

## การเป็นพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดาที่สร้างขึ้นในช่วงการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019

## Witnessing an Ordinary Will made during the COVID-19 Pandemic

ภาคภูมิ โลหะวิทิตานนท์\*

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Pakpoom Lohavaritanond

Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 30 สิงหาคม 2565; วันแก้ไขบทความ 11 มกราคม 2566; วันตอบรับบทความ 11 มกราคม 2566

## บทคัดย่อ

การทำพินัยกรรมในประเทศไทย ผู้ทำพินัยกรรมสามารถเลือกแบบของพินัยกรรมที่ประสงค์จะทำได้ ซึ่งมีอยู่ด้วยกันหลายแบบ หนึ่งในแบบพินัยกรรมซึ่งเป็นที่นิยมก็คือ พินัยกรรมแบบธรรมดา อย่างไรก็ตาม ปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่เกิดขึ้นหากมีการเลือกทำพินัยกรรมแบบธรรมดาในช่วงการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ก็คือการทำพินัยกรรมในรูปแบบนี้จำเป็นต้องมีพยานอย่างน้อยสองคน โดยผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าพยาน และพยานก็ต้องลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งการรวมตัวกันระหว่างผู้ทำพินัยกรรมและพยานในที่เดียวกันย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงในการติดเชื้อโควิด-19 รัฐบาลของประเทศต่างๆ จึงตัดสินใจในการแก้ปัญหาดังกล่าวด้วยการอนุญาตให้ใช้วิธีการเป็นพยานทางไกลมาใช้บังคับแก่การทำพินัยกรรมที่สร้างขึ้นในช่วงที่มีการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 บทความนี้มุ่งศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นหากมีการนำวิธีการเป็นพยานทางไกล เช่น การเป็นพยานทางวิดีโอคอนเฟอเรนซ์มาใช้แทนที่การเป็นพยานในพินัยกรรมที่อยู่ต่อหน้ากันทางกายภาพ โดยจะได้ศึกษาตัวอย่างของกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับ

---

\* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่อยู่: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

E-mail: pakpoom55@tu.ac.th

การเป็นพยานทางไกลในพินัยกรรมแบบธรรมดาที่สร้างขึ้นในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 เพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการเป็นพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดาเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19

**คำสำคัญ:** พินัยกรรมแบบธรรมดา, การเป็นพยานในพินัยกรรม, พยานทางไกล, โควิด-19

## Abstract

To make a will in Thailand, a testator is free to choose the forms of will he wishes to do. One of the most popular forms of will chosen by the testator is an ordinary will. However, the critical problem that arises if the testator decides to make an ordinary will during the COVID-19 pandemic, is that it must be signed by the testator in the presence of at least two witnesses, and the witnesses are required to sign their names certifying the testator's signature. Thus, gathering the testator and witnesses in the same place poses a risk of contracting COVID-19. Therefore, the governments of various jurisdictions then decided to resolve this issue by allowing the adoption of remote witnessing to be applied to the wills made during COVID-19. This article focuses on the legal issues that may arise if remote witnessing measures, such as witnessing via video conference, are adopted instead of requiring witnesses to be physically present when witnessing the will. It will explore the examples of foreign law regarding remote witnessing in an ordinary will made during COVID-19. Lessons learned from them can be used to analyze and suggest a possible way to amend the Thai laws related to ordinary will witnessing will cope with the COVID-19 outbreak.

**Keywords:** Ordinary Will, Witnessing a Will, Remote Witnessing, COVID-19

## 1. บทนำ

เมื่อวันที่ 11 มีนาคม 2563 องค์การอนามัยโลกได้ประกาศให้โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) หรือโรคโควิด-19 เป็นโรคระบาดใหญ่ที่ลุกลามไปทั่วโลก (pandemic) อันเนื่องมาจากการระบาดของโรคเป็นไปอย่างรวดเร็วและพบการระบาดในทุกภูมิภาคทั่วโลก<sup>1</sup> ซึ่งในระหว่างจัดทำบทความนี้การแพร่ระบาดของโรคดังกล่าวทั่วโลก รวมถึงในประเทศไทยก็ยังไม่สิ้นสุดลง ทำให้รัฐบาลของประเทศต่างๆ ได้กำหนดมาตรการให้ประชาชนของตนปฏิบัติเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 โดยมาตรการสำคัญที่มีการบังคับใช้ก็คือการเว้นระยะห่างทางสังคม (social distancing) และมาตรการล็อกดาวน์ (lockdown) อันส่งผลกระทบต่อการทำพินัยกรรมแบบธรรมดา เนื่องจากตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดไว้ว่าในการทำพินัยกรรมแบบธรรมดา ผู้ทำพินัยกรรมจะต้องลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนพร้อมกันซึ่งพยานสองคนนั้นจะต้องลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมไว้ในขณะนั้น<sup>2</sup> ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีบุคคลอื่นอย่างน้อยสองคนมาปรากฏตัวเป็นพยานต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรมในเวลาที่ผู้ทำพินัยกรรมลงลายมือชื่อในพินัยกรรม ซึ่งการรวมตัวของบุคคลที่เป็นผู้ทำพินัยกรรมและพยานในพินัยกรรมนั้นอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงในการติดเชื้อไวรัสโควิด-19 อีกทั้งอาจฝ่าฝืนมาตรการของรัฐเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 ดังนั้น ในสถานการณ์เช่นนี้ มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องลดการรวมกลุ่มหรือพบปะกัน และควรที่จะต้องนำวิธีการการเป็นพยานทางไกล (remote witnessing) เช่น การเป็นพยานในพินัยกรรมด้วยการประชุมทางไกลผ่านวิดีโอคอนเฟอเรนซ์ (video Conference) มาใช้ทดแทน อย่างไรก็ตามการนำวิธีการดังกล่าวมาใช้ในการทำพินัยกรรม ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมาย กล่าวคือ การนำวิธีการการเป็นพยานทางไกลมาใช้เพื่อมาทดแทนการปรากฏตัวทางกายภาพของพยานต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรมจะทำได้หรือไม่<sup>3</sup> และจะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของการทำพินัยกรรมแบบธรรมดาหรือไม่ ทั้งนี้ แม้ว่ากฎหมายของประเทศไทยอนุญาตให้มีการทำพินัยกรรมแบบเขียนเองที่จับ (Holographic will) ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีพยานในการทำพินัยกรรม<sup>4</sup> ก็ตาม แต่บุคคลทั่วไปก็อาจจะประสงค์ที่จะ

<sup>1</sup> Tedros Adhanom Ghebreyesus, 'WHO Director-General's opening remarks at the Mission briefing on COVID-19 - 11 March 2020' (11 March 2020) <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>> accessed 5 August 2022.

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656.

<sup>3</sup> Brian Sloan, 'Witnessing Law Reform in the Coronavirus Era' (8 August 2020)

<<https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/property-law/blog/2020/08/witnessing-law-reform-coronavirus-era>> accessed 5 August 2022.

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1657.

ทำพินัยกรรมแบบธรรมดาอยู่ ไม่ว่าจะเป็นเพราะไม่ต้องการเขียนพินัยกรรมด้วยตนเอง แต่ต้องการให้ผู้อื่นที่เป็นผู้รู้กฎหมายช่วยจัดทำให้เพื่อให้แน่ใจว่าพินัยกรรมที่สร้างขึ้นมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย หรืออาจจะต้องการพยานมาให้เห็นในการทำพินัยกรรมเพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ว่าได้มีการทำพินัยกรรมขึ้นจริง หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น เป็นต้น บทความนี้จะได้ศึกษาถึงความจำเป็นของการมีพยานในการทำพินัยกรรมหลักกฎหมายของไทยเกี่ยวกับการเป็นพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดา จากนั้นจะได้อธิบายกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวกับการเป็นพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดาในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 เพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการเป็นพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดาเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ของการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19

## 2. เหตุผลความจำเป็นที่ต้องมีพยานในการทำพินัยกรรม

ในการทำพินัยกรรมนอกเหนือจากพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ กฎหมายมักจะกำหนดให้มีบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้รับพินัยกรรมเป็นพยานในการทำพินัยกรรมของเจ้ามรดกและลงลายมือชื่อของบุคคลนั้นในพินัยกรรมในฐานะพยาน เหตุผลที่กฎหมายมรดกของประเทศต่างๆ กำหนดให้ต้องมีพยานในการทำพินัยกรรมก็เนื่องมาจากในการพิสูจน์ว่าพินัยกรรมได้ทำขึ้นโดยผู้ตายจริงหรือไม่จำเป็นต้องอาศัยการนำสืบจากบุคคลผู้เป็นพยานในพินัยกรรม<sup>5</sup> ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ปฏิเสธว่าพินัยกรรมที่สร้างขึ้นนั้นไม่ใช่พินัยกรรมที่ผู้ตายทำเอาไว้<sup>6</sup> ซึ่งอาจเป็นเพราะผู้ตายอาจจะไม่ได้เขียนหรือพิมพ์พินัยกรรมด้วยตนเองแต่ให้ผู้อื่นเขียนหรือพิมพ์ให้แทน พยานในพินัยกรรมจึงเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบว่าผู้ตายรู้หรือไม่ว่าเอกสารที่ตนเองลงลายมือชื่อไปนั้นเป็นพินัยกรรมของตนเอง และขณะที่ลงลายมือชื่อนั้นผู้ตายมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์หรือไม่<sup>7</sup> นอกจากนี้ยังช่วยในการพิสูจน์ด้วยว่าผู้ตายมิได้ลงลายมือชื่อในพินัยกรรมไปเพราะถูกข่มขู่<sup>8</sup> ทั้งนี้โดยทั่วไปกฎหมายมักจะกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะมาเป็นพยานในพินัยกรรมว่าจะต้องไม่เป็นบุคคลซึ่งเป็นผู้รับพินัยกรรมเพื่อให้พินัยกรรมที่ถูกทำขึ้นนั้นเป็นไปตามเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมอย่างแท้จริงโดย

<sup>5</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2548) 261.

<sup>6</sup> สอาด นาวิเจริญ, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก (สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2517) 88.

<sup>7</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, หลักกฎหมายมรดก (พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 130.

<sup>8</sup> Irwin Mitchell, 'Witnessing A Will' (2022) <<https://www.irwinmitchell.com/personal/wills-trusts-estates/wills/guide/witnessing-a-will>> accessed 8 August 2022.

ไม่ถูกครอบงำจากบุคคลดังกล่าวในการทำพินัยกรรม<sup>9</sup> และด้วยความสำคัญของการมีพยานในพินัยกรรมเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพินัยกรรมที่ถูกทำขึ้นนี้เอง ทำให้กฎหมายมรดกของแต่ละประเทศต้องกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่สามารถมาเป็นพยานในพินัยกรรมได้ เช่น จะต้องเป็นผู้มีความสามารถบริบูรณ์ในทางกฎหมาย (full legal capacity) เป็นผู้จักขุไม่บอด ไม่เป็นใบ้ เป็นผู้รู้หนังสือ สามารถอ่านเขียนได้ เป็นต้น<sup>10</sup>

### 3. กฎหมายไทยเกี่ยวกับการเป็นพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดา

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดาไว้ว่าผู้ทำพินัยกรรมจะต้องลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน ซึ่งพยานสองคนนั้นจะต้องลงลายมือชื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมไว้ในขณะนั้น<sup>11</sup> โดยพยานในพินัยกรรมจะต้องลงลายมือชื่อด้วยตนเองจะใช้วิธีอื่นแทนการลงลายมือชื่อ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แกดไต ตราประทับ ไม่ได้<sup>12</sup> นอกจากนี้บุคคลที่จะเป็นพยานในพินัยกรรมจะต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะแล้ว ไม่เป็นบุคคลวิกลจริตหรือบุคคลซึ่งศาลสั่งให้เป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถ ไม่เป็นบุคคลที่หูหนวก เป็นใบ้ หรือจักขุบอดทั้งสองข้าง<sup>13</sup> อีกทั้งพยานและคู่สมรสของพยานจะเป็นผู้รับทรัพย์ตามพินัยกรรมไม่ได้<sup>14</sup> จากการพิจารณาหลักกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่าประเด็นที่สำคัญที่สุดในเรื่องของการเป็นพยานในพินัยกรรมก็คือ ต้องมีพยานอย่างน้อยสองคนได้อยู่รู้เห็นในเวลาผู้ทำพินัยกรรมลงลายมือชื่อในพินัยกรรม ดังนั้น หากมีพยานสองคน แต่พยานคนหนึ่งมิได้อยู่รู้เห็นด้วยตั้งแต่แรกในขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมลงลายมือชื่อ พินัยกรรมนั้นก็ไม่ใช่พินัยกรรมแบบธรรมดา<sup>15</sup> ดังเช่นตัวอย่างในคดีหนึ่งที่ศาลฎีกาเคยตัดสินไว้ว่าผู้ทำพินัยกรรมลงชื่อเป็นผู้ทำพินัยกรรมต่อหน้าพยานเพียงคนเดียว ส่วนพยานอีกคนหนึ่งมาถึงและลงชื่อเป็นพยานในพินัยกรรมภายหลังที่ผู้ทำพินัยกรรมลงชื่อแล้วประมาณ 5 นาที แม้ว่าขณะนั้นผู้ทำพินัยกรรมและพยานจะยังอยู่พร้อมหน้ากัน ก็ถือว่าพินัยกรรมนั้นเป็นพินัยกรรมที่ไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656<sup>16</sup> อย่างไรก็ตาม ในส่วนของ

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> Mariusz Załucki, *Wills Formalities versus Testator's Intention: Functional model of effective testation for informal wills* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG 2021) 150.

<sup>11</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656.

<sup>12</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1666.

<sup>13</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1670.

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1653.

<sup>15</sup> พินัย ฌ นคร, *กฎหมายลักษณะมรดก* (พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2558) 330.

<sup>16</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1875/2517.

การลงลายมือชื่อของพยานในพินัยกรรม แม้ว่ามาตรา 1656 จะได้กำหนดให้พยานสองคนต้องลงลายมือชื่อเพื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมในขณะนั้น ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่าพยานจะต้องลงลายมือชื่อในเวลาเดียวกับที่ผู้ทำพินัยกรรมลงลายมือชื่อและต้องกระทำต่อหน้าซึ่งกันและกัน แต่ศาลฎีกาก็มิได้ตีความเคร่งครัดถึงขนาดที่ว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องกับพินัยกรรมทั้งผู้ทำพินัยกรรมและพยานจะต้องมาลงลายมือชื่อในเวลาเดียวกันทั้งหมด โดยแต่ละคนอาจจะลงลายมือชื่อไม่พร้อมกันก็ได้ เพียงแต่ว่าในขณะที่คนใดคนหนึ่งลงลายมือชื่อจะต้องมีคนอื่นๆ อยู่รู้เห็นด้วย<sup>17</sup> ดังเช่นในคดีหนึ่ง พยานลงชื่อในพินัยกรรมต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรม ต่อมาภายหลัง 3 วันผู้ทำพินัยกรรมจึงได้ลงลายพิมพ์นิ้วมือของตนในพินัยกรรมต่อหน้าพยานชุดเดิมนั้นเอง ศาลฎีกาตัดสินว่าเป็นพินัยกรรมที่ถูกต้องเข้าเกณฑ์ครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656<sup>18</sup> เหตุผลที่ศาลฎีกาวินิจฉัยในลักษณะนี้ก็อาจจะเป็นเพราะศาลได้พิจารณาว่าได้มีการดำเนินการไปตามเจตนารมณ์ของมาตรา 1656 ที่ต้องการให้ทั้งผู้ทำพินัยกรรมและพยานอยู่พร้อมกัน ในขณะอีกฝ่ายลงลายมือชื่อเพื่อยืนยันว่าได้มีการทำพินัยกรรมกันจริงหรือไม่เป็นสำคัญ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าในตอนแรกพยานได้ลงลายมือชื่อต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรมเรียบร้อยแล้ว และต่อมาผู้ทำพินัยกรรมซึ่งในตอนแรกมิได้ลงลายมือชื่อก็ได้มาลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานในภายหลังในอีกสามวันต่อมา ซึ่งในเวลาผู้ทำพินัยกรรมมาลงลายมือชื่อในตอนหลังนี้ พยานจะมาลงลายมือชื่อเดิมอีกรอบหรือไม่ย่อมไม่เป็นสาระสำคัญ เนื่องจากว่าขั้นตอนของการอยู่พร้อมหน้าสามคน (คือ ผู้ทำพินัยกรรมและพยานสองคน) และการลงลายมือชื่อต่อหน้ากันและกันได้สำเร็จลงตามความประสงค์ของกฎหมายแล้วนั่นเอง<sup>19</sup> ในทางตรงกันข้าม หากผู้ทำพินัยกรรมลงลายมือชื่อโดยไม่มีพยานรู้เห็นก็ดี หรือพยานคนใดคนหนึ่งลงลายมือชื่อในพินัยกรรม โดยมีได้รับรู้ถึงการลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมหรือของพยานคนอื่นก็ดี ย่อมถือว่าพินัยกรรมแบบธรรมดานั้นทำขึ้นไม่ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด<sup>20</sup>

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายกำหนดให้พยานในพินัยกรรมต้องมาปรากฏตัวอยู่หน้าผู้ทำพินัยกรรมเพื่อยืนยันว่าผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมขึ้นจริงอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้น เมื่อต้องนำมาปรับใช้ในสถานการณ์ของโรคระบาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งโรคระบาดใหญ่ที่ลุกลามไปทั่วโลกดังเช่นโรคโควิด-19 ซึ่งโดยสภาพจะต้องมีการรักษาระยะห่างทางสังคม (social distancing) และงดการเดินทางไปมาหาสู่ระหว่างกันเพื่อลดโอกาสและความเสี่ยงในการติดเชื้อไวรัสโควิด-19 ดังนั้น การรวมกลุ่มของบุคคลซึ่งประกอบไปด้วยผู้ทำพินัยกรรมและพยานอย่างน้อยสองคนซึ่งอาจจะไม่ใช่คนในครอบครัว เนื่องจากกฎหมายห้ามมิให้

<sup>17</sup> พินัย ฌ นคร (n 15) 331.

<sup>18</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1387/2500.

<sup>19</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ (n 7) 131-132.

<sup>20</sup> พินัย ฌ นคร (n 15) 331.

ผู้รับพินัยกรรมซึ่งโดยทั่วไปเป็นคนในครอบครัวมาเป็นพยานในพินัยกรรมก็อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงในการติดเชื้อโควิด-19 ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ทำพินัยกรรมที่เป็นผู้สูงอายุหรือมีโรคประจำตัว<sup>21</sup> ดังนั้น การติดต่อสื่อสารกันระหว่างบุคคลจึงควรทำผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยไม่จำเป็นต้องมาพบกันตัวอยู่ในสถานที่เดียวกันทางกายภาพ เช่น การประชุมทางไกลผ่านวิดีโอคอนเฟอเรนซ์ (video conference) ซึ่งก็น่าจะรวมไปถึงการเป็นพยานในพินัยกรรมด้วย แต่การนำวิธีการดังกล่าวมาใช้กับการเป็นพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดา ก่อให้เกิดปัญหาที่สำคัญด้วยกันสองประการ ดังนี้

**ประการแรก** กรณีที่พยานในพินัยกรรมนำวิธีการการเป็นพยานทางไกล (remote witnessing) มาใช้ เช่น เป็นพยานผ่านวิดีโอคอนเฟอเรนซ์ จะถือว่าเป็นกรณีที่พยานมาปรากฏตัวอยู่ “ต่อหน้า” ผู้ทำพินัยกรรม เช่นเดียวกับกรณีที่พยานมาปรากฏตัวทางกายภาพในสถานที่เดียวกันกับผู้ทำพินัยกรรมหรือไม่ ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อความสมบูรณ์ของการทำพินัยกรรมแบบธรรมดา

**ประการที่สอง** เมื่อมีการนำวิธีการการเป็นพยานทางไกลมาใช้และพยานประสงค์จะลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในพินัยกรรมที่ผู้พินัยกรรมลงลายมือชื่อ การลงลายมือชื่อดังกล่าวไม่อาจกระทำได้เนื่องจากมีข้อยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาใช้กับธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก<sup>22</sup> เช่น การทำพินัยกรรมโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์<sup>23</sup> ซึ่งก็รวมถึงการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในพินัยกรรมด้วย

#### 4. กฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการเป็นพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดาที่เพิ่มขึ้นในสถานการณ์การระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019

สถานการณ์การแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา 2019 ที่เกิดขึ้นส่งผลต่อการดำเนินชีวิตของผู้คนทั่วโลก และย่อมส่งผลกระทบต่อการทำพินัยกรรมแบบธรรมดาซึ่งต้องมีพยานรู้เห็นในการพินัยกรรม เนื่องจากมีความจำเป็นที่บุคคลในสังคมจะต้องรักษาระยะห่างทางสังคมเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรค ส่งผลกระทบต่อ การเคลื่อนย้ายโดยเสรีของบุคคล และทำให้การทำพินัยกรรมแบบที่ต้องมีพยานไม่อาจดำเนินการได้ดังเช่นในภาวะปกติ<sup>24</sup> ซึ่งสวนทางกับความต้องการในการทำพินัยกรรมของบุคคลที่มีมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ

<sup>21</sup> ดู ข้อกำหนด ออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 1), ข้อ 8.

<sup>22</sup> พระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549, มาตรา 3.

<sup>23</sup> พินัย ณ นคร, *กฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในยุคดิจิทัล* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561) 141.

<sup>24</sup> Kelly Purser, Tina Cockburn and Bridget J Crawford, 'Wills Formalities Beyond COVID-19: An Australian-United States Perspective' (2020) 5 UNSW Law Journal Forum 1,2.

เนื่องจากมีความกังวลเกี่ยวกับเรื่องความไม่แน่นอนของสถานการณ์โรคระบาด<sup>25</sup> ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้รัฐบาลในหลายประเทศตัดสินใจในการแก้ปัญหาดังกล่าวด้วยการอนุญาตให้นำวิธีการเป็นพยานทางไกล (remote witnessing) มาใช้ในการทำพินัยกรรมแบบธรรมดาได้ เพื่อที่จะให้พินัยกรรมที่สร้างขึ้นในช่วงที่มีการระบาดของโควิด-19 มีผลใช้บังคับได้อย่างสมบูรณ์ โดยหากได้กระทำตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเป็นพยานทางไกลโดยครบถ้วนแล้ว ก็ย่อมมีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกับกรณีที่พยานมาปรากฏตัวต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรม ('in the presence' of the testator)<sup>26</sup> ทั้งนี้ เนื่องมาจากกฎหมายเกี่ยวกับพินัยกรรมในหลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มักไม่ยอมรับให้มีการทำพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ แต่จะต้องทำพินัยกรรมประเภทที่ต้องมีพยาน (witnessed will)<sup>27</sup> เพื่อมารับรองว่าผู้ทำพินัยกรรมได้ลงลายมือชื่อในพินัยกรรมจริง<sup>28</sup> อีกทั้งยังช่วยรับรองว่าพินัยกรรมได้ทำขึ้นด้วยเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมอย่างแท้จริง มิใช่เกิดจากการใช้อิทธิพลเกินสมควร (undue influence) ต่อตัวผู้ทำพินัยกรรม<sup>29</sup> จึงมีแนวโน้มที่จะตีความบทบัญญัติในเรื่องพยานในพินัยกรรมค่อนข้างเคร่งครัด และไม่ยอมให้มีการใช้พยานทางไกลเพื่อมาทดแทนพยานที่มาปรากฏตัวทางกายภาพต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรม ตัวอย่างเช่น กฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของอังกฤษซึ่งกำหนดหลักการสำคัญเอาไว้ว่า พินัยกรรมย่อมไม่สมบูรณ์ เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรมจะได้อ่านชื่อต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนในเวลาเดียวกัน และพยานแต่ละคนได้อ่านชื่อต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรมเพื่อรับรองการทำพินัยกรรมนั้น<sup>30</sup> โดยในการตีความคำว่า "ต่อหน้า" นี้ ย่อมหมายถึง การอยู่ต่อหน้าทางกายภาพในห้องเดียวกัน<sup>31</sup> หรืออย่างน้อยต้องอยู่ในแนวสายตาที่ผู้ทำพินัยกรรมสามารถมองเห็นพยานได้อย่างชัดเจน (a line of sight)<sup>32</sup> เช่น มองผ่านช่องหน้าต่างของอาคารสำนักงาน<sup>33</sup>

<sup>25</sup> Mariusz Załucki, 'Preparation of Wills in Times of COVID-19 Pandemic – Selected observations' (2020) 2 Journal of Modern Science 143, 144.

<sup>26</sup> Purser, Cockburn and Crawford (n 24) 2.

<sup>27</sup> Jan Biemans, 'Will Requirements for Last Wills Remain as They Are?: The 'Physical Presence Requirement' of Witnesses and Notaries in the Light of the COVID-19 Interim Measures and the EU Freedom of (Notarial) Services' (2021) 3 Utrecht Law Review 51, 53.

<sup>28</sup> Purser, Cockburn and Crawford (n 24) 5.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Wills Act 1837, s 9 (1) (c) (d) (ก่อนแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2563).

มีข้อสังเกตว่า บทบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้ยังปรากฏในกฎหมายมรดกของประเทศอื่นๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ตัวอย่างเช่น มาตรา 6 ของ Succession Act 2006 (รัฐนิวเซาท์เวลส์ ออสเตรเลีย), มาตรา 10 ของ Succession Act 1981 (รัฐควีนส์แลนด์ ออสเตรเลีย) หรือมาตรา 2-502 (a) ของ Uniform Probate Code (Uniform Law Commission 1969, rev 2019) (กฎหมายเอกรูปของสหรัฐอเมริกา) เป็นต้น

<sup>31</sup> Roger Kerriedge, *The Law of Succession* (10<sup>th</sup> edn, Sweet & Maxwell 1996) 83.

<sup>32</sup> Catherine Rendell, *Law of Succession* (Macmillan Press Ltd 1997) 43.

<sup>33</sup> *Casson v Dade* (1781) 28 ER 1010.

มองผ่านประตูบ้านหรือประตูรถที่เปิดอยู่ มองผ่านระเบียงหรือห้องข้างเคียงที่เปิดประตูเอาไว้<sup>34</sup> เป็นต้น จึงยอมไม่อาจตีความขยายให้รวมไปถึงกรณีของการมองเห็นกันผ่านวิดีโอคอนเฟอเรนซ์ผ่านทางระบบออนไลน์ได้<sup>35</sup>

สำหรับแนวทางในการแก้ไขกฎหมายของประเทศต่างๆ เพื่ออนุญาตให้มีการนำพยานทางไกลมาใช้กับการทำพินัยกรรมแบบธรรมดาอาจแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง ดังนี้

**แนวทางแรก** อนุญาตให้มีการนำวิธีการเป็นพยานทางไกล เช่น การเป็นพยานผ่านวิดีโอคอนเฟอเรนซ์หรือเทคโนโลยีการถ่ายทอดภาพและเสียง (audio-visual links) ในรูปแบบต่างๆ เช่น โปรแกรม Zoom, Skype ฯลฯ มาใช้บังคับกับการทำพินัยกรรมแบบธรรมดา แต่ไม่อนุญาตให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในพินัยกรรม<sup>36</sup> ดังนั้น แม้กฎหมายจะอนุญาตให้ใช้วิธีการเป็นพยานทางไกลในรูปแบบดังกล่าวได้โดยให้ถือเสมือนว่าเป็นกรณีที่พยานอยู่ “ต่อหน้า” ผู้ทำพินัยกรรม แต่การลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมก็ดีหรือของพยานก็ดี ก็ต้องเป็นการลงลายมือชื่อกันจริงในทางกายภาพ (wet signature) อย่างไรก็ตาม ความเคร่งครัดในการลงลายมือชื่อในพินัยกรรมนี้อาจจะมีระดับที่แตกต่างกันออกไปบ้างในแต่ละประเทศ กล่าวคือ ในบางประเทศก็กำหนดไว้ค่อนข้างเคร่งครัดว่าจะต้องมีการส่งพินัยกรรมตัวจริงที่ผู้ทำพินัยกรรมลงลายมือชื่อในความรู้เห็นของพยานไปให้พยานทำการลงลายมือชื่อจริงๆ เพื่อให้เป็นพินัยกรรมที่สมบูรณ์โดยไม่สามารถลงลายมือชื่อในสำเนาของตัวพินัยกรรมได้ เช่น ประเทศอังกฤษ หรือรัฐอัลเบอร์ตาของแคนาดา กำหนดไว้ค่อนข้างเคร่งครัดว่าจะต้องมีการส่งพินัยกรรมตัวจริงที่ผู้ทำพินัยกรรมลงลายมือชื่อในความรู้เห็นของพยานไปให้พยานทำการลงลายมือชื่อจริงๆ ในภายหลังโดยเร็วที่สุด เพื่อให้เป็นพินัยกรรมที่สมบูรณ์โดยพยานไม่สามารถลงลายมือชื่อในสำเนาของตัวพินัยกรรมได้<sup>37</sup> ในขณะที่บางประเทศ เช่น นิวซีแลนด์ หรือรัฐแคนซัส

<sup>34</sup> UK Government, ‘Guidance on making wills using video-conferencing (2020)’

<<https://www.gov.uk/guidance/guidance-on-making-wills-using-video-conferencing>> accessed 15 August 2022.

<sup>35</sup> UK Law Commission, Making a will- Consulting paper 231 (2017) 111.

<sup>36</sup> ตัวอย่างเช่น The Wills Act 1837 (Electronic Communications) (Amendment) (Coronavirus) Order 2020 (อังกฤษและเวลส์); Epidemic Preparedness (Wills Act 2007—Signing and Witnessing of Wills) Immediate Modification Order 2020 (นิวซีแลนด์); Alberta Ministerial Order 39/2020 [Justice and Solicitor General] (รัฐแอลเบอร์ตา แคนาดา); Electronic Transactions Amendment (COVID-19 Witnessing of Documents) Regulation 2020 (New South Wales) (รัฐนิวเซาท์เวลส์ ออสเตรเลีย), Justice Legislation (COVID-19 Emergency Response – Wills and Enduring Document) Regulation 2020 (Queensland) (รัฐควีนส์แลนด์ ออสเตรเลีย); New York Executive Order No.202.14 (Apr.7, 2020) (มลรัฐนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา), Kansas Executive Order No.20-20 (Apr.9, 2020) (มลรัฐแคนซัส สหรัฐอเมริกา) เป็นต้น

<sup>37</sup> Kimberley Martin, ‘Technology and wills – the dawn of a new era (COVID-19 special edition)’ (STEP 2020) 55.

ของสหรัฐอเมริกา ยอมรับให้พยานสามารถลงลายมือชื่อในสำเนาพินัยกรรมที่ผู้ทำพินัยกรรมส่งให้พยานด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่ควรต้องจัดแจงไว้ว่าการลงลายมือชื่อดังกล่าวเป็นการลงลายมือชื่อภายใต้วิธีการพยานทางไกลด้วยความจำเป็นอันเนื่องมาจากสถานการณ์โควิด<sup>38</sup>

**แนวทางที่สอง** อนุญาตให้มีการนำวิธีการเป็นพยานทางไกลมาใช้บังคับกับการทำพินัยกรรมแบบธรรมดา และอนุญาตให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในพินัยกรรม<sup>39</sup> อย่างไรก็ตามแนวทางนี้ไม่ค่อยมีตัวอย่างปรากฏให้เห็นมากนัก เนื่องจากในหลายประเทศเห็นว่ายังไม่สมควรที่จะให้มีการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในพินัยกรรมรวมถึงการอนุญาตให้มีการทำพินัยกรรมอิเล็กทรอนิกส์ได้<sup>40</sup> ซึ่งอาจจะเป็นเพราะ มีการมองว่าพินัยกรรมเป็นธุรกรรมที่ต้องอาศัยความเป็นทางการหรือเคร่งครัดทางแบบพิธีเป็นพิเศษ<sup>41</sup> หรืออาจจะมีความกังวลเกี่ยวกับการฉ้อฉลในการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือ อาจจะมีผู้อื่นมาลงลายมือชื่อแทนโดยเจ้าของลายมือชื่อไม่มีส่วนรู้เห็น อีกทั้งการพิสูจน์ว่าลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นของผู้ทำพินัยกรรมหรือพยานหรือไม่ก็มีความยุ่งยากหรือซับซ้อนกว่าการพิสูจน์ลายมือชื่อที่มีการลงกันทางกายภาพจริงๆ<sup>42</sup> อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าประเทศต่างๆ จะเลือกใช้แนวทางไหนในการแก้ไขกฎหมาย แต่มีสิ่งสำคัญที่ตรงกันทั้งสองแนวทางก็คือ การเป็นพยานทางไกลที่จะมาทดแทนการปรากฏตัวของพยานในทางกายภาพนั้นจะต้องอยู่ในลักษณะที่ผู้ทำพินัยกรรมและพยานต่างสามารถมองเห็นกันและกันได้อย่างชัดเจน (a clear line of sight) ในขณะที่แต่ละฝ่ายลงลายมือชื่อ<sup>43</sup> โดยอาศัยเทคโนโลยีที่สามารถช่วยให้เห็น ได้ยิน และสื่อสารระหว่างกันได้ทันที (real time)<sup>44</sup> ในขณะที่มีการประชุมกันระหว่างผู้ทำพินัยกรรมและพยาน ทั้งนี้กฎหมายของบางประเทศก็ได้กำหนดข้อกำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับคุณสมบัติของพยานเอาไว้ด้วย เช่น กฎหมายของรัฐออนแทรีโอ (Ontario) ของแคนาดาที่กำหนดให้พยานอย่างน้อยหนึ่งคนต้องเป็นทนายความที่ได้รับใบอนุญาต

<sup>38</sup> Martin (n 37) 54.

<sup>39</sup> ตัวอย่างเช่น COVID 19 Omnibus (Emergency Measures) (Electronic Signing and Witnessing) Regulations 2020 (Victoria) (รัฐวิกตอเรีย ออสเตรเลีย); Ministerial Order no. M161 (Electronic witnessing of wills (COVID-19) Order) (รัฐบริติชโคลัมเบีย แคนาดา).

<sup>40</sup> Martin (n 37) 11.

<sup>41</sup> พินัย ฌ นคร (n 23) 140.

<sup>42</sup> UK Law Commission (n 35) 116.

<sup>43</sup> UK Government (n 34).

<sup>44</sup> Martin (n 37) 54.

จากรัฐ<sup>45</sup> หรือกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กของสหรัฐอเมริกา ที่กำหนดให้ต้องมีนายความเข้าร่วมในการประชุมระหว่างผู้ทำพินัยกรรมและพยาน<sup>46</sup>

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตว่า มาตรการทางกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่อนุญาตให้มีการนำพยานทางไกลมาใช้ในการทำพินัยกรรมจะมีลักษณะเป็นมาตรการชั่วคราว (interim measures) กล่าวคือ จะใช้บังคับในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น และเมื่อพ้นช่วงเวลาดังกล่าวไปแล้ว ก็จะต้องนำทบทบัญญัติในเรื่องพินัยกรรมที่มีอยู่ก่อนสถานการณ์การแพร่ระบาดของโควิด-19 มาใช้บังคับ เช่น ตามกฎหมายอังกฤษ มาตรการนี้จะใช้บังคับแก่พินัยกรรมที่สร้างขึ้นตั้งแต่วันที่ 31 มกราคม 2563 ถึงวันที่ 31 มกราคม 2567<sup>47</sup> ตามกฎหมายของนิวซีแลนด์กำหนดว่ามาตรการนี้ให้มีผลใช้บังคับจนกว่าประกาศมาตรการเตรียมพร้อมเพื่อรับมือกับโรคระบาดใหญ่ (โควิด-19) 2563 (The Epidemic Preparedness (COVID-19) Notice 2020) ซึ่งประกาศโดยรัฐบาลนิวซีแลนด์สิ้นสุดไปหรือถูกยกเลิก<sup>48</sup> หรือตามกฎหมายของมลรัฐแคนซัสของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้มาตรการนี้มีผลใช้บังคับในระหว่างที่ประกาศภาวะภัยพิบัติฉุกเฉินของมลรัฐเกี่ยวกับโรคระบาดโควิด-19 (The State of Disaster Emergency related to the Outbreak of COVID-19) มีผลใช้บังคับ เป็นต้น<sup>49</sup>

## 5. วิเคราะห์แนวทางในการปรับปรุงกฎหมายของไทยที่เกี่ยวข้องกับการเป็นพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดาเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ของการแพร่ระบาดของโรคโควิด-19

จากการพิจารณาถึงความจำเป็นของการมีพยานในการทำพินัยกรรม ปัญหาเกี่ยวกับการนำวิธีการในการเป็นพยานทางไกลมาใช้กับการทำพินัยกรรมแบบธรรมดาในประเทศไทย และแนวทางการบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศที่อนุญาตให้นำวิธีการเป็นพยานทางไกลมาใช้กับการทำพินัยกรรมในช่วงสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 มีประเด็นสำคัญที่ควรวิเคราะห์เพื่อพิจารณาแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายของไทยเกี่ยวกับการเป็นพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดาด้วยกันสองประเด็น ดังนี้

<sup>45</sup> Ontario Regulation 129/20 (Order under subsection 7.0.2 (4) of the Act – Signatures in wills and powers of attorney), Schedule 1, no.1.

<sup>46</sup> New York Executive Order no. 202.14 (Apr.7, 2020), para 7.

<sup>47</sup> Wills Act 1837, s 9 (2) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย The Wills Act 1837 (Electronic Communications) (Amendment) (Coronavirus) Order 2020 และ The Wills Act 1837 (Electronic Communications) (Amendment) Order 2022.

<sup>48</sup> Epidemic Preparedness (Wills Act 2007—Signing and Witnessing of Wills) Immediate Modification Order 2020, s 5.

<sup>49</sup> Kansas Executive Order No.20-20 (Apr.9, 2020), no.2.

**ประเด็นแรก** การตีความคำว่า “ต่อหน้า” พยานในมาตรา 1656<sup>50</sup> จะสามารถตีความให้รวมถึงการปรากฏอยู่ต่อหน้าผ่านวิดีโอคอนเฟอเรนซ์หรือเทคโนโลยีการถ่ายทอดภาพและเสียง (audio-visual links) ในรูปแบบต่างๆ ได้หรือไม่

เมื่อพิจารณาตามหลักการตีความกฎหมายโดยทั่วไป ผู้ตีความจะต้องทำการพิเคราะห์ตัวอักษรหรือถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเสียก่อนว่าสามารถให้ความหมายหลากหลายได้มากน้อยแค่ไหนเพียงใด จากนั้นจึงค้นหาเหตุผลหรือความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เพื่อเอามาเป็นตัวกำหนดว่าจะเลือกเอาความหมายกว้างหรือแคบแค่ไหน<sup>51</sup> ซึ่งเมื่อพิจารณาถ้อยคำ “ต่อหน้า” แล้ว ย่อมมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “เฉพาะหน้า”<sup>52</sup> และเมื่อพิจารณาทบบัญญัติต่างๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ก็ปรากฏว่าคำว่า “เฉพาะหน้า” นั้น มีปรากฏอยู่ในบทบัญญัติเรื่องการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าในมาตรา 168<sup>53</sup> โดยในทางตำราได้มีการอธิบายเกี่ยวกับการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าเอาไว้ว่า หมายถึง การแสดงเจตนาที่บุคคลสามารถทราบหรือเข้าใจการแสดงเจตนาซึ่งกันและกันได้ทันที ไม่ว่าจะป็นกรณีที่อยู่ต่อกันจริงๆ ทางกายภาพ หรือมิได้อยู่ต่อกันจริงๆ แต่ใช้วิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อสื่อสารถึงกันได้ทำนองเดียวกันก็อยู่ในความหมายของการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าได้<sup>54</sup> ดังนั้น จึงอาจเทียบเคียงลักษณะของการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้ามาใช้ในการตีความเกี่ยวกับการลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรม “ต่อหน้า” พยานได้ โดยควรแปลความการลงลายมือชื่อ “ต่อหน้า” พยานตามมาตรา 1656 ว่าหมายถึงกรณีที่มีการลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานกันจริงๆ ในทางกายภาพ หรืออาจจะเป็นกรณีที่นำวิธีการการเป็นพยานทางไกลมาใช้ผ่านเทคโนโลยีการถ่ายทอดภาพและเสียงที่ทั้งผู้ทำพินัยกรรมและพยานสามารถติดต่อสื่อสารหรือเข้าใจการแสดงเจตนา รวมไปถึงสามารถเห็นการลงลายมือชื่อของผู้ที่เกี่ยวข้องในพินัยกรรมได้ทันทีในลักษณะ real time เช่น Skype หรือ Facetime<sup>55</sup> นอกจากนี้ หากพิจารณาความมุ่งหมายของการมีพยานใน

<sup>50</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 วรรคแรก บัญญัติว่า “พินัยกรรมนั้น...ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อไว้ต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคนพร้อมกัน ซึ่งพยานสองคนนั้นต้องลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมไว้ในขณะนั้น”

<sup>51</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากรกฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 23, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2560) 177.

<sup>52</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554

<sup>53</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 168 บัญญัติว่า “การแสดงเจตนาที่กระทำต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าให้ถือว่ามิผลนับแต่ผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนา นั้น ความข้อนี้ให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลหนึ่งแสดงเจตนาไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งโดยทางโทรศัพท์ หรือโดยเครื่องมือสื่อสารอย่างอื่น หรือโดยวิธีอื่นซึ่งสามารถติดต่อถึงกันได้ทำนองเดียวกัน”

<sup>54</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 5 แก้ไขเพิ่มเติม, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 124; ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2551) 219; ศนันท์ภรณ์ โสถิติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม สัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 16 แก้ไขเพิ่มเติม, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2554) 142.

<sup>55</sup> สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, สัญญาต้องเป็นสัญญา (2557) 23.

พินัยกรรมก็เพื่อให้มีบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้รับพินัยกรรมมารับรู้ถึงการทำให้พินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรมและช่วยยืนยันว่าผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมไปด้วยเจตนาที่แท้จริง โดยปราศจากการถูกฉ้อฉลหรือข่มขู่ จึงได้ลงลายมือชื่อในพินัยกรรมของตน ดังนั้น การทำหน้าที่ของพยานดังกล่าวจึงไม่ควรถูกจำกัดว่าจะต้องเป็นการมารับรู้ถึงการลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมโดยมาปรากฏตัวอยู่ในสถานที่เดียวกันกับผู้ทำพินัยกรรมเท่านั้น แต่ควรตีความให้รวมไปถึงการเป็นพยานทางไกลผ่านการใช้เทคโนโลยีในรูปแบบอื่นๆ ที่ทำให้พยานสามารถเห็นถึงการลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรม หรือในทางกลับกัน ผู้ทำพินัยกรรมก็สามารถเห็นพยานลงลายมือชื่อได้อย่างชัดเจนด้วย ทั้งนี้ อาจเทียบเคียงได้กับหลักในเรื่อง “a line of sight” ในกฎหมายของอังกฤษ

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่ผู้เขียนตีความในลักษณะดังกล่าว ก็คือ ในการตีความกฎหมายแพ่ง ผู้ตีความควรตีความเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป เพื่อนำไปสู่ผลในทางกฎหมายที่เป็นธรรม トラบเท่าที่ไม่เป็นการบิดเบือนกฎหมาย<sup>56</sup> ในกรณีนี้จึงสมควรตีความคำว่า “ต่อหน้า” อย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมถึงการลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานที่มีได้อยู่ในสถานที่เดียวกับผู้ทำพินัยกรรม แต่อยู่ต่อหน้าจอที่มีการประชุมพร้อมกันผ่านทางวิดีโอคอนเฟอเรนซ์หรือโปรแกรมประชุมออนไลน์อื่นๆ ที่สามารถเห็นถึงการลงลายมือชื่อได้ เช่นเดียวกับการอยู่ต่อหน้ากันจริงๆ เพื่อให้การทำพินัยกรรมแบบธรรมดาสามารถทำได้จริงในสถานการณ์การระบาดของโรคโควิด-19 ซึ่งหากตีความคำว่า “ต่อหน้า” โดยเคร่งครัดแล้ว ย่อมส่งผลให้การทำพินัยกรรมที่ต้องมีพยาน ไม่อาจกระทำได้โดยสภาพ และเมื่อเราสามารถตีความคำว่า “ต่อหน้า” ในมาตรา 1656 ให้ครอบคลุมถึงกรณีการลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานทางไกลแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดีเพื่อให้เกิดความชัดเจนและป้องกันข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต ผู้เขียนเห็นว่าในระยะยาว รัฐอาจพิจารณาในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการเป็นพยานในพินัยกรรมให้ครอบคลุมถึงการเป็นพยานทางไกลด้วย โดยอาจกำหนดให้การลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมต่อหน้าพยานหรือกลับกันให้หมายความรวมถึง การลงลายมือชื่อต่อหน้ากันผ่านเทคโนโลยีถ่ายทอดภาพและเสียงที่สามารถเห็น ได้ยิน และสื่อสารระหว่างกันได้ทันที นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวสมควรที่จะบัญญัติขึ้นเพื่อรองรับเหตุการณ์ในลักษณะเดียวกันที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตด้วย เช่น โรคระบาดหรือภัยพิบัติอื่นๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต อีกทั้งยังเป็นการตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นในสังคมที่เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว ดังนั้น จึงไม่ควรที่จะอนุญาตให้มีการใช้บังคับมาตรการดังกล่าวเฉพาะแต่ในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโควิด-19 เท่านั้น

<sup>56</sup> สมยศ เชื้อไทย (ก 51) 189.

**ประเด็นที่สอง** สมควรที่จะอนุญาตให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในพินัยกรรมในสถานการณ์โควิดได้หรือไม่

ประเด็นนี้เป็นประเด็นที่สืบเนื่องมาจากประเด็นแรก กล่าวคือ เมื่อมีการยอมรับให้นำวิธีการพยานทางไกลมาใช้ ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า พยานในพินัยกรรมจะลงลายมือชื่อรับรองการลงลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมในพินัยกรรมได้อย่างไร ซึ่งแนวทางในการลงลายมือชื่อของพยานในพินัยกรรมก็อาจจะแบ่งออกได้เป็นสองวิธีด้วยกัน คือ วิธีแรก ให้พยานสามารถลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในพินัยกรรมที่ผู้ทำพินัยกรรมส่งให้พยานแต่ละคน หรือวิธีที่สอง ให้ผู้ทำพินัยกรรมส่งพินัยกรรมตัวจริงให้พยานไปลงลายมือชื่อกันจริงๆ ภายหลังจากที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานทางไกลแล้ว ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะดำเนินการตามกรณีหลัง เนื่องจากเป็นเรื่องที่สามารถดำเนินการได้ทันที โดยไม่ต้องรอให้มีการแก้ไขกฎหมาย เพราะหากเลือกที่จะดำเนินการตามวิธีการแรก ก็จำเป็นที่จะต้องแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 เพื่ออนุญาตให้นำกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้กับธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกได้ซึ่งรวมถึงการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในพินัยกรรม ซึ่งอาจใช้เวลาค่อนข้างมาก อีกทั้งยังจำเป็นต้องอาศัยการเปลี่ยนแปลงในเชิงนโยบายของรัฐเพื่อมาสนับสนุนการดำเนินการในเรื่องดังกล่าว<sup>57</sup> ในขณะที่หากดำเนินการตามวิธีที่สอง ผู้ทำพินัยกรรมและพยานสามารถลงลายมือชื่อในพินัยกรรมได้ตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม การลงลายมือชื่อของพยานในภายหลังนี้จำเป็นอย่างยิ่งที่ทั้งผู้ทำพินัยกรรมและพยานจะต้องมาอยู่พร้อมหน้ากันอีกครั้ง ไม่ว่าจะเป็นการอยู่ต่อหน้าทางกายภาพก็ดี หรืออยู่พร้อมหน้ากันทางหน้าจอของวิดีโอคอนเฟอเรนซ์หรือโปรแกรมประชุมออนไลน์ต่างๆ เพื่อให้ผู้ทำพินัยกรรมได้รับรู้ถึงการลงลายมือชื่อของพยาน<sup>58</sup> ซึ่งวิธีการดังกล่าวนี้ ก็สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของประเทศอังกฤษที่กำหนดว่าหากพยานไม่สามารถมาลงลายมือชื่อต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรมได้ ก็จะต้องใช้

<sup>57</sup> ในปัจจุบันพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ยังไม่อนุญาตให้ใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์แก่ธุรกรรมเกี่ยวกับมรดก รวมถึงการทำพินัยกรรมแบบธรรมดา เนื่องจาก เห็นว่าธุรกรรมเกี่ยวกับมรดกเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อน และเป็นประเด็นที่น่าไปสู่ความขัดแย้งได้โดยง่ายจึงสมควรยกเว้นมิให้ดำเนินการด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

<sup>58</sup> กรณีนี้เทียบเคียงได้กับกรณีข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1378/2500 ซึ่งเป็นกรณีที่พยานลงลายมือชื่อในพินัยกรรมต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรม อีกสามวันต่อมา ผู้ทำพินัยกรรมจึงได้ลงลายพิมพ์นิ้วมือต่อหน้าพยานชุดเดิม ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กรณีนี้เป็นพินัยกรรมที่ถูกต้องเข้าเกณฑ์ครบถ้วนตามมาตรา 1656 ดังนั้น จึงอาจจะอนุมานได้จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ว่า ไม่จำเป็นที่บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด (ผู้ทำพินัยกรรมและพยานสองคน) ต้องลงลายมือชื่อในเวลาเดียวกัน แต่แต่ละคนอาจจะลงลายมือชื่อไม่พร้อมกันก็ได้ แต่ต้องปรากฏว่าในขณะที่แต่ละคนลงลายมือชื่อนั้น คนอื่นๆ จะต้องอยู่รู้เห็นด้วย เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

วิธีการประชุมทางวิดีโอคอนเฟอเรนซ์หรือโปรแกรมประชุมออนไลน์ และใช้วิธีการเป็นพยานทางไกลอีกครั้งหนึ่ง โดยผู้ทำพินัยกรรมจะต้องเห็นพยานอย่างชัดเจนในขณะที่พยานลงลายมือชื่อในพินัยกรรม<sup>59</sup>

## 6. สรุป

การทำพินัยกรรมแบบธรรมดาในประเทศไทยมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมียานเพื่อยืนยันว่าพินัยกรรมนั้นได้ทำขึ้นตามเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรม กฎหมายจึงได้กำหนดให้ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานอย่างน้อยสองคน และพยานก็ต้องลงลายมือชื่อเพื่อรับรองลายมือชื่อของผู้ทำพินัยกรรมในขณะนั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อมีสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 เกิดขึ้นในปี 2563 ก็ก่อให้เกิดปัญหาว่าในสถานการณ์เช่นนี้ การให้ผู้ทำพินัยกรรมและพยานอย่างน้อยสองคนมาอยู่ในที่เดียวกันเพื่อรับรองการทำพินัยกรรมย่อมก่อให้เกิดความเสี่ยงในการติดเชื้อโควิด-19 ซึ่งทำให้หลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ตัดสินใจในการแก้ไขกฎหมายของตนเพื่ออนุญาตให้มีการนำวิธีการเป็นพยานทางไกล (remote witnessing) มาใช้ทดแทนการรวมกลุ่มกันระหว่างผู้ทำพินัยกรรมและพยาน โดยถือว่ากรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานหรือพยานลงลายมือชื่อต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรมผ่านทางวิดีโอคอนเฟอเรนซ์หรือเทคโนโลยีถ่ายทอดภาพและเสียงย่อมมีผลเช่นเดียวกับการลงลายมือชื่อต่อกันในทางกายภาพ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1656 แล้ว ก็อาจตีความว่าการลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานโดยผู้ทำพินัยกรรมก็ดี หรือการลงลายมือชื่อต่อหน้าผู้ทำพินัยกรรมโดยพยานทั้งสองคนก็ดี ย่อมหมายความว่ารวมถึงกรณีที่ลงลายมือชื่อในกรณีที่พยานทางไกลด้วย แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้น ก็สมควรที่จะแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเป็นพยานในพินัยกรรมแบบธรรมดาให้ครอบคลุมไปถึงการเป็นพยานต่อกันผ่านเทคโนโลยีถ่ายทอดภาพและเสียงที่สามารถเห็น ได้ยิน และสื่อสารระหว่างกันได้ทันที อีกทั้งยังสอดรับการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีดิจิทัลอย่างรวดเร็วสืบเนื่องจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-19 อีกด้วย

<sup>59</sup> UK Government (n 34).

## ผู้สนับสนุนหลักในการจัดพิมพ์วารสาร



บทความแต่ละบทความเป็นความคิดเห็นอิสระของผู้เขียน