

การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม



นางสาวสุทิสรา สุขโชติ

สถาบันวิทยบริการ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์


คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2544

ISBN 974-03-0990-9

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE CONFLICT OF LAWS RELATING TO TESTAMENTARY DISPOSITIONS



Miss Sutisa Sukchot

สถาบันวิทยบริการ

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
For the Degree of Master of Laws in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2001

ISBN 974-03-0990-9



สุทิดา สุขโชติ : การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม. (THE CONFLICT OF LAWS RELATING TO TESTAMENTARY DISPOSITIONS) อ. ที่ปรึกษา : รศ. ดร.ชุมพร ปัจจุสานนท์, 170 หน้า. ISBN 974-03-0990-9.

การหากฎหมายมาใช้บังคับเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมแบ่งได้เป็น 2 ระบบ กล่าวคือระบบที่มีการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมโดยไม่แบ่งแยกตามลักษณะของทรัพย์มรดก และระบบที่มีการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมโดยแยกตามลักษณะของทรัพย์มรดก ทั้งสองระบบนี้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวประเภทต่างๆ เช่น ภูมิลำเนา สัญชาติ สถานที่ตั้งทรัพย์มรดก สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรม การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรม เพื่อเป็นตัวเชื่อมกับกฎหมายที่จะนำมาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งการที่ประเทศต่างๆ จะเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวใดกับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นๆ มีแนวคิดเกี่ยวกับจุดเกาะเกี่ยวนั้นอย่างไร

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 37, 39-42 บัญญัติให้มีการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมตามลักษณะของทรัพย์มรดกโดยแยกออกเป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ การบัญญัติเช่นนี้ทำให้ไม่เพียงพอต่อการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ในกรณีที่พินัยกรรมไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับทรัพย์มรดก อีกทั้งไม่ปรากฏว่ามีการยอมรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรม คงปรากฏแต่การใช้จุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

ดังข้างต้นจึงอาจส่งผลให้พินัยกรรมถูกบิดเบือนไปจากเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมสมควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่ว่าด้วยพินัยกรรมให้เกิดความชัดเจน สะดวกและตรงกับเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....  
ปีการศึกษา.....2544.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

## 418 61550 34 : MAJOR LAWS

KEY WORD : TESTAMENTARY / CONFLICT / UNITARY / SCISSION / CONNECTING FACTORS

SUTISA SUKCHOT : THE CONFLICT OF LAWS RELATING TO  
TESTAMENTARY DISPOSITIONS. THESIS ADVISOR : ASSOC. PROF.  
CHUMPORN PACHUSANOND, Ph.D. 170 pp. ISBN 974-03-0990-9.

There are 2 systems relating to testamentary dispositions under conflict of laws rule. One is scission system and the other is unitary system. Both systems determine connecting factors as instrument for finding applicable law, such as domicile, nationality, lex situs, lex loci actus, choice of law. Domestic laws are different for each country depend on different legal thinking on testamentary dispositions. Therefore, comparative study on conflict of laws relating to testamentary dispositions is important and allows us to know what should be the appropriate system for Thailand.

Under the Conflict of Laws Act B.E. 2481, Article 37,39-42 stipulated that testamentary dispositions on movable property is determined by Lex domicilii and immovable property is determined by Lex rei sitae. However these stipulations can not be apply to some cases arising from testament such as testamentary guardian appointment. Besides, Thai conflict of laws rule does not recognize choice of law in case of testament. Briefly, connecting factors depend only on objective element but not subjective.

Consequently, Thai conflict of laws rule relating to testamentary dispositions should be amended by adding more connecting factors, especially the recognition of the principle of autonomy of will.

Field of study.....Laws.....Student's signature.....

Academic year .....2001.....Advisor's signature.....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่องการชดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม สำเร็จลุล่วงลงได้ด้วย ความกรุณาของบุคคลหลายฝ่าย ผู้เขียนต้องขอกราบขอบพระคุณทุกท่านมา ณ.ที่นี้

ในเบื้องต้น ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุ สานนท์เป็นอย่างสูงที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำปรึกษา ตลอดจนคำแนะนำอันมีคุณค่า ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อผู้เขียนมาโดยตลอด ท่าน ศาสตราจารย์คณิง ภาไชย ที่ได้กรุณาสละเวลามาเป็นประธานคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา-สายสุนทร และท่านอาจารย์จันทร์ สิ้นสุภ ฤทธิ์ที่ได้กรุณาสละเวลามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และกรุณาให้คำแนะนำรวมถึงแนวทาง ในการปรับปรุงทั้งทางรูปแบบและเนื้อหา ตลอดจนชี้แนะประเด็นต่างๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการ จัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อบิดา มารดา และน้องสาว รวมทั้ง คุณตา คุณยาย คุณย่า และคุณยายประทุม บัจจุสานนท์ ที่คอยให้ความสนับสนุน และเป็น กำลังใจให้แก่ผู้เขียนด้วยดีเสมอมา ตลอดจนคุณเศรษฐา ชัยมหาวงศ์ที่ให้ความช่วยเหลือในด้าน การแปลและขอขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ น้องๆ ทุกคนที่คอยเป็นกำลังใจและคอยให้ความช่วยเหลือ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเจ้าหน้าที่ห้องสมุดมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่อำนวยความสะดวกและให้ความช่วยเหลือใน การค้นคว้าเอกสารต่างๆ สำหรับการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนพี่ๆ ผู้ให้ความช่วยเหลือใน การจัดพิมพ์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สุทิตา สุขชาติ

เมษายน 2545

# สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฐ

บทที่ 1 : บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	7
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	7
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	7
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	7
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	8

บทที่ 2 : ระบบกฎหมายที่ใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม.....	9
2.1 การหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม โดยแบ่งแยกตามลักษณะของทรัพย์สิน ( Scission System ).....	10
ก. ความเป็นมาของระบบ Scission.....	10
ข. แนวความคิดของระบบ Scission.....	12
ค. ผลดีและอุปสรรคของการใช้ระบบ Scission.....	13
(1) ผลดีของการใช้ระบบ Scission	
(2) อุปสรรคของการใช้ระบบ Scission	
- อุปสรรคจากการที่กฎหมายใช้ระบบกันส่วนทรัพย์สิน	
- อุปสรรคจากการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของกอง มรดก	
2.2 การหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมโดยไม่แบ่ง แยกตามลักษณะของทรัพย์สิน ( Unitary System ).....	16
ก. ความเป็นมาของระบบ Unitary.....	16

ข. ผลดีและอุปสรรคของการใช้ระบบ Unitary.....	21
(1) ผลดีของการใช้ระบบ Unitary	
(2) อุปสรรคของการใช้ระบบ Unitary	
2.3 ระบบที่ปรากฏในข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	22
<b>บทที่ 3 จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม.....</b>	<b>29</b>
3.1 การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม.....	29
ก. การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมาย.....	30
ข. อุปสรรคและผลดีในการใช้การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรม.....	36
3.2 ภูมิลำเนาในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม.....	39
ก. ภูมิลำเนา.....	39
ข. อุปสรรคและผลดีในการนำภูมิลำเนามาใช้ในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวเมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม.....	45
3.3 สัญชาติในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม.....	46
ก. สัญชาติ.....	46
ข. อุปสรรคผลดีและในการนำสัญชาติมาใช้ในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวเมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม.....	48
3.4 สถานที่ตั้งทรัพย์สินในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม.....	49
ก. สถานที่ตั้งทรัพย์สิน.....	49
ข. อุปสรรคและผลดีในการนำจุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้ในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวเมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม.....	51
3.5 สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม.....	52
ก. สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรม.....	52
ข. อุปสรรคและผลดีในการนำสถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมมาใช้ในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวเมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม.....	54



บทที่ 4 การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบกับกรปรับใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกัน	
แห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม.....	56
4.1 ความสามารถ.....	56
4.1.1 ความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม.....	57
ก. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ	
ประเทศในระบบ Common Law.....	58
ก.1 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ	
ก.2 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา	
ข. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศ	
ในระบบประมวลกฎหมาย.....	60
ข.1 ประเทศเยอรมนี	
ข.2 ประเทศญี่ปุ่น	
ข.3 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์	
ค. วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	62
4.1.2 ความสามารถของผู้รับพินัยกรรม.....	63
ก. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ	
ประเทศในระบบ Common Law.....	63
ก.1 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ	
ก.2 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา	
ข. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ	
ประเทศในระบบประมวลกฎหมาย.....	65
ข.1 ประเทศเยอรมนี	
ข.2 ประเทศญี่ปุ่น	
ข.3 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์	
ค. วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	66
4.2 ททรัพย์.....	66
ก. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ	
ประเทศในระบบ Common Law.....	68
ก.1 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ	
ก.2 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา	

ข.	วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ ประเทศในระบบประมวลกฎหมาย.....	68
ข.1	ประเทศเยอรมนี	
ข.2	ประเทศญี่ปุ่น	
ข.3	ประเทศสวิตเซอร์แลนด์	
ค.	วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	69
4.3	สาระสำคัญและผลของพินัยกรรม.....	69
ก.	วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ ประเทศในระบบ Common Law.....	71
ก.1	วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ	
ก.2	วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา	
ข.	วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ ประเทศในระบบประมวลกฎหมาย.....	75
ข.1	ประเทศเยอรมนี	
ข.2	ประเทศญี่ปุ่น	
ข.3	ประเทศสวิตเซอร์แลนด์	
ค.	วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	77
4.4	การตีความพินัยกรรม.....	80
ก.	วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ ประเทศในระบบ Common Law.....	81
ก.1	วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ	
ก.2	วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา	
ข.	วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ ประเทศในระบบประมวลกฎหมาย.....	85
ข.1	ประเทศเยอรมนี	
ข.2	ประเทศญี่ปุ่น	
ข.3	ประเทศสวิตเซอร์แลนด์	
ค.	วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	85
4.5	การเพิกถอนพินัยกรรม.....	86
ก.	วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ	

ประเทศในระบบ Common Law.....	89
ก.1    วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ	
ก.2    วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา	
ข.    วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ	
ประเทศในระบบประมวลกฎหมาย.....	94
ข.1 ประเทศเยอรมนี	
ข.2 ประเทศญี่ปุ่น	
ข.3 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์	
ค.    วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	95
4.6 แบบแห่งพินัยกรรม.....	96
ก.    วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ	
ประเทศในระบบ Common Law.....	97
ก.1    วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ	
ก.2    วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา	
ข.    วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของ	
ประเทศในระบบประมวลกฎหมาย.....	101
ข.1 ประเทศเยอรมนี	
ข.2 ประเทศญี่ปุ่น	
ข.3 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์	
ค.    วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	102
บทที่ 5 การหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบต่างประเทศของประเทศไทย.....	107
5.1 ความสามารถ.....	108
5.1.1 ความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม	
5.1.2 ความสามารถของผู้รับพินัยกรรม	
5.2 ทรัพย์มรดก.....	111
5.3 สาระสำคัญและผลของพินัยกรรม.....	112
5.4 การตีความพินัยกรรม.....	114
5.5 การเพิกถอนพินัยกรรม.....	115

5.6 แบบแห่งพินัยกรรม.....	117
บทที่ 6 : สรุปและเสนอแนะ.....	128
ข้อสรุป.....	128
ข้อเสนอแนะ.....	132
รายการอ้างอิง.....	135
บรรณานุกรม.....	138
ภาคผนวก.....	142
ภาคผนวก ก.....	143
ภาคผนวก ข.....	155
ภาคผนวก ค.....	161
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	170

## สารบัญตาราง

ตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 : ตารางเปรียบเทียบการใช้จุดเกาะเกี่ยวเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่ง กฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม.....	122
---	-----



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

พินัยกรรม คือ การแสดงเจตนาเพื่อตายของผู้ทำพินัยกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือการต่างๆ ของผู้ทำพินัยกรรม เช่น ผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนายกทรัพย์สินของตนให้กับทายาทคนใดหรือบุคคลภายนอก, ผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนาในเรื่องตั้งผู้จัดการมรดก, คำสั่งเกี่ยวกับการจัดการศพของผู้ทำพินัยกรรม, คำสั่งเกี่ยวกับการตั้งผู้ปกครองทรัพย์สิน ฯลฯ พินัยกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ในพินัยกรรมจึงมีองค์ประกอบหลายประการ กล่าวคือแบบแห่งพินัยกรรม, ผลของพินัยกรรม, การตีความพินัยกรรม, การเพิกถอนพินัยกรรม หากพินัยกรรมไม่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ หมายถึงพินัยกรรมที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวระหว่างประเทศ เช่น ผู้ทำพินัยกรรมมีสัญชาติไทย มีภูมิลำเนาในประเทศไทย แสดงเจตนาทำพินัยกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในประเทศไทย ปัญหาว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้กับพินัยกรรมฉบับนี้คงไม่เกิดขึ้น แต่หากพินัยกรรมมีองค์ประกอบระหว่างประเทศก็จะนำไปสู่ปัญหาที่ว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้บังคับกับพินัยกรรมฉบับนี้

คำว่า " พินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ " นั้นหมายถึง พินัยกรรมที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับต่างประเทศ เช่น ผู้ทำพินัยกรรมเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐต่างประเทศแต่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย, ผู้ทำพินัยกรรมเป็นผู้มีสัญชาติไทยแต่มีภูมิลำเนาอยู่ในรัฐต่างประเทศ, ผู้ทำพินัยกรรมเป็นผู้มีสัญชาติของรัฐต่างประเทศแต่ทำพินัยกรรมในประเทศไทย หรือทรัพย์สินมรดกที่พิพาทตั้งอยู่ในรัฐต่างประเทศ ฯลฯ ตัวอย่างที่ได้กล่าวมานี้ทำให้เกิดพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศทั้งสิ้น แต่โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายภายในของประเทศไทย การนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศคงไม่เหมาะสม และไม่เป็นที่ไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายพุทธศักราช 2481 เป็นกฎหมาย

ที่นำมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของประเทศไทย พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติว่าจะให้นำกฎหมายใดมาใช้บังคับเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม โดยแยกกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมออกตามลักษณะของทรัพย์ แต่พินัยกรรมมิใช่การแสดงเจตนาที่เกี่ยวกับทรัพย์มรดกเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ผู้ทำพินัยกรรมอาจแสดงเจตนาในเรื่องอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์ได้ เช่น การตั้งผู้ปกครองทรัพย์ ฯลฯ การนำทรัพย์มาใช้เป็นลักษณะสำคัญในการพิจารณาถึงประเภทของจุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมจึงอาจไม่ครอบคลุมกับพินัยกรรมทั้งฉบับได้ อีกทั้งพินัยกรรมได้แยกออกเป็นองค์ประกอบต่างๆ ในพินัยกรรม ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องแบบแห่งพินัยกรรม, ผลแห่งพินัยกรรม, การตีความพินัยกรรมตลอดจนการเพิกถอนพินัยกรรม ซึ่งการหากฎหมายมาใช้กับองค์ประกอบต่างๆ ในพินัยกรรมก็ต้องคำนึงถึงลักษณะของทรัพย์เป็นสำคัญในการหาจุดเกาะเกี่ยวมาใช้กับองค์ประกอบต่างๆ ในพินัยกรรม ซึ่งการใช้ลักษณะของทรัพย์แต่เพียงอย่างเดียวทำให้กฎหมายที่นำมาใช้กับพินัยกรรมครอบคลุมพินัยกรรมไม่ได้ทั้งฉบับ เช่น ผู้ทำพินัยกรรมสัญชาติไทยทำพินัยกรรมยกทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ให้กับบุตรชาย โดยในพินัยกรรมได้กำหนดให้ภริยาเป็นผู้จัดการมรดก เช่นนี้เมื่อการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมนั้น แยกตามลักษณะของทรัพย์มรดกในพินัยกรรม แต่การจัดการมรดกเป็นการแสดงเจตนาในลักษณะเป็นการอื่นๆ ที่กำหนดในพินัยกรรม ปัญหาที่น่าพิจารณาก็คือ การหากฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของไทยที่แยกตามลักษณะของทรัพย์เท่านั้นจะครอบคลุมถึงการอื่นๆ ที่ปรากฏในพินัยกรรมหรือไม่

นอกจากข้างต้นพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายใช้ลักษณะของทรัพย์เป็นสิ่งที่พิจารณาถึงประเภทของจุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้กับพินัยกรรม แต่คำว่าทรัพย์ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติฉบับนี้หมายความถึงแต่เฉพาะทรัพย์ที่มีรูปร่าง ซึ่งแบ่งเป็นทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์และทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ โดยไม่ได้กล่าวถึงทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง เช่น ลิขสิทธิ์, สิทธิบัตร, เครื่องหมายการค้า, หุ่นลักษณะต่างๆ ซึ่งทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างต่างๆ ดังข้างต้นอาจตกทอดเป็นมรดก ผู้ทำพินัยกรรมอาจแสดงเจตนาในพินัยกรรมให้ทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างเหล่านี้ตกทอดไปยังทายาทได้ เช่นนี้แล้วจะใช้กฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีการแสดงเจตนาเกี่ยวกับทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างเหล่านี้

เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมขึ้นในศาลของประเทศไทย พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายก็จะกำหนดว่าประเด็นการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมนั้นให้ไปไปตามกฎหมายใด คำว่ากฎหมายในที่นี้หมายถึงกฎหมายที่เกาะเกี่ยว



กฎหมายของประเทศที่เหมาะสม ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้บัญญัติให้นำกฎหมายของประเทศดังกล่าวมาใช้บังคับกับข้อพิพาทเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมซึ่งการหากฎหมายที่เกาะเกี่ยวนั้นต้องอาศัยจุดเกาะเกี่ยว (Connecting Factor) จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยมีหลายประเภท โดยนำจุดเกาะเกี่ยวต่างๆ มาใช้ตามองค์ประกอบในพินัยกรรม แต่จุดเกาะเกี่ยวที่ปรากฏในกฎหมายขัดกันของประเทศไทยว่าด้วยพินัยกรรมเป็นจุดเกาะเกี่ยวแบบ Objective ( ภาวะวิสัย ) แต่เพียงอย่างเดียว กล่าวคือ เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายกำหนดให้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมาย เช่น จุดเกาะเกี่ยวจากภูมิลำเนาของบุคคล, จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติของบุคคล, จุดเกาะเกี่ยวจากสถานที่ตั้งทรัพย์สิน ฯลฯ แต่ไม่ปรากฏว่ามีจุดเกาะเกี่ยวที่มาจากการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมของตน หรือเรียกอีกอย่างว่าเป็นจุดเกาะเกี่ยวแบบ Subjective

พินัยกรรมจัดเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งเหมือนกับสัญญา แต่พินัยกรรมมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ขณะที่สัญญาจัดเป็นนิติกรรมสองฝ่าย หากมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญาศาลจะแสวงหาเจตนาของคู่สัญญาซึ่งเป็นการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา แต่ไม่ปรากฏว่ามี การยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้กับพินัยกรรมเหมือนดังกรณีการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญา ในแง่ของการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยแม้จะไม่ปรากฏว่ามีปัญหาเกี่ยวกับการไม่ยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ แต่ทว่ามีข้อที่น่าพิจารณาว่าการนำจุดเกาะเกี่ยวแบบ Subjective ซึ่งได้แก่ การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับการขัดกันแห่งพินัยกรรมจะเป็นไปได้แค่ไหน เพียงไร

นอกจากนี้ในประเด็นเรื่องแบบแห่งพินัยกรรม พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติในลักษณะทางเลือกว่าบุคคลผู้ทำพินัยกรรมสามารถทำพินัยกรรมตามแบบที่กฎหมายสัญชาติกำหนดไว้หรือตามแบบของประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมในประเทศนั้น ซึ่งมีลักษณะเปิดเป็นแนวทางให้ผู้ทำพินัยกรรมเลือกทำพินัยกรรมตามแบบแห่งกฎหมายใดก็ได้ แตกต่างจากการหาจุดเกาะเกี่ยวมาใช้กับพินัยกรรมในองค์ประกอบในพินัยกรรมประการอื่นๆ แม้จะยังไม่เกิดปัญหาในการเลือกทำพินัยกรรมตามแบบแห่งกฎหมายของประเทศใดแต่มีข้อน่าพิจารณาว่ากฎหมายที่กำหนดเป็นทางเลือกในการนำมาใช้บังคับกับพินัยกรรมเพียงพอหรือไม่ แม้ปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีปัญหาจากการให้ทางเลือกผู้ทำพินัยกรรมในเรื่องแบบแห่งพินัยกรรม



แต่เป็นเรื่องที่น่าพิจารณาว่าการกำหนดให้เป็นทางเลือกเฉพาะในเรื่องแบบแห่งพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศดีหรือไม่อย่างไร นอกจากนี้ทางเลือกที่กฎหมายกำหนดให้ นั่นสอดคล้องกับทางเลือกในเรื่องแบบแห่งพินัยกรรมตามกฎหมายขัดกันของต่างประเทศหรือไม่

อีกทั้งการที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทย กำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมแยกออกตามองค์ประกอบต่างๆ ในพินัยกรรม ซึ่งแยกออกตามลักษณะของทรัพย์สินมรดกอีกที ทั้งที่กฎหมายที่นำมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมเกิดจากการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมคนเดียว แต่ต้องแยกการนำกฎหมายมาใช้ตามองค์ประกอบของพินัยกรรมและลักษณะของทรัพย์สินมรดก ทำให้เกิดความหลากหลายในกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับพินัยกรรม เช่น ผู้ทำพินัยกรรมมีสัญชาติอังกฤษ มีภูมิลำเนาสุดท้ายในประเทศไทยถึงแก่กรรมโดยทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินที่ดินที่ตั้งในประเทศเยอรมันให้กับทายาท ภายหลังได้ทำการเพิกถอนพินัยกรรม เนื่องจากในประเด็นความสามารถพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดในเรื่องความสามารถให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติขณะที่ทำพินัยกรรม ขณะที่ในประเด็นการเพิกถอนพินัยกรรมฉบับนี้ การหากฎหมายมาใช้กับการเพิกถอนพินัยกรรมแยกตามลักษณะทรัพย์สิน กล่าวคือการเพิกถอนพินัยกรรมที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมขณะที่เพิกถอนพินัยกรรม และการเพิกถอนพินัยกรรมที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตามกฎหมาย ณ. ที่ตั้งอสังหาริมทรัพย์ เห็นได้ว่ามีกฎหมายหลายฉบับในการนำมาใช้กับพินัยกรรม ซึ่งการที่จะนำพระราชบัญญัติฉบับนี้มาใช้ได้คู่กรณีต้องกล่าวอ้างขึ้นต่อศาล เพราะถ้าไม่มีการกล่าวอ้างขึ้นศาลจะไม่รับรู้และดำเนินคดีไปตามกฎหมายไทย โดยไม่พิจารณาถึงกฎหมายต่างประเทศที่อาจเกี่ยวข้องอื่นใด เพราะศาลถือว่าศาลไม่มีหน้าที่จะต้องทราบกฎหมายของทุกประเทศ โดยศาลถือว่ากฎหมายของต่างประเทศเป็นเพียงข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งซึ่งต้องพิสูจน์ถึงว่ามีอยู่จริงของกฎหมายนั้น จากการใช้การกล่าวอ้างพระราชบัญญัตินี้ขึ้นต่อศาล เพื่อนำสู่การหากฎหมายมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทำให้พระราชบัญญัติฉบับนี้มีความซับซ้อนและยากต่อการใช้ ฉะนั้นบุคคลผู้ใช้กฎหมายฉบับนี้ไม่ว่าจะเป็นทนายความหรือแม้แต่ผู้พิพากษาประสบกับปัญหาความไม่สันทัดในการใช้กฎหมายของประเทศอื่นๆ และประสบปัญหาความขัดสนผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายซึ่งต้องมาเบิกความเป็นพยานเพื่ออธิบายถึงความมีอยู่จริงของกฎหมาย และความหมายของกฎหมายของประเทศนั้น ๆ

จากการตรวจค้นคำพิพากษาของศาลยุติธรรมในประเทศไทยแทบจะไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมพอที่จะหยิบยกขึ้นเป็น

แนวทางในการพิจารณาว่า การหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่ทำขึ้นในประเทศไทยเป็นไปในแนวทางใด ประกอบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับพินัยกรรมก็ไม่ได้มีการแก้ไขนับแต่มีการบัญญัติกฎหมายเมื่อพุทธศักราช 2481 สิ่งที่จะนำมาพิจารณาในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศในวิทยานิพนธ์นี้ คือวิธีการและขั้นตอนในการค้นหากฎหมายที่จะใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศโดยแบ่งตามองค์ประกอบต่างๆของพินัยกรรมดังที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในภาค6มรดกกว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันหรือไม่เพียงไร สมควรมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมหรือไม่ และวิธีการที่กำหนดไว้เป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายที่ประเทศส่วนใหญ่ใช้หรือไม่ โดยพิจารณาปัญหาดังกล่าวเพื่อนำไปสู่การเสนอแนะแนวทางหากมีการพิจารณาแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับพินัยกรรม

การศึกษาในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมจึงแบ่งออกเป็นบทๆ ดังต่อไปนี้

บทที่ 1. บทนำนี้จะกล่าวถึงความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ของการวิจัย ขอบเขตของการวิจัย สมมติฐานของการศึกษาวิจัย วิธีการศึกษา และประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

บทที่ 2. จะทำการศึกษาถึงระบบของการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยแบ่งออกเป็น 2 ระบบกล่าวคือ 1. ระบบscission และ 2 ระบบ unitary โดยจะศึกษาถึงความเป็นมา และแนวความคิดของทั้ง 2 ระบบ รวมถึงการยกตัวอย่างประเทศ และศึกษาข้อตกลงระหว่างประเทศว่ามีการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมเป็นไปตามระบบใด

บทที่ 3. จะทำการศึกษาถึงจุดเกาะเกี่ยวต่างๆที่จะนำมาใช้เพื่อหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศการแบ่งศึกษาในบทที่ 3 นี้ อาศัยรากฐานการแบ่งข้อย่อยมาจากบทที่ 2 กล่าวคือจะศึกษาถึงจุดเกาะเกี่ยวต่างๆ ที่จะนำมาสู่กฎหมายที่ถูกสันนิษฐาน

ว่าใกล้เคียงกับผู้ทำพินัยกรรมมากที่สุด เช่น การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมายภูมิลำเนาของผู้ตาย, กฎหมายสัญชาติของผู้ตาย, กฎหมาย ณ. สถานที่ที่ทรัพย์สินมรดกนั้นตั้งอยู่, กฎหมายแห่งประเทศที่มีการทำพินัยกรรม เพื่อดูว่าการใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภทต่างๆ เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม มีอุปสรรคหรือผลดีอย่างไรเมื่อมีการนำจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวประเภทต่างๆมาใช้

บทที่ 4. ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบเกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยจะแบ่งออกเป็นการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบตามลักษณะของพินัยกรรม โดยแยกเป็นประเทศในระบบ Common Law ซึ่งจะยกตัวอย่างของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ซึ่งจะยกตัวอย่างของประเทศเยอรมัน, ญี่ปุ่นและสวิตเซอร์แลนด์ว่ามีหลักกฎหมายในเรื่องการหากฎหมายมาใช้กับมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศว่ามีขอบเขตและหลักเกณฑ์ตลอดจนการบังคับใช้อย่างไร

บทที่ 5 ศึกษาถึงการหากฎหมายมาใช้บังคับเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของประเทศไทยในปัจจุบัน กล่าวคือในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 ว่ามีหลักเกณฑ์เรื่องนี้อย่างไร สอดคล้องกับการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของประเทศอื่นหรือไม่อย่างไร

บทที่ 6. สรุปและเสนอแนะ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงปัญหาในการค้นหากฎหมายที่จะนำมาบังคับกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศในปัจจุบัน
2. เพื่อศึกษาว่าจุดเกาะเกี่ยวใดเหมาะสมที่จะนำมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม

3. เพื่อทราบถึงแนวทางของศาลไทยในการพิจารณาคดีมรดกในประเด็นเรื่องพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ให้จุดเกาะเกี่ยวกับลักษณะของทรัพย์มรดก แต่การให้จุดเกาะเกี่ยวกับลักษณะของทรัพย์มรดกนั้นไม่เพียงพอต่อการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม สมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาและวิเคราะห์ถึงการค้นหากฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ และในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอนุสัญญาหลักกล่าวคือ Convention on the conflicts of laws relating to the form of testamentary dispositions หรือเรียกอีกอย่างว่า The Hague Convention 1961 และ Convention on the law applicable to succession to the estate of deceased persons 1989 หรือเรียกอีกอย่างว่า The Hague Convention 1989 เพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมโดยจะแบ่งศึกษาเป็น ศึกษาจากทฤษฎีที่เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ในเรื่องที่เกี่ยวข้อง เช่น กลุ่มประเทศ Common Law และกลุ่มประเทศ Civil Law โดยเปรียบเทียบกับวิธีการที่บัญญัติในกฎหมายไทย

### 1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

ในการศึกษาเรื่องนี้ได้ดำเนินวิธีการวิจัยโดยใช้วิธีเชิงคุณภาพ โดยวิเคราะห์เอกสาร ซึ่งศึกษาและวิเคราะห์เอกสารที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ หนังสือและตำราทางวิชาการ บทความทางวิชาการ ตั๋วบทกฎหมาย อนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง โดยจะวิเคราะห์ เนื้อหากฎหมายในอนุสัญญา

กับตัวบทกฎหมายไทยว่ามีความขัดแย้งหรือสอดคล้องกับอนุสัญญาในส่วนของพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศอย่างไร รวมถึงแนวทางในการพัฒนาเรื่องนี้ต่อไปจะเป็นเช่นไร

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการหากฎหมาย เพื่อนำมาบังคับกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ แล้วสามารถนำแนวทางดังกล่าวไปใช้ในการสร้างกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ เพื่อที่จะแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้ และเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายต่อไปภายหน้า
2. เพื่อเป็นแนวทางของศาล และนักกฎหมายในการใช้กฎหมายในเรื่องนี้ได้อย่างถูกต้อง
3. เป็นแนวทางที่จะศึกษาในประเด็นแง่มุมอื่นต่อไป

## บทที่ 2

### ระบบกฎหมายที่ใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม

การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม เป็นส่วนหนึ่งของการขัดกันแห่งกฎหมายที่มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยเริ่มปรากฏชัดในสมัยโรมัน เมื่ออาณาจักรโรมันเติบโต มีการขยายอาณาเขตออกไปกว้างขวางมีการติดต่อกับคนต่างเมือง รวมถึงการสู้รบเพื่อขยายอาณาเขตอาณาจักรโรมันเติบโตอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้คนต่างด้าวเข้ามาอยู่ในอาณาจักรโรมันมากขึ้น สภาแห่งโรมจึงไม่อาจออกกฎหมายใช้บังคับเฉพาะแก่คนต่างเมืองที่มีใช้คนโรมันแต่อาศัยอยู่ในดินแดนที่ถูกรวมเป็นส่วนหนึ่งของอาณาจักรโรมัน กล่าวคือจากเดิมที่โรมันมีการแบ่งกฎหมายออกเป็นกฎหมายที่ใช้กับคนโรมัน Jus civile และกฎหมายที่ใช้กับคนที่ไม่ใช่คนโรมัน Jus Gentium ในอาณาจักรโรมัน แต่เมื่ออาณาจักรโรมันขยายออกไปมากขึ้นก็เปลี่ยนมาเป็นใช้กฎหมายและจารีตประเพณีของชุมชนนั้นๆ กับบุคคลของชุมชนนั้น หากใครอยู่ในชุมชนใดก็อยู่ภายใต้กฎหมายของชุมชนนั้น

Middle age ศตวรรษที่ 12-19 ระบบกฎหมายแยกออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบที่ขึ้นอยู่กับลัทธิศักดินา Feudalism ที่กำหนดให้บุคคลตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เหนือที่ดินที่ตนทำประโยชน์ และระบบที่ขึ้นกับบุคคล Lex origins ซึ่งในปัจจุบันได้แก่กฎหมายสัญชาติและกฎหมายภูมิลำเนา โดยเฉพาะสัญชาติถือเป็นสิ่งติดตัวบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้นจะไปทีใดก็ตาม การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมก็ผ่านการวิวัฒนาการต่างๆนี้มาด้วยเช่นกัน ส่งผลให้มีการแยกการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ออกเป็น 2 ระบบ กล่าวคือ การหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมโดยแบ่งแยกตามลักษณะของทรัพย์ หรือที่เรียกว่า Scission system และ การหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม โดยไม่แยกตามลักษณะของทรัพย์ หรือที่เรียกว่า Unitary system

ระบบทั้ง 2 นี้ปรากฏอยู่ในการขัดกันแห่งกฎหมาย ว่าด้วยพินัยกรรมของประเทศต่างๆ และยังปรากฏอยู่ในข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมด้วยในบทนี้จึงแบ่งหัวข้อออกได้ดังต่อไปนี้



- 2.1 การหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม โดยแบ่งแยกตามลักษณะของทรัพย์ (Scission System)
- 2.2 การหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม โดยไม่แยกตามลักษณะของทรัพย์ (Unitary System)
- 2.3 ระบบที่ปรากฏในข้อตกลงระหว่างประเทศ
- 2.1 การหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม โดยแบ่งแยกตามลักษณะของทรัพย์ (Scission System )

ระบบ Scission System เป็นระบบที่หากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม โดยคำนึงถึงลักษณะของทรัพย์มรดกในพินัยกรรมเป็นสำคัญ ระบบนี้จะทำการแยกทรัพย์มรดกออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ สंहारิมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ การหากฎหมายมาใช้กับทรัพย์ทั้ง 2 ประเภทนี้จะแตกต่างกัน กล่าวคือจะนำกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์มาใช้กับทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ และนำกฎหมายภูมิลำเนา หรือ กฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้กับทรัพย์มรดกประเภทสังหาริมทรัพย์

#### ก. ความเป็นมาของระบบ Scission

ระบบ Scission เริ่มต้นขึ้นในยุคกลางช่วงศตวรรษที่ 13 ในขณะนั้น แถบทวีปยุโรปมีการปกครองในระบบศักดินา (feudal system) ขุนนางเป็นผู้มีอำนาจ และบทบาทอย่างมากต่อการปกครอง เพราะขุนนางเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ทางการทหาร ตุลาการ บริการ ฯลฯ ให้แก่กษัตริย์ ขุนนางผู้ใดที่มีผลงานมาก เป็นที่ชื่นชมมาก ก็จะได้รับพระราชทานแผ่นดินให้เป็นการตอบแทน ลักษณะของการให้ที่ดินเป็นการมอบที่ดินรวมถึงอำนาจเหนือที่ดิน ทำให้ขุนนางมีอำนาจเหนือที่ดินที่ได้รับพระราชทานมาขุนนางผู้ใดที่มีที่ดินมากย่อมได้รับประโยชน์มาก อีกทั้งในช่วงของการปกครองในระบบศักดินาขุนนางมีอำนาจมากกว่ากษัตริย์ การมีที่ดินแสดงถึงอำนาจของขุนนาง ที่ดินจึงเป็นสิ่งที่แสดงออกถึงฐานะ บรรดาศักดิ์ และอำนาจของขุนนาง ที่ดินกับอำนาจทางการเมืองจึงแยกจากกันไม่ออก เมื่อขุนนางมีสิทธิ์เต็มทีในที่ดินของตน ขุนนางก็สามารถที่จะใช้กฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ขุนนางครอบครองอยู่ต่อทรัพย์ต่างๆในที่ดินของตนได้ ไม่ว่าจะเป็นการโอน สงวน ระบุซึ่งสิทธิต่างๆเหนือทรัพย์ เช่น การเปลี่ยนมือ เปลี่ยนการครอบครองทรัพย์ต่างๆ ในท้องที่ของเขาซึ่งรวมถึงกรณีการสืบทอดทรัพย์สินทางการตาย หรือเรียกง่ายๆว่า “มรดก” ได้อีกด้วย โดยไม่ต้องคำนึงว่าทรัพย์นั้นจะเป็นสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ใน

ช่วงเวลาขณะนั้นการใช้กฎหมายจะพิจารณาจากทรัพย์สินหรือไม่ก็อาณาเขต กฎหมายมรดกก็เป็นเช่นนั้น

แต่จากการที่ขุนนางและคนในปกครองของขุนนาง ยังต้องทำการติดต่อกับบุคคลภายนอกที่ดินของตน การที่ใช้กฎหมายแห่งท้องถิ่นของตนทำให้เกิดความไม่สะดวก ทำให้แนวความคิดเรื่องการใช้อำนาจแห่งท้องถิ่นของตนกับทรัพย์สินทุกประเภทในที่ดินเปลี่ยนแปลง แต่กระนั้นหลักการของแนวคิดข้างต้นก็ยังคงมีผลกระทบต่อระบบศักดินาอยู่นั่นเอง โดยที่พวกขุนนางใช้กฎหมาย ณ สถานที่ที่ตั้งทรัพย์สินกับทรัพย์สินมรดกในส่วนที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ และนำกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้าย มาใช้กับมรดกในส่วนที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้เพราะสังหาริมทรัพย์ง่ายแก่การเคลื่อนย้ายเปลี่ยนมือ อีกทั้งสังหาริมทรัพย์ เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีความสำคัญทางการเมืองเหมือนดังที่ดิน ที่มีลักษณะเป็นอสังหาริมทรัพย์ การที่จะนำกฎหมาย ณ สถานที่ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่มาใช้กับสังหาริมทรัพย์ ทำให้เกิดความยากลำบาก และไม่สะดวก

ต่อมาในศตวรรษที่ 14 ระบบ Scission ก็ได้ขยายเข้าไปในประเทศอังกฤษ เมื่ออาณาจักรนอร์มันดอน (Norman Conquest) ได้เข้ายึดครองเกาะอังกฤษและนำเอาระบบศักดินามาเป็นระบบการปกครองในประเทศอังกฤษ ซึ่งส่งผลให้มีการรับเอาระบบ Scission เข้ามาในอังกฤษด้วยเช่นกัน หรือแม้แต่ในประเทศฝรั่งเศส ก็มีการนำระบบ Scission ไปใช้กับกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกซึ่งรวมถึงพินัยกรรมด้วย แม้ภายหลังเมื่อสิ้นสุดยุคกลางเกิดความพยายามทำลายล้างระบบศักดินา นำไปสู่การปฏิวัติใหญ่ภายในประเทศฝรั่งเศสเมื่อคริสต์ศักราชที่ 1789 คล้ายกับว่าระบบ Scission ถูกกำจัดไปพร้อมกับการสิ้นสุดของระบบศักดินา ทว่าในการจัดทำประมวลกฎหมายนโปเลียน (Code Napoleon) ก็ยังปรากฏหลัก Scission ดังเห็นได้จาก มาตรา 3(2) โดยปราศจากบทบัญญัติประการอื่นที่บัญญัติถึง การนำกฎหมายมาใช้กับมรดก โดยหลักกฎหมายตามมาตรา 3(2)<sup>1</sup> ที่บัญญัติให้อสังหาริมทรัพย์ของชาวต่างชาติที่ตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศสให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

เห็นได้ว่าประเทศในยุคกลางที่มีการปกครองในระบบศักดินา ต่างรับหรือเคยรับระบบ Scission ในการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมแทบทั้งสิ้น

<sup>1</sup> “[I] es immeubles, meme ceux possedes par les etrangers, sont regis loi francaise”



นอกจากนี้ระบบ Scission ยังเผยแพร่ไปยังประเทศต่างๆในโลก เมื่อประเทศอังกฤษได้เริ่มล่าอาณานิคม ประเทศในอาณานิคมของประเทศอังกฤษ ต่างรับระบบ Scission จากประเทศอังกฤษมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมด้วยกันทั้งสิ้น ทำให้ประเทศที่ใช้ระบบ Scission มีจำนวนมากขึ้น แม้ว่าเบื้องต้นแล้วประเทศต่างๆเหล่านั้นจะมีหรือไม่ได้มีการปกครองในระบบ feudal มาก่อนก็ตาม

#### ข. แนวความคิดของระบบ Scission

การหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมในระบบ Scission แบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือการนำเอา Lex rei sitate มาใช้กับทรัพย์สินมรดกทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ และการนำเอา Lex rei sitate มาใช้กับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ และนำเอากฎหมาย Lex domicilii มาใช้กับทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์

(1) แนวความคิดในการนำ Lex rei sitate มาใช้กับทรัพย์สินมรดกทุกประเภท แนวความคิดนี้เป็นผลมาจากการปกครองในยุค Feudal ที่ขุนนางเป็นผู้มีอำนาจในที่ดินจึงนำกฎหมาย Lex rei sitate มาใช้กับทรัพย์สินทุกประเภทที่ตั้งอยู่บนที่ดินของขุนนาง รวมถึงการนำกฎหมาย Lex rei sitate มาใช้กับทรัพย์สินมรดกทุกประเภท แนวความคิดนี้เน้นที่ใช้ Lex rei sitate แต่เพียงประการเดียว

ในปัจจุบันไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดที่นำกฎหมาย Lex rei sitate แต่เพียงกฎหมายเดียวมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ แต่ก็ยังคงพบการนำกฎหมาย lex rei sitate มาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ในกฎหมายของมลรัฐ Mississipi แต่ก็เป็นกรณีนำกฎหมาย Lex rei sitate มาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในระหว่างมลรัฐเท่านั้น

(2) แนวความคิดในการนำ Lex rei sitate มาใช้กับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ และนำ Lex domicilii มาใช้กับทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ แนวคิดที่ 2 เป็นแนวคิดที่ได้รับการพัฒนามาจากแนวความคิดที่ 1 เนื่องจากแนวความคิดที่ 1 เป็นการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมโดยยึดติดกับสถานที่เป็นสำคัญ ทำให้เกิดความยากลำบากในการหากฎหมายมาใช้กับทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ หากต้องนำกฎหมาย Lex rei sitate มาใช้กับสังหาริมทรัพย์ทุกชิ้นเพราะสังหาริมทรัพย์เปลี่ยน

มือได้ง่าย ประกอบกับในระบบ Feudal ไม่ได้ให้ความสำคัญกับทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ เหมือนดั่งทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ การนำกฎหมาย Lex rei sitate จากทุกที่มีทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่จึงไม่จำเป็น ทำให้เกิดความคิดในการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ ในลักษณะยึดกับบุคคลมากกว่าจะยึดติดกับสถานที่เหมือนดั่งทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ ทำให้เกิดการนำ Lex rei sitate มาใช้กับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ และนำกฎหมาย domicillii มาใช้กับทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ ประเทศที่ใช้ Scission บนแนวความคิดแบบที่ 2 นี้มีมากมายเช่น

- ประเทศอังกฤษ และประเทศที่อยู่ใน หรือในเครือจักรภพอังกฤษ สำหรับประเทศอังกฤษรายละเอียดจะขอล่าวถึงในบทที่ 4
- ประเทศไทย รายละเอียดจะขอล่าวในบทที่ 5
- ประเทศอเมริกา รายละเอียดจะขอล่าวในบทที่ 4
- ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ดังปรากฏใน มาตรา 76 ของกฎหมายมรดก และ มาตรา 149 ของประมวลหลักกฎหมายแพ่ง ที่กำหนดให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาของผู้ตาย กับการสืบมรดกในทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ และให้นำกฎหมาย ณ. ที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้กับการสืบมรดกในทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์ แม้ว่าการกำหนดดังกล่าวจะใช้กับกรณี การขัดกันแห่งพินัยกรรมก็ตาม<sup>2</sup> เพราะหากเป็นมรดกที่ไม่มีพินัยกรรมกำหนดไว้ แม้เป็นมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศก็ให้ใช้กฎหมายภายในของประเทศจีน

ค. ผลดีและอุปสรรคของการใช้ระบบ Scission

(1) ผลดี

ผลดีของระบบ Scission ทำให้เกิดความสะดวก และง่ายในการหา  
กฎหมายมาใช้กับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์

เหตุที่ง่าย เพราะทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ เป็นทรัพย์สินที่ติดอยู่

---

<sup>2</sup> Wong Chengnang and Zhang Xianchu, Introduction to chinese law succession of estate outside China (Asia : Sweet & Maxwell.,1997), p.338.

กับที่ดินทำให้ง่ายแก่การที่เสาะหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดกรณีขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม เพราะระบบ Scission ให้นำ Lex rei sitae มาใช้กับทรัพย์ประเภทอสังหาริมทรัพย์

เหตุที่สะดก เพราะโดยทั่วไปแล้วกฎหมายของประเทศต่างๆ จะกำหนดให้การดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ ต้องกระทำการทางทะเบียนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น การโอนกรรมสิทธิในทรัพย์มรดกให้ทายาท หรือ การดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินเหนือทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ หากไม่กระทำการทางทะเบียนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ อาจทำให้เกิดความเสื่อมเสียแก่สิทธิได้ ดังนั้นการนำกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์มาใช้กับอสังหาริมทรัพย์ จึงทำให้เกิดความสะดกแก่ทายาทในการดำเนินการให้ทรัพย์มรดกตกทอดมายังทายาทโดยมีเอกสารรับรองทางทะเบียน และทำให้เกิดความสะดกแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการที่จะปฏิบัติตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น โดยไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐอื่น

## (2) อุปสรรค

อุปสรรคจากระบบ Scission เกิดขึ้นได้ในกรณีที่ กฎหมายที่นำมาใช้แก่การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมมีระบบกันส่วน reserve ประการหนึ่ง หรืออาจเกิดได้ในกรณีที่มิหนึ่ในกองมรดกที่ผู้รับมรดกตามพินัยกรรมต้องชำระให้เจ้าหนี้ในกองมรดกอีกประการหนึ่ง อุปสรรคดังกล่าวส่งผลให้การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมบิดเบือนไปจากที่ผู้ทำพินัยกรรมตั้งใจไว้

### - อุปสรรคจากการที่กฎหมายใช้ระบบกันส่วนทรัพย์ Reserve

การกันส่วน reserve ในที่นี้หมายความว่าถึงกรณีที่รัฐกันส่วนตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น เจ้าของมรดกชาวอังกฤษมีภูมิลำเนาในประเทศฝรั่งเศส ทำพินัยกรรมยกบ้านที่มีมูลค่าเท่ากันหลังหนึ่งตั้งที่กรุงลอนดอน ให้แก่ลูกชาย และให้บ้านที่ตั้งที่กรุงปารีสแก่ลูกสาว โดยภริยาของเขาถึงแก่กรรมไปก่อนเจ้ามรดก ดูเหมือนว่าเขาจะแบ่งทรัพย์สมบัติอย่างเป็นธรรมให้แก่บุตรและบุตรสาว ทว่าประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบ Scission กับมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งพินัยกรรมด้วย กล่าวคือนำกฎหมาย ณ.ที่ตั้งทรัพย์มาใช้กับทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ และนำกฎหมายภูมิลำเนาของเจ้ามรดกมาใช้กับทรัพย์มรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นจึงใช้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสกับที่ดินของลูกสาวและใช้

กฎหมายของประเทศอังกฤษกับที่ดินของลูกชาย ทว่าตามมาตรา 913 ของ The French Civil Code ได้กำหนดข้อบังคับให้บุตรสามารถมีสิทธิเรียกเอาทรัพย์ 1 ใน 3 ของทรัพย์ที่ได้ยกให้กับทายาทคนอื่น บุตรชายผู้ได้รับประโยชน์จากกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อบังคับที่มีอาจทำการตกลงเปลี่ยนแปลงได้โดยเจตนาของคู่กรณี ย่อมที่จะเรียกร้อยเอาประโยชน์ 1 ใน 3 ของบ้านที่บุตรหญิงได้รับตามพินัยกรรม ขณะที่บุตรหญิงมีอาจที่จะเรียกร้อยเอาเช่นนั้นกับทรัพย์ของฝ่ายชายได้ทั้งนี้ เพราะกฎหมายของประเทศอังกฤษมิได้มีกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการบังคับเช่นนั้น จึงเกิดความไม่ยุติธรรมขึ้นกับบุตรสาวได้

ดังตัวอย่างเห็นได้ว่า อุปสรรคของระบบ Scission อาจทำให้การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมบิดเบือนไปจากที่ผู้ทำพินัยกรรมตั้งใจไว้ ทำให้ผู้รับพินัยกรรมไม่ได้รับประโยชน์ในพินัยกรรมเหมือนดังที่ผู้ทำพินัยกรรมมุ่งหวังดังเจตนาที่แสดงไว้ในพินัยกรรม

- อุปสรรคจากการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้กองมรดก

อุปสรรคประการนี้เกิดขึ้นได้เมื่อมีหนี้ของผู้ทำพินัยกรรมในกองมรดกที่ผู้รับมรดกตามพินัยกรรมต้องชำระให้เจ้าหนี้ในกองมรดกหากผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่กรรมและทิ้งหนี้ไว้ ซึ่งเป็นสิทธิของเจ้าหนี้ที่จะบังคับเอาทรัพย์ขึ้นใดก็ได้ของเจ้ามรดก เพราะเจ้าหนี้มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากกองมรดกโดยเจ้าหนี้ไม่จำเป็นต้องรู้ว่ามรดกตกทอดแก่ผู้ใด อีกทั้งการที่เจ้าหนี้จะเลือกเอาชำระหนี้จากทรัพย์ขึ้นใดก็ได้หรือไม่เช่นนั้นย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมาย แต่ปัญหาที่ตามมาก็คือจะเอากฎหมายใดมาใช้ในการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ ตัวอย่างเช่นชายคนหนึ่งมีภูมิลำเนาขณะที่เขาถึงแก่กรรมในประเทศอังกฤษ เขามีที่ดินอยู่ในฝรั่งเศส และเยอรมัน ดังนั้นจึงอาจแยกกองทรัพย์มรดกของชายคนนี้ออกเป็น 3 ส่วนตามผลของกฎหมาย กล่าวคือ

1. ทรัพย์มรดกที่เป็นสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ในประเทศอังกฤษเป็นไปตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ
2. ทรัพย์มรดกที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ในประเทศฝรั่งเศส เป็นไปตามกฎหมายขัดกันของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งจะส่งผลให้ใช้กฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศส
3. ทรัพย์มรดกที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ในประเทศเยอรมัน เป็นไปตามกฎหมายขัดกันของประเทศเยอรมัน

หากเขาตายขณะที่ทิ้งหนี้สินไว้ด้วย กฎหมายของประเทศใดจะเอามาจัดการ ในเรื่องหนี้สินของชายคนนี้ สำหรับในประเด็นนี้มีนักกฎหมายให้ความเห็นไว้ในกรณีการหากฎหมายมาใช้ในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้กองมรดกหลายแนวทาง

Martin Wolff เห็นว่าเป็นสิทธิที่เจ้าหน้าที่จะทำการเลือกว่า เจ้าหน้าที่จะเอาชำระหนี้จากทรัพย์สินไหนก็ได้ของเจ้าหน้าที่ และทายาทคนที่ต้องชำระหนี้ให้กับเจ้าหน้าที่สามารถไปเรียกร้องเอาได้จากทายาทคนอื่น ๆ ที่ได้รับมรดกไป

Westlake เห็นว่าควรนำกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้ในการชำระหนี้

Dacey เห็นว่าควรจะนำกฎหมายของประเทศที่ใช้กับทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์มาจัดการ

อย่างไรก็ตามปัญหาก็ยังคงมีตามมาอยู่ดีว่าควรใช้กฎหมายใด หากว่าบุคคลผู้เป็นเจ้าของมรดกมีสังหาริมทรัพย์อยู่ในหลายประเทศ หรือว่าทรัพย์สินใดที่ควรจะนำมาใช้ในการชำระหนี้ ทำให้มีกฎหมายหลายฉบับมาใช้กับพันธกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ การจะพิจารณาว่าจะนำเอากฎหมายใดมาใช้ในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ในกองมรดกยังคงเป็นเพียงแนวความคิดเห็น หากเป็นศาลของประเทศไทย ซึ่งมีการใช้ระบบ Scission เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพันธกรรม ก็จะมีกฎหมายต่างชาติมาใช้เท่าที่คู่ความจะนำมาแสดงต่อศาล หากไม่ศาลของประเทศไทยคงใช้กฎหมายแห่งประเทศไทยในกรณีที่คู่ความไม่สามารถนำกฎหมายต่างประเทศมาแสดงต่อศาลได้

2.2 การหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพันธกรรมโดยไม่แบ่งแยกตามลักษณะของทรัพย์สิน ( Unitary System )

ระบบ Unitary คือการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพันธกรรมโดยไม่แบ่งตามลักษณะทรัพย์สิน กฎหมายที่จะนำมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ กฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพันธกรรม หรือ กฎหมายสัญชาติของผู้ทำพันธกรรม ไม่ปรากฏว่ามีการนำกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้จุดเกาะเกี่ยวหลักเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมาย

ก. ความเป็นมาของระบบ Unitary

ระบบ Unitary มีต้นกำเนิดสมัยโรมัน โดยปรากฏในกฎหมายโรมันว่าด้วย



มรดก กฎหมายมรดกของโรมันมีลักษณะเป็น Universal Succession ซึ่งคำว่า "Universal Succession" หมายความว่า เมื่อบุคคลถึงแก่ความตายกฎหมายกำหนดให้ความสัมพันธ์ของเขาที่มีต่อทรัพย์สินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน รวมถึงสิทธิ และหน้าที่ทั้งหมดไม่สิ้นสุดลงไป แต่จะตกทอดไปยังทายาทหรืออาจกล่าวได้อีกแง่ว่าทายาทของผู้ตายสวมรองเท้าของผู้ตายนั่นเอง ทรัพย์สินที่ตกทอดมายังทายาทนี้จะตกทอดมาทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินประเภทใด โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ตาม แม้แต่หนี้ของผู้ตายก็ตกทอดมายังทายาทด้วย<sup>3</sup>

เมื่อประเทศต่างๆ รับกฎหมายโรมันไปปรับใช้เป็นกฎหมายภายในก็มักมีการรับหลัก Universal Succession ไว้ในกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยมรดก ทำให้เกิดการยอมรับระบบ Unitary มาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม โดยไม่แบ่งแยกตามลักษณะทรัพย์สินมรดก

ดังเช่นกรณีในประเทศเยอรมัน นับแต่มีการรับกฎหมายโรมัน มาตั้งแต่ ค.ศ. 1495 ก็ได้มีความพยายามปรับปรุงและทำการศึกษากฎหมายโรมันกันอย่างจริงจัง โดยคณะผู้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศเยอรมนี (B.G.B) จนกลางศตวรรษที่ 18 ระบบ Unitary ก็ได้ถูกวางรากฐานลงในประเทศเยอรมันอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือ ได้มีการเริ่มต้นให้ใช้กฎหมาย ณ.ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ตายเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกหรือพินัยกรรม

ต่อมาช่วงกลางศตวรรษที่ 19 มีนักคิดที่สำคัญทางกฎหมายของประเทศเยอรมัน Savigny ได้สนับสนุนแนวความคิดที่ว่าลักษณะที่สำคัญของสิทธิในมรดกอยู่ที่การสืบมรดกจากเจ้ามรดกไปยังบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการกำหนดให้มีการขยายอำนาจและเจตนาของผู้ตายภายหลังการตาย จุดเกาะเกี่ยวที่ควรนำมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกหรือพินัยกรรมก็ควรเป็นกฎหมาย ณ.ภูมิลำเนาของผู้ตาย ณ. เวลาที่ผู้ตายถึงแก่ความตาย หรือเรียกได้อีกอย่างว่า “ ภูมิลำเนาสุดท้าย “ กฎหมายที่ควรนำมาใช้กับมรดกจึงควรเป็นกฎหมายของภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ตายนั่นเอง โดยไม่ต้องไปคำนึงเลยว่าทรัพย์สินมรดกนั้นเป็นสังหาริมทรัพย์หรือ อสังหาริมทรัพย์ หรือแม้แต่นับว่าทรัพย์สินมรดกตั้งอยู่ที่ใด

<sup>3</sup> Barry Nicholas, *An introduction to Roman law* ( NY : Oxford at the Clarendon Press, 1964), pp.235-236.

นอกจากนี้ Savigny ยังได้ชี้ถึงความยากลำบาก ความไม่สะดวกของระบบ Scission ด้วยว่าจะทำให้ต้องแยกมรดกออกไปตามประเภททรัพย์สิน ส่งผลให้ต้องนำกฎหมายจากหลายที่หลายแห่งมาใช้กับมรดกของเจ้ามรดกคนเดียว อาจทำให้เจตนาของเจ้ามรดกเสียไป และทำให้ทายาทเสียประโยชน์กว่าที่ควรจะได้รับตามเจตนาของเจ้ามรดก

ระบบ Unitary ของประเทศเยอรมัน จึงเป็นการใช้กฎหมายภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ตายกับมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ระบบนี้ได้ขยายออกไปยังประเทศต่างๆ

แต่ช่วงกลางศตวรรษที่ 19 มีนักคิดชาวอิตาลีชื่อ Mancini ได้แสดงความเห็นว่าสัญชาติแสดงถึงความใกล้ชิดของบุคคลกับกฎหมายมากกว่าภูมิลำเนา ประกอบกับในช่วงเวลานั้นเกิดการรวมกันเป็นประเทศของบรรดาประเทศต่างๆในยุโรป ประเทศต่างๆจึงออกมาสนับสนุนหลักสัญชาติ ทำให้หลักสัญชาติก้าวเข้ามาเป็นหลักสำคัญอีกประการหนึ่งของระบบ Unitary กล่าวคือมีการใช้กฎหมายสัญชาติกับมรดก และพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ แทนกฎหมายภูมิลำเนา ซึ่งความคิดนี้ถูกจัดตั้งขึ้นครั้งแรกในประเทศอิตาลี และประเทศอื่นๆ ได้นำเอาไปใช้ในประเทศของตนในภายหลัง

อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าระบบ Unitary แบ่งแยกย่อยออกไปได้อีกเป็น 2 ประเภทคือ ประเภทที่ใช้กฎหมาย ณ.ภูมิลำเนา lex domicilii และประเภทที่ใช้กฎหมายสัญชาติ lex patriae กับมรดก และพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ<sup>4</sup>

- ประเทศที่ใช้กฎหมายภูมิลำเนา lex domicilii

- ประเทศชิลี ประมวลกฎหมายแพ่งชิลีบัญญัติให้ใช้กฎหมาย ณ.ภูมิลำเนาของผู้ตายมาใช้กับมรดก เห็นได้ว่าการบัญญัติกฎหมายของประเทศชิลีรับเอาหลัก Unitary System ในส่วนที่ให้นำกฎหมาย ณ.ภูมิลำเนาสุดท้ายของเจ้ามรดกมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยว เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดก โดยนำกฎหมาย ณ.ภูมิลำเนาสุดท้ายของเจ้ามรดกมาใช้กับสิทธิและหน้าที่ของทายาท หรือผู้รับประโยชน์ ความสามารถของทายาท การสืบสิทธิในมรดก<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Haopei Li , " Conflict of laws of succession," *Recueil Des Cours* (1993) : 33-36.

<sup>5</sup> The Chilean Civil Code of 1855, Article 955 "Succession to the property of a person shall open immediately upon his death at his last domicile, save for such as are

เห็นได้ว่าเป็นการนำกฎหมาย ณ.ภูมิลำเนาสุดท้ายมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยว ( Connecting factor )  
เมื่อมีการขัดกันในมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

- ประเทศอาร์เจนตินา ประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินา The Argentine Civil Code of 1869 มาตรา 3283 ได้บัญญัติไว้มีใจความว่าสิทธิในทรัพย์มรดก ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งท้องถิ่นที่ผู้ตายมีภูมิลำเนา ณ.เวลาที่เขาถึงแก่ความตาย ไม่ว่าเจ้ามรดกจะเป็นคนสัญชาติอาร์เจนตินา หรือเป็นคนต่างด้าว แต่ทั้งนี้มิข้อยกเว้นในกรณีที่ทรัพย์มรดกเป็นอสังหาริมทรัพย์ ที่อยู่ในประเทศอาร์เจนตินา กฎหมายมาตรา10 ให้นำกฎหมายภายในของประเทศอาร์เจนตินามาใช้บังคับกับกรณี ไม่ว่าจะ เป็นในเรื่องสิทธิของเจ้ามรดก ความสามารถของผู้รับมรดก การสืบทอดมรดก ตลอดจนการใดๆที่ต้องทำทางทะเบียน นอกจากนี้จึงให้รวมถึงสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษด้วย

- ประเทศปารากวัยได้รับเอาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งอาร์เจนตินา 1869 มาบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศปารากวัย The Civil Code Of Paraguay of 1876 ยังผลให้มีการรับเอาหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับคดีบุคคลตามไปด้วย แม้จะมีการรับกฎหมายมาจากประเทศอาร์เจนตินา แต่มีการถกเถียงกันในประเด็นการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกกว่าควรที่จะนำระบบใดมาใช้กับมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศ แต่ปัญหายุติลงโดยคำวินิจฉัยของศาลของประเทศปารากวัยที่หากกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมโดยไม่แบ่งแยกประเภททรัพย์ จนเป็นที่มาของการแก้ไขกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศปารากวัยในปี 1985 ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ใน มาตรา 25 ซึ่งมีใจความว่า มรดกไม่ว่าจะเป็นมรดกที่มีหรือไม่มีพินัยกรรมก็ตาม ในเรื่องของสิทธิของทายาท ความสมบูรณ์ของพินัยกรรมและข้อกำหนดในพินัยกรรม โดยไม่ต้องคำนึงว่าทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ประเภทใด ให้เป็นไปตามกฎหมาย ณ.ภูมิลำเนาสุดท้ายของเจ้ามรดก แต่มีข้อยกเว้นในเรื่องของทรัพย์มรดกเป็นอสังหาริมทรัพย์ ที่อยู่ในประเทศปารากวัย ให้นำกฎหมายภายในของประเทศปารากวัยมาใช้บังคับกับกรณี ไม่ว่าจะ เป็นในเรื่องสิทธิของเจ้ามรดก ความสามารถของผู้รับมรดก การสืบทอดมรดก ตลอดจนการใดๆที่ต้องทำทางทะเบียน นอกจากนี้จึงให้รวมถึงสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษด้วย ความในกฎหมายส่วนนี้เหมือนกับกฎหมายของประเทศอาร์เจนตินา

---

expressly excepted. The succession shall be governed by the law of the domicile in which it opens, saving the legal exceptions”



- ประเทศบราซิล แม้ว่ากฎหมายแพ่งฉบับเก่าของประเทศบราซิลจะใช้กฎหมาย ณ.สัญชาติของผู้ตาย แต่เมื่อมีกฎหมายแพ่งฉบับใหม่ในปี 1942 มาตรา 10 บัญญัติไว้มีใจความว่า มรดกให้เป็นไปตามกฎหมาย ณ.ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ตาย ทั้งนี้ไม่ต้องคำนึงว่าทรัพย์สินมรดกเป็นทรัพย์สินประเภทใด เห็นได้ว่าประเทศบราซิลได้ใช้ภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวแทนสัญชาติ ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่เมืองค้ประกอบระหว่างประเทศ

- ประเทศเปรู ประมวลกฎหมายแพ่งเปรู 1936 บัญญัติให้นำกฎหมายบุคคลมาใช้กับผู้ตายโดยได้มีการนำคำว่า “ กฎหมายบุคคล “ ไปขยายความไว้ใน มาตรา 5 ว่าหมายถึงกฎหมายภูมิลำเนาของบุคคล ภายหลังมีการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเปรูขึ้นใหม่ในปี 1984 จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายก็ปรากฏความชัดเจนขึ้น โดยในมาตรา 2101 ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเปรูได้ให้นำกฎหมายภูมิลำเนาสุดท้ายของเจ้ามรดกมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดก

เห็นได้ว่าประเทศในแถบอเมริกาใต้มีลักษณะของการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่เมืองค้ประกอบระหว่างประเทศ และประเภทของจุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้ค่อนข้างคล้ายคลึงกัน กล่าวคือมีการนำจุดเกาะเกี่ยว “ ภูมิลำเนาสุดท้าย “ ของเจ้ามรดกมาใช้กับพินัยกรรมที่เมืองค้ประกอบระหว่างประเทศ แตกต่างกันก็เพียงแต่ในรายละเอียดปลีกย่อยเท่านั้น

- ประเทศอิสราเอลมีกฎหมายมรดกแยกไว้ต่างหาก คือ The Succession Law of Israel of 1965 ซึ่งในกฎหมายนี้ก็บัญญัติถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้กับมรดกว่าต้องเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ตาย ในเวลาที่เขาถึงแก่ความตาย

- ประเทศเดนมาร์ก และประเทศนอร์เวย์ตามหลักนิติศาสตร์ ( Jurisprudence ) ของประเทศ Denmark และประเทศนอร์เวย์มีลักษณะเหมือนกันกล่าวคือ ทรัพย์สินมรดกไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ให้ใช้กฎหมาย ณ.ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ตายเป็นหลักสำคัญ

- ประเทศที่ใช้กฎหมายสัญชาติ Lex patriae บังคับแก่พินัยกรรม เช่น

ประเทศสเปน, ประเทศคิวบา, ประเทศเยอรมนี, ประเทศญี่ปุ่น<sup>6</sup>, ประเทศโมร็อกโค<sup>7</sup>, ประเทศสวีเดน<sup>8</sup>, ประเทศกรีซ<sup>9</sup>, ประเทศอิตาลี, ประเทศเนเธอร์แลนด์<sup>10</sup>, ประเทศอียิปต์<sup>11</sup>, ประเทศคูเวต, ประเทศเกาหลีใต้, เซคโกสโลวาเกีย, ประเทศอัลบาเนีย<sup>12</sup>, ประเทศอัลจีเรีย, ประเทศอังการี, ประเทศออสเตรเลีย<sup>13</sup>, ประเทศยูโกสลาเวีย<sup>14</sup>, ประเทศโปแลนด์, ประเทศโปรตุเกส เป็นต้น

## ข. ผลดีและอุปสรรคของการใช้ระบบ Unitary

### (1) ผลดีของการใช้ระบบ Unitary

การใช้ระบบ Unitary ทำให้เกิดความสะดวกรในการนำกฎหมายมาใช้ เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ทั้งนี้เพราะเนื่องมาจากการใช้ระบบ Unitary นำมาสู่การหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมในลักษณะที่ไม่ต้องแบ่งแยกทรัพย์สิน ทำให้เกิดความสะดวกรแก่ศาลในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรม ประกอบกับทำให้เกิดการต่อเนื่องกับมรดกในลักษณะอื่นๆ เช่น แม้พินัยกรรมจะเป็นการจำหน่ายทรัพย์ แต่ก็จะต้องมีการชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของผู้ตายก่อน จึงจะถึงการแบ่งทรัพย์ให้กับทายาท เมื่อระบบ Unitary หากฎหมายมาใช้กับมรดกโดยไม่คำนึงว่าทรัพย์เป็นประเภทใดทำให้ไม่เกิดปัญหาในเรื่องการใช้กฎหมายหลายฉบับ ตลอดจนปัญหาในเรื่องของการชำระหนี้

<sup>6</sup> Viktor Knapp, ed. Nation reports j/k V.1 (Paris: The Hague, 1976), p. J-21.

<sup>7</sup> Viktor Knapp, ed. Nation reports l/m V.1 (Paris: The Hague, 1976), pp. M98-M102.

<sup>8</sup> Viktor Knapp, ed. Nation reports s V.1 (Paris: The Hague, 1976), pp. S169-S170.

<sup>9</sup> Viktor Knapp, ed. Nation reports g/h V.1 (Paris: The Hague, 1976), p. G58.

<sup>10</sup> Viktor Knapp, ed. Nation reports n/o V.1 (Paris: The Hague, 1976), p. N25-N26.

<sup>11</sup> Viktor Knapp, ed. Nation reports e/f V.1 (Paris: The Hague, 1976), p. E-17.

<sup>12</sup> Viktor Knapp, ed. Nation reports a V.1 (Paris: The Hague, 1976), p. A-15.

<sup>13</sup> Ibid., p.A-84.

<sup>14</sup> Vojislav M. Grol, "The condition of aliens and conflict of laws in the Yugoslav law of succession," AJCL V.9 (spring 1960): 250.

อีกทั้งการนำกฎหมายมาใช้ตามระบบ Unitary มักเป็นกฎหมายที่ติดตัวบุคคล มากกว่ากฎหมายที่ติดกับสถานที่ ผู้ทำพินัยกรรมจึงมีโอกาสที่จะเข้าใจสิทธิและหน้าที่ของตน ตามกฎหมายสัญชาติ หรือ กฎหมายภูมิลำเนาได้มากกว่าการใช้กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สิน

## (2) อุปสรรคของการใช้ระบบ Unitary

การใช้ระบบ Unitary ถูกจำกัดโดยข้อยกเว้นตามกฎหมายภายในอยู่เสมอ กล่าวคือ แม้ในหลายๆประเทศมีการนำระบบ Unitary มาใช้ แต่มักเป็นการนำมาใช้ที่ประกอบไปด้วยข้อจำกัด หรือข้อยกเว้นเสมอ ไม่มีประเทศใดยอมให้มีการนำกฎหมายของต่างประเทศมาใช้ภายในประเทศของตนได้ทั้งหมด ข้อยกเว้นมักปรากฏในกรณีที่ทรัพย์สินมรดกเป็นทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศที่ทำการพิจารณาคดีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดก หรือพินัยกรรม ศาลของประเทศที่ทำการพิจารณาคดีก็จะนำกฎหมายภายในของตนมาบังคับใช้

นอกจากนี้อุปสรรคของการใช้ระบบ Unitary ยังอาจเกิดได้หากมีการยื่นส่งไปยังประเทศที่ใช้ระบบ Scission อุปสรรคจากการใช้ระบบ Scission ก็ยังปรากฏอยู่นั่นเอง

## 2.3 ระบบที่ปรากฏในข้อตกลงระหว่างประเทศ

เมื่อเกิดมีนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศขึ้น รัฐแต่ละรัฐจะกำหนดระบบวิธีที่ใช้ขจัดปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายของตนโดยเฉพาะ ดังนั้นในคดีเดียวกันอาจได้รับการตัดสินที่แตกต่างกันหากคดีขึ้นสู่การพิจารณาในศาลของประเทศที่แตกต่างกัน ดังได้กล่าวไว้ในบทนำแล้วว่าแนวทางการแก้ปัญหาอาจทำได้ 2 วิธี กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายภายในของแต่ละประเทศให้เหมือนกัน ซึ่งแทบจะเป็นไปไม่ได้ หรือใช้วิธีให้ประเทศต่างๆ บัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกันซึ่งอาจทำเป็นความตกลงร่วมกัน หลายๆประเทศเลือกที่ใช้การทำความตกลงร่วมกันออกมาในรูปของข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ เพื่อให้ระบบกฎหมายขัดกันของของแต่ละประเทศเป็นหนึ่งเดียวกัน ( Unity of Succession )

ระบบการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดก

และพินัยกรรมที่พบในข้อตกลงระหว่างประเทศ มีทั้งระบบ Scission ระบบ Unitary หรือแม้แต่การนำเอาทั้ง 2 ระบบมาใช้ร่วมกัน ดังเห็นได้จากข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ

ดังนั้นในหัวข้อนี้ต้องการจะศึกษาว่าข้อตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ใช้ระบบ Scission หรือระบบ Unitary หรือมีลักษณะผสมของ 2 ระบบ เมื่อมีกรณีปัญหาเกี่ยวกับมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

### 2.3.1 The Lima Treaty of 1878

สนธิสัญญานี้กำหนดให้ใช้กฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม หากมีกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม

สนธิสัญญาลิมา เกิดขึ้นจากความพยายามของประเทศต่างๆ ในแถบละตินอเมริกาได้มาประชุมกันเพื่อสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในระดับภูมิภาคแต่เป็นที่น่าเสียดายว่า เมื่อเกิดสงครามแปซิฟิก เมื่อปี 1879 ระหว่างประเทศโบลิเวีย ประเทศชิลี และ ประเทศเปรู ทำให้เกิดการต่อต้านในหลักสัญชาติ สนธิสัญญานี้จึงมีเพียงประเทศเปรูเท่านั้นที่ได้ให้สัตยาบัน ทำให้สนธิสัญญาไม่มีผลบังคับใช้ แต่กระนั้นอนุสัญญาฉบับนี้ก็แสดงถึงความพยายามในการนำกฎหมายมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน โดยนำในกฎหมายแห่งสัญชาติของผู้ตายมาใช้กับทรัพย์สินมรดกทั้งหมดโดยไม่ต้องคำนึงถึงประเภทของทรัพย์สิน

### 2.3.2 The Montevideo Treaties of 1889 and 1940

สนธิสัญญาฉบับนี้มีการนำกฎหมาย ณ.ที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ (lex rei sitate) มาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม โดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินนั้นเป็นสิ่งหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ หากมีทรัพย์สินมรดกอยู่ในหลายประเทศ ก็ใช้กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สินจากทุกประเทศเช่นกัน ดังปรากฏในมาตรา 44 วรรค 1 และ มาตรา 45 ซึ่งบัญญัติว่า

มาตรา 44 วรรค 1 ให้นำกฎหมาย ณ.สถานที่ที่มีทรัพย์สินตั้งอยู่ ณ.เวลาที่

เจ้ามรดกถึงแก่ความตายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรม<sup>15</sup>

มาตรา 45 กฎหมายเดียวกันนี้ยังบังคับใช้กับ

- a) ความสามารถของทายาท ผู้รับประโยชน์ในการสืบมรดก;
- b) ความสมบูรณ์ และสาระแห่งพินัยกรรม;
- c) ลำดับการสืบมรดก และสิทธิหน้าที่;
- d) การแบ่งส่วนตามกฎหมาย;
- e) การคงอยู่ของทรัพย์สิน;
- f) ทุกสิ่งที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินในพินัยกรรม<sup>16</sup>

จาก 2 มาตราที่กล่าวมาข้างต้นแสดงถึงการยอมรับหลักอาณาเขตมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรม แสดงถึงการยอมรับระบบ Scission อย่างจริงจัง

สนธิสัญญา Montevideo เป็นผลสืบเนื่องมาจากความล้มเหลวของสนธิสัญญาลิมา แต่กระนั้นความพยายามในการที่จะสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในส่วนที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายในแถบละตินอเมริกาก็หาได้หมดไปไม่ ประเทศต่างๆ ในแถบละตินอเมริกา เช่น ประเทศอาร์เจนตินา ประเทศชิลี ประเทศบราซิล ประเทศเปรู ประเทศโบลิเวีย ประเทศเอกวาดอร์ ประเทศเวเนซุเอลา ประเทศปารากวัย ฯลฯ

<sup>15</sup> Article 44, paragraph 1 : " The law of the place where hereditary property is located at the time of death of the person whose estate is involved, governs the form of the testament."

<sup>16</sup> Article 45 : " The same law of location governs:

- (a) The capacity of the heir or legatee to inherit;
- (b) The validity and effects of the testament;
- (c) The hereditary titles and rights;
- (d) The existence and proportion of the legitime;
- (e) The existence and amount of the available assets;
- (f) In fine, everything relative to the legitime or testamentary estate."

ได้ส่งตัวแทนมาเข้าร่วมในการประชุมทำให้เกิดสนธิสัญญาเกี่ยวกับกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยวิธีพิจารณาความ ฯลฯ ทั้งสิ้น 8 ฉบับ แต่ที่สำคัญก็คือ The Treaty on International Civil Law of 1899 ซึ่งหลักในสนธิสัญญานี้แตกต่างจากสนธิสัญญาลิมาที่ใช้หลักของสัญชาติของผู้ตาย แต่สนธิสัญญานี้อยู่บนความคิดของ Savigny ที่ถือเอาหลักเกี่ยวกับภูมิลำเนามาใช้กับสถานะและความสามารถของบุคคลธรรมดา ขณะที่การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมและมรดกเป็นไปตามแนวความคิดของ Ulrich Huber และ Story ที่ให้นำกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่มาใช้กับมรดกโดยไม่คำนึงถึงประเภทของทรัพย์กล่าวคือใช้หลักอาณาเขตเป็นหลัก ( Principle of territory )

โดย Ulrich Huber และ Story มีความเห็นว่า รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตย ( Sovereignty ) และเขตอำนาจ ( Jurisdiction ) ภายในอาณาเขตแห่งรัฐของตน ดังนั้นกฎหมายภายในของแต่ละรัฐย่อมมีผลผูกพันโดยตรงต่อทรัพย์สิน บุคคล ภายในอาณาเขตของรัฐไม่ว่าจะเป็นบุคคลแห่งรัฐนั้นหรือคนต่างด้าว, การทำนิติกรรมหรือนิติเหตุใดๆย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐนั้น

จากแนวความคิดดังกล่าว ทำให้เห็นได้ว่าการนำหลักกฎหมาย ณ. ที่ที่ทรัพย์นั้นตั้งอยู่ ( lex rei sitae ) มาใช้กับทรัพย์ทุกชนิด ไม่ว่าจะอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ก็ตาม หากมีทรัพย์อยู่ในหลายประเทศ ก็ใช้กฎหมาย lex rei sitae ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ขึ้นอยู่กับว่าทรัพย์นั้นอยู่ที่ไหน ดังปรากฏใน มาตรา 44 วรรค 1 และ มาตรา 45 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

### 2.3.3 The Bustamante Code 1928

ประมวลกฎหมายนี้เป็นประมวลกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยในส่วนของที่เกี่ยวกับมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้แสดงถึงการรับเอาระบบ Unitary มาใช้กับกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดก ดังปรากฏในมาตรา 144<sup>17</sup> ที่บัญญัติว่า มรดกไม่ว่าโดยกฎหมายหรือโดยพินัยกรรมของผู้ตาย ให้หมายความรวมถึง

<sup>17</sup> The Bustamante Code of 1928, Article 144 " Successions, both intestate and testamentary, including the order of descent, the quantum of the rights of descent and the intrinsic validity of the provisions, shall be governed, except as hereinafter provided,



สิทธิของผู้ตายและความสมบูรณ์ในข้อกำหนดในพินัยกรรม ให้เป็นไปตามกฎหมายบุคคลของผู้ตาย (Personal Law) ไม่ว่าจะทรัพย์สินมรดกนั้นจะเป็นทรัพย์สินประเภทใดหรือว่าอยู่ที่ไหนก็ตาม

แต่ที่น่าประหลาดอย่างหนึ่งในประมวลกฎหมายนี้ที่ให้นำกฎหมายบุคคล ( Personal Law ) มาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมาย แต่ไม่ได้กำหนดว่าให้ใช้กฎหมายใดระหว่างกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ตาย หรือกฎหมายแห่งสัญชาติของผู้ตายให้แน่นอนลงไป แต่ได้บัญญัติในลักษณะกว้าง กล่าวคือ มาตรา 3 วรรค 1 ได้ให้คำนิยาม "กฎหมายบุคคล" ไว้ว่า หมายถึง กฎหมายที่ใช้กับบุคคล ด้วยเหตุผลจากสัญชาติ หรือภูมิลำเนาของบุคคล ซึ่งแล้วแต่ว่ารัฐภาคีได้นำเอากฎหมายใดไปบัญญัติไว้เป็นกฎหมายภายในตามมาตรา 7 เหตุที่ประมวลกฎหมายนี้ไม่กำหนดแน่นอนลงไปว่าให้ใช้กฎหมายใดระหว่างกฎหมายภูมิลำเนา หรือกฎหมายแห่งสัญชาติ มีผลมาจากการที่ประเทศในแถบละตินอเมริกาได้เลือกที่จะใช้กฎหมายตามหลักการของตน โดยแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม กล่าวคือ กลุ่มที่เห็นชอบกฎหมายแห่งสัญชาติ และ กลุ่มที่เห็นชอบกฎหมายภูมิลำเนาโดยไม่อาจประนีประนอมกันได้ การจัดทำประมวลกฎหมายฉบับนี้จึงได้หาทางออกโดยใช้คำกลางคือคำว่า "กฎหมายของบุคคล" ใส่ไว้แทน

ประมวลกฎหมายฉบับนี้ตั้งชื่อเป็นเกียรติแก่นักกฎหมายระหว่างประเทศชาวคิวบา Antonio Sanchez Bustamante y Sirven ( 1865-1951 ) ในฐานะที่เขามีความสำคัญยิ่งในการจัดทำประมวลกฎหมายนี้ขึ้นมา ประมวลกฎหมายนี้มีผลในประเทศต่างๆ ในแถบละตินอเมริกา แม้ประเทศต่างๆ พวกกันตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาฉบับนี้ แต่กระนั้นประมวลกฎหมายฉบับนี้ก็ยังคงแสดงถึงระบบ Unitary ในการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม

2.3.4 อนุสัญญาออร์ดิก ( The Nordic Convention of 1934 , The Convention Regarding Inheritance and Administration of Estates of 1934 )

การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมตามอนุสัญญาออร์ดิกมีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ มีการบัญญัติให้นำกฎหมาย ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้แก่กรณีความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม การเพิกถอนพินัยกรรม เนื้อหาและผลของพินัยกรรม แต่ทั้ง

---

by the personal law of the person from whom the rights are derived, whatever may be the nature of the estate and place where it is found."



นี้ผู้ทำพินัยกรรมจะต้องมีภูมิลำเนาไม่น้อยกว่า 5 ปีในรัฐนั้น จึงจะนำกฎหมาย ณ.ภูมิลำเนามาใช้ได้ ถ้าไม่ปรากฏภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมเช่นนั้น ให้ใช้กฎหมายแห่งสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมแทน<sup>18</sup> แม้อนุสัญญาฉบับนี้จะมีได้บัญญัติแยกการใช้กฎหมายตามลักษณะของทรัพย์สิน แต่ในเรื่องของเนื้อหาและผลในพินัยกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตามกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สิน ดังปรากฏในมาตรา 13 วรรค 2<sup>19</sup>

อนุสัญญาฉบับนี้มีความแตกต่างจากการบัญญัติกฎหมายขัดกันของประเทศต่างๆรวมถึงข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วการหากกฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม มักเป็นไปในทิศทางเดียวกับการหากกฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดก กล่าวคือ หากการหากกฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกเป็นไปตามระบบ Scission การหากกฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมก็จะเป็นไปตามระบบ Scission ด้วย ในทางกลับกันหากการหากกฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกเป็นไปตามระบบ Unitary การหากกฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมก็จะเป็นไปตามระบบ Unitary ด้วย แต่อนุสัญญาฉบับนี้มีการหากกฎหมายมาใช้บังคับกับมรดกและพินัยกรรมโดยไม่แบ่งแยกตามประเภทของทรัพย์สิน แต่มีข้อยกเว้นในกรณีหากกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมในประเด็นเนื้อหาและผลแห่งพินัยกรรมที่มีการหากกฎหมายมาใช้บังคับโดยแบ่งแยกตามลักษณะของทรัพย์สิน การหากกฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกและพินัยกรรมตามอนุสัญญาฉบับนี้จึงปรากฏลักษณะของระบบ Unitary และระบบ Scission รวมไว้ด้วยกัน

<sup>18</sup> The Nordic Convention of 1934, Article 1 paragraph 1 " If a national of one of the contracting States was, at the time of his death, domiciled in another contracting State, the right of inheritance shall be determined by the laws of the state in which he had his domicile. Nevertheless, should the deceased, at the time of his death, not have been domiciled for five years in that State....."

<sup>19</sup> The Nordic Convention of 1934 , Article 13 paragraph 2 " [t]he right to make, in respect of immovable property, testamentary dispositions creating a trust or other dispositions in favour of unborn children shall also be determined by the law of the state in which the property in question is situated."

ดังอนุสัญญาต่างๆที่ยกมาเป็นตัวอย่างข้างต้น แม้แสดงถึงความพยายามในการจัดให้มีการนำกฎหมายมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่กระนั้นก็ไม่ได้แสดงถึงแนวโน้มว่าในทางระหว่างประเทศว่าได้ยึดถึงระบบใดเป็นหลักในการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม แต่เป็นไปตามภูมิภาค ประวัติศาสตร์ การเมือง ฯลฯ ประกอบกันในการเลือกหากฎหมายมาใช้บังคับเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมาย ดังนั้นจึงพบทั้งระบบ Unitary และระบบ Scission ในข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับต่างๆ

จากบทนี้จึงเห็นได้ว่าการหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมแยกเป็นระบบได้ 2 ระบบ กล่าวคือระบบ Unitary System และ Scission System แต่จุดเกาะเกี่ยวที่ปรากฏในระบบทั้ง 2 มีความแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศจะเห็นวาระบบใดเหมาะสมกับประเทศของตน ดังนั้นบทที่ 3 จึงขอศึกษาถึงจุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### บทที่ 3

## จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม

เมื่อมีกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม สิ่งที่น่าไปสู่การหากฎหมายมาใช้แก้กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ก็คือ จุดเกาะเกี่ยว (Connecting factor) จุดเกาะเกี่ยวจึงเป็นข้อเท็จจริงเป็นสิ่งที่เชื่อมต่อบetween พินัยกรรม และกฎหมายที่จะนำมาใช้แก่พินัยกรรม จุดเกาะเกี่ยวจึงต้องมีความสัมพันธ์กับพินัยกรรม เช่นบุคคลผู้ทำพินัยกรรม, ทรัพย์มรดกในพินัยกรรม และการทำพินัยกรรม

จุดเกาะเกี่ยวที่ปรากฏเมื่อมีกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมมีหลายประเภท บางประเภทขึ้นอยู่กับตัวบุคคลผู้ทำพินัยกรรมเป็นหลัก เช่น การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้แก่พินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรม, จุดเกาะเกี่ยว ณ. ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม บางประเภทก็ขึ้นอยู่กับลักษณะของทรัพย์มรดก ได้แก่ จุดเกาะเกี่ยว ณ. สถานที่ตั้งทรัพย์ ไม่เพียงแต่จุดเกาะเกี่ยวต่างๆ ชำต้นเท่านั้น ตัวพินัยกรรมเองอาจนำไปสู่จุดเกาะเกี่ยวด้วยเช่นกัน ได้แก่จุดเกาะเกี่ยว ณ. สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรม

จุดเกาะเกี่ยวจึงเป็นสิ่งที่นำไปสู่กฎหมายที่จะนำมาใช้แก้กรณีการขัดกันแห่งกฎหมาย ในบทนี้จึงทำการศึกษถึงจุดเกาะเกี่ยวประเภทต่าง ๆ ที่ปรากฏเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมาย ในหัวข้อดังต่อไปนี้

- 3.1 การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม
- 3.2 ภูมิลำเนาในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม
- 3.3 สัญชาติในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม
- 3.4 สถานที่ตั้งทรัพย์ในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม
- 3.5 สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม

3.1 การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม

(Professio Juris)

การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม ในหัวข้อนี้หมายถึงการที่ผู้ทำพินัยกรรม แสดงเจตนาเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ผลของการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรม ทำให้ไม่นำจุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายกำหนดมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ซึ่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศจัดเป็นจุดเกาะเกี่ยวประเภทที่เกิดจากการเลือกของผู้ทำพินัยกรรม จุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้เรียกอีกอย่างได้ว่า จุดเกาะเกี่ยวแบบ Subjective

#### ก. การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมาย

เบื้องต้นแล้วการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมหาได้มีในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมไม่ แต่เป็นการรับเอาหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญา<sup>1</sup> มาใช้ประยุกต์ใช้กับพินัยกรรม

<sup>1</sup> หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา เกิดจากการคิดค้นของ Domoulin (ค.ศ. 1500-1566) แนวคิดของ Domoulin ได้เสนอความคิดเห็นว่า นิติสัมพันธ์ที่เกิดจากความตกลงยินยอมของบุคคลในการเข้าทำสัญญา เจตนาของคู่สัญญาย่อมมีความสำคัญสูงสุด บุคคลผู้ทำสัญญาย่อมมีอำนาจที่จะตกลงหรือกำหนดกันได้โดยชัดเจนว่าจะต้องการใช้กฎหมายใดบังคับแก่ผลแห่งสัญญา ในกรณีที่คู่สัญญามีได้ทำการแสดงเจตนาเกี่ยวด้วยเรื่องการใช้กฎหมายใดบังคับกับสัญญาโดยชัดแจ้ง ศาลก็จะเข้ามาทำหน้าที่ในการกำหนดตามพฤติการณ์ของเรื่อง หรือตามข้อความในสัญญา และตามสภาวะแวดล้อมต่าง ๆ ว่า การที่คู่กรณีเข้าทำสัญญาที่มีความประสงค์อย่างใด แต่การที่จะหากกฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญา หากว่าคู่กรณีมิได้แสดงเจตนาไว้ การนำองค์ประกอบอื่น ๆ มาใช้ เช่น ภูมิลำเนา สัญชาติของคู่สัญญา สถานที่ในการทำสัญญา ฯลฯ ล้วนขึ้นอยู่กับแนวทางการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับใช้กับสัญญาของแต่ละประเทศว่า ถือหลักความสำคัญของการแสดงเจตนาของคู่กรณีมากน้อยเพียงใด โปรดดูศาสตราจารย์กมล สนธิเกษตริณ, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล (กรุงเทพฯ : นานาสีพิมพ์, 2539), หน้า 217.

ลักษณะของการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรมมีลักษณะแตกต่างจากหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในสัญญา กล่าวคือ ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาแบ่งได้เป็นหลายระดับ แต่การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศมีลักษณะที่ผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนาเลือกกฎหมายได้ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายขัดกัน หมายความว่ากฎหมายที่คู่กรณีเลือกได้นั้นมักเป็นกฎหมายที่ใกล้ชิดกับการทำพินัยกรรม โดยอาศัยหลักเกณฑ์แห่งจุดเกาะเกี่ยว เช่นกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม กฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม แล้วแต่ว่ากฎหมายขัดกันของประเทศนั้นๆ กำหนดว่าให้เสรีภาพแก่ผู้ทำพินัยกรรมแค่ไหน การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรม ผู้แสดงเจตนาจะไปตกลงยกเลิกบทกฎหมายหรือปฏิเสธการบังคับใช้ของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในขณะที่เลือกหรือกฎหมายที่ออกใหม่ไม่ได้ และไม่สามารถยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกฎหมายที่ใช้บังคับทันที ตลอดจนจะยกเลิกกฎหมายบางส่วนที่เห็นว่าไม่เป็นประโยชน์ โดยเลือกใช้เฉพาะส่วนที่ตนเห็นว่าเหมาะสมไม่ได้ อีกทั้งเมื่อผู้ทำพินัยกรรมไม่สามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมนอกเหนือไปจากที่กฎหมายขัดกันของประเทศนั้นๆ กำหนด กฎหมายที่ผู้ทำพินัยกรรมอาจเลือกได้จึงแตกต่างจากการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับสัญญาของคู่สัญญาหรือที่เรียกอีกอย่างว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาที่เปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถแสดงเจตนาในการหากฎหมายมาใช้กับสัญญาได้หลากหลายกว่า ซึ่งขึ้นอยู่กับทฤษฎีการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของประเทศนั้นๆ ว่ามากน้อยเพียงใด

ในตัวของพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศสามารถแบ่งออกเป็นส่วนต่างๆ ของพินัยกรรม เช่น สาระสำคัญและผลของพินัยกรรม การตีความพินัยกรรม การเพิกถอนพินัยกรรม แบบแห่งพินัยกรรม ตามส่วนต่างๆ นี้ผู้ทำพินัยกรรมสามารถที่จะแสดงเจตนาเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมทั้งฉบับ ผู้ทำพินัยกรรมไม่สามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมโดยแยกตามองค์ประกอบของพินัยกรรม กฎหมายที่ผู้ทำพินัยกรรมสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมได้นั้นขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายภายในหรือกฎหมายขัดกันของศาลที่มีข้อพิพาทว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมกำหนดไว้เป็นประการใด

- ประเทศที่ยอมรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม<sup>2</sup>

-ประเทศโบลิเวีย ในประมวลกฎหมายแพ่งโบลิเวีย ( The Bolivian Civil Code of 1831 ) บัญญัติให้บุคคลต่างด้าวผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศโบลิเวีย หรือได้ทำพินัยกรรมในประเทศโบลิเวียสามารถทำพินัยกรรมของตนโดยกำหนดให้พินัยกรรมนั้นเป็นไปตามกฎหมายแห่งสัญชาติของต่างด้าวนั้น หรือเป็นไปตามกฎหมายของประเทศโบลิเวียก็ได้

-ประเทศเปรู กฎหมายของประเทศเปรูจะกำหนดให้คนต่างด้าวผู้ทำพินัยกรรมเลือกว่าจะใช้กฎหมาย Lex rei sitate หรือกฎหมายสัญชาติกับพินัยกรรมที่กำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินรดกที่อยู่นอกอาณาเขตประเทศเปรู

-ประเทศเม็กซิโก กฎหมายของประเทศเม็กซิโกเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวผู้ทำพินัยกรรมเลือกว่าจะใช้กฎหมายเม็กซิโก หรือกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมกับพินัยกรรมของตน

-ประเทศโคลัมเบีย-ประเทศเอกวาดอร์ ทั้ง 2 ประเทศนี้ได้มาทำข้อตกลงระหว่างประเทศในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องข้องกับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกได้กำหนดว่า คนต่างด้าวผู้ทำพินัยกรรมจะกำหนดให้พินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมาย ณ ประเทศที่เขาเกิด หรือมีสัญชาติ หรือตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมก็ได้

- ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ( Swiss Federal Statute on Private International Law 1987 ) ได้บัญญัติรองรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมไว้ในมาตรา 90 แม้ว่าโดยทั่วไปจุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้ในการหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม คือจุดเกาะเกี่ยว ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม แต่หากผู้ทำพินัยกรรมซึ่งเป็นคนต่างด้าวมีภูมิลำเนาสุดท้ายอยู่ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เลือกกฎหมายสัญชาติมาใช้บังคับกับพินัยกรรมของเขาก็สามารถทำได้ การแสดงเจตนาเลือกกฎหมายมาใช้กับ

---

<sup>2</sup> Haopei Li , " Confilcts of laws of succession, " Rescueil des Cours (1993) : 66-70.



พินัยกรรมดังกล่าวเป็นที่ยอมรับได้ในกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลแห่งประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ในคดี Hirsch V. Cohen ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ชายชาวอังกฤษมีภูมิลำเนาในประเทศสวิตเซอร์แลนด์เป็นเวลากว่า 20 ปี ก่อนที่เขาถึงแก่ความตายได้ทำพินัยกรรม โดยกำหนดให้ใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายแห่งสัญชาติของเขาใช้บังคับกับพินัยกรรม บุตรสาวจากภริยาคนแรกได้ฟ้องคดีต่อศาล โดยอ้างว่าการเลือกใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษของบิดาเธอเป็นการใช้สิทธิในทางที่ผิดและร้องขอต่อศาลให้ทำการแสวงหาเจตนาจริงของผู้ทำพินัยกรรม โดยการสืบจากสภาพแวดล้อมต่าง ๆ ความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้ทำพินัยกรรม และประเทศที่เป็นเจ้าของสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม แต่ศาลของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ (The Swiss Federal Tribunal) ได้ทำการปฏิเสธ โดยยืนยันว่า การที่คนต่างด้าวผู้มีภูมิลำเนาในสวิสได้ทำการแสดงเจตนาอันได้รับการรับรองโดยกฎหมาย ทายาทของเขาไม่ถือเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม

- ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติถึงการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในระดับระหว่างประเทศ แต่คณะกรรมการ National Conference of Commissioners on Uniform State Law ได้จัดทำร่างประมวลกฎหมาย Uniform Probate Code เพื่อเป็นแนวทางในการที่มลรัฐต่าง ๆ จะได้นำไปบัญญัติกฎหมายในทางเดียวกัน แต่ Uniform Code ก็หาได้เป็นสิ่งบังคับว่ามลรัฐต่าง ๆ จะต้องบัญญัติกฎหมายตามนี้ Uniform Probate Code เป็นประมวลกฎหมายที่รวมเอาทั้งสาระบัญญัติและสบัญญัติเข้าไว้ด้วยกัน ซึ่ง Uniform Probate Code มีมลรัฐต่าง ๆ ถึง 15 มลรัฐ<sup>3</sup> รับไปเป็นกฎหมายของมลรัฐ บางมลรัฐก็รับไว้ทั้งฉบับ แต่บางมลรัฐก็เลือกเอาไปแต่เฉพาะส่วน Uniform Probate Code จึงเป็นกฎหมายแม่แบบให้กับมลรัฐต่าง ๆ ในการนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในมลรัฐ

การขัดกันแห่งกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งได้เป็น 2 ระดับ ได้แก่ การขัดกันแห่งกฎหมายในระดับมลรัฐ และการขัดกันแห่งกฎหมายในระดับระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการขัดกันแห่งกฎหมายใดก็เรียกเป็น "Conflict of Laws" ซึ่ง Uniform Probate Code เป็นกฎหมายแม่แบบที่มีข้อกำหนดในส่วนที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายในระดับมลรัฐ แต่โดยที่การหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างมลรัฐ

<sup>3</sup> มลรัฐที่นำ Uniform Probate Code มาใช้เป็นกฎหมายภายในของมลรัฐ ได้แก่ Alaska, Arizona, Colorado, Florida, Hawaii, Idaho, Maine, Minnesota, Montana, Nebraska, New Mexico, North Dakota, South Carolina, Utah

หรือระหว่างมลรัฐกับรัฐอื่นมีหลักเกณฑ์ที่ไม่แตกต่างกัน Uniform Probate Code จึงถูกนำมาใช้เป็นแนวคิดและแนวทางเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายในระดับระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามคำพิพากษาของศาลถือเป็นหลักและแนวทางในการหากฎหมายมาใช้บังคับแก่การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม โดยศาลนำ Uniform Probate Code มาเป็นแนวคิดช่วยในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ อีกทั้งในแต่ละรัฐต่างก็มีการพิจารณาคดีการขัดกันแห่งกฎหมายในระดับระหว่างประเทศภายใต้เขตอำนาจศาลของแต่ละรัฐอยู่แล้ว<sup>4</sup>

หากดูใน Uniform Probate Code 1969 ข้อ 2-602<sup>5</sup> บัญญัติว่า “ความหมายและผลทางกฎหมายของข้อกำหนดในพินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายท้องถิ่นของรัฐที่เจ้ามรดกเป็นผู้เลือก ถ้าการบังคับใช้กฎหมายเช่นนั้นไม่ขัดกับนโยบายแห่งรัฐของรัฐที่ตนอาศัย ในการบังคับใช้กับข้อกำหนด<sup>6</sup> ” ซึ่งแม้เป็นการแสดงถึงการขัดกันแห่งกฎหมายในมลรัฐ แต่โดยที่หลักการในร่างกฎหมายแม่แบบ The Uniform Probate Code ถูกนำไปใช้ในการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในระดับระหว่างประเทศ เป็นการแสดงว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับหลักการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมเช่นกัน

- ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ปรากฏการยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรม

-The Hague Convention concerning the International Administration of Estates of Deceased Person of 1973

<sup>4</sup> Viktor Knapp, National reports u (Paris: The Hague, 1976), p. U-161.

<sup>5</sup> Uniform Probate Code of 1969 Section 2-602 "The meaning and legal effect of a legal disposition in a will shall be determined by the local law of a particular state selected by the testator in his instrument unless the application of that law is contrary to the public policy of this state otherwise applicable to the disposition."

<sup>6</sup> Scoles and Weintraub, Conflicts of Laws ,2<sup>nd</sup> ed. (London : Sweet & maxwell, 1972), p.641.

ตามมาตรา 3 ของอนุสัญญาฉบับนี้ ยอมรับการแสดงเจตนาของผู้ทำ  
 พินัยกรรมมาใช้แก่การหากฎหมายมาใช้บังคับในเรื่องของการตั้งผู้จัดการมรดก โดยผู้ทำพินัย  
 กรรมสามารถเลือกให้การจัดการมรดกเป็นไปตามกฎหมายแห่งรัฐที่ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนา  
 หรือ เป็นไปตามกฎหมายแห่งรัฐที่ผู้ทำพินัยกรรมมีสัญชาติก็ได้<sup>7</sup> แต่ภูมิลำเนาหรือสัญชาติของผู้  
 ทำพินัยกรรมนั้นต้องเป็นไปตามภูมิลำเนาสุดท้ายหรือสัญชาติขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความ  
 ตาย<sup>8</sup> ความสำคัญของอนุสัญญาฉบับนี้มีขึ้นเพื่อพยายามขจัดปัญหาเมื่อเกิดการขัดแย้งในการหา  
 กฎหมายมาใช้บังคับในเรื่องของการตั้งผู้จัดการมรดก โดยการยอมรับหลัก *Professio Juris*  
 กล่าวคือให้กฎหมายที่นำมาใช้กับการจัดการมรดกเป็นไปตามเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้  
 ตาย แต่การเลือกกฎหมายใช้นั้นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายแห่งรัฐที่อนุสัญญายอมรับการแสดง  
 เจตนาในการเลือกเช่นนั้น

-The Hague Convention on the Law Applicable to Succession to the  
 Estates of Deceased Persons of 1989

อนุสัญญานี้ยอมรับหลักการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำ  
 พินัยกรรมดังที่ได้ปรากฏในมาตรา 5 ของอนุสัญญาที่กำหนดจุดเกาะเกี่ยวในการตัดสินใจว่าจะนำ  
 กฎหมายใดมาใช้บังคับกับมรดกระหว่างกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ตายหรือกฎหมายของรัฐที่ผู้  
 ตายมีสัญชาติแต่กระนั้นก็ยังมียกเว้นอีกที่นำมาใช้ในอนุสัญญานี้ด้วย (รายละเอียดดังจะ  
 กล่าวต่อไปในบทที่ 4 หัวข้อ 4.1.2 (ข))

การนำหลักการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้ในอนุสัญญานี้ไม่ได้  
 ให้อิสระแก่เจ้ามรดกกว่าให้มีสิทธิเลือกใช้กฎหมายใดก็ได้ การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายถูก  
 จำกัดไว้ เพราะการให้เจ้ามรดกมีเสรีในการเลือกที่ไม่มีขอบเขตจะเป็นการสร้างควมยากลำบาก

<sup>7</sup> The Hague Convention 1973, Article 4 “A contracting State may declare that in  
 designating the holder of the certificate and in indicating his powers it will,  
 notwithstanding Article 3, apply its internal law or that of the State of which the deceased  
 was a national in accordance with the choice made by him.”

<sup>8</sup> The Hague Convention 1973, Article 32 “For the purposes of this Convention,  
 “habitual residence” and “nationality” mean respectively the habitual residence and  
 nationality of the deceased at the time of his death.”

ให้แก่บางรัฐเพราะอาจทำให้ทายาทของผู้ตายได้รับความเสียหายได้ จึงจำเป็นต้องมีขอบเขตแห่งเสรีภาพในการแสดงเจตนาโดยกำหนดให้เลือกเพียงกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ตาย หรือ กฎหมายของรัฐที่ผู้ตายมีสัญชาติ แต่กระนั้นการเลือกกฎหมายมาใช้ก็มีข้อควรระวังมากมาย เนื่องจากในหลาย ๆ ประเทศยังไม่ได้มีการยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ

การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรม แสดงให้เห็นถึงเสรีภาพของผู้ทำพินัยกรรมในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมแม้ว่าเสรีภาพนี้ถูกจำกัดทั้งในแง่ของจำนวนกฎหมายที่ผู้ทำพินัยกรรมอาจแสดงเจตนาเลือกได้ ซึ่งต้องขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ของผู้ทำพินัยกรรม หรือ ททรัพย์มรดกเป็นหลัก ประกอบกับข้อจำกัดในเรื่องของ Order Public ทำให้ผู้ทำพินัยกรรมไม่ได้มีเสรีในการเลือกกฎหมายใดก็ได้มาใช้บังคับกับพินัยกรรม

ข. อุปสรรคและผลดีในการใช้การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรม

(1) อุปสรรค

-การยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้บังคับกับพินัยกรรม อาจทำให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ เพราะการที่เจ้าหนี้สามารถเรียกร้องเอาจากทรัพย์ของผู้ตายเพื่อนำมาใช้หนี้ให้กับตน เป็นสิทธิของเจ้าหนี้และเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศต่าง ๆ ในโลก สิทธินี้อาจถูกกระทบได้หากปล่อยให้เจ้ามรดกมีสิทธิที่จะเลือกกฎหมาย แม้ยังไม่ปรากฏว่ามีผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายในทางที่จะทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบก็ตาม

-การที่รับเอาความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในเรื่องของสัญญามาใช้แก่การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่ครอบครัวของผู้ทำพินัยกรรมได้

แม้ว่าสัญญาและพินัยกรรมเป็นนิติกรรมเหมือนกัน แต่ลักษณะของสัญญาและพินัยกรรมมีความแตกต่างกัน การนำหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของสัญญามาประยุกต์กับพินัยกรรมจึงเป็นการยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรม การที่ยอมให้ผู้ทำพินัยกรรมมีสิทธิเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมของ

ตนอาจทำให้ผู้ทำพินัยกรรมเลือกโดยก่อให้เกิดความเสียหายแก่ครอบครัวได้ อีกทั้งการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนากับการทำสัญญาระหว่างประเทศเป็นหลักที่ยอมรับกันมากในหลาย ๆ ประเทศ แต่ในเรื่องของพินัยกรรมนักกฎหมายมีแนวโน้มคัดค้านในการนำ *Professio Juris* มาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ในกรณีนี้สังเกตเห็นได้จากการประชุม *Nice session of the Institute of International Law on the draft resolution concerning Testamentary succession in private international law 1967*

ศาสตราจารย์ Maridakis ได้กล่าวไว้ในการประชุมว่าแม้คู่สัญญาจะมีเสรีภาพในการยอมรับการแสดงเจตนาของคู่สัญญาอีกฝ่าย แต่ในลักษณะของพินัยกรรมแล้วเป็นกรณีที่มีลักษณะคล้ายบันทึกของผู้ตาย แม้จะมีการจัดให้พินัยกรรมมีลักษณะเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ทว่าพินัยกรรมมีส่วนสัมพันธ์กับครอบครัว ขณะที่สัญญามักมุ่งแต่ในเรื่องทรัพย์สินอย่างเดียว แม้จำกัดการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมให้ผู้ทำพินัยกรรมมีสิทธิเลือกกฎหมายได้ระหว่างกฎหมาย ณ ภูมิลำเนา หรือกฎหมายของสัญชาติของผู้ตายมาใช้กับพินัยกรรม ก็อาจเกิดความเสียหายแก่ครอบครัวได้<sup>9</sup>

อีกทั้งเสรีภาพในการทำพินัยกรรม มิได้เป็นเครื่องชี้ถึงความเป็นอิสระของภาคี ประกอบกับเนื้อหาของกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ก็ไม่เหมือนกฎหมายว่าด้วยสัญญาเสียทีเดียว และพินัยกรรมยังถูกควบคุมโดยกฎหมายและข้อบังคับอีกด้วย ดังนั้นไม่ว่าจะรับหลัก *Professio Juris* มาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายเกี่ยวกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศหรือไม่ก็ตาม หาใช่สิ่งจำเป็นลำดับต้น ๆ ไม่ แต่ควรต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายครอบครัว และมรดกเป็นลำดับแรกก่อน

## (2) ผลดีของการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม

- เจ้ามรดกมีเสรีภาพ และอิสระในการกำหนดได้ว่าจะให้พินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายใด ทำให้มีความแน่ใจว่าเมื่อตนตายไปแล้ว พินัยกรรมจะเป็นไปตามเจตจำนงของผู้ทำพินัยกรรมที่ไม่ถูกบิดเบือนเจตจำนงโดยผลของการใช้กฎหมายที่ขึ้นกับจุดเกาะเกี่ยวอื่น ๆ

การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม หลักนี้ทำให้เป็นการขยายเสรีภาพในการ

<sup>9</sup> Haopei Li, "Conflicts of laws of succession," *Rescueil des Cours* (1993) : 57.



ทำพินัยกรรมภายใต้กฎหมายลักษณะมรดกได้กว้างขวางขึ้น หากมีการรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมเอาไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ว่าด้วยมรดก จะทำให้ผู้ทำพินัยกรรมสามารถกำหนดได้ว่าผู้ใดจะมาเป็นทายาท ผู้ใดจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์ ตลอดจนผู้ใดควรได้รับความไว้วางใจเป็นผู้จัดการมรดกของเขา หากว่าเจ้ามรดกไม่มีอำนาจในการเลือกกฎหมายมาใช้กับมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศแล้ว เสรีภาพในการทำพินัยกรรมตามกฎหมายลักษณะมรดกก็ย่อมมีอาจทำได้เต็มตามเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม ดังนั้นหลักการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรมสิ่งที่จำเป็นต่อเสรีภาพในการทำพินัยกรรม ซึ่งในเรื่องนี้ Dolle และ Breslauer ได้กล่าวไว้ว่า เสรีภาพในการทำสัญญาของคู่สัญญาเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดอิสระของภาคีในการทำสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ขณะที่เสรีภาพในการทำพินัยกรรมย่อมนำไปสู่การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรมในพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศเช่นกัน

อีกทั้ง Deutscher Rat Fur, Max Plank Kuhne ได้ให้เหตุผลสนับสนุนในการยอม

รับเอาการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้ ไว้ในขณะมีการเตรียมร่างแก้ไขกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของประเทศเยอรมนีว่า ประการที่ 1 หากเทียบกับนิติกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ คู่ภาคีของนิติกรรมย่อมมีเสรีภาพในการทำนิติกรรมตามกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมของประเทศต่าง ๆ โดยไม่ถูกกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลจากประเทศต่าง ๆ ชัดขวางอำนาจในการเลือกกฎหมายที่ใช้กับนิติกรรมของผู้ทำพินัยกรรม ฉะนั้นได้กั้นนั้นกฎเกณฑ์ในกฎหมายมรดกจึงไม่ควรเป็นอุปสรรคในการกีดกันเจ้ามรดกในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับทรัพย์สินมรดกของผู้ทำพินัยกรรม ประการที่ 2 หลัก *Professio Juris* เป็นการขยายเสรีในการทำพินัยกรรมตามกฎหมายมรดกในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ประการที่ 3 การยอมรับ *Professio Juris* เป็นการให้ความช่วยเหลือบุคคลในแต่ละกรณีอย่างเหมาะสม รวมถึงเป็นการทำให้คาดเดาถึงกฎหมายที่ใช้กับมรดกที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ ประการสุดท้ายคือ *Professio Juris* ไม่ก่อความเสียหายแก่สถานะของทายาทหรือต่อเจ้าหน้าที่ของผู้ตาย

ดังนั้นการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรมจึงเป็นเครื่องมือที่ดีในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ เพราะมีความแน่นอนและต้องตรงกับเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมมากที่สุด



### 3.2 ภูมิลำเนาในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม

ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมเป็นสิ่งที่ใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายภายในมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม คำว่า “ภูมิลำเนา” ในที่นี้หมายถึงสถานที่ กฎหมายกำหนดให้เป็นถิ่นที่อยู่ใกล้ชิดกับบุคคลนั้น ภูมิลำเนาจึงถือเป็นจุดศูนย์กลางของชีวิต เพราะมีความคิดว่าบุคคลมีภูมิลำเนาอยู่ที่ใดก็น่าจะใกล้ชิดกับสถานที่นั้น และน่าจะรู้ถึงกฎเกณฑ์แห่งท้องถิ่นที่ตนมีภูมิลำเนาอยู่ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมจึงถูกกำหนดให้เป็นจุดเกาะเกี่ยวประเภทหนึ่งในการหากฎหมายมาใช้บังคับเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมาย ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมจุดเกาะเกี่ยว ณ. ภูมิลำเนาถือว่ามีบทบาทอย่างมากกับกฎหมายที่จะนำมาใช้กับพินัยกรรม ไม่ว่าจะเป็นพินัยกรรมทั้งฉบับหรือตามองค์ประกอบแห่งพินัยกรรม

#### ก. ภูมิลำเนา

ภูมิลำเนาปรากฏในทุกระบบกฎหมาย โดยมีลักษณะแตกต่างกันในรายละเอียดตามแต่ละระบบกฎหมาย การจะกำหนดดูว่าที่ได้เป็นภูมิลำเนาของบุคคลมีแนวคิดหลายแนวกล่าวคือ

- กฎหมายที่กำหนดว่าให้ที่นั้นเป็นภูมิลำเนาของบุคคล ทั้งนี้คำว่าภูมิลำเนา (Domicile) มีลักษณะที่ใกล้เคียงกับคำว่า “ถิ่นที่อยู่” (Habitual or ordinary residence) แต่ใช้ว่า จะเป็นคำที่มีความหมายเดียวกันเสมอไป กล่าวคือถิ่นที่อยู่มักดูแต่ทางข้อเท็จจริงเป็นสาระสำคัญ แต่ขณะที่ภูมิลำเนาเป็นไปตามกฎหมาย เช่น ในกฎหมายอังกฤษบอกว่าภริยาอาจมีถิ่นที่อยู่ (Habitual Residence) คนละสถานที่กับสามีก็ได้ แต่หากไม่ปรากฏเช่นนั้นให้ถือว่าเธอมีภูมิลำเนาตามสามีซึ่งเป็นไปตามกฎหมาย

- ภูมิลำเนาของบุคคลอาจเกิดจากการที่บุคคลนั้นมีบ้านและได้มีการอยู่อาศัย, ห้องชุด, ห้องเช่า หรือแม้แต่เต็นท์ กองคาราวาน (Caravan) ตลอดจนยานพาหนะ แต่เป็นไปไม่ได้ที่จะสามารถกำหนดอย่างแน่ชัดลงไปว่าเป็นที่อยู่ที่แน่นอน แต่กระนั้นเรื่องนี้ก็หาได้เป็นปัญหาไม่ เพราะเราอาจหาประเทศที่แน่นอนแทนสถานที่ ที่แน่นอนที่จะถือเป็นถิ่นที่อยู่ เช่นในคดี *Arnott V. Groom* ได้มีคำตัดสินไว้ว่าแม้จะไม่มีการเช่าเป็นกรณีเฉพาะแห่งในประเทศอังกฤษ เขาก็สามารถมีภูมิลำเนาในอังกฤษได้ เพราะตามกฎหมายอังกฤษ บุคคลทุกคนต้องมีภูมิลำเนาแม้ว่าบุคคลนั้นไม่มีถิ่นที่อยู่, บ้านถาวร แต่กฎหมายก็จะกำหนดบ้านสมมติขึ้นมาให้เป็นภูมิลำเนาและใช้ตรวจสอบ

สถานะของบุคคล หลักการนี้ไม่เพียงแต่ใช้ในประเทศอังกฤษ แม้แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ให้การยอมรับ ขณะที่กฎหมายโรมันและประเทศแถบภาคพื้นทวีปไม่ได้ยอมรับหลักการนี้

กระนั้นก็ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็มีได้อนุญาตให้บุคคลมีภูมิลำเนามากกว่า 1 แห่งในเวลาเดียวกัน ประเด็นนี้ตรงกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ที่กำหนดให้บุคคลมีภูมิลำเนาหลัก แต่ประเทศฝรั่งเศสมิได้ห้ามการที่บุคคลมีภูมิลำเนาหลายแห่ง การยอมรับให้บุคคลมีภูมิลำเนาหลายแห่งนั้นเป็นหลักที่รับมาจากกฎหมายโรมัน และยังปรากฏอยู่ในประเทศเยอรมนีด้วย ทั้งนี้การยอมรับให้บุคคลมีภูมิลำเนาหลายแห่งยังเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจที่จะฟ้องคดีต่อศาลเป็นสิทธิของพลเมืองอีกประการหนึ่ง ที่ทำให้การมีหลายภูมิลำเนาอาจทำให้เกิดความสับสนได้

ภูมิลำเนาอาจแยกได้เป็นหลายประเภทดังนี้

#### ก.1 ภูมิลำเนาเริ่มแรก

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ และกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (Anglo-American Law) เมื่อบุคคลถือกำเนิดก็จะมีภูมิลำเนาเริ่มแรก แต่มิใช่เป็นตามสถานที่ในประเทศที่เขาเกิด หรือประเทศที่พ่อแม่ของเขามีถิ่นที่อยู่ แต่หากเด็กทารกจะมีภูมิลำเนาตามบิดาในเวลาที่เกิด ถ้าหากว่าบิดาถึงแก่กรรมหรือถ้าเด็กมิใช่เด็กในสมรส ภูมิลำเนาของเด็กเป็นไปตามภูมิลำเนาของผู้เป็นมารดา

กระนั้นก็ตามบิดาอาจเลือกภูมิลำเนาภายหลังจากเด็กมีภูมิลำเนาเริ่มแรกก็ได้ บางกรณีถ้าบิดาไม่เลือกภูมิลำเนาใหม่ เขาก็ยังคงใช้ภูมิลำเนาแรกเริ่มอยู่ดี จึงอาจกล่าวได้อีกนัยว่า เด็กอาจมีภูมิลำเนาได้ในประเทศที่แม่ตนจะไม่ได้มีความสัมพันธ์เลยก็ตาม

ภูมิลำเนาแรกเริ่มมิใช่จะถาวรตลอดไป เพราะอาจถูกเปลี่ยนภายหลังได้ โดยภูมิลำเนาโดยการเลือก หรือการกำหนดภูมิลำเนาโดยกฎหมาย

#### ก.2 ภูมิลำเนาโดยการเลือก (The domicile of Choice)

การจะมีคุณสมบัติในการที่จะเป็นผู้เลือกภูมิลำเนาได้นั้นต้องประกอบด้วยมีความสามารถ (Capacity), มีถิ่นที่อยู่ (Residence) และมีเจตนาจะถือเอาเป็นภูมิลำเนาของตน ต้องครบขาดข้อใดข้อหนึ่งมิได้

ก.2.1 ความสามารถ บุคคลที่จะสามารถทำการเลือกภูมิลำเนาได้ต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดว่ามีความสามารถเต็ม กล่าวคือไม่ใช่ผู้เยาว์ ผู้ไร้ความสามารถหรือผู้เสมือนไร้ความสามารถ ในบางกรณีหญิงที่แต่งงานแล้วก็ไม่อาจมีภูมิลำเนาโดยการเลือกได้หากกฎหมายกำหนดเช่นกัน

ตัวอย่างเช่น บุคคลซึ่งเป็นผู้เยาว์อายุ 22 ปี มีภูมิลำเนาในประเทศอังกฤษซึ่งกฎหมายของประเทศอังกฤษ บุคคลจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 24 ปี เขาก็ไม่สามารถที่จะมีภูมิลำเนาโดยการเลือกที่ประเทศอังกฤษได้ เพราะความสามารถของเขาเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนา

ก.2.2 ถิ่นที่อยู่ อาจถูกกำหนดในทางความเป็นจริง มีลักษณะของการอยู่เป็นการชั่วคราวเกือบถาวร แต่ยังไม่ถาวรจนถึงขนาดเป็นภูมิลำเนา ผู้เยาว์จึงอาจมีถิ่นที่อยู่แตกต่างจากบิดามารดา, ภริยาอาจมีถิ่นที่อยู่แตกต่างจากสามี แม้ว่าไม่มีใครจะมีภูมิลำเนาได้มากกว่าหนึ่ง เขาสามารถมีถิ่นที่อยู่ได้หลายแห่งในเวลาเดียวกันโดยไม่จำกัด ทั้งนี้ถิ่นที่อยู่ต้องประกอบไปด้วยการอาศัย (Habitual) ในความเป็นจริง ขณะที่ภูมิลำเนาเพียงแต่ได้รับการสันนิษฐานว่าบุคคลนั้นเจตนาให้ที่นั่นเป็นถิ่นที่อยู่ถาวร ไม่ว่าจะในขณะนั้นจะสามารถกำหนดให้ที่อยู่นั้นเป็นที่อาศัยหรือไม่ก็ตาม การที่ไม่ได้อาศัยอยู่บ้างเป็นครั้งคราวก็ได้ทำลายความเป็นถิ่นที่อยู่ขึ้นไป

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษถิ่นที่อยู่เพียงอย่างเดียวก็สามารถใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวได้โดยไม่จำเป็นต้องถึงขั้นเป็นภูมิลำเนา

ก.2.3 เจตนาที่บุคคลจะยึดถือเอาเป็นถิ่นที่อยู่ถาวร

แนวคิดเกี่ยวกับองค์ประกอบนี้ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษแตกต่างจากกฎหมายของประเทศแถบภาคพื้นทวีป เพราะกฎหมายของประเทศแถบภาคพื้นทวีป ถือความสามารถและการอาศัยอยู่ในขณะนั้นก็เพียงพอแล้วในการที่จะถือเป็นภูมิลำเนา โดยไม่จำเป็นต้องถึงขั้นยึดถือให้ที่นั่นเป็นที่อยู่ถาวร แต่องค์ประกอบในข้อนี้ในบางประเทศถือเป็นเรื่องสำคัญในการแสดงถึงภูมิลำเนาของบุคคล เช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศบราซิล ได้กล่าวถึงภูมิลำเนาว่า หมายถึงสถานที่ ๆ บุคคลมีถิ่นที่อยู่โดยมีเจตนายึดถือเอาเป็นถิ่นที่อยู่ถาวร

ตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ การที่บุคคลทิ้งภูมิลำเนาเดิมโดยไม่มีเจตนาจะ ยึดถือเอาถิ่นที่อยู่ถาวรแห่งใหม่ไม่สามารถทำได้ การที่จะมีภูมิลำเนาใหม่โดยยังไม่มีทิ้งภูมิลำเนาเก่าจึงเป็นไปได้ ขณะที่ตามหลักกฎหมายของประเทศแถบภาคพื้นทวีป และประเทศสหรัฐอเมริกากลับเห็นว่าหากการละทิ้ง ภูมิลำเนาโดยการเลือก ภูมิลำเนาแรกก็จะกลับมาเป็นภูมิลำเนาของผู้ผู้นั้นอีกครั้งหนึ่ง

ภูมิลำเนาแรกเริ่มจะมีผลไปจนกว่าจะมีภูมิลำเนาโดยการเลือกเข้ามาแทนที่ และ ภูมิลำเนาโดยการเลือกจะมีผลไปจนกว่าจะถูกละทิ้ง ผลของการสละภูมิลำเนาโดยการเลือกอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณีคือ มีภูมิลำเนาโดยการเลือกแห่งใหม่แทนที่ หากไม่มีภูมิลำเนา ก็ยังคงมีผลอยู่เสมอ แต่ปัญหาอาจมีได้ใน กรณีที่ภูมิลำเนาแรกเริ่มตกไปอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของอีกรัฐหนึ่ง ขณะที่บุคคลนั้นมีภูมิลำเนาโดยการเลือก อยู่ในอีกรัฐหนึ่ง หากเขาสละภูมิลำเนาโดยไม่มีภูมิลำเนาแห่งใหม่อื่น เขาก็ยังคงกลับไปมีภูมิลำเนาแรกเริ่มตาม เดิม<sup>10</sup>

นอกจากนี้ภูมิลำเนาแรกเริ่มมีลักษณะที่แสดงถึงความพยายามที่จะอยู่ในที่ นั้นจริง ๆ กรณีนี้อาจดูได้จากกรณีที่ศาลจะหาหลักฐานเพื่อมาแสดงว่าเขาเจตนาเปลี่ยนภูมิลำเนา จากการเกิดมากกว่าจากการเลือก ดังปรากฏในคดี Ramsay (or Bowie) V. Liverpool Royal Infirmary (ผู้ทำพินัยกรรมทำพินัยกรรมซึ่งสมบูรณ์ตามกฎหมายสก๊อตแลนด์ แต่ไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาแรกเริ่มที่สก๊อตแลนด์ แต่ช่วง 35 ปีก่อน ถึงแก่กรรมเขาอาศัยอยู่ที่อังกฤษกับมารดา และพี่น้องของเขา แม้ว่าเขาจะไม่มีทรัพย์สินประเภท อสังหาริมทรัพย์อยู่ในประเทศอังกฤษเลยก็ตาม แต่คนในครอบครัวของเขาถือว่าที่อยู่ประเทศ อังกฤษ เขาไม่เคยไปยังสก๊อตแลนด์แต่หากครอบครัวจะกลับไป เขาก็ตามไปด้วย ในพินัยกรรมของ เขายกทรัพย์สินให้แก่ผู้เขียนที่ชื่อ Glasgow weekly newspaper จากข้อเท็จจริงต่าง ๆ เหล่านี้ทำให้ ศาลแห่งสก๊อตและศาลสูงถือว่าเขาไม่มีภูมิลำเนาสก๊อตเพราะมีเจตนาละทิ้งประกอบกับไม่มี เจตนาที่จะผูกพันตนกับภูมิลำเนาแรกเริ่มอีกต่อไป) จากหลักในคดีนี้แสดงให้เห็นได้ว่าขึ้นอยู่กับ ศาลในการที่ตัดสินว่าเขามีภูมิลำเนาแห่งใด

เหตุที่ภูมิลำเนาแรกเริ่มและภูมิลำเนาประเภทอื่นมีความแตกต่างกัน มาจากแนวคิดที่ ว่ามนุษย์เป็นของประเทศที่เขาถือกำเนิดมากกว่า แต่จากแนวคิดนี้เองคงเป็นการยากที่จะหาเหตุผลมาตัดสินได้ ว่าแล้วทำไมเขาจึงเลือกที่จะสละภูมิลำเนานั้น อีกทั้งการที่บุคคลย้ายภูมิลำเนามักจะมาจากการเปลี่ยนแปลง บางอย่างในชีวิต ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงมากกว่าผลของกฎหมาย การละทิ้งภูมิลำเนาแรกเริ่มของบุคคลและทำการ เลือกภูมิลำเนาใหม่จึงไม่มีผลอื่นที่มากไปกว่าเจตนาของบุคคลผู้นั้นเอง

<sup>10</sup> Simon Hertherington, Casul Marsh, " Conflict of Laws," Halsbury's Laws of England 4<sup>th</sup> ed. V.8(I) (London : Butterworth, 1996 ), pp.685-686.

ภูมิลำเนาโดยการเลือกจึงเป็นเพียงว่าเขามีเจตนาที่จะทิ้งภูมิลำเนาเดิม และเลือกภูมิลำเนาใหม่ และเป็นการแสดงถึงเจตนาแห่งบุคคลด้วย แม้ว่าเขาจะมีได้แสดงเจตนาว่าจะอยู่ ณ ภูมิลำเนาแห่งใหม่

### ก.3 ภูมิลำเนาโดยการกำหนดของกฎหมาย

แม้ว่าภูมิลำเนาดังกล่าวข้างต้น 2 ประเภทแรก เป็นการกำหนดภูมิลำเนาให้บุคคลโดยกฎหมายก็ตาม แต่ในหัวข้อนี้มุ่งกล่าวถึงภูมิลำเนาของบุคคลบางประเภทที่กฎหมายได้ก้าวเข้ามากำหนดไว้ให้ ภูมิลำเนาประเภทนี้ตามปกติจะเขียนได้เป็นเชิงสันนิษฐาน หากข้อเท็จจริงต่างจากที่สันนิษฐานไว้สามารถนำสืบหักล้างได้ แต่ในบางลักษณะก็อาจกำหนดไว้เป็นการบังคับ ภูมิลำเนาที่กำหนดโดยกฎหมายนี้มักให้แก่บุคคลประเภทผู้เยาว์, ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย, ทหารที่ประจำการ, นักโทษ, บุคคลไร้ความสามารถ เป็นต้น เช่น กฎหมายของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการกำหนดภูมิลำเนาให้กับผู้เยาว์โดยมาตรา 44 กำหนดให้ปฏิบัติตามภูมิลำเนาของผู้ปกครองหรือผู้ใช้อำนาจปกครอง, ข้าราชการมาตรา 46 จะกำหนดให้ภูมิลำเนาเป็นไปตามที่ทำการตามตำแหน่งหน้าที่, นักโทษโดยมาตรา 47 กำหนดให้ภูมิลำเนาเป็นไปตามสถานที่ตั้งของเรือนจำและทัณฑสถาน

" ภูมิลำเนา " ที่ได้กล่าวมาข้างต้นจัดเป็นข้อเท็จจริงที่เชื่อมต่อการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ การนำจุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนามาใช้ แบ่งได้เป็น 2 ประเภทกล่าวคือ นำจุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนามาใช้กับพินัยกรรมทั้งฉบับ หรือนำจุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนาใช้ในการนำไปสู่กฎหมายที่จะนำมาใช้กับองค์ประกอบในพินัยกรรม

การนำจุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนาใช้ในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมทั้งฉบับ จัดอยู่ในระบบ Unitary การหากฎหมายมาใช้โดยอาศัยภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยว ทำให้สามารถหากฎหมายมาใช้ได้เพราะบุคคลทุกคนย่อมมีภูมิลำเนา

แต่โดยที่พินัยกรรมประกอบไปด้วยองค์ประกอบต่างๆ เช่น สาระสำคัญ และผลของพินัยกรรม การตีความพินัยกรรม การเพิกถอนพินัยกรรม แบบแห่งพินัยกรรม และความสามารถในการทำพินัยกรรม การยอมรับแต่ภูมิลำเนามาใช้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยว ประเทศที่นำภูมิลำเนามาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมทั้งฉบับมักไม่อาศัยแต่



ภูมิฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวแต่เพียงลำพัง แต่มักปรากฏข้อเสริมในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับ  
 พินัยกรรม เช่น จุดเกาะเกี่ยว ณ.ที่ที่ทำพินัยกรรม

การนำจุดเกาะเกี่ยวภูมิฐานะมาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับ  
 พินัยกรรมตามองค์ประกอบของพินัยกรรมได้ดังนี้คือ ความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม สาระ  
 สำคัญและผลของพินัยกรรม การตีความพินัยกรรม การเพิกถอนพินัยกรรม แบบของพินัยกรรม

ในเรื่องความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมและการแสดงเจตนาของผู้ทำ  
 พินัยกรรม ซึ่งการนำภูมิฐานะมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวมาจากแนวความคิดที่ว่าภูมิฐานะเป็นศูนย์  
 กลางของชีวิต ผู้ทำพินัยกรรมใกล้ชิดกับกฎหมายภูมิฐานะมากที่สุดย่อมที่จะรู้สึกถึงสิทธิของตนตาม  
 กฎหมายภูมิฐานะได้ดีที่สุด แต่ในบางประเทศแม้ยอมรับภูมิฐานะในฐานะจุดเกาะเกี่ยวที่นำมา  
 ใช้กับพินัยกรรม แต่ภูมิฐานะที่จะนำมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวได้นั้นต้องเป็นภูมิฐานะของผู้ทำพินัย  
 กรรมมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี การนำภูมิฐานะมาเป็นจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องความสามารถ สาระ  
 สำคัญและผลของพินัยกรรม การตีความพินัยกรรม การเพิกถอนพินัยกรรม แบบแห่งพินัยกรรมจึง  
 ขึ้นอยู่กับแนวคิดและการยอมรับของแต่ละประเทศ

ในเรื่องแบบแห่งพินัยกรรม การนำจุดเกาะเกี่ยวภูมิฐานะแต่เพียง  
 ประการเดียวมาใช้ ทำให้แบบแห่งพินัยกรรมมีโอกาสที่จะไม่สมบูรณ์ได้ เพราะผู้ทำพินัยกรรม  
 สามารถที่จะทำพินัยกรรมที่ใดก็ได้ ไม่ว่าจะประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมมีสัญชาติอยู่, ประเทศที่  
 ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิฐานะอยู่, ประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมทำพินัยกรรม ฯลฯ การกำหนดให้ใช้  
 เฉพาะแต่จุดเกาะเกี่ยวภูมิฐานะในการหากฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรม ทำให้ผู้ทำพินัย  
 กรรมไม่คล่องตัว ตลอดจนแบบแห่งพินัยกรรมอาจไม่สมบูรณ์ได้อันเนื่องมาจากการที่แบบแห่ง  
 พินัยกรรมต้องเป็นไปตามกฎหมายภูมิฐานะ ทั้งที่แบบแห่งพินัยกรรมมีขึ้นเพื่อประโยชน์ในเชิง  
 หลักฐาน และรองรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม แบบแห่งพินัยกรรมจึงไม่ควรถูกจำกัด  
 การหากฎหมายมาใช้บังคับโดยอาศัยแต่จุดเกาะเกี่ยวใดจุดเกาะเกี่ยวหนึ่งแต่เพียงประการเดียว

ข. อุปสรรคและผลดีในการนำภูมิฐานะมาใช้ในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวเมื่อมีการขัดกัน  
 แห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม

(1) อุปสรรค



- การใช้ภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมมีลักษณะที่ไม่แน่นอน เนื่องจากคำว่าภูมิลำเนามีลักษณะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ อาจทำให้เกิดปัญหาการหาภูมิลำเนาของบุคคลแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับศาลที่พิจารณาคดีเป็นสำคัญ

ดังได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า “ภูมิลำเนา” มีลักษณะแตกต่างกันไป ตามแต่ละประเทศ อีกทั้งการได้มาและการเสียไปซึ่งภูมิลำเนาก็มีความแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ การนำภูมิลำเนามาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยว อาจจะทำให้เกิดปัญหาการให้ลักษณะข้อเท็จจริงแก่กฎหมายได้ กล่าวคือ ในกรณีที่เป็นคดีขึ้นสู่ศาล ศาลมักจะยึดคำว่า “ภูมิลำเนา” ในความหมายตามกฎหมายแห่งศาลนั่นเอง เช่นนี้ก็จะทำให้ภูมิลำเนาที่หาได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของศาลมากกว่าเป็นการใช้จุดเกาะเกี่ยวจากนิติสัมพันธ์

ภูมิลำเนายังมีความหมายคล้ายคลึงกับถิ่นที่อยู่เป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะเมื่อกฎหมายของบางประเทศกำหนดไว้ว่าการที่จะเป็นภูมิลำเนาได้ต้องมีเจตนาที่ยึดถือเอาเป็นภูมิลำเนา ก็จะนำไปสู่การใช้ถิ่นที่อยู่แทนเพราะถิ่นที่อยู่ซึ่งเสาะหาได้ง่ายกว่า ทำให้จุดเกาะเกี่ยวจากภูมิลำเนามีความสำคัญน้อยลงไป ทำให้ในบางประเทศใช้ถิ่นที่อยู่เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมแทนภูมิลำเนา

- ภูมิลำเนามีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงที่เปลี่ยนแปลงได้ง่าย ทำให้ต้องมี การแสวงหาภูมิลำเนามาใช้ ซึ่งในบางกรณีภูมิลำเนาของบุคคลนั้นอาจไม่ได้ใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์อย่างแท้จริง ซึ่งในประเด็นนี้บางประเทศได้กำหนดว่าภูมิลำเนาที่จะนำมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวได้จะต้องเป็นภูมิลำเนาของบุคคลที่เคยมีภูมิลำเนาอยู่ในที่นั้นมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี ดังนั้นหากผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาไม่ถึง 5 ปี ก็จะไม่นำภูมิลำเนานั้นมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรม

## (2) ผลดี

- ภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่บุคคลทุกคนต้องมี จึงเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่แน่นอนเพราะบุคคลทุกคนย่อมมีภูมิลำเนา แม้จะหาไม่ได้ในทางความเป็นจริงแต่กฎหมายมักจะกำหนดข้อสันนิษฐานไว้ กรณีต่างจากสัญชาติซึ่งบุคคลอาจเป็นผู้ไม่มีสัญชาติก็ได้

- ภูมิลำเนามีบทบาทในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวรองจากจุดเกาะเกี่ยวสัญชาติทำให้มีจุดเกาะเกี่ยวในการแสวงหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วย

พินัยกรรม เนื่องจากในบางประเทศที่ใช้จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติเป็นหลัก เชนิญกับปัญหาบุคคลไร้สัญชาติ ภูมิลำเนาของบุคคลก็จะก้าวเข้ามาทำหน้าที่แทนจุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติ

### 3.3 สัญชาติในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม

“สัญชาติ” เป็นจุดเกาะเกี่ยวหนึ่งที่ถูกนำมาใช้ในกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมไม่ว่าจะจุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมทั้งฉบับหรือตามองค์ประกอบของพินัยกรรมที่มีประเด็นการขัดกันแห่งกฎหมาย เช่น ความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม สาระสำคัญและผลของพินัยกรรม การตีความพินัยกรรม การเพิกถอนพินัยกรรม แบบแห่งพินัยกรรม เป็นต้น

#### ก. สัญชาติ

สัญชาติมีความผูกพันอยู่กับบุคคล แม้บุคคลไปอยู่ในรัฐอื่น หรือแม้แต่มีภูมิลำเนาของรัฐก็ทำให้สัญชาติเสียไปไม่ได้ สัญชาติจึงมีบทบาทในการเข้ามาเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญอีกประการหนึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

แม้จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติเป็นรากฐานที่สำคัญในการนำไปสู่กฎหมายที่จะมาใช้กับบุคคลเมื่อเขาเกิด และไม่ว่าบุคคลนั้นจะย้ายไปอยู่ที่ใดในภายหลังการเกิดก็ตามดังนั้นมีกรใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวแล้วก็จะทำให้เกิดความมั่นคงได้ แต่ขณะเดียวกันสัญชาติก็อาจไม่เพียงพอที่จะเป็นจุดเกาะเกี่ยวได้หากว่าเกิดกรณีบุคคลไม่มีสัญชาติ, บุคคลหลายสัญชาติ เป็นต้น

จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติมีการยอมรับกันมากในประเทศที่มีระบบกฎหมาย Civil law แต่ในประเทศในระบบ Common Law และประเทศในอาณานิคมของประเทศอังกฤษ หาได้ใช้จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวหลักไม่

การใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยว มีแนวคิดมาตั้งแต่ในสมัยโรมัน แต่แนวคิดการใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวถูกอิทธิพลจากการใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภทอื่น และการใช้กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (Lex Fori) ทำให้การใช้จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติไม่เป็นที่นิยม จนมาเมื่อปลายศตวรรษที่ 17 มีนักกฎหมายชาวอิตาลีชื่อ Pasquale Macini (1817-1888) ได้เสนอ

แนวคิดเกี่ยวกับการนำ “สัญชาติ” ในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวกลับมาใช้อีกครั้ง โดยเฉพาะประเด็นเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยสถานะของบุคคล และมรดก ซึ่งจากแนวคิดของเขานี้เองได้นำมาสู่การปรับปรุง ประมวลกฎหมายแห่งประเทศฝรั่งเศส the French Code Civil of 1804 และประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศออสเตรีย the Austrian Civil Code of 1811 นอกจากนี้ จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติยังเป็นที่ยอมรับของประเทศในแถบยุโรป และประเทศในแถบละตินอเมริกา แต่ก็มีได้หมายความว่าทุกประเทศในทวีปยุโรปและทวีปอเมริกาใต้จะใช้จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติเป็นหลักทุกประเทศ มีบางประเทศที่ยังคงใช้จุดเกาะเกี่ยวจากภูมิลำเนา เช่น ประเทศสวีเดน แลนด์, ประเทศเดนมาร์ก แต่อย่างไรก็ตามประเทศในระบบ Common law ยังไม่ยอมรับจุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวหลัก ทั้งนี้เป็นผลที่สืบมาจากความขัดแย้งในแนวคิดว่าจะไร้ความเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่เหมาะสมระหว่าง “สัญชาติ” หรือ “ภูมิลำเนา”<sup>11</sup>

การนำสัญชาติมาใช้ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวเพื่อหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรม สามารถนำมาเป็นจุดเกาะเกี่ยวกับพินัยกรรมทั้งฉบับ หรือจุดเกาะเกี่ยวตามองค์ประกอบในพินัยกรรม แล้วแต่ระบบการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของประเทศนั้นๆ ว่าใช้ระบบหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมในแบบใด

การนำสัญชาติมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับประเด็นความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมมาจากแนวความคิดที่ว่าสัญชาติเป็นสิ่งที่เกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับบุคคลมากที่สุด สัญชาติเป็นสิ่งที่ติดอยู่กับบุคคล ไม่ว่าจะบุคคลจะไปที่ไหนสัญชาติก็ตามติดไปกับบุคคลนั้นด้วย การเสาะหาสัญชาติของบุคคลจึงทำได้ง่าย ประกอบกับมีข้อสันนิษฐานที่ว่า บุคคลผู้มีสัญชาติใดน่าที่จะรู้สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของสัญชาติของตน แต่ปัญหาอาจเกิดขึ้นได้ เช่น กรณีบุคคลนั้นเป็นบุคคลไร้สัญชาติ หรือเป็นบุคคลที่มีหลายสัญชาติจะนำเอากฎหมายใดมาใช้กับความสามารถของบุคคลนั้น

ในประเด็นแบบแห่งความสมบูรณ์ของพินัยกรรม การหากฎหมายมาใช้บังคับกับแบบสัญชาติ ถูกจัดเป็นทางเลือกหนึ่งที่ทำให้พินัยกรรมอาจแสดงเจตนาเลือกให้พินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมมีสัญชาติ

<sup>11</sup> Kurt H. Nadelmann, "Manici's nationality rule and non-unified legal systems : Nationality versus Domicile," *AJCL* (1969) : 420.

การนำเอาสัญชาติมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวพบมากในระบบ Unitary ที่ใช้หลักสัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยว แต่บทบาทของสัญชาติที่เกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยการแสดงเจตนาในการทำพินัยกรรม ไม่ว่าจะเป็นประเด็นผลของพินัยกรรม, การตีความพินัยกรรม, การเพิกถอนพินัยกรรม นอกจากจะเป็นจุดเกาะเกี่ยวแล้ว ประเทศที่ยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรม ยังให้กฎหมายสัญชาติเป็นหนึ่งในทางเลือกที่ผู้ทำพินัยกรรมสามารถแสดงเจตนาเลือกเป็นกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมของตนได้ ซึ่งมักเป็นทางเลือกที่ควบคู่ไปกับกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม

ข. อุปสรรคและผลดีในการนำสัญชาติมาใช้ในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวเมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม

#### (1) อุปสรรค

อุปสรรคในการนำสัญชาติมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมย่อมเกิดได้ในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นผู้ไม่มีสัญชาติ หรือมีสัญชาติตั้งแต่ 2 สัญชาติขึ้นไป หากกรณีที่บุคคลเป็นผู้ไม่มีสัญชาติ รัฐก็มักจะหาจุดเกาะเกี่ยวอื่นมาใช้แทนสัญชาติเช่น ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่

กรณีที่บุคคลเป็นผู้มีสัญชาติตั้งแต่ 2 สัญชาติขึ้นไป ก็ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมายขัดกันของประเทศนั้น ๆ ว่าจะเลือกใช้กฎหมายจากจุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติใดหรือจะให้กฎหมายของรัฐนั้นเอง เช่นในประเทศเยอรมนีหากบุคคลมี 2 สัญชาติ และ 1 ในนั้นคือสัญชาติเยอรมนี ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี หลักนี้เหมือนกันทั้งของประเทศฝรั่งเศส และประเทศอิตาลี แต่หากว่าสัญชาติของบุคคลเป็นสัญชาติของรัฐอื่น ก็อาจนำไปสู่การใช้สัญชาติที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิด โดยอาจคำนึงถึงภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่แรกเริ่มมาเป็นตัวช่วยพิจารณาว่าสัญชาติใดจะใกล้ชิดกับบุคคลนั้นที่สุด แต่หากหาไม่ได้ก็อาจนำสิ่งอื่นมาใช้เป็นตัวช่วยในการพิจารณา เช่น ภาษาที่เขาใช้เป็นหลัก (ภาษาแม่), การดำเนินชีวิตและความสัมพันธ์ทางครอบครัว ซึ่งปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้จะถูกนำมาใช้เพื่อพิจารณาหาว่าสัญชาติใดที่ใกล้ชิดกับบุคคลนั้นมากที่สุด

#### (2) ผลดี

การใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวนั้นง่ายแก่การเสาะหาสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม เนื่องจากสัญชาติเป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคล โดยรัฐเป็นผู้มอบให้ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะโยกย้ายที่อยู่ หรือทำนิติสัมพันธ์ใด ๆ ก็ไม่มีผลกระทบต่อสัญชาติของบุคคลนั้น

ในแง่ของจุดเกาะเกี่ยวนั้น สัญชาติจึงมีลักษณะที่ชัดเจนกว่าภูมิลำเนา กล่าวคือการที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ หรือไม่มีสัญชาติพิสูจน์ได้แน่นอนกว่ากรณีหาภูมิลำเนาของบุคคลซึ่งมักเกิดจากข้อเท็จจริง หรือเป็นไปตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย ตลอดจนมีการเปลี่ยนแปลงได้ง่ายได้ และในบางประเทศก็ยอม

รับถึงการมีภูมิลำเนาหลายแห่งในขณะเดียวกันได้ ดังนั้นแง่ของการเสาะหาสัญชาติของบุคคลจึงง่ายกว่าการเสาะหาภูมิลำเนาของบุคคล

### 3.4 สถานที่ตั้งทรัพย์สินในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม

สถานที่ตั้งทรัพย์สินถูกกำหนดเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องเมื่อเกิดข้อพิพาทในทรัพย์สินที่มีลักษณะระหว่างประเทศ พินัยกรรมเป็นการกำหนดการเมื่อตายของผู้ทำพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินซึ่งได้แก่ทรัพย์สินมรดกของผู้ตาย สถานที่ตั้งทรัพย์สินจึงเป็นอีกหนึ่งจุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม

#### ก. สถานที่ตั้งทรัพย์สิน

สถานที่ตั้งทรัพย์สิน ถูกนำมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรม ซึ่งในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม สถานที่ตั้งทรัพย์สินมักถูกนำมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ บทบาทของจุดเกาะเกี่ยวจากสถานที่ตั้งทรัพย์สินจึงขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศ ว่ามีระบบการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในระบบใด

หากเป็นระบบ Scission จุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินจะมีบทบาทเป็นอย่างมาก เนื่องจากระบบ Scission แยกการหากฎหมายมาใช้ตามลักษณะของทรัพย์สินมรดก หากทรัพย์สินมรดกเป็นอสังหาริมทรัพย์แล้ว จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้ได้แก่จุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินทั้งสิ้น โดยไม่คำนึงว่าการขัดกันนั้นเป็นไปในองค์ประกอบใดของพินัยกรรม แต่ขณะที่ระบบ Unitary จุดเกาะเกี่ยวจากสถานที่ตั้งทรัพย์สิน ถือเป็นข้อยกเว้นที่ใช้ได้ในบางกรณี เช่น การใช้จุดเกาะเกี่ยวจากสถานที่ตั้งทรัพย์สินเฉพาะทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในรัฐของตน

สถานที่ตั้งทรัพย์สินที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวในที่นี้จึงหมายความว่าถึงสถานที่ที่ทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ ซึ่งปรากฏโดยชัดเจนและแน่นอน ในประเทศต่าง ๆ ไม่ปรากฏการนำสถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เป็นสังหาริมทรัพย์ เว้นในกรณีการขัดกันในระดับภายในมลรัฐ แต่ก็พบน้อยมาก ทั้งนี้เพราะโดยสภาพของสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้โดยสะดวก และโดยทั่วไปสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นทรัพย์สินมรดก นอกจากจะหมายถึงสังหาริมทรัพย์ทั่วไปยังหมายความรวมถึงสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ ซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ประเภทหนึ่งเช่นกัน เว้นในบางรัฐที่กำหนดไว้ชัดว่า



ให้นำเอากฎหมาย ณ. สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้กับสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ เช่น ประเทศอาร์เจนตินา

สถานที่ตั้งทรัพย์สินแม้เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่เสริมเข้ามาเพื่อช่วยหากฎหมายในกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม โดยที่สถานที่ตั้งทรัพย์สินเป็นดินแดนที่มีความเกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน จุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้มีบทบาทอย่างมากในคดีเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศในกรณีเกี่ยวกับทรัพย์สิน ซึ่งโดยมากมักจะไม่วมทรัพย์สินทั้ง 2 ประเภทไว้ด้วยกัน แต่จะแยกตามประเภทของทรัพย์สินเป็นสังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์

การนำกฎหมาย ณ. สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม มักแยกออกตามองค์ประกอบในพินัยกรรม ได้แก่ในเรื่องความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม แบบแห่งพินัยกรรม และสาระสำคัญและผลของพินัยกรรม การตีความพินัยกรรม การเพิกถอนพินัยกรรม การนำจุดเกาะเกี่ยว ณ. สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้กับความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม มักจำกัดเฉพาะความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมที่เกี่ยวกับการทำพินัยกรรมแต่ในส่วนที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ เมื่อความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมสมบูรณ์ตามกฎหมาย ณ. สถานที่ตั้งทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ ก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้พินัยกรรมสมบูรณ์ตามกฎหมาย ไม่ก่อให้เกิดปัญหาในแง่ที่ว่าผู้ทำพินัยกรรมมีความสามารถตามกฎหมายใด สามารถทำพินัยกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ได้หรือไม่ แต่การนำจุดเกาะเกี่ยว ณ. สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวเพื่อหากฎหมายมาใช้กับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์โดยแยกจากทรัพย์สินมรดกประเภทอื่น ทำให้ผู้ทำพินัยกรรมจึงต้องเป็นผู้มีความสามารถตามกฎหมายของทุกรัฐที่จุดเกาะเกี่ยวโยงไปสู่กฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับพินัยกรรม

แต่ในเรื่องแบบแห่งพินัยกรรม มักไม่ปรากฏการนำจุดเกาะเกี่ยว ณ. สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้ แต่เพียงประการเดียว เพราะผู้ทำพินัยกรรมสามารถทำพินัยกรรมที่ใดๆ ก็ได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นสถานที่ที่ตั้งทรัพย์สิน แม้สถานที่ตั้งทรัพย์สินจะมีความเกี่ยวพันอยู่ในแง่ของสถานที่ตั้งทรัพย์สินมรดก แต่ก็หาใช่ข้อเท็จจริงที่ผูกพันผู้ทำพินัยกรรมอยู่กับสถานที่ตั้งทรัพย์สินแต่เพียงประการเดียว จึงไม่ควรนำสถานที่ตั้งทรัพย์สินมาเป็นจุดเกาะเกี่ยวแต่เพียงประการเดียวกับประเด็นแบบแห่งความสมบูรณ์ของพินัยกรรม แต่ควรจะกำหนดไว้เป็นทางเลือกของผู้ทำพินัยกรรม

ข. อุปสรรคและผลดีในการใช้จุดเกาะเกี่ยว ณ. สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม



### (1) อุปสรรค

การใช้สถานที่ตั้งทรัพย์สินเป็นจุดเกาะเกี่ยวในกรณีการขัดกันแห่งกฎหมาย ว่าด้วยพินัยกรรมอาจทำให้ผลของพินัยกรรมผิดไปจากเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม เนื่องจากตามปกติแล้วการใช้จุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินกับทรัพย์สินมรดกที่พิพาทกัน ซึ่งทรัพย์สินชนิดเดียวกัน อุปสรรคจากการใช้จุดเกาะเกี่ยวจากสถานที่ตั้งทรัพย์สินคงไม่ปรากฏ แต่ในกรณีที่มีมรดกทรัพย์สินจำนวนมาก หรือมีหลายประเภท การใช้จุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินจึงนำมาซึ่งความยุ่งยากในการแยกทรัพย์สินนั้นออกจากมรดกโดยรวม และอาจเกิดปัญหาต่อไปกับการกระจายทรัพย์สินมรดกตลอดจนปัญหาจากการชำระหนี้

### (2) ผลดี

การใช้สถานที่ตั้งทรัพย์สินเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ง่ายแก่การเสาะหาสถานที่และสะดวกมากต่อการปฏิบัติทางทะเบียนราชการ เนื่องจากจุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สิน มักถูกนำมาใช้เมื่อเกิดข้อพิพาทของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องพันกับทรัพย์สิน โดยเฉพาะอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งการนำมาใช้มิได้หมายถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับตัวทรัพย์สินเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงสิทธิต่าง ๆ ที่พึงมีในอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วย

โดยสภาพของอสังหาริมทรัพย์ เป็นทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้ จึงมีความเกี่ยวพันกันกับดินแดนของรัฐที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ รัฐทุกรัฐจึงมักให้ความสนใจต่อการทำประการใดในต่อดินแดนของตนจึงมักจะออกกฎหมายภายใน ระเบียบกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบ และสงบสุขต่อการใช้อินแดนในรัฐนั้น เอกชนจึงต้องไปทำการต่าง ๆ เช่น ทางทะเบียนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้เป็นตัวแทนรัฐ และในหลาย ๆ รัฐก็มักไม่ยอมรับการที่กฎหมายของรัฐอื่นจะมามีอำนาจเหนือดินแดนของตนเอง ดังนั้นการใช้จุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สิน เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมจึงมักนำไปสู่กฎหมายของประเทศที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ ทำให้ไม่เกิดความยากลำบากในการติดต่อกับรัฐเพื่อการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกที่พิพาทนั้น

### 3.5 สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมในฐานะเป็นจุดเกาะเกี่ยวอย่างหนึ่งของพินัยกรรม

สถานที่ที่มีการทำนิติกรรมถูกจัดเป็นจุดเกาะเกี่ยวประเภทหนึ่งเมื่อมี

กรณีการขัดกันแห่งกฎหมาย พินัยกรรมจัดเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมจึงจัดเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับสถานที่ที่ผู้ทำพินัยกรรมมีความเกี่ยวพัน

### ก. สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรม

พินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศมีการหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม สามารถแบ่งการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมได้ กล่าวคือหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมโดยแบ่งแยกตามองค์ประกอบของพินัยกรรม และหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมทั้งฉบับ มีจุดเกาะเกี่ยวที่เข้ามาเกี่ยวข้องอย่างมากมาย จุดเกาะเกี่ยว ณ.สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมก็เป็นอีกจุดเกาะเกี่ยวหนึ่งที่มีความสำคัญ แต่ไม่ปรากฏว่ามีการนำจุดเกาะเกี่ยว ณ.สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมมาใช้กับประเด็นความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม หรือการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม เพราะสถานที่ที่ทำพินัยกรรมอาจไม่มีความเกี่ยวข้องอย่างใด กับผู้ทำพินัยกรรม หรือไม่ใช้สถานที่ตั้งทรัพย์สินมรดก สถานที่ที่ทำพินัยกรรมอาจเป็นเพียงสถานที่หนึ่งที่ได้ที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมเพียงเท่านั้น ผู้ทำพินัยกรรมอาจไม่รู้สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย ณ.สถานที่ที่ทำพินัยกรรม การนำสถานที่ที่ทำพินัยกรรมมาใช้กับจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม หรือการแสดงเจตนาของผู้ทำจึงไม่เหมาะสม แต่หากจะไม่นำสถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวเลย อาจเป็นการตัดสิทธิของผู้ทำพินัยกรรม เพราะอย่างน้อยสถานที่ที่มีการทำพินัยกรรม ก็เป็นสถานที่ที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมไว้ในที่นั้น จึงควรนำเอาสถานที่ที่ทำพินัยกรรมมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวเพื่อหากฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ในเรื่องแบบแห่งความสมบูรณ์ของพินัยกรรม

Savigny เป็นผู้ริเริ่มในแนวคิดในการนำจุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรม มาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรม โดย Savigny ได้นำเอาจุดเกาะเกี่ยวจากสถานที่ที่มีการทำนิติกรรมมาเป็นทางเลือกหนึ่งในการหากฎหมายมาใช้กับแบบแห่งแห่งความสมบูรณ์ของพินัยกรรม กล่าวคือ แบบแห่งสัญญาจะสมบูรณ์หากทำกฎหมาย ณ สถานที่ที่มีการทำสัญญา หรือตามกฎหมาย ณ สถานที่ ๆ สัญญามีผล เป็นการทำให้เกิดเสรีภาพแก่เอกชน เช่น ตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ยอมรับความสมบูรณ์แห่งแบบแห่งนิติกรรมแม้ว่าได้ทำตามกฎหมายของรัฐที่ผู้นั้นตั้งถิ่นฐานอยู่ก็ตาม

หลักการเดียวกันนี้ปรากฏอยู่ใน Rome Convention<sup>12</sup> หากเทียบในเรื่องของพันธกรรม จุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ที่มีการทำพันธกรรม ก็ควรถือเป็นจุดเกาะเกี่ยวหนึ่งในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับความสมบูรณ์ของแบบแห่งพันธกรรมเช่นกัน ซึ่งในหลายที่ประเทศก็ได้

---

<sup>12</sup> the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations

#### Article 9 - Formal validity

1. A contract concluded between persons who are in the same country is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it under this Convention or of the law of the country where it is concluded.

2. A contract concluded between persons who are in different countries is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it under this Convention or of the law of one of those countries.

3. Where a contract is concluded by an agent, the country in which the agent acts is the relevant country for the purposes of paragraphs 1 and 2.

4. An act intended to have legal effect relating to an existing or contemplated contract is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which under this Convention governs or would govern the contract or of the law of the country where the act was done.

5. The provisions of the preceding paragraphs shall not apply to a contract to which Article 5 applies, concluded in the circumstances described in paragraph 2 of Article 5. The formal validity of such a contract is governed by the law of the country in which the consumer has his habitual residence.

6. Notwithstanding paragraphs 1 to 4 of this Article, a contract the subject matter of which is a right in immovable property or a right to use immovable property shall be subject to the mandatory requirements of form of the law of the country where the property is situated if by that law those requirements are imposed irrespective of the country where the contract is concluded and irrespective of the law governing the contract.

ยอมรับจุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรม ไว้เป็นทางเลือก แต่ไม่ปรากฏว่ามีการนำจุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ตั้งทรัพย์มาใช้กับพินัยกรรมทั้งฉบับหรือกับทุกองค์ประกอบในพินัยกรรม

ดังใน The Hague Convention on the Conflict of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions of 1961 ได้กำหนดให้สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมเป็นหนึ่ง ในเจ็ดทางเลือก ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับแบบแห่งความสมบูรณ์ของพินัยกรรม

**ข. อุปสรรคข้อดีและในการใช้สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมเป็นจุดเกาะเกี่ยวเมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม**

### (1) อุปสรรค

สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมมิได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ทำพินัยกรรม เนื่องจากจุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้ประเภทสัญชาติ, ภูมิลำเนา มักจะเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเอกชน แต่ขณะที่จุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ที่ทำการนิติกรรมอาจจะเป็นเพียงสถานที่ที่เอกชนผู้ทำพินัยกรรมทำพินัยกรรมแค่ชั่วคราว หาได้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเอกชนผู้ทำพินัยกรรมนั้นเหมือนดังจุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนา หรือสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม การนำจุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมมาใช้กับความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม หรือการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม จึงอาจทำให้ผู้ทำพินัยกรรมนั้น ๆ ไม่เข้าใจถึงหลักกฎหมายต่างต่างได้ดีเท่าที่ควรซึ่งอาจทำให้เอกชนเสียเปรียบได้

### (2) ผลดี

การใช้สถานที่ที่ทำการพินัยกรรมเป็นจุดเกาะเกี่ยวทำให้เกิดความสะดวกแก่บุคคลผู้ทำพินัยกรรม เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วเมื่อเอกชนมีการทำสัญญาในที่ต่างๆของโลกได้ง่ายขึ้น ซึ่งรวมถึงการทำพินัยกรรมด้วย การยอมรับจุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรม จึงทำให้เกิดความสะดวก โดยเฉพาะเมื่อจุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ที่มีการทำนิติกรรมมักจะถูกนำมาใช้เป็นทางเลือก เพื่อหากฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรม การยอมรับจุดเกาะเกี่ยวนี้จึงทำให้เกิดเสรีแก่เอกชนผู้ทำพินัยกรรมได้มากขึ้น และเกิดทางเลือกที่หลากหลายแก่ผู้ทำพินัยกรรม

จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาหากฎหมายเพื่อใช้บังคับเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมมีหลายจุดเกาะเกี่ยวด้วยกัน ขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้น ๆ ใช้ระบบการขัด

กันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในระบบใด การใช้จุดเกาะเกี่ยวก็เป็นไปตามนั้น แต่ทั้งนี้ การใช้จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวหาได้ใช้อย่างตายตัวไม่ บางจุดเกาะเกี่ยว เช่น จุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สิน ถูกนำมาใช้เป็นตัวเลือกเพื่อทำให้เกิดความสะดวกแก่ผู้ทำพินัยกรรม ดังจะกล่าวต่อไปในบทที่ 4



สถาบันวิทย์บริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 4

### การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบกับกรปรับใช้หลักเกณฑ์ว่าด้วย การขัดกันแห่งกฎหมาย

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 และ 3 จะเห็นได้ว่าจุดเกาะเกี่ยวที่เชื่อมกับกฎหมายที่จะนำมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมมีความหลากหลายแตกต่างกัน สามารถจัดได้เป็น 2 ระบบ ใหญ่ ได้แก่ Scission system และ Unitary System จึงจำเป็นต้องศึกษาเปรียบเทียบว่าประเทศต่างๆมีการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมอย่างไร จัดอยู่ในระบบใด โดยแยกเป็นประเทศในระบบกฎหมาย Common Law และประเทศในระบบกฎหมาย Civil law ด้วย

โดยที่การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม สามารถแยกออกเป็นการขัดกันแห่งกฎหมายในองค์ประกอบต่าง ๆ ของพินัยกรรม เช่น ความสามารถ, การแสดงเจตนาในการทำพินัยกรรมและแบบแห่งพินัยกรรม ซึ่งใช้จุดเกาะเกี่ยวแตกต่างกันไป ดังนั้นจึงขอแบ่งหัวข้อการศึกษาเปรียบเทียบออกไปตามองค์ประกอบต่าง ๆ ของพินัยกรรม ดังต่อไปนี้

- 4.1 ความสามารถ
- 4.2 ทรัพย์สิน
- 4.3 สาระสำคัญและผลของพินัยกรรม
- 4.4 การตีความพินัยกรรม
- 4.5 การเพิกถอนพินัยกรรม
- 4.6 แบบแห่งพินัยกรรม

#### 4.1 ความสามารถ

ความสามารถเป็นเรื่องที่ติดกับตัวบุคคล การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมอาจเกิดได้ในกรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมหรือผู้รับพินัยกรรมมีภูมิลำเนา หรือสัญชาติ ตลอดจนสถานที่ตั้งทรัพย์สินมรดกซึ่งอยู่ในประเทศต่างๆกัน ทำให้เกิดปัญหาว่าด้วยความสามารถของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับพินัยกรรมขึ้นว่า ผู้ทำพินัยกรรมมีความสามารถในการทำพินัยกรรม และผู้รับพินัยกรรมมีความสามารถในการรับพินัย



กรรมหรือไม่ ซึ่งกฎหมายของแต่ละประเทศต่างก็บัญญัติหลักเกณฑ์การชดกันแห่งกฎหมายในเรื่องนี้แตกต่างกันไป

ความสามารถในที่นี้ จึงอาจแบ่งออกได้เป็นความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม และความสามารถของผู้รับพินัยกรรม

#### 4.1.1 ความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม

ประเด็นความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม มีข้อถกเถียงว่าการนำกฎหมายมาใช้แก่กรณีการชดกันแห่งกฎหมายควรเป็นกฎหมายจากสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม หรือกฎหมายจากภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม

ตามปกติแล้วในเรื่องความสามารถของบุคคล กฎหมายภายในของแต่ละประเทศจะกำหนดความสามารถของบุคคลผู้ทำพินัยกรรมไว้ อันเนื่องมาจากเหตุผลเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตามปกติแล้วเมื่อบุคคลอายุถึงเกณฑ์บรรลุนิติภาวะแล้ว ก็จะได้รับ การยอมรับว่าบุคคลนั้นมีวุฒิภาวะพอที่จะรับผิดชอบต่อการก่อนิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ของตนได้อย่างเต็มที่ แต่หากว่าบุคคลนั้นยังไม่บรรลุนิติภาวะบุคคลนั้นก็ถือว่าเป็นผู้ไร้ความสามารถเสียทีเดียว การใดที่เป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้เยาว์ที่เหมาะสมแก่ฐานะานุรูป กฎหมายมักที่จะยอมให้ผู้เยาว์นั้นกระทำได้

ในเรื่องความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมนี้เอง กฎหมายของประเทศต่าง ๆ มักจะยอมให้บุคคลที่อายุยังไม่บรรลุนิติภาวะสามารถที่จะทำพินัยกรรมได้ แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเกณฑ์อายุตามกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ ว่า ยอมรับที่จะให้บุคคลทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุเท่าใด เช่น ประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 19 บัญญัติให้บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 20 ปีบริบูรณ์ หรือตามมาตรา 20 ผู้เยาว์อาจบรรลุนิติภาวะได้ในกรณีที่ผู้เยาว์ไม่ว่าชายหรือหญิงผู้มีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ทำการสมรสด้วยความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม แต่มาตรา 25 ยอมให้บุคคลที่มีอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไปสามารถที่จะทำพินัยกรรมได้, ประเทศยูโกสลาเวีย บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 18 ปี แต่สามารถที่จะทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุ 16 ปี, ประเทศอังกฤษบุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 18 ปี แต่สามารถที่จะทำพินัยกรรมได้เฉพาะในทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์เมื่ออายุได้ 16 ปี, ประเทศนิวซีแลนด์บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 20 ปี แต่สามารถทำพินัยกรรมได้ต่อเมื่อมีอายุ 18 ปี หรืออายุต่ำกว่า 18 ปีก็สามารถทำพินัยกรรมได้ถ้าบุคคลนั้นทำการสมรสตามกฎหมายแล้ว, ประเทศนิการากัว (Nicaragua) บุคคลบรรลุนิติ

ภาวะเมื่ออายุได้ 21 ปี แต่ทว่าความสามารถในการทำพินัยกรรมแตกต่างกันไปตามอายุ และเพศ กล่าวคือ หากบุคคลเพศชายสามารถทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุ 15 ปี ขณะที่หญิงสามารถทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุ 14 ปี, ประเทศนอร์เวย์บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 20 ปี แต่บุคคลสามารถทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุได้ 15 ปี ซึ่งกรณีนี้คล้ายกับกฎหมายของประเทศไทย แต่ทว่าทรัพย์สินที่บุคคลอายุ 15 ปีขึ้นไปแต่ยังไม่บรรลุนิติภาวะจะสามารถทำพินัยกรรมได้ก็ต้องเป็นทรัพย์สินที่ได้จากการทำงานของบุคคลนั้นๆ เท่านั้น ประเทศเยอรมนี (Federal Republic of Germany) บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 21 ปีบริบูรณ์ แต่บุคคลอายุครบ 16 ปีบริบูรณ์สามารถที่จะทำพินัยกรรมแบบต่าง ๆ ได้, ประเทศเดนมาร์กบุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุครบ 20 ปี แต่บุคคลสามารถทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุครบ 18 ปีเป็นต้น แต่ทั้งนี้ในบางประเทศก็ไม่ยอมให้ผู้เยาว์ทำพินัยกรรมได้จนกว่าผู้เยาว์นั้นจะบรรลุนิติภาวะ

ตามปกติแล้วบุคคลที่กฎหมายจำกัดความสามารถไว้ นอกจากผู้เยาว์แล้วยังมีบุคคลวิกลจริต ซึ่งโดยทั่วไปมักยอมรับกันว่าบุคคลวิกลจริตไม่สามารถที่จะทำพินัยกรรมได้ สำหรับประเทศไทยแล้วบุคคลวิกลจริตแบ่งเป็นบุคคลวิกลจริตที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถซึ่งไม่สามารถทำพินัยกรรมได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1704 และบุคคลวิกลจริตซึ่งศาลยังมิได้สั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หากพิสูจน์ได้ว่าขณะทำพินัยกรรมเป็นบุคคลวิกลจริต พินัยกรรมที่บุคคลวิกลจริตได้ทำขึ้นนั้นก็เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1704 วรรคสอง

ส่วนบุคคลเสมือนไร้ความสามารถกลับไม่ปรากฏการจำกัดความสามารถในเรื่องการทำพินัยกรรมไว้ ดังนั้นบุคคลเสมือนไร้ความสามารถจึงอาจทำพินัยกรรมได้เหมือนกับบุคคลผู้บรรลุนิติภาวะทั่วไป

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่ากฎหมายภายในกำหนดเรื่องความสามารถของบุคคลผู้ทำพินัยกรรมไว้อย่างหลากหลาย การหากกฎหมายมาใช้ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในเรื่องความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมแตกต่างกันไปแล้วแต่ว่าจะยึดเอาระบบกฎหมายขัดกันใดมาใช้

- ก. วิธีการหากกฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบ Common Law

### ก.1 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ

ดังได้กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่าประเทศอังกฤษมีการหากฎหมายมาใช้เมื่อมีการขัดกันในเรื่องของพินัยกรรมโดยแบ่งแยกตามลักษณะของทรัพย์สิน ส่วนในเรื่องของความสามารถที่เกี่ยวข้องกับพินัยกรรมไม่ว่าจะเป็นความสามารถในการทำพินัยกรรม หรือความสามารถในการรับพินัยกรรมก็แยกไปตามลักษณะของทรัพย์สินด้วยเช่นกัน

หากทรัพย์สินที่ผู้ทำพินัยกรรมกำหนดเป็นทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ ความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมก็ต้องเป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินนั้น ดังนั้น แม้ว่าผู้ทำพินัยกรรมจะทำพินัยกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ในหลายประเทศ ผู้ทำพินัยกรรมก็ต้องมีความสามารถตามกฎหมาย ณ สถานที่ที่ตั้งทรัพย์สินที่ผู้ทำพินัยกรรมกำหนดเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นไว้ ดังปรากฏในคดี Re Hernando

ในประเด็นความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมในการทำพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม โดยปรากฏในคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ในคดี Good of Maraver (1828) แสดงถึงการนำกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้กับประเด็นความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม แต่ไม่ปรากฏคำพิพากษาของศาลแห่งประเทศอังกฤษว่าให้ความสามารถของบุคคลเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมขณะที่ทำพินัยกรรม หรือเป็นไปตามกฎหมายสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม<sup>1</sup>

ความคิดเห็นในทางตำราเกิดการถกเถียงกันว่าหลักกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ตายควรจะใช้กฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ตายขณะที่ผู้นั้นถึงแก่ความตาย หรือควรจะใช้กฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ตายขณะที่ผู้ตายได้ทำพินัยกรรม หลักใดจึงจะเหมาะสมกว่ากัน ฝ่ายที่สนับสนุนให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาขณะที่มีการทำพินัยกรรม มีความเห็นว่าการพิจารณาว่าบุคคลมีความสามารถในการทำพินัยกรรมหรือไม่ ต้องพิจารณาขณะที่ทำพินัยกรรมเป็นสำคัญ หากขณะทำพินัยกรรมบุคคลผู้ทำพินัยกรรมเป็นผู้ไม่มีความสามารถขณะที่ทำพินัยกรรม พินัยกรรมก็เป็นอันสิ้นผลทันที แต่อีกฝ่ายที่สนับสนุนให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม

<sup>1</sup> J.A.C. Thomas, Private international law (The Anchor Press : Great Britain, 1955), p.130.

เนื่องจากภูมิลำเนาสุดท้ายเป็นสิ่งที่ไม่ใกล้ชิดกับผู้ทำพันธกรรม จึงเห็นว่าหากว่าผู้ทำพันธกรรมไม่ประสงค์ให้พันธกรรมที่ทำไว้แต่เดิมมีผลก็ควรจะทำกรเพิกถอนพันธกรรม แต่การที่ไม่เพิกถอนแสดงว่าเจตนาต้องการให้พันธกรรมยังคงมีผลต่อไป จึงควรนำกฎหมายภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพันธกรรมมาใช้กับประเด็นความสามารถของผู้ทำพันธกรรม ขณะที่แนวคิดอีกแนวหนึ่งมีความเห็นว่า ไม่ว่าจะความสามารถของผู้ทำพันธกรรมจะเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพันธกรรมขณะที่ทำพันธกรรมหรือความสามารถของผู้ทำพันธกรรมจะเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพันธกรรม ความสามารถนั้นก็สมบูรณ์ได้ ไม่ควรจำกัดให้ความสามารถต้องเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพันธกรรมแต่เพียงประการเดียว

แต่อย่างไรก็ตามการหากกฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับประเด็นความสามารถในพันธกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์จึงเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพันธกรรม

## ก.2 วิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเด็นการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความสามารถของผู้ทำพันธกรรมแยกระหว่างพันธกรรมที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ และพันธกรรมที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หากเป็นพันธกรรมที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ต้องเป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพันธกรรมเป็นหลัก แต่ก็ทำให้เป็นเช่นนี้ทุกรัฐไป เพราะในบางรัฐกฎหมายก็ใช้ภูมิลำเนาของผู้ทำพันธกรรมขณะที่มีการทำพันธกรรม หากเป็นพันธกรรมที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ก็เป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์

## ข. วิธีการหากกฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย

### ข.1 ประเทศเยอรมนี

ในเรื่องความสามารถของผู้ทำพันธกรรม กฎหมายประเทศเยอรมนี BGB ได้กำหนดไว้ว่า บุคคลจะทำพันธกรรมได้ก็ต่อเมื่ออายุ 16 ปีบริบูรณ์ แต่สำหรับประเด็นการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยความสามารถของผู้ทำพันธกรรม กฎหมาย EGBGB กำหนดให้เป็นไปตาม

สัญชาติขณะที่มีการทำพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรม ตาม Article 24 (3)<sup>2</sup> แต่หากผู้ทำพินัยกรรมเป็นผู้ไม่มีสัญชาติ, ผู้อพยพ ก็จะนำกฎหมาย ณ. ถิ่นที่อยู่ขณะที่มีการทำพินัยกรรมมาใช้แทนจุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติ

## ข.2 ประเทศญี่ปุ่น

จาก Horei<sup>3</sup> ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายขัดกันของญี่ปุ่น ไม่ได้กำหนดการหากกฎหมายมาใช้กับความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม และในเรื่องความสามารถทั่วไป ก็ไม่สามารถนำมาใช้กับความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมได้ ซึ่งเป็นไปตาม Article 3<sup>4</sup> ว่าด้วยความ

---

<sup>2</sup> EGBGB A24 (3) Vorläufige Maßregeln sowie der Inhalt der Betreuung und der angeordneten Vormundschaft und Pflegschaft unterliegen dem Recht des anordnenden Staates.

<sup>3</sup> Horei เป็นกฎหมายที่แยกออกมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น Horei เริ่มจัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1994 มีการแก้ไขหลายครั้ง เนื่องมาจากการให้สัตยาบันรณนุสัญญา ซึ่งรวมทั้งสิ้น 6 ฉบับ

- Hague Conference on Private International Law Applicable to Maintenance Obligations in Respect of Children 1956
- Convention on Civil Procedure 1954
- Convention on the Conflict of laws Relating to the form of Testamentary Dispositions 1961
- Convention Abolishing the Requirement of Legalization for Foreign Public Documents 1961
- Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters 1965
- Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligation 1973

<sup>4</sup> Horei , Article3 "[Legal Capacity]

(1) The legal capacity of a person shall be governed by his or her national law.

สามารถของบุคคล แต่อย่างไรก็ตามหากเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับความสามารถของบุคคล ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคล เพราะประเทศญี่ปุ่นใช้กฎหมายสัญชาติของบุคคลเป็นกฎหมายหลักเมื่อเกิดปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมซึ่งรวมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม

### ข.3 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

การหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมาย ว่าด้วยความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมนั้น ประเทศสวิตเซอร์แลนด์เห็นว่า หากผู้ทำพินัยกรรมมีความสามารถ ในการทำนิติกรรมได้ระหว่างมีชีวิต ผู้ทำพินัยกรรมก็มีความสามารถในการทำพินัยกรรมได้ ซึ่งความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมไม่จำเป็นต้องเป็นไปตามกฎหมาย ณ.ที่ที่ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนา, ถิ่นที่อยู่หรือสัญชาติก็ได้ทั้งสิ้น<sup>5</sup> การหากฎหมายมาใช้กับความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม จึงมีความหลากหลายมาก

### ค. วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

ไม่ปรากฏว่ามีข้อตกลงระหว่างประเทศใดที่กำหนดการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิด

---

(2) Notwithstanding the preceding paragraph, where an alien has performed a juristic act in Japan and where that person is of full capacity under Japanese law, that alien shall be regarded as of full capacity.

(3) The preceding paragraph shall not apply either to a juristic act governed by family law or succession law or to a juristic act regarding immovables situated abroad. โปรดดู Chin Kim, "New Japanese private international law : The 1990 Horei," AJCL 40 ( Winter 1992 ) : 1-2.

<sup>5</sup> Swiss Federal Statute on Private International Law , Article 94 Capacity to dispose " A person is capable of disposing mortis causa if, at the time of the disposition, he possesses such capacity under the law of the state of his domicile or of his habitual residence, or under the law of one of the states of which he is national."



กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม แม้แต่ใน Hague 1989 ก็ไม่นำเอาประเด็นเรื่องการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมว่าด้วยความสามารถ<sup>6</sup> เพราะ Hague 1989 มุ่งแต่ประเด็นการหากฎหมายมาใช้กับทรัพย์สินมรดกเป็นสำคัญ

#### 4.1.2 ความสามารถของผู้รับพินัยกรรม

การหาจุดเกาะเกี่ยวมาใช้กับความสามารถของผู้รับพินัยกรรม มักไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมายขัดกันในส่วนที่ว่าด้วยพินัยกรรม อีกทั้งในทางตำราเกี่ยวกับกฎหมายขัดกันส่วนใหญ่มักเน้นไปที่ความสามารถของบุคคลผู้รับพินัยกรรมมากกว่า อาจเนื่องเพราะความสามารถในการมีสิทธิง่ายกว่าความสามารถในการใช้สิทธิ ดังนั้น ในเรื่องความสามารถของผู้รับพินัยกรรมส่วนมากจึงดูที่ว่ามีสภาพบุคคลหรือไม่ หากผู้รับพินัยกรรมมีสภาพบุคคลเขาก็สามารถมีสิทธิรับพินัยกรรมได้ แต่กระนั้นก็ไม่ได้หมายความว่า จะไม่มีการคำนึงถึงความสามารถของผู้รับพินัยกรรมแต่ประการใด โดยมากมักนำเอาจุดเกาะเกี่ยวประเภทเดียวกันกับจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้กับความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้ แต่บางครั้งก็ใช้จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องความสามารถของผู้รับพินัยกรรมมาใช้ เช่น จุดเกาะเกี่ยว ณ ภูมิลำเนา หรือจุดเกาะเกี่ยวแห่งสัญชาติของผู้รับพินัยกรรมนั่นเอง

- ก. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบ  
Common Law

---

<sup>6</sup>CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION : Article 1

- (1) This Convention determines the law applicable to succession to the estates of deceased persons.
- (2) The Convention does not apply to –
- a) the form of dispositions of property upon death;
  - b) capacity to dispose of property upon death;
  - c) issues pertaining to matrimonial property;
  - d) property rights, interests or assets created or transferred otherwise than by succession, such as in joint ownership with right of survival, pension plans, insurance contracts, or arrangements of a similar nature.

### ก.1 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ

โดยหลักทั่วไปที่นานาประเทศ และประเทศอังกฤษยอมรับคือ ผู้ที่จะรับพินัยกรรมได้ต้องมีสภาพบุคคล เพราะการมีสภาพบุคคลแสดงถึงการมีสิทธิแต่จะมีสิทธิได้แค่ไหนเพียงไรนั้น ขึ้นอยู่กับกฎหมายในเรื่องของความสามารถของผู้รับพินัยกรรม ซึ่งกรณีของทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ ความสามารถของผู้รับพินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์ แต่ทรัพย์มรดกประเภทสังหาริมทรัพย์นั้น ศาลของประเทศอังกฤษได้ตัดสินให้เกิดการประนีประนอมระหว่างหลักกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้รับพินัยกรรมเอง กับหลักกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม ดังปรากฏในคดี Re Hellman's Will

ซึ่งคดี Re Hellman's Will ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์ให้กับเด็กหญิงอายุ 18 และเด็กชายอายุ 17 ผู้มีภูมิลำเนาอยู่ที่ Hamburg ตามกฎหมายของ Hamburg หญิงจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 18 ปี แต่เด็กชายจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 21 ปี ในกรณีนี้ผู้พิพากษา Lord Romilly ได้กล่าวในคดีนี้ว่า "I am of opinion that the legacy to the daughter, who is of age according to the son may be paid to him on his attaining full age according to English law or according to the law of Hamburg, which ever first happens; in the meantime it must be dealt with in the usual way as an intent's legacy."<sup>7</sup> และในคดี Re Schnapper (1928) ซึ่งศาลก็ได้มีคำสั่งให้ผู้รับประโยชน์ตามพินัยกรรมมีความสามารถเต็มในการจัดการทรัพย์มรดกได้ เมื่ออายุบรรลุนิติภาวะแล้ว ตามกฎหมายของสัญชาติของผู้รับพินัยกรรม แม้ว่าตามกฎหมายภูมิลำเนาซึ่งได้แก่กฎหมายอังกฤษ ผู้รับพินัยกรรมจะยังคงเป็นผู้เยาว์ก็ตาม<sup>8</sup>

จากคดีทั้งสองข้างต้นศาลของประเทศอังกฤษพยายามให้เป็นไปตามเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมมากที่สุด แสดงให้เห็นว่าในเรื่องของความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมนั้น ศาลของประเทศอังกฤษจะหากฎหมายมาใช้ให้เกิดผลประโยชน์กับผู้รับพินัยกรรมให้มากที่สุด โดยให้เป็นตามกฎหมายภูมิลำเนา แต่ทว่าจะเป็นภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมหรือผู้รับพินัยกรรมก็ได้

<sup>7</sup> Graveson Ronal, Conflict of laws : Private international law (London : Sweet & Maxwell, 1974), p.520.

<sup>8</sup> ibid p.521.

ที่ทำให้ผู้รับพินัยกรรมมีความสามารถเต็มในการที่จะรับทรัพย์มรดก ศาลก็จะนำกฎหมายนั้นมาใช้ได้

## ก.2 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเด็นความสามารถของผู้รับพินัยกรรมก็แบ่งไปตามลักษณะของทรัพย์ในพินัยกรรมเช่นกัน กล่าวคือ หากทรัพย์มรดกเป็นสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม แต่ถ้าทรัพย์มรดกเป็นอสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์<sup>9</sup> แต่หลักดังกล่าวข้างต้นไม่อาจนำมาใช้หากว่าผู้รับพินัยกรรมเป็นนิติบุคคล

โดยที่นิติบุคคลมีความสามารถจำกัดกว่าบุคคลธรรมดา กล่าวคือมีอำนาจเท่าที่กฎหมายและหนังสือจัดตั้งบริษัทกำหนดไว้ ดังนั้นกฎหมายที่จะนำมาใช้ก็ได้แก่กฎหมายที่กำหนดสถานะและจัดตั้งบริษัทนั้นขึ้นมา<sup>10</sup> แต่ในหลายกรณีที่ทรัพย์มรดกเป็นการกำหนดเงื่อนไขห้ามโอนตลอดชั้น (mortmain) ซึ่งยังผลให้มีการนำกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์มาใช้กับประเด็นความสามารถของผู้รับพินัยกรรมในหลายกรณี

## ข. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย

### ข.1 ประเทศเยอรมนี

ความสามารถของผู้รับพินัยกรรมนั้นตามกฎหมายเยอรมนีมิได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าเป็นไปตามกฎหมายใด แต่กำหนดในเรื่องของการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างทายาทชาวเยอรมนีและทายาทสัญชาติของรัฐอื่น โดยใน EGBGB มาตรา 25<sup>11</sup> ได้กำหนดไว้ว่า ทายาท

<sup>9</sup> Albert A. Ehrenzweig, Ehrenzweig on conflict of laws a treaties on conflict of laws ( London : West Publishing Company, 1962 ), p.668.

<sup>10</sup> Walter Breslauer, The private international law of succession in England, American and Germany (London : Sweet & Maxwell , 1937), p. 97.

<sup>11</sup> EGBGB Artikel 25. Rechtsnachfolge von Todes wegen.

สัญชาติเยอรมนีที่ได้สิทธิในมรดกของเจ้ามรดก, คนต่างด้าวผู้มีภูมิลำเนาสุดท้ายในประเทศเยอรมนีสามารถอ้างสิทธิได้ตามกฎหมายเยอรมนี แม้เจ้ามรดกจะเป็นคนต่างด้าวซึ่งควรจะใช้กฎหมาย ณ สัญชาติของเขากับมรดก แต่ทว่ามาตรา 25 นี้ได้ให้สิทธิแก่ทายาทผู้มีภูมิลำเนาสุดท้ายในประเทศเยอรมนีสามารถรับพินัยกรรมได้ตามกฎหมายเยอรมนี

## ข.2 ประเทศญี่ปุ่น

ไม่ปรากฏใน Horei

## ข.3 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

ไม่ปรากฏใน Swiss Federal Statute on Private International Law

## ค. วิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

ไม่ปรากฏ

## 4.2 ททรัพย์มรดก

การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ให้ความสำคัญกับลักษณะของทรัพย์มรดกเป็นอย่างมากแม้ในบางประเทศจะไม่แยกการหากกฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมตามลักษณะทรัพย์แต่ก็ยังให้ความสำคัญกับทรัพย์มรดกที่ตั้งอยู่ในประเทศของตน

ในหัวข้อนี้จึงมุ่งดูว่าทรัพย์สินใดที่อาจกำหนดได้ในพินัยกรรม แม้พินัยกรรมสามารถที่จะกำหนดการเพื่อตายไม่เพียงแต่ในเรื่องของทรัพย์เท่านั้นแต่ยังรวมถึงสิทธิหน้าที่ และความรับ

---

(1) Die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte.

(2) Der Erblasser kann für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen in der Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen.

ผิดซึ่งเป็นการเฉพาะตัวก็อาจมีได้ แต่โดยทั่วไปแล้วในการทำพินัยกรรม ผู้ทำพินัยกรรมจะมุ่งถึงการจัดการทรัพย์สินเมื่อตนตายไปเป็นสำคัญ ตามปกติแล้วบุคคลจะจัดการทรัพย์สินใดจะต้องมีสิทธิเต็มที่ โดยมากมักจะอยู่ในรูปของกรรมสิทธิ์ ดังนั้นทรัพย์สินที่บุคคลจะนำมากำหนดได้จะต้องเป็นทรัพย์สินของบุคคลนั่นเอง และทรัพย์สินนั้นต้องมีมาก่อนที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย

เป็นที่น่าสังเกตว่า กฎหมายใช้คำว่า “ทรัพย์สิน” หรือใช้คำว่า “Property” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งคำว่าทรัพย์สินนี้ ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 ซึ่งหมายความรวมถึงทรัพย์สินทั้งที่มีรูปร่าง และไม่มีรูปร่าง ซึ่งมีราคาและอาจถือเอาได้ คำว่าทรัพย์สินนี้ จึงกว้างกว่าคำว่าทรัพย์สิน ที่หมายถึงวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ดังนั้นไม่อาจจะเป็นสิ่งหากรรมสิทธิ์หรืออสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนหุ้นต่าง ๆ เช่น หุ้นประเภทจำกัดความรับผิดชอบในหุ้นส่วนจำกัด ตามมาตรา 1093 ก็อาจจะทำพินัยกรรมเพื่อกำหนดการเผื่อตายได้ทั้งสิ้น

หรือแม้แต่สิทธิต่าง ๆ ถ้ามีราคา และถือเอาได้ ก็ถือว่าเป็นทรัพย์สินด้วยเช่นกัน ทว่าสิทธิที่อาจจะถือเอาได้ต้องมีกฎหมายรับรองเอาไว้ เช่น ทรัพย์สินสิทธิในสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรที่เป็นสิทธิในทางปัญญา และอุตสาหกรรม เมื่อมีวัตถุแห่งสิทธิเป็นผลงานทางความคิด สติปัญญา ที่อาจมีราคาเป็นเงินทองได้ ก็สามารถกำหนดในพินัยกรรมได้เช่นกัน

มีข้อน่าคิดในเรื่องของศพและอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของผู้ตาย โดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าศพเป็นทรัพย์สินมรดก แต่ผู้ตายก็อาจทำพินัยกรรมยกศพให้ใครก็ได้ เพราะพินัยกรรมอาจกำหนดการเผื่อตายในการต่าง ๆ อันก่อให้เกิดผลตามกฎหมายเมื่อตนตาย แต่การยกศพให้จัดการจักต้องเป็นไปตามกฎหมาย ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นไม่อนุญาตให้บุคคลทำข้อกำหนดพินัยกรรมเกี่ยวกับร่างกายที่ตายแล้วของเขาเว้นแต่เพื่อเหตุผลทางการแพทย์ และชันสูตรทางกายวิภาคศาสตร์

รวมถึงในประเทศต่าง ๆ โดยมากมักจะไมยอมให้ในพินัยกรรมมีการกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคดี ทั้งนี้เพราะสิทธิในการฟ้องคดีมิใช่ทรัพย์สินแต่ประการใด เป็นเพียงสิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน แต่กระนั้นก็อาจมีการกำหนดสิทธิในการฟ้องคดีบางประการที่ทายาทสามารถกระทำได้ เป็นไปในรูปของการฟ้องคดีแทน ดังปรากฏในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ให้ฟ้องแทนได้ ในบางฐานความผิด เช่น ตามมาตรา 4,5,6 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทย ที่กล่าวถึงกรณีที่บุคคลถูกทำให้ถึงแก่ความตาย, ถูกทำอันตรายสาหัสจน

ไม่สามารถจัดการเองได้ ซึ่งประเทศต่างต่างส่วนมากมักจะไมยอมให้ทำพินัยกรรมเกี่ยวกับสิทธิฟ้องคดี แต่กระนั้นก็ตามในบางกรณีสิทธิฟ้องคดีก็อาจเป็นมรดกได้แล้วแต่ว่าประเทศนั้นๆ กำหนดอย่างไร เช่น ในประเทศอังกฤษยอมให้สิทธิในการฟ้องร้องคดีบางเรื่อง เจ้ามรดกสามารถที่กำหนดไว้ในพินัยกรรมได้ เช่น สิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายจากบุคคลอื่น เป็นต้น

ก. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบอบ Common Law

ก.1 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การหากฎหมายมาใช้บังคับเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม จะหากฎหมายมาใช้ตามลักษณะของทรัพย์ ดังนั้นทรัพย์สินที่อาจกำหนดได้ในพินัยกรรมนี้จึงแบ่งได้เป็น 2 ประเภทคือ สั่งห้ามทรัพย์ หมายถึงถึง ทรัพย์สินทางปัญญา และสิทธิต่าง ๆ ที่อาจโอนให้แก่ทายาทได้<sup>12</sup> และอสังหาริมทรัพย์ หมายถึงถึง อสังหาริมทรัพย์ด้วย

ก.2 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา

ทรัพย์สินที่อ้างกำหนดได้ในพินัยกรรม มีได้ทั้งทรัพย์ที่มีรูปร่าง และทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างแต่โดยที่การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาจัดอยู่ในระบบ Scission ดังนั้นจึงแบ่งการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรม โดยยึดเอาลักษณะของทรัพย์เป็นสำคัญ ทรัพย์มรดกประเภทสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์ สำหรับการแบ่งประเภทของทรัพย์ก็เป็นไปตามกฎหมายของศาลที่ทำการพิจารณาคดีกฎหมายขัดกันนั่นเอง

ข. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย

ข.1 ประเทศเยอรมนี

---

<sup>12</sup> E.G. Nugee and Caroline Furze, " Personal property, " Halsbury's Laws of England, 4ed. 50 (London : Butterworth, 1996), pp.1204-1205.



ทรัพย์ที่ผู้ทำพินัยกรรมสามารถกำหนดในพินัยกรรม ได้แก่ทรัพย์ที่ผู้ทำพินัยกรรมมีสิทธิอยู่ในขณะที่ผู้ทำถึงแก่ความตาย ซึ่งการหากฎหมายมาใช้บังคับกับทรัพย์มรดกไม่แบ่งแยกตามลักษณะของทรัพย์ เหมือนดังประเทศที่จัดอยู่ในระบบ Scission

## ข.2 ประเทศญี่ปุ่น

ทรัพย์ที่ผู้ทำพินัยกรรมอาจกำหนดได้ คล้ายคลึงกับประเทศอื่น กล่าวคือ ไม่ว่าจะ เป็นทรัพย์มีรูปร่างหรือทรัพย์ไม่มีรูปร่าง ผู้ทำพินัยกรรมก็สามารถกำหนดการได้ และการหา กฎหมายมาใช้แก่การขัดกันว่าด้วยพินัยกรรม ประเทศญี่ปุ่นได้รับเอากฎหมายของประเทศเยอรมนี มาใช้ มรดกของประเทศญี่ปุ่นจึงมีลักษณะ Universal Succession ดังนั้น การหากฎหมายมาใช้ กับพินัยกรรมจึงไม่แยกออกตามลักษณะทรัพย์เหมือนดังกฎหมายเยอรมนี

## ข.3 ประเทศสวีตเซอร์แลนด์

ทรัพย์สินที่อ้างกำหนดได้ในพินัยกรรม มีได้ทั้งทรัพย์ที่มีรูปร่าง และทรัพย์ที่ไม่มี รูปร่าง การหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมจึงไม่แยกออกตามลักษณะทรัพย์ สำหรับการแบ่ง ประเภทของทรัพย์ก็เป็นไปตามกฎหมายของศาลที่ทำการพิจารณาคดีกฎหมายขัดกันนั่นเอง

## ค. วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

ตามอนุสัญญา Hague 1989 ทรัพย์มรดกหมายถึง ทรัพย์ที่อาจเป็นมรดกได้ทุก ประเภท ไม่ว่าจะสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 7 (1)<sup>13</sup> นี้ ทรัพย์มรดกหมายถึง ทรัพย์มรดกทุกชนิดโดยไม่แบ่งแยกประเภท แสดงถึงลักษณะ Unitary System

## 4.3 สาระสำคัญและผลของพินัยกรรม

<sup>13</sup> Hague Convention 1989, Article 7(1) " Subject to Article 6, the applicable law under Articles 3 and 5, paragraph 1, governs the whole of the estate of the deceased wherever the assets are located. "

สาระสำคัญ (the material and essential validity) ของพินัยกรรม ได้แก่ การแสดงเจตนาในการทำพินัยกรรม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าพินัยกรรมมีลักษณะเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง ผู้ทำพินัยกรรมสามารถที่จะแสดงเจตนาในพินัยกรรมเป็นเช่นไรก็ได้ วัตถุประสงค์ของพินัยกรรมก็เพื่อแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมว่าประสงค์จะจัดการทรัพย์สินมรดกและการอื่นๆ ภายหลังจากที่ตนถึงแก่ความตาย อย่างไรก็ตามคำว่าสาระสำคัญยังรวมถึงการเกิดขึ้นของพินัยกรรม และผลผูกพันตามกฎหมาย ซึ่งผลของพินัยกรรม ได้แก่ ผลตามกฎหมายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการแสดงเจตนา โดยมีสาระสำคัญต่างๆ ที่มาประกอบกัน

รายละเอียดในสาระสำคัญและผลแห่งพินัยกรรม มีความหลากหลายเป็นอย่างมากเนื่องมาจากในเรื่องของเนื้อหาพินัยกรรม ผู้ทำพินัยกรรมสามารถที่จะกำหนดการต่าง ๆ ในพินัยกรรมได้

เนื้อหาแห่งพินัยกรรมจึงเป็นการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งอาจปรากฏเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน และการอื่นอันจะบังคับได้ตามกฎหมาย ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยมากมักปรากฏเรื่องของการกำหนดผู้รับพินัยกรรม และผู้ที่ถูกตัดมิให้รับมรดก การกำหนดวัตถุประสงค์แห่งพินัยกรรมที่ให้ตกทอด การกำหนดข้อกำหนดห้ามโอน การจัดสรรทรัพย์สินให้ก่อตั้งนิติบุคคล เช่น มูลนิธิ การกำหนดภาระติดพันอื่นๆ การก่อตั้งทรัสต์ การกำหนดเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สิน เป็นต้น เนื้อหาสาระของพินัยกรรมในประการอื่นอันจะบังคับได้ตามกฎหมาย เช่น การกำหนดเรื่องศพ และการจัดการศพ การตั้งผู้ปกครองผู้เยาว์ การทำพินัยกรรมเพื่อรับรองบุตรนอกกฎหมาย ฯลฯ หากเรื่องต่างๆ ไม่ขัดต่อกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ตลอดจนไม่ขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้ทำพินัยกรรมก็สามารถกำหนดเนื้อหาสาระต่างๆ ในพินัยกรรมเป็นเช่นไรก็ได้ แต่ผลของพินัยกรรมในที่นี้ก็เป็นอีกประการหนึ่ง

ผลของพินัยกรรมก็คือการพิจารณาข้อกำหนดต่างๆ ในพินัยกรรมว่ามีผลใช้บังคับตามกฎหมายได้หรือไม่อย่างไร ซึ่งผลของพินัยกรรมอาจแยกได้ เช่น ผลของพินัยกรรมที่มีเงื่อนไขและเงื่อนไข ผลของพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับการมีอยู่ของวัตถุประสงค์แห่งพินัยกรรม ตลอดจนผลของพินัยกรรมในเรื่องเฉพาะเช่น พินัยกรรมก่อตั้งนิติบุคคล หรือองค์กรต่าง ๆ พินัยกรรมตั้งผู้จัดการมรดก ผู้ปกครองทรัพย์สิน เป็นต้น

ผลของพินัยกรรมตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศจึงแตกต่างกันไปตามสภาพสังคม และเหตุการณ์ของประเทศนั้นๆ เป็นหลัก หากสาระสำคัญในพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับ

ทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ หรือบุคคลผู้ทำพินัยกรรม มีสัญชาติ หรือภูมิลำเนาในรัฐอื่น อาจเกิดกรณีการขัดกันในประเทศต้นสาระสำคัญและผลของพินัยกรรมได้

การหากฎหมายมาใช้กับกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องของสาระสำคัญ และผลของพินัยกรรมจึงแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ดังจะศึกษาถึงการเปรียบเทียบการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสาระสำคัญและผลของพินัยกรรมในประเทศในระบบ Common Law และ Civil Law

#### ก. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบ Common Law

##### ก.1 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ

สาระสำคัญและผลแห่งพินัยกรรมตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ แยกออกจากแบบแห่งพินัยกรรม แม้ว่าแบบแห่งพินัยกรรมจะสมบูรณ์ตามกฎหมายที่กำหนดในจุดเกาะเกี่ยว แต่หากสาระสำคัญและผลแห่งพินัยกรรมไม่สมบูรณ์ พินัยกรรมนี้ก็ป็นอันสิ้นผล

สาระสำคัญและผลแห่งพินัยกรรมแยกใช้จุดเกาะเกี่ยวเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ สาระสำคัญและผลของพินัยกรรมที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม แต่เนื้อหาและผลของพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์

แม้ว่า Wills Act 1963 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมในหลายส่วน แต่ในเรื่องสาระสำคัญและผลแห่งพินัยกรรมไม่เป็นผลมาจากการใช้ Wills Act 1963 แต่พบในคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ดังปรากฏในคดี Re Gross, คดี Re Annesley

คดี Re Gross (1915) เป็นคดีที่แสดงว่าศาลอังกฤษใช้จุดเกาะเกี่ยวจากภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม โดยในคดีนี้ผู้ตายเป็นหญิงชาวดัซซ์ ได้ทำพินัยกรรมขณะที่มีภูมิลำเนาในฮอลแลนด์ โดยทำพินัยกรรมในประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยกำหนดในพินัยกรรมให้ทรัพย์มรดกได้แก่สามี เว้นแต่ทรัพย์สมบัติที่ถูกกันส่วนไว้ตามกฎหมายที่กำหนดให้แก่บุตร หญิงผู้นี้ตายขณะที่ภูมิลำเนาอยู่ที่ประเทศอังกฤษ ทั้งสามีและลูก 5 คน ซึ่งตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์

แลนดีมีการกำหนด “ส่วนแบ่งตามกฎหมาย” (Legitimate portion) ได้กำหนดให้กับเด็กไว้ 3 ใน 4 ของทรัพย์สินมรดกทั้งหมด ขณะที่ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษไม่มีบทบัญญัติในส่วนนี้ เมื่อคดีผู้ศาลอังกฤษ ศาลก็ใช้กฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้กับกรณีซึ่งก็คือกฎหมายอังกฤษ เมื่อไม่ปรากฏว่ามี “ส่วนแบ่งตามกฎหมาย” ในกฎหมายของประเทศอังกฤษเท่ากับว่าไม่มีกฎหมายในเรื่องส่วนแบ่งตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ดังนั้นเมื่อไม่มีพินัยกรรมว่าไว้ในประการอื่นทรัพย์สินมรดกทั้งหมดก็ตกให้แก่สามี<sup>14</sup>

คดี Re Annesley (1926) เป็นคดีที่ได้ย้าถึงการใช้จุดเกาะเกี่ยวจากภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม โดยในคดีนี้หญิงชาวอังกฤษถึงแก่กรรมในขณะที่มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศฝรั่งเศส พินัยกรรมของเธอเป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม คือกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

สาระสำคัญและผลของความสมบูรณ์ตามพินัยกรรมในบางกรณีจำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับกฎหมายสาระบัญญัติอื่น ๆ และกฎหมายสับัญญัติ ซึ่งตามหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ การนำกฎหมายของต่างประเทศมาใช้โดยผ่านจุดเกาะเกี่ยวให้นำมาใช้แต่เฉพาะกฎหมายสาระบัญญัติเท่านั้น แต่ไม่นำเอากฎหมายสับัญญัติมาใช้ โดยในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยกระบวนการวิธีพิจารณาเป็นไปตามกฎหมายของประเทศอังกฤษเอง ดังในคดี Re Cohn

คดี Re Cohn (1945) ผู้ทำพินัยกรรมและบุตรสาวมีภูมิลำเนาในประเทศเยอรมนี เขาทั้ง 2 คนถูกฆ่าในเหตุการณ์โจมตีทางอากาศที่กรุงลอนดอนประเทศอังกฤษ โดยไม่สามารถทราบได้ว่าผู้ใดถึงแก่กรรมก่อน ผู้ทำพินัยกรรมระบุในพินัยกรรมให้บุตรสาวเป็นผู้มีสิทธิในทรัพย์สินประเภทสังหาริมทรัพย์ ถ้าเธอรอดชีวิตตามกฎหมายอังกฤษนั้น หากว่าเกิดเหตุการณ์ฉุกเฉินไม่สามารถทราบได้ว่าผู้ใดตายก่อนให้ถือว่าผู้ที่เกี่ยวข้องถึงแก่กรรมก่อน ขณะที่กฎหมายของประเทศเยอรมนี หากเกิดเหตุการณ์ฉุกเฉินไม่สามารถทราบได้ว่าผู้ใดตายก่อนให้ถือว่าตายพร้อมกัน เมื่อคดีมาสู่ศาลอังกฤษ ศาลถือว่าหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่นำมาใช้เพื่อพิสูจน์ถึงลำดับแห่งการรับมรดกซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความ หาใช่เป็นกฎหมายสาระบัญญัติเหมือนดังกฎหมายของประเทศเยอรมนี เมื่อคดีนี้มาสู่ศาลอังกฤษในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความก็จะเป็นไปตาม

<sup>14</sup> A.W. Scott, *Private international law*, 2<sup>nd</sup> ed. (M&E Handbooks, 1969), p.279.

กฎหมายของศาลอังกฤษเอง (Lex forum) ดังนั้นการใช้ข้อสันนิษฐานเป็นไปตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ<sup>15</sup>

ขณะที่สาระสำคัญและผลในพินัยกรรมส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์ โดยจะนำกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์มาใช้ในเรื่องต่างๆ เช่น กรรมสิทธิตลอดชีพ, ส่วนแบ่งอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ทายาทตามกฎหมาย เป็นต้น

## ก.2 วิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา

ผู้ทำพินัยกรรมมีอิสระที่จะกำหนดการในพินัยกรรมอย่างใดก็ได้ ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับข้อจำกัดเสรีภาพของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งอาจกำหนดโดยกฎหมายของแต่ละมลรัฐหรือเป็น public ordre แล้วแต่กรณี

หากไม่มีการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมไว้โดยชัดแจ้งว่าให้พินัยกรรมของตนเป็นไปตามกฎหมายใด ประเด็นการขัดกันในสาระสำคัญและผลแห่งพินัยกรรมหากกฎหมายมาใช้บังคับก็แยกตามลักษณะของทรัพย์อีกเช่นกัน กล่าวคือพินัยกรรมส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรมและพินัยกรรมส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์

ดังจะเห็นได้จากในคดี *Mercy V. Davidson* (1894)<sup>16</sup> โดยคดีนี้ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมยกที่ดินในมลรัฐ Texas ให้แก่องค์กรการกุศลในมลรัฐนิวยอร์ก ซึ่งองค์กรการกุศลนี้มีที่ดินเป็นขององค์กรอยู่หลายแห่ง ซึ่งตามกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กอนุญาตให้ผู้ทำพินัยกรรมทำพินัยกรรมเช่นนั้นได้ แต่ตามกฎหมายของมลรัฐ Texas นั้น นิติบุคคลไม่อาจยึดถือที่ดินได้มากกว่าหนึ่งแห่ง เมื่อคดีนี้มาสู่ศาล Texas ศาลได้พิพากษาให้ข้อกำหนดในพินัยกรรมเป็นอันไร้ผล เนื่องจากที่ดินมรดกตั้งอยู่ในมลรัฐ Texas ซึ่งเป็นมลรัฐที่มีกฎหมายกำหนดห้ามการถือครองที่ดินของนิติบุคคลเกินกว่า 2 แห่ง จึงเป็นการแสดงถึงการนำกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์มาใช้กับกรณีข้อจำกัดตามกฎหมายในเรื่องมรดกที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์

<sup>15</sup> G.C. Cheshire, *Cheshire's private international law*, p.607.

<sup>16</sup> George W. Stumberg, *Principles of conflict of laws*, 3ed. (New York : Brockly The Foundation Press, 1963), p.378.



แต่ในคดี Hope V. Brewer (1892) แตกต่างออกไปกล่าวคือ คดีนี้ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่กรรมขณะมีภูมิลำเนาในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ โดยเขาได้ทำพินัยกรรมกำหนดให้นำทรัพย์สินมรดกทั้งหมดเปลี่ยนเป็นเงินและมอบให้แก่บุคคลที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงในพินัยกรรมก่อนเหลือเท่าใดให้มอบให้แก่ภรรยา เพื่อทำการจัดตั้งและบริจาคให้แก่โรงพยาบาลใน Scotland แต่ตามกฎหมายนิวเจอร์ซีย์ซึ่งเป็นกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรมได้ห้ามการโอนในลักษณะเช่นนี้ ผลของการห้ามโอนก็จะทำให้ข้อกำหนดในพินัยกรรมเป็นอันไร้ผล แต่ศาลนิวเจอร์ซีย์กลับมองว่า เมื่อภรรยาตั้งตามกฎหมายนิวเจอร์ซีย์วิธีการดำเนินการของภรรยาที่หาใช่เรื่องที่ศาลจะเข้าไปจัดการไม่ ดังนั้นข้อกำหนดนี้จึงใช้ได้มากที่สุด แต่ก็แสดงให้เห็นว่าศาลใช้กฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม

ดังได้กล่าวมาแล้วย่อมเห็นได้ว่าในเรื่องของเนื้อหาและผลแห่งพินัยกรรมจะดูจากเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมเป็นลำดับแรก ถ้าไม่ปรากฏจึงใช้กฎหมาย ณ ภูมิลำเนา หรือกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สิน แต่ในคดี In Re Estate of Clark (1968) ผู้ทำพินัยกรรมได้เลือกกฎหมายนิวเจอร์ซีย์มาใช้บังคับกับพินัยกรรม โดยที่ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาอยู่ในมลรัฐ Virginia ซึ่งในมลรัฐ Virginia มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดส่วนมรดกให้แก่คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ คดีนี้ขึ้นศาลนิวเจอร์ซีย์ และศาลได้กล่าวว่า

“In sum, Virginia’s overwhelming interest in the protection of surviving spouses domiciled there demands that we apply its law to give the widow in this case the right of election provided for her under that law or in the public policy of New York which would permit a decedent, by a mere expression of intent, to change this result”

จากคดีตัวอย่างทั้ง 3 คดี แสดงถึงหลักในการหากฎหมายมาใช้กับประเด็นสาระสำคัญและผลแห่งพินัยกรรม กล่าวคือ ศาลยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมก่อน แต่ทั้งนี้ก็นำถึงกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม หรือกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินไว้ด้วย หากไม่ปรากฏการแสดงเจตนาเช่นนั้นแล้วศาลก็จะนำกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม หรือกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้ตามแต่สาระสำคัญและผลของพินัยกรรมเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกประเภทใด

คดีทั้ง 3 เป็นการขัดกันแห่งกฎหมายในระดับมลรัฐ แต่โดยที่ศาลแห่งมลรัฐสามารถพิจารณาและพิพากษาคดีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในระดับระหว่าง



ประเทศได้ คดีทั้ง 3 จึงสามารถแสดงแนวทางได้ว่าหากเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมแล้วศาลจะนำกฎหมายใดมาใช้บังคับกับเนื้อหาและผลของพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ

## ข. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย

### ข.1 ประเทศเยอรมนี

สาระสำคัญและผลของพินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม เนื้อหาของพินัยกรรม กฎหมายของประเทศเยอรมนีแบ่งได้เป็น 2 ประการใหญ่ ๆ กล่าวคือ ส่วนที่เป็นข้อบังคับ (“jus strictum” หรือ compulsory rules”) โดยที่ผู้ทำพินัยกรรมจะทำการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ กับส่วนที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป (“jus despositivum” หรือ “optional rules”) ซึ่งเป็นส่วนที่ผู้ทำพินัยกรรมสามารถแสดงเจตนาเช่นไรก็ได้ตามขอบเขตของกฎหมาย

ตามกฎหมายเยอรมนี หากว่าทายาท, บุพพการี ตลอดจนคู่สมรสของผู้ทำพินัยกรรมถูกตัดสิทธิโดยพินัยกรรม ก็สามารถเรียกร้องเอาส่วนบังคับที่เขามีสิทธิจะได้รับตามกฎหมายจากทายาทตามพินัยกรรม แต่การเรียกร้องเป็นการเรียกร้องเอากับทายาทผู้ได้รับมรดก ไม่ใช่การเรียกร้องเอาจากกองมรดก โดยสามารถเรียกร้องได้ครึ่งหนึ่งของทรัพย์มรดกซึ่งเขาควรจะได้รับ หากไม่ได้มีการทำพินัยกรรม

แม้การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในส่วนนี้นำไปสู่การใช้กฎหมายของต่างประเทศในศาลของประเทศเยอรมนี ศาลก็จะนำเอากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับส่วนแบ่งที่มีลักษณะบังคับ (compulsory portions) มาใช้ เพราะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยในทัศนะของศาลของประเทศเยอรมนี<sup>17</sup>

### ข.2 ประเทศญี่ปุ่น

---

<sup>17</sup> Walter Breslauer, The private international law of succession in England, America and Germany , pp.118-119.

สาระสำคัญของผลของพินัยกรรม Horei มาตรา2(1)<sup>18</sup> บัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมขณะที่ทำพินัยกรรม กฎหมายขัดกันของญี่ปุ่นยึดเอาเหตุการณ์ขณะกำลังกระทำเป็นสำคัญ หากผู้ทำพินัยกรรมมี 2 สัญชาติหรือมากกว่านั้นขณะที่ทำพินัยกรรมกฎหมาย ณ ที่ที่อยู่ของผู้ทำพินัยกรรมก็ถูกนำมาใช้แทน<sup>19</sup> ตาม Horei มาตรา28<sup>20</sup>

### ข.3 สวิตเซอร์แลนด์

การหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ไม่แยกออกตามองค์ประกอบของพินัยกรรม โดยใช้กฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรมเป็นหลักเมื่อ

---

<sup>18</sup> Horei , A.27(1) [Wills] (1) The formation and effect of a will shall be governed by the national law of the testator at the time of the will's creation.

<sup>19</sup> Albert A. Ehrenzweig; Sueo Ikehara and Norman Jensen, American-Japanese private international law : Bilateral studies in private international law, No.12 (NY: Oceana Publications, 1964), p. 45.

<sup>20</sup> Horei, Article 28 Article 28 [National Law]

(1) Where a person has two or more nationalities, the national law shall be the law of the place of habitual residence from among those states in which he or she has nationality. Where there is no such country, the national law shall be the law of the state with which he or she is most closely connected. However, where the person has Japanese nationality among his or her nationalities, Japanese law shall be the national law.

(2) In the case where national law shall govern but the party has no nationality, the law of that person's habitual residence shall govern, except in cases where Article 14 (including its application with necessary modifications (*mutatis mutandis*) under Articles 15(1) and 16) or Article 21 is applicable.

(3) Where a person has nationality in a state where the law differs by region, the national law shall be the law indicated by the rules of that state, and otherwise the law of the region with which that party is most closely connected.

เกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม โดยกฎหมายขัดกันของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้บัญญัติแยกการมีภูมิลำเนา ออกเป็น ผู้ทำพินัยกรรมภูมิลำเนาสุดท้ายอยู่ใน หรือนอกประเทศสวิตเซอร์แลนด์ หากผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาสุดท้ายอยู่ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ พินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์<sup>21</sup> แต่หากผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาสุดท้ายอยู่นอกประเทศสวิตเซอร์แลนด์ พินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม แต่มีข้อยกเว้นในกรณีคนสวิตเซอร์แลนด์ทำพินัยกรรมและถึงแก่กรรมขณะมีภูมิลำเนาสุดท้ายนอกประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยไม่ได้แสดงเจตนาในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมของตนว่าให้พินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายใดโดยชัดแจ้ง พินัยกรรมของชาวสวิตเซอร์แลนด์ผู้มีภูมิลำเนาสุดท้ายนอกประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ก็จะเป็นไปตามกฎหมายของประเทศสวิตเซอร์แลนด์<sup>22</sup>

#### ค. วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

---

<sup>21</sup> Swiss Federal Statute on Private International Law ,Article 90 [Last domicile in Switzerland]

1.The succession of a person who had his last domicile in Switzerland is governed by Swiss Law.

2. Nevertheless, a foreigner may, by testament or testamentary pact, submit his succession to the law of one of the states of which he is a national. Such choice is ineffective if, at the time of his death, the disposer no longer retained that nationality or had acquired the Swiss nationality."

<sup>22</sup> Swiss Federal Statute on Private International Law ,Article 91 [Last domicile in foreign state]

"1.The succession of a person who had his last domicile outside Switzerland is governed by the law designated by the conflicts rules of the state in which the deceased was domiciled.

2.To the extent that the Swiss judicial or administrative authorities have jurisdiction under Article 87, the succession of Swiss deceased who had his last domicile in a foreign country is governed by Swiss law, unless the deceased has, by testament or testamentary pact, provided expressly for the application of the law of his last domicile."

ตามอนุสัญญา Hague 1989 ประเด็นเรื่อง ความสมบูรณ์ในสาระสำคัญและผลของพินัยกรรมนั้น อนุสัญญายอมรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับแก่กรณี ถ้าผู้ทำพินัยกรรมไม่แสดงเจตนาเช่นนั้น อนุสัญญาก็ได้กำหนดให้นำกฎหมายถิ่นที่อยู่ ที่เป็นที่ยึดอยู่กับสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้บังคับ<sup>23</sup> ดังเห็นได้จาก มาตรา7<sup>24</sup> ที่กำหนดให้นำเอากฎหมายที่คู่กรณีแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายเอาไว้ในมาตรา5และ6มาใช้

มาตรา5<sup>25</sup> และมาตรา6<sup>26</sup> ขึ้นต้นมาตราด้วยคำว่า” A person may designate

---

<sup>23</sup> P.M. North, General course on private international law (1990 I), p.278.

<sup>24</sup> Article7 "(1) Subject to Article 6, the applicable law under Articles 3 and 5, paragraph 1, governs the whole of the estate of the deceased wherever the assets are located.

(2) This law governs –

a) the determination of the heirs, devisees and legatees, the respective shares of those persons and the obligations imposed upon them by the deceased, as well as other succession rights arising by reason of death including provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased;

b) disinheritance and disqualification by conduct;

c) any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of heirs, devisees or legatees;

d) the disposable part of the estate, indefeasible interests and other restrictions on dispositions of property upon death;

e) the material validity of testamentary dispositions.

(3) Paragraph 2 does not preclude the application in a Contracting State of the law applicable under this Convention to other matters which are considered by that State to be governed by the law of succession.

<sup>25</sup> Article5

(1) A person may designate the law of particular State to govern the succession to the whole of his estate. The designation will be effective only if at the time of the designation or of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.

the law ..... “ แสดงว่าอนุสัญญาฉบับนี้ยอมให้บุคคลสามารถกำหนดกฎหมายมาใช้กับทรัพย์สินของตนได้ โดยไม่จำกัดว่าจะใช้กฎหมายนั้นกับทรัพย์สินมรดกทั้งหมด หรือทรัพย์สินมรดกบางส่วน ตลอดจนผู้ทำพินัยกรรมอาจกำหนดให้นำกฎหมายของรัฐอื่นมาใช้กับทรัพย์สินบางอย่างของเขาเป็นการเฉพาะก็ได้ แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าบุคคลอาจเลือกกฎหมายจากที่ใดๆก็ได้ มาใช้กับทรัพย์สินมรดกของเขาก็ได้ ดังจะเห็นได้จากในมาตรา5และมาตรา6 ที่ได้วางข้อกำหนดเอาไว้

กล่าวคือ มาตรา5 (1) ได้ยอมให้บุคคลสามารถเลือกใช้กฎหมายจากจุดเกาะเกี่ยวสัญชาติของบุคคลนั้น หรือจากถิ่นที่อยู่ของบุคคลนั้นก็ได้ เพื่อใช้กับทรัพย์สินมรดกทั้งหมดของเขา แต่ทั้งนี้บุคคลนั้นต้องมีสัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ ณ เวลาที่ถึงแก่ความตายหรือเวลาที่แสดงเจตนาด้วย ซึ่งสำหรับการเลือกกฎหมายนี้ กฎหมายใช้คำว่า Habitual residence เพียงประการเดียว โดยมีได้ใช้คำว่า domicile ดังนั้นเพียงบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ กล่าวคือ ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นอยู่มาเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี เหมือนดังมาตรา 3(2) ก็สามารถเลือกกฎหมายนั้นมาใช้กับทรัพย์สินมรดกได้

---

(2) This designation shall be expressed in a statement made in accordance with the formal requirements for dispositions of property upon death. The existence and material validity of the act of designation are governed by the law designated. If under that law the designation is invalid , the law governing the succession is determined under Article3.

(3) The revocation of such a designation by its maker shall comply with the rules as to form applicable to the revocation of dispositions of property upon death.

(4)For the purpose of this Article, a designation of the applicable law, in the absence of an express contrary provision by the deceased , is to be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased, is to be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased whether he died interstate or wholly or partially testate.

<sup>26</sup> Article6 "A person may designate the law of one or more State to govern the succession to particular assets in his estate . However, any such designation is without prejudice to the application of the mandatory rules of the applicable according to Article 3 or Article 5 , paragraph1."

การกำหนดเลือกกฎหมายของเจ้ามรดก ต้องทำตามแบบที่กำหนดไว้สำหรับข้อ กำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดก และความสมบูรณ์ของการเลือกกฎหมายเป็นไปตามกฎหมายที่เจ้า มรดกเลือก แต่หากว่าการแสดงเจตนาเช่นนั้นไม่สมบูรณ์ ก็ให้กลับไปใช้กฎหมายที่กำหนดไว้ใน มาตรา 3 หรือมาตรา 5(1) จึงเป็นการรองรับความสมบูรณ์และผลของการแสดงเจตนาไว้ว่าจะให้ เป็นไปตามกฎหมายใด อนุสัญญาฉบับนี้แสดงถึงการยอมรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม เป็นสำคัญ

#### 4.4 การตีความพินัยกรรม

การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยการตีความพินัยกรรม อาจมีได้ในกรณีพินัยกรรมที่ มีลักษณะระหว่างประเทศจำเป็นต้องแสวงหาเจตนารมณ์ของผู้ทำพินัยกรรม การแสวงหาเจตนารมณ์ ของผู้ทำพินัยกรรมก็เพื่อดูว่าผู้ทำพินัยกรรมมีความประสงค์อย่างไร

โดยทั่วไปแล้วหากไม่สามารถหาเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมได้แล้ว ศาลก็มุ่งตี ความให้พินัยกรรมเกิดผลได้มากที่สุด จึงขอยกตัวอย่างวิธีการตีความพินัยกรรมของศาลใน ประเทศอังกฤษ ซึ่งตามปกติแล้วการตีความจะกระทำต่อเมื่อเกิดความสงสัยในพินัยกรรม หากไม่ มีการสงสัยอย่างใดแล้ว ก็สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามพินัยกรรมได้ แต่ทว่าถ้ามีข้อสงสัยจึงนำสู่ ศาลเพื่อขอให้มีการตีความ วิธีการตีความพินัยกรรมของศาลในประเทศอังกฤษก็มุ่งตีความให้เป็น ไปตามเจตนารมณ์ของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งอาจจะหาได้จากถ้อยคำที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำไว้ในพินัย กรรม แต่คำว่าถ้อยคำนี้ยังขยายรวมไปถึงลักษณะของคำ การใช้ถ้อยคำตลอดจนความหมายอื่น ใดของถ้อยคำที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าอาจจะแสดงถึงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม โดยทั่วไปแล้วจะไม่ นำเจตนาอื่นใดที่ไม่ได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรมาอาศัยประกอบการพิจารณาเพื่อการตีความ แต่ศาลจะเสาะหาเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมจากถ้อยคำเป็นหลัก ซึ่งอาจจะนำถ้อยคำมาดูว่าผู้ทำ พินัยกรรมมีเจตนาอย่างไร ความหมายของถ้อยคำเกี่ยวข้องกับบุคคล สิ่งของอย่างไรจะจงว่าเป็น บุคคลใดหรือสิ่งของอันไหนที่ผู้ทำพินัยกรรมเจตนาจะจัด หรือมอบให้ เมื่อหาเจตนาได้แล้วศาลก็ จะพิจารณาดูต่อไปว่ามีอะไรมาขัดขวางมิให้การไม่เป็นไปตามเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมหรือไม่ ถ้า ไม่มีศาลก็จะตีความให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้ทำพินัยกรรม แต่หากมีประการอื่นใดมาขัด ขวางเช่น หลักกฎหมายของประเทศนั้น ๆ เอง หรือหลักเกณฑ์อื่นใดที่ศาล Inquiry ของอังกฤษรับ หลักการไว้ จะมีผลทำให้พินัยกรรมนั้นไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้ทำพินัยกรรม แต่ศาลก็จะใช้ หลักกฎหมายต่าง ๆ นั้น



แต่ก็มีได้หมายความว่าศาลจะค้ำประกันแต่ถ้อยคำในพินัยกรรมเพื่อหาเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม แต่ถ้อยคำต่าง ๆ ที่ศาลจะนำมาใช้ ยังหมายความรวมถึงถ้อยคำที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากเอกสารต่าง ๆ ที่ศาลยอมรับว่าเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการทำพินัยกรรมก็สามารถใช้ได้ทั้งสิ้น

การตีความของประเทศไทยในเรื่องพินัยกรรมปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1684<sup>27</sup> กล่าวคือมุ่งให้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรมให้มากที่สุด โดยพิจารณาจากเนื้อความในพินัยกรรมนั่นเอง หรือจากเหตุผลแวดล้อมอื่น ๆ ก็ได้ ประการนี้เองที่แตกต่างจากการตีความตามกฎหมายอังกฤษ เพราะการตีความของประเทศไทยไม่จำกัดว่าจะเสาะหาเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมจากถ้อยคำที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ให้ค้ำประกันถึงพฤติการณ์อื่นด้วย ดังปรากฏไว้ในมาตรา 171<sup>28</sup> ที่เป็นบททั่วไปว่าด้วยการตีความนิติกรรม

การตีความนี้จึงแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ หากมีการขัดกันว่าด้วยการตีความพินัยกรรมแล้วกฎหมายของประเทศที่นำมาใช้ มักเป็นไปตามจุดเกาะเกี่ยวแห่งภูมิลำเนาสัญชาติและสถานที่ตั้งทรัพย์สินหรือของศาลที่ทำการตีความนั่นเอง แล้วแต่ว่าประเทศเหล่านั้นให้จุดเกาะเกี่ยวใดเป็นหลัก ตลอดจนใช้ระบบใดในการหากฎหมายขัดกันมาใช้กับพินัยกรรม

ก. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบ Common Law

ก.1 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ

การตีความพินัยกรรมหมายถึง การเสาะหาเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมว่าพินัยกรรมเจตนาถึงอะไร หมายความว่าอย่างไร กล่าวคือเป็นกรณีที่ศาลแสวงหาเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม จากที่ปรากฏโดยนัยจากสภาพต่าง ๆ ของพินัยกรรม เช่น จากการใช้ภาษาต่างประเทศ ข้อ

<sup>27</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1684 " เมื่อความข้อใดข้อหนึ่งในพินัยกรรมอาจตีความได้เป็นหลายนัย ให้ถือเอาตามนัยที่จะสำเร็จผลตามความประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรมนั้นได้ดีที่สุด "

<sup>28</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 " ในการตีความการแสดงเจตนาอันให้เพ่งเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร "

ความที่มีในกฎหมายต่างประเทศ เป็นต้น ดังเห็นได้จากในหลาย ๆ คดีที่พินัยกรรมทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาอยู่ในอีกประเทศ ศาลก็จะตีความพินัยกรรมตามกฎหมายของประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมใช้ภาษาต่างประเทศนั้นในพินัยกรรม เช่นคดี Re Cunnington (1924) ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาอยู่ประเทศฝรั่งเศส แต่พินัยกรรมทำขึ้นเป็นภาษาอังกฤษ ตามรูปแบบพินัยกรรมของอังกฤษ ตลอดจนมีผู้รับประโยชน์เป็นคนอังกฤษ ศาลของประเทศอังกฤษตีความจากการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมว่ายังต้องการให้เป็นไปตามกฎหมายอังกฤษ ดังนั้น พินัยกรรมจึงเป็นไปตามกฎหมายอังกฤษ<sup>29</sup>

คดี Reynolds V. Kortright (1854) ที่ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาในประเทศอังกฤษทำพินัยกรรมในภาษาสเปน , คดี Re Bonnefoi (1912) ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาในประเทศอิตาลี ทำพินัยกรรมในภาษาอังกฤษ ฯลฯ ก็ล้วนแต่เป็นการแสดงว่าในกรณีของการตีความการใช้กฎหมายเป็นไปตามเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมที่แสดงออกในทางภาษาที่ใช้ในการทำพินัยกรรมเป็นสำคัญ

แต่หากศาลไม่สามารถเสาะหาเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม จุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายกำหนดก็จะเข้ามาในการหากกฎหมายมาใช้กับการตีความพินัยกรรม กล่าวคือพินัยกรรมที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ก็เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม พินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ก็เป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์

การตีความพินัยกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์มรดกประเภทสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาขณะที่มีการทำพินัยกรรม ดังปรากฏใน The Wills Act 1963 section 4 “Construction of a will shall not be altered by reason of any change in the testator’s domicile after the execution of the will”

เห็นได้จากในคดี Philipson-Stow V. Inland Revenue Comrs (1960) โดยในคดีนี้ Lord Dunning ได้กล่าวไว้ว่า “If a question arises as to the interpretation of the will and it should appear that the testator has changed his domicile between making his will and his death, his will may fall to be construed according to the law of his domicile at the

---

<sup>29</sup> Martin Wolff , Private international law, 2<sup>nd</sup> (London : Oxford at the Clarendon Press, 1952), p.590.

time he made it though in all other respects it would be governed by the law of his domicile at the date of his death”<sup>30</sup>

ดังนั้น หากผู้ทำพินัยกรรมมิได้มีการเปลี่ยนภูมิลำเนาภายหลังจากที่ได้ทำพินัยกรรม ภูมิลำเนาที่นำมาใช้ก็จะเป็นภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม

การตีความพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ก็ต้องเสาะหาเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมก่อนเช่นกัน หากไม่พบจึงค่อยมาใช้กฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์ แต่ในคดี Studd V. Cook (1883) ผู้ทำพินัยกรรมยกที่ดินในอังกฤษและสกอตแลนด์ โดยใช้ข้อความว่า “freehold of inheritance”, “without impeachment of waste” ซึ่งเป็นศัพท์เทคนิคทางกฎหมายของประเทศอังกฤษ และผลของการตีความตามกฎหมายอังกฤษนี้ให้ที่ดินอยู่กับ trust เพื่อประโยชน์ของลูกชายคนโต หากลูกชายคนโตตายก็จะสืบทอดไปยังลูกชายคนโต (หลาน) ตามลำดับถัดไป แต่ในการตีความตามหลักกฎหมายสกอตแลนด์นั้น บุตรชายคนโตจะเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินในสกอตแลนด์อย่างเต็มที่ จากการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมที่มีการใช้ศัพท์เทคนิคทางกฎหมายตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ย่อมแสดงว่าผู้ทำพินัยกรรมเจตนาให้มีการตีความตามกฎหมายอังกฤษ ดังนั้นศาล House of Lord จึงใช้กฎหมายอังกฤษกับการตีความพินัยกรรมฉบับนี้ทั้งฉบับ

จากคดี Studd V. Cook (1883) และ Re Cunnington (1924) แสดงให้เห็นว่าในประเด็นเรื่องการตีความพินัยกรรม หากพินัยกรรมแสดงถึงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมว่ามีเจตนาทำพินัยกรรมให้เป็นไปตามกฎหมายใด ศาลก็จะใช้กฎหมายที่นั้นกับการตีความพินัยกรรมโดยไม่คำนึงถึงประเภททรัพย์มรดก แต่ทว่าหากเสาะหาเจตนาเช่นนั้นไม่ได้ ศาลก็จะใช้กฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์ และกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมในการตีความ

## ก.2 วิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเด็นการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการตีความพินัยกรรมนั้นการหากฎหมายมาใช้บังคับเหมือนกับกรณีการหากฎหมายมาใช้กับประเด็นการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสาระสำคัญและผลแห่งพินัยกรรม กล่าวคือ ต้องพิจารณาเป็นลำดับแรกว่าผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนาว่าประสงค์ทำพินัยกรรมตามกฎหมายใด หากไม่ปรากฏเจตนาเช่นนั้นก็ให้กลับไปใช้

<sup>30</sup> G.C.Cheshire, Cheshire's private international law, pp.610-611.

การหากฎหมายมาใช้กับการตีความใช้บังคับก็เป็นไปตามหลักเบื้องต้น โดยนำกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายมาใช้กับการตีความพินัยกรรม ในส่วนที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ และนำกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์มาใช้ตีความพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ดังปรากฏใน Uniform Probate Code 2-602

คดี Estate of Renard (1979) โดยในคดีนี้ผู้ทำพินัยกรรม(หญิง) ได้กำหนดให้ “มีการรับมรดกของเธอในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์” แม้ว่าเธอจะมีภูมิลำเนาสุดท้ายที่ประเทศฝรั่งเศส แต่ศาลมลรัฐนิวเจอร์ซีย์พิจารณาว่าประโยชน์ตามมรดกโดยมากมีขึ้นที่นิวเจอร์ซีย์ ดังนั้นการใช้กฎหมายขัดกันก็ควรจะมองมรดกในภาพรวมว่าเกิดขึ้นที่ใด กฎหมายของท้องถิ่นนั้นก็ควรนำมาใช้เพื่อปกป้องสิทธิของผู้ทำพินัยกรรมดังนั้นจึงใช้กฎหมายนิวเจอร์ซีย์กับการตีความพินัยกรรม โดยศาลได้มองว่าการที่ผู้ทำพินัยกรรมได้กำหนดให้มีการรับมรดกที่มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเธอที่จะให้รับมรดก ณ ที่ ๆ ก่อให้เกิดประโยชน์กับการรับมรดก ดังนั้นศาลก็ควรใช้กฎหมายของท้องถิ่น ซึ่งก็คือกฎหมายแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์<sup>31</sup>

คดี Re Winslow's Estate (1931) ผู้ทำพินัยกรรมและผู้รับประโยชน์มีภูมิลำเนาที่แตกต่างกัน ซึ่งตามกฎหมายของรัฐที่ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนา และกฎหมายของรัฐที่ผู้รับประโยชน์มีภูมิลำเนา กำหนดความหมายของคำว่า “next of kin” แตกต่างกัน ศาลได้กำหนดให้การตีความเป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม

ในคดี Robert's Succession (1842) ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาอยู่ที่มลรัฐ Louisiana แต่เขามีถิ่นที่อยู่ในประเทศฝรั่งเศสขณะที่ทำพินัยกรรม โดยได้กำหนดในพินัยกรรมยกทรัพย์มรดกให้กับคู่หมั้นโดยใช้ถ้อยคำว่า “all which the law permits me to dispose of” ตามกฎหมายฝรั่งเศสเธอสามารถจัดการทรัพย์มรดกได้เพียงครั้งหนึ่งเท่านั้น เพราะมีการกันส่วนตามกฎหมาย แต่ตามกฎหมายของมลรัฐ Louisiana หาได้มีข้อกำหนดเช่นนั้นไม่ คดีนี้เมื่อขึ้นสู่ศาลของมลรัฐ Louisiana ศาลได้นำกฎหมาย ณ ภูมิลำเนามาใช้กับทรัพย์สินทั้งหมดของเธอ คดีที่ศาลได้พิจารณาถ้อยคำที่ปรากฏ แล้วเห็นว่าเป็นประเด็นการขัดกันระหว่างภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม และภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมขณะที่ทำพินัยกรรม ศาลได้ตีความไปในทางทำให้พินัยกรรมเกิดผลมากที่สุด ก็คือ กฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม<sup>32</sup>

<sup>31</sup> George W. Stamberg, Principles of conflict of laws, p.381.

<sup>32</sup> Ibid., p.383.

ประเด็นเรื่องการตีความพินัยกรรมจึงมักเป็นไปตามเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม หากไม่ปรากฏแล้วก็เป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม หรือกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์ ขณะเดียวกันกับการพิจารณาของศาลแต่ละมลรัฐว่าเมื่อนำกฎหมายมาใช้แล้ว จะพิจารณาโดยใช้อะไรเป็นตัวช่วย เช่น การมองภาพรวมของประโยชน์ที่เกิดขึ้นในพินัยกรรม ลำดับของการรับประโยชน์ ฯลฯ

## ข. วิธีการหากกฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย

### ข.1 ประเทศเยอรมนี

แม้ตามกฎหมาย BGB ของประเทศเยอรมนี จะถือเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม เป็นสิ่งสำคัญในการนำมาตีความพินัยกรรมตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี แต่เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยการตีความพินัยกรรม ก็ให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติขณะที่มีการทำพินัยกรรมมาใช้แก้ปัญหา โดยไม่นำเอาจุดเกาะเกี่ยวอื่นใดมาใช้

### ข.2 ประเทศญี่ปุ่น

การหากกฎหมายมาใช้ในการตีความพินัยกรรมไม่ปรากฏใน Horei แตกต่างจากกรณีสาระสำคัญและผลของพินัยกรรม การเพิกถอนพินัยกรรม และแบบแห่งพินัยกรรม

### ข.3 ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

การหากกฎหมายมาใช้ในประเด็นการตีความพินัยกรรมเหมือนกับการหากกฎหมายมาใช้บังคับในประเด็นสาระสำคัญและผลของพินัยกรรม

## ค. วิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

หลักเกณฑ์เดียวกันกับการหากกฎหมายมาใช้กับสาระสำคัญและผลของพินัยกรรม ใน Hague Convention 1989 กล่าวคือคำนึงถึงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรมเป็นหลัก

#### 4.5 กรณีเพิกถอนพินัยกรรม

ประเด็นการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยการเพิกถอนพินัยกรรม อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมทำการเพิกถอน พินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศอื่น หรือในกรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมมีสัญชาติ หรือภูมิลำเนาของต่างประเทศขณะที่ถึงแก่ความตาย

การเพิกถอนพินัยกรรมนี้แตกต่างจากความไม่เป็นผลของข้อกำหนดในพินัยกรรมตามข้อ 4.3 ความไม่เป็นผลของข้อกำหนดในพินัยกรรม ทั้งนี้เพราะความไม่เป็นผลของข้อกำหนดในพินัยกรรมอาจเกิดขึ้นทันทีที่ทำข้อกำหนดในพินัยกรรม หรือว่าเกิดกรณีใดมาเป็นเหตุให้เกิดความไม่เป็นผลหรือความเสียหายแห่งพินัยกรรม แตกต่างจากการเพิกถอนพินัยกรรมที่จะต้องมีการเพิกถอนพินัยกรรมก่อนจึงเกิดการเพิกถอนขึ้น หากใช้กรณีที่เกิดขึ้นเอง หรือมีเหตุอื่นใดมากระทำไม่

การเพิกถอนพินัยกรรมจึงอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี กล่าวคือ

- การเพิกถอนพินัยกรรมหรือข้อกำหนดในพินัยกรรมโดยผู้ทำพินัยกรรม
  - การเพิกถอนพินัยกรรมหรือข้อกำหนดในพินัยกรรมที่มีได้เกิดจากการแสดงเจตนาเพิกถอนโดยผู้ทำพินัยกรรม
- การเพิกถอนพินัยกรรมหรือข้อกำหนดในพินัยกรรมโดยผู้ทำพินัยกรรม

เมื่อพินัยกรรมทำขึ้นโดยผู้ทำพินัยกรรม หากว่าผู้ทำพินัยกรรมอยากแก้ไขเปลี่ยนแปลงอย่างไรก็ย่อมที่สามารถจะกระทำได้ ดังนั้นแม้ผู้ทำพินัยกรรมจะทำการยกเลิกข้อกำหนดในพินัยกรรม หรือแม้แต่เพิกถอนพินัยกรรมไปทั้งฉบับก็ย่อมที่จะกระทำได้ วิธีการเพิกถอนนี้ก็จะเป็นไปตามกฎหมายของนานาประเทศ แต่โดยมากแล้วมักพบการเพิกถอนในรูปแบบดังต่อไปนี้

##### 1 พินัยกรรมฉบับหลังเพิกถอนพินัยกรรมฉบับก่อน

หลักที่ว่าการทำพินัยกรรมฉบับหลังเพิกถอนพินัยกรรมฉบับก่อน เป็นหลักที่กฎหมายของนานาประเทศยอมรับ ไม่ว่าจะการทำพินัยกรรมฉบับหลังจะเพิกถอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของพินัยกรรมฉบับก่อนก็ตาม



ซึ่งการเพิกถอนในกรณีนี้อาจมีได้ทั้งการเพิกถอนโดยตรง กล่าวคือมีข้อกำหนดใน  
 พินัยกรรมว่าให้เพิกถอนพินัยกรรมฉบับก่อน หรือการเพิกถอนโดยปริยาย กล่าวคือข้อกำหนดใน  
 พินัยกรรมฉบับหลังเป็นการทำลายข้อกำหนดในพินัยกรรมฉบับก่อน ๆ ทั้งสิ้น

## 2 การทำลายหรือขีดฆ่าพินัยกรรมด้วยความตั้งใจ

“ทำลาย” หมายความว่า รื้อ ทำให้พัง ทำให้เสียหาย ทำให้หมดสิ้นไป “ขีดฆ่า” หมายถึง  
 ถึงการที่ผู้ทำพินัยกรรมทำการขีดฆ่า หรือมอบหมายให้ผู้อื่นทำการขีดฆ่า เพราะมุ่งหวังมิให้พินัย  
 กรรมฉบับนี้ หรือข้อกำหนดในพินัยกรรมฉบับนี้มีผล

แต่การทำลายหรือขีดฆ่าพินัยกรรมผู้ทำพินัยกรรมต้องกระทำโดยมีความตั้งใจ หาก  
 ว่าการทำลายหรือขีดฆ่ามิได้เกิดจากความตั้งใจของผู้ทำพินัยกรรม การนั้นก็หาใช่การเพิกถอน  
 พินัยกรรมไม่ เช่น ในประเทศอังกฤษ หากพินัยกรรมถูกทำลายไปโดยไฟไหม้ แม้ภายหลังผู้ทำพินัย  
 กรรมจะนั่งเฉย มิได้กระทำอะไรต่อกรณีที่พินัยกรรมถูกไฟไหม้ไป จะถือว่าเขาเพิกถอนพินัยกรรมไป  
 หาได้ไม่

การทำลายหรือขีดฆ่าจะต้องกระทำโดยผู้ทำพินัยกรรม แต่ทั้งนี้ถ้าหากผู้ทำพินัย  
 กรรมมอบหมายบุคคลอื่นทำก็น่าจะกระทำแทนได้ แต่ต้องอยู่บนเงื่อนไขว่าต้องขีดฆ่า หรือ  
 ทำลายก่อนที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย

การทำพินัยกรรมหากว่าได้ทำเป็นต้นฉบับหลายฉบับ การทำลาย หรือขีดฆ่านั้นตาม  
 กฎหมายได้บัญญัติว่าการเพิกถอนจะมีผลก็ต่อเมื่อได้ทำการเพิกถอนต่อต้นฉบับพินัยกรรมทุก  
 ฉบับ แต่ในเรื่องนี้กฎหมายอังกฤษแตกต่างกันออกไป กล่าวคือหากมีการทำลายหรือขีดฆ่าต้น  
 ฉบับเดียว และภายหลังผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย โดยไม่พบพินัยกรรมที่เป็นต้นฉบับอื่น ๆ  
 ให้ถือว่าการเพิกถอนเช่นนั้นสมบูรณ์แล้ว แต่ทั้งนี้เป็นเพียงข้อสันนิษฐานตามกฎหมายอังกฤษเท่า  
 นั้น

## 3 พินัยกรรมฉบับหลังมีข้อความขัดกันกับพินัยกรรมฉบับก่อน

การทำพินัยกรรมฉบับหลังที่มีข้อความขัดกันกับพินัยกรรมฉบับก่อน มีลักษณะ  
 เหมือนกับการเพิกถอนพินัยกรรมโดยปริยาย กล่าวคือ หากพินัยกรรมฉบับหลังมีข้อกำหนดใน

พินัยกรรมใด ๆ ที่ขัดกับพินัยกรรมฉบับก่อน ๆ เช่น ในพินัยกรรมฉบับแรกทำพินัยกรรมยกแจกันให้นาย ก. ภายหลังทำพินัยกรรมอีกฉบับยกแจกันใบเดียวกันกับที่ยกให้นาย ก. กลับเป็นยกให้นาย ข. เช่นนี้ถือว่ามีข้อความที่ขัดกันแล้ว เช่นนี้ต้องเป็นไปตามพินัยกรรมฉบับหลัง

แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าพินัยกรรมฉบับแรกจะเสียไปทั้งฉบับไม่ พินัยกรรมฉบับแรกก็ยังคงใช้ได้อยู่เท่าที่ไม่ขัดกับข้อกำหนดในพินัยกรรมฉบับหลัง

#### 4 ทำการโอนหรือทำลายทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งข้อกำหนดในพินัยกรรม

การเพิกถอนประการนี้เป็นการเพิกถอนโดยปริยาย กล่าวคือ ผู้ทำพินัยกรรมหากทำการใดเกี่ยวกับทรัพย์สินของตนโดยการโอน หรือทำลายทรัพย์สินที่ปรากฏอยู่ในพินัยกรรม ย่อมเท่ากับว่าทรัพย์สินนั้นย่อมไม่มีที่อยู่ ขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมตายจึงไม่สามารถที่จะโอนไปยังผู้รับมรดกได้ เท่ากับว่าข้อกำหนดในพินัยกรรมหรือพินัยกรรมในพินัยกรรมหรือพินัยกรรมนั้นถูกเพิกถอนไปโดยปริยาย

#### 5 การแต่งงาน

การเพิกถอนพินัยกรรมโดยการสมรสใหม่นี้ มีในหลายประเทศ แต่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้ สำหรับการเพิกถอนในกรณีนี้มักปรากฏเป็นผลทันทีที่มีการแต่งงานตามกฎหมาย แม้ภายหลังการสมรสจะสิ้นสุดไปไม่ว่าด้วยเหตุแห่งการหย่า หรือถึงแก่ความตาย ก็หาทำให้พินัยกรรมนั้นกลับมามีผลบังคับไม่ ทั้งนี้ก็แล้วแต่กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่มีข้อกำหนดในเรื่องนี้ว่า มีข้อยกเว้นสำหรับเรื่องนี้หรือไม่ อย่างไร เช่น กฎหมายของประเทศอังกฤษในกรณีที่ชายหรือหญิงได้ทำพินัยกรรมไว้ก่อนที่จะสมรส ภายหลังได้ทำการสมรส โดยมีข้อกำหนดในพินัยกรรมไว้ว่าพินัยกรรมที่ทำไว้ก่อนการสมรสจะไม่ถูกเพิกถอนโดยการแต่งงาน เช่นนี้พินัยกรรมยังคงใช้ได้ตามกฎหมายอังกฤษ

- การเพิกถอนพินัยกรรมหรือข้อกำหนดในพินัยกรรมที่มีได้เกิดจากการแสดงเจตนาเพิกถอนโดยผู้ทำพินัยกรรม

การเพิกถอนพินัยกรรมหรือข้อกำหนดในพินัยกรรมโดยศาล มักเกิดจากกรณีที่มิใช่การเพิกถอนจากเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม แต่เกิดจากเหตุอื่นใดที่มาทำให้พินัยกรรมนั้นต้องถูกเพิกถอน เช่น พินัย

กรรมที่เพิ่มขึ้นเพราะถูกข่มขู่, ภัยคุกคามที่เพิ่มขึ้นโดยสำคัญผิดหรือกลลอบ ซึ่งการเพิกถอนพินัยกรรมตามกฎหมายประเทศต่าง ๆ มักเกี่ยวพันกับอายุความในการฟ้องร้องให้เพิกถอน

เห็นได้ว่าการเพิกถอนประเภทนี้ มักเกี่ยวข้องกับความสามารถในการใช้สิทธิทำพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งจะยังไม่มีผลทำให้พินัยกรรมนั้นไม่มีผลในทันที แต่จะต้องใช้ระยะเวลาในการมาขอเพิกถอน หากไม่มีการเพิกถอนก็ทำให้พินัยกรรมนั้นสิ้นผลไปไม่

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นเห็นได้ว่าการเพิกถอนพินัยกรรมนี้มี 2 ลักษณะใหญ่ ๆ หากมีกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนของการเพิกถอนพินัยกรรม มักจะใช้กฎหมายจากจุดเกาะเกี่ยวจากภูมิลำเนา, สัญชาติ, สถานที่ตั้งทรัพย์สิน ซึ่งมักจะเกิดปัญหาว่าจะใช้จุดเกาะเกี่ยวจากภูมิลำเนา, สัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมขณะที่มีการเพิกถอน หรือขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย

#### ก. วิธีการหากกฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบ Common Law

##### ก.1 วิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ

โดยหลักทั่วไปแล้วหากมีประเด็นว่าด้วยการเพิกถอนพินัยกรรม จุดเกาะเกี่ยวที่จะถูกนำมาใช้คือจุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินสำหรับพินัยกรรมส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ และจุดเกาะเกี่ยว ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมสำหรับพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์

การเพิกถอนพินัยกรรมตามกฎหมายอังกฤษการเพิกถอนพินัยกรรมอาจเกิดได้ 3 ลักษณะ กล่าวคือ

- โดยพินัยกรรมหรือส่วนต่อท้ายพินัยกรรมฉบับหลัง
- โดยการกระทำของผู้ทำพินัยกรรม หรือบุคคลอื่นที่แสดงเจตนาแทนผู้ทำพินัยกรรมว่ามีเจตนาเพิกถอนพินัยกรรมที่ทำไปแล้วนั้น
- ผลของการแต่งงาน ถ้ามิได้มีการแสดงเจตนาไว้ว่าให้พินัยกรรมนี้ยังคงอยู่

การเพิกถอนพินัยกรรมทั้ง 3 ประเด็นกลับมีที่มาของการใช้จุดเกาะเกี่ยวแตกต่างกัน กล่าวคือ

- การเพิกถอนพินัยกรรมฉบับก่อน กล่าวคือ การเพิกถอนนี้เป็นไปตาม The

Wills Act 1963 section 2 (1) ( C ) ที่ให้การถอนพินัยกรรมฉบับก่อนสมบุรณ์ หากว่าการทำพินัยกรรมฉบับหลังสมบุรณ์ตามแบบกฎหมายใดกฎหมายหนึ่งที่น่ามาใช้ในเรื่องแบบแห่งความสมบุรณ์ของพินัยกรรมฉบับก่อน

- การเพิกถอนพินัยกรรมโดยการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม (Destruction) การเพิกถอนพินัยกรรมในลักษณะนี้ของประเทศอังกฤษไม่จำกัดแต่เฉพาะการทำพินัยกรรมจะแสดงชัดถึงเจตนาที่จะทำลายพินัยกรรม แต่ยังหมายความรวมถึงกรณีบุคคลที่ 3 หรือตัวแทนของผู้ทำพินัยกรรมมาแสดงเจตนาเพิกถอนพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรมนั้นแทน

กรณีการเพิกถอนพินัยกรรมในลักษณะนี้ตาม Wills Act 1958 ให้ผลของการเพิกถอนโดยการทำลายพินัยกรรมให้เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้ในเรื่องแบบแห่งความสมบุรณ์กับพินัยกรรม แต่หลักการนี้ไม่ปรากฏใน Wills Act 1963

Wills Act 1963 ปรากฏแต่หลักการตาม Section 2(1) ( C )<sup>33</sup> ที่นำมาใช้กับการเพิกถอนพินัยกรรมโดยพินัยกรรมฉบับก่อน ดังนั้นการหากกฎหมายมาใช้เมื่อเกิดกรณีการเพิกถอนพินัยกรรมโดยการแสดงเจตนาเพิกถอนของผู้ทำพินัยกรรม จึงกลับไปใช้จุดเกาะเกี่ยวหลัก คือ จุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้เกาะเกี่ยวกับการเพิกถอนพินัยกรรมในลักษณะนี้

หากว่าผู้ทำพินัยกรรมมิได้มีการย้ายภูมิลำเนาภายหลังพินัยกรรมจนถึงแก่กรรม ปัญหาว่าภูมิลำเนาใดคงจะไม่เกิดขึ้น แต่หากผู้ทำพินัยกรรมย้ายภูมิลำเนาภายหลังการทำพินัยกรรมก็จะมีข้อถกเถียงว่า ระหว่างภูมิลำเนา ณ ที่ทำพินัยกรรม หรือภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรมนั้น ภูมิลำเนาแห่งใดจึงจะเหมาะแก่กรณีนี้ ซึ่งในเรื่องนี้มีนักกฎหมายอังกฤษหลายท่านเห็นแตกต่างกัน

- การเพิกถอนโดยการแต่งงาน

---

<sup>33</sup> "Wills Act 1963 section 2(1) ( c ) " A will so far as it revokes a will which under this Act would be treated as properly executed, or revokes a will which this Act would be treated as comprised in a properly executed will, if the execution of the later will conformed to any law be reference to which the revoked will or provision would be so treated "

ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษการแต่งงานมีผลเป็นการเพิกถอนพินัยกรรมที่ทำก่อนการสมรส เว้นแต่ผู้ทำพินัยกรรมจะได้แสดงเจตนาโดยแจ้งชัดว่าพินัยกรรมที่ทำก่อนการสมรสนี้ไม่เสียไปแม้จะได้แต่งงานแล้ว หลักว่าด้วยการเพิกถอนพินัยกรรมโดยการแต่งงาน มิได้ปรากฏในหลักกฎหมายมรดกแต่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส (Matrimonial Law)

กฎหมายที่นำมาใช้กับเรื่องของการเพิกถอนพินัยกรรม โดยการแต่งงานก็คือกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องมีอยู่ 2 ลักษณะ กล่าวคือ ภูมิลำเนาขณะแต่งงาน และภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม

หากผู้ทำพินัยกรรมมิได้ย้ายภูมิลำเนาประเด็นว่าจะใช้ภูมิลำเนาใดก็คงไม่เกิดขึ้น แต่ปัญหาในประเด็นนี้ Wills Act 1963 section 3 “No will or other testamentary instrument shall be held to be revoked or to have become invalid, nor shall the construction there of be altered by reason of any change of domicile of the person making the same” ยังผลให้ภูมิลำเนาที่จะนำมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายในประเด็นการเพิกถอนพินัยกรรมที่ทำก่อนการสมรส คือ ภูมิลำเนาขณะแต่งงานนั่นเอง

จากคดี Re Martin (1990) ชายและหญิงชาวฝรั่งเศสสมรสกันในประเทศอังกฤษ โดยที่ก่อนหน้ามีการสมรส หญิงได้ทำพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ในประเทศอังกฤษ แต่หญิงมีภูมิลำเนาสุดท้ายที่ประเทศฝรั่งเศสก่อนถึงแก่กรรม ศาล The Court of Appeal พบว่าขณะที่ทั้งสองสมรส มีภูมิลำเนาอยู่ที่ประเทศอังกฤษ ดังนั้นจึงใช้กฎหมายอังกฤษซึ่งเป็นกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของคู่สมรสมาใช้ในการเพิกถอนพินัยกรรม เมื่อพินัยกรรมถูกเพิกถอน หญิงจึงตายโดยไม่มีพินัยกรรม<sup>34</sup>

คดี In Bonis Groos (1904) หญิงและชายชาวดัตช์ที่ได้ทำการสมรสกันที่ประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยก่อนที่จะทำการสมรสหญิงได้ทำพินัยกรรมตามแบบแห่งพินัยกรรมตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ ภายหลังคู่สมรสย้ายภูมิลำเนาอยู่ที่ประเทศอังกฤษ และหญิงผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่กรรมที่ประเทศอังกฤษ ศาลได้อ้างตาม Section 3 ของ Wills Act ที่ว่าการย้ายภูมิลำเนาหาได้ทำให้เป็นการเพิกถอนพินัยกรรม แม้กฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น การ

<sup>34</sup> J.H.C. Thomas, Private international law, p.138.

สมรสจะเป็นการเพิกถอนพินัยกรรม แต่ตามกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์หาได้ถือเช่นนั้นไม่ เมื่อภูมิลำเนาขณะสมรสอยู่ที่ประเทศเนเธอร์แลนด์ ก็นำกฎหมายเนเธอร์แลนด์มาใช้กับกรณี ยังผลให้พินัยกรรมของหญิงชาวต่างชาติผู้ทำพินัยกรรมไม่ถูกเพิกถอน

ผลของการเพิกถอนพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งใช้กฎหมาย ณ ที่ตั้งทรัพย์สินกับการเพิกถอนพินัยกรรมโดยผู้ทำพินัยกรรม (destruction) แต่กฎหมายที่ใช้กับการเพิกถอนพินัยกรรมโดยพินัยกรรมฉบับก่อนในกรณีพินัยกรรมส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เป็นเช่นเดียวกันกับพินัยกรรมส่วนที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นไปตาม Wills Act 1963 กล่าวคือ เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้กับกรณีความสมบูรณ์ของแบบแห่งพินัยกรรมฉบับก่อน

จากข้างต้นจึงสรุปได้ว่าเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของประเทศอังกฤษ พินัยกรรมจะถูกแยกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ พินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม และพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นไปตามกฎหมาย ณ ที่ตั้งของทรัพย์สิน แต่ทั้งนี้หาใช่ว่าจะใช้กฎหมายทั้ง 2 อย่างเคร่งครัดไม่ ลักษณะการหากกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยการเพิกถอนพินัยกรรมจึงมีลักษณะแตกต่างกันไปตามลักษณะของการเพิกถอนพินัยกรรม

## ก.2 วิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเด็นการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยการเพิกถอนพินัยกรรม เป็นไปตามระบบ Scission กล่าวคือนำกฎหมายภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้กับพินัยกรรมส่วนที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์และนำกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้กับพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ แต่หลักที่ใช้กับการเพิกถอนอย่างชัดแจ้ง หรือการกระทำที่ส่งผลให้มีการเพิกถอนตลอดจนการเพิกถอนโดยผลของกฎหมายขึ้นอยู่กับกฎหมายในแต่ละมลรัฐว่ารายละเอียดในการเพิกถอนเป็นเช่นไร

ดังในคดี Re Barrie 's Estate (1951) หญิงผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาอยู่ในมลรัฐ Illinois ได้ทำพินัยกรรมยกที่ดินในมลรัฐ Iowa ให้กับโบสถ์แต่เธอได้เขียนคำว่า “void” หลายแห่งบนกระดาษแผ่นแรกของพินัยกรรม ซึ่งตามกฎหมายของมลรัฐ Illinois การเขียน “void” ถือเป็นการเพิกถอนพินัยกรรมแล้ว แต่ตามกฎหมายของมลรัฐ Iowa การทำเช่นนี้หาได้เป็นการเพิกถอน



พินัยกรรมไม่ ศาล Iowa ได้ใช้กฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สิน ซึ่งก็คือ กฎหมายของมลรัฐ Iowa<sup>35</sup> ส่งผลให้พินัยกรรมฉบับนี้ไม่ถูกเพิกถอน

หรือในคดี Re Cutler's Will (1921) ก็ใช้กฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรมหาได้ใช้กฎหมาย ณ ภูมิลำเนาขณะที่ทำการเพิกถอนแต่ประการใดดังนั้นการหากฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายในประเด็นการเพิกถอนพินัยกรรมเห็นได้ชัดว่าศาลต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาใช้กฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม หรือกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินขึ้นกับว่าพินัยกรรมเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกประเภทใด

นอกจากนี้การหากฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายในประเด็นการเพิกถอนพินัยกรรมยังอาจแบ่งออกตามลักษณะของการเพิกถอนพินัยกรรมด้วยเหมือนกับประเทศอังกฤษ กล่าวคือการเพิกถอนโดยการแต่งงานเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาขณะที่แต่งงาน

ประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้ระบบ Scission โดยใช้กฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม และกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินเป็นหลักในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม แนวคิดในการหากฎหมายมาใช้บังคับมีลักษณะคล้ายกับการหากฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายในระดับมลรัฐ ดังปรากฏในร่างกฎหมาย Uniform Probate Code ที่คณะกรรมการได้จัดทำขึ้นเพื่อเป็นกฎหมายต้นแบบในการที่มลรัฐจะนำไปบัญญัติกฎหมายภายในมลรัฐ ตาม Section 2-602 ของ Uniform Probate Code ได้ยอมรับการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรม แต่ในระดับการขัดกันแห่งกฎหมายในระดับระหว่างประเทศไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เหมือนกับประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาก็ใช้คำพิพากษาเป็นหลักซึ่งก็ยังไม่ปรากฏคดีที่แสดงถึงการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมาย แต่การยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายใน Section 2-602 ก็แสดงถึงแนวโน้มในการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาจะยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรม แต่ทั้งนี้การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมก็ยังคงถูกจำกัดให้เลือกได้เฉพาะกฎหมายที่อาจเกี่ยวข้องกับพินัยกรรม

- ข. วิธีการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย

<sup>35</sup> George W. Stamberg, Principles of conflict of laws, p.387.

## ข.1 ประเทศเยอรมนี

การเพิกถอนพินัยกรรมในประเทศเยอรมนีมีได้หลายกรณีกล่าวคือ เพิกถอนโดยการหย่า เพิกถอนโดยการเกิดของบุตร หรือหลานของผู้ทำพินัยกรรม เพิกถอนโดยการสมรส เพิกถอนโดยผู้ทำพินัยกรรมเอง

การเพิกถอนในหลายลักษณะเกิดขึ้นได้เสมอ ๆ ซึ่งอาจแยกได้ง่ายเช่น การเพิกถอนโดยการกระทำของผู้ทำพินัยกรรมเอง และการเพิกถอนโดยผลของกฎหมาย ซึ่งหากไม่เป็นที่แน่ชัดว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม หรือรูปแบบแห่งการเพิกถอน ก็ให้ถือว่าเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องผลแห่งความสมบูรณ์ของการเพิกถอน ถ้าการเพิกถอนนั้นไม่ขัดแย้งกับข้อบังคับตามกฎหมาย ก็ให้จุดเกาะเกี่ยวในประเด็นการเพิกถอนพินัยกรรมเป็นไปตามจุดเกาะเกี่ยวเดียวกันกับประเด็นผลแห่งความสมบูรณ์ของพินัยกรรม ซึ่งก็คือกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมในขณะที่เพิกถอนนั่นเอง

ตามกฎหมายของประเทศเยอรมนี ประเทศเยอรมนีแม้จะใช้จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติขณะที่เพิกถอนเป็นหลักแต่ก็ยังนำจุดเกาะเกี่ยวอื่นมาใช้กับพินัยกรรมด้วย เนื่องจากประเทศเยอรมนีให้สัตยาบันใน Hague Convention 1961 ว่าด้วยแบบแห่งพินัยกรรม ดังนั้นในเรื่องที่เกี่ยวกับการเพิกถอนพินัยกรรมก็อาจนำกฎหมายที่ใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมมาใช้กับการเพิกถอนพินัยกรรมได้

## ข.2 ประเทศญี่ปุ่น

การหากฎหมายมาใช้กับการเพิกถอนพินัยกรรม ตาม ม.27(2)<sup>36</sup> กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมขณะที่ทำการเพิกถอน ซึ่งการเพิกถอนนี้คล้ายกับกรณีของเนื้อหาและผลของพินัยกรรมที่คำนึงถึงขณะที่กระทำเป็นสำคัญ<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Horei , Article 27(2) [Wills] "(2) The revocation of a will shall be governed by the national law of the testator at the time of the revocation"

<sup>37</sup> Chim Kim, "New japanese private international law : The 1990 Horei," AJCL V.40 N.1 (1992), pp.11-12.

### ข.3 ประเทศสวีเดนและนอร์เวย์

เหมือนกับประเด็นสาระสำคัญและผลของพินัยกรรม

#### ค. วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

อนุสัญญา Hague Convention 1989 มิได้บัญญัติถึงลักษณะของการหากฎหมายมาใช้กับกรณีการขัดแย้งกฎหมายในประเด็นการเพิกถอนพินัยกรรม ทั้งนี้เพราะอนุสัญญาฉบับนี้มุ่งที่จะใช้กับการหากฎหมายมาใช้กับทรัพย์สินมรดก ไม่ว่าจะทรัพย์สินมรดกนั้นจะมีหรือไม่มีพินัยกรรม ซึ่งจากมาตรา 3 และมาตรา 5 ของอนุสัญญาฉบับนี้ เห็นได้ว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้กับพินัยกรรมอาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ หากผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนาเลือกกฎหมายไว้ใช้กับพินัยกรรม การเพิกถอนพินัยกรรมก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนาเลือก และกรณีที่ผู้ทำพินัยกรรมไม่ได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรม ก็ให้เป็นไปตามกฎหมาย ณ ที่ที่อยู่ของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งเป็นที่เดียวกับสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม หรือเป็นไปตามถิ่นที่อยู่สุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม แต่ผู้ทำพินัยกรรมมาตั้งถิ่นที่อยู่นั้นมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี หรือกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม หากพิสูจน์ได้ว่าสัญชาติใกล้ชิดกับผู้ทำพินัยกรรมมากกว่าถิ่นที่อยู่ของผู้ทำพินัยกรรม

การเพิกถอนพินัยกรรมยังปรากฏอยู่ในอนุสัญญา Hague Convention 1961 ใน มาตรา 2 ที่กำหนดให้การเพิกถอนพินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้กับแบบแห่งข้อกำหนดพินัยกรรมในการเพิกถอน

จากอนุสัญญาทั้งสองแสดงถึงความพยายามในการจัดให้การหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายในประเด็นที่ว่าด้วยการเพิกถอนพินัยกรรมให้เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้กับพินัยกรรมในส่วนอื่น ๆ ขณะเดียวกันยังไม่ละทิ้งหลักเกณฑ์จากจุดเกาะเกี่ยวเสียทีเดียว โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยว ณ ที่ที่อยู่, สัญชาติมาใช้แก่การเพิกถอนพินัยกรรม

ตามอนุสัญญา Hague Convention 1989 แม้พยายามที่จะหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดก โดยไม่แบ่งแยกประเภทของทรัพย์สิน แต่ก็หาได้ละทิ้งการนำ

กฎหมายมาใช้กับอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นทรัพย์สินมรดก แต่จำกัดเฉพาะกฎหมายของรัฐที่ทรัพย์สินมรดกตั้งอยู่ภายในรัฐนั้นเองก็สามารถใช้กฎหมายของรัฐนั้นได้ไม่ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นจะเป็นทรัพย์สินมรดกที่มีหรือไม่มีพินัยกรรมก็ตาม

#### 4.6 แบบแห่งพินัยกรรม

กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ มักกำหนดเกี่ยวกับแบบแห่งความสมบูรณ์ของพินัยกรรม แต่หากผู้ทำพินัยกรรมทำพินัยกรรมในเทศอื่นที่ตนมิได้มีภูมิลำเนาหรือสัญชาติอยู่ หรือเป็นพินัยกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ กรณีแบบแห่งพินัยกรรมไม่เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศที่กำลังพิจารณาปัญหาเรื่องความสมบูรณ์แห่งแบบพินัยกรรมอาจเกิดขึ้นได้

“แบบ” จึงหมายถึงสิ่งต้องทำตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย แบบนี้จึงไม่จำเป็นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป อาจจะเป็นปากเปล่า แต่ต้องมีพยานหรือทำต่อหน้าศาล ฯลฯ แล้วแต่กฎหมายของแต่ละประเทศกำหนด

พินัยกรรมก็เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องการแบบ เพื่อความแน่นอนในการกล่าวอ้างเพื่อประโยชน์แก่ตัวผู้ทำพินัยกรรมเองและครอบครัวของผู้ทำพินัยกรรม กฎหมายทุกประเทศจึงมักกำหนดให้การทำพินัยกรรมนั้นต้องมีแบบ เมื่อต้องมีแบบหากไม่ทำตามแบบพินัยกรรมก็จะเป็นโมฆะไม่ว่าจะบังคับใช้ได้

ในเรื่องของแบบแห่งพินัยกรรมนี้เอง เห็นได้ว่ามีหลายลักษณะและผู้ทำพินัยกรรมมีอิสระเสรีเต็มที่ในการที่จะทำพินัยกรรมที่ใดก็ได้ในโลก ดังนั้นจึงอาจเกิดจุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมได้มากมายไม่ว่าจะเป็นจุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ที่ทำพินัยกรรม จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม จุดเกาะเกี่ยวจากภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมหรือแม้แต่จุดเกาะเกี่ยวจากสถานที่ ๆ ทำพินัยกรรม ดังเห็นได้จากกฎหมายขัดกันของประเทศต่าง ๆ

##### ก. วิธีการหากกฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบ

##### Common Law

##### ก.1 วิธีการหากกฎหมายมาใช้บังคับของประเทศอังกฤษ

ในเรื่องของแบบแห่งพินัยกรรมนี้ Wills Act 1837 ได้มีการหากฎหมายมาใช้ตามลักษณะของทรัพย์ โดยหากเป็นพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์ก็ให้เป็นไปตามกฎหมาย อนุญัตติมูลค่าสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม แต่หากเป็นพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ ก็ให้เป็นไปตามกฎหมาย ณ. สถานที่ที่ตั้งทรัพย์ ดังปรากฏในคดี Pepin V. Brugere โดยในคดีนี้ได้มีการทำพินัยกรรมเกี่ยวกับสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศอังกฤษ โดยทำพินัยกรรมตามแบบของกฎหมายฝรั่งเศส พินัยกรรมฉบับนี้ไม่สมบูรณ์เพราะไม่เป็นตามกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ พินัยกรรมฉบับนี้จึงตกไป

การหากฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมดังกล่าวข้างต้น ยังคงปรากฏเรื่อยมาจนกระทั่งเกิดคดี Brumer V. Freeman ในปี 1857 โดยในคดีนี้ Fanny Calcraft หญิงชาวอังกฤษผู้มีภูมิลำเนาในประเทศฝรั่งเศส ได้ทำพินัยกรรมในประเทศฝรั่งเศส โดยรูปแบบแห่งพินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายอังกฤษ เธอตายขณะมีภูมิลำเนาในประเทศฝรั่งเศส ผลของการนี้ทำให้พินัยกรรมของเธอไม่สมบูรณ์ เพราะพินัยกรรมไม่เป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ตาย<sup>38</sup>

ผลจากคดีนี้ก่อให้เกิดความคิดที่จะแก้ Wills Act 1837 เนื่องจากเห็นว่าผู้ทำพินัยกรรมควรมีทางเลือกได้เสรีมากขึ้นในเรื่องของรูปแบบแห่งพินัยกรรมโดย Lord kingsdown ได้กล่าวไว้ว่า “As to the form of the testament. The jurisprudence of the Continent wisely, justly and philosophically allows an option to a testator to adopt either (a) the form required by the lex loci actus; or (b) the form required by the lex domicilii. The adoption of either form is, as jurists say, facultative not imperative, though the general maxim be locus regit actum. England and the north American United States unwisely, arbitrarily and unphilosophically compel the testator to adopt the form prescribed by the lex domicilii,<sup>39</sup>

<sup>38</sup> G.C. Cheshire, Private international law : Low priced , 6<sup>th</sup> ed. (London : Oxford University press), pp.568-569.

<sup>39</sup> Phillimore, Commentaries upon international law, IV, pp.627-628 อ้างโดย G.C. Cheshire. Private international law. Low-priced ,6<sup>th</sup> ed. The English language book Society and Oxford University Press



จากแนวคิดดังกล่าวข้างต้นนี้เองทำให้นำไปสู่การแก้ไข Wills Act ในปี 1861 ทำให้ Wills Act 1861 เป็นที่รู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งว่า Lord Kingsdown' Act กล่าวคือ Wills Act 1861 มีการหากฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมที่ยึดเอาสถานที่ที่มีการทำพินัยกรรมเป็นหลัก ดังจะเห็นได้จาก ข้อ1 และข้อ2<sup>40</sup> ของ Wills Act 1861 ที่บัญญัติให้มีการแยกว่าพินัยกรรมฉบับนี้ ทำขึ้นในประเทศอังกฤษ หรือทำขึ้นนอกประเทศอังกฤษ กล่าวคือหากคนอังกฤษทำพินัยกรรม เกี่ยวกับมรดกประเภท Personal estate ให้เป็นไปตามกฎหมาย ณ ที่ที่มีการทำพินัยกรรมหรือ กฎหมาย ณ ที่ที่บุคคลผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาขณะที่เขาทำพินัยกรรม หรือขณะที่เขาถึงแก่ ความตาย หรือกฎหมาย ณ สถานที่ที่เป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ แต่ทั้งนี้บุคคลผู้ทำพินัย กรรมจะต้องมีภูมิลำเนาแรกเริ่มในอาณาเขตนั้นๆด้วย แต่ถ้าพินัยกรรมฉบับนี้ทำขึ้นในประเทศ อังกฤษโดยคนอังกฤษ พินัยกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกประเภท Personal estate ก็จะเป็นไป ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ แต่ทั้งนี้ก็ยังคงใช้หลักเดิมที่ Hague 1961 นำไปสู่การแก้ไข Wills Act 1961 ซึ่งได้แก่การนำกฎหมายภูมิลำเนาสุดท้ายมาใช้บังคับพินัยกรรมได้ ต่อมาเมื่อ ประเทศอังกฤษได้ให้สัตยาบันใน Wills Act 1963 ซึ่ง Wills Act 1963 ที่กำหนดให้แบบแห่ง พินัยกรรมสมบูรณ์หากเป็นไปตามกฎหมาย ณ.ที่ๆ ทำพินัยกรรม, กฎหมายภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่

---

<sup>40</sup> Section1 “Every will and other testamentary instrument made out of the United Kingdom by a British subject ( whatever may be the domicil of such person at the time of making the same or at the time of his or her death) shall as regards personal estate be held to be well executed for the purpose of being admitted in England and Ireland to probate, and in Scotland to confirmation ’if the same be made according to the forms required by

- (i) the law of the place where the same was made : or
- (ii) the law of the place where such person was domiciled when the same was made ; or
- (iii) the laws then in force in the part of the Majesty ‘s dominions where he has his domicil of origin

Section2 “ Every will made within the United Kingdom by any British subject ( whatever may be his domicil at the time of execution or of death ) shall be formally valid as regards personal estate if executed according to the forms requires by the laws for the rime being in force in that part of the United Kingdom where the same is made “



ของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมหรือกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สินมรดกก็ได้

## ก.2 วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเด็นการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยแบบแห่งพินัยกรรม วางอยู่บนหลักทั่วไปของการหากฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมาย ตามหลักกฎหมาย Common Law กล่าวคือนำกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์และกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์<sup>41</sup>

แต่ผลของการใช้หากฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมดังข้างต้น ทำให้เกิดความไม่สะดวกเนื่องมาจากกรณีที่พินัยกรรมกำหนดการเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ในหลายรัฐ ทำให้เกิดการนำกฎหมายจากหลายสถานที่มาใช้ หากเทียบกับกรณีมีนิติสัมพันธ์ขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมมีชีวิตซึ่งแม้ทำในรัฐต่างๆ แต่ก็แยกไปตามกฎหมายของรัฐนั้นเป็นแห่งๆ และแยกเอกสารสำคัญออกเป็นหลายฉบับ ทำให้ง่ายต่อการหากฎหมายมาใช้ แต่พินัยกรรมมักจะอยู่ในรูปของเอกสารฉบับหรือชุดเดียว ที่ต้องนำไปใช้กับทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในหลายรัฐ แต่เพื่อความสมบูรณ์กลับต้องทำให้พินัยกรรมฉบับนี้ถูกต้องตามกฎหมายในทุกรัฐหรือทุกมลรัฐที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่

ด้วยเหตุนี้ในที่ประชุม Conference on Uniform State Laws จึงได้เสนอในเรื่องของแบบแห่งพินัยกรรมว่า “ A last will and testament < executed without this state in the mode prescribed by the law , either of the place where executed or of the testator ' s domicil, shall be deemed to be legally executed , and shall be of the same force and effect as if executed in the mode prescribed by the laws of this state , provided said last will and testament is in writing and subscribed by the testator “

ผลจากข้อเสนอของที่ประชุมทำให้มลรัฐกว่าครึ่งของสหรัฐอเมริกาได้รับเอาหลัก

---

<sup>41</sup> Robert A. Leflar, The law of conflict of laws ( NY : The new Bobb-Merrill, 1959), p.186.

ที่ว่าแบบแห่งพินัยกรรมเป็นอันสมบูรณ์หากเป็นไปตามกฎหมายของรัฐที่พินัยกรรมเกี่ยวข้อง ดังเห็นได้จากคดี The case of Matter of Rubens ซึ่งศาลนิวยอร์กได้ตัดสินยอมให้ผู้ทำพินัยกรรมมีเสรีในการเลือกทำตามแบบแห่งพินัยกรรมตามกฎหมายที่อาจเกี่ยวข้องกับพินัยกรรมได้ โดยในคดีนี้ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศ ทำพินัยกรรมในต่างประเทศ จัดการทรัพย์สินต่างๆ ที่อยู่ในนิวยอร์ก พินัยกรรมตามแบบกฎหมายแห่งมลรัฐนิวยอร์ก ศาลตัดสินให้พินัยกรรมฉบับนี้สมบูรณ์ แม้ทรัพย์สินที่อยู่ในนิวยอร์กเป็นสังหาริมทรัพย์ ที่ตามหลักทั่วไปแล้วต้องเป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ตายก็ตาม

นอกจากนี้คดี Lindsay V. Wilson (1906) ซึ่งในคดีนี้ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ ขณะที่ภูมิลำเนาอยู่ในประเทศฝรั่งเศส และถึงแก่ความตาย ขณะที่ภูมิลำเนาอยู่ในประเทศฝรั่งเศส โดยพินัยกรรมได้ยกที่ดินในมลรัฐ Maryland ให้กับทายาทตามกฎหมายของมลรัฐ Maryland ที่ได้บัญญัติไว้ว่า “every will and other testamentary instrument made out of this state by a citizen there of shall be held to be valid, if the same be made according to the forms required by a citizen there of shall be held to be valid , if the same be made according to the forms required by the law of the place where the same was made or by the law of the place where such person was residing when the same was made “ จากกฎหมายข้างต้นส่งผลให้พินัยกรรมฉบับนี้สมบูรณ์

ในคดี In Re Beaumont's Estate (1907) ศาลยอมรับความสมบูรณ์ของแบบแห่งพินัยกรรม ไม่ว่าจะปฏิบัติตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมขณะที่ทำพินัยกรรมหรือกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมขณะที่ทำพินัยกรรมก็ตาม

แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีได้ให้สัตยาบรรณในอนุสัญญา Hague Convention 1961 แต่จากข้อเสนอของคณะกรรมการจัดทำ Uniform State Law และการยอมรับข้อเสนอของมลรัฐต่างๆในประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ได้แสดงถึงการเปิดเสรีให้กับผู้ทำพินัยกรรมในการที่จะทำพินัยกรรมตามแบบแห่งกฎหมายใดที่อาจเกี่ยวข้องกับพินัยกรรมก็ได้

- ข. วิธีการหากกฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศในระบบประมวลกฎหมาย

#### ข.1 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีได้ให้สัตยาบรรณในอนุสัญญา Hague 1961 ซึ่งมีผลในประเทศเยอรมนีตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1966 ดังนั้นพินัยกรรมที่สร้างขึ้นโดยผู้ทำพินัยกรรมที่ถึงแก่กรรมก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1966 ก็เป็นไปตามจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องของสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมสำหรับพินัยกรรมที่สร้างขึ้นโดยผู้ทำพินัยกรรมที่ถึงแก่กรรม<sup>42</sup> ภายหลังจากวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1966 แบบแห่งพินัยกรรม ก็เป็นไปตามหลักที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาดังจะกล่าวต่อไปเมื่อถึงหัวข้อนี้

## ข.2 ประเทศญี่ปุ่น

การหากฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมของประเทศญี่ปุ่นจากเดิมที่ยอมให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม หรือ กฎหมาย ณ ที่ที่มีการทำพินัยกรรม แต่เมื่อมีการให้สัตยาบรรณใน Hague Convention 1961 ก็ได้มีการอนุวรรตตามอนุสัญญา ทำให้เกิดขอบเขตที่กว้างขึ้นแก่การนำกฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรม<sup>43</sup> โดยไม่นำเอาการหากฎหมายมาใช้ว่าด้วยพินัยกรรมใน Horei มาใช้<sup>44</sup> ไม่ว่าจะปฏิบัติตามกฎหมาย Lex loci actus, กฎหมาย ณ ที่ตั้งของผู้ทำพินัยกรรมหรือแม้แต่กฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์ (อสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นมรดกตามพินัยกรรม) ไม่ว่าจะกฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง พินัยกรรมก็สมบูรณ์ตามแบบแล้ว ในเรื่องแบบพินัยกรรม กฎหมายญี่ปุ่นยอมรับกฎหมายมาใช้กว้างมาก

## ข.3 สวิตเซอร์แลนด์

ประเด็นเรื่องการหากฎหมายมาใช้กับกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยแบบ

<sup>42</sup> E.J. Cohn, " Conflict of laws " . Manual of german law ,Volume II ( London : Oceana Publications Publications, 1971), pp.156-157.

<sup>43</sup> Chim Kim, " New japanese private international law : The 1990 Horei ". AJCL V.40, pp.11-12.

<sup>44</sup> Horei , Article 34(2) [Maintenance Obligations and Formalities of Wills] "  
(2) The provisions of this Statute shall not apply to the formalities of wills, except as provided by the main clause of Article 28(2), Article 29(1), the main clause of Article 30, and Article 31"

แห่งพินัยกรรม ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญา Hague Convention 1961 ทำให้การหากฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมอาจเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนา, ถิ่นที่อยู่, สัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม, สถานที่ที่ตั้งทรัพย์มรดก หรือแม้แต่กฎหมาย ณ ที่ที่มีการทำนิติกรรม การหากฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมจึงมีความหลากหลายอย่างมาก<sup>45</sup>

ค. วิธีการหากฎหมายมาใช้บังคับตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

ข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายในประเด็นว่าด้วยแบบแห่งพินัยกรรม ปรากฏในอนุสัญญา 2 ฉบับ ได้แก่ Convention on the Conflicts of Laws relating to the form of Testamentary หรือที่เรียกอีกอย่างว่า Hague Convention 1961 และ The Washington Convention 1973

ตามอนุสัญญา The Hague Convention 1961 ได้กำหนดให้นำกฎหมายภายใน ( the internal law )ของประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมมีความเกี่ยวข้องมาใช้กับความสมบูรณ์แบบแห่งข้อกำหนดในพินัยกรรม ซึ่งเป็นไปตามมาตรา<sup>46</sup> โดยกำหนดให้นำกฎหมายภายในของประเทศที่

---

<sup>45</sup> Swiss Federal Statute on Private International Law, Article 93 [Form] "1. The validity of testaments as to form is governed by the Hague Convention of 5 October 1961 on the Conflict of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions. 2.This Convention applies by analogy to the form of other dispositions mortis causa"

<sup>46</sup>Article 1 "A testamentary disposition shall be valid as regards form if its form complies with the internal law:

- a) of the place where the testator made it, or
- b) of a nationality possessed by the testator, either at the time when he made the disposition, or at the time of his death ,or
- c) of the place in which the testator , either had his domicile either at the time when he made the disposition, or at the time of his death , or
- d) of the place in which the testator had his habitual residence either at the time when he time the disposition , or at the time of his death , or
- e) so far as immovables are concerned, of the place where they are situated.

- ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมในประเทศนั้น หรือ
- ในประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมมีสัญชาติ ไม่ว่าจะเป็สัญชาติในขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมทำข้อกำหนดในพินัยกรรมหรือเวลาที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่กรรมก็ตาม หรือ
- ในประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนา ไม่ว่าจะเป็ภูมิลำเนาในขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมทำข้อกำหนด หรือในเวลาทีผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่กรรมก็ตาม หรือ
- ในประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมมีถิ่นที่อยู่ หรือ
- ในประเทศที่มีอสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับข้อกำหนดในพินัยกรรมตั้งอยู่

ในอนุสัญญาี้จึงมีลักษณะที่พยายามจะอำนวยความสะดวกแก่ผู้ทำพินัยกรรมให้เขาสามารถที่จะใช้กฎหมายใดก็ได้ที่เขาเกี่ยวข้องมาใช้กับแบบแห่งข้อกำหนดในพินัยกรรมขณะเดียวกันกฎหมายได้กำหนดให้มีการใช้ข้อกำหนดในพินัยกรรมตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นเลย โดยใช้คำว่า “ internal law “ ฉะยๆ ก็เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการย้อนส่งนั่นเอง

นอกจากนี้อนุสัญญาฉบับนี้ก็ได้หลีกเลี่ยงหลักกฎหมายที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไปดังปรากฏในมาตรา 2<sup>47</sup> ที่กำหนดให้ข้อกำหนดในพินัยกรรมฉบับใหม่ ยกเลิกข้อกำหนดในพินัยกรรมฉบับเก่า เพียงแต่บัญญัติเพิ่มลักษณะของการเพิกถอนเพิ่มเติม โดยการเพิกถอนจะสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อการเพิกถอนเป็นไปตามกฎหมายที่ทำให้ข้อกำหนดในพินัยกรรมฉบับแรกสมบูรณ์

แต่ก็สามารถเข้าใจได้ว่าแม้กฎหมายจะเลี่ยงไปใช้คำว่า “ กฎหมายภายใน “ แทนกระนั้น กฎหมายภายในที่ผู้ทำพินัยกรรมอาจเลือกได้นั้นก็ใกล้เคียงกับการหากฎหมายมาใช้จากจุดเกาะเกี่ยวแห่งสัญชาติ , ภูมิลำเนา สถานที่ที่มีการทำสัญญา หรือแม้แต่สถานที่ตั้งทรัพย์สินนั่นเอง

---

For the purposes of the present Convention , if a national law consists of a non 3unified system, the law to be applied shall be determined by the rules in force in that system and , failing any such rules, by the most real connexion which the testator had with any one of the various laws within that system. The determination of whether or not the testator had his domicile in a particular place shall be governed by the law of that place.

<sup>47</sup> Article 2 "Article 1 shall apply to testamentary dispositions revoking an earlier testamentary disposition. The revocation shall also be valid as regards form if it complies with any one of the laws according to the terms of which , under Article 1 , the testamentary disposition that has been revoked was valid."

ในมาตรา 3<sup>48</sup> ยังมีการบัญญัติเพื่อการในอนาคตด้วยว่าหากประเทศภาคีจะกำหนดให้มีการทำข้อกำหนดในพินัยกรรมทำตามรูปแบบของกฎหมายอื่นใดนอกเหนือไปจากกฎหมายของประเทศต่างๆ ในมาตรา 1 ก็อาจกระทำได้เช่นกัน

ดังนั้นหากดูในมาตรา 1 และมาตรา 3 จะเห็นได้ว่าอนุสัญญาฉบับนี้เปิดกว้างต่อผู้ทำพินัยกรรมที่จะทำพินัยกรรมเป็นอย่างมาก แต่ทั้งนี้ก็มีข้อจำกัดการใช้กฎหมายไว้เช่นกัน หากรัฐภาคีทำข้อสงวนดังปรากฏในมาตรา 10<sup>49</sup> ที่รัฐอาจสงวนสิทธิมิยอมรับข้อกำหนดในพินัยกรรมที่สามารถทำได้โดยปากเปล่า ( orally ) ที่กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่กำหนดให้มีการทำข้อกำหนดในพินัยกรรมแบบปากเปล่า ( ประเทศไทยก็อนุญาตให้การกระทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1663 เป็นพินัยกรรมแบบปากเปล่า เมื่อมีเหตุการณ์ฉุกเฉินสำคัญในบางเหตุการณ์ได้) ทั้งนี้รัฐภาคีอาจสงวนสิทธิที่จะไม่รับการกระทำพินัยกรรมปากเปล่านั้นก็สามารถทำได้

นอกจากนี้อนุสัญญาฉบับนี้ยังรับรองถึงผลของ “ordre public” ด้วยในมาตรา 7<sup>50</sup> โดยรัฐภาคีสามารถที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับการใช้กฎหมายต่างๆที่กำหนดในอนุสัญญาฉบับนี้หากว่าขัดกับ ordre public แห่งรัฐภาคี

แต่ใน The Washington Convention 1972 มีลักษณะที่แตกต่างกันในการแก้ปัญหาในเรื่องแบบแห่งพินัยกรรม กล่าวคือ The Washington Convention 1973 ได้กำหนดแบบแห่งพินัยกรรมที่เรียกว่า " international wills " ขึ้นมา หากผู้ทำพินัยกรรมทำพินัยกรรมที่มี

---

<sup>48</sup> Article 3 "The present Convention shall not affect any existing or future rules of law in Contracting States which recognize testamentary disposition made in compliance with the formal requirements of a law other than a law referred to in the preceding Articles."

<sup>49</sup> Article 10 " Each Contracting State may reserve the right not to recognize testamentary dispositions made orally, save in exceptional circumstances, by one of its nationals possessing no other nationality."

<sup>50</sup> Article 7 The application of any of the laws declared applicable by the present Convention may be refused only when it is manifestly contrary to "ordre public".



องค์ประกอบระหว่างประเทศตามแบบแห่งอนุสัญญานี้ให้ถือว่าแบบแห่งพินัยกรรมสมบูรณ์ตาม  
 กำหนดของประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงถึงการหากฎหมายมาใช้กับ  
 " international wills " ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมาย ณ.สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรม, กฎหมายสัญชาติ  
 ของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมายภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่, กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สิน<sup>51</sup>

แต่หากว่าพินัยกรรมฉบับนี้ไม่ถูกต้องตรงตามแบบแห่งอนุสัญญาฉบับนี้ พินัย  
 กรรมฉบับนี้ก็ยังไม่เสียไปหากว่าแบบแห่งพินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายจากจุดเกาะเกี่ยว

จากอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ แสดงถึงความพยายามในการจัดการกับประเด็นแบบ  
 แห่งพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ แต่วิธีการจัดการกับปัญหาของ 2 อนุสัญญาแตกต่างกัน  
 โดยอนุสัญญา Hague Convention 1961 ได้บัญญัติถึงการยอมรับกฎหมายที่จะนำมาใช้  
 กับแบบแห่งพินัยกรรมซึ่งหลากหลาย ขณะที่ The Washington Convention พยายามสร้าง  
 แบบแห่งพินัยกรรมให้ใช้ได้เป็นการทั่วไป กระนั้นก็ตามอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับพยายามทำให้แบบ  
 แห่งพินัยกรรมมีโอกาสสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศต่างๆ ให้ได้มากที่สุด

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายจากประเทศต่างๆ และจากอนุสัญญา  
 Hague Convention ทั้ง 2 ฉบับ เห็นได้ชัดว่ามีความแตกต่างในประเด็นใหญ่ๆ อยู่คือการหากฎหมาย  
 มาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ระบบ เหมือนดังที่ได้กล่าวถึง  
 การแบ่งระบบการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในบทที่ 2  
 ส่วนรายละเอียดปลีกย่อยเป็นไปตามกฎหมายขัดกันของแต่ละประเทศ เพื่อนำไปสู่การศึกษาถึง

<sup>51</sup> Annex uniform law on the form of an international will, Article 1

1. A will shall be valid as regards form, irrespective particularly of the place where it is made, of the location of the assets and of the nationality, domicile or residence of the testator, if it is made in the form of an international will complying with the provisions set out in Articles 2 to 5 hereinafter.
2. The invalidity of the will as an international will shall not affect its formal validity as a will of another kind.

ความแตกต่างของการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบต่างประเทศของนานาประเทศว่าเหมือนหรือแตกต่างจากของประเทศไทยอย่างไร ดังจะอธิบายต่อไปในบทที่ 5 ว่าด้วยการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบต่างประเทศของประเทศไทย



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 5

### การหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ ของประเทศไทย

เมื่อพิจารณาจากระบบการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในบทที่ 2 และ จุดเกาะเกี่ยวในการนำไปสู่การหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ รวมถึงแนวทางของกฎหมายขัดกันและแนวปฏิบัติกรณีเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของประเทศต่างๆ เห็นได้ว่า การหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ มักเป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม และกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินมรดก โดยการหากฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม แตกต่างกันไปในรายละเอียดแห่งการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศ

ในบทนี้จึงทำการศึกษาถึงการหากฎหมายมาใช้บังคับกับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของประเทศไทยว่ามีลักษณะใด และมีการหากฎหมายใดมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 ได้บัญญัติหลักในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมโดยแยกตามลักษณะของทรัพย์สินมรดกเป็นเกณฑ์ในการพิจารณากล่าวคือ มีการหากฎหมายมาใช้ตามลักษณะของทรัพย์สินมรดก หากเป็นทรัพย์สินมรดกประเภท อสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สิน และหากเป็นทรัพย์สินมรดกประเภท สสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม การหากฎหมายมาใช้กับกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม จึงจัดอยู่ในระบบ Scission ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับประเทศส่วนใหญ่ที่ใช้ระบบ Scission

โดยที่การกำหนดหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมของประเทศไทยนั้น นอกจากแยกตามลักษณะทรัพย์สินแล้ว ยังแยกตามองค์ประกอบต่างๆของพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศด้วย โดยแยกเป็น ความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม สาระสำคัญและผลของพินัยกรรม การตีความพินัยกรรม การเพิกถอนพินัยกรรม แบบแห่งพินัยกรรม การหากฎหมายของต่าง

ประเทศมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ ก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่เกาะเกี่ยวกับข้อเท็จจริงนั้นว่าเป็นเรื่องใด ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ได้กำหนดกฎหมายที่เกาะเกี่ยวในประเด็นต่างๆของพินัยกรรมไว้หลายกรณี เช่น กฎหมายของประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมมีสัญชาติ, กฎหมายของประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมมีภูมิลำเนา, กฎหมายของประเทศที่มีการทำพินัยกรรม, กฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่

ดังนั้นในการศึกษาบทนี้ จึงทำการศึกษาลักษณะการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศของประเทศไทย โดยแยกตามองค์ประกอบของพินัยกรรมดังต่อไปนี้

- 5.1 ความสามารถ
- 5.2 ทรัพย์สินมรดก
- 5.3 สาระสำคัญและผลของพินัยกรรม
- 5.4 การตีความพินัยกรรม
- 5.5 การเพิกถอนพินัยกรรม
- 5.6 แบบแห่งพินัยกรรม

## 5.1 ความสามารถ

### 5.1.1 ความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม

โดยทั่วไปแล้วในหลายประเทศจะกำหนดอายุขั้นต่ำของบุคคลผู้มีความสามารถในการทำพินัยกรรมไว้ต่ำกว่ากำหนดอายุบรรลุนิติภาวะ สำหรับประเทศไทยเองก็เช่นกัน ดังประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดให้บุคคลบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุได้ 20 ปีบริบูรณ์<sup>1</sup> แต่ความสามารถในการทำพินัยกรรมสามารถทำได้ตั้งแต่อายุ 15 ปีบริบูรณ์<sup>2</sup> การหากฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในประเด็นว่าด้วยความสามารถ พระราชบัญญัติว่าด้วย

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 "บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์ และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุสิบปีบริบูรณ์"

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 25 "ผู้เยาว์อาจทำพินัยกรรมได้เมื่อมีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์"

การขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดไว้ใน มาตรา 39<sup>3</sup> ที่กำหนดให้ความสามารถของผู้ทำผิดเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้ทำผิดในขณะที่มีการทำผิด การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้สอดคล้องกับการหากฎหมายมาใช้ในเรื่องความสามารถของบุคคล ในภาค 2 ว่าด้วยสถานะและความสามารถของบุคคลเป็นการทั่วไปที่กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น แต่ความสามารถของผู้ทำผิดที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 39 ใช้เฉพาะแต่ความสามารถของผู้ทำผิดในการทำผิดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากผลของมาตรา 37 ที่บัญญัติให้ผิดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สิน

ส่วนที่กฎหมายบัญญัติให้นำกฎหมายสัญชาติมาใช้กับความสามารถของบุคคล สอดคล้องกับประเทศที่ใช้กฎหมายสัญชาติกับการขัดกันแห่งกฎหมายกับประเด็นในเรื่อง สถานะและความสามารถของบุคคล ดังเช่นในประเทศเยอรมัน ประเทศญี่ปุ่น ประเทศอิตาลี ฯลฯ เป็นไปตามแนวคิดของ Savigny แต่ไม่เป็นไปตามการหากฎหมายมาใช้กับความสามารถของผู้ทำผิดกรรมตามกฎหมายของประเทศในระบบ Common Law ที่ใช้กฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำผิดกรรม ทั้งนี้เพราะประเทศในระบบกฎหมาย Common Law มีความเชื่อว่า ภูมิลำเนาเป็นศูนย์กลางของชีวิต ( his legal centre of gravity )

แต่มาตรา 39 เน้นให้ใช้เฉพาะสัญชาติขณะที่ผู้ทำผิดนั้นได้ทำผิด ซึ่งหมายความว่าหากภายหลัง ผู้ทำผิดกลายเป็นผู้ไร้สัญชาติ หรือมีการเปลี่ยนสัญชาติ ก็ยังมีผลกระทบต่อการนำกฎหมายจากสัญชาตินั้นมาบังคับแต่อย่างใด ตรงกับการหากฎหมายมาใช้กับความสามารถของบุคคลตาม EGBGB ของประเทศเยอรมัน แต่เป็นที่ประหลาดว่าความสามารถตามกฎหมายขัดกันของไทยว่าด้วยผิดเป็นจุดเกาะเกี่ยวเดียวที่ใช้สัญชาติ ขณะที่องค์ประกอบอื่นๆ ในผิดใช้กฎหมายภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยว

### 5.1.2 ความสามารถของผู้รับผิด

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 39 "ความสามารถของบุคคลที่จะทำผิด ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติในขณะที่ทำผิด"

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายภาค 6 มรดก บัญญัติแต่เฉพาะการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกในประเด็นว่าด้วยความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งหากมีประเด็นว่าด้วยความสามารถของผู้รับพินัยกรรมมาสู่ศาลแล้ว จะเกิดปัญหาว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้กับความสามารถของผู้รับพินัยกรรม

ในต่างประเทศก็มีค้อยปรากฏการบัญญัติถึงการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศในประเด็นผู้รับพินัยกรรมเช่นเดียวกับในประเทศอังกฤษ แม้จะปรากฏว่ามีการนำกฎหมาย ณ ภูมิลำเนา ของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้กับกรณีความสามารถของผู้รับพินัยกรรม แต่ในบางคดีก็จะพิจารณาทั้งกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม และกฎหมายภูมิลำเนาของผู้รับพินัยกรรม แต่ผู้รับพินัยกรรมมิได้มีแต่เฉพาะบุคคลธรรมดา นิติบุคคลก็อาจเป็นผู้รับพินัยกรรมได้เช่นกัน ในเรื่องนี้ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ความสามารถของผู้รับพินัยกรรมที่เป็นนิติบุคคลเป็นไปตามกฎหมาย ณ ที่ตั้งสำนักงานใหญ่ เนื่องจากเป็นสถานที่ที่มีการจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิ

แต่อย่างไรก็ดี หากมีประเด็นว่าด้วยความสามารถของผู้รับพินัยกรรมมาสู่ศาลของประเทศไทยแล้ว มีผู้ให้ความเห็นไว้ว่าควรจะนำมาตรา 3 อันเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ซึ่งกฎหมายนานาประเทศต่างยอมรับว่าบุคคลที่จะเป็นทายาทหรือผู้รับพินัยกรรมได้ต้องมีสภาพบุคคล<sup>4</sup> แต่มีข้อที่น่าพิจารณาคือเมื่อการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมีการหากฎหมายมาใช้ตามลักษณะของทรัพย์ ในประเด็นว่าด้วยความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมกฎหมายที่จะนำมาใช้จะแยกออกตามลักษณะทรัพย์ด้วยหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ศาสตราจารย์กมลได้กล่าวไว้ว่าให้นำกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์มาใช้กับประเด็นความสามารถของผู้รับพินัยกรรมในพินัยกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์มรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์<sup>5</sup> ทำให้พิจารณาได้ว่าแม้แต่ประเด็นเรื่องความสามารถของผู้รับพินัยกรรมนั้น การหากฎหมายมาใช้บังคับก็เป็นไปตามลักษณะของทรัพย์มรดกเช่นเดียวกัน

<sup>4</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพานิช, " บทบาทและความสำคัญของสัญชาติและภูมิลำเนาในกฎหมายขัดกัน, " วารสารนิติศาสตร์ ( ธันวาคม 2541), หน้า 687.

<sup>5</sup> กมล สนธิเกษตริน, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ), หน้า 96.



## 5.2 ทรัพย์มรดก

การหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของประเทศไทยแบ่งตามลักษณะของมรดก ซึ่งเหมือนกับกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดก กล่าวคือพินัยกรรมที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ สถานที่ตั้งทรัพย์ของประเทศที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความสามารถในการรับทรัพย์ตามพินัยกรรม แบบของพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ การตกไปของพินัยกรรม การเสียเปล่าของพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ผลของพินัยกรรมที่มีต่ออสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น และพินัยกรรมที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ แยกไปตามองค์ประกอบต่างๆของพินัยกรรม ซึ่งมักเป็นไปตามกฎหมาย ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมเป็นหลัก

ลักษณะของทรัพย์มรดก หากดูว่า “ทรัพย์สิน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หมายถึง ทรัพย์ที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่างตามกฎหมายสามารถตกทอดเป็นมรดกได้ จึงอาจกำหนดไว้เป็นพินัยกรรมได้ แต่ตามพระราชบัญญัติ ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้ บัญญัติประเภทของทรัพย์ในลักษณะของวัตถุมีรูปร่าง กล่าวคือ อสังหาริมทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ โดยไม่ได้กล่าวถึงกรณีของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างเอาไว้

ตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทยไม่ว่าจะเป็น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ หรือแม้แต่พระราชบัญญัติสิทธิบัตร ล้วนแต่การยอมรับการตกทอดเป็นมรดกของทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างต่างๆนี้<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของไทย มีอยู่ด้วยกัน 3 ฉบับ โดยมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับมรดกดังต่อไปนี้  
พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 49 สิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วยอมโอนหรือรับมรดกกันได้ ทั้งนี้ จะเป็นการโอนหรือรับมรดกพร้อมกับกิจการที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้แล้วหรือไม่ก็ได้  
มาตรา 51 การโอนหรือการรับมรดกสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียนแล้วต้องจดทะเบียนต่อนายทะเบียน

การขอจดทะเบียนการโอนหรือการรับมรดกสิทธิในเครื่องหมายการค้าตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ทรัพย์ที่อาจเป็นทรัพย์มรดกได้ ก็สามารถกำหนดไว้ในพินัยกรรมได้เช่นกัน ตามพระราชบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ตลอดจนในเรื่องของหุ้นซึ่งถือเป็นทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง ตามกฎหมายไทยมิได้ถือว่าทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างต่างๆ เหล่านี้ถือเป็นสังหาริมทรัพย์ เมื่อประเทศไทยเมื่อไม่ได้บัญญัติเอาไว้ชัดเจน ทำให้เกิดความไม่แน่ชัดในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศในส่วนของทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง

### 5.3 สาระสำคัญและผลของพินัยกรรม

การหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในประเด็นผลของพินัยกรรมแยกตามลักษณะของทรัพย์มรดก โดยพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์มรดกประเภทสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์ แต่ถ้าเป็นพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์มรดกประเภทสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามมาตรา 41<sup>7</sup> แห่งพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายที่ได้บัญญัติให้เรื่องของผลการตีความ ความเสียเปล่าแห่งพินัยกรรม หรือข้อกำหนดในพินัยกรรมให้เป็นไปตามกฎหมาย ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม ในขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย

ในเรื่องสาระสำคัญและผลของพินัยกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยให้เสรีแก่ผู้ทำพินัยกรรมในการที่แสดงเจตนาอย่างไรก็ได้ ตราบใดที่ไม่ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามของประชาชน และหลักกฎหมายมรดก

---

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535 มาตรา 10 วรรค 2 สิทธิขอรับสิทธิบัตรยอมโอนและรับมรดกกันได้

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 17 บัญญัติว่า ลิขสิทธิ์นั้นยอมโอนให้แก่กันได้

เจ้าของลิขสิทธิ์อาจโอนลิขสิทธิ์ของตนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้แก่บุคคลอื่นได้ และจะโอนให้โดยมีกำหนดเวลาหรือตลอดอายุแห่งการคุ้มครองลิขสิทธิ์ก็ได้

การโอนลิขสิทธิ์ตามวรรคสองซึ่งมิใช่ทางมรดกต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้โอนและผู้รับโอน ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ในสัญญาโอน ให้ถือว่าเป็นการโอนมีกำหนดระยะเวลาสิบปี

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย 2481 มาตรา 41 บัญญัติว่า ผลและการตีความพินัยกรรมก็ดี ความเสียเปล่าแห่งพินัยกรรมหรือข้อกำหนดพินัยกรรมก็ดี ให้เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมในขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย

คำว่าผลแห่งพินัยกรรม ตามกฎหมายของประเทศไทย เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ พิจารณาว่าเมื่อการแสดงเจตนาเมื่อตายนั้น มีลักษณะเป็นพินัยกรรมแล้ว ผลของพินัยกรรมเป็นเช่นไร ซึ่งการดูผลของพินัยกรรมนอกจากจะดูว่าพินัยกรรมเริ่มมีผลตั้งแต่เมื่อใด มีเงื่อนไข เวลาหรือไม่ อีกสิ่งที่จะต้องพิจารณาก็คือสาระสำคัญของพินัยกรรมซึ่งเป็นสิ่งที่ส่งผลว่าพินัยกรรมใช้ได้หรือไม่

ในองค์ประกอบว่าด้วยสาระสำคัญและผลแห่งพินัยกรรม จึงอาจยกเว้นไม่นำจุดเกาะเกี่ยวมาใช้บังคับได้ หากว่าขัดกับกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีงามของประชาชนซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติกฎหมายบางประการ ที่ผู้ทำพินัยกรรมห้ามกำหนดไว้ในพินัยกรรม เช่น การห้ามก่อตั้งทรัสต์ ขณะที่ในอีกหลายๆประเทศโดยเฉพาะประเทศในระบบกฎหมาย Common Law ไม่ได้กำหนดว่าการตั้งทรัสต์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยแต่ประการใด ตรงกันข้ามตามกฎหมายอังกฤษ การที่เจ้ามรดกตายลงไม่ว่าจะมีหรือไม่มีพินัยกรรมการกระทำประการใดๆต่อกองทรัพย์มรดก ต้องมีผู้จัดการมรดก ซึ่งในหลายๆกรณีก็คือทรัสต์นั่นเอง ดังนั้นหาก นาย A ถึงแก่กรรมขณะมีภูมิลำเนาสุดท้ายที่ประเทศไทย มีทรัพย์มรดกกระจายในหลายประเทศ โดยมีพินัยกรรมตั้งทรัสต์ขึ้นมาจัดการมรดกของตน ตามกฎหมายขัดกันว่าด้วยผลของพินัยกรรม เป็นไปตามภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งก็คือกฎหมายไทย ผลของพินัยกรรมนี้ว่าด้วยการก่อตั้งทรัสต์ก็เป็นอันเสียเปล่าไป

แต่ในมาตรา 41 ใช้คำว่า " ผลแห่งพินัยกรรม " โดยไม่ปรากฏว่ามีคำว่า สาระสำคัญแห่งพินัยกรรมเหมือนดังมาตรา 13 และมาตรา 25 ที่กล่าวถึงการหากฎหมายมาใช้บังคับเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญาและสัญญาก่อนการสมรส แม้ว่าสัญญาก่อนสมรสสัญญาและพินัยกรรมต่างมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวก็ตาม

หากพิจารณาคำว่าสาระสำคัญ ( the material and essential validity of a contract ) ที่ปรากฏในมาตรา 13 และมาตรา 25 จะหมายถึงการแสดงเจตนาในการทำสัญญาวัตถุประสงค์ของสัญญา ทรัพย์สินหรือวัตถุในสัญญา การเกิดขึ้นของสัญญา เหตุต่างๆ ที่อาจทำให้การแสดงเจตนาวิปริต ซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้อาจเป็นเหตุที่ทำให้การแสดงเจตนาวิปริต ทำให้สัญญาไม่เกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นอย่างไม่บริบูรณ์ แต่หากเทียบคำนี้กับพินัยกรรม โดยที่พินัยกรรมมีลักษณะที่แตกต่างจากสัญญา กล่าวคือมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นการแสดงเจตนามุ่งให้พินัยกรรมมีผลเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย ลักษณะของการเกิดขึ้นของพินัยกรรมจึงแตกต่างจากลักษณะของสัญญา ดังนั้นแม้จะไม่ปรากฏคำว่าสาระสำคัญในเรื่องของพินัยกรรม แต่คำ

ว่าผลในมาตรา 41 ก็อาจหมายความว่ารวมถึง สาระสำคัญของพินัยกรรม เพราะผลตามกฎหมาย เกิดเนื่องจากการแสดงเจตนา โดยมีสาระสำคัญต่างๆ มาประกอบกัน ทั้งนี้ที่ผู้ทำพินัยกรรมทำ พินัยกรรมต้องรู้ว่ากำลังทำนิติกรรมประเภทใด กำหนดเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกอย่างไร กรณีต่างจาก สัญญาซึ่งมีการแสดงเจตนาในการทำสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญาที่หลากหลายกว่า ดังนั้นแม้ มาตรา 41 จะบัญญัติแต่คำว่าผลของพินัยกรรม แต่หากมีประเด็นเกี่ยวกับสาระสำคัญของพินัย กรรม จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้ต้องเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้ในประเด็นผลของพินัยกรรม

การหากฎหมายมาใช้บังคับกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสาระ สำคัญและผลแห่งความสมบูรณ์ของพินัยกรรมของไทยให้นำกฎหมายภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำ พินัยกรรมมาใช้บังคับแก่กรณี แต่ในต่างประเทศการหากฎหมายมาใช้กับกรณีการขัดกันแห่ง กฎหมายในเรื่องสาระสำคัญและผลแห่งความสมบูรณ์ของพินัยกรรม ยังสามารถที่จะทำตามเจตนา รมณ์ในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรมด้วย เช่น ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ใช้การเลือกกฎหมายของผู้ทำเป็นอันดับแรกในการหากฎหมายมาใช้กับสาระสำคัญและผลแห่งพินัย กรรม หากไม่ปรากฏก็ค่อยนำจุดเกาะเกี่ยวมาใช้ในการหากฎหมายดังที่กล่าวมาแล้ว แม้ประเทศ สวิตเซอร์แลนด์จะยอมรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม แต่จะยอมรับก็ต่อเมื่อผู้ทำพินัยกรรมมี ภูมิลำเนาสุดท้ายในประเทศสวิตเซอร์แลนด์และการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายที่จำกัดเฉพาะ แต่กฎหมายสัญชาติ, กฎหมายภูมิลำเนา ในอนุสัญญา Hague Convention 1989 ก็นำการแสดง เจตนาของผู้ทำพินัยกรรมเป็นครั้งแรกในการพิจารณา

โดยที่การหากฎหมายมาใช้กับเรื่องสาระสำคัญและผลแห่งพินัยกรรม มักถูกกำกับ โดยกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ดังนั้น การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม ในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรม จึงไม่ใช่สิ่งที่จะเป็นการริบรอนอำนาจอธิปไตยของรัฐ การที่ กฎหมายยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายของผู้ทำพินัยกรรม จึงไม่ใช่เรื่องเสียหายแต่ ประการใด อีกทั้งกฎหมายที่ผู้ทำพินัยกรรมอาจแสดงเจตนาเลือกได้มักถูกจำกัดโดยกฎหมายขัดกัน การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้จึงแตกต่างจากหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาที่ คู่สัญญาอาจทำการตกลงเลือกกฎหมายใดมาใช้กับสัญญาก็ได้แล้วแต่ว่าแต่ละประเทศยอมรับหลัก ความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาในระดับใด

#### 5.4 การตีความพินัยกรรม

การใช้จุดเกาะเกี่ยวของประเทศไทยกับประเด็นว่าด้วยการตีความพินัยกรรม เป็น

เช่นเดียวกันกับการใช้จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องผลและความเสียหายแห่งพินัยกรรม กล่าวคือใช้จุดเกาะเกี่ยว ณ ภูมิภาคสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม กับการตีความพินัยกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ และใช้จุดเกาะเกี่ยว ณ สถานที่ตั้งทรัพย์สินกับการตีความในพินัยกรรมส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์

การใช้จุดเกาะเกี่ยวกับการตีความพินัยกรรมของประเทศไทย เป็นไปในแนวทางสอดคล้องกับประเทศอื่นๆ กล่าวคือจุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้กับการตีความพินัยกรรมเหมือนกับจุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้กับประเด็นในเรื่องผลของพินัยกรรม ( หลายประเทศใช้จุดเกาะเกี่ยวกับการตีความผล และความเสียหายแห่งพินัยกรรมเป็นอย่างเดียวกัน ) ทั้งนี้เพราะในหลายๆกรณีการแยกว่าอะไรเป็นสาระสำคัญ อะไรเป็นผล อะไรเป็นการตีความ ล้วนเป็นการยาก อีกทั้งในบางประเทศถือว่าเรื่องสาระสำคัญและผลของพินัยกรรม และการตีความพินัยกรรมเป็นเรื่องเดียวกัน

การหากฎหมายมาใช้กับการตีความพินัยกรรมของต่างประเทศมีลักษณะที่หลากหลาย กล่าวคือ หากประเทศที่ยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรม การตีความพินัยกรรมก็เป็นไปตามกฎหมายที่ผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนาเลือก ในประเทศที่ไม่ได้ยอมรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม การหากฎหมายมาใช้กับการตีความในพินัยกรรมก็อาศัยจุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรม แต่ไม่ได้หมายความว่าประเทศที่ไม่ได้ยอมรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมจะอาศัยหลักเกณฑ์แห่งจุดเกาะเกี่ยวเท่านั้น ดังเห็นได้จากการหากฎหมายมาใช้แก่การตีความพินัยกรรมของประเทศอังกฤษที่ศาลจะพิจารณาจากถ้อยคำในพินัยกรรมว่าผู้ทำพินัยกรรมทำพินัยกรรมตามกฎหมายใด หากศาลสังเกตเห็นเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมแม้ผู้ทำพินัยกรรมไม่ได้แสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรม แต่ศาลสามารถที่จะนำกฎหมายของประเทศที่ศาลสังเกตเห็นได้จากตัวพินัยกรรมมาใช้กับการตีความในพินัยกรรม

## 5.5 การเพิกถอนพินัยกรรม

การเพิกถอนพินัยกรรม อาจแบ่งได้ 2 กรณีด้วยกัน กล่าวคือ เพิกถอนโดยผู้ทำ

---

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย 2481 มาตรา 40 บัญญัติว่า บุคคลจะทำพินัยกรรมตามแบบที่กฎหมายสัญชาติกำหนดไว้ก็ได้ หรือจะทำตามแบบที่กฎหมายของประเทศที่ทำพินัยกรรมกำหนดไว้ก็ได้



พินัยกรรม และการเพิกถอนโดยผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย ซึ่งผลของการเพิกถอนทั้ง 2 ลักษณะนี้ แม้เหมือนกันตรงที่พินัยกรรมที่ถูกเพิกถอนเป็นอันไร้ผลไป แต่การเพิกถอนทั้ง 2 ประการ ใช้จุดเกาะเกี่ยวแตกต่างกัน

ตามมาตรา 42<sup>9</sup> แห่งพระราชบัญญัติกฎหมายขัดกันนั้น ได้แยกออกเป็น 2 วรรค กล่าวคือ ในวรรคแรกได้ กฎหมายได้ใช้คำ “ การเพิกถอน “ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการเพิกถอนพินัยกรรมทั้งฉบับ หรือเพิกถอนข้อกำหนดในพินัยกรรม เป็นการเพิกถอนเฉพาะแต่โดยผู้ทำพินัยกรรมเท่านั้น ขณะที่ใน วรรค 2 กฎหมายใช้คำว่า “ การตกไป “ ซึ่งการตกไปของพินัยกรรมนี้ ในกฎหมายแห่งพินัยกรรมตกไปได้ต้องมีผู้มาร้องขอ ซึ่งมักเรียกว่ามากร้องขอเพิกถอนพินัยกรรม แม้เป็นการทำให้พินัยกรรมตกไป หรือ เสียไปก็ตาม แต่การหากกฎหมายมาใช้กับการเพิกถอนพินัยกรรมที่กระทำโดยตัวผู้ทำพินัยกรรม และการเพิกถอนโดยผู้มีส่วนได้ส่วนเสียก็มีลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือการตกไปของพินัยกรรม หรือข้อกำหนดในพินัยกรรม เกี่ยวโยงกันกับเรื่องของสาระสำคัญและผลแห่งพินัยกรรม ดังนั้นจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้กับการตกไปแห่งพินัยกรรมจึงเป็นเช่นเดียวกันกับจุดเกาะเกี่ยว ณ.ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมในขณะถึงแก่ความตาย

ขณะที่การเพิกถอนพินัยกรรมโดยผู้ทำพินัยกรรมเป็นไปตามจุดเกาะเกี่ยว ณ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมในขณะเพิกถอนพินัยกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ และเป็นไปตามจุดเกาะเกี่ยว ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สินในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนพินัยกรรมที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งในหลายๆประเทศไม่ว่าจะเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม หรือ ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม ในประเด็นว่าด้วยการเพิกถอน มักจะมีข้อถกเถียงกันว่าควรจะเป็น สัญชาติ / ภูมิลำเนา ณ ที่ที่ทำการเพิกถอน หรือ สัญชาติ / ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม หากพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าการหากกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศในประเด็นที่ว่าด้วยการเพิกถอนพินัยกรรมที่ผู้ทำพินัยกรรมเป็นผู้เพิกถอน เป็นลักษณะที่ผู้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนาว่าไม่ต้องการให้พินัยกรรมนั้นมีผล ซึ่งการแสดงเจตนาเช่นนี้มีก่อนที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย กฎหมายที่ควรนำมาใช้กับการเพิก

---

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 42 บัญญัติว่า การเพิกถอนพินัยกรรมหรือข้อกำหนดในพินัยกรรม ให้เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมในขณะเพิกถอนพินัยกรรม

การตกไปแห่งพินัยกรรม หรือข้อกำหนดในพินัยกรรมให้เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมขณะถึงแก่ความตาย



ถอนจึงควรเป็นกฎหมายภูมิลำเนาหรือสัญชาติขณะที่มีการเพิกถอนพินัยกรรม เนื่องจากการใช้กฎหมายของเจ้าพนักงานพินัยกรรมขณะเจ้าพนักงานพินัยกรรมถึงแก่ความตายอาจไม่ใช่กฎหมายที่ใกล้ชิดกับเจตนาของผู้ตาย

ประเด็นว่าด้วยการเพิกถอนพินัยกรรมนี้ หากประเทศที่ยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรม กฎหมายที่เจ้าพนักงานพินัยกรรมสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมได้รวมถึงประเด็นการเพิกถอนพินัยกรรมด้วยเช่นกัน ไม่เพียงเท่านั้นการหากฎหมายมาใช้กับประเด็นการเพิกถอนพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศอาจเป็นไปตามกฎหมายที่นำมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมก็ได้ ซึ่งการหากฎหมายมาใช้ในลักษณะนี้พบในอนุสัญญา Hague Convention 1989 ว่าด้วยแบบแห่งพินัยกรรม

ประเทศไทยแม้แยกกฎหมายที่นำมาใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับพินัยกรรมออกตามลักษณะทรัพย์สินมรดก แต่จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้กับประเด็นการเพิกถอนพินัยกรรมอาศัยแต่จุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายกำหนดให้เท่านั้น หาได้ยอมรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรม หรือการใช้จุดเกาะเกี่ยวเดียวกับแบบแห่งพินัยกรรมดังปรากฏในConvention on the conflicts of laws relating to the form of testamentary dispositions ไม่

## 5.6 แบบแห่งพินัยกรรม

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ได้บัญญัติถึงจุดเกาะเกี่ยวที่จะนำมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรม ในลักษณะที่ให้ทางเลือกแก่ผู้ทำพินัยกรรมมากกว่าการใช้จุดเกาะเกี่ยวกับประเด็นอื่นในพินัยกรรม กล่าวคือในส่วนของแบบแห่งพินัยกรรมผู้ทำพินัยกรรมสามารถเลือกที่จะทำพินัยกรรมตามแบบกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม หรือทำตามแบบที่กำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมนั้นขึ้นในประเทศนั้นก็ได้

แม้การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้ก่อให้เกิดทางเลือกแก่ผู้ทำพินัยกรรม แต่กฎหมายขัดกันของประเทศไทยก็ยังให้ทางเลือกน้อยกว่ากฎหมายของประเทศอื่นๆ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น ทั้งนี้เพราะในหลายๆ ประเทศ รวมถึงอนุสัญญาระหว่างประเทศ ต่างพากันบัญญัติกฎหมายของประเทศของตนให้เกิดทางเลือกแก่ผู้ทำพินัยกรรมในการหากฎหมายมาใช้ในประเด็น

แบบแห่งพินัยกรรม กล่าวคือแบบแห่งพินัยกรรมจะเป็นไปตามกฎหมายมูลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สินมรดก หรือกฎหมาย ณ.ถิ่นที่อยู่ของผู้ทำพินัยกรรมก็อาจทำได้ เพราะนานาประเทศแม้ให้ความสำคัญกับการกำหนดแบบแห่งพินัยกรรม แต่ก็มีได้เคร่งครัดตายตัวว่าจะต้องทำตามแบบเฉพาะแต่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายภายในเท่านั้น เพราะวัตถุประสงค์ของแบบแห่งพินัยกรรมที่มีขึ้นก็เพื่อความสะดวกเชิงหลักฐานในการรองรับการแสดงเจตนา และการเสาะหาเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมว่าเจตนาจะทำพินัยกรรมมิได้มุ่งทำนิติกรรมในลักษณะอื่นแต่ประสงค์จะทำพินัยกรรม การทำพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศตามแบบแห่งกฎหมายของต่างประเทศจึงไม่ถึงกับเป็นการขัดต่อกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน

การที่ประเทศไทยกำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้เพียง 2 ประการ อาจทำให้ผู้ทำพินัยกรรมขาดเสรีภาพในการเลือกทำพินัยกรรมตามแบบกฎหมายของประเทศอื่นที่อาจเกี่ยวข้องกับ การทำพินัยกรรม แม้ไม่มีผลเสียอื่นใดที่นอกเหนือไปจากการขาดอิสระเช่นนั้น แต่ก็หาใช่เป็นผลดีแก่ผู้ทำพินัยกรรม ทั้งนี้เพราะหากเกิดกรณีที่กฎหมายขัดกันของประเทศไทย ย้อนส่งให้ไปใช้กฎหมายขัดกันของประเทศอื่น หรือ กฎหมายภายในของประเทศในกรณีที่ไม่มีการขัดกันที่จะนำไปสู่การใช้กฎหมายภายในกับแบบแห่งพินัยกรรม อาจทำให้ผู้ทำพินัยกรรมไม่สมบูรณ์ตามแบบก็จะทำให้ผิดไปจากความมุ่งหมายของผู้พินัยกรรมที่มุ่งให้พินัยกรรมสมบูรณ์ใช้บังคับได้ภายหลังผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่กรรม

การที่อนุญาตให้ผู้ทำพินัยกรรมมีอิสระในการทำแบบแห่งพินัยกรรมตามกฎหมายที่มีลักษณะหลากหลายขึ้น ย่อมที่จะทำให้แบบแห่งพินัยกรรมมีความแน่นอนมากขึ้นไปในแง่ที่ว่า แบบแห่งพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศสามารถสมบูรณ์เป็นแบบแห่งพินัยกรรมได้โดยง่าย

นอกจากนี้ใน Hague Convention 1961 ใช้คำว่า testamentary disposition ซึ่งหมายถึง ข้อกำหนดในพินัยกรรม มีลักษณะกว้างกว่าคำว่า “ พินัยกรรม ” ตามกฎหมายของประเทศไทย เป็นการแสดงถึงความพยายามในทางระหว่างประเทศ ที่พยายามทำให้แบบแห่งข้อกำหนดในพินัยกรรมยากที่จะเสียไป ขณะที่ตามกฎหมายของประเทศไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า “ พินัยกรรม ” ต้องทำตามแบบ ลักษณะของการยอมรับจึงแคบกว่าในอนุสัญญา ไม่เพียงแต่ประเทศต่างๆจะเปิดทางเลือกให้ผู้ทำพินัยกรรมสามารถทำพินัยกรรมตามแบบแห่งกฎหมายของประเทศที่ผู้ทำพินัยกรรมมีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น สถานที่ที่ผู้ทำพินัย

กรรม, สถานที่ตั้งทรัพย์สินมรดก, สัญชาติ, ถิ่นที่อยู่, ภูมิลำเนาก็สามารถทำได้ นอกจากนี้ยังมีแบบแห่งพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศตาม Washington Convention ดังได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 ล้วนแต่แสดงถึงความพยายามในการที่จะทำให้แบบแห่งพินัยกรรมสมบูรณ์มากที่สุด

ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายนอกจากจะใช้ภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการหากฎหมายมาใช้ทำพินัยกรรม แต่โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมีการหากฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมเป็นไปตามลักษณะของทรัพย์สินในพินัยกรรม ทำให้มีการแยกการหากฎหมายมาใช้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ แยกเป็นพินัยกรรมที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ และพินัยกรรมที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หากเป็นพินัยกรรมที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์และเรื่องอื่น ๆ ในพินัยกรรม เช่น พินัยกรรมที่เกี่ยวกับการกำหนดหน้าที่ให้บุคคล, พินัยกรรมที่ก่อตั้งนิติบุคคล เช่น มูลนิธิ ฯลฯ ก็เป็นไปตามกฎหมาย ณ. ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม แต่หากเป็นพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ ในประเด็นความสามารถในการรับทรัพย์ตามพินัยกรรม แบบของพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ผลของพินัยกรรมที่มีต่ออสังหาริมทรัพย์ ความเสียหายของพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ การตกไปของพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ การตีความพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์<sup>10</sup> ก็เป็นไปตามกฎหมาย ณ. สถานที่ตั้งทรัพย์สิน<sup>11</sup>

การนำกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้กับประเด็นต่างๆ ในพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ ทำให้เกิดความสะดวกรวดเร็วในการยอมรับทางทะเบียน ตลอดจนการบังคับคดี แต่อย่างไรก็ตามการนำกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้ก็ให้เกิดความไม่สะดวกแก่ผู้ทำพินัยกรรมในการทำพินัยกรรมที่จะต้องทำพินัยกรรมให้ชอบด้วยกฎหมายของทุกประเทศที่ทรัพย์สินมรดกอาจนำไปสู่การใช้กฎหมายนั้น

<sup>10</sup> ศาสตราจารย์ กมล สนธิเกษตริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, นานาสีพิมพ์, หน้า 290.

<sup>11</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 122.

หากดูจากคำพิพากษาของศาลไทย ปรากฏคำพิพากษาที่เกี่ยวกับกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยมรดกเพียงประการเดียว คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 834 / 2485 โดยคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ได้นำมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาใช้เพื่อหากฎหมายมาใช้กับมรดกในส่วนที่เป็นสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามภูมิลำเนาของเจ้ามรดก โดยไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาในส่วนที่เกี่ยวกับพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ได้แสดงถึงระบบ Scission ในการหากฎหมายมาใช้แก่กรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยแล้ว

นอกจากนี้การหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมโดยแยกตามลักษณะของทรัพย์มรดก ทำให้มีประเด็นน่าพิจารณาว่ากรณีที่พินัยกรรมมีส่วนที่ไม่เกี่ยวพันกับทรัพย์มรดกเช่นนี้ กฎหมายใดจะนำมาใช้กับพินัยกรรมฉบับนี้ เช่น พินัยกรรมแสดงเจตนาในการจัดการกับศพของผู้ทำพินัยกรรม, พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติในส่วนนี้ไว้เช่นนี้ หากผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่กรรมจะนำกฎหมายใดมาใช้กับพินัยกรรมฉบับนี้ โดยทั่วไปแล้วบุคคลผู้ทำพินัยกรรมมักจะแสดงเจตนาเกี่ยวกับทรัพย์มรดกของตนเองจะให้ตกทอดไปยังผู้ใดบ้าง ขณะเดียวกันหากผู้ทำพินัยกรรมประสงค์จะแสดงเจตนาในเรื่องอื่นที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์มรดก หากเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Unitary ปัญหานี้คงไม่เกิดขึ้นเนื่องจากระบบ Unitary ได้หากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ซึ่งหมายถึงพินัยกรรมทั้งฉบับ โดยไม่ได้พิจารณาแต่ในเรื่องทรัพย์มรดก แต่ประเทศคอมมอนลอว์ยังไม่ปรากฏว่ามีการแก้ไขปัญหานี้ไปในทิศทางใด สำหรับประเทศไทยเมื่อไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายใดวางไว้ก็ต้องกลับมาใช้กฎหมายภายในของประเทศไทย ได้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมีลักษณะยอมให้มีการนำกฎหมายต่างประเทศมาบังคับกับพินัยกรรม ถ้าไม่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในประเด็นที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์มรดก พินัยกรรมฉบับนี้ในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์มรดกก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายภายใน

แต่อย่างไรก็ตามมีเรื่องที่น่านำมาพิจารณาประกอบเพื่อช่วยในการหากฎหมายมาใช้บังคับเมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ในประเด็นที่มีได้ปรากฏในภาค 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือมาตรา 3 ซึ่งได้บัญญัติให้มีการนำหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาใช้ซึ่งถือเป็นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย เพื่อแก้ปัญหาเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติ การหากฎหมายมาใช้ในที่นี้เป็นการยาก เนื่องจากการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายของแต่ละประเทศ ขึ้นอยู่กับว่ามีความเชื่อในจุดเกาะเกี่ยวแบบใด

และมีการหากฎหมายมาใช้วัดอยู่ในระบบใด แต่อย่างไรก็ตามศาลก็อาจจะหาหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้จากแนวปฏิบัติของประเทศส่วนใหญ่ ดังจะเห็นได้จากตารางเปรียบเทียบท้ายบทนี้

จากการศึกษาถึงการหากฎหมายไทยมาใช้กับกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม พบได้ว่านอกจากประเด็นเรื่องความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม การหากฎหมายมาใช้บังคับกับการขัดกันแห่งกฎหมายในประเด็นอื่น ๆ ล้วนเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมเป็นหลัก หากเปรียบเทียบกับลักษณะการบัญญัติกฎหมายขัดกันตามมาตราอื่น ๆ พบได้ว่าการหากฎหมายมาใช้กับการขัดกันแห่งกฎหมายมักเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติเป็นกฎหมายหลัก หากไม่พบสัญชาติของบุคคลนั้น จึงใช้กฎหมาย ณ ภูมิลำเนา ขณะที่การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมเป็นสำคัญ อีกทั้งการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมก็ได้มีการแก้ไขนับแต่ที่มีการบัญญัติกฎหมายเมื่อ พ.ศ. 2481 ทำให้ลักษณะการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมคล้ายคลึงกับการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมของประเทศต่างๆ ก่อนที่จะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายขัดกันว่าด้วยพินัยกรรมของประเทศต่างๆนั้น เช่น ในเรื่องแบบแห่งความสมบูรณ์ของพินัยกรรม ทั้งที่พินัยกรรมเป็นนิติกรรมชนิดหนึ่งที่ทำพินัยกรรมมีเสรีภาพในการกำหนดการเผื่อตายได้ แต่ผู้ทำพินัยกรรมกลับไม่มีเสรีภาพในการเลือกทำพินัยกรรมตามแบบแห่งกฎหมายที่ผู้ทำพินัยกรรมอาจเกี่ยวข้องได้

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ตารางเปรียบเทียบการใช้จุดเกาะเกี่ยวเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม

ประเทศ	ระบบ	ความสามารถ		สาระสำคัญ และผลของ พินัยกรรม	การตีความพินัยกรรม	การเพิกถอนพินัย กรรม	แบบแบ่งพินัยกรรม
		ความสามารถ ของผู้ทำพินัย กรรม	ความสามารถของผู้รับ พินัยกรรม				
ประเทศอังกฤษ	Scission	อสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้ง ทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ลำเนาของผู้ทำ พินัยกรรม	อสังหาริมทรัพย์เป็นไป ตามกฎหมาย ณ.สถานที่ ตั้งทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ เป็นไปตามกฎหมาย ลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม หรือผู้รับพินัยกรรมแล้ว แต่ว่ากฎหมายใดจะนำ ประโยชน์ให้แก่ผู้รับพินัย กรรมมากที่สุด	อสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้ง ทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ลำเนาสุดท้าย ของผู้ทำพินัย กรรม	ศาลดูจากเจตนาของ ผู้ทำพินัยกรรมในพินัย กรรม ถ้าไม่พบทรัพย์ มรดกประเภท อสังหาริมทรัพย์เป็น ไปตามกฎหมาย ลำเนา ขณะที่มีการ ทำพินัยกรรม และ อสังหาริมทรัพย์เป็น ไปตามกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์	อสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ณ.สถานที่ ตั้งทรัพย์ แต่ สังหาริมทรัพย์เป็น ไปตามกฎหมาย ณ.ลำเนาของผู้ทำ พินัยกรรม	กฎหมายภูมิลำเนา ของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมายสัญชาติ ของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมาย ณ.สถานที่ ที่ทำพินัยกรรม, กฎหมาย ณ.สถานที่ ตั้งทรัพย์



<p>ประเทศสหรัฐอเมริกา</p>	<p>Scission</p>	<p>อสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้ง ทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมายภูมิ ลำนาศุดท้าย ของผู้ทำพินัย กรรม</p>	<p>อสังหาริมทรัพย์เป็นไป ตามกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้ง ทรัพย์ สังหาริมทรัพย์เป็นไป ตามกฎหมายภูมิลำนาศุด ท้ายของผู้ทำพินัยกรรม</p>	<p>อสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้ง ทรัพย์ สังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมายภูมิ ลำนาศุดท้าย ของผู้ทำพินัย กรรม</p>	<p>ศาลดูจากเจตนาของ ผู้ทำพินัยกรรม ใน พินัยกรรมถ้าไม่พบ เจตนาของผู้ทำพินัย กรรม การตีความพินัย กรรมในส่วนที่เกี่ยวกับ ทรัพย์มรดกประเภท สังหาริมทรัพย์เป็นไป ตามกฎหมาย ณ.ภูมิ ลำนาศุดท้ายของผู้ ทำพินัยกรรม อสังหาริมทรัพย์เป็น ไปตามกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์</p>	<p>อสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้ง ทรัพย์ แต่ สังหาริมทรัพย์เป็น ไปตามกฎหมาย ภูมิลำนาศุดท้ายของผู้ทำ พินัยกรรม</p>	<p>กฎหมายภูมิลำนาศุด ท้ายของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมายสัญชาติ ของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมาย ณ.สถานที่ ตั้งทรัพย์, กฎหมาย ณ.สถานที่ ตั้งทรัพย์</p>
<p>ประเทศเยอรมนี</p>	<p>Unitary</p>	<p>เป็นไปตาม กฎหมายสัญชาติ ของผู้ทำพินัย กรรมขณะที่ทำ</p>	<p>เป็นไปตามกฎหมาย เยอรมนี</p>	<p>กฎหมาย สัญชาติของผู้ ทำพินัยกรรม</p>	<p>กฎหมายสัญชาติของ ผู้ทำพินัยกรรม</p>	<p>กฎหมายสัญชาติ ของผู้ทำพินัยกรรม ขณะที่เพิกถอน พินัยกรรม</p>	<p>กฎหมายภูมิลำนาศุด ท้ายของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมายสัญชาติ ของผู้ทำพินัยกรรม,</p>

		พินัยกรรม					กฎหมาย ณ.สถาน ที่ที่ทำพินัยกรรม, กฎหมาย ณ.สถาน ที่ตั้งทรัพย์
ประเทศญี่ปุ่น	Unitary	กฎหมายสัญชาติ ของผู้ทำพินัย กรรม	-	กฎหมาย สัญชาติของผู้ ทำพินัยกรรม ขณะที่มีการทำ พินัยกรรม	กฎหมายสัญชาติของ ผู้ทำพินัยกรรม	กฎหมายสัญชาติ ของผู้ทำพินัยกรรม ขณะที่เพิกถอน พินัยกรรม	กฎหมายภูมิลำเนา ของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมายสัญชาติ ของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมาย ณ.สถาน ที่ที่ทำพินัยกรรม, กฎหมาย ณ.สถาน ที่ตั้งทรัพย์
ประเทศสวิสเซอร์ แลนด์	Unitary	กฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำ พินัยกรรม, กฎหมายสัญชาติ ของผู้ทำพินัย กรรม	-	กฎหมายภูมิลำเนาสุดท้าย ของผู้ทำพินัย กรรม	กฎหมายภูมิลำเนาสุดท้าย ของผู้ทำพินัย กรรม	กฎหมายภูมิลำเนา สุดท้ายของผู้ทำ พินัยกรรม	กฎหมายภูมิลำเนา ของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมายสัญชาติ ของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมาย ณ.สถาน ที่ที่ทำพินัยกรรม,

							กฎหมาย ณ.สถาน ที่ตั้งทรัพย์สิน
ประเทศไทย	Scission	อสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้ง ทรัพย์สิน สังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมายสัญชาติ ของผู้ทำพินัย กรรม	-	อสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้ง ทรัพย์สิน สังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมายภูมิ ลำเนาของผู้ทำ พินัยกรรม	อสังหาริมทรัพย์เป็น ไปตามกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สิน สังหาริมทรัพย์เป็นไป ตามกฎหมายภูมิ ลำเนาของผู้ทำพินัย กรรม	อสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ณ.สถาน ที่ตั้งทรัพย์สิน สังหาริมทรัพย์เป็น ไปตามกฎหมาย ภูมิลำเนาขณะที่ เพิกถอนของผู้ทำ พินัยกรรม	อสังหาริมทรัพย์ เป็นไปตาม กฎหมาย ณ.สถาน ที่ตั้งทรัพย์สิน สังหาริมทรัพย์เป็น ไปตามกฎหมาย สัญชาติของผู้ทำ พินัยกรรม หรือ กฎหมาย ณ.สถาน ที่ทำการพินัยกรรม

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อนุสัญญา	ระบบ	ความสามารถ		สาระและผลของ พินัยกรรม	การตีความพินัย กรรม	การเพิกถอนพินัย กรรม	แบบแห่งพินัย กรรม
		ความสามารถของ ผู้ทำพินัยกรรม	ความสามารถของ ผู้รับพินัยกรรม				
Hague 1961	เป็นการหา กฎหมายมาใช้กับ แบบแห่งพินัย กรรมเท่านั้น					การเพิกถอนพินัย กรรมที่กระทำโดย พินัยกรรมฉบับ หลังจะต้องทำ ตามกฎหมายที่ใช้ กับแบบแห่งพินัย กรรมฉบับก่อนที่ ถูกยกเลิก	
Hague 1989	เป็นการหา กฎหมายมาใช้กับ การจัดการทรัพย์สิน ในพินัยกรรม			ผู้ทำพินัยกรรม แสดงเจตนาใน การเลือก กฎหมายมาใช้ บังคับกับพินัย กรรม ถ้าไม่ ปรากฏสาระและ			

				ผลของพินัยกรรม เป็นไปตาม กฎหมายถิ่นที่อยู่ ที่เป็นที่เดียวกับที่ ที่ผู้ทำพินัยกรรมมี สัญชาติ			
--	--	--	--	---	--	--	--



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 6

### สรุปและเสนอแนะ

จากการศึกษาและวิเคราะห์ของผู้เขียน การหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศของไทยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ได้บัญญัติให้มีการหากฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมโดยแยกตามลักษณะของทรัพย์สินมรดก กล่าวคือ องค์ประกอบต่างๆในพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สินมรดก และองค์ประกอบต่างๆในพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม การแยกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศของไทยจึงมีลักษณะเหมือนกับการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศในระบบ Scission ที่ประเทศต่างๆในระบบ Common Law เลื่อนำระบบ Scission มาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

การใช้ทรัพย์สินมรดกเป็นลักษณะสำคัญในการพิจารณาว่าจะนำจุดเกาะเกี่ยวใดมาใช้ในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรม แม้แยกตามองค์ประกอบในพินัยกรรม แต่ถ้าในพินัยกรรมมิได้มีการแสดงเจตนาแต่เพียงในเรื่องของทรัพย์สินมรดก เช่น การตั้งผู้จัดการมรดก, การตั้งมูลนิธิ, การจัดการเกี่ยวกับศพของผู้ทำพินัยกรรม ฯลฯ เช่นนี้ทำให้มีข้อพิจารณาว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้ในการแสดงเจตนาในส่วนต่างๆนี้ ซึ่งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาหากมีพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศที่แสดงเจตนาเกี่ยวกับการตั้งผู้จัดการมรดก, การตั้งมูลนิธิ ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ก็จะแยกการแสดงเจตนาต่างๆ ออกตามลักษณะของทรัพย์สินมรดกเช่นกัน โดยพิจารณาว่าผู้จัดการมรดกนั้นต้องจัดการทรัพย์สินมรดกใดของผู้ทำพินัยกรรม หากเป็นการจัดการทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ การจัดการทรัพย์สินมรดกก็เป็นไปตามกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สิน แต่หากเป็นการจัดการทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์ก็จะเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม เป็นต้น หากเทียบกับการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศของไทย หากในพินัยกรรมมีการแสดงเจตนาที่เกี่ยวข้องกับการอื่นๆโดยมิได้เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกโดยตรง ก็ต้องพิจารณาว่าการจัดการทรัพย์สินมรดกเป็นการจัดการทรัพย์สินมรดกชั้นใด กฎหมายที่จะนำไปใช้บังคับก็ต้องแยกตามลักษณะของทรัพย์สินมรดก



นอกจากนี้การนำจุดเกาะเกี่ยวมาใช้เพื่อนำไปสู่กฎหมายที่จะนำมาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศของประเทศไทย แม้แยกตามลักษณะของทรัพย์สิน แต่ทว่าการนำจุดเกาะเกี่ยวมาใช้กับองค์ประกอบต่างๆ ในพินัยกรรม เช่น ในประเด็นเรื่องความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม, การแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม, การตีความพินัยกรรมและการเพิกถอนพินัยกรรม จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้ก็แตกต่างกันไปตามแต่ละองค์ประกอบของพินัยกรรม แต่มีข้อที่น่าสังเกตว่าการหากกฎหมายมาใช้บังคับเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่แยกตามประเภทของทรัพย์สินมรดกนั้น พินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกประเภทสังหาริมทรัพย์มักเป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม แต่การใช้ภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวนั้นแตกต่างกันไปในตามแนวคิดของแต่ละประเทศระหว่างภูมิลำเนาขณะทำพินัยกรรมหรือภูมิลำเนาสุดท้ายขณะที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย แต่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทย แม้ในองค์ประกอบต่างๆ ในพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์จะเป็นไปตามกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สินมรดก แต่องค์ประกอบต่างๆ ในพินัยกรรมที่เกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์มีจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องกับพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสังหาริมทรัพย์หลายจุดเกาะเกี่ยว ไม่ว่าจะเป็นจุดเกาะเกี่ยวจากสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม จุดเกาะเกี่ยวจากภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม ตลอดจนจุดเกาะเกี่ยวจากสถานที่ที่มีการทำพินัยกรรม เห็นได้ว่าจุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมตามกฎหมายขัดกันของประเทศไทยมีหลากหลายจุดเกาะเกี่ยว

หากดูตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเห็นได้ว่าตามมาตรา 37 แสดงถึงการนำกฎหมาย ณ. สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้กับพินัยกรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ การแยกกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับพินัยกรรมนี้ก่อให้เกิดผลดีในแง่ที่ว่า การจัดการต่างๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์มักเป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศที่ทรัพย์สินมรดกนั้นตั้งอยู่ การนำกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้ทำให้เกิดความสะดวกและง่ายต่อการบังคับกับทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากการใดๆ ที่ต้องทำเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ต้องกระทำทางทะเบียนซึ่งขึ้นอยู่กับหน่วยงานราชการของแต่ละประเทศ การนำกฎหมายของประเทศที่ทรัพย์สินนั้นตั้งเองมาใช้ทำให้สะดวกแก่การเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนแก่อสังหาริมทรัพย์ แต่การนำกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สินมาใช้แต่เฉพาะทรัพย์สินมรดกประเภทอสังหาริมทรัพย์ ทำให้เจตนาของผู้ทำพินัยกรรมถูกบิดเบือนได้ กล่าวคือแม้ประเทศไทยไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายกำหนดเรื่องการกันส่วน แต่กฎหมายในเรื่องการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของกองมรดก ไม่ได้กำหนดว่าให้ทรัพย์สินขึ้นไต่แก่การชำระหนี้ ดังนั้นเจ้าหนี้จึงอาจเลือกทรัพย์สินขึ้นไต่จากกองมรดกมาชำระหนี้ก็ได้ ทำให้เจตนาในการกำหนดทรัพย์สินมรดกตกทอดแก่ทายาทของผู้ทำพินัยกรรมถูกบิดเบือน

ตามมาตรา 39 กฎหมายได้กำหนดให้นำกฎหมายสัญชาติในขณะที่ทำพินัยกรรม มาใช้กับประเด็นความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม ซึ่งการนำกฎหมายสัญชาติมาใช้กับประเด็นความสามารถของผู้ทำพินัยกรรมสอดคล้องกับประเด็นการหากฎหมายมาใช้กับความสามารถในเรื่องอื่นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ข้อดีของมาตรา 39 อยู่ที่นำจุดเกาะเกี่ยวประเภทสัญชาติมาใช้กับพินัยกรรม ทำให้เกิดความสะดวกเนื่องจากสัญชาติของบุคคลเป็นเรื่องที่พิสูจน์ได้ง่ายอีกทั้งบุคคลย่อมรู้สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายสัญชาติได้เป็นอย่างดี ทำให้เขาสามารถทราบได้ว่าการที่จะทำให้พินัยกรรมสมบูรณ์เขาต้องมีความสามารถอะไรบ้าง แต่ข้อบกพร่องของมาตรานี้คือกล่าวถึงแต่เฉพาะความสามารถของผู้ทำพินัยกรรม แต่ไม่ปรากฏในประเด็นความสามารถของผู้รับพินัยกรรม ทำให้อาจมีปัญหาการหากฎหมายมาใช้บังคับเมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ในประเด็นว่าด้วยความสามารถของผู้รับพินัยกรรม แม้ว่าในหลายประเทศโดยเฉพาะประเทศในระบบ Scission จะไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการหากฎหมายมาใช้กับประเด็นความสามารถของผู้รับพินัยกรรมก็ตาม แต่ศาลของประเทศในระบบ Scission ก็ได้แสดงถึงความพยายามในการนำกฎหมายที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้รับพินัยกรรมให้มากที่สุด แต่ตามพระราชบัญญัติการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้ปรากฏไว้ ทำให้ยากแก่การพิสูจน์ว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้กับประเด็นนี้

ตามมาตรา 40 ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับแบบแห่งพินัยกรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยได้บัญญัติยอมรับความสมบูรณ์ของแบบแห่งพินัยกรรม หากแบบแห่งพินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมหรือกฎหมายของประเทศที่ทำพินัยกรรมนั้นกำหนดไว้ แม้กฎหมายขัดกันได้กำหนดทางเลือกให้กับผู้ทำพินัยกรรม ทำให้ผู้ทำพินัยกรรมมีเสรี ทว่าจะเกิดข้อขัดแย้งหากพิจารณาการหากฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในเรื่องแบบแห่งพินัยกรรมของประเทศต่างๆ แล้วเห็นได้ว่าเปิดทางเลือกให้แก่ผู้ทำพินัยกรรมหากฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรมหลายทางเลือกให้แก่ผู้ทำพินัยกรรม อีกทั้งในอนุสัญญาระหว่างประเทศ Convention in the Conflicts of Laws Relating to the form of Testamentary Dispositions 1961 ก็ได้รองรับทางเลือกของผู้ทำพินัยกรรมในการทำพินัยกรรมตามแบบแห่งพินัยกรรมให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมายภูมิลำเนา, ถิ่นที่อยู่ของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์สินมรดก, กฎหมายประเทศที่มีการทำพินัยกรรมลักษณะของทางเลือกแก่ผู้ทำพินัยกรรม กฎหมายต่างประเทศจึงกว้างกว่าของประเทศไทย

ตามมาตรา 41 ประเด็นในเรื่องผลและการตีความพินัยกรรม ความเสียเปล่า

แห่งพินัยกรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรม ผลดีของการใช้ภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวในมาตรานี้ คือ ภูมิลำเนาเป็นสิ่งที่ได้รับการสมมุติให้โดยกฎหมาย ดังนั้นบุคคลทุกคนจึงมีภูมิลำเนา ทำให้ไม่ลำบากในการนำกฎหมายมาใช้บังคับ แต่ทว่าข้อขัดแย้งตามมาตรานี้อยู่ที่มาตรานี้บัญญัติถึงแต่ เฉพาะเรื่องผล แต่ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับประเด็นสาระสำคัญของพินัยกรรม หากเทียบกับมาตรา 13 และมาตรา 25 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายที่จะนำมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่า ด้วยสาระสำคัญและผลของสัญญา เห็นได้ว่ามาตรา 13 และมาตรา 25 ได้รวมเอาสาระสำคัญไว้ ควบคู่กับผล แต่ตามมาตรา 41 กลับกล่าวถึงประเด็นในเรื่องผลเพียงประการเดียว แม้ว่าการหา กฎหมายมาใช้กับสาระสำคัญของพินัยกรรมจะเป็นเช่นเดียวกับผลของพินัยกรรม แต่ควรบัญญัติ ให้ชัดเจนจะได้ไม่เกิดความสับสน

ตามมาตรา 42 แบ่งออกเป็น 2 ส่วนกล่าวคือ การเพิกถอนพินัยกรรมและการตก ไปแห่งพินัยกรรม ซึ่งกฎหมายบัญญัติแยกเอาไว้ว่า ถ้าเป็นการเพิกถอนพินัยกรรมให้เป็นไปตาม กฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรมขณะที่มีการทำพินัยกรรม แต่กรณีการตกไปแห่งพินัยกรรม เป็นไปตามกฎหมายภูมิลำเนาสุดท้ายของผู้ทำพินัยกรรมขณะที่ถึงแก่ความตาย ซึ่งการบัญญัติ เช่นนี้โดยเฉพาะในกรณีการตกไปแห่งพินัยกรรมเมื่อการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมไม่ สมบูรณ์ เช่น ถูกข่มขู่ ถูกขอร้อง เป็นต้น ซึ่งในประเด็นนี้ลักษณะของการหากฎหมายมาใช้ของ ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกายังไม่ได้วางหลักไว้ว่าให้เป็นไปตามกฎหมายใด เห็นได้ว่าการหา กฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายในประเด็นการตกไปแห่งพินัยกรรมของประเทศไทย มีความชัดเจน

จากมาตราต่างๆ ข้างต้นเห็นได้ว่าแม้จุดเกาะเกี่ยวที่นำมาใช้กับพินัยกรรมที่มี ลักษณะระหว่างประเทศจะมีหลายประเภทแต่จุดเกาะเกี่ยวต่างๆ ล้วนเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมาย เป็นผู้กำหนดทั้งสิ้นหรือเรียกอีกอย่างได้ว่าจุดเกาะเกี่ยวแบบ Objective ขณะที่ในหลายๆ ประเทศรวมถึงในอนุสัญญาระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญา Convention on the Law Applicable to succession to the estates of deceased Persons ที่ยอมรับการแสดง เจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศของผู้ทำพินัย กรรม แต่การยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรม หาได้เป็น การแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายได้อย่างเสรีไม่ กล่าวคือกฎหมายที่ผู้ทำพินัยกรรมอาจแสดง เจตนาในการเลือกมาใช้บังคับกับพินัยกรรมได้นั้นต้องเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องพันใกล้ชิดกับผู้ทำพินัย กรรม ความเกี่ยวพันใกล้ชิดนี้ก็มาจากการสันนิษฐานของกฎหมาย โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวมา

เป็นสิ่งช่วยในการพิจารณา โดยมากแล้วกฎหมายที่ผู้ทำพินัยกรรมอาจแสดงเจตนาเลือกได้นั้นมักเป็นกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรมหรือกฎหมายภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม กฎหมายขัดกันของบางประเทศแม้ยอมรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับ แต่กำหนดประเภทของผู้ทำพินัยกรรมที่สามารถทำการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายแทน ไม่ที่จะเป็นการยอมรับการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมในรูปแบบใดก็ตาม ก็แสดงถึงการยอมรับให้นำจุดเกาะเกี่ยวประเภท Subjective มาใช้กับพินัยกรรม ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทย มิได้กำหนดให้นำจุดเกาะเกี่ยวที่มาจากแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมแต่อย่างใด

### ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในเรื่องต่างๆ ดังต่อไปนี้

1 ประเด็นเรื่องแบบแห่งพินัยกรรม พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม หรือกฎหมาย ณ.สถานที่ๆ ทำพินัยกรรมก็ได้ ซึ่งมีลักษณะยอมให้ผู้ทำพินัยกรรมเป็นผู้เลือกกฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรม ซึ่งเหมือนกับกฎหมายในอีกหลายๆ ประเทศที่อนุญาตให้แบบแห่งพินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายจากสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม หรือกฎหมาย ณ.ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม กับกฎหมาย ณ.สถานที่ๆ มีการทำพินัยกรรม

แต่โดยที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มีมาตั้งแต่ พ.ศ. 2481 โดยที่มิได้มีการปรับปรุงใดๆ เลย ยังผลให้ในเรื่องแบบแห่งพินัยกรรมยังคงเป็นไปตามกฎหมายจากสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม หรือกฎหมาย ณ.สถานที่ๆ มีการทำพินัยกรรม ในขณะที่มีข้อตกลงระหว่างประเทศที่ว่าด้วยแบบแห่งความสมบูรณ์ของข้อกำหนดในพินัยกรรมซึ่งหมายความว่ารวมถึง แบบแห่งพินัยกรรม ได้กำหนดให้แบบแห่งข้อกำหนดในพินัยกรรม อาจสมบูรณ์ตามกฎหมายใดก็ได้ ที่อาจเกี่ยวข้องกับการทำพินัยกรรม ไม่ว่าจะเป็นกฎหมาย ณ.สถานที่ตั้งทรัพย์, กฎหมายจากสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมาย ณ.ภูมิลำเนาของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมาย ณ.ถิ่นที่อยู่ของผู้ทำพินัยกรรม, กฎหมาย ณ.ที่ที่มีการทำพินัยกรรม เป็นต้น ซึ่งเป็นการบัญญัติในลักษณะกว้างๆ แม้อนุสัญญาฉบับนี้มีประเทศมาลงนามเพียง 6 ประเทศ แต่ก็ได้แสดงถึงความพยายามใน

การที่จะหากฎหมายมาใช้กับแบบแห่งพินัยกรรม อีกทั้งมีอีกหลายประเทศที่แม้จะมีได้ลงนามให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับนี้ แต่ก็ได้นำหลักการมาบัญญัติไว้เป็นหลักเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยแบบแห่งพินัยกรรม

การที่จำเป็นต้องมีแบบแห่งพินัยกรรมนั้นก็เพื่อแยกลักษณะของพินัยกรรมออกมาให้ชัดเจนจากนิติกรรมประเภทอื่น อีกทั้งแบบแห่งพินัยกรรมยังเป็นสิ่งหนึ่งซึ่งอาจจะนำมาพิสูจน์เจตนาของผู้ทำพินัยกรรมได้รับการตอบสนองมากเท่านั้น ดังนั้นการที่มีกฎหมายจำนวนมากเปิดโอกาสให้แบบแห่งพินัยกรรมมีความสมบูรณ์มากขึ้น จึงไม่น่าจะเกิดผลเสียแต่ประการใด เพราะลำพังเพียงตัวแบบแห่งพินัยกรรม หากได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับเนื้อหาแห่งพินัยกรรมไม่ จึงไม่ควรนำเรื่องแบบแห่งพินัยกรรมมาเป็นเหตุให้เจตนารมณ์ในการตกทอดทรัพย์สินของผู้ทำพินัยกรรมเสียไป ควรเปิดโอกาสให้ความสมบูรณ์ในเรื่องแบบแห่งพินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายใดก็ได้ มากกว่าจะกำหนดไว้แค่กฎหมายจากสัญชาติของผู้ทำพินัยกรรม หรือกฎหมาย ณ.สถานที่ที่มีการทำพินัยกรรม

2. มีประเด็นที่น่าสนใจในเรื่องของการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรม เนื่องจากลักษณะของการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมโดยผู้ทำพินัยกรรม ผู้ทำพินัยกรรมมิได้มีเสรีในการกำหนดกฎหมายใดก็ได้มาใช้กับพินัยกรรม แต่ว่าการแสดงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมมักถูกจำกัดให้สามารถเลือกกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมได้เฉพาะกฎหมายที่อาจเกี่ยวข้องกับการทำพินัยกรรม

การที่กฎหมายขัดกันของไทยจะยอมรับการแสดงเจตนาในการหากฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมของเจ้ามรดกจึงไม่เป็นที่เสียหายแต่อย่างใด อีกทั้งการแสดงเจตนาเช่นนั้นของผู้ทำพินัยกรรม หากใช้ลักษณะของการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อเลี่ยงกฎหมายเนื่องจากกฎหมายที่ผู้ทำพินัยกรรมอาจเลือกได้มักเป็นกฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับผู้ทำพินัยกรรม แม้ผู้ทำพินัยกรรมจะเลือกกฎหมายอื่น เช่น ผู้ทำพินัยกรรมเลือกให้พินัยกรรมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติ โดยไม่เลือกกฎหมายภูมิลำเนา ทั้งที่กฎหมายภูมิลำเนาเป็นกฎหมายที่ประเทศนี้กำหนดให้ใช้เมื่อมีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรม หรือกลับกันการที่ผู้ทำพินัยกรรมเลือกกฎหมายของรัฐหาใช่เป็นการขัดของการใช้หลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ แต่จะเป็นการช่วยให้ผู้ทำพินัยกรรมรู้ว่าสิทธิของตนเป็นเช่นไร และตนจะใช้สิทธิอย่างไร จึงควรยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรมมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมของไทยแต่ทั้งนี้หาใช่ว่าการยอมรับการแสดงเจตนาใน



การเลือกกฎหมายมาใช้บังคับกับพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรมจะสามารถนำมาใช้ได้ในทุก ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับพินัยกรรม การยอมรับการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายนี้จะนำมาใช้แต่ กับประเด็นสาระสำคัญและผลของพินัยกรรม การตีความพินัยกรรม และการเพิกถอนพินัยกรรม เท่านั้น เนื่องจากทั้ง 3 ประเด็น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการแสดงเจตนาเพื่อตายในลักษณะที่ ปรากฏอยู่บนตัวพินัยกรรมทั้งสิ้น แต่การยอมรับการแสดงเจตนาจะไม่นำไปใช้กับประเด็นความ สามารถของผู้ทำพินัยกรรม

3. อีกทั้งการที่พินัยกรรมไม่ใช่แต่เพียงการแสดงเจตนาเพื่อตายเกี่ยวกับทรัพย์สินเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการใดๆ ที่ผู้ทำพินัยกรรมกำหนดไว้ในพินัยกรรมด้วย หากว่าข้อกำหนดในพินัยกรรมมีส่วนที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินมรดก ซึ่งเป็นเรื่องน่าคิดว่าหากการใดๆ ที่กำหนดไว้ในพินัยกรรมเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดก เช่น การตั้งผู้จัดการมรดก หน้าที่ของผู้จัดการมรดกเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกใด ก็เป็นไปตามกฎหมายที่นำมาใช้เมื่อเกิดกรณีการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมในลักษณะทรัพย์สินนั้นๆ แต่ถ้าการอื่นๆ ที่กำหนดในพินัยกรรมนั้นไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมรดกที่ปรากฏในพินัยกรรมของผู้ทำพินัยกรรมเลย ปัญหาว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้บังคับ ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้ครอบคลุมกับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศในส่วนนี้ด้วย โดยอาจจะกำหนดให้การอื่นๆ ที่ปรากฏในพินัยกรรมแยกออกมาเป็นอีกลักษณะหนึ่ง จากแต่เดิมที่มีการหากกฎหมายมาใช้ตามลักษณะของทรัพย์สินมรดกแต่เพียงอย่างเดียว อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าหากกฎหมายมาใช้เมื่อเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยพินัยกรรมโดยแยกตามลักษณะของทรัพย์สินมรดกมีลักษณะไม่เพียงพอต่อการหากกฎหมายมาใช้กับทุกเรื่องในพินัยกรรมที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ หากหากกฎหมายมาใช้กับพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศโดยไม่แยกตามลักษณะของทรัพย์สิน หากแต่คำนึงถึงตัวพินัยกรรมเป็นหลักทำให้ครอบคลุมกับทุกเรื่องในพินัยกรรมที่มีลักษณะระหว่างประเทศได้ดีกว่า



## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

- กมล สนธิเกษตริน . กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พิมพ์ครั้งที่7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539.
- คณิง ภาไชย . คำบรรยายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ( การขัดกันแห่งกฎหมาย) . กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์สรรพสามิต, สิงหาคม 2522.
- ชุมพร ปัจจุบันนท์ . หลักทั่วไปเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมาย : เอกสารสอนชุดวิชา 41451 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช หน่วยที่ 13 พิมพ์ครั้งที่ 6 . สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2532.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช . บทบาทและความสำคัญของสัญญาติและภูมิลำเนาในกฎหมายขัดกัน,วารสารนิติศาสตร์ . (ธันวาคม 2541) : 677- 694.
- เพ็ญ หุตางกูร . ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก . พิมพ์ครั้งที่5. กรุงเทพฯ : บริษัทโรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2538.
- หยุด แสงอุทัย . คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ . พิมพ์ครั้งที่11 . กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.

### ภาษาอังกฤษ

- Barry, N. An introduction to Roman law . London : The Clearendon Press, 1964 .
- Breslauer, W. The private international law of succession in England, American and Germany . London : Sweet & Maxwell , 1937.
- Cheshire, G.C. Private international law : Law - priced . 6<sup>th</sup> . The English Language book Society and Oxford University Press : 559 - 614.
- Cohn, E.J. Commercial law, civil procedure, conflict of law, bankruptcy, law of

- nationality, East German family law. Manual of German Law . 2<sup>nd</sup> V.II. London: Oceana Publications Publications , 1971.
- Winter, L.L. Nationality or Domicile?. Rescueil des Cours . (1969 ) : 349 - 503.
- Ehrenzweig, A. A. A comparative treatise on American international conflicts law, including the law of admiralty : General part . New York : Ocean Publications, 1967.
- Ehrenzweig, A. A., Sueo I., and Norman J., American-Japanese private international law", Bilateral studies in private international law, No.12, NY: Oceana Publications, 1964.
- Ehrenzweig, A. A. Ehrenzweig on the conflicts of laws : A treatise on the conflicts of laws. West Publishing, 1962.
- Grol, M. V. The condition of aliens and the conflict of laws in the Yugoslav law of succession . AJCL V.9 N.2 (Spring 1960) : 249-253.
- Gravenson, R. Conflict of laws : Private international law. London : Sweet & Maxwell, 1974.
- Jenks, E. A digest of England civil law. London : Butterworths, 1917.
- Leflar, A. R. The law of conflict of laws . New York : Bobb- Merrill Company, 1959.
- Li, H. Conflicts of laws of succession . Rescueil des Cours (1990) : 13 - 121.
- Lipstein, K. General principles of private international law . Rescueil des Cours (1972 ) : 104 - 229.
- Kim, C. New Japanese private international law : The 1990 Horei. AJCL V.40 N.1 (1992) : 1-35.
- Nadelmann, H. K. The Hague conference on private international law : Ninth session. AJCL V.9 N.4 (1960) : 9-26.
- Nadelmann, H. K. The formal validity of wills and the Washington Convention 1973 providing the form of an international will . AJCL V.22 N.1 (1974) : 365-383.
- Nugee, E.G., and Caroline F. Personal property. Halsbury's law of England 4<sup>ed</sup> . V.50 . London : Butterworth , 1996.
- Scoles and Weintraub, Conflicts of laws .2<sup>nd</sup> ed. . London : Sweet & maxwell, 1972.
- Scott, A.W. Private international law : Conflict of laws . S & E handbooks . London : Butterworth , 1969.

- Stumberg, W. G. Principles of conflicts of law . 3ed . New York : Brockly The Foundation Press, 1963.
- Symeon, C. S. Swiss Federal statute on private international law . AJCL V.137 N.2 (1989) : 187-245.
- Thomas, J.A.C. Private international law . London : The Anchor Press, 1955.
- Uche, U.U. Conflict of laws in a multi - ethnic setting . Rescueil des Cours (1991) : 228 , 337 - 354 , 386 - 388.
- Viktor, K., ed. Nation reports a . V.1 . NY : Oceana Publications, 1976.
- Viktor, K., ed. Nation reports e/f . V.1 . NY : Oceana Publications, 1976.
- Viktor, K., ed. Nation reports g/h . V.1 . NY : Oceana Publications, 1976.
- Viktor, K., ed. Nation reports j/k . V.1 . NY : Oceana Publications, 1976.
- Viktor, K., ed. Nation reports l/m . V.1 . NY : Oceana Publications, 1976.
- Viktor, K., ed. Nation reports n/o . V.1 . NY : Oceana Publications, 1976.
- Viktor, K., ed. Nation reports s . V.1 . NY : Oceana Publications, 1976.
- Vischer, F. General course on the private international law . Rescueil des Cours (1992) : 100 - 105.
- Vischer, F. Connecting factors. International Encyclopedia of Comparative Law. V.III Chapter 4, 1976.
- Walton, R. Wills . Halsbury's law of England. 4ed. V.50. London : Butterworth, 1984.
- Wolff, M. Private international law. 2<sup>ed</sup>. Oxford at the Clarendon Press, 1952.

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

- คณิง ภาไชย. หลักเบื้องต้นในการพิจารณาปัญหากฎหมายขัดกัน. วารสารนิติศาสตร์ 2 ตอน 1 (มิถุนายน 2533) : 47-52.
- ทวี ตะเวทีกุล. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และกรมการเมือง, 2478.
- พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. การจัดการขัดกันแห่งกฎหมาย. วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ (2529) : 182-203.
- พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคที่1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน ,พฤษภาคม 2541.
- ภาสกร ชุณหอุไร. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2520.
- ภิญโญ พินัยนิติศาสตร์. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2533.
- วิเชียร วัฒนคุณ. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518.
- วิษณุ เครืองาม. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน . กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช , 2534.

### ภาษาอังกฤษ

- Anton, A.E. Private international law 2<sup>nd</sup> : Hague conference on private international law . W. green Edinburgh,1990.
- Anton, A.E., C.B.E., F.B.A. with Beaumont P.R. Private international law : A treatise from the stand point of Scots law 2<sup>nd</sup>. W. green Edinburgh, 1990.
- Anton, A.E. Private international law. W. Green Edinburgh, 1990.
- Batiffol, H. The objectives of private international law . AJCL V.15 N.1 and 2 (1966-1967) : 159-163.

- Boggiano, A. The contribution of The Hague conference. Recueil des Cours (1992) : 190 - 191.
- Cavers, D. F. Contemporary conflicts law in American perspective. Recueil des Cours (1970) : 196 - 198, 204 - 208 .
- Cheshire, G.C. Private international law 7<sup>th</sup>. London : Butterworths, 1965.
- Cheshire and North's. Private international law .12<sup>ed</sup> .London : Butterworths, 1992.
- Clark, Elias , Louis L., and Murphy W. A. Cases and materials on gratuitous transfers wills, intestate succession, trusts, gifts, future interests and estate and gift taxation. American casebook series. 3<sup>rd</sup> , 1985 .
- Cohn, E.J. General introduction civil law . Manual of German Law . 2<sup>nd</sup> .V.I . London: Oceana Publications Publications , 1971.
- Collins, L. Dicey and Morris on the conflict of laws . 3ed . V.2 . London : Sweet & Maxwell, 2000.
- Culp, S. M. Selected reading on conflict of laws . London : West Publishing , 1956.
- Ehrenzweig, A A. A comparative treatise on American international conflicts law, including the law of admiralty : General part . New York : Ocean Publications, 1967.
- Ehrenzweig, A. A., Ikehara S., and Jensen N. American- Japanese private international law. Bilateral Studies in Private International Law. No.12, 1964.
- Ehrenzweig, A. A. Private international law : A comparative treatise on American international conflicts law , including the law of admiralty general part. NY : Oceana Publications, Inc - Dobbs Ferry, 1967 .
- Ehrenzweig, A. A. Conflicts in a nutshell . 3<sup>rd</sup>. London : West Publishing, 1974.
- Falk, R. A. Studies in world public order. AJCL V.10 N.3 (Summer 1961) : 297-305.
- Garnefsky, A. Public policy in Soviet private international law. The Hague Martinus Nijhoff, 1970.
- Giles, O.C., Cohn E.J., Bohndorf, M., and Tomass, J. Conflicts of laws . Manual of German Law . 2<sup>nd</sup> V.III , 1972.
- Goodrich, F. H. Goodrich on conflict of laws. Hornbook series . 3<sup>rd</sup> . London : West Publishing, 1949.
- Goodrich, F. H., and Scoles, F. E. Conflict of laws . Hornbook series 4<sup>th</sup>.

- London : West Publishing, 1964.
- Grahl-Madsen, A. Conflict between the principle of unitary succession and the system of scission. ICLQ V.28 (1979) : 598-627.
- Grol, V. M. The capacity of aliens to take and transfer immovables . AJCL V.12 N.1 (1963) : 92 - 94.
- Gravenson, R.H. The conflict of laws . London : Sweet & Maxwell, 1969.
- Graveson, R . Problems of private international law . Recueil des Cours (1969) : 195 - 230.
- Griffin, J. A. The about turn : Soviet law of inheritance . AJCL V.10 N.4 (1969) : 98 - 103.
- Hay, D. Conflict of laws. Halsbury's law of England . 4ed. London : Butterworths, . 1996.
- Happer, Tanitor, Carnahan and Brow . Conflict of laws : Cases and materials . New York : Bobb- Merrill Company, 1980.
- Hetherington, Simon, and Carol M. Conflict of laws . Halsbury's Laws of England . 4ed. V.8 (I) . London : Butterworth, 1996.
- Jenks, E. A digest of england civil law. London : Butterworths, 1917.
- Kahn, F. General problems of private international law . Recueil des Cours III (1975) : 141-436.
- Lipstein, K. General principles of private international law . Recueil des Cours (1972 ) : 104 - 229.
- Martiny, D. Maintenance obligations in the conflict of laws. Recueil des Cours (1974) : 219 - 220.
- Meijers, E. M. The Benelux convention on private international will. AJCL V.22 N.1 (1974) : 1-11.
- Morrison, A. B. Fundamentals of American law. New York : New York University School of Law, 1956.
- Nadelmann, H. K. Macini's nationality rule and non- unified legal systems : Nationality versus Domicile . AJCL V.17 N.1 (1969) : 418-451.
- North, P.M. Reform but not revolution : General course on private intenational law . Principle of Sesus College : Oxford University, 1972.

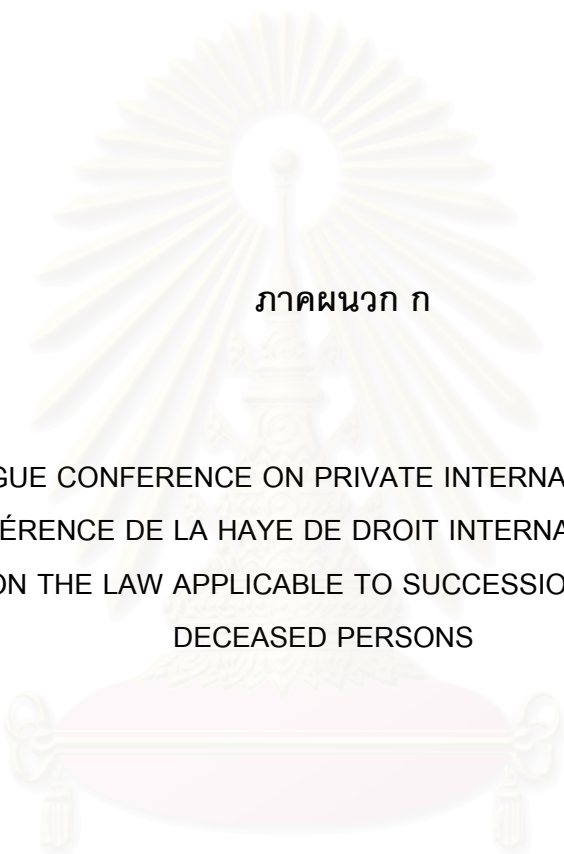


- North, P.M. Cheshire's private international law . 9<sup>th</sup>. London : Butterworths, 1972.
- Nusskaum, A. Principles of private international law. London : Oxford University Press, 1943.
- Kalm - Freund, O. General problems of private international law . Recueil des Cours (1975) : 384 - 416.
- Philip, A. General course on private international law. Recueil des Cours (1960) : 195 - 230.
- Probnig, U. American - German private international law . Bilateral Studies in Private International Law . 2<sup>nd</sup> No.4, 1972.
- Reese, L.M. Wills . General course on private international law . Recueil des Cours (1975) : 66 - 84 , 145 , 150 - 157.
- Scoles, E.F. Choice of law in family property transactions . Recueil des Cours (1988) : 13-93.
- Schwind, A. M. The centenary of the Chilean civil code. AJCL V.7 N.1 (1985) : 71-85.
- Shaheen, M. Inheritance Law in the Soviet union and the people's republic of China : An unfriendly comment . AJCL V.34 N.1 (winter 1986) : 137-144.
- Valladao, H. Private international law, uniform law, and comparative Law . 20<sup>th</sup> century Comparative and Conflicts Law . London: Butterworth, 1985.
- Venturini, C. G. Private international law . International Encyclopedia of Comparative Law. V.III Chapter 21, 1976.
- Vischer, F. General course on the private international law . Recueil des Cours (1992) : 100 - 105.
- Walton, R. Wills . Halsbury's law of England. 4ed. V.50. London : Butterworth, 1984.
- Yadin, U. The proposed law of succession for Israel . AJCL V.2 N.1 (1953) : 143-155.



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ก

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW  
CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ  
CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO SUCCESSION TO THE ESTATES OF  
DECEASED PERSONS

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW  
CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ  
CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO SUCCESSION TO THE ESTATES OF  
DECEASED PERSONS

(Concluded on August 1st, 1989)

The States signatory to this Convention,  
Desiring to establish common provisions concerning the law applicable to succession to the estates of deceased persons,  
Have resolved to conclude a Convention for this purpose and have agreed upon the following provisions –

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1

(1) This Convention determines the law applicable to succession to the estates of deceased persons.

(2) The Convention does not apply to –

- a) the form of dispositions of property upon death;
- b) capacity to dispose of property upon death;
- c) issues pertaining to matrimonial property;
- d) property rights, interests or assets created or transferred otherwise than by succession, such as in joint ownership with right of survival, pension plans, insurance contracts, or arrangements of a similar nature.

Article 2

The Convention applies even if the applicable law is that of a non-Contracting State.

CHAPTER II – APPLICABLE LAW

Article 3

(1) Succession is governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident, if he was then a national of that State.

(2) Succession is also governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident if he had been resident there for a period of no less than five years immediately preceding his death. However, in exceptional circumstances, if at the time of his death he was manifestly more closely connected with the State of which he was then a national, the law of that State applies.

(3) In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of the latter State applies.

#### Article 4

If the law applicable according to Article 3 is that of a non-Contracting State, and if the choice of law rules of that State designate, with respect to the whole or part of the succession, the law of another non-Contracting State which would apply its own law, the law of the latter State applies.

#### Article 5

(1) A person may designate the law of a particular State to govern the succession to the whole of his estate. The designation will be effective only if at the time of the designation or of his death such person was a national of that State or had his habitual residence there.

(2) This designation shall be expressed in a statement made in accordance with the formal requirements for dispositions of property upon death. The existence and material validity of the act of designation are governed by the law designated. If under that law the designation is invalid, the law governing the succession is determined under Article 3.

(3) The revocation of such a designation by its maker shall comply with the rules as to form applicable to the revocation of dispositions of property upon death.

(4) For the purposes of this Article, a designation of the applicable law, in the absence of an express contrary provision by the deceased, is to be construed as governing succession to the whole of the estate of the deceased whether he died intestate or wholly or partially testate.

#### Article 6

A person may designate the law of one or more States to govern the succession to particular assets in his estate. However, any such designation is without prejudice to the application of the mandatory rules of the law applicable according to Article 3 or Article 5, paragraph 1.

#### Article 7

(1) Subject to Article 6, the applicable law under Articles 3 and 5, paragraph 1, governs the whole of the estate of the deceased wherever the assets are located.

(2) This law governs –

- a) the determination of the heirs, devisees and legatees, the respective shares of those persons and the obligations imposed upon them by the deceased, as well as other succession rights arising by reason of death including provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased;
- b) disinheritance and disqualification by conduct;
- c) any obligation to restore or account for gifts, advancements or legacies when determining the shares of heirs, devisees or legatees;
- d) the disposable part of the estate, indefeasible interests and other restrictions on dispositions of property upon death;
- e) the material validity of testamentary dispositions.

(3) Paragraph 2 does not preclude the application in a Contracting State of the law applicable under this Convention to other matters which are considered by that State to be governed by the law of succession.

### CHAPTER III – AGREEMENTS AS TO SUCCESSION

#### Article 8

For the purposes of this Chapter an agreement as to succession is an agreement created in writing or resulting from mutual wills which, with or without consideration, creates, varies or terminates rights in the future estate or estates of one or more persons parties to such agreement.

#### Article 9

(1) Where the agreement involves the estate of one person only, its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects,



are determined by the law which under Article 3 or 5, paragraph 1, would have been applicable to the succession to the estate of that person if that person had died on the date of the agreement.

(2) If under that law the agreement is invalid, it is nevertheless valid if it is valid under the law which at the time of death is the law applicable to the succession to the estate of that person according to Article 3 or 5, paragraph 1. The same law then governs the effects of the agreement and the circumstances resulting in the extinction of the effects.

#### Article 10

(1) Where the agreement involves the estates of more than one person, the agreement is materially valid only if it is so valid under all the laws which, according to Article 3 or 5, paragraph 1, would have governed the succession to the estates of all those persons if each such person had died on the date of the agreement.

(2) The effects of the agreement and the circumstances resulting in the extinction of the effects are those recognized by all of those laws.

#### Article 11

The parties may agree by express designation to subject the agreement, so far as its material validity, the effects of the agreement, and the circumstances resulting in the extinction of the effects are concerned, to the law of a State in which the person or any one of the persons whose future estate is involved has his habitual residence or of which he is a national at the time of the conclusion of the agreement.

#### Article 12

(1) The material validity of an agreement valid under the law applicable according to Article 9, 10 or 11 may not be contested on the ground that the agreement would be invalid under the law applicable according to Article 3 or 5, paragraph 1.

(2) However, the application of the law applicable according to Article 9, 10 or 11 shall not affect the rights of anyone not party to the agreement who under the law applicable to the succession by virtue of Article 3 or 5, paragraph 1, has an indefeasible interest in the estate or another right of which he cannot be deprived by the person whose estate is in question.

### CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

#### Article 13

Where two or more persons whose successions are governed by different laws die in circumstances in which it is uncertain in what order their deaths occurred, and where those laws provide differently for this situation or make no provision at all, none of the deceased persons shall have any succession rights to the other or others.

#### Article 14

(1) Where a trust is created in a disposition of property upon death, the application to the succession of the law determined by the Convention does not preclude the application of another law to the trust.

Conversely, the application to a trust of its governing law does not preclude the application to the succession of the law governing succession by virtue of the Convention.

(2) The same rules apply by analogy to foundations and corresponding institutions created by dispositions of property upon death.

#### Article 15

The law applicable under the Convention does not affect the application of any rules of the law of the State where certain immovables, enterprises or other special categories of assets are situated, which rules institute a particular inheritance regime in respect of such assets because of economic, family or social considerations.

#### Article 16

Where under the law applicable by virtue of the Convention there is no heir, devisee or legatee under a disposition of property upon death, and no physical person is an heir by operation of law, the application of the law so determined does not preclude a State or an entity appointed thereto by that State from appropriating the assets of the estate that are situated in its territory.

#### Article 17

In this Convention, and subject to Article 4, law means the law in force in a State other than its choice of law rules.

#### Article 18

The application of any of the laws determined by the Convention may be refused only where such application would be manifestly incompatible with public policy (ordre public).

#### Article 19

(1) For the purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State comprises two or more territorial units, each of which has its own system of law or its own rules of law in respect of succession, the provisions of this Article apply.

(2) If there are rules in force in such a State identifying which law among the laws of the two or more units is to apply in any circumstance for which this Article provides, the law of that unit applies. In the absence of such rules the following paragraphs of this Article apply.

(3) For the purposes of any reference in this Convention, or any designation by the deceased pursuant to this Convention,

a) the law of the State of the habitual residence of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State in which at the relevant time the deceased had his habitual residence;

b) the law of the State of the nationality of the deceased at the time of designation or of his death means the law of that unit of the State in which at the relevant time the deceased had his habitual residence, and in the absence of such an habitual residence, the law of the unit with which he had his closest connection.

(4) For the purposes of any reference in this Convention, the law of the State of closest connection means the law of that unit of the State with which the deceased was most closely connected.

(5) Subject to Article 6, for the purposes of any designation pursuant to this Convention whereby the deceased designates the law of a unit of the State of which at the time of designation or of his death

a) he was a national, that designation is valid only if at some time he had had an habitual residence in, or in the absence of such an habitual residence, a close connection with, that unit;

b) he was not a national, the designation is valid only if he then had his habitual residence in that unit, or, if he was not then habitually resident in that unit but was so resident in that State, he had had an habitual residence in that unit at some time.

(6) For the purposes of any designation under Article 6 with regard to particular assets whereby the deceased designates the law of a State, it is presumed that, subject to evidence of contrary intent, the designation means the law of each unit in which the assets are situated.

(7) For the purposes of Article 3, paragraph 2, the required period of residence is attained when the deceased for the five years immediately preceding his death had his residence in that State, notwithstanding that during that period he resided in more than one of the units of that State. When the period has been attained, and the deceased had an habitual residence in that State at that time, but no habitual residence in any particular unit of that State, the applicable law is the law of that unit in which the deceased last resided, unless at that time he had a closer connection with another unit of the State, in which case the law of the latter unit applies.

#### Article 20

For purposes of identifying the law applicable under this Convention, where a State has two or more legal systems applicable to the succession of deceased persons for different categories of persons, any reference to the law of such State shall be construed as referring to the legal system determined by the rules in force in that State. In the absence of such rules, the reference shall be construed as referring to the legal system with which the deceased had the closest connection.

#### Article 21

A Contracting State in which different systems of law or sets of rules of law apply to succession shall not be bound to apply the rules of the Convention to conflicts solely between the laws of such different systems or sets of rules of law.

#### Article 22

(1) The Convention applies in a Contracting State to the succession of any person whose death occurs after the Convention has entered into force for that State.

(2) Where at a time prior to the entry into force of the Convention in that State the deceased has designated the law applicable to his succession, that designation is to be considered valid there if it complies with Article 5.

(3) Where at a time prior to the entry into force of the Convention in that State the parties to an agreement as to succession have designated the law applicable to that agreement, that designation is to be considered valid there if it complies with Article 11.

#### Article 23

(1) The Convention does not affect any other international instrument to which Contracting States are or become Parties and which contains provisions on matters governed by this Convention, unless a contrary declaration is made by the States Parties to such instrument.

(2) Paragraph 1 of this Article also applies to uniform laws based on special ties of a regional or other nature between the States concerned.

#### Article 24

(1) Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, make any of the following reservations –

a) that it will not apply the Convention to agreements as to succession as defined in Article 8, and therefore that it will not recognize a designation made under Article 5 if the designation is not expressed in a statement made in accordance with the requirements for a testamentary disposition;

b) that it will not apply Article 4;

c) that it will not recognize a designation made under Article 5 by a person who, at the time of his death, was not or was no longer either a national of, or habitually resident in, the State whose law he had designated, but at that time was a national of and habitually resident in the reserving State;

d) that it will not recognize a designation made under Article 5, if all of the following conditions are met –

– the law of the State making the reservation would have been the applicable law under Article 3 if there had been no valid designation made under Article 5,

– the application of the law designated under Article 5 would totally or very substantially deprive the spouse or a child of the deceased of an inheritance or family provision to

which the spouse or child would have been entitled under the mandatory rules of the law of the State making this reservation,

– that spouse or child is habitually resident in or a national of that State.

(2) No other reservation shall be permitted.

(3) Any Contracting State may at any time withdraw a reservation which it has made; the reservation shall cease to have effect on the first day of the month following the expiration of three months after notification of the withdrawal.

## CHAPTER V – FINAL CLAUSES

### Article 25

(1) The Convention shall be open for signature by the States which were Members of the Hague Conference on Private International Law at the time of its Sixteenth Session.

(2) It shall be ratified, accepted or approved and the instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

### Article 26

(1) Any other State may accede to the Convention after it has entered into force in accordance with Article 28, paragraph 1.

(2) The instrument of accession shall be deposited with the depositary.

### Article 27

(1) If a State has two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that this Convention shall extend to all of its territorial units or only to one or more of them and may alter this declaration by submitting another declaration at any time.

(2) Any such declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.

(3) If a State makes no declaration under this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

### Article 28



(1) The Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of the third instrument of ratification, acceptance or approval referred to in Article 25.

(2) Thereafter the Convention shall enter into force –

a) for each State ratifying, accepting or approving it subsequently, or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of three months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

b) for a territorial unit to which the Convention has been extended in conformity with Article 27, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification referred to in that Article.

#### Article 29

After the entry into force of an instrument revising this Convention a State may only become Party to the Convention as revised.

#### Article 30

(1) A State Party to this Convention may denounce it, or only Chapter III of the Convention, by a notification in writing addressed to the depositary.

(2) The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of three months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

#### Article 31

The depositary shall notify the States Members of the Hague Conference on Private International Law and the States which have acceded in accordance with Article 26 of the following –

a) the signatures and ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 25 and 26;

b) the date on which the Convention enters into force in accordance with Article 28;

c) the declarations referred to in Article 27;

d) the reservations and withdrawals of reservations referred to in Article 24;

e) the denunciations referred to in Article 30.

In witness whereof the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Convention.

Done at The Hague, on the 1st day of August 1989, in the English and French languages, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Kingdom of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through diplomatic channels, to each of the States Members of the Hague Conference on Private International Law at the date of its Sixteenth Session.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ข

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW  
CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ  
CONVENTION ON THE CONFLICTS OF LAWS RELATING TO THE FORM  
OF TESTAMENTARY DISPOSITIONS

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW  
CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ  
CONVENTION ON THE CONFLICTS OF LAWS RELATING TO THE FORM OF  
TESTAMENTARY DISPOSITIONS

(Concluded October 5, 1961)

The States signatory to the present Convention,  
Desiring to establish common provisions on the conflicts of laws relating to the form of  
testamentary dispositions,  
Have resolved to conclude a Convention to this effect and have agreed upon the  
following provisions:

Article 1

A testamentary disposition shall be valid as regards form if its form complies with the  
internal law:

- a) of the place where the testator made it, or
- b) of a nationality possessed by the testator, either at the time when he made the  
disposition, or at the time of his death, or
- c) of a place in which the testator had his domicile either at the time when he made the  
disposition, or at the time of his death, or
- d) of the place in which the testator had his habitual residence either at the time when  
he made the disposition, or at the time of his death, or
- e) so far as immovables are concerned, of the place where they are situated.

For the purposes of the present Convention, if a national law consists of a non-unified  
system, the law to be applied shall be determined by the rules in force in that system  
and, failing any such rules, by the most real connexion which the testator had with any  
one of the various laws within that system.

The determination of whether or not the testator had his domicile in a particular place  
shall be governed by the law of that place.

Article 2

Article 1 shall apply to testamentary dispositions revoking an earlier testamentary  
disposition.

The revocation shall also be valid as regards form if it complies with any one of the laws according to the terms of which, under Article 1, the testamentary disposition that has been revoked was valid.

#### Article 3

The present Convention shall not affect any existing or future rules of law in Contracting States which recognize testamentary dispositions made in compliance with the formal requirements of a law other than a law referred to in the preceding Articles.

#### Article 4

The present Convention shall also apply to the form of testamentary dispositions made by two or more persons in one document.

#### Article 5

For the purposes of the present Convention, any provision of law which limits the permitted forms of testamentary dispositions by reference to the age, nationality or other personal conditions of the testator, shall be deemed to pertain to matters of form. The same rule shall apply to the qualifications that must be possessed by witnesses required for the validity of a testamentary disposition.

#### Article 6

The application of the rules of conflicts laid down in the present Convention shall be independent of any requirement of reciprocity.

The Convention shall be applied even if the nationality of the persons involved or the law to be applied by virtue of the foregoing Articles is not that of a Contracting State.

#### Article 7

The application of any of the laws declared applicable by the present Convention may be refused only when it is manifestly contrary to "ordre public".

#### Article 8

The present Convention shall be applied in all cases where the testator dies after its entry into force.

#### Article 9

Each Contracting State may reserve the right, in derogation of the third paragraph of Article 1, to determine in accordance with the *lex fori* the place where the testator had his domicile.

#### Article 10

Each Contracting State may reserve the right not to recognize testamentary dispositions made orally, save in exceptional circumstances, by one of its nationals possessing no other nationality.

#### Article 11

Each Contracting State may reserve the right not to recognize, by virtue of provisions of its own law relating thereto, forms of testamentary dispositions made abroad when the following conditions are fulfilled:

- a) the testamentary disposition is valid as to form by reason only of a law solely applicable because of the place where the testator made his disposition,
- b) the testator possessed the nationality of the State making the reservation,
- c) the testator was domiciled in the said State or had his habitual residence there, and
- d) the testator died in a State other than that in which he had made his disposition.

This reservation shall be effective only as to the property situated in the State making the reservation.

#### Article 12

Each Contracting State may reserve the right to exclude from the application of the present Convention any testamentary clauses which, under its law, do not relate to matters of succession.

#### Article 13

Each Contracting State may reserve the right, in derogation of Article 8, to apply the present Convention only to testamentary dispositions made after its entry into force.

#### Article 14

The present Convention shall be open for signature by the States represented at the Ninth Session of the Hague Conference on Private International Law.

It shall be ratified, and the instruments of ratification shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

#### Article 15

The present Convention shall enter into force on the sixtieth day after the deposit of the third instrument of ratification referred to in the second paragraph of Article 14.



The Convention shall enter into force for each signatory State which ratifies subsequently on the sixtieth day after the deposit of its instrument of ratification.

*Article 16*

Any State not represented at the Ninth Session of the Hague Conference on Private International Law may accede to the present Convention after it has entered into force in accordance with the first paragraph of Article 15. The instrument of accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

The Convention shall enter into force for a State acceding to it on the sixtieth day after the deposit of its instrument of accession.

*Article 17*

Any State may, at the time of signature, ratification or accession, declare that the present Convention shall extend to all the territories for the international relations of which it is responsible, or to one or more of them. Such a declaration shall take effect on the date of entry into force of the Convention for the State concerned.

At any time thereafter, such extensions shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

The Convention shall enter into force for the territories mentioned in such an extension on the sixtieth day after the notification referred to in the preceding paragraph.

*Article 18*

Any State may, not later than the moment of its ratification or accession, make one or more of the reservations mentioned in Articles 9, 10, 11, 12 and 13 of the present Convention. No other reservation shall be permitted.

Each Contracting State may also, when notifying an extension of the Convention in accordance with Article 17, make one or more of the said reservations, with its effect limited to all or some of the territories mentioned in the extension.

Each Contracting State may at any time withdraw a reservation it has made. Such a withdrawal shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands.

Such a reservation shall cease to have effect on the sixtieth day after the notification referred to in the preceding paragraph.

*Article 19*

The present Convention shall remain in force for five years from the date of its entry into force in accordance with the first paragraph of Article 15, even for States which have ratified it or acceded to it subsequently.

If there has been no denunciation, it shall be renewed tacitly every five years.

Any denunciation shall be notified to the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands at least six months before the end of the five year period.

It may be limited to certain of the territories to which the Convention applies.

The denunciation will only have effect as regards the State which has notified it. The Convention shall remain in force for the other Contracting States.

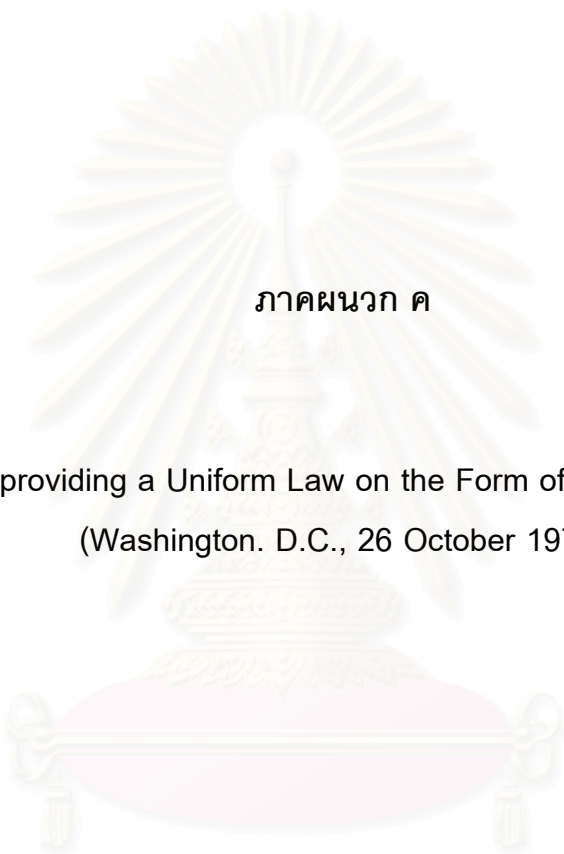
#### *Article 20*

The Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands shall give notice to the States referred to in Article 14, and to the States which have acceded in accordance with Article 16, of the following:

- a) the signatures and ratifications referred to in Article 14;
- b) the date on which the present Convention enters into force in accordance with the first paragraph of Article 15;
- c) the accessions referred to in Article 16 and the date on which they take effect;
- d) the extensions referred to in Article 17 and the date on which they take effect;
- e) the reservations and withdrawals referred to in Article 18;
- f) the denunciation referred to in the third paragraph of Article 19.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed the present Convention.

Done at The Hague the 5th October 1961, in French and in English, the French text prevailing in case of divergence between the two texts, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Government of the Netherlands, and of which a certified copy shall be sent, through the diplomatic channel, to each of the States represented at the Ninth Session of the Hague Conference on Private International Law.



ภาคผนวก ค

Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will  
(Washington. D.C., 26 October 1973)

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will  
(Washington, D.C., 26 October 1973)

The States signatory to the present Convention,  
DESIRING to provide to a greater extent for the respecting of last wills by establishing  
an additional form of will hereinafter to be called an "international will" which, if  
employed, would dispense to some extent with the search for the applicable law;  
HAVE RESOLVED to conclude a Convention for this purpose and have agreed upon the  
following provisions:

*Article I*

1. Each Contracting Party undertakes that not later than six months after the date of entry into force of this Convention in respect of that Party it shall introduce into its law the rules regarding an international will set out in the Annex to this Convention.
2. Each Contracting Party may introduce the provisions of the Annex into its law either by reproducing the actual text, or by translating it into its official language or languages.
3. Each Contracting Party may introduce into its law such further provisions as are necessary to give the provisions of the Annex full effect in its territory.
4. Each Contracting Party shall submit to the Depositary Government the text of the rules introduced into its national law in order to implement the provisions of this Convention.

*Article II*

1. Each Contracting Party shall implement the provisions of the Annex in its law, within the period provided for in the preceding article, by designating the persons who, in its territory, shall be authorized to act in connection with international wills. It may also designate as a person authorized to act with regard to its nationals its diplomatic or consular agents abroad insofar as the local law does not prohibit it.
2. The Party shall notify such designation, as well as any modifications thereof, to the Depositary Government.

*Article III*

The capacity of the authorized person to act in connection with an international will, if conferred in accordance with the law of a Contracting Party, shall be recognized in the territory of the other Contracting Parties.

*Article IV*

The effectiveness of the certificate provided for in Article 10 of the Annex shall be recognized in the territories of all Contracting Parties.

*Article V*

1. The conditions requisite to acting as a witness of an international will shall be governed by the law under which the authorized person was designated. The same rule shall apply as regards an interpreter who is called upon to act.
2. Nonetheless no one shall be disqualified to act as a witness of an international will solely because he is an alien.

*Article VI*

1. The signature of the testator, of the authorized person, and of the witnesses to an international will, whether on the will or on the certificate, shall be exempt from any legalization or like formality.
2. Nonetheless, the competent authorities of any Contracting Party may, if necessary, satisfy themselves as to the authenticity of the signature of the authorized person.

*Article VII*

The safekeeping of an international will shall be governed by the law under which the authorized person was designated.

*Article VIII*

No reservation shall be admitted to this Convention or to its Annex.

*Article IX*

1. The present Convention shall be open for signature at Washington from October 26, 1973, until December 31, 1974.
2. The Convention shall be subject to ratification.
3. Instruments of ratification shall be deposited with the Government of the United States of America, which shall be the Depositary Government.

*Article X*

1. The Convention shall be open indefinitely for accession.
2. Instruments of accession shall be deposited with the Depositary Government.

*Article XI*

1. The present Convention shall enter into force six months after the date of deposit of the fifth instrument of ratification or accession with the Depositary Government.
2. In the case of each State which ratifies this Convention or accedes to it after the fifth instrument of ratification or accession has been deposited, this Convention shall enter into force six months after the deposit of its own instrument of ratification or accession.

*Article XII*

1. Any Contracting Party may denounce this Convention by written notification to the Depositary Government.
2. Such denunciation shall take effect twelve months from the date on which the Depositary Government has received the notification, but such denunciation shall not affect the validity of any will made during the period that the Convention was in effect for the denouncing State.

*Article XIII*

1. Any State may, when it deposits its instrument of ratification or accession or at any time thereafter, declare, by a notice addressed to the Depositary Government, that this Convention shall apply to all or part of the territories for the international relations of which it is responsible.
2. Such declaration shall have effect six months after the date on which the Depositary Government shall have received notice thereof or, if at the end of such period the Convention has not yet come into force, from the date of its entry into force.
3. Each Contracting Party which has made a declaration in accordance with paragraph 1 of this Article may, in accordance with Article XII, denounce this Convention in relation to all or part of the territories concerned.

*Article XIV*

1. If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters respecting the form of wills, it may at the time of signature, ratification, or accession, declare that this Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them, and may modify its declaration by submitting another declaration at any time.
2. These declarations shall be notified to the Depositary Government and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.



*Article XV*

If a Contracting Party has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters respecting the form of wills, any reference to the internal law of the place where the will is made or to the law under which the authorized person has been appointed to act in connection with international wills shall be construed in accordance with the constitutional system of the Party concerned.

*Article XVI*

1. The original of the present Convention, in the English, French, Russian and Spanish languages, each version being equally authentic, shall be deposited with the Government of the United States of America, which shall transmit certified copies thereof to each of the signatory and acceding States and to the International Institute for the Unification of Private Law.

2. The Depositary Government shall give notice to the signatory and acceding States, and to the International Institute for the Unification of Private Law, of:

- (a) any signature;
- (b) the deposit of any instrument of ratification or accession;
- (c) any date on which this Convention enters into force in accordance with Article XI;
- (d) any communication received in accordance with Article I, paragraph 4;
- (e) any notice received in accordance with Article II, paragraph 2;
- (f) any declaration received in accordance with Article XIII, paragraph 2, and the date on which such declaration takes effect;
- (g) any denunciation received in accordance with Article XII, paragraph 1, or Article XIII, paragraph 3, and the date on which the denunciation takes effect;
- (h) any declaration received in accordance with Article XIV, paragraph 2, and the date on which the declaration takes effect.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned Plenipotentiaries, being duly authorized to that effect, have signed the present Convention.

DONE at Washington this twenty-sixth day of October, one thousand nine hundred and seventy-three.

## UNIFORM LAW ON THE FORM OF AN INTERNATIONAL WILL

*Article 1*

1. A will shall be valid as regards form, irrespective particularly of the place where it is made, of the location of the assets and of the nationality, domicile or residence of the testator, if it is made in the form of an international will complying with the provisions set out in Articles 2 to 5 hereinafter.
2. The invalidity of the will as an international will shall not affect its formal validity as a will of another kind.

*Article 2*

This law shall not apply to the form of testamentary dispositions made by two or more persons in one instrument.

*Article 3*

1. The will shall be made in writing.
2. It need not be written by the testator himself.
3. It may be written in any language, by hand or by any other means.

*Article 4*

1. The testator shall declare in the presence of two witnesses and of a person authorized to act in connection with international wills that the document is his will and that he knows the contents thereof.
2. The testator need not inform the witnesses, or the authorized person, of the contents of the will.

*Article 5*

1. In the presence of the witnesses and of the authorized person, the testator shall sign the will or, if he has previously signed it, shall acknowledge his signature.
2. When the testator is unable to sign, he shall indicate the reason therefor to the authorized person who shall make note of this on the will. Moreover, the testator may be authorized by the law under which the authorized person was designated to direct another person to sign on his behalf.
3. The witnesses and the authorized person shall there and then attest the will by signing in the presence of the testator.

*Article 6*

1. The signatures shall be placed at the end of the will.
2. If the will consists of several sheets, each sheet shall be signed by the testator or, if he is unable to sign, by the person signing on his behalf or, if there is no such person, by the authorized person. In addition, each sheet shall be numbered.

*Article 7*

1. The date of the will shall be the date of its signature by the authorized person.
2. This date shall be noted at the end of the will by the authorized person.

*Article 8*

In the absence of any mandatory rule pertaining to the safekeeping of the will, the authorized person shall ask the testator whether he wishes to make a declaration concerning the safekeeping of his will. If so and at the express request of the testator the place where he intends to have his will kept shall be mentioned in the certificate provided for in Article 9.

*Article 9*

The authorized person shall attach to the will a certificate in the form prescribed in Article 10 establishing that the obligations of this law have been complied with.

*Article 10*

The certificate drawn up by the authorized person shall be in the following form or in a substantially similar form:

CERTIFICATE

(Convention of October 26, 1973)

1. I, ..... (name, address and capacity), a person authorized to act in connection with international wills
  2. Certify that on ..... (date) at ..... (place)
  3. (testator) ..... (name, address, date and place of birth) in my presence and that of the witnesses
  4. (a) ..... (name, address, date and place of birth)
  - (b). ..... (name, address, date and place of birth)
- has declared that the attached document is his will and that he knows the contents thereof.

5. I furthermore certify that:

6. (a) in my presence and in that of the witnesses

(1) the testator has signed the will or has acknowledged his signature previously affixed.

\*(2) following a declaration of the testator stating that he was unable to sign his will for the following reason . . . . .

– I have mentioned this declaration on the will

\* – the signature has been affixed by . . . . . (name, address)

7. (b) the witnesses and I have signed the will;

8. \* (c) each page of the will has been signed by . . . . . and numbered;

9. (d) I have satisfied myself as to the identity of the testator and of the witnesses as designated above;

10. (e) the witnesses met the conditions requisite to act as such according to the law under which I am acting;

11. \* (f) the testator has requested me to include the following statement concerning the safekeeping of his will: . . . . .

.....

12. PLACE

13. DATE

14. SIGNATURE and, if necessary, SEAL

*Article 11*

The authorized person shall keep a copy of the certificate and deliver another to the testator.

*Article 12*

In the absence of evidence to the contrary, the certificate of the authorized person shall be conclusive of the formal validity of the instrument as a will under this Law.

*Article 13*

The absence or irregularity of a certificate shall not affect the formal validity of a will under this Law.

*Article 14*

The international will shall be subject to the ordinary rules of revocation of wills.

*Article 15*

In interpreting and applying the provisions of this law, regard shall be had to its international origin and to the need for uniformity in its interpretation.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวสุทิสรา สุขโชติ เกิดวันที่ 14 มกราคม พ.ศ. 2521 สำเร็จการศึกษาในระดับ  
ประถมศึกษา และมัธยมศึกษาตอนต้นจากโรงเรียนอัสสัมชัญศึกษา และสำเร็จการศึกษาในระดับ  
มัธยมศึกษาตอนปลายจากกรมการศึกษานอกโรงเรียน สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาบัณฑิต  
จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปี พ.ศ. 2540 เข้าศึกษาต่อในระดับปริญญา  
มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2541



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย