

พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์

ศิริพร เบญจพร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ.2563

Electronic Wills

Siriporn Benjaporn

**A Thesis Submitted in Part Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Masters of Laws**

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2020



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์
เสนอโดย นางสาวศิริพร เบญจพร
สาขาวิชา นิติศาสตร์
หมวดวิชา กฎหมายเอกชนและกฎหมายธุรกิจ

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์)

.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี)

.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว

.....
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล)

วันที่ ๑๐ เดือน พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๖๓

หัวข้อวิทยานิพนธ์	พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์
ชื่อผู้เขียน	ศิริพร เบญจพร
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2562

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงการทำพินัยกรรมในรูปแบบใหม่ คือ การทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากจากการศึกษาพบว่าแบบพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ถูกบัญญัติขึ้นในขณะที่เทคโนโลยีต่าง ๆ ยังไม่มีความทันสมัย การทำพินัยกรรมในรูปแบบเดิมจึงไม่สอดคล้องกับสภาพทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับกฎหมายของต่างประเทศมีการยอมรับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ และมีกรณีศึกษาที่น่าสนใจมากมาย เกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์

สำหรับกฎหมายไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดแบบพินัยกรรมไว้จำนวน 5 แบบ ได้แก่ พินัยกรรมแบบธรรมดา พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง พินัยกรรมแบบเอกสารลับ และพินัยกรรมแบบทำด้วยวาจา โดยในการทำพินัยกรรมนั้น ผู้ที่จะทำพินัยกรรมต้องทำพินัยกรรมให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดอย่างเคร่งครัด มิฉะนั้นพินัยกรรมฉบับนั้นจะตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าไม่มีพินัยกรรมแบบใดเลยที่กฎหมายกำหนดให้สามารถนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการทำพินัยกรรมได้ เช่น การบันทึกวิดีโอ การบันทึกเสียง หรือการเขียนข้อกำหนดในพินัยกรรมโดยใช้ปากกาอัจฉริยะเขียนลงบนแท็บเล็ต (Tablet) ซึ่งแม้ปัจจุบันจะได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ขึ้น เพื่อรองรับการทำธุรกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ แต่ก็ได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 กำหนดห้ามมิให้นำกฎหมายว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ไปใช้บังคับกับธุรกรรมที่เกี่ยวกับมรดก ดังนั้นหากมีการทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ขึ้น เอกสารฉบับนั้นย่อมไม่ใช่พินัยกรรมที่กฎหมายรับรองและตกเป็นโมฆะ เสมือนหนึ่งไม่เคยมีการทำพินัยกรรมขึ้นเลย นอกจากนี้ยังมีผลทำให้สิทธิในการรับมรดกกลับคืนสู่ทายาทโดยธรรมตามกฎหมาย ซึ่งอาจไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ก่อนตายของเจ้ามรดก โดยจากการศึกษาพบว่าวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การบันทึกวิดีโอขณะ

เจ้ามรดกกลางมือชื่อในพินัยกรรม ถูกนำมาใช้เป็นเพียงหลักฐานประกอบการทำพินัยกรรมแบบอื่นให้น่าเชื่อถือเท่านั้น ไม่สามารถอ้างหลักฐานดังกล่าวแทนพินัยกรรมได้ ต่างกับกฎหมายของต่างประเทศที่มีการรับรองพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์แล้ว โดยการนำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error Rules หรือ Harmless Error Doctrine) มาใช้ เนื่องจากเห็นว่าเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมอยู่เหนือการต้องปฏิบัติตามรูปแบบอย่างเคร่งครัด

ในการนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าการศึกษาเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์จะทำให้ได้รับประโยชน์เพิ่มมากขึ้นต่อการพัฒนากฎหมายไทยในอนาคต เนื่องจากในปัจจุบันวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตประจำวันของมนุษย์ในหลาย ๆ ด้าน ประกอบกับด้วยเทคโนโลยีในปัจจุบันทำให้การพิสูจน์พยานหลักฐานสามารถทำได้ถูกต้อง แม่นยำ มากขึ้น ผู้เขียนจึงได้เสนอให้นำแนวความคิดเรื่องหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error Rules หรือ Harmless Error Doctrine) และวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในเรื่องการทำพินัยกรรมของไทย



Thesis Title	Electronic Wills
Author	Siriporn Benjaporn
Advisor	Assoc. Prof. Pinit Tipmanee
Department	Law
Academic Year	2019

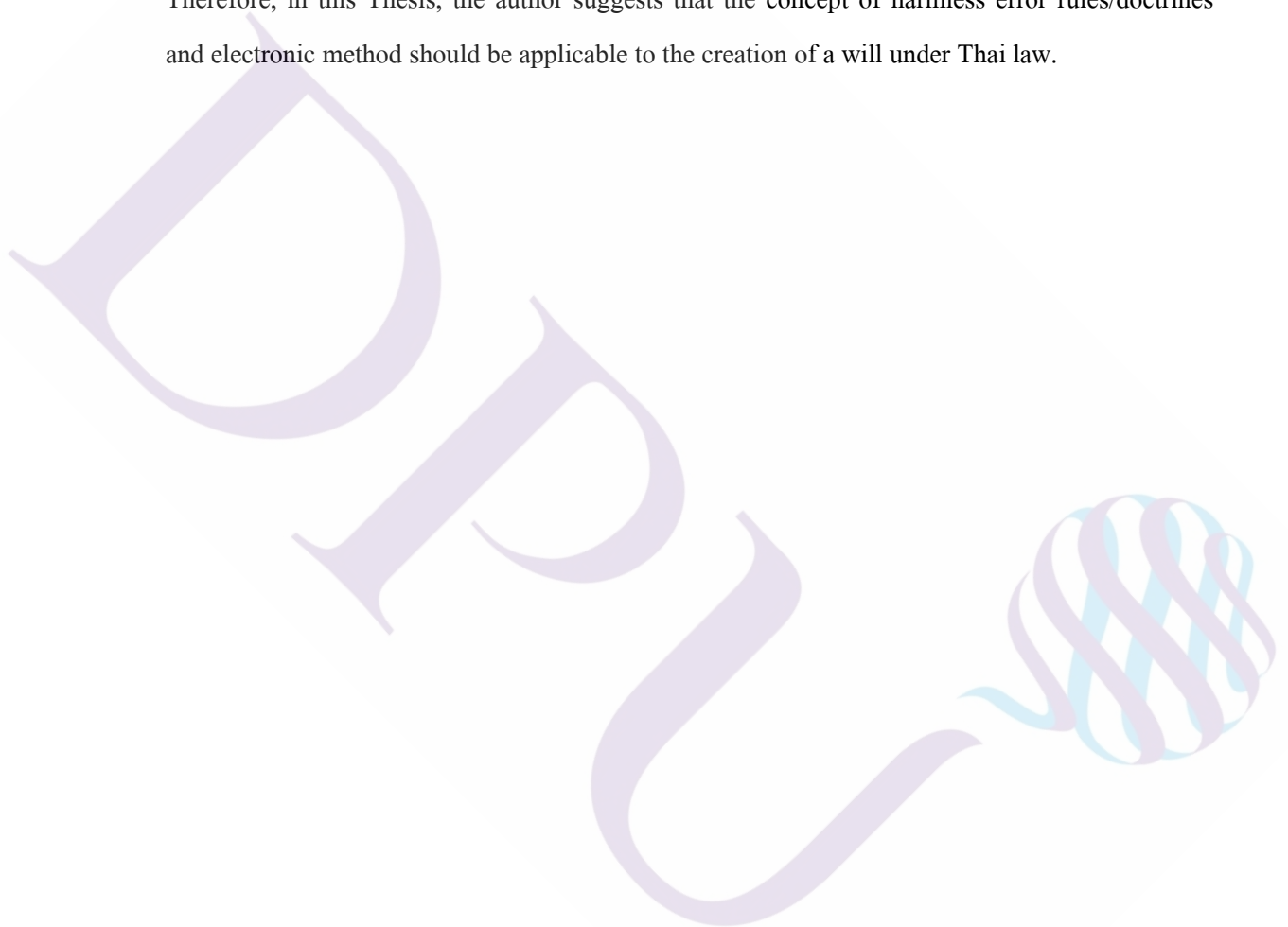
ABSTRACT

This Thesis aims to study the new form of the creation of a will: electronic will. The study reveals that the currently effective forms of will under the Civil and Commercial Code were enacted at the time the technology is more limited and not up-to-date. The old forms creation of a view are, therefore, no longer catch up with the evolving society. In addition, foreign laws accept the creation of an electronic will, and there are numerous case studies of interest on the electronic will.

Under Thai law, the Civil and Commercial Code prescribes the five forms of a will: an ordinary will, a holographic will, a public document will, a secret will, and an oral will. In preparing the will, the testator is required to strictly comply with the forms as prescribed by law, otherwise, the will shall become void. The analysis reveals that none of the forms of the will prescribed by law provides that the electronic medium, such as audio/video recording or the writing of the will's content on a tablet via a smart pen, can be used in the preparation of a will. Even though at present, the Electronic Transactions Act B.E. 2544 (2001) has been enacted to facilitate the electronic transactions, the Royal Decree on Civil and Commercial Transactions Excluded from the Application of Electronic Transactions Law B.E. 2549 (2006) excludes the transactions concerning inheritance from the application of Electronic Transactions Law. Accordingly, should the will be made in electronic form, the particular document would not have been the will as stipulated by law and thus becomes void as if no wills have been made. This will render the rights of inheritance to be reverted to the statutory heirs, which may not satisfy pre-mortem intention of the testator. The study shows that electronic medium, such as video recording of testator affixing the signature on the will, was only used to support the creation of a will in other form, but cannot be alleged in lieu of a will itself. In the meanwhile, foreign

countries have certify electronic wills by apply harmless Error Rules / doctrines, because the real intention of the testator is beyond strict observance of the form

The author believes that the study on the creation of electronic testament will contribute positively to the further development of Thai law, as at present, the electronic processes have become part of the human's daily lives in various aspects, and the current technological advancement permits a more precise and more accurate proof of evidence. Therefore, in this Thesis, the author suggests that the concept of harmless error rules/doctrines and electronic method should be applicable to the creation of a will under Thai law.



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ เนื่องจากได้รับความเมตตากรุณาเป็นอย่างสูงจาก ท่านรองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา โดยได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งในการให้คำปรึกษา ชี้แนะแนวทางการทำวิทยานิพนธ์ และตรวจทานแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แก่ผู้เขียนจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์ ที่ให้ความกรุณาได้รับเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้ให้คำแนะนำพร้อมทั้งชี้แนะแนวทางอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ ขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ ที่ให้ความกรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ให้คำแนะนำ และให้ความช่วยเหลือในทางวิชาการ ตลอดจนการแก้ไขข้อบกพร่องในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ความกรุณาของท่านอาจารย์ทุก ๆ ท่านล้วนแล้วแต่เป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จนสำเร็จลุล่วงเป็นรูปเล่มได้ สมบูรณ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ที่ให้ทั้งกำลังใจและกำลังทรัพย์สนับสนุน การศึกษาของผู้เขียนมาโดยตลอด ขอขอบคุณครอบครัว ญาติมิตร เจ้าหน้าที่หลักสูตรมหบัณฑิตและผู้มีอุปการะคุณทุกท่าน ที่ให้กำลังใจและให้ความช่วยเหลือต่าง ๆ เสมอมา

ท้ายที่สุดนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าหรือก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการศึกษาใด ๆ ผู้เขียนขอมอบบูชาแด่บุพการี บูรพาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่าน หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขอกราบขออภัยอาจารย์ทุก ๆ ท่าน มา ณ ที่นี้ด้วย

ศิริพร เบญจพร

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีการศึกษา.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. ความเป็นมา และลักษณะของพินัยกรรม.....	7
2.1 ความเป็นมาของพินัยกรรม.....	7
2.2 ความหมายของพินัยกรรม.....	12
2.3 ลักษณะของพินัยกรรม.....	12
2.3.1 เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว.....	12
2.3.2 เป็นเรื่องเฉพาะตัว.....	14
2.3.3 มีการแสดงเจตนากำหนดการเพื่อตาย.....	15
2.3.4 เป็นคำสั่งเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการอื่น.....	16
2.3.5 เป็นคำสั่งสุดท้ายในการแสดงเจตนา.....	19
3. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำพินัยกรรม แบบอิเล็กทรอนิกส์ ในประเทศไทย และต่างประเทศ.....	22
3.1 กฎหมายไทย.....	22
3.1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	22
3.2 กฎหมายลักษณะพยาน.....	29
3.2.1 พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ.....	30
3.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544.....	33

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.2.3 พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549.....	37
3.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องในต่างประเทศ.....	38
3.3.1 หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error Rules หรือ Harmless Error Doctrines) มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549.....	39
3.3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	40
3.3.3 ประเทศออสเตรเลีย.....	49
3.3.4 สาธารณรัฐแอฟริกาใต้.....	56
4. ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ และความเป็นไปได้ในการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทย.....	60
4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ.....	61
4.2 ปัญหาการกำหนดแบบพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์.....	64
4.3 ปัญหาความสมบูรณ์ของการลงลายมือชื่อในพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544.....	67
4.4 ปัญหาการกำหนดประเภทพยานของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์.....	69
4.5 วิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามกฎหมายไทย.....	72
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	75
5.1 บทสรุป.....	75
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	78
บรรณานุกรม.....	82
ภาคผนวก.....	86
ประวัติผู้เขียน.....	102

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ในยุคปัจจุบันนี้ เทคโนโลยีได้มีความก้าวหน้าและพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของโลกในหลายๆ ด้าน ทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม หรือแม้แต่กระทั่งส่งผลกระทบต่อชีวิตประจำวันของมนุษย์ทำให้มนุษย์ต้องพึ่งพาเทคโนโลยีอยู่เสมอ สิ่งอำนวยความสะดวกรอบตัวล้วนแล้วแต่เกิดจากความก้าวหน้าของเทคโนโลยี จนกระทั่งเทคโนโลยีเหล่านั้นสามารถนำมาใช้ในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการดำรงชีวิตของมนุษย์จนเกิดเป็นความเคยชิน

การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ หมายถึง การประกอบกิจกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งผ่านทางวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การโอนเงินผ่านแอปพลิเคชัน (Application) การซื้อขายสินค้าและบริการผ่านเว็บไซต์ (website) การจำหน่ายหลักทรัพย์ทางอิเล็กทรอนิกส์ การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) เป็นต้น ซึ่งการทำธุรกรรมเหล่านี้สามารถทำได้โดยผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต จึงนับว่ามีความแตกต่างไปจากการทำธุรกรรมในรูปแบบเดิมอย่างสิ้นเชิง และถือเป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการทำธุรกรรม และปัจจุบันได้รับความนิยมเป็นอย่างสูง เนื่องจากมีความสะดวก รวดเร็ว ไม่ต้องเสียเวลาเดินทาง และยังสามารถกระทำได้ตลอด 24 ชั่วโมง

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และส่งเสริมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้น่าเชื่อถือ โดยมีสาระสำคัญคือการรับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้เท่าเทียมกับการทำเอกสารในรูปแบบเดิมหรือในรูปแบบของกระดาษ เช่น การใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ การรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือแม้แต่การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ของภาครัฐ เช่น การอนุญาต การจดทะเบียน การออกคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น ถ้าได้กระทำในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐ พ.ศ.

2549 ก็ให้ถือว่ามีผลโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายในเรื่องนั้นกำหนด¹

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติดังกล่าวหาได้ใช้บังคับกับธุรกรรมทุกประเภทไม่ คงยกเว้นไว้สำหรับธุรกรรมที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดมิให้นำมาใช้บังคับ กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 ซึ่งในมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้ยกเว้นธุรกรรมที่เกี่ยวกับสิทธิในครอบครัวและมรดก เช่น การทำสัญญาก่อนสมรส การจดทะเบียนรับรองบุตร การหย่า ไปจนถึงการทำพินัยกรรม ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า การทำธุรกรรมบางประเภทยังไม่เหมาะสมที่จะให้กระทำได้ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์² แต่มิได้มีการให้เหตุผลอื่นประกอบว่าไม่เหมาะสมอย่างไร นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีการประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2549 ซึ่งในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมากกว่าสิบปีเทคโนโลยีได้เจริญก้าวหน้าไปมาก ส่งผลให้การพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ง่ายขึ้นกว่าที่เป็นอยู่เดิม

พินัยกรรม คือ นิติกรรมอย่างหนึ่งอันเป็นคำสั่งสุดท้ายของบุคคลที่ต้องการจะยกทรัพย์สิน หรือสิทธิต่าง ๆ อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือแบ่งทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้รับพินัยกรรม หรือวางข้อกำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนอันจะมีผลเมื่อตนถึงแก่ความตายแล้ว ซึ่งทำให้พินัยกรรมต่างกับการให้โดยเสนหา โดยบุคคลที่มีสิทธิได้รับมรดกตามพินัยกรรมนี้อาจไม่ใช่ทายาทโดยธรรมหรือญาติพี่น้องกับผู้ทำพินัยกรรมก็ได้ ทั้งนี้ ปัญหาว่าพินัยกรรมฉบับใดจะใช้บังคับได้หรือไม่นั้น พินัยกรรมฉบับนั้นจะต้องทำตาม “แบบ” ที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดแบบไว้อย่างเคร่งครัดและชัดเจน หากทำไม่ถูกต้องตามแบบ พินัยกรรมฉบับนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีบทบัญญัติในเรื่องแบบของพินัยกรรมถึง 5 แบบให้ผู้ทำพินัยกรรมได้เลือกทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ อันได้แก่ พินัยกรรมแบบธรรมดา พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง พินัยกรรมแบบเอกสารลับ และพินัยกรรมแบบทำด้วยวาจา

สำหรับการทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้น อาจเกิดขึ้นได้ด้วยการกระทำดังต่อไปนี้ เช่น

การบันทึกคลิปวิดีโอ โดยในขณะที่กวีวิดีโอเจ้ามรดกอาจใช้วิธีการพูด บอกกล่าว หรือแสดงอากัปกริยาใด ๆ แสดงเจตนาเพื่อตายของตนลงในคลิปวิดีโอ ซึ่งปัจจุบันเป็นที่ยอมรับในการนำมาแสดงเป็นพยานหลักฐานประกอบในชั้นศาลเท่านั้น ทั้งนี้ก็เพื่อเพิ่มน้ำหนักและนำสืบ

¹ มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

² หมายเหตุท้ายพระราชกฤษฎีกาฯ

ความแท้จริงของพินัยกรรมในรูปแบบอื่น เช่น พินัยกรรมแบบธรรมดา พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ เป็นต้น โดยเนื้อหาในวิดีโอเป็นการบันทึกขั้นตอนการทำพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรม การนำคลิปวิดีโอดังกล่าวมาประกอบการพิจารณา ย่อมทำให้ข้อโต้แย้งในประเด็นที่ว่า ลายมือชื่อที่ปรากฏในพินัยกรรมเป็นลายมือชื่อปลอม หรือแม้จะยกข้อโต้แย้งว่า ผู้ทำพินัยกรรมลงลายมือชื่อโดยไม่มีสติสัมปชัญญะ ตกอยู่ภายใต้การข่มขืนใจหรืออิทธิพลใด ๆ ย่อมอ่อนลงไป เพราะการบันทึกวิดีโอย่อมแสดงให้เห็นถึง สีหน้า ท่าทาง และน้ำเสียงของผู้ทำพินัยกรรม ไม่ว่าจะผู้ทำพินัยกรรมผู้นั้นจะมีร่างกายสมบูรณ์หรือไม่ ทั้งนี้ ในกรณีของผู้พิการที่โดยสภาพของร่างกายไม่สามารถทำพินัยกรรมในบางแบบได้ การบันทึกวิดีโอซึ่งเป็นวิธีการที่คนพิการสามารถกระทำได้ เช่น ในกรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมเป็นผู้ตาบอดทั้งสองข้าง ทำให้ไม่สามารถทำพินัยกรรมแบบเขียนเองได้เลย ก็ยังสามารถบอกกล่าวความประสงค์ของตนผ่านการบันทึกวิดีโอได้ หรือการเขียนพินัยกรรมลงในอุปกรณ์ต่าง ๆ เช่น สมาร์ทโฟน (Smart Phone) หรือ แท็บเล็ต (Tablet) การทำพินัยกรรมในลักษณะดังกล่าวนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีคดีที่เกิดขึ้นคือ นาย Javier Castro ผู้ตายประสงค์จะทำพินัยกรรม แต่เนื่องจากในขณะนั้นตนพักรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล ทำให้ไม่อาจหากระดาษและปากกาได้ นาย Javier Castro จึงได้เขียนพินัยกรรมจัดการทรัพย์สินของตนโดยใช้ปากกาอัจฉริยะ หรือ Stylus Pen เขียนลงในแท็บเล็ต โดยมีน้องชายของเขาสองคนได้ลงลายมือชื่อเป็นพยานรับรองการทำพินัยกรรมดังกล่าว ต่อมาภายหลัง เมื่อนาย Javier Castro ถึงแก่ความตาย ทายาทของเขาจึงนำสืบพินัยกรรมดังกล่าวต่อศาลรัฐ Ohio ปัญหาจึงมีว่า พินัยกรรมฉบับนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เนื่องจากเป็นพินัยกรรมซึ่งทำโดยรูปแบบทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่ในท้ายที่สุดศาลได้มีคำสั่งให้พินัยกรรมดังกล่าวใช้บังคับได้ตามกฎหมาย โดยให้เหตุผลว่า พินัยกรรมฉบับนั้น มีองค์ประกอบครบถ้วนตามที่กฎหมายรัฐ Ohio กำหนด กล่าวคือ เป็นการเขียนเองทั้งฉบับ โดยผู้ทำพินัยกรรมและผู้ทำพินัยกรรมได้ลงลายมือชื่อไว้โดยถูกต้อง นอกจากนี้ในต่างประเทศยังเคยเกิดคดีที่ผู้ทำพินัยกรรมใช้วิธีการอื่น ๆ เช่น การทำพินัยกรรมโดยการบันทึกวิดีโอ การส่งอีเมลล์ ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวต่อไป

อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่า กฎหมายของไทยทั้งสองฉบับ กล่าวคือ ทั้งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้การรับรองการทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์แต่อย่างใด กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากมีการทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์เกิดขึ้น การกระทำเหล่านั้นย่อมไม่ถือเป็นการทำพินัยกรรมตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าเสมือนหนึ่งไม่เคยมีการทำพินัยกรรมมาก่อนเลย และนอกจากนี้ยังมีผลทำให้สิทธิในการรับมรดกกลับคืนสู่ทายาทโดยธรรมตามกฎหมาย ซึ่งอาจไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ก่อนตายของเจ้ามรดก

เป็นที่น่าสังเกตว่า หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในเรื่องพินัยกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของแบบพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มีความคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ.2475 ซึ่งบังคับใช้อยู่ก่อนที่จะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่มาก จึงอาจกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นำหลักการและแนวคิดต่าง ๆ มาจากพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว รวมไปถึงพระราชกฤษฎีกาที่กเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับฯ ที่ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ.2549 ซึ่งในสมัยนั้นเทคโนโลยีต่าง ๆ ยังไม่มีความก้าวหน้า เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ยังมีราคาแพง ทำให้ผู้ที่มีโอกาสได้ใช้เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ในขณะนั้นจึงจำกัดเฉพาะผู้มีฐานะดี และมีได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตประจำวันของมนุษย์ดังเช่นปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งโทรศัพท์มือถือแบบสมาร์ตโฟน ที่ในทุกวันนี้พกพาสะดวกและมีประโยชน์มากกว่าแค่เป็นตัวกลางในการติดต่อสื่อสาร จนเรียกได้ว่าเป็นปัจจัยสำคัญพื้นฐานของชีวิตมนุษย์ไปแล้ว แม้จะเกิดเหตุการณ์ไม่คาดคิดขึ้น การบันทึกเรื่องราวหรือเหตุการณ์ต่าง ๆ ทั้งภาพและเสียงผ่านสมาร์ตโฟนก็สามารถกระทำได้อย่างปัจจุบันทันด่วน และในบางครั้งสิ่งที่บันทึกไว้ต่าง ๆ อาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ดีกว่าคำบอกเล่าจากพยาน เช่น กรณีพินัยกรรมแบบทำโดยวาจา หากเจ้ามรดกตกอยู่ในภยันตรายใกล้ความตาย ไม่อาจทำพินัยกรรมแบบอื่นได้ทันและจำเป็นต้องทำพินัยกรรมด้วยวาจาต่อหน้าพยาน ซึ่งอาจสร้างความไม่มั่นใจให้กับเจ้ามรดกว่าพินัยกรรมของตนนั้นจะสมบูรณ์ ถูกต้องครบถ้วน หรือคำบอกเล่าของพยานอาจคลาดเคลื่อนหรือแจ้งข้อความเท็จได้ นอกจากนี้ ถ้าในขณะนั้นเจ้ามรดกไม่อาจหาพยานได้ทัน หากเจ้ามรดกบันทึกคลิปวิดีโอในโทรศัพท์มือถือด้วยตัวเองย่อมเป็นพยานหลักฐานได้เป็นอย่างดี

อย่างไรก็ตาม การทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ด้วยวิธีการต่าง ๆ ตามที่กล่าวมาข้างต้นนั้น แม้จะมีความสะดวก สามารถรองรับกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และเป็นการขยายพื้นที่ของเสรีภาพในการแสดงเจตนา แต่ก็มีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกัน กับทั้งยังมีประเด็นปัญหาในการกำหนดแบบของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ปัญหาในเรื่องการลงลายมือชื่อ และปัญหาการกำหนดประเภทพยานของพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ที่จำเป็นต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วนว่า หากรัฐยอมรับการทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์จะก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายตามมาอย่างไร เพื่อที่จะได้ศึกษาหาแนวทางป้องกันต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาทฤษฎี วิวัฒนาการความเป็นมาของพินัยกรรม และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอิเล็กทรอนิกส์

2. เพื่อศึกษาหลักกฎหมายพินัยกรรมกับกฎหมายที่เกี่ยวกับอิเล็กทรอนิกส์ของไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาปัญหา วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมาย และเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

สืบเนื่องจากสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์กลายเป็นที่ ต้องการและมีความจำเป็นต่อชีวิตประจำวันของผู้คนมากขึ้น ทั้งกฎหมายไทยยังคงไม่รับรองการทำ พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ ดังนั้นหากมีการทำพินัยกรรมในรูปแบบดังกล่าว พินัยกรรมฉบับนั้น ย่อมเสียเปล่า เสมือนหนึ่งไม่มีการทำพินัยกรรมใดๆ ขึ้นเลยและมีผลทำให้สิทธิในการรับมรดก กลับคืนสู่ทายาทโดยธรรมตามกฎหมาย ซึ่งอาจไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของเจ้ามรดก ดังนั้นจึงมี ความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย โดยเพิ่มเติมในประเด็นที่เกี่ยวกับการทำพินัยกรรม อิเล็กทรอนิกส์ให้เท่าเทียมกับพินัยกรรมในรูปแบบอื่น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

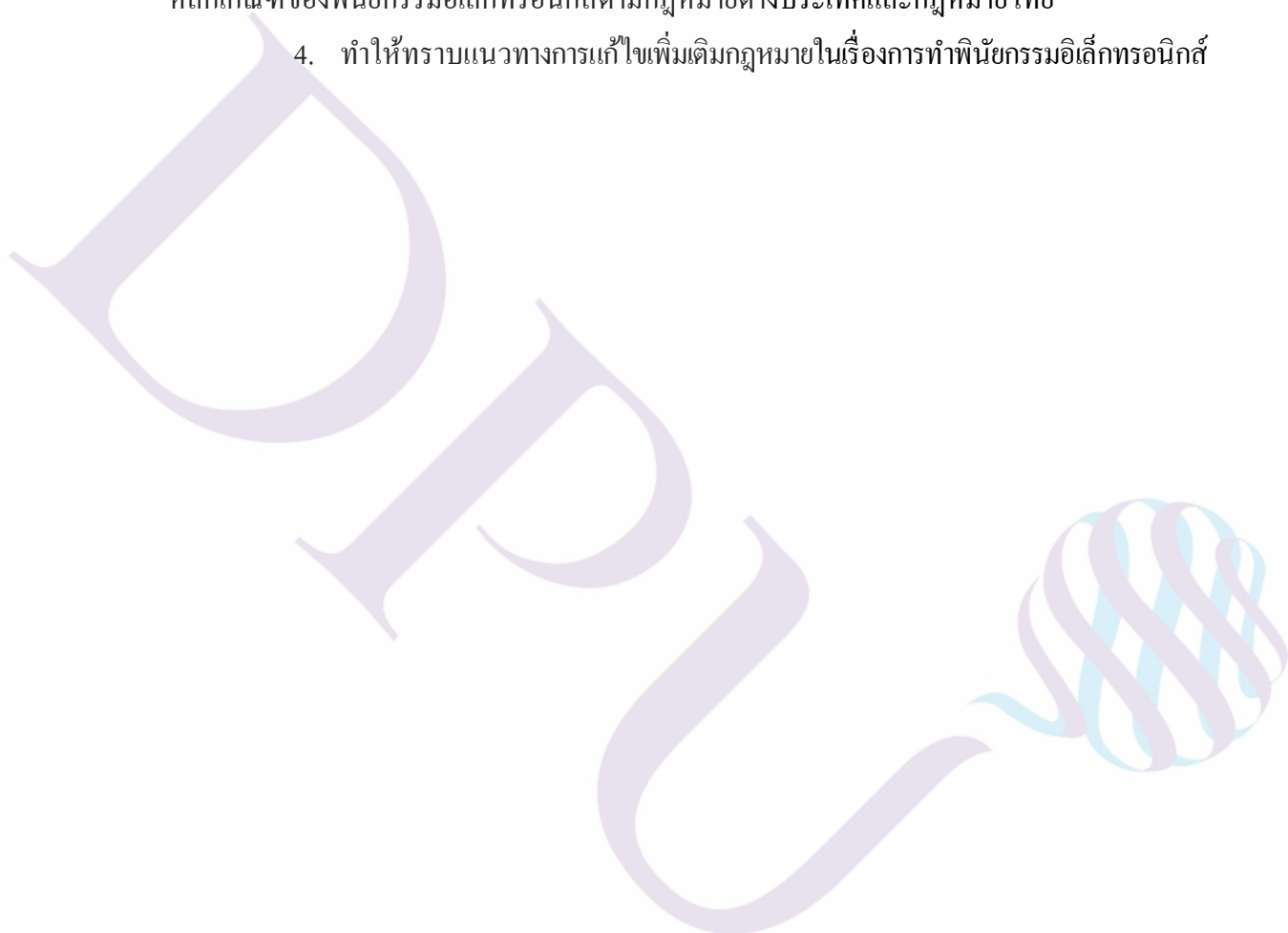
การศึกษาเพื่อเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาจะศึกษาถึงความเป็นไปได้ และผลดี ผลเสีย ในการนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการทำพินัยกรรม โดยเริ่มศึกษาจากพื้นฐาน แนวความคิด ทฤษฎีที่ใช้ในการทำพินัยกรรมตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน โดยศึกษาเฉพาะภายใน ขอบเขตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติเกี่ยวกับพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อนำมาปรับ ใช้ตามความเหมาะสมกับประเทศไทย

1.5 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ดำเนินการศึกษาโดยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดย ศึกษาเอกสารต่างๆ เช่น ตำรากฎหมาย วิทยานิพนธ์ และบทความทางวิชาการ รูปแบบและแนว ททางการทำพินัยกรรมตามกฎหมายต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบทฤษฎี วิวัฒนาการความเป็นมาของพินัยกรรม และ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสื่ออิเล็กทรอนิกส์
2. ทำให้ทราบหลักกฎหมายพินัยกรรมกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอิเล็กทรอนิกส์ของไทย และต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบปัญหาทางกฎหมาย วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ของพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย
4. ทำให้ทราบแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์



บทที่ 2

ความเป็นมา และลักษณะของพินัยกรรม

ความเป็นของการทำพินัยกรรมในรูปแบบของกระดาษในประเทศไทยนั้นมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยปรากฏชัดในสมัยกรุงศรีอยุธยา แต่สำหรับการทำพินัยกรรมที่มีสื่ออิเล็กทรอนิกส์มาเกี่ยวข้องหรือที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เรียกว่าพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้น ในประเทศไทยยังไม่ปรากฏแน่ชัดว่ามีการทำพินัยกรรมในรูปแบบนี้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ต่างกับกรณีของต่างประเทศที่มีการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Wills) เกิดขึ้นและข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ปรากฏต่อศาลมากกว่าสิบปีแล้ว โดยผู้เขียนเห็นว่าการทราบถึง ความหมาย ความเป็นมาที่เกี่ยวข้องกับการทำพินัยกรรมในรูปแบบเดิมประกอบกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้าทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ่มากยิ่งขึ้น ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 ความเป็นมาของพินัยกรรม

ในสมัยโบราณหลักการตกทอดของทรัพย์สินเป็นไปตามหลักการว่าทรัพย์สินเป็นของคนในครอบครัวเท่านั้น ดังนั้น เมื่อบุคคลใดถึงแก่ความตาย ทรัพย์สินของบุคคลนั้นก็ตกเป็นของส่วนรวมในครอบครัว หรือของสมาชิกในครอบครัวคนใดคนหนึ่งต่อไป ในสมัยโบราณจึงยังไม่มี การทำพินัยกรรม เพราะเชื่อว่าทรัพย์มรดกต้องตกเป็นของผู้สืบสันดานหรือสมาชิกในครอบครัวเท่านั้น บุคคลภายนอกไม่สามารถอ้างสิทธิใด ๆ เหนือทรัพย์สินของผู้ตายได้

ต่อมาในสมัยสุโขทัยได้มีการตรากฎหมายในลักษณะต่าง ๆ เพื่อสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคม สังคมในสมัยสุโขทัยจึงเป็นสังคมที่มีระเบียบแบบแผน ซึ่งแม้ในหลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงซึ่งเป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่เก่าแก่ที่สุดของไทย ก็ยังไม่ปรากฏ เรื่องการทำพินัยกรรม มีเพียงหลักทั่วไปในเรื่องมรดก ดังข้อความในศิลาจารึกหลักที่ 1 ด้านที่ 1 บรรทัดที่ 22 – 24 ว่า อันมีข้อความว่า “...ลูกเจ้าลูกขุนผู้ใดแล้ว ล้มตายหายกว่า หย่าเรือน พ่อเชื้อเสื่อค้ำมันข้างขอลูกเมียเหยยข้าว ไพร่ฟ้าข้าไท ป่าหมากป่าพลูพ่อเชื่อมั่น ไว้แก่ลูกมันสิ้น...” ซึ่งแปลว่า “ประชากรราษฎรในกรุงสุโขทัยไม่ว่าจะเป็นลูกข้าราชการหรือราษฎรทั่วไป เมื่อตายด้วยโรคภัยไข้เจ็บหรือหายสาบสูญไปอย่างหนึ่งอย่างใด ทรัพย์สินต่าง ๆ ที่เป็นของพ่อแม่ที่ล้มหายตายจากไปถือว่าตกเป็นมรดกของลูกหลานทั้งหมด” ซึ่งลักษณะกฎหมายที่กล่าวมานี้มีลักษณะเป็นจารีต

ประเพณี ที่มีได้มีการระบุเป็นกฎหมายหรือข้อบัญญัติ แต่เป็นที่ยอมรับและยึดถือในหมู่ประชาชน และผู้ปกครองของอาณาจักรสุโขทัย

ในสมัยกรุงศรีอยุธยาในสมัยของพระบาทสมเด็จพระเอกาทศรถได้ปรากฏหลักฐานเกี่ยวกับพินัยกรรม และได้มีการรวบรวมไว้ในกฎหมายตราสามดวงในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 ในกฎหมายตราสามดวง และต่อมาโดยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะมรดก ในสมัย ร.ศ. 121 โดยตราออกมาเป็นพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะมรดก ร.ศ. 121 ซึ่งสาเหตุที่ต้องแก้ไขเนื่องจากบางมาตราขัดกับกาลสมัย ทำให้เกิดความไม่ยุติธรรม ดังนั้น จึงทรงพระราชดำริเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ความยุติธรรมยิ่งขึ้น โดยแบบของพินัยกรรมถูกกำหนดไว้ในบทที่ 48 และ 49 ที่กำหนดให้บุคคลที่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมีอำนาจในการทำพินัยกรรมได้ เว้นแต่ บุคคลบางจำพวก คือ หญิงมีสามี ผู้เยาว์ คนไข้ และบุคคลที่วิกลจริต โดยกำหนดว่าพินัยกรรมต้องทำเป็นหนังสือ โดยผู้ทำพินัยกรรมจะลงลายมือชื่อหรือใช้วิธีพิมพ์ลายนิ้วมือก็ได้ และต้องมีพยานบุคคลตามที่กำหนด ซึ่งหากพินัยกรรมขาดครบพร้อมในข้อหนึ่งข้อใด พินัยกรรมนั้นไม่บริบูรณ์

ในที่นี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินไว้ คือ ผู้ทำพินัยกรรมป่วยหนักในขณะที่ทำพินัยกรรม แต่มีผู้นั่งพินัยกรรมมีไม่ครบจำนวน และเวลาที่ผู้ทำพินัยกรรมลงชื่อ พยานไม่ได้ทวนปากคำ และผู้ทำพินัยกรรมตายเมื่อทำพินัยกรรมแล้ว 20 วัน อีกทั้งเวลาทำพินัยกรรมก็เขียนข้อความลงไว้ไม่บริบูรณ์ ได้มารอกเติมในภายหลัง ศาลฎีกาพิพากษาว่าหนังสือนี้ไม่เป็นพินัยกรรมเลย ทั้งนี้ ในบทที่ 48 – 49 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การทำพินัยกรรมไว้ละเอียดเช่นปัจจุบันนี้ ข้อนี้ปรากฏในพระไอยการลักษณะมรดกแต่เฉพาะเพียงบางส่วนในเรื่องของแบบพินัยกรรมเท่านั้น โดยให้ความสำคัญในเรื่องจำนวนของพยาน (สมัยนั้นเรียกว่าพยานลูกนั่ง) ซึ่งจะแปรผันโดยมีจำนวนมากขึ้นขึ้นอยู่กับสภาพทางสังคมของผู้ทำพินัยกรรม จากจำนวนพยานสูงสุด 9 – 10 คน สำหรับ ผู้มีศักดิ์เป็นเสนาดิที่มีศักดินา 10,000 ไร่ขึ้นไป ลดหลั่นลงมาถึงสามหรือสี่คน สำหรับสามัญชน ซึ่งสามัญชนในที่นี้หมายถึงความถึงเฉพาะไพร่เท่านั้น ไม่รวมถึงทาสด้วย¹ ความสำคัญของพยานในพินัยกรรมคือการตรวจสอบสภาพจิตใจของผู้ทำพินัยกรรมโดยการถามคำถามซ้ำกันถึงสามครั้งเพื่อทดสอบดูว่าจะตอบได้โดยเหมาะสมหรือไม่ หากผู้ทำพินัยกรรมตายใน

¹ เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายครอบครัวมรดก. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2508), น. 412.

กำหนดเวลาที่วางไว้ที่โดยยังไม่ตรวจสอบตามวิธีการดังกล่าวพินัยกรรมนั้นถือว่าไม่ถูกต้องและไม่อาจใช้บังคับได้² ทั้งนี้ จำนวนพยานที่จะลงชื่อในพินัยกรรม เป็นไปตามบทที่ 49 กล่าวคือ

“มาตราหนึ่ง ผู้อาพาหนักจะทำพินัยกรรมไว้แก่ศิโยมแลสาขาญาติ แลทำบุญให้ทาน

ให้แก่เจ้าไทยพระสงฆ์ก็ดี ถ้าเป็นพินัยกรรม

พระสงฆ์ ให้มีผู้เฝ้าผู้แก่นั่ง 3/4 คน

พรามหณ์ ให้มีพระสงฆ์แลพรามหณ์นั่ง 4/5 คน

ผู้มีบันดาศักดินา 10,000 ให้มีผู้นั่ง 9/10 คน

ผู้มีนา 1000 ถึงนา 800 ให้มีผู้นั่ง 7/8 คน

ผู้มีนา ถึงนา 400 ให้มีผู้นั่ง 5/6 คน

ขุนหมื่นพันทนาย ให้มีผู้นั่ง 4/5 คน

ไพร่เป็นผู้ดี ให้มีผู้นั่ง 3/4 คน

ท่านจึงให้ฟังคงเป็นพินัยกรรมได้”

ต่อมามีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องพินัยกรรมก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 โดยเหตุผลในการร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวปรากฏในความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่อธิบายความบกพร่องของกฎหมายลักษณะมรดกเก่าไว้ว่า

(1) กฎหมายปัจจุบันในเรื่องพินัยกรรมมีแบบพิธีเก่าหรือเงื่อนไขอยู่เป็นอันมาก ซึ่งมีได้ดำเนินตามมุ่งหมายในบัดนี้ ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วนั้น ถ้าจะต้องปฏิบัติตามแบบพิธีนั้น ๆ แล้ว ก็ย่อมเป็นการยากลำบากและเปลืองเวลา กฎหมายต่างประเทศทุกประเทศได้พยายามทำให้การทำพินัยกรรมเป็นสิ่งสะดวกง่าย โดยมีได้กำหนดเงื่อนไขอันยุ่งยากขึ้นสำหรับผู้ทำพินัยกรรม นอกจากนั้นยังถือว่าบุคคลทุกคน โดยไม่คำนึงถึงฐานะวรรคตก็ควรได้รับความสะดวกเช่นเดียวกัน และได้รับความคุ้มครองโดยข้อบังคับอย่างเดียวกันในการทำพินัยกรรม ทั้งนี้อนุโลมตามความมุ่งหมายของกฎหมายไทยอันใหม่ที่สุด ซึ่งได้ยกเลิกความผิดเพี้ยน โดยถือตามจำนวนไร่แห่งศักดินาหรือสิ่งอื่นอันคล้ายกัน

(2) ในกฎหมายปัจจุบันแสดงว่ามีกรณีหลายเรื่องที่มีได้บัญญัติไว้ดังที่ได้ทำกันในกฎหมายต่างประเทศ ดังเช่นเรื่องวันที่ทำพินัยกรรมซึ่งเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่งนั้น ดูเหมือนกฎหมายเก่ามี

² สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ, กฎหมายตราสามดวงกับสังคมไทย : พระธรรมศาสตร์ไทย, (กรุงเทพมหานคร, 2533), น. 28.

ให้ได้รับความพิจารณาเพียงพอเลย ไม่มีบทบัญญัติยอมให้ทำพินัยกรรมในตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตาย ในการสงคราม ฯลฯ

(3) อาจมีภัยเกิดขึ้นในนโยบายปัจจุบัน ดังเช่น ลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรม ให้ถือว่าเป็นอันสมบูรณ์ถ้าได้ทำเป็นแกงไคหรือเครื่องหมายอย่างอื่นเช่นนั้น หรือใช้ตราประทับ ข้อนี้ทำให้เกิดข้อ โกงได้ง่าย พยานไม่มีคุณวุฒิเพียงพอที่จะวินิจฉัยถึงความมีสติปกติหรือไม่ปกติของผู้ทำพินัยกรรมได้ ฯลฯ³

ทั้งนี้ แบบของพินัยกรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 ประกอบไปด้วย 5 แบบ ได้แก่ พินัยกรรมแบบธรรมดา⁴ พินัยกรรมแบบเขียนเอง⁵ พินัยกรรมแบบเอกสารมหาชน⁶ พินัยกรรมแบบเอกสารลับ⁷ และพินัยกรรมแบบวาจา⁸ โดยมีเนื้อหาสาระโดยสรุปดังนี้

(1) พินัยกรรมแบบธรรมดา แบบที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 มาตรา 5 คล้ายกับพินัยกรรมแบบธรรมดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 ซึ่งกำหนดวิธีการการทำพินัยกรรมไว้ว่า⁹

1) พินัยกรรมต้องทำเป็นหนังสือ จะใช้เขียนเป็นหนังสือชาติใด ภาษาใดก็ได้ทั้งสิ้น และไม่จำกัดว่าผู้ทำพินัยกรรมจะต้องเป็นผู้เขียนเอง ผู้อื่นเป็นผู้เขียนก็ได้ แต่ผู้เขียนจะต้องลงลายมือชื่อและระบุนามว่าผู้เขียนไว้ด้วย หรือถ้าใช้พิมพ์ก็ต้องลงลายมือชื่อและระบุนามว่าผู้พิมพ์ไว้ด้วย

2) ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อ หรือพิมพ์ลายนิ้วมือในพินัยกรรม จะลงแกงไคหรือเครื่องหมายอื่นไม่ได้

3) ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคน

(2) พินัยกรรมแบบเขียนเอง พินัยกรรมแบบนี้ผู้เขียนต้องเขียนด้วยลายมือตัวเองทั้งฉบับ โดยผู้ทำพินัยกรรมต้องลง วัน เดือน ปี ที่ทำพินัยกรรม และต้องลงลายมือชื่อเท่านั้น

³ บันทึกอธิบายร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรมของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง เสร็จที่ 61/2475

⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 มาตรา 5

⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 มาตรา 6

⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 มาตรา 7

⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 มาตรา 9

⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 มาตรา 13

⁹ บริรักษ์นิติเกษตร, พระ, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พุทธศักราช 2475,

(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดลิแมร์, 2475), น. 4-7.

ไม่สามารถใช้วิธีลงลายพิมพ์นิ้วมือแทนการลงลายมือชื่อได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีพยานรับรองลายมือชื่อผู้ทำพินัยกรรมแต่อย่างใด

(3) พินัยกรรมแบบเอกสารมหาชน มีลักษณะคล้ายกับพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองตามมาตรา 1658 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการทำพินัยกรรมแบบนี้ผู้ทำพินัยกรรมไม่ต้องทำพินัยกรรมด้วยตนเอง แต่ต้องดำเนินการดังนี้¹⁰

1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องแจ้งความประสงค์ต่อนายอำเภอ ต่อน้ำพยานอย่างน้อยสองคนว่า ตนมีความประสงค์อย่างไร ไม่สามารถให้ผู้แทนดำเนินการแทนได้

2) นายอำเภอต้องจดข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งให้ทราบลงในเอกสารพินัยกรรมแล้วอ่านข้อความที่จดนั้นให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานฟัง

3) ผู้ทำพินัยกรรมรับรองว่า ข้อความที่นายอำเภอจดลงไว้และอ่านให้ฟังถูกต้องตรงกันกับความประสงค์ของตนที่แจ้งไว้แล้ว ให้ผู้ทำพินัยกรรมลงลายมือชื่อหรือพิมพ์ลายนิ้วมือไว้ในพินัยกรรม และให้พยานลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

4) นายอำเภอต้องเขียนข้อความด้วยลายมือของตนเองว่า “พินัยกรรมของนาย..... ได้ทำขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติอนุมาตรา 1 ถึง 3 ข้างต้น” แล้วลงลายมือชื่อนายอำเภอพร้อมทั้งวัน เดือน ปี แล้วประทับตราตำแหน่งไว้เป็นสำคัญ

(4) พินัยกรรมแบบเอกสารลับ มีหลักเกณฑ์การปฏิบัติ ดังนี้¹¹

1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อหรือพิมพ์ลายนิ้วมือโดยมีพยานรับรอง 2 คน แต่ผู้ทำพินัยกรรมจะเขียนพินัยกรรมเองหรือให้ใครเขียนพินัยกรรมก็ได้ และผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อหรือพิมพ์ลายนิ้วมือนำข้อความในพินัยกรรมนั้น

2) ผู้ทำพินัยกรรมต้องพับเอกสาร (พินัยกรรม) นั้นใส่ซองผนึกซองให้เรียบร้อย แล้วผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อหรือพิมพ์ลายนิ้วมือนำข้อความในพินัยกรรมนั้น

3) นำเอกสารหรือพินัยกรรมที่ผนึกแล้วนั้นมาแสดงต่อนายอำเภอและต้องนำพยานของผู้ทำพินัยกรรมมาด้วยอย่างน้อย 2 คน แล้วผู้ทำพินัยกรรมต้องให้ถ้อยคำต่อนายอำเภอและพยานเหล่านั้นว่าเอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมของตน และถ้าเอกสารนั้นผู้ทำพินัยกรรมมิได้เป็นผู้เขียนเองโดยตลอด ผู้ทำพินัยกรรมจะต้องแจ้งนามและภูมิลำเนาของผู้เขียนให้บุคคลดังกล่าวด้วย

4) นายอำเภอต้องจดข้อความตามที่ผู้ทำพินัยกรรมบอกในข้อ 3 กับวัน เดือน ปี ที่ผู้ทำพินัยกรรมนำพินัยกรรมมาแสดงไว้บนซองเอกสารแล้ว ให้ประทับตราตำแหน่งนายอำเภอ แล้วให้นายอำเภอ ผู้ทำพินัยกรรม และพยานลงลายมือชื่อบนซองนั้น

¹⁰ เพิ่งอ้าง, น. 15-20.

¹¹ เพิ่งอ้าง, น. 22-23.

(5) พินัยกรรมแบบทำโดยวาจา มีเงื่อนไขที่สำคัญสองประการ คือ¹² ประการแรกต้องเป็นบุคคลที่อยู่อยู่ในอันตรายใกล้ความตาย เช่น คนถูกยิง ถูกฟัน หรือถูกรถทับ เป็นต้น ประการที่สอง บุคคลนั้นไม่สามารถทำพินัยกรรมแบบอื่นได้ โดยมีวิธีปฏิบัติ ดังนี้

1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องแสดงด้วยวาจาหรือด้วยกิริยา (เช่น ทำมือหรือกิริยาอย่างอื่นอย่างคนไข้เคยแสดงให้เข้าใจได้) ว่าต้องการให้ใส่ข้อความอะไรลงในพินัยกรรมบ้าง ต่อหน้ากำนัน หรือผู้ใหญ่บ้าน หรือนายตำรวจ หรือผู้ทำการในหน้าที่นายตำรวจ หรือนายสิบตำรวจคนใดคนหนึ่ง พร้อมด้วยพยานอีกสามคน

2) กำนันหรือผู้ใหญ่บ้าน หรือนายตำรวจ หรือผู้ทำการในหน้าที่นายตำรวจ หรือนายสิบตำรวจ สอบสวนเห็นว่า ผู้ทำพินัยกรรมเป็นผู้มีสติเป็นปกติ ต้องจดความประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรมตามที่ได้แสดงวาจาหรืออาการกิริยาตามที่ได้แสดงมานั้นลงไว้เป็นหนังสือแล้วอ่านให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานฟัง เมื่อผู้ทำพินัยกรรมและพยานเห็นว่าข้อความที่จดลงไว้ นั้นถูกต้องแล้ว ก็ให้ลายมือชื่อทุกคน และลงวัน เดือน ปี ไว้ด้วย

3) เจ้าพนักงานพร้อมด้วยพยานตามข้อ 2 ต้องนำเอกสารที่ทำขึ้นไปส่งมอบต่อ นายอำเภอ โดยมีชั่งช้ำ นายอำเภอต้องพินิจเอกสารนั้นและประทับตราตำแหน่งนายอำเภอเป็นสำคัญ แล้วให้เจ้าพนักงานและพยานผู้นำเอกสารมาลงลายมือชื่อพร้อมรอยพินิจนั้น

ทั้งนี้ ผลของการทำพินัยกรรมไม่ถูกต้องตามแบบ มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้พินัยกรรมนั้นตกเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม ตามมาตรา 11 ได้กำหนดเป็นข้อยกเว้นไว้ว่า ถ้ามีการพินัยกรรมแบบธรรมดาและแบบเอกสารลับไม่ถูกต้องตามแบบที่มาตราเหล่านั้นกำหนดไว้ พินัยกรรมนั้นก็อาจสมบูรณ์เป็นพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับได้ หากได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการทำพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับถูกต้อง ครบถ้วน

ต่อมามีการประกาศใช้บรรพ 6 มรดก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2478 ซึ่งมีผลเป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 ที่ใช้บังคับมาแต่ก่อน ปัจจุบัน เรื่องของพินัยกรรมได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 6 มรดก ลักษณะที่ 3 ตั้งแต่มาตรา 1646 -1701 และยังคงใช้บังคับตามหลักเกณฑ์ในฉบับดังกล่าวมาจนถึงปัจจุบัน

2.2 ความหมายของพินัยกรรม

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 พินัยกรรม หมายความว่า “คำสั่งของบุคคลที่กำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตน หรือในการต่าง ๆ อันจะให้เกิดเป็นผล

¹² เพิ่งอ้าง, น. 34-37.

บังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายแล้ว” ซึ่งเป็นความหมายตามความเข้าใจโดยทั่วไป แต่ในทางกฎหมายนั้นแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะรองรับการทำพินัยกรรมแต่ก็มีได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่าพินัยกรรมเอาไว้ จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติตามความในมาตรา 1646 - 1648 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 1646 “บุคคลใดจะแสดงเจตนาโดยพินัยกรรมกำหนดการ เพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเอง หรือในการต่าง ๆ อันจะทำให้เกิดเป็น ผลบังคับได้ตามกฎหมายเมื่อตนตายก็ได้”

มาตรา 1647 “การแสดงเจตนา กำหนดการ เพื่อตายนั้น ย่อมทำได้ด้วยคำสั่งครั้งสุดท้ายที่กำหนดไว้ในพินัยกรรม”

มาตรา 1648 “พินัยกรรมนั้นต้องทำตามแบบซึ่งระบุไว้ในหมวด 2 แห่งลักษณะนี้”

ดังนี้ จึงสรุปได้ว่า พินัยกรรมเป็นคำสั่งเพื่อตายสุดท้ายที่กำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการต่าง ๆ ที่ผู้ทำพินัยกรรมจะเพิกถอนในเวลาใดก็ได้ โดยจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้

2.3 ลักษณะของพินัยกรรม

พินัยกรรมเป็นตัวอย่างของการรับรองอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1336 ครั้งในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่และหลังจากที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย เนื่องจากว่าในขณะที่กฎหมายบังคับข้อกำหนดตามพินัยกรรมตัวผู้เขียนพินัยกรรมได้สิ้นสภาพบุคคลไปแล้ว แต่ถ้าหากว่าก่อนตายผู้ตายได้เขียนสั่งเอาไว้เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการต่าง ๆ ต่อมาแม้ว่าจะไม่มีสภาพบุคคลก็ตามกฎหมายก็ยังบังคับตามคำสั่งนั้น ด้วยเหตุนี้พินัยกรรมจึงเป็นตัวอย่างที่ดีของการรับรองอำนาจแห่งกรรมสิทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สินหลังจากสิ้นสภาพบุคคลไปแล้ว¹³

ทั้งนี้ แม้ว่าเอกสารที่ผู้ทำพินัยกรรมทำขึ้นนั้นจะเข้าลักษณะของพินัยกรรมก็ตาม แต่หากทำไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด พินัยกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม หากสมบูรณ์เป็นพินัยกรรมในอีกแบบก็สามารถบังคับตามแบบที่ใช้ได้ โดยสามารถจำแนกลักษณะของพินัยกรรมได้ ดังนี้

2.3.1 เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว

นิติกรรมฝ่ายเดียว คือ การทำนิติกรรมที่มีผลบังคับได้แม้เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียว และไม่จำเป็นต้องมีการแสดงเจตนายอมรับจากผู้รับการแสดงเจตนา ซึ่งนิติกรรมฝ่ายเดียวแบ่งออกเป็นสองประเภท ได้แก่ นิติกรรมฝ่ายเดียวโดยแท้หรือในบางตำราเรียกว่านิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด เช่น การก่อตั้งมูลนิธิ คำมั่นจะให้รางวัล และอีกประเภทหนึ่งคือนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้อง

¹³ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, หลักกฎหมายมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), น 97.

มีผู้รับการแสดงเจตนา เช่น ค้ำมั่นจะซื้อหรือค้ำมั่นจะขาย การรับสภาพหนี้ การให้สัตยาบันแก่ โฆษณกรรม โดยพินัยกรรมจัดอยู่ในประเภทนิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด กล่าวคือ เพียงผู้ทำ พินัยกรรมแสดงเจตนาทำพินัยกรรมโดยถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด แม้ไม่ได้มีการบอก กล่าวให้ผู้รับพินัยกรรมทราบหรือแม้ไม่มีการแสดงเจตนายอมรับจากผู้ทำพินัยกรรม พินัยกรรมนั้นก็สมบูรณ์เป็นนิติกรรมแล้ว หากแต่พินัยกรรมจะมีผลใช้บังคับได้เมื่อผู้ทำพินัยกรรมได้ถึงแก่ความ ตายแล้วเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความเป็นผลของพินัยกรรมเป็นกรณีที่น่าเอาเหตุการณ์ใน อนาคตที่แน่นอนอันได้แก่ความตายมากำหนดความเป็นผลของพินัยกรรมหรือที่ในทางกฎหมาย เรียกว่า “เงื่อนไขเริ่มต้น” นั่นเอง

2.3.2 เป็นเรื่องเฉพาะตัว

โดยหลักแล้วบุคคลไม่จำเป็นต้องกระทำการในเรื่องต่าง ๆ ด้วยตนเองเสมอไปหากแต่ สามารถมอบหมายหรืออนุญาตให้บุคคลอื่นทำการนั้นแทนตนได้ และเมื่อบุคคลนั้นยอมรับและ กระทำการดังกล่าวแล้ว กฎหมายก็ยอมรับว่าการกระทำของตัวแทนที่มีอำนาจมีผลต่อสถานะทาง กฎหมายของตัวการเสมือนเช่นเดียวกับที่ตัวการได้กระทำการดังกล่าวด้วยตนเอง¹⁴ ทั้งนี้ ตาม มาตรา 797 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติว่า “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญา ซึ่งให้บุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลง จะทำการดั่งนั้น” อย่างไรก็ตาม ในเรื่องของการทำพินัยกรรมนั้นไม่อาจนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ บังคับได้เนื่องจากการทำพินัยกรรมเป็นการเฉพาะตัวของผู้ทำพินัยกรรม ผู้พินัยกรรมต้องทำ พินัยกรรมด้วยตนเองไม่อาจตั้งตัวแทนหรือมอบอำนาจให้บุคคลอื่นทำพินัยกรรมแทนตนได้ แม้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีได้บัญญัติห้ามไว้ แต่อาจพิเคราะห์ได้จากมาตรา 21 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากโดยหลักแล้วการทำนิติกรรมของผู้เยาว์จะต้องได้รับความ ยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม การใด ๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงโดยปราศจากความยินยอมการนั้น ย่อมตกเป็นโมฆะ ซึ่งมาตรา 25 ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าผู้เยาว์อาจทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุ สิบห้าปีบริบูรณ์ โดยหากเป็นการทำพินัยกรรมโดยผู้เยาว์ซึ่งมีอายุยังไม่ครบสิบห้าปีบริบูรณ์ พินัยกรรมฉบับนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1703 ผลแห่งบทบัญญัติดังกล่าวจึงทำให้ พินัยกรรมที่ทำโดยผู้เยาว์ซึ่งอายุยังไม่ครบสิบห้าปีบริบูรณ์แม้จะได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดย ชอบธรรม หรือผู้แทนโดยชอบธรรมทำพินัยกรรมแทนผู้เยาว์ซึ่งอายุยังไม่ครบสิบห้าปีบริบูรณ์ พินัยกรรมฉบับนั้นย่อมตกเป็นโมฆะอยู่นั่นเอง

¹⁴ ไพทิต เอกจริยกร, ตัวแทน นาน., พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร:วิญญูชน, 2559), 15.

2.3.3 มีการแสดงเจตนากำหนดการเพื่อตาย

มีการแสดงเจตนากำหนดการเพื่อตาย หมายความว่า ผู้ทำพินัยกรรมต้องมีเจตนาให้คำสั่งหรือข้อกำหนดของตนนั้นมีผลบังคับเมื่อตนถึงแก่ความตายแล้ว หากมิได้มีเจตนาให้คำสั่งหรือข้อกำหนดนั้นมีผลเมื่อตนถึงแก่ความตายสิ่งนั้นย่อมมิใช่พินัยกรรม เช่น ผู้ตายทำเอกสารมีข้อความว่า “กระผมพระรัตนโสภาวาโส ขอมอบถวายท่านเจ้าคุณพระสมุทรมหาจารย์เรื่องสมบัติทุกอย่างที่มีอยู่ในขณะเป็นพระนี้ทั้งหมด ห้ามมิให้ญาติผู้ใดมาเกี่ยวข้องด้วยเด็ดขาด” ไม่มีข้อความตอนใดแสดงให้เห็นว่าเป็นการแสดงเจตนาของผู้ตายในการกำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินให้ มีผลบังคับได้เมื่อถึงแก่ความตายไปแล้วจึงไม่ใช่พินัยกรรม คงเป็นเพียงหนังสือกถทรัพย์สินให้ในระหว่างมีชีวิตเท่านั้น การที่ระบุห้ามมิให้ญาติผู้ใดมาเกี่ยวข้อง โดยเด็ดขาดเป็นข้อความเขียนห้ามไว้ธรรมดาเพราะได้ยกให้ไปแล้ว จะแปลเลยไปถึงว่ามีความหมายเป็นการแสดงเจตนากำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินที่จะให้เกิดผลบังคับเพื่อตายหาได้ไม่¹⁵ อย่างไรก็ตามในประเด็นนี้มีข้อสังเกตว่าแม้ไม่ได้มีการระบุการเพื่อตายไว้โดยตรงแต่หากมีการระบุว่าเป็นพินัยกรรมและมีข้อความแสดงว่าผู้ตายตั้งใจกถทรัพย์สินให้เมื่อตายแล้ว ก็ถือว่าเป็นพินัยกรรมแล้ว¹⁶

ในทางกลับกันหากเอกสารหรือสิ่งที่ทำขึ้นนั้นมีการระบุว่าเป็นพินัยกรรมแต่เมื่อไม่มีการแสดงเจตนากำหนดการเพื่อตายไว้ เอกสารหรือสิ่งที่ทำขึ้นนั้นย่อมมิใช่พินัยกรรม เช่น กรณีมีหนังสือซึ่งจำหน่ายว่าเป็นใบแทนพินัยกรรม แม้มีข้อความว่ายกที่ดินให้เป็นกรรมสิทธิ์แต่ไม่มีข้อกำหนดการเพื่อตายย่อมไม่เป็นพินัยกรรมด้วย¹⁷ หรือหนังสือระบุว่าพินัยกรรมมีพยานและผู้เขียนอย่างแบบพินัยกรรม แต่ข้อความในหนังสือเป็นเรื่องสัญญา ไม่มีใจความแสดงเจตนากำหนดการเพื่อตาย ดังนี้ไม่ถือว่าเป็นพินัยกรรม¹⁸ อย่างไรก็ตาม แม้เอกสารที่ทำขึ้นนั้นจะไม่ใช่พินัยกรรมแต่เนื่องจากพินัยกรรมมีพื้นฐานมาจากความเป็นนิติกรรมจึงถือได้ว่าสิ่งที่ทำขึ้นนั้นอาจเข้าข่ายนิติกรรมประเภทอื่นได้ ซึ่งหากได้ทำถูกต้องตามแบบตามที่กฎหมายกำหนดนิติกรรมนั้นย่อมมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย เช่น ในกรณีของสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ซึ่งต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 525 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากมิได้เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ สัญญาให้ดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152

¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2874/2517

¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 265/2488

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 450/2501

¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 636/2492

โดยสรุปแล้วการจะพิจารณาว่าสิ่งใดจะเป็นการแสดงเจตนากำหนดการเพื่อตายหรือไม่ นั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ไม่อาจพิจารณาเพียงแค่การระบุว่าจะเอกสารหรือสิ่งที่ทำขึ้นนั้นคือพินัยกรรม หากข้อความโดยรวมและทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดศาลก็ตัดสินว่าเป็นพินัยกรรมได้ เช่น แม้เอกสารจะไม่มีข้อความว่ามีผลเมื่อผู้ทำเอกสารตาย แต่เมื่อเป็นคำสั่งเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้ทำเอกสาร อันจะทำให้เกิดผลบังคับตามกฎหมายเมื่อตาย ก็มีข้อความว่าห้ามมิให้ผู้อื่นมาฟ้องร้องเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดก เมื่ออ่านรวมทั้งฉบับ ได้ความว่าทรัพย์สินของผู้ทำเอกสารที่มีอยู่เมื่อตาย ผู้ทำเอกสารไม่ประสงค์จะให้แก่ใครนอกจากผู้ที่ระบุไว้ในคำสั่ง จึงเป็นคำสั่งกำหนดการเมื่อตายถือเป็นพินัยกรรม¹⁹ หรือเอกสารซึ่งมีข้อความอันเป็นคำสั่งเพื่อตายอันเข้าลักษณะเป็นพินัยกรรมแม้จะไม่มีคำว่าพินัยกรรมก็เป็นพินัยกรรม²⁰

2.3.4 เป็นคำสั่งเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการอื่น

เจตนาที่ผู้ทำพินัยกรรมแสดงลงในหนังสือพินัยกรรมนั้นจะต้องมีลักษณะเป็นคำสั่งซึ่งท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช เห็นว่า พินัยกรรมเป็นเรื่องที่เจ้ามรดกเป็นผู้ให้ เพราะฉะนั้นถ้อยคำที่ใช้ในพินัยกรรมต้องมีลักษณะเป็นการบังคับ สั่งการ หรือเป็นการกำหนดสิทธิของผู้รับประโยชน์ เช่น “หลังจากที่ข้าพเจ้าถึงแก่กรรมไปแล้ว ให้นำที่ดินแปลงนี้ออกขาย ได้เงินมาให้แยกเป็นสองส่วน ส่วนหนึ่งนำไปบริจาคมูลนิธิ ก. อีกส่วนหนึ่งนำไปบริจาคมูลนิธิ ข.” ซึ่งหากเป็นเพียงความหวังหรือคำร้องขอขอมไม่อยู่ในลักษณะเป็นข้อกำหนดของพินัยกรรม เช่น “เมื่อข้าพเจ้าตายไปแล้วข้าพเจ้าได้แต่หวังว่าทายาทของข้าพเจ้าจะน้อมตัวมารับทรัพย์สินอันมีน้อยนิดของข้าพเจ้า”

นอกจากนี้ มาตรา 1646 กำหนดให้บุคคลสามารถกำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนเอง หรือในการต่าง ๆ ได้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่า คำสั่งของเจ้ามรดกขอมไม่จำกัดเฉพาะในเรื่องทรัพย์สินเท่านั้น หากแต่ยังครอบคลุมไปถึงการอื่น ๆ ได้ด้วย จึงสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) คำสั่งเกี่ยวกับทรัพย์สิน

คำสั่งกำหนดการเพื่อตายเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นการกำหนดในพินัยกรรมว่าผู้ทำพินัยกรรมประสงค์จะยกทรัพย์สินหรือประโยชน์ในทรัพย์สินให้แก่บุคคลใด โดยผู้ทำพินัยกรรมจะมีคำสั่งเกี่ยวกับทรัพย์สินได้เฉพาะทรัพย์สินที่เป็นของตนเท่านั้น ไม่อาจมีคำสั่งในเรื่องทรัพย์สินที่เป็นของบุคคลอื่นได้ หากเป็นทรัพย์สินที่ผู้ทำพินัยกรรมมีสิทธิร่วมกับบุคคลอื่น เช่น ทรัพย์สินที่เป็นสินสมรส หรือทรัพย์สินที่มีการถือกรรมสิทธิ์ร่วม ผู้ทำพินัยกรรมสามารถจัดการทรัพย์สินนั้นได้

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 816/2496

²⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 336/2506

เฉพาะในส่วนที่ตนมีสิทธิเท่านั้น หากทำพันธกรรมยกสิทธิเกินกว่าส่วนที่ตนมีสิทธิแล้ว พันธกรรมนั้นก็จะผลบังคับได้เฉพาะส่วนที่ตนมีสิทธิเท่านั้น ผู้รับพันธกรรมจะเข้าถือสิทธิในส่วนของบุคคลอื่นไม่ได้ ทั้งนี้ ศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยเช่นนั้น²¹ และศาลฎีกายังเคยวินิจฉัยว่าแม้คู่สมรสจะทำพันธกรรมยกสิทธิเกินกว่าส่วนที่ของตนให้ผู้รับพันธกรรมโดยคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมด้วยก็ตาม แต่ข้อตกลงยินยอมนั้นย่อมฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 1481 และยังขัดต่อความมุ่งหมายของมาตรา 1646 ข้อตกลงยินยอมดังกล่าวจึงไม่ทำให้พันธกรรมที่คู่สมรสจัดทำมีผลผูกพัน ไปถึงทรัพย์สินที่เป็นสินสมรสในส่วนที่เป็นของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้ให้ความยินยอมนั้น²²

นอกจากการกำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินแล้ว ผู้ทำพันธกรรมอาจยกหนี้สินของตนให้บุคคลอื่นได้ แต่จะทำพันธกรรมกำหนดให้บุคคลอื่นรับผิดชอบได้แต่เฉพาะหนี้สินได้หรือไม่ เช่น บุคคลที่ไม่มีทรัพย์สินอื่นเลยมีแต่หนี้สินเท่านั้น จะทำพันธกรรมระบุให้ผู้อื่นเป็นผู้รับพันธกรรมชดเชยหนี้ดังกล่าวได้หรือไม่ ดังนี้ นักนิติศาสตร์บางท่านเห็นว่าพันธกรรมใช้บังคับไม่ได้ แต่ถ้าทำพันธกรรมกำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินและทรัพย์สินนั้นมีภาระติดพัน เช่น จำนอง ดังนี้ พันธกรรมมีผลบังคับได้ แม้ที่ดินติดจำนองผู้รับพันธกรรมก็จำต้องรับภาระใช้หนี้จำนองนั้น²³

ทั้งนี้ ผู้ทำพันธกรรมไม่จำเป็นต้องกำหนดการเพื่อตายเฉพาะทรัพย์สินที่มีอยู่ในขณะทำพันธกรรม แต่ผู้ทำพันธกรรมอาจกำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินที่จะได้มาในอนาคตได้ เช่น เมื่อผู้ตายทำพันธกรรมมีข้อความระบุว่าทรัพย์สินส่วนของผู้ตายที่มีอยู่ในขณะที่ทำพันธกรรมหรือที่จะมีขึ้นในภายหน้าผู้ตายยกให้แก่จำเลยแต่ผู้เดียว ดังนั้น ทรัพย์มรดกของผู้ตายที่ได้มาภายหลังผู้ตายทำพันธกรรมก็ย่อมตกเป็นของจำเลยตามพันธกรรมดังกล่าว²⁴ อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่พันธกรรมจะมีผลบังคับใช้เมื่อผู้ทำพันธกรรมถึงแก่ความตาย ในระหว่างที่ผู้ทำพันธกรรมยังไม่ถึงแก่ความตายจึงอาจเกิดกรณีที่ผู้ทำพันธกรรมหรือผู้มรดกสิทธิรวมคนอื่นจำหน่ายทรัพย์สินนั้นให้แก่บุคคลอื่นได้ และหากทรัพย์สินนั้นได้ถูกโอนไปอย่างสมบูรณ์ด้วยความตั้งใจ มาตรา 1696 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้ข้อกำหนดพันธกรรมนั้นเป็นอันเพิกถอนไป

(2) คำสั่งกำหนดเกี่ยวกับการอื่น

เมื่อพิจารณาคำว่า “ในการต่าง ๆ” ตามบทบัญญัติในมาตรา 1646 จะพบว่า การต่าง ๆ นั้นจะต้องไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินโดยตรง ซึ่งในอดีตคำสั่งกำหนดเกี่ยวกับการอื่นจะทำได้ก็

²¹ พันิช ฅ นคร, กฎหมายลักษณะมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), 307.

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1083/2540

²³ อัมพร ฅ ตะกั่วทุ่ง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550), น. 155.

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3523/2532

เฉพาะเมื่อมีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ เช่น การทำพินัยกรรมตั้งผู้ปกครองทรัพย์สินตามมาตรา 1586 หรือการตั้งผู้จัดการมรดกตามมาตรา 1711 และเมื่อผู้ทำพินัยกรรมได้กำหนดเกี่ยวกับการเหล่านี้แล้ว บุคคลที่ดำเนินการตามที่ผู้ทำพินัยกรรมได้กำหนดไว้ย่อมมีอำนาจตามพินัยกรรมนั้น ทายาทจะขัดขวางมิให้ดำเนินการดังกล่าวไม่ได้²⁵ แต่ในปัจจุบันมีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยว่า “ในการต่าง ๆ” นั้น ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายระบุไว้ หากชอบด้วยกฎหมายแล้วก็มีผลใช้บังคับได้²⁶ เช่น ผู้ตายแสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายเกี่ยวกับศพของผู้ตาย โดยอุทิศศพของผู้ตายให้แก่มหาวิทยาลัยแพทยศาสตร์โดยทำถูกต้องตามแบบพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 พินัยกรรมของผู้ตายนั้นย่อมสมบูรณ์²⁷

ในเรื่องดังกล่าวมีข้อสังเกต คือ แม้ศพอาจจะเป็นทรัพย์สินที่มีเจ้าของได้หากมีการยึดถืออย่างทรัพย์สิน เช่น ศพของโรงพยาบาลที่ใช้ในการศึกษาวิชาแพทย์ หรือศพที่เก็บไว้ในพิพิธภัณฑ์ อันมีอายุนับพันปีก็ตาม แต่ผู้ตายก็ไม่อาจเป็นเจ้าของศพตนเองได้ เพราะศพจะเกิดมีขึ้นก็ต่อเมื่อผู้นั้นหมดสภาพบุคคลไม่อาจมีสิทธิและหน้าที่ได้อีกต่อไปแล้ว ผู้ตายจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะทำพินัยกรรมยกศพของตนให้ผู้อื่นได้อย่างทรัพย์สิน แต่ที่ศาลฎีการับบังคับให้ตามพินัยกรรมในกรณีเช่นนี้ ก็เพราะถือว่าการที่ผู้ตายอุทิศศพให้แก่ผู้อื่นนั้น อยู่ในความหมายของคำว่ากำหนดการเผื่อตายในเรื่องการต่าง ๆ นั้นเอง²⁸

อันที่จริงแล้วการอุทิศอวัยวะของร่างกายบางรายการ เช่น ดวงตา ไต หัวใจ ฯลฯ ให้แก่โรงพยาบาลหรือองค์กรการกุศลเพื่อประโยชน์ในการปลูกถ่ายอวัยวะให้แก่ผู้ป่วย ผู้รับการอุทิศต้องนำอวัยวะนั้นไปอย่างรวดเร็ว มิฉะนั้น อวัยวะนั้นก็ไม่สามารถใช้ทางการแพทย์ตามความประสงค์ของผู้อุทิศอวัยวะได้ การที่ญาติของผู้อุทิศอวัยวะเข้าขัดขวางมิให้มีการนำอวัยวะนั้นไปใช้อาจทำให้มีความรับผิดชอบได้ ในการอุทิศร่างกายหรืออวัยวะนั้น โรงพยาบาลหรือองค์กรการกุศลมักจะจัดทำแบบเอกสารแสดงความจำนงอุทิศร่างกายหรืออวัยวะไว้ เพื่อให้ผู้อุทิศกรอกข้อความและลงลายมือชื่อลงในเอกสารนั้น ในกรณีนี้มีข้อควรระวังว่า หากประสงค์จะให้เอกสารที่โรงพยาบาลหรือ

²⁵ พินัย ฌ นคร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 22*, น.307.

²⁶ พรชัย สุนทรพันธุ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก*, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558), 312.

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1174/2508 ซึ่งวินิจฉัยว่า คำว่าต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้นก็สุดแต่ผู้ตายจะได้แสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายในการต่าง ๆ ไว้ หากชอบด้วยกฎหมายแล้วแม้จะไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินก็มีผลบังคับได้ตามพินัยกรรมเมื่อตนตายแล้ว และการต่าง ๆ นั้นกฎหมายไม่ได้ระบุไว้ว่าเป็นการใดบ้าง

²⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก*, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), น. 228

องค์การการกุศลออกแบบไว้ล่วงหน้าและผู้อุทิศกรอกข้อความลงนั้นเป็นพันธกรรมที่สมบูรณ์ตามกฎหมายก็ต้องออกแบบให้มีรายการหรือองค์ประกอบต่าง ๆ ครบถ้วนตามแบบพันธกรรมด้วย โดยปกติเอกสารที่ออกแบบไว้เข้าลักษณะพันธกรรมแบบธรรมดาตามบทบัญญัติมาตรา 1656 ซึ่งกำหนดให้มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้ คือ (1) ทำเป็นหนังสือ (2) ลงวันเดือนปีที่ทำพันธกรรม (3) ลงลายมือชื่อของผู้ทำพันธกรรมซึ่งต้องลงต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคน และ (4) ลงลายมือชื่อของพยานสองคนนั้น ดังนั้น โรงพยาบาลหรือองค์การการกุศลจึงต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าแบบเอกสารที่ได้ออกแบบไว้ล่วงหน้ามีรายการข้างต้นครบถ้วน หรือในกรณีที่ผู้อุทิศจัดทำเอกสารการอุทิศร่างกายหรืออวัยวะขึ้นมาเองก็ต้องตรวจสอบรายการให้มีการข้างต้นครบถ้วนเช่นเดียวกัน แต่ในกรณีที่ผู้อุทิศจัดทำเอกสารขึ้นมาเองนั้น นอกจากจะจัดทำในรูปแบบของพันธกรรมแบบธรรมดาแล้ว ผู้อุทิศก็ยังสามารถจัดทำในลักษณะของพันธกรรมแบบอื่นด้วย เช่น พันธกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ เป็นต้น²⁹

อย่างไรก็ตาม แม้ในเรื่องคำสั่งกำหนดเกี่ยวกับการอื่นนี้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดชัดเจนว่า “การอื่น” หมายความว่าอย่างไร แต่โดยหลักแล้ววัตถุประสงค์หรือข้อกำหนดของพันธกรรมจะต้องไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย พันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ทำพันธกรรมยกทรัพย์สินให้บุคคลใดแล้วมีเงื่อนไขว่าห้ามจำหน่าย เช่นนี้ข้อกำหนดพันธกรรมดังกล่าวจะใช้บังคับไม่ได้เพราะขัดต่อเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

2.3.5 เป็นคำสั่งสุดท้ายในการแสดงเจตนา

จากบทบัญญัติในมาตรา 1647 ที่กำหนดว่า “การแสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายนั้นย่อมทำได้ด้วยคำสั่งสุดท้ายกำหนดไว้ในพันธกรรม” แสดงให้เห็นว่าข้อกำหนดในพันธกรรมต้องมีลักษณะเป็นคำสั่ง กล่าวคือ ต้องมีลักษณะเป็นการบังคับให้ปฏิบัติตาม ทั้งนี้ ข้อกำหนดในพันธกรรมใดจะมีลักษณะเป็นคำสั่งหรือไม่นั้นย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ซึ่งหากเมื่อตีความแล้วพบว่าพันธกรรมนั้นเป็นเพียง คำปรารภ คำรำพึงรำพัน คำขอร้อง หรือในลักษณะอื่นใดที่ไม่เข้าลักษณะของการเป็นคำสั่ง เช่น ทำพันธกรรมยกเงินฝากในธนาคารให้นายคำโดยมีคำขอร้องว่าเงินที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ส่วนตัวขอให้นายคำใช้เป็นประโยชน์สาธารณะ เช่นนี้ไม่เป็นคำสั่ง³⁰ เนื่องจากถือไม่ได้ว่ามุ่งที่จะผูกนิติสัมพันธ์ตามที่แสดงออกนั้น อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้มีข้อสังเกตว่าหากในพันธกรรมนั้นมีข้อกำหนดที่มีลักษณะเป็นคำสั่งและไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งปะปนกันไป เช่นจากตัวอย่างข้างต้น หากมีข้อกำหนดในพันธกรรมอื่นระบุว่าจะที่ดินอีกแปลงหนึ่งให้นายคำด้วย ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่าพันธกรรมใดจะมีลักษณะเป็นคำสั่งหรือไม่ ควรพิจารณาจาก

²⁹ พันธุ์ นนทร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 22*, น.308.

³⁰ พรชัย สุนทรพันธุ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 27*, น.318.

ข้อกำหนดเป็นข้อ ๆ ไป เมื่อข้อกำหนดในเรื่องเงินฝากไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งก็เฉพาะแต่ข้อกำหนดในเรื่องดังกล่าวเท่านั้นที่ตกไป หาได้ทำให้ข้อกำหนดในเรื่องที่ดินที่มีลักษณะเป็นคำสั่งหรือทำให้พันธกรรมทั้งฉบับตกไปด้วยไม่ เนื่องจากคำว่า “พันธกรรม” และ “ข้อกำหนดในพันธกรรม” นั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ คำว่า “พันธกรรม” หมายถึง พันธกรรมทั้งฉบับ ส่วน “ข้อกำหนดในพันธกรรม” หมายความว่าข้อกำหนดแต่ละข้อหรือแต่ละเรื่องตามพันธกรรม เช่น ข้อกำหนดที่ยกทรัพย์สินใดให้แก่ผู้ใด ข้อกำหนดที่อุทิศศพให้โรงพยาบาล ข้อกำหนดที่ตั้งให้ผู้ใดเป็นผู้จัดการมรดก ข้อกำหนดที่ตั้งให้ผู้ใดเป็นผู้จัดการศพ หรือข้อกำหนดที่ตั้งให้ผู้ใดเป็นผู้ปกครองผู้เยาว์ เป็นต้น หากพันธกรรมเสียไปข้อกำหนดทุกข้อที่มีอยู่ในพันธกรรมนั้นก็เสียตามไปด้วย เช่น เจ้ามรดกทำพันธกรรมโดยที่อายุไม่ครบสิบห้าปีบริบูรณ์ พันธกรรมทั้งฉบับก็ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1703 อันเป็นผลให้ข้อกำหนดทุกข้อในพันธกรรมนั้นตกเป็นโมฆะไปทั้งหมด แต่หากไม่มีกรณีที่พันธกรรมเสียไป แต่มีกรณีที่ข้อกำหนดพันธกรรมข้อใดข้อหนึ่งเสียไป ข้อกำหนดพันธกรรมข้ออื่นก็ยังคงมีผลอยู่ พันธกรรมจะใช้บังคับไม่ได้เฉพาะในส่วน of ข้อกำหนดพันธกรรมข้อที่เสียไปเท่านั้น³¹

นอกจากการแสดงเจตนาขึ้นต้องเป็นคำสั่งแล้วคำสั่งที่ผู้ทำพันธกรรมกำหนดขึ้นนั้นต้องเป็นคำสั่งสุดท้ายด้วย ด้วยเหตุที่ว่าการทำพันธกรรมนั้นผู้ทำพันธกรรมทำพันธกรรมขึ้นในระหว่างที่ยังมีชีวิตอยู่ ดังนั้นก่อนถึงแก่ความตายเจ้ามรดกอาจทำพันธกรรมไว้หลายฉบับ ซึ่งหากข้อกำหนดในพันธกรรมเหล่านั้นขัดกัน มาตรา 1697 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ถือว่าพันธกรรมฉบับก่อนเป็นอันเพิกถอน โดยพันธกรรมฉบับหลังเฉพาะในส่วนที่มีข้อความขัดกันนั้นเท่านั้น เช่น การที่เจ้ามรดกมีหนังสือถึงโจทก์ทั้งสองให้ทราบว่าตนทำพันธกรรมลับไว้ที่อำเภอ ในหนังสือระบุว่าห้ามมิให้จำเลยขายที่นาและห้ามมิให้จำเลยออกเงินส่วนตัวทำศพเจ้ามรดกและมิให้นำตักเป็นของจำเลย ให้แบ่งนาให้โจทก์คนละ 5 ไร่ เหลือจากแบ่งห้ามมิให้จำเลยขายเอาเงินทำศพเจ้ามรดก และไม่ได้มีส่วนที่เหลือตกเป็นของจำเลย เงินสด 10,000 บาท ถ้าทำศพเจ้ามรดกแล้วมีเงินเหลือ มอบให้โจทก์ไป ให้โจทก์เป็นผู้เก็บค่าเช่านา ตอนท้ายของหนังสือมีข้อความต่อไปว่าถ้าจำเลยไม่ปฏิบัติตามจดหมายนี้ให้โจทก์ไปร้องเรียนนายอำเภอ ขอให้นายอำเภอถอนพันธกรรมลับด้วย ดังนี้ ถือว่าเป็นพันธกรรมเพราะเจ้ามรดกเขียนเองทั้งฉบับมีผลเป็นการเพิกถอนพันธกรรมลับของเจ้ามรดกซึ่งทำไว้ฉบับแรกบางส่วน³² ทั้งนี้จากตัวอย่างดังกล่าวยังแสดงให้เห็นว่าคำสั่งสุดท้ายที่กำหนดการเพื่อตายไม่จำเป็นต้องทำในรูปแบบที่เป็นทางการเท่านั้นแต่ยังอาจทำในรูปแบบอื่นได้ เช่น จดหมาย หรือการบันทึกลงในสมุดบันทึก ซึ่งหากสิ่งที่เจ้ามรดกทำขึ้นนั้นเข้าข่ายการทำพันธกรรม

³¹ พันธุ์ ณ นคร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 22, น.310.

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1415/2512

ตามแบบใดแบบหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ย่อมถือเป็นพินัยกรรมและหากข้อกำหนดในพินัยกรรมนั้นขัดกัน ข้อกำหนดในพินัยกรรมฉบับสุดท้ายย่อมมีผลเป็นการเพิกถอนข้อกำหนดพินัยกรรมฉบับก่อนด้วย ส่วนข้อกำหนดใดที่ไม่ขัดกันหรือมีในฉบับก่อนแต่ไม่มีในฉบับหลัง ข้อกำหนดในพินัยกรรมนั้นจึงยังมีผลอยู่เพราะถือเป็นคำสั่งสุดท้ายในเรื่องนั้น ๆ แต่หากข้อกำหนดในพินัยกรรมฉบับหลังขัดกับข้อกำหนดในพินัยกรรมฉบับแรกทุกข้อ ต้องถือว่าพินัยกรรมฉบับสุดท้ายได้เพิกถอนพินัยกรรมฉบับก่อนไปเสียทั้งฉบับและเป็นพินัยกรรมที่มีผลบังคับ แต่พินัยกรรมฉบับสุดท้ายต้องมีผลบังคับได้และไม่เป็นโมฆะ ข้อนี้นับว่าเป็นข้อสำคัญ เพราะเมื่อถือว่าพินัยกรรมฉบับสุดท้ายมีผลบังคับแต่ฉบับเดียว การที่ผู้ทำพินัยกรรมทำลายหรือขีดฆ่าข้อกำหนดพินัยกรรมฉบับสุดท้ายเสียทั้งหมดหรือบางส่วนด้วยความตั้งใจ แม้ไม่ได้ทำลายหรือขีดฆ่าข้อกำหนดฉบับก่อนด้วย ก็ต้องถือว่าเป็นการเพิกถอนพินัยกรรมทั้งหมดหรือบางส่วนแล้วตามมาตรา 1695 จะโต้เถียงว่าเจ้ามรดกมิได้ทำลายหรือขีดฆ่าข้อกำหนดพินัยกรรมฉบับก่อนย่อมไม่ได้ เนื่องจากต้องถือเอาคำสั่งสุดท้ายเป็นสำคัญ³³

³³ พรชัย สุนทรพันธุ์, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 27*, น.321.

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำพินัยกรรม แบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย และต่างประเทศ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้กำหนดแบบของพินัยกรรมเอาไว้ทั้งสิ้น 5 แบบ ซึ่งประกอบไปด้วยพินัยกรรมที่ต้องทำเป็นหนังสือและพินัยกรรมที่ไม่ต้องทำเป็นหนังสือ แต่ไม่ได้มีกฎหมายฉบับใดที่กำหนดรูปแบบ หลักเกณฑ์ หรือเงื่อนไขในการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ไว้ คงมีเพียงพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ที่บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เอาไว้อย่างกว้าง ๆ โดยบัญญัติไว้แยกต่างหากจากกฎหมายฉบับอื่น ซึ่งในบทนี้ผู้ศึกษาจะมุ่งศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การนำสืบพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ การกำหนดประเภทพยานพินัยกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 โดยศึกษาประกอบกับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ เพื่อให้ทราบถึงการรับรองกฎหมายเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในต่างประเทศ อันมีรายละเอียด ดังนี้

3.1 กฎหมายไทย

3.1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 1655 ที่บัญญัติว่า “พินัยกรรมนั้นจะทำได้ก็แต่ตามแบบใดแบบหนึ่งดังที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้” จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าในการทำพินัยกรรมผู้ทำพินัยกรรมต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นในทางกลับกัน หากมีการทำพินัยกรรมนอกเหนือจากแบบที่กฎหมายกำหนด พินัยกรรมนั้นย่อมเป็นอันใช้ไม่ได้ ตามมาตรา

1705¹ ซึ่งแม้ตามมาตรา 1655 จะกำหนดว่าพินัยกรรมต้องทำตามแบบ แต่ก็ยังเปิดโอกาสให้ผู้ทำพินัยกรรมสามารถเลือกทำพินัยกรรมได้ตามแบบที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เจ้ามรดกทำพินัยกรรมแบบหนึ่ง หากพินัยกรรมที่ทำไม่ถูกต้องตามแบบนั้นเข้าลักษณะเป็นพินัยกรรมแบบอื่น พินัยกรรมก็มีผลสมบูรณ์ตามแบบอื่นได้ ตามมาตรา 174 เช่น เจ้ามรดกมีเจตนาจะทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง แต่ไม่ได้ไปทำต่อกรรมการอำเภอ จึงไม่สมบูรณ์เป็นเอกสารฝ่ายเมืองตามมาตรา 1658 แต่พินัยกรรมดังกล่าวเจ้ามรดกเป็นผู้เขียนขึ้นเองทั้งฉบับ จึงมีผลใช้บังคับได้ตามมาตรา 1657² ซึ่งลักษณะของการทำพินัยกรรมที่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด มีรายละเอียด ดังนี้³

3.1.1.1 พินัยกรรมแบบธรรมดา

พินัยกรรมแบบธรรมดามีหลักเกณฑ์เป็นไปตามมาตรา 1656 เป็นแบบพินัยกรรมที่นิยมทำกันมากที่สุด มีหลักเกณฑ์ คือ

(1) การทำพินัยกรรมในแบบธรรมดาผู้ทำพินัยกรรมต้องทำเป็นหนังสือ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการทำเป็นหนังสือว่าอาจใช้วิธีพิมพ์หรือเขียนหรือเขียนสลับพิมพ์เป็นภาษาใดก็ได้ จะมอบหมายให้ใครพิมพ์หรือเขียนก็ได้

(2) ลง วัน เดือน ปี ขณะทำพินัยกรรม หากปฏิบัติตามหลักเกณฑ์อื่นครบถ้วน แต่มิได้ลงวัน เดือน ปี ที่ทำพินัยกรรมไว้ พินัยกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ⁴

สาเหตุที่ต้องมีการกำหนดให้ลง วัน เดือน ปี ที่ทำพินัยกรรมก็เพื่อให้ทราบว่าในกรณีที่พินัยกรรมมีหลายฉบับ พินัยกรรมฉบับใดจะเป็นพินัยกรรมฉบับหลังสุด เนื่องจากตามมาตรา 1697 กำหนดว่ากรณีที่มิพินัยกรรมหลายฉบับขัดกัน ให้ถือว่าพินัยกรรมฉบับก่อนเป็นอันเพิกถอนโดยพินัยกรรมฉบับหลังในส่วนที่ข้อความนั้นขัดกัน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าในการลง วัน เดือน ปี อาจไม่จำเป็นต้องถึงขนาดลงวันที่ตามปฏิทิน อาจหมายถึงเพียงถึงวันที่สามารถกำหนดรู้ได้ เช่น พินัยกรรมนี้ทำขึ้นในวันวาเลนไทน์ ปี พ.ศ. 2562

¹ มาตรา 1705 พินัยกรรมหรือข้อกำหนดพินัยกรรมนั้น ถ้าได้ทำขึ้นขัดต่อ บทบัญญัติแห่งมาตรา 1652, 1653, 1656, 1657, 1658, 1660, 1661 หรือ 1663 ย่อม เป็นโมฆะ

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1241/2529

³ มาตรา 174 การใดเป็นโมฆะแต่เข้าลักษณะเป็นนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้ถือตามนิติกรรมซึ่งไม่เป็นโมฆะ ถ้าสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า หากผู้กรณีได้รู้ว่าการนั้นเป็นโมฆะแล้ว ก็คงจะได้อ้างมาตั้งแต่แรกที่จะทำนิติกรรมอย่างอื่นซึ่งไม่เป็นโมฆะนั้น

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3776/2545

นอกจากนี้ อาจมีกรณีที่พินัยกรรมใช้เวลาทำหลายวัน พินัยกรรมฉบับนั้นจะถือว่า พินัยกรรมถูกทำขึ้นในวันใด ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยข้อเท็จจริงกรณีข้างต้นไว้ว่า กรณีที่เจ้ามรดกทำ พินัยกรรมโดยพิมพ์ข้อความไว้ล่วงหน้า และพิมพ์วัน เดือน ปี ไว้ด้วยแล้ว แต่เว้นช่องว่างไว้ให้ กรอกข้อความบางส่วน ผู้ทำพินัยกรรมกรอกข้อความในวันหลังจากวันที่ได้พิมพ์พินัยกรรมไว้แต่ ไม่ได้แก้ไขวันที่เสียใหม่ พินัยกรรมนี้เป็นพินัยกรรมสมบูรณ์ แต่ให้ยึดถือวันที่ตามที่ทำพินัยกรรม เสร็จสมบูรณ์ กล่าวคือวันที่ได้กรอกข้อความเสร็จสมบูรณ์แล้ว⁵

(3) ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อหรือพิมพ์ลายพิมพ์นิ้วมือ ซึ่งหากทำพินัยกรรม ถูกต้องเสร็จแล้ว แต่ยังไม่ได้ลงลายมือชื่อผู้ทำพินัยกรรมก็ยังไม่ถือว่าเป็นพินัยกรรม เช่น มีการ ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินทั้งหมดให้ ก. แต่ผู้ทำพินัยกรรมยังไม่ได้ลงลายมือชื่อไว้ ต่อมาได้ทำ พินัยกรรมอีกฉบับหนึ่งยกทรัพย์สินทั้งหมดให้ ข. ลงลายมือชื่อครบถ้วน แต่พอใกล้ตายกลับมาลง ลายมือชื่อในพินัยกรรมฉบับแรกแล้วมอบให้ ก. ถือไว้ ดังนี้ ทรัพย์มรดกย่อมตกให้แก่ ก. เพราะ พินัยกรรมฉบับหลังเพิกถอนพินัยกรรมฉบับแรก นอกจากนี้ ในการลงลายมือชื่อโดยปกติจะลงชื่อ ในบริเวณส่วนท้ายของพินัยกรรม แต่หากไม่ลงท้ายพินัยกรรม แต่ลงในส่วนอื่น ถ้าเห็นได้ชัดว่าเป็น เจตนาลงชื่อในพินัยกรรม เช่น ลงชื่อตอนต้น ตอนกลางหรือท้าย ศาลฝรั่งเศสเคยถือว่าการลงนาม ของผู้ทำพินัยกรรมบนซองใส่พินัยกรรม โดยไม่ได้ลงในตัวพินัยกรรมเองก็ใช้ได้เช่นกัน⁶

สำหรับกรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมลงลายพิมพ์นิ้วมือแทนการลงลายมือชื่อ ซึ่งต้องใช้พยาน สองคนรับรองลายพิมพ์นิ้วมือตามมาตรา 1665 มีปัญหาว่าผู้ทำพินัยกรรมต้องไปหาพยานชุดใหม่ นอกเหนือจากพยานที่รับรองพินัยกรรมตามมาตรา 1656 หรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลฎีกาเคยวินิจฉัย ไว้เป็นบรรทัดฐานว่าผู้ทำพินัยกรรมไม่ต้องหาพยานใหม่ แต่อาจต้องใช้พยานสองคนชุดเดียวกับ พยานที่รับรองพินัยกรรมตามมาตรา 1656⁷

(4) การลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรม ต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานอย่างน้อยสอง คนพร้อมกัน และพยานสองคนต้องลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมไว้ขณะนั้น ด้วย โดยพยานในพินัยกรรมต้องไม่มีคุณสมบัติต้องห้ามตามมาตรา 1670 กล่าวคือ ยังไม่บรรลุนิติ ภาวะ เป็นบุคคลวิกลจริตหรือบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถ และบุคคลที่หูหนวก เป็นใบ้ หรือจักษุบอดทั้งสองข้าง นอกจากนี้ พยานในพินัยกรรมยังไม่สามารถใช้ลายพิมพ์นิ้วมือ แทนการลงลายมือชื่อได้ ตามมาตรา 1666

⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 487/2489. อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 29*, น. 311.

⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 29*, น. 240.

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1387/2500 อ้างถึงใน พินัย ฌ นคร, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 23*, น.308-309.

โดยสาเหตุที่กฎหมายต้องกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามและต้องกำหนดให้พยานต้องลงลายมือชื่อในเวลาเดียวกันกับที่ผู้ทำพินัยกรรมลงลายมือชื่อและต้องกระทำต่อหน้าซึ่งกันและกันเนื่องจากกฎหมายต้องการให้คนที่จะเป็นพยานในพินัยกรรมต้องสามารถรับรู้และเข้าใจว่ามีการทำพินัยกรรมขึ้น เพื่อที่จะสามารถเป็นพยานยืนยันการทำพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรมได้

3.1.1.2 พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดหลักเกณฑ์การทำพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับไว้ในมาตรา 1657 โดยมีสาระสำคัญ คือ

(1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องเขียนข้อความเองด้วยลายมือตนเองทั้งหมดทั้งฉบับ จะเขียนบ้างพิมพ์บ้างหรือให้บุคคลอื่นเขียนให้ไม่ได้ ซึ่งหากมีการพิมพ์หรือให้บุคคลอื่นเขียนข้อความให้พินัยกรรมฉบับนั้นจะเสียไปทั้งฉบับหรือเสียไปเฉพาะข้อกำหนดนั้น ๆ หรือไม่ยอมขึ้นอยู่กับข้อความนั้นว่าเป็นข้อความสำคัญหรือไม่เพียงใด

อย่างไรก็ดี กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าในการทำพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ ผู้ทำพินัยกรรมจะเขียนโดยใช้ภาษาใด ดังนั้น ผู้ทำพินัยกรรมอาจใช้ภาษาต่างประเทศ หรือจะเขียนตัวเลขก็ได้เช่นกัน โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเขียนเฉพาะบนกระดาษ อาจเขียนบนกำแพง หรือผ้า หรือบนไม้ก็ย่อมได้

(2) ต้องลง วัน เดือน ปี ที่ทำพินัยกรรม โดยในการลงวัน เดือน ปี ผู้ทำพินัยกรรมต้องเขียนด้วยลายมือของตนเองเท่านั้น หากใช้วิธีอื่น เช่น พิมพ์โดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ จะเป็นกรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมทำพินัยกรรมไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด

(3) ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อไว้ด้วย โดยไม่จำเป็นต้องมีพยานก็ได้ แต่ต้องลงลายมือชื่อกำกับไว้ ไม่สามารถใช้วิธีลงลายพิมพ์นิ้วมือ แงงใด หรือเครื่องหมายอื่นแทนการลงลายมือชื่อได้ พินัยกรรมจึงจะสมบูรณ์

3.1.1.3 พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง

พินัยกรรมฝ่ายเมืองเป็นไปตามมาตรา 1658 คือ การที่นายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตเป็นผู้จัดทำ โดยผู้ทำพินัยกรรมและพยานสองคนลงลายมือชื่อในพินัยกรรมแล้ว นายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตจะเขียนรับรองพินัยกรรม พร้อมประทับตราประจำตำแหน่ง ซึ่งมีขั้นตอน ดังนี้

(1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องไปแจ้งข้อความที่ตนประสงค์จะให้ใส่ไว้ในพินัยกรรมของตนแก่กรรมการอำเภอ ต่อหน้าพยานอีกอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน โดยในการแจ้งข้อความอาจเป็นการแจ้งด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือก็ได้ แต่พยานสองคนนี้ต้องไม่ใช่ นายอำเภอ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 621/2492) แต่พยานคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนอาจเป็นเสมียนอำเภอได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่

505/2501) ที่สำคัญคือพยานสองคนนี้ต้องไม่มีคุณสมบัติต้องห้ามในการเป็นพยานในพินัยกรรม ตามมาตรา 1670 ด้วย⁸

(2) นายอำเภอต้องจดข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมแจ้งให้ทราบนั้นลงไว้ และอ่านข้อความนั้นให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานฟัง โดยกฎหมายมิได้กำหนดว่านายอำเภอต้องจดข้อความนั้นด้วยตนเอง ดังนั้น นายอำเภอจึงอาจใช้ผู้อื่นเป็นผู้จดให้หรือจะใช้วิธีพิมพ์ก็ได้

(3) เมื่อผู้ทำพินัยกรรมและพยานทราบแน่ชัดว่าข้อความที่กรรมการอำเภอจดนั้นเป็นการถูกต้องตรงกันกับผู้ทำพินัยกรรมแจ้งไว้แล้ว ให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ ทั้งนี้ ในการลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรม หากผู้ทำพินัยกรรมไม่สามารถจะลงลายมือชื่อในพินัยกรรมได้ ผู้ทำพินัยกรรมสามารถลงลายพิมพ์นิ้วมือโดยมีพยานรับรองสองคนได้เพียงวิธีเดียว ตามมาตรา 1665 และแต่สำหรับการลงลายมือชื่อของพยานจะต้องลงลายมือชื่อของตนจะใช้วิธีอื่นแทนการลงลายมือชื่อไม่ได้⁹

(4) ข้อความที่นายอำเภอจดไว้ นั้น ให้นายอำเภอลงลายมือชื่อ และลงวัน เดือน ปี ทั้งจดลงไว้ด้วยตนเองเป็นสำคัญว่า พินัยกรรมนั้นได้ทำขึ้นถูกต้องตามความประสงค์ของผู้แจ้ง และตามรูปแบบ แล้วประทับตราตำแหน่งไว้เป็นสำคัญ การชูดลบ ตก เติม หรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างอื่นซึ่งพินัยกรรมนั้นย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรม พยาน และกรรมการอำเภอจะได้ลงลายมือชื่อกำกับไว้

ทั้งนี้การทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองนั้น สามารถที่จะทำพินัยกรรมนอกสถานที่ได้ เช่น ที่บ้าน โรงพยาบาล หรือสถานที่อื่นที่ ผู้ต้องการทำพินัยกรรมประสงค์ กล่าวคือ การทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองนั้น จะทำนอกที่ว่าการอำเภอก็ได้เมื่อมีการร้องขอเช่นนั้น¹⁰

3.1.1.4 พินัยกรรมแบบเอกสารลับ

การทำพินัยกรรมแบบเอกสารลับตามมาตรา 1660 คือ พินัยกรรมที่ผู้ทำพินัยกรรมเขียนหรือพิมพ์เอง หรือให้ผู้อื่นทำให้ก็ได้ โดยมีหลักเกณฑ์ คือ

(1) ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อ หรือในกรณีที่ไม่สามารถลงลายมือชื่อ ผู้ทำพินัยกรรมสามารถใช้วิธีการลงลายพิมพ์นิ้วมือโดยมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้สองคนในขณะนั้นแทนการลงลายมือชื่อ¹¹ ทั้งนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าต้องลง วัน เดือน ปี และต้องมีพยาน

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 29*, น. 246-249.

⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 349/2521

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ มาตรา 1659

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ มาตรา 1665

ลงลายมือชื่อรับรองการทำพันธกรรมด้วย แต่หากจะมีพยานลงชื่อในพันธกรรมก็ทำให้พันธกรรมเสียไปไม่¹²

(2) ให้ใส่ซองปิดผนึก และลงลายมือชื่อตรงรอยผนึกนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลอื่นไม่สามารถรับรู้ รับทราบ ข้อความในพันธกรรมนั้นได้

(3) ผู้ทำพันธกรรมนำพันธกรรมที่ปิดผนึกพร้อมทั้งนำพยานสองคนไปให้ถ้อยคำต่อ นายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตเพื่อบันทึกไว้บนซองเอกสารนั้น โดยให้ผู้ทำพันธกรรมและพยานลงลายมือชื่อไว้บนซอง และให้นายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตเก็บรักษาไว้

กรณีผู้ที่เป็นใบ้ หูหนวก หรือพูดไม่ได้ ประสงค์ที่จะทำพันธกรรมเป็นแบบเอกสารลับ ให้ผู้นั้นเขียนพันธกรรมด้วยตนเองบนซองพันธกรรมต่อหน้ากรรมการอำเภอและพยานซึ่งข้อความว่าพันธกรรมที่ผนึกนั้นเป็นของตนแทนการให้ถ้อยคำ คือผู้ทำพันธกรรมที่ปิดผนึกนั้นไปแสดงต่อกรรมการอำเภอ และพยานอีกอย่างน้อยสองคน และให้ถ้อยคำต่อบุคคลทั้งหมดเหล่านั้นว่าเป็นพันธกรรมของตน ถ้าพันธกรรมนั้นผู้ทำพันธกรรมมิได้เป็นผู้เขียนเองโดยตลอด ผู้ทำพันธกรรมจะต้องแจ้งนามและภูมิลำเนาของผู้เขียนในกรรมการอำเภอทราบ¹³ กรรมการอำเภอจะเปิดเผยแก่บุคคลอื่นใดไม่ได้ในระหว่างที่ผู้ทำพันธกรรมยังมีชีวิตอยู่และผู้ทำพันธกรรมจะเรียกให้กรรมการส่งมอบพันธกรรมนั้นแก่ตนในเวลาใด ๆ กรรมการอำเภอจำต้องส่งมอบให้ถ้าพันธกรรมนั้นทำเป็นแบบเอกสารฝ่ายเมือง ก่อนส่งมอบพันธกรรมให้กรรมการอำเภอคัดสำเนาพันธไว้แล้วลงลายมือชื่อประทับตราตำแหน่งเป็นสำคัญ สำเนาพันธกรรมนั้นจะเปิดเผยแก่บุคคลอื่นใดไม่ได้ในระหว่างที่ผู้ทำพันธกรรมยังมีชีวิตอยู่

3.1.1.5 พันธกรรมแบบวาจา

พันธกรรมแบบวาจา เป็นไปตามมาตรา 1663 คือ

(1) เป็นพันธกรรมที่สามารถทำได้ในพฤติการณ์พิเศษเท่านั้น เช่น มีอุบัติเหตุร้ายแรง และใกล้ถึงแก่ความตาย โดยบทบัญญัติมาตรา 1663 มิได้จำกัดเหตุการณ์ฉุกเฉินว่าต้องเป็นเหตุการณ์ใดเท่านั้น แต่ยกตัวอย่างไว้เท่านั้นว่า เช่น ตกอยู่ในอันตราย ใกล้ความตาย หรือเวลามีโรคระบาด หรือสงคราม นอกเหนือจากพฤติการณ์ฉุกเฉินตามที่ยกตัวอย่างไว้ก็อาจมีพฤติการณ์ฉุกเฉินประการอื่นอีก เพราะกฎหมายเพ่งเล็งเหตุที่ทำให้ตายในกรณีฉุกเฉินซึ่งผู้ตายไม่ได้คาดหมาย เป็นเหตุให้ไม่สามารถทำพันธกรรมแบบอื่นได้ จึงจะถือว่าพฤติการณ์พิเศษ¹⁴ เช่น การถูกคนร้ายยิงถูกที่สำคัญใกล้จะตายหรือเกิดโรคหัวใจวาระขาดในเวลาที่ผู้ทำพันธกรรมอยู่อาศัย ไม่แน่ว่าผู้ทำ

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 29*, น. 251-253.

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1661

¹⁴ อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 24*, น. 197,

พินัยกรรมจะติดโรคนี้เมื่อใดหรือไม่ ก็ควรถือว่าเป็นพฤติการณ์พิเศษได้ เพราะไม่ใช่เรื่องที่เกิดขึ้นตามปกติธรรมดา¹⁵ และเห็นว่าพฤติการณ์พิเศษประเภทตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตายนั้น เป็นเรื่องที่ถูกกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้กว้าง ๆ ซึ่งใช้ได้กับเหตุการณ์ทั่ว ๆ ไป อันตรายที่ว่าจะเกิดขึ้นจากโรคร้ายไข้เจ็บหรือด้วยเหตุใด ๆ ก็ตาม ถ้าทำให้บุคคลผู้ได้รับอันตรายอยู่ในฐานะที่ใกล้ต่อความตายแล้ว ย่อมถือเป็นพฤติการณ์พิเศษได้ทั้งสิ้นเช่นบุคคลตกอยู่ในเรือโดยสารซึ่งจมลงกลางมหาสมุทร ต้องว่ายน้ำพุงตัวมิให้จม อาจถึงแก่ความตายเพราะหมดเรี่ยวแรง หรือเพราะถูกสัตว์น้ำทำร้ายเอาในเวลาใดก็ได้ แม้ผู้นั้นยังจะมีร่างกายแข็งแรงก็อาจถือได้ว่าเขตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตายตามมาตรา 1663 แล้ว ไม่จำเป็นต้องอยู่ในอาการร่อแร่จนจะตายแต่เพียงประการเดียว¹⁶

(2) ผู้ทำพินัยกรรมด้วยวาจาจะต้องแสดงเจตนาว่าจะยกทรัพย์สินให้ใครต่อหน้าพยานสองคน โดยพยานสองคนนั้นต้องอยู่ต่อหน้าพร้อมกันในเวลาที่เจ้ามรดกแสดงเจตนา อย่างไรก็ตามมีปัญหาว่าพิจารณาว่า พยานในพินัยกรรมแบบทำโดยวาจาจะเป็นผู้ไม่บรรลุนิติภาวะได้หรือไม่ เนื่องจากตามมาตรา 1670 กำหนดคุณสมบัติต้องห้ามของพยานไว้อย่างชัดเจนว่าพยานต้องไม่ใช่ผู้ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งมีความเห็นของนักกฎหมายแตกต่างกันอยู่ 2 ฝ่าย

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่าควรเปรียบเทียบกับ การแสดงเจตนาจะสมรสด้วยวาจาตามมาตรา 1460 การแสดงเจตนาจะสมรสด้วยวาจาดังกล่าว ต้องแสดงเจตนาต่อหน้าบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะ แต่การแสดงเจตนาที่กำหนดข้อพินัยกรรมต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนตามมาตรานี้ ไม่ได้กำหนดว่าพยานต้องบรรลุนิติภาวะ เหตุที่มาตรา 1663 บัญญัติไว้ดังกล่าว ก็เพราะในเวลาฉุกเฉินเช่นนี้อาจหาพยานที่บรรลุนิติภาวะแล้วไม่ได้ หรือได้ไม่ครบจำนวน แม้ตามกฎหมายลักษณะพยาน บุคคลที่สามารถเข้าใจและตอบคำถามได้ย่อมเป็นพยานได้ทั้งสิ้น เป็นแต่ถ้าอายุต่ำกว่าสิบสี่ปี หรือหย่อนความรู้สึกลึกซึ้งและชอบ ได้รับยกเว้นไม่ต้องสาบานหรือปฏิญาณเท่านั้น¹⁷ พยานในการทำพินัยกรรมด้วยวาจาเป็นผู้รับคำบอกกล่าวแสดงเจตนา ของผู้ทำพินัยกรรม เพื่อนำไปแจ้งต่อนายอำเภอ จึงไม่จำเป็นต้องบรรลุนิติภาวะเพียงแต่สามารถจำคำบอกกล่าวแสดงเจตนาได้และแจ้งต่อนายอำเภอได้ ก็เป็นการเพียงพอ ถ้าพยานเป็นเด็กเล็กเกินไปจนเห็นได้ว่าเลอะเลือนการแจ้งข้อความต่อนายอำเภอก็ย่อมเชื่อถือไม่ได้ และไม่อยู่ในฐานะเป็นพยานในการทำพินัยกรรมไปในตัว¹⁸

¹⁵ โชค จารุจินดา, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยพินัยกรรม”, อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์โชค จารุจินดา, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พระจันทร์, 2526), น. 166

¹⁶ เปรียบ หุตางกูร, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 40* น. 135,

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 95 และมาตรา 112

¹⁸ โชค จารุจินดา, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 58*, น. 169,

ความเห็นที่สอง เห็นว่าผู้ที่จะเป็นพยานในพินัยกรรมมาตรา 1670 บัญญัติไว้โดยไม่มีข้อแม้ว่าบุคคลดังต่อไปนี้จะเป็นพยานในพินัยกรรมไม่ได้ กล่าวคือ ผู้ซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะบุคคลวิกลจริต หรือบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถ บุคคลที่หูหนวก เป็นใบ้ หรือจักษุบอดทั้งสองข้าง สำหรับคนบ้าและคนหูหนวก ตาบอด เป็นใบ้นั้น โดยภาวะจะเป็นพยานในการทำพินัยกรรมด้วยวาจาไม่ได้ เพราะหูหนวกก็ฟังเขาไม่ออก ถ้าเป็นใบ้ถึงจะได้ยินก็นำความไปแจ้งต่อนายอำเภอตามมาตรา 1663 ไม่ได้ ถ้าตาบอดก็จะมองไม่เห็นพฤติการณ์พิเศษที่จะต้องนำไปแจ้งตามมาตรา นั้นด้วยเหมือนกัน ส่วนคนบ้านั้นเอาเรื่องอะไรไม่ได้ แต่สำหรับผู้ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ มาตรา 1670 ห้ามเป็นพยานในพินัยกรรม จึงเป็นพยานไม่ได้ ทั้งนี้เพราะในเรื่องพยานในพินัยกรรมที่กฎหมายห้ามบุคคลซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะเป็นพยานเป็นการห้ามพยานในพินัยกรรมทุกแบบ พยานในพินัยกรรมที่ต้องลงชื่อในพินัยกรรมก็เพื่อพยานนั้นสามารถยืนยันได้ว่าพินัยกรรมนั้นใครเป็นผู้ทำ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งพยานในพินัยกรรมที่ทำด้วยวาจา พยานต้องจดจำถ้อยคำของผู้ทำพินัยกรรมเพื่อนำไปแจ้งต่อนายอำเภอ ซึ่งเห็นได้ว่าพยานต้องบรรลุนิติภาวะจึงจะสามารถเป็นพยานในการทำพินัยกรรมแบบนี้ได้ และการตีความตามความเห็นที่หนึ่งนี้จะขัดกับมาตรา 1670 อย่างชัดเจน¹⁹

(3) พยานต้องรีบไปแสดงตนต่อนายอำเภอโดยไม่ชักช้า และแจ้งข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมสั่งไว้ด้วยวาจานั้น รวมถึง วัน เดือน ปี และพฤติการณ์พิเศษต่อนายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขต ให้นายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตจดข้อความ แล้วให้พยานลงลายมือชื่อไว้

พินัยกรรมจะมีผลบังคับได้ตามกฎหมายก็ต่อเมื่อได้ทำตามแบบและวิธีที่กำหนดไว้เท่านั้น โดยแบบของพินัยกรรมที่บุคคลทั่วไปสามารถทำได้เอง โดยที่ไม่ต้องเกี่ยวกับหน่วยงานราชการได้แก่ พินัยกรรมแบบธรรมดา และพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ การชูด ลบ ตก เติม หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลง ข้อความในพินัยกรรม ต้องลงวัน เดือนปี และลงลายมือชื่อผู้ทำพินัยกรรมไว้ต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน และพยานสองคนนั้นต้องลงลายมือชื่อในขณะนั้นด้วย

3.2 กฎหมายลักษณะพยาน

กฎหมายลักษณะพยานของไทยถูกบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยสามารถแบ่งประเภทพยานหลักฐานออกมาได้ตามแต่วัตถุประสงค์และกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่ง ซึ่งมักจะแบ่งประเภทพยานที่มีลักษณะสำคัญได้ ดังนี้

¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , อ่างแล้ว *เชิงอรรถที่ 29*, น. 258.

3.2.1 พยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุ

(1) พยานบุคคล คือ ถ้อยคำของบุคคลที่มาให้การต่อศาล และศาลได้จัดบันทึกเป็นข้อความไว้ในสำนวนความ โดยจะต้องเป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความเกี่ยวกับเรื่องที่จะให้การเป็นพยานมาด้วยตนเองโดยตรง และต้องสามารถเข้าใจและตอบคำถามได้

(2) พยานเอกสาร คือ ข้อความใด ๆ ที่ศาลสามารถอ่านหรือตรวจดูได้

(3) พยานวัตถุ คือ สิ่งใด ๆ ที่คู่ความสามารถใช้อ้างอิงให้ศาลตรวจดูเพื่อประโยชน์แก่คดีของตน

การแบ่งพยานหลักฐานตามวิธีการข้างต้นเป็นการแบ่งตามวิธีการนำพยานหลักฐานเข้าสืบ ซึ่งมีกฎเกณฑ์ต่างกันระหว่างพยานหลักฐานทั้ง 3 ประเภท โดยพยานเอกสารและพยานวัตถุมีข้อแตกต่างกันตรงที่ว่าวัตถุประสงค์แห่งการอ้างอิงให้ศาลตรวจดูนั้น เป็นการอ้างเพื่อให้ศาลอ่านหรือตรวจดูข้อความ หรือเป็นการอ้างเพื่อให้ศาลตรวจดูลักษณะ รับรู้ถึงสภาพของควมมีอยู่หรือความเป็นไปของสิ่งนั้นเอง ซึ่งเอกสารฉบับหนึ่ง ๆ อาจเป็นไปทั้งพยานเอกสารและพยานวัตถุ เพราะถ้าเป็นการอ้างเพื่อให้ศาลดูข้อความในเอกสารก็เป็นพยานเอกสาร เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ในการพิสูจน์ความหมายของข้อความบนเอกสารนั้น พยานเอกสารมีลักษณะสำคัญ คือ เกิดขึ้นเองไม่ได้ ต้องมีคนทำ แต่เมื่อเกิดแล้วเป็นอย่างไรก็เป็นอยู่อย่างนั้น แม้เวลาจะผ่านไปนานเพียงใดก็ตาม เว้นแต่จะมีใครมาเปลี่ยนแปลงแก้ไขในภายหลัง สาระสำคัญที่ทำให้พยานเอกสารแตกต่างจากพยานบุคคลก็คือเอกสารพูดไม่ได้ แต่มีข้อเท็จจริงที่ทำให้คนอ่านเข้าใจ²⁰ แต่ถ้าเป็นการอ้างเพื่อให้อารมณ์ลักษณะของเอกสารก็เป็นพยานวัตถุ

3.1.2.1 พยานชั้นหนึ่ง พยานชั้นสอง

พยานหลักฐานชั้นที่หนึ่ง หมายถึง พยานหลักฐานที่ดีที่สุดอันจะถึงมีสำหรับกรณีนั้น ๆ นอกจากนี้แล้ว แม้จะบ่งชี้ว่าข้อเท็จจริงเช่นนั้นได้มีอยู่ก็ยอมเป็นพยานชั้นที่สอง ซึ่งมีน้ำหนักน้อยที่ศาลจะรับฟัง

การแบ่งประเภทพยานหลักฐานวิธีนี้เป็นเปรียบเทียบระหว่างพยานหลักฐานหลายชั้นที่มุ่งพิสูจน์ข้อเท็จจริงเดียวกัน โดยมีที่มาจากหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษที่เรียกว่า กฎแห่งพยานที่ดีที่สุด (Best Evidence Rule) ดังนั้น ไม่ว่าจะพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ ก็อาจถือเป็นพยานชั้นที่หนึ่งและพยานชั้นที่สองได้ ทั้งนี้ ตามกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายห้ามมิให้คู่ความนำพยานชั้นที่สองมาพิสูจน์ เป็นดุลพินิจของศาลในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของผู้นำพยานชั้นที่สองเข้าสืบจะต้องแสดงเหตุผลให้ปรากฏต่อศาลว่าพยานหลักฐานชั้นที่หนึ่งนั้นไม่สามารถนำมาสืบได้ เพราะเหตุสุดวิสัยโดยแท้จริง

²⁰ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2557), น. 333

3.1.2.2 พยานโดยตรง พยานแวดล้อม

พยานโดยตรง หมายถึง พยานหลักฐานใด ๆ ที่บ่งระบุว่าข้อเท็จจริงเช่นว่านั้นมีอยู่โดยไม่ต้องอาศัยเหตุผลสันนิษฐานอย่างใดต่อไปอีก ส่วนพยานแวดล้อม เป็นพยานที่ไม่ได้แสดงถึงข้อเท็จจริงที่พิสูจน์ แต่อาจทำให้ศาลอนุมานได้ว่าข้อเท็จจริงที่คู่ความประสงค์จะพิสูจน์นั้นมีอยู่หรือไม่ การแบ่งประเภทพยานหลักฐานของวิธีนี้จะพิจารณาจากความใกล้ชิดของข้อเท็จจริงที่พยานมุ่งพิสูจน์กับประเด็นพิพาทในคดี อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าในคดีอาญานั้นพยานแวดล้อมกรณีที่ศาลจะเชื่อต้องบ่งชี้โดยแน่นอน โดยไม่มีทางคิดได้ว่าข้อเท็จจริงอาจเป็นอย่างอื่น ศาลจึงจะลงโทษจำเลยโดยพยานแวดล้อมได้ ส่วนในคดีแพ่งเป็นเรื่องที่ศาลจะชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งสองฝ่ายว่าฝ่ายใดจะดีกว่ากัน พยานแวดล้อมจึงอาจจะมีน้ำหนักดีกว่าพยานโดยตรงที่ปราศจากเหตุผลก็ได้

3.1.2.3 ประจักษ์พยาน พยานบอกเล่า

ประจักษ์พยานหรือพยานที่รู้เห็นเอง คือ พยานที่มาบอกความให้ข้อเท็จจริงแก่ศาลตามที่ตนได้รับรู้และเห็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้น ๆ เอง ส่วนพยานบอกเล่า คือ คำให้การหรือคำกล่าวเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงใด ๆ อันตนไม่ได้รู้เห็นมาเอง หากแต่ได้ยิน ได้ฟังผู้อื่นเล่าถึงข้อเท็จจริงนั้น ๆ สืบต่อมาอีกทอดหนึ่งหรือหลายทอด แล้วแต่กรณี ดังนั้น โดยหลักแล้วพยานบอกเล่าจึงรับฟังเป็นพยานหลักฐานไม่ได้

เห็นได้ว่ากฎหมายไทยมิได้กำหนดประเภทของพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้เป็นการเฉพาะ คงมีเพียงข้อกำหนดของศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษ ได้แก่ ศาลฎีกาอากร ศาลล้มละลาย และศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเท่านั้น ซึ่งหลักเกณฑ์ที่จะบังคับใช้กับการพิจารณาคดีของศาลที่กล่าวมาข้างต้นเท่านั้น ดังนั้น ในเรื่องทางแพ่งจึงไม่มีหลักเกณฑ์ในการนำเสนอและรับฟังพยานไว้อย่างชัดเจน

สำหรับการรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ปัจจุบันหลักเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานเกี่ยวกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งตามมาตรา 11 วางหลักห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาคดีเพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยในการชั่งน้ำหนักว่าจะสามารถเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใดให้พิจารณาถึงความน่าเชื่อถือของลักษณะหรือวิธีการสร้าง การเก็บรักษา หรือสื่อสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ลักษณะหรือวิธีการรักษาความครบถ้วนและไม่มีเปลี่ยนแปลงข้อความ ลักษณะหรือวิธีการที่ใช้ในการระบุหรือแสดงตัวผู้ส่งข้อมูล รวมทั้งพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง อันจะมีส่วนช่วยให้วิธีการนำสืบ และการซักถามพยานในศาลครอบคลุม ที่จะสามารถแสดงความน่าเชื่อถือ

หรือพิรุณข้อบกพร่องของพยานหลักฐานได้ดี นอกจากนี้ในวรรคสามแห่งบทบัญญัติดังกล่าวยังกำหนดหลักเกณฑ์ของสิ่งพิมพ์ออก (Printout) ของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นให้สามารถนำมาอ้างอิงเป็นพยานหลักฐานในการพิจารณาได้ด้วย

ทั้งนี้ การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีแพ่งทั่วไปเป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาที่จะให้น้ำหนักความน่าเชื่อถือแก่พยานหลักฐานที่คู่ความเสนอหรือไม่ เพียงใด ภายใต้บังคับของกฎหมายลักษณะพยาน แต่การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะมีความยุ่งยากซับซ้อนยิ่งกว่า ดังนั้นมาตรา 11 วรรคสอง จึงบัญญัติถึงวิธีการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานประเภทนี้ไว้ อย่างไรก็ตาม การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ให้อำนาจผู้พิพากษาที่จะใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานได้อย่างเต็มที่²¹ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะพบว่า บทบัญญัติดังกล่าวมิใช่บังคับให้ศาลต้องรับฟังทุกกรณี เพียงแต่กำหนดเป็นหลักการว่าห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังเพียงเพราะพยานหลักฐานนั้นอยู่ในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ส่วนพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะมีน้ำหนักเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใด ให้พิเคราะห์ถึงบริบทอื่น ๆ ประกอบ นอกจากนี้หลักเกณฑ์ในมาตรานี้กำหนดไว้กว้าง ๆ ให้รับฟังพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่ไม่ได้กำหนดว่าให้ศาลรับฟังได้ในรูปพยานหลักฐานประเภทใดหรือวิธีการใด²² ส่วนวิธีการนำสืบพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ มิจำเป็นต้องนำสืบอิเล็กทรอนิกส์ เช่น เครื่องคอมพิวเตอร์ไปทำการประมวลข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้ศาลพิจารณา หรือต้องบันทึกข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ลงในแฟลชไดรฟ์แต่อย่างใด โดยคู่ความสามารถพิมพ์ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นใส่กระดาษ แล้วนำกระดาษนั้นไปนำสืบต่อศาลได้ ทั้งนี้ ตามความในวรรคสามแห่งบทบัญญัติดังกล่าว

โดยสรุปแล้ว การพิจารณาหลักฐานที่เกี่ยวกับการทำธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์เป็นเรื่องใหม่ที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกา หรือคำอธิบายที่ชัดเจน จึงต้องพิจารณารายละเอียดในแต่ละกรณี เช่น สำเนาเอกสาร พยานบอกเล่า และยังมีข้อที่ต้องพิจารณาว่า จะใช้วิธีการนำสืบแบบพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ ซึ่งอาจต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและประเด็นนำสืบเป็นรายกรณี ๆ ไป

²¹ สรรเสริญ ศิริวรรณ, “ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์”, (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2554), น. 70.

²² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, ทวีศักดิ์ กอนันตกุล และสุรางคณา แก้วจางงค์, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544, น. 67-68.

3.2.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

3.2.2.1 ความเป็นมา

ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ออกมาใช้บังคับกับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์โดยตรง ศาลได้นำกฎหมายที่มีอยู่แล้ว คือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้กับการทำธุรกรรมในลักษณะดังกล่าว โดยมีการประสบปัญหาในเรื่องความไม่สอดคล้องของกฎหมายกับลักษณะของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ต่อมา เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2541 คณะรัฐมนตรีจึงได้เห็นชอบการจัดทำโครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ ที่เสนอโดยกระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม และเห็นชอบให้คณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ (กสทช.) ทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางและประสานงานระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ในกรณี กสทช. จึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจเพื่อร่างกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร²³ โดยได้นำร่างกฎหมายว่าด้วยการแลกเปลี่ยนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และร่างกฎหมายว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ยึดหลักการตามกฎหมายแม่แบบของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ กล่าวคือกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 1996 และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2001 ตราออกมาเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 โดยมีเนื้อหาแบ่งออกเป็น 6 หมวด ได้แก่

- หมวดที่ 1. ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์
- หมวดที่ 2. ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์
- หมวดที่ 3. ธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์
- หมวดที่ 4. ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐ
- หมวดที่ 5. คณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์
- หมวดที่ 6. บทกำหนดโทษ

ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 3 เมษายน พ.ศ. 2545 และมีหลักการและเหตุผลว่า

“โดยที่การทำธุรกรรมในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะปรับเปลี่ยนวิธีการในการติดต่อสื่อสารที่อาศัยการพัฒนาการเทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีความสะดวก รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ แต่เนื่องจากการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวมีความแตกต่างจากวิธีการทำธุรกรรมซึ่งมีกฎหมายรองรับอยู่ในปัจจุบันเป็นอย่างมาก อันส่งผลให้ต้องมีการรองรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้สอดคล้องกับการทำเป็นหนังสือ หรือหลักฐานเป็นหนังสือ การรับรอง

²³ สราวุธ ปิตียาศักดิ์, กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), น.28.

วิธีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์การใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ตลอดจนการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อเป็นการส่งเสริมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้นำเชื่อถือ และมีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกับการทำธุรกรรมโดยวิธีการทั่วไปที่เคยปฏิบัติอยู่เดิม ควรกำหนดให้มีคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทำหน้าที่วางนโยบายกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อส่งเสริมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ติดตามดูแลการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์รวมทั้งมีหน้าที่ในการส่งเสริมการพัฒนาการทางเทคโนโลยีเพื่อติดตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยีซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาศักยภาพตลอดเวลาให้มีมาตรฐานนำเชื่อถือ ตลอดจนเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่เกี่ยวข้องอันจะเป็นการส่งเสริมการใช้ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ ด้วยการมีกฎหมายรองรับในลักษณะที่เป็นเอกรูป และสอดคล้องกับมาตรฐานที่นานาประเทศยอมรับ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

3.2.2.2 ความหมายของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

หากพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ที่ได้กำหนดนิยามความหมายไว้ว่า

“ธุรกรรม” หมายความว่า การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับกิจกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ หรือในการดำเนินงานของรัฐตามที่กำหนดในหมวด 4²⁴

“อิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า การประยุกต์ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ไฟฟ้า คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า หรือวิธีอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน และให้หมายความรวมถึงการประยุกต์ใช้วิธีการทางแสง วิธีการทางแม่เหล็ก หรืออุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการประยุกต์ใช้วิธีต่าง ๆ

“ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า ธุรกรรมที่กระทำขึ้นโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

ดังนั้น จะพบว่าธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ หมายถึง การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการค้าขาย โดยอาศัยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เช่น โทรศัพท์ แฟกซ์ อีเมล ฯลฯ เป็นสื่อกลางในการดำเนินการ โดยในการทำธุรกรรมดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำโดยอาศัยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ตลอดทั้งกระบวนการก็ได้ เพียงแต่ให้มีส่วนหนึ่งส่วนใดของขั้นตอนการค้าขายหรือการติดต่อที่ใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็เพียงพอ ตัวอย่างเช่น ถ้าการใช้อีเมลในขั้นตอนการสั่งซื้อสินค้าเพียงขั้นตอนเดียว แต่ขั้นตอนอื่น ๆ เช่น การออกไปเสร็จ การส่งของ การจัดส่งต็อก ฯลฯ ไม่ได้ใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์ ก็ถือว่ากระบวนการทั้งหมดนั้นเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ดังนั้น การสั่งซื้อสินค้าทาง

²⁴ หมวด 4 ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐ

อินเทอร์เน็ตนั้นก็จะถือว่าเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งจะสามารถฟ้องร้องกันทางกฎหมายได้²⁵

3.2.2.3 หลักการสำคัญ

(1) ขอบเขตการบังคับใช้

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ไว้ในมาตรา 3 ซึ่งกำหนดว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่ธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ดำเนินการโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เว้นแต่ธุรกรรมที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนมาใช้บังคับ” ซึ่งต่อมาได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 ที่กำหนดห้ามมิให้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาใช้กับธุรกรรมที่เกี่ยวกับเรื่องครอบครัวและมรดก

นอกจากนี้มาตรา 35 ยังขยายขอบเขตในการบังคับใช้ไปถึงการดำเนินการของรัฐด้วย เช่น การดำเนินการในเรื่องที่เกี่ยวกับคำขอ การอนุญาต การจดทะเบียน คำสั่งทางปกครอง หรือ กระทบใด ๆ ตามกฎหมายกับหน่วยงานของรัฐหรือโดยหน่วยงานของรัฐ ที่ได้กระทำในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

(2) การยอมรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวทางที่ให้การยอมรับว่า ห้ามมิให้ปฏิเสธความมีผลผูกพันและการบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อความที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์²⁶ โดยในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การใดต้องทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือหรือมีเอกสารมาแสดง ถ้าได้มีการจัดทำข้อความขึ้นเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง ให้ถือว่าข้อความนั้นได้ทำเป็นหนังสือ มีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีเอกสารมาแสดงแล้ว²⁷ และในกรณีที่บุคคลลงลายมือชื่อในหนังสือ ให้ถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีการลงลายมือชื่อแล้ว ถ้าบุคคลนั้นใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อได้และสามารถจะแสดงได้ว่าเจ้าของลายมือชื่อนั้น

²⁵ สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติกระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม, โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร.ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, 2542), น. 17.

²⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 7

²⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 8

รับรองข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นของตน โดยวิธีดังกล่าวจะต้องเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้ โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้างหรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ แวดล้อมหรือข้อตกลงของคู่กรณี²⁸

การลงลายมือชื่อ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดว่า เมื่อมีกิจการอันใด ซึ่งเป็นกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ บุคคลผู้จะต้องทำหนังสือไม่จำเป็นต้องเขียนเอง แต่หนังสือนั้นต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น และสัญญาหลายประเภทกฎหมายได้กำหนดให้ คู่สัญญาจะต้องทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ จึงจะทำให้สัญญาสมบูรณ์ หรือฟ้องร้อง บังคับคดีกันได้ ดังนั้น ในกรณีที่บุคคลพึงลงลายมือชื่อให้ถือว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีการลง ลายมือ มีหลักการพิจารณา ดังนี้

- 1) ใช้วิธีการที่สามารถระบุตัวเจ้าของลายมือชื่อ และสามารถแสดงได้ว่าเจ้าของลายมือ ชื่อรับรองข้อความในข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นว่าเป็นของตนเอง และ
- 2) วิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่เชื่อถือได้โดยเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการสร้าง หรือส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อมหรือข้อตกลงของคู่กรณี
- (3) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับ “ต้นฉบับ”²⁹

ในบางกรณีกฎหมายกำหนดให้ต้องนำเสนอหรือเก็บรักษาเอกสารต้นฉบับ ผู้ที่ใช้ข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์อาจประสงค์จะแสดงหรือเก็บรักษาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แทนการนำเอกสารมาแสดง หรือแทนการเก็บรักษาเอกสาร แต่ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่มีคุณสมบัติของความเป็นต้นฉบับใน ความหมายที่ใช้กับเอกสารทั่วไป เพราะผู้ที่รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ล้วนแล้วแต่รับสำเนาของสื่อที่ ทำขึ้นทั้งสิ้น จึงมีบทบัญญัติมาตรา 10 ที่ให้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีสถานะเช่นเดียวกับเอกสาร ต้นฉบับ ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขสองประการ คือ

- 1) ใช้วิธีการที่เชื่อถือได้ในการรักษาความถูกต้องของข้อความ ความครบถ้วนและไม่มี การเปลี่ยนแปลงใด ๆ ของข้อความตั้งแต่ที่สร้างข้อมูลนั้นขึ้นเสร็จสมบูรณ์ (Final Form) (ซึ่งต้อง พิเคราะห์ว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ยังอยู่ในสภาพที่ครบถ้วนสมบูรณ์โดยปราศจากการเปลี่ยนแปลง แก้ไขหรือไม่) โดยในพิจารณาถึงความครบถ้วนและไม่มีเปลี่ยนแปลงใด ๆ ของข้อความเว้น แต่การรับรองหรือบันทึกเพิ่มเติม หรือการเปลี่ยนแปลงใด ที่อาจจะเกิดขึ้นได้ตามปกติในการ ติดต่อสื่อสาร การเก็บรักษา หรือ การแสดงข้อความซึ่งไม่มีผลต่อความถูกต้องของข้อความ

²⁸ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 9

²⁹ พินัย ณ นคร, “พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์,” โดมทัศน์, เล่ม 1, ปีที่ 23, น.21,

กฎหมายกำหนดให้พีเอชเอถึงพฤติกรรมที่เกี่ยวข้อง ทั้งปวง รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการสร้างข้อความนั้น และ

2) ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ต้องอยู่ในสภาพที่สามารถแสดงข้อความในภายหลังได้ เช่น สามารถทำให้ปรากฏบนหน้าจอคอมพิวเตอร์ได้

(4) การเก็บรักษา³⁰

กฎหมายของประเทศต่าง ๆ มักกำหนดให้บุคคลเก็บรักษาข้อมูลหรือเอกสารไว้เพื่อประโยชน์ตามที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนด เช่น การเก็บรักษาสมุดบัญชี เป็นต้น หากต้องการเก็บรักษาข้อมูลเหล่านี้ในรูปของเอกสารธรรมดาเสมอไปก็อาจไม่สะดวกและสิ้นเปลืองเนื้อที่จัดเก็บเป็นอย่างมาก กฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์จึงอนุญาตให้เก็บรักษาเอกสาร โดยทำในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยให้มีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับการเก็บรักษาเอกสารธรรมดา ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดเงื่อนไขว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น ต้องสามารถเข้าถึงและนำกลับมาใช้ได้โดยความหมายไม่เปลี่ยนแปลง (ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เดียวกับที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับ “หนังสือ”) และข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่จัดเก็บนั้นต้อง “อยู่ในรูปแบบที่สามารถแสดงข้อความที่สร้าง ส่ง หรือได้รับให้ปรากฏอย่างถูกต้องได้” กล่าวคือ ต้องกระทำในรูปแบบที่สามารถแสดงว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่เก็บรักษานั้นมีเนื้อหาตรงกันกับข้อมูลหรือเอกสารที่ต้องเก็บรักษา ข้อกำหนดนี้ไม่ได้หมายความว่าต้องไม่มีการเปลี่ยนแปลงจากรูปเดิมเลย ทั้งนี้ เพราะการเก็บรักษาข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นมักมีการเข้ารหัสข้อมูล การบีบข้อมูล หรือการเปลี่ยนรูปข้อมูลอยู่เป็นปกติ

3.2.3 พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549

แม้ว่าตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 จะกำหนดขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้ใช้บังคับแก่ธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ดำเนินการโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้กำหนดยกเว้นธุรกรรมบางประเภทที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนมาใช้บังคับซึ่งจนถึงปัจจุบันมีการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับเพียงฉบับเดียว คือ พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549

ทั้งนี้ ตามมาตรา 3 ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ได้กำหนดห้ามมิให้นำบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับแก่ธุรกรรม 2 ประเภท คือ

³⁰ เห่งอ้าง, น.9

(1) ธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัว เช่น ธุรกรรมเกี่ยวกับการหมั้น การสมรส การรับรองบุตร บุตรบุญธรรม เป็นต้น

(2) ธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก คือ ธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ซึ่งรวมไปถึงในเรื่องพินัยกรรมด้วย

โดยปรากฏหมายเหตุท้ายพระราชกฤษฎีกาว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ คือ ปัจจุบันแม้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติรับรองสถานะทางกฎหมายของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ให้เท่าเทียมกับธุรกรรมที่ทำบนกระดาษและการลงลายมือชื่อไว้แล้วก็ตาม แต่เนื่องจากการทำธุรกรรมบางประเภทยังไม่เหมาะสมที่จะให้กระทำได้ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ สมควรตราพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกานี้” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากเหตุผลดังกล่าวแล้วจะเห็นว่ายังมีได้มีการอธิบายเหตุผลที่ชัดเจนว่าเหตุใดจึงต้องกำหนดยกเว้นมิให้ธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับกับกฎหมายว่าด้วยอิเล็กทรอนิกส์ มีเพียงแต่เหตุผลว่ายังไม่เหมาะสมเท่านั้น แต่น่าจะเป็นเพราะเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนที่ต้องการการพิจารณาอย่างรอบคอบก่อนการดำเนินการ

3.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องในต่างประเทศ

หลักเกณฑ์ในเรื่องการทำพินัยกรรมในรูปแบบเดิมของแต่ละประเทศมักจะมีการกำหนดไว้คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ พินัยกรรมจะต้องทำเป็นหนังสือ มีการลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรม และมีพยานลงลายมือชื่อรับรองตั้งแต่สองคนขึ้นไป อย่างไรก็ตาม การทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ เริ่มมีการกล่าวถึงกันมากในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา โดยเริ่มมีการตั้งคำถามทั้งจากประชาชนทั่วไปว่าคนจะสามารถทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้หรือไม่ ทั้งจากการตั้งคำถามในเชิงวิชาการถึงความเป็นไปได้ในการทำพินัยกรรมลักษณะดังกล่าว ซึ่งจากการศึกษาพบว่าแม้ในบางประเทศจะมีได้มีบทบัญญัติเฉพาะในเรื่องกฎหมายพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ไว้ แต่เนื่องจากเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ทำให้ศาลสามารถพิจารณารับรองพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยใช้วิธีการตีความการทำพินัยกรรมในรูปแบบเดิมที่มีบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อยู่แล้วให้กว้างออกไป และมักจะมีบทบัญญัติที่มีที่มาจากหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error Rules หรือ Harmless Error Doctrine) ทำให้ศาลมีอำนาจพิจารณาเอกสารใด ๆ ได้ว่า ผู้ทำเอกสารมีเจตนาให้เอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมหรือไม่ โดยให้พิจารณาจากเจตนารมณ์ของผู้ทำพินัยกรรมเป็นสำคัญ

3.3.1 หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error Rules หรือ Harmless Error Doctrines)³¹

หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error Rules หรือ Harmless Error Doctrine) คือ หลักที่ให้ความสำคัญกับเจตนาของผู้ตาย โดยเห็นว่าในขณะที่ผู้ตายสร้างเอกสารขึ้นผู้ตายอาจมีเจตนาที่จะให้เอกสารนั้นมีผลอย่างพินัยกรรม ซึ่งผู้มีหน้าที่นำสืบต้องสามารถแสดงให้ศาลเห็นจนเป็นที่พอใจแก่ศาลได้ว่าผู้ทำพินัยกรรมเจตนาที่จะให้เอกสารนั้นมีผลอย่างพินัยกรรม ศาลจึงจะสามารถรับรองเอกสารนั้นว่าเป็นพินัยกรรมได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ หากรูปแบบของการทำพินัยกรรมทำหน้าที่เป็นตัวแทนของการแสดงเจตนาในการทำพินัยกรรม หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายได้เข้ามาแทนที่การต้องปฏิบัติตามรูปแบบอย่างเคร่งครัดด้วยหลักฐานที่ชัดเจนของเจตนา

แท้จริงแล้วหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวเกิดจากแนวคำพิพากษาศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาในคดี Chapman v. California¹⁶¹ และคดี Arizona v. Fulminate¹⁶² ได้ให้เหตุผลว่าหลักนี้มีความมุ่งหมายที่จะรักษาวัตถุประสงค์หลักของการพิจารณาคดีอาญา ซึ่งได้แก่ การวินิจฉัยข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความผิด หรือ ความบริสุทธิ์ของจำเลย หลักนี้จึงเกิดขึ้นเพื่อป้องกันกระบวนการดำเนินคดีอาญามีให้ถูกกักร่อนไป โดยความผิดพลาดที่มีใช้เป็นประจำเป็นสิ่งสำคัญในคดี ซึ่งหลักดังกล่าวหมายถึง กรณีที่เจ้าหน้าที่ได้ พยานหลักฐานมาโดยละเมิดกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในข้อรายละเอียดปลีกย่อย ซึ่งไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิหลักตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ พยานหลักฐานที่ได้มาจึงเป็นพยานหลักฐานที่สามารถรับฟังได้³² ซึ่งต่อมาได้มีการนำหลักดังกล่าวมาใช้ในกฎหมายอื่น ๆ นอกเหนือจากกฎหมายอาญาและกฎหมายที่ว่าด้วยพยานหลักฐาน

ด้วยเหตุที่รูปแบบในการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป เนื่องจากวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่จะสามารถนำมาประยุกต์ใช้กับการทำพินัยกรรมได้มีอยู่อย่างหลากหลาย และไม่จำกัดรูปแบบ ซึ่งในอนาคตอาจจะมีวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์รูปแบบใหม่ ๆ เกิดขึ้น ดังนั้น หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมเป็นเรื่องมือที่มีประโยชน์มากในการแก้ไขข้อผิดพลาดในกรณีที่ทำพินัยกรรมไม่ถูกต้องตามแบบโดยไม่เป็นการลบล้างเจตจำนงอันแท้จริงของผู้ตายเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามวิธีการ เพราะแม้จะขาด

³¹ Susan Gary, John Draneas, “Harmless error: What Errors Are Harmless?,” Oregon State Bar CLE Seminars, p.4A-1 (2019).

³² พร้อมพรรณ ชลदारพงศ์, “การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560), น. 100.

องค์ประกอบบางประการ แต่หากมีข้อเท็จจริงหรือพยานแวดล้อมอื่นสามารถทดแทนส่วนที่ขาดได้ ก็ไม่น่าจะทำให้เจตนาของผู้ตายไม่สูญเปล่าไปเสียทั้งหมด

สำหรับเรื่องพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ มีการนำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้มาปรับใช้ โดยปรากฏอยู่ในบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องพินัยกรรมในประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ซึ่งมีรายละเอียดที่เกี่ยวกับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ และหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย พร้อมด้วยตัวอย่างกรณีศึกษา ดังต่อไปนี้

3.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาพบว่า ในปี ค.ศ. 1983 มีการพยายามทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นครั้งแรก คือ คดีของนาย Robert Reed ก่อนถึงแก่ความตายผู้ตายได้ทำการบันทึกเสียงแสดงเจตนา ก่อนตายลงในเทปเสียงและเก็บในซองที่ปิดผนึกพร้อมกับเขียนว่า “ใช้ในกรณีที่ข้าพเจ้าถึงแก่ความตายเท่านั้น” พร้อมกับได้ลงลายมือชื่อไว้ หลังจากการเสียชีวิตทายาทได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้รับรองเทปเสียงนั้นเป็นพินัยกรรม โดยให้เหตุผลว่าสิ่งที่นาย Robert Reed ทำขึ้น ถือเป็นพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ (Holographic Will) เนื่องจากเสียงที่ปรากฏในเทปเป็นไปตามหลักเกณฑ์การทำพินัยกรรม และในยุคที่เครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์และวงจรเครื่องบันทึกเทปกำลังมีความก้าวหน้า การบันทึกเสียงดังกล่าวควรได้รับการยอมรับเช่นเดียวกับการเขียน แต่ศาลฎีกาแห่งรัฐไวโอมิงปฏิเสธที่จะตีความ “การเขียน” ให้รวมถึงการบันทึกเทป จนกระทั่ง ในปี ค.ศ. 2001 ได้มีการออกกฎหมายรับรองการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Will) เกิดขึ้นครั้งแรกในรัฐเนวาดา (Nevada)

เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยรัฐต่าง ๆ หลายรัฐ การทำพินัยกรรมรูปแบบเดิมที่เป็นกระดาษในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีรายละเอียดปลีกย่อยแตกต่างกันไปตามแต่รัฐนั้น ๆ จะกำหนด แต่มักจะมีหลักเกณฑ์สำคัญที่คล้ายคลึงกันในสามหลักเกณฑ์ คือ

- 1) ต้องทำเป็นหนังสือ
 - 2) มีการลงลายมือชื่อผู้ทำพินัยกรรม และ
 - 3) มีพยานอย่างน้อยสองคนรู้เห็นและยืนยันลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรม
- ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้งสามหลักเกณฑ์ดังกล่าวถูกใช้มาเป็นระยะเวลากว่าร้อยปี โดยไม่มีการนำสื่ออิเล็กทรอนิกส์มาประยุกต์ใช้กับการทำพินัยกรรม

3.2.2.1 พระราชบัญญัติการจัดทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์

คณะกรรมการจัดทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียว (The Uniform Law Commission) คือ คณะกรรมการแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ก่อตั้งขึ้นจากความพยายามที่จะจัดทำกฎหมายที่

แตกต่างกันในรัฐต่าง ๆ ให้สอดคล้องกันหรือเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพื่อที่จะนำความมั่นคงมาสู่กฎหมายของแต่ละรัฐ ซึ่งกรรมการในคณะกรรมการการดังกล่าวจะประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับแต่งตั้งจากรัฐต่าง ๆ Uniform Law ที่คณะกรรมการการดังกล่าวได้เคยอนุมัติแล้ว เช่น พระราชบัญญัติทางการค้า พระราชบัญญัติการสนับสนุนครอบครัว พระราชบัญญัติธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

คณะกรรมการจัดทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียว (The Uniform Law Commission) ก็ได้มีความพยายามที่จะป้องกันความไม่ชัดเจนในเรื่องพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2019 คณะกรรมการจึงได้เห็นชอบพระราชบัญญัติพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ (Uniform Electronic Wills Act) ซึ่งการออกพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว รัฐต่าง ๆ อาจใช้เป็นแนวทางในการร่างกฎหมายที่ว่าด้วยพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ในรัฐของตน และเป็นการยืนยันว่าเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ที่มีลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์จะได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับเอกสารในรูปแบบกระดาษที่มีลายมือชื่อที่ลงนามโดยปากกา โดยคณะกรรมการจัดทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียวได้ศึกษาช่องว่างของการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์จากกรณีศึกษาที่เคยเกิดขึ้นในอดีต โดยพยายามทำให้พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานที่เชื่อถือได้ เพื่อให้ศาลและทนายสามารถดำเนินการตามเจตนารมณ์ของผู้ทำพินัยกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ และมีการอธิบายจุดประสงค์หลักสามประการของพระราชบัญญัติดังกล่าวว่า

1. เพื่อให้ผู้ทำพินัยกรรมสามารถทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ โดยที่กฎหมายรับรองให้พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์มีผลเช่นเดียวกับพินัยกรรมที่ทำขึ้นจากกระดาษ

2. เพื่อกำหนดเงื่อนไขในการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งหากประชาชนทั่วไปปฏิบัติตามจะส่งผลให้การแสดงเจตนานั้นถูกต้องตามกฎหมาย ลดภาระงานของศาลในการได้สวนเพื่อพิจารณาความถูกต้องในกรณีที่ไม่มีผู้ใดคัดค้าน และ

3. เพื่อพัฒนากระบวนการดำเนินการของเอกชนให้ไม่อยู่แต่เฉพาะในกฎเกณฑ์

(1) ลักษณะของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์

พระราชบัญญัติพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ของคณะกรรมการจัดทำกฎหมายให้เป็นหนึ่งเดียว ได้กำหนดลักษณะของพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ไว้ว่าต้องมีลักษณะ ดังนี้

“ส่วนที่ 5 การจัดทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์

(a) ภายใต้ส่วนที่ 8 (d) [ยกเว้นตามที่กำหนดในส่วนที่ 6] พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ต้องมีลักษณะดังนี้:

(1) เป็นบันทึกที่สามารถอ่านเป็นข้อความได้ในเวลาที่ลงนามตามวรรค (2)

(2) ลงนามโดย:

(A) ผู้ทำพินัยกรรม; หรือ

(B) บุคคลอื่นในนามของผู้ทำพินัยกรรม และอยู่ต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรมตามคำสั่งของผู้ทำพินัยกรรม; และ

(3) [กรณีอย่างใดอย่างหนึ่ง ต่อไปนี้:

(A) มีบุคคลลงนามอย่างน้อยสองคน โดยอยู่ต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรมในทางซื่อสัตย์จริง และแต่ละคนต้องมีภูมิลำเนาและมีถิ่นที่อยู่ในรัฐในเวลาที่ยกลงนามในเวลาอันสมควรภายหลังจากที่ได้เป็นพยาน:

[(A)] [(i)] การลงนามในพินัยกรรมตามวรรค (2); หรือ

[(B)] [(ii)] ผู้ทำพินัยกรรมได้รับทราบเกี่ยวกับการลงนามในพินัยกรรมซึ่งอยู่ภายใต้วรรค (2) หรือได้รับทราบพินัยกรรม [; หรือ

(B) ผู้ทำพินัยกรรมได้รับทราบก่อนแล้ว โดยต่อหน้าทนายความผู้รับรองลายมือชื่อหรือต่อหน้าบุคคลอื่นที่มีอำนาจตามกฎหมายในการรับรองเอกสารอิเล็กทรอนิกส์]

(b) เจตนาของผู้ทำพินัยกรรมที่บันทึกภายใต้อนุมาตรา (a) (1) ซึ่งเป็นพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ของผู้ทำพินัยกรรมอาจเกิดขึ้นจากพยานหลักฐานภายนอกก็ได้”

(2) หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error)

ปรากฏอยู่ในส่วนที่ 6 ดังนี้

“ส่วนที่ 6 บันทึกข้อความใด ๆ ที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามส่วนที่ 5 (a) ให้ถือว่าได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในส่วนที่ 5 (a) ถ้าผู้มีหน้าที่นำสืบบันทึกนั้นสามารถแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าผู้ตายมีเจตนาที่จะให้บันทึกนั้น

(1) เป็นพินัยกรรมของผู้ตาย

(2) เป็นการเพิกถอนเจตจำนงของผู้ตายบางส่วนหรือทั้งหมด

(3) เป็นการเพิ่มหรือแก้ไขเจตจำนงของตาย หรือความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

(4) เป็นการทำให้บางส่วนหรือทั้งหมดของเจตจำนงเดิมที่ถูกเพิกถอนก่อนหน้านี้กลับมามีผลใช้บังคับ”

(3) การเพิกถอนพินัยกรรม

โดยกำหนดว่าพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์อาจถูกเพิกถอนได้โดยพินัยกรรมฉบับหลังไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรืออาจถูกเพิกถอนได้โดยการกระทำทางกายภาพอย่างเจตนา โดยผู้ทำพินัยกรรมหรือผู้รับมอบอำนาจและเป็นการกระทำต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรม

จากหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติ มีข้อสังเกตดังนี้

1. หลักเกณฑ์ที่มีที่มาจากหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายตามส่วนที่ 6 นี้ The Uniform Law Commission ได้เคยกำหนดหลักดังกล่าวไว้ใน The Uniform Probate Code § 2-503 หรือ UPC § 2-503 ซึ่งได้รับแนวคิดมาจากประเทศออสเตรเลีย โดย The Uniform Law Commission ได้กำหนดให้หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายไปใช้กับเรื่องเพิกถอนพินัยกรรมด้วย

2. ในการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ ผู้ร่างยังคงต้องการให้ผู้ทำพินัยกรรมใช้วิธีการเขียนหรือต้องเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ไม่ได้กำหนดว่าต้องเขียนลงบนวัสดุชนิดใด ดังนั้น การบันทึกภาพหรือวิดีโอจึงไม่อาจนำมาใช้เป็นพินัยกรรมโดยลำพังได้

3. การกำหนดว่าพยานในพินัยกรรมต้องอยู่ต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรม “ในทางข้อเท็จจริง” เนื่องจากผู้ร่างเห็นว่า ด้วยเทคโนโลยีในปัจจุบัน พยานในพินัยกรรมอาจเป็นพยานที่อยู่ห่างโดยระยะทางก็ได้ เช่น พยานอาจรู้เห็นการทำพินัยกรรมผ่านวิดีโอคอล (Video Call) หรือ เว็บแคม (Webcam)

4. การเพิกถอนพินัยกรรมในทางกายภาพ อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นการกระทำในทางกายภาพ เช่น การลบไฟล์ หรือการทำลายแหล่งเก็บข้อมูลในคอมพิวเตอร์ หรือหากไฟล์พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์มีหลายไฟล์ การลบเพียงไฟล์เดียวจะถือว่าเป็นการเพิกถอนพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์นั้นเลยหรือไม่ ซึ่งผู้ร่างให้คำตอบว่าการลบไฟล์เพียงไฟล์เดียวควรถือว่าเป็นการเพิกถอนพินัยกรรมฉบับนั้นไปในตัวทำเป็นลายลักษณ์อักษร แต่อาจเขียนด้วยลายมือหรือพิมพ์

3.2.2.2 รัฐเนวาดา

ข้อกำหนดในเรื่องพินัยกรรมในรูปแบบเดิมของรัฐเนวาดา ประเทศสหรัฐอเมริกา ปรากฏอยู่ใน Nevada Revised Statutes Chapter 133 (NRS : Chapter 133) ซึ่งมีหลักเกณฑ์ คือ ผู้ทำพินัยกรรมต้องมีสติสัมปชัญญะ มีอายุมากกว่า 18 ปีบริบูรณ์ โดยจะต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้ทำหรือบุคคลอื่นลงลายมือชื่อแทนตามความประสงค์ของและต่อหน้าผู้ทำ และต้องมีพยานลงลายมือชื่อรับรองต่อหน้าผู้ทำอย่างน้อยสองคน³³

ประเทศสหรัฐอเมริกาโดยรัฐเนวาดาเป็นประเทศแรกที่ได้ออกกฎหมายรับรองการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ กฎหมายดังกล่าว ได้แก่ พระราชบัญญัติปรับปรุงกฎหมายเนวาดา (The Nevada Revised Statutes) ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ไว้ว่า

“NRS 133.085 พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์

1. พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์คือพินัยกรรมที่ผู้ทำพินัยกรรม

³³ NRS 133.040

(a) ทำขึ้นและรักษาในบันทึกอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Record) และ
 (b) ระบุวันที่และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของผู้ทำธุรกรรม ซึ่งรวมถึง แต่ไม่จำกัดเฉพาะอย่างน้อยหนึ่งอย่างต่อไปนี้

(1) มีลักษณะการรับรองความถูกต้อง (Authentication characteristic) ของผู้ทำธุรกรรม

(2) มีลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์และตราประทับอิเล็กทรอนิกส์ของโนตารี หรือ

(3) มีลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของพยานตั้งแต่สองคนขึ้นไป

2. ผู้ทำธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ต้องมีอายุมากกว่า 18 ปีบริบูรณ์”

ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวได้ให้คำอธิบายเพิ่มเติมไว้ว่า ลักษณะการรับรองความถูกต้อง (Authentication characteristic) หมายถึง คุณลักษณะเฉพาะของบุคคลนั้นที่สามารถบ่งชี้และบันทึกในทางอิเล็กทรอนิกส์ว่าเป็นลักษณะทางชีวภาพหรือการกระทำทางกายภาพที่กระทำโดยบุคคลนั้น ลักษณะดังกล่าวอาจเป็นลายพิมพ์นิ้วมือ การสแกนจอประสาทตา การจดจำเสียง การจดจำใบหน้า การบันทึกวิดีโอ ลายเซ็นดิจิทัล (Digitized signature) หรือการตรวจสอบที่เหมาะสมในเชิงพาณิชย์อื่น ๆ โดยใช้คุณสมบัติที่เป็นเอกลักษณ์ของบุคคล นอกจากนี้ ในการเก็บรักษาธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดว่า จะต้องมิด้านจับเพียงฉบับเดียวเท่านั้น

3.2.2.3 รัฐอริโซนา

ข้อกำหนดที่ว่าด้วยเรื่องธุรกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ของรัฐอริโซนา (Arizona) ถูกบัญญัติอยู่ใน Arizona Senate Bill 1298 มีการเผยแพร่ในเดือนมกราคม ค.ศ. 2017 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 2019 โดยยอมรับให้มีการทำธุรกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ผู้ทำธุรกรรมสามารถยืนยันตัวตนด้วยการเก็บข้อมูลทางชีวภาพได้ (Biometric Identification) เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ

Section 1. Title 14, chapter 2, article 5 ของ Arizona Senate Bill 1298 ได้กำหนดคำนิยามว่า “ธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์” หมายถึง ธุรกรรมหรือบันทึกเพิ่มเติมของธุรกรรมที่ถูกสร้างและรักษาไว้เป็นบันทึกทางอิเล็กทรอนิกส์และเป็นไปตามข้อกำหนดที่กำหนดไว้ในส่วนที่ 14-2519 ซึ่งตามส่วนที่ 14-2519 สรุปได้ว่า

“ธุรกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ต้อง

1. มีลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ของผู้ทำธุรกรรม

2. ระบุวันที่และเวลาที่ลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์”

3. รวมถึงวิธีการที่สามารถยืนยันตัวตนบุคคลที่แนบมาหรือเชื่อมโยงอย่างเป็นทางการระหว่างธุรกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์กับผู้ทำธุรกรรม

4. ถูกสร้างและคงไว้ซึ่งพฤติการณ์ที่พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์จะสามารถตรวจสอบได้”

3.2.2.4 รัฐอินเดียนา

บทบัญญัติของรัฐอินเดียนา (Indiana) ที่เกี่ยวข้องกับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นไปตาม Indiana House Bill 1303 บทบัญญัติเหล่านี้ได้สร้างกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ และมีเจตนารมณ์ให้สามารถนำไปประยุกต์ใช้ได้ด้วยความยืดหยุ่น โดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2018

หมวดที่ 2 IC 29-1-21 ถูกเพิ่มเข้าไปใน Indiana Code ดังกล่าว เป็นบทใหม่ โดยใน Section 1 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปสำหรับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ว่า ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าพยาน และจัดเก็บด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือจัดทำสำเนาตามบทบัญญัติในส่วนนี้ รวมไปถึงข้อสันนิษฐานทั่วไปทั้งหมดที่ใช้พินัยกรรมแบบเดิมให้นำไปใช้กับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ด้วย โดยรายละเอียดของการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นไปตาม Section 4 ซึ่งสรุปได้ว่า

“Section 4 พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์จะมีผลใช้บังคับได้เมื่อผู้ทำพินัยกรรมได้ลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์โดยมีการยืนยันตัวบุคคล ต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคน โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

- (1) ผู้ทำพินัยกรรมและพยานต้องอยู่ต่อหน้าและรับรู้ซึ่งกันและกันในเวลาที่มีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์
- (2) ผู้ทำพินัยกรรมและพยานต้องปฏิบัติ ดังนี้
 - (A) มีซอฟต์แวร์ที่ใช้เพื่อดำเนินการลงนามอิเล็กทรอนิกส์ หรือ
 - (B) มีข้อกำหนดของบุคคล รับผิดชอบดูแลการดำเนินการพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์
- (3) ผู้ทำพินัยกรรมต้องระบุต่อหน้าพยานว่าการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นการลงลายมือชื่อในพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์
- (4) ผู้ทำพินัยกรรมต้อง:
 - (A) ลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่อหน้าพยานตามความเป็นจริง; หรือ
 - (B) กำหนดให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่พยาน ลงลายมือชื่อในพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในนามของผู้ทำพินัยกรรม ต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรมและพยาน
- (5) พยานต้องลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ต่อหน้าบุคคลเหล่านี้ตามความเป็นจริง:

(A) ผู้ทำพินัยกรรม; และ

(B) พยานคนอื่น;

หลังจากผู้ทำพินัยกรรมได้ลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์

(6) บุคคล ดังต่อไปนี้ :

(A) ผู้ทำพินัยกรรม ; หรือ

(B) บุคคลอื่นที่

(i) ไม่ใช่พยาน; และ

(ii) ดำเนินการในนามของผู้ทำพินัยกรรม;

ต้องกำกับให้โปรแกรมซอฟต์แวร์หรือส่วนประกอบที่ทำให้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์และพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้จัดเก็บในบันทึกอิเล็กทรอนิกส์”

3.2.2.5 กรณีศึกษา

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีกรณีศึกษาที่น่าสนใจ ดังนี้

คดีของนาย Javier Castro³⁴

ในปี ค.ศ. 2013 นาย Javier Castro เข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลแห่งหนึ่งในรัฐโอไฮโอ (Ohio) เมื่อเขารู้ว่าตนเองใกล้ถึงแก่ความตายจึงปฏิเสธการรักษา และพูดคุยกับ Miguel และ Albie พี่น้องของเขาเกี่ยวกับการทำพินัยกรรม แต่เนื่องจากในขณะนั้นพวกเขาไม่สามารถหากระดาษหรือปากกาใด ๆ ได้ Albie จึงแนะนำว่า ให้เขียนพินัยกรรมลงบนแท็บเล็ต นาย Javier จึงบอกให้ Miguel เขียนความต้องการของเขาลงบนแท็บเล็ตดังกล่าว โดยใช้ปากกาอัจฉริยะ (Stylus Pen) นาย Javier จึงได้ลงลายมือชื่อท้ายข้อกำหนดในพินัยกรรมบนแท็บเล็ตนั้น โดยมีพยานลงลายมือชื่อจำนวนสองคน

เมื่อนาย Javier เสียชีวิต Miguel ได้พิมพ์ (Print out) พินัยกรรมนั้นออกมาเพื่อให้ศาลรับรอง โดยศาลพิจารณาพินัยกรรมดังกล่าวเป็นกรณีความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (harmless error rule) ซึ่งในคดีดังกล่าวมีประเด็นสำคัญ คือ (1) พินัยกรรมนั้นทำถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของรัฐหรือไม่ และ (2) มีหลักฐานเพียงพอว่าเป็นพินัยกรรมฉบับสุดท้ายของนาย Javier หรือไม่ โดยข้อกำหนดในเรื่องพินัยกรรมของรัฐโอไฮโอ³⁵ สรุปได้ว่า

(1) นอกจากการทำพินัยกรรมแบบวาจา พินัยกรรมต้อง

(2) ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อท้ายข้อกำหนดในพินัยกรรม

³⁴ Lorain County Court of Common Pleas. “In re Estate of Castro.”

<https://www.quimbee.com/cases/in-re-estate-of-castro>, 15 มกราคม 2563

³⁵ Ohio’s requirements for a valid will are found in R.C. 2107.03,

(3) ต้องมีพยานตั้งแต่สองคนขึ้นไปรู้เห็นการลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมแต่เนื่องจากตามบทบัญญัติดังกล่าวมิได้ให้นิยามคำว่า “ลายลักษณ์อักษร” เอาไว้ ศาลจึงพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา³⁶ โดยคำว่า “ลายลักษณ์อักษร” มีความหมายว่า ซอฟต์แวร์ คอมพิวเตอร์, เอกสาร, จดหมาย, บันทึก, กระดาษ, ข้อมูล หรือสิ่งอื่น ๆ ที่มีหรือเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะด้วยวิธีการพิมพ์หรือตราประทับ หรือวิธีการใด ๆ ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่นาย Javier ทำพินัยกรรมลงในแท็บเล็ตอยู่ในความหมายของคำว่า “ลายลักษณ์อักษร” เนื่องจากมีการเขียนโดยใช้ปากกาอ็อนริยะ ในท้ายที่สุด ศาลแห่งรัฐ โอไฮโอก็ได้มีคำพิพากษารับรองพินัยกรรมดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่ามีการทำพินัยกรรมถูกต้อง ครบถ้วน ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดในเรื่องการทำพินัยกรรม

คดี Taylor v. Holt³⁷

ในเดือนมกราคม ปี 2002 นาย Steve Godfrey ได้ทำเอกสารในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ แสดงเจตนาททรัพย์สินให้ Doris Holt แฟนสาว นาย Steve พิมพ์ชื่อของตนเป็นตัวเอียงในตอนท้ายของพินัยกรรม โดยอ้างว่าเป็นเจตจำนงสุดท้ายและพินัยกรรมของตน และพิมพ์เอกสารออกมาขอให้เพื่อนบ้านสองคน คือ Hershell Williams และ Teresa Williams ลงลายมือชื่อเป็นพยาน นาย Steve เสียชีวิตประมาณหนึ่งสัปดาห์หลังจากทำพินัยกรรม

Doris Holt แฟนของผู้ตายซึ่งอาศัยอยู่กับผู้ตายในเวลาและผู้ตายถึงแก่ความตายได้ยื่นคำขอให้ศาลแห่งรัฐเทนเนสซี (Tennessee) ตั้งตนเป็นผู้แทนในการจัดการทรัพย์มรดกของผู้ตายพร้อมกับยื่นคำให้การว่ามีพยานรู้เห็นการทำพินัยกรรมของผู้ตาย และขณะผู้ตายทำพินัยกรรมผู้ตายมีสติสัมปชัญญะครบถ้วน Donna Godfrey TAYLOR น้องสาวของผู้ตายจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลอ้างว่าตนเป็นทายาทเพียงคนเดียวของผู้ตาย ผู้ตายถึงแก่ความตายโดยไม่ได้ทำพินัยกรรม เอกสารที่จำเลยอ้างนั้นตกเป็นโมฆะเพราะผู้ตายไม่ได้ลงลายมือชื่อเอาไว้ จำเลยไม่มีสิทธิรับมรดกเนื่องจากไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือทางกฎหมายกับผู้เสียชีวิต และไม่ควรถูกแต่งตั้งให้เป็นผู้ดูแลทรัพย์สินของผู้เสียชีวิต จำเลยให้การต่อสู้ว่าการทำพินัยกรรมของผู้ตายถูกต้องตามหลักเกณฑ์ในการทำพินัยกรรมแล้ว กล่าวคือ มีการลงลายมือชื่อและมีพยานรับรองการทำพินัยกรรมจำนวนสองคน

ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2002 ศาลมีคำพิพากษาว่าการทำพินัยกรรมของผู้ตายเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐเทนเนสซี เนื่องจากผู้ตายได้ทำเครื่องหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นลายมือชื่อ

³⁶ Crimes—Procedure, and relied on R.C. 2913.01(F).

³⁷ Brown J. “Re Nichol; Nichol v Nichol & Anor [2017] QSC 220.”

ของตนโดยใช้คอมพิวเตอร์ การที่ผู้ตายพิมพ์ชื่อของตนเป็นตัวเอียงจึงเข้ากรณีที่กฎหมายกำหนดว่าการลงลายมือชื่อ คือ “สัญลักษณ์หรือวิธีการอื่นใดที่บุคคลนั้นมีเจตนาจะยืนยันความถูกต้องของข้อความหรือบันทึก” เมื่อพินัยกรรมทำขึ้น โดยมีพยานรู้เห็นการลงลายมือชื่อของผู้ตาย พินัยกรรมจึงมีผลใช้บังคับ และจำเลยจึงมีสิทธิได้รับมรดกตามพินัยกรรม

คดี Litevich v. Probate Court³⁸

ปี 2013 ในรัฐคอนเนตทิคัต (Connecticut) Carole Berger พบว่าสุขภาพของเธอกำลังแย่ลง แต่เนื่องจากเธอต้องการประหยัดค่าใช้จ่าย ดังนั้น แทนที่จะติดต่อทนายความเพื่อทำพินัยกรรม เธอกลับตัดสินใจทำพินัยกรรมผ่านเว็บไซต์ LegalZoom ซึ่งเป็นเว็บไซต์ที่ให้บริการด้านกฎหมาย และเมื่อเธอทำพินัยกรรมออนไลน์เรียบร้อยแล้ว เว็บไซต์กำหนดให้เธอต้องกรอกข้อมูลส่วนตัวมากมายเพื่อเป็นการยืนยันตัว รวมไปถึงการชำระเงินผ่านบัตรเครดิต เมื่อดำเนินการเสร็จเรียบร้อย เว็บไซต์จึงส่งอีเมลเอกสารดังกล่าวถึงเธอระหว่างที่เธอพักรักษาตัวอยู่ที่โรงพยาบาล โดยเธอไม่ได้ลงลายมือชื่อลงในเอกสารนั้นไม่ว่าในวิธีใด ๆ เนื่องจากสำคัญคิดว่าตามกฎหมายของรัฐคอนเนตทิคัตต้องการเพียงการรับรองจากโนตารี และเธอได้เสียชีวิตในเวลาต่อมา

ผู้ได้รับประโยชน์จากพินัยกรรมดังกล่าว คือ เพื่อนสนิทของผู้ตาย ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรับรองพินัยกรรม โดยอ้างว่าจากข้อเท็จจริงเห็นได้ว่าผู้ตายมีเจตนาที่จะทำพินัยกรรมให้ถูกต้องตามกฎหมาย โดยได้ดำเนินการตามที่ผู้ให้บริการกำหนด รวมถึงความจริงที่ว่าผู้ให้บริการกำหนดให้ผู้ตายต้อง “ยืนยันเอกสารที่เธอสร้างขึ้น” ซึ่งกระบวนการยืนยันที่พวกเขาอ้าง จากหลักฐานต่าง ๆ ก็ได้บ่งบอกถึงเจตนาของผู้ตายที่จะทำพินัยกรรม จึงถือได้ว่าการผูกพันแล้ว ผู้ร้องจึงร้องขอให้ศาลนำหลักเกณฑ์ในเรื่องข้อผิดพลาดที่ไม่เป็นอันตราย (Harmless Error Rule) มาปรับใช้

ศาลเริ่มทำการวิเคราะห์โดยพิจารณาตามกฎหมายของรัฐคอนเนตทิคัตในข้อ 45a – 251 ที่กำหนดว่า พินัยกรรมต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานสองคน ประกอบกับคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ อย่างเคร่งครัด ดังนั้น แม้ว่าการที่ผู้ตายจะได้ดำเนินการต่าง ๆ ตามที่ผู้ให้บริการกำหนด แต่ก็ถือมิได้ว่าผู้ตายได้ลงลายมือชื่อในพินัยกรรม ประกอบกับมิได้มีพยานรู้เห็นการกระทำดังกล่าว กรณีจึงถือมิได้ว่ามีการทำพินัยกรรมตามที่กฎหมายกำหนด ศาลจึงปฏิเสธที่จะรับรองพินัยกรรมของผู้ตาย

³⁸ Willson J. “Lawrence Litevich v. Probate Court, District of West Haven.”

3.2.3 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียประกอบด้วยรัฐต่าง ๆ หลายรัฐ และทุกรัฐจะมีหลักเกณฑ์ในการทำพินัยกรรมที่เหมือนกัน คือ ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อโดยมีพยานรับรอง โดยยังไม่มีรัฐใดที่บัญญัติกฎเกณฑ์เกณฑ์ในการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ไว้เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตาม ในบางรัฐได้นำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาใช้ โดยบัญญัติเป็นกฎหมายบังคับใช้ในรัฐนั้น รวมถึงมีคำพิพากษาเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ที่น่าสนใจ ดังนี้

3.2.3.1 รัฐควีนส์แลนด์

หลักเกณฑ์การทำพินัยกรรมในรูปแบบเดิมของรัฐควีนส์แลนด์ (Queensland) ถูกบัญญัติอยู่ใน พระราชบัญญัติการสืบมรดก ค.ศ. 1981 (Succession Act 1981) ซึ่งตามมาตรา 10 มีหลักว่า

(1) พินัยกรรมต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร

(2) มีการลงลายมือชื่อโดยผู้ทำพินัยกรรมหรือบุคคลอื่นในนามของผู้ทำพินัยกรรม และอยู่ต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรมตามคำสั่งของผู้ทำพินัยกรรม โดยผู้ทำพินัยกรรมมีเจตนาให้ลายมือชื่อนั้นเป็นการรับรองพินัยกรรม แต่ไม่จำเป็นต้องลงลายมือชื่อในส่วนท้ายของพินัยกรรม

(3) มีพยานตั้งแต่สองคนขึ้นไปลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรม โดยที่พยานไม่จำเป็นต้องรู้ว่าเอกสารนั้นเป็นพินัยกรรม

อย่างไรก็ตาม หากสิ่งทีบุคคลใด ๆ ทำขึ้นนั้น ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 10 แต่มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้ให้อำนาจศาลกรณีพบว่าบุคคลนั้นมีเจตนาที่จะให้เอกสารใด ๆ มีผลอย่างพินัยกรรม หากแสดงให้เห็นได้ว่าผู้ตายมีความตั้งใจที่จะทำเป็นพินัยกรรม ก็ให้ถือว่าเอกสารนั้นเป็นพินัยกรรม ซึ่งในมาตรา 5 ได้ นิยามความหมายของคำว่า “เอกสาร” ไว้ว่า

“เอกสาร” หมายถึง

(a) ในหมวดที่ 2 นอกจากมาตรา 18 เอกสารหมายความว่า กระดาษใด ๆ หรือวัตถุที่ปรากฏลายลักษณ์อักษร หรือ

(b) มาตรา 18 ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการแปลความหมาย ค.ศ. 1954 ในตารางที่ 1” ทั้งนี้ ตามตารางที่ 1 ในพระราชบัญญัติการแปลความหมาย ค.ศ. 1954 (Interpretation Act 1954) ให้ความหมายของคำว่า “เอกสาร” ไว้ว่า

“เอกสาร หมายความว่ารวมถึง

(a) กระดาษใดหรือวัตถุใด ๆ ที่ปรากฏลายลักษณ์อักษร และ

(b) กระดาษใดหรือวัตถุใด ๆ ที่ปรากฏเครื่องหมาย ตัวเลข สัญลักษณ์ หรือรอยปรุ ที่สื่อ

ความหมาย และ

(c) แผ่นดิสก์ เทป หรือสิ่งของ หรือวัสดุใด ๆ ที่ปรากฏเสียง รูปภาพ ลายลักษณ์อักษร หรือข้อความใด ๆ ที่สามารถผลิตหรือทำซ้ำได้ (โดยมีหรือไม่มีความช่วยเหลือจากวัสดุหรืออุปกรณ์อื่น)”

โดยเมื่อพิจารณาแล้วจะสังเกตได้ว่ามาตรา 18 ดังกล่าวมีที่มาจากหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ทั้งนี้ มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ดังนี้

คดี Re: Yu [2013] QSC 322³⁹

ปี ค.ศ. 2013 ในรัฐควีนส์แลนด์ Karter Yu ได้ทำเอกสารขึ้นฉบับหนึ่งโดยพิมพ์ข้อความในโทรศัพท์มือถือผ่านแอปพลิเคชันโน้ต (Note) มีข้อความขึ้นต้นว่า “พินัยกรรมของ Karter Yu” มีเนื้อหาเกี่ยวกับการกล่าวอำลา และการจัดการทรัพย์สินของผู้ตายหลังถึงแก่ความตาย และลงท้ายด้วยการพิมพ์ว่า “Karter Yu” พร้อมกับระบุวัน เดือน ปี ที่ทำเอกสารขึ้น ก่อนที่ผู้ตายจะฆ่าตัวตายในเวลาต่อมา

ศาลสูงแห่งรัฐควีนส์แลนด์พิจารณาจากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการสืบมรดก ค.ศ. 1981 ประกอบกับคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ แล้วเห็นว่า แม้ว่าเอกสารที่พบในโทรศัพท์ของผู้ตายจะไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ในการทำพินัยกรรมตามมาตรา 10 แต่เข้ากรณีตามมาตรา 18 กล่าวคือ ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาเอกสารที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ในมาตรา 10 และหากแสดงให้เห็นจนเป็นที่พอใจแก่ศาลถึงเจตนาธรรมของผู้ทำพินัยกรรม ก็ให้ถือว่าเอกสารนั้นเป็นพินัยกรรม โดยในการพิจารณาว่าเอกสารนั้นจะเข้ากรณีตามมาตรา 18 หรือไม่ ศาลได้พิจารณาประกอบกับคำพิพากษานคดีก่อน ๆ เห็นว่า ต้องเข้าเงื่อนไข 3 ประการ กล่าวคือ

1) เงื่อนไขแรก คือ เงื่อนไขความเป็นเอกสาร ซึ่งหลักฐานในคดีนี้เป็นสิ่งที่ถูกสร้างและเก็บไว้ในโทรศัพท์ iPhone โดยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการสืบมรดกกำหนดนิยามคำว่า “เอกสาร” ว่าให้หมายความรวมถึง แผ่นดิสก์ เทป หรือสิ่งของ หรือวัสดุใด ๆ ที่ปรากฏเสียง รูปภาพ ลายลักษณ์อักษร หรือข้อความใด ๆ ที่สามารถผลิตหรือทำซ้ำได้ โดยมีหรือไม่มีความช่วยเหลือจากวัสดุหรืออุปกรณ์อื่น ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าสิ่งที่ผู้ตายสร้างขึ้นโดยใช้โทรศัพท์ iPhone จึงอยู่ในความหมายของคำว่าเอกสาร

2) เอกสารนั้นแสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของผู้ตายเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินภายหลังผู้ตายถึงแก่ความตายหรือไม่ ซึ่งเอกสารดังกล่าวได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าปรากฏเจตนาธรรมของผู้ตาย เนื่องจากมีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดการและการแจกจ่ายทรัพย์สินทั้งหมดของผู้ตาย

³⁹ Peter Lyons J. “Re: Yu [2013] QSC 322.” <https://archive.sclqld.org.au/qjudgment/2013/QSC13-322.pdf>, 25 มกราคม 2563

เนื่องจากโดยปกติแล้ววิญญูชนจะไม่พยายามแจกจ่ายทรัพย์สินทั้งหมดตน เว้นแต่กรณีที่คุณถึงแก่ความตาย นอกจากนี้ เอกสารดังกล่าวยังแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่ว่าจะแต่งตั้งบุคคลอื่นเป็นตัวแทนในการดำเนินการในกรณีที่ผู้ตายถึงแก่ความตาย สิ่งเหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่ยืนยันได้ว่าเอกสารนั้นได้แสดงเจตจำนงของผู้ตาย

3) ผู้ตายประสงค์จะให้เอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตายหรือไม่ ซึ่งศาลเห็นว่าเอกสารดังกล่าวได้ขึ้นต้นว่า “พินัยกรรมของ Karter Yu” ประกอบกับมีการแต่งตั้งผู้แทน พิมพ์ชื่อของตนในส่วนท้ายของเอกสารซึ่งเป็นบริเวณที่ลายมือชื่อควรจะปรากฏอยู่ในเอกสาร ตามด้วยวัน เดือน ปี ที่ทำเอกสารนั้นขึ้น และที่อยู่ของผู้ตาย ประกอบกับจากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ตายทำเอกสารดังกล่าวขึ้นก่อนถึงแก่ความตายเพียงไม่นาน จึงเป็นเอกสารที่แสดงถึงเจตนาของของผู้ตายที่ผู้ตายตั้งใจทำอย่างมีการไตร่ตรอง และเป็นไปตามนิยามความหมายของคำว่า “เอกสาร” ผู้ตายจึงมีความประสงค์จะให้เอกสารนั้นถือเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย

คดี Mellino v. Wnuk & Ors [2013] QSC 336

ในปี ค.ศ. 2013 Sean Peter ได้บันทึกวิดีโอพรรณนาถึงความตั้งใจที่จะฆ่าตัวตาย รวมไปถึงการจัดการทรัพย์สินต่าง ๆ ผ่านการบันทึกวิดีโอ เนื่องจากเขาไม่คุ้นชินกับการดำเนินการทางเอกสาร และเขาหวังว่าวิดีโอฉบับนี้จะทำให้ความประสงค์ของเขาในเรื่องการแจกจ่ายทรัพย์สินมีผลบังคับทางกฎหมาย โดยเมื่อบันทึกวิดีโอเรียบร้อยแล้ว เขาได้เขียนลงบนแผ่นซีดีว่า “พินัยกรรมของข้าพเจ้า” ด้วยลายมือตนเอง เมื่อดำเนินการดังกล่าวเสร็จสิ้นเขาก็ฆ่าตัวตายในทันที

ศาลสูงแห่งรัฐควีนส์แลนด์ พิจารณาจากวิดีโอดังกล่าวประกอบกับมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการสืบมรดก ค.ศ. 1981 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลในการปรับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้ โดยศาลเห็นว่าวิดีโออยู่ในความหมายของคำว่า “เอกสาร” และการที่ผู้ตายเขียนลงบนแผ่นซีดีด้วยลายมือของตนเองว่า “พินัยกรรมของข้าพเจ้า” ประกอบกับสิ่งที่ผู้ตายพูดในคลิปวิดีโอ จึงเป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนได้ว่าและผู้ตายมีความประสงค์ที่จะให้เอกสารดังกล่าวถือเป็นพินัยกรรมของตน

คดี In The Estate of Leslie Wayne Quinn (deceased) [2019] QSC 99⁴⁰

ในเดือนมิถุนายน ปี ค.ศ. 2015 Leslie Wayne Quinn ได้ฆ่าตัวตาย และหลังจากนั้น 4 ปี ภรรยาของผู้ตายได้พบสำเนาคลิปวิดีโอของผู้ตายโดยการ “ซิงค์” (synced) ในคอมพิวเตอร์ของผู้ตาย โดยเป็นการบันทึกวิดีโอผ่านโทรศัพท์มือถือ iPhone ซึ่งเนื้อหาในวิดีโอปรากฏผู้ตายได้บอกกล่าววันที่บันทึกวิดีโอพร้อมกับกล่าวว่านี่เป็นพินัยกรรมฉบับสุดท้ายของตน พรรณนาถึงความทุกข์ทรมานและ

⁴⁰ Lyons SJA. “In The Estate of Leslie Wayne Quinn (deceased) [2019] QSC 99.”

การต่อสู้กับโรคร้ายมาหลายปีจนได้ตัดสินใจหยุดการรักษา และขอทรมัทธิพลินทั้งหมดให้แก่ Leanne ภรรยาของตน ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า ภายหลังจากผู้ตายถึงแก่ความตายไม่มีผู้ใดสามารถเข้าถึงโทรศัพท์มือถือของผู้ตายได้ เนื่องจากมีการตั้งรหัสผ่านในการเข้าถึงโทรศัพท์ไว้ และผู้ตายกับภรรยาแยกกันอยู่โดยมิได้มีการหย่าตั้งแต่ปี ค.ศ. 2013 ซึ่งเป็นเวลา 2 ปีก่อนผู้ตายถึงแก่ความตาย

ศาลสูงแห่งรัฐควีนส์แลนด์พิจารณาข้อเท็จจริงประกอบกับมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติการสืบมรดก ค.ศ. 1981 โดยเห็นว่าตามบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดว่า พินัยกรรมต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองตั้งแต่คนขึ้นไป คลิปวิดีโอดังกล่าวจึงไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าคลิปวิดีโอนี้เข้ากรณีพินัยกรรมที่ไม่มีรูปแบบ (Informal Will) ตามมาตรา 18 ที่ให้อำนาจศาลในการพิจารณาเอกสารที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในการทำพินัยกรรมตามที่กฎหมายกำหนด หากเอกสารนั้นสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าเป็นเอกสารที่ผู้ตายต้องการจะให้เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้ตาย ก็ให้ถือว่าเอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย โดยมีประเด็นที่ต้องพิจารณา ดังนี้

1) คลิปวิดีโอเป็นเอกสารหรือไม่ ซึ่งตามมาตรา 5 กำหนดว่า เอกสาร หมายความว่า ความรวมถึง แผ่นดิสก์ เทป หรือสิ่งของ หรือวัสดุใด ๆ ที่ปรากฏเสียง รูปภาพ ลายลักษณ์อักษร หรือข้อความใด ๆ ที่สามารถผลิตหรือทำซ้ำได้ โดยมีหรือไม่มีความช่วยเหลือจากวัสดุหรืออุปกรณ์อื่น นอกจากนี้ศาลยังได้เทียบเคียงข้อเท็จจริงในคดีนี้กับคดี Mellino v. Wnuk & Ors [2013] QSC 336 และคดี Re: Yu [2013] QSC 322 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าวิดีโอดังกล่าวอยู่ในความหมายของคำว่า เอกสารตามมาตรา 18 อย่างไม่ต้องสงสัย

2) ประเด็นเกี่ยวกับเอกสารต้นฉบับ แม้ศาลจะได้รับคลิปวิดีโอที่บรรจุอยู่ในแผ่นซีดีที่ภรรยาของผู้ตายนำส่งต่อศาล โดยไม่เคยได้รับวิดีโอต้นฉบับที่อยู่ในโทรศัพท์มือถือของผู้ตาย แต่ข้อเท็จจริงก็ปรากฏชัดว่าคลิปวิดีโอจากคอมพิวเตอร์ของและคลิปวิดีโอที่ศาลได้รับเป็นสำเนาของวิดีโอที่อยู่ในโทรศัพท์มือถือของผู้ตาย

3) วิดีโอแสดงให้เห็นถึงเจตนาสุดท้ายของผู้ตายหรือไม่ ซึ่งแม้เนื้อหาในวิดีโอจะปรากฏชัดว่าผู้ตายได้รับผลกระทบจากโรคร้ายอย่างไร แต่ก็แสดงให้เห็นว่าภายหลังจากความตายผู้ตายมีเจตนาในการจัดการทรัพย์สินทั้งหมดของตนอย่างไร มีการเรียกการบันทึกวิดีโอดังกล่าวว่า “พินัยกรรมฉบับสุดท้าย” และจากสภาพแวดล้อมต่าง ๆ แสดงให้เห็นว่าผู้ตายมีสติสัมปชัญญะครบถ้วน การที่ผู้ตายฆ่าตัวตายภายหลังจากผ่านมาสี่ปีตั้งแต่บันทึกวิดีโอ จึงมิได้หมายความว่าขาดความสามารถในการแสดงเจตนาสุดท้ายก่อนตาย

คดี Re Nichol; Nichol v Nichol & Anor [2017] QSC 220⁴¹

หลังจาก Mark Nichol มาตัวตาย มีการพบโทรศัพท์มือถือถือไว้ของผู้ตาย โดยปรากฏร่างข้อความที่ยังไม่ถูกส่งถึงน้องชายและหลานชายของผู้ตายโดยมีใจความว่า ขอยกทรัพย์สินให้กับบุคคลทั้งสอง ระบุวิธีการจัดการกับอัฐิของตน ระบุที่ซ่อนเงินสดภายในบ้านและรหัสถอนเงินในบัญชีธนาคาร ตัดพ้อพฤติกรรมของภรรยาของตน และลงท้ายด้วยคำว่า “พินัยกรรมของข้าพเจ้า” วันเดือนปีที่พิมพ์ข้อความ พร้อมทั้งระบุชื่อ “MRN190162Q” ซึ่งตรงกับชื่อย่อและวันเดือนปีเกิดของผู้ตาย

น้องชายและหลานชายของผู้ตายยื่นคำขอให้ศาลสูงแห่งรัฐควีนส์แลนด์รับรองข้อความดังกล่าวว่าเป็นพินัยกรรม โดยอ้างว่าเป็นการแสดงเจตนาของผู้ตาย ในขณะที่ภรรยาของผู้ตายที่ไม่ถูกระบุให้เป็นผู้รับทรัพย์มรดกต่อสู้ว่า ข้อความข้างต้นไม่เคยถูกส่งและไม่ควรถูกรับรองว่าเป็นพินัยกรรม ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่ผู้ตายเสียชีวิตโดยมิได้ทำพินัยกรรมไว้ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นจะส่งผลให้ภรรยาและบุตรชายของผู้ตายเป็นผู้รับทรัพย์มรดกในฐานะทายาทโดยธรรม อย่างไรก็ตาม มีการนำสืบไปถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ตายและภรรยาของผู้ตาย โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่าชีวิตคู่ของทั้งสองค่อนข้างมีปัญหา ภรรยาของผู้ตายละทิ้งผู้ตายอยู่หลายครั้ง และครั้งล่าสุดคือสองวันก่อนที่ผู้ตายจะเสียชีวิต นอกจากนี้ผู้ตายยังมีความสัมพันธ์ที่ห่างเหินกับบุตรชายของตน

ศาลสูงแห่งรัฐควีนส์แลนด์พิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า การที่ผู้ตายลงท้ายข้อความว่า “พินัยกรรมของข้าพเจ้า” รวมไปถึงการจัดการทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ตาย และวิธีการเก็บรักษาอัฐิ แสดงให้เห็นว่าผู้ตายรับรู้และเข้าใจในการกระทำของตน ข้อความดังกล่าวจึงมิใช่เพียงการแสดงออกทางอารมณ์หรือความปรารถนา ดังนั้น แม้ว่าการที่ผู้ตายสร้างข้อความดังกล่าวจะไม่เข้าหลักเกณฑ์หรือรูปแบบของการทำพินัยกรรมตามพระราชบัญญัติการสืบมรดก ค.ศ. 1981 แต่ข้อความนั้นได้แสดงให้เห็นว่าเป็นการแสดงเจตนาสุดท้ายของผู้ตาย และอยู่ในนิยามความหมายของคำว่า “เอกสาร” ตามส่วนที่ 18 ของพระราชบัญญัติการสืบมรดก ค.ศ. 1981 โดยศาลยังพิจารณาต่อไปว่าการที่ผู้ตายมิได้ส่งข้อความให้แก่ น้องชายและหลานชาย สอดคล้องกับการที่ผู้ตายมีความประสงค์จะฆ่าตัวตาย เพราะหากผู้ตายส่งข้อความดังกล่าวให้แก่บุคคลทั้งสอง อาจเป็นเหตุให้บุคคลทั้งสองรู้หรือคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าผู้ตายกำลังจะฆ่าตัวตาย ผู้ตายจึงมีเจตนาจะให้ข้อความนั้นถูกพบหลังจากผู้ตายเสียชีวิตแล้ว ข้อความที่ปรากฏดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย

⁴¹Brown J. “Re Nichol; Nichol v Nichol & Anor [2017] QSC 220.”

3.2.3.2 รัฐนิวเซาท์เวลส์

ข้อกำหนดเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมของรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) ถูกบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการสืบมรดกแห่งรัฐนิวเซาท์เวลส์ ค.ศ. 2006 (New South Wales Succession Act, 2006) โดย Section 6 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนดว่าพินัยกรรมจะไม่มีผลใช้บังคับ เว้นแต่:

1. ทำเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยผู้ทำพินัยกรรมหรือบุคคลอื่นในนามของผู้ทำพินัยกรรมและต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรม
2. ในการลงลายมือของผู้ทำพินัยกรรมต้องมีพยานรับรองอย่างน้อยสองคนในเวลาเดียวกัน
3. พยานอย่างน้อยสองคนต้องลงนามในพินัยกรรมต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรม (แต่ไม่จำเป็นต้องอยู่ซึ่งหน้ากันและกัน)

สำหรับข้อกำหนดเกี่ยวกับการทำพินัยกรรม ที่นำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นไปตามส่วนที่ 8 ซึ่งกำหนดว่า

“(1) ส่วนนี้ใช้กับเอกสารหรือส่วนหนึ่งของเอกสารที่:

- (a) กล่าวอ้างเพื่อแสดงเจตนาของผู้อยู่ชีวิตและ
- (b) ไม่ได้ดำเนินการตามส่วนนี้

(2) เอกสารหรือส่วนหนึ่งของเอกสาร แสดงถึง:

(a) ความประสงค์ของผู้อยู่ชีวิต - หากศาลมีความพึงพอใจว่าบุคคลนั้นมีความประสงค์ที่จะแสดงเจตจำนง

(b) การเปลี่ยนแปลงเจตจำนงของผู้อยู่ชีวิต - หากศาลมีความพึงพอใจว่าบุคคลนั้นตั้งใจจะสร้างการเปลี่ยนแปลงตามเจตจำนง

(c) การเพิกถอนเจตจำนงของผู้อยู่ชีวิตทั้งหมดหรือบางส่วน - หากศาลมีความพึงพอใจว่าบุคคลนั้นตั้งใจจะเพิกถอนเจตนาทั้งหมดหรือบางส่วน

(3) ในการพิจารณาตาม (2) ศาลอาจพิจารณาเพิ่มเติมนอกเหนือจากเอกสารหรือส่วนหนึ่งดังต่อไปนี้:

- (a) หลักฐานใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับวิธีการดำเนินการตามเอกสาร และ
- (b) หลักฐานใด ๆ ที่แสดงถึงเจตจำนงของตาย

(4) ตาม (3) ไม่ได้จำกัด เรื่องที่ศาลอาจพิจารณาในการตัดสินใจตามข (2)

(5) ส่วนนี้ใช้กับเอกสารไม่ว่าจะมืออยู่ภายในหรือภายนอกรัฐ”

ทั้งนี้ในรัฐนิวเซาท์เวลส์มีคำพิพากษาที่น่าสนใจ คือ

คดี Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor [2012] NSWSC 594

นาย Daniel Yazbek ผู้ตาย ได้กระทำอัตวินิบาตกรรมในเดือนกันยายน ค.ศ. 2010 หลังจากการตายของผู้ตาย หนึ่งในพี่ชายของผู้ตายยืนยันว่าก่อนถึงแก่ความตาย 10 เดือน ผู้ตายได้ทำพินัยกรรมไว้โดยใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ มีชื่อไฟล์ว่า “Will.doc” โดยมีเจตนาให้ไฟล์คอมพิวเตอร์นั้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย อย่างไรก็ตาม ไฟล์ดังกล่าวเป็นเพียงการบอกกล่าวการจัดการทรัพย์สิน แต่ไม่ได้มีการลงลายมือชื่อ หากแต่มีเพียงชื่อของผู้ตายในส่วนท้ายของพินัยกรรมเท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีบุคคลอื่นระบุว่าผู้ตายได้พิมพ์ (Print out) เอกสารนั้นแล้วแต่ไม่มีผู้ใดหาพบและบิดามารดาของผู้ตายอ้างว่าผู้ตายมิได้มีเจตนาให้ไฟล์ที่พบในคอมพิวเตอร์นั้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย เฉพาะเอกสารที่พิมพ์ออกมาเท่านั้นที่เป็นพินัยกรรมของผู้ตาย และเชื่อว่าผู้ตายได้ทำลายสิ่งพิมพ์ออกไปแล้ว เนื่องจากไม่มีบุคคลใดหาพบ ดังนั้นควรถือว่าผู้ตายไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้

ศาลสูงแห่งรัฐนิวเซาท์เวลส์พิจารณาแล้วเห็นว่า คดีนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ เอกสารอิเล็กทรอนิกส์ (หรือแม้กระทั่งสิ่งพิมพ์ออก) ได้ทำถูกต้องตามหลักเกณฑ์การทำพินัยกรรมตามส่วนที่ 8 ของ New South Wales Succession Act, 2006 หรือไม่ ซึ่งแม้ว่าเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวจะไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์การทำพินัยกรรมตาม section 6 แต่ศาลเห็นว่าเอกสารดังกล่าวถือเป็นพินัยกรรมของผู้ตายแล้ว โดยให้เหตุผลว่า

1) “Will.doc” อยู่ในคำจำกัดความว่า “เอกสาร” ตามส่วนที่ 8 ในพระราชบัญญัตินี้ เพราะตรงตามข้อกำหนดในการพิจารณาคำว่า “เอกสาร” ทั้งหมด

2) มีการแสดงให้เห็นว่าผู้ตายประสงค์ให้ไฟล์เอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตายด้วยเหตุผลหลายประการ: มีข้อกำหนดที่เป็นการจัดการทรัพย์สินของผู้ตาย; การที่ผู้ตายตั้งชื่อไฟล์เอกสารว่า “Will.doc”, ผู้ตายได้กล่าวถึงชีวิตของผู้ตายว่า “ข้าพเจ้ารู้สึกมีความปลาบปลื้มเป็นอย่างมากที่ในชีวิตนี้ได้เป็นส่วนหนึ่งของครอบครัวนี้”

3) เนื้อหาในพินัยกรรมและพยานแวดล้อมต่าง ๆ เนื่องจากผู้ตายได้บอกบุคคลอื่นเกี่ยวกับไฟล์เอกสารดังกล่าวและที่จัดเก็บ ไฟล์, การที่ผู้ตายทำเอกสารขึ้นก่อนลาพักนอนไปทวีปยุโรปแสดงให้เห็นว่าผู้ตายได้ทำเอกสารนั้นขึ้นอย่างไตร่ตรอง, ผู้ตายพิมพ์ชื่อของตนเองในส่วนท้ายของเอกสารซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นส่วนที่ผู้ทำพินัยกรรมจะต้องลงลายมือชื่อ, จากหลักฐานพบว่าไฟล์ดังกล่าวถูกเปิดใช้งานสองอาทิตย์ก่อนผู้ตายถึงแก่ความตายโดยไม่ได้แก้ไขหรือลบไฟล์นั้นออก

คดี The Estate of Roger Christopher Currie [2015] NSWSC 1098

ในปี ค.ศ. 2009 ผู้ตายได้สร้างเอกสารในคอมพิวเตอร์ขึ้น โดยเนื้อหาในเอกสารนั้นปรากฏชื่อผู้ตาย ข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ต่าง ๆ ของผู้ตายภายหลังถึงแก่ความตาย และในส่วนท้ายของพินัยกรรมปรากฏชื่อและวันที่ทำเอกสารนั้นขึ้น ผู้ตายได้ตั้งชื่อเอกสารว่า “พินัยกรรมฉบับสุดท้าย” และจัดเก็บลงในแฟลชไดรฟ์ โดยมีได้พิมพ์ (Print Out) เอกสารนั้นออกมา หลังจากถึงแก่ความตายไม่มีผู้ใดพบพินัยกรรมของผู้ตาย

ผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์ได้ตรวจสอบเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว พบว่ามีการแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 1 เมษายน 2009 และมีการเข้าถึงไฟล์ครั้งสุดท้ายเมื่อวันที่ 13 พฤษภาคม 2012 ซึ่งเป็นช่วงก่อนผู้ตายถึงแก่ความตายเพียงสองเดือน

ต่อมา ทายาทได้ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีหน้าที่รับรองพินัยกรรมขอให้ศาลรับรองเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวเป็นพินัยกรรม ซึ่งศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเอกสารดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์การทำพินัยกรรมตามที่กฎหมายกำหนด แต่ได้หยิบยกบทบัญญัติส่วนที่ 8 ของ New South Wales Succession Act, 2006 ขึ้นมาพิจารณา โดยเห็นว่าส่วนที่ 8 ได้อนุญาตให้ศาลรับรองเอกสารที่สามารถแสดงถึงเจตจำนงของผู้ตายว่าผู้ตายมีเจตนาให้เอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย และจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ตายได้บอกกับผู้อื่นว่าผู้ตายได้ทำพินัยกรรมไว้ รวมถึงถ้อยคำที่ใช้ในเอกสารฉบับดังกล่าวยังได้แสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของผู้ตายในการจัดการทรัพย์สินภายหลังถึงแก่ความตาย ดังนั้น ศาลจึงรับรองให้เอกสารอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวถือเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย แม้จะมีได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดก็ตาม

3.2.4 สาธารณรัฐแอฟริกาใต้

สาธารณรัฐแอฟริกาใต้เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบผสม กล่าวคือ เป็นระบบกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลมาจากทั้งระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์จากประเทศอังกฤษซึ่งส่งผลต่อกระบวนการวิธีพิจารณาคดี กฎหมายอาญา กฎหมายรัฐธรรมนูญ และพยานหลักฐาน และระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ของชาวดัตช์ที่มีอิทธิพลต่อกฎหมายแพ่งในเรื่องของสัญญา ละเมิด ความสามารถของบุคคล รวมไปถึงในเรื่องครอบครัวและมรดก บ่อเกิดของกฎหมายที่ใช้ระบบกฎหมายแบบผสมนี้ อาจมีที่มาจากทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรและคำพิพากษาของศาล

การทำพินัยกรรมในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้เป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรม ค.ศ. 1953 (Wills Act, 1953) ซึ่งตามมาตรา 1 และมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรม ค.ศ. 1953 ได้กำหนดรูปแบบในการทำพินัยกรรมกำหนดรูปแบบในการทำพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าร่างและมรดกกฎหมายโรมัน-ดัตช์ มีอิทธิพลต่อกฎหมายแพ่งไว้อย่างชัดเจนว่า พินัยกรรมต้องทำเป็นหนังสือ โดยผู้ทำพินัยกรรมหรือผู้แทนต้องลงลายมือชื่อต่อ

หน้าพยานตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยพยานทั้งสองคนต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรม และในกรณีที่พินัยกรรมมีหลายหน้า ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อลงในเอกสารทุกหน้า

อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 2 (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่า หากเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าเอกสารนั้นเป็นเอกสารที่ผู้ตายทำขึ้นก่อนถึงแก่ความตาย โดยผู้ตายมีเจตนาให้เอกสารนั้นแสดงเจตจำนงสุดท้ายก่อนถึงแก่ความตาย ให้ถือว่าเอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย แม้ว่าจะไม่ได้ทำถูกต้องตามแบบในมาตรา 2 (1) ⁴²

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ คือพระราชบัญญัติธุรกรรมการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2002 (Electronic Communication Transaction Act, 2002) โดยมีแม่แบบมาจาก the UNCITRAL Model Law ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้กับการสื่อสารและการทำธุรกรรมใด ๆ ทางอิเล็กทรอนิกส์ และยังเป็นกฎหมายที่รับรองให้การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกับการทำธุรกรรมในรูปแบบเดิม อย่างไรก็ตาม ตามมาตรา 4 (3) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดห้ามมิให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในบางเรื่อง ได้แก่ การถือครองที่ดินของต่างด้าว ตัวแลกเปลี่ยน อารการแสตมป์ และพินัยกรรม ทั้งนี้ มีคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ดังนี้

คดี MacDonald v. The Master, 2002⁴³

ผู้ตาย คือ Malcom Scott MacDonald เสียชีวิตเนื่องจากการฆ่าตัวตายในเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 2002 ประกอบอาชีพเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ ก่อนถึงแก่ความตายผู้ตายได้เขียนบันทึกที่เขียนด้วยลายมือของตนและนำไปวางไว้บริเวณตู้ข้างเตียง โดยมีใจความว่าพินัยกรรมของเขาถูกเก็บไว้ในคอมพิวเตอร์ ณ บริษัทที่เขาทำงานอยู่ และผู้ตายยังได้ระบุรหัสผ่านสำหรับการเข้าถึงเครื่องคอมพิวเตอร์ดังกล่าว รวมไปถึงวิธีการเข้าถึงแฟ้มที่เก็บพินัยกรรมนั้นไว้ จึงได้มีการพิมพ์ (Print out) พินัยกรรมนั้นออกมา ซึ่งเมื่อตรวจสอบแล้วพบว่าพินัยกรรมที่ผู้ตายอ้างนั้นผู้ตายไม่ได้ลงลายมือชื่อ อีกทั้งไม่มีพยานใด ๆ ลงลายมือชื่อในพินัยกรรม

⁴² SIZWE SNAIL AND SIYABULELA MATANZIMA. "Electronic wills – beyond the Macdonald v the Master decision." <http://www.snailattorneys.com/Electronic%20Wills2%20-%20South%20Africa%20-beyond%20Mc%20Donal%20decision.pdf>, 26 มกราคม 2563

⁴³ SYLVIA PAPADOPOULOS. "Electronic Wills with an Aura of Authenticity: Van der Merwe v Master of the High Court and Another." https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/20405/Papadopoulos_Electronic%282012%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y, 25 มกราคม 2563

ในการพิจารณาคดี พยานซึ่งเป็นเพื่อนร่วมงานของผู้ตายให้การผู้ตายเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ มีเพียงผู้ตายเพียงคนเดียวที่สามารถเข้าถึงคอมพิวเตอร์ของผู้ตายได้ นอกจากนี้รหัสผ่านในการเข้าถึงคอมพิวเตอร์จะถูกเปลี่ยนใหม่ทุกเดือน ซึ่งศาลในคดีนี้พิจารณาแล้วเห็นว่าพินัยกรรมที่ผู้ตายทำขึ้นไม่ถูกต้องตามแบบที่พระราชบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรม ค.ศ. 1953 กำหนด แต่ศาลได้กำหนดประเด็นแห่งคดีเพื่อให้ผู้ร้องแสดงให้เห็นจนเป็นที่พอใจแก่ศาลในการรับรองพินัยกรรมได้แก่ (1) เอกสารถูกสร้างขึ้นโดยผู้ตายจริงหรือไม่ (2) เอกสารนั้นถูกสร้างขึ้นก่อนผู้ตายถึงแก่ความตายจริงหรือไม่ และ (3) ผู้ตายมีเจตนาจริงใจให้เอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมหรือไม่ ซึ่งในท้ายที่สุด ศาลก็ได้รับรองพินัยกรรมที่ผู้ตายทำขึ้น โดยให้เหตุผลว่า แม้ในพินัยกรรมจะมีได้ปรากฏสัญลักษณ์หรือเครื่องหมายใด ๆ ที่เปรียบเสมือนการลงลายมือชื่อของผู้ตาย แต่จากข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่าไม่มีบุคคลใดที่สามารถเข้าถึงข้อมูลในคอมพิวเตอร์ของผู้ตายได้ ประกอบกับการที่ผู้ตายที่บันทึกวิธีการเข้าถึงเอกสารอย่างละเอียดจึงแสดงให้เห็นว่าผู้ตายมีเจตนาจริงใจให้เอกสารนั้นถือเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย⁴⁴

คดี Van der Merwe v The Master of the High Court

John Henry Munnik van Schalkwyk ผู้ตาย และ Hendrick van der Merwe ผู้ร้อง เป็นเพื่อนสนิทกัน ก่อนผู้ตายถึงแก่ความตาย ผู้ตายและผู้ร้องได้ตกลงกันว่าจะยกทรัพย์สินที่แต่ละคนมีให้อีกฝ่ายทั้งหมด โดยผู้ตายได้ส่งมอบร่างพินัยกรรมทางอีเมลถึงผู้ร้อง แต่หลังจากส่งอีเมลเพียงไม่นานผู้ตายก็ได้ถึงแก่ความตายอย่างไม่คาดคิด พินัยกรรมดังกล่าวจึงยังมีได้ลงลายมือชื่อ

ศาลอุทธรณ์พิจารณาจากมาตรา 2 (1) และ (3) แล้วจึงให้การรับรองพินัยกรรมดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า แม้พินัยกรรมที่ผู้ตายทำขึ้นไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด ลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมเป็นสิ่งสำคัญที่จะยืนยันว่าผู้ทำพินัยกรรมได้รับรองข้อกำหนดต่าง ๆ ในพินัยกรรม ในกรณีที่ไม่มีลายมือชื่อจะไม่มี การเชื่อมโยงทางกฎหมายระหว่างพินัยกรรมที่อ้างถึงและผู้ทำพินัยกรรม โดยลายมือชื่ออาจปรากฏในรูปแบบอื่น ๆ ก็ได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 2 (3) กรณีจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า

1) เอกสารนั้นถูกทำขึ้นโดยผู้ตายหรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ร้องได้แสดงหลักฐานว่าเอกสารดังกล่าวได้ถูกส่งถึงผู้ร้องโดยผู้ตายผ่านทางอีเมล ประกอบกับการที่ไฟล์เอกสารดังกล่าว ผู้ตายยังคงเก็บรักษาไว้ในคอมพิวเตอร์ของผู้ตาย โดยเนื้อหาในเอกสารจากแหล่งที่มาทั้งสองแห่งมีเนื้อหาถูกต้องตรงกันทั้งหมด

⁴⁴ Sizwe Snail and Nicholas Hall. "ELECTRONIC WILLS IN SOUTH AFRICA." <https://sas-space.sas.ac.uk/5406/1/1925-2713-1-SM.pdf>, 26 มกราคม 2563

2) ผู้ตายมีความประสงค์ให้เอกสารนั้นเป็นเอกสารแสดงเจตจำนงสุดท้ายก่อนถึงแก่ความตายหรือไม่ ซึ่งการที่ผู้ตายพิมพ์ข้อความขึ้นต้นด้วยคำว่า “พินัยกรรม” และมีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินโดยแต่งตั้งให้ผู้อื่นเป็นผู้มีอำนาจจัดการทรัพย์สินดังกล่าว ประกอบกับไม่มีผู้ใดโต้แย้งคัดค้านพินัยกรรมนั้น ข้อเท็จจริงเหล่านี้จึงเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าผู้ตายประสงค์ให้เอกสารที่ทำขึ้นนั้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย



บทที่ 4

ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการทำพินัยกรรม แบบอิเล็กทรอนิกส์ และความเป็นไปได้ในการทำพินัยกรรม

แบบอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทย

ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในปัจจุบันทำให้สื่ออิเล็กทรอนิกส์เข้ามามีบทบาทในชีวิตประจำวันของมนุษย์มากขึ้น ทำให้การติดต่อสื่อสารกระทำได้ง่ายและสะดวกรวดเร็ว และมีผลต่อการทำนิติกรรมและธุรกรรมในรูปแบบที่เปลี่ยนไปจากเดิม กล่าวคือ การทำนิติกรรมธุรกรรมในหลาย ๆ ประเภท มีการเปลี่ยนรูปแบบจากเอกสารที่เป็นกระดาษธรรมดาหลายมาเป็นเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Document) โดยเทคโนโลยีในปัจจุบันมีความเจริญก้าวหน้าไปมากจนทำให้การพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์กระทำได้อย่างถูกต้องแม่นยำ เอกสารอิเล็กทรอนิกส์จึงมีความน่าเชื่อถือมากยิ่งขึ้น ประกอบกับมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ขึ้นเพื่อรองรับความมีผลผูกพันและการบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อความที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ ทำให้ในปัจจุบันมีการจัดทำเอกสาร นิติกรรม และธุรกรรมต่าง ๆ ในรูปแบบเอกสารอิเล็กทรอนิกส์กันอย่างแพร่หลาย นอกจากนี้ ส่วนราชการหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชนก็มีการปรับเปลี่ยนระบบเอกสารในการปฏิบัติงานจากเดิมที่เป็นการใช้เอกสารในรูปแบบกระดาษธรรมดา เป็นระบบการปฏิบัติงานแบบไร้กระดาษ (Paperless) เพื่อปรับปรุงระบบการปฏิบัติงานให้มีความสะดวก รวดเร็ว ลดการใช้ทรัพยากร ทั้งยังสามารถเก็บรักษาข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เป็นระบบและจัดเก็บได้ยาวนานกว่ากระดาษธรรมดาอีกด้วย แสดงให้เห็นว่า เอกสารอิเล็กทรอนิกส์สามารถพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงได้ มีความน่าเชื่อถือ และสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน ซึ่งหากมีการรองรับให้จัดทำพินัยกรรมในรูปแบบเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ได้ ย่อมทำให้การทำพินัยกรรมมีความสะดวกรวดเร็วมากยิ่งขึ้น ลดความเสี่ยงที่พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์จะสูญหาย เนื่องจากสามารถสำรองข้อมูลไว้หลายแหล่งเก็บข้อมูลได้ และยังคงไว้ซึ่งความถูกต้องแท้จริงน่าเชื่อถือของพินัยกรรม

อย่างไรก็ดี พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 ได้ยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัติดังกล่าวมาใช้กับธุรกรรมที่เกี่ยวกับสิทธิในครอบครัวและมรดก ประกอบกับแบบ

ของพินัยกรรมของไทยจำนวน 5 แบบ ก็ได้ถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น พินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์จึงไม่อาจนำมาใช้บังคับตามกฎหมายได้ ผู้เขียนเห็นว่า การทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถทำได้ในอีกรูปแบบหนึ่ง นอกเหนือจากที่ปรากฏเพียง 5 รูปแบบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนและผู้บังคับใช้กฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการสอดคล้องกับเทคโนโลยีในยุคปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไปมาก ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้เห็นความสำคัญของการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดขึ้นพร้อมเทคโนโลยีให้มีกฎหมายรองรับเพื่อให้ใช้บังคับได้จริง ซึ่งเนื้อหาในบทนี้จะวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องตั้งแต่กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ รวมไปถึงศึกษาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการกำหนดแบบพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อจะได้เป็นแนวทางในการหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

4.1 วิเคราะห์เปรียบเทียบหลักเกณฑ์การทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อเปรียบเทียบหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับแบบพินัยกรรมของประเทศไทย และประเทศในกลุ่ม Common Law คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายผสม คือ สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ พบว่า

1. การทำพินัยกรรมในต่างประเทศดังกล่าวไม่ได้จำกัดว่าการทำพินัยกรรมเป็นเรื่องเฉพาะตัว โดยเจ้ามรดกสามารถมอบหมายให้บุคคลอื่นลงลายมือชื่อแทนตนได้ ซึ่งน่าจะเป็นผลดีกับผู้ที่ขาดความสามารถบางประการ เช่น ผู้พิการมือที่ไม่สามารถลงลายมือชื่อหรือแม้แต่พิมพ์ลายนิ้วมือได้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นการลงลายมือชื่อต่อหน้าและด้วยความประสงค์ของผู้ทำด้วย

2. ในสามประเทศดังกล่าว มีการนำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Harmless Error Rules หรือ Harmless Error Doctrine) ดังที่ได้อธิบายมาแล้วในบทที่ 3 มาบัญญัติในกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องมรดกของแต่ละประเทศ เช่น พระราชบัญญัติพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ (Uniform Electronic Wills Act) และ The Uniform Probate Code § 2-503 ของประเทศสหรัฐอเมริกา พระราชบัญญัติการสืบมรดก ค.ศ. 1981 (Succession Act 1981) ของประเทศออสเตรเลีย พระราชบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรม ค.ศ. 1953 (Wills Act, 1953) ของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ซึ่งบทบัญญัติที่ว่ามานี้ให้อำนาจศาลในการพิจารณาเอกสารที่ทำไม่ถูกต้องตามแบบพินัยกรรมตามที่กฎหมายกำหนด โดยในการพิจารณาว่าเอกสารฉบับนั้นถือเป็นพินัยกรรมหรือไม่ ศาลต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงหรือองค์ประกอบแวดล้อมต่าง ๆ ซึ่งหากผู้มีหน้าที่นำสืบสามารถแสดงให้ศาลเห็นว่าเอกสารนั้นเป็นเอกสารที่ผู้ตายทำขึ้นก่อนถึงแก่ความตาย และผู้ตายมีเจตนาให้

เอกสารนั้นเป็นการแสดงเจตจำนงสุดท้ายก่อนถึงแก่ความตาย ให้ถือว่าเอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย แม้ว่าจะไม่ได้ทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม โดยในกรณีที่มีการนำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาใช้ศาลที่พิจารณาคดีมักจะเรียกพินัยกรรมประเภทนี้ว่า “พินัยกรรมที่ไม่มีแบบ” (Informal Will) กรณีนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่า กฎหมายของกลุ่มประเทศ Common Law ผ่อนปรนความเคร่งครัดของแบบพินัยกรรม โดยถือเจตนาารมณ์ของผู้ทำพินัยกรรมเหนือกว่าแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งนับเป็นหลักที่จะขจัดปัญหาการตีความโดยเคร่งครัดกรณีที่ทำผิดแบบอันจะเป็นอุปสรรคต่อเจตนาารมณ์ที่แท้จริงได้ หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้เองที่ทำให้ศาลในต่างประเทศสามารถรับรองพินัยกรรมแบบอเล็กทรอนิกส์ได้

สำหรับประเทศไทย บทบัญญัติที่ทำให้แบบของพินัยกรรมมีความยืดหยุ่นและมีโอกาสตีความได้กว้างขวางยิ่งขึ้นมีเพียงมาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ แม้พินัยกรรมจะไม่ถูกต้องตามแบบที่ตั้งใจจะทำ แต่ถ้าสมบูรณ์เข้าแบบพินัยกรรมแบบอื่น ก็ถือเป็นพินัยกรรมที่สมบูรณ์ตามแบบอื่นนั้นได้ เช่น ตั้งใจทำพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง แต่เจ้าหน้าที่ผู้จัดข้อความไม่ใช่ นายอำเภอ และไม่อยู่ในฐานะที่จะทำการแทนนายอำเภอได้ หากพินัยกรรมนั้นเข้าแบบพินัยกรรมธรรมดาทั่ว ๆ ไป ก็ถือว่าเป็นพินัยกรรมที่สมบูรณ์

หากจะเทียบเคียงหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายกับบทบัญญัติตามกฎหมายไทย ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติที่ “ใกล้เคียง” กับหลักดังกล่าวมากที่สุด คือ มาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้แทนกันได้เสียทีเดียว เนื่องจากหลักการของหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายและบทบัญญัติมาตรา 174 มีลักษณะและเจตนาารมณ์ของกฎหมายที่แตกต่างกัน เพราะ บทบัญญัติในมาตรา 174 มิได้ถูกออกแบบมาเพื่อบังคับใช้กับเรื่องเฉพาะอย่างแบบพินัยกรรม หากแต่เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องของ โฆษกรรมและพินัยกรรมที่เกิดขึ้นจากการทำผิดแบบอย่างไม่ตั้งใจของผู้ทำพินัยกรรมตามมาตรา 174 นั้นยังคงต้องถูกต้องตามแบบของพินัยกรรมแบบอื่น ๆ แบบใดแบบหนึ่งที่กฎหมายกำหนด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มาตรา 174 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังคงไม่ละทิ้งความเคร่งครัดของแบบพินัยกรรม ในขณะที่หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายของกลุ่มประเทศ Common Law มีความผ่อนปรนความเคร่งครัดในเรื่องแบบพินัยกรรมมากกว่า เพราะแม้จะขาดองค์ประกอบบางประการที่กฎหมายกำหนดไป เช่น ไม่ได้ทำพินัยกรรมเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ได้มีพยานรับรอง หรือแม้ผู้ทำพินัยกรรมจะมีได้ลงลายมือชื่อ หากผู้มีหน้าที่นำสืบสามารถชี้ให้ศาลเห็นถึงเจตนาารมณ์อันแท้จริงของผู้ทำพินัยกรรม ศาลก็สามารถที่จะรับรองเอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมได้ โดยมีรายละเอียดตามตาราง ดังนี้

**ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่าง
หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย และมาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์**

หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย	มาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์
ประเทศที่นำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาบัญญัติเป็นกฎหมาย จะบัญญัติอยู่ในกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องของพินัยกรรมเป็นการเฉพาะ อีกทั้งจะกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเอกสารที่ผู้ตายทำขึ้นว่าเอกสารนั้นถือเป็นพินัยกรรมของผู้ตายหรือไม่	บทบัญญัติในมาตรา 174 มิได้ถูกออกแบบมาเพื่อบังคับใช้กับเรื่องเฉพาะอย่างแบบพินัยกรรม หากแต่เป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องของโมฆะกรรมซึ่งเป็นหลักทั่วไปในกฎหมายแพ่งที่บังคับใช้กับนิติกรรมทุกประเภท
ละทิ้งพิธีการหรือผ่อนปรนแบบของการทำพินัยกรรมตามที่กฎหมายกำหนด โดยพิจารณาจากพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่จะสามารถบ่งชี้ถึงเจตนารมณ์อันแท้จริงของผู้ทำพินัยกรรม ว่าผู้ทำพินัยกรรมมีเจตนาที่จะให้เอกสารที่ทำขึ้นนั้นมีผลใช้บังคับอย่างพินัยกรรมหรือไม่ แม้จะขาดองค์ประกอบบางประการที่กฎหมายกำหนดไป เช่น ไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือไม่ได้มีพยานรับรอง	แม้ไม่ถูกต้องตามแบบของพินัยกรรมที่ตั้งใจทำขึ้น แต่ยังคงถูกต้องตามแบบของพินัยกรรมแบบอื่น ๆ แบบใดแบบหนึ่งที่กฎหมายกำหนด
พินัยกรรมที่ทำขึ้นไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด อาจเกิดขึ้นจากความตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ได้	พินัยกรรมที่ทำขึ้นไม่ถูกต้องตามแบบต้องเกิดจากความไม่ตั้งใจเท่านั้น

ดังนี้ เมื่อประเทศไทยไม่มีการนำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาบัญญัติเป็นกฎหมาย และด้วยเหตุที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law ซึ่งจะต้องตีความ โดยการพิจารณาจากถ้อยคำตามตัวอักษรตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างเคร่งครัดกับทั้งได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับฯ ได้ยกเว้นธุรกรรมที่เกี่ยวกับสิทธิใน

ครอบครัวและมรดกไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น พินัยกรรมที่ทำผิดแบบยอมตกเป็นโมฆะทุกกรณี โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาเจตนาารมณ์อันแท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมเลย

4.2 ปัญหาการกำหนดแบบพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พินัยกรรมจะมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายก็ต่อเมื่อผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมถูกต้องตามแบบและวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น โดยมาตรา 1655- มาตรา 1672 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดแบบพินัยกรรมไว้ทั้งสิ้น 5 แบบ ได้แก่

1. พินัยกรรมแบบธรรมดา พินัยกรรมแบบนี้ผู้ทำพินัยกรรมจะใช้วิธีพิมพ์หรือเขียนก็ได้ เป็นแบบที่นิยมทำกันมาก โดยต้องมีการลง วัน เดือน ปี ขณะทำพินัยกรรม และผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อหรือพิมพ์ลายนิ้วมือต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคน

2. พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ คือ พินัยกรรมที่ผู้ทำพินัยกรรมต้องเขียนข้อกำหนดต่าง ๆ ในพินัยกรรมเองทั้งฉบับ ไม่สามารถใช้วิธีเขียนสลับกับพิมพ์ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีพยานรู้เห็นการทำพินัยกรรม และผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อไว้ด้วย

3. พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง โดยนายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตเป็นผู้จัดทำให้ กล่าวคือ ผู้ทำพินัยกรรมและพยานสองคนต้องลงลายมือชื่อในพินัยกรรม และให้นายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตเขียนรับรองพินัยกรรม พร้อมประทับตราประจำตำแหน่ง

4. พินัยกรรมแบบเอกสารลับ ผู้ทำพินัยกรรมสามารถใช้วิธีการเขียนหรือพิมพ์ และเมื่อได้ลงลายมือชื่อในพินัยกรรมแล้วให้ใส่ซองปิดผนึก และลงลายมือชื่อตรงรอยผนึกนั้น พร้อมทั้งนำพยานสองคนไปให้ถ้อยคำต่อนายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตเพื่อบันทึกไว้บนซองเอกสารนั้น โดยผู้ทำพินัยกรรมและพยานต้องลงลายมือชื่อไว้บนซอง และให้นายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตเก็บรักษาไว้

5. พินัยกรรมแบบวาจา พินัยกรรมแบบนี้จะสามารถทำได้เฉพาะกรณีผู้ทำพินัยกรรมตกอยู่ในสถานการณ์พิเศษเท่านั้น เช่น ภาวะสงคราม หรือมีอุบัติเหตุร้ายแรงและใกล้ถึงแก่ความตาย โดยผู้ทำพินัยกรรมต้องแสดงเจตนาต่าง ๆ ด้วยวาจา ต่อหน้าพยานสองคน และพยานต้องรีบดำเนินการแจ้งวัน เดือน ปี และความประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรมต่อนายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขต เพื่อให้ให้นายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตจดข้อความเป็นลายลักษณ์อักษร แล้วให้พยานลงลายมือชื่อไว้ในเอกสารนั้น

จะเห็นได้ว่า รูปแบบและวิธีการทั้ง 5 แบบข้างต้น ไม่มีแบบพินัยกรรมแบบใดเลยที่มีวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เข้ามาเกี่ยวข้อง และนอกจากจะไม่มีกฎหมายใดกำหนดรองรับเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในกฎหมายสารบัญญัติแล้ว ยังมีพระราชกฤษฎีกากำหนด

ประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 ที่กำหนดห้ามมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับแก่ธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกอีกด้วย ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะพบว่า แบบพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ทั้ง 5 แบบ มีความคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 ซึ่งบังคับใช้อยู่ก่อนที่จะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่มา จนอาจกล่าวได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นำหลักการและแนวคิดต่าง ๆ มาจากพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว นอกจากนี้ พระราชกฤษฎีกาที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับฯ ที่ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2549 ก็เป็นการประกาศใช้ในขณะที่เทคโนโลยีและเครื่องมือทางอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ยังไม่มีความก้าวหน้า ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสภาพของสังคมในปัจจุบันที่เทคโนโลยีกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของมนุษย์อย่างเช่นทุกวันนี้

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันก็ยังไม่มีการนิยามความหมายหรือรูปแบบของคำว่า “พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ หรือ Electronic Wills” อย่างชัดเจน จึงอาจทำให้เกิดปัญหาต่อการนำเครื่องมือหรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการทำพินัยกรรมว่า สิ่งที่เกี่ยวข้องกันนั้นจะอยู่ในความหมายของการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์หรือไม่ ซึ่งถือเป็นประเด็นที่สำคัญยิ่ง เพราะหากสิ่งที่เข้ามรดกทำขึ้นมิใช่การทำพินัยกรรมตามความหมายของการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ย่อมถือไม่ได้ว่าเข้ามรดกได้มีการทำพินัยกรรมไว้ก่อนถึงแก่ความตาย สิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่เข้ามรดกกำหนดไว้ว่าให้ตกแก่ผู้ใดย่อมไร้ผลและจะตกเป็นของทายาทโดยธรรมตามลำดับ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์” นั้นเป็นเรื่องยากที่จะบัญญัติให้ครอบคลุม เพราะไม่อาจมั่นใจได้เลยว่าในอนาคตจะได้มีเทคโนโลยีใหม่ ๆ ในรูปแบบใดเกิดขึ้น แต่หากพิจารณาตามความหมายของคำว่า “ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ประกอบด้วยแล้ว “พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์” ก็จะได้นิยามความหมายว่า “พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์หมายถึง พินัยกรรมที่กระทำขึ้นโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ก็ทำให้นิยามความหมายของพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์มีความชัดเจนขึ้น”

อย่างไรก็ดี จากการศึกษาประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ผู้เขียนพบว่า แม้ประเทศเหล่านั้นจะมีได้บัญญัตินิยามความหมาย หรือหลักเกณฑ์ในการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ไว้เป็นการเฉพาะ แต่จะมีบทบัญญัติที่มีที่มาจากหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ดังนั้น หากมีกรณีที่บุคคลใดได้ทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ขึ้น ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีนั้นก็จะสามารถพิจารณาเอกสารที่ผู้ตายทำขึ้นว่าเอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมหรือไม่ โดยในการพิจารณาจะมุ่งพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของผู้ตายจากพยานหลักฐานแวดล้อมต่าง ๆ ซึ่ง

หากผู้มีหน้าที่นำสืบสามารถแสดงให้เห็นว่าเอกสารนั้นเป็นเอกสารที่ผู้ตายทำขึ้นก่อนถึงแก่ความตาย และผู้ตายมีเจตนาให้เอกสารนั้นแสดงเจตจำนงสุดท้ายก่อนถึงแก่ความตาย ให้ถือว่าเอกสารนั้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย แม้ว่าจะไม่ได้ทำถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม หลักการดังกล่าวจึงเป็นการผ่อนปรนความเคร่งครัดของแบบพินัยกรรม โดยถือเจตนาธรรมณ์ของผู้ทำพินัยกรรมเหนือกว่าแบบที่กฎหมายกำหนด

หากพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในเรื่องรูปแบบของการทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ในขณะนี้ อาจแบ่งได้เป็น

- พินัยกรรมที่ใช้วิธีการบันทึกวิดีโอ ผู้เขียนเห็นว่าการพินัยกรรมในลักษณะดังกล่าวจะสามารถลดข้อโต้แย้งที่ว่า ผู้ทำพินัยกรรมทำพินัยกรรมขณะไม่มีสติสัมปชัญญะ หรือตกอยู่ภายใต้อิทธิพลใด ๆ เช่น การถูกบังคับขู่เข็ญ ลงไปได้มาก เพราะการกระทำโดยวิธีการดังกล่าวแม้ไม่จำเป็นต้องมีการลงลายมือชื่อ แต่หากเป็นการบันทึกต่อเนื่องในคราวเดียว ทั้งน้ำเสียง สีหน้า ท่าทาง อากัปกริยา ย่อมเป็นการยืนยันตัวบุคคลไปในตัว และมีข้อเรื่องยากต่อการพิสูจน์จึงจะมีเพียงปัญหาว่าไฟล์ที่ผู้ทำพินัยกรรมจัดทำขึ้นนั้นถูกแก้ไข ดัดแปลง หรือตัดต่อหรือไม่ ซึ่งอาจพิสูจน์ได้โดยใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ และหากมีการบันทึกวิดีโอในลักษณะดังกล่าวยังเป็นหลักฐานที่มีน้ำหนักมากกว่าคำบอกเล่าของพยานในการทำพินัยกรรมด้วยวาจา เนื่องจากหากอาศัยเพียงคำบอกเล่าของพยานเพียงอย่างเดียว คำบอกเล่าดังกล่าวอาจเป็นเท็จ หรือไม่ถูกต้องตรงความต้องการของผู้ทำพินัยกรรม นอกจากนี้ การบันทึกวิดีโอดังกล่าวยังมีประโยชน์กับผู้ทำพินัยกรรมแบบวาจาที่มีภยันตรายที่ใกล้จะถึงในสถานการณ์ฉุกเฉิน แต่ในขณะนั้นไม่อาจหาพยานเพื่อที่จะแสดงเจตนาได้ ผู้ประสงค์จะทำพินัยกรรมก็ยังสามารถทำพินัยกรรมได้ด้วยการบันทึกวิดีโอได้ ทั้งนี้ แม้ในปัจจุบันจะมีการนำวิธีการดังกล่าวมาปรับใช้กับการทำพินัยกรรม เช่น การถ่ายวิดีโอขณะเจ้ามรดกกำลังทำพินัยกรรม ก็เป็นเพียงแต่นำมาเป็นพยานหลักฐานในการนำสืบประกอบการทำพินัยกรรมของเจ้ามรดกในรูปแบบเอกสารเพื่อหักล้างข้อโต้แย้งว่าลายมือชื่อที่ปรากฏบนพินัยกรรม มิใช่ลายมือชื่อของเจ้ามรดก หรือขณะทำพินัยกรรมผู้ทำพินัยกรรมไม่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์ ครบถ้วน หรือผู้ทำพินัยกรรมไม่ได้ถูกบังคับ ข่มขู่ หรือตกอยู่ภายใต้อิทธิพลใด ๆ เท่านั้น คลิปวิดีโอดังกล่าวยังไม่สามารถนำมาใช้เป็นพินัยกรรมได้โดยลำพัง

- พินัยกรรมที่ใช้วิธีการเขียนแบบดิจิทัลและบันทึกข้อมูลเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ เช่น การใช้ Stylus Pen เขียนพินัยกรรมและลงลายมือชื่อบนหน้าจอ Tablet ทั้งนี้ ด้วยเทคโนโลยีในปัจจุบันส่งผลให้การใช้ Stylus Pen มีความเป็นธรรมชาติและแม่นยำสูง การใช้ Stylus Pen เขียนลงบน Tablet จึงแสดงผลได้ไม่ต่างจากการใช้ปากกาเขียนลงบนกระดาษ นอกจากนี้ยังแสดงถึงวิธีการเขียนของแต่ละบุคคลที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว โดยมีหลักการพิสูจน์ของปากกา การจรดสูงหรือต่ำ

ขนาด ช่องไฟ ความเอนเอียงหรือความตรงของตัวอักษรนั้น ๆ การกระทำในลักษณะนี้จะทำให้สามารถพิสูจน์ลายมือของผู้พินัยกรรมซึ่งเป็นเอกลักษณ์เฉพาะของแต่ละบุคคล จึงอาจเทียบเคียงได้กับการทำพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับที่จะสามารถเชื่อมโยงถึงเจ้าของลายมือชื่อและเป็นพยานเอกสารสำคัญที่ศาลรับฟังได้

อนึ่ง พินัยกรรมแบบเอกสารที่ถูกคัดแปลงให้อยู่ในรูปของการบันทึกแบบอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การสแกนพินัยกรรมในรูปแบบเอกสารที่มีการลงลายมือชื่อครบถ้วนถูกต้องแล้วแสกนให้อยู่ในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือที่เรียกว่าเอกสารที่เป็นไฟล์ PDF กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่เข้าข่ายนิยามความหมายของพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากพินัยกรรมดังกล่าวทำขึ้นด้วยวิธีการแบบธรรมดา มิได้มีขั้นตอนใดที่ทำขึ้นด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งสิ้น มีเพียงแต่การจัดเก็บเอกสารในรูปแบบของอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น แต่หากเป็นการแสกนเอกสารที่มีเพียงเนื้อความในพินัยกรรมโดยยังมิได้มีการลงลายมือชื่อ แล้วต่อมามีการลงลายมือชื่อ โดยใช้ปากกา Stylus Pen บนหน้าจอ Tablet กรณีนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นการทำพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากมีการทำพินัยกรรมด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แล้วบางส่วน จากรูปแบบข้างต้นจะเห็นได้ว่าพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์จึงอาจเป็นพินัยกรรมที่ทำขึ้นด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน และต้องมีการจัดเก็บข้อมูลในเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ด้วย

4.3 ปัญหาความสมบูรณ์ของการลงลายมือชื่อในพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

“ลายมือชื่อ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน 2554 หมายถึง ชื่อ หรือสัญลักษณ์แทนชื่อของบุคคล ซึ่งบุคคลนั้นลงไว้ในหนังสือหรือเอกสารเพื่อรับรองหรือแสดงว่าตนเป็นผู้ทำหนังสือหรือเอกสารนั้น และหมายความรวมถึงลายพิมพ์นิ้วมือและเครื่องหมายซึ่งบุคคลลงไว้แทนลายมือชื่อของตนด้วย ดังนั้น ลายมือชื่อจึงเป็นสิ่งที่จะสามารถยืนยันตัวบุคคลเพื่อแสดงว่าผู้ลงลายมือชื่อได้เห็นชอบหรือรับรองข้อความที่ลงลายมือชื่อกำกับไว้ว่าถูกต้องแท้จริง ซึ่งในทางกฎหมายการลงลายมือชื่อเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่ง เนื่องจากเป็นสิ่งที่จะก่อให้เกิดผลของการทำนิติกรรมตามมา ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติว่าเมื่อมีกิจการอันใดซึ่งกฎหมายบังคับให้ทำเป็นหนังสือ บุคคลผู้จะต้องทำหนังสือไม่จำเป็นต้องเขียนเอง แต่หนังสือนั้นต้องลงลายมือชื่อของบุคคลนั้น อย่างไรก็ตาม การลงลายมือชื่ออาจกระทำได้โดยใช้ลายพิมพ์นิ้วมือ แกดไตป์ หรือเครื่องหมายอื่นทำนองเช่นว่านั้น หากมีพยานลงลายมือชื่อรับรองไว้ด้วยสองคนแล้วกฎหมายก็ให้ถือเสมือนกับลงลายมือชื่อเช่นกัน ซึ่งหากพิจารณาถึงหลักการ

ของผู้ร่างกฎหมายในขณะนั้นจะพบว่าลายมือชื่อต้องมาจากการใช้เครื่องหมายหรือสัญลักษณ์อย่างใดอย่างหนึ่งให้ปรากฏบนเอกสาร การลงลายมือชื่อโดยทั่วไปจึงเป็นการลงลายมือชื่อในเชิงกายภาพ กรณีจึงมีประเด็นว่าการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์จะสามารถยืนยันตัวตนบุคคลได้อย่างไร

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้นิยามความหมายของคำว่า “ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์” ไว้ในมาตรา 4 ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะพบว่า เป็นการกำหนดความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ ไม่ได้จำกัดเฉพาะลายมือชื่อหรือที่เรียกว่าลายเซ็นเท่านั้น หากแต่ได้ขยายความออกไปถึงการยืนยันตนโดยใช้วิธีการอื่น เช่น การที่จำเลยนำบัตรกดเงินสดไปถอนเงินและใส่รหัสส่วนตัวเสมือนลงลายมือชื่อตนเอง ทำรายการถอนเงินตามที่จำเลยประสงค์และกดยืนยันทำรายการพร้อมรับเงินสดและสลิป การกระทำความดังกล่าวจึงถือเป็นหลักฐานการกู้ยืมเงินจากโจทก์ (คำพิพากษาฎีกาที่ 8098/2556) และยังมีหมายความรวมถึงลักษณะทางชีวภาพของบุคคลคือเสียงหรือลายพิมพ์นิ้วมือ เป็นต้น ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์จึงเป็นการนำเครื่องมือทางเทคโนโลยีมาสร้างเครื่องยืนยันตัวตน โดยให้ผลไม่ต่างจากการลงลายมือชื่อในรูปแบบเดิม ซึ่งกฎหมายไทยและศาลไทยก็ได้ให้การยอมรับการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวแล้ว

สำหรับการยืนยันตัวตนบุคคลในพินัยกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ การลงลายลายมือชื่อย่อมไม่เกิดมีขึ้นกับการทำพินัยกรรม โดยการบันทึกวิดีโอ เนื่องจากโดยสภาพของการบันทึกวิดีโอ ย่อมไม่สามารถลงลายมือชื่อได้ แต่อาจถือเอาใบหน้า น้ำเสียง ลักษณะท่าทางของผู้ทำพินัยกรรมเป็นการยืนยันตัวตนไปในตัว นอกจากนี้ อาจพิจารณาถึงสภาพแวดล้อมที่ปรากฏในคลิปวิดีโอควบคู่ไปกับการพิสูจน์ตัวผู้ทำพินัยกรรม กล่าวคือ พิจารณาว่าสถานที่ทำพินัยกรรมนั้น มีความสมเหตุสมผลกับการทำพินัยกรรมหรือไม่ เช่น บันทึกที่โรงพยาบาล หรือสถานที่เกิดอุบัติเหตุ หรือภายในที่พักอาศัยของผู้ทำพินัยกรรม โดยมีญาติพี่น้องร่วมบันทึกและรับรู้ ซึ่งหากพิจารณากรณีดังกล่าวแล้วเห็นว่า ถูกต้อง ครบถ้วน มีความสมเหตุสมผล ก็อาจถือว่าการยืนยันตัวตนบุคคลในพินัยกรรมโดยการบันทึกวิดีโอนั้นสมบูรณ์แล้ว โดยมีจำต้องมีการลงลายมือชื่อ อย่างไรก็ดี อาจมีการกำหนดให้ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อบนซองที่ปิดผนึกที่ใช้สำหรับจัดเก็บอุปกรณ์บันทึกข้อมูลนั้น ๆ เช่น ซองเก็บแผ่นซีดี หรือแฟลชไดรฟ์

อย่างไรก็ตาม หากมีการทำพินัยกรรมด้วยโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือโทรศัพท์มือถือแบบ Smartphone หรืออุปกรณ์อื่นใดที่สามารถพิมพ์ข้อความได้ กรณีย่อมต้องมีการลงลายมือชื่อเพื่อให้ผู้ทำพินัยกรรมรับรองข้อความเหล่านั้น แต่หากมีการลงลายมือชื่อโดยการนำรูปถ่ายลายมือชื่อวางไว้ตอนท้ายของพินัยกรรม เช่น นาย ก. พิมพ์พินัยกรรมผ่าน Application ที่ชื่อว่า Note ใน Ipad และแทรกรูปภาพลายมือชื่อของตน โดยพยานอีกสองคนต่างก็แทรกรูปภาพลายมือชื่อของตนเอง แม้การกระทำความดังกล่าวจะได้ปรากฏลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์และเข้าข่ายการทำพินัยกรรม

แบบธรรมดา แต่วิธีการดังกล่าวย่อมถือว่าไม่มีน้ำหนักและอาจถูกโต้แย้งในชั้นศาล เนื่องจากสามารถถูกปลอมแปลงได้โดยง่าย ในทางกลับกัน หาก นาย ก. มิได้ใช้วิธีแทรกรูปภาพลายมือชื่อ แต่ใช้ Stylus Pen ลงลายมือชื่อบน Ipad ซึ่งพยานอีกสองคนก็ได้ใช้วิธีการลงลายมือชื่อในลักษณะเดียวกัน แต่การลงลายมือชื่อด้วย Stylus Pen ย่อมมีความน่าเชื่อถือกว่ากรณีแรก

โดยสรุปแล้ว การลงลายมือชื่อในพินัยกรรมแม้จะเป็นสิ่งที่สามารถเชื่อมโยงบุคคลซึ่งทำพินัยกรรมกับข้อความในพินัยกรรมได้ว่าพินัยกรรมฉบับนั้นบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ทำขึ้นจริงก็ตาม แต่ด้วยเทคโนโลยีในปัจจุบัน การลงลายมือชื่อมิใช่การกระทำเพียงประการเดียวที่จะเป็นสิ่งบ่งชี้หรือเครื่องพิสูจน์ถึงความเป็นเจ้าของของพินัยกรรมฉบับนั้น ๆ ยังมีการกระทำหลายประการตามคำพิพากษาของศาล หรือตามหลักกฎหมายในต่างประเทศ ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าสามารถใช้ยืนยันตัวบุคคลได้เช่นเดียวกับการลงลายมือชื่อ เช่น การใส่รหัสในระหว่างเบิกถอนเงินสดจากตู้กดเงินสดของธนาคาร หรือการใส่หมายเลข OTP ในระหว่างการชำระเงินค่าสินค้าผ่านบัตรเครดิต เป็นต้น

4.4 ปัญหาการกำหนดประเภทพยานของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์

หากแบ่งประเภทพยานตามวิธีการนำพยานหลักฐานเข้าสืบตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะพบว่ามีการกำหนดประเภทของพยานไว้เพียง 3 ประเภท ได้แก่ พยานเอกสาร พยานบุคคล และพยานวัตถุ โดยในทางวิชาการมีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางว่า พยานอิเล็กทรอนิกส์เป็น “พยานเอกสาร” หรือเป็น “พยานวัตถุ” ซึ่งสาเหตุที่ต้องวิเคราะห์ว่าหลักฐานนั้น ๆ เป็นพยานประเภทใดนั้น เนื่องจากในทางแพ่งจะมีผลต่อวิธีการนำสืบในชั้นศาล ในปัญหานี้จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ เป็นพยานประเภทใด

คำว่า “พยานเอกสาร” และ “พยานวัตถุ” นั้น กฎหมายไทยมิได้กำหนดเอาไว้โดยเฉพาะ แต่หากเทียบเคียงนิยามคำว่า “เอกสาร” ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (7) ก็อาจได้ความหมายว่า “พยานเอกสาร” หมายถึง ข้อความหรือรูปรอยใด ๆ ที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร โดยสามารถอาศัยข้อความนั้นสื่อให้เข้าใจความหมายที่ปรากฏได้ อาจจะเป็นข้อความที่ปรากฏบนวัสดุใด ๆ ก็ได้ เช่น โลหะ กระดาษ ผ้า ส่วน “พยานวัตถุ” คือ วัตถุใด ๆ ที่คู่ความอ้างอิงให้ศาลหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบ อย่างไรก็ตาม เอกสารหนึ่งฉบับอาจเป็นได้ทั้งพยานเอกสารและพยานวัตถุ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของการอ้างเอกสารนั้น กล่าวคือ ถ้าเป็นการอ้างเพื่อให้ศาลดูข้อความในเอกสารก็เป็นพยานเอกสาร เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ในการพิสูจน์ความหมายของข้อความบนเอกสารนั้น แต่ถ้าเป็นการอ้างเพื่อให้รูปลักษณะของเอกสารก็เป็นพยานวัตถุ ซึ่งเมื่อพิจารณาจาก

วัตถุประสงค์ของการนำสืบของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้น ไม่ว่าจะเป็นการทำขึ้นด้วยวิธีการใด ๆ เช่น พินัยกรรมที่ทำด้วยวิธีการบันทึกวิดีโอ พินัยกรรมที่เขียนบน Tablet พินัยกรรมดังกล่าวน่าจะถือว่าเป็นพยานเอกสาร เพราะมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะให้ศาลอ่านและพิจารณาข้อความที่ปรากฏ โดยประเด็นสำคัญที่ผู้อ้างพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์จะต้องพิสูจน์ มีประเด็นสำคัญ คือ การพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ โดยพิสูจน์ว่าพินัยกรรมนั้นทำขึ้นโดยผู้ตาย และในเวลาที่ทำกล่าวอ้างไม่มีการปลอมหรือแก้ไขเพิ่มเติมภายหลังโดยบุคคลอื่น ซึ่งเป็นองค์ประกอบขั้นแรกที่จะทำให้พินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์นั้นน่าเชื่อถือ เพราะถ้าพินัยกรรมนั้นไม่ใช่ของจริงเสียแล้ว ก็ยากที่จะทำให้เชื่อได้ว่าข้อความในเอกสารนั้นถูกต้องตามความจริง

ในกรณีของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์นั้น มาตรา 11 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้กำหนดห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายทั้งในคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีอื่นใด เพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ส่วนในการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใดนั้น ให้พิจารณาถึงความน่าเชื่อถือของลักษณะหรือวิธีการที่ใช้สร้าง เก็บรักษา หรือสื่อสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ลักษณะหรือวิธีการเก็บรักษา ความครบถ้วน และไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อความลักษณะ หรือวิธีการที่ใช้ในการระบุหรือแสดงตัวผู้ส่งข้อมูล รวมทั้งพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง

จากบทบัญญัติดังกล่าว เมื่อวิเคราะห์แล้วเห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการห้ามมิให้ปฏิเสธการรับฟังพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น และเนื่องจากสาระสำคัญของ พ.ร.บ. ฉบับนี้ มิใช่เป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติหรือกฎหมายลักษณะพยาน โดยแท้ จึงมิได้กำหนดวิธีการหรือกระบวนการนำสืบของพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ นอกจากนี้ ยังไม่มีกฎหมายใดกำหนดสถานะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ว่าเป็นพยานประเภทใดอย่างชัดเจน และมีการให้ความเห็นในทางวิชาการว่า กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญามีได้ออกแบบมาเพื่อพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์ หากนำหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ตามกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้อาจไม่เหมาะสมแก่กรณี (ศาสตราจารย์พิเศษจรูญ ภักดีชนานกุล) ดังนั้น จึงควรกำหนดให้พยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานอีกประเภทหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษ และควรกำหนดวิธีการนำสืบที่มีลักษณะเฉพาะ (อาจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย และศาสตราจารย์พิเศษไพโรจน์ วายุภาพ) ด้วยเหตุนี้ การนำหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับการนำสืบพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ จึงอาจไม่เหมาะสม โดยเฉพาะในกรณีของการนำสืบด้วยต้นฉบับเอกสาร

ต้นฉบับเอกสาร หมายถึง เอกสารดั้งเดิมที่ทำขึ้นในตอนแรก ถ้าเป็นเอกสารที่เขียนด้วยมือ เอกสารนั้นย่อมเป็นต้นฉบับ ส่วนสำเนาเอกสารอาจจะเป็นเอกสารที่คัดลอกมาจากต้นฉบับหรือถ่ายเอกสารมาจากต้นฉบับก็ได้ อาจเป็นเอกสารที่ทำขึ้นภายหลังหรือในเวลาเดียวกับต้นฉบับก็ได้ ถ้าเป็นกรณีที่ทำขึ้นภายหลังย่อมเป็นสำเนาเสมอ แต่ถ้าหากทำขึ้นพร้อมกันกับต้นฉบับแล้วก็อาจเป็นคู่ฉบับหรือสำเนาโดยการอัดก๊อปปี้ หรือทำการคัดลอกจากต้นฉบับด้วยลายมือ พิมพ์ดีด หรือถ่ายภาพก็ได้ สำหรับในกรณีของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ในประเด็นนี้จึงมีปัญหว่า พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ฉบับใดเป็นต้นฉบับ เพราะข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าจะเป็นต้นฉบับหรือสำเนาย่อมมีลักษณะที่เหมือนกัน หรือในกรณีที่มีการลบพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ออกไปแล้ว มีการกู้คืน (Restore) ไฟล์นั้นกลับมา จะถือว่า ไฟล์ที่มีการกู้คืนมานั้นเป็นสำเนาหรือต้นฉบับ นอกจากนี้ เอกสารที่ทำการ Print Out ออกมาจากหน่วยความจำจะถือเป็นต้นฉบับได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ยังไม่มีตัวบทกฎหมายหรือคำพิพากษาศาลฎีการะบุอย่างชัดเจน และแม้มาตรา 10 วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ฯ จะกำหนดว่าในกรณีที่สิ่งพิมพ์ออกนั้นมีข้อความถูกต้องครบถ้วนตรงกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และมีการรับรองสิ่งพิมพ์ออกโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดแล้ว ให้ถือว่าสิ่งพิมพ์ออกดังกล่าวใช้แทนต้นฉบับได้ แต่ก็น่าจะมีปัญหาในการปรับใช้ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และมาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ ต้นฉบับของพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นเอกสารที่อยู่ในรูปแบบใดระหว่างข้อมูลในคอมพิวเตอร์ หรือสิ่งพิมพ์ออกที่มีการรับรองความถูกต้อง ซึ่งในประเด็นนี้ นักวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันเป็นสองแนวทาง คือ

แนวทางที่หนึ่ง เห็นว่า ต้นฉบับของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ คือ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในฐานข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์หรือเพิ่มข้อมูลที่เก็บไว้ในฐานข้อมูล ดังนั้น การนำเอกสารอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐานในศาล วิธีการนำสืบจึงต้องมีการเข้าถึงโดยตรงจากห้องพิจารณาคดี โดยการค้นดู (Browse) ไปยังฐานข้อมูลต้นฉบับเอกสารอิเล็กทรอนิกส์นั้น ๆ ซึ่งเอกสารที่ปรากฏให้เห็นความหมายโดยวิธีการดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการนำสืบเอกสารด้วยต้นฉบับ

แนวทางที่สอง เห็นว่า แม้จะมีการนำเอาเครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีการจัดเก็บข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มาเปิด แต่สิ่งที่ปรากฏบนหน้าจอ (Monitor) ถือว่าเป็นเพียงสำเนาเอกสารเท่านั้น เนื่องจากข้อมูลที่เป็นต้นฉบับนั้น คือสิ่งที่เป็นภาษาคอมพิวเตอร์ ซึ่งไม่สามารถมองเห็นหรือจับต้องได้ ส่วนสิ่งที่ปรากฏบนหน้าจอเป็นการแปลงจากภาษาคอมพิวเตอร์ให้เป็นภาษาที่สามารถเข้าใจได้เท่านั้น

4.5 วิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในการทำพินัยกรรมของประเทศไทย ผู้ทำพินัยกรรมต้องทำตามแบบที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนด ซึ่งแม้จะได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ขึ้นเพื่อบังคับใช้กับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่สามารถนำไปใช้กับธุรกรรมที่เกี่ยวกับเรื่องมรดกได้ เนื่องจากมีพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 กำหนดห้ามมิให้นำกฎหมายว่าด้วยอิเล็กทรอนิกส์มาใช้กับธุรกรรมที่เกี่ยวกับสิทธิในครอบครัวและมรดก ดังนั้น การทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทยจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ และย่อมตกเป็นโมฆะทุกกรณี

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเรื่องการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในต่างประเทศ พบว่า เริ่มมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์แล้ว และสำหรับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law แม้ในประเทศนั้นจะมีได้มีบัญญัติเกี่ยวกับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ไว้เฉพาะเรื่องแยกต่างหากจากการทำพินัยกรรมในรูปแบบเดิม แต่จะมีบทบัญญัติอีกบทบัญญัติหนึ่งที่น่าหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาบัญญัติไว้ โดยมีหลักว่าแม้ผู้ตายจะทำพินัยกรรมไม่ถูกต้องตามแบบไม่ว่าจะด้วยความตั้งใจหรือไม่ตั้งใจ แต่หากผู้ตายประสงค์ให้เอกสารที่ทำขึ้นนั้นมีผลอย่างพินัยกรรม ศาลก็อาจรับรองเอกสารนั้นว่าเป็นพินัยกรรมได้หากได้แสดงให้เห็นถึงเจตจำนงของผู้ตายอย่างชัดเจน โดยจะสังเกตได้ว่าหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าให้นำไปใช้กับเรื่องการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น แต่นำไปใช้กับการทำพินัยกรรมที่ทำไม่ถูกต้องตามแบบทุกกรณีด้วย โดยศาลที่พิจารณาคดีเหล่านี้มักจะเรียกพินัยกรรมประเภทนี้ว่า “พินัยกรรมที่ไม่มีแบบ” (Informal Will) แสดงให้เห็นว่ากฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law มีความผ่อนปรนเรื่องแบบมากกว่ากฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law

นอกจากนี้ ผู้เขียนพบว่าการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้นสามารถเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ เช่น การทำพินัยกรรมผ่านเว็บไซต์ การทำพินัยกรรมโดยใช้แอปพลิเคชัน Note ในโทรศัพท์ i-Phone การทำพินัยกรรมโดยการพิมพ์ข้อความในโทรศัพท์มือถือ หรือการทำพินัยกรรมโดยการบันทึกวิดีโอ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีส่วนใหญ่มีข้อสังเกตที่เหมือนกัน คือ ผู้ทำพินัยกรรมมักไม่ได้ลงลายมือชื่อในทางข้อเท็จจริง กล่าวคือ มิได้ลงลายมือชื่อหรือที่เรียกว่าลายเซ็นใด ๆ ลงในส่วนท้ายของพินัยกรรม หากแต่เป็นเพียงการพิมพ์ชื่อหรือสัญลักษณ์ในส่วนท้ายของพินัยกรรมเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการลงลายมือชื่อเป็นสิ่งสำคัญที่จะแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างเอกสารและผู้ทำเอกสารได้ การลงลายมือชื่อถือเป็นวิธปฏิบัติของการทำธุรกรรมทุกประเภท การลง

ชื่อด้วยการพิมพ์เพียงลำพังนั้นไม่น่าจะเพียงพอที่จะแสดงความเชื่อมโยงดังกล่าวได้ เพราะไม่สามารถทราบได้ว่าผู้ตายเป็นผู้ทำเอกสารฉบับนั้นขึ้นมาจริงหรือไม่ แต่ศาลที่พิจารณาคดีกลับเห็นว่าแค่การพิมพ์ชื่อนั้นถือว่าผู้ตายได้แสดงเจตนาทำพินัยกรรมอย่างเพียงพอแล้ว

ในประเด็นเรื่องความผ่อนปรนเรื่องแบบพินัยกรรมนั้นอาจกล่าวได้ว่า ประเทศไทยเองก็มีบทบัญญัติที่ทำให้การปฏิบัติตามแบบที่กฎหมายกำหนดมีความยืดหยุ่นมากขึ้น ได้แก่ มาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องของโมฆะกรรมที่ใช้บังคับกับเรื่องการทำนิติกรรมทุกประเภท โดยเมื่อนำเรื่องแบบพินัยกรรมไปปรับใช้จะมีผลทำให้พินัยกรรมที่ทำไม่ถูกต้องตามแบบที่ผู้ทำพินัยกรรมตั้งใจจะทำ แต่หากสมบูรณ์เข้าแบบพินัยกรรมแบบอื่น ก็ถือเป็นพินัยกรรมที่สมบูรณ์ตามแบบอื่นนั้นได้ เช่น พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองที่โมฆะกลายเป็นพินัยกรรมที่สมบูรณ์ในแบบธรรมดา แต่หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายกับมาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีความแตกต่างกันที่สำคัญในหลายประการดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law ซึ่งในเรื่องนิติวิธีต้องตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด การนำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายของกลุ่มประเทศ Common Law มาบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปอย่างกว้าง ๆ และนำไปใช้กับการทำพินัยกรรมของประเทศไทยจึงอาจไม่เหมาะสม เนื่องจากในการพิจารณาคดีประกอบกับหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย ศาลจะรับรองเอกสารที่ผู้ตายทำขึ้นว่าเป็นพินัยกรรมหรือไม่ นั้นย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลเป็นสำคัญ โดยหากศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงในคดีฟังได้ว่าผู้ตายมีเจตจำนงให้เอกสารนั้นมีผลอย่างพินัยกรรม ศาลก็จะรับรองให้ แต่พฤติการณ์ใดจะสะท้อนเจตนาอันแท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมได้นั้น ย่อมต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานต่าง ๆ ประกอบกันเป็นกรณี ๆ ไป โดยศาลในประเทศ Common Law จะนำข้อเท็จจริงในคดีอื่นมาเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการพิจารณารับรองด้วย ซึ่งต่างจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law ที่บทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ ต้องถูกกำหนดขึ้นอย่างละเอียดและชัดเจน อีกทั้งในการพิจารณาต่าง ๆ ต้องอาศัยตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ ดังนั้น หากนำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวมาใช้กับกฎหมายไทยอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนชัดเจนขึ้นได้ นอกจากนี้ ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าการแสดงเจตนาสุดท้ายอันเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินหรือการต่าง ๆ ของผู้ตายนั้น ควรต้องเป็นการแสดงให้เห็นอย่างปราศจากข้อสงสัยด้วย เพราะเมื่อทำพินัยกรรมไม่ถูกต้องตามแบบแล้ว สิ่งที่ยังหลงเหลืออยู่อย่างเจตจำนงของผู้ตาย ย่อมเป็นสิ่งเดียวที่จะแสดงให้เห็นได้ว่าผู้ตายตั้งใจจะทำพินัยกรรมฉบับนั้นขึ้นจริง ๆ

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าหากนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาใช้ในกรณีที่บุคคลตกอยู่ในพฤติการณ์พิเศษน่าจะมีความเป็นไปได้และเหมาะสมที่สุด เพราะเมื่อกฎหมายยอมให้บุคคลแสดงเจตนาอันเป็นคำสั่งก่อนตายไว้ในพินัยกรรม จึงควรต้องถือว่าเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมนั้นศักดิ์สิทธิ์ และควรต้องดำเนินการไปตามความประสงค์ของผู้ตาย แต่ในทางความเป็นจริงแล้ว การทำพินัยกรรมตามแบบที่กฎหมายกำหนดอาจเป็นทางนำไปสู่ความไม่สัมฤทธิ์ผลแห่งเจตนาของผู้ตายได้ เช่น กรณีการทำพินัยกรรมแบบวาจา บุคคลที่ตกอยู่ในพฤติการณ์พิเศษอาจไม่สามารถหาพยานเพื่อรับรองเจตนาของตนได้

ทั้งนี้ โดยทั่วไปแล้ว บุคคลใดที่ตกอยู่ในพฤติการณ์พิเศษและไม่สามารถทำพินัยกรรมตามแบบอื่นที่กำหนดไว้ได้ มาตรา 1663 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้บุคคลนั้นสามารถทำพินัยกรรมด้วยวาจาได้ โดยต้องแสดงเจตนา กำหนดข้อพินัยกรรมต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคน และพยานสองคนนั้นต้องรีบแสดงตนต่อกรมอำเภอ โดยมีชักช้าและแจ้งข้อความที่ผู้ทำพินัยกรรมสั่งไว้ด้วยวาจาว่า “พฤติการณ์พิเศษ” กฎหมายได้กำหนดตัวอย่างไว้ 3 กรณี คือ ตกอยู่ในอันตรายใกล้ความตาย หรือมีโรคระบาด หรือสงคราม โดยผู้เขียนเห็นว่าน่าจะหมายความรวมถึงกรณีการเจ็บป่วยใกล้จะตาย หรือกรณีอื่นที่คาดหมายได้ว่าอาจจะมีความตายเกิดขึ้นด้วย เพราะมีความเป็นไปได้ว่าผู้ประสงค์จะทำพินัยกรรมคาดหมายได้ว่าอาจจะถึงแก่ความตายในขณะนั้น ดังนั้น หากมีการนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาใช้ยอมเป็นการเปิดช่องให้ผู้ตกอยู่ในพฤติการณ์พิเศษและไม่สามารถทำพินัยกรรมแบบอื่นได้สามารถทำพินัยกรรมได้ โดยไม่จำกัดคำนึงถึงวิธีการหรือแบบที่กฎหมายกำหนด และยังทำให้การต่าง ๆ เป็นไปตามเจตนารมณ์ของเจ้ามรดก เช่น บุคคลที่อยู่ในภาวะสงครามอาจทำพินัยกรรมโดยการแสดงเจตจำนงเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินของตนผ่านการบินที่กวีดีโอโดยใช้โทรศัพท์มือถือของตนได้ หรือบุคคลในภาวะเช่นนั้นอาจส่งข้อความที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินให้แก่บุคคลอื่นผ่านแอปพลิเคชันต่าง ๆ โดยใช้โทรศัพท์มือถือและมีเฉพาะเจ้าของโทรศัพท์เท่านั้นที่สามารถปลดล็อกหน้าจอโทรศัพท์ได้

โดยสรุป ผู้เขียนจึงเห็นว่าการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทย ควรนำเรื่องหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายและวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้กับกรณีที่บุคคลตกอยู่ในพฤติการณ์พิเศษด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น เพราะแม้การจำกัดเสรีภาพในเรื่องแบบพินัยกรรมจะเป็นเรื่องสำคัญ แต่การพัฒนาหลักเกณฑ์ที่สามารถควบคุมได้นั้น ย่อมเป็นประโยชน์ในการพัฒนาพินัยกรรมโดยรวม เนื่องจากเป็นการเปิดช่องให้เป็นทางเลือกใหม่ในการแสดงเสรีภาพในการทำพินัยกรรมที่สะดวกขึ้น

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เมื่อบุคคลใดถึงแก่ความตาย หากบุคคลนั้น ไม่ได้ทำพินัยกรรม ไว้ก่อนถึงแก่ความตาย ททรัพย์มรดกย่อมตกทอดสู่ทายาท โดยธรรมดาตามลำดับที่กฎหมายกำหนด แต่หากได้ทำพินัยกรรมไว้ ททรัพย์สินต่าง ๆ ย่อมตกเป็นของผู้รับพินัยกรรมตามเจตนาของผู้ตาย พินัยกรรมจึงเป็นตัวแปรสำคัญที่จะเป็นตัวกำหนดว่า ททรัพย์มรดกจะตกเป็นของทายาทคนใด ซึ่งในปัจจุบันนี้บุคคลทั่วไปมีความเข้าใจและนิยมทำพินัยกรรมกันไว้มากกว่าสมัยก่อนที่มีความเชื่อว่าเป็นการแข่งตัวเอง

การทำพินัยกรรมตามกฎหมายไทยในปัจจุบันเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหนึ่งในสิ่งที่สำคัญที่สุดของความมีผลของพินัยกรรม คือ การทำพินัยกรรมให้ถูกต้องตามแบบ โดยพินัยกรรมแต่ละแบบมีวิธีการที่แตกต่างกันออกไปให้บุคคลสามารถเลือกทำได้อย่างเสรีให้เหมาะสมกับความประสงค์ ปรารถนา และข้อจำกัดของตน ดังที่ บรรพ 6 หมวด 2 มาตรา 1655 บัญญัติว่า “พินัยกรรมนั้น จะทำได้ก็แต่ตามแบบใดแบบหนึ่งดังที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้” บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นการบังคับให้ทำพินัยกรรมได้ตามแบบที่กำหนดในหมวด 2 เท่านั้น การทำพินัยกรรมไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดย่อมมีผลทำให้พินัยกรรมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ไม่สามารถใช้อย่างบังคับได้ตามเจตนารมณ์ของผู้ทำพินัยกรรม โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดแบบพินัยกรรมไว้ทั้งสิ้น 5 แบบ คือ พินัยกรรมแบบธรรมดา พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง พินัยกรรมแบบเอกสารลับ และพินัยกรรมแบบทำด้วยวาจา

จากการศึกษาความเป็นมาของแบบพินัยกรรมพบว่า แบบพินัยกรรมจำนวน 5 แบบดังกล่าว มีความคล้ายคลึงกับแบบพินัยกรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พ.ศ. 2475 แทบทุกประการ และไม่มีพินัยกรรมแบบใดเลยที่กฎหมายกำหนดให้สามารถนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการทำพินัยกรรมได้ เช่น การบันทึกวิดีโอ การบันทึกเสียง หรือการเขียนข้อกำหนดในพินัยกรรม โดยใช้ปากกาอัจฉริยะเขียนลงบนแท็บเล็ต (Tablet) จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ว่าด้วยเรื่องแบบพินัยกรรมถูกบัญญัติขึ้นในขณะที่เทคโนโลยีต่าง ๆ ยังไม่มีความทันสมัย การทำพินัยกรรมในรูปแบบเดิมจึงไม่สอดคล้องกับสภาพทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้ เนื่องจากสังคมไทยในปัจจุบันก้าวเข้าสู่ยุคดิจิทัลอย่างเต็มรูปแบบ การทำธุรกรรมหรือการ

ติดต่อสื่อสารต่าง ๆ ล้วนแล้วแต่มีการนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาปรับใช้ และมีแนวโน้มที่จะทำธุรกรรมแบบไร้กระดาษ (Paperless) มากยิ่งขึ้น ซึ่งแม้ปัจจุบันจะได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 เพื่อรองรับการทำธุรกรรมในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ แต่ก็ยังมีพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 ในข้อ 3 (2) กำหนดห้ามมิให้นำกฎหมายว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ไปใช้บังคับกับธุรกรรมที่เกี่ยวกับมรดก ดังนั้นหากมีบุคคลใดนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการทำพินัยกรรม เอกสารอิเล็กทรอนิกส์นั้นย่อมไม่ใช่พินัยกรรมที่กฎหมายรับรอง และย่อมตกเป็นโมฆะ เสมือนหนึ่งไม่เคยมีการทำพินัยกรรมไว้เลย สิทธิ หน้าที่ และทรัพย์สินต่าง ๆ ย่อมตกแก่ทายาทโดยธรรมตามกฎหมาย และอาจไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ก่อนตายของเจ้ามรดก

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จะพบว่า กฎหมายไทยให้ความสำคัญกับแบบของพินัยกรรม โดยตั้งอยู่บนหลักการว่าแบบอยู่เหนือเจตนาของเจ้ามรดก และถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งในการทำพินัยกรรม ผู้ประสงค์จะทำพินัยกรรมต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น จะออกแบบพินัยกรรมเฉพาะเรื่องเฉพาะราวไม่ได้ แบบมีความสำคัญ เนื่องจากจะเป็นเอกสารชิ้นเดียวที่เหลืออยู่ในการยืนยันเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งในตอนจะบังคับตามข้อกำหนดในพินัยกรรม ผู้ทำพินัยกรรมก็ได้สิ้นสภาพบุคคลไปแล้ว ดังนั้นแม้ผู้เชี่ยวชาญจะยืนยันว่าลายมือในเอกสารกำหนดการเพื่อตายเป็นลายมือของเจ้ามรดกจริง แต่หากไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด เอกสารนั้นย่อมตกเป็นโมฆะใช้บังคับเป็นพินัยกรรมไม่ได้ เท่ากับว่าเมื่อทำผิดแบบก็ต้องทิ้งเจตนาอันแท้จริงที่แสดงผ่านลายมือของเจ้ามรดกไป¹ นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังพยายามออกแบบพินัยกรรมทุกแบบให้ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องมีการลงลายมือชื่อในพินัยกรรม ยกเว้นพินัยกรรมแบบวาจาเท่านั้นที่ผู้ทำพินัยกรรมไม่ต้องลงลายมือชื่อ และถึงแม้จะเป็นพินัยกรรมแบบทำด้วยวาจา ท้ายที่สุดก่อนจะนำมาใช้บังคับ พยานที่รับแจ้งข้อความผู้ตายก็ต้องมาแจ้งให้เจ้าพนักงานบันทึกเจตจำนงของเจ้ามรดกเป็นลายลักษณ์อักษร

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เจ้ามรดกทำพินัยกรรมแบบหนึ่ง หากพินัยกรรมที่ทำไม่ถูกต้องตามแบบนั้นเข้าลักษณะเป็นพินัยกรรมแบบอื่น พินัยกรรมก็มีผลสมบูรณ์ตามแบบอื่นได้ตามหลักทั่วไปในเรื่องโมฆะกรรมตามมาตรา 174 เช่น พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองที่โมฆะกลายเป็นพินัยกรรมที่สมบูรณ์ในแบบธรรมดา หรือทำพินัยกรรมแบบลับ แต่สมบูรณ์เป็นพินัยกรรมแบบ

¹ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, หลักกฎหมายมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), น 96

ธรรมดา ซึ่งย่อมทำให้แบบของพินัยกรรมมีความยืดหยุ่นและมีโอกาสตีความได้กว้างขวางยิ่งขึ้น แต่หลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายกับมาตรา 174 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีความแตกต่างกันที่สำคัญในหลายประการดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

สำหรับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์นั้น โดยทั่วไปแล้วอาจเข้าใจได้ว่า คือพินัยกรรมในแบบที่ไม่ได้ทำในกระดาษ แต่ถูกสร้างขึ้นด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การเขียนข้อมูล การบันทึกภาพและเสียงในรูปแบบวิดีโอ และด้วยเทคโนโลยีในปัจจุบันยอมทำให้สามารถตรวจสอบการปลอมแปลงได้อย่างถูกต้อง แม่นยำ มากขึ้น ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงปรากฏต่อศาลในต่างประเทศนั้น มีรูปแบบการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ที่แตกต่างกันออกไป คือ มีตั้งแต่การเขียนพินัยกรรมลงบน Tablet โดยใช้ปากกาอัจฉริยะ การทำพินัยกรรมโดยสร้างไฟล์เอกสารและจัดเก็บในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การทำพินัยกรรมผ่านเว็บไซต์ การทำพินัยกรรมโดยใช้แอปพลิเคชัน Note ในโทรศัพท์ i-Phone การทำพินัยกรรมโดยการพิมพ์ข้อความในโทรศัพท์มือถือ และทำพินัยกรรมโดยการบันทึกวิดีโอ ซึ่งการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามวิธีการข้างต้นต่างก็มีรูปแบบและลักษณะการทำที่แตกต่างกันออกไป และบางครั้งก็ไม่จำเป็นต้องมีการลงลายมือชื่อ แต่ก็ไม่น่าแปลกใจที่ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา การทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์มีแนวโน้มที่จะสูงเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ และแม้จะมีเพียงบางรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติเรื่องพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Wills) กำหนดเป็นการเฉพาะ แต่ประเทศอื่น ๆ ที่ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ประเทศออสเตรเลีย สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ศาลในประเทศดังกล่าวก็สามารถพิจารณารับรองเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ตายทำขึ้นและให้มีผลอย่างพินัยกรรมได้ โดยอาศัยหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย

นอกจากนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะพยานของประเทศไทยที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ชัดเจนในการนำเอกสารอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นพยานหลักฐาน โดยหากพิจารณาตามกฎหมายวิธีสบัญญัติของไทยจะสามารถแบ่งประเภทพยานหลักฐานออกมาได้ตามแต่วัตถุประสงค์และกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการแบ่ง แต่โดยทั่วไปมักจะแบ่งประเภทของพยานหลักฐานออกมาได้เพียงสามประเภท คือ พยานบุคคล พยานเอกสาร และพยานวัตถุ ซึ่งเป็นการแบ่งตามวิธีการนำพยานหลักฐานเข้าสืบ โดยแต่ละประเภทก็จะมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการนำเสนอและนำสืบพยานหลักฐานแต่ละประเภทเอาไว้แตกต่างกัน ส่วนในกรณีของพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้น มีการวางหลักการสำคัญเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานไว้อย่างกว้าง ๆ ในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 โดยกำหนดว่าให้รับฟังพยานหลักฐานที่อยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่ไม่ได้

กำหนดว่าให้รับฟังได้ในรูปพยานหลักฐานประเภทใดหรือวิธีการใด จึงอาจทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการนำเสนอพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในชั้นศาลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการนำสืบต้นฉบับเอกสารดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทย โดยเห็นว่าหากนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาใช้ในกรณีที่บุคคลตกอยู่ในพฤติการณ์พิเศษน่าจะมีความเป็นไปได้และเหมาะสมที่สุด เพราะย่อมเป็นการเปิดช่องให้ผู้ตกอยู่ในพฤติการณ์พิเศษสามารถทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงวิธีการหรือแบบที่กฎหมายกำหนด และยังทำให้การต่าง ๆ เป็นไปตามเจตนารมณ์ของเจ้ามรดก

5.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อศึกษาการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์แล้ว ต่อไปจะขอเสนอข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ หากมีการอนุญาตให้สามารถทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายไทยได้ ดังนี้

1. ควรนำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาใช้กับกรณีที่บุคคลตกอยู่ในพฤติการณ์พิเศษ โดยมีหลักการว่าในกรณีที่บุคคลใดตกอยู่ในพฤติการณ์พิเศษไม่สามารถจะทำพินัยกรรมตามแบบอื่นที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ให้เอกสารอิเล็กทรอนิกส์ใด ๆ ที่ผู้ตายทำขึ้นก่อนถึงแก่ความตาย และมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนากำหนดการเผื่อตาย แม้ว่าเอกสารอิเล็กทรอนิกส์นั้น จะทำไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด ให้ศาลพิจารณารับรองเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตายได้ โดยในการพิจารณาของผู้พิพากษาให้พิจารณาจากพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่ผู้มีหน้าที่นำสืบแสดงต่อศาล

การนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ถือได้ว่าเป็นการแก้ไขปัญหาอย่างครอบคลุม เพราะนอกจากจะแก้ไขปัญหาในเรื่องความหลากหลายของรูปแบบการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ที่อาจจะมีรูปแบบใหม่ ๆ เกิดขึ้นตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยี และรูปแบบการสร้างเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ที่ไม่แน่นอนว่าบุคคลที่ตกอยู่ในพฤติการณ์พิเศษจะสร้างเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบใด ยังสามารถแก้ไขปัญหาในเรื่องการลงลายมือชื่อได้ด้วย เพราะหากพิจารณาจากลักษณะของการลงลายมือชื่อในพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์แล้วจะพบว่าสามารถลงลายมือชื่อได้หลายรูปแบบ เช่น การยืนยันบุคคลโดยใช้เทคโนโลยีชีวภาพ หรือการใส่รหัสผ่านในการเข้าถึงโปรแกรม โดยให้เป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาว่าเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ตายทำขึ้นนั้นสามารถเชื่อมโยงถึงผู้ทำเอกสารได้หรือไม่ อย่างไร

โดยสรุปผู้เขียนจึงเสนอว่าในการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ต้องประกอบด้วย เงื่อนไขและวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) ต้องปรากฏว่าในขณะที่ทำเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ผู้ตายตกอยู่ในพฤติการณ์พิเศษ กล่าวคือ อยู่ในเหตุการณ์ฉุกเฉิน หรือมีภัยอันตรายใกล้ความตาย โดยไม่สามารถทำพินัยกรรมแบบอื่นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้

(2) ผู้ตายได้สร้างเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ใด ๆ ขึ้นในระหว่างที่มีพฤติการณ์พิเศษ โดยมีเจตนาให้มีเอกสารนั้นมีผลอย่างพินัยกรรม เช่น การบันทึกวิดีโอ หรือบันทึกเสียงบอกกล่าวการจัดการทรัพย์สินของตนหลังถึงแก่ความตาย การพิมพ์ข้อความที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินและส่งต่อให้แก่บุคคลอื่นผ่านแอปพลิเคชันในโทรศัพท์ หรือแม้กระทั่งการเขียนข้อกำหนดต่าง ๆ ลงบน Tablet

(3) ในการพิจารณาว่าเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ตายทำขึ้นนั้นถือเป็นพินัยกรรมของผู้ตายหรือไม่ ให้ศาลนำหลักความผิดพลาดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายมาประกอบการพิจารณา กล่าวคือ แม้จะทำไม่ถูกต้องตามแบบของพินัยกรรมตามที่กฎหมายกำหนด แต่หากศาลเห็นว่าเอกสารอิเล็กทรอนิกส์นั้นผู้ตายได้สร้างขึ้นก่อนถึงแก่ความตาย และเข้าลักษณะของพินัยกรรม คือ มีคำสั่งเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินหรือการต่าง ๆ ของผู้ตาย ให้ศาลรับรองเอกสารอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นพินัยกรรมของผู้ตาย

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าผู้ตายต้องถึงแก่ความตายในพฤติการณ์พิเศษด้วย หากปรากฏพฤติการณ์พิเศษได้ผ่านพ้นไปแล้ว ก็ไม่อาจถือเอาเอกสารอิเล็กทรอนิกส์นั้นมาอ้างเป็นพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ เพราะภายหลังพฤติการณ์พิเศษได้ผ่านพ้นไป เหตุใด ๆ ที่ทำให้บุคคลนั้นไม่อาจทำพินัยกรรมแบบอื่นได้ก็ไม่ได้อยู่แล้ว

2. ให้มีบทบัญญัติรองรับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรองรับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ให้ชัดเจน โดยอาจเป็นการกำหนดในลักษณะของการกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์” ซึ่งจะเป็นการป้องกันความไม่ชัดเจนของสถานะทางกฎหมายของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างขึ้นในขณะที่บุคคลนั้นตกอยู่ภายใต้พฤติการณ์พิเศษตามข้อเสนอแนะในข้อ 1. เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีข้อกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์” เอาไว้ โดยผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำนิยามของคำว่า “ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาปรับใช้ได้ ซึ่งก็จะให้ความหมายว่า “พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์” หมายถึง พินัยกรรมที่กระทำขึ้นโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ไม่ควรกำหนดอย่างเคร่งครัด เนื่องจากวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่จะนำมาใช้กับการทำพินัยกรรมสามารถทำได้ด้วยหลากหลายวิธี นอกจากนี้ บุคคลที่ตกอยู่ภายใต้พฤติการณ์พิเศษย่อมมีทางเลือกหรือวิธีการในการแสดงเจตนาไม่มาก การกำหนดหลักเกณฑ์อย่างเคร่งครัดจะทำให้ไม่สามารถครอบคลุมถึงวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ทั้งหมด และจะไม่สามารถสนับสนุนเจตนาอันแท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมได้

3. ควรมีการทบทวนข้อ 3 (2) ของพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 ที่กำหนดห้ามมิให้นำบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับแก่ธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก โดยให้ยกเว้นเรื่องพินัยกรรมไว้ เพื่อให้กฎหมายว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์สามารถนำไปปรับใช้กับการทำพินัยกรรมได้ โดยผู้เขียนเห็นว่าพระราชกฤษฎีกาลบฉบับนี้มีการบังคับใช้มากกว่าสิบปีแล้ว ซึ่งเทคโนโลยีต่าง ๆ ได้พัฒนาไปจากแต่ก่อนมาก หากมีการทบทวนประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับย่อมสอดคล้องกับสภาพทางสังคมในปัจจุบัน และเป็นการเปิดช่องให้เป็นทางเลือกใหม่ในการแสดงเสรีภาพในการทำพินัยกรรมกรณีมีพฤติการณ์พิเศษที่สะดวกมากยิ่งขึ้น

4. ควรกำหนดกระบวนการและวิธีการในการนำสืบพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ให้ชัดเจน ทั้งนี้ เนื่องจากในปัจจุบันยังมีการโต้แย้งกันในทางวิชาการว่า “ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์” เป็นพยานเอกสารหรือพยานวัตถุ แต่หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการนำสืบพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นการนำสืบเพื่อให้ศาลพิจารณาถึงข้อความ ตัวอักษร อักษรย่อ คำหรือความหมายในพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์นั้น ก็อาจถือได้ว่าพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานเอกสาร แต่ก็จะมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความเป็นต้นฉบับเอกสาร กล่าวคือ ต้นฉบับของพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นเอกสารที่อยู่ในรูปแบบใด ระหว่างข้อมูลในคอมพิวเตอร์ หรือสิ่งพิมพ์ออกที่มีการรับรองความถูกต้อง เพราะข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าจะเป็นต้นฉบับหรือสำเนาจะมีลักษณะที่เหมือนกัน ข้อมูลที่เป็นต้นฉบับที่แท้จริงนั้น คือ สิ่งที่เป็นภาษาคอมพิวเตอร์ ซึ่งไม่สามารถมองเห็นหรือจับต้องได้ ส่วนสิ่งที่ปรากฏบนหน้าจอเป็นการแปลงจากภาษาคอมพิวเตอร์ให้เป็นภาษาที่สามารถเข้าใจได้เท่านั้น

ทั้งนี้ ยังไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ โดยควรกำหนดความเป็นต้นฉบับของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ให้ชัดเจน เพื่อให้เกิดความมั่นใจในความถูกต้องแท้จริงของสิ่งพิมพ์ออกของ

ต้นฉบับอิเล็กทรอนิกส์ที่จะนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานนั้น และมีให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลเกิดปัญหาจากสภาพของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์

โดยสรุปผู้เขียนจึงเห็นว่าการมีกฎหมายรองรับการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานย่อมทำให้ประชาชนเชื่อถือในเทคโนโลยีสมัยใหม่ เพราะหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นประชาชนย่อมมั่นใจว่าพยานหลักฐานในรูปข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่มีอยู่จะรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ และการมีกฎหมายรองรับดังกล่าวย่อมทำให้ศาลมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานได้





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กฤษฎา กนกกุลชัย. “ปัญหาการตีความกฎหมายในการรับมรดกแทนที่: ศึกษากรณีการบ่งใช้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ มาตรา 1639.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557.
- เกียรติพล ตันติกุล. “เขตอำนาจศาลในการระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศผ่านทางออนไลน์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- โชค จารุจินดา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยพินัยกรรม. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ท่าพระจันทร์, 2526.
- ทวีศักดิ์ กอนันต์กุล และสุรางคณา แก้วจันทร์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ, 2545.
- บริษัทนิติเกษตร. คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรม พุทธศักราช 2475. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดลิเมต์, 2475.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2548.
- ไพฑูริศ เอกจริยกร. ตัวแทน นายหน้า. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2559.
- พงษ์ระพี บรรจงศิลป์. “ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดแบบพินัยกรรม.” วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2550.
- พรชัย นพประโคน. “การประทับตราเวลา : ความจำเป็นในการให้บริการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544.” Thai Journal of Science and Technology. 1, 1-ธ.ค. 2555.
- พรชัย สุนทรพันธ์. ข้อสังเกตเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแบบธรรมดา. AU Law Journal, 1-7, 2555.
- พรชัย สุนทรพันธ์. ข้อสังเกตเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแบบธรรมดา. AULJ (3), 7. 2012.
- พรชัย สุนทรพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558.

- พร้อมพรรณ ชลถาวรพงศ์, “การรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2560.
- พินัย ฌ นคร, “พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์,” โดมทัศน์. เล่ม 1. ปีที่ 23, (2545) พินัย ฌ นคร. กฎหมายลักษณะมรดก. กรุงเทพฯ: วิทยูชน, 2558.
- เพ็ญ หุดางกูร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. แบบของพินัยกรรมในกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายไทย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 27(40).
- นงลักษณ์ นามโกชน. “ธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2550.
- ณสรวง สุวรรณอารมณ์. “ปัญหาในการใช้สิทธิของคนพิการในการทำพินัยกรรมและการเป็นผู้รับพินัยกรรม.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558.
- ณิชารัตน์ สุจริตวางกูร. “ความน่าเชื่อถือทางกฎหมายของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.
- มูฮำหมัด เจริญวงศ์. “กระบวนการการระงับข้อพิพาทในธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545.
- รณชัย ลักสะวาริ. “การระงับข้อพิพาททางธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์โดยวิธีอนุญาโตตุลาการออนไลน์.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546.
- รามบัณฑิตสิทธิเสรีณี (เซียง สุวงศ์). กฎหมายมรดก. กรุงเทพมหานคร: ไสภณพิพรรฒธนากร พระนคร 2472.
- ศิริศักดิ์ สุขมนตรี. “การรับมรดกแทนที่.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2524.
- สรรเสริญ ศิริวรรณ. “ปัญหาการรับฟังพยานหลักฐานในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์.” สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2554.
- สรารุช ปิตยาศักดิ์. กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2555.
- เสกสรร เอกวิริยะวิทย์. “แบบของพินัยกรรม.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- อัมพร ฌ ตะกั่วทุ่ง. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2550.

ภาษาต่างประเทศ

- Brown J. (2017). Re Nichol; Nichol v Nichol & Anor [2017] QSC 220. Retrieved Jun 16, 2019, from <https://www.queenslandjudgments.com.au/case-download/id/301131>
- Brown J. (2020). Re Nichol; Nichol v Nichol & Anor [2017] QSC 220. Retrieved Jan 16, 2020, from Queensland Judgements: <https://www.queenslandjudgments.com.au/case/id/301131>
- Dalton J. (2013). Mellino v Wnuk & Ors [2013] QSC 336. Retrieved Dec 9, 2019, from <https://www.queenslandjudgments.com.au/case-download/id/82792>
- Dan DeNicuolo (2017). The Future of Electronic Wills. Retrieved Mar 1, 2020, from https://www.americanbar.org/groups/law_aging/publications/bifocal/vol_38/issue-5--june-2017/the-future-of-electronic-wills/
- Lorain County Court of Common Pleas. (2015). In re Estate of Castro. Retrieved Oct 30, 2019, from <https://www.quimbee.com/cases/in-re-estate-of-castro>
- Lorain County Court of Common Pleas. (n.d.). In re Estate of Castro.
- Lyons SJA. (2019). In The Estate of Leslie Wayne Quinn (deceased) [2019] QSC 9. Retrieved Feb 20 2020, from <https://archive.sclqld.org.au/qjudgment/2019/QSC19-099.pdf>
- Peter Lyons J. (2013). Re: Yu [2013] QSC 322. Retrieved Aug 20, 2019, from <https://archive.sclqld.org.au/qjudgment/2013/QSC13-322.pdf>
- SIZWE SNAIL AND SIYABULELA MATANZIMA. (2011). Electronic wills – beyond the Macdonald v the Master decision. Retrieved Dec 10, 2019, from <http://www.snailattorneys.com/Electronic%20Wills%20-%20South%20Africa%20-beyond%20Mc%20Donald%20decision.pdf>
- Susan Gary, John Draneas. “Harmless error: What Errors Are Harmless?,” Oregon State Bar CLE Seminars, (2019).
- SYLVIA PAPADOPOULOS. (2012). Electronic Wills with an Aura of Authenticity: Van der Merwe v Master of the High Court and Another. Case Comment, 1-14.
- Willson J. (2017). Lawrence Litevich v. Probate Court, District of West Haven. Retrieved Dec 10, 2019, from <https://caselaw.findlaw.com/ct-superior-court/1635009.html>



ภาคผนวก

UNIFORM ELECTRONIC WILLS ACT

drafted by the

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS
ON UNIFORM STATE LAWS

and by it

APPROVED AND RECOMMENDED FOR ENACTMENT
IN ALL THE STATES

at its

ANNUAL CONFERENCE
MEETING IN ITS ONE-HUNDRED-AND-TWENTY-EIGHTH YEAR
ANCHORAGE, ALASKA
JULY 12-18, 2019



WITHOUT PREFATORY NOTE AND COMMENTS

Copyright © 2019
By
NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS
ON UNIFORM STATE LAWS

December 30, 2019

UNIFORM ELECTRONIC WILLS ACT

SECTION 1. SHORT TITLE. This [act] may be cited as the Uniform Electronic Wills Act.

SECTION 2. DEFINITIONS. In this [act]:

(1) “Electronic” means relating to technology having electrical, digital, magnetic, wireless, optical, electromagnetic, or similar capabilities.

[(2) “Electronic presence” means the relationship of two or more individuals in different locations communicating in real time to the same extent as if the individuals were physically present in the same location.]

(3) “Electronic will” means a will executed electronically in compliance with Section 5(a).

(4) “Record” means information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form.

(5) “Sign” means, with present intent to authenticate or adopt a record:

(A) to execute or adopt a tangible symbol; or

(B) to affix to or logically associate with the record an electronic symbol or process.

(6) “State” means a state of the United States, the District of Columbia, Puerto Rico, the United States Virgin Islands, or any territory or insular possession subject to the jurisdiction of the United States. The term includes a federally recognized Indian tribe.

(7) “Will” includes a codicil and any testamentary instrument that merely appoints an executor, revokes or revises another will, nominates a guardian, or expressly excludes or limits the right of an individual or class to succeed to property of the decedent passing by intestate

succession.

Legislative Note: A state that permits an electronic will only if executed with the witnesses in the physical presence of the testator should omit paragraph (2) and renumber the remaining paragraphs accordingly. See also the Legislative Note to Section 5.

SECTION 3. LAW APPLICABLE TO ELECTRONIC WILL; PRINCIPLES OF EQUITY. An electronic will is a will for all purposes of the law of this state. The law of this state applicable to wills and principles of equity apply to an electronic will, except as modified by this [act].

SECTION 4. CHOICE OF LAW REGARDING EXECUTION. A will executed electronically but not in compliance with Section 5(a) is an electronic will under this [act] if executed in compliance with the law of the jurisdiction where the testator is:

- (1) physically located when the will is signed; or
- (2) domiciled or resides when the will is signed or when the testator dies.

SECTION 5. EXECUTION OF ELECTRONIC WILL.

(a) Subject to Section 8(d)[and except as provided in Section 6], an electronic will must be:

- (1) a record that is readable as text at the time of signing under paragraph (2);
- (2) signed by:
 - (A) the testator; or
 - (B) another individual in the testator's name, in the testator's physical presence and by the testator's direction; and
- (3) [either:
 - (A)] signed in the physical [or electronic] presence of the testator by at least two individuals[, each of whom is a resident of a state and physically located in a state at

the time of signing and] within a reasonable time after witnessing:

[(A)] [(i)] the signing of the will under paragraph (2); or

[(B)] [(ii)] the testator's acknowledgment of the signing of the will under paragraph (2) or acknowledgement of the will[; or

(B) acknowledged by the testator before and in the physical [or electronic] presence of a notary public or other individual authorized by law to notarize records electronically].

(b) Intent of a testator that the record under subsection (a)(1) be the testator's electronic will may be established by extrinsic evidence.

Legislative Note: A state should conform Section 5 to its will-execution statute.

A state that enacts Section 6 (harmless error) should include the bracketed language at the beginning of subsection (a).

A state that permits an electronic will only when the testator and witnesses are in the same physical location, and therefore prohibits remote attestation, should omit the bracketed words "or electronic" from subsection (a)(3) and Section 8(c).

A state that has enacted Uniform Probate Code Section 2-502 or otherwise validates an unattested but notarized will should include subsection (a)(3)(B).

[SECTION 6. HARMLESS ERROR.

Alternative A

A record readable as text not executed in compliance with Section 5(a) is deemed to comply with Section 5(a) if the proponent of the record establishes by clear-and-convincing evidence that the decedent intended the record to be:

- (1) the decedent's will;
- (2) a partial or complete revocation of the decedent's will;
- (3) an addition to or modification of the decedent's will; or

(4) a partial or complete revival of the decedent's formerly revoked will or part of the will.

Alternative B

[Cite to Section 2-503 of the Uniform Probate Code or comparable provision of the law of this state] applies to a will executed electronically.

End of Alternatives]

Legislative Note: A state that has enacted Uniform Probate Code Section 2-503 or another harmless error rule for a non-electronic will, should enact Alternative B. A state that has not enacted a harmless error rule may not want to add a harmless error rule solely for an electronic will, but if it does, it should enact Alternative A.

SECTION 7. REVOCATION.

(a) An electronic will may revoke all or part of a previous will.

(b) All or part of an electronic will is revoked by:

(1) a subsequent will that revokes all or part of the electronic will expressly or by inconsistency; or

(2) a physical act, if it is established by a preponderance of the evidence that the testator, with the intent of revoking all or part of the will, performed the act or directed another individual who performed the act in the testator's physical presence.

SECTION 8. ELECTRONIC WILL ATTESTED AND MADE SELF-PROVING AT TIME OF EXECUTION.

(a) An electronic will may be simultaneously executed, attested, and made self-proving by acknowledgment of the testator and affidavits of the witnesses.

(b) The acknowledgment and affidavits under subsection (a) must be:

(1) made before an officer authorized to administer oaths under law of the state in which execution occurs [or, if fewer than two attesting witnesses are physically present in the

same location as the testator at the time of signing under Section 5(a)(2), before an officer authorized under [cite to Revised Uniform Law on Notarial Acts Section 14A (2018) or comparable provision of the law of this state]]; and

(2) evidenced by the officer’s certificate under official seal affixed to or logically associated with the electronic will.

(c) The acknowledgment and affidavits under subsection (a) must be in substantially the following form:

I, _____, the testator, and, being sworn, declare to the
(name)

undersigned officer that I sign this instrument as my electronic will, I willingly sign it or willingly direct another individual to sign it for me, I execute it as my voluntary act for the purposes expressed in this instrument, and I am [18] years of age or older, of sound mind, and under no constraint or undue influence.

Testator

We, _____ and _____,
(name) (name)

witnesses, being sworn, declare to the undersigned officer that the testator signed this instrument as the testator’s electronic will, that the testator willingly signed it or willingly directed another individual to sign for the testator, and that each of us, in the physical [or electronic] presence of the testator, signs this instrument as witness to the testator’s signing, and to the best of our knowledge the testator is [18] years of age or older, of sound mind, and under no constraint or undue influence.

Witness

Witness

Certificate of officer:

State of _____

[County] of _____

Subscribed, sworn to, and acknowledged before me by _____,
(name)

the testator, and subscribed and sworn to before me by _____ and
(name)

_____, witnesses, this _____ day of _____, _____.
(name)

(Seal)

(Signed)

(Capacity of officer)

(d) A signature physically or electronically affixed to an affidavit that is affixed to or logically associated with an electronic will under this [act] is deemed a signature of the electronic will under Section 5(a).

Legislative Note: A state that has not enacted the Uniform Probate Code should conform Section 8 to its self-proving affidavit statute. The statements that the requirements for a valid will are met and the language required for the notary's certification should conform with the requirements under state law.

A state that has authorized remote online notarization by enacting the 2018 version of the Revised Uniform Law on Notarial Acts should cite to Section 14A of that act in subsection (b)(1). A state that has adopted a non-uniform law allowing remote online notarization should cite to the relevant section of state law in subsection (b)(1).

A state that does not permit an electronic will to be executed without all witnesses being physically present should omit the bracketed language in subsection (b)(1) and the words "or electronic" in subsection (c) and Section 5(a)(3).

SECTION 9. CERTIFICATION OF PAPER COPY. An individual may create a certified paper copy of an electronic will by affirming under penalty of perjury that a paper copy of the electronic will is a complete, true, and accurate copy of the electronic will. If the electronic will is made self-proving, the certified paper copy of the will must include the self-proving affidavits.

Legislative Note: A state may need to change its probate court rules to expand the definition of what may be filed with the court to include electronic filings.

Court procedural rules may require that a certified paper copy be filed within a prescribed number of days of the filing of the application for probate. A state may want to include procedural rules specifically for electronic wills.

SECTION 10. UNIFORMITY OF APPLICATION AND CONSTRUCTION. In applying and construing this uniform act, consideration must be given to the need to promote uniformity of the law with respect to its subject matter among states that enact it.

SECTION 11. TRANSITIONAL PROVISION. This [act] applies to the will of a decedent who dies on or after [the effective date of this [act]].

SECTION 12. EFFECTIVE DATE. This [act] takes effect

Acts Interpretation Act 1954 (Qld) s 36
Succession Act 1981 (Qld) s 5, s 10, s 18

Macey v Finch [2002] NSWSC 933
Oreski v Ikač [2008] WASC 220
Proctor v Klauke [2011] QSC 425
The Estate of Masters, Hill v Plummer (1994) 33 NSWLR 446

SOLICITORS: Bennett & Philp for the applicant

- [1] **PETER LYONS J:** Karter Yu died on 2 September, 2011. He took his own life. Shortly before he died he created a series of documents on his iPhone, most of them final farewells. One was expressed to be his last Will. An application has been made for a declaration that the electronic document which I have just mentioned, and which is exhibit JY2 to the affidavit of Jason Yu, is the Will of the deceased, and that it be admitted to probate, and that probate be granted to Mr Jason Yu.
- [2] Section 10 of the *Succession Act 1981 (Qld)*, identifies requirements for the execution of a valid Will in Queensland. However, section 18 of that Act provides that if the Court is satisfied that a person intended a document to form the person's Will, then the document forms a Will if it purports to state the testamentary intentions of the deceased person.
- [3] It has been said on more than one occasion that where a document does not satisfy section 10 there are three conditions to be satisfied before an order might be made under section 18. See *Macey v Finch* [2002] NSWSC 933 at [10], *Proctor v Klauke* [2011] QSC 425 at [35].
- [4] The first condition is the existence of a document. In the present case, what is relied upon is something created and stored on an iPhone. Section 5 of the *Succession Act* defines a document for the purposes of section 18 of the Act, specifically, as something so defined in section 36 of the *Acts Interpretation Act 1954 (Qld)*. Section 36 of the *Acts Interpretation Act* defines a document to include any disc, tape or other article, or any material from which writings are capable of being produced or reproduced, with or without the aid of another article or device.
- [5] In *Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor* [2012] NSWSC 594, Slattery J held that a Microsoft Word document created on a laptop computer was a document for the purposes of New South Wales legislation substantially similar to that which I am asked to consider in the present case. Both by reference to his Honour's judgment, in which he cited a number of authorities (see paragraphs 79 – 81) and by reference, similarly, to the language of the definition in section 36 of the *Acts Interpretation Act*, I am satisfied that the record on the iPhone of the document, which I have mentioned a short time ago, is a document for the purposes of section 18 of the *Succession Act*.
- [6] The second condition is whether the document purports to state the testamentary intentions of the deceased. Testamentary intentions are intentions about what is to be done with a person's property upon that person's death: see *The Estate of Masters, Hill v Plummer* (1994) 33 NSWLR 446, cited in *Proctor* at [37].

- [7] An examination of the document makes it absolutely plain that it set out the testamentary intentions of the deceased. It dealt with the whole of the deceased's property, and provided for its distribution at a time when the deceased was plainly contemplating his imminent death. Ordinarily, a person does not attempt to dispose of the whole of the person's property except upon the person's death. That, and the fact that the document demonstrated an intention to appoint Mr Jason Yu as the executor under the document, as well as nominating an alternative; and the fact that the document authorised the executor to deal with the deceased's affairs in the event of his death, confirm the general impression which I obtained from the document as to its stating the testamentary intentions of the deceased.
- [8] The third condition is whether the deceased intended the document to form his Will. A will has been described as a revocable disposition of property intended to take effect on death: see *Lee's Manual of Queensland Succession Law* (Thomson Lawbook Co, 6th ed, 2007), para 2.10; see also *Oreski v Ikae* [2008] WASCA 220 at [55], cited in *Proctor* at [42]. As was pointed out in *Oreski*, it is not sufficient that a document state a deceased person's testamentary wishes. To satisfy the requirements of section 18 of the *Succession Act*, it must also be intended to be legally operative so as to dispose of the person's property upon the person's death: see in particular *Proctor* at [41].
- [9] The document for which probate is sought, in my view, plainly satisfies that requirement. The document commenced with the words, "This is the last Will and Testament..." of the deceased, who was then formally identified, together with a reference to his address. The appointment of an executor, again, reflects an intention that the document be operative. The deceased typed his name at the end of the document in a place where on a paper document a signature would appear, followed by the date, and a repetition of his address. All of that, it seems to me, demonstrated an intention that the document be operative. Again, the instructions contained in the document, as well as the dispositions which appear in it, all evidence an intention that it be operative on the deceased's death. In particular, the circumstance that the document was created shortly after a number of final farewell notes, and in contemplation of the deceased's imminent death, and the fact that it gave instructions about the distribution of his property, all confirm an intention that the document be operative on his death. I am therefore satisfied that the deceased intended the document which he created on his iPhone to form his Will. I am prepared to make the orders sought.
- [10] Mr Young. I have inserted my name, including my first name at the top of the draft order, and initialled it. I make an order in terms of the draft.

SUPREME COURT OF QUEENSLAND

CITATION: *Mellino v Wnuk & Ors* [2013] QSC 336
 PARTIES: **MICHELLE CHRISTINE MELLINO AS EXECUTOR
 NAMED IN THE UNSIGNED WILL OF SEAN PETER
 WNUK, DECEASED**
 (applicant)
 v
**JULIE MARGARET WILKINS AS LITIGATION
 GUARDIAN FOR ALICIA WNUK**
 (first respondent)
 and
ROBERT FRASER
 (second respondent)
 and
SIAN KIMMETT
 (third respondent)

FILE NO/S: BS 4090 of 2013
 DIVISION: Trial
 PROCEEDING: Application
 ORIGINATING COURT: Supreme Court at Brisbane
 DELIVERED ON: 27 November 2013, ex tempore
 DELIVERED AT: Brisbane
 HEARING DATE: 27 November 2013
 JUDGE: Dalton J
 ORDER: **Order as per draft initialled by me and placed with the papers.**
 CATCHWORDS: SUCCESSION – MAKING OF A WILL – EXECUTION – INFORMAL DOCUMENT INTENDED TO BE WILL – where an application was made pursuant to s 18 of the *Succession Act* 1981 (Qld) to have a DVD declared to be the will of the deceased – whether the DVD is a document – whether the DVD fulfils the requirements of s 18 – whether all relevant parties are joined and have notice of the proceeding
 COUNSEL: A Harding for the applicant
 No appearance first respondent
 J Cockburn (sol) for the second respondent
 No appearance for the third respondent

SOLICITORS: Terence O'Connor Solicitor for the applicant
No appearance for the first respondent
Cockburn Legal for the second respondent
No appearance for the third respondent



HER HONOUR: This is an application pursuant to section 18 of the Succession Act to have a document, namely a DVD, declared to be the will of the deceased man Sean Peter Wnuk – W-n-u-k. I have regard to the terms of section 18 itself and also to the cases which have interpreted it, including *Hatsatouris – H-a-t-s-a-t-o-u-r-i-s* – and *Ors v Hatsatouris* in the New South Wales Court of Appeal. I’m satisfied that the DVD is a document within the meaning of the section, and I’m also satisfied that the document embodies or was meant to embody the testamentary intentions of the deceased man. I think that is clear from the fact that he has written “my will” on the DVD itself and also from the substance of what he says in the video recording on the DVD. It is clearly made in contemplation of death, and the deceased man was found dead, having committed suicide, at some point after the video recording was made. He discusses his intention to suicide in the document. He is at some pains to define what property he owns, and it seems to me quite clear that, although very informal, what the document purports to do is to dispose of that property after death.

Further, I am satisfied that the substance of the recording on the DVD demonstrates that the DVD itself without any more formality on the part of the deceased man would operate upon his death as his will. He comes very close to saying that exact thing informally, explaining that he’s no good with paperwork and that he hopes that his recording will be sufficiently legal to operate to dispose of his property.

So it seems to me that the three tests which the court traditionally have regard to are satisfied.

The persons who would take on intestacy are the three children of the deceased man. Two of them have been respondents to this application since its inception. A third, Sian – S-i-a-n – Kimmitt – K-i-m-m-e-t-t – has not, but I will today make an order formally joining her as a party. As I say, these three children would take on intestacy, and I am satisfied that they are the only relevant people to be heard on the application. The first respondent did not attend, and there is correspondence before the court to the effect that the first respondent contents to the orders sought. The second respondent did attend court and was content for the orders to be made.

The third respondent did not attend court. She has had solicitors acting for her during the course of much of this proceeding, although I think it is fair to say that they have had difficulty obtaining her instructions in relation to the subject matter of the proceedings. There is quite a correspondence in the affidavit of Mr O’Connor filed with leave today as to matters between the applicant and Ms Kimmitt or at least as between her solicitors and the applicant’s solicitors. I’m satisfied that the applicant’s solicitors have acted in every way fairly to give Ms Kimmitt the opportunity to raise any matter which she wishes to raise.

I’m satisfied that although she has not been formally served as required by the rules there has been informal service of her and that these proceedings – that is, the application before me today – have come to her notice. In particular, Mr O’Connor gave supplementary evidence before me today orally deposing to the fact that yesterday he had a conversation with her about the matter. So she certainly

understood that it was to be before the court today, and she referred Mr O'Connor to what she called the letter she had sent to the court about it, but did not ask that the matter be adjourned or in any way raise objections to it proceeding in her absence.

5 She did say that because she was a resident of Townsville she would not be present. There is no letter on the file from Ms Kimmett. There is an affidavit which I have before me. It's sworn informally, and I've had regard to the contents of that affidavit, but I'm not persuaded that there are any good reasons there why I should not make a declaration pursuant to section 18 of the Succession Act.

10

So my formal orders will be as per draft initialled by me and placed with the papers. All right. Thank you both for your assistance.

15

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	นางสาวศิริพร เบญจพร
ประวัติการศึกษา	พ.ศ. 2557 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 45 สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพนายความ เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 68
ตำแหน่ง	พนักงานฝ่ายกฎหมาย สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย

