในกฎหมายอังกฤษ คือมาตรา 171 ที่บัญญัติว่า ในการตีความการแสดงเจตนานั้นให้เพ่งเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร และมาตรา 368 ที่บัญญัติว่า สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย ดังนี้ หากศาลไทยเห็นว่าคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ควรมีสิทธิหน้าที่ต่อกันในลักษณะเดียวกับคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลอาจใช้วิธีการตีความสัญญาว่า คู่สัญญามีเจตนากำหนดให้ให้สิทธิหน้าที่ระหว่างกันเป็นไปในทำนองเดียวกับสัญญาซื้อขาย กล่าวคือ โดยเจตนารมณ์แท้จริงของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ คู่สัญญาต้องการให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิมีหน้าที่ต้องส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถใช้งานได้อย่างสมบูรณ์ตรงตามสัญญา และหนี้ที่เกิดตามข้อสัญญานั้นจะเป็นหนี้กระทำการ หากโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความชำรุดบกพร่องหรือไม่เป็นไปตามสัญญา ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดเพราะถือเป็นการชำระหนี้ไม่ต้องตรงตามความประสงค์แห่งมูลหนี้ ตามมาตรา 215 โดยปัญหาว่าความชำรุดบกพร่องในลักษณะใดจะถือว่าเป็นความบกพร่องถึงขนาดให้ผู้อนุญาตใช้สิทธิต้องรับผิดนั้นอาจนำหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายมาบังคับใช้ ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันและเหตุผลในการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาไว้ก็เป็นเหตุผลในทำนองเดียวกัน จึงมีความใกล้เคียงกันถึงขนาดพอจะใช้เทียบเคียงได้

5.2.2 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์กับสัญญาให้บริการ

ตามที่ได้วิเคราะห์ไปในหัวข้อ 3.3.2.1 แล้วว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นสัญญาจ้างพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำหรับใช้งานเฉพาะ (bespoke software) อาจเข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบสำเร็จรูป (standard software) ไม่ใช่สัญญาจ้างทำของ ในส่วนต่อไปจะขอวิเคราะห์แนวคิดการปรับใช้สิทธิหน้าที่ตามหลักสัญญาให้บริการของต่างประเทศและความเป็นไปได้ในการปรับใช้แนวทางของต่างประเทศกับกฎหมายไทย

5.2.2.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศ

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ พบว่าในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา หลักเกณฑ์การกำหนดว่าสัญญาใดเข้าลักษณะเป็นสัญญาให้บริการ จะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยหลักกการของประเทศสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาจากภาพรวมของสัญญาว่าจะต้องเป็นกรณีที่ผู้ให้บริการผูกพันจะใช้ความรู้ความสามารถของตนในการทำงานด้วยความระมัดระวังอย่างผู้มีวิชาชีพ โดยไม่ได้ประกันผลลัพธ์ของการทำงาน และในกรณีที่มีสินค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง ความสำคัญของทักษะในการทำงานจะต้องมากกว่ามูลค่าของวัตถุดิบหรือสินค้า แต่แนวโน้มการปรับใช้หลักเกณฑ์ของสัญญาให้บริการกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ระหว่างประเทศอังกฤษกับประเทศสหรัฐอเมริกายังมีความแตกต่างกันอยู่ ดังนี้

<u>ประเทศสหรัฐอเมริกา</u>

ในประเทศอเมริกา หลัก Predominant Factor ทำให้ศาลจำเป็นต้องชั่งน้ำหนักกำหนดว่าในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทั้งการขายและการให้บริการหรือการอื่น ๆ สาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่สัญญาประเภทใด และบังคับใช้หลักเกณฑ์ของสัญญานั้นกับสัญญาทั้งฉบับ ดังนั้น ศาลสหรัฐอเมริกาจึงมีการวินิจฉัยแยกประเภทของสัญญาอย่างชัดเจน ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบสำเร็จรูป แนวทางของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าเป็นสัญญาที่มีลักษณะค่อนไปทางสัญญาซื้อขายมากกว่าการให้บริการ ในส่วนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทที่พัฒนาขึ้นใหม่ตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง อาจพิจารณาว่าเป็นสัญญาให้บริการเมื่อจากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สัญญาให้ความสำคัญกับการให้บริการมากกว่าสินค้า เช่น สัญญาว่าจ้างพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้นเป็นต้นแบบในการปรับปรุงโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ต่อไปในคดี Simulados Software, Ltd. v. Photon Infotech Private, Ltd.,[14] หรือ สัดส่วน

[14] 40 F. Supp. 3d 1191 (2014).

ค่าตอบแทนในส่วนของบริการสูงกว่าสินค้าในคดี Datalink Corp. v. Perkins Eastman Architects P.C.[15] เป็นต้น

ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษมีกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาให้บริการไว้เป็นการเฉพาะได้แก่ Supply of Goods and Services Act 1982 ซึ่งได้ให้คำนิยามของสัญญาให้บริการไว้ว่า สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้จัดหา ตกลงที่จะให้บริการใด ๆ ไม่ว่าภายใต้สัญญานั้น จะได้มีการโอนไปซึ่งสินค้าหรือรับจ้างรับประกันสินค้าอย่างใด ๆ หรือไม่ อย่างไรก็ดีจากที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อ 4.2.1.3 ศาลอังกฤษมักไม่วินิจฉัยชี้ขาดว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จัดเป็นสัญญาประเภทใด แต่จะบังคับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยอาศัยการตีความข้อสัญญาและกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรม หลักเกณฑ์การวินิจฉัยสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจึงมักพิจารณาจากข้อเท็จจริง โดยในกรณีที่คู่สัญญาให้ความสำคัญกับผลลัพธ์มากกว่าขั้นตอนการทำงาน (result-oriented promises) สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะเป็นไปในแนวทางเดียวกับสัญญาซื้อขาย เช่น สัญญาจัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบสำเร็จรูปในคดี Sam Business Systems v Hedley&Co[16] เป็นต้น แต่ในกรณีที่คู่สัญญาให้ความสำคัญกับวิธีการทำงานมากกว่าผลลัพธ์ (process-oriented promises) สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะเป็นไปในแนวทางเดียวกับสัญญาให้บริการ เช่น Salvage Associates v. Cap Financial Service Ltd.[17] เป็นต้น

5.2.2.2 วิเคราะห์แนวคิดของกฎหมายต่างประเทศและการปรับใช้ในประเทศไทย

ในส่วนของการกำหนดสถานะของสัญญา จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ของทั้งประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีความใกล้เคียงกับองค์ประกอบของสัญญาจ้างทำของตามกฎหมายไทย กล่าวคือสาระสำคัญของสัญญาให้บริการจะต้องมุ่งเน้นไปที่ความรู้ความสามารถของผู้ให้บริการเป็นหลักมากกว่าผลลัพธ์ที่ได้จากการทำงาน ดังนั้นการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีเข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของหรือมีแนวโน้มค่อนไปทางสัญญาให้บริการมากกว่าการซื้อขายหรือไม่ สามารถนำหลักเกณฑ์หรือตัวอย่างข้อเท็จจริงของทั้งประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกามาปรับใช้ในประเทศไทยได้

ในส่วนของการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา ศาลไทยอาจปรับใช้วิธีการของศาลประเทศอังกฤษได้ในอีกลักษณะหนึ่ง คือศาลอาจใช้การตีความสัญญากำหนดให้หนี้ตามสัญญาของผู้

---

[15] 33 F.Supp.3d 1068 (2014).

[16] [2003] 1 All ER (Comm) 465.

[17] [1995] F.S.R. 654.

อนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นหนี้กระทำการให้สำเร็จ ซึ่งทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดโดยเด็ดขาดเมื่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่เป็นไปตามสัญญา หรือเป็นหนี้ให้กระทำถึงผลในระดับอันควร ซึ่งทำให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดต่อเมื่อการชำระหนี้ไม่ได้ทำไปโดยใช้ความรู้ความสามาถหรือความระมัดระวัง โดยไม่ต้องปรับใช้หลักเกณฑ์ของเอกเทศสัญญา และปรับใช้ร่วมกับพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เพื่อลดทอนหรือยกเว้นผลของข้อสัญญาที่มีลักษณะไม่เป็นธรรม

<u>บทสรุปการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดสิทธิหน้าที่</u>

จากการศึกษากฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษพบว่า การกำหนดสิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยปริยายโดยศาลมีการปรับใช้เป็น 2 แนวทาง ได้แก่

1) การกำหนดสิทธิหน้าที่โดยการปรับใช้กฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายหรือให้บริการกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยอนุโลม ซึ่งเป็นวิธีการที่ใช้ก่อนจะมีการตรากฎหมายเฉพาะที่สามารถปรับใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้โดยตรงและใช้ในกรณีที่สัญญามีลักษณะที่ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับดังกล่าว และ

2) การกำหนดสิทธิหน้าที่โดยกฎหมายที่บัญญัติให้ใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการเฉพาะ

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เป็นการเฉพาะ การกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจึงต้องอาศัยแนวทางแรกคือการปรับใช้หลักเกณฑ์ที่มีอยู่เดิมกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งแนวทางของต่างประเทศที่สามารถนำมาใช้ในประเทศไทยได้นั้น คือแนวทางการปรับใช้ของประเทศอังกฤษ กล่าวคือการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาโดยอาศัยการตีความข้อสัญญาโดยชัดแจ้งและวินิจฉัยว่าตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของสัญญานั้นต้องการให้คู่สัญญามีสิทธิหน้าที่ต่อกันไปในทำนองเดียวกับสัญญาซื้อขายหรือให้บริการ จึงกำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิหน้าที่ต่อกันให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์นั้น คือมีสิทธิหน้าที่ไปในทำนองเดียวกันกับคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายหรือให้บริการแล้วแต่กรณี

บทที่ 6
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสัญญาระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensor) ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้รับอนุญาต (licensee) โดยทั่วไปมีวัตถุประสงค์หลักคือการอนุญาตให้ผู้รับอนุญาตสามารถใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นลิขสิทธิ์ของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ตามที่ตกลงกัน โดยผู้รับอนุญาตตกลงจ่ายค่าสิทธิหรือผลตอบแทนอื่นแก่ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากเอกเทศสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สิทธิหน้าที่ตามสัญญาจึงเป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกำหนดไว้ในสัญญาตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา อย่างไรก็ดี การกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยหลักเสรีภาพในการทำสัญญา จะมีประเด็นปัญหาที่สำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูป (standard software) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์มักเป็นสัญญาที่ถูกกำหนดขึ้นโดยฝ่ายผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิเพียงฝ่ายเดียว การวินิจฉัยสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา โดยเฉพาะหน้าที่และความรับผิดของฝ่ายผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตามข้อความในสัญญาเท่านั้นอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญา ดังนี้จึงก่อให้เกิดปัญหาที่ว่าเมื่อเกิดข้อพิพาทศาลควรเข้าไปแทรกแซงการใช้สิทธิกำหนดเนื้อหาของคู่สัญญา และกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาให้เหมาะสมหรือไม่ และด้วยวิธีใด ประการที่ 2 สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นเป็น hybrid transactions กล่าวคือเป็นธุรกรรมที่มีการคาบเกี่ยวกันระหว่างสัญญาหลายประเภทในสัญญาฉบับเดียวกัน โดยมีทั้งส่วนที่มีลักษณะใกล้เคียงกับการซื้อขายและใกล้เคียงกับสัญญาให้บริการ ดังนั้นจึงก่อให้เกิดปัญหาว่าหนี้ตามสัญญาของผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะเป็นหนี้กระทำให้สำเร็จ กล่าวคือลูกหนี้จะต้องกระทำนั้นต้องกระทำจนถึงผลสำเร็จของกิจการนั้น ๆ ซึ่งเป็นมาตรฐานการชำระหนี้ในสัญญาซื้อขาย หรือหนี้กระทำให้ถึงผลในระดับอันควร ซึ่งเป็นกรณีที่ลูกหนี้จะต้องกระทำกิจการงานขนาดที่ควรจะเป็นไปได้ในระดับอันควร ด้วยความระมัดระวังเอาใจใส่ตามความรู้ความสามารถของตนในวิชาชีพนั้น อันเป็นมาตรฐานที่ใช้ในสัญญาให้บริการทางวิชาชีพ ซึ่งการกำหนดวัตถุแห่งหนี้ จะนำไปสู่การวินิจฉัยกำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา และเมื่อปรากฏว่ามีบั๊กในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะถือว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิผิดสัญญาหรือไม่ อย่างไร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

จากการศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ พบว่าคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายต่อกันดังนี้

(1) สิทธิและหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (express terms) เป็นสิทธิหน้าที่ถูกกำหนดขึ้นโดยเจตนาของคู่สัญญาเอง โดยศาลจะตีความสัญญาเพื่อวินิจฉัยกำหนดสิทธิหน้าที่ให้สอดคล้องกับเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาเป็นหลัก รวมถึงพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ที่มีผลต่อการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาของคู่สัญญาเพื่อกำหนดความรับผิดของคู่สัญญา สิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้งจะมีต่อกันอย่างไรจึงมีความไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับการตีความสัญญาของศาลเป็นรายคดี การกำหนดสิทธิหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยชัดแจ้งนี้ ศาลกำหนดโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญา

(2) สิทธิและหน้าที่ตามข้อสัญญาโดยปริยาย (implied terms) เป็นสิทธิหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดให้แก่คู่สัญญาเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม โดยสิทธิหน้าที่บางส่วนมีที่มาจากสิทธิหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการ เนื่องจากธุรกรรมตามสัญญามีความใกล้เคียงกันเพียงพอจะปรับใช้ข้อสัญญาโดยปริยายดังกล่าวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้อย่างสมเหตุสมผล ซึ่งสิทธิหน้าที่ในกลุ่มนี้ได้แก่ การรอนสิทธิ คำพรรณนาและตัวอย่าง ความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปและการใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ ความรู้ความสามารถในวิชาชีพและความระมัดระวัง และสิทธิหน้าที่ซึ่งมีที่มาจากลักษณะเฉพาะของธุรกรรมเกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์เอง ได้แก่ ความถูกต้องของข้อมูล ความเข้ากันได้ของระบบ เป็นสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ข้อมูลก่อนทำสัญญาถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา การส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ผ่านเครือข่ายอินเตอร์เน็ต การปรับปรุงแก้ไขโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ความรับผิดต่อความเสียหายที่มีต่ออุปกรณ์หรือดิจิตอลคอนเทนต์อื่น

สำหรับหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ (1) การกำหนดสิทธิหน้าที่โดยอาศัยกฎหมายที่มีอยู่แล้วในการวินิจฉัย และ (2) การกำหนดสิทธิหน้าที่โดยกฎหมายที่บัญญัติให้ใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นการเฉพาะ ในกรณีแรก จะเป็นกรณีที่ข้อพิพาทเกิดก่อนที่จะมีการบัญญัติกฎหมายซึ่งสามารถใช้บังคับกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้น หรือสัญญาไม่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายฉบับนั้น เมื่อมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล โดยศาลจะวินิจฉัยว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ฉบับนั้นโดยภาพรวมมีลักษณะค่อนไปทางสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการมากกว่ากัน และจะวินิจฉัยสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์เดียวกันกับสัญญาประเภทที่มีลักษณะใกล้เคียงกันมากกว่า ดังนั้น สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะเป็นไปในทางใดขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยวัตถุประสงค์หลักของสัญญาว่าคู่สัญญาต้องการโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะของสินค้าหรือต้องการให้ผู้อนุญาตให้

ใช้สิทธิใช้ความรู้ความสามารถในการดำเนินการจัดหาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แก่ผู้รับอนุญาตในลักษณะของการให้บริการ

ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษมีวิธีการในการกำหนดสิทธิหน้าที่ให้คู่สัญญาในกรณีนี้ต่างกัน โดยประเทศสหรัฐอเมริกาศาลจะต้องมีการวินิจฉัยว่าสัญญามีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาซื้อขายหรือให้บริการมากกว่ากันและจะบังคับสัญญาทั้งฉบับภายใต้กฎหมายสัญญาที่มีความใกล้เคียงกันมากกว่าโดยอาศัยหลัก common law เรียกว่า Predominant Factor ส่วนในประเทศอังกฤษศาลจะไม่วินิจฉัยชี้ขาดว่าสัญญาเข้าลักษณะเป็นสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่ง แต่จะวินิจฉัยกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาโดยอาศัยการตีความข้อสัญญาโดยชัดแจ้ง (express terms) ว่าตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของสัญญานั้นต้องการให้คู่สัญญามีสิทธิหน้าที่ต่อกันไปในทำนองเดียวกับสัญญาซื้อขายหรือให้บริการ จึงกำหนดให้คู่สัญญามีสิทธิหน้าที่ต่อกันให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์นั้นคือมีสิทธิหน้าที่อย่างเดียวกันกับคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายตาม Sale of Goods Act 1979 หรือให้บริการตาม Supply of Goods and Services Act 1982 แล้วแต่กรณี

การปรับใช้หลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าหรือสัญญาให้บริการกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ในกรณีที่พิจารณาแล้วว่าวัตถุประสงค์หลักของสัญญาเป็นไปในลักษณะเดียวกัน แม้ว่าสัญญาจะไม่ใช่สัญญาประเภทนั้นเมื่อพิจารณาตามถ้อยคำของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ จากการศึกษาพบว่ามีขึ้นด้วยสาเหตุสำคัญ 2 ประการ คือ เพื่อให้ผลของสัญญาสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญานั้นเอง และเพื่อให้เป็นไปตามเหตุผลด้านนโยบายในการคุ้มครองคู่กรณีฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองด้อยกว่า รวมถึงให้ผลทางกฎหมายมีความสอดคล้องเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับสัญญาประเภทอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน

เนื่องมาจากปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยใช้กฎหมายที่มีอยู่เดิม ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษจึงมีการบัญญัติกฎหมายที่สามารถใช้กับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้โดยตรง โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ The Uniform Computer Information Transactions Act ใช้บังคับกับกับธุรกรรมเกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ (computer information transactions) และประเทศอังกฤษได้แก่ The Consumer Rights Act 2015 Chapter 3: Digital Content ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้กับสัญญาระหว่างผู้ค้า (trader) กับผู้บริโภค (consumer) เพื่อการจัดหาให้ซึ่งดิจิตอลคอนเทนต์ อันหมายถึงข้อมูลซึ่งได้ถูกผลิตและจัดเก็บในรูปแบบดิจิตอลรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ กฎหมายทั้งสองฉบับได้มีการกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาไว้เป็นการเฉพาะโดยสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจะมีทั้งส่วนที่มีลักษณะใกล้เคียงกับสัญญาซื้อขายสินค้า กล่าวคือกำหนดให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องรับผิดต่อผู้รับอนุญาตเมื่อโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีลักษณะไม่ตรง

ตามคำรับประกันโดยชัดแจ้งหรือตามคำพรรณนาหรือตามตัวอย่าง มีข้อสัญญาโดยปริยายว่าด้วยการรอนสิทธิ การรับประกันความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์โดยทั่วไปและการใช้ประโยชน์โดยเฉพาะ และส่วนที่เป็นสิทธิหน้าที่ซึ่งกำหนดตามลักษณะเฉพาะของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่น ได้ เช่น การกำหนดหน้าที่ในการรับประกันความเข้ากันได้ของระบบ (system integration) ตามอย่าง The Uniform Computer Information Transactions Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ กำหนดให้กรณีที่มีการปรับปรุงแก้ไขโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายหลังการส่งมอบ (modification) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ปรับปรุงแล้วต้องปรากฏว่ามีคุณภาพของเป็นที่น่าพึงพอใจ เหมาะสมแก่ประโยชน์ใช้สอย และตรงตามคำพรรณนา ซึ่งเป็นข้อสัญญาโดยปริยายตาม The Consumer Rights Act 2015 ของประเทศอังกฤษ เป็นต้น

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย จะเห็นได้ว่าปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีการตรากฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้เป็นการเฉพาะ การกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายที่มีอยู่เดิมเท่านั้น ในการกำหนดสิทธิหน้าที่โดยอาศัยหลักกฎหมายที่มีอยู่เดิม ในกรณีของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทพัฒนาขึ้นตามคำสั่ง (bespoke software) และมีการจ่ายค่าตอนแทนเพื่อผลสำเร็จของงาน จะเข้าลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจึงเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในกรณีโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูป (standard software) สาระสำคัญของสัญญาไม่ใช่การทำงานจนแล้วเสร็จ จึงไม่ใช่สัญญาจ้างทำของแต่ใกล้เคียงกับสัญญาซื้อขายมากกว่า เมื่อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ถือเป็นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังผู้ซื้อ ศาลไทยจึงไม่อาจปรับใช้หลักเกณฑ์ของสัญญาซื้อขายกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยตรง

การกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นอกเหนือจากข้อสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรทำนองเดียวกับกฎหมายต่างประเทศในประเทศไทยนั้นอาจทำได้โดยการตีความสัญญาโดยศาลในแนวทางเดียวกับแนวทางของศาลประเทศอังกฤษ ซึ่งมีลักษณะดังนี้

กรณีที่สัญญามีลักษณะค่อนไปทางสัญญาซื้อขาย เช่น สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูป ศาลอาจตีความสัญญาโดยตีความเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาตามมาตรา 171 ว่าหนี้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นหนี้กระทำการให้เป็นผลสำเร็จ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องรับผิดหากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่เป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญา โดยไม่คำนึงว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ใช้ความระมัดระวังเอาใจใส่ในการชำระหนี้หรือไม่ และการตีความถ้อยคำซึ่งมักปรากฏในสัญญาว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะทำงานโปรแกรมจะสามารถทำงานหรือมีฟังก์ชั่น การใช้งานได้อย่างสำคัญ (“substantial performance”

or “perform substantially”) ก็ควรจะตีความให้หมายความว่า โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีความเหมาะสมแก่การใช้ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติหรือมุ่งหมายโดยสัญญา โดยปัญหาว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ส่งมอบให้ผู้รับอนุญาตตามสัญญาควรมีคุณภาพมาตราฐานเพียงใดจึงจะถือได้ว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้มีการชำระหนี้ตรงตามความประสงค์แห่งมูลหนี้แล้ว กรณีนี้ศาลสามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องความชำรุดบกพร่องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายมาปรับใช้ได้ในฐานะกฎหมายที่ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง การตีความสัญญาเช่นนี้ย่อมเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีความรู้เกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาและอำนาจต่อรองน้อยกว่าในสัญญาคือผู้ซื้อในสัญญาซื้อขายและผู้รับอนุญาตในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อันเป็นหลักในการตีความสัญญาโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในทางสุจริตและปกติประเพณีตามมาตรา 368

กรณีที่สัญญามีลักษณะค่อนไปทางสัญญาให้บริการทางวิชาชีพ ศาลอาจตีความว่าหนี้ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นหนี้กระทำการให้ถึงผลในระดับอันควร หากปรากฏว่าผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิได้ดำเนินการจนเสร็จสิ้นกระบวนการขั้นตอนแล้ว และได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพออย่างผู้มีอาชีพในการกระทำการนั้น ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก็ไม่ต้องรับผิดแม้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่เป็นที่พึงพอใจแก่ผู้รับอนุญาต

ปัญหาว่าหากปรากฏว่ามีบั๊กในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะต้องรับผิดต่อผู้รับอนุญาตหรือไม่ อย่างไรนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับประเภทของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยหากเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูป วิญญูชนย่อมคาดหวังว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีความสมบูรณ์พร้อมใช้งาน จึงไม่ควรมีบั๊กที่ร้ายแรงอีก แต่หากเป็นโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่พัฒนาขึ้นใหม่ วิญญูชนย่อมไม่คาดหวังว่าจะได้รับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สมบูรณ์ตั้งแต่ครั้งแรกที่ส่งมอบ แต่ต้องอาศัยการติดตามปรับปรุงแก้ไขผ่านการใช้งานจริงจนกว่าโปรแกรมจะเสร็จสมบูรณ์ แต่ไม่ว่าในกรณีใด ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิอาจป้องกันตนเองจากความรับผิดในความเสียหายเกินสมควรได้ โดยการกำหนดข้อตกลงยกเว้นและจำกัดความรับผิดตามสัญญา เนื่องจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นสินค้าที่ไม่อาจทำให้สมบูรณ์ปราศจากข้อผิดพลาดได้ตามธรรมชาตินี้เอง การยกเว้นและจำกัดความรับผิดตามสมควรจึงไม่ถือเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม โดยหากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิกำหนดข้อสัญญาจำกัดความรับผิดของตนเกินสมควรจนผู้รับอนุญาตอาจไม่ได้รับการชดเชยอย่างเป็นธรรมและสมควรจากคู่สัญญา ศาลก็สามารถใช้อำนาจตามพระพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 กำหนดให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่าประเทศไทยควรมีการตรากฎหมายเฉพาะที่กำหนดสิทธิหน้าที่เกี่ยวกับข้อมูลดิจิตอลเช่นเดียวกับต่างประเทศ เนื่องจากการใช้การตีความกฎหมายเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อาจก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนแน่นอน เพราะขึ้นอยู่กับการตีความของศาลเป็นรายคดี ทำให้สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญายังคงไม่มีความชัดเจนแน่นอนในระบบกฎหมายไทย ทั้งที่ในปัจจุบันข้อมูลดิจิตอล เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ถือเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่ามหาศาลและมีความสำคัญในทางธุรกิจและชีวิตประจำวันของประชาชนทั่วไปมากขึ้นเรื่อย ๆ แต่สถานะของทรัพย์สินดิจิตอลเหล่านี้รวมทั้งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่เกี่ยวเนื่องกันยังคงมีความไม่ชัดเจนในกฎหมายไทย

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าประเทศไทยสมควรมีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองด้อยกว่าในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์สำเร็จรูป เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ซึ่งเป็นแนวทางของประเทศอังกฤษตาม The Consumer Rights Act 2015 โดยมีเนื้อหาครอบคลุมในเรื่องต่อไปนี้

(1) ควรมีการกำหนดนิยามของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ชัดเจนและครอบคลุมถึงสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการใช้ประโยชน์จากโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยมีค่าตอบแทน ไม่ว่าสัญญานั้นจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไร

(2) ควรกำหนดสิทธิหน้าที่และตามสัญญาให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากเป็นสัญญาซึ่งมีลักษณะในทางความเป็นจริง รวมถึงเหตุผลซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีความใกล้เคียงกัน สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาจึงควรสอดคล้องเป็นไปในแนวทางเดียวกัน และควรมีบทบัญญัติในเรื่องที่เป็นลักษณะเฉพาะตัวของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้ชัดเจน เช่น การส่งมอบโปรแกรมคอมพิวเตอร์ผ่านเครือข่ายอินเตอร์เน็ต อันเป็นแนวทางการตรากฎหมายเฉพาะที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

(3) ควรกำหนดให้ชัดเจนว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถมีข้อตกลงยกเว้นและจำกัดความรับผิดในความชำรุดบกพร่องของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ แต่ต้องให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น เพื่อให้ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถป้องกัน

ตนเองจากความรับผิดในความเสียหายเกินสมควรซึ่งเกิดจากบั๊กของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ โดยไม่ต้องห้ามตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

บรรณานุกรม

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะตัวแทน, ตัวแทนค้าต่าง, นายหน้า, จ้างทำของ, รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550.

จิ๊ด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ดวงพร เตชะกำธร. ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับ Shrink-Wrapped Licensing. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2546.

ดาราพร ถิระวัฒน์. กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

———. กฎหมายหนี้ หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด , 2560.

เทอดทูน รัฐกาญจน์. ความรับผิดในความเสียหายต่อเนื่องอันเกิดจากความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่ซื้อขาย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

น้ำฝน อัศวเมฆิน. หลักการพื้นฐานของวิศวกรรมซอฟต์แวร์. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ซีเอ็ดยูเคชั่น จำกัด (มหาชน), 2560.

ปัญญา ด่านพัฒนามงคล. ความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขาย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2536.

ไผทชิต เอกจริยกร. คำอธิบายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2560.

มานิตย์ จุมปา. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2553.

วิษณุ เครืองาม. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2545.

ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์. คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2550.

———. คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2559.

———. คำอธิบายหลักกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: บริษัท

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2557.

ศุภกาญจน์ ปรีชา. การชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552.

สกุล อำนวนชัย. การเขียนโปรแกรมคอมพิวเตอร์ กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ศูนย์ส่งเสริมวิชาการ, 2557.

สรรพีระ นิลขำ. กฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย: ศึกษาเฉพาะกรณีซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2553.

Atiyah, P. S. The Sale of Goods. 11 ed. England: Person Education Limited, 2005.

Barnes, J., Dworkin, T. M., and Richards, E. Law for Business. North America: McGraw-Hill Education 2015.

Braucher, J. Unfair Terms in Comparative Perspective: Software Contracts. In Edited by Larry Dimatteo, Q. Z., Severine Saintier, Keith Rowley, Commercial Contract Law: Transatlantic Perspectives. New York: Cambridge University Press, 2013.

Daunt, R. T. Warranties and Mass Distributed Software. Santa Clara High Technology Law Journal 1, 2 (1985): 255-307.

Elliott, C., and Quinn, F. Contract Law. Great Britain: Pearson Education Limited, 2007.

Farnsworth, A. Implied Warranries of Quality in Non Sales Case. Columbia Law Review 57 (1957): 653-674.

Gillette, C., and Walt, S. Sales Law Domestic and International. Second ed. United States of America: Foundation Press, 2009.

Gomulkiewicz, R. W. The Implied Warranty of Merchantability in Software Contracts: A Warranty No One Dares to Give Andhow to Change That. The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law 16, 2 (1997): 393-402.

Herbert Smith Freehills LLP. The Uk Consumer Rights Act 2015 – Key Changes That Every Consumer Business Should Be Aware Of [Online]. 2015. Available from: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a86e26b5-2c03-4264-9cd8-1ce16ca7532e [2018, January 11]

Hillman, R., and O'Rourke, M. A. Principles of the Law of Software Contracts: Some

Chulalongkorn University

Highlights. Tulane law review 84 (2010): 1519-1539.

Kawawa, N. Contractual Liability for Defects in Information in Electronic Form. Baltimore Intellectual Property Law Journal 8, Fall 1999/Spring 2000 (1999): 73-183.

Klemchuk, D. Warranty against Infringenemt - Ucc Section 2-312 [Online]. 2017. Available from: https://www.klemchuk.com/legal-insights/warranty-against-infringement-ucc-section-2-312 [2019, February 24]

Levy, L., and Bell, S. Software Product Liability: Understanding and Minimizing the Risks. High Technology Law Journal 5, spring (1989): 1-27.

Lloyd, L. Information Technology Law. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Madison, M. Reconstructing the Software License. Loyola University Chicago Law Journal 35 (2003): 275-340.

Miles, R. Blackstone's Sale and Supply of Goods and Services. United Kingdom: Blackstone Pass Limited, 2001.

Miyaki, P. Computer Software Defects: Should Computer Software Manufacturers Be Hold Strictly Liable for Computer Software Defects? Santa Clara high technology law Journal 8, 1 (1992): 121-144.

Nimmer, R., and Dodd, J. Modern Licensing Law [Online]. 2017. Available from: https://1.next.westlaw.com/Document/Ic39099ab563511dab18fcc849cb1e5d6/View/FullText.html?originationContext=documenttoc&transitionType=CategoryPageItem&contextData=%28sc.Category%29 [2018, August 21]

Reed, C., and Angel, J. Computer Law. New York: Oxford University Press Inc, 2003.

Rowland, D., and Macdonald, E. Information Technology Law. Great Britain: Cavendish Publishing Limited, 2005.

Spivey, G. D. Applicability of Ucc Article 2 to Mixed Contracts for Sale of Business Goods and Services: Computer Software, Systems, and Similar Contracts (19 A.L.R.7th Art. 6) [Online]. 2017. Available from: ttps://1.next.westlaw.com/Document/Ib837c802030611e7bc61881289c41f88/View/FullText.html?originationContext=citingReferences&transitionType=Document&contextData=(sc.DocLink)&docSource=8d4b939a07d34bfb8bbd22c0b6b28c74&rulebookMode=false [2019, May 23]

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Stone, R., and Devenney, J. The Modern Law of Contract. Oxford: Routledge, 2017.

Tepper, P. R. "The Law of Contacts and the Uniform Commercial Code." New York: Delmar Cengage Learning, 2012.

The Sales Law Review Group. Report on the Legislation Governing the Sale of Goods and Supply of Services. Dublin: The stationery office, 2014.

Twigg-Flesner, C. The Nature of Express Quality Warranties. Law Quarterly Review 120, April (2004): 214-218.

Wright, A. M. What Constitutes Warranty Explicitly Extending to "Future Performance" for Purposes of Ucc § 2–725(2). 81 American Law Reports 5th 483 (2000): 529-550.

Zollers, F. E., McMullin, A., Hurd, S. N., and Shears, P. No More Soft Landings for Software: Liability for Defects in an Industry That Has Come of Age. Santa Clara high technology law Journal 21, 4 (2005): 745-782.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ภาคผนวก 1
ตัวอย่างสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์

LICENSE AND SERVICES AGREEMENT

READ CAREFULLY: AUTODESK LICENSES THE SOFTWARE AND OTHER LICENSED MATERIALS ONLY ON THE CONDITION THAT LICENSEE ACCEPTS ALL OF THE TERMS CONTAINED OR REFERENCED IN THIS AGREEMENT.

By selecting the “I accept” button or other button or mechanism designed to acknowledge agreement to the terms of an electronic copy of this Agreement, or by installing, downloading, accessing, or otherwise copying or using all or any portion of the Autodesk Materials, (i) you accept this Agreement on behalf of the entity for which you are authorized to act (e.g., an employer) and acknowledge that such entity is legally bound by this Agreement (and you agree to act in a manner consistent with this Agreement) or, if there is no such entity for which you are authorized to act, you accept this Agreement on behalf of yourself as an individual and acknowledge that you are legally bound by this Agreement, and (ii) you represent and warrant that you have the right, power and authority to act on behalf of and bind such entity (if any) or yourself. You may not accept this Agreement on behalf of another entity unless you are an employee or other agent of such other entity with the right, power and authority to act on behalf of such other entity.

If Licensee is unwilling to accept this Agreement, or you do not have the right, power and authority to act on behalf of and bind such entity or yourself as an individual (if there is no such entity), (a) DO NOT SELECT THE “I ACCEPT” BUTTON OR OTHERWISE CLICK ON ANY BUTTON OR OTHER MECHANISM DESIGNED TO ACKNOWLEDGE AGREEMENT, AND DO NOT INSTALL, DOWNLOAD, ACCESS, OR OTHERWISE COPY OR USE ALL OR ANY PORTION OF THE AUTODESK MATERIALS; AND (b) WITHIN THIRTY (30) DAYS FROM THE DATE OF ACQUIRING THE AUTODESK MATERIALS, LICENSEE MAY RETURN THE AUTODESK MATERIALS (INCLUDING ANY COPIES) TO THE ENTITY FROM WHICH THEY WERE ACQUIRED FOR A REFUND OF THE APPLICABLE LICENSE FEES PAID BY THE LICENSEE.

The words “Autodesk", “Agreement” and “Licensee” and other capitalized terms used in this Agreement are defined terms. The definitions can be found in Exhibit A (if the terms are not defined in the main body of the Agreement).

1. License

1.1 License Grant. Subject to and conditioned on Licensee’s continuous compliance with this Agreement and payment of the applicable fees, Autodesk grants Licensee a nonexclusive, nonsublicensable, nontransferable, limited license to Install and Access the Licensed Materials, in each case solely (a) in the Territory, (b) within the scope of the License Type and Permitted Number specified in the applicable License Identification, and (c) in

accordance with the other terms of this Agreement. Various License Types are described in Exhibit B. In any case where the License Identification does not specify a License Type or Permitted Number, or there is no License Identification, the License Type will, by default, be the Evaluation License and the Permitted Number will, by default, be one (1).

1.2 Upgrades and Previous Versions.

1.2.1 Effect of Upgrades. If Autodesk or a Reseller provides Licensee with an Upgrade to other Licensed Materials previously licensed to Licensee, the Licensed Materials previously licensed to Licensee and any other Autodesk Materials relating thereto will thereafter be deemed to be a "Previous Version." Except as set forth in Section 1.2.2 (Exception for Relationship Program Licensees), the license grant and other rights with respect to any Previous Version will terminate one hundred twenty (120) days after Installation of the Upgrade. Within such one hundred twenty (120) day period, except as set forth in Section 1.2.2 (Exception for Relationship Program Licensees), (a) Licensee must cease all use of any Previous Version and Uninstall all copies of the Previous Version, and (b) upon expiration of such period, such Previous Version will no longer constitute Licensed Materials but rather will be deemed to be Excluded Materials and Licensee will no longer have a license for any such Previous Version. At Autodesk's request, Licensee agrees to destroy or return to Autodesk or the Reseller from which they were acquired all copies of the Previous Version. Autodesk reserves the right to require Licensee to show satisfactory proof that all copies of any Previous Version have been Uninstalled and, if so requested by Autodesk, destroyed or returned to Autodesk or the Reseller from which they were acquired.

1.2.2 Exception for Relationship Program Licensees. The termination of rights as to Previous Versions described in Section 1.2.1 (Effect of Upgrades) may not apply to Licensee if and to the extent (a) Licensee participates in a Relationship Program and the Relationship Program Terms authorize Licensee to retain such Previous Versions or (b) otherwise authorized in writing by Autodesk.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

1.3 Additional Terms. The Licensed Materials (or portions thereof) may be subject to terms (e.g., terms accompanying such Licensed Materials or made available in connection with ordering, installing, downloading, accessing, using or copying such Licensed Materials) that are in addition to or different from the terms set forth in this Agreement, and Licensee agrees to comply with such terms.

1.4 Other Materials. If Autodesk provides or makes available to Licensee any additional materials associated with the Licensed Materials, including any corrections, patches, service packs, updates or upgrades to, or new versions of, the Licensed Materials (including Upgrades) or any Supplemental Materials or User Documentation for the Licensed Materials, (a) such additional materials may include or be subject to other terms in addition to or different from the terms set forth in this Agreement (including, without limitation, additional or different fees, license terms, or restrictions on use), and Licensee agrees to comply with such terms, or (b) if there are no other terms for such additional materials, they will (except as otherwise provided by Section 1.2 (Upgrades and Previous Versions)) be subject to the same terms (including, without limitation, the licenses, applicable License Type and

Permitted Number, and other terms of this Agreement) as the Licensed Materials to which such additional materials apply. In no event will the foregoing result in any rights with respect to Excluded Materials.

1.5 Authorized Users. Licensee may permit the Licensed Materials to be Installed and/or Accessed only by Licensee's Personnel (except as otherwise designated in the applicable License Type), and any such Installation or Access will be subject to any other requirements imposed by this Agreement and the applicable License Type and Permitted Number. Licensee will be responsible for compliance with this Agreement by Licensee's Personnel and any other persons who may have Access to the Autodesk Materials through Licensee (whether or not such Access is authorized by Autodesk or within the scope of the applicable License Type and Permitted Number).

1.6 Third-Party Licensed Materials. The Autodesk Materials may contain or be accompanied by third-party software, data or other materials that are subject to and provided in accordance with terms that are in addition to or different from the terms set forth in this Agreement. Such terms may be included or referenced in or with such third-party software, data or other materials (e.g., in the "About box") or a web page specified by Autodesk (the URL for which may be obtained on Autodesk's website or on request to Autodesk). Licensee agrees to comply with such terms. In addition, Licensee will take sole responsibility for obtaining and complying with any licenses that may be necessary to use third-party software, data or other materials that Licensee uses or obtains for use in conjunction with the Licensed Materials. Licensee acknowledges and agrees that Autodesk has no responsibility for, and makes no representations or warranties regarding, such third-party software, data or other materials or Licensee's use of such third-party software, data or other materials.

1.7 Relationship Programs. Autodesk may offer to Licensee, and (if so) Licensee may participate in one (1) or more Relationship Programs applicable to the Licensed Materials licensed to Licensee under this Agreement (and such Relationship Programs may include rights in addition to or different from those set forth in this Agreement). Any Relationship Programs are subject to Autodesk's terms therefor, which terms are set forth in the applicable Relationship Program Terms. Licensee agrees that if it requests, accepts, or makes use of any Relationship Program, Licensee will be bound by such terms, as they may be modified from time to time in accordance with the applicable Relationship Program Terms (and such terms, as so modified from time to time, are a part of and incorporated by reference into this Agreement), and Licensee agrees to comply with such terms. Licensee acknowledges that Autodesk may require a further acceptance of such terms as a condition to participation in a Relationship Program.

1.8 Services. Autodesk may provide, and Licensee may elect to receive or benefit from, certain Services from time to time. Any Services are subject to Autodesk's terms therefor, which terms are set forth in the applicable Services Terms. Licensee agrees that if it requests, accepts, or makes use of any Services, Licensee will be bound by such terms, as they may be modified from time to time in accordance with the applicable Services Terms (and such terms, as so modified from time to time, are a part of and incorporated by reference into this Agreement), and Licensee agrees to comply with such terms. Licensee

acknowledges that Autodesk may require a further acceptance of such terms as a condition to providing Services.

1.9 Archival Copy. Licensee's license under Section 1.1 (License Grant) includes the right to make a single archival copy of the Licensed Materials in the Territory, provided that (a) the single-copy limitation will not apply to copies made as an incidental part of a routine backup of Licensee's entire computer system on which the Licensed Materials are Installed in accordance with this Agreement, where such backup includes the making of copies of substantially all other software on such computer system and (b) any archival copy may be Accessed or Installed (other than on a backup storage medium from which the Licensed Materials cannot be Accessed) only when and for so long as the primary copy of the Licensed Materials is inaccessible and inoperable. Copies of the Licensed Materials that are Installed and are in excess of the Permitted Number at any time while the primary copy of the Licensed Materials is also Accessible are not "archival copies" as permitted under this Section 1.9 (Archival Copy).

1.10 Nature of Licenses. Licensee acknowledges and agrees that when Licensee acquires a license of Licensed Materials, (including through a Relationship Program or Services), Licensee's acquisition is neither contingent on the delivery of any future features or functionality nor subject to any public or other comments (oral, written or otherwise) made by Autodesk regarding future features or functionality.

1.11 APIs. Licensee acknowledges and agrees that any API Information and Development Materials (unless otherwise specified by Autodesk in additional or different terms associated with such API Information or Development Materials) (a) are confidential and proprietary to Autodesk, (b) may not be distributed, disclosed or otherwise provided to third parties, (c) may be used only internally and only in conjunction with and for Licensee's own authorized internal use of the Licensed Materials to which the API Information or Development Materials relate, such as the development and support of applications, modules and components to operate on or with such Licensed Materials, and (d) may only be Installed on the same Computer(s) where such Licensed Materials are permitted to be Installed. Notwithstanding the foregoing or Section 3 (All Rights Reserved), if Licensee develops any such applications, modules and components in accordance with this Agreement, nothing in this Agreement will prohibit Licensee from using such applications, modules and components with (and porting such applications, modules and components to) other software and hardware (including the software and hardware of third parties), if such applications, modules and components (i) do not incorporate or embody any Development Materials or other Autodesk Materials (other than the API Information that was used in the development thereof in accordance with this Agreement) and (ii) do not disclose the API Information. For purposes of this Section 1.11 (APIs), (A) "API Information" means the standard applications programming interface ("API") information generally provided by Autodesk to licensees of the Licensed Materials that specifies the requirements for interfacing to (e.g., invoking or directing the functions of) the software included in such Licensed Materials; and (B) "Development Materials" means SDKs and other toolkits, libraries, scripts, reference or sample code, and similar developer materials included in the

Licensed Materials. API Information does not include any implementation of such interface information, any Development Materials, or any other software, module or component.

2. License Limitations; Prohibitions

2.1 Limitations and Exclusions.

2.1.1 No License Granted; Unauthorized Activities. The parties acknowledge and agree that, notwithstanding anything to the contrary in this Agreement, no license is granted (whether expressly, by implication or otherwise) under this Agreement (and this Agreement expressly excludes any right) (a) to Excluded Materials, (b) to any Autodesk Materials that Licensee did not acquire lawfully or that Licensee acquired in violation of or in a manner inconsistent with this Agreement, (c) for Installation of or Access to the Licensed Materials beyond the applicable license term (whether a fixed term or Relationship Program period or term) or outside the scope of the applicable License Type or Permitted Number, (d) for Installation of the Licensed Materials on any Computer other than a Computer owned or leased, and controlled, by Licensee, unless otherwise authorized in writing by Autodesk, (e) to distribute, rent, loan, lease, sell, sublicense, transfer or otherwise provide all or any portion of the Autodesk Materials to any person or entity except as expressly set forth in this Agreement or as expressly authorized in writing by Autodesk, (f) to provide or make available any features or functionality of the Autodesk Materials to any person or entity (other than to and for Licensee itself for the purpose specified in the applicable License Type), whether or not over a network and whether or not on a hosted basis, (g) except as otherwise expressly provided with respect to a specific License Type, to Install or Access or allow the Installation of or Access to the Autodesk Materials over the Internet or other non-local network, including, without limitation, use in connection with a wide area network (WAN), virtual private network (VPN), virtualization, Web hosting, time-sharing, service bureau, software as a service, cloud or other service or technology, (h) to remove, alter or obscure any proprietary notices, labels or marks in the Autodesk Materials, (i) to decompile, disassemble or otherwise reverse engineer the Autodesk Materials, or (j) to translate, adapt, arrange, or create derivative works based on, or otherwise modify the Autodesk Materials for any purpose.

2.1.2 Licensed Materials as a Single Product. The Licensed Materials are licensed to Licensee as a single product and the applicable components may not be separated for Installation or Access (and all such components must be Installed and Accessed on the same Computer except as authorized in writing by Autodesk).

2.1.3 Territory. Except as otherwise authorized in writing by Autodesk, the licenses granted in this Agreement are granted only for the Territory. Nothing in this Agreement permits Licensee (including, without limitation, Licensee's Personnel, if any) to Install or Access the Licensed Materials outside of the Territory.

2.1.4 Effect of Unauthorized Use. Licensee will not engage in, and will not permit or assist any third party to engage in any of the uses or activities prohibited (or any uses or activities inconsistent with the limitations described) in this Section 2.1 (Limitations and Exclusions)

(collectively, “Unauthorized Uses”). Any such Unauthorized Use, and any Installation of or Access to the Licensed Materials provided under this Agreement, outside of the scope of the applicable license grants (including, without limitation, outside the applicable License Type and/or Permitted Number) or otherwise not in accordance with this Agreement, constitute or result in infringement of Autodesk’s intellectual property rights as well as a breach of this Agreement. Licensee will notify Autodesk promptly of any such Unauthorized Uses or other unauthorized Installation or Access.

2.2 Circumvention.

2.2.1 Licensee may not (i) utilize any equipment, device, software, or other means to (or designed to) circumvent or remove any form of technical protection used by Autodesk in connection with the Autodesk Materials, or (ii) Install or Access the Autodesk Materials with any product code, authorization code, serial number, or other copy-protection device not supplied by Autodesk directly or through a Reseller. Without limitation of the generality of the foregoing, Licensee may not utilize any equipment, device, software, or other means to (or designed to) circumvent or remove the Autodesk License Manager or any tool or technical protection measure provided or made available by Autodesk for managing, monitoring or controlling Installation of or Access to Autodesk Materials.

2.2.2 Licensee may not utilize any equipment, device, software, or other means to (or designed to) circumvent or remove any usage restrictions, or to enable functionality disabled by Autodesk, in connection with the Excluded Materials. Licensee may not bypass or delete any functionality or technical limitations of the Autodesk Materials that (or that are designed to) prevent or inhibit the unauthorized copying of, Installation or Access to the Excluded Materials.

3. All Rights Reserved

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

Autodesk and its licensors retain title to and ownership of, and all other rights with respect to, the Autodesk Materials and all copies thereof, including, without limitation, any related copyrights, trademarks, trade secrets, patents, and other intellectual property rights. Licensee has only the limited licenses granted with respect to the Licensed Materials expressly set forth in this Agreement, and Licensee has no other rights, implied or otherwise. Licensee acknowledges and agrees that the Autodesk Materials are licensed, not sold, and that rights to Install and Access the Licensed Materials are acquired only under the license from Autodesk. The structure and organization of Software included in the Autodesk Materials, any source code or similar materials relating to such Software, any API Information and Development Materials (both as described in Section 1.11 (APIs)), and any other Licensed Materials identified as confidential or proprietary are valuable trade secrets of, and confidential and proprietary information of, Autodesk and its suppliers, and (a) may not be distributed, disclosed or otherwise provided to third parties, and (b) may be used only internally and only in conjunction with and for Licensee’s own authorized internal use of the Licensed Materials.

4. Privacy; Use of Information; Connectivity

4.1 Privacy and Use of Information. Licensee acknowledges and agrees that Licensee (and third parties acting on Licensee's behalf) may provide, and Autodesk and its Resellers (and third parties acting on behalf of Autodesk and its Resellers) may obtain, certain information and data with respect to Licensee (including, without limitation, personal information) and Licensee's business in connection with this Agreement, including, without limitation, information and data provided to or obtained by Autodesk and its Resellers (or third parties acting on behalf of Autodesk and its Resellers) through the Customer Information Form and otherwise, in connection with ordering, registration, activation, updating, validating entitlement to, auditing, monitoring Installation of and Access to Autodesk Materials, Relationship Programs and Services and managing the relationship with Licensee. Licensee hereby consents to Autodesk maintaining, using, storing and disclosing such information and data (including, without limitation, personal information, if any) in conformity with Autodesk's policies on privacy and data protection, as such policies may be updated from time to time, including without limitation Autodesk's Privacy Statement, as currently located at http://usa.autodesk.com/privacy/. Without limitation of the generality of the foregoing, Licensee acknowledges and agrees that: (a) Autodesk may from time to time prompt Licensee (and third parties acting on Licensee's behalf) to provide express agreement to the terms of Autodesk's Privacy Statement and/or express agreement to specific uses of information and data (including, without limitation, personal information); (b) Autodesk may provide information and data, including, without limitation, information and data about Licensee's use of Autodesk Materials, Relationship Programs, and Licensee's support requests, to Autodesk subsidiaries and affiliates, Resellers and other third parties in connection with the provision, maintenance, administration or usage of Licensed Materials, Relationship Programs or Services or in connection with enforcement of any agreements relating to Licensed Materials, Relationship Programs or Services; and (c) Autodesk may make cross-border transfers of such information and data, including to jurisdictions with privacy or data protection laws that are less protective of Licensee than the jurisdiction in which Licensee is domiciled. Licensee acknowledges and agrees that such policies may be changed from time to time by Autodesk and that, effective upon posting on Autodesk's website or other written notice from Autodesk, Licensee will be subject to such changes.

4.2 Connectivity. Certain Licensed Materials may facilitate or require Licensee's access to and use of content and services that are hosted on websites maintained by Autodesk or by third parties. In some cases, such content and services may appear to be a feature or function within, or extension of, the Licensed Materials on Licensee's Computer even though hosted on such websites. Accessing such content or services and use of Licensed Materials may cause Licensee's Computer, without additional notice, to connect automatically to the Internet (transitorily, intermittently or on a regular basis) and to communicate with an Autodesk or third-party website—for example, for purposes of providing Licensee with additional information, features and functionality or to validate that the Licensed Materials and/or content or services are being used as permitted under this Agreement or other applicable terms. Such connectivity to Autodesk websites is governed by Autodesk's policies on privacy and data protection described in this Section 4 (Privacy; Use of Information; Connectivity). Such connectivity to websites of third parties is governed by the terms

(including the disclaimers and notices) found on such sites or otherwise associated with the third-party content or services. Autodesk does not control, endorse, or accept responsibility for any such third-party content or services, and any dealings between Licensee and any third party in connection with such content or services, including, without limitation, such third party's privacy policies, use of personal information, delivery of and payment for goods and services, and any other terms associated with such dealings, are solely between Licensee and such third party. Autodesk may at any time, for any reason, modify or discontinue the availability of any third-party content or services. Access to and use of certain content and services (whether of Autodesk or third parties) may require assent to separate terms and/or payment of additional fees.

5. Limited Warranty and Disclaimers

5.1 Limited Warranty. Autodesk warrants that, as of the date on which the Licensed Materials are delivered to Licensee and for ninety (90) days thereafter or if the license term is shorter, such shorter period ("Warranty Period"), the Licensed Materials will provide the general features and functions described in the User Documentation portion of the Licensed Materials. Autodesk's entire liability and Licensee's exclusive remedy during the Warranty Period ("Limited Warranty") will be, with the exception of any statutory warranty or remedy that cannot be excluded or limited under law, at Autodesk's option, (i) to attempt to correct or work around errors, if any, or (ii) to refund the license fees, if any, paid by Licensee and terminate this Agreement or the license specific to such Licensed Materials. Such refund is subject to the return, during the Warranty Period, of the Autodesk Materials, with a copy of Licensee's License Identification, to Licensee's local Autodesk office or the Reseller from which Licensee acquired the Autodesk Materials. THE LIMITED WARRANTY SET FORTH IN THIS SECTION GIVES LICENSEE SPECIFIC LEGAL RIGHTS. LICENSEE MAY HAVE ADDITIONAL LEGAL RIGHTS UNDER LAW WHICH VARY FROM JURISDICTION TO JURISDICTION. AUTODESK DOES NOT SEEK TO LIMIT LICENSEE'S WARRANTY RIGHTS TO ANY EXTENT NOT PERMITTED BY LAW.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

5.2 Disclaimer. EXCEPT FOR THE EXPRESS LIMITED WARRANTY PROVIDED IN SECTION 5.1 (LIMITED WARRANTY), AND TO THE MAXIMUM EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW, AUTODESK AND ITS SUPPLIERS MAKE, AND LICENSEE RECEIVES, NO WARRANTIES, REPRESENTATIONS, OR CONDITIONS OF ANY KIND, EXPRESS OR IMPLIED (INCLUDING, WITHOUT LIMITATION, ANY IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY, FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE, OR NONINFRINGEMENT, OR WARRANTIES OTHERWISE IMPLIED BY STATUTE OR FROM A COURSE OF DEALING OR USAGE OF TRADE) WITH RESPECT TO ANY AUTODESK MATERIALS, RELATIONSHIP PROGRAMS, OR SERVICES (PURSUANT TO A RELATIONSHIP PROGRAM OR OTHERWISE). ANY STATEMENTS OR REPRESENTATIONS ABOUT THE AUTODESK MATERIALS, RELATIONSHIP PROGRAMS OR SERVICES AND THEIR FEATURES OR FUNCTIONALITY IN THE LICENSED MATERIALS OR ANY COMMUNICATION WITH LICENSEE ARE FOR INFORMATION PURPOSES ONLY, AND DO NOT CONSTITUTE A WARRANTY, REPRESENTATION, OR CONDITION. WITHOUT LIMITING THE FOREGOING, AUTODESK DOES NOT WARRANT: (a) THAT THE OPERATION OR OUTPUT OF THE LICENSED MATERIALS OR SERVICES WILL BE UNINTERRUPTED, ERROR-FREE, SECURE, ACCURATE, RELIABLE, OR

COMPLETE, WHETHER OR NOT UNDER A RELATIONSHIP PROGRAM OR SUPPORT BY AUTODESK OR ANY THIRD PARTY; (b) THAT ERRORS WILL BE CORRECTED BY AUTODESK OR ANY THIRD PARTY; OR (c) THAT AUTODESK OR ANY THIRD PARTY WILL RESOLVE ANY PARTICULAR SUPPORT REQUEST OR THAT SUCH RESOLUTION WILL MEET LICENSEE'S REQUIREMENTS OR EXPECTATIONS. NOTHING IN THE FOREGOING RESTRICTS THE EFFECT OF WARRANTIES OR CONDITIONS WHICH MAY BE IMPLIED BY LAW WHICH CANNOT BE EXCLUDED, RESTRICTED OR MODIFIED NOTWITHSTANDING A CONTRACTUAL RESTRICTION TO THE CONTRARY.

6. Warnings

6.1 Functionality Limitations. The Licensed Materials and Services (except for Licensed Materials designed for non-commercial use, such as Autodesk Materials designed to be used for household or other consumer purposes or licensed only for purposes of educational or individual learning) are commercial professional tools intended to be used by trained professionals only. Particularly in the case of commercial professional use, the Licensed Materials and Services are not a substitute for Licensee's professional judgment or independent testing. The Licensed Materials and Services are intended only to assist Licensee with its design, analysis, simulation, estimation, testing and/or other activities and are not a substitute for Licensee's own independent design, analysis, simulation, estimation, testing, and/or other activities, including those with respect to product stress, safety and utility. Due to the large variety of potential applications for the Licensed Materials and Services, the Licensed Materials and Services have not been tested in all situations under which they may be used. Autodesk will not be liable in any manner whatsoever for the results obtained through use of the Licensed Materials or Services. Persons using the Licensed Materials or Services are responsible for the supervision, management, and control of the Licensed Materials and Services and the results of using the Licensed Materials and Services. This responsibility includes, without limitation, the determination of appropriate uses for the Licensed Materials and Services and the selection of the Licensed Materials, Services and other computer programs and materials to help achieve intended results. Persons using the Licensed Materials or Services are also responsible for establishing the adequacy of independent procedures for testing the reliability, accuracy, completeness, and other characteristics of any output of the Licensed Materials or Services, including, without limitation, all items designed with the assistance of the Licensed Materials or Services. Licensee further acknowledges and agrees that the Licensed Materials form part of Licensee's total unique hardware and software environment to deliver specific functionality, and that the Licensed Materials and Services provided by Autodesk may not achieve the results Licensee desires within Licensee's design, analysis, simulation, estimation, and/or testing constraints.

6.2 Activation Codes and Security.

6.2.1 Activation Code Required for Installation/Access and Continued Use. Installation of and Access to the Licensed Materials require, and the continued use thereof may from time to

time require, activation codes issued by Autodesk. Registration may be required before an activation code is issued by Autodesk. Licensee will provide Autodesk and its Reseller with any information required for such registration and agrees that any information provided to Autodesk or its Reseller will be accurate and current. Licensee will also maintain and update Licensee's registration information, on an ongoing basis, through customer data registration processes, including without limitation the Customer Information Form, which may be provided by Autodesk. Licensee acknowledges and agrees that Autodesk may use such information in accordance with its Privacy Statement (as described or referenced in Section 4 (Privacy; Use of Information; Connectivity)).

6.2.2 Disabling Access. LICENSEE ACKNOWLEDGES AND AGREES THAT INSTALLATION OF AND ACCESS TO LICENSED MATERIALS MAY BE DISABLED BY THE ACTIVATION, SECURITY, AND TECHNICAL PROTECTION MECHANISMS IF LICENSEE TRIES TO TRANSFER ALL OR A PART OF THE LICENSED MATERIALS TO ANOTHER COMPUTER, IF LICENSEE TAMPERS WITH THE TECHNICAL PROTECTION MECHANISMS OR DATE-SETTING MECHANISMS ON A COMPUTER OR IN THE LICENSED MATERIALS, IF LICENSEE USES THE LICENSED MATERIALS PAST AN APPLICABLE RELATIONSHIP PROGRAM PERIOD OR FIXED TERM, OR IF LICENSEE UNDERTAKES CERTAIN OTHER ACTIONS THAT AFFECT THE SECURITY MODE OR UNDER OTHER CIRCUMSTANCES AND THAT, IN ANY SUCH EVENT, LICENSEE'S ACCESS TO LICENSEE'S WORK PRODUCT AND OTHER DATA MAY BE AFFECTED. MORE INFORMATION IS CONTAINED IN THE APPLICABLE LICENSED MATERIALS OR AVAILABLE FROM AUTODESK ON REQUEST.

6.2.3 Effect of Activation Codes. Licensee acknowledges and agrees that receipt of an activation code (whether or not provided to Licensee in error) will not constitute evidence of or affect the scope of Licensee's license rights. Those rights will be only as set forth in this Agreement and the applicable License Identification.

6.3 Affected Data. Work product and other data created with Licensed Materials made available under certain License Types, including licenses that limit the permitted purpose to educational purposes or personal learning purposes, may contain certain notices and limitations that make the work product and other data usable only in certain circumstances (e.g., only in the education field). In addition, if Licensee combines or links work product or other data created with such Licensed Materials with work product or other data otherwise created, then such other work product or data may also be affected by these notices and limitations. Autodesk will have no responsibility or liability whatsoever if Licensee combines or links work product or other data created with such Licensed Materials with work product or other data otherwise created. In addition, Licensee will not remove, alter or obscure any such notices or limitations.

7. Limitations of Liability

7.1 Limitation on Type and Amount of Liability. IN NO EVENT WILL AUTODESK OR ITS SUPPLIERS HAVE ANY LIABILITY (DIRECTLY OR INDIRECTLY) FOR ANY INCIDENTAL, SPECIAL, INDIRECT, CONSEQUENTIAL OR PUNITIVE DAMAGES; FOR LOSS OF PROFITS, USE, REVENUE, OR DATA; OR FOR BUSINESS INTERRUPTION (REGARDLESS OF THE LEGAL THEORY FOR SEEKING SUCH DAMAGES OR OTHER LIABILITY). IN ADDITION, THE LIABILITY OF AUTODESK

AND ITS SUPPLIERS ARISING OUT OF OR RELATING TO ANY AUTODESK MATERIALS, RELATIONSHIP PROGRAMS OR SERVICES WILL NOT EXCEED THE AMOUNT PAID OR PAYABLE BY LICENSEE FOR SUCH AUTODESK MATERIALS, RELATIONSHIP PROGRAMS, OR SERVICES, RESPECTIVELY.

7.2 Application of and Basis for Limitations. THE LIMITATIONS OF LIABILITY IN THIS SECTION 7 (LIMITATIONS OF LIABILITY) WILL APPLY TO THE MAXIMUM EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW TO ANY DAMAGES OR OTHER LIABILITY, HOWEVER CAUSED AND REGARDLESS OF THE THEORY OF LIABILITY, WHETHER DERIVED FROM CONTRACT, TORT (INCLUDING, WITHOUT LIMITATION, NEGLIGENCE) OR OTHERWISE, EVEN IF AUTODESK HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH LIABILITY AND REGARDLESS OF WHETHER THE LIMITED REMEDIES AVAILABLE HEREUNDER FAIL OF THEIR ESSENTIAL PURPOSE. ALSO, LICENSEE AGREES THAT THE LICENSE, RELATIONSHIP PROGRAMS AND SERVICES FEES AND OTHER FEES CHARGED BY AUTODESK AND PAID BY LICENSEE ARE BASED ON AND REFLECTIVE OF THE ALLOCATION OF RISK CONTEMPLATED BY THIS SECTION 7 (LIMITATIONS OF LIABILITY) AND THAT THE LIABILITY LIMITATIONS IN THIS SECTION 7 (LIMITATIONS OF LIABILITY) ARE AN ESSENTIAL ELEMENT OF THE AGREEMENT BETWEEN THE PARTIES.

8. Term and Termination

8.1 Term; Termination or Suspension. Each license under this Agreement, with respect to each specific set of Licensed Materials covered by this Agreement, will become effective as of the latest to occur of: (a) this Agreement becoming effective, (b) payment by Licensee of the applicable fees, excluding licenses (such as evaluation licenses) where no fees are required, (c) delivery of the specific Licensed Materials, and (d) in the case of Autodesk Materials provided in connection with a Relationship Program, upon commencement of the applicable Relationship Program period or fixed term. Each of Autodesk or Licensee may terminate this Agreement, Licensee's license as to Licensed Materials, Licensee's Relationship Program, and/or the provision of Services relating to the Licensed Materials if the other party is in breach of this Agreement and fails to cure such breach within ten (10) days after written notice of the breach; however, if Licensee is in breach of Section 1 (License) or Section 2 (License Limitations; Prohibitions), Autodesk may terminate this Agreement, Licensee's license as to Licensed Materials, Licensee's Relationship Program, and/or the provision of Services relating to the Licensed Materials immediately upon written notice of the breach. In addition, Autodesk may, as an alternative to termination, suspend Licensee's license as to the Licensed Materials, Licensee's Relationship Program, the provision of Services relating to the Licensed Materials, and/or other Autodesk obligations or Licensee rights under this Agreement (or under other terms, if any, relating to materials associated with the Licensed Materials), if Licensee fails to make a payment to Autodesk or a Reseller or otherwise fails to comply with the provisions of this Agreement or other terms relating to any such license, Relationship Program, Services, or other associated materials. Autodesk may also terminate this Agreement if Licensee becomes subject to bankruptcy proceedings, becomes insolvent, or makes an arrangement with Licensee's creditors. This Agreement will terminate automatically without further notice or action by Autodesk if Licensee goes into liquidation.

Licensee acknowledges and agrees that Autodesk may assign or sub-contract any of its rights or obligations under this Agreement.

8.2 Effect of Termination of Agreement or License. Upon termination or expiration of this Agreement, the licenses granted hereunder will terminate. Upon termination or expiration of any license granted to Licensee, Licensee must cease all use of Autodesk Materials to which such license applies, any Relationship Program (including, without limitation, associated services), and any Services and Uninstall all copies of the Autodesk Materials. At Autodesk's request, Licensee agrees to destroy or return to Autodesk or the Reseller from which they were acquired all Autodesk Materials. Autodesk reserves the right to require Licensee to show satisfactory proof that all copies of the Autodesk Materials have been Uninstalled and, if so requested by Autodesk, destroyed or returned to Autodesk or the Reseller from which they were acquired. If Licensee's Relationship Program is terminated or expires, but this Agreement and Licensee's license to the Licensed Materials remains in effect, any rights of Licensee based on the Relationship Program (including, without limitation, rights with respect to Previous Versions) will terminate, and (unless otherwise authorized by the Relationship Program Terms) Licensee must comply with the obligations of Section 1.2.1 (Effect of Upgrades) with respect to (including the obligations to cease use of, Uninstall and destroy or return) all copies of such Previous Versions.

8.3 Survival. Sections 1.3 (Additional Terms), 1.4 (Other Materials), 1.5 (Authorized Users), 1.6 (Third-Party Licensed Materials), 1.11 (APIs), 2.1.1 (No License Granted;Unauthorized Activities), 2.1.4 (Effect of Unauthorized Use), 2.2 (Circumvention), 3 (All Rights Reserved), 4 (Privacy; Use of Information; Connectivity), 5.2 (Disclaimer), 6 (Warnings), 7 (Limitations of Liability), 8 (Term and Termination), and 9 (General Provisions) and Exhibit A will survive any termination or expiration of this Agreement.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

9. General Provisions

9.1 Notices. Notices in connection with this Agreement by either party will be in writing and will be sent by electronic mail, postal service, or a delivery service (such as UPS, FedEx or DHL), except that Licensee may not provide notice to Autodesk of an Autodesk breach or provide notice of termination of this Agreement by electronic mail. Notices from Autodesk to Licensee will be effective (a) in the case of notices by email, one (1) day after sending to the email address provided to Autodesk, or (b) in the case of notices by mail or delivery service, five (5) days after sending by regular post or delivery service to the address provided to Autodesk. Licensee hereby consents to service of process being effected on Licensee by registered mail sent to the address set forth on Licensee's Customer Information Form (or, if no Customer Information Form has been provided, Licensee's last address known by Autodesk) if so permitted by applicable law. Notices from Licensee to Autodesk will be effective (a) in the case of notices by email, one (1) day after sending to (and receipt by Autodesk at) CopyrightAgent@autodesk.com, or (b) in the case of notices by mail or delivery

service, when received by Autodesk at Autodesk, Inc., 111 McInnis Parkway, San Rafael, California 94903, USA, Attention: Copyright Agent. If Licensee participates in a Relationship Program, either party may also provide notice as set forth in the Relationship Program Terms.

9.2 Governing Law and Jurisdiction. This Agreement will be governed by and construed in accordance with the laws of (a) Switzerland if Licensee acquired the Autodesk Materials in a country in Europe, Africa or the Middle East, (b) Singapore if Licensee acquired the Autodesk Materials in a country in Asia, Oceania or the Asia-Pacific region, or (c) the State of California (and, to the extent controlling, the federal laws of the United States) if Licensee acquired the Autodesk Materials in a country in the Americas (including the Caribbean) or any other country not specified in this Section 9.2 (Governing Law and Jurisdiction). The laws of such jurisdictions shall govern without reference to the conflicts-of-laws rules thereof. The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Computer Information Transaction Act shall not apply to (and are excluded from the laws governing) this Agreement. In addition, each party agrees that any claim, action or dispute arising under or relating to this Agreement will be brought exclusively in (and the parties will be subject to the exclusive jurisdiction of) the Superior Court of the State of California, County of Marin, or the United States District Court for the Northern District of California in San Francisco, except that if Licensee has acquired the Autodesk Materials in (a) a country in Europe, Africa or the Middle East, any such claim or dispute will be brought exclusively in (and the parties will be subject to the exclusive jurisdiction of) the courts of Switzerland, or (b) a country in Asia, Oceania or the Asia-Pacific region, any such claim or dispute will be brought exclusively in (and the parties will be subject to the exclusive jurisdiction of) the courts of Singapore. Nothing in the foregoing will prevent Autodesk from bringing an action for infringement of intellectual property rights in any country where such infringement is alleged to occur.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

9.3 No Assignment; Insolvency. Licensee may not assign this Agreement or any rights hereunder (whether by purchase of stock or assets, merger, change of control, operation of law, or otherwise) without Autodesk's prior written consent, which may be withheld in Autodesk's sole and absolute discretion, and any unauthorized purported assignment by Licensee will be void. In the context of any bankruptcy or similar proceeding, Licensee acknowledges and agrees this Agreement is and shall be treated as an executory contract that may not be assumed and/or assigned without Autodesk's prior written consent, which consent may be withheld in Autodesk's sole and absolute discretion whether pursuant to Section 365(c)(1) of Title 11 of the United States Code or any other applicable law respecting the treatment of executory contracts within bankruptcy. Any assignment (regardless of how or on what basis the assignment may occur) will be conditioned on compliance with the following: at least thirty (30) days before assigning or agreeing to any assignment of rights under this Agreement (including transferring any copies of or right to use the Software), (a) Licensee must provide written notice to Autodesk, Uninstall all copies of the Software, and (without limitation of the generality of Section 9.7 (Audits)) allow Autodesk or its designee to inspect the records, systems and facilities of (or operated for) Licensee and its subsidiaries

and affiliates to verify (by any means available to Autodesk, whether remotely or on premises) that all copies of the Software have been Uninstalled, (b) the proposed assignee must agree to comply (and Licensee must ensure that the assignee will comply) with all of the obligations of this Agreement with respect to such Software, which agreement must provide that Autodesk is a third-party beneficiary of the assignee's agreement, and the assignee must provide a copy of the agreement to Autodesk, and (c) Licensee and proposed assignee must comply with all other transfer procedures identified by Autodesk.

9.4 Autodesk Subsidiaries and Affiliates. Licensee acknowledges and agrees that Autodesk may arrange to have its subsidiaries and affiliates engage in activities in connection with this Agreement, including, without limitation, delivering Autodesk Materials and providing Relationship Programs and Services, provided that Autodesk (and not such subsidiaries and affiliates) will remain subject to the obligations of Autodesk under this Agreement. Licensee also agrees that Autodesk's subsidiaries and affiliates may enforce (including taking actions for breach of) this Agreement.

9.5 Exceptions to Prohibitions; Severability.

9.5.1 Exceptions to Prohibitions. The prohibitions contained in this Agreement will not apply where and to the extent applicable law does not allow such prohibitions to be enforced. Licensee may have other rights under the laws of the state or country within the Territory where the Licensed Materials are acquired, and this Agreement does not change Licensee's rights under the laws of such state or country if and to the extent the laws of such state or country do not permit this Agreement to do so. Licensee will bear the burden of proof to demonstrate that applicable law does not allow (i) the enforcement of such prohibitions; or (ii) this Agreement to change particular rights in a state or country (and that Licensee has not exceeded the bounds of the unenforceable prohibitions and unchangeable rights).

9.5.2 Severability. If and to the extent any provision of this Agreement is held illegal, invalid, or unenforceable in whole or in part under applicable law, such provision or such portion thereof will be ineffective as to the jurisdiction in which it is illegal, invalid, or unenforceable to the extent of its illegality, invalidity, or unenforceability and will be deemed modified to the extent necessary to conform to applicable law so as to give the maximum effect to the intent of the parties. The illegality, invalidity, or unenforceability of such provision in that jurisdiction will not in any way affect the legality, validity, or enforceability of such provision or any other provision of this Agreement in any other jurisdiction.

9.6 No Waiver. No term or provision of this Agreement will be considered waived, and no breach excused, unless such waiver is in writing signed on behalf of the party against which the waiver is asserted. No waiver (whether express or implied) will constitute consent to, waiver of, or excuse of any other, different, or subsequent breach.

9.7 Audits. Licensee agrees that Autodesk has the right to require an audit (electronic or otherwise) of the Autodesk Materials and the Installation thereof and Access thereto. As part of any such audit, Autodesk or its authorized representative will have the right, on

fifteen (15) days' prior notice to Licensee, to inspect Licensee's records, systems and facilities, including machine IDs, serial numbers and related information, to verify Licensee's Installation of and Access to the Autodesk Materials. Additionally, within fifteen (15) days of the audit request, Licensee will provide to Autodesk all records and information requested by Autodesk in order to verify Licensee's Installation of and Access to the Autodesk Materials. Licensee will provide full cooperation to enable any such audit. If Autodesk determines that Licensee's Installation of or Access to the Autodesk Materials is not in conformity with the applicable agreements or terms of service, Licensee will obtain immediately and pay for valid license(s) to bring Licensee's Installation and Access into compliance and pay the reasonable costs of the audit. In addition to such payment rights, Autodesk reserves the right to seek any other remedies available at law or in equity.

9.8 Language. The English language version of this Agreement is legally binding in case of any inconsistencies between the English version and any translations. If Licensee purchased the license for the Licensed Materials in Canada, Licensee agrees to the following: The parties hereto confirm that it is their wish that this Agreement, as well as other documents relating hereto, including notices, have been and shall be written in the English language only. Les parties ci-dessus confirment leur désir que cet accord ainsi que tous les documents, y compris tous avis qui s'y rattachent, soient rédigés en langue anglaise.

9.9 Construction. Ambiguities in this Agreement will not be construed against the drafter.

9.10 Force Majeure. Autodesk will not be liable for any loss, damage or penalty resulting from delays or failures in performance resulting from acts of God, supplier delay or other causes beyond Autodesk's reasonable control.

9.11 U.S. Government Rights. For U.S. Government procurements, all Autodesk Materials are deemed to be commercial computer software as defined in FAR 12.212 and subject to restricted rights as defined in FAR Section 52.227-19 "Commercial Computer Software - Restricted Rights" and DFARS 227.7202, "Rights in Commercial Computer Software or Commercial Computer Software Documentation", as applicable, and any successor regulations. Any use, modification, reproduction release, performance, display or disclosure of the Autodesk Materials by the U.S. Government shall be solely in accordance with license rights and restrictions described herein.

9.12 Export Control. Licensee acknowledges and agrees that the Autodesk Materials and Services (including any data submitted by Licensee in connection with a Service and any Licensee-specific output generated by a Service) are subject to the export control and trade sanctions laws, rules and regulations of the United States and may be subject to the export control and trade sanctions laws, rules and regulations of other countries, including but not limited to countries where Licensee is located or operates. Together, these United States and other country laws, rules, and regulations are referred to as the "Export Control Laws." Licensee will comply with the Export Control Laws in all respects. Licensee represents, warrants and covenants that neither Licensee nor Licensee's Personnel (i) are a citizen or resident of, or located within, a nation or region that is subject to U.S. trade sanctions or other significant trade restrictions (including, without limitation, the Crimean peninsula,

Cuba, Iran, Sudan, Syria and North Korea), (ii) are identified on any applicable government restricted party lists (including, without limitation, the U.S. Treasury Department's Sectoral Sanctions List and List of Specially Designated Nationals and Blocked Persons, the U.S. Department of Commerce's Denied Party List, Entity List and Unverified List and the U.S. Department of State's proliferation-related lists), (iii) will, unless otherwise authorized under the Export Control Laws, use Autodesk Materials or Services in connection with any restricted end use, including, without limitation, design, analysis, simulation, estimation, testing, or other activities related to nuclear activities, chemical/biological weapons, rocket systems or unmanned air vehicles, or (iv) will use the Autodesk Materials or Services to disclose, transfer, download, export, or re-export, directly or indirectly, any Licensee-specific output generated by the Autodesk Materials or Services, Licensee content, third party content, or any other content or material to any country, entity, or party that is ineligible to receive such items under the Export Control Laws or other laws or regulations to which Licensee may be subject. Licensee understands that the requirements and restrictions of the Export Control Laws as applicable to Licensee may vary depending on the Autodesk Materials or Services provided under this Agreement and may change over time. If Licensee learns that Autodesk Materials or Services have been provided to any person or entity in violation of the Export Control Laws, Licensee will notify Autodesk immediately. If Autodesk determines that a violation of the Export Control Laws should be disclosed to the applicable export control authority, provide such assistance and information as Autodesk reasonably requests in connection with such disclosure.

9.13 Entire Agreement. This Agreement and any other terms referenced in this Agreement (such as the Relationship Program Terms and the Services Terms) constitute the entire agreement between the parties (and merge and supersede any prior or contemporaneous agreements, discussions, communications, agreements, representations, warranties, advertising or understandings) with respect to the subject matter hereof, except that particular Autodesk Materials may be subject to additional or different terms associated with such Autodesk Materials. The parties acknowledge that, in entering into this Agreement, they are not relying on any agreements, discussions, communications, agreements, representations, warranties, advertising or understandings other than as expressly set forth in this Agreement. Licensee acknowledges and agrees that Autodesk may add to or change the Relationship Program Terms and the Services Terms from time to time, provided that Autodesk will provide written notice of the additions or changes (and may allow Licensee not to renew, may permit Licensee to terminate, and may offer other options with respect to Relationship Programs or Services) before the additions or changes are effective as to Licensee. In the event of a conflict between this Agreement and any other terms of Autodesk (including, without limitation, the Relationship Program Terms, the Services Terms, or such additional or different terms), the other terms will apply. Terms stipulated by Licensee in any communication by Licensee which purport to vary this Agreement or such other terms will be void and of no effect unless agreed in a writing signed by an authorized representative of Autodesk. Any other modifications to this Agreement will also be invalid unless agreed to in a writing signed by an authorized representative of Autodesk.

10. Additional Terms.

10.1 Rendering. This Section 10.1 (Rendering) applies to the following Software that may be included within the Licensed Materials: (i) Autodesk Maya; and (ii) Autodesk 3ds Max

10.1.1 With regard to the Rendering Software (defined below), in addition to any other license granted in this Agreement, Licensee may allow the Rendering Software to be Installed or Accessed on a Networked Basis, solely for Licensee's Internal Business Needs, specifically to render files created with the Software. However, if the Rendering Software is mental ray, and the Software is provided with a finite number of mental ray rendering nodes, then with regard to mental ray the foregoing is restricted to that number of mental ray rendering nodes.

10.1.2 With regard to the mental ray Batch Software (defined below), in addition to any other license granted in this Agreement, Licensee may allow the mental ray Batch Software to be Installed or Accessed on a Networked Basis, solely for Licensee's Internal Business Needs, and used (i) specifically to render files created with the Software; or (ii) by the Rendering Software specifically to render files created with the Software. The total number of CPUs used by the mental ray Batch Software cannot exceed the number specified in the License Identification.

10.1.3 With regard to the mental ray Standalone (defined below), Licensee may allow the mental ray Standalone to be Installed or Accessed, on a Networked Basis, solely on Computing Device(s) (defined below) solely for Licensee's Internal Business Needs specifically to render files created with the Software. With regard to mental ray Standalone, any reference in the Agreement to Computer is hereby deleted and "Computing Device(s)" substituted therefor.

10.1.4 With regard to the mental ray Satellite (defined below) for each of Autodesk 3ds Max, Autodesk Maya and Autodesk Softimage Software each mental ray Satellite executable(s) may run on one (1) or more host no more than four (4) client Computing Devices. With regard to mental ray Satellite, any reference in the Agreement to Computer is hereby deleted and "Computing Device(s)" substituted therefor.

10.1.5 Definitions.

(1) "mental ray Standalone" means the mental ray Standalone client/server executable, including the mental ray standard shader libraries and utility programs, used specifically for rendering files created with the Software.

(2) "Rendering Software" means a subset of the Software used specifically for rendering files created with the Software.

(3) "mental ray Batch Software" means a subset of the Software used: (i) specifically for rendering files created with the Software or (ii) by the Rendering Software specifically for rendering files created with the Software.

(4) “mental ray Satellite” means the mental ray Satellite server executable, including the mental ray standard shader libraries. mental ray Satellite is functionally equivalent to the mental ray Standalone server executable, used specifically for rendering files created with the Software except it is not able to read and write files in the complete mi2 format.

(5) “Computing Device” means (i) a single electronic assembly with a maximum of: (a) four (4) CPUs (regardless of the number of cores in each CPU) each CPU having one or more microprocessors, (b) four (4) discrete GPU-based computing boards; or (ii) a software implementation of the single electronic assembly, (a so-called 'virtual machine') described in (i) above, which single electronic assembly accepts information in digital or similar form and manipulates the information for a specific result based on a sequence of instructions.

10.2 Exceptions. This Section 10.2 (Exceptions) applies to the following Software that may be included within the Licensed Materials: (i) Autodesk Maya; (ii) Autodesk 3ds Max; and (iii) Autodesk Stingray.

10.2.1 Notwithstanding the provisions set forth in Section 2.1.1 (No License Granted; Unauthorized Activities) if: (i) the Redistributable Component (defined below) operates with the Software and with Licensee Application; and (ii) the Redistributable Component is linked to Licensee Application; then Licensee may reproduce and distribute the Redistributable Component and Licensee Application together, subject to Licensee’s strict adherence to all of the following terms and conditions:

(a) the class identifications for any classes of objects Licensee created shall be different from and clearly distinguishable from the class identifications used by Autodesk;

(b) modified Sample (defined below) code and any resulting binary files in Licensee Application are identified as developed by Licensee, and not by Autodesk;

(c) Licensee Application has Licensee’s copyright notice;

(d) any Modification (defined below), and resulting binary files, shall include the copyright notices of Autodesk, Inc. as well as the following statement: "This software contains copyrighted code owned by Autodesk, Inc. but has been modified and is not endorsed by Autodesk, Inc." The language of the copyright notice and the statement shall be in the same language as the Software language;

(e) distribution is strictly for not-for-profit purposes;

(f) distribution is either in binary form or text form;

(g) distribution is subject to a standard form of click-through end-user license agreement which license agreement, among other things: (1) protects Autodesk's interests consistent with the terms of this Agreement; and (2) prohibits the redistribution of the Redistributable Component;

(h) if the Redistributable Component operates with the Autodesk 3ds Max Software and with Licensee Application then prior to reproduction and distribution of the Redistributable

Component and Licensee Application all MIDI files have been excluded from the Redistributable Component and Licensee Application; and

(i) Licensee agrees to defend, indemnify and hold harmless Autodesk and its subsidiaries and affiliates from and against any and all damages, costs, losses, liabilities, expenses and settlement amounts incurred in connection with any suit, claim or action by any third party alleging that the Redistributable Component and/or Licensee Application infringes or misappropriates any patent, copyrights, moral rights, trademark, trade secret and design rights, whether registered or unregistered, and including any application for registration of any of the foregoing and all rights or forms of protections of a similar nature having equivalent or similar effect to any of these, which may subsist anywhere in the world, of such third party.

10.2.2 Definitions.

(1) "Licensee Application" means, with regard to the Software, a Modification made by Licensee for designing, developing, and testing an application program made by Licensee.

(2) "Modification" means any: (i) addition to the substance of a Sample or any addition to the substance of the contents of a file containing a Sample; (ii) any deletion from the structure of a Sample, or any deletion from the structure of the contents of a file containing a Sample; and/or (iii) any new file that contains any part of a Sample; all of which, in Autodesk's sole discretion, ensures that the Sample is not the primary source of value.

(3) "Redistributable Component" means the Sample(s) and/or a Modification.

(4) "Sample(s)" means sample source code, or individual animations, still images, and/or audio files contained in the Software, and located in the samples directory, the examples subdirectory, samples files or any similar type directory or file; and in the case of Autodesk Stingray Software only, runtime engine files and associated DLLs in binary form only that are identified by Autodesk and are necessary to allow users of the Licensee Application to use and/or run the Licensee Application.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

11. Autodesk Creative Finishing Tools. If the Software is an Autodesk Creative Finishing compositing, grading, editing and/or finishing tool, including, without limitation, Autodesk Flame Premium, Autodesk Flame, Autodesk Flame Assist, Autodesk Flare, Autodesk Lustre, and Autodesk Backdraft Conform, then following additional terms apply: with regard to the Autodesk Wiretap API, (a) Licensee may Install and Access such API on a Computer even if a licensed copy of the Creative Finishing Tools is not Installed; and (b) Installation and Access of such API does not need to be solely in connection with Licensee's Installation and Access to the Creative Finishing Tools.

12. Autodesk download technology may use the Akamai NetSession Interface, which may utilize a limited amount of your upload bandwidth and PC resources to connect you to a

peered network and improve speed and reliability of Web content. The Akamai NetSession Interface is secure client-side networking technology that harnesses the power of your computer to deliver software and media available on the Akamai network. Your Akamai NetSession Interface works collectively with other Akamai NetSession Interfaces, along with thousands of Akamai edge servers, and runs as a networking service utilizing a limited amount of your computer's available resources. More information about the Akamai NetSession Interface is available here: http://www.akamai.com/client. By clicking "Accept" and using the Autodesk download technology, you accept the Akamai License Agreement (http://www.akamai.com/eula) in addition to the Autodesk License and Service Agreement.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ภาคผนวก 2

The Consumer Right Act 2015

Chapter 3: Digital Content

What digital content contracts are covered?

33 Contracts covered by this Chapter

(1) This Chapter applies to a contract for a trader to supply digital content to a consumer, if it is supplied or to be supplied for a price paid by the consumer.
(2) This Chapter also applies to a contract for a trader to supply digital content to a consumer, if—
  (a) it is supplied free with goods or services or other digital content for which the consumer pays a price, and
  (b) it is not generally available to consumers unless they have paid a price for it or for goods or services or other digital content.
(3) The references in subsections (1) and (2) to the consumer paying a price include references to the consumer using, by way of payment, any facility for which money has been paid.
(4) A trader does not supply digital content to a consumer for the purposes of this Part merely because the trader supplies a service by which digital content reaches the consumer.
(5) The Secretary of State may by order provide for this Chapter to apply to other contracts for a trader to supply digital content to a consumer, if the Secretary of State is satisfied that it is appropriate to do so because of significant detriment caused to consumers under contracts of the kind to which the order relates.
(6) An order under subsection (5)—
  (a) may, in particular, amend this Act;
  (b) may contain transitional or transitory provision or savings.
(7) A contract to which this Chapter applies is referred to in this Part as a "contract to supply digital content".
(8) This section, other than subsection (4), does not limit the application of section 46.
(9) The power to make an order under subsection (5) is exercisable by statutory instrument.
(10) No order may be made under subsection (5) unless a draft of the statutory instrument containing it has been laid before, and approved by a resolution of, each House of Parliament.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

What statutory rights are there under a digital content contract?

34 Digital content to be of satisfactory quality

(1) Every contract to supply digital content is to be treated as including a term that the quality of the digital content is satisfactory.

(2) The quality of digital content is satisfactory if it meets the standard that a reasonable person would consider satisfactory, taking account of—
  (a) any description of the digital content,
  (b) the price mentioned in section 33(1) or (2)(b) (if relevant), and
  (c) all the other relevant circumstances (see subsection (5)).
(3) The quality of digital content includes its state and condition; and the following aspects (among others) are in appropriate cases aspects of the quality of digital content—
  (a) fitness for all the purposes for which digital content of that kind is usually supplied;
  (b) freedom from minor defects;
  (c) safety;
  (d) durability.
(4) The term mentioned in subsection (1) does not cover anything which makes the quality of the digital content unsatisfactory—
  (a) which is specifically drawn to the consumer's attention before the contract is made,
  (b) where the consumer examines the digital content before the contract is made, which that examination ought to reveal, or
  (c) where the consumer examines a trial version before the contract is made, which would have been apparent on a reasonable examination of the trial version.
(5) The relevant circumstances mentioned in subsection (2)(c) include any public statement about the specific characteristics of the digital content made by the trader, the producer or any representative of the trader or the producer.
(6) That includes, in particular, any public statement made in advertising or labelling.
(7) But a public statement is not a relevant circumstance for the purposes of subsection (2)(c) if the trader shows that—
  (a) when the contract was made, the trader was not, and could not reasonably have been, aware of the statement,
  (b) before the contract was made, the statement had been publicly withdrawn or, to the extent that it contained anything which was incorrect or misleading, it had been publicly corrected, or
  (c) the consumer's decision to contract for the digital content could not have been influenced by the statement.
(8) In a contract to supply digital content a term about the quality of the digital content may be treated as included as a matter of custom.
(9) See section 32 for a consumer's rights if the trader is in breach of a term that this section requires to be treated as included in a contract.

35 Digital content to be fit for particular purpose

(1) Subsection (3) applies to a contract to supply digital content if before the contract is made the consumer makes known to the trader (expressly or by implication) any particular purpose for which the consumer is contracting for the digital content.
(2) Subsection (3) also applies to a contract to supply digital content if—
  (a) the digital content was previously sold by a credit-broker to the trader,
  (b) the consideration or part of it is a sum payable by instalments, and

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(c) before the contract is made, the consumer makes known to the credit-broker (expressly or by implication) any particular purpose for which the consumer is contracting for the digital content.

(3) The contract is to be treated as including a term that the digital content is reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which digital content of that kind is usually supplied.

(4) Subsection (3) does not apply if the circumstances show that the consumer does not rely, or it is unreasonable for the consumer to rely, on the skill or judgment of the trader or credit-broker.

(5) A contract to supply digital content may be treated as making provision about the fitness of the digital content for a particular purpose as a matter of custom.

(6) See section 42 for a consumer's rights if the trader is in breach of a term that this section requires to be treated as included in a contract.

36 Digital content to be as described

(1) Every contract to supply digital content is to be treated as including a term that the digital content will match any description of it given by the trader to the consumer.

(2) Where the consumer examines a trial version before the contract is made, it is not sufficient that the digital content matches (or is better than) the trial version if the digital content does not also match any description of it given by the trader to the consumer.

(3) Any information that is provided by the trader about the digital content that is information mentioned in paragraph (a), (j) or (k) of Schedule 1 or paragraph (a), (v) or (w) of Schedule 2 (main characteristics, functionality and compatibility) to the Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 (SI 2013/3134) is to be treated as included as a term of the contract.

(4) A change to any of that information, made before entering into the contract or later, is not effective unless expressly agreed between the consumer and the trader.

(5) See section 42 for a consumer's rights if the trader is in breach of a term that this section requires to be treated as included in a contract.

37 Other pre-contract information included in contract

(1) This section applies to any contract to supply digital content.

(2) Where regulation 9, 10 or 13 of the Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 (SI 2013/3134) required the trader to provide information to the consumer before the contract became binding, any of that information that was provided by the trader other than information about the digital content and mentioned in paragraph (a), (j) or (k) of Schedule 1 or paragraph (a), (v) or (w) of Schedule 2 to the Regulations (main characteristics, functionality and compatibility) is to be treated as included as a term of the contract.

(3) A change to any of that information, made before entering into the contract or later, is not effective unless expressly agreed between the consumer and the trader.

(4) See section 42 for a consumer's rights if the trader is in breach of a term that this section requires to be treated as included in a contract.

38 No other requirement to treat term about quality or fitness as included

(1) Except as provided by sections 34 and 35, a contract to supply digital content is not to be treated as including any term about the quality of the digital content or its fitness for any particular purpose, unless the term is expressly included in the contract.
(2) Subsection (1) is subject to provision made by any other enactment, whenever passed or made.

39 Supply by transmission and facilities for continued transmission

(1) Subsection (2) applies where there is a contract to supply digital content and the consumer's access to the content on a device requires its transmission to the device under arrangements initiated by the trader.
(2) For the purposes of this Chapter, the digital content is supplied—
  (a) when the content reaches the device, or
  (b) if earlier, when the content reaches another trader chosen by the consumer to supply, under a contract with the consumer, a service by which digital content reaches the device.
(3) Subsections (5) to (7) apply where—
  (a) there is a contract to supply digital content, and
  (b) after the trader (T) has supplied the digital content, the consumer is to have access under the contract to a processing facility under arrangements made by T.
(4) A processing facility is a facility by which T or another trader will receive digital content from the consumer and transmit digital content to the consumer (whether or not other features are to be included under the contract).
(5) The contract is to be treated as including a term that the processing facility (with any feature that the facility is to include under the contract) must be available to the consumer for a reasonable time, unless a time is specified in the contract.
(6) The following provisions apply to all digital content transmitted to the consumer on each occasion under the facility, while it is provided under the contract, as they apply to the digital content first supplied—
  (a) section 34 (quality);
  (b) section 35 (fitness for a particular purpose);
  (c) section 36 (description).
(7) Breach of a term treated as included under subsection (5) has the same effect as breach of a term treated as included under those sections (see section 42).

40 Quality, fitness and description of content supplied subject to modifications

(1) Where under a contract a trader supplies digital content to a consumer subject to the right of the trader or a third party to modify the digital content, the following provisions

apply in relation to the digital content as modified as they apply in relation to the digital content as supplied under the contract—

(a) section 34 (quality);

(b) section 35 (fitness for a particular purpose);

(c) section 36 (description).

(2) Subsection (1)(c) does not prevent the trader from improving the features of, or adding new features to, the digital content, as long as—

(a) the digital content continues to match the description of it given by the trader to the consumer, and

(b) the digital content continues to conform to the information provided by the trader as mentioned in subsection (3) of section 36, subject to any change to that information that has been agreed in accordance with subsection (4) of that section.

(3) A claim on the grounds that digital content does not conform to a term described in any of the sections listed in subsection (1) as applied by that subsection is to be treated as arising at the time when the digital content was supplied under the contract and not the time when it is modified.

41 Trader's right to supply digital content

(1) Every contract to supply digital content is to be treated as including a term—

(a) in relation to any digital content which is supplied under the contract and which the consumer has paid for, that the trader has the right to supply that content to the consumer;

(b) in relation to any digital content which the trader agrees to supply under the contract and which the consumer has paid for, that the trader will have the right to supply it to the consumer at the time when it is to be supplied.

(2) See section 42 for a consumer's rights if the trader is in breach of a term that this section requires to be treated as included in a contract.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

What remedies are there if statutory rights under a digital content contract are not met?

42 Consumer's rights to enforce terms about digital content

(1) In this section and section 43 references to digital content conforming to a contract are references to the digital content conforming to the terms described in sections 34, 35 and 36.

(2) If the digital content does not conform to the contract, the consumer's rights (and the provisions about them and when they are available) are—

(a) the right to repair or replacement (see section 43);

(b) the right to a price reduction (see section 44).

(3) Section 16 also applies if an item including the digital content is supplied.

(4) If the trader is in breach of a term that section 37 requires to be treated as included in the contract, the consumer has the right to recover from the trader the amount of any

costs incurred by the consumer as a result of the breach, up to the amount of the price paid for the digital content or for any facility within section 33(3) used by the consumer.

(5) If the trader is in breach of the term that section 41(1) (right to supply the content) requires to be treated as included in the contract, the consumer has the right to a refund (see section 45 for provisions about that right and when it is available).

(6) This Chapter does not prevent the consumer seeking other remedies for a breach of a term to which any of subsections (2), (4) or (5) applies, instead of or in addition to a remedy referred to there (but not so as to recover twice for the same loss).

(7) Those other remedies include any of the following that is open to the consumer in the circumstances—

(a) claiming damages;

(b) seeking to recover money paid where the consideration for payment of the money has failed;

(c) seeking specific performance;

(d) seeking an order for specific implement;

(e) relying on the breach against a claim by the trader for the price.

(8) It is not open to the consumer to treat the contract as at an end for breach of a term to which any of subsections (2), (4) or (5) applies.

(9) For the purposes of subsection (2), digital content which does not conform to the contract at any time within the period of six months beginning with the day on which it was supplied must be taken not to have conformed to the contract when it was supplied.

(10) Subsection (9) does not apply if—

(a) it is established that the digital content did conform to the contract when it was supplied, or

(b) its application is incompatible with the nature of the digital content or with how it fails to conform to the contract.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

43 Right to repair or replacement

(1) This section applies if the consumer has the right to repair or replacement.

(2) If the consumer requires the trader to repair or replace the digital content, the trader must—

(a) do so within a reasonable time and without significant inconvenience to the consumer; and

(b) bear any necessary costs incurred in doing so (including in particular the cost of any labour, materials or postage).

(3) The consumer cannot require the trader to repair or replace the digital content if that remedy (the repair or the replacement)—

(a) is impossible, or

(b) is disproportionate compared to the other of those remedies.

(4) Either of those remedies is disproportionate compared to the other if it imposes costs on the trader which, compared to those imposed by the other, are unreasonable, taking into account—

(a) the value which the digital content would have if it conformed to the contract,

(b) the significance of the lack of conformity, and
(c) whether the other remedy could be effected without significant inconvenience to the consumer.

(5) Any question as to what is a reasonable time or significant inconvenience is to be determined taking account of—
(a) the nature of the digital content, and
(b) the purpose for which the digital content was obtained or accessed.

(6) A consumer who requires or agrees to the repair of digital content cannot require the trader to replace it without giving the trader a reasonable time to repair it (unless giving the trader that time would cause significant inconvenience to the consumer).

(7) A consumer who requires or agrees to the replacement of digital content cannot require the trader to repair it without giving the trader a reasonable time to replace it (unless giving the trader that time would cause significant inconvenience to the consumer).

(8) In this Chapter, "repair" in relation to digital content that does not conform to a contract, means making it conform.

44 Right to price reduction

(1) The right to a price reduction is the right to require the trader to reduce the price to the consumer by an appropriate amount (including the right to receive a refund for anything already paid above the reduced amount).

(2) The amount of the reduction may, where appropriate, be the full amount of the price.

(3) A consumer who has that right may only exercise it in one of these situations—
(a) because of section 43(3)(a) the consumer can require neither repair nor replacement of the digital content, or
(b) the consumer has required the trader to repair or replace the digital content, but the trader is in breach of the requirement of section 42 (2)(a) to do so within a reasonable time and without significant inconvenience to the consumer.

(4) A refund under this section must be given without undue delay, and in any event within 14 days beginning with the day on which the trader agrees that the consumer is entitled to a refund.

(5) The trader must give the refund using the same means of payment as the consumer used to pay for the digital content, unless the consumer expressly agrees otherwise.

(6) The trader must not impose any fee on the consumer in respect of the refund.

45 Right to a refund

(1) The right to a refund gives the consumer the right to receive a refund from the trader of all money paid by the consumer for the digital content (subject to subsection (2)).

(2) If the breach giving the consumer the right to a refund affects only some of the digital content supplied under the contract, the right to a refund does not extend to any part of the price attributable to digital content that is not affected by the breach.

(3) A refund must be given without undue delay, and in any event within 14 days beginning with the day on which the trader agrees that the consumer is entitled to a refund.

(4) The trader must give the refund using the same means of payment as the consumer used to pay for the digital content, unless the consumer expressly agrees otherwise.
(5) The trader must not impose any fee on the consumer in respect of the refund.

Compensation for damage to device or to other digital content

46 Remedy for damage to device or to other digital content

(1) This section applies if—
  (a) a trader supplies digital content to a consumer under a contract,
  (b) the digital content causes damage to a device or to other digital content,
  (c) the device or digital content that is damaged belongs to the consumer, and
  (d) the damage is of a kind that would not have occurred if the trader had exercised reasonable care and skill.
(2) If the consumer requires the trader to provide a remedy under this section, the trader must either
  (a) repair the damage in accordance with subsection (3), or
  (b) compensate the consumer for the damage with an appropriate payment.
(3) To repair the damage in accordance with this subsection, the trader must—
  (a) repair the damage within a reasonable time and without significant inconvenience to the consumer, and
  (b) bear any necessary costs incurred in repairing the damage (including in particular the cost of any labour, materials or postage).
(4) Any question as to what is a reasonable time or significant inconvenience is to be determined taking account of—
  (a) the nature of the device or digital content that is damaged, and
  (b) the purpose for which it is used by the consumer.
(5) A compensation payment under this section must be made without undue delay, and in any event within 14 days beginning with the day on which the trader agrees that the consumer is entitled to the payment.
(6) The trader must not impose any fee on the consumer in respect of the payment.
(7) A consumer with a right to a remedy under this section may bring a claim in civil proceedings to enforce that right.
(8) The Limitation Act 1988 and the Limitation (Northern Ireland) Order 1989 (SI 1989/1339 (NI 11)) apply to a claim under this section as if it were an action founded on simple contract.
(9) The Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973 applies to a right to a remedy under this section as if it were an obligation to which section 6 of that Act applies.

Can a trader contract out of statutory rights and remedies under a digital content contract?

47 Liability that cannot be excluded or restricted

(1) A term of a contract to supply digital content is not binding on the consumer to the extent that it would exclude or restrict the trader's liability arising under any of these provisions—

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

(a) section 34 (digital content to be of satisfactory quality),
(b) section 35 (digital content to be fit for particular purpose),
(c) section 36 (digital content to be as described),
(d) section 37 (other pre-contract information included in contract), or
(e) section 41 (trader's right to supply digital content).

(2) That also means that a term of a contract to supply digital content is not binding on the consumer to the extent that it would—
(a) exclude or restrict a right or remedy in respect of a liability under a provision listed in subsection (1),
(b) make such a right or remedy or its enforcement subject to a restrictive or onerous condition,
(c) allow a trader to put a person at a disadvantage as a result of pursuing such a right or remedy, or
(d) exclude or restrict rules of evidence or procedure.

(3) The reference in subsection (1) to excluding or restricting a liability also includes preventing an obligation or duty arising or limiting its extent.

(4) An agreement in writing to submit present or future differences to arbitration is not to be regarded as excluding or restricting any liability for the purposes of this section.

(5) See Schedule 3 for provision about the enforcement of this section.

(6) For provision limiting the ability of a trader under a contract within section 46 to exclude or restrict the trader's liability under that section, see section 62.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นางสาวชนิดา เมธาชวลิต
วัน เดือน ปี เกิด	7 พฤศจิกายน 2531
สถานที่เกิด	ระยอง
วุฒิการศึกษา	ปริญญานิติศาสตร์บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Chulalongkorn University