

## บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### บทสรุป

โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่สามารถสร้างรายได้มหาศาลให้เจ้าของโปรแกรม โดยเฉพาะในประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา อุตสาหกรรมโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นอุตสาหกรรมที่มีบทบาทและมีอิทธิพลต่อเศรษฐกิจของประเทศเป็นอย่างมาก ด้วยลักษณะเฉพาะของสินค้าประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยกว่าจะได้โปรแกรมออกมาสักชิ้นหนึ่งก็ต้องใช้เงินลงทุนเพื่อการคิดค้นวิจัยสูง มีอายุการใช้งานสั้น และถูกทำซ้ำได้ง่าย เจ้าของโปรแกรมต่างพากันเลือกสรรระบบทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่งานโปรแกรมของตนได้มากที่สุด โดยเริ่มจากการถกเถียงว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ควรจะได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตร ระบบลิขสิทธิ์ หรือสร้างกฎหมายเฉพาะขึ้นมา และด้วยแรงผลักดันจากกลุ่มอุตสาหกรรมโปรแกรมคอมพิวเตอร์ สภาคองเกรสของประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบลิขสิทธิ์ หลังจากนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ใช้มาตรการหลายทางในการชักจูงให้ประเทศอื่นให้ความคุ้มครองงานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์เหมือนตน จนในที่สุดสหภาพยุโรป รวมทั้งองค์กรระหว่างประเทศ เช่น TRIPS ก็ได้บัญญัติว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นงานที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ ประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีสมาชิกของ TRIPS จึงต้องให้ความคุ้มครองแก่งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ภายใต้ระบบลิขสิทธิ์เช่นเดียวกัน

นอกจากระบบลิขสิทธิ์แล้ว ระบบความคุ้มครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์อีกระบบที่เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์มักใช้เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของตนคือการให้ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายลักษณะสัญญา โดยเจ้าของโปรแกรมใช้สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและผู้ต้องการใช้โปรแกรม ภายใต้สัญญานี้ เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ถือว่าตนเพียงแต่อนุญาตให้บุคคลอื่นใช้โปรแกรมของตนตามแนวทางและวิธีการที่ตนกำหนด โดยไม่ได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในโปรแกรมให้บุคคลนั้นแต่อย่างใด ด้วยวิธีนี้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิก็จะได้กรรมสิทธิ์ในตัวโปรแกรม จึงไม่สามารถนำไปขาย ทำซ้ำ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงโปรแกรมได้ สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์คอมพิวเตอร์นับเป็นเครื่องมืออันชาญฉลาดของเจ้าของโปรแกรมในการกำจัดหลัก first sale doctrine ในกฎหมายลิขสิทธิ์

สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในอดีตมักเป็นสัญญาที่คู่สัญญาสามารถเจรจาต่อรองกันได้ เนื่องจากโปรแกรมในอดีตมักเป็นโปรแกรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการใช้งานเฉพาะอย่างและมีราคาสูง เจ้าของโปรแกรมและลูกค้ามีโอกาสติดต่อกันโดยตรง แต่ในระยะหลังโปรแกรมได้เปลี่ยนไปเป็นการผลิตและจำหน่ายในปริมาณมากหรือที่เรียกว่าเป็น mass market ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของโปรแกรมและลูกค้าดำเนินไปอย่างซับซ้อนมากยิ่งขึ้น โดยลูกค้ามักไม่ได้ติดต่อกับผู้ขายโดยตรงเพื่อขออนุญาตใช้โปรแกรม แต่ลูกค้ามักซื้อสำเนาโปรแกรมนั้นจากร้านค้า ด้วยลักษณะการประกอบธุรกิจเช่นนี้ จึงเป็นไปได้เลยที่เจ้าของและผู้ต้องการใช้โปรแกรมจะสามารถทำสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นรายฉบับทุกครั้งที่มีผู้ซื้อโปรแกรม ด้วยเหตุนี้ลักษณะของสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงเปลี่ยนไปเป็นสัญญาสำเร็จรูปซึ่งฝ่ายเจ้าของโปรแกรมเป็นผู้กำหนดข้อสัญญาเพียงฝ่ายเดียว หากผู้ต้องการใช้โปรแกรมไม่ประสงค์จะให้ความยินยอมในเงื่อนไขและข้อตกลงแห่งสัญญาที่เจ้าของโปรแกรมกำหนดขึ้น ผู้นั้นก็ไม่สามารถเจรจาแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ และตกอยู่ในลักษณะที่จะต้องเลือกเพียงสองทางเท่านั้น คือหากตนประสงค์จะใช้โปรแกรม ตนก็ต้องยินยอมกับข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้น หรือมิฉะนั้นก็ไม่ต้องใช้โปรแกรมนั้นไปเลย

สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ในลักษณะ mass market นั้นสามารถจำแนกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ สัญญา shrinkwrap สัญญา browwrap และสัญญา clickwrap

สำหรับกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภท shrinkwrap เป็นสัญญาที่แสดงอยู่บนกล่องบรรจุภัณฑ์โปรแกรมโดยมีข้อความทำนองว่าหากผู้ซื้อเปิดบรรจุภัณฑ์นี้ จะถือว่าผู้ซื้อมีความผูกพันตามในอันที่จะต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่เจ้าของโปรแกรมระบุไว้ หากผู้ซื้อไม่ยอมรับตามข้อสัญญา shrinkwrap ผู้ซื้อสามารถส่งคืนโปรแกรมนั้นไปยังร้านค้าที่ตนซื้อภายในกำหนดระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งเพื่อรับเงินคืน สิ่งที่เกิดขึ้นคือ ในกรณีการไปซื้อโปรแกรมตามร้านค้า ผู้ซื้อไม่สามารถอ่านข้อสัญญา shrinkwrap ได้ก่อนที่ตนจะเลือกเข้าทำสัญญาและตัดสินใจชำระราคาสินค้า เนื่องจากสัญญา shrinkwrap มักอยู่ภายใต้พลาสติกใสที่เคลือบบรรจุภัณฑ์โปรแกรมอยู่ สิ่งที่ผู้ซื้อสามารถอ่านได้ขณะอยู่ที่ร้านค้า คือสติ๊กเกอร์แผ่นเล็กๆ แจ้งผู้ซื้อว่าโปรแกรมนี้อยู่ภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ หากผู้ซื้อต้องการใช้โปรแกรม ผู้ซื้อต้องยอมรับข้อสัญญา และการเปิดผนึกโปรแกรมถือว่าผู้ซื้อได้ยอมรับข้อสัญญา shrinkwrap นั้นแล้ว แต่ผู้ซื้อไม่มีโอกาสอ่านข้อสัญญาดังกล่าวเลยจนกว่าจะชำระเงินแล้วกลับบ้านมาอ่านข้อสัญญาดังกล่าว



กรณีต่อมาคือสั่งซื้อโปรแกรมทางโทรศัพท์ หรือทางไปรษณีย์ ประเพณีทางการค้าที่เกิดขึ้นคือเมื่อสั่งซื้อสิ่งซื้อโปรแกรมใดๆ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการสั่งซื้อทางโทรศัพท์ หรือทางไปรษณีย์ จะมีการเจรจาตกลงกันเรื่องสินค้า ราคา และปริมาณ แต่ผู้ขายจะยังมีได้แจ้งผู้ซื้อทราบถึงข้อสัญญาในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ กว่าผู้ซื้อจะทราบถึงการมีอยู่ของสัญญาดังกล่าวก็เมื่อผู้ซื้อได้รับสินค้านั้น จะเห็นได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นสำหรับสัญญา shrinkwrap ไม่ว่าจะกรณีซื้อโปรแกรมจากร้านค้าหรือกรณีสั่งซื้อโปรแกรมทางโทรศัพท์หรือไปรษณีย์ คือความล่าช้าในการได้รับแจ้งเรื่องข้อสัญญา shrinkwrap ปัญหานี้ทำให้เกิดประเด็นว่าสัญญาที่เกิดขึ้นมีที่สัญญาและสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใดกันแน่ หากจะถือว่าสัญญาเกิดขึ้น ณ เวลาทำการซื้อขาย สถานะของสัญญา shrinkwrap คืออะไร เป็นข้อสัญญาใหม่หรือถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาฉบับเดิม

สำหรับประเด็นแรกนั้นหากเป็นกรณีธุรกรรมการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบปกติ เช่น การสั่งซื้อทางโทรศัพท์หรือทางไปรษณีย์ หรือเลือกซื้อจากร้านค้า สัญญาที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับบุคคลทั้งสามฝ่ายมี 2 สัญญา สัญญาแรกคือสัญญาซื้อขายระหว่างบุคคลผู้ต้องการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์และผู้ขายโปรแกรม สัญญาที่สองคือสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์และเจ้าของลิขสิทธิ์ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้นในอันที่จะปฏิบัติตามข้อสัญญาที่เจ้าของโปรแกรมกำหนดขึ้น

ส่วนกรณีธุรกรรมการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์แบบออนไลน์อันเป็นกรณีสัญญา clickwrap หรือ browsewrap สัญญาที่เกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาดังกล่าวมีเพียงหนึ่งสัญญา ได้แก่สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ระหว่างผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์กับเจ้าของโปรแกรม เนื่องจากไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใดๆ ระหว่างเจ้าของเว็บไซต์และบุคคลผู้ต้องการซื้อโปรแกรมเลย เมื่อไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน สัญญาซื้อขายระหว่างเจ้าของเว็บไซต์กับผู้ซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์จึงไม่เกิดขึ้น

ส่วนประเด็นที่สองเรื่องเวลาการเกิดสัญญานั้น ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาในสมัยแรกๆ เช่น ศาลในคดี Vault v. Quaid และคดี Step-Saver Data v. Wyse Technology ได้วินิจฉัยว่าสัญญาเกิดขึ้นตั้งแต่ทำการซื้อขายแล้ว การที่มีสัญญา shrinkwrap ส่งมาภายหลังพร้อมสินค้าถือว่าเป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาเดิม ซึ่งตามประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกามาตรา 2-207 นั้น หากการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาเป็นการแก้ไขในส่วนที่เป็นสาระสำคัญอันอาจทำให้คู่สัญญาปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาด้วย จะถือว่าผู้สัญญายินยอมกับการ

เพิ่มเติมสัญญาขึ้นไม่ได้ เมื่อผู้ซื้อโปรแกรมทั้งสองคดีมิได้ยินยอมเข้าผูกพันตนตามสัญญา shrinkwrap สัญญา shrinkwrap ดังกล่าวจึงไม่มีผลผูกพันคู่สัญญา

ในขณะที่ศาลในยุคหลังๆ เช่น ศาลในคดี ProCD, Inc. v. Zeidenberg คดี Hill v. Gateway 2000 Inc หรือคดี Brower v. Gateway 2000 Inc วินิจฉัยว่าเจ้าของโปรแกรมสามารถกำหนดให้สัญญาสามารถเกิดขึ้นหลังจากขั้นตอนการซื้อขายที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติได้จบสิ้นแล้ว การซื้อขายที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติมักเริ่มจากการที่ผู้ซื้อสั่งซื้อโปรแกรม ผู้ขายส่งสินค้าไปยังผู้ซื้อ หลังจากนั้นเมื่อผู้ซื้อได้รับสินค้าแล้วได้ตรวจข้อตกลงในสัญญา shrinkwrap หากผู้ซื้อไม่ส่งคืนสินค้าภายในระยะเวลาที่ผู้ขายกำหนด เช่น 30 วัน ถือว่าผู้ซื้อได้ตกลงยินยอมในข้อตกลงในสัญญา shrinkwrap และให้สัญญาเกิดขึ้นนับแต่นั้น ศาลในคดีเหล่านี้จึงไม่ได้มองว่ามีสัญญาเกิดขึ้นแล้วสัญญาหนึ่ง และมีความพยายามแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาเดิมด้วยสัญญา shrinkwrap อีกสัญญาหนึ่ง แต่ศาลมองว่ายังไม่มีสัญญาใดๆ เกิดขึ้นเลยจนกว่าผู้ซื้อจะได้อ่านและแสดงความยินยอมในข้อสัญญา shrinkwrap

การที่ศาลในคดีหลังๆ วินิจฉัยคดีไปในแนวทางเช่นนี้ ผู้วิจัยมองว่าเป็นการให้อำนาจฝ่ายเจ้าของโปรแกรมใช้ข้อสัญญา shrinkwrap มาทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานของการเกิดสัญญาที่ว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน และมีการแลกเปลี่ยนสิ่งตอบแทนต่อกัน ซึ่งผลที่อาจตามมาในอนาคตคือหากศาลรับรองให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยชอบ เจ้าของโปรแกรมอาจใช้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเป็นเครื่องมือในการแก้ไขหรือบิดเบือนสิทธิของคู่สัญญาอีกก็ได้ กรณีที่เกิดขึ้นแล้วคือการกำหนดข้อสัญญาห้ามการทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา การทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรมคอมพิวเตอร์อาจกระทำได้หากเป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุถึงส่วนเชื่อมประสาน (interoperability) ซึ่งหมายความว่าบุคคลอาจทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรม ก. เพื่อให้ทราบถึงระบบการทำงานของโปรแกรม ก. เพื่อที่ตนจะสามารถสร้างโปรแกรม ข. ขึ้นเพื่อให้มาทำงานกับโปรแกรม ก. ได้ หากเป็นการทำวิศวกรรมย้อนกลับในลักษณะนี้ย่อมสามารถกระทำได้โดยถือเป็นการใช้สิทธิโดยชอบธรรมและไม่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ แต่ข้อสัญญาที่พบได้เป็นประจำในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์คือข้อตกลงไม่ให้ทำวิศวกรรมย้อนกลับเลยไม่ว่าในกรณีใดๆ คดี Bowers v. Baystate Technologies, Inc. ดูจะเป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับกรณีนี้ เนื่องจากศาลในคดีนี้วินิจฉัยว่าข้อสัญญาห้ามทำวิศวกรรมย้อนกลับมีผลบังคับได้โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดแย้งกับกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากกฎหมายสัญญาอันเป็นกฎหมายระดับมลรัฐที่ใช้ควบคุมสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้กำหนดวิธีทดสอบการละเมิดลิขสิทธิ์ด้วย



องค์ประกอบที่มากกว่าการพิสูจน์การละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์อันเป็นกฎหมายระดับชาติ ดังนั้นกฎหมายลิขสิทธิ์จึงมาอาจนำมาบังคับใช้แทนที่กฎหมายสัญญาของรัฐนั้นได้ จะเห็นได้ว่าเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของการใช้ข้อสัญญามาขยายสิทธิของเจ้าของโปรแกรมตามกฎหมายลิขสิทธิ์

สำหรับประเทศไทยนั้นการจะพิจารณาว่าสัญญาเกิดเมื่อใด ควรต้องพิจารณาตามมาตรา 359 วรรค 2 มาตรานี้เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกรณีค้ำนองที่มีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัดหรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่น โดยให้ถือว่าสัญญาไม่เกิดขึ้นและถือว่าค้ำนองดังกล่าวเป็นค้ำนองปิดไม่รับ ทำให้ค้ำนองนั้นสิ้นผลไปและทำให้ค้ำนองปิดไม่รับนั้นเป็นค้ำนองขึ้นใหม่ด้วย

ถึงแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้บัญญัติว่าการเพิ่มเติม การมีข้อจำกัดหรือการมีข้อแก้ไขในเรื่องใดบ้างที่จะถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขของค้ำนองในสาระสำคัญ ก็พอจะสรุปกฎเกณฑ์ได้ว่าหากเป็นการเพิ่มเติม จำกัด หรือแก้ไขข้อสาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย เช่น ราคาสินค้า คุณภาพ และปริมาณสินค้า ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่ทำให้ค้ำนองเดิมสิ้นผล

อย่างไรก็ตามค้ำนองที่มีข้อแก้ไขเปลี่ยนแปลงค้ำนองในสาระสำคัญนั้น อาจทำให้เกิดสัญญาได้เช่นเดียวกัน โดยต้องพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญาและข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีเป็นหลักว่าคู่สัญญาประสงค์จะก่อให้เกิดเป็นสัญญาตามค้ำนองที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงค้ำนองหรือไม่ โดยมีหลักกว้างๆ ในการพิจารณาเจตนาของคู่สัญญาดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 366 และ 367 กล่าวคือ

หากอนุมานได้ว่าถึงแม้ข้อแตกต่างนั้นจะไม่ทำความตกลงกัน คู่สัญญาก็ยังคงมีเจตนาที่จะทำสัญญากันก็ตาม ก็ต้องถือว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว และข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันได้ตามค้ำนองและค้ำนองยอมเป็นอันสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 367 ในกรณีตรงข้าม หากค้ำนองมีการขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงค้ำนองและคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงไว้ว่าข้อที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้น เป็นสาระสำคัญที่จะต้องตกลงกันให้หมดทุกข้อนั้น ดังนี้ หากคู่สัญญายังมิได้ตกลงกันในข้อที่แตกต่างนั้น สัญญายอมยังไม่เกิดขึ้น หรือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแสดงว่าสัญญาอันมุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือเมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ต้องนับว่ายังมีคู่สัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 366 ดังนั้นแนวทางในการวิเคราะห์ประเด็นการเกิดสัญญา shrinkwrap จึงสามารถแบ่งได้เป็น 2 แนวทาง

แนวทางที่ 1 การที่เจ้าของโปรแกรม (ผู้สนอง) ส่งโปรแกรมคอมพิวเตอร์มาพร้อมกับสัญญา shrinkwrap ถือว่าเป็นกรณีผู้สนองได้มีคำสนองเพิ่มเติมที่มีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีการเปลี่ยนแปลงใดๆ และถือว่าคำสนอนั้นเป็นคำบอกปิดไม่รับและเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ในตัว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 359 วรรค 2 หากผู้ซื้อไม่ยินยอมในข้อสัญญา shrinkwrap สัญญาก็ไม่เกิด แต่หากผู้ซื้อได้สนองรับคำเสนอใหม่นี้ด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด (เช่น โดยการคลิกของบรรจุกัมภ์โปรแกรม) ก็ถือว่าเป็นคำสนองรับขึ้นใหม่ สัญญาย่อมเกิดขึ้นโดยมีข้อสัญญาตามคำเสนอใหม่นั้น

แนวทางที่ 2 การที่คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ในเรื่อง เช่น ราคา คุณภาพ และ ปริมาณสินค้า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายชำระหนี้โดยที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายยังมีได้ตกลงกันในข้อสัญญาข้ออื่นๆ อาจมองได้ว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้ถือว่าสัญญาเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้ว แต่แท้จริงยังมีได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใดอันจะต้องทำความตกลงให้สำเร็จ และหากอนุমানได้ว่า ถึงหากจะไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ได้ สัญญานั้นก็ได้ทำขึ้น ข้อความส่วนที่ตกลงกันแล้วย่อมเป็นอันสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 367

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

กรณีตามปัญหาผู้วิจัยเห็นว่าสัญญา shrinkwrap เป็นสัญญาที่มีข้อตกลงแห่งสัญญาอันเป็นสาระสำคัญอันเกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา รวมทั้งกำหนดเรื่องการจำกัดความรับผิดของผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์และการไม่รับประกันสินค้าด้วย ดังนั้นเมื่อสัญญา shrinkwrap ไม่เป็นที่ประจักษ์ ณ เวลาที่สัญญาเกิด จึงไม่สามารถอนุমানได้ว่าถึงหากจะไม่ทำตามความตกลงกันในข้ออื่นๆ นั้น สัญญานั้นก็ได้ทำขึ้น ผู้วิจัยจึงเห็นด้วยกับแนวทางที่ 1

ส่วนกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภท clickwrap ซึ่งเป็นสัญญาที่ปรากฏขึ้นเมื่อมีการดาวน์โหลดหรือติดตั้งโปรแกรมลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ โดยจะมีหน้าต่าง



แสดงขึ้นมาบนจอคอมพิวเตอร์แจ้งต่อผู้ต้องการจะใช้โปรแกรมว่าโปรแกรมนี้อยู่ภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ผู้ใช้ (user) สามารถอ่านข้อสัญญาได้ด้วยการ scroll down สัญญานั้น หากผู้ต้องการโปรแกรมนั้น ตนต้องยอมรับข้อสัญญาด้วยการคลิกที่ปุ่ม "I agree" หรือ "Accept" หรือคำอื่นที่มีข้อความในลักษณะเดียวกัน หากผู้ใช้ไม่ยินยอมในข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ ผู้ใช้สามารถคลิกที่ปุ่ม "I don't agree" หรือ "I deny" ซึ่งจะทำให้ขั้นตอนการดาวน์โหลดหรือติดตั้งโปรแกรมยกเลิกไป

สัญญา clickwrap ไม่มีช่องว่างระหว่างระยะเวลาที่ผู้ซื้อซื้อโปรแกรมและระยะเวลาที่เขาสามารถอ่านข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเหมือนในสัญญา shrinkwrap เพราะสัญญาแบบ clickwrap นั้น ผู้ซื้อสามารถอ่านข้อสัญญาได้ตั้งแต่เริ่มทำคำสั่งซื้อสินค้าและหากผู้ซื้อไม่ยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญา กระบวนการซื้อโปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็ไม่เสร็จสมบูรณ์ สัญญาจึงไม่เกิด ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีสัญญา clickwrap จึงแตกต่างไป กล่าวคือ การคลิกปุ่ม "I agree" หรือ "Accept" เป็นการแสดงออกซึ่งคำสั่งรองรับข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่เพียงพอแล้วหรือไม่ ศาลในคดี CompuServe v. Patterson คดี Hotmail v. Van \$ Money Pie และคดี Capsi v. The Microsoft Network, L.L.C. ต่างก็วินิจฉัยตามแนวคำพิพากษาในคดี ProCD ซึ่งถึงแม้สัญญาในคดี ProCD จะเป็นสัญญา shrinkwrap แต่ก็มีลักษณะเหมือนสัญญา clickwrap ตรงที่สัญญาไม่ได้อยู่ในรูปเอกสารแบบ hardcopy แต่จะปรากฏขึ้นบนหน้าจอโดยอัตโนมัติหลังจากที่ผู้ใช้โหลดโปรแกรมแล้ว ซึ่งผู้ใช้สามารถอ่านข้อความในสัญญาได้ตั้งแต่ต้นจนจบและต้องให้ความยินยอมในข้อสัญญาดังกล่าวก่อน โปรแกรมจึงจะสามารถทำงานได้ หากผู้ใช้ไม่ให้ความยินยอม การติดตั้งโปรแกรมก็เป็นอันยกเลิกไป คำพิพากษาในคดีทั้งสามนี้ต่างก็วินิจฉัยว่าสัญญา clickwrap เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ โดยการคลิกปุ่ม "I agree" หรือ "Accept" ถือเป็นกรยอมรับเอาข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์แล้ว

ในส่วนของสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ประเภท browswrap นั้นเป็นสัญญาแบบออนไลน์ที่มีลักษณะคล้ายสัญญาประเภท clickwrap มากจนกระทั่งผู้พิพากษา Hellerstein ในคดี Specht v. Netscape Communications Corporation ได้สร้างหลักการจำแนกสัญญาทั้งสองประเภทนี้ โดยหากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิใดที่ผู้ซื้อต้องกระทำการยืนยันว่าตนได้ให้ความยินยอมในข้อสัญญา ซึ่งโปรแกรมจะไม่สามารถใช้งานได้หากไม่มีการกระทำการดังกล่าวเสียก่อน และสัญญานั้นต้องปรากฏขึ้นบนหน้าจอคอมพิวเตอร์โดยอัตโนมัติ โดยผู้ใช้ไม่ต้องคลิกไปที่จุดเชื่อมต่อ (ลิงค์) อื่นเพื่ออ่านข้อสัญญา ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญา clickwrap แต่หากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นขาดองค์ประกอบข้อหนึ่งข้อใดไป สัญญานั้นเป็นสัญญา browswrap ผลที่

เกิดขึ้นจากการจำแนกสัญญาที่ก็คือ หากเป็นสัญญา clickwrap ศาลจะพิพากษาให้สัญญาที่เกิดขึ้นมีผลบังคับใช้ แต่หากศาลถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญา browsewrap ศาลมักไม่ถือว่าวิธีการนำเสนอสัญญาที่ผู้ใช้ต้องคลิกไปอีกจุดเชื่อมต่อหนึ่ง หรือ การมีเพียงหน้าต่างเล็กๆ ที่ผู้ใช้ไม่สามารถอ่านหรือเห็นได้ชัด ปรากฏขึ้นโดยอัตโนมัติเพื่อแจ้งให้ทราบว่าโปรแกรมอยู่ภายใต้สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ โดยผู้ใช้ไม่ถูกบังคับให้ต้องแสดงความยินยอมในข้อสัญญาเสียก่อน กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าผู้ใช้ได้แสดงความยินยอมในข้อตกลงแห่งสัญญาแล้ว อย่างไรก็ตาม ในระยะหลังศาลอาจวินิจฉัยว่าสัญญา browsewrap มีผลบังคับใช้ได้ หากลักษณะการวางรูปแบบเว็บเพจเป็นการเพียงพอที่จะแจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ เช่น หากเจ้าของเว็บเพจสร้างจุดเชื่อมต่อที่สามารถเห็นได้อย่างชัดเจนไปยังสัญญาและวางจุดเชื่อมต่อนั้นไว้ติดกับปุ่ม "I accept" ศาลมีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยว่าเป็นการแจ้งให้ผู้ใช้ทราบถึงข้อสัญญาอย่างเพียงพอแล้ว ทั้งนี้ต้องพิจารณาความชัดเจนของจุดเชื่อมต่อ จากข้อเท็จจริงอื่นประกอบด้วย เช่น ขนาดหรือสีสันของตัวหนังสือด้วย

ในส่วนของกฎหมายเฉพาะของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ชื่อ The Uniform Computer Information Transactions Act หรือ UCITA ซึ่งเป็นกฎหมายแม่แบบที่บัญญัติขึ้นเพื่อใช้ควบคุมดูแลธุรกรรมด้านการอนุญาตให้ใช้โปรแกรมและข้อมูลคอมพิวเตอร์อื่น ได้กำหนดหลักเกณฑ์การเกิดสัญญาไว้ในมาตรา 112 ว่าหากผู้ใช้โปรแกรมได้แสดงออกซึ่งความยินยอมในข้อสัญญา (Manifestation of Assent) หลังจากมีโอกาสตรวจทานข้อสัญญา (Opportunity to review) ก็ให้ถือว่าผู้ใช้โปรแกรมให้ความยินยอมในข้อสัญญาแล้ว

สำหรับแนวทางพิจารณาสำหรับประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าศาลไทยควรวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกับศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาว่าการคลิกปุ่ม "I agree" หรือ "Accept" ในสัญญา clickwrap เป็นการสนองรับคำเสนอของเจ้าของโปรแกรมแล้ว ส่วนในกรณี browsewrap ต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีว่าผู้ใช้สามารถสังเกตเห็นคำแจ้งเรื่องสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือไม่ ถ้าคำแจ้งเป็นที่เห็นได้ชัด ก็ต้องถือว่าผู้ใช้ได้สนองรับคำเสนอแล้ว

การวินิจฉัยว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่เป็นประเด็นเกี่ยวกับการวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของข้อตกลงในสัญญา ถึงแม้ศาลจะวินิจฉัยว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เกิดขึ้นแล้ว แต่ก็ได้ไม่ได้หมายความว่าศาลจะต้องบังคับให้เป็นไปตามข้อสัญญาที่กำหนดไว้ในสัญญาทุกกรณีไป ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ใช้หลักความไม่มีมโนธรรม (The Unconscionability



Doctrine) เป็นหลักในการสร้างความเป็นธรรมให้คู่สัญญา ส่วนประเทศไทยนั้นมีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นกฎหมายที่เข้ามาช่วยเหลือในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าหรือได้เปรียบกว่าได้อาศัยข้อได้เปรียบนี้กำหนดเงื่อนไขในร่างสัญญาให้เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุดโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมและนำเสนอร่างสัญญานั้นต่อผู้บริโภคโดยจัดทำในรูปแบบของ “สัญญาสำเร็จรูป” (Adhesion Contract) หรือ สัญญามาตรฐาน (Standard Contract) เอาไว้เรียบร้อยแล้ว คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าไม่มีอำนาจเปลี่ยนแปลงข้อความใดๆ ในสัญญาเลย สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ก็คือเป็นสัญญาสำเร็จรูปอย่างหนึ่งเช่นกัน โดยเจ้าของโปรแกรมมักอาศัยสัญญานี้เพิ่มสิทธิบางประการให้ตนให้นอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนด หรือข้อความตัดสิทธิของผู้ใช้โปรแกรมซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครอง

ประเด็นที่ผู้วิจัยนำมาศึกษาว่าข้อสัญญาดังกล่าวถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่มี 3 ประเด็น ข้อสัญญาเกี่ยวกับคำรับประกัน (Warranty) ข้อสัญญาเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ผลิตโปรแกรม และข้อสัญญาเกี่ยวกับการทำวิศวกรรมย้อนกลับ

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับคำรับประกัน (Warranty) นั้นผู้วิจัยเห็นว่ากรณีที่สัญญากำหนดข้อตกลงไม่รับประกันโปรแกรม โดยผู้ใช้โปรแกรมต้องยอมรับโปรแกรมนั้นไปในลักษณะ “as is” ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับสินค้าประเภทโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นสินค้าที่ไม่สามารถตรวจสอบคุณลักษณะของสินค้าได้เลยจนกว่าจะได้ลองใช้งาน และถึงแม้สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะให้สิทธิผู้ซื้อโปรแกรมส่งคืนสินค้านั้นเพื่อรับเงินคืนหากตนไม่ยินยอมในข้อสัญญารับรองสินค้าแบบ “as is” แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือผู้ซื้อไม่สามารถทราบได้เลยว่าตนจะพอใจกับลักษณะ “as is” ของโปรแกรมนั้นหรือไม่จนกว่าจะได้ใช้งานจริง การจะใช้งานได้ หากเป็นสัญญา shrinkwrap ผู้บริโภคก็ต้องเปิดบรรจุภัณฑ์โปรแกรมเพื่อติดตั้งโปรแกรมลงในเครื่องคอมพิวเตอร์ของตน หรือหากเป็นสัญญา clickwrap หรือ browswrap ผู้บริโภคก็ต้องแสดงความยินยอมในข้อสัญญาก่อนที่จะสามารถติดตั้งโปรแกรมนั้นได้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเท่ากับว่าผู้ซื้อได้ให้ความยินยอมในข้อสัญญาเสียแล้ว และสิทธิในการส่งคืนค่ากลับคืนก็หมดไป เนื่องจากผู้ใช้โปรแกรมต้องชำระเงินค่าโปรแกรมโดยไม่รู้หรือแน่ใจถึงคุณภาพของโปรแกรมคอมพิวเตอร์นั้น ทั้งยังไม่มีกรรับประกันสินค้าจากเจ้าของโปรแกรมอีกด้วยดังนั้นหากเป็นกรณีที่ผู้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้องชำระค่าใช้สิทธิ เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ว่าผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพจะสร้างข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิในทรัพย์สินที่

ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคตามสัญญาไว้ไม่ได้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวน่าจะถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

ส่วนประเด็นข้อสัญญาเกี่ยวกับการจำกัดความรับผิดของผู้ผลิตโปรแกรม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยินยอมให้มีการยกเว้นความรับผิดเพื่อความชำรุดบกพร่องของโปรแกรมได้ แต่ผู้ขายยังคงต้องส่งคืนเงินตามราคาแก่ผู้ซื้ออยู่ เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อพิจารณาสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์คอมพิวเตอร์จะเห็นได้ว่าเจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์เพียงแค่ว่าจำกัดความรับผิดในความเสียหายโดยอ้อมเท่านั้น กล่าวคือ ความเสียหายจากการสูญเสียกำไร เสียชื่อเสียงทางการค้า การหยุดงาน การที่เครื่องคอมพิวเตอร์ไม่ทำงานหรือทำงานผิดปกติ หรือความเสียหายหรือสูญเสียในเชิงพาณิชย์ไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมด ซึ่งหมายความว่าเจ้าของโปรแกรมยังคงรับผิดในความชำรุดบกพร่องโดยตรงต่อตัวโปรแกรมอยู่ โดยในกรณีที่โปรแกรมที่ผู้ซื้อต้องชำระเงินค่าใช้สิทธิ ผู้ขายมักกำหนดข้อสัญญาว่าตนยังคงรับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้าอยู่เท่ากับราคาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ผู้ซื้อชำระไป ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่าข้อตกลงในสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์คอมพิวเตอร์ในส่วนที่ว่าด้วยการจำกัดความรับผิด จึงไม่ถือว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ส่วนประเด็นข้อสัญญาเกี่ยวกับการทำวิศวกรรมย้อนกลับนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์ทั้งของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกาต่างยอมให้มีการทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ได้ในบางกรณี เช่น กรณีเพื่อการศึกษาวิจัย หรือ กรณีเพื่อให้บรรลุถึงส่วนเชื่อมประสาน (interoperability) การที่เจ้าของโปรแกรมคอมพิวเตอร์กำหนดข้อสัญญาห้ามการทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ว่าในกรณีใดๆ จึงเป็นการใช้สัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการขยายสิทธิที่ตนได้รับภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์โดยสร้างข้อสัญญาอันไม่สอดคล้องกับกฎหมายลิขสิทธิ์ จึงเป็นการไม่ถูกต้องและไม่สนับสนุนหลักการตามกฎหมายลิขสิทธิ์ และควรถือว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งศาลมีหน้าที่พิจารณาให้สัญญาหรือข้อสัญญาดังกล่าวมีผลได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ซึ่งแค่ไหนเพียงไรจะถือว่าเป็นธรรมและสมควรแก่กรณีนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นกรณีไป

เมื่อพิจารณาความจำเป็นในการมีกฎหมายเฉพาะเหมือนกับ UCITA ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ผู้วิจัยมองว่านอกจากกฎหมายนิติกรรมสัญญาและกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้วนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ยังได้บัญญัติรองรับการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคไว้ว่า ผู้บริโภคมีสิทธิในการได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย โดยให้มี



องค์กระอิสระประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภคสามารถให้ความเห็นเกี่ยวกับการตรากฎหมาย ขอบบังคับหรือการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มีผลบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคที่เพิ่มขึ้นปรากฏอยู่ในส่วนที่ 2 ทวิ ว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา ตั้งแต่มาตรา 35 ทวิ ถึง มาตรา 35 นว โดยกำหนดวิธีการป้องกันความหลอมน้ำไม่ป็นธรรม กล่าวคือ ในการทำสัญญาระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพกับผู้บริโภคนั้น ต้องจัดทำสัญญามาตรฐานให้เป็นไปตามข้อกำหนดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อให้ศาลใช้เป็นเครื่องมือในการปรับลดความไม่ธรรมของสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพทำกับผู้บริโภค ส่วนกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา (Consumer Protection of Contracts) ซึ่งเป็นส่วนที่บัญญัติเพิ่มเติมขึ้นใหม่ ก็เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กล่าวโดยสรุปประเทศไทยในปัจจุบันมีกฎหมายสามฉบับในการให้ความคุ้มครองการอนุญาตให้ใช้โปรแกรม เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายแม่แบบชื่อ UCITA ซึ่งกลุ่มอุตสาหกรรมโปรแกรมพยายามผลักดันให้ได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายบังคับใช้ในแต่ละรัฐ อย่างไรก็ตามแม้กระทั่งในประเทศสหรัฐอเมริกาเอง ก็มีบุคคลจำนวนมากที่ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายฉบับนี้ ทั้งนักวิชาการ นักกฎหมายและกลุ่มผู้บริโภค รัฐหลายรัฐพยายามชะลอหรือหลีกเลี่ยงการบัญญัติกฎหมายนี้เพื่อใช้ภายในรัฐของตน และรัฐที่บัญญัติกฎหมายฉบับนี้ไปแล้ว เช่น รัฐเวอร์จิเนีย หรือ รัฐแมริแลนด์ ก็เป็นรัฐที่มีกลุ่มอุตสาหกรรมโปรแกรมอยู่เป็นจำนวนมาก จึงไม่เป็นเรื่องน่าแปลกใจแต่อย่างใดที่กฎหมายฉบับนี้สามารถผ่านออกมาได้ในรัฐดังกล่าว

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติใน UCITA ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่สร้างผลดีให้กับฝ่ายนายทุนมากกว่าฝ่ายผู้บริโภค ประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศผู้รับเทคโนโลยีซึ่งยังคงต้องบริโภคโปรแกรมของต่างชาติอยู่ จึงไม่ควรบัญญัติกฎหมายไปเอื้อประโยชน์ให้เจ้าของโปรแกรมมากนัก และเมื่อกฎหมายของประเทศไทยปัจจุบันมีอย่างเพียงพอและสามารถให้ความคุ้มครองสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าวได้อยู่แล้ว ผู้วิจัยจึงเห็นว่าประเทศไทยยังไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเฉพาะอย่าง UCITA เพื่อมากำกับธุรกรรมการอนุญาตให้ใช้โปรแกรม

## ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยขอเสนอแนะว่าในระยะสั้น ประเทศไทยยังไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมดูแลธุรกิจโปรแกรมเนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันสามารถให้ความคุ้มครองได้อย่างเพียงพอ ข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์จะมีความเป็นธรรมหรือไม่ เพียงไรนั้น เป็นเรื่องของข้อเท็จจริงที่ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยและสร้างความเป็นธรรมให้คู่สัญญา นอกจากนี้กลุ่มผู้บริโภคโปรแกรมควรรวมตัวกันเป็นองค์กรเพื่อเป็นศูนย์กลางข้อมูลข่าวสารให้บุคคลในองค์กรทราบถึงโปรแกรมที่มีข้อสัญญาที่เอาเปรียบผู้บริโภคจนเกินไปและร่วมกันต่อต้านไม่ใช้โปรแกรมนั้น หากเราสามารถสร้างองค์กรที่มีความเข้มแข็ง สามารถคานอำนาจของผู้ผลิตโปรแกรมได้ ผู้ผลิตโปรแกรมเหล่านั้นก็ต้องแก้ไขปรับปรุงข้อสัญญาของตนให้มีความชอบธรรมมากขึ้นเพื่อให้สินค้าของตนได้รับการยอมรับ องค์กรระดับนานาชาติที่มีความเข้มแข็งและต่อต้านการผูกขาดโปรแกรมคือ กลุ่มที่สนับสนุน open source โปรแกรม โดยโปรแกรมที่ส่งผ่านกันในหมู่สมาชิกจะไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของเลย ทุกคนจึงสามารถศึกษาโปรแกรมนั้นและพัฒนาให้มีประสิทธิภาพดียิ่งๆ ขึ้นไป ซึ่งคงต้องสังเกตการณ์กันต่อไปว่ากลุ่มนี้จะสามารถต้านทานอิทธิพลจากกลุ่มอุตสาหกรรมโปรแกรมได้หรือไม่

สำหรับแผนในระยะยาว ประเทศไทยยังมีขีดความสามารถในการผลิตโปรแกรมได้ไม่สูงนักเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศพัฒนาแล้ว อย่างประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐจึงควรให้การส่งเสริมสนับสนุนให้มีการพัฒนาการเขียนโปรแกรมของไทยเองให้มากยิ่งขึ้น เพื่อให้ประเทศไทยมีศักยภาพในการผลิตโปรแกรมใช้ภายในประเทศ นโยบายที่จะให้จังหวัดเชียงใหม่ ขอนแก่น และภูเก็ต เป็นจังหวัดนำร่องในการสร้างเมืองโปรแกรมเป็นจุดเริ่มต้นที่ดี แต่ก็ต้องหาตลาดรองรับและต้องมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง และควรสร้างสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะเป็นกลางและเป็นธรรมกับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กรมทรัพย์สินทางปัญญาโดยนักวิชาการและตัวแทนทั้งจากกลุ่มอุตสาหกรรมโปรแกรมและทางฝ่ายผู้บริโภคได้ร่วมกันร่างตัวอย่างสัญญาอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ขึ้น สัญญาดังกล่าวมีทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยผู้วิจัยได้แนบสัญญาฉบับภาษาไทยไว้ในภาคผนวก ผู้วิจัยเห็นว่าสัญญาตัวอย่างเป็นสัญญาที่ดีมากและมีความเป็นธรรม ซึ่งไม่อาจพบได้ในสัญญาทั่วไป หากในอนาคตประเทศไทยสามารถผลิตบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถด้านการเขียนโปรแกรม ประเทศเราก็จะมีโปรแกรมใช้เองอันเป็นการสร้างรายได้หมุนเวียนในประเทศและลดการพึ่งพาโปรแกรมของต่างชาติซึ่งมีข้อสัญญาที่เอาเปรียบผู้ใช้โปรแกรมอยู่มาก อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคณะผู้ร่างสัญญาฉบับนี้ ผู้วิจัยเห็นว่ายังมีบางประเด็นที่ยังไม่มีความชัดเจน เช่น ประเด็นเรื่องความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับ



ระยะเวลาการคืนเงินค่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ในกรณีและผู้รับอนุญาตที่ขอบรรจุกฎเกณฑ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ไม่ตกลงตามสัญญา โดยในสัญญาระบุเพียงว่า “...บริษัทฯ จะคืนค่าผลิตภัณฑ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ให้แก่ท่านโดยเร็ว” ประเด็นต่อมาคือความรับผิดชอบของผู้อนุญาตในการ “... ชาติใช้ความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นแก่เครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์ต่อพ่วง หรือโปรแกรมอื่นๆ หรือ สิ่งอื่นใด...” ซึ่งคำว่าสิ่งอื่นใดนี้ไม่มีความชัดเจนเพียงพอว่ามีความหมายกว้างแคบเพียงใด ผู้อนุญาตต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากความเสียหายทางธุรกิจของผู้รับอนุญาต หากความเสียหายนั้นเกิดขึ้นจากความชำรุดบกพร่องของโปรแกรมคอมพิวเตอร์หรือไม่ เป็นต้น

นอกจากนี้เพื่อลดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา ผู้วิจัยเห็นว่าเจ้าของโปรแกรมในกรณีสัญญา clickwrap หรือ browsewrap ควรสร้างวิธีการการให้ความยินยอมในข้อสัญญาดังกล่าวให้แน่ชัดกว่าการคลิก “I agree” เช่น

1. การใช้วิธี double click โดยผู้ใช้จะถูกถามครั้งแรกว่าตนยินยอมจะเข้าผู้พันตนตามสัญญาหรือไม่ และเมื่อผู้ใช้คลิก “I agree” เพื่อแสดงความยินยอมในครั้งแรกแล้ว เจ้าของโปรแกรมอาจจัดให้ผู้ใช้ต้องยืนยันการแสดงความยินยอมด้วยการคลิกอีกครั้งหนึ่ง
2. การให้พิมพ์รหัสหรือตัวเลขในช่องที่กำหนด เพื่อยืนยันว่าการคลิก “I agree” ไม่ได้เกิดจากความผิดพลาด หรือ
3. การให้พิมพ์ประโยคหรือถ้อยคำอันแสดงให้เห็นถึงความยินยอมในข้อสัญญา เช่น พิมพ์คำว่า “I agree” หรือ “agree” หลายๆ แห่ง หรือทุกหน้าของสัญญา

วิธีดังกล่าวข้างต้นนอกจากจะเป็นผลดีกับตัวเจ้าของโปรแกรมในแง่ที่ว่าตนมีหลักฐานที่แน่นอนว่าผู้ใช้ได้ให้ยินยอมเข้าผูกพันตนตามสัญญาแล้ว ยังเป็นผลดีกับฝ่ายผู้ซื้ออีกด้วย โดยทำให้ผู้ซื้อใช้เวลาซึ่งใจว่าตนประสงค์จะเข้าทำสัญญาอย่างแท้จริงหรือไม่ ทำให้ลดการสำคัญผิดเข้าทำสัญญาไปได้

ส่วนเรื่องการรับประกันสินค้า การตั้งมาตรฐานการรับประกันโปรแกรมไว้สูงจะเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนและพัฒนาโปรแกรม เนื่องจากต้นทุนการพัฒนาโปรแกรมจะสูงเพราะต้องคำนวณต้นทุนด้านความเสี่ยงในความชำรุดบกพร่องของโปรแกรมด้วย ส่วนการตั้งมาตรฐานการรับประกันสินค้าไว้ต่ำเกินไปก็อาจเป็นผลเสียต่อตลาดโปรแกรมในระยะยาวได้ เนื่องจากการมีมาตรฐานสินค้าที่ต่ำเกินไปจะทำให้ผู้ซื้อโปรแกรมขาดความเชื่อมั่นในตัวโปรแกรมจนอาจไม่ใช่

โปรแกรมนั้นไปในที่สุด ดังนั้นเจ้าของโปรแกรมจึงไม่ควรตั้งมาตรฐานโปรแกรมให้ต่ำเกินไปนักและรัฐจึงควรสร้างดุลยภาพระหว่างการสร้างแรงจูงใจให้นักพัฒนาโปรแกรมคิดค้นโปรแกรมใหม่ๆ และการสร้างความเชื่อมั่นในคุณภาพของสินค้าเพื่อให้ผู้บริโภคยังคงซื้อและใช้โปรแกรมนั้นต่อไป

สำหรับการห้ามการทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรมนั้น ผู้ใช้โปรแกรมที่เป็นบุคคลทั่วไป อาจไม่ได้รับผลกระทบใดๆ มากนัก เนื่องจากบุคคลเหล่านี้มักซื้อโปรแกรมมาเพียงเพื่อการใช้งานตามปกติเท่านั้น อย่างไรก็ตามในระยะยาวผู้ใช้โปรแกรมและประเทศอาจได้รับผลกระทบอย่างมาก เนื่องจากหากไม่มีผู้ใดสามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับในโปรแกรมได้เลยก็จะไม่มีองค์ความรู้ที่จะทำให้เกิดการพัฒนาโปรแกรมใหม่ต่อไปได้ ดังนั้นศาลจึงควรเข้ามามีบทบาทในการปรับหรือแก้ไขข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้กับคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย



ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย