แนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล

สกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2563

แนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล

สกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์

คณะนิติศาสตร์

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

..... ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร)

..... กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์)

..... กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร)

..... คณบดี

(รองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกร)

_____/_____/_____

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	แนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล
ชื่อผู้เขียน	สกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2563

วิทยานิพนธ์นี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาเพื่อค้นหาและเสนอแนะแนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล โดยใช้วิธีการวิจัยเชิงเอกสาร ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล ทั้งกฎหมายไทยที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ ซึ่งเป็นการศึกษาในประเด็นเรื่อง ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนและหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด การคุ้มครองผู้บริโภคกรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล และกรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย และสิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล จากการศึกษาพบว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแม้จะมีอยู่หลายฉบับแต่ก็ขาดความเหมาะสม เนื่องจากไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อนำมาใช้บังคับแก่กรณีผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะจึงอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค

ดังนั้น จึงได้เสนอแนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล โดยนำหลักการทางกฎหมายระหว่างประเทศ คือ กฎหมายสหภาพยุโรป และกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายสหราชอาณาจักรและกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลขึ้นใช้บังคับในประเทศไทย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าต้องมีการบัญญัติกฎหมายพิเศษขึ้นมาต่างหากเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะ

ABSTRACT

Title of Thesis	Guidelines for the Development of Consumer Protection Law on Digital Content
Author	Sakunphong Treesomphong
Degree	Master of Laws
Year	2020

This thesis aims is to study to investigate and suggest the guidelines for development of consumer protection laws on digital content by documented methods, study for the consumer protection laws on digital content, including enforcing Thai laws, International Laws and Foreign Law in comparative law perspective. The research is involved of the Definition and the scope of consumer protection on digital content, consumer protection on pre-contract and post-contract for the contract to supply digital content, standard for digital content and consumer remedial threshold in case of supplying digital content that non-conformation of said standard, consumers protection in case of entrepreneur does not have the right to supply digital content and digital content cause damages to other digital content or damages of consumer's devices issue, right to freely terminate the contract to supply digital content and unfair contract issues of consumers. The result of the research illustrates that the current Thai Consumer protection law in many versions is inappropriate because they have not been specifically constructed applicable to

digital content's consumers which may cause injustice to the consumers.

Accordingly, this thesis is to present the guidelines for development of Consumer Protection laws on digital content by applying international laws, namely EU law and foreign laws, including UK law and German law as a guideline for the development of the Consumer Protection laws on digital content to be enforced in Thailand. The authors suggest that it is necessary to legislate a specific individual law for consumer protection on digital content.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาและความช่วยเหลือของบุคคลหลายท่าน ลำดับแรก ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านกรุณาสละเวลาอันมีค่าในการให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ช่วยชี้ให้ผู้เขียนเห็นประเด็นข้อกฎหมายที่หลากหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อกฎหมายต่างประเทศ และท่านยังมีความใจกว้างรับฟังข้อชี้แจงของผู้เขียนเสมอมา ลำดับต่อมา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร เป็นอย่างสูงที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ เป็นบุคคลสำคัญที่ผลักดันให้ผู้เขียนผลิตงานชิ้นนี้จนสำเร็จ และที่ขาดไม่ได้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ในวาระแรกเริ่มและยังกรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียนอีกโสดหนึ่ง คำแนะนำของท่านอาจารย์ทั้งสามเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการเปิดมุมมองทางกฎหมายของผู้เขียนให้กว้างขวางยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และคุณยายของผู้เขียน ผู้ที่ให้กำเนิดและเลี้ยงดูผู้เขียนจนเติบใหญ่อีกทั้งยังคอยให้กำลังใจแก่ผู้เขียนเสมอมา ผู้เขียนขอมอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้แก่พวกท่านเพื่อตอบแทนความรักความเมตตาที่มีให้แก่ผู้เขียน

ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนเจย์ (นายราชภัฏ สุ่มจินดา) ที่คอยให้คำปรึกษาแก่ผู้เขียนในด้านภาษาอังกฤษ รวมถึงกัลยาณมิตรทั้งหลายที่คอยช่วยเหลือผู้เขียนในหลาย ๆ ด้าน โดยไม่อาจเอ่ยนามได้หมดในที่นี้

ผู้เขียนขอขอบคุณปีใหม่ (นางสาวสุพิชญา วังชัยเรืองศรี) และน้องเฟิร์น (นางสาวชนัญญา พูยุง) ที่คอยเป็นกำลังใจ คอยกระตุ้นเตือนผู้เขียนให้ผลิตงานชิ้นนี้จนแล้วเสร็จ และยังช่วยตรวจทานความสมบูรณ์ของถ้อยคำในวิทยานิพนธ์ให้อีก

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ที่ได้มอบทุนการศึกษาให้แก่ผู้เขียน ช่วยเปิดโอกาสในการศึกษาต่อของผู้เขียนให้เป็นจริงขึ้นมาได้ และขอขอบคุณตัวผู้เขียนเองที่อดทนกับความทุกข์ยากตลอดการศึกษาและบากบั่นจนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขึ้นมาได้

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนหวังว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์และมีคุณค่าต่อวงการนิติศาสตร์ไม่มากก็น้อย แต่หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์

พฤษภาคม 2564

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อ ..... ค

ABSTRACT ..... ง

กิตติกรรมประกาศ ..... ฉ

สารบัญ ..... ช

บทที่ 1 บทนำ 1

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา 5

1.3 ขอบเขตของการศึกษา 5

1.4 สมมติฐานในการศึกษา 5

1.5 วิธีที่ใช้ในการศึกษา 6

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา 6

บทที่ 2 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลและการคุ้มครองผู้บริโภค 7

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล 7

2.1.1 ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล 7

2.1.1.1 ความหมายทั่วไป 7

2.1.1.2 ความหมายในทางกฎหมาย 10

2.1.2 ความสำคัญของเนื้อหาดิจิทัล 10

2.1.3 สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 12

2.1.3.1 ความหมายของสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 13

2.1.3.2 สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในรูปแบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ 16

2.1.3.3 ลักษณะของการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 18

2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค 19
2.2.1 วิวัฒนาการและแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและการคุ้มครองสิทธิภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค 20
2.2.2 ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค 24
2.2.2.1 หลักผู้ซื้อต้องระวัง 24
2.2.2.2 หลักความรับผิดเฉพาะคู่กรณีในสัญญา 24
2.2.2.3 การไม่ให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Will) 25
2.2.2.4 ทฤษฎีความรับผิดในทางละเมิดซึ่งใช้บทสันนิษฐานความผิด (Presumption of Fault) 26
2.2.3 ลักษณะของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค 26
2.2.4 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค 29
2.2.4.1 มาตรการเชิงป้องกันความเสียหาย (Preventive Measures) 29
2.2.4.2 มาตรการเชิงเยียวยาแก้ไขความเสียหาย (Remedial or Corrective Measures) 29
2.2.5 สิทธิของผู้บริโภค 30
2.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล 33
2.3.1 แนวทางเกี่ยวกับนโยบายด้านผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่สามารถจับต้องได้ ของ OECD 33
2.3.2 ยุทธศาสตร์ตลาดดิจิทัลเดียวของสหภาพยุโรป 35
บทที่ 3 หลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลในต่างประเทศ 37
3.1 ความหมายและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล 38
3.1.1 ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล 39
3.1.1.1 สหภาพยุโรป 39
3.1.1.2 สหราชอาณาจักร 45
3.1.1.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 48
3.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล 50

3.1.2.1 สหภาพยุโรป 50
3.1.2.2 สหราชอาณาจักร 54
3.1.2.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 56
3.2 การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 57
3.2.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา 57
3.2.1.1 สหภาพยุโรป 57
3.2.1.2 สหราชอาณาจักร 60
3.2.1.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 61
3.2.2 มาตรการควบคุมสัญญา 62
3.3 การคุ้มครองผู้บริโภคหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 62
3.3.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา 63
3.3.1.1 สหภาพยุโรป 63
3.3.1.2 สหราชอาณาจักร 64
3.3.1.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 64
3.3.2 การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ 65
3.3.2.1 สหภาพยุโรป 65
3.3.2.2 สหราชอาณาจักร 67
3.3.2.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 68
3.3.3 กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 68
3.3.3.1 สหภาพยุโรป 69
3.3.3.2 สหราชอาณาจักร 69
3.3.3.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 70
3.3.4 กรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย 70

3.3.4.1 สหภาพยุโรป 71
3.3.4.2 สหราชอาณาจักร 72
3.3.4.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 74
3.3.5 สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภค 74
3.3.5.1 สหภาพยุโรป 74
3.3.5.2 สหราชอาณาจักร 77
3.3.5.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 79
3.3.6 ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 80
3.3.6.1 สหภาพยุโรป 80
3.3.6.2 สหราชอาณาจักร 82
3.3.6.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 84
3.4 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด 84
3.4.1 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล 85
3.4.1.1 สหภาพยุโรป 85
3.4.1.2 สหราชอาณาจักร 87
3.4.2 มาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด 95
3.4.2.1 สหภาพยุโรป 95
3.4.2.2 สหราชอาณาจักร 98
บทที่ 4 หลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลในประเทศไทย 104
4.1 ความหมายและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล 105
4.1.1 ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล 105
4.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล 111
4.2 การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 114

4.2.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา 114
4.2.2 มาตรการควบคุมสัญญา 118
4.3 การคุ้มครองผู้บริโภคหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 120
4.3.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา 121
4.3.2 การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ 123
4.3.3 กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 123
4.3.4 กรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย 124
4.3.5 สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภค 124
4.3.6 ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 126
4.4 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด 131
บทที่ 5 บทวิเคราะห์แนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล 132
5.1 ความหมายและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล 132
5.1.1 ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล 132
5.1.1.1 การให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลตามรูปแบบการปรากฏตัวของเนื้อหาดิจิทัล 132
5.1.1.2 การให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลตามลักษณะสำคัญของเนื้อหาดิจิทัล 135
5.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล 136
5.1.2.1 สื่อที่ใช้ในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 136
5.1.2.2 การชำระราคาของเนื้อหาดิจิทัล 139
5.2 การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 141
5.2.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา 142
5.2.2 มาตรการควบคุมสัญญา 145
5.3 การคุ้มครองผู้บริโภคหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 147

5.3.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา 147
5.3.2 การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ 149
5.3.3 กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 150
5.3.4 กรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย 151
5.3.5 สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภค 152
5.3.6 ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 153
5.4 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด 153
5.4.1 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล 154
5.4.2 มาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด 159
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 162
6.1 บทสรุป 162
6.2 ข้อเสนอแนะ 164
6.2.1 ความหมายและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล 164
6.2.1.1 ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล 164
6.2.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล 164
6.2.2 การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 165
6.2.2.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา 165
6.2.2.2 มาตรการควบคุมสัญญา 166
6.2.3 การคุ้มครองผู้บริโภคหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 166
6.2.3.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา 166
6.2.3.2 การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ 167
6.2.3.3 กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล 167

6.2.3.4 กรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย 167
6.2.3.5 สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภค 167
6.2.3.6 ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม 168
6.2.4 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด 168
6.2.4.1 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล 168
6.2.4.2 มาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด 170
บรรณานุกรม 171
ภาคผนวก 175
ประวัติผู้เขียน 181

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าโลกได้เข้าสู่ยุคดิจิทัลอย่างสมบูรณ์แล้ว อันจะเห็นได้ชัดจากสื่อต่าง ๆ ซึ่งอยู่ในระบบแอนะล็อกมีแต่จะลดความสำคัญลง ในขณะที่อินเทอร์เน็ตและสื่อดิจิทัลทวีความสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ ในยุคนี้น้อยคนนักที่จะติดตามข้อมูลข่าวสารผ่านสื่อที่เป็น ฉบับพิมพ์ (Hard Copy) อย่างหนังสือพิมพ์ หรือนิตยสาร อันเป็นสินค้าที่จับต้องได้ (Tangible) ซึ่งในปัจจุบันมียอดขายลดลงมาก บางฉบับก็ต้องปิดตัว เปลี่ยนเป็นสื่อสิ่งพิมพ์แจกฟรี หรือขายในรูปแบบดิจิทัลอย่างเต็มตัว[1] แม้แต่สื่อที่ในอดีตถือว่ามีความรวดเร็วมากที่สุดอย่างโทรทัศน์และวิทยุก็ต้องมีการปรับตัว อันจะเห็นได้จากการมาของช่องโทรทัศน์ในระบบดิจิทัล และการปิดตัวลงของคลื่นวิทยุที่เคยได้รับความนิยมในอดีต[2] นั่นเป็นเพราะพฤติกรรมของผู้บริโภคได้เปลี่ยนแปลงไป ผู้บริโภคนิยมติดตามข่าวสารจากสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) หรือข่าวสารจากอินเทอร์เน็ตซึ่งรวดเร็วและมีราคาถูก นอกจากนี้ในส่วนของความบันเทิง การทำงาน และเนื้อหา (Contents) ที่เราใช้ในชีวิตประจำวันอื่น ๆ นั้น ล้วนถูกเก็บไว้ในรูปแบบดิจิทัล ซึ่งไม่สามารถจับต้องได้ (Intangible) เช่น เพลง เกม ภาพยนตร์ บริการเก็บข้อมูลแบบ Cloud Computing หรือการประมวลผลบนกลุ่มเมฆ ซึ่งสามารถส่งมอบ (Supply) ให้แก่กันได้โดยไม่ต้องอาศัยสื่อบันทึกข้อมูลในการส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่กันอีกต่อไป แต่ผู้บริโภคสามารถดาวน์โหลดเนื้อหานั้น ๆ ผ่านอินเทอร์เน็ตมาเก็บไว้ที่อุปกรณ์ของตนได้โดยตรงเลย หรือแม้กระทั่งไม่จำเป็นต้องดาวน์โหลดเนื้อหาดิจิทัลมาไว้ที่เครื่องของตน แต่อาศัยการ Streaming คือการเล่นไฟล์นั้น ๆ ได้โดยไม่จำเป็นต้องดาวน์โหลดจนครบไฟล์ก่อนและไม่จำเป็นต้องบันทึกไฟล์ไว้ในอุปกรณ์เป็นการถาวร ทำให้สื่อบันทึกซึ่งเคยได้รับความนิยมอย่างแผ่นซีดี หรือกระดาษ ลดความสำคัญลง ผู้ผลิต ผู้จำหน่ายเนื้อหาเหล่านี้หันไปผลิตและจำหน่ายในรูปแบบดิจิทัล

---

[1] **ไทยพับลิก้า**, “อุตสาหกรรมสิ่งพิมพ์ไทย “นิตยสาร” ปิดตัว เปลี่ยนเวที – “หนังสือพิมพ์“ ทรงกับทรุด – งานหนังสือยอดขายลด 25%,” ค้นวันที่ 2 มกราคม 2560 จาก http://thaipublica.org/2016/01/print-1/

[2] **มติชนออนไลน์**, “เจ๊งอีก! ‘คลื่นซี้ด 97.5’ ปิดตำนาน 11 ปี เหตุพฤติกรรมกลุ่มเป้าหมายเปลี่ยนทำรายได้ลดลง,” ค้นวันที่ 3 มกราคม 2560 จาก http://www.matichon.co.th/news/370334

ดาวน์โหลดแทนเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภคที่มีพฤติกรรมเปลี่ยนไปตามยุคสมัย เราอาจจะฟังเพลงที่ซื้อมาจาก iTunes เล่นเกมคอมพิวเตอร์ที่ซื้อมาจาก Steam อ่านหนังสือที่วางจำหน่ายในรูปแบบ E-Book หรือแม้กระทั่งชมภาพยนตร์ที่หลากหลายผ่านระบบ Streaming โดย Netflix ซึ่งชำระค่าบริการเป็นรายเดือนทุกวันนี้จึงแทบจะไม่มีใครซื้อสิ่งเหล่านี้มาบริโภคในรูปแบบ Hard Copy อีกแล้ว

ถึงแม้ว่าเนื้อหาดิจิทัล (Digital Content) จะเป็นสิ่งที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก เนื่องจากการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลนั้นรวดเร็วและมีราคาถูกกว่าการซื้อสินค้ารูปแบบที่จับต้องได้ (เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจสามารถประหยัดงบประมาณในการจัดทำหีบห่อบรรจุภัณฑ์และการจัดส่งสินค้า) หลายครั้งผู้บริโภคอาจประสบปัญหาบางประการ เช่น เพลงที่เราซื้อมาไม่สามารถเล่นกับอุปกรณ์ที่เรามีได้ หรือซอฟต์แวร์ที่ซื้อมากลับหยุดการทำงานกะทันหัน (Error) ยังไม่รวมถึงปัญหาอื่น ๆ ที่ผู้บริโภคอาจจะได้รับ เช่น ซอฟต์แวร์บางตัวอาจทำให้อุปกรณ์คอมพิวเตอร์เกิดความเสียหาย อย่างกรณี โปรแกรม Baidu PC Faster ที่ถูกผู้ใช้วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างมากว่าทำให้คอมพิวเตอร์รวน ไม่สามารถใช้งานได้ตามปกติ[3] การโฆษณาหรือสื่อสารข้อมูลที่เกินจริง เช่น ผู้พัฒนาเกมได้เปิดตัวเกมดังกล่าวในงานนิทรรศการเกมด้วยภาพยนตร์ตัวอย่างที่แสดงกราฟิกที่สวยงาม ระบบการเล่นที่ดี แต่ตัวเกมจริงที่นำออกวางจำหน่ายกลับไม่มีสิ่งเช่นว่านั้นเลย[4] ประกอบกับแนวโน้มการจำหน่ายเนื้อหาดิจิทัลในปัจจุบันก็มักจะเป็นการจำหน่ายล่วงหน้าให้ผู้บริโภคจ่ายเงินสั่งจอง (Pre-Order) ก่อนเนื้อหาดิจิทัลนั้นจะวางจำหน่าย ทั้ง ๆ ที่ยังพัฒนาไม่เสร็จด้วยซ้ำ บางครั้งยังไม่มีตัวอย่างภาพ หรือรายละเอียดที่เปิดเผยออกมาจากตัวผู้พัฒนาเลย แม้กระทั่งรายละเอียดที่สำคัญอย่างความต้องการขั้นต่ำของระบบ (Minimum Specification Requirement) ของอุปกรณ์ที่รองรับเนื้อหาดิจิทัลนี้ ทำให้บางครั้งเมื่อผู้บริโภคได้รับมอบเนื้อหาดิจิทัลมาแต่ก็ไม่สามารถเล่นกับอุปกรณ์ของผู้บริโภคได้ สาเหตุของปัญหาทั้งหลายเหล่านี้เป็นเพราะเนื้อหาดิจิทัลมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากสินค้าและบริการทั่วไปอันเนื่องมาจากความเป็นสินค้าที่ไม่สามารถจับต้องได้ และในการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลมักเป็นการทำสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง ทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถเข้าถึงเนื้อหา

---

[3] **ผู้จัดการออนไลน์**, “เผยเบื้องหลังไป่ตู้ถูกผู้ใช้ไทยสวดยับ,” ค้นวันที่ 28 มิถุนายน 2560 จาก http://www.manager.co.th/Cyberbiz/viewNews.aspx?NewsID=9570000072178

[4] Andy Chalk, **Gearbox Dropped from Aliens: Colonial Marines Lawsuit**, Retrieved June 28, 2017 from http://www.pcgamer.com/gearbox-dropped-from-aliens-colonial-marines-lawsuit/; Thenyx, **งานเข้า Gearbox โดนฟ้องฐานทำเกมแหกตาประชาชน**, ค้นวันที่ 28 มิถุนายน 2560 จาก http://www.juropy.com/2013/05/งานเข้า-gearbox-โดนฟ้องฐานทำเก/

ดังกล่าวเพื่อพิจารณาให้ถี่ถ้วนได้ก่อนสั่งซื้อ จะทราบว่าตัวเนื้อหาดิจิทัลมีเนื้อหาเป็นอย่างไร มีข้อผิดพลาดหรือไม่ก็ต่อเมื่อซื้อมาใช้งานแล้ว ผู้บริโภคทำได้เพียงตัดสินใจซื้อโดยพิจารณาจากคำพรรณนาของผู้ขายเท่านั้น อย่างมากก็อาจทดลองใช้เนื้อหาดิจิทัลฉบับทดลองใช้ (Trial Version, Demo Version) ตามที่ผู้ประกอบธุรกิจบางรายเปิดให้ทดลองใช้ได้ก่อนซื้อจริง และเมื่อสินค้ามีปัญหา บ่อยครั้งผู้บริโภคก็ไม่ได้ตื่นตัวกับสิทธิของพวกเขามากเท่าที่ควร[5] ซึ่งอาจเป็นเพราะการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นมักอยู่ในรูปของสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้บริโภคไม่สามารถต่อรองรายละเอียดในสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจได้ มีแต่เพียงกดปุ่มยอมรับเงื่อนไขการให้บริการและเลือกเนื้อหาดิจิทัลตามที่ผู้ประกอบธุรกิจจัดไว้ให้เท่านั้น ตลอดจนการขาดความรู้ความเข้าใจในเรื่องเทคนิคทางคอมพิวเตอร์ซึ่งมีความซับซ้อนจนผู้บริโภคทั่วไปไม่เข้าใจถึงรายละเอียดและสาเหตุแห่งปัญหาที่เกิดขึ้นกับตน ตลอดจนเบื่อหน่ายต่อความยุ่งยากที่จะตามมาหากมีการเรียกร้องสิทธิอันตนพึงจะได้รับ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีกฎหมายเข้ามารองรับเพื่อแก้ไขปัญหาเหล่านี้ ซึ่งกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีทั่ว ๆ ไปขาดความเหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับให้เกิดความเป็นธรรมในหลาย ๆ กรณีด้วยกัน โดยเริ่มตั้งแต่การให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล ซึ่งมีสภาพเป็นเพียงข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งประกอบไปด้วยเลขฐานสอง ไม่มีรูปร่างที่สามารถจับต้องได้แต่อย่างใด ซึ่งหากจะจับต้องได้ก็เป็นเพียงสื่อบันทึกข้อมูลเท่านั้น อันเป็นลักษณะเฉพาะของเนื้อหาดิจิทัล จึงเป็นเหตุให้บทบัญญัติที่ออกแบบมาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งบริโภคสินค้าและบริการในกรณีทั่ว ๆ ไปนั้นไม่สามารถนำมาปรับใช้กับเนื้อหาดิจิทัลได้อย่างเหมาะสม โดยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายไทยฉบับให้ความหมายของคำนี้ไว้โดยเฉพาะ ไม่มีการแยกเนื้อหาดิจิทัลออกมาจากสินค้าและบริการ จึงไม่อาจกำหนดขอบเขตได้ว่ารัฐจำเป็นจะต้องคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลชนิดหรือประเภทใดอย่างไรบ้าง นำไปสู่ความจำเป็นที่จะต้องพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลให้ครอบคลุมทั้งระบบ รวมไปถึงการคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลซึ่งจะเน้นไปที่การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภค การกำหนดมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคซึ่งบริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานดังกล่าว ตลอดจนการคุ้มครองผู้บริโภคหลังทำสัญญาในหลายกรณี คือ การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลแล้ว การคุ้มครองผู้บริโภคกรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้ตามสัญญา กรณีเนื้อหาดิจิทัลหนึ่งทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภค และการคุ้มครองผู้บริโภคโดยให้สิทธิในการเลิกสัญญาอย่างอิสระแก่ผู้บริโภค

---

[5] European Commission, **Digital contracts for Europe**, para. 1, Retrieved January 2, 2017 from http://ec.europa.eu/justice/contract/digital-contract-rules/index_en.htm

สำหรับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศอดีตสหภาพยุโรปอย่างสหราชอาณาจักร ได้มีความเคลื่อนไหวที่น่าสนใจในเรื่องนี้คือการออกพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ในปี ค.ศ. 2015 (Consumer Rights Act 2015) ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในเนื้อหาดิจิทัลไว้โดยเฉพาะ ที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งคือการบัญญัติถึงมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้บริโภคควรจะได้รับ เช่น เนื้อหาดิจิทัลต้องมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ที่จะนำไปใช้ และต้องตรงกับคำพรรณนาของผู้ประกอบธุรกิจ หากไม่เป็นไปเช่นนั้นผู้บริโภคก็มีสิทธิได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของเนื้อหาดิจิทัล ในขณะที่สหภาพยุโรปมีร่างข้อเสนอข้อกำหนดของคณะกรรมาธิการยุโรปและคณะมนตรียุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล (Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content) ฉบับที่มีการเสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 ต่อมาได้ตราเป็นข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 (Directive (EU) 2019/770 The European Parliament and of The Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content) ซึ่งมีเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงนวัตกรรมทางกฎหมายที่ก้าวหน้าอยู่ไม่น้อยเพื่อบรรลุยุทธศาสตร์ตลาดดิจิทัลเดียว (Single Digital Market Strategy) ของสหภาพยุโรป[6]

จะเห็นได้ว่าด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและเศรษฐกิจจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประเทศไทยจะต้องมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลเป็นการเฉพาะ เพราะกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคนั้นจำเป็นจะต้องทันกับยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงในการบริโภคสินค้าและบริการ[7] ซึ่งการมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลนั้นนอกจากจะเป็นไปเพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคแล้วยังสอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจดิจิทัลอันเป็นกลไกสำคัญในการขับเคลื่อนประเทศไทยไปสู่ยุคใหม่อีกด้วย โดยจะเป็นการกระตุ้นให้เกิดความตื่นตัวทั้งจากผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคในตลาดดิจิทัล และที่สำคัญที่สุดคือทำให้ผู้บริโภคมีความตระหนักถึงสิทธิของตนไม่ยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจเอารัดเอาเปรียบอีกต่อไป

---

[6] The European Council, **Digital single market for Europe**, Retrieved July 10, 2017 from http://www.consilium.europa.eu/en/policies/digital-single-market-strategy/

[7] สุษม ศุภนิตย์, **คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค**, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า ข.

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1) เพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลและวิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

2) เพื่อเปรียบเทียบหลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลของต่างประเทศและประเทศไทย

3) เพื่อวิเคราะห์แนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล

4) เพื่อค้นหาและเสนอแนะแนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

1) ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540, พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ตลอดจนประกาศระเบียบ ข้อบังคับที่ออกโดยคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติดังกล่าว และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

2) ศึกษากฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ โดยเฉพาะในประเทศที่มีความก้าวหน้าในเศรษฐกิจดิจิทัลอย่างประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป ทั้งกฎหมายของสหภาพยุโรปเอง กฎหมายของประเทศสมาชิกคือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และอดีตสมาชิกอย่างสหราชอาณาจักร เพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลของประเทศไทยต่อไป

1.4 สมมติฐานในการศึกษา

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคฉบับอื่น ๆ ของไทยยังไม่มีความเหมาะสมเพียงพอ สำหรับการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลเนื่องจากสินค้าและบริการตามกฎหมายฉบับดังกล่าวมีลักษณะที่แตกต่างกับเนื้อหาดิจิทัล เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ เช่น กฎหมายของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป ที่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลซึ่งมีรูปแบบและเนื้อหาที่ดีและเหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของเนื้อหา

ดิจิทัล จึงมีความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องมีกฎหมายสำหรับคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะ ซึ่งควรต้องบัญญัติขึ้นใหม่เป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเฉพาะเรื่อง โดยควรมีเนื้อหาเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล ค.ศ. 2019 (Directive (EU) 2019/770 The European Parliament and of The Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content)และพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 (Consumer Rights Act 2015) ของสหราชอาณาจักร

1.5 วิธีที่ใช้ในการศึกษา

การศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะดำเนินการศึกษาในลักษณะวิจัยเชิงเอกสาร โดยทำการค้นคว้าจากเอกสารทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ และรวบรวมข้อมูลจากเอกสารที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ทั้งจากหนังสือ วารสาร บทความ ตัวบทกฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา เพื่อนำมาเป็นฐานข้อมูลในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1) มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลและวิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

2) ทราบถึงหลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลของต่างประเทศและประเทศไทย

3) ได้ข้อสรุปจากการวิเคราะห์แนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล

4) ค้นพบและสามารถเสนอแนะแนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค

บทที่ 2
ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลและการคุ้มครองผู้บริโภค

ในการบริโภคเนื้อหาดิจิทัลเราอาศัยสัญญาเป็นเครื่องมือเพื่อให้ได้ใช้ประโยชน์จากเนื้อหาดิจิทัลนั้น จึงมีความจำเป็นต้องทำความเข้าใจเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล ทั้งในส่วนของความหมาย บทบาทความสำคัญของเนื้อหาดิจิทัลในปัจจุบัน โดยเฉพาะลักษณะของสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล จากนั้นจึงศึกษาวิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค ลักษณะของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กลไกหรือมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค ตลอดจนสิทธิขั้นพื้นฐานที่ผู้บริโภคพึงได้รับ

เมื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแล้ว ประกอบกับการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ จากนั้นเราจึงจะวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลที่เหมาะสมและเป็นธรรมได้ต่อไป

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล

การทำความเข้าใจเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลเพื่อค้นหาแนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลในประเทศนั้น สิ่งแรกที่จำเป็นจะต้องทำความเข้าใจไว้เป็นพื้นฐานก่อนเรื่องอื่นก็คือความหมายของเนื้อหาดิจิทัลแตกต่างจากสินค้าและบริการที่มีการคุ้มครองผู้บริโภคอยู่ในประเทศไทยมานานหลายปีแล้วอย่างไร และเนื้อหาดิจิทัลมีความสำคัญต่อสังคมและเศรษฐกิจเพียงใดจึงจะต้องคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล และที่ขาดไม่ได้เลยก็คือความหมายและลักษณะของสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลอันเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญในการศึกษาแนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล

2.1.1 ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล

ในที่นี้จะขอแบ่งออกเป็นความหมายทั่วไปคือเป็นความหมายตามที่เข้าใจกันโดยทั่วไปกับความหมายตามกฎหมายซึ่งเป็นความหมายที่กฎหมายฉบับต่าง ๆ บัญญัติเอาไว้ โดยอาจกว้างหรือแคบแตกต่างกันออกไป

2.1.1.1 ความหมายทั่วไป

เนื้อหาดิจิทัลนั้นเป็นสารสนเทศประเภทหนึ่ง ดังนั้นก่อนจะเข้าใจความหมายของเนื้อหาดิจิทัล เราจำเป็นจะต้องเข้าใจความหมายของสารสนเทศเสียก่อน

สารสนเทศ คือ ข้อมูล ข่าวสาร ข่าว ข้อเท็จจริง ความคิดเห็น หรือประสบการณ์ อยู่ในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป เช่น ตัวอักษร ตัวเลข รูปภาพ เสียง สัญลักษณ์ หรือกลิ่น ที่ถูกนำมาผ่านกระบวนการประมวลผล ด้วยวิธีการที่เรียกว่า กรรมวิธีจัดการข้อมูล (Data Manipulation) และผลที่ได้อาจแสดงผลออกมาในรูปแบบของสื่อประเภทต่าง ๆ เช่น หนังสือ วารสาร หนังสือพิมพ์ แผนที่ แผ่นใส ฯลฯ และเป็นผลลัพธ์ที่ผู้ใช้สามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้อย่างถูกต้อง ตรงและทันกับความต้องการ[8]

เนื้อหาดิจิทัล (Digital Content) คือ สารสนเทศที่มีรูปแบบเป็นดิจิทัล โดยอาศัยการสื่อหรือ การแสดงเนื้อหาผ่านทางอุปกรณ์ดิจิทัลต่าง ๆ เช่น คอมพิวเตอร์ อุปกรณ์สื่อสาร หรือแม้แต่โทรทัศน์หรือโรงภาพยนตร์ ซึ่งปัจจุบันใช้ระบบดิจิทัลเป็นหลัก คำนิยามที่ได้มีการจัดทำขึ้นโดยสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (2545) เสนอให้ Digital Content ประกอบด้วย

1) แอนิเมชัน (Animation) หมายถึง การสร้างภาพเคลื่อนไหวโดยการฉายภาพนิ่งที่แสดงการเปลี่ยนแปลงตามลำดับของเวลา (In-Betweens) หลาย ๆ ภาพต่อเนื่องกันด้วยความเร็วสูง ทำให้ผู้ดูเกิดการรับรู้ว่าเป็นภาพเคลื่อนไหว การสร้างภาพเคลื่อนไหวหรือแอนิเมชันสามารถทำได้โดยการวาดด้วยมือ หรือใช้โปรแกรมหรือชุดคำสั่งที่ประมวลผลด้วยคอมพิวเตอร์ช่วยในการสร้างภาพ ภาพต่อเนื่องที่เกิดขึ้นอาจเป็นภาพแบบสองมิติ หรือสามมิติ ขึ้นอยู่กับข้อมูลนำเข้านั่นคือ เป็นภาพที่วาดด้วยมือ หรือเป็นวัตถุที่กำหนดในระบบภาพสามมิติ กล่าวคือ มีข้อมูลในส่วนที่เป็นความลึกของวัตถุนั่นเอง

2) เกม (Game) หมายถึง ซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ ที่พัฒนาขึ้นตามกฎเกณฑ์ แนวทางและเป้าหมายของผู้สร้างเกม โดยมีการนำเทคนิคด้านการสร้างภาพกราฟิกมาใช้ในการสร้างภาพ

3) สื่ออิเล็กทรอนิกส์เพื่อการเรียนรู้ (e-Learning) หมายถึง รูปแบบการเรียนรู้ด้วยตนเองโดยอาศัยเครือข่าย คอมพิวเตอร์ หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในการถ่ายทอดเรื่องราว ผู้เรียนสามารถศึกษาเรียนได้ด้วยตนเอง ไม่มีขีดจำกัดเรื่องระยะทาง เวลา และสถานที่ โดยการเรียนการสอนนั้นสามารถที่จะอยู่ในรูปของการสอนทางเดียว หรือการสอนแบบปฏิสัมพันธ์ได้ e-Learning มักใช้เทคโนโลยีของเว็บ (Web Based Technology) ในการถ่ายทอดเนื้อหา รวมทั้งระบบการ

---

[8] สถาบันพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.), **รายงานการศึกษาขั้นสุดท้าย (final report) การจัดทำยุทธศาสตร์แผนปฏิบัติการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม รายสาขา**, หน้า 4, ค้นวันที่ 4 มกราคม 2560 จาก http://www.sme.go.th/SiteCollection Documents/ Digital%20Content_Final.pdf

จัดการหลักสูตร (Course Management System) ในการบริหารจัดการงานสอนด้านต่าง ๆ ด้วย จากการที่ใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์ในการถ่ายทอดความรู้ทำให้ระบบการเรียนการสอนแบบนี้สามารถนำเสนอเนื้อหาต่าง ๆ โดยใช้เทคโนโลยีมัลติมีเดีย (Multimedia Technology) เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการแสดง นำเสนอบทเรียน

4) คอมพิวเตอร์ช่วยสอน (Computer Assisted Instruction: CAI) หมายถึง สื่อการเรียนการสอนทางคอมพิวเตอร์รูปแบบหนึ่ง ซึ่งใช้ความสามารถของคอมพิวเตอร์ในการนำเสนอสื่อประสม (Multimedia) อันได้แก่ ข้อความ ภาพนิ่ง กราฟิก แผนภูมิ กราฟ วีดิทัศน์ ภาพเคลื่อนไหว และเสียง เพื่อถ่ายทอดเนื้อหาบทเรียน หรือองค์ความรู้ในลักษณะที่ใกล้เคียงกับการสอนจริงในห้องเรียนมากที่สุด โดยมีเป้าหมายที่สำคัญก็คือ สามารถดึงดูดความสนใจของผู้เรียน และกระตุ้นให้เกิดความต้องการที่จะเรียนรู้ คอมพิวเตอร์ช่วยสอนเป็นตัวอย่างที่ดีของสื่อการศึกษาในลักษณะตัวต่อตัวซึ่งผู้เรียนเกิดการเรียนรู้จากการมีปฏิสัมพันธ์ หรือการโต้ตอบ พร้อมทั้งการได้รับผลป้อนกลับ (Feedback) นอกจากนี้ยังเป็นสื่อที่สามารถตอบสนองความแตกต่างระหว่างผู้เรียนได้เป็นอย่างดี รวมทั้งสามารถที่จะประเมิน และตรวจสอบความเข้าใจของผู้เรียนได้ตลอดเวลา

5) เนื้อหาต่าง ๆ บนโทรศัพท์มือถือ (Mobile Content) หมายถึง ไฟล์ภาพ เสียง หรือภาพเคลื่อนไหว หรือโปรแกรมเกม หรือโปรแกรมอื่นใดที่ผลิต ออกแบบ และพัฒนาไว้เพื่อใช้งานได้บนโทรศัพท์มือถือ โดยผู้ใช้จะสามารถซื้อได้ผ่านระบบเก็บค่าบริการของผู้ให้บริการที่เตรียมไว้ให้

6) การออกแบบเว็บ (Web Design) หมายถึง การออกแบบและวางแผนการแสดงผล และการจัดวางข้อมูลต่าง ๆ ของเว็บไซต์ให้เกิดความเหมาะสม และมีประสิทธิภาพในการแสดงเนื้อหาหรือข้อมูลต่าง ๆ แก่ผู้เยี่ยมชมเว็บไซต์ได้อย่างชัดเจน เข้าใจง่าย และเกิดความน่าสนใจเนื้อหาทั้งเว็บให้มากที่สุด

ดังนั้น ความหมายของสารสนเทศ/Digital Content คือ ข้อมูล (Information) ที่ถูกนำมาผ่านกระบวนการประมวลผลแล้วแสดงผลผ่านทางอุปกรณ์ดิจิทัลต่าง ๆ เช่น คอมพิวเตอร์ โทรศัพท์มือถือ อุปกรณ์สื่อสาร หรือแม้แต่โทรทัศน์ หรือโรงภาพยนตร์ซึ่งปัจจุบันใช้ระบบ Digital เป็นหลัก[9] อย่างไรก็ตาม เนื้อหาดิจิทัลไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงตามที่สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเสนอเท่านั้น แต่ในปัจจุบันยังมีเนื้อหาดิจิทัลประเภทอื่น ๆ อีกมากมาย

---

[9] ศิริกาญจน์ บุญล้อ, “Digital Content คืออะไร,” **วารสารกรมประชาสัมพันธ์** 20, 217 (มีนาคม 2558): 46-47.

2.1.1.2 ความหมายในทางกฎหมาย

ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายไทยฉบับใดให้บทนิยามคำว่าเนื้อหาดิจิทัล (Digital Content) เอาไว้โดยเฉพาะ แต่ถ้าพิจารณากฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศจะพบข้อกำหนด สหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 (Directive (EU) 2019/770 The European Parliament and of The Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content) และข้อกำหนด สหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 (Directive of the European Parliament and of the Council 2011 หรือ Directive 2011/83/EU) ที่ได้ให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลเอาไว้ว่าเนื้อหาดิจิทัล หมายถึง “ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล”[10] เช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 (Consumer Rights Act 2015) ของสหราชอาณาจักร ที่ได้บัญญัติถึงความหมายของเนื้อหาดิจิทัลไว้ว่า “เนื้อหาดิจิทัล หมายถึง ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล”[11]

2.1.2 ความสำคัญของเนื้อหาดิจิทัล

ในยุคที่ทุกชีวิตทั่วโลกได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของ “จักรวาลดิจิทัล” ชีวิตยุคใหม่เริ่มต้นขึ้นโดยมีเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์มือถือต่าง ๆ ที่เชื่อมโยงเข้าสู่เครือข่ายอินเทอร์เน็ต เป็นปราการด่านแรกของการดำเนินชีวิตในทุกวัน ผู้คนจำนวนไม่น้อยได้ “สร้าง” และ “ใช้” เนื้อหาดิจิทัล (Digital Content) จำนวนมหาศาลผ่านเทคโนโลยีหลากหลาย จนทำให้การขยายตัวของข้อมูลบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว และจากผลสำรวจของ International Data Corporation (IDC) ในปี พ.ศ. 2551 ระบุว่าปริมาณเนื้อหาดิจิทัลทั่วโลกในปี พ.ศ. 2550 มีมากถึง 281,000 กิกะไบต์ หรือประมาณ 45 กิกะไบต์ ต่อประชากรโลกหนึ่งคน ซึ่งปริมาณข้อมูลดังกล่าวมีขนาดใหญ่กว่าที่ IDC เคยประเมินไว้ก่อนหน้าถึงร้อยละ 10 และด้วยการเติบโตของข้อมูลอย่างไม่หยุดยั้ง IDC เชื่อว่าปริมาณเนื้อหาดิจิทัลทั่วโลกจะเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่องเฉลี่ยถึงปีละร้อยละ 60 โดยคาดว่าเนื้อหาดิจิทัลในปี พ.ศ. 2554 จะมีมากถึง 1.8 เซตตาไบต์ หรือเท่ากับ 1,800 เอ็กซาไบต์ และการเติบโตของปริมาณข้อมูลจะเพิ่มขึ้นเป็นอีก 10 เท่า ในช่วงเวลา 5 ปี[12]

จากปริมาณการเติบโตของเนื้อหาดิจิทัลสำหรับประเทศไทย ปริมาณเนื้อหาดิจิทัล ไม่ว่าจะเป็นในรูปของเอกสาร ภาพนิ่ง หรือวีดิโอดิจิทัล ต่างก็มีแนวโน้มการเติบโตสูงขึ้น โดยคาดว่าจะมีอัตราการเติบโตไม่ต่ำกว่าร้อยละ 30 ต่อปี และจากการประมาณการเติบโตของเนื้อหาดิจิทัลในเมืองไทย

---

[10] Article 2 (1) of Directive 2019/770/EU and Article 2 (11) of Directive 2011/83/EU

[11] Section 2 (9) of Consumer Rights Act 2015

[12] สสว., *เรื่องเดิม,* หน้า 7.

จากเว็บไซต์ www.sansarn.com พบว่า ข้อมูลในรูปแบบเอกสารจะมีปริมาณมากถึง 3,170 กิกะไบต์ ในปี พ.ศ. 2553 และจะเพิ่มเป็น 5,560 กิกะไบต์ ในปี พ.ศ. 2554 ขณะที่ปริมาณข้อมูลภาพนิ่งและคลิปวีดิโอจะสูงถึง 109.4 เพตาไบต์ และ 66.62 เพตาไบต์ ในปี พ.ศ. 2553 โดยจะขยายตัวเพิ่มเป็น 140.4 เพตาไบต์ และ 83.75 เพตาไบต์ ในปี พ.ศ. 2554 ตามลำดับ ซึ่งอาจเป็นเพราะประชาชนเข้าถึงอินเทอร์เน็ตได้มากขึ้นเนื่องจากข้อมูล หรือ Content ต่าง ๆ มีการพัฒนามากขึ้นผนวกกับอุปกรณ์ที่สนับสนุนการเข้าใช้อินเทอร์เน็ตมีราคาถูกลง[13]

สำหรับมูลค่าเนื้อหาดิจิทัลในประเทศไทยนั้น สำนักงานส่งเสริมเศรษฐกิจดิจิทัล หรือ ดีป้า (DEPA) หน่วยงานในสังกัดกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม ได้เผยผลสำรวจมูลค่าเนื้อหาดิจิทัลของปี 2559 ในประเทศไทย โดยครอบคลุมสามสาขาหลัก ได้แก่ อุตสาหกรรมแอนิเมชัน อุตสาหกรรมคาแรคเตอร์ และอุตสาหกรรมเกม โดยผลสำรวจระบุ ทั้งสามอุตสาหกรรมมีมูลค่ารวมกันประมาณ 21,981 ล้านบาท แบ่งเป็นมูลค่ารวมของอุตสาหกรรมแอนิเมชันจำนวน 3,965 ล้านบาท มีอัตราการเติบโตลดลง 1.6 เปอร์เซ็นต์ เมื่อเทียบกับปี 2558 ขณะที่อุตสาหกรรมคาแรคเตอร์มีมูลค่า 1,687 ล้านบาท มีอัตราการเติบโตเพิ่มขึ้นจากปีก่อนหน้า 7.3 เปอร์เซ็นต์ และอุตสาหกรรมเกมมีมูลค่ารวม 16,328 ล้านบาท มีอัตราการเติบโตสูงถึง 14.8 เปอร์เซ็นต์เมื่อเทียบกับปี 2558 ส่วนแนวโน้มการเติบโตในปี 2560 มูลค่าเนื้อหาดิจิทัลในไทยคาดว่าจะแตะระดับกว่า 24,000 ล้านบาท และมีมูลค่ากว่า 26,000 ล้านบาทในปี 2561 โดยสาขาอุตสาหกรรมแอนิเมชันถูกคาดการณ์ว่าจะเติบโตประมาณ 1.8 เปอร์เซ็นต์ และขยายการเติบโตเป็น 10 เปอร์เซ็นต์ ในปี 2561 ขณะที่สาขาอุตสาหกรรมคาแรคเตอร์คาดว่าจะเติบโต 9.6 เปอร์เซ็นต์ ในปี 2560 และเติบโตร้อยละ 8.1 ในปี 2561 สำหรับสาขาเกมคาดการณ์ว่าจะเติบโตถึง 12.2 เปอร์เซ็นต์ ในปี 2560 และร้อยละ 12 ในปี 2561 ทั้งนี้ ตัวเลขการคาดการณ์ดังกล่าวนี้เป็นไปตามการประเมินจากปริมาณงานที่ผู้ประกอบการกำลังผลิต รวมทั้งแนวโน้มและปัจจัยบวกต่าง ๆ ของตลาดที่คาดว่าจะส่งผลต่อการขยายตัวของอุตสาหกรรม โดย ดร.ณัฐพล นิมมานพัชรินทร์ ผู้อำนวยการสำนักงานส่งเสริมเศรษฐกิจดิจิทัล กล่าวว่า ธุรกิจเนื้อหาดิจิทัลในไทยยังถูกขับเคลื่อนด้วยการนำเข้าจากต่างประเทศเป็นหลัก ซึ่งในปี 2559 ตัวเลขผู้จัดจำหน่ายและนำเข้าแอนิเมชันมีส่วนแบ่งการตลาดกว่า 50% ของมูลค่าแอนิเมชันทั้งหมด ขณะที่ผู้จัดจำหน่าย ผู้นำเข้าและดูแลสิทธิคาแรคเตอร์มีส่วนแบ่งการตลาดกว่า 93% ส่วนผู้จัดจำหน่ายและนำเข้าเกมมีส่วนแบ่งการตลาดมากกว่า 96% ของมูลค่าตลาดเกมทั้งหมด นอกจากนี้ ผลการสำรวจดิจิทัลคอนเทนต์ของปี 2559 ยังรายงานมูลค่าการผลิตและส่งออกงานแอนิเมชันคาแรคเตอร์และเกม โดยมีมูลค่ารวมกันอยู่ที่ 1,235.3 ล้านบาท มีอัตราการเติบโตเทียบกับปีก่อนหน้าร้อยละ 6.2 โดยอุตสาหกรรมสาขาแอนิเมชันมีมูลค่าการส่งออก 787.1 ล้านบาท เพิ่มขึ้นจากปี

---

[13] สสว., *เรื่องเดิม,* หน้า 7-8.

2558 ร้อยละ 7.6 ซึ่งประเทศที่เป็นผู้ว่าจ้างผลิตหลัก ได้แก่ จีน ญี่ปุ่น เกาหลี ยุโรปและสหรัฐอเมริกา ขณะที่สาขาคาแรคเตอร์มีมูลค่าการส่งออกรวมเพียง 13.7 ล้านบาท บาท เพิ่มขึ้นจากปีก่อนหน้าที่มีมูลค่าการส่งออก 12.1 ล้านบาท สำหรับสาขาเกมมีมูลค่าการส่งออกแตะที่ยอด 434.4 ล้านบาท มากกว่าปีก่อนหน้าที่มีมูลค่าการส่งออก 419.7 ล้านบาท[14]

สำหรับในต่างประเทศอย่างสหราชอาณาจักรนั้น ความสำคัญของเนื้อหาดิจิทัลจะพิจารณาได้จากตัวเลขในทางอุตสาหกรรม อุตสาหกรรมเกมของสหราชอาณาจักรมีมูลค่ากว่าสองพันล้านปอนด์ในปี ค.ศ. 2006 และประชากรสหราชอาณาจักร ร้อยละ 32 ในปัจจุบัน ปวารณาตัวเองเป็นนักเล่นเกมตัวยง การดาวน์โหลดอัลบั้มเพลงแบบดิจิทัลนั้นคิดเป็นร้อยละ 12.5 ของอัลบั้มเพลงที่จำหน่ายในสหราชอาณาจักรทั้งหมด และหากพิจารณาเพลงที่จำหน่ายในรูปแบบซิงเกิ้ลแล้ว การจำหน่ายซิงเกิ้ลในรูปแบบดิจิทัลนั้นคิดเป็นร้อยละ 95 ของซิงเกิ้ลเพลงที่จำหน่ายในสหราชอาณาจักรเลยทีเดียว[15]

นอกจากนี้เนื้อหาดิจิทัลยังมีบทบาทสำคัญในแผนพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม Digital Thailand ของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม) รวมถึงนโยบาย Thailand 4.0 ของรัฐบาลชุดปัจจุบันอีกด้วย ในฐานะที่เป็นตัวจักรสำคัญในการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจแบบดิจิทัล

2.1.3 สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นเครื่องมือสำคัญในการนำเนื้อหาดิจิทัลไปสู่การบริโภคของผู้บริโภค และเป็นเครื่องมือสำคัญในการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งอาจเรียกได้ว่าการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา ประเด็นปัญหาสำคัญที่ต้องเข้าใจตรงกันก็คือ ปัญหาว่าสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลคืออะไร สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลอาจทำได้ในรูปแบบใดบ้าง โดยรูปแบบที่แพร่หลายที่สุดในปัจจุบันคงหนีไม่พ้นการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในรูปแบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนปัญหาว่าลักษณะของ

---

[14] สำนักงานส่งเสริมเศรษฐกิจดิจิทัล, **ตลาดดิจิทัลคอนเทนต์ในไทยปี 59 ฟันมูลค่ารวมกว่าสองหมื่นล้านบาท คาดการณ์ยังคงเติบโตต่อเนื่องขานรับกระแสนิยมพุ่งทะยาน**, ค้นวันที่ 8 มกราคม 2561 จาก http://www.depa.or.th/news/ตลาดดิจิทัลคอนเทนต์ในไทยปี-59-ฟันมูลค่ารวมกว่าสองหมื่นล้านบาท

[15] Robert Bradgate, **Consumer Rights in Digital Products a Research Report Prepared for the UK Department for Business, Innovation and Skills**, p. 7 , Retrieved January 2 8, 2 0 1 9 from https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/ uploads/attachment_data/file/3 1 83 7/1 0-1 1 2 5-consumer-rights-in-digital-products.pdf

สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นอย่างไร อย่างไรจึงจะถือว่าเนื้อหาดิจิทัลไปถึงมือผู้บริโภคแล้ว กล่าวอีกนัยก็คือ ผู้บริโภคสามารถบริโภคเนื้อหาดิจิทัลได้ในรูปแบบใดบ้าง

2.1.3.1 ความหมายของสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล (Contract to Supply Digital Content) หมายถึง สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งหรือตกลงจะจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคหรือบุคคลภายนอกที่ผู้บริโภคเป็นผู้กำหนดในอันที่จะจัดการทำให้ผู้บริโภคสามารถใช้งานเนื้อหาดิจิทัลนั้นได้หรือยอมให้ผู้บริโภคเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลนั้น โดยมีการชำระราคาตอบแทนเป็นเงินหรือมีการแลกเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัลกับข้อมูลส่วนบุคคล[16] นอกจากนี้สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลยังรวมถึง สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจตกลงจะจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย โดยแถมมากับสินค้า บริการ หรือเนื้อหาดิจิทัลอื่นซึ่งผู้บริโภคได้ชำระราคาเพื่อสิ่งนั้น หรือกรณีที่เป็นเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่วางจำหน่ายโดยทั่วไป แต่จะวางจำหน่ายเมื่อผู้บริโภคชำระราคาเพื่อเนื้อหาดิจิทัลนั้น หรือเพื่อสินค้า บริการ หรือเนื้อหาดิจิทัลอื่น[17] กรณีหลังนี้ยกตัวอย่าง เช่น เนื้อหาดิจิทัล A นั้น ปกติแล้วจะไม่วางจำหน่ายแยกต่างหาก แต่จะจำหน่ายให้เมื่อซื้อเนื้อหาดิจิทัล B ในราคาที่แพงกว่าปกติเท่านั้น ซึ่งเป็นการรวมราคาเนื้อหาดิจิทัลทั้งสองไว้ด้วยกันแล้ว โดยสรุปแล้วสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลคือ สัญญาใด ๆ ที่ตกลงกันให้ผู้ประกอบธุรกิจส่งมอบเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคหรือผู้อื่นตามที่ตกลงกันที่จะจัดการจัดส่งให้ผู้บริโภค โดยผู้บริโภคต้องชำระเงินตอบแทน โดยไม่จำต้องชำระราคาเพื่อเนื้อหาดิจิทัลนั้นโดยตรงก็ได้ แต่ต้องมีการชำระหนี้ตอบแทนแก่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นเงินมิใช่ทรัพย์สินอื่น ผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่จะได้รับการคุ้มครองนั้นจะต้องมีการเสียค่าใช้จ่ายไปเพื่อเนื้อหาดิจิทัลนั้นหรืออย่างน้อยก็จ่ายไปในราคาที่รวมของแถมด้วย ไม่ใช่ได้รับเนื้อหาดิจิทัลมาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายในทางใดเลยหรือมิฉะนั้นก็จะต้องมีการชำระหนี้ตอบแทนเป็นข้อมูลส่วนบุคคล

เนื้อหาดิจิทัลนั้นมีความใกล้ชิดกันกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายลิขสิทธิ์ เนื่องจากเนื้อหาดิจิทัลส่วนใหญ่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น งานภาพยนตร์ งานดนตรีกรรม หรืองานวรรณกรรมซึ่งรวมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วย ดังนั้นหากพิจารณาสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลดี ๆ แล้ว จะสังเกตได้ว่า กรณีงานอันมีลิขสิทธิ์นั้น สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลก็คือสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในการทำซ้ำ ดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชนและให้เช่า อันเป็นสิทธิแต่ผู้เดียว (Exclusive Right) ประการหนึ่งของผู้เป็นเจ้าของ

---

[16] Section 33 (1), (7) of Consumer Rights Act 2015 and Article 3 (1), Article 5 (1) of Directive 2019/770/EU

[17] Section 33 (2) of Consumer Rights Act 2015

ลิขสิทธิ์นั่นเอง[18] โดยเจ้าของลิขสิทธิ์อาจอนุญาตด้วยตนเองคือเป็นผู้ประกอบธุรกิจจำหน่ายเนื้อหาดิจิทัลเสียเอง หรืออาจทำผ่านตัวแทนโดยการมอบอำนาจให้ผู้อื่นเป็นผู้อนุญาตแทนก็ได้ เช่น การฝากวางจำหน่ายเนื้อหาดิจิทัลลงในร้านค้าออนไลน์ของผู้อื่น โดยในการอนุญาตนี้ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์ก็จะได้รับค่าตอบแทน (Royalty) และทำให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิซึ่งในที่นี้คือผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลสามารถใช้หรือบริโภคเนื้อหาดิจิทัลนั้นได้โดยไม่ละเมิดลิขสิทธิ์[19] อย่างไรก็ดี ไม่จำเป็นที่เนื้อหาดิจิทัลจะต้องเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ อาจจะเป็นงานที่ไม่มีลิขสิทธิ์ก็ได้ เช่น สิ่งที่ไม่ถือว่าเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์[20] งานที่หมดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์แล้ว[21] ในกรณีนี้สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลก็จะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

นอกจากสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแล้ว สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลก็ยังมีความคล้ายคลึงกับสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[22] ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงลักษณะของสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล และสภาพของเนื้อหาดิจิทัลแล้ว จะพบว่าสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไม่ใช่สัญญาซื้อขาย เนื่องจากไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ แม้จะมีการชำระราคาให้แก่กันก็ตาม ซึ่งกรรมสิทธิ์นั้นหมายถึงสิทธิในความเป็นเจ้าของ (Ownership) ดังที่กล่าวมาแล้วว่ากรณีเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในกรณีนี้จะมีลักษณะของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (License) ซ้อนทับกันอยู่ ซึ่งเป็นเพียงการอนุญาตให้ใช้สิทธิบางประการที่เจ้าของลิขสิทธิ์มีเท่านั้น แต่ไม่ทำให้ผู้รับอนุญาตได้ลิขสิทธิ์ในงานนั้นไป กรณีนี้ไม่ใช่การโอนลิขสิทธิ์ (Transfer of Copyright) ที่ทำให้ลิขสิทธิ์เปลี่ยนมือไปยังผู้บริโภค แต่เป็นเพียงการอนุญาตให้ผู้บริโภคสามารถบริโภคงานนั้นได้เท่านั้น ลิขสิทธิ์ก็ยังคงเป็นของเจ้าของคนเดิมอยู่[23] ผู้บริโภคไม่ได้มีสิทธิในลักษณะที่เป็นเจ้าของ อีกทั้งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นมิใช่กรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากมีกฎหมายพิเศษคือ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 บัญญัติถึงความหมายของลิขสิทธิ์ สิทธิแต่เพียงผู้เดียว การได้มาซึ่งลิขสิทธิ์ ตลอดจนการโอนลิขสิทธิ์ไว้โดยเฉพาะแล้ว และมีเนื้อหาต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ลิขสิทธิ์มิได้มี

---

[18] มาตรา 15 (5) แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

[19] ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**, พิมพ์ครั้งที่10 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559), หน้า 89.

[20] มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

[21] มาตรา 19 ถึง มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

[22] ดูมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[23] อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 80.

อายุแห่งการคุ้มครองโดยไม่จำกัดเวลาอย่างกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน จึงต้องนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ก่อนหลักกฎหมายทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้ได้แล้วจึงจะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขายมาใช้ในฐานะบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในเมื่อเนื้อหาดิจิทัลไม่มีกรรมสิทธิ์ให้โอนแก่กันอันจะเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายได้แล้ว สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลก็ไม่ใช่สัญญาซื้อขายแต่อย่างใด[24] อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายบางกลุ่มมีความเห็นไปในแนวทางที่ว่าทรัพย์สินทางปัญญาสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายได้ เพราะสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิในสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ตามความหมายของคำว่า “ทรัพย์สิน” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 เมื่อเป็นทรัพย์สินก็ย่อมซื้อขายได้[25] นอกจากนี้ ดังที่กล่าวไปแล้วว่าเนื้อหาดิจิทัลอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไม่จำเป็นต้องเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ในเมื่องานอันมีลิขสิทธิ์ยังตกเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายไม่ได้ งานที่หมดอายุการคุ้มครองลิขสิทธิ์ไปแล้ว จนตกเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ยิ่งไม่อาจเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายได้ เพราะสาธารณชนสามารถนำงานนั้นไปใช้ประโยชน์ได้อย่างอิสระ โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย[26]

ทั้งนี้ จะต้องไม่เข้าใจคลาดเคลื่อนไปว่าเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลิขสิทธิ์ เช่น หมดอายุการคุ้มครองไปแล้ว แม้จะไม่สามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือสัญญาซื้อขายได้ แต่ก็ยังคงสามารถเป็นวัตถุแห่งสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ เพราะสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์มุ่งแต่เพียงจะจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคเพื่อใช้งาน หรือเพื่อให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลได้เท่านั้น

ที่กล่าวถึงทั้งหมดข้างต้นเป็นกรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งแก่ผู้บริโภคโดยไม่อาศัยสื่อที่มีรูปร่างหรือสื่อที่จับต้องได้ เช่น ซีดี หรืออุปกรณ์บันทึกข้อมูลต่าง ๆ หากแต่เป็นการจัดส่งผ่านอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ ถ้าเป็นกรณีอาศัยสื่อที่จับต้องได้ ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเป็นสัญญาซื้อขาย เนื่องจากมีการโอนกรรมสิทธิ์ในสื่อที่บันทึกเนื้อหาดิจิทัลนั้นอยู่ จะเห็นได้ว่า ไม่ว่ากรณีจะเข้าลักษณะเป็นเอกเทศสัญญาอย่างใด ๆ หรือสัญญาไม่มีชื่อก็ตาม หากสัญญาเหล่านั้นมีวัตถุประสงค์ในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้ผู้บริโภคมีสิทธิในการใช้งานหรือเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลนั้นได้ ย่อมจัดเป็นสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลทั้งสิ้น

---

[24] ไผทชิต เอกจริยกร, **คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 57.

[25] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 53.

[26] อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ, *เรื่องเดิม*, หน้า 88.

2.1.3.2 สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในรูปแบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

การทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในบางกรณีนั้นเป็นส่วนหนึ่งของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce) ดังนั้นก่อนจะทำความเข้าใจถึงสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในรูปแบบต่าง ๆ จึงมีความจำเป็นต้องเข้าใจเสียก่อนว่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์คืออะไร

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หมายถึงการทำธุรกิจผ่านทางช่องทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งอาจกระทำโดยใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ตั้งโต๊ะ พกพา แท็บเล็ต หรือโทรศัพท์มือถือ Smart phone ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงการซื้อสินค้าและบริการออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็นซื้อขายสินค้าปกติที่จับต้องได้หรือเนื้อหาดิจิทัล โดยผู้ซื้อจะตัดสินใจซื้อโดยอาศัยข้อมูลที่นำเสนอผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ทางหน้าเว็บไซต์ หรือแอปพลิเคชัน โดยไม่ได้มีการพบปะหรือติดต่อกับตัวผู้ประกอบกิจการในทางกายภาพและไม่สามารถเห็นหรือสัมผัสตัวสินค้าก่อนที่จะซื้อเหมือนกันการซื้อสินค้าตามร้านค้าปกติหรือร้านสรรพสินค้าทั่วไป ซึ่งมีข้อดีคือ ประหยัดค่าใช้จ่าย เพราะไม่ต้องมีหน้าร้าน ไม่ต้องกักตุนสินค้า ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถประหยัดต้นทุนทางธุรกิจในส่วนนี้ไปได้ สะดวก รวดเร็ว เพราะเป็นการติดต่อแบบ 2 ทาง (Interactivity) และมักทำในรูปแบบมัลติมีเดีย อีกทั้งระบบอินเทอร์เน็ตก็ยังทำให้การซื้อขายครอบคลุมไปได้ทั่วโลกและไม่ติดข้อจำกัดในเรื่องของเวลาและสถานที่ ทำให้การซื้อขายออนไลน์สามารถเกิดขึ้นได้ทุกที่ทุกเวลา[27]

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อาจแบ่งออกได้เป็น 5 ประเภท ตามรูปแบบของกลุ่มหรือองค์กรที่ทำการซื้อขายระหว่างกัน ได้แก่

1) การค้าขายออนไลน์ระหว่างผู้ขายกับผู้ซื้อทั่วไป หรือบีทูซี (Business-to-Consumer: B-to-C) คือ ประเภทที่ผู้ซื้อใช้อินเทอร์เน็ตในการซื้อสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจที่ดำเนินกิจการซื้อขายบนอินเทอร์เน็ต

2) การค้าขายออนไลน์ระหว่างผู้ขายด้วยกัน หรือบีทูบี (Business-to-Business: B-to-B) คือ ประเภทที่ผู้ประกอบธุรกิจติดต่อซื้อขายสินค้าระหว่างกันผ่านอินเทอร์เน็ต

3) การค้าขายออนไลน์ระหว่างผู้ขายกับรัฐบาล หรือบีทูจี (Business-to-Government: B-to-G) คือ ประเภทที่ผู้ประกอบธุรกิจติดต่อกับหน่วยงานราชการเพื่อทำการซื้อขายสินค้าผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ต

---

[27] สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (สพธอ.), **จุดประกายสู่...เถ้าแก่ออนไลน์ e-commerce Startup**, หน้า 27, ค้นวันที่ 2 กรกฎาคม 2560 จาก http://beyond.library.tu.ac.th/utils/getfile/collection/etdath/id/14/filename/15.pdf; สพธอ., **สัญญาต้องเป็นสัญญา**, หน้า 82-83, ค้นวันที่ 1 กรกฎาคม 2560 จาก http://beyond.library.tu.ac.th/utils/getfile/collection/etdath/id/141/filename/ 142.pdf

4) การค้าขายออนไลน์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐบาล หรือจีทูจี (Government-to-Government: G-to-G) คือ ประเภทที่หน่วยงานรัฐบาลหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งติดต่อกับหน่วยงานรัฐบาลอีกหน่วยงานหนึ่งเพื่อทำการซื้อขายสินค้ากันผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ต

5) การค้าขายออนไลน์ระหว่างผู้ซื้อกับผู้ซื้อ หรือซีทูซี (Consumer-to-Consumer: C-to-C) คือ ประเภทที่ผู้ซื้อประกาศขายสินค้าผ่านทางอินเทอร์เน็ตเพื่อทำการขายสินค้าให้แก่ผู้ซื้ออีกรายหนึ่ง โดยมากมักเป็นของใช้แล้วหรือของมือสอง เช่น www.ebay.com www.olx.com[28]

โดยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ประเภทซึ่งเป็นวัตถุแห่งการศึกษาของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ก็คือ การค้าขายออนไลน์ระหว่างผู้ขายกับผู้ซื้อทั่วไป หรือบีทูซี ซึ่งมีปัญหากฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลดังที่ได้กล่าวมาแล้วและที่กำลังจะศึกษาต่อไป

อย่างไรก็ตาม พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้มีแต่เพียงข้อดีเท่านั้น ยังมีข้อเสียประการสำคัญที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคได้ เนื่องจากการตัดสินใจเข้าใจสัญญาของผู้บริโภคเป็นการตัดสินใจโดยอาศัยข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจนำเสนอไว้ในเว็บเพจ หรือแอปพลิเคชัน ผ่านทางสื่อรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งผู้บริโภคไม่เคยได้สัมผัสตัวสินค้าของจริง และไม่เคยพบปะกับผู้ประกอบธุรกิจเลย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีเนื้อหาดิจิทัลซึ่งเป็นสินค้าที่ไม่สามารถจับต้องได้โดยสภาพแตกต่างจากสินค้าทั่วไป ผู้บริโภคจึงมีความเสี่ยงต่อปัญหาความไม่เป็นธรรมในการทำสัญญา เนื่องจากการไม่รู้ถึงข้อมูลที่สำคัญ ไม่รู้หรือไม่เข้าใจรายละเอียดของข้อสัญญา เนื่องจากลักษณะของข้อตกลงในการทำสัญญาซื้อขายออนไลน์ผู้ประกอบธุรกิจจะจัดเตรียมขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยผู้บริโภคไม่สามารถเจรจาต่อรองเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ หรือการตกลงโดยผู้บริโภคไม่รู้รายละเอียดของข้อสัญญาหรือเงื่อนไขในการซื้อขายทั้งหมด หรือบางกรณีแม้จะมีการแจ้งเงื่อนไขและข้อตกลงไว้บนหน้าเว็บไซต์ แต่ข้อสัญญาที่ปรากฏบนหน้าเว็บไซต์นั้นมักมาในรูปแบบข้อสัญญาสำเร็จรูปซึ่งแสดงอยู่ในด้านล่างของหน้าเว็บเพจปรากฏอยู่ในคำรับทราบคำสั่งซื้อ ซึ่งอาจเป็นเพียงการสรุปเนื้อหาสั้น ๆ โดยที่ไม่ระบุเงื่อนไขทุกอย่างให้ครบทุกประการ หรือมาในรูปแบบลักษณะ Click Wrap หรือ Browse Wrap Agreement ซึ่งมีเนื้อหามากมายและบางกรณีก็มีตัวอักษรที่เล็กมากยากต่อการอ่าน หรือใช้ภาษาต่างประเทศที่ผู้บริโภคไม่อาจทำความเข้าใจได้โดยง่าย อีกทั้งปัญหาของขั้นตอนในการตกลงทำสัญญาซึ่งผู้บริโภคอาจไม่รู้ถึงการกดเลื่อนเนื้อหาลงมาเพียงเพื่อจะดูเนื้อหารายละเอียดโดยคลิกตกลงนั้น อาจทำการคลิกสนองตอบข้อตกลงในสัญญาไปโดยไม่ได้รู้ถึงข้อตกลงหรือเงื่อนไขตามสัญญาซึ่งจะตามมาภายหลังที่อาจมีข้อยกเว้นสิทธิของผู้บริโภค เช่น ข้อสัญญาที่ให้ผู้ขายปฏิเสธไม่รับเปลี่ยนสินค้าหรือคืน

[28] สพธอ., **จุดประกายสู่...เถ้าแก่ออนไลน์ e-commerce StartUp**, หน้า 28.

เงินไม่ว่าในกรณีใด ๆ หรือข้อสัญญาในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบผู้บริโภค เช่น เป็นการขายสินค้าตามสภาพโดยไม่รับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง[29]

2.1.3.3 ลักษณะของการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

ดังที่เคยกล่าวไปแล้วว่าลักษณะสำคัญของเนื้อหาดิจิทัลก็คือความที่ไม่สามารถจับต้องได้ (Intangible) เพราะอยู่ในรูปแบบของข้อมูลในระบบดิจิทัลเท่านั้น จึงมีความจำเป็นต้องทำความเข้าใจว่าสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลคืออะไร ในเมื่อไม่สามารถจับต้องเนื้อหาดิจิทัลได้แล้วจะส่งมอบหรือจัดส่ง (Supply) ให้แก่กันได้อย่างไร

การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล หมายถึง การที่ผู้ประกอบธุรกิจใช้วิธีการที่เหมาะสมเพื่อให้การเข้าถึงหรือการดาวน์โหลดเนื้อหาดิจิทัลพร้อมใช้งานแก่ผู้บริโภคหรือแก่เครื่องอำนวยความสะดวกทางกายภาพหรือเสมือนซึ่งผู้บริโภคเป็นผู้เลือกตามความประสงค์ของผู้บริโภค[30] กล่าวคือการเปิดให้สิทธิหรือเปิดโอกาสให้ผู้บริโภคเข้าถึงหรือดาวน์โหลดเนื้อหาดิจิทัลนั่นเอง

เนื่องจากเนื้อหาดิจิทัลเป็นเพียงข้อมูลที่ไม่มีรูปร่าง ไม่สามารถจับต้องได้ จึงไม่อาจส่งมอบให้แก่กันได้ตามปกติอย่างสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุที่มีรูปร่าง ดังเช่นกรณีสัญญาซื้อขายวัตถุที่มีรูปร่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 461 และมาตรา 462 กำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินซึ่งขายให้ไปอยู่ใน “เงื้อมมือ” (At the Disposal) ของผู้ซื้อ ซึ่งหมายความว่าการกระทำการใด ๆ ให้มีผลทำให้ทรัพย์อยู่ในความครอบครองหรือดูแลรักษา หรือสิทธิจำหน่ายจ่ายโอนของผู้ซื้อ[31] ซึ่งสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลมีวัตถุประสงค์เพียงแค่ส่งมอบเนื้อหาที่ดิจิทัลที่เป็นข้อมูลให้แก่ผู้บริโภคเท่านั้น สิทธิการจำหน่ายจ่ายโอนมิใช่สาระสำคัญ เพราะโดยส่วนมากแล้วเนื้อหาดิจิทัลมักเป็นงานอันมีลิขสิทธิ์ ซึ่งผู้บริโภคจะได้แต่เพียงสิทธิในการใช้และเข้าถึงเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิจำหน่ายจ่ายโอนต่ออย่างกรรมสิทธิ์ สาระสำคัญของสัญญาจึงอยู่ที่ว่าจะทำอย่างไรให้ผู้บริโภคเข้าถึงและใช้งานเนื้อหาดิจิทัลนั้นได้ให้สมกับความมุ่งหมายของผู้บริโภคที่เข้าทำสัญญานั่นเอง ตัวอย่างเช่น การจำหน่ายเพลงในรูปแบบเนื้อหาดิจิทัลนั้น อาจจะส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคโดยการเปิดให้ดาวน์โหลดไฟล์เพลงนั้นลงในอุปกรณ์ของผู้บริโภคก็ได้ หรืออาจจะไม่จำเป็นต้องดาวน์โหลด แต่ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงเพลงนั้นได้ทันทีและฟังผ่านทางระบบ Streaming (สื่อแบบส่งต่อเนื่อง) ก็ได้

รูปแบบการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นในปัจจุบันพบอยู่หลายวิธี โดยขึ้นอยู่กับลักษณะของเนื้อหาดิจิทัลนั้น และเทคโนโลยีของผู้ประกอบธุรกิจด้วย ที่พบมากที่สุดคือการเปิดให้ดาวน์โหลด

---

[29] สพธอ., **สัญญาต้องเป็นสัญญา**, หน้า 83-84.

[30] Article 5 (2) of Directive 2019/770/EU

[31] ไผทชิต เอกจริยกร, *เรื่องเดิม*, หน้า 188.

เนื้อหาดิจิทัลลงบนอุปกรณ์ของผู้บริโภค และที่มาแรงในขณะนี้คือการ Streaming ที่ผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องดาวน์โหลดเนื้อหาดิจิทัลลงบนอุปกรณ์แต่สามารถเปิดใช้งานได้ทันทีผ่านระบบอินเทอร์เน็ต โดยดาวน์โหลดและใช้งานไปพร้อมกันในเวลาเดียวกันอย่างต่อเนื่อง หรือบริการฝากไฟล์บนเครือข่ายกลุ่มเมฆ (Cloud Computing) ซึ่งส่งมอบได้เพียงเปิดให้ผู้บริโภคเข้าถึงระบบผ่านทางบัญชีผู้ใช้ (Account) เมื่อลงชื่อเข้าใช้ (Sign in) ก็สามารถใช้งานได้ทันที โดยในปัจจุบันนี้การจำหน่ายเนื้อหาดิจิทัลนั้นมักทำกันในรูปแบบที่เป็น Platform เช่น มีเว็บไซต์ หรือแอปพลิเคชันที่ทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางในการจำหน่าย เป็นเสมือนห้างสรรพสินค้าที่รวมเนื้อหาดิจิทัลทั้งของผู้ประกอบธุรกิจรายนั้นและ/หรือของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นเข้าไว้ด้วยกัน เช่น App Store หรือ Play Store ที่ทำหน้าที่เป็นศูนย์รวมแอปพลิเคชันของ Smartphone ซึ่ง Platform เหล่านี้ในบางครั้งทำหน้าที่เป็นเครื่องมือในการจัดการสิทธิดิจิทัล (Digital Right Management หรือ DRM) ไปด้วยในตัว คือทำหน้าที่เป็นประตูผ่านทางที่อนุญาตให้ผู้บริโภคเข้าถึง และอำนวยความสะดวกในการบริโภคเนื้อหาดิจิทัลนั้น ๆ ด้วยสำหรับกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่มีลิขสิทธิ์ โดยผูกตัวเนื้อหาดิจิทัลเข้ากับบัญชีผู้ใช้ (Account) ของผู้บริโภค ซึ่งสามารถเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลนั้นได้ตลอดเวลาตามข้อตกลง เช่น iTunes Steam ฯลฯ ผู้บริโภคที่ซื้อเพลงผ่าน iTunes หรือซื้อเกมผ่าน Steam สามารถดาวน์โหลดเนื้อหาดิจิทัลนั้น ๆ ได้ตลอดเวลา ลบแล้วดาวน์โหลดใหม่กี่ครั้งก็ได้ ผ่านอุปกรณ์ใด ๆ ก็ได้ รวมถึงอำนวยความสะดวกในการใช้ เช่น เป็นโปรแกรมเล่นเพลงไปในตัว คอยแจ้งข้อมูลข่าวสาร หรือทำหน้าที่เป็นสารบัญเนื้อหาดิจิทัลที่เรามีสิทธิเข้าถึงได้ผ่าน Platform นั้น ๆ ให้สามารถเรียกใช้งานได้อย่างสะดวก

2.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

หลังจากที่ได้รู้จักกับเนื้อหาดิจิทัลพอสมควรแล้ว อีกหัวข้อหนึ่งที่สำคัญไม่แพ้กันก็คือแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค ว่าการคุ้มครองผู้บริโภคมีความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์อย่างไร และในการคุ้มครองผู้บริโภคมีทฤษฎีหรือหลักการอย่างไรที่สร้างลักษณะเฉพาะให้แก่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคอันแตกต่างจากกฎหมายสาขาอื่น ๆ โดยเฉพาะมาตรการต่าง ๆ ที่เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ตลอดจนแนวคิดทฤษฎีของต่างประเทศในการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่แสดงออกผ่านนโยบายขององค์การระหว่างประเทศหรือนโยบายของประเทศนั้น ๆ ที่มีต่อเนื้อหาดิจิทัล

2.2.1 วิวัฒนาการและแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและการคุ้มครองสิทธิภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคนั้นปรากฏตัวมาแต่ครั้งอดีตกาลหลายฉบับมีความเก่าแก่เป็นพันปี เช่น พระคัมภีร์เก่า (The Old Testament) กฎหมายของพระเจ้าฮัมมูราบี (The Code of Hummurabi) กฎหมายเก่าของอินเดีย ที่กำหนดมาตรการควบคุมไม่ให้มีการปลอมแปลงอาหารและการโกงมาตราชั่ง ตวง วัดส่วนในประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคโดยให้อำนาจรัฐสภากำหนดมาตรฐานการชั่ง ตวง วัด ส่วนในระดับมลรัฐหลายมลรัฐก็บัญญัติกฎหมายให้อำนาจในการตรวจสอบยาสูบ สุรา ดินปืน หนังฟอก ไม้กระดาน รวมทั้งอาหารหลายชนิด ในส่วนของทวีปยุโรป หลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคอาจนับย้อนไปได้ตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 15 และ 16 เช่น ประเทศฝรั่งเศส กฎหมายได้กำหนดให้ผู้ซื้อไข่ หากพบว่าไข่ที่ซื้อมานั้นเน่า ผู้ซื้อสามารถปาไข่เน่าใส่ผู้ที่นำมาขายได้ หรือในประเทศออสเตรียมีกฎหมายกำหนดให้ผู้ขายนมสดจะต้องถูกบังคับโดยให้ดื่มนมสดของตนเองจนหมดหากปรากฏว่านมสดของตนมีการเจือปน ปลอมแปลง เป็นต้น[32]

ด้วยความที่มนุษย์เป็นสัตว์สังคม การติดต่อสื่อสารระหว่างกันจึงพบได้ตั้งแต่ในสมัยโบราณที่มนุษย์เริ่มรวมตัวกันเป็นสังคม ซึ่งเป็นยุคที่การค้าและเศรษฐกิจของโลกยังจำกัดอยู่ในวงแคบ ๆ สภาพของสินค้าและบริการยังไม่มีความสลับซับซ้อนมากนัก เพราะกระบวนการผลิตยังเป็นแบบง่าย ๆ ตลาดเป็นไปในลักษณะการและเปลี่ยนสินค้าซึ่งกันและกัน (Barter) จึงไม่มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดหาเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายเป็นพิเศษเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับความปลอดภัยและเป็นธรรม[33] ความจริงกิจกรรมการแลกเปลี่ยนสินค้านี้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีรัฐด้วยซ้ำ ก่อนที่มนุษย์จะรู้จักแบ่งงานกันทำจนเกิดทักษะความเชี่ยวชาญเฉพาะในการผลิตสินค้าและบริการ โดยในยุคนี้ความคิดเกี่ยวกับสัญญาตั้งอยู่บนพื้นฐานที่มองว่ามนุษย์ทุกคนมีอิสระในการเลือกบริโภคสินค้าและบริการอย่างเท่าเทียมกัน รัฐไม่ควรเข้าแทรกแซงเสรีภาพของประชาชนในส่วนนี้[34] ทั้งนี้เพราะอิทธิพลของความคิดกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ในศตวรรษที่ 17 ลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism)

---

[32] ช่อทิพย์ สุนทรวิภาต, **มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค: ศึกษากรณีผลิตภัณฑ์แว่นกันแดด** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557), หน้า 6.

[33] สุษม ศุภนิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 1.

[34] ช่อทิพย์ สุนทรวิภาต, *เรื่องเดิม*, หน้า 5.

และลัทธิเสรีนิยม (Liberalism) ในศตวรรษที่ 18[35] รวมถึงแนวคิดในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ซึ่งตั้งอยู่บนความมีอิสระและเสรีภาพของบุคคลในการดำรงชีวิตได้เท่าเทียมกัน ทำให้เกิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez-Faire) ที่เชื่อว่ามนุษย์ทุกคนมีความสามารถในการตัดสินใจเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการเท่ากัน โดยรัฐจะไม่เข้าแทรกแซงนั่นเอง ส่งผลให้เกิดหลักกฎหมายซื้อขายเรื่อง “ผู้ซื้อต้องระวัง” (Caveat Emptor) ขึ้น ซึ่งมีใจความว่าหากมีความเสียหายใด ๆ ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันนั้นความเสียหายตกเป็นของผู้ซื้อเอง[36]

ต่อมาในปัจจุบันเมื่อสังคมสลับซับซ้อนมากขึ้น มีความเจริญขึ้นเป็นลำดับ ทั้งทางสังคม อุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยี ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมทำให้เกิดการขยายตัวของเศรษฐกิจ ผู้ประกอบธุรกิจต่างแข่งขันกัน มีการนำความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมาใช้เพื่อผลิตสินค้าตอบสนองความต้องการของผู้บริโภค[37] การผลิตสินค้ามีการใช้วัตถุดิบและกระบวนการที่ทันสมัยเกินกว่าความรู้ธรรมดาของผู้ใช้หรือผู้บริโภคที่จะตามได้ทัน โดยเฉพาะเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นผลผลิตแห่งเทคโนโลยีอย่างแท้จริง ผู้ผลิตต่างก็ต้องหาวิถีทางที่จะลดค่าใช้จ่ายในการผลิตและเพิ่มผลกำไรให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ในบางกรณีการขยายกำลังการผลิตทำให้ความละเอียดรอบคอบและคุณภาพของสินค้าหย่อนลง ประกอบกับการขยายตัวแห่งการค้าพาณิชย์กว้างออกไปจากระดับหมู่บ้าน เมือง ไปสู่ระดับระหว่างประเทศ ทำให้สินค้าในตลาดมีการแพร่กระจายและเพิ่มประเภทหรือชนิดมากยิ่งขึ้นกว่าแต่ก่อน หลักที่เคยถือว่าผู้ซื้อต้องระวังจึงขาดความยุติธรรมในแง่ที่ว่า ผู้ซื้อในฐานะผู้บริโภคไม่อาจปรับตัวให้ทันกับความเจริญทางเทคโนโลยีต่าง ๆ ได้ ความระมัดระวังในระดับธรรมดาไม่อาจช่วยให้ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคได้รับผลตอบแทนคุ้มค่ากับเงินที่เสียไป ซ้ำร้ายยังอาจทำให้เกิดอันตรายจากการบริโภคสินค้าที่ซื้อมาได้โดยคาดไม่ถึงด้วย[38]

อาจกล่าวได้ว่า หลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วในศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นหน้าที่ของกฎหมายที่จะให้ความเป็นผลต่อเจตนาของคู่สัญญาและมีการจำกัดเสรีภาพในการทำสัญญาให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อส่งเสริมความเจริญในทางเศรษฐกิจ แต่เสรีภาพดังกล่าวจะมีอยู่ตราบเท่าที่คู่สัญญามีความเท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ จากความคิดดังกล่าวจึงนำไปสู่ “หลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่แท้จริง” ในศตวรรษที่ 19 ซึ่งการที่บุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญามากเกินไปส่งผลให้ในตอนปลายของศตวรรษที่ 19 คู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจในทางเศรษฐกิจเหนือกว่าได้ใช้เสรีภาพของ

---

[35] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553), หน้า 267.

[36] สุษม ศุภนิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 1-2.

[37] ช่อทิพย์ สุนทรวิภาต, *เรื่องเดิม*, หน้า 6.

[38] สุษม ศุภนิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 2.

ตนในการกำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้ล่วงหน้าฝ่ายเดียวในลักษณะที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจน้อยกว่า และเป็นสัญญาที่ผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าเตรียมไว้ใช้ทำสัญญากับคนหมู่มากทั้งเพื่อความรวดเร็ว ทั้งเพื่อความเป็นระบบเดียวกันของสัญญาที่ทำกับคนจำนวนมาก สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่เรียกอีกชื่อว่าสัญญาจำยอม คือคู่สัญญาฝ่ายที่มีความอ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ ต้องจำยอมเข้าทำสัญญาโดยไม่มีทางเลือกหรือไม่มีเสรีภาพเช่นที่เคยมีมาแต่ก่อนในศตวรรษที่ 20 โดยเฉพาะความเหนือกว่าในด้านเทคโนโลยีที่ทำให้ผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจอย่างชัดเจน รัฐต่าง ๆ จึงเห็นความจำเป็นที่จะต้องเข้ามาคุ้มครองหรือเยียวยาให้แก่คู่สัญญาที่ไม่มีเสรีภาพในการทำสัญญาคือคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจด้วยการออกกฎหมายมาคุ้มครองเพราะถือว่าเสรีภาพที่แท้จริงไม่มีอยู่อีกต่อไป[39] โดยนัยนี้ต้องพึงเข้าใจว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญานั้นไม่ได้ทำลายหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (แม้จะถูกแทรกแซงโดยรัฐ) ที่เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายสัญญาไป แต่หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาจะสนับสนุนหลักการดังกล่าวให้มีอยู่และให้คงอยู่ โดยทำให้ผู้บริโภคมีความเชื่อมั่นในการเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจ อันจะส่งผลต่อความมั่นคงในการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพด้วย[40]

หากพิจารณาจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจในโลกปัจจุบันแล้วจะพบว่าระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez-Faire) ซึ่งเป็นระบบที่ให้โอกาสเอกชนแข่งขันกันอย่างเต็มที่โดยรัฐจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการแข่งขันทางธุรกิจของเอกชน (นอกเสียจากการวางกฎ ระเบียบเพื่อความปลอดภัยของรัฐ) นั้น มิได้ทำให้เกิดความยุติธรรมขึ้นระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภคอย่างที่ควรจะเป็น ด้วยเหตุที่ผู้บริโภคขาดอำนาจต่อรอง (Inequality of Bargaining Power) ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมจะทำให้สังคมเกิดความเป็นธรรมก็ต่อเมื่อผู้ผลิตและผู้บริโภคต่างก็มีอำนาจและความเข้มแข็งเท่ากัน เมื่อผู้ผลิตพยายามทุกวิถีทางที่จะให้ได้มาซึ่งผลกำไรในการจำหน่าย ไม่ว่าจะด้วยการรวมตัวกันขึ้นราคา กักตุนสินค้า หรือลดจำนวนการผลิตลงเพื่อให้เกิดความต้องการในตลาดสูงขึ้น และหวังกำไรจากการขึ้นราคา ตลอดจนผลเสียอันเกิดแก่ผู้บริโภคสืบเนื่องจากการปล่อยปละละเลยขาดความรับผิดชอบในการควบคุมการผลิตและคุณภาพที่ไม่ได้มาตรฐาน เพราะใช้วัตถุดิบที่มีคุณภาพต่ำเพื่อลดต้นทุนการผลิต สิ่งเหล่านี้ผู้บริโภคเองไม่อาจจะรวมตัวกันต่อสู้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ภาวะความไม่เสมอภาคในทางเศรษฐกิจภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมนี้เอง ทำให้รัฐจำเป็นจะต้องเข้ามามีส่วนช่วยเหลือผู้บริโภคมากยิ่งขึ้น หากพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วจะพบว่า เมื่ออำนาจต่อรองอยู่ในมือผู้ผลิต อีกทั้งกระบวนการผลิตก็สลับซับซ้อนเกินกว่าความสามารถที่ผู้บริโภคจะใช้ความรู้ความสามารถหยั่งทราบ

---

[39] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, *เรื่องเดิม*.

[40] ดาราพร ถิระวัฒน์, **สัญญาผู้บริโภค** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2559), หน้า 15.

ถึงคุณภาพของสินค้าได้ หลักกฎหมายที่ว่าผู้ซื้อต้องระวัง จึงไม่เหมาะสมต่อสภาพการณ์ปัจจุบันอย่างเห็นได้ชัด ฉะนั้น ความจำเป็นที่จะต้องมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจึงเป็นสิ่งที่พึงกระทำและหลีกเลี่ยงมิได้[41] ดังนี้รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดจากความบกพร่องของตลาดในระบบเศรษฐกิจเสรีแบบดั้งเดิมตามแนวคิดเรื่อง “รัฐสวัสดิการ” (Welfare State)

ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ประเทศต่าง ๆ หันมาพิจารณาถึงสิทธิของผู้บริโภคในอันที่จะได้รับความคุ้มครองและปกปักษ์รักษาผลประโยชน์เป็นการเฉพาะนอกเหนือจากสิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายตามสัญญา หรือสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีละเมิดตามกฎหมายเดิม ดังนั้น ประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรป อเมริกา และออสเตรเลีย จึงได้มีการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่เคยมีอยู่เดิมทั้งในแง่ความรับผิดในทางสัญญาหรือละเมิดให้เอื้ออำนวยต่อการเยียวยาชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการบริโภคให้มากขึ้น ทั้งนี้ โดยเน้นทั้งด้านการควบคุมกำกับกิจกรรมทางการผลิตโดยรัฐ เพื่อป้องกันความเสียหายและการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อผู้บริโภค (ในบางประเทศ)[42]

อย่างไรก็ดี มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่ารัฐจะเข้ามาแทรกแซงหรือควบคุมข้อสัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคได้ก็ต่อเมื่อสัญญานั้น ๆ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ความไม่สมบูรณ์ของตลาด (Market Imperfection)” ซึ่งตลาดที่สมบูรณ์หมายถึง 1. กรณีที่ไม่มีการผูกขาดทางการค้า (Monopoly) คือการตกลงหรือร่วมมือกันเพื่อกำหนดราคาหรือข้อสัญญาอย่างเดียวกันหรือการตกลงร่วมกันกำจัดการค้า ทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถแสวงหาข้อสัญญาที่ดีกว่าได้ และ 2. ผู้ซื้อและผู้ขาย (ผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภค) ได้รับข้อมูลอย่างสมบูรณ์ คือรู้และเข้าใจข้อสัญญาอย่างถูกต้องครบถ้วน หากปราศจากเหตุเหล่านี้แล้วย่อมต้องถือว่ากระบวนการทำสัญญามีความเป็นธรรมแล้ว ถึงแม้ว่าเนื้อหาของสัญญาจะไม่เป็นธรรมก็ตาม เพราะบุคคลแต่ละคนมีเกณฑ์การวัดอรรถประโยชน์ต่างกัน บางกรณีจึงสมัครใจรับเอาข้อสัญญาที่หนักกว่าปกติด้วยเหตุผลบางประการซึ่งตนเห็นว่าคุ้มค่าแล้ว เช่น ความสุขความพึงพอใจส่วนตัว ความเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ การคุ้มครองผู้บริโภคจึงควรเน้นไปที่การป้องกันการผูกขาดและการกำจัดหรือควบคุมภาวะความไม่รู้ ไม่เข้าใจข้อสัญญาของผู้บริโภคมากกว่าที่เปิดช่องให้กล่าวอ้างอย่างเลื่อนลอยว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมเพราะคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งจะช่วยลดปัญหาการอ้างว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมที่มักจะอ้างกันอย่างฟุ่มเฟือยจนทำให้คดีความรกศาล โดยคำว่า “อำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน” (Inequality of Bargaining Power) นั้นมีความหมายกว้างซึ่งหมายถึงสภาพที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งด้อยกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่ว่าโดยเหตุประการใด การที่คู่สัญญาไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญา ทำให้ตัดสินประโยชน์ที่ได้รับจาก

---

[41] สุษม ศุภนิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 3-4.

[42] สุษม ศุภนิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 2-3.

สัญญาผิดไป โดยหลงเข้าใจว่าข้อสัญญานั้นจะนำมาซึ่งประโยชน์อันน่าพอใจก็อยู่ในความหมายของอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกันด้วยเช่นกัน ดังนี้คู่สัญญาอาจโต้แย้งข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้ก็ต่อเมื่อการรับเอาข้อสัญญานั้นเกิดจากการผูกขาด หรือการไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญา หรือการไม่มีโอกาสเข้าตรวจสอบข้อสัญญาได้ในความเป็นจริงโดยไม่จำเป็นต้องอ้างเรื่องอำนาจต่อรองด้วยซ้ำไป ในทางกลับกันหากว่ากระบวนการทำสัญญามีความไม่เป็นธรรมแล้ว (มีการผูกขาดทางการค้าหรือผู้บริโภคไม่รู้หรือไม่เข้าใจข้อสัญญา กล่าวคือตลาดมีความไม่สมบูรณ์) แต่เนื้อหาของสัญญานั้นเป็นธรรม ก็ไม่มีเหตุผลที่ศาลจะทำให้ข้อสัญญานั้นตกไปหรือแก้ไขเนื้อหาของข้อสัญญานั้น เพราะไม่ได้ทำให้เกิดผลเสียหายแก่ผู้บริโภค ทั้งนี้เราต้องแยกความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญากับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาแห่งสัญญาออกจากกัน ซึ่งจะทำให้ใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างถูกต้อง[43]

2.2.2 ทฤษฎีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

ในส่วนนี้จะอธิบายถึงทฤษฎีสำคัญ ๆ ในการคุ้มครองผู้บริโภค โดยอาจปรากฏเป็นเหตุผลเบื้องหลังในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคหลายฉบับ

2.2.2.1 หลักผู้ซื้อต้องระวัง

หลักผู้ซื้อต้องระวัง (Caveat Emptor หรือ Let the Buyer Beware) เป็นหลักกฎหมายโรมัน กล่าวคือ ผู้ขายอาจไม่ต้องรับผิดในบางกรณี ถ้าผู้ซื้อได้ล่วงรู้ความชำรุดบกพร่องหรือควรจะรู้หากใช้ความระมัดระวังบ้างตามสมควร ซึ่งเหมาะกับสภาวะของการผลิตและการบริโภคที่ไม่สลับซับซ้อน ต่อมาเมื่อแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคแพร่หลายขึ้นก็กลับกลายเป็นว่าผู้ขายต้องเป็นฝ่ายใช้ความระมัดระวัง (Caveat Venditor)[44]

2.2.2.2 หลักความรับผิดเฉพาะคู่กรณีในสัญญา

หลักความรับผิดเฉพาะคู่กรณีในสัญญา (Privity of Contract หรือ Privity Rule) มีใจความว่าเฉพาะคู่กรณีในสัญญา เช่น ผู้ซื้อ-ผู้ขาย ในสัญญาซื้อขาย เท่านั้นที่มีสิทธิและหน้าที่ความรับผิดต่อกันและกัน ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นจากการบริโภคทรัพย์สินที่ซื้อขาย หากผู้ที่ได้รับความเสียหายมิใช่คู่สัญญาก็จะไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ขายรับผิดตามสัญญาซื้อขายได้ หลักนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญา[45] ที่มองว่าเมื่อคู่สัญญาตกลงใจจะเข้าทำสัญญาให้ผูกพัน

---

[43] พินัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 4, 30 (ธันวาคม 2543): 550-553, 561-563.

[44] สุษม ศุภนิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า ก-ค, 2.

[45] สุษม ศุภนิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า ข, 11.

ซึ่งกันและกันแล้วก็จะไปมีผลผูกพันบุคคลภายนอกด้วยหาได้ไม่ เพราะบุคคลภายนอกไม่ได้มีเจตนาจะผูกพันตนในสัญญานั้นด้วย

2.2.2.3 การไม่ให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Will)

ด้วยเหตุที่แนวคิดทฤษฎีดังกล่าวเหมาะสมในสภาพสังคมที่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรองและมีระบบการค้าที่แข่งขันกันค่อนข้างสมบูรณ์ จึงไม่อาจใช้หลักความรับผิดเฉพาะคู่กรณีในสัญญา (Privity of Contract) ได้เพราะผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องบริโภคสินค้าหรือบริการโดยอาศัยความสัมพันธ์ในทางสัญญาเสมอไป เนื่องจากการบริโภคเป็นปรากฏการณ์ที่ต้องเกิดขึ้นอยู่แล้วตามธรรมชาติของมนุษย์ โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขในสถานะทางสังคม (Status Quo) ความสามารถของบุคคล (Capability) หรือข้อตกลงในทางนิติกรรมสัญญา เพราะฉะนั้นหลักกฎหมายที่กำหนดให้บุคคลจะต้องรับผิดในความรับผิดในความเสียหายใด ๆ ต่อบุคคลอื่น จะต้องมีความผูกพันกันตามสัญญากับบุคคลนั้นเสียก่อน (หลัก Privity of Contract) จึงเป็นอุปสรรคขัดขวางการคุ้มครองผู้บริโภคที่มิใช่คู่กรณีในสัญญา ทฤษฎีกฎหมายที่ก่อตั้งสิทธิในการได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบริโภคจึงไม่คำนึงถึงหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา (Privity Rule) แต่อย่างใด ดังนั้นการกำหนดว่าผู้บริโภคคือใคร จึงไม่กำหนดโดยอาศัยหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจึงก่อให้เกิดการปฏิเสธทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา และหลักความรับผิดเฉพาะคู่กรณีโดยสิ้นเชิง การกำหนดกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจึงออกมาในรูปของการขยายความรับผิดของผู้ขายไปสู่บุคคลอื่น ๆ ที่มิใช่ผู้ซื้อ เช่น ให้รับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้าที่เกิดอันตรายต่อบุคคลในครอบครัวของผู้ซื้อ เป็นต้น[46]

การไม่นำหลักความรับผิดเฉพาะคู่กรณีในสัญญามาใช้นี้มีความจำเป็นอย่างยิ่งในปัจจุบันที่ระบบการผลิตเน้นการผลิตแบบอุตสาหกรรมโดยผลิตเป็นจำนวนมาก สินค้าหรือบริการกว่าจะถึงมือผู้บริโภคในรายสุดท้าย สินค้าหรือบริการนั้นจะต้องผ่านมือผู้ค้ารายย่อยต่าง ๆ มากมาย ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วผู้บริโภคคนนั้นอาจไม่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับผู้ผลิตสินค้าเลย โดยอาจจะสังเกตได้จากคดี MacPherson v Buick Motor Co. ในสหรัฐอเมริกา กับคดี Donohue v Stevenson ในอังกฤษ ที่ศาลตัดสินให้ผู้ผลิตต้องรับผิดแม้จะไม่มีนิติสัมพันธ์ในฐานะเป็นคู่สัญญากับผู้บริโภคเลย อันเป็นการยกเว้นหลัก Privity of Contract นั่นเอง[47]

---

[46] สุษม ศุภนิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 11.

[47] สุษม ศุภนิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 14-15.

2.2.2.4 ทฤษฎีความรับผิดในทางละเมิดซึ่งใช้บทสันนิษฐานความผิด (Presumption of Fault)

หลักความรับผิดในทางละเมิดนั้น มีทฤษฎีความรับผิดที่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปอยู่ 2 หลัก คือ มีความรับผิดเมื่อมีความผิดคือจงใจหรือประมาทเลินเล่อ กับหลักความรับผิดโดยกฎหมายสันนิษฐานว่ามีความผิดแม้มิได้จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งบางกรณีก็เป็นการสันนิษฐานเด็ดขาดไม่มีข้อยกเว้นในการนำสืบหักล้าง (Absolute Liability) บางกรณีก็มีข้อยกเว้นให้มีการนำสืบหักล้างบทสันนิษฐานที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ หรือที่เรียกว่า ความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) หลักความรับผิดเด็ดขาดได้รับการยอมรับมากขึ้นเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากผลิตภัณฑ์ซึ่งมีความสลับซับซ้อนในการผลิต ผู้ใช้ซึ่งได้รับความเสียหายไม่อาจพิสูจน์ถึงเหตุแห่งความเสียหายได้ว่าเป็นความผิดพลาดของผู้ใด

เหตุผลของการนำเอาทฤษฎีความรับผิดเด็ดขาดในทางละเมิดมาปรับใช้กับคดีที่ฟ้องให้ชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการบริโภคก็เพราะว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบริโภคนั้นเป็นเรื่องที่ยากจะพิสูจน์ได้ว่าเกิดขึ้นจากความผิดของผู้ใด เพราะกระบวนการในการบริโภคนั้นประกอบด้วย ผู้ผลิต ผู้ขายส่ง ผู้ขายปลีก ผู้บริโภค เป็นกระบวนการที่ยาวไกล ยากแก่การพิสูจน์ว่าความบกพร่องเกิดขึ้นในขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ใดในกระบวนการ และความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคที่อยู่ในตอนท้ายของกระบวนการซึ่งบริโภคผลิตภัณฑ์นั้น มีสาเหตุมาจากความบกพร่องในช่วงเวลาใด ในกรณีการผลิตที่มีเทคนิคเฉพาะที่ยากและสลับซับซ้อน การพิสูจน์ว่ามีความบกพร่องในการผลิตยังไม่อยู่ในวิสัยที่ผู้บริโภคจะพิสูจน์ได้ง่ายว่าผู้ผลิตสินค้ากระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้มีความชำรุดบกพร่องในผลิตภัณฑ์ การกำหนดให้ผู้ผลิตหรือผู้ขาย (ในบางกรณี) ต้องรับผิดโดยปราศจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ จึงเป็นการเหมาะสม ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขว่า ผู้ผลิตหรือผู้ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดนี้อาจพิสูจน์โดยอาศัยข้ออ้างบางประการเพื่อให้พ้นความรับผิดได้

2.2.3 ลักษณะของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

ลักษณะสำคัญของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค คือ เป็นกฎหมายที่กำหนดความเกี่ยวพันระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการบริโภคสินค้าหรือการรับบริการของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งความเกี่ยวพันในที่นี้ หมายถึงความเกี่ยวพันกันในทางสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดต่อกันเกี่ยวกับการบริโภคสินค้าหรือการรับบริการ[48] ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษ (Jus Speciale) ที่มีผลบังคับเหนือ

[48] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, **กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค**, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2560), หน้า 23.

กฎหมายแพ่งซึ่งเป็นหลักทั่วไป[49] ทั้งยังเป็นกฎหมายเศรษฐกิจ (Economic Law) ที่เป็นหลักกฎหมายบังคับ (Jus Cogen) คือเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จะตกลงกันให้แตกต่างเป็นอย่างอื่นไม่ได้ เนื่องจากมุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม[50]

แต่หากจะกล่าวถึงกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคขึ้นมาเฉย ๆ ย่อมหมายรวมถึงกฎหมายทั้งหมดทุกประเภทที่มีเนื้อหาเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคนั้นเป็นกฎหมายที่มีขอบเขตกว้างขวางมากอาจเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายสหสาขา ครอบคลุมถึง กฎหมายแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ธุรกิจ กฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง และกฎหมายวิธีพิจารณาความ และด้วยความที่เป็นกฎหมายสหสาขานี้เองจึงยากที่จะจำแนกว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจัดอยู่ในหมวดหมู่กฎหมายประเภทใดตามที่เคยแบ่งมาแต่เดิม คือการแบ่งกฎหมายออกเป็น กฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน การจัดประเภทกฎหมายจึงควรจัดในแนวทางใหม่คือจัดตามหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่น กฎหมายแรงงาน ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายสหสาขาเช่นเดียวกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค[51]

ด้วยลักษณะของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นกฎหมายสหสาขาเช่นนี้เอง การจำแนกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคย่อยลงไปอีกจึงอาจจำแนกได้เป็น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเชิงสารบัญญัติ และ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเชิงวิธีสบัญญัติ ถึงแม้ว่ากฎหมายฉบับหนึ่ง ๆ นั้นจะอาจจะประกอบไปด้วยบทกฎหมายเชิงสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติปะปนกันก็ตาม

กฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) หมายถึง กฎหมายที่บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่หรือความรับผิดของบุคคล[52] กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเชิงสารบัญญัติจึงหมายถึงกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ ความรับผิดของผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในส่วนนี้ยังอาจแบ่งออกเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการทั่วไป ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่ได้รับการยอมรับกันว่าเป็น “กฎหมายหลัก” หรือ “กฎหมายกลาง” ที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการทั่วไป[53] วางหลักการคุ้มครองผู้บริโภคไว้เป็นการทั่วไป และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเฉพาะเรื่องที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

---

[49] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 26.

[50] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 23.

[51] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 23.

[52] ไพโรจน์ วายุภาพ, **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พริ้นติ้ง, 2555) หน้า 1.

[53] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 28.

โดยอาจคุ้มครองผู้บริโภคสินค้าหรือบริการเฉพาะอย่าง คุ้มครองบางด้าน หรือบางสถานการณ์[54] กฎหมายในส่วนนี้มีอยู่มากมายหลายฉบับ โดยมีฉบับที่สำคัญ เช่น พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

กฎหมายวิธีสบัญญัติ (Adjective Law) หมายถึงกฎหมายที่บัญญัติถึงวิธีการต่าง ๆ ในอันที่บุคคลทั้งหลายจะพึงปฏิบัติ เพื่อจะได้รับความรับรอง คุ้มครองและบังคับตามในทางศาลตามสิทธิและหน้าที่ซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายสารบัญญัติ[55] ดังนั้นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเชิงวิธีสบัญญัติจึงหมายถึงกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในส่วนที่เป็นกฎเกณฑ์ในการใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับตามสิทธิในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเชิงสารบัญญัตินั่นเอง เป็นการคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับการฟ้องร้องคดีและการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาล[56] ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งภาค 2 ลักษณะ 2 หมวด 4 ส่วนที่ว่าด้วยการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action)[57] รวมถึงพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในส่วนที่ว่าด้วยการเข้าดำเนินคดีแทนผู้บริโภคของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือสมาคมและมูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคหรือต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าที่ได้รับการรับรองจากคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย[58]

ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคอันเป็นที่มาของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ คือความเป็นพลวัตของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นกฎหมายที่ต้องมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและตลอดเวลา ต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับปัญหาที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา เนื่องจากสัญญาผู้บริโภคมีการเปลี่ยนแปลงไปตามการประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคม เศรษฐกิจและเทคโนโลยีระหว่างคู่สัญญา ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คือกรณีการคุ้มครองผู้ซึ่งบริโภคเนื้อหาดิจิทัลอันเป็นนวัตกรรมใหม่ เป็น

---

[54] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 104.

[55] ไพโรจน์ วายุภาพ, *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 1-2.

[56] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 168.

[57] แม้จะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการดำเนินคดีแพ่งทั่วไปด้วย แต่เนื่องจากกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคมุ่งเน้นการคุ้มครองผู้บริโภคในฐานะที่เป็นส่วนรวมและคดีผู้บริโภคมักสร้างความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคเป็นวงกว้าง การดำเนินคดีแบบกลุ่มจึงมีความสำคัญในการรวมกลุ่มผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายอย่างเดียวกันมาให้ศาลรับรอง คุ้มครอง และบังคับตามสิทธิเสียในคราวเดียวกัน

[58] ดูมาตรา 39 ถึง มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

พฤติกรรมการบริโภคใหม่ ๆ ซึ่งกฎหมายต้องก้าวเข้าไปคุ้มครองให้ทันต่อกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไป มิใช่ปล่อยไว้เป็นช่องว่างให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบได้[59]

2.2.4 มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค

สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคจะแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ 1. มาตรการเชิงป้องกันความเสียหาย หรือมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญา และ 2. มาตรการเชิงเยียวยาแก้ไขความเสียหาย หรือมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคหลังทำสัญญา

2.2.4.1 มาตรการเชิงป้องกันความเสียหาย (Preventive Measures)

เป็นมาตรการที่ใช้ในขั้นตอนก่อนที่สัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคจะเกิดขึ้น[60] หรือก่อนที่ความเสียหายจะเกิดขึ้นแก่ผู้บริโภค มักปรากฏอยู่ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเชิงสารบัญญัติ เช่น มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา ด้านฉลาก และด้านสัญญา ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยการป้องกันไม่ให้มีการโฆษณาโดยใช้ข้อความที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค หรืออาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม หรือควบคุมฉลากให้มีข้อความตามที่กฎหมายกำหนดสำหรับสินค้าที่ควบคุมฉลาก หรือควบคุมให้ใช้ข้อสัญญาที่จะไม่ทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบ ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค สำหรับธุรกิจควบคุมสัญญา ทั้งนี้โดยอาศัยคณะกรรมการชุดต่าง ๆ เป็นผู้ควบคุมดูแล จะสังเกตได้ว่ามาตรการดังกล่าวนี้เป็นไปตามหลักการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคทั้งก่อนและขณะทำสัญญานั่นเอง (เป็นสิทธิประการหนึ่งของผู้บริโภค) เพื่อให้ผู้บริโภคไตร่ตรองให้ถี่ถ้วนก่อนเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงขยายเวลาไตร่ตรองหลังทำสัญญาแล้วในระยะหนึ่ง[61] ซึ่งก็คือกรณีสัญญาที่ผู้บริโภคสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้อย่างอิสระหลังทำสัญญา เช่น สัญญาตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

2.2.4.2 มาตรการเชิงเยียวยาแก้ไขความเสียหาย (Remedial or Corrective Measures)

เป็นมาตรการที่ใช้ในขั้นตอนที่สัญญาระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคเกิดขึ้นแล้ว แต่กฎหมายต้องเยียวยาที่ผู้บริโภคได้รับจากผู้ประกอบธุรกิจ[62] มักปรากฏอยู่ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเชิงวิธีสบัญญัติ เป็นขั้นตอนในการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลเมื่อผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจและต้องการใช้สิทธิดำเนินคดีทางศาล และรวมถึงมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ที่อำนวยความสะดวกให้แก่ผู้บริโภคในการดำเนินคดีด้วย เช่น การเข้าดำเนินคดีแทนผู้บริโภคของ

---

[59] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 15-16.

[60] พินัย ณ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า 548.

[61] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 24.

[62] พินัย ณ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า 548.

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือสมาคมและมูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคหรือต่อต้านการแข่งขันอันไม่เป็นธรรมทางการค้าที่ได้รับการรับรองจากคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 การวินิจฉัยว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและจะมีผลใช้บังคับได้เพียงใด ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

จากที่กล่าวไปข้างต้นอาจพอสรุปได้ว่า มาตรการหรือกลไกการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นมีอยู่สามประการหลัก ๆ ด้วยกัน ได้แก่ 1. การรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค เช่น การรับรองสิทธิในการได้รับข้อมูลข่าวสารอันนำไปสู่การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาและฉลากซึ่งเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคเชิงป้องกัน 2. การตรากฎหมายกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบธุรกิจ เช่น การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจขายตรงและตลาดแบบตรงต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ 3. การจัดตั้งองค์กรของรัฐเพื่อกำกับดูแลการคุ้มครองผู้บริโภค เช่น คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค คณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ[63]

2.2.5 สิทธิของผู้บริโภค

ในการคุ้มครองผู้บริโภค สิ่งที่เป็นฐานคิดในการวางมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ เพื่อคุ้มครอง จำเป็นต้องพิจารณาก่อนว่าผู้บริโภคมีสิทธิอะไรบ้างดังที่ได้ศึกษามาแล้วถึงวิวัฒนาการและแนวคิดของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากระบบเศรษฐกิจเสรีแบบดั้งเดิมจนรัฐจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อแก้ไขความบกพร่องของตลาดให้เกิดความเป็นธรรม โดยเฉพาะในประเทศสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดี John F. Kennedy ได้กล่าวคำกล่าวพิเศษ (Special Message) ต่อสภาคองเกรส (Congress) เกี่ยวกับการรับรองประโยชน์ของผู้บริโภค โดยมีความตอนหนึ่งที่เสนอให้รัฐรับรองสิทธิพื้นฐานบางประการของผู้บริโภค ได้แก่ สิทธิเกี่ยวกับความปลอดภัย (The Right to Safety) สิทธิที่จะได้รับข้อมูล (The Right to be Informed) สิทธิที่จะเลือก (The Right to Choose) สิทธิที่จะได้รับการรับพิจารณา (The Right to be Heard) หรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่รัฐบาลได้พิมพ์รายงานสองฉบับว่าด้วยนโยบายผู้บริโภค ค.ศ. 1971 และ ค.ศ. 1975 เพื่อปรับปรุงสถานะทางกฎหมายของผู้บริโภคให้ดีขึ้น อันนำไปสู่แนวคิดรัฐสวัสดิการและระบบเศรษฐกิจเสรีสมัยใหม่ โดยรัฐเข้ามาแทรกแซงตลาดเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในระดับหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคือการกำหนดหรือรับรองสิทธิพื้นฐานบางประการที่ต่อมาได้รับการกำหนดหรือรับรองไว้ในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก เช่น สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับสุขภาพและความปลอดภัย (Right to Health and Safety Protection) สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (Right to Protection of Economic Interests)

---

[63] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 320-322.

สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย (Right of Redress) สิทธิที่จะได้รับข้อมูลข่าวสาร (Right to Information) ตลอดจนสิทธิที่จะมีผู้แทนของตน (Right of Representation)[64]

การแบ่งประเภทของสิทธิของผู้บริโภคอาจแบ่งออกได้เป็น สิทธิตามสัญญา และสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โดยสิทธิตามสัญญานั้นเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญา (Sanctity of Contract) ผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจจึงมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดต่อกันตามสัญญาที่ได้ทำไว้ต่อกัน ส่วนสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคนั้นเป็นการที่ผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองสิทธิของตนเพิ่มเติมขึ้นจากสิทธิตามสัญญา และอาจส่งผลกระทบต่อเจตนาหรือข้อตกลงที่ผู้บริโภคได้ให้ไว้แก่ผู้ประกอบธุรกิจอีกด้วย เช่น กรณีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ศาลอาจใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดของคู่สัญญาให้เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ โดยนัยนี้ผู้บริโภคย่อมได้รับการคุ้มครองดียิ่งกว่าสิทธิตามสัญญาที่เป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งทั่วไป[65]

ถึงแม้ว่าแต่ละประเทศอาจจะแบ่งประเภทของสิทธิของผู้บริโภคไว้ไม่เหมือนกัน แต่สิทธิที่สำคัญมีอยู่ไม่กี่ประการเท่านั้น อย่างในประเทศไทยเอง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ก็ได้แบ่งสิทธิของผู้บริโภคออกได้เป็น 5 ประการด้วยกัน ได้แก่

1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ (Right to Information)[66] สิทธิในข้อนี้เป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ซึ่งประกอบด้วยการคุ้มครองในเชิงคุณภาพ คือข้อมูลที่ให้แก่ผู้บริโภคต้องเป็นข้อมูลที่ถูกต้องแท้จริง ในภาษาที่ผู้บริโภคสามารถอ่านเข้าใจได้ และการคุ้มครองในเชิงปริมาณคือ ข้อมูลที่ให้แก่ผู้บริโภคต้องเพียงพอต่อการตัดสินใจของผู้บริโภค จะได้ไม่หลงผิดในการซื้อสินค้าหรือรับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยไม่เป็นธรรม[67] โดยมาตรการในการบังคับตามสิทธินี้จะอยู่ในส่วนของการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาและด้านฉลาก

2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ (Right to Freedom of Choice)[68] ได้แก่ สิทธิในการที่จะเลือกซื้อสินค้าหรือรับบริการโดยความสมัครใจของผู้บริโภค โดยปราศจากการบังคับ การจำกัด หรือการชักจูงอย่างใด ๆ อันไม่เป็นธรรมจากการกระทำใด ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจ ในทางกลับกัน ผู้ประกอบธุรกิจก็จะต้องไม่กระทำการใด ๆ อันจะส่งผลให้ผู้บริโภค

---

[64] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 5-6.; ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 19-20.

[65] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 259-261.

[66] มาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[67] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 34.

[68] มาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

ไม่มีเสรีภาพในการเลือกซื้อสินค้าหรือรับบริการ หรือทำให้ตกอยู่ในสภาพบังคับให้ทำตามเงื่อนไขที่ผู้ประกอบธุรกิจกำหนด[69]

3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือรับบริการ (Right to Safety)[70] คือ สิทธิที่ผู้บริโภคจะได้รับสินค้าหรือบริการที่ปลอดภัย มีสภาพและคุณภาพได้มาตรฐาน เหมาะสมแก่การใช้สอยประโยชน์ และไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย หรือทรัพย์สิน ในกรณีที่ผู้บริโภคใช้สอยสินค้าหรือบริการตามคำแนะนำ หรือใช้ความระมัดระวังตามสภาพของสินค้าหรือบริการนั้น[71]

4) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา (Right to Fairness for Contract)[72] คือ สิทธิที่จะได้รับข้อสัญญาโดยไม่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจ[73] ซึ่งสิทธิในข้อนี้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการคุ้มครองผู้ซึ่งบริโภคเนื้อหาดิจิทัลเพราะแนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้เขียนจะเสนอ จะเน้นการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาเป็นสำคัญ โดยที่มาแห่งสิทธิประการนี้ผู้เขียนได้กล่าวเอาไว้อย่างละเอียดแล้วในหัวข้อวิวัฒนาการและแนวคิดของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โดยเฉพาะในส่วนของอำนาจต่อรองและความไม่สมบูรณ์ของตลาด

5) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย (Right to be Heard and Right to Remedy)[74] ได้แก่ สิทธิที่จะโต้แย้งหรือคัดค้านผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินค้าที่ซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจหรือเกี่ยวกับบริการที่ได้รับจากผู้ประกอบธุรกิจ และการได้รับการพิจารณาจากองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและชดใช้ค่าเสียหาย[75] โดยมาตรการในพระราชบัญญัตินี้ที่จะช่วยบังคับการให้เป็นไปตามสิทธินี้ได้แก่ มาตรการช่วยเหลือผู้บริโภคในการดำเนินคดี ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินคดีโดยคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือการดำเนินคดีโดยองค์กรเอกชน (สมาคมและมูลนิธิ) ก็ตาม[76] และจะปรากฏชัดเจนเป็นรูปธรรมตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

---

[69] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 34.

[70] มาตรา 4 (3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[71] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 35.

[72] มาตรา 4 (3 ทวิ) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[73] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 35.

[74] มาตรา 4 (4) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[75] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 35.

[76] ดูมาตรา 37 ถึง มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

โดยสิทธิทั้งห้าประการนี้มีความเกี่ยวข้องกันหมดและสามารถรวมกลุ่มกันได้เป็นสิทธิผู้บริโภคที่สำคัญ 2 ประการคือ สิทธิในการได้รับความปลอดภัย และสิทธิในการได้รับข้อมูล[77]

2.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล

กฎหมายเป็นเครื่องสะท้อนของนโยบายแห่งรัฐ ดังนั้นในการศึกษาแนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล มีความจำเป็นต้องศึกษานโยบายต่อผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลขององค์การระหว่างประเทศหรือนโยบายของต่างประเทศด้วย เพื่อจะได้เห็นถึงพัฒนาการและเหตุผลที่ซ่อนอยู่เบื้องหลังกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลของประเทศนั้น ๆ อันอาจมีประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลของประเทศไทย

2.3.1 แนวทางเกี่ยวกับนโยบายด้านผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่สามารถจับต้องได้ ของ OECD

องค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-Operation and Development - OECD) เป็นองค์การระหว่างประเทศที่เกิดจากการรวมตัวกันของบรรดาชาติที่พัฒนาแล้ว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมนโยบายเกี่ยวกับการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมให้ดีขึ้น ปัจจุบันมีสมาชิกจำนวน 36 ประเทศ สมาชิกที่สำคัญ เช่น อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน และสหรัฐอเมริกา[78]

สืบเนื่องจากวัตถุประสงค์ของ OECD ดังกล่าวนโยบายด้านผู้บริโภคก็เป็นนโยบายอีกด้านที่มีความสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ซึ่ง OECD เล็งเห็น โดยเฉพาะการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลใน ค.ศ. 2014 OECD ได้เผยแพร่เอกสารเรื่อง แนวนโยบายด้านผู้บริโภคว่าด้วยสินค้าเนื้อหาดิจิทัลที่จับต้องไม่ได้ (Consumer Policy Guidance on Intangible Digital Content Product) ซึ่งอธิบายว่าการขยายตัวของตลาดเนื้อหาดิจิทัลประเภทที่จับต้องไม่ได้ เป็นผลมาจากหลายปัจจัยด้วยกัน อาทิ การแพร่ขยายของอินเทอร์เน็ตความเร็วสูง นวัตกรรม และการแข่งขันกันที่มากขึ้น กลไกการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ง่ายขึ้น การเติบโตของการใช้อุปกรณ์เคลื่อนที่และแอปพลิเคชัน รวมถึงการประมวลผลบนกลุ่มเมฆ (Cloud Computing) แต่จากข้อร้องเรียนและจากการสำรวจทำให้พบว่าผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลยังประสบปัญหาบางประการ เช่น การเปิดเผยข้อมูลที่ไม่

---

[77] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 31-32.

[78] The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), **About the OECD**, Retrieved January 27, 2019 from http://www.oecd.org/about/

เพียงพอจากผู้ประกอบธุรกิจ, การทำให้หลงผิด, หรือการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม, ความกังวลเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคซึ่งผู้ประกอบธุรกิจอาจจะเก็บ ใช้งาน หรือแบ่งปันให้แก่ผู้อื่น, ปัญหาเกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทและการเยียวยาความเสียหายที่ไม่เพียงพอ ตลอดจนข้อกังวลเกี่ยวกับการคิดค่าบริการที่ไม่ได้รับอนุญาตจากผู้บริโภคซึ่งใช้งานแอปพลิเคชัน หรือเกมออนไลน์[79]

โดยแนวนโยบายดังกล่าวมีขอบเขตครอบคลุมเฉพาะเนื้อหาดิจิทัลที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Digital Content Products) เท่านั้น ไม่ว่าจะได้รับมาผ่านทางอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายโทรศัพท์มือถือ ซึ่งจะต้องได้รับมาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ และได้รับมาโดยผู้บริโภคจากผู้ประกอบธุรกิจผ่านทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะมีการชำระเงินเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยหรือไม่[80]

สำหรับเนื้อหาในแนวนโยบายด้านผู้บริโภคว่าด้วยสินค้าเนื้อหาดิจิทัลที่จับต้องไม่ได้ของ OECD นั้น ประกอบไปด้วยประเด็นสำคัญ ได้แก่ 1. การได้รับ การเข้าถึง และเงื่อนไขการใช้งานเนื้อหาดิจิทัล 2. ความเป็นส่วนตัวและความปลอดภัย 3. การหลงผิด การทำให้เข้าใจผิด และการกระทำทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม 4. มาตรการเกี่ยวกับเด็ก 5. การระงับข้อพิพาทและการเยียวยาความเสียหาย และ 6. การพัฒนาความรู้ความสามารถเกี่ยวกับดิจิทัล

อย่างไรก็ตาม แนวนโยบายด้านผู้บริโภคว่าด้วยสินค้าเนื้อหาดิจิทัลที่จับต้องไม่ได้ ของ OECD นี้ มิใช่แนวนโยบายที่เกิดขึ้นใหม่ หากแต่เป็นผลมาจาก แนวทางสำหรับการคุ้มครองผู้บริโภคในบริบทของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce) ซึ่งออกเผยแพร่ตั้งแต่ ค.ศ. 1999 โดยแนวทางสำหรับการคุ้มครองผู้บริโภคในบริบทของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ของ OECD นั้นตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานที่ว่า **ผู้บริโภคที่บริโภคสินค้าผ่านระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ควรต้องได้รับการปฏิบัติอย่างโปร่งใสและได้รับการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งจะต้องมีมาตรฐานไม่ต่ำกว่าการคุ้มครองผู้บริโภคที่บริโภคสินค้าผ่านทางช่องทางอื่นที่มิใช่พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์**[81]

---

[79] The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), **Consumer Policy Guidance on Intangible Digital Content Products**, pp. 4-5, Retrieved January 27, 2019 from https://www.oecd-ilibrary.org/consumer-policy-guidance-on-intangible-digital-content-products_5jxvbrjq3gg6.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpaper%2F5jxvbrjq3gg6-en&mimeType=pdf

[80] *Ibid*, p. 6.

[81] *Ibid*.

2.3.2 ยุทธศาสตร์ตลาดดิจิทัลเดียวของสหภาพยุโรป

ยุทธศาสตร์ตลาดดิจิทัลเดียว (Digital Single Market) เป็นยุทธศาสตร์ของคณะกรรมาธิการยุโรปที่จะประกันการเข้าถึงกิจกรรมออนไลน์ต่าง ๆ สำหรับปัจเจกบุคคล และภาคธุรกิจ ภายใต้เงื่อนไขของการแข่งกันที่เป็นธรรม **ระดับการคุ้มครองผู้บริโภคและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลขั้นสูง (High Level of Consumer and Personal Data Protection)** ขจัดอุปสรรคทางด้านภูมิศาสตร์และปัญหาด้านลิขสิทธิ์ ก่อให้เกิดการเคลื่อนย้ายคน บริการ และทุนอย่างเสรี โดยปราศจากข้อจำกัดด้านเชื้อชาติและถิ่นพำนัก

ยุทธศาสตร์ตลาดดิจิทัลเดียว ถือกำเนิดขึ้นเมื่อวันที่ 6 เมษายน ค.ศ. 2015 ซึ่งประกอบไปด้วยความคิดริเริ่ม 16 ประการ ซึ่งถูกนำเสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อเดือนมกราคม ค.ศ. 2017 ร่างบทบัญญัติต่าง ๆ ที่จำเป็นเพื่อดำเนินการตามยุทธศาสตร์ดังกล่าวปัจจุบันกำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาร่วมกันของสภายุโรปและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป

ยุทธศาสตร์ตลาดดิจิทัลเดียวประกอบไปด้วย 3 เสาหลัก (Pillars) คือ

1) การเข้าถึง (Access) คือการทำให้ผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจเข้าถึงสินค้าและบริการดิจิทัลได้ง่ายขึ้น ครอบคลุมทั้งทวีปยุโรป

2) สิ่งแวดล้อม (Environment) คือการสร้างสภาวการณ์ และพื้นที่ที่ถูกต้องสำหรับโครงข่ายดิจิทัลและนวัตกรรมการบริการที่รุ่งโรจน์

3) เศรษฐกิจและสังคม (Economy & Society) คือการสร้างศักยภาพในการเติบโตของเศรษฐกิจดิจิทัลให้มากที่สุด[82]

สำหรับเสาหลักด้านการเข้าถึงนั้นได้รวมถึงการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลด้วย[83] จะเห็นได้ว่าการรวมตัวกันของประเทศต่าง ๆ นั้น จุดมุ่งหมายสำคัญประการหนึ่งก็คือการทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายคน บริการ และทุนอย่างเสรี แต่ก่อนจะเป็นเช่นนั้นจำเป็นจะต้องกำจัดอุปสรรคในด้านความแตกต่างกันของกฎหมายแต่ละประเทศเสียก่อน การกำหนดกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลจึงเป็นการส่งเสริมการค้าการลงทุนของผู้ประกอบธุรกิจ และเสริมสร้างความมั่นใจของผู้บริโภคไปพร้อม ๆ กัน

---

[82] European Commission, **Shaping the Digital Single Market**, Retrieved January 28, 2019 from https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market

[83] European Commission, **New EU Rules on E-Commerce**, Retrieved January 28, 2019 from https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/new-eu-rules-e-commerce

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาบทที่ 2 นี้ เป็นการนำผู้อ่านไปรู้จักกับเนื้อหาดิจิทัลที่ทวีความสำคัญขึ้นทุกขณะ และส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจอย่างใหญ่หลวง ไม่ว่าผู้บริโภคที่ใช้งานเนื้อหาดิจิทัลอยู่นั้นจะรู้จักหรือไม่รู้จักว่าเนื้อหาดิจิทัลคืออะไร จะรู้ตัวหรือไม่ว่าเนื้อหาดิจิทัลได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันของพวกเขาแล้ว รวมถึงได้รู้จักกับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล ในฐานะที่เป็นเครื่องมือที่ทำให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลได้ ตลอดจนผลกระทบที่ตามมา คือ บทบาทของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่จะเข้ามาคุ้มครองป้องกัน ให้ความเป็นธรรมกับผู้บริโภคในฐานะผู้ที่ด้อยกว่าผู้ประกอบธุรกิจในด้านอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจ โดยเป็นการทำความเข้าใจตั้งแต่วิวัฒนาการ และแนวคิดของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ไปจนถึงสิ่งที่เป็นกุญแจสำคัญในการคุ้มครองผู้บริโภค คือสิทธิของผู้บริโภค โดยเราไม่อาจจะกำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคที่เหมาะได้เลย หากมิได้กำหนดกรอบความคิดเสียก่อนว่าสิทธิของผู้บริโภคควรจะมีอะไรบ้าง ซึ่งอาจจะกล่าวได้ว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาถึงมาตรการคุ้มครองผู้บริโภค ในด้านสิทธิของผู้บริโภค เพื่อกำหนดมาตรการ หรือกลไกทางกฎหมายที่เหมาะสมในการคุ้มครองสิทธินั้นไว้ โดยสิทธิดังกล่าวที่จะได้ศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบต่อไป โดยเนื้อแท้แล้ว เป็นสิทธิที่ระบบกฎหมายไทยรู้จักอยู่แล้ว หากแต่ในต่างประเทศมีการจำแนกประเภทของสิทธิดังกล่าวให้ละเอียดลออลงไปอีก และกำหนดมาตรการการคุ้มครองผู้บริโภคที่สอดรับกับสิทธิที่มีการจำแนกเหล่านั้น ส่งผลให้การคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งบริโภคเนื้อหาดิจิทัลทำได้อย่างตรงจุด แทนที่จะปรับใช้หลักทั่วไปที่ใช้กับสินค้าและบริการทั่วไปที่มีลักษณะแตกต่างกับเนื้อหาดิจิทัล

บทที่ 3
หลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลในต่างประเทศ

จากบทที่แล้ว นอกจากแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคแล้ว เรายังได้ทำความรู้จักกับเนื้อหาดิจิทัลซึ่งถึงแม้จะไม่ใช่เรื่องใหม่แต่ก็เพิ่งจะเป็นที่คุ้นหูคนไทยเมื่อไม่นานมานี้ ปฏิเสธไม่ได้ว่าการเกิดขึ้นของเนื้อหาดิจิทัลมาพร้อมกับเทคโนโลยีซึ่งล้วนมาจากต่างประเทศ ในการค้นหาแนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลให้เหมาะสมและเกิดความเป็นธรรมนั้นมีความจำเป็นจะต้องศึกษากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของต่างประเทศเพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมาย โดยประเทศที่นำมาศึกษานั้นผู้เขียนจะเน้นไปที่กฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายของประเทศที่อยู่หรือเคยอยู่ในกลุ่มสหภาพยุโรปซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นกลุ่มผู้บุกเบิกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลเลยก็ว่าได้ เนื่องจากเป็นกลุ่มประเทศแรก ๆ ที่แยกแยะเนื้อหาดิจิทัลออกจากสินค้าและบริการ เพื่อสร้างกฎเกณฑ์ให้สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของเนื้อหาดิจิทัล

นอกจากในฐานะที่เป็นผู้บุกเบิกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลแล้ว สหภาพยุโรปยังถือว่าเป็นต้นแบบของการรวมตัวกันของประเทศในกลุ่มภูมิภาคเดียวกันในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะในด้านกฎหมาย ซึ่งมีจุดประสงค์ในการทำให้กฎหมายของประเทศในสหภาพเป็นไปในทิศทางเดียวกันเพื่อลดอุปสรรคในด้านต่าง ๆ ซึ่งหมายความว่าสหภาพยุโรปมีความพยายามในการสร้างกฎหมายที่เป็น Uniform Law ให้สามารถบังคับใช้ได้กับหลายประเทศได้ การศึกษากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลของสหภาพยุโรปจึงมีความเป็นไปได้ที่จะนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลของประเทศไทย นอกจากกฎหมายสหภาพยุโรปแล้ว ผู้เขียนยังเลือกศึกษากฎหมายของสหราชอาณาจักร ซึ่งถือว่ามีความก้าวหน้าเช่นเดียวกัน นอกจากกฎเกณฑ์ที่รับเอามาจากสหภาพยุโรปในฐานะประเทศสมาชิกซึ่งปัจจุบันกลายเป็นอดีตสมาชิกแล้วนั้น สหราชอาณาจักรยังเป็นประเทศที่มีความน่าสนใจในแง่ที่มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่แยกบทบัญญัติว่าด้วยเนื้อหาดิจิทัลออกจากบทบัญญัติว่าด้วยสินค้าและบริการอย่างชัดเจน ก่อนที่สหภาพยุโรปจะออกข้อกำหนดมาให้ใช้เป็นแนวทางเสียอีก อีกประเทศหนึ่งที่ผู้เขียนจะนำมาศึกษาก็คือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นอีกหนึ่งประเทศที่มีความแข็งแกร่งในทางเศรษฐกิจ โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีจุดเด่นคือมีการนำเอาบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญามาบัญญัติรวมเอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch หรือ BGB) ของตนเอง โดยเฉพาะหลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิพิเศษของผู้บริโภค โดยจะเน้นไปที่สัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดย

ระยะทาง (Distance contract) และสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce Contract) ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลได้ ทำให้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนี้มีทั้งบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาทั่วไปและสัญญาผู้บริโภคเข้าไว้ด้วยกัน

สำหรับลำดับในการศึกษานั้น ผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาออกตามช่วงเวลาในการคุ้มครองผู้บริโภค โดยอาศัยช่วงเวลาในการทำสัญญาเป็นตัวแบ่ง กล่าวคือ การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาและหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล อย่างไรก็ดี มีหลักกฎหมายในส่วนหนึ่งที่เป็นการกำหนดมาตรฐานอันพึงประสงค์ของเนื้อหาดิจิทัลที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ว่าให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาไม่ว่าคู่สัญญาจะได้ตกลงถึงข้อกำหนดดังกล่าวเอาไว้หรือไม่ก็ตาม (Implied Terms) ซึ่งมาตรฐานดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในหลายช่วงเวลาทั้งก่อนและหลังทำสัญญาประกอบกัน เช่น การกำหนดให้เนื้อหาดิจิทัลมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ ต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เฉพาะของผู้บริโภคซึ่งได้แจ้งแก่ผู้ประกอบธุรกิจไว้ก่อนแล้ว ต้องเป็นไปตามคำพรรณนาของผู้ประกอบธุรกิจ อันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคตั้งแต่ก่อนทำสัญญา ทำให้ผู้บริโภคสามารถคาดหมายได้ว่าเนื้อหาดิจิทัลที่จะได้รับนั้น จะต้องมีมาตรฐานขั้นต่ำเป็นอย่างไร ต่อเมื่อผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนมาตรฐานดังกล่าวโดยไม่จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด ก็จะก่อให้เกิดความรับผิดซึ่งผู้บริโภคสามารถเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดได้ตามลำดับและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งในขั้นนี้จะเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคหลังจากทำสัญญาไปแล้ว ดังนั้นจึงไม่อาจจัดหลักกฎหมายในส่วนนี้ว่าเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคก่อนหรือหลังทำสัญญาได้ เพื่อความสะดวกในการศึกษาอย่างเป็นระบบ ผู้เขียนจึงขอแยกบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิของผู้บริโภคในคุณภาพของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีถูกละเมิดสิทธิในมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล ออกมาเป็นหัวข้อต่างหาก โดยจะกล่าวถึงหลังจากหัวข้ออื่น ๆ

3.1 ความหมายและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล

ในการศึกษากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคนั้นควรเริ่มศึกษาตั้งแต่ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล ก่อนที่จะศึกษาในประเด็นอื่นต่อไป เพื่อให้เกิดความเข้าใจตรงกันถึงคำว่าเนื้อหาดิจิทัลอันเป็นวัตถุแห่งการศึกษานี้ว่ากินความกว้างเพียงใด และในมุมมองของการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งบริโภคเนื้อหาดิจิทัลนั้นมีขอบเขตแค่ไหน จะคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งบริโภคเนื้อหาดิจิทัลชนิดใด รูปแบบใดบ้าง ดังจะปรากฏรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.1 ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล

จากบทที่ 2 นั้น เราแยกศึกษาความหมายของเนื้อหาดิจิทัลออกเป็นความหมายทั่วไป และความหมายในทางกฎหมาย แต่ในที่นี้ผู้เขียนจะลงรายละเอียดความหมายในทางกฎหมาย โดยแยกศึกษาออกเป็นความหมายในทางกฎหมายของสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามลำดับ

3.1.1.1 สหภาพยุโรป

กฎหมายของสหภาพยุโรปประกอบไปด้วยรูปแบบหลัก 2 ประการ คือ ข้อบังคับ (Regulation) และข้อกำหนด (Directives)

ข้อบังคับ มีผลใช้บังคับทั่วไป คือ มีผลผูกพันทางกฎหมายโดยตรงและโดยสมบูรณ์ต่อประเทศสมาชิกทั้งหลาย โดยไม่ต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาของประเทศสมาชิก กฎหมายภายในของรัฐสมาชิกหากมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อข้อบังคับของสหภาพแล้วให้ใช้บังคับไม่ได้ ข้อบังคับนี้จะมีผลใช้บังคับทันทีหลังจากที่ได้มีการพิมพ์ประกาศลงในจุลสารทางการ (Official Journal) ของสหภาพแล้ว

ข้อกำหนด เป็นการกำหนดแนวทางปฏิบัติให้แก่ประเทศสมาชิกในการที่จะไปดำเนินการจัดทำกฎหมาย หรือแก้ไขกฎหมายภายในที่มีอยู่ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของสหภาพยุโรป หากรัฐสมาชิกรัฐใดไม่ดำเนินการตามแนวปฏิบัติที่กำหนดไว้ในข้อกำหนด คณะกรรมาธิการยุโรปซึ่งทำหน้าที่ควบคุมรัฐสมาชิกให้ปฏิบัติตามกฎระเบียบของสหภาพยุโรป หลังจากที่ตักเตือนชี้แนะรัฐสมาชิกนั้นแล้ว แต่ก็ยังไม่ประสงค์ที่จะกระทำตาม ก็สามารถจะนำคดีเสนอต่อศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ อย่างไรก็ดี แม้ว่ารัฐสมาชิกนั้นจะไม่ประสงค์ที่จะดำเนินการแก้ไขกฎหมายภายในประเทศของตนก็ตาม แต่ก็ให้ถือว่าข้อกำหนดนั้นมีผลผูกพันใช้บังคับแก่รัฐนั้น โดยข้อกำหนดมีผลบังคับเป็นการทั่วไปซึ่งจะมีผลผูกพันเฉพาะประเทศสมาชิกที่ข้อกำหนดระบุถึง แต่ประเทศสมาชิกนั้นจะใช้รูปแบบและวิธีการใดก็ได้เพื่อให้เกิดผลตามข้อกำหนดนั้น กฎหมายสหภาพยุโรปที่มีลักษณะเป็นข้อกำหนดนี้เป็นการคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิกและเป็นการแสดงความร่วมมือระหว่างสหภาพยุโรปและประเทศสมาชิก ทั้งนี้ข้อกำหนดจะมีผลบังคับใช้หลังจากที่สหภาพได้แจ้งให้ประเทศผู้เกี่ยวข้องทราบแล้ว[84]

กฎหมายสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลนั้นมักอยู่ในรูปแบบข้อกำหนด ซึ่งจะถูกนำไปเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายของประเทศสมาชิกดังจะได้กล่าวต่อไปด้วย โดยข้อกำหนดและร่างข้อเสนอข้อกำหนดฉบับสำคัญที่เกี่ยวข้องมีดังนี้

---

[84] วิมลวรรณ ภัทโรดม, **สหภาพยุโรป**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: ศักดิโสภาการพิมพ์, 2546), หน้า 165-166.; อภิญญา เลื่อนฉวี, **กฎหมายสหภาพยุโรป**, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), หน้า 87-88.

1) ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011

ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 (Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of The Council of 25 October 2011 on Consumer Rights) นี้เป็นพัฒนาการของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคของสหภาพยุโรปที่นำเอาหลักการสำคัญ ๆ ตามข้อกำหนดว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง (Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts) และข้อกำหนดว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในสัญญาที่มิได้ทำขึ้น ณ ที่ทำการของผู้ประกอบธุรกิจ (Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to Protect the Consumer in Respect of Contracts Negotiated Away from Business Premises) มารวมเข้าด้วยกัน จึงมีผลให้ข้อกำหนดทั้งสองฉบับนี้ถูกยกเลิกไปและใช้ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภคฉบับนี้แทน ทั้งนี้เพื่อการจัดทำกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคให้ครอบคลุมทุกเรื่อง ให้มีความสอดคล้องเป็นระบบ และมีการบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น[85]

ดังพัฒนาการและเจตนารมณ์ของข้อกำหนดดังกล่าวมานี้จึงทำให้ข้อกำหนดฉบับนี้ครอบคลุมถึงวิธีการทำการตลาดสู่ผู้บริโภคสองวิธีด้วยกันคือ การทำสัญญากับผู้บริโภคที่อยู่ห่างโดยระยะทาง (Distance Contract) กับสัญญานอกสถานประกอบการ (Off-Premises Contract) หรือที่พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 เรียกว่า “ขายตรง” โดยจะขออธิบายแต่เฉพาะในส่วนสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง ซึ่งเป็นวิธีการจำหน่ายเนื้อหาดิจิทัลที่แพร่หลายในปัจจุบัน

เนื้อหาของข้อกำหนดฉบับนี้ในส่วนที่สำคัญมีอยู่สองส่วนด้วยกันคือการแจ้งข้อมูลบางประการแก่ผู้บริโภคก่อนเข้าทำสัญญา (Pre-Contractual Information) และสิทธิในการที่ผู้บริโภคสามารถเลิกสัญญาได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด (The Right of Withdrawal) โดยผู้เขียนจะขอยกมาอธิบายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาดิจิทัลและสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางเท่านั้น

สำหรับการอนุวัตการตามข้อกำหนดนี้ รัฐสมาชิกยังคงมีอำนาจที่จะออกกฎหมายภายในเรื่องเดียวกันให้สอดคล้องกับหลักการตามข้อกำหนด โดยต้องไม่เป็นการต่ำไปกว่ามาตรฐานการคุ้มครองที่กำหนดไว้ เช่น อาจมีการขยายขอบเขตความคุ้มครองไปสู่บุคคลที่มิใช่ผู้บริโภคก็ได้ เช่น นิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาที่ประกอบธุรกิจการค้าขนาดเล็กหรือขนาดกลาง (SMEs) ในขณะเดียวกันก็สามารถที่จะขยายขอบเขตการบังคับใช้ไปสู่สัญญาประเภทอื่น

---

[85] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 59.

นอกเหนือจากสองประเภทที่กำหนดไว้ (สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลก็เช่นกัน) หรือจะรับเนื้อหาส่วนใด ๆ ของข้อกำหนดไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในที่มีขอบเขตต่างออกไปก็ชอบที่จะทำได้ ตราบเท่าที่ยังสามารถรักษาระดับการคุ้มครองผู้บริโภคตามที่กำหนดไว้ และข้อกำหนดฉบับนี้ย่อมไม่มีผลกระทบใด ๆ ต่อกฎหมายภายในกฎหมายสัญญา ไม่ว่าเรื่องการเกิดขึ้นของสัญญา การมีผลของสัญญา ตลอดจนความรับผิดตามสัญญาทั้งหลาย ไม่มีผลเป็นการบังคับให้สัญญาจะต้องทำกันด้วยภาษาหนึ่งภาษาใดโดยเฉพาะ ไม่กระทบต่อกฎหมายภายในว่าด้วยบุคคลที่ทำการในนามหรือทำแทนผู้อื่น แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร ข้อกำหนดฉบับนี้บังคับใช้กับผู้ประกอบธุรกิจไม่ว่าจะเป็นเอกชนหรือรัฐวิสาหกิจ[86]

บทนิยามศัพท์ในข้อกำหนดฉบับนี้ให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลไว้อย่างกว้าง ๆ ว่าหมายถึง ข้อมูลที่ผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล[87] แต่ในส่วนอารัมภบทข้อที่ 19 (Recital 19) ของข้อกำหนดนั้น ได้อธิบายยกตัวอย่างของเนื้อหาดิจิทัล ว่า “เนื้อหาดิจิทัล (Digital Content) หมายถึงข้อมูลซึ่งผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล เช่น โปรแกรมคอมพิวเตอร์ แอปพลิเคชัน เกม เพลง วิดีโอ หรือข้อความ”

นอกจากคำว่า “เนื้อหาดิจิทัล” ยังมีบทนิยามศัพท์คำอื่น ๆ ที่สำคัญ ดังนี้

ตามมาตรา 2 (5) “สัญญาซื้อขาย (Sales Contract)” หมายถึงสัญญาที่ฝ่ายผู้ขาย (ผู้ประกอบธุรกิจ) ส่งมอบหรือมีหน้าที่โอนกรรมสิทธิ์ในสินค้า (ในที่นี้หมายถึงสินค้าที่มีรูปร่างหรือ Goods) ให้แก่ผู้บริโภค และผู้บริโภคมีหน้าที่ชำระราคาหรือผูกพันจะชำระราคาเป็นการตอบแทน รวมถึงสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าและบริการด้วย[88]

ตามมาตรา 2 (6) “สัญญา (ให้) บริการ (Service Contract)” หมายถึงสัญญาใด ๆ นอกเหนือจากสัญญาซื้อขายซึ่งผู้ประกอบธุรกิจให้บริการหรือผูกพันที่จะให้บริการอย่างหนึ่งอย่างใดแก่ผู้บริโภคซึ่งจะได้ชำระหรือผูกพันที่จะชำระค่าใช้บริการตอบแทน[89]

ตามมาตรา 2 (7) “สัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง (Distance Contract)” เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภค เพื่อการซื้อขายสินค้าหรือบริการที่ทำขึ้นผ่านการสื่อสารข้อมูลและโดยปราศจากการอยู่ต่อหน้าหรือเฉพาะหน้ากันจริงระหว่างคู่สัญญา (Without the Simultaneous Physical Presence) มีการติดต่อทำสัญญากันด้วยการสื่อสารที่อยู่ห่างโดยระยะทางวิธีใดวิธีหนึ่งไม่ว่าด้วยจดหมาย อินเทอร์เน็ต โทรศัพท์ โทรสาร หรืออื่น ๆ และยังครอบคลุมถึงกรณีที่ผู้บริโภคได้เข้าไปยังสถานประกอบการของผู้ประกอบธุรกิจเพียงเพื่อ

---

[86] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม.*

[87] Article 2 (11) of Directive 2011/83/EU

[88] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 60.

[89] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 60-61.

สอบถามข้อมูลในบางประการเกี่ยวกับสินค้าและบริการ แต่ในท้ายที่สุดได้มีการเจรจาและตกลงทำสัญญากันโดยการสื่อสารที่อยู่ห่างโดยระยะทาง นอกจากนี้ยังครอบคลุมถึงการที่ได้ติดต่อกันโดยผ่านการบริการของบุคคลที่สามซึ่งผู้ประกอบธุรกิจใช้บริการนั้นด้วย เช่น กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจใช้บริการ Online Platform แต่กรณีนี้ไม่รวมถึงการที่บุคคลที่สามเพียงแต่เป็นผู้นำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจ สินค้า หรือบริการ[90]

ตามมาตรา 2 (10) “สื่อที่คงทน” (Durable Medium) หมายถึง เครื่องมือใด ๆ ที่สามารถทำให้ผู้บริโภคหรือผู้ประกอบธุรกิจบันทึกข้อมูลที่ระบุถึงตัวเขาเอง โดยวิธีการที่สามารถเข้าถึงได้เพื่ออ้างอิงในอนาคต ในระยะเวลาที่เพียงพอแก่วัตถุประสงค์ของข้อมูลนั้น และสามารถทำสำเนาได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ซึ่งไม่ได้หมายความถึงสื่อที่มีรูปร่างและสามารถจับต้องได้อย่างกระดาษเท่านั้น แต่มีความหมายกว้างไปถึงข้อมูลที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ เช่น อีเมล ด้วย

2) ข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019

ก่อนที่จะพิจารณาข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 (Directive (EU) 2019/770 The European Parliament and of The Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content) จะต้องพิจารณาร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 (Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content Presented by the Commission on 9 December 2015) เสียก่อน โดยตามที่ปรากฏในบันทึกคำอธิบาย (Explanatory Memorandum) ของร่างข้อเสนอข้อกำหนดฯ ค.ศ. 2015 ระบุว่าร่างข้อเสนอข้อกำหนดนี้เป็นผลมาจากการที่คณะกรรมาธิการยุโรปได้มีมติยอมรับ “ยุทธศาสตร์ตลาดดิจิทัลเดียว (The Digital Single Market Strategy)” ซึ่งเป็นการประกาศถึงจุดเริ่มต้นของการประสานกฎเกณฑ์ในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและการซื้อขายออนไลน์ในสหภาพยุโรปให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยมีวัตถุประสงค์คือการสนับสนุนเพื่อให้ตลาดดิจิทัลเดียวนี้เติบโตได้เร็วขึ้นเพื่อประโยชน์ของทั้งผู้บริโภคและภาคธุรกิจ โดยการกำจัดปัญหาสำคัญที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสัญญาซึ่งขัดขวางการค้าข้ามพรมแดน กฎเกณฑ์ที่เสนอใน (ร่าง) ข้อเสนอนี้จะช่วยลดความไม่แน่นอนที่ภาคธุรกิจและผู้บริโภคต้องเผชิญอันเนื่องมาจากความซับซ้อนของกรอบของกฎหมายและต้นทุนที่เกิดขึ้นจากธุรกิจ

[90] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 61.

ซึ่งเป็นผลมาจากความแตกต่างในกฎหมายสัญญาระหว่างรัฐสมาชิก การเริ่มต้นนี้จะเพิ่มความเชื่อมั่นแก่ผู้บริโภคโดยการจัดทำกฎเกณฑ์ที่เป็นเอกภาพด้วยสิทธิของผู้บริโภคที่ชัดเจน

จากบทนิยามศัพท์ในข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 “เนื้อหาดิจิทัล (Digital Content)” หมายถึง “ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล”[91] ซึ่งตรงกันกับเมื่อครั้งยังเป็นร่างข้อเสนอข้อกำหนดฯ ค.ศ. 2015[92] จุดที่แตกต่างก็คือ ร่างข้อเสนอข้อกำหนดฯ ค.ศ. 2015 ได้ยกตัวอย่างข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล ว่า “... เช่น วิดีโอ เสียง แอปพลิเคชัน เกมดิจิทัล และ ซอฟต์แวร์อื่น ๆ” และร่างข้อเสนอข้อกำหนดฯ ค.ศ. 2015 ยังได้ให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลนอกจากที่กล่าวมาแล้ว คือยังหมายถึง “บริการที่อนุญาตให้มีการสร้าง ประมวลผล หรือจัดเก็บข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล ซึ่งข้อมูลเช่นนั้นได้ถูกจัดทำโดยผู้บริโภค และบริการที่อนุญาตให้มีการแบ่งปันและปฏิสัมพันธ์อื่นใดกับข้อมูลในรูปแบบดิจิทัลที่จัดทำโดยผู้ใช้บริการรายอื่น”[93] ในขณะที่ข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ไม่มีการยกตัวอย่างเนื้อหาดิจิทัล และนำข้อความ “บริการที่อนุญาตให้มีการสร้าง ประมวลผล จัดเก็บ หรือเข้าถึงข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล และบริการที่อนุญาตให้มีการแบ่งปันและปฏิสัมพันธ์อื่นใดกับข้อมูลในรูปแบบดิจิทัลที่อัพโหลดโดยผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการรายอื่น” ไปกำหนดเป็นความหมายของ “บริการดิจิทัล (Digital Service)” แทน[94]

สาเหตุที่จะต้องขยายความคำว่าเนื้อหาดิจิทัลให้มากไปกว่า “ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล” อาจพิจารณาได้จากอารัมภบทข้อที่ 11 ของร่างข้อเสนอข้อกำหนดฯ ค.ศ. 2015 ซึ่งระบุว่าร่างข้อเสนอข้อกำหนดนี้ควรจะแก้ไขปัญหาเนื้อหาดิจิทัลที่มีหลายชนิดและวิธีการจัดส่งที่แตกต่างกัน เพื่อรองรับเทคโนโลยีที่เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลในร่างข้อเสนอข้อกำหนดนี้จึงควรกว้างกว่าข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 (Directive 2011/83/EU) ดังนี้จึงควรครอบคลุมถึงบริการสร้าง ประมวลผล และเก็บข้อมูล รวมถึง

---

[91] Article 2 (1) of Directive 2019/770/EU

[92] Article 2 (1) (a) of Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content Presented by the Commission on 9 December 2015

[93] Article 2 (1) (b) – (c) of Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Cupply of Digital Content Presented by the Commission on 9 December 2015

[94] Article 2 (2) of Directive 2019/770/EU

วิธีการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่หลากหลาย เช่น การส่งข้อมูลบนสื่อที่คงทน การดาวน์โหลดลงบนอุปกรณ์ของผู้บริโภค เว็บสตรีมมิ่ง การอนุญาตให้เข้าถึงความสามารถในการเก็บข้อมูลของเนื้อหาดิจิทัล หรือเข้าถึงเพื่อใช้งานสื่อสังคมออนไลน์ (Social Media)

สำหรับบทนิยามศัพท์คำอื่น ๆ ที่น่าสนใจได้แก่

“สินค้าที่มีองค์ประกอบดิจิทัล (Goods with Digital Elements)” หมายถึง สังหาริมทรัพย์ใด ๆ ที่สามารถทำงานร่วมกันหรือสามารถเชื่อมต่อได้กับเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลในลักษณะที่หากขาดเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลแล้วจะทำให้สินค้านั้นไม่อาจใช้งานได้ตามฟังก์ชันของสินค้านั้น[95]

“บูรณาการ (Integration)” หมายถึง การเชื่อมโยงหรือทำงานร่วมกันของเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลกับส่วนประกอบของสภาพแวดล้อมดิจิทัลของผู้บริโภคในการที่เนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลนั้นจะถูกใช้ตามมาตรฐานที่กำหนดโดยข้อกำหนดนี้[96]

“ราคา (Price)” หมายถึง เงินหรือตัวแทนแห่งมูลค่าในทางดิจิทัลที่ชำระเนื่องจากการแลกเปลี่ยนกับการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัล[97]

“สภาพแวดล้อมดิจิทัล (Digital Environment)” หมายถึง ฮาร์ดแวร์ ซอฟต์แวร์ หรือการเชื่อมต่อเครือข่ายใด ๆ ซึ่งถูกใช้โดยผู้บริโภคในการเข้าถึงหรือใช้งานเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัล[98]

“ความเข้ากันได้ (Compatibility)” หมายถึง ความสามารถของเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลในการทำงานร่วมกันกับฮาร์ดแวร์หรือซอฟต์แวร์เช่นเดียวกันกับที่เนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลชนิดเดียวกันทำงานตามปกติ โดยปราศจากความจำเป็นในการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลนั้น[99]

“ความสามารถในการทำงานร่วมกัน (Interoperability)” หมายถึง ความสามารถของเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลในการทำงานร่วมกันกับฮาร์ดแวร์หรือซอฟต์แวร์ที่แตกต่างจากการทำงานของเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลชนิดเดียวกันตามปกติ[100]

---

[95] Article 2 (3) of Directive 2019/770/EU

[96] Article 2 (4) of Directive 2019/770/EU

[97] Article 2 (7) of Directive 2019/770/EU

[98] Article 2 (9) of Directive 2019/770/EU

[99] Article 2 (10) of Directive 2019/770/EU

[100] Article 2 (12) of Directive 2019/770/EU

“สื่อที่คงทน (Durable Medium)” หมายถึง เครื่องมือใด ๆ ที่ทำให้ผู้บริโภคหรือผู้ประกอบธุรกิจเก็บข้อมูลที่ระบุตัวตนของบุคคลนั้น ด้วยวิธีที่สามารถเข้าถึงได้ในอนาคตในช่วงเวลาที่เพียงพอตามวัตถุประสงค์ของข้อมูลนั้น และซึ่งอนุญาตให้ทำสำเนาข้อมูลนั้นเก็บไว้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง[101]

3.1.1.2 สหราชอาณาจักร

ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 (Consumer Rights Act 2015) ขึ้นมาใช้บังคับในสหราชอาณาจักร แต่เดิมนั้นกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมเนื้อหาสาระของสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ได้แก่ กฎหมายสองฉบับ คือ พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 (The Unfair Contract Terms Act 1977) และข้อบังคับว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค ค.ศ. 1999 (The Unfair Term in Consumer Contract Regulations 1999) ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งสองฉบับก็คือ การควบคุมความไม่เท่าเทียมของอำนาจในการต่อรอง การขาดการเจรจาสำหรับข้อสัญญามาตรฐานหรือในสัญญาผู้บริโภค การไม่สามารถเข้าถึงได้ของสาระสำคัญของสัญญามาตรฐาน การปล่อยให้ผู้บริโภคเพียงแค่เลือกซื้อตามราคาที่ต่ำที่สุด แนวโน้มของสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ซับซ้อนยุ่งยากและสินค้ามีราคาต่ำ ดังนั้นการควบคุมของกฎหมายที่ต้องการแก้ไขความไม่สมดุลหรือไม่สมบูรณ์ของตลาด (Market Imperfection) และกระตุ้นให้ธุรกิจเสนอทางเลือกให้มากขึ้นและเพิ่มเสรีภาพในการทำสัญญาจึงเป็นพื้นฐานของกฎหมายทั้งสองฉบับ[102]

เช่นเดียวกันกับกรณีของสหภาพยุโรปก่อนที่ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 (Directive 2011/83/EU) จะถือกำเนิดขึ้น ก่อนหน้านั้นข้อกำหนดของสหภาพยุโรปและกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของสหราชอาณาจักรต่างก็มุ่งหมายให้ใช้บังคับเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาเป็นการทั่วไป มิได้มุ่งหมายให้ใช้คุ้มครองผู้บริโภคจำเพาะเจาะจงกรณีผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล แต่เมื่อมีการตราข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 (Directive 2011/83/EU) และมีการเสนอร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 ขึ้นในสหภาพยุโรป ตลอดจนมีการตราข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญาและค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 และพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ขึ้นในสหราชอาณาจักรแล้ว จึงจะถือว่าเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะอย่างแท้จริง อันถือเป็นพัฒนาการที่เด่นชัดของกฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายของกลุ่มประเทศในสหภาพยุโรป (ถึงแม้ว่าสหราชอาณาจักรกำลังเตรียมการเพื่อถอนตัวออกจากสหภาพยุโรปแล้วก็ตาม)

---

[101] Article 2 (13) of Directive 2019/770/EU

[102] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 88.

1) ข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013

ข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 (The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013) เป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งตามพระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ. 1972 มาตรา 2 (2) ได้กำหนดให้การอนุวัตการตามพันธกรณีที่สหราชอาณาจักรมีต่อประชมคมยุโรปอาจทำในรูปแบบข้อบังคับ (Regulations) ได้ ซึ่งข้อบังคับนี้เป็นส่วนหนึ่งของตราสารทางกฎหมาย (Statutory Instruments) ที่กฎหมายแม่บทมอบอำนาจให้รัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารไปกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการในทางปฏิบัติที่เป็นรายละเอียดซึ่งซับซ้อนเกินกว่าที่จะบรรจุไว้ในพระราชบัญญัติ[103]

ตามบทนิยามศัพท์ของข้อบังคับนี้ “เนื้อหาดิจิทัล (Digital Content)” หมายถึง ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล[104] และเมื่อพิจารณาประกอบกับบันทึกคำอธิบาย (Explanatory Note) ของข้อบังคับซึ่งระบุว่าข้อบังคับฉบับนี้เป็นผลมาจากการอนุวัตการบทบัญญัติส่วนใหญ่ในข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 (Directive 2011/83/EU) ดังนั้นความหมายและขอบเขตของเนื้อหาดิจิทัลจะคล้ายคลึงกับข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภคฯ ของสหภาพยุโรปที่ได้เคยอธิบายเอาไว้แล้ว

นอกจากนี้ ยังปรากฏบทนิยามศัพท์คำอื่น ๆ ที่น่าสนใจ ดังนี้

“สัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง (Distance Contract)” หมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคด้วยวิธีการขายหรือจัดหาบริการทางไกลโดยปราศจากการพบปะกันในทางกายภาพระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคโดยเฉพาะการใช้วิธีการสื่อสารทางไกลในเวลาที่มีการทำสัญญา

“สื่อที่คงทน (Durable Medium)” หมายถึงกระดาษ หรืออีเมล หรือสื่ออื่น ๆ ที่ให้ข้อมูลที่เจาะจงตัวผู้รับอนุญาตให้ผู้รับเก็บข้อมูลไว้ในวิธีที่สามารถเข้าถึงได้ในอนาคตเป็น

---

[103] The Parliament, **Statutory Instruments**, Retrieved November 11, 2017 from http://www.parliament.uk/business/bills-and-legislation/secondary-legislation/statutory-instruments/

[104] Regulation 5 of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

ระยะเวลาที่นานพอตามวัตถุประสงค์ของข้อมูลนั้น และสามารถทำสำเนาได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง[105]

2) พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015

ตามที่ปรากฏหมายบันทึกหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 (Consumer Rights Act 2015) เป็นความพยายามของสหราชอาณาจักรนำโดยกระทรวงธุรกิจ นวัตกรรมและทักษะ (ปัจจุบันคือกระทรวงธุรกิจ พลังงานและยุทธศาสตร์อุตสาหกรรม) ในการแก้ไขปัญหาความซับซ้อน ความมีอยู่อย่างกระจัดกระจาย ความไม่ชัดเจนทับซ้อนกัน และความล้าสมัยไม่ทันต่อเทคโนโลยีของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ตลอดจนความไม่สอดคล้องกันกับกฎหมายสหภาพยุโรป จึงเป็นที่มาของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งประกอบไปด้วยสามส่วนสำคัญ คือ

(1) ส่วนที่ว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค กรณีสินค้า เนื้อหาดิจิทัล และบริการ

(2) ส่วนที่ว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

(3) บทเบ็ดเตล็ดทั่วไป

โดยในส่วนที่ว่าด้วยสัญญาผู้บริโภคนั้นแยกออกเป็นสามบท โดยจำแนกตามประเภทของผลิตภัณฑ์อันได้แก่ สินค้า (วัตถุที่จับต้องได้) เนื้อหาดิจิทัล และบริการ โดยบางส่วนก็จะมีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกัน แต่บางส่วนก็จะแตกต่างกันไปตามลักษณะเฉพาะของผลิตภัณฑ์แต่ละประเภท ซึ่งส่วนที่น่าสนใจที่สุดเนื่องจากไม่เคยถูกบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายของสหราชอาณาจักรมาก่อนก็คือบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล ซึ่งสาระสำคัญนั้นจะได้กล่าวต่อไป

มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติว่าด้วยเนื้อหาดิจิทัลนี้เป็นบทบัญญัติบังคับเด็ดขาด (Jus Cogens) ไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ คู่สัญญาไม่อาจตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในส่วนนี้ได้ถึงแม้ว่าจะมีการตกลงกันก็ไม่ผูกพันผู้บริโภค หากจะกล่าวโดยเฉพาะคือห้ามตกลงยกเว้นบทบัญญัติว่าด้วย เนื้อหาดิจิทัลจะต้องมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ เนื้อหาดิจิทัลจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะ เนื้อหาดิจิทัลจะต้องเป็นไปตามคำพรรณนา ข้อมูลอื่น ๆ ที่จะต้องให้แก่ผู้บริโภคซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจในการส่งมอบเนื้อหาดิจิทัล[106]

---

[105] Regulation 5 of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[106] Section 47 (1) of Consumer Rights Act 2015

พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ได้ให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัล (Digital content)ว่าหมายถึง ข้อมูลซึ่งผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล[107] ตัวอย่างเช่น ซอฟต์แวร์ เกม แอปพลิเคชัน เสียงเรียกเข้า หนังสืออิเล็กทรอนิกส์ วารสารออนไลน์ และสื่อบันเทิง เช่น เพลง ภาพยนตร์ และโทรทัศน์ ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 (Directive 2011/83/EU) ของสหภาพยุโรป

3.1.1.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือประเทศเยอรมันนั้นจะแตกต่างจากกฎหมายของสหราชอาณาจักร เพราะแทนที่จะบัญญัติออกมาเป็นกฎหมายพิเศษอีกฉบับหนึ่งต่างหาก แต่ในประเทศเยอรมันกลับมีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาเอาไว้เป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน หรือ BGB ในบรรพ 2 ว่าด้วยหนี้ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปโดยเพิ่งจะบัญญัติเพิ่มเติมส่วนนี้ขึ้นในการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันครั้งใหญ่เมื่อปี ค.ศ. 2002[108]

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code หรือ Bürgerliches Gesetzbuch หรือ BGB) เป็นประมวลกฎหมายสมัยใหม่ที่สำคัญฉบับหนึ่งของโลก ประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1900 ภายหลังจากที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1804 หลังจากมีการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันครั้งใหญ่เมื่อปี ค.ศ. 2002 เพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดต่าง ๆ ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคของสหภาพยุโรป ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็ได้ผนวกเอาบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค หรือการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคด้านสัญญามาไว้เป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันด้วย โดยจะแบ่งออกเป็นสองส่วนหลัก ๆ ด้วยกันคือส่วนหลักกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิพิเศษของผู้บริโภค โดยจะเน้นไปที่การคุ้มครองผู้บริโภคที่ทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง (Distance Contracts) ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ อีกทั้งยังมีบทบัญญัติหลายมาตราที่กล่าวถึงสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะ ดังจะได้นำเสนอต่อไปแต่จะขอกล่าวถึงเฉพาะบทบัญญัติในส่วนของหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิพิเศษของผู้บริโภค โดยเฉพาะสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง บทบัญญัติเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลและพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นส่วนที่ต้องการศึกษาเท่านั้น

---

[107] Section 2 (9) of Consumer Rights Act 2015

[108] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 74-75.

โดยบทบัญญัติว่าการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคและสิทธิในการเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภคเป็นบทบัญญัติที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ซึ่งเป็นผลมาจากการอนุวัตการข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 (Directive 2011/83/EU) ที่ได้เคยศึกษาไปก่อนหน้านี้[109]

จากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ไม่ปรากฏว่ามีการให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลไว้ในบทนิยามศัพท์ แต่ปรากฏในบทบัญญัติว่าด้วยสำเนาและคำยืนยันการทำสัญญา (Copies and Confirmations) ใจความว่า “ในกรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลซึ่งมิได้บรรจุอยู่ในสื่อที่จับต้องได้ และเนื้อหาดิจิทัลนั้นผลิตและถูกทำให้สามารถใช้งานได้ในรูปแบบดิจิทัล (เนื้อหาดิจิทัล) สำเนาหรือคำยืนยันการทำสัญญาซึ่งดำเนินการตาม ...”[110] แสดงว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแล้ว เนื้อหาดิจิทัลนั้นมีความหมายไปในแนวทางเดียวกันกับสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักร คือเป็นข้อมูลที่อยู่ในรูปแบบดิจิทัล คือถูกผลิต (Produced) และทำให้สามารถใช้งานได้ (Made Available) ในรูปแบบดิจิทัล

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยังมีการกล่าวถึงสัญญานอกสถานประกอบการ (Off-Premises Contracts)[111] ซึ่งคล้ายคลึงกับการขายตรงตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 และสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง (Distance Contracts)[112] ซึ่งคล้ายคลึงกับการตลาดแบบตรงตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ซึ่งมีความหมายอันควรทำความเข้าใจไว้เบื้องต้น ดังต่อไปนี้

สัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง (Distance Contracts) หมายถึงสัญญาซื้อขายสินค้าหรือบริการและรวมถึงบริการทางการเงินที่ทำระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคที่ไม่ได้อยู่ต่อหน้าหรือเฉพาะหน้ากันจริงทางกายภาพ ต้องติดต่อโดยการสื่อสารข้อมูลระหว่างกัน[113]

สัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้นจำเป็นจะต้องติดต่อกันโดยการสื่อสารข้อมูลระหว่างกัน เช่น ผ่านอินเทอร์เน็ต โดยปกติผู้ประกอบธุรกิจจะเป็นผู้ร่างข้อสัญญาแต่

---

[109] King & Wood Mallesons, **Consumer Rights Directive – Significant Changes to Consumer Rights in the EU**, Retrieved November 7, 2017 from http://www.kwm.com/en/uk/knowledge/insights/consumer-rights-directive-significant-changes-to-consumer-rights-in-the-eu-20160101

[110] Section 312f (3) of German Civil Code

[111] Section 312b of German Civil Code

[112] Section 312c of German Civil Code

[113] Section 312c of German Civil Code

เพียงฝ่ายเดียวแล้วให้ผู้บริโภคต้องยอมรับข้อสัญญานั้น ๆ โดยไม่มีโอกาสได้เจรจาต่อรองข้อสัญญาเลย ดังนั้นสัญญาซื้อขายที่อยู่ห่างโดยระยะทางนี้จึงถือได้ว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูปหรือข้อสัญญามาตรฐานทางธุรกิจตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 305[114]

3.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล

หลังจากศึกษาความหมายของเนื้อหาดิจิทัลในทางกฎหมายของประเทศต่าง ๆ แล้ว จะเห็นได้ว่าความหมายของเนื้อหาดิจิทัลนั้นกินความกว้างมาก โดยมีความหมายที่ตรงกันหลัก ๆ คือ เนื้อหาดิจิทัลนั้นจะต้องเป็นข้อมูลที่ถูกผลิตและถูกจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล ซึ่งอาจจะเป็นเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งให้แก่ผู้บริโภคโดยไม่เก็บค่าใช้จ่ายก็ได้ (เนื้อหาดิจิทัลฟรี) เนื้อหาดิจิทัลที่ต้องชำระราคา เนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งให้แก่ผู้บริโภคโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้ เนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยไม่ต้องอาศัยสื่อดังกล่าว ฯลฯ ปัญหาสำคัญประการต่อไปที่จำเป็นต้องขบคิดก็คือ ในการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งบริโภคเนื้อหาดิจิทัลนั้นจำเป็นหรือไม่ที่เราจะคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลทุกกรณี ไม่ว่าจะเป็นชนิดใด มีลักษณะอย่างไร หรือมีรูปแบบการจัดส่งแบบใด หรือเราจะเลือกคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งบริโภคเนื้อหาดิจิทัลเฉพาะเพียงบางกรณี โดยจากการศึกษากฎหมายของสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็มีขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่แตกต่างกัน โดยขอบเขตในบางประการบางประเทศก็ไม่มีการกล่าวถึง ในที่นี้จึงจะขอกล่าวถึงเฉพาะแต่ขอบเขตในส่วนที่ปรากฏในกฎหมายของแต่ละประเทศเท่านั้น

3.1.2.1 สหภาพยุโรป

เนื้อหาเกี่ยวกับขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลในหลักกฎหมายสหภาพยุโรปนั้น ปรากฏอยู่ในข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 และข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 รายละเอียดปรากฏดังนี้

1) ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011

จากอารัมภบทข้อที่ 19 (Recital 19) ของข้อกำหนดนี้ ขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลไม่จำกัดอยู่แค่เพียงว่าเนื้อหาดิจิทัลเหล่านั้นจะเข้าถึงได้ผ่านทางการดาวน์โหลดหรือสตรีมมิ่ง หรือจากสื่อที่สามารถจับต้องได้ (Tangible Medium) หรือผ่านทางวิธีการอื่น สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลย่อมตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับแห่งข้อกำหนดนี้ หากเนื้อหาดิจิทัลถูกจัดส่งผ่านสื่อที่สามารถจับต้องได้ เช่น แผ่นซีดี หรือดีวีดี เนื้อหาดิจิทัลนี้จะถูกพิจารณาเสมือนเป็นสินค้าที่สามารถจับต้องได้ (Goods) ตามความหมายแห่งข้อกำหนดนี้ เช่นเดียวกันกับสัญญาจัดส่งน้ำ แก๊ส หรือไฟฟ้า ซึ่งไม่ได้นำมาขายตามจำนวนหรือปริมาณที่จำกัด หรือบริการส่งน้ำร้อนผ่านทางท่อไปตาม

---

[114] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 85.

บ้าน สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่สามารถจับต้องได้ตามวัตถุประสงค์แห่งข้อกำหนดนี้ควรจะถูกจัดว่าไม่ใช่ทั้งสัญญาซื้อขายสินค้าที่มีรูปร่าง และไม่ใช่สัญญาให้บริการ สำหรับสัญญาแต่ละฉบับผู้บริโภคควรมีสิทธิที่ถอนตัวออกจากสัญญา (สิทธิเลิกสัญญา) เว้นแต่เขาเหล่านั้นจะยินยอมที่จะเริ่มต้นรับชำระหนี้ตามสัญญาในระหว่างระยะเวลาที่ยังมีสิทธิเลิกสัญญาอยู่ และได้ทราบแล้วว่าด้วยเหตุแห่งความยินยอมนั้นเขาจะเสียสิทธิเลิกสัญญา นอกจากนี้สำหรับข้อมูลทั่วไปที่ผู้ประกอบธุรกิจควรแจ้งแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับฟังก์ชันการทำงาน (Functionality) และความสามารถในการทำงานร่วมกัน (Interoperability) ที่เกี่ยวข้องของเนื้อหาดิจิทัลนั้น การแจ้งผู้บริโภคเกี่ยวกับฟังก์ชันการทำงานนั้นควรจะระบุถึงวิธีการอื่น ๆ ที่เนื้อหาดิจิทัลนั้นจะถูกใช้ด้วย เช่น การใช้เพื่อติดตามพฤติกรรมของผู้บริโภคเช่นเดียวกัน ผู้ประกอบธุรกิจควรแจ้งถึงการขาดหรือการมีอยู่ของข้อจำกัดทางเทคนิคใด ๆ เช่น การป้องกันเนื้อหาดิจิทัลนั้นผ่านทางตัวจัดการสิทธิดิจิทัล (Digital Right Manager หรือ DRM เช่น Steam, iTunes) หรือการเข้ารหัสทางภูมิภาค (เช่น การแบ่งโซนของดีวีดี) การแจ้งถึงการทำงานร่วมกันที่เกี่ยวข้องหมายถึงการระบุข้อมูลเกี่ยวกับฮาร์ดแวร์พื้นฐานและสิ่งแวดล้อมของซอฟต์แวร์ ที่เนื้อหาดิจิทัลสามารถเข้ากันได้ ตัวอย่างเช่น ระบบปฏิบัติการ รุ่นที่จำเป็น คุณสมบัติบางประการของฮาร์ดแวร์

มีข้อสังเกตว่าสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลตามความหมายแห่งข้อกำหนดนี้รวมถึงกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เสียค่าใช้จ่ายหรือฟรีด้วย เพราะถึงแม้ว่าตามข้อกำหนดฉบับนี้สัญญาซื้อขายสินค้าที่มีรูปร่างและสัญญาให้บริการจะต้องเป็นกรณีที่ผู้บริโภคชำระราคาหรือผูกพันที่จะชำระราคาเป็นการตอบแทนให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจด้วย[115] แต่เมื่อพิจารณาจากอารัมภบทข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่าสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไม่ใช่ทั้งสัญญาซื้อขายสินค้าที่มีรูปร่างและสัญญาให้บริการจึงไม่ตกอยู่ใต้บทบัญญัติดังกล่าวที่จำเป็นจะต้องมีค่าตอบแทน[116]

อย่างไรก็ดีถึงแม้ว่าขอบเขตการบังคับใช้ของข้อกำหนดนี้จะรวมถึงเนื้อหาดิจิทัลฟรีด้วย แต่ข้อกำหนดฉบับนี้จะใช้บังคับกับเฉพาะเนื้อหาดิจิทัลที่ส่งมอบเนื่องมากจากสัญญาที่

---

[115] Article 2 (5)-(6) of Directive 2011/83/EU

[116] European Commission, **DG Justice Guidance Document Concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights, Amending Council Directive 93 /1 3 /EEC and Directive 1 999/4 4 /EC of the European Parliament and of the Council and Repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council**, p. 64, Retrieved October 4, 2017 from http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf

ตกลงทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคเท่านั้น[117] ดังนั้นข้อกำหนดนี้จึงไม่ใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นการเผยแพร่ข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตโดยปราศจากการตกลงทำสัญญาที่ชัดแจ้ง การเข้าสู่เว็บไซต์หรือดาวน์โหลดจากเว็บไซต์ (โดยปราศจากการตกลงทำสัญญาที่ชัดแจ้ง) ไม่ควรถือว่าเป็นสัญญาตามความหมายของข้อกำหนดนี้[118]

2) ข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019

ก่อนจะมีการประกาศใช้ข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 นั้น ร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 ได้เคยกำหนดให้ใช้บังคับกับสัญญาใด ๆ ซึ่งผู้จัดส่ง (ผู้ประกอบธุรกิจ) จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลแก่ผู้บริโภคหรือตกลงว่าจะทำเช่นนั้น โดยมีการแลกเปลี่ยนคือการชำระราคาหรือการชำระหนี้ตอบแทนเป็นอย่างอื่นนอกจากเงินในรูปแบบข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลอื่น ๆ[119] นอกจากนี้ยังใช้บังคับกับสัญญาใด ๆ ที่มีการจัดส่งผลิตภัณฑ์ดิจิทัลซึ่งมีการพัฒนาขึ้นตามสเปคที่ผู้บริโภคระบุ[120] จากร่างข้อเสนอข้อกำหนดดังกล่าวจะเห็นได้ว่าขอบเขตการบังคับใช้ร่างข้อเสนอข้อกำหนดนี้ไม่ได้จำกัดอยู่แต่เนื้อหาดิจิทัลที่ชำระเงินซื้อมาเท่านั้น หากแต่รวมถึงเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้บริโภคได้มาโดยการแลกเปลี่ยนกับข้อมูลส่วนบุคคลด้วย โดยในอารัมภบทข้อที่ 13 ของร่างข้อเสนอข้อกำหนดฉบับนี้กล่าวว่าในระบบเศรษฐกิจดิจิทัลข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลมักถูกพบเห็นมากขึ้นเนื่องมาจากการเข้าไปเกี่ยวข้องกับตลาด ข้อมูลเหล่านี้มีมูลค่าที่อาจเทียบกับเงินได้เลยทีเดียว ดังนั้นจึงพบว่าบ่อยครั้งที่เนื้อหาดิจิทัลจะถูกจัดส่งโดยไม่ได้แลกเปลี่ยนกับเงิน แต่มีการชำระหนี้ตอบแทนด้วยอย่างอื่นนอกเหนือไปจากเงินซึ่งก็คือการให้ข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลอย่างอื่นนั่นเอง เช่น ประกาศแจกเนื้อหาดิจิทัล อย่างเกม หรือเพลง ฟรี แต่ต้องสมัครสมาชิกเว็บไซต์ของผู้ประกอบธุรกิจเสียก่อน โดยในขั้นตอนการสมัครสมาชิกนั้นจะต้องกรอกข้อมูลส่วนบุคคลอย่างชื่อ ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ หรือแลก

---

[117] Article 1 of Directive 2011/83/EU

[118] European Commission, *op. cit.*, p. 64.

[119] Article 3 (1) of Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content Presented by the Commission on 9 December 2015

[120] Article 3 (2) of Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspects Aoncerning Contracts for the Supply of Digital Content Presented by the Commission on 9 December 2015

เนื้อหาดิจิทัลกับการตอบแบบสอบถามของผู้ประกอบธุรกิจ เป็นต้น อย่างไรก็ดีอารัมภบทข้อที่ 14 ของร่างข้อเสนอข้อกำหนดฉบับนี้กล่าวว่าการชำระหนี้ตอบแทนเป็นอย่างอื่นนอกจากเงินนั้นจะต้องเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจร้องขอและผู้บริโภคก็ตกลงให้ซึ่งข้อมูล เช่น ชื่อ อีเมล ที่อยู่ หรือรูปภาพโดยตรงหรือโดยอ้อมเช่น ผ่านการสมัครสมาชิก (ลงทะเบียน) หรือโดยพื้นฐานของสัญญาที่อนุญาตให้เข้าถึงรูปภาพของผู้บริโภคได้ แต่ข้อกำหนดนี้จะไม่ใช้บังคับกับกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเก็บข้อมูลที่จำเป็นสำหรับการที่จะทำให้การทำงานของเนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามสัญญา เช่น เก็บข้อมูลสถานที่อยู่ในทางภูมิศาสตร์ซึ่งจำเป็นต่อแอปพลิเคชันโทรศัพท์มือถือเพื่อให้ทำงานได้อย่างเหมาะสม หรือกรณีที่มีวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียวในการปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมาย เช่น การลงทะเบียนของผู้บริโภคที่จำเป็นสำหรับความปลอดภัย หรือเพื่อวัตถุประสงค์ในการระบุตัวตน ตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากที่กล่าวมาแล้ว ร่างข้อเสนอข้อกำหนดฉบับนี้ยังใช้บังคับกับสื่อที่คงทน (สื่อที่จับต้องได้) ซึ่งบันทึกหรือบรรจุเนื้อหาดิจิทัลเอาไว้ซึ่งสื่อที่คงทนนั้นใช้เฉพาะเพื่อบรรจุเนื้อหาดิจิทัลเท่านั้น แต่ไม่ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลผ่านระบบเครือข่าย (ออนไลน์) และการเยียวยาความเสียหายเกี่ยวกับการนั้น (มาตรา 5 และ 11) มาใช้บังคับ[121] ซึ่งตามอารัมภบทข้อที่ 12 ของร่างข้อเสนอข้อกำหนดฉบับนี้ได้กล่าวว่า เพื่อให้เป็นไปตามความคาดหวังของผู้บริโภคและเพื่อให้เกิดกรอบทางกฎหมายที่ชัดเจนและเรียบง่ายสำหรับการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลซึ่งเสนอบนสื่อที่คงทน ที่เกี่ยวกับความเป็นตามสัญญาของเนื้อหาดิจิทัล และมาตรการเยียวยาที่เกิดขึ้นกับผู้บริโภคหากเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามสัญญา ร่างข้อเสนอข้อกำหนดนี้จึงควรใช้บังคับกับสินค้า (ที่จับต้องได้) เช่น แผ่นดีวีดี และซีดี ที่บรรจุเนื้อหาดิจิทัลเอาไว้ กรณีที่วิธีการทำงานของสินค้านั้นเป็นไปเพียงเพื่อบรรจุเนื้อหาดิจิทัลเท่านั้น กล่าวคือร่างข้อเสนอข้อกำหนดนี้ควรใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลที่ถูกจัดส่งบนสื่อที่คงทนด้วย

ทั้งนี้ ตามอารัมภบทข้อที่ 11 ของร่างข้อเสนอข้อกำหนดฯ ระบุว่าร่างข้อเสนอข้อกำหนดนี้ควรใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลทั้งปวงที่เป็นอิสระจากสื่อที่ใช้ในการส่งถ่ายข้อมูล อย่างไรก็ดีร่างข้อเสนอข้อกำหนดนี้ไม่ควรใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลที่ฝังตัวอยู่กับสินค้า (ที่จับต้องได้) ในลักษณะที่ทำงานเป็นส่วนหนึ่งของสินค้าและฟังก์ชันการทำงานของเนื้อหาดิจิทัลอยู่ใต้อาณัติของฟังก์ชันหลักของสินค้า

---

[121] Article 3 (3) of Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content Presented by the Commission on 9 December 2015

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 จะพบว่าในส่วนของขอบเขตการบังคับใช้ข้อกำหนด ยังคงหลักการของร่างข้อเสนอข้อกำหนดฯ ค.ศ. 2015 เอาไว้ ได้แก่ การใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลที่แลกเปลี่ยนกับการชำระราคาหรือข้อมูลส่วนบุคคล[122] การใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลซึ่งมีการพัฒนาขึ้นตามสเปคที่ผู้บริโภคระบุ[123] การใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลที่บันทึกลงบนสื่อที่จับต้องได้ โดยสื่อนั้นจะต้องมีขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อการบันทึกข้อมูลเนื้อหาดิจิทัลเท่านั้น[124] อันจะแตกต่างจากสินค้าที่มีองค์ประกอบดิจิทัลซึ่งเป็นสินค้าที่เป็นวัตถุมีรูปร่างจับต้องได้ชนิดที่ไม่อาจจะใช้งานตามวัตถุประสงค์ได้เลยหากปราศจากเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัล ซึ่งจะไม่นำข้อกำหนดนี้ไปใช้บังคับด้วย[125]

3.1.2.2 สหราชอาณาจักร

จากการศึกษาข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ไม่พบบทบัญญัติหรือข้อความที่แสดงให้เห็นว่ามีเจตนารมณ์จะคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลภายใต้ขอบเขตอย่างไรบ้าง ในที่นี้จึงไม่ขอกล่าวถึงขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลตามข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013

ตามพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 เนื้อหาดิจิทัลนั้นอาจจัดส่งหรือส่งมอบให้แก่กันได้ในทั้งรูปแบบที่สามารถจับต้องได้ (Tangible Form) ซึ่งหากจะกล่าวในเชิงเทคนิคแล้วเราทำได้เพียงจับต้องสื่อที่บันทึกข้อมูลไว้เท่านั้น แต่จับต้องเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นเพียงข้อมูลไม่ได้ เช่น แผ่นดิสก์ และรูปแบบที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Form) เช่น การดาวน์โหลด การสตรีมมิ่ง หรือการเข้าถึงผ่านเว็บไซต์ ดังนี้การกล่าวถึงเนื้อหาดิจิทัลเฉย ๆ จึงมีความหมายที่กว้างมาก อย่างไรก็ดีไม่ว่าจะส่งมอบในรูปแบบใด ผ่านสื่อที่จับต้องได้หรือไม่ได้ เนื้อหาดิจิทัลก็ยังคงเป็นเนื้อหาดิจิทัล บทบัญญัติในการคุ้มครองผู้บริโภคว่าด้วยเนื้อหาดิจิทัลก็สามารถนำมาปรับใช้ได้แม้จะเป็นเนื้อหาดิจิทัลที่อยู่ในสื่อที่สามารถจับต้องได้ (Tangible Medium) เช่น บทบัญญัติว่าด้วยมาตรฐานเนื้อหาดิจิทัลที่พึงประสงค์ อันได้แก่ ความมีคุณภาพที่น่าพึงพอใจ ความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะของผู้บริโภค และความเป็นไปตามคำพรรณนา ไม่ว่าเนื้อหาดิจิทัลจะส่งมอบในรูปแบบใดก็จะต้องเป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดเหล่านี้ มิฉะนั้นผู้ประกอบธุรกิจจะต้องรับผิดเยียวยาผู้บริโภคส่วนกรณี

---

[122] Article 3 (1) of Directive 2019/770/EU

[123] Article 3 (2) of Directive 2019/770/EU

[124] Article 3 (3) of Directive 2019/770/EU

[125] Article 3 (4) of Directive 2019/770/EU

เนื้อหาดิจิทัลที่บันทึกอยู่ในสื่อที่จับต้องได้ เช่น แผ่นซีดี ถึงแม้ว่าจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติว่าสิทธิในคุณภาพของเนื้อหาดิจิทัล (Quality Rights) เช่นเดียวกันกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยไม่ได้บันทึกลงบนสื่อที่จับต้องได้ แต่จะไม่นำเอาบทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่ถูกละเมิดสิทธิในคุณภาพของเนื้อหาดิจิทัลมาใช้บังคับ โดยให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาผู้บริโภคสินค้าที่จับต้องได้ (Goods) มาใช้บังคับแทน เช่นเดียวกับสินค้าที่จับต้องได้โดยทั่วไป ดังนี้ บทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่ถูกละเมิดสิทธิในคุณภาพของเนื้อหาดิจิทัลจะนำมาใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลที่ส่งมอบในรูปแบบที่ไม่ได้บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้เท่านั้น[126]

เนื้อหาดิจิทัลนั้นแตกต่างจากสินค้าที่จับต้องได้ (Goods) ซึ่งหมายถึงวัตถุที่จับต้องได้ซึ่งสามารถเคลื่อนย้ายตำแหน่งได้[127] เพราะโดยตัวของมันเองแล้วเนื้อหาดิจิทัลไม่มีรูปร่าง เป็นเพียงข้อมูลในรูปแบบดิจิทัลที่เป็นตัวเลข 0 กับ 1 เรียงสลับกันไปมาเท่านั้น หากแต่อาจจะส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคโดยบันทึกอยู่ในสื่อซึ่งเป็นสินค้าที่จับต้องได้ตามความหมายข้างต้นก็ได้ เช่น ซอฟต์แวร์ที่บันทึกอยู่ในคอมพิวเตอร์ที่เราซื้อมา เพลงที่จำหน่ายในรูปแบบซีดี หรืออาจจะส่งมอบโดยวิธีการดาวน์โหลดผ่านอินเทอร์เน็ต โดยไม่อาศัยสินค้าที่จับต้องได้เป็นสื่อส่งผ่านเนื้อหาดิจิทัลไปยังผู้บริโภคเลยก็ได้ อย่างไรก็ดี เนื้อหาดิจิทัลไม่ใช่การจับจ่ายออนไลน์ (Online Shopping) ความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไป หากแต่การจับจ่ายออนไลน์อาจเป็นเพียงวิธีหนึ่งที่ผู้บริโภคสามารถได้มาซึ่งเนื้อหาดิจิทัลเท่านั้น เช่นเดียวกับการซื้อสินค้าที่จับต้องได้โดยทั่วไป เช่น ตู้เย็น ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต นอกจากนี้เนื้อหาดิจิทัลไม่ใช่การให้บริการออนไลน์ (Services Delivered Online)[128] เช่น ธนาคารออนไลน์ (Online Bank) ซึ่งเป็นเพียงการจำลองธนาคารสาขาหนึ่งมาไว้ในระบบอินเทอร์เน็ตเท่านั้น การใช้บริการธนาคารออนไลน์ เบิกถอน หรือ โอนเงินนั้น ไม่ต่างกับการใช้บริการธนาคารที่จับต้องได้จริง ปัญหาที่เกิดจากการใช้บริการนี้จะต้องปรับด้วยบทบัญญัติว่าด้วยบริการในพระราชบัญญัติเดียวกันนี้ นอกเสียจากว่าทางธนาคารจะจำหน่ายแอปพลิเคชันธนาคารออนไลน์ต่างหาก แล้วปัญหาเกิดจากแอปพลิเคชันนั้นไม่เกี่ยวกับบริการของธนาคาร เช่น แอปพลิเคชันทำให้สมาร์ทโฟนของผู้บริโภคได้รับ

---

[126] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 4, 9, 52, Retrieved October 12, 2017 from https://www.businesscompanion.info/sites/default/files/Digital%20content_ALL_BIS_DIGITAL_GUIDANCE_SEP15.pdf

[127] Section 2 (8) of Consumer Rights Act 2015

[128] Section 33 (4) of Consumer Rights Act 2015

ความเสียหาย หรือแอปพลิเคชันไปเป็นไปตามคำพรรณนา จึงจะปรับด้วยบทบัญญัติว่าด้วยเนื้อหาดิจิทัล[129]

บทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลนี้ใช้บังคับกับสัญญาใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจตกลงจะจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคซึ่งเป็นการจัดส่งให้โดยมีค่าตอบแทนจากผู้บริโภค[130]นอกจากนี้สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลยังรวมถึง สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจตกลงจะจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก้ผู้บริโภคโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย โดยแถมมากับสินค้า บริการ หรือเนื้อหาดิจิทัลอื่นซึ่งผู้บริโภคได้ชำระราคาเพื่อสิ่งนั้น หรือกรณีที่เป็นเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่วางจำหน่ายโดยทั่วไปแต่จะมีจำหน่ายให้เมื่อผู้บริโภคชำระราคาเพื่อเนื้อหาดิจิทัลนั้น หรือเพื่อ สินค้า บริการ หรือเนื้อหาดิจิทัลอื่น[131] จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในส่วนนี้มีเจตนารมณ์ในการกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลเฉพาะที่ได้มาซึ่งเนื้อหาดิจิทัลโดยมีค่าใช้จ่าย ซึ่งจะต้องชำระเป็นเงินเท่านั้น (รวมถึงการชำระผ่านช่องทางหรือสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ)[132] โดยไม่รวมถึงสิ่งตอบแทนอื่นที่ไม่ใช่เงิน เช่น ข้อมูลส่วนบุคคล และจะต้องเป็นรายได้จากการชำระโดยตรงของผู้บริโภค ไม่ได้ใช่รายได้จากการโฆษณา[133]

3.1.2.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันไม่ปรากฏบทบัญญัติที่ระบุอย่างชัดเจนว่าขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลเป็นอย่างไรบ้าง แต่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติหลายมาตราว่า “เนื้อหาดิจิทัลซึ่งไม่ได้ถูกบรรจุอยู่ในสื่อที่จับต้องได้” (Digital Content that is Not Contained in a Tangible Medium)[134] แสดงว่าบทบัญญัติว่าด้วยคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้นใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลชนิดที่ไม่ได้ถูกบรรจุอยู่ในสื่อที่จับต้องได้เท่านั้น แสดงว่าเนื้อหาดิจิทัลที่ถูกบรรจุไว้ในสื่อที่จับต้องได้ เช่น แผ่นดีวีดี จะต้องกลับไปใช้บทบัญญัติทั่วไปที่ใช้กับสินค้าที่จับต้องได้

---

[129] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 5.

[130] Section 33 (1) of Consumer Rights Act 2015

[131] Section 33 (2) of Consumer Rights Act 2015

[132] Section 33 (3) of Consumer Rights Act 2015

[133] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 7.

[134] Section 312f (3), Section 356 (2), (5), Section 357 (9), Section 357a (2) and Section 358 (4) of German Civil Code

3.2 การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนี้จะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ด้วยกัน คือ การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา และมาตรการควบคุมสัญญา ซึ่งล้วนเป็นการกำหนดหน้าที่ก่อนสัญญาให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจทั้งสิ้น

3.2.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา

ในส่วนนี้ผู้เขียนขอให้ข้อสังเกตไว้ก่อนว่าหลักกฎหมายว่าด้วยการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญานั้น จะเป็นไปในแนวทางเดียวกันทั้งกฎหมายสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี อันเนื่องมาจากพันธกรณีตามข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นแม่แบบในการร่างกฎหมายของรัฐสมาชิกนั่นเอง

3.2.1.1 สหภาพยุโรป

ก่อนที่ผู้บริโภคจะถูกผูกพันโดยสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางหรือสัญญานอกสถานประกอบการหรือข้อเสนออื่น ๆ ที่ตรงกันแล้ว ตามข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดให้ซึ่งข้อมูลดังจะต่อไปนี้อย่างชัดเจนและสามารถเข้าใจได้[135] ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวถึงแต่เพียงข้อที่สำคัญและข้อที่สามารถปรับใช้กับกรณีเนื้อหาดิจิทัลได้เท่านั้น

1) ลักษณะสำคัญของสินค้าหรือบริการ[136]

2) ตัวตนของผู้ประกอบธุรกิจ เช่น ชื่อของผู้ประกอบธุรกิจ[137]

3) ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ เบอร์แฟ็กซ์ อีเมล ของผู้ประกอบธุรกิจรวมถึงตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งผู้บริโภคสามารถติดต่อได้อย่างรวดเร็ว และได้ผลดี[138]

4) ถ้าที่อยู่ตามข้อก่อน แตกต่างจากที่อยู่ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจก็ให้ระบุด้วย[139]

5) ราคารวมของสินค้าหรือบริการ รวมค่าใช้จ่ายอื่น ๆ หากยังไม่สามารถคำนวณได้ก็ให้กะประมาณราคา หากเป็นสัญญาที่มิได้กำหนดระยะเวลาไว้แน่นอนหรือมีการทำต่อเนื่องกันไปให้ระบุราคาตามงวด แต่หากไม่สามารถกะราคาได้ ให้แสดงวิธีคำนวณราคาไว้[140]

---

[135] Article 6 (1) of Directive 2011/83/EU

[136] Article 6 (1) (a) of Directive 2011/83/EU

[137] Article 6 (1) (b) of Directive 2011/83/EU

[138] Article 6 (1) (c) of Directive 2011/83/EU

[139] Article 6 (1) (d) of Directive 2011/83/EU

6) ค่าใช้จ่ายของวิธีการติดต่อสื่อสารทางไกลในการทำสัญญา หากมีการคิดในอัตราสูงกว่าปกติ[141]

7) วิธีการชำระราคา การจัดส่ง การชำระหนี้ ตลอดจนระยะเวลาที่ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่จะต้องส่งมอบสินค้าหรือให้บริการและนโยบายการจัดการเรื่องร้องเรียนจากผู้บริโภค[142]

8) หากปรากฏว่าผู้บริโภคมีสิทธิถอนตัวออกจากสัญญา (สิทธิเลิกสัญญา) ให้ระบุเงื่อนไข กรอบระยะเวลา และวิธีการใช้สิทธิ ตามมาตรา 11 (1)[143]

9) หากผู้บริโภคไม่มีสิทธิเลิกสัญญาตามความในมาตรา 16 ตลอดจนพฤติการณ์ที่ทำให้ไม่มีสิทธิดังกล่าว ก็ให้ระบุด้วย[144]

10) การรับประกันคุณภาพของสินค้า[145]

11) เงื่อนไขการขอความช่วยเหลือหลังการขาย หรือบริการหลังการขาย การรับประกันทางธุรกิจ[146]

12) ระยะเวลาของสัญญา หรือกรณีสัญญามีระยะเวลาผูกพันที่ไม่แน่นอน หรือสามารถขยายได้โดยอัตโนมัติ ให้ระบุเงื่อนไขในการเลิกสัญญา[147]

13) ระยะเวลาขั้นต่ำที่ผู้บริโภคจะต้องผูกพันตามสัญญา[148]

14) แจ้งถึงฟังก์ชันการทำงานของเนื้อหาดิจิทัล ซึ่งรวมถึงมาตรการป้องกันในทางเทคนิค[149]

15) ความสามารถในการทำงานร่วมกันของเนื้อหาดิจิทัลกับฮาร์ดแวร์หรือซอฟต์แวร์ที่ผู้ประกอบธุรกิจทราบหรือสามารถคาดหมายได้ว่าจะทราบ[150]

---

[140] Article 6 (1) (e) of Directive 2011/83/EU

[141] Article 6 (1) (f) of Directive 2011/83/EU

[142] Article 6 (1) (g) of Directive 2011/83/EU

[143] Article 6 (1) (h) of Directive 2011/83/EU

[144] Article 6 (1) (k) of Directive 2011/83/EU

[145] Article 6 (1) (l) of Directive 2011/83/EU

[146] Article 6 (1) (m) of Directive 2011/83/EU

[147] Article 6 (1) (o) of Directive 2011/83/EU

[148] Article 6 (1) (p) of Directive 2011/83/EU

[149] Article 6 (1) (r) of Directive 2011/83/EU

[150] Article 6 (1) (s) of Directive 2011/83/EU

16) แจ้งถึงกระบวนการในการเรียกร้องให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดอย่างหนึ่งอย่างใดโดยไม่จำเป็นต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล[151]

ฯลฯ

สืบเนื่องจากอารัมภบทข้อที่ 19 ของข้อกำหนด จะเห็นได้ว่าข้อมูลสำคัญที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งให้ผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลทราบก็คือฟังก์ชันการทำงาน และความสามารถในการทำงานร่วมกันของเนื้อหาดิจิทัลกับฮาร์ดแวร์หรือซอฟต์แวร์ด้วยความหลากหลายของผลิตภัณฑ์ดิจิทัล เราไม่อาจระบุรายการฟังก์ชันการทำงาน และความสามารถในการทำงานร่วมกันของเนื้อหาดิจิทัลทั้งหมดลงไปได้ แต่ผู้ประกอบธุรกิจควรแจ้งแก่ผู้บริโภคซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับคุณลักษณะเฉพาะของเนื้อหาดิจิทัลนั้น ซึ่งสำหรับฟังก์ชันการทำงานอาจได้แก่ ภาษาของเนื้อหาดิจิทัล วิธีการในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล ระยะเวลาเล่นไฟล์วิดีโอหรือเสียง ชนิดและขนาดของไฟล์ การปรับปรุงหรืออัพเดท ข้อมูลอื่น ๆ เช่น ความต้องการใช้อินเทอร์เน็ต ส่วนความสามารถในการทำงานร่วมกันของเนื้อหาดิจิทัลกับฮาร์ดแวร์หรือซอฟต์แวร์ คือการระบุอุปกรณ์ใดที่เนื้อหาดิจิทัลจะสามารถใช้งานด้วยได้ รวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับระบบปฏิบัติการ ซอฟต์แวร์อื่น ๆ เพิ่มเติม หมายเลขรุ่น และข้อมูลเกี่ยวกับฮาร์ดแวร์ เช่น ความเร็วในการประมวลผล และการ์ดจอที่เนื้อหาดิจิทัลต้องการและสนับสนุน[152]

ข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งดังกล่าวนี้ ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งสัญญา ไม่อาจแก้ไขให้เป็นอย่างอื่นไปได้ นอกเสียจากว่าจะมีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นโดยชัดแจ้งระหว่างคู่สัญญา[153] โดยข้อมูลข้างต้นนี้ให้เป็นภาระการพิสูจน์ของผู้ประกอบธุรกิจว่าได้มีการแจ้งให้ผู้บริโภครับทราบแล้ว[154]

ด้วยการทำสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคดังที่กล่าวมาแล้ว โดยวิธีการที่เหมาะสมกับการสื่อสารทางไกล ด้วยภาษาที่เรียบง่ายและสามารถเข้าใจได้ง่าย ตราบใดที่มีการให้ข้อมูลบนสื่อที่คงทนแล้ว ก็ย่อมเป็นการอันชอบด้วยกฎหมาย[155]

หากปรากฏว่าการติดต่อทำสัญญากันนั้นเป็นการทำผ่านการสื่อสารระบบอิเล็กทรอนิกส์ ก่อนที่ผู้บริโภคจะตกลงเข้าผูกพัน ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งให้ทราบถึงคุณลักษณะหรือคุณสมบัติของสินค้า ราคาทั้งหมดที่ต้องจ่าย ระยะเวลาความผูกพันและเหตุที่อาจทำให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยต้องแสดงให้ปรากฏอย่างเด่นชัดต่อสายตาของผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำให้เกิดความเข้าใจอย่าง

---

[151] Article 6 (1) (t) of Directive 2011/83/EU

[152] European Commission, *op. cit.*, p. 67-68.

[153] Article 6 (5) of Directive 2011/83/EU

[154] Article 6 (9) of Directive 2011/83/EU

[155] Article 8 (1) of Directive 2011/83/EU

ชัดแจ้งแก่ผู้บริโภคว่า การที่ผู้บริโภคสั่งซื้อสินค้าก็เท่ากับเป็นการก่อให้เกิดหนี้ในการชำระราคาสินค้าหรือบริการขึ้นทันที ผู้ประกอบธุรกิจจึงต้องออกแบบสัญลักษณ์ในส่วนที่เป็นการสั่งซื้อสินค้าและบริการให้เห็นเด่นชัดประกอบกับข้อความว่า “สั่งซื้อและชำระราคา” หรือข้อความอื่นซึ่งมีนัยเป็นอย่างเดียวกัน หากผู้ประกอบธุรกิจไม่สร้างเครื่องมือให้ผู้บริโภคสามารถตระหนักว่าการสั่งซื้อหมายถึงหนี้ชำระราคาแล้ว ผู้บริโภคซึ่งแม้จะได้ทำเครื่องหมายสั่งซื้อไปแล้วก็ไม่ผูกพันตามสัญญาหรือคำสั่งซื้อนั้นแต่อย่างใด[156] นอกจากนั้นผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำให้ผู้บริโภคได้ทราบว่า ขั้นตอนการสั่งซื้อเริ่มที่จุดใดและสิ้นสุดที่จุดใด ขณะนั้นผู้บริโภคได้ดำเนินการมาถึงขั้นตอนใดแล้วและวิธีการชำระเงินให้ผู้ประกอบธุรกิจมีวิธีใดบ้าง ต้องดำเนินการอย่างไรบ้าง[157] ข้อมูลเหล่านี้ผู้ประกอบธุรกิจทางเว็บไซต์จะต้องแจ้งให้ผู้บริโภคทราบอย่างครบถ้วนตลอดกระบวนการ[158]

3.2.1.2 สหราชอาณาจักร

กฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลของสหราชอาณาจักร คือ ข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ซึ่งบัญญัติตามแนวทางของข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 (Directive 2011/83/EU) มีสาระสำคัญ ดังนี้

ก่อนที่ผู้บริโภคจะถูกผูกพันตามสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งให้ผู้บริโภคทราบซึ่งข้อมูลตามที่ปรากฏในตาราง 2 ของข้อบังคับนี้ซึ่งมีข้อความเช่นเดียวกันกับข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ดังที่เคยอธิบายไปแล้ว นอกจากนี้หากปรากฏว่าผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญาผู้ประกอบธุรกิจก็มีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิเลิกสัญญาตามแบบฟอร์มในตาราง 3 ท้ายข้อบังคับนี้ด้วย โดยในการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดทำลงบนสื่อที่คงทน จึงจะถือว่าชอบด้วยกฎหมาย[159]

สำหรับสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางที่ทำโดยวิธีอิเล็กทรอนิกส์อย่างอินเทอร์เน็ตแล้ว หากเป็นสัญญาที่ผู้บริโภคมีความผูกพันจะต้องชำระเงิน ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งให้ผู้บริโภคทราบเช่นนั้นอย่างชัดเจนและโดดเด่น โดยตรงต่อผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำให้ผู้บริโภคแน่ใจเมื่อผู้บริโภคทำคำสั่งซื้อว่าเมื่อเขาทำเช่นนั้นแล้วก็จะมีความผูกพันที่จะต้องชำระราคา หากการทำคำสั่งซื้อจะต้องทำโดยการกดปุ่มหรือวิธีการที่คล้ายคลึงกันผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำให้

---

[156] Article 8 (2) of Directive 2011/83/EU

[157] Article 8 (3) of Directive 2011/83/EU

[158] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 67.

[159] Regulation 13 (1)-(2) of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

ปุ่มนั้นจะต้องอ่านเข้าใจง่ายโดยมีความหมายว่า “สั่งซื้อโดยมีความผูกพันต้องชำระเงิน”[160] ตัวอย่างเช่นทำปุ่มสั่งซื้อระบุคำว่า “ชำระเงินเดี๋ยวนี้ (Pay Now)”[161] หากผู้ประกอบธุรกิจไม่กระทำการดังกล่าวผู้บริโภคย่อมไม่ต้องผูกพันตามสัญญาหรือคำสั่งซื้อนั้น[162] โดยเว็บไซต์ของผู้ประกอบธุรกิจที่ใช้ในการทำสัญญานั้นจะต้องแสดงให้ชัดเจนและชอบด้วยกฎหมายอย่างช้าที่สุดในตอนเริ่มต้นกระบวนการทำคำสั่งซื้อถึงข้อจำกัดในการจัดส่งและวิธีในการชำระเงินหรือรับชำระเงิน[163]

ทั้งนี้บทบัญญัติว่าด้วยการให้ข้อมูลและการจัดให้ผู้บริโภคซึ่งคำยืนยันการทำสัญญานี้ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย[164] ดังนี้หากผู้ประกอบธุรกิจทำผิดหน้าที่เหล่านี้ ย่อมถือเป็นการผิดสัญญาและจะต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่ผู้บริโภค ตามจำนวนเงินและวิธีการชำระเงินเดียวกันกับที่ผู้บริโภคใช้ในการชำระราคาเพื่อเนื้อหาดิจิทัลนั้น[165]

3.2.1.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ก่อนสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องให้ข้อมูลต่าง ๆ ที่สำคัญแก่ผู้บริโภคโดยชัดแจ้งและครบถ้วนตามมาตรา 312d ได้แก่ ข้อมูลเกี่ยวกับตัวผู้ประกอบธุรกิจ รายละเอียด ราคาของสินค้า และวิธีการจัดส่ง รายละเอียดเกี่ยวกับข้อสัญญา ข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิเลิกสัญญาและคืนสินค้าตามกฎหมาย[166] ซึ่งตามมาตรา 312d (1) กำหนดว่ากรณีสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางซึ่งไม่ใช่สัญญาให้บริการทางการเงินนั้น ข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดให้แก่ผู้บริโภคให้เป็นไปตามมาตรา 246a แห่งรัฐบัญญัติเบื้องต้นเพื่อ

---

[160] Regulation 14 (2)-(3) of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[161] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations Implementing Guidance**, p. 10, Retrieved October 9, 2017 from https://psauthority.org.uk/~/media/Files/PhonepayPlus/Notices-to-Industry/BIS.pdf

[162] Regulation 14 (5) of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[163] Regulation 14 (6) of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[164] Regulation 18 of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[165] Section 37 and Section 42 (4) of Consumer Rights Act 2015

[166] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 85-86.

ประมวลกฎหมายแพ่ง (Introductory Act to the Civil Code หรือ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche) ซึ่งมีเนื้อความในทำนองเดียวกับข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องให้แก่ผู้บริโภคตามข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรป (Directive 2011/83/EU) และข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญาและค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ของสหราชอาณาจักร ดังที่ได้เคยอธิบายไปแล้วจึงไม่ขอกล่าวซ้ำในที่นี้อีก

3.2.2 มาตรการควบคุมสัญญา

ในการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยอาศัยมาตรการควบคุมด้านสัญญานั้น เป็นการคุ้มครองผู้บริโภคตั้งแต่ก่อนทำสัญญา โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดทำสัญญาให้เป็นไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนดซึ่งจากการศึกษาหลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลของสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว ยังไม่พบว่ามีกฎหมายฉบับใดบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาโดยใช้ข้อสัญญา หรือแบบแห่งสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่ใกล้เคียงที่สุดก็จะมีหลักกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐาน ของสหภาพยุโรป และสหราชอาณาจักรที่กำหนดมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลในลักษณะที่ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ถึงแม้ว่าคู่สัญญาจะไม่ได้ตกลงกันในเรื่องนั้นก็ตาม (Implied Terms) ซึ่งหากผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืน ไม่จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้เป็นไปตามมาตรฐานคุณภาพดังกล่าวก็จะก่อให้เกิดความรับผิดต่อผู้บริโภคต่อไป โดยจะสังเกตได้ว่าเป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิของผู้บริโภคที่มุ่งถึงคุณภาพของตัวเนื้อหาดิจิทัลเป็นสำคัญ มิได้มุ่งควบคุมเนื้อหาหรือแบบของสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลแต่อย่างใด

3.3 การคุ้มครองผู้บริโภคหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

หลังจากทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลแล้ว ย่อมก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญาหลายประการ ได้แก่ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องให้ข้อมูลแก่บริโภคหลังทำสัญญา โดยส่งมอบคำยืนยันการทำสัญญา ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภค โดยในการจัดส่งนั้นจะต้องปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้มีสิทธิในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นโดยปลอดจากสิทธิของบุคคลภายนอก ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องรับผิดหากเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งนั้นทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย และท้ายที่สุดคือผู้บริโภคมีสิทธิโดยอิสระในอันที่จะเลิกสัญญาได้ทุกเมื่อโดยไม่จำเป็นต้องแสดงเหตุผลภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

3.3.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา

เพื่อให้เป็นไปตามสิทธิของผู้บริโภคในอันที่จะได้รับข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอ การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนที่ผู้บริโภคจะตัดสินใจทำสัญญาคงยังไม่เพียงพอ เนื่องจากสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลมักทำในรูปแบบสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง (Distance Contract) และมักทำโดยรวดเร็ว ในบางครั้งผู้บริโภคอาจขาดความรอบคอบ เมื่อทำสัญญาแล้วกฎหมายจึงกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำคำยืนยันการทำสัญญา (Confirmation of the Contract)ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคด้วย เพื่อเป็นหลักฐานยืนยันว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วและมีรายละเอียดอย่างไร โดยเฉพาะข้อมูลส่วนสำคัญที่สุดที่ผู้บริโภคควรทราบก็คือสิทธิในการเลิกสัญญาอย่างอิสระภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นผู้บริโภคอาจไม่ทราบถึงสิทธิดังกล่าว และอาจเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจโดยไม่เป็นธรรม

3.3.1.1 สหภาพยุโรป

สำหรับสหภาพยุโรปนั้นหลักกฎหมายเกี่ยวกับการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญาจะอยู่ในข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011ซึ่งเป็นต้นแบบให้แก่ ข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ของสหราชอาณาจักร และประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยมีสาระสำคัญดังนี้

นอกจากที่ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลบางประการให้ผู้บริโภคทราบก่อนทำสัญญาแล้ว กรณีสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้นผู้ประกอบธุรกิจก็ยังมีหน้าที่ต้องจัดทำคำยืนยันการทำสัญญา (Confirmation of the contract) ให้แก่ผู้บริโภคอีก โดยต้องทำลงบนสื่อที่คงทนภายในระยะเวลาอันสมควรหลังทำสัญญาซึ่งอย่างช้าจะต้องทำภายในระยะเวลาส่งมอบสินค้าหรือก่อนให้บริการ โดยในคำยืนยันการทำสัญญาจะต้องประกอบไปด้วย ข้อมูลทั้งหลายที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องแจ้งแก่ผู้บริโภคตามมาตรา 6 (1) ซึ่งได้กล่าวถึงไปแล้ว เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจจะได้ให้ข้อมูลดังกล่าวแก่ผู้บริโภคซึ่งบันทึกลงบนสื่อที่คงทนไปแล้วตั้งแต่ก่อนทำสัญญา และในคำยืนยันการทำสัญญาจะต้องประกอบไปด้วย คำยืนยันล่วงหน้าของผู้บริโภคที่จะให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้งและรับรู้ถึงกรณีตามมาตรา 16 (m) ซึ่งหมายถึงการยินยอมและรับรู้ว่าเมื่อการปฏิบัติการชำระหนี้เริ่มต้นขึ้นด้วยความยินยอมและรับรู้ของผู้บริโภคที่ได้ให้ไว้ล่วงหน้าแล้ว ผู้บริโภคจะสูญเสียสิทธิในการถอนตัวออกจากสัญญา (สิทธิเลิกสัญญา) ซึ่งจะอธิบายอย่างละเอียดในส่วนของการเลิกสัญญา[167] ในส่วนนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิของผู้บริโภคในการได้รับข้อมูลหลังทำสัญญา

[167] Article 8 (7) of Directive 2011/83/EU

3.3.1.2 สหราชอาณาจักร

ตามข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 นอกจากการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนการทำสัญญาแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจยังมีหน้าที่ต้องจัดทำคำยืนยันการทำสัญญาให้แก่ผู้บริโภคภายในเวลาอันสมควรหลังจากมีการทำสัญญาแล้ว โดยกรณีสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางคำยืนยันการทำสัญญานั้นจะต้องทำลงบนสื่อที่คงทนซึ่งคำยืนยันการทำสัญญานี้จะต้องระบุข้อมูลตามตาราง 2 เช่นเดียวกับที่ให้ข้อมูลก่อนทำสัญญา เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจได้ให้ข้อมูลเหล่านั้นแก่ผู้บริโภคบนสื่อที่คงทนไปแล้วก่อนทำสัญญา สำหรับกรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้บรรจุลงบนสื่อที่จับต้องได้ซึ่งผู้บริโภคได้ให้ความยินยอมและรับรู้ในการผู้ประกอบธุรกิจจะจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลก่อนสิ้นระยะเวลาที่ตนอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้นั้น ในคำยืนยันการทำสัญญาจะต้องระบุถึงความยินยอมและการรับรู้เช่นนั้นไว้ด้วย[168]

ทั้งนี้ บทบัญญัติว่าด้วยการให้ข้อมูลและการจัดให้ผู้บริโภคซึ่งคำยืนยันการทำสัญญานี้ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย[169]

3.3.1.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สำหรับสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น นอกจากสิทธิในการได้รับข้อมูลก่อนทำสัญญาแล้วยังรวมถึงสิทธิในการได้รับสำเนาของสัญญาหรือคำยืนยันถึงการทำสัญญา (Confirmation of Contract) หลังจากมีการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลแล้วด้วยในกรณีสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดทำคำยืนยันถึงการทำสัญญาลงบนสื่อที่คงทนซึ่งเนื้อหาของสัญญากำหนดไว้และต้องทำภายในระยะเวลาอันสมควรหลังจากที่ตกลงทำสัญญา แต่อย่างช้าต้องทำภายในเวลาที่จัดส่งสินค้าหรือก่อนที่จะมีการให้บริการ[170]

ส่วนในกรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้บันทึกลงบนสื่อที่จับต้องได้ซึ่งมีการผลิตและทำให้พร้อมจำหน่ายในรูปแบบดิจิทัล สำเนาของคำยืนยันถึงการทำสัญญาให้ทำในลักษณะเป็นบันทึก โดยจะถือว่าเป็นการเหมาะสมเพียงพอแล้ว หากปรากฏว่าก่อนที่จะมีการชำระหนี้ตามสัญญานั้นผู้บริโภคได้ยินยอมอย่างชัดแจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาก่อนที่สิทธิเลิก

---

[168] Regulation 16 (1)-(4) of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[169] Regulation 18 of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[170] Section 312f (2) of German Civil Code

สัญญาของตนจะหมดอายุลง และผู้บริโภคได้รับทราบด้วยความยินยอมของตนว่า ตนอาจสิ้นสิทธิเลิกสัญญาเมื่อการปฏิบัติการชำระหนี้ได้เริ่มขึ้นแล้ว[171]

3.3.2 การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้

อาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไปยังผู้บริโภคถือเป็นหน้าที่ที่สำคัญที่สุดของผู้ประกอบธุรกิจ มิฉะนั้นย่อมไม่มีประโยชน์ที่จะทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลระหว่างกัน โดยในที่นี้ผู้เขียนขอให้เข้าใจคำว่า “จัดส่ง” (Supply) ไว้ในเบื้องต้นว่ามีความแตกต่างจากการส่งมอบสินค้าโดยทั่วไปตามสัญญาซื้อขาย และสัญญารับขนของ เนื่องจากเนื้อหาดิจิทัลเป็นข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล ซึ่งไม่จำเป็นต้องจัดส่งโดยบรรจุลงในสื่อที่จับต้องได้ โดยมากเป็นการดาวน์โหลดผ่านระบบอินเทอร์เน็ตและเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ ดังนั้นหลักกฎหมายที่จะศึกษาในส่วนนี้จะเป็นกล่าวเฉพาะการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลโดยไม่ได้อาศัยสื่อที่จับต้องได้เท่านั้น เนื่องจากเนื้อหาที่ดิจิทัลที่จัดส่งโดยบรรจุลงในสื่อที่จับต้องได้ เช่น ซีดี นั้น จะใช้หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายและรับขนของในการพิจารณาเช่นเดียวกับสินค้า (Goods) ทั่ว ๆ ไป

3.3.2.1 สหภาพยุโรป

ตามข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ได้กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลให้แก่ตัวผู้บริโภค เว้นเสียแต่ว่าคู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น (เช่น จัดส่งให้แก่บุคคลที่สาม เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก) โดยระยะเวลาในการจัดส่งนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลโดยปราศจากความล่าช้าเกินสมควรนับจากที่ได้มีการตกลงทำสัญญากัน[172] ดังนี้น่าจะขึ้นอยู่กับประเภทของเนื้อหาดิจิทัล โดยเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยไม่อาศัยสื่อที่จับต้องได้เมื่อมีการทำสัญญากันแล้วผู้ประกอบธุรกิจก็ควรจะเปิดโอกาสหรือให้สิทธิแก่ผู้บริโภคในการดาวน์โหลดหรือเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลได้ทันที แต่หากเป็นเนื้อหาดิจิทัลที่บันทึกลงบนสื่อที่จับต้องได้ หากคู่สัญญาอยู่ห่างกันโดยระยะทางก็จำเป็นจะต้องใช้เวลาในการจัดส่งตามสมควร แต่หากคู่สัญญาอยู่ด้วยกันเฉพาะหน้าแล้วก็ย่อมส่งมอบสื่อดังกล่าวได้ทันที

สำหรับวิธีการในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลด้วยการใช้วิธีการที่เหมาะสมเพื่อให้การเข้าถึงหรือการดาวน์โหลดเนื้อหาดิจิทัลพร้อมใช้งานแก่ผู้บริโภคหรือแก่เครื่องอำนวยความสะดวกทางกายภาพหรือเสมือนซึ่งผู้บริโภค

---

[171] Section 312f (3) of German Civil Code

[172] Article 5 (1) of Directive 2019/770/EU

เป็นผู้เลือกตามความประสงค์ของผู้บริโภค[173] สิ่งอำนวยความสะดวก (Facility) นี้ อาจหมายถึงผู้ให้บริการต่าง ๆ ที่เป็นคู่สัญญาของผู้บริโภค เช่น ผู้ให้บริการเครือข่าย หรือผู้ให้บริการ Co-location

ความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีที่ไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลตามเงื่อนไขของกำหนดข้างต้นได้นั้นผู้บริโภคจะต้องเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลเสียก่อน หากผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลภายในกำหนดเวลาตามข้อกำหนดคือไม่ล่าช้าเกินสมควร หรือตามเวลาที่ได้ตกลงกันอย่างชัดแจ้ง ผู้บริโภคย่อมมีสิทธิที่จะเลิกสัญญา[174] โดยในการใช้สิทธิเลิกสัญญาผู้บริโภคจะต้องบอกกล่าวไปยังผู้ประกอบธุรกิจอย่างชัดแจ้งว่าประสงค์จะเลิกสัญญา[175]

โดยเมื่อมีการเลิกสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องคืนเงินทั้งหมดที่ผู้บริโภคชำระตามสัญญาให้แก่ผู้บริโภค[176] โดยในการคืนเงินนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องคืนโดยไม่ชักช้า ไม่ว่ากรณีใด จะต้องคืนภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับแจ้งจากผู้บริโภคว่าประสงค์จะเลิกสัญญา วิธีในการคืนเงินให้คืนโดยวิธีการเดียวกับที่ผู้บริโภคชำระราคาและห้ามเก็บค่าธรรมเนียมใด ๆ จากผู้บริโภค[177] นอกจากนี้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องงดเว้นจากการใช้งานเนื้อหาใด ๆ นอกเหนือไปจากข้อมูลส่วนตัวที่ผู้บริโภคได้ให้หรือสร้างขึ้นในขณะที่ใช้งานเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัล[178] เมื่อเลิกสัญญากันแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจอาจป้องกันไม่ให้ผู้บริโภคใช้งานเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลนั้นต่อไปได้อีก โดยอาจใช้วิธีทำให้ผู้บริโภคไม่อาจเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลนั้นได้ หรือยกเลิกบัญชีผู้ใช้ของผู้บริโภคนั้น[179]

ในส่วนของผู้บริโภคนั้น เมื่อใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ผู้บริโภคมีหน้าที่ในอันที่จะต้องงดเว้นจากการใช้งานเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัล หรือการนำไปให้บุคคลภายนอกใช้งาน[180] หากเนื้อหาดิจิทัลนั้นจัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้เมื่อผู้ประกอบธุรกิจร้องขอ ผู้บริโภคจะต้องส่งสื่อนั้นคืนให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจโดยปราศจากความล่าช้าเกินสมควร โดยผู้ประกอบธุรกิจจะต้องเป็น

---

[173] Article 5 (2) of Directive 2019/770/EU

[174] Article 13 of Directive 2019/770/EU

[175] Article 15 of Directive 2019/770/EU

[176] Article 16 (1) of Directive 2019/770/EU

[177] Article 18 of Directive 2019/770/EU

[178] Article 16 (3) of Directive 2019/770/EU

[179] Article 16 (5) of Directive 2019/770/EU

[180] Article 17 (1) of Directive 2019/770/EU

ผู้ออกค่าใช้จ่ายในการส่งคืน โดยในการร้องขอสื่อคืนนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องร้องขอภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับแจ้งจากผู้บริโภคว่าประสงค์จะเลิกสัญญา[181]

3.3.2.2 สหราชอาณาจักร

หากจะกล่าวให้เข้าใจอย่างง่ายแล้ว การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลก็คือการที่ผู้บริโภคได้รับอนุญาตให้มีสิทธิในการใช้เนื้อหาดิจิทัลภายใต้สถานการณ์เฉพาะบางอย่าง เช่น ระยะเวลาที่จำกัด สิทธิในความเป็นเจ้าของเนื้อหาดิจิทัลอาจเปรียบคล้ายกันกับ “กรรมสิทธิ์” ในสินค้าที่มีรูปร่างซึ่งถูก “ขาย” ให้แก่ผู้บริโภค[182] อย่างไรก็ดีนี่เป็นเพียงการเปรียบเปรยเท่านั้น ไม่ได้หมายความเลยเถิดไปถึงกับว่าสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นสัญญาซื้อขายเหมือนกับสัญญาซื้อขายสินค้าที่มีรูปร่าง หากแต่มีความคล้ายคลึงกันในแง่การโอนสิทธิเหนือสินค้าไปยังผู้บริโภคเท่านั้น แต่ทว่าสินค้านี้เป็นเพียงข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล ปัญหามีอยู่ว่า อย่างไรจึงจะถือว่าผู้บริโภคได้รับสิทธิในการใช้เนื้อหาดิจิทัลดังกล่าวในทำนองเดียวกันกับการรับมอบสินค้าที่จับต้องได้

ตามพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 เนื้อหาดิจิทัลจะถือว่าจัดส่งให้แก่ผู้บริโภคเรียบร้อยแล้วเมื่อเนื้อหาดิจิทัลนั้นไปถึง (Reach) อุปกรณ์ (Device) ของผู้บริโภค หรือ ไปถึงผู้ประกอบธุรกิจซึ่งผู้บริโภคมอบหมาย แล้วแต่ว่าเนื้อหาดิจิทัลจะไปถึงผู้ใดก่อน[183] จะเห็นได้ว่าการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลคือการจัดส่งให้ไปถึงยังอุปกรณ์ เช่นสมาร์ทโฟนแท็ปเล็ต หรือคอมพิวเตอร์ของผู้บริโภคโดยตรง หรือจัดส่งไปให้ถึงอุปกรณ์ของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นซึ่งผู้บริโภคมอบหมายคือมีสัญญาต่างหากกับผู้บริโภคในการรับ-ส่งข้อมูล เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet Service Provider หรือ ISP) หรือ ผู้ให้บริการเครือข่ายโทรศัพท์มือถือ (Mobile Network Operator หรือ MNO) แล้วแต่ว่าอย่างใดจะเกิดขึ้นก่อน ซึ่งหากเป็นการจัดส่งผ่านระบบอินเทอร์เน็ตย่อมไปถึงผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายโทรศัพท์มือถือก่อน

อย่างไรก็ดีบทบัญญัติว่าด้วยเนื้อหาดิจิทัลนี้ไม่ได้หมายความจำกัดอยู่แต่เพียงสินค้าดิจิทัลพื้นฐานอย่าง เพลง ภาพยนตร์ แอปพลิเคชัน ฯลฯ เท่านั้น แต่ยังขยายขอบเขตไปถึงสินค้าดิจิทัล (ซึ่งใกล้เคียงความเป็นบริการมากกว่าสินค้า) อย่างการประมวลผลบนกลุ่มเมฆ (Cloud Computing) ซึ่งเป็นการแบ่งปันทรัพยากรในการเข้าถึงซอฟต์แวร์ การประมวลผล หรืออื่น ๆ เช่น พื้นที่จัดเก็บข้อมูล แต่ทั้งนี้จะต้องมีส่งข้อมูลมาถึงอุปกรณ์ของผู้บริโภคด้วย เช่น ผู้บริโภคใช้บริการแปลงไฟล์จากนามสกุลหนึ่งไปเป็นอีกนามสกุลหนึ่งโดยผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งซึ่งมีการประมวลผล

---

[181] Article 17 (2) of Directive 2019/770/EU

[182] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 5.

[183] Section 39 (2) of Consumer Rights Act 2015

โดยใช้ทรัพยากรของผู้ประกอบธุรกิจจนได้ผลลัพธ์ออกมาเป็นไฟล์ใหม่ส่งมายังอุปกรณ์ของผู้บริโภค หรือใช้บริการซอฟต์แวร์ซึ่งไม่ได้บันทึกอยู่ในอุปกรณ์ของผู้บริโภคแต่อยู่ในเครื่องเซิร์ฟเวอร์ของผู้ประกอบธุรกิจจนได้ผลลัพธ์เป็นการแสดงผลในอุปกรณ์ของผู้บริโภค อย่างไรก็ตามข้อมูลที่มาถึงอุปกรณ์ของผู้บริโภคจะต้องเป็นข้อมูลใหม่ไม่ใช่ข้อมูลเดิม ดังนี้บริการการประมวลผลบนกลุ่มเมฆที่จะได้ผลลัพธ์เป็นข้อมูลเดิมกลับมายังอุปกรณ์ของผู้บริโภคอย่างบริการฝากไฟล์หรือให้ใช้พื้นที่เก็บข้อมูลบนเครื่องเซิร์ฟเวอร์ของผู้ประกอบธุรกิจ อย่างนี้ถือว่าเป็นบริการ ไม่ใช่สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล จึงต้องบังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยบริการ[184] จะเห็นได้ว่าการประมวลผลบนกลุ่มเมฆเป็นเรื่องซับซ้อน การจะพิจารณาว่าเป็นสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือไม่จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป ข้อสำคัญอยู่ที่ว่ามีเนื้อหาดิจิทัลใหม่ส่งเข้ามาถึงอุปกรณ์ของผู้บริโภคหรือไม่

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ไม่ได้บัญญัติถึงความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจต่อผู้บริโภค กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องบังคับตามหลักกฎหมายสัญญาเช่นเดียวกับการผิดสัญญาทั่ว ๆ ไป

3.3.2.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และกฎหมายอื่นไม่พบว่ามีการบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้บรรจุลงบนสื่อที่จับต้องได้เอาไว้โดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด

3.3.3 กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

ในการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไม่ได้หมายความว่าผู้ประกอบธุรกิจทุกคนจะ “มีสิทธิ” จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคได้เสมอไป ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ว่าในบางกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่จำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาก็ได้ และการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาไม่ใช่วัตถุประสงค์ของสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าเนื้อหาดิจิทัลส่วนใหญ่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งถึงแม้ว่าการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญากับการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลจะเป็นคนละเรื่องกัน แต่การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็เป็นสิ่งที่กฎหมายไม่ยอมรับ ดังนั้นผู้ประกอบธุรกิจจะต้องมีสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลด้วย (สิทธิในการจำหน่าย ทำซ้ำ และเผยแพร่) นอกจากนี้ในแง่ของการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล ผู้บริโภคเองก็มีสิทธิที่จะได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่ชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิสมบูรณ์ในการเข้าถึงและใช้งานเนื้อหาดิจิทัลโดยปราศจากการรบกวนจากเจ้าของลิขสิทธิ์หรือผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินทางปัญญานั้น

---

[184] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 5-6.

3.3.3.1 สหภาพยุโรป

ตามข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 นอกจากผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานตามที่กล่าวไว้ในหัวข้อมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจยังมีหน้าที่ในอันที่จะต้องจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลที่ไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก ดังจะกล่าวต่อไป[185]

เมื่อมีข้อจำกัดอันเป็นผลมาจากการละเมิดสิทธิใด ๆ ของบุคคลภายนอก โดยเฉพาะสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งห้ามหรือจำกัดการใช้เนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัล รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปจะต้องดำเนินการให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาเช่นเดียวกันกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามสัญญา (ไม่สอดคล้องกับมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล) เว้นแต่ กฎหมายภายในของรัฐกำหนดให้สัญญาเป็นโมฆะหรือเพิกถอนสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลในแต่ละกรณี[186] หมายความว่า หากผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลอันเนื่องมาจากกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ผู้บริโภคย่อมมีสิทธิได้รับการเยียวยาเช่นเดียวกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามสัญญานั่นเอง

3.3.3.2 สหราชอาณาจักร

ดังที่เคยอธิบายไปแล้วว่าสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ตามพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภคฯ นี้ให้ถือว่ามีข้อสัญญารวมอยู่ในสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลว่า ผู้ประกอบธุรกิจมีสิทธิที่จะจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นให้แก่ผู้บริโภคได้ และ/หรือ จะมีสิทธิดังกล่าวในเวลาที่จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้น[187] หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องมีสิทธิเหนือเนื้อหาดิจิทัลที่ตนจัดส่งหรือตกลงจะจัดส่งให้แก่ผู้บริโภค หากจะกล่าวโดยเฉพาะก็คือสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ลิขสิทธิ์นั่นเอง[188]

โดยหากปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิที่จะจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล ผู้บริโภคย่อมมีสิทธิที่จะขอเงินคืน (Refund)[189] สิทธิในการขอเงินคืนนี้คือสิทธิผู้บริโภคจะได้รับเงินทั้งหมดที่จ่ายไปเพื่อ

---

[185] Article 6 of Directive 2019/770/EU

[186] Article 10 of Directive 2019/770/EU

[187] Section 41 (1) of Consumer Rights Act 2015

[188] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 31.

[189] Section 41 (2) and Section 42 (5) of Consumer Rights Act 2015

เนื้อหาดิจิทัลนั้นคืนจากผู้ประกอบธุรกิจ[190] โดยหากผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิที่จะส่งมอบเนื้อหาดิจิทัลเพียงบางส่วน สิทธิในการขอเงินคืนนี้ย่อมไม่อาจขยายไปถึงเนื้อหาดิจิทัลในส่วนที่ผู้ประกอบธุรกิจมีสิทธิที่จะส่งมอบด้วย[191] กล่าวคือจะได้รับเงินคืนในส่วนของเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิเท่านั้น สำหรับการคืนเงินนั้นจะต้องทำโดยไม่ชักช้า ภายใน 14 วัน นับจากวันที่ผู้ประกอบธุรกิจตกลงว่าจะคืนเงิน[192] วิธีการคืนเงินให้คืนโดยวิธีเดียวกันกับที่ผู้บริโภคชำระเงินเพื่อเนื้อหาดิจิทัล เว้นแต่ผู้บริโภคจะตกลงอย่างชัดแจ้งเป็นอย่างอื่น[193] โดยในการคืนเงินนี้ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจเก็บค่าใช้จ่ายใด ๆ จากผู้บริโภค[194]

ส่วนเนื้อหาดิจิทัลที่ส่งมอบไปยังผู้บริโภคแล้วนั้น ผู้บริโภคไม่มีหน้าที่จะต้องคืนหรือลบเนื้อหาดิจิทัลดังกล่าว อย่างไรก็ดีสิทธิในการใช้เนื้อหาดิจิทัลนั้นต่อไปย่อมถูกจำกัดโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิตามพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภคฯ ไม่ได้ลบล้างสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา[195]

3.3.3.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และกฎหมายอื่นไม่พบว่ามีการบัญญัติถึงกรณีที่เนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหายผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด

3.3.4 กรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย

เนื้อหาดิจิทัลนั้นถือกำเนิดขึ้นมาพร้อมกับเทคโนโลยีซึ่งเป็นเรื่องซับซ้อนเหนือความเข้าใจของวิญญูชนทั่วไป ความสามารถในการเข้ากันได้ระหว่างเนื้อหาดิจิทัลกับเนื้อหาดิจิทัล หรือระหว่างเนื้อหาดิจิทัลกับอุปกรณ์สำหรับเข้าถึงหรือใช้งานเนื้อหาดิจิทัลนั้นก็อยู่เหนือความคาดหมายของผู้บริโภค ถึงแม้จะได้พิจารณาจากข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจจัดให้แล้วก็ตาม หลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเนื้อหาดิจิทัลอื่น ๆ ในอุปกรณ์ของผู้บริโภค หรือความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตัวอุปกรณ์นั้นเองก็เป็นสิ่งที่อาจเกิดขึ้นได้

---

[190] Section 45 (1) of Consumer Rights Act 2015

[191] Section 45 (2) of Consumer Rights Act 2015

[192] Section 45 (3) of Consumer Rights Act 2015

[193] Section 45 (4) of Consumer Rights Act 2015

[194] Section 45 (5) of Consumer Rights Act 2015

[195] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 49.

3.3.4.1 สหภาพยุโรป

ตามร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 สิทธิของผู้บริโภคในการเรียกค่าเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจนั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการเยียวยาผู้บริโภคร่วมกันทั้งกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้และกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามสัญญา คือผู้ประกอบธุรกิจมีความรับผิดต่อผู้บริโภคสำหรับความเสียหายใด ๆ ในทางเศรษฐกิจที่เกิดแก่สภาพแวดล้อมดิจิทัลของผู้บริโภคที่มีสาเหตุมาจากการที่เนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามสัญญาหรือผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ โดยค่าเสียหายนั้นจะต้องชดใช้ให้แก่ผู้บริโภคให้ใกล้เคียงกับฐานะที่ผู้บริโภคควรจะเป็นหากเนื้อหาดิจิทัลได้รับการจัดส่งอย่างถูกต้องและเป็นไปตามสัญญา[196] สำหรับกฎเกณฑ์ในรายละเอียดเกี่ยวกับการบังคับตามสิทธิเรียกค่าเสียหายนี้ให้เป็นหน้าที่ของรัฐสมาชิกในการกำหนดวางหลักเกณฑ์[197]

อย่างไรก็ตามเมื่อร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 ถูกตราเป็นข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 (Directive (EU) 2019/770) ไม่ปรากฏบทบัญญัติกรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหายเช่นเมื่อครั้งยังเป็นร่างข้อเสนอข้อกำหนด สาเหตุเป็นเพราะผู้ร่างเห็นว่ารัฐสมาชิกของสหภาพยุโรปต่างก็มีกฎหมายภายในสำหรับผู้บริโภคในการเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดจากเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เป็นไปตามสัญญาหรือกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ตามหลักความรับผิด (The Principle of the Liability) อยู่แล้ว โดยค่าเสียหายที่ผู้บริโภคได้รับนั้นจะต้องเป็นการชดเชยความเสียหายให้เสมือนกับว่าผู้บริโภคได้รับการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นไปตามสัญญา ทั้งนี้ ตามอารัมภบทของข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ข้อ 73

---

[196] Article 14 (1) of Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content Presented by the Commission on 9 December 2015

[197] Article 14 (2) of Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content Presented by the Commission on 9 December 2015

3.3.4.2 สหราชอาณาจักร

การทำงานของเนื้อหาดิจิทัลนั้นเป็นสภาพแวดล้อมที่ซับซ้อน เนื้อหาดิจิทัลใหม่ที่เข้าสู่ระบบนั้นอาจจะส่งผลกระทบต่อเนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของเราอย่างคาดไม่ถึงและไม่สอดคล้องกับการออกแบบหรือการพัฒนาเนื้อหาดิจิทัลนั้น เช่น ทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นใช้งานไม่ได้ หรือทำให้อุปกรณ์ได้รับความเสียหาย แต่กฎหมายไม่ได้เรียกร้องถึงขนาดที่เนื้อหาดิจิทัลของผู้ประกอบธุรกิจจะต้องไม่ส่งผลกระทบในทางลบต่อเนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคเลย แต่สิ่งที่กฎหมายคาดหวังจากผู้ประกอบธุรกิจคือการใช้ความระมัดระวังและทักษะเพื่อป้องกันไม่ให้เหตุการณ์เหล่านี้เกิดขึ้น แต่เมื่อมันเกิดขึ้นแล้วผู้บริโภคย่อมมีความรับผิดต่อผู้บริโภค[198]

ในการเรียกร้องให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดตามพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 นั้น ผู้บริโภคจะต้องพิสูจน์ว่าเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจส่งมอบเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคภายใต้สัญญา โดยเนื้อหาดิจิทัลนั้นเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ซึ่งเนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์นั้นเป็นของผู้บริโภค และความเสียหายนั้นจะไม่เกิดขึ้นเลยถ้าผู้ประกอบธุรกิจได้ใช้ความระมัดระวังและทักษะอย่างเหมาะสม[199] โดยการใช้ความระมัดระวังและทักษะอย่างเหมาะสม (Reasonable Care and Skill) นั้น พิจารณาโดยอาศัยมาตรฐานธรรมดาในอุตสาหกรรม (Normal Standard in the Industry)

เมื่อปรากฏว่าผู้บริโภคร้องขอให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีความรับผิดที่จะต้องใช้มาตรการเยียวยาแก่ผู้บริโภคอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างการซ่อมแซมความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือจ่ายค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนเงินที่เหมาะสม[200] โดยผู้ประกอบธุรกิจมีสิทธิเลือกว่าจะใช้มาตรการใดในระหว่างสองมาตรการนี้[201]

หากผู้ประกอบธุรกิจเลือกที่จะซ่อมแซมความเสียหายที่เกิดแก่เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคผู้ประกอบธุรกิจจะต้องซ่อมแซมภายในระยะเวลาที่เหมาะสมโดยปราศจากการก่อให้เกิดความไม่สะดวกอย่างมากแก่ผู้บริโภค และผู้ประกอบธุรกิจจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายใด ๆ

---

[198] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 32.

[199] Section 46 (1) of Consumer Rights Act 2015

[200] Section 46 (2) of Consumer Rights Act 2015

[201] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 32.

ที่เกิดขึ้นจากการซ่อมแซมนั้น ซึ่งหากจะกล่าวโดยเฉพาะ ค่าใช้จ่ายดังกล่าวอาจรวมถึงค่าแรงงาน ค่าวัสดุ หรือค่าไปรษณีย์[202]

ส่วนอย่างไรคือระยะเวลาที่เหมาะสม อย่างไรเป็นความไม่สะดวกอย่างมากนั้น จะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึง สภาพหรือธรรมชาติของเนื้อหาดิจิทัลหรืออุปกรณ์ที่เกิดความเสียหาย และวัตถุประสงค์ที่ผู้บริโภคใช้เนื้อหาดิจิทัลหรืออุปกรณ์นั้น[203]

แต่หากผู้ประกอบธุรกิจเลือกที่จะใช้ค่าเสียหายก็จะต้องทำโดยปราศความล่าช้าที่ไม่สมควร โดยให้ทำภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ผู้ประกอบธุรกิจตกลงว่าผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้เงิน[204] โดยผู้ประกอบธุรกิจจะต้องไม่เรียกให้ผู้บริโภคเสียค่าธรรมเนียมใด ๆ เพื่อการนี้[205]

มีข้อสังเกตว่าโดยปกติแล้วเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้บริโภคจะได้รับความคุ้มครองจากบทบัญญัติว่าด้วยเนื้อหาดิจิทัลจะต้องอยู่ภายใต้สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้บริโภคเสียค่าใช้จ่าย[206] แต่กรณีที่มีความเสียหายแก่เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคแล้ว ถึงแม้ว่าจะเป็นเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้บริโภคได้รับมาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายเป็นตัวเงิน (Free Digital Content) ผู้บริโภคก็ยังคงได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติในส่วนที่ว่าด้วยกรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เกิดความเสียหายแก่เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคนี้ โดยมีสิทธิได้รับการซ่อมแซมเนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ที่เสียหาย หรือมีสิทธิได้รับค่าเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจ ถึงแม้ว่าจะไม่มีสิทธิเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดซ่อมแซมหรือเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัล และลดราคาเนื้อหาดิจิทัลกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามสัญญา หรือกรณีเนื้อหาดิจิทัลขาดคุณลักษณะอันพึงประสงค์ และไม่มีสิทธิขอให้คืนเงินกรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิส่งมอบเนื้อหาดิจิทัลดังที่ได้อธิบายไปก่อนหน้านี้แล้วก็ตาม อย่างไรก็ดีตามมาตรา 46 (1) (a) จะเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดได้ จะต้องเป็นเนื้อหาดิจิทัลที่ส่งมอบภายใต้สัญญาซึ่งองค์ประกอบสำคัญของสัญญาในระบบกฎหมาย Common Law (ที่ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ) ก็คือ Consideration หรือสิ่งตอบแทน เนื้อหาดิจิทัลที่ได้มาฟรีนี้จะต้องแลกมาด้วยสิ่งใด ๆ อย่างเช่น ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภค แต่สำหรับสก็อตแลนด์ซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law นั้นเนื้อหาดิจิทัลอาจได้รับมาฟรีโดยไม่จำเป็นต้องมี Consideration[207]

---

[202] Section 46 (3) of Consumer Rights Act 2015

[203] Section 46 (4) of Consumer Rights Act 2015

[204] Section 46 (5) of Consumer Rights Act 2015

[205] Section 46 (6) of Consumer Rights Act 2015

[206] Section 33 (1)-(2) of Consumer Rights Act 2015

[207] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 7, 32.

3.3.4.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากการศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และกฎหมายอื่น ไม่พบว่ามีการบัญญัติถึงกรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหายโดยเฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด

3.3.5 สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภค

ในการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นมักเป็นการทำสัญญากันระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง โดยผู้บริโภคอาศัยข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจจัดให้เพื่อประกอบการตัดสินทำสัญญาด้วยโดยอาศัยกลยุทธ์และเทคนิคทางการตลาด ประกอบกับเทคโนโลยีที่ก้าวหน้า และลักษณะพิเศษของเนื้อหาดิจิทัลที่สามารถจัดส่งให้แก่กันได้ทันทีผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตและโทรศัพท์เคลื่อนที่ การทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลจึงมักเกิดขึ้นภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว ในบางครั้งผู้บริโภคอาจไม่ได้พิจารณาอย่างรอบคอบ การให้สิทธิเลิกสัญญาโดยอิสระแก่ผู้บริโภค เช่นเดียวกับผู้บริโภคสินค้าทั่ว ๆ ไป (Goods) จึงเป็นสิ่งที่สมควร และด้วยลักษณะเฉพาะของเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นข้อมูลในรูปแบบดิจิทัลอีกเช่นกัน การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่อาศัยสื่อที่จับต้องได้นั้นจึงไม่ใช่การถ่ายโอนเนื้อหาดิจิทัลทั้งชุดจากผู้ประกอบธุรกิจไปยังผู้บริโภค หากแต่เป็นการทำซ้ำเนื้อหาดิจิทัลขึ้นอีกชุดหนึ่งโดยอาศัยกระบวนการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือให้สิทธิแก่ผู้บริโภคในการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลนั้น ดังนั้นจึงมีปัญหาสำคัญที่จำเป็นต้องขบคิดกันว่าจะให้สิทธิแก่ผู้บริโภคในการเลิกสัญญาอย่างอิสระได้เพียงใด เนื่องจากกรณีแตกต่างจากสินค้าทั่ว ๆ ไปที่เลิกสัญญาแล้วคู่สัญญาก็กลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการคืนสินค้าและคืนเงินให้แก่กัน แต่เนื้อหาดิจิทัลที่ทำซ้ำลงสู่อุปกรณ์ของผู้บริโภคไปแล้ว หรือผู้บริโภคเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลนั้นและได้รับประโยชน์จากเนื้อหาดิจิทัลไปแล้ว จะกลับคืนสู่ฐานะเดิมได้อย่างไร อันอาจก่อให้เกิดความเสียเปรียบเกินสมควรแก่ผู้ประกอบธุรกิจ และเปิดช่องให้ผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่สุจริตใช้งานหรือเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลได้ฟรี โดยอาศัยสิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระเป็นเครื่องมือ

3.3.5.1 สหภาพยุโรป

ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรปเป็นกฎหมายแม่บทในการบัญญัติกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิในการเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภคในข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ของสหราชอาณาจักร และประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อศึกษาต่อไปจะพบว่ามีเนื้อหาคล้ายคลึงกันมาก

การกำหนดให้สิทธิแก่ผู้บริโภคในการเลิกสัญญานั้นเป็นไปเพื่อการแก้ไขปัญหาที่ผู้บริโภคเข้าทำสัญญาภายใต้สถานการณ์ที่ผู้บริโภคเป็นฝ่ายเสียเปรียบหรือไม่สามารถใช้วิจารณญาณไตร่ตรองได้อย่างรอบคอบก่อนเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะกรณีที่ผู้บริโภคทำสัญญาในกรณีเป็นสัญญาที่ทำกับบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง โดยมิได้มีโอกาสพบปะเจรจาตกลงกับผู้

ประกอบธุรกิจอย่างซึ่งหน้าและไม่สามารถที่จะตรวจสอบคุณภาพหรือคุณลักษณะของสินค้าได้อย่างเต็มที่ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นที่ต้องมีการนำสิทธิในการถอนตัวออกจากสัญญาของผู้บริโภคมาบัญญัติใช้บังคับเป็นพิเศษกับสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าว[208]

ที่เรียกว่าเป็นสิทธิในการ “ถอนตัว (Withdrawal)” ออกจากสัญญานี้เป็นเพราะว่าสิทธิดังกล่าวครอบคลุมถึงการยุตินิติสัมพันธ์ทั้งในกรณีที่สัญญาเกิดแล้ว (เลิกสัญญา) กับกรณีที่ผู้บริโภคเป็นฝ่ายทำคำเสนอเพื่อทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจ ในกรณีนี้ผู้บริโภคสามารถถอนตัวออกจากความผูกพันตามคำเสนอของตนได้ด้วย กล่าวคือสิทธิในการถอนตัวออกจากสัญญานี้กินความรวมถึงสิทธิในการเลิกสัญญาและสิทธิในการถอนคำเสนอของผู้บริโภคนั่นเอง[209] เมื่อถอนตัวหรือเลิกสัญญาแล้วเป็นอันยุตินิติสัมพันธ์ที่มีต่อกัน หมายความว่าต่างฝ่ายต่างต้องคืนสิ่งที่ให้ไว้แก่กัน (หากทำได้) โดยจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

โดยเนื้อหาแห่งสิทธิคือผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญาได้ภายใน 14 วัน โดยไม่จำต้องให้เหตุผลใด ๆ และไม่จำต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อการนี้[210] ระยะเวลา 14 วันนี้ หากเป็นกรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลซึ่งไม่ได้บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้ให้เริ่มนับจากวันที่ทำสัญญา[211] แต่หากเป็นเนื้อหาดิจิทัลซึ่งบันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้ให้เริ่มนับจากวันที่ผู้บริโภคได้รับสินค้าอันเป็นสื่อนั้น[212] ในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ประกอบธุรกิจมิได้ให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับสิทธิในการเลิกสัญญา อันเป็นการผิดต่อหน้าที่ในการให้ข้อมูลก่อนเข้าทำสัญญา จึงมีการกำหนดให้ระยะเวลาการใช้สิทธิเลิกสัญญาจะสิ้นสุดลงเมื่อพ้น 12 เดือนนับแต่วันที่ระยะเวลาแท้จริงสำหรับการใช้สิทธิได้สิ้นสุดลง แต่หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจมิได้แจ้งการมีอยู่แห่งสิทธิและวิธีปฏิบัติเพื่อใช้สิทธิตามที่กำหนดไว้ก่อนสัญญาจะเกิดขึ้น แต่ได้ดำเนินการแจ้งให้ทราบในภายหลัง ระยะเวลา 14 วันให้เริ่มนับแต่วันที่ได้รับแจ้งนั้นเป็นต้นไป[213] โดยในการใช้สิทธิ ผู้บริโภคจะต้องแจ้งแก่ผู้ประกอบธุรกิจว่าตนประสงค์จะใช้สิทธิถอนตัวออกจากสัญญา ก่อนที่ระยะเวลาข้างต้นจะสิ้นสุดลง[214]

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าผลของการถอนตัวออกจากสัญญาหรือเลิกสัญญานั้นคือการยุตินิติสัมพันธ์ที่มีต่อกัน (Terminate the Obligations of the Parties) ดังนี้ต่างฝ่ายต่างก็จำต้องคืนสิ่งที่

---

[208] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 68-69.

[209] Article 12 of Directive 2011/83/EU

[210] Article 9 (1) of Directive 2011/83/EU

[211] Article 9 (2) (c) of Directive 2011/83/EU

[212] Article 9 (2) (b) of Directive 2011/83/EU

[213] Article 10 of Directive 2011/83/EU

[214] Article 11 (1) of Directive 2011/83/EU

ได้ให้ไว้แก่กันหากทำได้ เช่น กรณีซื้อสินค้าก็ต้องคืนสินค้า (Goods) ให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจ ภายใน 14 วัน นับจากวันที่แจ้งผู้ประกอบธุรกิจว่าตนประสงค์จะเลิกสัญญา โดยค่าใช้จ่ายในการคืนนี้ผู้บริโภคจำต้องเสีย เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจยินยอมจะเสียให้แทน[215] ในทางกลับกันผู้ประกอบธุรกิจก็มีหน้าที่ต้องคืนเงินให้แก่ผู้บริโภคภายใน 14 วัน นับจากวันที่ผู้บริโภคเลิกสัญญาเช่นกัน โดยค่าใช้จ่ายในการดำเนินการส่วนนี้ผู้ประกอบธุรกิจต้องรับภาระ โดยจะต้องคืนเงินในวิธีเดียวกับที่ผู้บริโภคชำระให้แก่ตน หากจะคืนในช่องทางอื่นต้องได้รับความยินยอมจากผู้บริโภคเสียก่อน ซึ่งตามปกติแล้วผู้บริโภคไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใด ๆ ในการได้รับการคืนเงิน[216] แต่ในกรณีบริการ (Service) นั้น โดยสภาพไม่อาจคืนให้แก่กันได้ จึงไม่จำต้องคืน ส่วนเนื้อหาดิจิทัลก็เป็นเช่นเดียวกับบริการ เนื่องจากโดยลักษณะของเนื้อหาดิจิทัลแล้วถึงแม้การ “ซื้อ” มาจะให้ลักษณะคล้ายกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่มีรูปร่าง แต่ด้วยสภาพของเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นเพียงข้อมูลที่มิอาจจับต้องได้และโดยวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลแล้วมุ่งเพียงการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากเนื้อหาดิจิทัลมากกว่าการครอบครองอย่างทรัพย์มีรูปร่าง เนื้อหาดิจิทัลหลายชนิดผู้บริโภคก็มิได้ครอบครองตัวไฟล์ เช่น การสตรีมมิ่ง หรือการประมวลผลบนกลุ่มเมฆ ดังนี้จึงไม่ปรากฏบทบัญญัติให้คืนบริการ หรือเนื้อหาดิจิทัลแต่อย่างใด อย่างไรก็ดีข้อกำหนดนี้ไม่ได้ลบล้างข้อกำหนดหรือบทบัญญัติกฎหมายภายในอื่นเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา

กรณีการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้บรรจุลงในสื่อที่จับต้องได้ผู้บริโภคมีสิทธิถอนตัวออกจากสัญญาได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใด ๆ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หากผู้บริโภคไม่ได้ให้คำยินยอมในการสละสิทธิเลิกสัญญาเอาไว้ล่วงหน้าโดยชัดแจ้งโดยที่ผู้ประกอบธุรกิจได้เริ่มจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคภายในกรอบระยะเวลา 14 วัน อันเป็นกำหนดเวลาที่ผู้บริโภคจะสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ หรือกรณีที่ผู้บริโภคไม่ทราบว่าตนจะเสียสิทธิเลิกสัญญาเพราะคำยินยอมที่ให้ไปนั้น หรือกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้จัดทำคำยืนยันการทำสัญญาตามที่ข้อกำหนดนี้กำหนด[217] หมายความว่า เมื่อไม่เข้าเกณฑ์ที่ผู้บริโภคจะเสียสิทธิเลิกสัญญา คือไม่ได้ให้คำยินยอมสละสิทธิอย่างชัดแจ้งเอาไว้ล่วงหน้าและผู้บริโภครับชำระหนี้โดยการดาวน์โหลดเนื้อหาดิจิทัลนั้นเสียก่อนจะครบ 14 วัน ที่สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ หรือให้คำยินยอมไปโดยหลงผิด ไม่ทราบว่าคำยินยอมที่ให้ไปจะทำให้ตนเสียสิทธิเลิกสัญญา หรือผู้ประกอบธุรกิจไม่ยอมจัดให้ผู้บริโภคซึ่งคำยืนยันการทำสัญญาที่มีข้อความเกี่ยวกับสิทธิเลิกสัญญาและความยินยอมรับรู้ถึงการเสียสิทธิเลิกสัญญาของผู้บริโภค เหล่านี้ผู้บริโภคยังคงสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ภายในกำหนดระยะเวลา โดยไม่จำต้องเสียค่าใช้จ่ายใด

---

[215] Article 14 (1) of Directive 2011/83/EU

[216] Article 13 of Directive 2011/83/EU

[217] Article 14 (4) (b) of Directive 2011/83/EU

มีข้อสังเกตว่าความยินยอมไว้ล่วงหน้า “อย่างชัดแจ้ง” ของผู้บริโภคนั้นจะต้องเป็นการกระทำในทางบวก (Positive Action) เช่นการทำเครื่องหมายถูกลงบนช่องที่มีข้อความยอมรับในเว็บไซต์ของผู้ประกอบธุรกิจ ความยินยอมอย่างชัดแจ้งและความรับรู้ของผู้บริโภคของผู้บริโภคที่เกิดขึ้นจากการที่มีการทำเครื่องหมายถูกเอาไว้ล่วงหน้าบนช่องยอมรับข้อสัญญาและเงื่อนไขของผู้ประกอบธุรกิจไม่น่าจะถือว่าเพียงพอว่าเป็นการยินยอมอย่างชัดแจ้งและรับรู้ถึงการเสียสิทธิถอนตัวออกจากสัญญา[218]

เช่นเดียวกันกับกรณีปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายในการถอนตัวออกจากสัญญา กรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่มิได้มีการบรรจุในสื่อที่สามารถจับต้องได้ หากมีการเริ่มปฏิบัติการชำระหนี้เสียก่อนระยะเวลา 14 วัน ที่ผู้บริโภคมีสิทธิถอนตัวจากสัญญาได้โดยอิสระจะหมดลง ด้วยความยินยอมไว้ล่วงหน้าอย่างชัดแจ้งและด้วยความรับรู้ว่าเขาจะเสียสิทธิถอนตัวออกจากสัญญา หากกรณีเป็นเช่นนี้แล้วผู้บริโภคย่อมไม่มีสิทธิถอนตัวจากสัญญาแต่อย่างใด[219] จะเห็นได้ว่าหลักการในข้อนี้เป็นไปในทิศทางเดียวกับเนื้อหาดิจิทัลส่งมอบโดยการบรรจุลงในสื่อที่สามารถจับต้องได้อย่าง แผ่นซีดีหรือดีวีดี ซึ่งตามข้อกำหนด ผู้บริโภคจะหมดสิทธิถอนตัวออกจากสัญญาหากมีการเปิดผนึกสื่อบันทึกเสียงหรือวิดีโอ หรือซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์หลังจากมีการส่งมอบ[220] จะเห็นได้ว่าตามความมุ่งหมายแห่งข้อกำหนดนี้ ผู้บริโภคไม่มีสิทธิ “ทดลองใช้” เนื้อหาดิจิทัล ไม่ว่าจะถูกบันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้หรือไม่ หากยังไม่พ้นระยะเวลาที่ผู้บริโภคมีสิทธิถอนตัวออกจากสัญญา[221]

3.3.5.2 สหราชอาณาจักร

หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภคในสหราชอาณาจักรถูกบัญญัติเอาไว้ในข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ซึ่งมีต้นแบบมาจากข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรป

กรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่มีการบรรจุลงบนสื่อที่สามารถจับต้องได้ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง ผู้บริโภคอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ภายใน 14 วัน นับจากวันทำสัญญา โดยไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลใด ๆ และไม่ต้องรับผิดในค่าเสียหายใด ๆ[222] อย่างไรก็ดี ถ้าปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้ให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคถึงสิทธิเลิกสัญญาตามตาราง 2 ซึ่งผู้

---

[218] European Commission, *op. cit.*, p. 66.

[219] Article 16 (m) of Directive 2011/83/EU

[220] Article 16 (i) of Directive 2011/83/EU

[221] European Commission, *op. cit.*, p. 65.

[222] Regulation 29, 30 (1)-(2) (b) of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องแจ้งอยู่แล้วนั้น หากผู้ประกอบธุรกิจแจ้งข้อมูลนั้นแก่ผู้บริโภคภายใน 12 เดือน นับจากวันแรกที่ผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญา ระยะเวลาที่ผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญาให้สิ้นสุดลงเมื่อพ้น 14 วัน นับจากวันที่ผู้บริโภคได้รับข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจ อย่างไรก็ดีระยะเวลาที่ผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญานี้อย่างช้าที่สุดแล้วจะสิ้นสุดลงภายใน 12 เดือนนับจากวันที่สิทธิเลิกสัญญาในกรณีปกติสิ้นสุดลง (สิ้นสุดลงภายใน 12 เดือน เมื่อพ้น 14 วัน นับจากวันทำสัญญา)[223]

วิธีการเลิกสัญญานั้นทำได้โดยการแสดงเจตนาแก่ผู้ประกอบธุรกิจ[224] เมื่อผู้บริโภคใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องคืนเงินทั้งหมดที่ได้รับมาจากผู้บริโภคโดยไม่ล่าช้าเกินสมควร อย่างช้าที่สุดไม่เกิน 14 วันนับจากวันที่ผู้บริโภคแสดงเจตนาขอถอนคำเสนอหรือขอเลิกสัญญา โดยการคืนเงินนั้นให้คืนในวิธีเดียวกับที่ผู้บริโภคชำระมาในตอนแรกเว้นแต่ผู้บริโภคจะตกลงยินยอมอย่างชัดแจ้งเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องไม่คิดค่าใช้จ่ายใด ๆ ในการคืนเงินนี้[225]

สำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้บรรจุลงบนสื่อที่จับต้องได้ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องไม่เริ่มจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลก่อนระยะเวลาที่ผู้บริโภคอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้จะสิ้นสุดลง (14 วันนับจากวันทำสัญญา) เว้นแต่ ผู้บริโภคได้ให้ความยินยอมอย่างชัดแจ้ง และผู้บริโภคได้รับทราบว่าถ้าทำเช่นนั้นสิทธิเลิกสัญญาของตนจะสิ้นสุดลง[226] ส่วนผู้บริโภคย่อมสิ้นสิทธิเลิกสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหากปรากฏว่าก่อนสิ้นระยะเวลาที่อาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้เริ่มต้นขึ้นโดยผู้บริโภคได้ให้ความยินยอมและรับรู้ดังกล่าวแล้ว[227]

เมื่อมีการเลิกสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่มีการบรรจุลงบนสื่อที่จับต้องได้ ภายในระยะเวลาที่อาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ ผู้บริโภคไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใด ๆ ในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนภายในระยะเวลาที่อาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ หากปรากฏว่าผู้บริโภคไม่ได้ให้ความยินยอมที่ชัดแจ้งเอาไว้ล่วงหน้าในการปฏิบัติการชำระหนี้เนื้อหาดิจิทัลก่อนสิ้นระยะเวลา 14 วัน

---

[223] Regulation 31 of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[224] Regulation 32 (1) of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[225] Regulation 34 (1), (4), (6)-(8) of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[226] Regulation 37 (1) of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[227] Regulation 37 (2) of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

ที่ตนอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ หรือผู้บริโภคให้ความยินยอมแต่ไม่ทราบว่าในการให้ความยินยอมนั้นจะทำให้ตนเสียสิทธิเลิกสัญญา หรือผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้ทำคำยืนยันการทำสัญญาตามที่ข้อบังคับนี้กำหนด[228]

3.3.5.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ตามมาตรา 312g (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติให้สิทธิไว้ว่า กรณีสัญญานอกสถานประกอบการและสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้น ผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญาได้ตามมาตรา 355

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะเป็นสิทธิในการเลิกสัญญาโดยไม่ต้องแจ้งเหตุผล แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าจะสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ในทุกกรณี มาตรา 312g (2) ยังได้กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้สำหรับกรณีที่ผู้บริโภคไม่สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ เช่น สัญญาจัดหาสินค้าที่ไม่ได้มีการประดิษฐ์ขึ้นก่อนและการผลิตซึ่งขึ้นอยู่กับการเลือกหรือการตัดสินใจของผู้บริโภคแต่ละรายหรือที่ได้รับการออกแบบมาเฉพาะเพื่อความต้องการส่วนบุคคลของผู้บริโภค สัญญาจัดหาสินค้าที่เน่าเสียง่ายหรือหมดอายุเร็ว สัญญาจัดหาสินค้าที่ปิดผนึกซึ่งไม่เหมาะสำหรับการส่งคืนเนื่องจากเหตุผลด้านสุขอนามัยหากสินค้าดังกล่าวได้ถูกเปิดผนึกออกหลังจากส่งมอบแล้ว สัญญาจัดหาสินค้าซึ่งตามธรรมชาติของสินค้านั้นแล้ว มีการผสมจนไม่สามารถแยกออกจากกันได้หลังจากการส่งมอบกับสินค้าอื่น ๆ ฯลฯ

สำหรับสิทธิในการเลิกสัญญานั้นจะทำให้ผู้บริโภคไม่ต้องผูกพันตามสัญญาอีกต่อไป หากแสดงเจตนาเลิกสัญญาภายในกำหนด 14 วัน หรือตามที่กำหนดเป็นอย่างอื่นโดยนับจากวันทำสัญญา ทั้งนี้ผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลใด ๆ ในการเลิกสัญญา เมื่อเลิกสัญญาแล้วผู้บริโภคมีหน้าที่ต้องคืนสิ่งที่ตนได้รับมาตามสัญญาให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจโดยไม่ชักช้า[229]

ในกรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล สิทธิในการเลิกสัญญาจะสิ้นสุดลงเมื่อผู้ประกอบธุรกิจเริ่มปฏิบัติการชำระหนี้ แต่ผู้บริโภคจะต้องยินยอมอย่างชัดแจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาก่อนที่สิทธิเลิกสัญญาของตนจะหมดอายุลง และผู้บริโภคได้รับทราบด้วยความยินยอมของตนว่า ตนอาจสิ้นสิทธิเลิกสัญญาเมื่อการปฏิบัติการชำระหนี้ได้เริ่มขึ้นแล้ว[230]

---

[228] Regulation 37 (3)-(4) of The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013

[229] Section 355 of German Civil Code

[230] Section 356 (5) of German Civil Code

ทั้งนี้ในการเลิกสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลซึ่งไม่ได้มีการบรรจุลงบนสื่อที่จับต้องได้ ผู้บริโภคไม่จำต้องชดเชยมูลค่าของเนื้อหาดิจิทัลนั้น[231]

3.3.6 ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ดังกล่าวถึงอยู่บ่อย ๆ ว่าสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล โดยเฉพาะกรณีทำสัญญาโดยคู่สัญญาที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางผู้บริโภคมักประสบกับข้อสัญญาสำเร็จรูปในลักษณะ Click Wrap หรือ Browse Wrap Agreement ที่ผู้บริโภคเพียงแต่กดปุ่มสั่งซื้อเนื้อหาดิจิทัลเท่านั้นโดยไม่สามารถตกลงสิ่งใดเพิ่มเติมกับผู้ประกอบธุรกิจได้ จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศต่าง ๆ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.3.6.1 สหภาพยุโรป

หลักกฎหมายของสหภาพยุโรปในส่วนนี้ได้แก่ ข้อกำหนดว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค (Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts) โดยข้อกำหนดฉบับนี้มุ่งใช้บังคับกับข้อสัญญาทั่วไปและมุ่งคุ้มครองเฉพาะกรณีที่ผู้บริโภคทำสัญญากับผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ โดยหลักเกณฑ์ตามข้อกำหนดฉบับนี้ผู้บริโภคจะโต้แย้งว่าเป็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้เฉพาะในกรณีที่เป็นข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกัน คือ กรณีที่สัญญานั้นมีการทำไว้ล่วงหน้าและผู้บริโภคไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อสัญญานั้นได้โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของสัญญามาตรฐาน กล่าวคือ ข้อกำหนดฉบับนี้มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคที่เข้าทำสัญญาสำเร็จรูปโดยมิได้จำกัดว่าต้องเป็นสัญญามาตรฐาน[232]

ในการพิจารณาว่าสัญญานั้นได้มีการเข้าเจรจาต่อรองกันโดยตรงหรือไม่ ให้พิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าสัญญานั้นได้ถูกร่างเตรียมไว้ก่อนหน้าที่ผู้บริโภคจะตกลงเข้าทำสัญญาแล้ว โดยที่ผู้บริโภคมิได้มีส่วนร่วมในการร่างเนื้อหาของสัญญาเลย การที่ข้อสัญญาข้อหนึ่งข้อใดไม่มีการเจรจากันโดยตรงระหว่างคู่สัญญาภายใต้หลักเกณฑ์ของข้อกำหนดว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับนี้อาจถูกพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม แต่หากปรากฏว่าผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นฝ่ายใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปที่เตรียมไว้ล่วงหน้านั้น ได้นำข้อสัญญานั้น ๆ ผ่านกระบวนการเจรจาตกลงหรือได้เปิดโอกาสให้ผู้บริโภคได้พิจารณาอย่างเต็มที่แล้ว และผู้บริโภคมิได้ติดใจขอแก้ไขแต่ประการใด จะถือว่าข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้านั้นเป็นข้อสัญญาที่ผู้บริโภคมิได้เข้าเจรจาตกลงในเนื้อหาด้วยมิได้[233]

โดยเมื่อพิจารณาจาก Article 3 (1) ซึ่งบัญญัติว่า “ข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากก่อให้เกิดความไม่สมดุลกันอย่างมากในสิทธิและหน้าที่อัน

---

[231] Section 357 (9) of German Civil Code

[232] พินัย ณ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า 574-575.; Directive 93/13/EEC Article 3 (2)

[233] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 55.; Directive 93/13/EEC Article 3 (2)

เกิดจากสัญญาจนเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ โดยขัดต่อความสุจริต” จะเห็นได้ว่าผู้บริโภคอาจโต้แย้งว่าข้อสัญญาไม่เป็นธรรมได้เมื่อมีความไม่เป็นธรรมทั้งในกระบวนการทำสัญญาและเนื้อหาของสัญญา[234] ในส่วนนี้จึงขอแยกศึกษาออกเป็นสองประเด็นดังนี้

1) ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา

ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาปรากฏในส่วนของคำว่า “ขัดต่อความสุจริต” ซึ่งคำว่า “ความสุจริต” ในที่นี้ไม่ได้มีความหมายเหมือนกับ “หลักสุจริต” ที่รู้จักกันในระบบกฎหมาย Civil Law หากแต่ประสงค์ให้หมายถึงพฤติการณ์ที่ไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งในการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาให้พิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ ในขณะทำสัญญา[235] และในย่อหน้าที่ 16 ของอารัมภบทของข้อกำหนดฉบับนี้ก็ได้กล่าวว่า ในการวินิจฉัยความสุจริตให้พิเคราะห์ถึงข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้ คือ อำนาจต่อรองของคู่สัญญาเท่าเทียมกันหรือไม่ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ชักจูงให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญาหรือไม่ สินค้าหรือบริการได้จำหน่ายให้ผู้บริโภคตามคำสั่งพิเศษของผู้บริโภคหรือไม่ และประการสุดท้าย ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการได้ติดต่อหรือเจรจากับผู้บริโภคด้วยความเป็นธรรมหรือไม่โดยการติดต่อหรือการเจรจาด้วยความเป็นธรรมนั้นมีความหมายกว้างมากจนครอบคลุมพฤติการณ์ทุกอย่างซึ่งรวมถึงการเขียนข้อสัญญาด้วยอักษรตัวเล็กหรือในลักษณะที่ไม่อาจเห็นได้ชัดเจน การใช้สำนวนภาษาที่ยากจนผู้บริโภคไม่อาจเข้าใจได้หรือแม้กระทั่งการที่คู่สัญญาไม่มีโอกาสเข้าพิเคราะห์ข้อสัญญาเนื่องจากสภาวะเร่งรีบในทางการค้า[236]

เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้บริโภคในการที่จะได้เข้าใจถึงสิทธิและหน้าที่ของตนเองและของคู่สัญญาโดยถูกต้องและเพื่อให้การติดต่อหรือการเจรจาเป็นไปด้วยความเป็นธรรม ข้อกำหนดฉบับนี้จึงกำหนดให้การใช้ภาษาในข้อสัญญาที่ได้ทำขึ้นเป็นหนังสือจะต้องเรียบง่าย รัดกุม ไม่สื่อความในทางกำกวม หากผู้บริโภคมีความสงสัยในถ้อยคำใด ๆ ผู้ขายหรือผู้ให้บริการมีหน้าที่ในการให้คำอธิบายโดยชัดเจน[237]

2) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา

ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาปรากฏอยู่ในถ้อยคำของ Article 3 (1) ที่ว่า “ก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากสัญญาจนเป็นผลให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย” การประเมินความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาโดยการพิเคราะห์ “ความไม่

---

[234] พินัย ณ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า 575.

[235] Directive 93/13/EEC Article 4

[236] พินัย ณ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า 576.

[237] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 56.; Directive 93/13/EEC Article 5

สมดุลอย่างมากในสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากสัญญา” เป็นการประเมินภาพรวมของตัวสัญญา และจะต้องพิเคราะห์ข้อสัญญาข้ออื่น ๆ ในสัญญาเดียวกันหรือสัญญาอื่นที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย[238]

เพื่อให้ผู้ขายสินหรือหรือบริการและผู้บริโภคทราบว่าข้อสัญญาใดอาจมีผลใช้บังคับไม่ได้ตาม Article 3 (3) จึงมีการบัญญัติรายการแสดงข้อสัญญา 17 ประการที่อาจจะไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคไว้ในภาคผนวก (Annex) ท้ายข้อกำหนดฉบับนี้ ซึ่งเป็นเพียงรายการตัวอย่างเท่านั้น อาจมีข้อสัญญาแบบอื่น ๆ ที่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอีกก็ได้ ในทางกลับกันข้อสัญญาที่อยู่ในรายการทั้ง 17 ประการนี้อาจจะมิใช่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ได้หากมีพฤติการณ์อื่นประกอบ[239] รายการของข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมได้ เช่น ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้บริโภค ข้อสัญญาที่กำหนดให้ผู้บริโภคที่ไม่ปฏิบัติการชำระหนี้ให้ครบถ้วนต้องชำระค่าเสียหายสูงเกินส่วน

3.3.6.2 สหราชอาณาจักร

สำหรับหลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสหราชอาณาจักรนั้นจะประกอบไปด้วยกฎหมายสองฉบับด้วยกัน ได้แก่

1) พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ.1977 (The Unfair Contract Terms Act 1977)

ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้จะมีชื่อว่า พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญาทั่วไปที่ไม่เป็นธรรม กฎหมายฉบับนี้บัญญัติเน้นเรื่องของข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัตินี้นำไปใช้เป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของประเทศไทย[240]

ส่วนสำคัญของพระราชบัญญัตินี้คือ มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ กำหนดห้ามการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย ซึ่งเป็นการห้ามโดยเด็ดขาด ไม่จำกัดว่าคู่สัญญาจะเป็นใคร ส่วนในมาตรา 3 บัญญัติถึงข้อยกเว้นความรับผิดในการไม่ปฏิบัติตามสัญญา บทบัญญัติเหล่านี้ใช้กับสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภคหรือสัญญาซึ่งมีข้อสัญญาสำเร็จรูปทางธุรกิจที่ทำเป็นหนังสือ โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะมีการอ้างข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดจากการผิดสัญญาหรือเรียกร้องให้ได้รับสิทธิในการปฏิบัติตามสัญญาที่แตกต่างไปจากที่อาจคาดหมายตามสมควรจากคู่สัญญานั้นไม่ได้ แต่เป็นการห้ามที่ไม่เด็ดขาด คือ ข้อสัญญานี้อาจมีผลบังคับใช้ได้ เมื่อผ่าน “เกณฑ์

---

[238] พินัย ณ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า 577-578.; Directive 93/13/EEC Article 4 (1)

[239] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 56.; พินัย ณ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า 578.

[240] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 88, 120-121.

การพิจารณาความสมเหตุสมผล (Reasonableness Test)" ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 11 โดยกำหนดให้ศาลพิเคราะห์ว่า ข้อสัญญานั้นเป็นธรรมและสมเหตุสมผลเมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์ทั้งปวงที่คู่สัญญาได้รู้หรือควรรู้ในขณะทำสัญญา และมีการปรับใช้เกณฑ์การตรวจสอบความสมเหตุสมผลที่ระบุไว้ใน ตารางที่ 2 (Schedule 2) โดยเป็นแนวทางเพิ่มเติมในการพิจารณาที่ให้คำนึงถึงพฤติการณ์ในขณะเข้าทำสัญญาของผู้บริโภค เช่น อำนาจต่อรองของคู่กรณี นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติเฉพาะเรื่องสำหรับสัญญาซื้อขายและสัญญาเช่าซื้อคือ มาตรา 5 ถึง มาตรา 7 เกี่ยวกับข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความชำรุดบกพร่องของสินค้าหรือของสินค้าที่ไม่ตรงกับคำรับรองสินค้าตามสัญญา ที่จะยกขึ้นอ้างไม่ได้กับคู่สัญญาที่เป็นผู้บริโภคซึ่งใช้สินค้าเพื่อการบริโภคส่วนตัว[241]

2) ข้อบังคับว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค ค.ศ.1999 (The Unfair Term in Consumer Contract Regulations 1999)

นอกจากพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 หรือ UCTA แล้ว สหราชอาณาจักรยังมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่บัญญัติเพิ่มเติมถึงเนื้อหาของข้อสัญญาที่จะพิจารณาได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสำหรับสัญญาผู้บริโภค ก็คือข้อบังคับว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค ค.ศ. 1999 (The Unfair Term in Consumer Contract Regulations 1999 หรือ UTCCR) ซึ่งออกมาเพื่ออนุวัติการตามข้อกำหนดว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค (Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts) ซึ่งผูกพันสหราชอาณาจักรในขณะนั้นอยู่นั่นเอง[242]

โดยข้อบังคับฉบับนี้มีสาระสำคัญอยู่ว่า ผู้บริโภคไม่ต้องถูกผูกมัดโดยข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาระหว่างกันที่ทำกับผู้ขายหรือผู้จัดจำหน่าย ถ้าข้อสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากสัญญาจนทำให้ผู้บริโภคเกิดความเสียหาย มีลักษณะข้อสัญญาไม่เป็นธรรมและขัดต่อความสุจริต[243] โดยข้อสัญญาที่มิได้มีการเจรจาระหว่างกันจะเป็นข้อสัญญาที่มีการกำหนดไว้ล่วงหน้าและผู้บริโภคไม่สามารถที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญนั้น ๆ[244] เนื่องจากผู้ประกอบการกำหนดข้อสัญญาเพื่อผลประโยชน์ในวงการธุรกิจการค้า จึงไม่ได้เกิดจากการเจรจาอย่างแท้จริงแบบตัวต่อตัวกับผู้บริโภค โดยสัญญาที่มิได้มีการเจรจาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการที่มีลักษณะไม่เป็นธรรมคือ ข้อสัญญาที่กำหนดเนื้อหาที่จะแสดงให้เห็นถึงความไม่สมดุลกันระหว่างสิทธิของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยที่ความเสียหายจะตกอยู่แก่ผู้บริโภค

---

[241] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 88-90.

[242] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 90.

[243] Regulation 5 (1) of The Unfair Term in Consumer Contract Regulations 1999

[244] Regulation 5 (2) of The Unfair Term in Consumer Contract Regulations 1999

ซึ่งแสดงให้เห็นได้ชัดถึงความไม่สุจริตของคู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งเป็นผู้ขายหรือผู้จัดหาสินค้าหรือบริการ ทั้งนี้ข้อสัญญาทั้งหลายที่เป็นสาระสำคัญจะต้องเขียนด้วยภาษาที่อ่านแล้วเข้าใจง่าย มีความชัดเจน มิฉะนั้นแล้วอาจกลายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้[245]

กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ (UTCA และ UTCCR) มีผลบังคับใช้ในลักษณะคู่ขนานกัน กล่าวคือการควบคุมการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรม เป็นไปตาม UCTA โดยแบ่งออกเป็นกรณีที่ไม่ให้ข้อสัญญามีผลใช้บังคับได้เลย คือห้ามเด็ดขาด ได้แก่กรณีข้อสัญญาที่ยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในความเสียหายต่อชีวิตร่างกาย และกรณีข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอื่นที่อาจให้มีผลบังคับได้บ้าง โดยพิจารณาเกณฑ์การตรวจสอบความสมเหตุสมผล ส่วน UTCCR จะเป็นกฎหมายที่มาเสริมในการพิจารณาเนื้อหาของข้อสัญญาอื่น ๆ ที่ไม่เป็นธรรม[246]

3.3.6.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หลักกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นจะบัญญัติเอาไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันโดยเป็นการอนุวัติการข้อกำหนดว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค (Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts) เช่นเดียวกันกับข้อบังคับว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค ค.ศ. 1999 (The Unfair Term in Consumer Contract Regulations 1999) จึงมีสาระสำคัญที่คล้ายคลึงกัน

3.4 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

หลักกฎหมายในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นหลักกฎหมายที่กำหนดกลไกในการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่สำคัญที่สุด โดยจะเป็นการกำหนดคุณลักษณะที่เนื้อหาดิจิทัลจะพึงมี หรือเป็นการวางมาตรฐานขั้นต่ำของเนื้อหาดิจิทัล ตลอดจนสิทธิประการอื่น ๆ ในการเข้าถึงและใช้งานเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้บริโภคพึงได้รับ อันจะส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์ตามที่พึงคาดหมายได้ ตลอดจนกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคอย่างเหมาะสมในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคในอันที่จะได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่มีมาตรฐานดังกล่าว

---

[245] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 90-91.

[246] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 91, 93-94.

นอกจากนี้ จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติในส่วนนี้ปรากฏแต่เฉพาะในหลักกฎหมายสหภาพยุโรป และสหราชอาณาจักร เท่านั้น ไม่ปรากฏในหลักกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ดังนั้นในส่วนนี้จะไม่ขอกล่าวถึงหลักกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

3.4.1 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงสิทธิของผู้บริโภคที่พึงจะได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่มีมาตรฐาน ซึ่งในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องไม่ละเมิดสิทธิดังกล่าวของผู้บริโภคด้วย โดยการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่มีคุณภาพ เป็นไปตามมาตรฐานของกฎหมาย สำหรับเนื้อหาแห่งสิทธินั้นกฎหมายแต่ละประเทศก็จะกำหนดไว้แตกต่างกันไป ดังนี้

3.4.1.1 สหภาพยุโรป

มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลในขณะยังยังมีฐานะเป็นร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้รวมกันในข้อเดียว[247] แต่เมื่อมีการประกาศใช้เป็นข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ได้บัญญัติกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจให้จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้เป็นไปตามมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล[248] โดยแยกออกเป็นกรณีหลัก ๆ 2 กรณี คือ

1) มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลหรือความสอดคล้องกับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในแง่อัตวิสัย (Subjective Requirements for Conformity) ซึ่งจะถือว่าเนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามมาตรฐานก็ต่อเมื่อ

(a) เป็นไปตามคำพรรณนาทั้งในแง่ปริมาณ คุณภาพ และมีฟังก์ชัน การทำงานร่วมกัน ความสามารถในการเข้ากันได้ และคุณลักษณะอื่น ๆ ตามที่กำหนดเอาไว้ในสัญญาซึ่งรวมถึงข้อมูลที่ให้ไว้ก่อนทำสัญญาด้วย

(b) เหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะตามที่ผู้บริโภคต้องการและผู้บริโภคได้แจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบแล้ว อย่างช้าต้องแจ้งในเวลาที่ได้ทำสัญญา และผู้ประกอบธุรกิจจะต้องยอมรับด้วย

---

[247] Article 6 of Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content Presented by the Commission on 9 December 2015

[248] Article 6 of Directive 2019/770/EU

(c) จัดส่งพร้อมด้วยอุปกรณ์ทั้งปวง คำแนะนำ รวมถึงคำแนะนำในการติดตั้ง และบริการช่วยเหลือผู้บริโภค ตามที่ระบุเอาไว้ในสัญญา

(d) มีการปรับปรุงรุ่นให้ทันสมัยตามเงื่อนไขในสัญญา[249]

2) มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลหรือความสอดคล้องกับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในแง่ภาวะวิสัย (Objective Requirements for Conformity) โดยจะถือว่าเนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามมาตรฐานต่อเมื่อ

(a) เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ซึ่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลในชนิดเดียวกันจะถูกใช้งานตามปกติ โดยคำนึงถึง มาตรฐานทางเทคนิคตามกฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกในกรณีที่ไม่มีมาตรฐานทางเทคนิคดังกล่าวให้นำหลักจรรยาบรรณเฉพาะของภาคอุตสาหกรรมมาบังคับใช้

(b) มีปริมาณ คุณภาพ และคุณลักษณะด้านประสิทธิภาพ รวมถึงฟังก์ชันความเข้ากันได้ ความสามารถในการเข้าถึง ความต่อเนื่อง และความปลอดภัย ตามธรรมดาสำหรับเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลในชนิดเดียวกัน และผู้บริโภคสามารถคาดหมายได้โดยชอบ ตามธรรมดาของเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลโดยคำนึงถึงคำประกาศสาธารณะที่จัดทำโดยผู้ประกอบธุรกิจ ตัวแทน หรือบุคคลอื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะในการโฆษณาหรือบนฉลากผลิตภัณฑ์

(c) จัดส่งพร้อมกับอุปกรณ์และคำแนะนำใด ๆ ซึ่งผู้บริโภคสามารถคาดหมายได้โดยชอบว่าจะได้รับ

(d) บทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับกับรุ่นทดลองหรือตัวอย่างของเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัล ซึ่งจัดทำโดยผู้ประกอบธุรกิจก่อนการทำสัญญา[250]

มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลในแง่ภาวะวิสัยนี้ยังรวมถึงการที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการแจ้งแก่ผู้บริโภคให้ทราบและจะต้องดำเนินการปรับปรุงรุ่น ซึ่งรวมถึงการปรับปรุงรุ่นด้านความปลอดภัยที่จำเป็นเพื่อให้เนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด[251] หากเป็นกรณีสัญญา จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลอย่างต่อเนื่องในช่วงเวลาหนึ่ง เนื้อหาดิจิทัลจะต้องเป็นไปตามสัญญา คือเป็นไปตามมาตรฐานตลอดช่วงเวลาดังกล่าว[252] กรณีนี้อาจยกตัวอย่างการสมัครสมาชิกที่ทำให้ผู้บริโภคเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลได้ในช่วงเวลาหนึ่งที่จำกัด เช่น สามารถชมภาพยนตร์ผ่านเว็บไซต์

---

[249] Article 7 of Directive 2019/770/EU

[250] Article 8 (1) of Directive 2019/770/EU

[251] Article 8 (2) of Directive 2019/770/EU

[252] Article 8 (4) of Directive 2019/770/EU

หรือแอปพลิเคชันของผู้ประกอบธุรกิจได้ในช่วงเวลา 3 เดือน เนื้อหาดิจิทัลที่มีการจัดส่งให้ผู้บริโภคตลอดระยะเวลา 3 เดือนนั้นก็จะต้องเป็นไปตามสัญญา มีคุณลักษณะอันพึงประสงค์เช่นเดียวกับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่มีการจัดส่งเพียงครั้งเดียว ทั้งนี้เนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งจะต้องเป็นรุ่น (Version) ล่าสุดที่มีอยู่ในเวลาทำสัญญา เว้นแต่จะมีการตกลงกันเป็นอย่างอื่น[253]

3.4.1.2 สหราชอาณาจักร

หลักกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลนั้น อันที่จริงไม่ใช่เรื่องใหม่ หากแต่มีรากเหง้ามาจากหลักการเดิมที่เคยบัญญัติเอาไว้ในพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้า ค.ศ. 1979 (Sale of Goods Act 1979) ซึ่งกำหนดข้อสัญญาโดยปริยายให้สินค้าที่ซื้อขายจะต้องเป็นไปตามคำพรรณนา ในกรณีที่เป็นสัญญาซื้อขายตามคำพรรณนา[254] จะต้องมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ และจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะ[255] โดยในปัจจุบันพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้า ค.ศ. 1979 ก็ยังไม่ถูกยกเลิกเพียงแต่มีการแก้ไขให้ใช้บังคับเฉพาะกับกรณีที่ไม่ใช่สัญญาที่ทำกับผู้บริโภคเท่านั้น หากเป็นกรณีสัญญาที่ทำกับผู้บริโภคจะต้องใช้พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 แทน[256] ข้อแตกต่างประการสำคัญคือพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้า ค.ศ. 1979 ใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายสินค้าที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น[257] จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลได้ ในขณะที่พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 มีบทบัญญัติที่ใช้บังคับกับทั้งสินค้า เนื้อหาดิจิทัล และบริการ จึงมีความแตกต่างกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของสหราชอาณาจักรที่บังคับใช้อยู่เดิม นอกจากนี้ยังแตกต่างกับข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ในแง่ที่เป็นกฎหมายที่เกิดจากการอนุวัตการข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรป มีเนื้อหาเหมือนกันทุกประการจึงไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล

ก่อนหน้าที่จะมีการตราพระราชบัญญัติซื้อขายสินค้า ค.ศ. 1979 มีคำพิพากษาสำคัญของสหราชอาณาจักรที่ศาลได้วางหลักกฎหมายสำคัญว่าด้วยข้อสัญญาโดยปริยายเอาไว้ คือ คำพิพากษาในคดี Liverpool City Council v Irwin (1976) ซึ่งเป็นคดีที่พิพาทกันในประเด็นเรื่องสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ ระหว่างสภาเมืองลิเวอร์พูล ผู้ให้เช่า กับนายและนางเออร์วิน ซึ่งเป็นผู้เช่าอะพาร์ตเมนต์ของสภาเมืองลิเวอร์พูล โดยปรากฏว่าทรัพย์สินส่วนกลางของอะพาร์ตเมนต์อยู่ใน

---

[253] Article 8 (6) of Directive 2019/770/EU

[254] Section 13 of Sale of Goods Act 1979

[255] Section 14 of Sale of Goods Act 1979

[256] Section 14 (9) of Sale of Goods Act 1979 and Section 3 (1) of Consumer Rights Act 2015

[257] Section 2 (1) of Sale of Goods Act 1979

สภาพชำรุดทรุดโทรม อาทิ ลิฟต์ใช้การไม่ได้ ไฟส่องสว่างตามทางเดินชำรุด ทางน้ำและโถส้วมอุดตัน นายและนางเออร์วินจึงประท้วงสภาเมืองลิเวอร์พูลซึ่งเป็นผู้ให้เช่าโดยการปฏิเสธไม่ชำระค่าเช่าจนกว่าปัญหาข้างต้นจะได้รับการแก้ไข ในกรณีนี้ตามสัญญาเช่าไม่ปรากฏข้อกำหนดว่าผู้ให้เช่ามีหน้าที่ซ่อมแซมดังกล่าว และก็ไม่ปรากฏว่าผู้เช่ามีหน้าที่นี้ด้วยเช่นกัน ประเด็นแห่งคดีมีอยู่ว่าจะสามารถกำหนดข้อสัญญาโดยปริยายให้ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ซ่อมแซมทรัพย์สินส่วนกลางที่ให้เช่าได้หรือไม่ ในที่สุดศาลพิพากษาว่าผู้ให้เช่ามีหน้าที่ดูแลทรัพย์สินส่วนกลางของอะพาร์ตเมนต์ที่ให้เช่า แต่ไม่ปรากฏว่าผู้ให้เช่าได้กระทำผิดหน้าที่ดังกล่าวเพราะผู้ให้เช่าไม่ได้เป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ในขณะที่ผู้เช่าเองก็มีหน้าที่ในการดูแลทรัพย์สินที่เช่าตามสมควรเช่นกัน ดังนั้นผู้เช่าจึงไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธการจ่ายค่าเช่า คำพิพากษานี้เป็นการยืนยันถึงความมีอยู่ของข้อสัญญาโดยปริยายซึ่งคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติข้อสัญญานี้แม้จะไม่ได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าก็ตาม

ประเด็นเรื่องข้อสัญญาโดยปริยาย นอกจากจะปรากฏในสหราชอาณาจักรแล้ว ยังปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ คือ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG)) รวมถึงสหรัฐอเมริกาซึ่งประเทศที่มลรัฐส่วนใหญ่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่นเดียวกับสหราชอาณาจักรได้มีการจัดทำ Uniform Commercial Code (UCC) ขึ้นมาเช่นกัน

โดยอนุสัญญา CISG ได้วางหลักว่า หากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น กรณีสินค้าไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์โดยทั่วไปตามปกติธรรมดาของสินค้านั้น หรือไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์เฉพาะที่ผู้ซื้อได้แจ้งแก่ผู้ขายโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ย่อมถือว่าสินค้านั้นไม่เป็นไปตามสัญญา ดังนั้นแม้จะไม่ได้ตกลงกันในเรื่องนี้มาก่อน แต่ผู้ขายก็มีหน้าที่ในอันที่จะต้องส่งมอบสินค้าตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด[258]

ส่วน UCC ของสหรัฐอเมริกาก็มีบทบัญญัติในลักษณะที่ใกล้เคียงกัน คือบทบัญญัติว่าด้วยการรับประกันโดยปริยาย (Implied Warranty) ในเรื่องความสามารถในการซื้อขายแลกเปลี่ยน ซึ่งครอบคลุมถึงการรับประกันหลายประการ เช่น สินค้าจะต้องเป็นไปตามคำพรรณนา สินค้าจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ทั่วไปของสินค้าชนิดนั้น ฯลฯ และบทบัญญัติว่าด้วยการรับประกันโดยปริยายในเรื่องความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะ [259] ซึ่งก็เป็นกฎหมายที่บัญญัติข้อสัญญาโดยปริยายเช่นกัน

---

[258] Article 35 (2) of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980

[259] § 2-315 and § 2-315 of Uniform Commercial Code

สิ่งที่ถือว่าเป็นหัวใจของบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลในพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 นี้คือข้อเรียกร้อง (Requirement) หรือมาตรฐาน (Standard) ซึ่งกฎหมายเรียกร้องให้เนื้อหาดิจิทัลที่อยู่ในขอบเขตการบังคับแห่งบทบัญญัติในส่วนนี้จะต้องมี เพื่อเป็นการประกันสิทธิของผู้บริโภคในสิ่งที่ผู้บริโภคคาดหมายและควรจะได้รับจากเนื้อหาดิจิทัลซึ่งตนได้เสียค่าใช้จ่ายไป โดยเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องจัดให้เนื้อหาดิจิทัลที่ตนจำหน่ายมีคุณลักษณะทั้ง 3 นี้อย่างครบถ้วน มิฉะนั้นย่อมก่อให้เกิดความรับผิดซึ่งตนจะต้องเยียวยาผู้บริโภคด้วยวิธีการดังจะได้กล่าวต่อไปในส่วนของการเยียวยาผู้บริโภค ซึ่งคุณลักษณะทั้ง 3 ข้อนี้กฎหมายให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา การไม่จัดให้มีคุณลักษณะอันพึงประสงค์ดังกล่าวจึงถือเป็นการผิดสัญญา โดยคุณลักษณะอันพึงประสงค์ของเนื้อหาดิจิทัลมีดังนี้

1) เนื้อหาดิจิทัลจะต้องมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ (Satisfactory Quality)

สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลทุกฉบับกฎหมายให้ถือว่ามีข้อสัญญาว่าเนื้อหาดิจิทัลจะต้องมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจรวมอยู่ด้วย[260] หากปรากฏว่าเนื้อหาดิจิทัลมีคุณภาพไม่เป็นที่น่าพึงพอใจ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องรับผิดเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้บริโภค[261]

การจะพิจารณาว่าเนื้อหาดิจิทัลใด ๆ มีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจหรือไม่ให้พิจารณาโดยอาศัยเกณฑ์วิญญูชนว่าวิญญูชนจะเห็นว่าเนื้อหาดิจิทัลนั้น ๆ มีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจหรือไม่ โดยในการพิจารณานั้นอาจพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ เช่น คำพรรณนาใด ๆ เกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลนั้น ราคาของเนื้อหาดิจิทัล และพฤติการณ์อื่น ๆ ทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง[262] ซึ่งพฤติการณ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้นรวมถึงคำประกาศสาธารณะ (Public Statement) เกี่ยวกับลักษณะเฉพาะของเนื้อหาดิจิทัลซึ่งจัดทำขึ้นโดยผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ผลิต หรือตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ผลิตนั้น[263] หากจะกล่าวโดยเฉพาะแล้วคำประกาศสาธารณะนั้นได้แก่คำโฆษณาหรือฉลากนั่นเอง[264] อย่างไรก็ดีคำประกาศสาธารณะนั้นอาจไม่นำมาพิจารณาว่าเนื้อหาดิจิทัลนั้นมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจหรือไม่ หากผู้ประกอบธุรกิจสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าในเวลาทำสัญญานั้นผู้บริโภคไม่ทราบ หรือไม่อาจทราบได้ถึงคำประกาศสาธารณะนั้น หรือผู้ประกอบธุรกิจแสดงให้เห็นได้ว่าก่อนจะมีการทำสัญญาคำประกาศสาธารณะนั้นได้มีการประกาศเพิกถอนแล้วหรือมีการประกาศแก้ไขข้อผิดพลาด หรือข้อที่

---

[260] Section 34 (1) of Consumer Rights Act 2015

[261] Section 34 (9) of Consumer Rights Act 2015

[262] Section 34 (2) of Consumer Rights Act 2015

[263] Section 34 (5) of Consumer Rights Act 2015

[264] Section 34 (6) of Consumer Rights Act 2015

ทำให้เข้าใจผิดเรียบร้อยแล้ว หรือผู้ประกอบธุรกิจแสดงให้เห็นได้ว่าการตัดสินใจเข้าทำสัญญาของผู้บริโภคไม่ได้รับอิทธิพลจากคำประกาศสาธารณะนั้น[265]

หากจะยกตัวอย่างให้เห็นภาพก็เช่น วิญญูชนย่อมคาดหมายได้ว่าการซื้อเนื้อหาดิจิทัลที่มีราคาสูงย่อมจะต้องมีคุณภาพสูงกว่าเนื้อหาดิจิทัลที่มีคุณภาพต่ำ เกมที่มีราคาแพงย่อมจะต้องมีคุณภาพกราฟิกที่สูง แสดงผลภาพที่สวยงามในขณะที่แอปพลิเคชันที่มีราคาต่ำมาก ๆ อาจจะมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ ถึงแม้ว่าจะไม่สามารถแสดงผลฟังก์ชันพื้นฐานบางอย่างได้[266] อย่างไรก็ดีการที่เนื้อหาดิจิทัลจะต้องมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจนี้ ไม่ได้หมายความถึงความสนุกสนานเพลิดเพลินซึ่งเป็นเรื่องอัตวิสัยแล้วแต่ใจคน เช่น ซื้อภาพยนตร์สตรีมมิ่งมาชมแล้วพบว่ามีเนื้อหาน่าเบื่อ ไม่สนุกสนาน เช่นนี้จะถือว่ามีคุณภาพไม่เป็นที่น่าพึงพอใจแล้วเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดไม่ได้ การพิจารณาว่าเนื้อหาดิจิทัลใดมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจหรือไม่จะต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายเท่านั้น[267]

คุณภาพของเนื้อหาดิจิทัลอาจรวมถึงสถานะและเงื่อนไข ตลอดจนแง่มุมหรือลักษณะส่วนหนึ่งในหลาย ๆ แง่มุมดังต่อไปนี้ซึ่งจะถือว่าเป็นกรณีที่เนื้อหาดิจิทัลมีคุณภาพที่เหมาะสม เช่น ความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ในกรณีปกติทั่ว ๆ ไปของเนื้อหาดิจิทัลที่ถูกจัดส่งนั้น การปราศจากซึ่งข้อบกพร่องเล็กน้อย (Minor Defects) ความปลอดภัย (ต่อระบบหรือข้อมูลส่วนบุคคล) หรือความคงทน (อายุการใช้งาน) ของเนื้อหาดิจิทัล[268]

ในส่วนของข้อบกพร่อง (Defects) นั้นอาจแยกออกเป็นข้อบกพร่องใหญ่ (Major Defects) และ ข้อบกพร่องเล็กน้อย (Minor Defects) ข้อบกพร่องใหญ่คือข้อบกพร่องที่ขัดขวางการทำงานของเนื้อหาดิจิทัลในทางที่ผู้บริโภคมีเจตนาซื้อเนื้อหาดิจิทัลมาเพื่อการนั้นอย่างไม่น่าที่จะเกิดขึ้นได้ สำหรับเนื้อหาดิจิทัลที่มีความซับซ้อนข้อบกพร่องใหญ่อาจทำให้เนื้อหาดิจิทัลทำงานได้แย่ลงอย่างมีนัยสำคัญในคุณสมบัติ (Features) ที่เนื้อหาดิจิทัลถูกพรรณนาเอาไว้ว่าจะต้องมี ส่วนข้อบกพร่องเล็กน้อยนั้นก็หมายความถึงข้อบกพร่องที่ไม่ถึงขนาดเป็นข้อบกพร่องใหญ่อย่างที่ได้อธิบายไปแล้ว สำหรับการพิจารณาว่าข้อบกพร่องชนิดต่าง ๆ จะถึงกับทำให้เนื้อหาดิจิทัลนั้นมีคุณภาพไม่เป็นที่น่าพอใจ (Unsatisfactory Quality) จนก่อให้เกิดความรับผิดแก่ผู้ประกอบธุรกิจ

---

[265] Section 34 (7) of Consumer Rights Act 2015

[266] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 16.

[267] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 15.

[268] Section 34 (3) of Consumer Rights Act 2015

หรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับเนื้อหาดิจิทัลแต่ละประเภท ในเนื้อหาดิจิทัลที่มีความซับซ้อนอย่างเช่น เกมคอมพิวเตอร์ หรือซอฟต์แวร์นั้น ผู้บริโภคที่มีเหตุผลย่อมอาจหมายได้ว่าอาจจะมีข้อบกพร่องเล็กน้อยได้ ซึ่งเป็นข้อบกพร่องที่ไม่มีนัยสำคัญอะไร เช่น ภาพพื้นหลังในเกมเกิดค้างชั่วขณะเป็นบางครั้งบางคราว แต่สำหรับเนื้อหาดิจิทัลบางชนิด เช่น เพลง การสะดุด หรือ กระโดด (Jump) ในการเล่นไฟล์เพลงนั้น ถึงแม้จะเป็นข้อบกพร่องเล็กน้อยไม่ถึงกับฟังไม่ได้แต่วิญญูชนย่อมคาดหมายตามสภาพของเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นเพลงได้ว่าจะต้องฟังได้อย่างต่อเนื่องไม่สะดุดจนทำลายสุนทรียภาพในการฟังเพลง ดังนี้แม้จะเป็นข้อบกพร่องเล็กน้อยแต่ก็มีผลทำให้เนื้อหาดิจิทัลมีคุณภาพไม่เป็นที่น่าพอใจแล้วซึ่งผู้ประกอบธุรกิจจะต้องรับผิด[269]

สำหรับเกณฑ์การพิจารณาของวิญญูชนนั้น หมายถึงว่า วิญญูชนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่มีเหตุผลซึ่งอยู่ในฐานะผู้บริโภคนั้นจะมีความคิดเห็นว่าเนื้อหาดิจิทัลนั้นมีมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจหรือไม่ โดยในการพิจารณาจะไม่คำนึงถึงความคาดหวังต่าง ๆ ที่ไม่สมเหตุสมผล วิญญูชนนั้นจะถูกตีความโดยศาลว่าบุคคลในฐานะลูกค้า โดยอาศัยความรู้ของบุคคลในฐานะเช่นนั้น ไม่ใช่โดยอาศัยความรู้ของบุคคลที่สามซึ่งไม่คุ้นเคยกับธุรกรรมและภูมิหลังเหล่านั้น[270] ความคาดหวังถึงคุณภาพของวิญญูชนนั้นอาจมีความแตกต่างหลากหลายไปตามธรรมชาติหรือสภาพของเนื้อหาดิจิทัล ซึ่งความคาดหวังในเนื้อหาดิจิทัลชนิดหนึ่งนั้นอาจจะไม่สอดคล้องกับเนื้อหาดิจิทัลอีกชนิดหนึ่งก็ได้ ต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป แต่ก็ไม่ได้หมายความเลยเถิดไปถึงกับว่าจะเป็นการพิจารณาโดยอัตวิสัยในลักษณะเดียวกันกับการพิจารณาคุณค่าทางศิลปะ[271]

อย่างไรก็ดีข้อสัญญาที่ว่าเนื้อหาดิจิทัลจะต้องเป็นที่น่าพึงพอใจซึ่งกฎหมายให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญานั้นอาจไม่นำมาใช้บังคับหากปรากฏว่าคุณภาพของเนื้อหาดิจิทัลเป็นที่ทราบอยู่แล้วแก่ผู้บริโภคก่อนเข้าทำสัญญา หรือผู้บริโภคได้ตรวจสอบเนื้อหาดิจิทัลนั้นแล้วก่อนที่จะมีการทำสัญญาซึ่งคุณภาพของเนื้อหาดิจิทัลควรที่จะถูกเปิดเผย หรือผู้บริโภคได้ทดลองใช้เนื้อหาดิจิทัลฉบับทดลอง (Trial Version) ก่อนที่จะมีการทำสัญญาและคุณภาพของเนื้อหาดิจิทัลควรจะปรากฏให้

---

[269] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 16-18.

[270] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 18.

[271] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 16.

เห็นหากทดลองใช้อย่างสมเหตุสมผล[272] หากปรากฏเช่นนี้แล้วผู้บริโภคไม่อาจถือได้ว่าเนื้อหาดิจิทัลมีคุณภาพไม่เป็นที่น่าถึงพอใจหากข้อบกพร่องเกิดขึ้นจากสิ่งที่ผู้บริโภคได้พบมาก่อนแล้ว[273]

นอกจากนี้กฎหมายให้ถือว่าจารีตประเพณีเกี่ยวกับคุณภาพของเนื้อหาดิจิทัลเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย[274]

2) เนื้อหาดิจิทัลจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะ (Fit for Particular Purpose)

สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลทุกฉบับกฎหมายให้ถือว่ามีข้อสัญญาว่าเนื้อหาดิจิทัลจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์อย่างสมเหตุสมผล ไม่ว่าวัตถุประสงค์นั้นจะเป็นวัตถุประสงค์โดยปกติของเนื้อหาดิจิทัลชนิดนั้นหรือไม่[275] โดยสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลจะถือว่ามีข้อสัญญาดังกล่าวก็ต่อเมื่อก่อนทำสัญญาผู้บริโภคได้ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบแล้วไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายถึงวัตถุประสงค์โดยเฉพาะที่ผู้บริโภคได้เข้ามาทำสัญญาเพื่อเนื้อหาดิจิทัลนั้น[276] อย่างไรก็ดีหากพฤติการณ์ปรากฏว่าผู้บริโภคไม่ได้พึ่งพาทักษะหรือวิจารณญาณในการตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่สมเหตุสมผลที่จะพึ่งพาเช่นนั้นได้ก็ไม่ถือว่ามีข้อสัญญาเช่นนั้นรวมอยู่ในสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล[277]

เนื้อหาดิจิทัลที่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะนั้นไม่ได้หมายถึงแต่เพียงเนื้อหาดิจิทัลที่ผลิตขึ้นตามคำสั่งของผู้บริโภคเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะดังกล่าวเท่านั้น (Tailored to a Specific Purpose or Bespoke Digital Content) แต่หมายถึงเนื้อหาดิจิทัลตามท้องตลาดที่ผลิตขึ้นเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์ทั่ว ๆ ไปด้วย หากปรากฏว่าผู้บริโภคได้แจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบถึงวัตถุประสงค์เฉพาะของตนในการใช้เนื้อหาดิจิทัลนั้น โดยพึ่งพาทักษะหรือวิจารณญาณในการตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจ ถึงแม้ว่าจะไม่ใช่วัตถุประสงค์โดยทั่วไปของเนื้อหาดิจิทัลนั้น[278]

---

[272] Section 34 (4) of Consumer Rights Act 2015

[273] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 17.

[274] Section 34 (8) of Consumer Rights Act 2015

[275] Section 35 (3) of Consumer Rights Act 2015

[276] Section 35 (1) of Consumer Rights Act 2015

[277] Section 35 (4) of Consumer Rights Act 2015

[278] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 21.

จะเห็นได้ว่าโดยปกติแล้วเนื้อหาดิจิทัลจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์โดยทั่ว ๆ ไปตามชนิดของเนื้อหาดิจิทัลนั้น ๆ เช่น เกมคอมพิวเตอร์สำหรับเล่นเพื่อความเพลิดเพลิน ซอฟต์แวร์แอนตี้ไวรัสสำหรับป้องกันและกำจัดไวรัสคอมพิวเตอร์ หากเนื้อหาดิจิทัลไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์โดยทั่วไปตามชนิดของเนื้อหาดิจิทัลนั้นย่อมถือว่าเนื้อหาดิจิทัลนั้นมีคุณภาพไม่เป็นที่น่าพึงพอใจตามมาตรา 34 (3) (a) ดังที่อธิบายไปในหัวข้อก่อนหน้านี้ ไม่ใช่กรณีที่เนื้อหาดิจิทัลไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะตามหัวข้อนี้ แต่ในเมื่อผู้บริโภคมีความต้องการเนื้อหาดิจิทัลเพื่อตอบสนองวัตถุประสงค์เฉพาะบางอย่างของตนนอกเหนือจากวัตถุประสงค์โดยทั่วไปตามชนิดของเนื้อหาดิจิทัลนั้น โดยพึ่งพาทักษะหรือวิจารณญาณในการตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจว่าจะจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเช่นนั้นให้ตนได้ โดยตนได้แจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบถึงวัตถุประสงค์เฉพาะของตนแล้ว หากความปรากฏเช่นนั้นแล้วผู้ประกอบธุรกิจยังคงจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะของผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีความรับผิดต้องเยียวยาให้แก่ผู้บริโภค[279]

ตัวอย่างของกรณีที่เนื้อหาดิจิทัลจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะเช่น ผู้บริโภคต้องการเกมคอมพิวเตอร์ที่จะฝึกทักษะการอ่านให้กับเด็กอายุ 5-7 ปี เพื่อช่วยในการเสริมทักษะของเด็กก่อนวัยเรียน ซึ่งไม่ใช่วัตถุประสงค์โดยปกติของเกมคอมพิวเตอร์ที่เอาไว้เล่นเพื่อความสนุกสนานเพลิดเพลิน ผู้บริโภคได้แจ้งวัตถุประสงค์ดังกล่าวให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจทราบแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจึงจัดส่งเกมคอมพิวเตอร์ให้โดยรับรองว่าเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะเช่นนั้น แต่ปรากฏว่าเป็นเกมที่ยากเกินไปสำหรับเด็กก่อนวัยเรียน ดังนี้แสดงให้เห็นว่าเนื้อหาดิจิทัลไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะซึ่งผู้บริโภคได้แจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบแล้วโดยพึ่งพาวิจารณญาณของผู้ประกอบธุรกิจว่าจะจัดส่งเกมเช่นนั้นให้ได้ ดังนั้นผู้ประกอบธุรกิจจะต้องรับผิดต่อผู้บริโภค อย่างไรก็ดีหากผู้ประกอบธุรกิจได้แจ้งให้ผู้บริโภคทราบแล้วว่าเนื้อหาดิจิทัลไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะเช่นนั้น หรือเป็นกรณีการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถตอบโต้กับผู้บริโภคได้ทันทีเช่นเป็นการซื้อผ่านระบบดิจิทัลดาวน์โหลด ซึ่งผู้บริโภคดาวน์โหลดเนื้อหาดิจิทัลไปก่อนที่จะรอการตอบกลับทางอีเมลของผู้ประกอบธุรกิจว่าเนื้อหาดิจิทัลนั้นเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะของตนหรือไม่ ดังนี้จะถือว่าผู้บริโภคพึ่งพาทักษะหรือวิจารณญาณการตัดสินใจของผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้ ถึงแม้เนื้อหาดิจิทัลนั้นไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะของผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจก็ไม่ต้องรับผิด[280]

---

[279] Section 35 (6) of Consumer Rights Act 2015

[280] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 20.

นอกจากนี้กฎหมายให้ถือว่าจารีตประเพณีเกี่ยวกับความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะของเนื้อหาดิจิทัลเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย[281]

3) เนื้อหาดิจิทัลจะต้องเป็นไปตามคำพรรณนา (As Describe)

สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลทุกฉบับกฎหมายให้ถือว่ามีข้อสัญญาว่าเนื้อหาดิจิทัลจะต้องตรงกับคำพรรณนาใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจให้ไว้แก่ผู้บริโภค[282] หากผู้บริโภคได้ทดลองใช้เนื้อหาดิจิทัลฉบับทดลอง (Trial Version) ยังไม่ถือเป็นการเพียงพอว่าเนื้อหาดิจิทัล (ฉบับขายจริง) ตรงกันกับหรือดีกว่าฉบับทดลอง หากว่าเนื้อหาดิจิทัล (ฉบับขายจริง) ไม่ตรงกับคำพรรณนาที่ผู้ประกอบธุรกิจให้ไว้แก่ผู้บริโภค[283] กล่าวคือเนื้อหาดิจิทัลจะตรงตามคำพรรณนาหรือไม่จะต้องพิจารณาที่ตัวคำพรรณนา (Description) เป็นสำคัญ การเปิดให้ผู้บริโภคได้มีโอกาสทดลองใช้เนื้อหาดิจิทัลฉบับทดลองนับเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคในการช่วยตัดสินใจ แต่จะถือเอาตามฉบับทดลองไม่ได้ เนื้อหาดิจิทัลฉบับขายจริงอาจดีกว่าหรือด้อยกว่าฉบับทดลองก็ได้ หรืออาจจะไม่ตรงกับคำพรรณนาก็ได้ ดังนั้นต้องยึดตามคำพรรณนาที่ผู้ประกอบธุรกิจให้ไว้หากเนื้อหาดิจิทัลไม่ตรงกับคำพรรณนาที่ผู้ประกอบธุรกิจให้ไว้แก่ผู้บริโภคผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีความรับผิดต้องเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้บริโภค[284]

ข้อมูล (Information) ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจได้จัดไว้ให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งก็คือข้อมูลตาม (a), (j) or (k) ของตาราง 1 หรือตาม (a), (v) or (w) ของตาราง 2 แห่งข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญาและค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ดังที่ได้อธิบายไปแล้วก่อนหน้านี้ กล่าวคือข้อมูลเกี่ยวกับคุณสมบัติหลัก การทำงาน และความเข้ากันได้ ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย[285] ทั้งนี้ การเปลี่ยนแปลงข้อมูลใด ๆ ซึ่งทำก่อนที่จะมีการทำสัญญาหรือภายหลังจากนั้นไม่มีผลใด ๆ เว้นแต่จะมีการตกลงอย่างชัดแจ้งระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภค[286]

ถึงแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้เนื้อหาดิจิทัลจะต้องตรงกับคำพรรณนาใด ๆ ที่ผู้ประกอบธุรกิจให้ไว้แก่ผู้บริโภค แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าในคำพรรณนานั้นจะต้องประกอบไปด้วยรายการฟังก์ชันการทำงานทุก ๆ อย่างของเนื้อหาดิจิทัล แต่หากมีการระบุไว้เช่นนั้นเนื้อหาดิจิทัลก็จะต้องมีฟังก์ชันการทำงานทุก ๆ อย่างตามรายการที่ได้ระบุไว้ โดยสรุปแล้วกฎหมายกำหนดให้

---

[281] Section 35 (5) of Consumer Rights Act 2015

[282] Section 36 (1) of Consumer Rights Act 2015

[283] Section 36 (2) of Consumer Rights Act 2015

[284] Section 36 (5) of Consumer Rights Act 2015

[285] Section 36 (3) of Consumer Rights Act 2015

[286] Section 36 (4) of Consumer Rights Act 2015

เนื้อหาดิจิทัลนั้น “อย่างน้อยที่สุด” จะต้องตรงกับคำพรรณนาเท่านั้น อย่างไรก็ตามหากมีการระบุไว้ในสัญญาว่าผู้ประกอบธุรกิจจะอัพเดทซอฟต์แวร์ให้ทันสมัยแก่ผู้บริโภค มาตรา 36 (1) นี้ก็ไม่ได้ขัดขวางการปรับปรุงซอฟต์แวร์ให้ทันสมัย หรือการปรับปรุงให้ดีขึ้นหรือเพิ่มคุณสมบัติใหม่ ๆ ให้กับเนื้อหาดิจิทัล ถึงแม้ว่าจะไม่ตรงกับคำพรรณนาที่ผู้ประกอบธุรกิจให้ไว้ในตอนแรก[287]

นอกจากข้อมูลที่ตามมาตรา 36 (3) กำหนดให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหรือเป็นส่วนหนึ่งของคำพรรณนา หากเป็นกรณีตามข้อ 9, 10 หรือ 13 (กรณีสัญญาในสถานประกอบการ นอกสถานประกอบการ และสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ห่างโดยระยะทาง) แห่งข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญาและค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ข้อมูลอื่น ๆ ที่ข้อบังคับฉบับดังกล่าวกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องจัดให้แก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญานอกจากข้อมูลตาม (a), (j) or (k) ของตาราง 1 หรือตาม (a), (v) or (w) ของตาราง 2 แล้วให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเช่นเดียวกัน[288] แต่การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนไม่ให้ข้อมูลในส่วนนี้จะแตกต่างกับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการที่ผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนบทบัญญัติว่าด้วยเนื้อหาดิจิทัลจะต้องเป็นไปตามคำพรรณนา คือผู้บริโภคมีสิทธิได้รับการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนนั้น แต่ไม่เกินราคาของเนื้อหาดิจิทัลที่ได้จ่ายไป โดยไม่นำมาตรการเยียวยาว่าด้วยการซ่อมแซมหรือทดแทน หรือมาตรการลดราคามาใช้บังคับ[289] อย่างไรก็ดีหากไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการไม่ให้ข้อมูลดังกล่าว ผู้บริโภคย่อมไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายใด ๆ[290]

3.4.2 มาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

เมื่อปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจละเมิดสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่มีมาตรฐาน ผู้ประกอบธุรกิจย่อมจะต้องรับผิดต่อผู้บริโภค ผู้บริโภคก็มีสิทธิเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจเยียวยาตนด้วยมาตรการต่าง ๆ ตามลำดับขั้นตอน ซึ่งตามหลักกฎหมายสหภาพยุโรป และสหราชอาณาจักรนั้นมีความแตกต่างกัน ดังนี้

3.4.2.1 สหภาพยุโรป

ตามข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 เมื่อปรากฏว่าเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งให้แก่ผู้บริโภค

---

[287] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 21-22.

[288] Section 37 (2) of Consumer Rights Act 2015

[289] Section 37 (4) and Section 42 (4) of Consumer Rights Act 2015

[290] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 52.

ไม่เป็นไปตามสัญญา (Lack of Conformity) กล่าวคือ ไม่เป็นไปตามมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลตามที่กฎหมายกำหนด ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องรับผิดต่อผู้บริโภคโดยใช้มาตรการเยียวยาดังจะกล่าวต่อไปนี้

เมื่อเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามสัญญา ผู้บริโภคมีสิทธิที่จะได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่ถูกทำให้เป็นไปตามสัญญาหรือได้รับการลดราคาที่เหมาะสม หรือเลิกสัญญา ภายใต้เงื่อนไขตามข้อกำหนดนี้[291]สำหรับมาตรการเยียวยาในชั้นต้น ได้แก่ สิทธิของผู้บริโภคในการได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่ถูกทำให้เป็นไปตามสัญญาโดยสิทธิของผู้บริโภคในการได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่ถูกทำให้เป็นไปตามสัญญานั้นจะต้องไม่ใช่กรณีที่เป็นการพ้นวิสัย หรือไม่ได้สัดส่วน เมื่อคำนึงถึงค่าใช้จ่ายที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องเสียซึ่งเป็นการเกินสมควร โดยค่าใช้จ่ายจะเกินสมควรหรือไม่จะต้องพิจารณาจากปัจจัยต่อไปนี้คือ มูลค่าของเนื้อหาดิจิทัลซึ่งคำนวณจากเนื้อหาดิจิทัลในกรณีหากเป็นไปตามสัญญา และความหนักเบาของกรณีที่ไม่เป็นไปตามสัญญาว่ามากหรือน้อยเพียงใด[292] โดยผู้ประกอบธุรกิจจะต้องทำให้เนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามสัญญาภายในเวลาอันสมควรนับจากเวลาที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับแจ้งจากผู้บริโภคว่าเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามสัญญา โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายและโดยปราศจากความไม่สะดวกเกินสมควรแก่ผู้บริโภค โดยให้คำนึงถึงลักษณะของเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลนั้นและวัตถุประสงค์ที่ผู้บริโภคจะใช้เนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลนั้น[293]

เมื่อไม่สามารถใช้มาตรการเยียวยาในชั้นต้นได้ก็จะต้องใช้มาตรการเยียวยาชั้นที่สอง คือ ผู้บริโภคมีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างสิทธิในการขอลดราคาเนื้อหาดิจิทัลลงในจำนวนที่เหมาะสมหากเป็นสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่แลกเปลี่ยนกับการชำระราคา หรือขอเลิกสัญญาถ้าปรากฏว่ามาตรการเยียวยาในการทำให้เนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามสัญญานั้นพ้นวิสัย ไม่ได้สัดส่วน หรือผู้ประกอบธุรกิจมิได้ทำให้เนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามสัญญาภายในเวลาอันสมควร หรือการเยียวยาโดยทำให้เนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามสัญญานั้นจะก่อให้เกิดความไม่สะดวกอย่างมากแก่ผู้บริโภค หรือกรณีที่ไม่เป็นไปตามสัญญานั้นจะยังคงเกิดขึ้นถึงแม้ว่าผู้ประกอบธุรกิจพยายามทำให้เนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลเป็นไปตามสัญญาแล้วก็ตาม หรือกรณีที่ไม่เป็นไปตามสัญญานั้นโดยสภาพแล้วเป็นกรณีร้ายแรงที่แสดงให้เห็นว่าจะต้องได้รับการลดราคาหรือเลิกสัญญาโดยทันที หรือผู้ประกอบธุรกิจได้ประกาศหรือกรณีเป็นที่ชัดแจ้งตามพฤติการณ์แล้วว่าผู้ประกอบธุรกิจจะไม่เยียวยาผู้บริโภคโดยการทำให้เนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามสัญญาภายในระยะเวลาอันสมควรและโดยปราศจากความไม่สะดวกเกินสมควรแก่ผู้บริโภค[294]

---

[291] Article 14 (1) of Directive 2019/770/EU

[292] Article 14 (2) of Directive 2019/770/EU

[293] Article 14 (3) of Directive 2019/770/EU

[294] Article 14 (4) of Directive 2019/770/EU

การลดราคาย่อมถือว่าเป็นการเหมาะสมเมื่อเป็นการลดตามมูลค่าของเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลที่ผู้บริโภคได้รับเทียบกับมูลค่าของเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นไปตามสัญญา[295] กล่าวคือลดได้เท่ากับส่วนต่างของเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เป็นตามสัญญากับเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นไปตามสัญญา ส่วนการเลิกสัญญานั้นจะได้ทำก็ต่อเมื่อเป็นกรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลที่แลกเปลี่ยนกับการชำระราคา โดยจะต้องปรากฏว่ากรณีที่ไม่เป็นไปตามสัญญานั้นไม่ใช่ข้อบกพร่องเพียงเล็กน้อย (ต้องเป็นข้อบกพร่องขนาดใหญ่) โดยภาระการพิสูจน์ว่าข้อบกพร่องนั้นเป็นข้อบกพร่องเล็กหรือใหญ่ย่อมตกแก่ผู้ประกอบธุรกิจ[296] โดยในการใช้สิทธิเลิกสัญญา ผู้บริโภคจะต้องบอกกล่าวไปยังผู้ประกอบธุรกิจอย่างชัดแจ้งว่าประสงค์จะเลิกสัญญา[297]

โดยเมื่อมีการเลิกสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องคืนเงินทั้งหมดที่ผู้บริโภคชำระตามสัญญาให้แก่ผู้บริโภค[298] โดยในการคืนเงินนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องคืนโดยไม่ชักช้า ไม่ว่ากรณีใด จะต้องคืนภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับแจ้งจากผู้บริโภคว่าประสงค์จะเลิกสัญญา วิธีในการคืนเงินให้คืนโดยวิธีการเดียวกับที่ผู้บริโภคชำระราคาและห้ามเก็บค่าธรรมเนียมใด ๆ จากผู้บริโภค[299] นอกจากนี้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องงดเว้นจากการใช้งานเนื้อหาใด ๆ นอกเหนือไปจากข้อมูลส่วนตัวที่ผู้บริโภคได้ให้หรือสร้างขึ้นในขณะที่ใช้งานเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัล[300] เมื่อเลิกสัญญากันแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจอาจป้องกันไม่ให้ผู้บริโภคใช้งานเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลนั้นต่อไปได้อีก โดยอาจใช้วิธีทำให้ผู้บริโภคไม่อาจเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลนั้นได้ หรือยกเลิกบัญชีผู้ใช้ของผู้บริโภคนั้น[301]

ในส่วนของผู้บริโภคนั้น เมื่อใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ผู้บริโภคมีหน้าที่ในอันที่จะต้องงดเว้นจากการใช้งานเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัล หรือการนำไปให้บุคคลภายนอกใช้งาน[302] หากเนื้อหาดิจิทัลนั้นจัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้เมื่อผู้ประกอบธุรกิจร้องขอ ผู้บริโภคจะต้องส่งสื่อนั้นคืนให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจโดยปราศจากความล่าช้าเกินสมควร โดยผู้ประกอบธุรกิจจะต้องเป็นผู้ออก

---

[295] Article 14 (5) of Directive 2019/770/EU

[296] Article 14 (6) of Directive 2019/770/EU

[297] Article 15 of Directive 2019/770/EU

[298] Article 16 (1) of Directive 2019/770/EU

[299] Article 18 of Directive 2019/770/EU

[300] Article 16 (3) of Directive 2019/770/EU

[301] Article 16 (5) of Directive 2019/770/EU

[302] Article 17 (1) of Directive 2019/770/EU

ค่าใช้จ่ายในการส่งคืน โดยในการร้องขอสื่อคืนนั้น ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องร้องขอภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ผู้ประกอบธุรกิจได้รับแจ้งจากผู้บริโภคว่าประสงค์จะเลิกสัญญา[303]

3.4.2.2 สหราชอาณาจักร

ดังที่กล่าวไปแล้วว่าหัวใจของบทบัญญัติว่าด้วยเนื้อหาดิจิทัลในพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภคฯนี้คือ มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล ทั้ง 3 ประการ คือ เนื้อหาดิจิทัลจะต้องมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ เนื้อหาดิจิทัลจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะ และเนื้อหาดิจิทัลจะต้องเป็นไปตามคำพรรณนาซึ่งกฎหมายให้ถือว่าเกณฑ์มาตรฐานหรือข้อเรียกร้องเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ซึ่งหากเนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานข้างต้นแล้วย่อมถือได้ว่าเนื้อหาดิจิทัลนั้นสอดคล้องหรือเป็นไปตามสัญญา (Conform to a Contract)[304] แต่หากไม่เป็นเช่นนั้นแล้วย่อมเป็นกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เป็นไปตามสัญญา ก่อให้เกิดความรับผิดแก่ผู้ประกอบธุรกิจ ผู้บริโภคย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจซ่อมแซมเนื้อหาดิจิทัลนั้นหรือเรียกให้เปลี่ยนหรือแทนที่ด้วยเนื้อหาดิจิทัลใหม่ (Right to Repair of Replacement) อันเป็นมาตรการเยียวยาชั้นที่ 1 (1st Tier Remedies) และมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจลดราคาเนื้อหาดิจิทัลลง (Right to Price Reduction)[305] อันเป็นมาตรการเยียวยาชั้นที่ 2 (2nd Tier Remedies) โดยจะต้องปรากฏว่าปัญหาความไม่เป็นไปตามสัญญาของเนื้อหาดิจิทัลนั้นได้เกิดขึ้นในเวลาที่ส่งมอบเนื้อหาดิจิทัล (At the Time the Digital Content was Supplied)[306] แต่เนื่องจากในบางกรณีเป็นการยากที่ปัญหาดังกล่าวจะปรากฏแก่ผู้บริโภคในเวลาที่มีการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือภายในเวลาอันสั้นหลังจากนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้ถือว่าปัญหาความไม่เป็นไปตามสัญญาของเนื้อหาดิจิทัลที่ปรากฏภายในระยะเวลา 6 เดือน นับแต่วันที่มีการส่งมอบเนื้อหาดิจิทัลเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในเวลาที่มีการส่งมอบเนื้อหาดิจิทัลด้วย[307] อย่างไรก็ตามบทบัญญัติว่าด้วยระยะเวลา 6 เดือนนั้นไม่ให้นำมาใช้บังคับหากความปรากฏชัดว่าเนื้อหาดิจิทัลนั้นเป็นไปตามสัญญาแล้วนับตั้งแต่เวลาที่ได้ส่งมอบหรือการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวจะขัดกับสภาพของเนื้อหาดิจิทัลนั้นหรือจะขัดกับเหตุที่เนื้อหาดิจิทัลนั้นไม่สอดคล้องกับสัญญา[308]

สำหรับสิทธิหรือมาตรการเยียวยาผู้บริโภคทั้ง 2 ชั้นนั้น มีรายละเอียดดังนี้

---

[303] Article 17 (2) of Directive 2019/770/EU

[304] Section 42 (1) of Consumer Rights Act 2015

[305] Section 42 (2) of Consumer Rights Act 2015

[306] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 40.

[307] Section 42 (9) of Consumer Rights Act 2015

[308] Section 42 (10) of Consumer Rights Act 2015

1) สิทธิในการได้รับการซ่อมแซมหรือเปลี่ยน (Right to Repair or Replacement)

เมื่อปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจผิดสัญญา (Breached of Contract) ส่งมอบเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เป็นไปตามสัญญา ไม่เป็นไปตามคุณลักษณะอันพึงประสงค์ของเนื้อหาดิจิทัลดังกล่าวมาแล้ว ผู้บริโภคย่อมมีสิทธิที่จะเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจซ่อมแซมเนื้อหาดิจิทัลนั้นหรือเรียกให้เปลี่ยนหรือแทนที่ด้วยเนื้อหาดิจิทัลใหม่ โดยผู้บริโภคสามารถเลือกได้ว่าจะให้ผู้ประกอบธุรกิจซ่อมแซมเนื้อหาดิจิทัลเดิม หรือให้เปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัล (ชนิดเดิม) เสียใหม่[309] อย่างไรก็ตามผู้บริโภคไม่สามารถเรียกให้ซ่อมแซมหรือเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัลได้หากปรากฏว่าการเลือกมาตรการนั้นเป็นการพ้นวิสัยหรือจะเป็นการไม่ได้สัดส่วนหากเทียบกับมาตรการเยียวยาอื่น[310] ซึ่งอย่างไรจะถือว่าเป็นการไม่ได้สัดส่วนนั้นต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรการเยียวยาอื่นว่าจะเป็นการสมเหตุสมผลหรือไม่หากผู้ประกอบธุรกิจจะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเยียวยาด้วยมาตรการนั้น โดยในการนี้ต้องคำนึงถึงมูลค่าของเนื้อหาดิจิทัลหากว่าเป็นไปตามสัญญา (ไม่บกพร่อง) ความร้ายแรงของการที่ไม่เป็นไปตามสัญญา (ความหนัก-เบาของข้อบกพร่อง) และต้องคำนึงด้วยว่าการเยียวยาด้วยวิธีการอื่นนั้นจะให้ผลดีโดยปราศจากความไม่สะดวกอย่างมาก (Significant Inconvenience) หรือไม่[311] หากผู้บริโภคเลือกมาตรการเยียวยาอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างการซ่อมแซมกับการเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัลแล้ว แต่ปรากฏว่าการปฏิบัติเช่นนั้นเป็นการพ้นวิสัย หรือจะเป็นการไม่ได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับอีกมาตรการหนึ่ง ผู้บริโภคก็จำจะต้องยอมรับมาตรการเยียวยาอีกมาตรการหนึ่ง (ซ่อมแซมหรือเปลี่ยน) ซึ่งเป็นไปได้หรือมีความได้สัดส่วนแทนเช่น ผู้บริโภคซื้อเกมมาเล่น แต่ปรากฏว่ามีข้อบกพร่อง (Bug) เกิดขึ้นในระดับที่ 1 ของเกมจนไม่สามารถเล่นต่อไปได้ การใช้มาตรการเยียวยาโดยการเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัล คือผู้ประกอบธุรกิจยอมให้ผู้บริโภคดาวน์โหลดเกมเดิมใหม่อีกครั้งหนึ่งย่อมเป็นการใช้มาตรการเยียวยาที่ไม่เหมาะสม เพราะข้อบกพร่องของเกมยังคงอยู่ที่ระดับที่ 1 เหมือนเดิม ผู้บริโภคก็ไม่สามารถเล่นเกมต่อไปจากนั้นได้เช่นเดิม มาตรการที่เหมาะสมกว่าในกรณีนี้คือมาตรการซ่อมแซมโดยการที่ผู้ประกอบธุรกิจอัพเดทเกมเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องนั้น[312]

เมื่อผู้บริโภคเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจซ่อมแซมหรือเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัลแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจำต้องซ่อมแซมหรือเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคภายในระยะเวลาอันสมควร

---

[309] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 46.

[310] Section 43 (3) of Consumer Rights Act 2015

[311] Section 43 (4) of Consumer Rights Act 2015

[312] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 46.

โดยปราศจากความไม่สะดวกอย่างมากแก่ผู้บริโภค ทั้งจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอันจะเกิดขึ้นแต่การนั้น เช่น ค่าแรงงาน วัสดุ หรือค่าไปรษณีย์[313]

สำหรับปัจจัยที่ใช้ในการพิจารณาว่าอะไรคือระยะเวลาอันสมควร อะไรคือความไม่สะดวกอย่างมากนั้น อาจพิจารณาได้โดยคำนึงถึง สภาพของเนื้อหาดิจิทัลนั้น และวัตถุประสงค์ของการได้รับหรือเข้าถึงซึ่งเนื้อหาดิจิทัล[314]

คำถามว่าอย่างไรเป็นการซ่อมแซม (Repair) นั้น เนื่องจากปัญหาเกิดจากการที่เนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามสัญญา การซ่อมแซมย่อมหมายถึงการกระทำที่ทำให้เนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามสัญญา[315] ทำให้เป็นเนื้อหาดิจิทัลที่มีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ สอดคล้องกับวัตถุประสงค์เฉพาะของผู้บริโภค (หากมี) และเป็นไปตามคำพรรณนา โดยการซ่อมแซมในที่นี้อาจทำโดยการปรับปรุงให้ทันสมัย (Update หรือ Patch) เป็นการทั่วไปให้แก่ผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลนั้นทุกรายเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดขึ้น ไม่จำเป็นที่จะต้องแก้ไขปัญหาโดยการซ่อมแซมให้แก่ผู้บริโภคทีละราย[316]

ส่วนอย่างไรเป็นการเปลี่ยน (Replacement) นั้นเนื้อหาดิจิทัลที่นำมาเปลี่ยนแทนที่นั้นจะต้องเหมือนกับเนื้อหาดิจิทัลเดิม หมายถึงเป็นชนิดเดิม หากเป็นเกมก็ต้องเป็นเกมเดิม ไม่ใช่เป็นเกมใหม่ การเปลี่ยนนี้อาจทำได้โดยการให้ผู้บริโภคดาวน์โหลดอีกครั้งหนึ่ง หรือสตรีมมิ่งอีกครั้งหนึ่ง (Repeat Download or Repeat of the Streaming)[317]

เมื่อผู้บริโภคเลือกใช้สิทธิเรียกร้องอย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้วระหว่างการซ่อมแซมหรือการเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัล ผู้บริโภคจะขอเปลี่ยนไปใช้สิทธิในอีกมาตรการหนึ่งโดยไม่ให้เวลาพอสมควรแก่ผู้ประกอบธุรกิจเพื่อปฏิบัติการเยียวยาในมาตรการที่ตนเลือกไปตอนแรกก่อนไม่ได้ นอกเสียจากว่าการให้เวลาเช่นนั้นจะก่อให้เกิดความไม่สะดวกอย่างมากแก่ผู้บริโภค[318]

ทั้งนี้ผู้บริโภคจะต้องใช้สิทธิเรียกให้ซ่อมแซมหรือเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัลภายในกำหนดระยะเวลา 6 ปี ในอังกฤษ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ และ 5 ปี ในสก็อตแลนด์ ซึ่งเป็นอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องในกรณีผิดสัญญาโดยทั่วไป โดยอายุความข้อนี้ให้ใช้กับสิทธิขอเงินคืนกรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิส่งมอบ สิทธิเรียกร้องให้ซ่อมแซมหรือชดใช้ค่าเสียหายกรณีเนื้อหา

---

[313] Section 43 (2) of Consumer Rights Act 2015

[314] Section 43 (5) of Consumer Rights Act 2015

[315] Section 43 (8) of Consumer Rights Act 2015

[316] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 45.

[317] *Ibid*, p. 45.

[318] Section 43 (6)-(7) of Consumer Rights Act 2015

ดิจิทัลทำให้เกิดความเสียหายแก่เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภค และสิทธิเรียกร้องให้ลดราคาที่จะกล่าวต่อไปด้วย[319]

2) สิทธิในการได้รับการลดราคา (Right to Price Reduction)

มาตรการเยียวยาในส่วนนี้เป็นมาตรการชั้นที่ 2 โดยจะนำมาใช้ก็ต่อเมื่อไม่อาจใช้มาตรการชั้นที่ 1 ได้ กล่าวคือจะนำมาตรการลดราคามาใช้ก็ต่อเมื่อการใช้มาตรการซ่อมแซมและเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัลนั้นเป็นการอันพ้นวิสัย หรือ ผู้บริโภคได้เรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจซ่อมแซมหรือเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัลแล้วแต่ปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ยอมซ่อมแซมหรือเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัลภายในเวลาอันสมควรหรือทำให้เกิดความไม่สะดวกอย่างมากแก่ผู้บริโภค[320] ดังนี้จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรการลดราคานั้นจะนำมาใช้ “หลังจาก” หรือใช้ “แทนที่” มาตรการซ่อมแซมหรือเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัลจึงได้ชื่อว่าเป็นมาตรการเยียวยาชั้นที่ 2[321]

สิทธิในการได้รับการลดราคานี้คือสิทธิในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้ประกอบธุรกิจลดราคาเนื้อหาดิจิทัลลงให้แก่ผู้บริโภคในจำนวนที่เหมาะสม ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในการได้รับเงินที่ได้ชำระให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจไปแล้วคืนในจำนวนที่มีสิทธิได้รับการลดราคาดังกล่าว[322] โดยจำนวนเงินที่ได้รับการลดราคานี้อาจเป็นเงินเต็มจำนวน เต็มราคาของเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้บริโภคได้จ่ายไปก็ได้ หากจำนวนเงินที่จะได้ลด หรือจำนวนเงินที่เหมาะสมนั้นท่วมราคาของเนื้อหาดิจิทัล[323]

สำหรับเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เป็นไปตามสัญญานั้น ผู้บริโภคมีสิทธิเก็บเอาไว้ได้ไม่จำต้องคืนหรือลบ โดยไม่กระทบกับสิทธิในการได้รับการลดราคาแต่อย่างใด ส่วนจำนวนเงินเท่าใดจึงจะถือเป็นจำนวนที่เหมาะสมที่ผู้บริโภคจะได้รับการลดราคา จำนวนเงินดังกล่าวควรเท่ากับส่วนต่างของมูลค่าเนื้อหาดิจิทัลที่มีความบกพร่องไม่เป็นไปตามสัญญา กับมูลค่าของเนื้อหาดิจิทัลที่ปราศจากข้อบกพร่องซึ่งเป็นเนื้อหาดิจิทัลที่มีคุณลักษณะอันพึงประสงค์ หากเนื้อหาดิจิทัลมีความบกพร่องเพียงบางส่วนจำนวนเงินที่เหมาะสมก็ย่อมเป็นไปตามส่วนที่บกพร่องนั้น ในขณะที่ถ้าเนื้อหาดิจิทัลนั้น

---

[319] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 40, 42.

[320] Section 44 (3) of Consumer Rights Act 2015

[321] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 46.

[322] Section 44 (1) of Consumer Rights Act 2015

[323] Section 44 (2) of Consumer Rights Act 2015

บกพร่องทั้งหมดจนไม่อาจใช้ได้เลยหรือไม่มีประโยชน์เลย ผู้บริโภคย่อมมีสิทธิได้รับเงินคืนเต็มจำนวน[324]

อย่างไรก็ดี จะต้องไม่สับสนระหว่างสิทธิในการได้รับการลดราคา (Right to Price Reduction) กับสิทธิในการขอเงินคืน (Right to Refund) ซึ่งถึงแม้จะมีความคล้ายคลึงกันในกรณีที่ได้รับการลดราคาเต็มจำนวนจนต้องคืนเงินทั้งหมด และไม่ต้องคืนหรือลบเนื้อหาดิจิทัล แต่สิทธิทั้งสองก็มีข้อแตกต่างที่สำคัญสองประการใหญ่ ๆ ข้อแรกคือ สิทธิในการได้รับการลดราคามีมูลมาจากการที่เนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามสัญญา คือขาดคุณลักษณะอันพึงประสงค์ของเนื้อหาดิจิทัล แต่สิทธิในการขอเงินคืนมีมูลมาจากกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่จะส่งมอบเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคได้ ส่วนข้อที่สองคือจำนวนเงินที่ผู้บริโภคจะได้รับตามสิทธิในการขอลดราคานั้นจะต้องเป็นจำนวนเงินที่เหมาะสมซึ่งอาจจะได้เงินคืนเพียงบางส่วนไม่ใช่จำนวนเงินทั้งหมดที่จ่ายไปเพื่อเนื้อหาดิจิทัลก็ได้ แต่สิทธิในการขอเงินคืนนั้นเป็นสิทธิในการขอเงินคืนเต็มจำนวน

จากการศึกษาในบทที่ 3 นี้ จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลของสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นั้น จะแบ่งออกได้เป็นสามกลุ่มใหญ่ ๆ คือ

1) กลุ่มกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลซึ่งมีที่มาจากข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรป อันได้แก่ ข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ของสหราชอาณาจักร และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในส่วนที่ว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค โดยในแง่ของการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลแล้วจะประกอบไปด้วยเนื้อหาสำคัญสามส่วนด้วยกัน คือ การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา และเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภค

2) กลุ่มกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลว่าด้วยมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีที่เนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานดังกล่าว ได้แก่พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักร และร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 ซึ่งมีความแตกต่างกันในเนื้อหาหลายประการ ซึ่งหลักกฎหมายในกลุ่มนี้จะรวมถึงหลักกฎหมายว่าด้วยการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้อาศัยสื่อที่จับต้องได้และความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีที่ไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ ความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่มีสิทธิในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

---

[324] Department for Business Innovation & Skills, **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**, p. 47-48.

และความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีที่เนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งนั้นทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย

3) กลุ่มกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลซึ่งมีที่มาจากข้อกำหนดว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค ของสหภาพยุโรป อันได้แก่ ข้อบังคับว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค ค.ศ. 1999 ของสหราชอาณาจักร และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในส่วนที่ว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค

โดยจะสังเกตได้ว่าหลักกฎหมายทั้งสามกลุ่มนี้เป็นการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลตั้งแต่ก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไปจนถึงหลังทำสัญญาอย่างครบวงจร

บทที่ 4
หลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลในประเทศไทย

หลังจากที่ได้ศึกษาหลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลในต่างประเทศ อันได้แก่ กฎหมายสหภาพยุโรปสหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาแล้ว จะเห็นได้ว่ามีการกล่าวถึงและรับรู้ถึงการมีอยู่ของ “เนื้อหาดิจิทัล” และออกแบบกฎหมายมาเพื่อใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลอย่างเป็นระบบ ในขณะที่หลักกฎหมายไทยที่กำลังจะศึกษาต่อไปนี้ ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายฉบับใดกล่าวถึงเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะเจาะจงเลย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค หรือกฎหมายในสาขาอื่น ๆ มีเพียงการกล่าวถึงเล็กน้อยเท่านั้นในพระราชบัญญัติสภาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2562 จึงอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล โดยเฉพาะ ดังนั้นในการศึกษาหลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลในประเทศไทยจะศึกษาถึงหลักกฎหมายไทยที่สามารถปรับใช้ได้กับการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลในฐานะเป็น “บทหลัก” ที่ใช้บังคับกับการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งบริโภค “สินค้า” และ “บริการ” ทั่ว ๆ ไป มิใช่ “บทเฉพาะ” ที่ใช้บังคับกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลเท่านั้น

กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคของไทยนั้นกระจัดกระจายออกเป็นหลายฉบับโดยอาจอยู่ในรูปของกฎหมายพิเศษอย่างพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายทั่วไปที่มีเนื้อหาบางตอนเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายลำดับรองอย่างประกาศของคณะกรรมการชุดต่าง ๆ แม้กระทั่งกฎหมายสูงสุดของประเทศคือรัฐธรรมนูญก็ได้ให้การรับรองสิทธิของผู้บริโภคเอาไว้ และยังรับรองให้รวมตัวกันจัดตั้งองค์กรของผู้บริโภคได้[325] ทั้งยังกำหนดหน้าที่ของรัฐให้จัดให้มีมาตรการหรือกลไกที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภคด้านต่าง ๆ[326] สำหรับกฎหมายที่จะใช้ในการศึกษาในบทนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 สำหรับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ จะนำมาศึกษาในฐานะเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็นการทั่วไป[327] ซึ่งมีมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคที่สำคัญในหลายด้าน เช่น ด้านการโฆษณา ด้านฉลาก และด้านสัญญา ส่วนพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงฯ จะนำมาศึกษาในฐานะที่เน้นในการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งบริโภคสินค้าจากการสื่อสารข้อมูล

---

[325] มาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560)

[326] มาตรา 60 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560)

[327] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 299.

ในรูปแบบ “ตลาดแบบตรง” ซึ่งก็คือการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง (Distance Contract) ที่เราได้ศึกษากันในบทที่แล้ว อันเป็นวิธีการทำตลาดที่แพร่หลายกันในการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั่นเอง

4.1 ความหมายและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล

ด้วยความที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติถึงเนื้อหาดิจิทัลอย่างเฉพาะเจาะจง ดังนั้น การกำหนดความหมายของเนื้อหาดิจิทัลตามกฎหมายจึงยังไม่มี การกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลก็ยังไม่มีเช่นกันในส่วนนี้ผู้เขียนจึงขอนำกฎหมายบางฉบับที่มีการกล่าวถึงคำว่า “ดิจิทัล” อยู่บ้าง มาศึกษาเพื่อพยายามทำความเข้าใจความหมายและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลเท่าที่จะพอทำได้

4.1.1 ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล

บทบัญญัติกฎหมายไทยที่ปรากฏการให้ความหมายคำว่า “ดิจิทัล” มีอยู่เพียง 4 ฉบับ เท่านั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม พ.ศ. 2560 พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 พระราชบัญญัติสภาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติการบริหารงานและการให้บริการภาครัฐผ่านระบบดิจิทัล พ.ศ. 2562 ซึ่งในเนื้อหาไม่มีส่วนใดเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลเลย

พระราชบัญญัติการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม พ.ศ. 2560 มีเนื้อหาหลักเป็นการวางแนวนโยบายในการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม และจัดตั้งองค์กรเพื่อรับผิดชอบภารกิจในการดังกล่าว โดยในพระราชบัญญัตินี้มีการให้ความหมายคำว่า “ดิจิทัล” ว่าหมายถึง “เทคโนโลยีที่ใช้วิธีการนำสัญลักษณ์ศูนย์และหนึ่งหรือสัญลักษณ์อื่นมาแทนค่าสิ่งทั้งปวง เพื่อใช้สร้าง หรือก่อให้เกิดระบบต่าง ๆ เพื่อให้มนุษย์ใช้ประโยชน์”[328]

ส่วนพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัล โดยให้ความหมาย “สินทรัพย์ดิจิทัล” ว่าหมายถึง “คริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล” จึงต้องพิจารณาบทนิยามศัพท์คำว่าคริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัลต่อไป ซึ่งพระราชกำหนดดังกล่าวให้ความหมายไว้ดังนี้

“คริปโทเคอร์เรนซี” หมายความว่า “หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีความประสงค์ที่จะใช้เป็นสื่อในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า

---

[328] มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม พ.ศ. 2560

บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล และให้หมายความรวมถึงหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด”

“โทเคนดิจิทัล” หมายความว่า “หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ (๑) กำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ (๒) กำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในข้อตกลงระหว่างผู้ออกและผู้ถือ และให้หมายความรวมถึงหน่วยแสดงสิทธิอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด”[329]

สำหรับพระราชบัญญัติสภาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2562 เป็นการจัดตั้งสภาที่เป็นการรวมตัวกันของภาคเอกชนในธุรกิจหรืออุตสาหกรรมดิจิทัล เพื่อวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนการผลิตและพัฒนานวัตกรรมดิจิทัล เมื่อพิจารณาบทนิยามศัพท์ในพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วจะพบว่ามีการนิยามคำว่า “ดิจิทัล” เอาไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม พ.ศ. 2560 ทุกประการ แต่ที่น่าสนใจคือมีการให้ความหมายคำว่า “ธุรกิจหรืออุตสาหกรรมดิจิทัล” ว่าหมายถึง “ธุรกิจหรืออุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับการผลิต การพัฒนา การจัดจำหน่าย หรือการให้บริการ ด้านฮาร์ดแวร์อิเล็กทรอนิกส์และส่วนประกอบด้านซอฟต์แวร์ ด้านบริการดิจิทัล ด้านดิจิทัลคอนเทนต์ หรือด้านบริการโครงสร้างพื้นฐานเพื่อการสื่อสารในระบบดิจิทัล ทั้งนี้ รายละเอียดให้เป็นตามที่กำหนดในข้อบังคับ”[330] จะเห็นได้ว่ามีการกล่าวถึงเนื้อหาดิจิทัล (โดยการทับศัพท์ว่าดิจิทัลคอนเทนต์) เป็นครั้งแรก แต่ก็ไม่ได้มีการให้ความหมายเอาไว้เลย อีกทั้งเนื้อหาของพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นการจัดตั้งองค์กรที่เป็นการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจหรืออุตสาหกรรมดิจิทัล จึงไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลแต่อย่างใด

นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติการบริหารงานและการให้บริการภาครัฐผ่านระบบดิจิทัล พ.ศ. 2562 ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีการบริหารงานและการจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบและช่องทางดิจิทัลโดยได้นิยามคำว่า “ดิจิทัล” ว่าหมายถึง เทคโนโลยีที่ใช้วิธีการนำสัญลักษณ์ศูนย์และหนึ่ง หรือสัญลักษณ์อื่นมาแทนค่าสิ่งทั้งปวง เพื่อใช้สร้างหรือก่อให้เกิดระบบต่าง ๆ เพื่อให้มนุษย์ใช้ประโยชน์ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติทั้ง 3 ฉบับก่อนหน้านี้

เมื่อพิจารณาความหมายของถ้อยคำข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่าถึงแม้กฎหมายไทยจะไม่ได้บัญญัติความหมายของคำว่า “เนื้อหาดิจิทัล” เอาไว้ แต่ก็มีการรับรู้ถึงความมีอยู่ของเทคโนโลยีดิจิทัลแล้ว ในฐานะเทคโนโลยีที่ใช้วิธีการนำสัญลักษณ์ศูนย์และหนึ่งหรือสัญลักษณ์อื่นมาแทนค่าสิ่งต่าง ๆ ประกอบกันเป็นหน่วยข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

---

[329] มาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561

[330] มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสภาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2562

นอกจากบทนิยามที่เกี่ยวข้องกับคำว่าดิจิทัลแล้ว ยังมีบทนิยามศัพท์คำอื่น ๆ ที่น่าสนใจ ดังนี้

1) “สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย[331]

ในข้อนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์จะให้หมายความถึงสินค้าที่เป็นสิ่งของ เป็นวัตถุมีรูปร่างสามารถจับต้องได้เท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล ไม่เป็นสิ่งของที่จับต้องได้ด้วย เว้นแต่กรณีเนื้อหาดิจิทัลที่ถูกบันทึกลงในสื่อเก็บข้อมูลที่มีรูปร่าง เช่น แผ่นซีดี นั้น ตัวแผ่นซีดีที่ใช้บรรจุเนื้อหาดิจิทัลย่อมอยู่ในความหมายของคำว่าสินค้าด้วย

2) “บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำการงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่นแต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน[332]

สำหรับคำว่าบริการนี้จะเห็นได้ว่าสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นมุ่งหมายจะให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงและใช้งานเนื้อหาดิจิทัลนั้นได้ตามความประสงค์ ซึ่งเป็นการให้สิทธิแก่ผู้บริโภค ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิสำหรับกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการอนุญาตให้เข้าถึงและใช้งานสำหรับกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว ดังนี้ คำว่าบริการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ จึงหมายรวมถึงบริการให้สิทธิในการเข้าถึงและใช้งานเนื้อหาดิจิทัลด้วย

3) “โฆษณา” หมายความถึงการกระทำการไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ให้ประชาชนเห็นหรือทราบข้อความ เพื่อประโยชน์ในทางการค้า[333]

การโฆษณานี้จะมีความสำคัญในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาที่จะได้กล่าวต่อไปและจะเกี่ยวข้องกับการสื่อสารข้อมูลไปยังผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ด้วย[334]

4) “ฉลาก” หมายความว่ารูป รอยประดิษฐ์ กระดาษหรือสิ่งอื่นใดที่ทำให้ปรากฏข้อความเกี่ยวกับสินค้าซึ่งแสดงไว้ที่สินค้าหรือภาชนะบรรจุหรือหีบห่อบรรจุสินค้า หรือสอดแทรกหรือรวมไว้กับสินค้าหรือภาชนะบรรจุหรือหีบห่อบรรจุสินค้า และหมายความรวมถึงเอกสารหรือคู่มือ

---

[331] มาตรา 3 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และมาตรา 3 วรรคสิบ แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[332] มาตรา 3 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และมาตรา 3 วรรคสิบเอ็ด แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[333] มาตรา 3 วรรคเก้า แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[334] ดูมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

สำหรับใช้ประกอบกับสินค้า ป้ายที่ติดตั้งหรือแสดงไว้ที่สินค้าหรือภาชนะบรรจุหรือหีบห่อบรรจุสินค้านั้น[335]

คำว่าฉลากนั้นจะมีความสำคัญในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านฉลาก แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่ามาตรการควบคุมฉลากนั้นมุ่งคุ้มครองในส่วนของสินค้าเท่านั้น เมื่อเนื้อหาดิจิทัลไม่ใช่สินค้าจึงไม่อาจควบคุมฉลากได้ อีกทั้งโดยลักษณะของเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้ถูกบรรจุลงบนสื่อที่จับต้องได้เป็นเพียงข้อมูลในรูปแบบดิจิทัลเท่านั้นจึงไม่อาจมีฉลากติดไว้ได้

5) “สัญญา” หมายความว่าความตกลงกันระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจเพื่อซื้อและขายสินค้าหรือให้และรับบริการ[336]

ในส่วนนี้ไม่มีปัญหาเพราะกินความรวมถึงสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคอยู่แล้ว เพราะสัญญาก็เป็นความตกลงในรูปแบบหนึ่งและเป็นการตกลงกันเพื่อให้หรือรับบริการ

6) “ตลาดแบบตรง”

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงฯ ได้ให้ความหมายของตลาดแบบตรงไว้ว่าการทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยตรงต่อผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางและมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น ส่วนการซื้อขายสินค้าหรือบริการโดยวิธีการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ถือว่าเป็นตลาดแบบตรง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง[337]

ที่ผ่านมามีปัญหาในการปรับใช้พระราชบัญญัตินี้อันเนื่องมาจากการตีความบทนิยามดังกล่าวก็คือกรณีชาวนาเสนอขายข้าวที่ตนเป็นผู้ปลูกด้วยตนเองโดยตรงผ่านอินเทอร์เน็ต มีนักกฎหมายบางท่านให้คำแนะนำแก่ประชาชนและชาวนาเหล่านั้นว่าเป็นการทำตลาดแบบตรงซึ่งต้องไปจดทะเบียนการประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงฯ แต่สำนักงานคณะกรรมคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) กลับออกเอกสารข่าวที่ 58/2559 ลงวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ. 2559 เรื่อง สคบ. ชี้แจงกรณีชาวนาขายข้าวออนไลน์ เผยแพร่ผ่าน Facebook “กองคุ้มครองผู้บริโภคด้านธุรกิจขายตรงและตลาดแบบตรง สคบ.” และในวันเดียวกัน นายพิฆเนศ ต๊ะปวง รองเลขาธิการและโฆษก สคบ. พร้อมด้วย นายสุวิทย์ วิจิตรโสภา ผู้อำนวยการสำนักแผนและการพัฒนาการคุ้มครองผู้บริโภคและรองโฆษก สคบ. ได้ชี้แจงแก่สื่อมวลชน ใจความว่า “... ความจริงการขายในลักษณะนี้

---

[335] มาตรา 3 วรรคสิบเอ็ด แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[336] มาตรา 3 วรรคสิบสอง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[337] มาตรา 3 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

หรือที่เรียกสั้น ๆ ว่าการขายแบบออนไลน์ ผู้ขายต้องให้ข้อมูลผู้บริโภคหรือคนที่เห็นสื่อนั้น ๆ สามารถตัดสินใจสั่งซื้อได้เลย โดยที่ไม่ต้องไปหาข้อมูลอื่น ๆ อีก เพื่อประกอบการตัดสินใจในการที่จะซื้อหรือไม่ซื้อ ถ้าหากผู้ขายให้ข้อมูลผู้บริโภคไม่ครบถ้วนและทำให้ไม่สามารถตัดสินใจซื้อได้ หรือทั้งสองฝ่ายยังคงต้องไปตกลงกันเกี่ยวกับเงื่อนไขการซื้อขาย ถือว่าสัญญายังไม่เกิดบนสื่อ สัญญาไปเกิดขึ้นภายหลัง แบบนี้ไม่ถือว่าเป็นการขายที่เข้าข่ายตลาดแบบตรงตาม พ.ร.บ.ขายตรงและตลาดแบบตรง ..."[338] ซึ่งด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวของ สคบ. เนื่องจากหากพิจารณาตามบทนิยามคำว่าตลาดแบบตรงแล้ว ไม่พบว่ามีความตอนใดให้ความสำคัญแก่ขั้นตอนการเกิดสัญญาว่าจะต้องเกิดขึ้นทันทีที่ผู้บริโภคตอบกลับไปยังผู้ประกอบธุรกิจ การไปตกลงกันเพิ่มเติมภายหลังจากมีการสื่อสารข้อมูลโดยผู้ประกอบธุรกิจแล้วไม่น่าจะเป็นสาระสำคัญให้ต้องพิจารณา เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์มุ่งเน้นการคุ้มครองผู้บริโภคอันเนื่องมาจาก "รูปแบบ" หรือ "วิธีการ" ของการเสนอขายสินค้าหรือบริการ โดยมุ่งไปที่การสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยตรงต่อผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางที่ผู้ประกอบธุรกิจ "มุ่งหวัง" ให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการเท่านั้นอันเนื่องมาจากข้อจำกัดของการที่ผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคอยู่ห่างกันโดยระยะทางที่ต้องสื่อสารกันผ่านทาง "สื่อ" ชนิดใดก็ได้เป็นตัวกลางในการสื่อสารกับผู้บริโภค เช่น อินเทอร์เน็ตในกรณีพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือ ไปรษณีย์ในกรณีขายสินค้าตามแคตตาล็อก (Catalog) บุคคลทั้งสองฝ่ายไม่ได้พบปะกันทางกายภาพเพื่อเจรจาต่อรองกันและผู้บริโภคไม่เคยเห็นและสัมผัสสินค้าและบริการของจริงด้วยตาตนเองมาก่อนอันอาจทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบจากการที่สินค้าหรือบริการไม่เป็นไปตามที่ผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาได้ ถึงแม้จะเจรจาต่อรองกันนานเพียงใดหากไม่ได้พบกัน ไม่ได้เห็นสินค้าและบริการ ผู้บริโภคก็ยังคงเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจอยู่ดี ทั้งหากเห็นตาม สคบ. อาจก่อให้เกิดผลประหลาดในการบังคับใช้กฎหมายได้ เช่น ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงรายหนึ่งเสนอขายสินค้าให้แก่นาย ก. นาย ข. และบุคคลทั่วไป นาย ก. ก็ตอบกลับไปว่าตกลงซื้อสินค้าทันที ทำให้สัญญาเกิดขึ้น แบบนี้เป็นตลาดแบบตรง ในขณะที่นาย ข. ตอบกลับไปว่าตนยังคงต้องการตกลงกับผู้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับเงื่อนไขการซื้อขายอยู่อีกทำให้สัญญายังไม่เกิด ต้องตอบโต้กันไปมาหลายครั้งสัญญาจึงจะเกิด แบบนี้กลายเป็นไม่ใช่ตลาดแบบตรง ทั้งที่เป็นการสื่อสารข้อมูลไปยังผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางด้วยวิธีการเดียวกัน สื่อเดียวกัน เสนอขายสินค้าชนิดเดียวกัน แต่กรณีหนึ่งเป็นตลาดแบบตรง อีกกรณีกลับไม่เป็นตลาดแบบตรง ซึ่งไม่สมเหตุสมผลเป็นอย่างยิ่ง และไม่น่าจะต้องด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง อีกทั้งในยุคข้อมูลข่าวสารเช่นนี้การที่ผู้บริโภคซึ่งรู้เท่าทันผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้หลงเชื่อเพียง

---

[338] **ผู้จัดการออนไลน์**, สคบ.ยันชาวนาโพสต์ขายข้าวออนไลน์ได้ ไม่ผิดกฎหมาย, ค้นวันที่ 11 กรกฎาคม 2560 จาก http://manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9590000108833

คำโฆษณา คำพรรณนาสรรพคุณของสินค้าและบริการจากฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจแต่เพียงเท่านั้น แต่ยังคงไปหาข้อมูลจากแหล่งอื่น ๆ เพื่อประกอบการตัดสินใจที่จะซื้อหรือไม่ซื้อสินค้าและบริการดังกล่าวนับเป็นเรื่องปกติ ไม่น่าจะเป็นสาระสำคัญของตลาดแบบตรงอีกเช่นกัน

นอกจากนี้ สคบ. ยังเห็นอีกว่า “... การที่ชาวนาโพสต์ขายข้าว เห็นว่าไม่มีลักษณะและเจตนาที่จะประกอบธุรกิจอย่างจริงจัง เป็นเพียงแค่การหาช่องทางระบายข้าวแบบเป็นครั้งคราว”[339] ในส่วนนี้ผู้เขียนก็ไม่เห็นพ้องด้วยอีกเช่นกันเนื่องจากในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงฯ ไม่ได้ให้ความหมายของผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงเอาไว้เป็นการเฉพาะว่าจะต้องประกอบธุรกิจเป็นปกติธุระ หรือเป็นอาจิณ ดังนี้ผู้ใดก็ตามเพียงแค่ทำการตลาดแบบตรงตามบทนิยามดังกล่าวก็มีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงซึ่งมีหน้าที่ต้องไปจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ โดยสรุปแล้วกรณีที่ชาวนาเสนอขายข้าวที่ตนเป็นผู้ปลูกด้วยตนเองโดยตรงผ่านอินเทอร์เน็ตนั้นต้องด้วยบทนิยามคำว่า “ตลาดแบบตรง” ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงฯ แล้วและมีหน้าที่ต้องกระทำการต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งอาจมีปัญหาว่าบทนิยามดังกล่าวให้ความหมายกว้างไปหรือไม่เพราะดูเหมือนว่าจะทำการค้าขายใด ๆ ผ่านสื่อยอดนิยมอย่างอินเทอร์เน็ตก็จะต้องไปจดทะเบียนให้ยุ่งยากไปเสียหมด

ด้วยปัญหาความกว้างของบทนิยามดังกล่าวจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “ตลาดแบบตรง” ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 เปิดช่องให้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดให้การซื้อขายสินค้าหรือบริการโดยวิธีการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ใดไม่ถือว่าเป็นตลาดแบบตรงก็ได้เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวนั่นเองซึ่งในปัจจุบันมีการร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการซื้อขายสินค้า หรือบริการโดยวิธีการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ถือว่าเป็นตลาดแบบตรง พ.ศ. .... โดยร่างกฎกระทรวงดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า การซื้อขายสินค้าหรือบริการโดยวิธีการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ดังต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็นตลาดแบบตรง (1) การขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทที่มีทุนจดทะเบียนต่ำกว่า 5 ล้านบาท (2) การขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการที่เป็นบุคคลธรรมดาที่มีรายได้จากการขายสินค้าหรือให้บริการต่ำกว่า 1.8 ล้านบาทต่อปี และ (3) การขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจที่จดทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม และวิสาหกิจชุมชนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน[340]

---

[339] **ผู้จัดการออนไลน์**, *เรื่องเดียวกัน*.

[340] The Power Network, **เคาน์ดาวน์ กม. ขายตรง 14 ก.ย. ดีเดย์พร้อมกันทั่ว ปท.**, ค้นวันที่ 11 ตุลาคม 2560 จาก http://www.thepowernetworknews.com/2017/09/04/เคาน์ดาวน์-กม-ขายตรง-14-ก-ย-ด/

อย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าการเสนอขายสินค้าโดยผ่านการสื่อสารข้อมูลทุกสื่อต่อผู้บริโภคที่อยู่ห่างโดยระยะทาง โดยมีข้อความที่ชัดเจนแน่นอนและผู้บริโภคตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าเป็นการทำธุรกิจตลาดแบบตรง แต่ถ้าข้อความโฆษณานั้นจะต้องให้ผู้ซื้อมาตกลงเพิ่มเติมนอกเหนือจากข้อความเดิม ดังนี้ เป็นการเสนอขายสินค้าที่มีการโฆษณาสินค้าตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา (พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522) มิใช่การทำธุรกิจตลาดแบบตรง[341] นักกฎหมายบางท่านก็เห็นว่าการซื้อขายสินค้าออนไลน์ที่ยังไม่มีการตกลงซื้อขายสินค้ากัน ณ เวลานั้น (ไม่ใช่สัญญาซื้อขายเสร็จเด็ดขาด) โดยผู้บริโภคสามารถขอดูสินค้าหรือต่อรองราคาก่อนได้ ไม่ใช่การประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงอันต้องอยู่ภายใต้บังคับหรือเชื่อมโยงกับกฎหมายว่าด้วยขายตรงและตลาดแบบตรง หากแต่มีลักษณะเป็นการซื้อขายสินค้าทั่วไปซึ่งอาศัยสื่อออนไลน์เท่านั้น[342]

4.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะ การพิจารณาขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคว่ามีมากน้อยเพียงใดนั้นจึงทำได้อย่างจำกัดเพียงเท่าที่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในปัจจุบันจะพอใช้บังคับได้

ปัญหาว่าในระบบกฎหมายไทยนั้นคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลเฉพาะกรณีที่ได้รับเนื้อหาดิจิทัลมาโดยเสียค่าตอบแทนหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากบทนิยามคำว่า “สินค้า” และคำว่า “บริการ” ที่ได้อธิบายไว้ก่อนหน้านี้ จะเห็นได้ว่า “สิ่งของที่ผลิตหรือมีไว้เพื่อขาย”[343] และ “การรับจัดทำการงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น ...” นั้น หมายถึงการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการกับค่าตอบแทนที่เป็นเงิน ที่น่าสนใจคือ “ผลประโยชน์อื่น” นั้นรวมถึงการแลกเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัลกับข้อมูลส่วนบุคคลในทำนองเดียวกันกับร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 หรือไม่ กรณีนี้

---

[341] ธีรวัฒน์ จันทรสมบูรณ์, **คำอธิบายและสาระสำคัญพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549), หน้า 8-9.

[342] ไพโรจน์ อาจรักษา, **คำอธิบายกฎหมายขายตรงและตลาดแบบตรง (ฉบับสมบูรณ์)**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2560), หน้า 146-149.

[343] มาตรา 3 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และมาตรา 3 วรรคเก้า แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 “ขาย” หมายความรวมถึง ให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือจัดหาให้ไม่ว่าด้วยประการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ตลอดจนการเสนอหรือการชักชวนเพื่อการดังกล่าวด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะหมายความรวมถึงข้อมูลส่วนบุคคลด้วย เพราะคำว่าผลประโยชน์นั้นมีความหมายกว้าง ซึ่งอาจจะเป็นผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินหรือไม่ก็ได้

ส่วนปัญหาว่าการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลในประเทศไทยนั้น จะครอบคลุมทั้งการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่บรรจุอยู่ในสื่อที่จับต้องได้ (Tangible Medium or Durable Medium) และผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้บรรจุลงในสื่อที่จับต้องได้ หรือไม่ จะเห็นได้ว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยที่สามารถปรับใช้กับผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลได้นั้นจะบัญญัติถึงการคุ้มครองผู้บริโภคที่ผู้บริโภคสินค้าและบริการ แต่ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลขึ้นมาต่างหาก ดังนั้นในการปรับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยกับผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล โดยเฉพาะพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ และพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงฯ จึงต้องแยกออกเป็น 2 กรณี คือ เนื้อหาดิจิทัลที่ถูกบรรจุหรือบันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้ จะต้องพิจารณาว่าเป็น “สินค้า” เนื่องจากบันทึกข้อมูลที่บันทึกเนื้อหาดิจิทัลเอาไว้มีลักษณะเป็นสิ่งของ การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในรูปแบบนี้ย่อมกระทำโดยส่งมอบสื่อบันทึกข้อมูลให้แก่ผู้บริโภค ส่วนเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยไม่ได้บรรจุลงในสื่อที่จับต้องได้ จะต้องพิจารณาว่าเป็น “บริการ” เนื่องจากเป็นการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคผ่านอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายโทรศัพท์มือถือ ไม่มีการส่งมอบสื่อบันทึกข้อมูลให้แก่ผู้บริโภคแต่อย่างใด จึงเป็นการให้สิทธิใด ๆ (สิทธิในการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัล) โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่น ตามความหมายในพระราชบัญญัติทั้งสอง

การคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้บรรจุลงในสื่อที่จับต้องได้นั้นจะมีความสัมพันธ์กันกับการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลระหว่างผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภคในลักษณะสัญญาระหว่างคู่สัญญาที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง (Distance Contract) กรณีนี้จำเป็นต้องพิจารณาพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับรูปแบบหรือวิธีการทำตลาดในการเสนอขายสินค้าหรือบริการที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากการเสนอขายสินค้าและบริการในรูปแบบทั่วไป เป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเฉพาะเรื่องที่มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคอันเนื่องมาจากรูปแบบหรือวิธีการทำการตลาดแบบใหม่ ๆ เพื่อตอบสนองพฤติกรรมการบริโภคของผู้บริโภคที่เปลี่ยนแปลงไป ในยุคปัจจุบันที่ผู้บริโภคต้องการความสะดวกสบายและรวดเร็วในการเข้าถึงสินค้าและบริการมากยิ่งขึ้น[344] ซึ่งมีข้อดีคือความสะดวก คล่องตัว และรวดเร็ว ทั้งยังทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบธุรกิจต่ำลงเนื่องจากไม่จำเป็นต้องมีหน้าร้าน หรือร้านแสดงและจำหน่ายสินค้าหรือบริการให้เป็นปกติธุระหรือเป็นการถาวร[345] โดยพระราชบัญญัตินี้จะประกอบไปด้วยบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคจากการประกอบธุรกิจโดยรูปแบบการขายตรงและตลาดแบบ

---

[344] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 144.

[345] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 145.

ตรง ซึ่งผู้เขียนจะศึกษาเพียงการทำตลาดแบบตรงเท่านั้นเพราะในการเสนอเนื้อหาดิจิทัลแก่ผู้บริโภคนั้นผู้ประกอบธุรกิจจะใช้วิธีการทำตลาดแบบตรงแทบทั้งสิ้น

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 นั้น เมื่อพิจารณาตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแล้วจะพบว่ามีการให้เหตุผลว่าตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นมาเนื่องจากมีการประกอบธุรกิจจำหน่ายสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยตรงต่อผู้บริโภค เช่น โดยอาศัยสื่อสิ่งพิมพ์และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยมุ่งหวังให้ผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางแสดงเจตนาตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการ (การทำตลาดแบบตรง) อาจทำให้ผู้บริโภคประสบปัญหาสินค้าและบริการไม่ตรงกับคำกล่าวอ้างตามที่ได้โฆษณาไว้ การทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการขายแบบเชิงรุกเช่นนี้ ทำให้ประชาชนโดยทั่วไปในฐานะผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคม

นอกจากเหตุผลตามหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแล้ว เหตุผลที่ควรคุ้มครองผู้บริโภคที่ทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงนั้นก็เนื่องมาจากลักษณะเฉพาะของตลาดแบบตรงนี่เองที่เป็นการเสนอขายสินค้าหรือบริการแก่ผู้อยู่ห่างโดยระยะทาง (Distance Contract) และเข้าถึงผู้บริโภคที่หลากหลายและเป็นจำนวนมากได้ในครั้งเดียว ไม่ว่าจะเป็นผู้เยาว์ หรือผู้สูงอายุ และไม่ว่าจะมีความรู้มีการศึกษาดีหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำการตลาดโดยวิธีตลาดแบบตรงผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์หรือ อินเทอร์เน็ต หรือสื่อออนไลน์ต่าง ๆ โดยการสื่อสารข้อมูลผ่านสื่อเช่นนี้โดยไม่ต้องมีคนกลางเป็นตัวแทนจำหน่าย ผู้บริโภคย่อมไม่ได้เห็นหรือไม่ได้จับต้องสินค้าโดยตรงในทันที ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบได้ว่าสินค้านั้นมีลักษณะ คุณภาพ หรือคุณสมบัติตามที่ผู้ประกอบธุรกิจระบุไว้ในข้อมูลที่สื่อสารกับผู้บริโภคจริงหรือไม่ อย่างไร ผู้บริโภคจึงจำต้องยึดถือข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจระบุไว้ในการสื่อสารเป็นสำคัญ นอกจากนี้ในการตอบกลับซื้อสินค้าหรือบริการไปยังผู้ประกอบธุรกิจผู้บริโภคยังจะต้องชำระราคาแก่ผู้ประกอบธุรกิจไปก่อนที่ตนจะได้รับสินค้าหรือรับบริการที่ตนซื้ออีกด้วย ผู้บริโภคย่อมไม่อาจทราบได้อย่างแน่ชัดว่าตนจะได้รับสินค้าหรือบริการนั้นจากผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่ และสินค้าหรือบริการที่จะได้รับนั้นจะตรงกับที่ตนได้เลือกซื้อไว้หรือไม่ อย่างไร บ่อยครั้งที่ผู้บริโภคไม่ได้รับสินค้าหรือบริการเลย บางครั้งก็สั่งสินค้าอย่างหนึ่ง แต่กลับได้รับสินค้าอีกอย่างหนึ่ง และเมื่อติดต่อกลับไปยังผู้ประกอบธุรกิจกลับได้รับการบ่ายเบี่ยงหรือที่ร้ายที่สุดคือไม่สามารถติดต่อได้เลย[346]

ความเสี่ยงที่จะเกิดปัญหาเช่นนี้ยิ่งมากขึ้นไปอีกเพราะผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงมักให้ข้อเสนอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งราคาสินค้าหรือบริการที่ต่ำมากเมื่อเทียบกับการเสนอขายสินค้า

---

[346] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 147, 149.

หรือบริการในท้องตลาดทั่วไป หรือการเสนอผลตอบแทนพิเศษให้แก่ผู้สั่งซื้อสินค้าหรือบริการ ตลอดจนกลยุทธ์ลด แลก แจก แถมทั้งหลาย เพื่อชักจูงให้ผู้บริโภคเกิดความสนใจและตกลงใจซื้อสินค้าหรือรับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ[347] คิดในแง่ดีอาจเป็นเพราะต้นทุนที่ต่ำเนื่องจากไม่ต้องมีหน้าร้าน แต่หากผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้ที่ค้าขายอย่างไม่สุจริต ไม่ตรงไปตรงมา ผู้บริโภคอาจจะได้รับสินค้าหรือบริการที่ไม่มีคุณภาพ หรืออาจจะไม่ได้รับสินค้าหรือบริการนั้น ๆ เลย ประกอบกับการติดต่อสื่อสารผ่านอินเทอร์เน็ต หรืออุปกรณ์สมาร์ทโฟน ที่สะดวกและแพร่หลายอยู่มากในปัจจุบันอาจเป็นปัจจัยหนึ่งที่เพิ่มจำนวน “ผู้เสียหาย” ให้มากขึ้นเป็นเงาตามตัว ดังนั้นในการคุ้มครองผู้บริโภคจะต้องเน้นไปที่การได้รับข้อมูลจากผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องมีรายละเอียดเพียงพอสำหรับการตัดสินใจเข้าทำสัญญาของผู้บริโภค ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป[348]

4.2 การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจะเน้นไปที่การให้ข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญาอันเป็นไปตามสิทธิของผู้บริโภคซึ่งเป็นการควบคุมข้อความและวิธีการในการโฆษณาหรือสื่อสารข้อมูลไปยังผู้บริโภค รวมถึงการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องไปจดทะเบียนประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง อันเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้บริโภคสามารถตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับตัวผู้ประกอบธุรกิจก่อนเข้าทำสัญญาได้อีกด้วย

4.2.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จะสังเกตได้ว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายในเชิงป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค[349] มุ่งเน้นการคุ้มครองก่อนที่สัญญาจะเกิดเป็นสำคัญ[350] โดยการคุ้มครองผู้บริโภคโดยการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจะประกอบไปด้วยมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา และมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านฉลาก ดังนี้

1) การคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณา

ดังที่ปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่า “... ในปัจจุบันนี้การเสนอสินค้าและบริการต่าง ๆ ต่อประชาชนนับวันแต่จะเพิ่มมากขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจการค้าและผู้ที่ประกอบธุรกิจ

---

[347] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 148.

[348] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 164.

[349] สุษม ศุภนิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 265.

[350] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 489.

โฆษณาได้นำวิชาการในทางการตลาดและทางการโฆษณามาใช้ในการส่งเสริมการขายสินค้าและบริการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ เพราะผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่ทราบภาวะตลาด และความจริงเกี่ยวกับคุณภาพและราคาของสินค้าและบริการต่าง ๆ ได้อย่างถูกต้องทันท่วงที ...” จะเห็นได้ถึงอิทธิพลของการโฆษณาที่ทรงพลังอย่างมากในโลกไร้พรมแดนเช่นในปัจจุบันที่ผู้บริโภคแทบไม่มีทางหนีให้พ้นจากการโฆษณาไปได้เลยตั้งแต่ตื่นจนถึงเข้านอน อินเทอร์เน็ตและสื่อสังคมออนไลน์กลายเป็นเครื่องมือที่ช่วยให้การโฆษณากระจายไปได้ง่ายขึ้น เร็วขึ้น ไกลขึ้น แต่มีค่าใช้จ่ายต่ำลง การโฆษณาในช่องทางอื่นก็ต้องปรับตัวเองเช่น การทำ Product Tie-In ในละครหรือภาพยนตร์ ซึ่งจะยิ่งทำให้ผู้บริโภคสับสนในคุณภาพ ที่มา แหล่งผลิต ปริมาณของ และรายละเอียดอื่น ๆ ของสินค้าได้ง่ายขึ้น จึงมีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจการค้ารวมถึงผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค อย่างไรก็ดีมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่ามาตรการควบคุมการโฆษณานี้ นอกจากจะเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้รับข่าวสารที่เป็นจริงแล้ว แต่ยังเป็นการขจัดการกระทำที่ไม่เป็นธรรมทางการค้าไปพร้อม ๆ กัน ซึ่งหมายถึงการโฆษณาที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่คู่แข่งทางการค้าอันจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคด้วย คือทำให้ผู้บริโภคหลงผิดจนสูญเสียอิสระในการเลือกหาสินค้าและบริการจากผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่เป็นคู่แข่งทางการค้า เพียงแต่แนวคิดนี้ไม่ได้ปรากฏชัดเจนในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคเท่านั้น[351]

มาตรการควบคุมการโฆษณาตามพระราชบัญญัตินี้ได้แก่ การควบคุมคำหรือข้อความที่ใช้ในการโฆษณา โดยห้ามใช้ข้อความที่เป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือข้อความที่อาจก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมเป็นส่วนรวม เช่น ข้อความที่เป็นเท็จหรือเกินความจริง[352] และวิธีการโฆษณาจะต้องไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ร่างกาย หรือจิตใจ หรืออาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภค[353] ซึ่งคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณามีอำนาจควบคุมให้เป็นไปตามบทบัญญัติเหล่านี้ โดยการออกคำสั่งให้กระทำการ หรือห้ามกระทำการอย่างใด ๆ เกี่ยวกับข้อความหรือวิธีการโฆษณา หรือวิธีการอื่น ๆ[354] หากผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาฝ่าฝืนจะต้องรับผิดทางอาญา[355]

โดยมาตรการควบคุมการโฆษณานี้ผู้เขียนเห็นว่ายังคงมีความสำคัญและจำเป็นในการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล ซึ่งมักจะตัดสินใจซื้อเนื้อหาดิจิทัล เนื่องจากการรับสื่อโฆษณาที่ปรากฏ

---

[351] สุษม ศุภนิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 170-171.

[352] มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[353] มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[354] มาตรา 24 ถึง มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[355] มาตรา 47 ถึง มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

ในอินเทอร์เน็ตหรือสื่ออื่น ๆ ที่มีความสะดวกรวดเร็ว หากใช้มาตรการเหล่านี้อย่างมีประสิทธิภาพจะช่วยผู้บริโภคให้รับข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้องและเพียงพอได้อย่างมีประสิทธิผล

2) การคุ้มครองผู้บริโภคด้านฉลาก

มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านฉลากนี้จะใช้บังคับกับสินค้าที่ควบคุมฉลาก อันได้แก่ สินค้าที่ผลิตเพื่อขายโดยโรงงานและสินค้าที่สั่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย[356] โดยเคยกล่าวไว้แล้วว่าเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้นั้นไม่ต้องด้วยบทนิยามว่าด้วยสินค้าอันเป็นวัตถุแห่งมาตรการควบคุมฉลาก ดังนี้มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านฉลากอันได้แก่การกำหนดลักษณะของฉลาก[357] การควบคุมโดยคณะกรรมการว่าด้วยฉลาก[358] และการกำหนดโทษทางอาญาของผู้ประกอบธุรกิจรวมถึงผู้รับจ้างทำฉลากที่ฝ่าฝืน[359] จึงไม่อาจใช้บังคับกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้ ในทางกลับกัน หากเป็นเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้ ก็อาจสามารถนำมาตรการควบคุมฉลากมาใช้บังคับได้หากสื่อที่ใช้บันทึกหรือบรรจุข้อมูลเนื้อหาดิจิทัลนั้นผลิตเพื่อขายโดยโรงงานหรือสั่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย

นอกจากการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แล้ว ยังมีบทบัญญัติว่าด้วยการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญาตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 อยู่อีก ดังต่อไปนี้

1) การกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงจดทะเบียนการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง

การจะประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงนั้นจะต้องมีการจดทะเบียนการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงฯ เสียก่อน[360] โดยจะต้องยื่นคำขอต่อนายทะเบียนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการขายตรงและตลาดแบบตรงประกาศกำหนด[361] หากมีผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงโดยมิได้จดทะเบียนคือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติเหล่านี้ย่อมต้องรับโทษทางอาญาซึ่งนอกจากโทษที่จะได้รับตามปกติแล้วยังมีโทษปรับรายวัน (Day Fine) ที่ต้องจ่ายตลอดเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ด้วย[362]

---

[356] มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[357] มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[358] มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[359] มาตรา 52 ถึง มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[360] มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[361] มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[362] มาตรา 51/1 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

มาตรการนี้จะช่วยในการคุ้มครองผู้บริโภคในแง่ที่ว่าผู้บริโภคจะได้ทราบถึงข้อมูลและรายละเอียดต่าง ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงได้โดยการตรวจสอบผ่านทางระบบทะเบียนซึ่งจะช่วยลดข้อเสียเปรียบของผู้บริโภคที่จะต้องติดต่อกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางให้สามารถที่จะทราบข้อมูลของผู้ประกอบธุรกิจได้ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยแต่เพียงข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจมอบให้กับผู้บริโภคแต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งอาจเป็นเพียงคำอวดอ้างที่ไม่ตรงกับความจริง เพราะส่วนใหญ่แล้วผู้บริโภคมักจะไม่เคยรู้จักกับผู้ประกอบธุรกิจมาก่อน ไม่เคยซื้อขายกันมาก่อน ผู้ประกอบธุรกิจเองก็อาจจะไม่มีชื่อเสียง และอาจจะดูไม่น่าเชื่อถือ

2) มาตรการในการควบคุมข้อความในการสื่อสารข้อมูล

มาตรการในการควบคุมข้อความในการสื่อสารข้อมูลซึ่งจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง[363] ซึ่งในปัจจุบันยังมิได้มีการตรากฎกระทรวงในเรื่องนี้ขึ้นใช้บังคับแต่อย่างใด[364] ทำให้ไม่สามารถควบคุมข้อความในการสื่อสารข้อมูลได้ตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้ จึงสมควรจะตรากฎกระทรวงออกมาใช้บังคับให้เร็วที่สุด

อีกประการหนึ่งคือการให้นำบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณามาใช้บังคับแก่การสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงด้วยโดยอนุโลม โดยให้ถือว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรี และให้ถือว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการขายตรงและตลาดแบบตรง[365] จึงสามารถนำมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคเหล่านั้นมาปรับใช้ได้ ซึ่งมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ นั้นผู้เขียนได้กล่าวถึงอย่างละเอียดไปแล้วจะไม่ขอกล่าวซ้ำในที่นี้อีก แต่จะขอตั้งข้อสังเกตถึงความแตกต่างระหว่าง “การสื่อสารข้อมูล” ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงฯ กับ “การโฆษณา” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคคือการโฆษณาตามบทนิยามที่ผู้เขียนได้เคยกล่าวถึงไปนั้น[366] แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์สุดท้าย (Purpose) คือเพื่อประโยชน์ในทางการค้า แต่วัตถุประสงค์เริ่มต้น (Motivation) ในการโฆษณาคือการใช้ข้อความเพื่อการชักชวน โน้มน้าวจิตใจให้ได้มากที่สุดเพื่อให้ผู้เห็นข้อความเกิดความสนใจมาซื้อสินค้าหรือรับบริการของตน ข้อความที่ให้เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการจึงมีการคัดเลือก

---

[363] มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[364] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 158.

[365] มาตรา 29 ประกอบมาตรา 3 วรรคท้าย และมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[366] มาตรา 3 วรรคเก้า แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

นำเสนอข้อมูลบางส่วนที่ดี ที่น่าสนใจ แต่ลักษณะของข้อความในการสื่อสารเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงที่กฎหมายต้องการเข้าควบคุมต้องเป็นข้อมูลที่สำคัญละเอียดมากกว่าข้อมูลของการโฆษณา กล่าวคือต้องเป็นข้อความที่มีข้อมูลในปริมาณที่ถูกต้องและเพียงพอที่จะผูกมัดให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติตามสัญญาที่จะเกิดขึ้นได้อย่างสมบูรณ์ (เพราะผู้บริโภคอาจตอบรับตามการสื่อสารข้อมูลนั้น ทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ทันที) ดังนั้นการนำหลักเกณฑ์ของการโฆษณามาใช้คงเป็นการปรับใช้เพียงพื้นฐานความถูกต้อง เป็นจริง ไม่หลอกลวงให้สำคัญผิด แต่ในแง่ปริมาณของข้อความ ข้อมูลที่ต้องให้คงต้องมีการกำหนดและพิจารณาความชัดเจนในลักษณะของข้อความในการสื่อสารเพื่อเสนอขายนั้นจะต้องมีลักษณะที่จะก่อความผูกพันทางหนี้ของคู่สัญญาที่ชัดเจนเพิ่มเติม[367]

4.2.2 มาตรการควบคุมสัญญา

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการควบคุมสัญญาเอาไว้ แต่การจะใช้มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาได้นั้นจะต้องปรากฏว่าธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาเสียก่อน โดยจะต้องปรากฏว่าสัญญาซื้อขายหรือให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ และคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะต้องประกาศให้ธุรกิจนั้น ๆ เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาด้วย[368] ซึ่งได้เคยมีความพยายามในการแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ คือร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....[369] โดยร่างฯ ฉบับนี้มีมาตรา 20 ที่แก้ไขมาตรา 35 ทวิ ของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ให้สัญญาที่ต้องถูกควบคุมรวมถึงสัญญาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเห็นว่าจะเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคเป็นส่วนรวมด้วย หมายความว่า หากร่างฯ นี้มีผลใช้บังคับก็ไม่จำเป็นที่ธุรกิจควบคุมสัญญาจะต้องเป็นกรณีสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสืออีกต่อไป

มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญานี้ ประกอบไปด้วย มาตรการควบคุมสัญญา มาตรการควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน สำหรับมาตรการควบคุมสัญญานั้นเป็นมาตรการที่กำหนดให้

---

[367] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 168.

[368] มาตรา 35 ทวิ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[369] ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ฉบับที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหลักการเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2560 โดยสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้เผยแพร่เพื่อรับฟังความคิดเห็นเป็นเวลา 15 วัน ตั้งแต่วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2560 ถึง วันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2560, ค้นวันที่ 18 มิถุนายน 2560 จาก http://www.ocpb.go.th/ewtadmin/ewt/OCPB_WEB/download/pdf/ร่างพรบคุ้มครองผู้บริโภค%20170560.pdf

ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ที่สำคัญ 2 ประการ คือหน้าที่จัดทำสัญญาให้เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ กำหนด และหน้าที่ส่งมอบสัญญาให้แก่ผู้บริโภค[370]

หน้าที่จัดทำสัญญาให้เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ กำหนดนั้นได้แก่ หน้าที่ในการใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร และหน้าที่ในการห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค[371] ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียด หรือแม้กระทั่งแบบแห่งสัญญาตามที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะประกาศกำหนดเป็นเรื่อง ๆ ไป[372]

ผลหากผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนหน้าที่จัดทำสัญญาให้เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ กำหนดก็คือ เมื่อคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้การประกอบธุรกิจที่ควบคุมข้อสัญญาต้องใช้ข้อสัญญาใด หรือต้องใช้ข้อสัญญาใดโดยมีเงื่อนไขในการใช้ข้อสัญญานั้นด้วย แต่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ใช้ข้อสัญญานั้นหรือใช้แต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไข ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาดังกล่าวหรือใช้ข้อสัญญาดังกล่าวตามเงื่อนไขนั้นแล้ว[373] หรือในกรณีที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องไม่ใช้ข้อสัญญาใด แต่ผู้ประกอบธุรกิจยังขืนใช้ข้อสัญญาดังกล่าว ให้ถือว่าสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้น[374] ซึ่งผลของสัญญาเช่นว่านี้เรียกว่าเป็นการเสริมสัญญาด้วยบทบัญญัติของกฎหมายนั่นเอง[375]

นอกจากจะควบคุมข้อสัญญาและแบบแห่งสัญญาแล้ว มาตรการควบคุมสัญญายังรวมถึงหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจในการส่งมอบสัญญาให้แก่ผู้บริโภคด้วย[376] หากผู้ประกอบธุรกิจที่ทำผิดหน้าที่ในการส่งมอบสัญญาให้แก่ผู้บริโภค รวมถึงหน้าที่ในการส่งมอบหลักฐานการรับเงินจะต้องรับโทษทางอาญา[377]

หน้าที่ในการส่งมอบหลักฐานการรับเงินนั้นเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการควบคุมหลักฐานการรับเงิน ซึ่งคณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้ธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ๆ

---

[370] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 87.

[371] มาตรา 35 ทวิ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[372] มาตรา 35 ทวิ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[373] มาตรา 35 ตรี แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[374] มาตรา 35 จัตวา แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[375] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 497.

[376] มาตรา 35 อัฏฐ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[377] มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

เป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงินได้[378] ซึ่งมาตรการในการควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงินเป็นการกำหนดมาตรการเสริมที่ใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาสำหรับธุรกิจที่ไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือ กรณีนี้จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าสัญญานั้น ๆ มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือปกติประเพณีทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด[379]

เมื่อพิจารณามาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาดังกล่าวมานี้แล้วพบว่าเป็นมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคที่เหมาะสมกับการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลในระดับหนึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 โดยการกำหนดให้ธุรกิจการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาจะทำให้คณะกรรมการสามารถวางหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในข้อสัญญาหรือแม้กระทั่งแบบให้เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลได้ การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องส่งมอบสัญญาให้แก่ผู้บริโภครวมถึงหลักฐานการรับเงิน โดยอาจส่งมอบในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือกระดาษก็ได้ จะเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลอย่างมากในแง่ที่นำมาใช้เป็นหลักฐานในการต่อสู้คดีเมื่อมีข้อพิพาทได้[380] แต่ปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดให้การทำธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาแต่อย่างใด

4.3 การคุ้มครองผู้บริโภคหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

จากการศึกษาพบว่ามาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในช่วงหลังจากที่ผู้บริโภคทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไปแล้ว ทั้งนี้ เนื่องจากในช่วงก่อนทำสัญญาผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคยังไม่มีสิทธิหน้าที่ใด ๆ ต่อกัน อย่างมากก็เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลที่ถูกต้องครบถ้วน หรือทำสัญญาตามแบบหรือมีรายละเอียดตามที่รัฐกำหนดไว้ (มาตรการควบคุมสัญญา) ซึ่งผู้บริโภคสามารถตรวจสอบแล้วพิจารณาได้ว่าจะเข้าทำสัญญาด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ความเสียหายยังไม่เกิดขึ้นกับผู้บริโภค ดังนี้การคุ้มครองผู้บริโภคหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลส่วนใหญ่จึงจะเป็นมาตรการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้บริโภค ดังรายละเอียดต่อไปนี้

---

[378] มาตรา 35 เบญจ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[379] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 110-111.

[380] มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

4.3.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา

นอกจากการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญาแล้ว พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ยังมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญาอยู่อีก โดยมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคในส่วนนี้ก็คือการที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงมีหน้าที่ต้องจัดทำเอกสารการซื้อขายสินค้าหรือบริการและส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคพร้อมกับสินค้าหรือบริการ โดยเอกสารการซื้อขายนี้จะต้องมีข้อความเป็นภาษาไทยที่อ่านเข้าใจง่าย โดยระบุชื่อผู้ซื้อและผู้ขาย วันที่ซื้อขาย และวันที่ส่งมอบสินค้าหรือบริการ รวมทั้งสิทธิของผู้บริโภคในการเลิกสัญญาซึ่งสิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวต้องกำหนดด้วยตัวอักษรที่เห็นเด่นชัดกว่าข้อความทั่วไป[381] โดยคณะกรรมการขายตรงและตลาดแบบตรงมีอำนาจกำหนดรายละเอียดในเอกสารการซื้อขายสินค้าหรือบริการข้างต้น โดยถือเอาราคาสินค้าหรือบริการที่ผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองและประเภทสินค้าหรือบริการเป็นสำคัญ และกฎหมายก็ยังกำหนดรายการที่อย่างน้อยต้องมีอยู่ในเอกสารการซื้อขายดังกล่าวด้วย เช่น วิธีการเลิกสัญญา วิธีการคืนสินค้า การรับประกันสินค้า[382] ในส่วนนี้เป็นการกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับรู้ถึงสิทธิหน้าที่ความรับผิดของตนเมื่อตนซื้อสินค้าหรือบริการนั้น ๆ

หากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงฝ่าฝืนหน้าที่ในส่วนนี้ ผลที่จะเกิดขึ้นกับตัวผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงก็คือ ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงที่ไม่จัดทำหรือส่งมอบเอกสารการซื้อขายสินค้าหรือบริการหรือจัดทำและส่งมอบแต่เนื้อหาไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องรับโทษทางอาญา[383] และในกรณีที่จัดทำเอกสารที่มีข้อความเป็นเท็จก็ต้องรับโทษทางอาญาเช่นกัน[384]

ส่วนผลที่จะเกิดขึ้นในความเกี่ยวพันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงกับผู้บริโภคก็คือการซื้อขายสินค้าหรือบริการนั้นไม่มีผลผูกพันผู้บริโภค[385] ซึ่งการไม่มีผลผูกพันผู้บริโภคนี้เท่ากับว่าไม่มีสัญญาซื้อขายเกิดขึ้น สัญญาที่ทำขึ้นนั้นเสียเปล่าอันมีผลเท่ากับการเป็นโมฆะ[386] อย่างไรก็ตามมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าการซื้อขายสินค้าหรือบริการนั้นจะไม่มีผลผูกพันผู้บริโภคจนกว่าจะมีการส่งมอบเอกสารการซื้อขายให้แก่ผู้บริโภค ไม่ใช่ว่าตกเป็นโมฆะเสียทีเดียว ต่อมาภายหลังเมื่อมีการส่งมอบเอกสารแล้วคู่สัญญาก็ผูกพันกันตามสัญญาซื้อขายตามปกติ และเมื่อนั้นระยะเวลาที่ผู้บริโภคจะ

---

[381] มาตรา 30 วรรคสอง และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[382] มาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[383] มาตรา 51/2 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[384] มาตรา 51/3 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[385] มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[386] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 169.

สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ภายใน 7 วันก็จะเริ่มนับ โดยเริ่มนับจากวันที่ผู้บริโภคได้รับเอกสารการซื้อขายสินค้าหรือบริการ โดยไม่จำต้องคำนึงว่ามีการส่งมอบสินค้าหรือให้บริการแก่ผู้บริโภคไปแล้วหรือไม่[387] ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายหลังนี้มากกว่า เพราะหากกฎหมายต้องการให้สัญญาซื้อขายมีผลเป็นโมฆะก็คงจะบัญญัติเอาไว้เช่นนั้นอย่างชัดแจ้งแล้ว การที่กฎหมายเลือกใช้คำว่าการซื้อขายไม่มีผลผูกพันผู้บริโภคย่อมจะต้องให้ความหมายที่แตกต่าง และการตีความกฎหมายเช่นนี้จะให้ผลที่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคด้วยคือเป็นการยืดเวลาในการใช้สิทธิเลิกสัญญาของผู้บริโภคออกไปให้ได้มีเวลาไตร่ตรองมากขึ้นและจะได้พิจารณาเพิ่มเติมจากเอกสารการซื้อขายที่ได้รับมาภายหลังด้วยและการคืนสินค้าก็สามารถใช้สิทธิพิเศษในการเลือกวิธีการคืนได้[388] ทั้งยังเป็นการลงโทษผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงไปในตัว ที่ไม่ยอมจัดทำและส่งมอบเอกสารดังกล่าว แทนที่จะตีความให้สัญญาซื้อขายตกเป็นโมฆะซึ่งอาจจะส่งผลเสียต่อผู้บริโภคที่ยังคงต้องการจะผูกพันตามสัญญาและจะต้องคืนทรัพย์ตามหลักกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้[389] ทำให้ไม่สามารถใช้สิทธิพิเศษในการเลือกวิธีการคืนสินค้าได้ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงฯ ได้

นอกจากนี้สิทธิในการได้รับข้อมูลของผู้บริโภครวมถึงสิทธิในการทราบถึงคำรับประกันสินค้าหรือบริการที่ถูกต้องครบถ้วนด้วย โดยพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงจัดทำคำรับประกันสินค้าหรือบริการเป็นภาษาไทยและระบุถึงสิทธิของผู้บริโภคในการเรียกร้องสิทธิตามคำรับประกันที่ชัดเจนและสามารถเข้าใจได้ถึงเงื่อนไขที่ระบุไว้ทั้งยังต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับคำรับประกันสินค้าหรือบริการตามที่คณะกรรมการขายตรงและตลาดแบบตรงประกาศกำหนดด้วย[390] โดยจะคล้ายคลึงกับมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องส่งมอบสัญญารับประกันให้แก่ผู้บริโภคในลักษณะเดียวกัน[391]

นอกจากนี้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ยังกำหนดให้กรณีธุรกิจควบคุมสัญญาผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญาหรือมีข้อสัญญาและแบบถูกต้องตามมาตรา ๓๕ ทวิให้แก่ผู้บริโภคภายในระยะเวลาที่เป็นทางปฏิบัติตามปกติสำหรับการประกอบธุรกิจประเภทนั้น ๆ หรือภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดอีกด้วย หากไม่ส่งมอบจะต้องรับโทษทาง

---

[387] ธีรวัฒน์ จันทรสมบูรณ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 58-59.

[388] มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[389] มาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[390] มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[391] มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 และมาตรา 35 สัตต แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

อาญา[392] แต่ในปัจจุบันยังไม่มีการกำหนดให้การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นธุรกิจควบคุมสัญญา จึงไม่อาจนำบทบัญญัติในส่วนนี้มาใช้บังคับกับกรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้

4.3.2 การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้

ปัจจุบันยังไม่พบกฎหมายไทยฉบับใดที่บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ความสมบูรณ์ในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและผลทางกฎหมายกรณีจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไม่สำเร็จเอาไว้โดยเฉพาะที่จะพอปรับใช้ได้คงมีเฉพาะกรณีจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่บันทึกลงบนสื่อที่จับต้องได้ ซึ่งจัดเป็นสัญญาซื้อขาย การจัดส่งหรือส่งมอบเนื้อหาดิจิทัลย่อมสำเร็จลงเมื่อสื่อในการบันทึกข้อมูลตกอยู่ในเงื้อมมือของผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ซื้อ[393] ส่วนกรณีการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลผ่านระบบอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ ยังคงขาดความชัดเจนว่าจะถือว่าจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลสำเร็จในขั้นตอนใด เนื่องจากมีความซับซ้อนทางเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง

สำหรับผลทางกฎหมายกรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้สำเร็จ กล่าวคือผู้บริโภคไม่สามารถเข้าถึงเพื่อใช้งานเนื้อหาดิจิทัลได้นั้น คงต้องปรับใช้บทบัญญัติเช่นเดียวกับการผิดสัญญาทั่ว ๆ ไป ในการฟ้องบังคับชำระหนี้ ฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทน และ/หรือใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ซึ่งอาจขาดความชัดเจนในบางประเด็น เช่น ระยะเวลาในการคืนเงินของผู้ประกอบธุรกิจจำนวนเงินที่ต้องคืนหรือหน้าที่ของผู้บริโภคการงดเว้นไม่ใช้ หรือลบ หรือคืนเนื้อหาดิจิทัล กรณีจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลสำเร็จบางส่วน

4.3.3 กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

กรณีเนื้อหาดิจิทัลที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เมื่อปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจที่ทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลกับผู้บริโภคไม่มีสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล อันเป็นการทำซ้ำหรือดัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ฯลฯ ซึ่งเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์[394] กล่าวคือไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เมื่อจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลดังกล่าวให้แก่ผู้บริโภคจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย เช่นนี้แล้วจึงมีปัญหาว่านอกจากความรับผิดที่มีต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ฯ แล้ว ผู้ประกอบธุรกิจจะมีความรับผิดต่อผู้บริโภคด้วยหรือไม่ ในทางกลับกัน ผู้บริโภคมีสิทธิเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดต่อตนกรณีจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่ตนหรือไม่

---

[392] มาตรา 35 อัฏฐ และมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

[393] มาตรา 462 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[394] มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537

ดังที่ได้เคยอธิบายไปแล้วสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไม่มีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขาย ดังนั้นจึงไม่อาจนำบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดในการรอนสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับได้ เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลแล้วจะพบว่า มุ่งเน้นไปที่การให้ผู้บริโภคมีสิทธิเข้าถึงเพื่อใช้งานเนื้อหาดิจิทัลเป็นสำคัญ ถึงแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงกรณีนี้เอาไว้โดยเฉพาะว่าผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดส่งแต่เนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาตามหลักสุจริตแล้ว[395] ย่อมต้องถือว่าผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้สุจริตมีหน้าที่ในอันที่จะต้องจัดส่งแต่เนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ให้แก่ผู้บริโภคเท่านั้น และผู้บริโภคเองก็มีสิทธิโดยชอบที่จะเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้สมกับที่ตนได้ชำระราคาไป เพื่อให้ได้รับประสบการณ์การใช้งานเนื้อหาดิจิทัลอย่างเต็มที่ ไม่ถูกรบกวนขัดสิทธิจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น มีสิทธิได้รับการปรับปรุงรุ่น (Update) จากเจ้าของลิขสิทธิ์ อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกำหนดสิทธิหน้าที่ดังกล่าวไว้ชัดแจ้ง และสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลโดยทั่วไปย่อมไม่มีข้อกำหนดในส่วนนี้ เนื่องจากมักจัดทำโดยผู้ประกอบธุรกิจในลักษณะสัญญาสำเร็จรูป สิทธิของผู้บริโภคในการเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดในกรณีนี้จึงยังไม่ชัดเจน และปัจจุบันยังไม่พบว่ามีข้อพิพาทในลักษณะนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล

4.3.4 กรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย

เนื้อหาดิจิทัลเป็นนวัตกรรมซึ่งมาพร้อมกับเทคโนโลยีที่ซับซ้อน ในบางครั้งเนื้อหาดิจิทัลหนึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเนื้อหาดิจิทัลอื่นของผู้บริโภค หรือแม้กระทั่งทำให้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ของผู้บริโภคที่จำเป็นต้องใช้งานร่วมกับเนื้อหาดิจิทัลได้รับความเสียหาย กรณีนี้ยังไม่มีกฎหมายไทยฉบับใดบัญญัติถึงเรื่องนี้เอาไว้โดยเฉพาะ จึงต้องวินิจฉัยกรณีไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งในแง่การเยียวยาความเสียหายที่ขึ้นแก่ผู้บริโภคแล้วอาจยังมีความไม่เหมาะสมบางประการ เนื่องจากตามหลักกฎหมายละเมิดของไทยนั้นบัญญัติให้การเยียวยาความเสียหายอาจทำได้โดยการใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งรวมถึงการคืนทรัพย์สิน ใช้ราคาทรัพย์สิน ใช้ค่าเสียหาย เท่านั้น[396] แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคนั้น นอกจากการชดใช้เงินแล้วยังอาจเยียวยาได้ด้วยวิธีการอื่นซึ่งเหมาะสมกว่า เช่น การซ่อมแซมเนื้อหาดิจิทัลโดยการปรับปรุงรุ่น (Patch) หรือซ่อมแซมอุปกรณ์ที่เสียหายให้แก่ผู้บริโภคโดยผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย

4.3.5 สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภค

เนื่องจากลักษณะเฉพาะของการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงที่เป็นการทำการตลาดแบบเชิงรุกผ่านการสื่อสารข้อมูลโดยสื่อต่าง ๆ ผู้บริโภคไม่ได้โอกาสเห็นและสัมผัสสินค้าและบริการจริง

---

[395] มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[396] มาตรา 438 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 จึงกำหนดให้ระยะเวลาอีกช่วงหนึ่ง (Cooling Off Period) ให้ผู้บริโภคได้ไตร่ตรองให้รอบคอบถึงแม้ว่าจะตกลงทำสัญญากันไปแล้ว กฎหมายก็ยังให้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาแก่ผู้บริโภค ซึ่งผู้เขียนขอเรียกว่าสิทธิในการเลิกสัญญาอย่างอิสระเพราะผู้บริโภคสามารถเลิกสัญญาได้โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งเหตุผลแก่ผู้ประกอบธุรกิจ ถึงแม้ว่าสินค้าหรือบริการนั้นจะไม่ได้มีความบกพร่อง หรือผู้ประกอบธุรกิจจะไม่มีความผิดเลยก็ตาม[397]

การใช้สิทธิเลิกสัญญาดังกล่าวนั้นจะต้องทำโดยการส่งหนังสือแสดงเจตนาเลิกสัญญาไปยังผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับสินค้าหรือบริการ[398] โดยเมื่อใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ผู้บริโภคมีสิทธิเลือกปฏิบัติในการคืนสินค้าให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจได้ 2 วิธี คือ

1) ส่งคืนสินค้าไปยังผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง

2) เก็บรักษาสินค้าไว้ตามสมควรภายในระยะเวลายี่สิบเอ็ดวันนับแต่วันที่ใช้สิทธิเลิกสัญญา เว้นแต่สินค้านั้นเป็นของเสียง่ายโดยสภาพไม่อาจเก็บรักษาได้ภายในระยะเวลาดังกล่าว ให้เก็บรักษาตามเวลาและวิธีการอันควรแก่สภาพ เมื่อพ้นกำหนดแล้ว ผู้บริโภคจะเก็บรักษาสินค้านั้นไว้หรือไม่ก็ได้ หากผู้บริโภคเลือกปฏิบัติตามข้อนี้ผู้ประกอบธุรกิจต้องมารับสินค้าคืนไปเอง ณ ภูมิลำเนาของผู้บริโภค หรือจะขอให้ผู้บริโภคส่งคืนสินค้าทางไปรษณีย์โดยเรียกเก็บเงินปลายทางก็ได้

นอกจากนี้ผู้บริโภคยังมีหน้าที่คืนเฉพาะสินค้าส่วนที่เหลือจากการใช้ก่อนที่จะใช้สิทธิเลิกสัญญา หากปรากฏว่าสินค้าเป็นของใช้สิ้นเปลือง และผู้บริโภคยังมีสิทธิยึดหน่วงสินค้าไว้จนกว่าจะได้รับการคืนเงินจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงอีกด้วย[399]

เมื่อผู้บริโภคใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงก็มีหน้าที่คืนเงินเต็มจำนวนที่ผู้บริโภคจ่ายไปเพื่อการซื้อสินค้าหรือบริการนั้นภายในกำหนด 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแสดงเจตนาเลิกสัญญา[400]

สิทธิในการเลิกสัญญานี้ถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญของผู้บริโภคในการคุ้มครองผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลนอกจากจะเป็นการทำสัญญากับผู้ที่อยู่ห่างโดยระยะทางผ่านการสื่อสารข้อมูลด้วยอินเทอร์เน็ตแล้ว เนื้อหาดิจิทัลนั้นยังมีความแตกต่างจากสินค้าทั่วไปที่อย่างน้อยก็ยังสามารถจับต้องได้ ผู้บริโภคจะได้ทราบถึงสภาพ คุณภาพ ความเหมาะสมกับอุปกรณ์ และคุณสมบัติที่แท้จริง ก็ต่อเมื่อทดลองใช้งานไปสักระยะหนึ่งก่อน การกำหนดช่วงเวลา Cooling Off Period ให้ผู้บริโภคได้มีโอกาสทบทวนการตัดสินใจอีกครั้งก็นับว่าเป็นมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคที่เหมาะสมกับลักษณะของเนื้อหา

---

[397] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 170.

[398] มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[399] มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

[400] มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

ดิจิทัลแล้ว โดยผู้ประกอบจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหลายรายก็ได้ให้สิทธินี้แก่ผู้บริโภค บางรายให้สิทธิมากกว่าที่พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรงฯ กำหนดเสียด้วยซ้ำ เช่น Steam ให้สิทธิในการคืนเงินแก่ผู้บริโภคหากว่าเล่นเกมที่ซื้อไปแล้วไม่ถูกใจไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ๆ หรือแม้จะไม่มีเหตุผลก็ตาม ถ้าผู้บริโภคเปิดเล่นเกมไปแล้วไม่ถึงสองชั่วโมง และซื้อเกมมายังไม่เกินสองสัปดาห์[401]

4.3.6 ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

เช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ค.ศ. 1977 ของสหราชอาณาจักร ประเทศไทยเองก็มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อันได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นั้นมีความเกี่ยวโยงอย่างใกล้ชิดกับมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ที่ผู้เขียนเพิ่งกล่าวถึงไปซึ่งถึงแม้จะมีเจตนารมณ์ที่ยกร่างขึ้นมาเหมือนกันก็คือต้องการไม่ให้ผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบในการเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจแต่จะมีข้อแตกต่างกันหลายประการ โดยข้อแตกต่างประการที่สำคัญได้แก่ ช่วงเวลาที่คุ้มครอง พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ จะเน้นการคุ้มครองก่อนสัญญาเกิด (ป้องกัน) ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ จะคุ้มครองภายหลังจากที่สัญญาเกิดขึ้นมาแล้ว (เยียวยาแก้ไข) ขอบเขตที่คุ้มครอง พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ จะคุ้มครองเฉพาะสัญญาที่ทำจากผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกควบคุมสัญญาตามที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาออกประกาศเท่านั้น ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มีผลคุ้มครองสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทุกประเภทโดยไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายลำดับรองใดมาเสียก่อน แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ก็มีข้อจำกัดอยู่ที่จะควบคุมได้เพียงเนื้อหาแห่งสัญญาได้เท่านั้น ไม่อาจควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงินได้ดังเช่นพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ทั้งจะคุ้มครองได้ก็ต่อเมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยแล้ว ในขณะที่กลไกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาสามารถใช้มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีการฟ้องคดีก่อนแต่ก็จะต้องออกประกาศมาควบคุมธุรกิจประเภทนั้น ๆ เสียก่อน ประการสุดท้ายคือพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ เป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญา ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ไม่มีโทษทางอาญา[402]

---

[401] Steam, **การขอคืนเงินบน Steam**, ค้นวันที่ 10 กรกฎาคม 2560 จาก http://store.steampowered.com/steam_refunds/?l=thai

[402] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 498-499.; ไพโรจน์ อาจรักษา, **ครบเครื่องเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค : ครบเครื่องเรื่องสัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547), หน้า 13-14.

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้มีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดแนวทางให้ศาลสามารถพิจารณาว่าข้อตกลงใดมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และกำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาปรับเปลี่ยนผลการใช้บังคับของข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นตามความเหมาะสมแก่กรณีเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (Equity) แก่คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกเอารัดเอาเปรียบ โดยมีหลักการสำคัญดังนี้

1) สัญญาสำเร็จรูป

สัญญาสำเร็จรูป (Adhesion Contract) เป็นหนึ่งในสัญญาที่ถูกควบคุมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นี้โดยคำว่าสัญญาสำเร็จรูปใช้เรียกรูปแบบของสัญญาที่มีการนำเอาข้อสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจทำไว้ล่วงหน้าแล้ว นำมาใช้ในการทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่สัญญาฝ่ายหลังนี้ไม่มีส่วนร่วมในการกำหนดข้อสัญญา ไม่มีการเจรจาต่อรองกันกำหนดเนื้อหาของสัญญา ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงสัญญาสำเร็จรูปจึงเป็นการกล่าวถึงรูปแบบของสัญญา ส่วนตัวเนื้อหาของสัญญาจะเป็นสัญญาทางธุรกิจต่าง ๆ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าซื้อ สัญญาเหล่านี้จะพิมพ์แบบฟอร์มข้อสัญญาสำเร็จรูปหรือข้อสัญญาที่ระบุเป็นเงื่อนไขทั่วไปทางธุรกิจ (General Condition of Business) กำหนดเป็นรูปแบบสัญญามาตรฐาน (Standard Form Contract)[403] โดยสัญญาสำเร็จรูปนั้นมักถูกกำหนดเนื้อหาของสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า กำหนดข้อสัญญาในลักษณะที่เอาเปรียบหรือไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไว้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นก็มีเพียงเสรีภาพที่จะเลือกว่าจะทำสัญญาหรือไม่ทำ ถ้าทำก็ต้องทำตามเนื้อหาที่ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว สัญญาสำเร็จรูปจึงถูกขนานนามว่าสัญญาจำยอม คู่สัญญาฝ่ายที่เข้าร่วมทำสัญญาถึงแม้จะมีเสรีภาพแต่ก็เหมือนไม่มี ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ จึงให้ดุลพินิจแก่ศาลที่จะปรับลดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี[404] และหากมีข้อสงสัยจะต้องตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมนั่นเอง[405]

อย่างไรก็ตาม คำว่าสัญญาสำเร็จรูป มิได้มีความหมายอย่างเดียวกันกับคำว่าสัญญามาตรฐาน เพราะสัญญาสำเร็จรูปหมายถึงสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยไม่เปิดโอกาสให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าร่วมกำหนดข้อสัญญาด้วย (Co-Determination of Contractual Terms) ในขณะที่สัญญามาตรฐานผู้ประกอบธุรกิจได้ทำไว้เป็นมาตรฐานเพื่อสามารถใช้ได้ทันทีกับลูกค้าทุกรายโดยไม่ต้องร่างสัญญากันเป็นราย ๆ ไปสัญญาสำเร็จรูปจึงไม่จำเป็นต้องเป็นสัญญามาตรฐานหาก

---

[403] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 123-124.

[404] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 469.

[405] มาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ผู้ประกอบธุรกิจเพียงกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าฝ่ายเดียวแต่มิได้มุ่งหมายใช้สัญญาดังกล่าวเป็นแบบมาตรฐานในการค้า เช่น สัญญาจ้างแรงงานที่ร่างไว้ล่วงหน้าสำหรับการจ้างผู้เชี่ยวชาญโดยมิได้ใช้เป็นแบบมาตรฐานสำหรับการจ้างรายอื่น ๆ ด้วย[406] โดยสัญญาสำเร็จรูปที่มีลักษณะเป็นสัญญามาตรฐานมักกำหนดข้อสัญญาไว้เป็นจำนวนมากในลักษณะครอบคลุมกว้างมากเพราะเป็นสัญญาที่จะนำมาใช้กับบุคคลทั่วไปที่ไม่มีลักษณะเฉพาะตัวบุคคล เมื่อมีข้อสัญญาจำนวนมากจึงใช้ตัวอักษรที่มีขนาดเล็กมาก หรืออาจพิมพ์อยู่ในเอกสารต่างหากอีกฉบับหนึ่งเป็นส่วนเสริมต่อท้ายสัญญาหลัก[407] ดังนี้ผู้บริโภคหลายคนจึงประสบความยากลำบากในการอ่านสัญญาสำเร็จรูป หรือบางคนก็ไม่อ่านข้อสัญญาจำนวนมากที่แนบต่อท้ายด้วยซ้ำไป จึงเป็นช่องทางที่ผู้ประกอบธุรกิจจะใช้ในการเอาเปรียบผู้บริโภคได้ นอกเหนือจากอำนาจในการกำหนดข้อสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวแล้ว ซึ่งสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นส่วนใหญ่เป็นสัญญาสำเร็จรูปที่เป็นแบบสัญญามาตรฐานที่ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำขึ้นแต่เพียงฝ่ายเดียว มักมีตัวหนังสือขนาดเล็กและเป็นภาษาต่างประเทศ และมีผู้ประกอบธุรกิจจำนวนมากที่ทำการเชื่อมโยงหลายมิติหรือ Hyperlink ข้อสัญญาไปยังหน้าต่างอื่นนอกจากหน้าจอการสั่งซื้อเนื้อหาดิจิทัลให้ผู้บริโภคคลิกออกไปตามอ่านเองซึ่งผู้บริโภคจำนวนมากก็จะกดตกลงยอมรับข้อสัญญาโดยไม่ได้ตามไปอ่านเนื้อหาของข้อสัญญาที่มีจำนวนมากมายเหล่านั้น

อย่างไรก็ดีคู่สัญญาในสัญญาสำเร็จรูปไม่จำเป็นจะต้องเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพเท่านั้น[408] (ในที่นี้จะเรียกรวม ๆ กันว่าผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายอื่น) แต่คู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ได้กำหนดข้อสัญญาสำเร็จรูปอาจเป็นผู้บริโภค หรือผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางขนาดเล็ก (SMEs) หรือแม้กระทั่งผู้ประกอบธุรกิจคนละประเภทกับผู้ใช้ข้อสัญญาสำเร็จรูปก็ได้[409] ขอเพียงเป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตนเอง[410]

2) ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นั้น ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหมายถึง ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญา

---

[406] พินัย ณ นคร, *เรื่องเดิม*, หน้า 555.

[407] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 124.

[408] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2298/2553, ค้นวันที่ 12 มิถุนายน 2560 จาก http://deka.supremecourt.or.th/

[409] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 125.

[410] มาตรา 3 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

สำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร[411] โดยข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคือ ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด ฯลฯ[412] จะเห็นได้ว่าเป็นเพียงการยกตัวอย่างเท่านั้นหมายความว่ายังมีข้อสัญญาอื่นอีก โดยศาลจะต้องเป็นผู้พิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่[413]

จะเห็นได้ว่าข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามนัยแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มิได้หมายความถึงข้อตกลงหรือข้อสัญญาที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งข้อตกลงเช่นว่านี้ย่อมตกเป็นโมฆะทันที[414] หากแต่หมายถึงข้อตกลงที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติหน้าที่หรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ ซึ่งภาระหน้าที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องปฏิบัตินั้นมีมากเกินสมควรเมื่อเปรียบเทียบกับภาระหน้าที่ที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องปฏิบัติตามสัญญา หรือข้อตกลงที่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเอารัดเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจนเกินสมควร จะเห็นได้ว่าเป็นการพิจารณาที่ความไม่สมดุลหรือความไม่ได้สัดส่วนของภาระหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับภาระหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นสำคัญนั่นเอง[415]

3) ข้อตกลงยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีชำรุดบกพร่องหรือรอนสิทธิ

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ มีบทบัญญัติห้ามมิให้มีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิ หากว่าเป็นสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค เว้นแต่ผู้บริโภคจะได้รู้ถึงการชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธินั้นอยู่แล้วในขณะทำสัญญา กรณีนี้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นจะมีผลใช้บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น[416] โดยเป็นบทบัญญัติห้ามที่เด็ดขาดหากคู่สัญญาฝ่าฝืน ข้อตกลงนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ

---

[411] มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

[412] มาตรา 4 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

[413] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 128.

[414] มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[415] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 130-131, 143.

[416] มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ทันทีเพราะเป็นการตกลงที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัตินี้[417]

ถึงแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะใช้กับสัญญาทุกประเภท รวมถึงสัญญาที่มีการชำระหนี้เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาตลอดจนสัญญาที่ไม่มีชื่อ (Innominate Contract) ด้วยหากเป็นสัญญาที่มีการชำระหนี้ให้แก่ผู้บริโภคเป็นทรัพย์สิน อาจเป็นการโอนการครอบครองก็ได้ ซึ่งมีข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือรอนสิทธิในทรัพย์สินนั้น[418] ซึ่งก็ใกล้เคียงกับกรณีสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้ประกอบธุรกิจมักอาศัยความได้เปรียบกำหนดข้อสัญญาจำกัดความรับผิดของตนเอาไว้โดยเฉพาะความรับผิดอันเกิดจากความบกพร่องของเนื้อหาดิจิทัล (ใกล้เคียงกับการชำรุดบกพร่องของวัตถุมีรูปร่าง) เช่น ข้อผิดพลาด (Bug) ของโปรแกรมคอมพิวเตอร์

4) ผลทางกฎหมายของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

เมื่อปรากฏว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ผลที่ตามมาก็คือศาลมีดุลพินิจในการปรับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลบังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีได้ (Reasonableness and fairness) เพื่อปรับผลบังคับแก่ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น เป็นการใช้ดุลพินิจของศาลที่ต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักตามเหตุและผลตามสถานการณ์ของผู้บริโภคในแต่ละกรณีเพื่อนำมาสู่ผลสรุปที่ถูกต้อง ที่ดี และเป็นธรรมแก่ผู้บริโภค[419] เพื่อการนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ จึงได้กำหนดแนวทางแก่ศาลในการพิเคราะห์ข้อตกลงที่มีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้ว่าจะต้องพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวงรวมทั้ง ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ฯลฯ[420] ซึ่งประกอบไปด้วยปัจจัยเกี่ยวกับคู่สัญญา ปัจจัยเกี่ยวกับการทำสัญญา และปัจจัยเกี่ยวกับภาระหน้าที่ของคู่สัญญา[421] โดยแนววินิจฉัยนี้ให้นำไปใช้ในการวินิจฉัยว่าข้อตกลงในสัญญาจะเป็นการได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควรหรือไม่ด้วย โดยอนุโลม ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อสัญญานั้น ๆ เป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมหรือไม่[422]

---

[417] ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 474.

[418] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 133.

[419] ดาราพร ถิระวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 150.

[420] มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

[421] นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 139.

[422] มาตรา 4 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

4.4 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

หลักกฎหมายในส่วนนี้นับว่ามีความสำคัญอย่างสูงในการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล ซึ่งหากมีการวางมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล หรือข้อเรียกร้องขั้นต่ำที่เนื้อหาดิจิทัลจะพึงมี ประกอบกับมาตรการเยียวยาผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานดังกล่าวอย่างเป็นระบบแล้ว จะเป็นการยกระดับการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทยได้เป็นอย่างมาก

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแล้วจะเห็นได้ว่ามีกฎหมายควบคุมมาตรฐานของสินค้าและบริการ ในบางประเภทอยู่บ้าง ส่วนมากเป็นการกำหนดมาตรฐานเพื่อเหตุผลด้านความปลอดภัย เช่น พระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าเกษตร พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 ประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่อง กำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 อันเป็นการคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการของผู้บริโภค[423] แต่เป็นที่น่าเสียดายที่ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีหลักกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมีความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าวต่อไป

จากที่ได้ศึกษาหลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลในประเทศไทย จะเห็นได้ว่าประเทศไทยมีหลักกฎหมายที่สามารถปรับใช้เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลได้ อันได้แก่ หลักกฎหมายว่าด้วยการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา (Pre-Contractual Information) การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา (Copies and Confirmation of the Contract) และสิทธิในการเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภค (Cooling Off Period) ในทำนองเดียวกันกับสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ส่วนหลักกฎหมายในเรื่องอื่น ๆ อย่างความหมายและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล ฯลฯ นั้น ยังไม่ปรากฏในประเทศไทย จึงต้องกลับไปใช้หลักกฎหมายเพียงเท่าที่มีอยู่ไปพลางก่อนซึ่งอาจก่อให้เกิดผลอันไม่พึงประสงค์ได้ เนื่องจากไม่สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของเนื้อหาดิจิทัล ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงกฎหมายในเรื่องดังกล่าว

---

[423] มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

บทที่ 5
บทวิเคราะห์แนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล

ภายหลังจากการศึกษาข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล หลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลในต่างประเทศและประเทศไทยไปแล้ว จะทำให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทย โดยปัญหาหลักคือความขาดแคลนบทบัญญัติที่เหมาะสมจะใช้บังคับเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล ซึ่งจะต้องนำบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นมาโดยมุ่งหมายที่จะใช้บังคับแก่ผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคสินค้าและบริการทั่ว ๆ ไป เท่านั้น บางบทบัญญัติก็ใช้บังคับได้อย่างเหมาะสม บางบทบัญญัติก็ใช้บังคับได้อย่างไม่เหมาะสม ที่ร้ายที่สุดคือมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคบางอย่างนั้น ไม่สามารถใช้บังคับเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลได้เลย อันทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำกันระหว่างผู้บริโภคสินค้าและบริการ กับผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล ในแง่มาตรฐานการคุ้มครองตามกฎหมาย ในบทนี้ผู้เขียนจะนำสิ่งที่ได้ศึกษาไปแล้วก่อนหน้านี้มาวิเคราะห์ให้เห็นเป็นรายประเด็นอันจะนำไปสู่การได้ข้อสรุป เพื่อเสนอแนะแนวทางการพัฒนาเนื้อหาดิจิทัลของประเทศไทยต่อไป

5.1 ความหมายและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล

5.1.1 ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล

จากที่ได้ศึกษาความหมายของเนื้อหาดิจิทัลมาทั้ง ความหมายทั่วไป และความหมายในทางกฎหมาย อันประกอบไปด้วยกฎหมายสหภาพยุโรป กฎหมายสหราชอาณาจักร กฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และกฎหมายไทย จะเห็นได้ว่าสามารถแบ่งการให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

5.1.1.1 การให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลตามรูปแบบการปรากฏตัวของเนื้อหาดิจิทัล

ในกลุ่มนี้จะเป็นการให้ความหมายโดยพยายามระบุประเภทของเนื้อหาดิจิทัลให้มากที่สุด โดยเฉพาะเนื้อหาดิจิทัลที่ปรากฏตัวในรูปแบบใหม่ ๆ เช่น การประมวลผลบนกลุ่มเมฆ หรือบริการสื่อสังคมออนไลน์ การให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลในกลุ่มนี้ได้แก่ การให้ความหมายโดยคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เมื่อ พ.ศ. 2545 และร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล ของสหภาพยุโรป ที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรป เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015

การให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลโดยคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เมื่อ พ.ศ. 2545 นั้น เป็นการให้ความหมายโดยแบ่งรูปแบบของเนื้อหาดิจิทัลออกเป็น 1. แอนิเมชัน (Animation) 2. เกม (Game) 3. สื่ออิเล็กทรอนิกส์เพื่อการเรียนรู้ (e-Learning) 4. คอมพิวเตอร์ช่วยสอน (Computer Assisted Instruction: CAI) 5. เนื้อหาต่าง ๆ บนโทรศัพท์มือถือ (Mobile Content) 6. การออกแบบเว็บ (Web Design) จะเห็นได้ว่าเมื่อเปรียบเทียบกับการปรากฏตัวของเนื้อหาดิจิทัลในปัจจุบันแล้ว ยังไม่ครบถ้วน และบางรูปแบบก็ซ้ำซ้อนกันเอง เช่น เนื้อหาต่าง ๆ บนโทรศัพท์มือถือ ปัจจุบันเข้าสู่ยุคสมาร์ทโฟนแล้ว โทรศัพท์มือถือในปัจจุบันมีความสามารถไม่ด้อยไปกว่าคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคล (PC) เลย โดยเราสามารถลงและใช้งานแอปพลิเคชันเกม สื่ออิเล็กทรอนิกส์เพื่อการเรียนรู้คอมพิวเตอร์ช่วยสอน ชมภาพยนตร์แอนิเมชัน หรือท่องเว็บไซต์ได้โดยสะดวก ทำให้การให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลโดยยึดติดอยู่กับรูปแบบของเนื้อหาดิจิทัลเช่นนี้ ดูจะไม่เท่าทันต่อเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้นทุกวัน

ส่วนความหมายของเนื้อหาดิจิทัลตามร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล ของสหภาพยุโรป ที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 ซึ่งกำหนดความหมายของเนื้อหาดิจิทัลโดยมุ่งแก้ไขปัญหาเนื้อหาดิจิทัลที่ปรากฏตัวในหลายรูปแบบและมีวิธีการจัดส่งที่แตกต่างกัน เพื่อรองรับเทคโนโลยีที่เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว จึงกำหนดความหมายของเนื้อหาดิจิทัลให้ “กว้างกว่า (Broader)” ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรป[424] โดยนอกจากจะให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล ว่าหมายถึง ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัลแล้ว ยังหมายถึงบริการที่อนุญาตให้มีการสร้าง ประมวลผล หรือจัดเก็บข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล ซึ่งข้อมูลเช่นนั้นได้ถูกจัดทำโดยผู้บริโภค และบริการที่อนุญาตให้มีการแบ่งปันและปฏิสัมพันธ์อื่นใดกับข้อมูลในรูปแบบดิจิทัลที่จัดทำโดยผู้ใช้บริการรายอื่น อีกด้วย ซึ่งก็คือบริการเนื้อหาดิจิทัลในรูปแบบการประมวลผลบนกลุ่มเมฆ และบริการแบ่งปันข้อมูลนั่นเอง จะเห็นได้ว่า ถึงแม้จะพยายามกำหนดความหมายของเนื้อหาดิจิทัลโดยระบุถึงเทคโนโลยีใหม่ ๆ แต่หากพิเคราะห์ดูอย่างละเอียดแล้ว บริการเนื้อหาดิจิทัลในรูปแบบการประมวลผลบนกลุ่มเมฆ และบริการแบ่งปันข้อมูล ก็ยังคงอยู่ในความหมายของ ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล อยู่นั่นเอง เพราะมีกระบวนการผลิตข้อมูลขึ้นโดยกระบวนการทางดิจิทัลและจัดส่งไปยังอุปกรณ์ของผู้บริโภคโดยผ่านกระบวนการแปลงให้เกิดเป็นผลลัพธ์เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับรู้และได้ใช้ประโยชน์ เพียงแต่อาจจะมีกระบวนการ หรือขั้นตอนที่แตกต่างกันออกไปเท่านั้น ทั้งนี้ จะสังเกตได้ว่าร่างข้อเสนอข้อกำหนดฯ

---

[424] อารัมภบทข้อที่ 11 ของร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล ของสหภาพยุโรป ที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015

ให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลได้ทันสมัยกว่าคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ อันเป็นผลมาจากยุคสมัยที่ต่างกันนั่นเอง

ความพยายามให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลโดยระบุประเภทของเนื้อหาดิจิทัล โดยเฉพาะเนื้อหาดิจิทัลประเภทใหม่ ๆ มีข้อดีตรงที่ทำให้เราสามารถเห็นภาพของเนื้อหาดิจิทัลได้ง่าย ว่าเนื้อหาดิจิทัลอาจปรากฏตัวในรูปแบบใดได้บ้าง เป็นการตัดปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นว่าเนื้อหาดิจิทัลที่ปรากฏตัวในรูปแบบใหม่เหล่านี้เป็นเนื้อหาดิจิทัลตามความหมายของกฎหมายหรือไม่ โดยการระบุเอาไว้ในกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิเคราะห์ถึงสภาพความเป็นจริงแล้วคงจะต้องยอมรับว่าเราไม่มีทางที่จะระบุรูปแบบการปรากฏตัวของเนื้อหาดิจิทัลให้ครบถ้วนและเท่าทันกระแสความเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีได้ อันอาจเป็นผลให้จำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายบ่อยครั้งนอกจากนี้การให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลตามรูปแบบการปรากฏตัวของเนื้อหาดิจิทัล แทนที่จะทำให้เนื้อหาดิจิทัลมีความหมายที่กว้างขึ้น แต่กลับทำให้เนื้อหาดิจิทัลมีความหมายที่แคบลง เพราะอาจเกิดปัญหาการตีความกฎหมายขึ้นมาได้ว่า เนื้อหาดิจิทัลที่ปรากฏตัวในรูปแบบอื่น ๆ ที่กฎหมายไม่ได้ระบุเอาไว้ถือเป็นเนื้อหาดิจิทัลตามกฎหมายด้วยหรือไม่ ทำนองเดียวกันกับการให้ความหมายของ “นิติกรรม” เอาไว้ว่าหมายถึง “การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ”[425] ทำให้เกิดปัญหาการตีความกฎหมายหลายประการ เช่น การใด ๆ ที่ทำไปเนื่องจากถูกข่มขู่ ถือเป็นนิติกรรมด้วยหรือไม่ เนื่องจากไม่ได้ทำลงด้วยใจสมัคร หากไม่ใช่นิติกรรมเสียแล้วเหตุใดจึงมีบทบัญญัติให้การแสดงเจตนาเพราะถูกข่มขู่เป็นโมฆียะ และบทบัญญัติเกี่ยวกับการบอกล้างโมฆียะกรรม[426] สิ่งเหล่านี้ชี้ให้เห็นว่า ในการบัญญัติบทนิยามศัพท์จะต้องระมัดระวังในเรื่องการระบุรายละเอียดที่มากเกินไปซึ่งในบางครั้งอาจไม่จำเป็นและอาจทำให้เกิดความสับสน

ในขณะเดียวกัน หากพยายามแก้ปัญหาข้างต้นด้วยการให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลตามลักษณะสำคัญของเนื้อหาดิจิทัลเพิ่มเข้าไปอีกว่า เนื้อหาดิจิทัล หมายถึง “ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล” เช่นที่ปรากฏในร่างข้อเสนอข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล ของสหภาพยุโรป ที่เสนอโดยคณะกรรมาธิการยุโรปเมื่อวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2015 ที่มีทั้งการให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลตามรูปแบบการปรากฏตัวของเนื้อหาดิจิทัล และการให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลตามลักษณะสำคัญของเนื้อหาดิจิทัล ก็เป็นการซ้ำซ้อนกันเอง เพราะลำพังการให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลตามลักษณะสำคัญของเนื้อหาดิจิทัลว่าหมายถึงข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล ก็กินความครอบคลุมถึงเนื้อหาดิจิทัลที่ปรากฏตัวในรูปแบบที่

---

[425] มาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[426] มาตรา 164 และมาตรา 175 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลากหลายอยู่แล้ว ซึ่งเป็นการให้ความหมายที่ซ้ำซ้อนกันเองและอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นมาได้ว่าเนื้อหาดิจิทัลที่ปรากฏตัวในรูปแบบหนึ่ง ๆ เป็นเนื้อหาดิจิทัลตามกฎหมายมาตราหรืออนุมาตราใดกันแน่ เพราะต้องด้วยบทนิยามศัพท์ทั้งสองประการในขณะเดียวกัน อาจเป็นเพราะปัญหาดังกล่าวเมื่อมีการตราข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ขึ้นบังคับใช้จึงได้นำการให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลตามรูปแบบการปรากฏตัวของเนื้อหาดิจิทัลที่หมายถึง “บริการที่อนุญาตให้มีการสร้าง ประมวลผล หรือจัดเก็บข้อมูลในรูปแบบดิจิทัล ซึ่งข้อมูลเช่นนั้นได้ถูกจัดทำโดยผู้บริโภค และบริการที่อนุญาตให้มีการแบ่งปันและปฏิสัมพันธ์อื่นใดกับข้อมูลในรูปแบบดิจิทัลที่จัดทำโดยผู้ใช้บริการรายอื่น” ไปบัญญัติเป็นความหมายของ “บริการดิจิทัล” แทน[427] ซึ่งไม่มีความแตกต่างอันเป็นข้อสาระสำคัญ เนื่องจากในบทบัญญัติต่าง ๆ ในข้อกำหนดนี้จะกล่าวถึง “เนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล” ควบคู่กันไป

5.1.1.2 การให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลตามลักษณะสำคัญของเนื้อหาดิจิทัล

สำหรับกลุ่มนี้จะเป็นการให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลไว้สั้น ๆ ว่า เนื้อหาดิจิทัลหมายถึง“ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล” โดยมุ่งเน้นไปที่องค์ประกอบอันเป็นลักษณะสำคัญของเนื้อหาดิจิทัลซึ่งได้แก่ 1. สถานะความเป็นข้อมูล (Data) และ 2. กระบวนการการผลิตและจัดส่งที่จะต้องทำในรูปแบบดิจิทัล (Digital Form) อันหมายความว่า สิ่งใด ๆ ก็ตามที่มีองค์ประกอบทั้งสองข้อนี้ ไม่ว่าจะปรากฏตัวในรูปแบบใด ย่อมถือเป็นเนื้อหาดิจิทัลทั้งสิ้น

กฎหมายที่ปรากฏการให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลในกลุ่มนี้ได้แก่ ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 และข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ของสหภาพยุโรป ข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ของสหราชอาณาจักร และพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักร รวมถึงประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ถึงแม้จะไม่มีบทบัญญัติที่ให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลเอาไว้โดยตรง แต่จากการพิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องแล้วก็เข้าใจได้ว่ามีการให้ความหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับประเทศอื่น ๆ ในกลุ่มนี้

การให้ความหมายเนื้อหาดิจิทัลในลักษณะนี้เป็นการดึงเอาลักษณะเด่นและองค์ประกอบสำคัญอันจะขาดเสียไม่ได้ของเนื้อหาดิจิทัลเข้ามารวมไว้ด้วยกัน โดยไม่จำเป็นต้องอธิบายขยายความโดยอาศัยรูปแบบการปรากฏตัวของเนื้อหาดิจิทัลเป็นเครื่องมือช่วยในการให้ความหมายอันจะส่งผลให้ไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายตามเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป หากจะแก้ไขอีกครั้งหนึ่งอาจเป็นกรณีที่มีเทคโนโลยีใหม่มาแทนที่เทคโนโลยีดิจิทัลแล้ว อย่างไรก็ดี การให้ความหมายเนื้อหา

[427] Article 2 (2) of Directive 2019/770/EU

ดิจิทัลด้วยลักษณะสำคัญของเนื้อหาดิจิทัลนี้ก็อาจทำให้เกิดความสงสัยได้ว่าเนื้อหาดิจิทัลอาจปรากฏตัวในรูปแบบใดได้บ้างเนื่องจากไม่มีการยกตัวอย่างที่ทำให้เห็นภาพได้ชัดเจน

5.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล

ปัญหาที่เกิดตามขึ้นมาทันทีหลังจากที่ให้คำนิยามเนื้อหาดิจิทัลแล้วก็คือในมุมมองของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายควรจะต้องคุ้มครองบุคคลผู้ซึ่งบริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยมีขอบเขตอย่างไรบ้าง โดยจะต้องคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลทุกกรณีโดยไม่มีข้อจำกัด หรือจะคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวอย่างมีขอบเขตตามภายใต้เงื่อนไขอย่างใด

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะ ดังนั้นจึงขอวิเคราะห์ขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยอาศัยหลักกฎหมายต่างประเทศเป็นหลัก ซึ่งจากที่ได้ศึกษากฎหมายต่างประเทศในบทที่ 3 มาแล้ว จะเห็นได้ว่ามีประเด็นในด้านขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลอยู่ 2 ประเด็นใหญ่ ๆ ด้วยกัน คือ

5.1.2.1 สื่อที่ใช้ในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

วิธีการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไปยังผู้บริโภค มี 2 วิธี คือ 1. จัดส่งโดยอาศัยสื่อบันทึกข้อมูลที่จับต้องได้ เช่น แผ่นซีดี ยูเอสบีแฟลชไดร์ฟ 2. จัดส่งโดยไม่อาศัยสื่อดังกล่าว อันได้แก่การจัดส่งผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งในต่างประเทศที่มีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคอย่างครบวงจร เช่นพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักรจะมีการแบ่งแยกหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคออกตามชนิดของสิ่งที่บริโภคเป็นหมวดหมู่ชัดเจน อันได้แก่ สินค้า (Goods) บริการ (Service) และเนื้อหาดิจิทัล (Digital Content) ปัญหาก็คือ เนื้อหาดิจิทัลที่มีวิธีการจัดส่งโดยการบรรจุหรือบันทึกลงในสื่อสำหรับบันทึกข้อมูลนั้น จะถูกจัดเป็นสินค้าหรือจะจัดเป็นเนื้อหาดิจิทัลเนื่องจากหากพิจารณาที่ตัวสื่อที่ใช้บันทึกข้อมูลอันเป็นวัตถุที่ส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคนั้นก็จะมีลักษณะเป็นสินค้า (Goods) แต่หากพิจารณาถึงสิ่งที่ผู้บริโภคประสงค์จะบริโภคอย่างแท้จริงก็ย่อมได้แก่ตัวเนื้อหาดิจิทัล ไม่ใช่สื่อบันทึกข้อมูล จากปัญหาข้างต้น กฎหมายของต่างประเทศเองก็มีจุดยืนต่อประเด็นนี้แตกต่างกันโดยอาจแบ่งออกได้เป็นสามแนวทาง คือ

1) หลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล ใช้บังคับกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้ด้วย ได้แก่ ข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ที่สามารถนำบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลมาใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้ด้วย เนื่องจากสื่อดังกล่าวมีหน้าที่เพียงแค่บรรจุเนื้อหาดิจิทัลเอาไว้เท่านั้น เว้นแต่กรณีสินค้าที่มีองค์ประกอบดิจิทัลซึ่งเป็นสินค้าที่เป็นวัตถุมีรูปร่างจับต้องได้ชนิดที่ไม่อาจจะใช้งานตามวัตถุประสงค์ได้เลยหากปราศจากเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัล

2) หลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล ไม่นำมาใช้บังคับกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้ คือ ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรป ซึ่งเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งผ่านสื่อที่จับต้องได้จะถูกพิจารณาเสมือนเป็นสินค้า (Goods) เช่นเดียวกับสินค้าทั่ว ๆ ไป ดังนั้น หลักเกณฑ์และวิธีการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งผ่านสื่อที่จับต้องได้นี้จะต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยสินค้ามาใช้บังคับ กล่าวคือไม่นำบทบัญญัติว่าด้วยเนื้อหาดิจิทัลมาใช้บังคับนั่นเองโดยประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นก็เป็นไปในแนวทางนี้เช่นเดียวกัน

3) หลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล นำมาใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้เพียงบางส่วนได้แก่ พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักร กล่าวคือ บทบัญญัติในการคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลสามารถนำมาปรับใช้กับเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้ด้วย เพียงแต่ยกเว้นไม่นำบทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิในคุณภาพของเนื้อหาดิจิทัลมาใช้บังคับเท่านั้น โดยจะต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาผู้บริโภคสินค้ามาใช้บังคับแทน

จากแนวทางการกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลของต่างประเทศดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดขอบเขตโดยอาศัยวิธี การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นเกณฑ์โดยเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยไม่อาศัยสื่อที่จับต้องได้จะไม่มีปัญหาในประเด็นนี้เพราะมีวิธีการจัดส่งที่ไม่ต้องส่งมอบสื่อบันทึกข้อมูลให้แก่กันจึงไม่เข้าลักษณะเป็นสินค้าโดยสภาพ ในขณะที่เนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้นั้นมีปัญหาว่าจะต้องนำเอาบทบัญญัติว่าด้วยสินค้าหรือบทบัญญัติว่าด้วยเนื้อหาดิจิทัลมาใช้บังคับจะเหมาะสมกว่าซึ่งถือว่าเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญเนื่องจากสินค้าและเนื้อหาดิจิทัลมีลักษณะเฉพาะตัวที่แตกต่างกัน อันส่งผลให้หลักเกณฑ์และวิธีการคุ้มครองผู้บริโภคมีความแตกต่างกันตามไปด้วย โดยความแตกต่างดังกล่าวนั้นจะเห็นได้ชัดอยู่สองเรื่อง คือ หลักกฎหมายว่าด้วยการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล และหลักกฎหมายว่าด้วยการเยียวยาผู้บริโภคดังรายละเอียดต่อไปนี้

1) หลักกฎหมายว่าด้วยการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลอย่างข้อกำหนดสหภาพยุโรปว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 และพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักร ต่างก็บัญญัติหลักเกณฑ์ในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้อาศัยสื่อที่จับต้องได้เอาไว้ว่าจะต้องจัดส่งให้แก่ผู้ใดและเมื่อใดจึงจะถือว่าการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลสมบูรณ์ ซึ่งสาเหตุที่บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็เพราะการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลดังกล่าวเป็นการจัดส่งโดยอาศัยเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ ซึ่งมิได้มีการส่งมอบทรัพย์หรือวัตถุที่มีรูปร่างใด ๆ ให้แก่กัน จึงไม่อาจนำบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยสัญญาซื้อขายในส่วน

ที่เกี่ยวกับการชำระหนี้ของฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจมาใช้บังคับได้ ทำให้มีความจำเป็นต้องบัญญัติหลักเกณฑ์ขึ้นมาใหม่เพื่อรองรับรูปแบบการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในรูปแบบนี้ ในขณะที่เนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้นั้น จะต้องมีการชำระหนี้โดยการส่งมอบสื่อที่ใช้บันทึกเนื้อหาดิจิทัลนั้นให้แก่ผู้บริโภค อันเป็นการส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในสื่อบันทึกข้อมูลนั้นให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งยังสามารถนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายในส่วนที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับได้อยู่ซึ่งย่อมมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน เช่น ในสหภาพยุโรป ระยะเวลาในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้อาศัยสื่อที่จับต้องได้ (ดาวน์โหลด) นั้นโดยหลักจะต้องกระทำในทันทีที่ตกลงทำสัญญากันเสร็จสิ้น เนื่องจากเป็นเพียงการให้สิทธิในการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลผ่านระบบเครือข่ายเท่านั้น ซึ่งตามปกติผู้ประกอบธุรกิจย่อมสามารถกระทำได้ทันที (ทันทีที่กระบวนการชำระราคาเสร็จสิ้น ตามปกติแล้วผู้บริโภคสามารถดาวน์โหลดหรือเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลได้ทันที) ในขณะที่การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้นั้นจะต้องกระทำภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ตกลงทำสัญญากัน[428] เนื่องจากในบางกรณีอาจเป็นสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ทำขึ้นโดยคู่สัญญาที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง จึงจำเป็นต้องมีขั้นตอนในการบรรจุหีบห่อและการขนส่งอีก

2) หลักกฎหมายว่าด้วยการเยียวยาผู้บริโภค

ในส่วนนี้จะเห็นได้ชัดในกรณีการเยียวยาผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล กรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด (เนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามสัญญา) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักรได้ออกแบบมาตรการเยียวยาผู้บริโภคให้เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของเนื้อหาดิจิทัลซึ่งแตกต่างจากมาตรการเยียวยาผู้บริโภคสินค้า เช่น ตามพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักรกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้ หากปรากฏว่าเนื้อหาดิจิทัลที่บันทึกอยู่ในสื่อนั้นไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด ก็ถือว่าสินค้า (ตัวสื่อบันทึกข้อมูล) ไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดด้วยเช่นกัน และจะต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาผู้บริโภคสินค้ามาใช้บังคับ[429] ซึ่งผู้บริโภคอาจเลือกใช้มาตรการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนเองได้ ซึ่งบางมาตรการเป็นมาตรการที่แตกต่างกับมาตรการเยียวยาผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่เคยกล่าวไว้ในบทที่ 3 เช่น สิทธิบอกปัดระยะสั้น (Short-term Right to Reject) ซึ่งก็คือการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาภายใน 30 วัน นับจากวันที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์หรือได้รับมอบสินค้า[430] หรือสิทธิบอกเลิกสัญญาในตอนท้าย (Final Right to Reject) ซึ่งก็คือการเลิกสัญญาเช่นเดียวกัน แต่ผู้บริโภคจะสามารถใช้สิทธินี้ได้ในฐานะมาตรการสุดท้ายหากไม่อาจ

---

[428] Article 5 (2) of Directive 2019/770/EU and Article 18 (1) of Directive 2011/83/EU

[429] Section 16 of Consumer Rights Act 2015

[430] Section 20 and Section 22 of Consumer Rights Act 2015

ใช้มาตรการซ่อมแซมหรือเปลี่ยนสินค้าได้ และผู้บริโภคเลือกที่จะไม่ใช้สิทธิในการขอลดราคาสินค้า[431] ในขณะที่เนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยไม่อาศัยสื่อที่จับต้องได้จะไม่มีสองมาตรการข้างต้น เนื่องจากไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือส่งมอบสินค้าที่มีวัตถุมีรูปร่างให้แก่กัน จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการเลิกสัญญาเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมเพื่อคืนเงินและคืนสินค้าให้แก่กัน หากเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยไม่อาศัยสื่อที่จับต้องได้นั้นไม่อาจแก้ไขได้โดยมาตรการซ่อมแซมหรือเปลี่ยนแล้ว ประเด็นสำคัญก็เหลือเพียงการคืนเงินให้แก่ผู้บริโภค และการลบเนื้อหาดิจิทัลหรือการจำกัดสิทธิในการเข้าถึงเท่านั้น

ดังนี้จะเห็นได้ว่าขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลในประเด็นเรื่องสื่อที่ใช้ในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นขึ้นอยู่กับมุมมองว่าจะพิจารณาเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่ต้องต้องได้ว่ามีลักษณะเป็นสินค้าหรือเนื้อหาดิจิทัลมากกว่ากัน และจะนำบทบัญญัติว่าด้วยสินค้าและเนื้อหาดิจิทัลในเรื่องต่าง ๆ มาบังคับใช้ได้มากน้อยเพียงใดให้เหมาะสมกับเหตุผลของเรื่องตามมุมมองดังกล่าว

5.1.2.2 การชำระราคาของเนื้อหาดิจิทัล

ประเด็นถัดมาที่เป็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลก็คือ กฎหมายดังกล่าวจะใช้บังคับเฉพาะกับกรณีที่ผู้บริโภคชำระราคาเป็นการตอบแทนผู้ประกอบธุรกิจที่จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ตนหรือไม่ หรือจะใช้บังคับกับทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ผู้บริโภคได้รับเนื้อหาดิจิทัลนั้นมาโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย (เนื้อหาดิจิทัลฟรี) หรือกรณีที่ผู้บริโภคชำระหนี้หรือมีการตอบแทนผู้ประกอบธุรกิจเป็นสิ่งอื่นนอกเหนือจากเงิน เช่น แลกเปลี่ยนกับข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภค โดยจากที่ศึกษากฎหมายของต่างประเทศมาในบทที่ 3 เราจะพบว่ากฎหมายของประเทศต่าง ๆ รวมถึงกฎหมายขององค์การระหว่างประเทศคือ สหภาพยุโรปนั้นกำหนดขอบเขตในประเด็นนี้ไว้ต่างกัน โดยอาจจัดเป็นกลุ่มได้ ดังนี้

1) บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองเนื้อหาดิจิทัลใช้บังคับกับกรณีที่ผู้บริโภคได้รับเนื้อหาดิจิทัลมาโดยการชำระราคาเท่านั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักรซึ่งรวมถึงเนื้อหาดิจิทัลที่แถมมาจากการซื้อสินค้า บริการ หรือเนื้อหาดิจิทัลอื่นหรือเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้บริโภคจะมีสิทธิซื้อได้ก็ต่อเมื่อผู้บริโภคได้ซื้อสินค้า บริการ หรือเนื้อหาดิจิทัลอื่นด้วย ที่สำคัญคือจะต้องมีการชำระราคาโดยตรงเพื่อให้มีสิทธิเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลนั้น อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นเพียงกรณีเดียวคือ ในกรณีที่มีความเสียหายแก่เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภค ถึงแม้ว่าจะเป็นเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้บริโภคได้รับมาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายเป็นตัวเงิน (เนื้อหาดิจิทัลฟรี) ผู้บริโภคก็ยังคงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและมีสิทธิได้รับการเยียวยาเช่นเดียวกันกับผู้บริโภคที่ชำระราคาเพื่อให้ได้เนื้อหาดิจิทัลมา ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคจะต้องมีนิติสัมพันธ์กันใน

[431] Section 24 of Consumer Rights Act 2015

ลักษณะที่เป็นสัญญา และจะต้องอยู่ภายใต้หลักสิ่งตอบแทน (Consideration) กล่าวคือ เนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เสียค่าใช้จ่ายซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคนั้น หากเป็นกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ เนื้อหาดิจิทัลจะต้องแลกมาด้วยบางสิ่งที่มิใช่เงิน เช่น ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภค ผู้บริโภคจึงจะมีสิทธิได้รับการเยียวยาตามกฎหมายจากผู้ประกอบธุรกิจ ในขณะที่สก็อตแลนด์ซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ผู้บริโภคสามารถได้รับการเยียวยา แม้จะไม่ได้แลกเปลี่ยนสิ่งใดกับผู้ประกอบธุรกิจเลยก็ตาม

2) บทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองเนื้อหาดิจิทัลใช้บังคับกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลฟรี และเนื้อหาดิจิทัลที่แลกเปลี่ยนกับสิ่งอื่นนอกจากเงินด้วย ได้แก่ ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 และข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ของสหภาพยุโรป ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในส่วนที่ว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น ไม่ปรากฏมาตราใดที่บังคับว่าจะต้องใช้บทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเนื้อหาดิจิทัลกับกรณีที่ผู้บริโภคได้รับเนื้อหาดิจิทัลมาโดยการชำระราคาเท่านั้น จึงหมายความว่าบทบัญญัติดังกล่าวอาจใช้บังคับกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลฟรีและเนื้อหาดิจิทัลที่แลกเปลี่ยนกับสิ่งอื่นนอกจากเงินได้ด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่ากลุ่มแรก (สหราชอาณาจักร) กำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคอย่างแคบ คือ คุ้มครองเฉพาะผู้บริโภคที่เสียค่าตอบแทนเท่านั้นเนื่องจากเป็นกรณีที่ผู้บริโภคชำระราคาไปโดยความคาดหวังที่จะได้รับสิทธิในการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลที่มีมาตรฐานตามที่กฎหมายกำหนดประกอบกับความไว้วางใจที่มีต่อผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลซึ่งประกอบอุตสาหกรรมด้านเนื้อหาดิจิทัลเป็นปกติธุระ โดยหากมีกรณีที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานของกฎหมายผู้บริโภคย่อมคาดหวังว่าตนจะมีสิทธิได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม โดยการคุ้มครองผู้บริโภคที่ไม่เสียค่าตอบแทนจะอยู่ในฐานะข้อยกเว้นเท่านั้น ซึ่งมีข้อสังเกตสำหรับข้อยกเว้นดังกล่าวคือกรณีที่เนื้อหาดิจิทัลอื่น หรืออุปกรณ์ของผู้บริโภค (สภาพแวดล้อมดิจิทัล) ได้รับความเสียหายอันเป็นกรณีร้ายแรง เพราะถึงแม้ผู้บริโภคจะมีสิทธิเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลเพื่อใช้งานได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายคือเป็นกรณีที่ผู้บริโภคได้รับประโยชน์มากกว่าผู้ประกอบธุรกิจก็ตาม แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคสามารถคำนวณเป็นตัวเงินได้ เช่น คอมพิวเตอร์หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ของผู้บริโภคได้รับความเสียหายจากเนื้อหาดิจิทัลฟรี ผู้บริโภคจึงจำเป็นต้องเสียเงินเพื่อซ่อมแซม ดังนี้ เพื่อความเป็นธรรม ผู้ประกอบธุรกิจจึงควรเข้ามามีส่วนรับผิดชอบเยียวยา มิฉะนั้นย่อมเป็นการสนับสนุนให้ผู้ประกอบธุรกิจปล่อยเนื้อหาดิจิทัลฟรีออกมาโดยปราศจากความรับผิดชอบ ปราศจากความระมัดระวังในฐานะผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือในบางครั้งอาจเป็นเนื้อหาดิจิทัลที่ประสงค์ร้ายต่อเนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภค เช่น โปรแกรมไม่พึงประสงค์ (Potentially Unwanted Program - PUP) หรือ มัลแวร์ (Malware) ซึ่งก่อให้เกิดความเดือนร้อนรำคาญแก่ผู้บริโภค

ในขณะที่กลุ่มที่สอง คือ สหภาพยุโรป และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นั้น เน้นคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลด้วยขอบเขตที่กว้าง โดยไม่ยึดติดกับการเสียหรือไม่เสียค่าตอบแทนของผู้บริโภค กรณีนี้ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า หากมองในมุมของผู้บริโภคแล้วถือเป็นประโยชน์อย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นผู้บริโภคที่เสียค่าตอบแทนเป็นตัวเงิน เป็นข้อมูลส่วนบุคคล หรือผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลฟรี ก็ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายในระดับเดียวกัน แต่หากมองในมุมของผู้ประกอบธุรกิจแล้วอาจพบว่าเนื้อหาดิจิทัลฟรี หรือเนื้อหาดิจิทัลที่แลกเปลี่ยนกับข้อมูลส่วนบุคคล (ที่มักปรากฏในรูปแบบการให้กรอกแบบสอบถามหรือสมัครสมาชิก) มักไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการหากำไรโดยตรงอย่างเต็มรูปแบบ ในบางครั้งอาจเป็นเพียงความปรารถนาดีของผู้ประกอบธุรกิจที่แจกให้ใช้ฟรีโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย (Freeware) พบมากในซอฟต์แวร์ชนิด Open Source อย่างระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์ Linux เป็นต้น หรือเป็นการปล่อยให้ใช้ในรุ่นทดสอบ (Beta Version) เพื่อเก็บข้อมูลข้อบกพร่องของเนื้อหาดิจิทัลอันนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขในรุ่นที่จะวางจำหน่ายจริง หรือ เป็นรุ่นทดลอง (Demo หรือ Trial Version) เพื่อให้ผู้บริโภคได้ทดลองใช้งานเนื้อหาดิจิทัลฟรีในบางส่วนหรือในเวลาที่จำกัดเพื่อประกอบการตัดสินใจสั่งซื้อ หากผู้ประกอบธุรกิจในกรณีเหล่านี้จะต้องรับผิดในกรณีต่าง ๆ ตามมาตรฐานทางกฎหมายอย่างเดียวกันกับผู้ประกอบธุรกิจที่ทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในเชิงการค้าเต็มรูปแบบแล้วย่อมไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบธุรกิจแม้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคนั้นถึงแม้จะมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ แต่ก็ต้องคำนึงถึงถึงผลประโยชน์ของฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจและให้ความเป็นธรรมด้วย หากกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคส่งผลกระทบในทางลบต่อผู้ประกอบธุรกิจมากเกินไปก็อาจส่งผลกระทบต่อแรงจูงใจในการพัฒนาเนื้อหาดิจิทัลที่มีคุณภาพ และศักยภาพในการแข่งขันทางธุรกิจได้ ในท้ายที่สุดผลเสียก็จะกลับมาตกอยู่กับฝ่ายผู้บริโภคเสียเอง

5.2 การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลก่อนทำสัญญานี้เป็นมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคที่สำคัญที่สุด เพราะการคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นเป็นการกำหนดหน้าที่ก่อนหรือขณะทำสัญญาให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจ ในขณะเดียวกันก็เป็นการกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคเชิงป้องกันก่อนที่จะเกิดความเสียหาย ทำให้ผู้บริโภคมีโอกาสเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลที่ตรงต่อความต้องการอันแท้จริงของตนด้วยการตัดสินใจภายใต้ข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วน และภายใต้เงื่อนไขสัญญาที่เป็นธรรม โดยการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลก่อนทำสัญญานี้ประกอบไปด้วยประเด็นสำคัญที่จะนำมาวิเคราะห์ 2 ประเด็นด้วยกันก็คือ การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา และมาตรการควบคุมสัญญา

5.2.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา

ในประเด็นนี้จากการศึกษาหลักกฎหมายของไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้ว พบว่าทั้งประเทศไทย และต่างประเทศคือ สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต่างก็มีหลักกฎหมายเกี่ยวกับการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเช่นเดียวกัน โดยมุ่งให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วน เพียงพอในการประกอบการตัดสินใจเข้าทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับผู้บริโภคซึ่งสอดคล้องกับสิทธิของผู้บริโภคในเรื่องสิทธิในการได้รับข้อมูล

สำหรับในสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะพบว่าหลักกฎหมายในส่วนนี้จะเป็นไปในทิศทางเดียวกัน เนื่องจากตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 (Directive 2011/83/EU) เช่นเดียวกัน ดังนั้นผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ไปในคราวเดียวกัน

กลไกของมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวก็คือการกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจในการให้ข้อมูลชุดหนึ่งแก่ผู้บริโภค ซึ่งข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 กำหนดให้ต้องแจ้งข้อมูลใดบ้างนั้น ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 จึงไม่ขอกล่าวในที่นี้อีก แต่จะขอชี้ให้เห็นว่ารายการข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งแก่ผู้บริโภคนั้นอาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1) ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจหรือสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล เช่น ตัวตนของผู้ประกอบธุรกิจ ที่อยู่ เบอร์โทรศัพท์ ข้อมูลเกี่ยวกับการติดต่อกับผู้ประกอบธุรกิจ ราคา ค่าใช้จ่ายทั้งหลายที่จะเกิดขึ้น วิธีการชำระราคา วิธีการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระ ฯลฯ เพื่อประโยชน์แก่ผู้บริโภคในการติดต่อสื่อสารกับผู้บริโภคในการขอคำแนะนำหรือความช่วยเหลือเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล หรือแม้กระทั่งเพื่อประโยชน์ในการติดต่อเพื่อใช้สิทธิหรือเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิด

2) ข้อมูลสำคัญที่เกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล คือข้อมูลสำคัญซึ่งหากผู้บริโภคได้รับข้อมูลเหล่านี้จะช่วยป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นตามมา เช่น ความสามารถในการทำงานร่วมกันของเนื้อหาดิจิทัลกับฮาร์ดแวร์หรือซอฟต์แวร์ หากผู้บริโภคทราบข้อมูลในส่วนนี้มาตั้งแต่ต้น ผู้บริโภคย่อมสามารถประเมินได้ว่าเนื้อหาดิจิทัลที่ตนกำลังจะสั่งซื้อนั้นสามารถทำงานร่วมกันกับอุปกรณ์อย่างโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือคอมพิวเตอร์ของผู้บริโภคได้อย่างปกติหรือไม่ สามารถใช้งานร่วมกันกับเนื้อหาดิจิทัลอื่นของผู้บริโภคได้หรือไม่ เพราะหากไม่เป็นเช่นนั้นก็อาจเกิดความเสียหายขึ้นแก่อุปกรณ์หรือเนื้อหาดิจิทัลอื่นของผู้บริโภคได้และจะทำให้เกิดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจตามมา หรือข้อมูลในเรื่องลักษณะสำคัญหรือฟังก์ชันการทำงานของเนื้อหาดิจิทัล ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจควรจะระบุเอาไว้ให้ละเอียดตรงตามความเป็นจริง มิฉะนั้นย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคที่ไม่สามารถใช้งานเนื้อหาดิจิทัลนั้นได้ตามความคาดหมายและจะก่อให้เกิดความรับผิดแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลซึ่งไม่เป็นไปตามคำพรรณนา

ข้อมูลที่เกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจนั้นมีจำนวนมากในทางปฏิบัติแล้วไม่อาจจะกำหนดให้ครอบคลุมได้ทุกเรื่องการให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องแจ้งข้อมูลในรายละเอียดทุกเรื่องนั้นอาจก่อภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจเกินจำเป็นส่วนในมุมของผู้บริโภคนั้น จริงอยู่ว่ายิ่งผู้ประกอบธุรกิจให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคมากเท่าใดก็ยิ่งเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคมากเท่านั้น แต่ข้อมูลในเชิงรายละเอียดที่มากและลึกจนเกินไปก็อาจทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถรับทราบข้อมูลในส่วนที่จำเป็นได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ “รายละเอียด” อาจเบียด “สาระสำคัญ” ให้ตกขอบแห่งความสนใจของผู้บริโภคไปอย่างน่าเสียดาย และทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วนนั้นไม่บรรลุผลปัญหาสำคัญที่จำเป็นต้องนำมาขบคิดในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลจึงเป็นปัญหาที่ว่า รายการข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าต้องแจ้งให้ผู้บริโภคทราบ “ขั้นต่ำ” นั้นควรจะมีมากน้อยเพียงใด ประกอบไปด้วยรายการใดบ้าง เพื่อเป็นการสร้างสมดุลระหว่างภาระหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจกับประโยชน์ที่ผู้บริโภคจะได้รับ ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลของประเทศไทยในประเด็นเรื่องการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญานั้น ควรจะกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจแจ้งข้อมูลแก่ผู้บริโภคทั้งข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจหรือสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล และข้อมูลสำคัญที่เกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลเช่นเดียวกับข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรป แต่ไม่จำเป็นต้องระบุรายละเอียดมากมายเช่นนั้น ข้อมูลในรายละเอียดนั้นอาจกำหนดให้ตราเป็นกฎหมายลำดับรองก็ได้ ซึ่งจะทำให้เกิดความสะดวกในการแก้ไขเพิ่มเติมในอนาคตด้วย โดยควรตราเป็นกฎหมายลำดับรองในรูปแบบ “กฎกระทรวง” เพื่อความคล่องตัวในการปรับปรุงแก้ไขให้ทันสมัยอยู่เสมอ โดยไม่จำเป็นต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และไม่ต้องทูลเกล้าฯ ให้พระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธย ดังเช่นพระราชกฤษฎีกา นอกจากนี้ ยังเป็นเพียงการกำหนดรายละเอียดการแจ้งข้อมูลแก่ผู้บริโภคซึ่งเป็นรายละเอียดปลีกย่อย การกำหนดให้ตราเป็นกฎกระทรวงจึงน่าจะเพียงพอแล้ว

มาตรการกำหนดหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจในการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคนั้นจะไม่อาจบรรลุผลได้เลยหากปราศจากสภาพบังคับ โดยข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรป ตลอดจนกฎหมายของสหราชอาณาจักรและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่อนุวัตการตามข้อกำหนดดังกล่าว กำหนดให้ข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจให้แก่ผู้บริโภคนั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา (Implied Terms) ดังนั้นหากกรณีไม่เป็นไปตามข้อมูลที่แจ้งแก่ผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องรับผิดฐานผิดสัญญา ส่วนกรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่ดำเนินการให้ข้อมูลตามที่กฎหมายกำหนดแก่ผู้บริโภค สภาพบังคับตามกฎหมาย (Sanction) ตามข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 จะมีเฉพาะในกรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่แจ้งผู้บริโภคว่าผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญาโดยอิสระ (The Right of Withdrawal) นั่นคือการไม่แจ้งสิทธิดังกล่าวแก่ผู้บริโภคเลย จะมีผลเป็นการขยายสิทธิในการเลิกสัญญาดังกล่าว

ออกไปอีก 12 เดือน นับแต่วันที่สิทธิเลิกสัญญาตามปกติสิ้นสุดลง หรือกรณีที่มีการแจ้งสิทธิดังกล่าวแก่ผู้บริโภคภายหลัง ภายใน 12 เดือน นับแต่วันนับแต่วันที่สิทธิเลิกสัญญาตามปกติสิ้นสุดลง ระยะเวลาการใช้สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภคก็จะขยายออกไปอีก 14 วัน นับแต่วันที่ได้มีการแจ้งดังกล่าว[432] แต่ไม่ปรากฏผลทางกฎหมายหรือความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจในกรณีอื่น ๆ ดังนั้นจึงเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณากันต่อไปว่ามาตรการคุ้มครองผู้บริโภคโดยการให้ข้อมูลก่อนทำสัญญานี้ควรจะกำหนดสภาพบังคับ (Sanction) อย่างไรให้เหมาะสม เพื่อให้กฎหมายสามารถบังคับใช้ได้จริง

ข้อสำคัญอีกประการหนึ่งในการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญานั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขเรื่องความชัดเจนกล่าวคือผู้ประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการทำให้เกิดความเข้าใจแก่ผู้บริโภคอย่างชัดแจ้งว่าการกระทำของผู้บริโภคต่อไปนี้จะเป็นการสั่งซื้อและชำระราคาเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัล และในการนี้ผู้บริโภคจะต้องผูกพันตามสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล เช่น ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินสร้างปุ่มให้ผู้บริโภคคลิกซึ่งมีข้อความชัดเจนว่า “สั่งซื้อและชำระราคา” สภาพบังคับทางกฎหมายหากผู้ประกอบธุรกิจไม่ดำเนินการดังกล่าวก็คือถือว่าผู้บริโภคไม่ผูกพันตามสัญญา เนื่องจากการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลกันผ่านช่องทางออนไลน์นั้นทำได้ง่ายมาก ง่ายจนในบางครั้งผู้บริโภคอาจดำเนินการไปโดยขาดความรอบคอบ การที่จะผูกพันกันตามสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลจึงควรมีความชัดเจนแน่นอนกันในระดับหนึ่ง

ส่วนในประเทศไทยหลักกฎหมายในเรื่องการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญาที่ใช้บังคับแก่กรณีเนื้อหาดิจิทัลได้นั้นจะปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายในส่วนที่ว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณาและด้านฉลาก ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 หลักกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนธุรกิจตลาดแบบตรง และมาตรการในการควบคุมข้อความในการสื่อสารข้อมูล ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ข้อสังเกตประการสำคัญก็คือ หลักกฎหมายทั้งหลายข้างต้น ถึงแม้จะมีเนื้อหาเป็นการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก็ตาม แต่นอกจากมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านฉลากแล้ว กรณีอื่น ๆ ล้วนเป็นการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคทางอ้อมทั้งสิ้น โดยมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคด้านการโฆษณานั้น ไม่ได้กำหนดรายการข้อมูลขั้นต่ำที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งให้ผู้บริโภคทราบ หากแต่มีเนื้อหาเป็นการควบคุมข้อความในการโฆษณาให้เป็นธรรมต่อผู้บริโภคเท่านั้น เช่น ต้องไม่เป็นเท็จหรือเกินความจริง ส่วนมาตรการจดทะเบียนธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น ถึงแม้ว่าผู้บริโภคจะสามารถตรวจสอบข้อมูลได้ แต่ก็สามารถตรวจสอบได้แต่ข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจเท่านั้น ไม่อาจตรวจสอบข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลหรือสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ทำขึ้นได้ เช่นเดียวกันกับมาตรการในการควบคุมข้อความในการสื่อสารข้อมูลที่ยังไม่

[432] Article 10 of Directive 2011/83/EU

สามารถใช้บังคับได้เนื่องจากยังไม่มีการตรากฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์รายละเอียดออกมา อย่างไรก็ตาม ถึงแม้มาตรการควบคุมฉลากนั้นจะมีลักษณะเป็นการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคโดยตรง ตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด อันได้แก่ชื่อหรือเครื่องหมายการค้าของผู้ผลิตหรือของผู้นำเข้าเพื่อขาย สถานที่ผลิตหรือสถานที่ประกอบธุรกิจนำเข้า ข้อความที่แสดงให้เข้าใจได้ว่าสินค้านั้นคืออะไร ชื่อประเทศที่ผลิตข้อความอันจำเป็น ได้แก่ ราคา ปริมาณ วิธีใช้ ฯลฯ แต่มาตรการควบคุมฉลากก็มีข้อจำกัดที่สามารถใช้บังคับได้เฉพาะกับเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้เท่านั้น โดยไม่สามารถใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยไม่อาศัยสื่อดังกล่าวได้ ที่สำคัญอีกประการคือกฎหมายไทยไม่ได้บังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งสิทธิในการเลิกสัญญาโดยอิสระ ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ให้แก่ผู้บริโภคในชั้นก่อนทำสัญญา กฎหมายเพียงแต่บังคับให้แจ้งแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญาโดยระบุไว้ในเอกสารซื้อขาย (Confirmation of Contract) เท่านั้น[433]

จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยถึงแม้จะมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญา แต่ก็ไม่ใคร่จะสมบูรณ์และครอบคลุมมากนัก ข้อจำกัดต่าง ๆ ล้วนเกิดขึ้นจากการที่กฎหมายเหล่านั้นไม่ได้ถูกออกแบบมาให้ใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัล

5.2.2 มาตรการควบคุมสัญญา

มาตรการควบคุมสัญญาเป็นมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยมุ่งเน้นไปที่การควบคุมไปที่ตัวสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลโดยตรง ซึ่งการควบคุมในที่นี้ก็คือการควบคุม แบบและข้อกำหนดในสัญญา โดยกำหนดให้สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นสัญญาชนิดที่จะต้องถูกควบคุมและกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดและกำหนดสภาพบังคับทางกฎหมาย หากผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวด้วย

จากที่ได้ศึกษากฎหมายสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ยังไม่พบว่ามีกฎหมายกำหนดมาตรการให้ธุรกิจจำหน่าย (จัดส่ง) เนื้อหาดิจิทัลเป็นธุรกิจควบคุมสัญญา โดยกำหนดแบบ และข้อสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่จะต้องดำเนินการจัดทำให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนประเทศไทยนั้น ถึงแม้ว่าจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 กำหนดมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา (ส่วนที่ 2 ทวิ ตั้งแต่มาตรา 35 ทวิ จนถึงมาตรา 35 นว) ก็ตาม แต่ปัจจุบันก็ยังไม่ครอบคลุมถึงธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล โดยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ กำหนดให้มีคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาซึ่งมีอำนาจหน้าที่กำหนดให้ธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดเป็นธุรกิจควบคุมสัญญา ซึ่งจะต้องมีและไม่มีข้อสัญญาตามที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด คณะกรรมการชุดดังกล่าวยังมีอำนาจถึงขั้นให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการกำหนดถึงแม้ว่าก่อนหน้านี้จะไม่มีกฎหมายบังคับให้

[433] มาตรา 30 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

สัญญานั้นจะต้องทำตามแบบก็ตาม โดยหากฝ่าฝืนก็จะมีผลทางกฎหมายในการปรับข้อสัญญาให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด กล่าวคือ หากไม่ใช้ข้อสัญญาใดตามที่คณะกรรมการกำหนดก็ให้ถือว่ามีข้อสัญญาดังกล่าว และหากมีข้อสัญญาใดที่คณะกรรมการกำหนดว่าห้ามใช้ข้อสัญญานั้นก็ให้ถือว่าไม่มีข้อสัญญาเช่นว่านั้น[434] ดังนี้ ถึงแม้ว่าปัจจุบันจะยังไม่มีการกำหนดให้ธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นธุรกิจควบคุมสัญญา อันจะส่งผลให้สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลจะต้องทำตามแบบ และมีหรือไม่มีข้อสัญญาตามที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ตาม แต่หากมีการกำหนดให้ธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นธุรกิจควบคุมสัญญาก็อาจจะมีส่วนช่วยให้การคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลมีประสิทธิภาพมากขึ้นก็ได้

อย่างไรก็ตาม การที่จะกำหนดสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้เป็นสัญญาที่ถูกควบคุมได้นั้นมีเงื่อนไขคือ จะต้องเป็นสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ ซึ่งสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลมิได้มีลักษณะทั้งสองประการดังกล่าว หากจะนำมาตรการควบคุมสัญญามาใช้ก็จำเป็นจะต้องมีกฎหมายกำหนดให้สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลต้องทำเป็นหนังสือ ซึ่งสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลส่วนมากเป็นสัญญาที่ทำโดยบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง (Distance Contract) โดยเฉพาะผ่านช่องทางอินเทอร์เน็ต แม้จะถือว่าทำสัญญากันเป็นหนังสือตามความในมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 แต่กิจกรรมการซื้อขายผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ รัฐพึงอำนวยความสะดวกให้เกิดความรวดเร็ว คล่องตัว มากที่สุด การบังคับให้จะต้องทำสัญญากันเป็นหนังสืออาจส่งผลกระทบต่อความคล่องตัวในการทำสัญญาได้ หรือแม้กระทั่งการทำสัญญาโดยคู่สัญญาที่อยู่เฉพาะหน้า เช่น การที่ผู้บริโภคเดินเข้าไปซื้อแผ่นซีดีซอฟต์แวร์คอมพิวเตอร์ ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกันกับการซื้อขายสินค้าทั่วไปตามท้องตลาด การที่คู่สัญญาจะต้องทำสัญญากันเป็นหนังสือจึงขัดต่อสภาพความเป็นจริง ทั้งสองกรณีนี้จึงอาจก่อภาระทั้งฝั่งผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร ดังนี้ การนำมาตรการควบคุมสัญญามาใช้กับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลจึงอาจไม่เหมาะสม ในขณะเดียวกันมาตรการอื่นอาจมีความเหมาะสมมากกว่า เช่น การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา หรือการกำหนดมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล และมาตรการเยียวยาผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด ที่กฎหมายกำหนดให้ถือว่ามีข้อสัญญาบางประการที่จำเป็นในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาทันทีโดยไม่จำเป็นต้องบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจทำสัญญาโดยมีข้อความตามที่กฎหมายกำหนด เช่นนี้ก็ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบังคับให้สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลจะต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด

---

[434] มาตรา 35 ทวิ จนถึง มาตรา 35 จัตวา แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

5.3 การคุ้มครองผู้บริโภคหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เกิดขึ้นหลังจากทำสัญญาแล้ว โดยเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ เว้นแต่ในประเด็นเรื่องการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล และกรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย ซึ่งยังไม่ปรากฏบทบัญญัติกฎหมายไทยที่มีความมุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลโดยตรง อย่างมากก็พอปรับใช้บทกฎหมายที่มีลักษณะเป็นบททั่วไปได้บ้างเท่านั้น ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 4

5.3.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา

ในส่วนนี้กฎหมายหลักที่จะใช้ในการศึกษาเปรียบเทียบกันก็คือ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ของประเทศไทย และข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นต้นแบบให้แก่ ข้อบังคับว่าด้วยสัญญาผู้บริโภค (การให้ข้อมูล การเลิกสัญญา และค่าใช้จ่ายเพิ่มเติม) ค.ศ. 2013 ของสหราชอาณาจักร และประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

โดยเมื่อพิจารณากฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวแล้วจะพบว่ามีความคล้ายคลึงกันอย่างมากในแง่การกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจ ในการออกเอกสารให้แก่ผู้บริโภคภายหลังจากที่สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ทำขึ้นแล้ว โดยกฎหมายไทยกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องจัดทำเอกสารการซื้อขายสินค้าหรือบริการและส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคพร้อมกับสินค้าหรือบริการ โดยระบุข้อมูลสำคัญที่ผู้บริโภคจำเป็นต้องทราบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของผู้บริโภคในการเลิกสัญญา เช่นเดียวกันกับข้อกำหนดของสหภาพยุโรปและกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกที่สืบเนื่องมาจากพันธกรณีตามข้อกำหนดดังกล่าว ที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำคำยืนยันการทำสัญญา (Confirmation of the Contract) ให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิในการเลิกสัญญาอย่างอิสระเอาไว้เช่นกัน ในที่นี้ผู้เขียนจะไม่กล่าวถึงรายละเอียดของกฎหมายทั้งสองฉบับซ้ำอีกครั้ง แต่จะชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของการให้ข้อมูลรายละเอียดแห่งสัญญาแก่ผู้บริโภคภายหลังจากทำสัญญาแล้วว่าเป็นมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคที่สำคัญมาก เนื่องจากเป็นการมอบเครื่องมือในการพิทักษ์สิทธิของตนเองให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งในบางครั้งอาจทำสัญญาอย่างรวดเร็วโดยปราศจากการคิดไตร่ตรองอย่างรอบด้านจึงจำเป็นต้องได้รับข้อมูลเกี่ยวกับสัญญาเพื่อทบทวนเจตนาของตนอีกครั้ง หรือแม้แต่กรณีที่ผู้บริโภคจะได้คิดไตร่ตรองก่อนทำสัญญาอย่างรอบคอบแล้วก็อาจเกิดเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดขึ้นจนทำ

ให้ผู้บริโภคจำเป็นต้องได้รับการเยียวยาความเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจ ถึงแม้เอกสารที่ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องออกให้แก่ผู้บริโภคภายหลังจากทำสัญญานั้น กฎหมายไทยและสหภาพยุโรปจะบัญญัติรายละเอียดแตกต่างกันอยู่บ้างแต่ผู้เขียนเห็นว่ามีข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญร่วมกันอยู่ 3 ประเด็น ที่ผู้บริโภคจำเป็นจะต้องรับรู้คือ 1. ข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับตัวตนผู้ประกอบธุรกิจรวมถึงช่องทางในการติดต่อ เพื่อประโยชน์ในการติดต่อสอบถามข้อมูลเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัล หรือเรียกให้รับผิดในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้น 2. ข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาแห่งสัญญาทุกแง่มุมเท่าที่จะเป็นไปได้ ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติอาจเป็นการยากที่จะระบุให้ครบทุกแง่มุม แต่ข้อมูลในส่วนนี้ถือเป็นเรื่องสำคัญที่ผู้บริโภคจำเป็นจะต้องได้รับเพื่อทำความเข้าใจถึงสิทธิและหน้าที่ของตนเอง 3. สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระ ซึ่งเป็นข้อมูลในสำคัญอย่างมากในการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงอย่างละเอียดในหัวข้อต่อ ๆ ไป

ประเด็นสำคัญอีกหนึ่งประเด็นที่สมควรต้องพิจารณาก็คือผลทางกฎหมาย กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่ออกเอกสารให้แก่ผู้บริโภคภายหลังจากที่สัญญาได้จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ทำขึ้นแล้ว เมื่อพิจารณาข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรปแล้วจะพบว่ามีผลทำให้ผู้บริโภคยังคงสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระได้ แม้จะรับชำระหนี้ คือดาวน์โหลด สตรีมมิ่ง หรือเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัล ไปแล้ว[435] (ตามปกติผู้บริโภคจะต้องให้ความยินยอมสละสิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระเสียก่อนที่จะรับชำระหนี้ตามสัญญา ซึ่งเมื่อรับชำระหนี้ไปแล้วจะไม่สามารถเลิกสัญญาได้อีก) ซึ่งหลักการในกฎหมายของสหราชอาณาจักรและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็เป็นเช่นเดียวกัน ในขณะที่ผลทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ของประเทศไทยจะแตกต่างออกไป โดยผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่จัดทำหรือส่งมอบเอกสารการซื้อขายสินค้าหรือบริการหรือจัดทำและส่งมอบแต่เนื้อหาไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องรับโทษทางอาญา และในกรณีที่จัดทำเอกสารที่มีข้อความเป็นเท็จก็ต้องรับโทษทางอาญาเช่นกัน นอกจากนี้ยังมีผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญาอีก คือสัญญาไม่มีผลผูกพันต่อผู้บริโภค จะเห็นได้ว่าในประเด็นนี้กฎหมายไทยกับสหภาพยุโรปมีความแตกต่างกันอย่างมาก สาเหตุที่สหภาพยุโรปกำหนดผลทางกฎหมายเอาไว้เช่นนั้น เป็นเพราะเล็งเห็นว่าสาระสำคัญของเนื้อหาดิจิทัลคือการให้สิทธิเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลเพื่อใช้งานแก่ผู้บริโภค ดังนั้นเมื่อมีการปฏิบัติการชำระหนี้เกิดขึ้นแล้ว ไม่ว่าจะด้วยการดาวน์โหลด สตรีมมิ่ง หรือเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลด้วยวิธีอื่นใด ย่อมเป็นการสมประโยชน์ตามสัญญาแก่ผู้บริโภคแล้ว ดังนั้นจึงไม่สมควรให้สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระแก่ผู้บริโภคที่รับชำระหนี้แล้วนี้ มิฉะนั้นจะกลายเป็นการทดลองใช้เนื้อหาดิจิทัลตามความพึงพอใจแล้วจึงเลิกสัญญา อันอาจทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเสียเปรียบอย่างมาก การให้สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระแม้มีการปฏิบัติการชำระหนี้แล้วจึงควรเป็นมาตรการ

[435] Article 14 (4) (b) (iii) of Directive 2011/83/EU

ลงโทษผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ในการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา อันเป็นกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นฝ่ายผิดเสียเอง อย่างไรก็ตามการใช้โทษทางอาญาเป็นการลงโทษผู้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายก็อาจนำไปสู่ภาวะกฎหมายอาญาเฟ้อ (Overcriminalization) ได้ เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าความผิดของผู้ประกอบธุรกิจในกรณีนี้ยังไม่ร้ายแรงเป็นภยันตรายถึงขนาดที่จะต้องเอาโทษกันในทางอาญา นอกจากนี้มาตรการลงโทษในทางแพ่งโดยให้สัญญาไม่ผูกพันผู้บริโภคจนกว่าผู้ประกอบธุรกิจจะให้ข้อมูลหลังทำสัญญาแก่ผู้บริโภคนั้นเหมาะสมและพอเหมาะพอควรแก่กรณีอยู่แล้ว

5.3.2 การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้

ในส่วนนี้จะต้องแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ส่วน คือ การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล และความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้

1) การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล ประเด็นปัญหาสำคัญคือ จะถือว่าเนื้อหาดิจิทัลจัดส่งให้แก่ผู้บริโภคอย่างสมบูรณ์เมื่อใด สำหรับเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้ หลักกฎหมายในส่วนนี้คงเป็นเช่นเดียวกันกับหลักกฎหมายซื้อขาย แต่สำหรับเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยโดยไม่อาศัยสื่อที่จับต้องได้ จะอาศัยหลักเกณฑ์ใด สำหรับสหภาพยุโรปนั้น ข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 กำหนดแต่เพียงให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลให้แก่ตัวผู้บริโภค เว้นเสียแต่ว่าคู่สัญญาจะตกลงกันเป็นอย่างอื่น จึงต้องตีความว่าการตกลงกันเป็นอย่างอื่นคงหมายรวมถึงการจัดส่งให้แก่บุคคลที่สาม เช่น ผู้ให้บริการเครือข่าย ด้วยวิธีการที่เหมาะสมเพื่อให้การเข้าถึงหรือการดาวน์โหลดเนื้อหาดิจิทัลพร้อมใช้งานแก่ผู้บริโภคหรือแก่เครื่องอำนวยความสะดวกทางกายภาพหรือเสมือนซึ่งผู้บริโภคเป็นผู้เลือกตามความประสงค์ของผู้บริโภค ในขณะที่พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักรบัญญัติไว้ชัดเจนว่าจะถือว่าจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคสำเร็จเมื่อเนื้อหาดิจิทัลนั้นไปถึงอุปกรณ์ของผู้บริโภคโดยตรง หรือ ไปถึงผู้ประกอบธุรกิจซึ่งผู้บริโภคมอบหมาย (ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายโทรศัพท์มือถือ) แล้วแต่ว่าเนื้อหาดิจิทัลจะไปถึงผู้ใดก่อน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ครอบคลุมถึงรูปแบบการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลโดยไม่อาศัยสื่อที่จับต้องได้ที่เหมาะสมแล้ว เพราะไม่ว่าเนื้อหาดิจิทัลจะปรากฏตัวออกมาในรูปแบบใดหรือเทคโนโลยีในอนาคตจะเปลี่ยนไปในทางใด แต่ต้องไม่ลืมว่าเนื้อหาดิจิทัลเป็นสารสนเทศชนิดหนึ่งที่จำเป็นต้องใช้อุปกรณ์เพื่อประมวลผลหรืออ่านค่าจึงจะเข้าถึงเพื่อใช้งานได้ และเมื่อไม่ต้องอาศัยสื่อที่จับต้องได้ สิ่งที่เป็นสื่อจึงเปลี่ยนเป็นเครือข่ายแทน ซึ่งโดยทั่วไปก็คืออินเทอร์เน็ต

2) ความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ หากจะกล่าวอย่างจำเพาะเจาะจงก็คือการไม่ชำระหนี้นั่นเอง ไม่ว่าด้วยจะด้วยความจงใจหรือเหตุสุดวิสัย สำหรับกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคได้นั้น ข้อกำหนดว่าด้วย

แง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ของสหภาพยุโรป ได้กำหนดให้ผู้บริโภคเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลเสียก่อน หากผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลภายในระยะเวลาตามสมควร หรือตามเวลาที่ได้ตกลงกันไว้อย่างชัดแจ้ง ผู้บริโภคย่อมมีสิทธิที่จะเลิกสัญญา ซึ่งผลของการเลิกสัญญาก็คือการกลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยผู้ประกอบธุรกิจจะต้องคืนเงินแก่ผู้บริโภคและผู้บริโภคจะต้องงดเว้นไม่ใช้งานเนื้อหาดิจิทัลนั้น ในขณะที่พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักร ไม่ได้กำหนดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจในกรณีนี้เอาไว้อย่างเฉพาะเจาะจง จึงต้องกลับไปใช้หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาเหมือนกรณีผิดสัญญาทั่วไป ดังนี้ แม้ในตอนท้ายผลทางกฎหมายก็น่าจะออกมาในทิศทางเดียวกันไม่ว่าจะใช้หลักกฎหมายเฉพาะหรือหลักกฎหมายทั่วไป คือ เมื่อผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถชำระหนี้ในส่วนของตนได้ก็น่าจะต้องจบลงด้วยเลิกสัญญาและต่างฝ่ายต่างก็ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมเท่าที่จะทำได้ แต่การกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายให้ชัดเจนก็อาจเป็นการป้องกันข้อพิพาทที่อาจจะเกิดตามมาก็เป็นไปได้ อย่างไรก็ตาม ข้อสำคัญคือการกลับคืนสู่ฐานะเดิมในฝ่ายของผู้บริโภคที่ไม่มีวัตถุสิ่งของอันเป็นรูปธรรมคืนให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากสิ่งที่ตนได้รับมาตามสัญญาก็คือสิทธิในการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลเท่านั้น เมื่อจะต้องกลับคืนไปสู่ฐานะเดิมก่อนทำสัญญาย่อมหมายถึงผู้บริโภคจะต้องย้อนกลับไปสู่จุดที่ตนไม่มีสิทธิเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัล ถึงแม้ในช่วงเวลาระหว่างทำสัญญาไปจนถึงขณะที่ใช้สิทธิเลิกสัญญาผู้บริโภคจะเข้าถึงและใช้งานเนื้อหาดิจิทัลไปมากเพียงใดก็ตาม สิ่งที่พอจะใกล้เคียงกับการกลับคืนสู่ฐานะเดิมมากที่สุดก็คือผู้บริโภคจะต้องไม่เข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลอีกต่อไป ซึ่งหากผู้ประกอบธุรกิจมีมาตรการป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลด้วยการจัดการสิทธิดิจิทัล (Digital Right Management หรือ DRM) เช่น ระงับการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลผ่านบัญชีผู้ใช้ (User Account) ของผู้บริโภค ก็ย่อมทำให้การกลับคืนสู่ฐานะเดิมเป็นไปได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่หากการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นปราศจากการจัดการสิทธิดิจิทัลแล้ว ก็อาจเป็นการยากที่จะห้ามผู้บริโภคไม่ให้ผู้บริโภคเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลอีกอันจะส่งผลให้กฎหมายไม่สามารถบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเป็นเพียงคู่สัญญาฝ่ายเดียวที่ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการคืนเงินให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งไม่น่าจะเป็นธรรมนัก

5.3.3 กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคได้ ผู้บริโภคถึงแม้จะเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลเพื่อใช้งานได้แต่ก็เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ในบางครั้งอาจเกิดข้อพิพาทกับเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ ดังนี้ จึงเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องมีสิทธิโดยชอบธรรมในเนื้อหาดิจิทัลที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเสียก่อน

ในกรณีดังกล่าวนี้ ข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ของสหภาพยุโรป กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้มาตรการเยียวยาผู้บริโภคเช่นเดียวกันกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานตามกฎหมาย (ไม่เป็นไปตามข้อสัญญาโดยปริยาย) ตามที่ได้วิเคราะห์ไปแล้ว โดยผู้บริโภคจะต้องใช้มาตรการเยียวยาชั้นแรกก่อน คือ เรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นไปตามสัญญา (ในที่นี้คือเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยมีสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา) ต่อเมื่อเป็นการพ้นวิสัย หรือก่อให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนอย่างมากจึงจะใช้มาตรการเยียวยาในชั้นที่สอง คือ ขอลดราคาเนื้อหาดิจิทัลหรือเลิกสัญญา ส่วนพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักร ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับการคืนเงินจากผู้ประกอบธุรกิจโดยผู้บริโภคไม่มีหน้าที่จะต้องคืนหรือลบเนื้อหาดิจิทัลดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากข้อจำกัดในการห้ามผู้บริโภคไม่ให้เข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลนั้นต่อไป ประกอบกับสิทธิในการใช้เนื้อหาดิจิทัลย่อมถูกจำกัดโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่แล้ว ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคตามแนวทางของสหราชอาณาจักรน่าจะเหมาะสมกว่า เนื่องจากเมื่อผู้บริโภคเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลนั้นแล้วย่อมมีส่วนในการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของผู้อื่นอยู่ในตัว ไม่ว่าจะรู้หรือไม่รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว การกำหนดให้ผู้บริโภคใช้สิทธิเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลโดยชอบด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา หรือลดราคาเนื้อหาดิจิทัลย่อมไม่อาจลบล้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ผ่านมาแล้วได้ สิ่งที่ควรเกิดขึ้นคือการยุตินิติสัมพันธ์ลงเสียด้วยการเลิกสัญญาให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้อาจเป็นการเหมาะสมกว่า

5.3.4 กรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย

เมื่อเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งให้ตามสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล ทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภค (สภาพแวดล้อมดิจิทัล) ได้รับความเสียหาย ตามพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักร ผู้ประกอบธุรกิจมีสิทธิเลือกว่าจะใช้มาตรการเยียวยาผู้บริโภคโดยซ่อมแซมเนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ให้แก่ผู้บริโภค หรือจะเลือกชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคก็ได้ ในขณะที่ข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ของสหภาพยุโรปไม่ได้กำหนดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจในกรณีเช่นนี้ไว้เหมือนดังเมื่อครั้งยังมีสถานะเป็นร่างข้อเสนอข้อกำหนดอยู่ โดยปล่อยให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก ซึ่งโดยปกติย่อมได้แก่กฎหมายลักษณะละเมิดที่มุ่งชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่าในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลขึ้นใช้บังคับในประเทศไทยแล้ว แนวทางของสหราชอาณาจักรน่าจะเหมาะสมมากกว่า แม้สภาพแวดล้อมดิจิทัลเป็นเรื่องที่ซับซ้อนแต่การให้โอกาสแก่ผู้ประกอบธุรกิจในการซ่อมแซมเนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคก่อนเนื่องจากในบางครั้งสามารถทำได้โดยง่ายด้วยการแก้ไขปัญญาทางซอฟต์แวร์ ด้วยการปรับปรุงรุ่น

ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจตามปกติจะมีความรู้ความเชี่ยวชาญอยู่แล้ว รวมถึงการซ่อมแซมอุปกรณ์ของผู้บริโภคในกรณีที่เสียหายไม่มาก แทนที่จะชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้วปล่อยให้ผู้บริโภคนำอุปกรณ์ไปซ่อมแซมเอง หรือแก้ไขปัญญาทางซอฟต์แวร์ที่ผู้บริโภคจำนวนมากขาดความรู้ความเชี่ยวชาญ

5.3.5 สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภค

เมื่อวิเคราะห์โดยเปรียบเทียบกฎหมายไทย กับกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่กฎหมายสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว จะเห็นได้ว่ามีหลักการที่คล้ายคลึงกันคือเป็นการให้สิทธิแก่ผู้บริโภคในการเลิกสัญญาโดยมีต้องมีเหตุผลใด ๆ เป็นพิเศษ แต่จะแตกต่างกันในรายละเอียด เช่น ระยะเวลาในการใช้สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระ และรายละเอียดในการกลับคืนสู่ฐานะเดิมภายหลังการเลิกสัญญา

พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ของประเทศไทย ให้ระยะเวลาในการใช้สิทธิเลิกสัญญาภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับสินค้าหรือบริการ (ไม่มีการบัญญัติถึงกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้ ดังนั้นจึงหมายถึงเฉพาะกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้เท่านั้น) ในขณะที่สหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะให้ระยะเวลา 14 วัน นับจากวันที่ผู้บริโภคได้รับสื่อที่บันทึกเนื้อหาดิจิทัล หรือกรณีที่เนื้อหาดิจิทัลไม่ได้บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้ ระยะเวลาดังกล่าวจะนับตั้งแต่วันทำสัญญา เนื่องจากโดยหลักแล้วกรณีหลังนี้ ผู้บริโภคจะมีสิทธิเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลทันที อย่างไรก็ตามระยะเวลาในการใช้สิทธินี้จะต้องไม่เกิน 12 เดือน นับจากวันทำสัญญา ทั้งนี้ เพื่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะ ปัญหาว่าควรกำหนดระยะเวลา Cooling Off Period นี้ เอาไว้กี่วัน สำหรับกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้ซึ่งผู้บริโภคสามารถเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลได้ทันทีที่ทำสัญญา จึงเป็นปัญหาที่น่าจะนำมาพิจารณาเมื่อจะร่างกฎหมายขึ้นใช้ในประเทศไทย เนื่องจากไม่จำเป็นต้องมีระยะเวลาในการขนส่งสินค้า การนับระยะเวลาจึงจำเป็นจะต้องนับจากวันทำสัญญา เมื่อเป็นเช่นนี้ ระยะเวลา 7 วัน จึงอาจสั้นจนเกินไป

ส่วนประเด็นเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้น กรณีเนื้อหาดิจิทัลที่บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายไทยหรือกฎหมายต่างประเทศ หลัก ๆ จะเป็นเรื่องการคืนของ คืนเงิน อันเป็นรายละเอียดปลีกย่อย แต่ประเด็นที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าสนใจคือ กรณีเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้ หรือเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งกันผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต นั่นเอง กรณีเช่นนี้ไม่มีปัญหาในเรื่องการคืนเงินจากผู้ประกอบธุรกิจไปยังผู้บริโภค แต่จะมีปัญหาในฝั่งของผู้บริโภค คือ ข้อกำหนดว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 ของสหภาพยุโรป ไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้บริโภคต้องลบ หรืองดเว้นไม่เข้าถึงเพื่อใช้งานเนื้อหาดิจิทัลภายหลังเลิกสัญญาเอาไว้ ซึ่งแตกต่างกับกรณีการเลิกสัญญาเนื่องจากเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด ตามข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 สาเหตุหลักน่าจะเป็นเพราะข้อกำหนด

ว่าด้วยสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2011 กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจแจ้งแก่ผู้บริโภคว่าในทันทีที่มีการเริ่มปฏิบัติการชำระหนี้ คือ ผู้บริโภคดาวน์โหลด หรือเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลแล้ว ผู้บริโภคจะเสียสิทธิในการเลิกสัญญาอย่างอิสระ ถึงแม้จะยังไม่ครบ 14 วัน นับแต่วันทำสัญญาก็ตาม เมื่อผู้บริโภคไม่มีสิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้บริโภคในการลบ หรืองดเว้นไม่เข้าถึงเนื้อหาดิจิทัล ประเด็นเรื่องการกำหนดให้ผู้บริโภคจะต้องสละสิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระเสียก่อนที่จะรับชำระหนี้นี้ จึงเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญที่ควรนำมาขบคิดในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลขึ้นในประเทศไทย เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติที่ออกแบบมาสำหรับเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทยเลย

5.3.6 ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

สัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนี้ เกือบทั้งหมดมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นผู้กำหนดขึ้นฝ่ายเดียวอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ มาตรการตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมจึงเข้ามามีบทบาทในการคุ้มครองผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม เมื่อกล่าวถึงการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลขึ้นใช้บังคับในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนไม่ใคร่จะเน้นหนักไปที่กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด เพราะโลกดิจิทัลที่หมุนไปอย่างรวดเร็วเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับกับกลไกตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งในที่สุดแล้วจะต้องอาศัยอำนาจตุลาการให้องค์กรศาลเป็นผู้ชี้ว่า ข้อสัญญาใดเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมและปรับให้ข้อสัญญานั้นเหมาะสมและเป็นธรรม นอกจากนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เองก็ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายของสหราชอาณาจักร ดังนี้แล้ว หากมีการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลขึ้นใช้บังคับในประเทศไทย ถึงแม้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจะพอมีบทบาทคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลอยู่บ้าง แต่บทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทยนี้ก็ไม่ปรากฏปัญหาความไม่เหมาะสมอย่างมีนัยสำคัญที่จะนำมาบังคับใช้กับกรณีเนื้อหาดิจิทัลแต่อย่างใด

5.4 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

ผู้เขียนกล่าวอยู่เสมอว่าหลักกฎหมายในส่วนนี้ถือเป็นหัวใจของการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล สาเหตุที่ผู้เขียนยืนยันเช่นนั้นก็เป็นเพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้น ในมุมของผู้บริโภคก็คือการเข้าถึงเพื่อใช้งานเนื้อหาดิจิทัลโดยการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลเพื่อใช้งานนั้น ผู้บริโภคตามปกติธรรมดาย่อมคาดหวังถึงการใช้งานเนื้อหาดิจิทัลที่ราบรื่นปราศจากอุปสรรคขัดขวาง และ

เป็นไปตามความคาดหมายของตนประกอบกับเนื้อหาดิจิทัลเองไม่ว่าจะจัดส่งโดยอาศัยสื่ออย่างใดหรือไม่ แต่ก็มีฐานะเป็นเพียง “อากาศ” ที่ไม่มีรูปร่างหน้าตา ไม่เป็นตัวเป็นตนให้จับต้องได้ กฎหมายจึงจำเป็นต้องเข้ามาวางมาตรฐานขั้นต่ำว่าอย่างน้อยแล้วเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้บริโภคได้รับควรจะเป็นอย่างไรบ้าง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคมิให้เสียเงินซื้ออากาศอย่างไร้ความหมาย ในขณะเดียวกันก็เป็นการกำหนดภาระหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจที่จะต้องจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่มีมาตรฐานตามสมควร มิใช่จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่อาจใช้งานได้จริง หรือมีข้อบกพร่องอย่างมีนัยสำคัญอันเป็นการไม่รับผิดชอบต่อผู้บริโภค ในเมื่อมีการวางมาตรฐานดังกล่าวแล้ว ก็จำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติในส่วนของผลทางกฎหมายหรือสภาพบังคับกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานทางกฎหมายด้วยโดยจะต้องไม่ลืมว่าเนื้อหาดิจิทัลเป็นผลมาจากเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็ว ดังนั้นในการกำหนดแนวทางการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีนี้ แม้จะให้น้ำหนักกับการคุ้มครองฝ่ายผู้บริโภค แต่ก็จะต้องไม่เป็นการสร้างภาระบีบคั้นฝ่ายผู้ประกอบธุรกิจจนเกินสมควร อันอาจเป็นอุปสรรคขัดขวางการพัฒนาเนื้อหาดิจิทัลและเทคโนโลยีได้

มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลในส่วนนี้จะแยกออกเป็น 1. มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล อันเป็นการวางหลักการว่ามาตรฐานขั้นต่ำที่เนื้อหาดิจิทัลควรจะเป็นนั้นเป็นอย่างไร และ 2. มาตรการเยียวยาเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ในชั้นแรกเพื่อเป็นการเยียวยาผู้บริโภคให้ได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นตามมาตรฐาน หากเป็นไปได้ หรือมิฉะนั้นก็เพื่อให้ผู้บริโภคกลับสู่ฐานะเดิมหากไม่อาจเยียวยาด้วยวิธีอื่นได้แล้ว

สำหรับรายละเอียดของหลักกฎหมายทั้งส่วนของการวางมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล และในส่วนของมาตรการเยียวยาผู้บริโภคนั้น ผู้เขียนจะขอวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบโดยพิจารณาจากกฎหมายสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักรเป็นหลัก

5.4.1 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล

การที่กฎหมายจะเข้ามากำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลนั้น ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายจะเข้ามากำหนดกฎเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลในทุกเรื่อง เพราะถึงแม้จะมีความพยายามเช่นนั้น ผู้เขียนก็คิดว่าคงไม่อาจก้าวตามเทคโนโลยีได้ทัน กฎหมายเพียงแต่เข้ามากำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของเนื้อหาดิจิทัลเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้บริโภคโดยอาศัยกลไกทางสัญญาเป็นเครื่องมือเท่านั้น โดยกลไกของกฎหมายเป็นเพียงการกำหนดสิ่งที่กฎหมายเห็นว่าเป็นแกนสำคัญให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาด้วย หรือที่เรียกว่าข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms) ถึงแม้คู่สัญญาจะไม่ได้ตกลงกันเช่นนั้นก็ตาม จะเห็นได้ว่าโดยเนื้อแท้ของมาตรการนี้เป็นเพียงการเข้ามาแทรกแซงการแสดงเจตนาในการทำสัญญาเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นการแทรกแซงกระบวนการผลิตเนื้อหาดิจิทัลในทำนองเดียวกันกับการควบคุมมาตรฐานสินค้าอุตสาหกรรมแต่อย่างใด

ประเด็นสำคัญในการพิจารณาถึงมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลก็คือ จะถือว่าสิ่งใดคือมาตรฐานขั้นต่ำของเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นแก่นหรือเป็นสาระสำคัญในการคุ้มครองผู้บริโภคโดยเราอาจจะพิจารณาจากกฎหมายสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักร ดังต่อไปนี้ เพื่อให้เห็นถึงแนวทางการกำหนดมาตรฐานดังกล่าว โดยผู้เขียนจะไม่ขอกล่าวในรายละเอียดเนื่องจากได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 3 ในส่วนนี้จึงจะขอวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบข้อเหมือนและข้อต่างเท่านั้น

1) ข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ของสหภาพยุโรป แยกมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลออกเป็นมาตรฐานในแง่อัตวิสัย (Subjective Requirements for Conformity) และมาตรฐานในแง่ภาวะวิสัย (Objective Requirements for Conformity) ดังนี้

(1) มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลหรือความสอดคล้องกับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในแง่อัตวิสัย (Subjective Requirements for Conformity) ซึ่งจะถือว่าเนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามมาตรฐานก็ต่อเมื่อ

(a) เป็นไปตามคำพรรณนาทั้งในแง่ปริมาณ คุณภาพ และมีฟังก์ชัน การทำงานร่วมกัน ความสามารถในการเข้ากันได้ และคุณลักษณะอื่น ๆ ตามที่กำหนดเอาไว้ในสัญญาซึ่งรวมถึงข้อมูลที่ให้ไว้ก่อนทำสัญญาด้วย

(b) เหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะตามที่ผู้บริโภคต้องการและผู้บริโภคได้แจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบแล้ว อย่างช้าต้องแจ้งในเวลาที่ได้ทำสัญญา และผู้ประกอบธุรกิจจะต้องยอมรับด้วย

(c) จัดส่งพร้อมด้วยอุปกรณ์ทั้งปวง คำแนะนำ รวมถึงคำแนะนำในการติดตั้งและบริการช่วยเหลือผู้บริโภค ตามที่ระบุเอาไว้ในสัญญา

(d) มีการปรับปรุงรุ่นให้ทันสมัยตามเงื่อนไขในสัญญา[436]

(2) มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลหรือความสอดคล้องกับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลในแง่ภาวะวิสัย (Objective Requirements for Conformity) โดยจะถือว่าเนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามมาตรฐานต่อเมื่อ

(a) เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ซึ่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลในชนิดเดียวกันจะถูกใช้งานตามปกติ โดยคำนึงถึง มาตรฐานทางเทคนิคตามกฎหมายของสหภาพยุโรปและกฎหมายภายในของรัฐสมาชิกในกรณีที่ไม่มีมาตรฐานทางเทคนิคดังกล่าวให้นำหลักจรรยาบรรณเฉพาะของภาคอุตสาหกรรมมาบังคับใช้

---

[436] Article 7 of Directive 2019/770/EU

(b) มีปริมาณ คุณภาพ และคุณลักษณะด้านประสิทธิภาพ รวมถึงฟังก์ชันความเข้ากันได้ ความสามารถในการเข้าถึง ความต่อเนื่อง และความปลอดภัย ตามธรรมดาสำหรับเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลในชนิดเดียวกัน และผู้บริโภคสามารถคาดหมายได้โดยชอบตามธรรมดาของเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลโดยคำนึงถึงคำประกาศสาธารณะที่จัดทำโดยผู้ประกอบธุรกิจ ตัวแทน หรือบุคคลอื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะในการโฆษณาหรือบนฉลากผลิตภัณฑ์

(c) จัดส่งพร้อมกับอุปกรณ์และคำแนะนำใด ๆ ซึ่งผู้บริโภคสามารถคาดหมายได้โดยชอบว่าจะได้รับ

(d) บทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับกับรุ่นทดลองหรือตัวอย่างของเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัล ซึ่งจัดทำโดยผู้ประกอบธุรกิจก่อนการทำสัญญา[437]

2) พระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักร

(1) เนื้อหาดิจิทัลจะต้องมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ

(2) เนื้อหาดิจิทัลจะต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะ

(3) เนื้อหาดิจิทัลจะต้องเป็นไปตามคำพรรณนา

สำหรับเหตุผลที่ข้อกำหนดของสหภาพยุโรปจะต้องแบ่งมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลออกเป็นแบบอัตวิสัยและภาวะวิสัยนั้น อธิบายตามอารัมภบทของข้อกำหนดในข้อที่ 45 ได้ว่า ตามปกติแล้วเนื้อหาดิจิทัลจะต้องเป็นตามที่กำหนดเอาไว้ในสัญญา ตกลงกันไว้เช่นไร ย่อมต้องเป็นไปเช่นนั้น (อัตวิสัย) อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบธุรกิจละเมิดสิทธิของผู้บริโภค โดยการกำหนดมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลในข้อสัญญาเอาไว้ต่ำกว่าที่ควรจะเป็น ถึงแม้ว่าเนื้อหาดิจิทัลจะต้องเป็นไปตามสัญญาที่กำหนดมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลเอาไว้ต่ำเช่นนั้นแต่ก็จะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติว่าด้วยมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลในเชิงภาวะวิสัยด้วย กล่าวคือ มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลในเชิงภาวะวิสัย เป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่สุดเท่าที่ข้อกำหนดสหภาพยุโรปยอมรับ ไม่ว่าคู่สัญญาจะตกลงกันไว้เช่นไร กล่าวคือ มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลในเชิงภาวะวิสัยเป็นข้อสัญญาโดยปริยาย (Implied Terms) เช่นเดียวกับมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลตามพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักร โดยถึงแม้ในเชิงรายเอียดจะมิได้บัญญัติเอาไว้เหมือนกันทุกประการ แต่ในเชิงหลักการแล้วทั้งข้อกำหนดฯ และพระราชบัญญัติฯ ต่างก็กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของเนื้อหาดิจิทัลเอาไว้โดยสาระสำคัญที่เหมือนกันดังนี้

[437] Article 8 (1) of Directive 2019/770/EU

1) ความถูกต้องครบถ้วนตามสัญญา

ในส่วนนี้เป็นมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลตามหลักกฎหมายสัญญา กล่าวคือสัญญาที่เกิดขึ้นเนื่องจากคู่สัญญาแสดงเจตนาเสนอและสนองต้องตรงกันนั้นย่อมก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ขึ้นระหว่างคู่สัญญาอันทำให้ผู้บริโภคในฐานะเจ้าหนี้สามารถเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจในฐานะลูกหนี้ชำระหนี้โดยการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลซึ่งมีมาตรฐานเป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ได้[438] โดยผู้ประกอบธุรกิจจะต้องจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ตกลงไว้กับผู้บริโภคทุกประการ ทั้งในทางกายภาพไม่ว่าจะเป็น ชนิด ประเภท จำนวน คุณสมบัติของเนื้อหาดิจิทัลในทางเทคนิคอันเป็นรายละเอียดตามที่ตนได้พรรณนา ประกาศ หรือโฆษณาเอาไว้ โดยรวมถึงข้อมูลที่ให้แก่ผู้บริโภคเอาไว้ก่อนทำสัญญาด้วย

ความถูกต้องครบถ้วนตามสัญญา มีความสำคัญในแง่ที่เป็นมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลขั้นพื้นฐานที่สุด เพราะหากผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานนี้ย่อมเป็นการผิดสัญญา เนื่องจากชำระหนี้ไม่ถูกต้อง เช่น จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลมาผิดชนิด ประเภท จำนวนไม่ครบถ้วน ใช้งานกับอุปกรณ์ของผู้บริโภคไม่ได้ ฯลฯ ทั้งที่ได้โฆษณาเอาไว้ว่าใช้งานกับอุปกรณ์นั้นได้ อันย่อมนำไปสู่ความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจฐานผิดสัญญาต่อไป ซึ่งถึงแม้แต่ละประเทศรวมถึงประเทศไทย ล้วนมีกฎหมายว่าด้วยสัญญาที่สามารถปรับใช้กับกรณีผิดสัญญาเช่นนี้ได้[439] แต่ก็ควรกำหนดเป็นข้อสัญญาโดยปริยายเอาไว้ในกฎหมายด้วย เพื่อความชัดเจนมั่นคงในนิติฐานะ โดยจำเป็นจะต้องกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลในแง่ความเป็นไปตามสัญญาเอาไว้ให้ชัดเจน ว่าผู้บริโภคเมื่อทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลแล้วจะได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่ได้มาตรฐานมีรายละเอียดอย่างไรบ้าง และถึงแม้จะไม่ได้ตกลงกันไว้อย่างชัดแจ้ง ผู้บริโภคก็ยังได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายยอมรับในฐานะข้อสัญญาโดยปริยาย

ทั้งนี้ ความถูกต้องครบถ้วนตามสัญญาจะมีความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคโดยการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา เมื่อมีการกำหนดมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลในแง่ความถูกต้องครบถ้วนตามสัญญา อันเป็นรายละเอียดในฐานะข้อสัญญาโดยปริยายเช่นนี้แล้ว ย่อมทำให้ผู้ประกอบธุรกิจระมัดระวังในการพรรณนา ประกาศ หรือโฆษณาสรรพคุณเนื้อหาดิจิทัลของตนมากขึ้น

2) ความเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของผู้บริโภค

เมื่อผู้บริโภคทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล ย่อมต้องการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลนั้นเพื่อวัตถุประสงค์บางประการ ไม่ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ทั่วไปตามชนิดของเนื้อหาดิจิทัลนั้น เช่น ซื้อ E-Book มาอ่านเพื่อเพิ่มพูนความรู้ สมัครบริการชมภาพยนตร์ฟังเพลงเพื่อความบันเทิงเริงใจ

---

[438] มาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

[439] มาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หรือเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ เช่น ซื้อเกมคอมพิวเตอร์ที่จะฝึกทักษะการอ่านให้กับเด็กก่อนวัยเรียน ซึ่งไม่ใช่วัตถุประสงค์โดยปกติของเกมคอมพิวเตอร์ที่เอาไว้เล่นเพื่อความสนุกสนานเพลิดเพลิน จึงควรกำหนดความเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของผู้บริโภคให้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำของเนื้อหาดิจิทัลที่กฎหมายคุ้มครอง เมื่อผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไม่ต้องตามวัตถุประสงค์ของผู้บริโภคก็ย่อมมีความรับผิดเพื่อการนั้น ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแล้วอาจมองดูคล้ายกับบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดเพื่อชำรุดบกพร่องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในแง่ของการเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติ[440] แต่ดังที่ได้เคยกล่าวไปแล้วว่าสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไม่ใช่สัญญาซื้อขายเนื่องจากไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์แม้จะมีการชำระราคาให้แก่กันก็ตาม ซึ่งกรรมสิทธิ์นั้นหมายถึงสิทธิในความเป็นเจ้าของ จึงไม่อาจปรับด้วยบทกฎหมายดังกล่าวได้

3) คุณภาพของเนื้อหาดิจิทัล

คำว่า “คุณภาพ” ในที่นี้ ไม่ได้หมายถึงความพึงพอใจอันเป็นความรู้สึกนึกคิดส่วนตัวโดยแท้ของผู้บริโภค (คุณภาพในเชิงอัตวิสัย) เช่น ความสนุก ความไพเราะ ความรู้ ฯลฯ หากแต่เป็นคุณภาพตามความคาดหมายของวิญญูชนที่จำเป็นต้องพิจารณาเปรียบเทียบโดยอาศัยปัจจัยต่าง ๆ การพิจารณาว่าเนื้อหาดิจิทัลมีคุณภาพตามมาตรฐานของกฎหมายหรือไม่อาจทำได้โดยการเปรียบเทียบเนื้อหาดิจิทัลที่ผู้บริโภคได้รับกับราคาว่าเนื้อหาดิจิทัลในราคาระดับใดควรมีฟังก์ชันหรือคุณสมบัติมากน้อยเพียงใด หรือพิจารณาโดยเปรียบเทียบกับคำพรรณนา ประกาศ หรือโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจว่าเนื้อหาดิจิทัลที่ได้รับมีคุณภาพตามที่ผู้ประกอบธุรกิจกล่าวอ้างไว้หรือไม่ หากเปรียบเทียบกันแล้วเกิดความไม่ได้สัดส่วนกันอย่างมีนัยสำคัญก็อาจถือได้ว่าเนื้อหาดิจิทัลไม่มีคุณภาพตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

ทั้งนี้ การพิจารณาคุณภาพของเนื้อหาดิจิทัลไม่ใช่การพิจารณาในเรื่องความถูกต้องครบถ้วนของสัญญา หากแต่เป็นการพิจารณาคุณภาพในเชิงภาวะวิสัย เช่น ผู้ประกอบธุรกิจได้เปิดตัวเกมคอมพิวเตอร์ที่มีราคาสูงและผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาเอาไว้ว่าจะมีฟังก์ชันมากมาย มีภาพและเสียงที่คมชัดมาก แต่เมื่อวางจำหน่ายจริงกลับปรากฏว่ามีฟังก์ชันเพียงน้อยนิด ภาพเบลอและเสียงแตกเช่นนี้ ถึงแม้ผู้บริโภคจะได้รับเนื้อหาดิจิทัลชนิด ประเภท และจำนวนตามที่ได้ตกลงไว้กับผู้ประกอบธุรกิจแต่ก็ย่อมถือได้ว่าเนื้อหาดิจิทัลไม่มีคุณภาพตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

---

[440] มาตรา 215 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

5.4.2 มาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

มาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดนั้น จากการศึกษากฎหมายสหภาพยุโรปและกฎหมายสหราชอาณาจักรนั้นจะพบจุดร่วมกันอยู่คือมีการแบ่งมาตรการเยียวยาผู้บริโภคออกเป็นสองชั้น ดังนี้

ชั้นแรก คือการจัดให้ผู้บริโภคได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด (ในสหราชอาณาจักรเรียกว่าสิทธิในการเรียกให้เปลี่ยนหรือแทนที่ด้วยเนื้อหาดิจิทัลใหม่) กล่าวคือเป็นการจัดให้ผู้ประกอบธุรกิจ “แก้ตัว” โดยจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคอีกครั้งหนึ่งไม่ว่าจะด้วยการดาวน์โหลดหรือสตรีมมิ่ง โดยในครั้งนี้จะต้องเป็นเนื้อหาดิจิทัลที่ได้มาตรฐาน เป็นไปตามสัญญา หรืออาจกระทำการอื่นใดที่ทำให้เนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดโดยการซ่อมแซม หรือปรับปรุงรุ่นเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับเนื้อหาดิจิทัลนั้น ทำให้เนื้อหาดิจิทัลนั้นทำงานได้ตามปกติ มาตรการนี้จัดว่าเป็นมาตรการที่เหมาะสมที่สุดในกรณีที่ไม่ปรากฏเหตุอันเป็นข้อจำกัดและเป็นมาตรการที่จะทำให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์สมดั่งวัตถุประสงค์แห่งสัญญามากที่สุด ทั้งสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักรจึงได้กำหนดให้ใช้มาตรการนี้เป็นมาตรการเยียวยาผู้บริโภคในชั้นแรก ต่อเมื่อไม่อาจเยียวยาผู้บริโภคด้วยมาตรการนี้ได้แล้วจึงจะใช้มาตรการอื่นต่อไป สำหรับข้อจำกัดที่ทำให้ไม่อาจนำมาตรการในการจัดให้ผู้บริโภคได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดมาใช้ได้นั้น ได้แก่

1) การพ้นวิสัย ซึ่งอาจเกิดจากข้อจำกัดด้านเทคนิคที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจไม่อาจแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับเนื้อหาดิจิทัลนั้นด้วยการปรับปรุงรุ่นหรือให้ผู้บริโภคดาวน์โหลดหรือสตรีมมิ่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นอีกครั้งทำให้ถึงแม้จะมีการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนั้นอีกครั้งปัญหาก็ยังคงเกิดขึ้นเช่นเดิม มาตรการนี้จึงไม่เหมาะสมกับกรณีดังกล่าว เพื่อให้การเยียวยาผู้บริโภคเกิดประสิทธิผลจึงควรมองหามาตรการอื่นแทน

2) ความไม่ได้สัดส่วน ในที่นี้อาจหมายถึงความไม่ได้สัดส่วนระหว่างค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นกับผู้ประกอบธุรกิจกับการทำให้เนื้อหาดิจิทัลเป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด หรือก่อให้เกิดความไม่สะดวกอย่างมากขึ้น เพราะถึงแม้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคจะมุ่งคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายผู้บริโภค แต่ก็ไม่อาจคุ้มครองผู้บริโภคมากเสียจนผู้ประกอบธุรกิจต้องรับภาระมากเกินสมควรจนเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงขึ้นได้ อันอาจส่งผลลบต่อระบบเศรษฐกิจจนลดแรงจูงใจในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจ อีกทั้งในมุมของผู้บริโภคเองก็ยังคงสามารถได้รับการเยียวยาด้วยมาตรการอื่นได้อยู่

ข้อแตกต่างระหว่างข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ของสหภาพยุโรปและพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักร ในมาตรการเยียวผู้บริโภคชั้นแรกนี้ เป็นเพียงข้อแตกต่างในรายละเอียด กล่าวคือในสหราชอาณาจักร ผู้บริโภคอาจเลือกใช้สิทธิในการเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจ “ซ่อมแซม” เนื้อหา

ดิจิทัลที่ตนได้รับให้ได้มาตรฐานตามกฎหมาย หรือเลือกให้ผู้ประกอบธุรกิจ “เปลี่ยน” เนื้อหาดิจิทัลชนิดเดียวกันให้แก่ตนใหม่ ในรูปแบบของการดาวน์โหลดหรือสตรีมมิ่งอีกครั้ง ซึ่งขึ้นอยู่กับชนิดประเภท ลักษณะของเนื้อหาดิจิทัลนั้นเอง ในขณะที่สหภาพยุโรป ผู้บริโภคสามารถใช้สิทธิเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดให้ผู้บริโภคได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด โดยผู้ประกอบธุรกิจอาจใช้วิธีการใดก็ได้ซึ่งไม่พ้นวิสัยและได้สัดส่วนอันส่งผลสุดท้ายให้ผู้บริโภคได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่ได้มาตรฐานตามกฎหมาย กล่าวคือ ต่างกันในแง่ผู้มีสิทธิเลือกวิธีการเยียวยานั่นเอง

ชั้นที่สอง คือมาตรการในการลดราคาเนื้อหาดิจิทัลลงตามส่วน โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ยิ่งเนื้อหาดิจิทัลด้อยกว่ามาตรฐานของกฎหมายเท่าใด ผู้บริโภคก็ยิ่งมีสิทธิได้รับการลดราคามากเท่านั้น มาตรการนี้จะเหมาะสมอย่างมากในกรณีที่เนื้อหาดิจิทัลถึงแม้จะไม่อาจใช้มาตรการทำให้เป็นไปตามมาตรฐานของกฎหมายอันเป็นข้อสัญญาโดยปริยายได้หรือทำได้แต่ไม่ได้สัดส่วนนั้น แต่เนื้อหาดิจิทัลดังกล่าวก็ไม่ถึงขนาดไร้ประโยชน์อย่างสิ้นเชิง ผู้บริโภคยังอาจเข้าถึงเพื่อใช้งานและรับประโยชน์บางประการได้อยู่

ทั้งนี้ มาตรการเยียวยาผู้บริโภคในขั้นที่สองนี้ ข้อกำหนดว่าด้วยแง่มุมบางประการสำหรับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและบริการดิจิทัล ค.ศ. 2019 ของสหภาพยุโรปและพระราชบัญญัติสิทธิผู้บริโภค ค.ศ. 2015 ของสหราชอาณาจักรยังมีข้อแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญ ในแง่ของการลดราคาจนท่วมมูลค่าของเนื้อหาดิจิทัลอันให้ผลเป็นการคืนเงินแก่ผู้บริโภคจนเต็มจำนวน กับสิทธิในการเลิกสัญญา อันเป็นผลมาจากฐานคิดที่แตกต่างกันในประเด็นเรื่องการกลับคืนสู่ฐานะเดิมในส่วนของผู้บริโภคซึ่งจะต้องลบหรืองดเว้นการเข้าถึงเพื่อใช้งานเนื้อหาดิจิทัล โดยข้อกำหนดของสหภาพยุโรปนั้นให้สิทธิแก่ผู้บริโภคในการได้รับการลดราคาของเนื้อหาดิจิทัลนั้นตามสัดส่วนเช่นเดียวกับสหราชอาณาจักร แต่ก็ไม่ปรากฏว่าสามารถลดราคาจนท่วมมูลค่าของเนื้อหาดิจิทัลตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้ หากข้อบกพร่องที่ทำให้เนื้อหาดิจิทัลไม่ได้มาตรฐานอย่างร้ายแรงผู้บริโภคย่อมมีสิทธิในการเลิกสัญญา โดยผลแห่งการเลิกสัญญานั้นให้ผลเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม คือ ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่หลักในการคืนเงินแก่ผู้บริโภค ในขณะที่ผู้บริโภคก็มีหน้าที่ในการลบหรืองดเว้นไม่เข้าถึงเพื่อใช้งานเนื้อหาดิจิทัลนั้นเช่นกันส่วนสหราชอาณาจักรนั้น ไม่ปรากฏว่าให้สิทธิผู้บริโภคในการเลิกสัญญาเมื่อเกิดกรณีเช่นนี้ หากแต่ผู้บริโภคอาจขอใช้สิทธิลดราคาเนื้อหาดิจิทัลจนท่วมมูลค่าของเนื้อหาดิจิทัลได้อันส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องคืนเงินแก่ผู้บริโภคจนเต็มจำนวนไม่ใช่เพียงบางส่วน เนื่องจากเนื้อหาดิจิทัลไม่ได้มาตรฐานอย่างร้ายแรงจนเป็นอันไร้ประโยชน์แก่ผู้บริโภค ในกรณีเช่นนี้ เมื่อไม่ใช่การเลิกสัญญาจึงไม่ก่อหน้าที่แก่ผู้บริโภคในอันที่จะต้องลบหรืองดเว้นไม่เข้าถึงเพื่อใช้งานเนื้อหาดิจิทัลเพื่อกลับคืนสู่ฐานะเดิมแต่อย่างใด ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรณีของสหราชอาณาจักรจะสามารถใช้บังคับได้ในทางปฏิบัติมากกว่า เนื่องจากหากปราศจากการจัดการสิทธิดิจิทัล (Digital Right Management หรือ DRM) ที่มีประสิทธิภาพแล้ว การควบคุมให้ผู้บริโภค

ลบหรืองดเว้นไม่เข้าถึงเพื่อใช้งานเนื้อหาดิจิทัลย่อมเป็นไปได้ยาก การบัญญัติกฎหมายที่ไม่สามารถใช้บังคับได้จริงนั้นย่อมทำให้กฎหมายเสื่อมความศักดิ์สิทธิ์ลง

ดังที่ได้วิเคราะห์ไปข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยยังขาดความสมบูรณ์ในการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลให้มีประสิทธิภาพ กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันล้วนไม่ได้ถูกออกแบบมาให้ใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัล โดยเฉพาะเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่ได้จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้ การพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในส่วนนี้ขึ้นจึงจำเป็นต้องทำอย่างระมัดระวังโดยการศึกษาแนวทางของต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม กฎหมายต่างประเทศที่นำมาศึกษาก็ไม่ได้มีฉบับใดที่ผู้เขียนเห็นว่าสมบูรณ์แบบ ในการนำมาเป็นต้นแบบเพื่อพัฒนากฎหมายจึงจำเป็นที่จะต้องนำแนวทางของหลาย ๆ ประเทศมาผสมผสานกัน รวมถึงหลักกฎหมายไทยที่มีอยู่แล้ว ในบางส่วนก็ยังคงเหมาะสมในการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลอยู่ โดยจะได้นำเสนอแนวทางพัฒนากฎหมายในบทต่อไป

บทที่ 6
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากที่ได้ศึกษามาทั้งหมดสิ่งที่ผู้เขียนต้องการเน้นย้ำให้เห็นก็คือความจำเป็นในการที่ประเทศไทยจะต้องมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะขึ้นมาบังคับใช้ เพื่อแก้ไขปัญหาต่าง ๆ อันเกิดจากการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เหมาะสมมาใช้บังคับกับกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล ประเด็นปัญหาประการสำคัญที่จำเป็นจะต้องพิจารณาในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคสำหรับประเทศไทยมีด้วยกันสามประการ ประการแรกคือ กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังคงสามารถแก้ไขปัญหาเหล่านั้นได้หรือไม่ ประการที่สองคือ หากมีความจำเป็นต้องกำหนดกฎเกณฑ์ใหม่เพื่อใช้บังคับแก่กรณีผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะนั้นจะทำโดยวิธีใด จะทำโดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่มีอยู่แล้วหรือบัญญัติกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมาโดยเฉพาะ ประการที่สามอันเป็นประการสุดท้ายคือ ในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะมีเนื้อหาเป็นอย่างไร

ประการแรกคือ กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังคงสามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นแก่ผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลได้หรือไม่ ในประเด็นนี้เป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายไทยที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ แต่ละฉบับแม้อาจมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ก็ไม่ได้มุ่งหมายจะนำมาใช้บังคับแก่กรณีผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะ โดยเริ่มตั้งแต่การให้ความหมายของเนื้อหาดิจิทัลซึ่งยังไม่มีกฎหมายฉบับใดให้ความหมายเอาไว้จึงจำเป็นต้องปรับใช้ในฐานะสินค้าหรือบริการแล้วแต่กรณี ขาดการกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล การไม่สามารถใช้มาตรการควบคุมสัญญาได้เนื่องจากมีข้อจำกัดในการทำสัญญาเป็นหนังสือ ปัญหาความสมบูรณ์ของการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ยังขาดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดว่าจะถือว่าการจัดส่งสำเร็จเมื่อใด การขาดบทบัญญัติที่กำหนดมาตรฐานอันพึงประสงค์ของเนื้อหาดิจิทัล การขาดการกำหนดเกี่ยวกับการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคที่ชัดเจนทั้งก่อนและหลังการทำสัญญา ขาดการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ตลอดจนมาตรการเยียวยาผู้บริโภคที่เน้นไปที่เรื่องการคืนเงิน ขาดหลักเกณฑ์ในการซ่อมแซมหรือลดราคาเนื้อหาดิจิทัล หรือมาตรการเยียวยากรณีเนื้อหาดิจิทัลที่ทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหายที่ยังขาดความชัดเจนแน่นอน ต้องไปปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยละเมิด เหล่านี้ชี้ให้เห็นถึงการขาดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เหมาะสมอันไม่อาจจะคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลได้อย่างเต็มที่

ประการที่สองคือ ในการกำหนดกฎเกณฑ์ใหม่เพื่อใช้บังคับแก่กรณีผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลโดยเฉพาะนั้นจะทำโดยวิธีแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับต่าง ๆ หรือบัญญัติกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมาโดยเฉพาะ ในส่วนนี้ย่อมเห็นได้ว่ากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่พอจะนำมาใช้บังคับแก่กรณีผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลในปัจจุบันมีมากมายหลายฉบับ ตั้งแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมุ่งหมายจะใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์ทางแพ่งระหว่างเอกชนด้วยกันในลักษณะเป็นการทั่วไป พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งมุ่งคุ้มครองคู่สัญญามิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบเกินสมควร ไปจนถึงพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ซึ่งมีวัตถุประสงค์คุ้มครองผู้บริโภคเป็นการทั่วไป กฎหมายทั้ง 4 ฉบับข้างต้นมีทั้งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยประสงค์ให้ใช้บังคับเป็นการทั่วไป และกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะเรื่องที่มีขอบเขตการใช้บังคับแคบลงมาอย่างพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 แม้จะมีข้อบกพร่องอยู่บ้างแต่โดยหลักการแล้วยังสามารถใช้บังคับแก่กรณีทั่ว ๆ ไปได้ดีพอสมควร วิธีการในการกำหนดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเพื่อใช้คุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลนั้นเป็นกรณีเฉพาะเจาะจงอย่างยิ่งและเกี่ยวพันกับกฎหมายหลายฉบับ การนำเนื้อความจากกฎหมายต่างประเทศที่นำมาใช้เป็นแนวทางในการร่างไปแก้ไขไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องแต่ละฉบับภายในขอบเขตแห่งกฎหมายฉบับนั้น ดังตัวอย่างของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น อาจทำให้เกิดความยุ่งยากในการศึกษาทำความเข้าใจและการปรับใช้ทางปฏิบัติ รวมถึงยุ่งยากในการบัญญัติและแก้ไขเพิ่มเติมในอนาคตให้สอดคล้องกันกับบทบัญญัติอื่นในกฎหมายฉบับเดียวกัน เพื่อความสอดคล้องกลมเกลียวกันของหลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลจึงควรบัญญัติเป็นกฎหมายแยกออกมาอีกฉบับหนึ่งต่างหาก โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นแก่น ได้แก่ บทนิยามและขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมาย หลักกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและความรับผิดต่าง ๆ ของผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงมาตรการเยียวยาผู้บริโภคในกรณีต่าง ๆ ในส่วนที่มีลักษณะร่วมกันกับสินค้าหรือบริการอื่น ๆ ก็ยังคงใช้บทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปที่มีอยู่ในกฎหมายฉบับอื่นได้

ประการที่สามคือ ในการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลจะมีเนื้อหาเป็นอย่างไร จากการศึกษาโดยยกกรณีตัวอย่างของสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว สืบเนื่องจากข้อพิจารณาในเรื่องวิธีการบัญญัติกฎหมายที่กล่าวไว้ข้างต้น จึงเห็นควรนำกฎหมายของสหภาพยุโรป และสหราชอาณาจักร มาเป็นแนวทางในการจัดทำร่างกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลต่อไป เนื่องจากทั้งสหภาพยุโรปและสหราชอาณาจักร เป็นกลุ่มประชาคมและประเทศที่เป็นผู้นำในด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี การค้าและเศรษฐกิจของโลก อีกทั้งยังเป็นกลุ่มประชาคมและประเทศที่เป็นผู้บุกเบิกหลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลอีกด้วย นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาในกฎหมายแต่ละฉบับที่จะนำมาเป็นแม่แบบแล้วมีความเหมาะสมเป็นอย่างยิ่งที่จะนำมาเป็นต้นแบบในการพัฒนา

หลักกฎหมายไทยในเรื่องนี้ โดยจากที่ได้วิเคราะห์เอาไว้โดยละเอียดแล้วในบทที่ 5 จะขอเสนอแนะแนวทางในการพัฒนากฎหมายในรายประเด็นต่อไป

6.2 ข้อเสนอแนะ

สำหรับข้อเสนอแนะในการพัฒนาหลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลว่าจำเป็นจะต้องเป็นบทบัญญัติในเรื่องใดขึ้นมาใหม่บ้างหรือไม่ และมีเนื้อหาเป็นไปในแนวทางใด โดยจะขอเสนอแนะเป็นรายประเด็นดังต่อไปนี้

6.2.1 ความหมายและขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล

6.2.1.1 ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล

ควรบัญญัติความหมายของเนื้อหาดิจิทัลตามลักษณะสำคัญของเนื้อหาดิจิทัล โดยไม่ยึดติดอยู่กับรูปแบบการปรากฏตัวของเนื้อหาดิจิทัล เนื่องจากธุรกิจและเทคโนโลยีสามารถเปลี่ยนแปลงได้รวดเร็วมากจนกฎหมายไม่อาจปรับตัวได้อย่างทันท่วงที ในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทั้งธุรกิจและเทคโนโลยีเช่นนี้จึงควรสกัดหาแก่นของเนื้อหาดิจิทัลซึ่งก็คือ “ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล” ไม่ว่าจะปรากฏตัวในรูปแบบใดถึงแม้ในอนาคตจะปรากฏเนื้อหาดิจิทัลในรูปแบบใหม่ ๆ ที่เกินกว่าความคาดหมายของผู้บัญญัติกฎหมายในยุคปัจจุบัน หลักการแห่งกฎหมายที่ได้วางเอาไว้ก็ยังคงใช้บังคับได้โดยอาจไม่จำเป็นต้องแก้ไขในเร็ววัน

6.2.1.2 ขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล

เพื่อให้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้กับผู้บริโภคที่บริโภคเนื้อหาดิจิทัลอย่างครอบคลุมมากที่สุดจึงควรกำหนดขอบเขตการใช้บังคับกฎหมายนี้ทั้งกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยอาศัยสื่อที่จับต้องได้และกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยไม่อาศัยสื่อดังกล่าวด้วย เพราะเมื่อพิจารณาถึงตัวเนื้อหาดิจิทัลแล้วไม่มีความแตกต่างในสาระสำคัญ สิ่งที่ต่างกันมีเพียงช่องทางการจัดส่งเท่านั้น ในปัจจุบันเนื้อหาดิจิทัลชนิดเดียวกัน เรื่องเดียวกัน ผู้ประกอบธุรกิจอาจจัดจำหน่ายได้ทั้งในรูปแบบร้านค้าดิจิทัลผ่านอินเทอร์เน็ต และรูปแบบที่บรรจุสื่อวางจำหน่ายในห้างร้านทั่วไป การบังคับใช้กฎหมายในสิ่งที่มีเนื้อหาสาระอย่างเดียวกันโดยแตกต่างกันนั้นย่อมไม่เป็นไปตามหลักความเสมอภาค

สำหรับประเด็นเรื่องเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่เสียค่าใช้จ่ายนั้น เพื่อให้สอดคล้องกันกับมาตรการเยียวยาผู้บริโภคที่จะได้กล่าวต่อไปจึงเห็นควรกำหนดขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคโดยหลักเฉพาะกรณีผู้บริโภคที่มีการชำระค่าตอบแทนเป็นเงินเท่านั้น เนื่องจากผู้บริโภคที่ได้รับเนื้อหาดิจิทัลมาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายหรือเพียงแลกเปลี่ยนกับข้อมูลส่วนบุคคลหากมีกรณีที่จำเป็นจะต้องเยียวยา

ผู้บริโภคนั้นย่อมไม่อาจใช้มาตรการลดราคาเนื้อหาดิจิทัลได้ หรือหากเลิกสัญญาก็ไม่ปรากฏว่าผู้บริโภคจะต้องคืนสิ่งใดให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจ อีกทั้งในปัจจุบันการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายโดยแลกกับข้อมูลส่วนบุคคลในรูปแบบการสมัครสมาชิกหรือตอบแบบสอบถามก็เป็นวิธีการดำเนินธุรกิจโดยทั่วไป ในแง่นี้แม้เนื้อหาดิจิทัลจะไม่เป็นไปตามมาตรฐาน ผู้บริโภคก็ไม่ได้ลงทุนเป็นตัวเงินอันจะก่อสิทธิในการเรียกร้องเงินคืน ความเสียหายหากจะเกิดมีขึ้นแก่ข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มอบให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจไปก็เป็นเรื่องที่ต้องว่ากล่าวกันต่างหากตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล กรณีเดียวที่ผู้บริโภคซึ่งได้รับเนื้อหาดิจิทัลมาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายควรจะเรียกร้องเอาแก่ผู้ประกอบธุรกิจเป็นตัวเงินได้นั้นควรมีเพียงกรณีเดียวคือ กรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย ซึ่งปรากฏความเสียหายเป็นตัวเงินอย่างชัดแจ้ง และเป็นกรณีที่ชอบธรรมต่อผู้บริโภคซึ่งถึงแม้จะได้รับเนื้อหาดิจิทัลมาโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย แต่ก็ไม่สมควรจะต้องเสียเงินเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเกินส่วนและเกินกว่าความคาดหมายนี้ อีกทั้งยังเป็นการป้องปรามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจผลิตและจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นอันตรายอย่างร้ายแรงแก่ผู้บริโภค แม้จะไม่เก็บค่าใช้จ่ายก็ตาม

6.2.2 การคุ้มครองผู้บริโภคก่อนทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

6.2.2.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา

ถึงแม้ในปัจจุบัน ประเทศไทยจะยังพอมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญาอยู่บ้างแต่ก็ไม่ได้สมบูรณ์เป็นระบบนัก เพื่อให้กฎหมายที่จะร่างขึ้นใหม่นี้ใช้บังคับแก่กรณีเนื้อหาดิจิทัลได้อย่างครอบคลุมและเป็นระบบ จึงควรกำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบธุรกิจให้แจ้งข้อมูลแก่ผู้บริโภคอย่างน้อยในเรื่องข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับผู้ประกอบธุรกิจหรือสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล และข้อมูลสำคัญที่เกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลนั้น ซึ่งเป็นการยากที่จะชี้ชัดลงไปได้ว่าควรแจ้งข้อมูลอะไรบ้างจึงจะเป็นการเพียงพอ ดังนี้จึงควรตรารายละเอียดของข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องแจ้งแก่ผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัลเป็นกฎหมายลำดับรองในรูปแบบกฎกระทรวงเพื่อความสะดวกในการกำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนและความคล่องตัวในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ทันเหตุการณ์ ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาตามมาคือการกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นควรกำหนดสภาพบังคับอย่างไรจึงจะเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่แจ้งข้อมูลแก่ผู้บริโภค หากกำหนดสภาพบังคับร้ายแรงถึงขนาดสัญญาไม่ผูกพันผู้บริโภคจะก่อภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจมากเกินไปและกระทบต่อความแน่นอนของนิติฐานะของคู่สัญญา กรณีก็ยังไม่ร้ายแรงถึงขนาดที่จะนำโทษทางอาญามาใช้บังคับ จึงควรกำหนดสภาพบังคับเฉพาะในประเด็นสำคัญที่เป็นแก่นของการให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญาก็คือ ข้อมูลในเรื่องสิทธิการเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภคเท่านั้น ซึ่งหากผู้บริโภคไม่ทราบถึงสิทธินี้จะทำให้เกิดความเสียเปรียบอย่างมากแก่ผู้บริโภค

เนื่องจากจะไม่สามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระได้ หากใช้งานเนื้อหาดิจิทัลนั้นไปแล้ว โดยสภาพบังคับที่เหมาะสมก็คือการขยายระยะเวลาในการใช้สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระออกไป ดังนี้

กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่แจ้งสิทธิแก่ผู้บริโภคเลย จากเดิมผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระได้ภายใน 14 วัน นับจากวันที่ผู้บริโภคได้รับสื่อที่บันทึกเนื้อหาดิจิทัล หรือกรณีที่เนื้อหาดิจิทัลไม่ได้บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้ซึ่งผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระได้ภายใน 14 วัน นับตั้งแต่วันทำสัญญา ระยะเวลาดังกล่าวข้างต้นจะขยายเป็นไม่เกิน 12 เดือน นับจากวันทำสัญญา เพื่อเป็นการลงโทษผู้ประกอบธุรกิจ

ส่วนกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจมาแจ้งข้อมูลนั้นแก่ผู้บริโภคภายหลัง คือ ภายใน 12 เดือน นับจากวันแรกที่ผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญา ระยะเวลาที่ผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญาควรจะสิ้นสุดลงเมื่อพ้น 14 วัน นับแต่วันที่ผู้บริโภคได้รับการแจ้งสิทธิดังกล่าวเพราะถือว่าผู้บริโภคได้ทราบสิทธิของตนแล้ว ทั้งนี้ ควรกำหนดระยะเวลาอย่างช้าที่สุดที่ผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญาได้ ไม่ว่ากรณีใด ๆ คือ ภายใน 12 เดือนนับแต่วันที่สิทธิเลิกสัญญาในกรณีปกติสิ้นสุดลง (เมื่อพ้น 14 วัน นับแต่วันที่ผู้บริโภคได้รับสื่อที่บันทึกเนื้อหาดิจิทัล หรือนับแต่วันทำสัญญา แล้วแต่กรณี) เพื่อประกันความมั่นคงแห่งนิติฐานะของสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

6.2.2.2 มาตรการควบคุมสัญญา

เนื่องจากมาตรการควบคุมสัญญามีความเกี่ยวพันอย่างแนบแน่นกับแบบแห่งสัญญา การนำมาตรการควบคุมสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาใช้บังคับกับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะต้องประกาศให้ธุรกิจการจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาเสียก่อน และจะต้องปรากฏว่าสัญญาซื้อขายหรือให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ จึงจะทำให้ผู้ประกอบธุรกิจเกิดหน้าที่จัดทำสัญญาให้เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ กำหนด และหน้าที่ส่งมอบสัญญาให้แก่ผู้บริโภค ซึ่งขัดกับลักษณะของสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะกรณีเนื้อหาดิจิทัลที่จัดส่งโดยไม่อาศัยสื่อที่จับต้องได้ การบังคับให้ต้องทำสัญญาเป็นหนังสือจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เกิดประสิทธิภาพ ไม่สอดคล้องกับลักษณะสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่มุ่งเน้นความสะดวกรวดเร็ว ดังนั้น จึงไม่ควรบัญญัติกฎหมายเพื่อนำมาตรการควบคุมสัญญามาใช้บังคับกับสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

6.2.3 การคุ้มครองผู้บริโภคหลังทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

6.2.3.1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา

ควรกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำและส่งมอบคำยืนยันการทำสัญญา (Confirmation of the contract) ให้แก่ผู้บริโภค โดยระบุข้อมูลที่จำเป็นแก่ผู้บริโภค ซึ่งอาจกำหนดรายละเอียดไว้ในกฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้ ควรกำหนดมาตรการบังคับให้ผู้บริโภค

ยังสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระได้แม้จะใช้งานเนื้อหาดิจิทัลนั้นไปแล้ว เพื่อเป็นการลงโทษผู้ประกอบธุรกิจ สาเหตุที่ควรกำหนดมาตรการบังคับที่รุนแรงเช่นนี้เพราะสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลมักทำด้วยความรวดเร็วผู้บริโภคจึงใช้ความรอบคอบได้น้อยลง เพื่อประโยชน์ในการคิดใคร่ครวญถึงความจำเป็นในการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลอีกครั้งจึงควรมีเอกสารซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ระบุข้อมูลที่จำเป็นประกอบการตัดสินใจก่อนที่จะใช้งานเนื้อหาดิจิทัลนั้น เมื่อผู้ประกอบธุรกิจไม่จัดเอกสารดังกล่าวให้แก่ผู้บริโภคจึงควรต้องรับผิด

6.2.3.2 การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจกรณีไม่สามารถจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลได้

ควรบัญญัติให้ชัดเจนว่าจะถือว่าจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลให้แก่ผู้บริโภคสำเร็จเมื่อเนื้อหาดิจิทัลนั้นไปถึงอุปกรณ์ของผู้บริโภคโดยตรง หรือ ไปถึงผู้ประกอบธุรกิจซึ่งผู้บริโภคมอบหมาย (ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หรือเครือข่ายโทรศัพท์มือถือ) แล้วแต่ว่าเนื้อหาดิจิทัลจะไปถึงผู้ใดก่อน โดยความรับผิดของผู้ประกอบรับผิดอาจไม่จำเป็นต้องบัญญัติเพราะกรณีชัดเจนว่าเป็นการผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่แล้ว ทั้งนี้ ควรบัญญัติผลของการเลิกสัญญาว่าในการกลับคืนสู่ฐานะเดิมผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องลบหรือคืนเนื้อหาดิจิทัล (กรณีได้รับเพียงบางส่วน) เพราะบังคับได้ยากในทางปฏิบัติและเป็นความผิดของผู้ประกอบธุรกิจเอง

6.2.3.3 กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

กรณีผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ควรกำหนดให้ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับการคืนเงินจากผู้ประกอบธุรกิจโดยผู้บริโภคไม่มีหน้าที่จะต้องคืนหรือลบเนื้อหาดิจิทัลดังกล่าว เนื่องจากการห้ามผู้บริโภคไม่ให้เข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลมีข้อจำกัดในทางปฏิบัติ ประกอบกับสิทธิในการใช้เนื้อหาดิจิทัลย่อมถูกจำกัดโดยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่แล้ว

6.2.3.4 กรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย

ในส่วนนี้เนื่องจากเป็นปัญหาทางเทคนิคที่ซับซ้อนซึ่งผู้บริโภคไม่อาจตัดสินใจได้โดยง่ายจึงควรกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีสิทธิเลือกว่าจะใช้มาตรการเยียวยาผู้บริโภคโดยซ่อมแซมเนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ให้แก่ผู้บริโภค หรือจะเลือกชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคก็ได้ โดยไม่นำหลักกฎหมายว่าด้วยละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มุ่งให้ชำระค่าสินไหมทดแทนมาใช้

6.2.3.5 สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภค

เช่นเดียวกันกับหลักการในพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ผู้บริโภคควรมีเวลาคิดใคร่ครวญอีกระยะหนึ่งหลังทำสัญญาว่าจะเลิกสัญญาหรือไม่ จึงควรกำหนดเงื่อนไขว่าหากผู้บริโภคประสงค์จะใช้สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระจะต้องไม่เข้าถึงเพื่อใช้งานเนื้อหาดิจิทัล เพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้เกิดการทดลองใช้เนื้อหาดิจิทัลโดยไม่ควรอันจะก่อ

ภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจอย่างไม่ได้สัดส่วน ผู้เขียนเห็นว่าระยะเวลาการใช้สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับสินค้าหรือบริการ ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 นั้นสั้นเกินไปกว่าที่ผู้บริโภคจะรู้ตัวและดำเนินขั้นตามกฎหมายก็อาจจะไม่ทันกำหนดเวลาดังกล่าว จึงควรกำหนดระยะเวลาที่ผู้บริโภคอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เอาไว้ที่ 14 วัน นับจากวันที่ผู้บริโภคได้รับสื่อที่บันทึกเนื้อหาดิจิทัล หรือกรณีที่เนื้อหาดิจิทัลไม่ได้บันทึกลงในสื่อที่จับต้องได้ ระยะเวลาดังกล่าวจะนับตั้งแต่วันทำสัญญา ทั้งนี้ อย่างช้าที่สุดต้องไม่เกิน 12 เดือน นับจากวันทำสัญญา เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล

6.2.3.6 ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

กรณีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของประเทศไทยนั้น เห็นว่าสามารถใช้บังคับได้กับกรณีเนื้อหาดิจิทัลอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายมาแก้ไขเปลี่ยนแปลง

6.2.4 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลและมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

6.2.4.1 มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล

ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นหัวใจของการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล เป็นการคุ้มครองผู้บริโภคโดยกำหนดมาตรฐานที่เป็นลักษณะอันพึงประสงค์ของเนื้อหาดิจิทัลขึ้นมาชุดหนึ่งให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หากเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไม่ตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจ สำหรับมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลควรจะมีอะไรบ้างนั้นเห็นควรกำหนดดังนี้

1) ความถูกต้องครบถ้วนตามสัญญา

ในส่วนนี้แม้อาจมองว่ากรณีจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลไม่ถูกต้องครบถ้วน สามารถให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดเนื่องจากชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้อยู่แล้ว แต่ด้วยเหตุที่เนื้อหาดิจิทัลเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่าง ไม่อาจหยั่งวัดปริมาณและคุณสมบัติได้เหมือนวัตถุมีรูปร่าง เป็นการยากที่จะชี้ชัดลงไปว่าวัตถุแห่งหนี้ในสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลนี้คือสิ่งใด มีรายละเอียดอย่างไร การกำหนดให้เป็นข้อสัญญาโดยปริยายจึงเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคในการนำคำพรรณนาหรือคำประกาศสาธารณะของผู้ประกอบธุรกิจมาผูกมัดตัวผู้ประกอบธุรกิจเองให้จัดส่งเนื้อหาดิจิทัลตามนั้น

สำหรับรายละเอียดของข้อสัญญาโดยปริยายนั้น หากจะกล่าวให้ครอบคลุมในที่นี้คงเป็นไปได้ยาก แต่อย่างน้อยควรกำหนดเรื่องดังต่อไปนี้

ปริมาณ คุณภาพ ฟังก์ชัน การทำงานร่วมกัน ความสามารถในการเข้ากันได้ คุณลักษณะด้านประสิทธิภาพ ความปลอดภัย มาตรฐานทางเทคนิคตามที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นกำหนด และคุณลักษณะอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน รวมถึงอุปกรณ์ที่จำเป็นต้องใช้งานร่วมด้วย

คำแนะนำ คำแนะนำในการติดตั้ง และบริการช่วยเหลือผู้บริโภค และเงื่อนไขการปรับปรุงรุ่นให้ทันสมัย

2) ความเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของผู้บริโภค

กรณีนี้แม้เนื้อหาดิจิทัลอาจไม่แตกต่างกับสินค้าทั่วไปที่ผู้บริโภคอาจมีวัตถุประสงค์ในการใช้สอยที่หลากหลาย เนื้อหาดิจิทัลนั้นตามปกติแล้วก็ควรใช้งานได้ตามชนิดและประเภทของเนื้อหาดิจิทัล เช่น เกม มีไว้เล่น เพลงมีไว้ฟัง แต่เนื้อหาดิจิทัลมีความซับซ้อนในแง่ของวัตถุประสงค์ในการใช้งานอยู่มากและมีรายละเอียดทางเทคนิคเฉพาะเรื่อง เมื่อผู้ประกอบธุรกิจรู้หรือควรจะรู้ถึงวัตถุประสงค์เฉพาะเรื่องที่ผู้บริโภคต้องการจะใช้งานเนื้อหาดิจิทัลนั้นแล้ว ก็ควรกำหนดเป็นข้อสัญญาโดยปริยายตามนั้น มิฉะนั้นเนื้อหาดิจิทัลที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์เฉพาะของผู้บริโภคอาจไม่ก่อประโยชน์แก่ผู้บริโภคคนนั้นเลย อีกทั้งการที่จะให้คู่สัญญามาทำสัญญาลงรายละเอียดต่อกันย่อมไม่สอดคล้องกับหลักความรวดเร็วคล่องตัวของการทำสัญญาจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล

ส่วนรายละเอียดของข้อสัญญาโดยปริยาย ควรแบ่งออกเป็น 1. ความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ซึ่งเนื้อหาดิจิทัลหรือบริการดิจิทัลในชนิดเดียวกันจะถูกใช้งานตามปกติ หรือวัตถุประสงค์ทั่วไป ซึ่งเป็นคุณลักษณะที่เนื้อหาดิจิทัลชนิดนั้น ๆ ควรมีตามปกติอยู่แล้ว ในส่วนนี้ผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบ และ 2. ความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะตามที่ผู้บริโภคต้องการ ในส่วนนี้จำเป็นต้องกำหนดให้ผู้บริโภคแจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบ มิฉะนั้นอาจก่อภาระให้แก่ฝั่งผู้ประกอบธุรกิจมากจนเกินไป

3) คุณภาพของเนื้อหาดิจิทัล

ในส่วนนี้อาจดูเหมือนจะเป็นนามธรรม เป็นอัตวิสัยมากที่สุด แต่ก็เป็นประเด็นปัญหาที่ก่อให้เกิดความไม่พอใจแก่ผู้บริโภคมากที่สุด จึงควรกำหนดเอาไว้เป็นข้อสัญญาโดยปริยาย ซึ่งถึงแม้จำเป็นจะต้องตีความโดยอาศัยมาตรฐานของวิญญูชนเป็นตัวชี้วัด โดยควรบัญญัติให้มีลักษณะเป็นภาวะวิสัยมากที่สุดโดยอาศัยเปรียบเทียบกับคำพรรณนา ประกาศ หรือโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจ เป็นสำคัญเพื่อกำหนดมาตรฐานว่าผู้บริโภคในฐานะเช่นนั้นควรได้รับเนื้อหาดิจิทัลมีคุณภาพเป็นอย่างไร กรณีจะแตกต่างกับมาตรฐานด้านความถูกต้องครบถ้วนตามสัญญาในแง่ที่พิจารณาถึงการใช้งานตัวเนื้อหาดิจิทัลนั้นเป็นสำคัญ

รายละเอียดของข้อสัญญาโดยปริยายด้านคุณภาพนั้นเป็นการยากที่จะชี้ชัดลงไป เพราะมีความเป็นอัตวิสัยพอสมควร แต่ก็จำเป็นต้องกำหนดมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลในแง่คุณภาพเอาไว้ เพื่อเป็นการอุดช่องว่างมิให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลที่ถูกต้องครบถ้วนตามสัญญา และเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของผู้บริโภค แต่กลับมีคุณภาพที่ต่ำมากเกินความคาดหมายของผู้บริโภคโดยทั่วไปเมื่อคำนึงถึงปัจจัยแวดล้อมต่าง ๆ ประกอบ ในส่วนนี้จึงควรใช้เกณฑ์ “วิญญูชน” ในการพิจารณาเป็นรายกรณีไปจึงจะเป็นธรรม

6.2.4.2 มาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

การกำหนดมาตรการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดควรกำหนดเป็นลำดับชั้นไป โดยเรียงลำดับก่อน-หลัง ได้แก่

ชั้นแรก คือการจัดให้ผู้บริโภคได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากไม่มีข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่น มาตรการนี้เป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความพึงพอใจแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายมากที่สุดโดยไม่จำเป็นต้องกลับคืนหรือเปลี่ยนแปลงฐานะอย่างใดต่อกันเลย เพียงแต่ผู้ประกอบธุรกิจใช้ความสามารถในทางเทคโนโลยีเพื่อแก้ไข ซ่อมแซม ปรับปรุงเนื้อหาดิจิทัลหรือวิธีการเข้าถึงเนื้อหาดิจิทัลให้เป็นไปตามปกติเท่านั้น

ชั้นที่สอง คือมาตรการในการลดราคาเนื้อหาดิจิทัลลงตามส่วน ซึ่งควรกำหนดให้ผู้บริโภคสามารถขอลดราคา (ขอคืนเงิน) ที่ชำระไปเพื่อแลกเปลี่ยนกับเนื้อหาดิจิทัลนั้นได้ตามส่วนแห่งความบกพร่องของเนื้อหาดิจิทัลนั้น โดยอาจลดราคาจนท่วมมูลค่าของเนื้อหาดิจิทัลเลยก็ได้ (ขอเงินคืนเต็มจำนวน) เมื่อปรากฏว่าเนื้อหาดิจิทัลไม่สามารถใช้งานได้เลย ซึ่งไม่ใช่การเลิกสัญญา ผู้บริโภคจึงไม่มีภาระหน้าที่ในการลบหรือคืนเนื้อหาดิจิทัลนั้นให้แก่ผู้บริโภคซึ่งบังคับได้ยากในทางปฏิบัติ และไม่มีความจำเป็น เนื่องจากเนื้อหาดิจิทัลนั้นใช้การตามวัตถุประสงค์ไม่ได้อยู่แล้ว

สำหรับกรณีที่จะข้ามไปใช้มาตรการเยียวผู้บริโภคชั้นที่สองโดยไม่ผ่านชั้นที่หนึ่งนั้นควรให้ทำได้เฉพาะกรณีการใช้มาตรการเยียวผู้บริโภคชั้นที่หนึ่งเป็นการพ้นวิสัยหรือก่อให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนอย่างมากเท่านั้น

บรรณานุกรม

ช่อทิพย์ สุนทรวิภาต. **มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค: ศึกษากรณีผลิตภัณฑ์แว่นกันแดด.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา.** พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559.

ดาราพร ถิระวัฒน์. **สัญญาผู้บริโภค.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2559.

ไทยพับลิก้า. **อุตสาหกรรมสิ่งพิมพ์ไทย “นิตยสาร” ปิดตัว เปลี่ยนเวที – "หนังสือพิมพ์" ทรงกับทรุด – งานหนังสือยอดขายลด 25%.** ค้นวันที่ 2 มกราคม 2560 จาก http://thaipublica.org/2016/01/print-1/

ธีรวัฒน์ จันทรสมบูรณ์. **คำอธิบายและสาระสำคัญพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549.

นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์. **กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2560.

ผู้จัดการออนไลน์. เผยเบื้องหลังไปตู้ถูกผู้ใช้ไทยสวดยับ. ค้นวันที่ 28 มิถุนายน 2560 จาก http://www.manager.co.th/Cyberbiz/viewNews.aspx?NewsID=9570000072178

ผู้จัดการออนไลน์. สคบ. ยันชาวนาโพสต์ขายข้าวออนไลน์ได้ ไม่ผิดกฎหมาย. ค้นวันที่ 11 กรกฎาคม 2560 จาก http://manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=95900001088333

ไผทชิต เอกจริยกร. **คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้.** พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.

พินัย ณ นคร. กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 4, 30 (ธันวาคม 2543): 546-588.

ไพโรจน์ วายุภาพ. **คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: พลสยาม พริ้นติ้ง, 2555.

ไพโรจน์ อาจรักษา. **ครบเครื่องเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค: ครบเครื่องเรื่องสัญญา.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.

ไพโรจน์ อาจรักษา. **คำอธิบายกฎหมายขายตรงและตลาดแบบตรง (ฉบับสมบูรณ์)**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2560.

มติชนออนไลน์. เจ๊งอีก! ‘คลื่นซี้ด 97.5’ ปิดตำนาน 11 ปี เหตุพฤติกรรมกลุ่มเป้าหมายเปลี่ยนทำรายได้ลดลง. ค้นวันที่ 3 มกราคม 2560 จาก http://www.matichon.co.th/

news/370334

วิมลวรรณ ภัทโรดม. **สหภาพยุโรป**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ศักดิ์โสภาการพิมพ์, 2546.

ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์. **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.

ศิริกาญจน์ บุญล้อ. Digital Content คืออะไร. **วารสารกรมประชาสัมพันธ์**. 20, 217 (มีนาคม 2558): 46-47.

สถาบันพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.). **รายงานการศึกษาขั้นสุดท้าย (Final Report) การจัดทำยุทธศาสตร์แผนปฏิบัติการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม รายสาขา**. ค้นวันที่ 4 มกราคม 2560 จาก http://www.sme.go.th/SiteCollectionDocuments/DigitalContent_Final.pdf

สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (สพธอ.). **จุดประกายสู่...เถ้าแก่ออนไลน์ E-Commerce Startup**. ค้นวันที่ 2 กรกฎาคม 2560 จาก http://beyond.library.tu.ac.th/utils/getfile/collection/etdath/id/14/filename/15.pdf

สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (สพธอ.). **สัญญาต้องเป็นสัญญา**. ค้นวันที่ 1 กรกฎาคม 2560 จาก http://beyond.library.tu.ac.th/utils/getfile/collection/etdath/id/141/filename/142.pdf

สำนักงานส่งเสริมเศรษฐกิจดิจิทัล. **ตลาดดิจิทัลคอนเทนต์ในไทยปี 59 ฟันมูลค่ารวมกว่าสองหมื่นล้านบาท คาดการณ์ยังคงเติบโตต่อเนื่องขานรับกระแสนิยมพุ่งทะยาน.** ค้นวันที่ 8 มกราคม 2561 จาก http://www.depa.or.th/news/ตลาดดิจิทัลคอนเทนต์ในไทยปี-59-ฟันมูลค่ารวมกว่าสองหมื่นล้านบาท

สุษม ศุภนิตย์. **คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.

อภิญญา เลื่อนฉวี. **กฎหมายสหภาพยุโรป**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548.

อำนาจ เนตยสุภา และชาญชัย อารีวิทยาเลิศ. **คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.

Bradgate, Robert. **Consumer Rights in Digital Products a Research Report Prepared for the UK Department for Business, Innovation and Skills**. Retrieved January 28, 2019 from https://assets.publishing.service.gov.uk /government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31837/10-1125-consumer-rights-in-digital-products.pdf

Chalk, Andy. **Gearbox Dropped from Aliens: Colonial Marines Lawsuit**. Retrieved June 28, 2017 from http://www.pcgamer.com/gearbox-dropped-from-aliens-

colonial-marines-lawsuit/

Department for Business Innovation & Skills. **Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations Implementing Guidance**. Retrieved October 9, 2017 from https://psauthority.org.uk/~/media/Files/PhonepayPlus/Notices-to-Industry/BIS.pdf

Department for Business Innovation & Skills. **Consumer Rights Act: Digital Content Guidance for Business**. Retrieved October 12, 2017 from https://www.businesscompanion.info/sites/default/files/Digitalcontent_ALL_BIS_DIGITAL_GUIDANCE_SEP15.pdf

European Commission. **DG Justice Guidance Document Concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights, Amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and Repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council**. Retrieved October 4, 2017 from http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf

European Commission. **Digital Contracts for Europe**. Retrieved January 2, 2017 from http://ec.europa.eu/justice/contract/digital-contract-rules/index_en.htm

European Commission. **New EU Rules on E-Commerce**. Retrieved January 28, 2019 from https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/new-eu-rules-e-commerce

European Commission. **Shaping the Digital Single Market**. Retrieved January 28, 2019 from https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market

The European Council. **Digital Single Market for Europe**. Retrieved July 10, 2017 from http://www.consilium.europa.eu/en/policies/digital-single-market-strategy/

King & Wood Mallesons. **Consumer Rights Directive – Significant Changes to Consumer Rights in the EU**. Retrieved November 7, 2017 from http://www.kwm.com/en/uk/knowledge/insights/consumer-rights-directive-significant-changes-to-consumer-rights-in-the-eu-20160101

The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). **About the**

OECD. Retrieved January 27, 2019 from http://www.oecd.org/about/

The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). **Consumer Policy Guidance on Intangible Digital Content Products**. Retrieved January 27, 2019 from https://www.oecd-ilibrary.org/consumer-policy-guidance-on-intangible-digital-content-products_5jxvbrjq3gg6.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpaper%2F5jxvbrjq3gg6-en&mimeType=pdf

The Parliament. **Statutory Instruments**. Retrieved November 11, 2017 from http://www.parliament.uk/business/bills-and-legislation/secondary-legislation/statutory-instruments/

The Power Network. **เคาน์ดาวน์ กม. ขายตรง 14 ก.ย. ดีเดย์พร้อมกันทั่ว ปท.** ค้นวันที่ 11 ตุลาคม 2560 จาก http://www.thepowernetworknews.com/2017/09/04/เคาน์ดาวน์-กม-ขายตรง-14-ก-ย-ด/

Steam. **การขอคืนเงินบน Steam**. ค้นวันที่ 10 กรกฎาคม 2560 จาก http://store.steampowered.com/steam_refunds/?l=thai

Thenyx. **งานเข้า Gearbox โดนฟ้องฐานทำเกมแหกตาประชาชน.** ค้นวันที่ 28 มิถุนายน 2560 จาก http://www.juropy.com/2013/05/งานเข้า-gearbox-โดนฟ้องฐานทำเก/

ภาคผนวก

ตารางเปรียบเทียบหลักกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเนื้อหาดิจิทัลของประเทศไทยและต่างประเทศ

หัวข้อ	สหภาพยุโรป	สหราชอาณาจักร	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	ประเทศไทย
1. ความหมายของเนื้อหาดิจิทัล	Directive 2011/83/EU และ Directive 2019/770/EU: “ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล”	Consumer Rights Act 2015 และ The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013: “ข้อมูลซึ่งถูกผลิตและจัดส่งในรูปแบบดิจิทัล”	Bürgerliches Gesetzbuch: ไม่ได้บัญญัติเอาไว้โดยตรงแต่ตีความได้เช่นเดียวกับสหภาพยุโรป	ไม่ปรากฏ

หัวข้อ	สหภาพยุโรป	สหราชอาณาจักร	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	ประเทศไทย
2. ขอบเขตการคุ้มครองผู้บริโภคเนื้อหาดิจิทัล	Directive 2011/83/EU: ไม่ใช้บังคับเนื้อหาดิจิทัลที่บันทึกในสื่อที่จับต้องได้ Directive 2019/770/EU: ใช้บังคับเนื้อหาดิจิทัลที่บันทึกในสื่อที่จับต้องได้ Directive 2011/83/EU และ Directive 2019/770/EU: ใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลฟรี	Consumer Rights Act 2015: ใช้บังคับเนื้อหาดิจิทัลที่บันทึกในสื่อที่จับต้องได้ เว้นแต่ บทบัญญัติว่าด้วยการเยียวยาผู้บริโภคกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐาน Consumer Rights Act 2015: ไม่ใช้บังคับกับเนื้อหาดิจิทัลฟรี	Bürgerliches Gesetzbuch: แนวทางเป็นเช่นเดียวกับ Directive 2011/83/EU	ไม่ปรากฏ
3. การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคก่อนทำสัญญา	Directive 2011/83/EU, The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 และ BGB มีแนวทางเป็นอย่างเดียวกัน ข้อมูลที่ผู้ประกอบธุรกิจแจ้งแก่ผู้บริโภคถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา			พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522: มาตรการด้านการโฆษณาและมาตรการด้านฉลาก พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545: การจดทะเบียนตลาดแบบตรงและมาตรการควบคุมข้อความในการสื่อสารข้อมูล

หัวข้อ	สหภาพยุโรป	สหราชอาณาจักร	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	ประเทศไทย
4. มาตรการควบคุมสัญญา		ไม่ปรากฏ		พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522: ต้องประกาศเป็นธุรกิจควบคุมสัญญา และใช้เฉพาะสัญญาที่มีแบบต้องทำเป็นหนังสือ
5. มาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัล	Directive 2019/770/EU: กำหนดมาตรฐานของเนื้อหาดิจิทัลในทางอัตวิสัยและภาวะวิสัย	Consumer Rights Act 2015: เนื้อหาดิจิทัลต้องมีคุณภาพเป็นที่น่าพึงพอใจ ต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์เฉพาะ และต้องเป็นไปตามคำพรรณา	ไม่ปรากฏ	ไม่ปรากฏ
6. มาตรการเยียวยากรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐาน	Directive 2019/770/EU: ชั้นต้น สิทธิที่จะได้รับเนื้อหาดิจิทัลที่เป็นไปตามสัญญา ชั้นที่สอง สิทธิขอลดราคาตามส่วน หรือขอเลิกสัญญา	Consumer Rights Act 2015: ชั้นต้น สิทธิได้รับการซ่อมแซมหรือเปลี่ยนเนื้อหาดิจิทัล ชั้นที่สอง สิทธิได้รับการลดราคา (จนท่วมมูลค่า)	ไม่ปรากฏ	ไม่ปรากฏ

หัวข้อ	สหภาพยุโรป	สหราชอาณาจักร	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	ประเทศไทย
7. การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคหลังทำสัญญา	Directive 2011/83/EU, The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 และ BGB มีแนวทางเป็นอย่างเดียวกัน ผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดทำเอกสารคำยืนยันการทำสัญญาส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค			พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545: ผู้ประกอบธุรกิจต้องจัดทำเอกสารการซื้อขายส่งมอบให้แก่ผู้บริโภค
8. การจัดส่งเนื้อหาดิจิทัลและความรับผิดกรณีไม่สามารถจัดส่งได้	Directive 2019/770/EU: จัดส่งให้แก่ผู้บริโภค เว้นแต่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น	Consumer Rights Act 2015: จัดส่งสำเร็จเมื่อเนื้อหาดิจิทัลไปถึงอุปกรณ์ของผู้บริโภคหรือผู้ประกอบธุรกิจที่ผู้บริโภคมอบหมาย	ไม่ปรากฏ	ไม่ปรากฏ
9. กรณีผู้ประกอบธุรกิจไม่มีสิทธิจัดส่งเนื้อหาดิจิทัล	Directive 2019/770/EU: ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับการเยียวยาเช่นเดียวกับกรณีเนื้อหาดิจิทัลไม่เป็นไปตามมาตรฐาน	Consumer Rights Act 2015: ผู้บริโภคมีสิทธิขอเงินคืนตามส่วน	ไม่ปรากฏ	ไม่ปรากฏ

หัวข้อ	สหภาพยุโรป	สหราชอาณาจักร	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	ประเทศไทย
10. กรณีเนื้อหาดิจิทัลทำให้เนื้อหาดิจิทัลอื่นหรืออุปกรณ์ของผู้บริโภคได้รับความเสียหาย	Directive 2019/770/EU: เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐสมาชิก	Consumer Rights Act 2015: ผู้ประกอบธุรกิจต้องรับผิดซ่อมแซมหรือใช้ค่าเสียหายแล้วแต่จะเลือก	ไม่มีบัญญัติไว้เฉพาะ	ไม่มีบัญญัติไว้เฉพาะ
11. สิทธิเลิกสัญญาอย่างอิสระของผู้บริโภค	Directive 2011/83/EU: ภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ผู้บริโภคได้รับสื่อที่บันทึกเนื้อหาดิจิทัล หรือนับแต่วันทำสัญญา แต่ไม่เกิน 12 เดือน นับแต่วันที่พ้น 14 วัน ข้างต้น	The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013: ภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ผู้บริโภคได้รับสื่อที่บันทึกเนื้อหาดิจิทัล หรือนับแต่วันทำสัญญา แต่ไม่เกิน 12 เดือน นับแต่วันที่พ้น 14 วัน ข้างต้น	Bürgerliches Gesetzbuch: ภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ผู้บริโภคได้รับสื่อที่บันทึกเนื้อหาดิจิทัล หรือนับแต่วันทำสัญญา แต่ไม่เกิน 12 เดือน นับแต่วันที่พ้น 14 วัน ข้างต้น	พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545: ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับสินค้าหรือบริการ
12. ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม	Directive 93/13/EEC	The Unfair Contract Terms Act 1977	Bürgerliches Gesetzbuch	พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล นายสกุลพงษ์ ตรีสมพงษ์

ประวัติการศึกษา นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง)
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2558

ประสบการณ์การทำงาน กุมภาพันธ์ - ตุลาคม พ.ศ. 2561
นิติกรปฏิบัติการ
กรมส่งเสริมสหกรณ์
ตุลาคม พ.ศ. 2561 - ปัจจุบัน
นักวิชาการคดีรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ