

บทที่ 2

ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วย การดูแลผลประโยชน์ ของคู่สัญญา (Escrow)

ในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึง ความหมาย ประวัติความเป็นมา แนวคิดทฤษฎีในการตรากฎหมาย การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยผู้เขียนจะเน้นศึกษาถึงพัฒนาการของกฎหมายจากหลักกฎหมายทรัสต์ในระบบคอมมอนลอว์อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลที่เรียกว่า ทรัสต์ (Trustee) ซึ่งมีหน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังเยี่ยงผู้มีวิชาชีพ โดยปฏิบัติต่อผู้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) อันมีลักษณะคล้ายคลึง กับตัวแทนเอส โครว์ที่จะทำหน้าที่ถือทรัพย์สิน ไว้แทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพื่อประโยชน์ของคู่สัญญา

2.1 ความหมายของคำว่า Escrow¹

ตาม Dictionary of Real Estate Terms ได้ให้ความหมายของคำว่าเอส โครว์ไว้ว่า “สัญญา (an agreement) ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งกำหนดให้บุคคลที่สามเก็บรักษาเอกสารหรือสัญญาหรือทรัพย์สินบางอย่างเพื่อความปลอดภัย (safekeeping) ในระหว่างที่คู่สัญญาปฏิบัติการให้เป็นไปตามสัญญาหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้”

The Attorney’s Pocket Dictionary ได้ให้ความหมายเอส โครว์ว่า “การส่งมอบหนังสือ เช่นที่ใช้ในการโอนหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน หรือหนังสือยินยอมให้ถอนสิทธิหรือปลดหนี้ที่มอบให้แก่บุคคลที่สาม ซึ่งไม่ได้เป็นคู่กรณีกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายต่าง ๆ ในหนังสือนั้น เพื่อให้บุคคลที่สามนั้นยึดถือไว้จนกว่าจะมีการทำตามเงื่อนไขต่าง ๆ แล้ว จึงจะส่งมอบหนังสือนั้นให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้หนังสือนั้นมีผลบังคับ”

¹ สุพันธุ์ มงคลสุธี. (2553). ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551. เอกสารวิชาการหลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส)” รุ่น 14. วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 7-8.

The Essential Dictionary of Real Estate Terminology ได้ให้ความหมายของคำว่า เอสโครว์ ไว้ว่า “การไว้วางใจให้บุคคลที่สามที่เป็นกลาง ทำหน้าที่ส่งมอบสิ่งใดก็ตาม เมื่อได้มีเหตุการณ์หรือการดำเนินการตามที่กำหนดไว้ เอสโครว์ที่เกี่ยวกับธุรกิจด้านอสังหาริมทรัพย์มักจะเกี่ยวข้องกับการส่งมอบหนังสือที่ใช้โอนหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (deed) ให้กับผู้หนึ่งเก็บไว้ เมื่อผู้ซื้อชำระเงินครบตามงวดที่กำหนดไว้ ผู้ยึดถือหนังสือโอนหรือก่อตั้งสิทธิในที่ดินก็จะส่งมอบหนังสือนั้นให้แก่ผู้ซื้อหรือผู้รับโอน”

ในหนังสือ Dictionary ของ สอ เสถบุตร ฉบับ Library Edition ได้ให้ความหมายคำว่า เอสโครว์ ไว้ว่า “เอกสารหรือสัญญาที่ให้บุคคลที่สามถือไว้จนกว่าจะเป็นไปตามเงื่อนไขจึงมีผลบังคับตามนั้น”

ในหนังสือศัพท์กฎหมายของ โกศล โสภาคย์วิจิตร ได้ให้ความหมายของคำว่า เอสโครว์ ว่า “หมายถึง นิติกรรมสัญญาหรือเอกสารที่มอบไว้ให้บุคคลที่สามเก็บไว้ชั่วคราว จนกว่าคู่สัญญาได้ชำระหนี้ตามเงื่อนไขแล้วค่อยส่งมอบเอกสารนี้แก่ผู้รับโอน ปัจจุบันนี้อาจหมายความรวมถึงเงินที่คู่ความหรือคู่สัญญานำมาวางศาล หรือทำมามอบไว้ให้บุคคลที่สามถือไว้ก็ได้ ในกรณีที่ยังตกลงกันไม่ได้ว่าฝ่ายใดมีสิทธิในทรัพย์สินนั้น

จึงพอสรุปความหมายของคำว่า “เอสโครว์” ได้ว่า เป็นวิธีการส่งมอบเอกสารสัญญาแบบหนึ่ง ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ทำขึ้นไว้เรียบร้อยแล้ว แต่ไม่ส่งมอบสัญญาหรือเอกสารนั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยตรงทันที แต่จะส่งมอบให้แก่บุคคลที่สามเป็นผู้เก็บรักษาไว้ จนกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือสัญญาครบถ้วนตามที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว บุคคลที่สามนั้นจึงจะส่งมอบเอกสารสัญญาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อส่งมอบแล้วเอกสารนั้นจึงจะมีผลบังคับตามกฎหมาย

2.2 แนวคิดทฤษฎีในการตรากฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในต่างประเทศ²

กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือที่เรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า Escrow³ เกิดขึ้นครั้งแรกในรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา ในช่วงปี ค.ศ. 1890 โดยแนวความคิดการคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาในระบบเอสโครว์พัฒนามาจากหลักกฎหมายทรัสต์ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยที่ตัวแทนเอสโครว์จะทำหน้าที่ถือทรัพย์สินไว้แทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาจึงมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายทรัสต์ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลที่เรียกว่า ทรัสต์

² สง่า อัครปริดี. (2554). พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551: ศึกษาประโยชน์และการบังคับใช้. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9-10.

³ ศิริพร เอี่ยมทรงชัย และจันทิมา พัฒนางกูร. (2550). กฎหมายการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow Law) ของประเทศสหรัฐอเมริกา. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 7.

(Trustee)⁴ ซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังเยี่ยงผู้มีวิชาชีพ รวมทั้งด้วยความชำนาญ โดยปฏิบัติต่อผู้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ในการจัดการทรัพย์สินที่ตนมีอำนาจ (Trust property) และเมื่อเปรียบเทียบหลักกฎหมายเอสโครว์กับหลักกฎหมายทรัสต์จะพบว่าหลักกฎหมายเอสโครว์มีการพัฒนาแยกออกมาต่างหากจากกฎหมายทรัสต์ เช่นนี้ผู้เขียนจึงเห็นควรศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการตรากฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ดังนี้

2.2.1 หลัก Trust

1) ที่มาและความหมายของทรัสต์ (Trust)⁵

ทรัสต์ (Trusts) คือ การจัดการทรัพย์สินรูปแบบหนึ่ง มีผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) ตั้งขึ้นโดยเอกสารเป็นหนังสือหรืออาจจะเป็นพินัยกรรมก็ได้ มีทรัสต์ดี (Trustee) เป็นเจ้าของทรัพย์สินตามกฎหมายและมีหน้าที่จัดการกองทรัสต์สินให้ไปเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของทรัสต์ เพื่อให้ผลประโยชน์ซึ่งอาจรวมถึงตัวทรัพย์สินที่ตกแก่ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) เป็นความสัมพันธ์ที่อยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจ เป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นมาจากหลักเอ็ควิตี้ (Equity)⁶ ตัวอย่างความสัมพันธ์ตามกฎหมายทรัสต์ (Trusts) คือความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินคือทรัสต์ดี (Trustee) เพื่อประโยชน์ของอีกบุคคลหนึ่ง คือผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ปกติเกิดจากการที่ ก. เจ้าของเดิมผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) โอนทรัพย์สินให้แก่ ข. (Trustee) เพื่อถือไว้แทนทรัสต์ซึ่งเป็นนิติบุคคลโดยให้ ข. จัดการทรัสต์นั้นและ ข. ก็มีอำนาจจัดการได้เพราะ ข. เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ แต่ทั้งนี้ผลประโยชน์จากการจัดการทรัสต์ไปตกให้แก่ ก. ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ตามประวัติแล้วทรัสต์พัฒนาจากความคิดเรื่อง “ยูส” (Use) (หรือนักวิชาการบางท่านใช้คำว่า “ยูสเชส” (Uses)⁷ เกิดในสมัยกลางเมื่อบุคคล โอนทรัพย์สินชนิดใดแก่บุคคลอีกคนหนึ่งโดยมีความเข้าใจกันว่าบุคคล

⁴ บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนกสิกรไทย จำกัด. (2557). *การบริหารจัดการ “ทรัสต์”*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.whareit.com/th/our_management/trustee. [2558, 10 เมษายน].

⁵ สิริพันธ์ พลรบ. (2555). *หลักความเป็นธรรมทางกฎหมายและกฎหมายทรัสต์ (หน่วยที่ 4)*. เอกสารประกอบการสอนมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช. หน้า 31.

⁶ “Equity” เป็นหลักกฎหมายที่เดิมแยกออกจากคอมมอนลอว์มีขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของคอมมอนลอว์แต่ปัจจุบันนับว่ารวมอยู่ในคอมมอนลอว์เพราะมีการรวมศาลเอ็ควิตี้เข้ากับศาลคอมมอนลอว์หลักเอ็ควิตี้จึงกลายเป็นหลักที่ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของคอมมอนลอว์หลักเอ็ควิตี้เคยมีผู้เรียกชื่ออย่างอื่นคือ “หลักความเป็นธรรม” และบางท่านใช้ทับศัพท์ว่า “Equity”.

⁷ สุนัย มโนมัยอุดม. (2552). *ระบบกฎหมายอังกฤษ (English Legal System)* (พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม). โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 87.

ผู้รับโอนนั้นจะต้องถือทรัพย์สินไว้เพื่อประโยชน์ของผู้โอน หรือเพื่อบุคคลที่สาม (ผู้รับประโยชน์) โดยมีบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจให้ดูแลทรัพย์สิน (ทรัสต์) อยู่ในสถานะที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ก่อตั้งทรัสต์

นิยามสมัยใหม่ของทรัสต์เกิดขึ้นและรวมอยู่ในข้อ 2 (Article 2) ของอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับทรัสต์ (Hague Convention on the Recognition of Trusts)⁸ ซึ่งได้รับการตราไว้ในรัฐบัญญัติการยอมรับทรัสต์ 1987 (Recognition of Trusts Act 1987) ซึ่งบัญญัติว่า

“คำว่า ทรัสต์ หมายถึง ความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในระหว่างมีชีวิต หรือเมื่อถึงแก่กรรม โดยบุคคลผู้ก่อตั้ง เมื่อกองทรัพย์สินได้รับการมอบให้อยู่ใต้การควบคุมของทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์หรือเพื่อวัตถุประสงค์ที่ระบุให้เป็นการเฉพาะอย่างหนึ่งอย่างใด

ทรัสต์มีลักษณะดังต่อไปนี้

(เอ) กองทรัพย์สินประกอบเป็นกองทุนต่างหาก และไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินของตัวทรัสต์เอง

(บี) กรรมสิทธิ์ในกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์อยู่ในนามของทรัสต์หรือในนามบุคคลอื่นที่ทำการแทนทรัสต์

(ซี) ทรัสต์มีอำนาจและหน้าที่ในการจัดการใช้หรือจำหน่ายกองทรัพย์สินให้ เป็นไปตามข้อกำหนดแห่งทรัสต์และหน้าที่พิเศษที่เขามีตามกฎหมายและทรัสต์ต้องรับผิดชอบตามอำนาจและหน้าที่ข้างต้นทั้งหลายเหล่านั้น

ข้อสงวนที่ผู้ก่อตั้งกำหนดเกี่ยวกับสิทธิและอำนาจบางประการและความจริงที่ว่าตัวทรัสต์เองมีสิทธิต่างๆ ในฐานะผู้รับประโยชน์ไม่จำเป็นต้องขัดแย้งกับการมีอยู่ของทรัสต์”

กล่าวโดยทั่วไป ทรัสต์ทำให้บุคคลได้ประโยชน์จากตัวทรัสต์เมื่อบุคคลนั้นไม่สามารถ หรือไม่ประสงค์ที่จะถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายด้วยตนเอง ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม กลุ่มหรือการรวมตัวกันของบุคคล เช่นสมาคมที่ไม่ได้จดทะเบียนนิติบุคคล อาจได้ประโยชน์ในตัวทรัสต์ที่ถือไว้ในทรัสต์ (โดยทรัสต์) แม้กฎหมายจะไม่ยอมรับสถานภาพบุคคลตามกฎหมาย (ในสถานะปัจเจกชน) ของกลุ่มบุคคลนั้น หนึ่งในประเด็นหลักๆ ในการเข้าใจเรื่อง กฎหมายทรัสต์ ก็คือ การรับรู้ถึงความสำคัญที่ว่า กรรมสิทธิ์สองลักษณะ (ตามกฎหมายและตามเอ็คควิตี้) อาจแยกกันได้ เมื่อเกิดกรณีเช่นนี้ ทรัสต์ก็ได้รับการสร้างขึ้นกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายได้ไปโดยทรัสต์ แต่ผลประโยชน์หรือกรรมสิทธิ์ทางเอ็คควิตี้ได้ไปโดยเจ้าของตามหลักเอ็คควิตี้

⁸ ชื่อเต็มคือ “Convention on the law applicable to Trusts and on their Recognition” ตกลงกันในปี ค.ศ.1985 และมีผลบังคับใช้ปี ค.ศ.1992.

2) ประเภทของทรัสต์⁹

ทรัสต์ อาจแบ่งออกตามลักษณะของการก่อตั้งหรือการจัดการได้เป็น 6 ประเภท คือ

(1) ทรัสต์โดยแจ้งชัด (Express trust) ทรัสต์โดยปริยาย (Implied trust) ทรัสต์ซึ่งกลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง (Resulting trust) และทรัสต์โดยการสมมุติ (Constructive trust) ทรัสต์

ทรัสต์โดยแจ้งชัด คือทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งแสดงเจตนาก่อตั้งขึ้น โดยชัดแจ้ง ซึ่งอาจเป็นโดยประกาศตั้งตนเองเป็นทรัสต์ เพื่อประโยชน์ของผู้อื่น หรือโดยการส่งมอบทรัพย์สินให้ทรัสต์ เพื่อให้ยึดถือเป็นประโยชน์แก่ผู้อื่น ตัวอย่างเช่น ก. ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้ ข. เพื่อให้ยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของ ค. หรือ ก. มีที่ดิน 1 แปลง และประกาศว่าตนจะยึดถือที่ดินนั้นเพื่อประโยชน์ของ ข.

ทรัสต์โดยปริยาย คือทรัสต์ที่ถือว่าเกิดขึ้น โดยการสันนิษฐานเอาจากเจตนาของเจ้าของทรัพย์สิน ว่าประสงค์จะให้ทรัสต์ขึ้น แต่ว่าเจ้าของทรัพย์สินนั้นมิได้แสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์โดยแจ้งชัด ตัวอย่างเช่น ก. ซื้อรถยนต์ 1 คันแต่ให้ใส่ชื่อ ข. เป็นเจ้าของ หรือ ก. และ ข. เข้าหุ้นกันซื้อที่ดิน 1 แปลง แต่ให้โอนใส่ชื่อ ข. แต่ผู้เดียวในโฉนด ดังนี้ทางเอ็กคิวตีถือว่า ข. จำต้องยึดถือรถยนต์ หรือที่ดินนั้นในฐานะเป็นทรัสต์เพื่อประโยชน์ของ ก. ในเรื่องรถยนต์ และเพื่อประโยชน์ของ ก. และ ข. ในเรื่องที่ดิน

ทรัสต์ที่กลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง ทรัสต์เช่นนี้ ความจริงก็ถือว่าเป็นทรัสต์โดยปริยายเหมือนกัน แต่แบ่งออกมาเพื่อความสะดวกในการเรียกชื่อนั้น ทรัสต์เช่นนี้เกิดขึ้นได้โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์ตั้งทรัสต์ เพื่อให้จัดการทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นตลอดชีวิตของผู้รับประโยชน์นั้น ดังนี้ถ้าผู้รับประโยชน์ตายแล้ว มิใช่ว่าผลประโยชน์นั้นจะตกให้แก่ตัวทรัสต์เอง เพราะตามเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์ย่อมไม่ประสงค์จะให้ทรัพย์สินนั้นเป็นสิทธิขาดแก่ทรัสต์ ดังนั้นทรัสต์จึงต้องยึดถือทรัพย์สินนั้น เพื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทายาทของผู้ก่อตั้งทรัสต์ต่อไป หรืออาจเกิดขึ้นได้เมื่อ ก. ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินสมบัติให้ ข. เพื่อให้ยึดถือเป็นทรัสต์เพื่อประโยชน์ของ ค. แต่เผชิญ ค. ตายเสียก่อน ก. ดังนี้ทรัสต์ตามพินัยกรรมย่อมไม่มีผลแต่ก็จะเห็นตามเจตนาของ ก. ว่า ก. ไม่ประสงค์ให้ ข. ได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ดังนั้นเมื่อ ก. ตาย ข. ย่อมต้องยึดถือทรัพย์สินนั้น เพื่อประโยชน์ของทายาทของ ก. สืบไป

ทรัสต์โดยการสมมุติ คือทรัสต์ที่เกิดขึ้นโดยการสมมุติของเอ็กคิวตีโดยไม่คำนึงถึงเจตนาของเจ้าของทรัพย์สินนั้นว่าประสงค์จะให้ทรัสต์ขึ้นหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากทางเอ็กคิวตีถือว่าถ้าปล่อยให้ผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินนั้นยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของตนเอง แล้วก็จะเป็นการทำลายความ

⁹ บัญญัติ สุชีวะ. (2551). "ทรัสต์". (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.openbase.in.th>. [2558, 21 มีนาคม].

ไว้เนื้อเชื่อใจที่เจ้าของทรัพย์มีต่อตน และเป็นการขัดต่อความเป็นธรรมด้วยเอ้คควิต์จึงสมมุติว่าผู้นั้น ยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ในฐานะเป็นทรัสต์ ทรัสต์เช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้ เช่น ก. มอบรถยนต์ 1 คันให้ ข. ยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของ ค. ถ้า ข. โดยสมยอมโอนทรัพย์สินนั้นให้ ง. โดยมีได้รับความยินยอม จาก ค. และ ง. รู้ว่ารถยนต์นั้นตกอยู่ภายใต้ทรัสต์ ถือว่า ง. เป็นทรัสต์ของรถยนต์คันนั้นเพื่อ ค. โดยการสมมุติของเอ้คควิต์

(2) ทรัสต์ธรรมดา (Simple or Bare trust) และทรัสต์พิเศษ (Special trust) การแบ่ง เช่นนี้ถือตามหน้าที่ของทรัสต์ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ให้ไว้

ทรัสต์ธรรมดา คือทรัสต์ซึ่งทรัสต์มีหน้าที่แต่เพียงเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินไว้เท่านั้น ไม่มีหน้าที่อื่นใดที่จะต้องกระทำอีก เช่น ก. ทำพินัยกรรมมอบทรัพย์สินให้ ข. เพื่อให้ยึดถือไว้เพื่อ ประโยชน์ของ ค. ดังนี้หน้าที่ของ ข. ก็มีแต่เพียงคอยส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้ ค. หรือจำหน่าย ทรัพย์สินตามที่ ค. ต้องการเท่านั้น

ทรัสต์พิเศษ คือ ทรัสต์ซึ่งทรัสต์มีหน้าที่จะต้องทำอะไรบางอย่างตามคำสั่งของ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ เช่น ข้อความในพินัยกรรมก่อตั้งทรัสต์มีว่า ให้ทรัสต์เป็นผู้เก็บค่าเช่าผลประโยชน์ จากทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์ และใช้จ่ายในการบำรุงรักษา หรือประกันตัวทรัพย์สินนั้น และมอบเงิน ทีเหลือนั้นให้ผู้รับประโยชน์ไปตลอดชีวิต ทรัสต์พิเศษนี้ ส่วนมากได้แก่ ทรัสต์ที่ให้จัดการขาย ทรัพย์สิน (Trust for sale) และเอาเงินที่ขายได้ชำระหนี้สินของเจ้าของทรัพย์

(3) ทรัสต์ที่ก่อตั้งเสร็จแล้ว (Executed trust) และทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ (Executory trust)

ทรัสต์ที่ก่อตั้งเสร็จแล้ว คือทรัสต์ที่ได้ก่อตั้งกำหนดตัวทรัสต์ และหน้าที่ของทรัสต์ ไว้แน่นอนแล้วไม่จำเป็นต้องทำอะไรต่อไปอีก

ทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ คือทรัสต์ที่ยังมิได้ก่อตั้งกำหนดตัวทรัสต์สินและหน้าที่ ของทรัสต์ให้แน่นอนไป ซึ่งอาจเป็นเพียงข้อตกลงระหว่างคู่กรณีว่าจะก่อตั้งทรัสต์จากทรัพย์สิน บางอย่างขึ้น หรืออาจเป็นเพียงคำสั่งในพินัยกรรมสั่งให้ทรัสต์จัดการซื้อที่ดิน และจัดการตั้ง เป็นทรัสต์ขึ้น เพื่อประโยชน์แก่ทายาทของผู้ทำพินัยกรรมนั้นเป็นต้น บิดายกที่ดิน 1 แปลงให้ทรัสต์ เพื่อให้ยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของบุตรสาว และตกลงไว้ด้วยว่าจะโอนหุ้นในบริษัทแห่งหนึ่ง ให้แก่ทรัสต์คนนั้น เพื่อให้ยึดถือไว้เพื่อประโยชน์แก่บุตรสาวในทำนองเดียวกัน ดังนี้สำหรับที่ดิน ถือว่าเป็นทรัสต์ก่อตั้งเสร็จแล้ว ส่วนหุ้นนั้นเป็นทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ หรือในกรณีของ ก. และ ข. จะแต่งงานกัน ได้ตกลงกันว่าจะให้ยึดถือทรัพย์สินบางอย่างเป็นทรัสต์ เพื่อประโยชน์ของตนเอง และบุตรที่จะเกิดมา ดังนี้เป็นเพียงทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ เพราะยังจะต้องทำตราสารกำหนดตัวทรัสต์ และตัวทรัสต์ ตลอดจนประโยชน์ที่ผู้รับประโยชน์จะได้รับให้แน่นอนไปอีกทีหนึ่ง

(4) ทรัสต์เพื่อเอกชน (Private Trust) และ ทรัสต์เพื่อสาธารณะหรือเพื่อการกุศล (Public or Charitable Trust)

ทรัสต์เพื่อเอกชน คือทรัสต์ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มชนใดคนหนึ่ง

ทรัสต์เพื่อสาธารณะหรือเพื่อการกุศล คือทรัสต์ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ หรือความผาสุกของประชาชนเป็นส่วนใหญ่ แม้ว่าประชาชนจะเป็นผู้รับประโยชน์แต่ก็ห้ามสิทธิฟ้องเรียกร้องให้ปฏิบัติตามทรัสต์นั้นได้ไม่ สิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับนั้นตกอยู่แก่ Attorney General

(5) ทรัสต์ลับ (Secret Trust) ซึ่งแบ่งเป็นลับทั้งหมด (Fully secret trust) และลับเพียงครึ่งเดียว (Half secret trust)

ทรัสต์ลับทั้งหมด เกิดขึ้นเมื่อ ก. ทำพินัยกรรมมอบทรัพย์สินให้ ข. โดยมีได้บอกในพินัยกรรมเลยว่า ข. จะต้องยึดถือไว้ในฐานะเป็นทรัสต์ แต่วก่อนทำพินัยกรรมก็ดี หรือภายหลังก็ดี ก. ได้บอกให้ ข. รู้ว่า ข. จะต้องยึดถือไว้ในฐานะเป็นทรัสต์ของ ค. ถ้า ข. ตกลงโดยตรงหรือโดยปริยายด้วย ถือว่ามีทรัสต์เกิดขึ้นแล้ว แต่เป็นทรัสต์ลับ ซึ่ง ค. ผู้รับประโยชน์ชอบจะบังคับได้ ถ้าผู้รับพินัยกรรมมี 2 คน และคนหนึ่งรับจะเป็นทรัสต์ตามความประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรม ส่วนอีกคนหนึ่งมิได้รู้เห็น

ทรัสต์ลับเพียงครึ่งเดียว เกิดขึ้นเมื่อพินัยกรรมที่ยกทรัพย์สินให้ นั้น มีข้อความว่าได้ยกทรัพย์สินให้ในฐานะเป็นทรัสต์ แต่มิได้ระบุต่อไปว่าทรัสต์จะต้องยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของใคร และต้องจัดการอย่างไร ดังนี้ถ้าผู้ทำพินัยกรรมได้แจ้งให้ผู้รับทรัพย์สินทราบก่อน หรือในขณะที่ทำพินัยกรรมว่า ให้ยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อผู้ใดและให้จัดการอย่างไร ทั้งได้แจ้งในพินัยกรรมด้วยว่าได้บอกข้อความนี้ในทรัสต์ทราบแล้ว ทรัสต์ย่อมผูกพันตามคำสั่งของผู้ทำพินัยกรรมนั้น ทรัสต์เช่นนี้มักมีข้อความว่า ข้าพเจ้าของทำพินัยกรรมมอบที่ดิน 1 แปลงให้ ข. ในฐานะเป็นทรัสต์ ตามที่ข้าพเจ้าได้บอกให้ทราบแล้ว

(6) ทรัสต์สุดแล้วแต่ใจของทรัสต์ (Discretionary trust) และทรัสต์กำหนดวิธีการป้องกันไว้ (Protective trust)

ทรัสต์สุดแล้วแต่ใจของทรัสต์ คือ ทรัสต์ที่มีได้กำหนดให้ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับประโยชน์รายได้ใด ๆ จากตัวทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์นั้น หากแต่กำหนดให้อยู่ในอำนาจของทรัสต์ที่จะแบ่งปัน หรือชำระผลประโยชน์รายได้นั้นให้ตามที่ทรัสต์เห็นสมควร

ทรัสต์กำหนดวิธีการป้องกันไว้ คือ ทรัสต์ที่มีข้อกำหนดว่า ถ้าผู้รับประโยชน์ต้องคำพิพากษาให้เป็นคนล้มละลาย หรือเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินโดยพยายามจะจำหน่ายโอนหรือโดยประการใดตามที่กำหนดไว้ ผู้รับประโยชน์ยอมหมดสิทธิในผลประโยชน์รายได้ของ

ตัวทรัพย์สินนั้น และทรัสต์นั้นกลายเป็นทรัสต์สุดท้ายแล้วแต่ใจของทรัสต์ขึ้นมา เพื่อตัวผู้รับประโยชน์เอง คู่สมรส หรือบุตรของผู้นั้น

3) การแต่งตั้ง การพ้นจากการทำหน้าที่ และการถอดถอนทรัสต์ (Appointment, Retirement and Removal of Trustees)¹⁰

“ทรัสต์” เป็นเจ้าของทรัพย์สินตามกฎหมายและมีหน้าที่จัดการกองทรัพย์สินให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของทรัสต์ ทั้งนี้ บุคคลใดที่สามารถถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายในทรัพย์สินใด สามารถเป็นทรัสต์ของทรัพย์สินนั้นได้ ยกเว้นผู้เยาว์ในกรณีทรัสต์โดยชัดแจ้ง (แต่ผู้เยาว์สามารถเป็นทรัสต์ของทรัสต์โดยปริยาย ทรัสต์อันเป็นผลตามมา ทรัสต์อันเกิดจากการขยายความ ได้) ทรัสต์มีหลายประเภท เช่น ทรัสต์ทางมหาชน (Public Trustee) ทรัสต์ที่ศาลแต่งตั้ง (Judicial Trustee) ทรัสต์ผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Custodian Trustee)¹¹ และทรัสต์ที่เป็นบริษัท (Trust Corporations)

ในส่วนของการตอบสนองการเป็นทรัสต์ โดยหลักการพื้นฐานแล้วทรัสต์ไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนแม้ว่าในทางปฏิบัติมักมีการกำหนดให้มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ทรัสต์ไว้ในเอกสารก่อตั้งทรัสต์ และในกรณีของทรัสต์ทางมหาชน (Public Trustee) ทรัสต์ที่ศาลแต่งตั้ง (Judicial Trustee) และทรัสต์ผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Custodian Trustee) จะมีกฎหมายกำหนดค่าตอบแทนการเป็นทรัสต์ไว้

(1) การแต่งตั้งทรัสต์

การแต่งตั้งทรัสต์มีความจำเป็นใน 2 กรณี คือ 1) การสร้างทรัสต์ใหม่ไม่ว่าในระหว่างมีชีวิตหรือโดยพินัยกรรม และ 2) การแต่งตั้งแทนทรัสต์เดิมหรือแต่งตั้งทรัสต์เพิ่มในระหว่างอายุของทรัสต์ที่มีอยู่แล้ว

(1.1) กรณีการตั้งทรัสต์ใหม่

ในกรณีที่มีการตั้งทรัสต์โดยผู้ตั้งไม่ได้ระบุชื่อทรัสต์ ทรัสต์ที่ตั้งใจไว้ก็จะไม่สมบูรณ์ ในกรณีที่ทรัสต์นั้นตั้งโดยพินัยกรรม แต่เจ้ามรดกไม่ได้ระบุชื่อทรัสต์ไว้ในพินัยกรรมของเขา หรือทรัสต์ผู้ถูกระบุชื่อไว้ไม่ประสงค์หรือไม่สามารถจะกระทำการ ก็ต้องตั้งทรัสต์เข้าแทนเหมือนกรณีการคงดำเนินต่อไปของทรัสต์หลักเกณฑ์ที่ใช้ในที่นี้คือ “หลักเอ็คควิตี้จะไม่ปล่อยให้ทรัสต์ตกไปเพราะขาดทรัสต์”

¹⁰ สิริพันธ์ พลรบ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, หน้า 28.

¹¹ ทรัสต์ประเภทนี้ ทำหน้าที่เฉพาะถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น แต่การจัดการทรัพย์สินเป็นหน้าที่ของทรัสต์อีกประเภทหนึ่ง เรียกว่า “Managing trustees”.

(1.2) การแต่งตั้งทรัสต์แทนทรัสต์เดิมหรือแต่งตั้งทรัสต์เพิ่ม

เมื่อได้ตั้งทรัสต์แล้ว (ไม่ว่าโดยพินัยกรรมหรือในระหว่างมีชีวิต) ทรัสต์สินตามทรัสต์ (ไม่ว่าอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์) ตกอยู่กับทรัสต์ทั้งหลายในฐานะผู้ครอบครองร่วม ผลก็คือเมื่อทรัสต์คนหนึ่งตาย ทรัสต์จะตกไปอยู่ที่ผู้มีชีวิตอยู่ (มาตรา 18 (1) Trustee Act 1925)¹²

เมื่อทรัสต์ซึ่งมีอยู่เพียงคนเดียวตายลงหรือทรัสต์ที่มีชีวิตอยู่ตายลง ทรัสต์จะอยู่กับผู้แทนของทรัสต์ โดยอยู่ภายใต้ทรัสต์จั่นกว่าทรัสต์ที่ตั้งขึ้นแทนจะได้รับการแต่งตั้ง (มาตรา 18 (2) Trustee Act (1925))¹³

สำหรับการแต่งตั้งทรัสต์เพิ่มเติม สามารถกระทำได้แม้ว่าไม่มีทรัสต์คนใดที่ต้องถูกตั้งแทน ทั้งนี้ เมื่อบุคคลหนึ่งหรือบุคคลหลายคนที่ถูกระบุชื่อเพื่อตั้งทรัสต์ใหม่ในเอกสารตั้งทรัสต์ถ้ามีเอกสารดังกล่าวหรือถ้าไม่มีบุคคลเช่นว่า หรือไม่มีบุคคลเช่นว่าที่สามารถและประสงค์จะทำตนเป็นทรัสต์ เช่นนั้น ทรัสต์คนหนึ่งหรือหลายคนที่มีอยู่ในขณะนั้นอาจตั้งบุคคลหนึ่งหรือหลายคน เป็นทรัสต์เพิ่มเติมโดยทำเป็นหนังสือ

(2) การพ้นจากการทำหน้าที่ของทรัสต์

ทรัสต์อาจพ้นจากการทำหน้าที่ในทรัสต์ด้วยช่องทางหนึ่งในห้าประการ ดังนี้

(2.1) โดยใช้ประโยชน์จากอำนาจในเอกสารก่อตั้งทรัสต์

(2.2) โดยใช้ประโยชน์จากอำนาจตามกฎหมายบัญญัติภายใต้

(2.2.1) เมื่อได้มีการแต่งตั้งทรัสต์คนใหม่ มาตรา 36 (1) ของ Trustee Act, 1925¹⁴ หรือ

¹² Trustee Act 1925. Section 18 (1) Devolution of powers or trusts. Where a power or trust is given to or imposed on two or more trustees jointly, the same may be exercised or performed by the survivors or survivor of them for the time being.

¹³ Trustee Act 1925. Section 18 (2) Devolution of powers or trusts. Until the appointment of new trustees, the personal representatives or representative for the time being of a sole trustee, or, where there were two or more trustees of the last surviving or continuing trustee, shall be capable of exercising or performing any power or trust which was given to, or capable of being exercised by, the sole or last surviving or continuing trustee, or other the trustees or trustee for the time being of the trust

¹⁴ Trustee Act, 1925. Section 36 (1) Power of appointing new or additional trustees. Where a trustee, either original or substituted, and whether appointed by a court or otherwise, is dead, or remains out of the United Kingdom for more than twelve months, or desires to be discharged from all or any of the trusts or powers reposed in or conferred on him, or refuses or is unfit to act therein, or is incapable of acting therein, or is an infant, then, subject to the restrictions imposed by this Act on the number of trustees,

(2.2.2) เมื่อไม่มีการแต่งตั้งทรัสต์ใหม่ มาตรา 39 ของ Trustee Act 1925¹⁵

(2.3) โดยได้รับความยินยอมของผู้รับประโยชน์ทุกคนที่เป็นผู้บรรลุนิติภาวะ และมีสิทธิเหนือทรัพย์สินตามทรัสต์ ตามหลักเกณฑ์ในคดี *Saunders v. Vautier* (1841)¹⁶

(2.4) โดยการสั่งการของผู้รับประโยชน์ที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 19 ของ Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996 (TLATA 1996)¹⁷ หรือ

(a) the person or persons nominated for the purpose of appointing new trustees by the instrument, if any, creating the trust; or

(b) if there is no such person, or no such person able and willing to act, then the surviving or continuing trustees or trustee for the time being, or the personal representatives of the last surviving or continuing trustee;

may, by writing, appoint one or more other persons (whether or not being the persons exercising the power) to be a trustee or trustees in the place of the trustee so deceased remaining out of the United Kingdom, desiring to be discharged, refusing, or being unfit or being incapable, or being an infant, as aforesaid.

¹⁵ Trustee Act 1925. Section 39 Retirement of trustee without a new appointment.

(1) Where a trustee is desirous of being discharged from the trust, and after his discharge there will be either a trust corporation or at least two [F]persons] to act as trustees to perform the trust, then, if such trustee as aforesaid by deed declares that he is desirous of being discharged from the trust, and if his co-trustees and such other person, if any, as is empowered to appoint trustees, by deed consent to the discharge of the trustee, and to the vesting in the co-trustees alone of the trust property, the trustee desirous of being discharged shall be deemed to have retired from the trust, and shall, by the deed, be discharged therefrom under this Act, without any new trustee being appointed in his place.

(2) Any assurance or thing requisite for vesting the trust property in the continuing trustees alone shall be executed or done.

¹⁶ *Saunders V. Vautier* (1841)41 ER 482.

¹⁷ Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996. Section 19 Appointment and retirement of trustee at instance of beneficiaries.

(1) This section applies in the case of a trust where—

(a) there is no person nominated for the purpose of appointing new trustees by the instrument, if any, creating the trust, and

(b) the beneficiaries under the trust are of full age and capacity and (taken together) are absolutely entitled to the property subject to the trust.

(2) The beneficiaries may give a direction or directions of either or both of the following descriptions—

(2.5) โดยได้รับอำนาจจากศาล

การพ้นจากหน้าที่ของทรัสต์ตามมาตรา 39 ของ Trustee Act, 1925 ต่างจากการพ้นจากหน้าที่ตามมาตรา 36 (1) ของ Trustee Act, 1925 ตรงที่ทรัสต์ไม่อาจได้รับอนุญาตให้พ้นจากหน้าที่ของทรัสต์ วิธีเพื่อการพ้นจากหน้าที่ตามมาตรา 39 ของ Trustee Act, 1925 เป็นไป ดังนี้

- อย่างน้อยต้องมีปัจเจกชนสองคนทำหน้าที่เป็นทรัสต์ หรือมีบริษัทเป็นทรัสต์
- ทรัสต์ที่เหลืออยู่ และบุคคลอื่นที่ได้รับอำนาจให้แต่งตั้งทรัสต์ได้ยินยอมโดยทำเป็นหนังสือในเรื่องการพ้นจากหน้าที่ และ
- ทรัสต์ผู้พ้นจากหน้าที่แสดงเจตนาขอพ้นจากหน้าที่โดยทำเป็นหนังสือ

(3) การถอดถอนทรัสต์

ทรัสต์อาจถูกถอดถอนจากตำแหน่งด้วยเหตุหนึ่งใน 4 ประการ ต่อไปนี้

(3.1) โดยผลของอำนาจที่อยู่ในเอกสารก่อตั้งทรัสต์ กรณีนี้เป็นกรณีที่ผิดจากปกติเป็นอย่างยิ่ง และต้องมีการตีความเอกสารก่อตั้งทรัสต์

(a) a written direction to a trustee or trustees to retire from the trust, and

(b) a written direction to the trustees or trustee for the time being (or, if there are none, to the personal representative of the last person who was a trustee) to appoint by writing to be a trustee or trustees the person or persons specified in the direction.

(3) Where—

(a) a trustee has been given a direction under subsection (2)(a),

(b) reasonable arrangements have been made for the protection of any rights of his in connection with the trust,

(c) after he has retired there will be either a trust corporation or at least two persons to act as trustees to perform the trust, and

(d) either another person is to be appointed to be a new trustee on his retirement (whether in compliance with a direction under subsection (2) (b) or otherwise) or the continuing trustees by deed consent to his retirement, he shall make a deed declaring his retirement and shall be deemed to have retired and be discharged from the trust.

(4) Where a trustee retires under subsection (3) he and the continuing trustees (together with any new trustee) shall (subject to any arrangements for the protection of his rights) do anything necessary to vest the trust property in the continuing trustees (or the continuing and new trustees).

(5) This section has effect subject to the restrictions imposed by the M1Trustee Act 1925 on the number of trustees.

(3.2) ตามมาตรา 36 ของ Trustee Act, 1925 กรณีนี้จะเกี่ยวข้องการถอดถอนและการแต่งตั้งทรัสต์ที่แทนที่ในพฤติการณ์ที่กำหนดในมาตรา 36 (1)¹⁸

(3.3) ในพฤติการณ์ที่ระบุในมาตรา 19¹⁹ และมาตรา 20²⁰ แห่ง TLATA 1996

(3.4) ภายใต้คำสั่งศาลตามมาตรา 41 ของ Trustee Act 1925²¹ ตามอำนาจในตัว
ของศาล

¹⁸ Trustee Act 1925. Section 36.

¹⁹ Trustee Act 1925. Section 19.

²⁰ Trustee Act 1925. Section 20 Appointment of substitute for trustee who lacks capacity

(1) This section applies where—

(a) a trustee lacks capacity (within the meaning of the Mental Capacity Act 2005) to exercise his functions as trustee,

(b) there is no person who is both entitled and willing and able to appoint a trustee in place of him under section 36(1) of the Trustee Act 1925, and

(c) the beneficiaries under the trust are of full age and capacity and (taken together) are absolutely entitled to the property subject to the trust.

(2) The beneficiaries may give to—

(a) a deputy appointed for the trustee by the Court of Protection,

(b) an attorney acting for him under the authority of an enduring power of attorney or lasting power of attorney registered under the Mental Capacity Act 2005

(c) a person authorised for the purpose by [F5the Court of Protection], a written direction to appoint by writing the person or persons specified in the direction to be a trustee or trustees in place of the incapable trustee.

²¹ Trustee Act 1925. Section 41 Power of court to appoint new trustees

(1) The court may, whenever it is expedient to appoint a new trustee or new trustees, and it is found inexpedient difficult or impracticable so to do without the assistance of the court, make an order appointing a new trustee or new trustees either in substitution for or in addition to any existing trustee or trustees, or although there is no existing trustee. In particular and without prejudice to the generality of the foregoing provision, the court may make an order appointing a new trustee in substitution for a trustee who is convicted of felony, or is a lunatic or a defective, or is a bankrupt, or is a corporation which is in liquidation or has been dissolved.

(2) The power conferred by this section may, in the case of a deed of arrangement within the meaning of the Deeds of Arrangement Act, 1914, be exercised either by the High Court or by the court having jurisdiction in bankruptcy in the district in which the debtor resided or carried on business at the date of the execution of the deed.

4) หน้าที่และอำนาจของทรัสต์ (Duties and Powers of Trustees)²²

หน้าที่ของทรัสต์นั้นหลากหลาย และเป็นภาระที่หนัก ทรัสต์ต้องทำหน้าที่ของทรัสต์อย่างหมั่นเพียรที่สุด (Utmost diligence) และโดยสุจริตที่สุด (Good faith) มิฉะนั้นทรัสต์จะต้องรับผิดชอบเพราะทำผิดหน้าที่ทรัสต์ หน้าที่ประการหนึ่งของทรัสต์ ก็คือ กระทำตามข้อกำหนดในทรัสต์ และตามข้อกำหนดดังกล่าว ทรัสต์ต้องทำให้สมผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของผู้รับประโยชน์ ในการดำเนินหน้าที่เหล่านี้ ทรัสต์มีอำนาจและดุลพินิจหลายประการต่างๆ กัน ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ ทั้งนี้หน้าที่ที่สำคัญของทรัสต์ ได้แก่

(1) หน้าที่และมาตรฐานความระมัดระวัง (The duty and standard of care)

ตลอดระยะเวลาของการบริหารจัดการทรัสต์ ทรัสต์ต้องแสดงว่าได้ใช้ความชำนาญตามมาตรฐานที่เป็นไปตามอัธวิสัย ตามที่อาจคาดได้จากนักธุรกิจที่มีความระมัดระวัง เช่น ในคดี *Learoyd V. Whiteley* (1887)²³ ซึ่งเป็นมาตรฐานความระมัดระวังตามคอมมอนลอว์ แต่มาตรา 1 ของ Trustee Act, 2000 ได้ปรับหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังที่ใช้กับกรณีของอำนาจที่ใช้โดยทรัสต์ตามรัฐบัญญัติเสียใหม่ บทบัญญัติมาตรา 1 นี้ใช้แบบมาตรฐานความระมัดระวังตามคอมมอนลอว์ ดังที่ได้กล่าวข้างต้น มาตรา 1 บัญญัติว่า “ทรัสต์ควรใช้ความระมัดระวังและความชำนาญตามที่สมเหตุสมผลตามพฤติการณ์นั้น กล่าวคือ

(เอ) โดยได้คำนึงถึงความรู้หรือประสบการณ์พิเศษใดที่ทรัสต์มีหรือแสดงว่าตนมีและ

(บี) ถ้าทรัสต์ทำการเป็นทรัสต์ในระหว่างดำเนินธุรกิจหรือวิชาชีพของตน โดยคำนึงถึงความรู้และประสบการณ์ที่อาจคาดได้อย่างมีเหตุผลว่าบุคคลที่ทำการในระหว่างการดำเนินธุรกิจหรือวิชาชีพนั้นจะใช้”

(2) หน้าที่ในการกระทำการอย่างเอกฉันท์ (Duty to act unanimously)

ทรัสต์ต้องกระทำการอย่างเอกฉันท์ ผู้ก่อตั้งได้มอบความรับผิดชอบให้ทรัสต์ทุกคนต้องกระทำในนามของทรัสต์ การกระทำหรือการตัดสินใจของทรัสต์บางคน (แม้ด้วยเสียงข้างมากของทรัสต์) ไม่ผูกพันทรัสต์คนอื่นๆ ทั้งนี้เว้นแต่มีบทกำหนดในทางตรงกันข้ามในเอกสาร

(3) An order under this section, and any consequential vesting order or conveyance, shall not operate further or otherwise as a discharge to any former or continuing trustee than an appointment of new trustees under any power for that purpose contained in any instrument would have operated.

(4) Nothing in this section gives power to appoint an executor or administrator.

²² สิริพันธ์ พลรบ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5. หน้า 30.

²³ *Learoyd V. Whiteley* (1887) 12 App Cas 727.

ก่อตั้งทรัสต์ ดังนั้น เมื่อมีการตัดสินใจของทรัสต์ ทรัสต์ต่างต้องรับผิดชอบร่วมกันหรือแยกกันแล้วแต่กรณีต่อผู้รับประโยชน์ในกรณีที่มีการละเมิดทรัสต์ ในคดี Bahin V. Hughes (1886)²⁴ ทรัสต์ที่หนึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อผู้รับประโยชน์ สำหรับการละเมิดทรัสต์โดยต้องรับผิดชอบร่วมกันกับทรัสต์ที่ทำหน้าที่

(3) หน้าที่ในการทำด้วยตนเอง (Duty to act personally)

โดยหลักผู้ก่อตั้งแต่งตั้งทรัสต์เพราะคุณสมบัติเฉพาะส่วนตัวของทรัสต์ จึงเป็นที่คาดว่าทรัสต์ต้องกระทำหน้าที่ด้วยตนเอง ในเรื่องการกระทำหน้าที่ของเขาในทรัสต์

แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่ทำให้ทรัสต์มีสิทธิที่จะตั้งตัวแทนเพื่อกระทำธุรกรรมในเรื่องของทรัสต์ หากในสัญญาทรัสต์ให้กระทำได้ ทั้งนี้ ทรัสต์ต้องใช้ความระมัดระวังในการทำการแต่งตั้งตัวแทนและมีสิทธิจ่ายเงินให้ตัวแทนสำหรับบริการของตัวแทนนั้น

(4) หน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีบัญชีและข้อมูล (Duty to provide accounts and information)

เนื่องจากหน้าที่ของลักษณะผู้ได้รับความไว้วางใจ ทรัสต์จึงมีหน้าที่ประการหนึ่งคือ รักษาบัญชีที่ถูกต้องของทรัสต์โดยต้องแยกบัญชีและทรัพย์สินของทรัสต์ออกจากกัน และออกจากทรัสต์ ในการทำตามวัตถุประสงค์ข้อนี้ ทรัสต์อาจใช้ตัวแทน (นักบัญชี) ในการทำบัญชีของทรัสต์ผู้รับประโยชน์มีสิทธิที่จะตรวจดูบัญชีต่างๆ และถ้าผู้รับประโยชน์ประสงค์จะได้สำเนาเอกสารผู้รับประโยชน์ต้องเสียค่าใช้จ่ายโดยใช้เงินของผู้รับประโยชน์เอง นอกจากนี้ ผู้รับประโยชน์ยังมีสิทธิที่จะตรวจดูเอกสารที่สร้างขึ้นในระหว่างการบริหารทรัสต์ด้วย

(5) อำนาจในการลงทุน (Powers of investment)

ทรัสต์มีหน้าที่จะดำรงมูลค่าที่แท้จริงของกองทุนทรัสต์และอาจต้องพิจารณาการนำทรัพย์สินของทรัสต์ไปลงทุน การลงทุนตามความมุ่งหมายเหล่านี้หมายถึงทรัพย์สินที่อาจให้ผลเป็นรายได้ ทรัสต์ต้องพิจารณาถึงนโยบายการลงทุนของทรัสต์ โดยใช้มาตรฐานความระมัดระวังและความชำนาญ ตามที่จำเป็นตามควรแก่พฤติการณ์ มาตรฐานนี้ตราไว้ในมาตรา 1 ของ Trustee Act, 2000 อำนาจต่างๆ ในการลงทุนอาจปรากฏในเอกสารก่อตั้งทรัสต์หรืออาจกล่าวไว้โดยปริยายในกฎหมาย หรือตามที่ศาลอาจขยายอำนาจของทรัสต์

(6) อำนาจตามกฎหมายบัญญัติภายใต้ Trustee Act, 2000

Trustee Act, 2000 (ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001) ยกเลิกและใช้แทน Trustee Investment Act, 1961 อำนาจในการลงทุนตามกฎหมายบัญญัติใหม่มีอยู่ใน มาตรา 3 (1)

²⁴ Bahin V. Hughes (1889) 31 Ch D390.

ของ Trustee Act 2000 ตามมาตรา 3²⁵ “ทรัสต์คนหนึ่งอาจทำการลงทุนอย่างใดที่เขาทำได้ ถ้าเขาจะมีสิทธิเต็มทีในทรัพย์สินของทรัสต์” ทรัสต์แต่ละคนต้องทำตามหน้าที่ทั่วไปในการใช้ความระมัดระวังดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ของพระราชบัญญัติฉบับปี ค.ศ. 2000 อำนาจใหม่ดังกล่าวต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงลักษณะของอำนาจใหม่ในการมอบอำนาจ ทรัสต์สามารถมอบดุลพินิจของตนรวมทั้งหน้าที่ในการลงทุนได้นอกจากนี้ มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติฉบับปี ค.ศ. 2000 กำหนดให้ทรัสต์ต้องคำนึงถึง “หลักเกณฑ์การลงทุนมาตรฐาน” ในขณะที่ลงทุน

(7) อำนาจในการเลี้ยงดูและการจ่ายเงินล่วงหน้า (Powers of maintenance and advancement)

อำนาจในการเลี้ยงดู เป็นเรื่องของดุลพินิจที่ให้แก่ทรัสต์ที่จะจ่ายหรือใช้รายได้เพื่อประโยชน์แก่ผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้เยาว์ในเวลาก่อนที่ผู้รับประโยชน์จะได้อายุซึ่งสิทธิในรายได้หรือเงินทุนของทรัสต์ การจ่ายเงินเพื่อการเลี้ยงดูเป็นเรื่องรายจ่ายอันคิดเอาจากรายได้ของกองทุนเพื่อใช้ในเรื่องที่เกิดขึ้นประจำ เช่นค่าอาหาร ค่าเสื้อผ้า ค่าเช่า และค่าการศึกษา

การจ่ายล่วงหน้า คือ การจ่ายเงินจากเงินกองทุนของทรัสต์ให้แก่หรือในนามผู้รับประโยชน์ในเรื่องข้อผูกพันระยะยาวบางเรื่อง เช่น การซื้อบ้านหลังหนึ่ง หรือการก่อตั้งธุรกิจ ผู้กำลังเป็นผู้รับประโยชน์อาจจำเป็นต้องได้เงินทุนจากเงินกองทุนของทรัสต์ก่อนที่เขาจะเริ่มมีสิทธิได้รับเงินทุนจากกองทุนในฐานะเป็นสิทธิของตนเอง ในกรณีเช่นนี้ ทรัสต์อาจมีสิทธิจะเร่งรัดการได้ใช้ผลประโยชน์โดยผู้รับประโยชน์ด้วยการจ่ายเงินทุนเป็นการล่วงหน้า

5) การเปลี่ยนแปลงทรัสต์ (Variation of Trusts)

ทรัสต์ต้องบริหารทรัสต์โดยสอดคล้องกับข้อกำหนดแห่งทรัสต์ ทรัสต์มีหน้าที่เบื้องต้นในการเชื่อฟังคำสั่งตามที่กำหนดรายละเอียดโดยผู้ก่อตั้งหรือตามที่กำหนดไว้โดยปริยายใน

²⁵ Trustee Act 2000. Section 3 General power of investment.

(1) Subject to the provisions of this Part, a trustee may make any kind of investment that he could make if he were absolutely entitled to the assets of the trust.

(2) In this Act the power under subsection (1) is called “the general power of investment”.

(3) The general power of investment does not permit a trustee to make investments in land other than in loans secured on land (but see also section 8).

(4) A person invests in a loan secured on land if he has rights under any contract under which—

(a) one person provides another with credit, and

(b) the obligation of the borrower to repay is secured on land.

(5) “Credit” includes any cash loan or other financial accommodation.

(6) “Cash” includes money in any form.

กฎหมาย การทำให้ต่างไปจากข้อกำหนดทรัสต์เป็นการละเมิดทรัสต์ ทำให้ทรัสต์ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าทรัสต์จะได้มีเจตนาดีเพียงใด อย่างไรก็ตาม อาจมีพฤติการณ์เกิดขึ้นหลังจากการตั้งทรัสต์ซึ่งแสดงว่าทรัสต์อาจได้รับการจัดการอย่างมีประโยชน์กว่าถ้าจะมีการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนด ซึ่งในพฤติการณ์ดังกล่าวทรัสต์อาจต้องการกลไกบางอย่างเพื่อจะได้มีการมอบอำนาจให้แก่ทรัสต์เพื่อทำต่างออกไปหรือเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดแห่งทรัสต์ได้

6) การละเมิดทรัสต์ (Breach of Trust)

หน้าที่ของทรัสต์ของทรัสต์ โดยหลักก็คือ ทำตามข้อกำหนดของทรัสต์และกฎหมายทั่วไป เพื่อทำหน้าที่เหล่านั้น ทรัสต์ต้องกระทำเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของผู้รับประโยชน์ การไม่ทำตามหน้าที่ของทรัสต์ทำให้ทรัสต์มีความรับผิดชอบในฐานะละเมิดทรัสต์ (คือผิดสัญญาก่อตั้งทรัสต์) ผู้รับประโยชน์ที่ไม่พอใจมีสิทธิที่จะนำคดีไปฟ้องร้องโดยใช้บุคคลสิทธิเรียกร้องจากทรัสต์ หรือฟ้องคดีโดยใช้ทรัพย์สิน เพื่อเรียกเอาตัวทรัพย์สินตามทรัสต์คืน (Tracing)

ในการรับผิดชอบในกรณีละเมิดหรือผิดสัญญาทรัสต์ ผู้รับประโยชน์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ามีความสัมพันธ์เชิงเหตุและผลระหว่างการละเมิดทรัสต์กับความสูญเสียที่เกิดแก่ทรัสต์ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ที่จริงแล้วทรัสต์จะไม่ได้ได้รับความสูญเสีย ผู้รับประโยชน์ยังมีสิทธิที่จะฟ้องเอาค่าใด ๆ ที่ทรัสต์ได้ทำไว้เพราะผลของการละเมิดทรัสต์

2.2.2 หลัก Fiduciary duties

1) ที่มาและความหมายของ Fiduciary duties²⁶

คำว่า "Fiduciary" มาจากคำว่า "Fides" เป็นภาษา Latin แปลว่า ความซื่อสัตย์สุจริต (Faith), ความไว้วางใจ (Trust) คำว่า "fiduciary duties" หมายถึง หน้าที่ของบุคคลที่ได้รับมอบความไว้วางใจจากเจ้าของทรัพย์สินให้ทำหน้าที่แทนในการดูแลทรัพย์สิน²⁷

หลักกฎหมาย Fiduciary เป็นหลักกฎหมายที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ เป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญและพัฒนาขึ้นจากรายละเอียดในความสัมพันธ์เรื่องอื่นๆ ที่มีลักษณะของ fiduciary อยู่ในตัวเอง อาทิ บริษัท ทรัสต์ ตัวแทน จ้างแรงงาน เป็นต้น แม้ว่าหลักกฎหมายในเรื่องนี้จะมีปรากฏขึ้นในลักษณะของหลักกฎหมายที่ใช้เสริมในเนื้อหาของความสัมพันธ์อื่นก็ตาม แต่ก็กล่าวได้ว่าหลักกฎหมายในเรื่องนี้ก็มีหลักเกณฑ์ในการกำหนดลักษณะของความสัมพันธ์ที่เป็นเอกเทศแยกออกจากความสัมพันธ์อื่นอย่างชัดเจน หลักกฎหมายดังกล่าว

²⁶ จุมพล แดงสกุล. (2551). *การนำหลักกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ในลักษณะ Fiduciary มาใช้บังคับในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1.

²⁷ THUSANAI. (2552). *CG: Fiduciary Duties*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://thaicg.blogspot.com/2009/07/fiduciary-duties.html>. [2558, 18 กรกฎาคม].

เป็นการวางมาตรฐานความระมัดระวังในการกระทำการ (Standard of care) ในระดับที่สูงกว่าปกติ และควบคุมการกระทำให้อยู่บนพื้นฐานของการทำหน้าที่โดยซื่อสัตย์ (Duty of loyalty)

เมื่อพิจารณาการให้ความหมายของหลักกฎหมาย Fiduciary²⁸ ใน Black's Law dictionary ได้ให้ความหมายของ Fiduciary Relationship ไว้ว่า²⁹

ความสัมพันธ์ซึ่งบุคคลหนึ่งมีหน้าที่ต้องกระทำการเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น ในงานที่เกี่ยวข้องภายใต้ขอบเขตของความสัมพันธ์เช่นนั้น ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ในระดับที่สูงกว่าปกติ ตัวอย่างเช่น ทรัสตี กับผู้รับผลประโยชน์ ผู้อนุบาลกับคนไร้ความสามารถ ตัวการกับตัวแทน และทนายความกับลูกความ ความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary มักเกิดขึ้นในความสัมพันธ์ที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ต่อไปนี้

(1) เมื่อบุคคลหนึ่งให้ความไว้วางใจในความน่าเชื่อถือของบุคคลอีกคนหนึ่ง ซึ่งเป็นผลให้บุคคลที่ได้รับความไว้วางใจมีอำนาจเหนือบุคคลแรก

(2) เมื่อบุคคลหนึ่งมีอำนาจควบคุมและมีความรับผิดชอบต่อบุคคลอื่น

(3) เมื่อบุคคลหนึ่งมีหน้าที่ต้องกระทำการเพื่อบุคคลอื่น หรือต้องให้คำแนะนำแก่บุคคลอื่นในเรื่องอยู่ขอบเขตของความสัมพันธ์

(4) ความสัมพันธ์อื่นใดที่โดยธรรมเนียมปฏิบัติถือได้ว่าเป็นความเกี่ยวข้องกับ Fiduciary duty เช่น ทนายความกับลูกความ ตัวแทนขายหุ้นกับลูกค้า

2) หน้าที่ตามหลักกฎหมาย Fiduciary³⁰

สำหรับหน้าที่ตามหลักกฎหมาย Fiduciary ศาลฎีกา (Court of Chancery) ได้สร้างหลักการควบคุมให้ทรัสตีปฏิบัติหน้าที่ในการดูแลทรัพย์สินให้แก่ผู้รับผลประโยชน์ เนื่องจากทรัสตี ซึ่งเป็นผู้รับมอบอำนาจให้จัดการทรัพย์สิน ย่อมมีอิสระที่จะบริหารจัดการทรัพย์สินในทรัสต์นั้น ได้ด้วยตนเอง ในขณะเดียวกัน อำนาจที่ทรัสตีมีอยู่ย่อมมีลักษณะที่สามารถก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ผู้รับประโยชน์ได้โดยง่าย ซึ่งการสร้างหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองทรัสตีโดยหลัก Equity นั้น จะต้องคำนึงถึงผล 2 ประการ คือ

(1) หลักกฎหมายที่สร้างขึ้น จะต้องไม่มีลักษณะที่เป็นการจำกัดอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินของทรัสตี เพราะทรัสตีในฐานะของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจนั้น ควรที่จะมีอิสระในการบริหารจัดการทรัพย์สินภายในทรัสต์นั้นอย่างเต็มที่ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์เอง

²⁸ จุมพล แดงสกุล. อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 26. หน้า 33.

²⁹ Bryan A. Garner. (2004). *Black's Law dictionary* (8th edition). n.p.. p.1315.

³⁰ จุมพล แดงสกุล. อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 26. หน้า 12-13.

(2) หลักกฎหมายที่สร้างขึ้นนั้น จะต้องมุ่งเน้นไปในการที่ให้สิทธิแก่ผู้รับผลประโยชน์ที่จะควบคุมให้ทรัสต์ปฏิบัติหน้าที่โดยซื่อสัตย์ โดยเฉพาะประเด็นของการใช้อำนาจที่ทรัสต์เพื่อแสวงหาประโยชน์เป็นการส่วนตัวของทรัสต์เอง

ซึ่งหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นเพื่อให้เกิดผล 2 ประการข้างต้น คือ หลักกฎหมาย Fiduciary นั่นเอง

3) ลักษณะความเป็น Fiduciary ในความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์

(1) การเรียกเงินจ้างและค่าใช้จ่ายที่ได้ออกทรงออกไป

โดยหลัก ในความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์ การทำหน้าที่ของทรัสต์เป็นเรื่องของอรรถศาสตร์ระหว่างกัน และทรัสต์ไม่อาจเรียกเงินจ้างได้ (คำพิพากษาคดี *Robinson V. Pett*)³¹ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าทรัสต์เป็นผู้ประกอบวิชาชีพ หรือเป็นบุคคลธรรมดา ทรัสต์จะเรียกเอาเงินจ้างได้ก็ต่อเมื่อมีการกำหนดไว้ในสัญญา หรือโดยกฎหมาย หรือในความสัมพันธ์ลักษณะบางประเภทเท่านั้น

ในส่วนของค่าใช้จ่ายทรงออกนั้น เมื่อการงานที่ทำเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์โดยตรง จึงเป็นหลักการพื้นฐานว่าทรัสต์เรียกเงินจากผู้รับผลประโยชน์ได้

(2) ห้ามทรัสต์เป็นคู่สัญญาด้วยตนเอง

ทรัสต์ในฐานะของ Fiduciary นั้น ห้ามมิให้เข้าเป็นคู่สัญญาเพื่อรับประโยชน์จากทรัพย์สินในทรัสต์ หรือประโยชน์อื่นใดที่ควรตกเป็นของผู้รับประโยชน์ ทั้งนี้ ตามหลักที่ว่า ทรัสต์จะต้องไม่กระทำการใดๆ เพื่อให้ตนได้รับประโยชน์ในลักษณะที่ขัดกับการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะทรัสต์ของตน ทำให้ทรัสต์ไม่อาจเข้าถือกรรมสิทธิ์หรือเป็นผู้เช่าในทรัพย์สินในทรัสต์นั้นได้ ไม่ว่าผู้รับประโยชน์จะได้รับผลตอบแทนที่เหมาะสมหรือไม่ก็ตาม หรือแม้เป็นการที่ทรัสต์เป็นผู้ชนะการประกวดราคาจากการขายทอดตลาดทรัพย์สินในทรัสต์ในราคาที่เหมาะสมก็ตาม เพราะข้อห้ามนี้พิจารณาที่การใช้อำนาจในฐานะของทรัสต์เป็นสำคัญ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงลักษณะการกระทำของทรัสต์แต่ประการใด

(3) ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการทำหน้าที่ทรัสต์

(3.1) จากคดี *Campbell V. Walker*³² จำเลยซึ่งเป็นทรัสต์ทำสัญญาเช่าทรัพย์สินจากผู้ให้เช่าในนามของผู้รับประโยชน์ซึ่งเป็นผู้เยาว์ และก่อนที่สัญญาเช่าจะครบกำหนด ทรัสต์ได้ขอให้ผู้ให้เช่าพิจารณาต่อสัญญาให้แก่ผู้เยาว์ แต่ผู้เช่าปฏิเสธ โดยให้เหตุผลว่าเมื่อคู่สัญญาเป็นผู้เยาว์ การที่ผู้ให้เช่าจะบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาย่อมไม่อาจกระทำได้ เมื่อเป็นเช่นนั้น ทรัสต์ จึงได้

³¹ 1734 WL 25 (Ch D),(1734)3P.wms.249, 24E.R.1049.

³² 1800 WL 3131 (Ct of Chancery),(1800) 5 Ves.Jr.678,31 E.R. 801.

เข้าทำสัญญาเช่ากับผู้ให้เช่าในนามของตนเอง ศาลตัดสินว่า ทรัสต์ไม่อาจเข้าทำสัญญาดังกล่าวได้ เนื่องจากการเข้าเป็นคู่สัญญานั้น เป็นผลมาจากการที่ตนทำหน้าที่เป็นทรัสต์ในสัญญาเช่าครั้งก่อน ทั้งนี้ แม้ว่าทรัสต์จะได้พยายามที่จะทำสัญญาในนามของผู้รับประโยชน์ก็ตาม

(3.2) จากคดี RE Macadam³³ เข้ามรดกได้ทำพินัยกรรมมีคำสั่ง ให้ทรัสต์ต้องดำเนินการจัดตั้งบริษัทขึ้น และทรัสต์ได้อาศัยอำนาจตามข้อบังคับบริษัทดังกล่าว แต่งตั้งตนเองเป็นกรรมการบริษัท ซึ่งศาลตัดสินให้ทรัสต์ต้องส่งมอบค่าตอบแทนที่ตนได้รับ ในฐานะกรรมการบริษัท แม้จะเป็นค่าตอบแทนที่ได้มาจากการทำงานให้บริษัทก็ตาม เนื่องจากช่องทางอันเป็นเหตุได้มาซึ่งประโยชน์ดังกล่าวสืบเนื่องมาจากอำนาจที่ทรัสต์ได้รับ

(3.3) ประโยชน์อื่นๆ ที่ทรัสต์ได้รับ เป็นหลักทั่วไปว่า ประโยชน์ใดๆ ก็ตามที่ทรัสต์นั้นได้รับ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบเงินหรือประโยชน์อื่น ซึ่งทรัสต์ได้มาจากการใช้อำนาจในฐานะของทรัสต์นั้นย่อมต้องคืนให้แก่ผู้รับผลประโยชน์ทั้งสิ้น

(3.4) ห้ามทรัสต์กระทำการในลักษณะแข่งขันกับทรัสต์ กล่าวคือ ทรัสต์จะกระทำการอันมีลักษณะเป็นการแข่งขันกันกับทรัสต์นั้นไม่อาจกระทำได้โดยเด็ดขาด

2.2.3 หลักการจำแนกสินทรัพย์ (Asset separation (Ring fencing))³⁴

จากการศึกษาถึงการจัดการทรัพย์สินในรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นโดยสัญญาทรัสต์ ซึ่งเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ของบุคคล 3 ฝ่าย คือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) ที่ได้มอบกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินของตนให้แก่ทรัสต์ (Trustee) เพื่อให้ทรัสต์ถือกรรมสิทธิ์และสิทธิต่างๆ แทนผู้ก่อตั้งทรัสต์รวมทั้งบริหารจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) และมอบผลประโยชน์ให้แก่ผู้รับประโยชน์ ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

โดยผู้เขียนเห็นว่าหน้าที่สำคัญประการหนึ่งของทรัสต์ (Trustee) ก็คือ หน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีบัญชี กล่าวคือทรัสต์ต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินของกองทรัสต์ (Trust Property) แยกต่างหากจากบัญชีอื่นๆ ของทรัสต์ ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 มาตรา 34³⁵

³³ 1945 WL9333 (Ch D), (1945) 2all E .R.644 (1946)Ch.73.

³⁴ ฝ่ายพัฒนากฎหมายสำนักงาน ก.ล.ต. (2556). *ความรู้เกี่ยวกับทรัสต์*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. หน้า 13.

³⁵ พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550. มาตรา 34 ให้ทรัสต์จัดทำบัญชีทรัพย์สินของกองทรัสต์ แยกต่างหากจากบัญชีอื่นๆ ของทรัสต์ ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์หลายกอง ทรัสต์ต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินของกองทรัสต์แต่ละกองแยกต่างหากออกจากกัน ทั้งนี้ โดยต้องบันทึกบัญชีให้ถูกต้องครบถ้วนและเป็นปัจจุบันด้วย

ซึ่งเป็นไปตามหลักการ Asset separation (Ring fencing)³⁶ หรือเรียกว่าการแยกสินทรัพย์ ในระหว่างการทำหน้าที่ของทรัสต์กับผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ ทรัสต์กับผู้รับผลประโยชน์ ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาหากเกิดกรณีที่ทรัสต์ตกเป็นบุคคลล้มละลาย ตามหลัก Bankruptcy Remoteness หรือการห่างไกลจากการล้มละลาย³⁷ กล่าวคือ ถ้าทรัสต์ล้มละลายจะนำเอากองทรัสต์ (Trust Property) ไปรวมเป็นทรัพย์สินของทรัสต์ในคดีล้มละลายไม่ได้ และทรัพย์สินที่เป็นกองทรัสต์ (Trust Property) จะนำมาเป็นส่วนตัวของทรัสต์ไม่ได้ ทั้งนี้เพื่อรักษาวัตถุประสงค์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่ต้องการให้ทรัพย์สินในกองทรัสต์ตกได้แก่ผู้รับประโยชน์

2.3 แนวคิดทฤษฎีในการตรากฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในประเทศไทย³⁸

ด้วยเหตุที่ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วควบคู่ไปกับการอัตรากาเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจในอดีตที่ผ่านมา ปัญหาผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์ประเภทบ้านจัดสรรหรืออาคารชุดจากโครงการต่างๆ ต้องสูญเงินค่างานไปโดยไม่สามารถเรียกเงินที่ชำระไปคืนจากเจ้าของโครงการมีจำนวนหลายพันรายต่อปี หน่วยงานของรัฐจึงมีแนวคิดการให้มีกฎหมายว่าด้วยการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในประเทศไทยขึ้นอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม ในปี พ.ศ. 2538 โดยกระทรวงการคลังมีนโยบายผลักดันให้ออกกฎหมายเพื่อรองรับระบบบัญชีค้ำประกัน (Escrow) และคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินและอาคารชุดได้ยกเว้นพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน โดยมีให้นำแนวคิดเอส โครว์มาใช้บางส่วน แต่ในที่สุดก็ได้มีการนำหลักเรื่องเอส โครว์มาบรรจุไว้ในกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว

ต่อมาในปี พ.ศ. 2543 กระทรวงการคลังเสนอร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ.... โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในระยะยาวและสร้างความมั่นใจในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยการสร้างระบบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาทำหน้าที่เป็นตัวแทนของทั้งผู้ซื้อและผู้ขายในการดูแลให้แก่ฝ่ายปฏิบัติ

ในการจัดการกองทรัสต์ ทรัสต์ต้องแยกกองทรัสต์ไว้ต่างหากจากทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์และทรัพย์สินอื่นที่ทรัสต์ครอบครองอยู่ และในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์หลายกองทรัสต์ต้องแยกกองทรัสต์แต่ละกองออกจากกันด้วย.

³⁶ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. (2542). *ความแตกต่างระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ และกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://www.rd.go.th/publish/fileadmin/user_upload/.../PropertyFundREIT.pdf. [2558, 13 กันยายน].

³⁷ ฝ่ายพัฒนากฎหมายสำนักงาน ก.ล.ต. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 37. หน้า 13.

³⁸ สงา อัครปริดา. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 2. หน้า 74-76.

ตามสัญญา เพื่อจะช่วยป้องกันและลดน้ดเค็งกำไรรอออกจากระบบและช่วยลดข้อพิพาทระหว่าง คู่สัญญา อย่างไรก็ตาม ในชั้นการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตราพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากสัญญาการจัดการดูแลผลประโยชน์ ของคู่สัญญามีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับอยู่แล้ว ธนาคารพาณิชย์ได้ให้บริการเปิด บัญชีเอสโครว์ ซึ่งเป็นบริการที่อยู่ในขอบเขตของร่างฯดังกล่าวอยู่แล้ว คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2544 เห็นชอบผลการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ ของคู่สัญญาตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ โดยเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องมีร่าง พระราชบัญญัติสำหรับการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเป็นการเฉพาะ และมีมติให้ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณาปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องเป็นการทดแทนต่อไป

ต่อมาในปี พ.ศ. 2547 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้มอบหมายให้สำนักนโยบาย ระบบการเงิน การออม การลงทุน สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (สศค.) เป็นผู้จัดทำร่างกฎหมายการ จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยต้นปี พ.ศ. 2548 กระทรวงการคลังได้ทำการยกร่าง พระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเรียบร้อยแล้วและนำร่างฯ เสนอต่อคณะรัฐมนตรี

ต่อมาเมื่อวันที่ 29 ธันวาคม 2549 คณะรัฐมนตรีมีมติให้กระทรวงการคลังนำร่างไป ปรับปรุงตามความเห็นชอบของคณะกรรมการกฤษฎีกาและกระทรวงมหาดไทย คณะรัฐมนตรี พิจารณาร่างฯ ที่กระทรวงการคลังได้ปรับปรุงแล้วเสร็จและมีมติอนุมัติหลักการของร่างฯ ตามที่ กระทรวงการคลังเสนอ และให้ส่งสำนักคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

ต่อมาเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2550 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้มีมติผ่านร่างพระราชบัญญัติ การจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 หรือที่รู้จักกันในนามของ เอสโครว์ แอค เคานท์ (Escrow Account) มีผลใช้บังคับ โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551

ซึ่งพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคใน การทำธุรกรรมในการซื้อที่อยู่อาศัย โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้น่าจะช่วยเสริมสร้างความมั่นใจ ให้แก่ผู้บริโภค ในการเป็นหลักประกันว่าจะไม่สูญเสียเงินที่ได้ผ่อนชำระเงินค่างวด ซึ่งการซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยส่วนหนึ่ง ผู้ซื้อที่อยู่อาศัยมักจะถูกกำหนดให้ชำระค่าซื้อที่อยู่ ล่วงหน้าไปจำนวนหนึ่งก่อนที่ผู้ประกอบการจะเริ่มดำเนินการก่อสร้างที่อยู่อาศัยให้แก่ผู้ซื้อ และ เมื่อผู้ประกอบการประสบความล้มเหลวในการดำเนินโครงการดังกล่าวนี้ ก็จะทำให้ผู้ซื้อเสียเงิน ล่วงหน้าจำนวนนี้ไป ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค หลายฝ่ายจึงเห็นควรให้มีการตั้ง หน่วยงานกลาง หรือตัวกลางทำหน้าที่เป็นตัวแทนในการเก็บรักษาเงินดังกล่าวไว้ก่อน จนกว่า ธุรกรรมจะเสร็จสมบูรณ์ตามเงื่อนไขที่คู่สัญญาได้ระบุไว้ในนิติกรรมนั้นๆ จึงจ่ายเงินจำนวนนั้น

ให้แก่ผู้ประกอบการ หากโครงการไม่ประสบความสำเร็จในการดำเนินโครงการ ผู้ซื้อจะได้รับเงินจำนวนที่จ่ายไปพร้อมดอกเบี้ยคืนด้วย การที่มีระบบกฎหมายและกลไกคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าว จะช่วยให้ผู้บริโภคที่มีกำลังซื้อสามารถตัดสินใจซื้อที่อยู่อาศัยง่ายขึ้น โดยเฉพาะในช่วงที่ภาวะเศรษฐกิจชะลอตัว

สำหรับผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา คือ ธนาคารพาณิชย์หรือนิติบุคคลที่ได้รับใบอนุญาตให้จัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ต้องได้รับอนุมัติจากธนาคารแห่งประเทศไทย และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด และธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจกำกับดูแลและตรวจสอบ คนกลาง หรือผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ในกรณีที่มีปัญหาเกิดขึ้น

ทั้งนี้สถาบันการเงินสามารถประกอบธุรกิจเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาได้³⁹ โดยเมื่อวันที่ 25 เมษายน 2554 ธนาคารแห่งประเทศไทย ได้อนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์ทุกธนาคารสามารถประกอบธุรกิจเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาและอยู่ภายใต้เงื่อนไขของพระราชบัญญัติดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 20 พฤษภาคม 2551 เป็นต้นมา

พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ.2551 มีวัตถุประสงค์⁴⁰ ในการสร้างกลไกเพื่อดูแลผลประโยชน์ระหว่าง “คู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทน” ซึ่งฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ในอันที่จะโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินแก่อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีหน้าที่ในการชำระเงินตอบแทนตามสัญญา ทั้งนี้ เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่คู่สัญญาและสร้างความมั่นคงต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ จึงมีการสร้างกลไกให้มีคนกลางที่มีความมั่นคงและมีความน่าเชื่อถือ ทำหน้าที่ในการดูแลการชำระหนี้ของคู่สัญญาให้เป็นไปตามที่ตกลงกันได้ ซึ่งคนกลางเช่นว่านั้นก็คือ “ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา” เพื่อสร้างกลไกดังกล่าว คู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนจะต้องทำ “สัญญาดูแลผลประโยชน์” กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ซึ่งมีสาระสำคัญของสัญญาว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาตกลงจะดูแลการชำระหนี้ของคู่สัญญาให้เป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันได้

ทั้งนี้ การประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตลอดจนสิทธิหน้าที่ของกลุ่มสัญญาและผู้ดูแลผลประโยชน์ จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดไว้ โดยอยู่ภายใต้อำนาจการกำกับดูแลและตรวจสอบของ “คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์”

³⁹ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส.1/2554 เรื่อง การอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ลงวันที่ 25 เมษายน 2554.

⁴⁰ สุพันธุ์ มงคลสุธี. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 1. หน้า 47.

ที่จัดตั้งขึ้นตาม พระราชบัญญัตินี้ซึ่งรวมไปถึงการกำหนดโทษทั้งทางปกครองและทางอาญา หากมีการละเลยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ด้วย