

ทรัสต์ในมุมมองซีวิลลอว์: แนวทางการพัฒนากฎหมายทรัสต์ในประเทศไทย
Trust in perspective civil law: The development of
Trust Legal in Thailand

จिरนันท์ ไชยบุปผา

Jiranan Chaibubpa

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ จังหวัดสงขลา 90000 ประเทศไทย

Faculty of Law, Thaksin University, Songkhla Province 90000 Thailand

อีเมลล์: jiranan.cs@gmail.com

Email: jiranan.cs@gmail.com

บทคัดย่อ

การจัดตั้งทรัสต์เป็นหนึ่งในกลยุทธ์ของการจัดการทรัพย์สินของมหาเศรษฐีและนักลงทุนที่แพร่หลายในต่างประเทศ โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์โดยการจัดตั้งทรัสต์จะทำให้เกิดการรวบรวมทรัพย์สินอย่างเป็นระบบเพื่อนำมาใช้ในการบริหารจัดการอย่างเป็นรูปธรรมและเกิดผลตอบแทนที่เพิ่มพูนขึ้น ตลอดจนสร้างความมั่นคงและสืบทอดทรัพย์สินไปยังทายาทอย่างยั่งยืนซึ่งหลักการสำคัญของการจัดตั้งทรัสต์คือการแบ่งแยกความรับผิดชอบและความเสียหายที่ชัดเจน โดยเฉพาะหลักการห่างไกลจากการล้มละลาย (Bankruptcy Remoteness) และการทำหน้าที่ของทรัสต์

โดยในปัจจุบันประเทศไทยได้อนุญาตให้จัดตั้งทรัสต์เพื่อใช้ส่งเสริมการทำธุรกรรมในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การระดมทุนในรูปแบบของกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Investment Trust: REIT) กองทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Trust : IFT) การจัดตั้งกิจการเงินร่วมลงทุน (Private Equity Trust: PE Trust) และการออกตราสารทางการเงินตามหลักศาสนาอิสลาม (ศุฎุก) ซึ่งการจัดตั้งทรัสต์ในลักษณะดังกล่าวเป็นเพียงการระดมทุนเพื่อการทำธุรกรรมในตลาดทุนโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 เท่านั้น โดยที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่สามารถจัดตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์เป็นอย่างอื่นได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้เองอาจไม่เอื้อต่อการบริหารจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลแต่อย่างใดจึงเป็นเหตุให้นักลงทุนและมหาเศรษฐีในประเทศไทยเป็นจำนวนมากถ่ายเททรัพย์สินออกไปบริหารจัดการยังต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศที่มีกฎหมายรองรับการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลที่มีผู้ดูแลและไม่มีการจัดเก็บภาษีมรดก เช่น ประเทศฮ่องกงและสิงคโปร์ อย่างไรก็ตาม หลายประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้มีการอนุญาตให้มีการก่อตั้งทรัสต์และจัดเก็บภาษีมรดกควบคู่กัน เช่น ประเทศญี่ปุ่น ไต้หวัน ฟิลิปปินส์ และเวียดนาม เป็นต้น

ดังนั้น บทความฉบับนี้จึงมุ่งนำเสนอถึงมุมมองและรูปแบบการจัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารสินทรัพย์สำหรับบุคคลทั่วไปในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เพื่อเป็นข้อมูลพื้นฐานแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาให้มีกฎหมายจัดตั้งทรัสต์ที่เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทยซึ่งอาจเป็นหนึ่งในกลไกที่ใช้ในการบริหารจัดการทรัพย์สินเพื่อลดการเคลื่อนย้ายเงินทุนออกนอกประเทศและดึงดูดเงินทุนจากต่างชาติให้เข้ามาในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: ทรัสต์, การจัดการทรัพย์สิน, ซีวิลลอว์

Abstract

The trust establishment is one of the property management strategies of billionaires and investors, and it is widespread overseas, especially in countries using common law system. The trust establishment leads to a systematic collection of assets which can be used to manage tangible and incremental returns. It builds stability and inherits property to sustainable heirs. The main principle of trust establishment is the clear separation of responsibilities and damages, especially the Bankruptcy Remoteness principle and how trustees perform their duty.

At present, Thailand allows the establishment of trust to promote various types of transactions, such as fundraising in the form of the Real Estate Investment Trust (REIT), the Infrastructure Trust (IFT), the Private Equity Trust (PE Trust), and the Issuance of Islamic Financial Instruments (Sukuk). These types of trust are just fundraising for capital market transactions based only on the Trust for Transactions in Capital Market Act B.E. 2550, and the trustees cannot establish trusts with other purposes. The rules under this Act may not be conducive to the management of personal property. Therefore, many investors and billionaires in Thailand transfer their assets overseas, particularly in countries with legally enforceable personal property management such as Hong Kong and Singapore. On the other hand, many countries that are using the civil law system allow the establishment of trust as well as the collection of inheritance tax at the same time, such as Japan, Taiwan, Philippines, and Vietnam.

Hence, this article focuses on presenting the perspective and forms of asset management for individuals in countries using civil law system. This is basic information for the relevant organizations to consider the law to establish trust which is suitable for the context of the Thai society, and it may be one of the mechanisms used to manage assets to reduce capital outflow to attract more foreign capital investment into Thailand.

Keyword: Trust, Property Management, Civil Law

1. บทนำ

เป็นที่ทราบดีว่าการจัดตั้งทรัสต์เป็นที่แพร่หลายในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์โดยถูกนำมาใช้ในการบริหารจัดการทรัพย์สินที่มีความหลากหลายไม่ว่าจะเป็นการบริหารจัดการธุรกิจ การลงทุน การแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมในครอบครัวตลอดจนแก้ปัญหาทางศาสนาและการกุศล จนมีนักวิชาการบางท่านเปรียบทรัสต์เสมือนยาวิเศษที่สามารถรักษาได้ทั้งอาการปวดฟัน ข้อเท้าเคล็ด และศีรษะล้าน จนเป็นเรื่องที่ประหลาดอย่างน่าอัศจรรย์อย่างไรรู้ก็ดี ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์แม้จะเริ่มมีการยอมรับสถานะของทรัสต์ภายใต้ระบบกฎหมายของตนหากแต่ยังมีข้อถกเถียงที่ไม่ลงรอยกันในประเด็นเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ในการก่อตั้งทรัสต์ว่าจัดเป็นความเกี่ยวพันตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (law of property) หรือความเกี่ยวพันตามกฎหมายลักษณะหนี้ (law of obligation) ตลอดจนการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ในความ

¹ Pierre Lepaulle, "Civil Law Substitutes for Trusts", *the Yale Law Journal*, Vol.36 (No.8), 1, June 1927.

เป็นเจ้าของ (duality of ownership) ซึ่งหลักการดังกล่าวไม่ปรากฏในระบบชีวิตลอร์จึงเป็นเรื่องท้าทายสำหรับนักกฎหมายที่ยังคงต้องหาคำตอบเพื่อสร้างความเป็นธรรมภายใต้นิติวิธีในระบบกฎหมายของตน

เมื่อพิจารณาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของการจัดตั้งทรัสต์พบว่า ประเทศที่อยู่ใน 10 อันดับที่ได้รับการยอมรับด้านการจัดการความมั่งคั่ง (wealth management) ของโลกโดยส่วนใหญ่มีการยอมรับให้มีการจัดทรัสต์² โดยมุ่งใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการทรัพย์สินและดึงดูดการลงทุนนอกจากนี้ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนา (Thailand Development Research Institute: TDRI) ได้นำเสนอถึงประโยชน์ของการจัดตั้งทรัสต์ในบางประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่นสามารถนำทรัสต์มาเป็นเครื่องมือในการกระตุ้นให้เศรษฐกิจขยายตัวเพิ่มขึ้นในปี .ศ.2001 – 2011 คิดเป็นมูลค่าสะสมประมาณ 31 ล้านล้านเยน รวมทั้งทำให้เกิดการจ้างงานรวมประมาณ 3 แสนคน โดยในจำนวนดังกล่าวเป็นการจ้างงานโดยตรงผ่านกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Investment Trust : REIT)³ ซึ่งสะท้อนถึงบทบาทของทรัสต์ในฐานะของการเป็นเครื่องมือระดมทุนสำหรับการพัฒนาธุรกิจและเศรษฐกิจของประเทศ

อย่างไรก็ดี ภายใต้ระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบชีวิตลอร์กลับมิได้ยอมรับให้มีการจัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารทรัพย์สิน เว้นแต่จะอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์นั้น ซึ่งในปัจจุบันคงมีเพียงพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ที่อนุญาตให้จัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารทรัพย์สินได้หากแต่ยังคงจำกัดเฉพาะการทำธุรกรรมในตลาดทุนเท่านั้นโดยไม่สามารถนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นได้ประกอบกับการจัดตั้งทรัสต์ต้องดำเนินการโดยบริษัทมหาชนซึ่งต้องระดมทุนจากประชาชนโดยตรงและต้องเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินรูปแบบต่าง ๆ ที่เป็นหลักทรัพย์ ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดของบุคคลธรรมดาหรือบริษัทจำกัดทั่วไปที่ไม่สามารถก่อตั้งทรัสต์หรือประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ได้ นักธุรกิจหรือมหาเศรษฐีจึงโอนทรัพย์สินของตนไปจัดตั้งทรัสต์ในต่างประเทศเพื่อบริหารจัดการทรัพย์สินให้เกิดประสิทธิภาพ ส่งผลให้ประเทศไทยต้องประสบปัญหาเกี่ยวกับการไหลออกของความมั่งคั่งอันกระทบต่อเสถียรภาพทางการเงินของประเทศ

จึงเป็นความท้าทายของประเทศไทยในการที่จะต้องศึกษาความเหมาะสมและความเป็นไปได้ในการรับรองให้มีการจัดตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกเหนือจากการทำธุรกรรมในตลาดทุนขึ้นในประเทศไทย

2. พัฒนาการความเป็นมากฎหมายทรัสต์

ในการพิจารณาถึงแนวทางการพัฒนาหรือความเป็นไปได้ในการรับรองให้มีการจัดตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์อย่างอื่นภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้น สิ่งที่ขาดไม่ได้คือการศึกษาถึงทัศนคติและมุมมองในทางกฎหมายเกี่ยวกับทรัสต์ภายใต้ระบบชีวิตลอร์เนื่องจากเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าสิ่งสำคัญในการเรียนรู้กฎหมายมิได้อยู่ที่การศึกษา กฎเกณฑ์หรือข้อกำหนดของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในแต่ละประเทศเท่านั้น หากแต่ส่วนที่สำคัญสำหรับการศึกษามากกว่านั้นคือการเรียนรู้โครงสร้าง (Structure) การแยกประเภท (Categories) และวิธีการ (Methods) อันเป็นรากฐานใน

² สมาคมบริษัทหลักทรัพย์ไทย, ประเทศไทยควรอนุญาตให้มีการประกอบธุรกิจทรัสต์ที่เปิดกว้างมากขึ้น, สืบค้นวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2561, จาก [http://www.asco.or.th/uploads/upfiles/files/ASCO%20articleTrustnewslettersfor%20pressfinal\(1\).pdf](http://www.asco.or.th/uploads/upfiles/files/ASCO%20articleTrustnewslettersfor%20pressfinal(1).pdf)

³ Ibid.

การศึกษากฎหมายของแต่ละระบบ⁴ เมื่อหลักกฎหมายทรัสต์มีบ่อเกิดมาจากกฎหมายคอมมอนลอว์จึงอาจส่งผลต่อนิติวิธีในการใช้และตีความกฎหมายหากมีการนำกฎหมายทรัสต์มาใช้ในประเทศไทย

ดังนั้น การศึกษาถึงบ่อเกิด สถานะ และแนวคิดที่สำคัญของทรัสต์ภายใต้ระบบคอมมอนลอว์ผ่านมุมมองและหลักการทางกฎหมายภายใต้ระบบซีวิลลอว์จึงเป็นส่วนสำคัญในการปรับใช้กฎหมายทรัสต์ที่เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

สำหรับแนวคิดเรื่องทรัสต์เริ่มพัฒนาขึ้นครั้งแรกในยุคโรมันโดยเป็นทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นตามพินัยกรรม (Testamentary Trusts)⁵ ซึ่งเป็นทรัสต์ที่จะมีผลเมื่อมีการตายเกิดขึ้นและมักใช้เมื่อบุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินต้องการให้ผู้รับประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นในช่วงเวลาที่เหมาะสม ส่วนทรัสต์ที่ก่อตั้งในระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์ยังมีชีวิตอยู่ (Living Trust) ถูกพัฒนามาจากหลัก “Use” (*ad opus*) ของประเทศอังกฤษ⁶ ที่พัฒนาขึ้นเพื่อความเป็นธรรมในการแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีในศตวรรษที่ 13 จากกรณีที่เจ้าของที่ดินต้องออกไปรบในสงครามครูเสด (Crusades) ได้โอนที่ดินให้แก่ผู้ที่ตนไว้วางใจโดยที่ผู้รับโอนทราบถึงเจตนาของเจ้าที่ดินว่าเป็นการโอนไปเพื่อประโยชน์แก่ครอบครัวของเจ้าที่ดินนั่นเองโดยการกระทำดังกล่าวนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าหากตนไปรบแล้วไม่ได้กลับมาที่ดินนั้นจะตกทอดไปยังทายาทไม่ใช่ตกไปอยู่ในความครอบครองของขุนนาง (Load)⁷ อย่างไรก็ตามผู้รับโอนกลับไม่จัดการที่ดินนั้นเพื่อประโยชน์ของคนในครอบครัวผู้โอนแต่กลับจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของตนเอง ซึ่งกฎหมายคอมมอนลอว์ในขณะนั้นกลับไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่ผู้โอนได้เนื่องจากยอมรับเฉพาะสิทธิกรรมสิทธิ์ (Ownership) ของผู้โอนเท่านั้น แต่ครอบครัวของผู้รับโอนไม่มีสิทธิตามกฎหมายในที่ดินดังกล่าวแต่อย่างใดเพราะคำมั่นสัญญาที่ให้ไว้ต่อกันเป็นการผูกมัดตามลักษณะของความไว้นื้อเชื่อใจ (Binding in Honor) เท่านั้น ส่งผลให้ศาลชานเซอร์รี่ (Court of Chancery) ได้นำหลักเอควิตี้ (Equity) มาใช้ในการปกป้องครอบครัวของผู้รับโอน โดยให้ผู้โอนปฏิบัติตามข้อตกลง กล่าวคือ กำหนดให้ผู้รับประโยชน์ซึ่งไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินสามารถเรียกร้องประโยชน์เหนือทรัพย์สินภายใต้ความตกลงเสมือนเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น โดยถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามหลักความเป็นธรรม⁸

จากพัฒนาการดังกล่าว จึงทำให้นิติสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายในการจัดการทรัพย์สินในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ไม่ว่าจะเป็นการถ่ายโอนทรัพย์สินให้กับคนในครอบครัว การจัดตั้งทรัสต์ในรูปองค์กรธุรกิจ ตลอดจนการใช้ทรัสต์เพื่อการระดมทุนในตลาดทุน

⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555, 16 – 17.

⁵ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, *ความรู้เกี่ยวกับทรัสต์*, สืบค้นวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <https://www.set.or.th/th/products/listing/files/Knowtrusts.pdf>

⁶ Gilbert Paul Verbit, *The Origins of trust*, Xlibris Corporation, 2002, 24.

⁷ Paul S. Davies and Graham Virgo, *Equity & Trust : Text, Case, and Materials*, Oxford: Oxford University Press, 2013, 24 - 25.

⁸ Richard Edward and Nigel Stockwell, *Trust & Equity*, London: Pitman, 1992, 6.

3. ความหมายและประเภทของทรัสต์

3.1 ความหมายของทรัสต์

เมื่อกล่าวถึงความหมายของทรัสต์นั้นอาจมีนักวิชาการหลายท่านให้นิยามหรือความหมายไว้อย่างหลากหลาย โดยในที่นี้จะขอกกล่าวถึงความหมายของทรัสต์ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการบังคับและรับรองทรัสต์ (Convention on the law applicable to trusts and on their recognition) ซึ่งได้นิยามความหมายของ “ทรัสต์” ว่าหมายถึง นิติสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างมีชีวิตหรือเมื่อถึงแก่ความตายโดยบุคคลที่เรียกว่า “ผู้ก่อตั้งทรัสต์” (Settlor) มอบกองทรัพย์สินให้อยู่ภายใต้การควบคุมของ “ทรัสต์”(Trustee) เพื่อประโยชน์หรือวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะอย่างหนึ่งอย่างใดได้แก่ “ผู้รับประโยชน์” (Beneficial)⁹

โดยในการจัดตั้งทรัสต์ต้องอาศัยหลักแห่งความแน่นอน 3 ประการ ได้แก่ ความแน่นอนแห่งเจตนาที่จะตั้งทรัสต์ (Certainty of Words) ความแน่นอนแห่งทรัพย์สินของกองทรัสต์ (Certainty of Subject Matter) และความแน่นอนแห่งตัวผู้รับประโยชน์ (Certain of Object)¹⁰ ซึ่งผลของการก่อตั้ง ทรัสต์จะให้เกิดสิทธิในทางทรัพย์สินเป็น 2 ลักษณะ คือ เจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย (Legal Ownership) และเจ้าของกรรมสิทธิ์ในผลประโยชน์ (Beneficial Ownership)¹¹ โดยทรัสต์ซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายจะมีสิทธิ (Legal Interest) ในการจำหน่ายจ่ายโอนและจัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์ตามกรอบที่สัญญาทรัสต์กำหนดไว้โดยไม่มีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ส่วนผู้รับประโยชน์จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในผลประโยชน์ซึ่งมีสิทธิได้รับประโยชน์ตามกฎหมาย (Equitable Interest)

3.2 หลักการที่สำคัญของกฎหมายทรัสต์

เมื่อมีการก่อตั้งทรัสต์แล้วจะเกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่สำคัญระหว่างทรัสต์และผู้รับประโยชน์ โดยทรัสต์จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย (Legal Ownership) ส่วนผู้รับประโยชน์จะเป็นเจ้าของในผลประโยชน์ตามหลักความเป็นธรรม (Beneficial Ownership) ซึ่งหลักการดังกล่าวถือเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวในระบบคอมมอนลอว์โดยอาจเรียกหลักการดังกล่าวว่าหลักการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ (“dual” or “split ownership”)¹² ทั้งนี้ ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายจะมีสิทธิในการควบคุมและจัดการกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์¹³

หลักสำคัญอีกประการหนึ่งของทรัสต์ คือ กองทรัพย์สินแห่งทรัสต์จะถูกแยกออกจากกองทรัพย์สินส่วนตัวของทรัสต์¹⁴ ดังนั้น เจ้าหนี้ของทรัสต์ไม่มีสิทธิฟ้องบังคับเอาจากกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์และในกรณีทรัสต์ล้มละลายหรือถูกศาลพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าหนี้ของทรัสต์ย่อมไม่สามารถบังคับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์ได้¹⁵ เนื่องจากกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์จะมีไว้สำหรับผู้รับประโยชน์หรือตามวัตถุประสงค์ของผู้จัดตั้ง¹⁶ นอกจากนี้ ผู้รับประโยชน์จะมีทรัพย์สินสิทธิ (*in rem*) เหนือกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์โดยมีสิทธิติดตามทรัพย์สินจากบุคคลภายนอกที่ไม่มีสิทธิยึดถือ

⁹ Article 2 of Convention on the application on the law applicable to trusts and on their recognition

¹⁰ Robert Pearce and Warren Barr, “Pearce & Stevens”. **Trust and Equitable Obligations**, (6thed), Oxford: Oxford University Press, 2015, 150.

¹¹ Gilbert Paul Verbit, **The Origins of trust**, 24.

¹² P Jaffey, “Explaining the trust”, **Law Quarterly Review**, 131 (377), 2015, 386 – 387.

¹³ Buckland and AD McNair, **Roman Law and Common Law**, (2^{ed}ed), Cambridge University Press, 2008, 176 - 177.

¹⁴ Ibid, 176.

¹⁵ Heritable Reversionary Co Ltd v Millar (1892), 19 R (HL) 43, per Herschell.

¹⁶ DJ Hayton, “The Law of Trusts”, **Sweet & Maxwell**, (4thed), London, 2003, 4.

ทรัพย์สินนั้นหรือรับโอนทรัพย์สินนั้นโดยไม่สุจริตหรือไม่เสียค่าตอบแทนตลอดจนเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้¹⁷ อีกทั้งยังมีสิทธิในการเรียกร้องให้ทรัสต์ปฏิบัติตามข้อตกลงในเรื่องทรัสต์ได้ในนามของตนเอง

3.3 ประเภทของทรัสต์

สำหรับประเภทของทรัสต์นั้นอาจแบ่งได้หลายประเภทขึ้นอยู่กับการใช้เกณฑ์ใดเป็นเกณฑ์ในการแบ่ง แต่ในบทความนี้จะขอล่าถึงประเภทของทรัสต์โดยใช้เกณฑ์การก่อตั้งเป็นเกณฑ์ในการแบ่ง (By Method of Creation) ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท¹⁸ ได้แก่

1) ทรัสต์ที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ได้แก่ ทรัสต์โดยชัดแจ้ง (Express trust) และทรัสต์โดยปริยาย (Implied Trust)

ทรัสต์โดยชัดแจ้ง เป็นทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์มีการแสดงเจตนาโดยแจ้งชัดให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินให้แก่ผู้รับประโยชน์ซึ่งอาจกระทำด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร¹⁹

ทรัสต์โดยปริยาย เป็นทรัสต์ที่ถูกสันนิษฐานจากถ้อยคำในเอกสารหรือพฤติการณ์ว่าเจ้าของทรัพย์สินประสงค์จะให้ทรัสต์เกิดขึ้นแต่เจ้าของมิได้แสดงเจตนาโดยแจ้งชัดให้มีการก่อตั้งทรัสต์²⁰

2) ทรัสต์ที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เป็นทรัสต์ที่เกิดขึ้นจากการสันนิษฐานหรือเกิดขึ้นจากการตีความ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ทรัสต์อันเป็นผลตามมา (Resulting trust) และทรัสต์อันเกิดจากการขยายความ (Constructive Trust)

ทรัสต์อันเป็นผลตามมา เป็นทรัสต์ที่ไม่ได้เกิดจากการแสดงเจตนาจากผู้ก่อตั้งทรัสต์โดยตรง หากแต่เป็นการชี้ให้เห็นโดยศาล ซึ่งอาจเกิดจากผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้อोनชื่อในทรัพย์สินไปยังทรัสต์แต่ไม่ได้มีการระบุชื่อผู้รับประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ผลประโยชน์อันได้รับจากทรัพย์สินนั้นจึงกลับไปสู่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ตามเดิมหรืออีกนัยหนึ่งอาจเกิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (operation of law) ซึ่งเกิดจากความไม่สมบูรณ์ในการจัดตั้งทรัสต์โดยชัดแจ้งหรือความไม่สมบูรณ์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ศาลจึงยอมรับให้เกิดทรัสต์อีกประเภทหนึ่งที่ผลประโยชน์ย้อนกลับไปสู่ตัวผู้ประสงค์จะก่อตั้งทรัสต์หรือเจ้าของกรรมสิทธิ์เดิมในทรัพย์สินนั้น²¹

ทรัสต์อันเกิดจากการขยายความ เป็นทรัสต์ที่เกิดขึ้นตามหลักเอคควิตี้ โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของเจ้าของทรัพย์สินนั้นว่าประสงค์จะให้ทรัสต์ขึ้นหรือไม่ หรืออาจเปรียบได้ว่าเป็นทรัสต์ที่เกิดขึ้นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมตามสถานการณ์ (equity's chameleon)²² โดยหากปล่อยให้ผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้เพื่อประโยชน์ของตนเองแล้วจะเป็นการทำลายความไว้นั้นเชื่อใจและขัดกับหลักความเป็นธรรม หลักเอคควิตี้จึงสมมติว่าผู้นั้นยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ในฐานะทรัสต์ เช่น ก. มอบรถยนต์คันหนึ่งให้ ข. ยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของ ค. ถ้า ข. โดยสมยอมโอนทรัพย์สินนั้นให้ ง. โดยมีได้รับความยินยอมจาก

¹⁷ Buckland and AD McNair, *Roman Law and Common Law*, (2nded), 176.

¹⁸ George P. Costigan, "The Classification of trust as Express, Resulting and Constructive", *Harvard Law Review*, 27 (5), March 1914, 437.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ บัญญัติ สุชีวะ, *ทรัสต์*, สืบค้นวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://elib.coj.go.th/Article/d914.pdf>

²² GE Dal Pont, *Equity's Chameleon – Unmasking the Constructive Trust*, *Australian Bar Review*, 46.

ค. และ ง. รู้ว่ารถยนต์นั้นตกอยู่ภายใต้ทรัสต์ ถือว่า ง. เป็นทรัสต์ มีหน้าที่ยึดถือรถยนต์คันนั้นเพื่อประโยชน์ของ ค. โดยเป็นการสมมติความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์โดยอาศัยหลักเอคควิตี²³

4. มุมมองกฎหมายทรัสต์ภายใต้ระบบซีวิลลอว์

เป็นที่ทราบโดยทั่วไปว่าระบบซีวิลลอว์มีที่มาจากกฎหมายโรมัน (roman law) ซึ่งมีอิทธิพลทางความคิดในประเทศภาคพื้นยุโรปนับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน²⁴ โดยที่ความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ไม่เป็นที่รู้จักในกฎหมายโรมันแต่อย่างใด หากแต่มีความสัมพันธ์อีกลักษณะหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายกันคือ *judiciastrictijuris* และ *judiciabonaefidei*²⁵ โดยอาจเรียกหลักการดังกล่าวว่าหลัก “*Fiducia*” หรือ “หลักสุจริต” (good faith) ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่มีความไว้วางใจกับอีกคนหนึ่งโดยสุจริตเพื่อให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามสัญญา ซึ่งกฎหมายโรมันมิได้รับหลักกฎหมายทรัสต์ของระบบคอมมอนลอว์ แต่กลับเรียกความสัมพันธ์ดังกล่าวว่า “*fideicommissum*”²⁶ โดยที่ความสัมพันธ์ดังกล่าวถูกนำมาใช้โดยผู้ทำพินัยกรรมที่ประสงค์จะโอนทรัพย์มรดกให้แก่ทายาท โดยบุคคลที่เรียกว่า *the fiduciarius* มีหน้าที่หรือหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แก่บุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า *the fideicommissariu* ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวมีลักษณะคล้ายทรัสต์ในระบบคอมมอนลอว์ หากแต่ *fideicommissa* ไม่อาจตั้งได้ด้วยวาจา²⁷ และไม่มีหลักการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายและกรรมสิทธิ์ตามหลักความเป็นธรรม²⁸ รวมถึงผู้รับประโยชน์ไม่มีสิทธิที่จะบังคับให้ *the fiduciaries* ปฏิบัติตามเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์เพียงแต่เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะของความไว้วางใจที่ *the fiduciaries* จะปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้นจึงมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าหลักกฎหมายทรัสต์ในระบบคอมมอนลอว์มีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายโรมัน โดยขุนนางในศาลชานเซอร์รี่ (Court of Chancery) ได้นำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในการตัดสินคดีโดยอยู่ในรูปของ cannon law²⁹ อย่างไรก็ตามหลักการ “*fideicommissum*” ในกฎหมายโรมันไม่เหมือนกันหลักกฎหมายทรัสต์ของกฎหมายคอมมอนลอว์แต่อย่างใดด้วยเหตุนี้ นักวิชาการโดยทั่วไปจึงมองว่าแนวคิดเรื่อง “ทรัสต์” เป็นเอกลักษณ์ที่ถือกำเนิดและพัฒนารากจากรบบกฎหมายในประเทศอังกฤษและได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

จนกระทั่งในเวลาต่อมาได้มีการนำทรัสต์มาใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจในหลายประเทศไม่ว่าแม้กระทั่งประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ก็หันมาให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์เช่นกัน เนื่องจากความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์เหมาะสมสำหรับผู้ที่ไม่สามารถจัดการทรัพย์สินของตนเองได้ซึ่งอาจเกิดจากขาดเวลาขาดความสามารถในการบริหารจัดการ รวมถึงอยู่ในสถานะของผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิในทางกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่าทรัสต์มีบทบาทสำคัญในการจัดการทรัพย์สินจนได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในปัจจุบัน

²³ บัญญัติ สุชีวะ, ทรัสต์, 31.

²⁴ อานนท์ มาเม้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: วิทยูชน, 2560, 67.

²⁵ J Garrigues, “Law of Trusts”, *Am J Comp L*, Volume 25 (2), 1953, 27.

²⁶ D Johnston, *The Roman Law of Trusts*, Clarendon Express: Oxford, 1988, 283.

²⁷ Buckland and AD McNair, *Roman Law and Common Law*, (2nded), 155.

²⁸ DJ Hayton, “The Law of Trusts”, *Sweet & Maxwell*, (4thed), London, 2003, 8.

²⁹ DWM Waters, “The Institution of the Trust in Civil and Common Law”, *Académie de Droit International*, London: Martin us Nijhoff, 1995, 156.

5. รูปแบบการจัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารสินทรัพย์สำหรับบุคคลทั่วไปในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบการจัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารสินทรัพย์สำหรับบุคคลทั่วไปในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ พบว่าหลายประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติทรัสต์เป็นบทเฉพาะเพื่อส่งเสริมการลงทุนและการจัดการทรัพย์สินที่มีประสิทธิภาพ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ได้มีการนำกฎหมายทรัสต์มาใช้ในการจัดการทรัพย์สินของบุคคลนอกเหนือจากการลงทุนในตลาดทุน³⁰ โดยที่ประเทศญี่ปุ่นได้มีบัญญัติกฎหมายทรัสต์ไว้เป็นการเฉพาะโดยอาศัยหลักการกฎหมายทรัสต์จากประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา³¹ ซึ่งในปี ค.ศ. 1905 ได้มีการตราพระราชบัญญัติ The secured Bond Trust Act ขึ้นโดยอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์รายใหญ่ดำเนินการจัดตั้งทรัสต์เพื่อทำธุรกรรมในตราสารหรือพันธบัตรที่มีความมั่นคง ในช่วงเวลาระยะแรกญี่ปุ่นได้ใช้ทรัสต์ดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศโดยเฉพาะในกลุ่มอุตสาหกรรม และในปี ค.ศ. 1906 การจัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารและจัดการทรัพย์สินในครอบครัวได้ถูกจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกในรูปของบริษัท คือ บริษัทโตเกียวทรัสต์³²

ในช่วงปี ค.ศ.1914 ซึ่งเป็นช่วงต้นสงครามโลกครั้งที่ 1 ประเทศญี่ปุ่นมีความเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก นำไปสู่การจัดตั้งบริษัททรัสต์เป็นจำนวนถึง 488 แห่ง ภายในปี ค.ศ.1921³³ แต่อย่างไรก็ดี ในช่วงเวลาดังกล่าวประเทศญี่ปุ่นไม่มีกฎหมายทรัสต์เป็นการเฉพาะที่เข้ามาควบคุมหรือกำหนดประสิทธิภาพในการดำเนินงานทำให้หลายบริษัทที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาดังกล่าวขาดความแข็งแกร่งทางการเงินที่เพียงพอนำไปสู่ผลกระทบเชิงลบต่าง ๆ ตามมา มากมาย ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1922 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติทรัสต์ และพระราชบัญญัติธุรกิจทรัสต์เพื่อกำหนดแนวคิดเกี่ยวกับทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่น รวมถึงการพัฒนากระบวนการดำเนินงานและสร้างความน่าเชื่อถือให้กับผู้ดำเนินการธุรกิจทรัสต์ ซึ่งการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวได้เชื่อว่าประเทศญี่ปุ่นได้ยอมรับให้มีการจัดตั้งทรัสต์อย่างเป็นทางการและช่วยให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นเจริญเติบโตขึ้น³⁴ ต่อมาได้มีการพัฒนากฎหมายทรัสต์อีกหลายครั้งต่อเนื่องยาวนานเป็นเวลากว่า 80 ปี และในปี ค.ศ. 2007 ถือเป็นปีที่ได้มีการปรับปรุงกฎหมายทรัสต์ให้มีความยืดหยุ่นมากที่สุด³⁵

โดยพระราชบัญญัติทรัสต์ ถือเป็นบทบัญญัติพื้นฐานที่กำหนดความมุ่งหมายและผลของการจัดตั้งทรัสต์ ส่วนพระราชบัญญัติธุรกิจทรัสต์ เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองผู้ก่อตั้งทรัสต์และผู้รับประโยชน์ในกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์ให้ได้รับความเป็นธรรม³⁶

สำหรับการลงทุนในรูปแบบทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่นมีหลายรูปแบบ³⁷ เช่น ทรัสต์เพื่อการจัดการเงินและการให้สินเชื่อ ทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินในครอบครัว ทรัสต์เพื่อการจัดการเกี่ยวกับมรดก ทรัสต์เพื่อการลงทุนใน

³⁰ ฌมาพันธ์ สัยกุลประดิษฐ์, การก่อตั้งทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินมรดก, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555, 73.

³¹ Origins of trusts in Japan and the enactment of the trust Act and the Trust Business Act, Retrieved February 7, 2018, from <http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts0201.html>

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Main legislation pertaining to trusts, Retrieved February 7, 2018, from <http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts05.html>

³⁷ Types of trusts, Retrieved February 1, 2018, from <http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts0201.html>

อสังหาริมทรัพย์หรือธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ทรัสต์เพื่อการจัดการกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ ทรัสต์เพื่อการกุศล เป็นต้น

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1985 หลายประเทศได้มีการให้สัตยาบันในอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการบังคับใช้ทรัสต์ (Law Applicable to Trusts) การรับรู้กฎหมายทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์จึงเริ่มมีความสำคัญมากขึ้นและก่อให้เกิดการบูรณาการการบังคับใช้ทรัสต์ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ในปี ค.ศ. 1994 ประเทศควิเบก(Quebec) ได้นำเอาหลักการทรัสต์มาใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งภายใต้หลักการ *patrimony d'affectation* โดยเจ้ามรดกได้ออนทรัพย์สินของตนเองให้แก่ทรัสต์เพื่อบริหารจัดการทรัพย์สินภายใต้วัตถุประสงค์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้กำหนด ซึ่งบทบาทของทรัสต์จะไม่แตกต่างจากกรรมการ (the director) ในบริษัทซึ่งมีอำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมาย³⁸

ส่วนประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือเป็นประเทศต้นแบบของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ เดิมได้รับรู้หลักกฎหมายทรัสต์ที่เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลแต่อย่างใด³⁹ แต่ในทางปฏิบัติ ศาลฝรั่งเศสได้รับรองการจัดตั้งทรัสต์ในต่างประเทศ (foreign trust) โดยอาศัยหลักการที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาแห่งกรุงเฮก(Hague trust Convention)⁴⁰ ดังคดีตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการรับรองทรัสต์ในประเทศฝรั่งเศส เช่น คดี *Courtois and others v .De Gannay Heirs* ซึ่งตัดสินในปี ค .ศ. 1970 โดยศาลได้วางหลักว่า ทรัสต์เป็นข้อตกลงสองฝ่าย (bi - lateral agreement) ที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยการบังคับคดีให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาอาจอาศัยหลักการที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาแห่งกรุงเฮก (Hague trust Convention)⁴¹ นอกจากนี้ ศาลได้วางหลักเพิ่มเติมว่า การก่อตั้งทรัสต์เป็นสิทธิในทางกฎหมายที่คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายต่างประเทศ (foreign law) มาบังคับกับนิติสัมพันธ์ที่คู่สัญญาตกลงกันได้⁴² เนื่องจากการจัดตั้งทรัสต์เป็นไปตามหลักกฎหมายต่างประเทศจึงเปรียบเสมือนเป็นข้อตกลงทางกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ (Specific legal arrangement) ที่คู่สัญญาสามารถกำหนดเจตจำนงในทรัพย์สินของตนเองได้อย่างเสรี ดังนั้น การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาเลือก (chosen by the parties)⁴³

ต่อมา ในปี ค 2007 .ศ.ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติหลักเกี่ยวกับ “*Fiducie*” ไว้ใน Article 2011 ของประมวลกฎหมายแพ่ง โดยนำหลักการ “ความไว้เนื้อเชื่อใจของกฎหมายโรมัน” “*Roman concept of fiducia*” และเทียบเคียงหลักที่ใกล้เคียงกันของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ เช่น ลักแซมเบิร์ก มาเป็นแนวทางในการร่างกฎหมาย โดยยังคงอยู่ภายใต้หลักการเดิมของทรัสต์ตามระบบคอมมอนลอว์⁴⁴

ทั้งนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสได้ให้นิยามคำว่า “*Fiducie*” ว่าหมายถึง การที่บุคคลหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ผู้ก่อตั้งสิทธิ” (Constituant) หรือ (Settler) โอนทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่ “ผู้ที่ตนไว้วางใจ”

³⁸ Y Emerich, The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership, *The Worlds of the trust*, New York: Cambridge University Press, 2013, 23.

³⁹ Article 1130 of the Civil Code

⁴⁰ Step Bahamas, *The Legal and tax treatment of Trusts in France 2*, Retrieved June 26, 2016, from http://www.step.org/sites/default/files/Branches/treatment_france_trustsDec2002.pdf

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ James Koessler, “Is there room for the trust in a civil law system? The French and Italian perspective”, *Creative Commons Attribution-Noncommercial-NoDerivs*, UK: England & Wales. Mach 2012. 7.

(Trustee) เพื่อให้ผู้ที่ตนไว้วางใจถือครองทรัพย์สินดังกล่าวนั้นไว้ต่างหากจากทรัพย์สินของตนและทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์อันมีลักษณะเฉพาะต่อ “ผู้รับประโยชน์” (Beneficiaries) ซึ่งอาจเป็นรายใดรายหนึ่งหรือหลายรายรวมกัน⁴⁵โดย *Fiducie* จะต้องก่อตั้งโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตาม หาก *Fiducie* ก่อตั้งขึ้นโดยมีเจตนาเพื่อการบริจาคทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ให้แก่ผู้รับประโยชน์ การจัดตั้ง *Fiducie* ดังกล่าวตกเป็นโมฆะ⁴⁶ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าความหมายของ “*Fiducie*” ของฝรั่งเศสมีลักษณะใกล้เคียงกับทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

อย่างไรก็ดี จากการที่ฝรั่งเศสเริ่มยอมรับให้มีการจัดตั้งทรัสต์นี้เอง ส่งผลให้พลเมืองของฝรั่งเศสหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศฝรั่งเศสได้จัดตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงภาษีมากขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภาษีในปี ค.ศ. 2011 เพื่อให้ทันกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น โดยได้บัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติภาษี (The General Tax Code) ใน Article 792-0 bis เพื่อให้สอดคล้องกับนิยามของทรัสต์ใน Article 2 ของอนุสัญญาแห่งกรุงเฮก (The Law Application to trusts and on their Recognition) และป้องกันการหลบเลี่ยงภาษี

นอกจากนี้ จากการศึกษาข้างพบว่า ความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ได้เข้ามาในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์อย่างแพร่หลายผ่านทางกฎหมายขัดกัน (conflict of law) ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งหลายประเทศของฝั่งยุโรปได้มีการให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับและรับรองทรัสต์ เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ เบลเยียม เป็นต้น⁴⁷ รวมถึงประเทศเกาหลีใต้ ไต้หวัน และจีน ซึ่งเป็นประเทศทางฝั่งเอเชียด้วยเช่นกัน⁴⁸ โดยลักษณะของการรับรองกฎหมายทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เกิดขึ้นสองลักษณะ คือ การรับรองสถานะโดยบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน และการรับรองสถานะในฐานะของกฎหมายต่างประเทศ (foreign law) ในบริบทของการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

6. ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับทรัสต์ในมุมมองซีวิลลอว์

6.1 นิติสัมพันธ์ของทรัสต์ในมุมมองซีวิลลอว์

นักวิชาการในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ต่างอภิปรายกันอย่างต่อเนื่องเกี่ยวกับลักษณะซึ่งเป็นสาระสำคัญที่เป็นองค์ประกอบของทรัสต์ และสิทธิของผู้เกี่ยวข้องในทางกฎหมายซึ่งการทำความเข้าใจและวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็น “ทรัสต์” จำต้องอาศัยความรู้จากกฎหมายคอมมอนลอว์เพื่อแทรกพื้นที่ความคิดของนักกฎหมายซีวิลลอว์ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิด

⁴⁵ โปรดดู The text of Senate No. 178 (2004 - 2005), Report No. 11 (2006 - 2007) โดย Henri de Richemont, on behalf of the Judiciary Committee and the minutes of proceedings of Senate of 17 October 2006. The plan of the trust is the subject of Title XIV of Book III of the Civil Code.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Filippo Nosedà, **Trusts under threat**, Retrieved February 2, 2018, from <https://academy.mishcon.com/wp-content/uploads/2017/12/4-ArticlesA4aw.pdf>

⁴⁸ Lusina Ho & Rebecca Lee, **Trust law in Asian civil law jurisdictions: a comparative analysis**, Cambridge University press, 2013, 2.

ปัญหาในการทำความเข้าใจและการตีความหลักกฎหมายนั้น⁴⁹ ซึ่งปัญหาที่นักวิชาการในระบบซีวิลลอว์ส่วนใหญ่หยิบยกมาพิจารณา คือ “ความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์เป็นนิติสัมพันธ์ที่เป็นทรัพย์สินหรือบุคคลลิติ”⁵⁰

โดยการวิเคราะห์และตีความกฎหมายต่าง ๆ ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ จะคำนึงถึงบ่อเกิดของกฎหมายและจุดเชื่อมโยงระหว่างหลักเกณฑ์ทั่วไปกับปัญหาที่เป็นรูปธรรม⁵¹ โดยการตีความจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วพิจารณาว่าเข้าข่ายอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดโดยจะมีการยกบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมาใช้เป็นข้อชี้ขาดโดยตัวบทกฎหมายในประเทศที่ใช้กฎหมายซีวิลลอว์มีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่มีขึ้นเพื่อเป็นแนวทางไปสู่ข้อยุติที่เป็นธรรมมากกว่าที่จะเป็นข้อบังคับสำหรับผู้ตีความให้ต้องดำเนินตามอย่างเคร่งครัด⁵² ภายใต้หลักนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์นักกฎหมายซีวิลลอว์จึงมีความเต็มใจที่จะยอมรับเหตุผลและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ตลอดจนเปิดใจกว้างเปิดทางให้การอาศัยเหตุผลมาเป็นฐานในการตีความอย่างแคบ อย่างกว้าง การตีความในทางตรงกันข้าม หรือโดยการหาหลักกฎหมายทั่วไป รวมทั้งการใช้กฎหมายบทใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตลอดจนยอมรับการตีความโดยอาศัยการอ้างอิงข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ให้เป็นส่วนหนึ่งของการตีความทางตรรกวิทยา โดยแสวงหาและอิงอาศัยเหตุผลของบทบัญญัตินั้นเป็นหลัก ซึ่งทัศนคติเช่นนี้นี้ย่อมเป็นการยอมรับว่ากฎหมายมีความสัมพันธ์กับสภาพความเป็นจริงต่าง ๆ ที่อยู่รอบตัว และย่อมนำมาปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงที่อาจผันแปรไปตามกาลเวลาได้เสมอ⁵³

ทั้งนี้ การตีความนิติสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ในมุมมองของระบบซีวิลลอว์มีความเห็นของนักวิชาการแตกต่างกันเป็นสองแนวทาง โดยแนวทางแรกเห็นว่าทรัสต์เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายทรัพย์สิน ซึ่งมีหลักการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นหลักการที่สำคัญ จึงเป็นเหตุผลที่ทำให้กฎหมายทรัสต์ไม่อาจเกิดขึ้นได้ภายใต้ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์⁵⁴ ในขณะที่นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า นิติสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์เป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งที่เกิดจากสัญญา โดยทรัสต์เป็นความสัมพันธ์ภายใต้หลัก *patrimoine d' affectation* ของกฎหมายโรมันซึ่งเป็นบ่อเกิดของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จึงสามารถนำหลักกฎหมายทรัสต์มาใช้บังคับได้ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ได้โดยเปรียบเสมือนเป็นความผูกพันทางกฎหมายที่เกิดจากสัญญาประเภทหนึ่ง⁵⁵

เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ภายใต้กฎหมายไทย พบว่า เสด็จในกรมหลวงราชบุรี ได้ทรงอธิบายคำว่าทรัสต์ไว้ในพระดำรัสอธิบายมูลคดีสัญญา ร.ศ.128 ซึ่งนำลงพิมพ์ไว้ในหนังสือบทบัญญัติเล่ม 11 พ.ศ. 2482 ความว่า

“ทรัสต์นั้นคือผู้รักษาทรัพย์สินมัดไว้ให้ผู้อื่น เช่น ก. ยกเงิน 100 ชั่งให้ ข. สั่ง ข. ให้จ่ายดอกเบี้ยให้ ค. เรื่องทรัสต์เช่นนี้มักจะมีตัวอย่างในเรื่องพินัยกรรมคือตั้งทรัสต์เมื่อตายแล้ว

⁴⁹ ฉมาพันธ์ สัยกุลประดิษฐ์, การก่อตั้งทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินมรดก, 66.

⁵⁰ Andrea Vicari, A new type of civil-law trust, 1, Retrieved February 1, 2018, from <https://www.step.org/sites/default/files/Branches/hungary/apr2015/vicari.pdf>

⁵¹ กิติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555, 44.

⁵² Rene David, Major Legal System, 1985, 125.

ข้อสรุปนี้เป็นข้อสรุปที่สอดคล้องกับความเห็นของ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, 9 – 18 และ 109 – 127. อ้างใน กิติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 4, 55 - 56.

⁵³ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

ไม่เป็นสัญญาแท้ เพราะเหตุว่าหนังสือตั้งเป็นคำขอเมื่อตรัสสัญญาคนที่รับหน้าที่ยอมเข้ารับทำการเป็นคำรับ แต่บางทีเช่นในเรื่องพินัยกรรม คำรับนั้นจะรับแต่เมื่อผู้ขอตายแล้ว ซึ่งตามมูลคดีไม่เป็นสัญญา และอีกประการหนึ่ง ในสัญญาแท้ ผู้สัญญาฟ้องร้องกันได้เท่านั้นเอง นอกจากนั้นฟ้องไม่ได้แต่ในเรื่องตรัสสัญญา ผู้ที่จะได้รับประโยชน์ฟ้องร้องได้

ในการตั้งทรัสต์ ต้องมีหนังสือสำคัญ แลเมื่อจะให้ทำการภายหลังผู้ตั้งตายแล้ว ต้องทำอย่างพินัยกรรมจึงจะใช้ได้ คนที่ถูกตั้งไม่จำเป็นต้องรับเป็นทรัสต์

ในเรื่องทรัสต์ทั้งหลายนี้ มีตัวอย่างในเมืองไทยหลายเรื่อง แต่กฎหมายยังมัวหมองไม่ทราบแน่ นอกจากที่ได้กล่าวมานี้⁵⁶

โดยจากข้อความดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเสด็จในกรมเห็นว่านิติสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์มิใช่สัญญาโดยแท้ โดยที่กฎหมายไทยในขณะนั้นก็ยังมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นที่แน่ชัด นอกจากนี้ ทรัสต์ยังมีลักษณะแตกต่างไปจากสัญญาอื่น เช่น การฝากทรัพย์ กล่าวคือ ในเรื่องการฝากทรัพย์จะมีแต่เฉพาะสิ่งที่มีรูปร่างเท่านั้นจึงจะฝากได้ แต่ในเรื่องทรัสต์นั้น ทรัสต์สินทุกชนิดอาจตกอยู่ภายใต้ทรัสต์ได้ และผู้รับฝากทรัพย์ไม่มีกรรมสิทธิ์ในตัวทรัสต์สินนั้น แต่ทรัสต์มีกรรมสิทธิ์ในตัวทรัสต์สิน และแม้ว่าทรัสต์จะได้ขายทรัสต์สินนั้นไปโดยทำนอกเหนือไปจากคำสั่งที่ไว้ไว้ก็ตาม ผู้ซื้อทรัสต์สินโดยสุจริตเสียค่าตอบแทน และไม่รู้ว่าทรัสต์สินที่ตกอยู่ภายใต้ทรัสต์ย่อมจะได้กรรมสิทธิ์ในตัวทรัสต์สินนั้น⁵⁷

นอกจากนี้ทรัสต์ยังมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาตัวการตัวแทน กล่าวคือแม้ทรัสต์กับตัวแทนจะมีลักษณะที่เหมือนกันคือการมีภาระหน้าที่ของความซื่อสัตย์และห้ามมีผลประโยชน์ขัดต่อหน้าที่ ห้ามกำไรใด ๆ โดยไม่มีอำนาจและต้องทำบัญชีอย่างเหมาะสม แต่ข้อแตกต่างที่เด่นชัดระหว่างทรัสต์กับตัวแทนคือ ทรัสต์มีกรรมสิทธิ์ในทรัสต์สินและไม่ถูกควบคุมจากผู้รับประโยชน์ แต่ตัวแทนจะถือทรัสต์สินแทนตัวการและถูกควบคุมให้ปฏิบัติตามที่ได้รับมอบหมาย⁵⁸

6.2 สถานะของทรัสต์ในทางกฎหมาย

การริเริ่มอธิบายว่าองค์กรหรือสถาบันใดควรมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายนั้นเริ่มต้นขึ้นในประเทศอังกฤษ เนื่องจากความเติบโตในทางการค้าพาณิชย์⁵⁹ ต่อมาในศตวรรษที่ 15 – 16 ความคิดนี้ได้แพร่หลายต่อไปในยุโรปซึ่งนักกฎหมายอังกฤษได้อธิบายเรื่อง corporate personality ว่าคณะบุคคลที่เข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วนหรือสมาคมย่อมมีสภาพเป็นบุคคลโดยกฎหมายสมมติให้มีขึ้น เรียกว่า “artificial person”⁶⁰ ซึ่งในทางทฤษฎีมีข้อถกเถียงกันอยู่ว่านิติบุคคลเกิดขึ้นได้อย่างไร โดยแนวคิดแรกเสนอโดย Savigny เห็นว่า สภาพบุคคลที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติมิได้เฉพาะบุคคลธรรมดาแต่นิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติ แม้สถาบัน คณะบุคคล ฯลฯ จะมีอยู่ในความจริง แต่สภาพบุคคลของนิติบุคคลจะเกิดขึ้นได้ก็โดยกฎหมายสมมติรับรองให้มีขึ้นเท่านั้น ซึ่งเรียกแนวคิดนี้ว่า “ทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ” (Fiction Theory) ส่วนอีกทฤษฎีหนึ่งถือว่า นิติบุคคลหาได้เป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติให้มีขึ้นแต่อย่างใด หากแต่เป็นบุคคลที่เกิดจากการที่คนหลายคนมา “เข้ากัน” และ “ตกลงใจ” ร่วมกัน มีชีวิต จิตใจและเป็นตัวของตัวเอง จนมีสถานะเป็นหน่วยทางสังคมอย่างแท้จริง

⁵⁶ ผู้สนใจสามารถศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมได้ใน บัญญัติ สุชีวะ, ทรัสต์, 19.

⁵⁷ บัญญัติ สุชีวะ, ทรัสต์, 24.

⁵⁸ รัชณี สุนทรมนตรี, การจัดการทรัสต์สินของผู้เยาว์โดยผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 1574: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายทรัสต์ของประเทศอังกฤษ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546, 61 – 62.

⁵⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมายบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559, 250.

⁶⁰ โปรคดู Blackstone, Commentaries on laws of England, (7th ed.), อ้างใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมายบุคคล, หน้าเดียวกัน.

ขึ้นมาและย่อมมีค่าในสังคมไม่ต่างไปจากบุคคลธรรมดา เราเรียกทฤษฎีนี้ว่า “ทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ” (Real Corporation Theory) ซึ่งเสนอโดย Gierke

ข้อโต้แย้งทางทฤษฎีว่าด้วยนิติบุคคลนี้ได้ส่งผลต่อความคิดในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการได้มาซึ่งสภาพบุคคลในระบบกฎหมาย ซึ่งอาจแบ่งเป็น 3 ระบบ⁶¹ คือ

1) นิติบุคคลอาจตั้งขึ้นโดยอิสระ (free corporation system) กล่าวคือ กฎหมายรับรองให้นิติบุคคลเกิดขึ้นเมื่อปรากฏว่าคณะบุคคลหรือองค์กรใดได้จัดตั้งกันเป็นตัวเอง มีสถานที่ตั้ง มีวัตถุประสงค์ และผู้แทนครบถ้วนตามเงื่อนไขในกฎหมายแล้วก็มีฐานะเป็นนิติบุคคลขึ้นเลยโดยอัตโนมัติ ผู้ประสงค์จะตั้งนิติบุคคลไม่จำเป็นต้องทำการอย่างอื่นเพิ่มเติมนอกเหนือจากนั้นอีก แนวความคิดนี้ เป็นผลมาจากการยอมรับทฤษฎี Real Corporation Theory ซึ่งวิธีดังกล่าวนี้มีปฏิบัติ อยู่ในประเทศ สวิตเซอร์แลนด์ตามมาตรา 52 ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส โดยใช้กับการจัดตั้งสมาคม ที่มีวัตถุประสงค์ ทางธุรกิจการค้า และการจัดตั้งมูลนิธิประจำตระกูลหรือมูลนิธิทางศาสนา

2) การจัดตั้งเป็นนิติบุคคลโดยต้องได้รับอนุญาตจากพนักงาน (concession system) เป็นระบบที่สะท้อนความคิดว่านิติบุคคลเกิดขึ้นได้จากอำนาจรัฐเท่านั้น อันเป็นความคิดที่สืบเนื่องมาจากการรับ Fiction Theory อย่างเต็มตัว โดยวิธีการขออนุญาตนั้นรัฐสามารถกำหนด จำนวนนิติบุคคลหรือกำหนดเงื่อนไข ตามที่เห็นสมควรเพื่อให้ผู้ประสงค์จะจัดตั้งนิติบุคคลปฏิบัติเพื่อประโยชน์ในการจำกัดและควบคุมการดำเนินงานของนิติบุคคลอย่างใกล้ชิด ในอดีตวิธีการนี้เป็นที่นิยมกันในหมู่ประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษ แต่ในปัจจุบันใช้อย่างจำกัดมาก

3) การจัดตั้งนิติบุคคลโดยผู้ขอจัดตั้งปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้วไปขอจดทะเบียนนิติบุคคลต่อเจ้าพนักงาน (normative system) เป็นระบบที่ผู้ขอจัดตั้งนิติบุคคล ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ หรือมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ครบถ้วน เจ้าพนักงานจึงจะทำการจดทะเบียน นิติบุคคลให้ซึ่งอาจนับได้ว่าเป็นการหาจุดกึ่งกลางระหว่างแนวคิดตาม Fiction Theory และ Corporation Theory โดยวิธีนี้เป็นที่นิยมในหลายประเทศ เช่น สวิตเซอร์แลนด์ ได้ใช้สำหรับสมาคมที่มีวัตถุประสงค์ ในเชิงธุรกิจการค้า และประเทศเยอรมันใช้ในกรณีจดทะเบียนสมาคมทั่วไปที่ไม่มีวัตถุประสงค์เชิงธุรกิจการค้า เป็นต้น

โดยการกำหนดนิติฐานะของทรัสต์ในระบบซีวิลลอว์ของแต่ละประเทศอาจมีมุมมองที่แตกต่างกัน โดยที่บางประเทศมีการรับรองฐานะของทรัสต์ให้มีฐานะเป็นนิติบุคคล เช่น ประเทศญี่ปุ่น แต่บางประเทศไม่รับรองนิติฐานะของทรัสต์แต่อย่างไรโดยใช้หลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์และมองว่าทรัสต์เป็นเพียงกองทรัพย์สินที่ไม่มีสถานะทางกฎหมายจึงอาจส่งผลการฟ้องร้องบังคับคดีและความรับผิด ตลอดจนการรับรู้สถานะของทรัสต์ตามอนุสัญญา

7. แนวทางการพัฒนากฎหมายทรัสต์ในประเทศไทย

เดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้ห้ามมิให้จัดตั้งทรัสต์ขึ้นในประเทศไทย⁶² จนกระทั่งในปี พ.ศ.2551 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1686 โดยใช้คำว่า “อันว่าทรัสต์นั้น จะก่อตั้งโดยตรงหรือโดยอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใด ๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดีหรือเมื่อตายแล้วก็ดี ห้ามผลไม่ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น” และในช่วงเวลาเดียวกันได้มีการประกาศใช้

⁶¹ กิติศักดิ์ ปรกติ, *หลักกฎหมายบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 7, 252 – 253.

⁶² มาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ซึ่งถือเป็นการยอมรับให้มีการก่อตั้งทรัสต์ขึ้นในประเทศไทยอีกครั้งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการระดมทุนในตลาดทุน

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นกลับมิได้ยอมรับให้มีการก่อตั้งทรัสต์เป็นการทั่วไป ดังนั้น การที่จะนำหลักกฎหมายทรัสต์มาใช้ในการอื่นนอกเหนือจากการทำธุรกรรมในตลาดทุนย่อมต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมและบริบทของสังคมไทย

เมื่อพิจารณาถึงประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับการก่อตั้งทรัสต์ในประเทศไทย พบว่า การที่กฎหมายห้ามมิให้มีการก่อตั้งทรัสต์ไว้ในมาตรา 1686 (เดิม) ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เนื่องจากการก่อตั้งทรัสต์มีลักษณะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอื่น โดยมีข้อจำกัดว่าบุคคลนั้นจะต้องใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนอันกำหนดตัวแน่นอนหรือเพื่อการสาธารณกุศลอันแน่นอน⁶³ อันเป็นการทำให้ทรัพย์สินต้องผูกมัดกับบุคคลหนึ่งหรือหลายคนตลอดไป ทำให้ทรัพย์สินไม่เปลี่ยนมือ เป็นการขัดขวางความเจริญก้าวหน้าต่อเศรษฐกิจ⁶⁴ซึ่งจะเห็นได้ว่าเหตุผลของการห้ามมิให้จัดตั้งทรัสต์ขึ้นในประเทศไทยเนื่องจากการพิจารณาถึงผลของการจัดตั้งทรัสต์ในลักษณะที่เป็นข้อจำกัดการใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หากแต่มิได้พิจารณาถึงหลักการประการอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อการบริหารจัดการทรัพย์สินของผู้ซึ่งมีอำนาจจัดการทรัพย์สินนั้นได้ด้วยตนเองหรือถูกจำกัดความสามารถในการจัดการทรัพย์สิน เช่น การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ การจัดการทรัพย์สินมรดกของผู้จัดการมรดก เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีความเห็นเกี่ยวกับข้อจำกัดของการจัดตั้งทรัสต์ในประเทศไทยว่าสามารถใช้หลักการอื่นแทนการก่อตั้งทรัสต์ได้ เช่น การจัดตั้งบริษัท, การทำสัญญาตัวการตัวแทน, สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก เป็นต้น ซึ่งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวนี้สามารถนำหลัก Fiduciary ซึ่งเป็นหลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในกฎหมายทรัสต์มาใช้ได้เช่นกัน จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้เกิดการไม่ยอมรับความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์เป็นการทั่วไปที่มีใช้การทำธุรกรรมในตลาดเงินในประเทศไทย⁶⁵

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาประวัติความเป็นมาของทรัสต์ในระบบซีวิลลอว์ พบว่า ทรัสต์มีที่มาจากกฎหมายโรมันซึ่งเป็นกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ โดยกฎหมายโรมันปรากฏหลักที่สำคัญประการหนึ่งคือ หลัก “Fiducia” หรือ “หลักสุจริต” (good faith) ซึ่งประเทศไทยได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” โดยจะเห็นได้ว่าการรับหลักการที่สำคัญในการสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่กรณีสามารถใช้หลักการดังกล่าวหรือปรับใช้หลักการดังกล่าวให้เหมาะสม และไม่เป็นการยากแต่ประการใดที่จะอ้างหลักสุจริตในการกำหนดหน้าที่และสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่กรณี

นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังกำหนดหลักการใช้และตีความกฎหมายไว้ในมาตรา 4 ความว่า

“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

⁶³ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 419/2491 อ้างใน เปรียบ หุตางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545, 190 – 191.

⁶⁴ เปรียบ หุตางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 8, 191.

⁶⁵ จุมพล แดงสกุล, การนำหลักกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ในลักษณะ Fiduciary มาใช้บังคับในประเทศไทย, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551, 68 – 69.

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ดังนั้น การปรับใช้นิติสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นในประเทศไทย อาจปรับใช้โดยอาศัยมาตรา 4 กล่าวคือ จะต้องค้นหาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก่อน หากไม่มีก็ต้องค้นหาจารีตประเพณีในเรื่องดังกล่าวว่ามีอยู่หรือไม่ หากไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ก็ต้องพิจารณาเทียบเคียงจากบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หากไม่มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้อ้างหลักกฎหมายทั่วไป

โดยการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) คือ การวินิจฉัยโดยอาศัยความคล้ายคลึงกันของข้อเท็จจริง ซึ่งถือเป็นหลักในการทำวินิจฉัยที่เก่าแก่ที่สุดหลักหนึ่งของโลก โดยในระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปที่ยึดถือระบบประมวลกฎหมายนั้น ถือว่าการใช้การเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นนิติวิธีที่จำเป็นอย่างยิ่งที่ใช้เพื่อการอุดช่องว่างของกฎหมาย โดยหากข้อเท็จจริงใดที่ผู้ร่างกฎหมายมิได้คาดเห็นล่วงหน้า และถือเป็นอำนาจทั่วไปที่ศาลในระบบการปกครองแบบแบ่งแยกอำนาจสามารถกระทำได้ โดยไม่ถือเป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติแต่ประการใด⁶⁶

ดังนั้น เมื่อมีนิติสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์เกิดขึ้นในประเทศไทยย่อมสามารถนำมาตรา 4 และมาตรา 5 มาปรับใช้เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่กรณี

นอกจากนี้ ประเทศไทยอาจต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมและความเป็นไปได้ในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับใช้และรับรองทรัสต์ (the Law Applicable to Trusts and on their Recognition) ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่กล่าวถึงกฎหมายที่ใช้บังคับตลอดจนการรับรองทรัสต์ที่มีนิติสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศตลอดจนกฎหมายทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เนื่องจากมีนิติวิธีในการใช้และการตีความที่มีลักษณะคล้ายกันเพื่อนำไปสู่การร่างกฎหมายทรัสต์ที่เป็นบทบัญญัติทั่วไปเพื่อใช้คุ้มครองสิทธิของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องรวมทั้งส่งเสริมและดึงดูดการลงทุนทั้งภายในและต่างประเทศ

8. สรุป

เป็นที่ทราบดีว่าประเทศไทย ได้รับอิทธิพลของกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์จึงทำให้การบังคับใช้และการตีความกฎหมายอาจมีข้อความเห็นที่ไม่ลงรอยเกิดขึ้นอยู่เสมอ แต่อย่างไรก็ดี ภายใต้ระบบกฎหมายที่ประเทศไทยใช้บังคับอยู่ยังคงเป็นระบบซีวิลลอว์ที่ยึดตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งหากประเทศไทยยอมรับให้มีการจัดตั้งทรัสต์เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกเหนือจากการลงทุนในตลาดทุนโดยมีบัญญัติกฎหมายทรัสต์ที่กำหนดสถานะ ความสัมพันธ์และสิทธิหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องไว้เป็นการเฉพาะ อาจส่งผลต่อปัญหาในการตีความนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องและอาจนำมาซึ่งความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นแก่คู่กรณี

แนวทางที่สำคัญในการป้องกันปัญหาดังกล่าวคือ การใช้นิติวิธีในการตีความกฎหมายตามแนวทางการตีความกฎหมายทั่วไปเพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายทรัสต์เป็นบทบัญญัติเฉพาะเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่กรณี รวมถึงการศึกษาเทียบเคียงกฎหมายทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เนื่องจากหลักกฎหมายทรัสต์ในระบบคอมมอนลอว์อาจมีที่มาและแนวคิดที่แตกต่างกับแนวคิดทางกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ดังเช่นหลักการเป็นเจ้าของหลัก

⁶⁶ Katja Langenbucher, “Argument by Analogy in European Law”, *Cambridge Law Journal*. 57 (3), November 1988, 481 – 521.

กฎหมายกรรมสิทธิ์ในกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์ ซึ่งทั้งสองระบบต่างมีมุมมองที่แตกต่างกัน ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เดียวกันภายใต้บริบทความคิดที่แตกต่างกันอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นธรรมต่อคู่กรณี จึงควรที่จะมีการศึกษาหลักกฎหมายทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์พร้อมทั้งกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความ อันจะเป็นชนวนความคิดในการกำหนดหลักกฎหมายภายในของประเทศไทยที่ชัดเจนและเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

บรรณานุกรม

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2550). หลักกฎหมายบุคคล. (พิมพ์ครั้งที่ 7.). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2555). ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. (พิมพ์ครั้งที่ 4.). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จุมพล แดงสกุล. (2551). การนำหลักกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ในลักษณะ Fiduciary มาใช้บังคับในประเทศไทย. นิติศาสตรมหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ฉมาพันธ์ สัยกุลประดิษฐ์. (2555). การก่อตั้งทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินมรดก. นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- บัญญัติ สุชีวะ. ทรัสต์. สืบค้นวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2561, จาก http://elib.coj.go.th/Article/d9_1_4.pdf
- เพริียบ หุตางกูร. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก. (พิมพ์ครั้งที่ 8.). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- รัชณี สุธนมนตรี. (2546). การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์โดยผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 1574: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายทรัสต์ของประเทศอังกฤษ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สมาคมบริษัทหลักทรัพย์ไทย. ประเทศไทยควรอนุญาตให้มีการประกอบธุรกิจทรัสต์ที่เปิดกว้างมากขึ้น. สืบค้นวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2561, จาก http://www.asco.or.th/uploads/upfiles/files/ASCO%20article_Trust_newsletter_for%20press_final(1).pdf
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. ความรู้เกี่ยวกับทรัสต์. สืบค้นวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2561, จาก https://www.set.or.th/th/products/listing/files/Know_trusts.pdf
- อานนท์ มาเฒ่า. (2560). กฎหมายทรัพย์สิน: ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 2.). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- Andrea, V. A new type of civil law trust. Retrieved February 1, 2018, from https://www.step.org/sites/default/files/Branches/hungary/apr_2015/vicari.pdf
- Bahamas, S. The Legal and tax treatment of trusts in France. Retrieved June 26, 2016, from http://www.step.org/sites/default/files/Branches/treatment_france_trustsDec2002.pdf
- Buckland & McNair, AD. (2008). Roman Law and Common Law. (2nded.), Cambridge University Press.

- Costigan, George P. (1914). The Classification of trust as Express, Resulting, and Constructive. *Harvard Law Review*, 27 (5), 437.
- Davies, Paul S. & Graham, Virg. (2013). *Equity & Trust: Text, Case, and Materials*. Oxford : Oxford University Press.
- Edward, R. & Stockwell, N. (1992). *Trust & Equity*. London: Pitman.
- Emerich, Y. (2013). The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership. *The Worlds of the Trust*. New York: Cambridge University Press.
- Filippo, N. Trusts under threat. Retrieved February 2, 2018, from https://academy.mishcon.com/wp-content/uploads/2017/12/4Articles_A4_aw.pdf
- Garrigues, J. (1953). *Law of Trusts*. *Am J Comp L*, 25 (2), 27.
- Hayton, DJ. (2003). *The Law of Trusts*. (4thed.), Sweet & Maxwell: London.
- Ho, L. & lee, R. (2013). *Trust law in Asian civil law jurisdictions: a comparative analysis*. Cambridge University press.
- Jaffey, P. (2015). Explaining the trust. *Law Quarterly Review*. 131 (377), 386 – 387.
- Johnston, D. (1988). *The Roman Law of Trusts*. Clarendon Express: Oxford.
- Koessler, J. (2012). Is there room for the trust in a civil law system? The French and Italian perspective. *Creative Commons Attribution-Noncommercial-NoDerivs, 2.0*, UK: England & Wales Mach, 7.
- Langenbucher, K. (1998). Argument by Analogy in European Law. *Cambridge Law Journal*, 57 (3), 481 – 521.
- Lepaulle, P. (1927). Civil Law Substitutes for Trusts. *The Yale Law Journal*. 36 (8), 1.
- Main legislation pertaining to trusts. Retrieved February 7, 2018, from <http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts05.html>
- Martinez, Ignacio A. (1982). Trust and the Civil Law. *Louisiana Law Review*, 42 (5), special Issue, 1713.
- Michaud, P. Tax treatment of trust in France. Retrieved July 7, 2016, from <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/tax-treatment-of-trust-in-france-taxation-of-trust-in-france.html>
- Origins of trusts in Japan and the enactment of the trust Act and the Trust Business Act. Retrieved February 7, 2018, from http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts02_01.html
- Pearce, R. & Warren, Barr. (2015). *Pearce & Stevens. Trust and Equitable Obligations*. (6^{ed}ed), Oxford: Oxford University Press.

Pont, GE Dal. Equity's Chameleon – Unmasking the Constructive Trust. Australian Bar Review.

Types of trusts. Retrieved February 1, 2018, from http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts02_01.html.

Verbit, Gilbert P. (2002). The Origins of trust. Xlibris Corporation.

Waters, DWM. (1995). The Institution of the Trust in Civil and Common Law. Académie de Droit International. 156.