

ปัญหากฎหมายตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 :
ศึกษากรณีการก่อตั้งทรัสต์โดยมีเจตนาหลบเลี่ยงการชำระหนี้

นายภูซังค์ อีรนนทราพร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2551
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LEGAL PROBLEMS OF THE TRUST FOR TRANSACTIONS IN CAPITAL MARKET ACT

B.E.2550 :

A CASE STUDY OF CREATION OF TRUST BY INTENTION OF EVASIVE
PERFORMANCE

Mr. Puchong Teeranuntaraporn

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of LAW

Chulalongkorn University

Academic Year 2009

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหากฎหมายตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อคุ้มครองใน
ตลาดทุน พ.ศ.2550: ศึกษากรณีการก่อตั้งทรัสต์โดยมี
เจตนาหลบเลี่ยงการชำระหนี้

โดย

นายภูษงค์ ธีรนนทรภาพร

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสติพิพันธุ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ธิติพันธ์ ธีรบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ สำเร็จ เมฆเกรียงไกร)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสติพิพันธุ์)

..... กรรมการ
(อาจารย์สุทธิชัย จิตรวาณิช)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร)

นายภูงศ์ ธีรนนทราพร : ปัญหากฎหมายตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550: ศึกษากรณีการก่อตั้งทรัสต์โดยมีเจตนาหลบเลี่ยงการชำระหนี้.

(LEGAL PROBLEMS OF THE TRUST FOR TRANSACTIONS IN CAPITAL MARKET ACT B.E.2550: A CASE STUDY OF CREATION OF TRUST BY INTENTION OF EVASIVE PERFORMANCE) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : รองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, 238 หน้า.

ลูกหนี้อาจใช้ทรัสต์ตาม พ.ร.บ.ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 เป็นเครื่องมือในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ เนื่องจากลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องนำทรัพย์สินไปฝากให้ทรัสต์ช่วยจัดการดูแลเพื่อมอบให้แก่ผู้รับประโยชน์ โดยทรัพย์สินที่ไปฝากนั้นจะต้องถูกโอนกรรมสิทธิ์ไปให้แก่ทรัสต์ แต่ลูกหนี้ซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ด้วยก็ยังสามารถเข้ารับประโยชน์ และเจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่สามารถเข้าบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินได้ในช่วงระยะเวลาที่ทรัพย์สินอยู่ในกองทรัสต์ เพราะทรัพย์สินนั้นมิได้เป็นกรรมสิทธิ์ของลูกหนี้ จึงเป็นช่องทางทำให้ลูกหนี้ทำการซ่อนเจ้านี้ได้ แม้ว่าตามหลักการของ พ.ร.บ.ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน จะกำหนดให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องเป็นบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ และทรัสต์ก็ต้องเป็นผู้ที่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานราชการก่อนก็ตาม แต่ก็มิได้เป็นการยืนยันว่าจะไม่เกิดกรณีดังกล่าว

เมื่อพิจารณาสัญญาการก่อตั้งทรัสต์ตามองค์ประกอบของสัญญา พบว่าการใช้ทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มีความบกพร่อง 2 ประการ คือ วัตถุประสงค์ของสัญญาที่ต้องห้ามตามกฎหมายโดยชัดแจ้ง และเจตนาภายในของสัญญาไม่ตรงกับเจตนาที่แสดงออก รวมถึงการแสดงเจตนาโดยปริยาย แม้กฎหมายไทยจะมีกลไกสำหรับเยียวยาเจ้าหนี้ คือ การกล่าวอ้างความเป็นโมฆะกรรม และการเพิกถอนการซ่อน แต่กลไกดังกล่าวเหมาะสมกับการแก้ไขปัญหาให้แก่เจ้าหนี้ในสัญญาทั่วไปเท่านั้น จากการศึกษากรณีดังกล่าวในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น พบว่าแนวทางการแก้ปัญหาของญี่ปุ่นมาความสอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยมากที่สุด โดยเพิ่มเติมหลักการเพิกถอนการซ่อนให้คำนึงถึงความสุจริตของผู้รับประโยชน์ พร้อมกับกำหนดข้อยกเว้นในการพิจารณาความสุจริตของทรัสต์ แต่อย่างไรก็ตามการแก้ไขกฎหมายอาจจะทำให้เกิดผลกระทบต่อผู้รับประโยชน์ซึ่งสุจริตมากเกินไป ดังนั้นอาจจะใช้วิธีการเพิ่มเติมมาตรการในการคัดกรองการเข้ารับประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ขึ้นใช้แทนการแก้ไขกฎหมาย

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิติ.....

ปีการศึกษา.....2551..... ลายมือชื่ออ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

4986275434 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : TRUST / CAPITAL MARKET / INTENTION OF EVASIVE PERFORMANCE

PUCHONG TEERANUNTARAPORN : LEGAL PROBLEMS OF THE TRUST FOR TRANSACTIONS IN CAPITAL MARKET ACT B.E.2550: A CASE STUDY OF CREATION OF TRUST BY INTENTION OF EVASIVE PERFORMANCE. ADVISOR : ASSISTANT PROFESSOR SANANKORN SOTHIPHAN, DR.JUR., 238 pp.

Trust for Transactions in Capital Market Act B.E. 2550, the debtor may use a trust for evasive performance. The debtor who creates the trust will entrust the properties to a trustee to manage and submit to the beneficiary. Since the properties conveyance must be made to the trustee while the debtor is also able to be the beneficiary, the creditor of trust's settlor has no right for the compulsory performance of the debtor's properties entrusted to the trust because of the properties' non-ownership of debtor. Therefore, the trust becomes the way for the debtor to trickily defraud the creditor. Although Trust Act indicates that the trust's settlor must be a listed public company on the Stock Exchange and the trustee must be approved by the government section, the fraudulence of debtor can occur.

However, when considering the content of trust contract, it found that using the trust for evasive performance comprised 2 defects included the objective of contract expressed manifestly illicit and internal intention differed from expressed intention including the declaration of perverse intention. Although Thai law could provide a remedy for the creditor by claiming the void and cancellation of fraudulent act, it was appropriate for the problems of general contracts only. According to the case study in UK, USA and Japan, it revealed that the resolution approaches of Japan most effectively corresponded to the system of Thai law by adding the principles of the cancellation of fraudulent act with the consideration of the beneficiary's good faith as well as determining the exceptions for considering the trustee's good faith. However, the law amendment could affect the honest beneficiary; therefore, the measure in screening the beneficiary of trust's settlor should be created instead.

Field of Study : LAWS Student's Signature

Academic Year : 2008 Advisor's Signature

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.ความสำคัญของปัญหา.....	1
2.วัตถุประสงค์ในการวิจัย.....	3
3.สมมติฐานของการวิจัย.....	4
4.ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	4
5.วิธีศึกษาวิจัย.....	4
6.ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	5
บทที่ 2 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ และ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับทฤษฎี.....	7
1.ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ และความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับทฤษฎี.....	7
1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์.....	7
1.2 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับทฤษฎี.....	12
1.2.1 ความหมายของทฤษฎี.....	12
1.2.2 ลักษณะของทฤษฎี.....	21
1.2.3 ประเภทของทฤษฎี.....	23
2.การเปรียบเทียบสัญญาก่อตั้งทฤษฎีกับสัญญาประเภทอื่นๆ.....	30
2.1 การเปรียบเทียบสัญญาก่อตั้งทฤษฎีกับสัญญาฝากทรัพย์.....	30
2.2 การเปรียบเทียบสัญญาก่อตั้งทฤษฎีกับสัญญาทั่วไป.....	31
2.3 การเปรียบเทียบสัญญาก่อตั้งทฤษฎีกับสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก.....	32
3.ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ความหมาย และลักษณะของทฤษฎี ตามพระราชบัญญัติทฤษฎีเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550.....	34

3.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ของทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อ ธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550	34
3.2 ความหมายของทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550	35
3.3 ลักษณะของทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550	37
4.ประโยชน์ของทรัสต์ตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมใน ตลาดทุน พ.ศ.2550	38
4.1 การออกใบสำคัญแสดงสิทธิในการซื้อหลักทรัพย์ที่สำรองไว้ (Covered warrant)	39
4.2 การเสนอขายหุ้นให้แก่กรรมการและพนักงาน (Employee Stock Ownership Plan – ESOP)	41
บทที่ 3 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550	44
1.องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ : บุคคลตามสัญญา ก่อตั้งทรัสต์	46
1.1 ผู้ก่อตั้งทรัสต์	46
1.2 ทรัสต์	49
1.3 ผู้รับประโยชน์	54
2.องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ : วัตถุประสงค์ของสัญญา ก่อตั้งทรัสต์	55
2.1 วัตถุประสงค์ก่อตั้งทรัสต์เพื่อธุรกรรมการออกหลักทรัพย์	58
2.2 วัตถุประสงค์ก่อตั้งทรัสต์เพื่อธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์	60
2.3 วัตถุประสงค์ก่อตั้งทรัสต์เพื่อธุรกรรมอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวย ต่อตลาดทุน	64
2.4 สัญญาก่อตั้งทรัสต์มีวัตถุประสงค์อื่นๆ	65
3.องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ : แบบของสัญญาก่อตั้ง ทรัสต์	67

4.องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ : เจตนาของสัญญา ก่อตั้งทรัสต์.....	68
4.1 เจตนาตามปกติวิสัยของสัญญาก่อตั้งทรัสต์.....	68
4.2 เจตนาของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่ต้องการใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการหลบ เลี่ยงการชำระหนี้.....	71
4.2.1 กรณีการแสดงเจตนาแตกต่างจากเจตนาภายใน.....	76
4.2.2 กรณีการแสดงเจตนาโดยปริวิต.....	79
4.3 การก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้.....	81
บทที่ 4 ปัญหากฎหมายและวิธีการแก้ปัญหากรณีมีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบ เลี่ยงการชำระหนี้.....	84
1.ปัญหากฎหมาย : สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้.....	85
2.ปัญหากฎหมาย : ลักษณะของเจตนากรณีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการ ชำระหนี้.....	88
2.1 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มี ลักษณะของเจตนาซ่อนเร้น.....	89
2.2 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มี ลักษณะของเจตนาลวง.....	91
2.3 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มี ลักษณะเป็นนิติกรรมอำพราง.....	95
2.4 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มี ลักษณะเป็นการสำคัญผิดในสาระสำคัญ.....	99
2.5 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มี ลักษณะเป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน.....	102
2.6 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มี ลักษณะเป็นกลฉ้อฉล.....	104
2.7 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มี ลักษณะเป็นการข่มขู่.....	106
2.8 สรุปลักษณะเจตนาของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบ เลี่ยงการชำระหนี้.....	108

3.ผลของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้.....	111
3.1 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ที่มีผล เป็นโมฆะกรรม.....	111
3.2 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ที่มีผล เป็นโมฆียะกรรม.....	115
3.3 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีผลสมบูรณ์.....	121
4.การดำเนินการทางกฎหมายเพื่อเพิกถอนสัญญากรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์มี เจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้.....	121
4.1 การกล่าวอ้างการเป็นโมฆะกรรมและกระบวนการวิธีการกล่าวอ้างการเป็นโมฆะ กรรม.....	122
4.2 การบอกล้างโมฆียกรรมและกระบวนการวิธีการบอกล้างโมฆียกรรม.....	126
4.3 การเพิกถอนการขอลดและกระบวนการวิธีการเพิกถอนขอลด.....	128
4.4 สรุปการดำเนินการทางกฎหมายเพื่อเพิกถอนสัญญากรณีสัญญาก่อตั้ง ทรัสต์มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้.....	135
5.การควบคุมและป้องกันโดยองค์การกำกับดูแล.....	137
บทที่ 5 การดำเนินการทางกฎหมายตามกฎหมายต่างประเทศ.....	141
1.ระบบทรัสต์ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา.....	143
1.1 ทรัสต์ที่ขัดต่อกฎหมายตามแนวของประเทศอังกฤษและประเทศ สหรัฐอเมริกา.....	144
1.2 ผลกระทบของการจัดตั้งทรัสต์ที่ขัดต่อกฎหมาย.....	152
1.3 กรณีที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของทรัสต์ได้.....	154
1.4 การจัดการทรัสต์ที่สามารถถูกเพิกถอน (Voidable).....	155
2.ทรัสต์ตามกฎหมายญี่ปุ่น.....	156
2.1 การดำเนินการทางกฎหมายตามกฎหมายญี่ปุ่น.....	158
3.สรุปการดำเนินการทางกฎหมายตามกฎหมายประเทศอังกฤษ ประเทศ สหรัฐอเมริกา และ ประเทศญี่ปุ่น ในกรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาก่อตั้ง ทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้.....	164

บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	167
บทสรุป.....	168
ข้อเสนอแนะ.....	176
รายการอ้างอิง.....	180
ภาคผนวก.....	184
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	238

บทที่ 1

บทนำ

1. ความสำคัญของปัญหา

บทบาทของตลาดทุนในภาพรวมของระบบเศรษฐกิจมีความสำคัญอย่างยิ่งในการพัฒนาประเทศ ดังนั้นการสร้างเครื่องมือเพื่ออำนวยความสะดวก และ สร้างความคล่องตัวสำหรับการดำเนินกิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจสำหรับตลาดทุนจึงมีความสำคัญอย่างมาก ประกอบกับ ความมีเสถียรภาพในการดำรงอยู่ของตราสารหนี้ และ ตราสารทุน ก็ถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อความเชื่อมั่นของนักลงทุนอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นนักลงทุนภายในประเทศ หรือ นักลงทุนต่างประเทศ

จากเหตุผลข้างต้น การสร้างเครื่องมือที่สามารถอำนวยความสะดวก และ ความคล่องตัวให้กับธุรกรรมในตลาดทุน กับ เครื่องมือซึ่งสามารถสนองความประสงค์ที่จะให้ตราสารหนี้ และ ตราสารทุนมีเสถียรภาพ และ มั่นคงในการถือครองของผู้ซื้อตราสารหนี้ และ ตราสารทุนจึงมีผลดีอย่างมากต่อระบบตลาดทุน และยิ่งไปกว่านั้นถ้าหากสามารถสร้างเครื่องมือที่มีคุณสมบัติอันสามารถตอบสนองความต้องการได้ทั้งสองส่วน คือ ความสะดวกมาพร้อมความมั่นคงก็ยิ่งมีความสำคัญอย่างมาก

สำหรับประเทศไทยได้เลือกที่จะสร้างเครื่องมือที่สนองวัตถุประสงค์ทั้งสองอย่าง โดยนำเอาระบบกฎหมายทรัสต์มาใช้ โดยมุ่งให้ทรัสต์ตอบสนองต่อความสะดวก และ สร้างความคล่องตัวในการดำเนินกิจกรรมสำหรับตลาดทุนเป็นปัจจัยหลัก ส่วนการตอบสนองต่อความมีเสถียรภาพเป็นปัจจัยที่เสริมเข้ามา

แต่อย่างไรก็ตามการนำระบบกฎหมายทรัสต์มาใช้ในประเทศไทยอาจส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายพื้นฐานของประเทศหลายประการ เช่น ระบบกฎหมายมรดกของประเทศไทยซึ่งตั้งแต่อดีตกฎหมายไทยก็บัญญัติห้ามก่อตั้งทรัสต์ในเชิงมรดกมาโดยตลอด หรือระบบกฎหมายลักษณะหนี้ และระบบกฎหมายลักษณะทรัพย์ ที่มีรากฐานที่ต่างกัน เพราะระบบกฎหมายทรัสต์ถูกสร้างมาจากรากฐานของกฎหมายทรัพย์สินในบริบทของระบบ Common Law ในขณะที่กฎหมายลักษณะทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยอยู่ในบริบทของระบบ Civil Law

นอกจากผลกระทบโดยตรงต่อกฎหมายที่มีพื้นฐานที่มาอันแตกต่างกันระหว่างกฎหมายในระบบ Common Law กับ กฎหมายในระบบ Civil Law ผลกระทบอีกประการที่มีความสำคัญเช่นเดียวกัน คือ การใช้กฎหมายทรัสต์โดยผิดไปจากวัตถุประสงค์ของการร่างกฎหมายซึ่งมุ่งหมายให้ทรัสต์เป็นเครื่องมือที่สามารถอำนวยความสะดวก และความคล่องตัวให้กับธุรกรรมในตลาดทุน กับ เครื่องมือซึ่งสามารถสนองความต้องการซึ่งประสงค์จะให้ตราสารหนี้ และ ตราสารทุนมีเสถียรภาพ และ มั่นคงในการถือครองของผู้ซื้อตราสารหนี้ และ ตราสารทุน

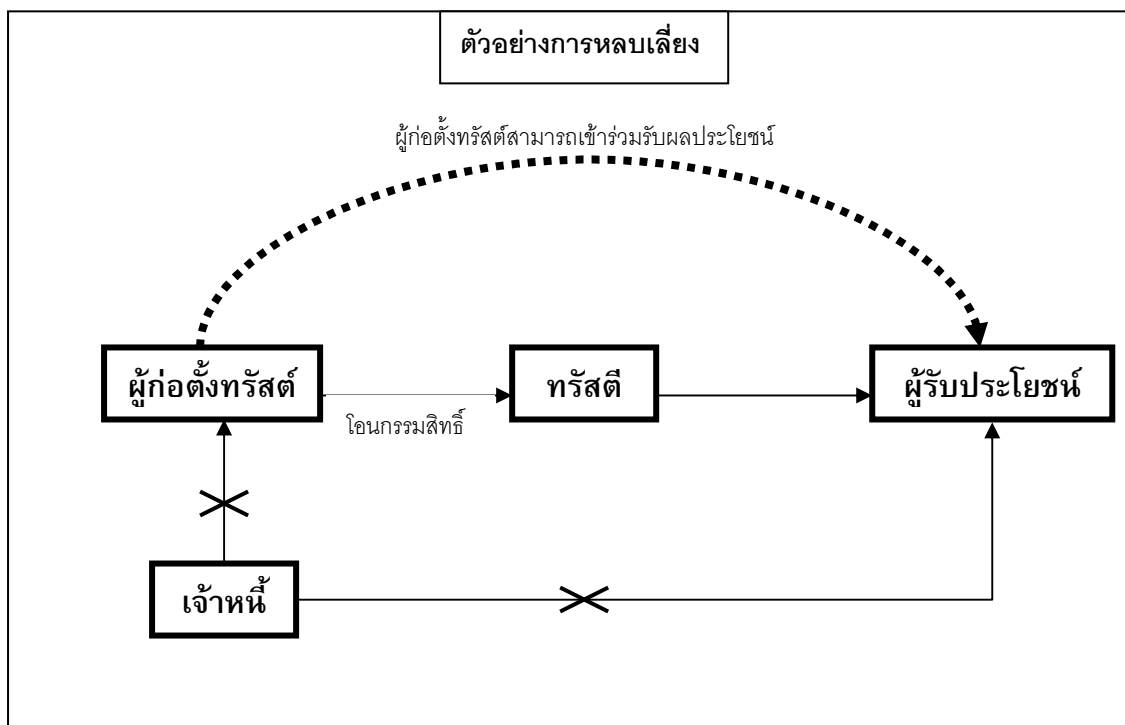
การใช้ที่ผิดวัตถุประสงค์ดังกล่าว คือ การใช้ระบบกฎหมายทรัสต์เป็นเครื่องมือเพื่อใช้หลบเลี่ยงการชำระหนี้ตามกฎหมายจากเจ้าหนี้ เนื่องจากหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายทรัสต์ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องโอนสิทธิในทรัพย์สินให้แก่ทรัสต์ เพื่อให้ทรัสต์ทำหน้าที่ดูแลทรัพย์สินนั้นและส่งมอบให้กับบุคคลอีกบุคคลหนึ่งที่เรียกว่าผู้รับผลประโยชน์ซึ่งเป็นบุคคลที่กำหนดตามเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งตามหลักการทั่วไปผู้รับผลประโยชน์จะเป็นบุคคลภายนอกเมื่อทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนสิทธิ (อันหมายรวมถึงกรรมสิทธิ์ด้วย) ไปยังทรัสต์ เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ย่อมไม่สามารถใช้สิทธิเรียกให้ทรัสต์นำเอาทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ ในอีกฐานะหนึ่ง คือ ทรัพย์สินของลูกหนี้นำมาชำระหนี้ให้แก่ตนได้ ด้วยเหตุนี้เองทรัสต์จึงอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย

นอกจากกรณีตามข้างต้น พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ยังยินยอมผู้ก่อตั้งทรัสต์เข้าร่วมเป็นผู้รับประโยชน์ในกองทรัสต์ได้* จึงอาจเป็นช่องทางที่ทำให้ผู้ทุจริตใช้ทรัสต์โดยตั้งใจจะหลบเลี่ยงการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ง่ายยิ่งขึ้น

* พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

มาตรา 13 สัญญาของผู้ก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์ด้วยมิได้ เว้นแต่มีบุคคลอื่นเป็นผู้รับประโยชน์รวมอยู่ด้วย และผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ไม่เกินสัดส่วนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์เกินสัดส่วนที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้ประโยชน์ส่วนที่เกินนั้นตกเป็นของผู้รับประโยชน์รายอื่น



วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงกรณีที่คู่สัญญาตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ว่าจะสามารถมีกรณีที่การการก่อตั้งทรัสต์ขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์ หรือ เจตนาแอบแฝงที่จะใช้ทรัสต์เป็นเกราะกำบัง เพื่อมิให้เจ้าหนี้ใช้สิทธิเรียกชำระหนี้จากผู้ก่อตั้งทรัสต์ และยังคงรวมถึงกรณีถ้าหากบุคคลที่เกี่ยวข้องอันก่อให้เกิดทรัสต์มีเจตนาแอบแฝงเช่นนั้นจริง กฎหมายไทยซึ่งมีพื้นฐานจากระบบกฎหมาย Civil Law มีความพร้อมที่จะแก้ไขหรือจัดการกับกรณีดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใด

2. วัตถุประสงค์ในการวิจัย

วัตถุประสงค์ในการวิจัย คือ เพื่อศึกษาการก่อตั้งทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 โดยมีวัตถุประสงค์ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ หรือ มีเจตนาการก่อตั้งทรัสต์ เพื่อใช้ประโยชน์จากทรัสต์ในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามกฎหมาย รวมถึงปัจจุบันมีกฎหมายไทยกระบวนการ หรือ วิธีการตามกฎหมายเพียงพอที่จะแก้ไข หรือ จัดการกับการใช้ประโยชน์โดยผิดจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวอย่างไร และ มีความเหมาะสม หรือ มีประสิทธิภาพ ประสิทธิผลมากน้อยขนาดใดที่จะใช้กฎหมายที่มีอยู่ ในการจัดการ

กับกรณีการใช้ประโยชน์โดยผิดจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ทั้งนี้ท้ายที่สุดเพื่อให้หน่วยงาน ทั้งภาครัฐ หรือ ภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องใช้เป็นแนวทางในการดำเนินการ หรือ แก้ไขปัญหาอย่างเหมาะสมต่อไป

3. สมมติฐานของการวิจัย

หลักการพื้นฐานของกฎหมายทรัสต์ที่กำหนดให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์จำเป็นต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ ทรัสต์ เพื่อให้ทรัสต์เป็นผู้ดูแล บริหารจัดการ กองทรัสต์ เพื่อประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์ อาจมีผู้ที่ใช้ประโยชน์จากหลักการพื้นฐานนี้เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามกฎหมาย ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่สามารถแก้ปัญหาดังกล่าวเอาไว้ได้อย่างชัดเจน หรือมีประสิทธิภาพเพียงพอ

4. ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ขอบเขตของการศึกษาวิจัย และการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งศึกษาถึง กรณีการก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามกฎหมายนั้น สามารถนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 4 เรื่อง นิติกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน หมวด 2 เรื่อง การแสดงเจตนา ตลอดจนวิธีการ กระบวนการ และ ขั้นตอนตามกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญมาปรับใช้ ในกรณีจะเพิกถอนสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ตั้งใจจะก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้วิจัยจะศึกษาวิธีการ กระบวนการ และ ขั้นตอนการเพิกถอนการซื้อผลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 กฎหมายลักษณะหนี้ และมีความเหมาะสมในการปรับใช้การเพิกถอนการซื้อผลต่อสภาพการณ์ที่อาจจะเกิดขึ้นตามความเป็นจริง

5. วิธีศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีศึกษาวิจัยแบบการวิจัยเอกสาร โดยอาศัยข้อมูลต่างๆ จากเอกสาร ตำรา บทความ การศึกษาวิจัยในหัวข้อที่ใกล้เคียงกัน ข้อเขียนต่าง ๆ ตลอดจนข้อกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ บันทึกรายงานการประชุมของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 รวมถึงเอกสาร ตำรา และกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องที่ใกล้เคียงกันกับ ทรัสต์ (Trust) ซึ่งจะมีปรากฏเป็นเอกสารตีพิมพ์เผยแพร่ (Hard Copy) หรือ ปรากฏเป็นรูปแบบของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Soft Copy) นอกจากนี้ผู้วิจัยเข้าร่วมสัมมนาวิชาการทั้งทางด้านกฎหมาย และทางด้านเศรษฐกิจในหัวข้อที่เกี่ยวข้อง เพื่อรวบรวม

ข้อคิดเห็นจากบุคคลในแวดวงอันเกี่ยวข้องกับทริสต์ทั้งทางด้านกฎหมาย และทางด้านเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติงานจริง และเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับปัญหามากที่สุด

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. เพื่อให้หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องเนื่องกับทริสต์ต่อไปในภายหน้า ตลอดจนเสนอให้หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องเห็นถึงสภาพปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นจากการใช้ทริสต์โดยผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมาย
2. เพื่อให้หน่วยงานราชการ หรือ องค์กรที่เกี่ยวข้องบัญญัติเป็นกฎหมาย เพื่อป้องกัน และรองรับปัญหาที่อาจมีขึ้น หรืออย่างน้อยให้หน่วยงานราชการ หรือ องค์กรที่เกี่ยวข้องตระหนักรู้ และ เข้าใจปัญหา และนำแนวความคิดดังกล่าวไป กำหนด กฎเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือแนวปฏิบัติ เพื่อให้สอดคล้องกับปัญหา
3. เพื่อให้หน่วยงานราชการ องค์กรที่เกี่ยวข้อง หรือภาคเอกชนที่ได้รับผลกระทบจากการใช้กฎหมายอย่างไม่เหมาะสม ไม่เป็นธรรม ได้ศึกษา และ พยายามสร้างความคุ้มกันเบื้องต้นในการก่อนิติสัมพันธ์ที่มีความเสี่ยงที่จะถูกเอารัดเอาเปรียบ ทั้งนี้หากภาคเอกชนตระหนักถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้น ก็จะสามารถบริหารความเสี่ยงของตนเองได้ แม้จะเกิดความเสียหายอยู่บ้างแต่ก็จะเกิดความเสียหายแต่ในวงที่จำกัด
4. เพื่อส่งเสริมและเพิ่มพูนความรู้ความเข้าใจในเรื่องกฎหมายการลงทุนในตลาดทุนของประเทศไทยและต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเกี่ยวกับทริสต์ที่สามารถนำมาปรับใช้สำหรับการลงทุนได้ ตลอดจนแนวคิดของทริสต์ เพื่อนำข้อดีของทริสต์มาปรับใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมมากที่สุด เนื่องจากนักกฎหมายไทยในปัจจุบันส่วนใหญ่ยังเข้าใจว่าทริสต์เป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายไทย ซึ่งความคิดดังกล่าวถูกเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น ตามข้อเท็จจริงทริสต์ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายมานานแล้ว และพระราชบัญญัติทริสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ก็มีใช้กฎหมายของประเทศไทยฉบับแรกที่น่าเอาหลักการของทริสต์มาปรับใช้ให้เกิดประโยชน์ โดยไม่ได้มีจุดประสงค์โดยตรงเกี่ยวกับมรดก

5. เพื่อสร้างองค์ความรู้และเพิ่มศักยภาพให้กับนิสิต นักศึกษา ประชาชน ผู้สนใจทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงาน ทั้งในด้านกฎระเบียบ กระบวนการ ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย การเชื่อมโยงข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมายใน ส่วนที่เกี่ยวกับการลงทุนในตลาดทุน
6. ทำให้ผู้วิจัยมีความรู้ในเรื่องการทำวิทยานิพนธ์และระเบียบวิธีวิจัยมากขึ้น ทั้งยังเป็น การสร้างพื้นฐานให้แก่ผู้วิจัยในการทำงานวิจัยต่อไปในอนาคต ยังประโยชน์ แก่การทำงานในชีวิตส่วนตัวของผู้วิจัยเอง

บทที่ 2

ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ และ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับทฤษฎี

เนื้อหาของบทนี้จะกล่าวถึงต้นกำเนิดของทฤษฎีโดยทั่วไป และจะกล่าวถึงแนวคิดเบื้องต้นของทฤษฎีตามพระราชบัญญัติทฤษฎีเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ทั้งนี้เนื่องจากผู้วิจัยเชื่อว่าการศึกษากฎหมายที่ดี ควรจะรู้ถึงเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายฉบับนั้นๆ จึงควรที่จะศึกษาถึงที่มา และต้นกำเนิดทฤษฎี

1. ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ และความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับทฤษฎี

1.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรกของโลกที่มีการใช้ “ทฤษฎี” มาเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการทรัพย์สิน ซึ่งต้นกำเนิดที่แท้จริงของทฤษฎีในแรกกำเนิด คือ ผู้สร้างระบบทฤษฎีประสงค์จะนำทฤษฎีมาแก้ไขข้อจำกัดบางประการในการถือครองทรัพย์สินของตนเอง ตลอดจนการบริหารทรัพย์สินนั้นต่อไป

จุดกำเนิดของทฤษฎีตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่อาจสืบค้นได้มานั้น พอที่จะสันนิษฐานในเบื้องต้นได้ว่าการเกิดทฤษฎีนั้นมีที่มาจากประเทศอังกฤษประมาณการว่าอาจจะก่อกำเนิดในสมัยศตวรรษที่ 12-13 โดยข้อมูลที่น่าจะสืบค้นได้บ่งชี้ว่ามีเหตุปัจจัยในการก่อให้เกิดทฤษฎีใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ

1. ทฤษฎี กำเนิดขึ้นจากความจำเป็นของนักบวชของศาสนาคริสต์นิกาย Franciscan Flairs เนื่องจากตามหลักศาสนาของนิกายนี้ห้ามมิให้นักบวชในนิกายถือครองทรัพย์สิน ซึ่งหมายรวมถึงการจำหน่ายแจกทรัพย์สินต่างๆ แต่อย่างไรก็ตามยังมีศาสนิกชนที่เลื่อมใสศรัทธาในนิกาย Franciscan Flairs นี้บริจาคทรัพย์สินต่างๆ ให้แก่นักบวชในนิกาย จึงก่อให้เกิดแนวคิดของการโอนทรัพย์สินซึ่งได้จากการอุทิศถวายจากศาสนิกชนให้แก่นิกาย หรือ นักบวชของนิกายให้แก่บุคคลภายนอกที่สามารถไว้วางใจ และสามารถเชื่อถือได้ถือครองทรัพย์สินนั้นแทนนักบวช ทั้งนี้การให้บุคคลภายนอกถือครองทรัพย์สินนั้นเอาไว้ก็เพื่ออำนวยความสะดวกแก่นักบวชซึ่งไม่อาจถือครองไว้ได้ด้วยตนเองตามหลักศาสนา โดยในยุคสมัยดังกล่าวการโอนทรัพย์สินในลักษณะนี้ยังเป็นการโอนทรัพย์สินโดยเด็ดขาด เมื่อโอนให้แก่กันแล้ว ศาสนิกชนผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินแต่เดิม

หรือ นักบวชในนิกาย ไม่อาจฟ้องร้องต่อผู้รับโอนได้ หากผู้รับโอนทรัพย์สินไม่ปฏิบัติตามพันธะผูกพันที่จะให้ประโยชน์จากทรัพย์สินตกแก่นักบวช ดังนั้นหากผู้รับโอนเกิดทุจริตคิดไม่ซื่อยึดถือทรัพย์สินที่รับโอนเป็นของตนก็ไม่มีวิถีทางที่จะเรียกทรัพย์สินกลับคืน

ทั้งนี้เหตุการณ์ดังกล่าวเป็นผลอันสืบเนื่องจากหลักกฎหมายตามระบบ Common Law ในสมัยนั้นถือเคร่งครัดในเรื่องกรรมสิทธิ์อย่างยิ่ง หากผู้ใดได้ซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแล้ว ผู้นั้นย่อมมีสิทธิยึดถือไว้ใช้ หรือ จำหน่ายออกไป เพื่อประโยชน์เป็นส่วนตัวได้อย่างเต็มที่ เมื่อเกิดเหตุเช่นนี้ศาลศาสนา ที่เรียกว่า ศาลเชควิตี้¹ จึงเข้ามามีบทบาทในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยอาศัยหลักมโนธรรม (Conscience) มาตัดสินข้อพิพาทที่เกิดจากเหตุการณ์ดังกล่าว กล่าวคือ ศาลศาสนายังคงยอมรับว่าผู้รับโอนยังคงเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่รับโอนมา แต่ผู้รับโอนต้องมีมโนธรรมในการถือครองทรัพย์สิน ยังคงต้องเคารพและปฏิบัติตามข้อกำหนด หรือ เงื่อนไขเดิมที่เจ้าของเดิมกำหนดไว้ เพราะผู้รับโอนเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ และความเชื่อใจจะเจ้าของเดิมแล้ว ด้วยแนววินิจฉัยดังกล่าวจึงก่อให้เกิด สิทธิ และหน้าที่ ของผู้รับโอนอันเนื่องมาจากความไว้วางใจ และความเชื่อใจของผู้โอนเป็นครั้งแรก¹

2. ทรรศน์ในอังกฤษเชื่อกันว่าอาจถูกพัฒนามาจาก “วักฟ์” หรือ “วะกัฟ” (waqf – องค์กรรับบริจาคเพื่อสาธารณกุศล ส่วนใหญ่ใช้กับบ่อสงฆ์และสังฆาริมทรัพย์ที่ไม่ใช่เงิน²) ซึ่งได้รับเผยแพร่เข้ามาในช่วงศตวรรษที่ 12 – 13 หรือในช่วงสงครามครูเสด ประเทศในยุโรปซึ่งหมายรวมถึงประเทศอังกฤษด้วยนั้นได้อิทธิพลของวัฒนธรรมของศาสนาอิสลามเข้ามาปรับปรุงพัฒนาสังคมตลอดจนนำมาเอาหลักปฏิบัติบางประการมาปรับใช้ให้เข้ากับสังคมตามหลักศาสนาคริสต์จึงเป็นจุดก่อกำเนิดหลัก

¹ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, “ตำนานทรัพย์สิน,” บทบัญญัติ (2475): หน้า 416- 418.

* ทุก waqf จะต้องประกอบด้วย waqif (ผู้ก่อตั้ง), mutawillis (ทรัพย์สิน), qadi (ผู้ตัดสิน) และผู้รับผลประโยชน์

² Ahmed Al-Matboli. ชาวมุสลิมออสเตรเลียเตรียมสร้างบ้านและร้านค้าให้คนจนในไทยและ ศรีลังกา:Austria Muslims Serve World Poor[Online]. IOL Correspondent, แปลโดย วาริชยา อัมรียิล, 2550. แหล่งที่มา: <http://www.newmuslimthailand.com/main/thirdpage.php?style=preview&spv=1&tpv=1359> [19 มกราคม 2552]

กฎหมายทรัสต์³ โดยเจ้าของที่ดิน (Landowner) สมัยยุคกลางในระบบฟิวด์ล (Feudal system) มีความจำเป็นต้องไปรบในสงครามครูเสดซึ่งมีความเสี่ยงอย่างยิ่งที่จะไม่ได้กลับมายังภูมิลำเนาเดิมของตนอีก ดังนั้นจึงต้องมอบหมายให้ผู้ดูแลที่ดินของตนในขณะที่ตนเองไม่อยู่ ซึ่งโดยปกติของการถือครองที่ดินในระบบฟิวด์ล (Feudal system)⁴ ซึ่งขุนนาง (Lord) ถือครองทรัพย์สินโดยเฉพาะที่ดินแทนกษัตริย์ (เนื่องจากรุกรานของชาวนอร์แมน ทำให้พระเจ้าวิลเลียมทรงอ้างสิทธิเหนือที่ดินทั้งหมดเสมือนหนึ่งว่าถูกริบมาเป็นของพระองค์ และทุกคนถือเป็นผู้เช่าโดยถือครองแทนกษัตริย์โดยตรง หรือทางอ้อม⁵) ย่อมต้องมีการให้บริการต่างๆ* จากบุคคลธรรมดา (Lay tenure)⁶ ในพื้นที่ หรือบุคคลอื่น ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ผู้ดูแลที่ดินแทนจึงต้องได้รับโอนความเป็นเจ้าของมาโดยเด็ดขาด ทั้งนี้เพื่อดำเนินกิจกรรมในระบบฟิวด์ลได้สะดวก แต่ทั้งนี้เจ้าของที่ดินอาจจะต้องให้ผู้รับโอนที่ดินทราบในเงื่อนไขว่า หากตนเองกลับจากสงครามแล้วผู้รับโอนจะต้องโอนที่ดินดังกล่าวกลับคืนสู่ตน แต่ก็บ่อยครั้งที่เจ้าของที่ดินเดิมที่กลับจากการรบก็ถูกปฏิเสธ

³ Gaudiosi Monica M, "The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College," University of Pennsylvania Law Review 136,4 (April 1988): 1231-1261.

⁴ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 31.

⁵ เรื่องเดียวกัน

* การให้บริการมี 3 ประเภทใหญ่ คือ

1. Knight service – มีหน้าที่จัดเตรียมทหาร รวมถึง มีสิทธิได้รับเงิน ประเภทต่างๆ เช่น เงินค่าธรรมเนียมจากผู้เช่ารายใหม่ (Relief), เงินช่วยเหลือ (Aids) เป็นต้น
2. Sergeanty – ได้รับการอารักขา
3. Socage – ได้รับการให้บริการทางด้านสิกกรรม

ต่อมาการให้บริการ แบบ Knight service และ Socage สามารถชำระเป็นเงินได้ เรื่องเดียวกัน, หน้า 32-33.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 32.

ไม่ได้รับการโอนที่ดินคืนตามเงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้จากผู้รับโอนซึ่งมีฐานะเป็นเจ้าของที่ดินตามกฎหมายของอังกฤษในสมัยนั้น⁷

ทั้งนี้เนื่องจากหลักกฎหมายของอังกฤษมิได้ยอมรับว่าการสร้างเงื่อนไขให้โอนกลับคืนสามารถกระทำได้ในสมัยนั้น (ตามแนววินิจฉัยของ ศาลคอมมอนลอว์) ดังนั้นเจ้าของที่ดินเดิมที่โอนทรัพย์สินไปให้บุคคลอื่นแล้วก็จะถูกตัดขาดจากทรัพย์สินนั้นโดยสิ้นเชิง กฎหมายไม่รับรู้ถึงสิทธิใดๆ ของเจ้าของเดิมอีก ซึ่งหลักกฎหมายเช่นนี้ทำให้เหล่าอัศวินครูเสดไม่พอใจอย่างมากในที่สุดจึงถวายฎีกาไปยังพระมหากษัตริย์ ทั้งนี้เรื่องจึงไปสู่ศาลชานเซอร์รี่ (The court of Chancery) เพื่อดำเนินการพิจารณาและตัดสินกรณีดังกล่าว จากการนี้ดังกล่าว ศาลชานเซอร์รี่ได้พิจารณารวมหลัก Common Law กับ หลัก Equity เข้าไว้ด้วยกัน* โดยยึดหลักว่า หากพิจารณาตามหลัก Common Law แล้วมีประเด็นปัญหาและข้อต่อสู้ทางหลัก Equity ก็ให้รับฟังข้อต่อสู้ทาง Equity และให้เยียวยาตามหลัก Equity และถ้าในเรื่องนั้นหลัก Common Law ขัดแย้งกับ หลัก Equity ก็ให้ใช้หลัก Equity ตัดสินคดี

จากหลัก Equity ผลการตัดสินของศาลชานเซอร์รี่จึงเป็นไปแนวทางที่ ผู้เป็นเจ้าของที่ดินเดิมยอมมีสิทธิบังคับให้ผู้รับโอนทรัพย์สินต้องคืนที่ดินที่ได้รับโอนไป เมื่อเป็นแนวปฏิบัติในการตัดสินคดีความเรื่อยมา อัศวินนักรบครูเสด หรือ ทายาทของอัศวินนักรบครูเสดซึ่งถือเป็นผู้รับผลประโยชน์ และ ผู้รับโอนที่ต้องถูกผูกพันให้ต้องโอนทรัพย์สินกลับคืนเมื่อถูกเรียกร้องก็คือทรัพย์สินนั่นเอง⁸

⁷ รพี สุจริตกุล, “การเสวนา: การลงทุนเปิดเผย การเมืองโปร่งใส ผ่านกลไก Blind Trust,” วันที่ 15 มกราคม 2552.

* ศาลชานเซอร์รี่ มีอำนาจพิจารณาทั้ง Common Law และ Equity โดย การพิจารณาคดีตาม Common Law จะเรียกว่า การพิจารณาแบบ Latin Jurisdiction เพราะการพิจารณานั้นที่เป็นภาษาลาติน ส่วนอำนาจในการพิจารณาคดีตาม Equity จะเรียกว่า การพิจารณาแบบ English Jurisdiction การพิจารณานั้นที่เป็นภาษาอังกฤษ - สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, หน้า 81.

⁸ Wikipedia. Trust law[Online]. U.S.: Wikimedia Foundation, Inc., 2009. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Trust_law [2009, January19]

จากจุดกำเนิดเบื้องต้นที่กล่าวมาทั้ง 2 ลักษณะ แม้ว่าเหตุการณ์จะต่างกัน แต่ก็สามารถสรุปได้ว่า สาเหตุที่เป็นปัจจัยบังคับให้เกิดทรัสต์มีที่มาจากข้อจำกัดการโอนทรัพย์สิน เมื่อโอนแล้วเจ้าของเดิมจะไม่มีสิทธิใดๆ ทั้งสิ้นกับทรัพย์สินที่โอนไปแล้ว แม้ว่าจะมีข้อตกลงระหว่างกันเป็นอย่างไรก็ตามก็ไม่มีผลบังคับ จนในที่สุดศาลจึงหาทางออกโดยสร้างหลัก Equity มาทดแทนหลักกฎหมายทรัพย์สินแบบดั้งเดิม

ยกตัวอย่างดังนี้ ก. ทำพินัยกรรมยกเงินให้ ข. 10,000 บาท และสั่งให้ ข. ลงทุนซื้อพันธบัตรเงินกู้ของรัฐบาล และให้เอาดอกเบี้ยหรือผลประโยชน์ที่ได้รับจ่ายให้ ค. ในระหว่างที่ ค. ยังมีชีวิตอยู่ และเมื่อ ค. ตายแล้วให้ ข. จัดการขายพันธบัตรนั้น และแบ่งเงินที่ขายได้ให้บุตรของ ค. คนละเท่า ๆ กัน ตามตัวอย่างนี้ เมื่อ ก. ให้เงินแก่ ข. แล้ว ข. ก็ควรจะได้เงินนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ และแม้ ก. จะสั่ง ข. ให้จัดการเกี่ยวแก่เงินนั้นอย่างไรต่อไป ค. ผู้จะได้รับประโยชน์จากคำสั่งของ ก. นั้น ก็ไม่น่าที่จะบังคับ ข. ให้ปฏิบัติตามคำสั่งของ ก. ได้ เพราะ ค. เป็นบุคคลภายนอก ไม่มีนิติสัมพันธ์อย่างใดกับ ข. เลย เหตุนี้กฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษจึงไม่ยอมรับบังคับให้ แต่โดยทาง Equity แล้ว นักกฎหมายต่างเห็นกันว่า ถ้าปล่อยไปเช่นนั้นน่าจะไม่ยุติธรรม เพราะการที่ ก. ให้เงิน ข. ก็โดยเจตนาจะให้ ข. จัดการลงทุนเงินนั้นเพื่อเก็บผลประโยชน์ให้ ค. และเมื่อ ค. ตายแล้ว ก็ต้องการให้เงินนั้นตกเป็นของบุตรของ ค. หาใช่ตั้งใจจะให้เป็นที่ลี้ภัยแก่ ข. ไม่ ดังนี้ศาลชานเซอร์รี่ (Chancery Court) ซึ่งเป็นฝ่าย Equity จึงเข้ามาแทรกแซงบังคับให้ ข. จำต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ ก. ได้ให้ไว้ อันความสัมพันธ์ระหว่าง ข. กับ ค. หรือบุตรของ ค. (ที่เกิดแล้ว หรือจะเกิดขึ้นภายหลัง) ซึ่งทำให้ ข. มีหน้าที่จำต้องปฏิบัติตามคำสั่งของ ก. และก่อให้เกิดสิทธิแก่ ค. หรือบุตรของ ค. ที่จะบังคับ ข. ให้ปฏิบัติตามคำสั่งของ ก. นั้น เรียกว่าทรัสต์ ก. เรียกว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์ ข. ผู้ได้รับเงินและถือว่าเป็นเจ้าของเงินตามกฎหมาย มีสิทธิจะจัดการแก่เงินได้ทุกประการเรียกว่าทรัสต์ และ ค. ผู้ซึ่งมีสิทธิแต่เพียงจะบังคับให้ ข. ส่งมอบดอกเบี้ยหรือผลประโยชน์ให้ตนตลอดเวลาที่ยังมีชีวิตอยู่ หรือบุตร ค. ผู้ซึ่งมีสิทธิบังคับ ข. ให้ขายพันธบัตรเอาเงินมาแบ่งให้ตน เมื่อ ค. ตายแล้วนั้น เรียกว่าผู้รับประโยชน์ (Beneficiaries หรือ Cestuis que trust)⁹

ดังนั้นหลักกฎหมายทรัสต์กับหลัก Equity จึงมีความเกี่ยวโยงกันอย่างใกล้ชิด แต่อย่างไรก็ตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่กล่าวลงลึกในหลัก Equity มากนัก

⁹ บัญญัติ สุชีวะ, “ทรัสต์,” อุลพาหะ 1 (2505): 22.

เพราะ หากจะศึกษาลงลึกในหลัก Equity จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาระบบ Common Law อย่างละเอียดซึ่งหัวข้อการศึกษาวินิจฉัยดังกล่าวมิได้อยู่ในขอบเขตการศึกษาวินิจฉัย แต่อย่างไรก็ตามก็ผู้วินิจฉัยจะกล่าวหลัก Equity แต่เพียงพอสังเขปเท่านั้น เนื่องจากหลักกฎหมายของทรัสต์จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องอ้างอิงมาจากหลักของ Equity

1.2 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับทรัสต์

1.2.1 ความหมายของทรัสต์

ในการให้คำจำกัดความของทรัสต์นั้น ยังไม่มีนักกฎหมายคนใดให้คำจำกัดความที่ดีสมบูรณ์โดยไม่บกพร่องได้เลย ดังนั้นจึงสมควรที่จะนำคำจำกัดความของนักกฎหมาย และ คำจำกัดความตามกฎหมายต่างประเทศโดยมีรายละเอียดดังนี้

George T. Bogert ได้ให้คำจำกัดความของ ทรัสต์ ไว้ว่า “ทรัสต์ คือ ความสัมพันธ์อันไว้วางใจกันระหว่างบุคคลคนหนึ่งที่จะเข้าถือครองทรัพย์สินด้วย เก็บรักษาด้วยหน้าที่อันถูกต้อง และจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของอีกบุคคล”¹⁰

Gary Watt ได้ให้คำจำกัดความของ ทรัสต์ส่วนบุคคล ไว้ว่า “ทรัสต์ส่วนบุคคล คือ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่าง เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริง กับเจ้าของประโยชน์ในทรัพย์สิน โดยมาตรฐานของทรัสต์ คือ ทรัสต์ที่ทุกคนมีหน้าที่ตามที่ถูกว่าจ้างให้เข้ามาเป็นเจ้าของตามกฎหมาย เพื่อรักษาประโยชน์ของผู้รับประโยชน์”¹¹

Trust Act 1922 ของประเทศญี่ปุ่น “มาตรา 1 ทรัสต์ตามกฎหมาย คือ การโอน หรือจำหน่ายสิทธิในทรัพย์สินให้แก่บุคคลหนึ่งเพื่อจัดการหรือจำหน่ายสิทธิในทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์เฉพาะอย่าง”^{*}

¹⁰ George T. Bogert, *Trusts*, 6th edition (St. Paul Minnesota: West Publishing Co., 1987), p. 1.

¹¹ Gary Watt MA Oxon, *Trusts Textbook*, 2nd Edition (Great Clarendon Street Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 27.

* Trust Act 1922

Article 1 The trust within the meaning of the Law shall signify to transfer or

จากการให้ความหมายสำหรับคำว่า “ทรัสต์” ของนักกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่าแตกต่างกันไปในรายละเอียด แต่อย่างไรก็ตามในทุกความหมายของทรัสต์ที่เป็นความเห็นของนักกฎหมาย รวมถึงตามกฎหมายของต่างประเทศ ก็จะสามารถสรุปรวมหลักการสำคัญได้ว่า ทรัสต์ หมายถึง นิติสัมพันธ์ทางทรัพย์สินอย่างหนึ่งอันเกิดจากบุคคลหนึ่งที่เรียกว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) โอนกรรมสิทธิในทรัพย์สินให้อีกบุคคลหนึ่งที่เรียกว่าทรัสต์ (Trustee) เพื่อให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินที่ได้รับโอนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นที่เรียกว่า ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ทั้งนี้ ทรัสต์ต้องจัดการทรัพย์สินที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์อย่างซื่อสัตย์และระมัดระวัง (Fiduciary Duty and Duty of Care)

เมื่อพิจารณาตามความหมายเบื้องต้นแล้ว ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) จะเป็นผู้ใดก็ได้ รวมถึงไม่ใช่สาระสำคัญว่าจะเป็นอย่างใด อาจจะไม่ใช่บุคคลซึ่งมีชีวิตจิตใจ แม้จะเป็นสัตว์ก็สามารถรับผลประโยชน์จากทรัพย์สินในกองทรัสต์ได้ หรือจะเป็นบุคคลภายนอกซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) ก็ได้ รวมถึงจะเป็นตัวผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) ก็ได้ มีเงื่อนไขห้ามแต่อย่างไร หรือแม้กระทั่งจะเป็นตัวทรัสต์เองก็ถือว่าเป็นผู้รับประโยชน์ในกองทรัสต์ได้เช่นกัน

ทรัสต์ในทางทฤษฎีจะประกอบด้วยหลักการ 3 ประการ ซึ่งเรียกว่าหลักความแน่นอน 3 ประการ (Three Certainties) ซึ่ง Lord Longdale ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในคดี Knight v. Knight* ดังนี้¹²

(1) มีเจตนาที่จะตั้งทรัสต์ที่แน่นอน (certainty of intention) ผู้ก่อตั้งทรัสต์ จะต้องแสดงเจตนาที่จะก่อตั้งทรัสต์ โดยการแสดงออกเป็นลายลักษณ์อักษร หรือการบอกเจตนาดังกล่าวให้บุคคลอื่นทราบ การคิดจะจัดตั้งทรัสต์โดยไม่ได้แสดงออกถือว่าไม่มีเจตนาอันแน่นอนที่จะตั้งทรัสต์

otherwise dispose of a property right and cause another person to administer or dispose of the property in accordance with a specific purpose.

* Knight v. Knight 1840 WL 4397 (Ct of Chancery), (1840) 3 Beav. 148, 49 E.R. 58 (Ct of Chancery) Court of Chancery 7 August 1840

¹² Phillip Pettit, Equity And The Law of Trust, 10th Edition (Great Clarendon Street Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 44.

เจตนาที่จะก่อตั้งทรัสต์ต้องปรากฏถ้อยคำที่ใช้ในการก่อตั้งทรัสต์ที่แน่นอนชัดเจน และต้องแสดงให้เห็นว่าเป็นคำสั่ง ผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องแสดงความตั้งใจจะให้ทรัสต์เกิดขึ้น ดังนั้นถ้อยคำที่ไม่มีน้ำหนัก เช่น คิดว่า หวังว่า เชื่อได้ว่า ผู้รับทรัพย์สินจะยึดถือทรัพย์สิน หรือจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น จะไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการก่อตั้งทรัสต์¹³

เช่น คดี *Re Adams and The Kensington Vestry** เป็นกรณีที่เจ้ามรดกทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้ภรรยา โดยให้ความเชื่อมั่นว่าภรรยาจะใช้ความถูกต้องแบ่งทรัพย์สินนั้นระหว่างลูกๆ ของตนเองได้ กรณีนี้ไม่ถือว่าเกิดทรัสต์ ฉะนั้น ภรรยาก็ไม่ใช่ทรัสต์

หรือ คดี *Mussoorie Bank Ltd. v. Raynor*** กรณีนี้เจ้ามรดกยกทรัพย์สินให้แก่ภรรยา แต่ภรรยา กลับแบ่งทรัพย์สินทั้งหมดให้แก่ลูกๆ ของตนเอง เป็นการทำให้เจตนาของภรรยาเอง เป็นความประสงค์ของภรรยา ฉะนั้นไม่ถือเป็นทรัสต์

หรือ คดี *Re Diggles**** เรื่องนี้มีประเด็นเกี่ยวกับคำที่ว่า "เป็นความประสงค์ของข้าพเจ้าที่ต้องการจะให้เธอจ่ายเงินรายปีให้กับ X ปีละ 25 ปอนด์" ถ้อยคำเช่นนี้ไม่ถือว่าเงินรายปีนั้นเป็นทรัพย์สินในกองทรัสต์ และไม่เกิดทรัสต์

(2) มีทรัพย์สินของกองทรัสต์ที่แน่นอน (certainty of subject matter) การก่อตั้งทรัสต์จะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์หรือก่อทรัพย์สินในทรัพย์สิน ฉะนั้น ผู้ก่อตั้งทรัสต์ จะต้องกำหนดทรัพย์สินของกองทรัสต์ไว้อย่างชัดเจนและแน่นอน โดยต้องมีอยู่ในขณะก่อตั้งทรัสต์

¹³ Ibid., pp. 45 – 47.

* *Adams and Kensington Vestry*, Re WL 19025 (CA), (1884) LR 27 Ch. D. 394
Court of Appeal 17 July 1884

** *Mussoorie Bank Ltd. v. Raynor* 1881 WL 18752 (Privy Council), (1881-82) LR 7 App. Cas. 321 Privy Council (India) 21 March 1882

*** *Re Diggles or Also known as: Gregory v Edmondson* 1888 WL 10389 (CA), (1888) LR 39 Ch. D. 253 Court of Appeal 6 July 1888

ทรัพย์สินของกองทรัสต์ที่แน่นอนจะแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ ทรัพย์สินภายใต้กองทรัสต์ กับ ทรัพย์สินซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่จะให้แก่ผู้รับประโยชน์ ดังนั้นทั้งทรัพย์สินภายใต้กองทรัสต์ และทรัพย์สินซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่จะให้แก่ผู้รับประโยชน์ จะต้องแน่นอน หากขาดความแน่นอนในทรัพย์สินส่วนใดส่วนหนึ่งทรัสต์นั้นจะไม่มีผลบังคับฟ้องร้องกันได้

เช่น คดี *Re London Wine** กรณีนี้เป็นที่บริษัทไวน์ให้ลูกค้าซื้อไวน์แล้วให้ลูกค้าเก็บไวน์ของตนเองไว้ในโกดังของบริษัทก่อน โดยให้ลูกค้าเสียค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการเก็บมีข้อตกลงให้เก็บไวน์ดังกล่าวไว้โดยถือว่าเป็นไวน์ค้างส่ง พอบริษัทล้มละลายจึงมีข้อโต้แย้งว่าลูกค้ายังไม่ได้กรรมสิทธิ์ในไวน์ หรือ มีการก่อตั้งทรัสต์แล้วหรือไม่ ซึ่งกรณีนี้ศาลได้ตัดสินว่า ทรัพย์สินในกองทรัสต์ยังไม่แน่นอน ไม่ได้มีการแบ่งแยกหรือจัดเก็บไว้อย่างเหมาะสมสำหรับลูกค้าแต่ละราย ดังนั้นจึงยังไม่เกิดเป็นทรัสต์

หรือ คดี *Boyce v. Boyce*** เป็นกรณีเจ้ามรดกทำพินัยกรรมยกบ้าน 2 หลัง ให้แก่ทรัสต์ โดยสั่งให้มอบบ้านหลังหนึ่งให้แก่ นาย X โดยให้สิทธิ นาย X ที่จะเลือกบ้านหลังใด และให้บ้านที่เหลืออยู่เป็นของ นาย Y ต่อมา นาย X ตายก่อนเจ้ามรดก ฉะนั้นบ้านจึงยังไม่ถูก นาย X เลือกไว้ ศาลถือว่าทรัสต์เพื่อประโยชน์ของ นาย Y ยังไม่มีผล¹⁴

(3) มีผู้รับประโยชน์ที่แน่นอน (certainty of object) ทรัสต์จะต้องมีผู้รับประโยชน์ที่แน่นอน ดังนั้น ผู้ก่อตั้งทรัสต์จึงต้องกำหนดผู้ที่จะเป็นผู้รับประโยชน์ ไว้อย่างแน่นอน

ถ้าหากไม่สามารถกำหนดตัวผู้รับประโยชน์ได้ในขณะก่อตั้งทรัสต์ หรือไม่อาจทราบได้ว่าเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องการให้ใครเป็นผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ ทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้นั้นย่อมจะมีไม่ได้ เพราะโดยเจตนาของทรัสต์ไม่ได้ต้องการให้

* *London Wine Co (Shippers), Re* 1986 WL 408668 (Unknown Court - UK), 1986 P.C.C. 121 1st January 1986

** *Boyce v. Boyce* 1949 WL 34537 (Ct of Chancery), 60 E.R. 959, (1849) 16 Sim. 476 Court of Chancery 13 January 1849

¹⁴ *Ibid.*, pp 47 – 50.

ทรัพย์สินในกองทรัสต์ตกเป็นของทรัสต์ มิฉะนั้นก็ต้องทำสัญญาประเภทอื่น ซึ่งไม่ใช่สัญญาก่อตั้งทรัสต์

ในคดี *Milroy v. Lord** ได้วางแนวบรรทัดฐานของการก่อตั้งทรัสต์ที่สมบูรณ์ว่า ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องกระทำการใดๆ อันจำเป็นเพื่อโอนทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้ ที่ตนประสงค์จะให้ยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อบุคคลอื่น หรือ ประกาศว่าตนเองยึดถือทรัพย์สิน นั้นๆ ไว้เพื่อบุคคลอื่น และให้การก่อตั้งทรัสต์นั้นมีผลผูกพันตนเอง ทั้งนี้การโอนที่สมบูรณ์ นั้นขึ้นอยู่กับลักษณะของทรัพย์สินนั้นๆ เช่น การโอนที่ดินก็ต้องมีการจดทะเบียน (Deed) หรือถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ การโอนก็กระทำได้ด้วยการส่งมอบ หรือจะทำเป็นตราสารการ ให้ด้วยก็ได้¹⁵

จากคดีนี้ศาลได้วางหลักการไว้ 3 ข้อ คือ ประการแรก คือ ทรัพย์สินที่ จำเป็นต้องจดทะเบียนก็ต้องดำเนินการให้สมบูรณ์จึงจะสามารถก่อให้เกิดทรัสต์ได้

ประการที่สอง คือ ทรัสต์ต้องยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อผู้รับประโยชน์ ดังนั้น การโอนทรัพย์สินจึงต้องมีผู้รับประโยชน์ และทรัสต์ต้องแสดงตนโดยเปิดเผยว่าได้ยึดถือ ทรัพย์สินนั้นเพื่อผู้รับประโยชน์

ประการที่สาม คือ การเปิดเผยรายการทรัพย์สินในทรัสต์ต้องทำอย่าง ละเอียดย

จากหลักความแน่นอน 3 ประการ (Three Certainties) ที่ทำให้เกิดทรัสต์ ได้แล้ว ทรัสต์ยังประกอบด้วย 5 ส่วน ดังนี้

(1) ผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor หรือ Grantor หรือ Trustor) โดยทั่วไป บุคคล ใดๆ ก็ตามที่มีทรัพย์สิน ซึ่งไม่มีข้อจำกัดในการโอนหรือสร้างภาระผูกพันในทรัพย์สินนั้น บุคคลเหล่านี้สามารถก่อตั้งทรัสต์ได้ทั้งสิ้น¹⁶ แต่ก็อาจจะมีข้อยกเว้นบางประการซึ่งเป็นไป ตามสภาพบุคคล เช่น บริษัทย่อมก่อตั้งทรัสต์ได้เฉพาะที่อยู่ในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท

* *Milroy v. Lord* 1862 WL 6373 (QB), 45 E.R. 1185, (1862) 4 De G.F. & J. 264

Court of Queen's Bench 26 July 1862

¹⁵ *Ibid.*, pp 98-100.

¹⁶ George T. Bogert, *Trusts*, pp. 20 -21.

หรือ ในประเทศอังกฤษที่ไม่อนุญาตให้หญิงที่มีสามีก่อนวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2425 สามารถก่อตั้งทรัสต์ได้¹⁷

ดังนั้นคุณสมบัติของผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่ต้องมี คือ อำนาจในการส่งมอบทรัพย์สินไปไว้ในกองทรัสต์ การส่งมอบที่สมบูรณ์ คือ ทรัสต์สามารถเข้าใช้อำนาจในการดูแลจัดการ หรือบริหารทรัพย์สินในกองทรัสต์ให้เป็นไปตามเงื่อนไข และวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งทรัสต์ กล่าวคือ ถ้าเป็นทรัพย์สินที่การส่งมอบสมบูรณ์ด้วยการจดทะเบียน (deed) ก็ต้องดำเนินการจดทะเบียนให้เรียบร้อย หากทรัพย์สินใดสมบูรณ์ด้วยการส่งมอบก็ต้องส่งมอบให้อยู่ในอำนาจของทรัสต์ ซึ่งมีคำพิพากษาได้วางบรรทัดฐานในเรื่องนี้แล้ว คือ คดี Milroy v. Lord ซึ่งได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

การส่งมอบทรัพย์สินนั้น เป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะส่งผลทำให้ทรัสต์เกิดขึ้น และสามารถดำรงอยู่เป็นตัวตน (Entity) เพราะ ทรัสต์ต้องเข้าไปควบคุมดูแลจัดการทรัพย์สินนั้น และอาจจะต้องแสวงหาประโยชน์จากกองทรัสต์นั้นให้ได้

เมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ทรัสต์แล้ว ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะไม่มีอำนาจควบคุมดูแลจัดการทรัพย์สินทั้งสิ้น แต่ในทางปฏิบัติทรัสต์อาจจะดำเนินการตามที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์แนะนำได้ เนื่องจากว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์เคยเป็นเจ้าของทรัพย์สินในกองทรัสต์ แต่อำนาจจัดการขั้นที่สุดย่อมตกแก่ทรัสต์¹⁸ ซึ่งมีแนวคำพิพากษาได้วางบรรทัดฐานเอาไว้

คดี Turner v. Turner* ศาลได้วางแนวบรรทัดฐานว่า หากคราวใดที่จัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์โดยปราศจากดุลพินิจของทรัสต์ หรือทรัสต์กระทำไปโดย

¹⁷ บัญญัติ สุชีวะ, “ทรัสต์,” อุลพาหะ 1:25-27.

¹⁸ Paul Todd and Sarah Lowrie, Textbook on Trusts, 5th Edition (Aldine Place London: Blackstone Press Limited, 2000), p. 76.

* Turner v. Turner 1983 WL 216274 (Ch D), [1983] 2 All E.R. 745, [1984] Ch. 100, [1983] 3 W.L.R. 896, (1984) 81 L.S.G. 282, (1983) 127 S.J. 842 Chancery Division 1 March 1983

ปราศจากการตัดสินใจโดยอิสระของทรัสต์ การจัดการทรัพย์สินในครั้งนั้นถือว่าเป็นโมฆะ (Void)¹⁹

(2) สัญญาก่อตั้งทรัสต์ (Trust Deed หรือ Settlement หรือ Declaration of Trust) โดยปกติทั่วไปการเกิดทรัสต์จะเกิดจากการตัดสินใจของผู้ก่อตั้งทรัสต์ เว้นแต่กรณีการเกิดทรัสต์โดยผลของกฎหมาย ซึ่งจะเป็นทรัสต์ที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษเฉพาะเรื่องนั้นๆ ดังนั้น ผู้ก่อตั้งทรัสต์ส่วนใหญ่มักจะจัดตั้งทรัสต์โดยวิธีการจัดทำเอกสาร สามารถเรียกได้หลากหลายชื่อ เช่น Trust Deed หรือ Settlement หรือ Declaration of Trust ซึ่งจะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว หรือนิติกรรมหลายฝ่ายก็ได้ ซึ่งกรณีการนิติกรรมฝ่ายเดียวเพื่อที่จะก่อตั้งทรัสต์นั้นอาจจะทำโดยการประกาศ (Declaration) ว่า ตนได้ถือทรัพย์สินในกองทรัสต์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นโดยการแสดงออกดังกล่าว ดังนั้นสัญญาก่อตั้งทรัสต์จึงอาจทำโดยเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้²⁰ แต่โดยทั่วไปมักจะทำเป็นเอกสาร

สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะมีองค์ประกอบอย่างน้อย 3 ประการ คือ

ประการแรก คือ สัญญาต้องระบุว่าผู้ใดเป็นทรัสต์ ซึ่งเป็นองค์ประกอบทั่วไปของสัญญาที่จะต้องมีการระบุถึงตัวคู่สัญญา

ประการที่สอง คือ ผู้รับประโยชน์ โดยผู้รับประโยชน์นั้นไม่จำเป็นต้องระบุจำเพาะเจาะจงว่าต้องเป็นบุคคลนั้นบุคคลนี้ และอาจจะระบุเป็นคุณสมบัติของผู้รับประโยชน์ให้ชัดเจนเพียงพอก็ได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักการมีผู้รับประโยชน์ที่แน่นอน (certainty of object) หากขาดผู้รับประโยชน์ก็ต้องถือว่าไม่มีการเกิดทรัสต์ขึ้น

ประการที่สาม คือ เงื่อนไขในการถือครองทรัพย์ กล่าวคือ ทรัสต์นั้นดำรงอยู่เพื่อวัตถุประสงค์อันใด เพื่อที่ทรัสต์สามารถทำหน้าที่ได้อย่างถูกต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์

(3) ทรัสต์ (Trustee) โดยปกติผู้ใดก็ได้ที่มีความสามารถในการยึดถือทรัพย์สินในทางนิตินัย หรือ เป็นเจ้าของทางนิตินัย (Legal Ownership หรือ Legal

¹⁹ D.J. Hayton, The Law of Trusts(London: Sweet&Maxweel, 1989), p. 107.

²⁰ George T. Bogert, Trusts, pp. 106.

Estate) ผู้นั้นก็สามารเป็นทรัสต์ได้ ในคดี Re Vinogradoff* ศาลได้วางแนวบรรทัดฐานไว้ว่า ทารกสามารถเป็นทรัสต์ในประเภททรัสต์ที่กลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง (Resulting trust) ได้ แม้ต่อมาจะมีกฎหมายมายกเลิกก็ตาม²¹

ดังนั้น ทรัสต์จึงอาจจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล และจะเป็นบุคคลคนเดียว หรือหลายบุคคลก็ได้ โดยทรัสต์จะได้รับแต่งตั้งโดยผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือโดยตราสารก่อตั้งทรัสต์ หรือ โดยรับการแต่งตั้งจากศาลให้กระทำการในฐานะทรัสต์ มีหน้าที่ดูแล และจัดการทรัพย์สินให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์การจัดตั้งทรัสต์

ทั้งนี้ ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจจะเป็นทรัสต์เสียเอง หรือ เป็นผู้รับประโยชน์ด้วยก็ได้ แต่จะต้องมีบุคคลอื่นมาร่วมรับผลประโยชน์ด้วย มิฉะนั้นการก่อตั้งทรัสต์จะไม่เป็นผล เนื่องจากโดยปกติธรรมดาวิญญูชนย่อมไม่สามารถบังคับตนเองเพื่อประโยชน์ของตนเองได้²²

ทรัสต์สามารถแบ่งได้ 5 ประเภท²³ คือ

1. ทรัสต์ธรรมดา (Ordinary Trustee) เป็นทรัสต์ตามหลักกฎหมายทรัสต์ แต่งตั้งโดยเจตจำนงของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ภายใต้ Trust Deed หรือ Settlement หรือ Declaration of Trust แล้วแต่กรณี
2. ทรัสต์ที่ศาลตั้ง (Judicial Trustee) ในกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่สามารถหาผู้ที่จะเป็นทรัสต์ได้ ศาลเปิดโอกาสให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์ขอให้ศาลแต่งตั้งให้ได้ หรือในบางกรณีผู้รับประโยชน์และทรัสต์คนปัจจุบันสามารถร้องขอให้ตั้งทรัสต์คนใหม่มาทำหน้าที่ทรัสต์แทนได้
3. The public Trustee เป็นทรัสต์ที่รัฐตั้งขึ้น ถือเป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่ง ลักษณะพิเศษของทรัสต์ประเภทนี้คือ ไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับเป็นทรัสต์ได้

* Vinogradoff, Re, [1935] WN 68

²¹ Paul Todd and Sarah Lowrie, Textbook on Trusts, p. 352.

²² Simon Gardner, An Introduction to the Law of Trusts, 2nd Edition (Great Clarendon Street Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 7-8.

²³ Philip Pettit, Equity And The Law of Trust, pp. 305-312.

เนื่องจากบางครั้งการทำหน้าที่ทรัสต์ก็มีภาระหน้าที่ และต้นทุนสูงการทำหน้าที่เป็นทรัสต์ให้กับกองทรัสต์ที่เล็กๆ ก็อาจจะไม่คุ้มกับต้นทุน ทำให้ทรัสต์ธรรมดา (Ordinary Trustee) ไม่อยากเข้ามาดำเนินการ รัฐจึงจำเป็นต้องสร้าง The public Trustee ขึ้น

4. ผู้รับฝากทรัพย์สิน (Custodian Trustee) โดยส่วนใหญ่จะทำหน้าที่ยึดถือ ดูแล หรือรับฝากทรัพย์สิน แต่การจัดการทรัสต์ประเภทนี้จะไม่เหมือนกับทรัสต์ทั่วไป โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจจะแต่งตั้งทรัสต์อีกคนมาเป็นผู้บริหารจัดการ (Managing Trustee) ดังนั้นอาจจะไม่ถือว่าผู้รับฝากทรัพย์สิน (Custodian Trustee) เป็นทรัสต์โดยทางทฤษฎี

5. Trustee Corporations เป็นรูปแบบที่สร้างขึ้นเพื่อตอบสนองกับการจัดการดูแลกองทรัสต์ที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญในการบริหารจัดการทรัพย์สิน และความมั่นคงทางการเงิน ซึ่งในต่างประเทศจะอยู่ในรูปของธนาคาร บริษัทประกันภัย

โดยภาพรวมแล้วทางทฤษฎีไม่ได้จำกัดว่าผู้ใดจะมาเป็นทรัสต์ เพียงแต่ว่าผู้ที่จะมาเป็นทรัสต์นั้นจะต้องมีความสามารถ และประการสำคัญคือ ทรัสต์ต้องดำรงอยู่ในหน้าที่ คือ จัดการทรัพย์สินที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์อย่างซื่อสัตย์และระมัดระวัง (Fiduciary Duty and Duty of Care)

(4) ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) จะต้องถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนในขณะที่ยกตั้งทรัสต์ ซึ่งจะต้องระบุไว้ใน Trust Deed หรือ Settlement หรือ Declaration of Trust แล้วแต่กรณี โดยไม่จำเป็นต้องระบุเป็นตัวบุคคล เพียงแต่กำหนดเป็นเพียงคุณสมบัติของผู้รับประโยชน์ก็ได้ ดังนั้นผู้รับประโยชน์อาจจะเป็นบุคคลคนเดียว หรือหลายบุคคล หรือแม้จะเป็นกลุ่มบุคคลก็ได้

ผู้รับประโยชน์ จะถือว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางพหุติฉิน (Equitable Ownership หรือ Equitable Interest) ซึ่งจะได้รับประโยชน์โดยไม่จำเป็นต้องเข้าเป็นคู่สัญญา หรือแสดงเจตนาเข้ารับประโยชน์ตามสัญญา ซึ่งเป็นการยกเว้นหลักปกติของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

(5) กองทรัสต์ (Trust Property) คือ ทรัพย์สินที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนให้แก่ทรัสต์ เพื่อถือไว้ตามเงื่อนไขในการถือครองทรัพย์สิน ทั้งนี้กองทรัสต์ยังรวมถึงดอกผลที่ได้จากทรัพย์สินในกองทรัสต์ด้วย

1.2.2 ลักษณะของทรัสต์

เมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดของที่มาและความหมายของทรัสต์ตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้วจะพบว่าลักษณะของทรัสต์หรือนิติกรรมทรัสต์นั้นจะมีลักษณะค่อนข้างเฉพาะเจาะจงอันโดดเด่น ซึ่งเราสามารถแยกลักษณะของนิติกรรมทรัสต์ออกเป็นข้อได้ดังนี้²⁴

1.2.2.1 ทรัสต์ไม่มีสภาพเป็น "บุคคล" ตามกฎหมาย ทรัสต์เป็นเพียงนิติสัมพันธ์ทางทรัพย์สินที่มีความเชื่อมโยงกับกองทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งกองทรัพย์สินดังกล่าวโดยทั่วไปจะเรียกว่า "กองทรัสต์" โดยทั่วไปแล้วสัญญาก่อตั้งทรัสต์จะมีลักษณะคล้ายกันกับสัญญาก่อตั้งบริษัท บริษัทดำเนินการภายใต้และมีความมุ่งหมายของวัตถุประสงค์ของบริษัท ทรัสต์ก็เช่นเดียวกัน เพราะทรัสต์ก็ดำรงอยู่เพื่อวัตถุประสงค์ที่ปรากฏอยู่ในขณะก่อตั้ง²⁵

1.2.2.2 กรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินในกองทรัสต์จะแยกออกมาได้เป็น 2 ส่วน คือ

- ความเป็นเจ้าของทางนิตินัย (Legal Ownership หรือ Legal Estate²⁶) คือ การเป็นเจ้าของที่มีชื่อปรากฏอยู่ในทะเบียนหรือในเอกสารอย่างใดอย่างหนึ่งของทรัพย์สินนั้นๆ (Legal Title) เช่น โฉนดที่ดิน สมุดคู่มือทะเบียนเรือ เจ้าของที่มีชื่อปรากฏอยู่ในทะเบียนย่อมสามารถจำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินในกองทรัสต์ได้ แต่ไม่มีสิทธิได้รับผลประโยชน์จากทรัพย์สินในกองทรัสต์ ซึ่งผู้ถือสิทธินี้ก็คือ ทรัสต์

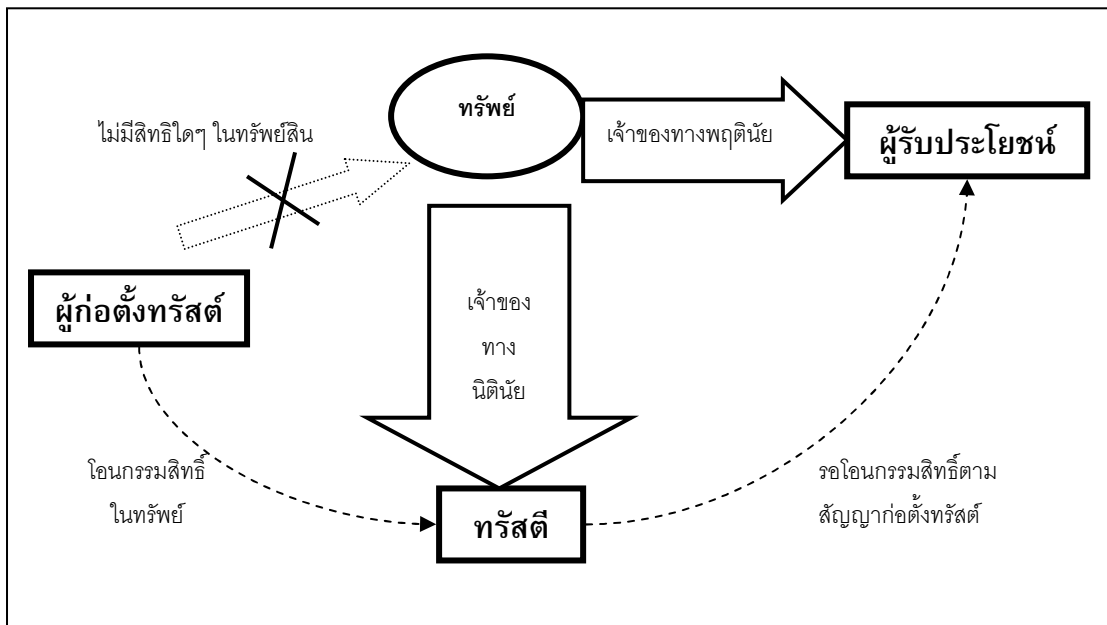
²⁴ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. ทรัสต์เพื่ออุทธรกรรมในตลาดทุน [Online]. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, 2552?. แหล่งที่มา: www.sec.or.th/laws_notification/file_dw_th/trust.pdf [20 มกราคม 2552]

²⁵ D.J. Hayton, The Law of Trusts, p. 5.

²⁶ บัญญัติ สุชีวะ, "ทรัสต์," ดุลพินิจ 1:24.

- ความเป็นเจ้าของทางพหุติฉนัย (Equitable Ownership หรือ Equitable Interest²⁷) คือ การเป็นเจ้าของที่มีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินของ กองทรัสต์ แต่ไม่มีอำนาจจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินในกองทรัสต์ ผู้รับประโยชน์เป็นผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินของกองทรัสต์

การแยกลักษณะสิทธิในทรัพย์สินเป็น 2 ลักษณะแบบนี้ ถือเป็นลักษณะสำคัญอย่างยิ่งที่เป็นหลักการพื้นฐานของการก่อกำเนิดทรัสต์ รวมถึงเป็นหลักการพื้นฐานของทรัสต์ที่ทำให้นิติสัมพันธ์ของทรัสต์สามารถดำรงอยู่ได้ในขณะที่ไม่มีผู้ก่อตั้งทรัสต์แล้ว เพราะเมื่อโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สินให้ทรัสต์แล้ว ทรัสต์ผู้ดูแลทรัพย์สินจะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ได้รับโอนมาเพียงบางส่วนเท่านั้น ในขณะที่สิทธิบางส่วนของผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ตกไปอยู่กับผู้รับประโยชน์แล้ว



²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

- 1.2.2.3 ทรัพย์สินของกองทรัสต์เป็นทรัพย์สินที่แยกต่างหากจากทรัพย์สินของทรัสต์ที่ทรัพย์สินในกองทรัสต์มีเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์เท่านั้น และไม่สามารถนำไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของทรัสต์
- 1.2.2.4 ทรัสต์มีหน้าที่จัดการทรัพย์สินของกองทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์ (Fiduciary Duty) และด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care)
- 1.2.2.5 ผู้รับประโยชน์มีสิทธิที่จะได้รับบรรดาผลประโยชน์จากการจัดการทรัพย์สินของกองทรัสต์ และผู้รับประโยชน์อาจฟ้องร้องให้ทรัสต์ส่งมอบผลประโยชน์จากกองทรัสต์ให้แก่ตนได้ในนามของผู้รับประโยชน์นั่นเอง
- 1.2.2.6 เนื่องจากผู้รับประโยชน์เป็นผู้ที่มีความเป็นเจ้าของทางพฤตินัย (Equitable Ownership หรือ Equitable Interest) ของทรัพย์สินในกองทรัสต์ ผู้รับประโยชน์จึงมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของกองทรัสต์ (Proprietary Right) โดยมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินของกองทรัสต์คืนจากบุคคลภายนอกได้ (Tracing) หากทรัสต์จำหน่าย หรือโอนทรัพย์สินของกองทรัสต์ให้แก่บุคคลภายนอกโดยขัดต่อสัญญาก่อตั้งทรัสต์ เว้นแต่ว่า บุคคลภายนอกนั้นจะสุจริตโดยไม่ทราบว่าทรัสต์โอนทรัพย์สินของกองทรัสต์ให้แก่ตน โดยขัดต่อสัญญาก่อตั้งทรัสต์และได้เสียค่าตอบแทนสำหรับทรัพย์สินนั้น

1.2.3 ประเภทของทรัสต์

ทรัสต์สามารถจำแนกเป็นประเภทได้ 6 กลุ่มดังนี้²⁸

- 1.2.3.1 ทรัสต์โดยแจ้งชัด (Express trust) ทรัสต์โดยปริยาย (Implied trust) ทรัสต์ซึ่งกลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง (Resulting trust) และทรัสต์โดยการสมมุติ (Constructive trust)²⁹

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

²⁹ Paul Todd and Sarah Lowrie, Textbook on Trusts, p. 65.

- 1.2.3.1.1 ทรัสต์โดยแจ้งชัด (Express trust) คือ ทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งแสดงเจตนาที่ตั้งขึ้นโดยชัดแจ้งด้วยตนเอง³⁰ ซึ่งอาจเป็นโดยประกาศตั้งตนเองเป็นทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้อื่น หรือโดยการส่งมอบทรัพย์สินให้ทรัสต์เพื่อให้ยึดถือเป็นประโยชน์แก่ผู้อื่น
- 1.2.3.1.2 ทรัสต์โดยปริยาย (Implied trust) คือ ทรัสต์ที่ถือว่าเกิดขึ้นโดยการสันนิษฐานเอาจากเจตนา หรือ การกระทำของเจ้าของทรัพย์สินว่าประสงค์จะให้มียุทธตั้งขึ้น แต่ว่าเจ้าของทรัพย์สินนั้นมิได้แสดงเจตนาที่ตั้งทรัสต์โดยแจ้งชัด ดังนั้นจึงต้องดูจากการกระทำของผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นหลัก
- 1.2.3.1.3 ทรัสต์ที่กลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง (Resulting trust) ทรัสต์เช่นนี้ ความจริงก็ถือว่าเป็นทรัสต์โดยปริยายเหมือนกัน แต่แบ่งออกมาเพื่อความสะดวกในการเรียกชื่อนั้น ทรัสต์เช่นนี้เกิดขึ้นได้โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์แต่งตั้งทรัสต์ เพื่อให้จัดการทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นตลอดชีวิตของผู้รับประโยชน์นั้น ดังนี้ถ้าผู้รับประโยชน์ตายแล้ว มิใช่ว่าผลประโยชน์นั้นจะตกให้แก่ตัวทรัสต์เอง เพราะตามเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์ย่อมไม่ประสงค์จะให้ทรัพย์สินนั้นเป็นสิทธิขาดแก่ทรัสต์ ดังนั้นทรัสต์จึงต้องยึดถือทรัพย์สินนั้น เพื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทายาทของผู้ก่อตั้งทรัสต์ต่อไป³¹

³⁰ Ibid., p. 65.

³¹ Ibid., pp. 65 – 66.

1.2.3.1.4 ทรัสต์โดยการสมมุติ (Constructive trust)* คือ ทรัสต์ที่เกิดขึ้นโดยการสมมุติตามหลัก Equity โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของเจ้าของทรัพย์สินนั้นว่าประสงค์จะให้ทรัสต์ขึ้นหรือไม่ อาจจะถูกกำหนดขึ้นโดยศาล ทั้งนี้เนื่องจากหลัก Equity ถือว่า ถ้าปล่อยให้ผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินนั้นยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของตนเองแล้วก็จะเป็นการทำลายความไว้เนื้อเชื่อใจที่เจ้าของทรัพย์สินมีต่อตน และเป็นการขัดต่อความเป็นธรรมด้วย ดังนั้น หลัก Equity จึงสมมุติว่าผู้นั้นยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ในฐานะเป็นทรัสต์ ทรัสต์ในลักษณะเช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้ เช่น ก. มอบรถยนต์ 1 คันให้ ข. ยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของ ค. ถ้า ข. โดยสมยอมโอนทรัพย์สินนั้นให้ ง. โดยมีได้รับความยินยอมจาก ค. และ ง. รู้ว่ารถยนต์นั้นตกอยู่ภายใต้ทรัสต์ หรือทราบว่า ค. อยู่ในฐานะเป็นเจ้าของทางพฤตินัย ถือว่า ง. เป็นทรัสต์ของรถยนต์คันนั้น เพื่อ ค. โดยการสมมุติของหลัก Equity หรือ ตัวอย่างคดีที่มีชื่อของอังกฤษคือ คดี Keech v. Sandford ข้อเท็จจริงมีว่าผู้เช่าตลาดแห่งหนึ่งได้ทำพินัยกรรมมอบสิทธิในการเช่านั้นให้ทรัสต์ เพื่อประโยชน์ของบุตรของผู้เช่า ต่อมาก่อนจะสิ้นสัญญาเช่า ทรัสต์ได้ขอต่ออายุการเช่าเพื่อบุตรของผู้เช่านั้น แต่ผู้ให้เช่าไม่ยอม ทรัสต์จึงขอทำสัญญาเช่าต่อเพื่อตนเอง ซึ่งผู้ให้เช่ายอม ศาลถือว่าทรัสต์ต้องถือสัญญาเช่านั้นเพื่อประโยชน์ของบุตรผู้เช่าเดิมต่อไป

นอกจากนี้ ทรัสต์โดยการสมมุตินี้อาจเกิดขึ้นได้ โดยการที่ทรัสต์ใช้ตัวทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์เพื่อหากำไรให้ตนเอง กำไรที่ได้มาก็ต้องยึดถือไว้ในฐานะเป็นทรัสต์เช่นกัน หรือเมื่อ

* Constructive Trust คือ วิธีการเยียวยาอย่างหนึ่งเพื่อความเป็นธรรมโดยศาลจะจัดตั้งทรัสต์ประเภทนี้เพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับทรัพย์สินจากการกระทำผิด โปรดดูเพิ่มเติมในหัวข้อ 1.2.3.1 – Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th Edition (St. Paul: Thomson business, 2004), p. 1547.

ผู้ขายตกลงขายทรัพย์สินให้ผู้ซื้อ ระหว่างที่การซื้อขายยังไม่สมบูรณ์นั้น ถือว่าผู้ขายเป็นทรัสต์ของทรัพย์สินที่ตกลงขายนั้น และยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของผู้ซื้อ หรือเมื่อผู้รับจําของขายทรัพย์สินที่จําของได้เงินเกินกว่านี้จําของ ก็ต้องยึดถือเงินส่วนที่เกินนั้นในฐานะเป็นทรัสต์แทนผู้จําของหรือผู้รับจําของหลัง ๆ ถ้าหากมี

1.2.3.2 ทรัสต์ธรรมดา (Simple or Bare trust) และทรัสต์พิเศษ (Special trust)

การแบ่งเช่นนี้ถือตามหน้าที่ของทรัสต์ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ให้ไว้³²

1.2.3.2.1 ทรัสต์ธรรมดา (Simple or Bare trust) คือ ทรัสต์ซึ่งทรัสต์มีหน้าที่แต่เพียงเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินไว้เท่านั้น ไม่มีหน้าที่อื่นใดที่จะต้องกระทำอีก

1.2.3.2.2 ทรัสต์พิเศษ (Special trust) คือ ทรัสต์ซึ่งทรัสต์มีหน้าที่จะต้องทำอะไรบางอย่างตามคำสั่งของผู้ก่อตั้งทรัสต์ เช่น ข้อความในพินัยกรรมก่อตั้งทรัสต์มีว่า ให้ทรัสต์เป็นผู้เก็บค่าเช่าผลประโยชน์จากทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์ และใช้จ่ายในการบำรุงรักษา หรือประกันตัวทรัพย์สินนั้น และมอบเงินที่เหลือนั้นให้ผู้รับประโยชน์ไปตลอดชีวิต ทรัสต์พิเศษนี้ ส่วนมากได้แก่ ทรัสต์ที่ให้จัดการขายทรัพย์สิน (Trust for sale) และเอาเงินที่ขายได้ชำระหนี้สินของเจ้าของทรัพย์

1.2.3.3 ทรัสต์ที่ก่อตั้งเสร็จแล้ว (Executed trust) และทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ (Executory trust)³³

³² บัญญัติ สุชีวะ, “ทรัสต์,” อุลพาหะ 1:30

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29-31.

1.2.3.3.1 ทรัสต์ที่ก่อตั้งเสร็จแล้ว (Executed trust) คือ ทรัสต์ที่ได้ก่อตั้ง กำหนดตัวทรัพย์สิน และหน้าที่ของทรัสต์ไว้แน่นอนแล้วไม่ จำต้องทำอะไรต่อไปอีก

1.2.3.3.2 ทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ (Executory trust) คือ ทรัสต์ที่ยังมิได้ ก่อตั้งกำหนดตัวทรัพย์สินและหน้าที่ของทรัสต์ให้แน่นอนไป ซึ่งอาจเป็นเพียงข้อตกลงระหว่างคู่กรณีว่าจะก่อตั้งทรัสต์จาก ทรัพย์สินบางอย่างขึ้น หรืออาจเป็นเพียงคำสั่งในพินัยกรรม สั่งให้ทรัสต์จัดการซื้อที่ดิน และจัดการตั้งเป็นทรัสต์ขึ้น เพื่อ ประโยชน์แก่ทายาทของผู้ทำพินัยกรรมนั้น เป็นต้น ตัวอย่างเช่น บิดายกที่ดิน 1 แปลงให้ทรัสต์เพื่อให้ยึดถือไว้ เพื่อประโยชน์ของบุตรสาว และตกลงไว้ด้วยว่าจะโอนหุ้นใน บริษัทแห่งหนึ่งให้แก่ทรัสต์คนนั้น เพื่อให้ยึดถือไว้เพื่อ ประโยชน์แก่บุตรสาวในทำนองเดียวกัน ดังนี้สำหรับที่ดินถือ ว่าเป็นทรัสต์ก่อตั้งเสร็จแล้ว ส่วนหุ้นนั้นเป็นทรัสต์ที่ก่อตั้งยัง ไม่เสร็จ หรือในกรณีของ ก. และ ข. จะแต่งงานกัน ได้ตกลง กันว่าจะให้ยึดถือทรัพย์สินบางอย่างเป็นทรัสต์ เพื่อประโยชน์ ของตนเองและบุตรที่จะเกิดมา ดังนี้เป็นเพียงทรัสต์ที่ก่อตั้งยัง ไม่เสร็จ เพราะยังจะต้องทำตราสารกำหนดตัวทรัพย์สิน และตัวทรัสต์ ตลอดจนประโยชน์ที่ผู้รับประโยชน์จะได้รับให้แน่นอนไป อีกทีหนึ่ง

1.2.3.4 ทรัสต์เพื่อเอกชน (Private Trust) และ ทรัสต์เพื่อสาธารณะหรือเพื่อการ กุศล (Public or Charitable Trust)³⁴

1.2.3.4.1 ทรัสต์เพื่อเอกชน (Private Trust) คือทรัสต์ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อ ประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มชนใดคนหนึ่ง

1.2.3.4.2 ทรัสต์เพื่อสาธารณะหรือเพื่อการกุศล (Public or Charitable Trust)³⁵ คือ ทรัสต์ที่ตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ หรือความผาสุกของ

³⁴ Paul Todd and Sarah Lowrie, Textbook on Trusts, p. 47.

ประชาชนเป็นส่วนใหญ่ แม้ว่าประชาชนจะเป็นผู้รับประโยชน์ แต่ก็หาสิทธิฟ้องเรียกร้องให้ปฏิบัติตามทรัสต์นั้นได้ไม่ สิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับนั้นตกอยู่แก่อัยการ

1.2.3.5 ทรัสต์ลับ (Secret Trust) ซึ่งแบ่งเป็นทรัสต์ลับทั้งหมด (Fully secret trust) และทรัสต์ลับเพียงครึ่งเดียว (Half secret trust)³⁶

1.2.3.5.1 ทรัสต์ลับทั้งหมด (Fully secret trust) เกิดขึ้นเมื่อ ก. ทำพินัยกรรมมอบทรัพย์สินให้ ข. โดยมีได้บอกในพินัยกรรมเลยว่า ข. จะต้องยึดถือไว้ในฐานะเป็นทรัสต์ แต่ก่อนทำพินัยกรรมก็ดี หรือภายหลังก็ดี ก. ได้บอกให้ ข. รู้ว่า ข. จะต้องยึดถือไว้ในฐานะเป็นทรัสต์ของ ค. ถ้า ข. ตกกลางโดยตรงหรือโดยปริยายด้วย ถือว่ามีทรัสต์เกิดขึ้นแล้ว แต่เป็นทรัสต์ลับ ซึ่ง ค. ผู้รับประโยชน์ชอบจะบังคับได้

ถ้าผู้รับพินัยกรรมมี 2 คน และคนหนึ่งรับจะเป็นทรัสต์ตามความประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรม ส่วนอีกคนหนึ่งมิได้รู้เห็นด้วย ศาลอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในคดี Re Stead³⁷ (1900 : 1 ch. 237) ดังนี้

- ถ้า ก. ชักจูง ค. ให้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้ ก. และ ข. โดยให้มีส่วนที่แน่นอนในตัวทรัพย์สินร่วมกัน (Tenants in common) และ ก. แต่ผู้เดียวสัญญาหรือยอมรับโดยปริยายว่า ก. และ ข. จะปฏิบัติตามคำสั่งของ ค. แต่ ข. มิได้รู้เห็นกับ ก. ด้วยดังนี้ ก. ย่อมผูกพันตามสัญญาที่ตนให้ไว้กับ ค. แต่ ข. ไม่ผูกพัน

³⁵ Ibid., p. 266.

³⁶ Ibid., pp. 230-249.

³⁷ บัญญัติ สุชีวะ, “ทรัสต์,” ดุลพาหะ 1:31

- ถ้า ค. ทำพินัยกรรมมอบทรัพย์สินให้ ก. และ ข. โดยให้มีกรรมสิทธิ์ร่วมกัน แต่มิได้กำหนดว่าใครมีส่วนเท่าใด (Joint tenants) และ ก. แต่ผู้เดียวสัญญาต่อ ค. ก่อนทำพินัยกรรม สัญญานั้นย่อมผูกพันทั้ง ก. และ ข.

- ถ้า ค. ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้ ก. และ ข. โดยให้มีกรรมสิทธิ์ร่วมกัน และ ก. สัญญาต่อ ค. หลังจากที่ ก. ทำพินัยกรรม ดังนี้ ก. แต่ผู้เดียวผูกพันตามสัญญา

1.4.5.2 ทรัสต์ลับเพียงครึ่งเดียว (Half secret trust)³⁸ เกิดขึ้นเมื่อพินัยกรรมที่ยกทรัพย์สินให้ นั้น มีข้อความว่าได้ยกทรัพย์สินให้ในฐานะเป็นทรัสต์ แต่มิได้ระบุต่อไปว่าทรัสต์จะต้องยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของใคร และต้องจัดการอย่างไร ดังนั้นถ้าผู้ทำพินัยกรรมได้แจ้งให้ผู้รับทรัพย์สินทราบก่อน หรือในขณะที่ทำพินัยกรรมว่า ให้ยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อผู้ใดและให้จัดการอย่างไร ทั้งได้แจ้งในพินัยกรรมด้วยว่าได้บอกข้อความนี้ในทรัสต์ที่ทราบแล้ว ทรัสต์ย่อมผูกพันตามคำสั่งของผู้ทำพินัยกรรมนั้น ทรัสต์เช่นนี้มักมีข้อความว่า ข้าพเจ้าของทำพินัยกรรมมอบที่ดิน 1 แปลงให้ ข. ในฐานะเป็นทรัสต์

1.4.6 ทรัสต์สุดแล้วแต่ใจของทรัสต์ (Discretionary trust) และทรัสต์กำหนดวิธีการป้องกันไว้ (Protective trust)³⁹

1.4.6.1 ทรัสต์สุดแล้วแต่ใจของทรัสต์ (Discretionary trust) คือทรัสต์ที่มีได้กำหนดให้ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับประโยชน์รายได้อย่างใดจากตัวทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์นั้น หากแต่กำหนดให้อยู่ในอำนาจของทรัสต์ที่จะแบ่งปัน หรือชำระผลประโยชน์รายได้นั้นให้ตามที่ทรัสต์เห็นสมควร

³⁸ Paul Todd and Sarah Lowrie, Textbook on Trusts, p. 241.

³⁹ Ibid., p. 193

1.4.6.2 ทรัสด์กำหนดวิธีการป้องกันไว้ (Protective trust) คือ ทรัสด์ที่มีข้อกำหนดว่า ถ้าผู้รับประโยชน์ต้องคำพิพากษาให้เป็นคนล้มละลาย หรือเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินโดยพยายามจะจำหน่าย โอนหรือโดยประการใดตามที่กำหนดไว้ ผู้รับประโยชน์ย่อมหมดสิทธิในผลประโยชน์รายได้ของตัวทรัพย์สินนั้น และทรัสด์นั้นกลายเป็นทรัสด์สุดท้ายแล้วแต่ใจของทรัสด์ขึ้นมา เพื่อตัวผู้รับประโยชน์เอง คู่สมรส หรือบุตรของผู้นั้น

2. การเปรียบเทียบสัญญาก่อตั้งทรัสด์กับสัญญาประเภทอื่นๆ

2.1 การเปรียบเทียบสัญญาก่อตั้งทรัสด์กับสัญญาฝากทรัพย์

สัญญาฝากทรัพย์มีสาระสำคัญอยู่ 6 ประการ⁴⁰คือ

- (1) สัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยการส่งมอบ
- (2) สัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาไม่ต่างตอบแทนแต่อาจมีค่าตอบแทนได้
- (3) สัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาที่ว่าด้วยการเก็บทรัพย์ไว้ในอารักขา
- (4) สัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาที่ไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์
- (5) สัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็น "ทรัพย์" ที่มีรูปร่างเท่านั้น
- (6) สัญญาฝากทรัพย์เป็นสัญญาที่ผู้ฝากสามารถเรียกเอาทรัพย์ซึ่งฝากคืนได้ตลอดเวลา

⁴⁰ สุธีร์ ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540), หน้า 181-187.

ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบแล้วในเรื่องสัญญาฝากทรัพย์นั้นจะแตกต่างจากสัญญาก่อตั้งทรัสต์ในสาระสำคัญ 2 กรณี⁴¹ คือ

(1) สัญญาฝากทรัพย์จะเกิดขึ้นได้เฉพาะแต่สิ่งซึ่งมีรูปร่างเท่านั้นจึงจะฝากได้ แต่ในเรื่องสัญญาก่อตั้งทรัสต์โดยทั่วไปนั้น ทรัพย์สินทุกชนิดอาจตกอยู่ภายใต้ทรัสต์ได้ไม่เฉพาะเจาะจงว่าทรัพย์สินนั้นต้องมีรูปร่าง ดังนั้น สิทธิในหุ้น หรือแม้กระทั่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก็สามารถตกอยู่ภายใต้ทรัสต์ได้

(2) ผู้รับฝากทรัพย์ไม่มีกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินนั้น แต่ทรัสต์มีกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สิน และแม้ว่าทรัสต์จะได้ขายทรัพย์สินนั้นไปโดยทำนอกเหนือไปจากคำสั่งที่ให้ไว้ก็ตาม ผู้ซื้อทรัพย์สินโดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และไม่รู้ว่าเป็นทรัพย์สินซึ่งตกอยู่ภายใต้ทรัสต์ ก็ย่อมจะได้กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินนั้นตามหลักการสำคัญของทรัสต์ เพราะทรัสต์เป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายในทรัพย์สินที่อยู่ภายในกองทรัสต์

	สัญญาฝากทรัพย์	สัญญาก่อตั้งทรัสต์
ความเป็นเจ้าของทางนิตินัย	อยู่กับผู้ฝากทรัพย์	อยู่กับทรัสต์
ความเป็นเจ้าของทางพฤตินัย		อยู่กับผู้รับประโยชน์

2.2 การเปรียบเทียบสัญญาก่อตั้งทรัสต์กับสัญญาทั่วไป

หลักการสำคัญของสัญญาทั่วไปนั้น ผู้ที่จะบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดปฏิบัติตามสัญญาได้ จะต้องเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น แต่ในเรื่องของสัญญาก่อตั้งทรัสต์นั้น แม้ผู้รับประโยชน์จะมีคู่สัญญาในการก่อตั้งทรัสต์ แต่ก็มีสิทธิบังคับทรัสต์ให้ปฏิบัติตามสัญญาหรือคำสั่งของผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือสามารถบังคับให้ทรัสต์ปฏิบัติตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้โดยตนเองมีคู่สัญญาตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์

⁴¹ บัญญัติ สุชีวะ, “ทรัสต์,” อุลพาหะ1:33.

นอกจากนี้ ถ้าเป็นสัญญาตามกฎหมายอังกฤษหากมิได้ทำโดยเซ็นชื่อประทับตราและส่งมอบแล้ว (made under seal) ก็จะต้องมีสินจ้าง ไม่อย่างใดก็อย่างหนึ่ง มิฉะนั้นสัญญาจะไม่อาจบังคับกันได้ แต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ไม่จำเป็นต้องมีสินจ้าง หรือ ต้องทำเป็นหนังสือก็สามารถบังคับกันได้⁴² สินจ้างในที่นี้หมายถึงสินจ้างที่ให้แก่ผู้รับผลประโยชน์

2.3 การเปรียบเทียบสัญญาก่อตั้งทรัสต์กับสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกมีสาระสำคัญอยู่ 3 ประการ⁴³ คือ

- (1) สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทำขึ้นเพื่อให้บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาได้รับประโยชน์จากสัญญานั้น
- (2) บุคคลภายนอกจะได้เฉพาะผลตามสัญญาที่เป็น “ผลประโยชน์” เท่านั้น จะกำหนดให้บุคคลภายนอกเสียประโยชน์ไม่ได้
- (3) บุคคลภายนอกมีเสรีภาพที่จะเลือกรับผลประโยชน์ของสัญญาหรือไม่ก็ได้

ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบแล้วสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนั้น จะแตกต่างจากสัญญาก่อตั้งทรัสต์ในสาระสำคัญ 3 กรณี ดังนี้

- (1) สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกมิได้จำกัดขอบเขตของผลประโยชน์ตามสัญญา คือ สิ่งใดโดยเฉพาะ แต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์โดยทั่วไปจะถูกจำกัดขอบเขตโดยเป็นทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

⁴³ ศนันทกรรณ์ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 12(กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 291.

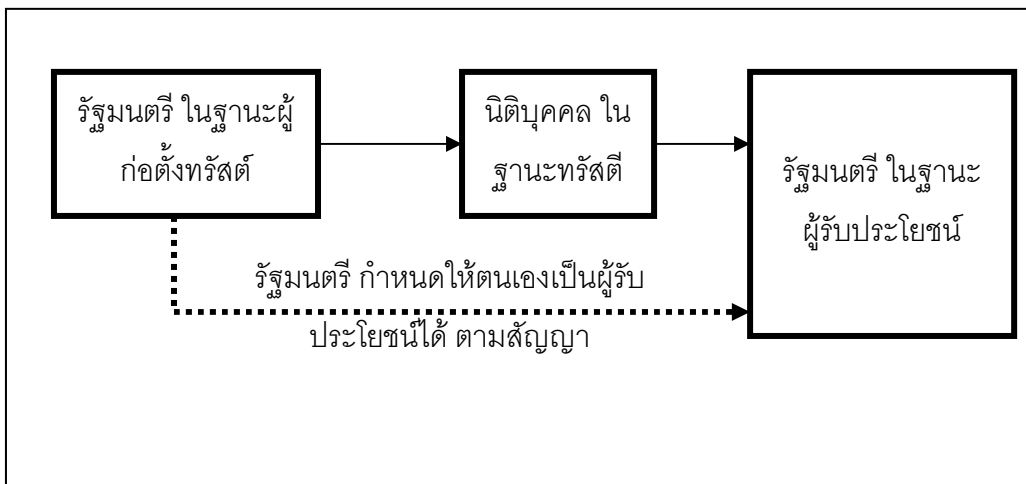
(2) สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกมีเงื่อนไขสำคัญ คือ บุคคลภายนอกต้องแสดงเจตนาเข้ารับประโยชน์แล้ว ลูกหนี้ตามสัญญาจึงมีหน้าที่กระทำการ แต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ ลูกหนี้ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ คือ ทรัสต์มีหน้าที่ทันทีที่ได้รับโอนทรัพย์สินมา เช่น หน้าที่จัดการทรัพย์สินที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์อย่างซื่อสัตย์และระมัดระวัง (Fiduciary Duty and Duty of Care) และต้องโอนสิทธิประโยชน์ให้แก่ผู้รับประโยชน์ตามกำหนด รวมถึงกรณีที่ยังไม่ทราบว่าผู้ใดเป็นผู้รับประโยชน์ และ/หรือ ผู้รับประโยชน์ไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาเข้ารับประโยชน์ก่อนจึงจะเกิดสิทธิเข้ารับผลประโยชน์จากกองทรัสต์ ทรัสต์ก็ยังคงต้องทำหน้าที่ดังกล่าว

(3) กรณีสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก หากบุคคลภายนอกไม่แสดงเจตนาเข้ารับผลประโยชน์ตามสัญญา ผลแห่งสัญญาย่อมตกแก่คู่สัญญาเอง แต่สัญญากองตั้งทรัสต์หากไม่มีผู้รับประโยชน์เสียแล้วย่อมถือว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นอันระงับสิ้นไป เพราะ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ และ ทรัสต์ไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ใดๆ จากกองทรัสต์

(4) กรณีสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก คู่สัญญาจะเข้ามารับประโยชน์จากกองทรัสต์ไม่ได้* ในกรณีนี้คือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์จะมาเข้ารับผลประโยชน์จากกองทรัสต์ไม่ได้ถ้าเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก เนื่องจากคู่สัญญาย่อมไม่ใช่บุคคลภายนอกของสัญญาโดยตรรกะอยู่แล้ว แต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ ทรัสต์สามารถเข้าร่วมรับผลประโยชน์ได้ เช่น ทรัสต์ที่กลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง (Resulting trust) หรือ กรณีพระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 ที่บังคับให้รัฐมนตรีโอนทรัพย์สินบางประเภทที่เป็นส่วนเกินให้กับนิติบุคคลเป็นผู้ดูแล โดยรัฐมนตรีสามารถเข้ารับประโยชน์ได้ทั้งหมด

* ไม่ใช่กรณีเดียวกันกับบุคคลภายนอกไม่ขอเข้ารับประโยชน์ตามสัญญาเพื่อประโยชน์ต่อบุคคลภายนอก เพราะ ถ้าเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกไม่ขอเข้ารับประโยชน์ตามสัญญาเพื่อประโยชน์ต่อบุคคลภายนอก ผลของสัญญาก็ต้องตกแก่คู่สัญญา ซึ่งจะถือว่าเงื่อนไขตามสัญญาเพื่อประโยชน์ต่อบุคคลภายนอกที่ให้ประโยชน์ตกแก่บุคคลภายนอกไม่สำเร็จตาม กล่าวคือ สัญญาเพื่อประโยชน์ต่อบุคคลภายนอก จะกำหนดให้คู่สัญญาเป็นผู้รับประโยชน์ไม่ได้ มิฉะนั้นก็จะไม่เรียกว่าสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

แผนผังการโอนทรัพย์สินบางประเภทที่เป็นส่วนเกินให้กับนิติบุคคลเป็น
ผู้ดูแล



3. ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ความหมาย และลักษณะของทรัสต์ ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

3.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ของทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

หลักใหญ่ในความของแนวคิดของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 คือ เกิดทรัสต์เพื่ออำนวยความสะดวก และทำให้ธุรกรรมในตลาดทุนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพดังที่ปรากฏตาม บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. (ร่างฯ ที่ สคก. ตรวจสอบพิจารณาแล้ว เรื่องเสร็จที่ 37/2549) ในส่วนของเหตุผลในการร่างโดยมีรายละเอียดดังนี้

“โดยที่ปัจจุบันการระดมทุนเพื่อดำเนินธุรกรรมในตลาดทุนของประเทศไทยยังมีรูปแบบและวิธีการที่จำกัด ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาตลาดทุน สมควรนำหลักกฎหมายเรื่องทรัสต์มาประยุกต์ใช้กับการระดมทุนในตลาดทุน เพื่อเป็นเครื่องมือประการหนึ่งที่จะทำให้ธุรกรรมในตลาดทุนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสามารถแก้ไขข้อติดขัดบางประการในการระดมทุนได้ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

เหตุผลการร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. ข้างต้นยังปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติอีกด้วย และถ้าหากพิจารณาโดย

ละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่าเหตุผลในการร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. นี้แบ่งได้ 3 ข้อ คือ

1. ตลาดทุนขาดเครื่องมือที่จะช่วยอำนวยความสะดวกและทำให้การทำธุรกรรมในตลาดทุนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ
2. แก้อัดขัดขาดบางประการในการระดมทุนและประกอบธุรกิจในตลาดทุน
3. เป็นเครื่องมือที่ทำให้ธุรกรรมในตลาดทุนมีความเป็นสากลมากขึ้น

3.2 ความหมายของทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “ทรัสต์” ไว้ค่อนข้างกระชับและสั้น ซึ่งหากพิจารณาเฉพาะนิยามคำว่า “ทรัสต์” อาจจะไม่เห็นถึงภาพลักษณ์ และโครงสร้างของทรัสต์ ดังนั้นเพื่อความกระจ่างขึ้นในภาพลักษณ์ และโครงสร้างของทรัสต์จึงควรพิจารณาถึงคำอื่นด้วย

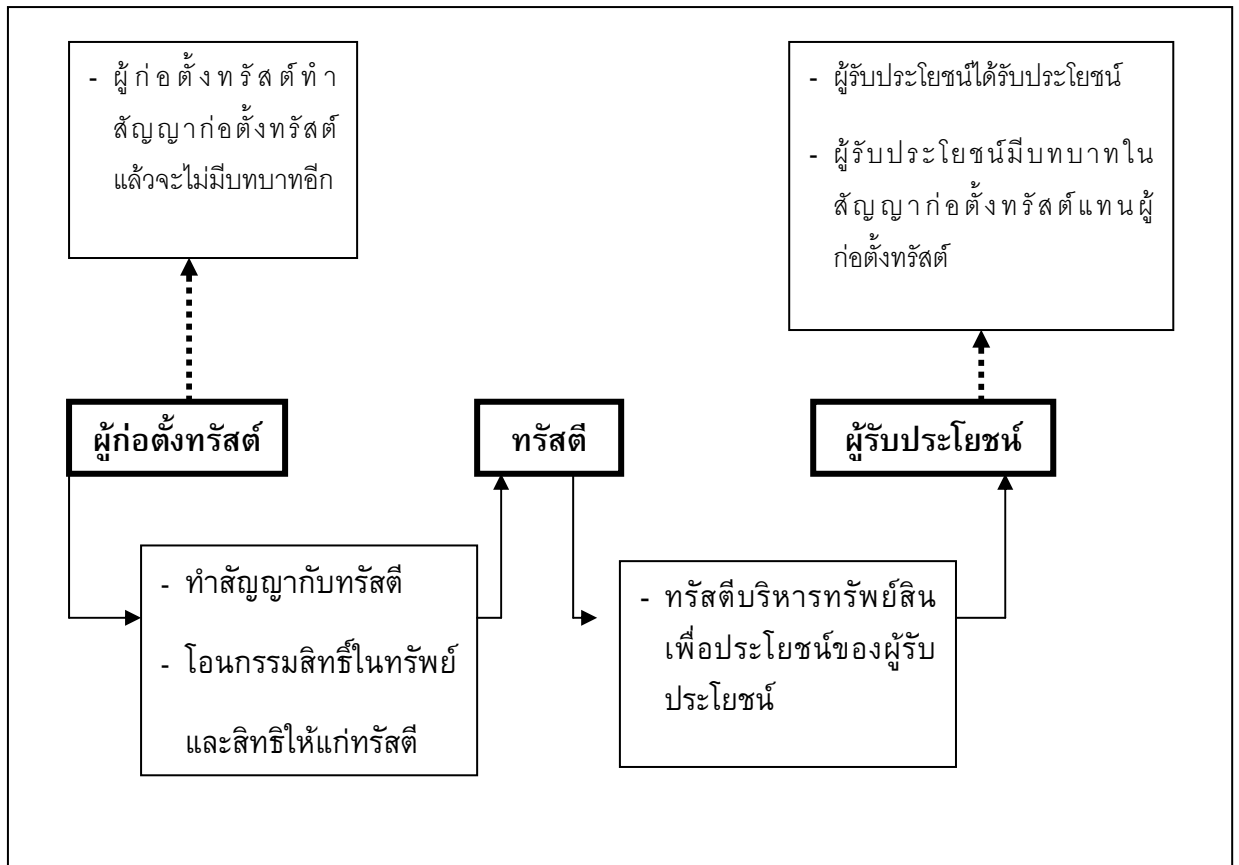
“ทรัสต์” หมายความว่า นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์

“สัญญาก่อตั้งทรัสต์” หมายความว่า สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ก่อตั้งทรัสต์ โอนหรือก่อทรัพย์สินสิทธิหรือสิทธิใด ๆ ในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ทรัสต์ โดยความไว้วางใจให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้รับประโยชน์ และให้หมายความรวมถึงหนังสือแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ในกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์เป็นบุคคลเดียวกันด้วย

“กองทรัสต์” หมายความว่า บรรดาทรัพย์สินที่กำหนดตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และให้หมายความรวมถึงบรรดาทรัพย์สิน ดอกผล หนี้สิน และความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการจัดการตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ หรือตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

สรุปโดยรวมจากนิยามของทั้ง 3 คำ ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 แล้ว

ทรัสต์ คือ นิติสัมพันธ์ในรูปแบบสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งมีบุคคลที่เกี่ยวข้อง 3 ฝ่ายได้แก่ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ และ ผู้รับประโยชน์ โดยทั้งสามบุคคลถูกเชื่อมโยงโดยสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ดังนี้



นิติสัมพันธ์ตามแผนผังข้างต้นเกิดจากการทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์เพียงครั้งเดียว โดยไม่จำเป็นต้องทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ครั้งหนึ่งก่อนแล้วต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและสิทธิให้แก่ทรัสต์ เนื่องจาก มาตรา 11 วรรคแรกตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ระบุเป็นเงื่อนไขการเกิดสัญญาว่าทรัสต์ยอมก่อตั้งขึ้นเมื่อมีการทำสัญญาเป็นหนังสือ และผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้โอนทรัพย์สินหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ที่จะทำให้เป็นกองทรัสต์แก่ทรัสต์แล้ว

ข้อสังเกตเพิ่มเติมสำหรับกรณีนิยามศัพท์ของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 โดยเฉพาะคำว่า “สัญญาก่อตั้งทรัสต์” พบว่าได้ใช้หลักความแน่นอน 3 ประการ (Three Certainties) มายกกว้าง คือ

(1) Certainty of Word คือ มีการแสดงเจตนาไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมหรือศาลเห็นว่าเจตนาของคู่สัญญาต้องการให้เกิดทรัสต์

(2) Certainty of Subject คือ ความแน่นอนของทรัพย์สิน ซึ่งต้องมีความแน่นอนของทรัพย์สินในกองทรัสต์ (Certainty of Subject matter)

(3) Certainty of Object คือ ความแน่นอนของผู้รับประโยชน์ อันต้องสามารถระบุตัวผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ได้

3.3 ลักษณะของทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

ลักษณะของทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ก็จะมีลักษณะร่วมเช่นเดียวกับทรัสต์ทั่วไปโดยปกติ แต่อาจจะมีข้อแตกต่างในรายละเอียดในเชิงวัตถุประสงค์ของการเกิดทรัสต์ กล่าวคือ ทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ก่อตั้งเพื่อดำเนินธุรกรรมได้อย่างจำกัดเพียง 3 ประการเท่านั้น คือ

1. การออกหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
2. การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคล เฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์
3. ธุรกรรมอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุน

ทั้งนี้ขอบเขตการก่อตั้งเพื่อดำเนินธุรกรรมที่กล่าวข้างต้นจะถูกควบคุมโดยคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์*

* พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาตรา 4

4. ประโยชน์ของทรัสต์ตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

ในการทฤษฎีประโยชน์ของทรัสต์โดยทั่วไปสามารถพิจารณาได้ 2 วัตถุประสงค์ คือ

(1) การใช้ทรัสต์โดยมีวัตถุประสงค์ในทางส่วนบุคคล (Private Trust) เพื่อรักษาทรัพย์สิน (Preserving Wealth) ซึ่งได้แก่ การคุ้มครองทรัพย์สินให้พ้นจากการยึดครองของเจ้าหนี้ หรือจากบุคคลภายนอก การป้องกันทรัพย์สินจากการแทรกแซงของรัฐบาล เช่น การยึดกิจการ

(2) การใช้ทรัสต์โดยมีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ เช่น การถือครองและบริหารการลงทุน และทรัพย์สินต่างๆ หรือใช้ในการบริหารทรัพย์สินของมูลนิธิ องค์กรการกุศล

ในส่วนนี้ผู้วิจัยมุ่งที่จะขยายความที่มาของการเกิดทรัสต์ในประเทศไทยที่ได้กล่าวในข้างต้นแล้วว่า ทรัสต์ในประเทศไทยเกิดขึ้นเพื่อสร้างประสิทธิภาพในการดำเนินธุรกรรมในตลาดทุนซึ่งถือเป็นการใช้ทรัสต์โดยมีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ ทั้งนี้ผู้วิจัยจะนำเสนอตัวอย่าง และวิธีการใช้ทรัสต์ในการเป็นเครื่องมือของตลาดทุนดังนี้

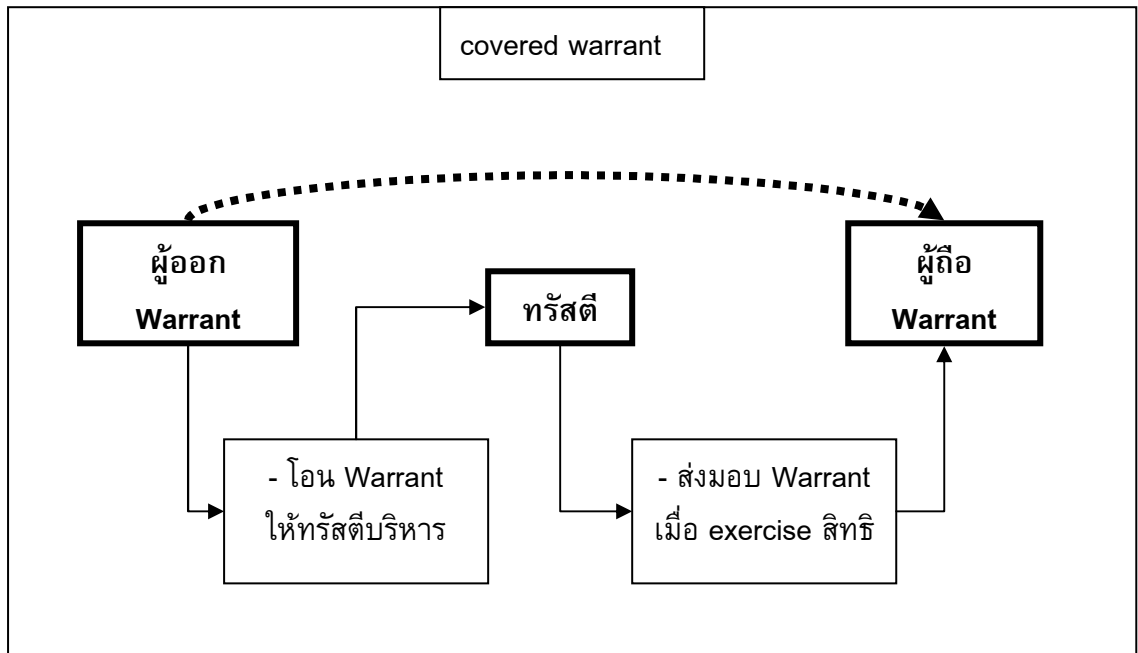
4.1 การออกใบสำคัญแสดงสิทธิในการซื้อหลักทรัพย์ที่สำรองไว้ (Covered warrant)^{*44}

ในกรณีที่บริษัทที่ออก covered warrant มีหุ้นที่สามารถจะส่งมอบให้แก่ผู้ถือ covered warrant ได้อยู่เต็มจำนวนอยู่แล้วในขณะที่ออก covered warrant ซึ่งในกรณีดังกล่าวตามหลักการเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้ออก covered warrant ไม่ควรจะเข้มงวดมากนัก เพราะผู้ลงทุนจะไม่มีความเสี่ยงในการที่จะไม่ได้รับหุ้นเมื่อมีการใช้สิทธิซื้อหุ้นจากบริษัทที่ออก covered warrant อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ความมั่นคงดังกล่าว ข้างต้นยังคงอยู่ตลอดไปจนกระทั่งมีการใช้สิทธิแล้ว จึงจำเป็นต้องมีมาตรการขึ้นมารองรับ ซึ่งในต่างประเทศจะนำหลักการเรื่องทรัสต์มาใช้ กล่าวคือ บริษัทที่ออก covered warrant จะโอนกรรมสิทธิ์ในหุ้นให้แก่ทรัสต์โดยทรัสต์จะต้องถือกรรมสิทธิ์เพื่อประโยชน์ของผู้ถือ covered warrant ในการที่จะได้รับเงินปันผลและสิทธิในการออกเสียง แต่ทรัสต์จะจำหน่ายหุ้นไม่ได้ ทรัสต์ต้องถือไว้เพื่อรอเวลาที่จะส่งมอบให้แก่ผู้ถือ covered warrant ที่ได้แสดงเจตนา ใช้สิทธิ เมื่อถึงกำหนดการใช้สิทธิตาม covered warrant นำหลักการทรัสต์ดังกล่าวมาใช้จะเป็นการป้องกันมิให้บริษัทที่ออก covered warrant จำหน่ายหุ้นไปให้บุคคลอื่นภายหลังจากขาย covered warrant ได้แล้ว นอกจากนี้ จะช่วยทางด้านผู้ลงทุนมิได้รับผลกระทบจากการที่บริษัทที่ออก covered warrant ล้มละลายและไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่ผู้ลงทุนได้

* ใบสำคัญแสดงสิทธิในการซื้อหลักทรัพย์ที่สำรองไว้ (Covered warrant) คือ ใบสำคัญแสดงสิทธิในการซื้อหลักทรัพย์ที่ออกโดยผู้หนึ่งผู้ใดที่มีบริษัทผู้ออกหลักทรัพย์ ซึ่งผู้ออกตราสารได้มีการกันสำรองหลักทรัพย์ไว้หรือวางหลักประกันไว้ เพื่อรองรับการใช้สิทธิตามใบสำคัญแสดงสิทธิที่ออกนั้น หากผู้ถือ covered warrant เรียกใช้สิทธิซื้อหลักทรัพย์ผู้ออก covered warrant จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุใน covered warrant นั้น - กลุ่มนโยบายการออมและการลงทุนในภาพรวม. ประมวลคำศัพท์[Online]. กรุงเทพฯ: สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, 2551?. แหล่งที่มา: <http://www.fpo.go.th/FSEG/Index .php?body= ./Source/Word/Word.php&Language=Thai>[10 พฤศจิกายน 2551]

⁴⁴ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน [Online].

แผนภูมิการใช้ทรัสต์เพื่อการออกไปสำคัญแสดงสิทธิในการซื้อหลักทรัพย์
ที่สำรองไว้ (Covered warrant)



เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีหลักการทรัสต์ที่จะนำมาใช้กับกรณีดังกล่าวได้ หลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นในการอนุญาตให้ออกหลักทรัพย์ดังกล่าวจึงมีความเข้มงวดอยู่พอสมควร เช่น กำหนดให้ต้องมีการจัดอันดับความน่าเชื่อถือของบริษัทผู้ออก covered warrant เพื่อพิจารณา credit risk เป็นต้น นอกจากนี้ ยังกำหนดให้บริษัทที่ออก covered warrant นำหุ้นไปฝากไว้กับผู้รับฝากหลักทรัพย์ แต่ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นเพียงการเปลี่ยนความเสี่ยงของ ผู้ลงทุนที่เดิมมีความเสี่ยงอยู่กับบริษัทที่ออก covered warrant มาเป็นความเสี่ยงที่มีอยู่กับ ผู้รับฝากหลักทรัพย์ ในกรณีที่ผู้รับฝากหลักทรัพย์ล้มละลายหรือล้มละลาย หรือแม้แต่บริษัท ที่ออก covered warrant ล้มละลาย ก็จะทำให้ผู้ถือ covered warrant ยังคงมีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับชำระหนี้ตาม covered warrant อยู่เช่นเดิม แต่ถ้านำหลักการเรื่องทรัสต์มาใช้ ถ้าทรัสต์หรือบริษัทที่ออก covered warrant ล้มละลาย จะไม่มีผลต่อหุ้นที่อยู่ในกองทรัสต์ ผู้ถือ covered warrant จะยังสามารถได้รับหุ้นเมื่อมีการใช้

สิทธิตาม covered warrant และในกรณีที่ทรัสต์ี ข้อฉลโดยการจำหน่ายหุ้นให้แก่บุคคลอื่นหลักเรื่อง Tracing ก็จะถูกนำมาใช้

อนึ่ง หลัก Tracing คือ สิทธิของผู้รับประโยชน์ที่เป็นทรัพย์สินสิทธิ (Proprietary Right) ในการติดตามทรัพย์สินในกองทรัสต์กลับคืนมา ซึ่งหากเปรียบเทียบกับหลักในทางแพ่งตามกฎหมายไทย ผู้รับประโยชน์จะไม่มีสิทธิดังว่านี้ เพราะไม่ใช่ผู้มีความสิทธิ์ที่จะใช้สิทธิติดตามเอาทรัพย์สินกลับคืนมา ผู้ที่มีสิทธิติดตามทรัพย์สินกลับคืนมา คือ ทรัสต์ีเท่านั้น ในฐานะที่ทรัสต์ีเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นและปรากฏชื่อในหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ (Legal Title) ดังนั้นหลัก Tracing นี้จึงเป็นข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างหลักทางแพ่งตามกฎหมายไทยกับหลัก Equity ในเรื่อง Trust⁴⁵

4.2 การเสนอขายหุ้นให้แก่กรรมการและพนักงาน (Employee Stock Ownership Plan - ESOP)⁴⁶

การที่บริษัทมหาชนจำกัดพยายามที่จะตอบแทนและจูงใจกรรมการและพนักงานในการปฏิบัติงานให้บริษัทอย่างมีประสิทธิภาพโดยการเสนอขายหุ้นให้แก่บุคคลดังกล่าวมีข้อติดขัดบางประการในส่วนที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 โดยใน มาตรา 136 กำหนดเกี่ยวกับการออกหุ้นเพิ่มทุนไว้ว่า

(1) บริษัทมหาชนจำกัดจะออกหุ้นเพิ่มทุนได้ต่อเมื่อหุ้นทั้งหมดได้ออกจำหน่ายและได้รับชำระเงินค่าหุ้นครบถ้วนแล้ว หรือในกรณีที่หุ้นยังจำหน่ายไม่ครบ หุ้นที่เหลือต้องเป็นหุ้นที่ออกเพื่อรองรับหุ้นกู้แปลงสภาพหรือใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้น ซึ่งในการตอบแทนและจูงใจในลักษณะดังกล่าวอาจถูกกำหนดขึ้นเป็นโครงการที่มีระยะเวลาหลายปี เมื่อเป็นเช่นนี้บริษัทมหาชนจำกัดอาจมีปัญหาในการเพิ่มทุน ซึ่งทำให้ไม่อาจเพิ่มทุนในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเกิดขึ้นได้ เพราะติดขัดข้อกำหนดในมาตรา 136 ดังกล่าว

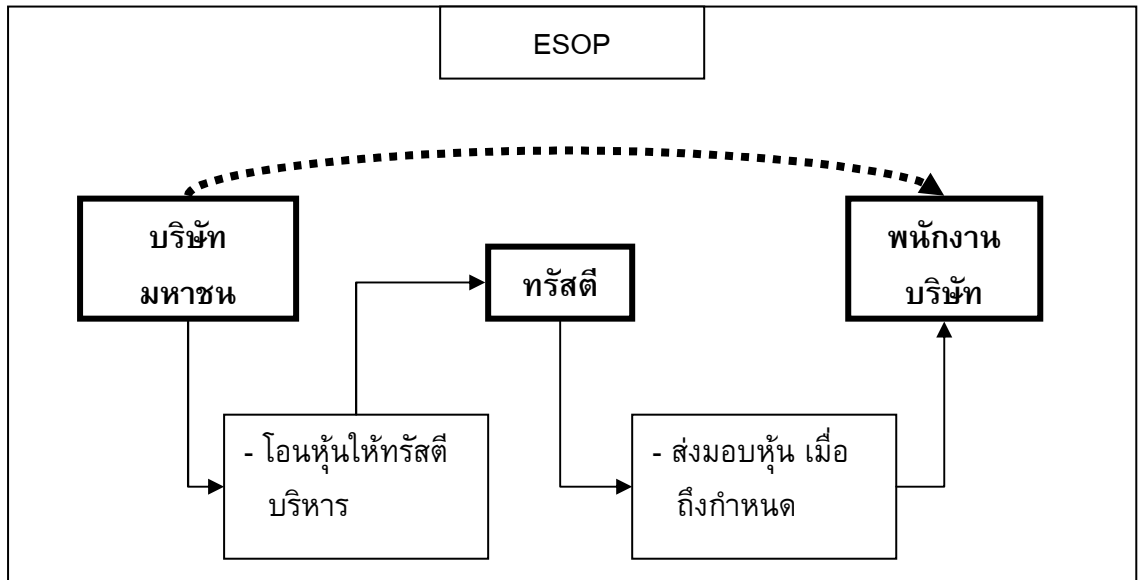
⁴⁵ George T. Bogert, *Trusts*, pp. 577-578.

⁴⁶ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, *ทรัสต์เพื่ออุกรกรรมในตลาดทุน* [Online].

(2) ในการเสนอขายหุ้นให้แก่กรรมการและพนักงานเพื่อเป็นการตอบแทนและจูงใจให้ปฏิบัติงานอย่างมีประสิทธิภาพ ตามหลักการในเรื่องดังกล่าว อาจมีความจำเป็นที่บริษัทมหาชนจำกัดต้องจำกัดมิให้กรรมการและพนักงานที่ซื้อหุ้นจากบริษัทจำหน่ายหุ้นนั้นโดยทันที แต่ข้อจำกัดนั้นอาจมีปัญหาคือเป็นการขัดต่อมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ที่ผ่านมา

ในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นสองประการข้างต้น ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ได้กำหนดให้บริษัทมหาชนจำกัดสามารถออกใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะซื้อหุ้นเพื่อแก้ปัญหา นอกจากนี้ ประกาศฯ ยังได้พยายามสร้างกลไกในการแก้ปัญหาโดยการกำหนดให้มีบุคคลที่เรียกว่าผู้รับช่วงซื้อหลักทรัพย์ ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ คล้ายทริสตี แต่เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีหลักการเรื่องทริสตี การกำหนดนิติสัมพันธ์ ของผู้รับช่วงซื้อหลักทรัพย์และบริษัทมหาชนจึงถูกรองรับด้วยหลักการทางด้านสัญญา เป็นสำคัญ ซึ่งหลักการทางด้านสัญญาอาจยังไม่เพียงพอในกรณีที่ผู้รับช่วงซื้อหลักทรัพย์กระทำการโดยฉ้อฉลหรือล้มละลาย โดยปัญหาจะถูกพิจารณาเช่นเดียวกับกรณีของ covered warrant ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

แผนภูมิการใช้ทรัสต์เพื่อการเสนอขายหุ้นให้แก่กรรมการและพนักงาน
(Employee Stock Ownership Plan - ESOP*)



* ESOP เป็นตัวย่อของ Employee Stock Ownership Plan คือ คือ สิทธิที่จะซื้อหุ้นในราคาที่กำหนด (คล้ายกับ warrant) แต่ออกให้กับผู้บริหารหรือพนักงานของบริษัทโดยเฉพาะ

บทที่ 3

สัญญาก่อตั้งทรัสต์

ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

กฎหมายทรัสต์ได้รับการยอมรับจากประเทศที่มีพื้นฐานกฎหมายระบบ Common Law มานานมากกว่า 700 ปี ว่ามีความสำคัญต่อการจัดการทรัพย์สิน การประกอบธุรกิจ และการระดมทุนในตลาดทุน ดังจะเห็นได้ว่าประเทศต่างๆ นอกจากจะนำกฎหมายทรัสต์ไปใช้ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ก่อตั้งทรัสต์ เพื่อประโยชน์แห่งครอบครัว ญาติพี่น้องของผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ ประโยชน์ในทางการกุศลแล้ว ในต่างประเทศก็ได้พัฒนากฎหมายทรัสต์ให้สามารถนำไปใช้กับกิจกรรมทางธุรกิจและการระดมทุนให้เป็นไปอย่างเหมาะสม และมีประสิทธิภาพ

ในปัจจุบันหลายประเทศที่มีพื้นฐานกฎหมายระบบ Civil Law ก็ได้นำกฎหมายทรัสต์ที่ได้นำเอาหลักการและแนวคิดของทรัสต์ ตามแบบอย่างของกฎหมายระบบ Common Law มาปรับใช้เช่นกัน โดยใช้การตรากฎหมายเฉพาะขึ้นรองรับกับแนวคิดดังกล่าว เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศแคนาดา (ในส่วนของมณฑล Quebec) ประเทศศรีลังกา ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศอาเจนตินา ประเทศบราซิล ประเทศโคลัมเบีย เป็นต้น⁴⁷

ในประเทศไทยเริ่มนำเอาระบบทรัสต์มาใช้เป็นครั้งแรกเมื่อ พ.ศ.2543 โดยตราเป็นพระราชบัญญัติเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 โดยหลักการและเหตุผลคือป้องกันผลประโยชน์ทับซ้อนของรัฐมนตรีที่เข้าไปเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทเอกชน โดยให้ระหว่างที่รัฐมนตรีดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต้องโอนหุ้นส่วนเกินตามกฎหมายให้แก่นิติบุคคลผู้จัดการทรัพย์สินซึ่งหมายถึงทรัสต์นั่นเอง โดยพระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 ได้ใช้โครงสร้างของทรัสต์ที่ เรียกว่า Blind Trust มาใช้⁴⁸ แต่

⁴⁷ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน [Online].

⁴⁸ ฝ่ายเศรษฐกิจรายสาขาสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, รายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “การเชื่อมโยงกับผลประโยชน์ทางธุรกิจภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540” (นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2546), หน้า 3-4 ถึง 3-5.

อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติมิได้ใช้คำว่า “ทรัสต์” หรือ คำว่า “ทรัสต์”⁴⁹ ต่อมาจึงได้มีการตรากฎหมายกรณีทรัสต์เป็นการเฉพาะ แต่อย่างไรก็ตามประเทศไทยยังจำกัดลักษณะการใช้ในกฎหมายทรัสต์เฉพาะธุรกรรมในตลาดทุนเท่านั้น ดังจะเห็นได้ว่าการตราพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 และ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 17) มาตรา 3* ที่จำกัดห้ามก่อตั้งทรัสต์ไม่ว่าทั้งทางตรงและทางอ้อม ไม่ว่าจะก่อตั้งโดยนิติกรรมหรือพินัยกรรม จะก่อตั้งทรัสต์ขึ้นได้ก็เฉพาะแต่การก่อตั้งทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 เท่านั้น

การก่อตั้งทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 จะต้องทำเป็นสัญญาเท่านั้น ซึ่งสัญญาตั้งทรัสต์ตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 เรียกว่า “สัญญาก่อตั้งทรัสต์” และมีความหมายดังนี้

“มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“สัญญาก่อตั้งทรัสต์” หมายความว่า สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ก่อตั้งทรัสต์ โอนหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ทรัสต์ ด้วยความไว้วางใจให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้รับประโยชน์ และให้หมายความรวมถึงหนังสือแสดงเจตนา ก่อตั้งทรัสต์ในกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์เป็นบุคคลเดียวกันด้วย”

ทั้งนี้องค์ประกอบของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

⁴⁹ รพี สุจริตกุล, “การเสวนา: การลงทุนเปิดเผย การเมืองโปร่งใส ผ่านกลไก Blind Trust,” วันที่ 15 มกราคม 2552,

* มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในมาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 1686 อันว่าทรัสต์นั้น จะก่อตั้งขึ้นโดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใดๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดีหรือเมื่อตายแล้วก็ดี ห้ามผลไม่ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น”

1. องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ : บุคคลตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์

พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ถูกตราขึ้นเฉพาะตามเหตุผลที่ต้องการจะส่งเสริมให้ตลาดทุนเติบโตอย่างมีประสิทธิภาพ และมีเสถียรภาพมากขึ้น เพื่อรองรับการเติบโตทางเศรษฐกิจ ดังนั้นพระราชบัญญัตินี้จึงมีการตราข้อจำกัด เพื่อป้องกันการใช้ทรัสต์ที่ผิดจากวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติ และขัดต่อมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 17)

“สัญญาก่อตั้งทรัสต์” ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 จะเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาผูกพันกัน 3 ฝ่าย คือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์, ทรัสต์ และ ผู้รับประโยชน์

1.1 ผู้ก่อตั้งทรัสต์

ผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor หรือ Grantor หรือ Trustor) โดยทั่วไป บุคคลใดก็ตามที่มีทรัพย์สิน ซึ่งไม่มีข้อจำกัดในการโอนหรือสร้างภาระผูกพันในทรัพย์สินนั้น บุคคลเหล่านี้สามารถก่อตั้งทรัสต์ได้ทั้งสิ้น⁵⁰

โดยคุณสมบัติของผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่ต้องมี คือ อำนาจในการส่งมอบทรัพย์สินไปไว้ในกองทรัสต์ การส่งมอบที่สมบูรณ์ คือ ทรัสต์สามารถเข้าใช้อำนาจในการดูแลจัดการ หรือบริหารทรัพย์สินในกองทรัสต์ให้เป็นไปตามเงื่อนไข และวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งทรัสต์ กล่าวคือ ถ้าเป็นทรัพย์สินที่การส่งมอบสมบูรณ์ด้วยการจดทะเบียน (deed) ก็ต้องดำเนินการจดทะเบียนให้เรียบร้อย หากทรัพย์สินใดสมบูรณ์ด้วยการส่งมอบก็ต้องส่งมอบให้อยู่ในอำนาจของทรัสต์ ตามแนวบรรทัดฐาน คดี Milroy v. Lord

ส่วนในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ได้จำกัดบุคคลที่จะมาเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ไว้ตามแนววัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งปรากฏตามหมายเหตุการณ์ท้ายพระราชบัญญัติ และปรากฏตาม มาตรา 4 คือ

⁵⁰ George T. Bogert, *Trusts*, pp. 20 -21.

1. การออกหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
2. การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคล เฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์
3. ธุรกรรมอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุน

ดังนั้นพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 จึงได้บัญญัติลักษณะของผู้ที่จะเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ไว้อย่างจำกัดให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ ดังนี้

มาตรา 12 ผู้ที่จะเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ต้องเป็นนิติบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บริษัทที่ออกหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- (2) ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์
- (3) นิติบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

หลักการเบื้องต้นที่กฎหมายใช้ตรวจสอบคุณสมบัติการเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ สำหรับผู้ที่ประสงค์จะเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ตามกฎหมาย คือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องเป็นนิติบุคคล และ นิติบุคคลดังกล่าวจะต้องถูกตรวจสอบคุณสมบัติพื้นฐานจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ก่อน ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่แคบมากเมื่อเทียบกับคุณสมบัติของผู้ก่อตั้งทรัสต์ตามทฤษฎีทรัสต์ ที่พิจารณาแต่เพียงความสามารถในการถือครองทรัพย์สินและอำนาจในการส่งมอบทรัพย์สินไปในกองทรัสต์

ทั้งนี้ตามมาตรา 12 ระบุเงื่อนไขที่จะเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ไว้ 2 ลักษณะ คือ

1. กรณีบริษัทประสงค์จะออกหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ต้องดำเนินการตาม พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาด

หลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 32* รวมถึงบริษัทนั้นจะต้องเป็นบริษัทมหาชนเท่านั้นจึงจะมีคุณสมบัติเพียงพอที่จะเป็นบริษัทผู้ออกหลักทรัพย์ ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายจำกัดเหตุของการใช้ทรัสต์ไว้ในส่วนของตลาดทุนเท่านั้น ดังนั้นบุคคลแรกที่ควรใช้ประโยชน์จากพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ก็คือ บริษัทมหาชนที่อยู่ในตลาดทุน และ

2. กรณีผู้จำหน่ายสินทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ต้องดำเนินการตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 มาตรา 9** และมาตรา 10*** ซึ่งผู้ที่จะเป็นผู้จำหน่ายสินทรัพย์ได้ก็ต้องเป็นนิติบุคคลเฉพาะกิจตามพระราชกำหนดดังกล่าว

* มาตรา 32 ห้ามมิให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดเสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ต่อประชาชนหรือบุคคลใด ๆ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากสำนักงานและปฏิบัติตามมาตรา 65

การขออนุญาตตามวรรคหนึ่ง จะกระทำได้อต่อเมื่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทดังกล่าวได้จดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว

** มาตรา 9 นิติบุคคลเฉพาะกิจอาจจัดตั้งในรูปของบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด กองทุนรวมหรือนิติบุคคลอื่นตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

*** มาตรา 10 ผู้มีสิทธิเสนอโครงการให้สำนักงาน ก.ล.ต. พิจารณามีดังต่อไปนี้

- (1) ธนาคารพาณิชย์
- (2) บริษัทเงินทุน
- (3) บริษัทเครดิตฟองซิเอร์
- (4) บริษัทหลักทรัพย์ (ต่อหน้าต่อไป)
- (5) นิติบุคคลอื่นใดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

โครงการที่เสนอให้ยื่นมาพร้อมกับการขออนุญาตเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่ หรือการขออนุญาตจัดตั้งกองทุนรวมตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ โดยจะต้องระบุประเภทของบุคคลที่จะเป็นนิติบุคคลเฉพาะกิจและรายละเอียดต่าง ๆ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

สรุปแล้วตามหลักการของทรัสต์โดยทั่วไปจะเปิดกว้างให้บุคคลธรรมดาที่มีความสามารถทำนิติกรรมได้ก็สามารถทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้ มิได้จำกัดคุณสมบัติของผู้ก่อตั้งทรัสต์ว่าจะต้องเป็นนิติบุคคลเท่านั้น แต่เนื่องด้วยทรัสต์ที่ถูกนำมาปรับใช้ในประเทศไทยถูกนำมาใช้ในวงจำกัดเฉพาะในตลาดทุนเท่านั้น กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ถูกจำกัดโดยทั้งข้อกฎหมายอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 และโดยสภาพทางข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ที่ดำเนินการออกหลักทรัพย์ที่นำมาใช้ในตลาดทุน หรือ นำหลักทรัพย์มาเป็นเครื่องมือระดมทุนมีเพียงนิติบุคคลเท่านั้นที่จะดำเนินการได้ ดังนั้นผู้ก่อตั้งทรัสต์จึงถูกจำกัดไว้แต่เพียงนิติบุคคลที่เข้าตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์อนุญาตเท่านั้น ซึ่งปัจจุบันคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ยังมีได้ยกร่างกฎเกณฑ์ใดๆเพิ่มเติม เกี่ยวกับนิติบุคคลอื่นใดที่สามารถเข้าเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

1.2 ทรัสต์

ในทางทฤษฎีของทรัสต์ผู้ใดก็ได้ที่มีความสามารถในการยึดถือทรัพย์สินในทางนิตินัย หรือ เป็นเจ้าของทางนิตินัย (Legal Ownership หรือ Legal Estate) ผู้นั้นก็สามารถเป็นทรัสต์ได้ แม้แต่ทารกก็สามารถเป็นทรัสต์ในประเภททรัสต์ที่กลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง (Resulting trust) ได้⁵¹

ดังนั้นทรัสต์จึงอาจจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล และจะเป็นบุคคลคนเดียว หรือหลายบุคคลก็ได้ โดยทรัสต์จะได้รับแต่งตั้งโดยผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ โดยตราสารก่อตั้งทรัสต์ หรือ โดยรับการแต่งตั้งจากศาลให้กระทำการในฐานะทรัสต์ มีหน้าที่ดูแลและจัดการทรัพย์สินให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์การจัดตั้งทรัสต์

ทั้งนี้ ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจจะเป็นทรัสต์เสียเอง หรือ เป็นผู้รับประโยชน์ด้วยก็ได้ แต่จะต้องมีบุคคลอื่นมาร่วมรับผลประโยชน์ด้วย มิฉะนั้นการก่อตั้งทรัสต์จะไม่เป็นผล

ถ้าโครงการที่เสนอเป็นการจัดตั้งนิติบุคคลเฉพาะกิจในรูปกองทุนรวมให้เสนอบริษัทหลักทรัพย์ ที่จะเป็นผู้จัดการกองทุนรวมมาด้วย

⁵¹ Paul Todd and Sarah Lowrie, *Textbook on Trusts*, p. 352.

เนื่องจากโดยปกติธรรมดาวิญญูชนย่อมไม่สามารถบังคับตนเองเพื่อประโยชน์ของตนเองไม่ได้⁵²

โดยทรัสต์สามารถแบ่งได้ 5 ประเภท⁵³ คือ

1. ทรัสต์ธรรมดา (Ordinary Trustee)
2. ทรัสต์ที่ศาลตั้ง (Judicial Trustee)
3. ทรัสต์ซึ่งเป็นองค์การของรัฐ (The public Trustee)
4. ผู้รับฝากทรัพย์สิน (Custodian Trustee)
5. Trustee Corporations

แม้ว่าตามทฤษฎีแล้วทรัสต์ไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติใดๆ เพียงแต่มีความสามารถในการถือครองทรัพย์สินในการนิตินัย และสามารถดำรงตนอยู่ในหน้าที่ของทรัสต์ได้ แต่ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 จำกัดไว้แต่เพียงบุคคลเฉพาะกลุ่มเท่านั้น ซึ่งใช้แนวคิดของ Trustee Corporations มาใช้เป็นพื้นฐาน ทั้งนี้ น่าจะมีสาเหตุอันเนื่องมาจาก

1. ทรัสต์ที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ก็เพื่อประโยชน์ และความคล่องตัวในการระดมทุน ดังนั้นมูลค่าของกองทรัสต์จึงมีมูลค่าสูง หากปล่อยให้ทรัสต์ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเข้ารับหน้าที่จึงไม่อาจจะทำให้นักลงทุนหรือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ให้ความไว้วางใจได้ ก่อให้เกิดความเสี่ยงอย่างสูง ซึ่งจะทำให้พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ไม่ประสบผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์
2. การบริหารจัดการทุนจำนวนมากในตลาดทุนจำเป็นต้องอาศัยทรัสต์ที่เป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญอย่างยิ่งในการบริหารจัดการ ต้องอาศัยความรู้เกี่ยวกับตลาดทุน เนื่องจากตลาดทุนมีความเสี่ยงที่จะทำให้กองทรัสต์ด้อยมูลค่าลงได้อย่างรวดเร็ว

⁵² Simon Gardner, An Introduction to the Law of Trusts, pp. 7-8.

⁵³ Philip Pettit, Equity And The Law of Trust, pp. 305-312.

ทางออกที่น่าจะเหมาะสมที่สุด คือ ให้ผู้ที่เชี่ยวชาญในธุรกิจของตลาดทุน มาดำเนินการเป็นทรัสต์ และ ผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวต้องเป็นผู้ที่มีความมั่นคง มีเสถียรภาพทางการเงิน รวมถึงได้รับการตรวจสอบจากรัฐในเรื่องของความซื่อสัตย์ สุจริต และ จรรยาบรรณ ของทรัสต์อีกชั้นหนึ่ง

ดังนั้น พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 จึงได้บัญญัติให้ผู้ที่ประสงค์จะทำหน้าที่เป็นทรัสต์จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐก่อนทำธุรกิจ ตามมาตรา 54* และพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 และกำหนดคุณสมบัติเบื้องต้นของผู้ที่จะเป็นทรัสต์ไว้ดังต่อไปนี้

มาตรา 55 ผู้ที่อาจยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ต่อคณะกรรมการ ก.ล.ต. ได้ต้องเป็น

- (1) ธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์
- (2) สถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น
- (3) นิติบุคคลอื่นใดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

สังเกตได้ว่ากฎหมายมุ่งเน้นให้ผู้ที่จะสามารถรับภาระหน้าที่เป็นทรัสต์ได้ต้องมีสถานะทางการเงินที่ค่อนข้างมั่นคง ตามหลักการของ Trustee Corporations และต้องเป็นผู้ที่ประกอบวิชาชีพทางการเงินเป็นสำคัญ เนื่องจากทรัสต์มีความรับผิดชอบในการจัดการกองทรัสต์ให้เสื่อมเสีย และเสียหาย ซึ่งผู้ที่มีคุณสมบัติเพียงพอที่จะสามารถประกอบกิจการเป็นทรัสต์ได้ในปัจจุบันก็น่าจะมีเพียง ธนาคารพาณิชย์ และสถาบันการเงินเท่านั้น กฎหมายจึงบัญญัติให้จำกัดเฉพาะผู้ที่มีคุณสมบัติตามนี้เท่านั้นจึงจะมีสิทธิยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ได้ นอกจากนี้ตลอดระยะเวลาของการดำเนินการเป็นทรัสต์ก็ต้องดำรงคุณสมบัติดังกล่าวไว้ด้วย

* มาตรา 54 ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ ก.ล.ต.

ปัจจุบันคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้ยกเว้นหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์* โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับบุคคลที่มีสิทธิที่จะยื่นขอใบอนุญาตดำเนินธุรกิจเป็นทรัสต์ ดังนี้

- (1) มีทุนจดทะเบียนซึ่งชำระแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท
- (2) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีฐานะทางการเงินที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือมีพฤติการณ์อื่นที่แสดงให้เห็นว่าอยู่ในระหว่างประสบปัญหาทางการเงิน รวมทั้งไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีข้อบกพร่องหรือมีความไม่เหมาะสมเกี่ยวกับการควบคุมและการปฏิบัติงานอันดีของธุรกิจ
- (3) สามารถดำรงเงินกองทุนและกันเงินสำรองได้ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคลนั้นหรือกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของนิติบุคคลนั้น
- (4) แสดงได้ว่าบุคคลที่เป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจทรัสต์ของผู้ที่จะได้รับใบอนุญาต มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และประกาศเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามอย่างอื่นของผู้บริหารของบริษัทหลักทรัพย์ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าว รวมทั้งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 และประกาศเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้บริหารของผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าว
- (5) แสดงได้ว่าบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามประกาศกระทรวงการคลังว่าด้วยการกำหนดเงื่อนไขให้บริษัทต้องขอรับความเห็นชอบบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ รวมทั้งตามมาตรา 25 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสัญญา

* ปัจจุบันขณะศึกษาวิจัย ร่างหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ อยู่ในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นจากภาคธุรกิจ บุคคลที่เกี่ยวข้อง และบุคคลทั่วไป เปิดเผยแพร่และรับความคิดเห็นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2552 วันสุดท้ายของการให้ความเห็น 16 กุมภาพันธ์ 2552

ซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 และประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนว่าด้วยลักษณะ
ต้องห้ามของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ตามวรรคหนึ่งเป็นนิติบุคคล กรรมการ ผู้จัดการ
และหุ้นส่วนของนิติบุคคลนั้นไม่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวด้วย

(6) แสดงได้ว่าจะมีการบริหารงานที่ดีและมีประสิทธิภาพ

(7) แสดงได้ว่าจะมีนโยบายและมาตรการในการป้องกันความขัดแย้งทาง
ผลประโยชน์ การป้องกันการล่องรู้ข้อมูลภายในระหว่างหน่วยงานและบุคลากร การ
ควบคุมภายในและการบริหารความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจเป็นทรัพย์สินที่มีประสิทธิภาพ
รวมทั้งมีมาตรการในการควบคุมและติดตามให้มีการดำเนินงานตามนโยบายและ
มาตรการที่วางไว้

(8) แสดงได้ว่าจะมีระบบงานที่มีความพร้อมในการประกอบธุรกิจ
เป็นทรัพย์สิน

(9) แสดงได้ว่าจะมีความพร้อมด้านบุคลากรเพื่อรับผิดชอบงานด้านทรัพย์สิน

เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ (1) - (3) จะเห็นได้ว่า บริษัทที่จะมาดำเนิน
ธุรกิจเป็นทรัพย์สินต้องเป็นผู้ที่มีความพร้อมทางการเงิน คือ ต้องมีทุนจดทะเบียนซึ่งชำระ
แล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท และเพื่อเป็นหลักประกันในความมั่นคงบริษัทต้องดำรงทุน
ไว้ตามหลักเกณฑ์ขั้นต่ำของการเป็นธนาคารพาณิชย์ สถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะ
จัดตั้งขึ้น หรือ กรณีของบริษัทหลักทรัพย์ก็ต้องดำรงทุนไม่ต่ำกว่าเกณฑ์ของคณะกรรมการ
ก.ล.ต. ซึ่งถือความเป็นไปตามหลักการของ Tusrtee Corporations

กรณีหลักเกณฑ์ ข้อ (4) – (5) บริษัทที่จะมาดำเนินธุรกิจเป็นทรัพย์สินต้องเป็น
บริษัทที่น่าเชื่อถือ รวมถึงผู้บริหารตลอดจนผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่มีอำนาจในการครอบงำบริษัทก็
ต้องเป็นบุคคลที่น่าเชื่อถือ ตามหลักทรัพย์สินต้องจัดการทรัพย์สินที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์อย่าง
ซื่อสัตย์และระมัดระวัง (Fiduciary Duty and Duty of Care)

กรณีหลักเกณฑ์ ข้อ (6) – (9) บริษัทที่จะมาดำเนินธุรกิจเป็นทรัพย์สินต้องมี
ความพร้อมในการทำหน้าที่ มีความสามารถดูแลทรัพย์สินของบุคคลอื่น และสามารถดำรงตน
ให้ปฏิบัติตามหน้าที่ได้ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ของการเป็นทรัพย์สินโดยทั่วไป

ดังจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการ ก.ล.ต. ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่เป็นทรัสต์ีตาม ร่างหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ีได้อย่างสอดคล้องกับทฤษฎี และเหมาะสมตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติทรัสต์ีเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 แต่อย่างไรก็ตามการบังคับใช้หลักเกณฑ์ยังคงต้องรอหลักเกณฑ์ฉบับลงนามต่อไป ซึ่งอาจจะมีรายละเอียดที่แตกต่างออกไปจากนี้ ซึ่งน่าจะยังคงหลักการพื้นฐานของการปฏิบัติหน้าที่เป็นทรัสต์ี

1.3 ผู้รับประโยชน์

ตามทฤษฎีทรัสต์ีผู้รับประโยชน์ไม่จำเป็นต้องระบุเป็นตัวบุคคล เพียงแต่กำหนดเป็นเพียงคุณสมบัติของผู้รับประโยชน์ก็ได้ ดังนั้นผู้รับประโยชน์อาจจะเป็นบุคคลคนเดียว หรือหลายบุคคล หรือแม้จะเป็นกลุ่มบุคคลก็ได้

ทั้งนี้ หลักกฎหมายเรื่องทรัสต์ีได้แบ่งแยกสิทธิในทรัพย์สินออกเป็นสองส่วน คือ ความเป็นเจ้าของทางนิติบัญญัติ (Legal Ownership หรือ Legal Estate) และ ความเป็นเจ้าของทางพฤตินัย (Equitable Ownership หรือ Equitable Interest) ซึ่งเป็นหลักการที่แตกต่างจากหลักกฎหมายไทย ผลจากการจัดตั้งทรัสต์ีจึงอาจกระทบต่อสภาพบังคับของกฎหมายในบางกรณีที่มีหลักการเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปโดยเฉพาะเรื่องทรัพย์สิน ได้แก่ การพิจารณาการถือครองหุ้นตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว การเข้าถือหลักทรัสต์ีเพื่อครอบงำกิจการตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัสต์ีและตลาดหลักทรัพย์ หรือการถือหุ้นของธนาคารพาณิชย์ในกิจการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น จะมุ่งไปที่ผู้มีชื่อเป็นเจ้าของมิใช่ผู้รับประโยชน์ตามหลักทรัสต์ีนั้น (Beneficiary)

พระราชบัญญัติทรัสต์ีเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มิได้บัญญัติจำกัด หรือ กำหนดคุณสมบัติของผู้รับประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ี แต่อย่างไรก็ตามในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ียังคงต้องระบุชื่อ หรือคุณสมบัติ หรือลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้รับประโยชน์ หรือ ระบุให้เพียงพอที่จะทราบได้ว่าใครคือผู้รับประโยชน์ซึ่งเป็นไปตามหลักทฤษฎีของทรัสต์ี⁵⁴ * ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นบุคคลใดๆ ก็น่าจะเป็น

⁵⁴ George T. Bogert, *Trusts*, p. 121.

* พระราชบัญญัติทรัสต์ีเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาตรา 14 (2)

ผู้รับประโยชน์ได้โดยมิต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติ หรือ ความสามารถ ซึ่งหมายรวมถึงผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ ทรัสต์ที่จะเข้ามาเป็นผู้รับประโยชน์ในกองทรัสต์เสียเองก็สามารถระบุไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ก็ได้กฎหมายมิได้ห้าม

แต่อย่างไรก็ตามกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ ทรัสต์ที่จะเข้ามาเป็นผู้รับประโยชน์ในกองทรัสต์เสียเอง กฎหมายก็กำหนดเงื่อนไขการเข้ารับประโยชน์จากการกองทรัสต์ไว้ด้วยตาม มาตรา 13* พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ซึ่งในจุดนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่าอาจจะทำให้เป็นช่องทางให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์สามารถหาประโยชน์จากทรัสต์โดยไม่ชอบ ซึ่งผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อ 4.2 เรื่องเจตนาของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่ต้องการใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้

2. องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ : วัตถุประสงค์ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์

ตามที่กล่าวไว้ในบทที่แล้วในส่วนที่เกี่ยวข้องกับที่มาของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ซึ่งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดวัตถุประสงค์ไว้ใน มาตรา 4** ที่กำหนดวัตถุประสงค์ให้การก่อตั้งทรัสต์เพื่อประโยชน์เฉพาะการดำเนินธุรกรรมในตลาดทุนโดยกำหนดประเภทธุรกรรมไว้ 3 รายการ

“ผู้รับประโยชน์ โดยการระบุชื่อ หรือคุณสมบัติ หรือลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้รับประโยชน์ก็ได้”

* มาตรา 13 สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์ด้วยมิได้ เว้นแต่มีบุคคลอื่นเป็นผู้รับประโยชน์รวมอยู่ด้วย และผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ไม่เกินสัดส่วนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์เกินสัดส่วนที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้ประโยชน์ส่วนที่เกินนั้นตกเป็นของผู้รับประโยชน์รายอื่น

** มาตรา 4 ทรัสต์อาจก่อตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ในการดำเนินธุรกรรมในตลาดทุนตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด ในเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) การออกหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- (2) การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

1. เพื่อธุรกรรมการออกหลักทรัพย์
2. เพื่อธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์
3. เพื่อธุรกรรมอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุน

ในกรณีที่มีการนำทรัสต์ไปใช้กับธุรกรรมในตลาดทุนซึ่งไม่ใช่ธุรกรรมตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด ย่อมส่งผลให้ธุรกรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัสต์ไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมายเพราะเป็นโมฆะ⁵⁵ และบุคคลใดก็ตามที่ดำเนินการในลักษณะเป็นทรัสต์อาจมีความรับผิดทางอาญา ตามมาตรา 77* พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

วัตถุประสงค์ของการก่อตั้งทรัสต์ไว้ 3 รายการตามกฎหมายข้างต้นสามารถพิจารณาในลักษณะของรูปแบบการใช้ตามธุรกรรมได้ 2 ลักษณะ คือ⁵⁶

(1) ธุรกรรมที่มีการใช้ทรัสต์ในลักษณะ Active trust หมายถึง การตั้งทรัสต์เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการทรัพย์สินให้เกิดดอกผลหรือผลประโยชน์ที่เป็นการสร้างผลตอบแทนให้แก่ผู้ลงทุน เช่น การจัดตั้งกองทรัสต์เพื่อการลงทุนของผู้ลงทุนสถาบันและรายใหญ่ (Institutional investor & High Net Worth Trust Fund), การจัดตั้งกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Investment Trust), การ

(3) ธุรกรรมอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุน

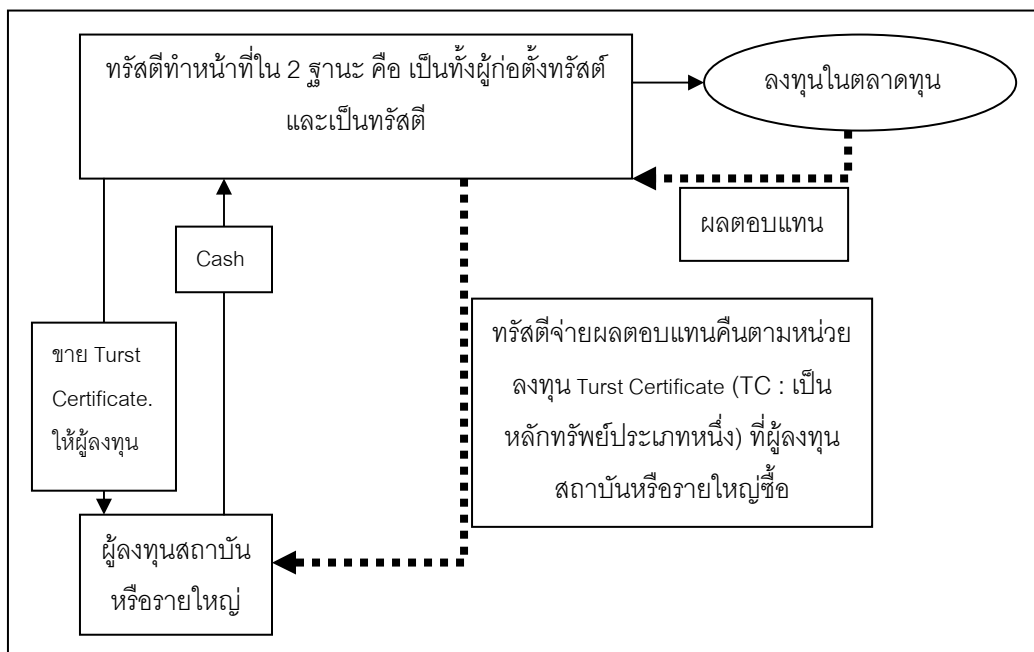
⁵⁵ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, เอกสารรับฟังความคิดเห็น เรื่อง การใช้ทรัสต์กับธุรกรรมในตลาดทุน และ การให้ความเห็นชอบทรัสต์ เอกสารเผยแพร่ เลขที่ อข. 5/2552 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, 2552), หน้า 3.

* มาตรา 77 ผู้ใดประกอบธุรกิจใดในลักษณะเป็นทรัสต์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 54 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืน

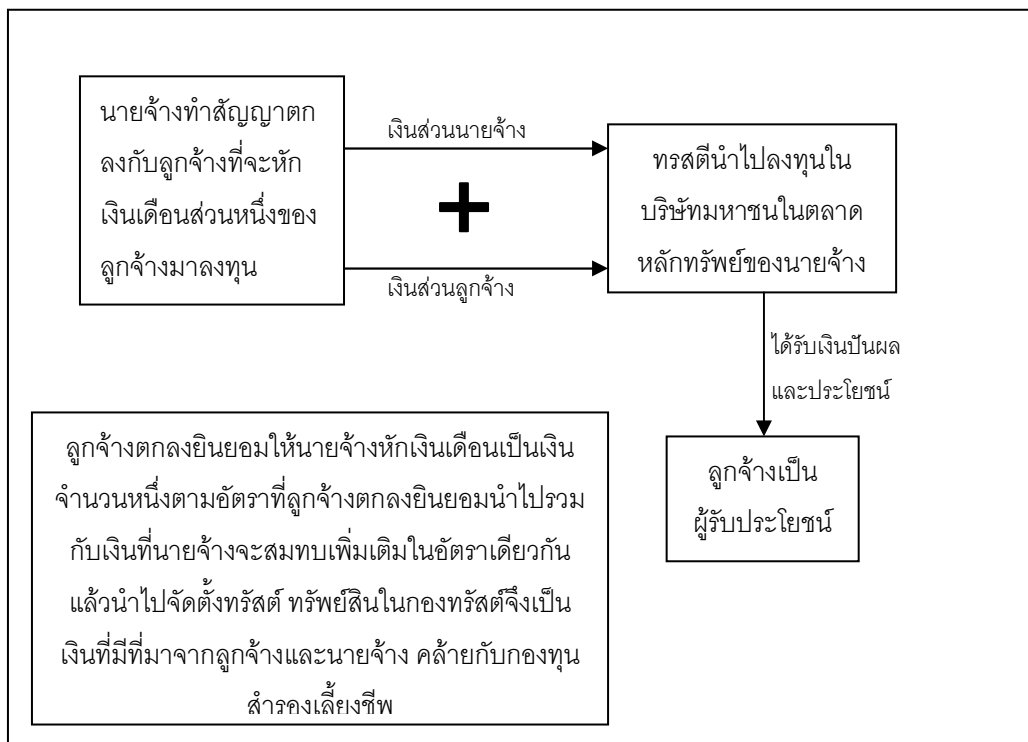
⁵⁶ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, เอกสารรับฟังความคิดเห็น เรื่อง การใช้ทรัสต์กับธุรกรรมในตลาดทุน และ การให้ความเห็นชอบทรัสต์ เอกสารเผยแพร่ เลขที่ อข. 5/2552, หน้า 7.

ตั้งนิติบุคคลเฉพาะกิจในรูปทรัสต์ (Special Purpose Trust), การใช้ทรัสต์ในโครงการร่วมลงทุนระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง (Employee Joint Investment Program) หรือ การออก Islamic bond เป็นต้น

ตัวอย่าง การจัดตั้งกองทรัสต์เพื่อการลงทุนของผู้ลงทุนสถาบันและรายใหญ่ (Institutional investor & High Net Worth Trust Fund)



ตัวอย่างการใช้ทรัสต์ในโครงการร่วมลงทุนระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง
(Employee Joint Investment Program)



(2) ธุรกรรมที่มีการใช้ทรัสต์ในลักษณะ Passive trust หมายถึง การตั้งทรัสต์เพื่อให้มีการกันหรือแยกทรัพย์สินไว้ในกองทรัสต์เพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้หรือในการปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงของผู้ออกหลักทรัพย์ เช่น การใช้ทรัสต์ในการออกและเสนอขายหุ้นให้กรรมการและพนักงาน, การใช้ทรัสต์ในการออกใบสำคัญแสดงสิทธิอนุพันธ์(Derivative Warrant), การตั้งบัญชีทรัพย์สินในรูปทรัสต์เพื่อการชำระหนี้ในการออกหุ้นกู้ หรือ การตั้งบัญชีทรัพย์สินในรูปทรัสต์ในการเรียกเก็บหนี้เพื่อนิติบุคคลเฉพาะกิจ เป็นต้น

2.1 วัตถุประสงค์ก่อตั้งทรัสต์เพื่อธุรกรรมการออกหลักทรัพย์

การออกหลักทรัพย์จากผู้ระดมทุนในตลาดแรกที่มีการกระจายหลักทรัพย์ไปยังผู้ถือครองหลักทรัพย์โดยตรงและทันทีไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้ระบบของทรัสต์เข้ามาเป็นเครื่องมือสร้างเสถียรภาพ เช่น การเปิดจำหน่ายหุ้นครั้งแรกของบริษัทมหาชน ผู้

ถือหุ้นสามารถเข้าซื้อหุ้นและถือครองหุ้นด้วยตนเองได้ทันทีที่ซื้อหุ้นของบริษัทมหาชน แต่หากผู้ถือหุ้นไม่สามารถเข้าถือครองหุ้นด้วยตนเองได้ทันที ซึ่งอาจจะเกิดในกรณีที่หุ้นที่ซื้อ มีเงื่อนไขในการใช้สิทธิเข้าถือครองหุ้นโดยทันที ระบบของทรัสต์จะช่วยสร้างเสถียรภาพในการถือครองหุ้นได้ เนื่องจากหลักการของบริษัทมหาชนโดยทั่วไปบริษัทจะเป็นเจ้าของหุ้นของตนเองไม่ได้* ดังนั้นหากเกิดกรณีผู้ถือหุ้นไม่สามารถเข้าถือหุ้นได้ทันที จึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำหุ้นดังกล่าวไปฝากให้กับบุคคลอื่นซึ่งอาจจะเป็นตัวแทนของบริษัทมหาชนเอง หรือ ของตัวผู้ถือหุ้น และการฝากไว้กับบุคคลอื่นนั้นก็ถูกบังคับโดยกฎหมายให้ผู้รับฝากจำเป็นต้องเป็นผู้มีสิทธิเด็ดขาดในหุ้นเพื่อใช้สิทธิ หรือ ปฏิบัติหน้าที่แทนผู้ถือหุ้นที่แท้จริง

เมื่อมีการฝากหลักทรัพย์กับบุคคลภายนอกแล้วย่อมอาจเกิดความไม่มีเสถียรภาพต่อหลักทรัพย์นั้น โดยประการสำคัญคือ ผู้รับฝากมีสิทธิจำหน่าย จ่าย โอน สร้างภาระในหลักทรัพย์นั้นได้ หรือหากเกิดกรณีล้มละลาย เจ้าหนี้ของผู้รับฝากหลักทรัพย์มีอำนาจยึดหรืออายัดหลักทรัพย์ที่อยู่ในครอบครองหรืออำนาจสั่งการหรือสั่งจำหน่ายของลูกหนี้ผู้รับฝากหลักทรัพย์ได้*⁵⁷ ดังนั้นระบบกฎหมายทรัสต์จึงมีส่วนช่วยให้เกิดเสถียรภาพของการฝากหลักทรัพย์ของบุคคลภายนอกตรงประเด็นนี้ได้ กล่าวคือ พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาตรา 19 บัญญัติให้การล้มละลายของทรัสต์ไม่ส่งผลกระทบต่อหลักทรัพย์ที่ทรัสต์ดูแลอยู่ หรือกรณีการกำหนดหน้าที่ของทรัสต์ในการดูแลทรัพย์สินในกองทรัสต์อย่างเข้มงวด

ที่กล่าวข้างต้นเป็นเพียงหนึ่งในสาเหตุที่ทำให้มีความจำเป็นในการใช้ระบบทรัสต์เข้ามาอำนวยความสะดวกในเรื่องความมีเสถียรภาพในการดำรงอยู่ของ

* พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 66

“บริษัทจะเป็นเจ้าของหุ้นหรือรับจำหน่ายหุ้นของตนเองมิได้”

* พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 109 (3)

“(3) สิ่งของซึ่งอยู่ในครอบครองหรืออำนาจสั่งการหรือสั่งจำหน่ายของลูกหนี้ในทางการค้า หรือธุรกิจของลูกหนี้ ด้วยความยินยอมของเจ้าของอันแท้จริง โดยพฤติการณ์ซึ่งทำให้เห็นว่าลูกหนี้เป็นเจ้าของในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย”

⁵⁷ วิชา มหาคุณ, คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้(กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2549), หน้า 254-256.

หลักทรัพย์ นอกจากนี้ระบบทรัสต์ยังนำมาใช้ประโยชน์ในกระบวนการออกหลักทรัพย์ได้อีกหลายประการซึ่งได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้ว เช่น การออกใบสำคัญแสดงสิทธิในการซื้อหลักทรัพย์ที่สำรองไว้ (Covered warrant) หรือ การเสนอขายหุ้นให้แก่กรรมการและพนักงาน (Employee Stock Ownership Plan - ESOP) เป็นต้น

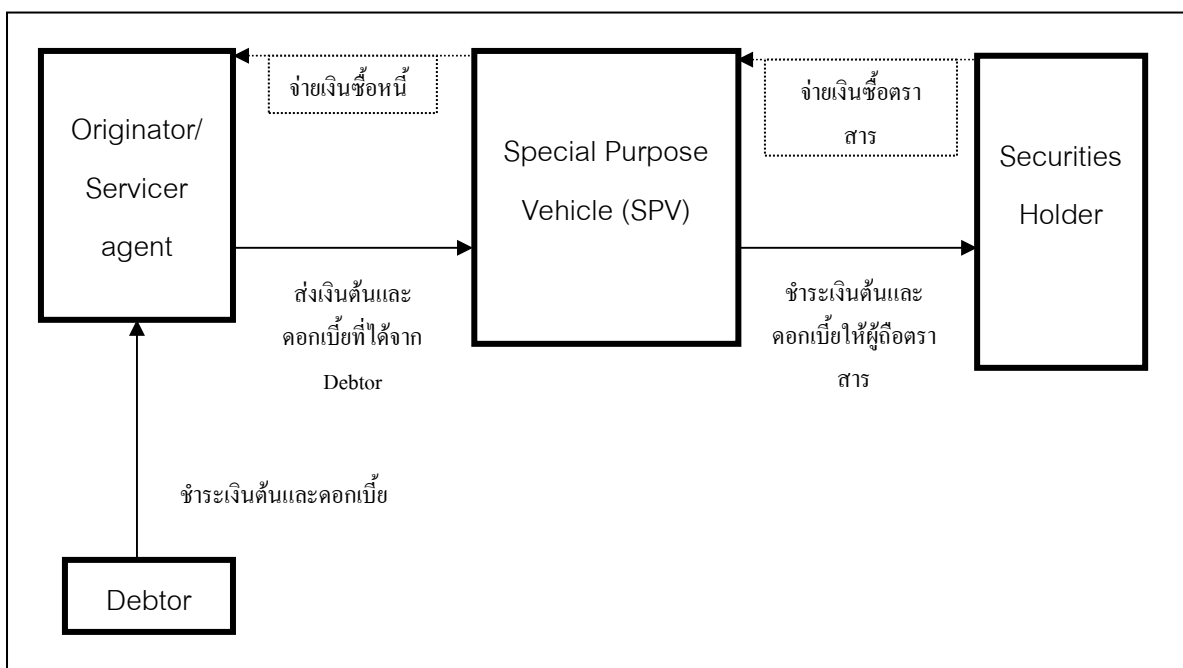
2.2 วัตถุประสงค์ก่อตั้งทรัสต์เพื่อธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) คือ การนำทรัพย์สินที่มีอยู่เปล่าๆ ไม่ได้ทำอะไร (Nonmarketable Asset) เอามาทำให้เป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายเปลี่ยนมือได้ (Marketable Asset) ด้วยการออกเป็นตราสารชนิดต่างๆ ระดมเงินมาใช้ในการให้กู้ต่อไป กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ นำเอาทรัพย์สินที่ขายไม่ได้มาทำให้ขายได้⁵⁸ หรือ เป็นการสร้างสภาพคล่องให้กับทรัพย์สิน ซึ่งทรัพย์สินนั้นโดยทั่วไปมิได้จำกัดว่าต้องเป็นประเภทหรือชนิดใด

ตัวอย่างที่ปรากฏชัดในประเทศไทยที่นำเอาการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ คือ การนำเอาหนี้เงินกู้ที่มีการประกันหนี้ด้วยการจำนองอสังหาริมทรัพย์แปลงเป็นหลักทรัพย์ วิธีการโดยสรุป คือ บุคคล (Special Purpose Vehicle: SPV) เข้ารับเอาหนี้เงินกู้ที่มีการประกันหนี้ด้วยการจำนองอสังหาริมทรัพย์จากเจ้าหนี้ (Originator/Servicer) แปลงหนี้เงินกู้ให้อยู่ในรูปตราสารออกจำหน่ายให้แก่ประชาชน (Securities Holder) โดยกระแสเงินที่ไหลเวียนและถือเป็นผลประโยชน์ตอบแทนของประชาชน (Securities Holder) คือ เงินต้นและดอกเบี้ยจากหนี้เงินกู้ที่ลูกหนี้ (Debtor) ชำระให้แก่เจ้าหนี้ (Originator/Servicer)

⁵⁸ สำนักวิจัยตลาดทุน บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย, การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ = Securitization(กรุงเทพฯ: บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย, 2539?), หน้า 14-15.

แผนภูมิการการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์



ตามแผนภูมิข้างต้นในการจัดตั้ง SPV เพื่อซื้อหนี้หรือสินทรัพย์จาก Originator นั้น ในกรณีที่ SPV เป็นบริษัทย่อยของ Originator ถ้า Originator ล้มละลาย ทรัพย์สินของ SPV อาจจะถูกรวมเข้าเป็นทรัพย์สินของ Originator ด้วย ซึ่งจะเป็นผลเสียต่อ Securities Holder ที่ SPV เป็นผู้ออก ดังนั้นเพื่อให้สภาพการถือครองตราสารของ SPV มีเสถียรภาพ และถูกแยกออกจาก Originator โดยเด็ดขาดอันเป็นการคุ้มครอง Securities Holder ก็จะต้องใช้ระบบของทรัสต์เข้ามาสร้างความมั่นคงและเป็นหลักประกันของ Securities Holder ซึ่งการตั้งทรัสต์ ขึ้นมาเพื่อให้ตราสารในกองทรัสต์ถูกแยกออกมาอย่างชัดเจน ในกรณีที่มีการชำระหนี้ให้แก่ Securities Holder ของ SPV จนครบถ้วนแล้ว หากมีกระแสเงินสดที่เกิดจากสินทรัพย์ยังคงเหลืออยู่กระแสเงินสดดังกล่าว ก็จะถูกจ่ายเป็นเงินปันผลให้แก่ทรัสต์ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นใน SPV เพื่อประโยชน์ของ Originator ได้ และทรัสต์ก็จะถือประโยชน์จากหลักประกันที่เป็นสินทรัพย์ที่ SPV รับโอนมาเพื่อประโยชน์ของ Securities Holder ที่ออกโดย SPV ด้วย

นอกจากนี้ ในการทำแปลงสินทรัพย์เป็นทุน SPV สามารถที่จะให้ Originator เป็น Servicing agent เพื่อเรียกเก็บเงินตามสินทรัพย์แทน SPV ได้ ในกรณีที่ระหว่างที่ Originator ได้รับเงินตามสินทรัพย์แต่ก่อนที่จะส่งให้แก่ SPV ถ้า Originator ล้มละลาย เงินที่ได้รับมาในฐานะที่เป็น Servicing agent ก็จะถูกรวมเข้าไปในกอง

ทรัพย์สินของ Originator ซึ่งจะถูกนำไปชำระแก่เจ้าหนี้ของ Originator ด้วย ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังข้างต้น Originator จะนำเงินที่ได้รับในฐานะ Servicing agent ใส่ในกองทรัสต์เพื่อประโยชน์ของ SPV ในธนาคารโดยแยกออกจากบัญชีอื่นของ Originator ซึ่งในกรณีนี้ Originator ก็จะกลายเป็นทรัสต์ที่ถือเงินในกองทรัสต์เพื่อประโยชน์ของ SPV ซึ่งในกรณีนี้ ถ้า originator ล้มละลาย SPV ก็ยังมีสิทธิในเงินในกองทรัสต์นั้นอยู่

ตามตัวอย่างข้างต้นสามารถสรุปได้ว่าการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์นำเอาหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของทรัสต์มาปรับใช้เพื่อให้การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มีประสิทธิภาพ คือ “หลักการทรัพย์สินในกองทรัสต์ไม่อยู่ภายใต้บังคับการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของทรัสต์”⁵⁹ หรือ เรียกว่า “หลักการห่างไกลจากการล้มละลาย” (Bankruptcy remoteness)⁶⁰ ซึ่งเป็นหลักที่กำหนด มิให้มีการนำทรัพย์สินในกองทรัสต์มาชำระหนี้ส่วนตัวของทรัสต์ แม้ว่าตามกฎหมายไทยจะถือว่าทรัพย์สินในกองทรัสต์จะเป็นของทรัสต์ก็ตาม ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ทรัสต์จะอยู่ในภาวะล้มละลายหรือเลิกกิจการหรือไม่ก็ตาม⁶¹ กล่าวคือ ในการจัดโครงสร้างการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่จะทำให้ตราสารที่ออกโดย SPV ได้รับ การจัดอันดับความน่าเชื่อถือในอัตราสูงสุด หรือในอีกนัยหนึ่งคือจะทำให้ผู้ลงทุนในตราสารของ SPV สามารถได้รับชำระหนี้จากกระแสเงินสดที่เกิดจากสินทรัพย์ที่ SPV รับโอนมาจาก originator โดยจะไม่ถูกกระทบสิทธิโดยเจ้าหนี้ของ originator หรือ SPV นอกจากนี้จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ในเรื่อง คุณภาพของสินทรัพย์ (asset quality), ความเสี่ยงด้านสภาพคล่อง (liquidity risk), สภาพของหลักทรัพย์ (portfolio performance), อันดับ เครดิตของหลักทรัพย์ (supporting rating) แล้ว ยังคงต้องพิจารณาในเรื่อง โครงสร้างทางกฎหมาย (legal structure) ประกอบด้วย ซึ่งเป็นการพิจารณาประเด็นทางด้านกฎหมายที่เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของธุรกรรมและ

⁵⁹ Wikipedia. Bankruptcy remote[Online]. U.S.: Wikimedia Foundation, Inc., 2009. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy_remote [2009, January20]

⁶⁰ George T Bogert, Trusts, pp. 115-116

⁶¹ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, เอกสารรับฟังความคิดเห็น เรื่อง การใช้ทรัสต์กับธุรกรรมในตลาดทุน และ การให้ความเห็นชอบทรัสต์ เอกสารเผยแพร่ เลขที่ อช. 5/2552, หน้า 5.

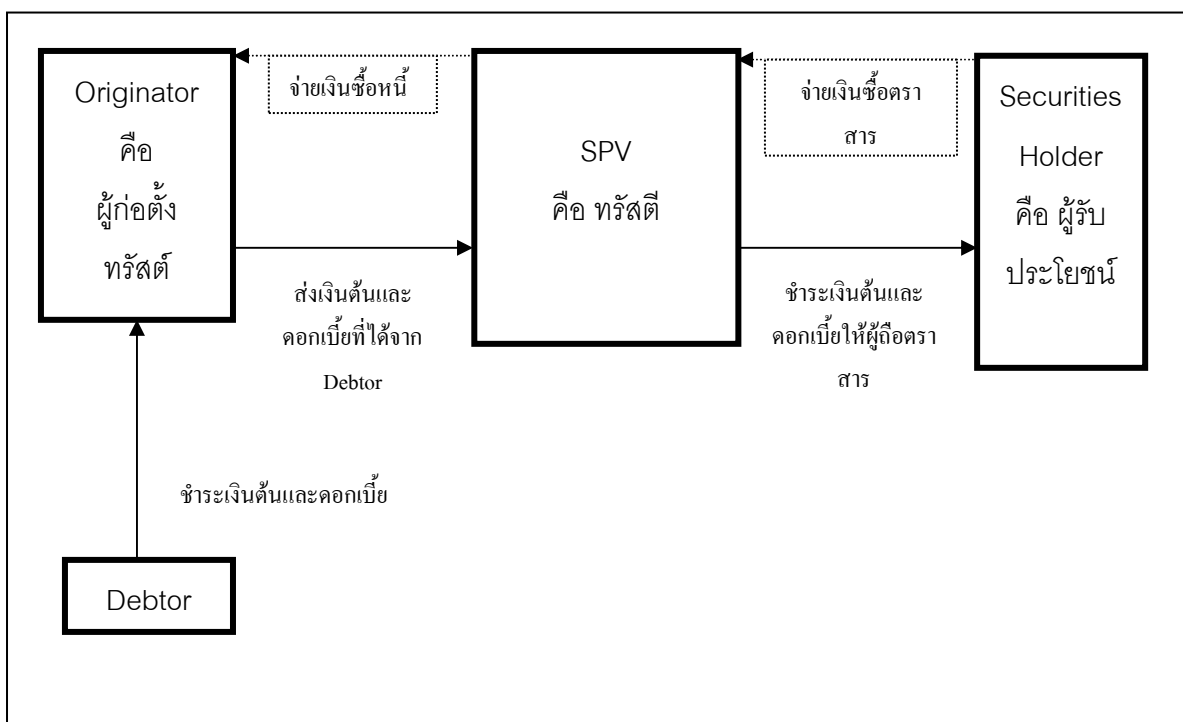
ความสามารถที่จะบังคับได้ตามกฎหมาย รวมทั้งเป็นการพิจารณาการจัดโครงสร้างให้เป็นไปตามหลักการ bankruptcy remoteness ด้วย ซึ่งกลไกในการจัดโครงสร้างการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เพื่อให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวประการหนึ่งคือ การจัดตั้ง SPV ให้อยู่ในรูปองค์กรที่ห่างไกลจากการล้มละลาย (bankruptcy remote entity) และการจัดตั้ง SPV ในรูปของทรัสต์เป็นกลไกประการหนึ่งได้เช่นกัน ทั้งนี้ เพราะตามหลักการทรัสต์ ทรัพย์สินที่เป็นกองทรัสต์ย่อมไม่ถูกกระทบจากการที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ล้มละลายอยู่แล้ว⁶²

สรุปโครงสร้างของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เมื่อผนวกใช้กับระบบทรัสต์สามารถเปรียบเทียบได้ดังนี้ คือ

- (1) Originator จะอยู่ในฐานะของผู้ก่อตั้งทรัสต์
- (2) Special Purpose Vehicle (SPV) จะอยู่ในฐานะของทรัสต์
- (3) Securities Holder จะอยู่ในฐานะของผู้รับประโยชน์

⁶² คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

แผนภูมิการใช้ทรัสต์เพื่อธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์



2.3 วัตถุประสงค์ก่อตั้งทรัสต์เพื่อธุรกรรมอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือ เอื้ออำนวยต่อตลาดทุน

ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 บัญญัติถึง วัตถุประสงค์นี้ไว้โดยกว้าง เพื่อให้อำนาจคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์สามารถใช้ระบบของทรัสต์ในการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุน ซึ่ง ปัจจุบันคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้ยกเว้นประกาศ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เรื่อง การกำหนดประเภทธุรกรรมในตลาดทุนที่ให้ใช้ทรัสต์ได้* โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) ทรัสต์สำหรับการบริหารและจัดการลงทุน (Active trust) ได้แก่

* ปัจจุบันขณะศึกษาวิจัย ร่างประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เรื่อง การกำหนดประเภทธุรกรรมในตลาดทุนที่ให้ใช้ทรัสต์ได้ อยู่ในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นจากภาคธุรกิจ บุคคลที่เกี่ยวข้อง และบุคคลทั่วไป เปิดเผยแพร่และรับความคิดเห็น เมื่อวันที่ 15 มกราคม 2552 วันสุดท้ายของการให้ความคิดเห็น 16 กุมภาพันธ์ 2552

- (ก) การออกตราสารสุญญ (Islamic bond)
 - (ข) การจัดตั้งกองทรัสต์เพื่อการลงทุนของผู้ลงทุนสถาบันและรายใหญ่ (Institutional investor & High Net Worth Trust Fund)
 - (ค) การจัดตั้งกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Investment Trust)
 - (ง) การตั้งนิติบุคคลเฉพาะกิจในรูปทรัสต์ (Special Purpose Trust)
 - (จ) การใช้ทรัสต์ในโครงการร่วมลงทุนระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง (Employee Joint Investment Program)
- (2) ทรัสต์สำหรับการถือครองทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของธุรกรรมหลักหรือเพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้ในการออกหลักทรัพย์ (Passive trust) ได้แก่
- (ก) การใช้ทรัสต์ในการออกและเสนอขายหุ้นให้กรรมการและพนักงาน (Employee Stock Ownership Plan – ESOP)
 - (ข) การใช้ทรัสต์ในการออกไปสำคัญแสดงสิทธิอนุพันธ์ (Derivative Warrant)
 - (ค) การตั้งบัญชีทรัพย์สินในรูปทรัสต์เพื่อการชำระหนี้ในการออกหุ้นกู้
 - (ง) การตั้งบัญชีทรัพย์สินในรูปทรัสต์ในการเรียกเก็บหนี้ให้นิติบุคคลเฉพาะกิจ

2.4 สัญญาก่อตั้งทรัสต์มีวัตถุประสงค์อื่นๆ

สัญญาทุกสัญญาต้องมีวัตถุประสงค์ ดังนั้น วัตถุประสงค์ของสัญญา คือ จุดประสงค์หรือความมุ่งหมายในการทำสัญญา หรือประโยชน์สุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาทำสัญญาประสงค์จะให้เกิดให้มีขึ้น เป็นผลที่เกิดขึ้นมาจากสัญญาที่ตนแสดงเจตนา ดังนั้น

สัญญาทุกประเภทต้องมีวัตถุประสงค์ ถ้าไม่มีวัตถุประสงค์ก็ไม่เกิดนิติกรรมผูกพันกันได้ และไม่สามารถบังคับกันได้ตามกฎหมาย⁶³

สัญญาก่อตั้งทรัสต์ก็ต้องมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันสัญญาประเภทอื่นๆ ซึ่งตาม พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ก็ได้กำหนดวัตถุประสงค์ไว้ใน มาตรา 4 ซึ่งได้กล่าวในข้างต้นแล้ว ดังนั้น สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ซึ่งอาจจะเข้าข่ายสัญญาก่อตั้งทรัสต์ตามสมมุติฐานของวิจัยฉบับนี้ แม้เกิดขึ้นได้ยากอันเนื่องมาจากอันเนื่องมาจากปัจจัยหลายประการ ทั้งระเบียบวิธี ขั้นตอนตามกฎหมาย หรือ ความเป็นวิชาชีพซึ่งมีจรรยาบรรณของทรัสต์ซึ่งผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ต่อไปในหัวข้อ 4.2 แต่เมื่อเกิดสัญญาก่อตั้งทรัสต์ตามสมมุติฐานของวิจัยขึ้นก็ต้องถือว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย กล่าวคือ การทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ ถือเป็นสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์อันต้องห้ามตามกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้โดยชัดเจน ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 และ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686⁶⁴

ทั้งนี้ไม่เพียงแต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้จะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์อันต้องห้ามตามกฎหมายเท่านั้น แม้แต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์อื่นๆ ไม่ว่าจะสุจริตเพียงใด แต่มีวัตถุประสงค์ที่นอกเหนือจากพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาตรา 4 และ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686 ก็ต้องถือว่าเป็นสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์อันต้องห้ามตามกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้โดยชัดเจนทั้งสิ้น ซึ่งผลทางกฎหมายถือเป็นโมฆะ⁶⁵

⁶³ พิเศษฐ์ กัณธิพิย์. บทที่ 2 ความสมบูรณ์แห่งนิติกรรม กฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา[Online]. เชียงราย: มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2552. แหล่งที่มา: <http://e-learning.mfu.ac.th/mflu/1602203/chap2.htm>[21 มกราคม 2552]

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน

3. องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ : แบบของสัญญาก่อตั้งทรัสต์

โดยพื้นฐานแล้วการจัดตั้งทรัสต์จะไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการจดทะเบียนจัดตั้งทรัสต์ เว้นแต่กรณีทรัสต์เพื่อการกุศล (charitable trust)⁶⁶ แต่มีหลักการสำคัญอันที่จะต้องปฏิบัติ คือ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทรัสต์ให้แก่ทรัสต์ หากไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะไม่ถือว่ามี การเกิดทรัสต์⁶⁷ จะเป็นแต่เพียงการฝากทรัพย์เท่านั้น

ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 บัญญัติถึงความสมบูรณ์ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ไว้ 2 เงื่อนไขตามมาตรา 11 ดังนี้

มาตรา 11 ทรัสต์ย่อมก่อตั้งขึ้นเมื่อมีการทำสัญญาเป็นหนังสือ และผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้โอนทรัพย์สินหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ที่จะให้เป็นกองทรัสต์แก่ทรัสต์แล้ว

สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่จะมีผลสมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมาย สัญญาก่อตั้งทรัสต์ต้องดำเนินการเป็นหนังสือ ซึ่งเป็นเงื่อนไขประการแรกของแบบตามกฎหมายของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ นอกจากนี้ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องโอนทรัพย์สิน หรือ ก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆเหนือทรัพย์สินที่จะต้องดำรงอยู่ในกองทรัสต์ให้แก่ทรัสต์เป็นที่เรียบร้อยจะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ใช้หลักการเดียวกันกับหลักการของทรัสต์ทั่วไป เพียงแต่มีการบังคับให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะต้องดำเนินการเป็นรูปแบบเป็นหนังสือ ผู้วิจัยเห็นว่าเหตุผลที่พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 บัญญัติให้การทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ต้องทำเป็นหนังสือ เพราะ ระบบของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของประเทศไทยเป็นระบบที่จำเป็นต้องอ้างอิงกับเอกสาร เช่น ตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 458 หรือ ตามประมวลแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 ประกอบกับลักษณะของทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 บัญญัติขึ้นเข้าข่ายลักษณะของ ทรัสต์โดยแจ้งชัด (Express trust) ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างมาก ถ้าหากสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นรายลักษณะอักษรและมี

⁶⁶ D.J. Hayton, The Law of Trusts, p. 14.

⁶⁷ Ibid., p. 101.

พยานหลักฐานเป็นหนังสือที่อ้างอิงได้ ซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจนในแง่ของพยานหลักฐาน

ส่วนลักษณะของการโอนทรัพย์สินที่จะต้องอยู่ในกองทรัสต์ให้แก่ทรัสต์สามารถแยกตามประเภทของทรัพย์สินได้ 2 ลักษณะ

1. กรณีทรัพย์สินที่เป็นหลักทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัสต์และตลาดหลักทรัสต์ ในปัจจุบันกฎหมายยินยอมให้มีการดำเนินการเฉพาะการโอนกรรมสิทธิ์ในหลักทรัสต์โดยเด็ดขาดเท่านั้นไม่สามารถสร้างเงื่อนไขอันมีลักษณะเช่นเดียวกับทรัพย์สินสิทธิเหนือหลักทรัสต์ได้

2. กรณีทรัพย์สินที่เป็นสินทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัสต์เป็นหลักทรัสต์ สามารถดำเนินการได้ทั้งการโอนกรรมสิทธิ์ในสินทรัสต์ หรือก่อทรัพย์สินสิทธิเหนือสินทรัสต์ก็ได้ขึ้นอยู่กับประเภทของสินทรัสต์นั่นเอง ซึ่งสินทรัสต์อาจจะเป็นได้ทั้งสังหาริมทรัพย์ หรือ อสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ไม่มีกรรมสิทธิ์ก็ได้

สาเหตุที่สามารถแบ่งทรัพย์สินที่จะโอนเข้าไปอยู่ในกองทรัสต์ได้เพียง 2 ประเภทเท่านั้น เนื่องจากวัตถุประสงค์ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ถูกจำกัดไว้แต่เพียงธุรกรรมสามารถดั่งที่กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนเท่านั้น ซึ่งทรัพย์สินที่สามารถทำธุรกรรมทั้งสามรายการจะมีเพียง 2 ประเภทใหญ่ ตามกฎหมายเฉพาะของธุรกรรมนั้นๆ กล่าวคือ ทรัสต์ตามพระราชบัญญัติหลักทรัสต์และตลาดหลักทรัสต์ พ.ศ. 2535 จะมีเพียงหลักทรัสต์ตามมาตรา 4 เท่านั้น และ ทรัสต์ตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัสต์เป็นหลักทรัสต์ พ.ศ. 2540 จะมีเพียงสินทรัสต์หรือหลักทรัสต์ตามโครงการของนิติบุคคลเฉพาะกิจ

4. องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ : เจตนาของสัญญาก่อตั้งทรัสต์

4.1 เจตนาตามปกติวิสัยของสัญญาก่อตั้งทรัสต์

กรณีที่เป็นสัญญาโดยทั่วไปเจตนาของสัญญาต้องสอดคล้องกันไป
ในลักษณะเช่นเดียวกับวัตถุประสงค์ของสัญญา ฉะนั้นสัญญาก่อตั้งทรัสต์ก็เช่นกันเจตนาตามปกติวิสัยย่อมต้องสอดคล้องและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งถึง

กำหนดตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาตรา 4 ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในเบื้องต้น ดังนั้นเจตนาท้ายที่สุดของการก่อตั้งทรัสต์ก็ต้องเป็นไปเพื่อสนองวัตถุประสงค์นั้น แต่อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ที่ได้กล่าวไว้แล้วนั้นเป็นเพียงวัตถุประสงค์โดยกว้างมิได้ลงลึกถึงวัตถุประสงค์โดยเฉพาะเจาะจงของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ในแต่ละนิติกรรม รวมถึงสัญญาก่อตั้งทรัสต์ในแต่ละนิติกรรมก็มิได้มีเพียงวัตถุประสงค์เดียว อาจจะมีวัตถุประสงค์หลักและวัตถุประสงค์ที่ประกอบกัน ดังนั้นเจตนาที่มีวิถีทางที่เป็นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ สัญญาก่อตั้งทรัสต์ในแต่ละนิติกรรมอาจจะมีทั้งเจตนาภายใน และเจตนาที่แสดงออกที่ประกอบกันอยู่ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์เพียงนิติกรรมเดียว แต่อย่างไรก็ตามสัญญาที่สมบูรณ์ต้องเกิดมาจากเจตนาภายในที่สมบูรณ์และถูกต้องตรงกับเจตนาที่แสดงออก

กรณีที่มีการแสดงเจตนาที่ไม่ตรงเจตนาภายในอาจเกิดได้หลายกรณี จึงเกิดปัญหาว่า เจตนาภายใน หรือ การแสดงเจตนา สิ่งใดเป็นสิ่งที่สำคัญกว่าและควรยึดถือ โดยตามหลักเกณฑ์การแสดงเจตนาในทางทฤษฎีเจตนาซึ่งมี 4 ทฤษฎี⁶⁸ ดังนี้

(1) ทฤษฎีเจตนาภายใน (Theory of Will) ถือว่าเจตนาภายในสำคัญกว่าเจตนาที่แสดงออก โดยนัยของทฤษฎีนี้จะถือเอาเจตนาภายในเป็นสิ่งสำคัญ หากขาดเจตนาภายในแล้วนิติกรรมย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เจตนาที่แสดงออกเป็นแต่เพียงวิธี (Means)

(2) ทฤษฎีเจตนาที่แสดงออกสำคัญกว่าเจตนาภายใน (Theory of Declaration) เป็นทฤษฎีที่ตรงกันข้ามกับทฤษฎีแรก ซึ่งมุ่งเน้นที่จะคุ้มครองผู้รับการแสดงเจตนา ดังนั้นทุกครั้งที่มีการแสดงเจตนาต้องเกิดนิติกรรม

(3) ทฤษฎีในเรื่องความรับผิดชอบในการแสดงเจตนา (Theory of Responsibility) โดยทฤษฎีนี้ถือเอาความสุจริตของผู้แสดงเจตนาเป็นสำคัญ กล่าวคือ ถ้ามีการแสดงเจตนาไม่ตรงเจตนาภายในโดยไม่ได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้แสดงเจตนาที่ประสงค์ให้แตกต่าง ผลจะทำให้เจตนาภายในจะสำคัญกว่าเจตนาที่แสดงออก

⁶⁸ อัครชาทร จุฬารัตน, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม

(4) ทฤษฎีการรู้ถึงเจตนาภายในที่แตกต่างจากเจตนาที่แสดงออก (Theory of Confidence) ได้วางหลักโดยยึดเอาทฤษฎีเจตนาที่แสดงออกสำคัญว่าเจตนาภายในเป็นสำคัญ แต่มีข้อยกเว้นว่า ถ้าบุคคลภายนอกไม่รู้ถึงเจตนาที่แสดงออกนั้นไม่ตรงกับเจตนาภายใน การแสดงเจตนาย่อมไม่เป็นผล

เมื่อพิจารณาทางทฤษฎีแล้ว เจตนาสามารถแบ่งออกได้ 2 ส่วน คือเจตนาภายในและเจตนาที่แสดงออก ซึ่งตามปกติวิสัยของนิติกรรมโดยทั่วไปเจตนาทั้งสองส่วนดังกล่าวจะต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกันหรือสอดคล้องกัน สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินก็เช่นกันเจตนาทั้ง 2 ส่วนย่อมต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกันเสมอ มิฉะนั้น ก็ไม่อาจถือได้ว่านิติกรรมสมบูรณ์ตามทฤษฎี และ เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีเจตนาภายในสำคัญกว่าเจตนาที่แสดงออก ถ้าไม่มีเจตนาภายใน แม้จะมีการแสดงออก ก็ไม่มีความหมายในทางกฎหมาย ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่สันนิษฐานได้ว่า เป็นการขาดเจตนาอย่างสิ้นเชิง เพราะขาด “การกระทำ” อันอยู่ในขั้นตอนของกระบวนการก่อเจตนา⁶⁹

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้วิจัยพิจารณาแบ่งระดับความสมบูรณ์ของนิติกรรมตามความสมบูรณ์ของเจตนาได้ 4 ระดับ ดังนี้

- (1) เจตนาภายในและเจตนาที่แสดงออก หรือการแสดงออกเป็นไปในทิศทางเดียวกันหรือสอดคล้องกัน มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย
- (2) กรณีที่ขาดเจตนา (มีการแสดงออก แต่ไม่มีเจตนาที่แท้จริง)⁷⁰
- (3) การแสดงเจตนาแตกต่างจากเจตนาภายใน ผลทางกฎหมายถือเป็นโมฆะ⁷¹
- (4) เจตนาภายในและเจตนาที่แสดงออก หรือการแสดงออกไม่ไปในทิศทางเดียวกันหรือไม่สอดคล้องกัน เป็นการแสดงเจตนาที่บกพร่อง หรือ โดยวิปริต⁷² ทำให้สัญญาเป็นโมฆียะ

⁶⁹ ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 101.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน

⁷¹ จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย นายจิตติ ดิงศภัทย์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะ นิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), หน้า 129 และ 173 -175.

กรณีที่มีเจตนาภายในและเจตนาที่แสดงออก หรือการแสดงออกเป็นไปในทิศทางเดียวกันหรือสอดคล้องกัน หรือ มีเจตนาตามปกติวิสัยของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ย่อมไม่เกิดประเด็นปัญหา เพราะ สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาภายในและเจตนาที่แสดงออก หรือการแสดงออกเป็นไปในทิศทางเดียวกันหรือสอดคล้องกัน ย่อมมีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมายและผูกพันคู่สัญญาที่ต้องปฏิบัติตาม รวมถึงไม่มีเหตุให้บุคคลภายนอกผู้เสียหายเปรียบยกขึ้นอ้างได้

ส่วนนิติกรรมใดที่เข้าข่ายกรณีไม่มีเจตนาภายใน มีเพียงเจตนาที่แสดงออก ย่อมชัดเจนว่าย่อมไม่ผูกพันผู้ใดตามกฎหมายเจตนาภายในสำคัญกว่าเจตนาที่แสดงออก แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นคงจะต้องไปว่ากล่าวเป็นกรณีแยกต่างหาก

ดังนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวเฉพาะส่วนที่เป็นประเด็นปัญหาตามที่ได้ตั้งสมมุติฐานไว้เท่านั้น กล่าวคือ จะวิจัยเฉพาะกรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาที่ไม่ปกติวิสัยของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งแบ่งได้ 2 กรณี คือ

- (1) กรณีการแสดงเจตนาแตกต่างจากเจตนาภายใน และ
- (2) กรณีการแสดงเจตนาโดยวิปริต

4.2 เจตนาของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่ต้องการใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้

กรณีคู่สัญญาก่อตั้งทรัสต์โดยมีเจตนาก่อตั้งทรัสต์ที่ต้องการใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ หากพิจารณาตามคุณสมบัติของคู่สัญญาโอกาสของการแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งไม่ปกติวิสัยดังนี้

1. กรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์แบบไม่ปกติวิสัย ตามสมมุติฐานการวิจัยที่มุ่งเน้นว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาทุจริตใช้ระบบกฎหมายทรัสต์เป็นเครื่องมือเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ตามกฎหมายจากเจ้าหนี้ เนื่องจากหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายทรัสต์ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องโอนสิทธิในทรัพย์สินให้แก่ทรัสต์ เพื่อให้ทรัสต์ทำหน้าที่ดูแลทรัพย์สินนั้นและส่งมอบให้กับบุคคลอีกบุคคลหนึ่งที่เรียกว่าผู้รับ

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 128-129.

ผลประโยชน์ซึ่งเป็นบุคคลที่กำหนดตามเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งตามหลักการทั่วไป ผู้รับผลประโยชน์จะเป็นบุคคลภายนอก เมื่อทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนสิทธิ (อันหมายรวมถึงกรรมสิทธิ์ด้วย) ไปยังทรัสต์ เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ย่อมไม่สามารถใช้สิทธิเรียกให้ทรัสต์นำเอาทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ ในอีกฐานะหนึ่ง คือ ทรัพย์สินของลูกหนี้ นำมาใช้ชำระหนี้ให้แก่ตนได้ ด้วยเหตุนี้เองทรัสต์จึงอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย

หากพิจารณาตามคุณสมบัติของผู้ก่อตั้งทรัสต์ตามหลักกฎหมายทรัสต์ทั่วไปที่เปิดกว้างให้บุคคลใดๆ ที่มีทรัพย์สินสามารถจัดตั้งทรัสต์ตามที่กล่าวไว้ในบทที่แล้ว การที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาทุจริตจะใช้ประโยชน์จากทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้จึงสามารถกระทำได้ง่าย เนื่องจากมิได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ลักษณะของทรัพย์สินที่จะโอนเข้าสู่กองทรัสต์ก็มีได้ไม่จำกัด

เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาผู้ก่อตั้งทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ที่จำกัดบุคคลที่จะมาเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ไว้ตามแนววัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งปรากฏตามหมายเหตุการณ์ท้ายพระราชบัญญัติ และปรากฏตาม มาตรา 4 คือ การออกหลักทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัสต์และตลาดหลักทรัสต์, การแปลงสินทรัสต์เป็นหลักทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัสต์เป็นหลักทรัสต์ และธุรกรรมอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุน ซึ่งปัจจุบันคณะกรรมการกำกับหลักทรัสต์และตลาดหลักทรัสต์ได้ยกเว้นประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัสต์และตลาดหลักทรัสต์ เรื่อง การกำหนดประเภทธุรกรรมในตลาดทุนที่ให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ โดยรายละเอียดได้กำหนดความชัดเจนว่าทรัสต์สามารถใช้ประโยชน์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุนได้ใน 2 กรณี คือ

(1) ทรัสต์สำหรับการบริหารและจัดการลงทุน (Active trust) ได้แก่ การออกตราสารศุภก (Islamic bond), การจัดตั้งกองทรัสต์เพื่อการลงทุนของผู้ลงทุนสถาบันและรายใหญ่ (Institutional investor & High Net Worth Trust Fund), การจัดตั้งกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Investment Trust), การตั้งนิติบุคคลเฉพาะกิจในรูปทรัสต์ (Special Purpose Trust), การใช้ทรัสต์ในโครงการร่วมลงทุนระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง (Employee Joint Investment Program)

(2) ทรัสต์สำหรับการถือครองทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของธุรกกรมหลัก หรือเพื่อประโยชน์ในการชำระหนี้ในการออกหลักทรัสต์ (Passive trust) ได้แก่ การใช้ทรัสต์ในการออกและเสนอขายหุ้นให้กรรมการและพนักงาน, การใช้ทรัสต์ในการออกใบสำคัญแสดงสิทธิอนุพันธ์, การตั้งบัญชีทรัพย์สินในรูปทรัสต์เพื่อการชำระหนี้ในการออกหุ้นกู้, การตั้งบัญชีทรัพย์สินในรูปทรัสต์ในการเรียกเก็บหนี้ให้นิติบุคคลเฉพาะกิจ

โดยสรุปแล้วข้อเท็จจริงในปัจจุบันที่ทำการศึกษาวินิจฉัย ผู้ก่อตั้งทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกกรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 จะถูกจำกัดแต่เพียง บริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัสต์ และนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัสต์ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกกรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 เท่านั้น และทรัสต์ที่จะโอนเข้ากองทรัสต์ก็ต้องเป็นหลักทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัสต์และตลาดหลักทรัสต์ กับสินทรัพย์ที่แปลงเป็นหลักทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัสต์ ซึ่งจะเห็นได้ว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์ถูกจำกัดขอบเขตไว้แคบ ประกอบกับประเภททรัพย์สินก็ยังกำหนดไว้อย่างจำกัด พร้อมทั้งด้วยสภาพ สถานะ และความน่าเชื่อถือของบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัสต์ และนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัสต์ จึงทำให้เห็นได้ว่ากรณีที่ดินิติบุคคลทั้งสองประเภทไม่น่าจะใช้วิธีการตามสมมุติฐานในการทุจริต

แต่อย่างไรก็ตามทางกฎหมายก็มิได้มีหลักประกันใต้นิติบุคคลทั้งสองประเภทจะคิดทุจริตมิได้ เพราะอย่างไรก็ตามการแสดงเจตนาผ่านนิติบุคคลก็ย่อมต้องแสดงเจตนาผ่านบุคคลธรรมดาซึ่งย่อมมีความเสี่ยงในการดำเนินการโดยทุจริต และหากเกิดกรณีตามสมมุติฐานความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจะกระทบต่อผู้ทุจริตเป็นจำนวนมาก เนื่องจากเป็นการดำเนินการทุจริตในตลาดทุนซึ่งเป็นเสาหลักทางเศรษฐกิจของประเทศ

2. กรณีทรัสต์มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์แบบไม่ปกตวิสัย โดยปกติตามทฤษฎีทรัสต์ ผู้ใดก็ได้ที่มีความสามารถในการยึดถือทรัพย์สินในทางนิตินัย หรือ เป็นเจ้าของทางนิตินัย (Legal Ownership หรือ Legal Estate)

ดังนั้นทรัสต์จึงอาจจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล และจะเป็นบุคคลคนเดียว หรือหลายบุคคลก็ได้ โดยทรัสต์จะได้รับแต่งตั้งโดยผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ โดยตรา

สารก่อตั้งทรัสต์ หรือ โดยรับการแต่งตั้งจากศาลให้กระทำการในฐานะทรัสต์ มีหน้าที่ดูแล และจัดการทรัพย์สินให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์การจัดตั้งทรัสต์

เมื่อนำพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 และร่าง ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เรื่อง หลักเกณฑ์ในการขอ อนุญาตและการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ มาวิเคราะห์ร่วมกับหลักทั่วไปของ ทฤษฎีทรัสต์* จะพบว่าพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 จำกัดไว้ แต่เพียงบุคคลเฉพาะกลุ่มเท่านั้น ซึ่งใช้แนวคิดของ Trustee Corporations มาใช้เป็น พื้นฐาน และวางมาตรฐานว่า Trustee Corporations ต้อง

(1) เป็นผู้ที่มีความพร้อมทางการเงิน คือ ต้องมีทุนจดทะเบียนซึ่งชำระแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท และเพื่อเป็นหลักประกันในความมั่นคงบริษัทต้อง ดำรงทุนไว้ตามหลักเกณฑ์ขั้นต่ำของการเป็นธนาคารพาณิชย์ สถาบันการเงินที่มีกฎหมาย เฉพาะจัดตั้งขึ้น หรือ กรณีของบริษัทหลักทรัพย์ก็ต้องดำรงทุนไม่ต่ำกว่าเกณฑ์ของ คณะกรรมการ ก.ล.ต. ซึ่งถือว่าเป็นไปตามหลักการของ Trustee Corporations

(2) ต้องเป็นบริษัทที่น่าเชื่อถือ รวมถึงผู้บริหารตลอดจนผู้ถือหุ้นราย ใหญ่ที่มีอำนาจในการครอบงำบริษัทก็ต้องเป็นบุคคลที่น่าเชื่อถือ ตามหลักทรัสต์ต้องจัดการ ทรัพย์สินที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์อย่างซื่อสัตย์และระมัดระวัง (Fiduciary Duty and Duty of Care)

(3) ต้องเป็นบริษัทที่มีความพร้อมในการทำหน้าที่ มีความสามารถ ดูแลทรัพย์สินของบุคคลอื่น และสามารถดำรงตนให้ปฏิบัติตามหน้าที่ได้ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ ของการเป็นทรัสต์โดยทั่วไป

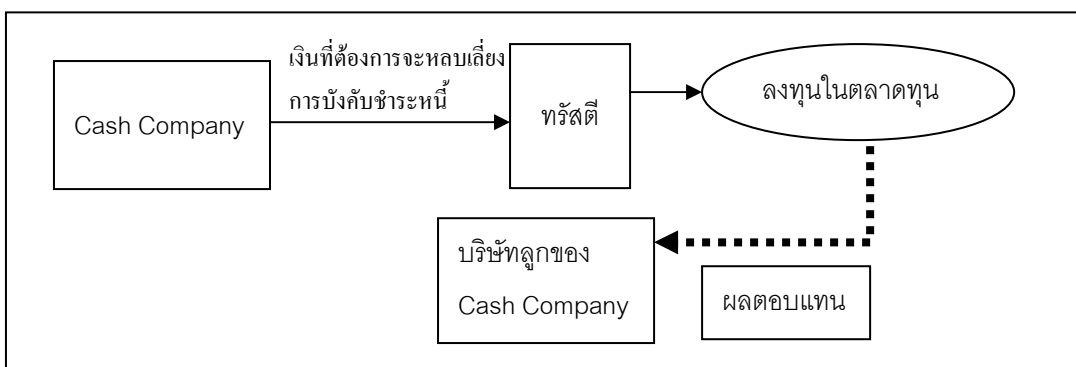
จากแนวบรรทัดฐานที่ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาด หลักทรัพย์ยกράงนั้นจะสูงมาก พร้อมทั้งในทางปฏิบัติ จะมีเจ้าพนักงานของสำนักงาน คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตรวจสอบควบคุมการทำงานของผู้ที่

* การวิเคราะห์ อยู่บนพื้นฐานที่ว่า ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาด หลักทรัพย์เรื่อง หลักเกณฑ์ในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ ที่มีผล บังคับใช้จริงต้องคงไว้ซึ่งหลักการเดิมตามร่าง

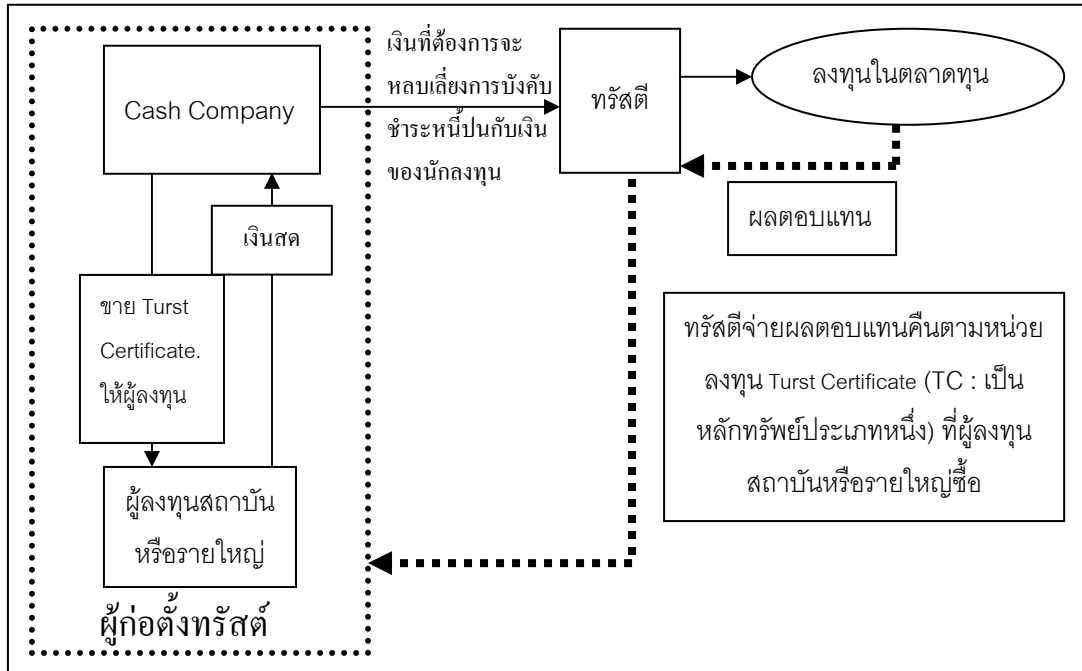
ประกอบกิจการเป็นทรัสต์อย่างใกล้ชิด เมื่อเทียบกับคุณสมบัติของผู้ก่อตั้งทรัสต์แล้วทำให้เห็นได้ว่าช่องทางกฎหมายที่ทรัสต์จะใช้กฎหมายทรัสต์ไปในการทุจริตจะเกิดได้ยากกว่ากรณีของผู้ก่อตั้งทรัสต์ทุจริต

ดังนั้น โดยสรุปแล้วกรณีตามสมมุติฐานถ้าพิจารณาตามหลักทั่วไปของทฤษฎีทรัสต์ หรือในต่างประเทศจะเกิดขึ้นได้โดยง่าย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ได้จำกัดทั้งคุณสมบัติของผู้ก่อตั้งทรัสต์ และทรัพย์สินในการก่อตั้งทรัสต์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดมาตรฐานของทรัสต์อย่างเข้มข้น จะทำให้กรณีการใช้ทรัสต์ไปหาประโยชน์ในทางมิชอบจะเกิดขึ้นยาก แต่ก็ไม่ใช่ว่ากรณีที่เกิดขึ้นไม่ได้ และในกรณีของประเทศไทยหากเกิดเหตุการณ์ตามสมมุติฐานจะทำให้เกิดความเสียหายในวงกว้างในทันที เพราะธุรกรรมนั้นกระทำอยู่ในตลาดทุน

อย่างกรณีบริษัทมหาชนในตลาดหลักทรัพย์ที่เป็นบริษัทเน้นการลงทุนในหุ้น (Cash Company) โดยเนื้อแท้ของบริษัทแทบไม่มีกิจกรรมทางเศรษฐกิจอื่นใด กล่าวคือ ไม่ได้ประกอบกิจการโดยด้วยตัวเอง นอกจากการลงทุนในตลาดทุน ดังนั้นสภาพที่แท้จริงของ Cash Company ก็จะมีเหมือนกองทุนหรือกองเงินกองหนึ่ง ที่เข้าลงทุนในบริษัทอื่นๆ ในตลาดหลักทรัพย์ด้วย และดำเนินการซื้อขายหลักทรัพย์เพื่อหากำไร ดังนั้นการที่บริษัท Cash Company ซึ่งเป็นบริษัทมหาชนด้วยจึงสามารถใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้จึงมีความเป็นไปได้



รูปแบบการจัดตั้งกองทรัสต์เพื่อการลงทุนของผู้ลงทุนสถาบันและรายใหญ่ (Institutional investor & High Net Worth Trust Fund)



4.2.1 กรณีการแสดงเจตนาแตกต่างจากเจตนาภายใน

กรณีการแสดงเจตนาแตกต่างจากเจตนาภายใน เป็นกรณีเดียวกันกับการแสดงเจตนาใดที่มีข้อบกพร่อง ซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นเรื่องบกพร่องสำคัญถึงขนาดที่ทำให้การแสดงเจตนาเช่นนั้นย่อมจะเสื่อมเสียไป โดยไม่อาจก่อให้เกิดผลผูกพันใด ๆ ตามเจตนาที่แสดงออกมาเลย กฎหมายย่อมกำหนดให้การแสดงเจตนาเช่นนั้นตกเป็นโมฆะคือไม่มีผลตามเจตนาที่ได้แสดงออกมาแต่เริ่มแรก โดยที่ผู้แสดงเจตนาไม่ต้องทำการใด ๆ เพื่อให้เจตนาเช่นนั้นต้องเสียไปเลย⁷³ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ 4 ลักษณะ คือ เจตนาซ่อนเร้น เจตนาลวง นิติกรรมอำพราง และการสำคัญผิดในสาระสำคัญ ซึ่งผลตามกฎหมายล้วนแต่มีผลเป็นโมฆะทั้งสิ้น

⁷³ กิตติศักดิ์ ปรกติ. เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา: ส่วนที่ 4 ความบกพร่องเสื่อมเสียแห่งเจตนา[Online]. กรุงเทพฯ: กิตติศักดิ์ ปรกติ, 2551?. แหล่งที่มา: http://law.tu.ac.th/outline/2_2550/LA101/06_154_167_draft.PDF[22 มกราคม 2552]

4.2.1.1 เจตนาซ่อนเร้น คือ กรณีที่ผู้แสดงเจตนาได้แสดงเจตนาออกมาในลักษณะที่ประสงค์ผูกพัน แต่ในใจจริงหรือตามเจตนาที่แท้จริง บุคคลนั้นมิได้ประสงค์จะผูกพันตามเจตนาที่แสดงออก⁷⁴ เพื่อความมั่นคงของสัมพันธภาพในสังคม แม้ว่าตามกฎหมายจะคำนึงถึงเจตนาที่แท้จริง แต่หากไม่คุ้มครองบุคคลที่รับการแสดงเจตนาเลยกล่าวคือ ไม่ให้ความสำคัญกับเจตนาที่แสดงออกมาเลยจะทำให้ไม่มีความมั่นคงของสัมพันธภาพในสังคม เพราะเจตนาที่แท้จริงภายในยากที่จะนำออกมาพิสูจน์⁷⁵ อีกแนวคิดหนึ่งตามทฤษฎีเจตนา คือ เจตนาซ่อนเร้นยึดถือเอาทฤษฎีเจตนาที่แสดงออกสำคัญกว่าเจตนาภายในเป็นสำคัญ แต่มีข้อยกเว้นว่า ถ้าบุคคลภายนอกไม่รู้ถึงเจตนาที่แสดงออกนั้นไม่ตรงกับเจตนาภายใน การแสดงเจตนาย่อมไม่เป็นผล ซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีการรู้ถึงเจตนาภายในที่แตกต่างจากเจตนาที่แสดงออก (Theory of Confidence)⁷⁶

4.2.1.2 เจตนาหลง เป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับ ที่ผู้แสดงเจตนาได้แสดงเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งโดยไม่ประสงค์จะผูกพันตามเจตนาที่แสดงออกโดยสมรู้กันกับคู่กรณี กฎหมายกำหนดว่านิติกรรมเช่นนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ ทั้งนี้เพราะกฎหมายต้องการคุ้มครองฝ่ายผู้แสดงเจตนาให้ต้องผูกพันตามเจตนาที่แท้จริงเป็นสำคัญ และขณะเดียวกันก็คุ้มครองฝ่ายผู้รับการแสดงเจตนาด้วยพร้อมกันไป คือทั้งสองฝ่ายไม่ต้องผูกพันตามเจตนาที่แสดงออกซึ่งแตกต่างจากเจตนาที่แท้จริง เป็นที่เห็นได้ว่าในกรณี

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน

⁷⁵ จีต เศรษฐบุตตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย นายจิตติ ติงศภักดิ์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะ นิติกรรมและหนี้, หน้า 110.

⁷⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 3(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 261.

เช่นนี้ เมื่อฝ่ายผู้รับการแสดงเจตนาพร้อมสมรู้อยู่แล้ว ผู้แสดงเจตนาไม่ประสงค์ผูกพันตามเจตนาที่แสดงออกนั้น⁷⁷

4.2.1.3 นิติกรรมอำพราง คือ การที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแสดงเจตนาลวงโดยสมรู้กัน ทำนิติกรรมอันหนึ่งขึ้นมาให้ปรากฏ ซึ่งในเจตนาที่แท้จริงมิได้ต้องการผูกพันตามนิติกรรมนี้ แต่ทำเพื่อจะอำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่ง ซึ่งคู่กรณีปิดบังและต้องการที่จะผูกพันต่อกัน ฉะนั้น นิติกรรมที่แสดงออกมาให้ปรากฏ จึงเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาลวง โดยสมรู้กัน ระหว่างคู่กรณีซึ่งเป็นโมฆะ ส่วนนิติกรรมที่แท้จริงที่เกิดจากการแสดงเจตนาที่แท้จริงนั้นแต่ถูกปกปิดไว้ไม่ให้คนอื่นรู้ ย่อมมีผลบังคับได้ เพราะถือว่าเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาที่ตรงกับในใจจริง หรือที่เราเรียกกันว่านิติกรรมที่ถูกอำพราง หรือที่กฎหมายเดิมเรียกว่านิติกรรมอำพราง⁷⁸

4.2.1.4 การสำคัญผิดในสาระสำคัญ อาจแบ่งได้เป็น 3 กรณี เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ระบุไว้เป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น ดังนั้นจึงมิได้จำกัดไว้แต่เพียง 3 กรณี คือ ความสำคัญผิดในลักษณะแห่งนิติกรรม (Error in Negotio) ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม (Error in Persona) และ การสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม (Error in Corpore)⁷⁹ ซึ่งปัจจุบันก็มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่วินิจฉัยให้มีความสำคัญผิดในเนื้อหาแห่งนิติกรรม หรือ

⁷⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ. เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา: ส่วนที่ 4 ความบกพร่องเสื่อมเสียแห่งเจตนา[Online]

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน

⁷⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 339.

ความสำคัญผิดในข้อความหรือข้อตกลงในนิติกรรมที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรม ถือเป็นกรการสำคัญผิดในสาระสำคัญด้วยเช่นกัน⁸⁰

4.2.2 กรณีการแสดงเจตนาโดยวิปริต

กรณีการแสดงเจตนาโดยวิปริตในทางทฤษฎีถือว่าความวิปริตหรือความบกพร่องของเจตนาเป็นกระบวนการที่ผิดพลาด หรือบกพร่องไปตั้งแต่ขั้นตอนการก่อให้เกิดเจตนา จึงทำให้เจตนาภายในถูกรบกวนและบิดเบือนไปจากเจตนาที่ควรจะเป็น แต่เจตนาภายในกับเจตนาที่แสดงออกถูกต้องและสอดคล้องกัน⁸¹ ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ 3 ลักษณะ คือ ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน กลข้อฉล และ การข่มขู่ ซึ่งผลตามกฎหมายล้วนแต่มีผลเป็นโมฆียะทั้งสิ้น

4.2.2.1 ความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน คือ การเข้าใจข้อเท็จจริงผิดไป หรือ ไม่ต้องตามความเป็นจริง กล่าวคือความเป็นจริงเป็นอย่างหนึ่ง แต่ผู้แสดงเจตนาเข้าใจ หรือคิดเป็นอีกอย่างหนึ่ง และความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องทำให้เขาแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม ซึ่งความสำคัญผิดจะเกิดในช่วงการก่อเจตนาภายใน⁸²

4.2.2.2 กลข้อฉล คือ การหลอกลวงให้ผู้แสดงเจตนาสำคัญผิดหรืออาจกล่าวว่าเป็นการแสดงข้อความอย่างไร้ความจริง เพื่อลวงให้เขาหลงเชื่อแสดงเจตนา การแสดงเจตนาเพราะกลข้อฉลเป็นการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดทุกกรณี แต่การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดไม่จำเป็นต้องเกิดจากกลข้อฉลเสมอไป มีผลต่างกัน คือ การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดจะมีผลแตกต่างกันสุดแล้วแต่ว่าจะเป็นความสำคัญผิดในเรื่องอะไร ถ้าสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของนิติกรรม การแสดงเจตนา นั้นจะเป็นโมฆะ

⁸⁰ พิศิษฐ์ กัณธิพิย์. บทที่ 4 การแสดงเจตนาวิปริต และความไม่เป็นผลแห่งนิติกรรม กฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา[Online]. เชียงราย: มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2552. แหล่งที่มา: <http://e-learning.mfu.ac.th/mflu/1602203/chap4.htm>[22 มกราคม 2552]

⁸¹ ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 118.

⁸² เรื่องเดียวกัน, หน้า 119.

แต่ถ้าสำคัญผิดในสิ่งที่เป็นคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน ซึ่งตามปกตินับว่าเป็นสาระสำคัญ การแสดงเจตนานั้นก็เพียงโมฆียะ

ส่วนการแสดงเจตนาเพราะถูกกลล่อลมิได้เป็นโมฆียะเสมอไป เพราะการแสดงเจตนาเพราะถูกกลล่อลที่จะเป็นโมฆียะนั้น ก็ต่อเมื่อกลล่อลจะต้องถึงขนาด คือ กลล่อลที่จูงใจให้เขาแสดงเจตนาทำนิติกรรม ซึ่งถ้าไม่มีกลล่อลเช่นนั้นก็จะไม่มีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมกันเลย

ดังนั้น ถ้ากลล่อลใดแม้ไม่มีก็จะมีการทำนิติกรรมอยู่นั่นเอง ย่อมไม่ใช่กลล่อลถึงขนาด ถ้ากลล่อลนั้นไม่ถึงขนาดแล้ว แม้จะเป็นการใช้อุบายหลอกลวงให้เขาเกิดเข้าใจผิดขึ้นมา ก็ไม่มีผลทำให้การแสดงเจตนาเป็นโมฆียะ แต่ถ้าเป็นการใช้อุบายหลอกลวงให้ผู้แสดงเจตนาสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม หรือสำคัญผิดในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งนิติกรรม หรือสำคัญผิดในสิ่งที่เป็นสาระสำคัญอื่นของนิติกรรม ถ้ามาจากแง่ของการแสดงเจตนาเพราะถูกกลล่อล การแสดงเจตนานั้นก็จะมีผลเพียงเป็นโมฆียะ⁸³

4.2.2.3 การข่มขู่ หมายความว่า การกระทำของบุคคลหนึ่งบุคคลใดอันมีลักษณะเป็นการบีบบังคับโดยการยกเอาภัยอันใดอันหนึ่งมาขู่บังคับ ซึ่งการขู่เช่นนั้นทำให้บุคคลผู้ถูกขู่กลัวภัย และทำให้บุคคลผู้ถูกขู่แสดงเจตนาออกมาเพื่อทำนิติกรรมตามความประสงค์ของผู้ข่มขู่ นั้น การข่มขู่เป็นการบังคับเจตนาให้ทำนิติกรรม มิใช่การใช้กำลังบังคับให้ทำนิติกรรม ซึ่งถือว่าการไม่มีการแสดงเจตนาและนิติกรรมไม่เกิดขึ้น

ศาสตราจารย์ ดร. อภิชาต จุฬารัตน กล่าวว่า “การข่มขู่ คือ การบังคับให้เกิดความกลัวภัย เพื่อให้บุคคลที่ถูกข่มขู่แสดงเจตนาทำนิติกรรม

⁸³ พิศุทธิ์ กัณธิพย์. บทที่ 4 การแสดงเจตนาวิปริต และความไม่เป็นผลแห่งนิติกรรม หมายความว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา[Online].

กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นการให้บุคคลที่ถูกข่มขู่ เลือกรูปแบบที่จะยอมรับภัยนั้น หรือว่าจะแสดงเจตนาทำนิติกรรมตามที่ผู้ขู่ประสงค์”⁸⁴

4.3 การก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้

ตามสมมติฐานของการวิจัย ผู้วิจัยมุ่งเน้นถึงการวิจัยปัญหาในเรื่องการก่อตั้งทรัสต์เพื่อให้ทรัสต์เป็นเครื่องมือสำหรับการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ โดยจะศึกษาว่า สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่สร้างขึ้นเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ มีความบกพร่องอย่างไรบ้าง เมื่อพิจารณาโดยแยกตามองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของนิติกรรมซึ่งมี 4 ประการ⁸⁵ คือ

(1) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเป็นสัญญา 2 ฝ่าย* คือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ กับ ทรัสต์ หากจะมีข้อบกพร่องก็น่าจะเป็นประเด็นเกี่ยวกับความสามารถ และคุณสมบัติของบุคคลทั้ง 2 ฝ่ายนั้นตามกฎหมาย ดังนั้นกรณีความสามารถ และคุณสมบัติของคู่สัญญาจึงไม่สอดคล้องกับตามสมมติฐานของการวิจัย

(2) วัตถุประสงค์ ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วนั้น วัตถุประสงค์ของสัญญา คือความมุ่งหมายสุดท้ายของการทำนิติกรรมเป็นไปตามทฤษฎีอัตวิสัย (Subjective

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน

⁸⁵ ศนันทกรณ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 39 – 40.

* สัญญาก่อตั้งทรัสต์ไม่น่าจะถือเป็นสัญญา 3 ฝ่าย เนื่องจาก สัญญาก่อตั้งทรัสต์มีลักษณะคล้ายกันกับสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก กล่าวคือผู้รับประโยชน์ถือเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญา ซึ่งจะสังเกตเห็นได้ว่านิยามคำว่า “สัญญาก่อตั้งทรัสต์” ตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ก็ใช้ถ้อยคำว่า “...เพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้รับประโยชน์...” ประกอบกับหัวข้อของสัญญาตาม มาตรา 14 (2) ของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ใช้ถ้อยคำว่า “ผู้รับประโยชน์ โดยการระบุชื่อ หรือคุณสมบัติ หรือลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้รับประโยชน์ก็ได้” ซึ่งแสดงถึงว่าขณะทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์อาจจะยังไม่ทราบว่าผู้ใดเป็นผู้รับผลประโยชน์

Theory)* ดังนั้นสัญญาก่อตั้งทรัสต์ย่อมต้องมีลักษณะดังกล่าวด้วย เมื่อพิจารณาประกอบกับสมมติฐานของการวิจัยจึงมีความเป็นไปได้ที่การก่อตั้งทรัสต์เพื่อใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือสำหรับการหลบเลี่ยงการชำระหนี้จะเป็นความบกพร่องในแง่ของวัตถุประสงค์ของสัญญา จนอาจจะทำให้เป็นโมฆะได้

(3) แบบของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ เมื่อพิจารณาแล้วน่าจะไม่มีส่วนคาบเกี่ยวกับสมมติฐานของการวิจัย อีกทั้งหากพิจารณาโดยละเอียดแล้ว ยังมีประเด็นซึ่งต้องพิจารณาอีกว่าการโอนทรัพย์สินเข้าของทรัสต์ถือเป็นแบบของสัญญาหรือไม่

(4) เจตนาในการเข้าทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ของคู่สัญญา เมื่อพิจารณาจากสมมติฐานของการวิจัยประกอบข้อกฎหมายแล้ว สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่สร้างขึ้นเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ น่าจะเป็นมีประเด็นปัญหาทางด้านเจตนาด้วย

ตามสมมติฐานของการวิจัย คือ การก่อตั้งทรัสต์เพื่อใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือสำหรับการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า มีประเด็นปัญหาทางด้านองค์ประกอบทางด้านนิติกรรม 2 ส่วน คือ ประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบทางด้านวัตถุประสงค์ และ ประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบทางด้านเจตนา ดังนั้นผู้วิจัยจึงขอกำหนดขอบเขตของการวิจัยให้ชัดเจนยิ่งขึ้นเป็น 3 หัวข้อ ดังนี้

(1) สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อหลบเลี่ยงชำระหนี้ถือเป็นกรณีที่เป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

* ผู้วิจัยมุ่งที่จะศึกษาตามทฤษฎีอัตวิสัย (Subjective Theory) เท่านั้น เนื่องจากทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Theory) จะเป็นการยากที่จะถือว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดในบทต่อไป

(2) สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาหลบเลี่ยงชำระหนี้ถือเป็นกรณีที่ขาดเจตนา ซึ่งจะแยกเป็นกรณีเจตนาซ่อนเร้น กรณีเจตนาลวง กรณีนิติกรรมอำพราง และกรณีการสำคัญผิดในสาระสำคัญ

(3) สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาหลบเลี่ยงชำระหนี้ถือเป็นกรณีที่มีการแสดงเจตนาโดยวิปริต ซึ่งจะแยกเป็น กรณีความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน กรณีกลฉ้อฉล และ กรณีการข่มขู่

บทที่ 4

ปัญหากฎหมายและวิธีการแก้ปัญหา

กรณีมีเจตนาก่อตั้งทรัพย์สินเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686 ก็ได้จำกัดการก่อตั้งทรัพย์สินไว้ อย่างจำกัด โดยอนุญาตให้การก่อตั้งทรัพย์สินจะมีขึ้นได้แต่เฉพาะการก่อตั้งตามพระราชบัญญัติ ทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 และ มาตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมใน ตลาดทุน พ.ศ.2550 ได้บัญญัติวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งทรัพย์สินไว้อย่างชัดเจน ซึ่งตามทฤษฎี เจตนาการก่อตั้งทรัพย์สินย่อมต้องสอดคล้องกันทั้งเจตนาภายในและเจตนาที่แสดงออก ซึ่งเจตนาทั้งสองประเภทต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ด้วย

ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวสรุปขอบเขตการวิจัยโดยชัดเจนว่ากรณีสัญญาการก่อตั้งทรัพย์สิน ที่ตั้งเพื่อหลบเลี่ยงชำระหนี้มีประเด็นปัญหาใน 3 ลักษณะ คือ เรื่องนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็น การต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เรื่องคู่สัญญาแสดงเจตนาแตกต่างจากเจตนาภายใน และ เรื่อง คู่สัญญาแสดงเจตนาโดยปริยาย ดังนั้นผู้วิจัยจึงขอแบ่งการวินิจฉัยในบทนี้ตามแนวทางดังกล่าว ซึ่ง แบ่งแยกได้ดังนี้

ประเด็นเกี่ยวกับ องค์ประกอบทางด้าน วัตถุประสงค์	ประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบทางด้านเจตนา	
(1) กรณีที่สัญญาการก่อตั้งทรัพย์สิน เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้เป็นนิติกรรมที่มี วัตถุประสงค์เป็นการ ต้องห้ามชัดแจ้งโดย กฎหมาย	(2) กรณีคู่สัญญาการก่อตั้งทรัพย์สิน แสดงเจตนาแตกต่างจาก เจตนาภายใน (2.1) กรณีเจตนาซ่อนเร้น (2.2) กรณีเจตนาลวง (2.3) กรณีนิติกรรมอำพราง (2.4) กรณีการสำคัญผิดใน สาระสำคัญ	(3) กรณีคู่สัญญาการก่อตั้งทรัพย์สิน แสดงเจตนาโดยปริยาย (3.1) กรณีการสำคัญผิดใน คุณสมบัติของบุคคล หรือทรัพย์สิน (3.2) กรณีกลฉ้อฉล (3.3) กรณีการข่มขู่

1. ปัญหากฎหมาย : สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้

“วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม” เป็นคำที่มีความหมายกว้าง ครอบคลุมถึงความมุ่งหมายแห่งนิติกรรมที่ประสงค์ให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งผลที่มุ่งถึงโดยตรงในเบื้องต้นและเบื้องปลาย วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรมจึงมีความหมายรวมไปนับตั้งแต่เนื้อหาสาระแห่งนิติกรรม วัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม ลักษณะแห่งนิติกรรม และพฤติกรรมการต่าง ๆ ของคู่กรณี รวมตลอดไปจนถึงประโยชน์สุดท้ายอันเกิดจากการปฏิบัติตามความผูกพันแห่งนิติกรรมนั้นด้วย⁸⁶ กล่าวโดยสรุป วัตถุประสงค์ของสัญญา คือ ประโยชน์ผลสุดท้ายที่นิติกรรมจะอำนวยให้แก่คู่สัญญา⁸⁷

ทางทฤษฎีของวัตถุประสงค์พิจารณาได้ 2 ลักษณะ คือ พิจารณาวัตถุประสงค์ตามทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective Theory) คือ พิจารณาวัตถุประสงค์ตามลักษณะของ “หนี้” ที่ต้องชำระแก่กันระหว่างคู่สัญญา เช่น สัญญาซื้อขายย่อมมีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ และชำระราคา เพราะ หนี้ระหว่างกัน คือ โอนกรรมสิทธิ์กับชำระราคา ทฤษฎีที่สอง คือ พิจารณาวัตถุประสงค์ในทางทฤษฎีอัตวิสัย (Subjective Theory) คือ พิจารณาตามเป้าประสงค์ หรือ จุดมุ่งหมายทำที่สุดของผู้เข้าทำนิติกรรมแต่ละคน⁸⁸

หากพิจารณากรณีของสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ตามทฤษฎีภาวะวิสัยจะเป็นการยากที่จะถือว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย เนื่องจากตามทฤษฎีภาวะวิสัยจะถือเอาวัตถุประสงค์ตาม “หนี้” ของสัญญาชนิดนั้นๆ ตายตัว ดังนั้นสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้วัตถุประสงค์จึงไม่ใช่การก่อตั้งทรัพย์สินโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้าม

⁸⁶ กิตติศักดิ์ ปรกิติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา: ส่วนที่ 3 เงื่อนไขความมีผลแห่งนิติกรรม[Online]. กรุงเทพฯ: กิตติศักดิ์ ปรกิติ, 2551?. แหล่งที่มา: http://law.tu.ac.th/outline/2_2550/LA101/05_150_153_173_174.pdf[22 มกราคม 2552]

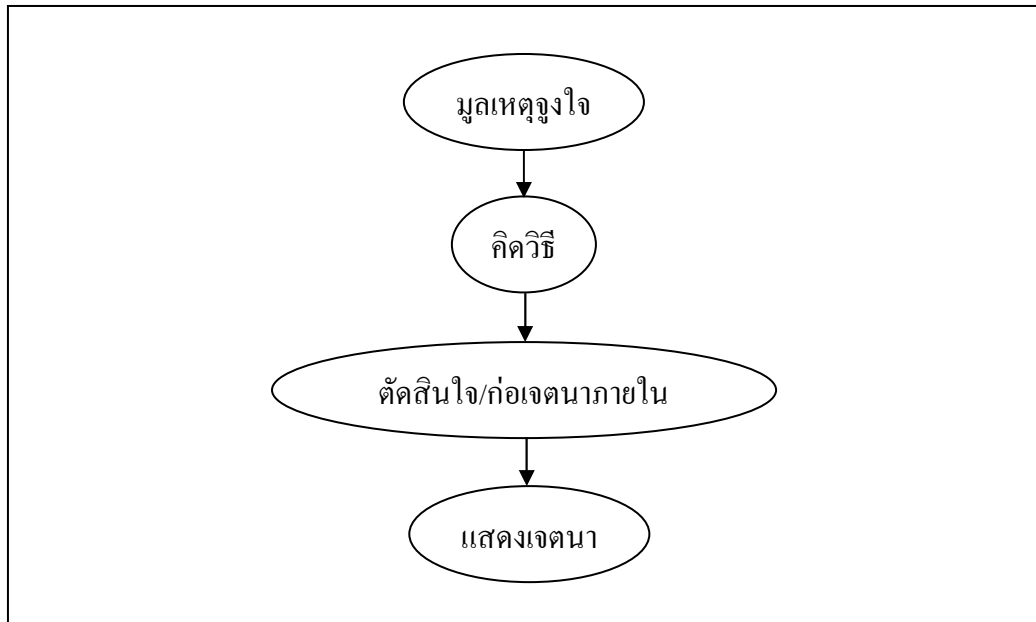
⁸⁷ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2505), หน้า 101.

⁸⁸ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 60-61.

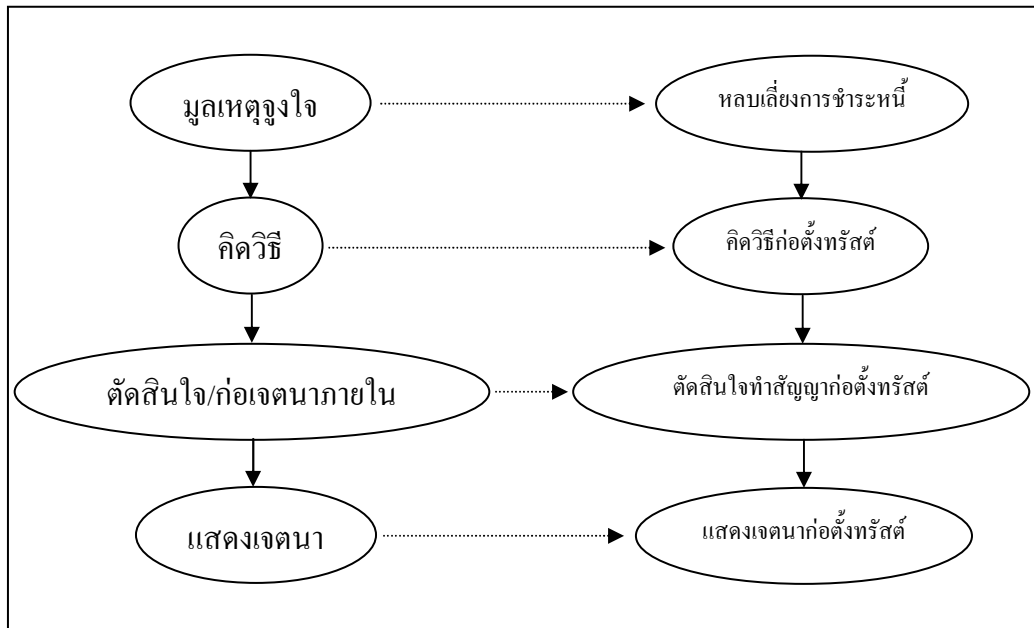
ตามกฎหมาย เนื่องจากสัญญาก่อตั้งทรัสต์ โดยธรรมชาติแม้จะมีวัตถุประสงค์การหลบเลี่ยงการชำระหนี้แอบแฝงก็ตาม “หนี้” ก็คือ การดูแลของทรัสต์เพื่อผู้รับประโยชน์

ในทางกลับกันหากพิจารณากรณีของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้*ตามทฤษฎีอัครวิสัย* ซึ่งเป็นทฤษฎีซึ่งกฎหมายไทย และศาลไทยยอมรับอย่างแพร่หลายมากกว่า จะพบว่ากรณีตามสมมุติฐานของการวิจัยเป็นกรณีที่มีโอกาสสูงมากที่จะเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย เนื่องจากเป้าประสงค์สุดท้ายของนิติกรรม คือ ความต้องการที่จะไม่ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ซึ่งไม่ใช่เป้าประสงค์สุดท้ายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686 และพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาตรา 4

หากพิจารณาแยกวัตถุประสงค์แบบทฤษฎีอัครวิสัยจะพบวก่อนที่จะเกิดเป็นประสงค์สุดท้ายจะมีมูลเหตุจูงใจที่ทำให้เกิดความต้องการทำนิติกรรมเพื่อให้เกิดความสำเร็จ หรือ เกิดประโยชน์สุดท้ายของผู้เข้าทำนิติกรรมทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้หากพิจารณาวัตถุประสงค์ตามทฤษฎีอัครวิสัยเป็นรูปแบบโครงสร้างแล้วจะมีรูปแบบดังนี้



และเมื่อนำโครงสร้างของวัตถุประสงค์มาพิจารณาประกอบกับกรณีตามสมมุติฐานของการวิจัยจะเป็นโครงสร้างดังนี้



โดยปกติกฎหมายไม่คำนึงถึงมูลเหตุจูงใจ เพราะไม่เป็นเหตุกระทบกระทั่งถึงความสมบูรณ์ของนิติกรรม ดังนั้นกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์มีมูลเหตุจูงใจในการทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้แต่เพียงฝ่ายเดียวสัญญาก่อตั้งทรัสต์ย่อมสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะตามกฎหมาย เว้นแต่มูลเหตุจูงใจซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญา คือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต้องรู้ร่วมกันในมูลเหตุจูงใจและวัตถุประสงค์สุดท้ายที่ต้องการให้เกิดสัญญาก่อตั้งทรัสต์จึงเป็นโมฆะ⁸⁹

โดยสรุปแล้วคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องมีมูลเหตุจูงใจและคิดที่จะต้องการเป้าประสงค์สุดท้ายของสัญญาที่เหมือนกัน ซึ่งเป็นเงื่อนไขของการพิจารณากรณีนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายตามทฤษฎีอติวิสัย หากคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายแล้ว ตามกฎหมายไทยจะไม่ถือเป็นสาระสำคัญซึ่งจะทำให้สัญญาเป็นโมฆะตามกฎหมาย และหากพิจารณาตามสมมุติฐานของการวิจัย ผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องมีมูลเหตุจูงใจในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้และทรัสต์ต้องรู้ถึงมูลเหตุจูงใจในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ แล้วคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงเข้าทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์กัน ถึงจะเข้าลักษณะของการเป็นนิติ

⁸⁹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2549), หน้า 21-22.

กรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย และส่งผลให้เป็นนิติกรรมอันเป็นโมฆะ

แต่อย่างไรก็ตามสำหรับข้อเท็จจริงในการทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์นั้น ความเป็นไปได้ที่ทรัสต์จะทราบถึงมูลเหตุจูงใจของผู้ก่อตั้งทรัสต์ค่อนข้างต่ำ เพราะไม่มีเหตุจำเป็นใดๆ ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องเปิดเผยมูลเหตุจูงใจให้ทรัสต์ทราบ และถึงแม้ว่าทรัสต์จะทราบถึงมูลเหตุจูงใจอันไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม เจ้าหนี้หรือผู้ที่ต้องเสียหายจากการก่อตั้งทรัสต์เช่นนี้ก็ยากที่จะพิสูจน์ว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์มีมูลเหตุจูงใจที่จะหลบเลี่ยงการชำระหนี้ และทรัสต์ที่ทราบถึงมูลเหตุจูงใจดังกล่าว จึงทำให้โอกาสการเกิดและการใช้กฎหมายกรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายต่ำ เช่นเดียวกัน

2. ปัญหากฎหมาย : ลักษณะของเจตนากรณีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้

2.1 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มีลักษณะของเจตนาซ่อนเร้น

เจตนาซ่อนเร้น คือ การแสดงเจตนาออกมาให้เห็นว่ามุ่งที่จะผูกนิติสัมพันธ์ตามเจตนาที่แสดงออก แต่แท้จริงแล้วภายในจิตใจของผู้แสดงมีได้ประสงค์จะผูกพันตามที่ได้แสดงออกแต่ประการใด เป็นการแสดงเจตนาที่ไม่จริง กฎหมายให้ถือเอาเจตนาที่แสดงออกยิ่งกว่าเจตนาภายในจิตใจ เพื่อความมั่นคงของสัมพันธ์ภาพในสังคม เพราะเจตนาที่แท้จริงภายในยากที่จะนำออกมาพิสูจน์

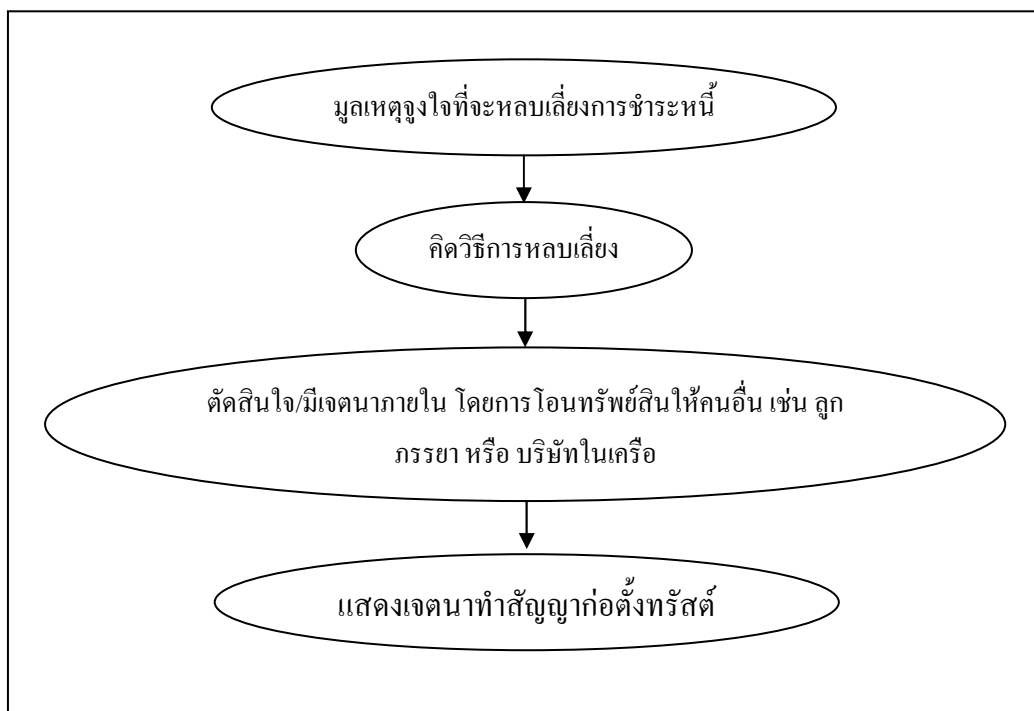
ลักษณะของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มีลักษณะของเจตนาซ่อนเร้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1. ผู้ก่อตั้งทรัสต์ มิได้มีเจตนาภายในที่จะก่อตั้งทรัสต์ขึ้นตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายได้อนุญาตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686 และ พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาตรา 4
2. ผู้ก่อตั้งทรัสต์ มีเจตนาที่แสดงออกอันจะผูกพันตามสัญญา
ก่อตั้งทรัสต์

3. เป็นเจตนาภายในแต่เพียงผู้เดียวของผู้ก่อตั้งทรัสต์รายนั้น

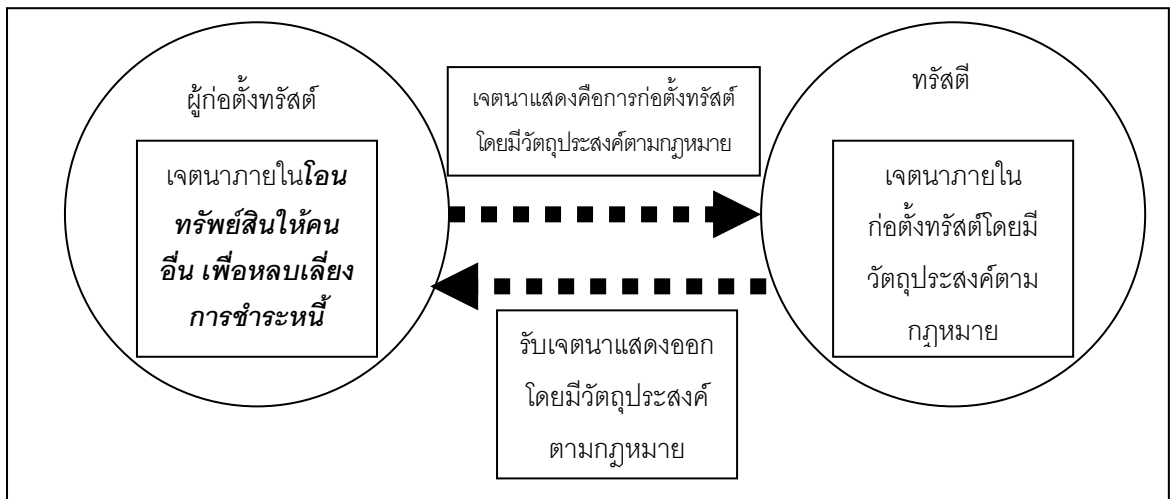
เหตุที่ผู้วิจัยสรุปลักษณะของเจตนาซ่อนเร้นแต่เพียงด้านเฉพาะของผู้ก่อตั้งทรัสต์ เนื่องจากประโยชน์ของการก่อตั้งทรัสต์โดยมีเจตนาที่จะหลบเลี่ยงการชำระหนี้ซึ่งเป็นเจตนาที่ซ่อนเร้นอยู่นั้น น่าจะเกิดแก่ผู้ก่อตั้งทรัสต์โดยเฉพาะ เนื่องจากทรัพย์สินที่ต้องการซ่อนในกองทรัสต์เพื่อหลบจากการบังคับชำระหนี้จะมีเพียงทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น ทรัสต์จึงมีสถานะเป็นเพียงผู้รับการแสดงเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์ในการเข้าทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์

จากความหมายและลักษณะของเจตนาซ่อนเร้นข้างต้นเจตนาภายในของการหลบเลี่ยงการชำระหนี้จะไม่ใช่เจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์ แต่จะเจตนาที่แสดงออกคือเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์ หากพิจารณาตามโครงสร้างการเกิดเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์จะเป็นดังนี้



กรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เข้าลักษณะเจตนาซ่อนเร้นนั้น ผู้ก่อตั้งทรัสต์ซึ่งอยู่ในฐานะผู้แสดงเจตนาตั้งใจจะซ่อนเจตนาที่แท้จริง คือ ความประสงค์ที่จะโอนทรัพย์สินให้แก่บุคคลอื่นเพื่อไม่ให้ทรัพย์สินในส่วนนั้นไม่ถูกบังคับชำระหนี้ ซึ่งตามกฎหมายไทยผู้รับการแสดงเจตนา คือ ทรัสต์ จะได้รับความคุ้มครองทำให้ทรัสต์สามารถ

ยึดถือเอาเจตนาที่แสดงออกของผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นหลักได้ เนื่องจากการแสดงเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์ดังกล่าวกระทบต่อความไว้เนื้อเชื่อใจ (affidamento)⁹⁰ ของทรัสต์ กฎหมายจึงรับรองการเกิดทรัสต์อันสืบเนื่องจากสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งมีเจตนาซ่อนเร้น



ผลทางกฎหมายของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งมีเจตนาซ่อนเร้นตามโครงสร้างข้างต้นต้องถือว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้เกิดขึ้น เพื่อรองรับความไว้เนื้อเชื่อใจ (affidamento) ของทรัสต์ และก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทรัสต์ที่จะได้รับรายได้จากการเป็นทรัสต์ ดังนั้นหากพิจารณาในเรื่องเจตนาซ่อนเร้นกลับเป็นข้อกฎหมายที่ยืนยันความสมบูรณ์ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เข้าลักษณะเจตนาซ่อนเร้น

เว้นแต่ทรัสต์จะรู้ถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่ถูกซ่อนเร้นไว้ ผลทางกฎหมายย่อมส่งผลทำให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์ตกเป็นโมฆะเป็นของสูญเปล่าไม่มีผลอะไรมาแต่ต้น เป็นการเสียเปล่าอย่างเด็ดขาด⁹¹ และโดยทั่วไปถ้าหากมีการชำระหนี้ใดๆ เกิดขึ้นก็ต้องดำเนินการตามหลักกลาภมิควรได้ และถือว่าการรับทรัพย์สินใดๆ อันเกิดมา

⁹⁰ ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสทธิพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 103
⁹¹ พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา บรรพ 1 หลักทั่วไปว่าด้วย นิติกรรม ระยะเวลา อายุความ(กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติศภทิพย์, 2545), หน้า 50.

จากสัญญาที่เป็นโมฆะก็จะต้องถือว่าเป็นการรับไว้โดยไม่มีมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย บุคคลผู้มีส่วนได้เสียย่อมสามารถหยิบยกเอาโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้ โดยกฎหมายมิได้ กำหนดระยะเวลาหรืออายุความไว้ แม้จะเกิน 10 ปีแล้ว ผู้มีส่วนได้เสียก็ยังคงยกเอา สัญญาโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้⁹²

โดยสรุปแล้วผลทางกฎหมายของเจตนาซ่อนเร้นจะเป็นตัวยืนยันการเกิด สัญญาก่อตั้งทรัสต์แม้จะเกิดจากเจตนาที่ตั้งใจจะโอนทรัพย์สินให้คนอื่นเพื่อหลบเลี่ยงการ ชำระหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ เว้นเสียแต่ว่าเจ้าหน้าที่ได้รับผลกระทบสามารถพิสูจน์ได้ว่าทรัสต์ ทราบอยู่ก่อนแล้วว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาซ่อนเร้นแอบแฝงอยู่ แต่ก็เป็นกรยากที่เจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจะพิสูจน์ถึงเจตนาของคู่สัญญา อีกทั้งการพิสูจน์จนทำให้ผลของ สัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะนั้นทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสียประโยชน์ ดังนั้นการ แสวงหาหลักฐานเพื่อทำให้คู่สัญญาเสียประโยชน์จึงทำได้ยากมากในความเป็นจริง

2.2 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มี ลักษณะของเจตนาลวง

เจตนาลวง คือ การที่บุคคลสองฝ่ายแสวงแสดงเจตนาทำนิติกรรมหลอกๆ เพื่อลวงบุคคลอื่นให้เข้าใจผิดว่ามีนิติกรรมซึ่งความจริงไม่มีเหตุที่กฎหมายต้องควบคุมการ แสดงเจตนาดังกล่าว ก็เพื่อรับรองความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาอันแท้จริง และเพื่อคุ้มครอง บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตมิให้ต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาเช่นนั้น

ลักษณะของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการ ชำระหนี้มีลักษณะของเจตนาลวงจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขดังต่อไปนี้⁹³

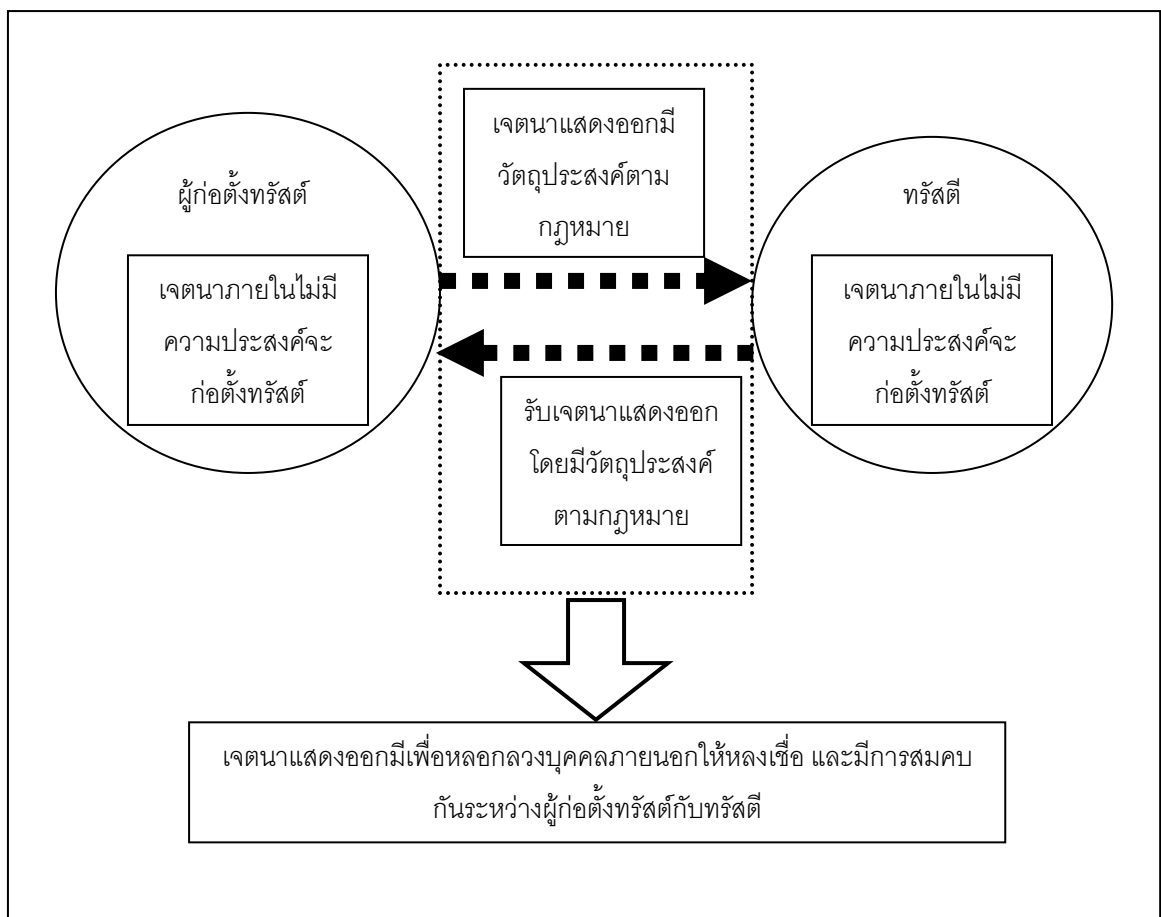
1. ผู้ก่อตั้งทรัสต์มีการแสดงออกซึ่งเจตนาตรงตามวัตถุประสงค์และ เจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่แตกต่างจากการเจตนาภายในซึ่งเกิดขึ้นโดยความรู้สำนึก ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ว่าการก่อตั้งทรัสต์ก่อนจากเจตนาหลบเลี่ยงการชำระหนี้โดยไม่ประสงค์จะ ก่อให้เกิดนิติกรรมใดๆ รวมถึงสัญญาก่อตั้งทรัสต์

⁹² ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและ สัญญา, หน้า 248.

⁹³ ศันนท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 105.

2. ผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องตกลงสมคบคิดกันร่วมกันกับทรัสต์
3. การสมคบคิดกันร่วมกันระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์มีเพื่
ตั้งใจที่จะหลอกลวงบุคคลภายนอก

องค์ประกอบด้านเจตนาที่สำคัญของเจตนาลวง คือ การสมคบกัน
ระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์เพื่อหลอกลวงบุคคลภายนอก และลักษณะของการสมคบ
คือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ซึ่งอยู่ในฐานะผู้แสดงเจตนาผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องมีเจตนาร่วมกันกับทรัสต์ซึ่ง
อยู่ในฐานะผู้รับการแสดงเจตนา



ผลของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งมีเจตนาลวงแยกได้ 2 กรณีตามลักษณะของผู้ถูกระทบสิทธิ

(1) ผลระหว่างคู่สัญญา เมื่อพิจารณาทางด้านเจตนาแล้วจะพบว่า ทั้งผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์มิได้มีเจตนาที่จะทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ขึ้น ดังนั้นระหว่างคู่สัญญาก่อตั้งทรัสต์จึงไม่มีผลผูกพันต่อกัน สัญญาก่อตั้งทรัสต์จึงตกเป็นโมฆะ⁹⁴

ทั้งนี้ท่านศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนงชาติ ถือว่าการแสดงเจตนาลวงก็เป็น การแสดงเจตนาซ่อนเร้นด้วย แต่การแสดงเจตนาซ่อนเร้นเป็นการลวงเฉพาะคู่กรณี ส่วน การแสดงเจตนาลวงเป็นการสมรู้ระหว่างคู่กรณีเพื่อหลอกลวงบุคคลอื่น หรืออาจกล่าวได้ ว่าการแสดงเจตนาลวงเป็นการแสดงเจตนาซ่อนเร้นของคู่กรณีทุกฝ่าย⁹⁵ เมื่อนำมาปรับกับ สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาลวงก็คือ ทั้งผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์ต่างมีเจตนาซ่อนเร้น ด้วยกันทั้งคู่ เพื่อมุ่งประสงค์จะหลอกลวงบุคคลภายนอกโดยเฉพาะเจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ว่ามีสัญญาก่อตั้งทรัสต์เกิดขึ้น แต่ผลระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์ด้วยกันเองจะตกเป็น โมฆะ เสียเปล่าแต่ต้น

(2) ผลต่อบุคคลภายนอก โดยทั่วไปบุคคลภายนอกผู้สุจริตย่อม ได้รับความคุ้มครอง แต่กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขว่า ความสุจริตเพียงอย่างเดียวไม่ เพียงพอ บุคคลภายนอกจะต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาลวงด้วย ทั้งนี้ผลตามที่ กฎหมายคุ้มครองมีเพียงแต่คู่กรณีไม่สามารถยกเอาผลของนิติกรรมอันเกิดจากเจตนาลวง ขึ้นต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตและต้องเสียหาย⁹⁶

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 106.

⁹⁵ ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและ สัญญา, หน้า 150.

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 149.

อนึ่ง คำว่า “ต้องเสียหาย” มีความหมายคล้ายกับ “เสียค่าตอบแทน” แต่จะมีความหมายที่กว้างกว่า⁹⁷ ดังภาพ



จากภาพจะเห็นได้ว่าบุคคลภายนอกผู้ถูกระทบสิทธินั้นไม่จำเป็นต้องมีการเสียค่าตอบแทนจากนิติกรรมนั้นจึงจะถือว่าอยู่ในข่ายคำว่า “ต้องเสียหาย” ดังนั้นแม้จะเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากการให้โดยเสน่หาก็อาจถือได้ว่าอยู่ในข่ายของคำว่า “ต้องเสียหาย” เนื่องจากถ้าหากมีการเรียกคืนทรัพย์สินจากบุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์ก็จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลนั้น

เมื่อเปรียบเทียบกับสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาลวงแล้วนั้น บุคคลภายนอกผู้ได้รับผลกระทบจะมี 2 ประเภท คือ ผู้รับประโยชน์ กับ บุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญาก่อตั้งทรัสต์ เช่น ผู้มีส่วนได้เสียกับกองทรัสต์ ดังนั้นโดยผลของกฎหมายผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์จะยกเอาสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งมีเจตนาลวงยกขึ้นอ้างกับผู้รับประโยชน์ กับ บุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญาก่อตั้งทรัสต์ไม่ได้

โดยผลของกฎหมายที่คุ้มครองผู้สุจริตซึ่งต้องเสียหายนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ย่อมเกิดประโยชน์ให้แก่ผู้รับประโยชน์มากกว่าบุคคลภายนอกที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสัญญาก่อตั้งทรัสต์ เนื่องจากผู้รับประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นผู้ได้รับผลดีจากสัญญา และย่อมต้องการให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์สมบูรณ์ มากกว่าจะต้องการให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะ

ในทางกลับกันผู้ที่ต้องเสียหายจากการที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์สมบูรณ์ บังคับใช้ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องอาศัยการกล่าวอ้างความเป็น

⁹⁷ ศนันท์กรรณ์ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 107.

โมฆะของสัญญาก่อตั้งทรัสต์แทน⁹⁸ เพื่อให้เสมือนหนึ่งไม่มีการเกิดสัญญาก่อตั้งทรัสต์ตามหลักการของความเป็นโมฆะ คือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ไม่เคยเปลี่ยนมือ และ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ยังเป็นของผู้ก่อตั้งทรัสต์ผู้เป็นลูกหนี้ และเจ้าหนี้สามารถบังคับชำระหนี้ได้

ข้อยากประการหนึ่งสำหรับเจ้าหนี้ที่จะต้องนำสืบต่อศาลให้ได้ว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์ผู้สมคบกันมีเจตนาลวง คือ การพิสูจน์ถึงเจตนาของคู่สัญญาว่าสมคบกันทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์โดยไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ อีกทั้งการพิสูจน์จนทำให้ผลของสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะนั้นทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสียประโยชน์ ดังนั้นการแสวงหาหลักฐานเพื่อให้คู่สัญญาเสียประโยชน์จึงทำได้ยากมากในความเป็นจริง

2.3 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมอำพราง

นิติกรรมอำพราง คือ การที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายแสดงเจตนาลวงโดยสมรู้กันทำนิติกรรมอันหนึ่งขึ้นมาให้ปรากฏ ซึ่งในเจตนาที่แท้จริงมิได้ต้องการผูกพันตามนิติกรรมนี้ แต่ทำเพื่อจะอำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่ง ซึ่งคู่กรณีปิดบังและต้องการที่จะผูกพันต่อกัน ฉะนั้น นิติกรรมที่แสดงออกมาให้ปรากฏ จึงเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาลวงโดยสมรู้กันระหว่างคู่กรณีซึ่งเป็นโมฆะกฎหมาย ส่วนนิติกรรมที่แท้จริงที่เกิดจากการแสดงเจตนาที่แท้จริงนั้นแต่ถูกปกปิดไว้ไม่ให้คนอื่นรู้ ย่อมมีผลบังคับได้ระหว่างคู่สัญญา เพราะถือว่าเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาที่ตรงกับในใจจริง หรือที่เราเรียกกันว่านิติกรรมที่ถูกอำพราง หรือที่กฎหมายเดิมเรียกว่านิติกรรมอำพราง

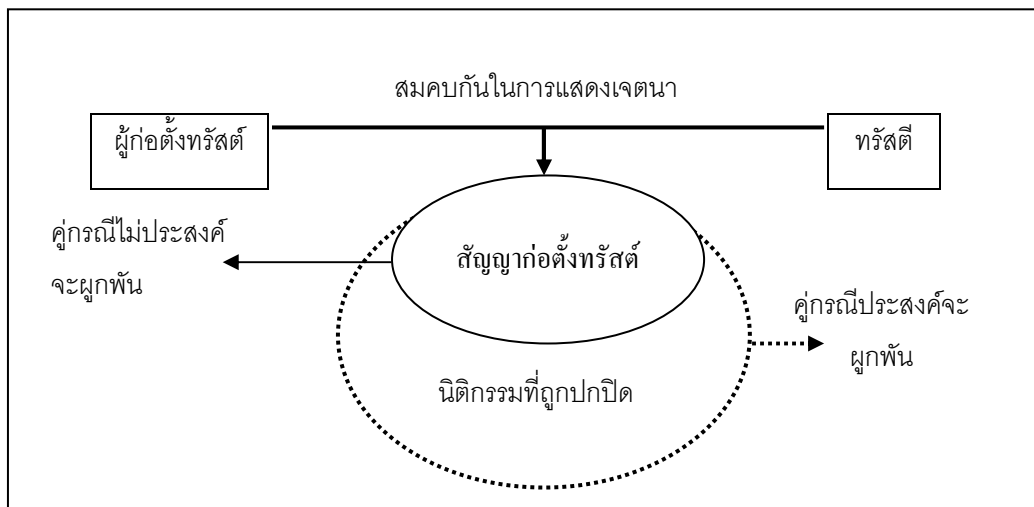
ลักษณะของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมอำพรางจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขดังต่อไปนี้⁹⁹

⁹⁸ เสเนียร์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 64.

⁹⁹ ศนันทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 108.

1. มีนิติกรรมเกิดขึ้น 2 นิติกรรม โดยนิติกรรมแรก คือ สัญญา ก่อตั้งทรัสต์ ส่วนอีกนิติกรรมหนึ่งต้องเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้
2. สัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นนิติกรรมที่เปิดเผยแต่คู่สัญญาไม่ต้องการผูกพัน
3. อีกนิติกรรมหนึ่งซึ่งเป็นนิติกรรมถูกปกปิดโดยสัญญาก่อตั้งทรัสต์ แต่คู่สัญญาต้องการผูกพัน และมีขึ้นเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งอาจจะเป็นสัญญาฝากทรัพย์ หรือ สัญญาอัยมแบบมีเงื่อนไข

จากความหมายและลักษณะจะเห็นได้ว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์มีลักษณะเป็นสัญญาที่มีเจตนาลวง กล่าวคือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์แสวงแสดงเจตนาทำนิติกรรมหลอกลวง เพื่อลวงบุคคลภายนอกให้เข้าใจผิดว่ามีสัญญาก่อตั้งทรัสต์เกิดขึ้นจริง ดังนั้นเจตนาลวงที่เกิดขึ้นจึงต้องมีลักษณะของการสมคบกันระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์ด้วย



ผลของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มีลักษณะเป็นนิติกรรมอำพรางจะต้องพิจารณาใน 2 กรณี คือ กรณีของสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นนิติกรรมที่เปิดเผยแต่ผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์ไม่ต้องการผูกพัน กับ กรณีของนิติกรรมอื่นซึ่งเป็นนิติกรรมถูกปกปิดโดยสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และคู่สัญญาต้องการผูกพัน

- (1) กรณีของสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นนิติกรรมที่เปิดเผยแต่ผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์ไม่ต้องการผูกพัน

สัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นนิติกรรมที่เปิดเผยแต่ผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์ไม่ต้องการผูกพันจะเข้าลักษณะของการเป็นสัญญาที่มีเจตนาลวง ผลระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์ด้วยกันเองจะตกเป็นโมฆะ เสียเปล่าแต่ต้น¹⁰⁰

ส่วนผลต่อบุคคลภายนอก ก็จะเป็นไปลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีลักษณะเป็นเจตนาลวง คือ บุคคลภายนอกผู้สุจริตย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขว่าความสุจริตเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอ บุคคลภายนอกจะต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาลวง¹⁰¹

ส่วนประเด็นที่ต่างเป็นบุคคลภายนอกผู้สุจริตและต้องเสียหายด้วยกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีระหว่างเจ้าหน้าที่ของผู้ก่อตั้งทรัสต์กับผู้รับประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ เจ้าหน้าที่ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ย่อมจะต้องประสงค์ให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์ตกเป็นโมฆะ แต่ผู้รับประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ย่อมประสงค์ให้สัญญาทรัสต์สมบูรณ์เพื่อที่ตนจะเข้ารับประโยชน์ได้ ประเด็นจึงมีว่าถ้าทั้งสองฝ่ายต่างอ้างกฎหมายที่เป็นประโยชน์แก่ตน สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะมีผลเช่นไร

หากเกิดกรณีเช่นนี้สัญญาก่อตั้งทรัสต์ถือว่าเป็นโมฆะ เนื่องจากตามหลักการโดยทั่วไปสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เป็นเจตนาลวงต้องเป็นโมฆะ¹⁰² เพราะสัญญาก่อตั้งทรัสต์ขาดเจตนาที่แท้จริงที่ประสงค์จะผูกพันของคู่สัญญา และกฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตและต้องเสียหาย ว่าคู่สัญญาที่มีเจตนาลวงจะยกความเป็นโมฆะขึ้นอ้างต่อผู้รับประโยชน์ซึ่งเป็นผู้สุจริตและต้องเสียหายมิได้ และตามหลักการตีความกฎหมายการตีความข้อยกเว้นต้องตีความอย่างเคร่งครัด¹⁰³ ดังนั้นผู้ก่อตั้งทรัสต์ย่อมเรียกทรัพย์สินคืนจากผู้รับประโยชน์ไม่ได้ ผลต่อเนื่องจากกรณีสัญญา

¹⁰⁰ ศักดิ์ สมองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 153.

¹⁰¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 62 – 63.

¹⁰² ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 302.

¹⁰³ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง หลักทั่วไป เล่ม 1 ความรู้กฎหมายทั่วไป (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542), หน้า 117.

ก่อตั้งทรัสต์ตกเป็นโมฆะ แต่คู่สัญญาไม่สามารถยกความเป็นโมฆะขึ้นอ้างกับผู้รับประโยชน์ได้ เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ก็ย่อมไม่สามารถบังคับชำระหนี้เอาจากกองทรัสต์ได้ ดังนั้นกรณีนี้เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์น่าจะหาวิธีการอื่น เพื่อที่จะรักษาสิทธิของตน แต่ผู้วิจัยมีข้อสังเกตประการหนึ่ง คือ สัญญาก่อตั้งทรัสต์ต้องมีบุคคลภายนอกเสมอ คือ ผู้รับประโยชน์ แต่อย่างไรก็ตามผู้รับประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจะต้องเป็นผู้รับประโยชน์ผู้สุจริต และต้องเสียหายเท่านั้น ซึ่งความเสียหายสามารถพิสูจน์ได้ค่อนข้างง่ายและชัดเจน แต่ความสุจริตนั้นต้องอาศัยการตีความเข้าช่วย

ทั้งนี้การค้นหาความสุจริตของผู้รับประโยชน์ต้องอาศัยหลักการตีความการตีความในทางอัตวิสัย (Subjective Theory)* เข้าช่วยในการตีความซึ่งในกรณีนี้คือความสุจริตต้องพิจารณาจากพฤติกรรม หรือการปฏิบัติการณ์ของตัวผู้รับประโยชน์ ทั้งนี้ อาจจะต้องพิจารณาล่วงเลยไปถึงในขณะที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์รู้ว่าตนเองเป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ หรือตอนเข้ารับประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์

(2) กรณีของนิติกรรมอื่นซึ่งเป็นนิติกรรมถูกปกปิดโดยสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และคู่สัญญาต้องการผูกพัน

นิติกรรมอื่นซึ่งเป็นนิติกรรมที่ถูกปกปิดโดยสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และคู่สัญญาประสงค์จะผูกพันระหว่างกัน ผลระหว่างคู่สัญญาด้วยกันเองย่อมต้องสมบูรณ์ตามกฎหมายภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดสำหรับสัญญานั้นๆ¹⁰⁴ เช่น สัญญาเยี่ยมก็

* ทฤษฎีว่าด้วยการตีความสัญญา แบ่งเป็น 2 ทฤษฎี คือ

1. การตีความในทางอัตวิสัย (Subjective Theory) ซึ่งเป็นการตีความโดยมุ่งหาความหมายของสัญญาจากตัวผู้กระทำสัญญาเอง โดยพิจารณาจากเจตนาที่มีร่วมกันของคู่สัญญา

2. การตีความในทางภาวะวิสัย (Objective Theory) เป็นการตีความที่มุ่งหาความหมายของสัญญาจากสภาพหรือข้อเท็จจริงที่มีความแน่นอนซึ่งอยู่นอกเหนือผู้ทำสัญญา มักจะมุ่งไปยังช่วงเวลาที่เขาทำสัญญา

- ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 320.

¹⁰⁴ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยการ นิติกรรมและสัญญา, หน้า 153.

ต้องมีการส่งมอบ เป็นต้น ดังนั้นผลระหว่างคู่สัญญาเองจะไม่มีประเด็นปัญหามากนัก เนื่องจากข้อกฎหมายมีความชัดเจนอยู่ในตัว

ส่วนนิติกรรมอื่นซึ่งเป็นนิติกรรมถูกปกปิดโดยสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และ คู่สัญญาประสงค์จะผูกพันระหว่างกัน จะมีผลต่อบุคคลภายนอก คือ บุคคลภายนอก อาจจะใช้ประโยชน์จากสัญญาที่ถูกปกปิดหรือสัญญาที่เปิดเผยก็ได้¹⁰⁵ เพื่อคุ้มครอง ประโยชน์ของผู้สุจริตและต้องเสียหาย เนื่องจากสัญญาก่อตั้งทรัสต์บุคคลภายนอกมี ด้วยกันหลายฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดซึ่งสุจริตและต้องเสียหายควรได้รับการคุ้มครอง เช่น เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ยอมประสงคที่จะทำลายสัญญาก่อตั้งทรัสต์และถือประโยชน์จาก สัญญาที่ถูกปกปิด เพราะตนสามารถเข้าบังคับชำระหนี้จากทรัพย์ที่ถูกโอนไปโดย หลอกหลวงได้ แต่ในทางกลับกันผู้รับประโยชน์จากสัญญาก่อตั้งทรัสต์ก็ต้องประสงค์ให้ สัญญาก่อตั้งทรัสต์สมบูรณ์เข้ารับประโยชน์จากกองทรัสต์ได้

โดยกรณีดังกล่าวถือเป็นกรณีที่บุคคลภายนอกมีผลประโยชน์ขัดกัน ดังนั้นตามหลักเพื่อความมั่นคงของสัมพันธภาพแห่งสังคม ซึ่งถือว่าการนี้เกี่ยวกับ บุคคลภายนอกนั้นให้ถือเอาเจตนาที่แสดงออกเป็นสำคัญ ผลของกรณีที่บุคคลภายนอก คือ ผู้รับประโยชน์ที่ถือเอาสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นสำคัญ กับ เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่ ถือเอานิติกรรมที่ถูกอำพรางเป็นสำคัญ สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่แสดงออกและเปิดเผยต่อ สาธารณะย่อมเป็นสัญญาที่ควรค่าต่อการยึดถือ และบังคับใช้มากกว่าสัญญาที่ถูกปิดบัง เอาไว้¹⁰⁶

2.4 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มี ลักษณะเป็นการสำคัญผิดในสาระสำคัญ

การสำคัญผิดในสาระสำคัญ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้แต่เพียงตัวอย่างซึ่งประกอบด้วย ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม และ ความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่ง

¹⁰⁵ จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย นายจิตติ ติงศภักดิ์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะ นิติกรรมและหนี้, หน้า 122-123.

¹⁰⁶ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 318.

เป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม* ซึ่งพิจารณาโดยรวมแล้ว การสำคัญผิดในสาระสำคัญ คือ การสำคัญผิดไปในสิ่งใดๆ อันมีความสำคัญซึ่งถ้าไม่มีสิ่งนั้นอยู่ นิติกรรมนั้นจะไม่เกิดขึ้น¹⁰⁷

หลักเกณฑ์ทั่วไปในกรณีนิติกรรมที่มีลักษณะเป็นการสำคัญผิดในสาระสำคัญมีดังนี้¹⁰⁸

- (1) เป็นการสำคัญผิดในขั้นตอนการแสดงเจตนา
- (2) เป็นความสำคัญผิดที่ถึงขนาด ซึ่งถ้าไม่มีความสำคัญผิดเช่นนั้นแล้ว นิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาซึ่งสำคัญผิดนั้นคงจะมีได้ทำขึ้นเลย
- (3) ความสำคัญผิดนั้นมีตัวอย่าง เช่น ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม และ ความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม

เมื่อพิจารณาแยกเป็นลักษณะต่างของการสำคัญผิดซึ่งกฎหมายได้ให้ไว้เป็นตัวอย่าง โดยเปรียบเทียบกับสัญญาก่อตั้งทรัสต์ อาจจะมีขึ้นได้ในลักษณะดังนี้

- (1) กรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม อาจเกิดขึ้นจากผู้ก่อตั้งทรัสต์เข้าใจผิดว่าเป็นสัญญาให้ หรือ สัญญาฝากทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แก่บุคคลที่สาม แต่ในความเป็นจริงเป็นสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าไม่น่าจะเป็นไปได้ในข้อเท็จจริง เนื่องจากโดยลักษณะทั่วไปของผู้ก่อตั้งทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ต้องเป็นต้องเป็นนิติบุคคลที่มีคุณสมบัติตรงตามที่กฎหมายกำหนด รวมถึงผู้ที่จะดำเนินการเป็นทรัสต์ก็ตาม

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 156 การแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมเป็นโมฆะ

ความสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญแห่งนิติกรรมตามวรรคหนึ่ง ได้แก่ ความสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม ความสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรมและความสำคัญผิดในทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งนิติกรรม เป็นต้น

¹⁰⁷ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 90.

¹⁰⁸ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 114.

พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 คือ ธนาคารพาณิชย์ และสถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น โดยบุคคลดังกล่าวประกอบธุรกิจหลักที่เกี่ยวข้องกับ หลักความไว้วางใจอีกทั้งยังมีหน่วยงานหลัก (Lead regulator) คือ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ดำเนินการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจหลักอย่างใกล้ชิด บุคคลดังกล่าวจึงมีความน่าเชื่อถือไว้วางใจได้ในระดับหนึ่งและเหมาะสมที่จะดำเนินการเป็นทรัสต์ได้¹⁰⁹ จึงเป็นไปได้ยากที่จะเกิดกรณีเข้าใจผิดในเรื่องสำคัญผิดในลักษณะของนิติกรรม

(2) กรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งสำคัญผิดในตัวบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีแห่งนิติกรรม เช่น ประสงค์จะให้บริษัท ก. เป็นทรัสต์ แต่กลับไปทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์โดยแต่งตั้ง บริษัท ข. เป็นทรัสต์ โดยเข้าใจว่า บริษัท ข. คือ บริษัท ก. ดังนั้นกรณีเช่นนี้ไม่ถือเป็นเจตนาหลักเลี่ยงการชำระหนี้ และในความเป็นจริงในการประกอบธุรกิจจะเกิดขึ้นได้ยาก ที่จะเข้าใจผิดโดยสลับบริษัทกัน

(3) กรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งสำคัญผิดในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งนิติกรรม อาจเกิดขึ้นได้ เช่น ผู้ก่อตั้งทรัสต์ประสงค์จะโอนหุ้นเลขที่ 1 – เลขที่ 100,000 เข้ากองทรัสต์ แต่กลับโอนหุ้นเลขที่ 100,001 – เลขที่ 200,000 เข้ากองทรัสต์แทน แม้การสำคัญผิดเช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้ แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันในตลาดหลักทรัพย์จะใช้ระบบไร้ใบหุ้น (Scripless System)^{*} เหตุการณ์ดังกล่าวอย่างจึงแทบจะเป็นไปไม่ได้ในระบบ อีกทั้งหุ้นถือเป็นทรัพย์สินที่หาทดแทนได้ในลักษณะ ชนิดและคุณสมบัติเดียวกัน เพราะหุ้นก็คือเงินนั่นเอง¹¹⁰ ดังนั้นแม้จะผู้ก่อตั้งทรัสต์ยังพินนนำหุ้นเฉพาะโอนเข้าไปในกองทรัสต์ แต่ผู้ก่อตั้งทรัสต์สามารถนำหุ้นอื่นที่มีลักษณะ ชนิดและคุณสมบัติเดียวกันมาชำระหนี้ทดแทนให้แก่เจ้าหนี้ของตนได้

¹⁰⁹ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, เอกสารรับฟังความคิดเห็น เรื่อง การใช้ทรัสต์กับธุรกรรมในตลาดทุน และ การให้ความเห็นชอบทรัสต์ เอกสารเผยแพร่ เลขที่ อช. 5/2552, หน้า 13-14.

^{*} Scripless System คือ การซื้อขาย หรือ การโอนหุ้นโดยไม่มีใบหุ้น

¹¹⁰ ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 8(กรุงเทพ: นิติบรรณการ, 2545), หน้า 259.

อนึ่งการสำคัญผิดในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมโดยทั่วไปค่อนข้างจะเกิดขึ้นได้ยาก เพราะ บุคคลที่จะเข้ามาดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 เป็นบริษัทมหาชน และเป็นสถาบันการเงินที่ดำเนินการบนหลักความไว้วางใจ อีกทั้งยังมีหน่วยงานหลัก (Lead regulator) คือ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ดำเนินการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจหลักอย่างใกล้ชิด การดำเนินการแต่ละขั้นตอนย่อมต้องผ่านการตรวจสอบอย่างถี่ถ้วน ดังนั้นกรณีสำคัญผิดในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งนิติกรรมจึงมีโอกาที่จะเกิดขึ้นน้อยมาก

เมื่อพิจารณาตามลักษณะความสำคัญผิดในแต่ละกรณีนี้แล้ว สรุปได้ว่าสัญญาที่มีลักษณะของการสำคัญผิดในสาระสำคัญนั้น คู่สัญญาทุกฝ่ายต้องมุ่งประสงค์จะเข้าผูกพันตามนิติกรรม เพียงแต่ในขั้นตอนการแสดงเจตนาที่ก่อให้เกิดความผิดพลาด ซึ่งความผิดพลาดนั้นมีสาเหตุจากการเชื่อซึ่งไม่ตรงต่อความจริง¹¹¹ จึงส่งผลทำให้การกระทำนั้นขาดเจตนาในความเป็นจริง ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีวัตถุภายนอกเข้ามาประกอบ มิได้เกิดจากความนึกคิดของคู่สัญญาเองที่ประสงค์จะไม่ให้เกิดเจตนา ดังนั้นกรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่มีเจตนาที่ก่อตั้งขึ้นโดยมีเจตนาหลีกเลี่ยงการชำระหนี้ จึงอาจจะถือได้ว่าไม่สามารถเกิดขึ้นในลักษณะของการสำคัญผิด เนื่องจาก เจตนาที่จะหลีกเลี่ยงการชำระหนี้เกิดขึ้นเองภายในจิตใจของคู่สัญญา มุ่งประสงค์ถึงสิ่งที่มีได้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด มิได้เกิดจากความเชื่อที่ไม่ต่อกับความจริง และหากเกิดขึ้นจริงประโยชน์ของการสำคัญผิดในสาระสำคัญที่ตกแก่เจ้าหนี้ คือ เจ้าหนี้มีสิทธิกล่าวอ้างความเป็นโมฆะกรรมของสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่สำคัญผิดในสาระสำคัญเท่านั้น

2.5 สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่มีเจตนาที่ก่อตั้งทรัพย์สินเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มีลักษณะเป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน

การสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน เป็นเรื่องและผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นแสดงเจตนาทำนิติกรรมกับบุคคลหรือแสดงเจตนาทำเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นโดยถูกต้อง เพียงแต่ผู้แสดงเจตนาเข้าใจว่าบุคคลที่ตนทำนิติกรรมด้วย หรือทรัพย์สินที่ตนทำนิติกรรมอันนั้นมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งไม่ถูกต้องตรงกับความเป็นจริง ในกรณีนี้ ถ้าคุณสมบัติที่แสดงเจตนาเข้าใจว่า บุคคลหรือทรัพย์สินอันนั้นมีอยู่ตามปกติแล้ว

¹¹¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1,

ถือได้ว่าคุณสมบัติอันนั้นเป็นสาระสำคัญ ซึ่งถ้าผู้แสดงเจตนาไม่สำคัญผิดเช่นนั้นก็จะไม่ทำนิติกรรมกับบุคคลนั้น หรือไม่ทำเกี่ยวกับทรัพย์สินอันนั้นการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์ แท้จริงแล้วเกิดจากการสำคัญผิดในมูลเหตุชักจูงใจให้ทำนิติกรรม ซึ่งปกติการสำคัญผิดในมูลเหตุชักจูงใจให้ทำนิติกรรมจะไม่มีผลในทางกฎหมาย กล่าวคือนิติกรรมย่อมมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่ในกรณีของการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์ ซึ่งเป็นการสำคัญผิดในมูลเหตุชักจูงใจในบางกรณีซึ่งกฎหมายถือเป็นเรื่องสำคัญ กฎหมายบัญญัติให้นิติกรรมมีผลเป็นโมฆียะ

มูลเหตุชักจูงใจในบางกรณีซึ่งกฎหมายถือเป็นเรื่องสำคัญต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ แล้วแต่เหตุผลของแต่ละเรื่อง และขึ้นกับวัตถุประสงค์ของแต่ละนิติกรรม เช่น ผู้ซื้อต้องการซื้อถาดเงินแท้ แต่กลับเข้าไปซื้อในร้านถาดเงินชุบ เพราะเข้าใจว่าขายถาดเงินแท้ เมื่อเข้าไปแล้วก็ของซื้อถาดเงิน โดยผู้ขายก็ขายถาดเงินชุบให้ และผู้ซื้อก็ยังเข้าใจว่าเป็นถาดเงินแท้ ดังนั้นมูลเหตุชักจูงใจที่ต้องการซื้อถาดเงินแท้จึงถือเป็นสาระสำคัญของสัญญาซื้อขาย เช่นนี้สัญญาซื้อขายมีผลเป็นโมฆียะ¹¹²

หลักเกณฑ์ทั่วไปในกรณีนิติกรรมที่มีลักษณะเป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน มีดังนี้

- (1) เป็นการสำคัญผิดในขั้นตอนการแสดงเจตนา¹¹³
- (2) การสำคัญผิดนั้นเป็นเพียงคุณสมบัติของบุคคล หรือ ของทรัพย์นั้นๆ และคุณสมบัติที่เข้าใจหรือเชื่อนั้นไม่ตรงกับคุณสมบัติตามความเป็นจริง¹¹⁴ และคุณสมบัติที่เข้าใจผิดต้องเป็นคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญด้วย

ดังนั้นการทำนิติกรรมที่มีลักษณะเป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินไม่ได้ขาดเจตนาไปทั้งหมด แต่ยังคงมีเจตนาและมีวัตถุประสงค์ที่

¹¹² พระยาเทพวิฑูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เงื่อนไขมาตรา บรรพ 1 หลักทั่วไปว่าด้วย นิติกรรม ระยะเวลา อายุความ, หน้า 24.

¹¹³ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 120.

¹¹⁴ จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย นายจิตติ ติงศภัทย์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะ นิติกรรมและหนี้, หน้า 138.

ถูกต้องตามกฎหมาย แต่เพียงผู้แสดงเจตนาเชื่อในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินผิดไปจากคุณสมบัติที่มีอยู่จริง

ดังนั้นกรณีการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินกับกรณีสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงการชำระหนี้ จึงเป็นคนละมูลเหตุกัน สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่มีเจตนาหลีกเลี่ยง

ผลของสัญญาที่เกิดจากการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สินถือเป็นโมฆียะ เนื่องจากยังคงมีเจตนา เพียงแต่ช่วงการเกิดเจตนาเกิดความคลาดเคลื่อน และถ้าหากการแสดงเจตนาโดยการสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลหรือทรัพย์สิน เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้แสดงเจตนาเอง ผู้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิดไม่อาจยกเอาความสำคัญผิดมาใช้เป็นประโยชน์แก่ตนได้¹¹⁵

2.6 สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่มีเจตนาก่อตั้งทรัพย์สินเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มีลักษณะเป็นกลฉ้อฉล

กลฉ้อฉล คือ การหลอกลวงให้ผู้แสดงเจตนาสำคัญผิดหรืออาจกล่าวว่าเป็นการแสดงข้อความอย่างไร้ความจริง เพื่อลวงให้เขาหลงเชื่อแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม¹¹⁶ และถ้าหากไม่มีการหลอกลวงนั้นแล้วผู้แสดงเจตนาจะไม่ทำ หรืออาจจะทำในเงื่อนไขที่แตกต่างออกไป ดังนั้น กลฉ้อฉลจึงทำให้เจตนาเสื่อมเสีย เพราะทำให้ผู้แสดงเจตนาสำคัญผิด และความสำคัญผิดนั้นมีสาเหตุสำคัญมาจากกลฉ้อฉล ด้วยเหตุเพราะกลฉ้อฉลทำให้เจตนาเสื่อมเสียไปด้วยตนเองแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่ความสำคัญผิดเพราะถูกกลฉ้อฉลจะต้องเข้าลักษณะของสำคัญผิดในสาระสำคัญ¹¹⁷

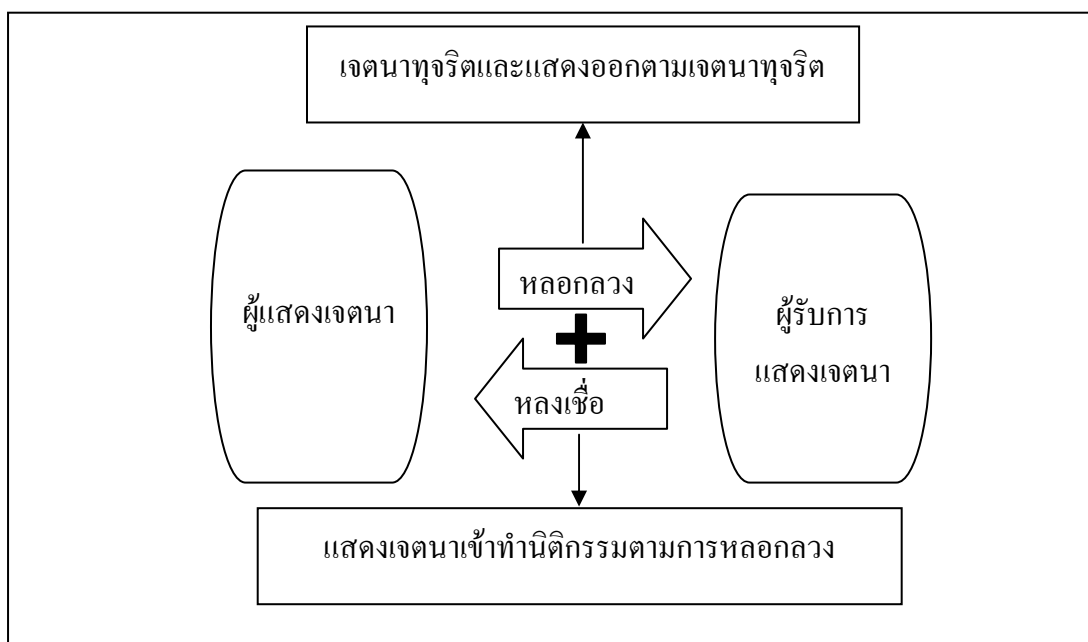
¹¹⁵ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 121.

¹¹⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 186.

¹¹⁷ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 123-124.

กลข้อฉลแตกต่างไปจากการข้อฉล เนื่องจากการข้อฉล คือ การกระทำใด ๆ ที่ถูกหน้ได้กระทำลงไปโดยรู้ว่าจะเป็นทางให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ ไม่ได้มีความหมายถึง การแสดงข้อความเท็จเพื่อให้เขาหลงเชื่อแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม¹¹⁸

ลักษณะสำคัญของกลข้อฉลจึงอยู่ที่การหลอกหลวงซึ่งอาจจะเป็นได้ทั้งที่ หลอกหลวงโดยฝ่ายเดียวหรือหลอกหลวงทั้งสองฝ่าย รวมถึงอาจจะเป็นบุคคลภายนอก หลอกหลวงก็ได้ แต่ทั้งนี้การหลอกหลวงดังกล่าวต้องปรากฏว่าอีกฝ่ายหลงเชื่อและเข้าแสดง เจตนาทำนิติกรรมด้วย ถ้าไม่มีการหลงเชื่อก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการสำคัญผิดได้ และ ลักษณะที่สำคัญอีกประการ คือ การหลอกหลวงให้สำคัญผิด ซึ่งมีความหมายถึงต้องมี เจตนาทุจริตและต้องมีการแสดงออกซึ่งการกระทำตามเจตนาทุจริต



กลข้อฉลแบ่งได้ 2 ประเภท คือ กลข้อฉลถึงขนาด และ กลข้อฉลเพื่อเหตุ

(1) กลข้อฉลถึงขนาด¹¹⁹ หรือ กลข้อฉลอันเป็นประธานหรือ ธรรมดา¹²⁰ หมายถึง ถ้าไม่มีกลข้อฉลนี้แล้ว จะไม่มีการแสดงเจตนาทำนิติกรรมกันเลย ทำ

¹¹⁸ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 79-80.

¹¹⁹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและ สัญญา, หน้า 187.

ให้ผู้ที่ถูกกลซื้อหลงเชื่อ แล้วแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม ผลทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆียะ

(2) กลซื้อเพื่อเหตุ¹²¹ หมายถึง เป็นกลซื้อไม่ถึงขนาด แต่ทำให้ผู้ถูกซื้อขอมรับข้อกำหนดส่วนย่อยของนิติกรรมที่ต่อยกว่า หรือ ทำให้ผู้ถูกกลซื้อขอมรับเงื่อนไขที่ต่อยกว่า ซึ่งถ้ามิได้มีกลซื้อเช่นนั้นก็จะไม่ขอมรับข้อกำหนดส่วนด้อยนั้น ดังนั้นแม้จะไม่มีกลซื้อเพื่อเหตุดังกล่าวผู้รับการแสดงเจตนาที่ยอมเข้าทำนิติกรรมนั้นอยู่ดี ผลของนิติกรรมที่เป็นกลซื้อเพื่อเหตุจึงไม่ตกเป็นโมฆียะ แต่คู่กรณีซึ่งเป็นผู้แสดงเจตนาหลงกลต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนตามความเสียหายที่เกิดจากกลซื้อเพื่อเหตุนั้นๆ ดังนั้นหากปรับกรณีกลซื้อเพื่อเหตุให้เข้ากับสมมุติฐานการวิจัยแล้วจะพบว่า กรณีกลซื้อเพื่อเหตุจะมีผลกระทบต่อคู่สัญญาผู้ถูกกลซื้อ คือ ทรัสตีเท่านั้น และไม่มีผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของผู้ก่อตั้งทรัสตีเลย

กลับกันหากปรับลักษณะกลซื้อถึงขนาดให้เข้ากับการตั้งสมมุติฐานการวิจัยจะได้ตัวอย่างในลักษณะดังนี้

กรณีที่พิจารณาตามสมมุติฐาน คือ กรณีซึ่งผู้ก่อตั้งทรัสตีแสดงข้อความหลงกลทรัสตีซึ่งเป็นคู่สัญญาว่าจะตั้งทรัสตีโดยชอบและถูกต้องตามกฎหมาย แต่เจตนาที่แท้จริงอาจจะเป็นเพียงก่อตั้งทรัสตีเพื่อใช้ในการหลีกเลี่ยงการชำระหนี้เท่านั้น ซึ่งลักษณะนี้ทรัสตีเท่านั้นที่จะถือว่าเป็นผู้ถูกหลงกล และด้วยผลของกลซื้อถึงขนาดอันทำให้สัญญาก่อตั้งทรัสตีเป็นโมฆียะ จึงทำให้สัญญาก่อตั้งทรัสตีนั้นจะสมบูรณ์ไปจนกว่าจะถูกบอกล้าง

2.7 สัญญาก่อตั้งทรัสตีที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสตีเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้มีลักษณะเป็นการข่มขู่

การข่มขู่ หมายความว่า การกระทำของบุคคลหนึ่งบุคคลใดอันมีลักษณะเป็นการบีบบังคับโดยการยกเอาภัยอันใดอันหนึ่งมาขู่บังคับ ซึ่งการข่มขู่ทำให้บุคคลผู้ถูกข่มขู่กลัวภัย และทำให้บุคคลผู้ถูกข่มขู่แสดงเจตนาออกมาเพื่อทำนิติกรรมตามความ

¹²⁰ ศนันทกรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 129.

¹²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 130.

ประสงค์ของผู้ข่มขู่ นั้น การข่มขู่เป็นการบังคับเจตนาให้ทำนิติกรรม มิใช่การใช้กำลังบังคับให้ทำนิติกรรม ซึ่งถือว่าไม่มีการแสดงเจตนาและนิติกรรมไม่เกิดขึ้น เพราะฉะนั้นการข่มขู่ให้เข้าทำนิติกรรมจึงเป็นการข่มขู่ที่มีอิทธิพลต่อจิตใจ คือ การบีบบังคับจิตใจซึ่งเรียกว่า “Violenza morale”¹²²

จากความหมายของการข่มขู่สามารถแยกพิจารณาลักษณะของการข่มขู่ได้ดังนี้¹²³

- (1) การข่มขู่ต้องจริงจัง ร้ายแรง และน่าจะเกิดภัยอันอันตรายได้จริง
อย่างที่ข่มขู่
- (2) ภัยนั้นต้องใกล้จะถึง ใกล้จะเกิดขึ้น และผู้ถูกข่มขู่ไม่อาจหาทางหลบเลี่ยงหรือป้องกันมิให้เกิดได้
- (3) ผู้ถูกข่มขู่ต้องหวาดกลัว หากขาดความหวาดกลัวก็แสดงว่าผู้ถูกข่มขู่แสดงเจตนาโดยไม่ติดขัด มิใช่เจตนาที่วิปริต
- (4) ความหวาดกลัวส่งผลทำให้ผู้ถูกข่มขู่ตัดสินใจเข้าทำนิติกรรมที่
ถูกข่มขู่

เมื่อพิจารณาปรับใช้ลักษณะของการถูกข่มขู่ให้เข้าทำนิติกรรมกับลักษณะสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีตามสมมุติฐานไม่สามารถเกิดขึ้นโดยมีลักษณะของการข่มขู่ได้ เนื่องจากเจตนาหลบเลี่ยงของผู้ก่อตั้งทรัพย์สินมิใช่เจตนาจะข่มขู่ให้ทรัพย์สินซึ่งผู้รับการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญา แต่เจตนาหลบเลี่ยงเป็นเพียงเจตนาภายในของผู้ก่อตั้งทรัพย์สินเอง กล่าวคือ ไม่มีการข่มขู่เกิดขึ้นได้ตามสมมุติฐาน

¹²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 134.

¹²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 134-135.

2.8 สรุปลักษณะเจตนาของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้

จากการศึกษาวิจัยข้างต้น กรณีเรื่องเจตนาทั้งกรณีแสดงเจตนาแตกต่างจากเจตนาภายในหรือกรณีเจตนาวิปริต สามารถสรุปได้ว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ตามสมมติฐานไม่สามารถเกิดขึ้นได้กับทุกกรณีของการแสดงเจตนาแตกต่างจากเจตนาภายในและเจตนาวิปริตตามทฤษฎี

กรณีตามสมมติฐานของการวิจัยจะเกิดได้เฉพาะแต่กรณีที่อาศัยเจตนาภายในของผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นสำคัญ ซึ่งสามารถสรุปได้ว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ตามทฤษฎีอาจเกิดขึ้นได้ทั้งสิ้น 4 ลักษณะ คือ

- | | |
|--------------------|-----------------------|
| (1) เจตนาซ่อนเร้น | (2) เจตนาลวง |
| (3) นิติกรรมอำพราง | (4) กลั่นแกล้งถึงขนาด |

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบในรายละเอียดแล้วแม้กรณีการขาดเจตนาหรือหรือเจตนาวิปริตทั้ง 4 ลักษณะ แม้จะคล้ายคลึงกัน แต่ก็มีส่วนที่แตกต่างกันในรายละเอียดดังนี้¹²⁴

เจตนาซ่อนเร้นเป็นเรื่องที่เจตนาภายในใจเป็นอย่างไรไม่เปิดเผยออกมา แต่ก็ไม่ได้ทำอะไรเพื่อปกปิดเจตนาภายในนั้น แต่ในเรื่องเจตนาลวงเป็นกรณีที่ไม่มีเจตนาภายในเลย แต่ได้แสดงออกซึ่งเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อลวงให้เห็นว่ามีเจตนาอย่างใดแสดงออก และแสดงออกมาได้สมรู้ร่วมคิดกันกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อลวงคนอื่น แต่ถ้าเพียงแต่ทำนิติกรรมอย่างหนึ่งเพื่อปิดบังอำพรางนิติกรรมอีกอย่างก็จะเข้าลักษณะนิติกรรมอำพราง

ในการแสดงเจตนาลวงคู่กรณีที่สมรู้ร่วมคิดมิได้มีความประสงค์ที่จะก่อความผูกพันขึ้นระหว่างกัน แต่เป็นเพียงแสดงออกให้เหมือนว่าตนประสงค์จะผูกพัน แต่

¹²⁴ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 59-60.

เรื่องนิติกรรมอำพราง คู่กรณีมีเจตนาที่ก่อความผูกพันกันขึ้นจริง แต่ความผูกพันที่ก่อขึ้นนั้น คู่กรณีไม่ประสงค์จะให้ปรากฏตามบุคคลภายนอก จึงได้ปกปิดด้วยนิติกรรมอีกอันหนึ่ง

เจตนาลวงต่างจากเจตนาซ่อนเร้น เพราะ เจตนาลวงคู่กรณีต่างก็รู้ว่านิติกรรมที่สร้างขึ้น คู่กรณีไม่ประสงค์จะผูกพัน แต่สมคบกันเสมือนเป็นเรื่องจริงเพื่อลวงบุคคลภายนอก ส่วนเจตนาซ่อนเร้นคู่กรณีอีกฝ่ายไม่รู้ถึงเจตนาภายในของอีกฝ่าย ไม่มีการสมคบ

เจตนาลวงต่างจากกลลวง เนื่องจากกลลวงเป็นการลวงให้คู่กรณีอีกฝ่ายเข้าทำนิติกรรม แต่เจตนาลวงไม่ได้ตั้งใจลวงให้ใครแสดงเจตนาโดยตรง แต่เป็นการสมคบกันเพื่อลวงบุคคลภายนอก อีกนัยหนึ่งคือเจตนาลวงเป็นการทำนิติกรรมหลอกๆ แต่กลลวงเป็นการหลอกให้ทำนิติกรรม

ส่วนผลทางกฎหมายจะต้องแยกพิจารณาเป็นสองส่วน คือ ระหว่างคู่กรณีเอง กับผลต่อบุคคลภายนอก ซึ่งจะมีทั้งผลเป็นโมฆะกรรม โมฆียะกรรม แล้วแต่กรณีซึ่งไม่กล่าวในรายละเอียดของแต่ละส่วนแล้วข้างต้น

เมื่อปรับหลักกฎหมายเรื่องเจตนาซ่อนเร้น เจตนาลวง นิติกรรมอำพราง และ กลลวงถึงขนาด ในแต่ละส่วนกับข้อสมมุติฐานของการวิจัยจะข้อแตกต่างดังนี้

ความแตกต่างระหว่างเจตนาลวงกับนิติกรรมอำพราง

การแสดงเจตนาลวง	นิติกรรมอำพราง
1. มีความมุ่งหมายในการที่จะคุ้มครองบุคคลภายนอกโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้รับประโยชน์ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์สมคบกันกับทรัสต์ใช้สัญญาก่อตั้งทรัสต์ขึ้นมาหลอกลวง	1. กฎหมายมุ่งคุ้มครองคู่กรณี คือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์ ไม่ได้กล่าวถึงบุคคลภายนอกอย่างชัดเจน
2. สิ่งที่เกิดขึ้นก็เพียงเพื่อลวงคนอื่นโดยเฉพาะเจ้าน้ำของผู้ก่อตั้งทรัสต์ (ตามสมมุติฐานการวิจัย) ผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์มิได้มีเจตนาผูกพันกันตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์จริง	2. สิ่งที่เกิดขึ้นเป็นนิติกรรมแต่ถูกปกปิดเอาไว้ ส่วนสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นนิติกรรมที่แสดงออก แต่ผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์ไม่ต้องการผูกพันกัน

การแสดงเจตนาหลง	นิติกรรมอำพราง
3. มีเจตนาที่แสดงออกเพียงครั้งเดียว	3. มีเจตนาที่แสดงออก 2 ครั้ง ซึ่งเจตนาการทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นเจตนาที่เปิดเผย
4. กฎหมายกำหนดให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะ	4. กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่สร้างขึ้น เพื่อปกปิดอีกนิติกรรมเป็นโมฆะ แต่โดยทฤษฎีถือเป็นโมฆะกรรม และสัญญาที่ถูกปกปิดยังคงบังคับใช้ได้ ตามกฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมนั้นๆ

ความแตกต่างระหว่างเจตนาหลงกับเจตนาซ่อนเร้น

การแสดงเจตนาหลง	เจตนาซ่อนเร้น
1. เป็นเรื่องและผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์ไม่มีเจตนาผูกนิติสัมพันธ์ในใจ	1. เป็นเรื่องและผู้ก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาในใจแต่ไม่เปิดเผย
2. ผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์แสวงหาทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์เพื่อลงว่ามีการแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ตามกฎหมาย	2. ผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่มีการกระทำการเพื่อหลอกลวง
3. ผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์ต่างรู้ว่าไม่ต้องการจะผูกพัน	3. เป็นกรณีที่ทรัสต์ไม่รู้เจตนาภายในของอีกฝ่ายหนึ่ง

ความแตกต่างระหว่างเจตนาซ่อนเร้น เจตนาหลง นิติกรรมอำพราง และ กลข้อฉลถึงขนาด

ประเภท	ความแตกต่าง	ผลของสัญญา
เจตนาซ่อนเร้น	ผู้ก่อตั้งทรัสต์แสดงเจตนาไม่ตรงกับเจตนาภายในด้วยความตั้งใจ	โมฆะกรรม
เจตนาหลง	ผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์สองคนสมคบกันแสดงเจตนาที่ไม่ตรงกับเจตนาภายในทำนิติกรรมอันเดียวกัน	โมฆะกรรม
นิติกรรมอำพราง	ผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์สองคนสมคบกันแสดงเจตนาทำนิติกรรมสองอัน ซึ่งอันหนึ่งเปิดเผยคือสัญญาก่อตั้งทรัสต์ อีกอันถูกปกปิดไว้เป็นนิติกรรมที่ต้องการผูกพัน	กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่สร้างขึ้น เพื่อปกปิดอีกนิติกรรมเป็นโมฆะ แต่โดยทฤษฎี

		ถือเป็นโมฆะกรรม
กลข้อฉลถึง ขนาด	ผู้ก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาหลอกลวงให้ทรัสต์เข้ามาทำ สัญญาก่อตั้งทรัสต์โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาภายใน ก่อตั้งทรัสต์หลบเลี่ยงการชำระหนี้	โมฆียะกรรม

3. ผลของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติผลของสัญญาที่มีเจตนา
สมบูรณ์ เจตนาซ่อนเร้น เจตนาลวง นิติกรรมอำพราง หรือ กลข้อฉล มี 3 ลักษณะ คือ ผล
ของสัญญาเป็นโมฆะ ผลของสัญญาเป็นโมฆียะ หรือ ผลของสัญญาสมบูรณ์ โดยผลตาม
กฎหมายจะเป็นประการใดก็ต้องพิจารณาถึงเงื่อนไข หรือ องค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของ
สัญญาก่อตั้งทรัสต์นั้นๆ ที่จะส่งผลให้สัญญานั้นมีผลเป็น โมฆะกรรม โมฆียะกรรม หรือ
สมบูรณ์ตามกฎหมาย

3.1 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ที่มีผล เป็นโมฆะกรรม

กรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีองค์ประกอบเป็นสัญญาซึ่งมีเจตนาซ่อนเร้น
เจตนาลวง หรือนิติกรรมอำพราง ผลทางกฎหมายจะทำให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์นั้นๆ ตกเป็น
โมฆะกรรม ซึ่งก็คือ สัญญาก่อตั้งทรัสต์เสียเปล่าไม่มีผลอย่างใดในกฎหมาย และ ทรัสต์ที่
เข้าทำนิติกรรม หรืออาจกล่าวได้ว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะแล้วย่อมไม่มีความผูกพัน
ตามกฎหมาย เสมือนมิได้ทำขึ้น หรือเป็นอันไม่มีเลย หรือไม่เกิดผลอย่างใดในกฎหมาย¹²⁵
และไม่อาจให้สัตยาบันให้กลับมาให้มีผลสมบูรณ์ได้อีก¹²⁶ ส่วนผลของบุคคลภายนอกจะต้อง
พิจารณาเป็นรายกรณีไป

จากความหมายข้างต้นสามารถแยกพิจารณาผลของสัญญาก่อตั้งทรัสต์
ซึ่งตกเป็นโมฆะกรรมได้ดังนี้¹²⁷

¹²⁵ กิตติศักดิ์ ปภักดี, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา:
ส่วนที่ 3 เงื่อนไขความมีผลแห่งนิติกรรม[Online]

¹²⁶ เรื่องเดียวกัน

¹²⁷ ศนันทกรธร (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 150.

(1) สัญญาก่อตั้งทรัสต์ฉบับนั้นเสียเปล่า ไม่มีผลใดๆในทางกฎหมาย ไม่ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ใดๆในทางกฎหมาย ทุกอย่างคงสภาพเช่นเดียวกับสภาพก่อนทำนิติกรรม

(2) ผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดสามารถ “กล่าวอ้าง” ความเป็นโมฆะกรรมนั้นได้ ซึ่งจะกล่าวถึงโดยละเอียดต่อไป

(3) ให้สตัดยابันกันไม่ได้ เนื่องจากทางกฎหมายเสมือนหนึ่งว่าไม่มีการกระทำใดๆ เกิดขึ้น ฉะนั้นก็ไม่มีกรกระทำให้รับรอง เปรียบเสมือนคนที่ตายไปแล้วไม่สามารถทำให้ฟื้นคืนขึ้นมาได้¹²⁸

(4) สิ่งที่ให้แกกันไปต้องคืนให้แกกันตามบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ เนื่องจากนิติกรรมอันเป็นโมฆะไม่มีการก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิและหน้าที่ใดๆ ในทางกฎหมาย ดังนั้นทรัพย์สินใดๆ ที่ทรัสต์ได้รับไว้จึงถือเป็นการรับไว้โดยปราศจากมูลอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย ไม่ได้เป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิม¹²⁹

การคืนทรัพย์สินของทรัสต์ตามบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ แยกพิจารณาได้อีก 5 ลักษณะย่อยดังนี้¹³⁰

(ก) ถ้าเป็นการชำระหนี้ตามอำเภอใจ โดยรู้อยู่แล้วว่าตนมิได้มีความผูกพันที่จะต้องชำระ บุคคลนั้นจะไม่มีสิทธิได้รับทรัพย์สินที่คืน

ข้อนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกต คือ กรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนกรรมสิทธิ์ หรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ในหลักทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาตรา 11 ไม่น่าจะถือว่าเป็นการชำระหนี้ เพราะ การโอนกรรมสิทธิ์ หรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ในหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

¹²⁸ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 186.

¹²⁹ จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย นายจิตติ ติงศรัทีย, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะ นิติกรรมและหนี้, หน้า 177.

¹³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 178

พ.ศ.2550 มาตรา 11 ถือเป็นแบบของสัญญา ดังนั้นหากมีการใช้บทบัญญัติว่าด้วยลามิควรรได้มาบังคับใช้ ทรัพย์สินในกองทรัสต์ต้องกลับคืนสู่ผู้ก่อตั้งทรัสต์

ส่วนที่ถือเป็นการชำระหนี้จึงน่าจะเป็นเรื่องค่าธรรมเนียม หรือ การป่วยการในการดูแลและรักษาหลักทรัพย์ หรือ ค่าตอบแทนการเป็นทรัสต์ีต่างหาก จึงน่าจะเป็นการชำระหนี้

(ข) ถ้าเป็นนิติกรรมที่เป็นโมฆะเพราะมีวัตถุประสงค์มิชอบด้วยกฎหมาย และถ้ามีการชำระหนี้แก่กันผู้ก่อตั้งทรัสต์จะเรียกค่าตอบแทนจากการรักษาทรัพย์สินคืนมิได้ เพราะตามที่ได้วินิจฉัยได้วิเคราะห์แต่ต้นแล้วว่า สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ ถือเป็นมีวัตถุประสงค์อันไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย เพราะ ขัดต่อกฎหมายที่บัญญัติวัตถุประสงค์ไว้อย่างชัดเจน

(ค) แต่กรณีที่ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าเป็นการชำระหนี้ตามอำเภอใจของผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ ไม่อาจพิสูจน์ถึงวัตถุประสงค์สุดท้ายของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ว่ามีชอบด้วยกฎหมาย ค่าตอบแทนของผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่จ่ายเป็นตัวเงิน ทรัสต์ีที่รับเงินไว้โดยสุจริต ต้องคืนค่าตอบแทนเท่าที่เหลืออยู่เท่านั้น

(ง) แต่ถ้าค่าตอบแทนมิได้มาเป็นลักษณะของตัวเงินแต่เป็นทรัพย์สิน ทรัสต์ีก็ต้องคืนทรัพย์สินที่ได้มาตามสภาพที่ยังคงอยู่ ไม่ต้องรับผิดชอบการที่ทรัพย์สินที่ได้รับบุบสลาย หรือ ด้อยค่าลง

(จ) หากได้ค่าตอบแทนเป็นทรัพย์สิน เกิดดอกผลทางนิตินัย หรือ พวตินัย และทรัสต์ีรับทรัพย์สินนั้นไว้ด้วยความสุจริต ดอกผลที่เกิดขึ้นระหว่างที่สุจริตยอมตกเป็นของทรัสต์ี

ตัวอย่างเช่น ผู้ก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาซ่อนเร้นในการทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ โดยมีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ โดยให้ค่าตอบแทนแก่ทรัสต์ีเป็นเงินจำนวนหนึ่งและให้ค่าตอบแทนเป็นหุ้นอีกจำนวนหนึ่ง เมื่อผู้มีส่วนได้เสียได้กล่าวอ้างความเป็นโมฆะกรรมขึ้น จึงต้องใช้บทบัญญัติว่าด้วยลามิควรรได้มาปรับใช้ ดังนี้

(ก) หลักทรัพย์ที่ฝากไว้กับทรัสต์ีต้องถือเสมือนหนึ่งไม่มีการเกิดสัญญาก่อตั้งทรัสต์ีตามหลักการของความเป็นโมฆะ คือ กรรมสิทธิ์ในหลักทรัพย์ไม่เคย

เปลี่ยนมือ และ กรรมสิทธิ์ในหลักทรัพย์ยังเป็นของผู้ก่อตั้งทรัสต์ผู้เป็นลูกหนี้ เพราะ หลักทรัพย์นั้นเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ไม่ใช่ค่าตอบแทน และการโอนไปให้ทรัสต์ก็ไม่ใช่เพื่อการชำระหนี้

(ข) ค่าตอบแทนที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ให้แก่ทรัสต์ที่เป็นตัวเงิน ทรัสต์คืนให้ แต่เฉพาะส่วนที่เหลืออยู่เท่านั้น เพราะทรัสต์สูญจริต และผู้ก่อตั้งทรัสต์ก็จะเรียกคืนไม่ได้ เพราะตนได้จ่ายไปทั้งที่รู้ว่าเป็นนิติกรรมเป็นโมฆะ เพราะ เป็นนิติกรรมซ่อนเร้น รวมถึงเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายด้วย ดังนั้นจึงถือเป็นการชำระหนี้ตามอำเภอใจของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง

(ค) ค่าตอบแทนที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ให้แก่ทรัสต์ที่เป็นหุ้น ทรัสต์คืนให้แก่ผู้ก่อตั้งทรัสต์เท่าที่สภาพจะเป็นอยู่ เช่นถ้ามูลค่าหุ้นตกลง ทรัสต์ก็ต้องคืนไปในสภาพเช่นนั้น

(ง) ดอกผลของหุ้น เช่น เงินปันผลที่ทรัสต์ได้ระหว่างการได้หุ้นมา ทรัสต์ไม่ต้องคืนให้แก่ผู้ก่อตั้งทรัสต์

อนึ่ง ความเป็นโมฆะกรรมนั้นสามารถแยกได้ 3 ประเภท¹³¹ คือ

(1) นิติกรรมที่เป็นโมฆะทั้งหมด คือ นิติกรรมนั้นเสียเปล่าทั้งหมด

(2) นิติกรรมที่เป็นโมฆะเฉพาะบางส่วน คือ กรณีที่แยกส่วนความเป็นโมฆะได้ สามารถแยกส่วนของนิติกรรมที่เป็นโมฆะออกจากส่วนของนิติกรรมที่ไม่เป็นโมฆะได้ และ สามารถสันนิษฐานเจตนาของคู่กรณีได้ว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่ไม่เป็นโมฆะได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลัก *Utile per inutile non vitiatur* หรือ *Principle of conservation*¹³²

¹³¹ ศนันทกรรณ์ (จำปี) โสติพิพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 157-161.

¹³² พิศุทธิ์ กัณธิพิย์, บทที่ 4 การแสดงเจตนาวิปริต และความไม่เป็นผลแห่งนิติกรรม กฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา[Online]

(3) โฆษะเปลี่ยนรูป หรือ โฆษะแปลงรูป คือ นิติกรรมที่เป็นโฆษะตามกฎหมายในลักษณะหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้คือเป็นโฆษะตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 แต่อาจจะสมบูรณ์ตามกฎหมายอื่นได้

แต่อย่างไรก็ตามนิติกรรมที่จะสมบูรณ์ขึ้นตามกฎหมายอื่น หรือ การโฆษะเปลี่ยนรูป หรือ โฆษะแปลงรูปนี้ กฎหมายจำกัดไว้ว่าจะมีได้เฉพาะในกรณีของโฆษะกรรม ซึ่งเกิดจากการที่นิติกรรมนั้นไม่ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งกรณีนี้คือ กรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินไม่ดำเนินการตามพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาตรา 11 หรือตามมาตรา 14 เท่านั้น ถ้านิติกรรมเป็นโฆษะเนื่องจากเหตุอื่น เช่น มีการไม่มีเจตนา หรือวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย เป็นต้น จะไม่มีกรณีที่ให้นำเรื่องนี้มาใช้บังคับ ทั้งนี้เนื่องจากนิติกรรมที่เป็นโฆษะ เพราะทำไม่ถูกต้องตามแบบ ซึ่งอาจสมบูรณ์เป็นนิติกรรมอย่างอื่น ยังคงมีความสมบูรณ์ในเรื่องของเจตนาผูกพันผู้แสดงเจตนาต้องไม่จงใจฝ่าฝืนเรื่องของเจตนา¹³³ แต่นิติกรรมประเภทมีบกพร่องในเรื่องเจตนาไม่สามารถที่จะสมบูรณ์ในฐานะของนิติกรรมประเภทอื่นได้ เนื่องจากเจตนาพื้นฐานของนิติกรรมนั้นเสียไปเพราะเหตุหลอกลวง หรือในบางกรณีก็ไม่ได้มีเจตนาเกิดขึ้น ฉะนั้นเมื่อไม่มีเจตนาที่ย่อมไม่เกิดนิติกรรมได้

ดังนั้นกรณีตามข้อสมมุติฐานของการวิจัยจึงสรุปได้ว่าการเป็นโฆษะกรณีสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่มีเจตนาก่อตั้งทรัพย์สินเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ เป็นโฆษะกรรมแบบที่เป็นโฆษะทั้งหมด คือ สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินนิติกรรมนั้นเสียเปล่าทั้งหมด ไม่สามารถสมบูรณ์เป็นนิติกรรมประเภทอื่นได้ เนื่องจากไม่ได้มีความบกพร่องอันเนื่องมาจากแบบ แต่เป็นกรณีที่มีความบกพร่องมาจากเจตนา คือ การแสดงเจตนาต่างจากเจตนาภายใน

3.2 สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่มีเจตนาก่อตั้งทรัพย์สินเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ที่มีผลเป็นโมฆียะกรรม

โมฆียะกรรม คือ นิติกรรมสมบูรณ์ใช้ได้จนกว่าจะถูกบอกล้าง โดยผู้มีสิทธิบอกล้างตามกฎหมาย¹³⁴ นิติกรรมที่ตกเป็นโมฆียะกรรมนั้นเป็นนิติกรรมที่มีผลแล้ว แต่

¹³³ เรื่องเดียวกัน

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน

มีผลไม่แน่นอนกล่าวคือมีผลจนกว่าจะถูกบอกกล่าว¹³⁵ ดังนั้นนิติกรรมที่เป็นโมฆียะกรรมจึงถูกดำเนินการขึ้นโดยครบถ้วนตามหลักเกณฑ์สาระสำคัญแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมแทบทุกอย่าง หากแต่มีเหตุบกพร่องในความไม่บริสุทธิ์ของเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่ง กฎหมายจึงให้สิทธิแก่บุคคลกลุ่มหนึ่งเพื่อที่จะบอกล้างนิติกรรมนั้น¹³⁶

บุคคลที่กฎหมายให้สิทธิในการบอกล้างนิติกรรมสามารถพิจารณาแยกได้ 4 ประเภท¹³⁷ คือ

- (1) บุคคลที่กระทำนิติกรรมโดยไม่มีความสามารถในการใช้สิทธิตามกฎหมาย
- (2) บุคคลที่ดูแลบุคคลที่บกพร่องในความสามารถ
- (3) บุคคลที่แสดงเจตนาโดยวิปริต
- (4) ทายาทของบุคคลผู้ทำนิติกรรมตาม ข้อ 1, 2 และ 3

บุคคลที่กฎหมายให้สิทธิในการบอกล้างก่อนข้างจะมีจำกัด เนื่องจากนิติกรรมที่เป็นโมฆียะกรรมจึงถูกดำเนินการขึ้นโดยครบถ้วนตามหลักเกณฑ์สาระสำคัญแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมแทบทุกอย่าง หากแต่มีเหตุบกพร่องในความไม่บริสุทธิ์ของเจตนาเท่านั้น

ตามสมมุติฐานของการวิจัย และการวิเคราะห์ข้างต้นสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ที่มีผลเป็นโมฆียะกรรมจะมีเพียงสาเหตุเดียว คือ กรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์โดยใช้กลฉ้อฉลถึงขนาด และผู้ที่สามารถบอกล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเกิดจากกลฉ้อฉลถึงขนาดจึงมีเพียงบุคคลเดียว คือ ทรัสต์ เนื่องจากทรัสต์เป็นเพียงบุคคลเดียวที่กฎหมายถือว่าบุคคลที่แสดงเจตนาโดยวิปริต

¹³⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา: ส่วนที่ 3 เงื่อนไขความมีผลแห่งนิติกรรม[Online]

¹³⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 193

¹³⁷ ศนันท์กรณ (จำปี) ไสตติพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 168-169.

ผู้รับประโยชน์ เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ แม้แต่ผู้ค้ำประกันสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ก็ไม่มีสิทธิจะบอกล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเกิดจากกลข้อฉลถึงขนาด เพราะเป็นเพียงบุคคลภายนอกเท่านั้น¹³⁸ ไม่ถือเป็นบุคคลที่แสดงเจตนาโดยวิปริต แต่อย่างไรก็ตามในบางกรณีผู้รับประโยชน์อาจจะเป็นบุคคลที่แสดงเจตนาโดยวิปริตได้ น่าจะเป็นตามนิติกรรมอื่นมิใช่เป็นบุคคลที่แสดงเจตนาโดยวิปริตตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์

ในทางกลับกันเมื่อสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นสัญญาที่สมบูรณ์จนกว่าจะบอกล้างโดยบุคคลที่กฎหมายให้สิทธิบอกล้าง และบุคคลที่กฎหมายให้สิทธิบอกล้างก็สามารถให้สัตยาบันแก่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเกิดจากกลข้อฉลถึงขนาดได้เช่นกัน การให้สัตยาบันก็คือการรับรองความสมบูรณ์ของสัญญา จึงทำให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเกิดจากกลข้อฉลถึงขนาดสมบูรณ์¹³⁹

เบื้องต้นโดยสภาพของโมฆียะกรรมถือเป็นนิติกรรมที่ยังคงมีผลตามกฎหมายจนกว่าจะถูกบุคคลที่กฎหมายให้สิทธิบอกล้าง ซึ่งตามสมมุติฐานการวิจัยจะมีเพียงบุคคลเดียว คือ ทรัสต์ เมื่อทรัสต์บอกล้างแล้วผลตามกฎหมายสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) ผลระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์

เมื่อโดยสภาพของโมฆียะกรรมถือเป็นนิติกรรมที่ยังคงมีผลตามกฎหมาย ดังนั้น ผลที่เกิดจากสัญญาก่อตั้งทรัสต์ในระหว่างที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์สมบูรณ์ย่อมถือได้ว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ มีมูลอันจะอ้างกฎหมายได้¹⁴⁰ ค่าธรรมเนียม ค่าดำเนินการใดๆ ที่ได้มาระหว่างสัญญาก่อตั้งทรัสต์มีผลตามกฎหมาย ทรัสต์ย่อมไม่ต้องคืนให้แก่ผู้ก่อตั้งทรัสต์

¹³⁸ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 244.

¹³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 254

¹⁴⁰ ศนันทกรรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 171.

แต่เมื่อมีการบอกล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเกิดจากกลฉ้อฉลถึงขนาด โดยทรัสต์กฎหมายบัญญัติให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์ตกเป็นโมฆะแต่เริ่มแรก¹⁴¹ แต่ด้วยเพราะ สัญญาก่อตั้งทรัสต์มิได้เป็นโมฆะกรรมแต่แรกเริ่ม จึงไม่อาจจะใช้หลักกลฉ้อฉลได้มาใช้ บังคับแก่กรณีได้ โดยกฎหมายกำหนดให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม คือ เปลี่ยนแปลง สถานะไปให้เป็นเหมือนตอนที่ทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ถ้าคู่สัญญาที่จะคืนแก่กันได้ทั้งหมดก็ ให้ชดใช้ค่าเสียหายแทน ซึ่งการฟื้นวิสัยอาจจะเกิดจากสภาพแห่งตัวทรัพย์สินนั่นเอง เช่น ใช้ แล้วหมดไปเช่น หรือ เกิดพันวิสัยทางด้านกฎหมายเช่น โอนทรัพย์สินนั้นต่อไป หลายทอด และผู้รับโอนก็สุจริตและเสียค่าตอบแทน รวมถึงได้ไปซึ่งสิทธิตามที่กฎหมายคุ้มครอง¹⁴²

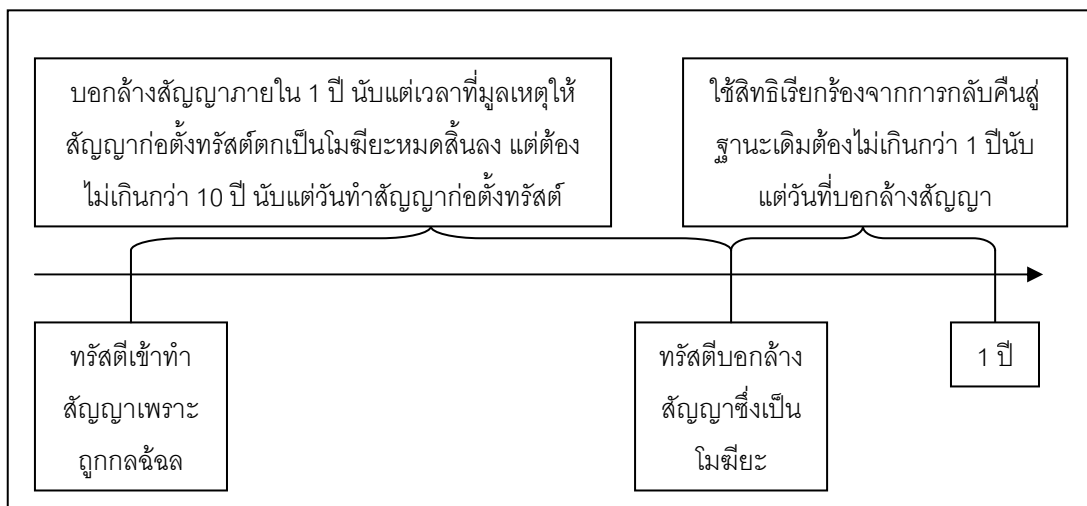
ดังนั้นสิ่งที่ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมนั้นไม่เพียงแต่ค่าตอบแทนของตัวทรัสต์ เอง ต้องหมายรวมถึงหลักทรัพย์ที่โอนไปในกองทรัสต์ก็ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิมด้วย ซึ่งการ กลับคืนสู่ฐานะเดิมจะมีผลเฉพาะแต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น

นอกจากนี้กฎหมายบัญญัติคาบเวลาในการบอกล้างและการกลับคืนสู่ ฐานะเดิมไว้ด้วย คือ ทรัสต์ต้องบอกล้างสัญญาภายใน 1 ปี นับแต่เวลาที่มูลเหตุให้สัญญา ก่อตั้งทรัสต์ตกเป็นโมฆะหมดสิ้นลง ในกรณีตามสมมุติฐาน คือ เหตุกลฉ้อฉลถึงขนาด สิ้นสุดลง ซึ่งตามปกติเหตุกลฉ้อฉลถึงขนาดก็ควรจะสิ้นสุดลงในวันที่ทรัสต์แสดงเจตนาเข้า ทำสัญญาเพราะถูกกลฉ้อฉล แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินกว่า 10 ปี นับแต่วันทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และการใช้สิทธิเรียกร้องจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมต้องไม่เกินกว่า 1 ปี นับแต่วันที่บอก ล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์อันเกิดแต่กลฉ้อฉล¹⁴³

¹⁴¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 198.

¹⁴² ศันนัทภรณ์ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 173.

¹⁴³ ศักดิ์ สมองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและ สัญญา, หน้า 246 และ 254.



(2) ผลต่อบุคคลภายนอก

บุคคลภายนอกผู้สุจริตซึ่งได้รับโอนทรัพย์สินไปนั้นอาจจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายให้ความคุ้มครองว่าบุคคลภายนอกผู้สุจริตจะไม่ได้ได้รับความกระทบกระเทือนจากการบอกล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งในกรณีตามสมมุติฐาน คือ ผู้รับประโยชน์ ที่ถือเป็นบุคคลภายนอก เมื่อได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์นั้นแล้วย่อมไม่ถูกกระทบกระเทือนจากกรณีทรัสต์บอกล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งเงื่อนไขของความคุ้มครองกรณีตามสมมุติฐานมีเพียงประการเดียว คือ ผู้รับประโยชน์ต้องสุจริต* ไม่ต้องคำนึงถึงความค่าตอบแทน¹⁴⁴

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตในกรณีการบอกล้างหรือให้สัตยาบันต่อสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เป็นกลั่นแกล้งถึงขนาดดังนี้

1. กรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์เข้าลักษณะของกลั่นแกล้งถึงขนาดซึ่งทรัสต์ผู้ถูกกลั่นแกล้งมีสิทธิที่จะบอกล้าง หรือให้สัตยาบัน หรือนิ่งเฉยจนเลยระยะเวลาของการบอกล้างก็ได้ ถ้าทรัสต์รู้แล้วว่าตนถูกกลั่นแกล้งแล้วให้สัตยาบัน หรือนิ่งเฉยจนเลยระยะเวลาของการบอกล้าง ทรัสต์ย่อมได้รับประโยชน์จากค่าตอบแทนการดำเนินการเป็นทรัสต์ แต่อย่างไรก็ตามหากทรัสต์มีพยานหลักฐานเพียงพอที่เชื่อได้ว่าตนเองถูกกลั่นแกล้ง

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 160 การบอกล้างโมฆียะกรรม เพราะ ถูกกลั่นแกล้ง ตาม มาตรา 159 ห้ามมิให้ ยกเป็นข้อต่อสู้ บุคคลภายนอก ผู้กระทำการ โดยสุจริต

¹⁴⁴ ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์, คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา, หน้า 178.

ฉล ตัวทรัสต์ก็จะต้องบอกล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ฉบับนั้น เนื่องจากตาม พ.ร.บ.ทรัสต์ เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน ตัวทรัสต์จะต้องได้รับใบอนุญาตในการประกอบกิจการเป็นทรัสต์ ซึ่งส่วนใหญ่ผู้ที่มีคุณสมบัติที่จะขอใบอนุญาตประกอบกิจการเป็นทรัสต์ก็คือ สถาบันการเงิน ซึ่งเป็นผู้ประกอบการวิชาชีพซึ่งมีกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ และจรรยาบรรณทางวิชาชีพ ซึ่งเชื่อได้ว่าทรัสต์นั้นต้องประกอบกิจการด้วยความซื่อสัตย์ และสุจริต อีกประการหนึ่ง คือ ตาม พ.ร.บ.ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน จะมีหน่วยงานของรัฐในการตรวจสอบ คือ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ซึ่งมีอำนาจที่จะเข้าตรวจสอบการดำเนินธุรกิจของผู้ได้รับใบอนุญาต ดังนั้นหาก คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์พบว่าทรัสต์ผู้ได้รับใบอนุญาตดำเนินกิจการโดยขาดจรรยาบรรณ และไม่สุจริต แล้วย่อมมีมาตรการควบคุมและลงโทษมิให้ประกอบกิจการเป็นทรัสต์อีกแน่นอน

2. ให้สัตยาบันต่อสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เป็นกลข้อฉลถึงขนาด ซึ่งถ้าทรัสต์รู้อยู่แล้วว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์นั้นทำขึ้นเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ จึงเป็นกรณีนิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายโดยชัดแจ้ง เพราะ การให้สัตยาบันโมฆียกรรม คือ การรับรองความสมบูรณ์ของโมฆียกรรม โดยการสละสิทธิที่จะบอกล้าง¹⁴⁵ จึงถือเป็นนิติกรรมประเภทหนึ่ง เมื่อทรัสต์รู้ถึงจุดมุ่งหมายในการทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์แล้วยังสละสิทธิที่จะบอกล้างอีก จึงถือว่าการสละสิทธิบอกล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ของทรัสต์เข้าลักษณะของนิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายโดยชัดแจ้งซึ่งจะเป็นโมฆะ

ดังนั้นแนวโน้มที่ทรัสต์จะบอกล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เป็นกลข้อฉลถึงขนาดจึงสูงกว่าที่ทรัสต์จะให้สัตยาบัน แต่อย่างไรก็ตามสิทธิในการบอกล้างหรือให้สัตยาบันสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเกิดจากกลข้อฉลถึงขนาดก็ยังคงเป็นสิทธิของทรัสต์ ไม่ใช่เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบในทางเสียหายตามสมมุติฐานการวิจัย

¹⁴⁵ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 279.

3.3 สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีผลสมบูรณ์

สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่ดำเนินการโดยถูกต้องทั้งเรื่องแบบ มีเจตนาสมบูรณ์ ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายย่อมมีผลสมบูรณ์บังคับใช้ได้ตามกฎหมาย แต่การเกิดผลตามกฎหมายของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ โดยตามหลักทฤษฎีแล้วเสมือนหนึ่งผู้ก่อตั้งทรัสต์จำหน่าย หรือ ทำให้ทรัพย์สินของตนเองลดน้อยถอยลง และถึงแม้จะมีผลสมบูรณ์ผูกพันคู่กรณีตามกฎหมายก็ตาม ก็ยังคงมีประเด็นเรื่องผลกระทบต่อผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งเจ้าหน้าที่ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ถือเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการที่ทรัพย์สินของลูกหนี้ลดลง ไม่ว่าจะด้วยเจตนาที่ถูกต้องมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย หรือ จะมีเจตนาที่ฉ้อฉล หลอกลวง เพื่อให้ตนบรรลุถึงวัตถุประสงค์ในการที่จะไม่ต้องชำระหนี้ หรือ ที่เรียกว่า “ล้มบนฟูก” เนื่องจากระบบกฎหมายทรัสต์ถูกสร้างขึ้นมาจากเหตุผลเฉพาะ การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ย่อมมีช่องว่าง และความไม่เหมาะสมของการใช้กฎหมายเกิดขึ้นได้ง่าย โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่ทุจริตย่อมอาศัยช่องว่างดังกล่าวหาประโยชน์อันไม่สมควรได้ง่าย

ตามสมมุติฐานของการวิจัยเจ้าหน้าที่ของผู้ก่อตั้งทรัสต์จะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่อยู่ในกองทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่สมบูรณ์ยากมาก แม้การโอนทรัพย์สินเข้ากองทรัสต์นั้นจะทำให้ลูกหนี้หมดศักยภาพในการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหน้าที่ตามระบบกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันซึ่งไม่อำนวยความสะดวกต่อเหตุการณ์ดังกล่าว ซึ่งผู้วิจัยจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

4. การดำเนินการทางกฎหมายเพื่อเพิกถอนสัญญากรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์มีเจตนา ก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้

ทรัสต์ถือเป็นระบบที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันการดำรงอยู่ของทรัพย์สินในกองทรัสต์เพื่อผู้รับผลประโยชน์ ให้คงอยู่โดยปราศจากความเสียหายจากการครอบงำและจัดการของผู้ก่อตั้งทรัสต์ และ ทรัสต์มากที่สุด โดยมาตรการที่สำคัญที่สุดของการป้องกันการจัดการทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทรัสต์ คือ การสร้างเงื่อนไขการโอนกรรมสิทธิ์ในหลักทรัสต์ให้เป็นแบบของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ส่วนมาตรการที่การป้องกันการจัดการทรัพย์สินของทรัสต์ คือ การจัดทำบัญชีแยกทรัพย์สินในกองทรัสต์ออกจากทรัพย์สินของทรัสต์ ทั้งนี้ทรัสต์จะถูกมาตรการป้องกันที่เข้มข้นน้อยกว่าเนื่องจากทรัสต์เป็นเพียงคนกลางมิได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินเอง และได้ประโยชน์จากค่าดำเนินการจัดการกองทรัสต์อยู่แล้ว

จากการมาตรการของทรัสต์ที่สร้างเงื่อนไข การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และสามารถเข้ารับผลประโยชน์ได้ด้วย จึงกลายเป็นช่องทางหลบเลี่ยงให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์ผู้ทุจริตโอนทรัพย์สินเข้า เพื่อไม่ต้องนำทรัพย์สินดังกล่าวชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่เมื่อถึงเวลาครบกำหนดการก่อตั้งกองทรัสต์ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ก็กลายเป็นบุคคลหนึ่งที่เข้าร่วมรับผลประโยชน์จากกองทรัสต์นั้นด้วย

สมมุติฐานของการวิจัยจึงตั้งขึ้นว่า ถ้าผู้ก่อตั้งกองทรัสต์มีเจตนา ก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ผลเบื้องต้นตามทฤษฎีเจตนา สัญญา ก่อตั้งฉบับนั้น อาจจะเป็นได้ทั้งโมฆะกรรม โมฆียะกรรม รวมถึงอาจจะมีผลสมบูรณ์ก็ได้หากเจตนาที่จะหลบเลี่ยงการชำระหนี้ไม่ชัดเจน ซึ่งเป็นการยากที่บุคคลภายนอกอย่างเจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์จะสามารถแสวงหาหลักฐานเพื่อยืนยันถึงเจตนาอันไม่ชอบของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ในการก่อตั้งกองทรัสต์

แต่อย่างไรก็ตามตามวิถีทางตามกฎหมายก็ยังมีช่องทางสำหรับเจ้าหนี้จะนำมาใช้ทำลายสัญญา ก่อตั้งทรัสต์ เพื่อให้ทรัพย์สินในกองทรัสต์กลับคืนสู่กรรมสิทธิ์ของผู้ก่อตั้งกองทรัสต์ เพื่อเจ้าหนี้จะได้บังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นได้ ซึ่งแนวทางของกฎหมายมีอยู่ 3 แนวทางโดยจะต้องใช้ในเงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไปดังนี้

- (1) การกล่าวอ้างการเป็นโมฆะกรรมสำหรับสัญญา ก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาซ่อนเร้น เจตนาลวง หรือ เป็นนิติกรรมอำพราง
- (2) การบอกล้างโมฆียะกรรมสำหรับสัญญา ก่อตั้งทรัสต์ที่มีลักษณะเป็นกลฉ้อฉลถึงขนาด
- (3) การเพิกถอนการฉ้อฉลสำหรับสัญญา ก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาสมบูรณ์ หรือ ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าสัญญา ก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาซ่อนเร้น เจตนาลวง นิติกรรมอำพราง หรือ เป็นกลฉ้อฉลถึงขนาด

4.1 การกล่าวอ้างการเป็นโมฆะกรรมและกระบวนการวิธีการกล่าวอ้างการเป็นโมฆะกรรม

การกล่าวอ้างโมฆะกรรมต่อสัญญา ก่อตั้งทรัสต์ที่มีเจตนาซ่อนเร้น เจตนาลวง หรือ เป็นนิติกรรมอำพราง เนื่องจากการเป็นโมฆะเป็นการกระทำที่เสียเปล่า ไม่มีผล

อย่างไรก็ตามในทางกฎหมาย ย่อมไม่มีการเคลื่อนไหวในสิทธิแต่อย่างใดซึ่งจะทำให้บุคคลใด บุคคลหนึ่งอ้างเอาประโยชน์จากสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีผลเป็นโมฆะได้ แต่ถ้ามีบุคคลใดที่อ้างเอาประโยชน์จากสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เป็นโมฆะนั้นั้น ตามกฎหมายแล้วผู้มีส่วนได้เสีย คนหนึ่งคนใดก็สามารถยกเอาความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างได้¹⁴⁶

ผู้ที่มีส่วนได้เสียที่อาจยกความเป็นโมฆะของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ขึ้นอ้างได้ กฎหมายมิได้กำหนดไว้อย่างแน่ชัด แต่อาจกล่าวได้ว่าบุคคลที่ต้องเสียถ้าบังคับให้โมฆะกรรมเกิดผล และเป็นผู้ที่จะได้หากให้โมฆะกรรมเสียหายเปล่าไปก็ถือได้ว่าเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียที่อาจยกความเป็นโมฆะกรรมของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ขึ้นอ้างได้¹⁴⁷ ในกรณีนี้จึงถือได้ว่า เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ก็เข้าข่ายเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ด้วย เนื่องจากเป็นผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องจะต้องเสียหายในทางอ้อมเนื่องจากโมฆะกรรมนั้น และเป็นผู้ที่ต้องเสียหายถ้าสัญญาก่อตั้งทรัสต์สามารถบังคับให้เกิดผลได้ รวมถึงเป็นผู้ที่จะได้หากให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์เสียหายไป¹⁴⁸

เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นผู้มีส่วนได้เสียตามกฎหมายที่สามารถอ้างความเป็นโมฆะกรรมของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้ แม้ตามทฤษฎีแล้วสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เป็นโมฆะไม่จำเป็นต้องให้ศาลสั่งบอกกล่าว เพราะ สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เป็นโมฆะย่อมต้องเสียหายในตัวเองอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงเจ้าหนี้จะอ้างความเป็นโมฆะเพื่อเข้าบังคับชำระหนี้จากกองทรัสต์ซึ่งอยู่ในความดูแลของทรัสต์โดยตรงโดยไม่ผ่านกระบวนการตรวจสอบย่อมเป็นไม่ได้ ดังนั้นการกล่าวอ้างความเป็นโมฆะของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ย่อมต้องอาศัยมูลเหตุอย่างอื่นก่อน เช่น การจะบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินในกองทรัสต์นั้น แล้วเจ้าหนี้จึงสามารถยกเอาความเป็นโมฆะขึ้นอ้างกับทรัสต์¹⁴⁹

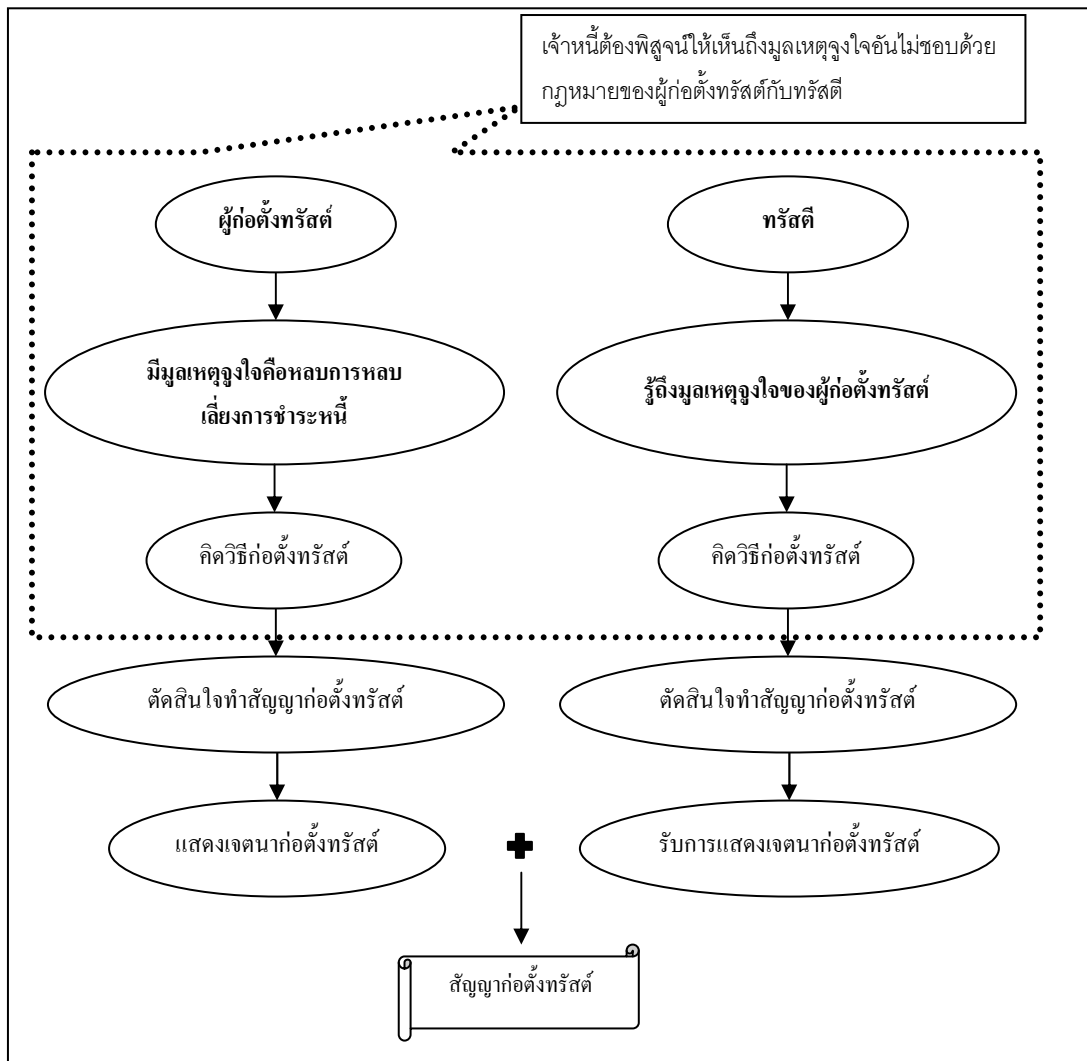
¹⁴⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 247

¹⁴⁷ เส็นีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 187

¹⁴⁸ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 80

¹⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79

ขั้นตอนการอ้างความเป็นโมฆะของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ในศาลก็ต้องอาศัยเงื่อนไขตามกฎหมายที่ทำให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะแล้วแต่กรณี เช่น อ้างว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์นั้นแท้จริงแล้วเป็นนิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายโดยชัดแจ้ง เจ้าหนี้ต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงมูลเหตุจูงใจอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์ ซึ่งในการปฏิบัติเป็นสิ่งที่ยากมากที่เจ้าหนี้จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์มีมูลเหตุจูงใจในการหลบเลี่ยง และทรัสต์ก็ทราบถึงมูลเหตุจูงใจดังกล่าว



หรือกรณีที่เจ้าหนี้กล่าวอ้างว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาซ่อนเร้น แล้วเจ้าหนี้ต้องการจะบังคับชำระหนี้กับทรัพย์สินที่ทรัสต์ดูแลรักษา เจ้าหนี้ก็ต้องพิสูจน์ว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์มิได้มีเจตนาภายในที่จะก่อตั้งทรัสต์ขึ้นตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมาย ซึ่งในความเป็นจริงการพิสูจน์เจตนาภายในนั้นเป็นกรณีที่ยากมาก เนื่องจากเจตนาที่แสดงออกของผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นสิ่งที่ถูกต้องตามกฎหมาย และการพิสูจน์เช่นนี้เจ้าหนี้ต้องพิสูจน์

ต่อทรัพย์สินที่รับรักษาของทรัพย์สินไม่ใช่ตัวผู้ก่อตั้งทรัพย์สินซึ่งเป็นคนที่มีเจตนาซ่อนเร้น จึงยิ่งเพิ่มความซับซ้อนของคดีขึ้นอีก

เมื่อกรณีสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินมาสู่ศาลแล้ว แต่คู่กรณีไม่ได้หยิบยกความเป็นโมฆะขึ้นกล่าวอ้าง ศาลจะหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างเองมิได้ เนื่องจากกรณีที่ศาลจะหยิบยกประเด็นขึ้นวินิจฉัยเองได้จะต้องเป็นประเด็นที่เป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้นกรณีตามสมมุติฐานการวิจัยเป็นเพียงเรื่องเจตนาอันบกพร่องซึ่งไม่ใช่เรื่องประเด็นที่เป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน* ศาลจึงไม่อาจยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง และถึงแม้ว่ากรณีที่เกิดขึ้นเป็นกรณีที่เป็นประเด็นที่เป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน เช่น เรื่องสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินสัญญาอันมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายโดยชัดแจ้ง ศาลก็มีผู้ใช้ผู้ที่มีส่วนได้เสียแห่งกรณี ดังนั้นศาลจึงไม่สมควรจะยกประเด็นดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยเองถ้าคู่ความมิได้ตั้งประเด็นนี้ขึ้นต่อสู้¹⁵⁰ มิฉะนั้นศาลจะกลายเป็นเครื่องมือการบังคับคู่กรณี¹⁵¹ กรณีศาลนี้อาจจะเทียบเคียงได้กับบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ซึ่งเป็นองค์กรที่ควบคุม ดูแล และบังคับใช้พระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 กล่าวคือ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์คงไม่อาจจะเป็นคู่กรณีในการกล่าวอ้างสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินบับใดฉบับหนึ่งเป็นโมฆะ เพราะมิใช่ผู้ที่มีส่วนได้เสียกับสัญญาก่อตั้งทรัพย์สิน

กล่าวโดยสรุปแล้ว กระบวนวิธีที่เจ้าหน้าที่จะอ้างความเป็นโมฆะของสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินต้องฟ้องร้องต่อศาลในประเด็นอื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินก่อน

* กรณีที่ศาลจะหยิบยกประเด็นขึ้นวินิจฉัยเองได้จะต้องเป็นประเด็นที่เป็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งกรณีตามสมมุติฐาน คือ กรณีที่ศาลเห็นว่าสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินนั้นเป็นนิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายโดยชัดแจ้ง ส่วนกรณีอื่นๆ เป็นเรื่องความสมบูรณ์ของเจตนาไม่ใช่ประเด็นปัญหาอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่ศาลจะหยิบยกประเด็นขึ้นวินิจฉัยเองได้

¹⁵⁰ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 247-248.

¹⁵¹ เส็นีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, หน้า 189.

แล้วจึงยกอ้างความเป็นโมฆะขึ้นอ้าง รวมถึงต้องพิสูจน์ถึงเงื่อนไขความเป็นโมฆะให้มีน้ำหนักพยานให้เพียงพอที่ศาลจะเชื่อว่ามี ความบกพร่องของเจตนาการก่อตั้งทรัสต์

ตัวอย่างเช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ต้องการบังคับหนีจากทรัพย์สินในกองทรัสต์ โดยเจ้าหน้าที่ทราบว่า ผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์ีสวมคบกันทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลอกบุคคลภายนอกซึ่งเป็นกรณีของเจตนาลวง ดังนั้นเจ้าหน้าที่ต้องฟ้องผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นจำเลย โดยมีประเด็นแห่งคดี คือ สัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะ และเจ้าหน้าที่สามารถบังคับชำระหนี้กับทรัพย์สินในกองทรัสต์ และต้องเรียกทรัสต์ีเข้ามาเป็นจำเลยรวม ซึ่งเจ้าหน้าที่ไม่สามารถฟ้องร้องในประเด็นว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะเพียงอย่างเดียว เพราะ ความเป็นโมฆะไม่จำเป็นที่ต้องมีผู้ใดมารับรอง¹⁵² ดังนั้นเจ้าหน้าที่จึงต้องฟ้องบังคับชำระหนี้กับทรัพย์สินในกองทรัสต์ด้วยเพื่อเป็นเหตุซึ่งจะโยงเข้ากับสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะ แต่การที่จะฟ้องในประเด็นบังคับชำระหนี้ก็ยังคงพิสูจน์ถึงประเด็นของความสมบูรณ์ของหนี้ และเงื่อนไขการชำระหนี้หรือถึงกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้แล้วหรือยัง ดังนั้นความซับซ้อนของคดีจะสูงมาก เพราะต้องสืบทั้งประเด็นหลักคือการชำระหนี้ และต้องสืบเรื่องเจตนาลวงอีก

4.2 การบอกล้างโมฆียะกรรมและกระบวนวิธีการบอกล้างโมฆียะกรรม

สัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเป็นกลฉ้อฉลถึงขนาดมีผลเป็นโมฆียะ ซึ่งจะสมบูรณ์จนกว่าจะถูกล้าง การบอกล้างโมฆียะกรรมถือเป็นนิติกรรมประเภทระงับสิทธิ¹⁵³ ต่างจากการกล่าวอ้างความเป็นโมฆะที่ไม่จำเป็นต้องดำเนินการใดเพื่อระงับสิทธิ เพราะโมฆะกรรมถือว่ามีผลระงับการกระทำนั้นเกิดขึ้นตามกฎหมายอยู่แล้ว

การบอกล้างต้องอาศัยเจตนาเช่นนิติกรรมทั่วไป และมีเงื่อนไขตามกฎหมาย ซึ่งให้สิทธิเฉพาะผู้สิทธิบอกล้างโมฆียะกรรมเท่านั้นจึงบอกล้างได้ มิฉะนั้นสัญญาก่อตั้งทรัสต์นั้นยังคงสมบูรณ์ต่อไป ซึ่งกฎหมายกำหนดบุคคลไว้โดยเฉพาะซึ่งตามการวิจัยในหัวข้อก่อนนั้นได้กล่าวไว้แล้ว คือ ทรัสต์ีเท่านั้น

¹⁵² เสริม วิจิฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้, หน้า 79

¹⁵³ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 266

กระบวนการวิธีการบอกล้างโมซียะกรรมสำหรับสัญญาก่อตั้งทรัสต์อันเป็นโมซียะสามารถสรุปได้ดังนี้¹⁵⁴

(1) การบอกล้างโมซียะกรรม กฎหมายมิได้กำหนดแบบไว้ ดังนั้น การแสดงเจตนาบอกล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ต้องชัดเจน และสามารถทำได้โดยเป็นวาจาได้ ไม่จำเป็นต้องเป็นลายลักษณ์อักษร

(2) การบอกล้างโมซียะกรรม ทรัสต์ต้องแสดงเจตนาโดยตรงกับผู้ก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น เนื่องจากการบอกล้างเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา

(3) การฟ้องร้องคดีหรือการร้องขอชดเชยทรัพย์อาจจะถือเป็นการบอกล้างโมซียะกรรมไปในตัวได้

(4) การบอกล้างต้องดำเนินการภายในระยะเวลา 1 ปี นับแต่เวลาที่มูลเหตุให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์ตกเป็นโมซียะหมดสิ้นลง ในกรณีตามสมมุติฐาน คือ เหตุกลฉ้อฉลถึงขนาดสิ้นสุดลง ซึ่งตามปกติเหตุกลฉ้อฉลถึงขนาดก็ควรจะสิ้นสุดลงในวันที่ทรัสต์แสดงเจตนาเข้าทำสัญญาเพราะถูกกลฉ้อฉล แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินกว่า 10 ปี นับแต่วันทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์

เนื่องจากสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเป็นโมซียะเป็นสัญญาที่สมบูรณ์จนกว่าจะมีการบอกล้าง ซึ่งผู้ที่มีสิทธิบอกล้างตามสมมุติฐานมีเพียงผู้เดียว คือ ทรัสต์ และการบอกล้างก็ไม่ได้เกิดประโยชน์อันใดต่อทรัสต์เลย กลับแต่จะทำให้ทรัสต์เสียหายได้และเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายของตัวทรัสต์ในการบอกล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ดังนั้นการบอกล้างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่ทรัสต์ถูกกลฉ้อฉลถึงขนาดย่อมเกิดขึ้นได้ยาก และเจ้าหน้าที่ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ก็ไม่สามารถจะใช้ช่องทางนี้ได้

¹⁵⁴ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา, หน้า 269-271

4.3 การเพิกถอนการข้อฉลและกระบวนการวิธีการเพิกถอนการข้อฉล

สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย เจ้าหนี้ยังคงมีวิธีการตามกฎหมายอีกวิธีหนึ่ง เพื่อให้ทรัพย์สินในกองทรัสต์กลับคืนสู่กองทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทรัสต์ คือ การเพิกถอนการข้อฉล

เนื่องจากการเพิกถอนการข้อฉลเป็นหลักการที่กฎหมายบัญญัติให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการควบคุมกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เพราะการกระทำของลูกหนี้เป็นการกระทำให้ตนเองจนลง (Impoverishment) หรือมีทรัพย์สินน้อยลงจนถึงขั้นที่มีทรัพย์สินไม่เพียงพอแก่การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนครบจำนวน¹⁵⁵ ถ้าไม่มีหลักการควบคุมกองทรัพย์สินของลูกหนี้ หากลูกหนี้จำหน่ายทรัพย์สินของตนไปจนหมดจนไม่เหลือชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ ย่อมทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบและเกิดความไม่เป็นธรรมเกิดในสังคม¹⁵⁶

ดังนั้นเจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์จึงสามารถนำเอาการเพิกถอนการข้อฉลมาใช้ควบคุมการโอนทรัพย์สินเข้ากองทรัสต์ได้ ทั้งนี้โดยหลักการเพิกถอนการข้อฉลมีเงื่อนไขอยู่ 4 ประการ¹⁵⁷

1. ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้กระทำนิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์เป็นสิทธิในทรัพย์สิน

ตามสมมุติฐานการวิจัย คือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ดำเนินการโอนทรัพย์สินหรือกองทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ที่จะให้เป็นกองทรัสต์แก่ทรัสต์ ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาตรา 11 ซึ่งถือเป็นแบบของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ด้วย

2. เจ้าหนี้เสียเปรียบ

เจ้าหนี้ในกรณีนี้ไม่จำกัดกัว่าเป็นประเภทใด ดังนั้นเจ้าหนี้ทั่วไปก็สามารถใช้สิทธิในการเพิกถอนการข้อฉลได้ แต่เจ้าหนี้ที่จะใช้สิทธิเรียกร้องได้นั้นควรจะ

¹⁵⁵ สุวัฒน์ เกิดผล, “หลักการคุ้มครองเจ้าหนี้กับสิทธิของบุคคลภายนอกในผลแห่งการเพิกถอนการข้อฉล,” วารสารกฎหมาย 20,3 (กรกฎาคม 2544): 166.

¹⁵⁶ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์)(กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2505), หน้า 708-709.

¹⁵⁷ โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์-หนี้, พิมพ์ครั้งที่ 8(กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2548), หน้า 288.

เป็นเจ้าของของผู้ก่อตั้งทรัสต์ก่อนที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะเกิด ทั้งนี้เพราะกฎหมายกำหนดเงื่อนไขอีกประการว่า ผู้ก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเป็นลูกหนี้จะต้องรู้ว่าเจ้าหนี้เสียเปรียบด้วย โดยตรรกะแล้วผู้ก่อตั้งทรัสต์ก็ควรจะมีเจ้าหนี้เสียก่อนที่ตนเองจะทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์¹⁵⁸ แต่ก็มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า แม้เป็นกรณีที่ลูกหนี้ได้โอนทรัพย์สินหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ที่จะทำให้เป็นกองทรัสต์แก่ทรัสต์ก่อน โดยรู้ก่อนว่าจะเป็นการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบแล้ว เจ้าหนี้ภายหลังซึ่งเสียเปรียบก็อาจใช้การเพิกถอนการซื้อได้¹⁵⁹ เช่น กรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ทราบอยู่ก่อนแล้วว่าจะต้องเข้าทำสัญญากับธนาคาร 1,000 ล้านบาท ซึ่งตามปกติธุรกิจเจ้าหนี้ต้องตรวจสอบสถานะของธุรกิจของลูกหนี้ทุกด้านโดยเฉพาะกระแสเงินหมุนเวียนในธุรกิจ ในระหว่างการตรวจสอบและก่อนทำสัญญาทำเพียง 7 วัน ลูกหนี้ก็ทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์โดยโอนหุ้นร้อยละ 80 ให้แก่ผู้รับประโยชน์คือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัทกระจายไปตามสัดส่วน เช่นนี้ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า เป็นกรณีลูกหนี้ได้โอนทรัพย์สินหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ เหนือทรัพย์สิน โดยรู้ก่อนว่าจะเป็นการทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบแล้ว

ส่วนเรื่องความเสียเปรียบของเจ้าหนี้ต้องพิจารณาไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี จะต้องมีความจริงอันเป็นทางที่ทำให้เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบอยู่จริงๆ และลูกหนี้ได้รู้ (With knowledge of facts) ถึงความจริงนั้น โดยต้องพิจารณาเหตุเหตุการณ์แวดล้อม (Circumstances) และฐานะของลูกหนี้ในขณะที่ทำการโอนว่าทรัพย์สินของตนเองมีเพียงพอใช้เจ้าหนี้หรือไม่¹⁶⁰ คือ ต้องพิจารณาถึงความสามารถในการชำระหนี้ในขณะนั้นของผู้ก่อตั้งทรัสต์โดยละเอียด เช่น แม้ในขณะที่ก่อตั้งทรัสต์ผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่มีเงินสดเพียงพอ แต่มีกระแสเงินหมุนเวียนเพียงพอจะมาชำระให้แก่เจ้าหนี้ กรณีเช่นนี้อาจจะไม่ถือว่าเจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบ เพราะผู้ก่อตั้งทรัสต์ (ลูกหนี้) ยังคงมีความสามารถในการชำระหนี้

¹⁵⁸ สุวัฒน์ เกิดผล, “หลักการคุ้มครองเจ้าหนี้กับสิทธิของบุคคลภายนอกในผลแห่งการเพิกถอนการซื้อ,” วารสารกฎหมาย, 20:167

¹⁵⁹ เสริม วิจิฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้, หน้า 218.

¹⁶⁰ สุวัฒน์ เกิดผล, “หลักการคุ้มครองเจ้าหนี้กับสิทธิของบุคคลภายนอกในผลแห่งการเพิกถอนการซื้อ,” วารสารกฎหมาย, 20:168

ดังนั้นทางเสียเปรียบของเจ้าหนี้ก็คือความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้ ที่ลูกหนี้ทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์โอนทรัพย์สินเข้ากองทรัสต์ ซึ่งจะทำให้ลูกหนี้มีทรัพย์สินเหลือน้อยจนอาจจะทำให้เจ้าหนี้ไม่สามารถบังคับชำระหนี้ได้เต็มจำนวน ซึ่งเจ้าหนี้สามารถใช้การเพิกถอนการขอลดได้ทันทีที่มีเงื่อนไขตามกฎหมายครบถ้วน ไม่จำเป็นต้องรอให้หนี้ถึงกำหนดชำระ หรือ บังคับชำระหนี้แล้วไม่เพียงพอจึงมาขอเพิกถอนการขอลด เพราะหลักการตามกฎหมายของการเพิกถอน คือ การควบคุมกองทรัพย์สินของลูกหนี้¹⁶¹ ก่อนที่จะเกิดความเสียหายแก่ตัวเจ้าหนี้เอง

3. ผู้ก่อตั้งทรัสต์รู้ว่าเจ้าหนี้เสียเปรียบ

ผู้ก่อตั้งทรัสต์ในฐานะลูกหนี้ต้องรู้ถึงความเสียเปรียบของเจ้าหนี้ หากตนเข้าทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ หากผู้ก่อตั้งทรัสต์เข้าทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์แล้วโอนทรัพย์สินเข้ากองทรัสต์โดยที่ยังเข้าใจได้ว่าตนเองยังคงมีทรัพย์สินเพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เช่นนี้ การกระทำของผู้ก่อตั้งทรัสต์น่าจะไม่ใช่เป็นการขอลดเจ้าหนี้อันเจ้าหนี้จะขอเพิกถอนได้ แต่ถ้าลูกหนี้รู้อยู่แล้วว่าหากเข้าทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์แล้วทำให้ตนเองไม่มีความสามารถในการชำระหนี้ แม้จะคาดได้ว่ามีทางจะได้ทรัพย์สินมาชำระหนี้ได้ดังนี้ แม้ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะไม่มีเจตนาจะทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ เจ้าหนี้ก็น่าจะสามารถเพิกถอนการขอลดได้ ซึ่งตามแนวทางของกฎหมายเจ้าหนี้ที่ต้องการจะเพิกถอนการขอลดจะต้องพิสูจน์ว่าลูกหนี้รู้ว่าการทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ มิฉะนั้นจะขอเพิกถอนไม่ได้¹⁶² ซึ่งการที่เจ้าหนี้จะพิสูจน์ได้ว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์รู้หรือไม่ว่าการกระทำเช่นนี้จะทำให้เจ้าหนี้ของตนเสียเปรียบเป็นเรื่องค่อนข้างยากในความเป็นจริง เนื่องจากพยานหลักฐานเกือบทุกอย่างเป็นของผู้ก่อตั้งทรัสต์

4. ทรัสต์ไม่สุจริต

¹⁶¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 708-709.

¹⁶² ไสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์-หนี้, หน้า 305-306.

เงื่อนไขตามกฎหมายประการสุดท้าย คือ ผู้ได้ลาภงอกไม่สุจริต ผู้ได้ลาภงอก (Person enriched) โดยทั่วไป คือ ผู้ที่เป็นคู่กรณีที่เข้าทำนิติกรรมกับลูกหนี้¹⁶³ ซึ่งกรณีตามสมมุติฐานนี้ คือ ทริสตีต้องไม่สุจริต กล่าวคือ ทริสตีต้องรู้ว่าขณะที่เกิดสัญญา ก่อตั้งทริสตี ผู้ก่อตั้งทริสตีไม่มีความสามารถที่จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ ดังนั้นถ้าทริสตีสุจริต เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทริสตีก็ไม่สามารถเพิกถอนการซื้อผลได้

ในกรณีสัญญาก่อตั้งทริสตี “บุคคลภายนอก” คือ ผู้รับประโยชน์ ดังนั้นไม่ว่าผู้รับประโยชน์จะรู้ถึงความสามารถที่จะชำระหนี้ของผู้ก่อตั้งทริสตีหรือไม่ ก็ไม่มีผลต่อการเพิกถอนการซื้อผล

ทั้งนี้เงื่อนไขตามกฎหมายทั้ง 4 เงื่อนไขข้างต้นต้องครบถ้วนสมบูรณ์ เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทริสตีจึงจะขอเพิกถอนการซื้อผลได้ โดยวิธีการเพิกถอนการซื้อผลเจ้าหนี้ต้องฟ้องร้องต่อศาล และต้องฟ้องทั้งตัวลูกหนี้และต้องฟ้องผู้ได้ลาภงอกเป็นจำเลยร่วมด้วย เนื่องจากคำพิพากษาผูกพันเฉพาะคู่ความ ซึ่งกรณีสัญญาก่อตั้งทริสตีจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องฟ้องตัวผู้รับประโยชน์ด้วย เพราะความคงอยู่หรือการถูกเพิกถอนของสัญญาก่อตั้งทริสตีมีผลโดยตรงต่อสถานะ และสิทธิในทรัพย์สินที่อยู่ในกองทริสตี¹⁶⁴ และศาลไม่อาจพิพากษาให้เพิกถอนได้ถ้าไม่ฟ้องบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นจำเลยร่วมด้วย เพราะคำพิพากษาผูกพันเฉพาะคู่ความ¹⁶⁵

อายุความการฟ้องร้องเพิกถอนการซื้อผลจะต้องดำเนินการภายใน 1 ปี นับแต่เจ้าหนี้รู้ถึงมูลเหตุแห่งการเสียเปรียบนั้น ถ้าเพียงแต่เจ้าหนี้รู้ว่าผู้ก่อตั้งทริสตีผู้เป็นลูกหนี้ของตนเข้าทำสัญญาก่อตั้งทริสตี โดยมีเหตุอันสมควรให้เข้าใจได้ว่าลูกหนี้ยังคงมีทรัพย์สินเพียงพอแก่การชำระหนี้ ดังนี้ อายุความ 1 ปี อาจจะไม่เริ่มนับ¹⁶⁶ แต่อย่างไรก็ตามการฟ้องเพิกถอนการซื้อผลต้องห้ามฟ้องเกินกว่า 10 ปี นับแต่ได้ทำนิติกรรม ซึ่ง

¹⁶³ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 970.

¹⁶⁴ สุวัฒน์ เกิดผล, “หลักการคุ้มครองเจ้าหนี้กับสิทธิของบุคคลภายนอกในผลแห่งการเพิกถอนการซื้อผล,” วารสารกฎหมาย, 20:169.

¹⁶⁵ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์-หนี้, หน้า 310.

¹⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 313.

ตามปกติของธุรกรรมในตลาดทุนมักจะเกินกว่า 10 ปี เช่น ธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ซึ่งส่วนใหญ่ต้องแปลงจากสินทรัพย์ระยะยาว เช่น หนี้เงินกู้เพื่ออสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีอายุเฉลี่ย ระหว่าง 20 ปี ถึง 30 ปี เพื่อให้คุ้มค่าต่อการลงทุน หรือ กรณีการเสนอขายหุ้นให้แก่กรรมการและพนักงาน (Employee Stock Ownership Plan - ESOP) ที่มีลักษณะเป็นค่าตอบแทนหรือสวัสดิการตามกฎหมายแรงงาน จึงจำเป็นต้องมีความมั่นคงและใช้ระยะเวลายาวนาน หรือ บางครั้งก็จนกว่าพนักงานจะเกษียณอายุถึงจะมีการโอนหุ้นให้แก่พนักงานจริงๆ ดังนั้นสัญญาก่อตั้งทรัสต์โดยเฉพาะเพื่อธุรกรรมในตลาดทุนย่อมจะมีระยะเวลาตามผลบังคับใช้ที่ยาวนาน

ผลของการเพิกถอนสัญญาก่อตั้งทรัสต์ โดยทั่วไปเมื่อมีการเพิกถอนการซื้อตามคำพิพากษาแล้ว ผลของการเพิกถอน คือ สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะไร้ผลเสมือนไม่มีสัญญาก่อตั้งทรัสต์ตั้งแต่เริ่มต้น¹⁶⁷ โดยกรณีเสมือนไร้ผลนั้นจะเอาสัญญาก่อตั้งทรัสต์มาใช้บังคับโดยทำให้เจ้าหนี้ทั้งปวงของผู้ก่อตั้งทรัสต์เสียเปรียบไม่ได้ แต่ในกรณีระหว่างคู่สัญญาสัญญาก่อตั้งทรัสต์ก็ไม่ใช่เป็นโมฆะ¹⁶⁸ หรือเป็นการไร้ผลแบบกรณีเจ้าหนี้ ซึ่งผลยังคงสมบูรณ์ใช้บังคับได้ระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์¹⁶⁹ แต่อย่างไรก็ตามผลของการเพิกถอนการซื้อจะแตกต่างกันไประหว่างคู่กรณีเอง โดยสามารถแยกได้ 3 กรณี คือ

(1) ผลการเพิกถอนการซื้อต่อผู้ก่อตั้งทรัสต์ในฐานะลูกหนี้

เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาเพิกถอนสัญญาก่อตั้งทรัสต์ จะทำให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์มีผลเสมือนกับไม่ได้มีสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ทรัพย์ที่โอนเข้าสู่กองทรัสต์ย่อมเสมือนยังคงอยู่กับตัวผู้ก่อตั้งทรัสต์ และเนื่องจากหลักการของการเพิกถอนการซื้อผลที่มาจากหลักการควบคุมกองทรัสต์สินของลูกหนี้¹⁷⁰ ดังนั้นหากเจ้าหนี้เกิดความเสียหาย

¹⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 314.

¹⁶⁸ จี๊ด เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย นายจิตติ ติงศภัทย์, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะ นิติกรรมและหนี้, หน้า 115.

¹⁶⁹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 987.

¹⁷⁰ สุวัฒน์ เกิดผล, “หลักการคุ้มครองเจ้าหนี้กับสิทธิของบุคคลภายนอกในผลแห่งการเพิกถอนการซื้อ,” วารสารกฎหมาย, 20:171.

จากการโอนทรัพย์สินเข้ากองทรัสต์ เช่น เจ้าหนี้ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการติดตาม สืบหาทรัพย์สิน เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือ ทรัสต์ได้¹⁷¹ เพราะเจ้าหนี้ยังไม่ถูกระทบสิทธิโดยตรงตามหลักการควบคุมกองทรัพย์สินของลูกหนี้

(2) ผลการฟ้องถอนการซื้อต่อทรัสต์ในฐานะผู้ได้ลาภออก

เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาฟ้องถอนสัญญาก่อตั้งทรัสต์ จะทำให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์มีผลเสมือนกับไม่ได้มีสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ทรัพย์สินที่ทรัสต์ได้รับมาจะมี 2 ส่วน คือ ทรัพย์สินที่โอนเข้าสู่กองทรัสต์ เพื่อให้ทรัสต์ต้องดูแลตามวัตถุประสงค์ของสัญญา และ ทรัพย์สินที่เป็นค่าตอบแทนการปฏิบัติหน้าที่เป็นทรัสต์

ทรัพย์สินส่วนแรกผู้วิจัยจะขอก้าวในหัวข้อถัดไป เนื่องจากเป็นเรื่องของผู้รับประโยชน์ในฐานะบุคคลภายนอกโดยตรง และ ทรัสต์ไม่มีทางได้รับทรัพย์สินในกองทรัสต์ในฐานะของทรัสต์ได้ มีเพียงผู้รับประโยชน์เท่านั้นที่จะเข้ารับประโยชน์จากทรัพย์สินในกองทรัสต์ได้¹⁷²

ทรัพย์สินส่วนที่สองซึ่งเป็นค่าตอบแทนการปฏิบัติภาระหนี้ของทรัสต์เอง ผู้วิจัยเห็นว่าทรัสต์ควรได้รับค่าตอบแทนตามสัญญาไปตามปกติ ตามคู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์¹⁷³ เพราะสัญญามีได้เป็นโมฆะ ซึ่งอาจจะนำวิธีการเลิกสัญญา มาบังคับใช้ กล่าวคือ ทรัสต์คืนค่าตอบแทนให้แก่ผู้ก่อตั้งทรัสต์เท่าที่สภาพจะเป็นอยู่ ซึ่งเป็นการคุ้มครองทรัสต์ซึ่งได้รับค่าตอบแทนโดยสุจริต และไม่ทราบถึงความเสียหายเปรียบที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้กระทำลงไป รวมถึงเมื่อทรัสต์สุจริตแล้วก็ควรจะได้รับคุ้มครองตาม

¹⁷¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 977.

¹⁷² George T. Bogert, *Trusts*, p. 124.

¹⁷³ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 987.

หลักสุจริต (Bona fide) เพราะถ้ามีทรัพย์สินได้ชำระหนี้แล้วไม่ได้รับค่าตอบแทนไปตามปกติ ย่อมไม่เป็นธรรมแก่ทรัพย์สิน¹⁷⁴

(3) ผลของการเพิกถอนการซื้อต่อผู้รับประโยชน์ในฐานะบุคคลภายนอก

เมื่อมีการเพิกถอนการซื้อต่อผู้รับประโยชน์ถือเป็นบุคคลภายนอก¹⁷⁵ ตามกฎหมาย¹⁷⁶ เพราะเป็นบุคคลที่จะต้องรับโอนกรรมสิทธิ์ในกองทรัพย์สินจากทรัพย์สิน การเพิกถอนการซื้อจะส่งผลกระทบต่อผู้รับประโยชน์ ดังนั้นตามกฎหมายจึงให้ความสำคัญคุ้มครองแก่ผู้รับประโยชน์โดยใช้หลักสุจริต (Bona fide) เพราะ ถ้าไม่มีหลักการนี้แล้วย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับประโยชน์ ซึ่งจะต้องได้รับโอนทรัพย์สินจากกองทรัพย์สิน¹⁷⁷

ดังนั้นเมื่อมีการเพิกถอนการซื้อแล้วผู้รับประโยชน์จะต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับจากกองทรัพย์สินหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับความสุจริตของผู้รับประโยชน์ ถ้าผู้รับประโยชน์สุจริตแล้วก็ไม่ต้องคืนทรัพย์สินที่ได้มา แต่อย่างไรก็ตามทรัพย์สินส่วนที่เหลืออยู่ในกองทรัพย์สิน ย่อมต้องกลับคืนสู่ผู้ก่อตั้งทรัพย์สิน เพราะกรรมสิทธิ์ยังคงอยู่ที่ทรัพย์สินซึ่งอยู่ในฐานะผู้ได้ลาภออก และผู้รับประโยชน์ยังไม่ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินอย่างสมบูรณ์

ส่วนเรื่องการได้มาจากเสนอน่าจะเป็นไปได้ยากสำหรับธุรกรรมในตลาดทุน เพราะโดยพื้นฐานแล้วธุรกรรมในตลาดทุนย่อมดำเนินการเพื่อธุรกิจและแสวงหากำไรแก่ธุรกิจ

¹⁷⁴ สุวัฒน์ เกิดผล, “หลักการคุ้มครองเจ้าหนี้กับสิทธิของบุคคลภายนอกในผลแห่งการเพิกถอนการซื้อ,” วารสารกฎหมาย, 20:171.

¹⁷⁵ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 980 -981.

¹⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 238 การเพิกถอนดังกล่าวมาในบทมาตราก่อนนั้น ไม่อาจกระทบกระทั่งถึงสิทธิของบุคคลภายนอกอันได้มาโดยสุจริตก่อนเริ่มฟ้องคดีขอเพิกถอน
อนึ่ง ความที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ท่านมิให้ใช้บังคับถ้าสิทธิอันได้มาโดยเสนหา

¹⁷⁷ สุวัฒน์ เกิดผล, อ้างแล้ว, หน้า 172-173

4.4 สรุปการดำเนินการทางกฎหมายเพื่อเพิกถอนสัญญากรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาถ่วงดุลเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้

การดำเนินการทางกฎหมายเพื่อเพิกถอนสัญญากรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาถ่วงดุลเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็นการกล่าวอ้างความเป็นโมฆะ การบอกล้างโมฆียะกรรม หรือ การเพิกถอนการฉ้อฉลล้วนแต่มีเงื่อนไขที่ค่อนข้างซับซ้อนนำมาใช้ในทางปฏิบัติยาก รวมถึงมีข้อจำกัดในการปรับใช้ในทางปฏิบัติค่อนข้างมาก เนื่องจากเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ และพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ก็มีได้กำหนดวิธีการเฉพาะที่จะนำมาปรับใช้แก่กรณีได้

จากการวิจัยผู้วิจัยสามารถสรุปข้อจำกัดในการปรับใช้หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับข้อสมมุติฐานการวิจัยได้ดังต่อไปนี้

วิธีการ	ลักษณะสัญญา	ข้อจำกัด
การกล่าวอ้างความเป็นโมฆะ	ใช้กับสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เป็น เจตนาซ่อนเร้น เจตนาลวง และ นิติกรรมอำพราง รวมถึง สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย	กรณีเจตนาซ่อนเร้น 1) ต้องฟ้องคดีด้วยเหตุอื่นก่อน 2) การพิสูจน์เจตนาภายในทำได้ยาก 3) โครงสร้างกฎหมายมีขึ้นเพื่อคุ้มครองคู่กรณีคือ ตัวทรัสต์
		กรณีเจตนาลวง 1) ต้องฟ้องคดีด้วยเหตุอื่นก่อน 2) การพิสูจน์เจตนาภายในทำได้ยาก 3) ต้องพิสูจน์เจตนาซึ่งบกพร่องของทั้งผู้ก่อตั้งทรัสต์และ ทรัสต์
		กรณีนิติกรรมอำพราง 1) ต้องฟ้องคดีด้วยเหตุอื่นก่อน 2) การพิสูจน์เจตนาภายในทำได้ยาก 3) ต้องพิสูจน์เจตนาซึ่งบกพร่องของทั้งผู้ก่อตั้งทรัสต์และ ทรัสต์ 4) ต้องพิสูจน์ถึงสัญญาที่ถูกอำพรางด้วย

วิธีการ	ลักษณะสัญญา	ข้อจำกัด
		<p>กรณีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) ต้องฟ้องคดีด้วยเหตุอื่นก่อน 2) ต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงจุดมุ่งประสงค์สุดท้ายของการเกิดสัญญาก่อตั้งทรัสต์ แต่ตามข้อเท็จจริงที่อาจจะเกิดขึ้น คือ สัญญาก่อตั้งทรัสต์ในเบื้องต้นต้องผ่านกระบวนการตามกฎหมายเกณฑ์ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งจะต้องมีการแสดงจุดมุ่งประสงค์สุดท้ายของการเกิดสัญญาก่อตั้งทรัสต์อยู่ไม่มากก็น้อย จึงเป็นการยากที่บุคคลภายนอกจะพิสูจน์ถึงวัตถุประสงค์ที่ถูกปิดบังไว้ 3) การพิสูจน์วัตถุประสงค์ของสัญญาต้องอาศัยข้อเท็จจริงเป็นหลักในการพิสูจน์
การบอกล้างโมฆียะ	ใช้กับสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เป็นกลฉ้อฉลถึงขนาด	<ol style="list-style-type: none"> 1) ต้องเป็นทรัสต์ซึ่งเป็นผู้ที่กฎหมายให้สิทธิในการบอกล้างโมฆียะกรรมเท่านั้น 2) ต้องดำเนินการภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายให้สิทธิ
การเพิกถอนการฉ้อฉล	ใช้กับสัญญาก่อตั้งทรัสต์ทุกลักษณะ	<ol style="list-style-type: none"> 1) ต้องพิสูจน์ถึงเงื่อนไขของการดำเนินการฉ้อฉลทั้ง 4 ประการ 2) ตามสมมติฐานการวิจัยการดำเนินก่อก่อตั้งทรัสต์ตลอดจนการเข้ารับประโยชน์ของผู้รับประโยชน์มักจะมีค่าตอบแทน ซึ่งเป็นข้อจำกัดทำให้ไม่สามารถเพิกถอนการฉ้อฉล 3) ต้องฟ้องคดีทั้งผู้ก่อก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับประโยชน์ที่ได้รับทรัพย์สินจากกองทรัสต์พร้อมกัน

5. การควบคุมและป้องกันโดยองค์กรกำกับดูแล

องค์กรของรัฐที่เข้ากำกับดูแลพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เกี่ยวกับสัญญาก่อตั้งทรัสต์ คือ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ โดยคณะกรรมการ ก.ล.ต. มีอำนาจหน้าที่วางนโยบายเกี่ยวกับการส่งเสริมและพัฒนา ตลอดจนกำกับดูแลทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน อำนาจหน้าที่ดังกล่าวให้รวมถึงกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาปัญหาที่อาจเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการใช้บังคับพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

นอกจากนี้คณะกรรมการ ก.ล.ต. ยังเป็นองค์กรแรกที่เป็นผู้ยกเว้นพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 อีกด้วย

การใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือเพื่อการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ก็ถือเป็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการใช้บังคับกฎหมายฉบับนี้เช่นกันแม้จะเกิดขึ้นได้ยากก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาปัญหาอาจจะยังไม่ใช่การแก้ไขปัญหา คงจะเป็นเพียงการป้องกันไม่ให้เกิดปัญหามากกว่า เนื่องจากการจะแก้ไขปัญหากการใช้ทรัสต์โดยผิดวัตถุประสงค์เป็นปัญหาในหลักการ มิใช่ปัญหาในทางปฏิบัติที่จะแก้ไขโดยคำสั่ง หรือ กฎเกณฑ์ของหน่วยงานราชการ หากจะแก้ไขให้ได้ผลจริงแล้วจะต้องใช้มาตรการทางกฎหมายมาแก้ไข ซึ่งจะให้ผลอย่างเป็นรูปธรรมมากกว่า

ปัจจุบันในขณะที่ทำการศึกษา นั้น มีเพียงแต่ร่างประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และ ร่างประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ 4 ฉบับ ดังนี้

1. ร่างประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ ก... /2552 เรื่อง การกำหนดประเภทธุรกรรมในตลาดทุนที่ให้ใช้ทรัสต์ได้ ลงวันที่

2. ร่างประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ ก... / 2552 เรื่อง หลักเกณฑ์การขออนุญาตและการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ และระบบงานของทรัสต์ ลงวันที่

3. ร่างประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. / 2552 เรื่อง การกำหนดประเภทหลักทรัพย์เพิ่มเติม (ฉบับที่...) ลงวันที่

4. ร่างประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการประกอบกิจการอื่นของบริษัทหลักทรัพย์ พ.ศ. 2552 ลงวันที่.....

ร่างประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ข้างต้น อยู่ในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นจากภาคธุรกิจ บุคคลที่เกี่ยวข้อง และบุคคลทั่วไป เปิดเผยแพร่และรับความคิดเห็นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2552 วันสุดท้ายของการให้ความคิดเห็น 16 กุมภาพันธ์ 2552 แต่อย่างไรก็ตามคณะกรรมการ ก.ล.ต. สามารถกำหนดหลักเกณฑ์อย่างรัดกุม เช่น กำหนดแบบมาตรฐานของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ตลอดจนข้อความที่จะต้องปรากฏในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ให้ยากแก่การหลบเลี่ยง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกำหนดแนวพิจารณาการเข้ารับประโยชน์ของตัวผู้ก่อตั้งทรัสต์ ตลอดจนกำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ก่อตั้งทรัสต์ให้ถือเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ด้วย ก็อาจจะป้องกันการเกิดการหลบเลี่ยงได้ระดับหนึ่ง

การกำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ก่อตั้งทรัสต์ให้ถือเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์เพื่อจำกัดการเข้ารับผลประโยชน์ด้วย ผู้วิจัยเห็นว่าควรจะต้องศึกษาและวางกฎเกณฑ์ในมีลักษณะใกล้เคียงกับหลักเกณฑ์การพิจารณาการเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 258* กล่าวคือ ให้

* มาตรา 258 หลักทรัพย์ของกิจการที่บุคคลหรือห้างหุ้นส่วนดังต่อไปนี้ถืออยู่ให้นับรวมเป็นหลักทรัพย์ของบุคคลตามมาตรา 246 และมาตรา 247 ด้วย

(1) คู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของบุคคลตามมาตรา 246 และมาตรา 247

(2) บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นในบุคคลตามมาตรา 246 และมาตรา 247 เกินร้อยละสามสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบุคคลดังกล่าว โดยให้นับรวมสิทธิออกเสียงของคู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของผู้ถือหุ้นนั้นด้วย

(3) นิติบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นในบุคคลตามมาตรา 246 และมาตรา 247 เกินร้อยละสามสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบุคคลดังกล่าว

(4) ผู้ถือหุ้นในบุคคลตาม (3) ต่อไปเป็นทอดๆ เริ่มจากการถือหุ้นในนิติบุคคลตาม (3) โดยการถือหุ้นในแต่ละทอดเกินร้อยละสามสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลที่ถูกถือ

หุ้น ทั้งนี้ หากการถือหุ้นในทอดใดมีผู้ถือหุ้นเป็นบุคคลธรรมดาให้นับรวมจำนวนสิทธิออกเสียงของ คู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของบุคคลดังกล่าวในนิติบุคคลที่ถูกถือหุ้นนั้นด้วย

(5) นิติบุคคลที่มีบุคคลตามมาตรา 246 และมาตรา 247 หรือบุคคลตาม(1) (2) หรือ (3) เป็นผู้ถือหุ้นรวมกันเกินร้อยละสามสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบุคคลดังกล่าว

(6) นิติบุคคลที่มีบุคคลตาม (5) เป็นผู้ถือหุ้นต่อไปเป็นทอดๆ เริ่มจากผู้ถือหุ้นในนิติบุคคล (5) โดยการถือหุ้นในแต่ละทอดเกินร้อยละสามสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคล ที่ถูกถือหุ้นดังกล่าว

(7) ห้างหุ้นส่วนสามัญที่บุคคลตามมาตรา 246 หรือมาตรา 247 หรือบุคคลตาม (1) (2) (3) (4) (5) หรือ (6) หรือห้างหุ้นส่วนจำกัดตาม (8) เป็นหุ้นส่วน

(8) ห้างหุ้นส่วนจำกัดที่บุคคลตามมาตรา 246 หรือมาตรา 247 หรือบุคคลตาม (1) (2) (3) (4) (5) หรือ (6) หรือห้างหุ้นส่วนสามัญตาม (7) เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบ

(9) นิติบุคคลที่บุคคลตามมาตรา 246 หรือมาตรา 247 มีอำนาจในการจัดการเกี่ยวกับการลงทุนในหลักทรัพย์

ถือว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ก่อตั้งทรัสต์และเข้ารับประโยชน์ในกองทรัสต์ต้องถูกจำกัดการเข้ารับประโยชน์ด้วย ซึ่งอาจจะช่วยป้องกันการฉ้อฉลโดยอาศัยสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นเครื่องมือได้

บทที่ 5

การดำเนินการทางกฎหมายตามกฎหมายต่างประเทศ

ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ของการวิจัย จะพบว่าในต่างประเทศได้มีการจัดตั้งระบบทรัสต์มานานโดยเฉพาะในประเทศอังกฤษก็มีการใช้ทรัสต์ตั้งแต่ศตวรรษที่ 12-13 โดยแนวคิดพื้นฐานของการก่อตั้งทรัสต์มีอยู่ว่าทรัสต์เป็นความสัมพันธ์แบบอิสระเป็นเอกเทศของตัวนิติสัมพันธ์เองมีลักษณะคล้ายคลึงกับบริษัทที่เป็นสัญญาแบบหนึ่งแต่ไม่มีสภาพบุคคล และทรัสต์จะต้องคงอยู่เพื่อวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง¹⁷⁸ โดยวัตถุประสงค์เป็นองค์ประกอบสำคัญของการก่อตั้งทรัสต์ เช่น หากเป็นสัญญาให้ ผู้ให้จะต้องให้ทรัพย์สินแก่ผู้รับโดยตรง และผู้รับสามารถนำทรัพย์สินนั้นไปใช้ประโยชน์ในทางใดก็ได้ แต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นการให้ทรัพย์สินโดยมิได้ให้โดยตรงกับผู้รับ แต่ให้ผ่านคนกลางคนหนึ่ง โดยมีเงื่อนไขและเงื่อนไขนั้นคือ ทรัพย์สินที่ให้นั้นต้องดำรงอยู่เพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกคนหนึ่ง ดังนั้นเจตจำนงของผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่ประสงค์ให้ทรัพย์สินต้องดำรงอยู่เพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกคนหนึ่ง คือ วัตถุประสงค์ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และตัววัตถุประสงค์นี้เองจะเป็นตัวที่พิสูจน์ถึงเจตนาของสัญญาก่อตั้งทรัสต์¹⁷⁹

โดยเริ่มแรกการก่อตั้งทรัสต์มักจะถูกใช้ประโยชน์ในลักษณะการคงทรัพย์สิน โดยเฉพาะอสังหาริมทรัพย์ไว้ในตระกูลขุนนางหรืออัศวิน (Land Lord) หรือเป็นมรดกสืบต่อกันในตระกูล เนื่องจากระบบพินัยกรรมที่ดินทั้งหมดเป็นของกษัตริย์แต่แบ่งแยกที่ดินให้แก่ขุนนางหรืออัศวินดูแลปกครอง หากขุนนางหรืออัศวินซึ่งเป็นชายมีความจำเป็นไม่อาจอยู่ดูแลที่ดินได้ เช่น ในช่วงสงครามครูเสด ก็ต้องมีผู้ที่ต้องดูแลรักษาที่ดินด้วยระบบทรัสต์จึงมีเกิดขึ้นเพื่อรองรับความจำเป็นดังกล่าว¹⁸⁰ ในประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นยุโรปที่มีพื้นฐานจากกฎหมายโรมันอย่างประเทศเยอรมันก็ได้นำระบบทรัสต์เข้าไปปรับใช้ในระบบล้มละลาย¹⁸¹ และในปัจจุบันก็มีกฎหมายแม่แบบในเรื่องทรัสต์ คือ Hague Convention of the Law Applicable to Trusts and on their Recognition ซึ่งริเริ่มเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1985 และมีผลบังคับใช้ต่อประเทศภาคีสมาชิกใน

¹⁷⁸ D.J. Hayton, *The Law of Trusts*, p. 5.

¹⁷⁹ Simon Gardner, *An Introduction to the Law of Trusts*, pp. 50-55.

¹⁸⁰ D.J. Hayton, *The Law of Trusts*, pp. 9-10.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 8.

วันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1992 โดยสาระสำคัญของ Hague Trust Convention มีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ¹⁸²

- (1) การกำหนดให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องไปอนุวัติการตาม Hague Trust Convention เพื่อให้บังคับใช้กับการจัดตั้งทรัสต์แบบมีตราสาร
- (2) การกำหนดลักษณะของทรัสต์ในแต่ละรูปแบบให้ชัดเจน
- (3) การกำหนดนโยบายของกฎหมายทรัสต์กับการใช้ข้ามเขตแดน หรือ ระบบกฎหมายขัดกันของทรัสต์ (The conflict of Laws)

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในต่างประเทศได้มีการใช้ระบบทรัสต์ไว้มากมายหลายลักษณะ และถูกพัฒนาขึ้นโดยลำดับตามความเหมาะสมกับระบบของประเทศนั้นๆ จนปัจจุบันก็ถูกพัฒนาเป็นกฎหมายแม่แบบในที่ให้นานาประเทศนำไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายใน จึงกล่าวได้ว่าในต่างประเทศมีประสบการณ์การใช้กฎหมายทรัสต์มายาวนาน และมีกลวิธีในการปรับใช้ หรือแก้ไข ปัญหาการบังคับใช้ในหลายลักษณะที่แตกต่างกัน

สำหรับกรณีตามสมมุติฐานของการวิจัย คือ กรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์เจตนา ก่อตั้งทรัสต์เพื่อการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ ผู้วิจัยจะศึกษาวิจัยเปรียบเทียบกับประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law และ ประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law โดยประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Common Law ผู้วิจัยจะศึกษากฎหมายทรัสต์และวิธีการแก้ไขปัญหากลบเลี่ยงการชำระหนี้ของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะศึกษาควบคู่กันทั้งสองประเทศ ไม่แยกศึกษา เพราะ ทั้งสองประเทศหลักการพื้นฐานของทรัสต์ที่มีความคล้ายคลึงกัน แม้ว่าระบบทรัสต์ในระยะแรกของประเทศสหรัฐอเมริกาจะได้รับการยอมรับเพียง 13 มลรัฐ อย่างไรก็ตามตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ระบบทรัสต์ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ถูกพัฒนาจนเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในทุกมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁸³ และพัฒนาขึ้นเป็นลำดับ และยังคงหลักการพื้นฐานตาม

¹⁸² Wikipedia. Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition[Online]. U.S.: Wikimedia Foundation, Inc., 2009. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Hague_Convention_on_the_Law_Applicable_to_Trusts_and_on_their_Recognition [2008, December 31]

¹⁸³ George T. Bogert, Trusts, p. 14.

แบบฉบับของประเทศอังกฤษ¹⁸⁴ ซึ่งจะปรากฏชัดในแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งหลักการพื้นฐานของทรัสต์ตามแบบฉบับของประเทศอังกฤษนั้นจะเป็นส่วนสำคัญที่สุดสำหรับการวิจัย ส่วนที่ระบบกฎหมายทรัสต์ของประเทศสหรัฐอเมริกาถูกพัฒนาจนแตกต่างจากระบบทรัสต์ของประเทศอังกฤษ คือ การที่มี Act ของระบบทรัสต์อย่างชัดเจน ตลอดจน Uniform Law ที่ใช้ในการดำเนินการทางธุรกิจ และ ระบบกฎหมายขัดกันของทรัสต์ (The conflict of Laws) ซึ่งเป็นส่วนที่มีความสำคัญรองลงมาสำหรับการวิจัย

ส่วนประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law ผู้วิจัยจะศึกษาจากกฎหมายทรัสต์ของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law เหมือนกับประเทศไทย และกฎหมายหลายฉบับโดยเฉพาะกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยก็ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นอย่างมาก ทั้งนี้ผู้วิจัยจะศึกษาจากกฎหมายว่าด้วยทรัสต์ (Trust Law: 信託業法) ของประเทศญี่ปุ่นเป็นสำคัญ เนื่องจากคณะกรรมการ ก.ล.ต. ซึ่งเป็นหน่วยงานผู้ยกร่างฉบับแรกของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ได้ศึกษากฎหมายว่าด้วยทรัสต์ของประเทศญี่ปุ่นอย่างละเอียด เพื่อนำข้อดีของกฎหมายว่าด้วยทรัสต์ของประเทศญี่ปุ่นมาปรับใช้ และยกร่างเป็นพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

1. ระบบทรัสต์ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา

ตามที่ได้กล่าวไว้เบื้องต้นแล้วหลักการพื้นฐานของระบบทรัสต์ของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกามีความคล้ายคลึงกัน โดยหลักการพื้นฐานของทรัสต์ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลอย่างเต็มที่จากระบบทรัสต์ของประเทศอังกฤษ โดยทางทฤษฎีแล้วทรัสต์เกิดจากหลักในเรื่องความแน่นอน 3 ประการ (Three Certainties)¹⁸⁵ ซึ่งต้องประกอบด้วย

(1) Certainty of Word¹⁸⁶ คือ มีการแสดงเจตนาไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมหรือศาลเห็นว่าเจตนาของคู่สัญญาต้องการให้เกิดทรัสต์

(2) Certainty of Subject¹⁸⁷ คือ ความแน่นอนของทรัพย์สิน ซึ่งต้องมีความแน่นอนของทรัพย์สินในกองทรัสต์ (Certainty of Subject matter) กล่าวคือ ต้องมี

¹⁸⁴ Ibid., p. 15.

¹⁸⁵ Philip Pettit, Equity And The Law of Trust, p. 44.

¹⁸⁶ Ibid., pp.45-47.

การก่อตั้งกองทรัสต์สินที่ระบุได้ชัดเจนแน่นอน หรือก็คือกองทรัสต์ และต้องมีความแน่นอนของผลประโยชน์ (Certainty of Beneficial interests) เพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์

(3) Certainty of Object¹⁸⁸ คือ ความแน่นอนของผู้รับประโยชน์ อันต้องสามารถระบุตัวผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ได้ แต่ไม่จำเป็นต้องระบุชื่อไว้โดยเฉพาะเจาะจง เพียงแต่ระบุไว้อย่างชัดเจนเพียงพอว่าหมายถึงบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลใด

จากหลักความแน่นอน 3 ประการ (Three Certainties) ข้างต้นก็ถูกพัฒนาเป็นทรัสต์ประเภทต่างๆ ซึ่งได้ศึกษาในบทที่ 2 แล้วนั้น ซึ่งจะมีทั้งทรัสต์ที่อาศัยเฉพาะเจตนาของคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องมีลายลักษณ์อักษร หรือ ทรัสต์ที่ต้องมีตราสารเป็นลายลักษณ์อักษร (Trust instrument)¹⁸⁹

หากทรัสต์ที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยปราศจากหลักการข้างต้นทั้ง 3 หลักย่อมไม่เกิดทรัสต์ที่สมบูรณ์ขึ้นตามหลักกฎหมาย¹⁹⁰ รวมถึงทั้งหลักความแน่นอน 3 ประการ (Three Certainties) ยังเป็นที่มาของของโครงสร้างการส่งมอบทรัพย์สินให้ทรัสต์และผลของการเกิดทรัสต์ด้วย¹⁹¹

1.1 ทรัสต์ที่ขัดต่อกฎหมายตามแนวของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

ระบบทรัสต์ถูกใช้มานานมากแล้วทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้นแนวทางการพิจารณาคดีเกี่ยวข้องกับทรัสต์จึงค่อนข้างหลากหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคิดที่ว่าทรัสต์ที่ถูกก่อตั้งมาในลักษณะใดบ้างที่ควรจะถูกถือว่าขัดต่อกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับกับการก่อตั้งทรัสต์บางส่วนก็ล้าสมัย ไม่ทันต่อ

¹⁸⁷ Ibid., pp. 47-50.

¹⁸⁸ Ibid., pp. 50-56.

¹⁸⁹ D.J. Hayton, *The Law of Trusts*, p. 22.

¹⁹⁰ Philip Pettit, *Equity And The Law of Trust*, p.44.

¹⁹¹ Paul Todd, *Textbook on Trust*, 4th Edition (Aldine Place, London: Blackstone Press Limited, 1999), p. 104.

สถานการณ์ปัจจุบัน ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างเต็มที่

ถ้าพิจารณาตามหลักความแน่นอน 3 ประการ (Three Certainties) จะพบว่า การก่อตั้งทรัสต์โดยเจตนาทุจริตฉ้อโกง (Equitable Fraud) ตามกฎหมายประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น จะยังคงมีหลัก Certainty of Word คือ มีการแสดงเจตนาไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมหรือศาลเห็นว่าเจตนาของคู่สัญญาต้องการให้เกิดทรัสต์ และ Certainty of Subject คือ ความแน่นอนของทรัพย์สิน กล่าวคือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์โดยทุจริตฉ้อโกง (Equitable Fraud) จะต้องมีการแสดงเจตนาที่ชัดเจนเพื่อโอนทรัพย์สินไปให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมาถือครองทรัพย์สิน ซึ่งก็คือมาทำหน้าที่เป็นเจ้าของทางนิตินัย (Legal Ownership) โดยทั้งนี้ทรัสต์ที่ตั้งโดยเจตนาทุจริตฉ้อโกง (Equitable Fraud) จะไม่ใช้หลัก Certainty of Object คือ ความแน่นอนของผู้รับประโยชน์ เพราะ ตนเองจะเข้าใช้ประโยชน์ทรัพย์สินในกองทรัสต์อยู่ตลอด¹⁹²

ทั้งนี้ ทุจริตฉ้อโกง (Equitable Fraud) เป็นไปตามหลัก Equity ดังนั้นจึงไม่ใช่การฉ้อโกงตามกฎหมายอาญาของไทย หรือ การฉ้อโกงตาม Common Law

ดังนั้นโดยปกติทั่วไปแล้ว หลัก Equity ย่อมต้องไม่ยอมให้มีการก่อตั้งทรัสต์โดยทุจริตฉ้อโกง (Equitable Fraud) หรือใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการทุจริตฉ้อโกง (a cloak for Fraud) โดยหลักการนี้ถูกพัฒนาศาล Equity ซึ่งพบเห็นการใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการปกป้องทรัพย์สินของตนเองในทางทุจริต และ เมื่อศาล Equity ใช้หลักการนี้ตัดสินบ่อยครั้งก็เป็นที่มาที่ทำให้มีการออกกฎหมายเฉพาะที่ใช้แก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยทั้งนี้เท่าที่ศึกษาวิจัยยังไม่พบกรณีการก่อตั้งทรัสต์โดยทุจริตฉ้อโกงในระบบของตลาดทุน

หลักการพื้นฐานที่ศาล Equity ใช้ในการพิจารณาว่าทรัสต์นั้นถูกก่อตั้งโดยมีเจตนาใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการปกป้องทรัพย์สินของตนเองในทางทุจริต คือ การใช้ความพยายามเพื่อเตรียมการใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการปกป้องทรัพย์สินของตนเอง

¹⁹² Paul Todd and Sarah Lowrie, *Textbook on Trusts*, p. 254.

ตัวอย่างเช่น คดี Rochefoucauld v Boustead (No.1)* เป็นกรณีที่เจ้าของไร่กาแฟที่ Ceylon ในศรีลังกาจะถูกยึดไร่กาแฟไปชำระหนี้ เพื่อเป็นการป้องกันการถูกยึดไร่กาแฟ เจ้าของไร่กาแฟก็เตรียมการจะโอนไร่กาแฟให้แก่จำเลย ประเด็นสำคัญในคดีนี้คือศาลอุทธรณ์รับฟังพยานบอกเล่าและพยานเอกสาร คือ จดหมายติดต่อกันระหว่างเจ้าของไร่กาแฟที่ Ceylon ในศรีลังกา กับจำเลยที่เตรียมการเพื่อโอนไร่กาแฟให้แก่จำเลยดูแลในฐานะทรัสต์เพื่อป้องกันไม่ให้ไร่กาแฟถูกยึด โดยให้จำเลยยึดถือดูแลไร่กาแฟดังตนเองเป็นเจ้าของ แล้วเจ้าของไร่กาแฟมีสิทธิได้รับกำไรจากการขายกาแฟในไร่ ท้ายที่สุดศาลตัดสินให้ถือว่าทรัสต์ในกรณีนี้ไม่เกิดขึ้น เพราะศาลเชื่อในพยานบอกเล่าและพยานเอกสารที่เจ้าของไร่กาแฟกับจำเลยเตรียมการเพื่อป้องกันไม่ให้ไร่กาแฟถูกยึด

จากคดีดังกล่าวศาลได้วางแนวบรรทัดฐานว่ากรณีที่มีพยานหลักฐานที่บ่งบอกถึงการเตรียมการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีน้ำหนักเพียงพออันจะเชื่อได้ว่าทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นนั้นเกิดขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือสำหรับปกป้องทรัพย์สินจากบุคคลอื่นในทางที่มีชอบถือว่าทรัสต์นั้นจะก่อตั้งขึ้นมิได้ ซึ่งมีคดีที่ใช้คดี Rochefoucauld v Boustead เป็นแนวบรรทัดฐาน¹⁹³ เช่น คดี Hodgson v Marks **

แต่อย่างไรก็ตามแนวบรรทัดฐานตามคดี Rochefoucauld v Boustead ก็สามารถใช้ได้อย่างจำกัดไม่สามารถปรับใช้ได้กับทุกกรณี ซึ่งทำให้ในบางคดีแม้จะมีพยานหลักฐานที่บ่งบอกถึงการเตรียมการใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือสำหรับปกป้องทรัพย์สินจากบุคคลอื่นในทางที่มีชอบ แต่ผลศาลก็ไม่ได้พิพากษาให้ทรัสต์นั้นเลิกไป เช่น คดี

* Rochefoucauld v Boustead (No.1) Also known as: Rochefoucauld v Boustead 1896 WL 11111 (CA), [1897] 1 Ch. 196 (CA) Court of Appeal 12 December 1896

¹⁹³ Paul Todd and Sarah Lowrie, *Textbook on Trusts*, pp. 255-257.

** Hodgson v Marks 1971 WL 37366 (CA (Civ Div)), [1971] 2 All E.R. 684, [1971] Ch. 892, (1971) 22 P. & C.R. 586, [1971] 2 W.L.R. 1263, (1971) 115 S.J. 224 Court of Appeal (Civil Division) 12 March 1971

Midland Bank Trust Co.Ltd v Green * ซึ่งเป็นกรณีที่สามีภรรยาแสวงกันทำเป็นซื้อขายที่ดินเพื่อให้ลูกชายของตนชนะในการซื้อที่ดิน คดีนี้ศาลเห็นว่าการกระทำของสามีภรรยาครั้งนี้ไม่เป็นทุจริตฉ้อโกง (Equitable Fraud) เพราะ ไม่ได้ทำในฐานะตัวแทนลูกชาย ซึ่งก็คือลูกชายผู้ได้รับประโยชน์ไม่ได้เกี่ยวข้องหรือรับรู้การกระทำของพ่อแม่

ในกรณีอื่นๆ ก็เช่นกันหากศาลซึ่งนำหนักแล้วเห็นว่าผลร้ายที่เกิดจากการเลิกทรัสต์จะทำให้เกิดผลเสียหายมากกว่า แม้จะมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนเพียงพอศาลก็อาจจะใช้ดุลพินิจไม่เลิกกองทรัสต์

ในประเทศอังกฤษมีคณะกรรมการศึกษากฎหมาย (The Law Commission) ได้พิจารณาแล้วทำเป็นรายงานเสนอต่อสาธารณชนในปี ค.ศ.2005 เห็นว่าควรจะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงเกี่ยวกับทรัสต์อย่างยิ่งเนื่องจากความยุ่งยากซับซ้อนและความไม่แน่นอนของกฎหมาย เป็นปัจจัยสำคัญที่จะทำให้การตัดสินใจความเป็นไปด้วยความไม่ยุติธรรม และเสนอให้มีการวางหลักการพิจารณาทรัสต์ที่ขัดต่อกฎหมายขึ้นใหม่ โดยเรียกร้องให้ศาลต้องพิจารณาคำนี้ถึงหลักการ 5 ข้อ¹⁹⁴ คือ

- (1) ความร้ายแรงของการกระทำผิดกฎหมาย
- (2) การรับรู้และเจตนาของผู้รับผลประโยชน์จากกองทรัสต์อันผิดกฎหมาย
- (3) ความเป็นโมฆะกรรมจะเป็นตัวยับยั้งการกระทำผิดกฎหมาย
- (4) ไม่ว่าโมฆะกรรมนั้นจะเป็นการสนับสนุนกฎระเบียบใดๆ ซึ่งช่วยเหลือทรัสต์ซึ่งมิชอบ
- (5) ไม่ว่าโมฆะกรรมนั้นจะเกิดขึ้นโดยผู้ใช้สิทธิเรียกร้องจะมีส่วนในการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

* Midland Bank Trust Co.Ltd v Green 1980 WL 149458 (HL), [1981] A.C. 513, [1981] 1 All E.R. 153, (1981) 42 P. & C.R. 201, [1981] 2 W.L.R. 28, (1981) 125 S.J. 33, 12-16-1980 Times 149,458 House of Lords 11 December 1980

¹⁹⁴ Philip Pettit, Equity And The Law of Trust, p.229.

และสุดท้ายคณะกรรมการศึกษากฎหมายยังเสนอให้ใช้หลักการมาศาลด้วยมือที่สะอาด (The Clean hands doctrine) อย่างสมเหตุสมผลอีกด้วย

โดยใน Website ของคณะกรรมการศึกษากฎหมาย(The Law Commission) ยังให้ความเห็นเพิ่มเติมอีกว่าในบางคดีที่ศาลตัดสินมักจะให้ความสำคัญแก่คนกลุ่มน้อย (Strong minority) มากกว่าที่จะคำนึงถึงประโยชน์ของคนกลุ่มใหญ่¹⁹⁵ เหตุที่คณะกรรมการศึกษากฎหมายเสนอแนวทางดังกล่าวเนื่องจากในหลายคดี ศาลคำนึงถึงหลักความมีส่วนร่วมในการกระทำผิด หรือ หลักการมาศาลด้วยมือที่สะอาด (The Clean hands doctrine) จนทำให้เกิดทรัสต์ที่ขัดต่อกฎหมาย และไม่สามารถตัดสินให้ทรัสต์เป็นโมฆะ เพราะเกรงว่าจะเกิดผลเสียหายมากกว่าจะได้ผลดี ซึ่งจะเห็นได้จากคดี Tribe v Tribe* โดยคดีนี้เป็นกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนหุ้นของตนเองในบริษัทในเครือให้แก่ลูกของตนเอง และกรรมการของบริษัทเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ แต่ศาลอนุญาตให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์สามารถพิสูจน์แย้งได้ว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่ได้มีเจตนาเช่นนั้น ซึ่งเป็นกรณีทรัสต์ที่ขัดต่อกฎหมายแต่ยังคงก่อตั้งและดำรงอยู่ได้¹⁹⁶

ดังนั้นแม้แต่ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศแรกที่มีการใช้ทรัสต์ และมีการพัฒนากฎหมายทรัสต์มาอย่างยาวนาน แต่ตัวกฎหมายทรัสต์เองก็จะไม่สามารถพัฒนาให้เท่าทันกับสถานการณ์ ประกอบกับกฎหมายทรัสต์มีความยุ่งยากซับซ้อนอยู่ในตัวมากจึงทำให้การตัดสินคดีโดยยึดกฎหมายเดิมๆ จึงไม่สามารถอำนวยความสะดวกได้อย่างเต็มที่ แต่อย่างไรก็ตามการที่คณะกรรมการศึกษากฎหมาย (The Law Commission) เสนอให้ศาลคำนึงถึงหลักการพิจารณาคดีเกี่ยวกับทรัสต์ทั้ง 5 ประการข้างต้นโดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีการแก้ไขกฎหมายอันเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน แสดง

¹⁹⁵ Gary Watt MA (Oxon), Trusts Textbook, 2nd Edition (Great Clarendon Street Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 356.

* Tribe v Tribe 1995 WL 1082775 (CA (Civ Div)), [1995] 4 All E.R. 236, [1995] C.L.C. 1474, [1996] Ch. 107, [1996] 1 F.C.R. 338, [1995] 2 F.L.R. 966, [1995] N.P.C. 151, (1996) 71 P. & C.R. 503, (1995) 139 S.J.L.B. 203, [1995] 3 W.L.R. 913, (1995) 70 P. & C.R. D. 38, (1995) 92(28) L.S.G. 30, (1995) 145 N.L.J. 1445, [1996] Fam. Law 29, 8-14-1995 Times 1082,775 Court of Appeal (Civil Division) 26 July 1995

¹⁹⁶ Philip Pettit, Equity And The Law of Trust, pp. 224-226.

ให้เห็นว่าศาลในกฎหมายระบบ Common Law มีความคล่องตัว และยืดหยุ่นในการพิจารณาพิพากษาคดีมาก ศาลสามารถจะเลือกใช้หลักกฎหมายใดๆ มาตัดสินโดยยึดถือความยุติธรรมเป็นหลักได้

จากแนวคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องอันเกี่ยวข้องกับทรัสต์ ซึ่งได้พิพากษาให้การก่อตั้งทรัสต์ดังต่อไปนี้ถือเป็นทรัสต์ที่ขัดต่อกฎหมาย ได้แก่¹⁹⁷

- ทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนทรัพย์สินไปให้แก่ทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เองหรือบุคคลอื่น เพื่อที่จะกีดกันไม่ให้เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์นำทรัพย์สินนั้นมาชำระหนี้ให้แก่ตนเอง¹⁹⁸ ตัวอย่างเช่น คดี Pattison v. Pattison *
- ทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาทรัพย์สินสำหรับความผิดทางศีลธรรมทางเพศระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์กับผู้รับประโยชน์
- ทรัสต์ที่สามมีหรือภรรยาโอนทรัพย์สินให้แก่ทรัสต์เพื่อที่จะกีดกันไม่ให้อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นในฐานะสินสมรส¹⁹⁹
- ทรัสต์ที่เกิดขึ้นเพื่อสนับสนุนให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือให้มีการละเมิดกฎหมาย เช่น กฎหมายล้มละลาย กฎหมายภาษีอากร
- ทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อนโยบายสาธารณะ

ทั้งนี้ ทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนทรัพย์สินไปให้แก่ทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เองหรือบุคคลอื่น เพื่อที่จะกีดกันไม่ให้เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์นำทรัพย์สินนั้นมาชำระหนี้ให้แก่ตนเองนั้น ตามกฎหมายและแนวคำพิพากษาของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาจะพิจารณาเป็นเรื่องของวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งทรัสต์โดยไม่

¹⁹⁷ Ibid., pp. 230 -239.

¹⁹⁸ George T. Bogert, *Trusts*, p. 176.

* EDWARD P. PATTISON v. GRACE PATTISON Court of Appeals of New York.

Argued April 4, 1950. Decided May 25, 1950. 301 N.Y. 65, 92 N.E.2d 890

¹⁹⁹ George T. Bogert, *Trusts*, p. 177.

ชอบด้วยกฎหมาย²⁰⁰ เนื่องจากทรัสต์ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถนำไปใช้อย่างแพร่หลาย ทรัสต์สามารถก่อตั้งให้มีวัตถุประสงค์ได้อย่างหลากหลาย มีข้อจำกัดด้านแบบน้อยมาก การจัดตั้งทรัสต์ก็ไม่ต้องจดทะเบียนการจัดตั้ง²⁰¹ ดังนั้นทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นอาจจะมีวัตถุประสงค์แอบแฝงก็ได้ ซึ่งวัตถุประสงค์ใดที่ถูกรวมกฎหมายและสามารถแยกวัตถุประสงค์ที่ถูกต้องออกมาได้ทรัสต์ก็ยังคงดำเนินต่อไปได้

แต่อย่างไรก็ตามในบางคดีศาลก็พิจารณาว่าเป็นกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนทรัพย์สินไปให้แก่ทรัสต์เพื่อประโยชน์ของ ผู้ก่อตั้งทรัสต์เองหรือบุคคลอื่น เพื่อที่จะกีดกันไม่ให้เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์นำทรัพย์สินนั้นมาชำระหนี้ให้แก่ตนเอง เป็นกรณีของเจตนาอันมิชอบด้วยกฎหมาย²⁰² กล่าวคือ ทรัสต์ที่เกิดขึ้นไม่สมบูรณ์ที่จะผูกพันต่อผู้กรณักรวมถึงบุคคลภายนอก

แต่ท้ายที่สุดผลของทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนทรัพย์สินไปให้แก่ทรัสต์เพื่อประโยชน์ของ ผู้ก่อตั้งทรัสต์เองหรือบุคคลอื่น เพื่อที่จะกีดกันไม่ให้เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์นำทรัพย์สินนั้นมาชำระหนี้ให้แก่ตนเอง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งทรัสต์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นเรื่องของเจตนาอันมิชอบตามกฎหมายตามแนวคำพิพากษาของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ถือว่าทรัสต์นั้นเสียเปล่า (Void)²⁰³ โดยในประเทศอังกฤษถือว่าทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนทรัพย์สินไปให้แก่ทรัสต์เพื่อประโยชน์ของ ผู้ก่อตั้งทรัสต์เองหรือบุคคลอื่น เพื่อที่จะกีดกันไม่ให้เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์นำทรัพย์สินนั้นมาชำระหนี้ให้แก่ตนเองขัดต่อ Insolvency Act 1986 มาตรา 423²⁰⁴ *

²⁰⁰ Ibid., p. 176.

²⁰¹ D.J. Hayton, The Law of Trusts, p. 14.

²⁰² George T. Bogert, Trusts, p. 180.

²⁰³ Philip Pettit, Equity And The Law of Trust, p. 232.

²⁰⁴ Ibid., p. 233.

* Insolvency Act 1986 section 423. Transactions defrauding creditors

- (1) This section relates to transactions entered into at an under- value; and a person enters such a transaction with another person if -

ในประเทศอังกฤษผู้ก่อตั้งหรือผู้รับประโยชน์ซึ่งไม่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะก่อตั้ง หรือไม่มีความสามารถรับประโยชน์ได้ หรือ กรณีทรัสต์ที่ก่อตั้งเพื่อโกง หรือฉ้อฉลเจ้าหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิตามกฎหมายที่จะเพิกถอนทรัสต์นั้นได้ (Voidable) โดย

- (a) he makes a gift to the other person or he otherwise enters into a transaction with the other on terms that provide for him to receive no consideration;
 - (b) he enters into a transaction with the other in consideration of marriage; or
 - (c) he enters into a transaction with the other for a consideration the value of which, in money or money's worth, is significantly less than the value, in money or money's worth, of the consideration provided by himself.
- (2) Where a person has entered into such a transaction, the court may, if satisfied under the next subsection, make such order as it thinks fit for -
- (a) restoring the position to what it would have been if the transaction had not been entered into, and
 - (b) protecting the interests of persons who are victims of the transaction.
- (3) In the case of a person entering into such a transaction, an order shall only be made if the court is satisfied that it was entered into by him for the purposes -
- (a) of putting assets beyond the reach of a person who is making, or may at some time make, a claim against him, or
 - (b) of otherwise prejudicing the interest of such a person in relation to the claim which he is making or may make
- (4) In this section "the court" means the High Court or –
- (a) if the person entering into the transaction is an individual, any other court which would have jurisdiction in relation to a bankruptcy petition relating to him;
 - (b) if that person is a body capable of being wound up under Part IV or V of this Act, any other court having jurisdiction to wind it up.
- (5) In relation to a transaction at an undervalue, references here and below to a victim of the transaction are to a person who is, or is capable of being, prejudiced by it; and in the following two sections the persons entering into the transaction is referred to as "the debtor".

อาศัยกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษ เช่น Law of Property Act 1925 มาตรา 172²⁰⁵ *

จากข้อมูลข้างต้นทรัสต์ที่ขัดต่อกฎหมายตามแนวทางของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา มักจะเป็นทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายเฉพาะในแต่ละเรื่อง เช่น ทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนทรัพย์สินไปให้แก่ทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เองหรือบุคคลอื่น เพื่อที่จะกีดกันไม่ให้เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์นำทรัพย์สินนั้นมาชำระหนี้ให้แก่ตนเองขัดต่อ Insolvency Act 1986 มาตรา 423 และ กรณีทรัสต์ที่ก่อตั้งเพื่อโกงหรือฉ้อฉลเจ้าหนี้ เจ้าหนี้มีสิทธิตามกฎหมายที่จะเพิกถอนทรัสต์นั้นได้ โดยอาศัยกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ซึ่งตามกฎหมายอังกฤษ เช่น Law of Property Act 1925 มาตรา 172 ฉะนั้นการทรัสต์ที่ก่อตั้งโดยขัดต่อกฎหมายต้องพิจารณาเป็นรายกรณี ตามแต่กฎหมายเฉพาะฉบับนั้น แต่ก็ยังมีบางกรณีที่ศาลพิพากษาว่าเป็นกรณีที่ไม่สมบูรณ์ตั้งแต่ขั้นของเจตนาการก่อตั้ง

1.2 ผลกระทบของการจัดตั้งทรัสต์ที่ขัดต่อกฎหมาย

ทรัสต์ที่จัดตั้งโดยขัดต่อกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการขัดในแง่ของวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือขัดต่อกฎหมายในแง่เจตนาทุจริต ตามแนวทางของ

²⁰⁵ บัญญัติ สุชีวะ, “ทรัสต์,” ดุลพินิจ 1:27.

* Law of Property Act 1925 section 172. Voluntary conveyances to defraud creditors voidable.-

- (1) Save as provided in this section, every conveyance of property, made whether before or after the commencement of this Act, with intent to defraud creditors, shall be voidable, at the instance of any person thereby prejudiced.
- (2) This section does not affect the operation of a disentailing assurance, or the law of bankruptcy for the time being in force.
- (3) This section does not extend to any estate or interest in property conveyed for valuable consideration and in good faith or upon good consideration and in good faith to any person not having, at the time of the conveyance, notice of the intent to defraud creditors.

ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาล้วนแต่ส่งผลทำให้ทรัสต์นั้นเสียเปล่าไป (Void)²⁰⁶ แต่ในบางครั้งการขัดต่อกฎหมายนั้นก็มิได้ร้ายแรงมากจนถึงขนาดที่จะต้องยกเลิกทรัสต์ไปเสียทั้งหมด ศาลจึงผ่อนคลายการตัดสินลงจนกระทั่งเป็นแนวบรรทัดฐานในคดีต่อไปในลักษณะคล้ายๆ กัน²⁰⁷ กล่าวคือ หากไม่ใช่กรณีที่ร้ายแรงศาลก็จะไม่พิพากษาให้ทรัสต์นั้นต้องเสียเปล่าไป ทรัสต์ที่มีได้ขัดต่อกฎหมายอย่างร้ายแรงก็สามารถดำรงอยู่ต่อไป

แนวทางการดำเนินการต่อทรัสต์ที่ขัดต่อกฎหมายทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกามีวิธีที่คล้ายคลึงกันโดยต้องให้ผู้ที่มีความเสียหายสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลสั่งว่าการตั้งทรัสต์นั้นเสียเปล่าได้ (void) กล่าวคือ ถ้าบุคคลภายนอก ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นเจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ เห็นว่าตนได้รับความเสียหายจากการตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมาย เช่น เจ้าหนี้เห็นว่าลูกหนี้ตั้งทรัสต์เพื่อถ่ายเททรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งทำให้เจ้าหนี้เสียหาย เจ้าหนี้สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลสั่งว่าการตั้งทรัสต์นั้นเป็นเสียเปล่าได้ (void) ซึ่งมีผลทำให้ทรัพย์สินของกองทรัสต์ยังเป็นทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทรัสต์²⁰⁸

ในประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีบทบัญญัติ ตาม Insolvency Act 1986 มาตรา 423 ที่ให้สิทธิแก่ เจ้าหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย หรือผู้เสียหาย (A Victim) ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ หรือนิติกรรมอื่นที่ถูกต้องทำขึ้นโดยมีเจตนาที่จะก่อขึ้นเพื่อหลบเลี่ยงสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์ หรือนิติกรรมเป็นที่เสียเปล่าได้ (Void)²⁰⁹

แต่ถ้าเจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือ บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการจัดตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมายไม่ร้องขอต่อศาล เพื่อให้ศาลพิพากษาหรือสั่งให้การจัดตั้งทรัสต์นั้นเสียเปล่า (Void) ผู้รับประโยชน์ที่เป็นบุคคลภายนอกและสุจริตสามารถเรียกร้องประโยชน์จากกองทรัสต์ได้ ถ้าการเรียกร้องประโยชน์จากกองทรัสต์นั้น

²⁰⁶ Philip Pettit, *Equity And The Law of Trust*, pp. 230 -239.

²⁰⁷ George T. Bogert, *Trusts*, p. 178.

²⁰⁸ Ibid., p. 179

²⁰⁹ Philip Pettit, *Equity And The Law of Trust*, p. 231.

ไม่ได้เป็นการหาประโยชน์จากการกระทำที่ผิดกฎหมาย เช่น ผู้จัดตั้งทรัสต์โอนทรัพย์สินให้แก่ทรัสต์ เพื่อให้ทรัสต์ดูแลจัดการผลประโยชน์ของทรัสต์โดยให้บุตร หรือภรรยา หรือบุคคลที่ใกล้ชิดของตนเองเป็นผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ของผู้ออกตั้งทรัสต์ไม่ได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินดังกล่าว ถ้าเจ้าหน้าที่ของผู้ออกตั้งทรัสต์ไม่ร้องขอให้การตั้งทรัสต์เสียเปล่าไป และทรัสต์ไม่ยอมจ่ายผลประโยชน์ที่เกิดจากทรัพย์สินในกองทรัสต์นั้นให้แก่ผู้รับประโยชน์ ซึ่งเป็นบุตร หรือภรรยา หรือบุคคลที่ใกล้ชิดของผู้ออกตั้งทรัสต์แล้วแต่กรณี บุตร หรือภรรยา หรือบุคคลที่ใกล้ชิดของผู้ออกตั้งทรัสต์สามารถที่จะฟ้องทรัสต์ต่อศาล เพื่อให้ศาลพิพากษาให้ทรัสต์จ่ายผลประโยชน์จากทรัพย์สินในกองทรัสต์ให้แก่ตนซึ่งอยู่ในฐานะผู้รับประโยชน์ได้ แต่อย่างไรก็ตามยังมีเงื่อนไขสำหรับการฟ้องร้องว่าบุตร หรือภรรยา หรือบุคคลที่ใกล้ชิดของผู้ออกตั้งทรัสต์ซึ่งอยู่ในฐานะผู้รับประโยชน์ ต้องไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในการก่อตั้งทรัสต์ข้างต้น หรือ ใช้หลักการมาศาลด้วยมือสะอาด (The Clean hands doctrine)²¹⁰

ถ้าผู้รับประโยชน์ตามสัญญาออกตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือจัดตั้งโดยขัดต่อกฎหมายฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ทรัสต์ดำเนินการตามสัญญาออกตั้งทรัสต์ ถ้าศาลเห็นว่าการบังคับเพื่อให้ทรัสต์ดำเนินการตามสัญญาออกตั้งทรัสต์จะทำให้เกิดการกระทำที่ผิดกฎหมาย ศาลก็จะไม่มีคำสั่งตามที่ผู้รับประโยชน์ร้องขอ เพราะบุคคลที่ใช้สิทธิทางศาลต้องมาด้วยมือที่สะอาด (The Clean hands doctrine) และ หลัก Equity รวมถึง พิจารณาตามหลักความผิดเท่าเทียมกัน (Pari delictu) ก็จะช่วยทำให้ผู้ออกตั้งทรัสต์จัดตั้งทรัสต์ซึ่งยากต่อการเกิดการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายขึ้น²¹¹

1.3 กรณีที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของทรัสต์ได้

ตามที่ได้กล่าวไว้ในเบื้องต้นเกี่ยวกับทรัสต์ที่ถูกก่อตั้งโดยขัดต่อกฎหมาย ซึ่งมีแนวคำพิพากษาในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินว่าเป็นกรณี que trustees are not bound to carry out the trusts if the trusts are illegal or against public policy หรือเป็นกรณีที่วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งทรัสต์ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ เป็นกรณีที่เจตนาการก่อตั้งทรัสต์ของคู่กรณี

²¹⁰ George T. Bogert, *Trusts*, p. 178.

²¹¹ *Ibid.*, p. 179.

สมบูรณ์ แต่วัตถุประสงค์การก่อตั้งทรัสต์หรือการดำรงอยู่ของทรัสต์ผิดต่อกฎหมายตามที่
ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

ในกรณีทรัสต์มีวัตถุประสงค์เพียงวัตถุประสงค์เดียว และวัตถุประสงค์นั้น
ไม่ชอบ (invalid) ทรัสต์นั้นก็ต้องสิ้นสภาพลง แต่ถ้าทรัสต์ที่ก่อตั้งมีหลายวัตถุประสงค์ ถ้า
วัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลต้องพิจารณาวัตถุประสงค์แต่
ละวัตถุประสงค์ของทรัสต์ว่าสามารถแยกวัตถุประสงค์อันไม่ชอบด้วยกฎหมายออกจาก
วัตถุประสงค์ซึ่งชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ ถ้าวัตถุประสงค์แต่ละวัตถุประสงค์แยกออก
จากกันได้ วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายก็ยังคงอยู่ทรัสต์ก็สามารถดำรงอยู่ต่อไป แต่ถ้า
วัตถุประสงค์ทั้งหลายแยกจากกันไม่ได้ การบังคับให้มีการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อ
กฎหมายจึงเป็นไปได้ ทรัสต์จึงต้องยกเลิกไป (void) เนื่องจากการมีวัตถุประสงค์บาง
ประการซึ่งไม่สามารถแยกออกมาได้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (partial invalidity) แต่ถ้าบังคับ
ให้มีการปฏิบัติตามวัตถุประสงค์อื่นโดยไม่บังคับวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบก็จะขัดต่อเจตนา
ของผู้ก่อตั้งทรัสต์²¹² โดยสรุปแล้วทรัสต์ที่สามารถแยกวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย
ออกมาได้ก็สามารถดำรงอยู่ต่อไปได้ ศาลก็จะไม่เพิกถอนทรัสต์ในส่วนนั้น ส่วนกรณี
ที่ทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์ทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมายปะปนกันจนแยก
ไม่ออกศาลก็จะเพิกถอนทรัสต์นั้น

1.4 การจัดการทรัสต์ที่สามารถถูกเพิกถอน (Voidable)

ในประเทศอังกฤษ กรณีทรัสต์ที่ก่อตั้งเพื่อโกงหรือฉ้อฉลเจ้าหนี้ เจ้าหนี้มี
สิทธิตามกฎหมายที่จะเพิกถอนทรัสต์นั้นได้โดยการฟ้องร้องต่อศาล และบุคคลภายนอก
ซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นจากเจ้าของโดยสุจริต และไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าทรัพย์สินนั้นตก
อยู่ภายใต้ทรัสต์ ทรัสต์นั้นย่อมไม่ผูกพันผู้ซื้อเช่นว่านั้น²¹³ กล่าวคือ ถือเพียงหลักสุจริตของ
บุคคลภายนอกเท่านั้น ถ้าบุคคลภายนอกสุจริตแล้ว ทรัพย์สินที่ได้ไปแล้วก็ไม่ต้องส่งกลับคืน
แก่ผู้ก่อตั้งทรัสต์

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจของตนเองที่จะ
ตัดสินคดีในแต่กรณีได้ตามความเหมาะสม โดยอำนาจของศาลมิได้จำกัดเฉพาะคู่สัญญา

²¹² Ibid., pp. 180-181.

²¹³ บัญญัติ สุชีวะ, “ทรัสต์,” ดุลพินิจ 1:27.

ที่จัดตั้งทรัสต์ที่ขัดต่อกฎหมายขึ้นเท่านั้น แต่ศาลยังมีอำนาจใช้ดุลพินิจก้าวล่วงไปถึงบุคคลที่สามซึ่งมิได้เป็นคู่กรณีในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลที่สามจะยังคงได้รับความคุ้มครองหากบุคคลที่สามสามารถแสดงให้เห็นได้ว่าตนเองสุจริตและเสียค่าตอบแทน (Good faith and for value) โดยในเบื้องต้นบุคคลที่สามจะได้รับประโยชน์จากสมมุติฐานว่าเป็นผู้สุจริต แต่ทั้งนี้ศาลจะพิจารณาจากผลประโยชน์ที่บุคคลที่สามได้รับจากกองทรัสต์ ซึ่งเป็นไปตามหลักของการเสียค่าตอบแทนซึ่งจะต้องสมเหตุสมผล หรือ กรณีที่มีพยานหลักฐานอันเพียงพอและเป็นที่น่าเชื่อถือได้ว่าขณะที่บุคคลที่สามได้รับทรัพย์สินจากกองทรัสต์มาได้รับค่าตอบแทนหรือทราบได้ว่าธุรกรรมทรัสต์ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นสิ่งที่ขัดต่อกฎหมาย รวมถึงพิจารณาจากความสัมพันธ์ของบุคคลที่สามนั้นกับคู่สัญญาที่ก่อตั้งทรัสต์ขึ้นด้วย²¹⁴

2. ทรัสต์ตามกฎหมายญี่ปุ่น

ระบบทรัสต์ของประเทศญี่ปุ่นเริ่มเกิดขึ้นเมื่อช่วงครึ่งหลังของสมัยเมจิ ประมาณ ค.ศ. 1868- ค.ศ.1911 โดยในปี 1900 มีการออกกฎหมาย “Japan Industrial Bank Act” ซึ่งตามกฎหมายฉบับนี้ได้มีส่วนหนึ่งที่กล่าวถึงการออกพันธบัตรของรัฐ หน้าที่ของบริษัทเอกชน โดยให้ทรัสต์เป็นผู้ดูแล ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของระบบทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่น ในอีกห้าปีต่อมาจึงมีการออกกฎหมาย “Mortgage Debenture Trust Act” โดยให้ธนาคารขนาดใหญ่เป็นผู้ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจจำนองหน้าที่ ซึ่งให้ธนาคารดังกล่าวอยู่ในสถานะของทรัสต์²¹⁵

ในช่วงแรกเริ่มประมาณปี ค.ศ.1900 - ค.ศ.1921ความชัดเจนในการดำเนินธุรกิจทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่นโดยเฉพาะแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่นก็ยังไม่มีความชัดเจนมากนักจนกระทั่งปีรัฐบาลได้ออกกฎหมาย Trust Act และ Trust Business Act ในช่วงปี ค.ศ.1923 ซึ่ง Trust Business Act ได้กำหนดคุณสมบัติเกี่ยวกับเงินทุนขั้นต่ำจึงทำให้บริษัทเล็กๆ ไม่สามารถดำเนินการได้ โดย Trust Business Act กำหนดให้เฉพาะสถาบันการเงิน ยกเว้นธนาคารเท่านั้นที่สามารถดำเนินธุรกิจทรัสต์

²¹⁴ Philip Pettit, Equity And The Law of Trust, p. 232.

²¹⁵ Takashi Matsumoto, “Trusts,” Doing Business in Japan 3 (1991): II 10-2

ได้²¹⁶ ดังนั้นในปี ค.ศ.1923 ซึ่งเป็นปีแรกที่มีการบังคับใช้ Trust Business Act จึงมีผู้ประกอบการเพียง 5 ราย แต่กลุ่มบริษัทยักษ์ใหญ่ทางด้านการเงินของประเทศญี่ปุ่นก็ให้ความสนใจและเข้ามาประกอบกิจการทรัสต์มากขึ้น ในปี ค.ศ.1927 จึงทำให้มีผู้ประกอบการทรัสต์เพิ่มเป็น 37 ราย²¹⁷

ต่อมาในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ช่วงปี ค.ศ.1943 ความต้องการทางการเงินโดยเฉพาะการระดมทุนมีมากขึ้นรัฐบาลจึงได้บัญญัติกฎหมาย Concurrent Operation Act ขึ้น โดยสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้คือ เปิดให้ธนาคารสามารถเข้ามาประกอบกิจการทรัสต์ได้ และในอีกสี่ปีถัดมา คือ ค.ศ. 1947 รัฐบาลญี่ปุ่นก็เปิดโอกาสให้บริษัททรัสต์เข้ามาเป็นธนาคารพาณิชย์ได้ ตาม Securities and Exchange Act แต่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของ Banking Act และต้องดำเนินธุรกิจตาม Concurrent Operation Act ดังนั้นผู้ประกอบการทรัสต์จึงสามารถดำเนินธุรกิจทรัสต์ควบคู่ไปกับธนาคารพาณิชย์ได้²¹⁸

ในช่วงปี ค.ศ.1954 รัฐบาลญี่ปุ่นได้เปลี่ยนแปลงนโยบายการประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์โดยกำหนดให้ธุรกิจทรัสต์ต้องแยกออกจากธนาคารพาณิชย์ จึงทำให้ผู้ประกอบการทรัสต์ซึ่งดำเนินธุรกิจควบคู่ไปกับธุรกิจธนาคารพาณิชย์ตาม Concurrent Operation Act ต้องแยกกิจการทรัสต์ออกแต่ก็ได้รับพัฒนาเป็นองค์กรรูปแบบใหม่เรียกว่า Trust Bank ซึ่งเป็นสถาบันการเงินรูปแบบพิเศษที่ดำเนินธุรกรรมทางการเงินในระยะยาว (Long-term finance) ผ่านธุรกิจทรัสต์²¹⁹

²¹⁶ สุนันทา ประกอบกิจ, “ข้อจำกัดทางกฎหมายของการจัดการทรัพย์สินเพื่อบุคคลอื่นในการทำธุรกรรมทางการเงินและแนวทางแก้ไข,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 57.

²¹⁷ Takashi Matsumoto, “Trusts,” *Doing Business in Japan* 3 (1991): II 10-3

²¹⁸ The Investment Trusts Association, *Investment Trusts in Japan*(Japan: Nihon Printing Co., Ltd., 2008), p. 5.

²¹⁹ สุนันทา ประกอบกิจ, ข้อจำกัดทางกฎหมายของการจัดการทรัพย์สินเพื่อบุคคลอื่นในการทำธุรกรรมทางการเงินและแนวทางแก้ไข, หน้า 58.

ทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่นไม่จำกัดการใช้ โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์สามารถใช้ทรัสต์เพื่อจัดการทรัพย์สินของตนเองได้อย่างไม่จำกัด ซึ่งอาจจะเป็นการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคล หรือจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ได้ แต่ส่วนใหญ่แล้ว ทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นในประเทศญี่ปุ่นจะถูกจัดตั้งเป็นประโยชน์ในการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลในรูปแบบของธุรกิจ

จากวิวัฒนาการของทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่น จะเห็นได้ว่ารูปแบบของทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่นถูกพัฒนาเป็นลักษณะของกฎหมายเฉพาะโดยบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะ 2 ฉบับ คือ Trust Act และ Trust Business Act ทั้งนี้โดยกฎหมายทั้งสองฉบับมีสาระสำคัญที่แยกกันอย่างชัดเจนดังนี้

Trust Act บัญญัติถึงกฎหมายพื้นฐานของทรัสต์ ความสมบูรณ์ของทรัสต์ บัญญัติถึงลักษณะทั่วไปของทรัสต์ ตลอดจนสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ การดำเนินการของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ กองทรัสต์ ผู้รับประโยชน์

Trust Business Act บัญญัติถึงลักษณะ คุณสมบัติตลอดจนวิธีการขอใบอนุญาตของผู้ประกอบการทรัสต์ บัญญัติแนวทางการจัดการ การควบคุมดูแลของภาครัฐต่อผู้ประกอบการทรัสต์ ซึ่งหน่วยงานของรัฐที่เข้ามาเป็นผู้ควบคุมดูแลธุรกิจทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่นคือ กระทรวงการคลัง²²⁰

2.1 การดำเนินการทางกฎหมายตามกฎหมายญี่ปุ่น

จากการศึกษาระบบกฎหมายทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่นข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายทรัสต์ของประเทศญี่ปุ่นถูกแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่กล่าวถึงนิติสัมพันธ์ทรัสต์ คือ Trust Act กับ ส่วนที่เป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับทรัสต์ คือ Trust Business Act สำหรับการวิจัยในครั้งนี้จะขอกล่าวเฉพาะ Trust Act เท่านั้น เนื่องจากเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสมมุติฐานของการวิจัย ส่วน Trust Business Act จะบัญญัติถึงการควบคุมการประกอบธุรกิจในแง่ของการจัดการจึงไม่มีส่วนใดเกี่ยวข้องกับสมมุติฐานการวิจัย

²²⁰ Takashi Matsumoto, "Trusts," Doing Business in Japan 3 (1991):II 10-9.

Trust Act ถูกสร้างขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1922 โดยมีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1923 และได้รับการแก้ไขปรับปรุงเรื่อยมา แต่สาระสำคัญของกฎหมายก็มิได้เปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้ตาม Trust Act สามารถสรุปโดยย่อได้ดังนี้

ทรัสต์ตาม Trust Act คือ การโอน หรือจำหน่ายสิทธิในทรัพย์สินให้แก่บุคคลหนึ่งเพื่อจัดการหรือจำหน่ายสิทธิในทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์เฉพาะอย่าง* จะเห็นได้ว่ากรณีทรัสต์ของประเทศญี่ปุ่นถือเป็นสัญญา 2 ฝ่าย โดยไม่ปรากฏว่าต้องมีผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ แต่อย่างไรก็ตามทรัสต์จะต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เสมือนหนึ่งเป็นองค์ประกอบของสัญญา หากไม่มีวัตถุประสงค์ก็จะเป็นองค์ประกอบของการเป็นทรัสต์และไม่เกิดทรัสต์

ทั้งนี้ทรัสต์ที่ถูกก่อตั้งขึ้นจะดำเนินการจัดการหรือจำหน่ายด้วยวิธีใดก็ตามจะให้ประโยชน์ของทรัพย์สินตกแก่บุคคลที่กฎหมายกำหนดจำกัดสิทธิการถือครองทรัพย์สินนั้นไม่ได้ ซึ่งเป็นข้อจำกัดของทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่นที่ถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนตาม มาตรา 10 ของ Trust Act

*“มาตรา 10 บุคคลใดก็ตามที่เป็นผู้ถูกตัดสิทธิโดยกฎหมายไม่ให้ถือ/มีสิทธิในทรัพย์สินที่กำหนดไว้แน่นอนตามกฎหมาย ไม่สามารถที่จะรับประโยชน์ใด ๆ จากทรัสต์อันเกิดจาก (สืบเนื่องมาจาก) จากทรัสต์ดังที่ได้กล่าวไว้**”*

ตัวอย่างของมาตรา 10 นั้นอาจจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ทรัพย์ถูกจำกัดให้ได้รับประโยชน์เฉพาะบุคคลเฉพาะกลุ่มเท่านั้น เช่น หุ้นบุริมสิทธิที่จำกัดบุคคลผู้ได้สิทธิเฉพาะกลุ่มบุคคลตามข้อบังคับบริษัท ผู้ก่อตั้งทรัสต์ย่อมไม่อาจโอนหุ้นเข้ากองทรัสต์เพื่อให้ผลประโยชน์ตามหุ้นบุริมสิทธิตกแก่บุคคลที่อยู่นอกกลุ่มตามข้อบังคับบริษัท

* Trust Act 1922 Article 1 The trust within the meaning of the Law shall signify to transfer or otherwise dispose of a property right and cause another person to administer or dispose of the property in accordance with a specific purpose

** Article 10 Any person who is debarred by law from holding a certain property right shall not, as a beneficiary of a trust, enjoy the same benefits as are derived from holding such right.

นอกจากมาตรา 10 ที่จำกัดขอบข่ายการเข้ารับประโยชน์ตามข้อจำกัดของกฎหมายอื่นแล้ว Trust Act ยังจำกัดขอบข่ายการตั้งทรัสต์ไว้อีกกรณี ตามมาตรา 11 คือ ทรัสต์จะถูกจัดตั้งเพื่อวัตถุประสงค์ในการฟ้องร้องคดีไม่ได้

“มาตรา 11 ทรัสต์ไม่สามารถก่อตั้งขึ้นได้ หากมีวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งขึ้นมาเพื่อทำให้การฟ้องร้องคดีสิ้นสุดลง *”

ผลของการก่อตั้งทรัสต์ซึ่งขัดต่อมาตรา 10 และ 11 จะถือเสมือนว่าทรัสต์นั้นมิได้เกิดขึ้นเลย เราจะสังเกตเห็นได้ว่ากฎหมายทรัสต์ของประเทศญี่ปุ่นกำหนดข้อจำกัดที่เป็นข้อกังวลของการเกิดทรัสต์ไว้อย่างชัดเจน การขีดเส้นแบ่งให้ชัดเจนก่อให้เกิดประโยชน์ในการปรับใช้กฎหมายมากยิ่งขึ้น ยิ่งกฎหมายทรัสต์ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีรากฐานมาจาก Common Law ประเทศญี่ปุ่นจึงให้ความใส่ใจ และระมัดระวังในการนำเอากฎหมายมาปรับใช้มากขึ้น กรณีใดที่สามารถบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรได้ก็บัญญัติอย่างชัดเจนประเทศญี่ปุ่นจะกำหนดไว้เฉพาะ การดำเนินการเช่นนี้ยังทำให้เกิดประโยชน์แก่กรณีอื่นซึ่งสามารถอาศัยข้อบัญญัตินั้นเป็นพื้นฐานของการตีความในกรณีอื่นด้วย

นอกจาก 2 มาตรา ข้างต้นแล้ว Trust Act ได้บัญญัติกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์ทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ไว้อย่างชัดเจน ตามมาตรา 12 ของ Trust Act

“มาตรา 12 ในกรณีลูกหนี้ตามสัญญาได้กระทำการก่อตั้งทรัสต์ขึ้นมา โดยรู้ว่าการกระทำนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ของตนเองนั้น เจ้าหนี้ผู้จะต้องเสียหายจากการดังกล่าวมีสิทธิในการบอกล้างทรัสต์ได้ตามบทบัญญัติในมาตรา 242 วรรคแรก ในประมวลกฎหมายแพ่งได้ แม้ว่าการกระทำของทรัสต์จะเป็นการกระทำโดยสุจริตก็ตาม

การบอกล้างดังกล่าวมีผลให้ข้อตกลง (เงื่อนไขในทรัสต์) ที่กล่าวในวรรคก่อน (ข้อตกลงหรือข้อที่กำหนดที่เป็นโทษแก่เจ้าหนี้) ไม่กระทบต่อประโยชน์ที่ผู้รับ

* Article 11 No trust shall be created, making it its principal object to cause acts of litigation to be done.

ประโยชน์ควรจะได้รับอย่างแน่นอน แต่การบอกล้างดังกล่าวไม่รวมถึงข้อกำหนดที่เกิดจากความยินยอมของผู้รับประโยชน์ที่ให้ทำได้ แม้ความยินยอมหรือการสับสนุนดังกล่าวจะยังไม่ได้กระทำครบถ้วนหรือตามที่ตกลงกัน หรือหากผู้รับประโยชน์รู้หรือไม่รู้ถึงความเสียหายแห่งข้อกำหนดดังกล่าวเพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนเองในเวลาที่ได้รับประโยชน์ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวจะทำให้เจ้าหนี้ตามสัญญาต้องเสียหาย* ”

หากพิจารณา มาตรา 12 ของ Trust Act จะมีองค์ประกอบดังนี้

1. ลูกหนี้ หรือในอีกฐานะหนึ่งคือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ก่อตั้งทรัสต์ขึ้น
2. เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์จะเสียหาย จากการที่ลูกหนี้ของตนได้ก่อตั้งทรัสต์ขึ้น โดยไม่จำกัดว่าเจ้าหนี้ในกรณีนี้จะเป็นเจ้าหนี้ประเภทใด
3. ลูกหนี้ หรือในอีกฐานะหนึ่งคือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์รู้ว่าเจ้าหนี้ของตนจะเสียหายจากการก่อตั้งทรัสต์
4. เจ้าหนี้ผู้ซึ่งจะต้องเสียหายจากการก่อตั้งทรัสต์สามารถใช้สิทธิบอกล้างการก่อตั้งทรัสต์ได้ตามประมวลแพ่ง มาตรา 242 (ปัจจุบัน คือ ประมวลแพ่ง มาตรา 424 **) โดยไม่คำนึงถึงว่าทรัสต์จะสุจริตหรือไม่ ซึ่งเป็นการบัญญัติยกเว้น

* Article 12 In case where an obligor has created a trust, knowing it to be prejudicial to his obligee, the obligee may exercise the right of avoidance provided for in Article 242 paragraph 1 of the Civil Code, even if the trustee be bona fide.

The avoidance made pursuant to the provisions of the preceding paragraph shall not affect the benefits which the beneficiary shall have already received, provided however, that this shall not apply where the obligation in favor of the beneficiary is not yet due, or where the beneficiary knew, or did not know through gross negligence, at the time the beneficiary received the benefits, the fact that it would be prejudicial to the obligee.

** Civil Code Article 424 An obligee may demand the court to rescind any juristic act which an obligor commits knowing that it will prejudice the obligee; provided, however, that, this shall not apply to the cases where any person who benefits from such

หลักการเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลแพ่ง มาตรา 424 ที่บัญญัติว่าการเพิกถอนจะกระทำมิได้หากผู้ได้รับประโยชน์ไม่รู้ถึงความเสียหายที่จะเกิดแก่เจ้าหนี้ในขณะที่ทำสัญญา

5. ผลของการบอกล้างจะไม่กระทบต่อผลประโยชน์ที่ผู้รับประโยชน์ได้รับภายใต้เงื่อนไขว่าผู้รับประโยชน์ต้องไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงในเกี่ยวกับความเสียหายของเจ้าหนี้ ซึ่งความไม่รู้นั้นต้องมีได้เกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้รับประโยชน์เอง

ข้อสังเกตเกี่ยวกับมาตรา 12 ของ Trust Act กับ มาตรา 424 ของ Civil Code คือ การให้ความสำคัญในความสุจริตของบุคคลภายนอกที่มุ่งเน้นไปยังบุคคลที่แตกต่างกัน จะเห็นได้ว่า มาตรา 12 ของ Trust Act ไม่ได้มุ่งเน้นถึงความสุจริตของคู่สัญญาหรือในกรณีนี้ คือ ทรัสต์ แต่กลับมุ่งเน้นถึงความสุจริตของผู้รับประโยชน์มากกว่าในทางกลับกันตาม มาตรา 424 ของ Civil Code ซึ่งเป็นบททั่วไปที่ Trust Act อ้างอิงอยู่นั้นไม่ได้กล่าวถึงความสุจริตของบุคคลภายนอกเลย

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ แม้ว่าผู้รับประโยชน์จะสุจริตก็สามารถเพิกถอนการก่อตั้งทรัสต์ได้ มีเพียงผลประโยชน์ (ไม่รวมถึงทรัพย์สินในกองทรัสต์ ดังนั้นทรัพย์สินในกองทรัสต์ต้องกลับสู่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ทั้งหมด) ที่ผู้รับประโยชน์ได้รับไปแล้วเท่านั้นที่ไม่ได้ผลกระทบ ดังนั้นการเพิกถอนเมื่อมีผลสำเร็จแล้วทรัพย์สินในกองทรัสต์ต้องกลับสู่กรรมสิทธิ์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ส่วนผลประโยชน์ เช่น ดอกเบี้ย เงินปันผล หรือดอกผลของทรัพย์สินในกองทรัสต์ที่ผู้รับประโยชน์ได้ไปแล้วย่อมไม่ต้องคืน

สาเหตุที่มาตรา 12 ของ Trust Act มุ่งเน้นถึงความสุจริตของผู้รับประโยชน์มากกว่าจะมุ่งเน้นถึงความสุจริตของทรัสต์ น่าจะเป็นเพราะ

act, or any person who succeeds to such benefit, did not know, at the time of such act or succession, the fact that the obligee is to be prejudiced.

The provision of the preceding paragraph shall not apply to a juristic act with a subject other than property rights.

ประการแรก ทรัสดีมีหน้าที่ตามกฎหมายที่ชัดเจนในการบริหารจัดการทรัพย์สิน โดยไม่มีหน้าที่ตรวจสอบที่มาของทรัพย์สินที่จะโอนเข้ามามีจะทำให้เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เสียหายหรือไม่ อีกทั้งตามปกติของการเกิดทรัสต์ตัวของทรัสต์มีได้มีส่วนได้เสียในผลประโยชน์จากกองทรัสต์

ประการที่สอง ทรัพย์สินที่เข้ามาอยู่ในกองทรัสต์ก็มีได้เป็นทรัพย์สินของตนเอง จึงยากที่จะเกิดกรณีก่อตั้งทรัสต์ขึ้นมาโดยรู้ว่าการกระทำนั้นจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ของทรัสต์เอง

ประการที่สาม ทรัสต์อยู่ในฐานะคนกลางที่จะดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งส่วนใหญ่วัตถุประสงค์ของทรัสต์จะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ ดังนั้นความเป็นไปได้ที่ผู้รับประโยชน์จะทราบถึงความเสียหายน่าจะมีมากกว่า

ประการที่สี่ การบังคับกรณีตาม มาตรา 424 ของ Civil Code จะไม่สามารถแก้ไขปัญหากรณีที่ผู้รับประโยชน์ร่วมมือกับผู้ก่อตั้งทรัสต์ในการดำเนินการทำให้เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เสียหาย เนื่องจาก กรณีของ มาตรา 424 ของ Civil Code ไม่ได้กล่าวถึงความสุจริตของบุคคลที่สามไว้เลย

สรุปองค์ประกอบตามมาตรา 12 ของ Trust Act

- 1) ผู้ก่อตั้งทรัสต์ก่อตั้งทรัสต์โดยรู้ว่าจะทำให้เจ้าหนี้ของตนเสียหาย
- 2) เจ้าหนี้ใช้สิทธิเพิกถอนได้โดยพิสูจน์เพียงว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์รู้ว่าการก่อตั้งทรัสต์จะทำให้ตนเองเสียหาย
- 3) ผลของการเพิกถอนจะไม่กระทบต่อผลประโยชน์ที่ผู้รับประโยชน์ได้รับไปแล้ว เว้นแต่ผู้รับประโยชน์รู้หรือควรจะรู้หากไม่ประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรงว่าเจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์จะเสียหาย ดังนั้นหากผู้รับประโยชน์ไม่รู้โดยใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอแล้วผลของการเพิกถอนก็จะไม่กระทบต่อผลประโยชน์ที่ผู้รับประโยชน์ได้รับไปแล้วเช่นกัน

3. สรุปการดำเนินการทางกฎหมายตามกฎหมายประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประเทศญี่ปุ่น ในกรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้

การก่อตั้งทรัสต์ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาและ ประเทศญี่ปุ่นจะเปิดกว้างไม่จำกัดวัตถุประสงค์การจัดตั้ง ไม่จำกัดคุณสมบัติ หรือประเภทของผู้ก่อตั้งทรัสต์ แต่คุณสมบัติของทรัสต์จะต่างกัน คือ โดยหลักทั่วไปในประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่มีจำกัดคุณสมบัติ หรือประเภทของทรัสต์ แต่ในประเทศญี่ปุ่นจะจำกัดคุณสมบัติ หรือประเภทของทรัสต์ โดยทรัสต์จะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่ Trust Business Act กำหนด

จากการศึกษากฎหมายประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาและ ประเทศญี่ปุ่นจะเห็นได้ว่าแนวทางในการปฏิบัติต่อทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เกิดผลของการก่อตั้งทรัสต์ทำให้เจ้านั้นของผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่สามารถเข้าขอรับชำระหนี้ได้ จะแตกต่างกันโดยสภาพของการปรับใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องพิจารณากรณีของการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ตามกฎหมายเฉพาะในแต่ละฉบับ ไม่มีการบัญญัติวิธีการแก้ไขเฉพาะ หากหลุดพ้นกรณีตามที่กฎหมายเฉพาะบัญญัติก็จะเป็นอำนาจของศาลที่จะมีอำนาจพิจารณาตัดสินได้ด้วยตนเองภายใต้ขอบเขตของความยุติธรรมของกรณีนั้น ซึ่งกระบวนการดังกล่าวเป็นลักษณะเฉพาะของระบบ Common Law ต่างจากประเทศญี่ปุ่นบัญญัติเป็นกฎหมายทรัสต์ในลักษณะทั่วไป ตลอดจนบัญญัติถึงวิธีการ และผลของการดำเนินการตามวิธีการไว้เป็นการเฉพาะชัดเจน แม้จะอิงกระบวนการตามกฎหมายทั่วไป แต่ก็บัญญัติเงื่อนไขที่แตกต่างเฉพาะกรณีของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ เพื่อความเหมาะสมแก่กรณี

ผู้วิจัยขอสรุปแนวทางการดำเนินการของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศญี่ปุ่นดังนี้

หัวข้อ	ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศญี่ปุ่น
ที่มาของกระบวนการ	ดำเนินการตามกฎหมายเฉพาะเรื่องซึ่งมิใช่กฎหมายเกี่ยวกับ	ดำเนินการตามกฎหมาย Trust Act โดยอ้างอิงวิธีการฟ้อง

หัวข้อ	ประเทศ ประเทศอังกฤษและประเทศ สหรัฐอเมริกา	ประเทศญี่ปุ่น
	ทริสต์โดยตรง หากไม่มีกฎหมาย เป็นการเฉพาะแล้วเป็นอำนาจ ของศาล ในการพิจารณา พิพากษาไปตามแต่ละกรณี	กับ Civil Code
เงื่อนไขการใช้กฎหมาย	ศาลควรพิจารณาคำนี้ถึง หลักการ 5 ข้อ (1) ความร้ายแรงของการกระทำ ผิดกฎหมาย (2) การรับรู้และเจตนาของผู้รับ ผลประโยชน์จากกองทริสต์ อันผิดกฎหมาย (3) ความเป็นโมฆะกรรมจะเป็น ตัวยับยั้งการกระทำผิด กฎหมาย (4) ไม่ว่าโมฆะกรรมนั้นจะเป็น การสนับสนุนกฎระเบียบใดๆ ซึ่งช่วยเหลือทริสต์ซึ่งมิชอบ ด้วยกฎหมาย (5) ไม่ว่าโมฆะกรรมนั้นจะ เกิดขึ้นโดยผู้ใช้สิทธิเรียกร้อง จะมีส่วนในการกระทำอันมิ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่	เงื่อนไขการพิจารณา (1) ผู้ก่อตั้งทริสต์ได้ก่อตั้งทริสต์ ขึ้น โดยรู้ว่าเจ้าหนี้ของตนจะ เสียหายจากการก่อตั้งทริสต์ (2) เจ้าหนี้ผู้ซึ่งจะต้องเสียหาย จากการก่อตั้งทริสต์สามารถ ใช้สิทธิบอกล้างการก่อตั้ง ทริสต์ได้ตามประมวลแพ่ง มาตรา 242 แต่มีบัญญัติการ ยกเว้นเงื่อนไขในส่วนความ สุจริตของทริสต์ (3) การรับรู้และเจตนาของผู้รับ ผลประโยชน์จากกองทริสต์มี ผลต่อผลประโยชน์จาก กองทริสต์
ผลต่อสัญญาก่อตั้งทริสต์ ตามกฎหมาย	เป็นโมฆะ	ไม่ชัดเจนว่าเป็นโมฆะหรือไม่ แต่ ศาลสั่งเพิกถอนได้
ผลต่อทรัพย์สินใน กองทริสต์	ทำให้ทรัพย์สินในกองทริสต์ยัง เป็นทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทริสต์	ทำให้ทรัพย์สินในกองทริสต์ยัง เป็นทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทริสต์ แต่ผลประโยชน์จากกองทริสต์

หัวข้อ	ประเทศ ประเทศอังกฤษและประเทศ สหรัฐอเมริกา	ประเทศญี่ปุ่น
		ซึ่งผู้รับประโยชน์ได้ไปอย่าง สุจริตไม่จำเป็นต้องคืน

จากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่าการดำเนินการของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศญี่ปุ่นจะมีส่วนที่สอดคล้องกันในหลายด้านโดยเฉพาะประเด็นสำคัญสำหรับเงื่อนไขในการพิจารณาพิพากษาคดี คือ การคำนึงถึงความสุขจิตของผู้รับผลประโยชน์เป็นส่วนสำคัญ ส่วนความสุขจิตของทรัพย์สินแท้จะไม่มีผลต่อการพิจารณาการเพิกถอนสัญญาก่อตั้งทรัสต์

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยได้เริ่มใช้ระบบทรัสต์เป็นครั้งแรกเมื่อปี 2543 โดยนำวิธีการของทรัสต์มาดัดแปลงเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกันกรณีผลประโยชน์ทับซ้อนของนักการเมือง ต่อมาถึงนำเอาวิธีการของทรัสต์มาใช้กับระบบระดมทุน ซึ่งถือเป็นภาคส่วนที่ควรนำระบบทรัสต์มาปรับใช้มากที่สุด เนื่องจากการระดมทุนส่วนใหญ่เจ้าของเงินทุนไม่ว่าจะอยู่ในรูปเงินสด หรืออยู่ในรูปหลักทรัพย์มิได้เป็นผู้ถือสินทรัพย์ด้วยตนเอง แต่จะให้คนกลางเป็นผู้บริหารจัดการสินทรัพย์ต่างๆ แทนตน ดังนั้นเจ้าของสินทรัพย์ที่แท้จริงจึงต้องแบกรับความเสี่ยงของสถานะของผู้บริหารจัดการสินทรัพย์ เพราะผู้บริหารสินทรัพย์มีกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์นั้นๆ ตามกฎหมาย แต่อันที่จริงแล้วสินทรัพย์นั้นควรเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ที่มาลงทุน หรือผู้ระดมทุน หากประเทศไทยมีการยอมรับระบบทรัสต์มาใช้ก่อน วิกฤตทางเศรษฐกิจปี พ.ศ.2540 ความเสียหายทางเศรษฐกิจอาจจะถูกบรรเทาได้บ้างจากระบบการแยกทรัพย์สินของทรัสต์ หรือถึงแม้ในปัจจุบันนี้ขณะที่ผู้วิจัยกำลังดำเนินการศึกษาวิจัยแม้จะผ่านมาแล้ว 10 ปี ก็ยังคงปรากฏผลเสียหายจากวิกฤตครั้ง พ.ศ.2540 อยู่ เนื่องจากปรากฏว่ามีหุ้นจำนวนหนึ่งที่เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ได้ยึด/อายัดไว้ตั้งแต่ พ.ศ.2540 ที่ไม่สามารถคืนให้แก่เจ้าของที่แท้จริงได้ เนื่องจากเจ้าพนักงานพิทักษ์สามารถพิสูจน์ได้ว่าหุ้นที่ถูกยึด/อายัดไว้ตั้งแต่ พ.ศ.2540 มิใช่กรรมสิทธิ์ของลูกหนี้ที่ล้มละลายซึ่งก็คือสถาบันการเงินที่ถูกปิดตัวลงเมื่อ พ.ศ.2540 และสถาบันการเงินในครั้งนั้นก็คือผู้บริหารสินทรัพย์ของประชาชนนั่นเอง

ประเทศไทยเริ่มนำเอาทรัสต์มาใช้เป็นเครื่องมือสำหรับรองรับการระดมทุนในตลาดทุนในปี 2550 โดยนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะซึ่งปัจจุบันก็คือ พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ซึ่งมีผลใช้บังคับทั้งฉบับเป็นการทั่วไป เมื่อวันที่ 13 เมษายน 2551 โดยพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้สร้างเครื่องมือใหม่ในการจัดการทรัพย์สินอีกลักษณะหนึ่ง เรียกว่า “ทรัสต์”^{*} ซึ่งระบบของทรัสต์สามารถนำมาประยุกต์ใช้กับธุรกรรมในตลาดทุนได้หลายประเภท เช่น การออกหลักทรัพย์ การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (securitization) เป็นต้น ในการประยุกต์ใช้ทรัสต์กับตลาดทุนจะทำให้เกิดการพัฒนาตลาดทุนอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

^{*} ต่างจากพระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 ซึ่งไม่มีการใช้คำว่า “ทรัสต์” ในตัวกฎหมาย แม้จะใช้นัยความคิดพื้นฐานมาจากทรัสต์

สามารถแก้ไขข้อจำกัดบางประการในการระดมทุนได้ และยังสร้างรูปแบบการลงทุนที่เป็นทางเลือกใหม่อีกด้วย

แต่อย่างไรก็ตามทรัสต์ในประเทศไทยยังคงเป็นเรื่องใหม่ และแนวคิดพื้นฐานของทรัสต์ก็นำมาจากประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ซึ่งค่อนข้างจะมีความแตกต่างกันอย่างมาก ทั้งกระบวนการความคิด และกระบวนการแก้ไขปัญหาในแต่ละเรื่อง ซึ่งการวิจัยนี้ได้หยิบยกเอาประเด็นหนึ่งที่พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มิได้บัญญัติไว้ แต่ในต่างประเทศอย่างประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประเทศญี่ปุ่น กลับมีการกล่าวไว้ ซึ่งก็คือ ประเด็นการก่อตั้งทรัสต์โดยข้อตกลงเจ้านั้น

1. บทสรุป

การก่อตั้งทรัสต์ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาและ ประเทศญี่ปุ่นจะไม่จำกัดวัตถุประสงค์การจัดตั้ง ไม่จำกัดคุณสมบัติของผู้ก่อตั้งทรัสต์ แต่คุณสมบัติของทรัสต์จะต่างกัน คือ โดยหลักทั่วไปในประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่มีจำกัดคุณสมบัติของทรัสต์ แต่ในประเทศญี่ปุ่นจะจำกัดคุณสมบัติของทรัสต์ โดยทรัสต์จะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่ Trust Business Act กำหนดเท่านั้น

ส่วนพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 จำกัดทั้งวัตถุประสงค์การก่อตั้งทรัสต์ คุณสมบัติของผู้ก่อตั้งทรัสต์ และคุณสมบัติของทรัสต์ ดังนั้นเมื่อพิจารณาโอกาสที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ของประเทศไทยจึงเกิดขึ้นได้ยากกว่าในประเทศประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาและ ประเทศญี่ปุ่น แต่อย่างไรก็ตามเนื่องจากทรัสต์ในประเทศไทยใช้กับธุรกรรมในตลาดทุน ดังนั้นโดยสภาพของธุรกรรมจึงเป็นกรณีที่อาจจะส่งผลกระทบต่อสาธารณสุขจำนวนมาก

พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มิได้มีการบัญญัติกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาทุจริตต้องการใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ โดยการเอาทรัพย์สินของตนเข้าไปซ่อนอยู่ในกองทรัสต์ อีกนัยหนึ่ง คือ การก่อตั้งทรัสต์โดยเจตนาฉ้อฉลเจ้านั้น (The intent to defraud creditors) ซึ่งในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และ ประเทศญี่ปุ่นได้มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้ไว้ ซึ่งมื่ออยู่ในลักษณะที่แทรกไปกับกฎหมายเฉพาะเรื่องอื่น หรือ บัญญัติเป็นกฎหมายทรัสต์โดยเฉพาะ

จากการศึกษาวิจัยจะพบว่ากฎหมายทรัสต์ของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาคล้ายกันอย่างมาก โดยบัญญัติกรณีก่อตั้งทรัสต์โดยเจตนาฉ้อฉล เจ้าหนี้แทรกไว้ในกฎหมายเฉพาะอื่นๆ เช่น กฎหมายว่าด้วยเรื่อง ทรัสต์ หรือ กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องล้มละลาย ส่วนในกรณีอื่นที่ไม่เกี่ยวกับกฎหมายเฉพาะดังกล่าว ศาลก็จะให้หลัก Equity ในการพิพากษาคดี ทั้งนี้เนื่องมาจากทั้งประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศในระบบ Common Law ซึ่งศาลมีอิสระในการตัดสินภายใต้หลัก Equity ได้ รวมถึงทรัสต์ในของทั้งสองประเทศดังกล่าวสามารถจัดตั้งขึ้นได้โดยมีข้อจำกัดทางด้านวัตถุประสงค์ที่น้อยมาก จึงทำให้เกิดทรัสต์ได้โดยแทบจะไม่จำกัดรูปแบบ ดังนั้นการใช้หลัก Equity ในการวินิจฉัยคดีความจึงสร้างความคล่องตัวแก่ศาล และทำให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง สามารถปรับใช้หลัก Equity และตัดสินคดีเกี่ยวกับทรัสต์ได้อย่างเหมาะสมกับทรัสต์ได้ทุกรูปแบบ

ส่วนในประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law เหมือนกับประเทศไทย ซึ่งมีกฎหมายเกี่ยวกับทรัสต์มากกว่า 80 ปี ใช้วิธีบัญญัติกฎหมายทรัสต์เป็นการเฉพาะ คือ Trust Act 1922 และบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการก่อตั้งทรัสต์โดยเจตนาฉ้อฉลเจ้าหนี้ (The intent to defraud creditors) ไว้อย่างชัดเจน รวมถึงระบุถึงวิธีการดำเนินการไว้ด้วย ซึ่งปรากฏตาม Trust Act 1922 มาตรา 12 โดยวิธีการทั่วไปประเทศญี่ปุ่นยังคงใช้มาตรการและวิธีการเพิกถอนการฉ้อฉลตาม Civil Code มาปรับใช้กับกับกรณีการก่อตั้งทรัสต์โดยเจตนาฉ้อฉลเจ้าหนี้ แต่มีเงื่อนไขที่แตกต่างออกไป โดยสาระสำคัญ คือ การลดเงื่อนไขเรื่องความสุจริตของคู่สัญญาซึ่งก็คือ ทรัสต์ ทำให้การเพิกถอนการฉ้อฉลตาม Trust Act 1922 มาตรา 12 ย่างยิ่งขึ้น แต่ในทางด้านผลของการเพิกถอน โดยถ้าหากเพิกถอนสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้แล้ว ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามทรัสต์ทั้งหมดก็ต้องกลับสู่กองทรัสต์สินของผู้ก่อตั้งทรัสต์ดั้งเดิม เพียงแต่มีข้อยกเว้นว่าหากผู้รับประโยชน์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้รับผลประโยชน์จากทรัสต์สินในกองทรัสต์ไปอย่างสุจริตแล้ว ไม่จำเป็นต้องคืนผลประโยชน์ที่ได้รับไปนั้นแก่ผู้ก่อตั้งทรัสต์

สรุปลักษณะการดำเนินการทางกฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศ
สหรัฐอเมริกา และ ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศ	อังกฤษ - สหรัฐอเมริกา	ญี่ปุ่น
วิธีการดำเนินการ	1. บัญญัติกรณีกฎข้อฉลเจ้าหนี้ แทรกอยู่ตามกฎหมายอื่นที่ เกี่ยวข้อง 2. กรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะศาล จะพิพากษาไปตามความ ยุติธรรม และดำเนินการตาม ความเหมาะสม	1. บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับทรัสต์ โดยเฉพาะ 2. อ้างอิงวิธีการเพิกถอนการข้อฉล จาก Civil Code แต่บัญญัติ ข้อยกเว้นไว้โดยเฉพาะ
ลักษณะเด่น	การพิจารณาถึงการรับรู้ถึงความ ทุจริต และ เจตนา ของ ผู้รับ ผลประโยชน์ต่อการกระทำของผู้ ก่อตั้งทรัสต์ด้วย	ความสุจริตของทรัสต์ไม่เป็นเงื่อนไข ที่ต้องพิสูจน์ และไม่ใช้สาระสำคัญ ต่อการเพิกถอนนิติกรรมทรัสต์

สำหรับประเทศไทยผู้วิจัยได้ตั้งสมมุติฐานว่าอาจมีผู้ก่อตั้งทรัสต์ใช้
ประโยชน์จากทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามกฎหมาย ซึ่งเมื่อนำกรณีตาม
สมมุติฐานนั้นมาวิเคราะห์กับกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันแล้ว จะพบว่ากรณีตาม
สมมุติฐานน่าจะทำให้ทรัสต์ที่เป็นผลมาจากสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ใช้
ประโยชน์จากทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ไม่เป็นทรัสต์ที่สมบูรณ์ซึ่งสามารถ
เกิดขึ้นได้ 2 กรณี โดยแบ่งตามลักษณะโครงสร้างของนิติกรรม คือ

1. ผู้ก่อตั้งทรัสต์โดยใช้ประโยชน์จากทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระ
หนี้แก่เจ้าหนี้ตามกฎหมาย เป็นกรณีที่ถือได้ว่าเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการ
ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

2. ผู้ก่อตั้งทรัสต์โดยใช้ประโยชน์จากทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ตามกฎหมาย เป็นกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาที่บกพร่อง ซึ่งสามารถแยกความบกพร่องของเจตนาได้อีก 2 ลักษณะ คือ

2.1 ผู้ก่อตั้งทรัสต์แสดงเจตนาที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์แตกต่างจากเจตนาภายใน

2.2 ผู้ก่อตั้งทรัสต์แสดงเจตนาโดยวิปริต

อย่างไรก็ตาม ความบกพร่องของเจตนาทั้งสองลักษณะข้างต้นยังสามารถแยกได้อีกว่ากรณีที่เกิดได้ตามสมมุติฐานจะมีเฉพาะกับกรณีดังต่อไปนี้

กรณีเจตนาบกพร่อง	
1) กรณีคู่สัญญาผู้ก่อตั้งทรัสต์แสดงเจตนาแตกต่างจากเจตนาภายใน	2) กรณีคู่สัญญาผู้ก่อตั้งทรัสต์แสดงเจตนาโดยวิปริต
- กรณีเจตนาซ่อนเร้น	- กรณีกลั่นแกล้งถึงขนาด
- กรณีเจตนาหลง	
- กรณีนิติกรรมอำพราง	

โดยสรุปแล้วสัญญาผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่มีผู้ก่อตั้งทรัสต์ใช้ประโยชน์จากทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ อาจเข้าลักษณะเป็นสัญญาที่เป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือ เป็นสัญญาที่มีเจตนาการทำสัญญาที่บกพร่อง

แต่อย่างไรก็ตามในข้อเท็จจริงที่อาจเกิดขึ้นเจ้าหนี้แม้จะรู้ว่าสัญญาผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือ เป็นสัญญาที่มีเจตนาการทำสัญญาที่บกพร่องก็ตาม แต่การจะพิสูจน์ให้บุคคลอื่น โดยเฉพาะศาลเชื่อว่าสัญญาผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่เกิดขึ้นนั้นเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือ เป็นสัญญาที่มีเจตนาการทำ

สัญญาที่บกพร่องเช่นเดียวกับตนนั้น จำเป็นต้องอาศัยพยานหลักฐานมาสนับสนุนความเชื่อของตนด้วย ซึ่งการแสวงหาหลักฐานที่จะมาพิสูจน์ว่าสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่เกิดขึ้นนั้น เป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือ เป็นสัญญาที่มีเจตนาการทำสัญญาที่บกพร่องตามเจตนาของกฎหมายนั้นเป็นกรณีที่ยากมาก เพราะในแต่เจตนาของกฎหมายที่บัญญัติไว้บังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องนำเอาความคิด มูลเหตุจูงใจ หรือ เจตจำนงในการตัดสินใจซึ่งเป็นเรื่องนามธรรมซึ่งมีแต่ตัวผู้ก่อตั้งทรัพย์สินเท่านั้นจะรู้ได้ว่าตนมีความตั้งใจจะก่อตั้งทรัพย์สินเพื่ออะไรออกมาพิสูจน์ในศาลเห็นคล้ายๆ เชื่อตามที่เจ้าหน้าที่กล่าวอ้าง

หากเจ้าหน้าที่ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ตามที่ตนกล่าวอ้าง ผลก็คือสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินฉบับนั้นเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์โดยปริยาย แม้ว่าผู้ก่อตั้งทรัพย์สินจะมีเจตนาทุจริตเช่นเดียวกับที่เจ้าหน้าที่กล่าวอ้างก็ตาม แต่หากเจ้าหน้าที่สามารถพิสูจน์ได้ตามที่กล่าวอ้างได้สัญญาก็จะตกเป็นโมฆะ หรือ โมฆียะแล้วแต่กรณีไป

ดังนั้นผลสรุปของสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่ผู้ก่อตั้งทรัพย์สินใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินเพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้แก่เจ้าหน้าที่จะเกิดขึ้นได้ 3 กรณี คือ มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย มีผลเป็นโมฆะ หรือมีผลเป็นโมฆียะ

ในกรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินเป็นโมฆะ และโมฆียะนั้น กฎหมายได้ระบุเงื่อนไขการพิสูจน์ในแต่ละกรณีไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่ภาระนำสืบยอมตกอยู่กับเจ้าหน้าที่ผู้กล่าวอ้างซึ่งเป็นการยากที่จะนำสืบตามเงื่อนไขของกฎหมาย แต่ในกรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินสมบูรณ์ หรือเจ้าหน้าที่เห็นว่าสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินบกพร่องแต่ไม่สามารถพิสูจน์ได้ตามที่เชื่อตามกฎหมายไทยยังเปิดโอกาสให้แก่เจ้าหน้าที่ให้ใช้วิธีการเพิกถอนการฉ้อฉลอีกรูปวิธีหนึ่ง ซึ่งก็มีเงื่อนไขการใช้ชัดเจน แต่ก็ยากต่อการพิสูจน์ให้เข้าเงื่อนไขของการเพิกถอนการฉ้อฉลเช่นเดียวกัน

สรุปเงื่อนไขการพิสูจน์ตามกฎหมายไทย

ประเภท	เงื่อนไขการพิสูจน์	ข้อสังเกต
<p>นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย</p>	<p>ผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์จะต้องมีมูลเหตุจูงใจและคิดที่จะต้องการเป้าประสงค์สุดท้าย คือ หลบเลี่ยงไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์</p>	<p>ความเป็นไปได้ที่ทรัสต์รับรู้ถึงมูลเหตุจูงใจของผู้ก่อตั้งทรัสต์ เพราะไม่มีเหตุผลที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องบอกถึงมูลเหตุจูงใจว่าตนเองประสงค์จะไม่ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้</p>
<p>เจตนาซ่อนเร้น</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้ก่อตั้งทรัสต์ มิได้มีเจตนาภายในที่จะก่อตั้งทรัสต์ 2. ผู้ก่อตั้งทรัสต์ มีเจตนาที่แสดงออกอันจะผูกพันตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ 3. เป็นเจตนาภายในแต่เพียงผู้เดียวของผู้ก่อตั้งทรัสต์รายนั้น 	<ul style="list-style-type: none"> - กฎหมายมุ่งที่จะคุ้มครองคู่สัญญาของผู้ก่อตั้งทรัสต์ คือ ทรัสต์ - แนวความคิดพื้นฐานของกฎหมายมีเพื่อยืนยันการเกิดสัญญาก่อตั้งทรัสต์ แม้จะเกิดจากเจตนาที่หลบเลี่ยงการชำระหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ - การพิสูจน์ว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะนั้นทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสียประโยชน์ ดังนั้นการแสวงหาหลักฐานเพื่อทำให้คู่สัญญาเสียประโยชน์จึงทำได้ยากมากในความเป็นจริง
<p>เจตนาลวง</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้ก่อตั้งทรัสต์มีเจตนาที่แสดงออกว่าทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ แต่เจตนาภายในไม่ต้องการจะก่อนิติกรรมใดๆ ขึ้น 2. ผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องตกลงสมคบคิดกันร่วมกันกับทรัสต์ 3. การสมคบคิดกันร่วมกันระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์มีเพื่อ 	<ul style="list-style-type: none"> - การพิสูจน์ว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะนั้นทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสียประโยชน์ ดังนั้นการแสวงหาหลักฐานเพื่อทำให้คู่สัญญาเสียประโยชน์จึงทำได้ยากมากในความเป็นจริง

ประเภท	เงื่อนไขการพิสูจน์	ข้อสังเกต
	ตั้งใจที่จะหลอกลวงบุคคลที่สาม	
นิติกรรมอำพราง	<ol style="list-style-type: none"> 1. มีนิติกรรมเกิดขึ้น 2 นิติกรรม 2. สัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นนิติกรรมที่เปิดเผยแต่คู่สัญญาไม่ต้องการผูกพัน 3. อีกนิติกรรมหนึ่งซึ่งเป็นนิติกรรมถูกปกปิดโดยสัญญาก่อตั้งทรัสต์แต่คู่สัญญาต้องการผูกพัน 	<ul style="list-style-type: none"> - การพิสูจน์ว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่มีเจตนาจะผูกพันกันทำได้ยาก และการพิสูจน์ว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะนั้นทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเสียประโยชน์ ดังนั้นการแสวงหาหลักฐานเพื่อทำให้คู่สัญญาเสียประโยชน์จึงทำได้ยากมากในความเป็นจริง
กลฉ้อฉลถึงขนาด	ผู้ก่อตั้งทรัสต์ดำเนินการหลอกลวงจนทำให้ทรัสต์หลงเชื่อเข้าทำสัญญาด้วยถ้าไม่มีกลฉ้อฉลนี้แล้วจะไม่มี การแสดงเจตนาทำนิติกรรมกันเลย ทำให้ผู้ที่ถูกกลฉ้อฉลหลงเชื่อ แล้วแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม	<ul style="list-style-type: none"> - กฎหมายมุ่งคุ้มครองตัวทรัสต์ผู้ที่ถูกกลฉ้อฉล - ถ้าทรัสต์ให้สัตยาบันสัญญา ก่อตั้งทรัสต์ก็จะสมบูรณ์ - เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะดำเนินการบอกล้างโมฆียะกรรมได้
เพิกถอนการฉ้อฉล	<ol style="list-style-type: none"> 1. ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้กระทำนิติกรรมอันมีวัตถุประสงค์เป็นสิทธิในทรัพย์สินและทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ 2. ผู้ก่อตั้งทรัสต์รู้ว่าเจ้าหนี้เสียเปรียบ 3. ทรัสต์ไม่สุจริต 	<ul style="list-style-type: none"> - เจ้าหนี้ต้องพิสูจน์ให้ครบทุกเงื่อนไข ซึ่งกรณีที่ทรัสต์ไม่สุจริตยากที่จะเกิดขึ้น

ตามตารางสรุปเงื่อนไขการพิสูจน์ตามกฎหมายไทยข้างต้นจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขที่เป็นภาระการพิสูจน์ของเจ้าหนี้มีความลำบากในการพิสูจน์และหาหลักฐาน และต้องพิสูจน์ถึงความทุจริตของผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์ให้ศาลเห็น ซึ่งเป็นไปตามลักษณะของสัญญาทั่วไป หากเป็นสัญญาทั่วไปที่ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาก่อขึ้นโดยตรง เช่น สัญญาซื้อขาย

สัญญาฝากทรัพย์ สัญญาให้ การพิสูจน์ความทุจริตของคู่สัญญาจะดำเนินการได้ง่ายกว่า สัญญาก่อตั้งทรัสต์ เนื่องจากสัญญาก่อตั้งทรัสต์มีลักษณะนิติสัมพันธ์ที่พิเศษกว่าสัญญาทั่วไป เพราะ สัญญาทั่วไป เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาฝากทรัพย์ สัญญาให้ ผลประโยชน์ตามสัญญาจะเกิดแก่คู่สัญญาโดยตรง การพิสูจน์ การเชื่อมโยงถึงเหตุและผลของการทุจริตจะทำได้ง่ายกว่า เช่น พ่อขายหุ้นให้แก่ลูกในราคาถูกเพื่อไม่ต้องการให้เจ้าหนี้มาบังคับชำระหนี้กับหุ้นนั้น หรือ นายจ้างขายหุ้นให้กับคนขับรถของตนเองในราคาพาร์ เช่นนี้ เหตุผลที่เชื่อได้ว่าการทุจริต และการพิสูจน์ถึงความความทุจริตจะดำเนินการได้ง่าย

ในทางกลับกันสัญญาก่อตั้งทรัสต์ทรัสต์เสมือนหนึ่งผู้รับฝากทรัพย์หรือตัวแทนที่ไม่ต้องรับประโยชน์จากทรัพย์สินโดยตรง เหตุผลในการดำเนินการก่อตั้งทรัสต์ก็รู้แต่เพียงผิวเผินได้ ไม่มีกฎระเบียบใดที่บังคับให้ทรัสต์ต้องรู้เหตุผลเบื้องลึกของการทำธุรกรรมก่อตั้งทรัสต์ หรือถึงแม้ว่าตนเองจะรู้ถึงเหตุผลเบื้องลึก แต่โดยสภาพการณ์ตามความเป็นจริงทรัสต์ก็จะทำเป็นไม่สนใจก็ยอมได้ และทำได้อย่างง่ายดาย การพิสูจน์ว่าทรัสต์ร่วมทุจริตกับผู้ก่อตั้งทรัสต์จึงแทบจะเป็นไปไม่ได้ เพราะ ทรัสต์ไม่มีความจำเป็นต้องทุจริตร่วมกับผู้ก่อตั้งทรัสต์ เพราะทรัสต์ไม่ได้ประโยชน์ใดๆ จากทรัพย์สิน ทรัสต์จะรู้หรือไม่รู้ถึงความทุจริตของผู้ก่อตั้งทรัสต์ตนเองก็ยังคงได้รับค่าตอบแทนการเป็นทรัสต์

ในบางกรณีทรัสต์เองก็ตกเป็นเหยื่อของความทุจริตด้วย แต่หากตนเองดำเนินการเพื่อช่วยผู้ก่อตั้งทรัสต์ ตัวทรัสต์เองก็เสียรายได้จากการเป็นทรัสต์เสียอีก ซึ่งเป็นการย่ำว่าหากตนเองนิ่งเฉยไว้จะเป็นการดีกว่า

ดังนั้นกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันเป็นกฎหมายที่มุ่งเน้นถึงการพิสูจน์ความทุจริตของคู่สัญญา คือ ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์จงใจก่อตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ และทรัสต์ก็รับรู้ หรือสมคบกับผู้ก่อตั้งทรัสต์ด้วย หรือในการการเพิกถอนการขอลดความสุจริตของทรัสต์ยังเป็นตัวอุปสรรคในการเพิกถอนการขอลดด้วย เพราะกฎหมายรับรองความสุจริตของคู่สัญญามากกว่าความเสียหายของเจ้าหนี้ ตามหลักการควบคุมกองทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ไม่ได้เป็นสัญญาที่มีลักษณะแบบสัญญาทั่วไป คู่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ คือ ทรัสต์ แทบจะไม่มีความสัมพันธ์ทางด้านทรัพย์สินในกองทรัสต์ ดังนั้นการพิสูจน์ว่าทรัสต์รับรู้ หรือสมคบกับผู้ก่อตั้งทรัสต์จึงยากจะเกิดขึ้น และตามความเป็นจริงความน่าจะเป็นที่ทรัสต์เป็นผู้สุจริตจะสูงมาก เพราะ ทรัสต์ตาม พ.ร.บ. ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในทุน วางโครงสร้างให้สถาบันการเงินเป็นทรัสต์ ดังนั้นความน่าเชื่อถือว่าสถาบัน

การเงินในสายตาของสังคมจึงน่าจะเป็นผู้บริสุทธิ การจะพิสูจน์ให้ถึงความน่าเชื่อถือว่าการเงินเป็นผู้สุจริตก็เป็นภาระหนักของเจ้าหน้าที่จะทำให้การเพิกถอนการซื้อล้มไม่สามารถดำเนินการได้ตามความเป็นจริง

หากจะพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่ง การที่ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น มีมาตรการจัดการผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่ใช้ทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ที่น่าจะเป็น เพราะการใช้ทรัสต์ในทั้ง 3 ประเทศ เป็นไปในลักษณะวงกว้าง กล่าวคือ สามารถก่อตั้งทรัสต์ได้โดยมีข้อจำกัดที่น้อยมาก จึงทำให้เกิดช่องทางให้ผู้ทุจริตใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำที่มีชอบ กลับกันในประเทศไทยจำกัดการก่อตั้งทรัสต์ไว้ทั้งวัตถุประสงค์การใช้และคุณสมบัติของบุคคลที่จะใช้ทรัสต์ จึงทำให้เกิดกรณีใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือการทุจริตจึงเป็นไปได้ยาก

รัฐซึ่งมีหน้าที่ซึ่งนำหน้าส่วนได้เสียของการใช้มาตรการทางกฎหมาย จึงน่าจะเป็นเหตุผลอันทำให้รัฐที่อนุญาตให้ก่อตั้งทรัสต์ได้โดยง่ายจำเป็นต้องมีมาตรการเพิกถอนการซื้อล้มของลูกหนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้ มากกว่าจะคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลภายนอก ผู้สุจริตอย่างผู้รับประโยชน์ ในทางกลับกันสำหรับประเทศไทยที่อนุญาตให้ก่อตั้งทรัสต์ได้โดยยาก รัฐจึงเลือกที่จะคุ้มครองผู้รับประโยชน์ซึ่งสุจริต และเป็นผู้ที่อยู่ในตลาดทุน มิให้มีการเพิกถอนสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้โดยง่าย เพื่อป้องกันผลกระทบต่อเสถียรภาพในตลาดทุน

2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาผู้วิจัยเห็นสมควรให้มีการแบ่งมาตรการทางกฎหมายเพื่อใช้จัดการกับกรณีตามสมมุติฐานไว้ 2 วิธี คือ

1. วิธีการการจัดการโดยการแก้ไขกฎหมาย

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบการดำเนินการทางกฎหมายระหว่างกฎหมายต่างประเทศ คือ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น กับ กฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน จะสังเกตเห็นได้ว่าความแตกต่างของกฎหมาย คือ กฎหมายต่างประเทศจะไม่ได้ให้ความสำคัญต่อทรัสต์ซึ่งเป็นคู่สัญญา แต่จะให้ความสำคัญต่อผู้รับประโยชน์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก แต่มีความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินโดยตรง แต่กฎหมายไทยจะให้ความสำคัญต่อตัวทรัสต์ซึ่งเป็นคู่สัญญาเป็นหลัก ความสุจริตหรือทุจริตของทรัสต์เป็นปัจจัยสำคัญต่อการเพิกถอนสัญญา และมีผลต่อทรัพย์สิน

ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ หากทรัสต์ที่สุจริต และไม่ให้ความร่วมมือในการดำเนินการทางคดีกับ
เจ้าหนี้ จุดประสงค์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ย่อมประสบผลสำเร็จ

ทั้งนี้เนื่องจาก กฎหมายของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันถูกสร้างขึ้นสำหรับ
นิติกรรม และสัญญาที่มีความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินแบบธรรมดา เช่น สัญญาซื้อขาย
สัญญาให้ หรือ พันยกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเพิกถอนการซื้อผลที่เป็นช่องทางที่
สะดวกที่สุดสำหรับเจ้าหนี้ แต่กลับมีอุปสรรคสำคัญคือความสุจริตของทรัสต์ ซึ่งกฎหมาย
ไทยมุ่งเป็นส่วนสำคัญในการเพิกถอน ซึ่งไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ตามสมมุติฐานการ
วิจัย ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าการดำเนินการแก้ไขกรณีตามสมมุติฐานควรจะมีบัญญัติแก้ไข
พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 โดยให้แนวทางตาม
กฎหมายทรัสต์ของประเทศญี่ปุ่น คือ บัญญัติให้ชัดเจนถึงกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์ซื้อผลเจ้าหนี้
โดยการก่อตั้งทรัสต์ ให้ใช้วิธีการเพิกถอนการซื้อผลตามประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ มาตรา 237 แต่บัญญัติยกเว้นให้สามารถเพิกถอนสัญญาก่อตั้งทรัสต์ซึ่งซื้อผล
เจ้าหนี้ได้ แม้ทรัสต์จะสุจริต

ทั้งนี้ผู้วิจัยขอเสนอว่าควรเพิ่มเติมเป็นวรรคที่สาม และวรรคที่สี่ของ
มาตรา 13 พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 โดยมีข้อความดังนี้

“มาตรา 13 สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์เป็น
ผู้รับประโยชน์ด้วยมิได้ เว้นแต่มีบุคคลอื่นเป็นผู้รับประโยชน์รวมอยู่ด้วย และผู้รับ
ประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ไม่เกินสัดส่วนที่
คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์เกิน
สัดส่วนที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้ประโยชน์ส่วนที่เกินนั้นตกเป็นของผู้รับประโยชน์รายอื่น

ในกรณีการจัดตั้งและจัดการทรัสต์เพื่อย้ายถ่ายทรัพย์สินโดยทำให้
เจ้าหนี้ของผู้จัดตั้งทรัสต์เสียเปรียบ ให้เจ้าหนี้ของผู้จัดตั้งทรัสต์ร้องขอให้ศาลเพิกถอนการ
จัดตั้งและจัดการทรัสต์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 237 ได้ แม้ว่า
การกระทำของทรัสต์จะเป็นการกระทำโดยสุจริตก็ตาม

การใช้สิทธิเพิกถอนตามวรรคสามไม่กระทบถึงประโยชน์ที่ผู้รับประโยชน์
ได้รับไปแล้ว เว้นแต่ประโยชน์นั้นเป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระ หรือผู้รับประโยชน์รู้หรือไม่

รู้เนื่องจากประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในขณะที่ได้รับประโยชน์นั้นว่าการรับประโยชน์นั้นเป็นผลเสียต่อเจ้าหน้าที่ของผู้จัดตั้งทรัสต์”

โดยวิธีนี้จะทำให้การเพิกถอนสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้โดยง่ายกว่าปัจจุบัน ซึ่งอาจจะทำให้ผู้รับประโยชน์ผู้บริสุทธิ์ได้รับผลกระทบได้ง่าย จึงอาจจะเปรียบเทียบได้ว่าเป็นยาแรงที่จะใช้จัดการกับกรณีตามสมมุติฐานได้โดยตรง ซึ่งหากในอนาคตเกิดกรณีอย่างเช่นที่สมมุติฐานตั้งไว้ คือ มีการใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้เป็นจำนวนมาก ก็คงจำเป็นต้องอาศัยวิธีการแก้กฎหมายมาใช้ยับยั้งแก้กรณี เพราะเป็นการแก้ไขปัญหาที่ตรงจุด

2. วิธีการจัดการโดยการสร้างมาตรการป้องกันให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์เข้าเป็นผู้รับประโยชน์ได้ยากขึ้น

ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 มาตรา 13 วรรคหนึ่ง ได้ให้อำนาจแก่ คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนดอัตราส่วนการเข้าร่วมรับผลประโยชน์ ดังนี้

“มาตรา 13 สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์ด้วยมิได้ เว้นแต่มีบุคคลอื่นเป็นผู้รับประโยชน์ร่วมอยู่ด้วย และผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ไม่เกินสัดส่วนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด”

โดยผู้วิจัยขอเสนอให้ คณะกรรมการ ก.ล.ต. กำหนดคุณสมบัติของผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่จะเข้าร่วมรับประโยชน์เพิ่มเติม โดยกำหนดให้บุคคลที่ใกล้ชิดของผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลจะต้องถูกปฏิบัติเสมือนหนึ่งเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ โดยอาศัยหลักการเดียวกับการพิจารณาการเข้าถึงหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 258 กล่าวคือ ให้ถือว่าผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ก่อตั้งทรัสต์และเข้ารับประโยชน์ในกองทรัสต์ต้องเข้ารับประโยชน์ไม่เกินสัดส่วนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนดด้วย โดยให้บุคคลดังต่อไปนี้ถือเสมือนเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ด้วย

(1) คู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของผู้ก่อตั้งทรัสต์

(2) บุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ เกินร้อยละสามสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลดังกล่าว โดยให้นับรวมสิทธิออกเสียงของคู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของผู้ถือหุ้นนั้นด้วย

(3) นิติบุคคลที่ผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ เกินร้อยละสามสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลดังกล่าว

(4) ผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลตาม (3) ต่อไปเป็นทอดๆ เริ่มจากการถือหุ้นในนิติบุคคลตาม (3) โดยการถือหุ้นในแต่ละทอดเกินร้อยละสามสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลที่ถูกถือหุ้น ทั้งนี้ หากการถือหุ้นในทอดใดมีผู้ถือหุ้นเป็นบุคคลธรรมดาให้นับรวมจำนวนสิทธิออกเสียงของคู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของบุคคลดังกล่าวในนิติบุคคลที่ถูกถือหุ้นนั้นด้วย

(5) นิติบุคคลที่มีบุคคลซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) เป็นผู้ถือหุ้นรวมกันเกินร้อยละสามสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบุคคลดังกล่าว

(6) นิติบุคคลที่มีบุคคลตาม (5) เป็นผู้ถือหุ้นต่อไปเป็นทอดๆ เริ่มจากผู้ถือหุ้นในนิติบุคคล (5) โดยการถือหุ้นในแต่ละทอดเกินร้อยละสามสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลที่ถูกถือหุ้นดังกล่าว

(7) ห้างหุ้นส่วนสามัญที่บุคคลซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือบุคคลตาม (1) (2) (3) (4) (5) หรือ (6) หรือห้างหุ้นส่วนจำกัดตาม (8) เป็นหุ้นส่วน

(8) ห้างหุ้นส่วนจำกัดที่บุคคลซึ่งเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือบุคคลตาม (1) (2) (3) (4) (5) หรือ (6) หรือห้างหุ้นส่วนสามัญตาม (7) เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบ

โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้รับประโยชน์ที่สุจริต และยังคงช่วยป้องกันการใช้ทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ถึงแม้มาตรการออกหลักเกณฑ์ข้างต้นจะเป็นเพียงมาตรการที่ป้องกัน โดยมีได้คุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้โดยตรง แต่ก็น่าจะทำให้เจ้าหนี้ได้ประโยชน์ในทางอ้อม เพราะผู้ก่อตั้งทรัสต์จะใช้ทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงการชำระหนี้ได้ยาก

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จมิได้เลย หากขาดความอุปถัมภ์จากท่านอาจารย์ที่เป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์ภรณ์ ไสยพิพันธุ์ อย่างยิ่งที่ได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมทั้งให้ความรู้ คำปรึกษา รวมทั้งคำแนะนำในการทำวิจัยตลอดมา และขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พินัย ฦ นคร ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าของท่านในการเป็นกรรมการสอบ ช่วยชี้แนะและให้ข้อคิดเห็นเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์สุทธิชัย จิตรวาณิช ที่ให้ความเมตตาต่อผู้เขียนอย่างสูงยิ่งที่ได้สละเวลาอันมีค่าในการเป็นกรรมการสอบ ทั้งยังให้ข้อคิด คำแนะนำ จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณจันทิมา เพียรเวช ที่ช่วยให้คำแนะนำในประเด็นต่างๆ ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบคุณพี่ๆ และเพื่อนร่วมงานที่ตลาดหลักทรัพย์ทุกคนที่ช่วยทำให้วิทยานิพนธ์สมบูรณ์ขึ้น รวมถึงเป็นกำลังใจมาโดยตลอด และ ขอขอบใจเพื่อนๆ ทั้งที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ให้กำลังใจและช่วยเหลือในการเรียนตลอดมา

ทำยนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อ คุณแม่ และพี่สาว ที่ช่วยสนับสนุน และให้กำลังใจมาโดยตลอด คุณประโยชน์อันใดที่เกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบให้แก่ครอบครัว ครูบาอาจารย์ และผู้มีพระคุณทั้งหลายที่ผู้เขียนเคารพรัก

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กลุ่มนโยบายการออมและการลงทุนในภาพรวม. ประมวลคำศัพท์[Online]. กรุงเทพฯ: สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, 2551?. แหล่งที่มา: <http://www.fpo.go.th/FSEG/Index.php?body=./Source/Word/Word.php&Language=Thai>[10 พฤศจิกายน 2551]

กิตติศักดิ์ ปรกิติ. เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา: ส่วนที่ 3 เงื่อนไขความมีผลแห่งนิติกรรม[Online]. กรุงเทพฯ: กิตติศักดิ์ ปรกิติ, 2551?. แหล่งที่มา: http://law.tu.ac.th/outline/2_2550/LA101/05_150_153_173_174.pdf[22 มกราคม 2552]

กิตติศักดิ์ ปรกิติ. เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา: ส่วนที่ 4 ความบกพร่องเสื่อมเสียแห่งเจตนา[Online]. กรุงเทพฯ: กิตติศักดิ์ ปรกิติ, 2551?. แหล่งที่มา: http://law.tu.ac.th/outline/2_2550/LA101/06_154_167_draft.PDF[22 มกราคม 2552]

คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน[Online]. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, 2552?. แหล่งที่มา: www.sec.or.th/laws_notification/file_dw_th/trust.pdf[20 มกราคม 2552]

คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์,สำนักงาน. เอกสารรับฟังความคิดเห็น เรื่อง การใช้ทรัสต์กับธุรกรรมในตลาดทุน และ การให้ความเห็นชอบทรัสต์ เอกสารเผยแพร่ เลขที่ อช. 5/2552. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, 2552.

จิต เศรษฐบุตร แก้ไขเพิ่มเติมโดย นายจิตติ ติงศภัทย์. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะ นิติกรรมและหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม. พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.

เทพวิฑูร, พระยา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา บรรพ 1 หลักทั่วไปว่าด้วย นิติกรรม ระยะเวลา อายุความ. กรุงเทพฯ: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์, 2545.

บัญญัติ สุชีวะ. ทรัสต์. ดุลพาหะ 1 (2505): 18-49.

- ฝ่ายเศรษฐกิจรายสาขาสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. รายงานฉบับสมบูรณ์: โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง “การเมืองกับผลประโยชน์ทางธุรกิจภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540”.
 นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, มกราคม 2546.
- พิศิษฐ์ กัณททิพย์. บทที่ 2 ความสมบูรณ์แห่งนิติกรรม กฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา [Online]. เชียงราย: มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2552. แหล่งที่มา: <http://e-learning.mfu.ac.th/mflu/1602203/chap2.htm>[21 มกราคม 2552]
- พิศิษฐ์ กัณททิพย์. บทที่ 4 การแสดงเจตนาวิปริต และความไม่เป็นผลแห่งนิติกรรม กฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา[Online]. เชียงราย: มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, 2552. แหล่งที่มา: <http://e-learning.mfu.ac.th/mflu/1602203/chap4.htm>[22 มกราคม 2552]
- รพี สุจริตกุล. การเสวนา: การลงทุนเปิดเผย การเมืองโปร่งใส ผ่านกลไก Blind Trust, 15 มกราคม 2552.
- วิชา มหาคุณ. คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2549.
- ศันท์กรรณ์ (จำปี) ไสตติพันธ์. คำอธิบาย นิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550.
- ศักดิ์ สมองชาติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2549.
- สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง หลักทั่วไป เล่ม 1 ความรู้กฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542.
- สำนักวิจัยตลาดทุน บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย. การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ = Securitization. กรุงเทพฯ. 2539?.
- สุธีร์ ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.
- สุนันทา ประกอบกิจ. ข้อจำกัดทางกฎหมายของการจัดการทรัพย์สินเพื่อบุคคลอื่นในการทำธุรกรรมทางการเงินและแนวทางแก้ไข. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2539.
- สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545
- สุวัฒน์ เกิดผล. หลักการคุ้มครองเจ้าหนี้กับสิทธิของบุคคลภายนอกในผลแห่งการเพิกถอนการซื้อ. วารสารกฎหมาย. 20 (กรกฎาคม 2544): 166-173.

โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์-หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2548.

โสภณ รัตนากร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์-หุ้นส่วน บริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2545.

เสริม วิณิชัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515

เสนีย์ ปราโมช. ตำนานทฤษฎี. บทบัญญัติ (2475): 416- 418.

เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2505.

เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย นิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์). กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2505.

อัคราทร จุฬารัตน. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เฟสท์การพิมพ์, 2520.

ภาษาอังกฤษ

Bryan A. Garner. Black's Law Dictionary. 8th Edition. St. Paul: Thomson business, 2004.

D.J. Hayton. The Law of Trusts. London: Sweet&Maxweel, 1989.

Gary Watt MA (Oxon). Trusts Textbook. 2nd Edition. Great Clarendon Street Oxford: Oxford University Press, 2006.

Gaudiosi, Monica M. The Influence of the Islamic Law of Waqf on the Development of the Trust in England: The Case of Merton College. University of Pennsylvania Law Review 136 (4): (April 1988) : page 1231-1261

George T Bogert. Trusts. 6th edition. St.Paul Minesota: West Publishing Co., 1987.

Paul Todd. Textbook on Trust. 4th Edition. Aldine Place London: Blackstone Press Limited, 1999.

Paul Todd and Sarah Lowrie. Textbook on Trusts. 5th Edition. Aldine Place London: Blackstone Press Limited, 2000.

Philip Pettit. Equity And The Law of Trust. 10th Edition. Great Clarendon Street Oxford: Oxford University Press, 2006.

Simon Gardner. An Introduction to the Law of Trusts. 2nd Edition. Great Clarendon Street Oxford: Oxford University Press, 2003.

Takashi Matsumoto, Trusts. Doing Business in Japan 3 (1991): II 10-2- II 10-9.

The Investment Trusts Association. Investment Trusts in Japan. Japan: Nihon Printing Co., Ltd., 2008.

Wikipedia. Bankruptcy remote[Online]. U.S.: Wikimedia Foundation, Inc., 2009.

Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy_remote [2009, January20]

Wikipedia. Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their

Recognition[Online]. U.S.: Wikimedia Foundation, Inc., 2009. Available from: http://en.wikipedia.org/wiki/Hague_Convention_on_the_Law_Applicable_to_Trusts_and_on_their_Recognition [2008, December 31]

Wikipedia. Trust law[Online]. U.S.: Wikimedia Foundation, Inc., 2009. Available from:

http://en.wikipedia.org/wiki/Trust_law [2009, January19]

ภาคผนวก

☐ TRUST LAW

(Law No. 62, Apr. 21, 1922)

(Definition)

Article 1. The trust within the meaning of this Law shall signify to transfer or otherwise dispose of a property right and cause another person to administer or dispose of the property in accordance with a specific purpose.

(Trust by will)

Article 2. A trust may be created by will.

(Public notice of trust)

Article 3. With regard to property rights which are to be registered or recorded, a trust cannot be set up against third persons, unless it is registered or recorded.

2. With regard to valuable instruments, a trust cannot be set up against third persons, unless in accordance with the provisions of Imperial Ordinance it is indicated on the instruments that they are trust properties, and with regard to shares and debentures, unless entries are also made in the book of shareholders or of debentures to the effect that they are trust properties.

(Management and disposal of trust property)

Article 4. The trustee shall administer or dispose of the trust property in accordance with the provisions of the act of trust.

(Trustees) ①

Article 5. A minor, a person adjudged incompetent or quasi-incompetent, and a bankrupt shall not be a trustee.

(Trust by way of business, a commercial transaction)

Article 6. The acceptance of a trust shall be a commercial transaction, when effected as a business.

(Enjoyment of benefits by beneficiary)

Article 7. A person who has been designated as a beneficiary in the act of trust shall *ipso jure* enjoy the benefits of trust, provided however, that when it is provided otherwise in the act of trust, such provision shall govern.

(Trust administrator)

Article 8. In cases where there exist beneficiaries who are indefinite or not yet in existence, the Court may, either upon demand of persons interested or of its own motion, appoint a

trust administrator, provided however, that this shall not apply if a trust administrator has been designated in the act of trust.

2. A trust administrator shall have power to do any act relative to the trust in and out of Court in his own name, on behalf of the beneficiaries mentioned in the preceding paragraph.

3. The Court may, according to the circumstances of the case, grant to the trust administrator a reasonable remuneration out of the trust property.

(Restriction on enjoyment of benefits by trustee)

Article 9. A trustee shall not enjoy the benefits of trust in the name of any person whomsoever, except where he is one of the co-beneficiaries.

(Trusts to circumvent law)

Article 10. Any person who is debarred by law from holding a certain property right shall not, as a beneficiary of a trust, enjoy the same benefits as are derived from holding such right.

(Trust for litigation)

Article 11. No trust shall be created, making it its principal object to cause acts of litigation to be done.

(Trust to defraud creditors)

Article 12. In cases where an obligor has created a trust, knowing it to be prejudicial to his obligee, the obligee may exercise the right of avoidance provided for in Article 242 paragraph 1 of the Civil Code, even if the trustee be *ona fide*.

2. The avoidance made pursuant to the provisions of the preceding paragraph shall not affect the benefits which the beneficiary shall have already received, provided however, that this shall not apply where the obligation in favor of the beneficiary is not yet due, or where the beneficiary knew, or did not know through gross negligence, at the time the beneficiary received the benefits, the fact that it would be prejudicial to the obligee.

(Defect in possession of trust property)

Article 13. With respect to the possession of trust property, the trustee shall succeed to any defect in the possession by the settlor.

2. The provisions of the preceding paragraph shall apply

mutatis mutandis to valuable instruments which have for their objects the delivery of money, other things, or valuable instruments. 187

(Scope of trust property)

Article 14. Any property acquired by the trustee through administration, disposal, destruction, damage, or other causes, shall appertain to the trust property.

(Distinct and separate existence of trust property)

Article 15. The trust property shall not appertain to the trustee's estate of inheritance.

(Ditto) ②

Article 16. No compulsory execution, provisional attachment or provisional disposition shall be levied on the trust property, nor shall it be sold by official public auction, except by virtue of a right which arose on the trust property for a cause appertaining prior to the creation of trust or a right which across in the course of management of trust affairs.

2. The settlor, his or her heir, the beneficiary and the trustee may raise objection to compulsory execution, provisional attachment, provisional disposition or sale by official public auction levied or made in contravention of the provisions of the preceding paragraph. In such cases, the provisions of Article 38 of the Civil Execution Law (Law No. 4 of 1979) shall apply mutatis mutandis.

Article 17. No set-off shall be effected between obligations pertaining to the trust property and liabilities not pertaining to the trust property.

Article 18. In cases where the trust property is a right other than ownership, the right shall not become extinct by merger, even if the trustee acquires the property forming the subject-matter of such right.

(Limited liability of trustee)

Article 19. With regard to obligations which the trustee owes the beneficiary by virtue of the act of trust, the trustee shall be liable for the performance thereof only to the extent of the trust property.

(Trustee's duty to administer)

Article 20. A trustee shall manage trust affairs with the care of a good manager in compliance with the tenor and purport of the trust.

Article 21. The manner in which moneys pertaining to the

trust property are to be administered shall be prescribed by Imperial Ordinance.

(Distinction between trust property and trustee's own property)

Article 22. A trustee shall neither make the trust property his own property nor acquire any right thereon, in the name of any person whomsoever, provided however, that this shall not apply in cases where the trustee converts the trust property into his own for unavoidable reasons, upon obtaining permission of the Court.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not preclude the trustee from succeeding to a right on the trust property by inheritance or other universal transmission. In such cases, the provisions of Article 18 shall apply *mutatis mutandis*.

(Change in methods of administering res)

Article 23. In cases where the manner of administering trust property has become inappropriate for the benefits of the beneficiary by reason of special circumstances which could not be foreseen at the time of the act of trust, the settlor, his or her heir, the beneficiary, or the trustee may apply to the Court for alteration thereof.

2. The provisions of the preceding paragraph shall apply *mutatis mutandis* to the manner of administering trust property that had been prescribed by the Court.

(Co-trustees)

Article 24. Where there are several trustees, the trust property shall be held by them in joint tenancy.

2. In the case mentioned in the preceding paragraph, the management of trust affairs shall be undertaken by the trustees conjointly, except in cases where it is provided otherwise in the act of trust, provided however, that manifestation of intention made to any of them shall take effect against all the other trustees as well.

Article 25. Where there are several trustees, obligations owed to the beneficiary by virtue of the act of trust shall be joint and several. The same shall also apply to obligations owed in connection with the management of trust affairs.

(Delegation of trust affairs)

189

Article 26. Except where it is provided otherwise in the act of trust, the trustee may cause another person to manage trust affairs in his or her place, only when there exist unavoidable causes.

2. In the case mentioned in the preceding paragraph, the trustee shall be liable only with respect to the appointment and supervision of such person. The same shall apply also in cases where the trustee has caused another person to manage trust affairs pursuant to the act of trust.

3. Any person who manages trust affairs in place of the trustee shall assume the same responsibility as the trustee.

(Compensation of losses)

Article 27. In cases where the trustee has inflicted losses upon the trust property through mismanagement, or disposed of the trust property in violation of the tenor and purport of the trust, the settlor, his or her heir, the beneficiary, and other trustees may demand of the trustee indemnification of losses or restitution of the trust property.

(Administration of trust property separate from that of trustee's own property)

Article 28. The trust property shall be administered set apart from the trustee's own property and other trust properties, provided however, that with regard to moneys that are trust property, it shall be sufficient to keep separate account of them.

Article 29. The provisions of Article 27 shall apply mutatis mutandis in cases where the trustee has administered the trust property in violation of the provisions of the preceding Article.

2. In the case mentioned in the preceding paragraph, if losses have been inflicted upon the trust property, the trustee shall not be relieved of his or her responsibility by reason of causes beyond his or her control, unless it is proved that the losses should have been inflicted even if it were separately administered.

(Union, mixture, and processing of trust property)

Article 30. In case there has been uniting together or mixture with, or work performed on, trust properties, the trust properties and the trustee's own properties shall each be deemed to belong to different owners, and the provisions of Articles

242 to 248 inclusive of the Civil Code shall apply.

(Breach of trust duties)

Article 31. In cases where the trustee disposes of the trust property in contravention of the tenor and purport of the trust, the beneficiary may avoid such disposal as against the other party or subsequent acquirers, provided however, that this shall apply only in case there has been registration or recordation of the trust, or in cases where, with respect to trust properties that are not to be registered or recorded, the other party and sub-acquirers, had known or failed to know because of gross negligence that the disposition in question was in contravention of the tenor and purport of the trust.

Article 32. Where there are several beneficiaries, the avoidance effected by one of them pursuant to the provisions of the preceding Article shall have its effect also in behalf of the other beneficiaries.

Article 33. The right of avoidance provided for in Article 31 shall become extinct unless exercised by the beneficiary or the trust administrator within one month of the time when they became aware of the cause of avoidance. The same shall apply also in cases where one year has elapsed from the time of the disposal.

Article 34. In cases where a juristic person which is the trustee has acted against its duties as such, any directors or similar officers thereof who have participated in the act shall also be responsible conjointly with the juristic person.

(Trustee's claims)

Article 35. The trustee shall not be entitled to remuneration unless there exists special stipulation to that effect, except when the trust has been accepted as a business.

Article 36. With regard to the taxes, public dues, and other expenses which the trustee has borne with respect to the trust property, or with regard to the compensation of losses which the trustee has suffered in connection with the management of trust affairs without negligence on his or her part, the trustee may sell the trust property and satisfy his or her claim in preference to other claimants.

2. The trustee may demand of the beneficiary either reimbursement or indemnification, or furnishing of reasonable

security, with respect to the expenses and losses mentioned in the preceding paragraph, provided however, that this shall not apply in cases where the beneficiary in question is not yet *in esse*.

3. The provisions of the preceding paragraph shall not apply in cases where the beneficiary has waived his or her rights.

Article 37. The provisions of the preceding Article shall apply *mutatis mutandis* to remunerations payable to the trustee, in case the trustee is entitled to receive it out of the trust property. The same shall apply also where the trustee is to receive remuneration from the beneficiary.

(Restriction on claim)

Article 38. The trustee's rights of claim provided for in Article 36 and also in the preceding Article shall not be exercised until after the trustee shall have performed the duty of indemnification of losses or of restitution of the trust property in accordance with the provisions of Article 27 or Article 29.

(Keeping books)

Article 39. The trustee shall keep books and make clear as to each of the trusts the management of its affairs and accounts.

2. The trustee must, at the time of acceptance of trust and also regularly once a year, prepare the inventory as to each of the trusts.

(Inspection)

Article 40. Any person interested may at any time demand inspection of the documents mentioned in the preceding Article.

2. The settlor, his or her heirs, and the beneficiary may demand inspection of the documents relative to the management of trust affairs and explanations as to the management of trust affairs.

(Supervision by Court)

Article 41. Except where the acceptance of trust is effected as a business, trust affairs shall be subject to the supervision by the Court.

2. The trustee shall prepare inventories of each of the trusts, of its own motion, inspect the management of trust affairs, appoint inspectors, and issue any other necessary orders.

(Termination of office of trustee)

Article 42. When a trustee dies, or is declared bankrupt.

incompetent or quasi-incompetent, his or her duties shall thereby terminate. The same shall apply in case a juristic person which is a trustee is dissolved.

2. In the case mentioned in the preceding paragraph, the heir of the trustee, his or her legal representative, the administrator in bankruptcy, the guardian, the curator, or the liquidator shall keep in custody the trust property and do such acts as are required for taking over affairs of the trust until a new trustee becomes able to manage the trust affairs. The same shall also apply, in cases of amalgamation of juristic persons, with respect to the juristic person which is formed by amalgamation or the juristic person which continues to exist after amalgamation.

Article 43. Except in cases where it is provided otherwise in the act of trust, a trustee shall not resign from his office unless the beneficiary and the settlor consent thereto.

Article 44. If a person, who has become a trustee because of a special qualification pursuant to the provisions in the act of trust, loses such qualification, his or her duties shall thereby terminate.

Article 45. Any person, whose office or duties have terminated pursuant to the provisions of Article 43 or of the preceding Article, shall still have the rights and duties of trustee until a new trustee becomes able to manage affairs of the trust.

Article 46. Where there exist unavoidable reasons, a trustee may resign from his office upon obtaining permission of the Court.

(Dismissal)

Article 47. In cases where a trustee commits a breach of his duties or where there exist other important reasons, the Court may, upon application of the settlor, his or her heirs, or the beneficiary, dismiss the trustee from his office.

(Appointment of administrator, etc.)

Article 48. In cases where a trustee has resigned or been dismissed from his office pursuant to the provisions of Article 46 or the preceding Article, the Court may appoint an administrator of trust property and issue any other necessary orders.

(Appointment of new trustee)

Article 49. In cases where the duties of a trustee have terminated, any person interested may apply to the Court for

the appointment of a new trustee.

2. The provisions of the preceding paragraph shall apply mutatis mutandis when a person, who has been designated in a will to be a trustee, fails to accept the trust or is unable to do so.

3. The provisions of the preceding two paragraphs shall not apply where it is provided otherwise in the act of trust.

4. The provisions of Article 8 paragraph 3 shall apply mutatis mutandis to a trustee.

(Transmission of trust property)

Article 50. In cases where there has been a substitution of trustees, the trust property shall be deemed to have been transferred to the new trustee at the time the duties of the former trustee terminated.

2. In cases where there are several trustees, if the duties of one of them have terminated, the trust property shall ipso jure vest in the other trustees.

(Transmission of duty to indemnify losses)

Article 51. The rights provided for in Article 27 or Article 29 may also be exercised by a new trustee.

(Transmission of rights and duties)

Article 52. In cases where there has been substitution of trustees, the new trustee shall succeed to the duties and obligations which the former trustee owed the beneficiary by virtue of the act of trust.

2. The provisions of the preceding paragraph shall apply mutatis mutandis to the case mentioned in Article 50 paragraph 2.

3. Any obligation which has accrued in the management of trust affairs may also be exercised against the new trustee to the extent of the trust property.

(Continuation of compulsory execution and official auction) ②

Article 53. The procedures of compulsory execution, execution of provisional attachment or provisional disposition or official public auction levied or being carried on the trust property may be continued as against the new trustee.

(Ditto) ②

Article 54. The former trustee may levy compulsory execution, provisional attachment or provisional disposition upon, or sell by official public auction, the trust property as against the new trustee by virtue of the right to receive costs or compensation of losses as

provided for in Article 36 paragraph 1, or of the right to be paid re-¹⁹⁴
muneration mentioned in Article 37.

2. The former trustee may retain the trust property for purposes of exercising the rights mentioned in the preceding paragraph.

(Taking over affairs)

Article 55. In the case of substitution of trustees, account shall be made of trust affairs and the affairs shall be taken over in the presence of the beneficiary or of the trust administrator.

2. If the beneficiary or the trust administrator has approved the account mentioned in the preceding paragraph, the responsibility toward the beneficiary in question of the former trustee for taking over of the affairs shall be deemed to have been relieved by such approval, provided however, that this shall not apply where there has been any dishonest act.

(Termination of trust)

Article 56. When the causes specified in the act of trust have taken place, or where the object of trust has been attained or has become impossible of attainment, the trust shall thereby terminate.

(Revocation of trust)

Article 57. In cases where the settlor is entitled to the whole of the benefits of a trust, the settlor or his or her heirs may at any time revoke the trust. In such cases, the provisions of Article 651 paragraph 2 of the Civil Code shall apply mutatis mutandis.

Article 58. Except in the case mentioned in the preceding Article, if in cases where the beneficiary is entitled to the whole of the benefits of a trust, it is impossible to fully perform the obligation unless resorting to the trust property, or there exist any other unavoidable reasons, the Court may, upon application of the beneficiary or of persons interested, order revocation of the trust.

Article 59. Notwithstanding the provisions of Article 57 and of the preceding Article, if it is provided otherwise in the act of trust with regard to the revocation of trust, such provisions shall prevail.

Article 60. A revocation of a trust shall be effective for

the future.

(Vesting of trust property after termination of trust)

Article 61. In cases where the trust has been revoked pursuant to the provisions of Article 57 or of Article 58, the trust property shall vest in the beneficiary.

Article 62. If, upon termination of a trust, there is no person designated in the act of trust in whom the trust property is to vest, the trust property shall vest in the settlor or his or her heirs.

(Continuation of trust)

Article 63. In the case of termination of a trust, the trust shall be deemed to continue to exist until the trust property is transferred to the person in whom it is to vest. In such cases, the person in whom the trust property is to vest shall be deemed to be the beneficiary.

(Compulsory execution and official auction)

Article 64. The provisions of Articles 53 and 54 shall apply mutatis mutandis in cases where the trust property has, because of termination of trust, vested in the beneficiary or other persons.

(Final statement of account upon termination of trust)

Article 65. Upon termination of trust, the trustee shall make a final account of trust affairs and obtain approval thereof by the beneficiary. In such cases, the provisions of Article 55 paragraph 2 shall apply mutatis mutandis.

(Charitable trusts)

Article 66. Any trust, the object of which consists in worship, religion, charity, science, the arts, and other public benefits, shall be charitable trusts, and the provisions of the next following six Articles shall apply to the supervision of such trusts.

(Supervision of charitable trusts)

Article 67. Charitable trusts shall be subject to the supervision by the competent government office.

Article 68. In order to accept a charitable trust, the trustee shall obtain permission of the competent government office.

Article 69. The competent government office may at any time inspect the management of affairs of a charitable trust and issue orders for deposit of properties or any other necessary

measures.

2 The trustee shall regularly once a year give public notice of the state of trust affairs and of properties.

(Change of terms of trust)

Article 70. If special circumstances, which would not have been foreseen at the time of the act of trust, arise with respect to a charitable trust, the competent government office may change the terms of trust in so far as the change does not contravene the tenor and purport of the trust.

(Resignation of trustee)

Article 71. The trustee of a charitable trust may resign from his office upon permission being granted by the competent government office, only in cases where there exist unavoidable reasons.

(Powers vested)

Article ~~72~~⁷³. With regard to charitable trusts, the powers of the Court provided for in Article 8 paragraphs 1 and 3, the proviso to Article 22 paragraph 1 and Articles 47 to 49 inclusive shall vest in the competent government office, provided however, that the powers provided for in Articles 47 and 49 may be exercised of the government office's own motion.

(Continuation of trust)

Article 73. If, upon termination of a charitable trust, there exists no person in whom the trust property is to vest, the competent government office may cause the trust to be continued for a similar purpose, which is not contrary to the tenor and purport of the original trust.

SUPPLEMENTAL PROVISIONS:

The date of coming into force of this Law shall be prescribed by an Imperial Ordinance. (The Law came into force on January 1, 1923, by virtue of Imperial Ordinance No. 512 of 1922).

SUPPLEMENTARY PROVISIONS (Law No. 223, Dec. 22, 1947):

①

Article 29. This Law shall come into force as from January 1, 1948.

SUPPLEMENTARY PROVISIONS (Law No. 5, Mar. 30, 1979): ②

(Enforcement date)

1. This Law shall come into force as from the enforcement date of the Civil Execution Law (Law No. 4 of 1979) (October 1, 1980).



Insolvency Act 1986

CHAPTER 45

LONDON
HER MAJESTY'S STATIONERY OFFICE

PART XVI

PROVISIONS AGAINST DEBT AVOIDANCE (ENGLAND AND WALES ONLY)

423.— Transactions defrauding creditors.

(1) This section relates to transactions entered into at an undervalue; and a person enters into such a transaction with another person if—

- (a) he makes a gift to the other person or he otherwise enters into a transaction with the other on terms that provide for him to receive no consideration;
- (b) he enters into a transaction with the other in consideration of marriage [or the formation of a civil partnership]⁴⁴⁵ ; or
- (c) he enters into a transaction with the other for a consideration the value of which, in money or money's worth, is significantly less than the value, in money or money's worth, of the consideration provided by himself.

(2) Where a person has entered into such a transaction, the court may, if satisfied under the next subsection, make such order as it thinks fit for—

- (a) restoring the position to what it would have been if the transaction had not been entered into, and
- (b) protecting the interests of persons who are victims of the transaction.

(3) In the case of a person entering into such a transaction, an order shall only be made if the court is satisfied that it was entered into by him for the purpose—

- (a) of putting assets beyond the reach of a person who is making, or may at some time make, a claim against him, or
- (b) of otherwise prejudicing the interests of such a person in relation to the claim which he is making or may make.

(4) In this section “the court” means the High Court or—

- (a) if the person entering into the transaction is an individual, any other court which would have jurisdiction in relation to a bankruptcy petition relating to him;
- (b) if that person is a body capable of being wound up under Part IV or V of this Act, any other court having jurisdiction to wind it up

(5) In relation to a transaction at an undervalue, references here and below to a victim of the transaction are to a person who is, or is capable of being, prejudiced by it; and in the following two sections the person entering into the transaction is referred to as “the debtor”.

424.— Those who may apply for an order under s. 423.

(1) An application for an order under section 423 shall not be made in relation to a transaction except—

⁴⁴⁵ Words inserted by Civil Partnership Act 2004 c. 33 Sch.27 para.121 (December 5, 2005)

- (a) in a case where the debtor has been adjudged bankrupt or is a body corporate which is being wound up or [is in administration]⁴⁴⁶, by the official receiver, by the trustee of the bankrupt's estate or the liquidator or administrator of the body corporate or (with the leave of the court) by a victim of the transaction;
- (b) in a case where a victim of the transaction is bound by a voluntary arrangement approved under Part I or Part VIII of this Act, by the supervisor of the voluntary arrangement or by any person who (whether or not so bound) is such a victim; or
- (c) in any other case, by a victim of the transaction.

(2) An application made under any of the paragraphs of subsection (1) is to be treated as made on behalf of every victim of the transaction.

425.— Provision which may be made by order under s. 423.

(1) Without prejudice to the generality of section 423, an order made under that section with respect to a transaction may (subject as follows)—

- (a) require any property transferred as part of the transaction to be vested in any person, either absolutely or for the benefit of all the persons on whose behalf the application for the order is treated as made;
- (b) require any property to be so vested if it represents, in any person's hands, the application either of the proceeds of sale of property so transferred or of money so transferred;
- (c) release or discharge (in whole or in part) any security given by the debtor;
- (d) require any person to pay to any other person in respect of benefits received from the debtor such sums as the court may direct;
- (e) provide for any surety or guarantor whose obligations to any person were released or discharged (in whole or in part) under the transaction to be under such new or revived obligations as the court thinks appropriate;
- (f) provide for security to be provided for the discharge of any obligation imposed by or arising under the order, for such an obligation to be charged on any property and for such security or charge to have the same priority as a security or charge released or discharged (in whole or in part) under the transaction.

(2) An order under section 423 may affect the property of, or impose any obligation on, any person whether or not he is the person with whom the debtor entered into the transaction; but such an order—

- (a) shall not prejudice any interest in property which was acquired from a person other than the debtor and was acquired in good faith, for value and without notice of the relevant circumstances, or prejudice any interest deriving from such an interest, and
- (b) shall not require a person who received a benefit from the transaction in good faith, for value and without notice of the relevant circumstances to pay any sum unless he was a party to the transaction.

(3) For the purposes of this section the relevant circumstances in relation to a transaction are the circumstances by virtue of which an order under section 423 may be made in respect of the transaction.

⁴⁴⁶ Words substituted subject to transitional provisions specified in SI 2003/2093 art.3 by Enterprise Act 2002 c. 40 Sch.17 para.36 (September 15, 2003: substitution has effect subject to transitional provisions specified in SI 2003/2093 art.3)

- (4) In this section "security" means any mortgage, charge, lien or other security.

PART XVII

MISCELLANEOUS AND GENERAL

426.— Co-operation between courts exercising jurisdiction in relation to insolvency.

(1) An order made by a court in any part of the United Kingdom in the exercise of jurisdiction in relation to insolvency law shall be enforced in any other part of the United Kingdom as if it were made by a court exercising the corresponding jurisdiction in that other part.

(2) However, without prejudice to the following provisions of this section, nothing in subsection (1) requires a court in any part of the United Kingdom to enforce, in relation to property situated in that part, any order made by a court in any other part of the United Kingdom.

(3) The Secretary of State, with the concurrence in relation to property situated in England and Wales of the Lord Chancellor, may by order make provision for securing that a trustee or assignee under the insolvency law of any part of the United Kingdom has, with such modifications as may be specified in the order, the same rights in relation to any property situated in another part of the United Kingdom as he would have in the corresponding circumstances if he were a trustee or assignee under the insolvency law of that other part.

(4) The courts having jurisdiction in relation to insolvency law in any part of the United Kingdom shall assist the courts having the corresponding jurisdiction in any other part of the United Kingdom or any relevant country or territory.

(5) For the purposes of subsection (4) a request made to a court in any part of the United Kingdom by a court in any other part of the United Kingdom or in a relevant country or territory is authority for the court to which the request is made to apply, in relation to any matters specified in the request, the insolvency law which is applicable by either court in relation to comparable matters falling within its jurisdiction.

In exercising its discretion under this subsection, a court shall have regard in particular to the rules of private international law.

(6) Where a person who is a trustee or assignee under the insolvency law of any part of the United Kingdom claims property situated in any other part of the United Kingdom (whether by virtue of an order under subsection (3) or otherwise), the submission of that claim to the court exercising jurisdiction in relation to insolvency law in that other part shall be treated in the same manner as a request made by a court for the purpose of subsection (4).

(7) Section 38 of the Criminal Law Act 1977 (execution of warrant of arrest throughout the United Kingdom) applies to a warrant which, in exercise of any jurisdiction in relation to insolvency law, is issued in any part of the United Kingdom for the arrest of a person as it applies to a warrant issued in that part of the United Kingdom for the arrest of a person charged with an offence.

(8) Without prejudice to any power to make rules of court, any power to make provision by subordinate legislation for the purpose of giving effect in relation to companies or individuals to the insolvency law of any part of the United Kingdom includes power to make provision for the purpose of giving effect in that part to any provision made by or under the preceding provisions of this section.



Law of Property Act 1925

PART IX.**VOIDABLE DISPOSITIONS.****172. Voluntary conveyances to defraud creditors voidable.-**

(1) Save as provided in this section, every conveyance of property, made whether before or after the commencement of this Act, with intent to defraud creditors, shall be voidable, at the instance of any person thereby prejudiced.

(2) This section does not affect the operation of a disentailing assurance, or the law of bankruptcy for the time being in force.

(3) This section does not extend to any estate or interest in property conveyed for valuable consideration and in good faith or upon good consideration and in good faith to any person not having, at the time of the conveyance, notice of the intent to defraud creditors.

173. Voluntary disposition of land how far voidable as against purchasers.-

(1) Every voluntary disposition of land made with intent to defraud a subsequent purchaser is voidable at the instance of that purchaser.

(2) For the purposes of this section, no voluntary disposition, whenever made, shall be deemed to have been made with intent to defraud by reason only that a subsequent conveyance for valuable consideration was made, if such subsequent conveyance was made after the twenty-eighth day of June, eighteen hundred and ninety-three.

174. Acquisitions of reversions at an under value.-

(1) No acquisition made in good faith, without fraud or unfair dealing, of any reversionary interest in real or personal property, for money or money's worth, shall be liable to be opened or set aside merely on the ground of under value.

In this subsection "reversionary interest" includes an expectancy or possibility.

(2) This section does not affect the jurisdiction of the court to set aside or modify unconscionable bargains.



พระราชบัญญัติ
ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน
พ.ศ. ๒๕๕๐

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๓๐ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๐
เป็นปีที่ ๖๒ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรมีกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๕ ประกอบกับมาตรา ๓๒ มาตรา ๓๓ มาตรา ๔๑ และมาตรา ๔๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. ๒๕๕๐”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่มาตรา ๓ มาตรา ๔ มาตรา ๕ มาตรา ๖ มาตรา ๗ มาตรา ๘ มาตรา ๙ มาตรา ๕๔ มาตรา ๕๕ มาตรา ๕๖ มาตรา ๕๗ มาตรา ๗๗ และมาตรา ๗๘ ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

“ทรัสต์” หมายความว่า นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์

“สัญญาก่อตั้งทรัสต์” หมายความว่า สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ก่อตั้งทรัสต์ โอนหรือ ก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ทรัสต์ ด้วยความไว้วางใจ ให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้รับประโยชน์ และให้หมายความ รวมถึงหนังสือแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ในกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์เป็นบุคคลเดียวกันด้วย

“กองทรัสต์” หมายความว่า บรรดาทรัพย์สินที่กำหนดตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และให้ หมายความรวมถึงบรรดาทรัพย์สิน ดอกผล หนี้สิน และความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการจัดการตามสัญญา ก่อตั้งทรัสต์ หรือตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้

“คณะกรรมการ ก.ส.ต.” หมายความว่า คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

“สำนักงาน ก.ส.ต.” หมายความว่า สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาด หลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

“พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๔ ทรัสต์อาจก่อตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ในการดำเนินธุรกรรมในตลาดทุนตามที่ คณะกรรมการ ก.ส.ต. ประกาศกำหนด ในเรื่องดังต่อไปนี้

(๑) การออกหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

(๒) การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลง สินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

(๓) ธุรกรรมอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุน

มาตรา ๕ ให้คณะกรรมการ ก.ส.ต. และสำนักงาน ก.ส.ต. ประกาศกำหนดให้ทราบเป็น การทั่วไปเกี่ยวกับระยะเวลาในการพิจารณาและการสั่งการในการอนุญาตและการให้ความเห็นชอบตาม พระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๖ บรรดาระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง หรือข้อกำหนดใด ๆ ที่ออกตาม พระราชบัญญัตินี้ โดยคณะกรรมการ ก.ส.ต. หรือสำนักงาน ก.ส.ต. และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

มาตรา ๗ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกประกาศและแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ประกาศนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด ๑

การกำกับดูแลหลักทรัพย์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

มาตรา ๘ ให้คณะกรรมการ ก.ล.ต. มีอำนาจหน้าที่วางนโยบายเกี่ยวกับการส่งเสริมและพัฒนา ตลอดจนกำกับดูแลหลักทรัพย์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน อำนาจหน้าที่ดังกล่าวให้รวมถึง

- (๑) ออกระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง หรือข้อกำหนดตามพระราชบัญญัตินี้
- (๒) กำหนดค่าธรรมเนียมสำหรับการขออนุญาต การอนุญาต หรือการประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้
- (๓) กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาปัญหาที่อาจเกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๙ ให้สำนักงาน ก.ล.ต. มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการใด ๆ เพื่อให้เป็นไปตามมติของคณะกรรมการ ก.ล.ต. และปฏิบัติงานอื่นตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ อำนาจหน้าที่ดังกล่าวให้รวมถึง

- (๑) ออกประกาศหรือคำสั่งตามพระราชบัญญัตินี้
- (๒) รับค่าปรับที่เป็นโทษปรับทางปกครองและค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บตามพระราชบัญญัตินี้ ค่าปรับและค่าธรรมเนียมตาม (๒) ให้ตกเป็นของสำนักงาน ก.ล.ต.

มาตรา ๑๐ ให้สำนักงาน ก.ล.ต. มีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำความผิดและการลงโทษบุคคลซึ่งกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

การเปิดเผยข้อมูลอื่นใดที่ได้รับเนื่องจากการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

หมวด ๒
การก่อตั้งทรัสต์ส่วนที่ ๑
สัญญาก่อตั้งทรัสต์

มาตรา ๑๑ ทรัสต์ย่อมก่อตั้งขึ้นเมื่อมีการทำสัญญาเป็นหนังสือ และผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้โอนทรัพย์สินหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ที่จะให้เป็นกองทรัสต์แก่ทรัสต์แล้ว

ในกรณีการก่อตั้งทรัสต์โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นบุคคลเดียวกันกับทรัสต์ ทรัสต์ย่อมก่อตั้งขึ้นเมื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ยื่นต่อสำนักงาน ก.ล.ด. ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ด. ประกาศกำหนด

มาตรา ๑๒ ผู้ที่จะเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ต้องเป็นนิติบุคคลดังต่อไปนี้

- (๑) บริษัทที่ออกหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- (๒) ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

(๓) นิติบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ด. ประกาศกำหนด

มาตรา ๑๓ สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์ด้วยมิได้ เว้นแต่มีบุคคลอื่นเป็นผู้รับประโยชน์รวมอยู่ด้วย และผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ไม่เกินสัดส่วนที่คณะกรรมการ ก.ล.ด. ประกาศกำหนด

ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์เกินสัดส่วนที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้ประโยชน์ส่วนที่เกินนั้นตกเป็นของผู้รับประโยชน์รายอื่น

มาตรา ๑๔ สัญญาก่อตั้งทรัสต์หากมิได้มีรายการและข้อความอย่างน้อยดังต่อไปนี้ ย่อมตกเป็นโมฆะ

- (๑) ชื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์
- (๒) ผู้รับประโยชน์ โดยการระบุชื่อ หรือคุณสมบัติ หรือลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้รับประโยชน์ก็ได้
- (๓) วัตถุประสงค์ของทรัสต์
- (๔) ทรัพย์สินที่จะให้เป็นกองทรัสต์

มาตรา ๑๕ สำนักงาน ก.ล.ต. อาจประกาศกำหนดรายการและข้อความที่ต้องมีในสัญญา ก่อตั้งทรัสต์เพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๔ ก็ได้

มาตรา ๑๖ การก่อตั้งทรัสต์ในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นโมฆะ

(๑) การก่อตั้งทรัสต์ที่ไม่เป็นไปตามมาตรา ๑๑ หรือมาตรา ๑๒

(๒) การก่อตั้งทรัสต์ซึ่งผู้เป็นทรัสต์ไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือถูกพักการประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์เป็นการชั่วคราว หรือถูกเพิกถอนการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ หรือถูกสั่งห้ามมิให้ทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์

มาตรา ๑๗ สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะมีข้อกำหนดที่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้มิได้ ข้อกำหนดของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นโมฆะ

ส่วนที่ ๒

ผลของการก่อตั้งทรัสต์

มาตรา ๑๘ เมื่อก่อตั้งทรัสต์ขึ้นแล้ว ให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับประโยชน์มีสิทธิและหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) ผู้ก่อตั้งทรัสต์ย่อมมีสิทธิหรือหน้าที่เฉพาะเท่าที่กำหนดในสัญญาก่อตั้งทรัสต์

(๒) ทรัสต์มีสิทธิตามกฎหมายเหนือกองทรัสต์ในฐานะผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สิน และมีหน้าที่จัดการกองทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และพระราชบัญญัตินี้

(๓) ผู้รับประโยชน์ย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการจัดการกองทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และมีสิทธิอื่น ๆ ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๑๙ ในกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ หรือผู้รับประโยชน์ตาย ถัมละลาย เลิกกิจการ หรือสิ้นสุดความเป็นบุคคลตามกฎหมาย หรือเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์ย่อมไม่กระทบต่อทรัสต์ที่ได้ก่อตั้งขึ้นแล้ว เว้นแต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ส่วนที่ ๓

การเปลี่ยนแปลงสัญญาก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์

มาตรา ๒๐ การเปลี่ยนแปลงสัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกระทำได้เพียงใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ในกรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์มิได้กำหนดไว้ ผู้รับประโยชน์และทรัสต์อาจตกลงเปลี่ยนแปลงสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้แต่ต้องไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ในการก่อตั้งทรัสต์

มาตรา ๒๑ ในกรณีที่สำนักงาน ก.ล.ด. ประกาศรายการหรือข้อความเพิ่มเติมตามมาตรา ๑๕ หากเป็นการสมควรเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์และไม่เป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ในการก่อตั้งทรัสต์ ให้สำนักงาน ก.ล.ด. มีอำนาจสั่งให้ทรัสต์แก้ไขสัญญาก่อตั้งทรัสต์ให้ปรากฏรายการหรือข้อความตามที่ประกาศนั้นภายในระยะเวลาอันสมควร

ทรัสต์ต้องดำเนินการให้มีการแก้ไขสัญญาก่อตั้งทรัสต์ตามคำสั่งในวรรคหนึ่งด้วยวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๐ หรือโดยได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ด.

มาตรา ๒๒ การเปลี่ยนแปลงทรัสต์ ให้กระทำได้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือเมื่อมีเหตุดังต่อไปนี้

- (๑) ทรัสต์ลาออกจากการทำหน้าที่
- (๒) ทรัสต์ถูกพิทักษ์ทรัพย์ สิ้นสภาพนิติบุคคล หรือสิ้นสภาพธนาคารพาณิชย์
- (๓) ทรัสต์ถูกถอดถอนจากการทำหน้าที่
- (๔) คณะกรรมการ ก.ล.ด. สั่งพักการประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์เป็นการชั่วคราวหรือสั่งเพิกถอน

การอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์

มาตรา ๒๓ ทรัสต์อาจลาออกหรือถูกถอดถอนจากการทำหน้าที่ได้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ในกรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์มิได้กำหนดไว้ การลาออกหรือการถอดถอนให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(๑) ทรัสต์ต้องแจ้งการลาออกเป็นหนังสือให้ผู้รับประโยชน์ทราบตามหลักเกณฑ์และระยะเวลาที่สำนักงาน ก.ล.ด. ประกาศกำหนด ทั้งนี้ ต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับประโยชน์

(๒) ผู้รับประโยชน์อาจถอดถอนทรัสต์ได้ เมื่อปรากฏว่าทรัสต์มิได้จัดการทรัสต์ตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ตามวิธีการและเงื่อนไขที่สำนักงาน ก.ล.ด. ประกาศกำหนด

มาตรา ๒๔ การแต่งตั้งทรัสต์รายใหม่ ให้กระทำได้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ในกรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์มิได้กำหนดไว้ การแต่งตั้งทรัสต์รายใหม่ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

มาตรา ๒๕ ในกรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์กำหนดให้มีทรัสต์รายเดียว หรือในกรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์กำหนดให้มีทรัสต์หลายรายโดยกำหนดให้ทรัสต์แต่ละรายแยกกันจัดการกองทรัสต์ หากมีเหตุให้ต้องเปลี่ยนแปลงทรัสต์แต่ยังมีอาจแต่งตั้งทรัสต์รายใหม่ได้และสัญญาก่อตั้งทรัสต์มิได้กำหนดไว้ เป็นประการใด ให้การจัดการกองทรัสต์เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(๑) ในกรณีที่ทรัสต์ลาออก ให้ทรัสต์รายเดิมทำหน้าที่ทรัสต์ต่อไปจนกว่าทรัสต์รายใหม่จะมีสิทธิ โดยสมบูรณ์เหนือกองทรัสต์

(๒) ในกรณีที่ทรัสต์เลิกกิจการ ชำระบัญชี ถูกระงับการดำเนินกิจการหรือล้มละลาย ให้ผู้ชำระบัญชี เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือบุคคลอื่นใดที่มีอำนาจตามกฎหมายอื่นในทำนองเดียวกับบุคคลดังกล่าว แล้วแต่กรณี ดำเนินการเกี่ยวกับกองทรัสต์เท่าที่จำเป็นและสมควร จนกว่าทรัสต์รายใหม่จะมีสิทธิโดยสมบูรณ์เหนือกองทรัสต์

(๓) ในกรณีที่ทรัสต์ถูกถอดถอนหรือคณะกรรมการ ก.ล.ต. สั่งพักการประกอบธุรกิจ เป็นทรัสต์เป็นการชั่วคราวหรือเพิกถอนการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ ให้ทรัสต์รายเดิมทำหน้าที่ทรัสต์ต่อไปแต่เฉพาะการดูแลรักษาประโยชน์หรือการใช้สิทธิในกองทรัสต์เพื่อมิให้กองทรัสต์เสียหาย เสียมูลค่า หรือไร้ประโยชน์ จนกว่าทรัสต์รายใหม่จะมีสิทธิโดยสมบูรณ์เหนือกองทรัสต์

มาตรา ๒๖ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์ ทรัสต์รายเดิมหรือทรัสต์รายที่เหลืออยู่ แล้วแต่กรณี ต้องดำเนินการตามที่จำเป็นเพื่อให้ทรัสต์รายใหม่มีสิทธิโดยสมบูรณ์เหนือกองทรัสต์ และเพื่อให้ทรัสต์รายใหม่ทราบเกี่ยวกับการจัดการกองทรัสต์ที่ผ่านมาและที่ต้องทำต่อไป ตลอดจนส่งมอบเอกสารหลักฐาน และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการจัดการกองทรัสต์เพื่อให้ทรัสต์รายใหม่สามารถทำหน้าที่ต่อไปได้ ทั้งนี้ ในการส่งมอบดังกล่าว ให้ทรัสต์รายเดิมหรือทรัสต์รายที่เหลืออยู่ แล้วแต่กรณี ลงลายมือชื่อในหนังสือเพื่อรับรองความถูกต้องและครบถ้วนของสิ่งที่ส่งมอบให้ทรัสต์รายใหม่ และมีมอบหนังสือดังกล่าวให้ทรัสต์รายใหม่เก็บรักษาไว้

ให้ทรัสต์รายเดิมหรือทรัสต์รายที่เหลืออยู่ดำเนินการตามวรรคหนึ่งให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ทรัสต์รายใหม่เข้าปฏิบัติหน้าที่

หากทรัสต์รายเดิมหรือทรัสต์รายที่เหลืออยู่มิได้ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้ทรัสต์รายใหม่ร้องขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งให้ทรัสต์รายใหม่ได้มาซึ่งสิทธิเหนือกองทรัสต์ได้

ในกรณีที่ทรัพย์สินเดิมหรือทรัพย์สินที่เลือออยู่มิได้ดำเนินการตามวรรคหนึ่ง หากมีความเสียหายเกิดขึ้นกับกองทรัสต์หรือผู้รับประโยชน์ ทรัพย์สินเดิมหรือทรัพย์สินที่เลือออยู่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย ทั้งนี้ หากความเสียหายเกิดขึ้นกับกองทรัสต์และทรัพย์สินใหม่ยังไม่มีสิทธิโดยสมบูรณ์ตามมาตรา ๒๗ ผู้รับประโยชน์อาจเรียกร้องค่าเสียหายจากทรัพย์สินเดิมหรือทรัพย์สินที่เลือออยู่เพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ได้

มาตรา ๒๗ ให้ทรัพย์สินใหม่มีสิทธิและหน้าที่แทนทรัพย์สินเดิมหรือร่วมกับทรัพย์สินที่เลือออยู่แล้วแต่กรณี รวมทั้งเข้าสวมสิทธิเป็นคู่ความในคดีหรือเป็นฝ่ายที่ต้องผูกพันตามคำพิพากษา เมื่อทรัพย์สินใหม่มีสิทธิโดยสมบูรณ์เหนือกองทรัสต์

มาตรา ๒๘ ให้ทรัพย์สินใหม่แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้บุคคลภายนอกที่ตนทราบว่าเป็นคู่สัญญากับทรัพย์สินเดิมหรือกับทรัพย์สินที่เลือออยู่ ว่าตนได้เข้าสวมสิทธิและหน้าที่แทนทรัพย์สินเดิมหรือร่วมกับทรัพย์สินที่เลือออยู่

ในกรณีที่ทรัพย์สินใหม่มิได้แจ้งตามวรรคหนึ่ง หากมีความเสียหายเกิดขึ้นทรัพย์สินใหม่ต้องรับผิดชอบต่อทรัพย์สินในกองทรัสต์หรือต่อบุคคลภายนอก แล้วแต่กรณี

มาตรา ๒๙ ในกรณีที่มิเหตุให้ต้องมีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์แต่มีอากแต่งตั้งทรัพย์สินใหม่เพราะมีเหตุอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ผู้มีส่วนได้เสียร้องขอต่อศาลให้มีการแต่งตั้งทรัพย์สินใหม่ ถ้ามีอากแต่งตั้งได้ให้ศาลมีคำสั่งเลิกทรัสต์ ทั้งนี้ ให้ศาลมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลใดเข้าจัดการกองทรัสต์ให้เป็นไปตามมาตรา ๕๒ โดยได้รับค่าตอบแทนตามที่ศาลกำหนดได้

การอุทธรณ์คำสั่งศาลตามวรรคหนึ่ง ให้ยื่นต่อศาลฎีกา

หมวด ๓

สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของทรัสต์

มาตรา ๓๐ ทรัสต์มีหน้าที่จัดการกองทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังเชิงผู้มีวิชาชีพ รวมทั้งด้วยความชำนาญ โดยปฏิบัติต่อผู้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรมเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้รับประโยชน์

เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของทรัสต์ตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการ ก.ล.ด. อาจประกาศกำหนดรายละเอียดของการทำหน้าที่ดังกล่าวได้

สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะมีข้อความยกเว้นความรับผิดชอบในกรณีที่ทรัสต์ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง โดยเจตนา โดยไม่สุจริต หรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมิได้

มาตรา ๓๑ ในการจัดการกองทรัสต์ ห้ามมิให้ทรัสต์กระทำการใดอันเป็นการขัดแย้งกับประโยชน์ของกองทรัสต์ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทรัสต์เองหรือประโยชน์ของผู้อื่น เว้นแต่เป็นการเรียกค่าตอบแทนในการทำหน้าที่เป็นทรัสต์ หรือทรัสต์แสดงให้เห็นได้ว่าได้จัดการกองทรัสต์ในลักษณะที่เป็นธรรมและได้เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้ผู้รับประโยชน์ทราบก่อนอย่างเพียงพอแล้ว โดยผู้รับประโยชน์ที่ได้ทราบข้อมูลดังกล่าวมิได้แสดงการคัดค้าน ทั้งนี้ การเปิดเผยข้อมูลและการคัดค้านดังกล่าวให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ด. ประกาศกำหนด

มาตรา ๓๒ ห้ามทรัสต์นำหนี้ที่ตนเป็นลูกหนี้บุคคลภายนอกอันมิได้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นทรัสต์ไปหักกลบลบหนี้กับหนี้ที่บุคคลภายนอกเป็นลูกหนี้ทรัสต์อันสืบเนื่องมาจากการจัดการกองทรัสต์

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง ให้การกระทำเช่นนั้นเป็นโมฆะ

มาตรา ๓๓ ในกรณีที่ทรัสต์เข้าทำนิติกรรมหรือทำธุรกรรมต่าง ๆ กับบุคคลภายนอกให้ทรัสต์แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรให้บุคคลภายนอกทราบว่า เป็นการกระทำในฐานะทรัสต์ และต้องระบุในเอกสารหลักฐานของนิติกรรมหรือธุรกรรมนั้นให้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำในฐานะทรัสต์

มาตรา ๓๔ ให้ทรัสต์จัดทำบัญชีทรัพย์สินของกองทรัสต์แยกต่างหากจากบัญชีอื่น ๆ ของทรัสต์ ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์หลายกอง ทรัสต์ต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินของกองทรัสต์แต่ละกองแยกต่างหากออกจากกัน ทั้งนี้ โดยต้องบันทึกบัญชีให้ถูกต้องครบถ้วนและเป็นปัจจุบันด้วย

ในการจัดการกองทรัสต์ ทรัสต์ต้องแยกกองทรัสต์ไว้ต่างหากจากทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์และทรัพย์สินอื่นที่ทรัสต์ครอบครองอยู่ และในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์หลายกอง ทรัสต์ต้องแยกกองทรัสต์แต่ละกองออกจากกันด้วย

มาตรา ๓๕ ในกรณีที่ทรัสต์มิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา ๓๔ จนเป็นเหตุให้กองทรัสต์ปะปนอยู่กับทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์จนมิอาจแยกได้ว่าทรัพย์สินใดเป็นของกองทรัสต์และทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์เอง ให้สันนิษฐานว่า

(๑) ทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นเป็นของกองทรัสต์

(๒) ความเสียหายและหนี้ที่เกิดจากการจัดการทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นเป็นความเสียหายและหนี้ที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์

(๓) ผลประโยชน์ที่เกิดจากการจัดการทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นเป็นของกองทรัสต์
ทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่ตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงทรัพย์สินที่ถูกเปลี่ยนรูปหรือถูก
เปลี่ยนสภาพไปจากทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นด้วย

มาตรา ๓๖ ในกรณีที่ทรัสต์มิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา ๓๔ จนเป็นเหตุให้กองทรัสต์
แต่ละกองปะปนกันจนมิอาจแยกได้ว่าทรัพย์สินใดเป็นของกองทรัสต์ใด ให้สันนิษฐานว่าทรัพย์สินนั้น
รวมทั้งทรัพย์สินที่ถูกเปลี่ยนรูปหรือถูกเปลี่ยนสภาพไปจากทรัพย์สินนั้นและประโยชน์ใด ๆ หรือ
หนี้สินที่เกิดขึ้นจากการจัดการทรัพย์สินดังกล่าว เป็นของกองทรัสต์แต่ละกองตามสัดส่วนของทรัพย์สิน
ที่นำมาเป็นค้ำประกันที่ปะปนกัน

มาตรา ๓๗ การจัดการกองทรัสต์เป็นเรื่องเฉพาะตัวของทรัสต์ ทรัสต์จะมอบหมายให้ผู้อื่น
จัดการกองทรัสต์มิได้ เว้นแต่

- (๑) สัญญาก่อตั้งทรัสต์กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น
 - (๒) การทำธุรกรรมที่มีชื่อเรื่องที่ต้องทำเฉพาะตัวและไม่จำเป็นต้องใช้วิชาชีพเยี่ยงทรัสต์
 - (๓) การทำธุรกรรมที่โดยทั่วไปผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งมีทรัพย์สินและวัตถุประสงค์ของ
การจัดการในลักษณะทำนองเดียวกันกับกองทรัสต์ จะพึงกระทำในการมอบหมายให้บุคคลอื่นจัดการแทน
 - (๔) กรณีอื่นใดที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนดให้มอบหมายให้บุคคลอื่นจัดการแทน
- ในกรณีที่ทรัสต์ฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง ให้การทำไปนั้นผูกพันทรัสต์เป็นการส่วนตัว
ไม่ผูกพันกองทรัสต์

มาตรา ๓๘ ในกรณีที่ทรัสต์มอบหมายให้ผู้อื่นจัดการกองทรัสต์โดยชอบตามมาตรา ๓๗
ทรัสต์ต้องเลือกผู้รับมอบหมายด้วยความรอบคอบและระมัดระวัง รวมทั้งต้องกำกับและตรวจสอบการ
จัดการแทนอย่างเพียงพอ ทั้งนี้ คณะกรรมการ ก.ล.ต. อาจประกาศกำหนดรายละเอียดในการปฏิบัติ
ของทรัสต์ในกรณีดังกล่าวได้

มาตรา ๓๙ ในกรณีที่มีการแต่งตั้งทรัสต์หลายราย ทรัสต์ต้องจัดการกองทรัสต์ร่วมกัน เว้นแต่
สัญญาก่อตั้งทรัสต์กำหนดหน้าที่ของทรัสต์แต่ละรายไว้เป็นการเฉพาะ

ในการจัดการกองทรัสต์ร่วมกันของทรัสต์ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- (๑) ในกรณีที่กองทรัสต์เป็นทรัพย์สินที่มีหลักฐานแสดงสิทธิ ต้องดำเนินการให้ปรากฏ
ชื่อทรัสต์ทุกรายเป็นผู้มีทรัพย์สิน หรือสิทธิใด ๆ ร่วมกันในหลักฐานแสดงสิทธิในทรัพย์สินนั้น
- (๒) หากต้องมิมติ ต้องได้มติเอกฉันท์ เว้นแต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

การจัดการกองทรัสต์ที่ไม่เป็นไปตามมติใน (๒) หากเป็นการทำนิติกรรมกับบุคคลภายนอก หรือมีความรับผิดชอบบุคคลภายนอก ให้การที่นำไปนั้นผูกพันทรัสต์ที่ทำการดังกล่าวเป็นการส่วนตัว ไม่ผูกพันกองทรัสต์

มาตรา ๔๐ ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์ หากทรัสต์รายใหม่พบว่าก่อนที่ทรัสต์รายใหม่ เข้ารับหน้าที่ มีการจัดการกองทรัสต์ที่ไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือ พระราชบัญญัตินี้จนเป็นเหตุให้กองทรัสต์เสียหาย ให้ทรัสต์รายใหม่ดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) เรียกชดเชยค่าเสียหายจากทรัสต์รายที่ต้องรับผิดชอบ

(๒) ติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากบุคคลภายนอก ไม่ว่าบุคคลนั้นจะได้ทรัพย์สินมาโดยตรง จากทรัสต์รายเดิมหรือไม่ และไม่ว่าทรัพย์สินในกองทรัสต์จะถูกเปลี่ยนรูปหรือถูกเปลี่ยนสภาพไปเป็น ทรัพย์สินอย่างอื่นก็ตาม เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะได้มาโดยสุจริต เสียค่าตอบแทนและไม่รู้หรือไม่มีเหตุ อันควรรู้ว่าทรัพย์สินนั้นได้มาจากการจัดการกองทรัสต์โดยมิชอบ

มาตรา ๔๑ ในการจัดการกองทรัสต์และการมอบหมายให้ผู้อื่นจัดการกองทรัสต์โดยชอบ ตามมาตรา ๓๗ หากมีค่าใช้จ่ายหรือทรัสต์ต้องชำระเงินหรือทรัพย์สินอื่นให้กับบุคคลภายนอกด้วยเงิน หรือทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์เองโดยชอบตามความจำเป็นอันสมควร ให้ทรัสต์มีสิทธิได้รับเงิน หรือทรัพย์สินคืนจากกองทรัสต์ได้ เว้นแต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์กำหนดไว้ให้การชำระเงินหรือทรัพย์สิน อันนั้นเป็นภาระของทรัสต์

สิทธิที่จะได้รับเงินหรือทรัพย์สินคืนตามวรรคหนึ่ง ย่อมเป็นบุริมสิทธิที่ทรัสต์มีอยู่ก่อนผู้รับ ประโยชน์และบุคคลภายนอกที่มีทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ เหนือกองทรัสต์ และเป็นสิทธิที่อาจบังคับ ได้ในทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีการเลิกทรัสต์ และในกรณีที่มีความจำเป็นต้องเปลี่ยนรูปหรือเปลี่ยน สภาพทรัพย์สินในกองทรัสต์เพื่อให้มีเงินหรือทรัพย์สินคืนแก่ทรัสต์ ให้ทรัสต์มีอำนาจดำเนินการ ดังกล่าวได้แต่ต้องกระทำโดยสุจริต

เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองทรัพย์สินในกองทรัสต์ คณะกรรมการ ก.ล.ต. อาจประกาศ กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการให้ทรัสต์ปฏิบัติเกี่ยวกับการชำระเงินหรือทรัพย์สินอื่นที่เป็น ส่วนตัวของทรัสต์ให้กับบุคคลภายนอกตามวรรคหนึ่ง หรือการใช้สิทธิของทรัสต์ตามวรรคสองก็ได้

มาตรา ๔๒ ห้ามมิให้ทรัสต์ใช้สิทธิตามมาตรา ๔๑ จนกว่าทรัสต์จะได้ชำระหนี้ที่มีอยู่ต่อกองทรัสต์ จนครบถ้วนแล้ว เว้นแต่เป็นหนี้ที่อาจหักกลบลบหนี้กันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๔๓ ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ ทรัสต์ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่กองทรัสต์

ในกรณีที่มีความจำเป็นและมีเหตุผลอันสมควรเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ ทรัสต์อาจขอความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. ก่อนที่จะจัดการกองทรัสต์เป็นอย่างอื่นให้ต่างไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้ และหากทรัสต์ได้จัดการตามที่ได้รับความเห็นชอบนั้นด้วยความสุจริตและเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของกองทรัสต์แล้ว ทรัสต์ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อความผิดหนึ่ง

ในกรณีที่เป็นการจัดการกองทรัสต์ร่วมกันของทรัสต์หลายรายตามมาตรา ๓๕ ให้ทรัสต์ทุกรายรับผิดชอบตามวรรคหนึ่งอย่างถูกหนี่ร่วม โดยความรับผิดชอบระหว่างทรัสต์ด้วยกันเองมิให้นำมาหักเรื่องถูกหนี่ร่วมมาใช้บังคับ แต่ให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างกันของทรัสต์นั้นเองและไม่ว่าจะตกลงกันได้เช่นใด ทรัสต์รายที่ที่สูงน้ได้ว่าตนได้คัดค้านหรือถูกกลั่นแกล้งในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อทรัสต์รายอื่น

หมวด ๔

สิทธิของผู้รับประโยชน์และความคุ้มครอง

มาตรา ๔๔ ภายใต้บังคับมาตรา ๔๐ และมาตรา ๔๓ วรรคสอง ผู้รับประโยชน์ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ทรัสต์ปฏิบัติให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้

ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ อันเป็นผลให้ทรัพย์สินในกองทรัสต์ถูกจำหน่ายจ่ายโอนไปยังบุคคลภายนอก ผู้รับประโยชน์มีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากบุคคลนั้นเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ได้ไม่ว่าบุคคลนั้นจะได้ทรัพย์สินมาโดยตรงจากทรัสต์หรือไม่ และไม่ว่าทรัพย์สินในกองทรัสต์จะถูกเปลี่ยนรูปหรือเปลี่ยนแปลงไปเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นก็ตาม เว้นแต่เป็นการได้มาโดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าทรัพย์สินนั้นได้มาจากการจัดการกองทรัสต์โดยมิชอบ

บรรดาค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ผู้รับประโยชน์มีสิทธิเรียกคืนจากกองทรัสต์ได้เท่าที่จ่ายจริงตามที่ศาลเห็นสมควร

มาตรา ๔๕ บุคคลใดรับโอนทรัพย์สินในกองทรัสต์หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อสนับสนุนหรือช่วยเหลือให้มีการโอนทรัพย์สินในกองทรัสต์ โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าทรัสต์ทำการโอนทรัพย์สินในกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ หากการโอนเช่นนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัสต์ บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบร่วมกับทรัสต์ตามมาตรา ๔๔ อย่างลูกหนี้ร่วม โดยผู้รับประโยชน์มีสิทธิเรียกให้บุคคลดังกล่าวชดเชยค่าเสียหายเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ และให้นำความในมาตรา ๔๔ วรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ความรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง ศาลอาจกำหนดให้บุคคลนั้นรับผิดชอบเป็นจำนวนตามที่ศาลเห็นสมควรได้โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ในการมีส่วนร่วมของบุคคลนั้นในการก่อให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัสต์

มาตรา ๔๖ ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์แจ้งให้ทรัสต์รายใหม่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๔๐ ภายในระยะเวลาอันสมควรแล้ว แต่ทรัสต์รายใหม่ยังมิได้ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาดังกล่าว ผู้รับประโยชน์มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากทรัสต์รายที่ต้องรับผิดชอบ หรือใช้สิทธิติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากบุคคลภายนอก แล้วแต่กรณี เพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ได้ และให้นำความในมาตรา ๔๔ วรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๔๗ ผู้รับประโยชน์แต่ละรายมีสิทธิตรวจดูและขอคัดสำเนาบัญชีของกองทรัสต์หรือเอกสารอื่นตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนดได้ในเวลาทำการของทรัสต์

ทรัสต์อาจเรียกเก็บค่าใช้จ่ายในการคัดสำเนาเอกสารตามวรรคหนึ่งได้เท่าที่จำเป็น และใช้จ่ายไปจริงแต่ไม่เกินอัตราที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

มาตรา ๔๘ ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับประโยชน์ส่วนเกินตามมาตรา ๑๓ วรรคสอง หรือมีสิทธิได้รับทรัพย์สินคงเหลือจากการที่ทรัสต์สิ้นสุดลงตามมาตรา ๕๓ วรรคสาม หากสัญญาก่อตั้งทรัสต์มิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ผู้รับประโยชน์แต่ละรายมีสิทธิได้รับประโยชน์หรือทรัพย์สินดังกล่าวตามสัดส่วนแห่งผลประโยชน์ที่ผู้รับประโยชน์รายนั้นพึงได้รับจากการจัดการกองทรัสต์ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์

มาตรา ๔๙ ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์หลายราย หากสัญญาก่อตั้งทรัสต์มิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การใช้สิทธิของผู้รับประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(๑) การเปลี่ยนแปลงสัญญาก่อตั้งทรัสต์ตามมาตรา ๒๐ หรือมาตรา ๒๑ การถอดถอนทรัสต์ตามมาตรา ๒๓ (๒) การแต่งตั้งทรัสต์รายใหม่ตามมาตรา ๒๔ หรือการร้องขอให้เลิกทรัสต์ตาม

มาตรา ๕๑ (๒) จะกระทำได้อีกเมื่อได้รับความเห็นชอบจากผู้รับประโยชน์ซึ่งมีสิทธิได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์รวมกันไม่น้อยกว่าสามในสี่ของประโยชน์ในกองทรัสต์ทั้งหมด

(๒) การเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ตามมาตรา ๒๖ วรรคสี่ การเรียกร้องให้ทรัสต์ปฏิบัติตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ หรือการเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์หรือการติดตามเอาทรัพย์สินในกองทรัสต์คืนตามมาตรา ๔๔ มาตรา ๔๕ หรือมาตรา ๔๖ ผู้รับประโยชน์รายใดรายหนึ่งจะใช้สิทธิดังกล่าวโดยลำพังก็ได้

มาตรา ๕๐ กองทรัสต์เป็นทรัพย์สินที่มีอาจนำมาชำระหนี้ส่วนตัวของทรัสต์ได้

ในกรณีที่ทรัสต์ล้มละลายเนื่องจากหนี้ส่วนตัว หรือเมื่อความเป็นนิติบุคคลของทรัสต์สิ้นสุดลง มิให้นำกองทรัสต์มารวมเป็นทรัพย์สินในคดีล้มละลายหรือในการชำระบัญชี แล้วแต่กรณี

หมวด ๕

ความระงับสิ้นไปของทรัสต์

มาตรา ๕๑ ทรัสต์ย่อมสิ้นสุดลงตามที่กำหนดในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) เมื่อได้ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ครบถ้วนแล้ว

(๒) เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เลิกทรัสต์ตามเหตุในมาตรา ๒๘ หรือเหตุอื่นตามที่ทรัสต์หรือผู้รับประโยชน์ร้องขอ

(๓) เมื่อปรากฏว่าเหลือทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์เพียงฝ่ายเดียว

(๔) เมื่อปรากฏเหตุที่ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์ตามมาตรา ๒๒ (๑) (๒) (๓) หรือ (๔) แต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์กำหนดไว้มิให้มีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์

มาตรา ๕๒ ภายใต้บังคับมาตรา ๒๘ เมื่อทรัสต์สิ้นสุดลง ให้ทรัสต์ทำหน้าที่ต่อไปเพื่อรวบรวม จำหน่าย และจัดสรรทรัพย์สินให้เป็นไปตามมาตรา ๕๓ เว้นแต่เป็นกรณีที่ทรัสต์สิ้นสุดลงเนื่องจากทรัสต์เลิกกิจการ ชำระบัญชี หรือล้มละลาย ให้ผู้ชำระบัญชี หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์แล้วแต่กรณี เป็นผู้รวบรวม จำหน่าย หรือจัดสรรทรัพย์สินจนเสร็จสิ้น

มาตรา ๕๓ การชำระสะสางหนี้สินและค่าใช้จ่ายเมื่อทรัสต์สิ้นสุดลง ให้เป็นไปตามลำดับดังต่อไปนี้

(๑) ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการรวบรวม จำหน่าย และจัดสรรทรัพย์สิน

(๒) ค่าธรรมเนียม ค่าภาษีอากรที่ต้องชำระและที่ค้างชำระ

(๓) ค่าตอบแทนของบุคคลตามมาตรา ๒๕ หรือมาตรา ๕๒ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีของผู้รับประโยชน์ตามมาตรา ๔๔ วรรคสาม มาตรา ๔๕ หรือมาตรา ๔๖ และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับหรือเกี่ยวเนื่องมาจากการจัดการกองทรัสต์ที่ทรัสต์มีสิทธิเรียกเอาจากกองทรัสต์ได้โดยชอบ และค่าตอบแทนทรัสต์

(๔) หนึ่งอย่างอื่น

ในกรณีที่กองทรัสต์มีไม่เพียงพอที่จะจัดสรรให้เป็นค่าใช้จ่ายหรือชำระหนี้ในลำดับใด ให้จัดสรรให้เป็นค่าใช้จ่ายหรือชำระหนี้ในลำดับนั้นโดยวิธีการเฉลี่ยตามสัดส่วนของมูลหนี้

เมื่อได้หักค่าใช้จ่ายและชำระหนี้ตามวรรคหนึ่งแล้ว หากกองทรัสต์มีทรัพย์สินคงเหลือ ให้จัดสรรให้แก่บุคคลตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ในกรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ มิได้กำหนดไว้ ให้บรรดาทรัพย์สินและสิทธิต่าง ๆ ที่คงเหลือตกแก่ผู้รับประโยชน์

ให้นำความในมาตรา ๔๒ มาใช้บังคับกับการนำกองทรัสต์มาชำระหนี้ให้กับทรัสต์ตามวรรคหนึ่งด้วยโดยอนุโลม

ในการรวบรวม จำหน่าย หรือจัดสรรทรัพย์สินตามวรรคหนึ่ง สำนักงาน ก.ล.ต. อาจประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการให้ปฏิบัติก็ได้

หมวด ๖

การกำกับดูแลทรัสต์

ส่วนที่ ๑

การอนุญาต

มาตรา ๕๔ ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ ก.ล.ต.

มาตรา ๕๕ ผู้ที่อาจยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ต่อคณะกรรมการ ก.ล.ต. ได้ต้องเป็น

- (๑) ธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์
- (๒) สถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น
- (๓) นิติบุคคลอื่นใดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

ผู้ยื่นขออนุญาตตามวรรคหนึ่งต้องมีฐานะทางการเงิน ระบบงาน และคุณสมบัติ รวมทั้งต้องชำระค่าธรรมเนียมตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ด. ประกาศกำหนด

ให้สำนักงาน ก.ล.ด. ประกาศรายชื่อบุคคลซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัพย์สินต่อสาธารณชน

มาตรา ๕๖ ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาความน่าเชื่อถือหรือความไว้วางใจในระบบของการประกอบธุรกิจเป็นทรัพย์สิน ให้คณะกรรมการ ก.ล.ด. มีอำนาจกำหนดเงื่อนไขที่ทรัพย์สินต้องปฏิบัติตามการเป็นทรัพย์สินได้

ในกรณีที่สภาพการณ์ที่ก่อให้เกิดความจำเป็นตามวรรคหนึ่งเปลี่ยนแปลงไป คณะกรรมการ ก.ล.ด. อาจแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้วนั้นก็ได้

ส่วนที่ ๒

การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจ

มาตรา ๕๗ ให้ทรัพย์สินจัดให้มีระบบงานอย่างเหมาะสมในการจัดการกองทรัสต์ในเรื่องดังต่อไปนี้

- (๑) แยกกองทรัสต์ออกจากทรัพย์สินส่วนตัวของทรัพย์สิน
- (๒) จัดการกองทรัสต์ให้เป็นไปตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และพระราชบัญญัตินี้
- (๓) บันทึกกรรมสิทธิ์หรือสิทธิเหนือทรัพย์สินในกองทรัสต์ รายได้ รายจ่ายและหนี้สินของกองทรัสต์ ตลอดจนบัญชีที่เกี่ยวข้องกับกองทรัสต์
- (๔) ดูแลและติดตามสิทธิประโยชน์ของกองทรัสต์
- (๕) จัดสรรสิทธิประโยชน์ให้แก่ผู้รับประโยชน์
- (๖) ควบคุม ตรวจสอบ และป้องกันมิให้มีการจัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และพระราชบัญญัตินี้ และมีให้มีการทุจริตในการจัดการกองทรัสต์
- (๗) ระบบงานอื่นใดที่คณะกรรมการ ก.ล.ด. ประกาศกำหนด

มาตรา ๕๘ เพื่อให้การจัดการกองทรัสต์เป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์หรือเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกที่ทำนิติกรรมกับทรัสต์ ให้คณะกรรมการ ก.ล.ด. มีอำนาจประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในการกระทำตามอำนาจหน้าที่ของทรัสต์ การดำรงฐานะทางการเงิน การทำประกันภัยสำหรับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจเป็นทรัพย์สิน และการจัดส่งรายงานหรือเอกสารต่างๆ ต่อสำนักงาน ก.ล.ด.

มาตรา ๕๕ ให้ทรัสต์จัดทำงบการเงินของกองทรัสต์แยกต่างหากจากงบการเงินของทรัสต์ โดยให้คำนึงถึงมาตรฐานที่กำหนดตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพบัญชีด้วย

งบการเงินที่จัดทำตามวรรคหนึ่งต้องมีการตรวจสอบและแสดงความเห็นโดยผู้สอบบัญชี ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. และผู้สอบบัญชีดังกล่าวต้องมีใช้กรรมการ พนักงาน หรือลูกจ้างของทรัสต์นั้น

งบการเงินตามวรรคหนึ่งให้ยื่นต่อสำนักงาน ก.ล.ต. และสำนักงาน ก.ล.ต. อาจเปิดเผยหรือสั่งให้ทรัสต์เปิดเผยต่อสาธารณชนตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนดก็ได้

ให้คณะกรรมการ ก.ล.ต. มีอำนาจที่จะประกาศกำหนดกรณีอื่นสมควรที่ไม่จำเป็นต้องมีการจัดทำงบการเงินตามวรรคหนึ่งได้ โดยจะกำหนดเงื่อนไขที่ทรัสต์ต้องปฏิบัติสำหรับการไม่ดำเนินการดังกล่าวด้วยก็ได้

มาตรา ๖๐ ให้สำนักงาน ก.ล.ต. มีคำสั่งตามที่เห็นสมควรให้ทรัสต์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด ๆ ภายในเวลาที่กำหนด เพื่อป้องกันความเสียหายหรือยับยั้งความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับกองทรัสต์หรือสาธารณชน ในกรณีที่ทรัสต์ กรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือตัวแทนของทรัสต์ หรือบุคคลที่ทรัสต์มอบหมายให้ทำการแทนทรัสต์ กระทำการหรือก่อให้เกิดการกระทำดังต่อไปนี้

(๑) ไม่ปฏิบัติหน้าที่ของทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้

(๒) จัดการกองทรัสต์ไปในลักษณะที่ไม่เหมาะสมหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อกองทรัสต์

(๓) ไม่ส่งรายงานหรือเอกสารที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนดตามมาตรา ๕๘

(๔) ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขตามมาตรา ๕๖

มาตรา ๖๑ เพื่อมิให้มีข้อขัดขัดตามกฎหมายอื่นเมื่อมีการนำทรัสต์มาใช้ในการดำเนินธุรกรรมในตลาดทุน ให้มีการถือปฏิบัติดังต่อไปนี้

(๑) ในกรณีที่ทรัสต์ได้จัดทำบัญชีทรัพย์สินและแยกทรัพย์สินในกองทรัสต์ไว้อย่างถูกต้องตามมาตรา ๓๔ มิให้ผู้กำกับดูแลตามกฎหมายที่กำกับดูแลธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงิน กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และกฎหมายอื่นที่กำหนดเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง นำทรัพย์สินในกองทรัสต์มาพิจารณาหรือคำนวณรวมกับทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์ ในการพิจารณาหน้าที่หรือการปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวของทรัสต์

(๒) เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่กำหนดใน (๑) ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของผู้กำกับดูแลตามกฎหมายดังกล่าวออกกฎกระทรวงกำหนดการพิจารณาหรือคำนวณทรัพย์สินในกองทรัสต์รวมเป็นทรัพย์สินของผู้รับประโยชน์เพื่อให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามที่กฎหมายนั้นกำหนดได้

หมวด ๗
พนักงานเจ้าหน้าที่

มาตรา ๖๒ ในการปฏิบัติหน้าที่ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจดังต่อไปนี้

(๑) เข้าไปในสถานที่ประกอบธุรกิจของทรัสต์ หรือสถานที่ซึ่งรวบรวมหรือประมวลข้อมูลของทรัสต์ ในระหว่างเวลาพระอาทิตย์ขึ้นจนถึงพระอาทิตย์ตกหรือในเวลาทำการของสถานที่นั้น เพื่อตรวจสอบกิจการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจทรัสต์ รวมทั้งเก็บรวบรวมเอกสารหลักฐาน หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้อง

(๒) เข้าไปในธนาคารพาณิชย์หรือสถาบันการเงิน ในระหว่างเวลาพระอาทิตย์ขึ้นจนถึงพระอาทิตย์ตกหรือในเวลาทำการของสถานที่นั้น เพื่อตรวจสอบสมุดบัญชี เอกสารหรือหลักฐานที่อาจเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบหรือการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้

(๓) ค้นสถานที่ใด ๆ ที่มีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ในระหว่างเวลาพระอาทิตย์ขึ้นจนถึงพระอาทิตย์ตกหรือในเวลาทำการของสถานที่นั้น

(๔) อยัดเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นระยะเวลาไม่เกินหนึ่งร้อยแปดสิบวัน เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบหรือการดำเนินคดี

(๕) สั่งให้ทรัสต์ บุคคลที่มีอำนาจหน้าที่รวบรวมหรือประมวลข้อมูลของทรัสต์หรือบุคคลที่ทรัสต์มอบหมายให้ดำเนินกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดแทน รวมทั้งกรรมการ พนักงาน ลูกจ้าง และผู้สอบบัญชีของทรัสต์มาให้ถ้อยคำ หรือส่งหรือแสดงสมุดบัญชี เอกสาร ควงตราหรือหลักฐานอื่นเกี่ยวกับการดำเนินงานของทรัสต์

(๖) สั่งให้บุคคลใด ๆ ซึ่งมีส่วนรู้เห็นการกระทำหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกี่ยวข้องและจะเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่มาให้ถ้อยคำ หรือส่งหรือแสดงสมุดบัญชี เอกสาร หลักฐาน หรือวัตถุที่เกี่ยวข้องหรือจำเป็นแก่การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่

เมื่อได้เข้าไปและลงมือทำการตรวจสอบตาม (๑) หรือ (๒) หรือทำการค้นตาม (๓) แล้ว ถ้ายังดำเนินการไม่เสร็จจะกระทำต่อไปในเวลากลางคืนหรือนอกเวลาทำการของสถานที่นั้นก็ได้

ในการปฏิบัติหน้าที่ตาม (๑) หรือ (๒) พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องไม่กระทำการอันมีลักษณะเป็นการข่มขู่หรือเป็นการกดดันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและในกรณีตาม (๓) ต้องมีหมายค้น เว้นแต่มีเหตุอันควรเชื่อว่าหากเน้นซ้ำกว่าจะเอาหมายค้นมาได้ เอกสารหรือหลักฐานดังกล่าวจะถูกขักข้าย ชุกซ่อน ทำลาย หรือทำให้เปลี่ยนสภาพไปจากเดิม ให้ดำเนินการค้น บิด หรืออายัดเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดได้โดยไม่ต้องมีหมายค้น แต่ต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการค้นและจะเริ่มการค้นในเวลากลางคืนมิได้ เว้นแต่เป็นเวลาทำการของสถานที่นั้น

การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง จะต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องที่ดำเนินการตรวจสอบ และสำหรับการดำเนินการตาม (๒) (๓) (๕) หรือ (๖) ต้องได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. ก่อน รวมทั้งต้องกำหนดระยะเวลาอันสมควรที่จะให้บุคคลดังกล่าวสามารถปฏิบัติตามคำสั่งที่สั่งตาม (๕) หรือ (๖) ได้

มาตรา ๖๓ หากจำเป็นต้องได้มาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการร้องขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าว และให้ถือว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่ได้มานั้นใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ได้

มาตรา ๖๔ ในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ ให้บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องอำนวยความสะดวกตามสมควร

มาตรา ๖๕ ในการปฏิบัติหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องแสดงบัตรประจำตัวแก่บุคคลซึ่งเกี่ยวข้อง

บัตรประจำตัวพนักงานเจ้าหน้าที่ ให้เป็นไปตามแบบที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

มาตรา ๖๖ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

หมวด ๘

บทกำหนดโทษ อายุความ และคณะกรรมการเปรียบเทียบความผิด

ส่วนที่ ๑

โทษทางปกครอง

มาตรา ๖๗ โทษทางปกครอง มีดังต่อไปนี้

(๑) ภาคทัณฑ์

(๒) ปรับทางปกครอง

(๓) คำหมิ่นโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน

(๔) จำกัดการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

(๕) พักการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยอาจสั่งพักการเป็นทรัพย์สินเฉพาะสัญญาก่อตั้งทรัสต์ใดหรือทุกสัญญาก็ได้

(๖) เพิกถอนการอนุญาต

มาตรา ๖๘ ในการลงโทษปรับทางปกครอง จำนวนค่าปรับทางปกครองต้องไม่เกินหนึ่งล้านบาทในแต่ละกรรม

ในกรณีที่ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองตามวรรคหนึ่งไม่ยอมชำระค่าปรับทางปกครองให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๖๙ บุคคลดังต่อไปนี้มีอำนาจลงโทษทางปกครอง

(๑) ตำรวจ ก.ล.ต. สำหรับโทษทางปกครองตามมาตรา ๖๗ (๑) หรือ (๒)

(๒) คณะกรรมการพิจารณาโทษทางปกครองตามมาตรา ๗๒ สำหรับโทษทางปกครองตามมาตรา ๖๗ (๑) (๒) (๓) หรือ (๔)

(๓) คณะกรรมการ ก.ล.ต. สำหรับโทษทางปกครองตามมาตรา ๖๗ (๑) (๒) (๓) (๔) (๕) หรือ (๖)

ในการสั่งลงโทษทางปกครองตามมาตรา ๖๗ ผู้มีอำนาจลงโทษจะลงโทษอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างก็ได้ และมีอำนาจสั่งให้ผู้ถูกลงโทษกระทำการหรือละเว้นกระทำการเพื่อแก้ไขหรือป้องกันมิให้เกิดการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ หลักเกณฑ์ คำสั่ง หรือเงื่อนไขที่กำหนดตามพระราชบัญญัตินี้ซ้ำอีกได้

มาตรา ๗๐ ทรัสต์ใดกระทำการดังต่อไปนี้ ต้องรับโทษทางปกครองตามมาตรา ๖๗

(๑) ไม่ชำระค่าธรรมเนียมหรือชำระค่าธรรมเนียมไม่ครบถ้วนตามที่กำหนดในมาตรา ๘ (๒)

(๒) ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ มาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง มาตรา ๓๑ มาตรา ๓๒ มาตรา ๓๓ มาตรา ๓๔ มาตรา ๓๖ มาตรา ๓๗ มาตรา ๓๘ มาตรา ๓๙ มาตรา ๔๐ มาตรา ๔๒ มาตรา ๕๒ มาตรา ๕๓ มาตรา ๕๗ หรือมาตรา ๕๘ วรรคหนึ่ง หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หรือคำสั่ง เงื่อนไข วิธีการ หรือรายละเอียดที่กำหนดตามมาตรา ๒๑ มาตรา ๓๑ มาตรา ๔๑ วรรคสาม มาตรา ๕๓ วรรคห้า มาตรา ๕๖ มาตรา ๕๘ มาตรา ๕๙ วรรคสามหรือวรรคสี่หรือมาตรา ๖๐

(๓) ขัดขวางหรือไม่อำนวยความสะดวกแก่ผู้รับประโยชน์ในการควบคุมบัญชีของกองทรัสต์ตามมาตรา ๔๗

มาตรา ๗๑ ในกรณีที่ทรัสต์ีกระทำความผิดตามมาตรา ๗๐ ให้กรรมการ ผู้จัดการหรือ บุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบในการดำเนินงานของทรัสต์ีนั้นรับโทษทางปกครองตามมาตรา ๖๗ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำผิดของทรัสต์ีนั้น

มาตรา ๗๒ ให้มีคณะกรรมการพิจารณาโทษทางปกครองคณะหนึ่งหรือหลายคณะ โดยในแต่ละ คณะให้ประกอบด้วยบุคคลซึ่งคณะกรรมการ ก.ล.ต. แต่งตั้งจำนวนไม่เกินห้าคน

คุณสมบัติและวิธีการแต่งตั้งกรรมการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

มาตรา ๗๓ ให้สำนักงาน ก.ล.ต. เป็นผู้รวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำผิดที่มีโทษ ทางปกครอง และให้มีอำนาจพิจารณาในเบื้องต้นเพื่อดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) ในกรณีที่เห็นว่าประเภทของโทษทางปกครองที่ผู้ถูกกล่าวหาควรจะได้รับอยู่ในอำนาจ ของสำนักงาน ก.ล.ต. ให้สำนักงาน ก.ล.ต. เป็นผู้พิจารณาโทษในเรื่องนั้น

(๒) ในกรณีที่เห็นว่าประเภทของโทษทางปกครองที่ผู้ถูกกล่าวหาควรจะได้รับอยู่ในอำนาจ ของคณะกรรมการพิจารณาโทษทางปกครองหรือคณะกรรมการ ก.ล.ต. ให้สำนักงาน ก.ล.ต. เสนอเรื่อง ดังกล่าวให้คณะกรรมการพิจารณาโทษทางปกครองหรือคณะกรรมการ ก.ล.ต. แล้วแต่กรณี เป็นผู้พิจารณา โทษในเรื่องนั้น

มาตรา ๗๔ ในการสั่งลงโทษทางปกครอง ผู้มีอำนาจสั่งลงโทษต้องคำนึงถึงพฤติการณ์แห่ง การกระทำ ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำนั้น ตลอดจนความหนักเบาของโทษที่จะใช้กับผู้ถูก ลงโทษ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

มาตรา ๗๕ ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง การพิจารณาและ การมีคำสั่งลงโทษทางปกครอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

มาตรา ๗๖ ทรัสต์ี กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของทรัสต์ี มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งลงโทษของสำนักงาน ก.ล.ต. หรือคณะกรรมการพิจารณาโทษทางปกครองต่อ คณะกรรมการ ก.ล.ต. ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่ คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

การพิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

การอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่งไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการปฏิบัติตามคำสั่งลงโทษทางปกครองของ สำนักงาน ก.ล.ต. หรือคณะกรรมการพิจารณาโทษทางปกครอง

การโต้แย้งคำสั่งลงโทษหรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการ ก.ล.ต. ให้ยื่นฟ้องต่อศาล ปกครองชั้นต้น

ส่วนที่ ๒
โทษทางอาญา

มาตรา ๗๗ ผู้ใดประกอบธุรกิจในลักษณะเป็นทริสต์โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา ๕๔ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืน

มาตรา ๗๘ ผู้ใดไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทริสต์ ใช้ชื่อหรือคำแสดงชื่อหรือคำโฆษณาในธุรกิจว่าเป็นทริสต์ หรือคำอื่นใดที่มีความหมายเช่นเดียวกัน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทจนกว่าจะเลิกใช้ ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีสิทธิที่จะใช้ชื่อหรือคำดังกล่าวได้ตามกฎหมายอื่น

มาตรา ๗๙ ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งลงโทษทางปกครองตามมาตรา ๖๗ (๔) หรือ (๕) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืน

มาตรา ๘๐ ผู้ใดให้ข้อมูลอันเป็นเท็จต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งความเท็จนั้นเป็นข้อสำคัญในการตรวจสอบหรือการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในกรณีที่ผู้ให้ข้อมูลอันเป็นเท็จต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวรรคหนึ่งเป็นทริสต์ กรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งต้องรับผิดชอบในการดำเนินงานของทริสต์นั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าคนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้น

มาตรา ๘๑ ผู้ใดขัดขวางหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือไม่อำนวยความสะดวกแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๖๒ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๒ ผู้ใดถอน ทำให้เสียหาย ทำลาย หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งตราหรือเครื่องหมายซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ประทับหรือหมายไว้ที่สิ่งใด ๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๖๒ เพื่อเป็นหลักฐาน

ในการขายหรือรักษาสิ่งนั้น ๆ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๓ ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสีย หรือทำให้สูญหาย หรือไร้ประโยชน์ ซึ่งทรัพย์สินหรือเอกสารใด ๆ อันพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ขายหรือรักษาไว้ หรือสั่งให้ส่งเพื่อเป็นพยานหลักฐาน ตามมาตรา ๖๒ ไม่ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะรักษาทรัพย์สินหรือเอกสารนั้นไว้เอง หรือสั่งให้ผู้นั้นหรือผู้อื่นส่ง หรือรักษาไว้ก็ตาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๔ ผู้สอบบัญชีตามมาตรา ๕๕ ผู้ใดทำรายงานเท็จ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๕ กรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือตัวแทนของทรัสต์ หรือบุคคลใดซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดการกองทรัสต์ กระทำผิดหน้าที่ของตนด้วยประการใด ๆ โดยทุจริตจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัสต์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๖ กรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือตัวแทนของทรัสต์ หรือบุคคลใดซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดการกองทรัสต์ กระทำโดยทุจริตเอาทรัพย์สินในกองทรัสต์ไปไม่ว่าเพื่อตนเอง หรือบุคคลที่สาม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๗ กรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือตัวแทนของทรัสต์ หรือบุคคลใดซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดการกองทรัสต์ ทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่า หรือทำให้ไร้ประโยชน์ต่อทรัพย์สินในกองทรัสต์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๘ กรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือตัวแทนของทรัสต์ หรือบุคคลใดซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดการกองทรัสต์ กระทำหรือยินยอมให้กระทำการดังต่อไปนี้

(๑) ทำให้เสียหาย ทำลาย เปลี่ยนแปลง ดัดทอน หรือปลอมบัญชี เอกสาร หรือหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการจัดการกองทรัสต์

(๒) ลงข้อความเท็จหรือไม่ลงข้อความสำคัญในบัญชีหรือเอกสารที่เกี่ยวกับการจัดการกองทรัสต์

(๓) ทำบัญชีหรือเอกสารที่เกี่ยวกับการจัดการกองทรัสต์ไม่ครบถ้วน ไม่ถูกต้อง ไม่เป็นปัจจุบัน หรือไม่ตรงต่อความเป็นจริง หรือ

(๔) รับรองเป็นหลักฐานถึงความถูกต้องและครบถ้วนในหนังสือตามมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง อันเป็นความเท็จ

ถ้ากระทำหรือยินยอมให้กระทำตามวรรคหนึ่งเพื่อลวงให้ทรัพย์สินหรือผู้รับประโยชน์อันควรได้ หรือลวงบุคคลใด ๆ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๕ ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๘๐ มาตรา ๘๑ มาตรา ๘๒ มาตรา ๘๓ มาตรา ๘๔ มาตรา ๘๕ มาตรา ๘๖ มาตรา ๘๗ หรือมาตรา ๘๘ ไม่ว่าจะด้วยการใช้ บังคับ ชูเกียรติ จ้างวาน ยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด ต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ

มาตรา ๘๐ ผู้ใดกระทำด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๘๐ มาตรา ๘๑ มาตรา ๘๒ มาตรา ๘๓ มาตรา ๘๔ มาตรา ๘๕ มาตรา ๘๖ มาตรา ๘๗ หรือมาตรา ๘๘ ไม่ว่าจะก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีไม่รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้น ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้น ๆ

มาตรา ๘๑ ในการสอบบัญชีของทรัสต์ ไม่ว่าจะการสอบบัญชานั้นจะกระทำในฐานะเป็นผู้สอบบัญชีของทรัสต์หรือในฐานะอื่นซึ่งทรัสต์ยินยอมให้สอบบัญชี ถ้าผู้สอบบัญชีพบพฤติการณ์อันควรสงสัยว่ากรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือตัวแทนของทรัสต์ หรือบุคคลใดซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดการกองทรัสต์ ได้กระทำความผิดตามมาตรา ๘๕ มาตรา ๘๖ มาตรา ๘๗ หรือมาตรา ๘๘ ให้ผู้สอบบัญชีแจ้งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์การกระทำความผิดที่พบให้สำนักงาน ก.ล.ต. ทราบ

ผู้สอบบัญชีผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๘๒ ผู้ใดล่วงรู้กิจการของบุคคลอื่นเนื่องจากการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ อันเป็นกิจการหรือข้อมูลที่เป็นความลับ หรือตามปกติวิสัยจะพึงสงวนไว้ไม่เปิดเผย ถ้าผู้นั้นนำไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ความในวรรคหนึ่ง มิให้นำมาใช้บังคับกับการเปิดเผยในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) การเปิดเผยตามอำนาจหรือหน้าที่

(๒) การเปิดเผยเพื่อประโยชน์แก่การสอบสวนหรือการพิจารณาคดี

(๓) การเปิดเผยเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

(๔) การเปิดเผยเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขฐานะหรือการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจ

เป็นทรัสต์

(๕) การเปิดเผยแก่ผู้สอบบัญชีของบุคคลซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์

(๖) การเปิดเผยแก่ทางการหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศตามที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต.

(๗) การเปิดเผยเมื่อได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากบุคคลอื่นที่เป็นเจ้าของข้อมูลนั้นหรือจากบุคคลผู้มีอำนาจเปิดเผย

ผู้ใดล่วงรู้ข้อมูลใดจากการเปิดเผยตามวรรคสอง (๑) (๒) (๓) (๔) (๕) (๖) และ (๗) อันเป็นกิจการหรือข้อมูลที่เป็นความลับ หรือตามปกติวิสัยจะพึงสงวนไว้ไม่เปิดเผย ถ้าผู้นั้นนำไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่นต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่ง เว้นแต่เป็นการเปิดเผยตามวรรคสอง

ส่วนที่ ๓

อายุความและคณะกรรมการเปรียบเทียบความผิด

มาตรา ๕๓ ความผิดตามหมวดนี้ที่มีโทษทางปกครอง หากมิได้มีการลงโทษทางปกครองภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พนักงานเจ้าหน้าที่วินิจฉัยว่ามีการกระทำความผิด หรือภายในห้าปีนับแต่วันที่มีการกระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ

มาตรา ๕๔ ความผิดตามมาตรา ๗๘ มาตรา ๘๐ วรรคหนึ่ง มาตรา ๘๑ วรรคหนึ่ง มาตรา ๘๔ และมาตรา ๘๖ วรรคสอง ซึ่งไม่มีผลเสียหายร้ายแรงต่อกองทรัสต์ หรือในกรณีที่ได้รับประโยชน์ได้รับความเสียหายด้วยแต่ผู้กระทำความผิดได้แก้ไขเยียวยาความเสียหายจนเป็นที่พอใจแก่ผู้รับประโยชน์แล้ว ให้คณะกรรมการเปรียบเทียบความผิดซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มีอำนาจเปรียบเทียบได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

เมื่อคณะกรรมการเปรียบเทียบความผิดได้ทำการเปรียบเทียบกรณีใด และผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามคำเปรียบเทียบภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการเปรียบเทียบความผิดกำหนดแล้ว ให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องในกรณีแห่งความผิดนั้นเป็นอันระงับไป

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

พลเอก สุรยุทธ์ จุลานนท์

นายกรัฐมนตรี

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ปัจจุบันการระดมทุนเพื่อดำเนินธุรกรรมในตลาดทุนของประเทศไทย ยังมีรูปแบบและวิธีการที่จำกัดทำให้เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาตลาดทุน สมควรนำหลักกฎหมายเรื่องทรัสต์มาประยุกต์ใช้กับการระดมทุนในตลาดทุน เพื่อเป็นเครื่องมืออีกประการหนึ่งที่จะทำให้ธุรกรรมในตลาดทุนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสามารถแก้ไขข้อด้อยบางประการในการระดมทุนได้ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

- ร่าง -

ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
ที่ ก.../2552
เรื่อง การกำหนดประเภทธุรกรรมในตลาดทุนที่ใช้ทรัสต์ได้

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 4 และมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อ
ธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัด
สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 32 มาตรา 33 มาตรา 41 และมาตรา 43
ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย
คณะกรรมการ ก.ล.ต. ออกข้อกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ทรัสต์อาจก่อตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ต่อการดำเนินธุรกรรมในตลาดทุนดังต่อไปนี้

(1) ทรัสต์สำหรับการบริหารและจัดการลงทุน (Active trust) ได้แก่

(ก) การออกตราสารสุกุก (Islamic bond)

(ข) การจัดตั้งกองทรัสต์เพื่อการลงทุนของผู้ลงทุนสถาบันและรายใหญ่

(Institutional investor & High Net Worth Trust Fund)

(ค) การจัดตั้งกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Investment Trust)

(ง) การตั้งนิติบุคคลเฉพาะกิจในรูปทรัสต์ (Special Purpose Trust)

(จ) การใช้ทรัสต์ในโครงการร่วมลงทุนระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง (Employee Joint
Investment Program)

(2) ทรัสต์สำหรับการถือครองทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของธุรกรรมหลักหรือเพื่อประโยชน์
ในการชำระหนี้ในการออกหลักทรัพย์ (Passive trust) ได้แก่

(ก) การใช้ทรัสต์ในการออกและเสนอขายหุ้นให้กรรมการและพนักงาน

(ข) การใช้ทรัสต์ในการออกใบสำคัญแสดงสิทธิอนุพันธ์

(ค) การตั้งบัญชีทรัพย์สินในรูปทรัสต์เพื่อการชำระหนี้ในการออกหุ้นกู้

(ง) การตั้งบัญชีทรัพย์สินในรูปทรัสต์ในการเรียกเก็บหนี้ให้นิติบุคคลเฉพาะกิจ

ข้อ 2 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่

เป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่

(นายวิจิตร สุพินิจ)

ประธานกรรมการ

คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

หมายเหตุ: เหตุผลในการออกประกาศฉบับนี้ คือ เพื่อให้สามารถใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการสร้าง
นวัตกรรมของธุรกรรมประเภทต่างๆ ในตลาดทุนได้

ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

ที่ ก.../2552

เรื่อง หลักเกณฑ์ในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์

อาศัยอำนาจตามความมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 56 และมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2550 อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 32 มาตรา 33 มาตรา 41 และมาตรา 43 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการ ก.ล.ต. ออกข้อกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ในประกาศนี้

(1) “บริษัทหลักทรัพย์” หมายความว่า บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภท

(ก) การจัดการกองทุนรวม

(ข) การจัดการกองทุนส่วนบุคคล

(ค) การเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ การค้าหลักทรัพย์ หรือการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่ได้รับใบอนุญาตการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ การค้าหลักทรัพย์ หรือการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ที่จำกัดเฉพาะหลักทรัพย์ที่เป็นตราสารแห่งหนึ่งหรือหน่วยลงทุน

(2) “ผู้ถือหุ้นรายใหญ่” หมายความว่า ผู้ที่ถือหุ้นหรือรับประโยชน์จากหุ้นเกินกว่าร้อยละสิบของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ขอรับใบอนุญาต

เพื่อประโยชน์ตามความในวรรคหนึ่ง ผู้รับประโยชน์จากหุ้น หมายความว่า ผู้รับประโยชน์จากหุ้นตามที่กำหนดในมาตรา 25 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546

(3) “สถาบันการเงิน” หมายความว่า สถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน

ข้อ 2 ธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน สถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น หรือบริษัทหลักทรัพย์อาจยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ได้

ข้อ 3 บุคคลใดจะได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ บุคคลนั้นจะต้องมีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

- (1) มีทุนจดทะเบียนซึ่งชำระแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท
 - (2) ไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีฐานะทางการเงินที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือมีพฤติกรรมอื่นที่แสดงให้เห็นว่าอยู่ในระหว่างประสบปัญหาทางการเงิน รวมทั้งไม่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีข้อบกพร่องหรือมีความไม่เหมาะสมเกี่ยวกับการควบคุมและการปฏิบัติงานอันดีของธุรกิจ
 - (3) สามารถดำรงเงินกองทุนและกันเงินสำรองได้ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคลนั้นหรือกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของนิติบุคคลนั้น
 - (4) แสดงได้ว่าบุคคลที่เป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการ ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจทรัสต์ของผู้ที่จะได้รับใบอนุญาต มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และประกาศเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามอย่างอื่นของผู้บริหารของบริษัทหลักทรัพย์ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าว รวมทั้งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 และประกาศเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้บริหารของผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าว
 - (5) แสดงได้ว่าบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามประกาศกระทรวงการคลังว่าด้วยการกำหนดเงื่อนไขให้บริษัทต้องขอรับความเห็นชอบบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ รวมทั้งตามมาตรา 25 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 และประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนว่าด้วยลักษณะต้องห้ามของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
- ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ตามวรรคหนึ่งเป็นนิติบุคคล กรรมการ ผู้จัดการ และหุ้นส่วนของนิติบุคคลนั้นไม่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวด้วย
- (6) แสดงได้ว่าจะมีการบริหารงานที่ดีและมีประสิทธิภาพ
 - (7) แสดงได้ว่าจะมีนโยบายและมาตรการในการป้องกันความขัดแย้งทางผลประโยชน์ การป้องกันการล่วงรู้ข้อมูลภายในระหว่างหน่วยงานและบุคลากร การควบคุมภายใน และการบริหารความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ที่มีประสิทธิภาพ รวมทั้งมีมาตรการในการควบคุมและติดตามให้มีการดำเนินงานตามนโยบายและมาตรการที่วางไว้
 - (8) แสดงได้ว่าจะมีระบบงานที่มีความพร้อมในการประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์
 - (9) แสดงได้ว่าจะมีความพร้อมด้านบุคลากรเพื่อรับผิดชอบงานด้านทรัสต์

ข้อ 4 ให้ผู้ขอรับใบอนุญาตยื่นคำขอต่อสำนักงาน ก.ส.ศ. พร้อมเอกสารหลักฐาน ประกอบคำขอตามแบบและวิธีการที่สำนักงาน ก.ส.ศ. จัดไว้ในระบบงานอิเล็กทรอนิกส์ของ สำนักงาน ก.ส.ศ.

ข้อ 5 ในกรณีที่สำนักงาน ก.ส.ศ. พิจารณาเห็นว่าผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้มี คุณสมบัติถูกต้องและครบถ้วนตามที่กำหนดในข้อ 3 ให้สำนักงาน ก.ส.ศ. เสนอเรื่องต่อ คณะกรรมการ ก.ส.ศ. เพื่อพิจารณาออกใบอนุญาตภายในหกสิบวันนับแต่วันที่สำนักงาน ก.ส.ศ. ได้รับคำขอและเอกสารหลักฐานครบถ้วน และคณะกรรมการ ก.ส.ศ. จะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน สามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากสำนักงาน ก.ส.ศ.

ข้อ 6 ในการพิจารณาคำขอตามข้อ 5 นอกจากการพิจารณารายละเอียดที่ปรากฏในคำขอ และเอกสารหลักฐานประกอบคำขอแล้ว ให้สำนักงาน ก.ส.ศ. มีอำนาจสั่งให้ผู้ขอรับใบอนุญาตมาชี้แจง หรือส่งเอกสารหลักฐานใดๆ เพิ่มเติมเพื่อประกอบการพิจารณาตามความเห็นสมควรและภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ และในกรณีเช่นว่านี้ มิให้นับระยะเวลาตั้งแต่วันที่สำนักงาน ก.ส.ศ. มีคำสั่งดังกล่าวจนถึงวันที่ ผู้ขอรับใบอนุญาตได้มาชี้แจงหรือได้ส่งเอกสารหลักฐานที่ถูกต้องครบถ้วนแล้วรวมเข้ากับการนับ ระยะเวลาตามข้อ 5

ใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจทรีสตี ให้เป็นไปตามแนบท้ายประกาศนี้

ข้อ 7 ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจทรีสตีต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) จะเริ่มประกอบธุรกิจทรีสตีได้ ต่อเมื่อสำนักงาน ก.ส.ศ. ตรวจสอบแล้วเห็นว่า ผู้ได้รับใบอนุญาตได้ดำเนินการให้เป็นไปตามที่ได้แสดงไว้ในข้อ 3 (6) (7) (8) และ (9)
- (2) ต้องดำรงคุณสมบัติและดำเนินการในเรื่องที่แสดงไว้ในข้อ 3 ตลอดเวลาที่ ประกอบธุรกิจทรีสตี

ในกรณีที่ผู้ได้รับใบอนุญาตไม่สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในวรรค หนึ่ง คณะกรรมการ ก.ส.ศ. อาจเพิกถอนใบอนุญาตดังกล่าวได้

ข้อ 8 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่

เป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่

(นายวิจิตร สุพินิจ)

ประธานกรรมการ

คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

หมายเหตุ : เหตุผลในการออกประกาศฉบับนี้ คือ กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้ความเห็นชอบบุคคลเป็นทรัสต์ เพื่อให้มีบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นทรัสต์อย่างเหมาะสมซึ่งมีความน่าเชื่อถือและไว้วางใจได้ว่าจะดูแลและบริหารจัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์ให้ตรงตามเจตนารมณ์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ รวมทั้งเป็นไปตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

- ร่าง -

ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

ที่ กจ. /2552

เรื่อง การกำหนดประเภทหลักทรัพย์เพิ่มเติม

(ฉบับที่..)

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 14 และมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 33 มาตรา 34 มาตรา 41 มาตรา 43 มาตรา 44 และมาตรา 64 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการ ก.ล.ด. ออกข้อกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ให้ตราสารแสดงสิทธิในทรัพย์สินของกองทรัสต์ (trust certificate) เป็นหลักทรัพย์ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

ตราสารแสดงสิทธิในทรัพย์สินของกองทรัสต์ตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า ตราสารหรือหลักฐานที่ทรัสต์ออก ซึ่งแสดงสิทธิของผู้ถือตราสารหรือหลักฐานดังกล่าวในฐานะผู้รับประโยชน์ที่จะได้รับประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการจัดการกองทรัสต์

ข้อ 2 ให้ตราสารแสดงสิทธิในทรัพย์สินของกองทรัสต์ (trust certificate) ตามข้อ 1 เป็นหลักทรัพย์ที่กำหนดตามมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

ข้อ 3 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ เป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่

(นายวิจิตร สุพินิจ)

ประธานกรรมการ

คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

หมายเหตุ: เหตุผลในการออกประกาศฉบับนี้ คือ เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ลงทุนที่จะลงทุนในตราสารที่ออกโดยทรัสต์ จึงกำหนดให้ตราสารดังกล่าว เป็นหลักทรัพย์ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับเกี่ยวกับการขออนุญาตเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่ และการเปิดเผยข้อมูลก่อนและภายหลังการเสนอขายหลักทรัพย์ ทั้งนี้ ตามหมวด 2 การออกหลักทรัพย์ของบริษัท และหมวด 3 การเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

-ร่าง-

ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
ว่าด้วยการประกอบกิจการอื่นของบริษัทหลักทรัพย์
พ.ศ. 2552

โดยที่มาตรา 98(8) แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 กำหนดห้ามมิให้บริษัทหลักทรัพย์ประกอบกิจการอื่นใดที่มีใช้ธุรกิจหลักทรัพย์ในประเภทที่ได้รับอนุญาต เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการกำกับตลาดทุน นั้น

เพื่อเป็นการเพิ่มช่องทางในการประกอบธุรกิจของบริษัทหลักทรัพย์ คณะกรรมการ ก.ล.ต. ทำหน้าที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนตามมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ในการประชุมครั้งที่ /2552 เมื่อวันที่ พ.ศ. 2552 มีมติอนุญาตให้บริษัทหลักทรัพย์ประกอบธุรกิจเป็นทรัพย์สิน ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขดังนี้

ข้อ 1 ในประกาศนี้

“บริษัทหลักทรัพย์” หมายความว่า บริษัทที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภท

- (1) การจัดการกองทุนรวม
- (2) การจัดการกองทุนส่วนบุคคล
- (3) การเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ การค้าหลักทรัพย์ การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์

แต่ไม่รวมถึงผู้ที่ได้รับใบอนุญาตการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ การค้าหลักทรัพย์ หรือการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ที่จำหน่ายหลักทรัพย์ที่จำกัดเฉพาะหลักทรัพย์ที่เป็นตราสารแห่งหนึ่งหรือหน่วยลงทุน

ข้อ 2 ให้บริษัทหลักทรัพย์ประกอบธุรกิจเป็นทรัพย์สินได้ โดยต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน
- (2) ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเป็นทรัพย์สิน ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

ข้อ 3 บริษัทหลักทรัพย์ต้องควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจเป็นทรัพย์สินให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในข้อ 2 ไว้ตลอดเวลา ในกรณีที่สำนักงานพบว่าบริษัทหลักทรัพย์ไม่สามารถควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจเป็นทรัพย์สินตามข้อกำหนดดังกล่าว ให้บริษัทหลักทรัพย์ดำเนินการแก้ไขภายในระยะเวลาหรือเงื่อนไขที่สำนักงานกำหนด หากบริษัทหลักทรัพย์ไม่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้ ให้ถือว่าการอนุญาตของคณะกรรมการกำกับตลาดทุนเป็นอันสิ้นสุดลง

สำนักงานจึงขอแจ้งมติคณะกรรมการกำกับตลาดทุนดังกล่าวให้ทราบโดยทั่วกัน

ประกาศ ณ วันที่

(นายธีระชัย ภูวนาถนรานุบาล)

เลขาธิการ

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายภูษงค์ ธีรนนทรพร เกิดเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม 2525 สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายจาก โรงเรียนทวิธาภิเศก และสำเร็จการศึกษานิติศาสตร์บัณฑิตจาก มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปี พ.ศ. 2546 ปัจจุบันปฏิบัติหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายนโยบายกำกับตลาด ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย