

บทที่ 3

ปัญหาและอุปสรรคที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ และการนำ พ.ร.บ. ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มาปรับใช้กับปัญหาดังกล่าว

การใช้เทคโนโลยีในการติดต่อสื่อสารในรูปแบบเดิมนั้น เป็นรูปแบบที่ง่าย ไม่ซับซ้อน และมีผลทางกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอน แต่เมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีทางการติดต่อสื่อสารมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศ เช่น ในยุคปัจจุบันที่ใช้การติดต่อสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ตนั้น ถึงแม้จะทำให้ได้อย่างรวดเร็วและมีผลบังคับใช้ที่เอื้อต่อการพัฒนาธุรกิจ แต่ก็อาจสร้างปัญหาทางกฎหมายให้เกิดขึ้นมากมายเช่นกัน ในส่วนนี้จะกล่าวถึงปัญหาทางกฎหมายอันเกิดจากการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ และอุปสรรคจากกฎหมายระหว่างประเทศในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยปรับใช้กับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และอนุสัญญาว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. ปัญหาทางกฎหมายอันเกิดจากการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา ระหว่างประเทศ

ปัญหาทางกฎหมายสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้ เรื่องคู่สัญญา เรื่องการแสดงเจตนา โดยไม่เจาะจงผู้รับเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอหรือเป็นการทำคำเสนอ เรื่องการแสดงเจตนาโดยการคลิกปุ่ม เรื่องระบบคอมพิวเตอร์แบบอัตโนมัติ เรื่องการแก้ไขความผิดพลาด เรื่ององค์ประกอบของระบบกฎหมายระหว่างประเทศ เรื่องความสมบูรณ์ของสัญญา เรื่องสถานที่ตั้งของคู่สัญญา เรื่องการติดต่อสื่อสารข้ามพรมแดนซึ่งประกอบด้วย เขตอำนาจศาล และกฎหมายที่ใช้บังคับ

1) ปัญหาเรื่องคู่สัญญา

โดยทั่วไป คู่สัญญาจะสามารถทราบได้ทันทีว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคือใคร แต่การติดต่อสื่อสารผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ คู่สัญญาอาจไม่เคยพบกันมาก่อนเลย จึงไม่แน่ใจว่าบุคคลที่ตนติดต่อนั้นมีตัวตนจริงหรือไม่ หรือเป็นบุคคลที่ตนต้องการจะติดต่อจริงหรือไม่

สำหรับการระบุตัวคู่สัญญานั้น เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 9 (1) กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 7 (1) และอนุสัญญานี้ในมาตรา 9 วรรคสาม จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสามฉบับไม่ได้กำหนดวิธีการสำหรับการระบุตัวคู่สัญญาไว้โดยตรง อย่างไรก็ตาม การรับรองและระบุตัวบุคคลสามารถกระทำได้โดยการให้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถระบุตัวบุคคลและแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายนั้นเกี่ยวกับข้อมูลในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

2) ปัญหาเรื่องการแสดงเจตนาโดยไม่เจาะจงผู้รับเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ หรือเป็นการทำคำเสนอ

หากคู่สัญญาส่งคำเสนอหรือคำสนองไปโดยไม่มีเจตนาจะผูกพันตนเอง หรือไม่ต้องการจะส่งไปให้ผู้หนึ่งผู้ใดเป็นการเฉพาะเจาะจงแล้ว เช่น การโฆษณาสินค้าหรือบริการ หรือการเสนอสินค้าหรือบริการผ่านทางอินเทอร์เน็ตในเว็บไซต์ไม่ว่าเว็บไซต์นั้นจะใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถโต้ตอบได้โดยอัตโนมัติหรือไม่ก็ตาม โดยผู้สร้างข้อมูลไม่ได้ต้องการส่งข้อความถึงผู้รับคนหนึ่งคนใดเป็นการเฉพาะเจาะจง จะถือว่าเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ หรือจะถือว่าเป็นคำเสนอ

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ไม่ได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ การพิจารณาว่าเป็นคำเชื้อเชิญหรือเป็นคำเสนอจึงต้องนำหลักนิติกรรมสัญญามาพิจารณาซึ่งจะเห็นได้ว่าหากการแสดงเจตนาดังกล่าวไม่ได้ส่งถึงบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง โดยทุกคนสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ ไม่มีเจตนาผูกพัน และไม่มีเจตนาชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะถือว่าเป็นคำเสนอ การแสดงเจตนาดังกล่าวจึงเป็นเพียงคำเชื้อเชิญ

ในทางกลับกัน มาตรา 11 ของอนุสัญญานี้ได้บัญญัติเรื่องคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ ซึ่งมีลักษณะคือเป็นคำเสนอที่ไม่เจาะจงผู้รับ แต่บุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ รวมถึงการเสนอโดยใช้โปรแกรมที่สามารถโต้ตอบได้โดยอัตโนมัติในการทำคำสั่งผ่านระบบข้อมูลให้ถือ

เป็นคำเชื้อเชิญเพื่อทำคำเสนอด้วย เว้นแต่ เป็นการเสนอเพื่อทำสัญญาที่ระบุไว้โดยแจ้งชัดถึงเจตนาของบุคคลที่ทำการเสนอที่จะผูกพันหากมีการสนองรับ

3) ปัญหาเรื่องการแสดงเจตนาโดยการคลิกปุ่ม

ในการติดต่อสื่อสารผ่านทางอินเทอร์เน็ตในเว็บไซต์จะมีช่องให้กรอกข้อมูลรายละเอียดของคู่สัญญาลงไป รวมทั้งการใส่เครื่องหมาย / หรือ x ที่ช่องป้อน “I agree” หรือ “ข้าพเจ้าตกลง” หรือข้อความที่มีความหมายใกล้เคียงกัน เช่น “I agree to the following” จึงเกิดประเด็นปัญหาว่าการกระทำดังกล่าวจะมีผลทางกฎหมายหรือไม่

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ได้ให้คำนิยามคำว่า ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หมายความว่า ข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการสร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น ข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาโดยการคลิกปุ่มจึงเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และกฎหมายทั้งสองฉบับได้รับรองสถานะข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้แล้ว

สำหรับมาตรา 8 วรรคหนึ่ง ของอนุสัญญาฉบับนี้ ได้รับรองผลทางกฎหมายของการติดต่อสื่อสารที่ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้แล้ว ดังนั้น คู่สัญญาจึงไม่อาจปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการบังคับใช้การแสดงเจตนาโดยการคลิกปุ่ม

4) ปัญหาเรื่องเวลาในการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ในการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ คู่สัญญาไม่อาจจะระบุเวลาที่ชัดเจนในการส่งและการรับข้อมูลได้ เช่น ในกรณีที่ผู้สร้างข้อมูลส่งคำเสนอไปยังกล่องจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (inbox) ของผู้รับ ผู้สร้างข้อมูลไม่อาจทราบได้ว่าผู้รับได้รับข้อมูลนั้นเมื่อใด หรือแม้กระทั่งการที่ผู้รับได้รับข้อมูลแล้วแต่ไม่สามารถอ่านออกได้นั้น จะถือว่าผู้รับได้รับคำเสนอแล้วหรือไม่ เมื่อไม่สามารถระบุเวลาที่ระบุเวลาในการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างชัดเจน จะถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อใด

เวลาที่ถือว่าส่ง ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 22 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 15 กำหนดว่าเวลาที่ส่งคือเวลาที่ข้อมูลได้เข้าสู่ระบบที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้สร้างข้อมูล ซึ่งเมื่อข้อมูลได้เข้าสู่ระบบดังกล่าวแล้ว ผู้รับสามารถประมวลผลข้อมูลและเรียกข้อมูลขึ้นมาเพื่ออ่านได้ ในขณะที่อนุสัญญานี้กำหนดให้เวลาส่งคือ เวลาที่การติดต่อสื่อสารออกจากระบบที่อยู่ภายใต้การควบคุม

ของผู้ส่ง ซึ่งอาจเห็นได้ว่า อนุสัญญานี้ได้พยายามทำให้ผู้สร้างข้อมูลสามารถพิสูจน์เวลาในการส่งข้อมูลของตนให้ง่ายขึ้น โดยวางข้อกำหนดว่าทันทีที่ข้อมูลออกจากระบบควบคุมของผู้สร้างข้อมูล ถือว่า ณ เวลาดังกล่าวเป็นการส่งทันที เปรียบเทียบกับการส่งจดหมายคือเวลาที่หย่อนจดหมาย ไม่ว่าจะหย่อนลงตู้ไปรษณีย์ หรือหย่อนไว้ที่ใดก็ตามที่ไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ส่งก็ถือว่าเป็นการส่งแล้ว

กรณีเวลาที่ถือว่าได้รับ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 23 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 15 กำหนดว่า เวลาที่ถือว่าได้รับต่อเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เข้าสู่ระบบที่ผู้รับกำหนดไว้ โดยไม่คำนึงว่าข้อมูลนั้นจะสามารถอ่านออกหรือเข้าใจได้หรือไม่เพราะเป็นไปได้ว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น อาจมีการเข้ารหัสลับไว้ อย่างไรก็ตาม หากมีการกำหนดระบบข้อมูลที่รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้แล้ว แต่มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังระบบข้อมูลอื่นที่ผู้รับมิได้กำหนดไว้ ก็ให้ถือว่าเวลาที่มีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีผลนับแต่เวลาที่มีการเรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นจากระบบข้อมูล นอกจากนี้ กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ได้กำหนดกรณีที่ผู้รับไม่ได้กำหนดระบบข้อมูลไว้ การรับข้อมูลเกิดขึ้นเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับข้อมูลเท่านั้น ซึ่งกรณีหลังอาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ คือ ผู้รับอาจไม่ทราบว่ามี การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ไปยังที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว ซึ่งโดยทั่วไปที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์อาจมีมากกว่า 1 ที่ และผู้รับอาจใช้ที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์บางที่เท่านั้น

สำหรับ มาตรา 10 ของอนุสัญญานี้ได้กำหนดเวลาที่จะถือว่ามี การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้สามกรณี เช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ กรณีแรก การส่งข้อมูลไปยังที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ตามที่ผู้รับกำหนดไว้ กรณีที่สอง การส่งข้อมูลไปยังที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นของผู้รับ เวลาที่รับคือเวลาที่ผู้รับอาจค้นคืนได้ ณ ที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นกรณีที่ผู้รับไม่ได้กำหนดที่อยู่เพื่อรับข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ แต่มีการส่งข้อมูลไปยังที่อยู่ของผู้รับ จะถือว่ามี การส่งเมื่อผู้รับอาจค้นคืนได้ ณ ที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์

5) ประเด็นเรื่องระบบคอมพิวเตอร์อัตโนมัติ

จากที่ได้กล่าวถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับคู่สัญญาข้างต้น มีประเด็นที่เกี่ยวข้องคือ การใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์จะผูกพันคู่สัญญาหรือไม่ กล่าวคือ เมื่อผู้สร้างข้อมูลส่งข้อมูลไปยังผู้รับผ่านการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์หรือคอมพิวเตอร์ แล้ว คอมพิวเตอร์ได้จัดการข้อมูลนั้นโดยอัตโนมัติ และส่งกลับไปยังผู้สร้างข้อมูลได้ทันทีโดย

อาจจะไม่ต้องผ่านการรับรู้ของผู้รับเลย ดังนั้น ผู้สร้างข้อมูลและผู้รับข้อมูลจะต้องผูกพันกับข้อมูลอัตโนมัติดังกล่าวหรือไม่

สำหรับเรื่องการใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติสำหรับการทำสัญญา นั้น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 15 (2) และ กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 13 (2) (B) ได้กล่าวถึงระบบข้อมูลอัตโนมัติเพื่อพิจารณาว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นของใคร โดยกำหนดให้ข้อมูลที่เกิดขึ้นจากระบบข้อมูลอัตโนมัติเป็นของผู้สร้างซึ่งเป็นเจ้าของระบบข้อมูลอัตโนมัตินั่นเอง ซึ่งนอกจากนี้อาจพิจารณาได้ว่าการแลกเปลี่ยนข้อมูลด้วยระบบข้อมูลอัตโนมัติเป็นแสดงการแสดงความเจตนาโดยผู้ส่งข้อมูลผ่านระบบอัตโนมัติแล้ว เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 13 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 11 (1) ได้มีการรับรองสถานะคำเสนอคำสนองที่ทำการเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้แล้ว ฉะนั้น ข้อมูลที่เกิดขึ้นจากระบบข้อมูลอัตโนมัติเป็นการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันทางอิเล็กทรอนิกส์ประเภทหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นคำเสนอหรือคำสนองแล้วแต่กรณีแล้ว จึงไม่อาจปฏิเสธผลทางกฎหมายของข้อมูลดังกล่าว

ต่อมา มาตรา 12 ของอนุสัญญานี้เพิ่มความชัดเจนในเรื่องดังกล่าว โดยบัญญัติรับรองสถานะทางกฎหมายของการติดต่อสื่อสารหรือการแสดงเจตนาที่ทำโดยระบบข้อมูลอัตโนมัติให้ไม่แตกต่างจากการแสดงเจตนาที่ทำโดยวิธีธรรมดา ดังนั้น คู่สัญญาที่ทำการติดต่อสื่อสารผ่านระบบข้อมูลอัตโนมัติจะต้องผูกพันกับข้อมูลอัตโนมัติดังกล่าว

6) ปัญหาเรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อผิดพลาด

แม้การใช้ระบบคอมพิวเตอร์อัตโนมัติจะเพิ่มความสะดวกรวดเร็วให้กับการติดต่อสื่อสาร แต่ความรวดเร็วดังกล่าวอาจสร้างความผิดพลาดให้กับข้อมูล ซึ่งความผิดพลาดอาจเกิดขึ้นได้จากผู้ทำคำสั่งหรือแม้กระทั่งตัวระบบคอมพิวเตอร์เองก็ตาม โดยบางครั้งผู้ประกอบการอาจยังไม่ทราบเลยว่าเกิดความผิดพลาดกับข้อมูลที่ได้แสดงออกไป อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้สร้างข้อมูลหรือผู้รับข้อมูลทราบถึงความผิดพลาดอันเกิดขึ้นจากการใช้ระบบคอมพิวเตอร์อัตโนมัติแล้ว คู่สัญญาสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงแก้ไขความผิดพลาดนั้นได้หรือไม่

ยกตัวอย่างเช่น กรณีบริษัท อีสต์แมนโกดัก ได้ประกาศขายกล้องถ่ายรูปผ่านเว็บไซต์ของตนที่ประเทศอังกฤษ และพิมพ์ราคาผิดไปว่า 100 ปอนด์ แทนที่จะพิมพ์ว่า 329 ปอนด์ ภายหลังจากนั้นประมาณหนึ่งชั่วโมงมีลูกค้านับพันๆ รายได้ทำคำสั่งซื้อก่อนที่จะบริษัทจะทำการแก้ไขสินค้า และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วเนื่องจากเว็บไซต์ของบริษัทได้ตอบรับและยืนยันคำ

สั่งซื้อไปเรียบร้อยแล้ว ความผิดพลาดของข้อมูลครั้งนี้จึงทำให้บริษัทต้องรับผิดชอบเงินจำนวนประมาณสองล้านเหรียญสหรัฐ¹

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 17 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 13 (5) ได้กำหนดว่าในระหว่างผู้สร้างข้อมูลและผู้รับข้อมูลนั้น ผู้รับข้อมูลมีสิทธิถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ตนได้รับนั้นมีความถูกต้องตรงตามเจตนาของผู้สร้างข้อมูล และสามารถดำเนินการไปตามข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ เว้นแต่ผู้รับข้อมูลได้รู้หรือ ควรจะรู้ว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ตนได้รับนั้นมีข้อผิดพลาดอันเกิดจากการส่ง หากผู้รับข้อมูลได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรหรือดำเนินการตาม วิธีการที่ได้ตกลงกันไว้ก่อนแล้ว ซึ่งหากพิจารณาจากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้เปิดโอกาสให้กับผู้สร้างข้อมูลทำการแก้ไขความผิดพลาดทันทีที่มีการส่งข้อมูลนั้น เว้นแต่ผู้รับรู้หรือควรรู้ว่ามีข้อผิดพลาดเกิดขึ้นกับข้อมูลดังกล่าว ซึ่งหากผู้รับไม่รู้ถึงความผิดพลาดของข้อมูลดังกล่าว ผู้สร้างข้อมูลก็ยังไม่มีความผิดฐานส่งข้อมูลไม่ตรงตามเจตนาของตน จึงเท่ากับว่าบทบัญญัติในกฎหมายทั้งสองฉบับ ทำให้ผู้สร้างข้อมูลเสียเปรียบหากไม่สามารถพิสูจน์ได้

ในทางกลับกัน มาตรา 14 ของอนุสัญญานี้ได้กำหนดว่า คู่สัญญาที่มีสิทธิเพิกถอนความผิดพลาดในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยระบบข้อมูลอัตโนมัติในสัญญาระหว่างประเทศได้ต่อเมื่อระบบข้อมูลอัตโนมัติไม่ได้ให้โอกาสให้บุคคลนั้นทำการแก้ไขความผิดพลาดนั้น และเมื่อทราบถึงความผิดพลาดดังกล่าวต้องมีการแจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงความผิดพลาดนั้น และผู้สร้างหรือเจ้าของระบบข้อมูลอัตโนมัติยังไม่ได้รับคำตอบแทนจากการขายสินค้าหรือการให้บริการจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งถ้ามี อย่างไรก็ตาม การแก้ไขความผิดพลาดดังกล่าวไม่รวมถึงความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในประเทศ

7) ปัญหาเรื่ององค์ประกอบของระบบกฎหมายต่างประเทศ

ตามธรรมเนียมปฏิบัติในการทำสัญญาระหว่างประเทศ นอกจากคู่สัญญาจะตกลงทำสัญญาด้วยวาจาแล้วยังมีการทำบันทึกการทำธุรกรรมลงในเอกสารหรือด้วยวิธีการอื่นๆ ด้วย เพื่อให้คู่สัญญาสามารถนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้อ้างอิงได้เมื่อเกิดความสงสัยหรือข้อพิพาทขึ้น แต่ในสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศนั้น บันทึกทางธุรกรรมที่สร้างขึ้นด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถือว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Data message) อาจเก็บรักษาไว้เพียงชั่วคราว

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

เท่านั้น และอาจเกิดการสูญหายหายไปเมื่อใดก็ได้ นอกจากนี้ ผู้จัดทำข้อมูลดังกล่าวเท่านั้นที่สามารถเรียกดูข้อมูลบันทึกทางอิเล็กทรอนิกส์ได้หรือใช้ระบบข้อมูลของตนเพื่อสรุปสัญญาได้เท่านั้น ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นคู่สัญญามีความจำเป็นในการทำบันทึกการทำธุรกรรมด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือไม่เพราะอย่างไรก็ต้องทำการเก็บข้อมูลและจัดพิมพ์ลงแผ่นกระดาษอยู่แล้ว

เนื่องจาก กฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของบางประเทศในปัจจุบันได้กำหนดให้บุคคลที่เสนอสินค้าหรือบริการผ่านระบบเครือข่ายแบบเปิดจะต้องมีวิธีการเก็บหรือแสดงข้อกำหนดของสัญญานั้นออกมาเพื่อให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมาย ความโปร่งใส และการคาดการณ์ได้ในธุรกรรมระหว่างประเทศ ซึ่งบางประเทศยังได้กำหนดโทษจากการไม่จัดการให้มีข้อกำหนดของสัญญาดังกล่าว หรืออนุญาตให้ลูกค้ามีสิทธิที่จะขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจตามสัญญามีคำสั่งให้ผู้ให้บริการปฏิบัติตามหรือจัดการตามข้อกำหนดนั้นได้ หรืออาจจะระบุให้ถือว่าเป็นการขยายระยะเวลาที่ผู้บริโภคยังไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาได้ เนื่องจากสัญญายังไม่เริ่มต้นจนกว่าผู้ขายได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดนั้นแล้ว

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์แล้วไม่พบว่ามีข้อกำหนดเรื่องการจัดการตามข้อกำหนดของสัญญาไว้ ในทางกลับกัน มาตรา 13 ของอนุสัญญานี้ได้ยอมรับหลักกฎหมายภายในประเทศที่กำหนดให้คู่สัญญาที่ได้เจรจาต่อรองข้อกำหนดของสัญญาต้องแสดงข้อกำหนดดังกล่าวให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง รวมถึงผลทางกฎหมายของการไม่จัดให้มีข้อกำหนดของสัญญาเช่นนั้น

8) ปัญหาเรื่องความสมบูรณ์สัญญา

ความสมบูรณ์ของสัญญาประกอบด้วยเรื่อง แบบของสัญญาและลายมือชื่อ เมื่อกฎหมายภายในประเทศกำหนดให้ทำสัญญาตามแบบเป็นหนังสือ หรือให้ลงลายมือชื่อ หรือทำเป็นต้นฉบับ หากทำสัญญาระหว่างประเทศในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์แล้วการทำแบบ การลงลายมือชื่อ และการทำเป็นต้นฉบับจะสามารถใช้ได้หรือมีผลตามกฎหมายภายในของประเทศดังกล่าวหรือไม่

ทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 8, 9, 10, 26 และ 27 กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 6, 7 และ 8 กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 6 และ 8 และอนุสัญญานี้ใน มาตรา 9 ได้กำหนดวิธี

ปฏิบัติในการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในกรณี ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบไว้เป็นแนวทางเดียวกัน แต่มีความแตกต่างกันเล็กน้อย เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการ พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ได้กำหนดเรื่องการเก็บรักษาข้อมูลไว้ แต่ในอนุสัญญานี้ไม่ได้กำหนดเรื่อง ดังกล่าวเนื่องจากมองว่าอนุสัญญานี้ควรเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญามากกว่าเรื่อง พยานหลักฐาน

9) ปัญหาเรื่องสถานที่ตั้งของคู่สัญญา

ข้อกำหนดเรื่องสถานที่ตั้งสถานประกอบกิจการของคู่สัญญา จะทำให้คู่สัญญา สามารถหาที่อยู่ที่เหมาะสมของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อรู้ถึงสถานที่ในการติดต่อสื่อสารทั้งการส่ง และการรับ นอกจากนี้ ยังทำให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมายด้วย เนื่องจากที่ตั้งสำนักงานของ คู่สัญญา เป็นสิ่งสำคัญในการกำหนดเขตอำนาจศาล กฎหมายที่ใช้บังคับ และหลักเกณฑ์การ บังคับใช้กฎหมาย

โดยทั่วไปในสัญญาจะมีการระบุที่ตั้งของคู่สัญญาเพื่อให้ทราบเขตอำนาจศาลที่แน่นอน แต่สำหรับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นการติดต่อ ข้ามประเทศ บ่อยครั้งคู่สัญญาไม่มีการระบุสถานที่ตั้งในการดำเนินธุรกิจ หรือมีการระบุไว้แต่มีอยู่ หลายที่ หรือบางครั้งระบุสถานที่ตั้งไม่ตรงกับความเป็นจริง ทำให้การกำหนดเขตอำนาจศาล เป็นไปได้ยากขึ้น นอกจากนี้ สถานที่ตั้งของคู่สัญญาจะถือตามสถานที่ที่มีการติดตั้งระบบ คอมพิวเตอร์หรือสถานที่ของผู้ที่ทำการควบคุมระบบคอมพิวเตอร์หรือจะถือตามสถานที่ของผู้ส่ง คำสั่ง

หากคู่สัญญาไม่ได้ระบุสถานที่ตั้งของสถานประกอบการไว้อย่างชัดเจนจะถือว่า สถานที่จดทะเบียนชื่อเว็บไซต์หรือโดเมนเนม (Domain) จะถือว่าเป็นภูมิลำเนาของสถาน ประกอบการของผู้ส่งหรือไม่ ในทางกลับกัน หากโดเมนเนม (Domain) มีการระบุข้อความที่แสดง ถึงประเทศใดประเทศหนึ่งแล้ว เช่น “.co.th” ซึ่งเป็นโดเมนเนมของบริษัทในประเทศไทย หรือ “.co.uk” ซึ่งเป็นโดเมนเนมของบริษัทในประเทศอังกฤษ หรือ “.co.us” ซึ่งเป็นโดเมนเนมของ บริษัทในประเทศอเมริกา หรือแม้กระทั่งใช้โดเมนเนมเนมว่า “.com” แต่บริษัทดังกล่าวอาจจด ทะเบียนในประเทศใดๆ ก็ได้ แล้วจะถือว่าสถานที่จดทะเบียนโดเมนเนมในต่างประเทศดังกล่าว เป็นสถานที่ตั้งของบริษัทหรือไม่ และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา หรือมีเกิดข้อพิพาทใดๆ ขึ้น คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจึงไม่สามารถติดตามทวงถามหรือเรียกร้องค่าเสียหายได้

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 24 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 15 (4) ได้กำหนดสถานที่ที่ถือว่ามี การส่งหรือมีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ณ ที่ทำการงานของผู้ส่งข้อมูล หรือ ได้รับ ณ ที่ทำการงานของ ผู้รับข้อมูล แล้วแต่กรณี หากมีที่ทำการงานหลายแห่ง ให้ถือเอาที่ทำการงานที่เกี่ยวข้องมากที่สุด กับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นที่ทำการงาน แต่ถ้าไม่สามารถกำหนดได้ว่าธุรกรรมนั้นเกี่ยวข้องกับ ที่ทำการงานแห่งใดมากที่สุด ให้ถือเอาสำนักงานใหญ่เป็นสถานที่ที่ได้รับหรือส่งข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์นั้น และหากไม่พบที่ทำการงานของผู้ส่งหรือผู้รับข้อมูล ให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติเป็น สถานที่ส่งหรือได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น

ในขณะที่อนุสัญญามาตรา 10 ได้กำหนดให้สถานประกอบธุรกิจของผู้ส่งหรือสถาน ประกอบธุรกิจของผู้รับเช่นเดียวกับ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือเป็นสถานที่ส่งหรือได้รับการ ติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ แล้วแต่กรณี แม้เวลาที่ได้รับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ จะพิจารณาจากสถานที่ตั้งของระบบข้อมูลซึ่งเป็นที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ตาม อย่างไรก็ตาม กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ไม่ได้กำหนดให้สถานที่ตั้งของระบบข้อมูลถือเป็น ที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์

อนุสัญญานี้จึงทำการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมีการบัญญัติเรื่องสถานที่ตั้งของ คู่สัญญา ในมาตรา 6 โดยกำหนดว่า หากคู่สัญญาฝ่ายใดระบุที่ตั้งสำนักงานว่าตั้งอยู่ ณ ที่ใด ให้ สันนิษฐานว่าสถานที่นั้นเป็นที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญาฝ่ายนั้น หากมีที่ตั้งสำนักงานหลายที่แต่ ไม่มีการแจ้งที่อยู่ใดๆ ให้สันนิษฐานว่าสำนักงานซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุดกับสัญญาที่ เกี่ยวข้องเป็นสถานประกอบธุรกิจ หากเป็นกรณีบุคคลธรรมดาไม่มีสำนักงานของตนเองให้ สันนิษฐานว่าถิ่นที่อยู่ของบุคคลนั้นเป็นสำนักงาน สำหรับสถานที่ตั้งอุปกรณ์ทางเทคโนโลยีที่ใช้ใน การทำสัญญาหรือสถานที่ตั้งระบบข้อมูลเพียงอย่างเดียวไม่อาจถือว่าสถานที่นั้นเป็นที่ตั้ง สำนักงาน

10) ปัญหาเรื่องการติดต่อสื่อสารข้ามพรมแดน (Cross-Border Issues)

การติดต่อสื่อสารข้ามพรมแดนแต่เดิมเป็นการติดต่อสื่อสารกันโดยเทคโนโลยีที่ไม่ สลับซับซ้อนมากนัก เช่น การส่งไปรษณีย์ โทรศัพท โทรสาร โทรพิมพ์ เป็นต้น ผู้ประกอบการมัก ทราบที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญาอีกฝ่าย เขตอำนาจศาลและกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับ คู่สัญญาสามารถกำหนดได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่รองรับวิธีการดังกล่าว

ชัดเจนแน่นอนแล้ว แต่เมื่อกล่าวถึงการติดต่อสื่อสารข้ามพรมแดนโดยการใช่วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ อาจทำให้คู่สัญญาไม่สามารถคาดเดาเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นและกฎหมายที่จะบังคับใช้กับสัญญาได้ โดยแบ่งเป็นปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลและกฎหมายที่ใช้บังคับ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ก ปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล

เมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลจะพิจารณาว่าสามารถพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปตามคำฟ้องได้หรือไม่ ซึ่งหากเป็นการติดต่อสื่อสารทางจดหมาย ผู้ติดต่อสามารถติดต่อผ่านทางบุรุษไปรษณีย์หรือผู้นำส่งไปรษณีย์จากภูมิลำเนาของผู้ส่งตรงไปยังที่อยู่ตามภูมิลำเนาของผู้รับ ทำให้ผู้รับสามารถทราบภูมิลำเนาของผู้ส่งและเรียกดูเอกสารได้โดยง่าย การพิจารณาว่าศาลของประเทศใดที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งจึงสามารถจะพิจารณาจากทั้งภูมิลำเนาของคู่สัญญา สถานที่ที่มูลคดีเกิด หรือที่ตั้งของทรัพย์สิน แต่การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ระบบเปิดผ่านทางอินเทอร์เน็ต ผู้ส่งและผู้รับอาจเรียกดูหรือสืบค้นข้อมูลได้จากแหล่งต่างๆ ทั่วโลกโดยไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นที่อยู่ตามภูมิลำเนาของผู้รับและผู้ส่ง ซึ่งคู่สัญญาแต่ละฝ่ายอาจไม่ทราบว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกดูข้อมูล ณ ที่ใด และอาจไม่ทราบว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายมีภูมิลำเนาอยู่ที่ใด หรือมีตัวตนจริงหรือไม่ ดังนั้น ภูมิลำเนาของคู่สัญญาและสถานที่ที่สัญญาเกิดจึงมีความแตกต่างไปจากภูมิลำเนาของคู่สัญญาที่มีการส่งด้วยวิธีการจดหมาย ปัญหาจึงเกิดขึ้นเมื่อสภาพการติดต่อสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตไม่สามารถระบุเจาะจงตัวผู้ส่งหรือผู้รับข้อมูลได้ อีกทั้งภูมิลำเนาของผู้ส่งและผู้รับอาจมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา จะเห็นได้ว่าเมื่อการติดต่อสื่อสารทางอินเทอร์เน็ตไม่สามารถกำหนดภูมิลำเนาของคู่สัญญาหรือสถานที่ที่มูลคดีเกิดอย่างแน่ชัด เหมือนกับการติดต่อสื่อสารทางจดหมายจึงทำให้เกิดปัญหาในการกำหนดเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เนื่องจาก กรณีที่เกิดข้อพิพาทในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศ แล้วศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีไม่มีอำนาจเหนือคดีดังกล่าว การพิจารณาและตัดสินจึงเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของตนเกินเขตอำนาจอธิปไตยของตนและส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดลักษณะการใช้เขตอำนาจรัฐเหนือการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น แต่ละประเทศจึงพิจารณาเขตอำนาจศาลกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายภายในที่มีอยู่ของแต่ละประเทศซึ่งโดยทั่วไปแล้วกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์จะพัฒนาจากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งกำหนดให้สำนักงานของผู้ส่งหรือผู้รับข้อมูลเป็นสถานที่ส่งและรับ

ข้อมูลนั้นๆ แม้ว่าความจริงแล้วผู้ส่งหรือผู้รับข้อมูลจะอยู่กันคนละที่กับภูมิลำเนาตามความเป็นจริงก็ตาม ซึ่งเป็นการคลี่คลายปัญหาในการกำหนดเขตอำนาจศาลได้

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 24 ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 15 (4) ได้กำหนดให้สถานที่ที่ถือว่ามี การส่งและมีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ คือ ที่ทำการงานของผู้ส่งข้อมูล และที่ทำการงานของผู้รับข้อมูล หากมีที่ทำการงานหลายแห่งให้ถือเอาที่ทำการงานที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น แต่ถ้าไม่สามารถกำหนดได้ว่าธุรกรรมนั้นเกี่ยวข้องกับที่ทำการงานแห่งใดมากที่สุดให้ถือเอาสำนักงานใหญ่เป็นสถานที่ที่ได้รับหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น และหากไม่พบที่ทำการงานของผู้ส่งหรือผู้รับข้อมูล ให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติเป็นสถานที่ส่งหรือได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับได้พยายามหาทางออกสำหรับสถานที่ตั้งให้มีความเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาและผลของสัญญาให้มากที่สุด ทั้งนี้เพื่อให้ข้อพิพาทนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวหรือเกี่ยวพันกับรัฐที่ศาลตั้งอยู่ให้มากที่สุดเพื่อความสะดวกต่อการนำพยานหลักฐานมาสืบ การพิจารณาพิพากษาคดี และการบังคับคดี

ในขณะที่มาตรา 10 ของอนุสัญญานี้ได้กำหนดให้สถานประกอบธุรกิจของผู้ส่งหรือสถานประกอบธุรกิจของผู้รับเป็นสถานที่ส่งหรือได้รับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ และอนุสัญญานี้มีการบัญญัติเรื่องสถานที่ตั้งของคู่สัญญา ในมาตรา 6 โดยกำหนดว่า หากคู่สัญญาฝ่ายใดระบุที่ตั้งสำนักงานว่าตั้งอยู่ ณ ที่ใด ให้สันนิษฐานว่าสถานที่นั้นเป็นที่ตั้งสำนักงานของคู่สัญญาฝ่ายนั้น เว้นแต่จะมีการหักล้าง หากมีที่ตั้งสำนักงานหลายที่แต่ไม่มีการแจ้งที่อยู่ใดๆ ให้สันนิษฐานว่าสำนักงานซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุดกับสัญญาที่เกี่ยวข้องเป็นสถานประกอบธุรกิจ หากเป็นกรณีบุคคลธรรมดาไม่มีสำนักงานของตนเองให้สันนิษฐานว่าถิ่นที่อยู่ของบุคคลนั้นเป็นสำนักงาน สำหรับสถานที่ตั้งอุปกรณ์ทางเทคโนโลยีที่ใช้ในการทำสัญญาหรือสถานที่ตั้งระบบข้อมูลเพียงอย่างเดียวไม่อาจถือว่าสถานที่นั้นเป็นที่ตั้งสำนักงาน จะเห็นได้ว่าอนุสัญญานี้ก็ได้พยายามหาทางออกสำหรับสถานที่ตั้งให้มีความเกี่ยวข้องกับคู่สัญญาและผลของสัญญาให้มากที่สุด ทั้งนี้เพื่อให้ข้อพิพาทนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวหรือเกี่ยวพันกับรัฐที่ศาลตั้งอยู่ให้มากที่สุดเพื่อความสะดวกต่อการนำพยานหลักฐานมาสืบ การพิจารณาพิพากษาคดี และการบังคับคดี เนื่องจากหากข้อพิพาทนั้นไม่มีจุดเกาะเกี่ยวหรือความเกี่ยวพันกับรัฐที่ศาลนั้นตั้งอยู่ ก็อาจไม่สามารถเรียกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่พิพาทเพื่อนำมาเป็นพยานหลักฐานได้ และบางกรณีอาจเกิดปัญหาในการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล เนื่องจากคดีการค้าทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศมีความเกี่ยวข้องกับรัฐอื่นด้วย ทำให้การบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลเป็นการบังคับคดีกับ

สิ่งที่อยู่นอกเหนือเขตศาล เพราะโดยทั่วไป คู่ความไม่สามารถนำคำพิพากษาของศาลประเทศหนึ่งไปบังคับคดีในประเทศอื่น เว้นแต่จะมีความตกลงร่วมกันระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องในการยอมให้บังคับคดีได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าคดีนั้นเป็นคดีแพ่งทั่วไปที่ไม่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากสาเหตุหลัก 2 ประการคือ ระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ทำให้การกระทำอย่างเดียวกันอาจเป็นความผิดในประเทศหนึ่งแต่ไม่เป็นความผิดในอีกประเทศหนึ่งก็ได้ นอกจากนี้ ประเทศทุกประเทศไม่สามารถใช้เขตอำนาจเหนือประเทศอื่นได้ เนื่องจากทุกประเทศมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อสังเกต ส่วนใหญ่ประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลมักเกิดกับการติดต่อสื่อสารผ่านระบบอินเทอร์เน็ต² เนื่องจากเป็นระบบเครือข่ายแบบเปิด (opened network) ในทางตรงกันข้ามปัญหาดังกล่าวมักไม่เกิดกับการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้ที่เชื่อมโยงเครือข่ายในระบบเดียวกัน หรือที่เรียกกันว่า “ระบบเครือข่ายแบบปิด” (closed network) เช่น ระบบอีดีไอ หรือการส่งโทรสาร เป็นต้น

ข ปัญหาเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับ

เมื่อเกิดคำถามเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล คำถามที่ตามมาคือกฎหมายใดที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญา โดยทั่วไป คู่สัญญามีเสรีภาพในการตกลงกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาไว้ โดยเฉพาะสัญญาระหว่างประเทศ คู่สัญญามักจะกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้ โดยอาจใช้กฎหมายภายในของประเทศคู่สัญญา หรือกฎหมายภายในของประเทศที่รวบรวมทั้งกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ และบางครั้งอาจกำหนดแนวทางเมื่อเกิดข้อพิพาทไว้ในสัญญาด้วย เช่น การตกลงให้มีการนำข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นให้อนุญาตตุลาการเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี แม้คู่สัญญาได้กำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแล้วแต่ก็ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายที่เลือกสามารถใช้บังคับได้เสมอไป เพราะกฎหมายที่เลือกอาจสิ้นผลใช้บังคับแล้ว หรือกรณีกฎหมายที่นำมาใช้บังคับยังมีผลใช้บังคับอยู่ แต่อาจมีกฎหมายเฉพาะสำหรับเรื่องดังกล่าวที่ควรถูกนำมาใช้บังคับมากกว่า ถ้าไม่มีการตกลงกันเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับหรือเขตอำนาจศาลไว้³

² <http://www.pepperlaw.com/pepper/publications_article.cfm?rid=799.0>

³ Chris Reed and John Angel, Computer Law, sixth edition, (New York: Oxford University Press Inc, 2007), p. 229.

ในการเลือกกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้กับคดีนั้น ปกติเมื่อมีการติดต่อหรือทำธุรกรรมกันระหว่างประเทศ จึงเป็นคดีที่มีความเกี่ยวพันมากกว่าหนึ่งรัฐ ศาลจะนำบทบัญญัติของกฎหมายขัดกันมาพิจารณาว่ากฎหมายของรัฐใดเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์กับทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มากที่สุด และศาลจะใช้กฎหมายดังกล่าวในการพิจารณาคดี อย่างไรก็ตาม เนื่องจากลักษณะของการประกอบกิจกรรมในระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นเครือข่ายแบบเปิดจึงไม่มีความชัดเจนในการกำหนดว่าคู่สัญญาที่มีการแสดงเจตนากันที่ใด สัญญาเกิดขึ้นที่ใด หรือมีการปฏิบัติตามสัญญาที่ใด จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาว่ากฎหมายของประเทศใดมีความสัมพันธ์กับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มากที่สุด ทำให้คู่สัญญามักจะกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้

กรณีที่คู่สัญญาไม่มีการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาไว้ กฎหมายที่อาจนำมาพิจารณาได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หรือกฎหมายภายในของผู้ซื้อ หรือกฎหมายภายในของผู้ขาย กฎหมายภายในของสัญชาติร่วมกัน บ่อยครั้งอาจนำกฎหมายของประเทศที่มีการทำสัญญาหรือปฏิบัติตามสัญญามาใช้บังคับกับสัญญา

สำหรับประเทศไทย กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ซึ่งกำหนดว่า หากคู่สัญญาได้เลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาไว้ กฎหมายที่ใช้บังคับคือกฎหมายที่คู่สัญญาเลือก หากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงไว้ ก็ให้พิจารณาถึงสัญชาติของคู่สัญญาโดยถ้าคู่สัญญามีสัญชาติเดียวกัน กฎหมายที่ใช้บังคับคือกฎหมายขัดกันของสัญชาติร่วมกันนั้น หากคู่สัญญามีสัญชาติต่างกัน กฎหมายที่ใช้บังคับคือกฎหมายขัดกันแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น และถ้าสัญญาทำขึ้นโดยบุคคลซึ่งอยู่ห่างไกลโดยระยะทาง ถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ แต่ถ้าไม่สามารถทราบได้ ให้ใช้กฎหมายขัดกัน แห่งถิ่นที่พึงปฏิบัติตามสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม หากคดีขึ้นสู่ศาลไทย แล้วพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันให้นำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับหรือเป็นไปตามความตกลงของคู่สัญญา ก็ให้ใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ การนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาใช้บังคับ อาจทำให้เกิดการย้อนส่งกลับ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยกำหนดให้ไปใช้กฎหมายของประเทศอื่น แต่กฎหมายขัดกันของประเทศนั้น กำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศไทย ซึ่งในกรณีนี้ให้นำกฎหมายภายในของประเทศมาใช้โดยไม่ต้องกลับไปพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายอีก แต่หากหลักเกณฑ์ของกฎหมายขัดกันของต่างประเทศ

ย้อนส่งต่อให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สาม ก็ต้องพิจารณากฎหมายขัดกันของประเทศที่สามต่อไป ทั้งนี้ กรณีไม่มีหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันและกฎหมายไทยอื่นที่จะยกมาปรับแก้ข้อพิพาทที่มีองค์ประกอบต่างชาติดี พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันมีบทบัญญัติในการอุดช่องว่างดังกล่าวโดยให้กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาปรับใช้แก่กรณี

2 อุปสรรคจากกฎหมายระหว่างประเทศในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

เมื่อเทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์ถูกนำมาใช้ในการติดต่อสื่อสารและทำสัญญา ระหว่างประเทศเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพ ความรวดเร็วและอำนวยความสะดวกในการทำค้าระหว่างประเทศ ในขณะเดียวกันสนธิสัญญาและกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับได้กำหนดให้คู่สัญญาต้องทำเอกสาร ลงลายมือชื่อ ทำเป็นฉบับ หรือมีการบันทึกข้อความ ประกอบการธุรกรรมต่างๆ ซึ่งข้อกำหนดในกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านั้นล้วนเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งสิ้น จะทำอย่างไรให้ข้อกำหนดเหล่านี้ทำในรูปอิเล็กทรอนิกส์สามารถได้รับการยอมรับและมีผลทางกฎหมายเท่าเทียมกับการทำในรูปของกระดาษ ยกตัวอย่างเช่น อนุสัญญาว่าด้วยการทำให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งกฎเกณฑ์บางประการเกี่ยวกับการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ ลงนามที่กรุงวอร์ซอเมื่อวันที่ 12 ตุลาคม 1929 (Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, signed at Warsaw on 12 October 1929) ได้กำหนดให้ในการส่งตัวโดยสารต้องมีการทำตัวกระเปาะและสัมภาระเป็นฉบับ⁴ และหากมีการเรียกร้องจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ ในอนุสัญญาดังกล่าวฉบับแก้ไขมีข้อกำหนดต่างๆ เช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับรายการเอกสารที่ต้องการในการขนส่ง หรือข้อกำหนดให้การส่งไปตราส่งทางอากาศต้องแนบความยินยอมของผู้ส่งของด้วยวิธีใดๆ ก็ได้ที่สามารถบันทึกการขนส่งได้ หรือข้อกำหนดให้มีการลงลายมือชื่อในใบกำกับของทางอากาศ เป็นต้น

⁴ United Nations Commission on International Trade Law Working Group on Electronic Commerce, Legal barriers to the development of electronic commerce in international instruments relating to international trade, Fortieth session (Vienna, 14-18 October 2002), pp. 6-7.