



จากที่กล่าวมาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย ไม่ว่าที่มีอยู่ในประเทศไทย หรือแม้แต่ในกฎหมายต่างประเทศเอง ยังไม่มีความชัดเจนในการนำมาปรับใช้กับกรณีของซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ซึ่งมีลักษณะเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่มีลักษณะเป็นข้อมูลคำสั่ง ไม่มีรูปร่าง และมีความสลับซับซ้อนในการออกแบบและพัฒนา ซึ่งจำเป็นจะต้องเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์และศึกษากันต่อไป อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าแนวทางในการพัฒนากฎหมายในเรื่องนี้มีสามแนวทางด้วยกัน

แนวทางแรก คือ การฟ้องร้องให้รับผิดชอบตามสัญญา (contractual liability approach) โดยอาศัยหลักในเรื่องของความซื่อสัตย์สุจริตและการผิดเงื่อนไขในสัญญาเป็นสำคัญ แนวทางนี้มีข้อจำกัดด้วยหลักกฎหมายในเรื่อง doctrine of privity กล่าวคือ คู่กรณีจะต้องมีนิติสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างกัน มิเช่นนั้น ก็จะฟ้องร้องบังคับกันให้รับผิดชอบตามสัญญาไม่ได้

นอกจากประเด็นปัญหาเรื่องภาระการพิสูจน์และประเด็นเรื่อง doctrine of privity แล้ว เมื่อพิจารณาจากกฎหมายไทยข้อกำหนดตามกฎหมายที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ไม่เพียงพอ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเอกเทศสัญญาในเรื่องของการให้สิทธิในการใช้ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ไว้เป็นการเฉพาะ เช่น สัญญาอนุญาตให้ใช้ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ (License Contract) หรือ สัญญาการเข้าถึงข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ (Access Contract) เป็นต้น นอกจากนี้ ไม่มีการแยกแยะระดับความรับผิดชอบระหว่างสัญญาระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเอง และสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค ผู้เขียนเห็นว่าในอนาคต ควรต้องมีการศึกษาเชิงลึกในทางวิชาการ และบัญญัติกฎหมายออกมารองรับดังเช่น UTCIA ของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อให้ทั้งผู้ประกอบการและผู้บริโภคหรือผู้ใช้ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์จะได้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้เบื้องต้น เป็นการลดความไม่แน่นอนในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา และยังทำให้ศาลมีกฎหมายเป็นเครื่องมือในการตัดสินคดีได้อย่างเป็นธรรม

แนวทางที่สอง เป็นการฟ้องร้องให้รับผิดชอบในมูลละเมิด (negligence liability approach) เป็นแนวทางที่เปิดช่องให้ผู้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินเนื่องมาจากความซื่อสัตย์สุจริตหรือความไม่ปลอดภัยของสินค้าฟ้องร้องผู้ผลิตหรือผู้พัฒนาซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความรับผิดชอบประมาทเลินเล่อขึ้นอยู่กับหลักการของการพิสูจน์ความผิด (liability based on fault) ทำให้ภาระการพิสูจน์เป็นอุปสรรคของโจทก์เป็นอย่างมาก

ยิ่ง ซึ่งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ศาลได้นำหลัก *res ipsa loquitur* หรือหลักสันนิษฐานในทางข้อเท็จจริงมาใช้เพื่อโอนภาระการพิสูจน์ให้ไปอยู่กับฝ่ายจำเลย

แนวทางที่สาม การฟ้องร้องโดยอาศัยหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability approach) เป็นหลักกฎหมายสมัยใหม่ที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความไม่ปลอดภัยของสินค้า โดยผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ซื้อสินค้ามาเอง และไม่ต้องคำนึงถึงความจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ของผู้ประกอบการ ซึ่งหลักกฎหมายนี้มีนโยบายมุ่งเน้นเพื่อกระตุ้นให้ผู้ผลิตเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นหากผู้ผลิตได้นำสินค้าที่ไม่ปลอดภัยนั้นออกจำหน่ายสู่ท้องตลาด อันจะทำให้มีความระมัดระวังในการผลิตสินค้ามากขึ้น (loss minimization) และเป็นการกระจายความสูญเสียอันอาจเกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยไม่ให้บาปเคราะห์ตกอยู่กับผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้บริโภคสินค้าหรือผู้ที่อยู่ข้างเคียง (loss spreading)

เมื่อพิจารณาถึงเรื่องซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ในมุมมองของผู้บริโภคหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายย่อมประสงค์ที่จะฟ้องร้องภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดเพื่อเป็นการตัดภาระการพิสูจน์ของตน และสามารถฟ้องร้องได้ทั้งผู้จำหน่ายและผู้ผลิตให้ต้องรับผิดชอบได้ อย่างไรก็ตาม ด้วยพื้นฐานหลักการของความรับผิดโดยเคร่งครัดนั้น มาจากนโยบายที่จะเพิ่มความระมัดระวังและกระจายความเสี่ยงไปให้แก่ผู้ประกอบการที่ผลิตและจำหน่ายสินค้าคราวละมากๆ (mass market production/distribution) ซึ่งไม่ใช่ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ทุกประเภทจะมีลักษณะเช่นนี้ จึงจะเป็นการไม่เป็นธรรมต่อวงการพัฒนาซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ที่จะกำหนดให้ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ทุกประเภทต้องอยู่ภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด ผู้เขียนเห็นว่าซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ที่จะอยู่ภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดนั้น ควรเป็นเฉพาะซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์มาตรฐานหรือแพ็คเกจซอฟต์แวร์หรือซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ที่พัฒนาและจำหน่ายคราวละมากๆ เท่านั้น ส่วนซอฟต์แวร์ประเภทอื่นผู้พัฒนาหรือผู้จำหน่ายจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ที่ไม่ปลอดภัยหรือไม่ จะต้องพิจารณาตามหลักในเรื่องความรับผิดตามสัญญา และความรับผิดทางละเมิดบนพื้นฐานของความผิด ไม่สามารถฟ้องร้องในความเสียหายอันเกิดขึ้นจากตัวซอฟต์แวร์เองได้

นอกจากนี้ ในทางกฎหมายยังไม่มีที่แน่ชัดว่าซอฟต์แวร์ควรจะอยู่ภายใต้หลักกฎหมายความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability) หรือไม่ ซึ่งพอมีแนวทางพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศได้ว่าจะต้องเป็นซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์มาตรฐาน (standard or package software) ซึ่งจำหน่ายโดยสื่อกลางที่เป็นวัตถุมีรูปร่างเท่านั้น จึงจะสามารถเป็นสินค้า

ภายใต้หลัก strict liability นี้ อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการบางท่านเห็นว่าซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์มาตรฐานที่ผลิตออกจำหน่ายเป็นจำนวนมากนั้น ควรต้องรับผิดชอบภายใต้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดโดยไม่คำนึงถึงว่ามีการนำออกจำหน่ายโดยสื่อกลางที่มีรูปร่างหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นนี้

จากการที่ได้ศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายในต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายที่มีอยู่ในประเทศไทย ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังนี้

(1) ควรมีการบัญญัติแยกกรณีเอกเทศสัญญาสำหรับกรณีของนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลทางคอมพิวเตอร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การอนุญาตให้ใช้ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ ควรมีการกำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดของคู่สัญญาไว้ให้ชัดเจน และในการกำหนดช้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดไว้ในสัญญานั้น จะต้องเป็นการชัดแจ้งและมีความสมเหตุสมผล โดยผู้ให้หรือผู้รับอนุญาตจะต้องได้มีโอกาสอ่านและเข้าใจเงื่อนไขดังกล่าว และตัดสินใจว่าจะยอมรับเงื่อนไขเกี่ยวกับช้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดนั้นหรือไม่ หากผู้รับอนุญาตไม่ยอมรับเงื่อนไขดังกล่าว กฎหมายจะต้องกำหนดให้สิทธิผู้รับอนุญาตในการยกเลิกการติดตั้ง นำแพคเกจไปคืนผู้จำหน่าย (กรณีแพคเกจซอฟต์แวร์) บอกลีกสัญญา และเรียกค่าตอบแทนที่ชำระไปแล้วคืนได้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวไม่ควรนำมาใช้กับกรณีของ ฟรีแวร์ หรือการนำซอฟต์แวร์ออกเผยแพร่โดยไม่หวังผลกำไรในทางธุรกิจ ทั้งนี้ ในระหว่างที่ประเทศไทยยังไม่มีตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวใช้บังคับ ศาลควรจะได้อ้างอิงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาประเภทดังกล่าว เพื่อจะได้นำตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีให้มากที่สุด

(2) ควรกำหนดคำจำกัดความคำว่า “สินค้า” ใน พ.ร.บ. ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ให้ชัดเจนว่ารวมถึงซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ประเภทซอฟต์แวร์มาตรฐาน (Package Software) ที่มีการผลิตในลักษณะของ Mass Production เท่านั้น เพื่อไม่ให้กระทบต่อวงการพัฒนาซอฟต์แวร์ของไทยซึ่งมักเป็นผู้ประกอบการรายย่อย และเพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้พัฒนาซอฟต์แวร์ประเภท Bespoke Software หรือ Customized Software ซึ่งพัฒนาขึ้นตามความต้องการของผู้ว่าจ้างเฉพาะราย

(3) กรณีของการฟ้องร้องเพื่อให้ผู้ผลิตหรือผู้พัฒนาซอฟต์แวร์ประเภท Bespoke Software หรือ Customized Software ควรใช้หลักความรับผิดตามสัญญา หรือความรับผิดทางละเมิดบนพื้นฐานของความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (liability based on fault) โดยไม่ใช้หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) บังคับ อย่างไรก็ตาม ศาลควรนำหลัก *res*

*ipsa loquitur* มาปรับใช้เพื่อเป็นการลดภาระการพิสูจน์แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์

(4) พ.ร.บ. ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 กำหนดให้สินค้าที่ไม่ปลอดภัยหมายถึงสินค้าที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ไม่ว่าจะป็นกรณีที่เกิดขึ้นเพราะการผลิต การออกแบบ หรือการไม่ได้กำหนดวิธีใช้ วิธีเก็บรักษา หรือคำเตือน ว่าจะต้องเป็นไปตามปกติธรรมดาของสินค้าอันพึงคาดหมายได้ ผู้เขียนเห็นควรให้แยกเรื่องการพิจารณาความไม่ปลอดภัยในตัวสินค้าจากการออกแบบออกจากความไม่ปลอดภัยที่เกิดขึ้นจากการผลิตดังเช่นกำหนดไว้ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา โดยในกรณีของความไม่ปลอดภัยที่เกิดขึ้นจากการออกแบบ (design defect) ควรใช้หลัก risk-utility test กล่าวคือ พิจารณาว่าหากมีการเปลี่ยนแปลงแบบซึ่งสามารถกระทำได้ตามความรู้ที่พื้มีในขณะนั้นด้วยค่าใช้จ่ายที่ไม่มากนัก ประกอบกับการเปลี่ยนแปลงแบบนั้นจะไม่ใช่เป็นการลดอรรถประโยชน์ของซอฟต์แวร์ลงจนเกินสมควรแล้ว จะสามารถป้องกันอันตรายหรือเป็นการหลีกเลี่ยงความไม่ปลอดภัยได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นเห็นว่าในส่วนซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ ไม่ว่าจะป็นขั้นตอนของการออกแบบก่อนลงรหัส หรือการเขียนรหัส (coding) ควรถือเป็นการออกแบบ ส่วนการทำสำเนา หรือการเขียน (write) ลงแผ่นซีดี หรือดีวีดี ถือเป็นการผลิต

(5) ตามหลัก Strict Liability เป็นหลักการที่ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ความผิดหรือความประมาทเลินเล่อของจำเลย แต่ต้องพิสูจน์ว่าสินค้ามีความไม่ปลอดภัย (defect) และ ตนได้รับความเสียหายจากความไม่ปลอดภัยดังกล่าว (causation) แต่เมื่อพิจารณาจากมาตรา 6 ของ พ.ร.บ. ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ผู้เสียหายต้องพิสูจน์เพียงว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดาเท่านั้น การที่ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ปลอดภัยและความสัมพันธ์ระหว่างความไม่ปลอดภัยกับความเสียหายทำให้ความรับผิดตาม พ.ร.บ. ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 นี้เป็นความรับผิดเด็ดขาดแบบ absolute liability ก่อให้เกิดภาระให้แก่ผู้ประกอบการเกินสมควร จึงควรกำหนดภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายให้ครอบคลุมถึงเรื่องความไม่ปลอดภัยและความสัมพันธ์ระหว่างความไม่ปลอดภัยกับความเสียหายด้วย

(6) ควรกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดในกรณี state-of-the-art defense (ความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในขณะนั้นไม่สามารถเป็นที่คาดหวังได้ว่าผู้ผลิต

สินค้าเช่นนั้นจะสามารถทราบได้ว่าความชำรุดบกพร่องของสินค้านั้นมีอยู่ในขณะที่สินค้าอยู่ในความควบคุมของตน) ไว้ในพ.ร.บ. ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เนื่องจากเนื่องจากเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าไม่มีทางที่จะผลิตซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ที่ปราศจากข้อผิดพลาด (bug) ได้ นอกจากนี้ ความเสถียรของซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ยังขึ้นอยู่กับสถานะแวดล้อมของซอฟต์แวร์และฮาร์ดแวร์จำนวนมาก ผู้ประกอบการจึงควรยกข้อต่อสู้ได้ว่าตนได้ออกแบบและผลิตอย่างดีที่สุดตามความรู้ที่มีอยู่ในขณะนั้นแล้ว

(7) ในพ.ร.บ. ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 5 กำหนดให้ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมกันรับผิด แต่ไม่ได้บัญญัติให้ชัดเจนว่ารับผิดในฐานะลูกหนี้ร่วมกันใช่หรือไม่ จะนำหลัก jointly and severally liable และ market sharing มาใช้หรือไม่ ควรที่จะแก้ไขให้มีความชัดเจน