

บทที่ 2

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2005

2.1 ประวัติความเป็นมาและจุดประสงค์ในการร่างอนุสัญญา สหประชาชาติว่าด้วยการใช้ การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2005

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา
ระหว่างประเทศ ค.ศ. 2005 เกิดขึ้นมาจากการเสนอให้มีการร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศใน
บริบทของการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้กฎหมายของประเทศต่างๆ มีความเป็นอันหนึ่งอัน
เดียวกันมากยิ่งขึ้น เนื่องจากถึงแม้กฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่าง
ประเทศแห่งสหประชาชาติว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 1996 (UNCITRAL Model Law
on Electronic Commerce 1996) จะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากนานาประเทศโดย
นำไปเป็นแม่แบบในการออกกฎหมายภายในก็ตาม แต่ก็ยังไม่สามารถสรุปได้ว่าหลักการของ
กฎหมายแม่แบบนั้นได้บรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศเป็น
อันหนึ่งอันเดียวกันทั่วโลก กฎหมายแม่แบบนั้นมุ่งวางหลักกฎหมายซึ่งกำหนดกรอบเบื้องต้นใน
การใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ให้มีความเท่าเทียมกับการใช้เอกสารธรรมดา อย่างไรก็ตาม เมื่อการพาณิชย์
อิเล็กทรอนิกส์เติบโตมากขึ้น จึงมีประเด็นทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการใช้การติดต่อสื่อสารทาง
อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งจำเป็นต้องมีการพิจารณาและแก้ไขปัญหา

ลักษณะทั่วไปของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทาง
อิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ปี ค.ศ. 2005 เป็นอนุสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการขจัด
อุปสรรคทางกฎหมายต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามตราสารทางกฎหมายการค้าระหว่าง
ประเทศ และเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นมาเพื่อขยายความ ดีความ อุดช่องว่าง และแก้ไขปัญหในบาง
ประเด็นของกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่ง
สหประชาชาติว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ปี ค.ศ. 1996 (UNCITRAL Model Law on
Electronic Commerce 1996) ตามที่ได้กล่าวตอนต้น บทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่า
ด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2005 ซึ่งต่อไปนี้จะ
ใช้คำย่อว่า อนุสัญญา CUECIC นี้ยังมีความสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบ นอกจากนี้ยังเป็นการ
รวบรวมประเด็นสำคัญทางกฎหมายให้มีความชัดเจนขึ้นจากร่างอนุสัญญาการใช้การ

ติดต่อสื่อสารทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา เช่น ที่ตั้งของสถานประกอบธุรกิจ เวลาในการรับข้อมูล เป็นต้น ในปัจจุบันอนุสัญญา CUECIC ได้มีผลใช้บังคับ ซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมากต่อพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และควรที่จะส่งเสริมให้รัฐต่างๆ เข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CUECIC ฉบับนี้

ขอบเขตของอนุสัญญา CUECIC

อนุสัญญา CUECIC มาตรา 1 ได้บัญญัติเรื่องของขอบเขตการใช้บังคับว่า “อนุสัญญานี้ใช้กับการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญา (หรือความตกลง) ระหว่างคู่สัญญาซึ่งมีสถานที่ประกอบกิจการต่างรัฐกัน” อย่างไรก็ตาม อนุสัญญา CUECIC ฉบับนี้ไม่ใช้กับสัญญาที่เกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนบุคคล ครอบครัว หรือครัวเรือนและการติดต่อสื่อสารที่เกี่ยวข้องกับภาคการให้บริการทางการเงิน เช่นธุรกรรมเกี่ยวกับการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา การแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ ระบบการชำระเงินระหว่างธนาคาร เนื่องจากภาคการเงินอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่มีความชัดเจนแน่นอนอยู่แล้ว รวมถึงไม่ใช้กับเอกสารสิทธิและตราสารเปลี่ยนมือได้ เช่น ตั๋วเงิน ใบตราส่ง เป็นต้น เพราะตามลักษณะของเอกสารสิทธิและตราสารที่เปลี่ยนมือได้ทำให้สิทธิแก่ผู้ถือและผู้รับประโยชน์ที่จะอ้างสิทธิส่งสินค้าหรือรับการชำระเงิน มีความจำเป็นที่จะพัฒนากลไกในการรับรองความเป็นต้นฉบับและความเป็นหนึ่งเดียว มากกว่าการรับรองความเท่าเทียมกันระหว่างกระดาษและรูปแบบทางอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ

ความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญา CUECIC กับอนุสัญญาอื่นๆ

อนุสัญญา CUECIC มาตรา 20 ได้บัญญัติเชื่อมโยงการติดต่อสื่อสารภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับอื่นไว้ว่า บทบัญญัติของอนุสัญญา CUECIC นี้นำมาใช้กับการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญา หรือการปฏิบัติตามสัญญาตามอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งรัฐนั้นเป็นภาคีอนุสัญญา CUECIC ฉบับนี้หรืออาจเป็นรัฐภาคีอนุสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งในจำนวน 6 ฉบับตามที่ได้ระบุไว้ ดังนี้

1. อนุสัญญาเกี่ยวกับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award (New York, 10 June 1958)
2. อนุสัญญาเกี่ยวกับการกล่าวอ้างสิทธิในสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศในกรณีที่มีการผิดสัญญา การเลิกสัญญา และสัญญานั้นไม่สมบูรณ์ภายหลังระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ใน

สัญญานั้นสิ้นสุดลง ค.ศ.1980 (Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (New York, 14 June 1974) and Protocol thereto (Vienna, 11 April 1980)

3. อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 11 April 1980) หรือ Vienna Convention หรือ CISG

4. อนุสัญญาที่มีเนื้อหาครอบคลุมการขนส่งระหว่างประเทศและประกอบการทำขนส่งในการขนส่งระหว่างประเทศ ค.ศ. 1991 (United Nations Convention on the Liability of Operations of Transport Terminals in International Trade (Vienna, 19 April 1991)

5. อนุสัญญาที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับตราสารหนี้ ค.ศ. 1995 (United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credits (New York, 11 December 1995)

6. อนุสัญญาเรื่องการโอนหนี้อันเกิดจากการค้าระหว่างประเทศ ค.ศ. 1995 (United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (New York, 12 December 2001)

นอกจากนั้น มาตรา 20 วรรค 2 ยังได้บัญญัติให้บทบัญญัติของอนุสัญญานี้นำมาใช้กับอนุสัญญาระหว่างประเทศ สนธิสัญญา หรือความตกลงอื่นๆ ที่ไม่ได้กล่าวถึงไว้โดยเฉพาะในมาตรา 20 วรรค 1 ดังกล่าว ยกเว้นรัฐภาคีนี้หรือรัฐที่อาจจะกลายเป็นภาคีอนุสัญญานี้จะได้ประกาศตามมาตรา 21 ว่าจะไม่ผูกพันตามมาตรา 20 วรรค 2

การประกาศตามมาตรา 20 วรรค 2 อาจระบุถึงการบังคับใช้กับอนุสัญญาระหว่างประเทศ สนธิสัญญา หรือความตกลงอื่นๆ ที่รัฐนั้นเป็นภาคีอนุสัญญาหรืออาจเป็นภาคีอนุสัญญานอกจากนั้นรัฐใดอาจแถลงไม่นำบทบัญญัติของอนุสัญญานี้มาใช้ในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในส่วนที่เกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญาตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ สนธิสัญญาหรือความตกลงอื่นใดที่ได้ระบุไว้ในแถลงซึ่งรัฐนั้นเป็นภาคีอนุสัญญาหรืออาจเป็นภาคีอนุสัญญา โดยใช้บังคับรวมถึงอนุสัญญาที่อ้างอิงถึงในมาตรา 20วรรค 1 แม้ว่ารัฐนั้นจะไม่ได้แถลงยกเว้นการใช้บังคับมาตรา 2 วรรค 2 ตามมาตรา 21

สถานะการให้สัตยาบันของนานาประเทศในปัจจุบัน

ข้อมูลสถานะของนานาประเทศในการให้สัตยาบันหรือการลงนามรับรองอนุสัญญาฉบับนี้จะมีการปรับปรุงข้อมูลให้เป็นปัจจุบันทุกคราวที่ UNCITRAL Secretariat หรือ คณะเลขาธิการของ UNCITRAL ได้รับแจ้งในการเปลี่ยนแปลงสถานะแห่งอนุสัญญา CUECIC นี้

โดยสถานะในปัจจุบัน ณ วันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2553 มีประเทศทั้งสิ้นจำนวน 18 ประเทศที่ได้เพียงแต่ลงนามรับรองอนุสัญญา CUECIC ฉบับนี้ แต่ยังไม่มียประเทศใดให้สัตยาบัน ซึ่งประเทศที่ลงนามแล้ว เช่น ประเทศ Central African Republic, China, Lebanon, Madagascar, Senegal, Sierra Leone, Singapore และ Sri Lanka เป็นต้น ตามตาราง ดังนี้

ตารางที่ 1

ตารางแสดงสถานการณ์ให้สัตยาบันอนุสัญญา CUECIC ของนานาประเทศ

State	Signature	Ratification, Accession	Entry into force
Central African Republic	27 February 2006	-	-
China	6 July 2006	-	-
Colombia	27 September 2007	-	-
Honduras	16 January 2008	-	-
Iran (Islamic Republic of)	26 September 2007	-	-
Lebanon	22 May 2006	-	-
Madagascar	19 September 2006	-	-
Montenegro	27 September 2007	-	-
Panama	25 September 2007	-	-
Paraguay	26 March 2007	-	-
Philippines	25 September 2007	-	-
Republic of Korea	15 January 2008	-	-
Russian Federation	25 April 2007	-	-
Saudi Arabia	12 November 2007	-	-
Senegal	7 April 2006	-	-
Sierra Leone	21 September 2006	-	-
Singapore	6 July 2006	-	-
Sri Lanka	6 July 2006	-	-

2.2 หลักการสำคัญของอนุสัญญา

บทบัญญัติต่าง ๆ ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2005 ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการสำคัญ 2 ประการ¹ คือ หลักความเป็นกลางทางเทคโนโลยี (Technological neutrality) และหลักความเท่าเทียมกันในการทำหน้าที่ (Functional eQuivalence) เหมือนกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์² ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ก. หลักความเป็นกลางทางเทคโนโลยี (Technological neutrality)

การทำสัญญาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ในแต่ละครั้งจะมีขั้นตอนต่าง ๆ มากมาย เช่น การสร้างข้อมูล หรือส่งข้อมูล การเก็บข้อมูล ซึ่งอาจทำผ่านเทคโนโลยีหลายชนิดด้วยกัน เช่น โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เป็นต้น อนุสัญญานี้จึงรองรับรูปแบบการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์อย่างเป็นกลางครอบคลุมเทคโนโลยีทุกประเภท ไม่ได้จำกัดเทคโนโลยีประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ และสามารถรองรับนวัตกรรมใหม่ ๆ ทางเทคโนโลยีด้วย ทำให้คู่สัญญาเกิดความมั่นใจได้ว่าอนุสัญญานี้สามารถใช้ได้กับเทคโนโลยีในอนาคตด้วย จะเห็นได้จากการนำคำศัพท์ใหม่ คำว่า “การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์” (Electronic communication) มาใช้แทนคำว่า “การแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์” หรือ ระบบอัตโนมัติ เพื่อให้เกิดความเป็นกลางทางเทคโนโลยี

¹ อารัมภบทของที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (United Nations General Assembly), Sixtieth session, Agenda item 79, (9 December 2005) วรรค 5 กล่าวว่า “Being of the opinion that uniform rules should respect the freedom of parties to choose appropriate media and technologies, taking account of the principles of technological neutrality and functional eQuivalence, to the extent that the means chosen by the parties comply with the purpose of the relevant rules of law,”

² สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ซีอีดียูแคร์ชั่น จำกัด (มหาชน), 2545, น.11-12.

นอกจากนี้ ความเป็นกลางของเทคโนโลยียังรวมไปถึง “ความเป็นกลางของสื่อ” (Media Neutrality) ด้วย โดยอนุสัญญาฉบับนี้เสนอหลักการที่สามารถทำให้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์มีความเท่าเทียมกับการติดต่อสื่อสารที่ใช้กระดาษ

จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้รองรับรูปแบบในการติดต่อสื่อสารด้วยวิธีการในทุกประเภททั้งที่มีอยู่ในปัจจุบันและที่จะมีการพัฒนาขึ้นในอนาคต นอกจากนี้ยังเสนอหลักการที่สามารถทำให้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์มีความเท่าเทียมกับการติดต่อสื่อสารที่ใช้กระดาษด้วย อย่างไรก็ตาม แม้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์จะทำได้ด้วยเทคโนโลยีรูปแบบใดก็ได้ แต่อนุสัญญาฉบับนี้ได้วางมาตรการเพื่อความปลอดภัยในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้แล้ว โดยบัญญัติเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับแบบไว้ ซึ่งแบบเหล่านี้สามารถเปลี่ยนแปลงตามเจตนาของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ได้

ข. หลักความเท่าเทียมกันในการทำหน้าที่ (Functional equivalent)

เนื่องด้วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้และไม่สามารถอ่านได้จนกว่าจะมีการจัดพิมพ์ลงบนกระดาษหรือบนจอภาพ โดยสภาพของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เองจึงไม่สามารถทำหน้าที่เหมือนกระดาษได้ และหากมีข้อกำหนดทางกฎหมายเกี่ยวกับแบบของสัญญาก็ย่อมเป็นอุปสรรคสำคัญในการติดต่อสื่อสารด้วยวิธีสมัยใหม่ อนุสัญญาฉบับนี้จึงจัดการกับอุปสรรคดังกล่าว โดยยอมรับว่าแม้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะไม่มีสภาพเป็นหนังสือ หรือลายมือชื่อ หรือต้นฉบับในความหมายปกติ แต่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถใช้แทนหนังสือ ลายมือชื่อ หรือต้นฉบับได้ หลักการนี้จึงมีความสำคัญต่อการยอมรับว่าข้อกำหนดเรื่องแบบตามกฎหมาย เช่น การทำเป็นหนังสือ การทำต้นฉบับเอกสาร ตลอดจนการลงลายมือชื่อ สามารถทำในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แทนได้โดยไม่ต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

2.3 โครงสร้างของอนุสัญญา

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา ระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 แบ่งออกเป็น 4 หมวด ดังนี้

หมวดที่ 1 ขอบเขตการบังคับใช้ ตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 3 ประกอบด้วยบทบัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญา รวมถึงข้อยกเว้นการบังคับใช้อนุสัญญา และเสรีภาพของคู่สัญญา

หมวดที่ 2 บทบัญญัติทั่วไป ตั้งแต่มาตรา 4 ถึงมาตรา 7 จะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสถานที่ตั้งของคู่สัญญา และข้อกำหนดของข้อมูล

หมวดที่ 3 การใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ตั้งแต่มาตรา 8 ถึงมาตรา 14 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสัญญาประกอบไปด้วย การรับรองผลทางกฎหมายของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ คำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอ การใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติสำหรับการทำสัญญา ข้อกำหนดเกี่ยวกับแบบของสัญญา เวลาและสถานที่ในการส่งและรับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ และความผิดพลาดในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

หมวดที่ 4 บทส่งท้าย ตั้งแต่มาตรา 15 ถึงมาตรา 25 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการบังคับให้อนุสัญญาฉบับนี้ และการประกาศนำอนุสัญญาฉบับนี้ใช้บังคับกับอนุสัญญาอื่น ๆ และการประกาศเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ขององค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างภูมิภาค

2.3.1 หมวดที่ 1 ขอบเขตการบังคับใช้ (มาตรา 1 ถึงมาตรา 3)

ขอบเขตการบังคับใช้ (มาตรา 1)

ในเบื้องต้น เนื่องจากอนุสัญญาฉบับนี้มุ่งจัดอุปสรรคทางกฎหมายหรือความไม่แน่นอนที่เกิดขึ้นจากการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างคู่สัญญาที่มีสถานประกอบธุรกิจอยู่กันคนละประเทศ อนุสัญญาฉบับนี้จึงมีขอบเขตการใช้บังคับกับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศเท่านั้น โดยไม่รวมถึงประเด็นข้อกฎหมายอื่น ๆ เช่น รูปแบบ หรือสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา เนื่องจากโดยทั่วไปสัญญาระหว่างประเทศจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในประเทศ เว้นแต่สัญญาบางประเภทจะอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980)

ก หลักการทั่วไปของขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญา แบ่งได้เป็น 5 กรณี

- (1) อนุสัญญาฉบับนี้บังคับใช้กับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในทุก
ขั้นตอน
- (2) อนุสัญญาฉบับนี้บังคับใช้กับคู่สัญญาที่ได้ทำสัญญากันแล้ว หรือกำลังอยู่ใน
ขั้นตอนการพิจารณาทำสัญญากัน
- (3) อนุสัญญาฉบับนี้บังคับใช้กับสัญญาหรือความตกลงของคู่สัญญา

(4) อนุสัญญาฉบับนี้บังคับใช้กับสัญญาที่คู่สัญญาที่มีสถานประกอบการกิจการต่าง
รัฐกัน

(5) อนุสัญญาฉบับนี้บังคับใช้กับสัญญาระหว่างประเทศโดยไม่ได้เจาะจงว่าจะ
เป็นสัญญาซื้อขายสินค้า

ข การบังคับใช้อนุสัญญาตามอาณาเขต

ตามมาตรา 1 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทาง
อิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ. 2005 ได้บัญญัติเรื่องขอบเขตการบังคับใช้
อนุสัญญาตามอาณาเขตไว้ สามารถแยกพิจารณาออกเป็นประเด็นต่าง ๆ ได้ 4 กรณี ดังนี้

(1) อนุสัญญาฉบับนี้ใช้บังคับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา
ระหว่างประเทศอย่างเดียวนั้น

(2) อนุสัญญาฉบับนี้ใช้บังคับกับสัญญาระหว่างประเทศกรณีใดบ้าง

ในเบื้องต้นต้องพิจารณาว่าเป็นกรณีที่คู่สัญญามีการตกลงกันเลือกกฎหมายมา
ใช้บังคับกับสัญญา หรือเป็นกรณีที่ไม่มี การตกลงเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญาซึ่งจะต้อง
พิจารณาต่อไปว่าศาลประเทศใดที่มีเขตอำนาจเหนือสัญญาดังกล่าว โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

กรณีที่คู่สัญญามีการตกลงกันเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญา

โดยทั่วไปคู่สัญญาระหว่างประเทศจะมีการกำหนดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับ
สัญญา ในกรณีสัญญาระหว่างประเทศที่ใช้วิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น หาก
คู่สัญญาได้ตกลงกันนำกฎหมายมาใช้บังคับต้องพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายของรัฐ
ภาคีหรือไม่ แยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. หากกฎหมายที่คู่สัญญาตกลงนำมาใช้บังคับนั้นไม่ใช่กฎหมายของรัฐภาคี กรณีนี้
ก็ไม่สามารถนำอนุสัญญามาใช้บังคับกับสัญญาฉบับนี้ได้

ข. หากกฎหมายที่คู่สัญญาตกลงนำมาใช้บังคับนั้นเป็นกฎหมายของรัฐภาคี กรณีนี้ก็
สามารถนำอนุสัญญามาใช้บังคับกับสัญญาฉบับนี้ได้ โดยไม่คำนึงว่ารัฐภาคีดังกล่าวเป็นรัฐ
คู่สัญญาหรือไม่

กรณีที่ไม่มี การตกลงเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญา

หากคู่สัญญาไม่ได้มีการตกลงเลือกกฎหมาย กฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับสัญญา
ต้องพิจารณาว่ามีการนำคดีขึ้นสู่ศาลของประเทศใดระหว่างประเทศคู่สัญญาที่เป็นภาคีกับ
ประเทศของคู่สัญญาที่ไม่เป็นภาคี ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. หากศาลที่พิจารณาคดีนั้นตั้งอยู่ในรัฐภาคี ศาลจะนำกฎหมายระหว่างประเทศ
แผนกคดีบุคคลมาพิจารณาว่าจะนำกฎหมายของรัฐใดมาบังคับกับสัญญานี้ หากกฎหมาย

ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลกำหนดให้ใช้กฎหมายของรัฐที่ศาลนั้นตั้งอยู่ หรือกำหนดให้ใช้กฎหมายของรัฐภาคีที่อื่นที่ศาลไม่ได้ตั้งอยู่ กรณีนี้สามารถนำอนุสัญญามาใช้บังคับกับสัญญาได้

ข. หากศาลที่พิจารณาคดีนั้นตั้งอยู่ในประเทศอื่นที่ไม่ใช่รัฐภาคี ศาลจะนำกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาพิจารณาเช่นกัน หากกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลกำหนดให้ใช้กฎหมายของรัฐภาคีประเทศอื่น กรณีเช่นนี้จึงสามารถนำอนุสัญญามาใช้บังคับกับสัญญาได้

(3) อนุสัญญานับนี้จะนำมาบังคับใช้เมื่อมีการระบุลงไปในสัญญาว่าให้นำอนุสัญญานับนี้มาบังคับใช้หรือมีการเปิดเผยกันในระหว่างทำการติดต่อว่าคู่สัญญามีสถานประกอบธุรกิจอยู่ต่างรัฐกัน

การระบุลงในสัญญาว่าให้นำอนุสัญญานับนี้มาบังคับใช้กับสัญญาจะต้องมีข้อความที่ชัดเจน หากไม่ได้มีการระบุข้อความดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน อนุสัญญานับนี้จะไม่ถูกนำไปใช้บังคับกับสัญญาแต่จะนำกฎหมายภายในประเทศไปบังคับใช้แทน เพื่อป้องกันไม่ให้คู่สัญญาฝ่ายใดนำกฎหมายภายในของประเทศของตนไปใช้เพื่อหาประโยชน์โดยไม่มีการระบุในสัญญา

(4) อนุสัญญานับนี้ไม่นำลักษณะทางแพ่งหรือพาณิชย์ และสัญชาติของคู่สัญญามาพิจารณาประกอบการบังคับใช้

อนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา ระหว่างประเทศจะบังคับใช้เฉพาะกรณีที่คู่สัญญามีสำนักงานอยู่กันคนละประเทศเท่านั้น โดยไม่คำนึงว่าคู่สัญญาจะมีลักษณะทางแพ่ง หรือจะมีลักษณะในทางพาณิชย์ก็ตาม นอกจากนี้ อนุสัญญาสามารถนำไปบังคับใช้กับบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐที่มีเขตภาคี แต่มีสำนักงานอยู่ในรัฐภาคี หรือถ้าไม่มีสำนักงานอยู่ในรัฐภาคีก็ได้ถ้ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาเป็นกฎหมายของรัฐภาคี นอกจากนี้ กรณีมีบุคคล 2 ฝ่าย มีสัญชาติต่างกันแต่อยู่ในรัฐเดียวกัน ก็อาจอยู่ภายใต้ อนุสัญญานับนี้ได้ เช่น กรณีที่คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างรับทราบว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายมีสำนักงานอยู่กันคนละประเทศ อนุสัญญานับนี้ก็จะถูกนำมาบังคับใช้กับสัญญาได้

ข้อยกเว้นการนำอนุสัญญาไปใช้บังคับ (มาตรา 2)

อนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา ระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้กำหนดข้อยกเว้นในการบังคับใช้อนุสัญญาไว้ 3 กรณี ดังต่อไปนี้

(1) อนุสัญญานับนี้ไม่บังคับใช้กับสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนบุคคล ครอบครัวหรือกิจการในครัวเรือน

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา ระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ไม่บังคับใช้กับสัญญาที่ทำกับผู้บริโภคบุคคล หรือสัญญาทาง การค้าประเภท Business to Customer (B2C) รวมถึงการติดต่อสื่อสารเกี่ยวกับเรื่องครอบครัว การจัดการเรื่องภายในครอบครัว เช่น การจัดการสินสมรส สัญญาสินสมรส และการจัดการมรดก ด้วยโดยไม่คำนึงว่าผู้ประกอบการจะทราบถึงวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวหรือไม่ เป็นต้น ด้วย เหตุผลหลายประการ ดังนี้

(1.1) กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของแต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ตามสภาพการบริโภคสินค้าและบริการในประเทศ และความเหมาะสมของสภาพเศรษฐกิจ สังคม และความเจริญทางเทคโนโลยี

(1.2) ความสม่ำเสมอในการตรวจสอบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยทั่วไปผู้บริโภค อาจไม่ได้เปิดอินเทอร์เน็ตเพื่อตรวจสอบอีเมลเป็นประจำและอาจไม่ทราบว่า มีข้อมูล ส่ง มาถึงตนเองแล้ว ดังนั้น บทสันนิษฐานเกี่ยวกับเวลาที่รับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ตาม มาตรา 10 วรรคสอง ของอนุสัญญานี้จึงไม่สามารถใช้บังคับกับการติดต่อสื่อสารในสัญญาที่ ทำขึ้นกับผู้บริโภคได้

(1.3) ประสิทธิภาพของระบบคอมพิวเตอร์ในการแยกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์กับ ข้อมูลที่เป็นขยะอิเล็กทรอนิกส์ ผู้บริโภคบางรายที่ไม่มีโปรแกรมป้องกันไวรัสที่ทันสมัยในการ ป้องกันไวรัส (virus) และป้องกันขยะอิเล็กทรอนิกส์ (spam) ไม่ให้เข้าสู่กล่องจดหมายรับ (inbox) ทำให้ผู้บริโภคไม่อาจทราบว่าอีเมลที่ส่งมาเป็นการติดต่อเรื่องที่เกี่ยวกับตนเองหรือเป็นการส่ง ขยะอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ อาจลบข้อมูลดังกล่าวทิ้งเพราะไม่แน่ใจว่ามีอีเมลที่ส่งมาเป็น spam หรือไม่

(1.4) การจัดการข้อผิดพลาด การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์อาจเกิด ข้อผิดพลาดได้เสมอ ซึ่งตามอนุสัญญานี้ได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดการกับข้อผิดพลาด และผลที่ตามมาจากข้อผิดพลาดโดยกำหนดไว้ในมาตรา 14 กล่าวคือ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใส่ ข้อมูลผิดพลาดในระหว่างทำการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในระบบข้อมูลอัตโนมัติของอีก ฝ่ายหนึ่ง และระบบข้อมูลอัตโนมัติไม่ได้ให้โอกาสคู่สัญญาฝ่ายแรกทำการแก้ไขความผิดพลาด บุคคลนั้นมีสิทธิจะเพิกถอนการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดจากการใส่ข้อมูลผิดพลาดได้ ถ้าได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงความผิดพลาดและระบุว่าตนได้กระทำให้เกิดความ ผิดพลาดโดยพลัน กับแจ้งว่าตนไม่ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์หรือค่าตอบแทนจากการขายสินค้านั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอนุสัญญานี้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการ ข้อผิดพลาดที่มีความละเอียดมากกว่ากฎหมายฉบับอื่น ๆ รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ธุรกรรม

อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมักไม่มีการเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขความผิดพลาดซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาตามมา เช่น ปัญหาจากการเรียกร้องของผู้บริโภค หรืออาจไปกระทบต่อหลักนิติกรรมสัญญาพื้นฐานที่ว่าด้วยผลแห่งสัญญาได้ ยกตัวอย่างเช่น กรณีบริษัทอีสต์แมนโกดัก ได้ประกาศขายกล้องถ่ายรูปผ่านเว็บไซต์ของตนที่ประเทศอังกฤษ และพิมพ์ราคาผิดไปเป็น 100 ปอนด์ แทนที่จะพิมพ์ว่า 329 ปอนด์ หลังจากนั้นประมาณหนึ่งชั่วโมง มีลูกค้านับพัน ๆ รายได้ทำคำสั่งซื้อก่อนที่บริษัทจะทำการแก้ไขสินค้า และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วเนื่องจากเว็บไซต์ของบริษัทได้ตอบรับและยืนยันคำสั่งซื้อไปเรียบร้อยแล้ว ความผิดพลาดของข้อมูลครั้งนี้จึงทำให้บริษัทต้องรับผิดชอบเงินจำนวนประมาณสองล้านเหรียญสหรัฐ³

(2) อนุสัญญานี้ไม่บังคับใช้กับธุรกรรมทางการเงินที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล

ตามมาตรา 2(b)(1) ของอนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้กำหนดข้อยกเว้นการบังคับใช้อนุสัญญากับธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับตลาดที่ให้บริการทางการเงินที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายของหน่วยงานสำคัญ เช่น ธนาคารกลางของประเทศต่าง ๆ หรือตลาดหลักทรัพย์ของประเทศต่าง ๆ เนื่องจากกฎระเบียบดังกล่าวสามารถจัดการปัญหาที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางการเงินระหว่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพอยู่แล้ว นอกจากนี้ ยังไม่สมควรที่จะนำธุรกรรมทางการเงินระหว่างประเทศให้มีการประกาศยกเว้นตามมาตรา 19 ของอนุสัญญานี้

อย่างไรก็ตาม ธุรกรรมทางการเงินที่ไม่นำอนุสัญญานฉบับนี้มาใช้บังคับจะจำกัดเฉพาะธุรกรรมบางประเภท เช่น ระบบการชำระเงิน (payment system) ตราสารที่เปลี่ยนมือได้ (negotiable instruments) ตราสารอนุพันธ์ (derivatives) การแลกเปลี่ยน (swap) สัญญาซื้อคืน (repurchase) การแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ (foreign exchange) ตลาดหลักทรัพย์และตลาดหุ้น (securities and bond market)⁴

นอกจากนี้ อนุสัญญานฉบับนี้ยังไม่บังคับใช้กับธุรกรรมทางการค้าที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลที่เกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์ (stock exchange) การซื้อขายแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์และสินค้าเกษตร (securities and commodities exchange) การซื้อขายแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ (foreign currency exchange) การซื้อขายโลหะมีค่า (precious metal exchange)⁵

³ <<http://www.law.northwestern.edu/journals/nijtp/v2/n1/1>>

⁴ Text for use, United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts

⁵ Text for use: UECICU เพิ่งแล้ว เจริญธรรมที่ 5

เป็นต้น อย่างไรก็ตามหากธุรกรรมที่กล่าวมาไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลก็ไม่เข้าข่ายยกเว้นการบังคับใช้ของอนุสัญญานี้

(3) อนุสัญญานี้ไม่บังคับใช้กับธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับตราสารที่เปลี่ยนมือได้

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา ระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ไม่บังคับใช้กับธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับตราสารที่เปลี่ยนมือได้ เช่น ตัวแลก เงิน ตัวสัญญาใช้เงิน ใบตราส่ง ใบตราส่งทางทะเล ใบรับของในคลังสินค้า เป็นต้น เนื่องจาก เอกสารเหล่านี้เป็นเอกสารสำคัญ ผู้ที่ครอบครองตราสารดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องหรือสิทธิต่าง ๆ เช่น ให้ชำระเงินตามตัวแลกเงิน หรือให้มีการส่งมอบสินค้าตามใบตราส่ง หรือขอเรียกร้องอื่น ๆ ตามแต่ประเภทของเอกสารนั้นทันที จึงยังมีความจำเป็นที่จะต้องจัดทำตราสารเหล่านี้ในรูป เอกสารฉบับเดียวไปก่อนจนกว่าจะมีการพัฒนาวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่จะป้องกันการทำสำเนา ตราสารเหล่านี้เพื่อป้องกันปัญหาการเรียกร้องสิทธิตามตราสารที่จะตามมา

เสรีภาพของคู่สัญญา (มาตรา 3)

เพื่อให้สอดคล้องกับหลักเสรีภาพของคู่สัญญาซึ่งเป็นหลักการสำคัญของกฎหมาย ระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทาง อิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้กำหนดเรื่องเสรีภาพของคู่สัญญาไว้ใน มาตรา 3⁶ ซึ่งจะเห็นได้ว่าคู่สัญญามีเสรีภาพในการเจรจาทำสัญญารวมถึงสามารถตกลง หรือ ยกเว้น หรือเพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น หรือยอมรับเนื้อหาในสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการ ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อคู่สัญญาได้ ซึ่งในทางปฏิบัติ ประเด็นปัญหาหรือข้อถกเถียงระหว่าง คู่สัญญามักจะถูกหยิบยกขึ้นมาระบุไว้ในสัญญาเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นตามมาแล้ว อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีข้อกำหนดต่าง ๆ ของกฎหมายในรัฐภาคีใด เช่น เรื่องการรับรอง ข้อความ การทำเป็นหนังสือ หรือการลงลายมือชื่อ เป็นต้น อนุสัญญานี้กำหนดให้คู่สัญญา ต้องปฏิบัติตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดโดยไม่สามารถละเว้นไม่ทำตามข้อกำหนดของกฎหมาย โดยอ้างว่าเป็นเสรีภาพของตนในการทำสัญญา นอกจากนี้ คู่สัญญาอาจเลือกที่จะยอมรับการ ติดต่สื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์หรือไม่ก็ได้ตามความต้องการของคู่สัญญา ตามมาตรา 8 วรรค สอง ของอนุสัญญานี้

⁶ UECICU, Article 3 Party autonomy: The parties may exclude the application of this Convention or derogate from or vary the effect of any of its provisions.

2.3.2 หมวดที่ 2 บทบัญญัติทั่วไป (มาตรา 4 ถึงมาตรา 7)

หมวดที่ 2 บทบัญญัติทั่วไป เริ่มตั้งแต่มาตรา 4 ถึงมาตรา 7 จะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสถานที่ตั้งของคู่สัญญา และข้อกำหนดของข้อมูล

1) คำนิยาม (มาตรา 4)

เนื่องจากในหัวข้อนี้คำนิยามหลายคำเพื่อความสะดวกในการพิจารณา ผู้เขียนจึงขอนำคำนิยามแยกพิจารณาแต่ละคำ มีรายละเอียดดังนี้

“สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์”⁷

ก่อนที่จะพิจารณาคำนิยามที่ปรากฏในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ผู้เขียนขอกล่าวถึงคำว่า “สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์” หรือ “electronic contracting” คำดังกล่าวเป็นชื่อย่อที่นักกฎหมายนิยมใช้เรียกแทนชื่อของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 (United Nations Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts 2005) แต่การเรียกชื่อย่อของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ว่า “E-contracting” นั้นอาจทำให้เกิดความสับสนและเข้าใจผิดว่า อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศใช้บังคับกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์อย่างเดียว ไม่ใช้บังคับกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ดังนั้นคำว่า “สัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์” หรือ “electronic contracting” หรือ “E-contracting Convention” จึงไม่ถูกบัญญัติไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005

“การติดต่อสื่อสาร”

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้บัญญัติคำว่า “การติดต่อสื่อสาร” หรือ “Communication” เพื่อแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าอนุสัญญานี้สามารถบังคับกับการติดต่อสื่อสารและการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างคู่สัญญาในทุกขั้นตอนของการทำสัญญา ซึ่งอาจทำ

⁷ A/CN.9/WG.IV/WP.95, General Assembly, United Nations Commission on International Trade Law, Working Group IV (Electronic Commerce) Thirty-ninth session, New York, 11-15 March 2002.

การติดต่อสื่อสารด้วยการบอกกล่าว การประกาศ การเรียกร้อง ทวงถาม หรือการร้องขอ รวมถึงทำ
คำเสนอและทำคำสนองก็ได้

“การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์” และ “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์”

คำว่า “การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์” (Electronic Communication) และ “ข้อมูล
อิเล็กทรอนิกส์” (Data message) มีความเกี่ยวข้องกันโดยตรง เนื่องจากในการติดต่อสื่อสารทาง
อิเล็กทรอนิกส์แต่ละครั้งจะมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ สำหรับความหมายของคำว่า
“ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ครอบคลุมข้อมูลทุกประเภทที่ได้สร้างขึ้น หรือเก็บรักษาไว้ หรือใช้ในการ
ติดต่อสื่อสารกัน นอกจากนี้ยังรวมถึงข้อมูลประเภทอื่น ๆ ที่คล้ายกัน หรือสามารถใช้งานได้อย่าง
เท่าเทียมกัน⁸ ด้วยเพื่อให้ครอบคลุมถึงการติดต่อสื่อสารและเก็บข้อมูลทุกรูปแบบที่มีอยู่ในอดีต
ปัจจุบันและในอนาคต

สำหรับคำว่า “Electronic Communications” ที่พบในชื่อของอนุสัญญา
สหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ
ค.ศ.2005 (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in
International Contracts 2005) จะมีความหมายใดระหว่างรูปแบบการติดต่อสื่อสารทาง
อิเล็กทรอนิกส์ หรือรูปแบบการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์
หรือจะหมายถึงการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น ตามมาตรา 4 (b) และ (c) ของอนุสัญญา
สหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ
ค.ศ.2005 ได้ให้ความหมายของคำว่า “Communication” และ “Electronic Communication”
ตามลำดับ ดังนี้

(b) “Communication” means any statement, declaration, demand, notice or
request, including an offer and the acceptance of an offer, that the parties are required
to make or choose to make in connection with the formation or performance of a
contract;

(c) “Electronic Communication” means any communication that the parties make
by means of data messages;”

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า “การติดต่อสื่อสารทาง
อิเล็กทรอนิกส์” (Electronic Communication) หมายถึง การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่
คู่สัญญาใช้ในการทำสัญญาหรือการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งอาจทำเป็นคำแถลง คำประกาศ หนังสือ

⁸ Text for use: UECICU, อ้างแล้ว เจริญวรรคที่ 5, วรรค 93.

แจ้ง หรือข้อเรียกร้อง รวมถึงคำเสนอและคำสนอง เป็นต้น และเมื่อพิจารณาประกอบกับคำว่า “Electronic Communication” ในมาตรา 11⁹ จะเห็นได้ว่าในการทำสัญญาหนึ่งฉบับอาจมีการติดต่อสื่อสารกัน หรือโต้ตอบกันไปมาหลายครั้ง การติดต่อสื่อสารมากกว่าหนึ่งครั้งเช่นนี้จึงมีการเพิ่มเติมตัวอักษร “s” ท้ายคำว่า “Communication” ความเห็นของผู้เขียนสอดคล้องกับนักวิชาการท่านหนึ่ง¹⁰ ที่เห็นว่า คำว่า “Electronic Communications” ก็คือ “Electronic Communication” ที่ทำหลาย ๆ ครั้งนั่นเอง

ฉะนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าคำว่า “Electronic Communications” ที่พบในชื่อของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 คือการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั่นเอง หากใช้คำอื่น ๆ แทน เช่น รูปแบบการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือรูปแบบการสื่อสาร หรือข้อความสื่อสาร อาจทำให้เกิดความสับสนหลงผิดไปยึดกับรูปแบบหรือข้อความสื่อสารมากกว่าการมองถึงภาพรวมของการติดต่อสื่อสาร

“ผู้สร้างการติดต่อสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์” และ “ผู้รับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์”

คำว่า “Originator” ตามความเห็นของผู้เขียนนั้น เห็นว่าควรจะใช้ คำว่า “ผู้สร้างข้อมูล” มากกว่า คำว่า “ผู้ส่งการติดต่อสื่อสาร” เนื่องจากตรงกับความหมายของ originator และมีความหมายตรงตามคานิยามมากกว่า ซึ่งเป็นได้ทั้งผู้สร้างข้อมูลและส่งต่อข้อมูล ยังควรรวมถึงเป็นผู้สร้างข้อมูลและเก็บรักษาข้อมูลโดยไม่มีการส่งต่อด้วยก็ได้ อย่างไรก็ตาม บุคคลดังกล่าวไม่ได้หมายถึงผู้รับที่เพียงแต่เก็บข้อมูล¹¹ ส่วนผู้รับการติดต่อสื่อสาร (Addressee) เป็นบุคคลที่ผู้สร้างข้อมูลต้องการติดต่อสื่อสารด้วย และมีการส่งข้อมูลการติดต่อสื่อสารให้ทางอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ ไม่

⁹ UECICU section 11 Invitations to make offers: A proposal to conclude a contract made though one or more electronic communication

¹⁰ Yee Fen LIM, Law of Torts and IP/IT

Professor Yee Fen Lim is a Senior Consultant at Galexia Consulting and a Research Associate at the Baker & McKenzie Cyberspace Law and Policy Centre at the Faculty of Law, University of New South Wales. She has held previous appointments in Law at MacQuarie University and the University of New South Wales and in the author of a leading Australian textbook on IT Law. Professor Lim will teach Torts in Semester 1.
<http://law.nus.edu.sg/faculty/Visitors_s10708.htm>

¹¹ Text for use: UECICU, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, วรรค 95.

รวมถึงบุคคลที่เป็นสื่อกลางที่อาจได้รับ หรือทำหน้าที่ส่งต่อ หรือทำสำเนาข้อความนั้นในระหว่างมีการส่งผ่านข้อมูล ฉะนั้น ผู้สร้างข้อมูล คือ บุคคลที่ทำให้เกิดการติดต่อสื่อสารขึ้น แม้ว่าในการติดต่อสื่อสารจะต้องส่งโดยบุคคลอื่นก็ตาม อย่างไรก็ตาม ผู้สร้างและผู้รับตามอนุสัญญาฉบับนี้สามารถเป็นบุคคลคนเดียวกันได้ เช่น ผู้จัดทำเอกสารตั้งใจจะเก็บเอกสารดังกล่าวไว้เอง¹²

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 จะกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้สร้างข้อมูลกับผู้รับข้อมูล โดยไม่กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้สร้างข้อมูลกับบุคคลผู้เป็นสื่อกลาง เป็นข้อสังเกตว่า อนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงบุคคลที่เป็นสื่อกลางอย่างชัดเจน เช่น คอมพิวเตอร์แม่ข่าย (Server) หรือผู้ให้บริการเว็บไซต์ (Web Hosts) และไม่ได้มีการกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลผู้เป็นสื่อกลางไว้เช่นกัน

“ระบบข้อมูล”

“ระบบข้อมูล” หรือ “information system” ครอบคลุมเทคโนโลยีที่ใช้ในการส่ง รับ เก็บ ข้อมูล และอาจรวมถึงเครือข่ายของการติดต่อสื่อสาร หรือกล่องจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือแม้กระทั่งเครื่องโทรสารก็ได้¹³ นอกจากนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ที่ตั้งของระบบข้อมูลไม่ถูกนำมาใช้พิจารณาที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญา

“ระบบข้อความอัตโนมัติ”

“ระบบข้อความอัตโนมัติ” หรือ “automated message system” เป็นระบบที่สามารถติดต่อสื่อสารและทำงานเองได้โดยไม่ต้องมีบุคคลมาสั่งการหรืออย่างน้อยในขั้นตอนการเจรจาต่อรองระบบสามารถทำงานเองได้โดยไม่มีบุคคลมาสั่งการ จะเห็นได้ว่าระบบอัตโนมัติอาจเป็นส่วนหนึ่งของระบบข้อมูลก็ได้ แต่ระบบข้อความอัตโนมัติแตกต่างจากระบบข้อมูลตรงที่ ระบบข้อมูลเป็นเรื่องเทคโนโลยีการส่ง รับ และเก็บข้อมูล ในทางกลับกัน ระบบข้อความอัตโนมัติมุ่งจะทำการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อนำไปสู่การทำสัญญาที่สะดวกรวดเร็วขึ้น¹⁴ อย่างไรก็ตาม ระบบข้อความอัตโนมัติอาจเป็นได้ทั้งระบบอัตโนมัติฝ่ายเดียวหรือเป็นระบบอัตโนมัติแบบทั้งสองฝ่ายก็ได้

“ที่ตั้งสำนักงาน”

¹²Text for use: UECICU, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, วรรค 98.

¹³Text for use: UECICU, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, วรรค 101.

¹⁴Text for use: UECICU, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, วรรค 103.

ที่ตั้งสำนักงาน หรือ “place of business” เป็นองค์ประกอบสำคัญของความเป็นระหว่างประเทศ ซึ่งตามความหมายของอนุสัญญานี้ต้องเป็นที่ตั้งที่เป็นการถาวรเพื่อดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

ที่ตั้งสำนักงานจะนำไปพิจารณาประกอบกับอนุสัญญานี้ในมาตราอื่น ๆ ได้แก่ มาตรา 1 เรื่องขอบเขตการบังคับใช้ เนื่องจากอนุสัญญาจะบังคับใช้ต่อเมื่อสำนักงานของคู่สัญญาต้องอยู่กันคนละประเทศ นอกจากนี้ยังนำไปประกอบการพิจารณาในมาตรา 65 เรื่องสถานที่ตั้งของคู่สัญญา

2) การตีความ (มาตรา 5)

ตามมาตรา 5¹⁵ ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้กำหนดหลักในการตีความข้อกฎหมายทางการค้าระหว่างประเทศให้สามารถทำได้ง่ายขึ้น โดยมีที่มาจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ¹⁶ ซึ่งมีหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการตีความ 3 ประการ ได้แก่ ประการแรกลักษณะความเป็นระหว่างประเทศ ประการที่สองคำนึงถึงการส่งเสริมความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และประการที่สาม คือ การปฏิบัติด้วยความสุจริตในทางการค้าระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 และอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 ไม่ได้กำหนดวิธีการตีความไว้ว่าจะนำไปใช้อย่างไร การตีความกฎหมายจึงอาจทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 หรือเอกสารประกอบการจัดทำอนุสัญญาฉบับดังกล่าว หรือทฤษฎีทางกฎหมายหรือบทความทางวิชาการ คำพิพากษาศาล หรือหลักกฎหมายเปรียบเทียบมาประกอบการตีความ นอกจากนี้หากเกิดปัญหาที่อยู่ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้

¹⁵ UECICU, Article 5 Interpretation

1. In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

2. Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

¹⁶ Text for use: UECICU, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, วรรค 107.

การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 แล้วไม่มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ให้นำหลักทั่วไปของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศมาใช้บังคับ ได้แก่ หลักความเป็นกลางทางเทคโนโลยี หลักความเท่าเทียมกันในการทำหน้าที่ รวมถึงหลักเสรีภาพของคู่สัญญา และหลักสุจริต หากไม่มีหลักทั่วไปของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 มาใช้บังคับ ให้คู่สัญญานำกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาใช้บังคับกับปัญหาดังกล่าว

3) ที่อยู่ของคู่สัญญา (มาตรา 6)

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อเรื่องเขตอำนาจศาล ซึ่งกล่าวไว้ว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 จะบังคับใช้กับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาที่มีสำนักงานตั้งอยู่ในรัฐภาคีคนละประเทศ จะเห็นได้ว่าหากคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างทราบที่ตั้งสำนักงานของกันและกัน จะทำให้คู่สัญญาสามารถทราบว่าธุรกรรมที่สร้างขึ้นเป็นสัญญาระหว่างประเทศหรือในประเทศ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันการติดต่อสื่อสารระบบอินเทอร์เน็ตเป็นเครือข่ายแบบเปิดซึ่งเป็นที่นิยมใช้กันทั่วโลกเพราะเป็นระบบที่ทุกคนในโลกสามารถติดต่อกันได้ ดังนั้น หากไม่มีข้อกำหนดที่แน่นอนที่กำหนดเรื่องสถานที่ตั้งสถานประกอบกิจการของคู่สัญญา จะเป็นการสร้างความยากลำบากให้แก่คู่สัญญาในการหาที่อยู่แท้จริงของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และอาจมีผลกระทบต่อตัวคู่สัญญา การทำธุรกิจการค้า และระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศอย่างปฏิเสธไม่ได้ นอกจากนี้ ยังทำให้เกิดความไม่แน่นอนทางกฎหมายด้วย เนื่องจากที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญา เป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดเขตอำนาจศาล กฎหมายที่ใช้บังคับ และหลักเกณฑ์การบังคับใช้กฎหมาย อนุสัญญานับนี้จึงทำการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมีการบัญญัติเรื่องสถานที่ตั้งของคู่สัญญา

ในมาตรา 6¹⁷ โดยได้กำหนดบทสันนิษฐานเรื่องที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญาไว้หลายกรณี ทั้งกรณี คู่สัญญามีการแจ้งที่อยู่ไว้และกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้แจ้งที่อยู่ไว้แต่ที่มีสำนักงานอยู่แห่งเดียวหรือ หลายแห่ง รวมถึงที่ตั้งสำนักงานของบุคคลธรรมดา นอกจากนี้ ผู้เขียนยังจะกล่าวถึงประเด็นที่อาจ เกิดขึ้นทั้งกรณีที่คู่สัญญาแจ้งที่อยู่ไม่ตรงกับความเป็นจริงและกรณีที่คู่สัญญาไม่มีสำนักงานอยู่ เลย ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) หากคู่สัญญาฝ่ายใดระบุที่ตั้งสำนักงานว่าตั้งอยู่ ณ ที่ใด ให้สันนิษฐานว่าสถานที่นั้น เป็นที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญาฝ่ายนั้น

บทสันนิษฐานในข้อนี้มีเพื่อบ่งชี้สถานที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม บท สันนิษฐานนี้มาพร้อมเงื่อนไขให้คู่สัญญาต้องเปิดเผยหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับที่ตั้งสำนักงานของตน

(2) การหักล้างบทสันนิษฐาน

¹⁷ Location of the parties

1. For the purposes of this Convention, a party's place of business is presumed to be the location indicated by that party, unless another party demonstrates that the party making the indication does not have a place of business at that location.

2. If a party has not indicated a place of business and has more than one place of business, then the place of business for the purposes of this Convention is that which has the closest relationship to the relevant contract, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract.

3. If a natural person does not have a place of business, reference is to be made to the person's habitual residence.

4. A location is not a place of business merely because that is:

(a) where equipment and technology supporting an information system used by a party in connection with the formation of a contract are located; or

(b) where the information system may be accessed by other parties.

5. The sole fact that a party makes use of a domain name or electronic mail address connected to a specific country does not create a presumption that its place of business is located in that country.

เนื่องจากผู้ประกอบการค้าต่างประเทศจำนวนมากมีสำนักงานหลายแห่งซึ่งอาจตั้งอยู่ในหลายประเทศ นอกจากนี้ยังอาจมีโรงงานผลิตสินค้าและคลังเก็บสินค้าในสถานที่ต่าง ๆ กันและอาจตั้งอยู่กันคนละประเทศก็ได้ ในบางครั้งคู่สัญญาอาจจะระบุสถานที่ใดสถานที่หนึ่งเป็นสำนักงาน เช่น คลังเก็บสินค้า หรือเป็นโรงงานผลิตสินค้า เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจาก คำนิยามคำว่า “สถานประกอบธุรกิจ” ในมาตรา 4 จะเห็นได้ว่า ที่ตั้งของโรงงานหรือคลังเก็บสินค้าอาจไม่ได้เป็นที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญาก็ได้ เพราะสถานที่ดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับสัญญาน้อยมากและเป็นเพียงสถานที่สำหรับจัดหาจัดเตรียมสินค้าเท่านั้น ดังนั้น การหักล้างบทสันนิษฐานตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญามาตรา 6 วรรคแรกตอนท้ายที่ว่า “เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่ได้มีสถานประกอบธุรกิจที่ตั้ง” นั้น จึงหน้าที่ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทำการตรวจสอบว่าสถานที่ที่ได้รับแจ้งเป็นสถานประกอบกิจการที่ใกล้ชิดที่สุดกับสัญญาหรือไม่เพื่อแสดงว่าสถานที่ดังกล่าวเป็นสถานประกอบกิจการของคู่สัญญาหรือไม่ อย่างไรก็ตาม หากคลังเก็บสินค้าหรือโกดังเป็นสถานที่ที่มีความใกล้ชิดกับสัญญาที่สุด ก็อาจเป็นสำนักงานของคู่สัญญาได้เช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น ผู้ขายสินค้าทางอินเทอร์เน็ตมีโกดังเก็บของหลายแห่งซึ่งอยู่ในสถานที่ต่าง ๆ กัน สินค้าหลายประเภทอาจถูกส่งมาจากโกดังที่ต่าง ๆ ตามคำสั่งซื้อทางอิเล็กทรอนิกส์ครั้งเดียวกัน ทำให้ผู้ขายจำเป็นต้องเลือกสถานที่ที่โกดังตั้งอยู่เพียงแห่งเดียวเพื่อบ่งชี้สถานที่ตั้งสถานประกอบกิจการสำหรับสัญญา จะเห็นได้ว่ากรณีนี้ผู้ขายมีสถานที่ตั้งหลายแห่ง หากผู้ซื้อเห็นว่าสถานที่ที่ผู้ขายแจ้งมาไม่ถูกต้อง ผู้ซื้ออาจต้องตรวจสอบและแสดงให้เห็นว่าผู้ขายไม่ได้มีสำนักงาน ณ ที่ตั้งนั้น และให้ผู้ขายให้ข้อมูลเกี่ยวกับที่ตั้งสำนักงานที่มีความใกล้ชิดกับสัญญามากที่สุดเพื่อป้องกันปัญหาอันเนื่องมาจากความไม่แน่นอนของที่ตั้งสำนักงานอย่างที่กล่าวมาแล้ว

(3) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นมีที่ตั้งสำนักงานแห่งเดียวแต่ไม่มีการแจ้งที่อยู่ ให้ถือว่าที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญาฝ่ายนั้นอยู่ ณ สถานที่ตามที่กำหนดในคำจำกัดความของ “สถานที่ตั้งสถานประกอบธุรกิจ” ตามมาตรา 4

(3) ถ้าคู่สัญญาฝ่ายนั้นมีที่ตั้งสำนักงานแห่งเดียวแต่ไม่มีการแจ้งที่อยู่ ให้ถือว่าที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญาฝ่ายนั้นอยู่ ณ สถานที่ตามที่กำหนดในคำจำกัดความของ “สถานที่ตั้งสถานประกอบธุรกิจ” ตามมาตรา 4

เนื่องจากอนุสัญญานี้ไม่ได้วางหลักเกณฑ์กรณีดังกล่าวไว้ ผู้เขียนเห็นว่าควรนำสถานที่ตามที่กำหนดในคำจำกัดความของ “สถานที่ตั้งสถานประกอบธุรกิจ” ตามมาตรา 4 (ข) เป็นสถานที่ตั้งสถานประกอบธุรกิจของคู่สัญญาฝ่าย

(4) ถ้ามีที่ตั้งสำนักงานหลายที่ แต่ไม่มีการแจ้งที่อยู่ใด ๆ ให้สันนิษฐานว่าสำนักงานซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุดกับสัญญาที่เกี่ยวข้องเป็นสถานประกอบธุรกิจ ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 6 วรรคสอง ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005

เมื่อนำบทบัญญัติดังกล่าวของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศมาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 พบว่าบทสันนิษฐานกรณีที่ตั้งสำนักงานหลายแห่งตามอนุสัญญานี้มีความแตกต่างจากอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศซึ่งสันนิษฐานว่าสำนักงานที่มีความเกี่ยวข้องและใกล้ชิดที่สุดกับสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญานั้นจึงจะเป็นสำนักงาน โดยบทสันนิษฐานตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 ยึดถือความเกี่ยวข้อง 2 ประการ คือ ประการแรก ความเกี่ยวข้องใกล้ชิดที่สุดกับสัญญา และประการที่สอง ความเกี่ยวข้องใกล้ชิดที่สุดกับการปฏิบัติตามความสำคัญใกล้ชิดกับสัญญามากที่สุด ในขณะที่เดียวกันสำนักงานของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีความสำคัญใกล้ชิดกับการปฏิบัติตามสัญญามากที่สุด อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่าหากเป็นกรณีที่คู่สัญญามีสถานที่ตั้งสถานประกอบธุรกิจเพียงแห่งเดียวและไม่ได้บ่งชี้ไว้ ให้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายนั้นมีสถานที่ตั้งสถานประกอบธุรกิจอยู่ ณ สถานที่ตามที่กำหนดในคำจำกัดความของ “สถานที่ตั้งสถานประกอบธุรกิจ” ตามมาตรา 4 (ข)

(5) บุคคลธรรมดาไม่มีสำนักงานของตนเองให้สันนิษฐานว่าถิ่นที่อยู่ของบุคคลนั้นเป็นสำนักงาน

ตามมาตรา 6 วรรคสามของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้บัญญัติไว้ว่ากรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและไม่มีสำนักงานของตนเอง ให้สันนิษฐานว่าถิ่นที่อยู่ของบุคคลนั้นเป็นสำนักงานได้

(6) แจ้งที่ตั้งสำนักงานไม่ตรงกับความเป็นจริง

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ไม่ได้มีการกำหนดผลในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดแจ้งที่อยู่ของสำนักงานไม่ตรงกับความเป็นจริงไว้ ซึ่งหากเกิดปัญหาดังกล่าวอาจต้องกลับไปพิจารณาคำนิยาม คำว่า “สถานประกอบธุรกิจ” ประกอบกับที่ตั้งสำนักงานที่มีความเกี่ยวข้องและใกล้ชิดที่สุดกับสัญญา เพื่อพิจารณาเป็นรายสัญญาไปว่าที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญาอยู่ภายในหรือต่างประเทศ และอยู่ ณ ที่ใด

(7) คู่สัญญาไม่มีสำนักงาน

ในการค้าบนเว็บไซต์ คู่สัญญาอาจมีสถานที่ตั้งสำนักงานหรือไม่มีสำนักงานก็ได้ หากคู่สัญญาไม่มีสำนักงานทางกายภาพจริง ๆ แต่อาจจัดตั้งบนเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์เพียงอย่างเดียว หรือที่เรียกว่า “Virtual company” อย่างไรก็ตาม หากคู่สัญญาไม่ได้มีการระบุหรือแสดงให้เห็นถึงสถานที่ตั้งสำนักงาน อนุสัญญานี้ก็จะไม่นำไปบังคับใช้กับสัญญา

(8) สถานที่ตั้งอุปกรณ์ทางเทคโนโลยีที่ใช้ในการทำสัญญาหรือสถานที่ตั้งระบบข้อมูลเพียงอย่างเดียวไม่อาจถือว่าเป็นที่ตั้งสำนักงาน

แม้สถานที่ตั้งของคู่สัญญาจะเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาขอบเขตการบังคับใช้ของคู่สัญญา แต่ตามมาตรา 6 วรรค 4 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ห้ามไม่ให้สถานที่ตั้งของเครื่องมือหรืออุปกรณ์ทางเทคโนโลยีที่ใช้ในการติดต่อสื่อสารเพื่อทำสัญญา หรือที่ตั้งของระบบข้อมูลที่คู่สัญญาใช้ในการส่ง หรือรับข้อมูล เพียงอย่างเดียวมาใช้เป็นบทสันนิษฐานในการกำหนดที่ตั้งของคู่สัญญา เนื่องจาก อุปกรณ์และระบบข้อมูลซึ่งประกอบไปด้วยเครื่องคอมพิวเตอร์ อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ ซอฟต์แวร์ ฮาร์ดแวร์ ระบบคอมพิวเตอร์ รวมถึงเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่าย (Server) ไม่ใช่ปัจจัยที่ก่อให้เกิดสำนักงาน อย่างไรก็ตาม ศาลหรืออนุญาโตตุลาการอาจนำเอาที่ตั้งของอุปกรณ์และระบบข้อมูลไปใช้ประกอบการพิจารณาพร้อมกับองค์ประกอบอื่น ๆ เพื่อพิจารณาถึงที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญาได้

(9) สถานที่ที่เชื่อมโยงกับโดเมนเนมหรือที่อยู่ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่อาจถือว่าเป็นสถานประกอบธุรกิจของคู่สัญญา

โดเมนเนมซึ่งทำหน้าที่เป็นบ้านเลขที่ที่ใช้ติดต่อระหว่างกันบนอินเทอร์เน็ต โดยแปลง IP address ซึ่งตัวเลขดิจิทัลให้เป็นตัวอักษร เช่น “google.com” เป็น Domain name ที่ใช้แทน IP address 216.239.39.99 ส่วน “amazon.com” ที่ใช้แทน IP address 204.183.20.30 เพื่อความสะดวกในการจดจำและการติดต่อบนระบบอินเทอร์เน็ต อย่างไรก็ตาม โดเมนเนมซึ่งแปลงมาจากตัวเลขดิจิทัลหลายตัวเป็นชุดเป็นเรื่องทางเทคนิค คนทั่วไปไม่สามารถเข้าใจได้ และไม่อาจแสดงที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญาได้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ ระบบการจดทะเบียนโดเมนเนมแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกัน บางประเทศต้องแนบเอกสารดังกล่าวจดทะเบียนประกอบกับคำขอจดทะเบียนด้วย แต่ในประเทศอาจไม่ต้องการเอกสารดังกล่าวเพราะไม่คำนึงถึงสัญชาติหรือภูมิฉันทาของผู้จดทะเบียน ทำให้การจดทะเบียนโดเมนเนมอาจไม่มีการระบุสถานที่ตั้งสำนักงานหรือประเทศของผู้จดทะเบียน และสร้างความไม่แน่นอนในการกำหนดประเทศหรือที่ตั้งสำนักงานของผู้จดทะเบียน ดังนั้น มาตรา 6 วรรคห้าของอนุสัญญานี้ จึงไม่นำสถานที่ที่

เชื่อมโยงกับโดเมนเนมหรือที่อยู่ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ เช่น สถานที่จดทะเบียนโดเมนเนม สถานที่ที่มีการจัดการเกี่ยวกับโดเมนเนม มาใช้เป็นข้อสันนิษฐานในการกำหนดที่ตั้งของคู่สัญญา เพียงอย่างเดียว อย่างไรก็ตาม มิได้ห้ามมิให้นำเอาโดเมนเนมและที่อยู่ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์มาเป็นองค์ประกอบในการพิจารณาเรื่องที่ตั้งของคู่สัญญา

4) ข้อกำหนดเกี่ยวกับข้อมูล (มาตรา 7)

เนื่องจากการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับคู่สัญญาจะเพิ่มความแน่นอน ความโปร่งใสและความมั่นใจในการทำสัญญาระหว่างประเทศด้วยวิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศจึงมีการบัญญัติเรื่องการยอมรับข้อกำหนดตามกฎหมายภายในประเทศเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล และผลทางกฎหมายจากการให้ข้อมูลที่ไม่ถูกต้องไว้ในมาตรา 7¹⁸ อันเป็นการยอมรับหลักเกณฑ์โดยกำหนดให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามกฎใด ๆ ของกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสัญญา เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับชื่อคู่สัญญา สำนักงาน หรือข้อมูลอื่น นอกจากนี้ อนุสัญญานี้ยังยอมรับกฎเกณฑ์อื่น ๆ ตามกฎหมายอาญา กฎหมายละเมิด หรือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ที่เกี่ยวกับการปลดปล่อยคู่สัญญาฝ่ายใดจากผลทางกฎหมายเมื่อมีการให้ข้อมูลที่ ไม่ถูกต้อง ไม่สมบูรณ์ หรือเป็นเท็จด้วย นอกจากนี้ มาตรานี้ยังคงมีผลใช้บังคับแม้ว่าคู่สัญญาจะตกลงยกเว้นการบังคับใช้มาตรานี้ก็ตาม

ข้อสังเกต ในบางสถานการณ์ เช่น ในตลาดการเงิน หรือการประมูลทางอินเทอร์เน็ตผู้ขายและผู้ซื้ออาจใช้นามแฝงหรือรหัสในการเจรจาต่อรองหรือในการประมูล รวมถึงในระบบการพาณิชย์ที่มีตัวกลางทางการค้า ผู้ขายก็จะไม่เปิดเผยผู้จัดหาสินค้า (Supplier) ของตนให้ผู้ซื้อในขนาดที่ทราบ เพื่อปกปิดตนเอง รวมทั้งปกปิดมาตรการเจรจาต่อรอง

2.3.3 หมวดที่ 3 การใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ

หมวดที่ 3 ตั้งแต่มาตรา 8 ถึงมาตรา 14 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสัญญาประกอบด้วย การรับรองผลทางกฎหมายของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ คำเชื้อเชิญให้ทำ

¹⁸ UECICU, Article 7 Information requirements: Nothing in this Convention affects the application of any rule of law that may require the parties to disclose their identities, places of business or other information, or relieves a party from the legal consequences of making inaccurate, incomplete or false statements in that regard.

คำแนะนำ การใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติสำหรับการทำสัญญา ข้อกำหนดเกี่ยวกับแบบของสัญญา เวลาและสถานที่ในการส่งและรับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ และความผิดพลาดในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

1) การรับรองผลทางกฎหมายของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา ระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้รับรองสถานะหรือผลทางกฎหมายของการติดต่อสื่อสารหรือสัญญา ที่ทำในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ในมาตรา 8 โดยที่มาตรา 8 วรรคหนึ่งได้รับรองผลทางกฎหมาย ของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักความเท่าเทียมกัน เพื่อมิให้มีการปฏิบัติที่ต่างกัน ระหว่างการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์กับเอกสารที่เป็นกระดาษ โดยกำหนดว่าข้อมูลใดๆ จากการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์จะต้องไม่ถูกปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการมีผลบังคับใช้ ด้วยเหตุเพียงเพราะว่าเป็นการติดต่อสื่อสารด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ อย่างไรก็ตาม จาก ข้อกำหนดดังกล่าวไม่อาจแปลความกลับเป็นการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นการสร้างความ สมบูรณ์หรือการมีผลบังคับใช้

นอกจากนี้ มาตรา 8 วรรคสอง ของอนุสัญญานี้ ได้เน้นถึงหลักความมีเสรีภาพของ คู่สัญญา โดยกำหนดว่าการรับรองผลทางกฎหมายของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นี้ไม่ได้ เป็นการกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายใดต้องใช้หรือต้องยอมรับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่ การที่จะใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องเกิดจากการตกลงกันของคู่สัญญา ซึ่งการตกลง หรือยินยอมที่จะใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นี้ ไม่จำเป็นต้องบอกอย่างแจ้งชัดหรือแสดงออก ด้วยวิธีใดเป็นพิเศษ ตัวอย่างที่อาจถือได้ว่าคู่สัญญาได้ตกลงทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การยื่นนามบัตรที่มีที่อยู่ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ทางธุรกิจอยู่ การเชิญลูกค้าในอนาคตให้เยี่ยมชม เว็บไซต์ของบริษัท หรือการให้เข้าถึงเว็บไซต์ของผู้ใดเพื่อส่งคำสั่งซื้อ และการโฆษณาสินค้าทาง อินเทอร์เน็ตหรือผ่านไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

2) ข้อกำหนดเกี่ยวกับแบบของสัญญา (มาตรา 9)

โดยทั่วไป แบบหรือวิธีการในการทำสัญญาจะเป็นไปตามความตกลงของคู่สัญญา จะทำ ด้วยวิธีการใดก็ได้ เช่น ด้วยวาจา การกระทำ หรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ แต่กรณีที่เป็นแบบที่ กฎหมายบังคับไว้ ซึ่งหากไม่ทำตามแบบที่กำหนดไว้ กฎหมายก็จะกำหนดผลไว้ เช่น สัญญาตก เป็นโมฆะ หรือไม่เป็นโมฆะ แต่ผลจะเป็นไปตามแต่กรณี สำหรับการทำสัญญาด้วยวิธีการ ติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์บางประเภท หากเป็นสัญญาที่มีแบบที่กฎหมายบังคับไว้ คู่สัญญา จะทำอย่างไรให้วิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถใช้เทคโนโลยีหรือวิธีการทาง อิเล็กทรอนิกส์ในการสร้างรูปแบบตามข้อกำหนดดังกล่าวได้ และได้รับความน่าเชื่อถือและรับรอง

โดยกฎหมายและคู่สัญญา อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 จึงได้วางหลักเกณฑ์ให้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถทำตามข้อกำหนดดังกล่าวได้ ปรากฏอยู่ในมาตรา 9¹⁹ ของอนุสัญญานี้

¹⁹ Article 9 Form requirements

1. Nothing in this Convention requires a communication or a contract to be made or evidenced in any particular form.

2. Where the law requires that a communication or a contract should be in writing, or provides consequences for the absence of a writing, that requirement is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.

3. Where the law requires that a communication or a contract should be signed by a party, or provides consequences for the absence of a signature, that requirement is met in relation to an electronic communication if:

(a) A method is used to identify the party and to indicate that party's intention in respect of the information contained in the electronic communication; and

(b) The method used is either:

(i) As reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or

(ii) Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence.

4. Where the law requires that a communication or a contract should be made available or retained in its original form, or provides consequences for the absence of an original, that requirement is met in relation to an electronic communication if:

(a) There exists a reliable assurance as to the integrity of the information it contains from the time when it was first generated in its final form, as an electronic communication or otherwise; and

โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้ตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานสำคัญตามหลักความเท่าเทียมกัน (Functional equivalence approach) ซึ่งมีแนวคิดที่ว่าเอกสารที่เป็นกระดาษสามารถทำได้ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เช่นกัน รวมถึงการทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้เช่นเดียวกันโดยไม่ทำให้บทบาทเอกสารในรูปกระดาษลดลง เช่น คู่สัญญาได้จัดทำข้อมูลที่ทุกคนสามารถอ่านข้อความได้และข้อมูลดังกล่าวจะไม่ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไข นอกจากนี้ยังสามารถทำสำเนาเอกสารเพื่อให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเก็บข้อมูลเหมือนกัน หรือเพื่อรับรองข้อมูลโดยวิธีการลงลายมือชื่อ และเพื่อให้เอกสารอยู่ในรูปแบบที่เป็นที่ยอมรับของหน่วยงานราชการและศาล

อย่างไรก็ตาม เพื่อไม่ให้เป็นการจัดตั้งกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับแบบของสัญญา อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ไม่ได้ให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่จะเลือกใช้เทคโนโลยีหรือวิธีการที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบใดก็ได้เพื่อขัดขวางการปฏิบัติตามกฎหมาย เช่น การใช้วิธีการรับรองพิเศษที่เกี่ยวข้องกับประเภทของสัญญาบางชนิด

จะเห็นได้ว่า มาตรา 9 วรรคหนึ่ง ไม่ได้กำหนดรูปแบบของการติดต่อสื่อสารไว้ แต่ในสัญญาบางประเภท กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบที่กำหนดไว้ เช่น ทำเป็นหนังสือ หรือลงลายมือชื่อ หรือทำเป็นต้นฉบับ โดยข้อกำหนดของกฎหมายเหล่านั้นอาจจะมาจากกฎหมายกฎระเบียบที่บัญญัติขึ้น รวมถึงอนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐภาคีได้ให้สัตยาบันไว้เท่านั้น แต่ไม่รวมถึงกฎเกณฑ์ที่มาจากธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า หรือกฎของพ่อค้า (Lex Mercatoria) ซึ่งจะปฏิบัติตามความตกลงหรือหลักเสรีภาพของคู่สัญญา

(b) Where it is required that the information it contains be made available, that information is capable of being displayed to the person to whom it is to be made available

5. For the purposes of paragraph 4 (a):

(a) The criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change that arises in the normal course of communication, storage and display; and

(b) The standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of all the relevant circumstances.

ทั้งนี้ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา ระหว่างประเทศได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องแบบของสัญญาไว้ดังนี้

ก หนังสือ หรือหลักฐานเป็นหนังสือ

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ จะถือว่าได้มีการปฏิบัติตาม ข้อกำหนดนั้นแล้วเมื่อได้ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และข้อมูลในการติดต่อสื่อสารนั้นสามารถ เข้าถึงเพื่อที่จะนำมาใช้อ้างอิงในภายหลังได้ ซึ่งคำว่า “เข้าถึงได้” (accessible) หมายถึง ข้อมูลใน รูปแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้นควรจะอ่านออกและตีความได้ และให้มีการเก็บซอฟต์แวร์ที่ใช้เพื่ออ่าน ข้อมูลนั้นด้วย ส่วนคำว่า “สามารถนำมาใช้” (usable) หมายถึงทั้งการใช้ของมนุษย์และการ จัดการข้อมูลของระบบอิเล็กทรอนิกส์

แนวคิดเรื่องการใช้ข้อมูลนั้นต้องสามารถเข้าถึงเพื่อที่จะนำมาใช้อ้างอิงในภายหลังได้ก็เพื่อ เป็นการสร้างองค์ประกอบที่เป็นรูปธรรมให้แก่การติดต่อสื่อสารหรือสัญญาที่ทำโดยใช้วิธีการทาง อิเล็กทรอนิกส์

ข ลายมือชื่อ

โดยทั่วไปลายมือชื่อของผู้ทำสัญญาหรือผู้ทำการติดต่อสื่อสารจะทำลงบนแผ่นกระดาษ และสามารถตรวจสอบความถูกต้องของลายมือชื่อได้จากตัวอย่างลายมือชื่อที่ทำไว้ หากกฎหมาย กำหนดว่ากรณีใดต้องมีการลงลายมือชื่อของผู้ใดเป็นพิเศษแล้ว หากไม่มีการลงลายมือชื่อก็จะไป พ้องร้องหรือดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวไม่ได้ สำหรับโลกอิเล็กทรอนิกส์ การแยกความแตกต่าง ระหว่างต้นฉบับกับสำเนาจึงไม่สามารถทำได้ ประกอบกับการที่ข้อมูลดังกล่าวไม่มีการลงลายมือ ชื่อและข้อมูลก็ไม่ได้ปรากฏบนกระดาษ จึงมีการคาดการณ์ว่าจะมีการหลอกลวงเกิดขึ้นได้โดยง่าย อันเนื่องมาจากความง่ายในการรับและเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่เป็นรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่อาจ ตรวจสอบได้ และเพราะความเร็วในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ทำให้สามารถทำ หลายธุรกรรมได้ในคราวเดียวกัน จึงเกิดการคิดค้นและพัฒนาเทคโนโลยีต่าง ๆ เพื่อเสนอเทคนิคที่ ทำหน้าที่ในการแสดงตน เช่น การลงลายมือชื่อด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือที่เรียกว่า “ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักของเทคโนโลยีนี้เกิดจากหลักความเท่าเทียมกัน กับการเขียนหรือการเซ็นชื่อ และการรับรองวิธีอื่น ๆ เช่น การใช้ตราประทับ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความ แน่นนอนทางกฎหมายของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การ ติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 จึงมีข้อกำหนดที่เป็นการ รับรองลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ คือ ในมาตรา 9 วรรคสาม ซึ่งได้รับแนวคิดจากหน้าที่พื้นฐานของ ลายมือชื่อในระบบกระดาษ เช่น เพื่อแสดงตัวบุคคลอันเป็นการให้ความแน่อนว่าบุคคลนั้น เกี่ยวข้องกับการลงลายมือชื่อ และเพื่อเชื่อมโยงบุคคลนั้นกับข้อความในเอกสาร มีข้อน่าสังเกตว่า

ลายมือชื่ออาจทำได้หลายหน้าที่ขึ้นอยู่กับลักษณะของเอกสาร ตัวอย่างเช่น ลายมือชื่ออาจเป็นสิ่งที่ใช้พิสูจน์เจตนาของคู่สัญญาที่จะผูกพันตนเองกับข้อความของสัญญาที่ลงนามไป หรือเพื่อรับรองว่าตนเป็นผู้เขียนข้อความนั้น หรือเพื่อผูกพันตนเองเข้ากับข้อความที่บุคคลอื่นเขียน หรือเพื่อระบุเวลาและสถานที่ เป็นต้น

ทั้งนี้ มาตรา 9 วรรคสาม วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า หากกฎหมายกำหนดให้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์หรือสัญญาต้องลงลายมือชื่อด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามข้อกำหนดเช่นนั้นแล้ว อย่างไรก็ตาม ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์จะมีผลทางกฎหมายหรือไม่ ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก องค์ประกอบของการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคสาม (1) และประการที่สอง ความน่าเชื่อถือของวิธีการลงลายมือชื่อตามมาตรา 9 วรรคสาม (2) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) องค์ประกอบของการวิธีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์

ตามมาตรา 9 วรรคสาม (ก) ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้กำหนดวิธีการหรือเทคโนโลยีที่ใช้สร้างลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีลักษณะ 2 ประการ ได้แก่ มีการระบุตัวคู่สัญญาฝ่ายผู้สร้างการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ และมีการแสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายนั้นเกี่ยวกับข้อมูลในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ หากครบองค์ประกอบทั้งสองประการจึงจะถือว่าเป็นการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั่นเอง

(2) ความน่าเชื่อถือของวิธีการลงลายมือชื่อ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้กำหนดสิ่งที่ใช้พิจารณาความน่าเชื่อถือของวิธีการหรือเทคโนโลยีที่ใช้สร้างไว้ในมาตรา 9 วรรคสาม (ข) ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่ยึดหยุ่นโดยประกอบด้วยปัจจัยต่าง ๆ เช่น ปัจจัยทางกฎหมาย ทางเทคโนโลยี และทางพาณิชย์ เห็นได้จากที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคสาม (ข) (1) กล่าวคือ ต้องเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้ซึ่งเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมทั้งปวง รวมถึงข้อตกลงใด ๆ ที่เกี่ยวข้อง สิ่งที่นำมาพิจารณา ได้แก่ ประสิทธิภาพของอุปกรณ์ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายใช้ ลักษณะและความถี่ของธุรกรรมพาณิชย์ของคู่สัญญา ประเภทและขนาดของธุรกรรม ระดับและวิธีการของการรับรอง ความสำคัญและคุณค่าของข้อมูลที่อยู่ในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ และอื่น ๆ

ข้อกำหนดดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเน้นย้ำต่อศาล หากเกิดกรณีพิพาทและมีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงการมีผลของการลงลายมือชื่อนั้น โดยเตือนให้ศาลเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องนำเอาปัจจัยต่าง ๆ นอกเหนือจากเทคโนโลยีมาพิจารณาด้วย เช่น วัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งการ

ติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ตั้งแต่แรกหรือข้อตกลงที่เกี่ยวข้องของคู่สัญญา เพื่อให้มั่นใจว่าลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้นั้นเพียงพอที่จะระบุตัวผู้ลงลายมือชื่อได้หรือไม่ หากไม่มีข้อกำหนดนี้ การพิจารณาของศาลอาจเอนเอียงไปเป็นว่าวิธีการลงลายมือชื่อที่ใช้อุปกรณ์ที่มีความปลอดภัยสูงเท่านั้นจึงจะเพียงพอต่อการระบุตัวคู่สัญญา

จากที่กล่าวมาถึงมาตรา 9 วรรคสาม จะเห็นได้ว่าเป็นการมุ่งที่จะขจัดอุปสรรคจากการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยให้การรับรองลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่มีวิธีการสร้างที่น่าเชื่อถือและเหมาะสมเท่านั้น โดยไม่ได้มุ่งที่จะให้มีผลต่อเรื่องความสมบูรณ์ทางกฎหมายของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น แม้การลงลายมือชื่อในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นไปตามข้อกำหนดก็ตาม แต่สัญญานั้นจะมีความสมบูรณ์ทางกฎหมายหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นไม่ใช่จากอนุสัญญานี้

ค ต้นฉบับอิเล็กทรอนิกส์

ในโลกของการใช้กระดาษในการติดต่อสื่อสาร เอกสารบางประเภทต้องทำเป็น “ต้นฉบับ” เท่านั้น และส่งไปโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลง จึงจะได้รับการยอมรับจากคู่สัญญา ตัวอย่างเช่น หนังสือรับรองน้ำหนัก หนังสือรับรองทางการเกษตร หนังสือรับรองคุณภาพและปริมาณ รายงานการตรวจสอบ หนังสือรับรองการรับประกัน และเอกสารการค้าอื่น ๆ เพื่อให้คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศมีความมั่นใจในข้อความของเอกสารดังกล่าว ในขณะที่เดียวกัน เอกสารดังกล่าวก็ไม่สามารถนำไปใช้แสดงสิทธิหรือโอนกรรมสิทธิ์ได้ สำหรับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์หรือสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ หาก “ต้นฉบับ” หมายถึง สื่อกลางที่นำข้อมูลไปติดไว้เป็นครั้งแรก ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมายังผู้รับไม่อาจเป็นต้นฉบับได้เลย เพราะข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมายังผู้รับจะเป็นสำเนาเสมอ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 จึงพยายามขจัดปัญหาการแสดงหรือการรักษาต้นฉบับที่กฎหมายกำหนดให้ทำขึ้นในการติดต่อสื่อสารหรือสัญญา อนุสัญญานี้จึงหาวิธีการเพื่อรับรองข้อความการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์และการยืนยันความเป็นต้นฉบับซึ่งเป็นไปตามหลักความเท่าเทียมกันเพื่อป้องกันการหยุดชะงักของการพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์โดยได้กำหนดเรื่องเกี่ยวกับการรับรองข้อความและการยืนยันความเป็นต้นฉบับไว้ในมาตรา 9 วรรคสี่และวรรคห้า ประกอบไปด้วย การรับรองความครบถ้วนของข้อมูล และต้องสามารถแสดงข้อมูลได้ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) การรับรองความครบถ้วนของข้อมูล

ตามมาตรา 9 วรรคสี่ (ก) ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ให้ถือว่าการติดต่อสื่อสารหรือสัญญานั้น

สามารถแสดงหรือเก็บรักษาในรูปของต้นฉบับความครบถ้วนของข้อมูลได้ หากคู่สัญญาได้ใช้วิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์หรือทำสัญญาโดยมีการรับรองอันเชื่อถือได้ถึงความครบถ้วนของข้อมูล ตั้งแต่เมื่อแรกสร้างข้อมูลนั้นเสร็จสมบูรณ์

เป็นที่น่าสังเกตว่า ข้อกำหนดนี้มีเจตนาที่จะรวมเอาสถานการณ์ที่ข้อมูลถูกสร้างขึ้นครั้งแรกให้เหมือนกับทำเอกสารในรูปแบบกระดาษและส่งต่อมายังคอมพิวเตอร์ ดังนั้น ในการตีความมาตรา 9 วรรคสี่ (ก) ต้องตีความว่าเป็นการรับรองว่าข้อมูลนั้นยังคงสมบูรณ์และไม่มีการเปลี่ยนแปลงตั้งแต่เวลาที่ข้อความสุดท้ายถูกสร้างขึ้นในกระดาษเป็นต้นไป ไม่ใช่นับแต่เวลาที่ถูกเปลี่ยนแปลงไปเป็นรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์

(2) ต้องสามารถแสดงข้อมูลได้ ตามมาตรา 9 วรรคสี่ (ข)

นอกจากนี้ มาตรา 9 วรรคห้า ยังกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความถูกต้องครบถ้วนของข้อมูล เพื่อยกเว้นการรับรองใด ๆ และการเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่เป็นต่อวิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การสลักหลัง การรับรอง การโน้ตารี และอื่น ๆ นอกจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอื่นที่ถือว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูล (หรือ “ต้นฉบับ”) เพราะการรับรองและการเพิ่มเติมที่จำเป็นต่อวิธีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่กระทบความเป็นต้นฉบับ

(3) เวลาและสถานที่ส่งและรับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (มาตรา 10)

การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตซึ่งเป็นการติดต่อกับคู่สัญญาที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางจะมีการส่ง รับ และแลกเปลี่ยนข้อมูลกัน โดยอาจอยู่ในความดูแลของคนกลางหรือผู้ให้บริการ หรือบุคคลต่าง ๆ การพิจารณาว่าการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะมีผลเมื่อใดจึงเป็นประเด็นสำคัญเพราะจะมีผลต่อการพิจารณาเรื่องการเกิดสัญญา

จากบทบัญญัติข้างต้น ได้กล่าวถึง เรื่องเวลาในการส่ง เวลาในการรับ และสถานที่ในการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก เวลาในการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งหลักเกณฑ์นี้เดินตามกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 15 ถึงแม้ว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ จะกำหนดให้เวลาส่งคือเวลาที่มีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ออกจากระบบข้อมูลที่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้สร้างข้อมูล ในขณะที่ กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ กำหนดให้การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ มีผลเมื่อเข้าสู่เครือข่ายของบุคคลใดที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทนผู้ส่ง โดยการเข้าสู่ระบบข้อมูลนั้น อาจไม่จำเป็นต้องเป็นระบบข้อมูลของผู้รับโดยตรง แต่อาจเป็นระบบข้อมูลของผู้เป็นสื่อกลาง หรือผู้ให้บริการเครือข่ายก็ได้ ซึ่งกระบวนการและผลของการส่งตามอนุสัญญาฉบับนี้ควร

จะเหมือนกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต้องอยู่ในสภาพที่พร้อมจะประมวลผลข้อมูลได้จึงจะถือว่ามิได้เข้าสู่ระบบแล้ว เมื่อข้อมูลได้เข้าสู่ระบบแล้ว การส่งก็มีผลทันทีโดยไม่จำเป็นว่าข้อมูลนั้นต้องอยู่ในสภาพที่อ่านออกหรือไม่ เพราะการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อาจมีการเข้ารหัสกันได้²⁰

นอกจากนี้ มาตรา 10 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้ติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ยังครอบคลุมสถานการณ์ที่การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีการส่งข้อมูลเข้าสู่ระบบเดียวกัน โดยไม่ได้ออกจากระบบข้อมูลภายใต้การควบคุมของผู้ส่งด้วย ซึ่งมาตรา 15 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้กล่าวถึง ตัวอย่างเช่น การส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ในองค์กรเดียวกันโดยใช้เครือข่ายจากประเทศบริษัทแม่ในประเทศหนึ่ง เมื่อคู่สัญญาแลกเปลี่ยนการติดต่อสื่อสารผ่านระบบข้อมูลหรือเครือข่ายเดียวกันทำให้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นมิได้เข้าสู่ระบบข้อมูลภายใต้การควบคุมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอย่างแท้จริง ในกรณีเช่นนี้ การส่งและการรับของการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์จึงเกิดขึ้นพร้อมกัน²¹

ข เวลาในการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ตามมาตรา 10 วรรคสอง ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 กำหนดว่าเวลาในการรับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ คือ เวลาที่ข้อมูลนั้นกลายเป็นข้อมูลที่ผู้รับอาจค้นคืน กล่าวคือ เมื่อการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นมาถึงที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับ ดังนั้น การจะพิจารณาถึงเวลาที่ได้รับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น ต้องพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับการที่คู่สัญญาใช้มาตรการความปลอดภัยของข้อมูลด้วย เช่น การใช้ตัวกรองข้อมูล (Filters) หรือกำแพงข้อมูล (Firewalls) ที่อาจป้องกันการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ต้องการ หรืออาจจะเป็นอันตรายในอนาคต ไม่ให้ไปถึงผู้รับได้ ดังนั้น ข้อสันนิษฐานว่าการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์กลายเป็นสิ่งที่อาจค้นคืนไปถึงที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับอาจถูกหักล้างได้โดยการแสดงหลักฐานว่าจริง ๆ แล้วผู้รับไม่มีวิธีการใดที่จะค้นคืนข้อมูลการติดต่อสื่อสารได้ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติเช่นนี้นำไปสู่ปัญหาและความไม่แน่นอนทางกฎหมายสำหรับการบังคับใช้กับการทำธุรกรรมระหว่างประเทศ เพราะการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นอาจกลายเป็นข้อมูลที่ผู้รับอาจค้นคืนได้ ณ

²⁰ Guide to Enactment กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, วรรค 100-104.

²¹ Text for use: UECICU, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, วรรค 178.

ที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ในวันหยุดราชการ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาต่อมาเกี่ยวกับเวลาที่จะถือว่ามีการได้รับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น ๆ²²

แต่หากการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นถูกส่งไปยังที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นที่ไม่ได้กำหนดไว้ การรับภายใต้อนุสัญญานี้จะเกิดขึ้นเมื่อ (ก) การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์กลายเป็นสิ่งที่ผู้รับอาจค้นคืนได้ และ (ข) ผู้รับได้รู้ว่าการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นถูกส่งไปยังที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นที่ไม่ได้กำหนดเอาไว้โดยเฉพาะ เพราะตามปกตินั้นไม่อาจถือได้ว่าคู่สัญญาที่เป็นเจ้าของที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์มากกว่าหนึ่งที่อยู่นั้น จะให้ความสำคัญกับที่อยู่ของตนเป็นเจ้าของเท่ากันหมด

ค สถานที่ในการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

เนื่องจากสภาพการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์อาจมีระบบข้อมูลหรือที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์เข้ามาเกี่ยวข้องกับหลายระบบหลายที่ แม้ระบบข้อมูลหรือที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นของผู้สร้างข้อมูลหรือไม่ก็ตาม เพื่อความแน่นอนในการพิจารณาสถานที่ส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จึงไม่ควรกำหนดตามที่ตั้งของระบบข้อมูลของผู้รับที่เก็บรักษาข้อมูลเพื่อการเรียกดู นอกจากนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงการทับซ้อนกันระหว่างสถานที่ในการทำธุรกรรมที่ไม่ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 10 วรรคสาม ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 จึงได้กำหนดสถานที่ที่ถือว่าได้มีการส่งและรับ โดยให้ถือว่าการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ส่ง ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของผู้ส่ง และได้รับ ณ สถานที่ที่ผู้รับมีสถานประกอบธุรกิจ

สำหรับมาตรา 10 วรรคสี่นั้น ได้กล่าวถึงผลกระทบของวรรคสาม และความแตกต่างระหว่างสถานที่ที่ถือว่าเป็นสถานที่ของการรับ (สถานที่ตั้งของสถานประกอบธุรกิจ) และสถานที่ที่แท้จริงที่การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์มาถึงในเวลาที่เกิดการรับตามวรรคสอง (ที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ หรือสถานที่ตั้งของระบบข้อมูล) โดยวรรคสี่กำหนดว่าแม้เวลาที่ได้รับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์จะพิจารณาจากที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ (สถานที่ตั้งของระบบข้อมูล) และสถานที่ที่ถือว่าได้รับจะเป็นที่ตั้งของสถานประกอบธุรกิจ ซึ่งแตกต่างกัน หลักการพิจารณาเวลาที่ถือว่าได้รับตามวรรคสองก็คงมีผลบังคับ ดังนั้น คำสั่งซื้อทางอิเล็กทรอนิกส์อาจเกิดขึ้น ณ ประเทศที่สำนักงานของผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้สร้างหรือผู้ส่งข้อมูลตั้งอยู่ในขณะที่ การได้รับคำสั่งซื้อเกิดขึ้น ณ ประเทศที่สำนักงานของผู้ขายซึ่งเป็นผู้รับข้อมูลตั้งอยู่ แม้ในขณะนั้นผู้ขายอาจรับการติดต่อสื่อสารโดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์ที่ตั้งอยู่ในประเทศที่สามก็ได้

²² Text for use: UECICU, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, วรรค 180-181.

ในเรื่องของเวลาในการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีบัญญัติไว้ตามมาตรา 22 และ มาตรา 23 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับอนุสัญญาฯ นี้ คือ กฎหมายทั้งสองฉบับไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อไร ที่ไหน บัญญัติแต่เพียงเวลา และสถานที่รับส่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายแต่ละฉบับยังมีความแตกต่างกันในรายละเอียด ดังนี้

4) คำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ (มาตรา 11)

เนื่องจากการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตมีการเสนอสินค้าหรือบริการผ่านเว็บไซต์ซึ่งมีลักษณะเปิดกว้างสามารถเข้าถึงได้ทั่วไป คำเสนอสินค้าหรือบริการดังกล่าวจะผูกพันคู่สัญญาหรือไม่ มาตรา 11²³ ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 จึงมีการบัญญัติเรื่องคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเพื่ออธิบายประเด็นดังกล่าว โดยมีหลักพื้นฐานคือ หลักความเป็นกลางในการสื่อสารมวลชนโดยเห็นว่าทางออกสำหรับประเด็นปัญหาว่าการเสนอสินค้าและบริการผ่านเว็บไซต์จะผูกพันคู่สัญญาหรือไม่นั้นไม่ควรจะแตกต่างจากทางออกที่ใช้กับสถานการณ์ที่เท่าเทียมกันในโลกแห่งการใช้กระดาษ กล่าวคือ ในโลกแห่งการใช้กระดาษ เช่น การโฆษณาในหนังสือพิมพ์ วิทยุ หรือโทรทัศน์ สิ่งพิมพ์ที่มีภาพสินค้า (catalogue) แผ่นพับโฆษณา (brochure) รายการราคาสินค้า รวมทั้งการโฆษณาสินค้าที่ร้านค้า หรือวิธีการอื่นๆ ที่ไม่ได้มีการเจาะจงผู้รับและคนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ ถือว่าเป็นการเชิญชวนให้ทำคำเสนอ เนื่องจากการโฆษณาเช่นนี้ผู้โฆษณาไม่ได้มุ่งหวังที่จะผูกมัดตัวเอง จากเหตุดังกล่าวมาตรา 11 จึงได้กำหนดว่า การเสนอเพื่อทำสัญญาผ่านการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งไม่ได้ส่งถึงบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง แต่สามารถเข้าถึงได้เป็นการทั่วไป รวมถึงการเสนอโดยให้โปรแกรมสามารถโต้ตอบได้โดยอัตโนมัติในการทำคำสั่งผ่านระบบข้อมูลให้ถือเป็นคำเชื้อเชิญเพื่อทำคำเสนอ เว้นแต่การเสนอเพื่อทำสัญญาระบุได้โดยแจ้งชัดถึงเจตนาของบุคคลที่ทำการเสนอที่จะผูกพันหากมีการสนองรับ ดังนั้น การเสนอสินค้าหรือบริการ

²³ UECICU Article 11 Invitations to make offers

A proposal to conclude a contract made through one or more electronic communications which is not addressed to one or more specific parties, but is generally accessible to parties making use of information systems, including proposals that make use of interactive applications for the placement of orders through such information systems, is to be considered as an invitation to make offers, unless it clearly indicates the intention of the party making the proposal to be bound in case of acceptance.

ผ่านทางอินเทอร์เน็ตจึงไม่มีผลผูกพันผู้เสนอทันที ไม่ว่าเว็บไซต์นั้นจะใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถโต้ตอบได้โดยอัตโนมัติหรือไม่ก็ตาม²⁴

5) การใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติสำหรับทำสัญญา (มาตรา 12)

ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในปัจจุบันมีนาระบบข้อมูลอัตโนมัติ หรือที่เรียกว่า “ตัวแทนทางอิเล็กทรอนิกส์” (Electronic Agent) มาใช้เพิ่มมากขึ้น ซึ่งส่งผลให้นักกฎหมายบางระบบต้องกลับไปวิเคราะห์ถึงทฤษฎีทางกฎหมายเรื่องการเกิดของสัญญา เพื่อนำมาปรับใช้กับสัญญาที่สร้างขึ้นโดยระบบข้อมูลอัตโนมัติที่ปราศจากการแทรกแซงของมนุษย์ ถึงแม้ว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักทั่วไปของกฎหมายเรื่องสัญญาดูเหมือนจะไม่จำเป็นก็ตาม เนื่องจากการไม่มีมนุษย์เข้าไปแทรกแซงในการทำธุรกรรม ไม่ได้เป็นการขัดขวางการเกิดสัญญาแต่อย่างใด แต่ UNCITRAL มีความเห็นว่าถ้ามีข้อกำหนดที่ส่งเสริมการใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นประโยชน์อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005²⁵ จึงมีการบัญญัติเรื่องการใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติไว้ในมาตรา 12²⁶ ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ซึ่งอนุสัญญานี้ห้ามมิให้ปฏิเสธความสมบูรณ์หรือผลทางกฎหมายของระบบข้อมูลอัตโนมัติ ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานการไม่เลือกปฏิบัติเพียงเพราะว่าไม่มีมนุษย์เข้ามาตรวจสอบหรือแทรกแซงในธุรกรรม และไม่เป็นการขัดขวางการเกิดสัญญาแต่อย่างใด นอกจากนี้หากระบบข้อมูลอัตโนมัติทำการแทนบุคคลใด หรือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างจากระบบอัตโนมัติที่ทำการแทนบุคคลใด บุคคลนั้นควรจะรับผิดชอบในข้อความที่เครื่องคอมพิวเตอร์นั้นสร้างขึ้นมาในที่สุด²⁷

²⁴ Text for use: UECICU, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, วรรค 199.

²⁵ Text for use: UECICU, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, วรรค 208-210.

²⁶ UECICU Article 12 Use of automated message systems for contract formation

A contract formed by the interaction of an automated message system and a natural person, or by the interaction of automated message systems, shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that no natural person reviewed or intervened in each of the individual actions carried out by the automated message systems or the resulting contract.

²⁷ Text for use: UECICU, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, วรรค 212.

อย่างไรก็ตาม มาตรา 12 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ไม่ได้กล่าวถึงการแสดงความตกลง ความยินยอมในระบบข้อมูลอัตโนมัติด้วยการคลิกหรือกดปุ่มหรือหน้าจอ หรือวิธีการใดๆ ไว้เพื่อไม่เป็นสนับสนุนเทคโนโลยีอย่างหนึ่งอย่างใดโดยเฉพาะซึ่งอาจเกิดความเสี่ยงที่จะทำให้สัญญาไม่สำเร็จ หรือกลายเป็นวิธีที่ล้าสมัย ดังนั้น การระบุถึงการยินยอมของคู่สัญญาก็มีหลายวิธี เช่น คอมพิวเตอร์อาจแลกเปลี่ยนข้อความโดยอัตโนมัติตามมาตรฐานที่ได้ตกลงกันไว้ หรือบุคคลอาจบ่งบอกความยินยอมโดยการแตะหรือการกดไปที่สัญลักษณ์หรือที่ใดบนจอภาพก็ได้

จึงสรุปได้ว่า สัญญาเกิดขึ้นได้อย่างสมบูรณ์โดยไม่ต้องมีมนุษย์เข้ามาตรวจสอบการทำงานของระบบข้อมูลอัตโนมัติ

6) การจัดให้มีข้อกำหนดของสัญญา (มาตรา 13)

เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเมื่อคู่สัญญาเจรจาต่อรองผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือเครือข่ายแบบเปิดประเภทอื่นๆ ก็อาจจะมีความเสี่ยงที่อาจถูกเรียกร้องให้ยอมตกลงด้วยกับข้อกำหนดหรือเงื่อนไขบางอย่างที่ผู้ขายได้แสดงเอาไว้ แต่กลับไม่สามารถเข้าถึงข้อกำหนดหรือเงื่อนไขนั้นได้ในภายหลัง ในมาตรา 13 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 จึงบัญญัติเรื่องการจัดให้มีข้อกำหนดของสัญญาไว้โดยบัญญัติดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อรองรับกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีการกำหนดให้บุคคลที่เสนอสินค้าหรือบริการผ่านระบบข้อมูลแบบเปิดจะต้องจัดให้มีวิธีการเก็บหรือพิมพ์ข้อกำหนดของสัญญานั้นออกมาให้ได้เพื่อเป็นการส่งเสริมความแน่นอนทางกฎหมาย ความโปร่งใส และการคาดการณ์ได้ในธุรกรรมระหว่างประเทศ ซึ่งบางประเทศกำหนดให้การไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเรื่องการจัดให้มีข้อกำหนดของสัญญาเป็นการกระทำผิดเกี่ยวกับการจัดการและมีโทษปรับ หรือกฎหมายของบางประเทศก็อนุญาตให้ลูกค้ามีสิทธิที่จะขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจตามสัญญานั้นสามารถสั่งให้ผู้ให้บริการปฏิบัติตามข้อกำหนดนั้นได้ หรืออาจจะระบุให้ถือว่าเป็นการขยายระยะเวลาที่ผู้บริโภคยังไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญา ได้ เนื่องจากสัญญายังไม่เริ่มต้นจนกว่าผู้ขายได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดนั้นแล้ว

ข้อสังเกต อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ไม่ได้ระบุหน้าที่ในการจัดให้มีข้อกำหนดของสัญญา แต่เป็นเครื่องเตือนใจแก่คู่สัญญาว่าอนุสัญญานี้ไม่ได้ปลดปล่อยคู่สัญญาออกจากหน้าที่ในการที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในที่ใช้บังคับกับสัญญานั้นซึ่งอาจกำหนดหน้าที่ในการจัดให้มีข้อกำหนดของสัญญาไปด้วย

7) ความผิดพลาดในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (มาตรา 14)

การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในระบบข้อมูลอัตโนมัติอาจเกิดข้อผิดพลาดหรือความสำคัญผิดเกิดขึ้นได้ ไม่ว่าจะเกิดจากการที่บุคคลธรรมดา ใส่ข้อมูลผิดพลาดหรือความผิดพลาดของตัวระบบข้อมูลที่ใช้ก็ได้ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้วางข้อกำหนดเรื่องการแก้ไขความผิดพลาดในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 14 กล่าวคือ การเพิกถอนความผิดพลาดต้องเกิดจากบุคคลธรรมดาแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์โดยใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติเท่านั้น และมีเงื่อนไขการถอนการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ 2 ประการ คือต้องแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบโดยพลัน และไม่ได้รับคำตอบแทนจากการจากสินค้าหรือบริการ

2.3.4 หมวดที่ 4 บทส่งท้าย ตั้งแต่มาตรา 15 ถึงมาตรา 25

ในหมวดที่ 4 บทส่งท้ายจะประกอบไปด้วยบทบัญญัติ ตั้งแต่มาตรา 15 ถึง มาตรา 25 ในส่วนนี้ผู้เขียนจะขอลำดับเฉพาะมาตรา 19 และ 20 เนื่องจากเป็นมาตราที่เกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญานี้ โดยทั้งมาตรา 19 และ 20 จะต้องให้อ่านควบคู่ไปกับมาตรา 1

1) การประกาศเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้

เนื่องด้วยความพยายามจะให้มีการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ในขณะที่มีการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ รัฐภาคีสามารถกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายหรือบทบัญญัติใดไว้ล่วงหน้าได้โดยทำการประกาศสงวนสิทธิหรือจำกัดขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญานี้ได้ ซึ่งตามมาตรา 19²⁸ ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้บัญญัติรายละเอียดไว้ดังนี้

“มาตรา 19 การประกาศเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้

²⁸ UECICU Article 19 Declarations on the scope of application

1. Any Contracting State may declare, in accordance with article 21, that it will apply this Convention only: (a) When the States referred to in article 1, paragraph 1, are Contracting States to this Convention; or (b) When the parties have agreed that it applies.

2. Any Contracting State may exclude from the scope of application of this Convention the matters it specifies in a declaration made in accordance with article 21.

1. รัฐภาคีอาจประกาศตามข้อ 21 ว่า รัฐนั้นจะใช้บังคับอนุสัญญา ได้ก็ต่อเมื่อ
 - (ก) รัฐตามข้อ 1 วรรคหนึ่ง เป็นรัฐภาคีแห่งอนุสัญญานับนี้ หรือ
 - (ข) คู่สัญญาได้ตกลงให้ใช้อนุสัญญานับนี้บังคับแก่สัญญา
2. รัฐภาคีอาจกำหนดยกเว้นขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญานับนี้ในเรื่องที่รัฐภาคีนั้นได้ระบุไว้ในคำประกาศตามข้อ 21”

บทบัญญัติข้างต้นได้ให้อำนาจรัฐภาคีจำกัดขอบเขตการนำอนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 มาใช้บังคับได้ผ่านการประกาศที่สร้างขึ้นในขณะที่ลงนามในอนุสัญญานี้ ซึ่งอาจทำโดยระบารายการหรือประเด็นใดที่ต้องการยกเว้นในการนำเอาอนุสัญญามาใช้บังคับไว้โดยเฉพาะก็ได้

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ได้กำหนดให้รัฐที่จะประกาศจำกัดขอบเขตการนำอนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ มาใช้บังคับต้องมีองค์ประกอบดังนี้

- (1) รัฐที่คู่สัญญามีที่ตั้งสำนักงานอยู่นั้นต้องเป็นรัฐที่ลงนามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานับนี้เท่านั้น

เมื่อรัฐได้ลงนามเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ก็จะเป็นรัฐภาคีแห่งอนุสัญญานับนี้แล้ว ตามมาตรา 198 (1) (ก) และรัฐภาคีดังกล่าวก็สามารถจำกัดขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญานับดังกล่าวได้โดยการประกาศว่า “จะนำอนุสัญญานับนี้มาบังคับใช้กับสัญญาต่อเมื่อรัฐทั้งสองรัฐที่คู่สัญญามีที่ตั้งสำนักงานอยู่ต้องเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญานับนี้”²⁹ โดยไม่คำนึงถึงขอบเขตการบังคับใช้ตามหลักทางภูมิศาสตร์ ในมาตรา 1 วรรคหนึ่ง” อย่างไรก็ตาม การประกาศในลักษณะดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ ดังนี้

ก หากข้อพิพาทเกิดขึ้นในรัฐภาคีที่ได้ทำการประกาศ ตามมาตรา 198 วรรคหนึ่ง (ก) ของอนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 จะนำมาบังคับใช้กับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างคู่สัญญาที่มีสำนักงานที่ตั้งอยู่ในรัฐภาคีที่แตกต่างกัน โดยไม่คำนึงถึงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

²⁹ Text for use: UECICU, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, วรรค 278.

ข หากข้อพิพาทเกิดขึ้นในรัฐภาคีที่ไม่ได้ทำการประกาศ ตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (ก) ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 จะนำมาบังคับใช้กับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับปัจจัย 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลระบุให้นำกฎหมายของรัฐที่เกิดข้อพิพาทมาใช้บังคับกับคู่สัญญาซึ่งมีสำนักงานตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งไม่ว่ารัฐดังกล่าวจะเป็นภาคีหรือไม่

ประการที่สอง เมื่อกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลระบุให้นำกฎหมายของรัฐที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสำนักงานตั้งอยู่ มาใช้บังคับกับรัฐที่เกิดข้อพิพาทขึ้น ต้องพิจารณาต่อไปว่ารัฐที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสำนักงานตั้งอยู่ได้ทำการประกาศตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (ก) ไว้หรือไม่

- หากได้ทำการประกาศ ตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (ก) ไว้ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีที่ตั้งสถานประกอบธุรกิจในรัฐภาคีที่แตกต่างกันหรือไม่ หากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีที่ตั้งสถานประกอบธุรกิจในรัฐภาคีที่แตกต่างกัน จึงจะนำอนุสัญญานี้มาใช้บังคับ

- หากไม่ได้ทำการประกาศไว้ ก็ให้นำอนุสัญญานี้มาใช้บังคับแม้ว่าคู่สัญญาไม่ได้มีสถานประกอบธุรกิจในรัฐภาคีที่แตกต่างกันก็ตาม

ประการที่สาม แต่หากกฎหมายที่ให้นำมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีก็ไม่ให้นำอนุสัญญานี้มาใช้บังคับเลย

ค หากข้อพิพาทเกิดขึ้นในรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาให้นำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 มาใช้บังคับโดยอนุโลมภายใต้เงื่อนไขเดียวกับข้อ ข ข้างต้น

(2) คู่สัญญาได้ตกลงกันว่าจะใช้อุสัญญา ตามมาตรา 19 (1) (ข) กล่าวคือ รัฐสามารถประกาศว่าให้นำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 มาใช้บังคับต่อเมื่อคู่สัญญาดตกลงที่จะนำอนุสัญญานี้มาใช้บังคับกับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้นก็ได้ โดยบทบัญญัตินี้มีเพื่อเป็นการส่งเสริมให้มีการบังคับใช้อุสัญญานี้อย่างกว้างขวางมากขึ้น เนื่องจากมีลักษณะเป็นข้อกำหนดที่เลือกให้อุสัญญาระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ นอกจากนี้ ข้อพิพาทระหว่างประเทศก็มักกำหนดให้ชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการที่มักจะตัดสินข้อพิพาทบนพื้นฐานของกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกไว้ และคู่สัญญามักจะเลือกให้อุสัญญาระหว่างประเทศมาใช้บังคับกับสัญญาของตนมากกว่ากฎหมายของรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ

วิธีการบังคับใช้ตาม 19(1) (ข) ถือว่าเป็นวิธีที่รัฐที่อาจมีปัญหาในการยอมรับการบังคับใช้ออนุสัญญาตามหลักการทั่วไปในมาตรา 1 วรรคหนึ่งสามารถอนุญาตให้ประชาชนในประเทศตนเลือกนำเอาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 มาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้

(3) รัฐภาคีอาจจะระบุประเด็นที่ต้องการให้อยู่นอกเหนือจากขอบเขตการบังคับใช้ออนุสัญญาไว้โดยเฉพาะเจาะจงโดยการประกาศในขณะที่มีการลงนามในอนุสัญญา หรือในเวลาอื่นต่อมาภายหลัง ตามมาตรา 19 วรรคสอง กล่าวคือ รัฐภาคีอาจกำหนดยกเว้นขอบเขตการบังคับใช้ออนุสัญญานับนี้โดยระบุไว้ในคำประกาศตามข้อ 21 ซึ่งมีจุดประสงค์เพื่อให้รัฐภาคีสามารถปรับขอบเขตการบังคับใช้ออนุสัญญาได้โดยไม่ถือว่าเป็นข้อกำหนดสงวนสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองที่อนุสัญญานี้ไม่ได้อนุญาตไว้ ทั้งนี้แม้การประกาศตามมาตรา 21 อาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนทางกฎหมายขึ้น อย่างไรก็ตาม การตกลงยกเว้นกรณีดังกล่าวทำให้รัฐสามารถจำกัดการบังคับใช้ออนุสัญญาได้ตามที่รัฐนั้นเห็นว่าดีที่สุด เนื่องจากเป็นการที่ยอมรับกันว่ารัฐอาจยกเว้นเรื่องบางเรื่องหรือธุรกรรมบางประเภทให้อยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมายที่มุ่งจะทำให้การใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นง่ายขึ้น ขณะเดียวกันการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวกับธุรกรรมบางประเภทก็อยู่ใต้การบังคับของข้อกำหนดเฉพาะบางประการ เช่น ประเภทของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่คู่สัญญานำมาใช้ หรืออาจเป็นเรื่องที่รัฐบางรัฐได้มีการยกเว้นจากการใช้ในกฎหมายภายในประเทศเพื่อส่งเสริมการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อยู่แล้ว หรืออาจเป็นกรณีที่มีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นอยู่ภายใต้อนุสัญญาอื่นตามที่ระบุไว้ในมาตรา 20 วรรคหนึ่งแล้ว ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

ข้อสังเกต แม้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้ระบุข้อกำหนดหลายข้อที่จะช่วยให้มีความแน่นอนทางกฎหมายมากขึ้นเมื่อมีการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในการเจรจาต่อรองสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา แต่การที่รัฐทำการประกาศว่าจะนำเอาอนุสัญญามาใช้บังคับกับประเด็นปัญหาบางประเด็นเท่านั้น ย่อมทำให้ความแน่นอนของกฎหมายหมดไปได้ และยังเป็นการขัดขวางการประสานความร่วมมือกันเกี่ยวกับหลักกฎหมายการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อีกด้วย นอกจากนี้ อนุสัญญานับนี้ จัดทำขึ้นมาเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาที่เป็นเอกชนที่ต้องการจะทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศ ไม่ใช่หน่วยงานราชการ และดูเหมือนจะเป็นอุปสรรค ที่นอกเหนือกฎหมายในเรื่องการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศ หากคู่สัญญาไม่สามารถได้รับประโยชน์จากข้อกำหนดของอนุสัญญานี้ เพราะเหตุที่รัฐที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีที่ตั้งสำนักงานอยู่ได้ประกาศยกเว้นไม่ให้อนุสัญญานี้ครอบคลุมถึงประเด็นที่กำหนดไว้ในสัญญา

นอกจากนี้ ผู้เขียนไม่พบว่า คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL) มีกลไกที่จะติดตามการจำกัดขอบเขตการบังคับใช้ที่รัฐภาคีได้ทำหรือประกาศไว้ ซึ่งหากไม่มีกลไกเช่นนี้แล้ว คู่สัญญาที่เป็นเอกชนจะเกิดความยากลำบากในการพิจารณาว่าสัญญาของตนนั้นเป็นประเด็นที่มีการยกเว้นโดยรัฐที่คู่สัญญานั้นมีที่ตั้งสำนักงานอยู่ หรือโดยรัฐที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีที่ตั้งสำนักงานอยู่หรือไม่ ภาระในการค้นหาข้อมูลนั้นก็จะเป็นอุปสรรคอีกอย่างหนึ่งต่อการค้าทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นสิ่งเดียวที่อนุสัญญานี้มุ่งหวังที่จะสนับสนุนส่งเสริม

2) การติดต่อสื่อสารที่แลกเปลี่ยนกันภายใต้เครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศอื่น (มาตรา 20)

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา ระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญานี้รวมถึงอนุสัญญาอื่น ด้วยโดยการนำเอากฎเกณฑ์ทั้งหลายตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา ระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 เกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบของสัญญามาบังคับใช้ เพื่อให้อนุสัญญาอื่นๆ หรือสนธิสัญญาอื่นๆ หรือความตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ สามารถดำเนินการอยู่ได้อย่างมีประสิทธิภาพในโลกของการใช้ อิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่ต้องเปลี่ยนแปลงกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านั้นเลย แม้จะเป็นการ สร้างสรรค์วิธีการที่อาจจะซับซ้อน แต่ก็มีคามยืดหยุ่นโดยการใช้วิธีการเลือกที่จะเข้าร่วม (Opt-in) หรือเลือกที่จะไม่เข้าร่วม (Opt-out) ในเครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยอนุสัญญานี้ ได้บัญญัติหัวข้อดังกล่าว

ไว้ในมาตรา 20³⁰ ซึ่งเป็นมาตรการที่ลดอุปสรรคทางกฎหมายต่อการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ภายใต้เครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่ โดยนำอนุสัญญานี้ไปบังคับใช้กับอนุสัญญา สนธิสัญญา หรือความตกลงอื่นๆ แยกพิจารณาได้ 4 ประการดังนี้

³⁰ UECICU Article 20 Communications exchanged under other international conventions

1. The provisions of this Convention apply to the use of electronic communications in connection with the formation or performance of a contract to which any of the following international conventions, to which a Contracting State to this Convention is or may become a Contracting State, apply:

- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958);
- Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (New York, 14 June 1974); and Protocol thereto (Vienna, 11 April 1980);
- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Transport Terminals in International Trade (Vienna, 19 April 1991);
- United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit (New York, 11 December 1995);
- United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (New York, 12 December 2001).

2. The provisions of this Convention apply further to electronic communications in convention with the formation or performance of a contract to which another international convention, treaty or agreement not specifically referred to in paragraph 1 of this article, and to which a Contracting State to this Convention is or may become a Contracting State, applies, unless the State has declared, in accordance with article 21. that it will not be bound by this paragraph.

3. A State that makes a declaration pursuant to paragraph 2 of this article may also declare that it will nevertheless apply the provisions of this Convention to the use of electronic communications in connection with the formation or performance of any

ก มาตรา 20 วรรคแรก ได้ระบุรายชื่ออนุสัญญาฉบับอื่นๆ ที่อนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 สามารถนำมาบังคับใช้แก่การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ของอนุสัญญาฉบับอื่นๆ เหล่านั้นได้ ซึ่งอนุสัญญาฉบับอื่นๆ เหล่านั้นรวมถึง อนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยสัญญาซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ ค.ศ.1980 และอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ.1958 ด้วย

ข มาตรา 20 วรรคสอง ได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้อนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ไปใช้บังคับกับการติดต่อสื่อสารที่ทำขึ้นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศฉบับอื่นๆ นอกจากนี้รายชื่ออนุสัญญาฉบับอื่นๆ ระบุไว้ในมาตรา 20 วรรคแรกได้เว้นแต่ รัฐเลือกที่จะไม่นำเอาอนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 มาใช้บังคับ หากรัฐไม่ได้เลือกเอาไว้ก็ให้นำเอาอนุสัญญาฉบับนี้มาใช้บังคับได้ วิธีการเลือกจะไม่เข้าร่วม (Opt-out) ที่ใช้ในมาตรา 20 วรรคสอง เป็นสิ่งที่ทั้งจำเป็นและเป็นที่ต้องการ ดังนั้น การขยายขอบเขตการนำอนุสัญญาฉบับนี้ไปใช้บังคับตามวรรคสองนี้ มีผลโดยอัตโนมัติโดยไม่จำเป็นต้องให้รัฐภาคียื่นการประกาศความต้องการในการที่จะเข้าร่วม (Opt-in) เพื่อที่จะได้รับผลอย่างเดียวกัน

แม้มาตรา 20 วรรคสอง จะไม่ได้ระบุลักษณะของอนุสัญญา สนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นที่ข้อกำหนดของอนุสัญญานสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 นี้ขยายไปถึงเอาไว้ แต่ข้อกำหนดนี้ก็ได้กำหนดให้การครอบคลุมแคบลงไปโดยการกล่าวถึงการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญา อย่างไรก็ตาม ตอนท้ายของมาตรา

contract to which a specified international convention, treaty or agreement applies to which the State is or may become a Contracting State.

4. Any State may declare that it will not apply the provisions of this Convention to the use of electronic communications in connection with the formation or performance of a contract to which any international convention, treaty or agreement specified in that State's declaration, to which the State is or may become a Contracting State, applies, including any of the conventions referred to in paragraph 1 of this article, even if such State has not excluded the application of paragraph 2 of this article by a declaration made in accordance with article 21.

20 พรรคสอง ได้อนุญาตให้รัฐภาคียกเว้นการขยายการบังคับใช้อนุสัญญานี้ได้โดยการทำคำประกาศตามมาตรา 21 เนื่องจากได้พิจารณาไปถึงความกังวลของรัฐที่อาจจะต้องการความมั่นใจก่อนว่าข้อกำหนดที่อยู่ในอนุสัญญานี้จะสอดคล้องกับหน้าที่ระหว่างประเทศที่มีอยู่ของตนหรือไม่

ค มาตรา 20 พรรคสาม อนุญาตให้รัฐนำเอาอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการให้การติดต่อสื่อสารทางติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 มาใช้บังคับกับกฎหมายระหว่างประเทศฉบับอื่นๆ ที่กำหนดเอาไว้โดยเฉพาะเจาะจง หากรัฐได้ทำการประกาศการยกเว้นเอาไว้อย่างกว้างภายใต้มาตรา 20 พรรคสอง

ง มาตรา 20 พรรคสี่ อนุญาตให้รัฐเลือกที่จะไม่เข้าร่วม (Opt-out) ในกฎหมายระหว่างประเทศฉบับอื่นๆ หากการประกาศนั้นไม่ได้ทำขึ้นภายใต้มาตรา 20 พรรคสอง ซึ่งให้นำเอาอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ไปใช้กับเครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศอื่น

มาตรการทั้ง 4 นี้ ก่อให้เกิดระบบการเลือกใช้เครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศที่จะนำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ.2005 ไปใช้บังคับได้ที่มีความยืดหยุ่นเป็นอย่างมาก โดยความยืดหยุ่นเป็นการเพิ่มความแน่นนอนของการร่วมมือกันระหว่างประเทศ และก็ยังต้องมีกลไกในการติดตามการประกาศที่รัฐทำขึ้นตามมาตรา 20 อีกด้วย

อย่างไรก็ตาม มาตรา 20 ไม่ได้ระบุว่าข้อกำหนดใดในอนุสัญญาฉบับนี้ที่ควรนำไปใช้กับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่แลกเปลี่ยนกันเกี่ยวกับสัญญาซึ่งอยู่ภายใต้อนุสัญญาสนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศอื่น เนื่องจากการยากที่จะระบุได้ครอบคลุมทุกปัญหาทางกฎหมาย เพราะอนุสัญญา สนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศที่มีอยู่นั้นมีความแตกต่างกัน จึงเหลือประเด็นนี้ไว้ให้หน่วยงานที่จะนำอนุสัญญานี้ไปใช้เป็นผู้กำหนด และเป็นที่คาดหวังว่าผู้ที่นำอนุสัญญานี้ไปใช้บังคับจะสามารถพิจารณาได้อย่างเหมาะสมว่าธุรกรรมประเภทใดที่ควรหรือไม่ควรนำอนุสัญญานี้ไปใช้บังคับ