



บทที่ 5

## การพิจารณาาระบบกฎหมายทรัพย์สินมาใช้ในประเทศไทย

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงการพิจารณากฎหมายทรัพย์สินมาใช้ในประเทศไทย ว่าสามารถกระทำได้หรือไม่ เพียงใด

### การยอมรับให้มีการก่อตั้งทรัพย์สินในประเทศไทยในอดีต

จากหนังสือคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มฤตก โดย ค.ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายถึงความเป็นมาของกฎหมายทรัพย์สินในประเทศไทยในอดีตไว้ว่า เมื่อ 50 - 60 ปี มาแล้วนั้น เมื่อคำนวณแล้วตรงกับในสมัยรัชกาลที่ 5<sup>101</sup> ในสมัยที่นักเรียนไทย ไปเรียนกฎหมายที่ประเทศอังกฤษ และกลับมาเป็นผู้พิพากษา รวมทั้งขุนนางผู้ใหญ่ในแผ่นดินได้มีการนำเอา หลักกฎหมายในเรื่องทรัพย์สินมาใช้กันในเมืองไทย และมีผู้ทำพิธีกรรมก่อตั้งทรัพย์สินขึ้น โดยเฉพาะในตระกูลใหญ่ๆ ที่มีสมบัติมาก คำสั่งตั้งทรัพย์สินในเมืองไทยโดยทั่วๆ ไป กำหนดไว้ให้รวมทรัพย์สินเป็นกองกลางเพื่อ เก็บผลประโยชน์แบ่งปันกันระหว่างลูกหลาน ตัวสมบัติมีข้อห้ามไม่ให้จำหน่ายจ่ายโอน<sup>102</sup>

ทรัพย์สินนั้นเมื่อตั้งแล้วจะเลิกเสียมิได้ เว้นแต่ผู้รับประโยชน์จะยินยอมด้วยกันทุกคน หากผู้รับประโยชน์แม้แต่เพียงผู้เดียวไม่ยอมให้เลิก ทรัพย์สินนั้นก็เลิกไม่ได้ ดังนั้น บุคคลในตระกูลใหญ่จึงคงได้รับเพียงผลประโยชน์จากตัวทรัพย์สินที่มีอยู่แต่เดิมเท่านั้น แต่ต่อมาภายหลังลูกหลานของตระกูลใหญ่ๆ เหล่านั้น ยากจนลง จนได้รับความเดือดร้อน เนื่องจากผลประโยชน์ที่ได้รับไม่เพียงพอแก่การยังชีพ ครั้นจะเอาตัวทรัพย์สินเดิมมาแยกเป็นของตนเอง เป็นสัดส่วนก็ทำไม่ได้ นอกจากนี้ เมื่อสังคมและเศรษฐกิจได้พัฒนาตามความเจริญของบ้านเมือง ความเสียหายจากการตั้งทรัพย์สินก็มีขึ้น กล่าวคือ ทรัพย์สินเดิมนั้น เมื่อไม่ได้นำมาทำประโยชน์

<sup>101</sup> ค.ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, บันทึกในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 136/2481

<sup>102</sup> ค.ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย

อย่างเต็มที่ ก็เสื่อมค่าลงในทางเศรษฐกิจ อีกทั้งเมื่อทรัพย์สินเดิมนั้นไม่ได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้รับประโยชน์ จึงไม่มีใครคิดจะหาประโยชน์แก่ทรัพย์สินนั้นให้มีผลออกเงยอย่างจริงจัง<sup>103</sup>

แต่แม้ทั้งที่นักกฎหมายไทยจะได้นำทรัสต์มาใช้ กฎหมายไทยกล่าวถึงทรัสต์ไว้เพียงคำเดียว คือ ในพระราชบัญญัติออกโฉนด ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2459 มาตรา 8 ซึ่งกล่าวถึงการสลักหลังโฉนดโฉนดให้แก่ทรัสต์<sup>104</sup> โดยบัญญัติว่า "ผู้หนึ่งผู้ใด เบนตรัสดีในเรื่องที่ดินมีโฉนดแผนที่รายโคกก็ดี หรือในเรื่องที่ดิน ซึ่งมีใบไต่สวน หรือใบนสำหรับรับโฉนดแผนที่ก็ดี ให้มีอำนาจมาจดทะเบียนลงชื่อตนเองได้ แล้วต่อชื่อนั้นไป ให้บังความว่า "ในนามที่ตรัสดีเรื่องนั้นๆ " และเมื่อตรัสดีทั้งหลายได้โฉนดหรือแก่ทะเบียนให้ประโยชน์แก่ผู้หนึ่งผู้ใดโดยฐานจ้อกดี หรือโดยฐานทำผืนนาที่กดี และผู้รับโฉนดหรือผู้ที่ได้ประโยชน์ ดังนี้ไม่ได้รับรู้เห็นด้วย แลได้มีสินจ้างแลกเปลี่ยนแล้ว ให้ถือว่าการโอน การให้ประโยชน์นั้นๆ เบนอันใช้ได้ตามกฎหมาย"

แต่โดยที่การตั้งทรัสต์ทำให้ทรัพย์สินไม่มีโอกาสเปลี่ยนมือได้ หลังจากประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ บรรพ 6 ออกใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2478 แล้ว มาตรา 1686 ซึ่งบัญญัติว่า "อันว่า ทรัสต์นั้นจะก่อตั้งขึ้นโดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพันยกรรมหรือนิติกรรมใดๆ ที่มีผลให้ระหว่างชีวิตกดี หรือเมื่อตายแล้วกดี หากมีผลไม่" จึงห้ามมิให้บุคคลตั้งกองทรัสต์ไว้เป็นทรัสต์ เนื่องจากการที่ทรัพย์สินมิได้ แบ่งปันกันตามสัดส่วน เมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตายแล้วตามหลัก เรื่องมรดก แต่ฝ่าฝืนมิให้แบ่งกัน และให้ คอยรับแต่ดอกผล เป็นส่วนแบ่ง ย่อมก่อให้เกิดความผิด เคืองหม่น เวียนทาง เศรษฐกิจ ในที่สุดประเทศชาติก็ จะไม่บรรลุความเจริญก้าวหน้าเท่าที่ควร และคงปรากฏแต่กองทรัสต์สินใหญ่ๆ อยู่หลายกอง ซึ่งตั้งอยู่เฉยๆ มีแต่ผู้รักษาเอาดอกผลไปแบ่งให้ผู้รับประโยชน์ได้แต่ทางเดียวเท่านั้น<sup>105</sup>

อย่างไรก็ดี ศ.ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 661 พ.ศ. 2481 ว่า การตั้งทรัสต์เพียงจะมาห้ามกันเด็ดขาด เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>103</sup> เสนอ บุญเกียรติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก.

หน้า 101-103

<sup>104</sup> ศ.ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย

ครอบครัว มรดก. หน้า 670

<sup>105</sup> เสนอ บุญเกียรติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก หน้า 104

บรรพ 6 ใช้อย่างใด ใช้อย่างไร เมื่อดูจากมาตรา 1686 ก็น่าจะเข้าใจได้เช่นนั้น แต่อาจมีข้อเถียงได้ เหมือนกันว่า ทรัพย์สินถูกห้ามมาแล้วตั้งแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ใช้อย่างใด เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1298 นั้นบัญญัติว่าผู้ใดคิดจะก่อตั้งทรัพย์สินนอกความรู้ของกฎหมายไม่ได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 รับรู้แต่กรรมสิทธิ์หรือทรัพย์สินบางชนิดเท่านั้น มิได้รับรองให้ทรัพย์สินเป็นทรัพย์สินด้วย แต่ทรัพย์สินก็เป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง เมื่อเป็นชนิดที่อยู่นอกความรู้ของกฎหมายจึงไม่ควรก่อตั้งได้ เมื่อเห็นว่าไม่มีใครเอาใจใส่ข้อนี้จึงต้องเขียนบทห้ามออกมาตรง ๆ ในบรรพ 6

มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยหลักการนำกฎหมายทรัพย์สินมาใช้ในประเทศไทย ดังนี้

1. ผู้ตายเขียนหนังสือสั่งให้บุตรคนหนึ่งเป็นผู้ปกครองยึดถือที่ดินและบ้านเรือนไว้ให้แก่บุตรภรรยาทั้งหลายของผู้ตายดังนี้ ท่านว่าบุตรภรรยาของผู้ตายฟ้องขอแบ่งได้ ถึงแม้ตนจะมีได้ปกครองภายใน 1 ปีก็ดี เพราะบุตรที่ปกครองนั้นได้ปกครองในนามของบุตรภรรยาทั้งหมดหรือเป็นทรัพย์สินของบุตรภรรยาเหล่านั้น (ฎีกาที่ 378/122)
2. เดิม ท. กับ ฮ. มีชื่อในโฉนดแผนที่ด้วยกัน ต่อมา ท. ได้ออกจากบ้านหายสาบสูญไปจนบัดนี้เป็นเวลา 20 ปีเศษ ฝ่าย ฮ. ก็ได้ปกครองที่แต่ผู้เดียวตลอดมา ครั้น ฮ. ตายแล้ว สามีของ ฮ. ก็ได้ปกครองที่นั้นต่อมา นับตั้งแต่ ฮ. ตายจนบัดนี้เกิน 9 ปีแล้ว สามีของ ฮ. จึงขอให้ศาลถอนชื่อ ท. ออกจากโฉนด ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่า ท. ยังไม่ขาดกรรมสิทธิ์ เพราะ ฮ. กับสามีเป็นทรัพย์สินหรือผู้ปกครองแทน ท. ฎีกาตัดสินว่า จะถือว่า ฮ. กับสามีเป็นทรัพย์สินของ ไม่ได้ เพราะคำว่า "ทรัพย์สิน" นั้น หมายความว่าบุคคลที่ได้ทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใดไว้ในกรรมสิทธิ์ของตนตามกฎหมาย แต่กฎหมายบังคับให้ส่งหรือแบ่งผลประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นให้แก่คนอื่น (ดูพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดินฉบับที่ 2 พ.ศ. 2459 มาตรา 8) แต่ในเรื่องนี้ ท. มีชื่อในโฉนดเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์อยู่เองแล้ว ฉะนั้นจะเรียกว่า ฮ. หรือสามีเป็นทรัพย์สินอย่างไรได้ อนึ่ง การที่จะรับตำแหน่งเป็นทรัพย์สินนั้น จะต้องเป็นผู้ตั้งแต่งหรือมีเหตุผลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นทรัพย์สิน แต่การตั้งแต่งหรือเหตุผลเช่นนี้ไม่มีในคดีเรื่องนี้ จึงต้องถือว่า ท. ได้ละทิ้งที่ดินไปเกิน 9 ปีแล้ว ท. ย่อมขาดกรรมสิทธิ์ (ฎีกาที่ 1023/2463)

3. การที่ทรัสต์ปกครองรักษาทรัพย์สินไว้ให้ผู้รับมรดกนั้น ถึงแม้จะเป็นเวลาช้านานสักเท่าใดก็ดี ผู้รับมรดกก็มีสิทธิฟ้องเรียกทรัพย์สินมรดกคืนได้เสมอ คดีหาขาดอายุความไม่ (ดังตัวอย่างฎีกาที่ 39/2463 และ ฎีกาที่ 575/2465)

4. ผู้ปกครองเด็กได้เอาที่ดินของเด็กไปขายให้แก่ผู้อื่นเป็นการส่วนตัว หาได้ขายในฐานะที่เป็น ทรัสต์ไม่ ซึ่งเป็นการทุจริตผิดหน้าที่ของผู้ปกครอง โดยผู้ซื้อก็ทราบดังนี้ ผู้ซื้อไม่ได้กรรมสิทธิ์ (ฎีกาที่ 662/2467)

5. ผู้รักษาทรัพย์สิน (ทรัสต์) ของเด็กทำผิดหน้าที่เอาชื่อตนและภรรยาลงในโฉนดที่ดินซึ่งเป็นมรดกให้แก่เด็กโดยมิใช่ชื่อเด็กดังนี้ เด็กย่อมไม่ขาดกรรมสิทธิ์ (ดังตัวอย่างฎีกาที่ 403/2466 และ ฎีกาที่ 880/2471)

6. โจทก์จำเลยเป็นทรัสต์แห่งมูลนิธิ ช. ร่วมกัน ต่อมาจำเลยไม่สมควรจะรับหน้าที่ทรัสต์นั้นต่อไปดังนี้ โจทก์มีอำนาจฟ้องขอให้จำเลยเลิกจากการเป็นทรัสต์ และขอให้ตั้งคนอื่นเป็นทรัสต์แทนจำเลยต่อไปได้ (ฎีกาที่ 719/2475)

7. การฟ้องขอแบ่งทรัพย์สินจากทรัสต์ผู้ถือกรรมฤๅนไว้ให้แก่ทายาทนั้น ไม่มีกำหนดอายุความ แม้เกิน 10 ปีแล้ว ทายาทก็ยังฟ้องได้

ศาลไทยก่อนใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ยอมรับรองและบังคับบัญชาในคดีเรื่องทรัสต์ให้ และมีคำพิพากษาของศาลที่นำเอาหลักกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับทรัสต์มาใช้โดยอนุโลมอยู่แล้ว

กรณีพิพาทกับเรื่องทรัสต์ซึ่งเกิดก่อนใช้ บ.พ.พ.บรรพ 6 แม้จะพิจารณาเมื่อใช้บรรพ 6 แล้วก็ต้องบังคับตามกฎหมายเก่า การครอบครองของทรัสต์ย่อมถือว่าเป็นการครอบครองของผู้รับประโยชน์ ฉะนั้นทรัสต์จะยกเอาข้อครอบครองที่ว่าเป็นของตนนั้นยืนยันต่อผู้รับประโยชน์หาได้ไม่ และมาตรา 164 ที่กำหนดอายุความทั่วไปนั้นมิได้กำหนดระยะเวลาสำหรับคดีเรื่องทรัสต์ด้วย (ฎีกาที่ 871/2478)

8. การยกที่ดินให้ในทางตั้งทรัสต์ จะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับกรณีนั้น ถ้าประสงค์จะให้มืผล เมื่อตายก็ต้องทำเป็นคำสั่งครั้งสุดท้ายโดยพินัยกรรม ถ้าจะให้มืผลระหว่างชีวิตก็ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นการให้ย่อมตกเป็นโมฆะ (ฎีกาที่ 507 - 508/2480)

9. ในคดีที่เจ้ามรดกมรณะก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 จะนำทบทบัญญัติในประมวลบรรพนั้นมาบังคับมิได้

ทรัสต์ที่ตั้งขึ้นก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ย่อมมีผลสมบูรณ์ใช้ได้ โดยกฎหมายสยามรับเอาหลักกฎหมายอังกฤษ เรื่องวิธีการตั้งทรัสต์มาใช้ เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน และถือว่าเป็นส่วนหนึ่งแห่งกฎหมายสยาม

การตั้งทรัสต์โดยไม่มีกำหนดเวลานั้นไม่เป็นโมฆะ เสียเปล่าไป แต่กำหนดระยะเวลา มีผลแห่งทรัสต์จะสิ้นสุดลง เมื่อสิ้นชีวิตผู้รับประโยชน์ตามพินัยกรรมคนสุดท้ายที่มีชีวิตอยู่ในขณะผู้ทำพินัยกรรมตายและอีก 20 ปี ต่อแต่นั้นไป

นิติกรรมที่มีกำหนด เวลาที่กำหนดในกฎหมายนั้นไม่เป็นโมฆะ เสียทีเดียว แต่ถือว่านิติกรรมฉบับนั้นมีผล เพียงเท่าที่ระยะเวลาในกฎหมายกำหนดไว้

หลักกฎหมาย เรื่องทรัสต์ เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายไทย คู่ความไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ เป็นหน้าที่ของศาลต้องรู้เอง (ฎีกาที่ 136/2481)

10. การตั้งทรัสต์ก่อนวันใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 นั้น ย่อมมีผลใช้บังคับได้ ไม่เสียเปล่าไป

ผู้มีชื่อในหน้าโฉนดที่ดิน 2 คน ไปทำสัญญาที่หอทะเบียนโฉนดที่ดินให้ประ เภทยกให้ใส่ชื่อผู้รับ 6 คน และบันทึกไว้ในรายการหลังโฉนดว่าโอนให้ในฐานะทรัสต์ และได้มีการปฏิบัติต่อกันมาในฐานะทรัสต์ ดังนี้ถือได้ว่าการตั้งทรัสต์ขึ้นโดยชอบแล้ว

หลักกฎหมาย เรื่องทรัสต์ที่ศาลสยามรับมาใช้ นั้น ไม่มีบังคับว่าการตั้งทรัสต์จะต้องทำเป็นตราสารตามแบบอย่างใด เป็นพิเศษ

เจ้าของที่ดินตั้งตนเป็นทรัสต์จัดการในเรื่องที่ดินนั้นได้

ทรัพย์สินร่วมย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามกฎหมายที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนทรัพย์สินซึ่งทำผิดหน้าที่ได้

ทรัพย์สินเอาที่ดินของทรัพย์สินไปวางเป็นประกันหนี้ส่วนตัวของตน และเก็บดอกผลในที่ดินนั้นไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวเสีย ถือว่าทรัพย์สินนั้นกระทำผิดหน้าที่ (ฎีกาที่ 661/2481)

11. กรณีที่จะเป็นทรัพย์สินนั้นจะต้องมีข้อความให้เห็นว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้ แต่ผูกมัดไว้ว่า ผู้ได้รับกรรมสิทธิ์จะต้องใช้ทรัพย์สินนั้นให้เป็นประโยชน์แก่บุคคลใดคนเดียวหรือหลายคนอันกำหนดตัวแน่นอน หรือเพื่อสาธารณกุศลอันแน่นอน การที่สั่งไว้ในพินัยกรรมว่าให้ทำบุญนั้นเป็นคำกว้างไม่แน่นอนว่าจะอะไร

หาพินัยกรรมให้บุคคลหนึ่งเป็นผลประโยชน์ในทรัพย์สินที่ระบุไว้สำหรับทำบุญ ดั่งนี้ยังไม่ใช้ทรัพย์สิน (ฎีกาที่ 419/2491)

12. พินัยกรรมยกที่ดินให้บุตรชายทุกคนเป็นกองกลางไม่ให้แบ่ง แต่ให้เก็บผลกำไรแบ่งกัน พินัยกรรมนี้ใช้บังคับได้ เว้นแต่ข้อห้ามแบ่งแยกทรัพย์ออกจากกันเลยตลอดไป เช่นนั้นขัดต่อกฎหมาย ใช้บังคับไม่ได้ ศาลแบ่งทรัพย์สินให้ผู้รับพินัยกรรมได้ (ฎีกาที่ 184/2502)

13. ความสำคัญข้อแรกในเรื่องทรัพย์สินนั้น ก็คือการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือสั่งให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตกไปอยู่กับทรัพย์สิน โดยมีเงื่อนไขความมั่นคงทรัพย์สินอยู่ว่าทรัพย์สินจะต้องถือกรรมสิทธิ์นั้น เพื่อจัดการให้ผู้รับประโยชน์ได้รับประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่จะต้องระบุไว้ให้เป็นที่น่าพอใจ

ข้อกำหนดในพินัยกรรมที่ให้ทรัพย์สินคงได้ เป็นกองกลางระหว่างญาติและบุตรภริยาจะได้อาศัย โอนกรรมสิทธิ์ไม่ได้ และไม่ให้เป็นกรรมสิทธิ์แก่ใครนั้น เป็นการขัดกับหลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์ ห้ามผลบังคับได้ไม่ และไม่เป็นการก่อตั้งทรัพย์สิน เพราะไม่ได้ระบุกรรมสิทธิ์ให้แก่ใคร และไม่ได้ระบุตัวผู้รับประโยชน์ไว้อนั่น (ฎีกาที่ 336/2502)

14. ทรัสด์ที่ก่อตั้งขึ้นก่อนประกาศใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจก่อตั้งขึ้นโดยนิติกรรมหรือพินัยกรรม อานาจหน้าที่ของทรัสด์จึงต้องเป็นไปตามข้อกำหนดแห่งนิติกรรมหรือพินัยกรรมนั้น กับต้องปฏิบัติภายในขอบเขตแห่งข้อกำหนดและวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งทรัสด์นั้นด้วย แม้ทรัสด์จะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นทรัสด์ก็จะนำอำนาจกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้โดยตลอดไปไม่ได้ (ฎีกาที่ 728/2506)

15. พินัยกรรมกำหนดให้ที่ดินตามที่ระบุไว้ เป็นที่อยู่อาศัยของวงศ์ญาติผู้หาที่อยู่ไม่ได้และว่าในกรณีที่จะต้องขายที่ดินไปก็ให้ผู้จัดการ (มรดก) เอาเงินที่ขายได้ไปหาซื้อที่อื่นเพื่อให้วงศ์ญาติได้อยู่อาศัย เมื่อผู้จัดการมรดกขายที่ดินดังกล่าวไป ก็มีหน้าที่ที่ต้องนำเงินไปซื้อที่ใหม่เพื่อให้วงศ์ญาติของเจ้ามรดกได้อยู่อาศัย ตามข้อกำหนดในพินัยกรรม จะนำเงินที่ได้จากการขายที่ดินมาแบ่งให้แก่ทายาท เพื่อไปจัดซื้อที่อยู่ใหม่เอาเองหาได้ไม่ และการที่ผู้จัดการมรดกนำเงินไปซื้อที่ใหม่เพื่อแทนที่ดินที่ขายไป ซึ่งผู้จัดการมรดกมีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อกำหนดในพินัยกรรมซึ่งยังมีผลใช้บังคับอยู่นั้น หากใช้เป็นการก่อตั้งทรัสด์ขึ้นใหม่ในขณะนี้ไม่ จึงนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686 มาใช้บังคับแก่กรณีนี้ไม่ได้ (ฎีกาที่ 1699/2515 ประชุมใหญ่)

เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติห้ามการก่อตั้งทรัสด์ หากมีการนำหลักกฎหมายทรัสด์ตาม Common Law มาปรับใช้ในระบบกฎหมายของไทย มีประเด็นที่ควรพิจารณา ดังนี้

#### 1. หลักกฎหมายทรัสด์กับหลักกรรมสิทธิ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายทรัสด์กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เห็นว่า หลักกฎหมายทรัสด์มีประวัติความเป็นมา ตลอดจนมีแนวคิดที่แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของเราโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ หลักกฎหมายทรัสด์ยอมรับให้ทรัพย์สินสิ่งเดียวกันมีสิทธิในกรรมสิทธิ์โดยบุคคลหลายราย ซึ่งแต่ละรายต่างมีสิทธิดังกล่าวอิสระจากกันได้ นั่นคือ กรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย (legal ownership) และกรรมสิทธิ์ในฐานะผู้รับประโยชน์ (beneficial ownership) ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ปพพ.) ซึ่งนำหลักการของระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) มาใช้เป็นสำคัญ ไม่ยอมรับการแบ่งแยกของกรรมสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าว เพราะตาม ปพพ. แล้ว เจ้าของทรัพย์สินย่อมมีกรรมสิทธิ์ที่บงวางในทรัพย์สินนั้น หากละเมิดกรรมสิทธิ์โดยบุคคลหลายรายก็ต้องเป็นเรื่องกรรมสิทธิ์รวม มีใช้กรรมสิทธิ์ที่เป็นอิสระจากกัน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ของไทย เป็นที่ระบุนานากรรมสิทธิ์ไว้ว่า ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตน และได้ซึ่งดอกผลของทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับมาตรา 544 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส<sup>106</sup> โดยกฎหมายของฝรั่งเศสได้ให้คำนิยามคำว่ากรรมสิทธิ์ไว้ว่า คือ สิทธิใช้สอยหาประโยชน์ และจำหน่ายทรัพย์สินอย่างเต็มที่เด็ดขาด แต่การใช้สิทธินี้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายหรือข้อบังคับใดๆ

มาตรา 544 นี้ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นหลักสำคัญสำหรับกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์ เพราะนอกจากจะเป็นบทนิยามแล้ว ยังกำหนดหลักเกณฑ์ของกฎหมายเรื่องทรัพย์สินโดยแบ่งองค์ประกอบออกเป็น 3 ประการ คือ

1. Uses ได้แก่สิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินโดยเจ้าของกรรมสิทธิ์ เช่น เจ้าของกรรมสิทธิ์ในอาคารบ้านเรือนมีสิทธิที่จะอยู่อาศัยในบ้านเรือนหลังนั้น หรือจะหาประโยชน์อย่างอื่นก็ย่อมทำได้
2. Fructus เจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมมีสิทธิที่จะได้ซึ่งดอกผลอันเกิดจากทรัพย์สิน ซึ่งตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ด้วย และรวมไปถึงผลผลิตทั้งหลายซึ่งเกิดขึ้นเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น
3. Absus ได้แก่สิทธิในการจำหน่ายทรัพย์สินหรือเปลี่ยนแปลงประการหนึ่งประการใด อันเป็นสาระสำคัญในตัวทรัพย์สินนั้น เช่น การรื้อถอนหรือทำลายบ้านอันตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ เป็นต้น

กรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง และเป็นทรัพย์สินที่ลักษณะเด็ดขาด (และแน่นอน) กล่าวคือ เป็นทรัพย์สินที่สามารถใช้บังคับบุคคลได้ทั่วไป

จากหลักดังกล่าวนี้เองจึงทำให้เจ้าของกรรมสิทธิ์มีสิทธิอย่างเต็มที่ในทรัพย์สินของตน รวมทั้งสิทธิติดตามและเอาคืน ซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ ซึ่งสิทธิต่างๆ เหล่านี้ ถือว่าเป็นลักษณะทางกฎหมายที่สำคัญในเรื่องกรรมสิทธิ์

106

ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน, กรรมสิทธิ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส, บทบัญญัติ 2515,



อย่างไรก็ตาม จากบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 544 นี้เองทำให้สามารถแบ่งลักษณะทางกฎหมายที่สำคัญของกรรมสิทธิ์ได้เป็น 2 ประการ คือ

1) กรรมสิทธิ์มีลักษณะ เด็ดขาดแน่นอนและเป็นสิทธิส่วนบุคคล

หมายความว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่ผู้เดียวที่จะมีสิทธิต่าง ๆ เดิมทีในทรัพย์สินนั้น และสามารถอ้างความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ต่อบุคคลทั่วๆ ไปได้ ผู้หนึ่งผู้ใดจะแบ่งแยกทรัพย์สินนั้นไป โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่ได้ กล่าวคือ โดยหลักการแล้ว ทรัพย์สินชิ้นหนึ่งจะมีเจ้าของกรรมสิทธิ์แต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น และเป็นสิทธิส่วนตัวของเจ้าของกรรมสิทธิ์ ยกเว้นในเรื่องกรรมสิทธิ์รวม ซึ่งทรัพย์สินเดียวอาจมีเจ้าของกรรมสิทธิ์หลายคนได้ นอกจากนั้นเจ้าของกรรมสิทธิ์อาจต้องยอมรับภาระบางอย่างอันเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สิน เช่น เรื่อง ภาระจำยอม หรือสิทธิเก็บกิน เป็นต้น

2) กรรมสิทธิ์มีลักษณะถาวร

หมายความว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นในลักษณะถาวรตลอดกาล และแม้ว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์จะไม่ได้ใช้สอยทรัพย์สินนั้น ก็หาทำให้พ้นสภาพจากการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่ แต่กรณีนี้ไม่ใช่เรื่องการได้สิทธิโดยการครอบครองบรรษัท เพราะการครอบครองบรรษัทนั้นเป็นเรื่องที่บุคคลอื่นได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ เพราะได้เข้าครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นจนกระทั่งได้กรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย

2. การจัดการทรัพย์สินเพื่อบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติหลักกฎหมายสำหรับการจัดการทรัพย์สินของบุคคลอื่นไว้เป็นการเฉพาะแล้ว คือ การตั้งผู้ปกครองทรัพย์สิน และผู้จัดการมรดก บัญญัติอยู่ในบรรพ 6 ว่าด้วยมรดก

2.1 การตั้งผู้ปกครองทรัพย์สิน ตามมาตรา 1687 บัญญัติว่า

"ถ้าผู้ทำพินัยกรรมประสงค์จะยกทรัพย์สินให้แก่ผู้เยาว์ หรือผู้ซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือแก่ผู้ต้องพักรักษาตัวในโรงพยาบาล เพราะเหตุวิกลจริต แต่ต้องการมอบการรักษา และการจัดการทรัพย์สินนั้น แก่บุคคลอื่นนอกจากบิดามารดา ผู้ปกครอง ผู้อนุบาล หรือผู้พิทักษ์ของบุคคล เช่นนั้น ผู้ทำพินัยกรรมต้องตั้งผู้ปกครองทรัพย์สิน"

และวรรค 2 ของมาตราดังกล่าวบัญญัติต่อไปว่า "การตั้งผู้ปกครองทรัพย์สิน ห้ามมิให้ตั้งขึ้นเป็นเวลาเกินกว่ากำหนดแห่งการเป็นผู้เยาว์ หรือเป็นผู้ที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือกำหนดที่ต้องรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาลแล้วแต่กรณี"

สาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าว คือ การกำหนดให้มีการทำพินัยกรรมตั้งผู้ปกครองทรัพย์สินสำหรับรักษาไว้ระหว่างที่ผู้รับประโยชน์ยังเป็นผู้เยาว์ ผู้ไร้ความสามารถ ผู้เสมือนไร้ความสามารถ หรือผู้ซึ่งต้องพักรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาลเพราะวิกลจริต แต่การปกครองทรัพย์สินที่ว่าจะต้องสิ้นสุดลงเมื่อผู้รับประโยชน์พ้นจากเหตุที่ทำให้เป็นคนไม่มีความสามารถดังกล่าว

ตามความในมาตรา 1687 การตั้งผู้ปกครองทรัพย์สินจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อได้มีการทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินนั้นให้บุคคลที่ตัวพระบุไว้ ถ้าไม่มีการยกทรัพย์สินให้บุคคลที่วางนี้ การตั้งผู้ปกครองทรัพย์สินจะมีขึ้นไม่ได้

บทกฎหมายดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่ย่อมให้เจ้าของทรัพย์สินผู้ทำพินัยกรรมตั้งข้อกำหนดจำกัดตัดทอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ หากว่าไม่เป็นการจำกัดตัดทอนอำนาจกรรมสิทธิ์มากเกินไปเกินสมควร โดยต้องอยู่ภายในขอบเขต ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งเมื่อการปกครองทรัพย์สินสิ้นสุดลงแล้ว ผู้รับประโยชน์ก็จะได้เป็นเจ้าของอำนาจจำหน่ายโอนทรัพย์สินได้อย่างสมบูรณ์

ศ.ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ให้ความเห็นว่า พินัยกรรมตั้งผู้ปกครองทรัพย์สิน ตามมาตรา 1687 ไม่ใช่ทรัพย์สินตามแบบกฎหมายอังกฤษ เพราะไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ปกครองทรัพย์สินในฐานะเป็นทรัสต์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามพินัยกรรมตั้งผู้ปกครองทรัพย์สินตกเป็นของผู้เยาว์ ผู้ไร้ความสามารถ หรือผู้เสมือนไร้ความสามารถ หรือคนวิกลจริตที่รักษาตัวในโรงพยาบาล หากแต่มีผู้ปกครองเก็บรักษา และจัดการทรัพย์สินไว้ให้จนกว่าเจ้าของจะพ้นจากเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปกครองรักษาและจัดการทรัพย์สินได้เอง<sup>107</sup>

<sup>107</sup> ศ.ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมฤตก, หน้า 672-674

## 2.2 ผู้จัดการมรดก

กฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับผู้จัดการมรดกขึ้นเพื่อแก้ปัญหารวบรวมทรัพย์สินมรดก จัดการ และแบ่งปันทรัพย์สินมรดก ติดตามทวงหนี้ที่กองมรดกเป็นเจ้าของนี้ และการชำระหนี้ของมรดก เมื่อเจ้ามรดก ตายและมรดกตกทอดไปยังทายาท หากมีการตั้งผู้จัดการมรดก กองมรดกย่อมถูกจัดการโดยทรัพย์สินมรดก ดังกล่าว

การจัดการมรดกกฎหมายกำหนดไว้ 2 วิธี คือ

### 1. การจัดการมรดกโดยทายาทร่วมกันจัดการ

การจัดการมรดกโดยทายาท กฎหมายมาตรา 1745 บัญญัติให้นำหลักเรื่อง เจ้าของรวมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1356-1366 มาใช้โดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งบรรพ 6 ข้อนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไม่ประสงค์จะให้นาสีทธิและหน้าที่ของผู้จัดการมรดกที่มาจากแต่งตั้ง ตั้งแต่มาตรา 1711-1733 มาใช้บังคับในกรณีทายาทจัดการมรดกกันเอง แต่กรณีตามมาตรา 1734-1744 นั้นต้องนำมาใช้บังคับกับกรณีที่ทายาทจัดการมรดกด้วย

### 2. การจัดการมรดกโดยผู้จัดการมรดกที่ตั้งขึ้นตามกฎหมาย

การจัดการมรดกโดยผู้จัดการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมาย อาจมีขึ้นเมื่อมีเหตุตามที่ กฎหมายกำหนดไว้ (มาตรา 1712-1713) และในการนี้ผู้จัดการมรดกโดยการแต่งตั้งนี้จะต้องจัดการ มรดกไปตามที่กำหนดไว้ในพินัยกรรมหรือในกฎหมาย กล่าวโดยเฉพาะก็คือต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในบรรพ 6 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในลักษณะ 4 ซึ่งกำหนดวิธีการจัดการทรัพย์สินมรดกนั่นเอง

ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้จัดการมรดกและทายาท กฎหมายมาตรา 1720 ให้นำบท บัญญัติว่าด้วยตัวการตัวแทนมาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ผู้จัดการมรดกหาใช้ตัวแทนของทายาทไม่ เพราะถึง แม้ผู้จัดการมรดกต้องจัดการมรดกเพื่อประโยชน์ของทายาท ผู้จัดการมรดกก็หาจำต้องฟังคำสั่งของทายาท ไม่ ยิ่งกว่านั้นหากถือว่าสัญญาตัวการตัวแทนจะเกิดขึ้นได้ เมื่อตัวการตั้งตัวแทน และตัวแทน เข้ารับทำ กิจการแทนตัวการแล้ว ผู้ตั้งผู้จัดการมรดกก็ได้แก่ผู้ทำพินัยกรรมหรือศาลเท่านั้น (มาตรา 1711) การ ถอดถอนผู้จัดการมรดกก็เช่นกัน กฎหมายก็ให้ศาลเท่านั้นที่จะกระทำได้ เหตุนี้อำนาจของผู้จัดการมรดกจึง ขึ้นอยู่กับคำสั่งของผู้ทำพินัยกรรม และหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อประโยชน์ของทายาททั้งหลาย (มาตรา 1719) หาได้ขึ้นกับคำสั่งของทายาทไม่ อย่างไรก็ดี ความสัมพันธ์ระหว่างผู้จัดการมรดกกับ ทายาทและบุคคลภายนอกมีลักษณะ เป็นผู้แทนตามกฎหมาย (legal representative) ของทายาท

ทั้งนี้เพราะกิจการที่ผู้จัดการมรดกทำไปในขอบอำนาจแห่งการจัดการมรดก (มาตรา 1736 วรรค 2) ย่อมผูกพันทายาทและกองมรดก (มาตรา 1724)

ซึ่งหากจะสรุปบทบาทในฐานะผู้แทนตามกฎหมายของผู้จัดการมรดก ก็อาจสรุปได้ 2 ประการคือ

1. ผู้จัดการมรดก เป็นผู้แทนของทายาททั้งหมดในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอก

เมื่อมีการแต่งตั้งผู้จัดการมรดก และเมื่ออำนาจหน้าที่ของผู้จัดการมรดก เริ่มขึ้น ความเป็นผู้แทนตามกฎหมายของผู้จัดการมรดกก็เริ่มขึ้นทันที และความเป็นผู้แทนนี้จะส่งผลทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกหลายประการ ดังนี้ คือ

1.1 ทายาทหมดอำนาจจัดการทรัพย์สินมรดกและกระทำนิติกรรมใด ๆ ต่อบุคคลภายนอก จนกว่าจะได้แบ่งปันทรัพย์สินมรดกเสร็จเรียบร้อยแล้ว ในระหว่างเวลานั้นต้องถือว่าผู้จัดการมรดกทำการแทนทายาททั้งหมด ซึ่งเป็นเจ้าของร่วมกันในทรัพย์สินมรดกตามมาตรา 1745

1.2 นิติกรรมและการใด ๆ อันผู้จัดการมรดกได้กระทำไปกับบุคคลในฐานะผู้จัดการมรดก และภายในขอบอำนาจที่พินัยกรรมและกฎหมายกำหนดไว้ ย่อมผูกพันทายาท ดังที่ มาตรา 1724 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า

"ทายาทย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลายอันผู้จัดการมรดกได้ทำไปภายในขอบอำนาจในฐานะที่เป็นผู้จัดการมรดก" ด้วยเหตุนี้ หากผู้จัดการมรดกได้จัดการไปภายในขอบอำนาจในฐานะผู้จัดการมรดกแล้ว ผู้จัดการมรดกก็ไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว

ตัวอย่างคำพิพากษานี้

ฎ. 1052-1055/2514 ผู้จัดการมรดกซึ่งเป็นทายาทตามพินัยกรรมด้วย ได้ขายที่ดินมรดกกับตึกแถวให้แก่โจทก์ในฐานะที่เป็นผู้จัดการมรดก ถือเป็นการขายตามความประสงค์ของเจ้าของกรรมสิทธิ์ จำเลย (ทายาท) ไม่อาจอ้างได้ว่า ผู้จัดการไม่มีอำนาจขาย

ฎ. 1613/2509 สามีจำเลยเป็นลูกหนี้ธนาคารโจทก์อยู่แล้วถึงแก่กรรม จำเลยทำหนังสือรับใช้หนี้แก่โจทก์ มีข้อความว่า "ข้าพเจ้าขอให้สัญญาในฐานะข้าพเจ้าเป็นภริยาและผู้จัดการมรดก นายไสว ทวีการ ต่อธนาคารว่า ข้าพเจ้าจะนำเงินมาผ่อนชำระให้แก่ธนาคาร" ดังนั้นแสดงว่า จำเลยมิใช่ลูกหนี้โจทก์โดยตรง จำเลยเพียงแต่ทำหนังสือรับใช้หนี้โจทก์ ในฐานะที่จำเลยเป็นภริยา ซึ่งเป็นผู้จัดการมรดก นายไสว ทวีการ ผู้ตายลูกหนี้โจทก์เท่านั้น จำเลยจึงไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัว

อนึ่ง หากผู้จัดการมรดกทำการภายในขอบอำนาจกับบุคคลภายนอกแล้ว แม้ผู้จัดการมรดกจะปฏิบัติผิดหน้าที่กับทายาท เช่น ขายทรัพย์มรดกไปโดยชอบแล้ว ไม่นำเงินมาเฉลี่ยให้ทายาท นิติกรรมนั้นก็ยังคงมีผลสมบูรณ์ แต่ผู้จัดการมรดกอาจต้องรับผิดชอบส่วนตัวต่อทายาทตาม มาตรา 1720 ประกอบ มาตรา 811 และอาจถูกถอดถอนจากการเป็นผู้จัดการมรดกได้ เช่น ฎ. 1701/2520 ผู้จัดการมรดกมีอำนาจขายฝากทรัพย์มรดก แต่เมื่อขายแล้วไม่แบ่งเงินให้ทายาทก็เป็นเรื่องระหว่างผู้จัดการมรดกกับทายาทที่จะว่ากล่าวกันต่างหาก หากทำให้นิติกรรมซื้อขายที่ผู้จัดการมรดกทำไปเป็นโมฆะไม่<sup>108</sup>

จากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686 บัญญัติห้ามก่อตั้งทรัสต์ และอาจกล่าวได้ว่า โดยภาพรวมของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีแนวคิดและหลักกฎหมายที่มีลักษณะ เป็นการเฉพาะอยู่แล้ว โดยเฉพาะแนวความคิดในเรื่องความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินสิ่งหนึ่งตามระบบกฎหมายไทยไม่สามารถแบ่งแยกเป็นของบุคคลอีกคนหนึ่งร่วมด้วยได้ เมื่อทรัพย์สินได้โอนไปยังบุคคลใด กฎหมายไทยถือว่าทรัพย์สินนั้นย่อมต้องเป็นของบุคคลนั้นแต่ผู้เดียว ดังนั้น การนำระบบกฎหมายทรัสต์มาใช้ในกฎหมายไทยจึงมีอุปสรรคสำคัญ

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยซึ่งมีแนวความคิดที่ไม่ยอมรับหลักเกณฑ์การมีเจ้าของ 2 คนในทรัพย์สินเดียวกัน และหลักกฎหมายทรัสต์ไม่อาจเข้ากันได้กับหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เนื่องจากธุรกรรมทางการเงินได้ก่อให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องยอมรับเอาหลักกฎหมายทรัสต์เข้ามาใช้เพื่อประโยชน์ทางธุรกิจ ซึ่งในการประกอบธุรกิจทางการเงินในลักษณะของการบริหารและจัดการทรัพย์สินโดยพฤติการณ์ที่ทรัพย์สินหรือเงินทุนอยู่ในความครอบครองของผู้รับจัดการทรัพย์สินหรือได้โอนกรรมสิทธิ์ไปยังผู้รับจัดการทรัพย์สิน ซึ่งที่แท้จริงทรัพย์สินเป็นของผู้ลงทุนหรือลูกค้า หากกฎหมายไม่กำหนดมาตรการแบ่งแยกทรัพย์สินดังกล่าวให้ชัดเจนเพียงพอ ปัญหาเกี่ยวกับการแบ่งแยกทรัพย์สินย่อมเกิดขึ้นได้ นอกจากนี้ การกำหนดสิทธิและหน้าที่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางการเงินดังกล่าว ควรจะได้มีการกำหนดขึ้นด้วย ดังนั้น เพื่อมิให้ขัดกับแนวความคิดและหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมด และเพื่อให้สามารถนำหลักกฎหมายทรัสต์มาปรับใช้ในการทำธุรกรรมทางการเงินได้อันจะเอื้อประโยชน์ต่อการพัฒนาตลาดทุนของไทยต่อไป จึงเห็นสมควรศึกษากฎหมายทรัสต์ของประเทศไทยซึ่งมีแนวความคิดทางกฎหมายเป็น Civil Law เช่นเดียวกัน เป็นแนวทางในการแก้ไข้ปัญหา

<sup>108</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, การจัดการมรดก, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 3:

### แนวทางของกฎหมายทรัสต์ที่ปน

จากการศึกษา The Law of Trust ตามระบบกฎหมาย Common Law อาจสรุปความสัมพันธ์ทางทรัสต์ได้ว่า เป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งหรือหลายคนได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และมีหน้าที่ต้องยึดถือทรัพย์สินนั้น เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น โดยต้องกระทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งจนสำเร็จ และผู้รับประโยชน์มีสิทธิทาง Equity ซึ่งคล้ายกับกรรมสิทธิ์ทาง Common Law อันใช้ยื่นได้ทั้งตัวทรัสต์เองและบุคคลอื่นซึ่งได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยไม่สุจริตและ เสียค่าตอบแทน

สิทธิทรัสต์ที่มีต่อทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์ เป็นทรัพย์สินสิทธิ ใช้ยื่นแก่บุคคลได้ทั่วไป เนื่องจากตามกฎหมายแล้วทรัสต์มีกรรมสิทธิ์เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น จึงมีสิทธิจัดการและจำหน่ายทรัพย์สินนั้นได้ทุกอย่าง แต่ต้องอยู่ภายในขอบเขตแห่งคำสั่งของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ส่วนสิทธิของผู้รับประโยชน์เป็นสิทธิทาง Equity ในอันที่จะได้รับประโยชน์จากการจัดการหรือจำหน่ายทรัพย์สินของทรัสต์ บังคับทรัสต์ให้ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือในอันที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทรัสต์ถ้าทรัสต์ปฏิบัติหน้าที่โดยบกพร่องเป็นการละเมิดทรัสต์ ซึ่งสิทธิเช่นนี้เป็นการใช้สิทธิเรียกร้องต่อบุคคล เป็นบุคคลสิทธิ นอกจากนี้ ยังมีสิทธิติดตามหรือเรียกร้องเอาทรัพย์สินทรัสต์คืนจากบุคคลอื่นที่ได้ทรัพย์สินนั้นไปโดยรู้ว่าทรัพย์สินนั้นอยู่ภายใต้ทรัสต์ ซึ่งการใช้สิทธิเช่นนี้เป็นสิทธิเหนือทรัพย์หรือทรัพย์สินที่นั่นเอง

จากที่กล่าวมา เห็นว่าเป็นข้อพิเศษของทรัสต์ที่แตกต่างจากระบบกฎหมาย Civil Law กล่าวคือ ตามกฎหมายทรัสต์ถือว่าทั้งทรัสต์และผู้รับประโยชน์ ล้วนแต่เป็นเจ้าของในทรัพย์สินนั้นด้วยกัน โดยทรัสต์เป็นเจ้าของตามกฎหมาย Common Law ถือกรรมสิทธิ์และดูแลทรัพย์สินตามเงื่อนไขของการก่อตั้งทรัสต์ ส่วนผู้รับประโยชน์เป็นเจ้าของตามหลัก Equity ในขณะเดียวกัน มีสิทธิได้รับประโยชน์ในทรัพย์สิน เท่ากับว่าความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินสิ่งเดียวได้แยกไปให้แก่บุคคล 2 คน ในลักษณะที่ต่างกัน ซึ่งมีใช้กรรมสิทธิ์ร่วม

ในระบบกฎหมาย Civil Law ซึ่งมีกำเนิดจากกฎหมายโรมัน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้ความเป็นเจ้าของแก่เจ้าของ กล่าวคือ สิทธิในการจำหน่าย จัดการ และใช้สอยทรัพย์สินนั้น บุคคล 2 คน ไม่สามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินเดียวกันได้ ยกเว้นแต่การเป็นเจ้าของร่วมที่ไม่อาจแบ่งแยกกันได้ตามกฎหมาย

ในการพิจารณานำทรัสต์มาใช้ในระบบกฎหมายไทย เห็นควรศึกษาแนวทางจากการที่ประเทศญี่ปุ่นซึ่งมีระบบกฎหมาย Civil Law เช่นเดียวกับไทยว่าได้นำทรัสต์มาใช้ร่างเป็นกฎหมายได้อย่างไร

### 1. การก่อตั้งทรัสต์

กฎหมายเกี่ยวกับทรัสต์ที่ใช้เป็นการทั่วไปในรูปของ private trust คือ The Trust Act 1923 ได้ให้คำจำกัดความคำว่าทรัสต์ว่า "ทรัสต์ภายในความหมายแห่งกฎหมายฉบับนี้ จะต้องเป็นการโอนหรือจำหน่ายสิทธิในทรัพย์สินและมุ่งหมายให้บุคคลอื่นนั้นจัดการ หรือจำหน่ายทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์เฉพาะที่กำหนดไว้"

อาจกล่าวได้ว่า หากมีการโอนหรือจำหน่ายสิทธิในทรัพย์สินและเข้าเงื่อนไขดังกล่าว ถือว่าเป็นทรัสต์ โดยบุคคลคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ก่อตั้งทรัสต์ขึ้นโดยโอนสิทธิหรือจำหน่ายสิทธิในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ทรัสต์ และทรัสต์มีหน้าที่ที่จะต้องจัดการหรือจำหน่ายทรัพย์สินตามวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งได้กำหนดไว้

The Trust Act 1923 เป็นบทกฎหมายซึ่งบัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคล โดยนิติกรรมเป็นเครื่องมือที่กฎหมายมอบให้แก่บุคคลเพื่อใช้สร้างสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันได้ตามความสมัครใจภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย

ส่วนความผูกพันตามทรัสต์เกิดขึ้นได้อย่างไรนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่า มาตรา 2 ของกฎหมายดังกล่าวบัญญัติว่า ทรัสต์อาจก่อตั้งขึ้นโดยพินัยกรรม ซึ่งพินัยกรรมเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว เมื่อบุคคลฝ่ายเดียวแสดงเจตนาพินัยกรรมก็เกิดผลเป็นนิติกรรมทันที แต่การก่อตั้งโดยกรณีอื่นสามารถกระทำได้อย่างไรนั้น กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจน ซึ่งหากพิจารณาถึงกฎหมายทรัสต์ที่บัญญัติเป็นพิเศษในเรื่องของ securities investment trust ตาม The Securities Investment Trust Act 1951 แล้ว พบว่า มาตรา 4 ของกฎหมายดังกล่าวบัญญัติว่า สัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่สมบูรณ์ คู่สัญญาคือ ผู้ก่อตั้ง จะต้องเป็น trustor company ซึ่งต้องเป็นบริษัทจำกัด และมีทุนจดทะเบียนมากกว่า 50 ล้านบาท และทรัสต์ ต้องเป็น trustee company หรือ ธนาคารที่ทำธุรกิจทรัสต์ หรือตามมาตรา 2 ของ Loan Trust Act 1952 ได้ให้คำจำกัดความ

ของ "loan trust" ว่า หมายถึง เงินที่ทรัสต์บริหาร... โดยได้รับเงินนั้นภายใต้สัญญาก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งทรัสต์ เข้าทำสัญญากับผู้ก่อตั้งทรัสต์ (trustor) จำนวนมาก

ซึ่งหากพิจารณาตามกรณีของวรรคก่อน อาจกล่าวได้ว่า นอกจากพันธกรรมก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ตามกฎหมายถือเป็นผูกพันกันด้วยสัญญา การทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ย่อมสมบูรณ์ผูกพันคุณกรณีในฐานะ เป็นบุคคลสิทธิซึ่งเป็นสิทธิเหนือบุคคล เป็นสิทธิที่เกี่ยวกับหนี้หรือหน้าที่เฉพาะบุคคล และด้วยอำนาจแห่งบุคคล สิทธิย่อมจะฟ้องบังคับคุณกรณีให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ ซึ่งแตกต่างจากทรัพย์สินอื่น เป็นสิทธิเหนือทรัพย์สิน เป็นสิทธิที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลทั่วไปในอนาคตจะไม่ล่วงละเมิดต่อทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งทรัพย์สิน และเป็นสิทธิที่ผู้ทรงบังคับใช้ได้เอง

สัญญาเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปก่อสิทธิและหน้าที่ผูกพันกัน อันเป็นการก่อหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยปกติสัญญาย่อมจะก่อสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันระหว่าง คู่สัญญา อันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาโดยเฉพาะ แต่ก็มีสัญญาบางประเภทที่กฎหมายยอมให้ คู่สัญญาทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกได้

สัญญาก่อตั้งทรัสต์ของญี่ปุ่นจึงเกิดจากการแสดงเจตนาของผู้ก่อตั้งในอนาคตจะโอนหรือจำหน่าย สิทธิในทรัพย์สินให้แก่ทรัสต์ โดยมีมุ่งหมายให้ทรัสต์จัดการหรือจำหน่ายทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่ ผู้ก่อตั้งกำหนดไว้ให้เป็นผู้รับประโยชน์ ซึ่งอาจเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์เองด้วยก็ได้ เมื่อทรัสต์รับที่จะทำหน้าที่ เป็นทรัสต์ทรัสต์อาจได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้ตามแต่จะได้อำนาจไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์จะได้รับโอนสิทธิในทรัพย์สิน และต้องจัดการหรือจำหน่ายทรัพย์สินในนามตนเองเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ ด้วยความระมัดระวัง เช่นผู้จัดการที่ดีพึงกระทำตามเนื้อหาแห่งทรัสต์ (with the care of a good manager in compliance with the tenor and purport of the trust)

สัญญาทรัสต์ยอมผูกพันกันระหว่างคู่สัญญาคือผู้ก่อตั้งและทรัสต์ ในกรณีที่สิทธิในทรัพย์สินที่ ผู้ก่อตั้งโอนหรือจำหน่ายสิทธิดังกล่าวให้แก่ทรัสต์ หากสิทธินั้นต้องจดทะเบียนหรือจดทะเบียน โอนหรือจำหน่าย การก่อตั้งทรัสต์จะยืนยันต่อบุคคลภายนอกไม่ได้ เว้นแต่จะจดทะเบียนหรือจดทะเบียน เป็น ทรัสต์ด้วยซึ่งรวมถึงการโอนหรือจำหน่ายหลักทรัพย์ จะต้องมีการระบุไว้ในตราสารดังกล่าวว่าเป็น ทรัสต์สินทรัสต์และกรณีหุ้นหรือหุ้นกู้จะต้องระบุไว้ในทะเบียนผู้ถือหุ้นหรือหุ้นกู้ว่าเป็นทรัสต์สินทรัสต์ จึงจะยืนยันต่อบุคคลภายนอกได้ เช่นเดียวกัน



## 2. ประเด็นเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน

สิทธิในกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ บุคคลสิทธิ (jus in personam) และทรัพย์สินสิทธิ (jus in rem) บุคคลสิทธิหมายความถึง สิทธิเรียกร้องอันมีต่อบุคคลผู้เป็นคู่กรณีโดยเฉพาะ เป็นสิทธิเหนือบุคคลหรือเป็นหนี้เหนือบุคคล ซึ่งบังคับเอาแก่ตัวบุคคลให้กระทำหรืองดเว้นกระทำการอันใดอันหนึ่ง เช่น สิทธิของเจ้านายตามสัญญาจ้าง สิทธิของคู่สัญญาตามสัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น บุคคลสิทธิไม่อาจใช้บังคับบุคคลได้ทั่วไป และไม่อาจบังคับเอาแก่ทรัพย์สินของลูกหนี้ได้โดยตรง หากแต่จะต้องฟ้องร้องบังคับสิทธิในทางศาล ส่วนทรัพย์สินสิทธิหมายถึงสิทธิซึ่งจะบังคับเอาแก่ตัวทรัพย์สินโดยตรงและใช้บังคับบุคคลได้ทั่วไป หรืออาจเรียกว่าเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สิน เช่น กรรมสิทธิ์ ภาระจำยอม สิทธิเก็บกิน สิทธิจำนอง สิทธิจำนำ เป็นต้น

ทรัพย์สินตามระบบ Common Law ทรัพย์สินและผู้รับประโยชน์มีสิทธิเหนือทรัพย์สินแตกต่างกันคือ ทรัพย์สินมีกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย ส่วนผู้รับประโยชน์มีกรรมสิทธิ์ตาม Equity ที่ให้อำนาจไว้ แต่ทรัพย์สินตามกฎหมายญี่ปุ่นซึ่งพิเคราะห์จากคำจำกัดความความหมายของทรัพย์สินตามมาตรา 2 แล้ว เป็นการ โอนสิทธิในทรัพย์สิน ให้ทรัพย์สินถือไว้ในนามตนเอง เพื่อจำหน่ายจ่ายโอนตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดในสัญญา ก่อตั้งทรัพย์สิน สิทธิในทรัพย์สินอาจเป็นได้ทั้งกรรมสิทธิ์ และสิทธิเรียกร้อง ซึ่งเป็นบุคคลสิทธิ เช่น สิทธิตามสัญญาเช่า เป็นต้น แต่กรณีหากเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ทรัพย์สิน ทรัพย์สินจะต้องใช้สิทธิความเป็นเจ้าของในอันที่จะใช้สอย จำหน่ายจ่ายโอน จัดการใด ๆ เพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินที่กำหนดไว้ ซึ่งการใช้สิทธิความเป็นเจ้าของเช่นนี้เป็นกรรมสิทธิ์ที่ไม่เด็ดขาด ต้องถูกจำกัดสิทธิภายใต้การเข้ารับเป็นทรัพย์สินตามสัญญาก่อตั้งทรัพย์สิน ย่อมขัดต่อหลักกรรมสิทธิ์ตามระบบกฎหมาย Civil Law ดังนั้นจึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับการใช้สิทธิของทรัพย์สินดังกล่าว และโดยที่สิทธิของผู้รับประโยชน์เป็นสิทธิเรียกร้องต่อทรัพย์สินในการจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แห่งตน กฎหมายได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินภายใต้ทรัพย์สินที่อาจใช้บังคับบุคคลภายนอกได้ด้วยการจดทะเบียนหรือจดทะเบียนการ เป็นทรัพย์สินไว้ ตามมาตรา 3 ของ The Trust Act 1923

## 3. หน้าที่ของทรัพย์สินตามสัญญาก่อตั้งทรัพย์สิน

สิทธิและหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องในทรัพย์สินผูกพันกันด้วยสัญญา ทั้งนี้ กฎหมายได้บัญญัติหน้าที่ของทรัพย์สินไว้เพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ไว้หลายประการ สรุปในสาระสำคัญได้ดังนี้

3.1 ต้องจัดการหรือจำหน่ายทรัพย์สินในนามตนเองเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ด้วยความระมัดระวัง เช่นผู้จัดการที่ดีพึงกระทำตามเนื้อหาแห่งทรัสต์ (with the care of a good manager in compliance with the tenor and purport of the trust)

3.2 ทรัสต์จะต้องไม่รับประโยชน์ในทรัพย์สินทรัสต์ เว้นแต่ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์จะ ได้กำหนดไว้เป็นประการอื่น

3.3 ทรัสต์จะต้องบริหารทรัพย์สินทรัสต์แยกต่างหากจากทรัพย์สินของตน และในกรณีของเงินจะต้องทำบัญชีแยกต่างหากให้ชัด เจนด้วย

ในส่วนของผู้รับประโยชน์ซึ่งใช้สิทธิของตนทางบุคคลสิทธิในอันที่จะได้รับประโยชน์จากการจัดการทรัพย์สินทรัสต์ของทรัสต์ รวมทั้งมีสิทธิที่จะ ได้รับชดใช้ค่าเสียหายจากทรัสต์ในกรณีที่ทรัสต์ปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ทรัสต์ ดังนี้

1. ตามมาตรา 27 ในกรณีที่ทรัสต์จัดการทรัพย์สินทรัสต์ผิดพลาด หรือจำหน่ายทรัพย์สินทรัสต์ไปในทางที่ฝ่าฝืนเนื้อหาแห่งทรัสต์ ผู้ก่อตั้ง ทายาทของผู้ก่อตั้ง หรือ ผู้รับประโยชน์อาจเรียกร้องให้ทรัสต์ชดใช้ความเสียหายหรือคืนทรัพย์สินทรัสต์ได้

2. ตามมาตรา 31 ในกรณีที่ทรัสต์จำหน่ายทรัพย์สินทรัสต์ที่ฝ่าฝืนเนื้อหาแห่งทรัสต์ ผู้รับประโยชน์อาจบอกกล่าวการจำหน่ายดังกล่าวต่อบุคคลภายนอกได้ แต่การบอกกล่าวดังกล่าวกระทำได้ต่อเมื่อได้มีการจดทะเบียนหรือจดทะเบียนการ เป็นทรัสต์แล้ว เท่านั้น หรือในกรณีที่ไม่ได้จดทะเบียนหรือจดทะเบียนดังกล่าว ต้องเป็นที่ปรากฏว่าบุคคลอื่นนั้นรู้หรือไม่รู้การ เป็นทรัสต์อันเกิดจากความไม่ระมัดระวังของตนเองว่าการจำหน่ายทรัพย์สินเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนเนื้อหาแห่งทรัสต์

#### 4. การแบ่งแยกทรัพย์สินทรัสต์ต่างหากจากทรัพย์สินของทรัสต์

โดยกฎหมายทรัพย์สินทรัสต์จะไม่ใช้ทรัพย์สินรดกของทรัสต์ (มาตรา 15) จะไม่ถูกบังคับยึดทรัพย์ อายัดทรัพย์หรือสั่งจำหน่ายโดยข้อบัญญัติของกฎหมาย หรือถูกบังคับขายทอดตลาด ยกเว้นแต่อาศัยอำนาจของสิทธิที่เกิดขึ้นต่อทรัพย์สินทรัสต์ซึ่งมีขึ้นก่อนการก่อตั้งทรัสต์ (มาตรา 16) นอกจากนี้ในกรณีที่มีการรวมหรือผสมหรือดำเนินการต่อทรัพย์สินทรัสต์ ทรัพย์สินทรัสต์และทรัพย์สินส่วนตัวของทรัสต์จะต้องถูกแบ่งแยกความเป็นเจ้าของของแต่ละบุคคลอย่างถูกต้องเหมาะสม (มาตรา 30)

จากการศึกษากฎหมายทรัสต์ของประเทศญี่ปุ่น สรุปได้ว่า ทรัสต์ก่อตั้งขึ้นโดยพินัยกรรม หรือสัญญา โดยผู้ก่อตั้งโอนสิทธิหรือจำนำสิทธิในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง โดยมุ่งหมายให้บุคคลหนึ่งนั้นทำหน้าที่เป็นทรัสต์ จัดการและจำนำทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ สิทธิของผู้รับประโยชน์ในการบังคับทรัสต์ เป็นบุคคลสิทธิ หากทรัสต์ทำละเมิดหรือปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการฝ่าฝืนเนื้อหาแห่งทรัสต์ หรือจำนำทรัพย์สินที่ขัดต่อจุดประสงค์ของทรัสต์ ผู้รับประโยชน์มีเพียงสิทธิที่จะเรียกร้องให้ทรัสต์ชดใช้ความเสียหาย เรียกร้องให้ทรัสต์คืนทรัพย์สินทรัสต์ หรือบอกกล่าวการจำนำที่ไม่สุจริตนั้นได้ ซึ่งแตกต่างจากทรัสต์ (The Law of Trust) ตามระบบ Common Law สิทธิของผู้รับประโยชน์เป็นสิทธิทางทรัพย์สิน (สิทธิตาม Equity) เป็นสิทธิเหนือทรัพย์สิน สามารถบังคับ และติดตามเอาทรัพย์สินทรัสต์ได้จากผู้รับโอนทรัพย์สินทรัสต์โดยไม่สุจริตและเสียค่าตอบแทนได้

แต่ถึงแม้ระบบทรัสต์ของญี่ปุ่นจะแตกต่างกับระบบทรัสต์ของ Common Law อันเนื่องด้วยระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยทรัสต์ตาม Common Law รับรองสิทธิทรัสต์ซึ่งประกอบด้วยสิทธิตามกฎหมาย และสิทธิตาม Equity โดยยึดถือจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาลที่วางหลักเอาไว้เป็นสำคัญ ส่วนกฎหมายญี่ปุ่นรับรองสิทธิการมีทรัสต์โดยการออกเป็นกฎหมายพิเศษที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยกำหนดความสัมพันธ์ในลักษณะของนิติกรรมสัญญา ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายญี่ปุ่นได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับทรัสต์ที่ครอบคลุมการจัดการทรัสต์ การแบ่งแยกทรัพย์สินทรัสต์ และการคุ้มครองสิทธิของผู้รับประโยชน์ในระดับหนึ่ง อันช่วยแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้

เมื่อพิจารณาหลักการพื้นฐานการก่อตั้งทรัสต์ของญี่ปุ่น หากจะนำหลักกฎหมายทรัสต์ของญี่ปุ่นมาใช้ โดยเทียบกับรัฐธรรมนูญตามกฎหมายไทยว่าจะมีกรณีใดที่จะประยุกต์ใช้ได้ ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก ตามมาตรา 374 มีความใกล้เคียงกัน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติว่า

"ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกไซ้ ท่านว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิจะ เรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้

ในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น สิทธิของบุคคลภายนอกย่อม เกิดขึ้นตั้งแต่เวลาที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ว่าจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น"

ซึ่งอธิบายเพิ่มเติมได้ว่าตามปกติสัญญาออมผูกพันเฉพาะคู่สัญญา แต่ความเป็นอยู่ของบุคคลในปัจจุบันมีบางกรณีที่ต้องให้คนภายนอกเป็นผู้รับประโยชน์จากสัญญา เช่นสัญญาประกันวินาศภัย ระบุบุคคลภายนอกเป็นผู้รับประโยชน์ การประกันชีวิต เช่น ก.เอาประกันชีวิตตนเอง โดยระบุว่าถ้า ก.ตายก็ให้ ข. เป็นผู้รับประโยชน์จากเงินที่บริษัทผู้รับประกันภัยจะชำระให้ ในกรณีเช่นนี้ถ้า ข.มิใช่ทายาทของ ก. แต่ผู้เดียวแล้ว ข. จะได้รับชำระเงินจากบริษัทผู้รับประกันภัยก็โดยอาศัยมูลสัญญาระหว่าง ก. กับผู้รับประกันภัย ในข้อที่ระบุให้ ข. เป็นผู้รับเงินนั้น กรณีเช่นนี้กฎหมายในปัจจุบันยอมรับรองรับค้ำให้ และประมวลกฎหมายกัมมัตติรับรูการที่บุคคลภายนอกจะเป็นผู้รับประโยชน์จากสัญญาไว้โดยทั่วไป ไม่เฉพาะแต่การประกันภัยเท่านั้น

คนภายนอกหมายความว่าบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา ส่วนตัวการในสัญญาที่ทำโดยตัวแทนก็ดี หรือผู้รับโอนสิทธิ เรียกร่อง หรือทายาทของคู่สัญญาก็ดี บุคคลเหล่านี้เป็นคู่สัญญาหรืออาศัยสิทธิในฐานะที่สืบมาจากคู่สัญญาเองอยู่แล้ว มิใช่บุคคลภายนอก

แต่กรณีของกฎหมายทรัพย์สิน ผู้รับประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินอาจเป็นคู่สัญญาที่ก่อตั้งทรัพย์สินเองด้วยก็ได้

อนึ่ง คนภายนอกนั้น อาจเป็นบุคคลที่ยังไม่มีตัวอยู่ในขณะตกลงทำสัญญากัน แต่เป็นบุคคลที่จะมีมาในภายหน้าก็ได้ เช่น บริษัทที่จะก่อตั้งขึ้นเมื่อบริษัทได้ตั้งขึ้น และแสดงเจตนารับเอาประโยชน์แล้ว ก็มีสิทธิตามสัญญานั้น แต่ถ้าไม่เป็นบุคคลที่ระบุตัวได้แน่นอน เช่น ให้จ่ายเงินแก่คนอนาถา ไม่มีตัวคนภายนอกแน่นอนพอที่จะ เข้าถือเอาประโยชน์ตามสัญญาได้

สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก เช่นนี้ กฎหมายบัญญัติให้สิทธิ เรียกร่องตามสัญญาตกเป็นของบุคคลภายนอกนั้นโดยตรง กล่าวคือถือว่าบุคคลภายนอกนั้นเป็นเจ้าของโดยมูลสัญญานั้นด้วยตนเอง อาจฟ้องลูกหนี้ในสัญญาได้โดยตรง ไม่ต้องอาศัยฟ้องในนามของคู่สัญญาเดิม แต่โดยหลักที่ว่าจะเอาหนี้ไปยกให้แก่ใคร แม้จะให้เขาเป็นเจ้าของ ถ้าเขาไม่สมัครใจก็จะบังคับให้เขาเป็นเจ้าของไม่ได้ประการหนึ่ง และเพื่อให้ลูกหนี้รู้ว่า จะต้องชำระหนี้แก่ใครแน่อีกประการหนึ่ง บุคคลภายนอกนั้นจึงต้องแสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ก่อนว่าตนจางจะถือเอาประโยชน์จากสัญญานั้น สิทธิของบุคคลภายนอกเกิดมีขึ้นตั้งแต่วันที่แสดงเจตนาแก่ลูกหนี้ดังกล่าวนั้น

กรณีของทรัสต์ตามกฎหมายญี่ปุ่น ผู้รับประโยชน์ตามสัญญาไม่ต้องแสดงเจตนาที่เรียกร้องเอาสิทธิในฐานะผู้รับประโยชน์ได้

ที่กล่าวแล้ว เป็นความเกี่ยวพันระหว่างคนภายนอกกับคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นลูกหนี้ ส่วนความเกี่ยวพันระหว่างคนภายนอกกับคู่สัญญาฝ่ายที่ให้ประโยชน์แก่บุคคลภายนอกนั้น ย่อมเป็นไปตามสัญญา ระหว่างคนภายนอกกับคู่สัญญาฝ่ายนั้น ถ้าหากมี เช่น อาจเป็นการให้โดยเสนหา หรืออาจเป็นการตกลงกันให้คนภายนอกเป็นผู้ชำระหนี้อันหนึ่งของคู่สัญญาฝ่ายเจ้าหนี้ เป็นต้น ก็ต้องบังคับไปตามผลแห่งสัญญานั้น เช่น โจทก์ให้ ก. เจ้าที่ดินปลูกตึก 10 ปี ก. ให้จำเลยเช่าตึกแต่ไม่ได้จดทะเบียน จำเลยอยู่มาครบ 3 ปีแล้ว โจทก์ขับไล่จำเลยได้ แม้ยังไม่ครบ 10 ปีที่โจทก์ให้ ก. เจ้าก็ตาม

สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก เห็นว่า ใกล้เคียงกับทรัสต์ตามกฎหมายญี่ปุ่นในส่วน ของมูลหนี้ที่บุคคลตามสัญญากำหนดให้ได้รับประโยชน์จากสัญญา แม้ไม่ได้ เป็นคู่สัญญาด้วย แต่สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก กำหนดให้ผู้รับประโยชน์ดังกล่าว ต้องแสดงเจตนาที่จะรับเอาประโยชน์ตามสัญญาด้วย จึงจะมีผลให้สามารถเรียกร้องสิทธิตามสัญญาได้ แต่ในส่วนของเนื้อหาแห่งสัญญาประการอื่น ซึ่งเป็นสาระสำคัญของทรัสต์มีความแตกต่างกันโดยเฉพาะวัตถุประสงค์ในการให้ทรัสต์ปฏิบัติตามสัญญา เนื่องจากทรัสต์มีลักษณะ เฉพาะเกี่ยวกับการโอนสิทธิในทรัพย์สินแก่ทรัสต์ โดยมุ่งหมายให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ นอกจากนี้ ทรัสต์ยังมีหน้าที่ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่จะต้องปฏิบัติ อีกด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้ว เห็นว่า สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกไม่เอื้ออำนวยที่จะ นำแนวคิดของทรัสต์มาปรับใช้ได้ เนื่องจากทรัสต์มี เนื้อหาและความสัมพันธ์ของคู่สัญญาที่มีลักษณะ เฉพาะตัวแตกต่างกัน

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เองได้บัญญัติขอบเขตในเรื่องการจัดการทรัพย์สินเพื่อบุคคลอื่นว่าสามารถทำได้ในกรณีใดไว้แล้ว ยกตัวอย่างเช่น การตั้งผู้ปกครองทรัพย์สิน และผู้จัดการมรดก เป็นต้น แต่โดยที่ตลาดการเงินมีการพัฒนาธุรกรรมต่าง ๆ หลายรูปแบบ เพื่อรองรับความต้องการและส่งเสริมให้นักลงทุนมีทางเลือกมากขึ้น และธุรกรรมทางการเงินเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินเพื่อบุคคลอื่นมีข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายในเรื่องทรัพย์สินของผู้ลงทุนหรือผู้รับประโยชน์ที่จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 ประกอบกับปัจจุบันมีบทบัญญัติ เฉพาะความคุ้มครองประกอบธุรกรรมทางการเงินต่าง ๆ รวมทั้งมีหน่วยงานที่กฎหมายบัญญัติ

ให้ทำหน้าที่กำกับดูแลฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นความจำเป็นที่ควรจะได้ตรากฎหมายขึ้นใหม่ เพื่อใช้กับธุรกรรมทางการเงินโดยเฉพาะ โดยเราสามารถนำแนวความคิดและหลักกฎหมายของ Common Law Trust นำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) เช่นเดียวกับกฎหมายญี่ปุ่น โดยกำหนดให้การใช้สิทธิในทรัพย์สินจะต้องกระทำตามข้อตกลงการจัดการทรัพย์สินเพื่อผู้รับประโยชน์ เท่านั้น ทั้งนี้ ไม่ให้ขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ในเรื่องกรรมสิทธิ์

สำหรับการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวนี้ คงไม่ใช่เป็นเรื่องของการนำหลักกฎหมาย Common Law Trust มาใช้บังคับโดยสิ้นเชิง แต่เป็นการนำมาใช้เพื่อให้รองรับกับการพัฒนาธุรกรรมทางการเงิน โดยผลของกฎหมายนั้น จะต้องบัญญัติให้ชัดเจน และการตีความนั้นก็ต้องตีความตามลายลักษณ์อักษร (Letter Interpretation) ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้กฎหมายดังกล่าวมีลักษณะต้องห้ามตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686 ที่บัญญัติห้ามก่อตั้งทรัสต์

อนึ่ง มีข้อสังเกตที่สำคัญประการหนึ่งคือ การนำเสนอร่างกฎหมายนี้จะต้องไม่เสนอร่างบทบัญญัติอันมีลักษณะกระทบต่อหลักกฎหมายในเรื่องกรรมสิทธิ์และอำนาจของเจ้าของทรัพย์สิน รวมทั้งการใช้หลักกรรมสิทธิ์ยื่นต่อบุคคลภายนอก ตลอดจนกรรมสิทธิ์ที่ได้มาโดยการจดทะเบียน แต่หากจะต้องมีบทบัญญัติในบางเรื่องที่จำเป็น ก็อาจบัญญัติไว้เป็นข้อยกเว้นได้ เช่น อาจกำหนดให้ทรัพย์สินภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายนี้ หากได้ดำเนินการใดตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ทรัพย์สินซึ่งเป็นสิทธิของผู้รับประโยชน์ ไม่ใช่ทรัพย์สินส่วนตัวและเป็นทรัพย์สินที่แยกต่างหากจากทรัพย์สินของผู้จัดการทรัพย์สิน ซึ่งเจ้าหน้าที่ของผู้จัดการทรัพย์สิน ไม่มีสิทธิฟ้องร้องบังคับคดีเหนือทรัพย์สินนั้นได้ หรือ ไม่ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการยึดทรัพย์ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 19 และ 109 มาใช้บังคับกับทรัพย์สินของบุคคลที่ผู้จัดการทรัพย์สินบริหารจัดการให้ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะนี้ เป็นต้น