

ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

Problem on Admissibility of Evidence

in Electronic Contracts



สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ปีการศึกษา 2554

ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

Problem on Admissibility of Evidence
in Electronic Contracts



สารนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ปีการศึกษา 2554



© 2555

สรรเสริญ ศิริวรรณ
สงวนลิขสิทธิ์

บัณฑิตวิทยาลัย
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

สารนิพนธ์

โดย

นายสรรเสริญ ศิริวรรณ

เรื่อง

ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อัมภารัชฎ์ วิเศษสมิต)

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

(อาจารย์ตุล เมฆยงค์)

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

(อาจารย์ชวลิต อรรถศาสตร์)

ชื่องานวิจัย : ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์
ชื่อผู้วิจัย : นายสรรเสริญ ศิริวรรณ
ชื่อคณะและสถาบัน : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
สาขา : กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศและธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์
รายชื่อที่ปรึกษา : ผศ.ดร.อัมภารัฐ วิชาเศษสมิต
ปีการศึกษา : 2554
คำสำคัญ : พยาน สัญญา อิเล็กทรอนิกส์

บทคัดย่อ

ปัจจุบันได้มีการนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ อย่างแพร่หลาย ซึ่งรวมถึงการทำธุรกรรมทางการค้าพาณิชย์และการผูกนิติสัมพันธ์เข้าทำสัญญาทางธุรกิจต่างๆ จากเดิมใช้กระดาษเป็นหลักฐานในการสร้างความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญา ก็มีแนวโน้มที่กระทำในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องผ่านทางระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ อาทิเช่น เครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet) หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ส่งผลให้การดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจดังกล่าวเป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็วและประหยัดค่าใช้จ่ายเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตามการทำสัญญาในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูล รวมถึงความแท้จริงและถูกต้องครบถ้วนของสัญญาที่ได้ทำขึ้นในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ อีกทั้งปัญหาในเรื่องสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนในการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล ทั้งนี้ จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลักษณะพยานของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ พบว่ากฎหมายของทั้งสองประเทศได้มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายและหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจนว่ามีความหมายและวิธีการครอบคลุมเพียงใด

สารนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนจึงได้นำเสนอแนวทางให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย โดยให้กำหนดนิยามความหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ชัดเจนว่าจัดเป็นพยานหลักฐานประเภทใด รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการนำสืบให้มีลักษณะพิเศษเป็นการเฉพาะ เพื่อให้เหมาะสมกับลักษณะที่ซับซ้อนของพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะส่งผลโดยตรงต่อการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน นอกจากนี้ เนื่องจากสภาพของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยง่าย จึงควรกำหนดให้มีการรับรองความแท้จริงและความถูกต้องครบถ้วนของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยจัดให้มีหน่วยงานเฉพาะที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ให้การรับรองข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งจะใช้เป็นพยานหลักฐานให้มี

ความน่าเชื่อถือและรับรองว่าข้อมูลไม่ได้ถูกแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงในภายหลัง ทั้งนี้ เพื่อให้ประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังพยานที่มีประสิทธิภาพ อันจะส่งผลให้กฎหมายเกี่ยวกับการค้าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของไทยได้รับการยอมรับและสอดคล้องกับความเติบโตทางธุรกิจโลกในปัจจุบัน ซึ่งส่งผลให้ประเทศไทยสามารถแข่งขันทางธุรกิจกับนานาชาติอารยประเทศได้อย่างทัดเทียม



Title : Problem on Admissibility of Evidence in Electronic Contract
Author : Mr. Sansern Siriwan
School : Law, Bangkok University
Major : Law of International Business and Electronic Transactions
Advisor : Asst.Prof.Dr. Ampharat Visesamit
Academic year : 2011
Keywords : Evidence, Contract, Electronic

Abstract

At present, there is the use of information technology for doing activities widely including trades, commerce and business contracts which rely papers as an evidence for showing the contract relations among parties, but now these are continue increasingly tend to be created in electronic data forms by using information technology such as internet or email, especially international business. As a result, international business transactions become more convenient and economy. However, the using of electronic contract may causes legal problems concerning admissibility of evidence, authenticity and convincing of evidence. Moreover, the distinctly legal status of electronic data is also the problem for using it as an evidence in procedure of the court. According to the study and comparison on law of evidence of the United States of America and the United Kingdom found that the such law of the both countries admit electronic data as an evidence by providing the definition, the rules of admissibility of evidence and indicating the legal status of electronic data.

In this thesis, the writer presents the ways to amend Thai procedure law by providing the clearly definition of the electronic data and determining the particular rules of practice for adduction of evidence, which will be suitable for the complexity of electronic data. Seeing that, the electronic data can be modified or forged easily, therefore, should establish a specific official authority in order to consider and certify the authentication of electronic data, and so prevent the electronic data from being modified or changed later, in order to Thailand shall be availed of effective law on admissibility of evidence. Resulting in Thailand law of electronic commerce will be recognized, consistent

with the glowing business world today and be able to compete with the international countries.



กิตติกรรมประกาศ

สารนิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ได้ต้องขอขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อัมภารัฐ วิชาเศษสมิต และท่านอาจารย์ตุล เมฆยงค์ ที่สละเวลาอันทรงคุณค่ามาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้กับข้าพเจ้ารวมทั้งยังเป็นผู้ให้ความรู้ คำแนะนำ ในการเขียนเค้าโครงรวมถึงเนื้อหาที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการรวบรวมข้อมูลและจัดทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งหากปราศจากท่านอาจารย์ทั้งสองท่านแล้วสารนิพนธ์ฉบับนี้ก็มิอาจสำเร็จลงได้ด้วยดี

ขอขอบพระคุณ บิตา มารดา ผู้ให้กำเนิดและเป็นแรงสนับสนุนทั้งด้านกำลังทรัพย์และกำลังใจตลอดการทำสารนิพนธ์ฉบับนี้และตลอดมา รวมถึงคุณยายและน้องชายที่คอยเป็นแรงสนับสนุนในครอบครัวในยามที่ต้องการความช่วยเหลือและกำลังใจ อีกทั้งขอขอบคุณ นางสาววีรดา เบ็ญจาทิกุล ที่คอยช่วยเหลือตลอดมาในขณะที่ทำสารนิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงขอขอบคุณบุคคลต่าง ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องซึ่งทำให้สารนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี ทั้งนี้ หากสารนิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ข้าพเจ้าขอโน้มรับความบกพร่องไว้แต่เพียงผู้เดียว ณ ที่นี้ด้วย

นายสรเสริญ ศิริวรรณ

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....ง
 บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....ฉ
 กิตติกรรมประกาศ.....ช

บทที่ 1 บทนำ.....1
 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....1
 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....3
 1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....3
 1.4 สมมติฐานของการวิจัย.....4
 1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....4
 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....4
 1.7 นิยามศัพท์.....5

บทที่ 2 ทฤษฎี วัฒนาการและโครงสร้างพื้นฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์.....6
 2.1 ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา.....7
 2.1.1 ความหมาย ลักษณะ และโครงสร้างของนิติกรรมสัญญา.....7
 2.1.1.1 ความหมายของสัญญา.....7
 2.1.1.2 การก่อให้เกิดสัญญา.....8
 2.1.1.3 ประเภทของสัญญา.....11
 2.1.1.4 ผลแห่งสัญญา.....11
 2.1.1.5 มัดจำและเบี้ยปรับ.....12
 2.1.1.6 การเลิกสัญญา.....13
 2.1.2 วัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์.....14
 2.2 รูปแบบของสัญญา.....19
 2.2.1 สัญญาในรูปแบบเอกสารธรรมดา.....19
 2.2.2 สัญญาในรูปแบบเอกสารอิเล็กทรอนิกส์.....21
 2.3 โครงสร้างพื้นฐานของระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์.....23
 2.3.1 มาตรฐานและเทคโนโลยีในการสร้างสัญญาอิเล็กทรอนิกส์.....24
 2.3.2 การบริหารจัดการสัญญาอิเล็กทรอนิกส์.....27

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 2 (ต่อ) ทฤษฎี วิวัฒนาการและโครงสร้างพื้นฐานของสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์	
2.3.3 ปัญหาทางกฎหมายในสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์.....	30
บทที่ 3 มาตรฐานการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์.....	33
3.1 การรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์ในกฎหมายต่างประเทศ.....	33
3.1.1 กฎหมายแม่แบบว่าด้วยพยานอิเล็กทรอนิกส์ของคณะกรรมการ	
กฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ.....	33
3.1.2 มาตรฐานการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์	
ในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	35
3.1.2.1 หลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานของ	
สัญญาณอิเล็กทรอนิกส์.....	35
3.1.2.2 หลักเกณฑ์ในการชี้หน้าพยานหลักฐาน.....	40
3.1.2.3 ปัญหาการใช้สัญญาณอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน.....	41
3.1.3 มาตรฐานการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์	
ในประเทศอังกฤษ.....	43
3.1.3.1 หลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานของ	
สัญญาณอิเล็กทรอนิกส์.....	43
3.1.3.2 หลักเกณฑ์ในการชี้หน้าพยานหลักฐาน.....	48
3.1.3.3 ปัญหาการใช้สัญญาณอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน.....	49
3.1.4 แนวทางการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังและการชี้หน้าพยาน	
หลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ในต่างประเทศ.....	49
3.2 การรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์ในกฎหมายไทย.....	51
3.2.1 ระบบของกฎหมายลักษณะพยาน.....	51
3.2.1.1 ระบบไต่สวน.....	51
3.2.1.2 ระบบกล่าวหา.....	52
3.2.1.3 ระบบกฎหมายลักษณะพยานของประเทศไทย.....	52
3.2.2 ประเภทของพยานหลักฐาน.....	53
3.2.2.1 พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ พยานผู้เชี่ยวชาญ.....	53
3.2.2.2 พยานโดยตรง พยานแวดล้อม.....	54
3.2.2.3 ประจักษ์พยาน พยานบอกเล่า.....	54

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 3 (ต่อ) มาตรฐานการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์	
3.2.2.4 พยานชั้นหนึ่ง พยานชั้นสอง.....	54
3.2.3 มาตรฐานการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ในประเทศไทย.....	55
3.2.3.1 หลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานของ สัญญาอิเล็กทรอนิกส์.....	55
3.2.3.2 หลักเกณฑ์ในการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐาน.....	58
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์	
ตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ.....	61
4.1 หลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ.....	62
4.1.1 สถานะทางกฎหมายลักษณะพยานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์.....	64
4.1.2 หลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ตามกฎหมายไทย.....	79
4.1.3 ปัญหาการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานใน สัญญาอิเล็กทรอนิกส์.....	78
4.1.4 หลักเกณฑ์ในการนำเสนอและการนำสืบพยานหลักฐานใน สัญญาอิเล็กทรอนิกส์.....	80
4.2 หลักเกณฑ์การชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ของไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ.....	82
4.3 แนวทางในการสร้างน้ำหนักพยานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เพื่อนำมาใช้ใน กระบวนการพิจารณาของศาลไทย.....	84
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	88
5.1 บทสรุป.....	88
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	90
บรรณานุกรม.....	94
ภาคผนวก.....	96
ประวัติผู้เขียน.....	99

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากสภาพการณ์ปัจจุบันได้มีการเปิดเสรีทางการค้าอย่างไร้ขอบเขตประกอบกับการพัฒนาด้านเทคโนโลยีอย่างต่อเนื่อง ส่งผลให้ประเทศไทยมีปริมาณการค้า การลงทุนสูงขึ้น จนทำให้เกิดนวัตกรรมด้านการค้าและบริการที่หลากหลาย ตลอดจนเกิดการเปลี่ยนแปลงในรูปแบบการทำธุรกรรมที่มีอยู่เดิมไปสู่การทำธุรกรรมในรูปแบบธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ เพิ่มขึ้น โดยพบว่ากฎหมายพาณิชย์ของไทยยังไม่สามารถตอบสนองการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นได้อย่างสมบูรณ์ อีกทั้งการทำธุรกรรมทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศได้มีการนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้อย่างมาก ในส่วนของสัญญาทางการค้า ก็มีแนวโน้มที่จะทำสัญญาในรูปแบบที่เป็นสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นส่วนสำคัญ อย่างหนึ่งที่จะช่วยทำให้การประยุกต์ใช้ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อการบริหารจัดการส่งผลต่อการดำเนินการทำธุรกรรมต่างๆ ให้มีความสมบูรณ์มากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการรับส่งข้อมูลผ่านระบบเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ การสร้างและจัดเก็บเอกสารสัญญา สามารถทำได้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากกว่าเอกสารสัญญาในรูปแบบกระดาษ

ในส่วนของการทำธุรกรรมทางการค้าในระยะเวลาที่ผ่านมา ได้ให้ความสำคัญกับการทำสัญญาในรูปแบบกระดาษ ทำให้กฎหมายที่ใช้อยู่มาแต่เดิมนั้นบัญญัติเพื่อรองรับการทำธุรกรรมในรูปแบบกระดาษเพื่อใช้เป็นเอกสารหลักฐานแห่งการเกิดขึ้นของสัญญา เมื่อมีกรณีพิพาทฟ้องร้องบังคับคดีกันตามสัญญาที่เกิดจากการทำสัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ก็อาจเกิดปัญหาขึ้น ต่อมาประเทศไทยได้ออกกฎหมายขึ้นมาฉบับหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 อันเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ในส่วนสารบัญญัตินั้นได้มีบทบัญญัติขึ้นมารองรับรูปแบบการทำนิติกรรมสัญญาที่เกิดจากการติดต่อสื่อสารทางเทคโนโลยีสมัยใหม่ในรูปแบบไร้กระดาษ โดยยอมรับสถานะในทางกฎหมายของธุรกรรมต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ให้มีผลผูกพันกันตามกฎหมายไม่ต่างจากการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่อันเป็นการผูกนิติสัมพันธ์ในรูปแบบกระดาษที่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และในส่วนที่เป็นวิธีสบัญญัตินั้นได้มีบทบัญญัติในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานในกรณีที่คู่ความเสนอพยานหลักฐานในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีหลักการว่าศาลจะปฏิเสธไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานเพียงเพราะเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้ อีกทั้งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ให้ใช้บังคับทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา รวมถึงคดีที่ต้องขึ้นศาลชั้นฎีกาพิเศษ ประกอบกับพระราชบัญญัตินี้เริ่มมีผลบังคับใช้ในปีพ.ศ. 2545 จึงยังมีคดีที่คู่ความเสนอพยานหลักฐานในรูปแบบสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ในปริมาณไม่มากนัก ซึ่งหากมีการนำเสนอพยานหลักฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ขึ้นมาสู่กระบวนการพิจารณาคดีในศาล คู่ความจะมีวิธีการเสนอพยานหลักฐานประเภทนี้อย่างไร ต้องยื่นบัญชีระบุพยานก่อนหรือส่งสำเนาข้อมูลหรือสื่อบันทึกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ให้คู่ความอีกฝ่ายก่อนหรือไม่ และจะถือว่าสัญญาที่อยู่ในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อันใดเป็นต้นฉบับหรือสำเนา รวมทั้งจัดพยานหลักฐานเหล่านี้เป็นพยานประเภทใด และกรณีใดที่เข้าข่ายบทตัดพยานหลักฐาน และในส่วนของกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล ผู้พิพากษาจะมีวิธีใดในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ทั้งนี้ ปัจจุบันองค์กรภาครัฐได้มีการนำระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเข้ามาประยุกต์ใช้กับกิจกรรมพื้นฐานต่าง ๆ ของประชาชน ซึ่งแต่เดิมการดำเนินธุรกรรมต่าง ๆ ของภาครัฐมักประสบปัญหาความล่าช้าในการดำเนินการด้วยเหตุที่การบริหารจัดการข้อมูลและเอกสารสัญญาที่ไม่มีประสิทธิภาพ จึงเป็นการจำเป็นที่จะต้องมีการพัฒนานำระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการบริหารจัดการมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้ประโยชน์ของการทำสัญญาในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะมีมากกว่าการทำสัญญาในรูปแบบของกระดาษ แต่ด้วยมาตรฐานทางเทคโนโลยีที่มีอยู่หลากหลาย และภาครัฐไม่ได้มีการกำหนดแนวทางมาตรฐานทางเทคโนโลยีที่ชัดเจน เป็นผลให้แต่ละองค์กรมีมาตรฐานทางเทคโนโลยีที่แตกต่างกัน ประกอบกับในปัจจุบันไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สามารถรองรับการทำสัญญาในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ชัดเจน แม้ว่าประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ออกมาบังคับใช้แล้วก็ตาม แต่ยังคงมีปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับการทำ การใช้ และการเก็บรักษาสัญญาในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อยู่ รวมทั้งกฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐาน และการรองรับสถานภาพทางกฎหมายของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อย่างชัดเจน จึงทำให้การจัดทำสัญญาในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้ถูกนำมาใช้อย่างมีประสิทธิภาพที่เพียงพอ ทำให้หน่วยงานทั้งภาครัฐและภาคเอกชนยังคงมีการทำ ใช้ เก็บรักษา และมีการพิมพ์สำเนาสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ออกมาในแบบกระดาษเพื่อใช้ในการอ้างอิง หรือเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายกำหนด ควบคู่ไปกับการทำสัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ด้วย จึงก่อให้เกิดภาระและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าวอยู่ต่อไป

นอกจากนี้ พบว่าได้มีการทำสัญญาในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยนำเอาระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารมาใช้ในทางมิชอบก่อให้เกิดการประกอบอาชญากรรมในรูปแบบต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น อาทิเช่น การฉ้อโกง การปลอมแปลงเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในธุรกิจการค้าและการพาณิชย์โดยอาศัยคอมพิวเตอร์และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดอันส่งผลกระทบต่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างมหาศาล รวมถึงปัญหาในการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ยังคงใช้ในปัจจุบัน อีกทั้งในประเด็นเรื่องความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ก็ยังมีข้อสงสัยเกิดอยู่ว่า หากมีการปลอมแปลงสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นจะสามารถทำการตรวจพิสูจน์ได้หรือไม่ และเทคโนโลยีด้านความมั่นคงปลอดภัยของระบบในการจัดทำ การใช้ การจัดเก็บ

สัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ในปัจจุบันมีประสิทธิภาพและเสถียรภาพเพียงพอ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติของเทคโนโลยีขั้นต่ำที่จะนำมาใช้ในกระบวนการดังกล่าวข้างต้น เพื่อให้สัญญาที่จัดทำในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์มีความน่าเชื่อถือและสามารถมีผลใช้บังคับได้เช่นเดียวกับสัญญาที่ทำในรูปแบบกระดาษ

ดังนั้น ในประเด็นในเรื่องการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของสัญญาที่ทำในรูปแบบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายของประเทศไทยยังคงไม่มีความชัดเจนเพียงพอหากมีกรณีเกิดข้อพิพาทขึ้นทั้งในทางคดีแพ่งและคดีอาญา จึงเห็นควรที่จะมีการศึกษาวิจัยเพื่อนำไปสู่การแก้ไขและปรับปรุงกฎหมายของไทยให้ทันต่อความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารให้มีมาตรฐานเทียบเท่ากับสังคมนานาชาติอารยประเทศ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. ศึกษาความหมาย ลักษณะเฉพาะ และสถานะทางกฎหมายลักษณะพยานในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์
2. ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาข้อขัดข้องทางกฎหมายวิธีสบัญญัติเกี่ยวกับการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงและปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย
3. ศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหาเรื่องการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้มีความน่าเชื่อถือในการรับฟังพยานหลักฐานของต่างประเทศ และวิเคราะห์แนวทางเหล่านั้นเพื่อนำมาพัฒนากฎหมายลักษณะพยานในประเทศไทย
4. ศึกษาโครงการพัฒนาเกี่ยวกับการทำ การจัดเก็บ และผลทางกฎหมายของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยในอนาคต
5. ศึกษาวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ และผลทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้นที่ใช้บังคับกับพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาถึงกฎหมายลักษณะพยานและกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนการพิสูจน์ในเรื่องความถูกต้องแท้จริง การชั่งน้ำหนักและการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในการนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาของศาล รวมถึงนำกฎหมาย วิธีสบัญญัติของต่างประเทศ เปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

แม้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 จะบัญญัติห้ามมิให้ศาลปฏิบัติราชการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณา ก็ตาม แต่ยังคงมีปัญหาในประเด็นเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานในการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อยู่ เนื่องจากมิได้มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายและหลักเกณฑ์การนำสืบรวมถึงการรับฟังพยานหลักฐานประเภทข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจน ประกอบกับมีความจำเป็นจะต้องนำเทคโนโลยีในด้านความมั่นคงปลอดภัยของกระบวนการ การทำการใช้ และการจัดเก็บสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาประยุกต์ใช้ด้วย เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นว่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นั้น สามารถมีผลบังคับในทางกฎหมายเช่นเดียวกับสัญญาที่ทำในรูปแบบกระดาษ ดังนั้น การพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายจะช่วยให้เกิดประโยชน์ในเรื่องการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ให้มีความชัดเจนขึ้น

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

ศึกษาวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) ทั้งหมด โดยรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ เอกสาร บทความ หรือกฎหมายต่างๆ แล้วนำมาวิเคราะห์ รวมถึงศึกษาแนวทางการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางการแก้ไขปรับปรุงในเรื่องการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของกฎหมายไทยต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทราบความหมาย ลักษณะเฉพาะ และสถานะทางกฎหมายของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์
2. ทำให้สามารถวิเคราะห์ปัญหาข้อขัดข้องทางกฎหมายวิธีสบัญญัติเกี่ยวกับการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริง รวมถึงการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย
3. ทราบแนวความคิด และวิวัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานสัญญาอิเล็กทรอนิกส์
4. ทำให้สามารถกำหนดแนวทางการดำเนินการแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องทางกฎหมายในเรื่องการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือในกระบวนการพิจารณาคดีในต่างประเทศ แล้วนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบว่า หากนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้กับกฎหมายไทยจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการพัฒนากระบวนการพิจารณาคดีของประเทศไทยอย่างไร
5. ทำให้สามารถกำหนดแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อสร้างมาตรฐานและสถานะทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานสัญญาของอิเล็กทรอนิกส์ในอนาคต

1.7 นิยามศัพท์

อิเล็กทรอนิกส์ หมายความว่า การประยุกต์ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ไฟฟ้า คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า หรือวิธีอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน และให้หมายความรวมถึงการประยุกต์ใช้วิธีการทางแสง วิธีการทางแม่เหล็ก หรืออุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการประยุกต์ใช้วิธี ต่างๆ เช่นว่านั้น

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หมายความว่า ข้อความที่ได้สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์ หรือโทรสาร

สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ หมายความว่า นิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาสอดคล้องต่อกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เสนอและอีกฝ่ายหนึ่งเป็น ผู้สนองรับ เพื่่อมุ่งก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ โดยใช้วิธีการสร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมด หรือแต่บางส่วน

สิ่งพิมพ์ออก (printout) หมายความว่า ผลที่ได้จากการปฏิบัติงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ตามคำสั่งที่สั่งให้พิมพ์ลงในกระดาษหรือวัสดุอื่น

อินเทอร์เน็ต (Internet) หมายความว่า เครือข่ายคอมพิวเตอร์ขนาดใหญ่ที่มีการเชื่อมต่อระหว่างเครือข่ายหลายๆ เครือข่ายทั่วโลก โดยใช้ภาษาที่ใช้สื่อสารกันระหว่างคอมพิวเตอร์ที่เรียกว่า โพรโทคอล (Protocol) ซึ่งผู้ใช้เครือข่ายนี้สามารถสื่อสารถึงกันได้ ในหลายทาง อาทิเช่น อีเมล เว็บบอร์ด และสามารถสืบค้นข้อมูลและข่าวสารต่างๆ รวมทั้งคัดลอก แฟ้มข้อมูลและโปรแกรมมาใช้ได้

เทคโนโลยีสารสนเทศ (information) หมายความว่า เทคโนโลยีที่ใช้จัดการสารสนเทศเป็นเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องตั้งแต่ การเก็บรวบรวมข้อมูล การประมวลผล การแสดงผลลัพธ์ การทำสำเนา และการสื่อสารโทรคมนาคม เพื่อให้ได้สารสนเทศที่เหมาะสมและสามารถนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ได้

บทที่ 2

ทฤษฎี วิวัฒนาการและโครงสร้างพื้นฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

นับแต่อดีตการบันทึกข้อมูลของมนุษย์ได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องในสมัยโบราณที่ยังไม่มีตัวอักษรได้มีการวาดภาพแทนคำอธิบายไว้บนผนังถ้ำจนเมื่อได้มีการประดิษฐ์สัญลักษณ์แทนตัวอักษรจึงบันทึกสัญลักษณ์ตัวอักษรแทนรูปภาพ การจัดเก็บก็ได้พัฒนาจากการบันทึกบนผนังถ้ำไปบันทึกบนวัสดุที่จัดเตรียมไว้เพื่อให้หยิบถือไปอ่านได้ง่ายและมีความคงทน เช่น ใบบลาน ไม้ไผ่ เป็นต้น จนกระทั่งได้มีการประดิษฐ์กระดาษเกิดขึ้น ข้อมูลต่าง ๆ จึงถูกจัดเก็บไว้บนกระดาษ และใช้กันอย่างแพร่หลายต่อเนื่องยาวนานมาจนถึงปัจจุบัน เมื่อมีความต้องการจัดเก็บมากขึ้น ก็ได้มีการประดิษฐ์ระบบไมโครฟิล์มเพื่อจัดเก็บเอกสารที่มีจำนวนมากเหล่านั้น ซึ่งช่วยให้ใช้พื้นที่ในการจัดเก็บน้อยลงและสามารถค้นหาได้ง่าย เมื่อโลกได้ก้าวเข้าสู่ยุคเทคโนโลยีสารสนเทศการจัดทำและจัดเก็บข้อมูลได้พัฒนามาจัดทำและจัดเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์เป็นไฟล์ในรูปแบบต่างๆ เช่น แบบภาพ (Image format) แบบเอกสาร (Document format) แบบเอ็กซ์เอ็มแอล (XML) เป็นต้น หรือแม้กระทั่งบันทึกไว้ในฐานข้อมูล การกระจายข้อมูลก็เช่นเดียวกัน ได้มีการพัฒนาจากการจัดส่งเอกสารด้วยการนำส่งด้วยมือ ไปเป็นการจัดส่งทางอิเล็กทรอนิกส์ การรักษาความลับให้กับข้อมูล ก็ได้พัฒนาจากกรรมวิธีทางกายภาพไปเป็นการเข้ารหัสทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงการสร้างความปลอดภัยของข้อมูลก็ได้เปลี่ยนแปลงไปตามสภาพการจัดเก็บทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการจัดการข้อมูลได้เปลี่ยนแปลงจากการจัดเก็บข้อมูลลงในกระดาษไปเป็นการจัดการข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์โดยใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในการจัดการข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ ที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน

นอกจากนี้ เมื่อสังคมมนุษย์มีการพัฒนามากขึ้นและมีความซับซ้อนขึ้นการบันทึกข้อมูลในรูปแบบกระดาษก็มีแนวโน้มเปลี่ยนไปเป็นการบันทึกข้อมูลในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น ซึ่งในที่นี่รวมถึงการแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคล เพื่อที่จะดำเนินการตามวัตถุประสงค์หรือผลประโยชน์รวมกันได้ แต่ทั้งนี้การแสดงออกซึ่งเจตนานั้นก็ไม่มีสิ่งใดจะเป็นหลักฐานในการกล่าวอ้างระหว่างบุคคลผู้แสดงเจตนาหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องเขียนเจตนาหรือข้อตกลงและบันทึกไว้ในสิ่งที่สามารถนำออกมาแสดงระหว่างกันได้โดยเสมอ และมีความสะดวกในการนำออกใช้ บุคคลผู้แสดงเจตนาหรือคู่สัญญา จึงต้องมีการบันทึกข้อตกลงของตนลงในสิ่งที่สามารถบันทึกข้อมูลได้ ซึ่งที่นิยมใช้กันอยู่ในปัจจุบันก็คือการบันทึกข้อตกลงลงในกระดาษ แต่ด้วยปัจจุบันมีการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารขึ้นอย่างรวดเร็วเป็นผลให้มีการบันทึกข้อตกลงในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น จึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายหรือมาตรการต่างๆ มาเพื่อรองรับการบันทึกข้อตกลงระหว่างบุคคลที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นหลักฐานของการแสดงออกซึ่งเจตนาตนเอง

ทั้งนี้ เมื่อมีการแสดงออกซึ่งเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายหรือกว่านั้นขึ้นไป จึงเกิดเป็นสัญญาขึ้นและเมื่อในปัจจุบันมีการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาทั้งในรูปแบบกระดาษและในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ จึงจำเป็นที่ต้องมีการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายหลักเกณฑ์ และมาตรการต่างๆ ที่ใช้กับการทำสัญญาในรูปแบบดังกล่าว เพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้น

2.1 ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา

นิติกรรมเป็นเรื่องของการกระทำของบุคคลเพื่อจะก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิภายใต้หลักเกณฑ์และขอบเขตในเรื่องเสรีภาพของการแสดงเจตนา ดังนั้นในการศึกษาถึงเรื่องกฎหมายว่าด้วยสัญญา (Law of Contracts) ซึ่งเป็นนิติกรรม¹ อันเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป จะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมด้วย กล่าวคือต้องพิจารณาว่าในเรื่องสัญญานั้น ถ้ามีกฎหมายเรื่องสัญญาบัญญัติเอาไว้เป็นการเฉพาะแล้วก็ไม่ต้องนำเรื่องนิติกรรมซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปมาปรับใช้อีก เช่น ตามมาตรา 169 วรรคสอง อันเป็นเรื่องนิติกรรมบัญญัติให้คำเสนอที่ได้ส่งออกไปแล้วแม้ผู้เสนอตายคำเสนอนั้น ก็ยังคงผูกพัน กองมรดกของผู้เสนอ แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 360 อันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาได้บัญญัติยกเว้นหลักในเรื่องนิติกรรมเอาไว้ว่าคำเสนอจะไม่ผูกพันกองมรดก ถ้าฝ่ายผู้รับคำเสนอ “ได้รู้” ก่อนแล้วว่าผู้เสนอตาย เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเรื่องสัญญาเอาไว้ในบรรพ 2 ลักษณะ 2 ซึ่งประกอบไปด้วยเรื่องการก่อให้เกิดสัญญา เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วผลจะเป็นอย่างไร ก็จะมีเรื่องผลแห่งสัญญาบัญญัติเอาไว้ และเพื่อสร้างความมั่นใจว่าสัญญาได้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์ก็จะมีบทบัญญัติในส่วนของมัดจำได้กำหนดเอาไว้ และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วแต่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ก็จะมีบทบัญญัติในเรื่องของเบี้ยปรับวางหลักเอาไว้ให้กำหนดปรับกันอย่างไร เพื่อให้คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ไว้ต่อกัน

2.1.1 ความหมาย ลักษณะ และโครงสร้างของนิติกรรมสัญญา

2.1.1.1 ความหมายของสัญญา

นิติกรรม หมายถึง การกระทำของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจ สมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

¹ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร: เอร่าวันการพิมพ์, 2522), 247-248.

สัญญา หมายถึง นิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาสอดคล้องต้องกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เสนอ และอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้สนองรับ เมื่อคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกันสัญญาก็เกิดขึ้น และมีผลผูกพันคู่สัญญา

องค์ประกอบของสัญญามีลักษณะสำคัญดังนี้

1. ต้องมีคู่สัญญา กล่าวคือ ต้องมีบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาอย่างน้อยสองฝ่ายขึ้นไป แสดงเจตนาทำคำเสนอ และคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน ดังนั้นสัญญาจึงมีลักษณะของนิติกรรมหลายฝ่าย เนื่องจากหากการแสดงเจตนาเพียงฝ่ายเดียวจะไม่เกิดเป็นสัญญา แต่อาจจะเป็นได้แค่เพียงนิติกรรมอย่างหนึ่งเท่านั้น

2. ต้องมีคำเสนอและคำสนองสอดคล้องต้องกัน กล่าวคือ ทั้งสองฝ่ายจะต้องมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอ คำสนองที่ถูกต้องตรงกันจึงจะเกิดเป็นสัญญาขึ้น ในทางกลับกันถ้าหากคำเสนอคำสนองไม่ถูกต้องตรงกันแล้วสัญญาก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น นายดำต้องการขายรถยนต์ จึงทำคำเสนอขายไปยังนายแดง แต่ปรากฏว่านายแดงต้องการซื้อรถจักรยานยนต์ หากนายแดงทำคำสนองกลับมาว่าต้องการซื้อรถจักรยานยนต์ ดังนั้น สัญญาก็ย่อมไม่เกิดเพราะคำสนองที่ตอบกลับมาไม่ตรงกับคำเสนอที่ได้ให้ไว้

3. ต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญา หรือต้องมีประโยชน์สุดท้ายของการทำสัญญา กล่าวคือ ถ้าหากไม่มีวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาแล้วสัญญาก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น นายดำบอกกับนายแดงว่า “สนใจทำสัญญากันไหม” เช่นนี้สัญญาก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้เพราะไม่มีวัตถุประสงค์ว่าจะทำสัญญาอะไรต่อกัน

สำหรับวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือประโยชน์สุดท้ายของการทำสัญญานั้น อาจอยู่ในรูปของทรัพย์สิน เช่น การทำสัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าทรัพย์สิน หรือสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องวัตถุประสงค์จะต้องอยู่ในบังคับของบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมด้วย กล่าวคือ จะต้องไม่มีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือมีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย หรือต้องไม่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่นนายไก่ทำคำเสนอไปยังนายปลา เพื่อเสนอขายที่ดินบนดวงจันทร์ นายปลาแสดงเจตนาตกลงซื้อ หากพิจารณาตามหลักการข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่าเข้าเกณฑ์ข้อที่ 1 แล้ว กล่าวคือ มีทั้งคู่สัญญา อีกทั้งยังมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันตามหลักเกณฑ์ข้อ 2 แล้ว และมีวัตถุประสงค์ ตามข้อ 3 แต่เมื่อกลับไปพิจารณาในหลักการเรื่องนิติกรรมแล้วพบว่าสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่เป็นการพ้นวิสัย จึงมีผลเป็นโมฆะตามมาตรา 150 ไม่เกิดเป็นสัญญาขึ้น

2.1.1.2 การก่อให้เกิดสัญญา

โดยปกติหลักการก่อให้เกิดสัญญาจะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์เบื้องต้นต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความสามารถของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา หรือเรื่องความสามารถตามกรอบ

วัตถุประสงค์ของนิติบุคคล หรือเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาอันเป็นพื้นฐานในการทำนิติกรรมสัญญา จากนั้นจึงจะพิจารณาในเรื่องการทำข้อเสนอ คำสนองอันเป็นหลักกฎหมายในเรื่องของสัญญา ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

ข้อเสนอ

ข้อเสนอ หมายถึง นิติกรรมฝ่ายเดียวชนิดที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา อันเกิดขึ้นจากการที่บุคคลฝ่ายหนึ่งแจ้งให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง หรือต่อสาธารณะ เพื่อให้ทราบว่าจะมีความประสงค์จะผูกพันตนตามสัญญา และขอให้อีกฝ่ายหนึ่งสนองรับความประสงค์นั้นโดยการเข้าร่วมทำสัญญาด้วย

ลักษณะของข้อเสนอ เมื่อมีการแสดงเจตนาทำข้อเสนอแล้วย่อมมีผลต่อการเกิดขึ้นของสัญญา หรืออาจก่อให้เกิดความผูกพันในลักษณะอื่นๆ ตามกฎหมายได้ ซึ่งในการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาใดเป็นข้อเสนอหรือไม่สามารถพิจารณาได้จากหลัก 5 ประการดังนี้

(1) ข้อเสนอเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาจะมีผลเป็นข้อเสนอต่อเมื่อมีผู้รับการแสดงเจตนา ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่าได้มีการทำข้อเสนอไปยังบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า หรือทำข้อเสนอไปยังบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง และอีกฝ่ายที่ได้รับข้อเสนอต้องตอบคำสนองกลับมาภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้แล้วจึงจะมีผลเป็นสัญญา

(2) ข้อเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยวิธีที่ชัดเจน สำหรับวิธีการแสดงเจตนาอาจทำโดยการแสดงเจตนาโดยชัดเจน ซึ่งอาจทำด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้เพราะคำเสนอคือคำขอให้ทำสัญญา ดังนั้นคำเสนอจึงไม่อาจแสดงเจตนาโดยปริยายหรือโดยการนิ่งไม่ได้

(3) ข้อเสนอต้องมีข้อความชัดเจน และแน่นอน กล่าวคือ ผู้ทำข้อเสนอจะต้องแสดงเจตนาทำข้อเสนอโดยมีความชัดเจนและแน่นอน เช่น ข้อเสนอขายสินค้า ก็ต้องกล่าวอย่างชัดเจนในข้อเสนอว่าเป็นสินค้าประเภทไหน ราคา ขนาด ชนิด ปริมาณเท่าใด เป็นต้น และเมื่อข้อเสนอไปถึงผู้รับคำสนอง และถ้าฝ่ายนั้นพอใจจะทำสัญญาก็เพียงแต่ทำคำสนองกลับมา ก็จะเกิดเป็นสัญญาขึ้นได้ในทันที

แต่ในกรณีถ้าข้อความในข้อเสนอไม่ชัดเจนเพียงพอแล้ว ข้อความนั้นก็จะมีผลเป็นข้อเสนอ แต่จะเป็นเพียง “คำปรารภ” หรือ “คำทาบถาม” หรือ “คำเชื้อเชิญ” เพื่อให้อีกฝ่ายทำข้อเสนอมาเท่านั้น²

² พวงผกา บุญโสภากย์ และประสาน บุญโสภากย์, คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพฯ : ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษามหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2528), 247-248.

(4) คำเสนออาจจะแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเจาะจง หรือต่อสาธารณชนก็ได้ เช่น นายแดง เสนอขายรถยนต์ของตนต่อ นายดำ ในราคา 1,000,000 บาท ซึ่งมีลักษณะเป็นการเสนอต่อนายดำ เป็นการเฉพาะเจาะจง แต่ถ้านายแดง ประกาศขายรถยนต์ของตนในหนังสือพิมพ์ก็เป็นลักษณะของการทำเสนอที่ไม่เจาะจงว่าจะเสนอขายต่อใครคนใดคนหนึ่งเป็นการเฉพาะจึงเข้าลักษณะของการทำคำเสนอต่อสาธารณชน

(5) เมื่อมีคำเสนอไปแล้ว ผู้เสนอไม่มีสิทธิปฏิเสธ หรือเลือกปฏิบัติ กรณีนี้ถ้าเป็นการเสนอต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงก็ไม่ใช่ปัญหาเพราะเมื่อผู้เสนอทำคำเสนอไปยังบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงแล้วบุคคลผู้ได้รับคำเสนอเท่านั้นที่จะทำคำสนองกลับมาได้ แต่ถ้าเป็นการทำคำเสนอต่อสาธารณชนแล้วไม่ว่าจะเป็นบุคคลใดสนองกลับมาผู้เสนอก็จะปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาไม่ได้

คำสนอง

คำสนอง หมายถึง การที่บุคคลผู้รับคำเสนอแสดงเจตนาตอบรับทำสัญญาตามที่ผู้เสนอแสดงเจตนา³ ซึ่งคำสนองเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวชนิดที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา เช่นเดียวกับคำเสนอ ดังนั้น เมื่อพิจารณาเห็นได้ว่าคำสนองมีลักษณะ 4 ประการ⁴ ดังนี้

- (1) คำสนองเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา
- (2) คำสนองจะต้องแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือจะต้องเจตนาไปยังผู้เสนอจะทำคำสนองไปยังบุคคลอื่นไม่ได้
- (3) คำสนองจะต้องมีความความชัดเจนแน่นอนโดยไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ทั้งข้อความของคำสนองจะต้องมีความถูกต้องตรงกับคำเสนอ จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้แตกต่างไปจากคำเสนอไม่ได้ เพราะจะทำให้คำสนอนั้นกลายเป็นข้อต่อรอง หรือกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ ซึ่งถือว่าเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอ
- (4) คำสนอนั้นอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยการนิ่งก็ได้ ซึ่งแตกต่างไปจากเรื่องของคำเสนอเพราะคำเสนอจะต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเสมอ

ผลของคำสนอง

เมื่อมีการแสดงเจตนาทำคำสนอง กลับมายังผู้เสนอแล้วก็จะยอมส่งผลในทางกฎหมายอยู่ 3 ประการดังต่อไปนี้

³ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (นครหลวงกรุงเทพมหานครบุรี : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), 377.

⁴ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), 185

1. เมื่อมีการทำคำสนองกลับไปตามคำเสนอก่อนที่คำเสนอจะสิ้นความผูกพัน ก็จะทำให้เกิดสัญญาขึ้น

2. คำสนองจะถอนไม่ได้ เพราะเมื่อมีคำสนองแล้วก็จะเกิดเป็นสัญญาขึ้น การถอนคำสนองจึงเท่ากับเป็นการยอมให้มีการเลิกสัญญา เว้นแต่คำสนองซึ่งทำไปยังบุคคลผู้อยู่ห่างกันโดยระยะทางจะเกิดเป็นสัญญาขึ้นเมื่อมีการทำคำสนองนั้นไปถึงผู้เสนอ ดังนั้นก่อนที่ผู้เสนอจะได้รับคำบอกกล่าวสนองก็อาจบอกถอนเสียได้

3. คำเสนอไม่สิ้นความผูกพันเพราะเหตุผู้สนองตาย หรือตกเป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ โดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ซึ่งต่างกับกรณีของคำเสนอซึ่งถ้าผู้ทำเสนอตาย หรือตกเป็นคนไร้ความสามารถคำเสนอนั้นก็จะสิ้นผล

อย่างไรก็ตาม การทำคำสนองกลับไปยังผู้เสนอนั้นมิใช่จะทำให้เกิดสัญญาในทุกกรณีเสมอไป ถ้าคำสนองนั้นมาถึงล่วงเวลา หรือคำสนองนั้นไม่ตรงกับคำเสนอ ก็ไม่อาจเกิดสัญญาขึ้นได้

2.1.1.3 ประเภทของสัญญา

1. สัญญาต่างตอบแทนกับสัญญาไม่ต่างตอบแทน
2. สัญญามีค่าตอบแทนกับสัญญาไม่มีค่าตอบแทน
3. สัญญาประธานกับสัญญาอุปกรณ์
4. เอกเทศสัญญากับสัญญาไม่มีชื่อ
5. สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

2.1.1.4 ผลแห่งสัญญา

เมื่อสัญญาเกิดขึ้นและมีผลใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาแล้วก็จะเกิดหนี้แก่คู่สัญญาในการที่จะให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญา เช่น นายแดงตกลงซื้อบ้านจากนายดำ ราคา 3,000,000 บาท เช่นนี้นายดำมีหนี้ในการที่จะต้องส่งมอบบ้านให้แก่ นายแดง ส่วนนายแดงก็มีหนี้ในการที่จะชำระเงินให้แก่ นายดำ เป็นต้น โดยในเรื่องผลแห่งสัญญาสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) สัญญาต่างตอบแทน คือ สัญญาที่ก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหนี้ซึ่งจะต้องชำระแก่กัน ต่างฝ่ายต่างเป็นเจ้าของหนี้และลูกหนี้ต่อกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือต่างฝ่ายต่างมีสิทธิหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อกัน เช่น นายแดง ตกลงทำสัญญาซื้อขายรถยนต์ให้แก่ นายดำ ราคา 1,000,000 บาท นายแดงเป็นหนี้นายดำในการส่งมอบรถยนต์ ส่วนนายดำเป็นหนี้นายแดงในการชำระเงินค่ารถรถยนต์ 1,000,000 บาท

สัญญาต่างตอบแทนมีหลายชนิด เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาเช่าทรัพย์ สัญญาเช่าชื่อ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น

(2) สัญญาไม่ต่างตอบแทน คือ สัญญาที่มีลักษณะตรงกันข้ามกับสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือ มีคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวที่มีหนึ่งจะต้องชำระให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น สัญญาเช่า สัญญาฝากทรัพย์โดยไม่มีบำเหน็จค่าฝาก เป็นต้น

2.1.1.5 มัดจำและเบี้ยปรับ

เมื่อสัญญาได้เกิดขึ้น เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาว่าจะมีการปฏิบัติตามสัญญาต่อกันอย่างสมบูรณ์ จึงได้มีบทบัญญัติในส่วนของมัดจำกำหนดเอาไว้ ประกอบกับเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วแต่ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ก็มีบทบัญญัติในเรื่องของเบี้ยปรับเอาไว้ซึ่งเปรียบเสมือนบทลงโทษระหว่างคู่สัญญา เพื่อให้คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ไว้ต่อกันอย่างครบถ้วน

(1) มัดจำ (Earnest)

มัดจำ หมายถึง การชำระราคาของสินค้าบางส่วน หรือส่งมอบสินค้าบางส่วน เพื่อเป็นการแสดงถึงความผูกพันในสัญญาที่ได้ทำเอาไว้ ทั้งการที่ให้มีมัดจำถือเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำกันขึ้นแล้ว รวมทั้งมัดจำย่อมถือเป็นหลักประกันในการปฏิบัติตามสัญญา

1.1) ลักษณะทั่วไปของมัดจำ

1. เป็นสัญญาซึ่งเกิดจากการตกลงระหว่างคู่สัญญา กล่าวคือสัญญามัดจำเป็นสัญญาอุปกรณ์ ดังนั้นจึงต้องมีสัญญาประธานเกิดขึ้นก่อน แล้วจึงให้มัดจำกันตามสัญญาประธาน
2. คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ส่งมอบเงิน หรือทรัพย์สินอื่นให้ไว้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง
3. มัดจำเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญาได้ทำขึ้นแล้ว
4. มัดจำนั้นต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ซึ่งอาจเป็นเงิน หรือของมีค่าอื่น ดังนั้นโดยสภาพจึงต้องเป็นสังหาริมทรัพย์ เพราะถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์โดยสภาพแล้วไม่อาจส่งมอบ หรือรับกันได้

1.2) ผลแห่งการมัดจำ

1. ถ้าคู่สัญญาเจตนาตกลงกันไว้อย่างไร ก็เป็นไปตามเจตนาที่ตกลงกัน เช่น ให้เอามัดจำหักชำระหนี้รายอื่น ส่วนอีกครั้งหนึ่งให้ส่งคืน เป็นต้น
2. ถ้าไม่ได้ตกลงกันไว้ กฎหมายกำหนดให้มัดจำนั้นมีผลดังนี้
 - (1) ให้ส่งคืน หรือจัดเอาเป็นการใช้เงินบางส่วน ในเมื่อชำระหนี้
 - (2) ให้ริบ ถ้าฝ่ายที่วางมัดจำ ละเลยไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์อันหนึ่งซึ่งฝ่ายที่วางมัดจำต้องรับผิดชอบหรือถ้ามีการเลิกสัญญาเพราะความผิดของฝ่ายที่วางมัดจำนั้น
- (3) ให้ส่งคืน ฝ่ายที่รับมัดจำละเลยไม่ชำระหนี้ หรือการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัยเพราะพฤติการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งฝ่ายรับมัดจำต้องรับผิดชอบ

(2) เบี้ยปรับ (Penalty)

เบี้ยปรับ หมายถึง ค่าเสียหาย หรือค่าสินไหมทดแทนความเสียหายซึ่งคู่สัญญาได้กำหนดไว้ล่วงหน้า โดยที่ลูกหนี้ให้สัญญาว่าถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร ให้เจ้าหนี้เรียกเอาเบี้ยปรับนั้นได้ กรณีการชำระหนี้โดยงดเว้นอันใดอันหนึ่ง เมื่อลูกหนี้ฝ่าฝืนกระทำเมื่อใด เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกเบี้ยปรับได้นับแต่นั้น⁵

2.1) หลักเกณฑ์ของเบี้ยปรับ

1. คู่สัญญาจะกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชำระเบี้ยปรับหากไม่มีการชำระหนี้ตามสัญญา หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร

2. เบี้ยปรับอาจกำหนดเป็นเงิน หรือเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น

3. เบี้ยปรับเป็นกรณีที่ลูกหนี้ไม่ต้องส่งมอบเบี้ยปรับไว้แก่เจ้าหนี้ในขณะที่ทำสัญญา จึงเป็นเรื่องที่คู่สัญญาตกลงกันไว้เท่านั้น แต่ถ้าลูกหนี้จะส่งมอบเบี้ยปรับไว้แก่เจ้าหนี้ก็ได้

2.2) ผลแห่งเบี้ยปรับ กล่าวคือ เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกเบี้ยปรับได้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร เช่น นายแดงจ้างนายดำก่อสร้างบ้านกำหนดสร้างเสร็จภายใน 1 ปีนับแต่วันที่ทำสัญญา โดยมีการตกลงกำหนดเบี้ยปรับเอาไว้ว่า ถ้านายดำสร้างบ้านไม่เสร็จตามที่กำหนดไว้ในสัญญา นายดำจะต้องจ่ายค่าปรับเป็นเงิน วันละ 2,000 บาท เมื่อครบกำหนด 1 ปี ถ้านายดำไม่สามารถสร้างบ้านได้เสร็จตามกำหนดนายแดงก็ชอบเรียกเอาเบี้ยปรับได้

2.1.1.6 การเลิกสัญญา

1) สิทธิในการเลิกสัญญา มี 2 ประเภท ดังนี้

1.1) สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ในขณะทำสัญญา

1.2) สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ในกรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควร

2) หลักเกณฑ์ในการเลิกสัญญา

2.1) กรณีที่ระยะเวลาในการปฏิบัติตามสัญญาเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา และลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ในระยะเวลาอันนั้น เจ้าหนี้มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อน

2.2) กรณีการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ได้ เจ้าหนี้จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้

⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พิชการพิมพ์, 2523), 443-444.

3) ผลของการเลิกสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายเมื่อใช้สิทธิเลิกสัญญากันแล้ว มีผลทำให้แต่ละฝ่ายต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนมีสัญญาเกิดขึ้น แต่ทั้งนี้ เมื่อคู่สัญญาได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้วจะทำให้กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกไม่ได้ ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณา 3 ประการดังต่อไปนี้

1. คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม กล่าวคือ ใ้ทำอะไรมาตามสัญญาก็ต้องคืนให้อีกฝ่ายหนึ่ง แต่ถ้าคืนไม่ได้ก็ต้องชดเชยค่าเสียหาย

2. ถ้าทรัพย์สินที่ต้องใช้คืนเป็นเงิน ก็ต้องคืนเงินต้นพร้อมดอกเบี้ยโดยคิดดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่ได้รับต้นเงินนั้นไว้ ถ้าไม่มีการกำหนดดอกเบี้ยเอาไว้ก็ต้องคิดในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ตามมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3. ในส่วนของการงานอันได้กระทำ หรือยอมให้ใช้ทรัพย์สิน ซึ่งไม่อาจคืนกันได้ แต่กฎหมายกำหนดให้ใช้คืนด้วยเงินตามควรค่าแห่งการนั้น

ดังนั้น เมื่อคู่สัญญามีความประสงค์จะแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาระหว่างกันนั้น นอกจากจะต้องดำเนินการทางธุรกิจแล้ว ควรจะต้องมีการศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับข้อกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติตามสัญญา เพื่อมิให้เกิดปัญหาขึ้นในภายหลัง ไม่ว่าจะเป็นสัญญาในรูปแบบกระดาษที่ใช้โดยทั่วไปในปัจจุบัน หรือสัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ที่มีแนวโน้มจะใช้อย่างแพร่หลายมากขึ้นในอนาคต

2.1.2 วิวัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

สภาพการณ์ในปัจจุบันระบบเครือข่ายเทคโนโลยีสารสนเทศหรือ Internet เข้ามามีบทบาทในชีวิตประจำวันโดยได้มีการติดต่อสื่อสารผ่านเครือข่าย (Network) ที่เชื่อมถึงกันทั่วโลก การทำธุรกรรมทางธุรกิจในปัจจุบันจึงมีการนำเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารมาประยุกต์ใช้อย่างกว้างขวาง การทำธุรกรรมทางธุรกิจจากการใช้กระดาษจึงเปลี่ยนมาเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Commerce) หรือที่เรียกว่า พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E – Commerce) มากขึ้น ประเทศที่พัฒนาแล้วในหลายประเทศมีการพัฒนาไปไกลถึงรูปแบบที่เรียกว่า E-Business ซึ่งเป็นการดำเนินธุรกิจโดยอาศัยเทคโนโลยีด้านอิเล็กทรอนิกส์ (Internet) มาประยุกต์ใช้กับทุกกิจกรรมทางธุรกิจ ทั้งในส่วนหน้าร้านและหลังร้าน รวมทั้งมีการเชื่อมต่อกับองค์กรภายนอก เช่น ธนาคาร โดยใช้ระบบ Internet Banking หรือกับตัวแทนจำหน่าย โดยระบบ e-Supply Chain แล้วก้าวไปสู่ E-Economy กล่าวคือ เป็นเศรษฐกิจยุคใหม่หรือธุรกิจ digital อันเกิดจากกิจกรรมด้าน E-Business และ E-Commerce ที่ทำการซื้อขายผ่านเครือข่ายสารสนเทศ (Internet) จนทำให้ GDP ของประเทศที่พัฒนาแล้วมีมูลค่าของสินค้าที่จับต้องไม่ได้มีสัดส่วนเพิ่มมากขึ้น ซึ่งมีมูลค่าของสินค้า Digital หรือสินค้าที่จับต้องไม่ได้อยู่ในสัดส่วนเกินกว่าร้อยละ 80 ในขณะที่การดำเนินการมีต้นทุนที่ลดลง

เมื่อสังคมเริ่มเปลี่ยนไปสู่ยุคเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารจึงมีความจำเป็นที่จำต้องมีการพัฒนากฎหมายให้ทันต่อสภาพสังคมที่เปลี่ยนและเพื่อไม่ให้ระบบกฎหมายของ

ประเทศต่างๆ เกิดความแตกต่างกันมาก อันจะเกิดปัญหาในการทำธุรกรรมทางการค้าและบริการในการปรับใช้กฎหมายกับปัญหาที่เกิดขึ้น (Applicable law) หรือปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล (Jurisdiction of Court) คณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL) จึงได้จัดทำกฎหมายต้นแบบ หรือ Model Law ขึ้น เพื่อประสานความร่วมมือเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ รวมทั้งได้มีการรับรองผลในทางที่ก่อให้เกิดสัญญาทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในส่วนของคำเสนอ คำสนองและการแสดงเจตนาในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เกี่ยวกับการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

(1) การใช้ระบบอินเทอร์เน็ตในการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

ผู้ประกอบการสามารถใช้ระบบเชื่อมโยงของคอมพิวเตอร์ใน World Wide Web เป็นเครือข่ายธุรกิจทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้ผู้ใช้อื่นเข้าชมธุรกิจในเว็บไซต์ (website) ซึ่งมีการเชื่อมโยงข้อมูลเข้าด้วยกัน (Hypertext language) เป็นหน้าเอกสาร ซึ่งมีทั้งหน้าเอกสารที่เชื่อมโยงกัน (Hypertext documents) และเมื่อผู้ใช้ต้องการจะเข้าไปติดต่อทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ก็สามารถค้นได้โดยใช้ Web browser อันเป็นเว็บไซต์ ในการเชื่อมโยงเป็นเครือข่ายระหว่างผู้ซื้อกับเว็บไซต์ของผู้ขาย เมื่อเข้าสู่เว็บไซต์ของผู้ขายแล้ว ผู้ซื้อก็สามารถ Click Mouse เลือกสินค้าได้ตามต้องการ ซึ่งผู้ขายจะสร้างร้านค้าในอินเทอร์เน็ต(Internet store) เอาไว้ที่เชื่อมโยงกับข้อมูลที่เก็บเอาไว้ในรูปแบบต่างๆ

(2) การทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

เมื่อผู้ซื้อเข้าไปดูข้อมูลในร้านค้าในอินเทอร์เน็ต (Internet store) ที่ผู้ขายได้ทำเอาไว้ในเว็บไซต์ก็จะมีรายการสินค้า (Catalogue) พร้อมราคา และรายละเอียดของสินค้าและบริการเอาไว้ ผู้ซื้อก็สามารถ Click Icon หรือ ตัวอักษร ที่ต้องการสั่งระบบ สำหรับการตัดสินใจซื้อโดยผู้ซื้อสามารถทำการซื้อได้ 3 วิธีดังนี้

2.1) การสั่งซื้อในระบบ On-Line

ผู้ขายจะทำการซื้อขายกับผู้ซื้อโดยตรง การให้ผู้ซื้อซึ่งเป็นลูกค้ากรอกแบบฟอร์มระบุสินค้าที่ต้องการซื้อรวมทั้งข้อความ สัญญา รายละเอียดในการชำระเงิน โดยใช้บัตรเครดิต จากนั้นข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ก็จะเชื่อมโยงโดยตรงแบบ On-line กับผู้ขายในเว็บไซต์ของระบบอินเทอร์เน็ต

2.2) การสั่งซื้อผ่านเครือข่ายช้อปปิ้ง (Shopping network)

การทำสัญญาซื้อขายระบบนี้จะมีการรวมกลุ่มกันเป็นเครือข่ายของ Internet stores เพื่อกระตุ้นให้เกิดการซื้อขาย โดยแบ่งออกได้เป็น 2 แบบ คือ

1. แบบเครือข่ายซึ่งอนุญาตให้ลูกค้าที่ซื้อขายผ่านทางอินเทอร์เน็ตสามารถ Browse เลือกซื้อสินค้าได้ตามต้องการ

2. แบบไม่อนุญาตให้ผ่านเครือข่ายโดยตรง เพียงแต่หากผู้ซื้อจะเข้าสู่เครือข่ายจะต้องลงทะเบียนเสียก่อน ในทะเบียนจะประกอบไปด้วยรายละเอียดส่วนตัวของผู้ซื้อ เช่น เลขที่สัญญา ที่อยู่ E-mail Address และเมื่อลงทะเบียนเสร็จแล้ว ก็จะได้รับการจัดส่งลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Digital signature) ไปให้กับผู้ซื้อเพื่อให้สามารถเข้าไปยังเครือข่ายร้านค้าในอินเทอร์เน็ต (Internet store) หรือเพื่อดูรายการสินค้า

เมื่อผู้ซื้อได้เลือกสินค้าแล้วก็ต้องส่งรายละเอียดเกี่ยวกับบัตรเครดิต ไปยังเครือข่ายช้อปปิ้ง (Shopping network) จากนั้นเครือข่ายช้อปปิ้งก็จะส่งสัญญามาให้ดู หากลูกค้าประสงค์จะซื้อสินค้า ก็จะต้องตกลงไปตามสัญญา ระบบข้อมูลของร้านค้าในอินเทอร์เน็ตก็จะเก็บข้อมูลเอาไว้ กล่าวคือ กรณีที่ลูกค้าให้รายละเอียดของบัตรเครดิตเอาไว้แล้วการทำสัญญาซื้อขายก็เสร็จสมบูรณ์ทาง On-line แต่ถ้ายังไม่ส่งรายละเอียดบัตรเครดิตก็ต้องชำระโดยบัตรเครดิตอีกในทีหลัง

2.3) การสั่งซื้อทางโทรศัพท์ (Toll free ordering)

การสั่งซื้อวิธีนี้จะใช้เว็บไซต์ (Website) เพื่อการโฆษณาสินค้าโดยที่หน้าต่างของเว็บไซต์จะให้เบอร์โทรติดต่อเอาไว้ เพื่อให้ผู้ซื้อสามารถโทรไปสั่งซื้อสินค้าที่ร้านค้าในอินเทอร์เน็ต (Internet store) ส่วนการชำระเงินจะใช้วิธีการชำระด้วยเช็ค หรือชำระโดยการบอกหมายเลขบัตรเครดิตก็แล้วแต่ความพอใจของลูกค้า

(3) การทำคำเสนอทางอินเทอร์เน็ต

การก่อให้เกิดสัญญาทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับการทำสัญญาทั่วไป อันเกิดจากการที่มีคำเสนอ คำสนองถูกต้องตรงกันจึงจะเกิดเป็นสัญญาขึ้น แต่ในทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีปัญหาว่าสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใด เพราะเราอยู่ในยุคของการทำคำเสนอ คำสนองโดยผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet) อันเป็นยุคดิจิทัล (Digital) ซึ่งต่างกับการทำคำเสนอ คำสนองในยุคที่ใช้กระดาษ หรือโทรศัพท์ หรือโทรเลข อันเป็นเทคโนโลยี ในแบบเดิม

3.1) วิธีการทำคำเสนอทางอินเทอร์เน็ต

เมื่อพิจารณาตามหลักทั่วไปแล้วจะเห็นได้ว่าการทำคำเสนอทางอิเล็กทรอนิกส์ มีลักษณะการทำคำเสนอต่อสาธารณะ ซึ่งมีหลักการเช่นเดียวกับการทำคำเสนอในเรื่องสัญญาทั่วๆ ไป กล่าวคือ การส่งรูปของสินค้าทางเว็บไซต์เพียงอย่างเดียวไม่เป็นการเพียงพอ จะต้องมียรายละเอียด เช่น ขนาด ราคา ชนิด ประเภท หน้าหนักของสินค้าให้ชัดเจน อันสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเจตนาที่จะทำคำเสนออาจแบ่งได้ 2 วิธี ดังนี้

1. คำเสนอทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail message of offer) ผู้ซื้อสามารถทำคำเสนอได้โดยการส่งไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือ E-mail ไปยังร้านค้าในอินเทอร์เน็ต เพื่อขอรายละเอียดของสินค้าที่ต้องการซื้อ จากนั้นร้านค้าในอินเทอร์เน็ต ก็จะส่ง

รายละเอียดของสินค้า พร้อมราคาที่เสนอขายมาให้ผู้ซื้อ ซึ่งรายการที่ร้านค้าในอินเทอร์เน็ตส่งมานี้ถือว่ามีลักษณะเป็นคำเสนอ

2. คำเสนอทางเว็บเพจ (Web Page) ก็เช่นเดียวกับคำเสนอทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือ ต้องมีรายละเอียดที่เพียงพอให้เกิดการตกลง จึงเป็นเรื่องทางเทคนิคที่ทางร้านค้าในอินเทอร์เน็ตจะต้องระมัดระวังในการสร้างเว็บเพจด้วยว่าต้องการให้เกิดผลในทางกฎหมายเป็นประการใด หากต้องการให้เป็นคำเสนอก็กล่าวรายละเอียดเอาไว้อย่างชัดเจนในทางกลับกันถ้าไม่ต้องการให้เป็นคำเสนอก็ไม่ควรกล่าวรายละเอียดเอาไว้

3.2) ผลของคำเสนอ

ในการทำคำเสนอในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นลักษณะของการทำคำเสนอ คำสนองของผู้ที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง เพียงแต่ใช้ระบบอินเทอร์เน็ตเป็นตัวกลางในการส่งเจตนา อย่างไรก็ตามการทำคำเสนอไปยังลูกค้าของร้านค้าในอินเทอร์เน็ตหากมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองเอาไว้ก็อาจถอนคำเสนอของตนเสียได้ โดยการส่งไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) หรือการบอกถอนเจตนาด้วยวิธีการธรรมดาก็ได้

(4) การเกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

เมื่อมีการติดต่อทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ มิใช่เป็นแค่การติดต่อค้าขายกันภายในประเทศเท่านั้น แต่เป็นการติดต่อทำธุรกรรมโดยมีการติดต่อกันระหว่างประเทศด้วย แต่อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ มีความแตกต่างกัน แต่ในทางทฤษฎีการเกิดสัญญาในประเทศต่างๆ ในโลกที่มีความแตกต่างกันซึ่งสามารถแบ่งเป็นทฤษฎีที่สำคัญได้ 4 ทฤษฎีดังนี้

1. ทฤษฎีเจตนาเผยออก (Theory of Utterance) เป็นทฤษฎีที่ถือว่าเมื่อผู้แสดงเจตนาเผยการแสดงเจตนาของเขาออกมาให้ปรากฏก็ทำให้การแสดงเจตนา นั้นสมบูรณ์ เช่น ผู้ให้เช่าเขียนจดหมายแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาเช่า เมื่อเขียนเสร็จแล้วการบอกเลิกสัญญาเช่านั้นก็สมบูรณ์ ถึงแม้จดหมายฉบับนั้นจะยังไม่ถูกส่งออกไปก็ตาม

2. ทฤษฎีส่งเจตนา (Theory of Dispatch) เป็นทฤษฎีที่ถือหลักว่าเมื่อมีการแสดงเจตนาออกมาแล้ว จะมีผลสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้ส่งการแสดงเจตนาไปแล้ว เช่น บอกเลิกสัญญาเช่าทางไปรษณีย์ เจตนาจะสมบูรณ์เมื่อได้หย่อนจดหมายบอกเลิกสัญญาลงในตู้ไปรษณีย์แล้ว ทฤษฎีนี้มาจากหลัก "The Mailbox Rule" ประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา⁶

3. ทฤษฎีรับเจตนา (Theory of Reception) เป็นทฤษฎีที่ถือว่าผลสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาจะมีผลต่อเมื่อการแสดงเจตนาไปถึงมือผู้รับแล้ว เช่น การบอกเลิกสัญญาเช่าจะมีผลสมบูรณ์เมื่อจดหมายบอกเลิกสัญญาเช่าไปถึงบ้านผู้รับแล้วเพียงแค่ออยู่ใน

⁶ ฌูร์จักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา "The Mailbox Rule" บทบัญญัติ 37, 4 (2523): 631-639.

ตู้ไปรษณีย์หน้าบ้าน แม้จะยังไม่เปิดอ่านจดหมายก็ตาม ทฤษฎีนี้ตรงกับหลักกฎหมายของประเทศไทย รวมถึงประเทศเยอรมนีด้วย

4. ทฤษฎีรับทราบเจตนา (Theory of perception) เป็นทฤษฎีที่ถือหลักว่าการแสดงเจตนาจะมีผลสมบูรณ์เมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้ทราบถึงการแสดงเจตนา นั้น เช่น การแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาเช่า การแสดงเจตนาจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อผู้รับจะต้องได้อ่านและทราบข้อความในจดหมายบอกเลิกสัญญาแล้ว การบอกเลิกสัญญาจึงมีผลสมบูรณ์

จากทฤษฎีข้างต้นเห็นว่าการเกิดสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยจึงใกล้เคียงกับหลักทฤษฎีรับเจตนา กล่าวคือ พิจารณาว่าเมื่อมีการตอบรับการสนองเจตนาไปถึงร้านค้าในอินเทอร์เน็ต (Internet Store) แม้จะยังไม่เปิดอ่านข้อมูลจากฐานข้อมูลก็ต้องถือว่าสัญญานั้นได้เกิดขึ้นแล้ว ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดให้การแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอที่กระทำต่อบุคคลที่มีได้อยู่เฉพาะหน้าให้มีผลผูกพันนับตั้งแต่วันที่การแสดงเจตนาดังกล่าวไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา นั้น

อย่างไรก็ตาม ในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้นำไปใช้ในการซื้อขายสินค้าหรือบริการระหว่างประเทศด้วย ดังนั้นการเกิดสัญญาก็ต้องพิจารณาว่าประเทศที่ได้รับคำสั่งนั้นใช้ทฤษฎีอะไร เช่น ห้างแฮร์รอดส์ (Harrods) ซึ่งอยู่ในประเทศอังกฤษได้ทำคำสั่งซื้อขายสินค้าผ่านทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ นายปลาซึ่งอยู่ในประเทศไทยเกิดความสนใจอยากซื้อเสื้อที่อยู่ในห้างแฮร์รอดส์ จึงได้ทำการติดต่อซื้อสินค้าจากห้างแฮร์รอดส์ ในประเทศอังกฤษโดยทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet) ดังนั้น สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใด ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะต้องใช้หลัก "The Mailbox Rule" เพียงแค่นายปลาส่งข้อมูลการซื้อ (Enter) สัญญาที่เกิดขึ้นแล้วโดยไม่ต้องพิจารณาว่าข้อมูลการซื้อนั้นได้เข้าไปอยู่ในระบบของห้างแฮร์รอดส์ แล้วหรือไม่ หรือกรณีคนอังกฤษ ซื้อสินค้าผ่านทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หากซื้อสินค้าในประเทศเยอรมันก็ต้องใช้ทฤษฎีรับเจตนา กล่าวคือ ข้อมูลการตัดสินใจซื้อ หรือการทำคำสั่งนั้นจะต้องเข้าไปอยู่ในระบบฐานข้อมูลของผู้เสนอก่อนนั่นเอง แม้จะไม่ได้เปิดข้อมูลออกอ่านก็ตาม ก็ถือได้ว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว เนื่องจากควรจะต้องถือตามหลักทฤษฎีของประเทศของผู้รับคำสั่งเป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตามการนำมาปรับใช้อาจจะใช้ได้ในกรณีการติดต่อแบบการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Data Interchange: EDI) อันเป็นระบบสื่อสารโดยใช้รหัสมาตรฐานในระหว่างคู่สัญญาที่ตกลงแลกเปลี่ยนข้อมูลทางธุรกิจตามระบบที่กำหนดกันไว้ (Protocol) ซึ่งมักจะนิยมใช้ในกรณีที่จำเป็นต้องติดต่อกันอยู่เสมอ เช่นธุรกิจท่องเที่ยว ธุรกิจธนาคาร และสถาบันการเงิน อันเป็นระบบ On-line กันโดยตรง แต่ในระบบการติดต่อกันโดยทั่วไป ปัจจุบันกฎหมายได้ให้การรับรองสถานะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยการรับรองสถานะของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ด้วย

นอกจากนี้ การแสดงเจตนาเกิดเป็นสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศนั้น ได้มีการกำหนดหลักการไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ใน

สัญญาระหว่างประเทศ (United Nations Convention on The Use of Electronic Communications in International Contracts) ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อเสริมหลักการในการดำเนินธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายแม่แบบ (Model Law) ทั้ง 2 ฉบับ กล่าวคือ กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Model Law on Electronic Commerce) และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Model Law on Electronic Signatures) ซึ่งหลักการสำคัญคือการรองรับผลทางกฎหมายของการแสดงเจตนาที่ทำโดยระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในขั้นตอนของการเกิดสัญญาที่ไม่มีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้อง เนื่องจากอาจจะมีข้อโต้แย้งกันว่าการแสดงเจตนาที่ทำโดยระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีผลเป็นการแสดงเจตนาตามกฎหมายหรือไม่ รวมทั้งการกำหนดผลทางกฎหมายของคำเสนอที่ทำในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ได้ส่งถึงบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง ให้มีผลเป็นเพียงคำเชิญชวนเพื่อทำคำเสนอ เช่น การซื้อขายสินค้าผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ต โดยให้ถือว่าผู้ที่ขายแสดงสินค้าบนหน้าจอในระบบอินเทอร์เน็ตนั้น ถือเป็นเพียงการเชิญชวนเพื่อให้ผู้ซื้อแสดงเจตนาทำคำเสนอ เท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ อีกทั้งเพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคไม่ให้อัตโนมัติตกอยู่ภายใต้ความผูกพันจากการตอบรับการแสดงเจตนาในลักษณะดังกล่าว ดังนั้น การพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายภายในของไทยให้มีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดในอนุสัญญาว่าด้วยการใช้การติดต่อสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (United Nations Convention on The Use of Electronic Communications in International Contracts) จะเป็นการส่งเสริมให้เกิดความเชื่อมั่นในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มากยิ่งขึ้น

2.2 รูปแบบของสัญญา

นับแต่อดีตคู่สัญญามีความประสงค์จะแสดงเจตนาผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกันขึ้นโดยได้จัดทำเป็นสัญญาในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นแผ่นหิน แผ่นดินเหนียว แผ่นโลหะ ไข่มุก รวมถึงวัสดุต่างๆ ซึ่งหากวัสดุเหล่านั้นสามารถสื่อถึงเจตนาระหว่างกันได้ก็ถือเป็นสัญญาที่มีผลใช้บังคับระหว่างกันได้ อย่างไรก็ตามสิ่งที่ถูกนำมาใช้บันทึกเป็นสัญญาและเป็นที่ยอมรับหลายมากที่สุดในปัจจุบันมี 2 รูปแบบด้วยกัน กล่าวคือ สัญญาในรูปแบบเอกสาร และสัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์

2.2.1 สัญญาในรูปแบบเอกสารธรรมดา

กระดาษ หมายถึง วัตถุเป็นแผ่นบางๆ โดยมากทำจากใยเปลือกไม้ ฟาง หญ้า หรือเศษผ้า เป็นต้น ใช้เขียนหรือพิมพ์หนังสือ หรือห่อของ และอื่นๆ⁷ ทั้งนี้วิวัฒนาการของ

⁷ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. (กรุงเทพมหานคร : นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น, 2546), 32.

กระดาษมีประวัติศาสตร์ความเป็นมาที่ยาวนาน เชื่อกันว่ามีการใช้กระดาษครั้งแรก ๆ โดยชาวอียิปต์โบราณและชาวจีนโบราณ กระดาษของชาวอียิปต์โบราณจะผลิตจากหญ้าที่เรียกว่า ปาปิรุส (papyrus) จึงเรียกว่ากระดาษปาปิรุส ซึ่งถูกนำไปใช้ในการจารึกบทสวดและคำสาบาน บรรลุไว้ในพีระมิดของอียิปต์ (ราว 3,000 ปีก่อนคริสตกาล) ส่วนกระดาษของชาวจีนโบราณถูกผลิตขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อราว ค.ศ. 105 โดยนายไซหลุน (Ts' ai Lun) โดยกระดาษจะถูกผลิตมาจากเศษผ้าฝ้าย ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนากระบวนการผลิตและได้รับความนิยมไปทั่วโลกจนถึงปัจจุบัน

วัตถุประสงค์หลักของการสร้างกระดาษในยุคแรก ๆ ก็เพื่อการจดบันทึกทั้งสิ้น จึงกล่าวได้ว่า ระบบการเขียนคือแรงผลักดันให้เกิดการผลิตกระดาษขึ้นในโลก แม้ว่าในปัจจุบันกระดาษจะมีการนำไปใช้ในวัตถุประสงค์อื่นๆ แต่การเขียนหรือบันทึกเรื่องราวก็ยังคงเป็นวัตถุประสงค์หลักของการใช้กระดาษ

เมื่อพิจารณาถึงคุณสมบัติของกระดาษ จะเห็นได้ว่า กระดาษเป็นวัสดุที่นำมาใช้เป็นเอกสารเพื่อการบันทึกข้อมูลต่างๆ ที่มีประสิทธิภาพยิ่ง เนื่องจากมีน้ำหนักเบาสามารถเคลื่อนย้ายได้ง่าย การบันทึกข้อมูลก็สามารถทำได้ไม่ยุ่งยาก และมีอายุการเก็บข้อมูลได้ค่อนข้างนาน นอกจากนี้ในการใส่เนื้อความแห่งสัญญาลงในกระดาษก็สามารถกำหนดรูปแบบหรือการลงสัญลักษณ์ที่มีลักษณะพิเศษอันเป็นเอกลักษณ์ เพื่อระบุที่มาของสัญญา ประเภทของสัญญา รวมถึงสาระสำคัญของข้อสัญญาลงในกระดาษได้อีกด้วย

สำหรับสัญญาที่ทำในรูปแบบกระดาษ สามารถพิจารณาตามวิธีการจัดทำโดยแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทที่ 1 การทำสัญญาที่มีการบันทึกข้อความโดยการเขียนหรือพิมพ์ด้วยมือลงบนกระดาษโดยตรง เช่น สัญญาที่เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรโดยปากกาหรือสัญญาที่พิมพ์จากเครื่องพิมพ์ดีด เป็นต้น

ประเภทที่ 2 การทำสัญญาที่มีการบันทึกข้อความผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ก่อนพิมพ์ออกมาในรูปกระดาษ เช่น สัญญาที่พิมพ์จากเครื่องโทรสาร (FAX) หรือสัญญาที่พิมพ์ผ่านทางคอมพิวเตอร์ก่อนพิมพ์ออกมาในรูปกระดาษโดยเครื่องพิมพ์เอกสาร (Printer) เป็นต้น

ดังนั้น ประเภทของการทำสัญญาในปัจจุบันยังคงปรากฏอยู่ทั้ง 2 ลักษณะ โดยในรูปแบบแรกเป็นรูปแบบที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิม ซึ่งนับแต่ได้มีการพัฒนาระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งช่วยให้การสร้าง บันทึก แก้ไข และจัดเก็บข้อความของข้อมูลสามารถทำได้ง่าย และมีประสิทธิภาพ และที่สำคัญคือ ในการจัดพิมพ์สัญญาในรูปแบบกระดาษก็สามารถทำได้อย่างรวดเร็วทำให้การทำสัญญาในประเภทที่สองได้รับความนิยมอย่างรวดเร็ว และกลายเป็นรูปแบบในการทำสัญญาส่วนใหญ่ในปัจจุบัน แต่ต้องมีการพิมพ์สัญญาออกมาโดยเครื่องพิมพ์เอกสาร (Printer) เพื่อให้คู่สัญญาได้ทำการลงลายมือชื่อซึ่งจะทำให้สัญญานั้นมีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาและมีผลผูกพันตามกฎหมาย

ทั้งนี้ การทำสัญญาในรูปแบบกระดาษสามารถจัดทำได้ง่าย ประกอบกับการทำธุรกรรมในปัจจุบันมีความซับซ้อนมากขึ้น ทำให้สัญญาในรูปแบบกระดาษถูกจัดทำเพิ่มมากขึ้นอย่างรวดเร็ว ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาภาระในการบริหารจัดการและจัดเก็บสัญญาในรูปแบบกระดาษกับองค์กรและหน่วยงานต่างๆ เป็นอย่างมาก

2.2.2 สัญญาในรูปแบบเอกสารอิเล็กทรอนิกส์

สัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ถือได้ว่าเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนา สอดคล้องต่อกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เสนอและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้สนองรับเจตนาเพื่อมุ่งก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งนิติสัมพันธ์ โดยใช้วิธีการ สร้าง ส่ง รับ เก็บรักษา หรือประมวลผลด้วยวิธีทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมด หรือแต่บางส่วน ซึ่งสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อาจอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในหลายลักษณะ เช่น อักษร ภาพ และเสียง แต่จะมุ่งเน้นถึงเจตนาที่แสดงออกมาเป็นตัวอักษรอันสามารถเป็นหลักฐานแห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาได้ อีกทั้งจัดเป็นข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อยู่ภายในระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งจับต้องไม่ได้ในทางกายภาพ ดังนั้น เพื่อให้เข้าถึงหรือจับต้องหรือกระทำการใดๆ กับสัญญาดังกล่าวในทางกายภาพ ในท้ายสุดผู้ใช้งานส่วนใหญ่จึงต้องทำการพิมพ์ออกมาในรูปแบบเอกสารกระดาษซึ่งถือเป็นรูปแบบทั่วไปของการทำสัญญาที่ถูกสร้างขึ้นในปัจจุบัน

เทคโนโลยีที่ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องในหลายๆ ด้าน เช่น การพัฒนาเทคโนโลยีระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ (Computer Networks) ซึ่งช่วยให้สัญญาที่สร้างขึ้นด้วยระบบคอมพิวเตอร์สามารถจัดส่งไปยังปลายทางได้ในทันที ไม่จำเป็นต้องพิมพ์สัญญาดังกล่าวออกมาในรูปแบบกระดาษเพื่อจัดส่งด้วยวิธีการทางกายภาพอีก หรือการพัฒนาเทคโนโลยีด้านการแสดงผล (Display Technology) ที่ช่วยให้เนื้อความในสัญญามีความชัดเจนและผู้ใช้สามารถอ่านได้ง่ายไม่แตกต่างจากการอ่านเนื้อความในสัญญาที่ถูกทำขึ้นด้วยกระดาษทั่วไป หรือการพัฒนาเทคโนโลยีด้านลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์และการรักษาความมั่นคงปลอดภัยในเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ที่ช่วยในการพิสูจน์ตัวตนและความถูกต้องครบถ้วนของเนื้อความในสัญญา เป็นต้น ช่วยให้การใช้งานสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการใช้งานเอกสารกระดาษ ดังนั้น ผู้ใช้จึงไม่จำเป็นต้องมีการพิมพ์สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ออกมาในรูปแบบกระดาษก็สามารถลงลายมือชื่อและจัดส่งไปยังปลายทางได้ และเมื่อไม่มีการจัดพิมพ์สัญญาในรูปแบบกระดาษอีก ปัญหาภาระค่าใช้จ่ายในการจัดเก็บเอกสารสัญญาก็ย่อมหมดไป และด้วยประโยชน์และประสิทธิภาพที่กล่าวมาข้างต้นทำให้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ได้รับความนิยมแพร่หลายอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้รูปแบบการดำเนินชีวิตและการดำเนินธุรกิจในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปจากอดีตมากขึ้น โดยแนวโน้มการทำธุรกรรมในอนาคตจะกระทำผ่านทางระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์หรือระบบอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น ซึ่งหมายความว่าสัญญาที่สร้างขึ้นในรูปแบบกระดาษจะลดลงไป

นอกจากนี้ กรณีมีการทำธุรกรรมโดยใช้เสียงพูดโต้ตอบกันทางโทรศัพท์พื้นฐาน (fixed telephone line) จะถือเป็นการทำคำเสนอคำสนองอันเกิดเป็นสัญญาอิเล็กทรอนิกส์รูปแบบหนึ่งหรือไม่ เนื่องจากเทคโนโลยีที่ทำให้โทรศัพท์ติดต่อสื่อสารกันได้คือ การใช้สัญญาณไฟฟ้า (electric signals) โดยผ่านเครือข่ายโทรศัพท์ที่สลับซับซ้อน จึงต้องถือเป็นการประยุกต์ใช้วิธีการอิเล็กทรอนิกส์ คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า หรือวิธีอื่นใดในลักษณะคล้ายกันตามนิยามความหมายของคำว่า “อิเล็กทรอนิกส์” ตามมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น การทำธุรกรรมผ่านทางโทรศัพท์พื้นฐานจึงถือได้ว่าเป็น คำเสนอคำสนองอันเกิดเป็นสัญญาอันเป็นการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ตามความหมายของ พ.ร.บ. ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวแล้ว⁸

ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่าธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของ พ.ร.บ. ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงการทำธุรกรรมที่ทำผ่านโทรศัพท์มือถือไม่ว่าจะเป็นการส่งหรือรับข้อความเป็นตัวอักษร ตัวเลข เสียง หรือภาพ และธุรกรรมที่ทำผ่านโทรศัพท์พื้นฐาน ซึ่งเป็นการส่งหรือรับข้อความเสียงโต้ตอบ แต่อาจมีปัญหาในด้านพยานหลักฐานสำหรับการส่งข้อความเสียงพูดโต้ตอบเพราะไม่มีการบันทึก แต่หากใช้สิ่งบันทึกเสียงพูดโต้ตอบทางโทรศัพท์มือถือหรือโทรศัพท์พื้นฐาน เสียงที่บันทึกในสิ่งบันทึกเสียงก็อาจนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ได้ว่าได้มีการใช้เสียงพูดโต้ตอบตกลงกันเป็นสัญญาผ่านทางโทรศัพท์มือถือหรือโทรศัพท์พื้นฐานได้ แต่จะมีน้ำหนักเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับความน่าเชื่อถือของลักษณะหรือวิธีการที่ใช้สร้างและเก็บรักษา เนื่องจากอาจมีการใช้เทคโนโลยีในการตัดต่อเสียง ที่บันทึกได้⁹

อย่างไรก็ตาม การทำสัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์แทนกระดาษก็อาจก่อให้เกิดปัญหาได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากมีประเด็นในเรื่องความมั่นคงปลอดภัยของเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย รวมทั้งกรณีการระบุตัวตนของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา เพื่อให้สามารถพิสูจน์ความผูกพันระหว่างคู่สัญญาและพิสูจน์ว่าเมื่อเกิดเป็นสัญญาขึ้นแล้วเนื้อความแห่งสัญญาจะไม่มี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ผิดไปจากเจตนาเดิมในภายหลัง โดยอาจมีการลงลายมือชื่อดิจิทัล (Digital Signature) เพื่อเป็นการรับรองว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมานั้นเป็นข้อมูลที่ส่งโดยคู่สัญญาจริง และใช้ลายมือชื่อดิจิทัลนี้ใช้ในการตรวจสอบข้อมูลว่ามีการปลอมแปลงในระหว่างขั้นตอนการส่งหรือไม่ เพื่อทำให้มั่นใจได้ว่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมานั้นเป็นของคู่สัญญาจริง และไม่มีการปลอมแปลงข้อมูลระหว่างขั้นตอนการส่ง รวมถึงการเข้ารหัสลับ (Encryption) ซึ่งเป็นการแปรรูปข้อมูลธรรมดาให้อยู่ในรูปของข้อมูลที่ไม่สามารถอ่านเข้าใจได้ เพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลอื่นที่ไม่

⁸ ชาวลิต อรรถศาสตร์, คำอธิบายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), 84-85.

⁹ เรื่องเดียวกัน, 25.

เกี่ยวข้องกับลวงรู้ข้อมูล¹⁰ เป็นต้น ดังนั้น จึงควรทำการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์ควบคู่กันไปด้วย

2.3 โครงสร้างพื้นฐานของระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

คอมพิวเตอร์ มาจากภาษาลาตินว่า “Computer” หมายถึง การนับหรือการคำนวณ โดยทั่วไปแล้วเครื่องคำนวณที่มีส่วนประกอบเป็นเครื่องกลหรือเครื่องไฟฟ้าต่างก็จัดเป็นคอมพิวเตอร์ได้ทั้งสิ้น เช่น ลูกคิดที่เคยใช้กันในร้านค้า ไม้บรรทัดคำนวณ (Slide rule) ซึ่งถือเป็นเครื่องมือประจำตัววิศวกรในอดีต หรือเครื่องคิดเลข เป็นต้น

ในปัจจุบันความหมายของคอมพิวเตอร์จะระบุเฉพาะเจาะจง หมายถึง เครื่องคำนวณอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถทำงานคำนวณผลและเปรียบเทียบค่าตามชุดคำสั่งด้วยความเร็วสูงอย่างต่อเนื่องและอัตโนมัติ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้คำจำกัดความของคอมพิวเตอร์ไว้ว่า คือ เครื่องอิเล็กทรอนิกส์แบบอัตโนมัติ ทำหน้าที่เสมือนสมองกล ใช้สำหรับแก้ปัญหาต่างๆ ทั้งที่ง่ายและซับซ้อน โดยวิธีทางคณิตศาสตร์

คอมพิวเตอร์จัดเป็นอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้ทำงานแทนมนุษย์ในด้านการคิดคำนวณ และสามารถจำข้อมูลทั้งตัวเลขและตัวอักษรได้เพื่อการเรียกใช้งานในครั้งต่อไป นอกจากนี้ยังสามารถจัดการกับสัญลักษณ์ได้ด้วยความเร็วสูง โดยปฏิบัติตามขั้นตอนของโปรแกรม คอมพิวเตอร์ยังมีความสามารถในด้านต่างๆ อีกมาก เช่น การเปรียบเทียบทางตรรกศาสตร์ การรับส่งข้อมูล การจัดเก็บข้อมูลในเครื่องและสามารถประมวลผลจากข้อมูลต่างๆ ได้

ส่วนประกอบของเครื่องคอมพิวเตอร์

ระบบคอมพิวเตอร์ (Computer System) ประกอบด้วยหน่วยการทำงาน 3 ระบบร่วมกัน ได้แก่ส่วนที่เป็นตัวเครื่อง หรือคอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์ (Computer Hardware) ส่วนที่เป็นโปรแกรม หรือคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ (Computer Software) ซึ่งทำหน้าที่ร่วมกันในการประมวลผลข้อมูล และส่วนที่เป็นบุคลากรทางคอมพิวเตอร์ (Peopleware)

1) คอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์ (Computer Hardware) หมายถึง ตัวเครื่องคอมพิวเตอร์ ตลอดจนเป็นอุปกรณ์อื่นๆ ที่ต่อเข้ากับตัวเครื่องคอมพิวเตอร์เพื่อใช้ในการประมวลผลข้อมูล

2) คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ (Computer Software) หมายถึง ส่วนประกอบของระบบคอมพิวเตอร์ที่เป็นคำสั่งหรือชุดคำสั่งที่นำมาใช้กับเครื่องคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานหรือได้รับผลอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือที่เรียกว่า “โปรแกรมคอมพิวเตอร์”

¹⁰ รัฐพงศ์ สงเนียม, ความปลอดภัยของสารสนเทศ [Online], 12 มิถุนายน 2555. แหล่งที่มา www.siam2dev.com/E_Learning/.../Lec04_PKI_infrastruct.ppt

3) บุคลากรทางคอมพิวเตอร์ (Peopleware) หมายถึง บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำงานด้านคอมพิวเตอร์ เช่น ผู้บริหารคอมพิวเตอร์ นักออกแบบระบบ (System Designer) นักโปรแกรมระบบ (System Programmer) โปรแกรมประยุกต์ (Application Programmer) ผู้ใช้โปรแกรม (User) เป็นต้น

2.3.1 มาตรฐานและเทคโนโลยีในการสร้างสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

1) การสร้างสัญญาอิเล็กทรอนิกส์จากเครื่องคอมพิวเตอร์ตั้งแต่ต้น

ปัจจุบันการสร้างสัญญาในรูปแบบกระดาษส่วนใหญ่เริ่มมาจากการพิมพ์หรือป้อนข้อมูลผ่านระบบคอมพิวเตอร์ก่อนจะมีการพิมพ์ออกมาในรูปแบบกระดาษ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการสร้างสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ใหม่ตั้งแต่ต้นเป็นวิธีการสร้างสัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยการพิมพ์หรือป้อนข้อมูลเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งมีโปรแกรมหรือซอฟต์แวร์ที่ใช้ในการสร้างสัญญานั้น ส่วนการใช้งานก็สามารถเรียกดูผ่านทางจอภาพแสดงผลได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องมีการพิมพ์ออกมาในรูปแบบของกระดาษแต่อย่างใด นอกจากนี้ในปัจจุบันได้มีการพัฒนาวิธีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์บนสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ขึ้น ซึ่งสามารถตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของสัญญาในเบื้องต้นได้ ทำให้ปัญหาในการลงลายมือชื่อที่ดีจะต้องกระทำผ่านสื่อในรูปแบบกระดาษมิได้เป็นอุปสรรคในการทำธุรกรรมต่างๆ ผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์อีกต่อไป

การสร้างสัญญาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตั้งแต่ต้นนั้นจำเป็นต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ส่วน คือ คอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์(Computer Hardware) และคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ (Computer Software) ดังนี้

1.1) คอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์ (Computer Hardware) ประกอบด้วยตัวเครื่องคอมพิวเตอร์ หน่วยประมวลผล หน่วยความจำ อุปกรณ์นำเข้าข้อมูลเข้าและส่งออก อุปกรณ์จัดเก็บข้อมูล และจอแสดงผล ซึ่งเป็นอุปกรณ์ที่สำคัญ เนื่องจากผู้ที่สร้างสัญญาขึ้นย่อมต้องการเห็นการนำเสนอสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นั้นให้ได้รับการยอมรับเช่นเดียวกับสัญญากระดาษ อย่างไรก็ตาม สัญญาอิเล็กทรอนิกส์แต่ละประเภทย่อมต้องการความสามารถในการแสดงผลที่แตกต่างกัน เช่น สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่มีเพียงตัวอักษร ย่อมต้องการจอภาพที่นำเสนอด้วยความละเอียดต่ำกว่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่มีรูปภาพ สี และมีดีเป็นเอกสารประกอบสัญญา เป็นต้น

1.2) คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ (Computer Software) เป็นคำสั่งหรือชุดคำสั่งอิเล็กทรอนิกส์ที่ทำให้คอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์ทำงานเฉพาะอย่างได้ รวมถึงการสั่งให้คอมพิวเตอร์ทำการสร้าง แก้ไข จัดเก็บสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ได้

รูปแบบการสร้างสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาตั้งแต่ต้นนั้น เป็นการสร้างสัญญาอิเล็กทรอนิกส์จากเครื่องมือที่เป็นซอฟต์แวร์ ปกติเมื่อเปิดไฟล์จะสามารถเห็นตัวอักษรในไฟล์

และพอที่จะอ่านข้อความนั้นได้ ซึ่งมีรูปแบบย่อยอีกหลายรูปแบบ แต่ที่นิยมใช้และเป็นมาตรฐานในการสร้างสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อาจแบ่งได้ดังนี้ คือ

1. ไฟล์ข้อความล้วน (Text format) เป็นไฟล์ที่เก็บเฉพาะตัวอักษร ไม่เก็บลักษณะที่ใช้เพื่อแสดงผลของข้อมูล

2. ไฟล์เอกสารทั่วไป (Document format) เป็นไฟล์ที่ผลิตจากเวิร์ดโปรเซสเซอร์ (Word Processor) เช่น ไมโครซอฟต์เวิร์ด ปรลาดาวออฟฟิศ เป็นต้น ซึ่งไฟล์ประเภทนี้จะเก็บคุณลักษณะของการแสดงผลของข้อมูลไว้พร้อมกับตัวอักษรซึ่งแต่ละโปรแกรมเวิร์ดโปรเซสเซอร์ จะเก็บคุณลักษณะไว้แตกต่างกัน ทำให้บางครั้งไม่สามารถใช้โปรแกรมอื่นๆ เปิดไฟล์นี้ได้ ดังนั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาในกรณีที่ไฟล์ถูกผลิตไว้เป็นเวลานาน เมื่อต้องการนำกลับมาใช้ จะไม่สามารถหาโปรแกรมเปิดดูข้อมูลมาใช้งานได้

3. ไฟล์เอกสารตารางคำนวณ (Spread Sheet) เป็นการจัดการข้อมูล โดยการนำเสนอรูปแบบของตาราง อาจเป็นข้อมูลดิบ (Data) หรือสูตรการคำนวณ ซึ่งเรียงกันเป็นแนวตามแถวและหลัก โดยส่วนใหญ่จะใช้เก็บข้อมูลเกี่ยวกับการเงินซึ่งสามารถคำนวณและทำรายการต่างๆ จากโปรแกรมนี้ได้เลย

4. ไฟล์เอกสารแปลง (PDF-Portable Document Format) เป็นไฟล์เอกสารที่ถูกออกแบบให้สามารถเปิดใช้งานกับระบบคอมพิวเตอร์ต่างระบบกันได้ เช่น ระบบวินโดวส์ ระบบยูนิกซ์ เป็นต้น จึงทำให้มีความสะดวกในการใช้งานสูง เป็นผลิตภัณฑ์ของบริษัทอโดเบ โดยต้องใช้โปรแกรมอโครเบต รีดเดอร์ (Acrobat Reader) ในการเปิด และต้องใช้โปรแกรมสร้างเอกสารอโครเบตในการสร้างเป็นเอกสารรูปแบบ PDF

5. ไฟล์สำหรับงานนำเสนอ (Presentation) เป็นไฟล์ที่สร้างจากโปรแกรมการนำเสนอผลงาน รูปแบบไฟล์ที่นิยมใช้กัน ได้แก่ Microsoft Power Point หรือ PPT

6. เว็บเพจ (Webpage) เป็นไฟล์ข้อมูลที่อยู่ในรูปของ Hyper Text Markup Language หรือ HTML ซึ่งสามารถเชื่อมโยงไปยังแฟ้มข้อมูลหรือเว็บเพจอื่นๆ ไฟล์ข้อมูลนี้จะถูกเก็บไว้ในเครื่องบริการเว็บ (Web Server) และสามารถเข้าถึงข้อมูลได้โดยใช้เครื่องคอมพิวเตอร์เชื่อมโยงกับเครื่องบริการเว็บผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ เช่น ระบบ LAN (Local Area Network) หรือระบบ WAN (Wide Area Network) เป็นต้น

7. จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ประกอบไปด้วยข้อความที่สามารถระบุได้ว่าสัญญานั้นส่งมาจากที่ไหน ส่งไปให้แก่ใครเวลาเท่าใดและตัวเนื้อหาของข้อความที่เกิดขึ้นจากการใช้โปรแกรมในเครื่องคอมพิวเตอร์หรือในระบบของผู้ใช้ และส่งไปยังบุคคลอื่นโดยใช้โปรแกรมการส่งที่มีมาตรฐาน รูปแบบไฟล์ที่นิยมใช้กัน ได้แก่ Outlook Express Email Message เป็นต้น

2) การแปลงสัญญาณในรูปแบบกระดาษให้เป็นสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์

การแปลงสัญญาณกระดาษให้เป็นสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์ คือ การสร้างสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์แบบภาพ (Digital Image) โดยผ่านกระบวนการที่เรียกว่า Digitization สำหรับเทคโนโลยีที่นำมาใช้ในการแปลงสัญญาณกระดาษให้อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือที่เรียกกันว่า “ภาพดิจิทัล” นั้น ในปัจจุบันได้มีการพัฒนาทั้งในด้านความสะดวก รวดเร็ว และคุณภาพในการแสดงผลของภาพดิจิทัลที่ได้จากการแปลงให้มีความคมชัดใกล้เคียงกับสัญญาณกระดาษที่เป็นต้นฉบับ ทำให้วิธีการสร้างสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์ลักษณะนี้เริ่มเป็นที่นิยมมากขึ้น การจัดเก็บจะบันทึกไว้ในสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ เช่น ฮาร์ดดิสก์ แผ่นดิสเกตต์ (floppy disk) แผ่นซีดีรอม (CD-ROM) แฟลชไดรฟ์ (Flash drive) เป็นต้น

การแปลงสัญญาณกระดาษเป็นสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์หรือภาพดิจิทัลนั้น จำเป็นจะต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ส่วน คือ คอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์ (Computer Hardware) และคอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ (Computer Software)

1) คอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์ แบ่งออกเป็น 3 ส่วน คือ

1.1) เครื่องสแกนเนอร์หรืออุปกรณ์ในการแปลงเอกสารอื่น ๆ (Scanner or other digital imaging devices)

1.2) เครื่องคอมพิวเตอร์

1.3) อุปกรณ์จัดเก็บข้อมูลและสำรองข้อมูล

2) คอมพิวเตอร์ซอฟต์แวร์ แบ่งออกเป็น 3 ส่วน คือ

2.1) ระบบที่ใช้ในการจัดการและใส่คำบรรยายข้อมูลหรือภาพดิจิทัล

2.2) โปรแกรมสำหรับการถ่ายภาพเข้าสู่คอมพิวเตอร์และโปรแกรมการจัดการภาพ

2.3) การรักษาความมั่นคงปลอดภัยและการควบคุมการเข้าถึงสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์

นอกจากนี้ ยังต้องคำนึงถึงเทคโนโลยีด้านความมั่นคงปลอดภัยที่ช่วยให้คู่สัญญา มีความมั่นใจในการทำสัญญาในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเทคโนโลยีที่ได้รับการพิสูจน์และยอมรับโดยทั่วไปว่ามีความปลอดภัยสูงที่ทำให้การทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีความน่าเชื่อถือและเกิดความมั่นใจในการใช้งาน ได้แก่ การนำเอาเทคโนโลยีการรักษาความปลอดภัยโดยใช้ระบบโครงสร้างพื้นฐานกุญแจสาธารณะระบบคู่ (Public Key Infrastructure - PKI) มาใช้ ซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่อาศัยระบบรหัสแบบกุญแจสาธารณะ (Public Key Cryptography) ที่ประกอบด้วยกุญแจส่วนตัว (Private key) และกุญแจสาธารณะ (Public key) ซึ่งโครงสร้างดังกล่าวใช้ในการพิสูจน์ตัวจริงของคู่สัญญาหรือผู้ใช้งาน (Authentication) รวมทั้งการรักษาความลับของข้อมูล (Data Confidentiality) ความครบถ้วนของข้อมูล (Data Integrity) และการห้ามปฏิเสธความรับผิดชอบ (Non-repudiation) โครงสร้างพื้นฐานกุญแจ

สาธารณะประกอบด้วยผู้ให้บริการออกใบรับรอง (Certification Authority - CA) เจ้าหน้าที่รับลงทะเบียน (Registration Authority - RA) ระบบบริการไต่เรกทอรี (Directory service) และผู้ขอใช้บริการ (Subscriber)¹¹

ทั้งนี้ ใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ หมายถึง ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ออกโดยผู้ให้บริการออกใบรับรอง (Certification Authority - CA) เพื่อใช้บ่งบอกถึงความมีตัวตนที่แท้จริงในโลกแห่งอิเล็กทรอนิกส์¹² โดยผู้ให้บริการออกใบรับรองจะทำการรับรองข้อมูลต่างๆ ซึ่งรวมถึงกุญแจสาธารณะที่ปรากฏในใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นของบุคคลนั้นจริง โดยอาศัยเทคโนโลยีที่เรียกว่า เทคโนโลยีโครงสร้างพื้นฐานกุญแจสาธารณะ (Public Key Infrastructure : PKI) ซึ่งสามารถนำใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ไปใช้ใน 2 ลักษณะ ดังนี้

(1) การลงลายมือชื่อดิจิทัล (Digital Signature) คือ การรับรองข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมาว่าเป็นข้อมูลที่ส่งโดยผู้ส่งที่อ้างไว้จริง และใช้ลายมือชื่อดิจิทัลนี้ในการตรวจสอบข้อมูลว่ามีการปลอมแปลงในระหว่างขั้นตอนการส่งหรือไม่ เช่น การลงลายมือชื่อดิจิทัลกำกับในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งผู้ส่งจะใช้กุญแจส่วนตัว (Private key) ของตนทำการลงลายมือชื่อดิจิทัลกำกับในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ฉบับนั้น ซึ่งทำให้มั่นใจได้ว่าจดหมายอิเล็กทรอนิกส์เป็นของผู้ส่งที่อ้างไว้จริง โดยในการตรวจสอบนั้นผู้รับจะต้องใช้กุญแจสาธารณะ (Public key) ที่อยู่ในใบรับรองของผู้ส่งมาทำการตรวจสอบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งมาว่ามาจากผู้ส่งจริง และไม่มีการปลอมแปลงข้อมูลระหว่างขั้นตอนการส่ง

(2) การเข้ารหัสลับ (Encryption) คือ การแปรรูปข้อมูลธรรมดาให้อยู่ในรูปของข้อมูลที่ไม่สามารถอ่านเข้าใจได้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้อื่นล่วงรู้ข้อมูล เช่น การเข้ารหัสจดหมายอิเล็กทรอนิกส์โดยผู้ส่งจะใช้กุญแจสาธารณะ (Public key) ของผู้รับ (ซึ่งอยู่ในใบรับรองของผู้รับ) มาทำการเข้ารหัส ส่วนในการถอดรหัสผู้รับจะต้องใช้กุญแจส่วนตัว (Private key) ของตนเองมาทำการถอดรหัส ในการใช้กุญแจส่วนตัว (Private key) เป็นการสร้างความมั่นใจได้ว่าผู้รับที่เป็นเจ้าของคู่กุญแจ (กุญแจส่วนตัวและกุญแจสาธารณะ) เท่านั้นที่สามารถอ่านข้อมูลได้

2.3.2 การบริหารจัดการสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

การบริหารจัดการสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ หมายถึง ระบบคอมพิวเตอร์หรือโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ในการบันทึกหรือเก็บรักษาสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ หรือภาพถ่ายเอกสารกระดาษ ดังนั้นการพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างการบริหารจัดการสัญญาอิเล็กทรอนิกส์กับสัญญากระดาษ จะเห็นได้ว่า เป้าหมายหรือหลักการสำคัญในการบริหารจัดการสัญญาทั้งสองรูปแบบมีลักษณะที่ไม่แตกต่างกัน อาจกล่าวได้ว่าระบบการบริหารจัดการจะต้องอยู่บนพื้นฐาน

¹¹ ชนิตา เรื่องศิวพัฒนกุล, เทคโนโลยีระบบการรักษาความปลอดภัยสารสนเทศ [Online], 12 พฤษภาคม 2555. แหล่งที่มา www.google.co.th/~chanida/Ethics/Chapter-8.ppt

¹² เรื่องเดียวกัน, 29.

ของหลักเกณฑ์ดังนี้ กล่าวคือ การรักษาความครบถ้วนสมบูรณ์ของข้อมูล (Integrity) การรักษาความลับของข้อมูล (Confidentiality) การรักษาสภาพพร้อมใช้งาน (Availability) และการพิสูจน์ตัวตนของเจ้าของข้อมูล (Authentication)

การบริหารจัดการสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ สามารถกำหนดมาตรฐานได้ดังนี้

1) การใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์

รูปแบบการเรียกใช้สัญญาที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้บุคคลผู้ที่ประสงค์จะใช้สัญญาสามารถเข้าใจเนื้อหาความแห่งสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ สามารถแบ่งออกเป็น 2 วิธีดังนี้

1.1) การใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบของสิ่งพิมพ์ออก (Printout) เป็นกรณีที่คู่สัญญาสามารถเข้าใจเนื้อหาความแห่งสัญญาโดยการพิมพ์สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ออกจากเครื่องพิมพ์ (Printer) หรือทางเครื่องโทรสาร (Fax) เป็นต้น เพื่อให้ได้สัญญาที่เป็นเอกสารกระดาษออกมา ซึ่งเป็นรูปแบบที่นิยมจัดทำสัญญาในปัจจุบันจึงมีข้อควรพิจารณา คือ สัญญากระดาษที่มีการพิมพ์ออกมามีความเหมือนกับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในระดับที่สามารถยอมรับได้เพียงใดนั้นย่อมขึ้นอยู่กับบุคคลผู้นำสัญญาไปใช้ในการต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม ด้วยลักษณะที่แตกต่างกันของสัญญากระดาษกับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ จึงเกิดปัญหาในทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงและการยอมรับความเป็นต้นฉบับของสัญญากระดาษที่ถูกพิมพ์ออกจากเครื่องพิมพ์ขึ้น ดังนั้น จึงควรมีวิธีการที่ทำให้สัญญาที่ถูกพิมพ์ออกมานั้นเป็นที่ยอมรับ โดยอาจต้องอาศัยการลงลายมือชื่อรับรองจากบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อยืนยันความถูกต้องแท้จริงของสัญญาที่ถูกพิมพ์ออกมาเป็นเอกสารกระดาษ

1.2) การใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์โดยการรับส่งข้อมูลผ่านทางระบบดิจิทัล เป็นการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์โดยการรับส่งข้อมูลผ่านทางระบบดิจิทัล คือ การเรียกดูหรือค้นคืน (Retrieve) สัญญาอิเล็กทรอนิกส์จากเครื่องคอมพิวเตอร์ที่ใช้งานโดยเรียกดูจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกสร้างขึ้นมาและได้รับการจัดเก็บแล้ว ซึ่งการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ลักษณะนี้จะมีประเด็นด้านเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องค่อนข้างมาก เช่น การเข้ารหัส (encryption) คือ การเปลี่ยนข้อความที่สามารถอ่านได้ (plain text) ไปเป็นข้อความที่ไม่สามารถอ่านได้ (cipher text) เพื่อเหตุผลด้านความปลอดภัย การเข้ารหัสและการถอดรหัสจำเป็นต้องใช้ระบบกุญแจคู่ กล่าวคือ กุญแจที่ใช้เข้ารหัสจะถือเป็นกุญแจสาธารณะที่เรียกว่า public key โดยบุคคลที่จะเข้ารหัสข้อมูลจะได้รับ public key ในการเข้ารหัส ส่วนบุคคลที่สามารถถอดรหัสได้คือ บุคคลที่มีกุญแจส่วนตัวที่เรียกว่า private key เพื่อใช้ในการระบุตัวบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาหรือผู้เกี่ยวข้อง หรือเพื่อพิสูจน์ความถูกต้องครบถ้วนของข้อมูลที่มีการรับส่งกัน รวมไปถึงกระบวนการในการทำงานร่วมกันระหว่างระบบต่าง ๆ (Interoperability) เพื่อให้ข้อมูลหรือสัญญาอิเล็กทรอนิกส์สามารถเรียกดูหรือใช้งานระหว่างกันได้

การเรียกใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับการบันทึกลงในสื่อที่จัดเก็บขึ้นมาใช้รวมไปถึงการรับ – ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ข้อควรคำนึงถึงในการเรียกใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ประการหนึ่งที่สำคัญก็คือ ความมั่นคงปลอดภัยจากการเรียกใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ การเข้าถึงสัญญาอิเล็กทรอนิกส์จากผู้ที่มีสิทธิและความเชื่อถือได้ของเนื้อความสัญญา เป็นต้น ซึ่งต้องอาศัยข้อกำหนดของแต่ละองค์กรที่เกี่ยวข้องในการช่วยสร้างมาตรฐานแนวปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความมั่นคงปลอดภัยในการเข้าถึงสัญญาในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

2) การจัดเก็บสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

การจัดเก็บสัญญาด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ สามารถแบ่งได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

2.1) การเก็บระหว่างการปฏิบัติสัญญา คือ การเก็บสัญญาที่อยู่ระหว่างการตกลงข้อสาระสำคัญแห่งสัญญาซึ่งยังคงตกลงกันไม่ครบถ้วนทุกข้อให้อยู่ในความรับผิดชอบของคู่สัญญาผู้จัดทำโดยกำหนดวิธีการเก็บให้มีความมั่นคงปลอดภัย รักษาความลับทางการค้าของคู่สัญญา รวมถึงข้อปฏิบัติสำคัญต่างๆ ของสัญญา

2.2) การเก็บเมื่อปฏิบัติตามสัญญาเสร็จแล้ว คือ การเก็บข้อมูลสัญญาหลังจากที่มีการปฏิบัติตามสัญญาเสร็จเรียบร้อยแล้ว และไม่มีอะไรที่จะต้องปฏิบัติต่อไปอีก

2.3) การเก็บไว้เพื่อใช้ในการตรวจสอบ คือ การเก็บสัญญาที่ปฏิบัติเสร็จเรียบร้อยแล้ว แต่จำเป็นจะต้องใช้ในการตรวจสอบเป็นประจำ จึงให้คู่สัญญาหรือผู้เกี่ยวข้องเป็นผู้เก็บ โดยอาจมีการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ขึ้นรับผิดชอบก็ได้ เมื่อหมดความจำเป็นที่จะต้องใช้ในการตรวจสอบแล้ว ให้จัดส่งข้อมูลสัญญานั้นไปยังหน่วยเก็บของส่วนที่รับผิดชอบ

อย่างไรก็ตาม การเก็บรักษาสัญญาแต่ละประเภทนั้นขึ้นอยู่กับข้อตกลงของคู่สัญญาด้วยกัน ซึ่งอาจมีความแตกต่างกันแล้วแต่ประเภทของสัญญา ตัวอย่างเช่น อายุการเก็บเอกสารสัญญาควรระบุระยะเวลาในการเก็บรักษา ซึ่งโดยปกติให้เก็บไว้ไม่น้อยกว่า 10 ปี เป็นต้น เพื่อใช้ในการตรวจสอบหรือเพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีหากมีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาเกิดขึ้น

3) การยกเลิก ทำลายสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

การยกเลิกหรือทำลายสัญญากระดาษซึ่งอาจเป็นสัญญาที่เป็นรูปแบบเก่าก่อนที่จะมีการแปลงเป็นสัญญาอิเล็กทรอนิกส์และสัญญาใหม่ที่เกิดจากการแปลงมาจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จัดทำขึ้น รวมถึงการทำลายสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งอาจจะมีประเด็นด้านกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้องในเรื่องของอายุความในการจัดเก็บสัญญา

การทำลายสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ (Destroy) เมื่อผ่านพ้นระยะเวลาที่ต้องจัดเก็บนั้นก็สามารถทำลายทิ้งได้ วิธีการทำลายควรกล่าวไว้ในคู่มือการจัดการสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ของคู่สัญญา แต่สำหรับการเก็บเอกสารเดิม (Archive) หากไม่จำเป็นต้องใช้งานเอกสารแล้วแต่ยังไม่สามารถทำลายทิ้งได้ จะจัดเก็บสัญญานั้นไว้เป็นเอกสารเดิม (Archive)

ดังนั้น คู่มือการจัดการสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ขององค์กรควรกล่าวถึงวิธีการจัดเก็บสัญญาเดิม ซึ่งวิธีการจัดเก็บทำได้หลายรูปแบบ เช่น เก็บไว้ในแผ่นดิสก์ ซีดี หรือเทป เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การทำลายเอกสารสัญญาต้องทำกับสัญญาที่ได้รับการยอมรับว่าถึงกำหนดเวลาทำลายแล้วจริง เช่น ปฏิบัติครบถ้วนตามข้อสัญญาแล้ว การทำลายสัญญาอาจทำได้โดยการลบไฟล์ทั้งไปจากสื่อบันทึกข้อมูล หรือการทำลายสื่อบันทึกข้อมูลที่เก็บสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ไปทั้งหมด และก็ต้องทำลายด้วยวิธีการที่มั่นใจได้ว่าสัญญาหรือสื่อบันทึกที่ถูกทำลายแล้วจะไม่สามารถนำกลับมาใช้งานได้อีก หรือไม่สามารถเผยแพร่ข้อมูลซึ่งเป็นความลับทางการค้าระหว่างคู่สัญญาไปสู่บุคคลภายนอกได้อีกต่อไป สำหรับสัญญาที่มีความสำคัญมาก คู่สัญญาที่เป็นองค์กรขนาดใหญ่อาจจำเป็นต้องมีการตั้งคณะกรรมการหรือผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเป็นการเฉพาะเพื่อลงนามอนุมัติการทำลายสัญญาตามหลักเกณฑ์ของแต่ละองค์กร

2.3.3 ปัญหาทางกฎหมายในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

สัญญาถือเป็นพยานหลักฐานสำคัญประเภทหนึ่งในการพิจารณาคดี ทั้งนี้ ไม่ว่าจะบัญญัติอยู่ในกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติสัญญาย่อมสามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานของการพิสูจน์ในชั้นศาลได้ สัญญาต้นฉบับในรูปแบบกระดาษจึงได้ชื่อว่าเป็น “พยานหลักฐานที่ดีที่สุด” (Best of Evidence) เพราะมีความแน่นอน ปรากฏข้อความได้เด่นชัด นอกจากนี้ อาจกล่าวได้ว่าการทำสัญญาในรูปแบบกระดาษเมื่อใช้เป็นหลักฐานก็ถือได้ว่ามีความมั่นคงและมีความน่าเชื่อถือสำหรับคู่สัญญาในการนำไปใช้ไม่ว่าจะเป็นระหว่างเอกชนด้วยกัน หรือระหว่างรัฐกับเอกชน เกี่ยวกับการแสดงออกซึ่งเจตนาในรูปของหนังสือ สัญญา หรือข้อความต่าง ๆ สืบเนื่องมาจากความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร หรือ ICT (Information and communication technology) ทำให้การดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ทั้งทางด้านการค้าและการบริการมีการทำธุรกรรมผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์กันมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายสินค้า แลกเปลี่ยนข้อมูล ตลอดจนการให้บริการระหว่างประชาชนกับองค์กรหรือระหว่างองค์กรด้วยกันเอง มีการดำเนินงานและให้บริการแบบไม่จำกัดสถานที่และเวลา ดังนั้น การทำสัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นการนำเอาเทคโนโลยีมาใช้ช่วยให้การทำธุรกรรมต่าง ๆ มีประสิทธิภาพ มีความคล่องตัวสะดวกรวดเร็วมมากขึ้น โดยการนำเอาอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ คอมพิวเตอร์มาใช้ในการจัดทำ การเก็บรักษา การรับ-ส่งข้อมูล เพื่อให้เกิดความสะดวกมากขึ้น ทั้งยังเป็นการลดปริมาณกระดาษลงสามารถสื่อสารผ่านทางจอคอมพิวเตอร์ได้อย่างรวดเร็ว การจัดเก็บสัญญา สามารถนำเอาเครื่องมือเครื่องใช้ในการจัดเก็บมาช่วยให้การจัดเก็บให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นค้นหาได้ง่ายและประหยัดพื้นที่ในการจัดเก็บเอกสาร ซึ่งทำให้ได้ข้อมูลที่รวดเร็วทันต่อความต้องการ ข้อมูลมีความถูกต้องมากขึ้น ประหยัดค่าใช้จ่ายและลดระยะเวลาในการทำงานอีกทั้งเพิ่มประสิทธิภาพในการติดต่อสื่อสาร ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินธุรกรรมทางการค้าและบริการมีความคล่องตัว น่าเชื่อถือ และใช้เป็นแนวปฏิบัติร่วมกัน ประเทศต่าง ๆ จึงได้

ออกกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศขึ้นเพื่อรองรับธุรกรรมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

สัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นสื่อข้อมูลที่ไม่เหมือนกับสัญญาในรูปแบบกระดาษที่เคยใช้กันมาแต่ดั้งเดิม ทั้งในเรื่องการรับส่งสัญญานั้นไม่สามารถจับต้องได้เพราะอยู่ในรูปแบบของข้อความที่เป็นเพียงผลลัพธ์จากการประมวลผลที่แสดงผลของการปฏิบัติการของคอมพิวเตอร์ที่ปรากฏบนจอภาพ (Soft Copy) ที่ไม่ต้องพิมพ์ซ้ำออกมาเป็นสำเนากระดาษหรือที่เรียกว่าสำเนาถาวร (Hard Copy) แต่อย่างใด และการจัดส่งจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่งเพียงการกดปุ่ม (Click) ส่งเข้าระบบเท่านั้น เมื่อใดที่ระบบยอมรับ (Acknowledgement) ก็จะมีการส่งสัญญาเข้าถึงคลังข้อมูล (Box) เฉพาะตัวของคู่สัญญาที่อยู่ปลายทางพร้อมทำการจัดเรียงวันเวลาที่ส่งข้อมูลไว้อย่างเรียบร้อย หากส่งไม่ได้ระบบก็จะทำการแจ้งกลับมาให้ทราบทันที หากนำไปเปรียบเทียบกับ การส่งด้วยรูปแบบกระดาษทางไปรษณีย์แล้วหากส่งไม่ได้ จะต้องใช้ระยะเวลาพอสมควรกว่าจะทราบถึงผลดังกล่าว

นอกจากนี้ การทำสัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ก็ยังมีประโยชน์อีกหลายประการ อาทิ เช่น ลดปัญหาการสิ้นเปลืองทรัพยากรกระดาษ และประหยัดงบประมาณเกี่ยวกับอุปกรณ์สำนักงาน ทำให้ประหยัดค่าใช้จ่ายในระยะยาว ลดขั้นตอนในการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน ลดค่าพาหนะในการเดินทาง เพิ่มประสิทธิภาพในการสื่อสาร ในขณะที่เดียวกันก็ลดภาระงานด้านการจัดทำเอกสารและการจัดเก็บเอกสาร โดยเปลี่ยนไปเป็นการทำงานโดยผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรืออินทราเน็ต ซึ่งสามารถสื่อสารได้อย่างเป็นวงกว้างผ่านไปยังเครื่องคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์พกพาอื่น ๆ ของผู้รับเจตนาปลายทางแทนการส่งข้อมูลข่าวสารหรือรายละเอียดต่าง ๆ ที่อยู่ในรูปแบบของสัญญาที่ใช้กระดาษ การติดต่อทำธุรกรรมรวมถึงการแสดงเจตนาทำข้อเสนอและคำสนองของคู่สัญญาสามารถส่งถึงกันได้ภายในระยะเวลาอันรวดเร็วและมีความถูกต้องมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม การพิสูจน์การมีอยู่จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ความผูกพันระหว่างคู่สัญญารวมถึงการพิสูจน์เนื้อความแห่งสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งได้เจตนาทำข้อตกลงกันไว้ยังมีปัญหาอยู่ เนื่องจากการเป็นสัญญาที่อยู่ในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่สามารถจับต้องได้ทางกายภาพ หรือไม่สามารถเห็นหรือเข้าใจข้อความแห่งสัญญาได้ หากไม่ได้มีการแปลงจากข้อความที่เป็นภาษาทางคอมพิวเตอร์มาเป็นข้อความในภาษามนุษย์ที่เข้าใจได้เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างกัน หรือใช้ในกระบวนการพิจารณาของศาล โดยวิธีการเรียกใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบของสิ่งพิมพ์ออก (Printout) หรือวิธีการเรียกใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์โดยการรับส่งข้อมูลทางระบบดิจิทัลผ่านหน้าจอคอมพิวเตอร์ อาจประสบปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจากเจตนาเดิมที่ให้ไว้ต่อกัน อีกทั้งปัญหาการพิสูจน์ถึงเนื้อความและข้อตกลงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ว่ามีความถูกต้องครบถ้วนไม่ได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงในภายหลัง เนื่องจากสภาพของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถทำการแก้ไข

เปลี่ยนแปลงได้โดยง่าย จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการรับรองความถูกต้อง ครบถ้วนและความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูล จากหน่วยงานหรือองค์กรกลางที่มีความน่าเชื่อถือ เพื่อเป็นการสร้างความมั่นใจและความน่าเชื่อถือให้กับผู้นำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการทำธุรกรรมต่างๆ

ทั้งนี้ ปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมและบังคับใช้กับเทคโนโลยีใหม่ๆ ได้อย่างสมบูรณ์ทุกกรณี จึงทำให้การทำสัญญาที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือการแปลงสัญญาเก่าให้อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ยังเป็นประเด็นที่ทำให้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนเกิดความกังวลและความไม่มั่นใจในการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น จึงเห็นควรที่จะทำการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีที่มีการนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลไทย และเมื่อพิจารณาแล้วพบว่ากฎหมายลักษณะพยานที่ใช้กันอยู่ปัจจุบันนั้น เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดการอ้างอิง การใช้และการรับฟังพยานหลักฐานตั้งแต่ในอดีตที่พยานหลักฐานส่วนใหญ่อยู่ในรูปของเอกสารกระดาษโดยใช้กระดาษกับหมึกในการเขียนสัญญา หรือทำธุรกรรมต่างๆ จึงทำให้เกิดปัญหาเรื่องการปรับใช้กฎหมายลักษณะพยานว่าอาจก่อให้เกิดข้อขัดแย้งหรืออุปสรรคบางประการกับพยานหลักฐานในยุคดิจิทัลซึ่งส่วนใหญ่อยู่ในไฟล์ซึ่งเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้เป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไทยให้สอดคล้องรองรับกับสภาพการณ์ในปัจจุบันที่มีการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารอย่างต่อเนื่องต่อไป

บทที่ 3

มาตรฐานการรับฟังสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน

สัญญาที่ได้ทำขึ้นในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ตามกฎหมายเพียงใดนั้น ยังคงมีปัญหาด้านการกำหนดสถานะทางกฎหมายและการรับฟังเป็นพยานหลักฐานอยู่บางประการ จนเป็นเหตุให้ในหลายประเทศมีความพยายามที่จะพัฒนากฎหมายภายในประเทศตนเพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นได้ โดยการตรากฎหมายภายในของแต่ละประเทศขึ้นเพื่อรองรับผลทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งหมายรวมถึงการทำสัญญาในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์อันเป็นองค์ประกอบสำคัญที่จะทำให้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์มีผลสมบูรณ์และบังคับกันได้ตามกฎหมายระหว่างคู่สัญญา อีกทั้งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้มีการตราเป็นกฎหมายขึ้นเพื่อให้เป็นไปในแนวเดียวกับกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ¹

ดังนั้น จึงได้ทำการศึกษาหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศและกฎหมายของต่างประเทศอันได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ในกรณีนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐาน เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาเปรียบเทียบสภาพปัญหาในการนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลไทยอันอาจส่งผลไปสู่การแก้ไขและปรับปรุงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของไทยให้มีความชัดเจนมากขึ้น

3.1 การรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในกฎหมายต่างประเทศ

3.1.1 กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce)

คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law) ได้จัดทำกฎหมายแม่แบบ จำนวน 2 ฉบับ คือ กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ปี ค.ศ. 1996 (Model Law on Electronic Commerce 1996) และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ปี ค.ศ. 2001 (Model Law Electronic Signatures 2001) ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อยอมรับผลทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ตามลำดับ เพื่อเป็นแม่แบบให้ประเทศต่าง ๆ ได้จัดทำ

¹ สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, รายงานการศึกษาโครงการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการทำ การใช้ และการเก็บรักษาข้อมูลเอกสารในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, 2549), 71-72.

กฎหมายภายในของแต่ละประเทศให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยยึดถือตามแนวทางของกฎหมายแม่แบบดังกล่าว ทั้งนี้ ในบางประเทศอาจมีการตรากฎหมายรองรับเรื่องดังกล่าวก่อนกฎหมายแม่แบบจัดทำแล้วเสร็จ แต่ก็วางอยู่บนพื้นฐานของหลักการทำนองเดียวกัน

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของคณะกรรมการกฤษฎีกาการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติดังกล่าว มีวัตถุประสงค์หลักในการรับรองสถานภาพทางกฎหมายของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นระบบที่ไร้กระดาษ (Paperless) ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 5 ที่บัญญัติว่า² “ข้อมูลจะต้องไม่ถูกปฏิเสธผลในทางกฎหมาย ความสมบูรณ์ หรือการใช้บังคับเพียงเพราะเหตุว่าข้อมูลนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ส่วนความหมายของคำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” นี้ มาตรา 2 (a) ให้คำนิยามว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” หมายถึง ข้อมูลที่สร้างขึ้น ส่ง ได้รับหรือเก็บไว้โดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ผ่านใยแก้วนำแสง รวมถึงวิธีการอื่นใดที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะแต่วิธีการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ โทรเลข โทรพิมพ์ หรือโทรสาร เท่านั้น

ในเรื่องหลักเกณฑ์การรับรองความถูกต้องแท้จริง กฎหมายแม่แบบได้กำหนดให้ลายมือชื่อทางอิเล็กทรอนิกส์มีค่าเท่ากับลายมือชื่อตามกฎหมาย เนื่องจากลายมือชื่อถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขของความสมบูรณ์ในการทำนิติกรรมสัญญาต่างๆ และเป็นสิ่งที่ใช้ในการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริง (Authentication) ของพยานหลักฐานด้วย โดยบัญญัติไว้ใน Article 7 ดังนี้³

“(1) ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีลายมือชื่อของบุคคล ให้ถือว่ากรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นไปตามข้อกำหนดนั้นแล้วหาก

(ก) ได้ใช้วิธีการที่สามารถระบุถึงตัวบุคคลดังกล่าว และแสดงถึงการรับรองข้อมูลที่บรรจุอยู่ในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ของบุคคลนั้น หรือ

² Article 5 Legal recognition of data messages “Information shall nor be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of data message”.

³ Article 7 Signature

(1) Where the law requires a signature of person, that requirement is met in relation to date 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 date message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.

(2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the absence of a signature.

(ข) วิธีการดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือ และเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือสื่อสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น เมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมต่างๆ ซึ่งรวมทั้งสัญญาใดๆ ที่เกี่ยวข้อง

(2) ให้ใช้บทบัญญัติในวรรคแรกไม่ว่าข้อกำหนดของกฎหมายจะอยู่ในรูปของหน้าที่อันต้องกระทำ หรือว่ากฎหมาย แต่บัญญัติถึงผลในกรณีที่ไม่มี การลงลายมือชื่อ”

มาตรา 7 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เพื่อแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นอันสืบเนื่องมาจากการที่ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะที่แตกต่างจากลายมือชื่อของบุคคลทั่วไป ทั้งนี้ในทางกฎหมายลายมือชื่อถือเป็นพยานหลักฐานที่ใช้ในการพิสูจน์ถูกต้องแท้จริงของเอกสารได้ตามกฎเกณฑ์ว่าด้วยการรับรองความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐาน (Rule of Authentication)

3.1.2 มาตรฐานการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศหนึ่งที่ใช้กฎหมายสารบัญญัติในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และกฎหมายลักษณะพยานแบบกล่าวหา แม้จะมีการบังคับใช้กฎหมายจำนวนหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับเอกสารอิเล็กทรอนิกส์อันเนื่องมาจากการใช้คอมพิวเตอร์อย่างแพร่หลาย เช่น Federal Records Act 1950 (as amended), Paperwork Reduction Act 1995, Government Paperwork Elimination Act, และ Freedom of Information Act 1996 (as amended 2002) ซึ่งมักนิยมเรียกกันว่า Electronic Freedom of Information Act 1996 และ ต่อมาเมื่อมีการใช้อินเทอร์เน็ตแพร่หลายมากขึ้น ก็ได้มีการจัดทำ Uniform Electronic Transaction Act 1999 และ Electronic Signatures in Global and National Commerce Act 2000 ขึ้นเพื่อรองรับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์หรือพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อย่างเต็มรูปแบบ อย่างไรก็ตาม การนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานยังคงเป็นปัญหาอยู่เนื่องจากศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำหลักเกณฑ์แห่งพยานหลักฐานในเรื่องกฎแห่งการรับฟังพยานบอกเล่า การรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุด ความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานมาปรับใช้กับพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

3.1.2.1 หลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

ในกรณีทั่วไปศาลประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มเห็นว่าการนำบันทึกคอมพิวเตอร์มาเป็นพยานหลักฐานในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้นั้นจะต้องคำนึงถึง 2 ประเด็น กล่าวคือ ประเด็นแรก จะต้องแสดงให้เห็นถึงความแท้จริงของบันทึกคอมพิวเตอร์ โดยเสนอ “พยานหลักฐานที่เพียงพอที่จะสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของฝ่ายที่มีหน้าที่นำสืบได้ตามที่กล่าวอ้าง”⁴ ประเด็นที่สอง ถ้าบันทึกคอมพิวเตอร์เป็นบันทึกที่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ซึ่งมี

⁴ The Federal Rules of Evidence Rule 901 (a).

ข้อความที่มนุษย์สร้างขึ้นอยู่ด้วย จะต้องแสดงให้เห็นว่า ข้อความมนุษย์สร้างขึ้นนั้นไม่อยู่ในหลักเกณฑ์การห้ามรับฟังพยานบอกเล่า นอกจากนี้ ยังมีประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญอีกประการหนึ่ง กล่าวคือ ปัญหาในเรื่องหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุดด้วย ทั้งนี้สามารถแบ่งอธิบายออกเป็น 3 กรณีดังนี้

(1) การรับฟังพยานหลักฐานตามหลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด

(The Best Evidence Rule)

หลักเกณฑ์เรื่องพยานที่ดีที่สุดกำหนดว่าในการพิสูจน์เนื้อหาของข้อเขียน บันทึกหรือภาพ จะต้องใช้ “ต้นฉบับ” ของข้อเขียน บันทึก หรือภาพถ่ายนั้น⁵ ก่อให้เกิดความกังวลว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่พิมพ์จากคอมพิวเตอร์อาจไม่ถือว่าเป็น “ต้นฉบับ” ตามหลักเกณฑ์เรื่องพยานที่ดีที่สุด ความจริงแล้วต้นฉบับเป็นเพียงการประกอบกันของเลข 0 และ 1 เท่านั้น แต่ข้อมูลที่พิมพ์จากคอมพิวเตอร์เป็นผลจากการดำเนินการโดยผ่านขั้นตอนทางเทคนิคและอิเล็กทรอนิกส์ที่ซับซ้อน

อย่างไรก็ตาม The Federal Rules of Evidence ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้โดยบัญญัติว่า “ถ้ามีการเก็บข้อมูลในคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อื่นในทำนองเดียวกัน บันทึกที่พิมพ์จากคอมพิวเตอร์ หรือผลการประมวลที่ได้ผ่านโดยสายตามนุษย์และแสดงถึงความแท้จริงของข้อมูล ให้ถือเป็น “ต้นฉบับ”⁶ ดังนั้นข้อมูลที่พิมพ์ออกจากคอมพิวเตอร์อย่างถูกต้องถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่ดีที่สุด ทั้งนี้ คณะกรรมการที่ปรึกษาทางกฎหมาย (the Advisory Committee Notes) ได้กล่าวเกี่ยวกับหลักเกณฑ์นี้เมื่อมีการเสนอครั้งแรกว่า หลักเกณฑ์นี้ได้รับการยอมรับด้วยเหตุผลทางปฏิบัติที่ว่า “เมื่อก้าวอย่างเคร่งครัดอาจเห็นตรงกันว่า “ต้นฉบับ” ของภาพถ่ายคือฟิล์มเนกาทีฟ แต่ในทางปฏิบัติและการใช้งานทั่วไปจะถือว่าสิ่งที่พิมพ์จากฟิล์มเนกาทีฟคือต้นฉบับในทำนองเดียวกันในทางปฏิบัติและการใช้งานจะถือว่าบันทึกที่พิมพ์จากคอมพิวเตอร์เป็นต้นฉบับเช่นเดียวกัน”⁷

ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามีการนิยามศัพท์ข้อเขียนหรือสิ่งที่บันทึกด้วยเครื่องอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้การบัญญัติกฎหมายใน

⁵ The Federal Rules of Evidence Rule 1002 : Requirement of Original “To prove the content of a writing, recording, or photograph, the original writing, recording, or photograph is required, except as otherwise provided in these rules or by Act of Congress.

⁶ The Federal Rules of Evidence Rule 1001(3) : Original

An “Original” of a writing or recording is the writing of recording itself or any counterpart intended to have the same effect by a person executing or issuing it. An “Original” of a photograph includes the negative or any print therefrom. If data are stored in a computer or similar device, any printout or other output readable by sight, shown to reflect the data accurately, is an “Original”.

⁷ The Advisory Committee Notes, Proposed Federal Rule of Evidence 1001(3) (1972).

ลักษณะดังกล่าวก็เพื่อแก้ปัญหาไม่ให้นำหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุดมาเป็นบทตัดพยานหลักฐานประเภทนั้นนั่นเอง

(2) การรับฟังพยานหลักฐานตามหลักพยานบอกเล่า (The Hearsay Rule)

หลักพยานบอกเล่า (Hearsay Rule) เป็นหลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งเป็นบทตัดพยานหลักฐานที่ไม่ประสงค์เข้าสู่การพิจารณาคดีของศาล เนื่องจากมีลักษณะเป็นพยานบอกเล่า ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำหลักเกณฑ์การรับฟังพยานบอกเล่ามาใช้กับกรณีของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย โดยแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี คือ บันทึกรูปแบบที่สร้างขึ้นโดยคอมพิวเตอร์ กับบันทึกที่ถูกจัดเก็บโดยคอมพิวเตอร์ ศาลประเทศสหรัฐอเมริกามักจะสันนิษฐานว่าบันทึกคอมพิวเตอร์เป็นพยานบอกเล่า แต่ความเห็นของ บางฝ่ายก็เห็นว่าบันทึกคอมพิวเตอร์เพียงบางส่วนเท่านั้นที่เป็นพยานบอกเล่า เมื่อบันทึกคอมพิวเตอร์มีการแสดงข้อความของบุคคลไม่ว่าจะมีการประมวลผลโดยคอมพิวเตอร์หรือไม่ และได้มีการเสนอเป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่มีการแสดงบันทึกดังกล่าว อาจเป็นพยานบอกเล่า ซึ่งคู่ความจะต้องพิสูจน์ว่าบันทึกดังกล่าวอยู่ในข้อยกเว้นเรื่องพยานบอกเล่า เช่น ข้อยกเว้นเรื่องบันทึกธุรกิจ⁸ เป็นต้น โดยมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

2.1) การไม่นำหลักเกณฑ์เรื่องพยานบอกเล่ามาใช้กับบันทึกคอมพิวเตอร์สร้างขึ้น (Computer-generated records)

หลักเกณฑ์เรื่องพยานบอกเล่ามีขึ้นเพื่อป้องกันการนำคำกล่าวของบุคคลที่ทำนอกศาลอันไม่น่าเชื่อถือไปกระทบต่อผลการพิจารณาคดี เนื่องจากอาจจะแปลความเป็น การเบิกความในสิ่งที่ได้ยินได้เห็นมาไม่ถูกต้อง หลักเกณฑ์เรื่องพยานบอกเล่าจึงต้องการที่จะให้มีการตรวจสอบการยืนยันข้อเท็จจริง (Assertion) ของคนดังกล่าว จึงต้องนำบุคคลผู้นั้นไปเบิกความต่อศาลเองและให้มีการถามค้าน แต่หลักกฎหมายนี้ไม่ทำให้ขัดแย้งกับการนำสืบพยานหลักฐานที่ได้จากเครื่องจักรกล⁹

ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาและนักวิชาการหลายท่านได้กล่าวว่าข้อห้ามตามหลักเกณฑ์เรื่องพยานบอกเล่าเป็นวิธีการสำคัญเกี่ยวกับการนำบันทึกที่คอมพิวเตอร์สร้างขึ้นโดยไม่ได้มีมนุษย์เข้าไปเกี่ยวข้องว่าไม่ถือว่าเป็นพยานบอกเล่า ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยถึงความแตกต่างในคดีแรกๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้บันทึกโทรศัพท์ที่สร้างขึ้นโดยอัตโนมัติว่า “บันทึกที่พิมพ์ออก (printout) คือผลการประมวลผลของคอมพิวเตอร์ไม่ถือเป็นพยานบอกเล่า ซึ่งบันทึกดังกล่าวไม่ใช้การประมวลผลของคำกล่าวที่อยู่ในคอมพิวเตอร์ของผู้กล่าวที่กระทำนอกศาล และไม่อาจถือว่าบันทึกที่พิมพ์จากคอมพิวเตอร์เป็น “คำกล่าว” ที่เป็นพยานบอกเล่า หลักการสำคัญของพยานบอกเล่านี้มีที่มาจากว่าคำกล่าวที่ได้ทำโดยไม่มี

⁸ The Federal Rules of Evidence Rule 803 (6) : Records of regularly conducted activity.

⁹ The Federal Rules of Evidence Rule 801 (a) (b).

สาบานและไม่อาจมีการถามคำถาม อาจทำให้สงสัยได้ว่าพยานที่ได้ยินได้ฟังมาอีกทอดหนึ่ง อาจเบิกความในเรื่องที่รับรู้ได้เห็นมาผิดพลาดไปจากความเป็นจริงทั้งที่โดยตั้งใจและไม่ตั้งใจ อย่างไรก็ตาม หากเป็นพยานที่ได้จากเครื่องจักรกลย่อมจะไม่มีปัญหาเรื่องการจงใจแสดงข้อมูลให้ผิดพลาดไปจากข้อเท็จจริงที่มีอยู่และความเป็นไปได้ที่จะได้ข้อมูลที่ไมชัดเจนหรือไม่ถูกต้องก็มีเฉพาะในกรณีเครื่องจักรกลนั้นทำงานผิดปกติ เท่านั้น” ดังนั้นบันทึกที่คอมพิวเตอร์สร้างขึ้นที่มีการรับรองความแท้จริงแล้วจึงสามารถรับฟังได้¹⁰

2.2) การไม่นำหลักเกณฑ์เรื่องพยานบอกเล่ามาใช้กับบันทึกที่จัดเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ (Computer-Stored Records)

กรณีบันทึกที่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ที่มีคำกล่าวของมนุษย์เข้าไปเกี่ยวข้องจะเข้าข่ายยกเว้นเรื่องพยานบอกเล่า เนื่องจากหากมีการเสนอเพื่อพิสูจน์ความจริงที่มีการกล่าวก่อนที่ศาลจะรับฟังบันทึกดังกล่าว จะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าคำกล่าวที่มีอยู่ในบันทึกนั้นสามารถแสดงให้เห็นถึงความน่าเชื่อถือของบันทึกดังกล่าวได้ โดยทั่วไปแล้วศาลจะอนุญาตให้รับฟังบันทึกที่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นบันทึกธุรกิจตาม Federal Rules of Evidence Rule 803(6) ดังเช่น

คดี *United States v. Cestnik* ศาลได้วางหลักไว้ว่าบันทึกธุรกิจที่ได้จากคอมพิวเตอร์รับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ หาก (1) มีการเก็บตามวิธีการปกติที่ได้จัดทำขึ้นเพื่อความมั่นใจเรื่องความถูกต้องแท้จริง (2) ได้ทำบันทึกดังกล่าวขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นใจเรื่องความแท้จริงไม่ใช่ทำขึ้นเพื่อใช้ในการดำเนินคดี และ (3) บันทึกดังกล่าวไม่ได้เป็นเพียงพยานบอกเล่า หรือ

คดี *United States v. Briscoe* บันทึกที่เก็บไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์สามารถรับฟังได้ในฐานะบันทึกธุรกิจ หากมีการ “จัดเก็บตามวิธีการตามปกติของธุรกิจ และเป็นทางปฏิบัติปกติของการดำเนินธุรกิจนั้นที่จะจัดทำบันทึก ดังที่ผู้เก็บรักษาบันทึกหรือผู้ที่เกี่ยวข้องได้เบิกความรับรอง” เป็นที่สังเกตว่า บันทึกที่พิมพ์จากคอมพิวเตอร์อาจถูกทำขึ้นเพื่อใช้ในการดำเนินคดีโดยไม่เข้าข่ายยกเว้นเรื่องบันทึกธุรกิจ และหลักเกณฑ์ที่ว่า “จะต้องเก็บบันทึกดังกล่าวโดยวิธีการตามปกติของการทำธุรกิจนั้น” หมายความว่าถึงตัวข้อมูลในคอมพิวเตอร์ไม่ใช่ตัวบันทึกที่พิมพ์จากคอมพิวเตอร์¹¹

¹⁰ *States v. Armstead*, 432 So. 2d 837, 840 (La. 1983) [online], 28 April 2012.

Available from www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/usamrch2001_4.htm .

¹¹ *United States v. Sanders*, 749 F. 2d 195, 198 [online], 28 April 2012.

Available from www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/usamrch2001_4.htm .

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ข้อยกเว้นเรื่องบันทึกธุรกิจส่วนใหญ่เป็นข้อยกเว้นการรับฟังพยานบอกเล่าที่นำมาใช้กับบันทึกคอมพิวเตอร์ น่าสังเกตว่า อาจนำข้อยกเว้นเรื่องการรับฟังพยานบอกเล่าอื่นๆ มาใช้ได้เช่นกัน เช่น ข้อยกเว้นเรื่องบันทึกสาธารณะ เป็นต้น

(3) การรับรองความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐาน (The Authentication)

สัญญาอิเล็กทรอนิกส์สามารถที่จะถูกแก้ไขได้โดยง่ายและคู่ความฝ่ายตรงข้ามมักจะกล่าวอ้างถึงเรื่องความถูกต้องแท้จริงของสัญญาดังกล่าว ดังนั้น การโต้แย้งความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อาจมีได้ 3 ลักษณะ คือ

1. คู่ความอาจจะโต้แย้งความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่คอมพิวเตอร์สร้างขึ้นและข้อมูลที่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ว่า ข้อมูลดังกล่าวอาจถูกแก้ไข (alter) ถูกเปลี่ยนแปลง (manipulate) หรือได้รับความเสียหายหลังจากที่มีการสร้างขึ้น
2. คู่ความอาจตั้งคำถามเกี่ยวกับความถูกต้องแท้จริงของสัญญาที่คอมพิวเตอร์สร้างขึ้นโดยโต้แย้งความน่าเชื่อถือของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้สร้างสัญญาดังกล่าว
3. คู่ความอาจโต้แย้งความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้คอมพิวเตอร์เก็บข้อมูลไว้โดยตั้งคำถามเกี่ยวกับผู้ที่ทำการบันทึกดังกล่าวว่ามีความน่าเชื่อถือเพียงใด

หลักเกณฑ์ของการรับรองความแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ใช้หลักการเดียวกันกับการรับรองเอกสารทั่วไป กล่าวคือ ระดับของความแท้จริงไม่ได้แตกต่างกันเพียงเพราะบันทึกดังกล่าวอยู่ในรูปของอิเล็กทรอนิกส์ แต่การรับรองความถูกต้องแท้จริงอาจทำได้โดยผู้อ้างพยานหลักฐานดังกล่าวจะต้องนำเสนอพยานหลักฐานที่สามารถอธิบายถึงกระบวนการหรือระบบที่สามารถทำให้เกิดผลลัพธ์ที่ถูกต้องได้ซึ่งเป็นขั้นตอนก่อนที่รับฟังพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์นั้น ซึ่งอาจนำผู้จัดทำข้อมูลมาเบิกความรับรองความถูกต้องแท้จริงของสัญญาดังกล่าว หรือผู้ได้รับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มายืนยันถึงการรับสัญญานั้นก็เป็นการเพียงพอแล้วตามคำวินิจฉัยของศาลดังนี้

คดี *Perfec 10, Inc v. Cybernet Ventures* ซึ่งเป็นคดีละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ศาลรับฟังพยานหลักฐานทั้งหมดที่ได้จากการพิมพ์มาจากเว็บไซต์ โดยถือว่าสิ่งพิมพ์ออก (Printout) จากเว็บไซต์มีความถูกต้อง แท้จริงอยู่ในเอกสารดังกล่าว ทั้งนี้ศาลถือว่าการที่โจทก์ซึ่งเป็นผู้บริหารเว็บไซต์ (CEO) ได้แสดงให้เห็นว่า ข้อมูลจากเว็บไซต์นั้นถูกต้องแท้จริงอันเกิดจากการพิมพ์ออกมาจากเว็บไซต์ ภายใต้การควบคุมของโจทก์เอง”

คดี *Kearley v. Mississippi* จำเลยถูกกล่าวหาว่าการกระทำและต้องหรือสัมพันธ์ที่ไม่เหมาะสมหรือข่มขู่ในทางเพศต่อผู้เสียหาย และจำเลยอุทธรณ์ว่าอีเมลที่ถูกกล่าวหาว่าจำเลยเป็นผู้ส่งให้กับผู้เสียหาย ไม่มีการพิจารณาถึงความถูกต้องแท้จริงอย่างเหมาะสม ศาล

อุทธรณ์วินิจฉัยว่าคำให้การของผู้เสียหายที่ยืนยันว่าได้รับและพิมพ์อีเมลจากเครื่องคอมพิวเตอร์ของตน ถือว่าอีเมลนั้นมีความถูกต้องแท้จริงเพียงพอแล้วที่จะสามารถรับฟังภายใต้กฎหมายพยาน

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันศาลในประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มที่จะถือว่าพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์สามารถรับฟังได้โดยไม่ต้องมีการรับรองความถูกต้องแท้จริง เนื่องจากการยอมรับอย่างแพร่หลายของคอมพิวเตอร์ โดยพิจารณาว่าความบกพร่องของข้อมูลเป็นเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไม่ใช่การรับฟังพยานหลักฐาน หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการผลัดภาระการพิสูจน์ว่าการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์บกพร่องไปยังคู่ความฝ่ายที่ต้องการคัดค้านความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์¹²

3.1.2.2 หลักเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นั้น ศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการใช้ดุลพินิจในการให้ความเชื่อถือแก่พยานประเภทนี้อย่างมาก กฎหมายไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เอาไว้ตายตัว ทั้งนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกานับได้ว่าเป็นตัวอย่างสำคัญที่มีบทบัญญัติของกฎหมายพยานหลักฐานเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจน คือ Federal Rule of Evidence โดยสามารถแก้ไขปัญหาการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานได้โดยการรับรองผลทางกฎหมายของสิ่งพิมพ์ออก (Printout) ที่สามารถแสดงผลได้ถูกต้องตรงกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่มีการเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ เป็น "ต้นฉบับ" ทั้งนี้ มีข้อน่าสังเกตว่า เงื่อนไขในการรับฟัง แม้กำหนดเพียงว่าต้องสามารถทำให้อ่านได้และถูกต้องตรงกับต้นฉบับ แต่ในความหมายดังกล่าวนี้ ก็มีประเด็นทางเทคโนโลยีต้องคำนึงถึงด้วย กล่าวคือ หลักการดังกล่าวนี้รับกับแนวคิดในเรื่องความถูกต้องครบถ้วนของข้อมูล (Integrity) ไม่ว่าจะใช้ชุดคำสั่ง (Software) แบบใด รูปแบบ (Format) มีการเข้ารหัส (Encrypted) ไว้หรือไม่ หรืออุปกรณ์หรือสื่อบันทึก แบบใดในการเก็บข้อมูลเหล่านี้ ก็ต้องทำให้สามารถอ่านเข้าใจความหมายได้และข้อมูลนั้น ตรงกับสิ่งที่บันทึกหรือเก็บไว้ด้วย การกำหนดเงื่อนไขเอาไว้อย่างกว้างๆ เช่นนี้ก็เพื่อความยืดหยุ่นในการบัญญัติกฎหมายให้รองรับกับการพัฒนาทางเทคโนโลยีที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว¹³

อย่างไรก็ดีแม้ว่าบันทึกทางคอมพิวเตอร์ (Computer Records) จะเป็นพยานหลักฐานที่รับฟังได้ตามข้อบังคับว่าด้วยพยานหลักฐานของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา

¹² เตนฟ้า เรื่องฤทธิ์เดช, ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังเอกสารอิเล็กทรอนิกส์, 96.

¹³ สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, รายงานการศึกษาโครงการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการทำ การใช้ และการเก็บรักษาข้อมูลเอกสารในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์, 135.

(Federal Rules of Evidence) ซึ่งเป็นข้อบังคับที่นำไปใช้ในคดีแพ่งและในคดีอาญาก็ตาม แต่ในข้อบังคับหาได้วางหลักในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Evidence) ไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใดไม่ ทั้งนี้ ได้แบ่งการพิจารณาระหว่างบันทึกที่ถูกสร้างโดยคอมพิวเตอร์ (Computer-generated records) กับบันทึกที่ถูกจัดเก็บโดยคอมพิวเตอร์ (Computer-Stored Records) ออกจากกัน โดยจะคำนึงถึงหลักในเรื่องความถูกต้องแท้จริง และความสมบูรณ์ของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ภายใต้ข้อบังคับทั่วไปเกี่ยวกับพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่ได้ให้คำจำกัดความเป็นการเฉพาะเจาะจงในเรื่องนี้เพื่อเป็นการเปิดกว้างทางด้านเทคโนโลยีที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

3.1.2.3 ปัญหาการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน

เนื่องจากกฎหมายพยานหลักฐานของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “สัญญาอิเล็กทรอนิกส์” ไว้โดยเฉพาะ ดังนั้น จึงก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายหากมีการนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อความจริงแห่งข้อความในสัญญาทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา เนื่องจากการกำหนดประเภทของพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะส่งผลกระทบต่อวิธีการนำเสนอและนำเสนอในชั้นศาลด้วย อย่างไรก็ตาม สามารถพิเคราะห์ตีความได้จาก Federal Rules of Evidence ซึ่งบัญญัติว่า “เอกสาร” และ “บันทึก” ประกอบด้วย ตัวอักษร คำ หรือตัวเลข หรือสิ่งอื่นที่เหมือนกันที่ทำให้มีขึ้นโดยการเขียน การพิมพ์ดีด การพิมพ์ การถ่ายเอกสาร การถ่ายภาพ การกระตุ้นของแม่เหล็ก การบันทึกด้วยเครื่องมือกล หรือเครื่องไฟฟ้า หรือการรวบรวมข้อมูลในรูปแบบอื่น¹⁴

ดังนั้น พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ประกอบด้วยตัวอักษร คำ ตัวเลข ภาพวาด กราฟ แผนภาพ รูปถ่าย บันทึกเสียง หรือสิ่งที่เทียบเท่าทำให้มีขึ้นโดยการเขียน การพิมพ์ดีด การพิมพ์ การถ่ายเอกสาร การถ่ายภาพ การกระตุ้นของแม่เหล็ก การบันทึกด้วยเครื่องมือกล หรือเครื่องไฟฟ้า หรือการรวบรวมข้อมูลในรูปแบบอื่นจะถือเป็นพยานเอกสาร บทบัญญัติเกี่ยวกับพยานเอกสารต่างๆ ก็จะนำไปใช้บังคับกับพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ในกรณีดังกล่าวด้วย¹⁵

ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ที่พิจารณาเรื่องการรับฟังสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นบันทึกคอมพิวเตอร์จะถือว่าเป็นพยานนอกเล่าที่มีน้ำหนักรับฟังได้

¹⁴ The Federal Rules of Evidence Rule 1001 (1) : Writings and recordings “Writings” and “records” consist of letters, words, or numbers, or their equivalent, set down by handwriting, typewriting, printing, photostating, photo-graphing, magnetic impulse, mechanical or electronic recording, or other form of data compilation.

¹⁵ เต็นฟ้า เรื่องฤทธิ์เดช, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังเอกสารอิเล็กทรอนิกส์,” *ดุลพินิจ* 53,3 (กันยายน-ธันวาคม 2549): 95.

(potential hearsay) หากบันทึกดังกล่าวอยู่ในข้อยกเว้นในเรื่องบันทึกทางธุรกิจ¹⁶ คือ “บันทึกที่กระทำเป็นประจำ การบันทึกหรือการรวบรวมข้อมูลที่ประกอบกันในรูปแบบใดๆ เกี่ยวกับการกระทำ ข้อตกลง ภาวะการณืแสดงความเห็น หรือการวินิจฉัยที่ได้กระทำในขณะที่หรือภายในระยะเวลาที่มีการส่งข้อมูล โดยบุคคลซึ่งเป็นคู่สัญญา และหากมีการเก็บรักษาข้อมูลนั้นไว้ใน การดำเนินการตามปกติทางธุรกิจ และพยานบุคคลผู้เกี่ยวข้องสามารถเบิกความรับรอง หรือยืนยันว่าได้ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด¹⁷ หรือตามที่รัฐบัญญัติยอมให้มีการรับรอง เว้นแต่ที่มาของเทคโนโลยีสารสนเทศ หรือวิธีการ หรือพฤติการณ์ในการรวบรวมพยานหลักฐานไม่มีความน่าเชื่อถือ

คดี *United States v. Catabran* ในการวินิจฉัยหลักเกณฑ์นี้ ศาลได้ชี้ให้เห็นว่า โดยทั่วไปแล้วจะสามารถรับฟังบันทึกคอมพิวเตอร์ในฐานะที่เป็นบันทึกธุรกิจหากได้มีการเก็บบันทึกดังกล่าวไว้ตามวิธีการอันเป็นปกติที่ทำให้มั่นใจได้ว่าจะมีการเก็บไว้อย่างถูกต้อง

อย่างไรก็ตาม ศาลประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มที่จะไม่เห็นด้วยกับความเห็นที่ว่า “หลักเกณฑ์เดียวจะใช้ได้กับทุกเรื่อง” เนื่องจากศาลดังกล่าว คำนึงเกี่ยวกับเอกสารอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้นในทำนองเดียวกันกับบันทึกเอกสารทั่วไป บันทึกคอมพิวเตอร์ไม่ได้มีลักษณะเป็นเอกสารประเด็นในเรื่องพยานหลักฐานที่จะรับฟังได้หรือไม่จึงขึ้นอยู่กับประเภทของบันทึกคอมพิวเตอร์ซึ่งฝ่ายที่นำสืบต้องการจะให้ศาลรับฟัง เช่น บันทึกคอมพิวเตอร์ที่เก็บข้อความ (text) ปกติแล้วจะแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือบันทึกที่คอมพิวเตอร์สร้างขึ้น (computer-generated records) และบันทึกที่จัดเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ (computer-stored records) ทั้งนี้มีความแตกต่างระหว่างเนื้อหาของบันทึกที่สร้างโดยมนุษย์กับเครื่องคอมพิวเตอร์ โดยบันทึกเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ จะหมายความถึงเอกสารที่มีงานเขียนของบุคคลบางคนหรือหลายคนและอยู่ในรูปของข้อความอิเล็กทรอนิกส์ของจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) แฟ้มการประมวลผลคำ (word processing) และข้อความในห้องสนทนาทางอิเล็กทรอนิกส์ (chat room) เป็นต้น เมื่อเปรียบเทียบกับคำเบิกความหรือพยานเอกสารอย่างอื่นที่จะต้องมีการเบิกความต่อศาล บันทึกที่ใช้คอมพิวเตอร์เก็บไว้จะต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ของเรื่องพยานบอกเล่าในการเสนอบันทึกเพื่อพิสูจน์ข้อกล่าวอ้าง ผู้นำเสนอบันทึกจะต้องแสดงให้เห็นว่าข้อความของมนุษย์ที่อยู่ในบันทึกนั้นน่าเชื่อถือ¹⁸ และจะต้องรับรองว่าบันทึกดังกล่าวถูกต้องแท้จริง (authenticity)

ในทางตรงกันข้ามบันทึกที่คอมพิวเตอร์สร้างขึ้นจะมีการประมวลผล (output) ของชุดคำสั่งคอมพิวเตอร์ ที่มนุษย์ไม่ได้ไปเกี่ยวข้อง เช่น บันทึกการเข้าใช้ของผู้ให้บริการ

¹⁶ The Federal Rules of Evidence Rule 803(6): Records of regularly conducted activity.

¹⁷ The Federal Rules of Evidence Rule 902(11): Certified domestic records of regularly conducted activity, Rule 902(12): Certified foreign records of regularly conducted activity.

¹⁸ The Advisory Committee Notes to Proposed Rule 801(1972).

อินเทอร์เน็ต บันทึกรหัสบัตรเครดิต โบนัสที่รับเงินในการใช้เครื่องเอทีเอ็ม จะต่างจากบันทึกที่ใช้คอมพิวเตอร์เก็บไว้ โดยบันทึกที่ใช้คอมพิวเตอร์สร้างขึ้นจะไม่ได้เก็บข้อความของมนุษย์ แต่จะเก็บเพียงประมวลผลของโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ออกแบบเพื่อการประมวลผลข้อมูลที่ป้อนเข้า (input) ตามขั้นตอนวิธีที่ได้กำหนดไว้ แม้ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์สามารถสั่งให้คอมพิวเตอร์สร้างบันทึกที่มีส่วนผสมของข้อความมนุษย์ เช่น โปรแกรมจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ที่แจ้งว่า “ท่านได้รับจดหมาย” เมื่อมีจดหมายในกล่องรับจดหมาย (Inbox) และโบนัสที่รับเงินในการใช้เครื่องเอทีเอ็มสามารถที่จะแจ้งว่ามีการฝากเงินจำนวน \$ 500 ในบัญชีเมื่อเวลา 15.50 นาฬิกา อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงที่ว่าได้มีการสร้างบันทึกโดยคอมพิวเตอร์ไม่ใช่มนุษย์ ได้เปลี่ยนแปลงประเด็นเรื่องพยานหลักฐานเมื่อมีการอ้างบันทึกดังกล่าว ในขณะที่ประเด็นเรื่องพยานหลักฐานจะไม่ได้อยู่ที่ว่า คำกล่าวของมนุษย์ที่ทำให้ศาลเชื่อถือและถูกต้องหรือไม่ กล่าวคือ ในประเด็นเรื่องพยานบอกเล่า แต่อยู่ที่ว่าโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ได้สร้างบันทึกดังกล่าวได้ทำงานอย่างไร ถูกต้องหรือไม่ ในประเด็นเรื่องความแท้จริง¹⁹

นอกจากนี้ยังมีบันทึกคอมพิวเตอร์อีกประเภทที่เป็นทั้งบันทึกที่คอมพิวเตอร์สร้างขึ้น และบันทึกที่เก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ ตัวอย่างเช่น ผู้ต้องสงสัยในคดีฉ้อโกงอาจใช้โปรแกรม spreadsheet ในการประมวลผลตัวเลขทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับการฉ้อโกง บันทึกของคอมพิวเตอร์ที่เก็บประมวลผลของโปรแกรมดังกล่าวจะได้มาจากข้อความของมนุษย์ กล่าวคือ ข้อมูลที่ป้อนเข้า หรือ input ของผู้ต้องสงสัยไปยังโปรแกรม spreadsheet ดังนั้นบันทึกดังกล่าวจึงมีประเด็นพยานหลักฐานที่ควรระบุดังประเด็นเรื่องพยานบอกเล่าที่เกี่ยวข้องกับการป้อนข้อมูลเข้าและประเด็นที่เป็นเรื่องความแท้จริง (authenticity) ที่เกิดขึ้นโดยการประมวลผลคอมพิวเตอร์

3.1.3 มาตรฐานการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศอังกฤษ

3.1.3.1 หลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

ในประเทศอังกฤษได้แบ่งประเภทของพยานหลักฐานเป็น 3 ประเภท เช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) กล่าวคือ พยานบุคคล พยานเอกสาร และพยานวัตถุ ส่วนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะจัดอยู่ในพยานประเภทใดนั้น ศาลในประเทศอังกฤษได้แบ่งออกเป็น 2 กรณีด้วยกัน²⁰ ดังนี้

¹⁹ Richard O.Lempert and Steven A. Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, 370.

²⁰ นายรังสรรค์ พิบูลย์กิจสกุล และนายชลอ ยศสมบัติ, รูปแบบทางกฎหมายสำหรับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์: ศึกษาเฉพาะกรณีการรับฟังพยานหลักฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์, 6-21 มิถุนายน 2552.

(1) กรณีที่เครื่องคอมพิวเตอร์เป็นผู้ผลิตสื่ออิเล็กทรอนิกส์เอง

กรณีที่เครื่องคอมพิวเตอร์เป็นผู้ผลิตข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เองมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า จะถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือสิ่งพิมพ์ออกนั้น เป็นพยานวัตถุ หรือพยานบอกเล่าเพราะผลของคดีจะต่างกัน เนื่องจากศาลประเทศอังกฤษจะไม่รับฟังพยานบอกเล่า โดยเรื่องนี้ได้มีคดีเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานที่เครื่องคอมพิวเตอร์เป็นผู้ผลิตข้อมูลขึ้น ซึ่งศาลประเทศอังกฤษได้เคยตัดสินไว้ในคดีชื่อ The Statute of Liberty มีรายละเอียด ดังนี้

คดี The Statute of Liberty (1962) 2 ALL.ER.195(127) เรื่องสองลำชนกัน ที่ปากแม่น้ำเทมส์ ซึ่งที่บริเวณปากแม่น้ำเทมส์จะมีเรดาร์ตรวจตราและมีการบันทึก VDO โดยอัตโนมัติตลอดเวลา ในการพิจารณาคดีมีการส่ง VDO ที่บันทึกแบบอัตโนมัติขึ้นมาเป็นพยานในศาลซึ่งศาลเห็นว่า VDO นั้นเป็นพยานวัตถุ เหตุผลที่ศาลตัดสินวางแนวดังกล่าวนี้ เนื่องมาจากว่า มีประเด็นโต้เถียงว่า VDO ที่มีการบันทึกอย่างอัตโนมัติเป็นพยานวัตถุหรือพยานบอกเล่า ศาลพิจารณาว่า ในความหมายของพยานบอกเล่า นั้น จะต้องเป็นการยืนยันข้อความที่กระทำนอกศาล โดยผู้กล่าวข้อความจะต้องรู้ความอย่างส่วนตัว (Personal Knowledge) กล่าวคือ จะต้องมิมีมนุษย์เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำงานของเครื่องด้วย แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีนี้คือว่า การบันทึก VDO เป็นการกระทำโดยอัตโนมัติของเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่มีมนุษย์เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการบันทึก ทั้งนี้ เมื่อภายหลังที่มีการประดิษฐ์เครื่องคอมพิวเตอร์และนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกของมนุษย์ได้มีการพิพาทในประเด็นที่ว่า สิ่งพิมพ์ออก (printout) ที่ได้จากเครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นพยานบอกเล่าหรือพยานวัตถุ ซึ่งกรณีนี้มีคดีอื่นๆ ในภายหลังได้ตัดสินโดยใช้แนวความคิดในคดี The Statute of Liberty

(2) กรณีที่เครื่องคอมพิวเตอร์เป็นผู้บันทึกข้อมูล

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าการบันทึกลักษณะอย่างข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นการนำสืบความจริงเป็นพยานเอกสารประเภทหนึ่ง เพราะมีมนุษย์เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการประมวลผลของเครื่องคอมพิวเตอร์ ดังนั้น การรับฟังพยานหลักฐานจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ประเภทนี้จึงต้องใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการรับฟังพยานเอกสาร ซึ่งมีข้อควรพิจารณาอยู่ 2 ประเด็น คือ

(2.1) หลักเรื่องการห้ามรับฟังพยานบอกเล่า (The Hearsay rule)

ตามกฎหมายประเทศอังกฤษจะให้น้ำหนักกับพยานบอกเล่าน้อยมาก เพราะถือว่าเป็นเพียงพยานชั้นสอง แสดงว่ายังมีพยานที่ดีกว่านี้อีกที่ศาลควรจะได้รับฟัง เหตุผลที่ศาลประเทศอังกฤษไม่รับฟังพยานบอกเล่าเนื่องจากว่า พยานบอกเล่าที่นั้นอาจเกิดจากการกล่าวหรือบันทึกข้อมูลโดยบุคคลที่รู้เห็นหรือทราบข้อมูลนั้นโดยตรง แต่บุคคลนั้นมิได้มาสาบานตนต่อหน้าศาล และศาลก็ไม่มีโอกาสสังเกตเห็นอาภักิริยาของบุคคลนั้น รวมทั้งคู่ความอีกฝ่ายก็

ไม่มีโอกาสได้ถามค่านพยานบุคคลนั้นด้วย ดังนั้น เมื่อศาลประเทศอังกฤษถือว่าข้อมูลที่ได้จากคอมพิวเตอร์เป็นผู้บันทึกหรือประมวลผลเอง โดยมีมนุษย์เข้าไปเกี่ยวข้องหรือป้อนข้อมูลเป็นพยานบอกเล่า บันทึกข้อมูลดังกล่าวจึงมีน้ำหนักน้อย

อย่างไรก็ตาม ศาลประเทศอังกฤษก็มีได้ไม่รับฟังพยานบอกเล่าเสียทีเดียว เพราะได้มีการวางกฎเกณฑ์ในการรับฟังพยานบอกเล่าไว้หลายกรณีด้วยกัน เช่น หลักการบันทึกที่ถูกต้องเก็บรักษาโดยปกติ (Regularly Kept Records) หลักการบันทึกข้อเท็จจริงโดยราชการและการออกไปสำคัญต่าง ๆ (Official Written Statements and Certificates) ประวัติครอบครัว (Pedigree) เอกสารโบราณในเรื่องส่วนได้เสียในทรัพย์สิน เป็นต้น นอกจากนี้รัฐสภาเองก็ได้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อยกเว้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าอีกทางหนึ่ง ทำให้ศาลประเทศอังกฤษมีแนวทางที่จะรับฟังพยานบอกเล่าได้หลายกรณี

ในกฎหมาย Civil Evidence Act, 1968 มาตรา 2 อนุญาตให้มีการนำเอกสารนั้นมาเป็นพยานในศาลได้ หากเอกสารนั้นถูกกระทำโดยบุคคลที่รู้เห็นในเหตุการณ์โดยตรง (firsthand Knowledge of events) เรียกว่า the origin statement maker แต่จะต้องแจ้งให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามทราบและระบุชื่อ the origin statement maker หากไม่แจ้งหรือไม่ระบุ ศาลไม่ยอมรับฟังพยานเอกสารนั้น และถ้าคู่ความฝ่ายตรงข้ามต้องการให้ the origin statement maker มาให้การในศาล บุคคลดังกล่าวต้องมา เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นบางประการ เช่น จำข้อเท็จจริงไม่ได้ เป็นต้น และในส่วนของมาตรา 4 กล่าวว่า หากมีบุคคลอื่นบันทึกเหตุการณ์จาก the origin statement maker โดยที่ไม่รู้ข้อเท็จจริงนั้น เรียกว่า second hand hearsay หรือ more remote hearsay และการบันทึกนั้นอาจจะต้องส่งผ่านตัวกลาง (intermediaries) ประเภทเดียวหรือหลายประเภทก็ได้ แต่ตัวกลางนั้นจะต้องมีหน้าที่ในการเป็นตัวกลาง เงื่อนไขที่จะรับฟังเอกสารนั้นคือ จะต้องแจ้งให้คู่ความฝ่ายตรงข้ามทราบถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเอกสารนั้นทั้งหมด และหากคู่ความฝ่ายตรงข้ามประสงค์จะให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดนั้นมาเป็นพยานในศาล ก็จะต้องนำบุคคลเหล่านั้นมาเป็นพยานในศาล เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นที่ได้กล่าวไว้ในวรรคก่อน

ในเรื่องที่เกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น มาตรา 5 ได้กำหนดเงื่อนไขการยกเว้นการห้ามรับฟังพยานบอกเล่าไว้ ดังนี้

(1) ในการพิจารณาคดีแพ่ง ข้อความที่บรรจุในเอกสารที่ผลิตโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ จะรับฟังเป็นพยานของข้อเท็จจริงใดในเอกสารนั้น เช่น พยานโดยตรงที่รับฟังได้ ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไข (2) ของมาตรานี้

(2) เงื่อนไขเช่นนั้นคือ

(a) เอกสารที่บรรจุข้อความที่ผลิตโดยเครื่องคอมพิวเตอร์นั้นในขณะเวลาที่เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานตามปกติเพื่อวัตถุประสงค์ตามปกติ วัตถุประสงค์นั้นไม่ว่าเพื่อแสวงหากำไรหรือไม่ โดยองค์กรหรือบุคคลใดก็ตาม หรือบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา

(b) ในช่วงเวลานั้นได้มีการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานตามปกติของกิจกรรมในการเก็บข้อมูลในข้อความ หรือได้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ออกมาจากเครื่องคอมพิวเตอร์

(c) ในช่วงเวลาที่เครื่องทำงานนั้นเครื่องได้ทำงานอย่างปกติโดยสมบูรณ์ หรือหากเครื่องมีปัญหาที่จะไม่กระทบต่อการผลิตเอกสารหรือความถูกต้องของเอกสารนั้น

(d) ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ผลิตออกมานั้น เป็นข้อมูลที่ป้อนเข้าสู่เครื่องคอมพิวเตอร์ตามปกติของกิจกรรมนั้น นอกจากนี้ยังต้องมีการออกใบรับรองจากบุคคลที่อยู่ในตำแหน่งที่เกี่ยวข้อง ในการดำเนินการสำหรับส่วนที่เกี่ยวข้องกับเครื่องมือหรือการจัดการในกิจกรรมที่เกี่ยวข้อง แต่ถ้าคู่ความฝ่ายตรงข้ามต้องการเรียกร้องให้นำบุคคลดังกล่าวมาสืบก็ได้ หากไม่มีการเรียกร้อง คู่ความฝ่ายที่อ้างข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นำเพียงใบรับรองมาสืบก็เพียงพอ

ดังนั้น เนื่องจากกฎหมาย Civil Evidence Act, 1968 ได้ตราขึ้นในขณะที่ยัง ไม่มีการประดิษฐ์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์ แต่จะกล่าวถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้จากการประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เพียงอย่างเดียว อาจไม่เหมาะสมกับการนำมาใช้กับ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้มาจากเทคโนโลยีสารสนเทศดังนี้ กล่าวคือ กฎหมายดังกล่าว ไม่ได้กล่าวถึงการตรวจสอบข้อมูลที่ป้อนเข้าสู่คอมพิวเตอร์ รวมถึงไม่ได้กล่าวถึงระบบความปลอดภัยของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้รับจากเทคโนโลยีสารสนเทศโดยการใช้วิทยาการสมัยใหม่ อาทิเช่น digital signature มาเป็นหลักในการพิจารณาความน่าเชื่อถือของพยานประเภทนี้ แต่ในเงื่อนไขข้อ 5(d) บัญญัติเฉพาะข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกผลิตซ้ำหรือการส่งข้อมูลเข้าเครื่องคอมพิวเตอร์ไม่ได้กล่าวถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้จากการโต้ตอบโดยอัตโนมัติกับการข้อมูลสารจากเครื่องคอมพิวเตอร์อื่นหรือจากการข้อมูลสารโดยเครื่องมือข้อมูลสารประเภทอื่น เช่น EDI

นอกจากนี้ยังมีปัญหาในการตีความอีกว่า หากมีการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในคดีแพ่งโดยที่ไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 2 และ 4 กล่าวคือ ไม่มีการแจ้งให้ คู่ความอีกฝ่ายทราบถึง the origin statement maker, second hand hearsay และ intermediaries จะมีผลเป็นอย่างไร

ดังนั้น Civil Evidence Act, 1968 ในปัจจุบันได้ถูกยกเลิกโดย Civil Evidence Act, 1995 โดยกฎหมายใหม่นี้ห้ามมิให้ปฏิเสธไม่รับฟังพยานใด ๆ เพียงเพราะเหตุที่เป็นพยานบอกเล่า (1-(1) In civil proceedings evidence shall not be excluded on the ground that it is hearsay) ซึ่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในกรณีดังกล่าวถือว่าเป็นพยานบอกเล่า ซึ่งกฎหมายใหม่นี้พิจารณาถึงความน่าเชื่อถือของพยานบอกเล่าโดยกำหนดเงื่อนไขไว้ ดังนี้

(a) มีความเป็นไปได้หรือไม่ที่คู่ความฝ่ายที่อ้างข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น จะเรียกผู้บันทึกข้อมูลคนแรกมาเป็นพยานในศาล

(b) การบันทึกในครั้งแรกได้กระทำในทันทีหลังจากที่เหตุการณ์เกิดขึ้นหรือไม่

(c) พยานนั้นเป็นพยาน multiple hearsay หรือเปล่า เพราะหากเป็นความผิดพลาดหรือความเข้าใจผิดอาจเกิดขึ้นได้

(d) การบันทึกในครั้งแรกนี้มีการเรียบเรียงข้อความก่อนที่บันทึกหรือบันทึกโดยไม่มี การเรียบเรียงถ้อยคำ และการบันทึกนั้น ผู้บันทึกได้กระทำคนเดียวหรือหลายคน และการบันทึกมีวัตถุประสงค์โดยเฉพาะ มีเหตุการณ์แวดล้อมอะไรที่เกิดขึ้นนั้น ส่งผลให้การพิจารณาคุณค่าของพยานชั้นนั้น ๆ ลดลง

กฎหมายใหม่ได้พยายามวางหลักเกณฑ์ในการให้ความน่าเชื่อถือแก่พยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะสะท้อนให้เห็นว่าข้อมูลจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะต้องมีการรับรองความถูกต้อง

(2.2) หลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (The best Evidence Rule)

หลักนี้ต้องการให้คู่ความนำพยานที่ดีที่สุดที่เป็นไปตามธรรมชาติของคดีมานำสืบในศาล จากหลักนี้หมายความว่า หากเป็นเอกสารจะต้องนำต้นฉบับถือเป็นพยานชั้นหนึ่งมาแสดง จะนำสำเนาซึ่งถือเป็นพยานชั้นสองมาแสดงไม่ได้ ทั้งนี้ในปัจจุบันหลักพยานหลักฐานที่ดีที่สุดได้เริ่มผ่อนคลายความเคร่งครัดลง โดยอนุญาตให้มีการนำสำเนาเอกสารเข้าสืบได้ ยกเว้นบางกรณีที่ต้องใช้ต้นฉบับเอกสารมานำสืบเป็นพยานหลักฐาน ได้แก่กรณีดังนี้

1. กรณีไม่มีกฎหมายกำหนดยกเว้นว่าอนุญาตให้นำพยานชั้นสองเข้าสืบได้
2. กรณีการสืบในเรื่องการสมรส หากเป็นคดีเกี่ยวกับการสมรสซ้อนหรือการหย่า
3. กรณีการสืบเรื่องอายุ หากเป็นคดีเกี่ยวกับบุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะและความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งเกิดกับหญิงผู้เยาว์
4. กรณีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทอันจะทำให้โจทก์เสียลูกค้าในการค้าขายในทางปกติ
5. กรณีใบอนุญาตหรือใบกรมธรรม์ประกันภัย ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการนำสืบถึงบุคคลผู้ที่ได้รับใบอนุญาต หรือบุคคลผู้ที่มีชื่ออยู่ในใบกรมธรรม์ประกันภัย

ในเวลาต่อมาคดี R.v. Governer of Pentonville Prison, ex parte Osman (1989) 3 All ER 701 at 728 ได้วางหลักว่า กรณีที่จะต้องนำสืบด้วยต้นฉบับเอกสารนั้น จะต้องเป็นกรณีที่ข้อความในเอกสารฉบับนั้นเขียนด้วยลายมือที่ไม่เหมือนกัน โดยมีข้อยกเว้นที่ไม่ต้องนำพยานเข้าสืบด้วยต้นฉบับเอกสาร ได้แก่กรณีอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

1. เอกสารนั้นอยู่ในความครอบครองของคู่ความอีกฝ่าย และคู่ความนั้นไม่ยอมส่งเอกสารต้นฉบับ เมื่อได้รับการแจ้งจากศาลแล้ว

2. เอกสารนั้นอยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก ซึ่งคู่ความที่ประสงค์จะอ้างอิงเอกสารต้นฉบับดังกล่าวจะต้องร้องขอต่อศาลให้ออกหมายเพื่อขอให้ส่งเอกสารดังกล่าว หากไม่ส่งคู่ความฝ่ายนั้นนำสืบสำเนาได้

3. เอกสารต้นฉบับสูญหาย

4. การนำต้นฉบับมาสืบไม่สามารถกระทำได้ ตัวอย่างคดี *Owner v Bee Hive Spinning Co Ltd.*(1914) 1 KB 105 ปราบฎข้อเท็จจริงว่า “ผู้อ้างประกาศ ที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเวลาพักทานอาหารของลูกจ้างในโรงงาน ไม่ต้องนำประกาศต้นฉบับมาสืบ เพราะตามกฎหมายบังคับให้ประกาศนี้ต้องติดไว้ที่โรงงานตลอดเวลา”

5. เอกสารมหาชน

ต่อมาในปี ค.ศ.1995 รัฐสภาอังกฤษเห็นว่า ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีข้อเสีย กล่าวคือ มีโอกาสแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ควรจะให้ความสำคัญเรื่องการรักษาความถูกต้องแท้จริง จึงได้ตรากฎหมาย Civil Evidence Act,1995 บัญญัติให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานเอกสาร ซึ่งเป็นการยกเลิกหลักตามแนวคำพิพากษาของศาลในคดี *the Statute of Liberty* เพื่อให้มีการนำสืบรับรองความถูกต้องแท้จริงเป็นหลักพื้นฐานในการนำสืบพยานเอกสารมาใช้ ส่วนปัญหาต้องนำสืบพยานต้นฉบับนั้น รัฐสภาให้มีการรับฟังสำเนาได้ เนื่องจากเห็นว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นสำเนา แต่ต้องมีการรับรองความถูกต้องแท้จริงของสำเนานั้น หากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานบอกเล่า ให้ศาลพิจารณาให้ความน่าเชื่อถือหากมีเหตุการณ์เกิดขึ้น ตามที่กฎหมาย Civil Evidence Act,1995 กำหนด

3.1.3.2 หลักเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

การพิจารณาให้น้ำหนักสำหรับพยานหลักฐานจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ศาลจะพิจารณาความน่าเชื่อถือของพยานในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งศาลจะรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หากไม่มีการนำสืบถึงความน่าเชื่อถือของพยานประเภทนี้ เหตุผลเนื่องจากข้อสันนิษฐานของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ว่า “ในกรณีที่ไม่มีการนำสืบพยานหลักฐานมาสืบในทางตรงข้ามว่าเครื่องจักรกลทำงานผิดปกติ ให้ศาลจะสันนิษฐานไว้ก่อนว่าอุปกรณ์หรือเครื่องจักรนั้น ๆ ทำงานอย่างปกติในเวลาที่เกิดสิ่งนั้น ๆ” โดยเงื่อนไขในการพิจารณาความน่าเชื่อถือ ได้มีผู้เสนอให้มีการนำสืบถึงวิธีการดูแลรักษาระบบความปลอดภัยของข้อมูล มาตรฐานของทั้งเครื่องคอมพิวเตอร์และโปรแกรมให้มีมาตรฐานที่เหมาะสมรวมถึงมีการตรวจเช็คเครื่องคอมพิวเตอร์และระบบต่างๆ เป็นประจำ²¹

ดังนั้น รัฐสภาของประเทศอังกฤษจึงได้มีการตรากฎหมาย Civil Evidence Act,1995 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 31 มกราคม 1997 ซึ่งกำหนดให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ถือเป็นพยานเอกสาร โดยได้ขยายนิยามของเอกสารให้มีความหมายกว้างขึ้นครอบคลุมไปถึงข้อมูล

²¹ เรื่องเดียวกัน, 49.

อิเล็กทรอนิกส์ โดยบัญญัติไว้ในคำนิยามตามมาตรา 12 ว่า “เอกสาร” หมายถึงสิ่งใด ๆ ที่มีการบันทึกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะมีลักษณะอย่างไรก็ตาม (section 12 “document” means anything in which information of any description is recorded.)

3.1.3.3 ปัญหาการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษได้มีการแยกประเภทของพยานหลักฐานออกเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ ดังนั้น การนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาล จึงเกิดปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายลักษณะพยานเช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งแต่เดิมหากพิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษจะพบว่าได้มีการวางหลักเกณฑ์การรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดจากการประมวลผลของเครื่องคอมพิวเตอร์ไว้ว่ามีสถานะเป็นพยานวัตถุ เนื่องจากการกระทำของอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่มีมนุษย์เข้าไปเกี่ยวข้อง²² ส่วนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดจากการบันทึกโดยคอมพิวเตอร์ที่มีมนุษย์เข้าไปเกี่ยวข้อง ถือว่ามีลักษณะเป็นพยานเอกสารชนิดหนึ่งเพราะเป็นการนำสืบข้อเท็จจริง เนื่องจากการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีมนุษย์เข้าไปเกี่ยวข้องด้วย แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันปัญหาดังกล่าวได้ถูกแก้ไขโดยรัฐสภาอังกฤษได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยพยานหลักฐานทางแพ่ง ค.ศ. 1995 (Civil Evidence Act, 1995) โดยยกเลิกหลักเกณฑ์การแบ่งข้างต้น และกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “พยานเอกสาร” ให้มีความหมายกว้างขึ้น กล่าวคือ ให้มีความหมายรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย โดยไม่คำนึงว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะถูกสร้างขึ้นด้วยวิธีใดก็ตาม

3.1.4 แนวทางการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังและการชี้แจงน้ำหนัก

พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ในต่างประเทศ

ปัญหาในเรื่องการรับฟังและชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นปัญหาที่ประเทศต่าง ๆ กำลังเผชิญอยู่ ด้วยเหตุนี้เพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น ประเทศในเครือจักรภพของอังกฤษ (The Commonwealth) จึงได้มีการจัดประชุมขึ้นในปี ค.ศ. 2000 เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยแต่ละประเทศต่างเห็นพ้องต้องกันว่าหลักเกณฑ์ว่าด้วยพยานหลักฐานตามระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อาจไม่เหมาะสมในการนำมาปรับใช้กับปัจจุบันที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีต่าง ๆ อีกทั้ง เพื่อเป็นการพัฒนากฎหมายให้ทันต่อสภาพการณ์ในปัจจุบัน จึงเป็นที่มาของการร่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อนำมาบังคับใช้กับประเทศในเครือจักรภพ

กฎหมายแม่แบบดังกล่าวได้วางข้อกำหนดเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานโดยทั่วไป ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย การนำหลักว่าด้วยพยานหลักฐานที่ดีที่สุดมาใช้

²² เสาวภาภรณ์ ปิยะรัตน์, การนำสารสนเทศมาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่ง (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), 47.

ข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความถูกต้องแท้จริง มาตรฐานและการพิสูจน์โดยการทำคำเบิกความ ล่วงหน้าการถามค้านและการทำความตกลงเพื่อยอมรับพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ และการรับฟังลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน²³

สำนักเลขาธิการว่าด้วยกิจการในเครือจักรภพ (The Commonwealth Secretariat) ได้ให้เหตุผลในการร่างกฎหมายแม่แบบดังกล่าว ว่าเพื่อให้เกิดความมั่นใจว่า พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ดังเช่นพยานหลักฐานทั่วไป โดยมีการร่างกฎหมายดังกล่าวให้เป็นไปตามกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ รวมถึง มาตรา 35 (1) แห่งพระราชบัญญัติกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน (แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1996) ของประเทศสิงคโปร์ และพระราชบัญญัติว่าด้วยพยานหลักฐานของประเทศ แคนาดา ทั้งนี้ สมาชิกของกลุ่มสามารถนำกฎหมายแม่แบบดังกล่าวไปบังคับใช้ภายในประเทศ ของตนเองได้โดยการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ หรือเพิ่มเติมข้อกำหนด ในเรื่องนีลงไป ในกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยพยานหลักฐาน

สาระสำคัญของกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Evidence Model Law) สรุปพอสังเขปได้ดังนี้

1. กฎหมายแม่แบบนี้นำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการ รับฟังพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะนำมาใช้ในคดีแพ่งเท่านั้น แต่รวมไป ถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา และคดีอื่นๆ ด้วย
2. คำจำกัดความ คำว่า "บันทึกอิเล็กทรอนิกส์" (Electronic Record) มีความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ ไม่จำกัดเฉพาะข้อมูลที่ถูกจัดทำ บันทึก และเก็บไว้ใน ระบบคอมพิวเตอร์ เท่านั้น แต่ยังขยายไปถึงเทคโนโลยี ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตด้วย โดยให้ หมายความรวมถึงการแสดงผลสิ่งพิมพ์ออก และการแสดงออกมาในรูปแบบอื่นๆ
3. หลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ คือ ห้าม มิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานเพียงเพราะว่าข้อมูลดังกล่าวอยู่ใน รูปของอิเล็กทรอนิกส์
4. กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ หรือ พระราชบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อวางหลักการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นเอกสาร แต่ได้กำหนดเป็น ข้อยกเว้นของหลักการรับรองความถูกต้องแท้จริง (The Authentication) และหลักการรับฟัง พยานหลักฐานที่ดีที่สุด (The Best Evidence Rule)
5. หลักเรื่องการรับรองความถูกต้องแท้จริง (Authentication) กำหนดไว้ว่า คู่ความที่ประสงค์จะอ้างอิงบันทึกอิเล็กทรอนิกส์ เป็นพยานหลักฐานไม่ว่าการดำเนินกระบวนการ

²³ โปรดดู รายละเอียดในภาคผนวก Draft Model Law on Electronic Evidence.

พิจารณาในคดีใดๆ ก็ตามมีภาระในการนำสืบพิสูจน์ถึงความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐาน เช่นว่านั้น

6. หลักเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุด (Best Evidence Rule) ในกรณีที่บันทึกอิเล็กทรอนิกส์อยู่ในรูปของสิ่งพิมพ์ออก (Printout) ในถือว่าสิ่งพิมพ์ออกนั้น เป็นต้นฉบับด้วย อย่างไรก็ตามก็ยังคงคำนึงถึงความถูกต้องสมบูรณ์ของระบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งข้อมูลได้ถูกบันทึกหรือจัดเก็บไว้ด้วย

7. กฎหมายแม่แบบยังได้กำหนดถึงบทสันนิษฐานในเรื่องความครบถ้วน ถูกต้อง (Integrity) ของระบบบันทึกอิเล็กทรอนิกส์ไว้ด้วยการอันแสดงให้เห็นถึงความน่าเชื่อถือของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น

8. นอกจากนี้ยังได้วางหลักไว้ด้วยว่า คู่ความอาจตกลงกันยอมรับว่าบันทึกอิเล็กทรอนิกส์สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ โดยต่างต้องไม่ได้โต้แย้งถึงความมีอยู่และความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ตัดสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญา หากในเวลาที่มีการทำความตกลงในเรื่องดังกล่าว ผู้ถูกกล่าวหาไม่มีการแต่งตั้งทนายความเข้ามาช่วยดูในเรื่องนี้ ตามหลักสิทธิเสรีภาพของจำเลยในคดีอาญา

9. หลักในเรื่องการรับฟังลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน หากกฎหมายกำหนดว่าต้องมีคู่ความจะต้องนำมาแสดงประกอบด้วย

3.2 การรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในกฎหมายไทย

3.2.1 ระบบของกฎหมายลักษณะพยาน

ระบบกฎหมายลักษณะพยานหรือระบบการค้นหาข้อเท็จจริง โดยศาลเป็นผู้วินิจฉัยคดี อาจแบ่งได้เป็นระบบใหญ่ได้ 2 ระบบกล่าวคือ

3.2.1.1 ระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

ระบบไต่สวนเป็นระบบที่ใช้อยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศในภาคพื้นยุโรปหรือประเทศในกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ระบบนี้มีที่มาจากการชำระความของผู้มีอำนาจโดยเด็ดขาดซึ่งจะทำการไต่สวนคดีความเพื่อหาข้อเท็จจริงให้ได้วิธีการที่ใช้ในระยะแรกๆ อาจเกิดการทรมานจำเลยเพื่อให้จำเลยรับสารภาพ หรืออาจให้จำเลยต่อสู้กันเพื่อพิสูจน์ว่าใครผิด ต่อมาได้มีการพัฒนาระบบค้นหาข้อเท็จจริงโดยคู่ความนำพยานหลักฐานเข้าสืบแทนการใช้วิธีดังกล่าว ทั้งนี้ ระบบไต่สวนถือว่าศาลมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี มีอำนาจที่จะสืบพยานเพิ่มเติมหรือดลสืบพยานก็ได้ เพื่อค้นหาให้ได้ข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับความจริงมากที่สุด การกำหนดระเบียบวิธีเกี่ยวกับการสืบพยานจึงมีน้อย

กล่าวได้ว่าในระบบไต่สวนนี้ กฎหมายลักษณะพยานไม่ค่อยมีบทบาทสำคัญนัก ส่วนมากจะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความ โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่มีบทตัดพยาน

หรือกฎที่ห้ามนำพยานประเภทใดประเภทหนึ่งเข้าสืบ ส่วนศาลจะรับฟังพยานหลักฐานทุกประเภท เว้นแต่พยานหลักฐานที่ไม่เกี่ยวข้องกับคดี อย่างไรก็ตาม ศาลมีอำนาจอย่างกว้างขวางที่จะใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานทุกอย่างที่เสนอมาโดยคู่ความและดุลพินิจนี้มักถูกโต้แย้งไม่ได้ นอกจากนี้การรับฟังพยานหลักฐานโดยทั่วไปแล้ว ศาลยังมีดุลพินิจในการชี้แนะนักฟังพยานหลักฐานอย่างเต็มที่

3.2.1.2 ระบบกล่าวหา (Accusatorial System)

ระบบกล่าวหาเป็นระบบการพิจารณาคดีของประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งถือกำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษ และต่อมาถูกนำไปใช้ในประเศอาณานิคมของอังกฤษ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา สิงคโปร์ เป็นต้น ระบบกล่าวหาที่มีวิวัฒนาการมาจากการพิจารณาคดีในสมัยโบราณที่ใช้วิธีการทรมาน และให้จำเลยต่อสู้กัน ซึ่งจะมีคู่ต่อสู้ 2 ฝ่าย และมีศาลเป็นคนกลางและมีหน้าที่เป็นกรรมการ ต่อมาการพิจารณาคดีโดยใช้วิธีการทรมานและให้จำเลยต่อสู้ได้ถูกยกเลิกไป และเปลี่ยนมาเป็นการใช้วิธีเอาพยานมาพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์กัน

ความแตกต่างของระบบกฎหมายทั้ง 2 ระบบดังกล่าวนี้ ปัจจุบันมีไม่มากนัก เพราะทั้ง 2 ระบบต่างยอมรับจุดอ่อนของตน ได้มีการปรับปรุงระบบการพิจารณาโดยเอาส่วนดีของอีกระบบหนึ่งมาใช้ จนทั้ง 2 ระบบมีลักษณะใกล้เคียงกันเป็นส่วนใหญ่ ถึงกับมีผู้กล่าวว่า การแยกเป็นระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนนั้นถูกต้องเฉพาะในอดีตเท่านั้น สำหรับปัจจุบันไม่ถูกต้องนักและอาจทำให้เข้าใจผิดได้ เพราะทั้งระบบ คอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของระบบกล่าวหา และซีวิลลอว์ ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของระบบไต่สวนต่างได้ปรับปรุงวิธีพิจารณาคดีความใกล้เคียงกันมาก²⁴

3.2.1.3 ระบบกฎหมายลักษณะพยานของประเทศไทย

เนื่องจากกฎหมายลักษณะพยานของไทยนั้นเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นลักษณะของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายหรือประเทศที่มีระบบพิจารณาคดีแบบไต่สวน ทั้งนี้ หากพิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความว่าด้วยเรื่องของการรับฟังพยานหลักฐานพบว่าให้อำนาจศาลอย่างกว้างขวางในการที่จะรับฟังพยานหลักฐานใดๆ นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ เมื่อเห็นสมควรอันเป็นหลักการแห่งการค้นหาความจริงโดยศาล (Principle of judicial Investigation) ของระบบไต่สวนโดยแท้ อันตรงข้ามกับหลักการที่จำกัดอำนาจของศาลให้พิจารณาแต่เฉพาะพยานหลักฐานเท่าที่คู่ความเสนอ (Principle of Party Presentation) ของระบบกล่าวหา²⁵

²⁴ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, 4-5.

²⁵ ชาวเลิศ โสภณวัฒน์, "กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมายในระบบกล่าวหาจริงหรือ,"

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติศาลไทยได้รับอิทธิพลจากอารยธรรมตะวันตก ทำให้มีการจัดระบบศาลยุติธรรมตามแบบอังกฤษ ทั้งนี้เพราะพระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้ทรงศึกษาวิชากฎหมายมาจากประเทศอังกฤษ นอกจากนั้นที่ปรึกษากฎหมายส่วนใหญ่ก็มาจากประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ อิทธิพลของคอมมอนลอว์จึงมีผลกระทบต่อการศึกษาของประเทศไทย ทำให้ทางปฏิบัติศาลไทยวางตัวเป็นกลางและมีหน้าที่ควบคุมการเสนอพยานหลักฐาน ส่วนการค้นหาคำเท็จจริงมาแสดงให้ปรากฏเป็นเรื่องของคู่ความ²⁶

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าระบบวิธีพิจารณาและบทบัญญัติตามกฎหมายลักษณะพยานของไทยได้รับอิทธิพลอย่างมากจากประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ทั้งนี้การที่เทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้าไปอย่างไม่หยุดยั้ง ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในหลายๆ ด้าน กฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่สำคัญในการวางระเบียบของสังคมจึงต้องมีการปรับปรุงและพัฒนาไปให้ทันต่อกระแสสังคมในยุคโลกาภิวัตน์ด้วย ด้วยเหตุนี้การศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหของต่างประเทศในการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาล ดังเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ย่อมเป็นข้อพิจารณาที่ดีประการหนึ่งสำหรับการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลักษณะพยานของไทยให้มีความทันต่อสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลต่อไป

3.2.2 ประเภทของพยานหลักฐาน

พยานหลักฐานอาจจัดแบ่งออกไปเป็นประเภทได้หลายลักษณะตามแต่วัตถุประสงค์และหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่ง อย่างไรก็ตามสามารถแบ่งประเภทของพยานหลักฐานที่มีลักษณะสำคัญได้ดังนี้

3.2.2.1 พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ พยานผู้เชี่ยวชาญ

พยานบุคคล หมายความว่า ถ้อยคำของบุคคลที่เบิกความต่อหน้าศาล และศาลได้จัดเป็นข้อความรวมไว้ในสำนวนความเป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากคำเบิกความของบุคคลต่อหน้าศาล ในการไต่สวนหรือพิจารณาโดยตรง หรือโดยผ่านล่ามก็ได้

พยานเอกสาร หมายความว่า ข้อความใดๆ ที่ศาลอาจอ่านหรือตรวจดูได้จากหนังสือ ลายลักษณ์อักษร หรือรูปรอยใดๆ โดยประการที่ว่ารูปรายนั้นได้เป็นเครื่องหมายแห่งความหมายใช้แทนคำพูดในภาษาใดภาษาหนึ่ง

พยานวัตถุ หมายความว่า สิ่งใดๆ ที่คู่ความอ้างอิงให้ศาลตรวจดูเพื่อประโยชน์แห่งคดีของตน พยานผู้เชี่ยวชาญ หมายความว่า พยานบุคคลซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในศาสตร์สาขาใดสาขาหนึ่ง และมาให้ถ้อยคำโดยการให้ความเห็นในทางวิชาการ

ดูพาท 28 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2524): 65.

²⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, 6.

การแบ่งพยานหลักฐานตามวิธีนี้เป็นการแบ่งตามวิธีการนำพยานหลักฐาน เข้าสืบ ซึ่งมีกฎเกณฑ์ต่างกันระหว่างพยานหลักฐานทั้ง 4 ประเภท ดังนั้น พยานเอกสารและพยานวัตถุ มีข้อแตกต่างกันตรงที่ว่า วัตถุประสงค์แห่งการอ้างอิงให้ศาลตรวจดูนั้น เป็นการอ้างเพื่อให้ศาลอ่านหรือตรวจดูข้อความ หรือเป็นการอ้างเพื่อให้ศาลตรวจดูลักษณะรับรู้ถึงสภาพของความเป็นอยู่หรือความเป็นไปของสิ่งนั้นเอง จะเห็นได้ว่า เอกสารอาจเป็นทั้งพยานเอกสารและพยานวัตถุ

3.2.2.2 พยานโดยตรง พยานแวดล้อม

พยานโดยตรง หมายถึง พยานหลักฐานใดๆ ที่บ่งระบุว่าข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นได้มีอยู่โดยไม่ต้องอาศัยเหตุผลสันนิษฐานอย่างใดต่อไปอีก

ส่วนพยานแวดล้อม เป็นพยานที่ไม่ได้แสดงถึงข้อเท็จจริงที่จะพิสูจน์โดยตรง แต่อาจทำให้ศาลอนุมานได้ว่าข้อเท็จจริงที่คู่ความประสงค์จะพิสูจน์นั้นมีอยู่หรือไม่

ดังนั้น การแบ่งประเภทของพยานหลักฐานวิธีนี้ พิจารณาจากความใกล้ชิดของข้อเท็จจริงที่พยานมุ่งพิสูจน์กับประเด็นพิพาทในคดี อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ในคดีอาญานั้น พยานแวดล้อมกรณีที่ศาลจะเชื่อต้องบ่งชี้โดยแน่นอนไม่มีทางคิดได้ว่าข้อเท็จจริงอาจเป็นอย่างอื่น ศาลจึงจะลงโทษจำเลยโดยพยานแวดล้อมได้ ส่วนในคดีแพ่งเป็นเรื่องที่ศาลจะชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งสองฝ่ายว่าฝ่ายใดจะดีกว่ากัน พยานแวดล้อมจึงอาจจะมีน้ำหนักดีกว่าพยานโดยตรงที่ปราศจากเหตุผลก็ได้

3.2.2.3 ประจักษ์พยาน พยานบอกเล่า

พยานที่รู้เห็นเองหรือประจักษ์พยาน คือ พยานบุคคลที่มาเบิกความให้ข้อเท็จจริงแก่ศาลตามที่ตนได้รับและเห็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นๆ เอง ส่วนพยานบอกเล่าคือคำให้การหรือคำกล่าวเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดๆ อันตนไม่ได้รู้เห็นมาเอง หากแต่ได้ยินได้ฟังผู้อื่นเล่าถึงข้อเท็จจริงนั้นๆ สืบต่อมาอีกทอดหนึ่งหรือหลายทอดแล้วแต่กรณี ดังนั้น โดยหลักแล้วพยานบอกเล่าจึงรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้

ในปัจจุบันการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาล ยังไม่มีกฎหมายกำหนดอย่างชัดเจนว่าเป็นพยานหลักฐานประเภทใด ซึ่งการแบ่งประเภทของพยานหลักฐาน ย่อมเป็นประโยชน์ในการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เนื่องจากจะส่งผลต่อการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการนำสืบและการรับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้ของศาล

3.2.2.4 พยานชั้นหนึ่ง พยานชั้นสอง

พยานชั้นหนึ่ง หมายถึง พยานหลักฐานที่ดีที่สุดอันจะพึงมีสำหรับกรณีนั้นๆ ซึ่งกฎหมายลักษณะพยานของไทยยอมรับหลักเรื่องพยานที่ดีที่สุดเช่นกัน กล่าวคือ การกำหนดให้ต้องอ้างต้นฉบับเอกสาร รวมถึงพยานบุคคลที่มาเบิกความต่อศาลต้องรู้เห็นเหตุการณ์มาด้วยตนเองโดยตรง

พยานชั้นสอง หมายถึง พยานอื่นที่ไม่ใช่พยานที่ดีที่สุดแม้จะสามารถบ่งชี้ได้ว่าข้อเท็จจริงนั้นมียุก็ตาม อีกทั้งมีน้ำหนักน้อยที่ศาลจะรับฟัง

ทั้งนี้ การแบ่งประเภทพยานวิธีนี้มุ่งความใกล้ชิดของพยานกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น คำว่า “พยานชั้นหนึ่งและพยานชั้นสอง” นั้น ไม่ปรากฏในกฎหมายไทย การแบ่งพยานประเภทนี้มาจากหลักกฎหมายพยานของประเทศอังกฤษที่ว่า “ศาลจะรับฟังแต่เฉพาะพยานหลักฐานที่ดีที่สุดเท่านั้น (The best evidence rule)” หากมีพยานหลักฐานใดที่สามารถยืนยันข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้โดยตรง ย่อมมีน้ำหนักและความน่าเชื่อถือมากกว่าพยานอื่น อาทิเช่น คดีที่มีประเด็นว่ามีการทำสัญญาพิพาทกันหรือไม่ ผู้ที่เป็นพยานในสัญญาย่อมยืนยันข้อเท็จจริงได้ดีที่สุดเพราะรู้เห็นการทำสัญญาและได้ลงลายชื่อเป็นพยานไว้ หากจะนำบุคคลอื่นที่ไม่ได้ลงลายมือชื่อในสัญญามาสืบ ย่อมมีน้ำหนักและความน่าเชื่อถือน้อยกว่า ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของผู้ที่นำพยานชั้นที่สองเข้าสืบว่าจะต้องแสดงเหตุผลให้ประจักษ์ต่อศาลว่าพยานหลักฐานชั้นหนึ่งในกรณีนั้นไม่สามารถนำมาสืบได้เพราะเหตุสุดวิสัยโดยแท้จริง

3.2.3 มาตรฐานการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย

3.2.3.1 หลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

กรณีที่มีการอ้างข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานนั้น แต่เดิมศาลไทยยังไม่ให้การยอมรับฟังเป็นพยานหลักฐาน แต่ในส่วนสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นต้นฉบับสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานโดยจัดเป็นพยานเอกสารได้ นอกจากนี้ ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2540 ในข้อ 33-36 ซึ่งใช้ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ข้อกำหนดของศาลล้มละลาย พ.ศ.2549 ข้อ 20-23 และข้อกำหนดของศาลภาษีอากร พ.ศ. 2544 ข้อ 30-33 ย่อมไม่มีการรับฟังข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ ทั้งนี้รวมถึงการรับฟังข้อมูลที่บันทึกไว้ในหรือที่ได้มาจากไมโครฟิล์มข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือข้อมูลทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่นๆ ด้วย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าแต่เดิม ศาลไทยส่วนใหญ่ยังไม่ยอมรับฟังข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ เว้นแต่เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย และศาลภาษีอากร ซึ่งเป็นศาลชำนาญพิเศษ เท่านั้น

ในเวลาต่อมาประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายขึ้นฉบับหนึ่งเพื่อมารับรองสถานะทางกฎหมายของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งในเรื่องของการทำนิติกรรมสัญญาและการรับฟังเป็นพยานหลักฐานหากเกิดกรณีฟ้องร้องเป็นคดีกันขึ้น ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้คือพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 และต่อมาในปี พ.ศ. 2551 ได้มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ฉบับที่ 2 ขึ้นมา โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมยกเลิก ตลอดจนเพิ่มบทบัญญัติบางมาตราขึ้น โดยเฉพาะในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานข้อมูล

อิเล็กทรอนิกส์นั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วย
 ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2551 (ฉบับที่ 2) โดยให้ใช้ข้อความใหม่ ดังต่อไปนี้

มาตรา 11 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์
 เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีอื่นใด
 เพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์”

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 บัญญัติขึ้นมา
 เพื่อรับรองสถานะทางกฎหมายของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ว่าให้มีผลผูกพันกันเ็นทาง
 กฎหมายได้ และเมื่อเกิดกรณีพิพาทกันระหว่างคู่สัญญาจนมีการนำคดีมาสู่ศาล ศาลจะปฏิเสธ
 ไม่ยอมรับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้ไม่ได้ อย่างไรก็ตามหากมีกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับ
 การรับฟังพยานหลักฐาน ก็จะต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วย อาทิเช่น ประมวลรัษฎากร ได้
 บัญญัติไว้ในมาตรา 118 ว่า “ตราสารใดไม่ปิดแสตมป์บริบูรณ์ จะใช้ต้นฉบับ คู่ฉบับ คู่ฉีก หรือ
 สำเนาตราสารนั้นเป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งไม่ได้ จนกว่าจะได้เสียอากรโดยปิดแสตมป์ครบ
 จำนวนตามอัตราในบัญชีท้ายหมวดนี้และขีดฆ่าแล้ว.....” ดังนั้น หากตราสารข้อมูล
 อิเล็กทรอนิกส์ใดเป็นตราสารที่ประมวลรัษฎากรบัญญัติว่าต้องปิดอากรแสตมป์ ก็ต้องปฏิบัติ
 ตามนั้นด้วย มิฉะนั้น จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้ ส่วนวิธีการปิดอากรแสตมป์นั้น มีบัญญัติ
 ไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2551 (ฉบับที่ 2)
 ที่ให้เพิ่มความป็นวรรคสองของมาตรา 8 ดังนี้ “ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการปิดอากร
 แสตมป์ หากได้มีการชำระเงินแทนหรือดำเนินการอื่นใดด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตาม
 หลักเกณฑ์และวิธีการที่หน่วยงานของรัฐซึ่งเกี่ยวข้องประกาศกำหนด ให้ถือว่าหนังสือ หลักฐาน
 เป็นหนังสือ หรือเอกสาร ซึ่งมีลักษณะเป็นตราสารนั้นได้มีการปิดอากรแสตมป์และขีดฆ่าตาม
 กฎหมายนั้นแล้ว.....” อีกทั้งยังต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
 ว่าด้วยพยานหลักฐานด้วย เช่น เรื่องหน้าที่นำสืบ และเรื่องการห้ามมิให้รับฟังพยานนอกเล่า
 เป็นต้น

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ได้ให้การ
 ยอมรับผลทางกฎหมายของการทำสัญญาในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา
 13 ที่กล่าวไว้ว่า “คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ก็ได้
 และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้น ได้ทำ
 คำเสนอหรือคำสนองเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” และมาตรา 14 ที่บัญญัติว่า “ในระหว่างผู้ส่ง
 ข้อมูลและผู้รับข้อมูล การแสดงเจตนาหรือคำบอกกล่าวอาจทำเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้”
 รวมถึงกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การใดต้องหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือเอกสารมาแสดง
 มาตรา 8 ได้กำหนดให้การทำหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ และกรณีที่ต้องมีเอกสารมาแสดง
 สามารถทำในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ หากสามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมาย

ไม่เปลี่ยนแปลง ซึ่งคำว่า “สามารถเข้าถึงได้” นั้น²⁷ หมายความว่ารวมถึง ข้อความที่อยู่ในรูปของ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถอ่านออกและอธิบายได้โดยการใช้โปรแกรมหรือซอฟต์แวร์ และ รวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จำเป็นต้องแปลงข้อมูลนั้นให้สามารถอ่านเข้าใจได้ด้วย ส่วนคำว่า “นำกลับมาใช้ได้” นั้น หมายถึง มนุษย์เป็นผู้ใช้และยังรวมถึงการใช้โดยการประมวลผลด้วย เครื่องคอมพิวเตอร์ และคำว่า “โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง” นั้น หมายถึง ต้องมีลักษณะ ถาวร ไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง อีกทั้งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นต้องไม่ได้สร้างขึ้นโดยใช้ มาตรฐานที่ต่ำเกินไป²⁸

ดังนั้น เหตุผลสำคัญที่ต้องมีการกำหนดเงื่อนไขให้สามารถเข้าถึงและนำกลับมา ใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลงนั้น ก็เนื่องมาจากว่าเทคโนโลยีที่ใช้ในการสร้างข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์กับเทคโนโลยีที่ใช้ในการอ่านหรือใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น อาจมีความแตกต่างกัน ซึ่งทำให้ไม่สามารถอ่านหรือแปลงข้อมูลได้ถูกต้องตรงกัน

อย่างไรก็ตาม การที่จะทำให้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์มีผลสมบูรณ์ผูกพันระหว่าง คู่สัญญาตลอดจนสามารถบังคับกันได้ตามกฎหมายจำเป็นต้องมีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญา ซึ่ง มาตรา 9 ได้กำหนดให้การยอมรับว่าลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์มีฐานะเทียบเท่ากับลายมือชื่อ ธรรมดาและมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย โดยมีเงื่อนไขว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นต้อง (1) ใช้ วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อ และสามารถแสดงได้ว่าเจ้าของลายมือชื่อรับรอง ข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นว่าเป็นของตน และ (2) วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้ โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ แวดล้อมหรือข้อตกลงของคู่กรณี และวิธีการที่เชื่อถือดังกล่าวให้คำนึงถึง

ก. ความมั่นคงและรัดกุมของการใช้ วิธีการหรืออุปกรณ์ในการระบุตัวบุคคล สภาพพร้อมใช้งานของทางเลือกในการระบุตัวบุคคล กฎเกณฑ์เกี่ยวกับลายมือชื่อที่กำหนดไว้ใน กฎหมายระดับความมั่นคงปลอดภัยของการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ การปฏิบัติตาม กระบวนการในการระบุตัวบุคคลผู้เป็นข้อมูลกลาง ระดับของการยอมรับหรือไม่ยอมรับ วิธีการที่ ใช้ในการระบุตัวบุคคลในการทำธุรกรรม วิธีการระบุตัวบุคคล ณ ช่วงเวลาที่มีการทำธุรกรรมและ ติดต่อข้อมูลสาร

ข. ลักษณะ ประเภท หรือขนาดของธุรกรรมที่ทำ จำนวนครั้งหรือความ สม่าเสมอในการทำธุรกรรม ประเพณีทางการค้าหรือทางปฏิบัติ ความสำคัญ มูลค่าของธุรกรรม ที่ทำ หรือ

²⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, ทวีศักดิ์ กอนันตกุล และ สุรางคณา แก้วจำนงค์, คำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544, (กรุงเทพมหานคร:สำนักงานเลขาธิการ คณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ), 63.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, 65.

ค. ความรัดกุมของระบบการติดต่อข้อมูลสารและนอกจากนี้ยังกำหนดให้การ ใ้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์สามารถอนุมัติโดยไม่ใช้บังคับกับการประทับตราของนิติบุคคลด้วยวิธีการ ทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ด้วย

การยอมรับการลงลายมือชื่อในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นี้สอดคล้องกับบทบัญญัติ มาตรา 8 ที่ยอมรับการจัดทำหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพราะ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการลงลายมือชื่อในหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือ หากไม่ใ้ การยอมรับให้มีลายมือชื่อในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ก็ย่อมส่งผลให้การทำสัญญา อิเล็กทรอนิกส์ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือก็จะไม่มีผลสมบูรณ์ หรือไม่สามารถใช้บังคับกันได้ตามกฎหมายแล้วแต่กรณี แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของ กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานด้วย

3.2.3.2 หลักเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน

มาตรา 11 วรรคสอง ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทาง อิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2551 (ฉบับที่ 2) บัญญัติว่า “ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์จะเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใดนั้น ให้พิเคราะห์ถึงความน่าเชื่อถือของลักษณะหรือ วิธีการที่ใช้สร้าง เก็บรักษา หรือข้อมูลสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ลักษณะหรือวิธีการเก็บรักษา ความครบถ้วน และไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อความลักษณะ หรือวิธีการที่ใช้ในการระบุหรือ แสดงตัวผู้ส่งข้อมูล รวมทั้งพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง

ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับกับสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ด้วย”

ดังนั้น ในคดีแพ่งทั่วไปการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเป็นดุลพินิจผู้พิพากษาที่จะ ให้นำน้ำหนักความน่าเชื่อถือแก่พยานหลักฐานของคู่ความที่เสนอหรือไม่ เพียงใด ทั้งนี้ภายใต้ บังคับของกฎหมายลักษณะพยาน แต่การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะมึ ความยุ่งยากซับซ้อนยิ่งกว่า ดังนั้นมาตรา 11 วรรคสอง จึงได้บัญญัติถึงวิธีการชั่งน้ำหนัก พยานหลักฐานประเภทนี้ไว้ อย่างไรก็ตามการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ให้อำนาจผู้พิพากษาที่จะใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานได้ อย่างเต็มที่ ซึ่งมาตรา 11 วรรคสองนี้ ได้บัญญัติให้ศาลพิเคราะห์ถึงความน่าเชื่อถือของลักษณะ หรือวิธีการที่ใช้สร้าง เก็บรักษา หรือข้อมูลสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ลักษณะหรือวิธีการเก็บ รักษา ความครบถ้วน และไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อความลักษณะ หรือวิธีการที่ใช้ในการระบุ หรือแสดงตัวผู้ส่งข้อมูล รวมทั้งพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง ดังนั้น หากลักษณะหรือวิธีการที่ใช้ สร้าง เก็บรักษา และการข้อมูลสารมีความน่าเชื่อถือ และมีวิธีการจัดเก็บรักษา มีความครบถ้วน โดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อความ หรือสามารถระบุหรือแสดงตัวผู้ส่งข้อมูลได้ รวมทั้ง พฤติการณ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ศาลก็ต้องรับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้

ในเรื่องของวิธีการเก็บรักษาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น มีบัญญัติไว้ในมาตรา 10 ดังนี้

“ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้นำเสนอหรือเก็บรักษาข้อความใดในสภาพที่เป็นมาแต่เดิมอย่างเอกสารต้นฉบับ ถ้าได้นำเสนอหรือเก็บรักษาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าได้มีการนำเสนอหรือเก็บรักษาเป็นเอกสารต้นฉบับตามกฎหมายแล้ว

(1) ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ใช้วิธีการที่เชื่อถือได้ในการรักษาความถูกต้องของข้อความตั้งแต่การสร้างข้อความเสร็จสมบูรณ์ และ

(2) สามารถแสดงข้อความนั้นในภายหลังได้

ความถูกต้องของข้อความตาม (1) ให้พิจารณาถึงความครบถ้วนและไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดของข้อความ เว้นแต่การรับรองหรือบันทึกเพิ่มเติม หรือการเปลี่ยนแปลงใดๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นได้ตามปกติในการติดต่อข้อมูลสาร การเก็บรักษา หรือการแสดงผลซึ่งไม่มีผลต่อความถูกต้องของข้อความนั้น

ในการวินิจฉัยความน่าเชื่อถือของวิธีการรักษาความถูกต้องของข้อความตาม (1) ให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการสร้างข้อความนั้น และมีการบัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา 10 วรรคสี่ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2551 (ฉบับที่ 2) มาตรา 5 ว่า “ในกรณีที่มีการทำสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามวรรคหนึ่งสำหรับใช้อ้างอิงข้อความของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หากสิ่งพิมพ์ออกนั้นมีข้อความถูกต้องครบถ้วนตรงกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และมีการรับรองสิ่งพิมพ์ออกโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดแล้ว ให้ถือว่าสิ่งพิมพ์ออกดังกล่าวใช้แทนต้นฉบับได้”

มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 บัญญัติว่า

“ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 10 ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้เก็บรักษาเอกสารหรือข้อความใด ถ้าได้เก็บรักษาในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ให้ถือว่าได้มีการเก็บรักษาเอกสารหรือข้อความตามที่กฎหมายต้องการแล้ว

(1) ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง

(2) ได้เก็บรักษาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นให้อยู่ในรูปแบบที่เป็นอยู่ในขณะที่สร้าง ส่ง หรือได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น หรืออยู่ในรูปแบบที่สามารถแสดงข้อความที่สร้าง ส่ง หรือได้รับให้ปรากฏอย่างถูกต้องได้ และ

(3) ได้เก็บรักษาข้อความส่วนที่ระบุถึงแหล่งกำเนิด ต้นทาง และปลายทางของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนวันและเวลาที่ส่งหรือได้รับข้อความดังกล่าว ถ้ามี

ความในวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับข้อความที่ใช้เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการส่งหรือรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์”

อีกทั้ง พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2551 (ฉบับที่ 2) บัญญัติให้เพิ่มเติมมาตรา 12/1 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ดังนี้

“ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 10 มาตรา 11 มาตรา 12 มาใช้บังคับกับเอกสารหรือข้อความที่ได้มีการจัดทำหรือแปลงให้อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในภายหลังด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และการเก็บรักษาเอกสารและข้อความดังกล่าวด้วยโดยอนุโลม

การจัดทำหรือแปลงเอกสารและข้อความให้อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด”

ดังนั้น หากปรากฏต่อศาลว่าข้อเท็จจริงที่คู่ความได้ทำการเก็บรักษาเป็นพยานหลักฐานโดยวิธีการเช่นเดียวกับการเก็บรักษาเอกสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 12 นี้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่คู่ความได้ว่า ศาลย่อมจะให้ความน่าเชื่อถือแก่พยานหลักฐานนั้นยิ่งกว่าพยานหลักฐานที่มีการจัดเก็บรักษาโดยวิธีอื่นหรือพยานหลักฐานที่ไม่ปรากฏวิธีการเก็บที่แน่นอนตามมาตรฐานข้างต้น

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

การที่ประเทศไทยได้ก้าวเข้าสู่สังคมเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารอย่างเต็มรูปแบบ และมีแนวโน้มในการทำธุรกรรมแบบไร้กระดาษ (Paperless Trading) มากยิ่งขึ้น อันส่งผลให้สัญญาที่ใช้ในการทำธุรกรรมต่างๆ ต้องจัดทำเป็นสัญญาในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์มากยิ่งขึ้นไปด้วย โดยจะเห็นได้ว่าการพัฒนาการดังกล่าวนี้ อาจทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายหลายประการเช่นเดียวกันกับในต่างประเทศ แม้ในปัจจุบันจะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ออกมาใช้บังคับแล้วก็ตามแต่ด้วยกฎเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้อง จึงทำให้คู่สัญญายังคงต้องจัดทำ ใช้ และจัดเก็บสัญญาในแบบกระดาษไว้ด้วยเพื่อใช้ในการอ้างอิงหรือเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายควบคู่ไปกับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากไม่มั่นใจว่าในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นถึงแม้จะสามารถนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้อ้างอิงเป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลได้ แต่ยังคงมีปัญหาเรื่องน้ำหนักในการรับฟังเป็นพยานหลักฐานรวมถึงการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของสัญญานั้นว่าจะสามารถรับฟังได้เพียงใด

ทั้งนี้ สาเหตุสำคัญประการหนึ่งเกิดจากการที่ประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจนในการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานว่าจะถือเป็นพยานหลักฐานประเภทใด ดังนั้นในส่วนนี้ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายลักษณะพยานของไทยและบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมทั้งกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องมาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ปัญหาของการนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐาน รวมทั้งแนวทางในการสร้างความน่าเชื่อถือในการสร้างน้ำหนักการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนการประยุกต์ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในการสร้างโอกาสและเพิ่มขีดความสามารถการประกอบธุรกิจของภาคเอกชน รวมทั้งการบริหารจัดการของภาครัฐให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นรวมถึงเพื่อเป็นประโยชน์ในการรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลของไทยต่อไป

4.1 หลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทย

เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

กรณีเกิดปัญหาขึ้นว่าข้อมูลที่ได้จากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะใช้เป็นพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้เพียงใดนั้น เป็นหัวข้อที่นักกฎหมายในทุกระบบจะต้องพิจารณาระบบกฎหมายของประเทศที่มีการพิจารณาพิพากษาคดีแบบใดส่วนหนึ่งเปิดให้มีการรับฟังพยานหลักฐานอย่างกว้างขวางดูจะไม่ค่อยเป็นอุปสรรคเท่าใดนักในการปรับเปลี่ยนกฎหมายเพื่อรองรับการนำเสนอข้อมูลจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานต่อศาล แต่ในระบบที่มีการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา (accusatorial or adversary system) ซึ่งมีข้อจำกัดในการเสนอพยานหลักฐานที่ประกอบด้วยบทตัดพยาน (exclusionary rules) มากมายย่อมต้องก่อให้เกิดปัญหาหลายประการในการที่จะนำพยานหลักฐานประเภทนี้มาใช้อ้างอิงและนำเสนอต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความจริงแห่งข้ออ้างข้อเถียงนั้น¹

สำหรับประเทศไทย เนื่องจากระบบกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานได้แบ่งประเภทของพยานหลักฐานเอาไว้ 4 ประเภท คือ พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานผู้เชี่ยวชาญ ทั้งนี้กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการนำเสนอและนำสืบพยานหลักฐานแต่ละประเภทในการพิจารณาคดีของศาลเอาไว้แตกต่างกัน ในกรณีของพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยแล้วพบว่า ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การนำเสนอและรับฟังพยานหลักฐานประเภทดังกล่าวเอาไว้อย่างชัดเจน คงมีปรากฏในข้อกำหนดของศาลชั้นฎีกาพิเศษ ได้แก่ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย และศาลภาษีอากร เท่านั้น ทำให้การบังคับใช้กฎหมายจำกัดเพียงคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลดังกล่าวเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้วางหลักการสำคัญโดยบัญญัติรับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้เสนอด้วยกระดาษหรือสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย เพื่อให้การดำเนินการใดๆ ตามที่กฎหมายกำหนดสามารถทำในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และมีผลผูกพันได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้หลักเกณฑ์ในการรับฟังและชี้หน้าพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้กำหนดไว้ในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“ห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีอื่นใด เพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

¹พรเพชร วิชิตชลชัย, “การรับฟังข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน: ปัญหาและข้อเสนอแนะ,” *ตุลพาห* 42,4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2538): 85.

ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใดนั้น ให้พิจารณาถึงความน่าเชื่อถือของลักษณะหรือวิธีการที่ใช้สร้าง เก็บรักษา หรือข้อมูลสารข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์ ลักษณะหรือวิธีการเก็บรักษา ความครบถ้วน และไม่มี การเปลี่ยนแปลงของ ข้อมูล ลักษณะ หรือวิธีการที่ใช้ในการระบุหรือแสดงตัวผู้ส่งข้อมูล รวมทั้งพฤติการณ์ที่ เกี่ยวข้องทั้งปวง

ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับกับสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย”

บทบัญญัติในมาตรา 11 ได้กำหนดห้ามมิให้ศาลปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายเพียงเพราะเหตุที่ข้อมูลนั้นเป็นข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์ เพราะปัจจุบันหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์นั้นนอกเหนือจากศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษต่างๆ ที่มีข้อกำหนดของตนเองแล้ว ศาลอื่นๆ ก็สามารถรับฟังพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่ทั้งนี้เมื่อบัญญัติให้รับ ฟังได้แล้ว ก็ได้หมายความว่าพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ทุกชั้นจะต้องมี นำหนักน่าเชื่อถือเสมอไปไม่ ดังนั้น ในวรรค 2 ของมาตรานี้จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เอาไว้ รวมถึงสามารถใช้บังคับกับสิ่งพิมพ์ ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้อีกด้วย

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ในมาตรานี้กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างกว้างว่าให้สามารถรับฟัง พยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าให้รับฟังได้ในรูปของ พยานหลักฐานประเภทใดและวิธีการใด² นอกจากนี้ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วย รุกระกรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้กำหนดขอบเขตไว้ว่าให้ใช้บังคับแก่ธุรกรรมในทาง แพ่งและพาณิชย์ที่ดำเนินการโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เว้นแต่ธุรกรรมที่มีพระราชกฤษฎีกา กำหนดมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนมาใช้บังคับ สำหรับการรับฟัง พยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น แม้กฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทาง อิเล็กทรอนิกส์ของไทยจะได้ตราขึ้นใช้บังคับเพื่อรองรับผลทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ อันรวมถึงการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานด้วยนั้น แต่ทั้งนี้กฎหมายฉบับ ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นบททั่วไปที่เข้าไปเสริมการบังคับใช้กฎหมายต่างๆ ที่อาจมีข้อขัดแย้งเรื่อง ความถูกต้องแท้จริงหรือความน่าเชื่อถือในกรณีทำนิติกรรมสัญญา หรือธุรกรรมในรูปแบบ อิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากบทบัญญัติตามมาตรา 11 เป็นเรื่องกฎเกณฑ์ที่รองรับผลทางกฎหมาย ของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีอื่นๆ ได้ อันเป็นการเอื้อ ประโยชน์ต่อการพัฒนาการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์และการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่กั มิได้มีบทบัญญัติเป็นการเฉพาะที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการนำสืบพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูล

² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, ทวีศักดิ์ กอนันต์กุล และสุรางคณา แก้วจำนงค์, คำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544, 67-68.

อิเล็กทรอนิกส์ จึงอาจเป็นเหตุให้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนยังไม่เชื่อมั่นได้ว่า หากมีข้อพิพาททางคดีเกิดขึ้นกระบวนการพิจารณาคดีของศาลจะให้น้ำหนักกับสัญญาหรือธุรกรรมที่ทำขึ้นในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์มากนักน้อยเพียงใด

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญาในปัจจุบัน ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับพยานหลักฐานไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานประเภทข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นี้ไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติห้ามมิให้ศาลปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน เพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น คู่ความจึงสามารถอ้างสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลได้ ทั้งนี้หากพิจารณาแนวทางการแก้ไขปัญหาในต่างประเทศ ตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อที่ 3.1 ข้างต้นแล้ว จะได้ข้อสรุปว่ากฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐาน ที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ว่าหากมีการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานใน ชั้นศาล โดยให้นำหลักเกณฑ์วิธีการนำสืบและรับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้ให้คล้ายคลึงกับวิธีการนำสืบพยานเอกสาร แต่ไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าเป็นพยานประเภทใด ส่วนประเทศอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นี้ ไว้ว่าสามารถรับฟังได้โดยถือว่าเป็นพยานหลักฐานประเภทพยานเอกสาร และให้สามารถนำไปใช้ได้กับทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา ดังนั้น จึงเห็นว่ากฎหมายลักษณะพยานของไทยควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดให้ชัดเจนว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานประเภทใด ซึ่งมีหลักเกณฑ์และวิธีการนำสืบของพยานแต่ละประเภทย่อมแตกต่างกัน หรืออาจกำหนดให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่งแยกต่างหากจากพยานหลักฐานที่มีอยู่ทั้ง 4 ประเภท เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการนำสืบพยานหลักฐานประเภทนี้ให้ลักษณะพิเศษเหมาะสมกับความซับซ้อนของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แยกต่างหากจากพยานหลักฐานประเภทอื่น เนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นระบบประมวลกฎหมายจึงควรบัญญัติกฎหมายลักษณะพยานให้มีความชัดเจน อันเป็นการสร้างมาตรฐานในการบังคับใช้กฎหมายของไทยให้มีความเป็นสากล

4.1.1 สถานะทางกฎหมายลักษณะพยานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

ปัจจุบันกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานของไทยแบ่งพยานออกเป็น 4 ประเภท กล่าวคือ พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานผู้เชี่ยวชาญ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 3 ดังนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ในกรณีที่ต้องอ้างสัญญาที่ทำในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน จะถือว่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวเป็นพยานหลักฐานประเภทใด ซึ่งหากจะถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานเอกสารดังเช่นกฎหมายลักษณะพยานของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือประเทศอังกฤษตามที่กล่าวมาในบทที่ 3 ข้างต้นนั้นก็ไม่สามารถกำหนดได้ชัดเจนนัก เนื่องจากกฎหมายไทยยังมีได้มีการกำหนดนิยาม

ความหมายคำว่า "พยานเอกสาร" เอาไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องเทียบเคียงกับนิยามความหมายจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(7) ซึ่งบัญญัติว่า "เอกสาร" หมายความว่า กระดาษหรือวัตถุอื่นใดซึ่งทำให้ปรากฏด้วยความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผังหรือแผนแบบอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ภาพถ่ายหรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น อย่างไรก็ตาม ถึงแม้กฎหมายจะกำหนดนิยามความหมายคำว่า "เอกสาร" เอาไว้อย่างกว้าง กล่าวคือ หมายความว่าถึง "กระดาษหรือวัตถุอื่นใด" จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ภาพถ่าย หรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น" เพื่อให้สามารถปรับใช้กับสิ่งอื่นนอกเหนือจากกระดาษและวิธีการข้อมูลความหมายอื่นอันนอกจากวิธีพิมพ์หรือภาพถ่ายด้วย แต่ทั้งนี้ในปัจจุบันกฎหมายของไทยยังไม่ได้กำหนดสถานะทางกฎหมายของสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างชัดเจนว่าจัดเป็นพยานหลักฐานประเภทใดจึงอาจส่งผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติขึ้นได้ เนื่องจากความไม่แน่นอนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อันส่งผลต่อวิธีการนำเสนอและการนำสืบในกระบวนการพิจารณาชั้นศาลด้วย ซึ่งประเด็นดังกล่าวได้มีนักวิชาการให้ความเห็นไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์พิเศษจรูญ ภักดีธนากุล (ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ) เห็นว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติรองรับในเรื่องพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ชัดเจนและเป็นระบบ กล่าวคือในระบบพยานหลักฐานของไทย ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งนำไปใช้ในวิธีพิจารณาความอาญาด้วยนั้น จะเป็นระบบของพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ และพยานผู้เชี่ยวชาญหรือผู้ชำนาญการพิเศษซึ่งมิได้ออกแบบไว้สำหรับพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ การที่จะนำมาใช้จึงยังไม่ค่อยเหมาะสมแก่กรณี

อาจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย (ผู้พิพากษาอาวุโส) เห็นว่า การกำหนดความหมายของคำว่า "พยานเอกสาร" ให้ครอบคลุมการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานไม่ว่าจะเป็นการจัดทำเอกสารในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตั้งแต่แรกหรือการแปลงเอกสารกระดาษให้อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในภายหลัง เช่น ไมโครฟิล์ม เป็นต้น ซึ่งรวมถึงกรณีเป็นสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ในปัจจุบันนักกฎหมายบางท่านอาจไม่เห็นด้วย ดังนั้น จึงควรจัดเป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษ แม้ทางแก้ไขในขณะนี้ ต่างประเทศและประเทศไทยจะนำเอาวิธีนำเสนอและนำสืบความถูกต้องแท้จริงของพยานเอกสารมาปรับใช้ก็ตาม แต่กรณีนี้ต้องมีขั้นตอนหรือกระบวนการในการตรวจสอบและพิสูจน์ที่ชอบธรรม

ศาสตราจารย์พิเศษไพโรจน์ วายุภาพ (ประธานศาลฎีกา) เห็นว่า การพิจารณาว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เป็นเอกสารหรือไม่นั้นต้องพิจารณาเงื่อนไขจากสภาพของมันว่าสามารถอยู่คงทนในรูปกระดาษหรือรูปอื่นและเก็บไว้เป็นหลักฐานได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ตามกฎหมายไทยในปัจจุบันข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่เป็นพยานเอกสาร ดังนั้น จึงควรจัดเป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษและสามารถรังพึงเป็นพยานหลักฐานได้ เนื่องจากพยานหลักฐานประเภทนี้ควรกำหนดวิธีการนำสืบที่มีลักษณะเฉพาะ (Computer Forensic)

ศาสตราจารย์พิเศษเข็มชัย ชุติวงศ์ (อธิบดีอัยการฝ่ายคณะกรรมการอัยการ) เห็นว่า ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่ควรจัดเป็นพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นที่แตกต่างค่อนข้างมาก นักกฎหมายหลายท่านพยายามที่จะจัดให้เป็นพยานหลักฐานประเภทใดประเภทหนึ่ง อย่างไรก็ตาม แนวโน้มของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ คือ พยายามแยกให้เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่งและควรจัดให้มีวิธีการนำสืบและรับฟังพยานหลักฐานที่มีลักษณะเฉพาะ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายต่อไป

อาจารย์สุรางคณา วายุภาพ (ผู้อำนวยการสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน)) เห็นว่า สังคมปัจจุบันกำลังก้าวเข้าสู่ยุคของ Digital Convergence ที่มีการรวมตัวกันของเทคโนโลยีการสื่อสารโทรคมนาคมและเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ การกำหนดประเภทของพยานหลักฐานตามระบบกฎหมายไทยได้ถูกสร้างขึ้นมาก่อนที่จะมีพัฒนาการดังกล่าว ดังนั้นจึงไม่เหมาะสมอย่างยิ่งที่จะจำกัดประเภทของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ว่าจะมีสถานะเป็นพยานเอกสารหรือพยานวัตถุเท่านั้น ควรที่จะจัดเป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษ แต่เนื่องจากในทางปฏิบัติของศาลไทยยังขาดความชัดเจนเกี่ยวกับวิธีการนำสืบและการพิสูจน์พยานหลักฐานประเภทนี้ ประกอบกับเทคโนโลยีมีการพัฒนาไปอย่างไม่หยุดยั้ง ดังนั้น การแก้ไขปัญหาดังกล่าวควรจัดทำเป็นข้อกำหนดของศาลเพื่อเป็นแนวทางในการรับฟังและชี้แจงหน้าพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์มากกว่าที่จะดำเนินการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย เพื่อมิให้เกิดข้อยุ่งยากในการปรับแก้กฎหมายในภายหลัง

จากความเห็นของนักวิชาการดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นคำว่า “วัตถุอื่นใด” ตามมาตรา 1(7) แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น จะต้องทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น โดยวิธีที่สามารถแสดงถึงหลักฐานแห่งความหมายนั้นควรจะเป็นวิธีที่ทำให้วัตถุดังกล่าวอยู่ในรูปแบบที่คงทนในระดับหนึ่งด้วย กล่าวคือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างขึ้นนั้นสามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมาย ไม่เปลี่ยนแปลง ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ดังนั้น การแสดงผลของข้อมูลทางหน้าจอคอมพิวเตอร์ หรือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกันหากไม่สามารถอ่านเข้าใจได้โดยที่ยังไม่ได้ทำการบันทึกข้อมูลดังกล่าวลงไป ข้อมูลที่มีความคงทน เช่น Hard Drive หรือ Disk ย่อมจะส่งผลทำให้ไม่สามารถนำข้อมูลกลับมาใช้ได้อีก ก็น่าจะยังถือไม่ได้ว่าเป็นหลักฐานแห่งความหมาย และทำให้ข้อมูลดังกล่าวย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นวัตถุอื่นใดที่มีลักษณะเป็นพยานเอกสารได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ออกมาจากคอมพิวเตอร์ในรูปแบบของสิ่งพิมพ์ออก (Printout) แม้จะไม่มี การเก็บข้อมูลดังกล่าวเอาไว้ก็ตาม แต่สิ่งพิมพ์ออกนั้นถือได้ว่าเป็นข้อมูลที่มีสภาพคงทนในระดับหนึ่ง ย่อมถือเป็นเอกสารได้ตามนิยามความหมายใน

กฎหมาย และถึงแม้จะมีการลบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวไปแล้วก็ตาม แต่หากมีการสำรองแฟ้มข้อมูลในคอมพิวเตอร์เก็บไว้ (back up file) กรณีนี้ก็จะถือเป็นเอกสารเช่นกัน ถ้ามีการทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษรตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่นลงบนข้อมูลคงทน อีกทั้งกฎหมายยังกำหนดให้สิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ตามความในมาตรา 11 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ด้วย

ทั้งนี้ กรณีของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ทำให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่นลงบนข้อมูลคงทนเช่น Hard Drive หรือ Disk เป็นต้น อันเกิดจากการกระตุ้นของแม่เหล็ก การบันทึกด้วยเครื่องมือกลหรือเครื่องมือไฟฟ้า หรือเกิดขึ้นจากเทคโนโลยีสมัยใหม่อื่นๆ อันอาจมีขึ้นในอนาคต รวมถึงการรวบรวมข้อมูลในรูปแบบอื่นนั้นจะถือว่าเป็นวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้นอันจักถือได้ว่าเป็นพยานเอกสารแล้วหรือไม่ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ปัญหาความไม่แน่นอนเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นั้นส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายลักษณะพยานซึ่งเป็นกฎหมายวิธีบัญญัติแล้ว ยังอาจส่งผลกระทบต่อความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายสารบัญญัติได้อีกด้วย

ถึงแม้ว่าตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 จะถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จัดทำขึ้นในรูปแบบที่สามารถเข้าถึงได้และนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ให้ถือว่าข้อความนั้นได้ทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดงแล้วก็ตาม แต่ก็ไม่ได้กำหนดว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่มีลักษณะดังกล่าวถือเป็นพยานเอกสารด้วยในทุกกรณี จึงยังคงมีความไม่แน่นอนว่าจะต้องนำบทบัญญัติต่าง ๆ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการนำสืบพยานเอกสารมาบังคับใช้กับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ทุกกรณีหรือไม่ เพียงใด ดังนั้น หากถือว่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานเอกสารแล้วจะต้อง นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับฟังพยานเอกสารตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาบังคับใช้แก่กรณี

ดังนั้น จากกรณีดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื่องมาจากในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับสถานะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จึงยังไม่มี ความแน่นอนว่ากรณีใดที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะถือเป็นพยานเอกสารทุกกรณี ฉะนั้น ยังมีปัญหาในเรื่องความไม่แน่นอนของสถานะทางกฎหมายลักษณะพยานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ภายใต้กฎหมายไทยอยู่ จึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายโดยกำหนดนิยามความหมายข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นพยานหลักฐานประเภทใด พร้อมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการนำสืบพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ด้วย เพื่อแก้ไขปัญหาการนำสัญญาในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดีชั้นศาล

4.1.2 หลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ตามกฎหมายไทย

แม้ว่าปัจจุบันกฎหมายไทยจะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ออกมาใช้บังคับโดยมีเจตนารมณ์เพื่อรองรับผลทางกฎหมายของข้อความที่อยู่ในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้มีผลทางกฎหมายเทียบเท่ากับข้อความที่อยู่ในรูปแบบของกระดาษ กล่าวคือ กรณีที่มีการจัดทำสัญญาในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่มีวิธีการนำเสนอหรือเก็บรักษาในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยใช้วิธีการที่น่าเชื่อถือในการรักษาความถูกต้องของข้อความตั้งแต่การสร้างข้อความเสร็จสมบูรณ์ และสามารถแสดงข้อความนั้นภายหลังได้ ให้ถือว่ามีวิธีการนำเสนอหรือเก็บรักษาเอกสารต้นฉบับตามกฎหมายแล้ว (มาตรา 10) อีกทั้งในกรณีที่มีการทำสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สำหรับใช้อ้างอิงข้อความของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หากสิ่งพิมพ์ออกนั้นมีความถูกต้องครบถ้วนตรงกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และมีการรับรองสิ่งพิมพ์ออกนั้นโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดแล้ว ให้ถือว่าสิ่งพิมพ์ออกนั้นแทนต้นฉบับได้ (มาตรา 10 วรรคท้าย) รวมถึงให้ใช้กับกรณีที่สัญญาได้มีการจัดทำหรือแปลงให้อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในภายหลังด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และการเก็บรักษาสัญญาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อีกด้วย (มาตรา 12/1)

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรกำหนดหน่วยงานหรือองค์กรที่มีความน่าเชื่อถือตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในมาตรา 10 วรรคท้าย เพื่อทำการรับรองข้อความหรือเนื้อความสิ่งพิมพ์ออกของสัญญาที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้สามารถใช้แทนต้นฉบับของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ได้ตามกฎหมาย ซึ่งควรกำหนดให้ชัดเจนว่าหน่วยงานใด ที่สามารถให้การรับรองสัญญาที่อยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวได้ เพื่อใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล โดยเป็นการรับรองความถูกต้องแท้จริงและความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลแห่งเนื้อความตามสัญญาอันเปรียบเสมือนเป็นการสร้างความน่าเชื่อถือแก่สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ให้มีน้ำหนักน่ารับฟังอีกชั้นหนึ่งด้วย

นอกจากนี้ สำหรับคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลชำนาญพิเศษ กล่าวคือ ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย และศาลภาษีอากร ได้มีการออกเป็นข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2540 ข้อ 33-36 ข้อกำหนดของศาลล้มละลาย พ.ศ.2549 ข้อ 20-23 และข้อกำหนดของศาลภาษีอากร พ.ศ. 2544 ข้อ 30-33 ยอมรับให้มีการรับฟังข้อมูลคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ รวมถึงการรับฟังข้อมูลที่บันทึกไว้ในหรือที่ได้มาจากไมโครฟิล์ม ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือข้อมูลทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่นๆ ด้วย โดยมีหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ดังต่อไปนี้

ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540

ข้อ 33. ศาลอาจรับฟังข้อมูลที่บันทึกโดย เครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานในคดีได้ หาก

(1) การบันทึกข้อมูลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือ การประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นการกระทำตามปกติในการประกอบกิจการของผู้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ และ

(2) การบันทึกและการประมวลผลข้อมูลเกิดจากการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ปฏิบัติงานตามขั้นตอนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์อย่างถูกต้อง และแม้หากมีกรณีการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ขัดข้องก็ไม่กระทบถึงความถูกต้องของข้อมูลนั้น

การกระทำตามปกติของผู้ใช้ตาม (1) และความถูกต้องของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูลตาม (2) ต้องมีคำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการนั้น

ข้อ 34. คู่ความที่ประสงค์จะเสนอข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์จะต้องระบุข้อมูลที่อ้างไว้ในบัญชีระบุพยานตามมาตรา 88 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งพร้อมยื่นคำแถลงแสดงความจำนงเช่นนั้น และคำรับรองตามข้อ 33 วรรคสองกับสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นในจำนวนที่เพียงพอเพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมารับไปจากเจ้าพนักงานศาล เว้นแต่

(1) สื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นอยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายอื่น หรือของบุคคลภายนอก ให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ขออนุญาตส่งคำรับรองตามข้อ 33 วรรคสอง และสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลและขอให้ศาลมีคำสั่งเรียกสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาจากผู้ครอบครองโดยให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงนั้นมีหน้าที่ติดตามเพื่อให้ได้สื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยาน หรือในวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด

(2) ถ้าการทำสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้น จะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าหรือเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความซึ่งอ้างอิงข้อมูลนั้น หรือมีเหตุผลแสดงว่าไม่อาจส่งสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นให้แล้วเสร็จภายในเวลาตามที่กำหนดไว้ให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ขออนุญาตส่งสำเนาสื่อบันทึกข้อมูลและขอให้นำสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยานหรือในวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด

ถ้าคู่ความฝ่ายที่อ้างอิงไม่สามารถนำสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลได้ ภายในเวลาตามวรรคหนึ่ง ศาลจะกำหนดให้ทำการตรวจข้อมูลดังกล่าว ณ สถานที่ เวลา และภายในเงื่อนไขตามที่ศาลเห็นสมควรแล้วแต่สภาพแห่งข้อมูลนั้นๆ ก็ได้

ถ้าคู่ความที่ประสงค์จะอ้างอิงข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์มิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามความในวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ห้ามมิให้ศาลรับฟังข้อมูลนั้นเป็นพยานหลักฐาน แต่ถ้าศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจะรับฟังข้อมูลเช่นนั้นเป็นพยานหลักฐานประกอบพยานหลักฐานอื่นด้วยก็ได้

ข้อ 35. คู่ความฝ่ายที่ถูกอีกฝ่ายหนึ่งอ้างอิงข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์มาเป็นพยานหลักฐานยันตน อาจยื่นคำแถลงต่อศาลก่อนการสืบข้อมูลนั้นเสร็จคัดค้านการอ้างข้อมูลนั้น โดยเหตุที่ว่าข้อมูลดังกล่าวไม่เข้าเงื่อนไขของการรับฟังตามข้อ 33 หรือสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นปลอมหรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นไม่ถูกต้องทั้งหมดหรือบางส่วน เว้นแต่จะแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่ามีเหตุอันสมควรที่ไม่อาจทราบเหตุแห่งการคัดค้านได้ก่อนเวลาดังกล่าว คู่ความฝ่ายนั้นอาจยื่นคำร้องขออนุญาตคัดค้านการอ้างข้อมูลหรือสื่อหรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลเช่นว่านั้นต่อศาลไม่ว่าเวลาใด ๆ ก่อนพิพากษาคดี และถ้าศาลเห็นว่าคู่ความฝ่ายนั้นไม่อาจยกข้อคัดค้านได้ก่อนนั้นและคำร้องนั้นมีเหตุผลฟังได้ ก็ให้ศาลอนุญาตตามคำร้องในกรณีที่มีการคัดค้านตั้งว่ามานี้ ให้นำมาตรา 126 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ถ้าคู่ความซึ่งประสงค์จะคัดค้านไม่คัดค้านการอ้างข้อมูลดังกล่าวเสียก่อนการสืบข้อมูลนั้นเสร็จ หรือศาลไม่อนุญาตให้คัดค้านภายหลัง ห้ามมิให้คู่ความฝ่ายนั้นคัดค้านการอ้างอิงข้อมูลนั้นเป็นพยานหลักฐาน แต่ทั้งนี้ไม่ตัดอำนาจของศาลในการที่จะไต่สวนและชี้ขาดในเรื่องเงื่อนไขของการรับฟังข้อมูลนั้นตามข้อ 33 หรือในเรื่องความแท้จริงหรือถูกต้องของสื่อหรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลเช่นว่านั้น ในเมื่อศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ข้อ 36. ให้นำข้อกำหนดข้อ 33 ถึงข้อ 35 มาใช้บังคับแก่การรับฟังข้อมูลที่บันทึกไว้ในหรือได้มาจากไมโครฟิล์มสื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่นโดยอนุโลม

ข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2549

ข้อ 20. ศาลอาจรับฟังข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานในคดีได้หาก

(1) การบันทึกข้อมูลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือการประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นการกระทำตามปกติในการประกอบกิจการของผู้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ และ

(2) การบันทึกและการประมวลผลข้อมูลเกิดจากการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ปฏิบัติงานตามขั้นตอนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์อย่างถูกต้อง และแม้หากมีกรณีการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ขัดข้องก็ไม่กระทบถึงความถูกต้องของข้อมูลนั้น

การพิสูจน์ถึงการกระทำตามปกติของผู้ใช้ตาม (1) และ ความถูกต้องของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูลตาม (2) อาจใช้คำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการนั้นก็ได้

ข้อ 21. คู่ความที่ประสงค์จะเสนอข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์จะต้องระบุข้อมูลที่อ้างไว้ในบัญชีระบุพยานตามมาตรา 88 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พร้อมยื่นคำแถลงแสดงความจำนงเช่นว่านั้น กับ

สำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นในจำนวนที่เพียงพอเพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมารับไปจากเจ้าพนักงานศาล เว้นแต่

(1) สื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นอยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายอื่น หรือของบุคคลภายนอกให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขออนุญาตส่งสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลและขอให้ศาลมีคำสั่งเรียกสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาจากผู้ครอบครอง โดยให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงนั้นมีหน้าที่ติดตามเพื่อให้ได้สื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยานหรือในวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด

(2) ถ้าการทำสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้น จะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าหรือเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความซึ่งอ้างอิงข้อมูลนั้น หรือมีเหตุผลแสดงว่าไม่อาจส่งสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นให้แล้วเสร็จภายในเวลาตามที่กำหนดได้ ให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขออนุญาตส่งสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลและขอให้นำสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยาน หรือในวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด

ถ้าคู่ความฝ่ายที่อ้างอิงไม่สามารถนำสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลได้ภายในเวลาตามวรรคหนึ่ง ศาลจะกำหนดให้ทำการตรวจข้อมูลดังกล่าว ณ สถานที่ เวลา และภายในเงื่อนไขตามที่ศาลเห็นสมควร แล้วแต่สภาพแห่งข้อมูลนั้น ๆ ก็ได้

ถ้าคู่ความที่ประสงค์จะอ้างอิงข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์มิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามความในวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ห้ามมิให้ศาลรับฟังข้อมูลนั้นเป็นพยานหลักฐาน แต่ถ้าศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจะรับฟังข้อมูลเช่นนั้นเป็นพยานหลักฐานประกอบพยานหลักฐานอื่นด้วยก็ได้

ข้อ 22. คู่ความฝ่ายที่ถูกอีกฝ่ายหนึ่งอ้างอิงข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์มาเป็นพยานหลักฐานยันตน อาจยื่นคำแถลงคัดค้านการอ้างอิงข้อมูลนั้นต่อศาลก่อนการสืบข้อมูลนั้นเสร็จ โดยเหตุที่ว่าข้อมูลดังกล่าวไม่เข้าเงื่อนไขของการรับฟังตามข้อ 20 หรือสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นปลอม หรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นไม่ถูกต้องทั้งหมดหรือบางส่วน เว้นแต่จะแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่ามีเหตุอันสมควรที่ไม่อาจทราบเหตุแห่งการคัดค้านได้ก่อนเวลาดังกล่าว คู่ความฝ่ายนั้นอาจยื่นคำร้องขออนุญาตคัดค้านการอ้างอิงข้อมูล หรือสื่อหรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลเช่นนั้นต่อศาลไม่ว่าเวลาใด ๆ ก่อนพิพากษาคดี และถ้าศาลเห็นว่าคู่ความฝ่ายนั้นไม่อาจยกข้อคัดค้านได้ก่อนนั้นและคำร้องนั้นมีเหตุผลฟังได้ก็ให้ศาลอนุญาตตามคำร้อง ในกรณีที่มีการคัดค้านดังกล่าวนี้ ให้นำมาตรา 126 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ถ้าคู่ความซึ่งประสงค์จะคัดค้านไม่คัดค้านการอ้างอิงข้อมูลดังกล่าวเสียก่อนการสืบข้อมูลนั้นเสร็จ หรือศาลไม่อนุญาตให้คัดค้านภายหลัง ห้ามมิให้คู่ความฝ่ายนั้นคัดค้านการอ้างอิงข้อมูลนั้นเป็นพยานหลักฐาน แต่ทั้งนี้ไม่ตัดอำนาจของศาลในการที่จะไต่สวนและชี้ขาดใน

เรื่องเงื่อนไขของการรับฟังข้อมูลนั้นตามข้อ 20 หรือในเรื่องความแท้จริงหรือถูกต้องของสื่อหรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลเช่นว่านั้น ในเมื่อศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ข้อ 23. ให้นำความในข้อ 21 ถึงข้อ 22 มาใช้บังคับแก่การรับฟังข้อมูลที่บันทึกไว้ในหรือได้มาจากไมโครฟิล์มสื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่นโดยอนุโลม

ข้อกำหนดคดีภาษีอากร พ.ศ. 2544

ข้อ 30. ศาลอาจรับฟังข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นพยานหลักฐานในคดีได้หาก

(1) การบันทึกข้อมูลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือการประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์เป็นการกระทำตามปกติในการประกอบกิจการของผู้ใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ และ

(2) การบันทึกและการประมวลผลข้อมูลเกิดจากการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์และปฏิบัติงานตามขั้นตอนการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์อย่างถูกต้อง และแม้หากมีการดำเนินงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ขัดข้องก็ไม่กระทบถึงความถูกต้องของข้อมูลนั้น

การกระทำตามปกติของผู้ใช้ตาม (1) และความถูกต้องของการบันทึกและการประมวลผลข้อมูลตาม (2) ต้องมีคำรับรองของบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือดำเนินการนั้น

ข้อ 31. คู่ความที่ประสงค์จะเสนอข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์จะต้องระบุข้อมูลที่อ้างไว้ในบัญชีระบุพยานตามข้อ 15 พร้อมยื่นคำแถลงแสดงความจำนงเช่นว่านั้น และคำรับรองตามข้อ 30 วรรคสอง กับสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นในจำนวนที่เพียงพอเพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมารับไปจากพนักงานศาล เว้นแต่

(1) สื่อบันทึกข้อมูลนั้นอยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายอื่น หรือของบุคคลภายนอก ให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขออนุญาตส่งคำรับรองตามข้อ 30 วรรคสอง และสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูล และขอให้ศาลมีคำสั่งเรียกสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาจากผู้ครอบครองโดยให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงนั้นมีหน้าที่ติดตามเพื่อให้ได้สื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยานหรือในวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด

(2) ถ้าการทำสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้น จะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าหรือเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความซึ่งอ้างอิงข้อมูลนั้น หรือมีเหตุผลแสดงว่าไม่อาจส่งสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นไปแล้วเสร็จภายในเวลาตามที่กำหนดได้ ให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ขออนุญาตส่งสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลและขอให้นำสื่อที่บันทึกข้อมูลนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยานหรือในวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด

ถ้าคู่ความฝ่ายที่อ้างอิงไม่สามารถนำสื่อที่บันทึกนั้นมาแสดงต่อศาลได้ภายในเวลาตามวรรคหนึ่ง ศาลจะกำหนดให้ทำการตรวจข้อมูลดังกล่าว ณ สถานที่ เวลา และภายในเงื่อนไขตามที่ศาลเห็นสมควรแล้วแต่สภาพแห่งข้อมูลนั้น ๆ ก็ได้

ถ้าคู่ความที่ประสงค์จะอ้างอิงข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์มิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามความในวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ห้ามมิให้ศาลรับฟังข้อมูลนั้นเป็นพยานหลักฐาน แต่ถ้าศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมจะรับฟังข้อมูลเช่นนั้นเป็นพยานหลักฐานประกอบพยานหลักฐานอื่นด้วยก็ได้

ข้อ 32. คู่ความฝ่ายที่ถูกอีกฝ่ายอ้างอิงข้อมูลที่บันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์หรือประมวลผลโดยเครื่องคอมพิวเตอร์มาเป็นพยานหลักฐานยันตนอาจยื่นคำแถลงต่อศาลก่อนการสืบข้อมูลนั้นเสร็จ คัดค้านการอ้างข้อมูลนั้นโดยเหตุที่ว่าข้อมูลดังกล่าวไม่เข้าเงื่อนไขของการรับฟังตามข้อ 30 หรือสื่อที่บันทึกนั้นปลอมหรือสำเนาสื่อที่บันทึกนั้นไม่ถูกต้องทั้งหมดหรือบางส่วน เว้นแต่จะแสดงให้เห็นที่พอใจแก่ศาลว่ามีเหตุอันสมควรที่ไม่อาจทราบเหตุแห่งการคัดค้านได้ก่อนเวลาดังกล่าว คู่ความฝ่ายนั้นอาจยื่นคำร้องขออนุญาตคัดค้านการอ้างข้อมูลหรือสื่อหรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลเช่นนั้นต่อศาลไม่ว่าเวลาใด ๆ ก่อนพิพากษาคดี และถ้าศาลเห็นว่าคู่ความฝ่ายนั้นไม่อาจยกข้อคัดค้านได้ก่อนนั้นและคำร้องนั้นมีเหตุผลฟังได้ ก็ให้ศาลอนุญาตตามคำร้อง ในกรณีที่มีการคัดค้านดังกล่าวนี้ ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 126 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ถ้าคู่ความซึ่งประสงค์จะคัดค้านแต่ไม่ได้คัดค้านการอ้างข้อมูลดังกล่าวเสียก่อนการสืบข้อมูลนั้นเสร็จ หรือศาลไม่อนุญาตให้คัดค้านภายหลัง ห้ามมิให้คู่ความฝ่ายนั้นคัดค้านการอ้างอิงข้อมูลนั้นเป็นพยานหลักฐาน แต่ทั้งนี้ไม่ตัดอำนาจของศาลในการที่จะไต่สวนและชี้ขาดในเรื่องเงื่อนไขของการรับฟังข้อมูลนั้นตามข้อ 30 หรือในเรื่องความแท้จริงหรือถูกต้องของสื่อหรือสำเนาสื่อที่บันทึกข้อมูลเช่นนั้น ในเมื่อศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ข้อ 33. ให้นำข้อกำหนด ข้อ 30 ถึงข้อ 32 มาใช้บังคับแก่การรับฟังข้อมูลที่บันทึกไว้ในหรือได้มาจากไมโครฟิล์ม สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่นโดยอนุโลม

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น สามารถใช้บังคับได้เฉพาะกับคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลชั้นอุทธรณ์ชั้นต้นเท่านั้น แต่ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับคดีแพ่งที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลแพ่ง ศาลจังหวัด ศาลแขวง รวมถึงศาลอื่นใดที่มีได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลชั้นอุทธรณ์ชั้นต้นดังกล่าวด้วย ฉะนั้นหากประสงค์จะนำพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในกระบวนการพิจารณาของศาลในคดีแพ่งทั่วไปนั้น ประธานศาลฎีกาโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 103/3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งควรมีการออกข้อกำหนดว่าด้วยการรับฟังและวิธีการสืบพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับกับคดีแพ่ง และคดีอื่นใด เพื่อให้มีหลักเกณฑ์และวิธีการในการนำสัญญาณอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาของศาล โดยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการอ้างพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงเหตุแห่งการคัดค้านพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น

ทั้งนี้ กรณีมีการนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาล หากจะถือว่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานเอกสารย่อมต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะพยานในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งดังนี้ด้วย กล่าวคือ

การยื่นสำเนาเอกสารล่วงหน้า (มาตรา 90) กำหนดให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงเอกสารเป็นพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตนที่ได้ระบุในบัญชีพยานไว้ ต้องยื่นสำเนาเอกสารต่อศาลและส่งให้คู่ความฝ่ายอื่นก่อนวันสืบพยานไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ในกรณีที่คู่ความฝ่ายใดยื่นคำแถลงหรือคำร้องขออนุญาตอ้างอิงเอกสารเป็นพยานหลักฐานตามมาตรา 88 วรรคสองหรือวรรคสาม ให้ยื่นต่อศาลและส่งให้คู่ความฝ่ายอื่นซึ่งสำเนาเอกสารนั้นพร้อมกับการยื่นคำแถลงหรือคำร้องดังกล่าวเว้นแต่ศาลจะอนุญาตให้ยื่นสำเนาเอกสารภายหลังเมื่อมีเหตุอันสมควร แต่ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นที่จำไม่ต้องยื่นสำเนาเอกสารต่อศาล และไม่ต้องส่งสำเนาเอกสารให้คู่ความฝ่ายอื่น³ หากเป็นกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อคู่ความฝ่ายใดอ้างอิงเอกสารเป็นชุดซึ่งคู่ความฝ่ายอื่นทราบที่อยู่แล้วหรือสามารถตรวจตราให้ทราบได้โดยง่ายถึงความมีอยู่และความแท้จริงแห่งเอกสารนั้น เช่น จดหมายโต้ตอบระหว่างคู่ความในคดี หรือสมุดบัญชีการค้า และสมุดบัญชีของธนาคารหรือเอกสารในสำนวนคดีเรื่องอื่น เป็นต้น

(2) เมื่อคู่ความฝ่ายใดอ้างอิงเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับที่อยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายอื่นหรือของบุคคลภายนอก

(3) ถ้าการคัดสำเนาเอกสารจะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความซึ่งอ้างอิงเอกสารนั้น หรือมีเหตุผลแสดงว่าไม่อาจคัดสำเนาเอกสารให้เสร็จภายในกำหนดเวลาที่ให้ยื่นสำเนาเอกสารนั้น

ดังนั้น หากมีการอ้างอิงสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในฐานะพยานเอกสาร จึงต้องยื่นสำเนาเอกสารล่วงหน้าตามที่กฎหมายกำหนดด้วย

การนำสืบด้วยต้นฉบับเอกสาร หลักเกณฑ์นี้มีที่มาจากหลักเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานที่ดีที่สุด กล่าวคือ คู่ความจะต้องนำพยานที่ดีที่สุดมาสืบ ซึ่งกรณีพยานเอกสารจะต้องนำต้นฉบับมาสืบไม่ใช่สำเนาหรือสืบพยานบุคคลแทน ทั้งนี้ เพื่อให้มีความน่าเชื่อถือและป้องกันผิดพลาด หรือไม่ถูกต้องตรงตามเนื้อความที่แท้จริง โดยกฎหมายไทยได้บัญญัติไว้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 93 อันกล่าวไว้ว่า การอ้างอิงเอกสารเป็นพยานหลักฐานให้ยอมรับฟังได้เฉพาะต้นฉบับเอกสารเท่านั้น ฉะนั้นต้นฉบับเอกสาร จึงหมายถึงเอกสารฉบับดั้งเดิมที่ทำขึ้นในตอนแรก เช่น หากเป็นเอกสารที่เขียนด้วยมือและมีการลงลายมือชื่อกันไว้ก็ย่อมหมายถึงเอกสารฉบับที่เขียนและลงลายมือชื่อกันไว้ในตอนแรกย่อมเป็น

³ โกวิท หนูโยม, การรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่ง, (นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), 30.

เอกสารต้นฉบับ ส่วนสำเนาเอกสารอาจเป็นเอกสารที่คัดลอกข้อความมาจากต้นฉบับเอกสาร หรือถ่ายภาพมาจากต้นฉบับเอกสาร เป็นเอกสารที่ทำขึ้นมาแทนต้นฉบับ โดยประสงค์ให้มีข้อความตรงหรือไม่ตรงกับต้นฉบับก็ได้ การนำสืบพยานเอกสารจะต้องนำสืบถึงข้อความในเอกสารเท่านั้น หากเป็นการนำสืบถึงเรื่องอื่น ๆ แม้จะเกี่ยวข้องกับเอกสาร เช่น การมีอยู่จริงของเอกสารหรือเอกสารนั้นเป็นเอกสารที่แท้จริงหรือไม่ ก็ย่อมไม่อยู่ในบังคับของหลักเกณฑ์การนำสืบด้วยพยานเอกสาร

ทั้งนี้ หลักการนำสืบด้วยต้นฉบับเอกสารมาสืบมีข้อยกเว้น ดังนี้

- (1) เมื่อคู่ความที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตกลงยอมรับกันว่าสำเนาเอกสารนั้นถูกต้อง
- (2) ถ้าต้นฉบับเอกสารหาไม่ได้ เพราะถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย หรือสูญหาย หรือไม่สามารรถนำต้นฉบับมาได้โดยประการอื่น อันมิใช่พฤติการณ์ที่ผู้อ้างต้องรับผิดชอบ หรือเมื่อศาลเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ศาลจะอนุญาตให้นำสำเนาเอกสารหรือพยานบุคคลแทนต้นฉบับเอกสารก็ได้
- (3) ต้นฉบับเอกสารที่อยู่ในความอารักขาหรือในความควบคุมของทางราชการ สามารถนำสำเนาเอกสารหรือข้อความที่คัดลอกมาจากเอกสารต้นฉบับที่มีการรับรองความถูกต้องโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ก็ถือว่าสามารถนำมาแสดงต่อศาลแทนต้นฉบับเอกสารได้
- (4) กรณีไม่มีการคัดค้านเอกสารตามมาตรา 125 กล่าวคือ เมื่อคู่ความฝ่ายที่อ้างอิงเอกสารเป็นพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อเถียงของตน ได้ยื่นสำเนาเอกสารต่อศาลและส่งให้คู่ความฝ่ายอื่น คู่ความฝ่ายที่ถูกอีกฝ่ายหนึ่งอ้างอิงเอกสารมาเป็นพยานหลักฐานยันตน อาจคัดค้านการนำเอกสารนั้นมาสืบโดยเหตุที่ว่าไม่มีต้นฉบับหรือต้นฉบับนั้นปลอมทั้งฉบับหรือบางส่วน หรือสำเนานั้นไม่ถูกต้องกับต้นฉบับ โดยคัดค้านต่อศาลก่อนการสืบพยานเอกสารนั้นเสร็จ หากไม่คัดค้านการอ้างเอกสารเสียก่อนการสืบพยานเอกสารนั้นเสร็จ หรือศาลไม่อนุญาตให้คัดค้านภายหลังนั้น กฎหมายกำหนดให้ศาลรับฟังสำเนาเอกสารเช่นนั้นเป็นพยานหลักฐานได้ โดยไม่ต้องนำต้นฉบับมาแสดงอีก

ดังนั้น เมื่อจะอ้างอิงสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในฐานะพยานเอกสารแล้ว ย่อมต้องปฏิบัติตามหลักการนำสืบต้นฉบับเอกสารด้วย ซึ่งกรณีของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นี้ต้นฉบับจะเกิดขึ้นเมื่อมีการจัดทำขึ้นในครั้งแรกเท่านั้น หากต่อมามีการบันทึกต่อไปในสิ่งอื่นใด สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่บันทึกต่อไปนั้นก็เพียงสำเนาเท่านั้น อย่างไรก็ตามสิ่งที่ประมวลผลและปรากฏออกมาทางหน้าจอคอมพิวเตอร์และสิ่งพิมพ์ออก (Printout) ที่พิมพ์ออกมาก็เป็นเพียงสำเนาเท่านั้น สัญญาอิเล็กทรอนิกส์จึงอาจเข้าข้อยกเว้นตามหลักการนำสืบด้วยต้นฉบับเอกสาร กล่าวคือ หากคู่ความตกลงกันใช้สำเนาเอกสารนำสืบ ศาลก็สามารถยอมรับฟังได้หรือกรณีไม่สามารถนำต้นฉบับมาได้โดยประการอื่น ซึ่งตามกฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจอนุญาตให้นำสำเนาหรือพยานบุคคลมาสืบแทนก็ได้ หรือกรณีไม่มีการคัดค้านเอกสารตามมาตรา 125 ก็

สามารถนำสืบด้วยสำเนาเอกสารได้ รวมถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ก็ได้กำหนดรับรองให้สิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้อีกด้วย

ทั้งนี้ การที่นำหลักการนำสืบต้นฉบับเอกสารมาใช้กับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นั้น มีข้อพิจารณาถึงความเหมาะสม กล่าวคือ สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่ประมวลผลและปรากฏออกมาทางหน้าจอคอมพิวเตอร์และสิ่งพิมพ์ออก (Printouts) ของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่พิมพ์ออกมา ก็เป็นเพียงสำเนาเท่านั้น ดังนั้น จึงควรที่จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้มีการรับรองความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ก่อนที่จะนำมาสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาล

การนำสืบพยานบุคคลประกอบเอกสาร หลักการนำสืบพยานบุคคลประกอบพยานเอกสารซึ่งตรงกับหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เรื่อง Parol Evidence Rule อันเป็นผลจากแนวคิดของกฎหมายที่ว่า หากได้มีการทำนิติกรรมไว้เป็นหนังสือแล้ว สัญญาที่ทำไว้มีข้อความอย่างไรก็ควรถือตามตัวอักษรที่บันทึกไว้เป็นหนังสือ อย่างไรก็ตาม การนำสืบพยานบุคคลประกอบเอกสารตามมาตรานี้ จะต้องห้ามก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีกฎหมายบังคับให้ต้องมีพยานเอกสารมาแสดง กรณีที่อาจทำสัญญาอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เช่น สัญญาซื้อขายสินค้าออนไลน์ โดยที่เป็นการซื้อขายสังหาริมทรัพย์ตั้งแต่ 20,000 บาทขึ้นไป สัญญาจะซื้อจะขายหรือค้ำประกันจะซื้อจะขาย สัญญากู้ยืมเงินเกินกว่า 2,000 บาท สัญญาประกันภัยออนไลน์ ซึ่งกรณีเหล่านี้กฎหมายบังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เป็นต้น⁴

ดังนั้น การห้ามนำสืบพยานบุคคลประกอบเอกสารเป็นข้อห้ามที่มีลักษณะเด็ดขาด กล่าวคือ คู่กรณีไม่สามารถตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ (มาตรา 94) ซึ่งห้ามเฉพาะการนำสืบพยานบุคคลแทนพยานเอกสาร หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อความในเอกสาร เท่านั้น ไม่ได้ห้ามการสืบพยานเอกสารประกอบ โดยข้อห้ามการนำสืบพยานบุคคลเพื่อเพิ่มเติม ตัดทอน หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อความในเอกสาร เพราะเหตุว่าถ้าหากยอมให้มีการสืบพยานบุคคลแทนได้ ก็คงมีการอ้างว่าได้มีการตกลงเป็นวาจาอย่างอื่นอีก ซึ่งการกล่าวอ้างเช่นนี้อาจผิดพลาดหรือหลงลืมได้ ทั้งอาจมีการนำมากล่าวอ้างเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนเอง ข้อยกเว้นในการสืบพยานบุคคลประกอบเอกสารมีกรณี ดังนี้

(1) การนำสืบพยานบุคคลเมื่อไม่อาจนำต้นฉบับเอกสารมาแสดง ตามมาตรา 93 (2)

(2) การนำสืบพยานบุคคลเพื่อแสดงว่าเอกสารปลอมหรือไม่ถูกต้อง สัญญาหรือหนี้ไม่สมบูรณ์ หรือมีการตีความหมายผิด

ดังนั้น หากถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานเอกสารแล้ว โดยหลักก็ต้องปฏิบัติตามการนำสืบเช่นเดียวกับพยานเอกสารอื่น กล่าวคือ ต้องปฏิบัติตามมาตรา 94 แห่ง

⁴ เรื่องเดียวกัน, 86.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาการรับฟังพยานเอกสารที่ได้มาจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพราะการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อาจเกิดข้อผิดพลาดได้โดยง่ายกว่าการทำสัญญาในรูปเอกสารธรรมดา อาจเกิดข้อผิดพลาดจากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา สัญญา การส่ง การรับ หรือการเก็บรักษาได้ การห้ามนำพยานบุคคลมาสืบประกอบหรือแทนเอกสาร จึงอาจทำให้ศาลไม่อาจได้รับข้อเท็จจริงที่ถูกต้องแท้จริงและครบถ้วนได้ จึงเป็นปัญหาที่ต้องนำพิจารณาหากจัดให้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานเอกสาร

การรับฟังพยานบอกเล่า (มาตรา 95/1) กำหนดให้ข้อความซึ่งเป็นการ บอกเล่าที่พยานบุคคลใดนำมาเบิกความต่อศาล หรือข้อความซึ่งเป็นการบอกเล่าที่บันทึกไว้ในเอกสาร หรือวัตถุอื่นใดซึ่งได้อ้างเป็นพยานหลักฐานต่อศาล หากมีการนำเสนอเพื่อพิสูจน์ความจริงแห่งข้อความนั้น ห้ามมิให้ศาลรับฟังพยานบอกเล่า เว้นแต่กรณีดังนี้

(1) ตามสภาพ ลักษณะ แหล่งที่มา และข้อเท็จจริงแวดล้อมของพยานบอกเล่า นั้น น่าเชื่อว่าจะพิสูจน์ความจริงได้ หรือ

(2) มีเหตุจำเป็นเนื่องจากไม่สามารถนำบุคคลซึ่งเป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นด้วยตนเองโดยตรงมาเป็นพยานได้ และมีเหตุผลสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะรับฟังพยานเหล่านั้น

ทั้งนี้ สำหรับกรณีข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น อาจไม่ใช่พยานบอกเล่าเสมอไป กล่าวคือ กรณีที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นพยานบอกเล่าก็ต่อเมื่อเป็นการบันทึกข้อมูลเก็บไว้แล้วนำข้อมูลนั้นมาแสดงใหม่ เช่น การบันทึกโดยมนุษย์ ส่วนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่เป็นพยานบอกเล่าก็ต่อเมื่อข้อมูลนั้นเกิดจากเครื่องคอมพิวเตอร์เอง เช่น ข้อมูลบันทึกธุรกรรมต่าง ๆ อันเป็นนิติกรรมสัญญา เช่น การส่งขายหุ้นหรือสินค้า การฝากเงิน โอนเงิน หรือถอนเงิน เป็นต้น และข้อมูลที่เกิดจากการประมวลผล เช่น การคำนวณดอกเบี้ย กรณีที่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานบอกเล่า ในการนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานจึงต้องห้ามมิให้รับฟังด้วย หากจะให้ศาลรับฟังก็ต้องพิสูจน์ให้เข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนด⁵

อีกทั้ง ในกรณีจะอ้างอิงสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานในฐานะพยานเอกสารแล้วจึงต้องเสียค่าธรรมเนียมและค่าอากรแสตมป์ตามกฎหมายกำหนดด้วย ซึ่งวิธีการเสียค่าอากรแสตมป์สำหรับหนังสือ หลักฐานเป็นหนังสือ หรือเอกสาร ซึ่งมีลักษณะเป็นตราสารที่กฎหมายบังคับให้ต้องทำ ซึ่งได้ทำขึ้นในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ตามมาตรา 8 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 กำหนดว่าหากได้มีการชำระเงินแทนหรือดำเนินการอื่นใดด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่หน่วยงานของรัฐซึ่งเกี่ยวข้องประกาศกำหนด ก็ให้ถือว่าหนังสือ หลักฐานเป็นหนังสือ หรือเอกสารมี

⁵ เรื่องเดียวกัน.

ลักษณะเป็นตราสารที่ได้มีการปิดอากรแสตมป์และขีดฆ่าตามกฎหมายแล้ว ซึ่งสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาของศาลได้

4.1.3 ปัญหาการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

การวิเคราะห์ถึงความน่าเชื่อถือของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นั้น ส่วนใหญ่ศาลจะมุ่งวิเคราะห์พิจารณาถึงความถูกต้องแท้จริงในเนื้อหาความแห่งสัญญาเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ปัญหาการรับรองความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่ง ดังนั้นจึงควรกำหนดแนวทางในการนำสืบพยานหลักฐานประเภทนี้ เห็นได้จากประเทศสหรัฐอเมริกา ปี 1990 กระทรวงยุติธรรมประเทศสหรัฐอเมริกาได้จัดทำคู่มือการยอมรับฟังบันทึกที่เก็บรวบรวมทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน (Admissibility of Electronically Filled Federal Records as Evidence) โดยแนะนำวิธีการที่จะทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่าข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลได้อย่างมีความน่าเชื่อถือ โดยคู่มือดังกล่าวได้วางหลักการพื้นฐานในการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นบันทึกอิเล็กทรอนิกส์โดยทั่วไป (The Admission of Electronic Records Generally) ไว้ดังนี้

“คู่ความฝ่ายที่ยื่นพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อาจจำเป็นต้องให้พยานผู้เชี่ยวชาญกล่าวยืนยันถึงความน่าเชื่อถือของระบบฮาร์ดแวร์และระบบซอฟต์แวร์ รวมทั้งกระบวนการต่างๆ ที่ใช้ในการเก็บรักษาข้อมูล (records) และการพิมพ์ข้อมูลออกจากเครื่องคอมพิวเตอร์ (Printout) รวมทั้งสภาพการณ์และวิธีการในการบันทึกของข้อมูลเข้าสู่ระบบขั้นตอนที่ใช้และจะก่อให้เกิดความมั่นใจได้ว่าข้อมูลที่บันทึกมีความถูกต้อง ขั้นตอนที่ใช้ในการเก็บข้อมูลและรักษาข้อมูลให้มีความพร้อมที่จะนำมาใช้ ความน่าเชื่อถือของซอฟต์แวร์ที่ใช้ในการประมวลผลข้อมูล ความน่าเชื่อถือของขั้นตอนที่ใช้ในการพิมพ์ข้อมูลออกมาจากเครื่องคอมพิวเตอร์ (Printout) ความเหมาะสมของคอมพิวเตอร์ฮาร์ดแวร์ ซอฟต์แวร์ และกระบวนการต่างๆ ที่ช่วยให้ระบบสามารถทำงานตามที่ได้วางไว้ รวมทั้งกระบวนการในการรักษาความปลอดภัยที่จะช่วยป้องกันการเข้ามาแก้ไขข้อมูลโดยไม่ได้รับอนุญาตและการทำลายระบบข้อมูลในทางอิเล็กทรอนิกส์

การสร้างบันทึกข้อมูล (Record) ในทางปฏิบัติอันเป็นปกติธุรกิจ รวมทั้งพยานหลักฐานที่แสดงว่าข้อมูลได้ถูกบันทึกในทางปฏิบัติอันเป็นปกติของธุรกิจ และที่แสดงว่าการบันทึกข้อมูลดังกล่าวได้เสร็จสมบูรณ์ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม (Reasonable Time)

บุคคลที่จะต้องใช้ระบบความปลอดภัยของคอมพิวเตอร์ (Computer Security System) ไม่ควรที่จะรองนกว่าจะได้รับคำสั่งจากศาลให้ทำการพิสูจน์ยืนยัน แต่ผู้ดูแลระบบข้อมูล (Information System Manager) ควรที่จะพิจารณาไว้ล่วงหน้าว่าเขาสามารถให้ความมั่นใจได้ว่าใครก็ตามที่จะเข้ามาใช้ระบบจะสามารถเข้าจับบันทึกคอมพิวเตอร์ (Computer Records) รวมทั้งอาจถูกค้นพบได้เช่นเดียวกับข้อความที่อยู่ในกระดาษ และกำหนดว่าบันทึกข้อมูลคอมพิวเตอร์

(Computer Records) ที่ต้องการให้ค้นพบจะมีอยู่หรือได้รับเก็บรวบรวมไว้ รวมทั้งให้ความมั่นใจได้ว่าข้อมูลที่เกี่ยวข้องอาจถูกทำลายอย่างเจตนาในขณะที่มีการฟ้องร้อง คดีเกิดขึ้น

สำหรับประเทศอังกฤษได้พิจารณาการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์โดยให้ความสำคัญกับการรับรองความถูกต้องของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่ง Civil Evidence Act, 1995 ได้พิจารณาถึงความน่าเชื่อถือของข้อมูลโดยได้กำหนดเงื่อนไขไว้ กล่าวคือ พิจารณาว่าคู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นควรจะเรียกผู้บันทึกข้อมูลคนแรกมาเป็นพยานในศาล ควรให้มีการบันทึกในครั้งแรกในทันทีหลังจากที่เหตุการณ์เกิดขึ้น รวมถึงการบันทึกในครั้งแรกนี้มีการเรียงเรียงข้อความก่อนที่จะบันทึกหรือบันทึกโดยไม่มีการเรียงเรียงถ้อยคำ และการบันทึกนั้นผู้บันทึกได้กระทำเพียงคนเดียวหรือหลายคน และการบันทึกมีวัตถุประสงค์โดยเฉพาะหรือมีเหตุการณ์แวดล้อมอะไรที่เกิดขึ้นนั้นอันส่งผลให้การพิจารณาคุณค่าของพยานขึ้นนั้นลดลงหรือไม่ ซึ่งหลักพิจารณาเหล่านี้ล้วนส่งผลต่อนำหนักของพยานหลักฐานทั้งสิ้น ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวได้พยายามวางหลักเกณฑ์ในการให้ความน่าเชื่อถือแก่พยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้เห็นว่าข้อมูลที่ได้จากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะต้องมีการรับรองความถูกต้องของข้อมูลก่อนนำมาสู่กระบวนการพิจารณาของศาล

สำหรับประเทศไทยนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 126 ได้กำหนดเกี่ยวกับการนำพยานเอกสารเข้าสืบจะต้องนำพยานบุคคลมาสืบประกอบหรือให้ผู้เชี่ยวชาญตรวจสอบเอกสารที่ถูกคัดค้านนั้น ในกรณีที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งคัดค้านความถูกต้องแท้จริงแห่งเอกสารนั้น ศาลก็ต้องสืบพยานโดยมีการซักถามพยานที่ทราบการมีอยู่หรือข้อความแห่งเอกสารที่ถูกคัดค้าน ดังนั้น ในกรณีเป็นสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ผู้ที่จะเป็นพยานบุคคลในการพิสูจน์ความถูกต้องของสัญญา โดยทั่วไปได้แก่ คู่สัญญาหรือบุคคลอื่นๆ ที่มีหน้าที่ดูแลรักษาข้อมูลหรือผู้ที่จะต้องใช้ข้อมูลนั้นๆ เพื่อกิจการในหน้าที่ของตน บุคคลเหล่านี้อาจไม่รู้ถึงที่มาของข้อมูลหรือไม่มีความรู้เกี่ยวกับระบบการทำงานของคอมพิวเตอร์ที่นำมาใช้ในกิจการเลย ดังนั้น จึงเป็นการยากหรือเกือบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะนำพยานบุคคลที่เป็นประจักษ์พยานที่รู้เห็นโดยตลอดทุกขั้นตอนถึงการได้มาซึ่งสิ่งพิมพ์ออกที่ใช้อ้างอิงเป็นพยานเอกสารในศาล อีกทั้ง พยานบุคคลที่มาให้การต่อศาลจึงมักเป็นพยานแวดล้อมในกรณีที่จะใช้พิสูจน์ถึงความถูกต้องแท้จริงของข้อความและเอกสารที่ใช้เป็นพยานหลักฐาน ซึ่งถือว่าเป็นพยานผู้ที่เป็นความในข้อความที่แท้จริงแห่งเอกสาร ตามมาตรา 126(2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของข้อความหรือสัญญาที่ใช้เป็นพยานหลักฐานแต่เพียงสิ่งพิมพ์ออกนั้นซึ่งเป็นสิ่งที่ได้จากระบบคอมพิวเตอร์ที่นำมาใช้ในกิจการงานอันเป็นปกติในทางธุรกิจ ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการเพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าสัญญานั้นแท้จริงและถูกต้อง เพราะคอมพิวเตอร์ที่ใช้อยู่เป็นปกติในทางธุรกิจไม่ได้หมายความว่าข้อมูลที่ได้ออกมาจะถูกต้องเสมอไป จะต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นว่ามีการใช้ระบบควบคุมเรื่องความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อป้องกันมิให้มีความผิดพลาดหรือมีการแก้ไข

เปลี่ยนแปลงข้อความในภายหลัง รวมทั้งจะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงมาตรการในการรักษาความปลอดภัยในการเข้าถึงระบบการเก็บข้อมูล ตลอดจนโปรแกรมและเครื่องมืออื่นๆ เพื่อเป็นประกันความถูกต้องครบถ้วนและแท้จริงของข้อมูล แต่ทั้งนี้ไม่จำเป็นถึงขนาดจะต้องจัดส่งข้อมูลและโปรแกรมให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งล่วงหน้าเพราะจะก่อให้เกิดภาระและความยุ่งยากเกินความจำเป็น เนื่องจากสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้อ้างอิงเป็นพยานหลักฐานอาจเป็นผลผลิตที่ได้มาจากโปรแกรมต่างๆ มากมาย นอกจากนี้การตรวจสอบอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เหล่านั้นอาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แต่อย่างใดหากผู้กระทำไม่มีความรู้เฉพาะด้านหรือขั้นตอนในการจัดทำระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

นอกจากนี้ การพิสูจน์เอกสารมหาชนตามมาตรา 127 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งกฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานไว้ว่า เอกสารมหาชนซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ทำขึ้นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นของแท้จริงและถูกต้อง อาจไม่เหมาะที่จะนำมาใช้กับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เพราะความถูกต้องของสัญญาย่อมขึ้นอยู่กับขั้นตอนในการจัดทำข้อมูลและระบบคอมพิวเตอร์ที่นำมาใช้ว่ามีความสมบูรณ์และไม่มีความผิดพลาดมากน้อยเพียงใด ดังนั้น ปัญหาในเรื่องการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง การวางหลักเกณฑ์หรือแนวทางพื้นฐานตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นย่อมเป็นประโยชน์ต่อคู่ความในการสร้างความน่าเชื่อถือและความมั่นใจในกรณีที่น่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐาน

4.1.4 หลักเกณฑ์ในการนำเสนอและการนำสืบพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

เนื่องจากมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 กำหนดเพียงห้ามมิให้ปฏิเสธรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมาย กล่าวคือ ให้สามารถรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้เท่านั้น แต่ยังไม่ได้มีการกำหนดวิธีการยื่นหรือวิธีนำสืบพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต่อศาลแต่อย่างใด จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย วิธีพิจารณาความขึ้นได้ในกรณีนี้ ซึ่งหากพิจารณาถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษตามที่ได้ทำการศึกษามาแล้วในบทที่ 3 จะได้ข้อสรุปว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษจะนำหลักเกณฑ์การนำเสนอและวิธีสืบพยานเอกสารมาปรับใช้กับพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยอนุโลม เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับกรณีการสืบพยานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า เพื่อให้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐาน ประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาควรมีการออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการนำเสนอและการนำสืบพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

มาใช้บังคับ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 103/3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งควรวางหลักเกณฑ์ตามแนวทางต่อไปนี้

(1) คู่ความที่ประสงค์จะเสนอพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะต้องระบุข้อมูลที่อ้างไว้ในบัญชีระบุพยานตามมาตรา 88 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งพร้อมยื่นคำแถลงความจำนงเช่นว่านั้น และให้ทำคำรับรองของพยานหลักฐานนั้นพร้อมทั้งจัดทำสิ่งพิมพ์ออกของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ในจำนวนที่เพียงพอเพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมารับไปจากเจ้าพนักงานศาล เว้นแต่ข้อมูลที่บันทึกข้อมูลนั้นอยู่ในความครอบครองของคู่ความฝ่ายอื่นหรือของบุคคลภายนอก ให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ขออนุญาตส่งคำรับรองและให้ทำสำเนาข้อมูลที่บันทึก และขอให้ศาลมีคำสั่งเรียกข้อมูลที่บันทึกนั้นมาจากผู้ครอบครอง โดยให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงนั้นมีหน้าที่ติดตามเพื่อให้ได้ข้อมูลที่บันทึกนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยานหรือในวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนด

ในกรณีที่การทำสำเนาข้อมูลที่บันทึกข้อมูลนั้น จะทำให้กระบวนการพิจารณาล่าช้าหรือเป็นที่เสื่อมเสียแก่คู่ความซึ่งอ้างอิงข้อมูลนั้น หรือมีเหตุผลแสดงว่าไม่อาจส่งสำเนาข้อมูลที่บันทึกนั้นให้แล้วเสร็จภายในเวลาตามที่กำหนดไว้ ให้คู่ความฝ่ายที่อ้างอิงข้อมูลยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลขออนุญาตส่งสำเนาข้อมูลบันทึกและขอให้นำข้อมูลที่บันทึกนั้นมาแสดงต่อศาลในวันสืบพยานหรือวันอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรแล้วแต่สภาพแห่งข้อมูลนั้นๆ ก็ได้

(2) คู่ความฝ่ายที่ถูกอีกฝ่ายหนึ่งอ้างอิงพยานหลักฐานในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ยื่นตน อาจยื่นคำแถลงต่อศาลก่อนการสืบข้อมูลนั้นเสร็จคัดค้านการอ้างอิงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น โดยเหตุที่ว่าข้อมูลดังกล่าวไม่เข้าเงื่อนไขของการรับฟังหรือไม่น่าเชื่อถือหรือข้อมูลที่บันทึกข้อมูลนั้นปลอม หรือสำเนาข้อมูลที่บันทึกข้อมูลนั้นไม่ถูกต้องทั้งหมดหรือบางส่วน เว้นแต่จะแสดงให้เห็นเป็นที่พอใจแก่ศาลว่ามีเหตุอันสมควรที่ไม่อาจทราบเหตุแห่งการคัดค้านได้ก่อนเวลาดังกล่าว คู่ความฝ่ายนั้นอาจยื่นคำร้องขออนุญาตคัดค้านการอ้างอิงข้อมูลหรือสำเนาข้อมูลที่บันทึกข้อมูลเช่นนั้นต่อศาลไม่ว่าเวลาใดๆ ก่อนพิพากษาคดี และถ้าศาลเห็นว่าคู่ความฝ่ายนั้นไม่อาจยกเว้นคัดค้านได้ก่อนนั้น และคำร้องนั้นมีเหตุผลฟังได้ก็ให้ศาลอนุญาตตามคำร้องนั้น ในกรณีที่มีการคัดค้านดังกล่าวนี้ ให้นำมาตรา 126 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ถ้าคู่ความซึ่งประสงค์จะคัดค้านการอ้างอิงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เสียก่อนการสืบข้อมูลนั้นเสร็จ หรือศาลอนุญาตคัดค้านภายหลัง ห้ามมิให้คู่ความฝ่ายนั้นคัดค้านการอ้างอิงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นพยานหลักฐาน แต่ทั้งนี้ไม่ตัดอำนาจของศาลในการที่จะไต่สวนและชี้ขาดในเรื่องเงื่อนไขของการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นพยานหลักฐาน หรือในเงื่อนไขของความแท้จริงหรือถูกต้องของข้อมูลหรือสำเนาข้อมูลที่บันทึกข้อมูลเช่นนั้น ในเมื่อศาลเห็นสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

4.2 หลักเกณฑ์การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ของไทย

เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเป็นขั้นตอนที่ศาลใช้ดุลพินิจในการนำพยานหลักฐานมาพิจารณาอีกครั้งว่าจะเชื่อถือพยานชั้นนั้นได้มากน้อยเพียงใด ซึ่งการใช้ดุลพินิจของศาลไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้แน่นอนตายตัว แต่ทั้งนี้ก่อนที่จะมาถึงขั้นตอนนี้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่จะนำมาใช้เป็นพยานในชั้นศาลจะต้องสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้เสียก่อน การรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่ ต้องพิจารณาถึงกฎหมายลักษณะพยานที่วางหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เอาไว้ และสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ผ่านเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้มาแล้วซึ่งกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสืบพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยให้นำหลักเกณฑ์และวิธีการนำสืบพยานเอกสารมาใช้ในการสืบพยานประเภทข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยอนุโลม ส่วนปัญหาของกฎหมายไทยยังขาดกฎหมายในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้ที่ชัดเจน กล่าวคือ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้กำหนดเพียงให้สามารถรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้เท่านั้น แต่กฎหมายมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นพยานหลักฐานประเภทใด เนื่องจากการกำหนดประเภทของพยานหลักฐานจะส่งผลต่อหลักเกณฑ์และวิธีการนำพยานเข้าสืบในชั้นศาล โดยเฉพาะหลักในการรับฟังพยานที่สำคัญคือการรับรองความถูกต้องแท้จริงที่มีประสิทธิภาพของพยานหลักฐานชั้นนั้น ๆ ซึ่งจะทำให้ศาลเชื่อถือในพยานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์และพิจารณาให้คุณค่าต่อพยานหลักฐานชั้นนั้น อาจกล่าวได้ว่าหลักการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานต้องพิจารณาถึงความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 11 วรรค 2 กล่าวคือ ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใดนั้นให้พิจารณาถึงความน่าเชื่อถือของลักษณะหรือวิธีการที่ใช้สร้าง เก็บรักษา หรือสื่อสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ลักษณะหรือวิธีการเก็บรักษา ความครบถ้วน และไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อความลักษณะ หรือวิธีการที่ใช้ในการระบุหรือแสดงตัวผู้ส่งข้อมูล รวมทั้งพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง

ดังนั้น การแก้ไขกฎหมายลักษณะพยานของไทยให้มีความทันสมัยและมีมาตรฐานนั้นสามารถกระทำได้ แต่การจะบัญญัติกฎหมายในเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้นไม่สามารถกระทำได้ เพราะการวิเคราะห์ว่าพยานหลักฐานใดมีน้ำหนักหรือน่าเชื่อถือหรือไม่นั้นเป็นดุลพินิจเฉพาะกรณี ฉะนั้นการจะทำให้ศาลเชื่อถือในพยานหลักฐานที่นำมาเสนอขึ้นไต่ถามจึงขึ้นอยู่กับกระบวนการและขั้นตอนที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นพยานหลักฐานชั้นนั้นมีความถูกต้องแท้จริงในการนำมาใช้

อย่างไรก็ตาม การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ มีการวางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยไว้แล้วตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทาง

อิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื่องจากสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จึงมีประเด็นทางด้านเทคโนโลยีสารสนเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้น การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานประเภทนี้เพื่อให้เป็นไปตามหลักสากล จึงควรคำนึงถึงหลักการรักษาความลับ การรักษาความถูกต้องครบถ้วนของข้อมูล การกำหนดสิทธิในการเข้าถึง รวมถึงการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ตามแนวทางดังต่อไปนี้

(1) การรักษาความลับของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ให้พิจารณาว่าได้มีการใช้มาตรการดังต่อไปนี้เพียงใด กล่าวคือ ได้มีการแบ่งประเภทและกำหนดชั้นความลับของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือในการดำเนินการตามชั้นความลับโดยมีการใช้วิธีการในการรักษาความลับ เช่น การเข้ารหัสลับ เพื่อป้องกันการปลอมแปลงหรือแก้ไขข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นโดยมิชอบ หรือได้มีการใช้วิทยาการเข้ารหัสในการรับส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยใช้การเข้ารหัสข้อมูล เป็นต้น

(2) การรักษาความถูกต้องครบถ้วนของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ให้พิจารณาว่าได้มีการใช้มาตรการดังต่อไปนี้เพียงใด กล่าวคือ ได้มีการใช้รหัสอักขระที่ตรงกันทั้งตอนบันทึกข้อมูลอ่านข้อมูล และได้มีการใช้วิทยาการเข้ารหัสลับ และวิทยาการการคำนวณข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (hashing) เช่น ใช้เทคโนโลยีโครงสร้างพื้นฐานกุญแจสาธารณะระบบคู่ (Public Key Infrastructure : PKI) ซึ่งเป็นเทคโนโลยีที่อาศัยระบบรหัสกุญแจสาธารณะ (Public Key Cryptography) ที่ประกอบด้วยกุญแจส่วนตัว (Private key) และกุญแจสาธารณะ (Public key) ซึ่งโครงสร้างดังกล่าวใช้ในการพิสูจน์ตัวตนจริงของผู้ใช้ รวมทั้งการรักษาความลับของข้อมูล ความครบถ้วนของข้อมูล และการห้ามปฏิเสธความรับผิดชอบ เพื่อให้สามารถตรวจพบความเปลี่ยนแปลงซึ่งเกิดขึ้นกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ เป็นต้น

(3) การกำหนดสิทธิในการเข้าถึงของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ให้พิจารณาว่าการกำหนดสิทธิในการเข้าถึงได้มีการจัดทำและปฏิบัติตามข้อกำหนดสิทธิในการเข้าถึงระบบข้อมูลสารสนเทศซึ่งจัดเก็บข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นไว้ตามรายการดังต่อไปนี้เพียงใด กล่าวคือ มีการกำหนดสิทธิ ทบทวนสิทธิอย่างสม่ำเสมอ และถอดถอนสิทธิในการเข้าถึงระบบข้อมูลสารสนเทศในทันทีที่มีเหตุอันพึงต้องถอดถอนสิทธินั้น หรือวิธีระบุ (identification) ยืนยัน (authentication) และพิสูจน์ (verification) ตัวบุคคล เช่น การใช้บัตรประจำตัว (identification card) สมาร์ทการ์ด (smart card) การรหัสผ่าน (password) การใช้เทคโนโลยีชีวมาตร (biometric technology) หรือได้มีการจัดทำทะเบียนที่บันทึกประวัติการสร้าง เก็บรักษา แก้ไข เรียกดู หรือค้นคืนทำสำเนาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (audit trail) เป็นต้น

(4) การรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ให้พิจารณาว่า ได้มีการจัดทำและปฏิบัติตามนโยบายด้านการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในด้านต่าง ๆ ดังต่อไปนี้เพียงใด กล่าวคือ การจัดหมวดหมู่และควบคุมระบบการบริหารจัดการบุคลากรด้านความมั่นคงปลอดภัย การรักษาความมั่นคงปลอดภัยทางกายภาพ การดำเนินงาน

การกำหนดสิทธิการเข้าถึง การเข้ารหัส การปฏิบัติตามกฎการควบคุมจุดอ่อนทางเทคนิคของระบบการสำรองข้อมูลและระบบสารสนเทศเพื่อความต่อเนื่องของการดำเนินงาน เป็นต้น เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นได้ว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นจะไม่ถูกแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อความหรือข้อมูลได้โดยง่าย อันอาจส่งผลต่อการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน

4.3 แนวทางในการสร้างน้ำหนักพยานของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เพื่อนำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาของศาลไทย

เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มีกลไกในการสร้างน้ำหนักพยานและความน่าเชื่อถือทางกฎหมายของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ดังจะเห็นได้จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายแห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ในเรื่องของผลทางกฎหมายของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในมาตราต่าง ๆ อันมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า เพื่อเป็นแนวทางในการสร้างความน่าเชื่อถือให้กับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นั้น ควรกำหนดให้มีธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่จะเสริมสร้างความน่าเชื่อถือและเชื่อมั่นให้กับทั้งภาครัฐและภาคเอกชน รวมถึงสร้างความเชื่อมั่นให้กับคู่สัญญาที่ประสงค์จะทำธุรกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์มากยิ่งขึ้น ดังต่อไปนี้

(1) ธุรกิจบริการเกี่ยวกับการประทับเวลาทางอิเล็กทรอนิกส์ (Time Stamp Service) กล่าวคือ เป็นบริการเกี่ยวกับการรับรองเวลาที่ได้มีการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้น การให้บริการประทับเวลาทางอิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นอีกหน่วยงานหนึ่งที่เป็นบริการพื้นฐานของระบบกุญแจสาธารณะ (Public Key Infrastructure : PKI) เพื่อลดปัญหาของความไม่สอดคล้องกันของเวลาจากระบบคอมพิวเตอร์ที่ต่างกันและสามารถนำมาใช้อ้างอิงเป็นพยานหลักฐานในทางคดีได้อีกด้วย

(2) ธุรกิจบริการเกี่ยวกับการรับรองความถูกต้องของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Notary Public) กล่าวคือ เป็นบริการที่เกี่ยวกับการรับรองว่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์นั้นไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนับแต่วันเวลาที่ระบุไว้ในสัญญา ทั้งนี้ ด้วยลักษณะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยง่าย หากไม่มีมาตรการรักษาความมั่นคงของข้อมูลที่เหมาะสม อาจทำให้มีการปลอมแปลงสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ได้โดยง่าย ดังนั้น ผู้ให้บริการรับรองความถูกต้องของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์จะทำหน้าที่เสมือนเป็นตัวกลางที่สร้างความเชื่อถือน่าเชื่อถือให้แก่ผู้ที่ต้องการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน โดยใช้เทคโนโลยีที่สามารถยืนยันความครบถ้วนสมบูรณ์ของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ได้

(3) ธุรกิจบริการเกี่ยวกับการจัดเก็บข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Archives and Record Management Service) กล่าวคือ เป็นบริการที่เกี่ยวข้องกับการจัดหาเครื่องมืออุปกรณ์และซอฟต์แวร์ที่ใช้ในการจัดเก็บ ค้นหา รวมถึงการกำหนดสิทธิของแต่ละบุคคลในการ

เข้าถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่มีการจัดเก็บ โดยหน่วยงานเหล่านี้จะมีมาตรฐานในการบริหารจัดการข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ว่าจะเป็นมาตรฐานในการแปลงข้อมูล การจัดเก็บข้อมูล การเรียกใช้ข้อมูลซึ่งจะช่วยให้ข้อมูลหรือสัญญาที่เก็บไว้โดยหน่วยงานนี้ได้รับความน่าเชื่อถือว่ามีความครบถ้วนถูกต้อง

ทั้งนี้ ธุรกิจบริการทั้ง 3 ประเภทข้างต้นเป็นธุรกิจบริการที่เชื่อมโยงกับการให้บริการออกใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้นในทางปฏิบัติการให้บริการธุรกิจทั้ง 3 ประเภทนี้อาจกำหนดให้เป็นความรับผิดชอบของผู้ให้บริการออกใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ด้วย เพื่อให้มีการกำกับดูแลอย่างเป็นระบบโดยให้กำกับดูแลธุรกิจทั้ง 3 ประเภทไปพร้อมกัน นอกจากนี้ เพื่อให้สร้างความเชื่อมั่นในการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์อย่างแพร่หลายทั้งในหน่วยงานภาครัฐและเอกชนรวมถึงใช้ในการรับฟังเป็นพยานหลักฐานในชั้นศาล รวมทั้งเป็นการส่งเสริมการค้าพาณิชย์แบบ Paperless Trading อันกำลังเป็นที่นิยมสำหรับผู้ประกอบการค้าระหว่างประเทศ เพื่อเป็นการสร้างโอกาสและพัฒนาศักยภาพของภาคธุรกิจของไทยให้สามารถแข่งขันได้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศต่อไป

**ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ของไทย
เปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ**

หลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐาน	หลักเกณฑ์การชี้หน้าหักพยานหลักฐาน	ปัญหาการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐาน
<p>ประเทศไทย</p> <p>พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 กำหนดให้สามารถรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่ไม่ได้กำหนดให้รับฟังได้ในรูปของพยานประเภทใดและวิธีการใด</p>	<p>ประเทศไทย</p> <p>กฎหมายไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์การสร้างความน่าเชื่อถือให้กับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เอาไว้ในมาตรา 11 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 เพื่อเป็นเกณฑ์ให้ศาลใช้ดุลพินิจในการนำพยานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาพิจารณาว่าจะเชื่อถือได้มากน้อยเพียงใด ทั้งนี้ ต้องเป็นพยานหลักฐานที่กฎหมายกำหนดให้รับฟังได้เสียก่อน</p>	<p>ประเทศไทย</p> <p>กฎหมายลักษณะพยานของไทย ยังไม่ได้กำหนดสถานะทางกฎหมายของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถือเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ว่าจัดเป็นพยานหลักฐานประเภทใดให้ชัดเจน ในบางกรณีจึงส่งผลในทางปฏิบัติต่อวิธีการนำสืบในกระบวนการพิจารณาชั้นศาล</p>
<p>ประเทศสหรัฐอเมริกา</p> <p>Federal Rules of Evidence กำหนดหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานประเภทข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ว่าโดยหลักแล้วมิได้จัดอยู่ในประเภทของพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ แต่หากมีการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลแล้วไม่ว่าในคดีแพ่ง หรือคดีอาญาได้วางหลักเกณฑ์วิธีการนำสืบและรับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้ให้คล้ายคลึงกับวิธีการนำสืบพยานเอกสาร</p>	<p>ประเทศสหรัฐอเมริกา</p> <p>กฎหมายไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เอาไว้ตายตัว แต่ให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจเพื่อให้ความเชื่อถือต่อข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์</p>	<p>ประเทศสหรัฐอเมริกา</p> <p>กฎหมายลักษณะพยานของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดนิยามความหมายของ “สัญญาอิเล็กทรอนิกส์” เอาไว้จึงก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย หากมีการนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ แต่ Federal Rules of Evidence กำหนดหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานประเภทข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยให้นำหลักเกณฑ์การรับฟังและวิธีการนำสืบพยานหลักฐานประเภทพยานเอกสารมาใช้บังคับโดยอนุโลม</p>

<p><u>ประเทศอังกฤษ</u></p> <p>Civil Evidence Act 1995 กำหนดหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานประเภทข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้รับฟังได้โดยถือว่าเป็นพยานหลักฐานประเภทพยานเอกสารและสามารถนำไปใช้ได้ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา</p>	<p><u>ประเทศอังกฤษ</u></p> <p>ศาลจะพิจารณาความน่าเชื่อถือของพยาน โดยการพิจารณาให้น้ำหนักแก่พยานหลักฐานจากข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ได้มีการรับรองความถูกต้องครบถ้วน และมีความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลก่อนการนำมาเป็นพยานหลักฐานในศาล</p>	<p><u>ประเทศอังกฤษ</u></p> <p>กฎหมายลักษณะพยานของประเทศอังกฤษมีการแยกประเภทของพยานออกเป็น พยานบุคคล พยานเอกสาร และพยานวัตถุ ดังนั้นการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลจึงเกิดปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายลักษณะพยานขึ้น ซึ่งต่อมา Civil Evidence Act 1995 ได้กำหนดนิยามความหมายของ “พยานเอกสาร” ให้หมายรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น</p>
---	--	--

บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เนื่องจากสภาพสังคมในปัจจุบันได้มีการพัฒนาเข้าสู่ยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ (Information Technology) อย่างต่อเนื่องและได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ซึ่งการพัฒนานี้ย่อมส่งผลต่อวิถีชีวิตและวัฒนธรรมของมนุษย์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อาจกล่าวได้ว่าแต่เดิมมนุษย์เคยติดต่อโดยใช้ภาษาและตัวหนังสือเป็นสื่อกลางในการสื่อสารระหว่างกัน ต่อมาได้มีพัฒนา มาเป็นการติดต่อสื่อสารด้วยภาษาอิเล็กทรอนิกส์มากยิ่งขึ้นซึ่งถือเป็นระบบการติดต่อสื่อสาร ที่มีประสิทธิภาพกว้างขวางไร้ขอบเขตจำกัด ทำให้สิ่งที่มนุษย์เคยบันทึกข้อมูลต่างๆ ไว้ในกระดาษ หนังสือ เอกสาร หรือวัตถุอื่นๆ ก็เปลี่ยนมาเป็นการบันทึกด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งการบันทึกข้อมูลด้วยระบบดังกล่าวมีข้อดีคือสามารถนำข้อมูลกลับมาใช้ได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพตามความต้องการของผู้ใช้งาน

นอกจากนี้ การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้มีการขยายตัวอย่างกว้างขวาง และรวดเร็วในเวลาหลายปีที่ผ่านมา ทำให้การดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจการค้าหรือการทำสัญญาทางธุรกิจสามารถกระทำได้อย่างไร้พรมแดนไม่มีระยะเวลาหรือระยะทางมาจำกัด รวมทั้งไม่จำเป็นต้องอยู่ต่อหน้ากันระหว่างคู่สัญญา อีกทั้งไม่จำเป็นต้องใช้กระดาษเป็นสื่อกลางในการทำธุรกรรมอีกต่อไป แต่สามารถทำธุรกรรมผ่านทางระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แทนที่แบบเดิม ทั้งนี้ การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศดังกล่าวได้ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมหาศาล กล่าวคือ เป็นการลดปัญหาการสิ้นเปลืองทรัพยากรกระดาษและเป็นการประหยัดทรัพยากรด้านอุปกรณ์สำนักงาน ทำให้ประหยัดงบประมาณในระยะยาว รวมถึงลดขั้นตอนในการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน โดยเปลี่ยนมาทำธุรกรรมหรือมีการผูกนิติสัมพันธ์ทำสัญญาผ่านทางระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ อาทิเช่น เครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet) หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ซึ่งสามารถทำธุรกรรมกันได้ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศอย่างมีความคล่องตัว ผ่านไปยังเครื่องคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์พกพาอื่นๆ ระหว่างผู้ส่งเจตนาและผู้รับเจตนาที่อยู่ปลายทางแทนการส่งข้อมูลที่อยู่ในรูปแบบของสัญญากระดาษแบบเดิม อีกทั้งการส่งข้อมูลข่าวสารหรือข้อความต่างๆ สามารถส่งถึงกันได้ภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว อย่างไรก็ตามการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายด้วย

สำหรับประเทศไทยได้ก้าวเข้าสู่สังคมเทคโนโลยีสารสนเทศอย่างเต็มรูปแบบโดยเห็นได้จากการที่ประเทศไทยได้มีการเปิดเสรีทางการค้า ทำให้ต้องปฏิบัติตามกรอบกติกาขององค์การการค้าโลก (WTO) ด้วยซึ่งมีแนวโน้มในการทำธุรกรรมแบบไร้กระดาษ (Paperless Trading) มากยิ่งขึ้น อันส่งผลให้ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มีความแพร่หลายยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามการพัฒนาการดังกล่าวได้ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายบางประการเช่นเดียวกันกับใน

ต่างประเทศ กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ ตามที่ได้ทำการศึกษามาแล้วข้างต้น ทั้งนี้ แม้ว่าปัจจุบันเทคโนโลยีจะมีความก้าวหน้าและมีการขยายตัวในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มากขึ้นสักเพียงไร แต่หากหน่วยงานทั้งองค์กรภาครัฐและภาคเอกชนยังคงใช้กระดาษในการดำเนินธุรกรรมรวมทั้งมีการเก็บสัญญาและเอกสารประกอบดังกล่าวไว้เป็นหลักฐานในกรณีที่เกิดข้อพิพาท ซึ่งการจัดทำ จัดเก็บและการใช้สัญญากระดาษดังกล่าวนำมาซึ่งภาระเรื่องค่าใช้จ่ายในการขนส่ง สถานที่จัดเก็บและปริมาณการใช้กระดาษที่เพิ่มขึ้นในทุกวัน ปัญหาดังกล่าวเกิดจากหน่วยงานต่างๆ ในประเทศไทยยังขาดความเชื่อถือและเชื่อมั่นในการทำธุรกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ แม้ว่าปัจจุบันจะมีพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 อันมีวัตถุประสงค์ในการตราขึ้นเพื่อรองรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้เทียบเท่ากับการทำธุรกรรมในรูปแบบกระดาษออกมาใช้บังคับแล้วก็ตาม แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ยังไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นถือเป็นพยานหลักฐานประเภทใด ซึ่งจะส่งผลต่อหลักเกณฑ์วิธีการนำสืบและรับฟังพยานหลักฐานตามกฎหมายลักษณะพยานของไทย

ดังนั้น จากการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยยังไม่ได้มีการกำหนดความหมายของคำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” เอาไว้อย่างชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในการนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาของศาลว่าจะถือเป็นพยานหลักฐานประเภทใด ซึ่งจะส่งผลต่อหลักเกณฑ์และวิธีการนำพยานหลักฐานเข้าสืบในกระบวนการพิจารณาของศาล ทั้งนี้ จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลักษณะพยานของต่างประเทศพบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดหลักเกณฑ์การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ กล่าวคือ แม้โดยหลักจะไม่ได้กำหนดให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานประเภทใด แต่หากมีการนำข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลแล้ว ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการนำสืบและรับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้ให้คล้ายคลึงกับวิธีการนำสืบพยานเอกสาร ส่วนในประเทศอังกฤษพบว่าเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย โดยกำหนดให้เอกสารมีความหมายรวมถึงข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ทำให้ไม่มีปัญหาในการตีความว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นพยานหลักฐานประเภทใด และทำให้เกิดความแน่นอนว่าจะนำหลักเกณฑ์และวิธีการใดมานำสืบและพิสูจน์พยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ทั้งนี้ ในการรับฟังสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานนั้น จำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายบัญญัติรองรับเกี่ยวกับวิธีการนำสืบและการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้ชัดเจน เพื่อให้พยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีฐานะเทียบเท่ากับพยานประเภทอื่นและสามารถนำไปใช้ได้กับคดีทุกประเภทในกระบวนการพิจารณาของศาล

ผลการศึกษาพบว่า สอดคล้องกับสมมติฐานที่ตั้งไว้ กล่าวคือ ในปัจจุบันแม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ได้บัญญัติ ห้ามมิให้ศาลปฏิเสธการ

รับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาก็ตาม แต่ประเด็นในเรื่องความน่าเชื่อถือของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถือเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ยังคงเป็นปัญหาอยู่ในเรื่องความมั่นคงปลอดภัยและความถูกต้องแท้จริงของข้อมูล เนื่องจากกฎหมายยังไม่ได้กำหนดสถานะทางกฎหมายและหลักเกณฑ์การนำเสนอและรับฟังพยานหลักฐานประเภทนี้เอาไว้อย่างชัดเจนประกอบกับมีความจำเป็นที่จะต้องนำเทคโนโลยีด้านความมั่นคงปลอดภัยของระบบการจัดทำ การใช้ และการจัดเก็บสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาประยุกต์ใช้ด้วย ดังนั้น การพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายลักษณะพยานของไทยในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้มีความชัดเจนย่อมแก้ปัญหาในเรื่องนี้ได้ อีกทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานประเภทนี้ให้มีความน่าเชื่อถืออีกด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผลจากการศึกษาวิจัยพบว่ายังมีอุปสรรคและข้อขัดข้องบางประการในการนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐาน จึงได้ข้อเสนอแนะแนวทางแก้ไขเพื่อเป็นแนวทางในการสร้างน้ำหนักและความน่าเชื่อถือทางกฎหมายให้กับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ดังนี้

1. ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทยโดยกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” ให้มีความชัดเจนว่าเป็นพยานหลักฐานประเภทใด ซึ่งจะสามารถแก้ไขปัญหาเรื่องความไม่แน่นอนของสถานะทางกฎหมายลักษณะพยานของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ รวมทั้งควรกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการนำเสนอพยานประเภทนี้ไว้ให้มีความชัดเจน ทั้งนี้ เนื่องจากในปัจจุบันกฎหมายลักษณะพยานของไทยยังไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้โดยตรง จึงยังไม่มีมีความแน่นอนว่ากรณีข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นจัดเป็นพยานหลักฐานประเภทใด ทั้งนี้ กรณีสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อาจมีลักษณะบางประการที่อาจจัดเป็นพยานเอกสารได้ กล่าวคือ หากมีการนำเสนอในศาลโดยนำมาใช้อ้างอิงเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงแห่งข้อความในสัญญาก็อาจจัดว่าเป็นพยานเอกสารได้ เพื่อประโยชน์ในการนำบทบัญญัติตามกฎหมายลักษณะพยานมาใช้กับกรณี ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า โดยลักษณะเฉพาะของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถือเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จึงควรที่มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานประเภทนี้ไว้ให้มีลักษณะพิเศษแตกต่างหากจากพยานประเภทอื่นให้เหมาะสมกับลักษณะพิเศษที่ซับซ้อนกว่าพยานหลักฐานทั่วไปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรืออาจกล่าวได้ว่าควรกำหนดให้พยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่ง เพื่อส่งผลให้กฎหมายลักษณะพยานของไทยมีความชัดเจนในการบังคับใช้กับพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

2. ควรมีการกำหนดวิธีการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ให้มีหลักเกณฑ์แบบเดียวกันทุกกรณี ในกรณีที่ถือว่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์จัดเป็นพยานเอกสารโดยทั่วไปแล้วการนำพยานเอกสารเข้าสืบจะต้องนำพยานบุคคลสืบประกอบ และเมื่อคู่ความ

อีกฝ่ายหนึ่งคัดค้านความถูกต้องแท้จริงแห่งเอกสารนั้น ศาลย่อมต้องสืบพยานโดยมีการซักถามพยานที่ทราบการมีอยู่ของเอกสารหรือข้อความแห่งเอกสารที่ถูกคัดค้าน ดังนั้น ในกรณีสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ผู้ที่จะเป็นพยานบุคคลในการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของสัญญาส่วนมากจะเป็นคู่สัญญา เจ้าหน้าที่หรือบุคคลอื่นๆ ที่มีหน้าที่จัดทำ ดูแลรักษาข้อมูลหรือผู้ที่จะต้องใช้อ้างอิงข้อมูลนั้นๆ เพื่อดำเนินกิจการของตน บุคคลเหล่านี้อาจไม่รู้ที่มาของข้อมูลหรือไม่มีความรู้เกี่ยวกับระบบการทำงานของคอมพิวเตอร์ที่นำมาใช้ทุกขั้นตอน ดังนั้น จึงเป็นการยากหรือเกือบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะนำพยานบุคคลที่เป็นประจักษ์พยานที่รู้เห็นโดยตลอดทุกขั้นตอนถึงการจัดทำ และได้มาซึ่งสิ่งพิมพ์ออกของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาเป็นพยานในศาล พยานบุคคลที่นำมาให้การกับศาลจึงเป็นเพียงพยานแวดล้อม ซึ่งถือว่าเป็นพยานผู้ที่เบิกความในข้อความที่แท้จริงแห่งเอกสาร ตามมาตรา 126(2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนั้น ในบางกรณีอาจจำเป็นต้องให้พยานผู้เชี่ยวชาญตรวจสอบและกล่าวยืนยันถึงความน่าเชื่อถือของระบบฮาร์ดแวร์ ระบบซอฟต์แวร์ และกระบวนการต่างๆ ที่ใช้ในการเก็บรักษาข้อมูล (records) และการพิมพ์สัญญาออกจากเครื่องคอมพิวเตอร์ (Printout) รวมทั้งสภาพการณ์และวิธีการในการบันทึกข้อมูลเข้าสู่ระบบ เพื่อให้ความเชื่อมั่นในขั้นตอนที่ใช้และก่อให้เกิดความมั่นใจว่าข้อมูลที่บันทึกนั้นมีความถูกต้องตามขั้นตอนในการสร้างและเก็บรักษาโดยมีความถูกต้องแท้จริงและไม่มีการเปลี่ยนแปลงในภายหลัง

นอกจากนี้ การพิสูจน์แต่เพียงว่าสิ่งพิมพ์ออกนั้นเป็นสิ่งที่ได้จากระบบคอมพิวเตอร์ที่นำมาใช้ในการกิจการงานเป็นปกติในทางธุรกิจหรือไม่นั้น อาจถือไม่ได้ว่าเป็นการเพียงพอที่จะใช้พิสูจน์ได้ว่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มีความแท้จริงและถูกต้องอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากระบบคอมพิวเตอร์ที่ใช้อยู่เป็นปกติในทางธุรกิจก็ไม่สามารถยืนยันได้ว่าข้อมูลที่ได้พิมพ์ออกมาจะถูกต้องเสมอไป แต่จะต้องมีการพิสูจน์ให้เห็นว่ามีระบบควบคุม ซึ่งใช้เพื่อป้องกันมิให้มีความผิดพลาดเกิดขึ้น และจะต้องพิสูจน์ว่ามีมาตรการในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยในการเข้าถึงระบบการจัดเก็บข้อมูลตลอดจนโปรแกรมและเครื่องมือต่างๆ เพื่อเป็นการประกันความถูกต้องของข้อมูลอีกทางหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ไม่จำเป็นถึงขนาดต้องจัดส่งข้อมูลและโปรแกรมให้แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งล่วงหน้าเพราะจะก่อให้เกิดภาระและความยุ่งยากเกินความจำเป็น เนื่องจากเอกสารที่ใช้อ้างอิงเป็นพยานหลักฐานอาจเป็นผลผลิตที่ได้จากโปรแกรมที่หลากหลาย อีกทั้งการตรวจสอบอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์เหล่านั้นอาจไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แต่อย่างใด หากผู้ทำการตรวจสอบไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือขั้นตอนในการดำเนินงานอย่างแท้จริง

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าปัญหาในเรื่องการพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากในปัจจุบันการนำเอาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปใช้ในทางมิชอบจนเป็นเหตุให้มีการประกอบอาชญากรรมในรูปแบบต่างๆ อาทิ เช่น การฉ้อโกง การปลอมแปลงเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ในธุรกิจการค้ามีเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากผู้ประกอบการอาชญากรรมมีการอาศัยช่องทางคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ เป็น

เครื่องมือในการกระทำความผิดอันส่งผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจของประเทศชาติอย่างเป็นวงกว้าง ฉะนั้น การวางหลักเกณฑ์และแนวทางพื้นฐานในการรักษามั่นคงปลอดภัยและความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ย่อมเป็นประโยชน์และเป็นการสร้างมั่นใจให้แก่คู่ความในกรณีที่น่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาของศาล

3. ควรกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานทางเทคโนโลยีที่สำคัญในการรักษาความลับ (Confidentiality) การรักษาความถูกต้องครบถ้วน (Integrity) การกำหนดสิทธิในการเข้าถึง (Access Control) และการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานประเภทนี้ ทั้งนี้ การที่จะบัญญัติกฎหมายในเรื่องการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานนั้นไม่สามารถกระทำได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากการวิเคราะห์ว่าพยานหลักฐานใดมีน้ำหนักหรือน่าเชื่อถือนั้นเป็นดุลยพินิจของศาล ดังนั้น การจะทำให้ศาลมีความเชื่อถือในพยานหลักฐานที่นำมาเสนอนั้นจึงขึ้นอยู่กับกระบวนการขั้นตอนที่สามารถแสดงได้ว่าเป็นพยานหลักฐานที่ถูกต้องแท้จริงและครบถ้วนในสาระสำคัญ

4. ควรยกเลิกหลักเกณฑ์การห้ามนำสืบพยานบุคคลแก้ไขเปลี่ยนแปลงพยานเอกสาร ทั้งนี้เมื่อมีการยอมรับว่าสัญญาอิเล็กทรอนิกส์สามารถรับฟังได้แล้ว หากมีข้อผิดพลาดเกิดจากระบบอิเล็กทรอนิกส์ที่ทำการบันทึกข้อมูลไม่ตรงกับที่คู่สัญญาได้ตกลงกันไว้ คู่ความย่อมมีสิทธินำพยานบุคคลมาสืบเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยืนยันข้อเท็จจริงในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ได้ ดังนั้น เมื่อสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มีสถานะแบบเดียวกับสัญญากระดาษ หากมีข้อผิดพลาดเกิดขึ้นก็ควรที่จะให้คู่ความมีสิทธินำสืบพยานบุคคลแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือยืนยันข้อเท็จจริงพยานเอกสารที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้

5. ควรมีการออกเป็นข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการรับฟังและวิธีการสืบพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ เพื่อให้มีหลักเกณฑ์และวิธีการ ที่ชัดเจนในการนำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาของศาล โดยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการอ้างพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงเหตุแห่งการคัดค้านพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ซึ่งประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีอำนาจออกข้อกำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวทางการนำสืบพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 103/3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

6. ควรส่งเสริมให้มีธุรกิจบริการเกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่จะช่วยสร้างความมั่นใจให้กับทั้งภาครัฐและภาคเอกชน เช่น ธุรกิจบริการเกี่ยวกับการประทับเวลาทางอิเล็กทรอนิกส์ ธุรกิจบริการเกี่ยวกับการรับรองความถูกต้องของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และธุรกิจบริการเกี่ยวกับการจัดเก็บข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีหน่วยงานของรัฐซึ่งจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะทำหน้าที่กำกับดูแลธุรกิจบริการดังกล่าวให้เป็นระบบ เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่น

และความน่าเชื่อถือในการทำ และการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์แทนสัญญาในรูปแบบเดิม รวมทั้งเป็นการสร้างให้นักพยานให้กับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์สำหรับการรับฟังเป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาชั้นศาลให้มีความน่าเชื่อถือ อีกทั้งยังเป็นการส่งเสริมการพัฒนาศักยภาพของภาคธุรกิจไทยให้สามารถแข่งขันกับนานาชาติอารยประเทศได้อย่างทัดเทียม



บรรณานุกรม

- โกวิท หนูโยม. (2551). การรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่ง. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เข้มชัย ชุตินวงศ์. (2547). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- จิต เศรษฐบุตร. (2522). หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. กรุงเทพฯ: เอรಾವัดน์ การพิมพ์
- ชนิดา เรื่องศิริวัฒนกุล. (2555). เทคโนโลยีระบบการรักษาความปลอดภัยสารสนเทศ. 12 ตุลาคม 2555: จากแหล่งที่มา www.google.co.th/~chanida/Ethics/Chapter-8.ppt.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, ทวีศักดิ์ กอนันตกุล และสุรางคณา แก้วจำนงค์. คำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544. ม.ป.ท.
- ชวลิต โสภณวัฒน์. (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2524). กฎหมายลักษณะพยานของไทยเป็นกฎหมาย ในระบบกล่าวหาจริงหรือ, *ตุลพาห*, 65.
- เด่นฟ้า เรื่องฤทธิ์เดช. ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังเอกสารอิเล็กทรอนิกส์. ม.ป.ท.
- เด่นฟ้า เรื่องฤทธิ์เดช. (กันยายน-ธันวาคม 2549). ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการรับฟังเอกสาร อิเล็กทรอนิกส์, *ตุลพาห*, 53(3), 95.
- นัฐพงศ์ ส่งเนียม. (2554). ความปลอดภัยของสารสนเทศ. 12 มิถุนายน 2555: จาก แหล่งที่มา www.siam2dev.com/E_Learning/.../Lec04_PKI_infrastruct.ppt.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. (2550). คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ คอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550. เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง อาชญากรรมทาง คอมพิวเตอร์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมายใหม่ของประเทศไทย. ม.ป.ท.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. (ตุลาคม-ธันวาคม 2538). การรับฟังข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็น พยานหลักฐาน: ปัญหาและข้อเสนอแนะ. *ตุลพาห*, 42(4), 85
- พรเพชร วิชิตชลชัย. (2553). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิต.
- พวงผกา บุญโสภาคย์ และประสาน บุญโสภาคย์. (2528). คำบรรยายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา. กรุงเทพฯ: ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษาวิทยาลัย สุโขทัยธรรมมาธิราช.
- รังสรรค์ พิบูลย์กิจสกุล และชลอ ยศสมบัติ. (2552). รูปแบบทางกฎหมายสำหรับธุรกรรม ทางอิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์: ศึกษาเฉพาะกรณีการรับฟัง พยานหลักฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์.
- ราชบัณฑิตยสถาน. (2546). พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น.

- ศักดิ์ สอนองชาติ. (2523). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม และหนี้. (เล่ม 1). กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์.
- สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการการคุ้มครองทางอิเล็กทรอนิกส์. (2549). รายงานการศึกษา โครงการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการทำ การใช้ และการเก็บรักษาข้อมูลเอกสารในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์. กรุงเทพฯ: ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ.
- เสาวภาคย์ ปิยะรัตน์. (2542). การนำสารสนเทศมาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่ง. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เสริม วินิจฉัยกุล. (2515). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรม และหนี้. กรุงเทพฯ: กรมสรรพสามิต.
- โสภณ รัตนากร. (2551). คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.
- อัศววิทย์ สุมาวงศ์. (2553). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม และสัญญา. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- อรพรรณ นัสพัฒนา. (ธันวาคม 2543). ปัจจุบันและอนาคตของกฎหมายการพาณิชย์ทางอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย. วารสารกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ.
- Allen, C. (1998). **Practical guide to evidence**. London: Cavendish Pub.
- Keane, A. (1996). **The modern law of evidence**. London: Butterworths
- Richard O.Lempert and Steven A. Saltzburg. **Modern Approach to Evidence**. N.P.
- Wilding, E. (1997). **Computer Evidence**. London: Sweet & Maxwell.

ภาคผนวก

ANNEX

ELECTRONIC EVIDENCE MODEL LAW

AN ACT to make provision for the legal recognition of electronic records and to facilitate the admission of such records into evidence in legal proceedings.

BE IT ENACTED by the Parliament [*name of legislature*] of [*name of country*] as follows:

- | | |
|-----------------------|--|
| Short Title | 1. This Act may be cited as the Electronic Evidence Act, 2002 |
| Interpretation | 2. In this Act,

“data” means representations, in any form, of information or concepts;

“electronic record” means data that is recorded or stored on any medium in or by a computer system or other similar device and that can be read or perceived by a person or a computer system or other similar device. It includes a display, print out or other output of that data.

“electronic records system” includes the computer system or other similar device by or in which data is recorded or stored, and any procedures related to the recording and preservation of electronic records.

“legal proceeding” means a civil, criminal or administrative proceeding in a court or before a tribunal, board or commission. |
| General Admissibility | 3. Nothing in the rules of evidence shall apply to deny the admissibility of an electronic record in evidence on the sole ground that it is an electronic record.

4. (1) This Act does not modify any common law or statutory rule relating to the admissibility of records, except the rules relating to authentication and best evidence. |
| Scope of Act | (2) A court may have regard to evidence adduced under this Act in applying any common law or statutory rule relating to the admissibility of records. |
| Authentication | 5. The person seeking to introduce an electronic record in any legal proceeding has the burden of proving its authenticity by evidence capable of supporting a finding that the electronic record is what the person claims it to be. |

Application
of Best
Evidence
Rule

6. (1) In any legal proceeding, subject to subsection (b), where the best evidence rule is applicable in respect of electronic record, the rule is satisfied on proof of the integrity of the electronic records system in or by which the data was recorded or stored.

(2) In any legal proceeding, where an electronic record in the form of printout has been manifestly or consistently acted on, relied upon, or used as the record of the information recorded or stored on the printout, the printout is the record for the purposes of the best evidence rule.

Presumption
of Integrity

7. In the absence of evidence to the contrary, the integrity of the electronic records system in which an electronic record is recorded or stored is presumed in any legal proceeding:

- (a) where evidence is adduced that supports a finding that at all material times the computer system or other similar device was operating properly, or if not, that in any respect in which it was not operating properly or out of operation, the integrity of the record was not affected by such circumstances, and there are no other reasonable grounds to doubt the integrity of the record.
- (b) where it is established that the electronic record was recorded or stored by a party to the proceedings who is adverse in interest to the party seeking to introduce it; or
- (c) where it is established that the electronic record was recorded or stored in the usual and ordinary course of business by a person who is not a party to the proceedings and who did not record or store it under the control of the party seeking to introduce the record.

Standards

8. For the purpose of determining under any rule of law whether an electronic record is admissible, evidence may be presented in respect of any standard, procedure, usage or practice on how electronic records are to be recorded or preserved, having regard to the type of business or endeavour that used, recorded or preserved the electronic record and the nature and purpose of the electronic record.

Proof by
Affidavit

9. The matters referred to in sections 6, 7, and 8 may be established by an affidavit given to the best of the deponent's knowledge or belief.

Cross
Examination

10. (1) A deponent of an affidavit referred to in section 9 that has been introduced in evidence may be cross-examined as of right by a party to the proceedings who is adverse in interest to the party who has introduced the affidavit or has caused the affidavit to be introduced.

(2) Any party to the proceedings may, with leave of the court, cross-examine a person referred to in subsection 7(c).

Agreement on
Admissibility
of Electronic
Records

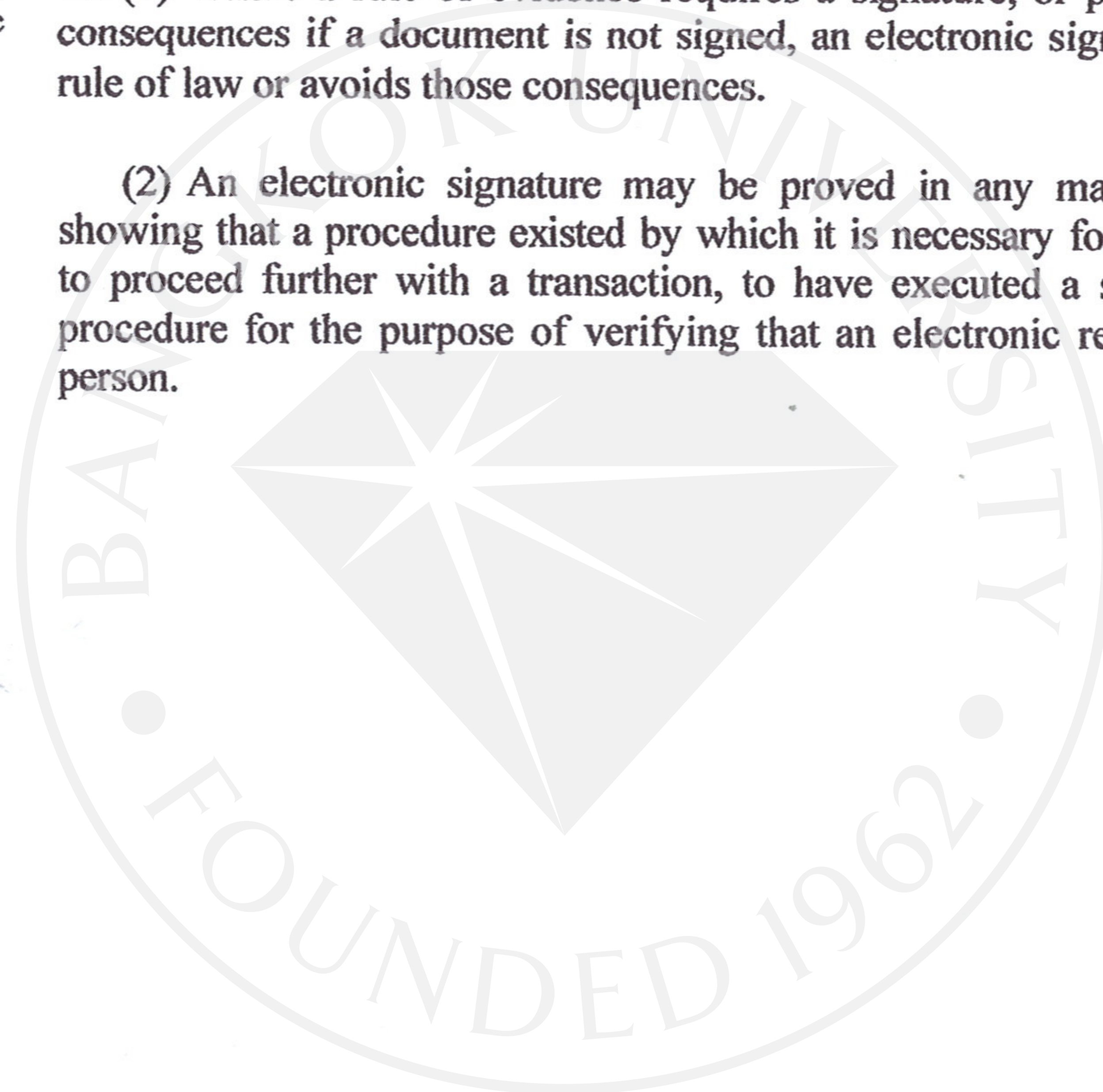
11. (1) Unless otherwise provided in any other statute, an electronic record is admissible, subject to the discretion of the court, if the parties to the proceedings have expressly agreed at any time that its admissibility may not be disputed.

(2) Notwithstanding subsection (1), an agreement between the parties on admissibility of an electronic record does not render the record admissible in a criminal proceeding on behalf of the prosecution if at the time the agreement was made, the accused person or any of the persons accused in the proceeding was not represented by a solicitor.

Admissibility
of Electronic
Signature

12. (1) Where a rule of evidence requires a signature, or provides for certain consequences if a document is not signed, an electronic signature satisfies that rule of law or avoids those consequences.

(2) An electronic signature may be proved in any manner, including by showing that a procedure existed by which it is necessary for a person, in order to proceed further with a transaction, to have executed a symbol or security procedure for the purpose of verifying that an electronic record is that of the person.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล : นายสรรเสริญ ศิริวรรณ

วัน เดือน ปีเกิด : 3 เมษายน 2529

วุฒิการศึกษา :

- ปี 2554 สอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ
แห่งสภานายความ
- ปี 2553 สอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิตสมัยที่ 62 สำนักอบรมศึกษากฎหมาย
แห่งเนติบัณฑิตยสภา
- ปี 2551 จบปริญญาตรี นิติศาสตร์บัณฑิต(เกียรตินิยมอันดับ 2)
มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ประสบการณ์ทำงาน :

- พ.ศ. 2554 - ปัจจุบัน นิติกร 4 ฝ่ายกำกับการปฏิบัติงานและธรรมมาภิบาล
ธนาคารออมสิน (สำนักงานใหญ่)
- พ.ศ. 2552 - 2554 นิติกร 4 กองกฎหมาย บริษัท ขนส่ง จำกัด (บขส.)

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

ข้อตกลงว่าด้วยการอนุญาตให้ใช้สิทธิในวิทยานิพนธ์/สารนิพนธ์

วันที่ 14 เดือน กันยายน พ.ศ. 2555

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว) สรวิชัย ลิขิตกร อยู่บ้านเลขที่ 39/163
ชอย รามอินทรา 14 ถนน รามอินทรา ตำบล/แขวง ท่าแร้ง
อำเภอ/เขต บางเขน จังหวัด กรุงเทพฯ รหัสไปรษณีย์ 10230
เป็นนักศึกษาของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ รหัสประจำตัว 7530400498
ระดับปริญญา ตรี โท เอก
หลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชา กฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศและธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์
คณะ นิติศาสตร์ ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ” ฝ่ายหนึ่ง และ

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ ตั้งอยู่เลขที่ 119 ถนนพระราม 4 แขวงพระโขนง เขตคลองเตย กรุงเทพมหานคร 10110 ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ” อีกฝ่ายหนึ่ง

ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ และ ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ตกลงทำสัญญากันโดยมีข้อความดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิขอรับรองว่าเป็นผู้สร้างสรรค์และเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในงานสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ หัวข้อ ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์
Problem on Admissibility of Evidence in Electronic Contracts

ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต ของมหาวิทยาลัยกรุงเทพ (ต่อไปนี้เรียกว่า “สารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์”)

ข้อ 2. ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิตกลงยินยอมให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิโดยปราศจากค่าตอบแทนและไม่มีกำหนดระยะเวลาในการนำสารนิพนธ์/วิทยานิพนธ์ ซึ่งรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียงการทำซ้ำ คัดแปลง เผยแพร่ต่อสาธารณชน ให้เช่า ต้นฉบับหรือสำเนา งาน ให้ประโยชน์อันเกิดจากลิขสิทธิ์แก่ผู้อื่น อนุญาตให้ผู้อื่นใช้สิทธิโดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดด้วยหรือไม่ก็ได้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน หรือการกระทำอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกัน

สัญญาฉบับนี้ทำขึ้นสองฉบับ มีข้อความเป็นอย่างเดียวกัน คู่สัญญาได้อ่านและเข้าใจข้อความในสัญญาโดยละเอียดแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อให้ไว้เป็นสำคัญต่อหน้าพยาน และเก็บรักษาไว้ฝ่ายละฉบับ

ลงชื่อ.....ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ

(นายสมานวิเศษ สิทธิกรณ)

ลงชื่อ.....ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ

(ดร.ชนันนา รอดตู่จางิ)
ผู้อำนวยการสำนักหอสมุด

ลงชื่อ.....พยาน

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศิวพร หวังพิพัฒน์วงศ์)
กณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

ลงชื่อ.....พยาน

(จินตนา หงษ์งามทอง)