

ปัญหาทางกฎหมายธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์และการเกิดสัญญา  
LEGAL ISSUES ON ELECTRONIC TRANSACTION:  
FORMATION OF CONTRACT

นายสมชัย สุทธิศรี  
SOMCHAI SUPSIRIPHUN

การนี้พิมพ์ขึ้นเป็นส่วนหนึ่งของวารสารศึกษาค้นคว้าตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

บัณฑิตวิทยาลัย

มหาวิทยาลัยศรีปทุม

พ.ศ. 2550



ปัญหาทางกฎหมายธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ศึกษากรณีการเกิดสัญญา

**LEGAL ISSUES ON ELECTRONIC TRANSACTION:  
FORMATION OF CONTRACT**

นายสมชัย ทรัพย์ศิริผล

**SOMCHAI SUPSIRIPHUN**

สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

บัณฑิตวิทยาลัย

มหาวิทยาลัยศรีปทุม

พ.ศ. 2550

**LEGAL ISSUES ON ELECTRONIC TRANSACTION:  
FORMATION OF CONTRACT**



**SOMCHAI SUPSIRIPHUN**

**INDEPENDENT STUDY SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE  
REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF  
MASTER OF LAWS  
SRIPATUM UNIVERSITY**

**2007**

เลขทะเบียน 148433  
วันรับ - 2 ส.ค. 2554  
เลขเรียก

ชื่อหัวข้อสารนิพนธ์

ปัญหาทางกฎหมายธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ ศึกษากรณีการเกิดสัญญา  
LEGAL ISSUES ON ELECTRONIC TRANSACTION : FORMATION  
OF CONTRACT

นักศึกษา

นายสมชัย ทรัพย์ศิริผล

รหัสประจำตัว 48501904

หลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

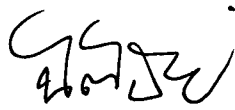
คณะ

บัณฑิตวิทยาลัย

อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์

พ.ต.ต.ดร. กฤษณะ พัฒนเจริญ

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศรีปทุม อนุมัติให้รับสารนิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ  
การศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต



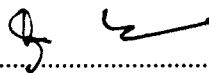
.....

คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

(ดร.นิตินัย ตันพานิช)

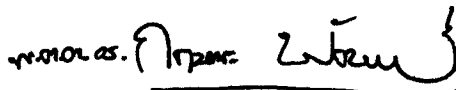
วันที่.....เดือน 12 ก.ย 2551 พ.ศ. ....

คณะกรรมการสอบสารนิพนธ์



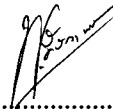
.....ประธานกรรมการ

(ดร.จุมพิตา เรืองวิชาธร)



.....กรรมการ

(พ.ต.ต.ดร. กฤษณะ พัฒนเจริญ)



.....กรรมการ

(ดร.พนิต ชีรภาพวงศ์)

สารนิพนธ์เรื่อง	ปัญหาทางกฎหมายธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ศึกษากรณีการเกิดสัญญา
นักศึกษา	นายสมชัย ทรัพย์ศิริผล
คณะ	บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศรีปทุม
อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์	พ.ต.ต.ดร. กฤษณะ พัฒนเจริญ
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะวิชา	บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศรีปทุม
พ.ศ.	2550

### บทคัดย่อ

ปัจจุบันการติดต่อสื่อสารโดยเทคโนโลยีใหม่ ๆ ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงวิธีการติดต่อเพื่อทำสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการ โดยการแสดงเจตนาทำสัญญาโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ทำให้เกิดปัญหา

กล่าวคือ สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้นเมื่อใด การนำเสนอสินค้าหรือบริการผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะเป็นคำเสนอหรือคำเชิญให้ทำคำเสนอ นอกจากนี้วิธีการที่ใช้ในการแสดงเจตนา เช่น การกดปุ่มที่ปรากฏบนจอคอมพิวเตอร์ การถ่ายโอนข้อมูลมายังคอมพิวเตอร์ เพียงพอที่จะถือเป็นผลการแสดงเจตนาหรือไม่ และเมื่อมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน จะถือว่าสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้นเมื่อใด และจะถือว่ามีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เวลาและสถานที่ใด

จึงเกิดปัญหาว่าหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน จะนำมาปรับใช้กับรูปแบบของการทำสัญญาที่ใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเกิดของสัญญา ซึ่งถือเป็นประเด็นแรกของการทำสัญญา เนื่องจากกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ก็มีได้ระบุหลักเกณฑ์ในการก่อให้เกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างไร จึงเป็นปัญหาที่ต้องทำการศึกษา เพราะหากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นไม่สามารถรองรับการทำสัญญาที่ใช้เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว การทำธุรกรรมทางการค้าที่ใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็พัฒนาได้ไม่เต็มที่ เนื่องจากผู้ใช้เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่อาจคาดเดาได้ว่าผลของสัญญานั้น จะเป็นอย่างไร จะเกิดผลเสียหายต่อธุรกิจหรือไม่

ดังนั้น แนวทางในการแก้ไขผู้เขียนเห็นว่าควรนำกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มาปรับใช้ กรณีการเกิดของสัญญา สัญญาอาจเกิดขึ้นด้วยวิธีการใด ๆ หรือขบวนการของเครื่องมือ

อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งแสดงถึงการมีอยู่ของสัญญา ในกรณีที่คำเสนอทำในรูปอิเล็กทรอนิกส์ ได้กำหนดให้คำสนองในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้ทำคำเสนอได้รับ คำสนองอิเล็กทรอนิกส์นั้น

## กิตติกรรมประกาศ

ผู้จัดทำสารนิพนธ์ขอกราบขอบพระคุณ พ.ต.ต.ดร. กฤษณะ พัฒนเจริญ อาจารย์ที่ปรึกษา เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาให้คำปรึกษาข้อเสนอแนะอันทรงคุณค่ายิ่ง พร้อมได้สละเวลาอันมีค่าในการ ตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ของการค้นคว้าสารนิพนธ์ฉบับนี้มาโดยตลอด และขอกราบขอบพระคุณคณะกรรมการสอบสารนิพนธ์ทุกท่าน ที่ให้การสอบสารนิพนธ์ครั้งนี้ผ่านลุล่วงไปด้วยดี

ผู้จัดทำสารนิพนธ์ขอขอบพระคุณ บิดา มารดา ผู้เป็นแรงบันดาลใจ และทุกคนในครอบครัวที่เป็นกำลังใจมาตลอด อีกทั้งผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย ผู้รวบรวมและเรียบเรียงกฎหมายต่าง ๆ ที่ผู้จัดทำสารนิพนธ์ได้นำมาใช้ในการศึกษา หากสารนิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้จัดทำสารนิพนธ์ขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สมชัย ทรัพย์ศิริผล



## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ .....	I
กิตติกรรมประกาศ .....	III
สารบัญ .....	IV
บทที่	
1 บทนำ	
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
สมมุติฐานในการวิจัย.....	3
วัตถุประสงค์และขอบเขตของการวิจัย.....	3
วิธีการศึกษาวิจัย.....	4
ประโยชน์ที่จะได้รับจากการวิจัย.....	4
2 การทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์	
ความหมายของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์.....	5
ประเภทของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์.....	6
การแสดงเจตนาทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์.....	7
3 การใช้กฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายต่างประเทศ	
เกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์	
ความนำ.....	11
กฎหมายระหว่างประเทศ.....	11
กฎหมายต่างประเทศ.....	24
4 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์	
ปัญหาการแสดงเจตนาทำคำเสนอ.....	36
ปัญหากรณีการแสดงเจตนาทางเว็บไซต์.....	42
ปัญหาเกี่ยวกับการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์.....	46
ปัญหาเกี่ยวกับเวลาที่ถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์.....	47

## สารบัญ (ต่อ)

5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	
	บทสรุป.....	56
	ข้อเสนอแนะ.....	60
	บรรณานุกรม.....	62
	ประวัติผู้เขียน.....	66

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันมีการพัฒนาการติดต่อสื่อสารทางคอมพิวเตอร์ที่มีลักษณะการติดต่อเป็นเครือข่าย โยงใยทั่วโลก หรือที่เรียกว่าเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้น เป็นส่วนสำคัญที่ทำให้การทำธุรกรรมทางการค้าเติบโตมากยิ่งขึ้น ผู้ขายสินค้าหรือให้บริการสามารถนำเสนอสินค้าหรือบริการให้แก่บุคคลได้เป็นจำนวนมาก โดยเสียค่าใช้จ่ายไม่มากนักคนทั่วโลกสามารถค้นหาและศึกษารายละเอียดของสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการได้โดยง่ายเพราะเป็นระบบการติดต่อสื่อสารที่เปิดกว้าง และยังสามารถติดต่อสื่อสารได้ตลอด 24 ชั่วโมง อีกทั้งยังสามารถติดต่อสื่อสารกันได้อย่างรวดเร็ว ทำให้การติดต่อสื่อสารโดยใช้เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก มีการทำสัญญาซื้อขายสินค้าและให้บริการผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เช่น การใช้ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) หรือเว็บไซต์ (Website) ทำสัญญาทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งจะมีทั้งข้อความภาพ และเสียง รวมทั้งภาพเคลื่อนไหวหรืออาจเป็นการทำสัญญาระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ตั้งโปรแกรมไว้ล่วงหน้า เป็นต้น ซึ่งเป็นวิธีที่แตกต่างจากการทำสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการในอดีตที่ผ่านมาซึ่งมักจะทำสัญญากันด้วยวาจา ด้วยกริยาอาการ หรือด้วยลายลักษณ์อักษร

ปัญหาในส่วนที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับการแสดงเจตนา ทำคำเสนอที่ว่า การอาศัยสื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ตในการนำเสนอสินค้าหรือบริการ หรือการโฆษณา สินค้าหรือบริการบนเว็บไซต์ (Website) มีลักษณะเป็นคำเสนอหรือเป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอ และเมื่อมีการตอบตอบคำเสนอด้วยวิธีการที่ใช้ในการแสดงเจตนาซึ่งแตกต่างไปจากการทำสัญญาในรูปแบบเดิม เช่น การใช้เมาส์คลิกปุ่มที่ปรากฏบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ (Icon clicking) หรือการกระทำของเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีการตั้งโปรแกรมให้ทำงานได้โดยอัตโนมัติ (Electronic agent) นั้น เพียงพอที่จะถือว่ามีผลเป็นการแสดงเจตนาแล้วหรือไม่ และหากมีการกระทำทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นการตอบรับคำเสนอแล้ว จะถือว่าการกระทำนั้นมีผลเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองที่จะก่อให้เกิดสัญญาขึ้นหรือไม่ ซึ่งหลักเกณฑ์ของกฎหมายสัญญาที่กำหนดไว้เพียงว่า การแสดงเจตนาที่จะถือว่าเป็นคำเสนอได้นั้น จะต้องเป็นการแสดงเจตนาขอทำสัญญาที่ชัดเจน มีเนื้อหาแน่นอนถึงขนาดที่หากผู้รับคำเสนอตอบตกลงตามคำเสนอสัญญาย่อมเกิดขึ้นทันที และการแสดง

เจตนาจะมีผลเป็นคำสนองได้ จะต้องมีความชัดเจนแน่นอน ไม่มีเงื่อนไขไม่มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงคำเสนอ และต้องเป็นการแสดงเจตนาต่อผู้ทำคำเสนอเท่านั้น อีกทั้งในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งบัญญัติว่า “คำเสนอหรือคำสนอง ในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของ สัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นได้ทำคำเสนอหรือคำสนองเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ก็เป็นเพียง การรับรองการแสดงเจตนาทำสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น มิได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า การแสดงเจตนาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในลักษณะใดถือเป็นคำเสนอหรือคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ หรือการแสดงเจตนาในรูปแบบวิธีการใดเพียงพอที่จะถือเป็นคำสนองได้

การแสดงเจตนาโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ยังมีปัญหาที่ต้องพิจารณา ต่อเนื่องกัน คือ เมื่อมีการแสดงเจตนาทำคำสนองโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมุ่งประสงค์ที่จะ ก่อให้เกิดความผูกพันตามคำสนองแล้วนั้น จะถือว่าสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้นเมื่อใด จะถือว่า สัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้ทำคำเสนอได้ทราบถึงการแสดงเจตนาทำคำสนองตามหลักเกณฑ์ของการ แสดงเจตนาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า หรือจะถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึง ผู้ทำคำเสนอตามหลักเกณฑ์ของการแสดงเจตนาระหว่างบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า เนื่องจากยังมี การถกเถียงกันว่าการใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่อกลางในการแสดงเจตนาทำสัญญา โดยเฉพาะในกรณีการใช้ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) และเว็บไซต์ (Website) นั้น ถือเป็น วิธีการสื่อสารโดยคู่สัญญาอยู่ต่อหน้ากันเช่นเดียวกับกรณีของการใช้โทรศัพท์หรือไม่ อีกทั้งยังมี ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาว่าข้อมูลของการแสดงเจตนาหรือที่เรียกว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ถือว่า ได้ส่งและได้รับเมื่อใด สถานที่ใด ซึ่งในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 กำหนดไว้เพียงว่า มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เมื่อข้อมูลนั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่ นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล และถือว่ามีกรับเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบ ข้อมูล หากมีการกำหนดระบบข้อมูลที่ใช้ในการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยเฉพาะ ก็ให้การรับ ข้อมูลมีผลเมื่อข้อมูลได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่กำหนดไว้แล้วนั้น แต่ถ้าส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังระบบ ข้อมูลอื่นนอกเหนือจากระบบข้อมูลที่ได้รับกำหนดไว้ก็ให้ถือว่ามีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เมื่อ ได้เรียกข้อมูลออกจากระบบข้อมูลนั้น จึงเป็นปัญหาที่ต้องตีความว่า คำว่า “ระบบข้อมูล” จะหมายถึง ระบบใด ซึ่งปัญหาที่กล่าวมานี้ เป็นปัญหาในการพิจารณาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญาทาง อิเล็กทรอนิกส์

ดังนั้น จากประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่กล่าวมาข้างต้น จึง จำเป็นต้องทำการศึกษาเพื่อหาแนวทางในการพิจารณาแก้ไขปัญหาว่า หลักเกณฑ์ของกฎหมาย

สัญญา หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ สามารถนำมาปรับกับปัญหาการทำสัญญาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้หรือไม่

## 2. สมมุติฐานในการวิจัย

ศึกษาการทำสัญญาผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มิได้กำหนดหลักการทำสัญญาไว้อย่างใด และมีได้กำหนดการนำเสนอสินค้าหรือบริการอิเล็กทรอนิกส์ในลักษณะใด ที่ถือเป็นคำเสนอหรือเป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอ ในกรณีนี้จึงต้องเป็นไปตามหลักสัญญากฎหมายทั่วไป ควรนำแนวทางการแก้ไขปัญหาของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่สัญญาเกิดไว้เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหา

## 3. วัตถุประสงค์และขอบเขตของการวิจัย

เนื่องจากการทำสัญญาโดยใช้สื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำสัญญาทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีรูปแบบของการทำสัญญาแตกต่างไปจากเดิมนั้น มีบทบาทสำคัญต่อการซื้อขายสินค้าและให้บริการในปัจจุบันมากขึ้น สารนิพนธ์ฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาว่า รูปแบบของการแสดงเจตนาทำสัญญาโดยใช้เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีลักษณะแตกต่างไปจากเดิมนี จะทำให้มีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันด้วยหรือไม่ และหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญารวมถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ อันได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 สามารถนำมาปรับใช้กับรูปแบบของการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างเหมาะสมหรือไม่ โดยจะทำการศึกษาถึงปัญหาการก่อให้เกิดสัญญาโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ ตั้งแต่ปัญหาการแสดงเจตนาทำคำเสนอ การแสดงเจตนาทำคำสนอง ปัญหาการพิจารณาเวลาที่สัญญาเกิด ปัญหาการส่งและรับข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

ด้วยเหตุนี้ ขอบเขตของการศึกษาสารนิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจึงมุ่งศึกษาถึงสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดขึ้นจากการติดต่อสื่อสารผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นหลัก โดยศึกษาจากหลักกฎหมายของไทยเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ อันได้แก่ กฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการการศึกษาระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce) ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Draft Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts) และกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการ

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) รวมทั้งกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

#### 4. วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยในครั้งนี้ ผู้เขียนใช้วิธีการวิจัยจากเอกสาร โดยค้นคว้าจากหนังสือและบทความ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลที่ได้จากเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือเว็บไซต์ (Website) ต่าง ๆ โดยศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศและเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศที่มีอยู่ เพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เป็นอุปสรรคทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์

#### 5. ประโยชน์ที่จะได้รับจากการวิจัย

จากการวิจัยในครั้งนี้ผู้เขียนหวังว่าจะทำให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับการทำสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในแง่ต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. แสดงให้เห็นถึงรูปแบบของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์
2. แสดงให้เห็นถึงปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนการก่อให้เกิดสัญญา
3. แสดงให้เห็นถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาจากการทำสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์

## บทที่ 2

### การทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์

#### 1. ความหมายของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์

ในส่วนความหมายของ “สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์” (Electronic Contract) นั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มิได้ให้คำนิยามไว้ แต่เมื่อพิจารณาจากความหมายของ “ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” (Electronic Transaction) ที่หมายถึงธุรกรรมที่กระทำขึ้นโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน จะเป็นที่น่าจะเป็นการให้ความหมายอย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมทุกการกระทำหรือการดำเนินธุรกรรมที่ได้มีการใช้หรือกระทำผ่านสื่อหรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น แม้พระราชบัญญัติฉบับนี้มิได้นิยามคำว่า “สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์” ไว้ แต่ความหมายของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ก็หมายความรวมถึงการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

ดังนั้น การทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Contract) ตามความเข้าใจโดยทั่วไปแล้ว ได้แก่ สัญญาใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นตัวกลางในการสื่อสารข้อมูลสำหรับแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองจนเป็นผลให้เกิดสัญญาขึ้น ข้อมูลที่สื่อสารกันด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์นี้เรียกว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” การทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นการทำคำเสนอหรือคำสนองโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะเป็นการทำสัญญาของเอกชน เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ สัญญาแลกเปลี่ยนสัญญาให้บริการ สัญญาจ้างทำของ สัญญารับขนของ สัญญาฝากทรัพย์ หรือสัญญาประกันภัย เป็นต้น หรือเป็นสัญญาระหว่างภาครัฐกับเอกชน เช่น สัญญาในทางปกครอง เป็นต้น โดยสัญญาดังกล่าวเกิดจากการทำธุรกรรมหรือติดต่อสื่อสารผ่านทางเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ และวิธีการทำสัญญาอาจกระทำโดยใช้เครื่องมือใด ๆ ก็ได้ที่มีลักษณะทางอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะเป็นการติดต่อผ่านทางโทรศัพท์ โทรสาร โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ (EDI) หรือเครือข่ายอินเทอร์เน็ต<sup>1</sup> แต่ในสารนิพนธ์จะมุ่งศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาของเอกชนที่มีลักษณะในเชิงพาณิชย์อันได้แก่ สัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่กระทำโดยผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเท่านั้น

---

<sup>1</sup> อภิรัช ทองประสม “สัญญาทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” พ.ศ. 2544 น. 47 - 48

## 2. ประเภทของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์

การทำสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์ในปัจจุบันมีลักษณะการทำสัญญาทั้งที่เป็นการทำสัญญาภายในประเทศและสัญญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการนำอินเทอร์เน็ตมาใช้เป็นสื่อกลางในการทำสัญญา ทำให้การทำการค้าทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศมีความสะดวกมากขึ้น และความนิยมในการทำสัญญาซื้อขายหรือให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์ก็เพิ่มมากขึ้นด้วยเช่นกัน ในส่วนนี้จึงจะทำการศึกษาถึงประเภทของสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์ว่ามีการทำสัญญาในรูปแบบใดบ้างรวมทั้งลักษณะหรือวิธีการที่ใช้ในการทำสัญญา โดยเฉพาะการทำสัญญาทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต มีวิธีการอย่างไร

การทำสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการที่เกิดขึ้นจากการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำสัญญาทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้น อาจแบ่งประเภทได้ดังนี้<sup>2</sup>

### (1) สัญญาซื้อขายสินค้าที่มีรูปร่าง

สัญญาซื้อขายสินค้าที่มีรูปร่าง (Contracts for the Sale of Physical Goods) การขายสินค้าในลักษณะนี้คล้ายกับการวางขายสินค้าในร้านค้าทั่วไป เพียงแต่ใช้เว็บไซต์ (Website) ในการโฆษณาสินค้าแทน ซึ่งจะปรากฏรายละเอียดต่าง ๆ ของสินค้า รวมถึงราคาของสินค้าด้วยในการชำระราคาก็จะกระทำผ่านทางเว็บไซต์ของสินค้านั้น สินค้าที่มีรูปร่างทุกชนิดสามารถทำการซื้อขายทางเว็บไซต์ได้ ตัวอย่างเช่น หนังสือ อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ เครื่องใช้ไฟฟ้า เสื้อผ้า อาหาร เป็นต้น ถึงแม้ว่าสัญญาซื้อขายสินค้านี้จะเกิดขึ้นบนอินเทอร์เน็ต แต่การส่งมอบสินค้าผู้ขายจะทำการส่งสินค้าไปยังผู้ซื้อตามวิธีปกติ

### (2) สัญญาซื้อขายสินค้าที่ไม่มีรูปร่าง

สัญญาซื้อขายสินค้าที่ไม่มีรูปร่างหรือสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าดิจิทัล (Contracts for the Supply of Digitized Product) การทำสัญญาในลักษณะนี้เกี่ยวข้องกับการโอนถ่ายข้อมูล (Download)<sup>3</sup> ทางออนไลน์ เช่น การโอนถ่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Software) ข้อความหรือสื่อผสม (Text or Multimedia) เพลง และภาพยนตร์ เป็นต้น สิ่งที่มีมักจะมาพร้อมกับสินค้าชนิดนี้ได้แก่ ข้อกำหนดเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ (Copyright) และข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Software License Agreement)

<sup>2</sup> Michael chissick and Alistair Kelman Electronic commerce Law and Practice pp. 62-63

<sup>3</sup> คือการถ่ายข้อมูลจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมายังเครื่องคอมพิวเตอร์



### (3) สัญญาบริการ

สัญญาบริการ (Contracts for the Supply of Services and Facilities) มักเป็นการให้บริการในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ธนาคารออนไลน์ (Online Banking) หรือการให้บริการด้านการเงิน (Financial Services) รวมทั้งการบริการให้คำปรึกษาทางอินเทอร์เน็ต นอกจากนี้ยังมีบริการเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารทางอินเทอร์เน็ต เช่น การคุยผ่านอินเทอร์เน็ต (Internet Relay Chat หรือ IRC) การคุยโทรศัพท์ผ่านอินเทอร์เน็ต (Voice Telephony) และการประชุมทางจอภาพผ่านอินเทอร์เน็ต (Video Conference) เป็นต้น<sup>4</sup>

โดยทั่วไปแล้ว ขั้นตอนในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์จะเกิดจากการที่ผู้ขายหรือให้บริการได้มีการโฆษณาสินค้าหรือบริการของตน หรืออาจเกิดจากการที่ผู้ซื้อค้นหาข้อมูลของสินค้าหรือบริการที่ตนต้องการผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตแล้วจึงทำการสั่งซื้อ เมื่อผู้ซื้อชำระราคาแล้วผู้ขายจึงจะส่งมอบสินค้า ซึ่งวิธีการส่งมอบสินค้านั้นก็ขึ้นอยู่กับลักษณะของสินค้าว่าเป็นสินค้าที่มีรูปร่างหรืออยู่ในรูปของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์

### 3. การแสดงเจตนาทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์

การทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องมีการแสดงออกถึงเจตนาเพื่อเข้าทำสัญญาเช่นเดียวกับการทำสัญญาตามหลักทั่วไป คือ คู่สัญญาที่ทำสัญญาผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต้องมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกันเพื่อจะก่อให้เกิดสัญญาผูกพันระหว่างคู่สัญญา เพียงแต่วิธีที่ใช้ในการทำสัญญานั้น อาจมีวิธีการที่แตกต่างไปจากเดิม เช่น การแสดงเจตนาทำสัญญาแต่เดิมนั้น โดยทั่วไปอาจกระทำโดยการเจรจาตกลงด้วยวาจาต่อหน้ากันหรือทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อของคู่สัญญา หรือด้วยการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่แสดงออกให้เห็นถึงความตกลง เช่น การจับมือ หรือการพยักหน้า เป็นต้น ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีในการติดต่อสื่อสารพัฒนาขึ้นมีการนำโทรศัพท์โทรพิมพ์ หรือโทรสารมาใช้ในการติดต่อทำสัญญาจนกระทั่งมีการพัฒนาการติดต่อสื่อสารทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น การแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Data interchange) และการรวมเครือข่ายคอมพิวเตอร์เข้าด้วยกัน หรือที่เรียกว่า เครือข่ายอินเทอร์เน็ต ที่มีลักษณะการติดต่อสื่อสารเป็นเครือข่ายเชื่อมโยงทั่วโลกจากการพัฒนาดังกล่าว ส่งผลต่อวิธีการแสดงเจตนาทำสัญญาที่ต่างออกไป เช่น การทำสัญญาในรูปแบบเดิมอาจทำเป็นลายลักษณ์

<sup>4</sup> Jennifer Femmienna, "Online Terms and Conditions Agreements" 87, 17 (Winter 2003): 91-92.

อักษรบนเอกสาร หรือคู่สัญญาอยู่ต่อหน้ากันในขณะที่เจรจาทำสัญญา ซึ่งการทำสัญญาในรูปแบบเดิมนี้นี้ ไม่ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนามากนัก ในขณะที่การนำเครื่องมือสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการทำสัญญา เช่น การเจรจาทำสัญญาทางโทรศัพท์หรือการส่งคำสนองทางโทรสาร หรือการใช้เมาส์ (Mouse) หรือแป้นพิมพ์ (Keyboard) ในการแสดงเจตนาทางคอมพิวเตอร์แทนการลงลายมือชื่อบนเอกสาร อาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาได้

อย่างไรก็ดี ถึงแม้จะมีวิธีการทำสัญญาที่แตกต่างกัน แต่การทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายสัญญาเพราะหากสัญญาที่ทำขึ้นนั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามหลักเกณฑ์ของการก่อให้เกิดสัญญาแล้ว ก็ย่อมไม่อาจเกิดเป็นสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เช่นกัน ดังนั้น การทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์จึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของการก่อให้เกิดสัญญา กล่าวคือ

#### (1) คำเสนอทางอิเล็กทรอนิกส์

คำเสนอที่กระทำโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น จะต้องเป็นการแสดงเจตนาของตนต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายบุคคล โดยเฉพาะเจาะจงหรืออาจแสดงต่อสาธารณชนทั่วไปเพื่อขอทำสัญญา โดยคำเสนอนั้นต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดเจนและต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอน พอที่จะทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้หากผู้รับคำเสนอตอบรับกลับมา เพียงแต่การทำคำเสนอทางอิเล็กทรอนิกส์อาจมีวิธีการแสดงเจตนาที่ต่างออกไปจากเดิมที่อาจเป็นการแสดงเจตนาด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรหรือกิริยาอาการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในขณะที่การทำคำเสนอทางอิเล็กทรอนิกส์ อาจทำโดยส่งทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) หรือบนหน้าเว็บไซต์ (Webpage) เป็นต้น

#### (2) คำสนองทางอิเล็กทรอนิกส์

คำสนองที่กระทำโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็เช่นเดียวกัน ต้องมีลักษณะเหมือนกันกับคำสนองตามหลักทั่วไป คือ จะต้องเป็นการแสดงเจตนาตอบไปยังผู้ทำคำเสนอหรือตามที่ผู้เสนอกำหนดไว้ การแสดงเจตนาทำคำสนอนั้น อาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดเจน ซึ่งการทำคำสนองในรูปแบบเดิมนั้น อาจกระทำด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษร หรือด้วยการกระทำกิริยาอาการที่ชัดเจน เช่น การผงกศีรษะรับ ส่วนการทำคำสนองทางอิเล็กทรอนิกส์อาจกระทำโดยการคลิกเมาส์คลิกปุ่ม (Click mouse) ที่ปรากฏบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ หรือกดปุ่มบนแป้นพิมพ์ (Keyboard) เป็นต้น

นอกจากนี้ การแสดงเจตนาทำคำสนองยังอาจเกิดขึ้นได้โดยปริยาย ต่างกับคำเสนอที่ต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดเจนเท่านั้น และในประการสำคัญ คำสนอนั้นต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนไม่มีเงื่อนไข และไม่มีการแก้ไขจำกัดตัดทอนหรือเปลี่ยนแปลงคำเสนอ

### (3) การแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์

วิธีการแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการแสดงเจตนาด้วย กล่าวคือ ต้องมีลักษณะเป็นการกระทำซึ่งบุคคลประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายบางประการ และได้มีการแสดงออกซึ่งความประสงค์นั้น กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ว่าจะต้องมีการแสดงเจตนาออกมาในรูปแบบใด จึงอาจมีการการแสดงเจตนาออกมาได้หลายทางแต่ที่สำคัญก็คือต้องให้ผู้รับการแสดงเจตนาสามารถเข้าใจถึงการแสดงเจตนาออกมานั้นได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วอาจแบ่งวิธีการแสดงเจตนาได้เป็น 3 กรณี คือ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง การแสดงเจตนาโดยปริยาย และการแสดงเจตนาโดยการนิ่ง<sup>5</sup>

การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ได้แก่ การแสดงออกด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือกิริยาอาการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือการกระทำอย่างอื่น ซึ่งแสดงออกโดยแจ้งชัดว่าผู้แสดงเจตนาประสงค์สิ่งใด

การแสดงเจตนาโดยปริยาย ได้แก่ การแสดงเจตนาที่ไม่ชัดแจ้ง แต่มีการกระทำบางอย่างที่เห็นได้โดยปริยายว่าผู้กระทำได้มีการแสดงเจตนาและการกระทำดังกล่าวสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาที่จะทำสัญญานั้น

การแสดงเจตนาโดยการนิ่งนั้น ตามหลักทั่วไปแล้วการนิ่งหรือการงดเว้นไม่กระทำการนั้นไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญา เพราะมิได้มีการแสดงกิริยาอาการอย่างใดออกมา อันจะถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนา แต่การนิ่งอาจเป็นการแสดงเจตนาได้หากการนิ่งนั้นมีกฎหมายบัญญัติรับรองให้ถือว่าเป็นการแสดงเจตนา หรือการนิ่งอันเป็นธรรมเนียมประเพณีถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนา

ในการแสดงเจตนาทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอหรือคำสนองนั้น เป็นการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เป็นเครื่องมือในการแสดงออกถึงเจตนา แต่การแสดงเจตนาด้วยการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์มีวิธีการแสดงเจตนาที่แตกต่างไปจากเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสดงเจตนาทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งกำลังได้รับความนิยมในปัจจุบันที่มีการแสดงเจตนาโดยใช้ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) หรือใช้เมาส์คลิกปุ่ม (Click mouse) หรือการแสดงเจตนาทางเว็บไซต์ (Website) ซึ่งวิธีการแสดงเจตนาที่แตกต่างไปจากเดิมนี ก่อให้เกิดประเด็นถกเถียงกันว่าเพียงพอที่จะถือเป็นการแสดงเจตนาที่จะมีผลผูกพันผู้แสดงเจตนาได้หรือไม่ และหากการแสดงเจตนาอันนี้มีผลเป็นการทำคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน ซึ่งถือว่าสัญญาเกิดขึ้น

<sup>5</sup> ประพนธ์ ศาคะมาน และไพจิตร ปุญญพันธุ์ พิมพ์ครั้งที่ 13 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร. นิติบรรณการ, 2545.

แล้ว ปัญหาถกเถียงที่ตามมา คือ จะถือว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นเมื่อใด จะถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้ทำคำเสนอได้ทราบถึงการแสดงเจตนาทำคำสนอง ตามหลักเกณฑ์การทำสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า ตามมาตรา 356 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>6</sup> หรือจะถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้ทำคำเสนอตามหลักเกณฑ์การทำสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า ตามมาตรา 361 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>7</sup> อีกทั้งในการทำสัญญาซื้อขายสินค้าหรือให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์อันมีลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนายอมผูกพันตามเงื่อนไขของสัญญา

---

<sup>6</sup> มาตรา 356 บัญญัติว่า “คำเสนอทำแก่บุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า โดยมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองนั้น เสนอ ณ ที่ใด เวลาใด ก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น ความข้อนี้ทำให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย”

<sup>7</sup> มาตรา 361 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “อันสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้นย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นแต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ”

### บทที่ 3

## การใช้กฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายต่างประเทศ เกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์

### 1. ความนำ

ในขณะที่การค้าขายโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ขยายตัวเพิ่มขึ้น จำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์มารองรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบัน การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น นิยมใช้อินเตอร์เน็ตเป็นสื่อกลางในการติดต่อทำการค้าระหว่างกัน ยังมีการนำอินเทอร์เน็ตมาใช้ในการทำการค้ามากเท่าใด ความจำเป็นที่ต้องมีแนวทางของกฎหมายที่ชัดเจนและแน่นอนเพื่อเป็นการสนับสนุนให้การทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์พัฒนาต่อไปได้โดยไม่มีอุปสรรค จึงได้มีความพยายามในการกำหนดกฎหมายสำหรับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้มีลักษณะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วโลก ซึ่งในบทนี้จะทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความพยายามแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ ในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ

### 2. กฎหมายระหว่างประเทศ

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ ของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยศึกษากฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการการกฎหมายการค้า ระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce) ซึ่งเป็นกฎหมายแม่แบบกำหนดกรอบเบื้องต้นเพื่อให้ประเทศต่าง ๆ นำไปใช้เป็นแนวทางในการออกกฎหมายภายในของตน และจะทำการศึกษาร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Draft Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts) อันมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศต่าง ๆ มีความเป็นอันเดียวกันมากยิ่งขึ้นรวมทั้งศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรปตามที่ปรากฏในกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC)

## 2.1 กฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)

คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ Model) เป็นองค์กรหนึ่งของสหประชาชาติ จัดตั้งขึ้นเพื่อส่งเสริมให้ประชาคมโลกมีกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน (Harmonization and Unification of the Law of International Trade) ได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการมีกฎหมายร่วมกันที่ใช้บังคับการติดต่อสื่อสารหรือทำการค้าโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จึงได้ประชุมเพื่อร่างกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับเรื่องนี้ ซึ่งประเทศต่าง ๆ สามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการออกกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกันเพื่อส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ในที่สุดการขอร่างกฎหมายแม่แบบก็บรรลุผลสำเร็จ โดยปรากฏออกมาเป็นกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)<sup>1</sup> และสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติรับกฎหมายแม่แบบดังกล่าวนี้ โดยเชื่อว่า จะช่วยให้ทุกประเทศใช้เป็นแนวทางในการตรากฎหมายของตนเพื่อรองรับวิธีการรับส่งและเก็บข้อมูล โดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แทนรูปแบบที่ยังดำเนินการด้วยกระดาษ (paper-based methods) นอกจากนี้ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติยังแนะนำให้ทุกประเทศให้ความสำคัญและคำนึงถึงกฎหมายแม่แบบนี้ที่สุดในการตราหรือแก้ไขกฎหมายของตน เพื่อจรรโลงให้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศในเรื่องนี้มีความสอดคล้องกันและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน

### 2.1.1 ลักษณะทั่วไป

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นี้ร่างขึ้นในปี ค.ศ. 1996 เหตุผลสำคัญในการร่าง นอกจากเพื่อให้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีความสอดคล้องและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแล้ว ยังมีเหตุผลอื่นอีกกล่าวคือ ในประการแรก เพื่อเป็นการขจัดอุปสรรคทางกฎหมายที่มีต่อการทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งอุปสรรคเหล่านี้มักเกิดจากการที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่อง “แบบ” ในฐานะที่เป็นเงื่อนไขของความสำเร็จตามกฎหมาย โดยกฎหมายเหล่านี้อาจเป็นอุปสรรคต่อการทำสัญญาในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

<sup>1</sup> กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

หรืออาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนว่าการทำสัญญาในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ดังนั้น กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงมีวัตถุประสงค์ในการกำจัดอุปสรรคดังกล่าวและสร้างความชัดเจนแน่นอน และความเท่าเทียมกันระหว่างการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และเอกสารธรรมดา (Functional- equivalent approach) ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ข้อมูลจะไม่ถูกปฏิเสธผลทางกฎหมายหรือปฏิเสธความสมบูรณ์ หรือการมีผลบังคับทางกฎหมายเพียงเพราะเหตุที่ว่าเป็นข้อมูลที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์”<sup>2</sup> และในประการที่สอง ผู้ร่างกฎหมายแม่แบบได้ตระหนักว่าประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มักจะเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาระหว่างกัน จึงได้มีการบัญญัติรับรองผลทางกฎหมายของคำเสนอ คำสนอง และการแสดงเจตนาไว้ โดยวางหลักเกี่ยวกับการพิจารณาเวลาที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูล รวมทั้งสถานที่ที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูลด้วย

ลักษณะทั่วไปของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มีลักษณะเป็นกฎหมายกำหนดกรอบเบื้องต้น (Framework Law) เนื่องจากระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงมุ่งหมายเพียงกำหนดหลักเกณฑ์สำคัญ ๆ ที่ประเทศต่าง ๆ นำไปใช้เป็นแนวทางในการตราหรือแก้ไขกฎหมายของตนเพื่อรองรับวิธีการรับส่งหรือเก็บรักษาข้อมูล โดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้กฎหมายของประชาคมโลกเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทั้งนี้ แต่ละประเทศที่นำกฎหมายแม่แบบนี้ไปใช้เป็นแนวทางในการตราหรือแก้ไขกฎหมายของตนสามารถกำหนดรายละเอียดต่างๆ เพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์สำคัญ ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบ โดยส่วนที่เพิ่มเติมนั้นสอดคล้องกับหลักเกณฑ์สำคัญและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่แบบด้วย<sup>3</sup>

นอกจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะมีลักษณะเป็นกฎหมายกำหนดกรอบเบื้องต้นแล้ว กฎหมายแม่แบบนี้มีขอบเขตในการบังคับใช้เฉพาะกรณีที่เป็นความสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์เท่านั้น โดยในมาตรา 1 บัญญัติไว้ว่า “กฎหมายนี้ใช้บังคับกับข้อมูลชนิดใด ๆ ที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งใช้ในกิจกรรมทางพาณิชย์” แต่อย่างไรก็ดีแม้ว่ากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะมุ่งใช้บังคับกับความสัมพันธ์เชิงพาณิชย์ แต่ก็เปิดโอกาสให้ประเทศต่าง ๆ ขยายขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมายนี้เพื่อให้ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ได้ บางประเทศจึงรับเอาหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน

<sup>2</sup> Article 5. Legal recognition of data messages.

<sup>3</sup> มาตรา 15 กฎหมายแม่แบบของ uncitral ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

กฎหมายแม่แบบนี้ไปใช้เป็นการทั่วไป โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นกิจกรรมเชิงพาณิชย์หรือไม่ เช่น ประเทศสิงคโปร์หรือมลรัฐอิลลินอยส์ของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ของประเทศไทย ได้นำหลักเกณฑ์เหล่านั้นไปใช้กับการติดต่อกับราชการหรือกับคำสั่งทางปกครองด้วย เช่น การออกใบอนุญาตตามกฎหมายต่าง ๆ แต่หน่วยงานภาครัฐบางหน่วยงานอาจจะไม่พร้อมหรือมีเหตุผลที่ยังไม่สามารถให้สิทธิเอกชนทำการติดต่อกับราชการ โดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ จึงกำหนดไว้ในกฎหมายว่าการติดต่อกับหน่วยงานของรัฐโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แทนเอกสารธรรมดาต้องได้รับความยินยอมจากหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบดังกล่าวด้วย กล่าวคือ มิใช่เป็นสิทธิเด็ดขาดของเอกชน (not as of right) ที่จะเลือกใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในการติดต่อกับทางราชการ แต่เป็นสิทธิของทางราชการในการให้เอกชนทำการเช่นนั้นได้ กฎหมายของประเทศที่ไม่จำกัดการบังคับใช้ของกฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้บังคับใช้กับความสัมพันธ์เชิงพาณิชย์เท่านั้นมักจะมีชื่อกฎหมายของตนว่า “กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” (Electronic Transactions Law)<sup>4</sup>

### 2.1.2 บทบัญญัติที่รองรับการทำสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

บทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 5 ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่รับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยห้ามปฏิเสธผลทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพียงเพราะเหตุที่ว่าข้อมูลนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ก็อาจมีความหมายครอบคลุมถึงการยอมรับให้มีการทำคำเสนอ คำสนอง หรือการแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายแม่แบบได้มีบทบัญญัติต่างหากที่กล่าวถึงการทำคำเสนอ คำสนอง หรือแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเกิดและความสมบูรณ์ของการทำสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยจะได้อธิบายรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 2.1.3 การเกิดขึ้นและความสมบูรณ์ของสัญญา

ดังได้กล่าวแล้วว่า กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้บัญญัติรองรับการเกิดขึ้น และความสมบูรณ์ของสัญญาที่ทำขึ้นจากคำเสนอและคำสนองที่แสดงออกโดยทางข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 5 ซึ่งการบัญญัติรองรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวนี้ ทำให้มีความหมายครอบคลุมถึงการยอมรับให้มีการทำคำเสนอ คำสนอง หรือการแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

<sup>4</sup> ทินัย ฒ นคร อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 5 น.6 - 7



### 2.1.4 คำเสนอและคำสนองโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ในกฎหมายแม่แบบดังกล่าวได้บัญญัติถึงการทำคำเสนอ คำสนอง หรือแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ต่างหากจากเรื่องของการรับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 5 ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 11 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า คำเสนอและคำสนองอาจแสดงออกได้โดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และห้ามปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการมีผลบังคับของสัญญา โดยยกเหตุผลเพียงว่าเป็นสัญญาที่คู่กรณีได้ทำคำเสนอหรือคำสนองโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายแม่แบบ กำหนดให้การทำคำเสนอหรือคำสนองเพื่อก่อให้เกิดสัญญาหรือความสมบูรณ์ของสัญญาสามารถที่จะกระทำได้ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ แต่ไม่ได้กล่าวถึงความหมายของคำเสนอและคำสนองไว้ ดังนั้น ลักษณะของคำเสนอและคำสนองดังกล่าว จึงต้องเป็นไปตามความหมายในเรื่องคำเสนอและคำสนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

### 2.2.1 ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Draft convention on the use of electronic communications in international contracts)

ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ<sup>5</sup> เกิดขึ้นมาจากการเสนอให้มีการร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศในบริบทของการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากยิ่งขึ้น เนื่องจากถึงแม้กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากนานาประเทศ โดยนำไปเป็นแม่แบบในการออกกฎหมายภายในก็ตาม แต่ก็ยังไม่สามารถสรุปได้ว่าหลักการของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้นได้บรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วโลก กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มุ่งวางหลักกฎหมายซึ่งกำหนดกรอบเบื้องต้นในการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ให้มีความเท่าเทียมกับการใช้เอกสารธรรมดาอย่างไรก็ดี เมื่อการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เติบโตมากขึ้นมีประเด็นทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งจำเป็นต้องมีการพิจารณาและแก้ไขปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้วางหลักเกณฑ์ไว้แล้ว แต่ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้วางหลักเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา (Contract formation) และการปฏิบัติตามสัญญา

<sup>5</sup> ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ในสัญญาระหว่างประเทศ

(Performance) ซึ่งอาจมีรูปแบบที่แตกต่างไปจากเดิม ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีเครื่องมือในทางกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้มีผลผูกพันมากขึ้น

## 2.2.2 ลักษณะทั่วไป

หลังจากมีการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นเกี่ยวกับการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศแล้ว คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ หรือ UNCITRAL ได้มอบหมายให้คณะทำงานเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL (UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce) เป็นผู้พิจารณาโดยแนะนำให้มีการพิจารณาเรื่องของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ก่อน ซึ่งในส่วนของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ คณะทำงานจะทำการพิจารณาจากแง่มุมของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods หรือ CISG) เป็นพื้นฐาน โดยเป็นการวิเคราะห์บทบัญญัติต่าง ๆ ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) ว่าสามารถนำหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) มาปรับใช้กับกรณีการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ได้หรือไม่ จะเกิดปัญหาในการนำไปใช้หรือไม่ นำมาใช้เป็นแนวทางในการร่างบทบัญญัติได้หรือไม่ หรือต้องกำหนดหลักเกณฑ์ของกฎหมายขึ้นใหม่ และยังคงศึกษากฎหมายหรือร่างกฎหมายที่ใช้บังคับกับธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ที่มีอยู่ในปัจจุบันเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการซ้ำซ้อนกันหรือการขัดแย้งกันของกฎหมายอีกด้วย

การพิจารณาร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศกระทำในสมัยประชุมของคณะทำงานเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Working Group on Electronic Commerce) ซึ่งประกอบไปด้วยตัวแทนจากประเทศสมาชิกของคณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) และผู้สังเกตการณ์จากประเทศต่าง ๆ อีกทั้งยังมีองค์การระหว่างประเทศเข้าร่วมสังเกตการณ์ด้วย โดยในสมัยประชุมครั้งที่ 39 คณะทำงานเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL (UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce) ได้เริ่มต้นพิจารณาร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศด้วยการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นเกี่ยวกับรูปแบบและขอบเขตของร่างอนุสัญญา ต่อมาได้มีความตกลงที่จะเลื่อนการพิจารณาเรื่องที่ไม่อยู่ในบังคับของร่างอนุสัญญา จนกว่าคณะทำงานเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL (UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce) จะมีโอกาสพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสถานที่ตั้งของคู่สัญญาและการก่อให้เกิดสัญญาก่อน

ดังนั้น คณะทำงานเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL (UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce) จึงเริ่มต้นพิจารณาในเรื่องสถานที่ตั้งของกลุ่มสัญญา<sup>6</sup> จากนั้นจึงพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการเกิดของสัญญา<sup>7</sup> และพิจารณาในเรื่องการจัดให้ข้อกำหนดของสัญญาอยู่ในสภาพที่คู่สัญญาสามารถเข้าถึงได้ หลังจากนั้นในสมัยประชุมครั้งที่ 40 คณะทำงานเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL (UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce) ได้กลับมาพิจารณาเรื่องทั่วไปเกี่ยวกับขอบเขตของร่างอนุสัญญาขอบเขตการบังคับใช้ และพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับคำนิยาม ซึ่งการพิจารณาบทบัญญัติเหล่านี้ยังไม่เป็นที่ยุติ โดยในสมัยประชุมครั้งต่อ ๆ มายังคงมีการถกเถียงและหาข้อสรุปในการพิจารณาแต่ละมาตรา

### 2.2.3 บทบัญญัติที่รองรับการทำสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ได้มีการบัญญัติรับรองสถานะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้เช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยมาตรา 8 กำหนดห้ามปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการมีผลบังคับของสัญญา เพียงเพราะว่าสัญญานั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีความหมายครอบคลุมถึงการยอมรับให้มีการทำข้อเสนอ คำสนอง และการแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อย่างไรก็ตาม ร่างอนุสัญญานี้ ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวเนื่องกับการก่อให้เกิดสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยจะได้อธิบายรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 2.2.4 การเกิดขึ้นของสัญญา

ในร่างอนุสัญญาดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นคำเสนอหรือคำเชิญให้ทำข้อเสนอไว้ในมาตรา 11 ซึ่งกำหนดว่า “การนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังบุคคลทั่วไปโดยมิได้เฉพาะเจาะจง โดยผู้ใช้ระบบข้อมูลสามารถเข้าถึงระบบข้อมูลนั้นได้ รวมถึงการนำเสนอข้อมูลโดยใช้รูปแบบข้อมูลที่ตอบสนองได้ในตัว (Interactive Applications) เพื่อให้มีการทำคำสั่งซื้อทางระบบข้อมูลนั้น ให้ถือเป็นเพียงคำเชิญให้ทำข้อเสนอ เว้นแต่คู่สัญญาจะระบุไว้ชัดเจนว่ามีเจตนาที่จะผูกพันตามการนำเสนอข้อมูลนั้นมีคำสนอง

จะเห็นได้ว่าตามร่างอนุสัญญากำหนดว่าลักษณะของการนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เช่นใดที่ถือเป็นเพียงคำเชิญให้ทำข้อเสนอ แต่ไม่ได้กล่าวถึงความหมายของคำเสนอและคำสนอง

<sup>6</sup> Uncitral Working Group on Electronic. Commerce A/cn.9/509 Report of the Working Group on Electronic. Commerce on its thirty-ninth sess/on

<sup>7</sup> libid paras 66-121

ไว้ ดังนั้น ลักษณะของคำเสนอและคำสนองที่กระทำโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จึงต้องเป็นไปตามความหมายในเรื่องคำเสนอและคำสนองตามหลักทั่วไป

นอกจากนี้ ร่างอนุสัญญาฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์การเกิดของสัญญาโดยใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติ (Automated message system) ไว้ในมาตรา 12 ซึ่งกำหนดกรณีของสัญญาที่เกิดขึ้นเองโดยอัตโนมัติโดยบุคคลไม่ต้องกระทำเอง โดยวางหลักไว้ว่า สัญญาเกิดขึ้นได้ด้วยการกระทำระหว่างระบบข้อมูลทำงานโดยอัตโนมัติและบุคคล หรือด้วยการกระทำระหว่างระบบข้อมูลทำงานโดยอัตโนมัติด้วยกัน โดยไม่อาจปฏิเสธความสมบูรณ์และความมีผลบังคับเพียงเพราะเหตุว่าไม่มีบุคคลใดได้พิจารณาการกระทำของระบบดังกล่าวหรือผลของความตกลง

จากหลักเกณฑ์ของมาตรา 12 จะเห็นได้ว่าเป็นการบัญญัติรับรองการเกิดของสัญญาที่กระทำด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์โดยไม่ต้องอาศัยการกระทำของมนุษย์ไว้เป็นการเฉพาะซึ่งเป็นการบัญญัติรับรองผลของสัญญาดังกล่าวไว้ชัดเจนกว่ากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความ เนื่องจากในปัจจุบัน เทคโนโลยีพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว มีการคิดค้นวิธีกำหนดการทำงานของคอมพิวเตอร์ให้สามารถประมวลผลได้โดยอัตโนมัติโดยไม่มีมนุษย์เข้าไปแทรกแซง

### 2.2.5 เวลาและสถานที่ของการเกิดสัญญา

นอกจากจะกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับคำเสนอและการเกิดของสัญญาโดยใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติแล้วร่างอนุสัญญาฯ บัญญัติเรื่องเวลาและสถานที่ที่ถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 10 ซึ่งหลักการในมาตรานี้ของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ นำมาจากมาตรา 15 ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และได้มีการปรับแก้ไขในบางเรื่อง

### 2.2.6 เวลาที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

สำหรับเวลาที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น กำหนดให้มีผลเมื่อข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่ นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทนของผู้ส่ง ส่วนเวลาที่กฎหมายถือว่าการรับข้อมูลมีผลนั้นก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน กล่าวคือ ถ้าผู้รับได้กำหนดระบบข้อมูลที่ใช้รับข้อมูลไว้โดยเฉพาะ การรับรู้จะมีผลเมื่อข้อมูลได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่กำหนดไว้ แต่หากส่งข้อมูลไปยังระบบข้อมูลอื่นซึ่งมิใช่ระบบข้อมูลที่กำหนดไว้ กฎหมายก็จะถือว่าได้รับข้อมูลเมื่อผู้รับได้เรียกข้อมูลนั้นขึ้นมา ให้ปรากฏแต่หากมิได้มีการกำหนดระบบข้อมูลไว้โดยเฉพาะ การรับข้อมูลจะมีผลตั้งแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับ

กรณีของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศในมาตรา 10<sup>8</sup> หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่ถือว่าการส่งข้อมูลนั้นยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของคณะทำงานว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใด ระหว่างหลักเกณฑ์ที่ถือว่าการส่งเมื่อข้อมูลนั้น “เข้าสู่ระบบข้อมูล” (enter an information system) ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทนของผู้ส่ง กับหลักเกณฑ์ที่ถือว่าการส่งเมื่อข้อมูลนั้น “ออกจากระบบข้อมูล” (leave an information system) ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทนของผู้ส่ง อย่างไรก็ตาม จากการศึกษารายงานการประชุมครั้งล่าสุด มีแนวโน้มว่าจะใช้หลักเกณฑ์ที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เมื่อข้อมูลนั้น “ออกจากระบบข้อมูล” (leave an information system) แต่ก็ยังไม่มีความแน่นอนว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงอีกหรือไม่ จึงต้องติดตามผลสรุปในรายงานการประชุมครั้งต่อไป

ส่วนเวลาที่ถือว่าได้รับข้อมูลนั้น ได้แก่เวลาที่ผู้รับข้อมูลหรือตัวแทนของผู้รับข้อมูลสามารถเรียกข้อมูลนั้นขึ้นมาให้ปรากฏจากที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (electronic address) ที่ผู้รับกำหนดไว้ในกรณีที่มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังที่อยู่อื่นของผู้รับ ให้ถือว่าได้รับข้อมูลเมื่อผู้รับสามารถเรียกข้อมูลขึ้นมาให้ปรากฏจากที่อยู่นั้นและผู้รับได้รู้ว่าการส่งข้อมูลไปยังที่อยู่นั้นส่วนเวลาที่สันนิษฐานว่าข้อมูลอยู่ในสภาพที่ผู้รับสามารถเรียกขึ้นมาให้ปรากฏ คือเมื่อข้อมูลนั้น ได้ไปถึง (reach) ที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับ

### 2.2.7 สถานที่ที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

สำหรับสถานที่ที่ถือว่าได้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ใช้หลักเกณฑ์สถานประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือ ในมาตรา 10 วรรคสามของร่างอนุสัญญานี้ สถานที่ที่ถือว่าได้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ สถานประกอบธุรกิจของผู้ส่งและถือว่าได้รับข้อมูล ณ สถานประกอบธุรกิจของผู้รับ ซึ่งสถานประกอบธุรกิจนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 6 ของร่างอนุสัญญา อันได้แก่ สถานที่ที่คู่สัญญากำหนด หากมีสถานประกอบธุรกิจหลายแห่งให้ถือเอาสถานที่ที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับสัญญาและการกระทำนั้นแต่ถ้าไม่ปรากฏสถานประกอบธุรกิจ ก็ให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติเป็นสถานที่ส่งหรือได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยสถานที่ตั้งของอุปกรณ์และเทคโนโลยีที่สนับสนุนระบบข้อมูลที่คู่สัญญาใช้ซึ่งเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญาหรือสถานที่ที่คู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ สามารถเข้าถึงระบบข้อมูลได้นั้น ไม่ถือเป็นสถานประกอบธุรกิจ นอกจากนี้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่ถือว่าได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามร่าง

<sup>8</sup> Article 10 Time and place of dispatch and receipt of electronic communications

อนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้ แม้ว่าสถานที่ตั้งของระบบข้อมูลอาจไม่ตรงกับสถานที่ที่ถือว่าได้รับข้อมูลก็ตาม<sup>9</sup>

### 2.2.8 กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

สหภาพยุโรป (The European Union หรือ EU) เป็นการรวมตัวกันของประเทศต่าง ๆ ในยุโรปตะวันตก เพื่อให้เกิดสันติภาพและความเจริญรุ่งเรืองภายในกลุ่ม<sup>10</sup> การรวมตัวกันดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นสหพันธรัฐ (Federation) อย่างไรก็ตามในประเทศสหรัฐอเมริกา และมีได้มีลักษณะเป็นเพียงองค์การที่เกิดจากความร่วมมือระหว่างรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ดังกรณีขององค์การสหประชาชาติ (United Nations) แต่เป็นการที่ประเทศสมาชิกร่วมกันนำอำนาจอธิปไตยของตนมารวมกันเพื่อให้เกิดความแข็งแกร่งและมีอำนาจในการเจรจาต่อรอง การนำอำนาจอธิปไตยมารวมกันนี้คือประเทศสมาชิกได้มอบอำนาจการตัดสินใจในบางเรื่องเพื่อนำไปพิจารณาในสถาบันที่ร่วมกันก่อตั้งขึ้น

สถาบันหลักที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการตัดสินใจเพื่อประโยชน์ร่วมกันของประเทศสมาชิกรวมกัน ได้แก่ สภายุโรป (European Parliament) ซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนและได้รับเลือกจากประชาชนของสหภาพยุโรปโดยตรง คณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) เป็นที่ประชุมของผู้นำชาติสมาชิก ถือเป็นตัวแทนของประเทศสมาชิก และ คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) เป็นฝ่ายบริหารของสหภาพยุโรปดูแลประโยชน์ทั้งมวลของสหภาพ ทั้งสามสถาบันดังกล่าวทำหน้าที่กำหนดนโยบายและออกกฎหมายโดย คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission)

สหภาพยุโรปมีเป้าหมายมุ่งเน้นที่ความเติบโตของตลาดภายใน (Internal market) และมีเป้าหมายในการทำให้เศรษฐกิจ กฎหมายและนโยบายเป็นอันดับหนึ่งอันเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านกฎหมายนั้น ได้มีความพยายามอย่างต่อเนื่องในการกำหนดกรอบของกฎหมาย (Legal framework) ซึ่งจะส่งผลให้แต่ละประเทศสมาชิกต้องทำกฎหมายของตนให้สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรป (EU) ในส่วนของการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น สหภาพยุโรปได้ออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องในหลายประเด็น ไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายโดยระยะทาง หรือลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ แต่สารนิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะประเด็นการทำสัญญาทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น

<sup>9</sup> มาตรา 10 วรรค 4 ของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ

<sup>10</sup> The European Union at a Glance. <[http://europa.eu.int/abc/indexe\\_en.htm](http://europa.eu.int/abc/indexe_en.htm)>

ในส่วนที่เกี่ยวกับการค้าทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ สหภาพยุโรปได้มีความพยายามที่จะกำหนดกรอบเบื้องต้นสำหรับกฎเกณฑ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ วัตถุประสงค์หลักในการกำหนดกรอบดังกล่าว คือ เพื่อจัดตั้งตลาดภายในยุโรปให้รวมกันเป็นหนึ่งเดียว เพื่อกระตุ้นให้เศรษฐกิจเติบโตและมีการลงทุนทำการค้าทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ในขณะเดียวกันก็คุ้มครองอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิกและคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคซึ่งเป็นแนวทางที่แตกต่างจากสหรัฐอเมริกาที่พยายามผลักดันให้ตลาดของนานาประเทศเข้าสู่ยุคของอินเทอร์เน็ต

อย่างไรก็ดี เนื่องจากกฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปมีความแตกต่างกัน ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในภูมิภาคยุโรป ดังนั้น เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ สหภาพยุโรปจึงประกาศใช้กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council on “certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internet Market (Directive on electronic commerce)” เมื่อวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 2000 ให้ประเทศสมาชิกรับไปเป็นแนวทางในการออกหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ภายในประเทศของตน

## 2.2.9 ลักษณะทั่วไป

กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC)<sup>11</sup> มีความมุ่งหมายที่จะทำให้การทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปมีความสะดวกยิ่งขึ้น เพราะมีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกทำการแก้ไขข้อขัดข้องของกฎหมายที่มีอยู่เพื่อให้มั่นใจได้ว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้นจะไม่เป็นอุปสรรคต่อการทำสัญญาทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องแบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญา<sup>12</sup> และยังกำหนดให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายสำหรับสัญญาที่กระทำขึ้นด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ จะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จากการนำแนวทางที่ให้การยอมรับว่าการติดต่อหรือทำการค้าโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์มีผลหรือสถานะทางกฎหมายเสมือนกับการติดต่อหรือทำการค้าโดยใช้เอกสารธรรมดา (Functional – Equivalent Approach)

<sup>11</sup> กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ <<http://europa.eu.int>>

<sup>12</sup> Lilian Edwards and Charlotte Waelde, Law & the internet a framework for electronic commerce p.27.

กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) กำหนดวัตถุประสงค์และขอบเขตไว้โดยเป็นการอธิบายถึงวัตถุประสงค์ขั้นพื้นฐานเพื่อให้เกิดความแน่นอนว่าภายหลังจากกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) มีผลบังคับแล้วนั้น การให้บริการทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศสมาชิก จะได้รับประโยชน์เต็มที่จากบริการต่าง ๆ ที่ทำได้อย่างเสรี

จากวัตถุประสงค์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) มิได้ครอบคลุมถึงการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในทุกเรื่อง แต่ครอบคลุมเฉพาะการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวกับ Information Society Services ซึ่งหมายถึงบริการที่โดยปกติจัดให้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ตอบแทนโดยอาศัยอุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์สำหรับการประมวลผลและเก็บรักษาข้อมูลของผู้รับบริการ และเป็นการทำตามคำขอของผู้รับบริการบริการที่ถือว่าเป็น Information Society Services ครอบคลุมกิจกรรมที่เกิดขึ้นทางออนไลน์ไม่ว่าจะเป็นการขายสินค้าหรือให้บริการทางออนไลน์ รวมทั้งบริการที่เกี่ยวกับการส่งข้อมูลผ่านทางเครือข่ายการสื่อสาร ดังนั้น ธุรกิจชนิดเดียวกันแต่มีวิธีการที่ต่างกันก็อาจส่งผลที่แตกต่างกันด้วย เช่น สัญญาซื้อขายหนังสือที่ทำความตกลงกันทางเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ อาจอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) แต่การปฏิบัติตามสัญญาด้วยการส่งหนังสือไปยังผู้ซื้อด้วยวิธีการปกตินั้น ในส่วนของการส่งมอบนี้ไม่ถือว่าอยู่ในขอบเขตของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ((EC Directive 2000/31/EC) แต่หากใช้วิธีการถ่ายโอนข้อมูล (Download) ของหนังสือด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์จากเว็บไซต์ของผู้ขาย ธุรกิจทั้งหมดนี้ย่อมตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC)

อย่างไรก็ดี กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ได้มีการจำกัดขอบเขตการนำไปใช้กับบางกรณี ได้แก่ ภาษี การคุ้มครองข้อมูลการทำพินัยกรรมหรือการกระทำในทำนองเดียวกันที่ต้องเกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐ และการพนัน เป็นต้น<sup>13</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ยังวางหลักเกี่ยวกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยกำหนดว่าประเทศสมาชิกควรกำหนดให้ผู้ให้บริการผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในของประเทศที่

<sup>13</sup> Article 1 paragraph 5



ผู้ให้บริการได้เข้าไปดำเนินธุรกรรมเกี่ยวกับการบริการนั้นด้วย<sup>14</sup> หมายความว่า ผู้ขายหรือผู้ให้บริการซึ่งมีสถานที่ตั้งอยู่ในสหภาพยุโรปและได้สร้างเว็บไซต์เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ สิ่งแรกที่ต้องคำนึงถึงคือ เว็บไซต์นั้นต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศที่ผู้ขายหรือผู้ให้บริการมีสถานที่ตั้งอยู่ ซึ่งเป็นไปตามหลัก Country of origin rule อย่างไรก็ดี หลักนี้ใช้บังคับเฉพาะกรณีที่ผู้ขายหรือผู้ให้บริการมีแม่ข่าย (Server) อยู่ในสหภาพยุโรป เท่านั้น

### 2.2.10 บทบัญญัติที่รองรับการทำสัญญาโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์

กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้เช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์โดยในมาตรา 9 ของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) กำหนดไว้ว่าประเทศสมาชิกควรทำให้มั่นใจได้ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และมีผลบังคับตามกฎหมาย โดยข้อกำหนดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาจะไม่เป็นอุปสรรคต่อการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่อย่างไรก็ดี ประเทศสมาชิกอาจกำหนดให้หลักการยอมรับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวไม่นำไปใช้กับการทำสัญญาในบางประเภท เช่น สัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ สัญญาภายใต้กฎหมายครอบครัวหรือมรดก เป็นต้น<sup>15</sup>

นอกจากจะรับรองสถานะของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ยังมีมาตรการเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคอยู่ในมาตรา 10 โดยกำหนดว่า ก่อนที่ผู้รับบริการจะทำคำสั่งซื้อ ผู้ขายหรือผู้ให้บริการจะต้องให้ข้อมูลอย่างชัดเจนและสามารถเข้าใจได้ โดยกำหนดว่าข้อมูลของผู้ขายหรือผู้ให้บริการอย่างน้อยจะต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับขั้นตอนทางเทคนิคในการทำสัญญา ผู้ให้บริการได้มีการเก็บข้อมูลของสัญญาไว้หรือไม่และสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้หรือไม่ อีกทั้ง ต้องมีการให้ข้อมูลเกี่ยวกับวิธีการทางเทคนิคที่แสดงและแก้ไขความผิดพลาดของข้อมูลที่ป้อนเข้าไปก่อนที่จะมีการทำคำสั่งซื้อ และภาษาที่ใช้ในการทำสัญญา

<sup>14</sup> Article 3 paragraph 1 “Each member State shall ensure that the information society services provided by a service provider established on its territory comply with the national provisions applicable in the member state in questions which fall within the coordinated field”

<sup>15</sup> Article 9 paragraph 2.

สำหรับในช่วงของการพิจารณาเวลาที่สัญญาเกิดขึ้น มาตรา 11 ของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ได้วางหลักเกณฑ์ไว้โดยกำหนดว่าเมื่อผู้รับบริการทำคำสั่งซื้อทางอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ให้บริการต้องแจ้งให้ผู้รับบริการทราบถึงการได้รับคำสั่งซื้อดังกล่าว โดยไม่ชักช้า (without undue delay) และด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ส่วนเวลาที่ถือว่าผู้ให้บริการได้รับคำสั่งซื้อหรือเวลาที่ผู้รับบริการได้รับแจ้งถึงการได้รับคำสั่งซื้อ ได้แก่ เวลาที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับนั้นสามารถเข้าถึงคำสั่งซื้อหรือการแจ้งถึงการได้รับคำสั่งซื้อนั้นได้

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ของมาตรา 10 และมาตรา 11 ดังกล่าวนี้นำไปปรับใช้กับสัญญาที่เกิดขึ้นโดยการส่งข้อมูลทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) หรือโดยการสื่อสารที่มีลักษณะส่วนตัว (equivalent individual communications)

จะเห็นได้ว่าในกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแสดงเจตนาไว้ว่าการกระทำเช่นใดเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการแสดงถึงเจตนาและมีได้กล่าวถึงการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ต้องอาศัยการกระทำของมนุษย์ เช่น กรณีของการทำงานด้วยระบบอัตโนมัติ (automated system) ไว้แต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเวลาที่สัญญาเกิดขึ้น ก็มีได้ก่อให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนในการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ต้องแจ้งให้ทราบถึงการได้รับคำสั่งซื้อ เป็นการเพิ่มขึ้นตอนที่ใหม่และผิดแปลกไปจากกระบวนการที่ก่อให้เกิดสัญญาตามปกติที่เพียงแต่มีข้อเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาที่เกิดขึ้นแล้ว นอกจากนี้ ยังกำหนดไว้แต่เพียงเวลาทำคำสั่งซื้อและการแจ้งการได้รับเท่านั้น มิได้กำหนดแนวทางไว้ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใด บทบัญญัติของกฎหมายของสหภาพยุโรปให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันตามจุดมุ่งหมายได้หรือไม่ เพราะในกรณีที่มีได้กำหนดแนวทางไว้ ประเทศสมาชิกที่นำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของคณอัยหลักกฎหมายภายในประเทศของตนในการพิจารณา ซึ่งแต่ละประเทศก็มีหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป

### 3. กฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ได้มีความพยายามส่งเสริมให้มีการทำสัญญาโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ จึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์กฎหมายภายในเพื่อรองรับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งการบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อใช้บังคับของประเทศต่าง ๆ นั้น มักอาศัยแนวทางในการบัญญัติจากกฎหมายระหว่างประเทศ และนำมาปรับให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายของประเทศ โดยในส่วนนี้จะทำการศึกษากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ

### 3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การค้าในประเทศสหรัฐอเมริกามีลักษณะเป็นตลาดเสรีและมีระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม และมีการสนับสนุนให้ผู้ประกอบการธุรกิจทำการค้าผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสนับสนุนให้มีการทำการค้าผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพื่อให้เป็นไปตามจุดมุ่งหมายในการมีบทบาทเป็นผู้นำทางเศรษฐกิจของโลก ดังจะเห็นได้จากความพยายามในการกำหนดกรอบสำหรับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Framework for Global Electronic Commerce) เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1997 ซึ่งกำหนดว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่น ๆ ควรยึดมั่นตามกรอบดังกล่าว โดยมีหลักการว่า ควรให้ภาคเอกชนเป็นผู้นำทางด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยรัฐควรหลีกเลี่ยงการออกกฎหมายที่มีข้อจำกัดอันไม่เป็นธรรมในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่หากรัฐมีความจำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซงแล้ว จะต้องมีจุดมุ่งหมายในการเข้าไปเพื่อสนับสนุนการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะอินเทอร์เน็ต<sup>16</sup> และยังกำหนดให้รัฐบาลของสหรัฐสนับสนุนให้มีการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>17</sup> หลักการตามกรอบนี้ออกมาเพื่อเป็นแนวทางในการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งในส่วนนี้จะศึกษาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งแนวทางการพิจารณาแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาดังกล่าวของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ดี มาตรา 2 ของประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C.) อาจไม่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับการทำสัญญาที่เกิดขึ้นบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพราะประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C.) ร่างอยู่บนพื้นฐานของการทำสัญญาซื้อขายสินค้าที่มีรูปร่าง (Tangible goods) ในขณะที่ลักษณะของการซื้อขายสินค้าในปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบ กล่าวคือ มีการซื้อขายสินค้าในรูปแบบใหม่ อันเป็นผลมาจากพัฒนาการของเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการซื้อขายสินค้าในรูปแบบใหม่ อันเป็นผลมาจากพัฒนาการของเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการซื้อขายสินค้าที่ไม่สามารถจับต้องได้ (Intangible goods) อย่างเช่น การซื้อขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์โดยการถ่ายโอนข้อมูล

<sup>16</sup> Christopher William Pappas, "Comparative U.S. & EU Approaches to Ecommerce Regulation: Jurisdiction, Electronic Contracts, Electronic Signatures and Taxation," *Denver Journal of International Law and Policy* 325, 31 (Winter 2002): 328-330.

<sup>17</sup> Sharon K. Black, *Telecommunications Law in the Internet Age* (San Francisco: Morgan Kaufmann, 2002), p.396.

(Download) ผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet network) ซึ่งกำลังมีบทบาทสำคัญในตลาดการค้าปัจจุบัน

จากเหตุผลที่การซื้อขายสินค้าโดยใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในปัจจุบันมักเกี่ยวข้องกับการซื้อขายผลิตภัณฑ์โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Software) อันเป็นสินค้าที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งสามารถใช้และเปลี่ยนแปลงการครอบครองโดยไม่จำกัดจำนวนผู้ใช้และผู้ครอบครอง กฎหมายที่นำมาใช้กับการทำธุรกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในวัตถุที่มีรูปร่างจากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมไม่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีที่ธุรกรรมนั้นมีวัตถุประสงค์เพียงการโอนสิทธิ์ในการใช้ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างหรือเพียงการใช้ประโยชน์จากข้อมูล ดังนั้น เพื่อเป็นการตอบสนองความเปลี่ยนแปลงทางการค้าและพัฒนาการของรูปแบบเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสาร คณะกรรมาธิการร่างกฎหมายเอกรูปของมลรัฐแห่งชาติ (NCCUSL) จึงได้จัดตั้งคณะกรรมการเพื่อแก้ไขปรับปรุงมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C.) ร่วมกับสถาบันกฎหมายแห่งอเมริกัน (American Law Institute หรือ ALI) โดยตัดสินใจพัฒนาบทบัญญัติขึ้นมาใหม่ คือ ประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C.) มาตรา 2B เพื่อนำมาใช้ในการขายสิทธิ์ในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ (Licensing) การทำธุรกรรมที่เกี่ยวกับข้อมูลดิจิทัล (Digital information) และสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกันกับทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง (Intangible property)<sup>18</sup>

เมื่อมีการนำร่างบทบัญญัติมาตรา 2B ออกเผยแพร่ ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวาง ทั้งจากกลุ่มนักวิชาการกฎหมาย กลุ่มธุรกิจ และกลุ่มผู้บริโภค แต่ในท้ายที่สุด ร่างบทบัญญัติมาตรา 2B ก็ถูกตีกลับเนื่องจากร่างบทบัญญัติดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างเกินไป มิได้มีขอบเขตบังคับกับสิทธิในงานเพลง ภาพยนตร์ สิ่งพิมพ์ และงานศิลปะ ดังนั้น จึงไม่มีการดำเนินการให้ร่างบทบัญญัติดังกล่าวให้เป็นบทบัญญัติใหม่ของประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C.) อีกต่อไป

### 3.1.1 แนวทางการแก้ไขปัญหาโดยการเสนอกฎหมายใหม่

ในสหรัฐอเมริกาถึงแม้ว่าประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C.) และ Restatement Second of Contracts จะมีบทบาทสำคัญสำหรับการทำธุรกรรมทางการค้า แต่ก็มิได้เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะสำหรับนำไปปรับใช้กับกรณีการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ ในบางครั้งจึงไม่สามารถแก้ไขปัญหาคืออย่างแท้จริง เพราะโดยพื้นฐานแล้วมิได้บัญญัติเพื่อนำมาใช้

<sup>18</sup> Aunya Singso-ngob "A Validity of Shrinkwrap and clickwrap License Agreements in the U.S.A.: Should we follow UCITA?" บทบัณฑิตย, เล่ม 55

กับธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ อีกทั้งการพิจารณาปัญหาของศาล เป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป อาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการแก้ไขปัญหา ดังนั้นจึงมีความพยายามเสนอกฎหมายใหม่ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ให้มีความชัดเจนและแน่นอน โดยมีการเสนอกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) และมีการเสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C.) ให้เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นการเฉพาะ

### 3.1.2 กฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (Uniform Computer Information Transactions Act)

หลังจากคณะกรรมการร่างกฎหมายเอกรูปของมลรัฐแห่งชาติ (NCCUSL) และสถาบันกฎหมายแห่งอเมริกัน (ALI) ประกาศว่าจะไม่ดำเนินการให้ร่างบทบัญญัติมาตรา 2 B เป็นบทบัญญัติใหม่ ของประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C.) อีกต่อไป คณะกรรมการร่างกฎหมายเอกรูปของมลรัฐแห่งชาติ (NCCUSL) ได้หันมาร่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (Uniform Computer Information Transactions Act หรือ UCITA) และได้มีการรับรองร่างกฎหมายดังกล่าวเมื่อเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1999 เพื่อเป็นกฎหมายต้นแบบ (Uniform) ให้รัฐต่าง ๆ นำไปพิจารณาและประกาศใช้ต่อไป ซึ่งภายหลังจากที่มีการรับรองร่างกฎหมายนี้เมื่อปี ค.ศ. 1999 แล้วก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่อยมา จนกระทั่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งสุดท้ายในปี ค.ศ. 2002<sup>19</sup>

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) มีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนให้ตระหนักถึงประสิทธิภาพของการทำธุรกรรมโดยใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Computer information) และเพื่อเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ใช้บังคับกับการทำธุรกรรมที่ใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ให้มีความชัดเจนแน่นอนและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน นอกจากนี้ หลักการอันเป็นแก่นของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) ก็คือ กำหนดกรอบการพิจารณาข้อสัญญาเกี่ยวกับสิทธิในการใช้ (License) ที่ปรากฏอยู่ในการทำธุรกรรมที่เกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์<sup>20</sup>

สำหรับขอบเขตของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) นั้น มุ่งที่จะปรับใช้กับการทำธุรกรรมเกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Computer information Transactions)

<sup>19</sup> กฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) ใน <<http://www.nccusl.org>>

<sup>20</sup> See UCITA Prefatory Note.

ซึ่งครอบคลุมถึงโปรแกรมคอมพิวเตอร์ รวมถึงข้อตกลงในการสร้าง เปลี่ยนแปลง โอน หรือจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ผลกระทบเกี่ยวกับสื่อต่าง ๆ ข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือฐานข้อมูล (Database) อินเทอร์เน็ตและข้อมูลออนไลน์ (Online information) เป็นต้นและได้บัญญัติรับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Record) และการรับรองข้อมูล (Authentication) ไว้ในมาตรา 107 ว่าจะไม่ถูกปฏิเสธผลทางกฎหมายหรือผลบังคับเพียงเพราะอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ คู่สัญญาสามารถกำหนดวิธีการที่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อมูลหรือรับรองข้อมูลได้ แต่กฎหมายฉบับนี้มีได้เป็นการบังคับว่าข้อมูลหรือการรับรองข้อมูลจะต้องมีการสร้าง เก็บรักษา ส่ง รับ หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เท่านั้น นอกจากนี้ ยังบัญญัติรับรองการใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Electronic Agent) ไว้ว่าบุคคลซึ่งใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Electronic agent) เพื่อรับรองข้อมูลในการกระทำการ ในการตกลงทำสัญญา รวมทั้งการแสดงเจตนา นั้น ย่อมผูกพันตามการดำเนินการของเครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Electronic agent) ถึงแม้จะไม่มีบุคคลใดตระหนักถึงหรือตรวจสอบการดำเนินการหรือผลของการดำเนินการนั้น<sup>21</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) ได้บัญญัติครอบคลุมถึงการทำสัญญาเกี่ยวกับข้อมูลคอมพิวเตอร์ เช่น กฎหมายสัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิในการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ การถ่ายโอนข้อมูลโปรแกรมคอมพิวเตอร์ และข้อมูลคอมพิวเตอร์ในรูปแบบอื่น ๆ เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อใช้เป็นกฎหมายต้นแบบสำหรับกำหนดแนวทางแก้ไขปัญหาในกรณีที่กฎหมายสัญญาปัจจุบันที่เกี่ยวกับการเกิดของสัญญาที่กระทำผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นไม่สามารถนำมาแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ โดยในส่วนของลักษณะของคำเสนอและคำสนองนั้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของคำเสนอและคำสนอง เช่นเดียวกับมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C.) กล่าวคือ ในกรณีที่มิได้มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น คำเสนอเพื่อขอทำสัญญานั้นเป็นการแสดงเจตนาเพื่อให้มีการทำคำสนองไม่ว่าคำสนอนั้นจะกระทำด้วยวิธีการใดและด้วยเครื่องมือใดก็ได้<sup>22</sup>

สำหรับในส่วนของ การเกิดของสัญญานั้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 202 ซึ่งกำหนดการเกิดของสัญญาไว้เป็นการทั่วไปว่าสัญญาอาจเกิดขึ้นด้วยวิธีการใด ๆ ที่เพียงพอจะแสดง

<sup>21</sup> UCITA Section 107 Legal Recognition of Electronic Record and Authentication; Use of Electronic Agents.

<sup>22</sup> UCITA Section 203(1) "An offer to make a contract invites acceptance in any manner and by any medium reasonable under the circumstances."

ให้เห็นถึงความตกลง รวมถึงการทำเสนอและคำสนองหรือการกระทำของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรือกระบวนการของเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ซึ่งแสดงถึงการมีอยู่ของข้อสัญญา<sup>23</sup> ในกรณีที่คำเสนอที่กระทำในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้กำหนดให้ทำคำสนองในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้ทำคำเสนอได้รับ คำสนองทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น หรือหากการสนองรับนั้นต้องมีการกระทำหรือเข้าสู่ระบบข้อมูล ถือว่าสัญญาเกิดเมื่อผู้ทำคำเสนอได้รับการกระทำนั้นหรือสามารถเข้าสู่ระบบข้อมูล และผู้ทำคำเสนอได้รับข้อความที่จำเป็นสำหรับการเข้าสู่ระบบข้อมูลนั้น<sup>24</sup> และถือว่าการได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีผลแม้ว่าจะไม่มีบุคคลตระหนักถึงการได้รับนั้น<sup>25</sup>

นอกจากจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์การเกิดของสัญญาในกรณีทั่วไปไว้แล้วกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์การเกิดของสัญญาในกรณีของเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Electronic Agent) ไว้เป็นการเฉพาะ โดยแยกเป็นกรณีที่เป็นการกระทำระหว่างเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Electronic Agent) ด้วยกัน และที่เป็นการกระทำระหว่างเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Electronic agent) กับบุคคล ซึ่งในกรณีที่เป็นการกระทำของเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Electronic Agent) ด้วยกันนั้น สัญญาเกิดขึ้นได้หากการกระทำระหว่างเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Electronic Agent) เป็นผลให้มีการดำเนินการที่เป็นการแสดงถึงการสนองรับคำเสนอ ส่วนกรณีที่เป็นการกระทำระหว่างเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ กับบุคคล นั้น กำหนดว่าสัญญาอาจเกิดขึ้นได้หากบุคคลได้กระทำการซึ่งตนมีอิสระที่จะปฏิเสธที่จะรับเอาหรือทำข้อความซึ่งตนควรจะรู้ว่าเป็นเหตุให้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Electronic Agent) มีการกระทำหรือยอมให้มีการใช้หรือเข้าสู่ระบบซึ่งเป็นไป

<sup>23</sup> UCITA Section 202 (a) “A contract may be formed in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance or conduct of both parties or operations of electronic agents which recognize the existence of a contract.”

<sup>24</sup> UCITA Section 203(4) “If an offer in an electronic message evokes an electronic message accepting the offer, a contract is formed:

- (A) When an electronic acceptance is received; or
- (B) if the response consists of beginning performance, full performance, or giving access to information, when the performance is received or the access is enabled and necessary access materials are received.”

<sup>25</sup> UCITA Section 214(a) “Receipt of an electronic message is affective when received even if no individual is aware of its receipt.”

ตามสัญญา หรือมีการส่งคำแนะนำเพื่อกระทำการเช่นนั้น หรือควรจะรู้ได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนอง<sup>26</sup>

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเกิดของสัญญาตามกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการแสดงเจตนาในมาตรา 112 ว่าการแสดงเจตนาทำสัญญามีผลเมื่อภายหลังจากผู้แสดงเจตนามีโอกาสได้อ่านข้อมูลหรือข้อกำหนดของสัญญาแล้ว ผู้แสดงเจตนาได้รับรองข้อมูลหรือข้อสัญญาหรือมีเจตนากระทำการหรือให้ถ้อยคำโดยรู้ว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะถือตามการแสดงเจตนาจากการกระทำหรือถ้อยคำดังกล่าว และกำหนดกรณีที่เป็นการแสดงเจตนาของเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ โดยถือว่าเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ มีการแสดงเจตนาเมื่อได้รับรองข้อมูลหรือเข้าสู่กระบวนการในพฤติการณ์ที่เห็น ได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการทำคำสนองภายหลังจากผู้แสดงเจตนาได้พิจารณาข้อมูลหรือบันทึกแล้ว<sup>27</sup>

อนึ่ง หลักเกณฑ์ในการแสดงเจตนาดังกล่าวจะมีผลหรือไม่ ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ว่าผู้แสดงเจตนามีโอกาสได้อ่านข้อมูลหรือข้อสัญญาก่อนการแสดงเจตนาหรือไม่ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 113 ที่ถือว่าบุคคลมีโอกาสดูข้อมูลหรือข้อสัญญานั้นอยู่ในสภาพที่สามารถเรียกขึ้นมาให้ปรากฏและสามารถอ่านได้ และในกรณีของเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Electronic agent) ถือว่ามีโอกาสพิจารณาข้อมูลหรือข้อสัญญาเมื่อข้อมูลหรือข้อสัญญานั้นอยู่ในสภาพที่เหมาะสมที่จะทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์สามารถตอบสนองต่อข้อมูลหรือข้อสัญญานั้นได้

นอกจากหลักเกณฑ์ในส่วนของการเกิดของสัญญาและการแสดงเจตนาแล้ว กฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความมีผลของข้อสัญญาการอนุญาตให้ใช้สิทธิในข้อมูลที่มีลักษณะของการผลิตออกมาเป็นจำนวนมาก ไว้ในมาตรา 209 ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติที่ทำให้กฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) มีความแตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ โดยถือว่าคู่สัญญายอมรับข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเมื่อคู่สัญญาได้ตกลงตามข้อกำหนดนั้น เช่น ตกลงด้วยการแสดงออกถึงเจตนารับข้อสัญญานั้นก่อนหรือในขณะที่เริ่มต้นกระทำการหรือด้วยการใช้หรือเข้าสู่ข้อมูล หากผู้รับข้อสัญญาดังกล่าวไม่มีโอกาสได้อ่านข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธินั้นก่อนและหากมิได้แสดงเจตนาตกลงรับข้อสัญญานั้นหลังจากมีโอกาสดูข้อสัญญา ผู้รับข้อสัญญาย่อมมีสิทธิคืนสินค้าหรือบริการนั้น

<sup>26</sup> UCITA Section 06 Offer and acceptance: Electronic Agents.

<sup>27</sup> UCITA Section 112 Manifesting Assent.



แต่หากเป็นกรณีที่มีการกำหนดข้อสัญญามาตรฐานเกี่ยวกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้บนอินเทอร์เน็ต จะถือว่าผู้แสดงเจตนามีโอกาสได้อ่านข้อสัญญาตามมาตรา 113 เมื่อข้อสัญญานั้นอยู่ในสภาพที่สามารถอ่านได้ก่อนที่จะมีการส่งข้อมูล หรือก่อนที่ผู้เข้าทำสัญญาจะต้องชำระราคาแล้วแต่ว่าเหตุการณ์ใดจะเกิดขึ้นก่อน ด้วยการแสดงหรือเปิดเผยข้อสัญญาให้เห็นได้อย่างชัดเจนหรือแนะนำขั้นตอนการได้รับข้อสัญญา หรือการอ้างอิงไปยังสถานที่ในเว็บไซต์หรือที่อยู่อื่น ๆ ซึ่งสามารถได้รับข้อสัญญา และจัดให้มีสำเนาของข้อสัญญาดังกล่าวในทันทีหากผู้เข้าทำสัญญาต้องการ รวมทั้งห้ามกระทำการที่เป็นการขัดขวางผู้เข้าทำสัญญาที่จะพิมพ์หรือเก็บบันทึกข้อสัญญา

จากหลักกฎหมายข้างต้น กฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) ให้ความสำคัญกับโอกาสในการอ่านข้อมูลหรือข้อสัญญาก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาซึ่งเป็นการช่วยบังคับให้ผู้ทำธุรกิจโดยใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ต้องแจ้งให้ทราบถึงข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในสัญญาอันเป็นความพยายามในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันมีเพียงรัฐแมริแลนด์และรัฐเวอร์จิเนียที่รับหลักการของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) อีกทั้งมีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าบทบัญญัติในกฎหมายแม่แบบเอื้อประโยชน์ให้แก่กลุ่มผู้ทำธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ผลิตโปรแกรมคอมพิวเตอร์ด้วยการกำหนดให้ข้อสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในโปรแกรมคอมพิวเตอร์มีผลบังคับ แม้ว่าผู้ซื้อจะมีได้รู้หรืออ่านข้อสัญญาดังกล่าว ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแม่แบบฉบับนี้จึงได้เพิ่มหลักการคุ้มครองผู้บริโภคไว้ในมาตรา 104 โดยกำหนดให้กฎหมายแม่แบบอยู่ภายใต้หลักการของกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค และให้อำนาจศาลในการตัดสินให้ข้อสัญญาไม่มีผลบังคับหรือจำกัดความมีผลบังคับของข้อสัญญาได้หากเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม (Unconscionable)

### 3.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษไม่มีการบัญญัติหลักการเกิดของสัญญาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นไปตามหลักคอมมอนลอว์ ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานของทุกสัญญา รวมถึงการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ถึงแม้ในปัจจุบันประเทศอังกฤษของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) แล้วก็ตาม ในส่วนของการเกิดของสัญญาข้อมต้องเป็นไปตามหลักคอมมอนลอว์ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาเช่นเดิม

### 3.2.1 หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญา

องค์ประกอบของการเกิดของสัญญาตามกฎหมายอังกฤษโดยทั่วไปนั้นจะต้องมีการทำคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน (Meeting of the minds) โดยมีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ และการที่สัญญานั้นจะมีผลบังคับได้จะต้องมีประโยชน์ค่าตอบแทน (Consideration) และต้องไม่มีเหตุที่ทำให้เจตนาบกพร่อง กล่าวคือ ต้องไม่มีความสำคัญผิด (Mistake) การให้ข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จ (Misrepresentation) การข่มขู่ (Duress) การใช้อิทธิพลอันไม่เป็นธรรม (Undue influence) การทำสัญญาโดยอาศัยพฤติการณ์อันเสียเปรียบของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง (Unconscionable bargain) คู่สัญญาต้องมีความสามารถตามกฎหมาย (Legal capacity) และสัญญานั้นไม่มีลักษณะที่กฎหมายถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย (หลัก illegality) ซึ่งในส่วนนี้จะศึกษาว่าหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของสัญญาโดยทั่วไปนั้นนำมาปรับใช้กับการทำสัญญาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างเหมาะสมหรือไม่

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า สัญญาจะเกิดขึ้นได้นั้น จะต้องมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน ตามหลักกฎหมายของอังกฤษนั้นคำเสนอสามารถเสนอต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ หรือเสนอต่อบุคคลทั่วไปก็ได้ และที่สำคัญคำเสนอนั้นต้องมีข้อความที่ชัดเจนและต้องไม่มีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าผู้ทำคำเสนอเองยังไม่พร้อมที่จะเข้ารับความผูกพันการทำคำเสนอเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาที่ประสงค์จะให้เกิดสัญญาขึ้นตามคำเสนอนั้น โดยไม่มีความประสงค์จะให้มีการเจรจากันอีก คำเสนอจึงต้องการเพียงคำสนองเพื่อจะให้เกิดความผูกพันตามคำเสนอนั้น ดังนั้น จึงต้องแยกความแตกต่างจากถ้อยคำที่ทำขึ้นเพื่อให้มีการเจรจาถึงข้อตกลงที่จะกำหนดในสัญญา ที่เรียกว่าคำเชื้อเชิญหรือเชิญชวนให้ทำสัญญา (Invitation to Treat) กับคำเสนอออกจากกัน ในส่วนของคำเชื้อเชิญหรือเชิญชวนให้ทำสัญญา คือ การกระทำที่ยังไม่ถึงขั้นที่แสดงให้เห็นถึงความพร้อมที่จะผูกพันตนเอง ซึ่งตามหลักกฎหมายของอังกฤษนั้นกรณีที่ดีเป็นเพียงคำเชื้อเชิญ เช่น การโฆษณา (Advertisement) การวางสินค้าจำหน่ายในห้างร้าน โดยมีป้ายแสดงราคาที่แน่นอน (Goods displayed in shop) แผ่นพับหรือใบโฆษณาขายสินค้า (Catalogue) การประกวดราคา (Tender) คำโฆษณาว่าจะมีการขายทอดตลาด (Auction) เป็นต้น

การแยกความแตกต่างระหว่างคำเสนอกับคำเชื้อเชิญนี้มีความสำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการทำสัญญาผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากเจตนาที่แสดงออกนั้น หากมีลักษณะเป็นคำเสนอแล้ว เจตนาที่ตอบกลับไปนั้นถือเป็นคำสนอง แต่หากเจตนาที่แสดงออกนั้นเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำสัญญา เจตนาที่ตอบกลับไปนั้นไม่ถือเป็นคำสนองแต่อย่างใด แต่เป็นคำเสนอซึ่งต้องมีการทำคำสนองตอบกลับจากฝ่ายที่ทำคำเชื้อเชิญอีกครั้งสัญญาจึงจะเกิด ดังนั้น หากผู้ขายสินค้าหรือให้บริการผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ไม่กำหนดให้ชัดเจนว่าการแสดงเจตนาของตน เช่นการ

โฆษณาขายสินค้าบนเว็บไซต์เป็นคำเสนอหรือคำเชื่อเชิญแล้ว ย่อมก่อให้เกิดปัญหาการพิจารณาการเกิดของสัญญาตามมา

ในส่วนของคำสนองนั้น โดยทั่วไปคำสนองที่จะก่อให้เกิดสัญญาขึ้นในทันทีที่แสดงเจตนาออกไปได้นั้น จะต้องเป็นคำสนองที่ต้องตรงกับคำเสนอทุกประการ (Unconditional) มิฉะนั้นจะเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ (Counter-offer) ซึ่งทำให้คำเสนอเดิมตกไป แต่หากเป็นเพียงการสอบถามหลังจากที่ได้รับคำเสนอ ไม่ถือเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่<sup>28</sup> นอกจากนี้ผู้ทำคำสนองต้องแสดงความพร้อมที่จะเข้าผูกพันตามสัญญา สัญญาจึงจะเกิดขึ้นทันทีที่มีคำสนอง และประการสำคัญจะต้องมีการสื่อคำสนองไปยังผู้เสนอด้วย (Communication of acceptance to the offer)

กฎหมายอังกฤษมิได้จำกัดวิธีที่จะใช้สื่อคำสนองไว้ ปัญหาที่สำคัญเกี่ยวกับคำสนองคือ คำสนองเกิดขึ้นเมื่อใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการเกิดของสัญญาที่กระทำขึ้นทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากการพิจารณาว่าคำสนองเกิดขึ้นเมื่อใดนั้นจะส่งผลสำคัญต่อเวลาและสถานที่ที่สัญญาเกิด ซึ่งการพิจารณาปัญหาการเกิดของสัญญาดังกล่าว จะพิจารณาว่าการสื่อคำสนอนั้นเป็นการสื่อโดยที่คู่สัญญาอยู่เฉพาะหน้าหรือไม่ การสื่อคำสนองในกรณีที่คู่สัญญาอยู่เฉพาะหน้า (inter presentes หรือ Instantaneous communication) เป็นกรณีที่คู่สัญญาสามารถโต้ตอบกันได้ทันทีทันใด ในกรณีเช่นนี้ คำสนองจะมีผลเมื่อผู้เสนอ “ได้รับ” คำสนอนั้น ส่วนการสื่อคำสนองในกรณีที่คู่สัญญามีใค้อยู่เฉพาะหน้า (inter absentes หรือ non instantaneous communication) เป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถโต้ตอบกันได้ทันทีทันใด คำสนองในกรณีนี้จะมีผลเมื่อ “ได้ส่ง” คำสนอง ซึ่งเป็นไปตามหลัก Postal Rule การทำสัญญาโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์บางประเภท เช่น โทรมิพ์ โทรสาร ศาลของอังกฤษได้มีคำพิพากษาให้ถือเป็นการสื่อคำสนองโดยที่คู่สัญญาอยู่เฉพาะหน้า แต่ยังไม่ปรากฏว่าการสื่อคำสนองทางอินเทอร์เน็ตนั้นแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษเป็นเช่นใด

อย่างไรก็ดี ถึงแม้จะยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ตาม เมื่อประเทศอังกฤษได้อนุมัติการณีกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) แล้ว ย่อมมีผลเป็นกฎหมายที่ใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้น

<sup>28</sup> Hyde V. Wrench (1840) 3 Beav 334, 49 E.R. 132.

### 3.2.2 Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002

Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 เป็นข้อบังคับที่อนุวัติการจากกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) มีผลบังคับใช้ในอังกฤษเมื่อวันที่ 21 สิงหาคม ค.ศ. 2002 โดยมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) กล่าวคือ สนับสนุนและสร้างความมั่นใจในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วยการจัดอุปสรรคทางกฎหมายที่ส่งผลต่อการทำธุรกรรมดังกล่าว และเพื่อให้กฎหมายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วทั้งสหภาพยุโรป

#### 3.2.2.1 ลักษณะทั่วไป

Electronic Commerce (EC Directive) Regulation 2002<sup>29</sup> นี้ปรับใช้กับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีลักษณะเชิงพาณิชย์ โดยจะนำมาปรับใช้กับกรณีที่มีการขายสินค้าหรือให้บริการทางอินเทอร์เน็ต หรือ ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรือโทรศัพท์เคลื่อนที่ การลงโฆษณาบนอินเทอร์เน็ต หรือทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ การแสดงหรือจัดเก็บข้อความทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic content) หรือการให้บริการเชื่อมโยงเข้าสู่ระบบเครือข่ายการติดต่อสื่อสาร ไม่ว่าจะเป็นการทำธุรกรรมกับองค์กรธุรกิจหรือผู้บริโภคตาม บทบัญญัติของข้อบังคับฉบับนี้มีเนื้อหาเช่นเดียวกับกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ไม่ว่าจะ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับผู้ให้บริการทางออนไลน์ การกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องแสดงข้อมูลให้ผู้ใช้บริการทราบ เช่น ชื่อของผู้ให้บริการ สถานที่ตั้งรายละเอียดของผู้ให้บริการ รวมถึงที่อยู่ทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail address) เป็นต้น

#### 3.2.2.2. บทบัญญัติที่รองรับการทำสัญญาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์

ข้อบังคับใน Electronic Commerce (EC Directive) Regulation 2002 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาไว้ในข้อบังคับที่ 9 ซึ่งกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องให้ข้อมูลที่ชัดเจนและอ่านเข้าใจได้ให้แก่ผู้บริโภคก่อนที่จะทำคำสั่งซื้อ ข้อมูลดังกล่าวได้แก่ ขั้นตอนทางเทคนิคในการทำสัญญา ผู้ให้บริการได้มีการเก็บข้อมูลของสัญญาไว้หรือไม่และสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้หรือไม่ การให้ข้อมูลเกี่ยวกับวิธีการทางเทคนิคที่แสดงและแก้ไขความผิดพลาดของข้อมูลที่ป้อนเข้าก่อนที่จะมีการทำคำสั่งซื้อ และภาษาที่ใช้ในการทำสัญญา แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไม่นำไปใช้กับการทำธุรกรรมระหว่างองค์กรธุรกิจหากคู่สัญญาซึ่งเป็นองค์กรธุรกิจทั้งสองฝ่ายได้ตกลง

<sup>29</sup> Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 <<http://www.legislation.hmsso.gov.uk/si2002htm>>

ลงที่จะไม่ใช่หลักเกณฑ์เหล่านี้ แต่ถ้าเป็นธุรกรรมที่ทำกับผู้บริโภคแล้ว คู่สัญญาไม่สามารถทำ ความตกลงเพื่อยกเว้นการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เหล่านี้ได้<sup>30</sup>

นอกจากนี้ในข้อบังคับที่ 11 (1) ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเกิดของสัญญาเอาไว้โดย กำหนดว่า เมื่อมีการทำคำสั่งซื้อของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ผู้ให้บริการต้องแจ้งให้ผู้รับบริการทราบโดย ไม่ชักช้า และด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ว่าตนได้รับคำสั่งซื้อแล้ว และต้องจัดให้ผู้รับบริการ สามารถเข้าไประบุและแก้ไขข้อผิดพลาดได้ก่อนที่จะมีการทำคำสั่งซื้อ โดยเวลาที่ถือว่าได้รับคำสั่ง ซื้อหรือเวลาที่ผู้รับบริการได้รับแจ้งถึงการได้รับคำสั่งซื้อจากผู้ให้บริการนั้น ได้แก่เวลาที่คู่สัญญา ฝ่ายที่ได้รับนั้นสามารถเข้าถึงคำสั่งซื้อหรือการแจ้งถึงการได้รับคำสั่งซื้อนั้นได้

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ในข้อบังคับที่ 9 และข้อบังคับที่ 11 ดังที่กล่าวมานี้ ไม่นำไปปรับใช้ กับสัญญาที่เกิดขึ้น โดยการส่งข้อมูลทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือโดยการติดต่อสื่อสารที่มี ลักษณะส่วนตัว

ในส่วนของคำสั่งซื้อ (Order) นั้น ข้อบังคับที่ 12 กำหนดว่า คำว่า “คำสั่งซื้อ” เฉพาะใน กรณีตามข้อบังคับที่ 9 (1) (c) และข้อบังคับที่ 11 (1) (a) เท่านั้นที่หมายถึงคำเสนอ ซึ่งแสดงให้เห็น ว่า Electronic Commerce (EC Directive) Regulation 2002 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเกิด ของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เอาไว้ตายตัว แต่ยังคงอยู่ภายใต้หลักคอมมอนลอว์หรือบทบัญญัติที่มี อยู่หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศสมาชิกอื่น ๆ

จะเห็นได้ว่า Electronic Commerce (EC Directive) Regulation 2002 ได้นำหลักเกณฑ์ที่ เกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ของกฎหมายของสหภาพยุโรป ว่าด้วยการพาณิชย์ อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) มาบัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน และยังเพิ่มหลักเกณฑ์ บางประการเพื่อให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายภายในของประเทศอังกฤษเพื่อให้การบังคับใช้ Electronic Commerce (EC Directive) Regulation 2002 มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

---

<sup>30</sup> Regulation 9(1) “Unless parties who are not consumers have agreed otherwise, where a contract is to be concluded by electronic means a service provider shall, prior to an order being placed by the recipient of a service, provide to that recipient in a clear, comprehensible and unambiguous manner the information set out in (a) to (d) below-

- (a) the different technical steps to follow to conclude the contract;
- (b) whether or not the concluded contract will be filed by the service provider and whether it will be accessible;
- (c) the technical means for identifying and correcting input errors prior to the placing of the order; and
- (d) the languages offered for the conclusion of the contract.”

## บทที่ 4

### ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์

#### 1. ปัญหาการแสดงเจตนาทำคำเสนอ

คำเสนอ เป็นการแสดงเจตนาเพื่อขอทำสัญญาด้วยความประสงค์ที่จะให้มีความผูกพันผู้ทำคำเสนอเมื่อมีคำสนอง โดยไม่มีการเจรจาต่อรองกันอีก การแสดงเจตนาทำคำเสนอสามารถทำได้หลายรูปแบบโดยอาจทำคำเสนอด้วยวาจา หรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรืออาจเป็นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง และวิธีที่จะสื่อสารคำเสนอให้ไปถึงยังผู้รับคำเสนอนั้นสามารถสื่อสารได้หลายวิธี เช่น ส่งทางไปรษณีย์ โทรสาร โทรศัพท์ และโทรศัพท์ และยังรวมถึงการสื่อสารโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์สมัยใหม่ด้วยอันได้แก่ ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) และเว็บไซต์ (Website) ต่าง ๆ เป็นต้น แต่หากเจตนาที่แสดงออกมานั้นมิได้แสดงให้เห็นถึงความพร้อมของผู้แสดงเจตนาที่จะผูกพันตนเองเมื่อมีการตอบรับเจตนาที่ตนแสดงออกไปหรือเพียงแต่เป็นการแสดงเจตนาที่มุ่งเชิญชวนให้อีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอแล้ว เจตนาที่แสดงออกมานั้นไม่ถือเป็นคำเสนอ แต่เป็นเพียงคำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอ (Invitation to treat) เท่านั้น คำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอจึงแตกต่างกับคำเสนอตรงที่คำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอเป็นการแสดงออกถึงเจตนาที่ต้องการให้มีการเจรจาเพื่อนำไปสู่การทำสัญญากันในภายหลัง เช่น คำประกาศแจ้งความให้มีการประมูลหรือแสดงเจตนาโดยการประกาศประกวดราคา เป็นต้น

การแยกความแตกต่างระหว่างคำเสนอกับคำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอจึงมีความสำคัญเนื่องจากการแสดงเจตนาทำคำเสนอกับการแสดงเจตนาที่เป็นเพียงคำเชิญเชิญนั้นก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ เมื่อการแสดงเจตนาอันเกิดผลเป็นคำเสนอแล้วก็จะมีผลตามกฎหมายจะถอนไม่ได้จนกว่าคำเสนอนั้นจะสิ้นความผูกพัน และเมื่อมีการสนองรับคำเสนอแล้วสัญญาก็เกิดในขณะที่คำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอเป็นการขอให้อีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอขึ้นมาก่อน<sup>1</sup> ดังนั้น คำเสนอที่ตอบรับต่อคำเชิญเชิญมีผลเป็นเพียงคำเสนอเท่านั้น ยังไม่ทำให้เกิดสัญญาขึ้นแต่อย่างใด คำเสนอจะมาจากฝ่ายที่รับคำเชิญเชิญนั้น โดยฝ่ายที่ทำคำเชิญเชิญจะเป็นผู้เลือกว่าตนจะทำคำสนองหรือไม่ คำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ไม่ผูกพันผู้แสดงเจตนาให้ต้องปฏิบัติตามคำเชิญเชิญนั้นและจะถอนการแสดงเจตนาเมื่อใดก็ได้ คำเชิญเชิญจึงเป็นเพียงการแสดงเจตนาที่

---

<sup>1</sup> ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 (ภาค 1-2) 2 เล่ม* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์ 2505) น.445

ยังไม่ถึงขั้นที่แสดงให้เห็นถึงความพร้อมที่จะผูกพันตนเองของผู้แสดงเจตนา ด้วยเหตุนี้ ความแตกต่างระหว่างคำเสนอกับคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอจึงอยู่ที่เจตนาที่แสดงออกมาว่าผู้แสดงเจตนาที่แสดงเจตนาประสงค์ที่จะให้มีผลเป็นคำเสนอหรือเป็นเพียงคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ

อย่างไรก็ดี ในบางครั้งอาจเกิดความไม่ชัดเจนว่าเจตนาที่แสดงออกมานั้นเป็นคำเสนอหรือคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ หากไม่สามารถพิจารณาได้ว่าการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอหรือคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอแล้ว ย่อมก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญาว่า คู่สัญญาฝ่ายใดเป็นฝ่ายทำคำเสนอและสัญญาจะเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาทำคำเสนอของฝ่ายใดซึ่งปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากความไม่ชัดเจนของเจตนาที่แสดงออกมานั้น เช่น การลงโฆษณาขายสินค้าในหนังสือพิมพ์โดยระบุราคาของสินค้าไว้ หรือการนำสินค้าออกแสดงในห้องแสดงสินค้า ถ้าหากจะถือว่าการกระทำดังกล่าวนี้เป็นคำเสนอ ก็เท่ากับเปิดโอกาสให้บุคคลจำนวนมากเข้าทำสัญญาได้โดยเพียงแต่ส่งคำเสนอมายังผู้ทำคำเสนอ ซึ่งอาจทำให้เกิดสัญญาขึ้นมากมายนับไม่ถ้วนในคราวเดียวกันก็ได้ ในขณะที่สินค้ามีจำนวนจำกัด หากผู้ทำคำเสนอไม่สามารถจัดหาสินค้ามาส่งมอบได้ ผู้ทำคำเสนออีกจะตกเป็นฝ่ายผิดสัญญาและต้องรับผิดชอบต่อบุคคลเป็นจำนวนมาก<sup>2</sup> นอกจากนี้ ข้อแตกต่างระหว่างคำเสนอกับคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอนั้น จะเห็นได้ชัดเจนขึ้น ในกรณีที่มีการแจ้งหรือแสดงราคาผิดพลาด เช่น ในการแจ้งราคาเสื้อที่แสดงไว้ในตู้แสดงสินค้ามีการติดป้ายราคาผิดไปจากความเป็นจริง เช่น ผ้าห่มราคา 700 บาทแต่กลับแจ้งเป็น 500 บาท ดังนี้ ถ้าถือว่าการแสดงไว้ในตู้สินค้าโดยระบุราคาของสินค้าไว้เป็นการทำคำเสนอ ต่อมาลูกค้าตกลงซื้อเสื้อในราคาที่แสดงไว้ ดังนี้ สัญญาย่อมเกิดขึ้น แต่หากถือว่าการดังกล่าวเป็นการทำคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ ผู้ซื้อย่อมเป็นฝ่ายทำคำเสนอ และผู้ขายย่อมปฏิเสธไม่ขายตามราคาที่แสดงไว้ได้<sup>3</sup>

ในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) การพิจารณาถึงถ้อยคำหรือสิ่งที่แสดงออกมาเป็นคำเสนอหรือคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอนั้นพิจารณาจากเจตนา (Intention) เป็นหลัก<sup>4</sup> เช่นเดียวกัน กล่าวคือ หากผู้แสดงเจตนามิได้มุ่งประสงค์ให้เกิดผลผูกพันเมื่อมีการตอบรับ เจตนาที่แสดงออกมานั้นย่อมเป็นเพียงคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ<sup>5</sup> แต่ในทางปฏิบัติแล้ว การพิจารณาที่อยู่บนหลักของเจตนาเป็น การยากที่จะพิจารณาว่าผู้แสดงเจตนามิเจตนาแท้จริงเช่นใด อีกทั้งมิได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาไว้แต่อย่างใด

<sup>2</sup> กิตติศักดิ์ ปรกติ, “เอกสารประกอบการศึกษา วิชากฎหมายลักษณะนิติกรรม (น.101) ส่วนที่ 2 การเกิดขึ้นแห่งสัญญา,” น.6 (อัคราณา)

<sup>3</sup> เพิ่งอ้าง, น.7.

<sup>4</sup> A. G. Guest, Chitty on Contracts Vol. I: general Principles, 27<sup>th</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 1994), p.94.

<sup>5</sup> G.H. Treitel, The Law of Contract, 10<sup>th</sup> ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999), p. 11.

อย่างไรก็ดี ในระบบคอมมอนลอว์ได้มีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาไว้เป็นกรณี ๆ ไป โดยศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงแวดล้อมประกอบกับเจตนาของคู่สัญญาโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากถ้อยคำหรือข้อความที่แท้จริงที่แสดงออกมาให้ปรากฏ ซึ่งกรณีดังต่อไปนี้ที่ศาลในระบบคอมมอนลอว์ถือว่าเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอ

### (1) การเชิญชวนประกวดราคา (Tender)

การประกาศเชิญชวนให้เข้าร่วมการประกวดราคาโดยปกติแล้วไม่ถือเป็นคำเสนอขายให้แก่ผู้ที่ให้ราคาสูงสุด แต่เป็นเพียงการแสดงให้เห็นถึงความพร้อมในการรับคำเสนอที่จะเข้ามา คำเสนอจะมาจากฝ่ายที่เข้าร่วมประกวดราคาและสัญญายังไม่เกิดขึ้นจนกว่าฝ่ายที่ประกาศเชิญชวนประกวดราคาจะแสดงเจตนาสนองรับ อย่างไรก็ตาม การเชิญชวนประกวดราคาอาจถือเป็นคำเสนอได้หากมีความชัดเจนและแน่นอน เช่น ฝ่ายที่ประกาศเชิญชวนกล่าวไว้ในคำเชิญชวนว่าจะสนองรับ การเสนอราคาของผู้ที่เสนอราคาสูงที่สุดหรือต่ำที่สุด ในกรณีนี้สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาเสนอราคาที่สูงที่สุดหรือต่ำที่สุดนั้น

สำหรับกฎหมายไทย การประกาศประกวดราคาถือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอเช่นกัน

### (2) คำโฆษณาว่าจะมีการขายทอดตลาด (Auction)

คำโฆษณาว่าจะมีการขายทอดตลาดเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอ ผู้ประมูลเป็นฝ่ายทำข้อเสนอและมีการสนองรับโดยฝ่ายที่จัดให้มีการขายทอดตลาด ดังนั้น ก่อนที่จะมีคำสนอนั้น ผู้ประมูลอาจถอนการประมูลและผู้จัดให้มีการขายทอดตลาดก็สามารถถอนสินค้าออกจากการขายทอดตลาดได้ นอกจากนี้ คำเสนอราคาที่มีก่อนยอมตกไปเมื่อมีการให้ราคาที่สูงกว่า

ในส่วนของกฎหมายไทยนั้น คำประกาศโฆษณาว่าจะมีการขายทอดตลาดเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอ ผู้ที่ทำการขายโดยเรียกร้องเชิญชวนให้บุคคลขึ้นราคานั้น ไม่ถือเป็นการทำข้อเสนอ เป็นแต่เพียงผู้เชิญชวนให้ทำข้อเสนอเท่านั้น ผู้ที่สู้ราคานั้นเองเป็นผู้เสนอขอซื้อตามราคาที่ตนขึ้น ส่วนสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการสนองรับโดยการเคาะไม้<sup>6</sup>

ในส่วนของประเทศไทย ในการพิจารณาปัญหาว่าการนำเสนอสินค้าหรือบริการผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์จะถือเป็นคำเสนอหรือไม่นั้น จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายสัญญา เพราะเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นพื้นฐานของคำเสนอกล่าวคือ ต้องเป็นการแสดงเจตนาขอทำสัญญาที่ชัดเจน ปราศจากข้อสงสัยว่าเป็นคำขอให้ทำสัญญา และต้องมีเนื้อหาแน่นอนถึงขนาดที่หากผู้รับคำ

<sup>6</sup> ประกอบ หุตะสิงห์ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2517



เสนอตอบตกลงตามคำเสนอสัญญาย่อมเกิดขึ้นทันที นอกจากนี้อาจเป็นการแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงก็ได้หรืออาจทำต่อสาธารณชนก็ได้ เช่น การประกาศขายของในตลาดแก่ผู้คนที่เดินผ่านไปมาหรือผู้อัตโนมัติที่ใช้หยอดเหรียญเพื่อซื้อสินค้า เป็นต้น โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติรับรองการแสดงเจตนาทำคำเสนอทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 13 ว่า “คำเสนอ...ในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้น ได้ทำคำเสนอเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์”จะไม่ถูกปฏิเสธผลทางกฎหมาย แต่การแสดงเจตนาในลักษณะใดจึงจะถือเป็นคำเสนอหรือถือเป็นคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอนั้น ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายสัญญา

ดังนั้น เมื่อนำหลักเกณฑ์การแสดงเจตนาตามกฎหมายสัญญามาพิจารณาในบริบทของการแสดงเจตนาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าถึงแม้การพิจารณาว่าการแสดงเจตนาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์จะมีผลเป็นคำเสนอหรือไม่ จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายสัญญาดังที่กล่าวมาข้างต้นก็ตาม แต่วิธีการที่ใช้นำเสนอสินค้าหรือบริการมีความซับซ้อนขึ้นจากรูปแบบเดิมที่เคยทำมา กล่าวคือในบางกรณีการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์สามารถระบุข้อมูลของสินค้าหรือบริการได้อย่างละเอียด โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับคุณลักษณะเฉพาะตลอดจนราคาอย่างชัดเจนอาจแสดงได้ว่าผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการพร้อมที่จะผูกพันตนทันทีที่มีการสั่งสินค้าหรือบริการนั้น และในบางเว็บไซต์ก็มีช่องให้กรอกเลขบัตรเครดิตเพื่อชำระราคาโดยที่ระบบคอมพิวเตอร์จะประมวลผลการจ่ายเงินผ่านบัตรในทันทีทันใด<sup>7</sup> ด้วยเหตุนี้ หากเกิดปัญหาขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแล้ว ย่อมเกิดความไม่แน่นอนว่าศาลจะตัดสินไปในแนวทางใดและจะอาศัยหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา

สำหรับแนวทางการพิจารณาปัญหาดังกล่าวของประเทศสหรัฐอเมริกาใน Restatement (Second) of Contracts ซึ่งเป็นการรวบรวมหลักเกณฑ์ของกฎหมายสัญญาตามหลักคอมมอนลอว์ กล่าวถึงความหมายของคำเสนอไว้ว่าเป็นการแสดงออกถึงเจตนาเพื่อให้บุคคลอื่นเข้ามาทำสัญญา<sup>8</sup> แต่มิได้กล่าวถึงลักษณะของคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอแต่อย่างใดมิเพียงการกำหนดว่าการแสดงเจตนาเพื่อให้มีการเจรจานั้นไม่ถือเป็นคำเสนอ หากผู้รับการแสดงเจตนาได้รู้ว่าผู้แสดงเจตนามิได้ประสงค์ให้มีผลเป็นคำเสนอ<sup>9</sup>

<sup>7</sup> พินัย ฌ นคร “สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544” รัช 46 น. 58 - 59

<sup>8</sup> Restatement (Second) of Contracts 24 offer Defined.

<sup>9</sup> Restatement (Second) of contracts 26 Preliminary Negotiations.

ต่อมาเมื่อมีกฎหมายใหม่ที่บัญญัติขึ้นเพื่อปรับใช้กับสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์อันได้แก่กฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) ก็เป็นเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปของการแสดงเจตนาทำคำเสนอว่าเพื่อขอทำสัญญานั้นเป็นการแสดงเจตนาเพื่อให้มีการทำคำสนอง ไม่ว่าคำสนอนั้นจะกระทำด้วยวิธีการใดและด้วยเครื่องมือใดก็ได้ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ (U.C.C.)<sup>10</sup> โดยมีได้วางหลักว่าการแสดงเจตนาเช่นใดเป็นคำเสนอหรือคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอดังนั้น ในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาปัญหาดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ มีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะทั่วไปของคำเสนอ ทำให้ไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการแก้ไขปัญหา

สำหรับประเทศอังกฤษ หลักเกณฑ์ในการแก้ไขปัญหาคำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ได้แก่ Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002 ซึ่งได้รับหลักการมาจากกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) นั้น ก็มีได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแสดงเจตนาทำคำเสนอเอาไว้ตายตัวว่าการแสดงเจตนาในลักษณะใดเป็นคำเสนอหรือเป็นคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ แต่ปล่อยให้เป็นไปตามหลักคอมมอนลอว์หรือบทบัญญัติที่มีอยู่ ดังจะเห็นได้จากข้อบังคับที่ 12 ที่มีได้กำหนดให้คำสั่งซื้อ (Order) ต้องเป็นคำเสนอเสมอไป<sup>11</sup> แสดงให้เห็นว่าการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น มีทั้งกรณีที่เป็นคำเสนอและคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป จึงไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนพอที่จะใช้พิจารณาการแสดงเจตนาทำคำเสนอทางอิเล็กทรอนิกส์

อีกทั้งหลักคอมมอนลอว์ที่ถือว่าการนำเสนอสินค้าหรือบริการบนป้ายโฆษณาบนสื่ออิเล็กทรอนิกส์อาจมีรายละเอียดที่ชัดเจนจนอาจถือได้ว่าผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการมีเจตนาทำคำเสนอก็ได้ ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการนำหลักคอมมอนลอว์ที่เกี่ยวกับการแสดงเจตนาในรูปแบบเดิมมาปรับใช้กับการนำเสนอสินค้าทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ว่าผลจะเป็นเช่นใด อย่างไรก็ตาม มีแนวโน้มว่าจะมีการนำหลักคอมมอนลอว์ดังกล่าวไปปรับใช้กับการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ แต่ก็ยังเป็นเพียงการคาดเดาเท่านั้น เพราะยังไม่มีคดีใดที่วางหลักว่าการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ<sup>12</sup>

ในส่วนของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Draft convention on the use of electronic communications in international contracts) ซึ่งพิจารณา

<sup>10</sup> See U.C.C. Section 2-206(1)(a)

<sup>11</sup> See Regulation 12.

<sup>12</sup> Michael Chissick and Alistair Kelman, *Electronic Commerce: Law and Practice*, 2<sup>nd</sup> ed. (London: sweet & Maxwell, 2000), pp. 75-76.

โดยคณะกรรมการเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL (UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce) ได้มีการถกเถียงปัญหาเกี่ยวกับการนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยในช่วงแรกบัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ของร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าว กำหนดให้การนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังบุคคลทั่วไปโดยมิได้เฉพาะเจาะจง โดยผู้ใช้ระบบข้อมูลสามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้ เช่น การเสนอสินค้าหรือบริการทางเว็บไซต์เป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอ เว้นแต่จะแสดงให้เห็นว่าผู้นำเสนอข้อมูลดังกล่าวมีเจตนาผูกพันตนหากมีการสนองรับ และในวรรคสองของมาตรานี้กำหนดว่า เว้นแต่ผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการจะแสดงไว้เป็นอย่างอื่น การเสนอสินค้าหรือบริการผ่านระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Automated information systems) ซึ่งเป็นระบบที่ทำให้สัญญาเกิดขึ้นเองโดยอัตโนมัติโดยบุคคลไม่ต้องกระทำการเอง ให้สันนิษฐานว่าเป็นการแสดงเจตนาผูกพันตนหากมีการสนองรับ ดังนั้น การออกแบบเว็บไซต์ให้ผู้สั่งซื้อสินค้าหรือคำสั่งซื้อได้ ล็อกหมายเลขบัตรเครดิตชำระเงิน โดยเครื่องประมวลผลโดยอัตโนมัติ จึงเป็นระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติหรืออาจเรียกว่าเป็นการใช้โปรแกรมแบบตอบสนองได้ในตัว (Interactive application) จึงถูกสันนิษฐานว่าเป็นคำเสนอได้ตามบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคสองนี้

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาร่างอนุสัญญานี้ในครั้งต่อมาของคณะกรรมการเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL (Working Group on Electronic Commerce) ผู้แทนบางประเทศมีความเห็นว่าแนวความคิดดังกล่าวอาจมิได้สะท้อนทางปฏิบัติในทางการค้า เพราะผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการทางเว็บไซต์ซึ่งใช้โปรแกรมแบบตอบสนองได้ในตัว (Interactive application) มักจะกำหนดเอาไว้ในเว็บไซต์แล้วว่า การนำเสนอสินค้าหรือบริการนั้น ไม่มีผลผูกพันผู้นำเสนอ และในปัจจุบันยังไม่มีแนวปฏิบัติทางการค้าที่ตรงกันในเรื่องนี้ ที่ประชุมจึงได้เปลี่ยนหลักการจากเดิมเป็นว่าให้การนำเสนอสินค้าหรือบริการ โดยใช้ระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติหรือโดยใช้โปรแกรมแบบตอบสนองได้ในตัว เป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอ เว้นแต่จะมีการแสดงให้เห็นถึงเจตนาผูกพันตนหรือมีการตอบรับกลับมา

ดังนั้น ในท้ายที่สุดที่ประชุมมีความเห็นให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 11 ของร่างอนุสัญญา โดยกำหนดว่าการนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังบุคคลทั่วไปโดยมิได้เฉพาะเจาะจง และการนำเสนอข้อมูลโดยให้รูปแบบข้อมูลที่ตอบสนองได้ในตัว (Interactive application) เพื่อให้มีการทำคำสั่งซื้อทางระบบข้อมูลนั้น ให้ถือเป็นเพียงคำเชิญให้ทำคำเสนอ เว้นแต่คู่สัญญาจะระบุไว้โดยชัดแจ้งว่ามีเจตนาที่จะผูกพันตามการนำเสนอข้อมูลนั้นเมื่อมีคำสนอง<sup>13</sup> ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการทำ

<sup>13</sup> มาตรา 11 ของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ

ให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาปัญหาการนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอหรือคำซื้อเชิญให้ทำคำเสนอ

เมื่อได้พิจารณาแนวทางแก้ไขปัญหาในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า ในร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Draft convention on the use of electronic communications international contracts) มีการบัญญัติหลักการพิจารณาการแสดงเจตนาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นคำเสนอหรือคำซื้อเชิญให้ทำคำเสนอไว้ชัดเจนกว่ากฎหมายอื่น ๆ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรนำมาให้เป็นแนวทางในการพิจารณาปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในประเทศไทย โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษแต่อย่างใด

ดังนั้น สำหรับแนวทางการแก้ไขปัญหาในประเทศไทย เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มิได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการแสดงเจตนาทำคำเสนอทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ไว้เป็นการเฉพาะหากเกิดปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ว่ามีเจตนาผูกพันตนหากมีการสนองรับหรือไม่ เช่น หากเป็นเพียงการเสนอข้อมูลของกิจการและผลิตภัณฑ์แล้ว ยังไม่ถึงว่าผู้นำเสนอข้อมูลนั้นยังไม่มีเจตนาที่จะผูกพันตนเองแต่อย่างใด

## 2. ปัญหากรณีการแสดงเจตนาทางเว็บไซต์

การแสดงเจตนาทางเว็บไซต์มีวิธีการติดต่อสื่อสาร โดยใช้ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งรูปแบบของการทำสัญญาทางเว็บไซต์ในปัจจุบันมักมีการกำหนดแบบของสัญญาหรือคำสั่งซื้อเอาไว้บนหน้าเว็บไซต์ โดยไม่เปิดโอกาสให้มีการเจรจาต่อรองผู้ซื้อสินค้าหรือบริการเพียงแต่กรอกรายละเอียดต่าง ๆ ในแบบที่กำหนดไว้ เช่น รายละเอียด ข้อมูลส่วนบุคคล ที่ใช้ในการจัดส่งสินค้า และหมายเลขบัตรเครดิต เป็นต้น เมื่อกรอกเสร็จแล้วจึงใช้เมาส์ กดปุ่มบนหน้าจอคอมพิวเตอร์เพื่อแสดงความยินยอม จากนั้นก็จะมีข้อความตอบกลับมาในทันทีว่าได้รับแบบดังกล่าวแล้ว<sup>14</sup>

ประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณา คือ การแสดงเจตนาทำสัญญาทางเว็บไซต์ นั้นถือเป็นการแสดงเจตนาโดยถือว่าคู่สัญญาอยู่ต่อหน้ากันหรือเป็นกรณีที่คู่สัญญาอยู่ห่างโดยระยะทางและจะถือว่าการแสดงเจตนามีผลเมื่อใด ซึ่งในการพิจารณาปัญหาดังกล่าวประเทศในระบบคอมมอนลอว์ส่วนใหญ่จะเห็นพ้องกันว่า การแสดงเจตนาทางเว็บไซต์เป็นการสื่อสารระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะ

<sup>14</sup> David Johnston Sunny Handa, and Charles Morgan, supra not 74 p.p. 184 – 185.

หน้า เพราะมีลักษณะที่สามารถโต้ตอบกันและทราบผลได้ในทันทีทันใดเหมือนอยู่ต่อหน้ากัน หากมีความผิดพลาด ก็จะปรากฏให้เห็นในทันทีเช่นกัน<sup>15</sup> และเมื่อเทียบกับการแสดงเจตนาทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์แล้วการทำสัญญาทางเว็บไซต์ มีการเชื่อมโยงโดยตรงระหว่างผู้ใช้ โดยมีเพียงเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นสื่อกลาง หากเครื่องคอมพิวเตอร์ของฝ่ายใดไม่ได้เชื่อมโยงเข้ากับระบบเครือข่ายหรือขาดการติดต่อกับระบบในระหว่างที่มีการแสดงเจตนาอยู่นั้น อีกฝ่ายหนึ่งจะทราบได้ทันทีถึงสถานการณ์เชื่อมโยงของเครื่องคอมพิวเตอร์ของอีกฝ่าย

ดังนั้น ตามระบบคอมมอนลอว์ เมื่อการแสดงเจตนาทางเว็บไซต์มีลักษณะของการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า การแสดงเจตนาจึงมีผลเมื่อ “ได้รับ” ตามหลัก Receipt Rule การแสดงเจตนาทางเว็บไซต์จึงมีผลเกิดเป็นสัญญาขึ้นเมื่อผู้ทำคำเสนอได้รับการแสดงเจตนาทำคำสนองนั้น

ในส่วนของกฎหมายประมวลแพ่งและพาณิชย์ ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดลักษณะของการแสดงเจตนาทางเว็บไซต์ไว้ว่าเป็นการแสดงเจตนาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการติดต่อสื่อสารที่ใช้ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ผู้ใช้อยู่ในสถานะที่สามารถรู้ได้ในทันทีว่าอีกฝ่ายหนึ่งได้รับข้อมูลหรือไม่ เกิดความผิดพลาดในการส่งข้อมูลหรือไม่ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การแสดงเจตนาทางเว็บไซต์เป็นการแสดงเจตนาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า เพราะมีรูปแบบของการติดต่อสื่อสารที่สามารถทำความเข้าใจกันในทันทีทันใด และเห็นเพิ่มเติมว่าการสื่อสารข้อมูลระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเทียบได้กับการสนทนาทางโทรศัพท์

เมื่อพิจารณาได้แล้วว่าการแสดงเจตนาทางเว็บไซต์มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ หากมีการแสดงเจตนาทำคำสนองทางเว็บไซต์แล้ว การแสดงเจตนาอันนั้นมีผลเมื่อใด จะนำทฤษฎีการเกิดของสัญญาทฤษฎีใดมาปรับใช้ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ความมีผลของการแสดงเจตนาที่กระทำระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าไว้ว่าให้มีผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้รู้ถึงการแสดงเจตนา<sup>16</sup> ดังนั้น ภายใต้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การแสดงเจตนาทำคำสนองทางเว็บไซต์มีผลเมื่อผู้ทำคำสนองได้รู้ถึงการแสดงเจตนาทำคำสนองนั้น และอาจถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาโดยใช้เครื่องมือสื่อสารอย่างอื่นทำนองเดียวกับโทรศัพท์สัญญาจึงเกิดขึ้นเมื่อผู้เสนอได้รู้ถึงเจตนาสนองรับคำเสนอแล้ว ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีทราบหรือรับรู้ (Theory of Perception)

<sup>15</sup> Michael Chissick and Alistair Kelman, supra note 36 p. 82

<sup>16</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168

อย่างไรก็ดี ในประเด็นดังกล่าวยังไม่เคยมีปัญหาคาดขึ้นสู่การพิจารณาของศาล จึงไม่มีแนวทางที่แน่นอนว่าศาลจะตัดสินให้การแสดงเจตนาทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์และทางเว็บไซต์มีผลเมื่อใด และทฤษฎีการเกิดของสัญญาที่นำมาปรับใช้นั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ อีกทั้งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็เป็นเพียงการกำหนดความมีผลของการแสดงเจตนาเป็นการทั่วไป จึงอาจไม่เพียงพอที่จะนำมาแก้ไขปัญหาการแสดงเจตนาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่มีลักษณะของการติดต่อสื่อสารที่มีความซับซ้อนมากขึ้น ทำให้เกิดปัญหาตามมาว่า จำเป็นต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะหรือไม่ซึ่งอาจศึกษาได้จากแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศที่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้

สำหรับแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ตามหลักคอมมอนลอว์จะกำหนดให้เวลาของการแสดงเจตนาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าและระหว่างบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าหน้ามีผลนั้นแตกต่างกัน แต่ในกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เกิดไว้ในมาตรา 203(4) ซึ่งกำหนดว่าหากคำเสนอซึ่งกระทำในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์กำหนดให้สนองรับในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อได้รับคำสนองทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น หรือหากการสนองรับนั้นต้องมีการกระทำสัญญาจะเกิดเมื่อมีการกระทำการเสร็จสมบูรณ์หรือเมื่อสามารถเข้าสู่ข้อมูลได้ และมาตรา 214(a) ก็กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลเมื่อได้รับ แม้ว่าผู้รับจะมีไม่รู้ถึงการได้รับนั้น

ในส่วนมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายเอกรูปว่าด้วยการพาณิชย์ แก้ไขเพิ่มเติม (Proposed Amendments to Uniform Commercial Code Article 2) มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในประเด็นนี้ไว้แต่อย่างใด จึงมีเพียงกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) ที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนว่าให้การแสดงเจตนาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์มีผลเมื่อได้รับซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาความไม่แน่นอนของเวลาที่คำสนองมีผลได้เป็นอย่างดี โดยไม่ต้องมาพิจารณาว่าการแสดงเจตนาดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาเฉพาะหน้าหรือไม่

สำหรับกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ไม่มีบทบัญญัติที่อธิบายกระบวนการก่อให้เกิดสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่ในมาตรา 10(1) กำหนดให้ผู้ขายต้องอธิบายให้ผู้ซื้อถึงขั้นตอนต่างๆ ของการทำสัญญาที่จะส่งผลให้เกิดสัญญาขึ้นและทำให้ข้อกำหนดของสัญญามีผลบังคับ ดังนั้น ภายใต้บทบัญญัติของมาตรานี้เมื่อประเทศสมาชิกนำไปอนุวัติการแล้ว จะช่วยแก้ไขปัญหาคาดความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการพิจารณาเวลาที่สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เกิดได้ กล่าวคือ ผู้ซื้อจะรู้ได้ว่าการกระทำใดของตนมีผลเป็นการแสดงเจตนาและสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใด

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศในประเด็นนี้แล้ว พบว่ามีแนวทางที่แตกต่างกัน สำหรับแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดเวลาให้การแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์มีผลไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ ให้มีผลเมื่อ “ได้รับ” การแสดงเจตนา โดยไม่แยกความแตกต่างของวิธีที่ใช้ในการแสดงเจตนาว่าจะเป็นวิธีการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าหรือไม่ ส่วนแนวทางอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Draft convention on the use of electronic communications in international contracts) ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเวลาที่การแสดงเจตนามีผลไว้แต่อย่างใด แต่ปล่อยให้เป็นที่ไปตามหลักเกณฑ์การเกิดของสัญญาตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

สำหรับแนวทางการแก้ไขปัญหาในประเทศไทย ถึงแม้ผู้เขียนจะเห็นว่าการแสดงเจตนาทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นการแสดงเจตนาระหว่างบุคคลซึ่งมีได้อยู่เฉพาะหน้า และกรณีของการแสดงเจตนาทางเว็บไซต์เป็นการแสดงเจตนาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า แต่ในการหาแนวทางเพื่อแก้ไขปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ไม่ต้องพิจารณาว่าการแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์ในกรณีเช่นใดหรือการแสดงเจตนาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าหรือระหว่างบุคคลซึ่งมีได้อยู่เฉพาะหน้า เพราะในอนาคตวิธีการที่ใช้ในการติดต่อสื่อสารกันอาจมีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาแตกต่างไปจากวิธีการในปัจจุบัน จึงควรพิจารณาเวลาที่การแสดงเจตนามีผลไว้เป็นหลักเกณฑ์เดียวกัน กล่าวคือ ควรถือว่าการแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์มีผลเมื่อ “ไปถึง” ผู้รับการแสดงเจตนา ซึ่งการพิจารณาให้การแสดงเจตนามีผลเมื่อ “ไปถึง” นี้จะสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในมาตรา 23 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ที่กำหนดให้การแสดงเจตนาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยมาตรา 23 กำหนดให้การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลนั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับ ในกรณีที่ผู้รับข้อมูลได้กำหนดระบบข้อมูลที่กำหนดไว้แล้ว แต่ถ้ามีการส่งข้อมูลไปยังระบบข้อมูลอื่นซึ่งมิใช่ระบบข้อมูลที่ผู้รับกำหนดไว้ ยังไม่ถึงว่าได้รับข้อมูลจนกว่าจะมีการเรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากระบบข้อมูลนั้น ซึ่งการพิจารณาเวลาที่การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนั้นเป็นประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับการเกิดขึ้นของสัญญาด้วย

ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่การแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์เข้าสู่ระบบข้อมูลที่กำหนดไว้ถือได้ว่าข้อมูลที่เป็นการแสดงเจตนา “ไปถึง” ผู้รับแสดงเจตนาแล้ว และในกรณีที่มีการแสดงเจตนาเข้าสู่ระบบข้อมูลอื่นที่มีระบบข้อมูลที่ผู้รับกำหนดไว้ ก็ถือได้ว่าข้อมูลที่เป็นการแสดงเจตนา “ไปถึง” ผู้รับเมื่อมีการเรียกข้อมูลจากระบบข้อมูลนั้น หากการแสดงเจตนาเป็นคำสนอง ก็ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว เว้นแต่ผู้กรณีจะกำหนดเวลาที่สัญญาเกิดไว้เป็นอย่างอื่น

ดังนั้น หากเกิดปัญหาในการพิจารณาเวลาที่สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เกิดแล้ว เห็นควรให้ถือว่าการแสดงเจตนาไม่ผลเมื่อ “ไปถึง” ผู้รับการแสดงเจตนา โดยพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 23 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 โดย ไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะอีกแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้ การกำหนดให้ใช้แนวทางดังกล่าว มิได้เป็นการแทนที่หลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการเกิดของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด

อนึ่ง การแสดงเจตนาที่แสดงออกไปนั้น แม้จะเป็นการแสดงเจตนาที่สมบูรณ์ แต่ก็ยังไม่มีผลจนกว่าจะไปถึงคู่มืออีกฝ่ายหนึ่ง ฉะนั้น ผู้แสดงเจตนาขอมถอนคืนการแสดงเจตนาได้โดยการบอกถอนนั้นต้องไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา ก่อนหรือพร้อมกันกับการแสดงเจตนาเดิม ตามมาตรา 169 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>17</sup> แต่ในกรณีที่เป็นการแสดงเจตนาทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรือทางเว็บไซต์ซึ่งข้อมูลเดินทางไปถึงผู้รับได้ด้วยความรวดเร็ว ผู้แสดงเจตนาจึงไม่มีโอกาสที่จะส่งการบอกถอนการแสดงเจตนาให้ไปถึงก่อนหรือพร้อมกันกับการแสดงเจตนาเดิมได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีของไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น ในบางครั้งข้อมูลที่ส่งไปครั้งแรกอาจล่าช้าหรือสูญหายได้ ดังนั้น การบอกถอนการแสดงเจตนาไม่ว่าส่งไปด้วยวิธีใดก็ตาม หากไปถึงก่อนหรือพร้อมกันกับไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์แล้ว การแสดงเจตนาเดิมก็ตกเป็นอันไร้ผลได้ กล่าวคือ การบอกถอนการแสดงเจตนาเป็นผลนั่นเอง ทั้งนี้ ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

### 3. ปัญหาเกี่ยวกับการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ในการส่งข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น เรื่องเวลาและสถานที่ที่ถือว่าผู้แสดงเจตนา “ได้ส่ง” และผู้รับการแสดงเจตนา “ได้รับ” ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ มีความสำคัญต่อการพิจารณาเวลาและสถานที่ที่สัญญาเกิด โดยเฉพาะในแง่ของจุดเวลาที่คำเสนอและคำสนองมีผล อีกทั้งหากมีการถอนคำเสนอหรือคำสนองในเวลาต่อมา การบอกถอนนั้นจะมีผลเมื่อใดหรือไม่ ถึงแม้จะพิจารณาได้แล้วว่าสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้นเมื่อใด แต่ยังคงมีปัญหาตามมาว่า ณ จุดเวลา และสถานที่ใดบนการติดต่อสื่อสารทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่จะถือว่ามี การส่งและรับข้อมูล เนื่องจากการติดต่อสื่อสาร

<sup>17</sup> มาตรา 169 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคล ซึ่งมีได้อยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่กระแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา นั้น แต่ถ้าได้บอกถอนไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา นั้น ก่อนหรือพร้อมกันกับการแสดงเจตนา นั้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนา นั้นเป็นไร้ผล”



ทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น เป็นการยากที่จะระบุเวลาและสถานที่ที่การแสดงเจตนามีผลได้อย่างชัดเจน คู่กรณีไม่อาจรู้ได้ว่าสถานที่ตั้งของแม่ข่ายบริการ (Server) ที่ใช้ติดต่อสื่อสารระหว่างคู่กรณีอยู่ที่ใด และไม่อาจรู้เวลาที่แท้จริงที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ออกจากระบบข้อมูลและเข้าสู่ระบบข้อมูลอื่น เพราะการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีเรื่องทางเทคนิคเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างมาก เนื่องจากเป็นการส่งผ่านทางเครือข่าย (Network) เป็นทอด ๆ โดยผู้ส่งและผู้รับอาจมิได้ส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์กันโดยตรง แต่อาจใช้แม่ข่ายบริการของผู้ให้บริการเครือข่าย ซึ่งผู้ให้บริการเครือข่ายดังกล่าวก็อาจใช้แม่ข่ายบริการของผู้ให้บริการเครือข่ายรายอื่นอีกต่อหนึ่ง จึงมีลักษณะเป็นเครือข่ายที่พัวพันหลายทอดกลายเป็นเครือข่ายขนาดใหญ่ ดังนั้นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งไปจึงมักผ่านเครือข่ายหลายเครือข่ายและแต่ละเครือข่ายก็อยู่ในความดูแลของต่างบุคคลกัน

ในการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นี้ จะแยกพิจารณาเป็นปัญหาเกี่ยวกับเวลาที่ถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และปัญหาเกี่ยวกับสถานที่ซึ่งถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

#### 4. ปัญหาเกี่ยวกับเวลาที่ถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

คงได้กล่าวแล้วว่า การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มักเป็นการส่งผ่านเครือข่ายที่เชื่อมต่อกันเป็นทอด ๆ จึงต้องมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลในเวลาใด หากคู่สัญญาได้มีการระบุไว้ชัดเจนว่าจะให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลในเวลาใด ย่อมไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเวลาที่ข้อมูลมีผล แต่ปัญหามักเกิดในกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดไว้ล่วงหน้า

สำหรับเวลาที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนั้น ในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่มีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์<sup>18</sup> โดยในมาตรา 22 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้ถือว่ามี การ “ส่ง” ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เมื่อข้อมูลนั้น “เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล” หรือบุคคลซึ่งได้ส่งข้อมูลนั้นในนามของผู้ส่งข้อมูล<sup>19</sup> ซึ่งอาจจะเป็นระบบข้อมูลของ

<sup>18</sup> มาตรา 15 ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

<sup>19</sup> มาตรา 22 บัญญัติว่า “การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ให้ถือว่ามี การส่ง เมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล”

บุคคลผู้เป็นสื่อกลาง (Intermediary) หรือระบบข้อมูลของผู้ให้บริการเครือข่ายหรือระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูลก็ได้

สำหรับเวลาที่ถือว่าการ “รับ” ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผล ได้กำหนดไว้ในมาตรา 23 โดยให้ถือว่ามี การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เมื่อข้อมูลนั้น “เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูล” โดยวางหลักเกณฑ์ว่าถ้าผู้รับได้กำหนดระบบข้อมูลที่ใช้รับข้อมูลไว้โดยเฉพาะ การรับข้อมูลจะมีผลเมื่อข้อมูลเข้าสู่ระบบที่ได้กำหนดไว้ นั้น แต่หากมีการส่งข้อมูลไปยังระบบข้อมูลอื่นที่ผู้รับมิได้กำหนดเอาไว้ ก็ให้ถือว่าเวลาที่มีการรับข้อมูลนั้นมีผลเมื่อได้มีการเรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากระบบข้อมูลนั้น

อย่างไรก็ดี แม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 จะกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์การเข้าสู่ระบบข้อมูลเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเวลาที่ถือว่าการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผล โดยระบุเวลาที่มีการเข้าสู่ระบบข้อมูลมีผลไว้ด้วย แต่ยังคงมีปัญหาที่ต้องตีความว่า คำว่า “ระบบข้อมูล” นั้น จะหมายถึงระบบใด และ ณ จุดใดจึงจะถือว่า ได้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งแล้ว และ ณ จุดใดที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูลแล้ว

ตัวอย่างเช่น การส่งข้อมูลทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์จะถือว่าข้อมูลได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งเมื่อใดและจะถือว่าเข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับเมื่อใดจะถือว่าเข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับเมื่อข้อมูลนั้นอยู่ในแม่ข่ายบริการของผู้ส่ง หรือแม่ข่ายบริการ ของผู้ให้บริการ ในทอดอื่น ๆ หรือต้องเข้าไปอยู่ในกล่องรับข้อความของผู้รับซึ่งอยู่ในแม่ข่ายบริการของผู้ให้บริการ อินเทอร์เน็ต (ISP) ที่รับใช้บริการอยู่ หรือต้องโอนถ่ายข้อมูลมายังกล่องเก็บข้อความ (INBOX) ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้รับ

ในประเด็นดังกล่าวมีแนวความเห็นที่แตกต่างกัน กล่าวคือ มีแนวความเห็นเห็นว่าข้อมูลเข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับเมื่อเข้าสู่กล่องรับข้อความ (Mailbox) ของผู้รับซึ่งอยู่ในแม่ข่ายบริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ที่ผู้รับใช้บริการอยู่ ถึงแม้ในขณะนั้นผู้รับจะมิได้เชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตก็ตาม แต่ก็มีแนวความเห็นที่ได้แย้งว่าผู้รับจะต้องเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตด้วยจึงจะถือว่าได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับแล้ว นอกจากนี้ มีแนวความเห็นอื่นที่เห็นว่า เมื่อมีการส่งคำสั่งมายังผู้ทำคำเสนอ ควรจะถือว่าผู้ทำคำเสนอได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เมื่อมีการถ่ายโอนข้อมูล (Download) นั้นเข้าไปอยู่ในกล่องเก็บข้อความ (Inbox) ของผู้ทำคำเสนอแล้วเพื่อให้เกิดความเป็น

ธรรมเนียมแก่ผู้รับข้อมูล หรือควรจะถือว่าได้รับข้อมูลเมื่อผู้ทำคำเสนอได้รู้ถึงการมาถึงของคำสนองหรือเมื่อได้อ่านข้อมูลที่ส่งมานั้นก่อน<sup>20</sup>

อย่างไรก็ดี ยังไม่มีข้อสรุปที่แน่นอนในประเด็นปัญหานี้ เนื่องจากกฎหมายไทยมิได้กำหนดแนวทางการพิจารณาจุดเวลาที่ถือว่าผู้ทำคำเสนอได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้แต่อย่างใด ถึงแม้จะพิจารณาความหมายของคำว่า “ระบบข้อมูล” ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ซึ่งกำหนดว่า “ระบบข้อมูล” หมายความว่า “กระบวนการประมวลผลด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์สำหรับสร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าไม่ได้รับคำตอบที่ชัดเจน เพราะจากคำนิยามดังกล่าวมีความหมายครอบคลุมถึงทั้งแม่ข่ายบริการของผู้ส่ง ของผู้รับ หรือแม่ข่ายบริการในทางอื่น ๆ ก่อองรับข้อความ (Mailbox) และการถ่ายโอนข้อมูลมาสู่เครื่องคอมพิวเตอร์ ดังนั้นหากเกิดปัญหาขึ้นแล้วต้องขึ้นอยู่กับแนวทางการพิจารณาของศาลว่าจะตัดสินอย่างไร ซึ่งการหาแนวทางแก้ไขปัญหานี้ อาจศึกษาได้จากแนวทางการแก้ไขปัญหาในกฎหมายระหว่างประเทศและในต่างประเทศ

แนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา มิได้ระบุเวลาที่มีการส่งข้อมูลไว้ มีเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้รับข้อมูลในมาตรา 203(4) และมาตรา 214(a) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) ซึ่งกำหนดว่าสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้นเมื่อผู้ทำคำเสนอ “ได้รับ” การแสดงเจตนาทำคำสนองทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยเวลาที่ถือว่าได้รับข้อมูลนั้น ได้แก่ เวลาที่ส่งข้อมูลเข้าสู่ระบบที่มีการกำหนดไว้และพร้อมที่จะเรียกมาให้ปรากฏแต่ในกรณีที่มีได้กำหนดระบบข้อมูลไว้ นั้น ถือว่าได้รับเมื่อเข้าสู่ระบบการประมวลผลข้อมูลในสภาพที่ผู้รับสามารถประมวลผลข้อมูลนั้นได้ ซึ่งเป็นแนวทางที่กำหนดไว้ในทำนองเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

ในขณะที่กฎหมายของสหภาพยุโรป อันได้แก่ กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) วางหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับการทำคำสั่งซื้อไว้ในมาตรา 11 ว่าเมื่อผู้รับบริการทำคำสั่งซื้อด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ให้บริการต้องแจ้งให้ผู้รับบริการทราบโดยไม่ชักช้าว่าตนได้รับคำสั่งซื้อนั้นแล้ว โดยจะถือว่าได้รับคำสั่งซื้อหรือการแจ้งนั้นเมื่อฝ่ายที่ผู้รับสามารถเข้าถึงคำสั่งซื้อหรือการแจ้งนั้นได้ เว้นแต่คู่สัญญาซึ่งมิใช่ผู้บริโภคจะทำความตกลงกันเป็นอย่างอื่น<sup>21</sup> การกำหนดให้ถือว่าได้รับเมื่อผู้รับ “สามารถเข้าถึงคำสั่งซื้อหรือการแจ้งให้ทราบถึงการได้รับคำสั่งซื้อ” ไม่ทำให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาจุดที่ถือว่าได้รับและได้

<sup>20</sup> Graham J.H. Smith, *supra note* 75, p. 453 Pinai Nanakorn *supra note* 79 p.78.

<sup>21</sup> มาตรา 11 ของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Ec Directive 2003/31/EC)

ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพราะเมื่อใดจึงจะถือได้ว่าคู่สัญญาสามารถเข้าถึงข้อมูลและในลักษณะใดจึงจะมีความสามารถนั้นได้ กล่าวคือ คู่สัญญาจะต้องอยู่ในสถานะที่สามารถเข้าถึงได้ตามความเป็นจริงหรือเพียงแค่อาจเข้าถึงได้ก็เพียงพอแล้วซึ่งในส่วนอารัมภบทของกฎหมายฉบับนี้ก็ได้อธิบายความหมายและขอบเขตไว้แต่อย่างใดจึงเป็นเรื่องของประเทศสมาชิกที่จะต้องพิจารณาถึงลักษณะของความสามารถในการเข้าถึงดังกล่าว อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้มีได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการส่งข้อมูล อีกทั้งหลักเกณฑ์การพิจารณาเวลาที่ถือว่าได้รับคำสั่งซื้อหรือการแจ้งให้ทราบถึงการได้รับคำสั่งซื้อไม่นำไปใช้พิจารณาการเกิดของสัญญาด้วยวิธีการทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงไม่อาจใช้เป็นแนวทางพิจารณาปัญหาเวลาที่มีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาในกรณีของการแสดงเจตนาทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์

ในส่วนของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Draft convention on the use of electronic communications in international contracts) ในรายงานการประชุมที่เสนอต่อคณะทำงานของร่างอนุสัญญาครั้งล่าสุดนั้น<sup>22</sup> ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่มีการส่งข้อมูลนั้น กำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดระหว่างเวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ “เข้าสู่ระบบข้อมูล” ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่ง หรือเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ “ออกจากระบบข้อมูล” ที่อยู่ภายใต้ความควบคุมของผู้ส่ง ซึ่งภายหลังจากเสนอรายงานการประชุมต่อคณะทำงานแล้ว ในสมัยประชุมต่อมา คณะทำงานได้มีการพิจารณาประเด็นดังกล่าวโดยเห็นพ้องกันว่าเวลาที่มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ออกจากระบบข้อมูลที่อยู่ในความควบคุมของผู้ส่งหรือของผู้อื่นซึ่งส่งในนามของผู้ส่ง หรือในกรณีที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มิได้ออกจากระบบข้อมูลที่อยู่ในความควบคุมของผู้ส่งหรือของผู้อื่นซึ่งส่งในนามของผู้ส่ง ณ เวลาที่ได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามร่างอนุสัญญาฉบับนี้แตกต่างจากหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ที่กำหนดให้ถือว่ามี การส่งเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่ นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูลเนื่องจากคณะทำงานของร่างอนุสัญญาเห็นว่าการกำหนดให้ถือว่ามี การส่งเมื่อออกจากระบบข้อมูลนั้นสมเหตุผลตามความเป็นจริงของการส่งข้อมูลมากกว่าและตรงกับลักษณะของการส่งในกรณีที่มิใช่การส่งด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์มากกว่า และในตอนท้ายได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเพื่อให้ครอบคลุมถึงการได้รับข้อมูลในกรณีที่ข้อมูลมิได้มีการส่งออกจากระบบข้อมูลด้วยเนื่องจากการติดต่อสื่อสารทาง

<sup>22</sup> UNCITRAL Working Group on Electronic commerce A/C N. 9/571.

อิเล็กทรอนิกส์ในบางกรณี เช่น การประกาศข้อความไว้บนเว็บไซต์ซึ่งผู้ส่งดำเนินการเองนั้น อาจไม่ต้องส่งข้อมูลออกจากระบบข้อมูลของผู้ส่งเลยก็ได้

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่าจะกำหนดหลักเกณฑ์ให้ถือว่ามี การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เมื่อข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลหรือออกจากระบบข้อมูลก็ตาม ผลของหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไม่แตกต่างกัน เพราะโดยปกติแล้วข้อมูลจะออกจากระบบข้อมูลหนึ่ง โดยการเข้าไปในอีกระบบข้อมูลหนึ่ง การกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันเป็นเพียงการใช้ถ้อยคำเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการนำไปปรับใช้

ส่วนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่มีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ในร่างอนุสัญญาฉบับนี้เดิมกำหนดให้ถือว่ามี การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เมื่อผู้รับหรือตัวแทนของผู้รับข้อมูลสามารถเรียกข้อมูลนั้นขึ้นมาให้ปรากฏ ส่วนเวลาที่ผู้รับข้อมูลสามารถเรียกข้อมูลให้ปรากฏ ได้แก่เวลาที่ข้อมูลนั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับ เว้นแต่เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของข้อมูลและข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไปแล้ว จะเป็นการไม่สมเหตุผลสำหรับผู้ส่งที่จะเลือกส่งข้อมูลไปยังระบบข้อมูลนั้น<sup>23</sup>

หลักเกณฑ์เดิมเกี่ยวกับเวลาที่มีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในร่างอนุสัญญาฉบับนี้มีได้แยกความแตกต่างของเวลาที่ถือว่ามี การรับข้อมูลออกเป็นกรณีที่ผู้รับกำหนดระบบข้อมูลและมิได้กำหนดระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งแตกต่างจากหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 แต่ในที่ประชุมของคณะทำงานร่างอนุสัญญามีความเห็นโต้แย้งว่าการกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้ทำให้เกิดปัญหาการตีความว่า “ระบบข้อมูล” นั้นหมายถึงระบบใดจะหมายถึงกล่องรับข้อความ (Mailbox) แม้ฝ่ายบริการภายในบริษัท แม้ฝ่ายบริการที่อยู่ภายนอกหรือระบบเครือข่ายปิด หรือทุกระบบที่กล่าวมา ในท้ายที่สุดจึงได้มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ดังกล่าว โดยกำหนดให้เวลาที่มีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่เวลาที่ผู้รับสามารถเรียกข้อมูลนั้นขึ้นมาให้ปรากฏจากที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic address) ที่ผู้รับกำหนดไว้ในกรณีที่มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังที่อยู่อื่นของผู้รับ ให้ถือว่าได้รับข้อมูลเมื่อผู้รับสามารถเรียกข้อมูลขึ้นมาให้ปรากฏจากที่อยู่นั้นและผู้รับได้รู้ว่ามี การส่งข้อมูลไปยังที่อยู่นั้น ส่วนเวลาที่สันนิษฐานว่าข้อมูลอยู่ในสภาพที่ผู้รับสามารถเรียกขึ้นมาให้ปรากฏ คือ เมื่อข้อมูลนั้นได้ไปถึงที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic address) ของผู้รับ

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ที่แก้ไขเพิ่มเติมนี้จะเห็นได้ว่า ยังคงใช้หลักเกณฑ์ที่ผู้รับสามารถเรียกขึ้นมาให้ปรากฏเช่นเดิม แต่ได้นำหลักคิดเกี่ยวกับการกำหนดระบบข้อมูลที่ใช้รับข้อมูลเข้ามาให้ในทำนองเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และ

<sup>23</sup> มาตรา 10 วรรค 2 ของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ในสัญญาระหว่างประเทศ

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 แต่มีการระบุว่าระบบข้อมูลที่ใช้รับข้อมูลนั้นคือ ที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic address) ของผู้รับ โดยมีได้จำกัดเฉพาะที่อยู่ทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) เท่านั้น แต่หมายถึงส่วนหรือที่ตั้งในระบบข้อมูลที่บุคคลใช้สำหรับรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์<sup>24</sup> แต่ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดให้ใช้ที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์นั้น ก็มีได้ทำให้เกิดความชัดเจนว่ามีการรับข้อมูลเมื่อใด และการใช้หลักเกณฑ์ที่ผู้รับสามารถเรียกข้อมูลขึ้นมาให้ปรากฏแทนหลักเกณฑ์การเข้าสู่ระบบข้อมูลนั้น ผลที่ได้ไม่แตกต่างกัน เนื่องจาก เมื่อข้อมูลเข้าสู่ระบบข้อมูลแล้ว ข้อมูลนั้นย่อมอยู่ในสภาพที่ผู้รับสามารถเรียกขึ้นมาให้ปรากฏเมื่อใดก็ได้

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่มีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในมาตรา 10 ของร่างอนุสัญญาฉบับนี้ ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของคณะทำงาน จึงไม่สามารถสรุปได้ว่าจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าวอีกหรือไม่

จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศข้างต้น จะเห็นได้ว่าไม่มีกฎหมายใดที่ระบุเวลาที่มีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจน แม้ในร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Draft convention on the use of electronic communications in international contracts) จะพยายามใช้หลักเกณฑ์ที่ระบุเวลาให้ชัดเจนกว่ากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ก็ ตาม แต่ผลของการปรับใช้ไม่แตกต่างกันมากนัก จึงต้องขึ้นอยู่กับการศึกษาหลักเกณฑ์เพื่อนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ดังนั้น หากปัญหาเกิดขึ้นในประเทศไทย การพิจารณาปัญหาเวลาที่ถือว่ามี การส่งและรับ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ว่าจะถือว่ามี การส่งและรับ ณ จุดใดนั้น เป็นปัญหาที่ศาลต้องพิจารณาและวางแนวทางในการตัดสิน โดยการศึกษาหลักเกณฑ์ในมาตรา 22 และมาตรา 23 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าศาลควร ตัดสินให้มีการส่งข้อมูลเข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งก็ต่อเมื่อข้อมูลนั้นออกจากแม่ข่ายบริการ (Server) ของผู้ส่งและเข้าสู่แม่ข่ายบริการของผู้ให้บริการรายอื่น (Intermediate server) หรือแม่ข่ายบริการ (Server) ของผู้รับแล้วแต่กรณี และจะถือว่าได้รับข้อมูลก็ต่อเมื่อข้อมูลเข้าไปอยู่ในกล่องรับข้อความ (mailbox) ของผู้รับซึ่งอยู่ในแม่ข่ายบริการ (Server) ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ที่ผู้รับใช้บริการอยู่ โดยข้อมูลจะถ่ายโอนมาสู่กล่องเก็บข้อความ (Inbox) ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้รับได้ก็ต่อเมื่อผู้รับได้ทำการเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตแล้ว แต่ไม่จำเป็นต้องเชื่อมต่อในขณะที่มีการส่งข้อมูล

<sup>24</sup> UNCITRAL Working Group on Electronic commerce A/C N. 9/571, para 157

อาจทำการเชื่อมต่อภายหลังจากที่มีการส่งข้อมูลแล้วก็ได้ เหตุที่ผู้เขียนเห็นเช่นนี้ เพราะผู้เขียนพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ส่งและผู้รับควรจะได้รับภาระความเสี่ยงจากการส่งข้อมูลที่ผิดพลาดเพียงใดหรือแค่ ณ จุดใด ดังนั้น ผู้ส่งย่อมพ้นความรับผิดชอบเมื่อข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลอื่นแล้ว เพราะผู้ส่งข้อมูลคงไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้อีกเมื่อข้อมูลนั้นออกจากแม่ข่ายบริการ (Server) ของผู้ส่ง และเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เข้าสู่กล่องรับข้อความ (Mailbox) ของผู้รับซึ่งอยู่ในแม่ข่ายบริการของผู้ให้บริการที่ผู้รับใช้บริการแล้ว ผู้รับสามารถดำเนินการใด ๆ กับข้อมูลก็ได้ เนื่องจากอยู่ในอาณาบริเวณที่ผู้รับข้อมูลสามารถเรียกข้อมูลดังกล่าวให้ปรากฏขึ้นได้

## 5. ปัญหาเกี่ยวกับสถานที่ที่ถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

การส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มักกระทำผ่านระบบเครือข่ายและคู่มือที่อาจอยู่ห่างไกลกันคนละประเทศ ระบบข้อมูลที่คู่มือที่กำหนดไว้สำหรับการรับส่งข้อมูลนั้นก็อาจจะมิได้อยู่ในประเทศเดียวกันกับประเทศของคู่มือที่กำหนดระบบข้อมูลนั้น และมีความเป็นไปได้ที่ที่อยู่ของผู้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะปรากฏหรือถูกระบุเป็นสถานที่หนึ่ง แต่มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จริงจากอีกสถานที่หนึ่ง เนื่องจากในการส่งข้อมูลทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้นเป็นการยากที่จะระบุสถานที่ส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ ดังนั้น ในกรณีที่คู่สัญญามิได้กำหนดสถานที่ที่มีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ล่วงหน้า จึงอาจเกิดปัญหาในการพิจารณาสถานที่ที่จะถือว่าการส่งการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผล ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการค้าในประเทศไทยซึ่งมีสถานประกอบการธุรกิจในประเทศไทย เดินทางไปติดต่อธุรกิจที่ประเทศญี่ปุ่น ในระหว่างนั้นได้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์กระเป๋าคอมพิวเตอร์ของคุณส่งไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) เพื่อสั่งซื้อสินค้าไปยังผู้ประกอบการค้าในประเทศจีน จะถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ณ สถานที่ใด

ในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานที่ที่มีการส่งหรือรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 24 ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์<sup>25</sup> กล่าวคือ ถือว่าได้มีการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ณ ที่ทำการงานของผู้ส่งและผู้รับข้อมูลหากมีที่ทำการงานหลายแห่ง ให้ถือเอาที่ทำการงานที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับธุรกรรมนั้น แต่ถ้าไม่สามารถ

<sup>25</sup> มาตรา 15 (4) กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

กำหนดได้ว่าธุรกรรมนั้นเกี่ยวข้องกับที่ทำการงานแห่งใดมากที่สุดก็ให้ถือเอาสำนักงานใหญ่ ในกรณีไม่ปรากฏที่ทำการงานก็ให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติเป็นสถานที่ส่งหรือได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์<sup>26</sup>

ดังนั้นหากนำกรณีตามตัวอย่างมาพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 24 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 แล้ว ถือว่ามีการส่งไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยซึ่งผู้ส่งมีที่ทำการงานอยู่ และถือว่าได้รับ ณ ที่ทำการงานของผู้ประกอบการในประเทศจีน

กฎหมายระหว่างประเทศที่มีบทบัญญัติกำหนดสถานที่ที่ถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ อันได้แก่ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Draft convention on the use of electronic communications in international contracts) ได้บัญญัติในทำนองเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กล่าวคือ ในมาตรา 10 วรรค 3 กำหนดให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ถือว่ามี การส่ง ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของผู้ส่ง และถือว่าได้รับ ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของผู้รับ<sup>27</sup> ซึ่งสถานที่ประกอบธุรกิจของคู่สัญญา ได้แก่ สถานที่ที่คู่สัญญากำหนด หากมีสถานที่ประกอบธุรกิจหลายแห่งให้ถือเอาสถานที่ที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับสัญญาและการกระทำกรณนั้น แต่ถ้าไม่ปรากฏสถานที่ประกอบธุรกิจก็ให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติเป็นสถานที่ส่งหรือได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยสถานที่ตั้งของอุปกรณ์และเทคโนโลยีที่สนับสนุนระบบข้อมูลที่คู่สัญญาใช้ซึ่งเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญาหรือสถานที่ที่คู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ สามารถเข้าถึงระบบข้อมูลได้นั้น ไม่ถือเป็นสถานที่ประกอบธุรกิจ

จากหลักกฎหมายข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์สถานที่ที่ถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ไม่มีปัญหามากนัก เพราะมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาเกิดขึ้นในมาตรา 24 วรรค 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 กล่าวคือ มาตรา 24 วรรค 4 ได้กำหนดข้อยกเว้นของหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ว่า “ความในมาตรานี้มิให้ใช้บังคับกับการส่งและการรับข้อมูล

<sup>26</sup> มาตรา 24 บัญญัติว่า “การส่งหรือรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ให้ถือว่าได้ส่ง ณ ที่ทำการงานของผู้ส่งข้อมูลหรือได้รับ ณ ที่ทำการงานของผู้รับข้อมูล แล้วแต่กรณี ในกรณีที่ผู้ส่งข้อมูลหรือผู้รับข้อมูลมีที่ทำการงานหลายแห่ง ให้ถือเอาที่ทำการงานที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับธุรกรรมนั้นเป็นที่ทำการงาน เพื่อประโยชน์ตามวรรคหนึ่ง แต่ถ้าไม่สามารถกำหนดได้ว่าธุรกรรมนั้นเกี่ยวข้องกับที่ทำการงานแห่งใดมากที่สุด ให้ถือเอาสำนักงานใหญ่ เป็นสถานที่ที่ได้รับหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น

ในกรณีที่ปรากฏที่ทำการงานของผู้ส่งข้อมูลหรือผู้รับข้อมูลให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติเป็นสถานที่ส่งหรือได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

<sup>27</sup> มาตรา 10 วรรค 3 ของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ



อิเล็กทรอนิกส์โดยวิธีการทางโทรเลขและโทรพิมพ์หรือวิธีการสื่อสารอื่น ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา” เท่ากับว่า ในกรณีของ โทรเลขและโทรพิมพ์ไม่ได้ยึดตามหลักเกณฑ์สถานที่ทำการงาน แต่ใช้สถานที่ตั้งของโทรเลขและโทรพิมพ์ตามความเป็นจริง ส่วนวิธีการสื่อสารอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ในขณะนี้ยังไม่มีการออกพระราชกฤษฎีกาตามความในมาตรานี้แต่อย่างใด

เมื่อบทบัญญัติในมาตรา 24 วรรค 4 เป็นบทกำหนดข้อยกเว้นหลักทั่วไปในวรรคก่อนๆ จึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด ปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าวิธีการสื่อสารอื่น เช่น โทรสาร ซึ่งมาตรา 24 วรรค 4 ไม่ได้กล่าวถึง จะต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปในวรรคก่อน ๆ กล่าวคือ ยึดตามหลักเกณฑ์ของสถานที่ทำการงาน ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจะเป็นการขัดกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายสัญญาที่กำหนดให้การส่งและรับข้อมูลเกิดขึ้น ณ สถานที่ที่เครื่องโทรสารตั้งอยู่และหากพิจารณาจากเหตุผลในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิซอิเล็กทรอนิกส์แล้วจะพบว่าได้มีการอธิบายไว้ว่าหลักเกณฑ์สถานประกอบการธุรกิจนี้ไม่ใช้กับการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้วิธีสื่อสารประเภทที่มีได้ทำงานโดยระบบคอมพิวเตอร์ (non-computerized transmission) และได้มีการยกตัวอย่างกรณีของการสื่อสารทางโทรเลขและโทรพิมพ์เป็นการเฉพาะ ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 24 วรรค 4 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 แต่อย่างใด

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 1. บทสรุป

##### 1.1 ปัญหาการแสดงเจตนาทำคำเสนอ

ในการนำเสนอสินค้าหรือให้บริการในบางครั้งอาจไม่ชัดเจนว่าเจตนาที่แสดงออกมานั้นเป็นคำเสนอที่เมื่อมีผู้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอแล้วสัญญาจะเกิดขึ้นทันที หรือเป็นเพียงการแสดงเจตนาที่มุ่งเชิญชวนให้อีกฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอเท่านั้น เนื่องจากการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์สามารถระบุข้อมูลของสินค้าหรือบริการได้อย่างละเอียด โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับคุณลักษณะเฉพาะตลอดจนราคาอย่างชัดเจนจนอาจแสดงได้ว่าผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการพร้อมที่จะผูกพันตนทันทีที่มีการสั่งสินค้าหรือบริการนั้นและในบางเว็บไซต์ก็มีช่องให้กรอกเลขบัตรเครดิตเพื่อชำระราคาโดยที่ระบบคอมพิวเตอร์จะประมวลผลการจ่ายเงินผ่านบัตรในทันทีทันใด

ในประเทศไทย พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 เพียงแต่บัญญัติรับรองการแสดงเจตนาทำคำเสนอทางอิเล็กทรอนิกส์ว่าจะไม่ถูกปฏิเสธผลทางกฎหมายไว้ในมาตรา 13 แต่มิได้กำหนดว่าการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางอิเล็กทรอนิกส์ในลักษณะใดที่ถือเป็นคำเสนอหรือเป็นเพียงคำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอ ในกรณีนี้จึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาที่ชัดเจน มีเนื้อหาที่แน่นอน และต้องพิจารณาจากรูปแบบและวิธีการที่ใช้ในการนำเสนอสินค้าหรือให้บริการประกอบกับเจตนาของผู้นำเสนอสินค้าหรือให้บริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ว่ามีเจตนาผูกพันตนหากมีการสนองรับหรือไม่ เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่มีการวางรูปแบบที่คล้ายคลึงกับร้านค้าหรือห้างสรรพสินค้า รวมถึงการลงโฆษณาบนเว็บไซต์ (Website) ก็มีลักษณะคล้ายกันกับการแสดงสินค้า ป้ายโฆษณา หรือแผ่นพับ เนื่องจากผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการไม่มีเจตนาที่จะผูกพันตนทันทีที่มีการตอบรับและไม่มีหน้าที่ที่จะต้องขายสินค้าหรือให้บริการให้แก่ผู้ซื้อทุกคนที่ตอบรับการนำเสนอสินค้าหรือบริการนั้น จึงยังไม่ถือเป็นการทำคำเสนอแต่อย่างใดการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นเพียงคำเชิญเชิญให้ทำคำเสนอ เว้นแต่ผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ด้วยเหตุนี้ หลักเกณฑ์ของกฎหมายสัญญาประกอบกับการพิจารณาข้อเท็จจริงในการนำเสนอสินค้าจึงเป็นแนวทางที่ไว้พิจารณาปัญหาได้ โดยไม่ต้องบัญญัติกฎหมายไว้เป็นพิเศษ

## 1.2 ปัญหาการแสดงเจตนาทำคำสนอง

ในส่วนของ การแสดงเจตนาทำคำสนองทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งต้องอาศัยเครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นสื่อกลางอันได้แก่การแสดงเจตนาบนหน้าเว็บไซต์ โดยการใช้เมาส์กดปุ่มที่ปรากฏบนหน้า จอคอมพิวเตอร์ (Icon clicking) การถ่ายโอนข้อมูล (Download) จากอินเทอร์เน็ตมาสู่เครื่อง คอมพิวเตอร์ และการกระทำของเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Electronic agent) นั้น เพียงพอที่จะถือเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองหรือไม่

## 1.3 ปัญหาเกี่ยวกับเวลาที่สัญญาเกิด

ในระบบกฎหมายทุกระบบไม่ว่าจะเป็นระบบคอมมอนลอว์หรือระบบ CIVIL LAW ต่างก็ ยอมรับตรงกันว่าสัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคู่กรณีที่เขาทำสัญญาได้แสดงเจตนาเสนอสนองถูกต้อง ตรงกัน จะต่างกันก็ตรงที่ว่าเมื่อใดจึงจะถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาเสนอสนองถูกต้องตรงกัน เท่านั้น ในกรณีที่คู่สัญญาได้มีการกำหนดเวลาสถานที่ที่คำสนองมีผลไว้ล่วงหน้า ย่อมไม่มีปัญหา เกี่ยวกับเวลาและสถานที่ที่สัญญาเกิด แต่ปัญหามักเกิดในกรณีที่มิได้มีการกำหนดเวลาและสถานที่ ที่คำสนองมีผลเอาไว้ ในส่วนของ การทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ก็เป็นปัญหาดังกล่าว เช่นเดียวกัน โดยแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ การแสดงเจตนาทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) และทาง เว็บไซต์ (Website)

## 1.4 ปัญหาเกี่ยวกับการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ปัญหาเกี่ยวกับการส่งและรับข้อมูลนี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญา ถึงแม้จะพิจารณา ได้แล้วว่าสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้นเมื่อใด แต่ยังคงมีปัญหาตามหาว่า ณ จุดเวลาและสถานที่ ไคบนการติดต่อสื่อสารทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่จะถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลเนื่องจากการ ติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น เป็นการยากที่จะระบุเวลาและสถานที่ที่การแสดงเจตนามีผลได้ อย่างชัดเจน คู่กรณีไม่อาจรู้ได้ว่าสถานที่ตั้งของแม่ข่ายบริการ (Server) ที่ใช้ติดต่อสื่อสารระหว่าง คู่กรณีนั้นอยู่ที่ใด และไม่อาจรู้เวลาที่แท้จริงที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ออกจากระบบข้อมูลและเข้าสู่ ระบบข้อมูลอื่น

ในส่วนของเวลาที่ถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนั้น มีปัญหาว่าการส่ง และรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลในเวลาใด เมื่อใดจึงจะถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ออกจากระบบ ข้อมูลหรือเข้าสู่ระบบข้อมูล และระบบข้อมูลนั้นหมายถึงระบบใด เช่น การส่งไปรษณีย์ อิเล็กทรอนิกส์จะถือว่าออกจากระบบข้อมูลของผู้ส่งเมื่อใดและจะถือว่าเข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับ เมื่อใด

ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 15 กำหนดให้ การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลเมื่อข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่ง หรือของตัวแทนของผู้ส่ง ส่วนการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลเมื่อข้อมูลนั้น “เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูล” โดยถ้าผู้รับได้กำหนดระบบข้อมูลที่ใช้รับข้อมูลไว้ การรับข้อมูลจะมีผลเมื่อข้อมูล เข้าสู่ระบบที่ได้กำหนดไว้แล้ว แต่หากมีการส่งข้อมูลไปยังระบบข้อมูลอื่นที่ผู้รับมิได้กำหนดเอาไว้ ก็ให้ถือว่าเวลาที่มีการรับข้อมูลนั้นมีผลเมื่อได้มีการเรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากระบบข้อมูลนั้น แต่ก็มีได้กำหนดไว้ว่า ณ จุดใดจึงจะถือว่าได้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่ นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งแล้ว และ ณ จุดใดที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของ ผู้รับข้อมูลแล้ว

ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา มีเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้รับข้อมูลในมาตรา 203(4) และมาตรา 214(a) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยธุรกรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (UCITA) ซึ่ง กำหนดว่าสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้นเมื่อผู้ทำคำเสนอ “ได้รับ” (received) การแสดงเจตนาทำ คำสนองทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยเวลาที่ถือว่าได้รับข้อมูลนั้นได้แก่ เวลาที่ส่งข้อมูลเข้าสู่ระบบที่มี การกำหนดไว้และพร้อมที่จะเรียกให้ปรากฏ แต่ในกรณีที่มีได้กำหนดระบบข้อมูลไว้แล้ว ถือว่า ได้รับเมื่อเข้าสู่ระบบการประมวลผลข้อมูลในสภาพที่ผู้รับสามารถประมวลผลข้อมูลนั้นได้ ซึ่งเป็น แนวทางที่กำหนดไว้ในทำนองเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์ อิเล็กทรอนิกส์

กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) มี เพียงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำคำสั่งซื้อในมาตรา 11 ที่กำหนดให้ผู้ให้บริการต้องแจ้งให้ผู้รับบริการทราบโดยไม่ชักช้าว่าตนได้รับคำสั่งซื้อนั้นแล้ว โดยจะถือว่าได้รับคำสั่งซื้อหรือการแจ้ง นั้นเมื่อฝ่ายที่ได้รับสามารถเข้าถึง (able to access) คำสั่งซื้อหรือการแจ้งนั้นได้ การกำหนดให้ถือ ว่าได้รับเมื่อผู้รับ “สามารถเข้าถึง” (able to access) คำสั่งซื้อหรือการแจ้งให้ทราบถึงการได้รับคำสั่ง ซื้อ เป็นเรื่องของประเทศสมาชิกที่จะต้องพิจารณาถึงลักษณะของความสามารถเข้าถึงดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ภายใต้อาณัติของสหประชาชาติจะพิจารณาการเกิดของสัญญาด้วยวิธีการทางไปรษณีย์ อิเล็กทรอนิกส์

ในส่วนของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Draft convention on the use of electronic communications in international contracts) ได้กำหนด หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่มีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 10 โดยในส่วนของ เวลาที่มีการส่งข้อมูลนั้น ถือว่ามีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เมื่อข้อมูลออกจากระบบข้อมูล (leave an information system) ที่อยู่ในความควบคุมของผู้ส่งหรือของผู้อื่นซึ่งส่งในนามของผู้ส่ง ซึ่ง

แตกต่างจากหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ที่กำหนดให้ถือว่าการส่งเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เข้าสู่ระบบข้อมูล (enter an information system) ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล ซึ่งแม้จะใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่ผลของหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไม่แตกต่างกัน เพราะโดยปกติแล้วข้อมูลออกจากระบบข้อมูลหนึ่งโดยการเข้าไปในอีกระบบข้อมูลหนึ่ง การกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันเป็นเพียงการใช้ถ้อยคำเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการนำไปปรับใช้

ส่วนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่มีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ในร่างอนุสัญญาฉบับนี้ กำหนดให้ถือว่าเวลาที่มีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ เวลาที่ผู้รับสามารถเรียกข้อมูลนั้นขึ้นมาให้ปรากฏจากที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic address) ของผู้รับ ซึ่งเป็นการนำหลักคิดเกี่ยวกับการกำหนดระบบข้อมูลที่ใช้รับข้อมูลมาใช้ในการพิจารณาร่วมกันกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

ในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่มีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 22 และมาตรา 23 โดยเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่ไม่ได้กำหนดว่า “ระบบข้อมูล” นั้นหมายถึงระบบใด และถึงแม้จะพิจารณาความหมายตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ที่กำหนดให้ระบบข้อมูลหมายถึงกระบวนการประมวลผลด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์สำหรับ สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ก็มิได้รับคำตอบที่ชัดเจน ดังนั้น หากเกิดปัญหาดังกล่าว ต้องขึ้นอยู่กับแนวทางการพิจารณาของศาลว่าจะตัดสินใจอย่างไร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าศาลควรตัดสินให้มีการส่งข้อมูลเข้าสู่ระบบที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งก็ต่อเมื่อข้อมูลนั้นออกจากแม่ข่ายบริการ (Server) ของผู้ส่งและเข้าสู่แม่ข่ายบริการอื่นหรือแม่ข่ายบริการของผู้รับแล้วแต่กรณี และจะถือว่าได้รับข้อมูลก็ต่อเมื่อข้อมูลเข้าไปอยู่ในกล่องรับข้อความ (Mailbox) ของผู้รับซึ่งอยู่ในแม่ข่ายบริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ที่ผู้รับใช้บริการอยู่ เพราะผู้ส่งข้อมูลคงไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้อีกเมื่อข้อมูลนั้นออกจากแม่ข่ายบริการของผู้ส่ง และผู้รับจะสามารถดำเนินการใด ๆ กับข้อมูลก็ได้ เมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เข้าสู่กล่องรับข้อความ (Mailbox) ดังกล่าวแล้ว เนื่องจากอยู่ในอาณาบริเวณที่ผู้รับข้อมูลสามารถเรียกข้อมูลดังกล่าวให้ปรากฏขึ้นได้

ในส่วนของสถานที่ที่ถือว่าการส่งและรับข้อมูลนั้น กฎหมายต่างประเทศมักวางหลักเกณฑ์ไปในแนวทางเดียวกัน จึงไม่มีปัญหามากนัก กล่าวคือ ใช้หลักสถานประกอบธุรกิจเป็นสถานที่ที่มีการส่งและรับข้อมูล สำหรับในประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 กำหนดหลักเกณฑ์เป็นไปในแนวทางเดียวกันนี้โดยถือว่าได้มีการส่งและ

การรับ ณ ที่ทำการงานของผู้ส่งและผู้รับข้อมูล หากมีที่ทำการงานหลายแห่งให้ถือเอาที่ทำการงานที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับธุรกรรมนั้น แต่ถ้าไม่สามารถกำหนดได้ว่าธุรกรรมนั้นเกี่ยวข้องกับที่ทำการงานแห่งใดมากที่สุดก็ให้ถือเอาสำนักงานใหญ่ ในกรณีไม่ปรากฏที่ทำการงานก็ให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติเป็นสถานที่ส่งหรือได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ แต่ปัญหาเกิดขึ้นในมาตรา 24 วรรค 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ที่กำหนดให้ข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวไม่นำไปปรับใช้กับกรณีโทรเลข และโทรพิมพ์หรือวิธีการสื่อสารอื่น ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา เท่ากับว่าวิธีการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์วิธีอื่น ๆ ที่มาตรา 24 วรรค 4 มิได้กำหนดไว้ต้องเป็นไปตามหลักสถานประกอบธุรกิจ ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาว่าหากเป็นการส่งข้อมูลทางโทรสารแล้ว จะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ขัดกับหลักกฎหมายสัญญาและหากเกิดปัญหาดังกล่าวขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ศาลก็จะต้องวินิจฉัยไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ปรับใช้กับกรณีสถานที่ที่ถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นการเฉพาะ จึงควรมีการออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนดวิธีการสื่อสารอื่นที่ไม่ใช่หลักเกณฑ์สถานประกอบธุรกิจในการรับและส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

## 2. ข้อเสนอแนะ

1. จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ ปี พ.ศ. 2544 มิได้บัญญัติเรื่องการเกิดสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ ซึ่งทำให้ไม่มีความชัดเจนในเรื่องการเกิดสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ ผู้เขียนเห็นว่าควรนำแนวทางในการแก้ไขปัญหาของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งให้เหตุผลว่า การสนองรับที่กระทำในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อได้รับคำสั่งทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น หรือหากการสนองรับนั้นต้องมีการกระทำสัญญาจะเกิดเมื่อมีการกระทำการเสร็จสมบูรณ์หรือเมื่อสามารถเข้าสู่ข้อมูลได้ และมาตรา 214 (a) ก็กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลเมื่อได้รับ แม้ว่าผู้รับจะมีรู้ถึงการได้รับนั้นซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาความไม่แน่นอนของเวลาที่คำสั่งมีผลได้เป็นอย่างดี โดยไม่ต้องมาพิจารณาว่าการแสดงเจตนา ดังกล่าวเป็นการแสดงเจตนาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าหรือไม่

2. ปัญหาความมีผลของการแสดงเจตนาทำคำสั่งด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยการใช้เมาส์กดปุ่มบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ หรือการถ่ายโอนข้อมูลมาสู่เครื่องคอมพิวเตอร์ และการกระทำของเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ตั้ง โปรแกรมไว้โดยอัตโนมัติ นั้น ถือเป็นวิธีการหนึ่งตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่สามารถก่อให้เกิดสัญญาได้ ดังนั้น คู่สัญญาสามารถที่จะเลือกวิธีการใน

การแสดงเจตนาอย่างไรก็ได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 13 ได้บัญญัติรับรองหลักนี้ไว้ชัดเจนขึ้น

3. เวลาที่การแสดงเจตนาทำสัญญามีผล โดยเฉพาะการแสดงเจตนาทำสัญญาทางเว็บไซต์ และการแสดงเจตนาทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ นั้น ควรถือว่าการแสดงเจตนามีผลเมื่อ “ไปถึง” ผู้รับการแสดงเจตนา ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ที่กำหนดให้การส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนับแต่เวลาที่ข้อมูลนั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูล หากการแสดงเจตนาเป็นคำสนอง ก็ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว เว้นแต่กรณีจะกำหนดเวลาที่สัญญาเกิดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาโดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้แล้วโดยไม่ต้องกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในกฎหมายพิเศษอีกแต่อย่างใด

4. ปัญหาเกี่ยวกับเวลาที่ถือว่ามี การส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ควรตีความหลักเกณฑ์ในมาตรา 22 และมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 โดยถือว่ามี การส่งข้อมูลเข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งก็ต่อเมื่อข้อมูลนั้นออกจากแม่ข่ายบริการ (Server) ของผู้ส่งและเข้าสู่แม่ข่ายบริการอื่น หรือแม่ข่ายบริการของผู้รับแล้วแต่กรณี และจะถือว่าได้รับข้อมูลเข้าไปอยู่ในกล่องรับข้อความ (Mailbox) ของผู้รับซึ่งอยู่ในแม่ข่ายบริการของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ที่ผู้รับใช้บริการอยู่ เหตุที่ควรตีความเช่นนี้ เนื่องจากผู้ส่งข้อมูลย่อมไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้อีกเมื่อข้อมูลออกจากแม่ข่ายบริการของผู้ส่งแล้วส่วนผู้รับจะสามารถดำเนินการใด ๆ กับข้อมูลที่ส่งมานั้น ได้ก็ต่อเมื่อข้อมูลนั้นเข้าสู่กล่องรับข้อความซึ่งอยู่ในแม่ข่ายบริการที่ผู้รับเป็นสมาชิกอยู่

## บรรณานุกรม



## บรรณานุกรม

### หนังสือและบทความในหนังสือ

จิตติ ดิงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452.

พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์

2526.

จิตติ ดิงศภัทย์ และชล ธีรกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง

มาตรา 452. พระนคร : เนติบัณฑิตยสภา, 2503.

ชวลิต อรรถศาสตร์, ไพบุลย์ อมรภิญโญเกียรติ, พัทรินทร์ ฉัตรวชิระกุล และอิทธินันท์ สุวรรณ

จุฑา. กฎหมายไซเบอร์. กรุงเทพมหานคร : ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2545.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, ทวีศักดิ์ กอนันตกุล และสุรางคณา แก้วจำนงค์. คำอธิบาย

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544. กรุงเทพมหานคร :

จิริราชการพิมพ์, 2545.

ต้น คณิต์สุทธิวงศ์, สุพจน์ ปุณณชัยยะ และสุวัฒน์ ปุณณชัยยะ. รอบรู้ Internet และ World Wide

Web. กรุงเทพมหานคร : ด้านสุทธาการพิมพ์, 2539.

ประพนธ์ ศาตะมาน และไพจิตร ปุณณพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะ

ซื้อขาย พิมพ์ครั้งที่ 13 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร :

นิติบรรณการ, 2545.

ปรีชา สุมาวงศ์. คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยนให้.

พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตย

สภา, 2532.

ปิ่น ภูสุวรรณ และสมชาย นำประเสริฐชัย. e-Business ธุรกิจยุคสารสนเทศ. กรุงเทพมหานคร : ซี

เอ็ดยูเคชั่น, 2543.

เลอสรร ธนสุกาญจน์ และคณะ. *กฎหมายสำหรับบริการอินเทอร์เน็ตในประเทศไทย.*

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541.

ศักดิ์ สนองชาติ. *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลา และอายุความ) และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2504).* พิมพ์ครั้งที่ 8 แก้ไขเพิ่มเติม.

กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2547.

สมชาย นำประเสริฐชัย. *Inside internet.* กรุงเทพมหานคร : ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2543.

สุพิศ ปราณีตพลกรัง. *ความรู้เบื้องต้นกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์.*

กรุงเทพมหานคร : อินเทอร์เน็ตบุ๊คส์, 2545.

เสริม วินิจชัยกุล. *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้.*

กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515.

เสนีย์ ปราโมช ม.ร.ว. *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.*

อักษราทร จุฬารัตน. *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา.*

พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

ชิดพงศ์ ปั่นวิจิตร. *“ปัญหาทางกฎหมายของการถอนคำเสนอ.”* วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ

นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

พรเพชร วิชิตชลชัย. *“การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับการพาณิชย์ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์*

*(E-Commerce).”* เอกสารวิจัยส่วนบุคคลเสนอต่อวิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2542. (อัดสำเนา)

พิเชษฐ คุรงค์เวโรจน์. *“พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ : อีกรูปแบบของการค้าปี 2000.”*

<http://www.ecommerce.or.th/newsletter/dec 1999.html>. มีนาคม 2547.

อนงค์ ปานคำ. “การซื้อขายสินค้าโดยระบบอีดีไอ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

### Books

*Bainbridge, David I. introduction to Computer Law.* 5<sup>th</sup> ed. Harlow, England : Pearson/Longman,  
2004.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - สกุล	นายสมชัย ทรัพย์ศิริผล
วัน เดือน ปีเกิด	23 ธันวาคม 2502
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร
วุฒิการศึกษา	พ.ศ. 2545 วุฒิปัตริวิชาชีพครู สาขาวิชาการศึกษา มหาวิทยาลัยราชภัฏธนบุรี พ.ศ. 2546 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสยาม พ.ศ. 2547 - 2549 อาจารย์โรงเรียนโรจนนิมิตวิทยา
ประวัติการทำงาน	พ.ศ. 2549 – ปัจจุบัน อาจารย์โรงเรียนสารสาสน์วิเทศบางบอน
ตำแหน่งหน้าที่ปัจจุบัน	192/1 หมู่ที่ 5 ซอยเพชรเกษม 46 ถนนเพชรเกษม แขวงบางหว้า เขตภาษีเจริญ กรุงเทพมหานคร
สถานที่อยู่ปัจจุบัน	