

ที่มาที่ไปของกฎหมายพยานหลักฐาน จากธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

*จิรวุฒิ ลิปพันธ์

แม้ว่าประเทศไทยจะมีกฎหมายเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ใช้บังคับแล้ว อันได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2546 ซึ่งมาแก้ไขข้อโต้แย้งในเรื่องการอ้างพยานหลักฐานที่ได้จากธุรกรรมเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้บ้างตามสมควร เพื่อสร้างความเชื่อมั่นและทำให้การค้าทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ดำเนินต่อไปได้อย่างราบรื่นในประเทศ แต่ยังมีปัญหาอีกหลายประการที่ยังเป็นจุดบั่นทอนความมั่นใจในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ อย่างเช่นในเรื่องการรักษาความปลอดภัยบนเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ปัญหาเรื่องลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ และปัญหาอื่นๆอาจเกิดขึ้นได้จากความบกพร่องของเครือข่ายคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ประเทศไทยยังต้องร่างกฎหมายออกมาแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อีกหลายฉบับ

ในบทความนี้จะได้ประมวลย้อนหลังไปถึงความเป็นมา อุปสรรคและปัญหาในการร่างกฎหมายเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเกิดขึ้นประมาณปี พ.ศ. 2542 เป็นต้นมา แต่มาประสบความสำเร็จเมื่อปี พ.ศ.2546 การร่างกฎหมายในเรื่องนี้ประสบปัญหาหลายประการ ทั้งที่มาจากการที่นักกฎหมายไทยยังไม่เข้าใจอย่างถ่องแท้ถึงเจตนาที่แท้จริงของกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เนื่องจากเป็นกฎหมายอีกหมวดหนึ่งที่ประเทศไทยลอกเขามาทั้งหมด และเรื่องของความรู้ด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่ยังไม่เป็นที่แพร่หลายในขณะนั้น โดยหวังอย่างยิ่งว่าท่านผู้อ่านจะได้เข้าใจถึงที่มาของกฎหมายพยานหลักฐานจากธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย สภาพปัญหาอื่นๆที่ยังเป็นที่โต้เถียง และข้อเสนอแนะในเบื้องต้นก่อนที่จะได้วิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับประเด็นอื่นของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในบทความต่อไป

ร่างพระราชบัญญัติการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นกฎหมายใหม่ของไทยที่ออกตามนวัตกรรมทางการค้าโลกที่เกิดขึ้นในช่วงสิบปีที่ผ่านมา หลักการของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์คงมีง่าย ๆ เพียงว่าเป็นการปรับกิจกรรมทางการค้าทุกรูปแบบทั้งภายในและภายนอกประเทศ หรือธุรกรรมตามความเข้าใจของนักวิชาการสาขาธุรกิจ ให้ดำเนินการโดยส่งผ่านคำเสนอคำสนองในการค้าขายทางคอมพิวเตอร์ออนไลน์ นอกจากนี้เพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วและลดต้นทุนจากการที่คู่สัญญาไม่ต่อเนื่องเดินทางข้ามประเทศ จุดประสงค์อีกประการหนึ่งที่สำคัญคือต้องการให้ผู้ต้องการจะทำกิจกรรมทางการค้าต่อกันสามารถติดต่อกันได้โดยตรงปราศจากคนกลางซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความปลอดภัยของข้อมูลทางการค้าของคู่สัญญา แต่หาว่าไม่ว่าความบกพร่องหรือความไม่ปลอดภัยที่จะเกิดขึ้นกับข้อมูลทางการค้าก็อาจจะบังเกิดขึ้นได้จากการติดต่อสื่อสารทางคอมพิวเตอร์ เช่น กรณีเครื่องแฮกเกอร์ ไวรัสคอมพิวเตอร์ การแฮกข้อมูล หรือการดักจับสัญญาณไฟฟ้าเช่นตัวเลขที่บัตรเครดิต บัญชีธนาคาร หรือตัวเลขสำคัญอื่น ไปใช้เพื่อประโยชน์ในทางมิชอบ ถ้ามองในเวลานี้แม้ว่าเราจะได้ออกกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไปบ้างแล้ว และยังมีกฎหมายลูกอีกหลายฉบับที่กำลังจะออกมา เราได้ทำความเข้าใจกับประชาชนเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายที่จะเข้ามาแก้ปัญหาที่ได้กล่าวมาแล้วมาน้อยเพียงใด

จากบทความของอาจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย ที่ได้อธิบายเกี่ยวกับกฎหมายแม่แบบเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งต้นฉบับเป็นของ

UNCITRAL ผู้เขียนเข้าใจว่ากฎหมายแม่แบบมุ่งที่จะให้ความสำคัญในประเด็นเหล่านี้

1. การกำหนดคำจำกัดความของศัพท์เฉพาะแต่ละคำที่เกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ผู้เขียนเห็นว่า UNCITRAL ได้กำหนดชนิดของสิ่งที่จะเป็นข้อมูลที่สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีไว้กว้างขวางมาก อาจเป็นเพราะอำนาจการตีความของศาลต่างประเทศกว้างขวางกว่าประเทศไทยที่ต้องรอการตีความจากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาแล้วเท่านั้น เมื่อกฎหมายไม่ประกาศใช้ ก็คงไม่ต้องดำเนินการอะไร จากเอกสารวิจารณ์การร่างพระราชบัญญัติพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของไทย โดย Mr.Renaud Sorieul ได้วิจารณ์การร่างมาตรา 4 หรือในส่วนที่เป็นคำจำกัดความของศัพท์เฉพาะว่า ไทยได้คำนึงถึงวัฒนธรรมในการร่างกฎหมายของไทยเองมากเกินไป ทำให้ไปกังวลเรื่องความถูกต้อง ความเป็นอยู่ของคำพูดในตัวบทมากเกินไป ซึ่ง Sorieul เห็นว่าไทยไม่ควรจะนำประเด็นนี้มาเป็นปัญหาในการร่างเพราะจะทำให้เจตนารมณ์ที่แท้จริงของ model law เปลี่ยนแปลงไป แต่ถ้าจะกำหนดคำจำกัดความให้มีความหมายครอบคลุมกว้างขวางแบบต่างประเทศก็อาจจะทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้แก่เจ้าหน้าที่ของไทยเป็นอันมากเพราะความชัดเจนในตัวบทกฎหมายต้องมาก่อน

2. ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในการตีความตามกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมของไทย ในเรื่องของสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใด เราจะถือว่าการติดต่อการค้าผ่านคอมพิวเตอร์เป็นข้อยกเว้นของการแสดงเจตนาที่จะทำสัญญาระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันซึ่งระยะทางใช่หรือไม่ หรือการที่จะถือว่าสัญญาจะเกิด

ขึ้นเมื่อคำเสนอและคำสนองตรงกัน เมื่อใดที่ถือว่าได้รับคำสนองจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกันแน่ เมื่อสัญญาอิเล็กทรอนิกส์แสดงการตอบรับการทำสัญญาได้มาอยู่ในฮาร์ดดิสก์ของคอมพิวเตอร์ของอีกฝ่ายหนึ่งหรืออย่างไร และถ้าข้อมูลเช่นนั้นยังไม่ได้พิมพ์ออกมาเป็นกระดาษหรือเป็นข้อมูลที่ต้องรอการ encryption ก่อน ข้อมูลเช่นนั้นจะถือเป็นคำเสนออยู่หรือไม่

3. ปัญหาในเรื่องการหาพยานหลักฐานจากการทำกิจการค้าอิเล็กทรอนิกส์มาเป็นพยานในศาลไทย เนื่องจากกฎหมายยังคงรับฟังพยานบุคคลและพยานเอกสารเท่านั้นตามที่กำหนดไว้ในประมวลพิจารณาความ แต่ยังไม่เคยมีการรับฟังพยานที่ได้จากการดักสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การดักฟังโทรศัพท์ เราถือว่าเป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานโดยวิธีการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจรับฟังได้ในศาล อาจารย์พรเพชรได้เสนอว่าเราควรแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานของไทยให้รับฟังพยานหลักฐานที่เกิดจากเทคโนโลยีสมัยใหม่ ซึ่งอาจไม่อยู่ในรูปแบบของแผ่นกระดาษเอกสารอีกต่อไป ดังนั้น จึงควรมีกฎหมายมารองรับพยานหลักฐานที่อาจไม่เป็นพยานโดยชอบตามกฎหมายไทยปัจจุบัน

ส่วนในเรื่องของการพัฒนาเทคโนโลยีการส่งผ่านข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ (EDI) ที่ส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในกระบวนการของพาณิชย์นาวี ผู้เขียนเห็นว่า ประเด็นการเปลี่ยนแปลงนวัตกรรมในเชิงกระบวนการไม่น่าจะเป็นปัญหาที่น่าเป็นห่วง แต่สิ่งที่น่าเป็นห่วงก็คือเราจะต้องทวนไปดูข้อ 3 ที่กล่าวไปข้างต้นว่าหลักฐานที่เกิดจากระบบพาณิชย์นาวีรูปแบบใหม่จะก่อให้เกิดปัญหาด้านพยานมากน้อยเพียงใด

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการค้าอิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL ร่างพระราชบัญญัติพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของกระทรวงยุติธรรม และร่างฯของ NECTEC ก็คงจะได้แก่

1. วิเคราะห์การใช้ศัพท์ในการบัญญัติกฎหมายและความที่นักกฎหมายต่างชาติไม่เข้าใจในวัฒนธรรมการร่างกฎหมายของไทย
2. พิจารณาถึงการก่อเกิดขึ้นของสัญญาเมื่อพิจารณาในเรื่องคำเสนอหรือคำสนอง
3. พิจารณาในเรื่องพยานหลักฐานที่มาจากกิจการค้าทางอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถจะยกขึ้นนำสืบได้ในศาลไทย
4. ทำไมกฎหมายว่าด้วยการค้าอิเล็กทรอนิกส์ไม่นำไปใช้บังคับซ้อนกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

วิเคราะห์การใช้ศัพท์กฎหมายในคำแปลร่างพระราชบัญญัติพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของไทย

เนื่องจากร่างกฎหมายในเรื่องนี้เป็นการถอดความมาจากกฎหมายแม่แบบว่าด้วย electronic commerce ของ UNCITRAL เกือบทั้งหมดทำนองเดียวกับเรื่องพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม การผูกขาดทางการค้า หรือกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทุกเรื่องเป็นอาทิ การที่ทางประเทศไทยรับออกกฎหมายเรื่องดังกล่าวโดยปราศจากการพิจารณาอย่างรอบคอบถึงความเข้ากันได้ระหว่างกฎหมายที่เรารับเข้ามากับวัฒนธรรมพื้นฐานของคนไทยนั้น ย่อมทำให้กฎหมายดังกล่าวมีปัญหาในการบังคับใช้บ้างตามสมควร เนื่องจากกฎหมายแม่แบบในเรื่องการค้าอิเล็กทรอนิกส์

แท้จริงแล้วออกมาเพื่อแก้ไขปัญหาวินัยกรรมการค้าในแบบของประเทศตะวันตก และปัญหาทางการค้าของประเทศตะวันตกกับประเทศตะวันออกย่อมแตกต่างกัน การจะอนุวัติกฎหมายจากตะวันตกใดๆ มาใช้คงจะต้องคำนึงถึงจุดนี้ด้วย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าร่างพระราชบัญญัติพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของไทยเป็นการลอกแบบมาจาก Electronic Commerce Model Law of UNCITRAL มาเกือบทั้งหมด จากจุดนี้ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ร่างกฎหมายไทยคงจะไม่มีเจตนาไปเปลี่ยนวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดย UNCITRAL เพราะแท้จริงแล้วผู้ร่างของไทยอาจไม่รู้เจตนารมณ์ในกฎหมายเรื่องนี้อย่างลึกซึ้ง สังเกตได้จากไทยได้หลีกเลี่ยงการใช้คำว่า “การตีความกฎหมายฉบับนี้จะต้องตีความอย่างกว้างขวาง” หรือ “State might extend the applicability of this law”¹ ก็เป็นเพราะว่านี่คือพระราชบัญญัติที่อาจก่อให้เกิดผลบังคับในทางอาญา โดยเฉพาะได้ใช้ประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายอย่างไทย ดังนั้น การตีความพระราชบัญญัติ จำต้องตีความอย่างเคร่งครัดตามตัวอักษร ผู้เขียนจึงคิดว่าผู้ร่างกฎหมายไทยคงได้ใช้วิจารณ์อย่างหนักในการใช้คำพูดในฉบับเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาในการตีความให้มากที่สุด แต่ถึงกระนั้นก็ไม่วายที่จะเกิดปัญหาในการตีความโดยเฉพาะศัพท์ที่แปลจากภาษาต่างประเทศและศัพท์นั้นไม่เคยนำมาใช้ในการร่างกฎหมายไทยมาก่อน ดังที่เกิดปัญหาการตีความองค์ประกอบแห่งความผิดในคดีว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะในส่วนของลิขสิทธิ์มาแล้ว

จากการแสดงความคิดเห็นในการร่างกฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของไทยโดย

Mr.Renaud Sorieul ได้พยายามวิจารณ์ว่าไทยเรายังไม่เข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมายการค้าอิเล็กทรอนิกส์อย่างแท้จริง รวมทั้งยังจะพยายามหลีกเลี่ยงการตีความให้เป็นไปตามที่ UNCITRAL ต้องการ โดยผ่านการร่างมาตราโดยใช้ศัพท์ที่เขาเห็นว่ากำกวม เช่นดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วในคำว่า including ที่ Sorieul แนะนำให้เปลี่ยนเป็นคำว่า including but not limited to เพราะเขากลัวศาลไทยจะตีความคำว่า including ว่าให้หมายรวมถึงสิ่งที่ถูกเขียนตามหลังคำว่า including ในตัวบทอย่างแท้จริงเท่านั้น ถ้านอกจากนี้ก็ไม่ใช้สิ่งที่รวมถึง แต่ผู้เขียนคิดว่านักกฎหมายไทยคงไม่มีเจตนาที่จะตีความยึดติดกับตัวบทโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมทางการค้าในสภาวะปัจจุบัน การตีความอย่างที่ Sorieul ว่าคงจะเกิดขึ้นกับนักกฎหมายของไทยที่วิสัยทัศน์น้อยเท่านั้น อีกประการหนึ่งก็คือ Sorieul คงไม่มีหน้าที่ที่จะมาเข้าใจวัฒนธรรมในการร่างกฎหมายของไทย เพราะเขาเป็นเพียงเจ้าหน้าที่ของต่างประเทศที่ทำหน้าที่ Auditor เท่านั้น ในทำนองเดียวกัน ผู้ร่างกฎหมายไทยก็คงไม่พยายามที่จะเข้าใจความรู้สึกของผู้ร่างกฎหมายของต่างประเทศเช่นกัน เพราะไม่ใช่หน้าที่ แต่เนื่องจากร่างพระราชบัญญัตินี้จะต้องใช้บังคับกับสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทั้งที่ทำในประเทศไทยและทำกับต่างประเทศ ความเห็นของ Sorieul ก็เป็นสิ่งที่เราพึงรับฟัง แต่อย่างไรก็ดี ผู้ร่างกฎหมายไทยควรต้องนำหลักความเข้ากันได้ (Harmonization) ระหว่างกฎหมายแม่แบบกับกฎหมายไทย มาเป็นเครื่องพิจารณาข้อวิจารณ์ของ Sorieul ด้วย

ผู้เขียนจะได้ยกตัวอย่างการใช้คำว่า “ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง...” ที่ได้บัญญัติไว้ใน

หลายมาตราของร่างกฎหมายไทย เนื่องจากไทยไม่สามารถจะบัญญัติทุกสิ่งทุกอย่างไว้ในพระราชบัญญัติฉบับเดียว เหมือนเช่นในกฎหมายแม่บทของ UNCITRAL ที่ได้เขียนเป็นมาตราวิ (bis) แล้วใช้คำพูดซ้ำไปซ้ำมากับมาตราหลัก แต่เราหาทางออกโดยการที่บัญญัติสิ่งที่เป็นรายละเอียดที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับชนิดและประเภทของกิจการค้า หรือสิ่งที่อาจเป็นเอกสารที่ใช้ในการดำเนินคดีได้ตามพระราชบัญญัตินี้ เอาไว้ในกฎหมายลำดับรองอันได้แก่กฎกระทรวง เพื่อขยายความชัดเจนในการตีความกฎหมายฉบับแม่ ซึ่งไม่น่าจะมีปัญหาอะไร แต่ Sorieul กลับมองว่าเป็นความซ่อนเร้นที่ผู้ร่างกฎหมายไทยจะทำให้เกิดขึ้น ที่จริงแล้วเกิดจากการที่ Sorieul ยังไม่เข้าใจวัฒนธรรมการร่างกฎหมายของไทย และมองที่พระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่อย่างเดียวนั่น

เมื่อพิจารณาว่าพระราชบัญญัติพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทั้งในร่างของกระทรวงยุติธรรมและร่างของ nectec ผู้เขียนคิดว่าเจตนาในการร่างกฎหมายของทั้งสองหน่วยงานคงจะไม่ต่างกันในเรื่องของหลักการ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือว่า ผู้ร่างกฎหมายของ nectec เป็นผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์เสียเป็นส่วนใหญ่ คำพูดที่ใช้ในตัวของเขาจึงเป็นคำพูดที่อยู่ในความเข้าใจของนักคอมพิวเตอร์ด้วยกัน และคงไม่สนใจว่าศัพท์ของตนจะเป็นปัญหาในการตีความในเชิงกฎหมายหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่นคำว่า “รับรอง” ในร่างของกระทรวงยุติธรรม มาตรา 6 กับคำว่า “ได้เห็นชอบ” ในร่างของ nectec มาตรา 8 ในเรื่องลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ น่าจะมีความหมายในสามัญสำนึกของคนทั่วไปก็คงหมายถึงการที่เจ้าของลายมือชื่อไม่

ปฏิเสธว่ามีลายมือชื่อที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์เช่นว่านี้เกิดขึ้นจริงเหมือนกันทั้งสองร่าง แต่ทว่า คำว่าเห็นชอบของ nectec อาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความตามกฎหมายเพราะอาจหมายถึงการรับรองโดยระเบียบของกฎหมาย โดยปริยาย หรือการยอมรับโดยระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ต้องพึ่งพาการรับรองจากมนุษย์เลยก็ได้ ทำให้การตีความทำได้โดยไร้ขอบเขต แต่การใช้คำว่ารับรองของกระทรวงยุติธรรมอาจจำกัดขอบเขตได้ดีกว่า เพราะคงหมายถึงการรับรองตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายแต่ละเรื่องนั่นเอง

ส่วนในเรื่องของคำจำกัดความของศัพท์ของทั้งสองร่างคงจะไม่มีอะไรต้องวิจารณ์ ปัจจัยที่ทำให้เกิดความแตกต่างในเรื่องคำแปลของแต่ละร่างก็คือความเข้าใจในความหมายของศัพท์ภาษาอังกฤษของทั้งสองหน่วยงานนั้นแตกต่างกัน แน่นอนที่ภาษากฎหมายย่อมไม่เหมือนภาษานักคอมพิวเตอร์หรือนักวิชาการสาขาอื่น คิดว่าทุกสาขาคงจะเข้าใจภาษาใน Model Law of UNCITRAL เหมือนกันหมด เพียงแต่ว่าเมื่อนำมาร่างเป็นกฎหมายโดยใช้ภาษากฎหมายก็อาจทำให้นักวิชาการสาขาอื่นไม่เข้าใจ แม้กระทั่งนักกฎหมายด้วยกัน นักกฎหมายตะวันตกก็ยังไม่เข้าใจศัพท์ทางกฎหมายของทางเอเชียเท่าใดนัก

การใช้หลักนิติกรรมมาพิจารณาในเรื่องของสัญญาที่เกิดจากการค้าอิเล็กทรอนิกส์

จากเอกสารของอาจารย์พรเพชร ที่พูดเกี่ยวกับการทำสัญญาทางการค้าผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ตั้งอยู่คนละประเทศ จะเป็นการแสดงเจตนาของผู้อยู่ห่างกันซึ่งระยะทางหรือไม่

คำตอบคงจะเป็นเหมือนในเรื่องการติดต่อการค้าผ่านโทรศัพท์ ซึ่งผู้เสนอสามารถรับคำสนองในเวลา นั้นได้ทันที จึงน่าจะเป็นการทำนิติกรรมซึ่งหน้ามากกว่า แต่นั่นไม่ใช่ปัญหาที่สำคัญว่าเวลาที่เกิดขึ้นของสัญญาที่แท้จริงนั้นคือเมื่อใด เพราะการส่งข้อมูลที่เป็นคำเสนอผ่านเครือข่ายคอมพิวเตอร์ต้องผ่าน carrier หลายอย่าง ถามว่าช่วงไหนของกระบวนการส่งข้อมูลที่สามารถถือการเป็นการเสนอกับการสนองที่ทำให้เกิดสัญญาขึ้น

เวลาที่ทำการเสนอไม่น่าเป็นปัญหาได้แก่เวลาที่ผู้ทำคำเสนอได้กดปุ่ม send ส่งข้อมูลส่วนตัวแล้วคำเสนอผ่านคอมพิวเตอร์นั่นเอง แต่เวลาที่ผู้เสนอได้รับคำสนองดูเหมือนจะเป็นปัญหาบ้าง เพราะถ้าเป็นกรณีที่เครื่องคอมพิวเตอร์มีระบบรับข้อความ เราจะถือว่าผู้ทำคำเสนอรับคำสนองต่อเมื่อระบบคอมพิวเตอร์อัตโนมัติได้บันทึกคำสนองไว้เท่ากับการรับคำสนองโดยผู้ทำคำเสนอไม่ต้องเปิดเครื่องเพื่ออ่านก่อน หรือจะต้องรอให้ผู้ทำคำเสนอเปิดเครื่องและอ่านข้อมูลคำสนองจริง ๆ เสียก่อนจึงถือว่าได้รับคำสนองและสัญญาเกิดขึ้น ตามความคิดเห็นของผู้เขียน คำสนอน่าจะมาถึงในเวลา ที่ผู้ทำคำเสนอได้เปิดเครื่องเพื่ออ่านคำสนองเช่นนั้นจริง ๆ เพราะถ้าระบบอัตโนมัติของคอมพิวเตอร์มีความผิดพลาด การรับคำสนองก็อาจผิดพลาดได้ และจะก่อให้เกิดปัญหาในการนำสืบการเกิดขึ้นของสัญญาตามกฎหมายในเรื่องพยานหลักฐานซึ่งจะได้อภิปรายต่อไป

แต่ในกฎหมายของต่างประเทศคงจะไม่มีข้อยุ่งยากในการพิจารณาว่า สัญญาได้เกิดขึ้นเมื่อใด โดยเฉพาะในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์สามารถใช้หลักการตีความกฎหมายใน

เรื่องนี้ได้อย่างกว้างขวาง แม้แต่จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลเช่นประเทศในแถบยุโรป แต่การที่มีธรรมเนียมทางการค้าที่แข็งแกร่ง ทำให้การตีความกฎหมายให้เกิดความเหมาะสมในทางพาณิชย์ไม่น่าจะมีปัญหามากนัก แต่ถ้าศาลประเทศไทยจะตีความให้เป็นไปในทางกว้าง คงจะต้องไปแก้กฎหมายในส่วนที่เป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายวิธีพิจารณาความเรื่องพยานหลักฐานฉบับต่างๆ ให้เรียบร้อยเสียก่อน หรือออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการตีความ เพื่อที่จะทำการตีความบรรลุลจุดประสงค์ที่ UNCITRAL ต้องการ

ปัญหาอีกเรื่องหนึ่งเป็นเรื่องประเภทของนิติกรรมที่จัดเป็น “กิจกรรมในทางพาณิชย์” หรือ “The term of commercial”² ความประสงค์ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL คงต้องการให้กิจกรรมในทางการพาณิชย์ หรือที่ nectec ใช้คำที่เข้าใจง่ายในวงการธุรกิจว่า “ธุรกรรม” ได้รับการตีความอย่างกว้างว่าให้หมายรวมถึงความสัมพันธ์ในเชิงการค้าทุกชนิดที่อาจเกิดจากการทำสัญญาหรือไม่ก็ตาม ไม่จำกัดแม้ว่าจะเป็น (include but are not limited to) สัญญาประเภทดังที่กฎหมายแม่บทได้ยกตัวอย่าง ซึ่งไทยแปลชนิดของกิจการค้าทุกชนิดที่อยู่ในกฎหมายแม่บท มาสู่มาตรา 4 ของร่างพระราชบัญญัติพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยร่างข้อยกเว้นที่ว่า “เว้นแต่กิจกรรมที่ได้กำหนดในพระราชกฤษฎีกา” ดังที่ Mr.Renaud Sorieul ได้วิพากษ์วิจารณ์ว่าไทยพยายามจะหลีกเลี่ยงที่จะใช้กฎหมายนี้บังคับกับกิจกรรมทางค้าทั้งหมดตามที่ UNCITRAL ประสงค์

ที่เป็นเช่นนี้คงเป็นเพราะนิติกรรมบางประเภทกฎหมายไทยกำหนดแบบว่าต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือ หรือทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ เช่น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์พิเศษ การจดทะเบียนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การจดทะเบียนจำนอง แม้แต่สัญญากู้ยืม นิติกรรมเช่นนี้คู่สัญญาคงจะไม่สามารถที่จะทำกันบนเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ได้โดยลำพัง เว้นแต่จะมีหน่วยงานของรัฐทำฐานข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อรองรับการแจ้งการทำกิจกรรมทางการค้าที่ต้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับรู้ และมีกระบวนการตรวจสอบความโปร่งใสในการทำงาน โดยจะต้องออกกฎหมายฉบับรองเพื่อมารองรับหน่วยงานเช่นนั้นด้วย ตัวอย่างเช่น กรมที่ดินมีระบบการโอนกรรมสิทธิ์ในโฉนดที่ดินได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายโดยใช้การลงทะเบียนทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือกรมทรัพย์สินทางปัญญามีระบบการแจ้งข้อมูลลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร หรือแม้กระทั่งการแจ้งเบาะแสสินค้าละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา โดยผู้แจ้งเพียงกรอกข้อความ และลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (ถ้าจำเป็น) ลงบนหน้าจอ dialogue box เท่านั้น ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นก็คือหน่วยงานใดจะเป็นผู้รับรองความปลอดภัยของข้อมูลที่เรได้ให้รัฐไป ว่าจะต้องไม่เปลี่ยนแปลงหรือนำไปใช้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย พยานหลักฐานจากการค้าอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้กล่าวอ้างในศาลไทยได้

ในเรื่องนี้เป็นสิ่งที่น่าเป็นห่วงเพราะกฎหมายวิธีพิจารณาความในส่วนที่เกี่ยวกับพยานหลักฐานในประเทศไทยยังไม่รองรับการตีความอย่างกว้างขวาง สังเกตได้จาก กฎหมายไทยได้ให้

ความสำคัญในเรื่องแบบของสัญญาเป็นอย่างมาก (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 94) ดังนั้น เมื่อมีกฎหมายกำหนดให้สัญญาประเภทใดต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือ หรือต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามนั้น มิเช่นนั้น จะมีหลักฐานที่ฟ้องร้องคดีกันในศาลได้ แต่ทว่า ร่างพระราชบัญญัติพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในมาตรา 5 ของกระทรวงยุติธรรม และมาตรา 7 ของ nectec บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้การใดต้องมีเอกสารเป็นหนังสือมาแสดง ให้ถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นเอกสารหรือหนังสือตามความในกฎหมายนั้น หากสามารถใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวเพื่อการอ้างอิงในภายหลังได้” นั้นย่อมแสดงให้เห็นว่า กฎหมายว่าด้วยการค้าอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นข้อยกเว้นในการบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 94 หรือไม่ เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายของไทยคงเข้าใจว่าเมื่อปรากฏเอกสารสัญญาในจอภาพและได้พิมพ์ออกมาเป็นกระดาษแล้วก็คงจะมีลักษณะเป็นเอกสารสัญญาต้นฉบับ (original) ได้เหมือนกับที่ทำด้วยมือ แต่มีปัญหาอยู่ที่ว่าเอกสารบนหน้าจอไม่สามารถลงลายมือชื่อด้วยปากกาได้ จึงต้องมีอุปกรณ์เพิ่มเติมเพื่อให้สามารถเขียนลายมือชื่อบนหน้าจอได้ เช่น electronic pen สิ่งที่เกิดขึ้นก็คือ การทำสำเนาลายมือชื่อของคู่สัญญา (copy) สามารถทำได้โดยง่ายดาย เพราะลายเซ็นที่ว่ำนั้นอยู่ในรูปแบบไฟล์คอมพิวเตอร์ ทำสำเนาที่ครั้งก็เหมือนของจริง ถามว่า ถ้ามีผู้ไม่พึงประสงค์นำภาพลายเซ็นอิเล็กทรอนิกส์ไปวางไว้บนเอกสารสัญญาโดยไม่ได้รับอนุญาตเสียแล้ว จะถือว่าได้ลงลายมือชื่อใน

สัญญาตามกฎหมายหรือไม่ และผู้ที่ถูกนำลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ไปใช้จะถูกกฎหมายปิดปากมิให้ปฏิเสธความถูกต้องของเอกสารสัญญาหรือไม่ คำตอบคงจะอยู่ในร่างกฎหมายว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Signature Act) ที่จะทำให้ลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถเป็นลายมือชื่อที่ถูกต้องตามกฎหมายได้

ในความเห็นของผู้เขียน แม้จะเป็นเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีข้อความในสัญญาครบถ้วน รวมทั้งมีลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของคู่สัญญาทำสัญญา และได้พิมพ์ลงสู่กระดาษกลายเป็นหลักฐานที่เป็นหนังสือแล้ว แค่นี้ยังไม่เพียงพอต่อการเป็นเอกสารที่ใช้ในการฟ้องร้องบังคับคดีได้ตามกฎหมาย เพราะเราไม่สามารถรู้ได้ว่าลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นลายมือชื่อที่สร้างขึ้นโดยคู่สัญญาจริง หรือเป็นการตัดแปะภาพของบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ของคู่สัญญา เพราะลายมือชื่อทั้งสองกรณีอาจเกิดจากการทำสำเนาไฟล์คอมพิวเตอร์ไฟล์เดียวกันก็ได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการที่ลายมือชื่อดังกล่าวจะเป็นลายมือชื่อที่ถูกต้องตามกฎหมายนั้น จะต้องผ่านขั้นตอนบางประการเสียก่อน ดังจะแบ่งได้เป็น 2 กรณี

1. เมื่อเจ้าของลายมือชื่อทำการรับรองลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เช่นนั้นแล้ว ในชั้นพิจารณาคดี โดยไม่มีเงื่อนไขแล้ว ให้ถือว่าลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นลายมือชื่อที่ชอบด้วยกฎหมาย และเอกสารสัญญาก็เป็นเอกสารที่ถูกต้องตามกฎหมายด้วย

2. เมื่อเจ้าของลายมือชื่อได้ปฏิเสธความถูกต้องของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เช่นนั้นตั้งแต่ได้มีการกล่าวอ้าง ก็จะต้องมีกระบวนการพิจารณาที่จะ

ทำการพิสูจน์ความถูกต้องของลายมือชื่อนั้น ก่อนที่จะยอมรับว่าเป็นลายมือชื่อที่ถูกต้องอย่างแท้จริง เพราะถ้าพิจารณาให้ลายมือชื่อเช่นนั้นเป็นลายมือชื่อที่ถูกต้องโดยไม่ได้มีการตรวจสอบความถูกต้องเสียแล้ว เท่ากับว่ากฎหมายว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในส่วนนี้เป็นส่วนที่เป็นกฎหมายปิดปากคู่กรณี และกลายเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายลักษณะพยานของไทยที่จะรับฟังเฉพาะพยานเอกสารเท่านั้น

เนื่องจากเอกสารสัญญาที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์หรือ data message เป็นสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อย่างหนึ่ง การที่จะได้มาซึ่งเอกสารที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์ เช่นว่านั้นอาจเกิดจากการบันทึกลงบนสื่อ (media) อันได้แก่ harddisk ,floppy disk ,cd-rom ฯลฯ หรืออาจได้จากการดักฟังหรือล้วงข้อมูลทางเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (hacking) กฎหมายไทยยังถือว่าเอกสารสัญญาที่อยู่ในรูปของสื่อ ทั้งที่เป็นสิ่งบันทึกเสียง บันทึกภาพ หรือสื่ออื่น ๆ ที่ไม่ใช่กระดาษ หรือว่าเป็นการทำสำเนาจากกระดาษเช่น การถ่ายเอกสาร โทรสาร ฯลฯ รวมไปถึงเอกสารที่ได้จากการดักฟัง ยังไม่เป็นพยานที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถยกขึ้นนำสืบในศาลได้ ดังจะเห็นได้ว่ากรณีศึกษาในเรื่องการดักฟังโทรศัพท์ เรายังถือว่าสิ่งที่ได้จากการบันทึกการดักฟังโทรศัพท์เป็นพยานได้มาโดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ภายหลัง ศาลไทยได้พยายามนำหลักของ FRE (Federal Regulation of Evidence) ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีบางประเภทที่อาจต้องรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นสื่ออื่น ๆ นอกจากกระดาษ เนื่องจากคดีที่ไม่มีใบเสร็จเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ทำให้เกิดเหตุการณ์ที่ว่า

หลักฐานไม่เพียงพอที่จะเอาผิดคู่ความฝ่ายตรงข้าม การที่ศาลจะนำกระบวนการของ FRE มาใช้ เพื่อที่จะใช้ในการค้นหาความจริงในคดีบางประการที่การรับฟังพยานที่เป็นเอกสารอย่างเดียวไม่เพียงพอ จึงต้องรับฟังพยานในรูปแบบอื่นบ้าง เพื่อเป็นประโยชน์ในการค้นหาความจริงแห่งคดี เช่น คดีลักทรัพย์ศาลอาจรับฟังพยานที่เป็นโทรศัพท์ส่วนตัวเพื่อจับพฤติกรรมของผู้ต้องหา หรือในการสืบหาที่กำบังของอัยยิ์ช่องโจร จะต้องมีการไปดักตามเส้นทางที่พวกเขาใช้ในการเดินทาง หรือดักฟังโทรศัพท์เพื่อล่อลวงรู้การวางแผนของช่องโจรนั้น

ส่วนในเรื่องของการล่อซื้อสินค้าที่ผิดกฎหมายเพื่อจับกุมผู้จำหน่าย เช่น ในกรณีคดียาเสพติดหรือคดีทรัพย์สินทางปัญญา เจ้าหน้าที่ถือกันว่าสินค้าที่ได้จากการล่อซื้อเป็นหลักฐานที่ได้จากการกระทำความผิด ทั้งๆที่เป็นการได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยวิธีพิจารณาความ แต่ที่ผ่านมาศาลก็รับฟังพยานหลักฐานที่ได้จากการล่อซื้อเป็นหลักฐานในคดี เพราะในทางบริหารเห็นว่าเป็นกระบวนการที่ทำให้เกิดประสิทธิภาพในการปราบปรามการกระทำความผิด ผู้เขียนเคยได้สอบถามผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายอาญาหลายท่านเกี่ยวกับการล่อซื้อว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ได้รับคำตอบว่า ไม่เป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นกระบวนการที่ให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ใช้กระทำความผิดในทางอาญา จึงนำกระบวนการนี้มาใช้เพื่อประโยชน์ในการบริหารงานยุติธรรมทางอาญา ถ้ากระบวนการนี้มาปรับใช้กับกรณีการค้าอิเล็กทรอนิกส์ก็คงหมายถึงการที่ตั้งหน่วยงานของรัฐอย่างเช่น cyber cop เพื่อที่จะดักจับข้อมูลการซื้อขายสินค้าผิดกฎหมายบนเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์

ปัญหาของประเทศไทยในขณะนี้ก็คือ สำนักงานตำรวจแห่งชาติยังไม่ได้จัดตั้ง cyber cop เราจะแน่ใจได้อย่างไรว่าหลักฐานที่ได้จากการดักจับข้อมูลของหน่วยงานอิสระจะเป็นหลักฐานที่ถูกต้องจริง

ต่อไปนี้จะได้เสนอหลักส่วนประกอบของพยานหลักฐานที่จะถือได้ว่าเป็นหลักฐานที่มีน้ำหนักเชื่อถือได้ และลองเปรียบเทียบกับพยานหลักฐานจากการค้าอิเล็กทรอนิกส์ว่ามีส่วนประกอบดังกล่าวหรือไม่

1. พยานจะต้องมีความสด ใหม่ (Fresh)

อันหมายถึง พยานหลักฐานที่จะนำมาใช้ในการนำสืบในศาล จะต้องเป็นพยานที่เก็บได้ก่อนการดำเนินคดีไม่นานนัก ถ้าเป็นการอ้างอิงพยานหลักฐานที่เก็บไว้เป็นเวลานานแล้ว ความน่าเชื่อถือในตัวพยานนั้นอาจลดลง เช่นนี้ ถ้านำมาใช้ในการณีกฎหมายการค้าอิเล็กทรอนิกส์ เวลาที่คู่กรณีตอบรับคำเสนอคำสนองในคอมพิวเตอร์ กับเวลาที่พิมพ์ภาพหน้าจอแสดงการทำธุรกรรมเช่นว่านั้น จะต้องห่างกันน้อยที่สุด พยานหลักฐานที่ได้จากการพิมพ์ลงสู่กระดาษจึงจะมีความน่าเชื่อถือมากที่สุด

2. พยานจะต้องเป็นต้นฉบับ หรือใกล้เคียงกับต้นฉบับ (Original)

หมายถึง ในการนำสืบพยานหลักฐานที่เป็นหนังสือสัญญาไม่ว่าเป็นรูปแบบใดจะต้องเอาเอกสารต้นฉบับมาแสดง และไม่อนุญาตให้ใช้พยานบุคคลนำสืบความมี หรือความเปลี่ยนแปลงของเอกสารต้นฉบับนั้นได้ แต่ถ้าไม่มีพยานที่เป็นเอกสารต้นฉบับเสียแล้ว อันอาจเกิดจากสูญหาย หรือสูญสลายไปทั้งหมดแล้ว การที่จะรับฟังพยานเอกสารที่ได้จากการถ่ายสำเนาจากต้นฉบับน่าจะรับฟังได้กว่าการนำพยานบุคคลเข้าสืบถึงเอกสารนั้น

เพราะเป็นการนำสืบจากสิ่งที่คลาดเคลื่อนจากพยาน
ต้นฉบับน้อยที่สุด

จากที่ผู้เขียนได้อธิบายมาแล้วว่าเอกสาร
สัญญาจากการทำการค้าอิเล็กทรอนิกส์ที่จะต้องมี
การพิมพ์ไฟล์ข้อมูลออกมาก่อน จึงจะใช้เป็นพยาน
หลักฐานที่น่าสืบเกี่ยวกับธุรกรรมได้ ตามที่กำหนด
ไว้ในร่างพระราชบัญญัติพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ
ทั้งสองหน่วยงาน ปัญหาก็คือเราจะถือเอาภาพ
เอกสารที่เกิดจากการตอบโต้บนหน้าจอเป็นเอกสาร
ได้หรือไม่ และถ้าจะพิมพ์ออกมาสู่กระดาษแล้วมี
ลักษณะที่แตกต่างจากภาพบนหน้าจอเล็กน้อย อัน
เนื่องจากปัจจัยทางเครื่องคอมพิวเตอร์ เช่นนี้ยังจะ
ถือเป็นเอกสารสัญญาต้นฉบับ หรือการสำเนา
จากต้นฉบับหรือไม่ กรณีนี้จะไม่เหมือนการติดต่อ
สื่อสารโดยเครื่องโทรสารที่เป็นการสำเนาเหมือน
ต้นฉบับจริงทุกประการ และผู้ส่งโทรสารสามารถลง
นามรับรองสำเนาถูกต้องลงบนเอกสารก่อนที่จะนำ
เข้าเครื่องโทรสารได้และน่าจะเชื่อว่าเป็นการลงลาย
มือชื่อด้วยตัวเองมากกว่าที่จะเป็นการเข้ารหัสใน
กรณีที่เปลี่ยนมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่อาจมาจากการ
ก๊อปปี้ไฟล์เท่านั้น ผู้เขียนยังเห็นว่ากลไกของ
กฎหมายว่าด้วยความถูกต้องของลายมือชื่อ
อิเล็กทรอนิกส์ยังไม่น่าเชื่อถือ เพราะกระบวนการที่
จะพิสูจน์ลายมืออิเล็กทรอนิกส์ให้มีความถูกต้องเท่า
กับลายมือชื่อที่แท้จริงยังไม่น่าเชื่อถือนั่นเอง และ
กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าอิเล็กทรอนิกส์แทบ
ทุกฉบับเขียนในทำนองปิดปากผู้ส่งข้อความว่าให้
ยอมรับเอกสารที่เกิดจากธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์
เช่นว่านั้น โดยไม่มีกลไกในการให้ความคุ้มครองผู้
ประกอบธุรกรรมรัดกุมเพียงพอ หรือทางผู้ร่าง
กฎหมายจะใช้หลักความรับผิดชอบและความ

ระมัดระวังของผู้ประกอบกิจการค้า ซึ่งสูงกว่าระดับ
ของวิญญูชนมาใช้เพื่อให้ผู้ประกอบกิจการค้า
อิเล็กทรอนิกส์ต่างต้องรับผิดชอบตัวของเขาเอง

3. ผู้รับบันทึกข้อมูลที่เป็นคนกลางจะ
ต้องเป็นผู้สุจริต จึงจะเกิดพยานหลักฐานที่ชอบ
(Data Recording)

คนกลางในที่นี้คงจะได้แก่ผู้ที่รับผิดชอบ
ระบบฐานข้อมูลของแต่ละบริษัทที่จะต้องตรวจสอบ
การเข้าออกของข้อมูลทางธุรกรรมต่าง ๆ ทุกวัน คน
เหล่านั้นจะต้องมีพฤติกรรมที่ไว้วางใจได้ กล่าวคือ จะ
ต้องไม่ไปลักหรือเปลี่ยนแปลงข้อมูลที่ผ่านเข้าออก
เหล่านั้นเพื่อเป็นประโยชน์แก่ตัว ถ้าบุคคลเหล่านี้
ไม่มีความสุจริตในการปฏิบัติหน้าที่เสียแล้ว อาจไป
ทำความเปลี่ยนแปลงหรือความเสียหายแก่พยาน
หลักฐาน ทำให้คู่สัญญาได้รับความเสียหายจากการ
นั้น ด้วยเหตุนี้ เวลานั้นสืบในศาลควรจะต้องมีการ
กล่าวอ้างพยานที่เป็นผู้รับส่งข้อมูลของหน่วยงานใน
ฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญด้วย เพื่อที่จะเป็นการตรวจ
สอบว่ากระบวนการเก็บบันทึกหรือรับส่งข้อมูลได้
กระทำโดยถูกต้องหรือไม่

ในคดีว่าด้วยการค้าอิเล็กทรอนิกส์ แม้ว่า
พยานหลักฐานจะไม่เป็นเอกสารสัญญาหรือสิ่งของ
ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่หลักฐานที่เกิด
จากธุรกรรมดังกล่าวย่อมเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นแล้วจริง ๆ
และไม่ใช่สิ่งที่โกหก (Evidence cannot Lie) ถ้ามองว่า
เรามีกระบวนการใดที่ทำให้หลักฐานทุกประเภทที่
เกิดขึ้น นำมาใช้เป็นพยานที่ใช้ในการดำเนินคดีได้
จริง อนึ่ง การได้มาซึ่งพยานหลักฐานเช่นว่านั้นจะ
ต้องใช้วิธีการดักจับข้อมูล ดัดแปลง ทำสำเนาจาก
ต้นฉบับ ฯลฯ ซึ่งทุกอย่างนี้ต้องทำโดยเครื่อง
คอมพิวเตอร์ เช่นนี้ เมื่อเราต้องการจะให้พยานที่

เป็นอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานที่รับฟังได้ในศาลแล้ว เราจะปรับปรุงวิธีการนำเสนอความเป็นอยู่ของพยาน เหล่านั้นอย่างไร จึงจะน่าเชื่อถือที่สุด ในเรื่องนี้ ผู้เขียนขอเสนอว่า ควรจะมีพยานผู้เชี่ยวชาญ สาขา คอมพิวเตอร์ มานำเสนอความเป็นอยู่ของหลักฐาน ทางอิเล็กทรอนิกส์ เพราะผู้เขียนเชื่อว่าผู้พิพากษา คงจะไม่มาเปิดคอมพิวเตอร์เพื่อหาหลักฐานในการ ดำเนินคดีเอง เพราะจะทำให้เกิดความไม่เป็นกลาง หรือทนายที่อาศัยคดีนี้ไม่มีความรู้ความชำนาญด้าน คอมพิวเตอร์มากนักทำให้การนำเสนอพยานที่เป็น อิเล็กทรอนิกส์เกิดความคลาดเคลื่อน

4. การที่จะไม่ใช้บังคับกฎหมายว่าด้วย พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กรณีมีกฎหมายว่าด้วยการ คຸມຄອງຜູ້ບຣິໂກດบังคับใช้ในเรื่องเหล่านั้น

ดังที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายแม่แบบ พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของ UNCITRAL Chapter 1 Article 1 ส่วนที่เป็นเชิงอรรถ ลำดับที่ 3

“The law does not override any rule of law intend for the protection of consumer” อัน หมายถึง กฎหมายนี้จะไม่ใช้บังคับกรณีที่มีกฎหมาย ว่าด้วยการคຸມຄອງຜູ້ບຣິໂກດบัญญัติไว้ในเรื่องนั้น แล้ว” หรือที่คำแปลกฎหมายแม่แบบของ ผศ.ดร. พรพรรณ พนัสพัฒนา ใช้ข้อความว่า “กฎหมายนี้จะไม่ ลบล้างบทบัญญัติใด ๆ ที่ประสงค์จะคຸມຄອງຜູ້ ບຣິໂກດ”

อนึ่ง ข้อความดังกล่าวไม่ปรากฏในร่างพระ ราชบัญญัติพณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของกระทรวงยุติ ธรรมและ nectec คงเป็นเพราะว่าเชิงอรรถของ ประมวลกฎหมายน่าจะใช้กรณีที่มีการแก้ไขเปลี่ยน ข้อความจากกฎหมายฉบับก่อนเท่านั้น แต่คงเป็นที่ เข้าใจตรงกันว่า กฎหมายว่าด้วยการค้าอิเล็กทรอนิกส์

คงไม่กระทบกระเทือนการใช้กฎหมายว่าด้วยการ คຸມຄອງຜູ້ບຣິໂກດ นั้นย่อมหมายถึง การกระทำ กิจการค้าอิเล็กทรอนิกส์จะต้องไม่ไปกระทบกระเทือน สวัสดิภาพของคຸມຄອງຜູ້ບຣິໂກດ หรือเป็นการเอาเปรียบคຸມ ຄອງຜູ້ບຣິໂກດเกินสมควร จากจุดนี้ ผู้เขียนมีความสงสัย ในเรื่องที่ว่า การซื้อสินค้าทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ เหมือนกับการซื้อสินค้าแบบอื่น ๆ คือผู้ซื้อไม่มี โอกาสได้เป็นสินค้าตัวจริงหรือได้มีโอกาสสำรวจ ความบกพร่องของสินค้าก่อนดังเช่นที่ได้ซื้อจากห้าง สรรพสินค้าหรือจากผู้จำหน่ายโดยตรง เมื่อสินค้าที่ ซื้อมาจากร้านค้าบนอินเทอร์เน็ต มีความบกพร่อง ถ้ามว่าเราจะเอาผิดดำเนินคดีกับผู้ชายได้อย่างไร กรณีเช่นนี้คงจะเหมือนกับกรณีการซื้อสินค้าจาก การโฆษณาทางโทรทัศน์ที่ประกาศว่าถ้าไม่พอใจสินค้า ยืนคืนเงินภายใน 30 วัน เมื่อประกาศชัดเจนต่อ สาธารณชนเช่นนี้ ก็คงจะเท่ากับว่าผู้ชายยอมรับผิด ในความชำรุดบกพร่องของสินค้าโดยตรงอยู่แล้ว และจะปฏิเสธความรับผิดชอบในเรื่องละเมิดอันอาจเกิด ขึ้นไม่ได้ ในกรณีการค้าอิเล็กทรอนิกส์ คงจะเป็น ทำนองเดียวกัน เพราะก่อนที่ผู้ซื้อจะเข้า dialogue box เพื่อลงชื่อที่อยู่ในสัญญาซื้อขาย จะต้องมีความ ต่างให้อ่านถึงข้อจำกัดความรับผิดชอบของผู้ขายในกรณี สินค้าชำรุดบกพร่อง หรือกติกาการขายในการที่ลูก ค้าจะนำสินค้าไปใช้ประโยชน์กรณีซื้อขายโปรแกรม คอมพิวเตอร์ แต่ผู้ซื้ออาจจะไม่ให้ความสนใจเท่าใด นักเพราะตัวอักษรในข้อสัญญาที่มีขนาดเล็กมากและ ยาวเกินไป เมื่อผู้ซื้อหรือผู้ขายอยู่คนละประเทศกัน ทำให้การเรียกร้องในสิทธิของคຸມຄອງຜູ້ບຣິໂກດยิ่งทำได้ยาก ลำบากขึ้น

เมื่อมีการเรียกร้องสิทธิเกิดขึ้น ทางผู้ขายก็ จะอ้างข้อสัญญาจำกัดความรับผิดชอบของตนโดยใช้

มาตรา 6 ของร่างพระราชบัญญัติพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของไทย ให้นำพิมพ์จอคอมพิวเตอร์ที่เป็นเอกสารแสดงความรับผิดชอบออกมาก็จะกลายเป็นเอกสารที่สามารถใช้ยื่นต่อศาลเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบได้ ซึ่งผู้เขียนได้แสดงความคิดเห็นในเรื่องการค้นหายานหลักฐานในการค้าอิเล็กทรอนิกส์แล้วว่า แม้ได้ปฏิบัติตาม มาตรา 6 ของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ก็ยังเห็นว่าต้องให้มีพยานผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์มาพิสูจน์ความถูกต้องของเอกสารที่พิมพ์จากหน้าจอเช่นนั้นอีกทีหนึ่ง ซึ่งก็จะต้องรอกฎหมายใหม่ออกมาแก้ไขการใช้ดุลพินิจของศาลในการรับฟังพยานที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์ในส่วนวิธีพิจารณาความ หรือรอคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ออกมาเสียก่อน จึงจะทราบว่าประเทศไทยมีแนวทางในการแก้ไขปัญหานี้ในเรื่องนี้อย่างไร

อีกประเด็นหนึ่งคือ เมื่อสัญญาที่ปรากฏบนหน้าจอคอมพิวเตอร์เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรมของไทย หรือมีข้อสัญญาเอาเปรียบผู้บริโภคที่อยู่ในขอบข่ายความดูแลของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เราคงไม่สามารถอ้างหลักที่ว่ากฎหมายนี้ไม่ลบล้างบทบัญญัติใดๆว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคตามกฎหมายแม่บทของ UNCITRAL ได้ เพราะไม่ได้เขียนไว้ในร่างพระราชบัญญัติของทั้ง 2 หน่วยงาน ดังที่ผู้เขียนได้แสดงความเห็นแล้วถึงวัฒนธรรมการใช้เชิงอรรถในกฎหมายไทย

อย่างไรก็ตาม กฎหมายในเรื่องพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ฉบับนี้ย่อมใช้บังคับได้โดยไม่ไปกระทบกระเทือนกฎหมายว่าด้วยผู้บริโภค เพราะเป็นกฎหมายคนละประเด็นกัน และแม้จะใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้กระบวนกรคุ้มครองผู้บริโภคย่อม

ดำเนินต่อไปตามปกติ แต่ผู้เขียนก็อยากจะให้มีการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติการค้าอิเล็กทรอนิกส์ โดยร่างขึ้นมาใหม่อีกมาตราหนึ่ง ให้เป็นข้อยกเว้นเพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค น่าจะเป็นประโยชน์ในการตีความ สร้างความเข้าใจที่ชัดเจนมากขึ้นแก่หน่วยงานต่างๆ ที่บังคับใช้กฎหมายในเรื่องนี้ และเป็นเครื่องยืนยันว่าร่างพระราชบัญญัตินี้จะไม่กระทบกระเทือนถึงการบังคับกฎหมายเกี่ยวกับผู้บริโภคอย่างนอน เช่นให้ร่างว่า

มาตรา xx พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับกับสัญญาทุกประเภท เว้นแต่

- (1) สัญญาที่มีกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่
- (2) สัญญาที่ขัดต่อกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค.....

ส่วนทางแก้ไขปัญหานี้อีกอย่างหนึ่งที่ผู้เขียนขอเสนอ ได้แก่การตั้งคณะกรรมการภายใต้สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค ที่เข้ามาดูแลเฉพาะเรื่องพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะ หรืออาจตั้งเป็นสำนักงานคณะกรรมการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์แห่งชาติ เหมือนกับที่เคยตั้งสำนักงานแก้ปัญหาวยทุเคแห่งชาติเมื่อปลายปี พ.ศ.2542 ที่ผ่านมา เพื่อเป็นหน่วยงานประสานงานส่วนกลาง แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการแต่งตั้งหน่วยงานเหล่านี้คือ เราจะต้องร่างกฎหมายมาควบคุมการทำงานของหน่วยงานเหล่านี้ อีกทีหนึ่ง ซึ่งจะต้องไม่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการมากเกินไป จนไปขัดแย้งกับประมวลกฎหมายฉบับหลักที่เราใช้อยู่ เพราะจะทำให้ความสับสนในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่และการประสานงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นอันมาก

จากที่ผู้เขียนได้วิจารณ์ร่างกฎหมายว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มาทั้งหมดนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมากศาลกับประเทศไทย ที่จะมีการพัฒนารูปแบบธุรกรรมทางการค้าไปสู่การค้าอิเล็กทรอนิกส์ภายในเวลาไม่เกิน 5-10 ปีข้างหน้า แต่ก่อนที่จะแน่ใจว่าร่างกฎหมายที่ประเทศไทยเอาแบบอย่างมาจากกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL จะใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้ร่างกฎหมายไทยควรคำนึงถึงวัฒนธรรมการร่างและตีความกฎหมายของไทยเองเป็นประการแรก เพราะประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย และจำต้องตีความตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด จะตีความอย่างกว้างเหมือนกับที่ UNCITRAL ต้องการคงไม่ได้ จนกว่าจะได้ไปแก้ไขกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความให้อำนาจศาลไทยในการตีความอย่างกว้างขวางได้เสียก่อน หรืออีกประการหนึ่ง ก็ควรจะออกพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการนำสืบพยานที่เป็นสิ่งอื่นนอกจากหนังสือ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยพยานอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อขยายความหรือเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายวิธีพิจารณาความที่มีอยู่ เดิม และ

ตัดปัญหาในเรื่องการนำสืบพยานหลักฐานที่ไม่เป็นหนังสือได้ อนึ่ง ศาลไทยพยายามจะนำวิธีการรับฟังพยานประเภทอื่นนอกจากที่เป็นหนังสือ ตามแบบ FRE มาใช้ แม้ศาลจะอำนวยความสะดวกเป็นธรรมในการพิจารณาคดีได้มากยิ่งขึ้น แต่สิ่งนี้อาจทำให้เกิดข้อครหาแก่หน่วยงานที่ใช้บังคับกฎหมายหน่วยงานอื่นๆ ที่ยังคงใช้วิธีการตีความกฎหมายแบบเคร่งครัดอยู่ ทำให้การประสานงานระหว่างหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมเป็นไปได้ยาก ฉะนั้นก่อนที่จะประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อย่างเป็นทางการนั้น โปรดทำความเข้าใจกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและประชาชนเสียก่อนเพื่อให้เขาเหล่านั้นมีความเข้าใจในนวัตกรรมทางการค้าชนิดใหม่นี้อย่างแท้จริง และส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายในแต่ละหน่วยงานไม่มีอุปสรรคอย่างให้มีข้อบกพร่องเหมือนกับที่เราได้รับบทเรียนจากกรณีกฎหมายการประสานการป้องกันปราบปรามการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่แต่ละหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างปฏิบัติไม่เหมือนกัน เนื่องด้วยปัจจัยทางกฎหมายที่กำหนดแนวปฏิบัติของแต่ละหน่วยงานให้ไม่เหมือนกันและก้าวก่ายอำนาจหน้าที่กันไม่ได้

บรรณานุกรม

- เข้มชัย ชุตินวงศ์. (2538). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ : นิติบรรณาการ. ประสิทธิ์ โสวิไลกุล. (2540). เหลียวหลังดูกฎหมายและความยุติธรรม. กรุงเทพฯ : นิติธรรม. สุขุม ศุภนิธย์. (2536). คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขปรับปรุง). กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- อรพรรณ พันธ์พัฒนา. (2545). การพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- Sorieut, Renaut. (1999). Comments by the UNCITRAL Secretariat on the Draft Electronic Commerce Act of Thailand. New York : United Nations Commission on International Trade Law.
- UNCITRAL model law on electronic commerce with guide to Enactment 1996. (1996). New York : United Nations.