

บทที่ 4

การเกิดสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศ

1. คำเสนอและคำสนอง (Offer and Acceptance)

ในการทำสัญญาโดยทั่วไป สัญญาจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีคำสนองตอบรับสัญญาตามคำสนอง และได้มีการส่งคำสนองนั้นไปยังผู้ทำคำเสนอ เวลาที่คำสนองมีผลจึงมีความสำคัญต่อการเกิดของสัญญา และจะมีผลต่อการเลือกใช้กฎหมาย (Choice of law) และเขตอำนาจในการบังคับตามสัญญาด้วย

ในระบอบกฎหมายทุกระบบไม่ว่าจะเป็นระบบคอมมอนลอว์หรือระบบซีวิลลอว์ ต่างก็ยอมรับตรงกันว่าสัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อคู่กรณีที่ทำสัญญาได้แสดงเจตนาเสนอสนองถูกต้องตรงกัน จะต่างก็ตรงที่ว่าเมื่อใดจึงจะถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาเสนอสนองถูกต้องตรงกันเท่านั้น ตามกฎหมายอังกฤษ สัญญาจะมีผลผูกพันและใช้บังคับได้หากสัญญานั้นประกอบไปด้วย คำเสนอ คำสนอง และคำตอบแทน โดยข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญาต้องมีความชัดเจนด้วย¹ ในกรณีที่คู่สัญญาได้มีการกำหนดเวลาและสถานที่ที่คำสนองมีผลไว้ล่วงหน้า ย่อมไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเวลาและสถานที่ที่เกิดสัญญาเกิด แต่ปัญหามักเกิดในกรณีที่มิได้มีการกำหนดเวลาและสถานที่ที่คำสนองมีผลเอาไว้²

ในกรณีของการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ วิธีการที่ใช้แสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป เช่น การใช้เมาส์ (Mouse) กดปุ่มบนหน้าจอคอมพิวเตอร์เพื่อแสดงเจตนาทำสัญญาทางเว็บไซต์ หรือการแสดงเจตนาทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ทำให้เกิดประเด็นถกเถียงกันว่าสัญญาที่กระทำโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นเกิดขึ้นเมื่อใด ซึ่งการพิจารณาว่าสัญญาเกิดขึ้น ณ เวลาใดนั้น มีแนวความคิดของการก่อให้เกิดสัญญาตามทฤษฎีการเกิดของสัญญา ดังต่อไปนี้³

(1) ทฤษฎีแสดงเจตนา (Theory of Expression)

¹ Leo d' Arcy, Carole Murray and Barbara Cleave, *Schmitthoff's Export Trade; The Law and Practice of International Trade* (London: Sweet & Maxwell, 2000), p. 52.

² วนิดา วัชรานุกูล, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 108.

³ ประกอบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2507, แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2517 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2521), น. 64-65.

ตามทฤษฎีนี้ สัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาสนองรับออกมาให้ปรากฏแก่ผู้ทำ
คำเสนอ ถึงแม้จะยังไม่ได้ส่งการแสดงเจตนาขึ้นไปให้อีกฝ่ายหนึ่ง

(2) ทฤษฎีส่งเจตนา (Theory of Dispatch)

ตามทฤษฎีนี้ สัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้เสนอ “ส่ง” เจตนาสนองตอบคำเสนอ ทฤษฎีนี้มีชื่อ
เรียกอีกอย่างว่า Mailbox Rule หรือ Postal Rule ใช้กับกรณีการส่งคำสนองทางไปรษณีย์หรือ
มอบหมายให้บุคคลที่สามเป็นผู้ส่งคำสนอง

(3) ทฤษฎีไปถึง (Theory of Reception)

ตามทฤษฎีนี้ สัญญาเกิดขึ้นเมื่อเจตนาสนองรับคำเสนอ “ไปถึง” ผู้เสนอ โดยคำว่า
“ไปถึง” คือ การแสดงเจตนาที่ส่งไปนั้นอยู่ในอำนาจของผู้รับการแสดงเจตนาที่จะทราบได้ หรือการ
แสดงเจตนาที่ส่งไปนั้นอยู่ในสภาพหรือพฤติการณ์ที่ผู้รับอาจทราบได้ถึงการแสดงเจตนา นั้น ทั้งนี้
โดยไม่คำนึงว่าผู้รับจะต้องได้ทราบถึงการแสดงเจตนา นั้นจริงหรือไม่

ทฤษฎีนี้เรียกได้อีกอย่างว่า ทฤษฎีได้รับ ซึ่งกรณีที่จะถือได้ว่าได้รับการแสดงเจตนา นั้น
แล้วก็คือกรณีที่การแสดงเจตนา นั้นได้ไปถึงผู้รับนั่นเอง

(4) ทฤษฎีทราบหรือรับรู้ (Theory of Perception)

ทฤษฎีนี้ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อผู้เสนอ “ได้รู้” การแสดงเจตนาสนองคำเสนอแล้ว

ตามทฤษฎีของการเกิดสัญญาดังกล่าว จะเห็นได้ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใดนั้น จะ
พิจารณาจากเวลาที่คำสนองมีผลเป็นสำคัญ ซึ่งการพิจารณาว่าคำสนองมีผลเมื่อใดนั้นจะต้อง
พิจารณาก่อนว่าคำสนองนั้นเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งอยู่ต่อเฉพาะหน้าหรือมิได้อยู่เฉพาะ
หน้า สำหรับการพิจารณาการเกิดของสัญญาตามกฎหมายไทยสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2
กรณีคือ การเกิดของสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าและการเกิดของสัญญาที่
กระทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า

ก. การเกิดของสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีบทบัญญัติในเรื่องของการแสดงเจตนาต่อ
บุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าไว้ในมาตรา 168 ซึ่งบัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่
เฉพาะหน้า ให้ถือว่ามีผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนา นั้น ความข้อนี้ให้ใช้
ตลอดถึงการที่บุคคลหนึ่งแสดงเจตนาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งโดยทางโทรศัพท์ หรือโดยเครื่องมือ
สื่อสารอื่น หรือโดยวิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อถึงกันได้ในการทำงานเดียวกัน” ฉะนั้น หากผู้ทำคำเสนอได้
แสดงเจตนาไปยังอีกฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้สนองซึ่งอยู่กันเฉพาะหน้าและได้ทราบถึงคำ

เสนอนั้นและได้แสดงเจตนาทำคำสนองกลับ เมื่อคำสนองไปถึงผู้ทำคำเสนอ สัญญาก็เกิดขึ้นเมื่อผู้เสนอทราบการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอนั้น⁴

ดังนั้น กรณีที่จะถือว่าเป็นกรณีอยู่เฉพาะหน้านั้น ได้แก่ กรณีที่ผู้แสดงเจตนาและผู้รับการแสดงเจตนาอยู่ในลักษณะที่จะทราบการแสดงเจตนาซึ่งกันและกันได้ในเวลาเดียวกับที่ได้แสดงเจตนาออกมา⁵ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นการแสดงเจตนาเฉพาะหน้า⁶ มิได้ถือเอาระยะเวลาที่อยู่ใกล้ชิดกันเป็นสำคัญ ถ้าหากอยู่ในฐานะที่จะทำการแสดงเจตนาให้เข้าใจกันได้ทันทีแล้ว ถึงจะอยู่ห่างกันเพียงใดก็ถือเป็นการแสดงเจตนาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า⁶ และสัญญาย่อมเกิดขึ้นเมื่อผู้เสนอได้รับทราบคำสนองที่ผู้สนองได้แสดงออกมา ตามมาตรา 356 ซึ่งบัญญัติว่า “คำเสนอทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า โดยมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำเสนอนั้น เสนอ ณ ที่ใดเวลาใดก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย” ดังนั้น การเกิดของสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็จะเป็นไปตามแนวทฤษฎีทราบหรือรับรู้ (Theory of Perception)

ข. การเกิดของสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้าไว้ในมาตรา 196 ซึ่งบัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า ให้ถือว่ามีผลนับแต่เวลาที่การแสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา แต่ถ้าได้บอกถอนไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาขึ้นก่อนหรือพร้อมกันกับที่แสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาขึ้นตกเป็นอันไร้ผล” ซึ่งการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้านั้น เป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่อาจเข้าใจได้โดยทันที แต่ต้องใช้เวลาระยะเวลาหนึ่งในการติดต่อทำความเข้าใจกัน

⁴ กรณีการแสดงเจตนาต่อผู้รับที่อยู่เฉพาะหน้า มาจากเหตุผลของคณะกรรมการพัฒนาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ที่ได้เพิ่มเติมเรื่องนี้ เพราะได้พิจารณาเห็นว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีเพียงบทบัญญัติกำหนดเรื่องการแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะเวลาไว้ในมาตรา 130 (เดิม) ซึ่งเมื่อมีปัญหาในกรณีการแสดงต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า ก็จำเป็นต้องอาศัยการตีความ ดังนั้น เพื่อความชัดเจนจึงได้กำหนดบทบัญญัติมาตรานี้ไว้

⁵ จิตติ ดิงศกัณฑ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: เรือนแก้วการพิมพ์, 2526), น. 15.

⁶ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), 2 เล่ม (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2505), น. 52-53.

การที่สัญญาจะเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาดังกล่าวได้นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงการเกิดของสัญญาไว้ในมาตรา 361 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “อันสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งห่างกันโดยระยะทางนั้นย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นแต่เวลาเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ” ซึ่งแสดงว่าคำสนองไปถึงผู้เสนอเมื่อใด สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อนั้น เท่ากับว่ากฎหมายไทยในกรณีดังกล่าวนี้เดินตามแนวทฤษฎีไปถึง หรือ Theory of Reception

โดยสรุปแล้ว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น การแสดงเจตนาทำคำสนองสามารถจำแนกได้เป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าและการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า ในกรณีการแสดงเจตนาไปยังบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า การแสดงเจตนามีผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนา “ได้รู้” ถึงการแสดงเจตนา นั้น ส่วนกรณีการแสดงเจตนาไปยังบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า การแสดงเจตนามีผลเมื่อ “ไปถึง” ผู้รับการแสดงเจตนา

ในระบบคอมมอนลอว์ เวลาที่การแสดงเจตนามีผลนั้นจะแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ การแสดงเจตนาส่งคำสนองไปยังบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าจะมีผลเมื่อผู้ทำคำเสนอ “ได้รับ” (received) คำสนองนั้น แต่หากเป็นการแสดงเจตนาส่งคำสนองไปยังบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า จะมีผลเมื่อ “ได้ส่ง” (posted) คำสนองนั้นตามหลัก Mailbox Rule หรือ Postal Rule

เมื่อได้ศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่การแสดงเจตนาทำคำสนองมีผลแล้วนั้น เมื่อนำมาพิจารณาในส่วนของการแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ก่อให้เกิดประเด็นที่ต้องศึกษาว่าการส่งคำสนองทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์นี้ คำสนองจะมีผลเมื่อใด จะถือว่าเป็นการแสดงเจตนาที่กระทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าหรือระหว่างบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า และหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถนำมาบังคับใช้ในกรณีการส่งคำสนองทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้หรือไม่

ในกรณีของการทำสัญญาทางโทรศัพท์นั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 168 ว่าการแสดงเจตนาโดยทางโทรศัพท์เป็นการแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า การแสดงเจตนาจึงมีผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนา นั้นได้รู้ถึงการแสดงเจตนา นอกจากนี้ ในตอนท้ายของมาตรา 168 ยังกำหนดให้ใช้บังคับกับเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่นหรือโดยวิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อถึงกันได้ทำนองเดียวกับการใช้โทรศัพท์ ตัวอย่างเช่น เครื่องโทรสารที่ปลายทางมีผู้รับการแสดงเจตนาคอยรับอยู่

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าโทรศัพท์เป็นการสื่อสารระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าเช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากมาตรา 64 ของ Restatement (Second) of Contracts ซึ่งกำหนดว่าการแสดงเจตนาทำคำสนองทางโทรศัพท์หรือด้วยเครื่องมืออื่นๆ ที่มีลักษณะของการสื่อสารแบบสองทางที่สามารถติดต่อถึงกันได้ในพื้นที่ทันใดนั้น อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับคำ

สนองในกรณีที่คู่สัญญาอยู่ต่อหน้ากัน การแสดงเจตนาทางโทรศัพท์จะมีผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้รับ (received) ตามหลัก Receipt Rule และหลักนี้นำไปใช้กับการติดต่อสื่อสารโดยใช้โทรพิมพ์ (Telex)⁷ และโทรสาร (Fax) อีกด้วย โดยถือว่าสัญญาเกิด ณ เวลาและสถานที่ที่ผู้เสนอได้รับคำสั่ง

(1.) บทบัญญัติแห่ง CISG

ในการแสดงเจตนาทำนิติกรรมและสัญญาซื้อขายภายในประเทศอาจตกอยู่ภายใต้กฎหมายภายในที่ต้องปฏิบัติตามแบบ เช่น แบบที่ต้องทำเป็นหนังสือ หรือต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน แต่ตามอนุสัญญา CISG นั้นมีบทบัญญัติยกเว้นการที่ต้องทำเป็นหนังสือ ดังนั้นสัญญาซื้อขายระหว่างประเทศจึงเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลอย่างน้อยสองฝ่าย โดยที่ฝ่ายหนึ่งได้แสดงเจตนาทำคำสั่งและอีกฝ่ายแสดงเจตนาเป็นคำสั่ง เมื่อคำสั่งและคำสั่งถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงเกิดขึ้น

ในเรื่องของความสำเร็จของคำสั่งนั้น อนุสัญญา CISG บัญญัติให้คำสั่งมีผลเมื่อ “ไปถึง” ผู้รับคำสั่ง และเมื่อคำสั่งมีผลแล้ว ผู้ทำคำสั่งย่อมมีความผูกพันตามคำสั่งนั้น

(2.) บทบัญญัติแห่งอนุสัญญา CUECIC

ในเรื่องของการแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น อนุสัญญา CUECIC มีบทบัญญัติที่สำคัญคือเรื่องของคำเชิญเพื่อให้ทำคำสั่ง โดยมาตรา 11⁸ กำหนดว่าการเสนอทำสัญญาที่ทำผ่านการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์หนึ่งครั้งหรือหลายครั้งที่ไม่ได้ทำถึงคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือหลายฝ่ายโดยเฉพาะเจาะจง แต่โดยทั่วไปแล้วสามารถเข้าถึงคู่สัญญาโดยการไร้ระบบข้อมูล รวมถึงการเสนอที่ทำโดยใช้โปรแกรมที่สามารถตอบรับได้ทันทีเพื่อการวางใบสั่งซื้อผ่านระบบข้อมูล ให้พิจารณาว่าเป็นคำเชิญให้ทำคำสั่ง ยกเว้นว่าได้ระบุถึงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายที่ทำการเสนอที่จะผูกพันในกรณีที่มิคำสั่ง

⁷คดี Entores Ltd. v. Miles Far East Corp. [1955] 2 Q.B. 327; Brinkibon v. Stahag Stahl und Stahlwarehandels-gesellschaft mbH [1983] 2 A.C. 34.

⁸ มาตรา 11 อนุสัญญา CUECIC บัญญัติว่า “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.”

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้เป็นการให้คำตอบปัญหาที่ว่า การเสนอซื้อหรือขายผ่านเว็บไซต์ถือว่าเป็นคำเสนอหรือคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ และเป็นการสนับสนุนความคิดที่ว่า การเสนอเว็บไซต์ควรเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาเกี่ยวกับระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติหรือวิธีการอื่นใด กล่าวคือ อนุสัญญา CUECIC มาตรา 12⁹ ได้บัญญัติเรื่องการรับรองผลสมบูรณ์และการบังคับใช้ทางกฎหมายของระบบข้อมูลอัตโนมัติ และได้ให้คำนิยามของคำว่า “ระบบข้อมูลอัตโนมัติ” (automated message systems) ไว้ในมาตรา 4 นอกจากนี้อนุสัญญา CUECIC ยังได้บัญญัติรับรองระบบข้อมูลอัตโนมัติไว้ในมาตรา 12 โดยกำหนดให้สัญญาเกิดขึ้นได้ด้วยการกระทำของระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติและบุคคล หรือด้วยการกระทำระหว่างระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติด้วยกัน โดยไม่อาจปฏิเสธความสมบูรณ์และความมีผลบังคับเพียงเพราะเหตุที่ว่าไม่มีบุคคลใดได้พิจารณาการกระทำหรือแทรกแซงระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติดังกล่าวหรือผลของความตกลง ซึ่งมาตรา 12 ผู้เขียนจะขอยกไปอธิบายในตอนท้ายของหัวข้อนี้

ส่วนในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาตรา 15¹⁰ ได้บัญญัติให้ถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นของผู้ส่งข้อมูลหากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ส่งโดยระบบข้อมูลที่ผู้ส่งข้อมูลหรือบุคคลผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้ส่งข้อมูลได้กำหนดไว้ล่วงหน้าให้สามารถทำงานได้โดยอัตโนมัติ และมาตรา 19¹¹ ยังได้กำหนดเรื่องการตอบแจ้งการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ว่าอาจตอบแจ้งโดยระบบอัตโนมัติหรือโดยวิธีอื่นใดก็ได้ ด้วยบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์รองรับผลของการใช้ข้อมูลอัตโนมัติ

อนุสัญญา CUECIC ได้มีการถกเถียงปัญหาเกี่ยวกับการนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยในช่วงแรกบัญญัติไว้ในมาตรา 9 ของร่างอนุสัญญาฉบับดังกล่าว¹² กำหนดให้

⁹ มาตรา 11 แห่งอนุสัญญา CUECIC บัญญัติว่า “A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.”

¹⁰ มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า “บุคคลใดเป็นผู้ส่งข้อมูลไม่ว่าจะเป็นการส่งโดยวิธีใด ให้ถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นของผู้ส่งนั้น ในระหว่างผู้ส่งข้อมูลและผู้รับข้อมูล ให้ถือว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ส่งข้อมูล หากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ส่งโดย

(1) บุคคลผู้ซึ่งอำนาจกระทำการแทนผู้ส่งข้อมูลเกี่ยวกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น หรือ

(2) ระบบข้อมูลที่ผู้ส่งข้อมูลหรือบุคคลผู้ซึ่งอำนาจกระทำการแทนผู้ส่งข้อมูลได้กำหนดไว้ล่วงหน้าให้สามารถทำงานได้โดยอัตโนมัติ”

¹¹ มาตรา 15 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ในภาคผนวก

¹² ร่างอนุสัญญาในขณะนั้นใช้ชื่อว่า “Preliminary draft convention on contracts concluded or evidenced by data messages” ต่อมาจึงเปลี่ยนชื่อเป็น “Draft Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts”; โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce, A/CN.9/WG.IV/WP.95 (Legal aspects of electronic commerce, Electronic contracting: provisions for a draft convention, Note by the Secretariat, thirty-ninth session, New York 11-15 March 2002).

การนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังบุคคลทั่วไปโดยโดยมิได้เฉพาะเจาะจง โดยผู้ใช้ระบบข้อมูลสามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้ เช่น การนำเสนอสินค้าหรือบริการทางเว็บไซต์เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำสั่งเสนอ เว้นแต่จะแสดงให้เห็นว่าผู้นำเสนอข้อมูลดังกล่าวมีเจตนาผูกพันตนหากมีการสนองรับ¹³ และในวรรคสองของมาตราที่กำหนดว่า เว้นแต่ผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการจะแสดงไว้เป็นอย่างอื่น การเสนอสินค้าและบริการผ่านระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติ (Automated information systems) ซึ่งเป็นระบบที่ให้สัญญาเกิดขึ้นเองโดยอัตโนมัติโดยบุคคลไม่ต้องกระทำการเอง ให้สันนิษฐานว่าเป็นการแสดงเจตนาผูกพันตนหากมีการสนองรับ¹⁴ ดังนั้น การออกแบบเว็บไซต์ให้ผู้สั่งซื้อสินค้ากรอกคำสั่งซื้อได้และกรอกหมายเลขบัตรเครดิตชำระเงินโดยเครื่องประมวลผลโดยอัตโนมัติ จึงเป็นระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติหรืออาจเรียกว่าเป็นการใช้โปรแกรมแบบตอบสนองได้ในตัว (Interactive application) จึงถูกสันนิษฐานว่าเป็นคำสั่งเสนอได้ตามบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคสองนี้

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาร่างอนุสัญญาในครั้งต่อมาของคณะทำงานเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL (UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce) ผู้แทนบางประเทศมีความเห็นว่าแนวความคิดดังกล่าวอาจมิได้สะท้อนทางปฏิบัติในทางการค้า เพราะผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการทางเว็บไซต์ซึ่งใช้โปรแกรมแบบตอบสนองได้ในตัว (Interactive application) มักจะกำหนดเอาไว้ในเว็บไซต์แล้วว่ากรณำเสนอสินค้าหรือบริการนั้นไม่มีผลผูกพันผู้เสนอ และในปัจจุบันยังไม่มีแนวปฏิบัติทางการค้าที่ตรงกันในเรื่องนี้¹⁵ ที่ประชุมจึงได้เปลี่ยนหลักการจากเดิมเป็นว่าให้เสนอสินค้าหรือบริการโดยใช้ระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติหรือโดยใช้โปรแกรมแบบตอบสนองได้ในตัว เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำสั่งเสนอ เว้นแต่จะมีการแสดงให้เห็นถึงเจตนาผู้พันตนหากมีการตอบรับกลับมา

ดังนั้น ในท้ายที่สุดที่ประชุมมีความเห็นให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 11 ของอนุสัญญา CUECIC โดยกำหนดว่ากรณำเสนอ

¹³ มาตรา 9 อนุ 1 แห่งอนุสัญญา CUECIC บัญญัติว่า "A proposal for concluding a contract which is not addressed to one or more specific persons, but is generally accessible to persons making use of information systems, such as the offer of goods and services through an Internet web site, is to be considered merely as an invitation to make offers, unless it indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance."

¹⁴ มาตรา 9 อนุ 2 แห่งอนุสัญญา CUECIC บัญญัติว่า "In determining the intent of a party to be bound in case of acceptance, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case. Unless otherwise indicated by the offeror, the offer of goods or services through automated computer systems allowing the contract to be concluded automatically and without human intervention is presumed to indicate the intention of the offeror to be bound in case of acceptance."

¹⁵ UNCITRAL Working group on Electronic Commerce, A/CN.9/528 (Report of the Working group IV (Electronic Commerce) on the work of its forty-first session, New York, 5-9 May 2003).

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังบุคคลทั่วไปโดยมิได้เฉพาะเจาะจง และการนำเสนอข้อมูลโดยใช้รูปแบบข้อมูลที่ตอบสนองได้ในตัว (Interactive application) เพื่อให้มีการทำคำสั่งซื้อทางระบบข้อมูลนั้นให้ถือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอ เว้นแต่คู่สัญญาจะระบุไว้โดยชัดแจ้งว่ามีเจตนาที่จะผูกพันตามการนำเสนอข้อมูลนั้นเมื่อมีคำสนอง ซึ่งการกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการทำให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณาปัญหาการนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำข้อเสนอหรือคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอ

เมื่อได้พิจารณาแนวทางการแก้ไขปัญหาในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าอนุสัญญา CUECIC มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาการแสดงเจตนาทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นคำเสนอหรือคำเชื้อเชิญให้ทำข้อเสนอไว้ชัดเจนกว่ากฎหมายอื่นๆ

อนึ่ง การนำเสนอสินค้าหรือบริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์อาจถือเป็นคำเสนอได้ หากปรากฏว่าผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการมุ่งประสงค์จะผูกพันตนเมื่อได้รับการสนองตอบรับกลับมา¹⁶ เช่น กรณีที่มีการกำหนดแบบคำสั่งซื้อ (Order form) พร้อมกับข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญา (Terms and Conditions) เอาไว้อย่างชัดเจน ผู้ซื้อเพียงแต่แสดงเจตนาว่าจะสนองรับหรือไม่เท่านั้น¹⁷ หรือมีการระบุไว้ชัดเจนถึงตัวผู้รับคำเสนอ เช่น ระบุว่าขายให้กับผู้ที่ตอบรับกลับมาเป็นคนแรก¹⁸ เป็นต้น หรือในกรณีการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางเว็บไซต์ (Website) ที่ให้ผู้ซื้อเพียงแต่กรอกหมายเลขบัตรเครดิตเพื่อชำระราคา โดยที่ระบบคอมพิวเตอร์จะประมวลผลการจ่ายเงินผ่านบัตรในทันทีทันใด โดยที่ผู้ซื้อไม่ต้องดำเนินการใดๆ อีก การนำเสนอสินค้าหรือบริการในกรณีนี้อาจถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอที่ผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการมีเจตนาที่จะผูกพันตนทันทีที่ผู้ซื้อตอบรับโดยการกรอกหมายเลขบัตรเครดิต

กล่าวโดยสรุปแล้ว ในการพิจารณาปัญหาดังกล่าว จะต้องพิจารณาจากลักษณะหรือรูปแบบในการนำเสนอข้อมูลประกอบกับเจตนาของผู้นำเสนอข้อมูล หากการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นการนำเสนอต่อบุคคลทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจง แม้จะมีการแสดงรายละเอียดของสินค้าและราคาไว้ชัดเจน แต่ผู้นำเสนอมิได้มุ่งประสงค์ที่จะผูกพันตนเมื่อมีการ

¹⁶ Lilian Edwards and Charlotte Waelde, Law & the Internet a framework for electronic commerce (Oxford: Hart Publishing, 2000), p. 22.

¹⁷ Michael Chissick and Alistair Kelman, Electronic Commerce: Law and Practice, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 2000), p. 76.

¹⁸ Edward A. Cavazos and Gavino Morin, Cyberspace and the Law: Your Rights and Duties in the On-line World (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1995), p. 35.

สนองรับแล้ว ก็ถือว่าการนำเสนอสินค้าหรือบริการทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้
ทำคำเสนอ เว้นแต่ผู้นำเสนอสินค้าหรือบริการจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ในอนุสัญญา CUECIC ได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำสัญญาโดยใช้ระบบ
ข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติไว้ในมาตรา 12 เพื่อพัฒนาหลักเกณฑ์ทั่วไปของมาตรา 13(2)(b) ของ
กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ให้มีความชัดเจน¹⁹ โดยกำหนดว่า
สัญญาเกิดขึ้นได้ด้วยการกระทำของระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติและบุคคล หรือด้วยการ
กระทำระหว่างระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติด้วยกัน โดยไม่อาจปฏิเสธความสมบูรณ์และ
ความมีผลบังคับเพียงเพราะเหตุที่ว่าไม่มีบุคคลใดได้พิจารณาการกระทำหรือแทรกแซงระบบข้อมูล
ที่ทำงานโดยอัตโนมัติดังกล่าวหรือผลของความตกลง

จะเห็นได้ว่า ถึงแม้บทบัญญัติมาตรา 12 ของอนุสัญญา CUECIC ฉบับดังกล่าว จะมี
ที่มาจากมาตรา 13(2)(b) ของกฎหมายแม่แบบ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่ใน
อนุสัญญา CUECIC นั้นวางหลักเกณฑ์ไปไกลกว่าและรับรองอย่างชัดเจนถึงความมีผลผูกพันของ
การแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แม้จะไม่มีมนุษย์เข้าไปแทรกแซง ดังนั้น หากมีการแสดงเจตนา
โดยใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ที่ทำงานโดยอัตโนมัติ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอหรือคำ
สนอง การแสดงเจตนาอันย่อมมีผลผูกพันผู้แสดงเจตนา และหากเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนอง
ย่อมก่อให้เกิดสัญญาขึ้นได้ภายใต้มาตรา 12 ของอนุสัญญา CUECIC ฉบับดังกล่าว

¹⁹ มาตรา 13(2)(b) ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความมีผลของ
การกระทำของเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์โดยอัตโนมัติไว้แต่อย่างใด มีเพียงหลักทั่วไป เรื่องข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับตัวผู้ส่งข้อมูล
อิเล็กทรอนิกส์ว่าในกรณีที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ส่งไปโดยระบบคอมพิวเตอร์ที่มีการตั้งโปรแกรมให้ดำเนินการรับส่งและประมวลผล
ข้อมูลอัตโนมัติ ให้ถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้มีการส่งไปโดยระบบที่ทำงานโดยอัตโนมัติเป็นข้อมูลของผู้ที่ปรากฏชื่อว่าเป็นผู้ส่ง

2. เวลาในการส่งและรับการติดต่อสื่อสาร (Dispatch and Receive)

(1.) บทบัญญัติแห่ง CISG

บทบัญญัติว่าด้วยการ “ไปถึง” และ “ได้รับ” ปรากฏในอนุสัญญา CISG เกี่ยวกับกรณีของผู้รับการติดต่อสื่อสาร กล่าวคือ การที่จะถือว่าเจตนา นั้นได้ “ไปถึง” ผู้รับการติดต่อสื่อสาร (ซึ่งก็คือผู้รับการแสดงเจตนา) ต้องพิจารณาจากมาตรา 24 แห่งอนุสัญญา CISG ที่ได้ระบุกรณีการ “ไปถึง” ไว้ว่า “สำหรับวัตถุประสงค์ในส่วนนี้ของอนุสัญญา คำเสนอ คำสนอง หรือการแสดงออกอื่นใดแห่งเจตนา จะไปถึงผู้รับการติดต่อสื่อสารเมื่อได้ถูกกระทำขึ้นเป็นวาจาต่อหน้าบุคคลนั้น (คือส่งไปถึงผู้รับการแสดงเจตนาโดยตรง) หรือถูกส่งโดยวิธีการอื่นใดไปยังสถานประกอบธุรกิจของบุคคลผู้นั้นเป็นการส่วนตัว หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์ หรือหากว่าบุคคลนั้นไม่มีสถานประกอบธุรกิจและไม่มีที่อยู่ทางไปรษณีย์ ก็ให้จัดส่งไปยังที่อยู่ตามปกติของเขา”

ตัวอย่าง ผู้ซื้อได้เจรจาขอซื้อสินค้าจากผู้ขายโดยตรง กรณีนี้ถือว่าคำเสนอซื้อไปถึงผู้ขายแล้ว แต่กรณีทำคำเสนอแก่บุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ก็มีได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าการแสดงเจตนา นั้นมีผลเมื่อใด ส่วนในกรณีคำเสนอซึ่งผู้รับอยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้น คำเสนอนั้นจะมีผลเมื่อ “ไปถึง” ผู้รับการติดต่อสื่อสารเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย แต่บทบัญญัติในอนุสัญญา CISG นั้น ได้อธิบายรายละเอียดไว้มากกว่า

ส่วนในกรณี “ได้รับ” การติดต่อสื่อสารหรือการแสดงเจตนา นั้น ได้ถูกบัญญัติไว้ในอนุสัญญา CISG มาตรา 18 อนุมาตรา 2²⁰ มีผลเมื่อไปถึงเช่นเดียวกัน

(2.) บทบัญญัติแห่งอนุสัญญา CUECIC

ตามมาตรา 10 วรรค 1 บัญญัติเกี่ยวกับเวลาส่งไว้ว่าคือเวลาที่การติดต่อสื่อสารหรือข้อมูลออกจากระบบข้อมูลภายใต้การควบคุมของผู้ส่งหรือในนามของผู้ส่ง หรือไม่ก็เป็นเวลาที่ได้รับหากการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นไม่ได้ออกจากระบบข้อมูลภายใต้การควบคุมของผู้ส่งหรือในนามของผู้ส่ง (Originator)

²⁰ มาตรา 18 อนุ 2 แห่งอนุสัญญา CISG บัญญัติว่า “(2) An acceptance of an offer becomes effective at the moment the indication of assent reaches the offeror. An acceptance is not effective if the indication of assent does not reach the offeror within the time he has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time, due account being taken of the circumstances of the transaction, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.”

กรณีที่ว่า เวลาที่ได้รับการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเวลาที่ได้ส่ง ต่างจากกฎหมายแม่แบบฯ ปี 1996 ซึ่งกรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้เช่น ผู้ส่งโพสต์ข้อความเอาไว้ในเว็บไซต์ของตนเอง

ส่วนเวลาที่ “ได้รับ” การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 10 วรรค 2 ได้บัญญัติว่า คือเวลาที่ที่สามารถที่จะเรียกขึ้นมาดูได้ ณ ปลายทาง (becomes capable of being retrieved by the addressee)

ในการส่งข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น เรื่องเวลาและสถานที่ที่ถือว่าผู้แสดงเจตนา “ได้ส่ง” และผู้รับการแสดงเจตนา “ได้รับ” ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ มีความสำคัญต่อการพิจารณาเวลาและสถานที่ที่สัญญาเกิด โดยเฉพาะในแง่ของจุดเวลาที่คำเสนอและคำสนองมีผล อีกทั้งหากมีการถอนคำเสนอหรือคำสนองในเวลาต่อมา การบอกถอนนั้นจะมีผลเมื่อใดหรือไม่ ถึงแม้จะพิจารณาได้แล้วว่าสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้นเมื่อใด แต่ยังคงมีปัญหาตามมาว่า ณ จุดเวลาและสถานที่ใดบนการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่จะถือว่ามีการส่งและรับข้อมูล เนื่องจากการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น เป็นการยากที่จะระบุเวลาและสถานที่ที่การแสดงเจตนามีผลได้อย่างชัดเจน คู่กรณีไม่อาจรู้ได้ว่าสถานที่ตั้งของแม่ข่ายบริการ (Server) ที่ใช้ติดต่อสื่อสารระหว่างคู่กรณีนั้นอยู่ที่ใด และไม่อาจรู้เวลาที่แท้จริงที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ออกจากระบบข้อมูลและเข้าสู่ระบบข้อมูลอื่น เพราะการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีเรื่องทางเทคนิคเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างมาก เนื่องจากการส่งผ่านทางเครือข่าย (Network) เป็นทอดๆ โดยผู้ส่งและผู้รับอาจมิได้ส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์กันโดยตรง แต่อาจใช้แม่ข่ายบริการ (Server) ของผู้ให้บริการเครือข่าย (Service Provider) ซึ่งผู้ให้บริการเครือข่ายดังกล่าวก็อาจใช้แม่ข่ายบริการ (Server) ของผู้ให้บริการรายอื่นอีกต่อหนึ่ง จึงมีลักษณะเป็นเครือข่ายที่พ่วงกันหลายทอดกลายเป็นเครือข่ายขนาดใหญ่ ดังนั้นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งไปจึงมักผ่านเครือข่ายหลายเครือข่ายและแต่ละเครือข่ายก็อยู่ในความดูแลของต่างบุคคลกัน

ในการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นี้ จะพิจารณาถึงปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาที่มีการส่งและรับของการติดต่อสื่อสารอิเล็กทรอนิกส์

การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มักเป็นการส่งผ่านเครือข่ายที่เชื่อมต่อกันเป็นทอดๆ จึงต้องมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลในเวลาใด หากคู่สัญญาได้มีการระบุไว้ชัดเจนว่าจะให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลในเวลาใด ย่อมไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเวลาที่ข้อมูลมีผล แต่ปัญหามักเกิดในกรณีที่มิได้มีการกำหนดไว้ล่วงหน้า

ในอนุสัญญา CUECIC ในรายงานการประชุมที่เสนอต่อคณะทำงานของร่างอนุสัญญา²¹ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่มีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 10 โดยในส่วนของเวลาที่มีการส่งข้อมูลนั้น กำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดระหว่างเวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ “เข้าสู่ระบบข้อมูล” (enter an information system) ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่ง หรือเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ “ออกจากระบบข้อมูล” (leave an information system) ที่อยู่ภายใต้ความควบคุมของผู้ส่ง ซึ่งภายหลังจากเสนอรายงานการประชุมต่อคณะทำงานแล้ว ในสมัยประชุมต่อมา คณะทำงานได้มีการพิจารณาประเด็นดังกล่าวโดยเห็นพ้องกันว่าเวลาที่มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ออกจากระบบข้อมูล (leave an information system) ที่อยู่ภายใต้ความควบคุมของผู้ส่งหรือของผู้อื่นซึ่งส่งในนามของผู้ส่ง หรือในกรณีที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มิได้ออกจากระบบข้อมูลที่อยู่ในความควบคุมของผู้ส่งหรือของผู้อื่นซึ่งส่งในนามของผู้ส่ง ณ เวลาที่ได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามอนุสัญญาฉบับนี้แตกต่างจากจากหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544²² ที่กำหนดให้ถือว่ามี การส่งเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เข้าสู่ระบบข้อมูล (enter an information system) ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล เนื่องจากคณะทำงานของร่างอนุสัญญาเห็นว่าการกำหนดให้ถือว่ามี การส่งเมื่อออกจากระบบข้อมูลนั้นสมเหตุสมผลตามความเป็นจริงของการส่งข้อมูลมากกว่าและตรงกับลักษณะของการส่งในกรณีที่มีใช้การส่งด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์มากกว่า และในตอนท้ายได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเพื่อให้ครอบคลุมถึงการได้รับข้อมูลในกรณีที่ข้อมูลมิได้มีการส่งออกจากระบบข้อมูลด้วย เนื่องจากในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในบางกรณี เช่น การประกาศข้อความไว้บนเว็บไซต์ซึ่งผู้ส่งดำเนินการเองนั้น อาจไม่ต้องส่งข้อมูลออกจากระบบข้อมูลของผู้ส่งเลยก็ได้

ส่วนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่มีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ในอนุสัญญาฉบับนี้เดิมกำหนดให้ถือว่ามี การรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ผู้รับหรือตัวแทนของผู้รับข้อมูลสามารถเรียกข้อมูลนั้นขึ้นมาให้ปรากฏ (capable of being retrieved) ส่วนเวลาที่ผู้รับข้อมูลสามารถเรียกข้อมูลให้ปรากฏ ได้แก่เวลาที่ข้อมูลนั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับ เว้นแต่เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของข้อมูลและข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไปแล้ว จะไม่เป็นการสมเหตุสมผลสำหรับผู้ส่งที่จะเลือกส่งข้อมูลไปยังระบบข้อมูลนั้น

²¹ UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce, A/CN.9/571

²² มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า “การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่ามี การส่งเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งข้อมูล”

หลักเกณฑ์เดิมเกี่ยวกับเวลาที่มีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้แยกความแตกต่างของเวลาที่ถือว่ามีกรับข้อมูลออกเป็นกรณีผู้ที่รับกำหนดระบบข้อมูลและมีได้กำหนดระบบข้อมูลที่ใช้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งแตกต่างจากหลักเกณฑ์ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 แต่ในที่ประชุมของคณะทำงานร่างอนุสัญญามีความเห็นโต้แย้งว่าการกำหนดหลักเกณฑ์เช่นนี้ ทำให้เกิดปัญหาการตีความว่า “ระบบข้อมูล” นั้นหมายถึงระบบใด จะหมายถึงกล่องรับข้อความ (Mailbox) แม้ขายบริการภายในบริษัท แม้ขายบริการที่อยู่ภายนอกหรือระบบเครือข่ายปิด หรือทุกระบบที่กล่าวมา²³ ในที่สุดจึงได้มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยกำหนดให้เวลาที่มีการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่เวลาที่ผู้รับสามารถเรียกข้อมูลนั้นขึ้นมาให้ปรากฏจากที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic address) ที่ผู้รับกำหนดไว้ในกรณีที่มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังที่อยู่อื่นของผู้รับ ให้ถือว่าได้รับข้อมูลนั้นเมื่อผู้รับสามารถเรียกข้อมูลขึ้นมาให้ปรากฏจากที่อยู่นั้นและผู้รับได้รู้ว่ามีกรับส่งข้อมูลไปยังที่อยู่นั้น ส่วนเวลาที่สันนิษฐานว่าข้อมูลอยู่ในสภาพที่ผู้รับสามารถเรียกขึ้นมาให้ปรากฏ คือเมื่อข้อมูลนั้นได้ไปถึงที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic address) ของผู้รับ

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ที่แก้ไขเพิ่มเติมนี้จะเห็นได้ว่า ยังคงใช้หลักเกณฑ์ที่ผู้รับสามารถเรียกขึ้นมาให้ปรากฏเช่นเดิม แต่ได้นำหลักคิดเกี่ยวกับการกำหนดระบบข้อมูลที่ใช้รับข้อมูลเข้ามาใช้ในทำนองเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 แต่มีการระบุว่าจะระบบข้อมูลที่ใช้รับข้อมูลนั้น คือ ที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic address) ของผู้รับ โดยมีได้จำกัดเฉพาะที่อยู่ทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) เท่านั้น แต่หมายถึงส่วนหรือที่ตั้งในระบบข้อมูลที่บุคคลใช้สำหรับรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์²⁴ ซึ่งการใช้หลักเกณฑ์ที่ผู้รับสามารถเรียกข้อมูลขึ้นมาให้ปรากฏแทนหลักเกณฑ์การเข้าสู่ระบบข้อมูลนั้น ผลมีได้แตกต่างกัน เนื่องจากเมื่อข้อมูลเข้าสู่ระบบข้อมูลแล้วข้อมูลนั้นย่อมอยู่ในสภาพที่ผู้รับสามารถเรียกขึ้นมาให้ปรากฏเมื่อใดก็ได้

จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศข้างต้น จะเห็นได้ว่าไม่มีกฎหมายใดที่ระบุเวลาที่มีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจน แม้ในอนุสัญญา CUECIC จะพยายามใช้หลักเกณฑ์ที่ระบุเวลาให้ชัดเจนกว่ากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ก็ตาม แต่ผลของการปรับใช้ไม่แตกต่างกันมากนัก จึงต้องขึ้นอยู่กับการตีความหลักเกณฑ์เพื่อนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

²³ UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce, A/CN.9/546, para. 68.

²⁴ UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce, A/CN.9/546, para. 157.

3. สถานที่ในการส่งและการรับการติดต่อสื่อสาร

กรณีสถานที่ในการส่งและการรับการติดต่อสื่อสาร สามารถนำมาพิจารณาได้ดังนี้

(1.) บทบัญญัติแห่งอนุสัญญา CISG

มาตรา 24 ดังที่ได้กล่าวไปแล้วได้ระบุสถานที่ของการรับการติดต่อสื่อสารว่าเป็นสถานประกอบธุรกิจของบุคคลผู้นั้นเป็นการส่วนตัว หรือที่อยู่ทางไปรษณีย์ หรือหากว่าบุคคลผู้นั้นไม่มีสถานประกอบธุรกิจและไม่มีที่อยู่ทางไปรษณีย์ ก็ให้จัดส่งไปยังที่อยู่ตามปกติของเขา

(2.) บทบัญญัติแห่งอนุสัญญา CUECIC

เรื่องสถานที่ของคู่สัญญา ปรากฏอยู่ในมาตรา 6 วรรค 1 โดยให้สันนิษฐานว่าคู่สัญญาสถานที่ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงไว้ คือสถานที่ประกอบธุรกิจเว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายพิสูจน์ว่าคู่สัญญาที่ได้ทำการแสดงไว้ไม่มีสถานประกอบธุรกิจในที่ตั้งตามที่ได้แสดงไว้

อนุสัญญา CUECIC ฉบับนี้ไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้คู่สัญญาเปิดเผยถึงสถานที่ประกอบธุรกิจหรือข้อมูลอื่นใดแต่กลับสร้างข้อสันนิษฐานถึงสถานที่ประกอบธุรกิจโดยให้สันนิษฐานว่าสถานที่ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแสดงไว้ คือ สถานที่ประกอบธุรกิจ ในกรณีนี้เกิดปัญหาว่าถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแถลงเท็จจะเกิดผลเช่นไร ในเรื่องนี้คณะทำงานเห็นว่าผลทางกฎหมายที่ตามมาเนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งแถลงเท็จหรือไม่ถูกต้องอยู่นอกขอบเขตอนุสัญญา CUECIC นี้ ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับ ดังที่มาตรา 7²⁵ ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้ว

อย่างไรก็ตามข้อสันนิษฐานดังกล่าวไม่เป็นข้อสันนิษฐานที่เด็ดขาดเพราะให้โอกาสคู่สัญญาอีกฝ่ายพิสูจน์ว่าคู่สัญญาที่ได้ทำการแสดงไว้ไม่มีสถานประกอบธุรกิจในที่ตั้งตามที่ได้แสดงไว้ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าเป็นการผลักรถในการพิสูจน์แก่ฝ่ายที่กล่าวอ้างความไม่ถูกต้อง ซึ่งทำให้ผู้กล่าวอ้างซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นฝ่ายผู้ซื้อเสียเปรียบ

ในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น การรับส่งข้อมูลโดยทั่วไปแล้วจะต้องผ่านเครื่องมือสื่อสารหลายเครื่อง เป็นเหตุให้มีสถานที่หลายๆ สถานที่เข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น สถานที่ตั้งของเครื่องมือและเทคโนโลยีที่สนับสนุนระบบข้อมูล และสถานที่ที่คู่สัญญาใช้เข้าถึงระบบข้อมูล เป็นต้น

²⁵ มาตรา 7 แห่งอนุสัญญา CUECIC บัญญัติว่า “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.”

ในประเด็นนี้ มาตรา 6 วรรค 4 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าสถานที่ที่ไม่ถือว่าเป็นสถานที่ประกอบธุรกิจ คือ (a) สถานที่ตั้งของเครื่องมือและเทคโนโลยีที่สนับสนุนระบบข้อมูลที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งใช้ในส่วนที่เกี่ยวกับการเกิดสัญญา หรือ (b) สถานที่ที่คู่สัญญาฝ่ายอื่นเข้าถึงระบบข้อมูลได้

อย่างไรก็ตาม เห็นได้ว่าอนุสัญญา CUECIC ไม่ได้กล่าวถึงกรณีของ Virtual Company เขาไว้ว่าในกรณีที่ไม่มีสถานที่ประกอบธุรกิจทางกายภาพ มีแต่ Virtual Company จะใช้หลักเกณฑ์ใดมาพิจารณาถึงสถานประกอบธุรกิจ ในประเด็นนี้คณะทำงานของ UNCITRAL เห็นว่าเป็นการยากที่จะพยายามสร้างกฎเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวางเพื่อนำมาใช้กับกรณีดังกล่าว ดังนั้นตามอนุสัญญา CUECIC นี้ ถ้าไม่มีสถานที่ประกอบธุรกิจก็ไม่อาจนำอนุสัญญามาใช้กับการติดต่อสื่อสารตามมาตรา 1 ของอนุสัญญานี้ได้

4. ความผิดพลาดในการติดต่อสื่อสาร

(1.) บทบัญญัติแห่ง CISG

ในเรื่องของความผิดพลาดในการสื่อสารนั้น ใน CISG มาตรา 27 ระบุว่าเว้นแต่จะมีการบัญญัติชัดแจ้งเป็นอย่างอื่นในส่วนนี้ของอนุสัญญานี้ หากการแจ้ง การร้องขอ หรือการติดต่อสื่อสารอื่นๆถูกให้หรือทำขึ้นโดยคู่สัญญาโดยวิธีการอันเหมาะสม ความล่าช้าหรือการผิดพลาดในการส่งหรือความล้มเหลวในการไปถึง จะไม่เป็นการตัดสิทธิคู่สัญญาที่เชื่อในการติดต่อสื่อสารนั้น²⁶

(2.) บทบัญญัติแห่งอนุสัญญา CUECIC

อนุสัญญา CUECIC มาตรา 14²⁷ ได้บัญญัติเรื่องความผิดพลาดในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (Error in electronic communications) เขาไว้ ซึ่งอธิบายได้ดังต่อไปนี้

²⁶ มาตรา 27 แห่งอนุสัญญา CISG บัญญัติว่า “Unless otherwise expressly provided in this Part of the Convention, if any notice, request or other communication is given or made by a party in accordance with this Part and by means appropriate in the circumstances, a delay or error in the transmission of the communication or its failure to arrive does not deprive that party of the right to rely on the communication.”

²⁷ มาตรา 14 แห่งอนุสัญญา CUECIC บัญญัติว่า “1. Where a natural person makes an input error in an electronic communication exchanged with the automated message system of another party and the automated message system does not provide the person with an

โดยทั่วไปแล้วความผิดพลาดในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์อาจเกิดจากการกระทำของมนุษย์หรือผลที่ตามมาของการทำหน้าที่ผิดพลาดของระบบข้อมูลที่ได้ ดังนั้นอนุสัญญา CUECIC จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผิดพลาดในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 14 โดยมีสาระสำคัญดังนี้

เมื่อบุคคลธรรมดาไปอนข้อมูลผิดในระหว่างแลกเปลี่ยนการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์กับระบบข้อมูลอัตโนมัติของคู่สัญญาอีกฝ่ายและระบบข้อมูลอัตโนมัตินั้นไม่ได้ให้โอกาสบุคคลนั้นในการแก้ไขความผิดพลาด บุคคลนั้นหรือคู่สัญญาที่กระทำการแทนบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะเพิกถอนการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ไปอนข้อมูลผิดพลาดนั้นถ้า

1. บุคคลหรือคู่สัญญาที่กระทำการแทนบุคคลนั้นแจ้งคู่สัญญาอีกฝ่ายถึงความผิดพลาดนั้นทันทีที่เป็นไปได้ภายหลังได้รู้ถึงความผิดพลาดและแสดงว่าเขาหรือเธอได้ทำความผิดพลาดในการติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์

2. บุคคลหรือคู่สัญญาที่กระทำการแทนบุคคลนั้นไม่ได้ใช้หรือรับผลประโยชน์ที่สำคัญหรือคุณค่าจากสินค้าหรือบริการ (ถ้ามี) จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

สังเกตได้ว่า มาตรา 14 นี้เน้นความผิดที่เกิดจากมนุษย์หรือบุคคลธรรมดา โดยมาจากแนวคิดที่ว่าความผิดที่ได้ทำขึ้นโดยระบบใดๆ อาจจะมีสาเหตุมาจากการปฏิบัติการของบุคคลแต่อย่างไรก็ตามความผิดพลาดอาจเกิดขึ้นโดยที่บุคคลในนามของข้อความที่ได้ส่งไปไม่ได้มีส่วนร่วม ดังนั้นจึงเห็นว่าควรจะจำกัดความรับผิดของคู่สัญญาฝ่ายที่ระบบข้อมูลได้ปฏิบัติการแทน เช่น ให้เพิกถอนการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ไปอนข้อมูลผิดพลาดได้ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ไม่กระทบกระเทือนต่อการบังคับใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายใดๆ ที่อาจจะใช้บังคับกับผลที่เกิดขึ้นตามมาภายหลังของความผิดพลาดนอกเหนือจากสถานการณ์ดังที่ได้กล่าวไว้ในวรรค 1

อนึ่ง อนุสัญญา CUECIC นี้ไม่มีบทบัญญัติเรื่องการยอมรับและการชั่งน้ำหนักพยานของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Admissibility and Evidential Weight of Data Messages) การเก็บ

opportunity to correct the error, that person, or the party on whose behalf that person was acting, has the right to withdraw the portion of the electronic communication in which the input error was made if:

- (a) The person, or the party on whose behalf that person was acting, notifies the other party of the error as soon as possible after having learned of the error and indicates that he or she made an error in the electronic communication; and
- (b) The person, or the party on whose behalf that person was acting, has not used or received any material benefit or value from the goods or services, if any, received from the other party.

2. Nothing in this article affects the application of any rule of law that may govern the consequences of any error other than as provided for in paragraph 1."

รักษาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Retention of Data Messages) ความเป็นเจ้าของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Attribution of Data Messages) และการตอบรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Acknowledgement of Receipt) ต่างจากกฎหมายแม่แบบฯ ที่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว ฉะนั้นเรื่องดังกล่าวจึงอยู่นอกเหนือขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญา CUECIC