

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ

เรื่อง การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔

๑. ความเป็นมา

๑.๑ การแต่งตั้งคณะอนุกรรมการพิจารณา

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายได้มีคำสั่งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ที่ ๑๐/๒๕๕๕ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะเรื่องด้านกฎหมายเอกชนและธุรกิจ ลงวันที่ ๖ มีนาคม ๒๕๕๕ โดยให้มีอำนาจหน้าที่สำรวจ ศึกษา วิเคราะห์ทางวิชาการ เพื่อปรับปรุงและพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเอกชนและธุรกิจให้เป็นธรรมและทันต่อสถานการณ์และเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ตลอดจนให้คำปรึกษาและสนับสนุนการดำเนินการในการยกร่างกฎหมายของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ต่อมาคณะกรรมการเฉพาะเรื่องด้านกฎหมายเอกชนและธุรกิจเห็นว่ากฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นกฎหมายสำคัญที่เอื้ออำนวยให้เกิดการพัฒนาทางเศรษฐกิจและการค้า และพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีความบกพร่องหลายประการและมีความจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางกฎหมายที่เกิดขึ้น คณะกรรมการเฉพาะเรื่องด้านกฎหมายเอกชนและธุรกิจจึงเสนอแต่งตั้งคณะอนุกรรมการขึ้นมาเป็นการเฉพาะเพื่อดำเนินการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งต่อมาคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายได้มีคำสั่งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ที่ ๑๕/๒๕๕๕ เรื่อง แต่งตั้งคณะอนุกรรมการปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ลงวันที่ ๓๑ พฤษภาคม ๒๕๕๕^๑ คณะอนุกรรมการปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ประชุมพิจารณาแนวทางการปรับปรุงและพัฒนาพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ และจัดทำรายงานความเห็นและข้อเสนอแนะเรื่อง การปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ตามเอกสารฉบับนี้

^๑ คณะอนุกรรมการปฏิรูปกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ประกอบด้วย (๑) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พินัย ญ นคร ประธาน คณะอนุกรรมการ (๒) นายบำรุง ตันจิตติวัฒน์ (๓) นายพลิชฐ์ อัครวัฒนาพร (๔) นายไพบุลย์ อมรภิญโญเกียรติ (๕) นายมาร์ค เจริญวงศ์ (๖) ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครโรจน์ (๗) นายสุขุมพงศ์ โง่นคำ (๘) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ อธิพล ศรีเสาวลักษณ์ (๙) ผู้แทนกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (๑๐) ผู้แทนกรมพัฒนาธุรกิจการค้า (๑๑) ผู้แทนกรมศุลกากร (๑๒) นายกสมาคมการค้าขายตรงไทย (๑๓) พนักงานสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายที่เลขาธิการคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายมอบหมาย

๑.๒ ความเป็นมาของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ เกิดขึ้นจากนโยบายเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ฉบับที่เรียกว่า “นโยบาย IT 2000” ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบเมื่อวันที่ ๒๐ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๙ (และใช้จนถึง พ.ศ. ๒๕๔๔ ก่อนที่จะถูกแปลงเป็นนโยบาย IT 2010) นโยบายดังกล่าวมีเป้าหมายเพื่อผลักดันให้ประเทศไทยก้าวสู่ยุคเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมอย่างยั่งยืน ในการนี้รัฐบาลได้มีดำริในการจัดทำกฎหมายเพื่อให้การพัฒนาตามนโยบาย IT 2000 บรรลุผล ร่างกฎหมายซึ่งยกร่างขึ้นในขณะนั้นรวมถึงร่างกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และร่างกฎหมายว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ด้วย ร่างกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ยกร่างขึ้นตามกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. ๑๙๙๖ (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996) (ซึ่งต่อไปในรายงานนี้จะเรียกว่า “กฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์”) ส่วนร่างกฎหมายว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ยกร่างขึ้นโดยศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ รวมทั้ง Directive ของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์^๒ และ Electronic Transactions Act 1998 ของประเทศสิงคโปร์ซึ่งได้กำหนดประเภทของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ผลทางกฎหมายและข้อสันนิษฐานทางกฎหมายของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบตามข้อเสนอของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้นำร่างกฎหมายว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์รวมเข้ากับร่างกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกัน เมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วก็ปรากฏเป็น “พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔”

กฎหมายฉบับนี้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Legal Recognition of Data Messages) โดยให้ธุรกรรมที่กระทำโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับธุรกรรมที่กระทำโดยใช้เอกสารธรรมดา (Paper-based Documentation) ทั้งนี้ ตามหลัก “ความเท่าเทียมกันในการทำหน้าที่” (Functional Equivalent Rule) ในกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ทั้งยังมีบทบัญญัติเฉพาะเรื่อง เช่น บทบัญญัติซึ่งกำหนดให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีสถานะเป็นหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือ บทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับผลทางกฎหมายของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ บทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีสถานะเป็นต้นฉบับ บทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน บทบัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับการทำสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น^๓

^๒ DIRECTIVE 1999/93/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 December 1999 on a Community Framework for Electronic Signatures

^๓ ดู พันิช ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, ใน บัณฑิตศึกษา สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ประมวลสาระชุดวิชากฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการลงทุน, พิมพ์ครั้งที่ ๑, (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช), ๒๕๕๓ และดู พันิช ณ นคร, “กฎหมายว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์”, บทบัณฑิตย, เล่ม ๕๖ ตอน ๒ (มิถุนายน ๒๕๕๓), หน้า ๑-๔๒.

๒. เหตุผลความจำเป็น

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งตราขึ้นในสมัยที่มีสภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่รัฐสภาหลังจากเกิดเหตุการณ์รัฐประหารในเดือนกันยายน พ.ศ. ๒๕๔๙ บทบัญญัติหลายมาตราที่ถูกเพิ่มเติมเข้าไปในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มีความบกพร่องในประการสำคัญ นอกจากนี้ หลังจากที่พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานได้มีพัฒนาการทางความคิดเกี่ยวกับการทำสัญญาโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยได้มีการตราอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ค.ศ. ๒๐๐๕ (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2005) (ซึ่งต่อไปในรายงานนี้จะเรียกว่า “อนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ”) จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับนี้และเพื่อรองรับพัฒนาการทางความคิดในอนุสัญญาข้างต้น อนึ่ง ในขณะนี้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. โดยได้ผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์แล้วและในขณะนี้ร่างกฎหมายดังกล่าวอยู่ระหว่างการนำเสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อผิดพลาดหลายประการ จึงสมควรมีความเห็นและข้อเสนอแนะไปยังกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเพื่อทบทวนร่างกฎหมายซึ่งกระทรวงจัดทำขึ้นอีกด้วย

๓. ความเห็นและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขในสาระสำคัญหลายประการ โดยอาจแยกอธิบายได้ดังนี้

๓.๑ การแก้ไขความบกพร่องซึ่งมีอยู่ในบทบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

ความบกพร่องซึ่งมีอยู่ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มีดังต่อไปนี้

(๑) บทบัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติ

ตามมาตรา ๓ วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับแก่ธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ดำเนินการโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เว้นแต่ธุรกรรมที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนมาใช้บังคับ ทั้งนี้ ในปัจจุบันได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. ๒๕๔๙ ซึ่งมาตรา ๓ แห่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวกำหนดว่ามีให้นำบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับแก่ (๑) ธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัว และ (๒) ธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก การกำหนดข้อยกเว้นในลักษณะดังกล่าวมีความไม่

เหมาะสม เนื่องจากธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกนั้นนอกจากจะมีธุรกรรมที่มีความเคร่งครัดหรือความศักดิ์สิทธิ์ในทางแบบพิธีเป็นพิเศษซึ่งไม่สมควรให้กระทำโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ก็ยังมีธุรกรรมทั่วไปซึ่งมิได้มีความเคร่งครัดหรือความศักดิ์สิทธิ์ในทางแบบพิธีเป็นพิเศษ เช่น สัญญาประนีประนอมยอมความเพื่อสละมรดก หรือสัญญาประนีประนอมยอมความเพื่อแบ่งมรดก เป็นต้น ธุรกรรมประเภทหลังนี้จึงควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับนิติกรรมทั่วไป เมื่อนิติกรรมทั่วไปสามารถดำเนินการโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ ธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกซึ่งมิได้มีความเคร่งครัดหรือความศักดิ์สิทธิ์ในทางแบบพิธีเป็นพิเศษก็ควรดำเนินการโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เช่นกัน การกำหนดข้อยกเว้นในลักษณะครอบคลุมธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกทั้งหมดเพื่อมิให้ดำเนินการโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เลยจึงเป็นการไม่ส่งเสริมความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี อนึ่ง เมื่อพิเคราะห์กฎหมายต่างประเทศประกอบแล้วพบว่า การกำหนดข้อยกเว้นมิให้ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แก่ธุรกรรมใดนั้นได้กระทำโดยระบุธุรกรรมเป็นการเฉพาะราย เช่น ตราสารเปลี่ยนมือ ใบตราส่ง การจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ ในส่วนของธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัวหรือมรดกนั้นกฎหมายต่างประเทศมักกำหนดมิให้ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ในการทำพินัยกรรมหรือการก่อตั้งทรัสต์ เป็นต้น^๔ กฎหมายต่างประเทศมิได้ห้ามมิให้ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แก่ธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกทั้งหมด ดังนั้น จึงควรดำเนินการแก้ไขพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. ๒๕๔๔ โดยกำหนดธุรกรรมที่มีให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับเสียใหม่ ซึ่งในส่วนของธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกนั้นควรระบุข้อยกเว้นให้ครอบคลุมเฉพาะธุรกรรมซึ่งมีความเคร่งครัดหรือความศักดิ์สิทธิ์ในทางแบบพิธีเป็นพิเศษเท่านั้น เช่น การจดทะเบียนสมรส หรือการทำพินัยกรรม เป็นต้น ทั้งนี้ เมื่อพิเคราะห์จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพห้าและบรรพหกแล้ว ธุรกรรมซึ่งมีความเคร่งครัดหรือความศักดิ์สิทธิ์ในทางแบบพิธีเป็นพิเศษมีเพียงเป็นส่วนน้อยเท่านั้น

(๒) บทบัญญัติเกี่ยวกับหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือ

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ กำหนดในมาตรา ๘ ให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีสถานะเป็น “หนังสือ” หรือ “หลักฐานเป็นหนังสือ” ทั้งนี้ หากได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดขั้นต่ำ (Minimum Requirements) ที่กำหนดไว้ มาตรา ๘ มีที่มาจาก Article 6(1) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์^๕ Article 6(1) ดังกล่าวได้กำหนดข้อกำหนดขั้นต่ำว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะมีสถานะเป็นหนังสือ (ตลอดจนหลักฐานเป็นหนังสือ) ได้ก็ต่อเมื่อข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถ “เข้าถึงได้ เพื่อจะนำกลับมาใช้ได้ภายหลัง” (accessible so as to be usable for subsequent reference) ข้อกำหนดขั้นต่ำใน Article 6(1) จึงมีเพียง “การเข้าถึงได้” และ “การนำกลับมาใช้ได้ภายหลัง” Article 6(1) มิได้วางข้อกำหนดเรื่องการเปลี่ยนแปลงไม่ได้และคำอธิบายประกอบกฎหมายแม่แบบดังกล่าว (Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996) ก็ได้อธิบายชัดเจนว่าเมื่อ

^๔ ดูตัวอย่างจาก Section 4 ประกอบ First Schedule แห่ง Electronic Transactions Act 2010 ของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์

^๕ Article 6 (1) : “Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.”

เอกสารที่เขียนโดยใช้ดินสอซึ่งเปลี่ยนแปลงได้ง่ายก็มีสถานะเป็นหนังสือได้ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เปลี่ยนแปลงได้ก็ย่อมมีสถานะเป็นหนังสือได้เช่นกัน การเปลี่ยนแปลงข้อความย่อมเป็นเรื่องการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงในชั้นการพิจารณาของศาลหรือของผู้วินิจฉัย การที่มาตรา ๘ บัญญัติข้อกำหนดเกี่ยวกับ “การไม่เปลี่ยนแปลงความหมาย” ย่อมเป็นข้อกำหนดที่เกินเลยไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่แบบ ทั้งยังก่อให้เกิดผลประหลาดโดยมิได้ตั้งใจ กล่าวคือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เช่น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์เพื่อสั่งซื้อสินค้า ไม่สามารถมีสถานะเป็นหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือได้เลยเนื่องจากข้อความสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้โดยปกติ ดังนั้น จึงต้องแก้ไขความในมาตรา ๘ โดยตัดข้อความที่ว่า “โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง” ออกเสีย

อนึ่ง ข้อความ “โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง” ซึ่งบัญญัติเกินมาดังกล่าวยังปรากฏในมาตรา ๑๒ (๑)^๖ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ด้วย จึงต้องตัดข้อความส่วนดังกล่าวในมาตรา ๑๒ (๑) ด้วยเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ มาตรา ๑๒ (๑) มีที่มาจาก Article 10(1)(a) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติรับรองให้เก็บรักษาเอกสารในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ และ Article 10(1)(a) ได้กำหนดข้อกำหนดขั้นต่ำเพียงว่าให้ข้อความของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ “เข้าถึงได้” และ “นำกลับมาใช้ได้ภายหลัง” (“the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference”) โดยมีได้มีการกำหนดเรื่องการเปลี่ยนแปลงไม่ได้

(๓) บทบัญญัติเกี่ยวกับอากรแสตมป์

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปิดอากรแสตมป์ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยกำหนดในมาตรา ๘ วรรคสองดังนี้

“ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการปิดอากรแสตมป์ หากได้มีการชำระเงินแทนหรือดำเนินการอื่นใดด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่หน่วยงานของรัฐซึ่งเกี่ยวข้องประกาศกำหนด ให้ถือว่าหนังสือ หลักฐานเป็นหนังสือ หรือเอกสารซึ่งมีลักษณะเป็นตราสารนั้นได้มีการปิดอากรแสตมป์และขีดฆ่าตามกฎหมายนั้นแล้ว ในการนี้ในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการของหน่วยงานของรัฐดังกล่าว คณะกรรมการจะกำหนดกรอบและแนวทางเพื่อเป็นมาตรฐานทั่วไปไว้ด้วยก็ได้”

บทบัญญัติวรรคสองข้างต้นได้เพิ่มเติมเข้าไปในกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมเข้าไปโดยความเข้าใจผิดซึ่งสะท้อนมาจากภาคเอกชนว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มิได้รองรับการปิดอากรแสตมป์ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งอันที่จริงแล้วบทบัญญัติมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งกำหนดหลัก “ความเท่าเทียมกันในการทำหน้าที” (Functional Equivalent Rule) โดยบัญญัติว่า “ห้ามมิให้ปฏิเสธความมีผลผูกพันและการบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อความใดเพียงเพราะเหตุที่ข้อความนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ได้รองรับให้ปิด

^๖ มาตรา ๑๒ ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา ๑๐ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เก็บรักษาเอกสารหรือข้อความใด ถ้าได้เก็บรักษาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าได้มีการเก็บรักษาเอกสารหรือข้อความตามที่กฎหมายต้องการแล้ว

(๑) ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง

อากรแสตมป์ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อยู่แล้ว ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับอากรแสตมป์อาจกำหนดรูปแบบและวิธีการปิดอากรแสตมป์ทางอิเล็กทรอนิกส์ การดำเนินการดังกล่าวเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐตามหมวด ๔ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ อยู่แล้ว นอกจากนั้น กฎหมายลำดับรองซึ่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น (กล่าวคือประมวลรัษฎากร) ก็กำหนดเรื่องนี้อยู่แล้ว ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องเพิ่มบทบัญญัติมาตรา ๘ วรรคสองให้เกิดความสับสน บทบัญญัติมาตรา ๘ วรรคสองจึงควรตัดออกเสียเพื่อประโยชน์แห่งการรักษาตรรกะทางกฎหมายไว้

(๔) บทบัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ทั่วไปในมาตรา ๙ และมีบทบัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์แบบปลอดภัยในมาตรา ๒๖ บทบัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์มีข้อผิดพลาดที่ควรได้รับการแก้ไขดังนี้

(ก) บทบัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ทั่วไป

บทบัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ทั่วไปซึ่งปรากฏในมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มีความสอดคล้องกับ Article 7 (1)^๗ ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อยู่แล้ว โดยกำหนดให้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ต้องเป็นไปตามข้อกำหนดขั้นต่ำ ๒ ประการ คือ (๑) ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อและสามารถแสดงได้ว่าเจ้าของลายมือชื่อรับรองข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นว่าเป็นของตน และ (๒) วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมหรือข้อตกลงของคู่กรณี ข้อกำหนดขั้นต่ำดังกล่าวปรากฏในมาตรา ๙ (๑) และมาตรา ๙ (๒) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ตามลำดับ^๘ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารประสงค์จะแก้ไขข้อกำหนดใน (๑) ข้างต้นโดยเปลี่ยนจากข้อความเดิมที่ว่า “ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อ และสามารถแสดงได้ว่าเจ้าของลายมือชื่อรับรองข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น

^๗ Article 7 (1) : Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if:

(a) a method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message; and

(b) that method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.”

^๘ ข้อกำหนดประการหลังนี้มักเรียกกันว่า “ข้อกำหนดเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือ” (Requirement of Reliability)

^๙ มาตรา ๙ ในกรณีที่บุคคลพึงลงลายมือชื่อในหนังสือ ให้ถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีการลงลายมือชื่อแล้ว ถ้า

(๑) ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อ และสามารถแสดงได้ว่าเจ้าของลายมือชื่อรับรองข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นว่าเป็นของตน และ

(๒) วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมหรือข้อตกลงของคู่กรณี

ว่าเป็นของตน” เป็น “ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อและสามารถแสดงได้ว่าเจ้าของลายมือชื่อรับรองข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นว่าเป็นของตน ไม่ว่าโดยวิธีการเช่นนั้นเองหรือเมื่อประกอบกับพยานหลักฐานอื่น” (กล่าวคือ เพิ่มเติมข้อความ “ไม่ว่าโดยวิธีการเช่นนั้นเองหรือเมื่อประกอบกับพยานหลักฐานอื่น” ท้ายมาตรา ๙ (๑)) ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาข้อสันนิษฐานว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศแล้ว พบว่าข้อความ “ไม่ว่าโดยวิธีการเช่นนั้นเองหรือเมื่อประกอบกับพยานหลักฐานอื่น” มาจากคำว่า “by itself or together with further evidence” ใน Article 9 (3)(b)(ii) ของอนุสัญญาดังกล่าว ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ แต่กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้นำข้อความดังกล่าวไปเพิ่มเติมในมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ในลักษณะผิดที่ผิดส่วนและไม่สอดคล้องกับตรรกะทางกฎหมายใน Article 9 (3) ของอนุสัญญาดังกล่าว ในการนี้ เพื่อให้สามารถเข้าใจความผิดพลาดดังกล่าวอาจนำข้อความของ Article 9 (3) ของอนุสัญญากล่าวในที่นี้ดังนี้

“Article 9 (3) Where the law requires that a communication or a contract should be signed by a party, or provides consequences for the absence of a signature, that requirement is met in relation to an electronic communication if:

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

(b) The method used is either:

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

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

Article 9(3) ของอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ บัญญัติโดยสอดคล้องกับ Article 7 (1) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยกำหนดข้อกำหนดขั้นต่ำ ๒ ประการ คือ ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ต้อง (๑) ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อและสามารถแสดงเจตนาของเจ้าของลายมือชื่อในส่วนหนึ่งของข้อความที่ลงลายมือชื่อ^{๑๐} และ (๒) วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้^{๑๑} อย่างไรก็ตาม ในส่วนของข้อกำหนดประการที่สองซึ่งกำหนดให้ลายมือชื่อ

^{๑๐} ดู Article 9 (3)(a) ของอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งสอดคล้องกับ Article 7(1)(a) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ อันเป็นที่มาของมาตรา ๙(๑) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔

^{๑๑} ดู Article 9 (3)(b) ของอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งสอดคล้องกับ Article 7(1)(b) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ อันเป็นที่มาของมาตรา ๙(๒) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔

อิเล็กทรอนิกส์ต้องสร้างขึ้นโดยใช้วิธีการที่เชื่อถือได้นั้น อนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศเล็งเห็นว่าในบางกรณีแม้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้สร้างขึ้นโดยใช้วิธีการที่ไม่อาจเชื่อถือได้แต่คู่กรณีทุกฝ่ายก็ยอมรับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น อนุสัญญาดังกล่าวจึงกำหนดข้อยกเว้นไว้ใน Article 9(3)(b)(ii) เพื่อให้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นมีผลทางกฎหมายเมื่อได้มีการพิสูจน์เพียงว่าเป็นไปตามข้อกำหนดประการแรก กล่าวคือ ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อและสามารถแสดงเจตนาของเจ้าของลายมือชื่อในส่วนของคุณภาพที่ลงลายมือชื่อ ทั้งนี้ การพิสูจน์ดังกล่าวอาจเป็นการพิสูจน์จากวิธีการที่ใช้สร้างลายมือชื่อเองหรืออาจพิสูจน์ร่วมกับพยานหลักฐานอื่น (“Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence”)

จากคำอธิบายข้างต้นย่อมเห็นได้ชัดเจนว่าข้อความที่ว่า “Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence” เป็นการกำหนดข้อยกเว้นข้อกำหนดเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือ (Requirement of Reliability)^{๑๒} ซึ่งในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ นั้นข้อกำหนดดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๙ (๒) มิใช่มาตรา ๙ (๑) ดังนั้น การแก้ไขมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัตินี้เพื่อกำหนดข้อยกเว้นข้อกำหนดเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือข้างต้นจึงต้องกระทำโดยการแก้ไขสาระของมาตรา ๙ (๒) หรืออาจเพิ่มวรรคใหม่ที่มีสาระสอดคล้องกับข้อความคิดใน Article 9(3)(b)(ii) ของอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจึงต้องทบทวนและแก้ไขร่างกฎหมายของกระทรวงในประเด็นนี้ให้ถูกต้อง

(ข) บทบัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์แบบปลอดภัย

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ บัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์แบบปลอดภัย (Secure Electronic Signatures) ในมาตรา ๒๖ โดยกำหนดให้ถือว่าลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีลักษณะตามอนุมาตรา (๑) ถึง (๔) ของมาตรา ๒๖ เป็นลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เชื่อถือได้ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดขึ้นตาม Article 6 (3)(a)-(d) ของกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. ๒๐๐๑ (UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures 2001) (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “กฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์”) อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดในอนุมาตรา (๔) ที่ว่า “ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นไปเพื่อรับรองความครบถ้วนและไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อความ การเปลี่ยนแปลงใดแก่ข้อความนั้นสามารถตรวจพบได้นับแต่เวลาที่ลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” ซึ่งมาจากข้อความใน Article 6 (3)(d) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ข้างต้นได้กำหนดขึ้นโดยมีข้อความคำว่า “อิเล็กทรอนิกส์” เกินมาในวลีแรกซึ่งเป็นคำที่เกินมาในลักษณะที่เสียความเป็นตรรกะและเกิดขึ้นจากการแปล

^{๑๒} ดูเชิงอรรถที่ ๘ ข้างต้น

ข้อความใน Article 6 (3)(d) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ผิดพลาด^{๓๓} โดยที่ความใน Article 6 (3)(d) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์มีว่า “Where a purpose of the legal requirement for a signature is to provide assurance as to the integrity of the information to which it relates, any alteration made to that information after the time of signing is detectable.” ดังนั้น ความในมาตรา ๒๖ (๔) จึงต้องเป็น “ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การลงลายมือชื่อเป็นไปเพื่อรับรองความครบถ้วนและไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อความ การเปลี่ยนแปลงใดแก่ข้อความนั้นสามารถตรวจพบได้นับแต่เวลาที่ลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” การบัญญัติโดยใช้ความผิดไปว่า “ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ...” ยังสื่อความหมายผิดพลาดว่ามีกฎหมายกำหนดให้ใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ทั้งที่มีได้มีกฎหมายใดบังคับให้ใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์

(ค) บทบัญญัติเกี่ยวกับตราประทับอิเล็กทรอนิกส์ของนิติบุคคล

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้เพิ่มความวรรคสามเข้าไปในมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ความวรรคสามดังกล่าวบัญญัติว่า “ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับกับการประทับตราของนิติบุคคลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยโดยอนุโลม” ซึ่งมุ่งหมายให้นิติบุคคลสามารถใช้การประทับตราด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ การเพิ่มเติมความดังกล่าวเกิดจากความเข้าใจผิดว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มิได้รองรับการประทับตราของนิติบุคคลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (ซึ่งเป็นการเข้าใจผิดทำนองเดียวกับความเข้าใจผิดในเรื่องการปิดอากรแสตมป์ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ดังอธิบายข้างต้น)^{๓๔} อันที่จริงแล้วบทบัญญัติมาตรา ๗^{๓๕} แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งกำหนดหลัก “ความเท่าเทียมกันในการทำหน้าที่” (Functional Equivalent Rule) ได้รองรับให้นิติบุคคลสามารถประทับตราของนิติบุคคลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องเพิ่มความวรรคสามดังกล่าว อนึ่ง ความวรรคสามซึ่งเพิ่มเข้าไปในมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ที่ว่า “ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับกับการประทับตราของนิติบุคคลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยโดยอนุโลม” ไม่สามารถสื่อความหมายให้เข้าใจได้ ความในวรรคหนึ่งของมาตรา ๙ เป็นความที่วางข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อและสามารถแสดงได้ว่าเจ้าของลายมือชื่อรับรองข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นว่าเป็นของตนและข้อกำหนดเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือ ข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวเกี่ยวข้องโดยตรงกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์และโดยลักษณะแล้วย่อมไม่

^{๓๓} ความผิดพลาดในการแปลดังกล่าวเกิดในระหว่างการศึกษาร่างกฎหมายในชั้นวุฒิสภา ทั้งนี้ กฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ได้จัดทำเสร็จสมบูรณ์ในชั้นที่ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. อยู่ระหว่างการพิจารณาของวุฒิสภา ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (NECTEC) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบร่างกฎหมายนี้ในขณะนั้นจึงได้แปลบทบัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์แบบปลอดภัยเพื่อรวมเข้าไว้ในหมวด ๒ ของร่างพระราชบัญญัติ แต่ความไม่ระมัดระวังในการแปลทำให้เกิดข้อผิดพลาดขึ้น

^{๓๔} ดูหัวข้อ ๓.๑ (๓) ข้างต้น

^{๓๕} มาตรา ๗ ห้ามมิให้ปฏิเสธความมีผลผูกพันและการบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อความใดเพียงเพราะเหตุที่ข้อความนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

สามารถนำมาใช้บังคับโดยอนุโลมแก่การประทับตราของนิติบุคคลได้ ดังนั้น หากประสงค์จะมีบทบัญญัติเรื่องการประทับตราของนิติบุคคลเป็นพิเศษนอกเหนือจากมาตรา ๗ แล้ว ก็อาจแก้ไขความในมาตรา ๙ วรรคสามเสียใหม่โดยระบุในทำนองว่าเมื่อนิติบุคคลได้ใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์กับธุรกรรมใดแล้วก็ให้ถือว่าธุรกรรมนั้นได้มีการประทับตราของนิติบุคคลแล้ว การบัญญัติในลักษณะเช่นนั้นเห็นตัวอย่างได้จาก Section 10^{๑๖} ของ Electronic Commerce Act 2006 ของประเทศมาเลเซีย เป็นต้น

(๕) บทบัญญัติเกี่ยวกับสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ รับรองให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีสถานะเป็น “ต้นฉบับ” (Original) โดยบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๐^{๑๗} ต่อมาพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้เพิ่มความวรรคสี่เข้าไปในมาตรา ๑๐ ดังกล่าวเพื่อให้สิ่งพิมพ์ออก (Printout) ของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งได้รับการยอมรับว่ามีสถานะเป็นต้นฉบับนั้นมีสถานะเป็นต้นฉบับไปด้วย หากปรากฏว่าสิ่งพิมพ์ออกนั้นมีข้อความถูกต้องครบถ้วนตรงกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นและมีการรับรองสิ่งพิมพ์ออกโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด^{๑๘}

อันที่จริงแล้วกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มีความมุ่งหมายเพื่อยอมรับสถานะทางกฎหมายของ “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” (Legal Recognition of Data Messages) โดยยอมรับว่าการทำธุรกรรมโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลทางกฎหมายเท่าเทียมกับการทำธุรกรรมโดยวิธีการปกติธรรมดาซึ่งใช้เอกสารหรือกระดาษเป็นหลัก (Paper-based Documentation) กฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มิได้มุ่งหมายรับรองผลทางกฎหมายของสิ่งพิมพ์ในรูปกระดาษเนื่องจากสิ่งพิมพ์ในรูปกระดาษมีสถานะทางกฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้น การที่มาตรา ๑๐ วรรคสี่แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑ บัญญัติเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นเรื่องที่ไม่จำเป็นและไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งยังเป็นการกลับไปสู่การใช้วิธีการปกติธรรมดาซึ่งใช้เอกสารหรือกระดาษเป็นหลักอีกด้วย นอกจากนี้ข้อกำหนดในมาตรา ๑๐ วรรคสี่ที่ให้มีการรับรองสิ่งพิมพ์ออกโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดนั้นย่อมก่อให้เกิดภาระอันไม่จำเป็น ทั้งยังก่อให้เกิดผลประหลาด (Absurdity) ในประการที่ว่าสิ่งพิมพ์ออกจะมีผลทางกฎหมายเมื่อได้รับการรับรองจากหน่วยงานตามกฎหมายทั้งที่เอกสารทั่วไปมีผลทางกฎหมายอยู่แล้วโดยไม่ต้องมีการรับรองจาก

^{๑๖} Section 10 (1) Where any law requires a seal to be affixed to a document, the requirement of the law is fulfilled, if the document is in the form of an electronic message, by a digital signature as provided under the Digital Signature Act 1997.

^{๑๗} มาตรา ๑๐ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นำเสนอหรือเก็บรักษาข้อความใดในสภาพที่เป็นมาแต่เดิมอย่างเอกสารต้นฉบับ ถ้าได้นำเสนอหรือเก็บรักษาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าได้มีการนำเสนอหรือเก็บรักษาเป็นเอกสารต้นฉบับตามกฎหมายแล้ว

๑. การนำเสนอหรือเก็บรักษาข้อความใดในสภาพที่เป็นมาแต่เดิมอย่างเอกสารต้นฉบับ

^{๑๘} มาตรา ๑๐ วรรคสี่ ในกรณีที่มีการทำสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามวรรคหนึ่งสำหรับใช้อ้างอิงข้อความของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หากสิ่งพิมพ์ออกนั้นมีข้อความถูกต้องครบถ้วนตรงกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และมีการรับรองสิ่งพิมพ์ออกโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดแล้ว ให้ถือว่าสิ่งพิมพ์ออกดังกล่าวใช้แทนต้นฉบับได้

องค์กรหรือหน่วยงานใด ดังนั้น จึงควรตัดมาตรา ๑๐ วรรคสี่ออก อนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑ ยังเพิ่มความวรรคท้ายเข้าไปในมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ (บทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน) เพื่อให้สามารถอ้างสิ่งพิมพ์ออกเป็นพยานหลักฐานได้ ความวรรคท้ายดังกล่าวก็เป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นเนื่องจากสิ่งพิมพ์ออก (ซึ่งมีลักษณะเป็นเอกสาร) สามารถอ้างเป็นพยานหลักฐานได้ตามกฎหมายว่าด้วยพยานอยู่แล้ว จึงควรตัดความวรรคนี้ออก

(๖) บทบัญญัติเรื่องการแปลงเอกสารให้อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ความบกพร่องทางข้อความคิดอย่างมีนัยสำคัญยิ่งปรากฏในมาตรา ๑๒/๑ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ บทบัญญัติมาตรานี้ได้ถูกเพิ่มเติมเข้าไปในพระราชบัญญัตินี้โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๑๒/๑ กำหนดให้นำบทบัญญัติในมาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ และมาตรา ๑๒ มาใช้บังคับกับเอกสารหรือข้อความที่ได้มีการจัดทำหรือแปลงให้อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในภายหลังด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และการเก็บรักษาเอกสารและข้อความดังกล่าวด้วยโดยอนุโลม การเพิ่มเติมบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเกิดจากความเข้าใจผิดว่าพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเฉพาะแก่กรณีธุรกรรมซึ่งดำเนินการโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตั้งแต่แรกแต่ไม่ครอบคลุมถึงกรณีธุรกรรมซึ่งกระทำในรูปของเอกสารปกติธรรมดาในตอนแรกแล้วจึงค่อยแปลงเอกสารดังกล่าวเป็นข้อมูลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในภายหลัง ผู้ร่างกฎหมาย (ในสมัยที่มีสภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่แทนรัฐสภาตามปกติ) จึงเพิ่มบทบัญญัติมาตรา ๑๒/๑ เพื่อให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๐ (บทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะ “ต้นฉบับ” ของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์) มาตรา ๑๑ (บทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน) และมาตรา ๑๒ (บทบัญญัติเกี่ยวกับการเก็บรักษาเอกสารในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มาใช้บังคับแก่ธุรกรรมซึ่งกระทำในรูปของเอกสารปกติธรรมดาในตอนแรกแล้วจึงแปลงเอกสารดังกล่าวเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในภายหลังด้วย ทั้งนี้ กระบวนการแปลงเอกสารเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต้องกระทำตามหลักเกณฑ์ซึ่งคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์กำหนด

อันที่จริงแล้วหลักการยอมรับให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีสถานะเท่าเทียมกับเอกสารปกติธรรมดาซึ่งเป็นหลักการสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ใช้บังคับแก่ทั้งกรณีที่ธุรกรรมกระทำในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตั้งแต่แรกและกรณีที่ธุรกรรมกระทำในรูปของเอกสารปกติธรรมดาในตอนต้นแล้วจึงแปลงเอกสารดังกล่าวเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในภายหลัง ทั้งนี้ ธุรกรรมในกรณีหลังก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ทุกมาตราซึ่งรับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ มิใช่เพียงบทบัญญัติ ๓ มาตรา คือ มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ และมาตรา ๑๒ ดังที่ระบุในมาตรา ๑๒/๑ ความผิดพลาดทางความคิดในมาตรา ๑๒/๑ ดังกล่าวจะนำไปสู่ผลประหลาดซึ่งไม่พบในประเทศอื่นใดเลย เช่น ในกรณีที่บุคคลทำสัญญาซึ่งกฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือโดยบุคคลดังกล่าวใช้หนังสือสัญญาในรูปเอกสารปกติธรรมดาแล้วต่อมาก่อแปลงหนังสือสัญญานั้นเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เก็บไว้ในระบบ

ระบบคอมพิวเตอร์โดยมิได้เก็บหนังสือสัญญาเดิมไว้อีกต่อไป ในกรณีเช่นนี้ธุรกรรมดังกล่าวย่อมไม่สามารถฟ้องร้องบังคับกันได้เนื่องจากสัญญาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่แปลงมาจากเอกสารธรรมดานั้นไม่มีสถานะเป็นหนังสือ ทั้งนี้ แม้มาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ จะรับรองให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีสถานะเป็นหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือ แต่มาตรา ๑๒/๑ ก็มีได้กำหนดให้นำมาตรา ๘ มาใช้ด้วย เป็นต้น นอกจากนี้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแปลงเอกสารให้เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามที่คณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์กำหนด (ตามประกาศคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดทำหรือแปลงเอกสารและข้อความให้อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๕๓) นั้นได้กำหนดขึ้นโดยละเอียดมากจนกระทั่งบุคคลทั่วไปไม่สามารถปฏิบัติได้เลย มีเพียงองค์กรธุรกิจใหญ่ ๆ เท่านั้นที่สามารถปฏิบัติได้ จึงยิ่งก่อให้เกิดผลประหลาดว่าธุรกรรมที่บุคคลทั่วไปทำขึ้นโดยแปลงเอกสารธรรมดาเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะไม่มีผลทางกฎหมาย ซึ่งนอกจากจะไม่สอดคล้องกับทางปฏิบัติแล้วยังเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มุ่งส่งเสริมและให้การยอมรับผลทางกฎหมายของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

ความผิดพลาดอันเกิดจากมาตรา ๑๒/๑ จึงต้องได้รับการแก้ไขโดยตัดมาตรานี้ออกไป ทั้งนี้ ในขณะนี้ประเทศไทยเป็นประเทศเดียวที่มีกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีข้อผิดพลาดทางข้อความคิด (Conceptual Fallacy) และทางตรรกะอย่างมีนัยสำคัญดังกล่าวข้างต้น

(๗) บทบัญญัติเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของข้อมูล (Attribution of Data Messages)

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ บัญญัติเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของข้อมูล (Attribution of Data Messages) ในมาตรา ๑๕ และมาตรา ๑๖ ซึ่งมีที่มาจาก Article 13 ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ กฎหมายได้กำหนดข้อสันนิษฐานว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นของผู้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือไม่ โดยจำแนกเป็นหลายกรณี กรณีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ บัญญัติผิดพลาดคือกรณีที่ผู้รับข้อมูลได้ตรวจสอบโดยสมควรตามวิธีการที่ได้ตกลงไว้ อันเป็นกรณีตามมาตรา ๑๖ (๑) ซึ่งมีที่มาจาก Article 13(3)(a) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีความว่า “in order to ascertain whether the data message was that of the originator, the addressee properly applied a procedure **previously agreed to by the originator** for that purpose” ความส่วนนี้ในกฎหมายแม่แบบดังกล่าวสื่อความหมายว่าหากผู้รับข้อมูลได้ตรวจสอบตามวิธีการที่ผู้รับข้อมูลได้ตกลงไว้และผลการตรวจสอบแสดงให้เห็นว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นของผู้ส่งข้อมูล ผู้รับข้อมูลก็มีสิทธิถือว่าข้อมูลนั้นเป็นของผู้ส่งข้อมูล ทั้งนี้ คำอธิบายประกอบกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ก็อธิบายชัดเจนว่าวิธีการที่ผู้รับข้อมูลได้ตกลงแล้ว (“procedure previously agreed to by the originator”) นั้นมิได้มีความหมายจำกัดอยู่เพียงวิธีการที่ผู้รับข้อมูลได้ตกลงกับผู้ส่งข้อมูล แต่ยังรวมไปถึงกรณีที่ผู้รับข้อมูลได้ตกลงกับบุคคลอื่น รวมทั้งตกลงกับบุคคลที่เป็นสื่อกลาง (Intermediaries) อีกด้วย แต่ข้อความที่ใช้ในมาตรา ๑๖(๑) ที่ว่า “ผู้รับข้อมูลได้ตรวจสอบโดยสมควรตามวิธีการที่ได้ตกลงกับผู้ส่งข้อมูลว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นของผู้ส่งข้อมูล” กลับมีความหมายจำกัดอยู่เพียงการตกลงกับผู้ส่งข้อมูลเท่านั้น ซึ่งผิดไปเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ ความผิดพลาดดังกล่าว

เกิดจากการแก้ไขถ้อยคำในชั้นการพิจารณาร่างกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎร ทั้งที่ร่างกฎหมายที่ผ่านการตรวจพิจารณาโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้ใช้ถ้อยคำสอดคล้องกับ Article 13(3)(a) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น จึงควรแก้ไขมาตรา ๑๖ (๑) ให้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

๓.๒ การเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางกฎหมายในปัจจุบัน

ดังได้กล่าวข้างต้น^{๑๙} หลังจากที่คณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติได้จัดทำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์แล้ว สหประชาชาติได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศเพื่อรองรับการทำสัญญาระหว่างประเทศโดยใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Communications) โดยภาพรวมแล้วอนุสัญญาดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบทั้งสองฉบับข้างต้น แต่อนุสัญญากำหนดบทบัญญัติบางเรื่องที่มีได้มีอยู่ในกฎหมายแม่แบบดังกล่าวและแสดงถึงพัฒนาการทางความคิด แม้ประเทศไทยยังมิได้เข้าร่วมอนุสัญญานี้ แต่การปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางความคิดที่มีอยู่ในอนุสัญญาในบางประเด็นที่มีความสำคัญน่าจะก่อให้เกิดผลดีต่อประเทศไทย ในการนี้สมควรแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ เพื่อเพิ่มเติมบทบัญญัติดังต่อไปนี้

(๑) บทบัญญัติเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์

Article 9 (3) (b) (ii) ของอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศได้บัญญัติข้อยกเว้นข้อกำหนดเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือ (Requirement of Reliability) ของวิธีการที่ใช้ในการสร้างลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ เพื่อให้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ซึ่งได้สร้างขึ้นโดยใช้วิธีการที่ไม่อาจเชื่อถือได้แต่คู่กรณีทุกฝ่ายยอมรับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นมีผลทางกฎหมายเมื่อได้มีการพิสูจน์เพียงว่าได้ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อและสามารถแสดงเจตนาของเจ้าของลายมือชื่อในส่วนของข้อความที่ลงลายมือชื่อ ทั้งนี้ การพิสูจน์ดังกล่าวอาจเป็นการพิสูจน์จากวิธีการที่ใช้สร้างลายมือชื่อเองหรืออาจพิสูจน์ร่วมกับพยานหลักฐานอื่น (“Proven in fact to have fulfilled the functions described in subparagraph (a) above, by itself or together with further evidence”) ดังนั้น จึงสมควรแก้ไขมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ เพื่อให้สอดคล้องกับข้อความคิดทางกฎหมายในอนุสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ ได้อธิบายประเด็นนี้แล้วข้างต้นในส่วนที่กล่าวถึงการแก้ไขความผิดพลาดในมาตรา ๙^{๒๐}

^{๑๙} ดูหัวข้อ ๒.๒ ข้างต้น

^{๒๐} ดูหัวข้อ ๓.๑ (๔)(ก) ข้างต้น

(๒) บทบัญญัติรองรับการทำสัญญาโดยระบบข้อมูลอัตโนมัติ (Automated Message System)

อนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ บัญญัติรองรับการทำสัญญาโดยระบบข้อมูลอัตโนมัติไว้ใน Article 12 (Use of Automated Message Systems for Contract Formation) เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าสัญญาสามารถเกิดขึ้นได้แม้กระทั่งใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติโดยมนุษย์มิได้เข้ามาเกี่ยวข้องโดยตรง^{๒๑} ในประเด็นนี้มาตรา ๑๓^{๒๒} แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ได้บัญญัติรองรับการทำสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อยู่แล้ว บทบัญญัติมาตรา ๑๓ ดังกล่าวมีที่มาจาก Article 11^{๒๓} ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และเมื่อพิจารณาจากคำอธิบายประกอบกฎหมายแม่แบบดังกล่าวพบว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายรวมถึงการทำคำเสนอหรือคำสนองโดยการใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติด้วย อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนสมควรเพิ่มบทบัญญัติทำนองเดียวกับ Article 12 ของอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ ในขณะนี้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารก็ได้ยกร่างบทบัญญัตินี้ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ของกระทรวง และเพิ่มบทนิยามคำว่า “ระบบข้อมูลอัตโนมัติ” ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาข้างต้น

(๓) บทบัญญัติเกี่ยวกับคำเสนอหรือคำเชิญชวนในกรณีข้อความโฆษณาทางระบบข้อมูล

อนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของข้อความที่นำเสนอโดยใช้ระบบข้อมูล โดยเสนอไปยังบุคคลทั่วไป โดยมีได้เจาะจงเสนอไปยังบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยทั่วไปแล้วข้อความซึ่งมีลักษณะดังกล่าวก็คือข้อความโฆษณานั้นเอง โดยเฉพาะข้อความโฆษณาทางเว็บไซต์ จึงมีประเด็นพิจารณาว่าข้อความในลักษณะดังกล่าวเป็นคำเสนอหรือคำเชิญชวน ทั้งนี้ Article 11^{๒๔} ของอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศกำหนดให้ข้อความเช่นนั้น มีสถานะเป็นเพียงคำเชิญชวน

^{๒๑} Article 12 Use of Automated Message Systems for Contract Formation : A contract formed by the interaction of an automated message system and a natural person, or by the interaction of automated message systems, shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that no natural person reviewed or intervened in each of the individual actions carried out by the automated message systems or the resulting contract.

^{๒๒} มาตรา ๑๓ คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นได้ทำคำเสนอหรือคำสนองเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

^{๒๓} Article 11 Formation and Validity of Contracts : (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.

^{๒๔} Article 11 Invitations to Make Offers : A proposal to conclude a contract made through one or more electronic communications which is not addressed to one or more specific parties, but is generally accessible to parties making use of information systems, including proposals that make use of interactive applications for the placement of orders through such information systems, is to be considered as an invitation to make offers, unless it clearly indicates the intention of the party making the proposal to be bound in case of acceptance.

(Invitation) มิใช่คำเสนอ ไม่ว่าจะนำเสนอโดยใช้โปรแกรมที่ทำงานอัตโนมัติ (Interactive Application) หรือไม่ก็ตาม เว้นแต่จะมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าผู้นำเสนอข้อความนั้นพร้อมที่จะผูกพันตามข้อความที่นำเสนอ นั้น ข้อความคิดทางกฎหมายดังกล่าวควรนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ด้วย ซึ่งในขณะนี้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารก็ได้ยกร่างบทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ของกระทรวง

(๔) บทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดพลาดจากการลงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Input Errors)

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดพลาดของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในมาตรา ๑๗ โดยกำหนดให้ผู้ส่งข้อมูลรับความเสี่ยงในความผิดพลาดของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นความผิดพลาดอันเกิดจากการส่ง (Transmission) ทั้งนี้ ผู้รับข้อมูลมีสิทธิถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับนั้นถูกต้องตามเจตนาของผู้ส่งข้อมูลและสามารถดำเนินการไปตามข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้^{๒๕} บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีที่มาจาก Article 13 (5) ของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ อย่างไรก็ตาม กฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดพลาดจากการป้อนหรือลงข้อมูล (Input Errors) บทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดพลาดจากการลงข้อมูลได้มีอยู่ใน Article 14^{๒๖} ของอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ว่าในกรณีที่มีความผิดพลาดจากการลงข้อมูลโดยบุคคลธรรมดา บุคคลซึ่งลงข้อมูลโดยผิดพลาดมีสิทธิถอนข้อมูลที่ลงโดยผิดพลาดนั้นได้ แต่อนุสัญญาดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขสำคัญบางประการไว้ กล่าวคือ (๑) สิทธิในการถอนข้อมูลที่ลงโดยผิดพลาดมีเฉพาะในกรณีที่เป็นการลงข้อมูลในระบบข้อมูลอัตโนมัติ โดยที่ผู้ใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติได้ให้โอกาสผู้ลงข้อมูล (ซึ่งโดยทั่วไปก็คือผู้ส่งข้อความทางระบบ) ได้แก้ไขข้อมูล (๒) ผู้ลงข้อมูลได้แจ้งให้ทราบถึงความผิดพลาดดังกล่าวโดยเร็วเมื่อได้ทราบถึงความผิดพลาดนั้น และ (๓) ผู้ลงข้อมูลมิได้ใช้หรือได้รับประโยชน์อันสำคัญจากสินค้าหรือบริการที่ได้รับจากผู้รับข้อมูล

^{๒๕} มาตรา ๑๗ ในกรณีตามมาตรา ๑๕ หรือมาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง ในระหว่างผู้ส่งข้อมูลและผู้รับข้อมูล ผู้รับข้อมูลมีสิทธิถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับนั้นถูกต้องตามเจตนาของผู้ส่งข้อมูล และสามารถดำเนินการไปตามข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ เว้นแต่ผู้รับข้อมูลได้รู้หรือควรจะได้รู้ว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับนั้นมีข้อผิดพลาดอันเกิดจากการส่งหากผู้รับข้อมูลได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรหรือดำเนินการตามวิธีการที่ได้ตกลงกันไว้ก่อนแล้ว

^{๒๖} Article 14 Errors in Electronic Communications : Where a natural person makes an input error in an electronic communication exchanged with the automated message system of another party and the automated message system does not provide the person with an opportunity to correct the error, that person, or the party on whose behalf that person was acting, has the right to withdraw the portion of the electronic communication in which the input error was made if:

(a) The person, or the party on whose behalf that person was acting, notifies the other party of the error as soon as possible after having learned of the error and indicates that he or she made an error in the electronic communications; and

(b) The person, or the party on whose behalf that person was acting, has not used or received any material benefit or value from the goods or services, if any, received from the other party.

ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้กร่างบทบัญญัติใหม่ (ร่างมาตรา ๑๒) เพื่อรองรับความผิดพลาดจากการลงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ตาม Article 14 ของอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ โดยให้ยกเลิกความในมาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ และให้ใช้ความดังต่อไปนี้แทน

“ในกรณีตามมาตรา ๑๕ หรือมาตรา ๑๖ ในระหว่างผู้ส่งข้อมูลและผู้รับข้อมูล ผู้รับข้อมูลมีสิทธิถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับนั้นถูกต้องตามเจตนาของผู้ส่งข้อมูล และสามารถดำเนินการไปตามข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ เว้นแต่กรณีที่มีการใส่ข้อมูลผิดพลาด ผู้ส่งข้อมูลหรือบุคคลผู้มีอำนาจกระทำการแทนมีสิทธิจะเพิกถอนการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ส่วนที่เกิดจากการใส่ข้อมูลผิดพลาดได้ หาก

(๑) ได้แจ้งให้ผู้รับข้อมูลทราบถึงความผิดพลาดโดยพลันหลังจากได้รับรู้ถึงความผิดพลาดและระบุว่าตนได้กระทำความผิดพลาดขึ้นในการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และ

(๒) ตนไม่ได้ใช้หรือไม่ได้รับประโยชน์หรือมูลค่าตอบแทนอย่างสำคัญใด ๆ จากสินค้าหรือบริการที่ได้รับจากผู้รับข้อมูล หากมี”

ร่างบทบัญญัติดังกล่าวมีความผิดพลาด เนื่องจากมิได้กำหนดเงื่อนไขที่ว่าสิทธิในการถอนข้อมูลที่ลงโดยผิดพลาดมีเฉพาะในกรณีที่เป็นการลงข้อมูลในระบบข้อมูลอัตโนมัติโดยที่ผู้ใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติมิได้ให้ออกาสผู้ส่งข้อมูลได้แก้ไขข้อมูล ดังนั้น กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจึงควรแก้ไขร่างมาตรา ๑๒ ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ของกระทรวงฯ เพื่อให้สอดคล้องกับ Article 14 ของอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่าร่างมาตรา ๑๒ ดังกล่าวกำหนดให้ยกเลิกมาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ อันที่จริงแล้วมาตรา ๑๗ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดพลาดของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีความผิดพลาดอันเกิดจากการส่ง (Transmission) อันเป็นคนละกรณีกับกรณีความผิดพลาดจากการลงข้อมูลโดยบุคคล (Input Errors) จึงควรคงความเดิมของมาตรา ๑๗ ไว้ แต่เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดพลาดจากการลงข้อมูลเข้าไปในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ โดยอาจเพิ่มเป็นมาตรา ๑๗ วรรคสอง หรือมาตรา ๑๗/๑ ตามความเหมาะสม โดยไม่ยกเลิกมาตรา ๑๗ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

๓.๓ การแก้ไขประการอื่นในร่างกฎหมายของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

(๑) การแก้ไขบทนิยามคำว่า “ใบรับรอง” เป็น “ใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์”

ในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร กระทรวงฯมีความประสงค์ที่จะแก้ไขบทนิยามของคำว่า “ใบรับรอง” ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔

บทบัญญัติมาตรา ๔ ดังกล่าวกำหนดให้ “ใบรับรอง” หมายความว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือการบันทึกอื่นใด ซึ่งยืนยันความเชื่อมโยงระหว่างเจ้าของลายมือชื่อกับข้อมูลสำหรับใช้สร้างลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารมีความประสงค์ที่จะแก้ไขโดยยกเลิกบทนิยามคำว่า “ใบรับรอง” และใช้คำว่า “ใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์” แทน โดยอธิบายเหตุผลของการแก้ไขว่าเพื่อให้สอดคล้องกับถ้อยคำที่ใช้ในทางสากลอันสอดคล้องกับทางปฏิบัติที่มีการออกใบรับรองทางอิเล็กทรอนิกส์ และเพื่อมิให้เกิดความเข้าใจผิดในสาระสำคัญของกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจบริการด้านการรับรอง

อันที่จริงแล้ว บทนิยามคำว่า “ใบรับรอง” ซึ่งใช้อยู่ในกฎหมายมีความเหมาะสมแล้ว เนื่องจากสาระในบทนิยามเดิมที่ว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือการบันทึกอื่นใด ซึ่งยืนยันความเชื่อมโยงระหว่างเจ้าของลายมือชื่อกับข้อมูลสำหรับใช้สร้างลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” มีความยืดหยุ่นอยู่แล้ว โดยรองรับกรณีที่ผู้ให้บริการออกใบรับรอง (Certification Service Providers) ออกใบรับรองในรูปของใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์อยู่แล้ว อนึ่ง บทบัญญัติเกี่ยวกับการออกใบรับรองเพื่อสนับสนุนลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นบทบัญญัติในหมวด ๒ ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ บทบัญญัติดังกล่าวมีที่มาจากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่ง Article 2 ของกฎหมายแม่แบบดังกล่าวก็กำหนดบทนิยามของคำว่า Certificate (ใบรับรอง) มิใช่ Electronic Certificate (ใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์) โดยกำหนดสาระของบทนิยามว่าให้หมายถึง “a data message or other record confirming the link between a signatory and signature creation data” บทนิยามคำว่า “ใบรับรอง” ซึ่งกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ จึงสอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ข้างต้นแล้ว และกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ของหลายประเทศก็ยังใช้คำว่า “Certificate” ตามกฎหมายแม่แบบดังกล่าว^{๒๗} ดังนั้น จึงไม่สมควรที่จะแก้ไขบทนิยามดังกล่าว

(๒) การแก้ไขบทบัญญัติรองรับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐ (มาตรา ๓๕)

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ได้รับรองธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐ โดยกำหนดในมาตรา ๓๕ ให้การดำเนินการใดๆ ตามกฎหมายกับหน่วยงานของรัฐหรือโดยหน่วยงานของรัฐในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลตามกฎหมายหากปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา^{๒๘} เกี่ยวกับเรื่องนี้กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเกรงว่าบทบัญญัติมาตรา ๓๕ จะไม่ครอบคลุมถึงการดำเนินการของศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.ของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร กระทรวงฯจึงประสงค์จะเพิ่มความวรรคสามเข้าไปในมาตรา ๓๕ โดยมีข้อความว่า “ความในวรรคหนึ่งให้ใช้บังคับแก่การดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา คำขอ การอนุญาต การจดทะเบียน คำสั่ง

^{๒๗} ดูตัวอย่างจาก Section 1 (1) ของ Electronic Transactions Act 2010 ของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งกำหนดบทนิยามของคำว่า “certificate” โดยกำหนดให้หมายถึง “a record issued for the purpose of supporting digital signatures which purports to confirm the identity or other significant characteristics of the person who holds a particular key pair”

^{๒๘} พระราชกฤษฎีกาซึ่งตราขึ้นเพื่อการนี้ในปัจจุบันคือพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๔๔

ทางปกครอง การชำระเงิน การประกาศ หรือการดำเนินการใดๆ ตามกฎหมายของศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” การเพิ่มความในวรรคท้ายดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่จำเป็นเนื่องจากบทนิยามคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ตามมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งบัญญัติให้หมายถึง “กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และให้หมายความรวมถึงนิติบุคคล คณะบุคคล หรือบุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ดำเนินงานของรัฐไม่ว่าในการใด ๆ” มีความหมายครอบคลุมถึงศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว

(๓) การเพิ่มบทบัญญัติซึ่งให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการตรวจค้นหรืออายัด

ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ของกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร กระทรวงฯ ประสงค์ที่จะเพิ่มเติมบทบัญญัติซึ่งให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งปรากฏในร่างมาตรา ๑๕ โดยให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเข้าไปในสถานที่ของผู้ประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และสถานที่ที่มีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติในระหว่างเวลาพระอาทิตย์ขึ้นจนถึงพระอาทิตย์ตกหรือในเวลาทำการของสถานที่นั้นเพื่อตรวจสอบหรือควบคุมดูแลให้มีการดำเนินการตามพระราชบัญญัติ รวมทั้งเก็บรวบรวมเอกสาร หลักฐาน หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้อง และยังมีอำนาจอายัดเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติอีกด้วย

ร่างบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ แม้กระทั่งกฎหมายที่มีการกำหนดความผิดและโทษที่รุนแรงกว่าที่กำหนดในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ก็ยังกำหนดให้อำนาจในการเข้าไปตรวจค้น ยึดหรืออายัดของพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถใช้ได้เมื่อมีหมายของศาลเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอที่จะให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ มีอำนาจเข้าไปตรวจค้นหรืออายัดโดยไม่ต้องมีหมายของศาล อนึ่ง แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีข้อยกเว้นให้ตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ แต่ก็ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น ซึ่งยังมิได้ปรากฏเหตุจำเป็นในการเพิ่มบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ เพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องข้างต้น

(๔) การแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับสำนักงานคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

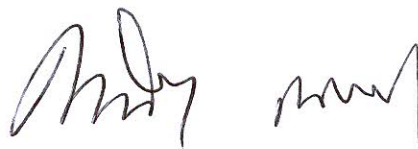
กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารประสงค์ที่จะแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับสำนักงานคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยยกเลิกมาตรา ๔๓^{๒๙} แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

^{๒๙} มาตรา ๔๓ ให้จัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นส่วนราชการในสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการ

(ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑ ในร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้เพิ่มหมวดใหม่ขึ้นเป็น “หมวด ๕/๑ สำนักงานคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” โดยกำหนดให้มีสำนักงานคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีฐานะเป็นนิติบุคคลและเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร และให้โอนบรรดากิจการ ทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หนี้ เจ้าหนี้ และลูกจ้าง และงบประมาณของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) พ.ศ. ๒๕๕๔ ไปเป็นของสำนักงานคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ อย่างไรก็ตาม โดยที่ประเด็นนี้เป็นประเด็นเกี่ยวกับนโยบายทางการบริหารซึ่งเป็นความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐบาลและมิได้เกี่ยวข้องกับสาระทางเทคนิคของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายจึงมิได้พิจารณาบทบัญญัติเหล่านี้

๓.๔ ข้อเสนอแนะอื่น ๆ

จากที่กล่าวมาข้างต้นในรายงานฉบับนี้ เห็นได้ชัดว่าการจัดทำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ผ่านมามีความผิดพลาดจำนวนมาก ดังนั้น ในการยกร่างหรือจัดทำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจึงควรดำเนินการด้วยความระมัดระวังและควรรับฟังความเห็นของผู้รู้และผู้เกี่ยวข้องอย่างจริงจัง นอกจากนี้ ในการเสนอชื่อผู้ซึ่งเป็นกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายในชั้นกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจึงควรเสนอผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับกฎหมายนี้อย่างแท้จริง ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายที่ตราขึ้นเป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและไม่มีความผิดพลาดอย่างมีนัยสำคัญดังเช่นที่ผ่านมา อนึ่ง ในปัจจุบันความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ของภาคส่วนต่าง ๆ ของไทยยังมีน้อย จึงควรส่งเสริมความรู้และความเข้าใจกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์อย่างกว้างขวางด้วย



(ศาสตราจารย์ คณิต ญ นคร)

ประธานกรรมการปฏิรูปกฎหมาย