บทที่ 4

แนวทางการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากจากซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ตามกฎหมายของต่างประเทศ

4.1 การใช้หลักในเรื่องสัญญา (Contractual Liability Approach)

4.1.1 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ผู้ที่ได้รับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ชำรุดบกพร่องนั้นอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามสัญญาซื้อขายที่ได้ทำไว้กับผู้ขาย โดยถือว่าเป็นการผิดต่อข้อกำหนดโดยปริยาย (breach of implied terms) ตาม Sale of Goods Act 1979 โดยที่หากเป็นกรณีสัญญาที่ทำกับผู้บริโภค คู่สัญญาไม่อาจที่จะตกลงยกเว้นได้ เพราะถูกควบคุมโดย Unfair Contract Terms Act 1977 ความรับผิดตาม Sale of Goods Act 1979 มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เสียหายที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาซื้อขายด้วยก็ไม่อาจฟ้องร้องผู้ขายได้ ซึ่งเป็นไปตามหลัก doctrine of privity ดังจะเห็นได้จากคดี ***Winterbottom v. Wright***[1] ซึ่งศาลพิพากษาว่า ความเสียหายที่เกิดจากรถลากของกรมไปรษณีย์หักลงในขณะที่โจทก์บังคับรถอยู่ โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้องจากจำเลยซึ่งเป็นคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายและซ่อมบำรุงกับกรมไปรษณีย์ได้ แม้จำเลยจะมิได้ทำตามสัญญาซ่อมบำรุง แต่โจทก์หาใช่คู่สัญญากับจำเลยไม่ จึงไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเรียกให้จำเลยรับผิดเพราะจำเลยประมาทเลินเล่อ

อย่างไรก็ตาม ในภายหลังศาลอังกฤษได้พัฒนาหลัก negligence ขึ้นสำหรับกรณีที่บุคคลภายนอกซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาต้องได้รับความเสียหายอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ขาย เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคและเป็นการอุดช่องว่างของหลัก doctrine of privity ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

ตามกฎหมายอังกฤษในระหว่างคู่สัญญาซื้อขาย หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายสามารถฟ้องร้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ทั้งในเรื่องของการผิดคำรับรอง (Misrepresentation) และการผิดข้อกำหนดของสัญญา (Breach of Terms of Contract)

---

[1] (1842, Court of Exchequer).

4.1.1.1 การผิดคำรับรอง (Misrepresentation)

ปรากฏอยู่ใน Section 13 (1) ของ Sale of Goods Act 1979[2] และ Section 2 (1) ของ Misrepresentation Act 1967[3] ซึ่ง Section 13 (1) ของ Sale of Goods Act 1979 นั้น นำมาใช้กับการขายตามคำพรรณนา (sale of goods by description) ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้มีเงื่อนไขโดยปริยาย (implied terms) ว่าสินค้านั้นจะต้องตรงตามคำพรรณนาที่ให้ไว้ ซึ่งคำพรรณนานั้นหมายรวมถึงการให้ข้อเท็จจริงใดๆ โดยผู้ขายเกี่ยวกับคุณสมบัติและการทำงานของสินค้า และผู้ซื้อได้ซื้อสินค้าโดยเชื่อถือข้อเท็จจริงนั้น ส่วนการฟ้องร้องตาม Section 2 (1) ของ Misrepresentation Act 1967 นั้น โจทก์จะต้องพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงที่ผู้ขายพรรณนาหรือให้คำรับรอง (representations) ไว้นั้นเป็นเท็จ และตนได้ซื้อสินค้าเพราะหลงเชื่อในข้อเท็จจริงที่ผู้ขายแถลงไว้ ทั้งนี้ จำเลยอาจยกขึ้นต่อสู้ได้ว่ามีเหตุอันควรทำให้เชื่อและตนได้เชื่อว่าข้อเท็จจริงในขณะที่ได้พรรณนาหรือให้คำรับรองไว้นั้นเป็นความจริง

ตามหลักกฎหมายลักษณะสัญญาซื้อขายของอังกฤษนั้น ได้กำหนดความรับผิดสำหรับกรณีสินค้าที่ขายมีความชำรุดบกพร่อง (breach of merchantable quality) หรือการขาดความเหมาะสมที่จะใช้ประโยชน์ตามความมุ่งหมาย (breach of fitness of purpose) หรือไม่ตรงตามคุณสมบัติที่ได้พรรณนาไว้ (breach of description) ซึ่งคุณสมบัติที่ได้พรรณนา (description) นั้น หมายความรวมถึงการแถลงข้อเท็จจริงใดๆ (representations) ของผู้ผลิตเกี่ยวกับคุณสมบัติ (quality) หรือการทำงาน (performance) ของสินค้า ดังนั้น หากมีการพิสูจน์ได้ว่า คำพรรณนา (representation) ดังกล่าวเป็นเท็จและก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้เสียหายก็

---

[2]Section 13 (1) ระบุว่า “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.”

[3]Section 2 (1) ระบุว่า “Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him by another party thereto and as a result thereof he has suffered loss, then, if the person making the misrepresentation would be liable to damages in respect thereof had the misrepresentation been made fraudulently, that person shall be so liable notwithstanding that the misrepresentation was not made fraudulently, unless he proves that he had reasonable ground to believe and did believe up to the time the contract was made that the facts represented were true.”

สามารถฟ้องร้องได้ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก doctrine of privity ผู้ที่จะฟ้องให้มีการรับผิดตามสัญญาได้จะต้องเป็นคู่สัญญาเท่านั้น ผู้ที่จะเป็นโจทก์ฟ้องผู้ขายได้ก็คือผู้ซื้อ ซึ่งในคดีส่วนใหญ่นั้นผู้ขายที่จะถูกฟ้องก็คือผู้ค้าปลีก ถ้าเป็นการฟ้องร้องภายใต้ Section 13 (1) ของ Sale of Goods Act 1979 ผู้ซื้อมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับสินค้าและเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ถ้าเป็นการฟ้องร้องตาม Section 2 (1) ของ Misrepresentation Act 1967 ผู้ซื้อมีสิทธิที่จะขอเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้[4]

4.1.1.2 การผิดข้อกำหนดของสัญญา (Breach of Terms of Contract)

ตามกฎหมายลักษณะ ซื้อขายของอังกฤษ นอกจากจะมีหลัก doctrine of privity แล้ว ยังมีหลักที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือหลัก "ผู้ซื้อพึงระวัง" *(caveat emptor)* อย่างไรก็ตาม เพื่อความเป็นธรรมในกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายมีอำนาจต่อรองไม่เท่าเทียมกัน กฎหมายได้เข้ามามีบทบาทโดยการกำหนด implied terms ต่างๆ ไว้ เพื่อยกเว้นหรือจำกัดการมีผลใช้บังคับของหลักผู้ซื้อพึงระวัง *(caveat emptor)* ซึ่งถ้าผู้ขายกระทำผิดหรือไม่ปฏิบัติตาม implied terms ต่างๆ ที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ผู้ซื้อก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับสินค้า และ/หรือ เรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ขายได้ และหากผู้ซื้อได้รับภยันตรายอันเนื่องมาจากความชำรุดบกพร่องของสินค้า ผู้ซื้อก็มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายรับผิดได้ถ้าความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากความชำรุดบกพร่องของสินค้าและไม่ไกลเกินกว่าเหตุ

ตัวอย่างของ implied terms ที่สำคัญ คือ เงื่อนไขในเรื่องคุณภาพของสินค้า ซึ่งตาม Section 14 ของ Sale of Goods Act 1979 นั้น ถือว่าผู้ขายที่ได้ขายสินค้าในทางธุรกิจ (sale in the course of a business) ให้คำรับประกันว่าสินค้าที่ขายนั้นปราศจากความชำรุดบกพร่อง โดยพิจารณาจากบุคคลที่ใช้เหตุผลไตร่ตรอง (reasonable person) ว่ามีความพึงพอใจเมื่อพิจารณาจากคำพรรณนาของสินค้า (description of the goods) ราคา และสภาพแวดล้อมอื่นๆ โดยคุณภาพของสินค้านั้นรวมถึง ความเหมาะสมต่อวัตถุประสงค์ในการใช้งานของสินค้าประเภทเดียวกันโดยทั่วไป นอกจากนี้ ยังพิจารณาถึงสภาพภายนอก (appearance and finish) ปราศจากความชำรุดบกพร่องเล็กน้อย (freedom from minor defects) ความปลอดภัย (safety) และ อายุ

---

[4] อนันต์ จันทรโอภากร, กฎหมายว่าด้วยความรับผิดเพื่อความเสียหาย อันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), น. 65 – 66.

การใช้งาน (durability) ด้วย[5] ซึ่งในการฟ้องร้องคดีให้ผู้ขายรับผิดเพราะ breach of implied condition นั้น จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงดังนี้

(ก) สินค้านั้นได้ขายไปในทางธุรกิจของผู้ขาย (The seller sells goods in the course of a business)

(ข) สินค้าที่ขายนั้นปราศจากความชำรุดบกพร่อง ซึ่งเดิม Section 14 (2) ของ Sale of Goods Act 1979 ใช้คำว่า merchantable quality แต่ภายหลังจากที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม Sale of Goods Act 1979 โดย Sale and Supply of Goods Act 1994 ทำให้ Section 14 (2) ได้เปลี่ยนไปใช้คำว่า satisfactory quality เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคมากขึ้น โดยสินค้าจะต้องปราศจากความชำรุดบกพร่อง แม้เป็นความชำรุดบกพร่องเล็กน้อย (minor defect) นอกจากนี้ ยังต้องมีความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ในการใช้งานตามปกติ และวัตถุประสงค์พิเศษที่พรรณนาไว้ขณะที่ทำการขาย สภาพภายนอกดี ปลอดภัย และ มีอายุการใช้งานตามสมควร

---

[5] "14. (2) Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality.

(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.

(2B) For the purposes of this Act, the quality of goods includes their state and condition and the following (among others) are in appropriate cases aspects of the quality of goods—

(a) fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied,

(b) appearance and finish,

(c) freedom from minor defects,

(d) safety, and

(e) durability."

(ค) ต้องไม่ปรากฏว่าได้มีการแจ้งให้ผู้ซื้อทราบถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้าก่อนทำการซื้อขาย หรือ ผู้ซื้อได้ตรวจสินค้านั้นก่อนที่จะมีการทำสัญญาซื้อขายแล้วเว้นแต่ความชำรุดบกพร่องดังกล่าวเป็นชนิดที่ไม่อาจพบได้ หรือ ในกรณีของการขายตามตัวอย่าง (sale by sample) ผู้ซื้อควรจะได้ทราบถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้าได้จากการตรวจสินค้าตัวอย่างแล้ว[6]

ตามกฎหมายอังกฤษจะมีการแยกประเภทของวัตถุในทางการค้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ (real property) สิทธิที่ไม่มีรูปร่าง (choses in action) สินค้า (goods) และ บริการ (services) ซึ่งในการนำมาใช้กับเรื่องซอฟท์แวร์จะมีเพียงแค่เรื่องสินค้า (goods) และบริการ (services) เท่านั้น โดยในกรณีของซอฟท์แวร์ที่พัฒนาขึ้นโดยเฉพาะเจาะจง (bespoke or customized software) มักจะถูกจัดให้อยู่ในประเภทของบริการ (services) ส่วนซอฟท์แวร์มาตรฐาน (standard or package software) โดยทั่วไปถูกจัดให้อยู่ในประเภทของสินค้า (goods) เนื่องจากมีการจำหน่ายในรูปของสื่อ (media) ในทางกายภาพ อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการซื้อขายโดยการดาวน์โหลดซอฟท์แวร์จากทางเวปไซต์หรือแห่งอื่นในทำนองเดียวกันอาจถูกจัดให้อยู่ในรูปของบริการก็ได้ ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุแห่งการซื้อขายไม่อยู่ในรูปของวัตถุมีรูปร่าง ทั้งนี้ มีบางท่านเห็นว่าในการแบ่งแยกซอฟท์แวร์เป็นสินค้ากับบริการดังกล่าวนั้นจะไม่ค่อยสมเหตุสมผลนัก (illogical) เนื่องจากไม่ได้จำแนกตามวัตถุประสงค์ของซอฟท์แวร์แต่ไปจำแนกตามวิธีการส่งมอบหรือจัดจำหน่าย (how it is supplied)[7]

---

[6]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, or

(c) in the case of a contract for sale by sample, which would have been apparent on a reasonable examination of the sample.”

[7] Chris Reed and John Angel, Computer Law, 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 106.

คำจำกัดความของคำว่า “สินค้า” (goods) ในกฎหมายอังกฤษถูกบัญญัติไว้ใน Section 61 ของ Sale of Goods Act 1979 ว่าหมายถึง “สิ่งของ” สำหรับใช้ส่วนบุคคล (personal chattels) ซึ่งจะต้องเป็นวัตถุมีรูปร่าง[8] ดังนั้น ลำพังเพียงแค่ข้อมูล (information) จึงไม่อาจเป็นสินค้า (goods) ได้[9] ในการจำหน่ายซอฟท์แวร์มาตรฐาน (standard or package software) โดยทั่วไปจึงเป็นการขายสินค้า ซึ่งวัตถุแห่งการซื้อขายที่มีการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ก็คือวัตถุมีรูปร่างที่เป็นสื่อกลางซึ่งใช้บรรจุซอฟท์แวร์นั้น (ปัจจุบันมักจะใช้ CD-ROM หรือ DVD-ROM) ส่วนกรณีของซอฟท์แวร์ที่ทำการติดตั้งโดยการคัดลอก (copy) ลงในระบบของผู้ซื้อจากสื่อกลางที่ยังคงเป็นของผู้จำหน่ายอยู่นั่นย่อมไม่ถือว่าเป็นวัตถุมีรูปร่างจึงไม่อาจเป็นสินค้า (goods) ตามความหมายของ Sale of Goods Act 1979 ได้ ซึ่งหากเป็นกรณีดาวน์โหลดข้อมูลทางอินเตอร์เนตก็น่าจะพิจารณาได้ในทำนองเดียวกัน

จากปัญหาดังกล่าว ทำให้ตัวสินค้าหมายถึงสื่อกลางที่ใช้บรรจุข้อมูลเท่านั้น ส่วนซอฟท์แวร์ที่เป็นเพียงข้อมูลย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของ Sale of Goods Act 1979 ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลในคดี ***St Albans City and District Council v International Computers Ltd***[10] ซึ่งโจทก์ได้จ่ายเงินเป็นจำนวน 1.3 ล้านปอนด์เป็นค่าซอฟท์แวร์เป็นระยะเวลา 5 ปี โดยไม่ปรากฏว่าได้มีการจำหน่าย (supply) สื่อกลางในรูปของวัตถุมีรูปร่างไปให้แก่โจทก์ ผู้พิพากษา Sir Ian Glidewell แห่ง Court of Appeal วินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าวไม่ถือเป็นการขายสินค้า (sale of goods) เนื่องจากไม่มีการโอนทรัพย์สินในรูปวัตถุมีรูปร่าง (tangible medium)

กรณีของการว่าจ้างพัฒนาซอฟท์แวร์ (Software Development) ผู้รับจ้างพัฒนาโปรแกรมจะมีความรับผิดภายใต้ Section 13 ของ Supply of Goods and Services Act 1982 ซึ่งกฎหมายกำหนด implied terms ว่าผู้รับจ้างต้องใช้ทักษะฝีมือ (skill) และความระมัดระวัง

---

[8]“ 'goods' includes all personal chattels other than things in action and money, and in Scotland all corporeal moveables except money; and in particular 'goods' includes emblements, industrial growing crops, and things attached to or forming part of the land which are agreed to be severed before sale or under the contract of sale; and includes an undivided share in goods;”

[9] ***Oxford v Moss*** (1978) 68 Cr App Rep 183.

[10] [1996] 4 All ER 481, CA.

(care) ตามสมควร[11] ดังนั้น ผู้รับจ้างพัฒนาซอฟท์แวร์จะต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อให้ซอฟท์แวร์สามารถทำงาน (function) ได้ตามที่ผู้ว่าจ้างกำหนด รวมถึงการทำงาน (function) อื่นๆ ซึ่งผู้พัฒนาซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ควรจะทราบดีว่ามีความจำเป็นเพื่อให้ซอฟท์แวร์ถูกใช้งานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะเห็นได้ว่าหน้าที่ดังกล่าวเคร่งครัดน้อยกว่ากรณีของผู้จำหน่ายสินค้าที่จะต้องตกอยู่ภายใต้ Section 13 และ Section 14 ของ Sale of Goods Act 1979

ผู้ว่าจ้างที่ฟ้องร้องผู้รับจ้างให้รับผิดจากการผิดต่อข้อกำหนดตามกฎหมาย (implied terms) ภายใต้ Section 13 ของ Supply of Goods and Services Act 1982 ดังกล่าว จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้รับจ้างไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการพัฒนาซอฟท์แวร์อย่างบุคคลที่มีเหตุผล (reasonable man) ในฐานะเดียวกัน มีวิชาชีพและความเชี่ยวชาญในลักษณะเดียวกันควรจะได้ใช้ความระมัดระวังนั้น ซึ่งการพิสูจน์ดังกล่าวทำได้ยาก ในขณะเข้าทำสัญญาจ้างพัฒนาซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ (Software Development Contract) จึงควรระบุเงื่อนไขในเรื่องคุณภาพ (quality) คุณสมบัติ (specification) และมาตรฐาน (standard) ของซอฟท์แวร์ไว้ให้ชัดเจนในสัญญาดีกว่าที่จะพึ่งบทบัญญัติเรื่องข้อกำหนดตามกฎหมาย (implied terms) ซึ่งบัญญัติไว้ใน Supply of Goods and Services Act 1982[12]

4.1.1.3 ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

โดยที่ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์นั้นมีความแตกต่างจากสินค้าทั่วไป ความชำรุดบกพร่องในตัวสินค้าทั่วไปนั้นมักเกิดจากกระบวนการผลิตซึ่งทำให้สินค้าบางส่วนมีความชำรุดบกพร่อง แต่สำหรับซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์นั้น หากมีข้อผิดพลาด (error or bug) จากตัวซอฟท์แวร์ จะส่งผลทำให้การทำสำเนา (copy) ลงสื่อบรรจุข้อมูลทั้งหมดมีความชำรุดบกพร่องไปด้วยผู้ผลิตซอฟท์แวร์ประเภทแพกเกจซอฟท์แวร์จึงมีความเสี่ยงต่อความรับผิดในความชำรุดบกพร่องมากกว่าผู้ผลิตสินค้าทั่วไป นอกจากนี้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่มีสภาพเป็นความเสียหายในเชิงเศรษฐกิจ (economic nature) ซึ่งยากต่อการประเมินความเสี่ยงเป็นตัวเงิน เช่น กรณีของโปรแกรมการบัญชี อาจถูกนำไปใช้กับกิจการขนาดเล็ก หรือโครงการขนาดใหญ่ก็ได้

---

[11] "Section 13 Implied term about care and skill

In a 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."

[12] Chris Reed and John Angel, *supra note 7*, p. 103.

ซึ่งจะส่งผลให้เกิดความเสียหายของแต่ละกิจการต่างกัน ดังนั้น ผู้ผลิตซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่จึงพยายามที่จะยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดขึ้นจากการใช้งานซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ที่ตนเป็นผู้ผลิต ซึ่งการเบื้องต้นที่จะทำให้ข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดดังกล่าวมีผลบังคับได้นั้น จะต้องระบุไว้ในสัญญาโดยคู่สัญญาจะต้องรับทราบถึงการมีอยู่ของข้อสัญญานั้นด้วย หลักการดังกล่าวถูกนำไปใช้กับสัญญาทุกประเภทรวมถึงการอนุญาตให้ใช้สิทธิในลักษณะของ Shrink Wrap Licenses และสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิผ่านทางอินเตอร์เนท ที่จะต้องปรากฏชัดว่าผู้ใช้งานสามารถสังเกตเห็นได้ โดยในทางปฏิบัติมักจะให้ผู้ใช้งานคลิ๊กเพื่อแสดงว่าตนได้อ่านและได้ยอมรับข้อตกลงดังกล่าวแล้ว[13] อย่างไรก็ตาม ผลและข้อจำกัดในการบังคับใช้ของข้อสัญญาจำกัดความรับผิดตามกฎหมายอังกฤษจะต้องแยกพิจารณาว่าเป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคหรือไม่ ดังนี้

4.1.1.3.1 กรณีที่มิได้เป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค (Non-consumer contracts)

การที่จะพิจารณาว่าสัญญาใดๆ จะถือเป็น Consumer Contract หรือไม่ ต้องพิจารณาตาม Section 12 (1) ของ Unfair Contract Terms Act 1977 ซึ่งระบุหลักการว่าบุคคลจะเป็นผู้บริโภคในธุรกรรมใดๆ เมื่อบุคคลดังกล่าวเข้าทำสัญญาโดยมิได้มีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ ในขณะที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้เข้าทำสัญญาในทางธุรกิจ

กรณีที่เป็น Non-consumer contracts ซึ่งมีลักษณะของการใช้สัญญาที่เป็นแบบฟอร์มมาตรฐานแล้ว ข้อสัญญาจำกัดความรับผิดหรือยกเว้นความรับผิดจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อมีความสมเหตุสมผล (requirement of reasonableness) (Section 8 ของ Unfair Contract Terms Act 1977)

ตามกฎหมายอังกฤษ ความหมายของ “สัญญามาตรฐาน” (standard form contract) ไม่ได้ระบุไว้ใน Unfair Contracting Terms Act 1977 อย่างไรก็ตาม ในบริบทของซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ เราอาจพิจารณาได้จากคดี ***Salvage Association v. CAP Financial Services Ltd.***[14] ซึ่งเป็นข้อพิพาททางสัญญาบริการพัฒนาระบบบัญชีคอมพิวเตอร์ของโจทก์ โดยโครงการดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จภายในกำหนดระยะเวลาซึ่งได้ขยายออกไปแล้วหลายครั้ง โจทก์จึงบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหาย ประเด็นแห่งข้อพิพาทจำนวนมากเกี่ยวข้องกับข้อ

---

[13] Ian J. Lloyd, *supra note* 8, pp. 595-597.

[14] [1995] FSR 654.

สัญญาจำกัดความรับผิดของจำเลยจากการผิดสัญญา ซึ่งในประเด็นของการพิจารณาว่าข้อสัญญาดังกล่าวเป็นข้อสัญญามาตรฐาน (standard form contracts) หรือไม่นั้น ผู้พิพากษา Thayne Forbes J ให้ความเห็นว่า จากข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีการเจรจากันอย่างกว้างขวางในประเด็นนี้ ก่อนที่จะเป็นที่ยุติ แม้เงื่อนไขในสัญญาสุดท้ายจะออกมาใกล้เคียงกันกับสัญญามาตรฐานของ CAP แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญามาตรฐาน การพิจารณาว่าจะเป็นสัญญามาตรฐานหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยหกประการ คือ

(ก) ระดับของการพิจารณาเงื่อนไขมาตรฐานดังกล่าว ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งใช้เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการในการตัดสินตกลงเข้าทำสัญญา

(ข) ระดับของการเอาเปรียบจากเงื่อนไขมาตรฐานดังกล่าว

(ค) อำนาจต่อรองของคู่สัญญา

(ง) ระดับของการเตรียมการในการเจรจาของคู่สัญญาที่เป็นเจ้าของสัญญามาตรฐาน โดยพิจารณาจากเงื่อนไขในสัญญาทั่วไปกับเงื่อนไขสัญญาที่เป็นข้อสัญญามาตรฐาน

(จ) สภาพและขอบเขตของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญามาตรฐานซึ่งตกลงกันโดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อันเป็นผลมาจากการเจรจาต่อรองระหว่างกัน

(ฉ) ขอบเขตและระยะเวลาในการเจรจาต่อรอง

ในการวินิจฉัยเข้ากับข้อเท็จจริงแห่งคดี ท่าน Thayne Forbes J เสริมว่า ในคดีนี้ SA ได้พิจารณาร่างสัญญาที่ CAP ส่งให้หลายฉบับ และได้ปรึกษากับที่ปรึกษากฎหมายและที่ปรึกษาด้านอื่นๆ ในเงื่อนไขของสัญญาเพื่อตัดสินใจว่าควรจะทำการแก้ไขข้อสัญญาส่วนใดบ้าง ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า CAP เองก็ตกลงที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในสัญญาหลายข้อ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าสัญญาดังกล่าวได้ถูกเจรจาต่อรองกันระหว่างคู่สัญญาในลักษณะที่มีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกันแล้ว CAP ก็ได้มีการเตรียมการเพื่อการเจรจาดังกล่าว นอกจากนี้ กระบวนการในการเจรจาของคู่สัญญาก็ได้ใช้ช่วงระยะเวลาตามสมควร

ส่วนในการพิจารณาว่าข้อสัญญาจำกัดความรับผิดใดมีความสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น ตาม Section 11 ของ Unfair Contract Terms Act 1977 ระบุหลักเกณฑ์ว่าจะต้องเป็นเรื่องที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายน่าจะคาดหมายได้ในขณะทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการทราบถึงสิ่งที่คู่สัญญาจะต้องตระเตรียมหากมีความรับผิดดังกล่าวเกิดขึ้น และความเพียงพอในข้อมูลอันจะทำให้คู่สัญญาเตรียมการเอาประกันในเรื่องดังกล่าวได้ โดยใน Schedule 2 ของ Unfair Contract Terms Act 1977 ยังได้ให้แนวทางการพิจารณา (Guidelines) เพิ่มเติม ซึ่งรวมถึงอำนาจต่อรอง

ของคู่สัญญา แนวทางปฏิบัติทางการค้าหรือทางวิชาชีพ และการพิจารณาว่าสินค้าได้ถูกทำขึ้นหรือปรับปรุงขึ้นตามคำสั่งเฉพาะของลูกค้าหรือไม่ด้วย

4.1.1.3.2 กรณีที่เป็นสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค (Consumer contracts)

ตาม Section 6 ของ Unfair Contract Terms Act 1977 ระบุหลักไว้ว่า ห้ามไม่ให้มีการกำหนดข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดในเรื่องเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ คุณสมบัติ หรือคุณภาพ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดย Consumer Transactions (Restrictions on Statements) Order 1976 กำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ที่พยายามจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดดังกล่าวไว้ด้วย

นอกจากนี้ กฎหมายอังกฤษยังมีกระบวนการคุ้มครองบริโภคตาม Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999 ที่ให้อำนาจ Director General of Fair Trading ในการพิจารณาข้อเรียกร้องเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม โดยมีอำนาจสั่งให้ยกเลิกใช้เงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรม หรือเงื่อนไขอื่นในทำนองเดียวกัน ในสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค (Consumer contract) ได้

4.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การฟ้องร้องให้รับผิดตามสัญญานั้นอาศัยหลักกฎหมายในเรื่องคำรับรอง (warranty) ซึ่งมีทั้งกรณี express warranty และ implied warranty โดยในเรื่องของ express warranty เป็นกรณีที่ผู้ขายได้ให้คำรับรองหรือคำมั่นสัญญาเกี่ยวกับคุณลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งของสินค้าไว้

4.1.2.1 Express Warranty

ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ของสหรัฐอเมริกานั้น ผู้ซื้อจะต้องพิสูจน์ว่าตนได้เข้าทำสัญญาซื้อขายกับผู้ขายเพราะเชื่อในการรับรองที่ผู้ขายให้ไว้ ซึ่งต่อมา Uniform Commercial Code ได้บัญญัติเป็นข้อสันนิษฐานให้เป็นคุณแก่ผู้ซื้อว่า หาก express warranty นั้น เป็นส่วนหนึ่งของการเจรจาต่อรองในการทำสัญญาซื้อขาย (part of the basis of the bargaining) ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ซื้อได้เข้าทำสัญญาเพราะเชื่อถือ express warranty ของผู้ขาย จึงเป็นหน้าที่ของผู้ขายที่จะต้องนำสืบหักล้าง

4.1.2.2 Implied Warranty

ในกรณีของ implied warranty เป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดขึ้นว่า หากผู้ขายเป็นพ่อค้า (merchant) สินค้าที่ขายนั้นจะมีความเหมาะสมที่จะใช้งานตามปกติ (the implied warranty of merchantability)[15] นอกจากนี้ ยังมี implied warranty อีกประการหนึ่ง คือ “implied warranty of fitness for a particular purpose” หรือคำรับรองที่กฎหมายกำหนดให้ถือว่าผู้ขายได้ให้โดยปริยายว่าจะมีความเหมาะสมแก่วัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งหลักนี้จะนำมาใช้เมื่อผู้ขายรู้ถึงวัตถุประสงค์ของผู้ซื้อว่าจะนำซอฟท์แวร์ไปใช้เพื่อการเฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่ง และผู้ขายยังรู้ด้วยว่าผู้ซื้อเชื่อถือในทักษะ (skill) ของผู้ขายที่สามารถจำหน่ายซอฟท์แวร์ที่เหมาะสมให้แก่ผู้ซื้อได้[16]

ถ้าซอฟท์แวร์ซึ่งเป็นสินค้ามีลักษณะไม่ถูกต้องตาม express warranty หรือ implied warranty แล้ว ถือว่าผู้ขายผิดสัญญาและต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยผู้ซื้อจะได้รับการเยียวยาความเสียหายเป็นจำนวนเท่ากับผลต่างระหว่างราคาตลาดของซอฟท์แวร์ดังกล่าวกับราคาซื้อขายตามสัญญา[17] และยังสามารถเรียกค่าเสียหายอื่นๆ ได้อีก ซึ่งรวมถึงความเสียหายที่เป็นผลสืบเนื่อง (consequential damages)[18] ความเสียหายธรรมดาที่ย่อมเกิดขึ้น (incidental damages)[19] และ การสูญเสียผลกำไร (lost profits)[20]

4.1.2.3 Doctrine of Privity และหลักเรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

---

[15] Uniform Commercial Code, Section 2 – 314 "Unless excluded or modified ... , 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." and Section 2-314 (2) (c) "Goods to be merchantable must be at least such as ... are fit for the ordinary purposes for which such goods are used ...."

[16] Uniform Commercial Code, Section 2 – 315

[17] Uniform Commercial Code, Section 2 – 713 (1)

[18] Uniform Commercial Code, Section 2 – 713 (1), 2 - 715 (1)

[19] Uniform Commercial Code, Section 2 – 713 (1), 2 - 715 (2)

[20] Uniform Commercial Code, Section 2 - 715 (2)

เนื่องจากการฟ้องร้องให้รับผิดตามสัญญาอยู่ภายใต้หลัก doctrine of privity กล่าวคือ ผู้ที่จะฟ้องร้องกันได้ต้องเป็นคู่สัญญาเท่านั้น ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองผู้เสียหาย เพราะผู้เสียหายจำนวนมากไม่ใช่ผู้ซื้อสินค้านั้น Uniform Commercial Code ได้พยายามแก้ไขอุปสรรคนี้ จึงได้นำหลักเรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก (third party beneficiaries) มาใช้ โดยกำหนดทางเลือกในการฟ้องคดีตามหลัก express warranty หรือ implied warranty ไว้สามทางเลือก ขึ้นอยู่กับว่าแต่ละรัฐจะนำรูปแบบของทางเลือกใดไปบัญญัติเป็นกฎหมายของรัฐนั้นๆ ทางเลือกดังกล่าวมีดังนี้[21]

(ก) Alternative A กรณีนี้ถือว่าการรับประกันของผู้ขาย (warranty) ไม่ว่าจะเป็น express warranty หรือ implied warranty ของสินค้านั้นครอบคลุมไปถึงบุคคลในครอบครัวของผู้ซื้อและแขกของคนในบ้านด้วย ถ้าหากเป็นที่คาดหมายได้ตามสมควรว่าบุคคลดังกล่าวจะใช้บริโภคหรือได้รับผลกระทบจากสินค้านั้น และบุคคลดังกล่าวได้รับความเสียหายทางร่างกายอันเนื่องมาจากการผิดการรับประกัน (breach of warranty) ทั้งนี้ ผู้ขายจะทำสัญญาตกลงหรือยกเว้นบทบัญญัตินี้ไม่ได้[22]

(ข) Alternative B ถือว่าการรับประกันของผู้ขาย (warranty) มีว่าจะเป็น express warranty หรือ implied warranty ครอบคลุมไปถึงบุคคลธรรมดาใดๆ ที่คาดหมายได้ตามสมควรว่าจะเป็นผู้ใช้ บริโภค หรือได้รับผลกระทบจากสินค้าและเป็นผู้ได้รับความเสียหายทางร่างกายอันเนื่องมาจากการผิดการรับประกัน ทั้งนี้ ผู้ขายจะทำสัญญาตกลงหรือยกเว้นบทบัญญัตินี้ไม่ได้[23]

---

[21] Uniform Commercial Code, Section 2 – 318

[22] “A seller's warranty whether express or implied extends to any natural person who is in the family or household of his buyer or who is a guest in his home if it is reasonable to expect that such person may use, consume or be affected by the goods and who is injured in person by breach of the warranty. A seller may not exclude or limit the operation of this section.”

[23] “A seller's warranty whether express or implied extends to any natural person who may reasonably be expected to use, consume or be affected by the goods and who is injured in person by breach of the warranty. A seller may not exclude or limit the operation of this section.”

Alternative B จึงกว้างกว่า Alternative A เพราะผู้เสียหายไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นสมาชิกในครอบครัวของผู้ซื้อหรือแขกที่มาเยี่ยมบ้าน แต่อาจเป็นลูกจ้างของผู้ซื้อและผู้ที่ผ่านไปมาหรืออยู่บริเวณใกล้เคียงที่ได้รับอันตรายจากการที่สินค้าชำรุดบกพร่อง (passers-by or bystanders) ก็ได้

(ค) Alternative C มีขอบเขตที่กว้างที่สุด กล่าวคือ การรับประกันของผู้ขาย ไม่ว่าจะเป็น express warranty หรือ implied warranty ถือว่าครอบคลุมถึงบุคคลใดๆ ซึ่งเป็นที่คาดหมายได้ตามสมควรว่าจะเป็นผู้ใช้ บริโภค หรือได้รับผลกระทบจากสินค้า และเป็นผู้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการผิดการรับประกัน ทั้งนี้ ผู้ขายจะตกลงเพื่อยกเว้นหรือจำกัดการมีผลใช้บังคับของบทบัญญัตินี้ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลธรรมดา (individual) ซึ่งการรับประกันนี้ครอบคลุมไปถึงไม่ได้[24] Alternative C เป็นทางเลือกที่ขยาย Alternative B ให้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่ผู้เสียหายเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ และแม้ว่าผู้เสียหายจะไม่ได้รับความเสียหายแก่ร่างกาย แต่ได้รับความเสียหายแก่ทรัพย์สินเพียงอย่างเดียวก็สามารถฟ้องร้องผู้ขายได้ เนื่องจาก Alternative C นั้นกว้างมาก รัฐต่างๆ จึงไม่นำ Alternative C ไปใช้ในการบัญญัติกฎหมายของตน แต่จะเลือกที่จะบัญญัติกฎหมายของตนตาม Alternative A หรือ Alternative B เท่านั้น[25]

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายในเรื่อง Third Party Beneficiaries of Warranties Express or Implied ตาม Section 2-318 ของสหรัฐอเมริกาแล้ว จะเห็นได้ว่าผู้ที่จะต้องรับผิดคือผู้ขายสินค้า ส่วนผู้ที่จะเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาจเป็นผู้ซื้อ หรือบุคคลอื่นที่ได้รับความเสียหายตามความใน Alternative A หรือ Alternative B หรือ Alternative C แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม บุคคลดังกล่าวอาจฟ้องร้องผู้ผลิตให้รับผิดได้ แม้จะไม่ใช่ผู้ที่ซื้อสินค้ามาจากผู้ผลิตโดยตรง หากผู้ผลิตได้ให้ express warranty เป็นการทั่วไปต่อสาธารณะ เช่น การที่ผู้ผลิตออกใบรับประกันสินค้าให้เป็นการทั่วไปควบคู่ไปกับการนำสินค้าออกจำหน่ายในท้องตลาด แต่ถ้าผู้ผลิตให้ express warranty

---

[24] “A seller's warranty whether express or implied extends to any person who may reasonably be expected to use, consume or be affected by the goods and who is injured by breach of the warranty. A seller may not exclude or limit the operation of this section with respect to injury to the person of an individual to whom the warranty extends.”

[25] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 64.

แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งที่ซื้อสินค้าไปจากตนเป็นการเฉพาะเจาะจง บุคคลอื่นๆ ที่ไม่ใช่คู่สัญญากับผู้ผลิตก็จะอ้างเอาประโยชน์จาก express warranty นั้นไม่ได้

4.1.2.4 ข้อสัญญาจำกัดความรับผิด

ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา ผู้จำหน่ายซอฟท์แวร์สามารถจำกัดความรับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้าได้ด้วยข้อสัญญาในหลายลักษณะ แต่กฎหมายก็ได้จำกัดผลบังคับของข้อสัญญาไว้ด้วยเช่นกัน โดยอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.1.2.4.1 ข้อสัญญาปฏิเสธไม่ให้คำรับรอง (Warranty Disclaimers)

Warranty Disclaimers เป็นข้อสัญญาที่ระบุผู้จำหน่ายซอฟท์แวร์ปฏิเสธคำรับรองทั้งหมดเกี่ยวกับซอฟท์แวร์ที่ตนจำหน่ายทั้งหมดเว้นแต่คำรับรองที่ระบุไว้โดยชัดแจ้งในสัญญา ยกตัวอย่างเช่น ในคดี ***Meeting Makers, Inc. v American Airlines, Inc***[26] ซึ่งศาลได้ยกฟ้องโจทก์ที่เป็นผู้ซื้อระบบคอมพิวเตอร์ (computer system) เนื่องจากสัญญาได้ระบุปฏิเสธการให้คำรับรองทั้งเรื่องความเหมาะสมในการใช้งานโดยปกติ (warranties of merchantability) และความเหมาะสมในการใช้งานโดยเฉพาะเจาะจง (warranties of fitness for a particular purpose) ทั้งหมดไว้โดยชัดแจ้ง[27]

โดยทั่วไปแล้ว ศาลยอมรับผลบังคับของข้อสัญญา Warranty Disclaimers เว้นแต่ในกรณีที่ไม่สมเหตุสมผล (unconscionability) กล่าวคือ เป็นข้อสัญญาที่เป็นประโยชน์แก่ผู้จำหน่ายเพียงฝ่ายเดียว และไม่เป็นธรรมต่อผู้ซื้อ[28] ซึ่งข้อจำกัดการบังคับใช้ Warranty Disclaimers ดังกล่าวมักจะใช้กับกรณีของการจำหน่ายแพกเกจซอฟท์แวร์ที่มักระบุข้อสัญญา Warranty Disclaimers อย่างกว้างไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Shrink-wrap Licenses) ซึ่งหากศาลมองว่าข้อสัญญา Warranty Disclaimers นั้นไม่สมเหตุสมผล ศาลจะไม่ให้ข้อสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับ[29] ทั้งนี้ เนื่องจากในกรณีของ Shring-wrap Licenses นั้น ผู้ซื้อย่อมไม่มีโอกาส

---

[26] 513 So. 2d 700 (Fla. Dist. Ct. App. 1987).

[27] "[t]he contracts contained conspicuous disclaimers of all warranties of merchantability or fitness for a particular purpose."

[28] ***Badger Bearing Co. v. Burroughs Corp*** 444 F. Supp. 919, 923 (E.D. Wisc. 1977).

[29] ***Vault Corp. v. McQuaid Software Ltd*** 655 F. Supp. 750 (E.D. La. 1987), *aff'd* 847 F.2d 255 (5th Cir. 1988).

ที่จะต่อรองในข้อสัญญากับผู้ขาย ซึ่งแตกต่างจากกรณีของการเจรจาเข้าทำสัญญาซื้อซอฟท์แวร์ที่พัฒนาขึ้นเพื่อผู้ซื้อโดยเฉพาะเจาะจง (customized software)

Warranty Disclaimers นั้นมักจะเป็นการยกเว้นหรือปฏิเสธที่จะให้คำรับรองโดยปริยายต่างๆ ที่ Uniform Commercial Code กำหนดไว้ (implied warranties) ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวจะต้องระบุไว้โดยชัดแจ้ง (conspicuous) ในที่ซึ่งบุคคลที่มีส่วนได้เสียจากข้อสัญญาพึงสังเกตเห็นได้[30] โดยในคดี ***Sierra Diesel Injection Serv., Inc. v Burroughs Corp.***[31] ศาลวินิจฉัยว่า การพิจารณาว่าข้อสัญญา disclaimer มีความชัดเจนหรือไม่นั้น มิใช่จะพิจารณาแต่เพียงขนาด หรือสถานที่ซึ่งระบุไว้ในสัญญาเท่านั้น ศาลจะต้องพิจารณาให้แน่ใจด้วยว่าวิญญูชน (reasonable person) ในฐานะผู้ซื้อจะต้องไม่แปลกใจ (have been surprised) ที่เห็นข้อสัญญาปฏิเสธคำรับรองนั้นในสัญญาด้วย[32] และในคดี ***Hunter v Texas Instruments, Inc***[33] ศาลวินิจฉัยว่าข้อสัญญา disclaimer ในคดีดังกล่าวมีความชัดเจนเนื่องจากข้อสัญญาดังกล่าวรวมถึงข้อความเตือนให้ผู้ซื้ออ่านข้อสัญญา disclaimer นั้นถูกพิมพ์โดยมีขนาดใหญ่กว่าตัวอักษรแวดล้อมอื่นๆ

นอกจากหลักเกณฑ์ conspicuous และ unconscionability แล้ว ยังมีข้อจำกัดในการบังคับใช้ของข้อสัญญา disclaimer อีกประการหนึ่งซึ่งระบุไว้ใน Magnuson-Moss Warranty-Federal Trade Commission Improvement Act ซึ่งวางหลักไว้ว่า ถ้าสินค้าซึ่งจำหน่ายให้แก่ผู้บริโภคอยู่ภายใต้คำรับรองที่ระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (written warranties)แล้ว ผู้ขายจะไม่สามารถปฏิเสธ implied warranty ตามกฎหมาย ทำได้แค่เพียงจำกัดระยะเวลาการมีผล

---

[30] Uniform Commercial Code, Section 1-201 (10)

[31] 874 F.2d 653 (9th Cir. 1989), *amended* 890 F.2d 108 (1989).

[32] "Whether a disclaimer is conspicuous is not simply a matter of measuring the type size or looking at the placement of the disclaimer within the contract. A reviewing court must ascertain that a reasonable person in the buyer's position would not have been surprised to find the warranty disclaimer in the contract."

[33] 798 F.2d 299 (8th Cir. 1986).

บังคับของ implied warranties ลงเหลือเท่ากับคำรับรองที่ระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือเท่ากับระยะเวลาที่เหมาะสมตามสมควรเท่านั้น[34]

โดยทั่วไปผู้ขายมักที่จะให้คำรับรองแบบจำกัด (limited warranty) มากกว่าปฏิเสธการให้คำรับรองทั้งหมด เนื่องจากวัตถุประสงค์ทางการตลาดและเพื่อป้องกันไม่ให้เป็นข้อสัญญาที่ไม่สมเหตุสมผล (unconscionable) อันจะทำให้ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามข้อสัญญาดังกล่าว นอกจากนี้ จะเป็นการง่ายในการเจรจาต่อรองกับลูกค้ามากกว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการขาย customized software ตัวอย่างของข้อสัญญาที่ให้คำรับรองแบบจำกัด โดยอาจจำกัดในด้านลักษณะการใช้งานของซอฟท์แวร์ตามที่ระบุไว้ในสัญญา และจำกัดระยะเวลาที่คำรับรองดังกล่าวมีผลบังคับ หรือผู้ขายอาจระบุจำกัดระดับของการให้บริการหลังการขายและการ

---

[34] U.S.C., Title 15, Section 1238 provides that:

"(a) Restrictions on disclaimers or modifications

No supplier may disclaim or modify (except as provided in subsection (b) of this section) 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.

(b) Limitation on duration

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.

(c) Effectiveness of disclaimers, modifications, or limitations

A disclaimer, modification, or limitation made in violation of this section shall be ineffective for purposes of this chapter and State law."

แก้ไขข้อผิดพลาดของซอฟท์แวร์ (bug fixing) ที่ผู้ขายจะดำเนินการให้การช่วยเหลือผู้ซื้อไว้ในสัญญาโดยชัดแจ้ง[35]

4.1.2.4.2 ข้อสัญญาจำกัดมูลค่าหรือวิธีการเยียวยาความเสียหาย (Limitation of Remedies)

ผู้จำหน่ายซอฟท์แวร์อาจจำกัดจำนวนเงินค่าเสียหายโดยระบุข้อสัญญาว่า "กรณีที่ผู้ขายผิดสัญญาหรือผิดคำรับรองตามสัญญา การเยียวยาความเสียหายที่ผู้ซื้อจะได้รับจำกัดไว้เฉพาะการแก้ไข จัดหาและส่งมอบซอฟท์แวร์ตัวใหม่ให้แทนที่ซอฟท์แวร์ที่ชำรุดบกพร่อง หรือคืนเงินที่ได้ผู้ซื้อได้ชำระให้แก่ผู้ขายเป็นค่าซอฟท์แวร์เต็มจำนวนเท่านั้น"[36] ซึ่งในคดี ***Office Supply Co. v Basic/Four Corp.***[37] โจทก์เรียกร้องค่าเสียหายจำนวน 186,000 ดอลล่าร์สหรัฐฯ จากจำเลย เนื่องจากโจทก์ต้องเสียหายจากการที่ตนสูญเสียลูกค้า รายได้ กู้ดวิลล์ และเวลา รวมถึงค่าใช้จ่ายจากการที่ต้องหาฮาร์ดแวร์และซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์เพิ่มเติม ตลอดจนค่าใช้จ่ายบุคคลากรและค่าใช้จ่ายที่เสียไปเพื่อทำการแก้ไขซ่อมแซม ซึ่งทั้งหมดเป็นผลมาจากซอฟท์แวร์และฮาร์ดแวร์ที่ซื้อจากผู้ขายนั้นมีความชำรุดบกพร่อง ศาลเห็นว่าสัญญาที่ทั้งสองฝ่ายทำกันไว้นั้น มีข้อสัญญาจำกัดการเยียวยาความเสียหายของโจทก์ไว้เฉพาะการแก้ไขหรือเปลี่ยนส่วนที่ชำรุดบกพร่อง ศาลจึงให้โจทก์ทำการแก้ไขความบกพร่อง โจทก์ได้พยายามทำการแก้ไขความชำรุดบกพร่องดังกล่าวแต่ก็แก้ไขได้เพียงชั่วคราว สุดท้ายนักเขียนโปรแกรมของโจทก์ได้ทำการแก้ไขความชำรุดบกพร่องดังกล่าวเองจนสำเร็จ

---

[35] Lawrence B. Levy, & Suzanne Y. Bell, "Software Product Liability: Understanding and Minimizing the Risks", The Berkeley Technology Law Journal, Vol. 5 (Spring 1990), Retrived from http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol5/Levy.pdf., May 24, 2009.

[36] Uniform Commercial Code (1989), Section 2-719 (1) (a) provides "[An] agreement ... 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 ...."

[37] 538 F. Supp. 776 (E.D. Wis. 1982).

อย่างไรก็ตาม หากการเยียวยาตามที่ระบุจำกัดไว้ในสัญญานั้นไม่สำเร็จตามวัตถุประสงค์อันเป็นสาระสำคัญแล้ว ผู้ซื้อจะสามารถเรียกให้มีการเยียวยาตามหลักทั่วไปได้[38] และอาจเป็นเหตุให้ข้อสัญญาจำกัดความรับผิดอื่นๆ เสียไปด้วย ตัวอย่างของกรณีดังกล่าว เช่น ในคดี ***RRX Industries, Inc. v Lab-con, Inc.***[39] ที่ศาลชั้นต้นพบว่าผู้พัฒนาซอฟท์แวร์ทั้งไม่มีเจตนาและไม่สามารถจัดหาระบบที่เหมาะสมตามที่ตนให้คำรับรองไว้ หรือดำเนินการแก้ไขข้อผิดพลาด (fix the "bug") ของซอฟท์แวร์ ในชั้นอุทธรณ์ the Ninth Circuit เห็นด้วยกับศาลชั้นต้นว่า การผิดสัญญาของผู้ขายดังกล่าวย่อมส่งผลให้ข้อจำกัดความรับผิดในส่วนที่เป็น consequential damages สิ้นผลบังคับหรือตัดออกไป (expunged) จากสัญญา

4.1.2.4.3 ข้อสัญญาจำกัดประเภทของความเสียหายที่จะรับผิด (Limitation of Liability for Certain Types of Damages)

ผู้จำหน่ายซอฟท์แวร์ในประเทศสหรัฐอเมริกามักจะยกเว้นความรับผิดในความเสียหายบางประเภท เช่น consequential damages และ incidental damages ตัวอย่างเช่น ในคดี ***Harper Tax Services, Inc. v Quick Tax Ltd.***[40] ผู้ซื้อไม่สามารถเรียกร้อง consequential damages จากการที่ผู้ขายผิดสัญญาได้ เนื่องจากมีข้อสัญญาที่ทำระหว่างโจทก์และจำเลยระบุว่า "Quick Tax (ผู้ขาย) จะไม่รับผิดจากการสูญเสียกำไร หรือการเรียกร้องใดๆ ที่บุคคลอื่นมีต่อผู้ซื้อ เว้นแต่เป็นการเรียกร้องหรือฟ้องร้องเพื่อการละเมิดสิทธิบัตรหรือลิขสิทธิ์ตามที่ระบุไว้ในสัญญานี้ และไม่ว่าในกรณีใดๆ ก็ตาม Quick Tax จะไม่รับผิดใน Consequential Damages แม้ว่า Quick Tax จะได้ทราบถึงความเป็นไปได้ที่จะมีความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นก็ตาม"[41]

---

[38] Uniform Commercial Code (1989), Section 2-719 (2) provides "Where circumstances cause an exclusive or limited remedy to fail of its essential purpose, remedy may be had as provided in this Act."

[39] 772 F.2d 543 (9th Cir. 1985).

[40] 686 F. Supp. 109 (D. Md. 1988).

[41] "Quick-Tax will not be liable for any lost profits, or for any claims against the Customer by any other party, except a claim for patent or copyright infringement as provided herein, [and] IN NO EVENT WILL QUICK-TAX BE LIABLE FOR

อย่างไรก็ตาม การจำกัดความรับผิดโดยประเภทของความเสียหายดังกล่าวจำเป็นจะต้องคำนึงถึงหลักแห่งความสมเหตุสมผลด้วย (doctrine of unconscionability)[42]

อีกวิธีการหนึ่งของการจำกัดความรับผิด คือ การจำกัดโดยระบุจำนวนที่จะชดใช้เมื่อเกิดความเสียหาย (liquidated damages) จากการผิดสัญญาหรือผิดคำรับรองขึ้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดจำนวน liquidated damages ดังกล่าวนั้นจะต้องสมเหตุสมผล เมื่อพิจารณาจากความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดจากการผิดสัญญาหรือผิดคำรับรองนั้น ความยากง่ายในการพิสูจน์ความเสียหาย และความไม่สะดวกหรือความเป็นไปไม่ได้ในการได้รับการเยียวยาอย่างพอเพียงโดยประการอื่น[43]

4.1.2.4.4 Integration Clause

ผู้จำหน่ายซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์อาจระบุ integration clause ไว้ในสัญญาเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ตนต้องรับผิดในข้อความหรือคำรับรองใดๆ ที่ไม่ได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งในสัญญา โดยข้อความดังกล่าวมักจะระบุว่า ข้อตกลงทั้งหมดที่คู่สัญญาตกลงกันนั้นได้ถูกระบุไว้ครบถ้วนในสัญญาฉบับนี้แล้ว ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างได้จากคดี ***Kalil Bottling Corp. v Burroughs Corp***.[44] ผู้บรรจุขวดเครื่องดื่มได้ทำการซื้อระบบคอมพิวเตอร์เพื่อพัฒนาการปฏิบัติการทางบัญชีและจัดการสินค้าคงเหลือ หลังจากประสพปัญหาต่างๆ จำนวนมาก จึงได้ทำการซื้อคอมพิวเตอร์เครื่องหมายจากผู้ผลิตรายอื่น และฟ้องร้องผู้ขายระบบเดิมด้วยหลายฐานความผิด ศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่า integration clause ที่ระบุไว้ในสัญญาส่งผลให้เป็นการปฏิเสธหรือขัดขวางข้อเรียกร้องของโจทก์ในเรื่องกลฉ้อฉล (fraud) การหลอกลวงผู้บริโภค (consumer fraud) ความประมาทเลินเล่อในการให้คำรับรองที่ไม่เป็นจริง (negligent misrepresentation) ซึ่งเป็นไปตามหลัก “parol evidence rule”[45]

CONSEQUENTIAL DAMAGES EVEN IF QUICK-TAX HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.”

[42] Uniform Commercial Code (1989), Section 2-719 (3)

[43] Uniform Commercial Code (1989), Section 2-718 (1)

[44] 127 Ariz. 278, 619 P.2d 1055 (Ariz. Ct. App. 1980).

[45] Parol Evidence Rule เป็นหลักกฎหมายเพื่อสงวนข้อตกลงว่าจะถือข้อสัญญาตามที่ระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (integrity of written agreements) โดยจะไม่อนุญาตให้

อย่างไรก็ตาม ผลบังคับใช้ของ Integration Clause อาจถูกยกเว้นได้ในบางกรณี โดยจะเห็นได้จากคดี ***Sierra Diesel Injection Serv., Inc. v Burroughs Corp.***[46] ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าผู้ซื้อระบบคอมพิวเตอร์ (computer system) มีสิทธิที่จะเชื่อถือคำรับรองที่ระบุไว้ในจดหมาย แม้จะมี disclaimer และ integration clause อยู่ในสัญญา ศาลได้ให้เหตุผลไว้ส่วนหนึ่งว่าคำรับรองดังกล่าวเป็นการให้คำรับรองโดยชัดแจ้ง (express warranties) ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และเป็นการสมเหตุสมผลที่ผู้ซื้อจะไม่เชื่อว่ามีเพียงเอกสารฉบับเดียวที่ถือเป็นสัญญาโดยสมบูรณ์ แต่เชื่อว่าเอกสารทั้งชุดนั้นประกอบรวมกันเป็นสัญญาแห่งธุรกรรมนั้น นอกจากนี้ integration clauses จะไม่มีผลบังคับ หากปรากฏว่ามีการหลอกลวงหรือกลฉ้อฉลของผู้ขายที่ทำให้ผู้ซื้อเข้าทำสัญญา ซึ่งกรณีดังกล่าว กลฉ้อฉลนั้นย่อมทำให้สัญญาทั้งฉบับตกเป็นโมฆะ

4.1.2.5 หลักการสำคัญของ Uniform Computer Information Transactions Act

ในปี 1999 The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws ได้ประกาศเสนอ Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) ให้มลรัฐต่างๆ นำกฎหมายดังกล่าวไปใช้ได้โดยสมัครใจ โดยได้มีการแก้ไขปรับปรุงอีกสองครั้งในปี 2000 และ 2002 ตามลำดับ ปัจจุบันมีมลรัฐที่นำกฎหมายดังกล่าวไปบังคับเพียงสองมลรัฐ คือ เวอร์จิเนียร์ และแมรี่แลนด์

UCITA ระบุกฎเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลทางคอมพิวเตอร์อื่นๆ ซึ่งรวมถึงฐานข้อมูลและเพลงที่พัฒนาจากคอมพิวเตอร์ด้วย กฎหมายดังกล่าวยังสามารถนำไปใช้กับสัญญาการเข้าถึง (access contracts) สถานที่ซึ่งมีข้อมูลคอมพิวเตอร์อยู่ ไม่ว่าจะผ่านอินเตอร์เนตหรือไม่ กฎหมายดังกล่าวยังนำไปใช้กับสื่อบรรจุข้อมูลต่างๆ เช่น แผ่นดิสก์ ซีดีรอม ที่บรรจุข้อมูลคอมพิวเตอร์ อย่างไรก็ตาม UCITA ไม่นำไปใช้กับการจำหน่ายภาพยนต์ หนังสือ วารสาร หนังสือพิมพ์ หรือสิ่งอื่นที่คล้ายคลึงกัน หรือธุรกรรมเกี่ยวกับการสร้างภาพเคลื่อนไหวหรือการรับจ้างอิสระในการรายงานข่าวแม้จะมีข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้าไปเกี่ยวข้องด้วยก็ตาม นอกจากนี้ UCITA ยังได้บัญญัติ

คู่สัญญาอ้างข้อสัญญาที่เป็นวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรที่อยู่นอกเหนือจากที่ระบุไว้สัญญาหรือที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาที่มี integration clause (ดูเพิ่มเติมใน ***Rose v Food Fair Stores, Inc.***, 437 Pa. 117, 262 A.2d 851.)

[46] 874 F.2d 653 (9th Cir.), *amended* 890 F.2d 108 (1989).

กฎเกณฑ์เพื่อนำไปใช้กับธุรกรรมที่มีลักษณะผสมซึ่งมีข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นส่วนหนึ่งของสินค้าหรือบริการนั้น

UCITA ได้ตระหนักถึงความแตกต่างและความพิเศษของธุรกรรมเกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ ด้วยวิธีการทำสำเนา (copying) ซึ่งมีความแตกต่างจากการโอนกรรมสิทธิ์ในตัวข้อมูลคอมพิวเตอร์ จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่างหากจากการซื้อขายหรือการให้บริการที่มีระบุไว้แล้วใน Uniform Commercial Code

หลักการสำคัญใน UCITA ที่เป็นจุดเด่นในส่วนที่เป็นการเพิ่มเติมจากสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตาม Uniform Commercial Code ซึ่งเกี่ยวข้องกับซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ มีดังต่อไปนี้

4.1.2.5.1 ขอบเขตการบังคับใช้

กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน หรือการอนุญาตต่างๆ เกี่ยวกับข้อมูลอิเลคทรอนิกส์ที่ได้จากหรือใช้กับคอมพิวเตอร์ ซึ่งรวมถึงซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ และสิทธิในข้อมูลดังกล่าว โดยรวมถึงการให้บริการบำรุงรักษาและแก้ไขข้อผิดพลาดของซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ด้วย[47] อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ไม่นำไปใช้กับสัญญาที่กระทำผ่านทางสื่ออิเลคทรอนิกส์โดยไม่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการก่อเปลี่ยนแปลง โอน หรือการอนุญาตต่างๆ เกี่ยวกับข้อมูลอิเลคทรอนิกส์ดังกล่าวข้างต้น

4.1.2.5.2 การกำหนดกฎเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตในตลาดวงกว้าง (mass market license)

กฎหมายฉบับนี้การกำหนดกฎเกณฑ์พิเศษเกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในตลาดวงกว้าง (mass market license) ซึ่งไม่ได้มีการเจรจาต่อรองกันระหว่างคู่สัญญา เช่น กรณีของ shrink-wrap licensing โดยกำหนดไว้ว่าข้อสัญญาใดๆ จะไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไขในการอนุญาต เว้นแต่ผู้รับอนุญาต (licensee) จะมีโอกาสได้อ่าน และมีเวลาตามสมควรในการพิจารณาข้อสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ หากผู้รับอนุญาตได้พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ยอมรับเงื่อนไขแห่งข้อสัญญาดังกล่าว ผู้รับอนุญาตจะมีสิทธินำสำเนาข้อมูลคอมพิวเตอร์ดังกล่าวไปคืนให้แก่ผู้ขายพร้อมทั้งรับเงินคืนได้ นอกจากนี้ ยังมีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในการเรียกเงินคืน ค่าเสียหายอัน

[47] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 103

เกิดแก่ระบบจากการถอนข้อมูลดังกล่าวออกจากระบบของผู้ซื้อ โดยสิทธิของผู้รับอนุญาตดังกล่าวนั้นห้ามมิให้มีการยกเว้นหรือสละสิทธิไว้ในสัญญา[48]

4.1.2.5.3 คำรับรองโดยปริยายสำหรับการอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Merchantability of Computer Program)

Section 403 (a) ของUCITA กำหนดไว้ว่าหากไม่มีข้อสัญญาระบุไว้เป็นอย่างอื่น ในกรณีที่ผู้ให้อนุญาตเป็นพ่อค้า (merchant) (ดำเนินการในเชิงธุรกิจหรือในทางวิชาชีพ[49]) เกี่ยวกับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ให้ถือว่ามีการรับรอง (implied warranty) ดังนี้

(1) รับรองต่อผู้รับอนุญาตที่เป็นผู้ใช้งานขั้นสุดท้าย (end-user) ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ดังกล่าว มีความเหมาะสมตามวัตถุประสงค์ทั่วไปสำหรับการการใช้งานโปรแกรมนั้น (fit for the ordinary purpose for which such computer programs are used) ซึ่งท้ายมาตรา 403 ของ UCITA ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า การรับรองว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีความเหมาะสมต่อการใช้งานตามวัตถุประสงค์โดยทั่วไปนั้น ไม่ได้มีความมุ่งหมายจะให้หมายถึงว่าโปรแกรมนั้นจะต้องเหมาะสมที่สุด ดีที่สุด หรือเหมาะสมสำหรับการใช้งานทุกประเภท แต่มุ่งประสงค์ที่จะให้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ต้องมีมาตรฐานปานกลาง (average standards) สำหรับโปรแกรมที่มีความมุ่งหมายในการใช้งานอย่างเดียวกัน การมีความชำรุดบกพร่องบางประการอาจถือว่า ยอมรับได้

(2) รับรองต่อผู้จัดจำหน่าย (distributor) ว่า (ก) โปรแกรมนั้นได้บรรจุและมีฉลาก ครบถ้วนเพียงพอ (adequately packaged and labeled) ตามข้อตกลง และ (ข) ในกรณีมีสำเนาหลายชุด สำเนาดังกล่าวนั้นเป็นไปตามข้อตกลง ไม่ว่าจะในเรื่องประเภท คุณภาพ จำนวนในแต่ละหน่วย และจำนวนหน่วยรวมทั้งหมด

(3) รับรองต่อทั้งผู้รับอนุญาต และผู้จัดจำหน่ายว่า โปรแกรมเป็นไปตามสัญญาหรือข้อเท็จจริง ที่ระบุไว้ในบรรจุภัณฑ์หรือฉลาก

นอกจากนี้ หากไม่มีการตกลงหรือยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น ให้ถือว่ามีการรับรองโดยปริยาย ตามปกติประเพณีทางการค้าสำหรับโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย[50] (Implied warranties arising from course of dealing or usage of trade)

---

[48] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 209

[49] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 102 (46)

[50] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 403 (b)

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ที่ผู้ให้อนุญาตไม่มีความมุ่งหมายที่จะแสวงหากำไรจากการจำหน่ายหรือแจกจ่ายสำเนา และไม่กระทำการใดๆ เพื่อสิ่งตอบแทนในทางการค้าจากการควบคุมการใช้งาน การทำซ้ำ ดัดแปลง หรือจำหน่ายต่อ ซึ่งสำเนาซอฟท์แวร์ดังกล่าวนั้น UCITA กำหนดให้ไม่นำหลักเรื่องการรับประกันโดยปริยายตาม Section 403 ดังกล่าวมาใช้บังคับ[51] ทั้งนี้ ข้อยกเว้นดังกล่าวจะไม่นำไปใช้กับกรณีแชร์แวร์ (Shareware) หรือซอฟท์แวร์ที่ให้ใช้แบบไม่มีค่าตอบแทนในระยะเวลาอันจำกัดโดยหลังจากสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าว ผู้ให้อนุญาตคาดหวังจะได้ค่าตอบแทนจากผู้รับอนุญาตเพื่อการขยายระยะเวลาการใช้นั้น

4.1.2.5.4 ข้อสัญญายกเว้นความรับผิดหรือการแก้ไขคำรับรอง (Disclaimer or Modification of Warranty)

ตาม UCITA คำรับรองโดยชัดแจ้งนั้น จะไม่สามารถยกเว้นได้[52] ส่วนคำรับรองโดยปริยาย (Implied Warranties) สำหรับการอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Merchantability of Computer Program) ตาม Section 403 นั้น อาจกระทำได้ด้วยวิธีการดังต่อไปนี้

(1) ระบุข้อยกเว้นไว้โดยกล่าวถึง “merchantability” หรือ “quality” หรือถ้อยคำอื่นในทำนองเดียวกัน ซึ่งข้อความดังกล่าวจะต้องมีความชัดเจน (conspicuous)[53] (ความชัดเจนของข้อความได้กล่าวถึงแล้วในหัวข้อที่ 2.4.1)

(2) ระบุยกเว้นความรับผิดตาม implied warranties ทั้งหมดไว้เป็นการทั่วไป (Discliamer of all implied warranties) แต่จะต้องมีความชัดเจน (conspicuous) และระบุข้อความว่า “เว้นแต่จะได้ให้การรับรองไว้โดยชัดแจ้งในสัญญานี้ (ถ้ามี) ข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์นี้ได้อนุญาตหรือจำหน่ายให้โดยแบบมีตำหนิหรือมีข้อผิดพลาด โดยที่ความเสี่ยงทั้งหมด ไม่ว่าในเรื่องของคุณภาพ ความพึงพอใจ การใช้งาน ความถูกต้อง และความพยายามทั้งหมด ตกอยู่กับผู้ใช้งาน” (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

---

[51] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 410

[52] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 406 (a)

[53] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 406 (b) (1) (A)

satisfactory quality, performance, accuracy, and effort is with the user) หรือถ้อยคำในทำนองเดียวกัน[54]

(3) ระบุโดยใช้ข้อความว่า “ตามสภาพ” (as is) หรือ “มีตำหนิ” (with all faults) หรือถ้อยคำอื่นๆ ที่ทำให้ผู้รับอนุญาตทราบถึงข้อยกเว้นความรับผิดและเข้าใจได้ว่าสัญญานั้นปราศจากการให้คำรับรองโดยปริยาย (there are no implied warranties)[55]

(4) ถ้าก่อนเข้าทำสัญญา ผู้รับอนุญาตได้ทำการตรวจสอบ (examination) แล้วหรือได้ปฏิเสธที่จะทำการตรวจสอบ ให้ถือว่าไม่มีการให้คำรับรองโดยปริยายเกี่ยวกับความชำรุดบกพร่องที่ผู้รับอนุญาตอาจพบได้จากการตรวจสอบนั้น[56] โดยคำความเห็น (Comment) ท้าย Section 406 (d) ของ Uniform Computer Information Transactions Act ได้อธิบายเพิ่มเติมว่าการพิจารณาว่าความชำรุดบกพร่องใดที่ผู้รับอนุญาตควรตรวจพบได้นั้น จะต้องพิจารณาถึงทักษะและความสามารถของผู้รับอนุญาตด้วย ซึ่งระดับของผู้อนุญาตที่ประกอบวิชาชีพทางการค้าย่อมต้องได้รับการคาดหวังในมาตรฐานตรวจสอบสูงกว่าผู้รับอนุญาตโดยทั่วไป ทั้งนี้ การที่ผู้ให้อนุญาตจะได้รับการยกเว้นดังกล่าวนั้น ผู้ให้อนุญาตจะต้องทำการร้องขอหรือเป็นฝ่ายเสนอให้ผู้รับอนุญาตเข้ามาทำการตรวจสอบด้วย และหากการร้องขอหรือคำเสนอดังกล่าวได้ระบุข้อความอันเป็นการรับรองคุณภาพของหรือคุณสมบัติของของข้อมูลหรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และผู้รับอนุญาตได้แจ้งโดยชัดเจนว่าตนเชื่อถือถ้อยคำดังกล่าวมากกว่าการเข้าตรวจสอบ ผลจะทำให้ข้อความนั้นเป็นการให้คำรับรองโดยชัดแจ้ง (express warranty)

(5) คำรับรองโดยปริยาย (implied warranties) อาจถูกยกเว้นด้วยจากแนวปฏิบัติที่ผ่านมาของคู่สัญญาก่อนเข้าทำสัญญา (course of dealing) แนวปฏิบัติของคู่สัญญาในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญานี้ (course of performance) หรือแนวปฏิบัติทางการค้าในประเภทธุรกิจและท้องที่เดียวกันกับธุรกรรมภายใต้สัญญาที่พิจารณา (usage of trade)[57]

4.1.2.5.5 การแก้ไข source code ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยผู้รับอนุญาต

---

[54] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 406 (b) (3)

[55] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 406 (c)

[56] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 406 (d)

[57] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 406 (e)

ในกรณีที่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ทำการแก้ไข (modification) โปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยไม่ใช่เป็นการปรับเปลี่ยนที่พึงกระทำตามความมุ่งหมายตามปกติของโปรแกรมนั้น จะไม่กระทบต่อการรับประกันที่เกี่ยวข้องกับการใช้งานโปรแกรมคอมพิวเตอร์ส่วนอื่นๆ ที่ไม่ได้มีการปรับเปลี่ยน โดยที่การปรับเปลี่ยน (modification) ในที่นี้หมายถึงการเพิ่ม ลบ หรือเปลี่ยนแปลง source code ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์[58]

4.1.2.5.6 การเยียวยาความเสียหาย (Remedies)

ใน Uniform Computer Information Transactions Act ได้กำหนดวิธีการเยียวยาความเสียหายไว้ใน Part 8 โดยผู้เสียหายซึ่งเป็นคู่สัญญาอาจดำเนินการบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้

การบอกเลิกสัญญาจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญากำหนดให้บอกเลิกสัญญาได้ หรือหากไม่ได้มีการกำหนดไว้ อาจบอกเลิกสัญญาได้หากมีการผิดสัญญาโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในสาระสำคัญซึ่งไม่ได้รับการเยียวยาหรือไม่มีการสละสิทธิเรียกร้องดังกล่าว[59] แต่หากคู่สัญญาได้ทำสัญญากันโดยกำหนดไว้ว่าห้ามมีการเลิกสัญญา คู่สัญญาจะไม่มีสิทธิเลิกสัญญาเนื่องจากการผิดสัญญาของอีกฝ่ายหนึ่ง กฎหมายถือว่าข้อสัญญาจำกัดการเยียวยาความเสียหายด้วยวิธีบอกเลิกสัญญานั้นสามารถกำหนดผูกพันกันไว้ได้ แต่ข้อจำกัดในการบอกเลิกสัญญานั้นไม่ถือเป็นการตัดสิทธิในการได้รับการเยียวยาความเสียหายประการอื่นด้วย[60]

การบอกเลิกสัญญาสามารถกระทำได้โดยการบอกกล่าว (notice) ด้วยวิธีที่เหมาะสมตามแต่พฤติการณ์ เว้นแต่กรณีของสัญญาอนุญาตให้เข้าถึงข้อมูล (access contract) คู่สัญญาสามารถยกเลิกสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลได้โดยไม่ต้องมีการบอกกล่าว[61] ซึ่งในคำอธิบายท้ายมาตราได้อธิบายเพิ่มเติมว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองผู้มีสิทธิบอกเลิกสัญญา มิใช่คุ้มครองผู้ผิดสัญญา การบอกเลิกสัญญาจึงไม่ต้องมีแบบพิธีและผู้บอกเลิกสัญญาไม่จำต้องพิสูจน์ว่ามีการบอกเลิกสัญญาแล้ว

---

[58] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 407

[59] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 802 (a)

[60] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 802 (d)

[61] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 802 (b)

ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญา สิทธิในการใช้ที่ผู้รับอนุญาตมีตามสัญญาเป็นอันสิ้นสุดลง อย่างไรก็ตาม กฎหมายยังได้กำหนดให้ผู้อนุญาตใช้ข้อมูลหรือซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ต่อไปในระยะเวลาอันจำกัด หลังจากมีการบอกเลิกสัญญาแล้ว โดยการใช้นั้นเป็นไปตามเงื่อนไขในสัญญา และเป็นมาตรการเพื่อหลีกเลี่ยงหรือบรรเทาความเสียหายตามสมควรแก่พฤติการณ์ซึ่งไม่ใช่เป็นนำออกจำหน่าย และไม่มีคำสั่งให้ยกเลิกการใช้ดังกล่าวโดยฝ่ายผิดสัญญา[62] ทั้งนี้ ผู้อนุญาตจะต้องจ่ายค่าตอบแทนตามสมควรสำหรับการใช้ภายหลังจากการยกเลิกสัญญาดังกล่าว[63]

ในการเรียกร้องค่าเสียหาย ผู้รับอนุญาตให้ใช้สามารถที่จะเรียกร้องค่าเสียหายได้ทั้งจากความเสียหายทางตรง (Direct damages) และ Consequential damages ซึ่งใน Uniform Computer Information Transactions Act หมายความรวมถึงความเสียหายที่ฝ่ายผิดสัญญาน่าจะสามารถคาดเดาได้ในขณะเข้าทำสัญญาและไม่ได้มีการป้องกันตามสมควร ความเสียหายแก่ร่างกาย หรือทรัพย์สินที่ไม่ใช่วัตถุแห่งสัญญา และความเสียหายจากการสูญเสียกำไร (loss of profits)

ความเสียหายทางตรง (Direct damages) นั้นถูกจำกัดให้เรียกได้ไม่เกินกว่ามูลค่าตลาด (market value) ของการปฏิบัติตามสัญญาในส่วนที่มีการผิดสัญญา (ซึ่งหมายถึงส่วนต่างระหว่างมูลค่าตลาดของส่วนที่ได้สัญญาไว้กับมูลค่าตลาดของส่วนที่ได้ปฏิบัติตามสัญญา) บวกด้วยค่าใช้จ่ายที่ผู้เสียหายได้จ่ายไปเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา[64] และจะต้องนำเงินจำนวนที่ผู้รับอนุญาตค้างชำระอยู่กับผู้อนุญาตจากค่าเสียหายที่พึงได้รับดังกล่าวด้วย[65] อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายได้ โดยมีหลักเกณฑ์ดังที่ได้กล่าวถึงแล้วข้างต้น

---

[62] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 802 (c) (4)

[63] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 802 (c) (5)

[64] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 809 (a)

[65] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 809 (b)

นอกจากสิทธิในการบอกเลิกสัญญาและสิทธิในการเรียกค่าเสียหายแล้ว ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตไม่ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ผู้รับอนุญาตยังมีสิทธิที่จะใช้ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์และปฏิบัติตามสัญญาต่อไป และใช้สิทธิเรียกค่าเสียหายได้[66]

4.2.3 วิเคราะห์แนวทางการนำหลักกฎหมายสัญญามาปรับใช้

ตามกฎหมายไทย แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีบทบัญญัติในเรื่องเอกเทศสัญญาซื้อขาย และพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 จะได้ระบุหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาซื้อขายหรือการอนุญาตให้ใช้เอาไว้แล้วก็ตาม แต่ปัจจุบันเทคโนโลยีก้าวหน้าไปมาก สินค้าจำนวนมากได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบไปอยู่ในรูปของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งรวมถึงซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ โดยที่ผู้ซึ่งประสงค์จะใช้ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์อาจไม่จำเป็นต้องได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ และผู้ขายเองก็ไม่ประสงค์ที่จะโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาให้แก่ผู้ที่ประสงค์จะใช้งาน จึงทำให้ในปัจจุบันเกิดรูปแบบสัญญาต่างๆ ขึ้นสำหรับการได้มาซึ่งสิทธิในการใช้ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ที่แตกต่างจากวัตถุประสงค์เดิมของสัญญาซื้อขายอันมีวัตถุประสงค์เพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ นอกจากนี้ ในหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาอนุญาตให้ใช้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ก็ไม่มีรายละเอียดในเรื่องการอนุญาตให้ใช้ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ไว้เป็นการเฉพาะอย่างเพียงพอ ทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาว่าฝ่ายใดควรต้องรับผิดกันอย่างไรบ้าง

การที่กฎหมายขาดความชัดเจนแน่นอน และความไม่เพียงพอเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตลอดจนวิธีการเยียวยาความเสียหายเนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดระบุไว้เป็นเบื้องต้น ทำให้ต้องมีการระบุรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้ในตัวสัญญามากขึ้น และต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายเฉพาะเรื่องในการยกร่างสัญญาดังกล่าว ทำให้ค่าใช้จ่ายในการทำสัญญาย่อมเพิ่มขึ้น ส่งผลเสียโดยรวมให้แก่อุตสาหกรรม ผู้ผลิต และผู้ใช้งานซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรจะมีการพิจารณาให้มีการออกกฎหมายเฉพาะสำหรับสัญญาที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลและซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ดังเช่น Uniform Computer Information Transaction Act ของสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม การยกร่างกฎหมาย ควรจะต้องมีการชั่งน้ำหนักผลกระทบและหาความเป็นธรรมที่ดีที่สุดให้แก่ทั้งอุตสาหกรรมผู้ผลิตซอฟท์แวร์

[66] Uniform Computer Information Transactions Act, Section 813 (1) and (2)

คอมพิวเตอร์ ผู้ใช้ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ และผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ เป็นอย่างดี ซึ่ง Uniform Computer Information Transaction Act ของอเมริกาเอง ก็ถูกต่อต้านจากผู้บริโภคไม่น้อยว่ากฎหมายดังกล่าวมุ่งคุ้มครองผู้ผลิตมากเกินไป[67]

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ในระหว่างที่ประเทศไทยยังไม่มีตัวบทกฎหมายมาใช้บังคับเป็นการเฉพาะกับสัญญาอนุญาตให้ใช้ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์นั้น ศาล ทนายความ และที่ปรึกษากฎหมายควรเข้ามามีบทบาทสำคัญในการให้ความเป็นธรรมโดยอาศัยตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน เช่น การนำหลักในเรื่องการตีความสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 366 และ 368 มาใช้ในเรื่องของเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาอนุญาตให้ใช้ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์สำหรับซอฟท์แวร์ซึ่งถูกนำออกวางจำหน่ายจำนวนมาก โดยไม่มีการเจรจาต่อรองเงื่อนไขกันระหว่างคู่สัญญา บุคคลที่เข้าซื้อแพกเกจซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ หรือดาวน์โหลดซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ผ่านทางอินเตอร์เนตนั้น ไม่ควรต้องผูกเงื่อนไขหรือข้อสัญญาใดๆ ในสัญญาอนุญาตให้ใช้นั้นผูกพันผู้รับอนุญาตจนกว่าผู้รับอนุญาตจะมีโอกาสได้อ่านข้อสัญญาดังกล่าวแล้ว และแสดงเจตนายอมรับโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายด้วยการติดตั้งและใช้ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์นั้นต่อไป และหากเงื่อนไขดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ก็ถือได้ว่าสัญญาอนุญาตให้ใช้นั้นมิได้เกิดมีขึ้นเลย และผู้รับอนุญาตมีสิทธิที่จะคืนแพกเกจ และยกเลิกการติดตั้งซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์นั้นได้ และหากได้มีการชำระเงินไปแล้ว ก็ควรมีสิทธิเรียกคืนฐานลาภมิควรได้ ซึ่งแม้จะมิได้เป็นการให้สิทธิหรือคุ้มครองผู้รับอนุญาตเทียบเท่า Section 209 ของ Uniform Computer Information Transaction Act แต่ก็สามารถให้ความเป็นธรรมได้ในระดับหนึ่ง

แนวทางการให้ความเป็นธรรมอีกประการหนึ่ง คือ การอาศัยบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งในมาตรา 6 และมาตรา 8 ซึ่งให้อำนาจศาลที่จะบังคับตามข้อสัญญาเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกรณีของซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์มีลักษณ์พิเศษเฉพาะ ซึ่งควรจะต้องมีความรู้ความเข้าใจและการศึกษาพอสมควรจึงจะสามารถวินิจฉัยคดีอย่างเป็นธรรมต่อทุกฝ่ายได้ เช่น การนำหลักที่ว่าข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดต้องพิจารณาว่ามีความชัดเจน (conspicuous) หรือไม่ และสมเหตุสมผล (conscionable) หรือไม่ ตามแนวคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศดังที่ได้กล่าวถึงในบทนี้ มาปรับใช้ในการให้ความเป็นธรรม เป็นต้น ซึ่งหากปราศจากหลักกฎหมายที่จะ

---

[67]ดูข้อมูลเพิ่มเติมได้ที่ http://www.badsoftware.com

นำมาใช้เป็นเครื่องมือในการให้ความเป็นธรรมแล้ว ในข้อเท็จจริงเดียวกัน ผู้พิพากษาแต่ละท่านอาจตัดสินแตกต่างกันไปในลักษณะของอัตวิสัย (subjective) ของแต่ละท่าน ทำให้อาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมแก่ประชาชนโดยส่วนรวม นอกจากนี้ ยังเห็นว่าการให้อำนาจศาลเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาซึ่งเป็นเอกชนภายหลังจากที่สัญญาได้เกิดแล้วนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อแทรกแซงข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจริงๆ เท่านั้น มิเช่นนั้น อาจเป็นการขัดต่อหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเกินสมควร ส่งผลให้ผู้เกี่ยวข้องโดยเฉพาะผู้ประกอบการเองก็ไม่อาจทราบได้ว่าแค่ไหนเพียงไรที่จะเข้าข่าย “ที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี” ที่จะทำให้ผู้เกี่ยวข้องเหล่านั้นปฏิบัติได้ถูกต้อง

การใช้หลักในเรื่องสัญญาทั้งของไทยและต่างประเทศมาปรับใช้กับกรณีซอทฟ์แวร์คอมพิวเตอร์ที่ไม่ปลอดภัยก่อให้เกิดความเสียหายนั้น อยู่ภายใต้ข้อจำกัดในเรื่องของหลัก Privity of Contract กล่าวคือ เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้นที่สามารถเรียกร้องความเสียหายต่อกันได้ ทำให้เสียค่าใช้จ่ายและระยะเวลาในการดำเนินคดีโดยรวมอย่างมาก ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้นำแนวคิดในเรื่องของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สามมาใช้ดังที่ได้อธิบายมาแล้วนั้น มีข้อสังเกตว่า การขยายขอบเขตการบังคับใช้เรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สามให้ครอบคลุมถึงเรื่องความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องในตัวสินค้าโดยถือเป็น implied warranty หรือคำรับประกันที่กำหนดไว้โดยผลของกฎหมายให้คู่สัญญาต้องรับผิดต่อบุคคลซึ่งไม่ใช่คู่สัญญาโดยที่คู่สัญญาเองไม่ได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งไว้เช่นนั้น จะทำให้เจตนารมณ์อันเป็นแก่นแท้ของหลัก doctrine of privity เสียไปหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นการขยายขอบเขตบังคับของกฎหมายเกินกว่าเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายนั้นจะไปถึงหรือไม่ นอกจากนี้ กฎหมายยังเปิดช่องให้เจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้ให้อนุญาตยังสามารถกำหนดยกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดไว้ได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับอนุญาตหรือผู้ใช้ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ และผู้เสียหายที่ไม่ใช่ตัวคู่สัญญา

4.2 การพัฒนาโดยใช้หลักในเรื่องของความประมาทเลินเล่อ (Negligence Liability)

หลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดฐานประมาทเลินเล่อ เป็นหลักกฎหมายที่ปกป้องผู้เสียหายจากการกระทำ (หรืองดเว้นกระทำ) ของบุคคลที่ใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานที่

กฎหมายกำหนดไว้ หลักกฎหมายในเรื่องนี้ ขยายผลให้ผู้เสียหายที่ไม่มีนิติสัมพันธ์กับผู้ผลิตสามารถฟ้องร้องหรือเรียกร้องผู้ผลิตรับผิดได้ โดยจะได้กล่าวในรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1 ประเทศอังกฤษ

จากคดี ***Winterbottom v. Wrigh***[68] ซึ่งศาลในประเทศอังกฤษถือว่าผู้เสียหายจากการใช้สินค้าหรือผลิตภัณฑ์จะต้องมีความสัมพันธ์ทางสัญญาตามหลัก doctrine of privity แม้จะเป็นการฟ้องร้องให้จำเลยรับผิดเพราะจำเลยประมาทเลินเล่อ ก็ตาม ซึ่งทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความคุ้มครองเพียงพอ ต่อมาศาลได้วางแนวทางให้ผู้เสียหายที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาสามารถฟ้องร้องคดีที่ได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากตัวสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) โดยหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดทางสัญญากับความรับผิดทางละเมินฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) นั้นถูกแยกความแตกต่างกันอย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากคดี ***Daniels & Daniels v. R White & Sons Ltd. and Tarbard***[69] ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า Mr. Daniels ได้ซื้อน้ำมะนาว (lemonade) จาก Mrs. Tarbard ซึ่งบรรจุขวดและผลิตโดย R White & Sons ปรากฏว่าในขวดดังกล่าวมีกรดคาร์บอลิก (carbolic acid) เจือปนอยู่ด้วยโดยไม่ทราบสาเหตุ Mr. Daniels และภริยาได้ดื่มน้ำมะนาวดังกล่าวและต้องเจ็บป่วยเพราะกรด carbolic ซึ่งเจือปนอยู่นั้น Mr. Daniels ได้ฟ้อง R White & Sons Ltd. ให้รับผิดทางละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) และฟ้อง Mrs Tarbard ให้รับผิดตามสัญญาฐาน breach of implied terms โดยในส่วนที่ Mr. Daniels ได้ฟ้อง R White & Sons Ltd. ให้รับผิดทางละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) นั้น ศาลได้พิจารณาว่า แม้ตามกฎหมายจำเลยจะมีหน้าที่ซึ่งจะต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวัง (duty of care) แต่เมื่อโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าจำเลยประมาทเลินเล่อ ศาลจึงต้องยกฟ้องโจทก์ และในส่วนที่ Mr. Daniels ฟ้อง Mrs. Tarbard ให้รับผิดตามสัญญานั้น ศาลให้จำเลยรับผิดเพราะถือว่าผู้ขายผิดข้อกำหนดที่กฎหมายบัญญัติไว้ (implied terms) ตาม Sale of Goods Act ในเรื่องสินค้ามีความชำรุดบกพร่องและขาดความเหมาะสมที่จะนำออกสู่ตลาด (lack of merchantability) ส่วนภริยาของ Mr. Daniels ไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายตามสัญญาได้เพราะไม่ใช่คู่สัญญา

---

[68] (1842, Court of Exchequer).

[69] (1938) 4. All E.R. 258.

ในการฟ้องคดีละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) ในประเทศอังกฤษ ศาลได้นำหลักเรื่องหน้าที่ในการที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ที่วางไว้ในคดี ***Le Lievre v. Gould***[70] ซึ่ง Lord Esher กล่าวไว้ว่า "ถ้าบุคคลใดอยู่ใกล้กับอีกบุคคลหนึ่ง หรืออยู่ใกล้กับทรัพย์สินของอีกบุคคลหนึ่ง บุคคลนั้นย่อมมีหน้าที่ในการที่จะต้องไม่กระทำการใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดความความเสียหายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่นนั้น"[71] ต่อมาหลักการดังกล่าวได้นำมาใช้ในการตัดสินคดี ***Donoghue v. Stevenson***[72] ซึ่งข้อเท็จจริงโดยย่อว่า Mrs. Donohue ได้ดื่มเครื่องดื่ม ginger ale ซึ่งพ่อของเธอซื้อมาให้จากคาเฟ่แห่งหนึ่ง ปรากฏว่าใน ginger ale มีหอยทากตายเน่าอยู่ Mrs. Donohue ได้รับความเสียหายเนื่องจากอาหารเป็นพิษอย่างแรง และไม่สามารถที่จะฟ้องร้องเจ้าของร้านคาเฟ่ดังกล่าวได้ เพราะไม่ใช่ผู้ซื้อโดยตรง จึงได้ฟ้องร้อง Stevenson โดยศาลวินิจฉัยว่า จำเลยที่เป็นผู้ผลิตเครื่องดื่ม ginger ale ต้องรับผิดต่อผู้บริโภคที่พบซากหอยทากตายอยู่ในขวด เพราะถือว่าจำเลยมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ใดก็ตามที่บริโภคสินค้าที่จำเลยจำหน่ายในตลาด และจำเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังดังกล่าว

จากหลักในคดี ***Donoghue v. Stevenson*** ทำให้ผู้ผลิตสินค้ามีหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ต่อผู้บริโภคและจะต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคหากความเสียหายนั้นเป็นความเสียหายที่คาดหมายได้จากการผิดหน้าที่ดังกล่าวของผู้ผลิต ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในชื่อของ "neighbour principle" ในเวลาต่อมาศาลอังกฤษได้ขยายผลโดยนำหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ดังกล่าวไปใช้กับผู้ขายเช่นเดียวกันกับผู้ผลิต (ดูเพิ่มเติมใน ***Watson v. Buckley, Osborne, Garrett & Co***[73])

อย่างไรก็ตาม ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายตามกฎหมายลักษณะละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) โดยอาศัยหลัก neighbour principle

---

[70] [1893] 1 QB 491.

[71] "If one man is near to another, or is near to the property of another, a duty lies upon him not to do that which may cause a personal injury to that other, or may injure his property."

[72] [1932] All ER Rep 1.

[73] [1940] 1 All ER 174.

ผู้เสียหายยังคงต้องเป็นผู้พิสูจน์ความผิดของจำเลย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ความรับผิดดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของการพิสูจน์ความผิด (liability based on fault) ในทำนองเดียวกันกับการพิสูจน์ความผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ของไทย ผู้เสียหายจึงต้องพิสูจน์ว่าผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ตามสมควร

ต่อมาศาลอังกฤษได้ขยายหลักในการใช้ neighbour principle และ duty of care มากขึ้น โดยนำไปใช้กับกรณีของความเสียหายทางเศรษฐกิจ (economic loss) ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีอันตรายทางร่างกาย (physical injury) หรือ ความเสียหายต่อทรัพย์สิน (damage to property) เกิดขึ้น ดังจะเห็นได้จากคดี ***Junior Books Ltd v. Veitchi Co Ltd***[74] ซึ่งจำเลยเป็นผู้รับเหมาก่อสร้างช่วง (building subcontractors) ในการปูพื้นให้กับสถานที่ของโจทก์ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าพื้นดังกล่าวมีความชำรุดบกพร่องและไม่เหมาะสมต่อการใช้งาน จำเลยจะกล่าวอ้างว่าการกระทำของจำเลยมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินและความเสียหายดังกล่าวที่เกิดขึ้นเป็นเพียงความเสียหายทางด้านการเงินเท่านั้น ศาลตัดสินให้จำเลยชดใช้ค่าทำพื้นใหม่ รวมถึงค่าสูญเสียประโยชน์ (lost profits) ในการใช้สถานที่ระหว่างทำพื้นใหม่ดังกล่าว โดยศาลวินิจฉัยว่า จำเลยควรจะมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังไม่ให้เกิดความสูญเสียทางการเงินด้วยหากคู่กรณีมีความสัมพันธ์กันตามสมควร (close relationship) ซึ่งการที่โจทก์เป็นผู้เสนอ (nominate) ผู้รับเหมาช่วงเอง ย่อมเพียงพอที่จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ดังกล่าวแล้ว ซึ่งหากเป็นกรณีของผู้จำหน่ายสินค้า (supplier) ให้กับผู้รับเหมาก่อสร้างหรือผู้รับเหมาช่วง กับ ผู้ว่าจ้างนั้นยังไม่ถือว่ามีความสัมพันธ์ที่เพียงพอ (sufficiently proximate relationship) (ดูเพิ่มเติมใน ***Muirhead v Industrial Tank Specialties Ltd***[75] และ ***Simaan General Contracting Co v Pilkington Glass Ltd***[76])

จากคดีต่างๆ ที่กล่าวมา ผู้ผลิตซอฟท์แวร์ซึ่งพัฒนาซอฟท์แวร์เพื่อผู้ใช้รายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงและผู้รับจ้างช่วงทำงานให้กับผู้ผลิตซอฟท์แวร์ดังกล่าวย่อมมีหน้าที่ซึ่งจะต้องระมัดระวังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อร่างกาย ทรัพย์สิน รวมถึงความสูญเสียทางเศรษฐกิจ (economic loss) อย่างไรก็ตาม ในระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างช่วง (subcontractor) จะต้อง

---

[74] [1983] 1 AC 520.

[75] [1986] QB 507.

[76] [1988] QB 758.

ปรากฏว่าผู้รับจ้างช่วงเป็นผู้รับผิดชอบหลักในงานส่วนที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น และจะต้องแสดงให้เห็นว่าผู้ว่าจ้างได้มีการหารือและมีความเชื่อถือในความสามารถของผู้รับจ้างช่วงด้วย เพื่อให้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ที่เพียงพอ (sufficiently proximate relationship)[77]

ศาลในประเทศอังกฤษได้ยอมรับด้วยว่าการประมาทเลินเล่อในการออกแบบนั้น รวมถึงการวิจัยและพัฒนา (design and R & D allegation) หรือกรณีที่ไม่ระบุคำเตือนที่เพียงพอ (failure to warn) ซึ่งอาจถูกฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ ดังจะเห็นได้จากคดี ***IBA v. EMI and BICC***[78] ซึ่งถือเป็นการขยายขอบเขตของคดีละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) จากหลักที่วางไว้ในคดี ***Donoghue v. Stevenson***

โดยทั่วไปแล้ว ในประเทศอังกฤษ การฟ้องคดีละเมิดฐานประมาทเลินเล่อนั้น โจทก์ต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าจำเลยกระทำผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (breach of duty of care) อย่างไรก็ตาม ภาระการพิสูจน์ดังกล่าวอาจถูกโอนไปให้กับฝ่ายจำเลยได้ในบางกรณีตามหลักกฎหมายพยาน *res ipsa loquitur* (thing speaks for itself) จากคดี ***Byrne v. Boadle***[79] ที่โจทก์ได้รับความเสียหายจากสิ่งของ (barrel of flour) ที่หล่นมาจากหน้าต่างชั้นสองของอาคาร ศาลตั้งข้อสันนิษฐานไว้ว่าการที่สิ่งของดังกล่าวหล่นมาจากหน้าต่างนั้นเองเป็นหลักฐานที่เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยแล้ว โจทก์ไม่ต้องนำสืบให้เห็นถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยอีก หากจำเลยกล่าวอ้างว่ามีข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่น จำเลยต้องเป็นผู้พิสูจน์หักล้าง[80]

---

[77] Chris Reed and John Angel, *supra note* 7, p. 118.

[78] (1980) 14 BLR 1.

[79] 159 Eng. Rep. 299 (Ex. 1863).

[80] *"We are all of opinion that the rule must be absolute to enter the verdict for the plaintiff. The learned counsel was quite right in saying that there are many accidents from which no presumption of negligence can arise, but I think it would be wrong to lay down as a rule that in no case can a presumption of negligence arise from the fact of an accident. Suppose in this case the barrel had rolled out of the warehouse and fallen on the plaintiff, how could he possibly ascertain from what cause it occurred? It is the duty of persons who keep barrels in a warehouse to take care that they do not roll out, and I think that such a case would, beyond all doubt, afford*

ในคดี product liability นั้น breach of duty of care เกิดขึ้นเมื่อสินค้านั้นไปถึงมือของโจทก์โดยมีความชำรุดบกพร่องอันเนื่องมาจากจำเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร ภาระการพิสูจน์อาจถูกโอนไปตกอยู่กับฝ่ายจำเลยตามหลัก *res ipsa loquitur* ได้ หากข้อเท็จจริงของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นชี้ให้เห็นว่าจำเลยอยู่ในฐานะที่ควรจะเป็นผู้อธิบายเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นว่าสามารถที่จะเกิดขึ้นโดยปราศจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยได้อย่างไร เช่น กรณีที่โจทก์ขับรถยนต์ออกจากอู่ซ่อมรถยนต์ ภายหลังจากที่มีการเปลี่ยนยางรถยนต์ และในขณะนั้นล้อรถยนต์หลุดออกมา กรณีนี้โดยข้อเท็จจริงแล้วสันนิษฐานได้ว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของอู่ซ่อมรถ ดังนั้น ภาระการพิสูจน์จึงถูกโอนไปยังฝ่ายจำเลยที่จะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยไม่ได้ประมาทเลินเล่อ[81]

4.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การฟ้องร้องคดีความรับผิดอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) ตามกฎหมายลักษณะละเมิดฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) ในประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงศตวรรษที่ 18 ยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานของ doctrine of privity เช่นเดียวกับการฟ้องร้องให้รับผิดตามสัญญา[82] กล่าวคือ ผู้เสียหายจะเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ประมาทเลินเล่อได้ก็ต่อเมื่อผู้นั้น

---

prima facie evidence of negligence. A barrel could not roll out of a warehouse without some negligence, and to say that a plaintiff who is injured by it must call witnesses from the warehouse to prove negligence seems to me preposterous.

The present case upon the evidence comes to this, a man is passing in front of the premises of a dealer in flour, and there falls down upon him a barrel of flour. I think it apparent that the barrel was in the custody of the defendant who occupied the premises, and who is responsible for the acts of his servants who had the control of it; and in my opinion the fact of its falling is prima facie evidence of negligence, and the plaintiff who was injured by it is not bound to show that it could not fall without negligence, but if there are any facts inconsistent with negligence it is for the defendant to prove them."

[81] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 4, น. 84.

[82] *เพิ่งอ้าง*.

เป็นคู่สัญญากับตนเท่านั้น หรืออีกนัยหนึ่งก็คือจำเลยจะมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ต่อบุคคลที่ตนเป็นคู่สัญญาด้วยเท่านั้น ดังนั้น ผู้ผลิตสินค้าด้วยความประมาทเลินเล่อและจำหน่ายสินค้านั้นต่อไปยังผู้ค้าปลีกจะไม่ต้องรับผิดต่อผู้เสียหายซึ่งซื้อสินค้าไปจากผู้ค้าปลีก จึงทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความคุ้มครองเพราะผู้ค้าปลีกนั้นไม่ได้ประมาทเลินเล่อ ผู้ที่ประมาทเลินเล่อคือผู้ผลิต แต่เนื่องจากผู้เสียหายไม่ใช่คู่สัญญากับผู้ผลิต ผู้เสียหายก็ฟ้องร้องผู้ผลิตไม่ได้ตามหลัก doctrine of privity ในยุคนั้น แต่ต่อมาศาลของสหรัฐอเมริกาได้ยกเว้นหลัก doctrine of privity ในกรณีที่ผู้ผลิตปกปิดความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่ตนผลิตขึ้น หรือกรณีสินค้าดังกล่าวเป็นสินค้าที่โดยสภาพแล้วเป็นอันตราย (inherently dangerous) หรือมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดอันตราย (imminently dangerous) ต่อชีวิตและสุขภาพ ดังจะเห็นได้จากคดี ***Thomas v. Winchester***[83] ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า จำเลยซึ่งเป็นผู้ขายกลิ่นสังเคราะห์ ปิดฉลากผิด โดยปิดฉลากขวดสารพิษว่าเป็นกลิ่นสังเคราะห์ และจำเลยได้ขายขวดที่ผิดฉลากผิดดังกล่าวให้แก่ผู้ขายยา โจทก์ซึ่งเป็นผู้ซื้อยาไปใช้เกิดอาการแพ้อย่างรุนแรง โจทก์จึงฟ้องให้จำเลยรับผิด ศาลพิพากษาว่า จำเลยต้องรับผิดในความเสียหายที่ตนประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดภยันตรายร้ายแรงต่อชีวิตมนุษย์ แม้จำเลยจะไม่ได้เป็นคู่สัญญากับโจทก์ก็ตาม

ต่อมาในคดี ***MacPherson v. Buick Motor Co.***[84] ศาลได้ตัดสินว่าจำเลยไม่อาจยก doctrine of privity ขึ้นต่อสู้ได้ โดยให้เหตุผลว่า แม้โจทก์จะมิใช่คู่สัญญากับจำเลย แต่หลักในคดี ***Thomas v. Winchester*** ไม่ควรจำกัดอยู่แค่เฉพาะสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่เป็นพิษหรือวัตถุระเบิดเท่านั้น แต่หลักในคดีดังกล่าวควรขยายให้ครอบคลุมถึงผลิตภัณฑ์หรือสินค้าที่จำหน่ายโดยอาจคาดหมายได้ว่าอาจเกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายของผู้ใดก็ได้ นอกเหนือจากผู้ซื้อ หากมีความประมาทเกิดขึ้น เป็นหน้าที่ของผู้ผลิตที่จะต้องผลิตด้วยความระมัดระวัง (duty of care) หน้าที่ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอาศัยความผูกพันตามสัญญา หากแต่เกิดจากกฎหมาย[85] คำตัดสินในคดี MacPherson ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง และเนื่องจากนโยบายในการคุ้มครองผู้เสียหาย

---

[83] 6 N.Y. 397 (1852).

[84] 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916).

[85] James A. Henderson and Aeron D. Twerski, Products Liability: Problems and Process, (Boston: Little, Brown, 1992), P. 10.

ในที่สุดก็ได้มีการยกเลิก doctrine of privity ในคดี negligence ไปโดยสิ้นเชิง[86] อย่างไรก็ดี จำเลยในคดีการฟ้องร้องให้รับผิดจากความชำรุดบกพร่องในสินค้าฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) มักจะเป็นฝ่ายชนะคดี เนื่องจากมีโอกาสในการพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว[87]

เนื่องจากปัญหาในเรื่องภาระในการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของผู้ผลิตหรือผู้ขายดังกล่าวนั้น ทำให้ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกานำหลักกฎหมายลักษณะพยานที่ว่า *"res ipsa loquitur"* (thing speaks for itself) มาใช้ในกรณีต่อไปนี้[88]

(ก) เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์นั้น เป็นชนิดที่โดยปกติแล้วจะไม่เกิดขึ้นหากไม่มีการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้ใดผู้หนึ่ง กรณีนี้ ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อของจำเลยโดยตรง ผู้เสียหายเพียงแต่พิสูจน์ว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับนั้นเกิดขึ้นจากเหตุที่โดยปกติแล้วจะไม่เกิดขึ้นหากจำเลยไม่ประมาทเลินเล่อ

(ข) เหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์นั้นเป็นเหตุการณ์ที่อยู่ภายใต้การควบคุมโดยสิ้นเชิง (exclusive control) ของจำเลย ตัวแทนของจำเลย หรือบุคคลที่อยู่ภายใต้การดูแลของจำเลย

(ค) ความเสียหายที่โจทก์ได้รับนั้นไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของโจทก์หรือโจทก์มีส่วนผิดอยู่ด้วย

นอกจากนี้ ศาลบางรัฐยังได้นำหลัก *res ipsa loquitur* ไปใช้ในกรณีที่มีผู้ถูกฟ้องเป็นจำเลยหลายคน เช่นคดีที่โจทก์ฟ้องทั้งผู้ผลิตและผู้ขาย อย่างไรก็ตาม ถ้าโดยพฤติการณ์แล้วสามารถอนุมานได้ว่าเหตุที่เกิดนั้นจะเกิดจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยคนใดคนหนึ่งเพียงคนเดียวเท่านั้น ศาลก็จะไม่อนุญาตให้นำหลัก *res ipsa loquitur* มาใช้ ในกรณีนี้โจทก์ก็ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยคนใดประมาทเลินเล่อ

---

[86] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 4, น. 22.

[87] Clark Savage Turner, "Software Defect Classes and No-fault Liability", UCI-ICS Technical Report No. 99-17, Department of Information and Computer Science, University of California, Irvine, CA 92697-3425 (April 1999), Retrived from http://www.csc.calpoly.edu/~csturner/fulltechreport.pdf, October 12, 2007, page 5.

[88] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 4, น. 83.

4.2.3 วิเคราะห์การนำหลักกฎหมายว่าด้วยความประมาทเลินเล่อมาปรับใช้

ตามกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเอง ได้มีการนำหลักกฎหมายละเมิดเกี่ยวกับความรับผิดอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อมาบังคับใช้เพื่อเยียวยาความเสียหายแก่ผู้เสียหายอันเกิดจากความไม่ปลอดภัยของซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์เพื่อแก้ปัญหากรณีที่ผู้เสียหายไม่ใช่คู่สัญญา จึงไม่สามารถเรียกให้ผู้ซึ่งไม่ได้เป็นคู่สัญญากับตนต้องรับผิดตามสัญญาได้ โดยถือว่าบุคคลใดๆ มีหน้าที่จะต้องใช้ความระมัดระวัง (duty of care) มิให้บุคคลอื่นต้องได้รับความเสียหาย แม้บุคคลอื่นนั้นไม่ใช่คู่สัญญาของตนก็ตาม

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกานำหลักความรับผิดว่าด้วยความประมาทเลินเล่อมาใช้ ยังคงประสบปัญหาในทำนองเดียวกันกับการนำบทบัญญัติเรื่องละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ของไทยมาปรับใช้ กล่าวคือ ภาระการพิสูจน์ย่อมตกอยู่กับผู้เสียหาย ว่าผู้ผลิตหรือผู้จัดจำหน่ายมีความประมาทเลินเล่ออย่างไร และส่งให้ผู้เสียหายต้องได้รับความเสียหายอย่างไร เพียงไร ซึ่งทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและในประเทศอังกฤษได้มีการนำหลัก *res ipsa loquitur* มาปรับใช้เพื่อลดภาระพิสูจน์ของผู้เสียหายและเพื่อให้ความเป็นธรรม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าศาลไทยก็สามารถนำหลักดังกล่าวมาใช้ได้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คดี

คำพิพากษาฎีกาของไทยที่ 849/2490 อาจนำมาเทียบเคียงได้กับหลัก *res ipsa loquitur* ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า เกิดไฟไหม้บ้านเช่าแม้ผู้ให้เช่าจะไม่ได้นำสืบจนได้ความว่าไฟเกิดขึ้นด้วยเหตุใดหรือใครทำให้เกิดขึ้นก็ดี เมื่อได้ความว่าไฟเกิดขึ้นในบ้านเช่าไม่ใช่ลุกลามมาจากที่อื่นแล้ว ผู้เช่าก็มีหน้านำสืบแสดงข้อแก้ตัวเพื่อให้พ้นจากความรับผิด ถ้านำสืบไม่ได้ก็ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากไฟไหม้นั้น อย่างไรก็ตาม ศาลไม่ได้วางหลักไว้ชัดเจนว่าเป็นการนำหลัก *res ipsa loquitur* มาใช้ หรือจะนำหลักดังกล่าวมาใช้ในกรณีใดบ้าง นอกจากนี้ หลัก *res ipsa loquitur* ยังไม่ได้เป็นการยกเลิกหลักความรับผิดบนฐานของความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ผู้ถูกกล่าวหายังคงมีสิทธิที่จะนำสืบหักล้างได้ว่าตนไม่ได้มีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการการนำหลัก *res ipsa loquitur* มาใช้ก็ตาม หลักดังกล่าวก็เป็นเพียงเครื่องมือเพื่อช่วยลดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหาย หรือเป็นการโอนภาระการพิสูจน์ไปยังผู้ถูกกล่าวหาให้เป็นฝ่ายพิสูจน์เท่านั้น โดยความรับผิดยังคงตั้งอยู่บนฐานของความผิด (liability based on fault) คือ ต้องมีความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งผู้ถูกกล่าวหาสามารถนำสืบหักล้าง

ได้ว่าตนใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดแล้วในการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น และตนไม่ได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ หากพิสูจน์ได้ ตนก็ไม่ต้องรับผิด ซึ่งต่างกับหลักของความรับผิดตามเพื่อชำรุดบกพร่องตามสัญญาที่มุ่งพิจารณาจากความชำรุดบกพร่องหรือไม่ถูกต้องตรงตามคุณสมบัติของสินค้าที่พึงมีตามสัญญาหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของคู่สัญญา และต่างจากหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ที่โดยหลักการแล้ว เป็นเรื่องของความรับผิดอันเกิดจากความไม่ปลอดภัยของสินค้าโดยมิได้มุ่งคำนึงถึงเจตนาหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการ ดังจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

4.3 **หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด** (Strict Liability)

จากเดิมที่ระบบกฎหมายในประเทศต่างๆ ได้ให้การคุ้มครองผู้ที่ได้รับความเสียหายจากชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือทรัพย์สิน โดยอาศัยหลักในเรื่องสัญญาหรือละเมิด แล้วแต่กรณี ประกอบกับการอาศัยกฎหมายมหาชนเข้าแทรกแซงตลาดด้วยการตรากฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานความปลอดภัยของสินค้า เช่น กฎหมายยา กฎหมายอาหาร กฎมายเครื่องมือแพทย์ กฎหมายมาตรฐานสินค้าอุตสาหกรรม เพื่อเป็นมาตรการในการป้องกันมิให้มีการผลิตสินค้าที่ไม่ปลอดภัยออกมาจำหน่ายแก่ผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม จากการที่บรรดาองค์กรธุรกิจที่จำเป็นต้องแข่งขันในตลาดได้พยายามพัฒนาระบบการผลิตสินค้าจำนวนมากๆ (mass production) เพื่อให้สินค้ามีต้องทุนต่ำลงตามหลัก economy of scale ทำให้เกิดแนวโน้มที่จะทำให้สินค้าที่ผลิตมีความบกพร่องและผู้ผลิตสินค้าไม่สามารถที่จะตรวจสอบได้อย่างละเอียดทุกรายการ จึงทำให้สินค้าที่ผลิตออกมานั้นก่อให้เกิดอุบัติเหตุและเกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย และทรัพย์สินทั้งของผู้ซื้อสินค้าและผู้บริโภค นอกจากนี้ ระบบกระจายสินค้าสมัยใหม่ที่เอื้อต่อการนำสินค้าไปสู่การบริโภคของผู้บริโภคจำนวนมากนั้น ได้กระทำผ่านทางผู้จัดจำหน่ายและตัวแทนจำหน่ายหลายชั้นและสลับซับซ้อน ทำให้ผู้บริโภคที่ซื้อสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่สามารถหรือยากมากที่จะทราบได้ว่าสินค้านั้นปลอดภัยหรือไม่ และเกิดขึ้นจากความผิดของผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายรายใด และผลจากการใช้สินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้นอาจกระทบได้ต่อผู้เสียหายซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับสัญญาเลย (Bystanders) ซึ่งบุคคลเหล่านั้นไม่สามารถฟ้องร้องคดีเอากับผู้ขายสินค้าได้เนื่องจากไม่มีสัญญาซื้อขายระหว่างกัน (Privity of Contract) และแม้ว่าจะเป็นผู้ซื้อก็ตาม แต่การเยียวยาตามสัญญาซื้อขายก็อาจไม่เพียงพอและไม่เหมาะสมกับความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ และหากผู้เสียหายจะ

ฟ้องร้องตามกฎหมายละเมิด ผู้เสียหายก็มีภาระการพิสูจน์ที่สูงและยากมาก คือ ต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อได้ว่า ผู้ผลิตสินค้าประมาทเลินเล่อ (Negligent) ซึ่งหากไม่สามารถพิสูจน์ได้ ผู้เสียหายจำต้องรับเคราะห์กรรมไป โดยที่ระบบกฎหมายไม่สามารถเยียวยาให้ได้เลย

เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เสียหายและรองรับนโยบายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ประเทศต่างๆ จึงได้พัฒนากฎหมายขึ้นเป็นการเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นในรูปของคำพิพากษาของศาลอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือในรูปของการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น Section 402 A ของ The Restatement (Second) of Torts ของประเทศสหรัฐอเมริกา Consumer Protection Act 1987 ของประเทศอังกฤษ และในสหภาพยุโรปได้มีการออก EC Directive 85/374/EEC มาเพื่อให้ประเทศในยุโรปบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อรองรับหลักกฎหมายในเรื่อง Product Liability ซึ่งกฎหมายเฉพาะเหล่านี้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ โดยผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อหรือความผิด (fault) ของผู้ผลิตหรือผู้ขาย แต่ผู้เสียหายยังคงต้องพิสูจน์ว่าสินค้านั้นมีความชำรุดบกพร่อง และความเสียหายที่ตนได้รับนั้นเป็นผลมาจากความชำรุดบกพร่องดังกล่าว และแม้จะมีการบัญญัติ Product Liability Law ขึ้นมาเป็นกฎหมายเฉพาะก็ไม่ตัดสิทธิของผู้เสียหายที่จะเลือกฟ้องคดีความรับผิดตามสัญญา หรือความรับผิดฐานประมาทเลินเล่อ (negligence) ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดอาจถือได้ว่าเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายลักษณะละเมิด (tort law)[89] ความรับผิดโดยเคร่งครัดแตกต่างกับกรณีของความรับผิดฐานประมาทเลินเล่อ โดยที่ความรับผิดฐานประมาทเลินเล่อมุ่งเน้นพิจารณาที่การกระบวนการที่ใช้ในการผลิตสินค้า แต่หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนั้น มุ่งเน้นที่ตัวสินค้าหรือตัวผลิตภัณฑ์เองว่ามีความไม่ปลอดภัยโดยไม่มีเหตุอันสมควร (unreasonably dangerous) หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ประเด็นสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาก็คือ ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ควรจะถือเป็นสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่จะต้องรับผิดตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนี้หรือไม่ หากใช่ จะทำให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าเสียหาย

---

[89] Jody Armour and Watts S. Humphrey, “Software Product Liability”, Technical Report CMU/SEI-93-TR-13, Carnegie Mellon University (August 1993), Retrived from http://www.sei.cmu.edu/pub/documents/93.reports/pdf/ tr13.93.pdf, November 8, 2006, p. 7.

จากผู้ผลิตซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ได้ โดยไม่คำนึงว่าจะนิติสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกันหรือไม่ นอกจากนี้ ผู้เสียหายยังไม่ต้องมีภาระในการพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อ เพียงแต่พิสูจน์ว่าสินค้ามีความไม่ปลอดภัย และความไม่ปลอดภัยนั้นก่อให้ให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหายเท่านั้น ซึ่งปัจจุบันได้มีการถกเถียงกันในวงกว้างว่าซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ควรจะถือเป็นสินค้า (goods/products) หรือบริการ (services) และ ควรจะนำหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับกรณีของซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์หรือไม่ โดยผู้เขียนขออธิบายแนวคิดของระบบกฎหมายในต่างประเทศ เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องต่อไป

4.3.1 ประเทศอังกฤษ

ก่อนปี ค.ศ. 1987 ประเทศอังกฤษไม่ได้มีหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) ในคดีละเมิด โดยคดีละเมิดที่ใกล้เคียงกับ strict liability มากที่สุดคือหลักที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลในคดี ***Rylands v. Fletcher***[90] ซึ่งศาลได้วางหลักไว้ว่าการที่เจ้าของที่ดินได้นำทรัพย์อันตรายมาไว้ในที่ดินของตนนอกเหนือไปจากการใช้ที่ดินตามปกติ จะต้องรับผิดในความเสียหายจากการที่ทรัพย์นั้นไปทำความเสียหายแก่ผู้อื่น เช่น กรณีของการเก็บวัตถุไวไฟ หรือแก๊สอันตรายไว้ในที่ดิน เป็นต้น

ในปี ค.ศ. 1987 ประเทศอังกฤษได้ประกาศใช้ Consumer Protection Act 1987 โดยในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) นั้น ได้บัญญัติขึ้นเพื่อให้เป็นไปตาม EC Directive on Product Liability (85/374/EEC) ซึ่งตาม EC Directive และ Consumer Protection Act 1987 นั้น นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) มาใช้

Consumer Protection Act 1987 มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1988 สาระสำคัญ คือ ผู้ผลิต (producers) และ ผู้จำหน่าย (suppliers) สินค้า (products) ในทางธุรกิจ (course of business) ต้องรับผิดต่อบุคคลใดๆ ที่ได้รับความเสียหายต่อร่างกาย หรือทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากความชำรุดบกพร่อง (defect) ในสินค้านั้น โดยไม่คำนึงถึงว่าความเสียหายดังกล่าวจะเกิดขึ้นจากความผิด (fault) ของผู้ผลิตหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ผู้ผลิตมีสิทธิมีสิทธิอ้างได้ว่าขณะนั้นเทคโนโลยีและความรู้ที่มีอยู่ในวงการผลิตสินค้าในขณะนั้น ไม่อาจตรวจพบได้ว่าสินค้าที่ผลิตนั้น

---

[90] [1868] L.R. 3. H.L. 330.

ชำรุดบกพร่อง (state-of-the-art rule) หลักการสำคัญของ Consumer Protection Act 1987 มีดังต่อไปนี้

4.3.1.1 ความหมายของสินค้า (products) ที่อยู่ภายใต้ Consumer Protection Act 1987

ใน Section 2 (1) ของ Consumer Protection Act 1987 ระบุว่า “ภายใต้บทบัญญัติในกฎหมายนี้ เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากสินค้า ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน บุคคลทุกคนที่ระบุไว้อนุมาตรา (2) จะต้องรับผิดเพื่อความเสียหายดังกล่าว”[91] ซึ่งคำกัดความของคำว่า “สินค้า” (product) ถูกระบุไว้ใน Section 1 (2) ว่าหมายถึง “สินค้าหรือกระแสไฟฟ้า และภายใต้อนุมาตรา (iii) ให้รวมถึงสินค้าที่ถูกรวมเข้ากับอีกสินค้าหนึ่ง ไม่ว่าในรูปของชิ้นส่วนหรือวัตถุดิบหรือรวมเข้าโดยประการอื่นใด”[92] ซึ่งเมื่อพิจารณาจากความหมายของคำว่าสินค้าใน Section 45 ซึ่งกำหนดให้สินค้าหมายถึงวัตถุที่มีรูปร่าง (substances) ดังนั้น ซอฟท์แวร์ที่จะตกอยู่ภายใต้ Consumer Protection Act 1987 จะต้องจำหน่ายในรูปของสื่อที่เป็นวัตถุมีรูปร่าง (tangible medium) เท่านั้น[93] ส่งผลให้ซอฟท์แวร์ที่ติดตั้ง (install) โดยการคัดลอกลงในระบบของผู้ซื้อจากสื่อกลางซึ่งยังเป็นทรัพย์สินของผู้จำหน่าย ย่อมไม่ถือเป็นวัตถุมีรูปร่าง (tangibility) ที่จะตกอยู่ภายใต้คำจำกัดความดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่นำซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์มาใช้เป็นตัวควบคุมการทำงานของสินค้า เช่น รถยนต์ เครื่องบิน เครื่องซักผ้า เป็นต้น ประเด็นที่จะต้องพิจารณาในสาระสำคัญจะไม่ใช่ประเด็นที่ว่าซอฟท์แวร์ถือเป็นสินค้าภายใต้กฎหมายนี้หรือไม่ แต่จะต้องพิจารณาประเด็นเรื่องความบกพร่องหรือความไม่ปลอดภัยในการทำงานของสินค้าที่สั่งการโดยซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์

---

[91] “subject to the remaining provisions of the Act where any damage is caused wholly or partly by a defect in a product, every person to whom subsection (2) below applies shall be liable for the damage.”

[92] “any goods or electricity and subject to subsection (iii) below includes a product which is comprised in another product, whether by virtue of a component part or raw material or otherwise”

[93] Chris Reed and John Angel, *supra note* 7, p. 113.

4.3.1.2 **ความเสียหายที่เรียกให้รับผิดตามหลัก** Strict Liability **ได้**

ความรับผิดตาม Consumer Protection Act 1987 จำกัดอยู่เฉพาะกรณีอันตรายแก่ชีวิตและร่างกาย[94] และความเสียหายต่อทรัพย์สิน (ซึ่งรวมถึงที่ดิน) ที่มีเจตนาในการใช้เป็นการส่วนบุคคล (private use) หรือเพื่อการบริโภค (consumption) และผู้เสียหายจะต้องมีเจตนาที่จะใช้สินค้านั้น (was so intended to be used by the claimant)[95] โดยจะไม่รวมถึงความเสียหายต่อตัวสินค้าที่มีความชำรุดบกพร่องนั้นเอง[96] และความเสียหายนั้นต้องมีมูลค่าเกินกว่า 275 ปอนด์[97] ดังนั้น เมื่อมีการซื้อซอฟท์แวร์มาเพื่อใช้กับกิจการใดกิจการหนึ่ง บุคคลภายนอกที่จะฟ้องร้องผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายให้รับผิดเพื่อความเสียหายอันเกิดจากความชำรุดบกพร่องของซอฟท์แวร์ดังกล่าวได้จะต้องได้รับความเสียหายจากการดำเนินกิจการดังกล่าวเท่านั้น[98] สำหรับค่าเสียหายในเชิงลงโทษนั้น ปัจจุบันศาลอังกฤษยอมรับให้มีการจ่ายค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้ในบางกรณีตามที่ศาลได้วางหลักไว้ในคดี ***Rooes v. Barnard***[99] กล่าวคือ หากปรากฏว่าจำเลยมีเจตนาที่จะมุ่งแสวงหากำไรส่วนเกินจากจำนวนค่าเสียหายที่ต้องจ่ายให้แก่โจทก์ เช่น กรณีที่จำเลยจงใจส่งมอบสินค้าที่ชำรุดบกพร่อง หรือไม่ยอมเรียกเก็บสินค้าที่ชำรุดบกพร่องกลับคืนมาจากท้องตลาดเพื่อลดค่าใช้จ่ายของจำเลย หรือกรณีที่มีกฎหมายพิเศษบัญญัติให้มีการชดใช้ค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้ หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดจากการใช้ความรุนแรง หรือการกระทำตามอำเภอใจ ส่วนความเสียหายในทางจิตใจ (emotional distress) นั้น Consumer Protection Act 1987, section 6 (7) บัญญัติว่า ให้ถือว่าการฟ้องร้องคดี product liability ตามบทบัญญัติใน Part I นั้น เป็นการฟ้องร้องคดีละเมิด โดยหลักทั่วไปแล้วศาลอังกฤษจะไม่ให้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายในทางจิตใจ เช่น ความเศร้าโศก ความเสียใจ แต่ถ้าเป็นความเสียหายแก่จิตประสาท ศาลจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของความเสียหายทางร่างกาย[100]

---

[94] Consumer Protection Act 1987, section 5 (1)

[95] Consumer Protection Act 1987, section 5 (1) and (3)

[96] Consumer Protection Act 1987, section 5 (2)

[97] Consumer Protection Act 1987, section 5 (4)

[98] Chris Reed and John Angel, *supra note* 7, p. 114

[99] [1964] AC 1129.

[100] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 4, น. 156.

4.3.1.3 ความไม่ปลอดภัยหรือชำรุดบกพร่อง (defect)

Section 3 ของ Consumer Protection Act 1987 กำหนดความหมายของคำว่าชำรุดบกพร่องไว้ว่า สินค้ามีความชำรุดบกพร่องหากว่าสินค้านั้นไม่ความปลอดภัยอันพึงคาดหมายได้โดยบุคคลทั่วไป[101] ซึ่งรวมถึงความปลอดภัยของชิ้นส่วนที่ใช้ในการผลิตหรือประกอบเป็นผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย และความปลอดภัยในบริบทของความเสี่ยงในอันที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินอื่น ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าสินค้านั้นมีความปลอดภัยที่บุคคลทั่วไปพึงคาดหวังได้จากสินค้านั้นหรือไม่ จะต้องคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ ซึ่งรวมถึง[102]

(ก) ลักษณะและวัตถุประสงค์ของการนำสินค้านั้นออกสู่ตลาด เป็นต้นว่า การบรรจุภัณฑ์ การโฆษณา การให้รายละเอียดของข้อบ่งใช้และคำเตือนเกี่ยวกับสินค้านั้นๆ โดยพิจารณาว่าคนทั่วไปสามารถคาดหวังจะได้รายละเอียดอะไรบ้างเพื่อความปลอดภัยที่ตัวสินค้านั้นควรมี

(ข) มีการใช้สินค้าไปในทางที่ผิดหรือไม่ ซึ่งจะต้องดูข้อบ่งใช้และคำเตือนเกี่ยวกับสินค้าที่ผู้ผลิตให้ไว้ โดยพิจารณาว่าคนทั่วไปจะคาดหวังว่าควรมีรายละเอียดของข้อมูลเกี่ยวกับสินค้านั้นอย่างไรบ้าง

(ค) ความชำรุดบกพร่องมีอยู่ก่อนการส่งมอบหรือภายหลังการส่งมอบสินค้าของผู้ผลิต โดยผู้ผลิตจะต้องรับผิดชอบหากความชำรุดบกพร่องนั้นมีอยู่ก่อนการส่งมอบสินค้า

จากคำจำกัดความคำว่าชำรุดบกพร่องดังกล่าว มีข้อพึงระวังเพื่อป้องกันความสับสนไว้ว่า ความชำรุดบกพร่องตามหลัก product liability law นั้น แตกต่างจากความชำรุดบกพร่องตามสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472 กล่าวคือ ความชำรุดบกพร่องตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งเป็นความเสื่อมเสียหรือความเสียหายในเนื้อหาประการหนึ่ง และการที่ทรัพย์สินที่ซื้อขายนั้นขาดคุณสมบัติอันพึงมีตามสัญญาอีกประการหนึ่ง[103] อันเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์ โดยมิได้พิจารณาด้าน

---

[101] “The safety of the product is not such as persons generally are entitled to expect.”

[102] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 4, น. 129 – 130.

[103] ปัญญา ด่านพัฒนามงคล, “ความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขาย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น. 20-28, และดู กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องในสัญญาซื้อขาย (กรุงเทพมหานคร: ผลงานวิจัยเสริมหลักสูตร พ.ศ. 2532 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น. 16-17.

ความปลอดภัย แต่ความชำรุดบกพร่องตาม product liability law นั้นมุ่งเน้นเรื่องความปลอดภัย โดยพิจารณาว่าสินค้านั้นมีความปลอดภัยที่บุคคลทั่วไปพึงคาดหวังได้จากสินค้านั้นหรือไม่

นอกจากนี้ หากพิจารณาความชำรุดบกพร่องตาม Sale of Goods Act 1979 ในกรณีที่ผู้ขายขายสินค้าเพื่อประโยชน์ในทางธุรกิจแล้ว ความชำรุดบกพร่องตาม Sale of Goods Act 1979 น่าจะมีความหมายกว้างกว่า หรือเข้มงวดกับผู้ขายมากกว่ากรณีความชำรุดบกพร่องตาม product liability law ที่ระบุไว้ใน Consumer Protection Act 1987 ทั้งนี้ เนื่องจากความชำรุดบกพร่องตาม Sale of Goods Act 1979 ในกรณีดังกล่าว นอกจากจะพิจารณาเรื่องความปลอดภัย (Safety) แล้ว ยังพิจารณาถึงความเหมาะสมต่อวัตถุประสงค์ของในการใช้งานของสินค้าประเภทเดียวกันโดยทั่วไป สภาพภายนอก (appearance and finish) ปราศจากความชำรุดบกพร่องเล็กน้อย (freedom from minor defects) และ อายุการใช้งาน (durability) อีกด้วย

4.3.1.4 ผู้ที่ต้องรับผิด

Consumer Protection Act 1987 กำหนดให้ผู้ที่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากความชำรุดบกพร่องของสินค้า คือ

(ก) ผู้ผลิต[104] โดยผู้ถูกฟ้องอาจเป็นได้ทั้งผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย (finished product) หรือผู้ผลิตส่วนประกอบ (component) ของสินค้า

(ข) ผู้ที่แสดงชื่อของตนลงบนสินค้าหรือใช้เครื่องหมายการค้าหรือเครื่องหมายที่มีลักษณะเฉพาะอื่นใดเกี่ยวกับสินค้านั้น แสดงตนว่าเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น[105]

(ค) ผู้นำเข้าสินค้านั้นเข้ามาในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจากประเทศนอกสมาชิกสหภาพยุโรป เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าของตนในการที่จะจำหน่ายสินค้านั้นแก่บุคคลอื่น[106]

(ง) ผู้ขาย ในกรณีที่ผู้เสียหายร้องขอให้เปิดเผยถึงบุคคลในข้อ 1 ถึงข้อ 3 ข้างต้น โดยการร้องขอดังกล่าวได้กระทำภายในเวลาอันสมควรภายหลังจากที่ความเสียหายได้เกิดขึ้น และผู้ขายละเลยไม่ทำตามการร้องขอดังกล่าว หรือไม่บ่งชี้ให้ทราบถึงบุคคลตามข้อ 1 ถึงข้อ 3 ข้างต้นภายในเวลาอันสมควร หลังจากได้รับการร้องขอของผู้เสียหาย[107]

---

[104] Consumer Protection Act 1987, Section 1 (2)

[105] Consumer Protection Act 1987, Section 2 (2) (b)

[106] Consumer Protection Act 1987, Section 2 (2) (c)

[107] Consumer Protection Act 1987, Section 2 (3)

ในกรณีที่มีผู้ต้องรับผิดหลายราย บุคคลเหล่านั้นต้องรับผิดแบบร่วมกันและแทนกัน (jointly and severally liable)[108]

4.3.1.5 ข้อยกเว้นความรับผิด

ข้อยกเว้นความรับผิดตาม Section 4 ของ Consumer Protection Act 1987 มีดังนี้

(ก) ความชำรุดบกพร่องดังกล่าวเกิดขึ้นเพราะการปฏิบัติตามบทบังคับของกฎหมาย

(ข) จำเลยไม่ได้นำสินค้านั้นออกสู่ท้องตลาด หรือ

(ค) ความชำรุดบกพร่องนั้นไม่ได้มีอยู่ในขณะที่มีการขายหรือส่งมอบสินค้า ซึ่งกรณีนี้จะต้องรวมถึงความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้นจากการเสื่อมสภาพตามปกติ (normal wear and tear) และการติดตั้งที่ไม่ถูกต้องด้วย

(ง) ระดับความเจริญทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในขณะนั้นยังไม่อยู่ในระดับที่จะทำให้สามารถคาดหมายได้ว่าผู้ผลิตสินค้าชนิดเดียวกันนั้นจะตรวจพบความชำรุดบกพร่องดังกล่าว (A reasonable producer would not, in the current state of the art in that industry, have discovered the defect.) หากว่าความชำรุดบกพร่องนั้นมีอยู่ในขณะที่สินค้านั้นอยู่ในความควบคุมของตน

(จ) กรณีที่ชิ้นส่วนของสินค้าใดชำรุดบกพร่องและเป็นเหตุให้สินค้าขั้นสุดท้ายชำรุดบกพร่อง ผู้ผลิตชิ้นส่วนดังกล่าวไม่ต้องรับผิดถ้าพิสูจน์ได้ว่าความชำรุดบกพร่องนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการออกแบบของผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้ายหรือเป็นเพราะคำสั่งของผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย

(ฉ) ข้อยกเว้นในเรื่อง state-of-the-art rule นั้น เป็นประโยชน์ต่อผู้ผลิตซอฟท์แวร์อย่างยิ่ง เนื่องจากทางปฏิบัติในอุตสาหกรรมซอฟท์แวร์โดยทั่วไปแล้ว เป็นไปไม่ได้ที่จะผลิตซอฟท์แวร์โดยปราศจากข้อผิดพลาด (entirely “bug-free”)

อนึ่ง หากพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องความรับผิดโดยเคร่งครัดในประเทศอังกฤษแล้ว ยังไม่มีบทบัญญัติที่มุ่งหมายจะนำมาใช้กับกรณีของซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์โดยตรง[109] และเมื่อพิจารณาถึงขอบเขตการนำไปใช้ของ Consumer Protection Act 1987 แล้ว ค่อนข้างจะจำกัดในกรณีนำไปใช้กับซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ การฟ้องร้องคดีความรับผิดเพื่อความเสียหายอัน

---

[108] Consumer Protection Act 1987, Section 2 (5)

[109] Ian J. Lloyd, Information Technology Law, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 634.

เกิดจากความชำรุดบกพร่องของซอฟท์แวร์ในประเทศอังกฤษจึงยังคงต้องใช้หลักกฎหมายคอมมอนลอว์ในเรื่องความประมาทเลินเล่อ (negligence) อยู่มาก[110]

4.3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในช่วงปี ค.ศ. 1930 ถึง 1960 นักวิชาการและศาลในสหรัฐอเมริกาได้ถกเถียงกันและเสนอที่จะสร้างหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) ขึ้นมาใช้ในคดีละเมิดที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดจากสินค้าชำรุดบกพร่อง[111] โดยความเห็นที่มีอิทธิพลอย่างมากคือความเห็นของผู้พิพากษา Roger Traynor ของ California Supreme Court ใน concurring opinion ในคดี *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*[112] ซึ่งมีข้อเท็จจริง คือ โจทก์เป็นพักงานบริการของภัตตารแห่งหนึ่ง นอกจากทำงานบริการอาหารและเครื่องดื่มแก่ลูกค้าแล้ว โจทก์ต้องนำเครื่องดื่มไปแช่ในตู้เย็นด้วย วันที่เกิดเหตุ โจทก์กำลังหยิบขวดน้ำอัดลมยี่ห้อโคคาโคล่าใส่เข้าไปในตู้เย็น ขวดน้ำอัดลมที่ถืออยู่ในมือเกิดระเบิดใส่มือทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ ต่อมาโจทก์ได้สูญเสียความสามารถในการใช้มือข้างนั้น โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องโดยอ้างว่า จำเลยประมาทเลินเล่อในการขายเครื่องดื่มบรรจุขวดซึ่งมีการบรรจุก๊าซมากเกิดไป หรือโดยเหตุผลที่ว่ามีความชำรุดบกพร่องและอาจระเบิดได้ คณะลูกขุนได้ตัดสินในประเด็นข้อเท็จจริงว่า จำเลยประมาทเลินเล่อจริง ผู้พิพากษา Gibson ได้เขียนคำพิพากษาโดยสาระสำคัญของคำพิพากษามีว่า ขวดน้ำอัดลมดังกล่าวถูกอัดก๊าซเข้าไปภายใต้แรงดันและการอัดก๊าซดังกล่าวอยู่ในการควบคุมของจำเลยแต่เพียงผู้เดียว และโดยสามัญสำนึกของคนทั่วไป การอัดก๊าซมากเกินไปเกิดจากการประมาทเลินเล่อ ดังนั้น ภายใต้หลัก *res ipsa loquitur* (Thing speaks for itself) ทำให้นำไปสู่ข้อสรุปได้ว่า จำเลยได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ และผู้พิพากษา Traynor ได้เขียนความเห็นพ้อง (Concurring opinion) อธิบายว่า การพิสูจน์ว่าผู้ผลิตประมาทเลินเล่อนั้นทำได้ยากมากและเป็นภาระอย่างยิ่งต่อผู้เสียหาย ความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) จะทำให้เกิดแรงจูงใจให้มีการผลิตสินค้าที่ปลอดภัยสู่ท้องตลาด ผู้ผลิตเป็นผู้ที่เหมาะสมที่สุดที่จะป้องกันความเสียหาย หรือที่จะทำประกันภัย หรือกระจายภาระต้นทุนของความเสี่ยงโดยการกำหนดราคาสินค้า และผู้ผลิตคือคนที่

---

[110] Chris Reed and John Angel, *supra note* 7, p. 115.

[111] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, หน้า 23.

[112] Cal. 2d 453, 150 P. 2d 436 (1944).

ชักจูงให้ผู้บริโภคไว้วางใจและคาดหวังว่าสินค้าที่ผลิตขึ้นนั้นมีความปลอดภัย ดังนั้น ภาระจึงควรตกอยู่กับผู้ผลิต เหตุผลหลัก 5 ประการที่นำไปสูนโยบายสาธารณะซึ่งเป็นแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดโดยเคร่งครัดที่ผู้พิพากษา Traynor ยกขึ้นมามีดังนี้

(ก) การลดความสูญเสียให้เหลือน้อยที่สุด (Loss Minimization) หมายถึง การที่ผู้ผลิตสินค้าสามารถคาดเห็นอันตรายบางอย่างที่อาจจะเกิดขึ้นและป้องกันได้ โดยใช้ต้นทุนในการป้องกันต่ำที่สุด แต่ผู้บริโภคโดยทั่วไปไม่สามารถคาดเห็นและป้องกันได้ และไม่ได้มีการเตรียมตัวเตรียมใจไว้รับผลร้ายจากอุบัติเหตุดังกล่าวเลย ดังนั้น ผู้ผลิตสินค้าควรเป้นผู้แบกรับภาระในการป้องกันอุบัติเหตุ ไม่ใช่ผู้บริโภค

(ข) การกระจายความสูญเสีย (Loss Spreading) เมื่อเกิดอุบัติเหตุขึ้น ความเสียหายจากการสูญเสียเวลาและอันตรายที่เกิดขึ้นแก่สุขภาพ เป็นความโชคร้ายอย่างมากที่ตกอยู่กับผู้เสียหาย ซึ่งความเสี่ยงของการเกิดอุบัติเหตุดังกล่าวสามารถถูกนำไปประกันภัยโดยผู้ผลิตสินค้าได้ ดังนั้น ความสูญเสียจึงถูกกระจายไปยังผู้บริโภคสินค้านั้นได้ ค่าเบี้ยประกันภัยดังกล่าวย่อมเป็นเพียงต้นทุนประการหนึ่งของการประกอบธุรกิจ ดังนั้น จึงเป็นประโยชน์สาธารณะที่จะไม่ให้มีการวางสินค้าที่ไม่ปลอดภัยจำหน่ายในตลาดเนื่องจากย่อมเป็นการก่อกวนสาธารณะ แต่ถ้าหากปรากฏว่าสินค้าที่ไม่ปลอดภัยเกิดหลุดเข้าไปวางจำหน่ายในตลาดและก่อให้เกิดอุบัติเหตุที่ผู้ผลิตสินค้านั้นต้องรับผิด เนื่องจากปล่อยให้สินค้าหลุดไปวางจำหน่ายอยู่ในตลาดได้ แม้ว่าจะไม่ประมาทเลินเล่อในกระบวนการผลิตสินค้าก็ตาม ความเสี่ยงเป็นเรื่องที่มีอยู่ตลอดเวลา และการป้องกันก็ต้องมีอยู่ตลอดเวลาเช่นกัน ประการสำคัญ คือ ผู้ผลิตสินค้าจะอยู่ในฐานะที่สามารถกระจายความเสี่ยงนั้นไปยังผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด

(ค) การลดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหาย (Elimination of Proof Complications) ทั้งนี้ โดยทั่วไปแล้ว ผู้เสียหายไม่สามารถที่จะหาพยานหลักฐานหรือระบุได้ว่าอะไรคือสาเหตุของความชำรุดบกพร่องไม่ปลอดภัยของสินค้านั้น เพราะไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับกระบวนการ ขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับการผลิตสินค้านั้นเหมือนดังที่ผู้ผลิตสินค้ามี

(ง) การปรับใช้กฎหมายอาหารในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียง (The Foodstuffs Analogy) โดยการเทียบเคียงว่า กฎหมายอาหารมีบทบัญญัติลงโทษการขายอาหารที่มีการปลอมปน (Adulterated Foodstuffs) โดยถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญา กับการขายสินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยการมีนโยบายสาธารณะให้ผู้ขายสินค้าที่ไม่ปลอดภัยอย่างน้อยต้องมี

ความรับผิดทางแพ่ง ทั้งนี้ ตามแนวคำพิพากษาในคดี ***MacPherson v. Buick Motor Co.***[113] นั้น ศาลได้มีการแยกระหว่างสินค้าอาหารที่มีการปิดหุ้มและสินค้าอาหารที่ไม่ได้มีการปิดหุ้ม ในกรณีที่เป็นการขายอาหารที่มีการบรรจุและปิดหุ้มในภาชนะ หลักกฎหมายทั่วไป คือ ผู้ขายปลีกไม่ต้องรับผิดและผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องผู้ผลิตสินค้าอาหารนั้นได้โดยตรง แม้ว่าจะเป็นการฟ้องฟร้องโดยอาศัยมูลละเมิดว่าผู้ผลิตอาหารนั้นประมาทเลินเล่อ โดยในคำพิพากษาคดี ***Richenbacher v. California Packing Corp.***[114] ซึ่งศาลนำหลัก *res ipsa loquitur* (Thing speaks for itself) มาใช้ เมื่อโจทก์ซึ่งรับประทานผักโขมกระป๋องแล้วได้รับบาดเจ็บ เนื่องจากกัดเศษแก้วที่อยู่ในผัก ส่วนในกรณีอาหารที่ไม่ได้บรรจุในภาชนะปิดหุ้ม หลักกฎหมาย คือ ผู้ขายปลีกต้องรับผิดหากประมาทเลินเล่อ แต่ผู้เสียหายจะฟ้องผู้ผลิตไม่ได้

(จ) หลักความยุติธรรมเพื่อการเยียวยา (Corrective Justice) คือ การที่ศาลพิจารณาว่า สินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์หรือไม่ (ในกรณีนี้ ขวดน้ำอัดลมที่มีก๊าซมากเกินไปเป็นเหตุทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บจริงหรือไม่) หากคำตอบคือ ใช่ คำถามต่อไป คือ ความสูญเสียควรตกอยู่กับบุคคลที่ทำให้เกิดอุบัติเหตุหรือบุคคลผู้ซึ่งได้รับความเสียหาย และผู้พิพากษา Traynor ได้ให้เหตุผลต่อไปว่า ผู้บริโภคในยุคปัจจุบันซื้อสินค้าโดยความเชื่อถือเนื่องจากการโฆษณาและการตลาดของผู้ผลิต (รวมถึงเครื่องหมายการค้า) การเปลี่ยนสินค้าใหม่ให้และการคืนเงินให้ ดังนั้น จึงควรที่จะให้ผู้ผลิตต้องมีความรับผิดในสินค้าที่ตนผลิตหากผู้บริโภคใช้สินค้านั้นตามปกติ

ในที่สุดศาลของสหรัฐอเมริกาก็ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) มาใช้ในปี ค.ศ. 1963 ในคดี ***Greenman v. Yuba Power Products, inc.***[115] โดย Supreme Court of California ได้ยกเลิกวิธีการเยียวยาความเสียหายจากสินค้าที่ชำรุดบกพร่องด้วยหลักกฎหมายสัญญา (Contract Approach) โดยกล่าวว่าความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) นั้น เป็นความรับผิดโดยผลของกฎหมาย ไม่ใช่โดยผลของสัญญา ซึ่งตั้งแต่ช่วงทศวรรษที่ 1960 เป็นต้นมา ศาลของรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาก็ได้นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) มาใช้แทนหลัก negligence

---

[113] 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916).

[114] 145 N.E. 281 (Mass. 1924).

[115] 59 Cal. 2d 57 377 P. 2d 897 (1963).

ในปี ค.ศ. 1965 American Law Institute ได้ประกาศใช้ Section 402A of Restatement (Second) of Torts[116] ซึ่งศาลในรัฐต่างๆ ได้นำไปใช้ในการตัดสินคดีความผิดอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกฎหมายลักษณะละเมิดนั้นเป็นกฎหมายระดับรัฐ การนำ Restatement ไปปรับใช้จึงมีความแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ดังนั้นเพื่อให้กฎหมายของแต่ละรัฐมีความใกล้เคียงกัน กระทรวงพาณิชย์ของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินใจจัดทำ Model Uniform Product Liability Act 1979 ขึ้น โดยมีความมุ่งหมายที่จะเป็นการถ่วงดุล (balance) ระหว่างผลประโยชน์ของผู้ผลิตและผู้ขายสินค้ากับผลประโยชน์ของผู้บริโภค และเพื่อลดความแตกต่างของกฎหมายของรัฐต่างๆ แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ[117] ในขณะเดียวกันการที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้นำแนวความคิดเรื่องค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) มาใช้ในคดีความรับผิดอันเกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) ในบางกรณี เช่น กรณีที่ผู้ผลิตรู้หรือควรจะรู้ได้ว่าสินค้าที่ผลิตนั้นมีความชำรุดบกพร่องและอาจก่อความเสียหายแก่ผู้บริโภคได้ แต่ก็ยังปล่อยสินค้านั้นออกสู่ท้องตลาด ศาลในหลายๆ รัฐยังได้นำหลักการรับผิดร่วมกันและแทนกัน (jointly and severally liable) มาใช้ในคดีที่มีจำเลยหลายรายถูกฟ้องในคดีเดียวกัน ซึ่งทำให้

---

[116] Section 402A of Restatement of Torts Second ระบุไว้ดังนี้

"Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer

(1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if

(a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and

(b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.

(2) The rule stated in Subsection (1) applies although

(a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and

(b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller."

[117] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 4, น. 24.

บริษัทใหญ่ที่มีฐานะทางการเงินดีกว่าอาจต้องแบกรับภาระไว้ทั้งหมด เพราะบริษัทเล็กอาจล้มละลายไปแล้ว นอกจากนี้ศาลหลายๆ รัฐก็นำหลัก market – share liability มาใช้ เช่น ในกรณีที่สินค้าชนิดหนึ่งผลิตโดยหลายบริษัทและผู้เสียหายแต่ละรายไม่สามารถบ่งบอกได้ว่าส่วนที่เสียหายนั้นผลิตโดยบริษัทใด ศาลก็จะเอาส่วนแบ่งตลาดของผู้ผลิตแต่ละรายมาใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน โดยให้ผู้ผลิตแต่ละรายร่วมกันรับผิดตามส่วนแบ่งตลาดของตน (ดูเพิ่มเติมใน ***Sindell v. Abbott Laboratories***[118]) นโยบายของกฎหมายสหรัฐอเมริกาในเรื่องความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability) จึงมีลักษณะที่ให้ประโยชน์แก่ผู้เสียหายอย่างมาก เป็นเหตุให้ผู้ประกอบการต่างๆ ออกมาเรียกร้องให้สภา Congress ออกกฎหมายเพื่อการปฏิรูป Product Liability Law โดยอ้างว่ากฎหมายที่เป็นอยู่นั้นก่อให้เกิดผลเสียต่อการพัฒนาอุตสาหรรมของสหรัฐอเมริกา และทำให้บริษัทในสหรัฐอเมริกาเสียเปรียบในการแข่งขันในตลาดโลก ทั้งนี้ เหตุผลสำคัญๆ ในการขอให้มีการปฏิรูปกฎหมายในเรื่องนี้ คือ[119]

(ก) ระบบ punitive damages นั้นเป็นภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจอย่างยิ่ง ในบางครั้งอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจบางรายต้องล้มละลาย หรือเลิกกิจการไป ในขณะเดียวกันก็เป็นสิ่งจูงใจให้มีการฟ้องคดี เพราะผู้เสียหายมุ่งหรือหวังที่จะได้รับ punitive damages ที่ศาลกำหนดให้ ส่งผลให้มีการใช้สิทธิทางศาลโดยมิชอบ ประกอบกับการให้ค่าทนายความแบบ contingency fee ทำให้มีทนายความจำนวนหนึ่งหวังผลประโยชน์ที่จะได้รับจากการว่าความให้แก่ผู้เสียหาย จึงเป็นเหตุให้มีคดีเกี่ยวกับความรับผิดอันเกิดจากสินค้า (product liability) ขึ้นสู่ศาลจำนวนมากเกินไป

(ข) การที่ศาลนำแนวความคิดเรื่อง jointly and severally liable หรือ market – share liability มาใช้ ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในระบบธุรกิจขึ้น กล่าวคือ สินค้าชนิดใดที่มีผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายหลายราย เพียงสินค้าที่ผลิตหรือจำหน่ายโดยผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายรายใดรายหนึ่งชำรุดบกพร่องแล้วไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายรายอื่นๆ ก็อาจต้องร่วมรับผิดไปด้วย

(ค) แม้ว่ากฎหมายจะยอมให้ผู้ผลิตต่อสู้ได้ว่าเทคโนโลยี และความรู้ที่มีอยู่ในวงการผลิตสินค้าในขณะนั้น ไม่อาจตรวจพบได้ว่าสินค้าที่ผลิตนั้นชำรุดบกพร่อง หรือที่เรียกว่า state – of

---

[118] 607 P. 2d 924 (Cal. 1980).

[119] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 26.

– the – art rule แต่กฎหมายของรัฐต่างๆ ส่วนใหญ่ก็นำหลักดังกล่าวไปใช้พิจารณาในขณะที่ความเสียหายเกิดขึ้น ไม่ได้นำไปใช้พิจารณาว่าในขณะที่ผลิตสินค้านั้น เทคโนโลยีหรือความรู้ในการผลิตสินค้าในขณะนั้นสามารถตรวจสอบเพื่อล่วงรู้ได้ถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้าได้หรือไม่ การปรับใช้ state – of – the – art rule ของศาลจึงไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง

โดยภาพรวมแล้ว ภาคธุรกิจของสหรัฐอเมริกาเห็นว่า product liability law ของสหรัฐอเมริกานั้นส่งเสริมให้เกิดการค้าความและขัดขวางต่อการพัฒนาทางธุรกิจและอุตสาหกรรมของสหรัฐอเมริกา และไม่เป็นธรรมแก่ภาคธุรกิจ โดยมุ่งแต่เพียงให้ประโยชน์แก่ผู้บริโภคจนเกินไป ทำให้เกิดกระแสผู้บริโภคนิยม หรือ “disease of consumeritis” เหตุผลที่ขอให้มีการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวได้รับความสนใจทั้งจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก และได้มีการเสนอร่างกฎหมายหลายฉบับเพื่อปฏิรูปกฎหมายความรับผิดอันเกิดจากสินค้า (product liability law) โดยมีร่างกฎหมายฉบับหนึ่งที่ได้รับความสนใจอย่างมากที่เสนอเข้าสู่สภา Congress ในสมัยประชุมที่ 104 คือ H.R. 956 ซึ่งมีทั้งหมด 8 version[120] เพื่อยกเลิกหลัก jointly and severally liable และเพื่อกำหนดเพดาน (ceiling) ของ punitive damages แนวคิดดังกล่าวในการปฏิรูปได้ถูกกลุ่มผู้บริโภคจำนวนมากออกมาเคลื่อนไหวคัดค้าน รวมทั้ง American Bar Association (ABA) ก็ได้ออกมาคัดค้านด้วย และในที่สุดประธานาธิบดี Bill Clinton ก็ได้ใช้สิทธิ veto โดยให้เหตุผลว่าร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นการแทรกแซงอำนาจของรัฐต่างๆ เพื่อ

---

[120] ได้แก่

1. Common Sense Legal Standards Reform Act 1995 (H.R. 956. RH)
2. Common Sense Legal Standards Reform Act of 1995 (H.R. 956. CDH)
3. Common Sense Product Liability and Legal Reform Act of 1995 (H.R. 956. EH)
4. Common Sense Legal Standards Reform Act of 1995 (H.R. 956. IH)
5. Common Sense Product Liability and Legal Reform Act of 1995 (H.R. 956. PCS)
6. Common Sense Product Liability Legal Reform Act 1996 (H.R. 956. ENR)
7. Product Liability Fairness Act of 1995 (H.R. 956. EAS)
8. Product Liability Fairness Act of 1995 (H.R. 956. PPP)

ผลประโยชน์ของผู้ประกอบการเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ต่อมาในสมัยประชุมที่ 105 ของสภา Congress ทางทำเนียบขาวก็ได้ร่วมกับวุฒิสมาชิก John Rockefeller และ Slade Gorton จัดทำร่างกฎหมายที่มีลักษณะค่อนข้างประนีประนอมกันระหว่างฝ่ายบริหารกับวุฒิสภา โดยมีเนื้อหาสาระที่ใกล้เคียงกับ H.R. 956 และวุฒิสภาได้บรรจุเข้าวาระการพิจารณาเป็นร่างกฎหมาย S. 2236 เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 1998 อย่างไรก็ตาม วุฒิสภาไม่สามารถหาเสียงสนับสนุนได้เพียงพอที่จะจัดการอภิปรายและให้ลงคะแนนเพื่อรับร่างกฎหมาย S. 2236 ดังกล่าวจึงตกไป ต่อมาได้มีการเสนอร่างกฎหมาย S. 1185 (Small Business Liability Reform Act 1999) เข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสภาเมื่อวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 1999 และสภาผู้แทนของสหรัฐอเมริกาได้เสนอร่างกฎหมาย H.R. 2366 (Small Business Liability Reform Act of 2000) เข้าสู่วุฒิสภาเมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2000 ซึ่งในวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 2000 วุฒิสภาได้บรรจุร่างดังกล่าวเข้าสู่วาระของวุฒิสภา อย่างไรก็ตาม ABA ได้คัดค้านร่าง H.R. 2366 และ S. 1185 ในส่วนที่เกี่ยวกับแนวคิดในการกำหนดเพดานสูงสุดของ punitive damages และการจำกัดว่าจะไม่นำหลักเรื่อง jointly and severally liable มาใช้กับธุรกิจขนาดเล็กที่มีลูกจ้างน้อยกว่า 25 คน ร่างกฎหมาย H.R. 2366 และ S. 1185 ได้ตกไปเมื่อสิ้นสุดการประชุมสภา Congress สมัยที่ 106 แต่ก็ได้มีการเสนอร่างกฎหมาย H.R. 2366 เข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรใหม่อีก เป็นร่าง H.R. 1805 โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร Asa Hotchinson (R – AR) ส่วนร่าง S. 1185 ก็ได้ถูกเสนอกลับเข้าสู่วุฒิสภาใหม่อีกเช่นเดียวกัน เป็นร่าง S. 856 โดยวุฒิสมาชิก Mitch McConnell (R – KY) ซึ่ง ABA ก็ได้ออกมาประกาศนโยบายว่าไม่เห็นด้วยที่รัฐบาลกลางจะออกกฎหมาย product liability law ที่กว้างมาก และใช้แทนกฎหมายระดับรัฐ และให้ความเห็นว่าความพยายามในการปฏิรูปกฎหมายในเรื่องนี้ที่ผ่านๆ มานั้น ไม่ได้ทำให้เกิดความมั่นใจว่าสินค้าที่ผู้ผลิตนำออกจำหน่ายในท้องตลาดนั้นจะปลอดภัยต่อผู้บริโภค ABA พร้อมที่จะสนับสนุนร่างกฎหมายของรัฐบาลกลางที่เน้นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดและค่าเสียหายในคดีที่เกี่ยวกับการเจ็บป่วยเพราะการประกอบอาชีพบางอย่าง และสนับสนุนการแก้ไขกฎหมายที่จะกระทำในระดับของรัฐ จะเห็นได้ว่าความพยายามที่จะปฏิรูปกฎหมายในเรื่องนี้ก็ยังคงมีอยู่และเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันในสหรัฐอเมริกาอย่างมากในปัจจุบัน

ควบคู่ไปกับความพยายามในการเสนอร่างกฎหมายเพื่อการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (product liability law) ในปี ค.ศ. 1992 American Law Institute ก็ได้เริ่มโครงการปรับปรุง Restatement of Torts โดยมี Professor

James A. Henderson Jr. จาก Cornell University และ Professor Aaron D. Twerski จาก Brooklyn Law School เป็น co-reporters ใช้เวลาในการดำเนินการประมาณห้าปี ผลลัพธ์ที่ได้คือ Restatement (Third) of Torts: Product Liability (Restatement Third) ซึ่งได้รวบรวมและสังเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลต่างๆ เกี่ยวกับ product liability ให้มีความชัดเจนขึ้น และวางแนวทางใหม่ๆ สำหรับอนาคตเพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่สหรัฐอเมริกากำลังประสบอยู่[121]

หลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) ของสหรัฐอเมริกาไม่ได้พิจารณาว่าผู้ที่ต้องรับผิดนั้นได้กระทำละเมิดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ แต่มุ่งเน้นที่ความชำรุดบกพร่องของสินค้าและความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากความชำรุดบกพร่องของสินค้า ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญของหลักกฎหมายดังกล่าวได้ดังนี้

4.3.2.1 สินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่อยู่ภายใต้บังคับของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability)

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น กำหนดว่าหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) ไม่นำมาใช้กับสินค้าที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงความไม่ปลอดภัยได้ (unavoidably unsafe) เช่น มีดทำครัว หรือวัคซีนป้องกันพิษสุนัขบ้า ซึ่งวัคซีนดังกล่าวเมื่อฉีดเข้าไปในผู้ป่วยแล้วโดยปกติอาจมีผลข้างเคียงร้ายแรงตามมาแก่ผู้ป่วย แต่เนื่องจากวัคซีนดังกล่าวมีประโยชน์อย่างมาก ดังนั้น ถ้ามีการผลิตขึ้นมาตามกระบวนการที่เหมาะสม และมีข้อบ่งใช้และคำเตือนที่เหมาะสมกำกับมากับสินค้า ก็ถือว่าสินค้านั้นไม่ชำรุดบกพร่อง หรือเป็นอันตรายโดยไม่สมควร (unreasonably dangerous) นอกจากนี้ ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกายังได้ยกเว้นว่าหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) นั้น ไม่นำมาใช้กับสินค้ายาที่จะต้องมีใบสั่งแพทย์กำกับ[122] สำหรับกรณีของซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์นั้น นักวิชาการวิชาการเห็นว่าซอฟท์แวร์ที่ถูกบรรจุไว้ในระบบฮาร์ดแวร์หรือสื่อที่มีรูปร่างและมีการผลิตเป็นจำนวนมากเพื่อจำหน่ายให้กับผู้บริโภค (mass produced for the consumer market) ย่อมถือเป็นสินค้า (products) ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ได้[123] อย่างไรก็ตาม ในประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มีคำพิพากษาของศาลที่ชัดเจนว่าถือเป็นสินค้าตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) หรือไม่ อย่างไรก็ตาม มีคดีที่อาจเทียบเคียงได้ดังต่อไปนี้

---

[121] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 4, น. 30.

[122] *เพิ่งอ้าง*, น. 120.

[123] Clark Savage Turner, *supra note 87*, p. 15

คดี ***Saloomey v Jeppesen & Co.***[124] ปรากฏข้อเท็จจริงว่าข้อมูลจากแผนที่นั้นไม่ถูกต้องส่งผลให้เครื่องบินได้รับความเสียหายอย่างหนัก ศาลวินิจฉัยว่าแผนที่สำหรับนำเส้นทางการบินถือเป็นสินค้า ไม่ใช่การบริการ และเป็นสินค้าที่ผลิตเป็นจำนวนมาก (mass-produced) โดยผู้ซื้อเชื่อถือข้อมูลดังกล่าว ผู้เผยแพร่ (publisher) จึงมีหน้าที่รับประกัน (insure) ว่าผู้บริโภคจะต้องไม่ได้รับความเสียหายจากการใช้แผนที่ดังกล่าว

ในทำนองเดียวกัน คดี ***Brocklesby v United States***[125] ศาลวินิจฉัยว่าผู้เผยแพร่ (publisher) เอกสารเกี่ยวกับวิธีการใช้อุปกรณ์ในเครื่องบิน จะต้องรับผิดโดยเคร่งครัด (strictly liable) ต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากข้อมูลที่ผิดพลาดซึ่งระบุอยู่ในเอกสารดังกล่าว เนื่องจากถือว่าสินค้านั้นมีชำรุดบกพร่อง (the product was defective) แม้ว่าข้อมูลดังกล่าวนั้นผู้เผยแพร่จะได้มาจากหน่วยงานราชการก็ไม่เป็นเหตุให้พ้นความรับผิด

อย่างไรก็ตาม ในบางคดีศาลไม่นำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) มาใช้กับข้อมูลที่อยู่ในหนังสือ (information contained in books) ตัวอย่างเช่น คดี ***Cardozo v True***[126] ผู้เสียหายได้รับพิษจากสารอาหารซึ่งเป็นส่วนผสมที่ปรุงตามหนังสือวิธีการประกอบอาหาร (cookbook) ศาลวินิจฉัยว่าข้อมูลในหนังสือไม่ถือเป็นสินค้าที่จะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) มาใช้ ผู้จำหน่ายหนังสือดังกล่าวจึงไม่ควรต้องรับผิดตามทฤษฎีนี้จากการที่ตนไม่ระบุคำเตือนเกี่ยวกับสภาพของสารอาหารไว้ในวิธีการประกอบอาหารด้วย

ซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์นั้นเกี่ยวข้องกับข้อมูล (information) อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยเป็นทั้งตัวข้อมูลเอง และมีส่วนช่วยในการคำนวณวิเคราะห์ข้อมูลต่างๆ การที่ยังไม่มีความชัดเจนทางกฎหมายว่าจะนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้หรือไม่ ส่งผลให้เกิดความเสี่ยงและความไม่แน่นอนต่อทั้งผู้ผลิต ผู้จำหน่าย รวมทั้งผู้บริโภคเป็นอย่างยิ่ง

4.3.2.2 **ความเสียหายที่เรียกให้รับผิดได้**

ตาม Section 1 ของ Restatement of Torts (Third) ของสหรัฐอเมริกา กำหนดความรับผิดไว้ว่า “บุคคลที่ประกอบธุรกิจในการขยายหรือจำหน่ายสินค้าและได้ขายหรือจำหน่ายสินค้าที่ชำรุดบกพร่องจะต้องรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลหรือทรัพย์สินจากความชำรุด

---

[124] 707 F.2d 671 (2d Cir. 1983) (applying Colorado law).

[125] 767 F.2d 1288 (9th Cir. 1985).

[126] 342 So. 2d 1053 (Fla. Dist. Ct. App. 1977).

บกพร่องนั้น"[127] ดังนั้น ความเสียหายจึงหมายถึงความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินที่เกิดขึ้นเนื่องจากความชำรุดบกพร่องของสินค้านั้น

ในกรณีที่มีความเสียหายแก่ชีวิตและร่างกายนั้น กฎหมายยอมให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและที่ไม่เป็นตัวเงินที่เกิดขึ้นและและจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนในอนาคต ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เช่น ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดรายได้ ส่วนความเสียหมายที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น ความเจ็บปวดและการทนทุกข์ทรมาน นอกจากนี้ ในกรณีที่มีความเสียหายแก่ชีวิตและร่างกายเกิดขึ้น คู่สมรสและบุคคลในครอบครัวยังอาจเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับ "loss of consortium" ได้ด้วย เช่น ค่าขาดผู้ดูแล ค่าขาดแรงงานในครัวเรือน และในกรณีที่ผู้ผลิตรู้อยู่ว่าสินค้าที่ผลิตนั้นชำรุดบกพร่องและอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้บริโภคได้ คณะลูกขุนอาจกำหนดให้ผู้ผลิตที่ถูกฟ้องเป็นจำเลยนั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในเชิงลงโทษได้[128]

สำหรับความเสียหายในทางจิตใจซึ่งได้แก่ ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน การตกใจ การหมดสติ ความอับอายขายหน้า ความรันทด ห่อเหี่ยว ความหวาดผวา ความวิตกกังวล ความกลัว (phobia) นั้น กฎหมายของสหรัฐอเมริกาแยกพิจารณาออกเป็นสามกรณี คือ[129]

(ก) Intentional Infliction of Emotional Distress

กรณีนี้ต้องปรากฏว่าจำเลยได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และเป็นการกระทำที่สุดขั้วหรือสุดโต่งหรือเลวร้ายถึงขนาดที่สังคมที่เจริญแล้วไม่อาจที่จะทนทานได้ (so outrageous in character, decency, and to be regarded as atrocious, and utterly intolerable in a civilized community) และต้องเป็นการกระทำที่คาดหมายได้ว่าวิญญูชนจะได้รับความเสียหายทางจิตใจ

(ข) Negligent Infliction of Emotional Distress

---

[127] "One engaged in the business of selling or otherwise distributing products who sells or distributes a defective product is subject to liability for harm to persons or property caused by the defect."

[128] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 157.

[129] *เพิ่งอ้าง*, น. 158-159.

กฎหมายของรัฐส่วนใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ยอมให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เรียกว่า Negligent Infliction of Emotional Distress เว้นแต่ความเสียหายทางจิตใจนั้นจะเป็นผลเกี่ยวพันกับความเสียหายทางร่างกายด้วย

(ค) Emotional Distress for Another's Injury

ในบางกรณีบุคคลอาจได้รับความเสียหายทางจิตใจเมื่อประสบหรือพบเห็นผู้อื่นได้รับอันตราย เช่น การที่หญิงสาวประสบอุบัติเหตุถูกรถยนต์ชน โดยมารดาและน้องสาวของหญิงนั้นอยู่ในที่เกิดเหตุและเห็นเหตุการณ์ด้วย น้องสาวอยู่ในบริเวณที่อันตราย ส่วนมารดานั้นอยู่นอกบริเวณที่อันตราย และทั้งคู่ตกใจอย่างมากที่เห็นเหตุการณ์ดังกล่าว ศาลให้ทั้งน้องสาวและมารดาของผู้บาดเจ็บได้รับค่าเสียหายทางจิตใจทั้งคู่ แต่ Restatement (Second) of Torts, section 313 (2) ระบุว่าผู้ที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายทางจิตใจในกรณีที่พบเห็นผู้อื่นได้รับบาดเจ็บนั้น ผู้นั้นจะต้องอยู่ในบริเวณอันตรายด้วย หลักนี้เรียกกันว่า "zone-of-danger rule" ในกรณีตามตัวอย่างข้างต้นหากรัฐใดนำหลัก zone-of-danger rule ไปใช้ ผู้ที่เป็นมารดาของหญิงสาวที่ถูกรถชนก็จะเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทางจิตใจไม่ได้ เพราะมารดาได้อยู่ในเขตที่เป็นอันตราย

4.3.2.3 ความหมายของความไม่ปลอดภัยหรือชำรุดบกพร่อง (defect)

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้แบ่งความชำรุดบกพร่องหรือความไม่ปลอดภัยของสินค้าออกเป็นสามกรณี คือ

4.3.2.3.1 ความไม่ปลอดภัยซึ่งเกิดขึ้นจากการผลิต (manufacturing defect)

Section 402 A ของ The Restatement (Third) of Torts ปี ค.ศ. 1997 ได้ให้นิยามของความไม่ปลอดภัยในการผลิตไว้ว่า สินค้ามีความไม่ปลอดภัยเนื่องจากการผลิต เมื่อสินค้านั้นมีลักษณะไม่ตรงกับการออกแบบ แม้ว่าได้มีการใช้ความระมัดระวังอย่างเต็มที่ในการผลิตและการจัดกระจายสินค้าแล้วก็ตาม[130] ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวพึงเข้าใจได้ว่า การจะถือว่ามีความไม่ปลอดภัยหรือความบกพร่องในการผลิตนั้น พึงต้องพิสูจน์ได้ว่าการผลิตไม่ถูกต้องตรงกับแบบที่ตั้งใจไว้ จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าภาระพิสูจน์ดังกล่าวตกอยู่แก่ผู้เสียหายมากเกินไปหรือไม่ เนื่องจากตัวผู้เสียหายเองไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับแบบของสินค้าหรือผลิตภัณฑ์นั้น

---

[130] "A Product: a. contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care exercised in the preparation and marketing of the products;"

4.3.2.3.2 ความไม่ปลอดภัยซึ่งเกิดขึ้นจากการออกแบบ (defect in design)

หลักที่ใช้ในการพิสูจน์ความชำรุดบกพร่องในการออกแบบนั้น ใน Restatement (Second) of Torts, section 402 A ใช้หลัก “consumer expectation test” กล่าวคือ สินค้านั้นถือว่าชำรุดบกพร่องหากสินค้านั้นไม่ปลอดภัยอันพึงมีตามที่ผู้บริโภคทั่วไปควรคาดหวังได้ตามสมควร

ปัจจุบัน Section 402 A ของ The Restatement (Third) of Torts ปี ค.ศ. 1997 ได้ให้คำนิยามของความไม่ปลอดภัยซึ่งเกิดขึ้นจากการออกแบบผิดพลาดไว้ว่า สินค้ามีความไม่ปลอดภัยเมื่อความเสี่ยงที่จะเกิดภยันตรายสามารถคาดเห็นได้และหลีกเลี่ยงได้โดยการที่ผู้ขายหรือผู้จัดจำหน่ายหรือผู้อื่นในระบบการจัดจำหน่ายสามารถออกแบบในลักษณะอย่างอื่นที่เหมาะสมได้ และการที่ไม่เลือกออกแบบในลักษณะอย่างอื่นนั้น ทำให้สินค้าดังกล่าวมีความไม่ปลอดภัยตามที่ควรจะเป็น[131]

บทบัญญัติดังกล่าว ได้นำหลัก “risk-utility test” มาใช้โดยกำหนดว่า สินค้าจะถูกถือว่ามีความชำรุดบกพร่องในการออกแบบก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่สามารถหลีกเลี่ยงหรือลดความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายอันสามารถคาดหมายได้ (foreseeable risks of harm) จากสินค้านั้น หากผู้ขายหรือผู้จำหน่ายหรือผู้ที่อยู่ในวงธุรกิจในการจำหน่าย (commercial chain of distribution) มีทางเลือกในการออกแบบที่สมเหตุสมผล และการไม่เลือกทางเลือกในการออกแบบนั้นส่งผลให้สินค้าไม่มีความปลอดภัยตามสมควร[132] ส่วนกรณีของความชำรุดบกพร่องในการผลิต (manufacturing defect) กฎหมายไม่ได้ใช้หลัก “risk-utility test” แต่ระบุว่า สินค้าจะถูกถือว่ามี

---

[131] “A Product: b. is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;”

[132] Restatement (Third), Section 2 (b) provides that a product “is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe.”

ความชำรุดบกพร่องในการผลิตหากสินค้าไม่เป็นไปตามที่ได้ออกแบบไว้ แม้ว่าจะได้ใช้ความระมัดระวังทั้งหมดแล้วก็ตาม[133]

จากบทบัญญัติใน Section 2 ของ Restatement (Third) of Tort ดังกล่าวทำให้บางท่านกล่าวว่า การฟ้องร้องคดีความชำรุดบกพร่องในการผลิตใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ส่วนกรณีของความชำรุดบกพร่องในการออกแบบกลับใช้หลักในเรื่องความประมาทเลินเล่อ (negligence) ซึ่งส่งผลให้เป็นการลดความสำคัญของหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดลง[134] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ “risk-utility test” นั้นเป็นการกลับไปนำหลักเรื่อง negligence มาใช้กับคดี product liability นั่นเอง

คำพิพากษาตัวอย่างในเรื่องนี้ คือ คดี ***Prentis v. Yale Mfg. Co.***[135] ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า Mr. Prentis เป็นโฟร์แมนทำงานอยู่ในแผนกชิ้นส่วนของบริษัทขายรถยนต์แห่งหนึ่งในมลรัฐมิชิแกน วันหนึ่งขณะที่ขับรถยกของที่ใช้แบตเตอรี่ซึ่งผลิตโดย Yale Manufaturing Co. เพื่อยกเครื่องยนต์รถเข้าไปวางไว้ในรถบรรทุก เนื่องจากรถยกของดังกล่าวคนขับนั่งขับไม่ได้ ต้องยืนขับ ปรากฏว่า ไฟฟ้าวิ่งเข้าเครื่องยนต์มากผิดปกติ ทำให้ Mr. Prentis เสียหลักตกลงมาบนพื้นกระดูกสะโพกแตก จึงนำคดีมาฟ้อง Yale Manufacturing Co. ว่าออกแบบผิดโดยควรจะออกแบบให้มีที่นั่งให้คนขับด้วย ซึ่งผู้พิพากษา Boyle ตัดสินว่า ควรต้องนำหลักประมาทเลินเล่อและหลัก “risk-utility test” มาปรับใช้ ด้วยเหตุที่ว่า การผิดพลาดในการออกแบบ โจทก์สามารถหาหลักฐานมาพิสูจน์ได้ และการใช้หลักประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความยุติธรรมเนื่องจากผู้ผลิตที่มีความระมัดระวังไม่ต้องรับผิดในความเสียหาย โดยทั้งสองทฤษฎี คือ ทฤษฎีประมาทเลินเลินเล่อ และ “risk-utility test” กำหนดให้โจทก์ต้องนำสืบพิสูจน์ให้ได้ว่า ผู้ผลิตประมาทเลินเล่อในการออกแบบสินค้าให้มีความปลอดภัย ทั้งที่คาดเห็นได้ว่า การใช้สินค้าอาจก่อให้เกิดอุบัติเหตุและความ

---

[133] Restatement (Third) of Tort, Section 2 (a) provides that a product “contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;”

[134] Clark Savage Turner, *supra note 87*, pp. 4-7.

[135] 365 NW2d 176 (1984).

เสียหายได้ ศาลให้กลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ และยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่สั่งให้คณะลูกขุนพิจารณาว่าจำเลยประมาทเลินเล่อหรือไม่

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาก็คือ หากเป็นกรณีของซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์แล้วจะมีการแบ่งแยกความชำรุดบกพร่องในการออกแบบ (design defect) กับ ความชำรุดบกพร่องในการผลิต (manufacturing defect) อย่างไร

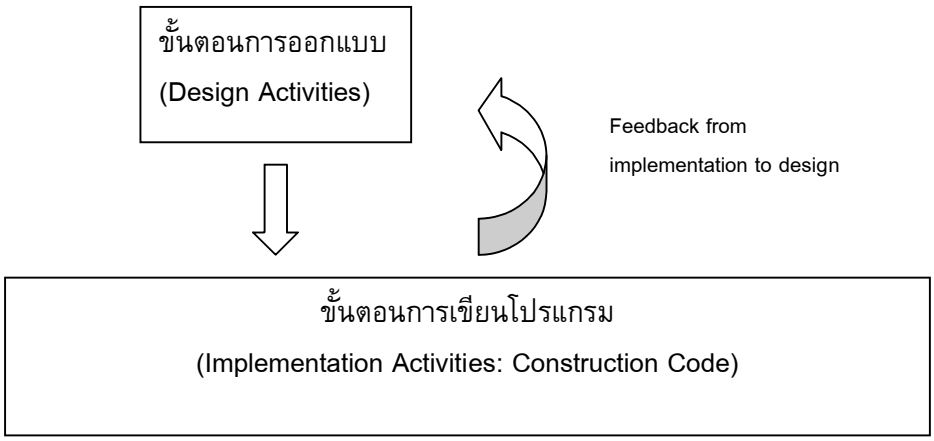
ในกรณีของความชำรุดบกพร่องในสื่อกลางที่ใช้บรรจุหรือบันทึกซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ (physical media) โดยส่วนมากย่อมเป็นที่เข้าใจกันได้ว่าเป็นเรื่องความชำรุดบกพร่องในการผลิต[136] ทั้งนี้ เนื่องจากสื่อเหล่านั้นไม่มีความยุ่งยากซับซ้อนในการออกแบบ ประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณาคือความชำรุดบกพร่องในการผลิตจะเกิดขึ้นได้กับกรณีของวัตถุที่ไม่มีรูปร่างได้หรือไม่ เช่น ความผิดพลาดในตรรกะ (logic) ในการเขียน Source Code (ความหมายของ Source Code โปรดดูบทที่ 1)

ในการพัฒนาหรือผลิตซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์แบ่งออกเป็นสองขั้นตอนอย่างง่ายได้สองขั้นตอน คือ ขั้นตอนในการออกแบบซอฟท์แวร์ (Software Design) เป็นขั้นตอนในการรวบรวมความต้องการของผู้ใช้ และออกแบบหาจุดสมดุลร่วมกันระหว่างความต้องการและวิธีการทางเทคนิค (engineering tradeoffs) และ ขั้นตอนที่สองเป็นขั้นตอนในการเขียนโปรแกรมให้เป็นไปตามที่ได้ออกแบบไว้ (Implementation of Software Design) โดยที่ในทางปฏิบัติเมื่อมีการเขียนโปรแกรมตามที่ได้ออกแบบไว้แล้ว จะต้องมีการทดสอบว่ามีความผิดพลาดในการเขียนโปรแกรมหรือไม่และพิจารณาถึงผลหลังจากการเขียนโปรแกรมตามที่ได้ออกแบบไว้แล้วว่าเหมาะสมกับการใช้งานหรือไม่ กรณีที่มีปัญหาในการเขียนโปรแกรมที่ได้ออกแบบไว้อาจต้องมีการส่งหรือแจ้งกลับ (feedback) ให้กับผู้ออกแบบให้ทำการแก้ไขแบบใหม่ (rework the design) ตามวงจร ดังรูป[137]

---

[136] Clark Savage Turner, *supra note 87*, p. 16.

[137] *Ibid.*, p. 22.



เมื่อเปรียบเทียบการผลิตซอฟท์แวร์กับการผลิตสินค้าอื่น เช่น รถยนต์ จะเห็นได้ว่าในขั้นตอนของการออกแบบเป็นเรื่องของตรรกะ (Logic) หรือการเขียนโครงร่าง (Drawing) เช่นเดียวกัน แต่ในกรณีของการผลิตตามแบบนั้น กรณีของการก่อสร้างอาคารหรือรถยนต์เป็นเรื่องในทางกายภาพ (Physical) แต่กรณีของซอฟท์แวร์ยังคงเป็นเรื่องของตรรกะ (Logic) อย่างไรก็ตาม ในประเทศอเมริกายังไม่มีคดีที่วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวในรายละเอียดว่าขั้นตอนการผลิตแบบใช้ตรรกะ (Logic) โดยไม่ก่อให้เกิดวัตถุมีรูปร่างทางกายภาพ (physical) นั้นถือเป็นการผลิตในทางกฎหมายหรือไม่ แต่ในทางวิชาการได้เรียกร้องให้มีการเสนอและหารือกันในประเด็นดังกล่าวก่อนที่จะมีคดีเกิดขึ้นในอนาคต[138]

4.3.2.3.3 ความไม่ปลอดภัยเนื่องจากการกำหนดข้อบ่งใช้และคำเตือนไม่เพียงพอ (defect because of inadequate instructions or warnings)

Section 402 A ของ The Restatement (Third) of Torts ได้ให้คำนิยามเกี่ยวกับความไม่ปลอดภัยเนื่องจากคำเตือนไม่เพียงพอว่า สินค้ามีความไม่ปลอดภัยเนื่องจากคำสั่ง หรือคำเตือนไม่เพียงพอ ในกรณีที่ความไม่ปลอดภัยของสินค้านั้นสามารถคาดเห็นได้ และสามารถถูกลดหรือหลีกเลี่ยงได้โดยการจัดทำคำสั่งหรือคำเตือนที่เหมาะสม โดยผู้ขาย หรือผู้จัด

[138] Turner, *Ibid*., pp. 27-28.

จำหน่าย หรือบุคคลใดที่อยู่ในห่วงโซ่ของระบบการจัดจำหน่าย และในกรณีที่การยกเว้นการเตือนจะทำให้สินค้าไม่ปลอดภัยโดยไม่สมควร[139]

4.3.2.4 ผู้ที่ต้องรับผิด

ตาม Restatement (Third) of Tort บัญญัติไว้ใน Section 1 ว่า ผู้ประกอบธุรกิจในการขาย (selling) หรือจำหน่าย (distributing) หากสินค้าซึ่งได้ขายหรือจำหน่ายนั้นชำรุดบกพร่องจะต้องรับผิดในความเสียหายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เกิดขึ้นจากความชำรุดบกพร่องนั้น[140] คำว่าผู้ขายใน Restatement (Third) of Tort นั้น มีความหมายค่อนข้างกว้าง คือ หมายความรวมถึงทั้งผู้ผลิต ผู้ค้าส่ง และผู้ค้าปลีกด้วย

นอกจากผู้ผลิตและผู้ขายผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย (finished products) แล้ว Section 5 ของ Restatement (Third) of Tort ยังได้กำหนดให้ผู้ผลิตหรือจำหน่ายสินค้าซึ่งเป็นชิ้นส่วนของผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย (finished product) ต้องรับผิดด้วย ถ้า (a) ชิ้นส่วนเหล่านั้นชำรุดบกพร่องและความชำรุดบกพร่องดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค หรือ (b) ถ้าผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายชิ้นส่วนมีส่วนร่วมโดยนัยสำคัญในการนำชิ้นส่วนเหล่านั้นเข้าไปในการออกแบบสินค้านั้นและการนำชิ้นส่วนนั้นไปใช้ในการผลิตสินค้า ทำให้ผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย (finished product) นั้นมีความชำรุดบกพร่องเกิดขึ้น และความชำรุดบกพร่องดังกล่าวเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค[141]

---

[139] “A Product: c. is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instruction or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain or distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe.”

[140] Section 1 : “One engaged in the business of selling or otherwise distributing products who sells or distributes a defective product is subject to liability for harm to person or property caused by the defect.”

[141] Section 5 : “ One engaged in the business of selling or otherwise distributing product components who sells or distributes a components is subject to liability for harm to persons or property caused by a product into wich the component is integrated if:

กรณีที่มีผู้รับผิดหลายคน แม้บุคคลดังกล่าวจะไม่ได้กระทำละเมิดร่วมกัน เช่น กรณีผู้ได้รับบาดเจ็บจากอุบัติเหตุรถยนต์เนื่องจากรถยนต์คันที่ตนขับนั้นห้ามล้อใช้ไม่ได้ เพราะอุปกรณ์ที่ติดตั้งโดยบริษัทที่จัดส่งและติดตั้งอุปกรณ์ห้ามล้อนั้นเป็นคนละบริษัทกับผู้ผลิตรถยนต์ ในกรณีนี้กฎหมายก็ให้บุคคลเหล่านั้นรับผิดร่วมกันและแทนกัน (jointly and severally liable)

4.3.2.5 ข้อยกเว้นความรับผิด

กฎหมายของสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ผลิตไว้โดยชัดเจน ขึ้นอยู่กับศาลของแต่ละรัฐ ซึ่งพอจะประมวลข้อยกเว้นความรับผิดในกรณีต่างๆ ได้ดังนี้[142]

4.3.2.5.1 ผู้เสียหายสมัครใจเข้าเสี่ยงภัยเอง และใช้สินค้านั้นทั้งๆ ที่ชำรุดบกพร่องโดยไม่มีเหตุอันสมควร

หากผู้เสียหายรู้อยู่ว่าสินค้านั้นมีความชำรุดบกพร่องอยู่ และสมัครใจที่จะรับความเสี่ยงและใช้สินค้านั้นโดยไม่มีเหตุอันสมควร (voluntarily and unreasonably proceed to use) กรณีนี้ผู้เสียหายอาจไม่สามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ผลิตได้

4.3.2.5.2 การใช้สินค้าผิดวิธี (product misuse)

เนื่องจากผู้ผลิตมีหน้าที่ต้องผลิตสินค้าที่ปลอดภัยออกสู่ท้องตลาด ผู้ผลิตจึงต้องคาดหมายด้วยว่าสินค้าที่ตนผลิตนั้นจะมีการนำไปใช้โดยผิดวิธีหรือไม่อย่างไร ดังนั้น ผู้ผลิตจึงต้องจัดให้มี คำเตือนกำกับสินค้าเกี่ยวกับการใช้ผิดวิธีด้วย และผู้ผลิตสามารถต่อสู้ได้ว่าผู้เสียหายใช้สินค้าโดยไม่ถูกต้องนั้นเฉพาะกรณีที่เป็นการใช้สินค้าที่ผิดวิธีโดยไม่อาจคาดหมายได้เท่านั้น (unforeseeable misuse) ดังนั้น แม้ผู้เสียหายจะใช้สินค้าผิดวิธี แต่ถ้าการใช้ที่ผิดวิธีนั้นเป็นที่คาดหมายได้ของผู้ผลิตแล้ว ผู้ผลิตก็ต้องรับผิด

4.3.2.5.3 ผู้เสียหายมีส่วนผิด (comparative negligence)

(a) the component is defective in itself, under section 1 – 4, and the defect causes the harm; or

(b) (1) the seller or distributor of the component substantially participates in the integration of the component into the design of the product; and

(2) the integration of the component causes the product to be defective as defined under section 1 – 4; and

(3) the defect in the product causes the harm."

[142] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 4, น. 168.

หลัก comparative negligence นั้น ไม่ใช่การยกเว้นความรับผิดทั้งหมดของจำเลย แต่เป็นการลดความรับผิดในการชดใช้ค่าเสียหายไปตามสัดส่วนความผิดของโจทก์ ซึ่งในสหรัฐอเมริกาได้นำหลัก comparative negligence ไปใช้ในสองแนวทาง คือ แนวทางที่หนึ่งเรียกว่า pure comparative negligence กล่าวคือ ถ้าฟังได้ว่าผู้เสียหายมีสัดส่วนความผิดอยู่ด้วยเท่าใดในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นขึ้น ศาลก็จะให้ลดค่าสินไหมทดแทนที่ผู้ต้องรับผิดชดใช้แก่ผู้เสียหายไปตามสัดส่วนความผิดของผู้เสียหาย อีกแนวทางหนึ่ง คือ modified comparative negligence กล่าวคือ ศาลในบางรัฐวางหลักไว้ว่าถ้าโจทก์มีส่วนผิดมากกว่าจำเลย โจทก์จะไม่มีสิทธิในการเรียกค่าเสียหายจากจำเลยโดยสิ้นเชิง ดังนั้น ถ้าโจทก์มีส่วนผิดต่ำกว่าร้อยละห้าสิบ ศาลก็จะให้ลดค่าเสียหายที่จำเลยต้องชดใช้ไปตามสัดส่วนของความผิดของโจทก์ แต่ถ้าโจทก์มีส่วนผิดเกินกว่าร้อยละห้าสิบ ศาลก็จะยกฟ้องโจทก์

4.3.2.5.4 State-of-the-art Defence

ข้อยกเว้นความรับผิดกรณีนี้ คือ จำเลยต่อสู้ว่าความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในขณะที่สินค้านั้นถูกผลิตขึ้นและขายไปนั้น ไม่สามารถที่จะรู้ได้ว่าจะเกิดอันตรายแก่โจทก์ หรือไม่สามารถที่จะออกแบบและผลิตสินค้าให้ดีกว่านั้นได้

4.3.3 กฎหมายของสหภาพยุโรป

การฟ้องร้องคดีความรับผิดอันเกิดจากสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ (product liability) ตามกฎหมายของประเทศต่างๆ ในยุโรป ทำได้ทั้งการฟ้องร้องให้รับผิดตามสัญญาหรือให้รับผิดทางละเมิด โดยที่การฟ้องร้องให้รับผิดในทางละเมิดนั้น ส่วนใหญ่แล้วอาศัยหลักทั่วไปในกฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการพิสูจน์ความผิด (liability based on fault) โดยผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์ได้รับความเสียหาย ซึ่งการนำหลักทั่วไปมาปรับใช้กับคดีความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (Product Liability Law) โดยศาลในประเทศต่างๆ ในยุโรปนั้นมีแนวทางที่แตกต่างกันในรายละเอียด

ในปี 1961 ได้มีเด็กที่เกิดแล้วร่างกายพิการเนื่องจากการที่มารดาที่ตั้งครรภ์กินยาที่เรียกว่า Thalidomide เจ้าหน้าที่ในระบบประกันสุขภาพของรัฐซึ่งจ่ายค่าเสียหายให้แก่มารดาที่บุตรเกิดในสภาพดังกล่าวไม่สามารถฟ้องตามสัญญาซื้อขายเนื่องจากไม่ใช่คู่สัญญา และหากจะ

ฟ้องตามกฎหมายละเมิด โจทก์ก็มีภาระการพิสูจน์ว่า บริษัทผลิตยาประมาทเลินเล่อซึ่งเป็นการยากมาก ทำให้นักนิติศาสตร์ของประชาคมยุโรปเรียกร้องให้มีการตรากฎหมายว่าด้วยความรับผิดโดยเคร่งครัดของผู้ผลิตสินค้าออกมาบังคับใช้เพื่อจะได้สามารถเยียวยาผู้เคราะห์ร้ายจากอุบัติเหตุซึ่งไม่ได้เป็นคู่สัญญาได้คล้ายกับ The Restatement (Second) of Torts ของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนั้นกลุ่มผู้บริโภคซึ่งได้รับผลกระทบจากการใช้ยา Thalidomide ในประเทศเยอรมันได้ยกร่างกฎหมาย Product Liability และนำเสนอต่อคณะกรรมกธิการยุโรป (The European Commission) ในปี ค.ศ. 1976 และได้นำไปสู่การตรากฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าอย่างเคร่งครัด เรียกว่า The Council Directive of 25 July 1985 on Approximation of the Member States Concerning Liability for Defective Products (85/374/EEC)[143]

แม้กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปจะมีความพยายามจะกำหนดหลักความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (Product Liability Law) เพื่อใช้บังคับในสหภาพยุโรป แต่ความพยายามดังกล่าวยังไม่บรรลุผล เนื่องจากประเทศสมาชิกหลายประเทศยังไม่ยอมรับแนวทางที่มีการเสนอไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1985 และปี ค.ศ. 1992 ด้วยเหตุผลในเรื่องความแตกต่างในระบบกฎหมาย ประเทศส่วนใหญ่จะพยายามรับเอาแนวทางที่จัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1985 และ ค.ศ. 1992 ไปใช้เพื่อเพิ่มเติมจากหลักกฎหมายของประเทศเหล่านั้นมากกว่าที่จะรับไปใช้แทนที่กฎหมายเดิมของตน[144]

หลักการสำคัญใน EC Directive 85/374/EEC มีดังต่อไปนี้

4.3.3.1 สินค้าหรือผลิตภัณฑ์ที่อยู่ภายใต้บังคับของ EC Directive 85/374/EEC

สินค้า (Products) ตาม EC Directive 85/374/EEC เดิมจะหมายถึงทรัพย์ที่เคลื่อนที่ได้ทั้งหมดยกเว้นสินค้าเกษตรปฐมภูมิ (primary agricultural product) และเกม (game) แม้ว่าจะได้ถูกรวมเข้ากับทรัพย์ที่เคลื่อนที่ได้หรือทรัพย์ที่เคลื่อนที่ไม่ได้อื่นๆ โดยให้มีความหมายรวมถึงกระแสไฟฟ้าด้วย[145] แต่ในภายหลังได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงด้วย Directive 1999/34/EC of the

---

[143] ศักดา ธนิตกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 69*, น. 13.

[144] สุษม ศุภนิตย์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66*, น. 70.

[145] Article 2 ระบุว่า “For the purpose of this Directive, “product” means all movables even if incorporated into another movable or into an immovable. Product includes electricity.”

European Parliament and of the Council of 10 May 1999 โดยขยายขอบเขตให้ครอบคลุมถึงสินค้าเกษตรปฐมภูมิและเกมด้วย ส่วนประเด็นปัญหาว่าซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ (computer software) จะรวมอยู่ในความหมายของสินค้า (products) ของ EC Directive 85/374/EEC ด้วยหรือไม่นั้น ยังคงมีความเห็นที่ต่างกันออกไป

Department of Trade and Industry ของอังกฤษ เห็นว่า มีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นกับอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่มีลักษณะเป็นข้อมูล (information) เช่น หนังสือ บันทึก เทป และคอมพิวเตอร์ซอฟท์แวร์ ... ตาม Directive ไม่ปรากฏว่ามีเจตนาที่จะให้ความรับผิดครอบคลุมไปถึงกรณีดังกล่าว ในทางกลับกัน ประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่าความรับผิดดังกล่าวครอบคลุมไปถึงการผลิตเครื่องมือที่บรรจุหรือบันทึกซอฟท์แวร์ที่มีความชำรุดบกพร่องดังกล่าวโดยประการที่ทำให้เกิดความไม่ปลอดภัย ... ทั้งนี้ การแบ่งแยกระหว่างทั้งสองกรณีดังกล่าวค่อนข้างทำได้ยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของเทคโนโลยีสมัยใหม่ซึ่งยากต่อการแบ่งแยกระหว่างฮาร์ดแวร์และซอฟท์แวร์[146] ตามความเห็นของ DTI ของอังกฤษดังกล่าว หากซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ที่ชำรุดบกพร่องก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้ที่ต้องรับผิดคือผู้ผลิตระบบขั้นสุดท้าย (complete system) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งลำพังซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์เองไม่ถือเป็นสินค้าตามความหมายของ EC Directive 85/374/EEC[147].

Simon Whittaker เห็นว่า[148] ในกรณีของคอมพิวเตอร์ซอฟท์แวร์ควรต้องมีการแบ่งแยกระหว่างซอฟท์แวร์มาตรฐานที่ออกแบบเพื่อจำหน่ายเป็นจำนวนมาก (mass distribution) กับ ซอฟท์แวร์ที่พัฒนาขึ้นตามความต้องการเพื่อวัตถุประสงค์โดยเฉพาะเจาะจงของลูกค้าเฉพาะราย (made to measure) ในกรณีของซอฟท์แวร์มาตรฐานที่วางจำหน่ายในสหภาพ (ยุโรป) มีความแตกต่างน้อยมากกับสินค้าที่ผ่านกระบวนการผลิต ไม่ว่าในเรื่องของการแข่งขันหรือเสรีภาพในทางการค้า แต่ในกรณีของซอฟท์แวร์ที่ผลิตเพื่อวัตถุประสงค์โดยเฉพาะเจาะจงให้กับลูกค้า

---

[146] Implementation of the EC Directive on Product Liability, DTI, November 1985, para 47.

[147] Diane Rowland and Elizabeth Macdonald, Information Technology Law, 2nd ed. (London: Cavendish Publishing Limited, 2000), p. 224-225.

[148] Simon Whittaker, “European Product Liability and Intellectual Products”, Law Quarterly Review 105, p. 225 (1989).

เฉพาะรายนั้น แตกต่างจากสินค้าโดยทั่วไปโดยไม่มีการนำออกวางตลาด กล่าวอีกนัยหนึ่ง Whittaker ได้แยกแยะระหว่างกรณี bespoke กับ mass produced software หรือ package software

4.3.3.2 ความเสียหายที่เรียกให้รับผิดได้

EC Directive 85/374/EEC ได้บัญญัติคำจำกัดความของความเสียหายไว้ใน Article 9[149] โดยหมายความรวมถึง

(ก) ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความตายหรือบาดเจ็บ ทั้งนี้ ไม่ได้บัญญัติในรายละเอียดว่าความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น ความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน และความเสียหายทางจิตใจ (emotional distress) นั้น จะเรียกร้องได้หรือไม่ และจะให้มีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (punitive damages) ได้หรือไม่ ดังนั้น รายละเอียดดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม Article 16 ของ EC Directive 85/374/EEC กำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตนเพื่อจำกัดความรับผิดของผู้ที่ต้องรับผิดได้ โดยเพดานของความรับผิดที่จะกำหนดขึ้นนั้นจะต้องไม่ต่ำกว่า 70 ล้าน ECU สำหรับความเสียหายคราวเดียวกันที่เกิดขึ้นจากสินค้ารายการนั้นๆ (identical items with the same damage)

(ข) ความเสียหายแก่ทรัพย์สินอื่นที่ไม่ใช่ตัวสินค้าที่ชำรุดบกพร่องนั้นเอง ผู้เสียหายสามารถที่จะเรียกร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายเช่นว่านั้นได้ หากว่าความเสียหายนั้นมีมูลค่าไม่ต่ำกว่า 500 ECU และภายใต้เงื่อนไขว่า ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นชนิดที่โดยปกติแล้วมีไว้เพื่อการ

---

[149] Article 9 provides that “For the purpose of Article 1, “damage” means:

(a) damage caused by death or by personal injuries;

(b) damage to, or destruction of, any item of property other than the defective product itself, with a lower threshold of 500 ECU, provided that the item of property:

(i) is of a type ordinarily intended for private use or consumption, and

(ii) was used by the injured person mainly for his own private use or consumption.

This Article shall be without prejudice to national provisions relating to non-material damage.”

ใช้สอยหรือการบริโภคส่วนตัว และ ผู้เสียหายได้ใช้ทรัพย์นั้นโดยวัตถุประสงค์เพื่อการใช้สอยส่วนตัวหรือการบริโภคของตนเอง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตัวสินค้าที่ชำรุดบกพร่องนั้นเอง ไม่อยู่ภายใต้บังคับของ EC Directive 85/374/EEC ผู้เสียหายในกรณีดังกล่าวจะต้องฟ้องร้องตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขาย หรือตามหลักกฎหมายลักษณะละเมิดในกรณีทั่วไป นอกจากนี้ EC Directive 85/374/EEC ไม่ได้มุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิทธิของพ่อค้าที่มีต่อพ่อค้าด้วยกัน แต่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่มีต่อพ่อค้า เพราะผู้ผลิตสินค้านั้นเป็นผู้ที่สามารถจัดหาประกันภัยเพื่อคุ้มครองความเสี่ยงที่สินค้าที่ตนผลิตนั้นชำรุดบกพร่องและอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้บริโภคได้ ดังนั้น ทรัพย์สินที่เสียหายนั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินที่ผู้เสียหายมีไว้เพื่อการใช้สอยหรือบริโภคส่วนตัว ถ้าเป็นทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อการค้าก็ไม่ได้รับความคุ้มครองตาม EC Directive 85/374/EEC

4.3.3.3 ความหมายของความไม่ปลอดภัยหรือความชำรุดบกพร่อง (defect)

ตาม EC Directive 85/374/EEC สินค้าที่ชำรุดบกพร่องหมายถึงการที่สินค้านั้นไม่ปลอดภัยตามที่บุคคลพึงคาดหวังได้จากสินค้านั้น โดยจะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมด รวมถึงการนำเสนอสินค้านั้น ประโยชน์อันควรคาดหมายได้จากการใช้สินค้านั้น เวลาที่สินค้านั้นถูกวางขายในตลาด ทั้งนี้ จะไม่ถือว่าสินค้ามีความชำรุดบกพร่องเพียงเพราะเหตุที่ว่ามีการวางขายสินค้าอื่นที่ดีกว่าในตลาด[150]

4.3.3.4 ผู้ที่ต้องรับผิด

ตาม Article 1 ของ EC Directive 85/374/EEC บัญญัติให้ผู้ผลิต (producer) เป็นผู้รับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้า โดย Article 3 (1) ได้ให้คำจำกัดความของ “ผู้ผลิต”

---

[150] Article 6 provides that:-

“1. A product is defective when it does not provide he safety which a person is entitled to expect, taking all circumstances into account, including:

(a) the presentation of the product;

(b) the use to which it could reasonably be expected that the product would be put;

(c) the time when the product was put into circulation.

2. A product shall not be considered defective for the sole reason that a better product is subsequently put into cirlation.”

(producer) ว่าหมายถึงผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย (finished product) ผู้ผลิตวัตถุดิบ ผู้ผลิตชิ้นส่วนของสินค้า (component part) และบุคคลใดๆ ที่ใส่ชื่อของตน เครื่องหมายการค้าหรือรูปลักษณ์เฉพาะใดๆ ลงบนสินค้าเพื่อแสดงว่าตนเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น[151] ดังนั้น ผู้ที่ต้องรับผิดตามความใน EC Directive 85/374/EEC จึงหมายความถึงผู้ผลิตตามความเป็นจริงและผู้ที่อยู่ในสถานะเสมือนหนึ่งผู้ผลิต ซึ่งได้แก่ผู้ที่แสดงชื่อ เครื่องหมายการค้า หรือรูปลักษณ์เฉพาะใดๆ ของตนลงบนสินค้าแสดงให้เป็นว่าตนเป็นผู้ผลิตสินค้านั้น แม้ว่าความเป็นจริงแล้วตนจะไม่ได้ผลิตสินค้านั้นก็ตาม นอกจากนี้ ผู้ผลิตวัตถุดิบหรือชิ้นส่วนที่ใช้ในการผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย (finished product) ก็ถือว่าเป็นผู้ผลิตด้วยถ้าวัตถุดิบหรือชิ้นส่วนนั้นชำรุดบกพร่อง บุคคลดังกล่าวไม่ต้องรับผิดถ้าสินค้านั้นไม่ได้ผลิตเพื่อการขายหรือจำหน่ายเพื่อวัตถุประสงค์ในทางเศรษฐกิจ หรือไม่ได้ผลิตหรือจำหน่ายไปในทางการค้าของตน[152] ดังนั้น ผู้ผลิตในความหมายของ EC Directive 85/374/EEC จึงมุ่งหมายถึงผู้ผลิตสินค้าในทางการค้าเท่านั้น และเนื่องจากความรับผิดตาม EC Directive 85/374/EEC นี้เป็นความรับผิดเนื่องจากการผลิตสินค้าที่ชำรุดบกพร่อง ผู้ที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในขั้นตอนการผลิต เช่น ผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีก หรือพ่อค้าคนกลางต่างๆ ไม่ต้องรับผิดตามความใน EC Directive 85/374/EEC นี้ การฟ้องร้องผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีก หรือพ่อค้าคนกลางจะต้องไปว่ากล่าวฟ้องร้องตามหลักทั่วไปในกฎหมายลักษณะสัญญาหรือละเมิดในกรณีทั่วไป แต่ในกรณีที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าได้ ผู้ขายแต่ละรายให้ถือว่าเป็นผู้ผลิตตามความใน EC Directive 85/374/EEC ด้วย เว้นแต่ผู้ขายจะบอกแก่ผู้เสียหายภายในระยะเวลาอันสมควรว่าใครคือผู้ผลิต หรือใครเป็นผู้ขายสินค้านั้นให้แก่ตนอีกทอดหนึ่ง หลักเกณฑ์เดียวกันนี้ใช้กับสินค้าที่นำเข้าด้วย ถ้าสินค้าดังกล่าวไม่ได้ระบุตัวผู้นำเข้า แม้จะมีการระบุตัวผู้ผลิตไว้ก็ตาม[153]

ผู้นำเข้าสินค้า (importer) เพื่อการขาย การให้เช่า (hire) หรือ ลีสซิ่ง (leasing) หรือเพื่อการจำหน่ายในทางการค้าให้ถือว่าเป็นผู้ผลิตตามความใน EC Directive 85/374/EEC ด้วย[154] การให้ผู้นำเข้ารับผิดในสถานะเดียวกับผู้ผลิตก็เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายที่อยู่ในประเทศสมาชิก

---

[151] Article 3 paragraph 1

[152] Article 7 (c)

[153] Article 3 paragraph 3

[154] Article 3 paragraph 2

สหภาพยุโรป เพราะจะเป็นภาระแก่ผู้เสียหายอย่างยิ่งที่จะต้องไปฟ้องร้องผู้ผลิตในประเทศนอกสหภาพยุโรป[155]

ในกรณีที่มีบุคคลหลายคนต้องรับผิดสำหรับความเสียหายเดียวกัน บุคคลเหล่านั้นต้องรับผิดร่วมกันและแทนกัน (jointly and severally liable) แต่ไม่ตัดสิทธิที่จะไล่เบี้ยตามความในกฎหมายของประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป[156]

4.3.3.5 ข้อยกเว้นความรับผิด

EC Directive 85/374/EEC เปิดช่องให้ผู้ผลิตสามารถพิสูจน์เหตุอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้เพื่อที่จะไม่ต้องรับผิดเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความชำรุดบกพร่องของสินค้า (Article 7)

(ก) ตนไม่ได้นำสินค้านั้นออกวางจำหน่าย

(ข) ความชำรุดบกพร่องนั้นไม่ได้มีอยู่ในขณะที่มีการส่งมอบสินค้าหรือความชำรุดบกพร่องนั้นเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการส่งมอบสินค้าแล้ว

(ค) ตนไม่ได้ผลิตสินค้าดังกล่าวขึ้นเพื่อการขายหรือจำหน่ายไม่ว่าโดยประการใดๆ เพื่อประโยชน์ในเชิงเศรษฐกิจ หรือไม่ได้ผลิตหรือจำหน่ายในในลักษณะที่เป็นธุรกิจ (not in the course of his business)

(ง) ความชำรุดบกพร่องนั้นเกิดขึ้นจากการที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับของทางราชการที่ผู้ผลิตไม่สามารถจะหลีกเลี่ยงได้

(จ) ความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในขณะนั้นไม่สามารถเป็นที่คาดหวังได้ว่าผู้ผลิตสินค้าเช่นนั้นจะสามารถทราบได้ว่าความชำรุดบกพร่องของสินค้านั้นมีอยู่ในขณะที่สินค้าอยู่ในความควบคุมของตน (state-of-the-art defense)

(ฉ) ในกรณีของผู้ผลิตชิ้นส่วน (component) ของสินค้าให้แก่ผู้อื่นเพื่อนำไปผลิตเป็นผลิตภัณฑ์ขั้นสุดท้าย (finished product) หากผู้ผลิตชิ้นส่วนสามารถพิสูจน์ได้ว่าความชำรุด

---

[155] อนันต์ จันทรโอภากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่* 4, น. 140.

[156] Article 5 provides that “Where, as a result of the provisions of this Directive, two or more persons are liable for the same damage, they shall be liable jointly and severally, without prejudice to the provisions of national law concerning the right of contribution or recourse.”

บกพร่องนั้นเกิดขึ้นเพราะการออกแบบของสินค้าขั้นสุดท้ายหรือเพราะคำสั่งของผู้ผลิตสินค้าขั้นสุดท้าย

4.3.4 วิเคราะห์หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดโดยเคร่งครัด

จากนโยบายสาธารณะที่ผู้พิพากษา Traynor ยกขึ้น จะเห็นได้ว่า ความมุ่งหมายที่สำคัญอันเป็นบ่อเกิดของการนำเอาหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาปรับใช้กับความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย คือ การลดลดความสูญเสียให้เหลือน้อยที่สุด (Loss Minimization) ซึ่งหมายถึงการที่ผู้ผลิตสินค้าสามารถเห็นอันตรายบางอย่างที่อาจเกิดขึ้นและป้องกันได้ โดยใช้ต้นทุนในการป้องกันต่ำที่สุด จึงควรเป็นผู้แบกรับภาระในการป้องกันเหตุอันอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค นั่นคือความปลอดภัยของสินค้านั่นเอง นอกจากนี้ ยังเป็นการกระจายความเสี่ยง (Loss Spreading) ซึ่งความเสี่ยงของการเกิดอุบัติเหตุดังกล่าวสามารถถูกนำไปประกันภัยโดยผู้ผลิตสินค้าได้ หลักกฎหมายดังกล่าวยังเป็นการการลดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหาย (Elimination of Proof Complications) เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว ผู้เสียหายย่อมไม่สามารถที่จะหาพยานหลักฐานหรือระบุได้ว่าอะไรคือสาเหตุของความชำรุดบกพร่องไม่ปลอดภัยของสินค้านั้น

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันว่าควรจะถือเป็นสินค้าที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยหรือไม่ ซึ่งส่วนใหญ่มองว่าลำพังตัวซอฟท์แวร์เองมีลักษณะเป็นข้อมูล ไม่มีลักษณะเป็นสินค้าตามความมุ่งหมายของกฎหมาย แต่ก็มีนักวิชาการบางท่าน (Simon Whittaker) ที่เห็นว่า ในกรณีของคอมพิวเตอร์ซอฟท์แวร์ควรต้องมีการแบ่งแยกระหว่างซอฟท์แวร์มาตรฐานที่ออกแบบเพื่อจำหน่ายเป็นจำนวนมาก (mass distribution/standart software/package software) กับ ซอฟท์แวร์ที่พัฒนาขึ้นตามความต้องการเพื่อวัตถุประสงค์โดยเฉพาะเจาะจงของลูกค้าเฉพาะราย (made to measure/bespoke software) ซึ่งกรณีซอฟท์แวร์มาตรฐานนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับสินค้าประเภทอื่นที่ผลิตออกเพื่อจำหน่ายแก่ผู้บริโภคทั่วไปจำนวนมาก จึงควรต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ความเห็นของ Simon Whittaker นั้นมีเหตุผลยิ่งกว่าการมองสินค้าว่าควรเป็นวัตถุมีรูปร่างหรือไม่มีรูปร่าง เนื่องจากผู้พัฒนาซอฟท์แวร์มาตรฐาน ย่อมเป็น

ผู้ที่ควรรับผิดชอบกรณีของการมีหน้าที่ลดความสูญเสีย เนื่องจากซอฟท์แวร์ประเภทนี้กระทบต่อผู้คนจำนวนมาก ส่วนผู้พัฒนาซอฟท์แวร์เพื่อวัตถุประสงค์ของลูกค้าเฉพาะรายนั้น ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นนั้นเป็นวงแคบกว่า และโดยส่วนมากแล้วจะมีการเจรจารายละเอียดของคุณสมบัติซอฟท์แวร์และความรับผิดระหว่างคู่สัญญาและมีการจัดทำสัญญาขึ้นร่วมกัน กรณีนี้จึงน่าจะใช้กลไกของกฎหมายลักษณะสัญญาและหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดกรณีประมาทเลินเล่อบังคับ

ประเด็นปัญหาต่อมา คือ การเขียนซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์ควรถือว่าเป็นการผลิตหรือเป็นการออกแบบสินค้า เนื่องจากภาระการพิสูจน์อาจแตกต่างกันดังที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วในบทนี้ส่วนของกฎหมายสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม ในพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ของไทยมิได้กำหนดให้ภาระพิสูจน์ไว้แตกต่างกันสำหรับความบกพร่องในการผลิตกับความบกพร่องในการออกแบบ โดยภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายเพียงพิสูจน์ให้ได้ว่า ตนได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการ และการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา แต่ก็ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าการใช้หรือการเก็บรักษาที่ว่าเป็นไปตามปกติธรรมดานั้นเป็นความคาดหวังของผู้บริโภคหรือของผู้ประกอบการ ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาจากการที่กำหนดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายกรณีความบกพร่องจากการออกแบบให้มีมาตรฐานเดียวกันกับความบกพร่องจากการผลิตนั้น หากศาลพิจารณาด้วยความคาดหวังของผู้บริโภคมาใช้แก่กรณีของการออกแบบสินค้าโดยไม่นำ risk-utility test แล้ว อาจส่งผลกระทบต่อการพัฒนานวัตกรรมใหม่ๆ ของสินค้าได้

ในเรื่องข้อต่อสู้ของผู้ประกอบการที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งระบุไว้ในกฎหมายของต่างประเทศ คือ ข้อต่อสู้เรื่องการที่ผู้ประกอบการได้ใช้เทคโนโลยีที่ก้าวหน้าที่สุด (The state-of-the-art defense) ก็มิได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายไทย ซึ่งในเรื่องนี้ส่งผลกระทบเป็นอย่างมากต่อสินค้าที่มีซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์เป็นส่วนประกอบ เนื่องจากเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปแล้วว่าซอฟท์แวร์คอมพิวเตอร์นั้น ย่อมมีข้อผิดพลาดเกิดขึ้นได้เสมอ โดยนอกจากความผิดพลาดในตัวซอฟท์แวร์เองแล้ว อาจเกิดขึ้นได้กับสภาพแวดล้อมด้านฮาร์ดแวร์ หรือระบบที่เกี่ยวข้องอื่นๆ ไม่มีทางที่ผู้พัฒนาจะสามารถเขียนซอฟท์แวร์ที่สมบูรณ์แบบปราศจากข้อผิดพลาดได้ทุกประการ ดังนั้น การที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้าได้ใช้ซอฟท์แวร์ที่เชื่อถือได้และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าดีที่สุดสำหรับระบบหรือตัวสินค้าในขณะนั้น ก็ควรที่จะสามารถยกเป็นข้อต่อสู้ให้ไม่ต้องรับผิดโดยหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดโดยเคร่งครัดได้