บทที่ 4
การใช้หลักกฎหมายทรัสต์กับกองทุนสำรองเลี้ยงชีพของต่างประเทศ

เนื่องจากปัญหาของกองทุนสำรองเลี้ยงชีพในประเทศไทย ดังที่กล่าวในบทที่ผ่านมามีหลายประเด็นที่ควรให้ความสนใจ และหน่วยงานที่รับผิดชอบพยายามหาแนวทางที่จะวางรูปแบบของกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อใช้ในการกำกับดูแลโครงสร้าง และการดำเนินงานของกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ หลายครั้งที่มีความพยายามผลักดันให้มีการนำหลักกฎหมายว่าด้วยทรัสต์มาใช้ในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำมาใช้ในตลาดเงินตลาดทุน สำหรับกองทุนสำรองเลี้ยงชีพของต่างประเทศโดยส่วนใหญ่มักจัดตั้งขึ้นเป็นกองทรัสต์ มีทรัสตีเป็นผู้รับผิดชอบโดยตรง ซึ่งในบทนี้ผู้วิจัยจะกล่าวถึงหลักกฎหมายทรัสต์ กองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่จัดตั้งขึ้นในรูปทรัสต์ และจะเปรียบเทียบถึงข้อดีกับรูปแบบของกองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามกฎหมายไทย

1. หลักกฎหมายทรัสต์

ทรัสต์ เป็นนิติสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินที่เกิดจากการที่บุคคลหนึ่ง ที่เรียกว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) ได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามที่กำหนดให้ไปอยู่ในความครอบครองและดูแลของบุคคลอื่นที่เรียกว่าทรัสตี (Trustee) ทั้งนี้เพื่อให้ทรัสตีจัดการดูแลทรัพย์สินนั้น เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อบุคคลอื่น ที่เรียกว่าผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) หรือตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ไม่ว่านิติสัมพันธ์ดังกล่าวจะเกิดขึ้นในระหว่างที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะมีชีวิตหรือไม่ก็ตาม โดยทรัสตีจะต้องจัดการทรัพย์สินที่ได้รับมอบหมายนั้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวัง และผู้รับประโยชน์มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีที่ทรัสตีไม่ปฏิบัติตามที่ได้รับมอบหมาย และยังมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากบุคคลภายนอกที่ได้ทรัพย์สินของกองทรัสต์ไปโดยไม่สุจริต และไม่เสียค่าตอบแทน

1.1 <u>แนวความคิดเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์โดยกฎหมายและกรรมสิทธิ์โดยธรรม</u>

กฎหมายทรัสต์ จะถือว่าทั้งทรัสตีและผู้รับประโยชน์ล้วนแต่เป็นเจ้าของทรัพย์สินในกองทรัสต์ด้วยกันทั้งนั้น ก็เพราะกฎหมายได้แบ่งความเป็นเจ้าของออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. ความเป็นเจ้าของตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Legal Interest)

2. ความเป็นเจ้าของตามหลักกฎหมายเอควิตี้ (Equitable Interest)

บุคคลที่ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Legal Interest) ซึ่งบุคคลนั้นมีอำนาจใช้สอย จัดการ ได้รับประโยชน์ จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้นทุกประการและเป็นอิสระ ซึ่งอำนาจนี้เรียกว่า Legal Ownership ส่วนบุคคลที่มีแต่เพียงสิทธิในการใช้ทรัพย์สิน ก็จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้ตามหลักกฎหมายเอควิตี้ (Equitable Interest) ซึ่งเป็นหลักที่เข้ามาเสริมหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยกำหนดให้บุคคลบางประเภทซึ่งไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่อย่างใด ก็อาจมีประโยชน์บางประการเหนือทรัพย์สินนั้นได้เสมือนเจ้าของทรัพย์สินนั้น ดังเช่นสิทธิของผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ (Beneficiary) ในอันที่จะได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ (Trust Property) ซึ่งสิทธินี้จะเรียกว่า Equity Ownership ดังนั้น หากบุคคลใดเป็นเจ้าของทรัพย์สินอย่างสมบูรณ์ บุคคลนั้นจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินทั้งตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์และหลักกฎหมายเอควิตี้ในเวลาเดียวกัน เมื่อความเป็นเจ้าของถูกแบ่งแยกออกไปให้บุคคลถึงสองคนในเวลาเดียวกัน ซึ่งเป็นลักษณะที่แตกต่างไปจากหลักการถือกรรมสิทธิ์ร่วม ทรัสต์จึงได้เกิดมีขึ้น และผู้เป็นเจ้าของตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์จะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น แต่ในขณะที่ผู้เป็นเจ้าของตามหลักกฎหมายเอควิตี้ จะเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการใช้ทรัพย์สินนั้น

ความเป็นเจ้าของตามหลักกฎหมายเอควิตี้ (Equitable Interest) นั้นมีลักษณะที่สำคัญดังนี้ [1]

1. สิทธิของทรัสตีที่มีต่อทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์นั้นเป็นทรัพยสิทธิ ใช้ยันกับบุคคลได้ทั่วไป

2. ทรัสตีไม่มี Personal Interest ในทรัพย์สินที่เป็นกองทรัสต์ เช่น ถ้าทรัสตีขายทรัพย์สินในกองทรัสต์ได้ เงินที่ขายได้นั้นไม่ใช่ของทรัสตี แต่เป็นทรัพย์สินของทรัสต์หรือของผู้รับประโยชน์

3. Trust Property จะเป็นทรัพย์สินที่แยกต่างหากจากทรัพย์สินของทรัสตี

4. กรรมสิทธิ์ใน Trust Property จะอยู่ในนามของทรัสตีหรือตัวแทนของทรัสตี

4.1 ทรัสตีมีสิทธิฟ้องหรืออาจถูกฟ้องคดี อันเกี่ยวกับ Trust Property ในนามของทรัสตีเอง และมีความสามารถที่จะจัดการบรรดา Trust Property ได้ ในนามของทรัสตีเอง

---

[1] สุนันทา ประกอบกิจ, "ข้อจำกัดทางกฎหมายของการจัดการทรัพย์สินเพื่อบุคคลอื่นในการทำธุรกรรมทางการเงินและแนวทางแก้ไข", (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 10.

4.2 เจ้าหนี้ของทรัสตีไม่มีสิทธิฟ้องร้องบังคับทรัสตีเหนือ Trust Property

4.3 ในกรณีที่ทรัสตีล้มละลาย หรือถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ Trust Property จะไม่ถูกบังคับมาเป็นทรัพย์สินในกองทรัพย์ในคดีล้มละลาย

4.4 Trust Property ไม่ใช่สินสมรสของทรัสตี และไม่เป็นกองมรดกที่จะนำมาแบ่งให้แก่ทายาทของทรัสตี ในกรณีที่ทรัสตีเสียชีวิต

4.5 ในกรณีที่ทรัสตีผิดข้อตกลงเกี่ยวกับทรัสต์ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) อาจฟ้องเรียกร้องทรัพย์สินคืนจากทรัสตีได้ หรือในกรณีที่ทรัสตีโอนทรัพย์สินใน Trust Property ไปให้บุคคลภายนอกโดยไม่ชอบ ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจใช้สิทธิฟ้องเรียกร้องให้มีการส่งมอบทรัพย์สินคืนได้ ทั้งนี้สิทธิของผู้ก่อตั้งทรัสต์ดังกล่าวจะใช้หลักกฎหมายในเรื่องใด คงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงของเรื่องที่สอดคล้องกับกฎหมายในเรื่องนั้น นอกจากนี้ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) จะใช้สิทธิบังคับทรัสตีให้ปฏิบัติตามข้อตกลงในเรื่องทรัสต์ได้ในนามของตนเอง รวมทั้งติดตามทรัพย์สินที่อยู่กับบุคคลภายนอกโดยไม่สุจริตและไม่เสียค่าตอบแทนได้

5. ทรัสตีมีอำนาจและหน้าที่ในการจัดการทำบัญชีทรัพย์สิน จัดการ ดูแล และจำหน่าย Trust Property ตามข้อกำหนดต่างๆ ที่ระบุไว้ในตราสารก่อตั้งทรัสต์ (Trust Deed หรือ Trust Instrument) อีกทั้งจะต้องมีหน้าที่อื่นพิเศษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย

จากลักษณะของทรัสต์ที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายเอควิตี้ (Equitable Interest) ได้สร้างหลักความเป็นธรรมขึ้นมาใหม่ 2 ประการ ที่เป็นการเสริมหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่มีอยู่ นั่นคือ หลักที่เกี่ยวกับการถือสิทธิในทรัพย์สิน และหลักที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในทางสัญญา[2]

1. <u>หลักที่เกี่ยวกับการถือสิทธิในทรัพย์สิน</u> โดยในทาง Common Law ถือหลักว่า บุคคลใดมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใด บุคคลนั้นย่อมมีอำนาจในการใช้สอย จัดการ ได้ประโยชน์ จำหน่าย จ่าย โอน ทรัพย์สินนั้นได้ทุกประการ อำนาจที่ว่านี้เรียกว่า Legal Ownership (Legal Interest) ในขณะเดียวกันในทาง Equity ได้สร้างหลักขึ้นมาเสริมว่า บุคคลอาจจะไม่มี Legal Ownership ในทรัพย์สิน แต่ก็อาจมีสิทธิประโยชน์บางประการเหนือทรัพย์สินนั้นได้ เสมือนเป็น

---

[2] เล่มเดียวกัน, หน้า 11.

เจ้าของทรัพย์สินนั้นเอง ดังเช่นสิทธิของผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ที่จะได้รับประโยชน์จาก Trust Property สิทธิในลักษณะนี้เรียกว่า Equity Ownership (Equitable Interest)

2. <u>หลักที่เกี่ยวกับสิทธิในทางสัญญา</u> ซึ่งหลักนี้ในทาง Common Law มีหลักกฎหมายที่สำคัญสองประการ ได้แก่ Doctrine of Consideration และ หลัก Privity of Contract

- Doctrine of Consideration คือ กรณีที่มีการทำสัญญากัน สัญญานั้นจะมีผลผูกพันและคู่สัญญาอาจฟ้องร้องกันได้ จะต้องปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เรียกร้องเอาสิทธิตามสัญญาจะต้องมี Consideration เป็นเสมือนสิ่งตอบแทนที่จะต้องมีให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อที่จะให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นปฏิบัติตามสัญญา การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะได้รับประโยชน์จากสัญญาโดยการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่มีสิ่งตอบแทนอะไรเลย กรณีเช่นนี้คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ เพราะคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่มี Consideration ตัวอย่างเช่น ในสัญญาซื้อขาย Consideration ของผู้ซื้อคือการชำระราคา ส่วน Consideration ของผู้ขายคือหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สินที่ขายเป็นต้น

- Privity of Contract คือ หลักที่ว่าสัญญาที่ทำขึ้นย่อมผูกพันเฉพาะคู่สัญญา จะไม่มีผลบังคับต่อบุคคลภายนอก บุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องเป็นคู่สัญญาย่อมไม่มีหน้าที่หรือสิทธิอย่างใดๆ ในสัญญาเลย เช่น ก.ให้สัญญาต่อ ข. ว่าจะมอบเงินให้แก่น้องสาวของ ข. 1,000 บาท ก.จึงมีหน้าที่ต้องส่งมอบเงินให้แก่น้องสาว ข. ตามสัญญา หาก ก. ไม่ปฏิบัติตามสัญญา ข.เท่านั้นจึงจะมีสิทธิฟ้องร้องบังคับ ก. ให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ น้องสาว ข. แม้เป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากสัญญา แต่หลัก Privity of Contract ก็ไม่ให้สิทธิที่จะฟ้องร้อง ก. ได้ แต่ในกรณีของทรัสต์ผู้รับประโยชน์จะมีสิทธิที่จะบังคับให้บุคคลอื่นปฏิบัติตามสัญญา แม้ว่าตนเองจะไม่ได้เป็นคู่สัญญาก็ตาม ซึ่งกฎนี้ได้ถูกวางบรรทัดฐานไว้ในคดี Tweddle v Adkinson, คดี Dunlop v Selfridge และคดี Scruttons v Midland Silcones

สิ่งที่หลักกฎหมายเอควิตี้ (Equity) สร้างขึ้นมาเสริมหลักของหลักกฎหมายคอมมอนลอว์สองประการ คือ การที่ผู้รับประโยชน์สามารถรับประโยชน์จากสัญญาก่อตั้งทรัสต์ (Trust Deed) ได้ โดยที่ผู้รับประโยชน์ไม่ต้องเข้าไปเป็นคู่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ตามหลัก Privity of Contract แต่อย่างใด นอกจากนี้ผู้รับประโยชน์ยังสามารถเรียกร้องเอาสิทธิประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมี Consideration ตามหลัก Doctrine of Consideration อีกด้วย

1.2 <u>การเกิดขึ้นของทรัสต์</u>

แต่เดิมการพิจารณาว่าทรัสต์เกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ยังขาดความชัดเจน แต่ต่อมา ผู้พิพากษา Lord Langdale M.R. ได้วางหลักเกณฑ์การเกิดขึ้นของทรัสต์ไว้ในคำพิพากษาคดี Knight v Knight ในปีค.ศ. 1840 ว่าจะต้องมีองค์ประกอบที่แน่นอน 3 ประการ ซึ่งได้แก่[3]

1.2.1 หลักความแน่นอนแห่งเจตนา (Certainty of Words / Intention) หมายถึง ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องแสดงออกซึ่งเจตนาของตนในการที่จะก่อตั้งทรัสต์ขึ้น เพื่อที่จะให้มีผลผูกพัน ซึ่งการแสดงออกนั้นจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่ให้บุคคลภายนอกทราบได้ว่า ผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้น ตั้งใจที่จะให้มีทรัสต์เกิดขึ้น และสามารถที่จะทำให้ทรัสตีรู้หน้าที่ของตนในการจัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์นั้นได้อย่างเรียบร้อยต่อไป อย่างไรก็ตามการแสดงออกซึ่งเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้น อาจกระทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการบอกเจตนาดังกล่าวให้บุคคลอื่นได้ทราบด้วยวาจา ก็อาจกระทำได้

1.2.2 หลักความแน่นอนแห่งทรัพย์สินในกองทรัสต์ (Certainty of Subject Matter / Property) หมายถึง การแบ่งแยกอย่างชัดเจนว่าทรัพย์สินใดอยู่ภายใต้กรรมสิทธิ์ของทรัสต์ อีกทั้งจะต้องมีความชัดเจนว่า ทรัพย์สินภายใต้กรรมสิทธิ์ของกองทรัสต์นั้นผู้รับประโยชน์ที่มีสิทธิในกองทรัสต์นั้นจะได้ส่วนแบ่งกันอย่างไรโดยละเอียด ทั้งนี้เป็นผลมาจากหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังทรัสต์ (Tracing) เป็นการโอนกรรมสิทธิ์โดยเด็ดขาด ให้ทรัสตีมีอำนาจในทาง Legal Interest แต่เพียงผู้เดียว โดยที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์หมดสิ้นไปซึ่งอำนาจในการจัดการทรัพย์สินที่โอนไปนั้น ในเรื่องนี้จึงเป็นประเด็นประการสำคัญของการเกิดขึ้นของทรัสต์ ซึ่งต้องการความชัดแจ้ง แน่นอน และมีอยู่จริงในขณะที่ก่อตั้งทรัสต์นั้น

1.2.3 หลักความแน่นอนในการมีผู้รับประโยชน์ (Certainty of Object / Beneficiary) หมายความว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องระบุไว้อย่างชัดแจ้งว่าบุคคลใดเป็นผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ในเวลาที่ตั้งทรัสต์ขึ้น หากในขณะที่ตั้งทรัสต์ขึ้นนั้นไม่สามารถกำหนดตัวบุคคลได้ว่าผู้ใดจะเป็นผู้รับประโยชน์ ทรัสต์ก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้

---

[3] Richard Edwards and Nigel Stockwell, <u>Trusts and Equity</u>, 4th ed. (Essex England: Financial Times Pitman Publishing, 1992), p. 92.

1.3 บุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญาทรัสต์

1.3.1 ผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor or Trustor)

ผู้ก่อตั้งทรัสต์ หมายถึง บุคคลที่ก่อตั้งทรัสต์ขึ้นด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปให้ทรัสตีโดยกำหนดเงื่อนไขหรือหน้าที่บางประการให้ทรัสตียึดถือและปฏิบัติตาม ทั้งนี้ผลของการโอนกรรมสิทธิ์ดังกล่าว ทำให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์สิ้นสุดความเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่โอนนั้น

โดยทั่วไป การเกิดขึ้นของทรัสต์ส่วนใหญ่ จะเกิดจากการตัดสินใจของผู้ก่อตั้งทรัสต์ เว้นแต่จะมีการเกิดขึ้นของทรัสต์โดยผลของกฎหมาย (Statutory Trust) ซึ่งจะเป็นทรัสต์ที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับกรณีพิเศษเฉพาะเรื่อง* ผู้ก่อตั้งทรัสต์ส่วนใหญ่มักจะจัดตั้งทรัสต์ขึ้นโดยวิธีการจัดทำเอกสารขึ้นที่เรียกว่า เอกสารการก่อตั้งทรัสต์ (Trust Deed) ซึ่งอาจจะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว หรือนิติกรรมหลายฝ่ายก็ได้ ซึ่งการทำนิติกรรมฝ่ายเดียว เพื่อที่จะก่อตั้งทรัสต์นั้นอาจกระทำได้โดยการประกาศ (Declaration) อย่างง่ายๆ ว่า ในฐานะที่ตนเป็นเจ้าของทรัพย์สินสิ่งใดสิ่งหนึ่งในฐานะที่เป็นทรัสตีเพื่อประโยชน์แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือหลายๆ คน หรืออาจจะเพื่อวัตถุประสงค์แห่งการสาธารณประโยชน์ (Charitable Purpose) คำประกาศดังกล่าวไม่จำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดถึงค่าตอบแทนจากการเป็นทรัสตี หรือไม่ต้องมีการพูดถึงการโอนทรัพย์ หรือไม่ต้องกล่าวถึงการจดแจ้ง หรือการบอกกล่าวไปยังบุคคลอื่นหรือบุคคลที่เป็นผู้รับประโยชน์ใดๆ เลย ทรัสต์ก็อาจเกิดขึ้นได้โดยคำประกาศถึงความตั้งใจของผู้ก่อตั้งทรัสต์ด้วยวิธีการง่ายๆ ดังที่กล่าวนั่นเอง หากทรัสต์ที่ตั้งขึ้นนั้นดำเนินการโดยบุคคลอื่นที่มิใช่ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสตี ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจจะทำเป็นเอกสารฝ่ายเดียวประกาศกำหนดตั้งบุคคลอื่นขึ้นเป็นทรัสตีก็ได้ หรือเพียงแต่การโอนทรัพย์สินที่ตนเองเป็นเจ้าของอยู่ให้แก่บุคคลที่ตนประสงค์จะให้เป็นทรัสตี ให้ทรัสตีถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นไว้เพื่อผู้รับประโยชน์คนใดคนหนึ่งหรือหลายคนก็ได้ ซึ่งการก่อตั้งทรัสต์ตามวิธีที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น จัดว่าเป็นการก่อตั้งทรัสต์โดยชัดแจ้งโดยมีผลในขณะที่ผู้จัดตั้งทรัสต์ยังมีชีวิตอยู่ (*inter vivos* express trust)

การก่อตั้งทรัสต์โดยชัดแจ้งอีกประการหนึ่งนั้น ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจกระทำได้โดยการจัดทำเป็นพินัยกรรม โดยกำหนดข้อความเผื่อตายไว้ (Testamentary Trust) ทรัสต์ประเภทนี้ ผู้ก่อตั้งจะกำหนดให้ทรัสต์มีผล หรือถูกก่อตั้งขึ้นเมื่อตนถึงแก่ความตาย ทั้งนี้

---

* ทรัสต์โดยผลของกฎหมาย (Statutory Trust) เช่น ทรัสต์เพื่อการขายโดยพินัยกรรม ตามมาตรา 33 ของ Administration of Estates Act 1925, ทรัสต์เพื่อการขาย ตามมาตรา 34-36 ของ Law of Property Act 1925 เป็นต้น

ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจจะกำหนดว่าผู้ใดเป็นทรัสตีไว้หรือไม่ก็ได้ ซึ่งหากมิได้กำหนดไว้ในพินัยกรรม ผู้มีส่วนได้เสียอาจร้องขอให้ศาลแต่งตั้งทรัสตีก็ได้ ให้ทรัสตีเข้ามาจัดการดูแลทรัพย์สิน ภายหลังจากที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ถึงแก่ความตายแล้วก็ได้ ผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้นอาจจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ ในกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นนิติบุคคลจะต้องมีวัตถุที่ประสงค์เพื่อการก่อตั้งทรัสต์ไว้ด้วย อย่างไรก็ตามไม่ว่าทรัสต์จะถูกก่อตั้งขึ้นโดยนิติกรรมฝ่ายเดียว หรือนิติกรรมหลายฝ่าย แต่สิ่งสำคัญที่ขาดไม่ได้สำหรับการก่อตั้งทรัสต์ก็คือ การจัดตั้งทรัสต์นั้นจะต้องไม่มีวัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ไม่เป็นการพ้นวิสัย และจะต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน อันจะส่งผลให้การจัดตั้งทรัสต์นั้นเป็นโมฆะ*

หน้าที่ประการสำคัญของผู้ก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สิน คือจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กองทรัสต์ (Vesting) การส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กองทรัสต์นั้นจะต้องส่งมอบให้อยู่ในเงื้อมมือหรือภายใต้อำนาจการควบคุมของทรัสตี กล่าวคือหากเป็นทรัพย์สินที่กฎหมายกำหนดบังคับให้ต้องมีการจดทะเบียนการโอน เช่น อสังหาริมทรัพย์** สิทธิการเป็นเจ้าของหุ้นสามัญ หุ้นกู้ หรืออาจเป็นสิทธิที่ไม่มีรูปร่าง เป็นต้น จะต้องดำเนินการจดทะเบียนโอนให้อยู่ในนามของทรัสตี และหากเป็นสังหาริมทรัพย์ก็จะต้องมีความชัดเจนในเรื่องการส่งมอบ คือจะต้องส่งไปให้อยู่ในความครอบครองของทรัสตี เว้นแต่ในกรณีที่ทรัสตีเป็นบุคคลคนเดียวกันกับผู้ก่อตั้งทรัสต์ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่จำเป็นต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ทรัสตี แต่ทรัพย์สินที่จะกำหนดให้เป็นของทรัสต์นั้น จะต้องถูกแบ่งแยกอย่างชัดเจนออกมาต่างหากจากทรัพย์สินของทรัสตี (หรือผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้น)

การส่งมอบทรัพย์สินไปยังทรัสต์นี้ เป็นประเด็นที่สำคัญที่ส่งผลให้ทรัสต์เกิดขึ้นและมีตัวตน (Entity) อยู่ได้ ด้วยเงื่อนไขการมีทรัพย์สินที่ต้องควบคุมดูแล และแสวงหาผลประโยชน์จากกองทรัพย์สินนั้นเพื่อให้ทรัพย์สินในกองทรัสต์มีเพิ่มมากขึ้น อนึ่งการเกิดขึ้น และมีตัวตนของทรัสต์นั้น มีเหตุปัจจัยอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ ประการแรกคือ ทรัสต์จะเกิดขึ้นโดยการโอนทรัพย์สินไปเป็นกรรมสิทธิ์ของทรัสตี หรือประการที่สอง ได้แก่ การประกาศก่อตั้งทรัสต์โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์เมื่อมีการโอนทรัพย์สินไปเป็นกรรมสิทธิ์ของทรัสตีเรียบร้อยแล้ว หากมีเพียงประกาศก่อตั้งทรัสต์แต่ยังมิได้โอนทรัพย์สินไป ทรัสต์ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ จะเห็นได้ว่าการส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้นมีผลเป็นประการสำคัญต่อการเกิดขึ้นของทรัสต์

---

* มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

** ใน The Law of Property Act 1925 s 53 (1) (b) บัญญัติว่า "a declaration of trust respecting any land or any interest therein must be manifested and proved by some writing signed by the person who is able to declare such trust or by his will"

เมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังทรัสตีแล้ว ก็ถือว่าเป็นการสิ้นสุด (Out of Picture) แห่งอำนาจหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินของผู้ก่อตั้งทรัสต์ สิทธิตามกฎหมายในทางทรัพย์สินต่างๆ ทั้งหมด (Property Right) ถูกถ่ายโอนไปยังทรัสตี เช่นเดียวกันกับสัญญาให้ ซึ่งผู้ให้ย่อมหมดสิ้นไปในเรื่องสิทธิและหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินที่ได้โอนไปยังผู้รับให้ นับตั้งแต่วันที่สัญญาให้เกิดขึ้น ผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่สามารถเข้าจัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์ได้เลย (เว้นแต่กรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นบุคคลคนเดียวกับทรัสตี) อำนาจเด็ดขาด (Absolute Power) ในการจัดการทรัพย์สินทั้งหมดอยู่ในความดูแลของทรัสตี แต่ในทางปฏิบัติทรัสตีอาจปฏิบัติตามข้อเสนอแนะบางประการของผู้ก่อตั้งทรัสต์บ้างในฐานะที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์เคยเป็นเจ้าของทรัพย์สินในกองทรัสต์ แต่การจัดการดูแลทรัพย์สินทั้งมวลในกองทรัสต์ต้องอยู่ภายใต้อำนาจของทรัสตีทุกครั้ง หากในคราวใดที่การจัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์นั้นปราศจากดุลพินิจของทรัสตี หรือกระทำไปโดยมิได้อยู่ภายใต้อำนาจการตัดสินใจโดยอิสระของทรัสตี การจัดการทรัสต์นั้นถือได้ว่าเป็นโมฆะ[4] เช่น ตัวอย่างในคดี Turner v Turner [1984] Gh. 100

อย่างไรก็ตามผู้ก่อตั้งทรัสต์ ผู้ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินอยู่แต่เดิมอาจจะสงวนสิทธิในอำนาจของตนไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้ ก่อนที่จะโอนทรัพย์สินไปยังกองทรัสต์ ดังกรณีต่อไปนี้

1. ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจจะกำหนดหน้าที่ให้ทรัสตี ต้องแจ้งให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์ทราบ หากเกิดเหตุการณ์สำคัญขึ้นซึ่งเหตุการณ์นั้นกระทบหรือก่อความเสียหายต่อทรัพย์สินในกองทรัสต์ได้ เช่น กรณีที่ทรัสตีถูกฟ้องล้มละลาย เป็นต้น

2. ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจสงวนสิทธิในการเรียกคืนทรัพย์สินในกองทรัสต์ให้กลับคืนมายังกองทรัสต์ทั้งหมด หรือเพียงบางส่วน เพื่อประโยชน์แก่ผู้รับประโยชน์

3. ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจจะสงวนสิทธิในการถอดถอนทรัสตี และการแต่งตั้งทรัสตีรายใหม่

4. ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจสงวนสิทธิในเรื่องการลด หรือการเพิ่มจำนวนผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ หรือการเปลี่ยนแปลงอัตราส่วนการได้รับผลประโยชน์รวมทั้งการเปลี่ยนแปลงการจัดลำดับของผู้รับประโยชน์ได้ตลอดเวลาเท่าที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องการ

5. ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจสงวนสิทธิในการกำหนดรายได้ หรือเงินทุนที่พึงดำรงไว้ขั้นต่ำตามความเหมาะสม หรือจะสงวนสิทธิที่จะให้คำแนะนำในเรื่องการลงทุนของกองทรัสต์ทั้งหมดหรือบางส่วนแก่ทรัสตี

---

[4] D. J. Hayton, The Law of Trusts, (London : Sweet & Maxwell, 1989), p 107.

6. ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจสงวนสิทธิในการยับยั้ง (Veto) หรือสงวนสิทธิไว้เฉพาะในฐานะที่เป็นที่ปรึกษาของทรัสตีก็ได้ก่อนที่ทรัสตีจะตัดสินใจใช้อำนาจสั่งให้มีการลงทุนใดๆ หรือก่อนที่จะให้มีการจ่ายเงินให้กับผู้รับประโยชน์คนใดๆ หรือก่อนที่จะมีการมอบอำนาจให้ทรัสตีรายอื่นเข้ามาจัดการร่วมในกองทรัสต์ หรือการมอบอำนาจช่วงให้จัดการกองทรัสต์ การสงวนสิทธิของผู้จัดตั้งทรัสต์นั้นจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และมีความชัดเจนในเอกสารการก่อตั้งทรัสต์ (Trust Deed หรือ Trust Instrument)

1.3.2 ทรัสตี (Trustee)

ทรัสตี หมายถึง บุคคลหนึ่งหรือหลายคนซึ่งได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยการได้รับการแต่งตั้งจากผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือตราสารแต่งตั้งทรัสต์ หรือได้รับการแต่งตั้งจากศาลให้ดำเนินการในฐานะทรัสตี มีหน้าที่ดูแล และจัดการทรัพย์สินให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งทรัสต์ นั่นแสดงให้เห็นว่านอกจากทรัสตีจะมีขึ้นได้จากการแต่งตั้งของผู้ก่อตั้งทรัสต์แล้ว ทรัสตีอาจเกิดขึ้นจากการแต่งตั้งของศาลได้อีกประการหนึ่งด้วย

<u>ประเภทของทรัสตี</u>

ทรัสตีแบ่งได้เป็นหลายประเภท ได้แก่ ทรัสตีธรรมดา (Ordinary Trustee) เป็นทรัสตีซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยผู้ก่อตั้งทรัสต์ภายใต้ตราสารก่อตั้งทรัสต์ ทรัสตีที่ศาลตั้งขึ้น (Judicial Trustee) จะเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ยื่นคำขอต่อศาลขอให้แต่งตั้งทรัสตีให้แก่ทรัสต์ที่ตนจะตั้งขึ้น หรือเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้รับประโยชน์หรือทรัสตีที่กำลังทำหน้าที่อยู่ในปัจจุบันร้องขอให้ศาลตั้งทรัสตีรายใหม่เข้ามาบริหารจัดการกองทรัสต์แทนรายเดิม ทรัสตีสาธารณะ (Public Trustee) คือทรัสตีที่เป็นองค์กรของรัฐที่ตั้งเป็นสำนักงานภายใต้ The Public Trustee Act 1906 ทรัสตีที่ทำหน้าที่เป็นผู้รับฝากทรัพย์สิน (Custodian Trustee) ทรัสตีประเภทนี้จะทำหน้าที่ยึดถือ หรือดูแลรับฝากทรัพย์สินโดยไม่มีอำนาจจัดการทรัพย์สินของกองทรัสต์

<u>การเปลี่ยนแปลงทรัสตี</u>

เนื่องจากตาม Trustee Act 1925 มาตรา 36 (1) ได้บัญญัติเกี่ยวกับเหตุแห่งการแต่งตั้งทรัสตีคนเดียวหรือหลายคนเข้าทำหน้าที่แทนทรัสตีรายเดิม เพื่อให้กองทรัสต์ดำรงอยู่ต่อไปได้อย่างเป็นปกติ และไม่เกิดผลกระทบต่อการบริหารจัดการดูแลกองทรัสต์ด้วยเหตุดังต่อไปนี้

1. กรณีที่ทรัสตีคนเดิมถึงแก่ความตาย

2. กรณีที่ทรัสตีคนเดิมไม่อยู่ในราชอาณาจักร เป็นระยะเวลายาวนานติดต่อกันเกินกว่า 12 เดือน (แต่หากในช่วงระยะเวลา 12 เดือนใดๆ ทรัสตีได้กลับเข้ามาในราชอาณาจักรและพักอยู่เป็นระยะเวลา 1 สัปดาห์ ก็ถือว่ายังไม่ขาดจากอำนาจในการจัดการดูแลทรัสต์)

3. กรณีที่ทรัสตีคนเดิมขอถอนตัวจากการเป็นทรัสตี ซึ่งในกรณีนี้อาจจะถอนตัวจากการจัดการดูแลกองทรัสต์ได้ทั้งหมด หรือบางส่วน ซึ่งหากเป็นการถอนตัวจากการจัดการกองทรัสต์บางส่วน ทรัสตีคนเดิมยังอาจจัดการดูแลกองทรัสต์ในส่วนที่เหลือต่อไปได้

4. กรณีที่ทรัสตีปฏิเสธที่จะทำหน้าที่ในการจัดการดูแลทรัพย์สินในกองทรัสต์

5. กรณีที่ทรัสตีมีคุณสมบัติไม่เหมาะสม เช่น ตกอยู่ในภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว หรือตกเป็นบุคคลล้มละลาย หรือถูกพิพากษาว่าได้กระทำผิดทางอาญา เป็นต้น

6. กรณีที่ทรัสตีตกเป็นบุคคลไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ

7. กรณีที่ทรัสตีเป็นผู้เยาว์ ในกรณีที่เป็นทรัสต์โดยชัดแจ้ง (Express Trust) หากผู้ก่อตั้งทรัสต์แต่งตั้งให้ผู้เยาว์เป็นทรัสตี การก่อตั้งทรัสต์โดยวิธีนี้ตกเป็นโมฆะ แต่หากเป็นทรัสต์โดยปริยาย (Implied Trust) ทรัสต์โดยสมมติ (Constructive Trust) หรือทรัสต์ที่กลับมาเป็นประโยชน์แก่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ในภายหลัง (Resulting Trust) การก่อตั้งทรัสต์โดยมีผู้เยาว์เป็นทรัสตีไม่เป็นผลให้ทรัสต์เหล่านี้ตกเป็นโมฆะ แต่จะต้องมีการเปลี่ยนตัวทรัสตีเสียใหม่

<u>ความคงอยู่ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์</u>

การเปลี่ยนแปลงทรัสตีจากสาเหตุที่กล่าวมาข้างต้นนั้น รวมทั้งการล้มเลิกกิจการของทรัสตี ไม่ส่งผลใดๆ ต่อกองทรัสต์ หรือไม่เป็นเหตุทำให้ทรัสต์ต้องเลิก ด้วยเหตุที่สัญญาทรัสต์ยังคงมีอยู่แม้ว่าทรัสตีจะล้มเลิกกิจการไป ผู้มีส่วนได้เสียอาจร้องขอต่อศาลให้แต่งตั้งทรัสตีรายใหม่ให้เข้ามาดูแลกองทรัสต์แทนทรัสตีรายเดิม อย่างไรก็ตาม การที่กองทรัสต์ที่ถูกตั้งขึ้นแล้วนั้นไม่อาจเลิกได้โดยง่าย เว้นแต่ผู้รับประโยชน์ทุกรายจะให้ความยินยอม หากมีผู้รับประโยชน์เพียงรายเดียวไม่ยอมให้ทรัสต์เลิก ทรัสต์นั้นก็ไม่อาจเลิกได้ ซึ่งถือได้ว่าสัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นเครื่องมือในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ และเป็นเครื่องช่วยรักษาเจตจำนงของผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้นให้คงอยู่ต่อไปและดำเนินการไปตามความประสงค์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์อย่างต่อเนื่อง

อย่างไรก็ตาม การคงอยู่ของทรัสต์อาจส่งผลในทางลบ เช่น กรณีทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นในประเทศไทย (ทรัสต์ที่ตั้งขึ้นก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2478) ซึ่งผู้นำหลักทรัสต์มาใช้ในช่วงแรกจะนำมาใช้กับการทำพินัยกรรมโดยกำหนดให้รวมทรัพย์สินไว้เป็นกองกลางเพื่อจัดสรรผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างลูกหลาน โดยมิให้จำหน่ายจ่ายโอน หรืออาจก่อตั้งเป็นทรัสต์เพื่อการกุศล หรือการจัดตั้งทรัสต์ให้จัดการป่าช้าจีน (ฮวงซุ้ย)* เมื่อเป็นดังนี้ทำให้ทรัพย์สินของกองทรัสต์ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นอสังหาริมทรัพย์จึงไม่ได้รับการพัฒนาหรือนำมาทำประโยชน์ให้สมแก่มูลค่าทางเศรษฐกิจได้อย่างเต็มที่ ความคงอยู่ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์นี้ ส่งผลให้ทรัพย์สินไม่มีโอกาสเปลี่ยนมือได้ จึงได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มาตรา 1686 ห้ามมิให้มีการตั้งทรัสต์ขึ้นไม่ว่าจะตั้งขึ้นโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม ไม่ว่าจะด้วยการทำเป็นพินัยกรรมหรือนิติกรรมอื่นใด เนื่องจากเห็นว่าการที่ทรัพย์สินมิได้ถูกแบ่งปันกันออกไป และโอกาสหมุนเวียนเปลี่ยนตัวเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งมีไม่มากนั้น จะส่งผลให้การพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ไม่เจริญเท่าที่ควร ก่อให้เกิดการฝืดเคืองในระบบเศรษฐกิจของประเทศชาติ

1.3.3 ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary)

ผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ จะต้องถูกกำหนดไว้ในขณะที่ทำการก่อตั้งทรัสต์อย่างชัดเจนมิฉะนั้นจะเกิดความเป็นทรัสต์ขึ้นไม่ได้ การมีผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์นี้ถือว่าเป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักความแน่นอนในการก่อตั้งทรัสต์ ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ในตอนต้นแล้ว ไม่ว่าจะกำหนดด้วยวาจาหรือข้อตกลงในสัญญาทรัสต์ หรือในเอกสารการก่อตั้งทรัสต์ (Trust Deed) ก็ถือว่ามีความชัดเจนทั้งสิ้น ในบางกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจกำหนดให้ตนเองเป็นผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ได้ โดยให้ทรัสตียึดถือทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์เพื่อประโยชน์แก่ตัวผู้ก่อตั้งเอง หรือทายาทของผู้ก่อตั้งในกรณีที่ผู้ก่อตั้งถึงแก่ความตาย โดยที่ผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ ถือว่าเป็นบุคคลภายนอกที่มิได้มีกรรมสิทธิ์ใดๆ ในทางทรัพย์สินในกองทรัสต์เลย แต่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ในกองทรัสต์ที่แท้จริงคือทรัสตี ไม่ว่าทรัพย์สินทั้งหลายนั้นจะถูกบ่งชี้ (Identify) เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม เช่น การจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือสังหาริมทรัพย์อื่นที่ต้องแจ้งเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์กันในทางทะเบียน เป็นต้น แม้ว่าทรัพย์สินเหล่านั้นจะปรากฏว่าเป็นชื่อบุคคลอื่นก็ตาม หากเป็นส่วนหนึ่งของกองทรัสต์ ทรัพย์สินเหล่านั้นย่อมต้องอยู่ในกรรมสิทธิ์ของทรัสตี

---

* โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 3148/2540

หลักกฎหมายทรัสต์ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการติดตามกรรมสิทธิ์ในกองทรัสต์คืน (Tracing Rule) ในกรณีที่ทรัพย์สินของกองทรัสต์อยู่ในความครอบครองของบุคคลภายนอก แม้ว่าทรัพย์สินนั้นจะถูกเปลี่ยนแปลงเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นแล้วก็ตาม อีกทั้งการติดตามเอาทรัพย์สินคืนนั้นหากมีดอกผลหรือผลประโยชน์อื่นรวมอยู่ด้วย ผู้รับประโยชน์ก็อาจเรียกให้ส่งคืนได้ทั้งหมด ดังนั้น การบริหารจัดการทรัพย์สินของกองทรัสต์ของทรัสตี จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดแบ่งส่วนทรัพย์สินให้ชัดเจนว่าทรัพย์สินใดเป็นของตนเอง ส่วนใดเป็นของกองทรัสต์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ทรัสตีที่รับจ้างบริหารทรัสต์ (Professional Trustee) มักจะมีกองทรัสต์จำนวนมากในความดูแล จำต้องแบ่งแยกกองทรัสต์ให้ชัดเจนว่า ทรัพย์สินในความครอบครองของตนส่วนใดเป็นของทรัสต์กองใดด้วย หลัก Tracing Rule นี้จะนำมาใช้กับกรณีที่เกิดการกระทำผิด (Culpable Case) หากมีการละเมิดทรัสต์ (Breach of Trust) เช่น ในกรณีที่ทรัสตียักยอกหรือฉ้อฉลทรัพย์สินในกองทรัสต์โดยการโอนไปให้แก่บุคคลอื่น โดยที่บุคคลภายนอกผู้นั้นรู้ถึงเหตุแห่งการยักยอก หรือฉ้อฉลทรัพย์สินนั้นมาจากกองทรัสต์ หลักกฎหมายว่าด้วยทรัสต์ให้ถือว่าทรัพย์สินของกองทรัสต์ที่บุคคลภายนอกครอบครองอยู่นั้นเป็นส่วนหนึ่งของกองทรัสต์ด้วย

หลักการติดตามเอาทรัพย์สินคืน (Tracing Rule) ที่กล่าวข้างต้นนั้นเป็นหลักที่ได้รับการพัฒนามาจากการเรียกร้องในฐานะเจ้าของทรัพย์สิน (Propriating Right) เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยทรัพย์กำหนดให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงเท่านั้น ที่จะเป็นผู้มีสิทธิในการติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืน แต่ในกรณีของทรัสต์นั้นเจ้าของทรัพย์สินตามกฎหมาย (Legal Interest) ก็คือทรัสตี หากทรัสตีไม่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อเรียกเอาทรัพย์สินคืนจากผู้ยึดถือหรือครอบครองโดยมิชอบ ซึ่งถือว่าเป็นการละเมิดทรัสต์ (Breach of Trust) ซึ่งนอกจากผู้รับประโยชน์จะเรียกให้ทรัสตีรับผิดชอบแล้ว ยังสามารถใช้สิทธิในฐานะที่เป็นผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์เรียกคืนทรัพย์สินจากผู้ถือหรือครอบครองทรัพย์สินของกองทรัสต์โดยมิชอบได้อีกด้วย

อย่างไรก็ตามหลักสิทธิของผู้รับประโยชน์ตามหลักกฎหมายว่าด้วยทรัสต์ ซึ่งถือว่าผู้รับประโยชน์เป็นเจ้าของทรัพย์สินในทาง Equity ที่จะได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ได้โดยไม่ต้องเข้าไปเป็นคู่สัญญากับทรัสตีหรือบุคคลภายนอกที่เป็นลูกหนี้ของกองทรัสต์แต่อย่างใด ซึ่งถือว่าเป็นการยกเว้นหลักที่เกี่ยวกับสัญญาตามระบบกฎหมายของ Common Law ในเรื่อง Privity of Contract และ Doctrine of Consideration โดยสิ้นเชิง

1.4 อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดของทรัสตี

1.4.1 อำนาจของทรัสตี

เมื่อผู้ใดเป็นทรัสตี ผู้นั้นย่อมได้รับอำนาจในการจัดการบริหารทรัสต์ ซึ่งสามารถจัดหมวดหมู่อำนาจของทรัสตีได้เป็นสามกลุ่มใหญ่ๆ ดังนี้

1. อำนาจในการจัดการทรัพย์สินในฐานะผู้มีกรรมสิทธิ์

กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมตกอยู่แก่ทรัสตี นับตั้งแต่ทรัสต์ได้ถูกก่อตั้งขึ้นและทรัสตีได้ยอมรับในการเข้าไปบริหารจัดการทรัพย์สินในฐานะที่เป็นทรัสตี หรือผู้มีกรรมสิทธิ์ในกองทรัสต์ ดังนั้น ทรัสตีย่อมมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินในฐานะผู้มีกรรมสิทธิ์ อนึ่ง อำนาจหรือความสามารถในการจัดการทรัพย์สินในฐานะผู้มีกรรมสิทธิ์นั้น ทรัสตีสามารถทำนิติกรรมอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินได้ทั้งสิ้น ซึ่งได้แก่ อำนาจในการขายหรือซื้อทรัพย์สิน (Power to Sell and Buy Property) อำนาจในการจัดให้มีการประกันภัยตามสมควร (Power to Insure) อำนาจในการจัดการเกี่ยวกับความรับผิดของลูกหนี้ของกองทรัสต์ (Power to Compound Liabilities) อำนาจในดำเนินการเกี่ยวกับภาระผูกพันที่มีต่อทรัพย์สิน (Power to Administer the Reversionary Interest) อำนาจในการแบ่งแยกทรัพย์สินเป็นส่วนๆ (Power to Partition) เป็นต้น

2. อำนาจอื่นๆ ตามสัญญา

อำนาจอื่นๆ ตามสัญญา ได้แก่ อำนาจในการจัดให้มีบุคคลอื่นในการจัดการบริหารทรัสต์แทนและจัดให้มีผู้เก็บรักษาทรัพย์สินแทน (Power to segregate duty to Agent and Custodian) แม้ว่าทรัสตีจะต้องดำเนินการจัดการทรัพย์สินด้วยตนเอง แต่เพื่อความสะดวกของการจัดการทรัสต์ ทรัสตีต้องมีอำนาจในการแต่งตั้งบุคคลอื่น (Agent) ให้กระทำการใดๆ แทนตน แต่จะอยู่ในขอบเขตของการเป็นตัวแทน ซึ่งไม่ใช่การตัดสินใจเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินของทรัสต์ในฐานะที่เป็นทรัสตี อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าการตัดสินใจเกี่ยวกับการจัดการทรัสต์นั้นจะไม่อาจโอนให้บุคคลภายนอกจัดการในฐานะทรัสตี ด้วยเหตุที่ มาตรา 28 ของ Trustee Act 1925 กำหนดไว้ว่า หากทรัสตีต้องการเดินทางไปต่างประเทศนานเกินกว่า 1 เดือน อาจมอบอำนาจให้ผู้หนึ่งผู้ใดทำการเป็นทรัสตีแทนชั่วคราวได้ แต่ทรัสตีซึ่งเป็นผู้มอบอำนาจนั้นจะต้องรับผิดในการกระทำของทรัสตีผู้รับมอบอำนาจนั้น เสมือนหนึ่งเป็นการกระทำของตนเอง

จากประเด็นข้างต้น ซึ่งเกี่ยวกับการตั้งตัวแทนให้ดำเนินการบางอย่างแทนทรัสตี เป็นผลให้การจัดการทรัสต์ส่วนใหญ่ในปัจจุบัน มีการมอบอำนาจของทรัสตีให้แก่บุคคลภายนอก เพื่อการลงทุน หรือเพื่อการจัดเก็บทรัพย์สินเพื่อความปลอดภัย ซึ่งเป็นที่มาของบริษัท หรือกิจการที่รับจัดการด้านการลงทุน (Investment Nominees) และบริษัท หรือกิจการที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับด้านการรับฝากทรัพย์สิน (Custodians) แต่การมอบหมายให้บุคคลภายนอกดำเนินการบางอย่างแทนทรัสตีนั้น ทรัสตีจะต้องกระทำการมอบหมายโดยคำนึงถึงความเสี่ยงในการมอบหมายอำนาจด้วย อีกทั้งทรัสตีต้องการทำการโดยสุจริต หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการมอบหมายให้บุคคลภายนอกดำเนินการบางอย่างแทน ทรัสตีย่อมต้องรับผิดอันเกิดจากความเสียหายนั้นด้วย

3. อำนาจในการร้องขอให้ศาลวางแนวทาง และวินิจฉัยชี้ขาดในการจัดการทรัพย์สิน (Application to the Court) ในบางครั้งอาจมีเหตุการณ์หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับทรัสต์หรือทรัสตีเองต้องการให้ศาลออกคำสั่งเพื่อกำหนดแนวทาง (Direction) หรือเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์ของทรัสตี ซึ่งทรัสตีมีอำนาจที่จะร้องขอต่อศาลให้ศาลออกคำสั่งได้ ตัวอย่างเช่น การร้องขอให้ศาลพิจารณาตีความสัญญาก่อตั้งทรัสต์ หรือร้องขอให้ศาลจัดการกองทรัสต์ (Administration of Trust) ซึ่งตามปกติศาลจะไม่เข้าไปจัดการทรัสต์ตามคำร้องขอ เว้นแต่จะเห็นว่าคู่กรณีที่ขัดแย้งกันนั้นไม่อาจตกลงเกี่ยวกับการจัดการกองทรัสต์ได้ ซึ่งทรัสตีอาจใช้อำนาจนี้ ตามมาตรา 14 แห่งบทบัญญัติของ The Trusts of Land and Appointment of Trustee Act 1996 ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับที่ดิน หรือการขอให้ศาลออกคำสั่งเกี่ยวกับการปลดเปลื้องภาระผูกพันของตน สำหรับการอันตนได้ให้ความยินยอมแก่บุคคลอื่น หรือในการที่ตนได้ให้คำปรึกษาแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัสต์ ส่งผลให้ทรัสตีผู้นั้นเข้าไปผูกพันตนต้องรับผิดบางประการในการให้คำแนะนำเช่นนั้น ในกรณีเช่นนั้นอาจยื่นคำขอให้ศาลปลดเปลื้องภาระผูกพันได้

อำนาจของศาลในการพิจารณากำหนดแนวทาง และวินิจฉัยชี้ขาดนั้นถูกกำหนดประเด็นข้อพิจารณาไว้ในบทบัญญัติ มาตรา 15 ของ The Trusts of Land and Appointment of Trustee Act 1996 ว่าจะต้องคำนึงถึงเจตจำนงของผู้ก่อตั้งทรัสต์ (วัตถุประสงค์ของทรัสต์) อีกทั้งศาลยังต้องพิจารณาถึงส่วนได้ส่วนเสียของผู้รับประโยชน์เป็นสำคัญ หากในกรณีที่ทรัสตีประสบปัญหาว่าจะใช้ดุลพินิจอย่างไรในการจัดการทรัสต์ ทรัสตีอาจร้องขอให้ศาลวางแนวทางให้แก่ตนก็ได้ แต่ศาลอาจปฏิเสธคำขอนั้นก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล

นอกจากนี้ หากมีเหตุอันควรสงสัยด้วยเจตนาอันบริสุทธิ์ว่าผู้ใดควรเป็นผู้รับประโยชน์ที่แท้จริงของกองทรัสต์ ทรัสตีมีอำนาจยื่นคำร้องและส่งมอบทรัพย์สินในกองทรัสต์ให้แก่ศาล เพื่อให้ศาลได้วินิจฉัย และดำเนินการส่งมอบต่อให้กับผู้รับประโยชน์ที่แท้จริงต่อไป

1.4.2 หน้าที่ของทรัสตี

สำหรับหน้าที่ของทรัสตีนั้น ผู้วิจัยขอแบ่งหน้าที่ของทรัสตีออกเป็นสองประการใหญ่ๆ ประกอบด้วย หน้าที่โดยทั่วไป (General Duties) และหน้าที่เฉพาะที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties) โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. หน้าที่โดยทั่วไป (General Duties) ประกอบด้วย

ก) หน้าที่เมื่อยอมรับเข้าจัดการกองทรัสต์ (Duties on the Acceptance of Trust) เมื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ก่อตั้งทรัสต์ขึ้น และกำหนดตัวบุคคลใดเป็นทรัสตีเพื่อบริหารจัดการทรัสต์ที่ตั้งขึ้นนั้น บุคคลที่ถูกกำหนดนั้นอาจจะไม่ยอมรับเข้าจัดการกองทรัสต์ก็ได้ แต่หากบุคคลที่ถูกกำหนดนั้นได้ยอมตนเป็นทรัสตีแล้ว ย่อมต้องทำหน้าที่ในฐานะทรัสตี ซึ่งหน้าที่ต่างๆ ที่ต้องกระทำนั้นอาจถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนในตราสารก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งทรัสตีจะต้องทำการศึกษาเอกสารดังกล่าวและปฏิบัติไปตามนั้น เช่น หากทรัพย์สินของกองทรัสต์อยู่ในชื่อของผู้ก่อตั้งทรัสต์หรืออยู่ในชื่อของบุคคลภายนอก ทรัสตีมีหน้าที่ที่จะต้องเรียกให้บุคคลดังกล่าวโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นของกองทรัสต์นั้นให้มาอยู่ในนามของทรัสตี เป็นต้น และหากในกรณีที่มีทรัสตีหลายคน การดำเนินงานด้านการลงทุนนั้นจะต้องนำไปลงทุนในนามของทรัสตีทุกคน

ข) หน้าที่ซึ่งทรัสตีหลายคนจะต้องดำเนินการร่วมกันอย่างเป็นเอกฉันท์ (Duties to Act Unanimously) กองทรัสต์ใดมีทรัสตีหลายคนเข้าดูแลจัดการบริหารงาน ทรัสตีทุกคนย่อมต้องมีหน้าที่ร่วมกันในการจัดการบริหารงาน และยังต้องรับผิดชอบต่อกองทรัสต์ร่วมกัน การตัดสินใจหรือการกระทำใดๆ จะต้องได้รับความเห็นชอบจากทรัสตีทุกคน หากมีข้อขัดแย้งกันระหว่างทรัสตีในการจัดการกองทรัสต์ก็ไม่สามารถนำเอาหลักเสียงข้างมากมาใช้ในการตัดสินใจได้ เว้นแต่จะกำหนดไว้ในเอกสารการก่อตั้งทรัสต์ หรือมีคำวินิจฉัยของศาลให้สามารถกระทำได้

ในกรณีที่ทรัสตีผู้ใดทำสัญญาใดๆ อันเกี่ยวกับทรัพย์สินในกองทรัสต์ แต่ทรัสตีบางคนไม่เห็นด้วย หรือปฏิเสธที่จะให้ความเห็นชอบสัญญานั้น สัญญานั้นก็ไม่ผูกพันกองทรัสต์แต่ประการใด และในกรณีที่ทรัสตีผู้ใดได้รับมอบหมายจากทรัสตีทั้งหมดให้จัดการ

เกี่ยวกับทรัพย์สินในกองทรัสต์บางส่วนหรือทั้งหมด และได้จัดการไปโดยไม่ถูกต้อง ทรัสตีทุกคนจะต้องร่วมกันรับผิดชอบสำหรับการจัดการที่ไม่ชอบของทรัสตีผู้นั้น

แม้ว่าทรัสตีทุกคนจะต้องร่วมกันบริหารจัดการกองทรัสต์ แต่มีข้อยกเว้นบางประการที่ทรัสตีผู้หนึ่งผู้ใดสามารถบริหารจัดการทรัสต์ได้ ซึ่งได้แก่

(1) สัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้กำหนดให้ทรัสตีผู้หนึ่งผู้ใดสามารถบริหารจัดการได้

(2) ทรัสตีผู้หนึ่งผู้ใดมีอำนาจในการออกใบเสร็จรับเงินสำหรับค่าเช่า และเงินปันผลของทรัสต์ได้

(3) ทรัสตีทั้งหมดทุกคนได้มอบอำนาจให้ทรัสตีผู้หนึ่งผู้ใดมีอำนาจกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้

ค) หน้าที่เกี่ยวกับการจัดทำบัญชี การให้ข้อมูล และการจัดให้มีการตรวจสอบบัญชี (Duties In Relation To Accounts, Information and Audit)[5] ทรัสตีต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินของกองทรัสต์โดยถูกต้อง และต้องให้ผู้รับประโยชน์ตรวจสอบบัญชี ใบเสร็จรับเงิน และหลักฐานอื่นๆ ได้ตามที่จำเป็น ทรัสตีต้องจัดส่งข้อมูลเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์ให้ผู้รับประโยชน์ เมื่อผู้รับประโยชน์ต้องการข้อมูลเหล่านั้น ในกรณีนำเงินของกองทรัสต์ไปลงทุน ทรัสตีต้องให้รายละเอียดเกี่ยวกับการลงทุนและสำเนาใบหุ้นหรือเอกสารอื่นๆ เกี่ยวกับการลงทุนให้แก่ผู้รับประโยชน์ และยังต้องให้ผู้รับประโยชน์ถ่ายสำเนา และตรวจเอกสารเกี่ยวกับการจัดการกองทรัสต์ที่อยู่ในความครอบครองของทรัสตี ซึ่งเอกสารดังกล่าวรวมถึง หลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของกองทรัสต์ และประโยชน์ต่างๆ ที่ผู้รับประโยชน์พึงได้รับ

ทรัสตีจะต้องจัดให้มีการตรวจสอบบัญชีทรัพย์สินของกองทรัสต์ (Audit) ซึ่งมีกฎหมายกำหนดเกี่ยวกับการตรวจสอบบัญชี 3 ฉบับ คือ 1) Trustee Act 1925 มาตรา 22 (4) บัญญัติให้ทรัสตีจัดให้มีการตรวจสอบบัญชีโดยผู้สอบบัญชีอิสระอย่างน้อย 3 ปีต่อครั้ง เว้นแต่กรณีที่ลักษณะของกองทรัสต์และลักษณะการจัดการทรัพย์สินของทรัสต์ ทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องทำการตรวจสอบบัญชีในเวลาที่เร็วกว่านั้น 2) The Public Trustee Act 1906 มาตรา 13 ให้อำนาจทรัสตี และผู้รับประโยชน์ที่จะร้องขอให้ Public Trustee ตรวจสอบบัญชีของกองทรัสต์ในเวลาใดๆ ก็ได้ เว้นแต่กรณีที่ได้มีการตรวจสอบบัญชีของกองทรัสต์นั้นมาแล้วยังไม่เกินหนึ่งปี และ 3) ในกรณีที่เป็น Judicial Trust นั้น จะถูกกำหนดให้มีการตรวจสอบบัญชีทุกปี

---

[5] สุนันทา ประกอบกิจ, "ข้อจำกัดทางกฎหมายของการจัดการทรัพย์สินเพื่อบุคคลอื่นในการทำธุรกรรมทางการเงินและแนวทางแก้ไข",หน้า 29.

ง) หน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินของกองทรัสต์ ให้แก่ผู้มีสิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินนั้น (Duty to Hand Over the Trust Funds to the Right Persons) ทรัสตีมีหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สินของกองทรัสต์ให้แก่ผู้รับประโยชน์ที่มีสิทธิได้รับทรัพย์สินนั้น ทรัสตีจะต้องรับผิดชอบต่อผู้รับประโยชน์ ในกรณีที่ทรัสตีตีความเอกสารการก่อตั้งทรัสต์ไม่ถูกต้องทำให้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ที่ไม่มีสิทธิได้รับ แต่ทรัสตีไม่ต้องรับผิดถ้าได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับประโยชน์ซึ่งปรากฏชื่ออยู่ในเอกสารการก่อตั้งทรัสต์ โดยไม่ทราบข้อเท็จจริง หรือเอกสารที่แสดงว่ามีผู้อื่นได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้รับประโยชน์แทนแล้ว

ทรัสตีมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับประโยชน์ทุกคน ถ้าทรัสตีมีอุปสรรคในการส่งมอบทรัพย์สินเนื่องจากไม่เข้าใจข้อความใน Trust Document หรือไม่ทราบว่าผู้รับประโยชน์มีใครบ้างหรืออยู่ที่แห่งใดบ้าง ทรัสตีสามารถแก้ไขอุปสรรคดังกล่าวได้โดย

1) ในกรณีที่สงสัยเกี่ยวกับถ้อยคำหรือข้อความในเอกสารการก่อตั้งทรัสต์ ทรัสตีสามารถร้องขอต่อศาล เพื่อขอให้ศาลกำหนดแนวทางในการตีความได้ โดยทรัสตีไม่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายในการดำเนินการตามแนวทางที่ศาลได้กำหนดไว้แต่อย่างใด

2) ในกรณีที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับประโยชน์หลายคน ทรัสตีสามารถที่จะทำให้ตนเองหลุดพ้นจากการส่งมอบทรัพย์สินได้ โดยการดำเนินการตามมาตรา 27 ของ Trustee Act 1925 ที่กำหนดให้ทรัสตีประกาศให้ผู้ที่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทั้งหลายขอรับประโยชน์ในทรัพย์สินของกองทรัสต์ต่อทรัสตี ภายในเวลาที่กำหนด ซึ่งไม่น้อยกว่าสองเดือน นับแต่วันประกาศ ถ้าทรัสตีได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับประโยชน์ที่ขอรับประโยชน์ตามที่ประกาศไว้แล้ว ทรัสตีไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์แล้ว แต่มาตรานี้ได้ให้สิทธิแก่ผู้รับประโยชน์ที่ไม่ได้รับการแบ่งทรัพย์สินเนื่องจากไม่ได้ขอรับประโยชน์ตามประกาศ สามารถร้องขอแบ่งทรัพย์สินจากผู้ที่ได้รับการแบ่งทรัพย์สินไปแล้วได้

3) ในกรณีที่ทรัสตีไม่อาจส่งมอบทรัพย์สินของกองทรัสต์ ให้แก่ผู้รับประโยชน์ได้เนื่องจากมีอุปสรรคอย่างมาก Trustee Act 1925 มาตรา 63 (1) จึงได้กำหนดให้ ทรัสตีส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ศาล โดยศาลจะยอมรับทรัพย์สินนั้นก็ต่อเมื่อศาลไม่อาจดำเนินการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับประโยชน์ด้วยวิธีอื่นได้แล้ว

จ) หน้าที่ต่อผู้รับประโยชน์ ที่มีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์แต่เพียงผู้เดียว (Duties where cestui que trust is solely and beneficially entitled) ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์เป็นผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์โดยสมบูรณ์ (sui juris) ผู้รับประโยชน์มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ทรัสตีส่งมอบทรัพย์สินในกองทรัสต์ให้แก่ตนได้ แม้ว่าเอกสารการก่อตั้งทรัสต์จะมีบทบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นก็ตาม ทั้งนี้การขอให้ส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวจะมีผลทำให้ทรัสต์นั้นสิ้นสุดลง เช่น ก ได้ก่อตั้งทรัสต์ขึ้นโดยระบุให้ ข เป็นผู้รับประโยชน์ตลอดชีวิตของ ข และให้ ค เป็นผู้ได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ภายหลังจากที่ ข ได้เสียชีวิตลง เมื่อ ข ได้เสียชีวิตลงแล้ว ค ก็จะเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์โดยสมบูรณ์ หาก ค ร้องขอ ทรัสตีจะต้องส่งมอบทรัพย์สินในกองทรัสต์ให้แก่ ค แต่ถ้า ค ไม่ยอมรับทรัพย์สิน ทรัสตีสามารถส่งมอบทรัพย์สินนั้นไว้แก่ศาลก็ได้ ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์มีหลายคน และแต่ละคนมีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์โดยสมบูรณ์ ไม่ว่าจะในปัจจุบันหรือในอนาคต ผู้รับประโยชน์ทุกคนสามารถที่จะทำความตกลงกันให้ทรัสตีส่งมอบทรัพย์สินของกองทรัสต์ ให้แก่ผู้รับประโยชน์ หรือให้จัดการทรัพย์สินของกองทรัสต์ตามคำสั่งของผู้รับประโยชน์ได้

ฉ) หน้าที่ที่จะลงทุนด้วยเงินของกองทรัสต์ (Duty to Invest from the Trust Fund) เป็นหน้าที่อันเกิดจากการที่ทรัสตีต้องสร้างมูลค่าเพิ่มให้เกิดขึ้นแก่เงินในกองทรัสต์เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ แต่อย่างไรก็ตามหน้าที่ของทรัสตีในข้อนี้ต้องคำนึงถึงความเสี่ยงจากการลงทุนด้วย (Investment Risk) อีกทั้งยังต้องคำนึงถึงความเหมาะสมในการลงทุน และจะต้องลงทุนภายในเวลาอันสมควรด้วย ดังนั้น ทรัสตีที่ทำหน้าที่บริหารจัดการกองทรัสต์ จึงต้องทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ก่อตั้งทรัสต์และผู้รับประโยชน์ จึงเป็นที่มาของหน้าที่เฉพาะที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

2. หน้าที่เฉพาะที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties)

หน้าที่เฉพาะที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ เป็นหน้าที่พิเศษที่เกิดขึ้น ณ เวลาที่ทรัสตีได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินมาจากผู้ก่อตั้งทรัสต์ ด้วยความยินยอมที่จะเข้ารับตำแหน่งทรัสตี ทำให้บุคคลที่เป็นทรัสตีนั้นได้สิทธิในทางทรัพย์สินตามกฎหมาย Equity ทรัสตีจึงอยู่ในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Person) โดยไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการกระทำซึ่งขัดแย้งในทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest) ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ต้องยึดถือยิ่งกว่าการปฏิบัติหน้าที่ตามเอกเทศสัญญาอื่น เช่น หน้าที่ตามสัญญาตัวแทน หน้าที่ในฐานะตัวแทนนิติบุคคล เป็นต้น ซึ่งหน้าที่เฉพาะที่เกี่ยวกับความไว้วางใจนี้ ได้แก่

ก) หน้าที่ที่จะจัดการทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Loyalty Duty) ประกอบด้วย

1) หน้าที่ที่จะไม่แสวงหากำไรให้ตนเองจากทรัพย์สินในกองทรัสต์ (Duty not to profit from the Trust) หลักโดยทั่วไปแล้ว ทรัสตีต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ได้รับค่าตอบแทน (Duty to act without remuneration) แม้ว่าต้องใช้ความพยายามอย่างดีที่สุดในการดูแลรักษาผลประโยชน์เพื่อผู้รับประโยชน์ ซึ่งเหตุผลที่ต้องกำหนดห้ามมิให้ทรัสตีได้รับประโยชน์ใดๆ จากกองทรัสต์ ก็เพราะว่าการทำหน้าที่ในฐานะทรัสตีโดยได้รับผลตอบแทน อาจทำให้การทำหน้าที่ในฐานะทรัสตีขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนตัวของทรัสตี เช่น การปฏิบัติหน้าที่ซึ่งไม่มีความจำเป็นต้องกระทำ หรือการทำหน้าที่อันไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อกองทรัสต์ โดยมุ่งหวังเพียงเพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์จากค่าตอบแทนสูงที่สุด โดยไม่คำนึงถึงทางได้ประโยชน์ของกองทรัสต์ หรือผู้รับประโยชน์ เป็นต้น จึงต้องกำหนดห้ามไว้ [6] แต่อย่างไรก็ตาม ทรัสตีอาจได้รับค่าตอบแทนในกรณีดังต่อไปนี้

(1) สัญญาก่อตั้งทรัสต์มีข้อกำหนดให้จ่ายค่าตอบแทนแก่ทรัสตี

(2) สัญญาระหว่างผู้รับประโยชน์ที่บรรลุนิติภาวะแล้วกับทรัสตีกำหนดให้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่ทรัสตี ซึ่งศาลจะตีความข้อกำหนดนี้โดยเคร่งครัด

(3) ในกรณีที่มีการแต่งตั้ง Public Trustee ให้เป็นทรัสตี เช่นนี้สามารถเรียกค่าตอบแทนได้ แม้สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะไม่ได้กำหนดให้เรียกค่าตอบแทนได้ก็ตาม

(4) ผลจากคดี Cradock v Piper ทำให้ Solicitor – Trustee สามารถเรียกค่าบริการที่ใช้ความรู้ทางวิชาชีพได้ แม้สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะไม่ได้กำหนดไว้ก็ตาม

(5) ทรัสต์มีคำสั่งให้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่ทรัสตี เพราะเหตุได้ปฏิบัติหน้าที่ยากลำบากกว่าปกติ

(6) เมื่อทรัสตีเป็นทรัสตีที่ศาลตั้ง (Judicial Trustee)

---

[6] Richard Edwards and Nigel Stockwell, Trusts and Equity, p 321.

(7) เมื่อศาลได้ตั้งองค์การบริษัท (Trust Corporation) เป็นทรัสตี องค์การบริษัทนั้น ย่อมมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนตามที่ศาลเห็นสมควร

สรุปได้ว่า ข้อยกเว้นที่สามารถทำให้ทรัสตีได้รับค่าตอบแทนจากการจัดการทรัสตีมีสองกรณีคือ มีคำสั่งตามสัญญาให้สามารถได้รับค่าตอบแทน และสภาพแห่งหน้าที่ที่ทรัสตีพึงได้รับค่าตอบแทนตามสมควร

2) กฎการห้ามทรัสตีซื้อทรัพย์สินจากกองทรัสต์ (The Self-Dealing Rule) [7] การที่ทรัสตีซื้อทรัพย์สินของทรัสต์ ทำให้ประโยชน์ส่วนตัวและหน้าที่จัดการทรัพย์สินเพื่อกองทรัสต์ขัดแย้งกัน เพราะทรัสตีอาจกำหนดราคาของทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของตนเองได้ ดังนั้น หลัก Equity จึงทำให้ผู้รับประโยชน์บอกล้างสัญญาซื้อขายทรัพย์สินของกองทรัสต์ได้ โดยผู้รับประโยชน์ไม่ต้องแสดงให้เห็นว่าทรัสตีมีเจตนาทุจริตในการซื้อทรัพย์สิน และแม้ว่าทรัสตีจะซื้อทรัพย์สินนั้นในราคาที่สูงกว่าราคาตลาด ซึ่งทรัสตีจะต้องคืนทรัพย์สินนั้นให้แก่กองทรัสต์ และกองทรัสต์ต้องคืนเงินที่ได้รับพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ทรัสตี อย่างไรก็ตาม ทรัสตีสามารถซื้อทรัพย์สินของกองทรัสต์ได้ถ้าสัญญาก่อตั้งทรัสต์ยินยอม หรือศาลได้ให้ทรัสตีซื้อทรัพย์สินได้

3) กฎการห้ามทรัสตีซื้อทรัพย์สินจากผู้รับประโยชน์ (The Fair-Dealing Rule) ทรัสตีอยู่ในฐานะที่อาจจะหาประโยชน์จากผู้รับประโยชน์ได้ การซื้อสิทธิประโยชน์ต่างๆ จากผู้รับประโยชน์จึงต้องเป็นไปโดยถูกต้องและไม่เอาเปรียบกับผู้รับประโยชน์ ฉะนั้น ถ้าศาลได้ตรวจสอบสัญญาซื้อขาย และเห็นว่าผู้รับประโยชน์ได้ขายสิทธิประโยชน์ต่างๆ โดยสมัครใจ และทรัสตีกระทำไปโดยสุจริต ไม่ได้ฉ้อโกงหรือเอาเปรียบ ศาลก็จะไม่ยกเลิกสัญญาซื้อขายนั้น

4) หน้าที่ที่จะไม่มอบอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจัดการทรัสต์ให้แก่บุคคลอื่น (Duty not to delegate the Trust) อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของทรัสต์ เป็นอำนาจที่ทรัสตีได้รับมอบหมายจากผู้ก่อตั้งทรัสต์ ฉะนั้น ทรัสตีจึงต้องจัดการทรัพย์สินด้วยตนเอง ไม่สามารถที่จะมอบอำนาจการจัดการทรัพย์สินในฐานะทรัสตีให้แก่บุคคลอื่นได้ ทรัสตีจะต้องตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินการจัดการทรัพย์สินด้วยตนเอง แต่สามารถที่จะแต่งตั้งตัวแทน (Agent) ให้กระทำการใดที่ไม่ใช่การตัดสินใจเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินของกองทรัสต์ได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ซึ่งได้แก่ มาตรา 23 (2) ของ Trustee Act 1925 หรือสัญญาทรัสต์ให้ทรัสตีมีอำนาจที่จะแต่งตั้งบุคคลอื่นบริหารจัดการทรัพย์สินของกองทรัสต์ที่อยู่ในต่างประเทศได้

---

[7] สุนันทา ประกอบกิจ, "ข้อจำกัดทางกฎหมายของการจัดการทรัพย์สินเพื่อบุคคลอื่นในการทำธุรกรรมทางการเงินและแนวทางแก้ไข",หน้า 34.

โดยทรัสตีไม่ต้องรับผิดต่อความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลนั้น หากทรัสตีได้ใช้ความระมัดระวังในการคัดเลือกตัวบุคคลที่จะมอบหมายกิจการให้และได้ให้คำแนะนำ ตลอดจนติดตามดูแลการทำงานของบุคคลดังกล่าวอย่างเหมาะสมและเพียงพอ

ข) หน้าที่ที่จะจัดการทรัสต์อย่างมีความระมัดระวัง (Duty of Care)

นอกจากทรัสตีจะมีหน้าที่เกี่ยวกับการจัดการทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ซึ่งเป็นหน้าที่เฉพาะเกี่ยวกับความไว้วางใจแล้ว ในการบริหารจัดการทรัสต์ ทรัสตียังจะต้องจัดการอย่างมีความระมัดระวังด้วยเนื่องจากทรัสตีอยู่ในฐานะที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพนี้โดยตรง จึงต้องมีหน้าที่ในการจัดการทรัสต์ด้วยความระมัดระวังเยี่ยงผู้มีวิชาชีพพึงกระทำ ซึ่งประกอบด้วย

1) หน้าที่ที่จะไม่กระทำกิจการแข่งขันกับการดำเนินงานของกองทรัสต์ (Duty not to compete with the Trust) ด้วยเหตุที่ทรัสตีมีอำนาจในการลงทุนด้วยทรัพย์สินของกองทรัสต์ รวมทั้งสามารถบริหารจัดการกองทรัสต์ได้ในฐานะที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ดังนั้นในการดำเนินการนั้นอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งในทางผลประโยชน์ กับการดำเนินการเพื่อผลประโยชน์ของกิจการของทรัสตีเอง หน้าที่สำคัญที่ต้องกระทำเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากความขัดแย้งในผลประโยชน์ที่ต้องกำหนดให้มีหน้าที่สำหรับทรัสตีก็คือ ทรัสตีจะต้องไม่กระทำกิจการใดๆ อันเป็นการแข่งขันกับการดำเนินงานของกองทรัสต์ เช่นตัวอย่างในคดี Re Thomson [1930] 1 Ch 203 เป็นคดีที่ทรัสตีเข้ารับหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับกิจการเรือยอท และทรัสตีก็กำลังจะเปิดดำเนินกิจการเรือยอทเช่นเดียวกัน และกิจการของทรัสตีที่จะตั้งขึ้นใหม่นั้นก็ตั้งอยู่ในเมืองเดียวกันกับกิจการเรือยอทของกองทรัสต์ ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าไม่อาจก่อตั้งกิจการขึ้นได้ เนื่องจากการดำเนินกิจการธุรกิจใดๆ ก็ต้องการผลตอบแทนที่สูงที่สุด ซึ่งการดำเนินการโดยส่วนตัวของทรัสตีนั้นก็เป็นการขัดต่อผลประโยชน์โดยตรงของกิจการทรัสต์ที่ทรัสตีผู้นั้นรับดำเนินการอยู่[8] อย่างไรก็ตามคำพิพากษาข้างต้นนี้อาจจะเปลี่ยนแปลงไป หากการดำเนินกิจการของทรัสตีในกิจการที่มีลักษณะเป็นอย่างเดียวกับการดำเนินกิจการของทรัสต์แต่อยู่คนละเมือง หรือกิจการอันเป็นอย่างเดียวกันนั้น ทรัสตีผู้นั้นได้ดำเนินการก่อนเข้ารับตำแหน่งทรัสตี

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เนื่องจากตำแหน่งทรัสตีอยู่ในฐานะที่เป็นผู้ได้รับความไว้วางใจสูงสุดจากผู้ก่อตั้งทรัสต์ ในอันจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อผู้รับประโยชน์ หากเกิดกรณีดังกล่าวขึ้น ทรัสตีไม่ควรที่จะก่อตั้งกิจการประเภท หรือลักษณะเดียวกัน ถึงแม้ว่าจะ

---

[8] Richard Edwards and Nigel Stockwell, Trusts and Equity, p 320.

อยู่ต่างเมืองกันก็ตาม หรือหากจะก่อตั้งกิจการของตนก็ควรลาออกจากการเป็นทรัสตีนั้น และหากทรัสตีประกอบกิจการนั้นๆ อยู่แล้วก็ควรที่จะปฏิเสธไม่รับเข้าดำเนินการในฐานะทรัสตีสำหรับกองทรัสต์ที่ดำเนินกิจการเช่นเดียวกับตน ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้หากเปรียบเทียบหลักของกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว หุ้นส่วนสามารถทำการค้าในประเภทหรือชนิดเดียวกันกับห้างหุ้นส่วนได้หากอยู่ต่างเมืองกัน โดยจะไม่ถือว่าเป็นการค้าขายแข่งขันกับห้างหุ้นส่วน

2) หน้าที่ในการแยกทรัพย์สินของกองทรัสต์ (Duty to separate Trust Fund) ในการจัดการทรัสต์นั้น ทรัสตีต้องแยกทรัพย์สินของกองทรัสต์ออกจากทรัพย์สินส่วนตัวของตน และทรัพย์สินของกองทรัสต์อื่นที่ทรัสตีถือเอาไว้เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น และต้องแสดงให้เห็นด้วยว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินของกองทรัสต์ใด กรณีที่ได้หุ้นหรือได้กรรมสิทธิ์ใดมาในฐานะที่เป็นทรัพย์สินของกองทรัสต์ จะต้องระบุในใบหุ้น หรือหลักฐานที่แสดงกรรมสิทธิ์นั้นว่าได้กรรมสิทธิ์มาในฐานะที่เป็นทรัสตีของกองทรัสต์ใด และในกรณีที่นำทรัพย์สินของกองทรัสต์ไปฝากไว้กับธนาคารหรือผู้รับฝากทรัพย์สิน ทรัสตีต้องระบุไว้อย่างชัดแจ้งว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินของกองทรัสต์ที่ทรัสตีฝากไว้เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น การแยกทรัพย์สินของกองทรัสต์และทรัพย์สินส่วนตัวของทรัสตีออกจากกันนี้ จะเป็นประโยชน์ต่อผู้รับประโยชน์ของกองทรัสต์ โดยในกรณีที่ทรัสตีตกเป็นบุคคลล้มละลาย เจ้าหนี้ทั้งหลายของทรัสตีไม่อาจที่จะนำทรัพย์สินของกองทรัสต์มาชำระหนี้ของทรัสตีได้ และในกรณีที่ทรัสตีจำหน่ายทรัพย์สินของกองทรัสต์ไปโดยขัดต่อเอกสารการก่อตั้งทรัสต์ ผู้รับประโยชน์สามารถที่จะติดตามเอาทรัพย์สินของกองทรัสต์คืนได้โดยสะดวก

3) หน้าที่ในการจัดการในฐานะผู้มีวิชาชีพโดยตรง (Duty to act as the Prudent Man) ส่วนใหญ่ทรัสตีจะเป็นผู้ที่ประกอบวิชาชีพบริหารจัดการกองทรัสต์โดยตรง และเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (Prudent Man) การจัดการทรัสต์จึงต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งความระมัดระวังสูงสุด ไม่ว่าจะเป็นการลงทุน การคัดเลือกตัวแทนเข้าบริหารจัดการบางเรื่องแทนตน (การมอบความไว้วางใจแก่ผู้อื่น) เป็นต้น ซึ่งระดับของความระมัดระวังของทรัสตีนี้ควรมากกว่าระดับความระมัดระวังของตัวแทนในการจัดการแทนตัวการ (ระดับวิญญูชน หรือ Reasonable Man) ซึ่งนั่นก็หมายความว่าควรอยู่ในระดับของผู้ประกอบวิชาชีพ หรือผู้เชี่ยวชาญในการพิสูจน์ว่าทรัสตีผู้ใดทำหน้าที่บกพร่องในเรื่องนี้หรือไม่นั้น ส่วนใหญ่มักจะนำหลักการวินิจฉัยทางการค้า (Business Judgment Rule) มาพิจารณา

1.4.3 ความรับผิดของทรัสตี

ในกรณีที่ทรัสตีได้กระทำผิดหน้าที่ของการจัดการทรัสต์ หรือการกระทำละเมิดต่อทรัสต์ (Breach of Trust) ด้วยการกระทำการบางอย่าง หรืองดเว้นกระทำการบางอย่างจนทำให้เกิดความเสียหายต่อการจัดการทรัสต์ขึ้น รวมทั้งการไม่ได้กระทำหน้าที่ให้เป็นไปตามที่เอกสารการก่อตั้งทรัสต์ (Trust Instrument) หรือหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด ทรัสตีย่อมต้องรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินในกองทรัสต์นั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการจัดการที่ไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้นั้นได้กระทำไปโดยสุจริต และมีเหตุผลอันควรเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์

ความรับผิดของทรัสตีเมื่อเกิดการละเมิดต่อทรัสต์นั้น ต้องรับผิดอย่างเด็ดขาด (Strict Liability) [9] ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเกิดจากการจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม หากมีความเสียหายเกิดขึ้นทรัสตีก็ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากหน้าที่ของทรัสตีนั้นกำหนดมาตรฐานของการทำหน้าที่ไว้สูงเกี่ยวกับเรื่องความระมัดระวังเยี่ยงผู้เชี่ยวชาญพึงจัดการงานของตน

ในเรื่องความเสียหายที่ทรัสตีพึงต้องรับผิดนั้น ผู้วิจัยขอแบ่งออกเป็นสองประการ คือ ความรับผิดในทางแพ่ง และความรับผิดในทางอาญา

1. <u>หลักความรับผิดในทางแพ่ง</u> เป็นความรับผิดที่เป็นส่วนตัวของทรัสตี ด้วยจำนวนเท่าที่ต้องเสียหายไปแก่ตัวทรัพย์สิน รวมทั้งผลประโยชน์ที่ควรได้รับทั้งจำนวนอย่างไรก็ตาม หากเกิดความเสียหายเนื่องมาจากการลงทุนที่ผิดพลาดของทรัสตี (Breach of Duties of Investment) ทรัสตีต้องรับผิดชอบเท่ากับจำนวนที่ต้องเสียหายไป (Cost of Replacing) เช่น ในกรณีที่ทรัสตีมีหน้าที่ที่จะต้องขายทรัพย์สินในช่วงเวลาหนึ่ง แต่มิได้ขายออกไป ทรัสตีผู้นั้นต้องรับผิดชอบในส่วนต่างที่เกิดขึ้น หากต่อมาได้ขายไปในราคาที่ต่ำกว่าในช่วงเวลาดังกล่าว

ความรับผิดของทรัสตีจะเกิดขึ้นไม่ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น จะเป็นผลมาจากการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อมของทรัสตีก็ตาม หรือในกรณีที่ไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นเลย แต่ถ้าทรัสตีได้กำไรจากการที่ทรัสตีได้กระทำนั้น ก็ให้ถือว่ากำไรจำนวนนั้นเป็นค่าสินไหมทดแทนในอันที่จะต้องส่งมอบคืนแก่กองทรัสต์ อนึ่ง ความรับผิดในทางแพ่งนี้ยังครอบคลุมไปถึงทรัพย์มรดกของทรัสตีหากทรัสตีนั้นถึงแก่ความตาย และยังคงต้องรับผิดต่อกองทรัสต์ แม้ว่า

---

[9] Ibid, p 388.

ตัวทรัสตีจะตกเป็นบุคคลล้มละลายแล้วก็ตาม อย่างไรก็ตาม ทรัสตีที่เข้าทำหน้าที่ใหม่ไม่ต้องรับผิดต่อการกระทำละเมิดต่อกองทรัสต์โดยทรัสตีคนก่อนหน้าตน แต่ถ้าเพิกเฉยมิได้เรียกให้ทรัสตีคนก่อนหน้าตนนั้นจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดต่อกองทรัสต์ ทรัสตีคนใหม่นั้นอาจต้องรับผิดฐานไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนอันเป็นการละเมิดต่อกองทรัสต์เช่นกัน หากในกรณีที่มีทรัสตีหลายคน ทรัสตีทุกคนย่อมต้องรับผิดร่วมกันอย่างลูกหนี้ร่วม และในระหว่างทรัสตีด้วยกันเองนั้นจะไม่มีการจัดลำดับให้ ทรัสตีคนใดต้องรับผิดก่อนกัน ในกรณีที่ทรัสตีผู้ที่ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกองทรัสต์นั้นมีส่วนเป็นผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์นั้นด้วย ทรัสตีผู้นั้นจะไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องในการรับประโยชน์จากกองทรัสต์ใดๆ จนกว่าเขาจะได้แก้ไขโดยการชดใช้ความเสียหายแก่กองทรัสต์จนครบถ้วน หรือทำให้กองทรัสต์กลับสู่สภาพเดิมเสียก่อน

บุคคลที่จะสามารถฟ้องร้อง ให้ทรัสตีรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ได้แก่ ผู้รับประโยชน์ ทรัสตีรายอื่น หรือทรัสตีรายใหม่ ซึ่งสามารถเรียกร้องได้จากตัวทรัสตีเอง หรืออาจจะเรียกร้องติดตามเอาคืนจากบุคคลภายนอกซึ่งได้ทรัพย์สินของกองทรัสต์ไปโดยไม่สุจริตและปราศจากค่าตอบแทน สิทธิของผู้รับประโยชน์ในการติดตามทรัพย์สินคืนจากบุคคลภายนอกนี้เรียกว่า Tracing สิทธิในการติดตามทรัพย์สินคืนนี้เป็นหลักสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายทรัสต์ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้รับประโยชน์ ในทางตำราได้มีการอธิบายว่าสิทธิของผู้รับประโยชน์ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นทรัพยสิทธิ (Proprietary Right) ประเภทหนึ่ง บรรดาค่าสินไหมทดแทน หรือทรัพย์สินที่ได้รับจากการฟ้องคดีดังกล่าวข้างต้น จะตกเป็นของกองทรัสต์ อย่างไรก็ตาม ทรัสตีผู้กระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกองทรัสต์อาจไม่ต้องรับผิด ในกรณีดังต่อไปนี้ [10]

1. ตามมาตรา 61 ของ Trustee Act 1925 เมื่อศาลพิพากษาว่าทรัสตีไม่จำต้องรับผิดเพราะเหตุว่าได้กระทำไปโดยสุจริต มีเหตุสมอันควรเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์และชอบที่จะได้รับยกเว้นจากการกระทำละเมิดนั้น

2. เมื่อคดีขาดอายุความ เว้นแต่จะเป็นการฉ้อโกงหรือทำละเมิดโดยกลฉ้อฉล หรือเมื่อทรัสตียักยอกทรัพย์สิน หรือเงินค่าทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์ซึ่งอยู่ในการครอบครองของตนมาเป็นประโยชน์ของตนเสีย

3. เมื่อทรัสตีถูกพิพากษาให้ล้มละลาย และได้รับการปลดจากการล้มละลายนั้นแล้ว ยกเว้นแต่เป็นการทำละเมิดโดยกลฉ้อฉล

---

[10] Snell's Principle of Equity, 20th Edit, p.180-184 อ้างใน สุนันทา ประกอบกิจ, "ข้อจำกัดทางกฎหมายของการจัดการทรัพย์สินเพื่อบุคคลอื่นในการทำธุรกรรมทางการเงินและแนวทางแก้ไข", หน้า 37.

4. ตามมาตรา 62 ของ Trustee Act 1925 กำหนดว่าเมื่อทรัสตีกระทำละเมิดโดยการสนับสนุนหรือร้องขอด้วยความยินยอมเป็นหนังสือจากผู้รับประโยชน์ ศาลอาจพิพากษาให้นำผลประโยชน์จากตัวทรัพย์สินที่ควรจะได้แก่ผู้รับประโยชน์ มาชดใช้แก่ทรัสตีได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งตามมาตรานี้ศาลมีอำนาจเต็มในการใช้ดุลพินิจ

2. หลักความรับผิดในทางอาญา การนำเอากฎหมายอาญามาใช้บังคับก็เพื่อให้บุคคลในสังคมปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยมีเจตจำนงที่ต้องการให้คนในสังคมอยู่ร่วมกันอย่างมีความสงบสุข ทำให้ต้องมีการกำหนดโทษอันเป็นสภาพบังคับไว้สำหรับการกระทำบางประการ ซึ่งเป็นปฏิปักษ์ต่อเจตจำนงดังกล่าวด้วยการกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่กระทำตามที่กฎหมายบัญญัติว่าให้กระทำ อย่างไรก็ตาม สำหรับโทษทางอาญาที่กำหนดให้ทรัสตีต้องรับผิดนั้น ได้มีการกำหนดไว้ใน Larceny Act 1910 สำหรับกรณีที่ทรัสตีได้ฉ้อโกงกองทรัสต์ โดยถือว่าเป็นความผิดลักษณะพิเศษซึ่งต้องมีกระบวนการลงโทษเป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกยกเลิกโดย Theft Act 1968 และได้กำหนดบทลงโทษสำหรับทรัสตีไว้ในมาตรา 5 (1) ซึ่งระบุให้ทรัสตีต้องรับผิดฐานลักทรัพย์ธรรมดา ถ้าเขาบริหารจัดการทรัพย์สินของกองทรัสต์โดยเจตนาทุจริต เพื่อกีดกันมิให้ผู้อื่นได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์นั้น คำว่า "ผู้อื่น" ในความหมายนี้หมายถึงบุคคลซึ่งจะได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ ซึ่งได้แก่ ผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ (Beneficiary) หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (ในกรณีที่เป็นทรัสต์เพื่อการกุศล หรือ Charitable Trust)

2. กองทุนสำรองเลี้ยงชีพที่จัดตั้งในรูปทรัสต์

นับแต่อดีตที่มีคนเริ่มรู้จักทรัสต์ หรือการบริหารจัดการเงินหรือทรัพย์สินโดยทรัสตี ในขณะที่เจ้าของทรัพย์สินไม่สามารถดูแลจัดการทรัพย์สินของตนเองได้ในช่วงเวลาหนึ่งๆ เช่น การออกไปรบต่างเมือง เป็นต้น เมื่อเจ้าของทรัพย์สินนั้นกลับมาจากการทำสงคราม จึงพบว่าการโอนทรัพย์สินให้แก่ทรัสตีดูแลนั้นได้รับผลประโยชน์มากกว่าที่ตนบริหารจัดการเอง ซึ่งอาจเป็นเพราะทรัสตีผู้ได้รับความไว้วางใจนั้น เป็นผู้ที่มีความสามารถ หรือมีความชำนาญเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินหรือการลงทุนโดยเฉพาะ ทำให้การมอบเงิน หรือทรัพย์สินของตนไว้ให้ทรัสตีดูแลจัดการแทนนั้นได้รับความนิยมอย่างมาก แม้กระทั่งเจ้าของทรัพย์สินส่วนใหญ่ที่เห็นว่าทรัสตีมีความสามารถในการสร้างผลประโยชน์ได้มากกว่าตน ก็พากันมอบทรัพย์สินให้แก่ทรัสตีดูแลกันเป็นจำนวนมาก ทำให้การบริหารจัดการโดยทรัสตีได้รับความนิยมทั้งในภาคพื้นยุโรป และกระจายไปยังภูมิภาคอื่นๆ และต่อมาได้มีการนำเอาหลักการเกี่ยวกับทรัสต์นี้มาประยุกต์ใช้กับการบริหารจัดการทรัพย์สินซึ่งได้มาจากการระดมทุนในตลาดเงิน และตลาดทุนกัน

อย่างแพร่หลาย ซึ่งผู้วิจัยขอนำเสนอรูปแบบทรัสต์ที่นำมาใช้กับกองทุนสำรองเลี้ยงชีพในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย เพื่อที่จะนำมาประยุกต์ใช้กับกองทุนสำรองเลี้ยงชีพของไทย โดยการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพของไทยบางประการที่จะช่วยส่งเสริมให้ผู้ออมเงินในกองทุนสำรองเลี้ยงชีพได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น

2.1 กองทุนสำรองเลี้ยงชีพในรูป Section 401 (k) plans ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ดังที่ผู้วิจัยได้นำเสนอระบบกองทุนเพื่อการชราภาพ ซึ่งมีหลากหลายรูปแบบแล้วในบทที่ 2 ผู้วิจัยจะขอนำเสนอรูปแบบของการออมของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เรียกว่า กองทุน 401 (k) plans ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับระบบกองทุนสำรองเลี้ยงชีพของประเทศไทย กล่าวคือ มีโครงสร้างของกองทุนเป็นแบบ Pillar III หรือเป็นโครงสร้างกองทุนแบบสมัครใจ (Voluntary Pillar) ตามแบบแผนการออมที่ธนาคารโลกได้เสนอแนะไว้

กองทุน 401 (k) plans เป็นกองทุนสำหรับการออมเพื่อการชราภาพชนิดหนึ่ง หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นกองทุนสำรองเลี้ยงชีพประเภทหนึ่งในสหรัฐอเมริกา ที่นายจ้างและลูกจ้างร่วมกันก่อตั้งขึ้นด้วยความสมัครใจโดยอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย The Internal Revenue Code 1978 มาตรา 401 (k) โดยที่นายจ้างและลูกจ้างจะจ่ายเงินสมทบและเงินสะสมเข้าไปในกองทุน เงินที่จ่ายเข้าไปในกองทุนนั้นจะได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้

เงินสมทบและเงินสะสมนั้น จะคำนวณจากฐานเงินได้ที่เป็นเงินเดือนของลูกจ้างที่เป็นสมาชิกทั้งจำนวนก่อนการหักภาษีใดๆ ซึ่งต่างจากกองทุนอื่นที่คิดเงินสมทบและเงินสะสมจากฐานเงินได้ที่เป็นเงินเดือนหลังหักภาษี ทำให้ช่วยลดภาระภาษีได้มากกว่ากองทุนอื่น กองทุน 401 (k) plans เกิดขึ้นครั้งแรกในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1980 ในบริษัท Ted Benna of Johnson ซึ่งตั้งอยู่ในรัฐฟิลาเดเฟีย ซึ่งกองทุนประเภทนี้ต่อมาได้รับความนิยมมากขึ้นทั้งในกิจการที่แสวงหากำไรและที่ไม่แสวงหากำไร หากมีการจ้างแรงงานก็สามารถจัดตั้งกองทุนนี้ได้ เพื่อเป็นการให้สวัสดิการแก่ลูกจ้างของตน จากสถิติพบว่ามีผู้ใช้แรงงานในสหรัฐอเมริกาเป็นสมาชิกกองทุนนี้ประมาณ 29 ล้านคน ใน 250,000 กิจการ และมีทรัพย์สินอยู่ในกองทุนนี้ประมาณ 1.5 ล้านล้านดอลล่าร์สหรัฐ [11]

---

[11] The Profit Sharing/401(k) Council of America, Starting a Profit Sharing or 401 (k) Plan, [Online]. Available from: http://www.psca.org/starting.html [2003, July 28].

เหตุที่กองทุนนี้ ได้รับความนิยมจากคนอเมริกันเป็นอย่างมาก ก็เนื่องจากการที่มีข้อดีหลายประการได้แก่ ลูกจ้างสามารถเก็บออมเงินซึ่งได้รับจากการทำงานไว้ได้ และการออมเงินเข้ากองทุนดังกล่าวคำนวณจากเงินได้ก่อนการหักภาษี ช่วยให้เงินได้พึงประเมินของลูกจ้างน้อยลง ประโยชน์ก็ตกเป็นของลูกจ้างในเรื่องการประหยัดภาษีทุกครั้งที่มีการจ่ายค่าจ้าง และหักส่วนหนึ่งของค่าจ้างเป็นเงินสะสมเข้ากองทุน ข้อดีประการที่สองคือเมื่อกองทุนมีรายได้อันเกิดจากการลงทุน ทั้งกองทุนและลูกจ้างได้รับยกเว้นภาษีจากเงินได้ดังกล่าวตลอดไปจนกว่าลูกจ้างจะนำเงินออกจากกองทุน ดังนั้นจากการที่กองทุนซึ่งได้รับยกเว้นภาษีตลอดอายุการทำงานของลูกจ้างและรายได้ที่พอกพูนขึ้นเรื่อยๆ ตามอายุการทำงานของลูกจ้างจึงส่งผลให้เงินกองทุนที่ลูกจ้างพึงได้รับเมื่อพ้นสภาพจากการทำงานมีมาก เพราะว่ายิ่งจำนวนเงินที่ออมมากขึ้นเท่าใด และระยะเวลาที่ออมมีมากขึ้นเท่าใด เงินกองทุนที่ได้รับเมื่อพ้นสภาพจากการทำงานก็จะมีมากขึ้นเท่านั้น [12]

การลงทุนในกองทุน 401 (k) plans สมาชิกของกองทุนสามารถที่จะเลือกรูปแบบการลงทุนได้เอง ตามระดับของการยอมรับความเสี่ยงภัยที่สมาชิกแต่ละคนมีไม่เท่ากัน ซึ่งทรัสตีจะเป็นผู้จัดให้มีทางเลือกในการลงทุนหลายรูปแบบเพื่อให้สมาชิกได้รับความสะดวก และเปิดโอกาสให้มีการโอนย้ายเงินกองทุนไปยังทางเลือกอื่นได้ รวมทั้งสมาชิกสามารถโอนย้ายเงินกองทุนไปยังกองทุนอื่นได้หากมีการเปลี่ยนงานไปยังบริษัทใหม่

สำหรับขั้นตอนการก่อตั้งกองทุน 401 (k) plans นั้น* นายจ้างจะเป็นผู้ก่อตั้งกองทุนขึ้นมาโดยเลือก Plan Provider หรือ Plan Administrator ให้เข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ให้บริการในด้านต่างๆ โดยทั่วไปแล้ว Plan Provider จะทำหน้าที่เป็นทรัสตีด้วย และในการเลือก Plan Provider หรือทรัสตีนั้น นายจ้างจะพิจารณาเลือกจากรูปแบบการลงทุนของกองทุนก่อน ซึ่งจะมีทางเลือกของการลงทุนหลายรูปแบบ ผู้วิจัยพบว่าทางเลือกในการลงทุน (Investment Options) ในกองทุน 401 (k) plans จะอยู่ระหว่าง 8 – 20 ทางเลือก โดยมีค่าเฉลี่ยอยู่ที่ประมาณ 15 ทางเลือกใน 1 กิจการ [13] ซึ่งทางเลือกของการลงทุนนี้ได้ผ่านการพิจารณา และอนุญาตให้จดทะเบียนแล้วโดย Internal Revenue Service (IRS) สาเหตุที่ต้องนำไปขอจดทะเบียนก่อนนำเสนอต่อนายจ้างเพื่อพิจารณาก็เพราะว่ากองทุน 401 (k) plans เป็นกองทุนที่สมาชิกกองทุน

---

[12] Knute Iwaszko and Brian O'Connell, The 401 (k) millionaire, (New York: Villard Books, 1999), p 136.

* โปรดดูโครงสร้างของกองทุน 401 (k) plan และขั้นตอนการจัดตั้งกองทุน ในภาคผนวก 4

[13] Rick Meigs, What is a 401 (k) plan?, [Online]. Available from : http://www.401khelpcenter.com/401k_defined.html [2003, July 28].

(ลูกจ้าง) และนายจ้างได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี และอาศัยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายภาษีอากรจัดตั้งขึ้น เมื่อได้รับความเห็นชอบจาก IRS แล้วทรัสตีก็จะนำเสนอข้อมูลดังกล่าวแก่นายจ้าง เพื่อให้นายจ้างใช้ประกอบการตัดสินใจเลือกรับทรัสตีให้เข้ามาบริหารจัดการเงินในกองทุน 401 (k) plans เมื่อนายจ้างเลือกแล้วก็จะทำสัญญาทรัสต์ขึ้น (Trust Agreement) ซึ่งเป็นสัญญาระหว่างนายจ้างกับทรัสตี สัญญาทรัสต์นี้จะมีความแตกต่างจากเอกสารการจัดตั้งกองทุน (Plan Document) ซึ่งจะมีเพียงรายละเอียดที่กำหนดเกี่ยวกับว่าผู้ใดเป็นทรัสตีบ้างรวมทั้งการจัดการทรัสต์อย่างกว้างๆ แต่สัญญาทรัสต์เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้ [14]

1. ข้อกำหนดเกี่ยวกับการนำส่งเงินสะสมและเงินสมทบเข้ากองทุนโดยนายจ้างและความแน่นอนของทรัพย์สินในกองทุน
2. อำนาจต่างๆ ของทรัสตีที่เกี่ยวกับการลงทุน
3. หน้าที่และความรับผิดของทรัสตี ซึ่งรวมถึงหน้าที่และความรับผิดอันเกิดจากการมอบหมายให้ผู้อื่นดำเนินการด้านการลงทุนแทนตน
4. การกำหนดความรับผิดชอบเฉพาะในฐานะที่เป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจ
5. การกำหนดค่าตอบแทนต่างๆ ทั้งทางด้านการจัดการของทรัสตี ด้านกฎหมาย รวมทั้งค่าธรรมเนียมอื่นๆ
6. การรายงานผลการปฏิบัติงานของทรัสตีต่อนายจ้างตามระยะเวลาที่กำหนด
7. การจัดทำบัญชีของกองทุน
8. เงื่อนไขเกี่ยวกับการพ้นสภาพจากการเป็นทรัสตี รวมทั้งการแต่งตั้งผู้อื่นเข้าทำหน้าที่แทนทรัสตีคนเดิม
9. การจ่ายผลประโยชน์ให้แก่ลูกจ้างซึ่งเป็นสมาชิกกองทุน
10. สิทธิและหน้าที่ของทรัสตีในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญา หรือการเลิกกองทุน
11. สิทธิของทรัสตีที่จะได้รับทราบคำแนะนำและข้อมูลต่างๆ จากผู้เกี่ยวข้อง

---

[14] Towers Perrin, The Handbook of 401 (k) Plan Management, (Illinois: Business One Irwin Homewood, 1992), p 179.

เมื่อได้จัดทำสัญญาทรัสต์แล้ว ทรัสตีที่ได้รับความไว้วางใจผู้นั้นก็จะเสนอรูปแบบการลงทุน ที่มีความแตกต่างกันอย่างหลากหลายตามระดับความเสี่ยงให้แก่ลูกจ้างเลือก แต่อย่างไรก็ตาม กองทุนที่นำเสนอให้ลูกจ้างเลือกนั้นจะต้องประกอบไปด้วยนโยบายการลงทุน (ทางเลือก) อย่างน้อยสามทาง หรือ 3 Sub-funds โดยที่ในแต่ละ Sub-fund นั้น จะมีการกำหนดรายชื่อบริษัทจัดการ ผู้รับฝากทรัพย์สิน และบุคคลที่เกี่ยวข้องอื่นๆ เช่น ผู้สอบบัญชีรับอนุญาต ซึ่งแตกต่างกันได้ด้วย ซึ่งเป็นการให้ข้อมูลในเชิงรายละเอียดประกอบการพิจารณาเลือกของลูกจ้างด้วย ทำให้ลูกจ้างสามารถเลือกนโยบายการลงทุนได้อย่างสะดวกและเป็นไปตามความต้องการของตน อนึ่ง ลูกจ้างสามารถเลือกนโยบายการลงทุนได้หลายนโยบายเช่นกัน แต่จะต้องแจ้งรายละเอียดสัดส่วนของการนำเงินเข้ากองทุนในแต่ละกองทุนด้วย เมื่อลูกจ้างได้เลือกนโยบายการลงทุนแล้วนายจ้างก็จะมีหน้าที่หักเงินได้ของลูกจ้างที่เป็นเงินเดือน (ก่อนหักภาษี ณ ที่จ่าย) และนำส่งเงินดังกล่าว พร้อมด้วยเงินสมทบของนายจ้าง เข้ากองทุนตามนโยบายการลงทุนประเภทต่างๆ ที่ลูกจ้างได้เลือกไว้

แม้ว่า Plan Administrator หรือทรัสตีมีความสามารถในการที่จะมอบหมายหน้าที่บางประการ เช่น การจัดการการลงทุนให้แก่บริษัทจัดการ หรือการมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับฝากทรัพย์สิน (Custodian) หรือการให้ผู้สอบบัญชีรับอนุญาตเข้าดำเนินการตรวจสอบรายการทางบัญชี แต่หากเกิดความผิดพลาดใดๆ เกิดขึ้น Plan Provider หรือทรัสตียังคงต้องรับผิดต่อสมาชิกในฐานะผู้รับประโยชน์จากกองทุน จะเห็นได้ว่า Plan Provider หรือทรัสตีเป็นผู้มีบทบาทต่อกองทุน 401 (k) plans เป็นอย่างมาก

บทบาท หน้าที่ และความรับผิดของทรัสตีในกองทุน 401 (k) plans

2.1.1 บทบาทของทรัสตีในกองทุน 401 (k) plans

กองทุน 401 (k) plans ถูกกำหนดโดยประมวลกฎหมาย The Internal Revenue Code 1978 ให้มี Plan Provider หรือ Plan Administrator หรือทรัสตี (ซึ่งต่อไปนี้จะใช้เรียก Plan Provider หรือ Plan Administrator ว่า "ทรัสตี") หรืออีกนัยหนึ่งกองทุน 401 (k) plans จะต้องจัดตั้งเป็นทรัสต์เสมอ โดยการจัดตั้งกองทุน จะอนุโลมนำข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดตั้งทรัสต์ และคุณสมบัติของทรัสตีตามแนวทางของการจัดตั้งกองทุนที่จ่ายโบนัสเป็นหุ้น กองทุนบำนาญ หรือกองทุนเพื่อการแบ่งผลกำไรแก่ลูกจ้าง (Stock bonus, Pension, or Profit-sharing plan) ตามมาตรา 401 (a) มาใช้ในการจัดตั้งกองทุน 401 (k) plans โดยทรัสตีจะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์

ในกองทุนทุกประเภท ซึ่งทรัพย์สินในกองทุนนี้ทั้งลูกจ้างและนายจ้างต่างก็ไม่มีกรรมสิทธิ์ใดๆ ในกองทุน 401 (k) plans บทบาทของทรัสตีแบ่งออกเป็นสองช่วง ดังนี้

<u>ช่วงแรก</u> เป็นช่วงก่อนเข้ารับตำแหน่งเป็นทรัสตี ทรัสตีจะต้องยื่นข้อเสนอเพื่อเข้าทำสัญญากับนายจ้าง (Trust Agreement) ทั้งนี้ทรัสตีจะต้องกำหนดแนวทางในการบริหารทรัสต์ รวมทั้งรายละเอียดการดำเนินการต่างๆ ตลอดจนเสนอทางเลือกในการลงทุน (Investment Options)* ให้แก่นายจ้างพิจารณาประกอบการตัดสินใจ ดังนั้น ทางเลือกหรือโอกาสในการลงทุนของลูกจ้างจะมีกว้างขวางเพียงใดขึ้นอยู่กับบทบาทของทรัสตีในช่วงนี้ด้วยเช่นกัน

<u>ช่วงที่สอง</u> เป็นช่วงที่ทรัสตีได้รับการแต่งตั้งจากนายจ้างแล้ว โดยให้ดำเนินงานตั้งแต่การรับโอนทรัพย์สินมาจากนายจ้าง การรับมอบเงินสะสมและเงินสมทบเข้ากองทุน การกระจายเงินสะสมและเงินสมทบเข้ากองทุน โดยจัดสรรเข้าตามสัดส่วนที่ลูกจ้างแต่ละคนได้แสดงความจำนงไว้ รวมทั้งการลงทุนตามนโยบายที่กำหนดไว้ การติดตามการลงทุน เช่น การพิจารณาความเสี่ยงในการลงทุน การรับชำระและเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ การฟ้องร้องบังคับคดี เป็นต้น อีกทั้งการจัดให้มีระบบทะเบียนสมาชิกกองทุนที่ดี มีความถูกต้อง เพื่อที่จะได้จ่ายเงินให้แก่สมาชิกหรือผู้รับประโยชน์ได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม

บทบาทของทรัสตีในกองทุน 401 (k) plans นั้น นอกจากจะแบ่งตามช่วงเวลาแล้ว ยังสามารถแบ่งตามลักษณะของการให้บริการ ได้เป็นสองประเภท คือ

1. บทบาทของทรัสตีในฐานะที่เป็นผู้ให้บริการครบวงจร (Full Service Provider or Bundled Plan Provider) บทบาทของทรัสตีในฐานะที่เป็นผู้ให้บริการครบวงจร ทรัสตีจะดำเนินการทั้งด้านการปฏิบัติการและด้านการจัดการลงทุน ซึ่งผู้ให้บริการประเภทนี้ ได้แก่ ธนาคารพาณิชย์ บริษัทประกันภัย บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวม หรือบุคคลที่สาม (Third-Party Administrators) เป็นต้น การให้บริการในฐานะทรัสตีรูปแบบนี้ ทรัสตีอาจจะมีการมอบหมายงานบางหน้าที่ให้แก่บุคคลอื่นได้ แต่ความรับผิดชอบต่อสมาชิกและผู้รับประโยชน์ยังคงอยู่กับทรัสตีผู้มอบหมายหน้าที่นั้น บทบาทของทรัสตีแบบครบวงจรเช่นนั้นก่อให้เกิดประโยชน์ในด้าน

---

* ทางเลือกในการลงทุน (Investment Options) นี้ ถูกกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำไว้ว่าจะต้องนำเสนอไม่น้อยกว่า 3 ทางเลือก และในแต่ละทางเลือกนั้นจะต้องมีการกระจายการลงทุนไปในตราสารการลงทุนในหลากหลายชนิด และต้องกระจายทั้งความเสี่ยงและผลตอบแทนอย่างสมดุล เพื่อมิให้เกิดความเสี่ยงภัยจากการลงทุนจนไม่ได้รับเงินที่เคยสะสมไว้คืนเมื่อยามต้องออกจากกองทุน

ความสะดวกสบายเพราะจะได้รับบริการครบถ้วนทุกด้านตามที่ต้องการ แต่อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อด้อยในเรื่องการนำเสนอทางเลือกในการลงทุนที่มีจำกัด เนื่องจากผู้ให้บริการครบวงจรมักจะเสนอบริการที่ตนมีอยู่แล้ว เช่น กองทุนรวมภายใต้การจัดการของตนเอง แทนที่จะเสนอให้ลงทุนในกองทุนรวมของบริษัทจัดการรายอื่นด้วย

2. บทบาทของทรัสตีในฐานะที่เป็นผู้ให้บริการเฉพาะอย่าง (Unbundled Service Provider ซึ่งจะตรงข้ามกับ Full Service Provider) เนื่องจากนายจ้างอาจจะมีบุคลากรเพียงพออยู่แล้วสำหรับหน้าที่บางอย่าง เช่น การทำทะเบียนสมาชิก เป็นต้น จึงเพียงแต่จ้างทรัสตีให้มาบริหารงานในด้านอื่นเป็นการเฉพาะอย่างเท่านั้น เช่น หน้าที่ในด้านการจัดการการลงทุน หรือการตรวจสอบระบบ (Compliance Testing) เป็นต้น

2.1.2 หน้าที่ของทรัสตีในกองทุน 401 (k) plans

ทรัสตีในกองทุน 401 (k) plans มีหน้าที่ในการบริหารจัดการทรัสต์ ซึ่งแบ่งเป็นหน้าที่ในการบริหารจัดการโดยทั่วไป (General Duties) และหน้าที่เฉพาะที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties) ซึ่งบทบัญญัติส่วนใหญ่จะอยู่ใน Trustee Act 1925 แต่อย่างไรก็ตาม หน้าที่ของทรัสตีในกองทุน 401 (k) plans ยังถูกกำหนดโดย The Employee Retirement Income Security Act 1974 (ERISA)* ในฐานะที่ทรัสตีเป็นบุคคลที่อยู่ในฐานะที่ได้รับความไว้วางใจ ซึ่งต้องถูกกำหนดให้มีมาตรฐานในการบริหารงานเกี่ยวกับกองทุนต่างๆ รวมถึงกองทุน 401 (k) plans ด้วย สำหรับมาตรฐานการบริหารงาน หรือหน้าที่ของทรัสตีที่ถูกกำหนดโดยบทบัญญัติของ ERISA นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเป็นการกำหนดเอาหลักการของหน้าที่เฉพาะเกี่ยวกับความไว้วางใจซึ่งมีอยู่แล้วในหลักกฎหมายว่าด้วยทรัสต์มากำหนดย้ำเพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองการออมเงินในรูปแบบกองทุน 401 (k) plans ให้มากขึ้นนั่นเอง ดังมีรายละเอียดดังนี้

ERISA ได้แบ่งกฎเกณฑ์หน้าที่ที่ทรัสตีหรือผู้ที่ได้รับความไว้วางใจไว้สองประการได้แก่

1. หลักการแสวงหาประโยชน์ให้แก่กองทรัสต์เพื่อผู้รับประโยชน์เท่านั้น (The Exclusive Benefit Rule) หลักการนี้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของ ERISA มาตรา 404 (a) (1) (A)

---

* ERISA เป็นกฎหมายที่สนับสนุนการก่อตั้งกองทุนประเภทต่างๆ เพื่อให้นายจ้างจัดตั้งกองทุนขึ้นเพื่อเป็นสวัสดิการแก่ลูกจ้างในขณะที่ทำงานและพ้นสภาพจากการทำงานแล้ว และมีบทบัญญัติที่แสวงหาช่องทางในการขจัดปัญหาและอุปสรรคอันจะเกิดขึ้นต่อกองทุนดังกล่าว เช่น การกำหนดกรอบหรือมาตรฐานการดำเนินงานของทรัสตี หรือทรัสตีร่วม (Co-Trustee) เป็นต้น

ซึ่งกำหนดหน้าที่ของทรัสตีให้กระทำการอันก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อกองทุน ด้วยการหารายได้ต่างๆ ให้แก่กองทุน เมื่อนำมาหักค่าใช้จ่ายในการบริหารงานทั่วไปของกองทุนแล้วจะก่อให้เกิดเป็นผลประโยชน์สุทธิแก่กองทุน นั่นก็หมายความว่า การปฏิบัติหน้าที่ในการแสวงหาประโยชน์นั้นต้องเป็นไปเพื่อเกิดประโยชน์แก่มวลสมาชิก หรือผู้รับประโยชน์จากกองทุนเท่านั้น โดยมิได้ประสงค์จะหาประโยชน์จากกองทุนเพื่อตนเองเลย และหลักการนี้ยังได้บัญญัติย้ำอยู่ในมาตรา 403 (c) อีกด้วยว่าผลประโยชน์ที่ได้รับจากการบริหารทรัพย์สินของกองทุน ย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่นายจ้างของสมาชิกหรือผู้อื่นใด นอกเสียจากจะเป็นประโยชน์แก่ของสมาชิกกองทุน หรือผู้รับประโยชน์จากกองทุนเท่านั้น นอกจากนั้น ยังกำหนดหลักเกี่ยวกับการห้ามกระทำการบางอย่างไว้ใน มาตรา 406 (a) ซึ่งกำหนดเป็นรายการต้องห้ามที่มิให้ดำเนินการ (The List of Banned Transactions) อันอาจทำให้เกิดความขัดแย้งทางผลประโยชน์ เช่น การซื้อขายแลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์สิน ให้กู้ยืมหรือขยายวงเงินให้กู้ยืม ฯลฯ ระหว่างตนเองกับกองทรัสต์ นอกจากนั้น ERISA ยังได้เน้นถึงข้อห้ามเกี่ยวกับการซื้อทรัพย์สินจากกองทรัสต์ของทรัสตีไว้ในมาตรา 406 (b) (1) รวมทั้งยังห้ามมิให้ทรัสตีรับสินจ้างหรือสิ่งตอบแทน อันเป็นการส่วนตัวจากบุคคลที่ซื้อหรือขายทรัพย์สิน หรือเกี่ยวข้องประการใดๆ ต่อกองทุน ซึ่งมีกำหนดไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 406 (b) (3) ยิ่งไปกว่านั้นยังห้ามมิให้ทรัสตีของกองทุนดำเนินการใดๆ ซึ่งอยู่ในฐานะที่เป็นตัวแทน หรือฐานะอื่นใดแทนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกองทุน อันเป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของกองทุน หรือของผู้รับประโยชน์จากกองทุน ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 406 (b) (2)

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นผู้วิจัยมีความเห็นว่า ERISA ได้ประยุกต์เอาหลักหน้าที่ของทรัสตีที่จะจัดการทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Loyalty Duty) เช่น หน้าที่ที่จะไม่แสวงหากำไรให้ตนเองจากทรัพย์สินในกองทรัสต์ (Duty not to profit from the Trust) ห้ามทรัสตีซื้อทรัพย์สินจากกองทรัสต์ (The Self-Dealing Rule) เป็นต้น มากำหนดเป็นรายละเอียดให้ชัดเจนในการกำกับดูแลกองทุนประเภทต่างๆ ซึ่งรวมถึงกองทุน 401 (k) plan ด้วย

2. หลักการปฏิบัติหน้าที่อย่างผู้มีความสุขุมรอบคอบระมัดระวัง (The Prudent Man Rule) หลักการนี้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของ ERISA มาตรา 404 (a) (1) (B) โดยกำหนดหน้าที่ของทรัสตีให้กระทำการหน้าที่ของตนด้วยความระมัดระวังเยี่ยงผู้มีวิชาชีพ เชี่ยวชาญ และมีความชาญฉลาด สมเหตุสมผลอย่างวิญญูชนที่เป็นมืออาชีพ

นอกจากนั้นในมาตรา 404 (a) (1) (C) ยังได้กำหนดหน้าที่ของทรัสตีในฐานะผู้บริหารจัดการกองทุน 401 (k) plans ว่าจะต้องกระจายการลงทุนไปยังตราสารทางการเงินหรือทรัพย์สินอื่นให้มีความหลากหลาย ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดความเสี่ยงอันอาจจะเกิดจากการลงทุน

อีกทั้งทรัสตียังจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดของกองทุน รวมทั้งเอกสาร หรือตราสารอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกองทุน โดยหลักการของ ERISA ให้ถือว่า เอกสารเหล่านั้นจะต้องถือเป็นหน้าที่ของทรัสตีที่จะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เสมือนหนึ่งเป็นบทบังคับตามกฎของ ERISA ด้วย เช่น ข้อตกลงเกี่ยวกับการบริหารจัดการด้านการลงทุน (Investment Management Agreement) หรือนโยบายการลงทุน (Investment Policies) ซึ่งหากทรัสตีไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดเหล่านั้น ให้ถือว่าทรัสตีกระทำการอันเป็นการผิดสัญญาทรัสต์ (Breach of Trust) ยิ่งไปกว่านั้นหากมีข้อกำหนดของกองทุนบางประการซึ่งขัดแย้งกับบทบัญญัติของ ERISA เช่น หากมีข้อกำหนดที่จะให้ทรัสตีลงทุนในหลักทรัพย์ของนายจ้างหรือทรัพย์สินของนายจ้างได้ หากทรัสต์ลงทุนหรือยังคงถือครองทรัพย์สินเช่นว่านั้นต่อไป ให้ถือว่าทรัสตีผู้นั้นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักแห่งความสุขุมรอบคอบระมัดระวัง

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ERISA ได้ประยุกต์เอาหลักหน้าที่ที่จะจัดการทรัสต์อย่างมีความระมัดระวัง (Duty of Care) มากำหนดเป็นรายละเอียดให้ชัดเจนในการกำกับดูแลกองทุนประเภทต่างๆ ซึ่งรวมถึงกองทุน 401 (k) plan ด้วย เช่น หน้าที่ในการจัดการในฐานะผู้มีวิชาชีพโดยตรง (Duty to act as the Prudent Man) หน้าที่ในการแยกทรัพย์สินของกองทรัสต์ และทรัพย์สินส่วนตัวของทรัสตีออกจากกัน (Duty to separate Trust Fund from the Personal Property) เป็นต้น

2.1.3 ความรับผิดของทรัสตีในกองทุน 401 (k) plans

ความรับผิดของทรัสตีนั้น (Breach of Fiduciary Duties) ที่ ERISA กำหนดไว้เป็นความรับผิดเฉพาะบุคคลเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการละเมิดทรัสต์ (Breach of Trust) ทรัสตีต้องส่งคืนผลกำไรอันเนื่องมาจากการละเมิดทรัสต์นั้นคืนกลับเข้าสู่กองทรัสต์

นอกจากที่ทรัสตีจะต้องรับผิดจากความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดทรัสต์ ซึ่งตนได้กระทำด้วยตนเองแล้ว ทรัสตียังต้องรับผิดจากการกระทำของผู้อื่นด้วย เช่น ในมาตรา 405 (a) ทรัสตีจะต้องรับผิดร่วมกับทรัสตีคนอื่นที่จัดการกองทุนร่วมกัน (Co-fiduciary) หากทรัสตีผู้นั้นรู้ถึงการกระทำหรือการไม่ปฏิบัติหน้าที่ของทรัสตีคนอื่นๆ ซึ่งการกระทำหรือการไม่ปฏิบัติหน้าที่นั้นเป็นการกระทำอันฝ่าฝืนหรือละเมิดทรัสต์ (Breach of Fiduciary Duties) ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดของทรัสตีที่กำหนดโดย ERISA นั้นกำหนดไว้ในมาตรา 409 (a) ว่าทรัสตีต้องส่งคืนกำไรทั้งหมดกลับสู่กองทุน โดยอาศัยอำนาจแห่งการใช้สอยทรัพย์สินของกองทุนนั้น แม้ว่าจะไม่มีผลขาดทุนเกิดขึ้นแก่กองทุนเลยก็ตาม ซึ่งจะเห็นได้ว่ามาตรา 409 (a) นั้น นอกจากจะให้ความคุ้มครองจากค่าเสียหายในทางแพ่ง (Civil Penalty) แล้วยังคงให้ความคุ้มครองสำหรับ

ค่าเสียหายในเชิงลงโทษด้วย (Punitive Damages) ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี Massachusetts Mutual Life Ins. Co. v Russell, 473 U.S.134, 105 S.Ct.3085 (1985) ซึ่งในคำพิพากษานี้ ศาลพิพากษาให้จ่ายชดเชยความเสียหายในเชิงลงโทษเพิ่มเติมจากค่าเสียหายในทางแพ่ง โดยอาศัยเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยว่า ทรัสตีพึงต้องรักษาสิทธิประโยชน์ของสมาชิกหรือผู้รับประโยชน์ทั้งมวล มิได้กระทำการรักษาสิทธิประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพียงผู้เดียว และต้องปกป้องสิทธินั้นอย่างเต็มกำลังความสามารถ เมื่อเกิดการกระทำผิดหน้าที่ของทรัสตี จำต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ ให้ยิ่งไปกว่าค่าเสียหายในทางแพ่ง

2.1.4 หน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลกองทุน 401 (k) plans แบ่งเป็น 2 ด้านคือ

1. หน่วยงานหลัก

1.1 กรมสรรพากรของสหรัฐอเมริกา หรือ Internal Revenue Service (IRS) : ทำหน้าที่ดังต่อไปนี้

- กำหนดเงื่อนไขทางด้านภาษีในการรับจดทะเบียนจัดตั้งกองทุน เช่น การที่จัดตั้งกองทุน 401 (k) plans ขึ้นนั้น หากไม่ได้รับอนุญาตจากกรมสรรพากรแล้ว ทั้งนายจ้างและลูกจ้างที่จ่ายเงินสมทบและเงินสะสมเข้ากองทุนไม่อาจได้รับสิทธิประโยชน์ในทางภาษี

- กำกับดูแลเกี่ยวกับการจ่ายเงินเข้ากองทุน เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ในด้านภาษีอย่างเท่าเทียมกันระหว่างผู้บริหารระดับสูงที่อาจกำหนดข้อกำหนดเกี่ยวกับการจ่ายเงินสะสมเข้ากองทุนอย่างสูงสำหรับกลุ่มของตน แต่ไม่ยอมให้ลูกจ้างระดับล่างจ่ายสะสมในอัตราสูงเช่นเดียวกับกลุ่มของตน ด้วยเหตุนี้ IRS จึงต้องเข้ามากำกับดูแลอย่างใกล้ชิด

- นอกจากนี้ IRS ยังจัดให้มี Compliance Testing ของแผนการลงทุนประเภทต่างๆ ซึ่งจะเป็นการตรวจสอบจำนวนเงินสะสมและเงินสมทบ เทียบกับผลประโยชน์ทางภาษีที่สมาชิกแต่ละคนพึงจะได้รับ

1.2 กระทรวงแรงงาน หรือ Department of Labor (DOL) : ทำหน้าที่

- กำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับคุณสมบัติ ตลอดจนบทบาทหน้าที่ของบุคลากรที่เกี่ยวข้อง สำหรับการกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับคุณสมบัติของทรัสตีที่บริหารงานในกองทุน 401 (k) plans นั้น ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการพิจารณาการกระทำของทรัสตีต่างๆ ว่าทรัสตีได้ใช้ความระมัดระวังเยี่ยงวิญญูชนในฐานะที่เป็นผู้ได้รับความไว้วางใจหรือไม่ เนื่องจากการกระทำหรือ

การตัดสินใจของทรัสตีบางอย่างอาจต้องใช้ดุลพินิจ ซึ่งอาจส่งผลกระทบในทางลบไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อม DOL จะเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาการกระทำหรือการตัดสินใจนั้นว่าเป็นการขัดต่อหลัก Prudent Man Rule หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ได้มีการกำหนดคุณสมบัติเฉพาะและบทบาทหน้าที่ของทรัสตีไว้โดย DOL ซึ่งเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ และยังระบุด้วยว่าทรัสตีรายใดผ่านเกณฑ์มาตรฐานแล้ว เพื่อให้เกิดความสะดวกแก่นายจ้างซึ่งพิจารณาคัดเลือกทรัสตีเข้ามาบริหารกองทุน

- กำหนดมาตรฐานการดำเนินงานและการลงทุน ในเรื่องนี้ DOL จะกำหนดมาตรฐานโดยการรวบรวมผลงานและประวัติการดำเนินงานในอดีตของทรัสตีแต่ละราย จำนวนกิจการที่ได้มอบหมายให้ทรัสตีผู้นั้นบริหารกองทุนจำนวนเงินทุนและจำนวนสมาชิกที่ดูแล ผลงานด้านผลตอบแทนจากการบริหารเงินกองทุน การได้รับรางวัลและการถูกลงโทษ เป็นต้น

- กำหนดมาตรฐานการจ่ายเงินเข้ากองทุนและการจ่ายเงินออกจากกองทุน

- กำกับดูแลการดำเนินงานของกองทุนให้เป็นไปตามที่กำหนดใน ERISA เช่น การกำหนดมาตรฐานการดำเนินงานเกี่ยวกับการลงคะแนนเสียงและการตัดสินใจเกี่ยวกับการเสนอขอซื้อหุ้นของนายจ้าง DOL จะกำหนดเป็นคำแนะนำ (Advisory Opinions) เกี่ยวกับวิธีการลงคะแนนและการเสนอขอซื้อหุ้นอย่างไรมิให้ขัดต่อหลักความขัดแย้งในผลประโยชน์ ตามบทบัญญัติของ ERISA มาตรา 406 (b) หรือการกำหนดเกณฑ์ประกอบมาตรา 404 (c) ที่จะใช้พิจารณาว่ากรณีใดบ้าง ที่จะถือว่าเป็นการแทรกเข้ามาจัดการทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์ของสมาชิกหรือผู้รับประโยชน์จากกองทุน แล้วจะถือว่ารายการดังกล่าวอยู่ในความรับผิดชอบของสมาชิกหรือผู้รับประโยชน์เอง โดยไม่อยู่ภายใต้ความรับผิดของทรัสตีหากเกิดความเสียหายต่อกองทุน เป็นต้น

2. หน่วยงานที่เกี่ยวข้องอื่น ได้แก่ The Securities and Exchange Commission (SEC): ทำหน้าที่ในการกำกับดูแลการทำงานของ Fund Management Company ซึ่งรวมถึงกองทุนรวมด้วย

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

2.2 กองทุนสำรองเลี้ยงชีพในรูป Superannuation Fund ในประเทศออสเตรเลีย

Superannuation Fund ทั้งหมดในประเทศออสเตรเลียนั้น จะต้องจัดตั้งขึ้นเป็นกองทรัสต์เท่านั้น ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติใน Superannuation Act 1990 ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 3 ว่ากองทุนจะต้องจัดตั้งขึ้นตามตราสารจัดตั้งทรัสต์ (Trust Deed) อีกทั้งในกฎหมายที่กำกับและควบคุม Superannuation Fund คือ Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 มาตรา 19 ยังกำหนดย้ำให้ Superannuation Fund ทุกกองทุนต้องมีทรัสตีในการบริหารจัดการ สำหรับเหตุผลที่ต้องจัดตั้งกองทุนในรูปทรัสต์ก็เพราะว่า Superannuation Fund ที่อยู่ในภาครัฐที่มีสมาชิกกองทุนเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลออสเตรเลีย (กองทุนภาครัฐประเภทนี้จะต้องออกกฎหมายจัดตั้งเป็นการเฉพาะ ซึ่งจะมีความแตกต่างจาก Superannuation Fund ของภาคเอกชนที่สามารถจัดตั้งขึ้นตามตราสารจัดตั้งทรัสต์หรือ Trust Deed) ถูกกำหนดให้จัดตั้งเป็นทรัสต์ทั้งหมด เพราะรัฐบาลมีความเชื่อมั่นในการจัดการบริหารกองทุนในรูปแบบทรัสต์ ว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ผู้รับประโยชน์จากกองทุน[15] อีกทั้งในยุคเริ่มแรกของกองทุนนั้นนายจ้างและลูกจ้างมีความเห็นร่วมกัน ในเรื่องการแบ่งแยกทรัพย์สินของกองทุนออกจากนายจ้างและลูกจ้างอย่างชัดเจนและแน่นอน จึงมีความเห็นร่วมกันให้จัดตั้งกองทุนในรูปแบบทรัสต์เพราะว่าทรัสต์มีหลักการในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังทรัสตี (Vesting) เพื่อให้ยึดถือไว้และหาผลประโยชน์ให้แก่ผู้รับผลประโยชน์ตามหลัก Equitable Interest

สำหรับขั้นตอนการจัดตั้งกองทุนนั้น* นายจ้างจะเป็นผู้แต่งตั้งทรัสตีเพื่อให้ทรัสตีทำหน้าที่ในการจัดตั้งกองทุนขึ้นมาในเบื้องต้น ซึ่งทรัสตีก็จะทำหน้าที่เป็น Plan Administrator อีกตำแหน่งหนึ่งด้วย ซึ่งจะต้องนำเสนอรูปแบบของกองทุน และนโยบายการลงทุนมาให้แก่นายจ้าง เพื่อให้นายจ้างใช้ประกอบการพิจารณาว่าทรัสตีรายใดสมควรได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้บริหารงานให้แก่กองทุน โดยในการคัดเลือกหรือแต่งตั้งทรัสตีนั้น นายจ้างจะพิจารณาทรัสตีจากรูปแบบและนโยบายการลงทุน ซึ่งมีความหลากหลายแตกต่างกัน อีกทั้งยังต้องพิจารณาถึงระยะเวลาและประสบการณ์การทำงานในอดีตของทรัสตีแต่ละราย เช่น จำนวนเงินกองทุนที่รับผิดชอบจัดการ จำนวนทรัพย์สินสุทธิ และจำนวนสมาชิกทั้งหมดที่อยู่ในกองทุน เป็นต้น

---

[15] The Australian Law Reform Commission, Collective Investments: Superannuation. [Online]. Available from: http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/reports/59/ [2003, January 25].

* โปรดดูโครงสร้างของ Superannuation Fund และขั้นตอนการจัดตั้งกองทุน ในภาคผนวก 5

เมื่อทรัสตีได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้บริหารจัดการดูแลกองทุน จะต้องดำเนินการแต่งตั้งผู้รับฝากทรัพย์สิน (Custodian) และบริษัทจัดการของแต่ละนโยบายการลงทุน ซึ่งบริษัทจัดการใดบริษัทหนึ่งอาจรับผิดชอบดูแลบริหารงานหลายกองทุน ภายใต้การควบคุมของทรัสตีรายเดียวกันก็ได้ สำหรับกรณีของการแต่งตั้งผู้รับฝากทรัพย์สินและบริษัทจัดการนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ไม่ขัดต่อหน้าที่ที่จะไม่มอบอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับการจัดการทรัสต์ให้แก่บุคคลอื่น (Duty not to delegate) แต่จะสอดคล้องกับหลักการที่ทรัสตีจะต้องแบ่งงานที่ตนไม่มีความชำนาญออกไปให้บุคลอื่นทำ (Power to segregate duty to Nominee and Custodian) ซึ่งหลักการนี้เป็นเครื่องมือที่ช่วยให้ทรัสตีทำงานได้อย่างคล่องตัวมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม หากมีความผิดพลาดอันเนื่องมาจากการทำหน้าที่ของผู้รับฝากทรัพย์สินและบริษัทจัดการ จนก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่กองทรัสต์ ทรัสตีไม่อาจหลุดพ้นความรับผิดต่อกองทรัสต์และผู้รับประโยชน์จากกองทรัสต์

เมื่อทรัสตีดำเนินการด้านการแต่งตั้งผู้รับฝากทรัพย์สิน และบริษัทจัดการเรียบร้อยแล้ว จากนั้นทรัสตีจะนำกองทุนทั้งหมดไปจดทะเบียนกับ Australian Prudential Regulations Authority (APRA) ซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแล Superannuation Fund ทั้งหมด อย่างไรก็ตาม สำหรับรูปแบบการลงทุนของกองทุนที่เป็น Self – Managed Superannuation Fund (SMSF) ซึ่งอยู่ในกลุ่มของ Small Fund อาจจะเป็นกองทุนที่มีโอกาสเลือกที่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ Australian Taxation Office (ATO) ก็ได้ ซึ่งหากเลือกที่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ ATO แล้วต้องไปขอจดทะเบียนจาก ATO แต่หากไม่เลือกที่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ ATO ก็ต้องไปขอความเห็นชอบหรือขอจดทะเบียนกองทุนกับ APRA เสมอ

ในการจัดตั้งกองทุนนั้น ทรัสตีต้องนำเสนอรูปแบบของกองทุนให้แก่นายจ้างเพื่อจัดส่งให้แก่ลูกจ้างเลือกต่อไปไม่น้อยกว่า 4 รูปแบบ และในแต่ละรูปแบบของกองทุนข้างต้นนั้นจะต้องประกอบด้วยนโยบายการลงทุน 3 นโยบาย ซึ่งได้แก่

1. Conservative Fund เป็นนโยบายการลงทุนที่เน้นลงทุนในทรัพย์สินที่มีความเสี่ยงต่ำ และมุ่งเน้นการดำรงรักษามูลค่าของเงินลงทุนไว้แม้ว่าจะได้รับผลตอบแทนที่ไม่สูงนัก ซึ่งจะเหมาะกับสมาชิกที่เหลือระยะเวลาของการออมไม่มากนัก

2. Balanced Fund เป็นนโยบายการลงทุนที่เน้นการลงทุนแบบผสมระหว่างทรัพย์สินที่มีความเสี่ยงสูงกับทรัพย์สินที่มีความเสี่ยงต่ำควบคู่กันไป เพื่อให้ได้ผลตอบแทนเฉลี่ยและในขณะเดียวกันก็สามารถรักษามูลค่าของเงินลงทุนไว้ได้ด้วย

3. Growth Fund เป็นนโยบายการลงทุนที่มุ่งเน้นการลงทุนในทรัพย์สิน ที่มีความเสี่ยงจากการลงทุนสูง โดยมุ่งเน้นการเพิ่มพูนมูลค่าทรัพย์สินให้สูงขึ้นอย่างรวดเร็ว และได้รับผลตอบแทนที่สูงขึ้นในระยะเวลาสั้น ซึ่งเหมาะสำหรับสมาชิกกองทุนที่มีระยะเวลาในการออมยาวนานและยอมรับความเสี่ยงภัยที่สูงได้ดี

เมื่อกองทุนได้รับการจดทะเบียน หรือได้รับความเห็นชอบแล้ว นายจ้างก็จะจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนตามที่ลูกจ้างเลือก และลูกจ้างก็จะจ่ายเงินสะสมเข้ากองทุนด้วย ซึ่งการสะสมเงินเข้ากองทุนของลูกจ้างนี้ ลูกจ้างสามารถออมเงินได้ในอัตราที่สูงกว่าอัตราที่นายจ้างจ่ายให้ อีกทั้งลูกจ้างยังสามารถที่จะเลือกนโยบายการลงทุนของตนได้มากกว่าหนึ่งนโยบาย

บทบาท หน้าที่ และความรับผิดของทรัสตีใน Superannuation Fund

2.2.1 บทบาทของทรัสตีใน Superannuation Fund

ทรัสตีที่บริหารกองทุนนั้น แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

1. ทรัสตีที่เป็นบุคคลธรรมดา (Individual Trustee) ทรัสตีประเภทนี้สามารถจัดการกองทุน Superannuation Fund ได้ทุกประเภท ยกเว้น Retail Fund และ Small APRA Fund (ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดย APRA เท่านั้น) แต่สำหรับบางกองทุน ทรัสตีที่เป็นบุคคลธรรมดา อาจจะจัดตั้งเป็นรูปแบบของคณะกรรมการทรัสต์ (Board of Trustee) ประกอบด้วย ตัวแทนจากนายจ้างและตัวแทนจากลูกจ้างในอัตราส่วนที่เท่ากันก็ได้ แต่ทั้งนี้คุณสมบัติของทรัสตีที่เป็นบุคคลธรรมดาแต่ละคน จะต้องเป็นบุคคลที่ไม่เคยตกเป็นบุคคลล้มละลาย หรือเคยถูกพิพากษาว่าเป็นผู้ทุจริตไม่ว่าจะในคดีแพ่งหรือในคดีอาญา

2. ทรัสตีที่เป็นบริษัท หรือทรัสตีที่ได้รับอนุญาต (Corporate Trustee หรือ Approved Trustee) ได้แก่ทรัสตีที่มีสภาพเป็นนิติบุคคล และได้รับความเห็นชอบจาก APRA ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็น กิจการธนาคารพาณิชย์ หรือกิจการประกันภัย เป็นต้น ทรัสตีที่เป็นบริษัทหรือทรัสตีที่ได้รับอนุญาตนี้สามารถจัดการบริหารกองทุน Superannuation Fund ได้ทุกชนิด โดยกองทุนประเภท Retail Fund และ Small APRA Fund ถูกกำหนดให้บริหารจัดการกองทุนโดยทรัสตีที่เป็นบริษัท หรือทรัสตีที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น ซึ่งทรัสตีที่เป็นบริษัท หรือทรัสตีที่ได้รับอนุญาตนี้ จะต้องเป็นนิติบุคคลที่มีคุณสมบัติประการอื่นๆ ที่กำหนดโดย APRA ด้วย ได้แก่คุณสมบัติเกี่ยวกับการดำรงสถานะทางการเงิน เช่น การดำรงสถานะเงินกองทุนที่เพียงพอ (Capital

Adequacy) และทรัพย์สินที่จับต้องได้สุทธิ (Net Tangible Asset) ตามจำนวนที่ APRA กำหนดไว้ การมีระบบงานที่มีความพร้อมในการประกอบธุรกิจให้บริการด้านจัดการทรัสต์ เป็นต้น

ส่วนบทบาทของทรัสตีนั้น เริ่มตั้งแต่การก่อตั้งกองทุน ทรัสตีมีฐานะเป็นผู้จัดตั้งกองทุน Superannuation Fund เป็นผู้กำหนดนโยบายการลงทุนของกองทุนและติดตามการลงทุนให้เป็นไปตามนโยบายการลงทุน ในกรณีที่ทรัสตีดำเนินการด้านการลงทุนเองโดยไม่มอบหมายงานให้แก่ผู้อื่นทรัสตีก็จะเป็นผู้ติดสินใจลงทุน (Investor) อย่างไรก็ตาม การที่ทรัสตีในฐานะที่เป็นผู้ลงทุนให้แก่กองทุน ทรัสตีจะต้องคำนึงถึงลักษณะ องค์ประกอบ วัตถุประสงค์ และช่วงอายุของกองทุนอย่างเป็นองค์รวม ความต้องการและโอกาสของผู้รับประโยชน์จากกองทุน ความเหมาะสมของการลงทุน และตรงกับวัตถุประสงค์ของกองทุน ความจำเป็นในเรื่องการกระจายการลงทุนให้มีความหลากหลาย ต้นทุนในการบริหาร ค่าธรรมเนียมต่างๆ ซึ่งจะแตกต่างกันตามประเภทของการลงทุน ผลกระทบทางด้านภาษีอากรซึ่งเกิดขึ้นและผันแปรตามการลงทุน และผลกระทบอันเกิดขึ้นจากภาวะเงินเฟ้อ และภาวะเงินตึงตัว

นอกจากนั้น ทรัสตียังมีบทบาทในการเป็นผู้ควบคุมดูแลการนำส่งเงินเข้ากองทุนและการจ่ายเงินให้แก่สมาชิกที่ลาออกจากกองทุน รวมทั้งการเลือกหรือแต่งตั้งบุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น ผู้รับฝากทรัพย์สิน และผู้ที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับงานด้านทะเบียนสมาชิก เป็นต้น

2.2.2 หน้าที่ของทรัสตีใน Superannuation Fund

หน้าที่ของทรัสตีซึ่งบริหารจัดการ Superannuation Fund มีบัญญัติไว้ในมาตรา 33 แห่ง Superannuation Act 1990 โดยกำหนดให้ทรัสตีอยู่ในฐานะที่เป็นผู้จัดการด้านการลงทุน (Investment Manager) มีหน้าที่ลงทุนเพื่อหารายได้ให้แก่กองทุน อย่างไรก็ตามการปฏิบัติหน้าที่ของทรัสตีในฐานะของผู้บริหารจัดการกองทุนนั้น จะต้องมีกรอบแห่งกฎหมายในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่สำคัญสองประการได้แก่ กฎหมายว่าด้วยทรัสต์ (Trust Law) และกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลกองทุนคือ Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 โดยมีองค์กรกำกับดูแลกองทุนแห่งประเทศออสเตรเลียหรือ Australian Prudential Regulations Authority (APRA) เป็นผู้ควบคุมการทำหน้าที่ ซึ่งองค์กรนี้เป็นหน่วยงานที่กำหนดหน้าที่ของทรัสตีไว้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ๆ ได้แก่หน้าที่โดยทั่วไป (General Duties) และหน้าที่โดยเฉพาะอันเป็นหน้าที่แห่งความไว้วางใจ (Fiduciary Duties) ซึ่งการแบ่งหน้าที่ออกเป็นสองลักษณะเช่นนี้ มีเหตุผลสนับสนุนว่าการทำหน้าที่ของทรัสตีในกองทุนนั้นมีความสำคัญมาก โดยจะต้องมีคุณธรรม และความดีงามยิ่งกว่าการทำธุรกรรมประเภทอื่น เพราะต้องบริหารจัดการ

เงินออมของสมาชิกที่ต้องนำไปใช้ในยามเกษียณอายุจากการทำงาน จึงต้องมีหน้าที่โดยเฉพาะอันเป็นหน้าที่แห่งความไว้วางใจนอกเหนือจากหน้าที่ที่ต้องจัดการโดยทั่วไป

หน้าที่โดยทั่วไปนั้น นอกจากหน้าที่ในการลงทุนให้แก่กองทรัสต์เพื่อหารายได้เข้ามาเป็นผลตอบแทนแก่เงินออมของสมาชิกแล้ว ยังรวมถึงหน้าที่ซึ่งทรัสตีต้องสงวนรักษาทรัพย์สินของกองทุนไว้เพื่อประโยชน์แก่สมาชิกของกองทุน (Duty to preserve the Trust Property for benefit of members) รวมทั้งจะต้องบริหารจัดการกองทุนอย่างเป็นธรรมและมีประสิทธิผล (Duty to administer the Trust fairly and effectively) ซึ่งหมายรวมถึงกระบวนการดังต่อไปนี้

1. กระบวนการด้านทะเบียนสมาชิกกองทุน ตั้งแต่เริ่มรับสมัครสมาชิกใหม่ การบันทึกรายละเอียดของสมาชิกแต่ละคน จำนวนเงินกองทุนและผลประโยชน์ที่เป็นสิทธิของสมาชิกแต่ละคน รายชื่อและที่อยู่ของผู้รับประโยชน์ (สำหรับกรณีที่สมาชิกแจ้งผู้รับประโยชน์รายอื่นไว้)

2. กระบวนการด้านการรับและการอนุมัติการจ่ายเงิน เงินฝากธนาคาร การบันทึกรายการทางบัญชีเกี่ยวกับรายได้ ค่าใช้จ่าย การรับเงินสะสมเงินสมทบ การลงทุน เป็นต้น

3. กระบวนการด้านติดตามเงินค้างชำระ ทั้งจากลูกหนี้ของกองทุน และจากเงินสะสมและเงินสมทบที่ค้างชำระ

4. กระบวนการด้านการควบคุมด้านการเงินและการบัญชี รวมทั้งการสอบบัญชี

5. กระบวนการด้านการรายงานผลการปฏิบัติงานโดยภาพรวม เกี่ยวกับผลประกอบการของกองทุน และแนวโน้มของภาวะด้านการลงทุนในอนาคต รวมทั้งรายงานจำนวนเงินกองทุนและผลประโยชน์ที่สมาชิกแต่ละคนพึงได้รับอย่างสม่ำเสมอ

หน้าที่โดยเฉพาะอันเป็นหน้าที่แห่งความไว้วางใจ ซึ่งประกอบด้วย หน้าที่ที่จะจัดการทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Loyalty Duty) และหน้าที่ที่จะจัดการทรัสต์อย่างมีความระมัดระวัง (Duty of Care) ซึ่งหน้าที่ทั้งสองประการนี้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยทรัสต์ (Trust Law) แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม นโยบายของประเทศออสเตรเลียยังให้ความสำคัญต่อหลักกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่แห่งความไว้วางใจ ซึ่งจะใช้บังคับแก่ทรัสตีที่เข้าบริหารจัดการในกองทุนนั้นจะต้องทำหน้าที่อย่างเคร่งครัด โดยย้ำหลักการดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะใน Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 มาตรา 52 (2) ซึ่งประกอบด้วย

(a) หน้าที่ที่จะกระทำการใดๆ อย่างซื่อสัตย์สุจริตโดยคำนึงถึงกองทุนเป็นสำคัญ

(b) หน้าที่ในการดำเนินการอันมีผลกระทบต่อกองทุน ด้วยการดูแลรักษาเป็นอย่างดีอย่างมีทักษะ และความระมัดระวัง ในระดับเดียวกันกับที่วิญญูชนพึงสงวนรักษาทรัพย์สินของผู้อื่นด้วยความรู้สึกที่ต้องการกระทำอย่างมีคุณธรรม

(c) หน้าที่ในการสร้างความมั่นใจว่าจะปฏิบัติหน้าที่ และใช้อำนาจของตนในฐานะทรัสตีอย่างดีที่สุด เกิดประโยชน์สูงสุดต่อผู้รับประโยชน์จากกองทุน

(d) หน้าที่ในการเก็บรักษาเงินและทรัพย์สินอื่นของกองทุน ไว้ต่างหากจากเงินหรือทรัพย์สินส่วนอื่นทั้งที่เป็นเงินหรือทรัพย์สินของทรัสตีเอง หรือ เงินหรือทรัพย์สินที่เป็นของกองทุนที่นายจ้างเป็นผู้จัดตั้งขึ้น

(e) หน้าที่ที่จะไม่เข้าผูกพันตามสัญญาใดๆ หรือกระทำการใดๆ อันเป็นการป้องกันทรัสตีจาก หรือขัดขวางการทำหน้าที่หรือการใช้อำนาจที่สมควร

(f) หน้าที่ในการจัดทำ และนำเสนอผลกระทบที่เกิดจากกลยุทธ์การลงทุน ซึ่งอาจเกิดขึ้นตามสถานการณ์ต่างๆ

(g) หน้าที่ในการจัดทำและนำเสนอผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกลยุทธ์ เกี่ยวกับการบริหารจัดการซึ่งอาจมีความสัมพันธ์ต่อเนื่องกับกลยุทธ์การลงทุน (ในกรณีที่มีเงินสำรองสำหรับเงินกองทุน) รวมทั้งนำเสนอความสามารถในการจัดการกับหนี้สิน

(h) หน้าที่ในการให้โอกาสแก่ผู้รับประโยชน์ในการเข้าถึงข้อมูลหรือเอกสารที่ต้องการ

อนึ่งคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมาย (The Law Reform Commission) ของประเทศออสเตรเลีย ได้จัดทำรายงานฉบับที่ 39 เรื่อง Collective Investments: Superannuation ซึ่งมีประเด็นที่เกี่ยวกับการกำกับดูแล Superannuation Funds และการกำหนดหน้าที่ของทรัสตีที่บริหารจัดการ Superannuation Funds โดยกำหนดหน้าที่แห่งความไว้วางใจไว้ดังนี้

หน้าที่ของทรัสตีที่จะจัดการทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (Loyalty Duty) จะต้องประกอบด้วยหน้าที่ที่จะจัดการทรัสต์เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อสมาชิกกองทุน หน้าที่ที่จะไม่กระทำการใดกับกองทุน เพื่อประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก หรือหน้าที่ที่จะไม่หากำไรจากกองทรัสต์ หน้าที่ที่จะจัดการทรัสต์ด้วยตนเอง โดยไม่มอบหน้าที่

ในการจัดการทรัสต์ไปให้แก่บุคคลอื่น หน้าที่ที่จะปฏิบัติต่อผู้รับประโยชน์อย่างเท่าเทียมกัน หน้าที่ที่จะไม่ปฏิบัติหน้าที่อย่างตามอำเภอใจหรืออย่างไร้เหตุผล หน้าที่ที่จะต้องเก็บรักษาเงินกองทุนของสมาชิกและส่งคืนอย่างถูกต้องตรงไปตรงมา หน้าที่ที่จะหลีกเลี่ยงความขัดแย้งทางผลประโยชน์ และหน้าที่ที่จะเปิดเผยความขัดแย้งนั้นอย่างละเอียด

ส่วนหน้าที่ที่จะจัดการทรัสต์อย่างมีความระมัดระวัง (Duty of Care) ถูกกำหนดไว้ว่าจะต้องประกอบด้วยหน้าที่ที่จะปฏิบัติหน้าที่อย่างระมัดระวัง ชาญฉลาด และมีทักษะ หน้าที่ที่จะเก็บรักษาเงินในกองทุนไว้ต่างหากจากทรัพย์สินของนายจ้าง หน้าที่ที่จะต้องสำรวจกระแสเงินสดของกองทุน หน้าที่ที่จะต้องจัดแบ่งเงินกองทุนอย่างเหมาะสมเพื่อการลงทุน หน้าที่ที่ต้องเปิดโอกาสให้ตรวจสอบเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกองทรัสต์ เป็นต้น

2.2.3 ความรับผิดของทรัสตีใน Superannuation Fund

ความรับผิดของทรัสตีใน Superannuation Fund ถูกกำหนดไว้ใน Division 5 แห่ง Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับค่าทดแทนสำหรับการทำให้กองทุนเกิดความเสียหาย ซึ่งการเรียกร้องให้ทรัสตีรับผิดนั้นจะต้องใช้สิทธิผ่านกระบวนการทางศาล หากในกรณีที่ทรัสตีกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดๆ อันเป็นการผิดต่อหน้าที่ของทรัสตีซึ่งส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่กองทุน นอกจากทรัสตีจะต้องรับผิดในทางแพ่งแล้ว ทรัสตียังจะต้องรับผิดในทางอาญาด้วย

อนึ่งบทบัญญัติในมาตรา 193 แห่ง Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 กำหนดเหตุแห่งความรับผิดทางแพ่งไว้ โดยศาลจะกำหนดให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนสำหรับการกระทำความผิดหน้าที่ของทรัสตีตามจำนวนที่เสียหายจริง ตามมาตรา 215 แต่อย่างไรก็ตาม ก็ไม่ตัดสิทธิแก่ศาลที่จะพิจารณาสั่งให้จ่ายค่าสินไหมเกินกว่าจำนวนที่เสียหายจริงได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งเป็นค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages)*

ส่วนความรับผิดในทางอาญานั้น ทรัสตีจะต้องรับผิดในทางอาญาหากมีการกระทำหรือละเว้นการกระทำใดๆ อันเป็นการผิดต่อหน้าที่ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายของกองทุน**

---

* Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 Section 222

** Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 Section 216

ซึ่งหากเป็นโทษปรับคิดเป็นเงินสูงสุดคือ 220,000 ดอลล่าร์ออสเตรเลีย ส่วนโทษจำคุกสูงสุด คือ จำคุก 5 ปี[16]

2.2.4 หน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลกองทุน Superannuation Fund

1. หน่วยงานหลัก

1.1 องค์กรกำกับดูแลกองทุนแห่งประเทศออสเตรเลีย หรือ Australian Prudential Regulations Authority (APRA) : หน่วยงานนี้ทำหน้าที่กำกับดูแล Superannuation Fund โดยอาศัยอำนาจตาม Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 ซึ่งมีหลักการสำคัญในการกำกับดูแลสองประการคือ การให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของสมาชิกกองทุน โดยมิใช่การค้ำประกัน หรือการรับประกันต่อสมาชิก และการสร้างมาตรการอันเข้มแข็งให้ทรัสตีมีจิตสำนึกในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบอยู่ตลอดเวลาที่บริหารกองทุน การดำเนินงานของ APRA จึงมีขั้นตอนดังต่อไปนี้

- รับจดทะเบียนจัดตั้งกองทุน Superannuation Fund ทุกกองทุนจะต้องได้รับอนุญาตจาก APRA ซึ่งเป็นหน่วยงานกำกับดูแล และกำหนดเงื่อนไขเพื่อพิจารณารับจดทะเบียนกองทุนตาม Part 2 (Approval of Trustees) แห่ง Superannuation Industry (Supervision) Act 1993

- ให้ความเห็นชอบทรัสตี ภาคทัณฑ์ และการถอดถอนทรัสตี สำหรับการอนุญาตให้ทรัสตีเข้าบริหารงานในกองทุนได้นั้นจะต้องผ่านความเห็นชอบจาก APRA ตาม Part 2 แห่ง Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 ส่วนการภาคทัณฑ์และการถอดถอนทรัสตี (Suspension and Removal of Trustee of Superannuation Fund) APRA มีอำนาจหน้าที่ตาม Part 17 แห่ง Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 โดยมีการแต่งตั้งทรัสตีคนใหม่ให้ดำเนินการแทนที่เรียกว่า "Acting Trustee"

- กำหนดหลักเกณฑ์เรื่อง Prudent Behavior ของธุรกิจกองทุนและผู้ที่เกี่ยวข้อง เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติงาน (Operation Standards) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ยืมเงินหรือทรัพย์สิน (Borrowing and Lending Rules) การยื่นรายงานทางการเงิน

---

[16] Australian Taxation Office, Self managed superannuation funds-penalties, [Online]. Available from: http://www.ato.gov.au/super/content.asp?doc=/content/23067.htm [2003, November 28].

(Lodgement of Annual Returns) รายงานการตรวจสอบบัญชี (Auditing Report) การกำหนดหน้าที่ของทรัสตีและผู้จัดการกองทุน (Duty of Trustees and Investment Managers of Superannuation Fund) รวมทั้งการกำหนดบทลงโทษ เป็นต้น อนึ่ง ในปัจจุบัน APRA กำลังผลักดันให้มีการนำแนวทางแห่งบรรษัทภิบาล หรือ Corporate Governance มาใช้กับการดำเนินงานของทรัสตีใน Superannuation Fund อีกด้วย [17]

1.2 สำนักงานภาษีอากรแห่งประเทศออสเตรเลีย หรือ Australian Taxation Office (ATO) : ทำหน้าที่กำกับดูแล Small Fund ประเภท Self-managed Superannuation Fund (SMSF) ซึ่งทรัสตีหรือผู้ก่อตั้งกองทุน SMSF ใช้สิทธิที่จะเลือกที่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ ATO แทนที่จะเลือกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ APRA สำหรับสำนักงานภาษีอากรฯ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตามบทบัญญัติแห่ง Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 โดยทั่วไปจะทำหน้าที่โดยใช้มาตรฐานเดียวกับ APRA โดยผ่านทางคณะกรรมการที่สำนักงานภาษีอากรฯ ตั้งขึ้นเรียกว่าคณะกรรมการด้านภาษีอากร (Commissioner of Taxation) ทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแล (Regulator) ให้ SMSFs ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่ง Superannuation Industry (Supervision) Act 1993 สำหรับการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย (Law Enforcement) นั้น คณะกรรมการด้านภาษีอากรมีอำนาจหลายทาง เช่น การภาคทัณฑ์หรือการถอดถอนทรัสตีตาม Part 17 และแต่งตั้งทรัสตีใหม่ (Acting Trustee) ตามมาตรา 133 – 134 รวมทั้งการกำหนดแนวทางในการบริหารจัดการกองทุนให้แก่ทรัสตีรายใหม่ได้ โดยจัดทำเป็นหนังสือแจ้งต่อทรัสตีรายใหม่ได้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 141

2. หน่วยงานที่เกี่ยวข้องอื่น ได้แก่

2.1 สำนักงานคณะกรรมการหลักทรัพย์ และการลงทุนแห่งประเทศออสเตรเลีย หรือ Australian Securities and Investment Commission (ASIC) เป็นหน่วยงานของรัฐที่ก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยบทบัญญัติแห่ง The Australian Securities and Investments Commission Act 1989 โดยมีวัตถุประสงค์ในการกำกับดูแลกิจการต่างๆ ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท (Corporation Law) อย่างไรก็ตาม ASIC ก็มีบทบาทในการกำกับดูแลทรัสตีที่บริหารกิจการทรัสต์ในรูป Superannuation Funds ด้วย กล่าวคือ

---

[17] Centre for Corporate Law and Securities Regulation, University of Melbourne. Corporate Governance: The Role of Superannuation Trustees. [Online]. Available from: http://www.institutionalanalysis.com [2002, October 30].

- กำกับดูแลในด้านการตลาด (Market and Rationale for Regulation) โดยหน่วยงาน ASIC จะให้ความสำคัญต่อการวางมาตรฐานต่างๆ เพื่อการกำกับดูแลตลาดในกลุ่มของ Superannuation Funds เช่น การออกกฎหมายเกี่ยวกับตลาดทุนและการบังคับใช้เพื่อให้ตลาดทุนเป็นไปอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม การกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการกำกับดูแลกองทุน การซื้อขายหลักทรัพย์หรือทรัพย์สินในกองทุน และมาตรฐานการปฏิบัติงานด้านอื่นๆ การทำงานโดยประสานงานกับผู้กำกับดูแลกองทุนรายอื่นคือ APRA และ ATO เพื่อให้การกำหนดมาตรฐานเป็นไปในทางเดียวกัน

- กำหนดหลักเกณฑ์การเปิดเผยข้อมูล ASIC จะกำหนดมาตรฐาน และลักษณะของข้อมูลซึ่งสมาชิกสมควรได้รับทราบ ข้อมูลทั้งที่เกี่ยวข้องโดยตรงและที่เกี่ยวข้องโดยอ้อมของสมาชิกกองทุน ความถูกต้องของข้อมูล การกำหนดระยะเวลาแห่งการเปิดเผยข้อมูล รวมทั้งการกำหนดช่องทาง (Channel) เพื่อให้สมาชิกสามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างสะดวก ซึ่งในปัจจุบันมีการผลักดันให้นำวิทยาการด้านเทคโนโลยีสื่อสาร เข้ามาใช้ในการส่งข้อมูลให้สมาชิกกองทุนได้ทราบและมีความทันสมัย และทันต่อเหตุการณ์ (Electronic delivery of information)

- ให้ความคุ้มครองผู้ลงทุน (Investor Protection) ASIC มีมาตรการในการให้ความคุ้มครองผู้ลงทุน ซึ่งได้แก่ผู้ออมเงินในกองทุน Superannuation Funds นั่นเอง การทำหน้าที่นี้เริ่มตั้งแต่การให้ความรู้ความเข้าใจแก่สมาชิกกองทุน เพื่อให้สมาชิกได้รับรู้ถึงสิทธิและหน้าที่ของตน การรับรู้ถึงการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย เป็นต้น นอกจากนั้นยังมีบทบาทเป็นตัวกลางในการกำหนดแนวทาง และนำเสนอข้อมูลความต้องการ และปัญหาของสมาชิกให้แก่ผู้ที่รับผิดชอบได้ทราบเพื่อหาแนวทางป้องกันและแก้ไขต่อไป และ ASIC ยังทำหน้าที่ในการยื่นฟ้องคดีแทนสมาชิกกองทุน เช่นในคดี ASIC v TWU Nominees Pty.,Ltd. ซึ่ง TWU Nominees Pty.,Ltd. ทำหน้าที่เป็นทรัสตีของกองทุน TWU แล้วกระทำการผิดโดยการบิดเบือนข้อมูล อีกทั้งยังไม่เปิดเผยความจริงบางอย่างเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงขอบเขตแห่งความคุ้มครองสัญญาประกันภัย ที่ให้แก่สมาชิกของกองทุน ASIC จึงดำเนินการยื่นฟ้องคดีแทนสมาชิกกองทุน

- รับข้อร้องเรียน บทบาทในเรื่องนี้ของ ASIC เป็นบทบาทที่ต่อเนื่องจากประการที่ผ่านมา กล่าวคือ การสร้างมาตรการในเรื่องการกำกับดูแลตลาดของ Superannuation Funds แล้ว หากมีปัญหาที่สมาชิกได้พบเห็น เช่น การทำให้สมาชิกเข้าใจผิดในเรื่องต่างๆ (Misleading) ก็สามารถร้องเรียนต่อ ASIC ได้ เพื่อให้ ASIC ช่วยดำเนินการบังคับตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ได้ ทั้งในรูปของการเรียกค่าปรับ การฟ้องคดีต่อศาล เป็นต้น

2.2 สมาคมกองทุนสำรองเลี้ยงชีพแห่งประเทศออสเตรเลีย หรือ The Association of Superannuation Fund of Australia Limited (ASFA)[18] เป็นสมาคมที่ไม่แสวงหาผลกำไร ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเมือง และมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

- ส่งเสริมและสนับสนุนให้ Superannuation Funds ได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง เช่น ในปัจจุบันมีการส่งเสริมให้มีการใช้หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Good Corporate Governance) โดยการกำหนดมาตรฐานการเปิดเผยข้อมูลอย่างถูกต้องและเพียงพอ เป็นต้น

- ให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของ Superannuation Funds ทรัสตีที่บริหารจัดการกองทุน และสมาชิกของกองทุน เช่น การสนับสนุนให้สมาชิกกองทุนมีส่วนร่วมในกองทุนด้วยการเข้าร่วมประชุม การลงคะแนนเสียง หรือการผลักดันให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการให้คำปรึกษาแก่สมาชิก (Advisory Council) เป็นต้น นอกจากนี้ยังทำหน้าที่เรียกร้องให้มีการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลกองทุน Superannuation Funds[19]

3. เปรียบเทียบข้อดีของกองทุนสำรองเลี้ยงชีพในต่างประเทศที่จัดตั้งในรูปทรัสต์ กับรูปแบบของกองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามกฎหมายไทย

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียเป็นตัวอย่างของประเทศที่รับหลักการของกฎหมายทรัสต์ มาปรับใช้กับการออมเงินไว้ใช้ในยามเกษียณอายุ หรือการเก็บเงินไว้ใช้ในยามชราภาพ ทั้งนี้ก็เนื่องด้วยการเห็นถึงความสำคัญของหลักการเกี่ยวกับหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties) จะเห็นได้ว่าถึงแม้ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลียจะมีหลักกฎหมายทรัสต์ที่กำหนดมาตรฐานบทบาท และหน้าที่ของทรัสตีไว้อย่างดีแล้ว แต่เมื่อมีการนำทรัสต์มาใช้กับกองทุนสำรองเลี้ยงชีพก็ยิ่งกำหนดบทบาท และหน้าที่ที่เข้มงวดยิ่งขึ้น นั่นเป็นเพราะได้ให้ความสำคัญต่อการทำหน้าที่อย่างดีที่สุด เพื่อดูแลรักษาเงินออมของลูกจ้างให้มีการลงทุนหาประโยชน์อย่างดีที่สุด ซึ่งจะ

---

[18] Michaela Anderson, Corporate Disclosure: Strengthening the Financial Reporting Framework, [Online]. Available from: http://www.superannuation.asn.au/policy/CLERP%209%20submission%201002.pdf [2003, November 28].

[19] Parliament of Australia, Superannuation Legislation Amendment Bill (No.3) 1999. [Online]. Available from: http://www.aph.gov.au/senate/committee /economics_ctte/super/report/contents.htm [2003, November 28].

ต่างจากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพของไทย ที่มิได้ให้ความสำคัญต่อบทบาท และหน้าที่ของคณะกรรมการกองทุนมากนัก อีกทั้งยังไม่มีความชัดเจนในบทบาท หน้าที่ในบางเรื่องดังที่ผู้วิจัยได้นำเสนอแล้วในบทที่ 3 อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เป็นที่ชัดเจนในข้อดีของการจัดตั้งกองทุนสำรองเลี้ยงชีพในรูปแบบของทรัสต์ ผู้วิจัยจะขอวิเคราะห์เป็นกรณีๆ ดังต่อไปนี้

1. ประเด็นเกี่ยวกับโครงสร้างของกองทุน ซึ่งโครงสร้างของกองทุนในต่างประเทศจะใช้รูปแบบทรัสต์ (Trust Structure) แต่ในขณะที่โครงสร้างกองทุนของไทยเป็นนิติบุคคลโดยมีคณะกรรมการกองทุนเป็นผู้แทนซึ่งทำหน้าที่ในการดูแลกิจการเป็นการทั่วไป ส่วนหน้าที่อื่นๆ เช่น การนำเงินของกองทุนไปลงทุน งานทะเบียนสมาชิก งานด้านการคำนวณมูลค่าทรัพย์สินสุทธิ ฯลฯ เป็นหน้าที่ของบริษัทจัดการกองทุน ซึ่งการทำหน้าที่หลายประการอาจเกิดความผิดพลาดขึ้นได้ และผลเสียก็ตกแก่สมาชิกกองทุน หากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพของไทยใช้รูปแบบทรัสต์เช่นเดียวกับต่างประเทศ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าจะเกิดประโยชน์ต่อกองทุนในเรื่องความชัดเจนในการกระจายหน้าที่ไปให้แก่บุคคลภายนอกดำเนินการ เนื่องจาก หลักกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจของทรัสตีที่เกี่ยวกับการแบ่งแยกหน้าที่ไปให้บุคคลอื่นดำเนินการ (Power to segregate duty) มีกำหนดไว้อย่างชัดเจนสามารถนำมาปรับใช้ได้ทันที ในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นสมาชิกกองทุนก็สามารถเรียกร้องให้ ทรัสตีรับผิดต่อกองทุนได้โดยตรง แต่ความรับผิดนี้ก็มิได้เข้มงวดจนเกินไป หากทรัสตีมีข้อพิสูจน์ว่าได้ทำหน้าที่อย่างดีที่สุด โดยได้คัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมกับงานที่จะมอบหมาย อีกทั้งได้ติดตามและให้คำแนะนำในการปฏิบัติงานที่มอบหมาย กรณีเช่นนี้ทรัสตีก็ไม่ต้องรับผิด จะเห็นได้ว่าหลักที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดนั้น มีความสมเหตุสมผล และสมดุลในระหว่างการทำหน้าที่และความรับผิด

2. ประเด็นเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการกองทุน

เป็นที่ชัดเจนว่าบรรดาสิทธิต่างๆ ในกองทุนสำรองเลี้ยงชีพเป็นของทรัสตีตามกฎหมาย (Legal Ownership) แต่การได้สิทธิตามกฎหมายดังกล่าว เกิดจากการได้รับความไว้วางใจจากผู้อื่น อันได้แก่นายจ้าง และสมาชิกของกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ด้วยเหตุนี้สิ่งที่ตามมาคือการทำหน้าที่อย่างดีที่สุดให้สมกับที่ได้รับความน่าเชื่อถือและไว้วางใจ การทำหน้าที่ด้วยความจงรักภักดี (Loyalty Duty) และการทำหน้าที่โดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้รับประโยชน์โดยปราศจากความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest) จึงเป็นเรื่องสำคัญที่จะนำไปสู่การทำหน้าตามที่ได้รับความไว้วางใจ จะเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลียกำหนดโครงสร้างของกองทุนสำรองเลี้ยงชีพให้อยู่ในรูปของทรัสต์ เป็นผลให้การกำหนดบทบาท หน้าที่ และความรับผิดของทรัสตี ในฐานะที่เป็นผู้บริหารจัดการกองทุน

สำรองเลี้ยงชีพมีความชัดเจนและแน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มีการกำหนดให้ทรัสตีปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวกับความไว้วางใจซึ่งมีอยู่ทั้งในกฎหมายทรัสต์ และกฎหมายที่ควบคุมการดำเนินงานของทรัสตีในกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ อีกทั้งยังกำหนดให้มีหลายหน่วยงานมีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของทรัสตี ซึ่งต่างจากพระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ พ.ศ.2530 ที่กำหนดให้คณะกรรมการกองทุนมีหน้าที่ควบคุมดูแลกิจการทั่วไปของกองทุน และให้มีอำนาจแต่งตั้งผู้จัดการกองทุน และเป็นผู้แทนของกองทุนในกิจการทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก เช่น การแต่งตั้งและติดตามการทำงานของผู้ที่ให้บริการแก่กองทุน ซึ่งได้แก่ ผู้จัดการกองทุน ผู้รับฝากทรัพย์สิน ผู้สอบบัญชี เป็นต้น การกำหนดบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการกองทุนดังกล่าวข้างต้นเป็นการกำหนดไว้อย่างกว้างๆ แต่โดยที่กฎหมายดังกล่าวไม่ได้ระบุหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับหน้าที่เช่นนี้ ก็อาจเป็นการเปิดโอกาสให้คณะกรรมการกองทุนสำรองเลี้ยงชีพกระทำการใดอันเป็นการขัดต่อประโยชน์ส่วนได้เสียของกองทุน (Conflict of Interest) หรือกระทำให้เกิดความเสียหายต่อสมาชิกหรือบุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ตาม แม้พระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ พ.ศ.2530 จะไม่ได้กล่าวถึงบทบาท และหน้าที่ของคณะกรรมการกองทุนอย่างชัดเจน แต่โดยที่กองทุนสำรองเลี้ยงชีพมีสภาพเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งก็อาจอนุโลมนำเอาหลักกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคล ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ได้ โดยในมาตรา 70 ถึงมาตรา 77 ที่กำหนดหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลก็กล่าวถึงบทบาท และหน้าที่อย่างกว้างๆ โดยเฉพาะในมาตรา 77 ที่ให้อนุโลมหลักกฎหมายว่าด้วยตัวแทนมาใช้กับผู้แทนนิติบุคคล แม้ในมาตรา 74 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดไว้ว่า "ถ้าประโยชน์ได้เสียของนิติบุคคล ขัดกับประโยชน์ได้เสียของผู้แทนของนิติบุคคลในการอันใด ผู้แทนของนิติบุคคลนั้นจะเป็นผู้แทนในการอันนั้นไม่ได้" ซึ่งน่าจะเป็นมาตราที่ใกล้เคียงกับหลักการกระทำอันเป็นการขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest) ซึ่งเป็นมาตราเดียวที่แสดงถึงความชัดเจนในหน้าที่ที่ต้องไม่กระทำการอันเป็นการขัดแย้งทางผลประโยชน์ ความไม่ชัดเจน รวมทั้งการอนุโลมหลักกฎหมายมาใช้ในหลายๆ ทอดดังกล่าว ยิ่งทำให้เกิดความไม่ชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่ามาตราใดอนุโลมมาใช้บ้าง หรืออนุโลมมาใช้อย่างใด ซึ่งหากกฎหมายเป็นเช่นนี้ย่อมมีปัญหาในการใช้กฎหมายในทางปฏิบัติอย่างแน่นอน

3. ประเด็นเกี่ยวกับกองทุนรูปแบบ Pooled Fund

จากการศึกษาโครงสร้างของกองทุนสำรองเลี้ยงชีพในต่างประเทศ ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย กองทุนสำรองเลี้ยงชีพส่วนใหญ่มีสภาพเป็นทรัสต์ เนื่องจากการดำเนินงานภายใต้การบริหารจัดการทางการเงิน การลงทุน อยู่ภายใต้อำนาจของทรัสตีโดยตรง ซึ่งทรัสตีส่วนใหญ่เหล่านี้ มักจะเป็นองค์กรที่มีความชำนาญในการรับบริหารจัดการทรัพย์สินของ

กองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ทรัสตีสามารถมีกองทุนภายใต้การบริหารจัดการของตนหลายกองทุนจากหลายนายจ้าง ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับรูปแบบ Pooled Fund ของไทย และภายใต้การบริหารจัดการก็จะแบ่งแยกย่อยเป็นทางเลือกให้กับสมาชิก เพื่อที่จะเลือกนโยบายการลงทุนได้ตามความต้องการ การที่กองทุนสำรองเลี้ยงชีพในต่างประเทศสามารถจัดรูปแบบกองทุนสำรองเลี้ยงชีพในรูป Pooled Fund ได้นั้น เป็นเพราะในหลักกฎหมายทรัสต์มีหลักที่กำหนดหน้าที่ให้ทรัสตีต้องแยกทรัพย์สินของกองทรัสต์ออกจากทรัพย์สินส่วนตัวของทรัสตี และจากกองทรัสต์อื่น แต่ในขณะที่กฎหมายกองทุนสำรองเลี้ยงชีพของไทย มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบ Pooled Fund ไว้อย่างชัดเจน มีเพียงที่กำหนดไว้เป็นนัยๆ ในมาตรา 25 วรรคสองว่า กองทุนสำรองเลี้ยงชีพอาจจัดตั้งขึ้นโดยมีนายจ้างมากกว่าหนึ่งรายในกองทุนเดียวกัน ทำให้การกำหนดโครงสร้างกองทุนในรูปแบบ Pooled Fund ของไทย ต้องกำหนดรายละเอียดไว้ในข้อบังคับกองทุน ซึ่งจะต้องมีทั้งกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนซึ่งลูกจ้างเลือกตั้ง และผู้แทนจากการแต่งตั้งของนายจ้าง ทำให้คณะกรรมการกองทุนมีจำนวนมากเกินไปจนขาดความคล่องตัว อีกทั้งคณะกรรมการของกองทุนมาจากหลากหลายสาขาอาชีพ มีความชำนาญเฉพาะด้านแตกต่างกัน และส่วนใหญ่มิได้มีความรู้ความถนัดอันเกี่ยวข้องกับการเงินและการลงทุน

สำหรับการจัดสรรเงินเพิ่มที่นายจ้างต้องจ่ายเข้ากองทุน ด้วยเหตุที่นายจ้างนำส่งเงินสะสมหรือเงินสมทบเข้ากองทุนล่าช้ากว่ากำหนดสามวันทำการ นับแต่วันที่มีการจ่ายค่าจ้างนั้น ซึ่งจะเกิดปัญหาความคลุมเครือกับกองทุนรูปแบบ Pooled Fund ว่าจะให้เงินเพิ่มนั้นตกเป็นของกองทุนเฉพาะรายนายจ้างที่จ่ายเงินเพิ่มนั้น หรือควรที่จะให้เงินเพิ่มนั้นตกเป็นของกองทุนตามสัดส่วนของนายจ้างทั้งหมด ซึ่งในกรณีปัญหาเช่นนี้หากเป็นรูปแบบกองทุนสำรองเลี้ยงชีพในประเทศสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย ซึ่งมีทรัสตีบริหารจัดการสามารถจัดสรรได้โดยให้เงินเพิ่มตกเป็นของกองทุนเฉพาะรายงานจ้างที่จ่ายเงินเพิ่มนั้นได้ทันที อีกทั้งช่วยแก้ปัญหาเกี่ยวกับเรื่องเงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้อุทิศให้แก่กองทุน ซึ่งหากผู้อุทิศประสงค์ที่จะระบุตัวบุคคลสมาชิกคนหนึ่งคนใดให้เป็นผู้ได้รับเงินหรือทรัพย์สินดังกล่าว หรือในกรณีที่ผู้อุทิศประสงค์ที่จะระบุให้แต่เฉพาะเพียงบางกองทุนเท่านั้น ก็สามารถจัดสรรได้เช่นเดียวกันตามความประสงค์ของผู้อุทิศ

ส่วนปัญหาอื่นๆ ซึ่งเกิดขึ้นกับกองทุนรูปแบบ Pooled Fund ซึ่งตามกฎหมายของไทยยังมีความเคลือบคลุม เช่น การจัดสรรค่าใช้จ่ายเฉพาะกองทุนใดกองทุนหนึ่ง หรือการถอนตัวเฉพาะส่วนทรัพย์สินของนายจ้างและลูกจ้างของนายจ้างนั้น โดยจะต้องมีกระบวนการและค่าใช้จ่ายในการชำระบัญชีก่อนการออกจากกองทุนรูปแบบ Pooled Fund ซึ่งปัญหาต่างๆ เหล่านี้จะถูกขจัดไปอย่างสิ้นเชิง หากกองทุนสำรองเลี้ยงชีพไทยอยู่ภายใต้การบริหารงานของทรัสตี โดยทรัสตีจะเป็นผู้จัดสรรค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น โดยกองทุนใดเป็นผู้ใช้บริการ อันก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายขึ้น ทรัสตีก็จะจัดสรรเข้ากองทุนนั้นๆ ได้ โดยไม่เป็นการผลักภาระไปให้กับกองทุนอื่นๆ

ที่มิได้เป็นผู้ใช้บริการนั้นๆ ส่วนในเรื่องการถอนตัวเฉพาะส่วน ก็สามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องมีการชำระบัญชี เพียงแต่ทรัสตีดำเนินการโอนทรัพย์สินเฉพาะส่วนไปให้แก่ทรัสตีรายใหม่ได้ทันที โดยไม่ต้องมีการชำระบัญชีและค่าใช้จ่ายในการชำระบัญชีแต่อย่างใด

4. ประเด็นเกี่ยวกับทางเลือกของการลงทุนตามความต้องการของสมาชิกกองทุน (Employee's choices)

ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวถึงการจัดตั้งกองทุนสำรองเลี้ยงชีพในต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียนั้น เบื้องต้นทรัสตีจะต้องนำเสนอรูปแบบทางเลือกของการลงทุนตามความต้องการของสมาชิกกองทุน (Employee's choices) มาพร้อมกับการเสนอตัวเข้ามารับบริหารจัดการในหน้าที่ทรัสตีของกองทุนเพื่อให้นายจ้างพิจารณาเลือก หากทรัสตีรายใดได้รับการคัดเลือกก็ต้องดำเนินการจัดให้มี Employee's choices ดังที่ได้นำเสนอมานั้น หรืออาจปรับปรุงบ้างตามที่นายจ้างต้องการ ในการนี้ทรัสตีจะต้องดำเนินการแบ่งแยกทรัพย์สินของตนเองออกจากทรัพย์สินของกองทรัสต์อย่างเด็ดขาด และก็ต้องแบ่งแยกทรัพย์สินในแต่ละ Employee's choices ด้วย ไม่นำมาปะปนกัน ซึ่งหากมีภาระค่าใช้จ่ายในทางเลือกมากจนไม่เหลือเงินเพียงพอที่จะชำระหนี้ต่อบุคคลภายนอก ทรัสตีจะต้องชำระหนี้นั้นด้วยทรัพย์สินของทรัสตีเองโดยไม่ย้ายเงินหรือทรัพย์สินจาก Employee's choices กองอื่นๆ มาจ่ายชำระหนี้นั้น ซึ่งจะส่งผลให้การกำหนดมูลค่าเงินลงทุน (Net Asset Value หรือ NAV) ในแต่ละ Employee's choices มีความชัดเจนน่าเชื่อถือ และสะท้อนผลการดำเนินงานที่แท้จริง แต่ในขณะที่รูปแบบ Employee's choices ในประเทศไทยยังมีปัญหาในเรื่องดังกล่าวทำให้การคำนวณมูลค่าทรัพย์สินที่แท้จริงของแต่ละรูปแบบทางเลือกขาดความน่าเชื่อถือ ไม่แสดงความถูกต้องแท้จริงของมูลค่าเงินกองทุน ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพในต่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นในรูปของทรัสต์นั้นเอื้ออำนวยประโยชน์ต่อการจัดให้มี Employee's choices

5. ความเพียงพอของมาตรการในการให้ความคุ้มครองแก่สมาชิกกองทุน

ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวถึง ประเด็นความเพียงพอของมาตรการในการให้ความคุ้มครองแก่สมาชิกกองทุนตามพระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพฯ ไว้ในบทที่ผ่านมา ซึ่งมีแต่บทลงโทษในทางอาญา อันเกี่ยวเนื่องกับการดำเนินงานโดยทั่วไปของคณะกรรมการกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายทรัสต์ที่ให้ความสำคัญเป็นอย่างมากกับการทำหน้าที่อันเกี่ยวกับความไว้วางใจ (Fiduciary Duties) เมื่อมีการทำผิดหน้าที่ดังกล่าว นอกจากสมาชิกกองทุนในฐานะผู้รับประโยชน์ จะสามารถฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นความเสียหายโดยตรงของสมาชิกจากคณะกรรมการกองทุนในฐานะทรัสตีแล้ว สมาชิกยังสามารถที่จะเรียกร้อง

ค่าเสียหายจากคณะกรรมการกองทุนที่ทำผิดหน้าที่ จนเกิดความเสียหายแก่กองทุนได้ด้วย นอกจากนี้หากคณะกรรมการกองทุน บริษัทจัดการกองทุนไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับกองทุน (สัญญาก่อตั้งทรัสต์) หรือตามที่กฎหมายกำหนด โดยการโอนยักย้ายถ่ายเททรัพย์สินของกองทุนไปให้บุคคลที่สามโดยไม่ชอบ สมาชิกก็มีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินของกองทุนกลับคืนมาจากบุคคลที่สามที่ถือทรัพย์สินไว้โดยไม่ชอบได้ ซึ่งหลักที่ว่านี้คือ Tracing ของกฎหมายทรัสต์ ดังที่ผู้วิจัยได้อธิบายแล้วในตอนต้น

บทลงโทษที่กำหนดบังคับแก่ทรัสตีนั้น เป็นการลงโทษที่รุนแรงหากเกิดกรณีที่กระทำการละเมิดทรัสต์ (Breach of Trust) ซึ่งมีทั้งโทษในทางแพ่งและทางอาญา รวมทั้งให้ความสำคัญกับการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) ด้วย ซึ่งเป็นมาตรการที่เพียงพอที่จะเยียวยาความเสียหายที่สมาชิกกองทุนหรือผู้รับประโยชน์ได้รับ

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย