

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเหมาะสมของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย¹

THE LEGAL PROBLEM ON SUITABILITY OF ELECTRONIC WILLS IN THAILAND

จิระพร สุภะกะ

Jeeraporn Supaka

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : jeeraporn.supa@dome.tu.ac.th

Graduate student of Master of Laws Program in Private law,

Faculty of Law, Thammasat University : jeeraporn.supa@dome.tu.ac.th

Received: July 5, 2022

Revised: July 2, 2022

Accepted: June 9, 2022

บทคัดย่อ

บทความนี้ได้ศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความเหมาะสมของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย โดยได้ศึกษาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ บังคับ พ.ศ.2549 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เปรียบเทียบกับการปรับใช้กฎหมายสำหรับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในรัฐเนวาดา รัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐควีนส์แลนด์ รัฐนิวเซาท์เวลส์ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแอฟริกาใต้และประเทศอินเดีย เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวในประเทศไทยต่อไป

ผลจากการศึกษาพบว่า พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ.2549 มาตรา 3 กำหนดมิให้นำบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้กับการทำธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก ก่อให้เกิดปัญหาความเหมาะสมของการมีพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย กล่าวคือ กฎหมายมีความล้าหลังและไม่ตอบสนองกับการดำรงชีวิตประจำวันใน

¹ บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ของผู้เขียน หัวข้อ พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Wills) (อยู่ระหว่างการศึกษา)

ปัจจุบันที่ได้นำเทคโนโลยีไปปรับใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำพินัยกรรมด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ส่งผลให้ไม่อาจทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยได้

สำหรับการแก้ไขปัญหาดังกล่าว บทความฉบับนี้จึงได้เสนอแนะให้นำแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้โดยตรากฎหมายรองรับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถกำหนดเป็นข้อเสนอแนะได้ โดยให้ยกเลิกพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ.2549 ในส่วนของธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกให้สามารถทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้

คำสำคัญ

พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์, พินัยกรรม, ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, แบบของพินัยกรรม

ABSTRACT

This article examines a legal problem on suitability of electronic wills in Thailand. Related provisions of the Electronic Transactions Act, Buddhist Era 2544 (2001), the Royal Decree on Civil and Commercial Transaction Excluded from the Application of Electronic Transaction Law, Buddhist Era 2549 (2006), and the Civil and Commercial Code of Thailand were studied and compared to the applicable provisions of electronics wills in Nevada, Florida of The United States, Queensland, New South Wales of Australia, South Africa, and India to find solutions for Thailand.

The study found that the Royal Decree on Civil and Commercial Transaction Excluded from the Application of Electronic Transaction Law, 2549 (2006) Section 3 provides that the Electronic Transaction Act B.E.2549 is prohibited to apply for succession's transaction and results in appropriation of electronic wills law in Thailand's problem that is to say the law is out-of-date and cannot respond to daily routine support with technology especially making a legacy by electronic method. It causes the people cannot make a will in Thailand.

To solve a problem mentioned above, this article recommends that the example of The United States should be applied by enacting the electronic wills law, and can develop into recommendations by abolishing the Royal Decree on Civil and Commercial Transaction Excluded from the Application of Electronic Transaction Law, Buddhist Era 2549 (2006).

Keywords

Electronic Wills, Wills, Electronic Transactions, Wills Form

1. บทนำ

ปัจจุบันคงปฏิเสธไม่ได้ว่าการทำธุรกรรมต่าง ๆ ส่วนใหญ่แล้วมักจะกระทำโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การชำระเงินค่าสินค้า การยื่นแบบเสียภาษีประจำปี การทำสัญญาระหว่างเอกชน โดยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 รองรับ ในขณะที่เดียวกันการทำพินัยกรรมซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แบ่งออกเป็น 5 ประเภท ได้แก่ พินัยกรรมแบบธรรมดา พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง พินัยกรรมแบบเอกสารลับ และพินัยกรรมที่ทำด้วยวาจา จะเห็นได้ว่า เป็นธุรกรรมอย่างหนึ่งตามคำนิยาม “ธุรกรรม” ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 แต่กลับถูกจำกัดในพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 โดยระบุเหตุผลท้ายพระราชกฤษฎีกาว่าเป็นนิติกรรมหรือธุรกรรมสำคัญและประเทศไทยยังไม่มีความสะดวกที่จะจัดให้ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้

การที่พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 กำหนดห้ามไว้เช่นนั้นสวนทางกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี กล่าวคือ เป็นการสร้างข้อกีดกันอันเป็นอุปสรรคทางกฎหมาย (legal obstacles) เนื่องจากวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นการอำนวยความสะดวกและเป็นวิธีการอย่างหนึ่งโดยไม่ได้ไปทำลายสาระสำคัญของนิติกรรมนั้น ๆ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า เป็นการรับรองสถานะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้เท่าเทียมหรือให้มีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับการทำลงบนกระดาษตามหลักความเท่าเทียมกันในการทำหน้าที่ (functional equivalent approach) และยังขัดต่อหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ ได้แก่ สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว (right to privacy) ในแง่ของการกำหนดเจตนาเพื่อตายอันเป็นข้อมูลส่วนตัว สิทธิในทรัพย์สินที่เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิที่อินเทอร์เน็ตทรัพย์สินของตนให้มีผลเมื่อเจ้าของทรัพย์สินถึงแก่ความตาย และหลักกฎหมายแพ่ง ได้แก่ หลักอิสระในทางแพ่ง (private of autonomy) ที่ผู้แสดงเจตนามีอิสระที่จะกำหนดขอบเขตทางกฎหมายของตนเอง ทั้งเรื่องส่วนตัวและทรัพย์สิน ซึ่งส่งผลต่อหลักการย่อยอีก 2 ประการ ได้แก่ หลักกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่ได้ใช้สิทธิในการจำหน่ายทรัพย์สินได้อย่างเต็มที่ อันเป็นสิทธิหนึ่งของผู้มีกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 และหลักอิสระในการทำพินัยกรรม โดยการใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่อาจทำให้ผู้ทำพินัยกรรมมีอิสระในการทำพินัยกรรมได้อย่างแท้จริง จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาถึง ความสะดวกของการมีพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย

2. ความรู้พื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์

2.1 แนวความคิดว่าด้วยการทำพินัยกรรม

พินัยกรรม เป็นการที่ผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนาเมื่อตายของตนในการจำหน่ายแจกทรัพย์สินของตน ซึ่งสะท้อนสิทธิของผู้มีกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ตลอดจนกำหนดให้จัดการต่าง ๆ ของตน โดยมีผลบังคับเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย ผู้มีสิทธิตามพินัยกรรมไม่อาจทราบได้ว่าตนมีสิทธิเช่นนั้นอยู่ เนื่องจากผู้ทำพินัยกรรมสิ้นสภาพบุคคลไปแล้ว ส่งผลให้การปรากฏซึ่งเอกสารมีความสำคัญในการที่แสดงเจตนา กำหนดการเมื่อตายของตน กฎหมายจึงเข้ามาคุ้มครองเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม โดยผู้ทำพินัยกรรมจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ไม่สามารถกำหนดรูปแบบเองได้ อันแสดงถึงความเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวโดยเคร่งครัด² เนื่องจากการทำพินัยกรรมมีผลเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย การค้นหาเจตนาที่แท้จริงอาจทำได้ยากกว่ากรณีการทำนิติกรรมอื่น ๆ การที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบก็เพื่อจะได้มีพยานหลักฐานในการโอนทรัพย์สินและทายาทหรือผู้รับพินัยกรรมจะได้ทราบเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม³ ซึ่งหากทำไม่ถูกต้องตามแบบ พินัยกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า แบบอยู่เหนือเจตนาของเจ้ามรดก⁴

2.2 กฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

ในหัวข้อนี้จะได้อธิบายถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อที่จะได้ทราบถึงความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ และทราบถึงการกำหนดห้ามไม่ให้ทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

กฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ กฎหมายดังกล่าวเกิดจากการประชุมของคณะกรรมการธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law; UNCITRAL) เพื่อรองรับสถานะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้มีผลทางกฎหมาย เป็นแนวทางและคำแนะนำเบื้องต้นให้ประเทศต่าง ๆ นำไปบัญญัติหรือแก้ไขกฎหมายภายในประเทศของตน⁵ เช่น ความน่าเชื่อถือและความปลอดภัย การรับรองให้เอกสารที่ปรากฏในรูปของอิเล็กทรอนิกส์เทียบเท่ากับเอกสารที่มีวัตถุรองรับเป็นกระดาษ⁶ ซึ่งการทำนิติกรรม

² ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *หลักกฎหมายมรดก* (พิมพ์ครั้งที่ 8, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564) 97.

³ เสนอ บุญเกียรติ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยมรดก* (วัชรินทร์การพิมพ์ 2515) 44,46.

⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ (เชิงอรรถ 2) 96.

⁵ พินัย ฌ นคร, *กฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในยุคดิจิทัล* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561) 54.

⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาตรา 13 และมาตรา 14.

ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีการใดย่อมอยู่ภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักอิสระในทางแพ่ง นั้นหมายความว่า คู่กรณีสามารถตกลงกันให้ทำนิติกรรมในรูปอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ในฐานะเป็นทางเลือกอื่น⁷

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้ข้อความสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts 2015) อนุสัญญาดังกล่าวตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการขยายกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยขยายประเด็นทางกฎหมายบางประเด็นให้ครอบคลุมและเป็นกฎเกณฑ์ในระดับสากล ได้แก่ คำเชิญชวนให้ทำสัญญาทางเว็บไซต์ สถานที่อยู่ของคู่กรณีที่ทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งจะมีผลต่อการพิจารณาสถานที่ที่สัญญาเกิดและเขตอำนาจศาล⁸ จะเห็นได้ว่าขอบเขตของอนุสัญญาดังกล่าวจะใช้กับขั้นตอนก่อนให้เกิดสัญญา การปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาที่มีสถานที่ตั้งต่างรัฐ⁹

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ และคณะได้กำหนดคำนิยามของ “การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์” มีความหมายว่า “ธุรกรรมที่กระทำขึ้นโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน โดยอาจจะกระทำผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ เช่น โทรเลข โทรพิมพ์ หรือโทรสารก็ได้¹⁰” โดยกฎหมายดังกล่าวมุ่งใช้กับธุรกรรมในทางแพ่ง ธุรกรรมเชิงพาณิชย์โดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และธุรกรรมในการดำเนินการของรัฐ โดยไม่กระทบถึงกฎหมายที่สร้างขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากนี้ธุรกรรมใดที่ไม่อาจให้ผลทางกฎหมายได้จะมีการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา¹¹

นอกจากนี้ การตรากฎหมายเพื่อรองรับทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นมีหลักการเบื้องหลังอยู่ 2 ประการ ได้แก่ หลักความเท่าเทียมกันในการทำหน้าที่ (functional equivalent approach) เป็นการรับรองสถานะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ให้เท่าเทียมหรือให้ผลทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับการทำลงบนกระดาษ โดยปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาตรา 7 ซึ่งกำหนดไว้เป็นหลักเกณฑ์ขั้นต่ำ (minimum requirement) หากธุรกรรมใดมีความแปรปรวนและมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองเป็นพิเศษก็จะบัญญัติรับรองไว้ เช่น มาตรา 8 กำหนดรับรองธุรกรรมใดที่จะต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือโดยใช้วิธีการแบบอิเล็กทรอนิกส์¹² และหลักความเป็นกลางทางเทคโนโลยี อันรวมถึงหลักความเป็นกลางของสื่อ (technology neutrality หรือ media neutrality) กล่าวคือ

⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ และคณะ, *คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544* (บริษัท จีรรัชการพิมพ์ จำกัด 2545) 71.

⁸ พินัย ณ นคร (เชิงอรรถ 5) 55.

⁹ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts Article 1.

¹⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ และคณะ (เชิงอรรถ 7) 59.

¹¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 3.

¹² พินัย ณ นคร (เชิงอรรถ 5) 143.

กฎหมายสามารถรองรับเครื่องมือสื่อสารทุกชนิดที่มีอยู่ในปัจจุบันและในอนาคต และทำหน้าที่เป็นทางเลือกให้กับผู้ทำธุรกรรมและหรือกับอีกฝ่ายหนึ่งสามารถเลือกรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนก็ได้¹³

พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ.2549 ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 กำหนดให้สามารถตราพระราชกฤษฎีกาห้ามมิให้กระทำโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน¹⁴ มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 4 มีนาคม พ.ศ. 2549 ซึ่งได้กำหนดให้มิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้กับธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก¹⁵ เนื่องจากเห็นว่าธุรกรรมดังกล่าวยังไม่มีความเหมาะสมที่จะให้กระทำได้ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์¹⁶ และกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม ในปัจจุบัน) เห็นว่าธุรกรรมดังกล่าวมีประเด็นที่รัฐพึงตระหนักธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกอยู่ 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก ความไม่เหมาะสมกับสังคมไทย เนื่องจากเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและเกี่ยวข้องกับความรู้สึกของมนุษย์ อาจนำไปสู่ความขัดแย้งได้โดยง่ายมากกว่าที่จะส่งผลดี และยังเห็นว่าการกำหนดให้ทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวกับมรดกได้ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ที่ประสงค์จะบังคับใช้กับธุรกรรมเชิงพาณิชย์มากกว่า กล่าวคือ การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างองค์กรธุรกิจด้วยกัน (Business to Business; B2B) หรือองค์กรธุรกิจกับผู้บริโภค (Business to Customer; B2C)

ประการที่สอง ความเป็นเอกภาพ กล่าวคือ เพื่อไม่ให้ธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับมรดกกระหว่างธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาตรา 3 และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐเกิดความลักลั่นกัน ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาตรา 35 ในประเด็นดังกล่าวได้แบ่งความเห็นออกเป็น 2 ฝ่าย โดยฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า การทำธุรกรรมที่กฎหมายกำหนดให้ต้องจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ไม่เป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐ เนื่องจากการทำธุรกรรมกรณีดังกล่าวเป็นเพียงเงื่อนไขหรือแบบให้มีผลสมบูรณ์เท่านั้น ขณะที่มาตรา 35 มุ่งเน้นใช้กับเฉพาะการยื่นคำขอ หรือการอนุญาต ทั้ง ๆ ที่การจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นการขออนุญาตอย่างหนึ่ง ส่วนฝ่ายที่สอง เห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดให้จดทะเบียนต่อ

¹³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ และคณะ (เชิงอรรถ 7) 12.

¹⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาตรา 3.

¹⁵ พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 มาตรา 3.

¹⁶ พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 หมายเหตุท้ายพระราชกฤษฎีกา.

พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐทั้งสิ้น เนื่องจากเห็นว่า การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาตรา 35 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐแสดงให้เห็นถึงการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่กฎหมายกำหนดให้กระทำต่อเจ้าหน้าที่ หรือการขออนุญาต การจดทะเบียน การชำระเงินกับหน่วยงานรัฐที่จะต้องดำเนินการตามมาตรา 35 อันเป็นบทกฎหมายเฉพาะ ส่วนกรณีอื่นใดที่ไม่ได้กล่าวมาข้างต้นจะเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ตามมาตรา 3 และพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีเจตนารมณ์ให้การทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เชิงพาณิชย์แต่เพียงอย่างเดียว ท้ายที่สุดแล้ว ในที่ประชุมเห็นชอบกับความเห็นฝ่ายที่ 2 นี้

เมื่อพิจารณาถึงพินัยกรรมแบบธรรมดาและพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองทำโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แล้ว จะเห็นได้ว่า พินัยกรรมแบบธรรมดาเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาตรา 3 ส่วนพินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมืองเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ทำกับหน่วยงานของรัฐ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาตรา 35 ในประเด็นดังกล่าวนี้ ผู้เสนอร่างพระราชกฤษฎีกาไม่ประสงค์จะให้เกิดความสับสนว่าหากเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ทำกับหน่วยงานรัฐให้มีผลบังคับตามกฎหมายได้ แต่ขณะที่พินัยกรรมแบบธรรมดาทำโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้ เนื่องจากในขณะนั้นยังไม่มีพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจมาตรา 35 ขณะที่ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไป มาตรา 3 ให้อำนาจออกพระราชกฤษฎีกากำหนดยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาใช้บังคับได้¹⁷ ในขณะทำการทำธุรกรรมที่กฎหมายกำหนดให้ทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อย่างการทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีกำหนดตั้งแต่ 3 ปีขึ้นไป และสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีกำหนดไม่เกิน 3 ปี¹⁸ สามารถแยกธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไปและธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐ โดยในส่วนของสัญญาเช่ามีกำหนดเวลาไม่เกิน 3 ปี คู่สัญญาสามารถตกลงทำหนังสือสัญญาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้มีหลักฐานเป็นหนังสือได้ เป็นเรื่องของเอกชนที่รัฐไม่ควรปิดกั้น¹⁹ จึงเห็นว่าในธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวกับมรดกโดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำพินัยกรรมควรที่จะกำหนดห้ามทั้งสิ้นไม่ว่าจะเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไปและธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภาครัฐ

¹⁷ บันทึกข้อความ ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา เรื่อง ร่างพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาใช้บังคับ พ.ศ. ... (8 พฤศจิกายน 2547). (เอกสารไม่เผยแพร่).

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538.

¹⁹ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร และสำนักงานเลขานุการคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, 'จะเตรียมความพร้อมสำหรับการใช้บังคับกฎหมายลูกภายใต้ e-Transactions อย่างไร' (การสัมมนารับฟังความเห็น, ห้องแกรนด์ ฮอลล์ ชั้น 4 โรงแรมมิราเคิล แกรนด์ คอนเวนชัน หลักสี่, 1 กันยายน 2547) 14. (เอกสารไม่เผยแพร่)

ประการที่สาม การศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ กล่าวคือ จากการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบของผู้เสนอร่างกฎหมาย ณ ขณะนั้น โดยได้ศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสิงคโปร์ ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยเทคโนโลยีสารสนเทศกำหนดยกเว้นไม่ให้นำมาใช้กับการทำธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัวและมรดกเช่นเดียวกัน²⁰ จะเห็นได้ว่าผู้เสนอร่างกฎหมายมีความพยายามจะตรากฎหมายให้สอดคล้องกับนานาประเทศ

3. แนวความคิดของต่างประเทศว่าด้วยการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์

ส่วนนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวคิดของการตรากฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในเบื้องต้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแอฟริกาใต้ และประเทศอินเดีย เพื่อพิจารณาถึงปัญหาดินนโยบายของประเทศไทยในการกำหนดห้ามมิให้ทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ผู้เขียนได้ศึกษาถึงการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในรัฐเนวาดาและรัฐฟลอริดานั้น เนื่องจากรัฐเนวาดาเป็นรัฐแรกในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ในขณะที่รัฐฟลอริดามีการประกาศใช้บทบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์เช่นเดียวกัน แต่มีอุปสรรคเกือบจะทำให้ไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว โดยจะได้กล่าวถึงในแต่ละรัฐดังนี้

ในรัฐเนวาดา การกำเนิดของกฎหมายเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ เริ่มจากการยอมรับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และการรับรองซึ่งมีได้อยู่เฉพาะหน้าโดยนอติารี (remote notarization)²¹ โดยในปี ค.ศ.1999 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (The Uniform Electronic Transaction Act: UETA) ซึ่งเป็นกฎหมายกลางเพื่อให้รัฐอื่นนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายของตน อย่างไรก็ตาม ไม่รวมถึงการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์เอาไว้ด้วย ประกอบกับการตีความของศาลในคดี *Estate of Castro*²² ว่า การที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมและลงมือชื่อลงบนแท็บเล็ต เป็นการทำให้ปรากฏลายลักษณ์อักษร (in writing) อย่างหนึ่ง และอนุญาตให้มีการพิสูจน์พินัยกรรม (probate) นับว่าเป็นคดีแรกที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ส่งผลให้เกิดพัฒนาการทางกฎหมายเกี่ยวกับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์อย่างรวดเร็วในเวลาต่อมา²³ อีกทั้ง ความพยายามของบริษัทหรือองค์กรเอกชน

²⁰ บันทึกข้อความ ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา (เชิงอรรถ 17).

²¹ Paige Hal, 'Welcoming E-Wills into the Mainstream: The Digital Communication of Testamentary Intent' (2019) 20 Nevada Law Journal 340, 353.

²² In re Estate of Javier Castro, 2013-ES-00140 (Ct. Com. Pl. Lorain Cnty., Probate Div., Ohio)

²³ Kyle B. Gee, 'The "Electronic wills" revolution: an overview of Nevada's new statute, The Uniform Law commission's work, and others recent developments' (2018) 28 Probate Law Journal of Ohio 126, 126-131.

ส่งเสริมให้มีการทำพินัยกรรมออนไลน์ด้วยตนเอง (do it yourself estate planning)²⁴ และจำนวนที่เพิ่มขึ้นของโนตารีซึ่งมีได้อยู่เฉพาะหน้าและแบบอิเล็กทรอนิกส์²⁵ ซึ่งส่งผลให้มีการขยายขอบเขตไปยังธุรกรรมอื่น ๆ อย่างการทำพินัยกรรมด้วย

ต่อมาในปี ค.ศ.2017 รัฐเนวาดาได้ประกาศกฎหมายให้สามารถทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่มีขอบเขตการใช้กว้างกว่ากฎหมายแม่แบบว่าด้วยพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ (the Uniform Electronic Wills Act) กล่าวคือประเด็นการทำให้ปรากฏสัญลักษณ์อักษร ในกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ กำหนดว่า การทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์จะต้องกระทำโดยการพิมพ์ (writing requirement for all electronic wills) ในขณะที่กฎหมายของรัฐเนวาดาไม่ได้กำหนดไว้เช่นนั้น ประการต่อมา กฎหมายแม่แบบว่าด้วยพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ไม่มีพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์แบบเขียนเองทั้งฉบับ²⁶ แต่กฎหมายของรัฐเนวาดากำหนดให้วิธีการทำให้ปรากฏข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นบันทึกทางอิเล็กทรอนิกส์²⁷ ซึ่งสามารถทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์โดยใช้ปากกา stylus เขียนบนลง iPad ได้

ส่วนรัฐฟลอริดา ในปี ค.ศ.2017 ได้มีการร่างกฎหมายเกี่ยวกับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ แต่ได้ถูกคัดค้านเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ.2017 โดย Governor Scott หนึ่งในคณะกรรมการนิติการโดยได้ให้ความเห็นว่า ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่สร้างความสมดุลระหว่างการป้องกันผลประโยชน์ของผู้ทำพินัยกรรมที่จะถูกกลฉ้อฉลและการเข้าถึงเทคโนโลยีเพื่อที่จะบังคับตามพินัยกรรม สิ่งสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติควรตระหนักถึงมาตรการที่ใช้กับพินัยกรรมแบบปัจจุบันว่าจะทำอย่างไรให้พินัยกรรมนั้นปลอดภัยเพียงพอและสามารถมิให้ถูกกลฉ้อฉลได้เพื่อให้เจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมปรากฏ²⁸ ต่อมาเมื่อได้ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวจึงได้ประกาศให้บทบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในกฎหมายแห่งรัฐฟลอริดา (Florida) ซึ่งมีผลบังคับใช้ เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2020

3.2 พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศออสเตรเลีย

พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์มีผลบังคับใช้ได้เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยหลักอำนาจในการจำหน่ายทรัพย์สิน (Dispensing Power Principle) โดยพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ถือเป็นกรณีหนึ่งที่ไม่ได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด

²⁴ เฟ็งอ้าง 127.

²⁵ เฟ็งอ้าง 127-128.

²⁶ Paige Hal (เชิงอรรถ 21) 356.

²⁷ NRS 133.085

²⁸ Na Crous, A comparative study of the legal status of electronic wills (Mini-dissertation Master of Law the North-West University 2019) 35-36.

ศาลจึงใช้ดุลพินิจผ่อนปรนให้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ให้ศาลเป็นผู้ตีความว่าการแสดงเจตนาทำพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรมเป็นพินัยกรรมหรือไม่ โดยผู้เขียนได้ศึกษาการตีความในรัฐควีนส์แลนด์และรัฐนิวเซาท์เวลล์ ดังนี้

ในรัฐควีนส์แลนด์ ปี ค.ศ.1981 ได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการสืบมรดกแห่งรัฐควีนส์แลนด์ (The Queensland Succession Act) โดยมาตรา 9 ได้ตราบทบัญญัติว่าด้วยการผ่อนปรนหลักการบังคับพินัยกรรมตามแบบอย่างเคร่งครัดโดยบังคับตามส่วนที่เป็นสาระสำคัญ (substantial compliance) ซึ่งได้รับอิทธิพลจากบทความเรื่องการบังคับพินัยกรรมตามส่วนที่เป็นสาระสำคัญกับพระราชบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรมของศาสตราจารย์ John Langbein²⁹ แต่ต่อมาเห็นว่าการบังคับตามส่วนที่เป็นสาระสำคัญอาจไม่ครอบคลุมการทำพินัยกรรมกรณีที่ไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามแบบ แต่ผู้ทำพินัยกรรมมีเจตนาทำพินัยกรรม ต่อมาในปี ค.ศ.2006 จึงได้แก้ไขบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรม ค.ศ.1981 มาตรา 18³⁰ กำหนดให้ศาลมีดุลพินิจที่จะยอมรับพินัยกรรมที่ไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามแบบและไม่ใช้หลักบังคับส่วนที่เป็นสาระสำคัญ กล่าวคือ การให้ศาลตีความว่าการแสดงเจตนาเป็นพินัยกรรมหรือไม่โดยอาศัยหลักอำนาจในการจำหน่ายทรัพย์สิน (dispensing power) ทำให้การสืบพยานหลักฐานถึงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมโดยพยานหลักฐานต่าง ๆ ได้นอกเหนือไปจากพยานเอกสารและเอกสารในฐานะที่ผู้ทำพินัยกรรมได้แสดงเจตนาลงบนวัตถุอย่างกระตือรือร้น ขยายความถึงอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ด้วย เช่น คดี *Re Nichol*³¹ ศาลวินิจฉัยว่า การที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมลงบนอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์แต่ข้อความดังกล่าวยังไม่ถูกส่งออกไป (unsent message) เนื่องจากตนได้ฆ่าตัวตายแล้วถึงความตายเสียก่อนเป็นเอกสารอย่างหนึ่ง และผู้ทำพินัยกรรมประสงค์ที่จะทำให้พินัยกรรมมีผลบังคับใช้ได้จริง

ขณะที่รัฐนิวเซาท์เวลส์ไม่ได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ไว้เช่นเดียวกันกับรัฐควีนส์แลนด์ กล่าวคือ ให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจกับพินัยกรรมที่ไม่ได้ทำให้ถูกต้องตามแบบ (informal will)³² โดยบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลเช่นนี้ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดก ค.ศ.2006 มาตรา 8³³ กล่าวคือ กำหนดให้ศาลรับฟังเอกสารที่ผู้ทำพินัยกรรมทำขึ้นเป็นพินัยกรรมเมื่อพยานหลักฐานหรือการกระทำที่แสดงถึงพินัยกรรมหรือส่วนหนึ่งของพินัยกรรมมีผลบังคับตามกฎหมายได้ และพยานหลักฐานแสดงถึงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม หรือกรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมเพิกถอนพินัยกรรมไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ศาลรับฟังเป็นที่พอใจแล้วว่าเอกสารดังกล่าวแสดงถึงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม³⁴ โดยเอกสารนั้นยังไม่เคยได้รับการวินิจฉัยมาก่อน และให้หมายความรวมถึงการทำให้ปรากฏลายลักษณ์

²⁹ ดู John Langbein, 'Substantial Compliance with the Wills Act' (1975) 88 The Harvard Law Review Association 489.

³⁰ The Succession Act 1981 (แก้ไข ค.ศ.2006) Section 18.

³¹ *Re Nichol* [2017] QSC 220.

³² Thomson Reuters, *The Law Handbook Your Practical Guide to The Law in New South Wales* (15th edn, Redfern Legal Centre Publishing 2009) 1230.

³³ The Succession Act 2006 Section 8.

³⁴ Martin Pooley, 'Informal Wills in New South Wales' (2020) Diamond Conway Feature Article 1, 1.

อักษรบนอุปกรณ์อื่นได้นอกเหนือจากกระดาษ³⁵ ตามมาตรา 8(2) นอกจากนี้ ศาลยังมีอำนาจพิจารณาถึงกรณีอื่น ๆ ที่นอกเหนือมาตรา 8(2) ตามมาตรา 8(4) ส่งผลให้พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้รับการปรับใช้หลักอำนาจในการจำหน่ายทรัพย์สินด้วย เช่น *Estate of Roger Christopher Currie*³⁶ กรณีพินัยกรรมกระทำไปปรากฏลายลักษณ์บนเครื่องคอมพิวเตอร์แต่ไม่ได้ลงลายมือชื่อจากนั้นบันทึกไฟล์ไว้ในแฟลชไดรฟ์ (USB flash drive) โดยบอกรหัสผ่านเข้าถึงคอมพิวเตอร์กับ Gray ญาติสนิท ทั้งนี้ศาลวินิจฉัยว่า การทำพินัยกรรมลักษณะดังกล่าวแสดงถึงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมแล้ว กล่าวคือ ในบันทึกไฟล์ผู้ทำพินัยกรรมได้ระบุชัดเจนว่าจะยกทรัพย์สินให้แก่บุคคลใด รวมถึงตั้งให้นาย Darvall เป็นผู้จัดการมรดกและศาลได้พิจารณาพยานหลักฐานประกอบกัน ได้แก่ ภาษาที่อยู่ไฟล์พินัยกรรมมีความชัดเจน Gray ญาติสนิทไม่ได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียในพินัยกรรม มีผู้เชี่ยวชาญตรวจสอบว่าผู้ทำพินัยกรรมได้เข้าสู่บันทึกไฟล์ดังกล่าวใน 2 สัปดาห์ก่อนที่จะถึงแก่ความตาย และการบอกที่อยู่ของไฟล์แก่ญาติแสดงให้เห็นว่าผู้ทำพินัยกรรมค่านึงว่าพินัยกรรมที่ไม่ได้ทำให้อาศัยตามแบบ (informal document) จะต้องได้รับการตรวจสอบพิสูจน์ในชั้นศาล³⁷

3.3 พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศแอฟริกาใต้

ในประเทศแอฟริกาใต้ยังไม่มีกฎหมายหรือบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์โดยตรง แต่ก็ได้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรม ค.ศ.1953 มาตรา 2(3) อันเป็นหลักการผ่อนปรนพินัยกรรมที่ไม่ได้ทำให้อาศัยตามแบบ (condonation) โดยให้ศาลเข้ามามีอำนาจใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่แสดงถึงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม จึงอาจกล่าวได้ว่าไม่ถนัดมากนักว่าเป็นแบบของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมาจากคดี *Macdonald v The Master*³⁸ ศาลวินิจฉัยว่า พินัยกรรมฉบับร่างแบบอิเล็กทรอนิกส์ที่เก็บรักษาไว้โดยจานบันทึกแบบแข็งในเครื่องคอมพิวเตอร์ (computer hard-disk) เป็นพินัยกรรมที่มีผลบังคับใช้ได้ เนื่องจากพิสูจน์ให้เห็นที่พอใจแก่ศาล และการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ถูกจำกัดโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการติดต่อสื่อสารและธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2000 (The Electronic Communications and Transactions Act 2002) กำหนดให้ห้ามมิให้นำพระราชบัญญัติดังกล่าวไปใช้กับการทำพินัยกรรม³⁹

จากคดีดังกล่าว สามารถสรุปหลักการผ่อนปรนพินัยกรรมที่ไม่ได้ทำให้อาศัยตามแบบ (condonation) ได้ดังนี้⁴⁰

- (1) เอกสารที่ชี้ให้เห็นชัดถึงเจตนาของผู้ตายที่จะแสดงเจตนาสุดท้ายและทำพินัยกรรม

³⁵ John H. Langbein, 'Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law' (1987) 87 Columbia Law Review 1, 52.

³⁶ Estate of Roger Christopher Currie [2015] NSWSC1098, Bergin CJ.

³⁷ Martin Pooley (เชิงอรรถ 34) 6.

³⁸ 2002 (5) SA 64.

³⁹ The Electronic and Communications and Transactions Act 2002 Section 4.

⁴⁰ Sizwe Snail and Nicholas Hall, 'Electronic Wills in South Africa' (2010) 7 Digital Evidence and Electronic Signature Law Review 67, 69.

- (2) เอกสารจะต้องไม่ใช่ร่างเบื้องต้นหรือบันทึกที่อธิบายกับทนายความหรือบุคคลอื่นเพื่อที่จะไปร่างพินัยกรรมแต่ไม่ใช่เจตนาสุดท้าย
- (3) เอกสารนั้นจะต้องไม่มีข้อสงสัยหรือข้อพิรุธของการกลฉ้อฉล หรือการกระทำผิดครองครองธรรมอื่น ๆ ทั้งในเอกสารฉบับจริงและฉบับสำเนา
- (4) เอกสารนั้นจะต้องไม่มีข้อพิรุธหรือข้อสงสัยว่าอยู่ในคอมพิวเตอร์หรือในเอกสารเป็นการชั่วคราว
- (5) เอกสารนั้นจะต้องบ่งชี้อย่างชัดเจนโดยผู้ตายถึงตำแหน่งที่เอกสารนั้นจะถูกค้นพบในคอมพิวเตอร์หรือเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ เช่น บันทึกเขียนลงกระดาษบอกตำแหน่งของพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ว่าอยู่ในคอมพิวเตอร์แฟ้ม (folder) ไດ
- (6) เฉพาะผู้ทำพินัยกรรมเท่านั้นที่สามารถเข้าถึงเอกสารพินัยกรรมนั้นได้โดยตั้งค้ำรหัสผ่านไม่ให้ผู้อื่นล่วงรู้
- (7) เฉพาะผู้ตายเท่านั้นที่จะพิมพ์ (type) พินัยกรรม
- (8) เอกสารนั้นจะถูกนำออกมาใช้ได้เมื่อใช้รหัสที่เป็นความลับของผู้ตาย

3.4 พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศอินเดีย

ในประเทศอินเดียยังไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยพินัยกรรมโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือ การทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ถูกจำกัดโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งประเทศอินเดีย ค.ศ.2000 (The Indian Information Technology Act 2000) มาตรา 1(4)⁴¹ อีกทั้งแม้ศาลจะตีความยอมรับให้นำบันทึกภาพเคลื่อนไหวและเสียง (video recording) มาแสดงให้ศาลเห็นถึงกระบวนการทำพินัยกรรมโดยปราศจากการข่มขู่ กลฉ้อฉล หรือการกระทำผิดครองครองธรรมอื่น ๆ แต่การบันทึกภาพเคลื่อนไหวและเสียงดังกล่าวไม่ได้ถูกจัดให้เป็นพินัยกรรมอีกประเภทหนึ่งแต่อย่างใด⁴²

ในคดี *Sayar Kumari Vs. State And Ors.*⁴³ ศาลตีความบทบัญญัติมาตรา 222⁴⁴ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยมรดกแห่งประเทศอินเดีย ค.ศ.1925 (The Indian Succession Act 1925) ว่า การยอมรับให้ตรวจพิสูจน์พินัยกรรมจากกรณีพินัยกรรมทำขึ้นหลายฉบับ โดยมีบางฉบับถูกข่มขู่และได้บันทึกภาพเคลื่อนไหวและเสียง ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าให้รับหลักฐานบันทึกภาพเคลื่อนไหวและเสียงไว้ เนื่องจากสามารถพิสูจน์ให้เห็นเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมและการตีความเช่นนี้เป็นการเพิ่มโอกาสให้พินัยกรรมมีผลบังคับใช้ได้ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยพยานหลักฐาน ค.ศ.1872 (The Indian

⁴¹ The Indian Information Technology Act 2000 Article 1.

⁴² Vijay Pal Dalmia, 'India: Digital Wills In India : Legal Or Illegal' (Mondaq, 3 มกราคม 2563) <https://www.mondaq.com/india/wills-intestacy-estate-planning/879416/digital-wills-in-india-legal-or-illegal#_ftn9> สืบค้นเมื่อ 12 มิถุนายน 2565. และดู *Shilpa Khullar Sood Vs Vipul Khullar CS (OS) 586/2017*.

⁴³ SAYAR KUMARI VS. STATE AND ORS. (09.10.2009 - DELHC).

⁴⁴ The Indian Succession Act 1925 Article 222.

Evidence Act 1872) มาตรา 68 และมาตรา 69⁴⁵ สามารถสรุปได้ว่า ถ้ากฎหมายใดกำหนดให้มีการรับรองโดยพยาน (หนึ่งคนหรือมากกว่านั้น) ธุรกรรมนั้นจะต้องมีการทำต่อหน้าพยานและลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานนั้นเช่นกัน และเอกสาร (พินัยกรรม) ที่กระทำต่อจะต้องเป็นกระดาษไม่ใช่กระทำในรูปแบบออนไลน์หรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์⁴⁶ ประกอบกับ มาตรา มาตรา 65B⁴⁷ แสดงให้เห็นว่า ศาลมีความพยายามในการตีความกฎหมายให้เข้ากับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป⁴⁸

อย่างไรก็ตาม จากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 แม้มีรายงานฉบับที่ 110 ออก โดยรัฐสภาแห่งประเทศอินเดียได้กล่าวถึงการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ว่า สมควรที่จะมีการผ่อนปรนให้ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ หากปรากฏว่าผู้ทำพินัยกรรมตกอยู่ในภาวะของโรคระบาด (epidemic หรือ pestilence) แต่ไม่ได้ทำให้การทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์สามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากยังไม่มีผลบังคับใช้นั้นเอง⁴⁹

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศสามารถกล่าวโดยสรุปได้ ดังนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้ง รัฐเนวาดา และรัฐฟลอริดา ได้ตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้กับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ ส่วนประเทศออสเตรเลีย รัฐควีนส์แลนด์และรัฐนิวเซาท์เวลส์ และประเทศแอฟริกาใต้ ไม่ได้ตรากฎหมายสำหรับพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ แต่ได้นำหลักกฎหมายมาตีความเพื่อผ่อนปรนการทำพินัยกรรมที่ไม่ได้เป็นไปตามแบบให้มีผลบังคับใช้ได้ เนื่องจากเห็นว่าเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมมุ่งประสงค์จะทำพินัยกรรมอยู่เหนือแบบ และไม่ต้องการให้การแสดงเจตนาทำพินัยกรรมดังกล่าวนั้น สูญเปล่าไป ในขณะที่ประเทศอินเดีย กำหนดให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ประกอบกับพินัยกรรมที่ทำถูกต้องตามแบบเพื่อแสดงให้เห็นว่าผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนาทำพินัยกรรมโดยไม่ได้ถูกข่มขู่ กลฉ้อฉล ไม่มีบทบัญญัติหรือการตีความให้พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์มีผลทางกฎหมายได้

⁴⁵ The Indian Evidence Act 1872 Article 68.

⁴⁶ Gitika Jain, 'Digital wills : legal or illegal' (ipleaders, 13 ธันวาคม 2563) <<https://blog.ipleaders.in/digital-wills-legal-illegal/>> สืบค้นเมื่อ 10 มิถุนายน 2565.

⁴⁷ The Indian Evidence Act 1872 Article 65B.

⁴⁸ Sonam Chandwai, 'Digital Wills in times of COVID-19 crisis: Legal or not?' (Entrepreneur India, 23 เมษายน 2563) <<https://www.entrepreneur.com/article/349694>> สืบค้นเมื่อ 10 มิถุนายน 2565.

⁴⁹ เพิ่งอ้าง.

4. ปัญหาและการวิเคราะห์เกี่ยวกับความเหมาะสมของพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย

การที่มีการจำกัดการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549⁵⁰ และยังมีปัญหาที่ตามมาของการบัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกาเช่นว่านี้ ดังต่อไปนี้

ปัญหาการกำหนดนิตินโยบายไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ปัจจุบันมักจะใช้เทคโนโลยีเข้าเป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกต่าง ๆ เช่น ด้านคมนาคม การศึกษา การเงิน การติดต่อสื่อสาร ส่งผลให้วิถีชีวิตของคนในสังคมเปลี่ยนแปลงไป และในสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันจากการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ยิ่งสะท้อนให้เห็นถึงการทำธุรกรรมหรือดำเนินการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น การประชุมทางจอภาพ หรือใช้แอปพลิเคชันในการดำเนินการกระบวนการพิจารณา ตามประกาศแนวทางการบริหารจัดการคดีของศาลยุติธรรม⁵¹ เมื่อย้อนกลับไปวันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลบังคับใช้วันที่ 19 มีนาคม 2549 อันเป็นเวลานับทศวรรษมาแล้ว ซึ่งในขณะนั้นรัฐได้เลือกและตัดสินใจที่จะตรากฎหมายเช่นนั้น แต่ไม่สัมพันธ์กับความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน จริยอยู่ที่ลักษณะของนิตินโยบายอันเป็นนโยบายเพื่อจัดระเบียบกฎเกณฑ์ (regulatory policy) ควบคุมพฤติกรรมของบุคคล ซึ่งจะไม่เปลี่ยนแปลงไปตามอารมณ์และความรู้สึกของผู้นำนโยบายไปปฏิบัติก็ตาม⁵² จะเห็นได้จากตัวอย่างอย่างชัดเจนที่ปัญหาเกิดจากนิตินโยบาย นั่นคือ รัฐพลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา ครั้นในปี ค.ศ.2017 ที่กฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ถูกคัดค้านไม่ให้มีผลใช้บังคับเนื่องกฎหมายดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องในเรื่องความปลอดภัยอยู่ แต่ท้ายที่สุดกฎหมายดังกล่าวก็ได้ประกาศมีผลบังคับใช้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายสอดรับกับความเปลี่ยนแปลงในสังคมได้เป็นอย่างดี

การเสนอร่างพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มาใช้บังคับ พ.ศ. ... โดยกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม ในปัจจุบัน) ได้ให้เหตุผลถึงการตรากฎหมายจำกัดสิทธิการทำธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก ได้แก่ เหตุผลเรื่องละเอียดอ่อน อันจะนำไปสู่ความขัดแย้งโดยง่าย เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มุ่งหมายส่งเสริมธุรกรรมในทางพาณิชย์ ประกอบกับ เหตุผลในเรื่องการศึกษากฎหมายเปรียบได้กำหนดห้ามมิให้นำไปใช้กับธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก กล่าวคือ ในขณะนั้นเห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศ

⁵⁰ พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ.2549 มาตรา 3.

⁵¹ ศาลยุติธรรม, 'ศาลยุติธรรมจัดวางแนวทางการดำเนินคดีช่วงโควิดผ่านระบบทางอิเล็กทรอนิกส์ เต็มรูปแบบเพื่อให้คู่ความดำเนินคดีได้อย่างปลอดภัยและลดความเสี่ยงในการแพร่ระบาดของโควิด-19' (14 กรกฎาคม 2564) <<https://coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/iid/253232>> สืบค้นเมื่อ 25 กุมภาพันธ์ 2565.

⁵² พระครูปลัดประวิทย์ วรธมโม และคณะ 'การกำหนดนโยบายสาธารณะของรัฐบาลไทย' (2564) 3 วารสารมหาจุฬานาครธรรม 29, 37.

สิงคโปร์ซึ่งเป็นประเทศที่ผู้เสนอร่างกฎหมายได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบได้ตรากฎหมายกำหนดยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับกับธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก⁵³ ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงในแต่ละประเด็น ดังนี้

ประเด็นเรื่อง ความละเอียดอ่อน อันนำไปสู่ความขัดแย้งโดยง่ายนั้น ผู้เสนอร่างกฎหมายเห็นว่า ธุรกรรมเกี่ยวกับครอบครัวและเกี่ยวกับมรดก ผู้แสดงเจตนาตกอยู่ภายใต้แส่นหาของบุคคลที่อยู่ใกล้ชิด บุคคลในครอบครัวสามารถที่จะเปลี่ยนใจแก้ไขหรือยกเลิกธุรกรรมเมื่อใดก็ได้ ส่วนที่กล่าวว่าเกิดปัญหาโต้แย้งโดยง่ายเมื่อเทียบกับธุรกรรมในทางพาณิชย์ เนื่องจากการแสดงเจตนาของผู้แสดงเจตนามีผลต่อบุคคลในครอบครัวซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์สินให้กับบุคคลภายนอกหรือให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมากกว่าหรือน้อยกว่าบุคคลอื่น

จากเหตุผลที่ผู้เสนอร่างกฎหมายได้กล่าวไปข้างต้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับเรื่องความละเอียดอ่อนทางความรู้สึกทั้งต่อผู้แสดงเจตนาและผู้มีส่วนได้เสียจากการแสดงเจตนาทำพินัยกรรม อย่างไรก็ตาม ประเด็นดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้กับธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกที่ทำลงวัตถุทางกายภาพได้ด้วย เนื่องจากการเกิดข้อโต้แย้งขึ้นเกิดจากตัวธุรกรรม มิใช่วิธีการทำธุรกรรม

ส่วนเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 มุ่งใช้กับธุรกรรมในทางพาณิชย์ อันเป็นการธุรกรรมระหว่างองค์กรธุรกิจด้วยกัน (Business to Business; B2B) หรือองค์กรธุรกิจกับผู้บริโภค (Business to Customer; B2C) อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ได้บัญญัติถึงขอบเขตการใช้บังคับว่า ให้ใช้กับธุรกรรมทั้งในทางแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะหมายความรวมถึงธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกอย่างการทำพินัยกรรมด้วย หากจะให้เกิดการกระตุ้นทางเศรษฐกิจ การทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ก็มุ่งส่งเสริมเศรษฐกิจเช่นเดียวกัน กล่าวคือ เมื่อได้อนุญาตให้ทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ ผู้ทำพินัยกรรมสามารถเลือกทำพินัยกรรมโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ การวางแผนเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือกิจการต่าง ๆ ของตนนั้นช่วยให้ทรัพย์สินของผู้ทำพินัยกรรมเกิดการหมุนเวียนทางเศรษฐกิจ และการต่าง ๆ ที่ผู้ทำพินัยกรรมได้แสดงเจตนาไว้ได้รับการจัดการต่อไป นอกจากนี้ องค์กรธุรกิจสามารถสร้างรายได้จากการให้คำแนะนำ การทำพินัยกรรมโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยจะเห็นได้จากประเทศสหรัฐอเมริกาได้เกิดธุรกิจจากการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ เช่น Willing และ Legalzoom เป็นต้น

ประเด็น การศึกษาเปรียบกับกฎหมายต่างประเทศของผู้เสนอร่างกฎหมาย ณ ขณะนั้นว่า กฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้บัญญัติยกเว้นมิให้นำไปใช้กับธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าในช่วงเวลาที่มีการเสนอร่างกฎหมายมีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดการทำธุรกรรมบางประเภทไว้ เนื่องจากความไม่พร้อมในด้านต่าง ๆ ทั้งบุคลากรและเทคโนโลยี และความต้องการให้สอดคล้องกับนานาประเทศ แต่ในปัจจุบันประเทศที่ผู้เสนอเคยศึกษาเปรียบเทียบอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาเอง โดยในรัฐที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา ได้แก่ รัฐเนวาดา รัฐฟลอริดา ได้ตรากฎหมายให้ทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้

จะเห็นได้ว่า นิตินโยบายของพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 ว่าธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกเป็นนิติกรรมสำคัญยังไม่

⁵³ บันทึกข้อความ ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญาฯ (เชิงอรรถ 16)

เหมาะที่จะใช้วิธีการแบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยเหตุผลความไม่เหมาะสม แม้ว่าอาจจะไม่ได้อธิบายในหมายเหตุท้ายพระราชกฤษฎีกา แต่จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาถึงเอกสารเสนอร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวแล้วเห็นว่า ความไม่เหมาะสมที่ว่านั้น เป็นเรื่องความละเอียดอ่อนทางความรู้สึก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ไม่ได้เชื่อมโยงกับวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มากนัก เนื่องจากไม่ว่าวิธีการทำธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกจะเป็นวิธีการใด ผู้ทำพินัยกรรมสามารถตกอยู่ในความเสนาหาได้ทั้งสิ้น ประกอบกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่การทำธุรกรรมต่าง ๆ ต่างได้รองรับวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นทางเลือกด้วยเสียส่วนใหญ่ ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐไม่อาจจะตอบสนองความต้องการของประชาชนได้และกลายเป็นว่ากฎหมายล้ำหลังกว่าสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้ง ๆ ที่ไม่ได้แตกต่างจากการทำธุรกรรมอื่น ๆ และยังช่วยให้เป็นทางเลือกของผู้ทำพินัยกรรมด้วย อันเป็นสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย

นอกจากนี้ ปัญหาด้านนโยบายข้างต้นยังส่งผลต่อปัญหาสำคัญอีก 2 ประการ คือ

ประการแรก ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกามาจำกัดก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์เนื่องจากสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ โดยสิทธิที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นการรับรองความเป็นอิสระในการแสดงออก รวมถึงการกำหนดความคิดและการตัดสินใจโดยจะให้ผู้อื่นทราบหรือไม่ก็ได้ จะเห็นได้ว่า สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวมีความเกี่ยวข้องกับการทำพินัยกรรมแบบที่ทาลงวัตถุทางกายภาพและแบบอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากการแสดงเจตนาเพื่อตายเป็นการกำหนดข้อมูลส่วนของตนเองอย่างหนึ่ง กล่าวคือ กำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินอันเป็นกรรมสิทธิ์ของตน ตลอดจนการกำหนดข้อมูลของตนเองที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลอื่นได้อย่างอิสระ กล่าวคือ เป็นการกำหนดการต่าง ๆ ให้บุคคลใดเป็นผู้จัดการ หรือจะยกทรัพย์สินแก่บุคคลใด โดยทำที่สุดแล้วการกำหนดขอบเขตของข้อมูลของตนโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แตกต่างกันในเรื่องของวิธีการเท่านั้นเมื่อเทียบกับการทำพินัยกรรมลงบนวัตถุทางกายภาพ ซึ่งไม่ได้แตกต่างในสาระสำคัญ

สิทธิในทางทรัพย์สิน เป็นสิทธิอันมีค่าสูงสุดที่เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิต่าง ๆ รวมถึงสิทธิในการจำหน่ายทรัพย์สิน โดยสาระสำคัญของการจำหน่ายจ่ายโอนอยู่ที่การจำหน่ายทรัพย์สินให้มีผลให้กรรมสิทธิ์โอนไปไม่ว่าช่วงเวลาใด ส่วนวิธีการทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปทางอิเล็กทรอนิกส์ หากจะจำกัดสิทธิเสรีภาพแล้วเหตุใดจึงไม่กระทำอย่างเท่าเทียมกัน ยกตัวอย่างในกรณีการทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์โดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์กับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ยกสังหาริมทรัพย์ จะเห็นได้ว่าวิธีการแบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นส่วนเสริมให้ปรากฏเจตนาของผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินให้ชัดเจนเสียด้วยซ้ำโดยไม่ควรที่จะถูกจำกัดไว้ ซึ่งส่งผลให้ผู้ทำพินัยกรรมใช้สิทธิในทางทรัพย์สินได้ไม่เต็มที่ตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยการสืบมรดก⁵⁴

ประการที่สอง ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ การตราพระราชกฤษฎีกาส่งผลต่อหลักกฎหมายแพ่ง ได้แก่ หลักอิสระในทางแพ่ง โดยที่ผู้ทำนิติกรรมมีอิสระในการกำหนดขอบเขตทางกฎหมายของตนเองโดยกรณีการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ เป็นการกำหนดขอบเขตทางกฎหมายในการแสดงเจตนาให้แตกต่างจากรูปแบบดั้งเดิมอันเป็นการแสดงเจตนาโดยมีเทคโนโลยีเข้ามาช่วยดำเนินการ ซึ่งแปลความได้ว่าผู้ทำนิติกรรมไม่ได้อิสระในการ

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 37 วรรคหนึ่ง.

ขอบเขตทางกฎหมายของตนอย่างแท้จริง ประการต่อมา ส่งผลต่อหลักกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน เป็นหลักกฎหมายแพ่งที่ได้ขยายหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนปัญหาที่พบจึงเป็นปัญหาอย่างเดียวกันตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น และส่งผลต่อหลักอิสระในการทำพินัยกรรมที่ผู้ทำพินัยกรรมไม่อาจเลือกวิธีการแสดงเจตนาทำพินัยกรรมตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เนื่องจากพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 โดยในส่วนของธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกซึ่งให้เหตุผลว่าประเทศไทยยังไม่มี ความเหมาะสมที่จะทำธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก กล่าวคือ การทำธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นเรื่องละเอียดอ่อน สร้างความขัดแย้งได้โดยง่าย ประกอบกับในเวลาที่ได้เสนอร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวผู้เสนอได้ศึกษา กฎหมายเปรียบเทียบในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ว่าได้กำหนดยกเว้นทำนองเดียวกัน ส่งผลให้ไม่อาจทำ พินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยได้

การให้เหตุผลในการออกกฎหมายห้ามมิให้ทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นปัญหานิตินโยบาย กล่าวคือ รัฐ กำหนดขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่าง เช่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ตลอดจนความพร้อมที่จะให้มีผลบังคับใช้ใน เวลานั้น อย่างไรก็ตาม ณ เวลาที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลบังคับใช้ใน พ.ศ.2549 เมื่อพิจารณาจากเวลาปัจจุบัน (พ.ศ. 2565) เป็นเวลากว่าสิบปี และเทคโนโลยีมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก จะเห็นได้จากการทำสัญญาซื้อขายสินค้าใน ห้างสรรพสินค้าระหว่างห้างและผู้ผลิตโดยใช้ระบบแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Data Interchange) หรือระบบ EDI ทำให้ไม่ต้องมีบุคคลที่เกี่ยวข้องก็สามารถดำเนินการตามสัญญาให้สมกับเจตนาของทั้งฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายได้ หรือการทำสัญญาเช่าห้องพักโดยใช้ระบบบล็อกเชนอันเป็นการทำสัญญาอย่างชาญฉลาด (smart contract) หรือการนำ ระบบการยื่นเอกสารทางอิเล็กทรอนิกส์ มาใช้กับการยื่นเอกสารต่าง ๆ ของประชาชนให้กับหน่วยงานราชการ ซึ่งหากจะ นำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาปรับใช้กับการทำพินัยกรรมบ้างน่าจะมีความเหมาะสมเช่นกัน

นอกจากนี้ ยังส่งผลต่อหลักกฎหมายสำคัญไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ การทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นการเปลี่ยนแปลงวิธีการจากการทำลงบนกระดาษเปลี่ยนมาเป็นการทำ ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ จะเห็นได้ว่าการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้มุ่งประสงค์จะเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญ ของการทำพินัยกรรมแต่อย่างใด โดยหลักการหรือเนื้อหาของพินัยกรรมยังคงเดิม ได้แก่ เป็นการกำหนดการเผื่อตาย เกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการต่าง ๆ ของตนให้มีผลเมื่อตนตาย การกำหนดให้มีพยานอย่างน้อย 2 คนลงลายมือชื่อรับรอง ซึ่ง กลับเป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ สิทธิในทรัพย์สินที่เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิที่จะจำหน่ายทรัพย์สินของตนให้มีผล เมื่อตนตาย สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว ในการกำหนดขอบเขตข้อมูลของตนโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์แตกต่างไป จากที่มีอยู่เดิม และยังขัดต่อหลักกฎหมายแพ่งที่สำคัญ ได้แก่ หลักอิสระในทางแพ่ง หลักกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และหลัก อิสระในการทำพินัยกรรม ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่าผู้ทำพินัยกรรมไม่อาจแสดงเจตนา กำหนดการเผื่อตายตามหลักที่ปรากฏ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพียงเพราะวิธีการแบบอิเล็กทรอนิกส์

ในขณะที่ต่างประเทศซึ่งผู้เขียนได้ศึกษามาในวิทยานิพนธ์นี้ ได้แก่ รัฐเนวาดา และรัฐฟลอริดา ประเทศ สหรัฐอเมริกาได้ตรากฎหมายรองรับให้ทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยรัฐเนวาดา เป็นรัฐแรกในประเทศ

สหรัฐอเมริกาที่ได้ตรากฎหมาย เนื่องจากเห็นว่าเทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนำมาปรับใช้กับอุตสาหกรรมต่าง ๆ และการทำธุรกรรมอื่น ๆ ที่ไม่ใช่การทำพินัยกรรม ส่วนรัฐพลอริดา ก่อนกฎหมายจะมีผลใช้บังคับได้โต้แย้งเกี่ยวกับมาตรการความปลอดภัยอันเป็นข้อบกพร่องของการจะกำหนดให้ทำในรูปแบบของอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงการปรับใช้กฎหมายโดยอนุโลมกับพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศออสเตรเลีย และประเทศแอฟริกาใต้ แม้จะไม่ได้ตรากฎหมายให้บังคับใช้กับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์โดยตรง กล่าวคือ นำหลักการจำหน่ายทรัพย์สิน (dispensing power principle) ในประเทศออสเตรเลีย หรือหลักผ่อนปรนการทำตามแบบ (condonation principle) ในประเทศแอฟริกาใต้ โดยมุ่งเน้นไปที่การนำสืบให้เห็นถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมว่ามีความประสงค์กำหนดการเผื่อตายไว้ในพินัยกรรม ส่วนประเทศอินเดีย แม้ว่าจะไม่ได้ตรากฎหมายรองรับหรือให้ศาลตีความเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมว่าการทำพินัยกรรมโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นพินัยกรรมอย่างหนึ่งก็ตาม แต่ก็เปิดช่องให้มีการรับฟังบันทึกแบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นพยานหลักฐานเสริมพินัยกรรมที่ทำลงกระดาษเพื่อแสดงให้เห็นถึงเจตนาทำพินัยกรรม

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในแต่ละประเทศต่างก็มีวิธีการรองรับการทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ของตนเอง ตามความเหมาะสมที่เอื้ออำนวย ประกอบกับพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549 ได้ประกาศใช้เป็นเวลามากกว่าทศวรรษแล้วจึงไม่เหมาะสมกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในปัจจุบัน ผู้ศึกษาเห็นควรว่าให้ยกเลิกพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวในส่วนธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกเพื่อให้สามารถทำพินัยกรรมแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ และคณะ, *คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544* (บริษัท จีร์รัช การพิมพ์ จำกัด 2545).

พินัย ณ นคร, *กฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในยุคดิจิทัล* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561).

ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *หลักกฎหมายมรดก* (พิมพ์ครั้งที่ 8, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2564).

เสนอ บุญยเกียรติ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยมรดก* (วัชรินทร์การพิมพ์ 2515).

ภาษาต่างประเทศ

Kenneth G Cried and others, *Comparative Succession Law* (Oxford University Press 2011).

Thomson Reuters, *The Law Handbook Your Practical Guide to The Law in New South Wales* (15th edn, Redfern Legal Centre Publishing 2009).

บทความ

ภาษาไทย

พระครูปลัดประวิทย์ วรรธโม และคณะ ‘การกำหนดนโยบายสาธารณะของรัฐบาลไทย’ (2564) 3 วารสารมหาจุฬานาครทรรศน์ 29.

ภาษาต่างประเทศ

John H. Langbein, ‘Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law’ (1987) 87 Columbia Law Review 1.

-- ‘Substantial Compliance with the Wills Act’ (1975) 88 The Harvard Law Review Association 489.

Kyle B. Gee, ‘The “Electronic wills” revolution: an overview of Nevada’s new statute, The Uniform Law commission’s work, and others recent developments’ (2018) 28 Probate Law Journal of Ohio 126.

Martin Pooley, ‘Informal Wills in New South Wales’ (2020) Diamond Conway Feature Article 1.

Paige Hal, 'Welcoming E-Wills into the Mainstream: The Digital Communication of Testamentary Intent' (2019) 20 Nevada Law Journal 340.

Sizwe Snail and Nicholas Hall, 'Electronic Wills in South Africa' (2010) 7 Digital Evidence and Electronic Signature Law Review 67.

วิทยานิพนธ์และการค้นคว้าอิสระ

ภาษาต่างประเทศ

Na Crous, A comparative study of the legal status of electronic wills (Mini-dissertation Master of Law the North-West University 2019).

เอกสารประกอบการสัมมนา

ภาษาไทย

กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร และสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ, 'จะเตรียมความพร้อมสำหรับการใช้บังคับกฎหมายลูกภายใต้ e-Transactions อย่างไร' (การสัมมนารับฟังความเห็น, ห้องแกรนด์ ฮอลล์ ชั้น 4 โรงแรมมิราเคิล แกรนด์ คอนเวนชั่น หลักสี่, 1 กันยายน 2547). (เอกสารไม่เผยแพร่)

อื่น ๆ

ภาษาไทย

ศาลยุติธรรม, 'ศาลยุติธรรมจัดวางแนวทางการดำเนินคดีช่วงโควิดผ่านระบบทางอิเล็กทรอนิกส์ เต็มรูปแบบเพื่อให้คู่ความดำเนินคดีได้อย่างปลอดภัยและลดความเสี่ยงในการแพร่ระบาดของโควิด-19' (14 กรกฎาคม 2564) <<https://coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/iid/253232>> สืบค้นเมื่อ 25 กุมภาพันธ์ 2565.

ภาษาต่างประเทศ

Gitika Jain, 'Digital wills : legal or illegal' (ipleaders, 13 ธันวาคม 2563) <<https://blog.ipleaders.in/digital-wills-legal-illegal/>> สืบค้นเมื่อ 10 มิถุนายน 2565.

Sonam Chandwani, 'Digital Wills in times of COVID-19 crisis: Legal or not?' (Entrepreneur India, 23 เมษายน 2563) <<https://www.entrepreneur.com/article/349694>> สืบค้นเมื่อ 10 มิถุนายน 2565.

Vijay Pal Dalmia, 'India: Digital Wills In India : Legal Or Illegal' (Mondaq, 3 มกราคม 2563)
<https://www.mondaq.com/india/wills-intestacy-estate-planning/879416/digital-wills-in-india-legal-or-illegal#_ftn9> สืบค้นเมื่อ 12 มิถุนายน 2565.