

บทที่ 4

ปัญหาสัญญาทรัพย์สินที่ตามมากฎหมายไทย

สัญญาทรัพย์สินที่ตามมากฎหมายไทยนั้นไม่มีการให้นิยามหรือคำจำกัดความเอาไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งไม่มีปรากฏอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดของประเทศไทยเลย แต่อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติสัญญาทรัพย์สินที่ถูกลำเอามาใช้ในทางการค้าระหว่างประเทศอย่างแพร่หลาย ซึ่งศาลไทยเองก็ยอมรับสัญญาทรัพย์สินให้ถือปฏิบัติได้ จะเห็นได้จากเริ่มมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทรัพย์สิน

ดังจะเห็นปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1848/2505 กรรมสิทธิ์ในสินค้าตามสัญญาทรัพย์สินเป็นของโจทก์ (ธนาคาร) โดยโจทก์มอบอำนาจให้จำเลยไปขายตามที่เห็นว่าสมควร แต่จำเลยจะต้องนำเงินมาชำระให้โจทก์ตามที่โจทก์จำเลยได้กำหนดไว้

ซึ่งหลังจากนั้นก็ยังมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินเกี่ยวกับเรื่องสัญญาทรัพย์สินมาอย่างต่อเนื่องแม้ว่าประเทศไทยจะไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยเรื่องนี้โดยตรง ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาหนึ่งที่พยายามอธิบายถึงลักษณะของสัญญาทรัพย์สินเอาไว้ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8254/2544 การซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศมีวิธีปฏิบัติในการชำระราคาสินค้าเป็นหลักสากลแตกต่างจากการซื้อขายสินค้าทั่วไป คือ ผู้ซื้อจะต้องขอเครดิตจากธนาคารใดธนาคารหนึ่งภายในประเทศของผู้ซื้อ สั่งให้ตัวแทนของธนาคารนั้นชำระราคาสินค้าให้แก่ผู้ขาย โดยเมื่อผู้ขายได้นำสินค้าตามที่สั่งซื้อส่งมอบให้แก่ผู้ขนส่งแล้ว ต้องนำเอกสารเกี่ยวกับสินค้าที่ผู้ขนส่งมอบให้เป็นหลักฐานว่าได้รับสินค้าไว้จากผู้ขายแล้วไปยื่นเสนอต่อธนาคารซึ่งเป็นตัวแทนของธนาคารในประเทศผู้ซื้อ ให้จ่ายเงินค่าสินค้าแก่ผู้ขายไปก่อน โดยวิธีการเช่นนี้ผู้ซื้อสามารถทำได้โดยยื่นคำขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตแก่ธนาคารหนึ่งในประเทศ โดยนำหลักทรัพย์มาวางเป็นประกันไว้แก่ธนาคารนั้น และเมื่อสินค้าเดินทางมาถึงประเทศผู้ซื้อ ผู้ขนส่งมีหน้าที่ต้องส่งมอบสินค้าให้แก่ธนาคารผู้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตให้แก่ผู้ซื้อ เพราะเป็นผู้ถือใบตราส่งสินค้าไว้ เมื่อโจทก์เป็นธนาคารผู้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตให้แก่จำเลย จึงเป็นผู้มีสิทธิรับมอบสินค้าไว้จากผู้ขนส่ง หากจำเลยจะมาขอรับสินค้าไปก็ต้องชำระราคาสินค้าพร้อมกับค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย หากยังไม่มีเงินชำระแต่ต้องการรับสินค้าไปจำหน่ายก่อน จำเลยก็ต้องทำความตกลงกันอีกครั้งหนึ่งด้วยการทำสัญญาทรัพย์สิน เมื่อจำเลยทำสัญญาทรัพย์สินกับโจทก์โดย

ขอรับสินค้าไปจำหน่ายก่อนแต่ไม่ชำระเงินค่าสินค้าภายในกำหนดเวลาที่ระบุไว้ในสัญญา โจทก์ ย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกร้องให้จำเลยชำระเงินตามสัญญาทรัพย์สินที่ดังกล่าว

หลักกฎหมายต่างๆที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทรัพย์สินที่ในประเทศไทยจึงเกิดจากคำพิพากษาของศาล ซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil Law การที่กฎหมายเกิดจากคำพิพากษาของศาลนั้นไม่มีปรากฏในระบบกฎหมาย Civil Law ในระบบกฎหมายนี้คำพิพากษาของศาล คือการนำกฎหมายที่มีมาปรับใช้แก้คดี หรือ อาจเป็นไปได้เพียงแนวทางปฏิบัติในการตัดสินคดีของผู้พิพากษาเท่านั้น

การวินิจฉัยคดีของศาลในเรื่องสัญญาทรัพย์สินที่อาจจะคลาดเคลื่อนไปจากหลักการที่ถูกต้องของสัญญาทรัพย์สิน โดยเมื่อมีคดีเสนอขึ้นมาสู่ศาลนั้น ศาลจะปฏิเสธไม่ตัดสินคดีโดยอ้างเหตุว่าไม่มีกฎหมายมาปรับใช้แก้คดีไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 ดังนั้นศาลจึงต้องพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องด้วยสัญญาทรัพย์สิน เมื่อไม่มีกฎหมายโดยเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องนั้น ศาลก็จะนำหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะต่างๆมาปรับใช้แก้คดีในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง¹ ซึ่งกฎหมายที่นำมาปรับใช้นั้นก็อาจจะไม่

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 392/2550 จำเลยที่ 1 เป็นหนี้โจทก์ในมูลหนี้ตามสัญญาทรัพย์สินแต่ละฉบับแยกต่างหากจากกันรวม 28 ฉบับ เป็นกรณีที่ถูกหนี้ต้องผูกพันต่อโจทก์เป็นเจ้าหนี้ในอันที่จะกระทำการเพื่อชำระหนี้เป็นการอย่างเดียวกันโดยมูลหนี้หลายราย โดยการชำระหนี้ซึ่งหากชำระโดยจำเลยที่ 2 ผู้ค้ำประกันไม่เพียงพอจะเปลี่ยนหนี้สินทุกรายได้หมดสิ้นไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 328 วรรคหนึ่ง ดังนั้น ในการชำระหนี้โดยจำเลยที่ 2 ก็ดี หรือการบังคับชำระหนี้ของจำเลยที่ 1 เอาจากจำเลยที่ 2 ก็ดี จะถือว่าเป็นการชำระหนี้ตามสัญญาทรัพย์สินฉบับใด รวมทั้งค่าไปรษณีย์ ค่าธรรมเนียมและค่าอากรแสตมป์เพียงใดบ้างนั้น ย่อมต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามมาตรา 328 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง แล้วแต่กรณี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8254/2544 ฟ้องเรียกร้องให้จำเลยชำระเงินตามสัญญาทรัพย์สินที่ดังกล่าว ซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงอายุความในการใช้สิทธิดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ จึงต้องใช้อายุความทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30คือ มีกำหนด 10 ปี ไม่ใช่เป็นกรณีตัวแทนเรียกร้องเงินทดรองที่จ่ายแทนตัวการซึ่งมีอายุความ 2 ปี

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1246/2544 การที่ธนาคารโจทก์บอกเลิกสัญญาทรัพย์สินที่ เพื่อให้จำเลยนำเงินค่าสินค้า ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่โจทก์ชำระแทนจำเลยไปแล้วคืน โจทก์ทันทีพร้อมดอกเบี้ย เป็นผลเพียงให้สัญญาทรัพย์สินที่สิ้นสุดลง ส่วนความผูกพันในเรื่อง

สอดคล้องถูกต้องกับลักษณะของสัญญาทรัพย์สินที่หนัก เช่นนี้เมื่อกฎหมายไม่มีความแน่นอน อาจทำให้คู่ความได้เปรียบเสียเปรียบกันโดยไม่รู้ตัว อีกทั้งเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ทราบถึงสิทธิ และหน้าที่ของตนเองได้โดยแท้ อาจทำให้ฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองมากกว่าเขาเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งได้

ในบทนี้ เป็นการเสนอให้เห็นถึงตัวอย่างบางประการของคำพิพากษาศาลฎีกาที่นำหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะต่างๆ มาปรับใช้แก้คดี ซึ่งไม่น่าจะถูกต้อง สอดคล้องตามหลักการของสัญญาทรัพย์สินที่หนัก โดยแยกพิจารณาเป็นประเด็นที่สำคัญได้ดังนี้

4.1 สัญญาทรัพย์สินที่หนักไม่ใช่สัญญาก่อตั้งทรัพย์สิน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2546/2517 “สัญญารับมอบสินค้าเชื่อหรือทรัพย์สินที่หนัก คือ สัญญาระหว่างธนาคารผู้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตและลูกค้าผู้ขอให้เปิดเครดิตโดยธนาคารสัญญา จะมอบเอกสารที่จะใช้ในการรับมอบสินค้าให้ผู้ขอเครดิตเพื่อไปรับสินค้าและนำสินค้านั้นไปขายได้ แต่กรรมสิทธิ์ในสินค้ายังเป็นของธนาคารอยู่ และทางฝ่ายผู้ขอเปิดเครดิตก็สัญญาว่าจะยึดถือ เอกสารที่จะใช้ในการรับมอบสินค้า กับสินค้าที่รับมา รวมทั้งเงินที่ขายสินค้านั้นได้ ไว้ในนามของ ธนาคารและจะนำเงินชำระให้แก่ธนาคารเมื่อหักกับเงินที่เป็นหนี้ตามตราพัต สัญญาเช่นนี้มีผลผูกพันคู่กรณีตามกฎหมาย กรณีนี้หาใช่สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686 ไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3748/2530 “สัญญาทรัพย์สินที่หนักหาใช่เป็นการก่อตั้งทรัพย์สินตาม ความหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1686 ไม่ จึงไม่ตกเป็นโมฆะ ฎีกาข้อนี้ แม้จำเลยจะมีได้ยกเป็นข้อต่อสู้ไว้ในคำให้การก็ตาม แต่เป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบ เรียบร้อยของประชาชน ศาลฎีกาเห็นสมควรวินิจฉัยให้ได้”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองนั้นต่างก็ได้วางหลักว่า สัญญาทรัพย์สินที่หนักไม่ใช่การ ก่อตั้งทรัพย์สินตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1686 จึงไม่ตกเป็น

ดอกเบี้ยยตามสัญญาที่ล่วงมาแล้วก่อนบอกเลิกสัญญา ยังคงมีเหมือนเดิมกรณีไม่อาจนำเรื่องการ กลับคืนสู่ฐานะเดิมมาใช้บังคับ

โมฆะ ในประเด็นนี้ได้มีนักวิชาการแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องที่ว่าสัญญาทรัสต์รีซีทเป็นสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือไม่ ดังนี้

ความเห็นแรกของ อาจารย์ประพนธ์ ศาตะมาน “ทรัสต์รีซีทเป็นสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ กล่าวคือ ลูกค้ำผู้ทำทรัสต์รีซีทกับธนาคารจะตกอยู่ในฐานะที่เป็นทรัสต์ตีของธนาคาร โดยให้ธนาคารเป็นผู้รับประโยชน์ตามทรัสต์ที่ตั้งขึ้น กรณีดังกล่าว ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้าตามกฎหมายคอมมอนลอว์ที่เรียกว่า “Legal Owner” คือลูกค้ำที่ทำทรัสต์รีซีท และผู้เป็นเจ้าของสินค้าตามกฎหมายเอคควิตี้ที่เรียกว่า “Beneficial Owner” คือธนาคารผู้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต ในกรณีนี้ลูกค้ำสัญญาว่าจะครอบครองเอกสารการส่งสินค้าและเงินที่ขายสินค้าได้เพื่อประโยชน์ของธนาคาร”²

ความเห็นที่สองเป็นการทำหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6/2517 โดยนายสมอินทร์พยุง “ทรัสต์รีซีทไม่ใช่การก่อตั้งทรัสต์ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เพราะ ถ้าเป็นทรัสต์แล้วธนาคารจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าที่ลูกค้ำสั่งซื้อให้กับลูกค้ำ แต่เห็นว่าทันทีที่ธนาคารผู้ขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตชำระราคาค่าสินค้าให้แก่ผู้ขายสินค้า เมื่อนั้นกรรมสิทธิ์ในสินค้าตกเป็นของธนาคารผู้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต การทำสัญญาทรัสต์รีซีทไม่มีผลให้กรรมสิทธิ์ในสินค้าที่ลูกค้ำสั่งซื้อกลับมาเป็นของลูกค้ำแต่อย่างใด”

จะเห็นได้ว่าประเด็นนี้มีความเห็นที่แตกต่างของนักวิชาการซึ่งต่างฝ่ายต่างก็มีเหตุผลให้การสนับสนุนแนวคิดของตนอย่างสมเหตุสมผล ก่อนที่จะวิเคราะห์ว่าเห็นพ้องด้วยกับเหตุผลของฝ่ายใดนั้น ควรที่จะเข้าใจอย่างถ่องแท้เสียก่อนว่า “ทรัสต์” คืออะไร

ทรัสต์เป็นเรื่องที่ถือกำเนิดจากกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งในประเทศไทยนั้นแม้ว่าในอดีตจะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดที่กล่าวถึงหรืออธิบายเกี่ยวกับเรื่องทรัสต์เอาไว้อย่างชัดเจน แต่ก็สามารถอนุมานถึงความมีอยู่ หรือ เป็นที่ยอมรับในทางกฎหมายเรื่องทรัสต์ในประเทศไทยได้ โดยจะเห็นปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 507-508/2480³ , 136/2481⁴ ,

² ประพนธ์ ศาตะมาน , “หลักปฏิบัติการธนาคารที่เกี่ยวข้องกับศาล” , อุลพาหะ เล่มที่ 1 ปีที่ 22 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2521) น.17

³ คดีนี้ได้ความว่าโจทก์กับจำเลยที่ 2 เป็นบุตร ท.จำเลยที่ 3 เป็นบุตรจำเลยที่ 1 และที่ 2 เมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2476 ท.ได้อินที่ดินโฉนดที่ 3077 ให้แก่จำเลยที่ 3 โดยเสนาหา โดยได้ทำสัญญาโอนต่อเจ้าพนักงานลงชื่อจำเลยที่ 3 ซึ่งขณะนั้นเป็นผู้เยาว์ โจทก์ฟ้องหาว่าการที่ ท.ลงชื่อ

661/2481⁵ , 163/2491⁶ เป็นต้น จะเห็นได้ว่าเรื่องทรัพย์สินนั้นมีปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาตั้งแต่ปี พ.ศ.2480 แล้ว ดังนั้นในการที่จะศึกษาในเรื่องทรัพย์สินนั้นจึงควรที่จะศึกษาจากกฎหมายอันเป็นต้นกำเนิดของเรื่องทรัพย์สิน คือกฎหมายอังกฤษนั่นเอง

จำเลยที่ 3 เพื่อให้ถือเป็นทรัพย์สินไว้ให้โจทก์ โดยต่อมาวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ.2476 จำเลยที่ 2 ในฐานะเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยที่ 3 ได้ทำหนังสือทรัพย์สินไว้ต่อหน้า ท.เป็นสำคัญว่า จำเลยที่ 3 ถือที่ดินนั้นไว้ให้แก่โจทก์ตามความประสงค์ของ ท.และจะโอนที่ดินนั้นให้โจทก์เมื่อ ท.มรณะไปแล้ว ต่อมา ท.มรณะ จำเลยไม่จัดการโอนที่ดินให้โจทก์ ๆ จึงขอให้ศาลเรียกโฉนดจากจำเลยและโอนใส่ชื่อโจทก์เป็นเจ้าของ

⁴ ในคดีที่เจ้ามรดกมรณะก่อนวันใช้ประมวลแพ่งฯ บรรพ 2 จะนำบทบัญญัติในประมวลบรรพนั้นมาใช้บังคับมิได้ ทรัพย์สินที่ตั้งขึ้นก่อนวันใช้ประมวลแพ่งฯ บรรพ 6 ย่อมมีผลสมบูรณ์ใช้ได้ โดยกฎหมายสยามรับเอาหลักกฎหมายอังกฤษเรื่องวิธีการตั้งทรัพย์สินมาใช้เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและถือว่าเป็นส่วนหนึ่งแห่งกฎหมายสยาม การตั้งทรัพย์สินโดยไม่มีกำหนดเวลานั้นไม่เป็นโมฆะเสียเปล่าไป แต่กำหนดระยะเวลาเมื่อสิ้นสุดลงเมื่อสิ้นชีวิตผู้รับประโยชน์ตามพินัยกรรมคนทำที่สุดที่มีชีวิตอยู่ในขณะผู้ทำพินัยกรรมตายและอีก 20 ปี ต่อแต่นั้นไป โมฆะกรรมนั้นจะให้สืบทายันมิได้, นิติกรรมที่มีกำหนดเวลาเกินกำหนดในกฎหมายนั้นไม่เป็นโมฆะเสียทีเดียว แต่ถือนิติกรรมฉบับนั้นมีผลเพียงเท่าที่ระยะเวลาในกฎหมายกำหนดไว้

⁵ การตั้งทรัพย์สินก่อนวันใช้ประมวลแพ่งฯ บรรพ 6 นั้น ย่อมมีผลใช้บังคับได้เสียเปล่าไป การมีชื่อในหน้าโฉนดที่ดิน 2 คน ไปทำสัญญาที่หอทะเบียนโฉนดที่ดินให้ประเภทยกให้ใส่ชื่อผู้รับ 6 คนและบันทึกไว้ในรายการหลังโฉนดว่าโอนให้ในฐานะทรัพย์สิน และได้มีการปฏิบัติกันต่อมาในฐานะทรัพย์สินตั้งนี้ถือได้ว่าได้มีการตั้งทรัพย์สินขึ้นโดยชอบแล้ว หลักกฎหมายเรื่องทรัพย์สินที่ศาลสยามรับมาใช้ขึ้นนั้นไม่มีบังคับว่าการตั้งทรัพย์สินจะต้องทำเป็นตราสารตามแบบอย่างใดเป็นพิเศษ เจ้าของที่ดินตั้งตนเป็นทรัพย์สินจัดการในเรื่องที่ดินนั้นได้ทรัพย์สินร่วมยอมเป็นผู้มีส่วนได้เสียตามกฎหมายที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนทรัพย์สินซึ่งทำผิดหน้าที่ได้ ทรัพย์สินเอาที่ดินของทรัพย์สินไปวางเป็นประกันหนี้ส่วนตัวของตนและเก็บดอกผลในที่ดินนั้นไปใช้ประโยชน์ส่วนตัวเสียถือว่าทรัพย์สินนั้นกระทำผิดหน้าที่ ในคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนทรัพย์สินนั้นเมื่อศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลชั้นต้นได้แต่เฉพาะปัญหาข้อกฎหมาย

⁶ ผู้ก่อตั้งทรัพย์สินได้มอบทรัพย์สินของตนให้แก่ทรัพย์สินเป็นผู้ดูแลจัดการผลประโยชน์เพื่อรับประโยชน์แห่งทรัพย์สินนั้น ไม่ใช่เป็นเรื่องสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตาม

4.1.1 ความหมายของทรัสต์

ในการที่จะศึกษาในเรื่องใดๆนั้น สิ่งแรกที่จะต้องทำความเข้าใจเสียก่อนก็คือ นิยามความหมายของคำศัพท์นั้นๆเพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาขั้นต่อไป โดยคำว่า “ทรัสต์” (Trust) นั้นมีนักวิชาการให้ความหมายหรือคำจำกัดความคำว่า “ทรัสต์” เอาไว้อย่างแพร่หลาย ซึ่งพอที่จะสรุปได้ดังนี้

1. Sir Arthur Underhill⁷

“ An equitable obligation binding a person who is called a trustee to deal with property over which he has control which is called trust property for the benefit of persons who are called beneficiaries of whom he may himself be one and anyone of whom may enforce the obligation or for a charitable purpose which may be enforced at the instance of the Attorney General or for some other purpose permitted by law though unenforceable”

“ทรัสต์คือหน้าที่ทางเอควิตีซึ่งผูกมัดบุคคลผู้หนึ่ง เรียกว่าทรัสต์ ให้จัดการทรัพย์สินซึ่งตนมีอำนาจเหนือ เรียกว่าทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์ Trust property เพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกคนหนึ่งหรือหลายคน เรียกว่าผู้รับประโยชน์ ซึ่งอาจเป็นตนเองหรือผู้อื่นก็ได้ และผู้รับประโยชน์คนใดคนหนึ่งมีสิทธิบังคับให้ปฏิบัติตามหน้าที่นั้นได้ หากทรัสต์กระทำการหรือเพิกเฉยไม่กระทำงานอันปราศจากข้ออ้างหรืออำนาจที่ให้ไว้ในตราสารจัดตั้งทรัสต์ หรือ ที่ให้ไว้โดยกฎหมายได้ชื่อว่าทำละเมิดทรัสต์”

ชำระหนี้แต่อย่างใด ฉะนั้นเมื่อทรัสต์คนใดทำผิดหน้าที่และละเมิดทรัสต์ ศาลก็ย่อมจะพิพากษาถอดถอนทรัสต์ผู้นั้นเสียได้ โดยไม่ต้องเลิกล้มทำลายหนังสือสัญญาก่อตั้งทรัสต์ การถอดถอนทรัสต์นั้นไม่มีหลักกฎหมายว่าทรัสต์จะต้องกระทำการถึงเป็นการทุจริตจึงจะถอดถอนได้ เพียงแต่ละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของตนถึงขนาดไม่สมควรจะดำรงตำแหน่งเป็นทรัสต์ต่อไปแล้ว ศาลก็ย่อมถอดถอนได้ ฟ้องขอให้ถอดถอนทรัสต์ตามมาตราสารก่อตั้งทรัสต์ที่ได้กระทำไว้ในประเทศไทย นั้น แม้ทรัพย์สินอันเป็นกองทรัสต์ส่วนมากจะอยู่ในต่างประเทศก็ฟ้องในประเทศไทยได้เพราะมิใช่เรื่องที่จะต้องบังคับแก่ทรัสต์สินแต่อย่างใด

⁷ Underhill & Hayton, Law of trusts and trustee , 14th ed. (1899), p.3.

2. Paul Todd⁸

“In general , the legal title of trust property must be vested in trustees for a valid trust to be constituted. The trustee must have control of the property. The settler may declare himself trustee or transfer the property to trustees. If formalities are required for this transfer.”

“ โดยทั่วไป กรรมสิทธิ์ในทางกฎหมายของทรัพย์สินในกองทรัสต์นั้นจะต้องโอนมาเป็นของทรัสต์ในการก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์มีหน้าที่ต้องควบคุมดูแลทรัพย์สินนั้นโดยผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องแจ้งแก่ทรัสต์หรือโอนทรัพย์สินมาให้แก่ทรัสต์ และจะต้องทำตามแบบถ้าการโอนประเภทนั้นกำหนดให้ต้องทำตามแบบ”

3. Martin Dixon⁹

“ The essential ingredients of a trust are well known : there is a trustee who is the holder of the legal title to property and this person holds the trust property on trust for the beneficiary. The beneficiary is the equitable owner of the property and this is the person to whom the real or beneficial advantage of ownership will accrue”

“ องค์ประกอบที่สำคัญของทรัสต์ที่เป็นที่รู้จัก คือ มีทรัสต์ผู้ซึ่งถือกรรมสิทธิ์ในทางกฎหมายของทรัพย์สินและถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในกองทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ ผู้รับผลประโยชน์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินในกองทรัสต์ทางเทคนิคที่ดี และผู้รับผลประโยชน์นั้นเป็นผู้ที่จะได้รับผลประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นหรือออกเงยจากทรัพย์สินนั้นจริงๆ”

4. Lewis E. Davids¹⁰

“An equitable right or interest in property distinct from the legal ownership thereof. A property interest held by one person for the benefit of another usually under

⁸ Paul Todd, Cases & Materials on Equity & Trusts, 2nd ed. (London : Blackstone Press Limited, 1996), p.60.

⁹ Martin Dixon M A., Equity & Trusts, 1st ed. (London : Cavendish Publishing Limited, 1995), p. 1.

¹⁰ Lewis E.Davids, Dictionary of Banking and Finance, (Illinois : Littlefield Adam & Co., 1980), p.206.

temporary or conditional terms such as that ownership transferred to a trustee until an heir becomes of legal age”

“ สิทธิในทางเอคควิตี หรือ ผลประโยชน์ในทรัพย์สินที่แน่นอนจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายของสิ่งนั้น ผลประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นถือโดยบุคคลหนึ่งโดยถือเพื่อประโยชน์ของอีกบุคคลหนึ่งภายใต้เงื่อนไขที่ตกลง เช่น กรรมสิทธิ์จะโอนไปเป็นของทรัสต์ที่จนกระทั่งทายาทบรรลุนิติภาวะแล้ว”

5. Philip H.Pettit¹¹

“ The general idea is expressed by saying that the trustee is the nominal owner of the trust property but that the real or beneficial owner is the cestuis que trust or alternatively that the trustee is the legal owner the cestui que trust the equitable owner.”

“ แนวความคิดโดยทั่วไปของทรัสต์นั้นสามารถอธิบายได้ว่า ทรัสต์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินของทรัสต์เฉพาะในนามเท่านั้นแต่ในความจริงแล้วเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่แท้จริงคือผู้รับผลประโยชน์หรืออาจกล่าวอีกทางหนึ่งได้ว่าทรัสต์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทางกฎหมายแต่ผู้รับผลประโยชน์เป็นเจ้าของในทางเอคควิตี”

6.Charks Kelly and John Cole-Hamilton¹²

“An interest created by the conveyance of property made or assumed to be made by one party (the truster) to another (the trustee) in order that the latter may carry out the direction express or implied of the former respecting its management and disposal.”

“ผลประโยชน์ถูกสร้างขึ้นโดยการโอนทรัพย์สินซึ่งทำโดยหรือสันนิษฐานได้ว่าถูกทำโดยบุคคลฝ่ายหนึ่ง(ผู้ก่อตั้งทรัสต์)แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง(ทรัสต์) ในกรณีที่โอนกันนั้นอาจทำได้โดยการโอนโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย โดยคาดหวังว่าทรัสต์จะต้องบริหารจัดการทรัพย์สินนั้น”

¹¹ Philip H.Pettit, Equity and the Law of Trusts, 7th ed. (London : Butterworth & Co.Publishers Ltd., 1993), p.23.

¹² Charks Kelly and John Cole-Hamilton, Trusts , 1st ed. (London : Sir Isaac Pitman & Son Ltd., 1927), p.16.

7. Trustee Act 1925

"Trust does not include the duties incident to an estate conveyed by way of mortgage; but, with this exception, includes implied and constructive trusts, and cases where the trustee has a beneficial interest in the trust property, and the duties incident to the office of legal representative of a deceased person. "

“ ทรัสต์ไม่รวมถึงหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการโอนอสังหาริมทรัพย์ด้วยวิธีการMortgage ซ้อยกเว้นนี้ใช้รวมไปถึงการก่อตั้งทรัสต์โดยปริยายและทรัสต์โดยสมมุติด้วย ทรัสต์มีหน้าที่จัดการผลประโยชน์ในทรัพย์สินของทรัสต์และมีหน้าที่รับโอนทรัพย์สินของคนตาย”

8. พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่ออุทธรณ์ในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาตรา 3

“ ทรัสต์ หมายความว่า นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์”

“ สัญญาก่อตั้งทรัสต์ หมายความว่า สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ทรัสต์ ด้วยความไว้วางใจให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้รับประโยชน์ และให้หมายความรวมถึงหนังสือแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ในกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์เป็นบุคคลคนเดียวกัน”

จากการให้ความหมายต่างๆของนักวิชาการและในกฎหมายนั้นอาจสรุปได้ว่า ทรัสต์ คือ การที่บุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์ มีเจตนาโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิอื่นใดในทรัพย์สินที่แน่นอนให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าทรัสต์ด้วยความไว้วางใจ เพื่อให้จัดการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่ทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้รับประโยชน์ ซึ่งเป็นบุคคลที่แน่นอน

4.1.2 ประเภทของทรัสต์

ในการก่อตั้งทรัสต์นั้นอาจทำได้หลายรูปแบบซึ่งการแบ่งประเภทของทรัสต์นั้นอาจแบ่งได้หลายแบบดังนี้

1. ทรัสต์โดยแจ้งชัด (Express trust) , ทรัสต์โดยปริยาย (Implied trust) , ทรัสต์ที่กลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง (Resulting trust) , ทรัสต์โดยการสมมุติ (Constructive trust)¹³

ทรัสต์โดยชัดแจ้ง คือ ทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งแสดงเจตนาก่อตั้งขึ้นโดยชัดแจ้ง ซึ่งอาจเป็นโดยประกาศิตตนเองเป็นทรัสต์ เพื่อประโยชน์ของผู้อื่น หรือ การที่ประกาศิตทรัสต์คนอื่นขึ้นมาโดยชัดแจ้ง ซึ่งการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งนั้นอาจทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาก็ได้ หรืออาจกระทำโดยการแสดงออกทางกายภาพที่บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบ Civil Law จะเข้าใจว่าการก่อตั้งทรัสต์นั้นมีประเภทเดียว คือ ทรัสต์โดยชัดแจ้ง (Express Trust)¹⁴ แต่แท้ที่จริงแล้วไม่เป็นเช่นนั้น ทรัสต์มีหลายประเภท และมีวิธีการแบ่งประเภทหลายแบบ

ทรัสต์โดยปริยาย คือ ทรัสต์ที่ถือว่าเกิดขึ้นโดยการสันนิษฐานเอาจากเจตนาของเจ้าของทรัพย์สินว่าประสงค์จะให้ทรัสต์ขึ้น เป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายซึ่งการแสดงเจตนา นั้นเช่นเดียวกับทรัสต์แบบชัดแจ้ง กล่าวคือ การแสดงเจตนาอาจทำเป็นลายลักษณ์อักษร , วาจา หรือ การแสดงออกทางกายภาพก็ได้ แต่จะแตกต่างจากทรัสต์แบบชัดแจ้ง คือ การแสดงเจตนา นั้นจะเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องสันนิษฐานเอาว่ามีเจตนาก่อตั้งทรัสต์ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาแบบไม่ชัดแจ้งนั่นเอง

ทรัสต์ที่กลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง ทรัสต์เช่นนี้ความจริงก็คือว่าเป็นทรัสต์โดยปริยายเหมือนกัน แต่แบ่งออกมาเพื่อความสะดวกในการเรียกชื่อนั้น ทรัสต์เช่นนี้เกิดขึ้นได้โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์ตั้งทรัสต์เพื่อให้จัดการทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นตลอดชีวิตของผู้รับประโยชน์นั้น ดังนั้นถ้าผู้รับประโยชน์ตายแล้ว มิใช่ว่าผลประโยชน์นั้นจะตกได้แก่ตัวทรัสต์เอง เพราะตามเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์ย่อมไม่ประสงค์จะให้ทรัพย์สินนั้นเป็นสิทธิขาดแก่ทรัสต์ ดังนั้นทรัสต์จึงต้องยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทายาทของผู้ก่อตั้งทรัสต์ต่อไป หรืออาจเกิดขึ้นได้เมื่อ ก. ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินสมบัติให้ ข. เพื่อให้ยึดถือเป็นทรัสต์เพื่อประโยชน์ของ ค. แต่เสียชีวิต ค. ตายเสียก่อน ก. ดังนั้นทรัสต์ตาม

¹³ Parker and Mellows, The Modern Law of Trusts ,7th ed.(London : Sweet & Maxwell, 1998), p.35.

¹⁴ Maurizio Lupoi, Trusts A Comparative Study, (Cambridge University Press , 2000), p.14.

พินัยกรรมย่อมไม่มีผล แต่ก็เห็นตามเจตนาของ ก. ว่า ก. ไม่ประสงค์ให้ ข. ได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินมรดกนั้น ดังนั้นเมื่อ ก. ตาย ข. ย่อมต้องยึดถือทรัพย์สินนั้น เพื่อประโยชน์ของทายาทของ ก. สืบไป

ทรัสต์โดยสมมุติ คือ ทรัสต์ที่เกิดขึ้นโดยการสมมุติของเอคควิตี้ โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของเจ้าของทรัพย์สินนั้นว่าประสงค์จะให้ทรัสต์ขึ้นหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากทางเอคควิตี้ถือว่า ถ้าปล่อยให้ผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินนั้นยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของตนเองแล้วจะเป็นการทำลายความไว้เนื้อเชื่อใจที่เจ้าของทรัพย์สินมีต่อตน และเป็นการขัดต่อความเป็นธรรมด้วย เอคควิตี้จึงสมมุติว่าผู้นั้นยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ในฐานะเป็นทรัสต์ ทรัสต์เช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้

2. ทรัสต์ที่ก่อตั้งเสร็จแล้ว (Executed trust) และทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ (Executory trust)¹⁵

ทรัสต์ที่ก่อตั้งเสร็จแล้ว คือ ทรัสต์ที่ได้ก่อตั้งโดยกำหนดตัวทรัพย์สิน และหน้าที่ของทรัสต์ไว้แน่นอนแล้วไม่จำเป็นต้องทำอะไรต่อไปอีก

ทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ คือ ทรัสต์ที่ยังมิได้กำหนดตัวทรัพย์สินและหน้าที่ของทรัสต์ให้แน่นอนไป ซึ่งอาจเป็นเพียงข้อตกลงระหว่างคู่กรณีว่าจะก่อตั้งทรัสต์จากทรัพย์สินบางอย่างขึ้น หรืออาจเป็นเพียงคำสั่งในพินัยกรรมสั่งให้ทรัสต์จัดการซื้อที่ดินและจัดการตั้งเป็นทรัสต์ขึ้น เพื่อประโยชน์แก่ทายาทของผู้ทำพินัยกรรมนั้น เป็นต้น

3. ทรัสต์เพื่อเอกชน (Private Trust) และ ทรัสต์เพื่อสาธารณะหรือเพื่อการกุศล (Public or Charitable Trust)¹⁶

ทรัสต์เพื่อเอกชน คือ ทรัสต์ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชนคนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

ทรัสต์เพื่อสาธารณะหรือเพื่อการกุศล คือ ทรัสต์ที่ตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ หรือความผาสุกของประชาชนเป็นส่วนใหญ่ แม้ว่าประชาชนจะเป็นผู้รับประโยชน์แต่ก็ห้ามสิทธิฟ้องเรียกร้องให้ปฏิบัติตามทรัสต์นั้นได้ไม่ สิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับนั้นตกอยู่แก่ Attorney General¹⁷

¹⁵ Parker and Mellows, The Modern Law of Trusts, 7th ed. (London : Sweet & Maxwell, 1998), p.38.

¹⁶ *Ibid.*, p.40.

¹⁷ คล้ายกับอัยการในประเทศไทย

ผลของทรัสต์ทั้ง 2 ประเภทนี้ ที่มีความแตกต่างกันคือ¹⁸

1) เมื่อผู้รับประโยชน์ไม่แน่นอน ถ้าเป็นทรัสต์เพื่อเอกชนทรัสต์นั้นไม่มีผลและบังคับกันมิได้ ผู้ยึดถือทรัพย์สินนั้นจึงต้องยึดถือไว้แทนผู้ก่อตั้งทรัสต์ แต่ถ้าเป็นทรัสต์เพื่อการกุศลทรัสต์นั้นหาเสียไปไม่ ยังมีผลใช้ได้อยู่และศาลยอมจะให้ทรัสต์ยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของการกุศลที่คล้ายคลึง หรือมีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกับที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์เจตนาจะให้ได้รับประโยชน์นั้นอยู่ วิธีการนี้เรียกว่า Cy – pres Doctrine¹⁹ แต่ศาลจะนำวิธีนี้มาใช้ได้ ก็ต่อเมื่อ²⁰

1. ปรากฏชัดแจ้งจากเจตนาของเจ้าของทรัพย์สินว่า ตั้งใจจะมอบทรัพย์สินนั้นให้เพื่อการกุศลไม่ว่าด้วยประการใด ๆ และ

2. การจะค้นหาผู้รับประโยชน์ดังเจตนาของเจ้าของทรัพย์สินนั้นไม่สามารถทำได้ หรือเป็นการพันวิสัยที่จะปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้น เช่น องค์การกุศลนั้นล้มเลิกไปเสียก่อนที่ทรัสต์จะมีผลเป็นต้น

2) ถ้าทรัสต์เพื่อการกุศลมีผลบังคับได้ตั้งแต่แรกแต่ไม่อาจปฏิบัติต่อไปได้ในภายหลัง เพราะผู้รับประโยชน์ล้มเลิก หรือกิจการนั้นเสร็จสิ้นแล้ว ดังนี้ ศาลยอมใช้วิธีการ Cy – pres ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเจตนาของเจ้าของทรัพย์สิน เว้นแต่จะมีข้อความในตราสารก่อตั้งทรัสต์ให้เห็นเป็นอย่างอื่น ว่าเจ้าของทรัพย์สินไม่ประสงค์จะให้ทรัสต์นั้นอีกต่อไป

3) เมื่อผู้รับประโยชน์ไม่ใช่บุคคล ถ้าเป็นทรัสต์ธรรมดาทรัสต์นั้นไม่อาจบังคับกันได้แต่ก็มีใช้ว่าจะเป็นโมฆะ เว้นแต่จะขัดต่อกฎหมายความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

¹⁸ Parker and Mellows, *supra* note 10, p.379.

¹⁹ เป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่ซึ่งเกิดขึ้นมาจากหลักเคอควิตีจากศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอร์เป็นคำที่แปลจากภาษาฝรั่งเศสโบราณมาเป็นภาษาอังกฤษ ทฤษฎีนี้ถูกสร้างขึ้นมากในกฎหมายทรัสต์เพื่อการกุศล แต่มันกลับถูกนำไปใช้ประกอบการตัดสินคดีในสหรัฐอเมริกา ก่อน cy-pres doctrine จึงถูกนำไปใช้ในอังกฤษและเวลส์ซึ่งนำไปใช้เป็นกฎเกณฑ์ที่ถูกจำกัดการใช้การตีความอย่างเข้มงวดกับเฉพาะกับอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่สามารถโอนได้ภายใต้ทรัพย์สินที่กำหนดเท่านั้น และจะต้องใช้กับเฉพาะทรัสต์เพื่อการกุศลเท่านั้นโดยต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการสาธารณะ

²⁰ Parker and Mellows, *supra* note 10, p.420.

ดังนั้นถ้าทรัสต์คืออยากจะทำตามคำสั่งในทรัสต์นั้นก็ไม่มีอะไรห้าม ถ้าเป็นทรัสต์เพื่อการกุศลแล้ว ย่อมมีผลใช้บังคับได้โดยชอบ และตกเป็นหน้าที่ของ Attorney General ที่จะต้องเรียกร้องบังคับต่อไป

4) กฎเพอเพททิวตี้ (Perpetuity Rule)²¹ กฎในเรื่องนี้มีว่า การให้หรือจำหน่าย ทรัพย์สินใด ๆ แก่บุคคลซึ่งยังไม่มีตัวตนในขณะให้หรือจำหน่ายนั้น จะต้องอยู่ในระยะเวลาชีวิตของผู้รับคนก่อน ๆ ซึ่งมีชีวิตอยู่ในขณะจำหน่ายทรัพย์สินนั้นทรัสต์เพื่อเอกชนตกอยู่ในกฎนี้ ฉะนั้นถ้า ก. มอบที่ดินให้ทรัสต์เพื่อให้ยึดถือไว้เป็นประโยชน์ของ ข. และเมื่อ ข. ตายแล้วเพื่อประโยชน์ของบุตร ข. โดยมีเงื่อนไขดังตัวอย่างข้างต้น ทรัสต์เพื่อบุตรของ ข. เป็นโมฆะทรัสต์เพื่อการกุศลได้รับยกเว้นไม่เข้าอยู่ในกฎนี้

5) กฎว่าด้วยการห้ามโอนทรัพย์สิน การจำหน่ายหรือโอนทรัพย์สินใด โดยมีข้อกำหนดห้ามมิให้โอนทรัพย์สินนั้นอีกต่อไป ย่อมเป็นโมฆะ ทรัสต์เพื่อเอกชนก็เข้าอยู่ในกฎนี้ ฉะนั้นการมอบที่ดินให้ทรัสต์เก็บผลประโยชน์บำรุงสมาคม ก. เรื่อยไปโดยไม่มีกำหนดเวลานั้น ย่อมเป็นโมฆะ (การให้เก็บแต่ผลประโยชน์ย่อมหมายความว่า ทรัสต์จะจำหน่ายหรือโอนที่ดินนั้นไม่ได้) แต่ทรัสต์เพื่อการกุศลได้รับยกเว้น ไม่ต้องห้ามตามกฎนี้

6) การได้รับยกเว้นไม่เสียภาษีเงินได้ ตาม Income Tax Act, 1952 ทรัสต์เพื่อการกุศลได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ แต่ทรัสต์เพื่อเอกชนมิได้รับการยกเว้นจากพระราชบัญญัตินี้เลย

7) อำนาจของทรัสต์ ว่าโดยหลักทั่วไปแล้วถ้าเป็นทรัสต์เพื่อเอกชนทรัสต์ถ้ามีหลายคน จะทำการใดให้มีผลผูกพันทรัสต์คนอื่น ๆ มิได้เว้นแต่จะมีความเห็นเป็นอย่างเดียวกัน ส่วนทรัสต์เพื่อการกุศลนั้นความเห็นข้างมากของทรัสต์ย่อมผูกมัดความเห็นของฝ่ายน้อย และมีผลบังคับได้

²¹ เป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องทรัพย์สิน , ทรัสต์ , อสังหาริมทรัพย์และสัญญา โดยเกิดจากคำพิพากษาในกฎหมายระบบคอมมอนลอร์เป็นกฎเกณฑ์ที่ทำให้ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นในอนาคตเป็นอันสิ้นผลไป ซึ่งเกิดขึ้นช่วงสมัย perpetuities สาระสำคัญของกฎเกณฑ์นี้คือการจำกัดอำนาจของเจ้ามรดกในการที่จะยกสมบัติให้แก่ลูกหลานหรือญาติห่างๆ

4. ทรัสต์ลับ (Secret Trust) ซึ่งแบ่งเป็นลับทั้งหมด (Fully secret trust) และลับเพียงครึ่งเดียว (Half secret trust)²²

ทรัสต์ลับทั้งหมด เกิดขึ้นเมื่อ ก. ทำพินัยกรรมมอบทรัพย์สินให้ ข. โดยมีได้บอกในพินัยกรรมเลยว่า ข. จะต้องยึดถือไว้ในฐานะเป็นทรัสต์ ซึ่งก่อนทำพินัยกรรมก็ดี หรือภายหลังก็ดี ก. ได้บอกให้ ข. รู้ว่า ข. จะต้องยึดถือไว้ในฐานะเป็นทรัสต์ของ ค. ถ้า ข. ตกลงโดยตรงหรือโดยปริยายด้วย ถือว่ามีทรัสต์เกิดขึ้นแล้ว แต่เป็นทรัสต์ลับ ซึ่ง ค. ผู้รับประโยชน์ชอบจะบังคับได้

ทรัสต์ลับเพียงครึ่งเดียว เกิดขึ้นเมื่อพินัยกรรมที่ยกทรัพย์สินให้ นั้น มีข้อความว่าได้ยกทรัพย์สินให้ในฐานะเป็นทรัสต์ แต่มิได้ระบุต่อไปว่าทรัสต์จะต้องยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของใครและต้องจัดการอย่างไร ดังนี้ถ้าผู้ทำพินัยกรรมได้แจ้งให้ผู้รับทรัพย์สินทราบก่อนหรือในขณะที่ทำพินัยกรรมว่า ให้ยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อผู้ใดและให้จัดการอย่างไร ทั้งได้แจ้งในพินัยกรรมด้วยว่าได้บอกข้อความนี้ให้ทรัสต์ทราบแล้ว ทรัสต์ย่อมผูกพันตามคำสั่งของผู้ทำพินัยกรรมนั้น ทรัสต์เช่นนี้นักมีข้อความว่า ข้าพเจ้าขอทำพินัยกรรมมอบที่ดิน 1 แปลงให้ ข. ในฐานะเป็นทรัสต์ ตามที่ข้าพเจ้าได้บอกให้ทราบแล้ว

5. ทรัสต์ตามที่เห็นสมควร (Discretionary trust) และทรัสต์กำหนดวิธีการป้องกันไว้ (Protective trust)

ทรัสต์ตามที่เห็นสมควร²³ คือ ทรัสต์ที่มีได้กำหนดให้ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับประโยชน์รายใดอย่างใดจากตัวทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์นั้น หากแต่กำหนดให้อยู่ในอำนาจของทรัสต์ที่จะแบ่งปัน หรือชำระผลประโยชน์รายได้นั้นให้ตามที่ทรัสต์เห็นสมควร

ทรัสต์กำหนดวิธีการป้องกันไว้²⁴ คือ ทรัสต์ที่มีข้อกำหนดว่า ถ้าผู้รับประโยชน์ต้องคำพิพากษาให้เป็นคนล้มละลาย หรือเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินโดยพยายามจะจำหน่าย โอน

²² Philip H.Pettit, Equity and the Law of Trusts , 7th ed. (London : Butterworth & Co.Publishers Ltd., 1993), p.116.

²³ Parker and Mellows, The Modern Law of Trusts , 7th ed. (London : Sweet & Maxwell,1998), p.163.

²⁴ *Ibid.*, p.232.

หรือโดยประการใดตามที่กำหนดไว้ ผู้รับประโยชน์ย่อมหมดสิทธิในผลประโยชน์รายได้ของตัวทรัพย์สินนั้น และทรัสต์นั้นกลายเป็นทรัสต์สุดแล้วแต่ใจของทรัสต์ขึ้นมา เพื่อตัวผู้รับประโยชน์เอง คู่สมรส หรือบุตรของผู้นั้น ทรัสต์เช่นนี้มีกล่าวโดยละเอียดใน มาตรา 33 แห่ง Trustee Act, 1925²⁵ ซึ่งประกอบด้วยหลัก 2 ประการ คือ

1) ทรัสต์นั้นให้ผลประโยชน์หรือรายได้จากตัวทรัพย์สิน ภายใต้ทรัสต์แก่ผู้รับประโยชน์ตลอดชีวิตหรือในเวลาที่ยาวกว่า และมีข้อกำหนดว่าทรัสต์นั้นจะสิ้นสุดเมื่อมีเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง (เช่นพยายามจำหน่ายโอนตัวทรัพย์สินนั้น) เกิดขึ้น

²⁵ TRUSTEE ACT 1925 - SECT 33 Sale after right of redemption barred

(1) Where any property is vested in a trustee by way of security, and the property becomes discharged from the right of redemption, the trustee shall hold the property on trust for sale, with power to postpone the sale for such a period as the trustee may think proper.

(2) The net proceeds of sale, after payment of costs and expenses, shall be applied in like manner as the mortgage debt, if received, would have been applicable, and the income of the property until sale shall be applied in like manner as the interest, if received, would have been applicable.

(3) This section shall not affect any rule of law relating to the apportionment of capital and income between tenant for life and remainderman.

(4) This section shall not affect the right of any person to require that, instead of a sale, the property shall be conveyed to the person or in accordance with the person's directions.

(5) This section applies whether the property is discharged from the right of redemption by virtue of the statutes of limitation or of an order for foreclosure or purchase of the equity of redemption or otherwise.

(6) This section extends to securities by way of mortgage of land under the Real Property Act 1900 and in relation thereto an order for foreclosure includes an order for foreclosure under that Act.

(7) This section applies whether the property has become or becomes discharged from the right of redemption before or after the commencement of this Act.

2) เมื่อทรัสต์เช่นว่านั้นสิ้นสุดแล้ว ทรัสต์ซึ่งสุดแล้วแต่ใจของทรัสต์จะเกิดขึ้นมาแทนที่ทันทีถ้อยคำที่ใช้ในการก่อตั้งทรัสต์

6. ทรัสต์ธรรมดา (Simple or Bare trust) และทรัสต์พิเศษ (Special trust)²⁶

ทรัสต์ธรรมดา คือ ทรัสต์ซึ่งทรัสต์มีหน้าที่แต่เพียงเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินไว้เท่านั้น ไม่มีหน้าที่อื่นใดที่จะต้องกระทำอีก

ทรัสต์พิเศษ คือ ทรัสต์ซึ่งทรัสต์มีหน้าที่จะต้องทำอะไรบางอย่างตามคำสั่งของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ส่วนมากได้แก่ ทรัสต์ที่ให้จัดการขายทรัพย์สิน (Trust for sale) และเอาเงินที่ขายได้ชำระหนี้สินของเจ้าของทรัพย์สิน

4.1.3 การเกิดขึ้นของทรัสต์

การเกิดขึ้นของทรัสต์นั้นในอดีตเป็นเรื่องที่ไม่มีความแน่นอนชัดเจนในหลักเกณฑ์ว่าการก่อตั้งทรัสต์นั้นต้องมีองค์ประกอบใดบ้างจึงจะถือว่าเป็นการก่อตั้งทรัสต์ที่มีผลตามกฎหมาย จนเริ่มต้นวางหลักเกณฑ์การเกิดขึ้นของทรัสต์โดยผู้พิพากษา Lord Langdate M.R ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาในคดี Knight v. Knight ในปี ค.ศ.1840 ซึ่งมีองค์ประกอบดังนี้²⁷

1) หลักความแน่นอนแห่งเจตนา (Certainty of Words / Intention)

หมายความว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องแสดงออกโดยชัดแจ้งว่าตนมีเจตนาที่จะก่อตั้งทรัสต์ซึ่งต้องชัดแจ้งเพียงพอที่จะทำให้บุคคลภายนอกทราบได้ถึงเจตนาที่นั้นๆ โดยเฉพาะต้องให้ทรัสต์ที่ทราบ ว่าทรัสต์ต้องมีหน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์นั้น ซึ่งจะกระทำด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้

2) หลักความแน่นอนแห่งทรัพย์สินในกองทรัสต์ (Certainty of Subject Matter / Property)

²⁶ Parker and Mellows, The Modern Law of Trusts, 7th ed. Londo(n : Sweet & Maxwell,1998), p.37.

²⁷ Richard Edward and Nigel Stockwell, Trust and Equity , 4th ed. (Essex England ; Financial Times Pitman Publishing, 1992), p.92.

หมายความว่าต้องมีการแบ่งแยกทรัพย์สินให้ชัดเจนแน่นอนว่าทรัพย์สินใดบ้างเป็นทรัพย์สินในกองทรัสต์ ซึ่งผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิใดๆในการจัดการทรัพย์สินนั้นให้แก่ทรัสต์เพื่อจัดการต่อไป จึงมีความจำเป็นอย่างมากที่จะต้องแสดงออกให้ชัดเจนว่าทรัพย์สินใดบ้างเป็นกองทรัสต์

3) หลักความแน่นอนในการมีผู้รับผลประโยชน์ (Certainty of Object / Beneficiary)

หมายความว่า ผู้ก่อตั้งทรัสต์ต้องระบุให้ชัดเจนว่าใครบ้างเป็นผู้รับผลประโยชน์จากกองทรัสต์ ซึ่งจะต้องมีความชัดเจนในขณะที่ก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งหากไม่สามารถกำหนดผู้รับผลประโยชน์ได้ชัดเจนแล้ว ทรัสต์ก็จะเกิดขึ้นเสียไม่ได้

จากการพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ประการที่เป็นเงื่อนไขในการเกิดขึ้นของทรัสต์นั้นจะเห็นได้ว่าทั้ง 3 หลักเกณฑ์ล้วนแล้วแต่เป็นสาระสำคัญในการเกิดทรัสต์ทั้งสิ้น หากขาดเงื่อนไขประการใดประการหนึ่งไปเสียแล้วนั้น ทรัสต์ก็ย่อมที่จะไม่สามารถเกิดขึ้นได้

แต่แม้ว่าทรัสต์ที่เกิดขึ้นจะมีองค์ประกอบครบทั้ง 3 ประการแล้วนั้นทรัสต์ก็อาจจะต้องเสียไปหากเข้าลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) มีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- 2) ผู้ก่อตั้งหรือผู้รับประโยชน์ ไม่มีความสามารถตามกฎหมายที่จะก่อตั้ง หรือรับประโยชน์ได้
- 3) ทรัสต์ที่ก่อตั้งเพื่อโกงเจ้าหนี้ อาจถูกเจ้าหนี้เพิกถอนเสียได้ โดยอาศัยกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ (ตามกฎหมายอังกฤษคือ Law of Property Act, 1925 มาตรา 172²⁸ และ Bankruptcy Act, 1914 มาตรา 42²⁹)

²⁸ Law of Property Act, 1925 -172-. Voluntary conveyances to defraud creditors voidable.-

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

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

(3) This section does not extend to any estate or interest in property conveyed for

valuable consideration and in good faith or upon good consideration and in good faith to any person not having, at the time of the conveyance, notice of the intent to defraud creditors.

²⁹ Bankruptcy Act, 1914 -42-. Avoidance of certain settlements.

(1) Any settlement of property, not being a settlement made before and in consideration of marriage, or made in favour of a purchaser or incumbrancer in good faith and for valuable consideration, or a settlement made on or for the wife or children of the settlor of property which has accrued to the settlor after marriage in right of his wife, shall, if the settlor becomes bankrupt within two years after the date of the settlement, be void against the trustee in the bankruptcy, and shall, if the settlor becomes bankrupt at any subsequent time within ten years after the date of the settlement, be void against the trustee in the bankruptcy, unless the parties claiming under the settlement can prove that the settlor was, at the time of making the settlement, able to pay all his debts without the aid of the property comprised in the settlement, and that the interest of the settlor in such property passed to the trustee of such settlement on the execution thereof.

(2) Any covenant or contract made by any person (hereinafter called the settlor) in consideration of his or her marriage, either for the future payment of money for the benefit of the settlor's wife or husband, or children, or for the future settlement on or for the settlor's wife or husband or children, of property, wherein the settlor had not at the date of the marriage any estate or interest, whether vested or contingent, in possession or remainder, and not being money or property in right of the settlor's wife or husband, shall, if the settlor is adjudged bankrupt and the covenant or contract has not been executed at the date of the commencement of his bankruptcy, be void against the trustee in the bankruptcy, except so far as it enables the persons entitled under the covenant or contract to claim for dividend in the settlor's bankruptcy under or in respect of the covenant or contract, but any such claim to dividend shall be postponed until all claims of the other creditors for valuable consideration in money or money's worth have been satisfied.

(3) Any payment of money (not being payment of premiums on a policy of life

4) เมื่อมีผู้ซื้อทรัพย์สินนั้นจากเจ้าของโดยสุจริต และไม่รู้ว่าเป็นทรัพย์สินนั้นตกอยู่ภายใต้ทรัสต์ ทรัสต์นั้นย่อมไม่ผูกพันผู้ซื้อเช่นว่านี้

4.1.4 บุคคลที่เกี่ยวข้องกับทรัสต์

1) ผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor or Trustor)

ผู้ก่อตั้งทรัสต์ หมายถึง บุคคลที่ก่อตั้งทรัสต์ขึ้นด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือโอนไปซึ่งสิทธิใดๆแก่ทรัสต์โดยกำหนดเงื่อนไขหรือหน้าที่บางประการให้ทรัสต์ยึดถือและปฏิบัติตาม การก่อตั้งทรัสต์นี้ทำให้กรรมสิทธิ์หรือสิทธิใดๆในทรัพย์สินที่เป็นกองทรัสต์นั้นสิ้นสุดลง

assurance) or any transfer of property made by the settlor in pursuance of such a covenant or contract aforesaid shall be void against the trustee in the settlor's bankruptcy, unless the persons to whom the payment or transfer was made prove either-

(a) that the payment or transfer was made more than two years before the date of the commencement of the bankruptcy; or

(b) that at the date of the payment or transfer the settlor was able to pay all his debts without the aid of the money so paid or the property so transferred; or

(c) that the payment or transfer was made in pursuance of a covenant or contract to pay or transfer money or property expected to come to the settlor from or on the death of a particular person named in the covenant or contract and was made within three months after the money or property came into the possession or under the control of the settlor;

but, in the event of any such payment or transfer being declared void, the persons to whom it was made shall be entitled to claim for dividend under or in respect of the covenant or contract in like manner as if it had not been executed at the commencement of the bankruptcy.

(4) "Settlement" shall, for the purposes of this section, include any conveyance or transfer of property.

ในการก่อตั้งทรัสต์นั้นอาจทำได้หลายวิธีดังที่กล่าวมาแล้วในส่วนหนึ่งของประเภทของทรัสต์ แต่ส่วนใหญ่แล้วในทางปฏิบัติมักจะก่อตั้งทรัสต์แบบชัดแจ้ง (Express Trust)³⁰ และมักจะทำเป็นลายลักษณ์อักษรเนื่องจากความแน่นอนชัดเจนในการบังคับใช้ซึ่งเอกสารที่จัดทำนี้เรียกว่า Trust Deed

ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจจะก่อตั้งทรัสต์แล้วให้มีผลในขณะที่ผู้ก่อตั้งยังมีชีวิตอยู่ก็ได้ (Inter Vivos Express Trust) หรืออาจจะก่อตั้งแล้วให้มีผลเมื่อตนเสียชีวิตไปแล้วก็ได้ (Testamentary Trust) ซึ่งในลักษณะนี้อาจทำในรูปแบบของพินัยกรรมก็ได้

หน้าที่ที่สำคัญของผู้ก่อตั้งทรัสต์ คือ ต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กองทรัสต์เพื่อให้ ทรัสต์จัดการให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกองทรัสต์นั้น เพราะถ้าหากว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่ส่งมอบทรัพย์สินให้ทรัสต์จัดการแล้วนั้นกองทรัสต์ที่จัดตั้งขึ้นก็ไม่สามารถบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ได้ โดยการส่งมอบทรัพย์สินนั้นอาจมีหลากหลายวิธีการตามประเภทของทรัสต์ เช่น หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ก็ต้องจดทะเบียนการโอนกับพนักงานเจ้าหน้าที่³¹, กรณีสังหาริมทรัพย์นั้นบางชนิดก็ต้องส่งมอบทรัพย์สิน

³⁰ J E Penner, The Law of Trusts, Fifth Edition (Oxford University Press, 2006), p.15.

³¹ The Law of Property Act 1925 53. Instruments required to be in writing.-

(1) Subject to the provision hereinafter contained with respect to the creation of interests in land by parol-

(a) no interest in land can be created or disposed of except by writing signed by the person creating or conveying the same, or by his agent thereunto lawfully authorised in writing, or by will, or by operation of law;

(b) a declaration of trust respecting any land or any interest therein must be manifested and proved by some writing signed by some person who is able to declare such trust or by his will;

(c) a disposition of an equitable interest or trust subsisting at the time of the disposition, must be in writing signed by the person disposing of the same, or by his agent thereunto lawfully authorised in writing or by will.

(2) This section does not affect the creation or operation of resulting, implied or constructive trusts.

นั่นจริงๆ แต่บางชนิดอาจใช้วิธีการส่งมอบสัญลักษณ์ เช่น กุญแจ แทนได้ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการส่งมอบนั้นจะต้องส่งมอบให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ในเงื้อมมือของทรัสต์ ในขณะที่ทรัสต์จะสามารถควบคุมดูแลจัดการทรัพย์สินนั้นได้ และเมื่อส่งมอบทรัพย์สินแห่งกองทรัสต์แล้วนั้น ถือว่าสิทธิต่างๆของผู้ก่อตั้งทรัสต์ที่มีต่อทรัพย์สินนั้นเป็นอันสิ้นสุดลง กรรมสิทธิ์หรือสิทธิต่างๆในทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นของทรัสต์และผู้รับประโยชน์ กล่าวคือ ตามกฎหมายอังกฤษนั้นอาจแบ่งประเภทเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็น 2 ประเภท คือ

(1) เจ้าของตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Legal Interest) ซึ่งเจ้าของตามหลักกฎหมาย คอมมอนลอว์นั้นใช้อำนาจใช้สอย จัดการ ได้รับประโยชน์ จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้น อำนาจนี้เรียกว่า Legal Ownership ได้แก่ ทรัสต์

(2) เจ้าของตามหลักกฎหมายเอควิตี (Equitable Interest) เจ้าของตามหลักกฎหมายเอควิตี คือ บุคคลที่มีอำนาจในการใช้สอยทรัพย์สินเป็นหลักการเสริมที่กำหนดให้บุคคลที่ไม่มีกรรมสิทธิ์แต่อาจมีประโยชน์บางประการเหนือทรัพย์สินนั้นให้มีสิทธิเสมือนกรรมสิทธิ์ ได้แก่ ผู้รับผลประโยชน์

2) ทรัสต์ (Trustee)

ทรัสต์ หมายถึง บุคคลผู้ซึ่งได้รับหน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์ตามเงื่อนไขที่กำหนด โดยเป็นผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ หรือ สิทธิใดๆในทรัพย์สินที่เป็นกองทรัสต์ ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากผู้ก่อตั้ง ทรัสต์ หรือ จากศาลแต่งตั้ง

จะเห็นได้ว่าทรัสต์นั้นสามารถเกิดได้จาก 2 วิธีหลักๆ³² คือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นผู้แต่งตั้ง (Ordinary Trustee) และ ศาลเป็นผู้แต่งตั้ง (Judicial Trustee) ซึ่งกรณีนี้จะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่

³² Trustee Act 1925 -70- New trustees

(1) The Court may make an order for the appointment of a new trustee or new trustees either in substitution for or in addition to any existing trustee or trustees, or although there is no existing trustee.

ผู้ก่อตั้งทรัสต์ร้องขอต่อศาลให้ตั้งทรัสต์คนใดคนหนึ่งให้แก่ตน หรือ ในกรณีที่ขณะทรัสต์เดิมที่กำลังทำหน้าที่อยู่หรือผู้รับประโยชน์ร้องขอต่อศาลให้ตั้งทรัสต์คนใหม่³³

ทรัสต์มีกรรมสิทธิ์เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น จึงมีสิทธิจัดการจำหน่ายทรัพย์สินนั้นได้ทุก
อย่าง แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายในขอบเขตแห่งคำสั่งของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งสิทธิของทรัสต์ที่มีต่อ
ทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์นั้นเป็นทรัพย์สินสิทธิ ใช้นับแก่บุคคลได้ทั่วไป

ทรัสต์อาจได้รับแต่งตั้งโดยแจ้งชัด หรือโดยผลของกฎหมายก็ได้ การแต่งตั้งโดยชัด
แจ้งอาจกระทำได้ด้วย

1. ตัวผู้ก่อตั้งทรัสต์
2. ผู้ได้รับอำนาจจากผู้ก่อตั้งทรัสต์ให้ตั้งทรัสต์ได้
3. ศาล

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าผู้ใดได้รับแต่งตั้งเป็นทรัสต์แล้ว มิใช่ว่าจะต้องยอมรับเป็น
ทรัสต์เสมอไป ทรัสต์เองก็เป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งการเกิดของสัญญานั้นก็ต้องอยู่บนหลักของการ
แสดงเจตนาที่ต้องตรงกันระหว่างคู่สัญญา ดังนั้นหากทรัสต์ไม่มีเจตนาจะเป็นทรัสต์นั้นก็อาจ
ปฏิเสธได้โดยการปฏิเสธอาจกระทำด้วยวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือโดยมีพฤติการณ์สื่อแสดง
เจตนาว่าไม่ยอมรับก็ได้³⁴

อำนาจของทรัสต์อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ คือ³⁵

1. อำนาจในการจัดการทรัพย์สินในฐานะผู้มีกรรมสิทธิ์ เช่น ซื้อขายทรัพย์สิน , ทำ
ประกันภัย , จัดการเกี่ยวกับความรับผิดชอบและภาระผูกพันของทรัพย์สิน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีต้อง
เป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญาที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์

2. อำนาจตามสัญญา เป็นอำนาจอื่นๆที่ระบุเพิ่มเติมในสัญญา

สัญญาทรัสต์นั้นเป็นสัญญาที่เกิดจากพื้นฐานของความไว้วางใจกัน ดังนั้นการที่ผู้
ก่อตั้งทรัสต์ให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์แล้วนั้น แสดงว่าผู้ก่อตั้ง

³³ Philip H.Pettit, Equity and the Law of Trusts, 7th ed. (London : Butterworth & Co.Publishers Ltd., 1993), p.346.

³⁴ *Ibid.*, p. 356.

³⁵ *Ibid.*, P.359.

ดังนั้นในประเด็นที่ว่า สัญญาก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะตามมาตรา 1686³⁷ ทุกกรณีหรือไม่ เมื่อพิจารณา มาตรา 1686 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าว อยู่ในบรรพ 6 เรื่องมรดก ซึ่งการห้ามการก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งน่าจะหมายความเกี่ยวกับการห้ามก่อตั้งทรัสต์ในเรื่องมรดกเท่านั้น จึงได้บัญญัติเอาไว้ในบรรพ 6 หากเจตนารมณ์ของกฎหมายมุ่งที่จะห้ามการก่อตั้ง ทรัสต์ในทุกเรื่องแล้วนั้นมาตรานี้ก็ควรที่จะนำมาบัญญัติเอาไว้ในบรรพ 1 บททั่วไป หรือ บรรพ 2 นี้ เมื่ออ่านถ้อยคำในมาตรา 1686 แล้วก็น่าที่จะเข้าใจได้ว่าเป็นเรื่องการห้ามก่อตั้งทรัสต์ในเรื่องของมรดกเท่านั้น อีกทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับ แก้ไขเพิ่มเติม โดย มาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2550 ก็ได้แก้ไขมาตรานี้ด้วยโดยวางหลักเพิ่มเป็น

“อันว่า ทรัสต์ นั้น จะก่อตั้งขึ้น โดยตรงหรือโดยทางอ้อม ด้วยพินัยกรรม หรือ ด้วยนิติกรรมใด ๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิต กิติ หรือ เมื่อตายแล้ว กิติ ห้ามมีผลไม่ เว้นแต่ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น”

จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยไม่ได้ห้ามการก่อตั้งทรัสต์ในทุกกรณีไป เรื่องใดที่เหมาะสมในการก่อตั้งทรัสต์ก็สามารถทำได้หากมีกฎหมายบัญญัติเพื่อการก่อตั้งทรัสต์นั้นตามนัยของมาตรา 1686 ที่แก้ไข ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าสัญญาทรัสต์ที่ชื้อทาจจะเป็นการก่อตั้งทรัสต์ได้โดยไม่ติดเงื่อนไขของมาตรา 1686 ว่าการก่อตั้งทรัสต์เป็นโมฆะ โดยต้องลบความคิดเดิมทิ้งเสียว่าประเทศไทยไม่สามารถทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้เพราะจะตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1686

ประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ต่อ คือ สัญญาทรัสต์ที่ชื้อทาจมีลักษณะเป็นการก่อตั้งทรัสต์หรือไม่ เบื้องต้นต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่าทรัสต์คืออะไร จากที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้นอาจสรุปได้ว่า ทรัสต์ คือ การจัดการทรัพย์สินรูปแบบหนึ่ง ซึ่งเกิดจากความสัมพันธ์ของบุคคลในสัญญาทรัสต์ที่ประกอบด้วยผู้ก่อตั้งทรัสต์ (เจ้าของทรัพย์สิน) ทรัสต์ (ผู้รับบริหารทรัพย์สิน) และผู้รับประโยชน์ (คนเดียวหรือหลายคนก็ได้) เป็นความสัมพันธ์ที่อยู่บนพื้นฐานของความไว้วางใจ ผู้ก่อตั้งทรัสต์จึงยอมมอบกรรมสิทธิ์และสิทธิต่างๆ เหนือทรัพย์สินให้แก่ทรัสต์ซึ่งเป็นบุคคลที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ไว้วางใจ เพื่อให้ทรัสต์ถือกรรมสิทธิ์และสิทธิต่างๆ (trust property) แทนผู้ก่อตั้งทรัสต์ รวมทั้งบริหาร หรือ

³⁷ มาตรา 1686 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “อันว่าทรัสต์นั้นจะก่อตั้งขึ้น โดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใด ๆ ที่มีผลระหว่างชีวิตกิติหรือเมื่อตายแล้วกิติห้ามมีผลไม่”

จัดการทรัพย์สินหรือสิทธิเหล่านั้นเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ ความสัมพันธ์ลักษณะดังกล่าว เป็นพัฒนาการที่นำเอาหลักตามธรรมชาติอันเป็นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคม ซึ่งก็คือ ความไว้วางใจต่อกันและกัน มาเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่ง โดยกำหนดให้ผู้ที่ได้รับความไว้วางใจมีหน้าที่ต้องทำงานตามที่เขาไว้วางใจอย่างเหมาะสมและดีที่สุด

จากนิยามของคำว่าทรัสต์และสัญญาก่อตั้งทรัสต์ในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุนนั้น อาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

1. ต้องมีคู่กรณีทั้งหมด 3 ฝ่าย คือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ , ทรัสต์ดี , ผู้รับประโยชน์
2. ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องมีการโอนหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆในทรัพย์สินให้แก่ทรัสต์ดีด้วยความไว้วางใจ
3. ทรัสต์ดีต้องจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของคนอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่าผู้รับประโยชน์

เมื่อพิจารณาเรื่องสัญญาทรัสต์ที่ชี้กับสัญญาก่อตั้งทรัสต์อาจสรุปได้ว่า ธนาคารเป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ ดำเนินการโอนหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นใดในทรัพย์สินให้แก่ลูกค้าซึ่งเป็นทรัสต์ดีด้วยความไว้วางใจ เพื่อให้ทรัสต์ดีจัดการทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์นั้นก็คือธนาคารนั่นเอง โดยสิทธิที่ธนาคารผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนไปให้ลูกค้าผู้เป็นทรัสต์ดี คือ สิทธิครอบครองในใบตราส่งซึ่งเป็นสิทธิของธนาคาร(เจ้าหนี้)ในอันที่จะครอบครองยึดหน่วงใบตราส่งเอาไว้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้ โดยไม่เกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์ในสินค้าซึ่งธนาคารไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ในสินค้าอยู่แล้วจึงไม่สามารถที่จะโอนให้แก่ลูกค้าได้ แต่ในทางกลับกันลูกค้าเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในสินค้าอยู่แล้วเมื่อธนาคารโอนสิทธิครอบครองในใบตราส่งให้แก่ลูกค้าแล้ว ลูกค้าก็จะสามารถนำใบตราส่งดังกล่าวไปแสดงเพื่อรับสินค้าตามใบตราส่งจากท่าเรือเพื่อนำสินค้านั้นไปทำประโยชน์ต่อไป ซึ่งอาจเป็นการขาย หรือ ผลิตเพื่อขาย ซึ่งเมื่อเป็นการทำประโยชน์ให้แก่ผู้รับประโยชน์คือธนาคาร ดังนั้นเมื่อลูกค้าขายได้เงินมากก็ต้องนำเงินดังกล่าวไปมอบให้แก่ผู้รับประโยชน์นั้นก็คือธนาคารนั่นเอง ธนาคารเองเมื่อเป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์นี้ ก็ย่อมมีสิทธิเหนือเงินที่ได้จากการขายสินค้านั้นเช่นกัน

ตามความคิดเห็นของผู้เขียน เห็นว่าสัญญาทรัสต์ที่ชี้เป็นสัญญาก่อตั้งทรัสต์ โดยเป็นการที่ธนาคารผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนสิทธิครอบครองในใบตราส่งให้แก่ทรัสต์ดี (ลูกค้า) โดยการโอนสิทธิครอบครองในใบตราส่งนั้นเพื่อให้ทรัสต์ดีจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แก่ผู้รับประโยชน์คือธนาคาร โดยสัญญาก่อตั้งทรัสต์นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น แต่จะเป็นการ

โอนหรือก่อตั้งทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆในทรัพย์สินก็ได้ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าสัญญาทรัสต์รีซีทเป็นสัญญาก่อตั้งทรัสต์

4.2 เป็นการก่อตั้งทรัพย์สินตามมาตรา 1298 หรือไม่

ในเรื่องนี้ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6/2517 วางหลักว่า “การทำสัญญาทรัสต์รีซีท นอกจากจะเป็นการก่อให้เกิดสิทธิแก่ธนาคารที่จะเรียกครองเอาชุดใช้ราคาสินค้าเป็นพิเศษแล้วยังเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งให้แก่ธนาคารไปจนกว่าจะมีการชำระราคาตอบแทน จึงเป็นการก่อตั้งทรัพย์สินชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1298 ธนาคารย่อมมีสิทธิขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดได้”

จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกานี้วางหลักเอาไว้อย่างชัดเจนว่า สัญญาทรัสต์รีซีทเป็นการก่อตั้งทรัพย์สินตามมาตรา 1298 ซึ่ง มาตรา 1298 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติว่า “ทรัพย์สินทั้งหลายนั้นท่านว่าจะก่อตั้งขึ้นได้แต่ด้วยอาศัยอำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น”

ซึ่ง “ทรัพย์สิน” นั้นอาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

1. เป็นสิทธิที่มีตัวทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ คือ ทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีตัวทรัพย์สินอยู่ในขณะที่ก่อตั้งทรัพย์สินนั้นและต้องรู้ได้อย่างแน่นอนโดยเฉพาะเจาะจงว่าเป็นทรัพย์สินอันไหนขึ้นไหน เมื่อใดก็ตามที่วัตถุแห่งสิทธิได้สูญสิ้นไปทรัพย์สินย่อมสูญสิ้นไปด้วย แต่อย่างไรก็ดีหลักนี้มีข้อยกเว้นเรื่องสิทธิเก็บกิน กล่าวคือ แม้ว่าตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิเก็บกินจะสูญสิ้นไป หากเจ้าของได้ทำทรัพย์สินให้กลับดีขึ้นมาใหม่หรือหาทรัพย์สินใหม่มาแทนที่ สิทธิเก็บกินก็ยังคงมีอยู่ต่อไปเหนือทรัพย์สินใหม่นั้น³⁸

2. เป็นสิทธิที่ไต่ถามได้กับบุคคลทั่วไป คือ ผู้ทรงทรัพย์สินสามารถอ้างทรัพย์สินที่ไต่ถามได้กับบุคคลทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงกับบุคคลบางคนเท่านั้น

³⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1419

3. อากาการใช้สิทธิเป็นสิทธิอำนาจเหนือ คือ ผู้ทรงทรัพย์สินสิทธิสามารถใช้จ่ายโดยพลการในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้โดยไม่ต้องพึ่งพาเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลแต่อย่างใด

4. เป็นสิทธิที่ใช้ทะเบียนสาธารณะหรือการครอบครองเป็นการแสดงออกถึงการมีสิทธิ คือ เนื่องจากทรัพย์สินสามารถใช้จ่ายกับบุคคลทั่วไป จึงจำเป็นต้องมีการแสดงออกโดยเปิดเผยอย่างใดอย่างหนึ่งพอที่จะทำให้บุคคลทั้งหลายได้รู้ถึงทรัพย์สินที่จะใช้กับบุคคลทั้งหลายนั้น ซึ่งสิ่งที่แสดงออกนั้น นิยมเป็นทะเบียนสาธารณะหรือการแสดงการครอบครองตัวทรัพย์สิน ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ทรัพย์สินจำเป็นต้องมีระบบทะเบียนสาธารณะและระบบวิธีการจดทะเบียนนิติกรรมที่เกี่ยวข้องด้วย ดังนั้นจึงไม่สามารถทำนิติกรรมก่อตั้งทรัพย์สินอื่นนอกเหนือจากทรัพย์สินที่มีกฎหมายรับรองแล้วเท่านั้น³⁹

5. เป็นสิทธิที่มีแต่อายุความได้สิทธิและเสียสิทธิ ไม่มีอายุความฟ้องร้องคดี

6. เป็นสิทธิที่บังคับเอาจากตัวทรัพย์สินเป็นหลัก

ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ทรัพย์สิน คือ สิทธิที่มีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นทรัพย์สินหรือสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน เป็นสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ตัวสิทธิได้โดยตรง โดยเป็นสิทธิที่ใช้จ่ายแก่บุคคลทั่วไป ทรัพย์สินจึงเกิดขึ้นได้ก็โดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย จะก่อตั้งขึ้นเองโดยนิติกรรมโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ไม่ได้⁴⁰ ดังนั้นทรัพย์สินอาจเกิดขึ้นโดย

1. โดยผลของกฎหมาย

2. โดยนิติกรรมตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

การก่อตั้งทรัพย์สินนั้นสามารถทำได้แต่เพียงเฉพาะโดยผลของกฎหมายหรือโดยนิติกรรมที่กฎหมายบัญญัติรับรองเอาไว้ให้เท่านั้น แต่กรณีของสัญญาทรัสต์รีซีทนั้น ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติเอาไว้ให้เป็นพิเศษว่าการทำสัญญาทรัสต์รีซีทเป็นการก่อตั้งทรัพย์สินดังนั้นจึงไม่ใช่การก่อตั้งทรัพย์สินโดยผลของกฎหมาย อีกทั้งสัญญาทรัสต์รีซีทก็ไม่ใช่นิติกรรมที่กฎหมายบัญญัติ

³⁹ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ว่าด้วย ทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนสามัญแก้วขวัญช่าง, 2545), น. 25.

⁴⁰ บัญญัติ สุขีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรราชการพิมพ์, 2545), น. 58.

รับรองเอาไว้ว่าเป็นการก่อตั้งทรัพย์สิน และเมื่อพิจารณาจากสาระสำคัญของเรื่องทรัพย์สินที่กล่าวมาข้างต้นอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. สัญญาทรัสต์ที่ทรัพย์สินที่มีตัวทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิ
2. สัญญาทรัสต์ที่ทรัพย์สินเป็นสัญญาที่ใช้ยันได้กับเฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ไม่สามารถใช้ยันกับบุคคลภายนอกโดยทั่วไปได้
3. สัญญาทรัสต์ที่ทรัพย์สินเป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็ไม่มีสิทธิอำนาจเหนือ คู่สัญญาไม่สามารถใช้กำลังโดยผลการในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิตามสัญญาของตนได้ หากมีการโต้แย้งสิทธิเกิดขึ้นต้องฟ้องคดีไปยังศาลเพื่อให้ศาลเป็นผู้ตัดสินเท่านั้น
4. สัญญาทรัสต์ที่ทรัพย์สินไม่มีทะเบียนสาธารณะและธนาคารก็ปราศจากการครอบครองในสินค้านั้นเป็นการแสดงออกถึงการมีสิทธิ
5. เป็นสัญญาที่ไม่มีอายุความได้สิทธิและเสียสิทธิ แต่มีอายุความฟ้องร้องคดี
6. เป็นสิทธิที่ไม่ได้มุ่งบังคับเอาจากตัวทรัพย์สินเป็นหลัก เนื่องจากธนาคารเป็นเจ้าของหนี้ที่มีความประสงค์จะได้รับชำระหนี้เงินคืนจากลูกหนี้มากกว่าที่จะครอบครองทรัพย์สิน(สินค้า) หากเกิดคดีพิพาทขึ้น ธนาคารไม่ได้ขอให้บังคับเอาแก่ทรัพย์สินนั้นโดยตรง แต่จะขอให้ลูกหนี้ชำระหนี้คืนแก่ธนาคาร⁴¹

ผู้เขียนจึงมีความเห็นที่แตกต่างไปจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว โดยมีความเห็นว่า สัญญาทรัสต์ที่ทรัพย์สินไม่ใช่สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินตามมาตรา 1298 อีกทั้งในคำพิพากษานี้ยังได้วางหลักเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าเอาไว้ด้วยโดยจะพิจารณาในประเด็นถัดไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการวินิจฉัยของศาลดังกล่าวอาจจะคลาดเคลื่อน สืบเนื่องมาจากประเด็นเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้า กล่าวคือ เมื่อเข้าใจว่าธนาคารมีกรรมสิทธิ์ในสินค้าเลยสรุปต่อไปว่าธนาคารมีทรัพย์สินเหนือสินค้านั้น ในคำพิพากษาดังกล่าวเป็นประเด็นเรื่องการที่ธนาคารร้องขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึด โดยธนาคารอ้างทรัพย์สินในสินค้าขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึด จึงเป็นการสรุปรวมไปว่าเป็นการที่ลูกค้าโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าให้ธนาคารและเป็นการก่อตั้งทรัพย์สินในสินค้าให้แก่ธนาคารด้วย ซึ่งเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์กับการก่อตั้งทรัพย์สินนั้นเป็นคนละเรื่องกัน อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การก่อตั้งทรัพย์สิน คือ การก่อกำเนิดให้เกิดทรัพย์สินขึ้นมาเป็นลำดับแรก ส่วนเรื่องการโอนทรัพย์สินนั้น คือ การที่ผู้โอนมีทรัพย์สินอยู่แล้ว ไม่ว่าจะโดยวิธีรับโอนมา หรือ ก่อตั้งเอง

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6550/2547

ได้ทำการโอนทรัพย์สินนั้นให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง ดังนั้นการที่สรุปว่าการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นเป็นการก่อตั้งทรัพย์สินจึงไม่ถูกต้อง และสัญญาทฤษฎีที่ผิดไม่ได้เป็นการก่อตั้งทรัพย์สินแต่อย่างใด

4.3 ใครเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้า

ในประเด็นนี้ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางหลักเอาไว้ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6/2517 “การทำสัญญาทฤษฎีที่นอกจากจะเป็นการก่อให้เกิดสิทธิแก่ธนาคารที่จะเรียกร้องเอาคดีใช้ราคาสินค้าเป็นพิเศษแล้ว ยังเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเฉพาะสิ่งให้แก่ธนาคารไปจนกว่าจะมีการชำระราคาตอบแทน จึงเป็นการก่อตั้งทรัพย์สินชอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1298 ธนาคารย่อมมีสิทธิขอให้ปล่อยทรัพย์สินที่ยึดได้”

คำพิพากษาศาลฎีกา 2546/2517 “สัญญารับมอบสินค้าเชื่อ หรือ ทฤษฎีที่ผิด คือ สัญญาระหว่างธนาคารผู้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตและลูกค้าผู้ขอให้เปิดเครดิต โดยธนาคารสัญญาจะมอบเอกสารที่ใช้ในการรับมอบสินค้าให้ผู้ขอเครดิตเพื่อไปรับสินค้าและนำเอกสารนั้นไปขายได้ แต่กรรมสิทธิ์ในสินค้ายังเป็นของธนาคารอยู่ และทางฝ่ายผู้ขอเปิดเครดิตก็สัญญาว่าจะยึดถือเอกสารที่ใช้ในการรับมอบสินค้ากับสินค้าที่รับมารวมทั้งเงินที่ขายสินค้านั้นได้ไว้ในนามของธนาคารและจะนำเงินชำระให้แก่ธนาคารเมื่อหักกับเงินที่เป็นหนี้ตามตราพท์ สัญญาเช่นนี้มีผลผูกพันคู่กรณีตามกฎหมาย กรณีนี้หาใช่สัญญาก่อตั้งทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686 ไม่”

คำพิพากษาศาลฎีกา 1150/2524 “ตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตเครื่องจักรอยู่ในความครอบครองของผู้ร้อง(ธนาคาร)แล้วโดยเป็นการจำนำ และโดยสภาพเครื่องจักรเป็นสังหาริมทรัพย์จึงโอนกรรมสิทธิ์ได้ด้วยการแสดงเจตนา กรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรย่อมเป็นของผู้ร้องโดยสมบูรณ์ตามสัญญาทฤษฎีที่ผู้ร้องกับจำเลยที่ 1 ตกลงกันว่าจำเลยที่ 1 จะต้องจดทะเบียนจำนองเครื่องจักรกับผู้ร้องก่อนจึงจะนำไปจำหน่ายจ่ายโอนได้นั้น เมื่อยังไม่มีจดทะเบียนกรรมสิทธิ์เครื่องจักรตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ.2514 กรรมสิทธิ์ในเครื่องจักรก็ยังเป็นของผู้ร้องตามสัญญาทฤษฎีที่ตกลงว่า โจทก์ก็ไม่มีสิทธินำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดเครื่องจักรพิพาท”

คำพิพากษาศาลฎีกา 2157/2524 “จำเลยทำสัญญาทรัพย์สินให้ไว้กับโจทก์เพื่อรับเอกสารการส่งสินค้าไปออกสินค้าจากท่าเรือเพื่อนำไปจำหน่ายแก่ผู้ซื้อ ดังนี้ การทำสัญญาทรัพย์สินนั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าไปเป็นของโจทก์ เพื่อชำระหนี้ค่าสินค้าตามตัวแลกเงินตามเลตเตอร์ออฟเครดิตและตามสัญญาทรัพย์สินแม้จำเลยจะเป็นผู้ครอบครองสินค้าหรือเงินค่าขายสินค้าไว้ก็เป็นการครอบครองหรือยึดไว้แทนโจทก์เพื่อชำระหนี้ดังกล่าวเท่านั้นเงินที่ขายได้ต้องหักชำระหนี้ค่าสินค้าและอุปกรณ์แก่โจทก์เงินเหลือคืนให้จำเลย โจทก์ไม่มีสิทธิเอาเงินที่ขายสินค้าไปหักกับหนี้รายอื่นที่ไม่เกี่ยวกับเลตเตอร์ออฟเครดิตและสัญญาทรัพย์สิน”

จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาทิ้งหลายเหล่านี้ต่างก็วางหลักเดียวกันคือ กรรมสิทธิ์ในสินค้าตามสัญญาทรัพย์สินเป็นของธนาคาร ซึ่งในประเด็นนี้เราควรศึกษาในเบื้องต้นก่อนว่ากรรมสิทธิ์คืออะไรและเกิดจากอะไรซึ่งอาจแยกเป็นประเด็นต่างๆได้ดังนี้

4.3.1 ที่มาของกรรมสิทธิ์

หลักปรัชญาที่อยู่เบื้องหลังเรื่องกรรมสิทธิ์นั้นคือหลักปรัชญาของลัทธิปัจเจกชนนิยมที่สืบทอดความคิดของอริสโตเติลที่ว่า “ทรัพย์สินสมบัติโดยเนื้อแท้ของมันแล้วความจะเป็นทรัพย์สินสมบัติส่วนบุคคล ถ้าหากเอกชนมีธรรมะสูงพอที่จะใช้ทรัพย์สินส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ส่วนรวม”

4.3.2 ลักษณะสำคัญของกรรมสิทธิ์

กรรมสิทธิ์มิได้เฉพาะในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุที่มีรูปร่างเท่านั้น ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุที่ไม่มีรูปร่างนั้น เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เป็นต้น เจ้าของหรือผู้ทรงมีเพียงสิทธิเท่านั้นแต่ไม่มีกรรมสิทธิ์⁴² เมื่อทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งสิทธิสลายหรือหมดสิ้นไป กรรมสิทธิ์ก็ย่อมหมดสิ้นไปด้วย การใช้สิทธิของกรรมสิทธิ์นั้นมีลักษณะเป็นสิทธิมีอำนาจเหนือ และเป็นสิทธิเด็ดขาดสามารถไต่ถามแก่บุคคลทุกคนได้ อีกทั้งกรรมสิทธิ์ยังเป็นสิทธิถาวรไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้กรรมสิทธิ์สูญสิ้นไปตามกาลเวลาแต่อย่างใด

⁴² เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. , คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน เล่ม 1-2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรสาส์น, 2521), น. 170.

4.3.3 สิทธิของเจ้าของกรรมสิทธิ์

ตามมาตรา 1336⁴³ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้กำหนดถึงสิทธิทั้งหลายของเจ้าของกรรมสิทธิ์เอาไว้ดังนี้

1) สิทธิใช้สอย หมายถึง อำนาจที่จะทำประโยชน์ได้ประโยชน์จากทรัพย์สินตามความต้องการโดยไม่เป็นการทำลายภาวะแห่งทรัพย์สินนั้น ซึ่งการใช้สอยของเจ้าของนั้นต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายอื่นหรืออาจถูกจำกัดสิทธิโดยกฎหมายอื่นได้ ซึ่งอาจเกิดจากกฎหมายเอกชนโดยการทำสัญญา เช่น สัญญาเช่า สัญญาเช่าใช้คงรูป เป็นต้น หรืออาจเกิดโดยผลกฎหมาย เช่น ภาระจำยอม หรือ อาจเกิดจากกฎหมายมหาชน เช่น ประมวลกฎหมายอาญาเรื่องการห้ามใช้เครื่องเสียงดังเกินควรจนเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่น เป็นต้น

2) สิทธิจำหน่าย หมายถึง จำหน่าย จ่าย โอน ขาย และรวมตลอดถึงการจำหน่ายทำลายภาวะ เช่น ใช้ข้าวกินสิ้นภาวะไป เป็นต้น และรวมถึงการเปลี่ยนแปลงภาวะของทรัพย์สินให้เป็นอื่น เช่น เอาข้าวมาหมักทำเป็นเหล้า เอาทองมาทำเป็นสร้อย เป็นต้น หรืออีกนัยหนึ่ง การกระทำใดๆของเจ้าของที่เปลี่ยนภาวะของทรัพย์สินให้สิ้นสูญภาวะไป , ทำลายเสีย , โอนกรรมสิทธิ์ , แบ่งแยกโอนสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งในกรรมสิทธิ์ และสิทธิจำหน่ายนี้การใช้สิทธิเจ้าของต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายอื่นหรืออาจถูกจำกัดสิทธิโดยกฎหมายอื่นได้เช่นเดียวกับสิทธิใช้สอย

3) สิทธิได้ดอกผล หมายถึง ทั้งดอกผลธรรมดา และ ดอกผลนิตินัย แต่อย่างไรก็ดีต้องอยู่ในบังคับกฎหมายอื่นหรือถูกจำกัดสิทธิโดยกฎหมายอื่นด้วย

4) สิทธิขัดขวาง หมายถึง มีสิทธิขัดขวางไม่ให้บุคคลอื่นสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของตนโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โดยอาการใช้สิทธิเป็นการใช้สิทธิอำนาจเหนือสามารถใช้กำลังของตนได้โดยพลการหากทำไปตามความจำเป็นและพอสมควรแก่เหตุ ย่อมถือเป็นการ

⁴³ มาตรา 1336 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย”

ป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หากผู้เข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย เจ้าของไม่อาจใช้สิทธิขัดขวางได้

5) สิทธิติดตามเอาคืน หมายถึง เจ้าของมีสิทธิไปติดตามเอาทรัพย์สินคืนได้หากทรัพย์สินนั้นไปอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่น ต้องติดตามเอาคืนจากบุคคลขณะที่ครอบครองอยู่เท่านั้นและการยึดถือของบุคคลอื่นต้องเป็นการยึดถือที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย สิทธิติดตามเอาคืนนี้มีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้อง เจ้าของจะใช้สิทธิโดยพลการไม่ได้ต้องพึ่งเจ้าหน้าที่รัฐหรือศาลเพื่อบังคับการให้ สิทธิติดตามเอาคืนนี้สามารถกระทำได้ตลอดไม่มีอายุความ เว้นแต่ผู้ครอบครองทรัพย์สินจะได้กรรมสิทธิไปโดยการครอบครองปรปักษ์

4.3.4 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ

การได้กรรมสิทธิอาจได้มาโดย 2 วิธีหลักคือ โดยนิติกรรม และ โดยผลของกฎหมาย

4.3.4.1 โดยนิติกรรม โดยจะมุ่งพิจารณาถึงเฉพาะสังหาริมทรัพย์เท่านั้น การได้กรรมสิทธิของสังหาริมทรัพย์นั้นต้องแยกพิจารณาว่าเป็นสังหาริมทรัพย์พิเศษ หรือ สังหาริมทรัพย์ธรรมดา หากเป็นสังหาริมทรัพย์พิเศษการได้กรรมสิทธิโดยนิติกรรมนั้น ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่เหมือนอย่างกรณีอสังหาริมทรัพย์ ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมไม่บริบูรณ์ตามมาตรา 1299 วรรค 1 ประกอบมาตรา 1302 และถ้าได้กรรมสิทธิจากนิติกรรมประเภทสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีผลเป็นโมฆะตามมาตรา 456 , 519 , 525

ส่วนกรณีของสังหาริมทรัพย์ธรรมดานั้น⁴⁴ ในอดีตนั้นตามกฎหมายไทย การโอนกรรมสิทธิ์จะสำเร็จได้ต่อเมื่อมีการส่งมอบซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกันกับกฎหมายเยอรมันและอังกฤษ แต่เมื่อมีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น กลับไม่ปรากฏเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์เอาไว้ในกฎหมายลักษณะทรัพย์อย่างชัดเจน แต่กลับไปปรากฏจะจัดกระจายอยู่ในเอกเทศสัญญาลักษณะต่างๆ เช่น สัญญาให้จะสมบุรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบ (มาตรา523)

⁴⁴ กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสุจริต เปรียบเทียบหลักกฎหมายเยอรมัน อังกฤษ และไทย, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2546), น. 19-63.

สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เมื่อมีการส่งมอบ (มาตรา 650) เป็นต้น ซึ่งเป็นประเด็นที่ยังไม่ชัดเจนเสียทีเดียวว่าการโอนกรรมสิทธิ์หรือการได้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทยเป็นเช่นไร จึงอาจสรุปแยกลักษณะการได้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่ปรากฏในกฎหมายไทยได้ดังนี้

1) ได้กรรมสิทธิ์โดยนิติกรรมที่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน จะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่าต้องมีการส่งมอบจึงจะได้กรรมสิทธิ์ เช่น มาตรา 523 การให้หนี้ ท่านว่า ย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ , มาตรา 650 อันว่าสัญญาซื้อขายใช้สลับสิ่งนั้น คือ สัญญาซึ่งผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสลับไปนั้นเป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้ยืม และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืม นั้น

2) ได้กรรมสิทธิ์โดยนิติกรรมที่ไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน กฎหมายจะกำหนดไว้ชัดเจนเลยว่าเพียงแต่ทำสัญญาก็ได้กรรมสิทธิ์แล้วไม่จำเป็นต้องส่งมอบก็ได้ เช่น มาตรา 458 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้นย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่ซื้อขายกัน แต่อย่างไรก็ตามการได้กรรมสิทธิ์ตามสัญญาซื้อขายนี้ถ้ายังไม่ได้มีการส่งมอบจะนำไปใช้ยับยั้งบุคคลภายนอกผู้รับโอนพร้อมกับการส่งมอบและได้ไปโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนไม่ได้ตาม มาตรา 1303 วรรค 1 และการได้กรรมสิทธิ์มาโดยนิติกรรมที่ไม่ต้องมีการส่งมอบนี้ไม่อาจยกขึ้นต่อสู้เจ้าหนี้ของผู้โอนในคดีล้มละลายได้ หรืออาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาโดยนิติกรรมที่ไม่มีการส่งมอบไม่เป็นสิทธิเด็ดขาด เป็นกรรมสิทธิ์ที่มีข้อจำกัดนั่นเอง

3) ได้กรรมสิทธิ์โดยนิติกรรมที่กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีการเอาไว้ เช่น สัญญา ประนีประนอมยอมความ , สัญญาแบ่งทรัพย์สินระหว่างเจ้าของรวม , นิติกรรมเอาสังหาริมทรัพย์นี้ใช้หนี้ กรณีเหล่านี้อาจต้องพิจารณาถึงเจตนาของผู้สัญญาเป็นสำคัญ หากผู้สัญญามีเจตนาจะให้กรรมสิทธิ์โอนเมื่อใดก็ให้เป็นไปตามนั้น หากกรณีเป็นที่สงสัยว่าผู้สัญญามีเจตนาให้กรรมสิทธิ์โอนวันใดก็ให้ถือตามวันที่เข้าทำสัญญา

4.3.4.2 โดยผลของกฎหมาย เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงเลยว่าเป็นการได้กรรมสิทธิ์ เช่น ingsกริมตลิ่ง (มาตรา 1308) การได้ส่วนควบในอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 1310-1315) การได้ส่วนควบในสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 1316,1317) โดยการครอบครองสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีเจ้าของ (มาตรา 1318) เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าสินค้าตามสัญญาทรัพย์สินที่นั้นมีที่มาจากผู้ซื้อต้องการซื้อสินค้าจากต่างประเทศ จึงให้ธนาคารในประเทศของตนเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตไปยังธนาคารในประเทศของผู้ขายและเมื่อผู้ขายส่งมอบสินค้าแล้วก็นำเอกสารต่างๆซึ่งส่วนใหญ่เอกสารเหล่านั้นจะเป็นเอกสารที่เกี่ยวกับสินค้าที่ส่งมาว่าเป็นสินค้าชนิดใด ปริมาณเท่าใด และเอกสารที่เกี่ยวกับการขนส่ง เช่น ใบตราส่ง ซึ่งเป็นเอกสารที่นิยมใช้มากในทางปฏิบัติ โดยใบตราส่งมักจะกำหนดให้ธนาคารเป็นผู้รับตราส่ง เมื่อผู้ขายยื่นเอกสารได้ถูกต้องครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในเลตเตอร์ออฟเครดิตแล้ว ธนาคารก็จะจ่ายเงินให้แก่ผู้ขายไปตามเลตเตอร์ออฟเครดิตแทนผู้ซื้อ ซึ่งระหว่างธนาคารกับผู้ซื้อเองก็จะมีหนี้เกิดขึ้นตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิต เมื่อครบกำหนดตามเลตเตอร์ออฟเครดิตแล้วหากผู้ซื้อไม่มีเงินมาจ่ายเอกสารในการรับของทั้งหมดอยู่ที่ธนาคารเมื่อธนาคารยังไม่ได้รับชำระหนี้ ธนาคารก็ไม่จำเป็นต้องชำระหนี้โดยการส่งมอบเอกสารการรับของให้ผู้ซื้อเป็นการตอบแทนเช่นกัน แต่เพื่อความยืดหยุ่นและเกิดสภาพคล่องทั้งสองฝ่ายเนื่องจากธนาคารเองก็มีวัตถุประสงค์หลักคือรับชำระหนี้เป็นเงิน ไม่ได้มีความประสงค์จะเก็บสินค้าไว้อีกทั้งไม่ใช่ผู้มิวิชาชีวด้านนี้อาจรักษาสินค้าได้ไม่ดีจนอาจเกิดความเสียหายก็ได้ จึงเกิดสัญญาทรัพย์สินที่ขึ้นเพื่อเป็นการตกลงว่าธนาคารจะยอมให้ผู้ซื้อนำสินค้าไปจำหน่ายก่อนได้และเมื่อจำหน่ายได้แล้วตามกำหนดให้ผู้ซื้อนำเงินมาชำระคืนแก่ธนาคารตามสัญญาทรัพย์สิน

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะตามธรรมชาติของวงจรกิจแล้วจะเห็นได้ว่าคนที่ต้องการได้กรรมสิทธิ์ในสินค้าคือ ผู้ซื้อ ส่วนธนาคารมีสถานะเป็นเจ้าของนี้ผู้ให้เงินทุนในการซื้อสินค้านั้นและในแง่ทางกฎหมายนั้นตามที่ศึกษาข้างต้น การได้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้นอาจได้มาโดยนิติกรรม หรือ โดยผลทางกฎหมายเท่านั้น ในกรณีนี้มีการทำนิติกรรมเกิดขึ้น คือ สัญญาซื้อขาย ซึ่งสัญญาซื้อขายนี้ก็กำหนดให้ผู้ซื้อสามารถได้กรรมสิทธิ์ในสินค้านั้นได้โดยไม่ได้กำหนดว่าต้องมีการส่งมอบ ตามมาตรา 458 นั้นเพียงเข้าทำสัญญากรรมสิทธิ์ก็โอนแล้ว ดังนั้นเพียงผู้ซื้อและผู้ขายตกลงทำสัญญาซื้อขายกัน กรรมสิทธิ์ในสินค้าก็เป็นของผู้ซื้อแล้ว ในส่วนของธนาคารนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องในนิติสัมพันธ์นี้คือเป็นเจ้าของของผู้ซื้อ และการที่ธนาคารจ่ายเงินให้แก่ผู้ขายนั้นไม่ได้เป็นการจ่ายเงินในนามของตนเอง หากแต่เป็นการจ่ายเงินในนามของผู้ซื้อ ดังนั้นธนาคารไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใดกับสัญญาซื้อขายเลยจึงไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องกรรมสิทธิ์ในสินค้าด้วยเช่นกัน

แต่ในทางปฏิบัตินั้นสัญญาทรัพย์สินของธนาคารพาณิชย์ของประเทศไทยทุกธนาคารต่างก็มีข้อความระบุไว้ในลักษณะเดียวกัน คือ “ข้าพเจ้าขอรับรองว่ากรรมสิทธิ์ในสินค้าตามเอกสารแสดงสิทธิดังกล่าวเป็นของธนาคารแต่เพียงผู้เดียวและการที่ธนาคารได้ยินยอมให้ข้าพเจ้าได้ยึดถือครอบครองเอกสารแสดงสิทธิในสินค้านั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของข้าพเจ้าในการ

ชำระหนี้ทรัพย์สินที่ให้แก่ธนาคาร.....” จึงยึดถือและเข้ามาโดยตลอดว่าตามสัญญาทรัพย์สินที่นั้น ธนาคารเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้า รวมทั้งศาลฎีกาเองก็วินิจฉัยคดีต่างๆ โดยวางหลักการเช่นนี้ โดยในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเกิดจากการแปลข้อความไม่ถูกต้องตามความหมาย เนื่องจากสัญญาทรัพย์สินที่ในต่างประเทศไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องกรรมสิทธิ์ในสินค้าเลย อีกทั้งยังมองว่าสินค้านี้มีฐานะเป็นเพียงหลักประกันการชำระหนี้ตามสัญญาทรัพย์สินที่เท่านั้นในฐานะที่ธนาคารเป็นเจ้าของไม่ใช่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้า โดยจะใช้ข้อความในทำนองว่า “In consideration of your handing over to us the goods specified in the schedule hereto and/or document of title to the said goods thereto which have been pledged to you for the trust receipt loan detailed below we hereby agree as follows.....”

โดยหลักแล้วการที่ธนาคารยึดถือหรือครอบครองใบตราส่งซึ่งเป็นใบรับของนั้น ถือเสมือนว่าธนาคารได้ครอบครองสินค้านั้นเอาไว้ การที่ธนาคารครอบครองใบตราส่งธนาคารมีสถานะเป็นเจ้าของใบตราส่งนั้น ซึ่งหลักกฎหมายในเรื่องจำนำนั้น สัญญาจำนำย่อมระงับไปเมื่อเจ้าหนี้ได้มอบการครอบครองทรัพย์สินนั้นให้ลูกหนี้แล้ว ดังนั้นในกรณีนี้หากธนาคารมอบใบตราส่งให้แก่ผู้ซื้ออีกเท่ากับว่าธนาคารได้มอบการครอบครองในสินค้าให้แก่ลูกหนี้แล้วยอมที่จะทำให้สัญญาจำนำของระงับไป ธนาคารกลัวว่าจะเสียสิทธิเจ้าหนี้มีประกันในสินค้านั้นไป จึงทำสัญญาทรัพย์สินที่ขึ้นมาอีกฉบับเพื่อยืนยันว่าสิทธิดังกล่าวของธนาคารยังคงอยู่ ดังเช่นในสัญญาทรัพย์สินที่ของต่างประเทศที่มีข้อความในทำนองนั้นซึ่งไม่ได้กล่าวถึงเรื่องกรรมสิทธิ์ในสินค้าเป็นของธนาคารเอาไว้เลย

หรือหากพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่ง หากให้สินค้านั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของธนาคารแล้วนั้น เจ้าของทรัพย์สินย่อมมีสิทธิต่างๆตามมาตรา 1336 เช่น สิทธิใช้สอย จำหน่ายจ่ายโอน ติดตามเอาคืน ทรัพย์สินจากผู้อื่นได้ แต่จะเห็นได้ว่ากรณีนี้หากลูกค้านำสินค้าไปจำหน่ายแก่บุคคลภายนอกซึ่งสุจริตแล้ว แม้ธนาคารจะมีกรรมสิทธิ์ก็ไม่สามารถติดตามเอาทรัพย์สินนั้นคืนมาได้หากไม่ได้ทำการไถ่ถอนจำนำ ซึ่งลูกค้านำแม้ว่าจะไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ก็สามารถนำสินค้านั้นไปจำหน่ายได้โดยจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 631/2503⁴⁵ ,1601/2512⁴⁶ เป็นต้น กรณีนี้หากสรุปว่าธนาคารมีกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้นก็ไม่ประโยชน์แก่ธนาคารสักเท่าใดนัก

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 631/2503 “สังหาริมทรัพย์ซึ่งโจทก์เอาไปฝากบุคคลอื่นขาย โดยให้ผู้รับฝากขายแสดงออกเหมือนหนึ่งเป็นสินค้าของตนจนจำเลยซึ่งเป็นคนภายนอกรับจำนำไว้ โดยสุจริตเช่นนี้โจทก์จะเอาคืนโดยไม่จัดการไถ่ถอนหาได้ไม่”

เมื่อศึกษาถึงประเด็นนี้เปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นว่าใน UCC นั้นได้วางหลักเกี่ยวกับสัญญาทรัสต์รีซีทเอาไว้ โดยจะไม่ได้เรียกว่าทรัสต์รีซีทแต่จะเรียกว่า “สิทธิในทรัพย์สินประกัน” (Security Interest) แต่ในเนื้อหาซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาดังกล่าวมีเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญในการทำงานเดียวกันกับสัญญาทรัสต์รีซีทนั่นเอง

ใน UCC ได้กำหนดให้การที่ธนาคารชำระเงินให้แก่ผู้ขายตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตทำให้ผู้ซื้อได้เป็นเจ้าของเอกสารและสินค้า⁴⁷ ธนาคารจ่ายเงินแทนผู้ซื้อเป็นการให้เงินทุนที่ทำให้ธนาคารเกิดสิทธิตาม Purchase Money Security Interest (PMSI) ทำให้ธนาคารมีบุริมสิทธิพิเศษ (Super-priority)⁴⁸ โดยมีสิทธิพิเศษเหนือเจ้าหนี้อื่นเฉพาะตามจำนวนเงินที่ธนาคารได้ให้เงินทุนไป และเฉพาะเกี่ยวกับสินค้าที่ได้มาจากการที่ธนาคารให้ทุน ซึ่งการมีบุริมสิทธิพิเศษเหนือสินค้านั้นมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสิทธิ กล่าวคือ โดยหลักแล้วไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะโอนไปยังบุคคลภายนอก สิทธิพิเศษของธนาคารก็ยังคงติดตามไปด้วยเว้นแต่จะเข้าช้อยกเว้น

⁴⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1601/2512 “โจทก์มอบรถยนต์ของโจทก์พร้อมทะเบียนรถและใบโอนรถซึ่งมีลายมือชื่อโจทก์ในช่องผู้โอน ให้ ส.นำไปขายผู้อื่นแล้ว ส.นำรถยนต์ไปจำหน่ายให้กับจำเลยผู้ซึ่งรับจำหน่ายโดยสุจริต การกระทำของโจทก์ถือได้ว่าเป็นการเชิด ส. ให้เป็นตัวแทนของโจทก์ ฉะนั้น โจทก์จะติดตามเอารถยนต์คืนโดยไม่ไถ่ถอนจำหน่ายก่อนหาได้ไม่ จำเลยมีสิทธิยึดรถยนต์ไว้ได้จนกว่าจะได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน”

⁴⁷ UCC 9-303 (b) [When goods covered by certificate of title.]

Goods become covered by a certificate of title when a valid application for the certificate of title and the applicable fee are delivered to the appropriate authority.

Goods cease to be covered by a certificate of title at the earlier of the time the certificate of title ceases to be effective under the law of the issuing jurisdiction or the time the goods become covered subsequently by a certificate of title issued by another jurisdiction.

⁴⁸ UCC 9-107 A secured party has control of a letter-of-credit right to the extent of any right to payment or performance by the issuer or any nominated person if the issuer or nominated person has consented to an assignment of proceeds of the letter of credit under Section 5-114(c) or otherwise applicable law or practice.

จะเห็นได้ว่าใน UCC ไม่ได้วางหลักเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในสินค้ามาเป็นของธนาคารแต่อย่างใด เพราะเมื่อพิจารณาแล้วสัญญาทรัสต์รีซีทีนั้นเป็นเพียงสัญญาหลักประกันการชำระหนี้เท่านั้น การที่จะเป็นหลักประกันการชำระหนี้ไม่จำเป็นต้องให้เจ้าหนี้มีกรรมสิทธิ์ในหลักประกันก็ทำให้เจ้าหนี้สามารถมีสิทธิพิเศษเหนือหลักประกันได้แล้ว อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงแนวทางปฏิบัติในประเทศไทย สัญญาทรัสต์รีซีทีเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ซึ่งมีพื้นฐานจากสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตเป็นสัญญาประธาน โดยมีสัญญาจำนำ, สัญญาจำนอง, สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาอุปกรณ์ โดยจากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นด้วยว่าธนาคารจะคำนวณความเสี่ยงเอาไว้โดยให้สินเชื่อประเภทนี้ในอัตราส่วน 40-60% อยู่แล้ว ซึ่งหากเกิดการผิดนัดชำระหนี้ขึ้นมาจริงๆ ธนาคารสามารถที่จะบังคับชำระหนี้เอาหลักทรัพย์ประกันต่างๆ ได้ซึ่งแน่นอนและชัดเจนกว่าที่จะไปบังคับเอาเงินสด ซึ่งอาจเกิดกรณีว่าสินค้าตอนแรกเป็นเส้นไหมต่อมาเมื่อลูกค้าเอาไปผลิตเป็นเสื้อผ้าสำเร็จรูปเช่นนี้การที่จะไปบังคับชำระหนี้จากสินค้านี้ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงรูปร่างเป็นอย่างอื่นแล้วนั้นอาจจะเกิดปัญหาตามมาได้ว่าสามารถบังคับได้หรือไม่ซึ่งเป็นปัญหาที่น่าพิจารณาต่อไป

ในประเด็นว่าใครเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้น ผู้เขียนเห็นว่า ผู้ซื้อเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้าโดยเป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยนิติกรรม ส่วนธนาคารมีฐานะเป็นเจ้าของของผู้ซื้อไม่ใช่คู่สัญญาตามสัญญาซื้อขาย ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องกรรมสิทธิ์ในสินค้าเลย การที่มีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับที่วางหลักว่ากรรมสิทธิ์ในสินค้าเป็นของธนาคารนั้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นความเห็นที่คลาดเคลื่อนจากการแปลข้อความของสัญญาทรัสต์รีซีทีที่ใช้ปฏิบัติกัน เนื่องจากสัญญาทรัสต์รีซีทีในประเทศไทยจะมีข้อความในทำนองที่ว่าธนาคารเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้น แต่ในสัญญาทรัสต์รีซีทีหรือหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทรัสต์รีซีทีในต่างประเทศนั้นไม่มีการกำหนดหรือกล่าวถึงเรื่องกรรมสิทธิ์เอาไว้เลย และเมื่อศึกษาถึงลักษณะของสัญญาทรัสต์รีซีทีก็ไม่ได้เกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์ในสินค้าแต่อย่างใด ผู้เขียนคิดว่ากรณีที่ศาลตัดสินว่ากรรมสิทธิ์ในสินค้าเป็นของธนาคารเช่นนั้นเป็นการตัดสินจากตัวสัญญาทรัสต์รีซีทีที่คู่สัญญาแสดงเจตนาร่วมกัน แต่โดยหลักสากลแล้วไม่ควรจะเป็นเช่นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในประเด็นนี้ควรมีกฎหมายที่กำหนดถึงสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ตามสัญญาทรัสต์รีซีทีเอาไว้ให้ชัดเจน และเมื่อมีกฎหมายเรื่องนี้ชัดเจนแล้วว่าธนาคารไม่ได้มีกรรมสิทธิ์ในสินค้านั้นแบบฟอร์มสัญญาทรัสต์รีซีทีที่เป็นสัญญามาตรฐานนั้นจะได้ถูกแก้ไขให้ถูกต้องเพื่อที่จะได้เข้าใจถึงสัญญาทรัสต์รีซีทีและผลทางกฎหมายให้ถูกต้องด้วย