

บทที่ 3

หลักกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ การให้บริการและการทำธุรกรรมของธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

3.1 ประวัติความเป็นมาของธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย

ยุคเริ่มต้นของธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยนั้น ธนาคารพาณิชย์ไทยได้เริ่มนำคอมพิวเตอร์มาใช้ในการกิจการของธนาคารเมื่อประมาณ พ.ศ. 2513 โดยในระยะแรกนี้เป็นช่วงที่ธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทยเริ่มศึกษาแนวทางและวางแผนการนำระบบคอมพิวเตอร์เข้ามาใช้ในการให้บริการแก่ลูกค้า โดยธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ถือเป็นธนาคารแรกที่น่านำมาใช้ ใน พ.ศ. 2524 แต่โดยส่วนใหญ่จะใช้ในการบริหารงานภายในธนาคาร เช่น การทำบัญชี การบริหารงานบุคคล ต่อมาจึงเริ่มมีการนำคอมพิวเตอร์มาใช้ในการให้บริการแก่ลูกค้า โดยเชื่อมโยงระบบคอมพิวเตอร์จากสำนักงานใหญ่ไปยังสาขาต่าง ๆ ในเขตกรุงเทพมหานคร ที่เรียกว่า “ระบบออนไลน์” (On-Line) เพื่อให้บริการฝากและถอนเงินต่างสาขาแก่ลูกค้าของธนาคาร ต่อมาได้กลายเป็นบริการธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์แบบพื้นฐาน ซึ่งปรากฏว่าได้รับความนิยมจากประชาชนทั่วไป เพราะทำให้บริการด้านฝาก-ถอนเงินสะดวกและรวดเร็ว

ธนาคารแห่งที่สองที่เริ่มโครงการนำคอมพิวเตอร์มาใช้ในการดำเนินงานของธนาคาร ได้แก่ ธนาคารกสิกรไทย จำกัด (มหาชน) แต่มุ่งเน้นการใช้คอมพิวเตอร์ไปสนับสนุนทางด้านการวางแผนงานและการบริหารงานภายในธนาคารเป็นหลัก ซึ่งหากเป็นการนำคอมพิวเตอร์มาใช้ทางด้านบริการนั้น ยังเรียกว่าไม่ประสบความสำเร็จมากนัก แต่หากเปรียบเทียบกับ การเติบโตของธนาคารในช่วงนั้นแล้ว เห็นได้ว่า ธนาคารกสิกรไทย จำกัด (มหาชน) ประสบความสำเร็จมากพอสมควร อย่างไรก็ดี ในระยะหลัง ธนาคารกสิกรไทย จำกัด (มหาชน) ก็ได้เริ่มนำเสนอบริการทางอิเล็กทรอนิกส์แก่ลูกค้าอย่างจริงจังมากขึ้น

ธนาคารที่เป็นตัวจุดกระแสให้เกิดสงครามการให้บริการธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และทำให้ระบบธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย คือ

ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) โดยได้เสนอบริการฝาก-ถอนเงินอัตโนมัติ ภายใต้ชื่อบริการ “เงินด่วนเอทีเอ็ม” ซึ่งลูกค้าสามารถฝาก-ถอนเงินทั้งในและนอกเวลาทำการของธนาคาร ซึ่ง “บริการเงินด่วนเอทีเอ็ม” นี้ได้ก่อให้เกิดการตื่นตัวให้กับวงการการเงินการธนาคารในช่วงนั้นได้ไม่น้อย และเป็นที่ยึดติดกันว่าการบริการนี้จะประสบความสำเร็จหรือไม่ ซึ่งธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) ก็พยายามประชาสัมพันธ์แนะนำให้ลูกค้าของธนาคารและประชาชนทั่วไปรู้จักและสนใจใช้เครื่องมือนี้จนได้รับความสำเร็จในด้านการตลาดเป็นอย่างดี จากความสำเร็จในครั้งนั้น ทำให้ธนาคารพาณิชย์หลายแห่งได้หันมาสนใจการให้บริการธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อย่างจริงจังมากยิ่งขึ้น

3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย

3.2.1 พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551

ในอดีตการกำกับดูแลธนาคารพาณิชย์ จะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยมีลักษณะเป็นการกำกับดูแลร่วมกันระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและธนาคารแห่งประเทศไทย เช่น การจัดตั้ง การประกอบธุรกิจ การธนาคารพาณิชย์ การแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ การสั่งควบคุม และการตั้งกรรมการควบคุม เป็นอำนาจของรัฐมนตรี ต่อมา เมื่อประเทศไทยประสบปัญหาวิกฤตทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรงในช่วงปี 2540 ส่งผลกระทบโดยตรงต่อสถาบันการเงิน และกระทบกระเทือนต่อความเชื่อมั่นของประชาชนและผู้ฝากเงินที่มีต่อระบบสถาบันการเงินโดยรวม ทำให้มีความเห็นว่าการดำเนินกิจการของสถาบันการเงินควรมีรูปแบบการดำเนินธุรกิจที่เป็นไปตามมาตรฐานเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็น ธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์

ดังนั้น กระทรวงการคลังจึงเห็นสมควรปรับปรุงมาตรการในการกำกับดูแลสถาบันการเงินดังกล่าวให้มีประสิทธิภาพเพิ่มขึ้น รวมทั้งปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์และกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ และรวมเป็นฉบับเดียวกัน เพื่อให้การควบคุมดูแลเป็นมาตรฐานเดียวกัน ตลอดจนแก้ไขเพิ่มเติมบทกำหนดโทษ

สำหรับความผิดที่เกี่ยวข้องให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงมีการออกพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 3 สิงหาคม 2551

โดยมีบทบัญญัติเพิ่มเติมจากกฎหมายเดิม ได้แก่ (1) การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจการเงินอื่นโดยการออกพระราชกฤษฎีกา (2) การกำกับสถาบันการเงินในรูปแบบกลุ่มธุรกิจทางการเงิน (3) การคุ้มครองผู้บริโภค (4) กำหนดมาตรการแก้ไขฐานะหรือการดำเนินงานของสถาบันการเงินให้ชัดเจน และ (5) การมอบอำนาจในการกำกับดูแลสถาบันการเงินเฉพาะกิจ

สำหรับคำว่า “ธุรกิจธนาคารพาณิชย์” มาตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 ได้ให้คำนิยามไว้ หมายถึง “การประกอบธุรกิจรับฝากเงินหรือรับเงินจากประชาชนที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถาม หรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้ และให้ประโยชน์จากเงินนั้นโดยวิธีหนึ่งวิธีใด เช่น ให้สินเชื่อ ชื้อขายตัวแลกเงินหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่นใด ชื้อขายเงินปริวรรตต่างประเทศ”

ทั้งนี้พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงินฉบับนี้ได้แบ่งประเภทของธนาคารพาณิชย์ออกเป็น 4 ประเภทด้วยกัน คือ

1) ธนาคารพาณิชย์ หมายความว่า บริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ และให้หมายความรวมถึงธนาคารพาณิชย์เพื่อรายย่อย ธนาคารพาณิชย์ที่เป็นบริษัทลูกของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศ และสาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์

2) ธนาคารพาณิชย์เพื่อรายย่อย หมายความว่า บริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการให้บริการแก่ประชาชนรายย่อย และวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม โดยมีข้อจำกัดการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับเงินตราต่างประเทศ ตราสารอนุพันธ์และธุรกรรมอื่นที่มีความเสี่ยงสูง ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด

3) ธนาคารพาณิชย์ที่เป็นบริษัทลูกของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศ หมายความว่า บริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ซึ่งมีธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศแห่งใดแห่งหนึ่งถือหุ้นโดยตรงหรือทางอ้อมไม่ต่ำกว่าร้อยละเก้าสิบห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัทนั้น

4) สาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศ หมายความว่า สาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทย

เมื่อพิจารณาจากนิยามของคำว่า ธนาคารพาณิชย์แล้ว รวมถึงมาตรา 9¹⁵ แห่งพระราชบัญญัติเองก็ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า ผู้ที่จะขอจัดตั้งธนาคารพาณิชย์นั้นต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทมหาชนจำกัดเท่านั้น ดังนั้น บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลอื่นนอกจากบริษัทมหาชนย่อมไม่สามารถขออนุญาตจัดตั้งธนาคารพาณิชย์ได้

ในส่วนโครงสร้างผู้ถือหุ้นของธนาคารพาณิชย์นั้น มาตรา 16 ได้กำหนดเกี่ยวกับจำนวนผู้ถือหุ้นไว้ว่าต้องมีผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้าของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและจำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด แต่ทั้งนี้จำนวนผู้ถือหุ้นดังกล่าวธนาคารพาณิชย์อาจขออนุญาตธนาคารแห่งประเทศไทยให้บุคคลต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้ถึงร้อยละสี่สิบเก้าของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและจำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และให้มีกรรมการที่เป็นบุคคลผู้ไม่มีสัญชาติไทยได้เกินกว่าหนึ่งในสี่แต่ไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงินฉบับนี้ยังให้อำนาจอรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยสามารถผ่อนผันให้มีจำนวนหุ้นหรือกรรมการที่เป็นบุคคลต่างด้าวได้มากกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องแก้ไขฐานะการดำเนินการหรือเพื่อเสริมสร้างความมั่นคงของธนาคารพาณิชย์ หรือเพื่อความมั่นคงของระบบสถาบันการเงิน

และสำหรับธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศที่ต้องการเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยนั้น จะต้องขอรับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยธนาคารแห่งประเทศไทยจะเป็นผู้ให้คำแนะนำ ซึ่งธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศจะต้องแสดงหนังสือยินยอมให้ยื่นคำขอจัดตั้งสาขาจากหน่วยงานผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการกำกับและตรวจสอบธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศนั้นต่อรัฐมนตรีโดยผ่านธนาคารแห่งประเทศไทยด้วย

15

มาตรา 9 การประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน หรือธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ จะกระทำได้เฉพาะนิติบุคคลประเภทบริษัทมหาชนจำกัด โดยได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยคำแนะนำ

3.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

(1) ความหมายของคำว่า “พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์”

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หมายถึง รูปแบบของธุรกรรมทางพาณิชย์ที่เกี่ยวข้องกับทั้งองค์กรและปัจเจกบุคคลซึ่งอยู่บนพื้นฐานกระบวนการทางอิเล็กทรอนิกส์ การส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องถึงข้อความเสี่ยง และรูปร่างที่มองเห็น นอกจากนั้นยังหมายถึงอิทธิพลที่การแลกเปลี่ยนทางอิเล็กทรอนิกส์ของสารสนเทศทางพาณิชย์ที่มีต่อสถาบันและกระบวนการที่เป็นส่วนสนับสนุนและครอบคลุมกิจกรรมทางพาณิชย์ซึ่งรวมถึงการบริหารองค์กร กรอบทางกฎหมายและระเบียบหลักเกณฑ์ การจัดการด้านการเงิน เป็นต้น¹⁶

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ การดำเนินธุรกิจ โดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ (ECRC Thailand 1999)

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ การผลิต การกระจาย การตลาด การขาย หรือการขนส่งผลิตภัณฑ์และบริการโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ (WTO, 1998)

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ ขบวนการที่ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อทำธุรกิจที่จะบรรลุเป้าหมายขององค์กร พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ใช้เทคโนโลยีประเภทต่าง ๆ และครอบคลุมรูปแบบทางการเงินทั้งหลาย เช่น ธนาคารอิเล็กทรอนิกส์ การค้าอิเล็กทรอนิกส์ อีดีไอหรือการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ โทรสาร แคตตาล็อกอิเล็กทรอนิกส์ การประชุมทางไกล และรูปแบบต่าง ๆ ที่เป็นข้อมูลระหว่างองค์กร (ESCAP, 1998)

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ ธุรกรรมทุกรูปแบบที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมเชิงพาณิชย์ ทั้งในระดับองค์กรและส่วนบุคคล บนพื้นฐานของการประมวล และการส่งข้อมูลดิจิทัล ที่มีทั้งข้อความเสี่ยง และภาพ (OECD, 1997)

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ การทำธุรกิจทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งขึ้นอยู่กับประมวล และการส่งข้อมูล ที่มีทั้งข้อความเสี่ยง และภาพ ประเภทของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์รวมถึง การ

¹⁶ไพจิตร สวัสดิการ, การใช้คอมพิวเตอร์ทางกฎหมายและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ Computer Usage in Legal Practice and Laws related to Computer, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2547), น. 159.

ขายสินค้าและบริการด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ การขนส่งผลิตภัณฑ์ที่เป็นเนื้อหาข้อมูลแบบดิจิทัลในระบบออนไลน์ การโอนเงินแบบอิเล็กทรอนิกส์ การจำหน่ายหุ้นทางอิเล็กทรอนิกส์ ไปตราส่ง การประมูล การออกแบบ และวิศวกรรมร่วมกัน การจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ การขายตรง การให้บริการหลังการขาย ทั้งนี้ใช้กับสินค้า เช่น สินค้าบริโภค อุปกรณ์ทางแพทย์ และบริการ เช่น บริการขายข้อมูล บริการด้านการเงิน บริการด้านกฎหมาย รวมทั้งกิจการทั่วไป เช่น สาธารณสุข การศึกษา ศูนย์การค้าเสมือน (Virtual Mall) (European union, 1997)

พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เป็นการทำธุรกรรมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เช่น อินเทอร์เน็ต หรือสิ่งอื่นๆ ที่เรียกว่า เครือข่ายเปิด (Open Network) ซึ่งครอบคลุมธุรกรรมอยู่ 2 ประเภท คือ

1. ธุรกรรมเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้า และบริการที่จับต้องได้ หรือประเภทที่เรียกว่า สินค้ากายภาพ (Physical Goods and Services) ซึ่งธุรกรรมประเภทนี้ใช้สื่อทางอินเทอร์เน็ตหรือสื่ออื่นๆ ในฐานะเป็นตัวกลางเพื่อประโยชน์ในการ “สั่งซื้อ” หรือ “ตอบรับ” หรือ “การชำระเงิน” ส่วนการส่งสินค้าและบริการไปยังลูกค้านั้นใช้วิธีการปกติ

2. ธุรกรรมซื้อขายสินค้าประเภทสารสนเทศ หรือที่เรียกว่าสินค้าหรือบริการที่อยู่ในรูป “ดิจิทัล” (Digital) และจับต้องไม่ได้ เช่น ซอฟต์แวร์ หรือเพลง หรือภาพยนตร์ เป็นต้น ธุรกรรมประเภทนี้ที่ต้องใช้อินเทอร์เน็ตแบบครบวงจร คือเป็นทั้งสื่อกลางในการสื่อสาร และสื่อกลางในการซื้อขายจนได้รับสินค้าและบริการจนครบกระบวนการ

การพิจารณาว่าธุรกิจใดบ้างที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการประกอบธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ก็เพื่อความชัดเจนในการควบคุมธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่ในกรณีที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงทางการเงินและการพาณิชย์ หรือเพื่อประโยชน์ในการเสริมสร้างความเชื่อถือและยอมรับในระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือเพื่อป้องกันความเสียหายต่อสาธารณชน ให้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้การประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ใดเป็นกิจการที่ต้องแจ้งให้ทราบ ต้องขึ้นทะเบียน หรือต้องได้รับใบอนุญาตก่อนก็ได้”

พระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้ให้ความหมายของคำว่า “ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า ธุรกรรมที่กระทำขึ้นโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ดังนั้น บุคคลทั่วไปย่อมสามารถทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างเสรี เว้นแต่จะกำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่กำหนดให้การประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ใดเป็นกิจการที่ต้องแจ้งให้ทราบ ต้องขึ้นทะเบียน หรือต้องได้รับอนุญาตก่อนก็ได้

ซึ่งปัจจุบันได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2551 และร่างพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำกับดูแลธุรกิจบริการการให้บริการออกใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ขึ้น โดยพระราชกฤษฎีกาและร่างพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวไม่ได้ให้นิยามของคำว่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไว้ แต่บทบัญญัติทั้งสองมุ่งควบคุมธุรกิจบริการการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ ธุรกิจบริการการให้บริการออกใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ตามลำดับ ส่วนธุรกิจประเภทอื่น ๆ จึงไม่ถูกควบคุมตามกฎหมายนี้ และไม่ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายนี้

จะเห็นได้ว่า สัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ จะหมายถึงการดำเนินการทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการเท่านั้น ไม่รวมถึงการทำธุรกรรมประเภทอื่น ๆ เช่น การขนส่งผลิตภัณฑ์ที่เป็นเนื้อหาข้อมูลแบบดิจิทัลในระบบออนไลน์ การโอนเงินแบบอิเล็กทรอนิกส์ การจำหน่ายหุ้นทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

ดังนั้น ประเภทของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกควบคุมตามกฎหมายที่กล่าวมา จึงได้แก่การซื้อขายสินค้า บริการทางอินเทอร์เน็ต ธุรกิจการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ การให้บริการออกใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ ประเภทของธุรกรรมทางพาณิชย์กรณีอื่น ๆ นอกจากนี้ เช่น การขนส่งผลิตภัณฑ์ที่เป็นเนื้อหาข้อมูลแบบดิจิทัลในระบบออนไลน์ เป็นต้น จึงไม่อยู่ในบังคับของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2551 และร่างพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำกับดูแลธุรกิจบริการการให้บริการออกใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. จึงทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจดังกล่าวไม่อยู่ในข่ายต้องจดทะเบียน ส่งผลให้ธุรกิจดังกล่าวไม่ถูกควบคุม

(2) ความเสี่ยงในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

การพิจารณาในเรื่องความเสี่ยงในการทำธุรกรรมการเงินอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างลูกค้ากับธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น มีผลต่อการพิจารณาว่าสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใด โดยจะพิจารณาจากพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการทำสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากการทำธุรกรรมผ่านสื่อออนไลน์ กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์ อันจะทำให้ทราบได้ว่าเมื่อมีการทำธุรกรรมการเงินอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นแต่ละครั้งนั้น ความสมบูรณ์ของแต่ละธุรกรรมเกิดขึ้นเมื่อใด และหากมีความผิดพลาดเกิดขึ้นจากสาเหตุต่าง ๆ ในระหว่างการส่งหรือรับคำสั่งทำธุรกรรมการเงินอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ลูกค้าหรือธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะเป็นผู้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น

(2.1) การแสดงเจตนาทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องมีการแสดงออกถึงเจตนาเพื่อส่งคำสั่งเบิก ถอน หรือโอนเช่นเดียวกับการทำธุรกรรมกับธนาคารทั่วไป ตามหลักทั่วไป คือ คู่สัญญาที่ทำสัญญากันทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต้องมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกันเพื่อจะก่อให้เกิดสัญญาผูกพันระหว่างคู่สัญญา เพียงแต่วิธีที่ใช้ในการทำสัญญานั้น อาจมีวิธีที่แตกต่างไปจากเดิม เช่น การทำธุรกรรมแต่เดิมนั้น ลูกค้าจะกระทำโดยนำเอกสารใบเบิก ถอน โอนของธนาคารกรอกรายละเอียดและลงลายมือชื่อของลูกค้าแล้วนำไปยื่นต่อเจ้าหน้าที่ของธนาคาร ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีในการติดต่อสื่อสารพัฒนามากขึ้น มีการนำโทรศัพท์และระบบต่าง ๆ ทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการติดต่อธุรกรรมระหว่างลูกค้า และธนาคารจนกระทั่งมีการพัฒนาการติดต่อสื่อสารทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ที่มีลักษณะการติดต่อสื่อสารเป็นเครือข่ายเชื่อมโยงทั่วโลก จากการพัฒนาดังกล่าว ส่งผลต่อวิธีการทำธุรกรรมทางธนาคารที่ต่างออกไป เช่น การทำธุรกรรมทางโทรศัพท์ หรือการใช้เมาส์ (Mouse) หรือแป้นพิมพ์ (Keyboard) ในการส่งคำสั่งทางคอมพิวเตอร์แทนการลงลายมือชื่อบนเอกสาร จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาได้

อย่างไรก็ดี ถึงแม้จะมีวิธีการทำธุรกรรมที่แตกต่างกัน แต่การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายสัญญา เพราะหากธุรกรรมที่สร้างขึ้นไม่อาจ

เกิดขึ้นได้ตามหลักเกณฑ์ของการก่อให้เกิดสัญญาแล้ว ก็ย่อมไม่อาจเกิดเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เช่นกัน ดังนั้น การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์จึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของการก่อให้เกิดสัญญา กล่าวคือ

1) คำเสนอทางอิเล็กทรอนิกส์

ในการพิจารณาว่าการทำธุรกรรมการเงินอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นคำเสนอหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากกฎหมายในเรื่องของสัญญา โดยต้องเป็นการแสดงเจตนา มีเนื้อหาที่แน่นอน ถึงขนาดที่หากผู้รับคำเสนอ(ธนาคาร)ปฏิบัติตามคำเสนอแล้วจะมีผลให้ธุรกรรมนั้นเกิดขึ้นทันที

และพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติรับรองการแสดงเจตนาทำคำเสนอทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 13 ว่า “คำเสนอ...ในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และห้ามปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นได้ทำคำเสนอ...เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ซึ่งเป็นเพียงการบัญญัติรับรองไว้เป็นการทั่วไปว่า การแสดงเจตนาทำคำเสนอทางอิเล็กทรอนิกส์จะไม่ถูกปฏิเสธผลทางกฎหมาย แต่การจะพิจารณาว่าการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอหรือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ ก็ต้องพิจารณาจากกฎหมายในเรื่องของสัญญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อพิจารณาถึงการทำสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น เมื่อเกิดปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าการนำเสนอสินค้าหรือบริการผ่านทางเว็บไซต์นั้นเป็นคำเสนอหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงในการนำเสนอข้อมูล โดยต้องดูจากรูปแบบวิธีการที่ใช้ในการนำเสนอข้อมูลและข้อความที่ปรากฏประกอบกับพิจารณาเจตนาของผู้นำเสนอสินค้าว่ามีเจตนาผูกพันตนหากมีการสนองรับหรือไม่

ในกรณีที่เว็บไซต์นั้นมีการให้รายละเอียดของสินค้าหรือบริการที่ชัดเจน มีการระบุราคาของสินค้า โดยเปิดโอกาสให้ลูกค้าสามารถที่จะตกลงทำสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้ทันที ซึ่งอาจจะมีการชำระราคาสินค้าหรือบริการผ่านบัตรเครดิต โดยใช้วิธีการกรอกหมายเลขบัตรเครดิตบนเว็บไซต์ หรือโอนเงินผ่านบัญชีธนาคาร ซึ่งการแสดงเจตนาดังกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ขาย มีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้ผู้บริโภคสามารถทำคำเสนอได้ เมื่อมีการแสดงเจตนาสนองรับกลับมา จึงเห็นว่า การแสดงเจตนาดังกล่าวชัดเจนเพียงพอที่จะถือเป็นคำเสนอ

ดังนั้น การนำเสนอขายสินค้าผ่านทางเว็บไซต์ในกรณีดังกล่าว อาจถือเป็นคำเสนอได้ หากปรากฏว่าผู้นำเสนอขายสินค้ามุ่งประสงค์ที่จะผูกพันตนเมื่อได้รับการสนองรับกลับมา เช่น กรณีที่มีการกำหนดแบบคำสั่งซื้อ พร้อมกับข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญาเอาไว้อย่างชัดเจน ผู้ซื้อเพียงแค่แสดงเจตนาว่าจะสนองรับหรือไม่เท่านั้น หรือในกรณีที่การนำเสนอสินค้าทางเว็บไซต์ที่ให้ผู้ซื้อเพียงแค่กรอกหมายเลขบัตรเครดิตเพื่อชำระราคา โดยที่ระบบคอมพิวเตอร์จะประมวลผลการจ่ายเงินผ่านบัตรเครดิตในทันที โดยที่ผู้ซื้อไม่ต้องดำเนินการใด ๆ อีก การนำเสนอขายสินค้าดังกล่าวอาจถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอที่ผู้เสนอมีเจตนาที่จะผูกพันตนทันทีที่ผู้ซื้อตอบรับโดยการกรอกหมายเลขบัตรเครดิต

แต่หากผู้นำเสนอสินค้าทางเว็บไซต์นั้นได้ให้ข้อมูลเกี่ยวกับสินค้าไว้ แต่ไม่ได้มีกระบวนการที่จะให้ผู้ที่ได้รับข้อความนั้นตอบสนอง เพื่อให้เกิดผลผูกพันตน เป็นเพียงการให้ข้อมูลแก่ลูกค้า ซึ่งลูกค้าสามารถที่จะไปซื้อสินค้าจากร้านค้าทั่วไปได้ในภายหลัง การแสดงเจตนาดังกล่าวเป็นเพียงการโฆษณาสินค้าเท่านั้นโดยผู้นำเสนอสินค้าไม่ได้มีเจตนาที่จะผูกพันตนตามสัญญา การแสดงเจตนาดังกล่าวไม่ใช่คำเสนอ แต่เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ลูกค้าเข้ามาทำสัญญาในภายหลังเท่านั้น

2) คำสนองทางอิเล็กทรอนิกส์

เมื่อมีการแสดงเจตนาทำคำสนองแล้ว สัญญาจะเกิดขึ้นได้เมื่อมีคำสนองถูกต้องตรงกับคำเสนอ โดยในการทำคำสนอนั้นจะใช้วิธีการใดก็ได้ กฎหมายไม่ได้จำกัดวิธีการทำคำสนองไว้แต่อย่างใด ซึ่งคำสนองอาจจะกระทำด้วยวาจา หรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรืออาจแสดงออกด้วยกิริยาท่าทางก็ได้ และคำสนองอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ โดยคำสนอนั้นต้องทำต่อผู้ทำคำเสนอเท่านั้น จะทำต่อสาธารณชนทั่วไปไม่ได้ และลักษณะของคำสนองต้องมีความชัดเจนแน่นอน ไม่มีเงื่อนไข และไม่มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข หากคำสนองมีข้อความเพิ่มเติม แก้ไข หรือตัดทอนคำเสนอแล้ว คำสนอนั้นจะถือเป็นคำบอกปิดไม่รับคำเสนอ และกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่

ซึ่งในการทำสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น การแสดงเจตนาทำคำสนองต่อคำเสนอที่เสนอผ่านทางสื่ออินเทอร์เน็ต เช่น เว็บไซต์ ต้องอาศัยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการติดต่อสื่อสาร ซึ่งอาจมีวิธีการทำคำสนอง เช่น การทำคำสนองโดยใช้โปรเซสซีอิเล็กทรอนิกส์

(E-mail) หรือกรณีที่เว็บไซต์นั้นมีระบบที่จัดให้มีการใช้เมาส์ (Mouse) กดปุ่มที่ปรากฏบนหน้าจอคอมพิวเตอร์เพื่อตกลงซื้อสินค้า ซึ่งเมื่อตกลงทำสัญญาแล้ว ก็จะมีปรากฏเงื่อนไขต่าง ๆ ของสัญญาให้ผู้ซื้อได้ตัดสินใจอีกครั้งหนึ่งว่า จะยอมรับตามเงื่อนไขดังกล่าวหรือไม่ ถ้ายอมรับก็กดปุ่มตกลง ถ้าไม่ยอมรับก็กดปุ่มยกเลิก ซึ่งผู้ซื้อไม่สามารถแก้ไขเงื่อนไขของสัญญาได้ เพียงแต่ตัดสินใจว่าจะยอมรับเงื่อนไขของสัญญาดังกล่าวหรือไม่

ในการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความมีผลของการแสดงเจตนาทำคําสอนนั้น ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายสัญญา ซึ่งต้องเป็นไปตามที่กำหนดในมาตรา 359 บัญญัติลักษณะของคําสอนว่า “ถ้าคําสอนมาถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคําสอนนั้นกลายเป็นคําเสนอขึ้นมาใหม่ คําสอนอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคําสอนปิดไม่รับ ทั้งเป็นคําเสนอขึ้นมาใหม่ในตัว”

และเนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 13 กำหนดเพียงรับรองผลทางกฎหมายของคําสอนทางอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น ไม่ได้กำหนดลักษณะของคําสอนแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาวิธีการในการทำคําสอน ในการซื้อขายสินค้าผ่านทางอินเทอร์เน็ตนั้น การที่ผู้ซื้อกดปุ่มตกลงทำสัญญาซื้อขายตามที่ผู้ขายกำหนดไว้ เป็นวิธีการที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้ทำคําสอนอย่างชัดเจนว่าประสงค์จะตอบรับคําเสนอนั้น โดยที่ผู้ทำคําเสนอไม่มีโอกาสได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคําเสนอ มีเพียงแต่สิทธิที่จะเลือกว่าจะตกลงตามคําเสนอหรือไม่เท่านั้น ดังนั้น คําสอนดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงคําเสนอได้ และการทำคําสอนนั้นระบบคอมพิวเตอร์ก็จะประมวลผลส่งไปยังผู้ขายเท่านั้น ไม่ได้เป็นการทำคําสอนต่อสาธารณชนทั่วไปแต่อย่างใด การแสดงเจตนาดังกล่าว จึงถือว่าเป็นคําสอนตอบต่อคําเสนอที่มีผลตามกฎหมาย ทำให้เกิดสัญญาขึ้น

อนึ่ง การทำคําสอนโดยทั่วไปแล้ว หากคําสอนมาถึงล่วงเวลาหรือมีข้อความที่ไม่ตรงตามคําเสนอ คําสอนนั้นย่อมกลายเป็นคําเสนอขึ้นมาใหม่ได้หากมีข้อความที่ชัดเจนแน่นอน แต่การทำคําสอนทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะอย่างยิ่งบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนั้น ไม่มีทางที่จะกลายเป็นคําเสนอขึ้นมาใหม่ได้ เนื่องจากรูปแบบของการแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์กำหนดแบบของข้อสัญญาไว้แล้ว โดยคู่สัญญาไม่มีโอกาสเจรจาต่อรองหรือแก้ไขข้อสัญญา มีเพียงแต่

โอกาสในการเลือกว่าจะรับหรือไม่รับข้อสัญญาเท่านั้น ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดในการทำคำสนองทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่แตกต่างจากการแสดงเจตนาในรูปแบบเดิม

3) การแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์

วิธีการแสดงเจตนาทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการแสดงเจตนาด้วย กล่าวคือ ต้องมีลักษณะเป็นการกระทำซึ่งบุคคลประสงค์ที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายบางประการและได้มีการแสดงออกซึ่งความประสงค์นั้น กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ว่าจะต้องมีการแสดงเจตนาออกมาในรูปแบบใด จึงอาจมีการแสดงเจตนาที่ออกมาได้หลายทางแต่ที่สำคัญก็คือต้องให้ผู้รับการแสดงเจตนาสามารถเข้าใจถึงการแสดงเจตนาเหล่านั้นได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วอาจแบ่งวิธีการแสดงเจตนาออกได้เป็น 3 กรณี คือ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง การแสดงเจตนาโดยปริยาย และการแสดงเจตนาโดยการนิ่ง

การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ได้แก่ การแสดงออกด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือ ภูเขาอากาศอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือกระทำการอย่างอื่น ซึ่งแสดงออกโดยชัดแจ้งว่าผู้แสดงเจตนาประสงค์สิ่งใด

การแสดงเจตนาโดยปริยาย ได้แก่ การแสดงเจตนาที่ไม่ชัดแจ้ง แต่มีการกระทำบางอย่างที่เห็นได้โดยปริยายว่าผู้กระทำได้มีการแสดงเจตนาและการกระทำดังกล่าวสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาที่จะทำสัญญานั้น

การแสดงเจตนาโดยการนิ่งนั้น โดยหลักไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญา เพราะมิได้มีการแสดงภูเขาอากาศอย่างใดออกมาอันจะถือได้ว่าได้เป็นการแสดงเจตนา แต่การนิ่งอาจเป็นการแสดงเจตนาได้ หากการนิ่งนั้นมีกฎหมายรับรองให้ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาหรือการนิ่งอันมีธรรมเนียมประเพณีถือว่าเป็นการแสดงเจตนา

ในการแสดงเจตนาทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอหรือคำสนองนั้น เป็นการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เป็นเครื่องมือในการแสดงออกถึงเจตนา แต่การแสดงเจตนาด้วยการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์มีวิธีการแสดงเจตนาที่แตกต่างไปจากเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสดงเจตนาทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งกำลังได้รับความนิยมในปัจจุบันที่มีการแสดงเจตนาโดยใช้ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) หรือใช้เมาส์กดปุ่ม (Click Mouse) หรือ

มีการแสดงเจตนาทางเว็บไซต์ (Website) ซึ่งวิธีการแสดงเจตนาที่แตกต่างไปจากเดิมนี้อาจให้เกิดประเด็นถกเถียงกันว่าเพียงพอที่จะถือเป็นการแสดงเจตนาที่จะมีผลผูกพันผู้แสดงเจตนาได้หรือไม่ และหากการแสดงเจตนาอันนี้มีผลเป็นคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน ซึ่งถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้ว ปัญหาข้อถกเถียงที่ตามมา คือ จะถือว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นเมื่อใด จะถือว่าสัญญานั้นเกิดขึ้นเมื่อผู้ทำคำเสนอได้ทราบถึงการแสดงเจตนาทำคำสนอง ตามหลักเกณฑ์การทำสัญญาระหว่างบุคคลผู้ซึ่งอยู่เฉพาะหน้า ตามมาตรา 356 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือจะถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้ทำคำเสนอตามหลักเกณฑ์การทำสัญญาระหว่างบุคคลผู้ซึ่งไม่ได้อยู่เฉพาะหน้า ตามมาตรา 361 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ปัญหาข้อถกเถียงเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์เหล่านี้ จะได้ทำการศึกษาในบทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์

3.2.3 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2551

(1) การจดทะเบียนผู้ประกอบการธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

การจดทะเบียนผู้ประกอบการธุรกิจ เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค โดยทำให้ผู้บริโภคสามารถที่ทราบถึงตัวผู้ประกอบการธุรกิจ เนื่องจากการทำสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องพบปะกัน ซึ่งผู้บริโภคอาจเกิดความไม่มั่นใจในการทำสัญญา เช่น ในกรณีที่มีการสั่งซื้อสินค้าทางอินเทอร์เน็ตหากผู้ซื้อส่งซื้อไปแล้วไม่ได้รับสินค้า จะไปเรียกร้องจากผู้ประกอบการธุรกิจได้หรือไม่ อย่างไร ดังนั้น การที่มีหน่วยงานรับจดทะเบียนผู้ประกอบการธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ก็จะทำให้มีข้อมูลของผู้ประกอบการธุรกิจไว้เพื่อแก้ไขปัญหาในกรณีดังกล่าวให้กับผู้บริโภคได้

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 32 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่ในกรณีที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงทางการเงินและการพาณิชย์ หรือเพื่อประโยชน์ในการเสริมสร้างความเชื่อถือและยอมรับในระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือเพื่อป้องกันความเสียหายต่อสาธารณชน ให้มี

การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้การประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ใด เป็นกิจการที่ต้องแจ้งให้ทราบ ต้องขึ้นทะเบียน หรือต้องได้รับใบอนุญาตก่อนก็ได้

ในการกำหนดให้กรณีใดต้องแจ้งให้ทราบ ต้องขึ้นทะเบียน หรือต้องได้รับอนุญาต ตามวรรคหนึ่ง ให้กำหนดโดยพิจารณาจากความเหมาะสมในการป้องกันความเสียหายตามระดับ ความรุนแรงของผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจนั้น

ในการนี้ จะกำหนดให้หน่วยงานของรัฐแห่งใดแห่งหนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการ ควบคุมดูแลในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวก็ได้

ก่อนเสนอให้ตราพระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่ง ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็น ของประชาชนตามความเหมาะสม”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้น แม้กฎหมายฉบับนี้มิได้กำหนดนิยามของคำว่า “ธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” ไว้ก็ตาม ซึ่งทำให้คำนี้มีความหมายครอบคลุมถึง ธุรกิจทุกประเภทที่เกี่ยวข้อง เช่น การให้บริการออกใบรับรอง (Certification Authority) การ ให้บริการเกี่ยวกับการออกใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ การให้บริการด้านความปลอดภัยของเครือข่าย การให้บริการเกี่ยวกับการรับรองเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ การให้บริการด้านความปลอดภัยของ เครือข่าย การให้บริการเกี่ยวกับการจัดเก็บเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ หรือการให้บริการจัดทำเว็บไซต์ เป็นต้น แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าจะต้องมีการกำกับดูแลธุรกิจทุกประเภทที่เกี่ยวข้อง เนื่องจาก มาตรา 32 ได้กำหนดวัตถุประสงค์ในการตราพระราชกฤษฎีกาไว้ 3 กรณี คือ

1. เพื่อรักษาความมั่นคงทางการเงินและพาณิชย์
2. เพื่อประโยชน์ในการเสริมสร้างความเชื่อถือและยอมรับในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์
3. เพื่อป้องกันความเสียหายต่อสาธารณชน

ดังนั้น หากธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ประเภทใดส่งผลกระทบต่อ วัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งในสามประการข้างต้น ธุรกิจประเภทนั้นก็อาจจำเป็นที่จะต้องได้รับการ พิจารณาโดยคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ว่าสมควรที่จะต้องมีการกำกับดูแล หรือไม่

โดยขณะนี้คณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เห็นชอบให้มีการกำกับดูแลธุรกิจบริการการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-Payment Service Provider) และการกำกับดูแลธุรกิจบริการการให้บริการออกไปรับรองอิเล็กทรอนิกส์ (Certification Authority) โดยมีเนื้อหา ดังนี้

1. พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2551

สืบเนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมีการให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์หลากหลายรูปแบบ มูลค่าโดยรวมทางเศรษฐกิจในการทำธุรกรรมดังกล่าวขยายเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วและมีแนวโน้มที่จะขยายตัวอย่างต่อเนื่อง อีกทั้งผู้ให้บริการก็มีได้มีแต่เพียงสถาบันการเงินเท่านั้นแต่ยังรวมถึงผู้ให้บริการที่มีได้มีกฎหมายฉบับใดกำกับดูแล ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางการเงินและการพาณิชย์ ความน่าเชื่อถือและยอมรับในระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณชน ทั้งนี้ เพื่อช่วยให้กลไกการกำกับดูแลเป็นกลไกหนึ่งที่จะช่วยสร้างความเข้มแข็งให้กับภาคเอกชน ดังนั้น เหตุผลในการกำกับดูแลจึงประกอบด้วย

- (1) รักษาความมั่นคงทางการเงินและการพาณิชย์
- (2) เสริมสร้างความเชื่อถือและความยอมรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์
- (3) ป้องกันความเสียหายต่อสาธารณชน
- (4) ส่งเสริมการใช้บริการการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ให้เพิ่มมากขึ้น
- (5) เพิ่มศักยภาพในการแข่งขันของภาคธุรกิจหรือการให้บริการของภาครัฐ
- (6) เพื่อบูรณาการกฎหมายที่เกี่ยวกับการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งขณะนี้มียุ่

จำนวนหลายฉบับ เช่น กฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 และประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กิจการที่ต้องขออนุญาตตามข้อ 5 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 (การประกอบธุรกิจบัตรเงินอิเล็กทรอนิกส์) เป็นต้น เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ง่ายและสะดวกต่อการปฏิบัติตามกฎหมายภายใต้กรอบนโยบายเดียวกัน อนึ่ง เพื่อให้การกำกับดูแลเป็นไปตามแนวทางของมาตรฐานสากล คณะอนุกรรมการทั้งสองคณะข้างต้นจึงได้ใช้กรอบ EU Directive e-Money และ BIS (Bank for International Settlements) เป็นแนวทางในการพิจารณากรอบการกำกับดูแลและจัดทำร่างกฎหมาย

โดยมีจุดมุ่งหมายในการรักษาความมั่นคงทางการเงินและการพาณิชย์เพื่อเสริมสร้างความเชื่อถือและยอมรับในระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และเพื่อป้องกันความเสียหายต่อสาธารณชน และได้กำหนดรูปแบบการกำกับดูแลไว้ 3 ประเภท กล่าวคือ

- (1) แบบแจ้งให้ทราบ
- (2) แบบขอขึ้นทะเบียน
- (3) แบบขอรับใบอนุญาต

ทั้งนี้ การแบ่งประเภทธุรกิจบริการพิจารณาตามความเหมาะสมในการป้องกันความเสียหายตามระดับความรุนแรงของผลกระทบที่อาจเกิดจากการประกอบธุรกรรม และเพื่อให้มีความยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมาย และไม่ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรแก่ภาคธุรกิจ

(1) แบบแจ้งให้ทราบ ธุรกิจบริการที่ต้องแจ้งให้ทราบก่อนให้บริการ ได้แก่

(1.1) การให้บริการเงินอิเล็กทรอนิกส์ (e-Money) ที่ใช้ซื้อสินค้าหรือรับบริการจากผู้ประกอบการเพียงรายเดียว ยกเว้นการให้บริการเงินอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้จำกัดเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้บริโภค โดยมีได้แสวงหากำไรจากการออกบัตร ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

(1.2) การให้บริการอื่นใดที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

สำหรับแบบแจ้งให้ทราบนั้นมิได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ให้บริการไว้ ซึ่งมีความเป็นไปได้ว่าผู้ให้บริการอาจอยู่ในฐานะเป็นบุคคลธรรมดา คณะบุคคลหรือนิติบุคคลประเภทใดก็ได้ ในกรณีที่บุคคลธรรมดา พระราชกฤษฎีกากำหนดให้ผู้ขอให้บริการยื่นเอกสารหลักฐานที่สามารถระบุหรือยืนยันว่าบุคคลดังกล่าวเป็นใคร อันได้แก่ สำเนาบัตรประชาชน สำเนาทะเบียนบ้าน และสำเนาประจำตัวผู้เสียภาษีอากรในกรณีผู้ให้บริการเป็นคณะบุคคล พร้อมทั้งหนังสือชี้แจงพร้อมแนบหลักฐานแสดงจำนวนเงินทุนที่นำมาใช้ในการประกอบพาณิชย์กิจ กับหลักฐานอื่นใดที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนดในกรณีที่เป็นนิติบุคคลให้ยื่นหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลกับหลักฐานอื่นใดที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการให้บริการเป็นการให้บริการผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือระบบที่เป็นเครือข่ายที่เชื่อมโยงกัน จึงได้มีการกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องแนบแผนฉุกเฉิน หรือระบบให้บริการสำรองเพื่อให้การบริการสามารถดำเนินได้อย่างต่อเนื่อง หากมีเหตุขัดข้องเกิดขึ้น รวมไปถึงการกำหนดให้ยื่นนโยบายและมาตรฐานการรักษาความมั่นคงปลอดภัย หากมีเหตุขัดข้องเกิดขึ้น รวมไปถึงการกำหนดให้ยื่นนโยบายและมาตรฐานการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของระบบสารสนเทศโดยอย่างน้อยต้องมี มาตรฐานตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนดด้วย

(2)แบบขอขึ้นทะเบียน ธุรกิจบริการที่ต้องขอขึ้นทะเบียนก่อนให้บริการ ได้แก่

(2.1) การให้บริการเครือข่ายบัตรเครดิต

(2.2) การให้บริการเครือข่ายอีดีซี

(2.3) การให้บริการสวิตซ์ซึ่งในการชำระเงินระบบใดระบบหนึ่ง

(2.4) การให้บริการเงินอิเล็กทรอนิกส์ (e-Money) ที่ใช้ซื้อสินค้า และหรือรับบริการ เฉพาะอย่างตามรายการที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ณ สถานที่ที่อยู่ภายใต้ระบบการจัดจำหน่ายและหรือ การให้บริการเดียวกัน

(2.5) การให้บริการอื่นใดที่ ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

สำหรับแบบขึ้นทะเบียนมิได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ให้บริการไว้เช่นกัน ในการยื่นเอกสารให้ผู้ให้บริการยื่นหลักฐานเช่นเดียวกับแบบแจ้งเพื่อทราบ แต่ได้กำหนดให้ยื่นเอกสาร บางประเภทเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นธุรกิจบริการที่มีผลกระทบและความเสี่ยงที่สูงกว่าแบบแจ้ง ให้ทราบ จึงกำหนดให้แนบเอกสารหรือข้อมูลดังต่อไปนี้ด้วยกล่าวคือ นโยบายและแผนการ ประกอบธุรกิจบริการชำระเงิน แผนปฏิบัติการเตรียมการรองรับการประกอบธุรกิจบริการการชำระเงิน ระบบการบริหารและจัดการความเสี่ยง ระบบการควบคุมภายใน นโยบายและมาตรการรักษา ความมั่นคงปลอดภัยของระบบสารสนเทศ และการศึกษาความเป็นไปได้และประเมินความเสี่ยง ในการให้บริการ รวมทั้งแผนฉุกเฉินรองรับกรณีเกิดปัญหา อย่างไรก็ตาม หากธนาคารแห่งประเทศไทยตรวจพบในภายหลังว่าการแจ้งหรือขึ้นทะเบียนไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วน ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจสั่งผู้แจ้งหรือขึ้นทะเบียนแก้ไขให้ถูกต้องหรือครบถ้วนภายใน 7 วัน นับแต่วันที่รับ คำสั่งดังกล่าว ถ้าผู้แจ้งหรือผู้ขึ้นทะเบียนไม่แก้ไขการแจ้งหรือขึ้นทะเบียนให้ถูกต้องหรือครบถ้วน หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจ ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยพิจารณา เสนอเรื่องต่อคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ให้คณะกรรมการฯ พิจารณามีคำสั่งลงโทษ ปรับทางปกครองไม่เกินหนึ่งล้านบาท โดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งพฤติกรรมที่กระทำผิด และใน กรณีที่เห็นสมควรคณะกรรมการอาจมีคำสั่งให้ผู้นั้นดำเนินการใด ๆ เพื่อแก้ไขให้ถูกต้องหรือ เหมาะสมก็ย่อมได้

(3)แบบขอรับใบอนุญาต ธุรกิจบริการที่ต้องได้รับอนุญาตก่อนให้บริการ ได้แก่

(3.1) การให้บริการหักบัญชี (Clearing)

(3.2) การให้บริการชำระดุล (Settlement)

(3.3) การให้บริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ผ่านอุปกรณ์อย่างหนึ่งอย่างใด หรือผ่านทางเครือข่าย

(3.4) การให้บริการสวิตชิงในการชำระเงินหลายระบบ

(3.5) การให้บริการรับชำระเงินแทน

(3.6) การให้บริการเงินอิเล็กทรอนิกส์ (e-Money) ที่ใช้ซื้อสินค้า และหรือรับบริการ เฉพาะอย่างตามรายการที่กำหนดไว้ล่วงหน้า โดยไม่จำกัดสถานที่และไม่อยู่ภายใต้ระบบการจัดจำหน่ายและหรือการบริการเดียวกัน

(3.7) การให้บริการอื่นใดที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

สำหรับการยื่นคำขอรับอนุญาตนั้น พระราชกฤษฎีกาได้กำหนดให้นำบทบัญญัติใน หมวด 2 เกี่ยวกับการแจ้งและขึ้นทะเบียนมาใช้โดยอนุโลม แต่เนื่องจากได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้รับใบอนุญาตว่าต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชน จำกัด จึงมีการกำหนดให้ยื่นเอกสารแตกต่างออกไป อันได้แก่ หนังสือรับรองการจดทะเบียนบริษัทกับหลักฐานอื่นใดที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด

นอกจากผู้ให้บริการต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการยื่นแบบแล้ว พระราชกฤษฎีกาได้กำหนดให้ผู้ให้บริการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนดซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายการ ดังต่อไปนี้

(1) การเก็บรักษาและการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการ

(2) การตรวจสอบและรักษาความมั่นคงปลอดภัยของระบบการให้บริการที่น่าเชื่อถืออย่างสม่ำเสมอ

(3) การกำหนดค่าธรรมเนียมในการให้บริการอย่างชัดเจน

(4) การรับคำร้องเมื่อมีการร้องเรียนหรือมีข้อโต้แย้งจากผู้ใช้บริการ และการดำเนินการเพื่อหาข้อยุติ

(5) การจัดทำบัญชีและรายงานการปฏิบัติการ

ซึ่งจากหลักเกณฑ์ต่างๆ นั้นทำให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองมากกว่ากฎหมายฉบับอื่น เนื่องจากการจดทะเบียนตามพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ นอกจากผู้ประกอบการต้องให้ข้อมูล

เกี่ยวกับตัวผู้ประกอบการแล้ว ผู้ประกอบการต้องยื่นรายการเกี่ยวกับการเก็บรักษาและการเปิดเผย ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการ การตรวจสอบและรักษาความมั่นคงปลอดภัยของระบบการ ให้บริการที่น่าเชื่อถืออย่างสม่ำเสมอ การกำหนดค่าธรรมเนียมในการให้บริการอย่างชัดเจน การ รับคำร้องเมื่อมีการร้องเรียนหรือมีข้อโต้แย้งจากผู้ให้บริการ และการดำเนินการเพื่อหาข้อยุติ การ จัดทำบัญชีและรายงานการปฏิบัติการด้วยจึงจะได้รับอนุญาต จึงเป็นหลักประกันแก่ผู้บริโภคที่จะ ได้รับความคุ้มครองจากการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

3.2.4 ร่างพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำกับดูแลธุรกิจบริการการให้บริการออกไปรับรอง อิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.

ผู้ให้บริการออกไปรับรอง (Certification Authority) คือ ผู้ที่ทำการรับรองกุญแจ สาธารณะว่าเป็นของบุคคลนั้น ๆ โดยการออกไปรับรองอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อยืนยันความมีตัวตนที่ แท้จริงในโลกอิเล็กทรอนิกส์อันจะทำให้ผู้ติดต่อสื่อสารมั่นใจว่ากำลังติดต่ออยู่กับเจ้าของกุญแจ นั้น ๆ จริง

โดยเหตุผลในการกำหนดให้รัฐเข้าไปมีบทบาทในการกำกับดูแลนั้นสืบเนื่องมาจาก หลักการที่ว่า ใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นสิ่งยืนยันและพิสูจน์ตัวตนในโลกอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น เพื่อสร้างความเชื่อมั่นในการใช้ใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ก็จำเป็นต้องทำให้ผู้ที่ทำหน้าที่ออก ใบรับรองนั้นเป็นหน่วยงานหรือผู้ที่น่าเชื่อถือเช่นกัน ทั้งยังเป็นการสร้างความเชื่อถือให้ผู้ให้บริการ ออกไปรับรองนั้นเป็นที่ยอมรับในระดับสากล

โดยร่างพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ ครอบคลุมทั้งการออกไปรับรองอิเล็กทรอนิกส์ของทั้ง ภาครัฐและภาคเอกชนด้วย

กรอบการกำกับดูแลผู้ให้บริการออกไปรับรองอิเล็กทรอนิกส์จะใช้รูปแบบกำกับดูแล เป็น 3 รูปแบบ

(1) **แบบการแจ้งให้ทราบ** ผู้ให้บริการประเภทนี้ได้แก่

(1.1) ให้บริการออกไปรับรองที่ออกไปรับรองให้แก่บุคคลหรือหน่วยงานในองค์กรใช้ เป็นการภายใน

(1.2) ให้บริการออกใบรับรองเพื่อใช้ในองค์กรหรือกิจการอย่างอื่นที่ คณะกรรมการประกาศกำหนด

โดยต้องยื่นเอกสารประกอบด้วย

1) สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคล หรือหนังสือรับรองผู้มีอำนาจลงนามของหน่วยงานของรัฐ

2) ชื่อผู้สอบบัญชี และผู้ตรวจสอบอิสระ

ในการพิจารณาคำขอแจ้งเพื่อทราบตามพระราชกฤษฎีกานี้ ผู้ให้บริการต้องยื่นคำขอตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด พร้อมด้วยเอกสารตามรายการ ดังต่อไปนี้

1) นโยบายใบ (Certificate Policy: CP) และแนวปฏิบัติ (Certification Practice Statement: CPS)

2) นโยบายและมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของระบบสารสนเทศ (Information Security) ซึ่งอย่างน้อยต้องมีการประเมินความเสี่ยง แผนฉุกเฉินหรือระบบให้บริการสำรองเพื่อให้สามารถให้บริการหรือดำเนินการได้อย่างต่อเนื่อง

(2) แบบในการขึ้นทะเบียน ผู้ให้บริการประเภทนี้ ได้แก่

(2.1) ผู้ให้บริการออกใบรับรองเพื่อใช้งานระหว่างนิติบุคคลหรือระหว่างองค์กรที่มีลักษณะเป็นบริษัทแม่กับบริษัทในเครือ บริษัทร่วม บริษัทย่อย หรือกับองค์กรในรูปแบบอื่นในลักษณะสมาชิก หรือหน่วยงานในกำกับดูแล

(2.2) ผู้ให้บริการออกใบรับรองของหน่วยงานของรัฐในกิจการที่ดำเนินการโดยทางราชการ

(2.3) ผู้ให้บริการออกใบรับรองในลักษณะอื่นที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ในการพิจารณาคำขอขึ้นทะเบียนตามพระราชกฤษฎีกานี้ ผู้ให้บริการต้องยื่นคำขอตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด พร้อมด้วยเอกสารตามรายการ ดังต่อไปนี้

1) นโยบายใบ (Certificate Policy : CP) และแนวปฏิบัติ (Certification Practice Statement : CPS)

2) นโยบายและมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของระบบสารสนเทศ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายการ ดังต่อไปนี้

ก. การประเมินความเสี่ยง แผนฉุกเฉินหรือระบบให้บริการสำรองเพื่อให้สามารถให้บริการหรือดำเนินการได้อย่างต่อเนื่อง

ข. ระบบการบริหารและจัดการความเสี่ยง

ค. ระบบการควบคุมภายใน

ง. การศึกษาความเป็นไปได้และประเมินความเสี่ยงในการให้บริการ รวมทั้งแผนฉุกเฉินรองรับกรณีเกิดปัญหา

จ. การตรวจสอบระบบการให้บริการโดยผู้ตรวจสอบอิสระ และผู้ตรวจสอบบัญชีที่ขึ้นทะเบียนไว้ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(3) แบบในการขอรับใบอนุญาต ผู้ให้บริการประเภทนี้ ได้แก่

(3.1) ผู้ให้บริการออกไปรับรองซึ่งให้บริการเป็นการทั่วไป นอกจากที่กำหนดไว้ในบัญชี ก และบัญชี ข ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการก่อนการให้บริการ

(3.2) ผู้ให้บริการออกไปรับรองในลักษณะอื่นที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ผู้ขอรับใบอนุญาตต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดและต้องมีเงินทุนจดทะเบียนซึ่งชำระแล้วไม่น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดดังนี้

1) ผู้ยื่นคำขอต้องจดทะเบียนจัดตั้งในราชอาณาจักร หรือมีสาขาที่จดทะเบียนในราชอาณาจักร

2) ผู้ยื่นคำขอต้องมีทุนจดทะเบียนซึ่งชำระแล้วไม่น้อยกว่า 100 ล้านบาท

3) ผู้ยื่นคำขอต้องประกันความรับผิดชอบสำหรับความสูญหายหรือเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นไม่น้อยกว่า 1 ล้านบาท สำหรับการเรียกร้องความเสียหายในแต่ละครั้งที่เกิดขึ้นจากความผิดพลาด การละเลย เพิกเฉย หรือบกพร่องต่อหน้าที่ในการให้บริการหรือการปฏิบัติหน้าที่ หรือเกิดจากประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการให้บริการหรือการปฏิบัติหน้าที่ อันเกิดจากผู้ยื่นคำขอ พนักงาน หรือลูกจ้างของผู้ยื่นคำขอ

4) ผู้ยื่นคำขอต้องถือพันธบัตรรัฐบาลไทยหรือหนังสือค้ำประกันที่ออกโดยธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทยเพื่อประกันความเสียหายในกรณีที่ไม่สามารถให้บริการได้อีกต่อไป ในวงเงินไม่น้อยกว่า 25 ล้านบาท

การร่างพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ มีความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อสร้างความเชื่อมั่นในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมั่นใจว่าบุคคลที่ตนเข้าทำสัญญาด้วยเป็นบุคคลที่ตนมุ่งประสงค์จะเข้าทำสัญญาด้วยอย่างแท้จริง

3.2.5 ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง ข้อกำหนดและเงื่อนไขของระบบ ITMX (Interbank Transaction Management and Exchange)

ธนาคารแห่งประเทศไทยได้ออกประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง ข้อกำหนดและเงื่อนไขของระบบ ITMX (Interbank Transaction Management and Exchange) ขึ้น โดยในส่วนของมาตรฐานการรักษาความปลอดภัยและความน่าเชื่อถือของระบบงานและระบบเครือข่ายที่ให้บริการของ ITMX นั้น ธนาคารแห่งประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำไว้ เช่น ด้านความปลอดภัยด้านเครือข่าย (Network Interconnection Security) ได้กำหนดว่า เครือข่ายที่ใช้สำหรับรองรับการเชื่อมโยงกับสมาชิก ITMX เท่านั้น ต้องไม่มีการเชื่อมโยงโดยตรงเข้าสู่ระบบอินเทอร์เน็ตทั้งด้าน ITMX และด้านสมาชิก รวมทั้งมีระบบหรืออุปกรณ์ในการป้องกันความปลอดภัยบนเครือข่ายการรับส่งข้อมูล และการเข้าใช้ระบบที่เชื่อถือได้

หรือในส่วนของความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์ (System Security) ในประกาศฉบับนี้ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขไว้ ดังนี้

1) ควรมีกระบวนการเสริมความแข็งแกร่งของระบบ (System Hardening) และมีการตรวจสอบโดยทีมงานที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการติดตั้ง ซึ่งได้รับการยอมรับจากผู้บริหารระบบ ITMX เพื่อให้การรับรองความปลอดภัยของระบบก่อนนำไปติดตั้ง และใช้งานในสภาวะแวดล้อมสำหรับการปฏิบัติงานจริง (Production Environment)

2) ควรกำหนดระยะเวลาตรวจสอบสิทธิของผู้ใช้งาน และบริการต่าง ๆ ที่จำเป็นพร้อมทั้งมีการทดสอบความปลอดภัยของระบบอย่างสม่ำเสมอ

3) ควรมีการจัดหาเครื่องมือที่ใช้ตรวจจับผู้บุกรุกระบบ (Intrusion Detection System: IDS) และควรมีการกำหนดให้มีการตรวจสอบความปลอดภัยของระบบอย่างอัตโนมัติ

4) ควรติดตามเหตุการณ์เกี่ยวกับความปลอดภัย เพื่อ Upgrade Patch ที่ปิดช่องโหว่ของซอฟต์แวร์ที่ใช้งาน

3.3 กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

ในขณะที่การพาณิชย์โดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ขยายตัวเพิ่มขึ้น จำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มารองรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบัน การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น นิยมใช้อินเตอร์เน็ตเป็นสื่อกลางในการติดต่อทำการค้าระหว่างกัน ยิ่งมีการนำอินเตอร์เน็ตมาใช้ในการทำการค้ามากเท่าใด ความจำเป็นที่จะต้องมีแนวปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาในการซื้อขายผ่านอินเตอร์เน็ตมากยิ่งขึ้น ซึ่งรวมถึงความจำเป็นที่ต้องมีแนวทางของกฎหมายที่ชัดเจนและแน่นอนเพื่อเป็นการสนับสนุนให้การธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์พัฒนาต่อไปได้โดยไม่มีอุปสรรค จึงได้มีความพยายามในการกำหนดกฎหมายสำหรับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้มีหลักเกณฑ์ที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วโลก ซึ่งในบทนี้จะทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความพยายามแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นจากการธนาคารพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศ

3.3.1 กฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์(UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยศึกษากฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce) ซึ่งเป็นกฎหมายแม่แบบกำหนดกรอบเบื้องต้นเพื่อให้ประเทศต่าง ๆ นำไปใช้เป็นแนวทางในการออกกฎหมายภายในของตน และจะทำการศึกษาร่างอนุสัญญาว่าด้วย

การใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Draft convention on the use of electronic communications in international contracts) อันมีวัตถุประสงค์เพื่อให้กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศต่าง ๆ มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากยิ่งขึ้น รวมทั้งศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ของสหภาพยุโรปตามที่ปรากฏในกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC)

คณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) เป็นองค์กรหนึ่งของสหประชาชาติ จัดตั้งขึ้นเพื่อส่งเสริมให้ประชาคมโลกมีกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน (Harmonisation and unification of the law of international trade) ได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการมีกฎหมายร่วมกันที่ใช้บังคับกับการติดต่อสื่อสารหรือทำการค้าโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จึงได้ประชุมเพื่อยกร่างกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับเรื่องนี้ ซึ่งประเทศต่าง ๆ สามารถนำไปใช้เป็นแนวทางในการออกกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับเพื่อส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ในที่สุดการยกร่างกฎหมายแม่แบบก็บรรลุผลสำเร็จโดยปรากฏออกมาเป็นกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)¹⁷ และสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติรับกฎหมายแม่แบบดังกล่าวนี้ โดยเชื่อว่า จะช่วยให้ทุกประเทศใช้เป็นแนวทางในการตรากฎหมายของตนเพื่อรองรับวิธีการรับส่งและเก็บข้อมูล โดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แทนรูปแบบที่ยังดำเนินการด้วยกระดาษ (Paper-based methods) นอกจากนี้ สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติยังแนะนำให้ทุกประเทศให้ความสำคัญและ

¹⁷ ดูรายละเอียดของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ <http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ecomm.htm>.

คำนึงถึงกฎหมายแม่แบบนี้อย่างที่สูงสุดในการตราหรือแก้ไขกฎหมายของตน เพื่อจรรโลงให้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศในเรื่องนี้มีความสอดคล้องกันและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน¹⁸

(1) ลักษณะทั่วไป

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นี้ร่างขึ้นในปี ค.ศ. 1996 เหตุผลสำคัญในการร่าง นอกจากเพื่อให้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศมีความสอดคล้องและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแล้ว ยังมีเหตุผลอื่นอีก กล่าวคือ ในประการแรก เพื่อเป็นการขจัดอุปสรรคทางกฎหมายที่มีต่อการทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งอุปสรรคเหล่านี้มักเกิดจากการที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่อง “แบบ” ในฐานะที่เป็นเงื่อนไขของความสำเร็จบังคับตามกฎหมาย โดยกฎหมายเหล่านี้อาจเป็นอุปสรรคต่อการทำสัญญาในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรืออาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนว่าการทำสัญญาในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ดังนั้น กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงมีวัตถุประสงค์ในการกำจัดอุปสรรคดังกล่าวและสร้างความชัดเจนแน่นอน และความเท่าเทียมกันระหว่างการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และเอกสารธรรมดา (Functional-equivalent approach) ซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ข้อมูลจะไม่ถูกปฏิเสธผลทางกฎหมายหรือปฏิเสธความสมบูรณ์ หรือการมีผลบังคับทางกฎหมายเพียงเพราะเหตุที่ว่าเป็นข้อมูลที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์”¹⁹ และในประการที่สอง ผู้ร่างกฎหมายแม่แบบได้ตระหนักว่าประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มักจะเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาระหว่างกัน จึงได้มีการบัญญัติรับรองผลทางกฎหมายของ

¹⁸ ดูอารัมภบทบางตอนของมติสมัชชาใหญ่แห่งประชาชาติของกฎหมายแม่แบบนี้

¹⁹ Article 5. Legal recognition of data messages

“Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a message.”

คำเสนอ คำสนอง และการแสดงเจตนาไว้ โดยวางหลักเกี่ยวกับการพิจารณาเวลาที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูล รวมทั้งสถานที่ที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูลด้วย²⁰

ลักษณะทั่วไปของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะเป็นกฎหมายกำหนดกรอบเบื้องต้น (Framework law) เนื่องจากระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จึงมุ่งหมายเพียงกำหนดหลักเกณฑ์สำคัญ ๆ ที่ประเทศต่าง ๆ นำไปใช้เป็นแนวทางในการตราหรือแก้ไขกฎหมายของตนเพื่อรองรับวิธีการรับส่งหรือเก็บรักษาข้อมูลโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้กฎหมายของประชาคมโลกเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทั้งนี้ แต่ละประเทศที่นำกฎหมายแม่แบบนี้ไปใช้เป็นแนวทางในการตราหรือแก้ไขกฎหมายของตนสามารถกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์สำคัญ ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบ โดยส่วนที่เพิ่มเติมนั้นสอดคล้องกับหลักเกณฑ์สำคัญและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่แบบด้วย²¹

นอกจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะมีลักษณะเป็นกฎหมายกำหนดกรอบเบื้องต้นแล้ว กฎหมายแม่แบบนี้มีขอบเขตในการบังคับใช้เฉพาะกรณีที่เป็นความสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์เท่านั้น โดยในมาตรา 1 บัญญัติไว้ว่า “กฎหมายนี้ใช้บังคับกับข้อมูลชนิดใด ๆ ที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งใช้ในกิจกรรมทางพาณิชย์”²² แต่อย่างไรก็ดีแม้ว่ากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะมุ่งใช้บังคับกับความสัมพันธ์เชิงพาณิชย์ แต่ก็ยังเป็นโอกาสให้ประเทศต่าง ๆ ขยายขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมายนี้เพื่อให้ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ได้ บางประเทศจึงรับเอาหลักเกณฑ์

²⁰ มาตรา 15 ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

²¹ พินัย ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์,” บทบัญญัติ, เล่ม 56, ตอน 2, น.4 (2543).

²² Article 1. Sphere of applicability

"This Law applies to any kind of information in the form of a data message used in the context of commercial activities."

ที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบนี้ไปใช้เป็นการทั่วไป โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นกิจกรรมเชิงพาณิชย์หรือไม่ เช่น ประเทศสิงคโปร์หรือมลรัฐอิลลินอยส์ของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ของประเทศไทย ได้นำหลักเกณฑ์เหล่านั้นไปใช้กับการติดต่อกับราชการหรือกับคำสั่งทางปกครองด้วย เช่น การออกใบอนุญาตตามกฎหมายต่าง ๆ แต่หน่วยงานภาครัฐบางหน่วยงานอาจจะไม่พร้อมหรือมีเหตุผลที่ยังไม่สามารถให้สิทธิเอกชนทำการติดต่อกับราชการโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ จึงกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยติดต่อกับหน่วยงานของรัฐโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แทนเอกสารธรรมดาต้องได้รับความยินยอมจากหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบดังกล่าวด้วย กล่าวคือ มิใช่เป็นสิทธิเด็ดขาดของเอกชน (not as of right) ที่จะเลือกใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในการติดต่อกับทางราชการ แต่เป็นสิทธิของทางราชการในการให้เอกชนทำการเช่นนั้นได้²³ กฎหมายของประเทศที่ไม่จำกัดการบังคับใช้ของกฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้บังคับใช้กับความสัมพันธ์เชิงพาณิชย์เท่านั้นมักจะมีการออกกฎหมายของตนว่า “กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” (Electronic Transactions Law)²⁴

ในส่วนประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องคำเสนอ คำสนอง การแสดงเจตนา และเวลาและสถานที่ที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูลนั้น กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้กำหนดหลักเกณฑ์และผลทางกฎหมายไว้ดังต่อไปนี้

²³ ดู Electronic Transactions Act 1998 ของประเทศสิงคโปร์ ซึ่งบัญญัติไว้ใน Article 47 ของ Part XI Government Use of Electronic Records and Signatures

²⁴ พินัย ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญวรรคที่ 6, น. 6-7.

(2) บทบัญญัติที่รองรับการทำสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

บทบัญญัติทั่วไปในมาตรา 5 ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่รับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยห้ามปฏิเสธผลทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพียงเพราะเหตุที่ว่าข้อมูลนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็อาจมีความหมายครอบคลุมถึงการยอมรับให้มีการทำคำเสนอ คำสนอง หรือการแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายแม่แบบได้มีบทบัญญัติต่างหากที่กล่าวถึงการทำคำเสนอ คำสนอง หรือแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเกิดและความสมบูรณ์ของการทำสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยจะได้อธิบายรายละเอียดดังต่อไปนี้

(2.1) การเกิดขึ้นและความสมบูรณ์ของสัญญา

ดังได้กล่าวแล้วว่า กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้บัญญัติรองรับการเกิดขึ้นและความสมบูรณ์ของสัญญาที่สร้างขึ้นจากคำเสนอและคำสนองที่แสดงออกโดยทางข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 5 ซึ่งการบัญญัติรองรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวนี้ ทำให้มีความหมายครอบคลุมถึงการยอมรับให้มีการทำคำเสนอ คำสนอง หรือการแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

1) คำเสนอและคำสนองโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ในกฎหมายแม่แบบดังกล่าวได้บัญญัติถึงการทำคำเสนอ คำสนอง หรือแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ต่างหากจากเรื่องของการรับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 5 ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 11 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า คำเสนอและคำสนอง อาจแสดงออกได้โดยใช้

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และห้ามปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการมีผลบังคับของสัญญา โดยยกเหตุผลเพียงว่าเป็นสัญญาที่คู่กรณีได้ทำคำเสนอหรือคำสนองโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์²⁵

จะเห็นได้ว่าตามกฎหมายแม่แบบ กำหนดให้การทำคำเสนอหรือคำสนองเพื่อก่อให้เกิดสัญญาหรือความสมบูรณ์ของสัญญาสามารถที่จะกระทำได้ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ แต่ไม่ได้กล่าวถึงความหมายของคำเสนอและคำสนองไว้ ดังนั้น ลักษณะของคำเสนอและคำสนองดังกล่าว จึงต้องเป็นไปตามความหมายในเรื่องคำเสนอและคำสนองตามหลักทั่วไป

2) การแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ตามที่มาตรา 11 ได้บัญญัติให้มีการแสดงออกซึ่งคำเสนอและคำสนองโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ การแสดงออกซึ่งคำเสนอและคำสนองดังกล่าวจึงเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนา เพื่อเป็นการยืนยันหลักการดังกล่าว ในมาตรา 12 จึงบัญญัติให้คู่กรณีอาจแสดงเจตนาหรือให้คำบอกกล่าวอย่างอื่นโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยห้ามปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการมีผลบังคับของการแสดงเจตนา โดยเพียงเหตุที่ว่าเป็นการแสดงเจตนาหรือการให้คำบอกกล่าวที่กระทำในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์²⁶ เหตุที่ต้องมีบทบัญญัติทั้งสองเป็นพิเศษอีกเป็นเพราะเกรงกันว่าระบบกฎหมายในบางประเทศยังไม่ยอมรับให้สัญญา “เกิด” (formed) โดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่อาจไม่ต้องอาศัยการกระทำของมนุษย์ในการทำคำเสนอและคำสนองโดยตรง²⁷ เช่นในระบบการ

²⁵ Article 11(1) “In the context of contract formation, unless otherwise agreed by the parties, an offer and the acceptance of an offer may be expressed by means of data messages. Where a data message is used in the formation of a contract, that contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that a data message was used for that purpose.”

²⁶ Article 12(1) “As between the originator and the addressee of a data message, a declaration of will or other statement shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message.”

²⁷ ดู Paragraph 76-77 ของ Guide to Enactment.

แลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เครื่องคอมพิวเตอร์จะทำคำเสนอ คำสนอง และรับหรือส่งคำเสนอ คำสนองไปยังเครื่องคอมพิวเตอร์ของอีกฝ่ายหนึ่งโดยอัตโนมัติ ส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ได้บัญญัติเพิ่มเข้ามาในภายหลังเพราะเห็นกันว่าเป็นเรื่องที่ไม่ได้มุ่งหมายโดยตรงต่อการเกิดของสัญญา หากแต่มีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น การแจ้งให้ทราบถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้า การบอกกล่าวรับสภาพหนี้ เป็นต้น²⁸

(2.2) เวลาและสถานที่ของการเกิดสัญญา

เรื่องของการเกิดขึ้นของสัญญาว่าเกิดขึ้น ณ เวลาใด สถานที่ใด ย่อมมีความสำคัญซึ่งในมาตรา 15 ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

1) เวลาที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ มักเป็นการส่งผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่เชื่อมต่อกันเป็นทอด ๆ แต่ละทอดอาจอยู่ในความดูแลของบุคคลต่างบุคคลกัน จึงต้องมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลในเวลาใด สำหรับเวลาที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลนั้นกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กำหนดให้มีผลเมื่อข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทนของผู้ส่ง คำว่า “ระบบข้อมูล” หมายถึงระบบที่ใช้ในการสร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา และประมวลผลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือเป็นระบบคอมพิวเตอร์ที่คู่กรณีใช้นั่นเอง เช่น ระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือระบบการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ใช้มาตรฐานร่วมกัน (EDI) ระบบข้อมูลที่ข้อมูลที่ส่งไปจะ “เข้าสู่” นั้น อาจไม่จำเป็นต้องเป็นระบบข้อมูลของผู้รับโดยตรง แต่อาจเป็นระบบข้อมูลของผู้เป็นสื่อกลาง หรือผู้ให้บริการเครือข่ายก็ได้และด้วยเหตุที่เครือข่ายมักมีการเชื่อมโยงกันหลายทอด กฎหมายจึงให้การส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ มีผลเมื่อข้อมูลเข้าสู่เครือข่ายของบุคคลใดที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทนของผู้ส่ง ส่วนสภาพที่ข้อมูล

²⁸ ดู paragraph 81 ของ Guide to Enactment.

อิเล็กทรอนิกส์ “เข้าสู่” (enter) ระบบดังกล่าวก็คือสภาพที่ระบบดังกล่าวอยู่ในสภาพที่พร้อมที่จะประมวลผลอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะเข้าสู่ระบบข้อมูลนั้นแล้วก็ไม่ถือว่าได้ “เข้าสู่” จึงมีผลต่อไปว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่เกิดขึ้นในสายตาของกฎหมาย อนึ่งเมื่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ไปถึงระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งหรือตัวแทน โดยที่ระบบข้อมูลนั้นพร้อมที่จะประมวลผลแล้ว การส่งก็มีผลโดยไม่จำเป็นที่ข้อมูลนั้นต้องอยู่ในสภาพที่อ่านออกหรือไม่ เพราะในความเป็นจริงอาจมีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เข้ารหัสกันได้ด้วย

ส่วนเวลาที่กฎหมายถือว่าการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีผลนั้น ก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน กล่าวคือ หลักเกณฑ์ที่ว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ “เข้าสู่ระบบข้อมูล” ในกรณีของการรับนั้น กฎหมายกำหนดว่าถ้าผู้รับได้กำหนดระบบข้อมูลที่ใช้รับข้อมูลไว้โดยเฉพาะ การรับรู้จะมีผลเมื่อข้อมูลได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่กำหนดไว้ แต่หากได้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังระบบข้อมูลอื่นซึ่งมิใช่ระบบข้อมูลที่ผู้รับข้อมูลที่กำหนดไว้ กฎหมายก็จะถือว่าการรับข้อมูลมีผลเมื่อผู้รับได้เรียกข้อมูลนั้นขึ้นมาให้ปรากฏแก่ผู้รับด้วย (retrieved by the addressee) แต่หากมิได้มีการกำหนดระบบข้อมูลใดไว้โดยเฉพาะ การรับข้อมูลจะมีตั้งแต่เวลาที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลของฝ่ายผู้รับข้อมูลนั้น²⁹

²⁹ Article 15 (2) “Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the time of receipt of a data message is determined as follows:

(a) if the addressee has designated an information system for the purpose of receiving data messages receipt occurs:

(i) at the time when the data message enters the designated information system; or

(ii) if the data message is sent to an information system of the addressee that is not the designated information system, at the time when the data message is retrieved by the addressee;

(b) if the addressee has not designated an information system, receipt occurs when the data message enters an information system of the addressee.”

2) สถานที่ที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานที่ที่ถือว่าการส่งและการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผล โดยถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ส่ง ณ สถานที่ที่ผู้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ประกอบธุรกิจและได้รับ ณ สถานที่ที่ผู้รับประกอบธุรกิจ หากคู่กรณีมีสถานที่ประกอบธุรกิจหลายแห่งก็ให้ยึดถือเอาสถานที่ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับธุรกรรมนั้นมากที่สุด หากไม่อาจชี้ได้ว่าสถานที่ใดที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับธุรกรรมนั้นมากที่สุด ก็ให้ยึดเอาสถานที่ทำการแห่งใหญ่ หากไม่มีสถานที่ทำการแห่งใหญ่ก็ให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติของคู่กรณีเป็นสำคัญ³⁰ ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบการค้าในประเทศไทยซึ่งมีสถานประกอบธุรกิจในเมืองไทย มีระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ (EDI) กับผู้ค้าในประเทศอังกฤษซึ่งมีสถานประกอบธุรกิจในลอนดอน การที่คอมพิวเตอร์ของผู้ประกอบการค้าในประเทศไทยส่งคำสั่งซื้อไปยังคอมพิวเตอร์ของผู้ประกอบการค้าในประเทศอังกฤษ ถือว่าการส่งคำสั่งซื้อมีผลในขณะที่ข้อมูลได้เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งซื้อ ในกรณีนี้คือเวลาที่คำสั่งซื้อได้เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ของฝ่ายผู้ขายในประเทศอังกฤษ แต่ในตัวอย่างดังกล่าวนี้ ต้องถือว่าคำสั่งซื้อได้ส่งในเมืองไทยและได้รับในลอนดอน ซึ่งเป็นสถานที่ที่ผู้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และผู้รับข้อมูลมีสถานที่ประกอบธุรกิจ หรือในกรณีที่นักธุรกิจชาวไทยส่งไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยใช้เครื่องคอมพิวเตอร์กระเปาะหิ้วของตนในขณะที่พักอยู่ที่โรงแรมกลางนครเบอร์ลิน ระหว่างที่เดินทาง

³⁰ Article 15 (4) "Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business. For the purposes of this paragraph:

(a) if the originator or the addressee has the closest relationship to the underlying transaction or, where there is no underlying transaction, the principal place of business;

(b) if the originator or the addressee does not have a place of business, reference is to be made to its habitual residence."

ไปเจรจาธุรกิจที่ประเทศเยอรมัน ก็ถือว่าไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ส่งในประเทศไทยซึ่งบุคคลดังกล่าวมีสถานประกอบธุรกิจ เป็นต้น

หลักเกณฑ์ที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้น ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของผู้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และการรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้น ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของผู้รับข้อมูลนั้น ก็เป็นเพราะเห็นได้ชัดว่าการส่งและการรับข้อมูลในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศในปัจจุบันนั้น มักจะกระทำผ่านเครือข่ายซึ่งแม้ผู้ส่งและผู้รับข้อมูลจะเดินทางไปยังประเทศอื่นก็ยังสามารถเชื่อมต่อมายังเครือข่ายของตนหรือเครือข่ายของผู้ให้บริการเครือข่ายที่ตนใช้บริการอยู่ได้อย่างสะดวกเหมือนกับได้ส่งหรือรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศ อันเป็นที่ตั้งของสถานประกอบธุรกิจของตนเอง กฎหมายจึงมีบทบัญญัติที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เกิดขึ้น ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของผู้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และถือว่าการรับข้อมูลเกิดขึ้น ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของผู้รับข้อมูลโดยไม่คำนึงถึงสถานที่ที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ส่งหรือรับกันจริง ๆ อย่างไรก็ตาม หากเป็นการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยใช้วิธีสื่อสารประเภทที่มีได้มีการทำงานโดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์ (non-computerised transmission) เช่น การสื่อสารโดยทางโทรเลข หรือโทรพิมพ์ ย่อมเห็นได้ชัดว่าการส่งและการรับนั้นเกิดขึ้น ณ สถานที่ที่แน่นอน กล่าวคือ สถานที่ที่เครื่องส่งโทรเลขหรือเครื่องโทรพิมพ์ตั้งอยู่นั่นเอง บทบัญญัติที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้น ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของผู้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือของผู้รับข้อมูลจึงไม่ใช้กับกรณีดังกล่าว³¹

³¹ พินัย ณ นคร, อ้างแล้ว เจริญวรรคที่ 6, น. 19-20.

3.3.2 อนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts)

อนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ³² เกิดขึ้นมาจากการเสนอให้มีการร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศในบริบทของการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากยิ่งขึ้น เนื่องจากถึงแม้กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากนานาประเทศ โดยนำไปเป็นแม่แบบในการออกกฎหมายภายในก็ตาม แต่ก็ยังไม่สามารถสรุปไปได้ว่าหลักการของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้นได้บรรลุวัตถุประสงค์ในการทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศเป็นอันหนึ่งอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วโลก กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มุ่งวางหลักกฎหมายซึ่งกำหนดกรอบเบื้องต้นในการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ให้มีความเท่าเทียมกับการใช้เอกสารธรรมดาอย่างใดก็ได้ เมื่อการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เติบโตมากขึ้น มีประเด็นทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งจำเป็นต้องมีการพิจารณาและแก้ไขปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้วางหลักเกณฑ์ไว้แล้ว แต่ในกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้วางหลักเกี่ยวกับการก่อให้เกิดสัญญา (Contract formation) และการปฏิบัติตามสัญญา (Performance) ซึ่งอาจมีรูปแบบที่แตกต่างไปจากเดิม ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีเครื่องมือในทางกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้มีผลผูกพันมากขึ้น

³² ดูรายละเอียดของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญา
ระหว่างประเทศ

(1) ลักษณะทั่วไป

หลังจากมีการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นเกี่ยวกับการร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศแล้ว คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ หรือ UNCITRAL ได้มอบหมายให้คณะทำงานเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL (UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce) เป็นผู้พิจารณา โดยแนะนำให้มีการพิจารณาเรื่องของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ก่อน ซึ่งในส่วนของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ คณะทำงานจะทำการพิจารณาจากแง่มุมของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods หรือ CISG) เป็นพื้นฐาน โดยเป็นการวิเคราะห์หาคำบัญญัติต่าง ๆ ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศ (CISG) ว่าสามารถนำหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ไปปรับใช้ได้หรือไม่ และจะเกิดปัญหาในการนำไปใช้หรือไม่ นำมาใช้เป็นแนวทางในการร่างบัญญัติได้หรือไม่ หรือต้องกำหนดหลักเกณฑ์ของกฎหมายขึ้นใหม่ และยังคงศึกษากฎหมายหรือร่างกฎหมายที่ใช้บังคับกับธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่มีอยู่ในปัจจุบันเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการซ้ำซ้อนกันหรือการขัดแย้งกันของกฎหมายอีกด้วย

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

on Electronic Commerce) จะมีโอกาสพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสถานที่ตั้งของคู่สัญญาและการก่อให้เกิดสัญญาก่อน

ดังนั้น คณะทำงานเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL (UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce) จึงเริ่มต้นพิจารณาในเรื่องสถานที่ตั้งของคู่สัญญา³³ จากนั้นจึงพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการเกิดของสัญญา³⁴ และพิจารณาในเรื่องการจัดให้ข้อกำหนดของสัญญาอยู่ในสภาพที่คู่สัญญาสามารถเข้าถึงได้³⁵ หลังจากนั้น ในสมัยประชุมครั้งที่ 40 คณะทำงานเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL (UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce) ได้กลับมาพิจารณาเรื่องทั่วไปเกี่ยวกับขอบเขตของร่างอนุสัญญา³⁶

ขอบเขตการบังคับใช้³⁷ และพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับคำนิยาม³⁸ ซึ่งการพิจารณาบทบัญญัติเหล่านี้ยังไม่เป็นที่ยุติ โดยในสมัยประชุมครั้งต่อ ๆ มา ยังคงมีการถกเถียงและหาข้อสรุปในการพิจารณาแต่ละมาตรา

(2) บทบัญญัติที่รองรับการทำสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

อนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ได้มีการบัญญัติรับรองสถานะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้เช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยมาตรา 8 กำหนดห้ามปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการมีผลบังคับของ

³³ UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce, A/CN.9/509 (Report of the Working Group on Electronic Commerce on its thirty-ninth session, New York, 11 – 15 March 2002), paras. 41 – 65.

³⁴ *Ibid.*, paras. 66 – 121.

³⁵ *Ibid.*, paras. 122 – 125.

³⁶ UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce, A/CN.9/527 (Report of the Working Group IV (Electronic Commerce) on the Work of the fortieth session, Vienna, 14 – 18 October 2002). Paras. 72 – 81.

³⁷ *Ibid.*, paras. 82 – 104.

³⁸ *Ibid.*, paras. 111 – 122.

สัญญา เพียงเพราะว่าสัญญานั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีความหมายครอบคลุมถึง การยอมรับให้มีการทำคำเสนอ คำสนอง และการแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ อย่างไรก็ตาม ร่างอนุสัญญาฉบับนี้ ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญาโดยใช้ข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์ โดยจะได้อธิบายรายละเอียดดังต่อไปนี้

(2.1) การเกิดขึ้นของสัญญา

ในร่างอนุสัญญาดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการแสดง เจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นคำเสนอหรือคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอไว้ในมาตรา 11 ซึ่ง กำหนดว่า “การนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังบุคคลทั่วไปโดยมิได้เฉพาะเจาะจง โดยผู้ใช้ ระบบข้อมูลสามารถเข้าถึงระบบข้อมูลนั้นได้ รวมถึงการนำเสนอข้อมูลโดยใช้รูปแบบข้อมูลที่ ตอบสนองได้ในตัว (Interactive applications) เพื่อให้มีการทำคำสั่งซื้อทางระบบข้อมูลนั้น ให้ถือ เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ เว้นแต่คู่สัญญาจะระบุไว้ชัดแจ้งว่ามีเจตนาที่จะผูกพันตามการ นำเสนอข้อมูลนั้นเมื่อมีคำสนอง”³⁹

จะเห็นได้ว่าตามร่างอนุสัญญากำหนดว่าลักษณะของการนำเสนอข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์เช่นใดที่ถือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ แต่ไม่ได้กล่าวถึงความหมายของคำ เสนอและคำสนองไว้ ดังนั้น ลักษณะของคำเสนอและคำสนองที่กระทำโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จึงต้องเป็นไปตามความหมายในเรื่องคำเสนอและคำสนองตามหลักทั่วไป

นอกจากนี้ ร่างอนุสัญญายังได้กำหนดหลักเกณฑ์การเกิดของสัญญาโดยใช้ระบบ ข้อมูลอัตโนมัติ (Automated message system) ไว้ในมาตรา 12 ซึ่งกำหนดกรณีของสัญญาที่ เกิดขึ้นเองโดยอัตโนมัติโดยบุคคลไม่ต้องกระทำเองโดยวางหลักไว้ว่า สัญญาเกิดขึ้นได้ด้วยการ กระทำระหว่างระบบข้อมูลทำงานโดยอัตโนมัติและบุคคล หรือด้วยการกระทำระหว่างระบบ

³⁹ Article 11, Invitations to make offers

ข้อมูลทำงานโดยอัตโนมัติด้วยกัน โดยไม่อาจปฏิเสธความสมบูรณ์และความสำเร็จเพียง เพราะเหตุว่าไม่มีบุคคลใดได้พิจารณาการกระทำของระบบดังกล่าวหรือผลของความตกลง⁴⁰

จากหลักเกณฑ์ของมาตรา 12 จะเห็นได้ว่าเป็นการบัญญัติรับรองการเกิดของ สัญญาที่กระทำด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์โดยไม่ต้องอาศัยการกระทำของมนุษย์ได้เป็นการ เฉพาะ ซึ่งเป็นการบัญญัติรับรองผลของสัญญาดังกล่าวไว้ชัดเจนว่ากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความ เนื่องจากในปัจจุบัน เทคโนโลยีพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว มีการคิดค้นวิธีกำหนดการทำงานของคอมพิวเตอร์ให้สามารถ ประมวลผลได้โดยอัตโนมัติโดยไม่มีมนุษย์เข้าไปแทรกแซง

(2.2) เวลาและสถานที่ของการเกิดสัญญา

นอกจากจะกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับคำเสนอและการเกิดของสัญญาโดยใช้ ระบบข้อมูลอัตโนมัติแล้วร่างอนุสัญญายังบัญญัติเรื่องเวลาและสถานที่ที่ถือว่าการส่งและรับ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 10 ซึ่งหลักการในมาตรานี้ของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ นำมาจากมาตรา 15 ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และได้มีการปรับแก้ในบางเรื่อง

1) เวลาที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

สำหรับเวลาที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น กำหนดให้มีผลเมื่อข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่ นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทนของผู้ส่ง ส่วนเวลาที่กฎหมายถือว่าการรับข้อมูลมี ผลนั้นก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน กล่าวคือ ถ้าผู้รับได้กำหนดระบบข้อมูลที่ใช้รับข้อมูลไว้โดยเฉพาะ การรับรู้จะมีผลเมื่อข้อมูลได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่กำหนดไว้ แต่หากส่งข้อมูลไปยังระบบข้อมูลอื่นซึ่ง มิใช่ระบบข้อมูลที่กำหนดไว้ กฎหมายก็จะถือว่าได้รับข้อมูลเมื่อผู้รับได้เรียกข้อมูลนั้นขึ้นมาให้

⁴⁰ Article 12, Use of automated message systems for contract formation

ปรากฏแต่หากมิได้มีการกำหนดระบบข้อมูลไว้โดยเฉพาะ การรับข้อมูลจะมีผลตั้งแต่วันที่ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับ

กรณีของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศในมาตรา 10⁴¹ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่ถือว่าการส่งข้อมูลนั้นยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของคณะทำงานว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใด ระหว่างหลักเกณฑ์ที่ถือว่าการส่งเมื่อข้อมูลนั้น “เข้าสู่ระบบข้อมูล” (enter an information system) ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทนของผู้ส่ง กับหลักเกณฑ์ที่ถือว่าการส่งเมื่อข้อมูลนั้น “ออกจากระบบข้อมูล” (enter an information system) ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทนของผู้ส่ง อย่างไรก็ตาม จากการศึกษารายงานการประชุมครั้งล่าสุด มีแนวโน้มว่าจะใช้หลักเกณฑ์ที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เมื่อข้อมูลนั้น “ออกจากระบบข้อมูล” (leave an information system)⁴² แต่ก็ยังไม่มีความแน่นอนว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงอีกหรือไม่ จึงต้องติดตามผลสรุปในรายงานการประชุมครั้งต่อไป

ส่วนเวลาที่ถือว่าได้รับข้อมูลนั้นได้แก่ เวลาที่ผู้รับข้อมูลหรือตัวแทนของผู้รับข้อมูลสามารถเรียกข้อมูลนั้นขึ้นมาในปรากฏจากที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (electronic address) ที่ผู้รับกำหนดไว้ ในกรณีที่มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังที่อยู่นั้นของผู้รับ ให้ถือว่าได้รับข้อมูลเมื่อผู้รับสามารถเรียกข้อมูลขึ้นมาให้ปรากฏจากที่อยู่นั้น และผู้รับได้รู้ว่าการส่งข้อมูลไปยังที่อยู่นั้น ส่วนเวลาที่สันนิษฐานว่าข้อมูลอยู่ในสภาพที่ผู้รับสามารถเรียกขึ้นมาให้ปรากฏ คือเมื่อข้อมูลนั้นได้ไปถึง (reach) ที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับ

⁴¹ Article 10. Time and place of dispatch and receipt of electronic communications

⁴² UNCITRAL Working Group on Electronic Commerce on the work of its forty-fourth session, Vienna, (11-22 October 2004), paras. 140-144.

2) สถานที่ที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

สำหรับสถานที่ที่ถือว่าได้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ให้หลักเกณฑ์สถานประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์⁴³ กล่าวคือ ในมาตรา 10 วรรคสามของร่างอนุสัญญานี้ สถานที่ที่ถือว่าได้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ สถานประกอบธุรกิจของผู้ส่งและถือว่าได้รับข้อมูล ณ สถานประกอบธุรกิจของผู้รับ ซึ่งสถานประกอบธุรกิจนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 6 ของร่างอนุสัญญา อันได้แก่ สถานที่ที่คู่สัญญากำหนด หากมีสถานประกอบธุรกิจหลายแห่งให้ถือเอาสถานที่ที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับสัญญาและการกระทำการนั้น แต่ถ้าไม่ปรากฏสถานประกอบธุรกิจก็ให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติเป็นสถานที่ส่งหรือได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยสถานที่ตั้งของอุปกรณ์และเทคโนโลยีที่สนับสนุนระบบข้อมูลที่คู่สัญญาใช้ซึ่งเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญาหรือสถานที่ที่คู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ สามารถเข้าถึงระบบข้อมูลได้นั้น ไม่ถือเป็นสถานประกอบธุรกิจ นอกจากนี้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่ถือว่าได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามร่างอนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ แม้ว่าสถานที่ตั้งของระบบข้อมูลอาจไม่ตรงกับสถานที่ที่ถือว่าได้รับข้อมูลก็ตาม⁴⁴

3.3.3 กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

สหภาพยุโรป (The European Union หรือ EU) เป็นการรวมตัวกันของประเทศต่าง ๆ ในยุโรปตะวันตก เพื่อให้เกิดสันติภาพและความเจริญรุ่งเรืองภายในกลุ่ม⁴⁵ การรวมตัวกันดังกล่าว

⁴³ มาตรา 15(4) ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

⁴⁴ มาตรา 10 วรรค 4 ของอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ

⁴⁵ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน The European Union at a Glance, http://europa.eu.int/abc/index_en.htm.

มิได้มีลักษณะเป็นสหพันธรัฐ (Federation) อย่างในประเทศสหรัฐอเมริกา และได้มีลักษณะเป็นเพียงองค์การที่เกิดจากความร่วมมือระหว่างรัฐบาลของประเทศต่าง ๆ ดังกรณีขององค์การสหประชาชาติ (United Nations) แต่เป็นการที่ประเทศสมาชิกนำอำนาจอธิปไตยของตนมารวมกันเพื่อให้เกิดความแข็งแกร่งและมีอำนาจในการเจรจาต่อรอง การนำอำนาจอธิปไตยมารวมกันนี้คือประเทศสมาชิกได้มอบอำนาจการตัดสินใจในบางเรื่องเพื่อนำไปพิจารณาในสถาบันที่ร่วมกันก่อตั้งขึ้น

สถาบันหลักที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการตัดสินใจเพื่อประโยชน์ร่วมกันของประเทศสมาชิกรวมได้แก่ สภายุโรป (European Parliament) ซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนและได้รับเลือกจากประชาชนของสหภาพยุโรปโดยตรง คณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) เป็นที่ประชุมของผู้นำชาติสมาชิก ถือเป็นตัวแทนของประเทศสมาชิก และ คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) เป็นฝ่ายบริหารของสหภาพยุโรป ดูแลประโยชน์ทั้งมวลของสหภาพ ทั้งสามสถาบันดังกล่าวทำหน้าที่กำหนดนโยบายและออกกฎหมาย โดย คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) มีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายและกำกับดูแลการบังคับใช้กฎหมาย ส่วนสภายุโรป (European Parliament) และคณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) ทำหน้าที่รับรองกฎหมายที่เสนอโดย คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission)

สหภาพยุโรปมีเป้าหมายมุ่งเน้นที่ความเติบโตของตลาดภายใน (Internal market) และมีเป้าหมายในการทำให้เศรษฐกิจ กฎหมายและนโยบายเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านกฎหมายนั้น ได้มีความพยายามอย่างต่อเนื่องในการกำหนดกรอบของกฎหมาย (Legal framework) ซึ่งจะส่งผลให้แต่ละประเทศสมาชิกต้องทำกฎหมายของตนให้สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพยุโรป (EU) ในส่วนของการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น สหภาพยุโรปได้ออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องในหลายประเด็น ไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายโดยระยะทาง⁴⁶ หรือลายมือชื่อ

⁴⁶ Distance Selling Directive 1997/EC

อิเล็กทรอนิกส์⁴⁷ แต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเฉพาะประเด็นการทำสัญญาทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับการค้าทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ สหภาพยุโรปได้มีความพยายามที่จะกำหนดกรอบเบื้องต้นสำหรับกฎเกณฑ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ วัตถุประสงค์หลักในการกำหนดกรอบดังกล่าว คือ เพื่อจัดตั้งตลาดภายในยุโรปให้รวมกันเป็นหนึ่งเดียว เพื่อกระตุ้นให้เศรษฐกิจเติบโตและมีการลงทุนทำการค้าทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ในขณะเดียวกันก็คุ้มครองอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิกและคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคซึ่งเป็นแนวทางที่แตกต่างจากสหรัฐอเมริกาที่พยายามผลักดันให้ตลาดของนานาประเทศเข้าสู่ยุคของอินเทอร์เน็ต

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

(1) ลักษณะทั่วไป

กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC)⁴⁸ มีความมุ่งหมายที่จะทำให้การทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปมีความสะดวกยิ่งขึ้น เพราะมีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกทำการแก้ไขข้อขัดข้องของกฎหมายที่มีอยู่เพื่อให้

⁴⁷ Directive on Electronic Signatures 1999/93/EC

⁴⁸ ดูรายละเอียดของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ใน <http://europa.eu.int>.

มั่นใจว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั้นจะไม่นับอุปสรรคต่อการทำสัญญาทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องแบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือซึ่งอาจส่งผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญา⁴⁹ และยังกำหนดให้ประเทศสมาชิกออกกฎหมายสำหรับสัญญาที่กระทำขึ้นด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์⁵⁰ จะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จากการนำแนวทางที่ให้การยอมรับว่าการติดต่อหรือทำการค้าโดยใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์มีผลหรือสถานะทางกฎหมายเสมือนกับการติดต่อหรือทำการค้าโดยใช้เอกสารธรรมดา (Functional – equivalent approach)

กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) กำหนดวัตถุประสงค์และขอบเขตไว้โดยเป็นการอธิบายถึงวัตถุประสงค์ขั้นพื้นฐานเพื่อให้เกิดความแน่นอนว่าภายหลังจากกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) มีผลบังคับแล้วนั้น การให้บริการทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศสมาชิกจะได้รับประโยชน์เต็มที่จากบริการต่าง ๆ ที่ทำได้อย่างเสรี⁵¹

จากวัตถุประสงค์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) มิได้ครอบคลุมถึงการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในทุกเรื่อง แต่ครอบคลุมเฉพาะการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวกับ Information society

⁴⁹ Lilian Edwards and Chariotte Waelde, Law & the Internet a framework for electronic commerce, (Oxford: Hart Publishing, 2000), p. 27.

⁵⁰ Christopher T. Poggi, “Electronic Commerce Legislation: An Analysis of European and American Approaches to Contract Formation,” Virginia Journal of International Law 224, 41 (Fall 2000): 242.

⁵¹ Article 1 paragraph 1 “This Directive seeks to contribute to the proper functioning of the internal market by ensuring the free movement of information society services between the Member States.”

services ซึ่งหมายถึง บริการที่โดยปกติจัดให้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ตอบแทน โดยอาศัยอุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์สำหรับการประมวลผลและเก็บรักษาข้อมูลของผู้รับบริการ และเป็นการทำตามคำขอของผู้รับบริการ บริการที่ถือว่าเป็น Information Society Services ครอบคลุมกิจกรรมที่เกิดขึ้นทางออนไลน์ไม่ว่าจะเป็นการขายสินค้าหรือให้บริการทางออนไลน์ รวมทั้งบริการที่เกี่ยวกับการส่งข้อมูลผ่านทางเครือข่ายการสื่อสาร ดังนั้น กิจกรรมชนิดเดียวกันแต่มีวิธีการที่ต่างกันก็อาจส่งผลที่แตกต่างกันด้วย เช่น สัญญาซื้อขายหนังสือที่ทำความตกลงกันทางเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ อาจอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) แต่การปฏิบัติตามสัญญาด้วยการส่งหนังสือไปยังผู้ซื้อด้วยวิธีการปกตินั้น ในส่วนของ การส่งมอบนี้ไม่ถือว่าอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) แต่หากใช้วิธีการถ่ายโอนข้อมูล (Download) ของหนังสือด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์จากเว็บไซต์ของผู้ขาย กิจกรรมทั้งหมดนี้ย่อมตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC)

อย่างไรก็ดี กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ได้มีการจำกัดขอบเขตการนำไปใช้กับบางกรณีได้แก่ ภาษี การคุ้มครองข้อมูล การทำพินัยกรรมหรือการกระทำในทำนองเดียวกันที่ต้องเกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐ และการพนัน เป็นต้น⁵²

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

⁵² Article 1 paragraph 5.

ประเทศที่ผู้ให้บริการได้เข้าไปดำเนินธุรกรรมเกี่ยวกับการบริการนั้นด้วย⁵³ หมายความว่า ผู้ขายหรือผู้ให้บริการซึ่งมีสถานที่ตั้งอยู่ในสหภาพยุโรปและได้สร้างเว็บไซต์เกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ สิ่งแรกที่ต้องคำนึงถึงคือ เว็บไซต์นั้นต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายของประเทศที่ผู้ขายหรือผู้ให้บริการมีสถานที่ตั้งอยู่ ซึ่งเป็นไปตามหลัก Country of origin rule อย่างไรก็ดี หลักนี้ใช้บังคับเฉพาะกรณีที่ผู้ขายหรือผู้ให้บริการมีแม่ข่าย (Server) อยู่ในสหภาพยุโรปเท่านั้น

(2) บทบัญญัติที่รองรับการทำสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ได้บัญญัติรับรองการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้เช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์โดยในมาตรา 9 ของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) กำหนดไว้ว่าประเทศสมาชิกควรทำให้มั่นใจได้ว่าสัญญาเกิดขึ้นได้ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และมีผลบังคับตามกฎหมาย โดยข้อกำหนดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำสัญญาจะไม่เป็นอุปสรรคต่อการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์⁵⁴ แต่อย่างไรก็ดี ประเทศสมาชิกอาจกำหนดให้หลักการยอมรับการทำสัญญา

⁵³ Article 0 paragraph 1 “Each Member State shall ensure that the information society services provided by a service provider established on its territory comply with the national provisions applicable in the Member State in question which fall within the coordinated field.”

⁵⁴ Article 9 paragraph 1 “Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means, Member States shall in particular ensure that legal requirements applicable to the contractual process neither create obstacles for the use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means.”

ทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวไม่นำไปใช้กับการทำสัญญาในบางประเภท เช่น สัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ สัญญาภายใต้กฎหมายครอบครัวหรือมรดก เป็นต้น⁵⁵

นอกจากจะรับรองสถานะของสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ยังมีมาตรการเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคอยู่ในมาตรา 10 โดยกำหนดว่า ก่อนที่ผู้รับบริการจะทำคำสั่งซื้อ ผู้ขายหรือให้บริการจะต้องให้ข้อมูลอย่างชัดเจนและสามารถเข้าใจได้ โดยกำหนดว่าข้อมูลของผู้ขายหรือให้บริการอย่างน้อยจะต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับขั้นตอนทางเทคนิคในการทำสัญญา ผู้ให้บริการได้มีการเก็บข้อมูลของสัญญาไว้หรือไม่และสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้หรือไม่ อีกทั้งต้องมีการให้ข้อมูลเกี่ยวกับวิธีการทางเทคนิคที่แสดงและแก้ไขความผิดพลาดของข้อมูลที่ป้อนเข้าไปก่อนที่จะมีการทำคำสั่งซื้อ และภาษาที่ใช้การทำสัญญา⁵⁶

สำหรับในส่วนของการพิจารณาเวลาที่สัญญาเกิดขึ้น มาตรา 11 ของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ได้วางหลักเกณฑ์ไว้โดยกำหนดว่าเมื่อผู้รับบริการทำคำสั่งซื้อทางอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ให้บริการต้องแจ้งให้ผู้รับบริการทราบถึงการได้รับคำสั่งซื้อดังกล่าวไม่ชักช้า (without undue delay) และด้วยวิธีการทาง

⁵⁵ Article 9 paragraph 20

⁵⁶ Article 10 paragraph 1 “In addition to other information requirement requirements established by Community law, Member States shall ensure, except when otherwise, agreed by parties who are not consumers, that at least the following information is given by the service provider clearly, comprehensibly and unambiguously and prior to the order being placed by the recipient of the service :

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

อิเล็กทรอนิกส์ ส่วนเวลาที่ถือว่าผู้ให้บริการได้รับคำสั่งซื้อหรือเวลาที่ผู้รับบริการได้รับแจ้งถึงการได้รับคำสั่งซื้อ ได้แก่ เวลาที่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับนั้นสามารถเข้าถึงคำสั่งซื้อหรือการแจ้งถึงการได้รับคำสั่งซื้อนั้นได้⁵⁷

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

จะเห็นได้ว่าในกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแสดงเจตนาไว้ว่าการกระทำเช่นใดเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการแสดงถึงเจตนาและมีได้กล่าวถึงการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ต้องอาศัยการกระทำของมนุษย์ เช่น กรณีของการทำงานด้วยระบบอัตโนมัติ (automated system) ไว้แต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเวลาที่สัญญาเกิดขึ้น ก็ได้ก่อให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนในการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากหลักเกณฑ์ที่ระบุให้ต้องแจ้งให้ทราบถึงการได้รับคำสั่งซื้อนี้ เป็นการเพิ่มขั้นตอนที่ใหม่และผิดแปลกไปจากกระบวนการที่ก่อให้เกิดสัญญาตามปกติที่เพียงแต่มีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน สัญญาที่เกิดขึ้นแล้ว นอกจากนี้ ยังกำหนดไว้แต่เพียงเวลาทำคำสั่งซื้อและการแจ้งการได้รับเท่านั้น มิได้กำหนดแนวทางไว้ว่าสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใด บทบัญญัติของกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (EC Directive 2000/31/EC) ที่เกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์นี้ จึงยังคงเป็นปัญหาว่าจะสามารถสร้างกฎหมายภายในสหภาพยุโรปให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันตามจุดมุ่งหมายได้หรือไม่ เพราะในกรณีที่มีได้กำหนดแนวทางไว้ ประเทศสมาชิกที่นำไปบัญญัติ

⁵⁷ Article 11 paragraph 1 “Member States shall ensure, except when otherwise agreed by parties who are not consumers, that in cases where the recipient of the service places his order through technological means, the following principles apply:

- the service provider has to acknowledge the receipt of the recipients order without undue delay and by electronic means,
- the order and the acknowledgement of receipt are deemed to be received when the parties to whom they are addressed are able to access them.”

เป็นกฎหมายภายในของตนย่อมต้องอาศัยหลักกฎหมายภายในประเทศของตนในการพิจารณา ซึ่งแต่ละประเทศก็มีลักษณะของกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป