

ปัญหาและอุปสรรคของการนำหลักกฎหมายว่าด้วย Fiduciary มาใช้ในประเทศไทย

หลักกฎหมายว่าด้วย Fiduciary ได้ถูกกล่าวถึงอย่างแพร่หลายในประเทศไทยในปัจจุบัน และมักจะเป็นที่รู้จักในฐานะส่วนหนึ่งของกฎหมายบริษัท ในส่วนที่เป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการทำหน้าที่ของกรรมการบริษัท ตามหลักบรรษัทภิบาล (corporate governance) แต่ยังไม่ปรากฏการทำความเข้าใจหลักดังกล่าวในฐานะของหลักกฎหมายที่กล่าวถึงความสัมพันธ์ที่มีลักษณะเฉพาะแต่ประการใด ทำให้หลักกฎหมายในเรื่องนี้ยังไม่สามารถถูกนำไปใช้ในขอบเขตที่แพร่หลายอย่างที่ควรจะเป็น ทั้งที่โดยเนื้อหาของหลักกฎหมายดังกล่าวแล้ว เป็นหลักกฎหมายที่มีประโยชน์อย่างยิ่งในการควบคุมการกระทำหน้าที่ของบุคคลในความสัมพันธ์ตามกฎหมายของประเทศไทยหลายลักษณะ

อย่างไรก็ดี ดังที่ได้กล่าวไว้ในเบื้องต้นว่า หลักกฎหมายในเรื่อง Fiduciary เป็นหลักที่ได้รับการพัฒนาจากนิติวิธีในระบบคอมมอนลอว์ การจะนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่ใช้นิติวิธีของระบบซีวิลลอว์นั้น แม้การนำเอาหลักการที่สำคัญมาใช้จะสามารถกระทำได้ด้วยการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ก็ย่อมมีอุปสรรคในการนำเอาหลักเกณฑ์โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นรายละเอียดมาบังคับใช้

ดังนั้น การศึกษาในบทนี้ จะได้ศึกษาถึงปัญหา และข้อจำกัดในทางระบบกฎหมายเกี่ยวกับการรับเอาหลักกฎหมายว่าด้วย Fiduciary มาใช้บังคับในระบบกฎหมายของประเทศไทย ซึ่งจะได้พิจารณาในประเด็นต่างๆดังต่อไปนี้

1. การยอมรับกฎหมายลักษณะทรัสต์ในประเทศไทย
2. ข้อจำกัดในเชิงนิติวิธี อันได้แก่
 - 2.1. บ่อเกิดของกฎหมายอันมีลักษณะเป็นหลักกฎหมาย Fiduciary และ
 - 2.2. อำนาจศาลในการพัฒนาหลักกฎหมาย

1. การยอมรับกฎหมายลักษณะทรัสต์ในประเทศไทย

ดังที่ได้ศึกษาพัฒนาการของหลัก Fiduciary ในระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งได้พบว่า หลักการในเรื่องนี้มีพัฒนาการมาจากกฎหมายลักษณะทรัสต์ โดยการเทียบเคียงความสัมพันธ์ต่าง ๆ ว่ามีความคล้ายคลึงกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับประโยชน์กับทรัสต์ (Trust-like concept) ปัญหาที่ควรพิจารณาเป็นเบื้องต้น คือ ระบบกฎหมายของประเทศไทยยอมรับความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์หรือไม่

เดิมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย มีบทบัญญัติในมาตรา 1686 บัญญัติไว้ว่า “อันว่าทรัสต์นั้น จะก่อตั้งขึ้นโดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใดๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดี หรือเมื่อตายแล้วก็ดี ห้ามมิผลไม่”

จากผลของบัญญัตินี้ดังกล่าว ทำให้การจัดตั้งทรัสต์ในประเทศไทย จึงเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายมาโดยตลอด ทำให้พัฒนาการในการสร้างหลักกฎหมายเพื่อควบคุมการกระทำของทรัสต์ รวมทั้งการนำหลักการดังกล่าวไปควบคุมบุคคลซึ่งทำหน้าที่คล้ายทรัสต์ ซึ่งเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมาย Fiduciary ในระบบคอมมอนลอว์นั้น จึงไม่ได้เกิดขึ้นมาในประเทศไทยแต่ประการใด

อย่างไรก็ดี ในปีพ.ศ. 2551 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550¹ ซึ่งได้มีการยอมรับให้ก่อตั้งทรัสต์ได้ในวัตถุประสงค์เฉพาะ คือ เพื่อการระดมทุนในตลาดทุนเป็นหลัก โดยกำหนดวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งทรัสต์ตามพระราชบัญญัตินี้ไว้ในมาตรา 4 ว่า “ทรัสต์อาจก่อตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ในการดำเนินธุรกรรมในตลาดทุนตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด ในเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) การออกหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- (2) การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์
- (3) ธุรกรรมอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุน”

¹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 125 ตอนที่ 9 ก. วันที่ 14 มกราคม 2551

ด้วยผลของพระราชบัญญัตินี้เอง ทำให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 1686 เป็น “อันว่าทรัสต์นั้น จะก่อตั้งขึ้นโดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใด ๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดีหรือเมื่อตายแล้วก็ดี ห้ามผลไม่ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น”²

จากบทบัญญัติทั้งหลายที่ได้ยกมาให้เห็นข้างต้นนั้น เมื่อพิจารณาได้ว่าระบบกฎหมายของประเทศไทยไม่ยอมรับการก่อตั้งทรัสต์เป็นการทั่วไปแล้ว จึงเป็นที่น่าสงสัยว่า การนำเอาหลัก Fiduciary ซึ่งเป็นการปรับเอาความสัมพันธ์ระหว่างทรัสต์กับผู้รับผลประโยชน์มาใช้บังคับกับความสัมพันธ์อื่นนั้น จะเป็นการต้องห้ามตามกฎหมายในปัจจุบันหรือไม่ หรือจะกระทำได้จำกัดเฉพาะความสัมพันธ์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุนซึ่งเป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายของประเทศไทยเท่านั้น

ผู้เขียนมีความเห็นในเรื่องนี้ว่า บทบัญญัติในมาตรา 1686 ไม่ว่าจะปฏิบัติตามกฎหมายเดิม หรือตามที่ได้แก้ไขใหม่นั้น มิได้ก่อเกิดผลเป็นการห้าม หรือการจำกัดการนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับFiduciary มาใช้บังคับในประเทศไทยแต่ประการใด ด้วยเหตุผลดังนี้

1. การที่กฎหมายห้ามการก่อตั้งทรัสต์ไว้ในมาตรา 1686 นั้น มีเหตุผลอยู่ที่การพิจารณาว่าทรัสต์นั้น มีลักษณะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอื่น โดยมีข้อจำกัดว่าบุคคลนั้นจะต้องใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนอันกำหนดตัวแน่นอนหรือเพื่อการสาธารณกุศลอันแน่นอน³ ซึ่งเป็นการทำให้ทรัพย์สินต้องผูกมัดกับบุคคลหนึ่งหรือหลายคนตลอดไป ทำให้ทรัพย์สินไม่เปลี่ยนมือ เป็นการขัดขวางความเจริญก้าวหน้าต่อเศรษฐกิจ⁴ จะเห็นได้ว่าเหตุผลของการห้ามดังกล่าวเป็นการพิจารณาผลของทรัสต์ในลักษณะที่เป็นข้อจำกัดการใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้รับมาโดยทรัสต์ ซึ่งข้อห้ามดังกล่าวมิได้พิจารณาถึงหลักกฎหมายที่ควบคุมการกระทำหน้าที่ของทรัสต์ อันเป็นเนื้อหาที่ถูกนำมาใช้ในหลัก Fiduciary แต่ประการใด

² ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่มที่ 125 ตอนที่ 9 ก. วันที่ 14 มกราคม 2551

³ คำพิพากษาฎีกาที่ 419/2491 อ้างใน เปรียบ หุตางกูร ,คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย มรดก , พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545) , น. 190 – 191.

⁴ เปรียบ หุตางกูร , เพ็งอ้วง , น. 191.

นอกจากนี้ การนำเอาความสัมพันธ์ในเรื่องทรัสต์มาเทียบเคียงนั้น ก็เป็นเรื่องของการพิจารณาที่ลักษณะของความสัมพันธ์ซึ่งทรัสต์มีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินและผลประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์ ทำให้มีหน้าที่ในลักษณะของ Fiduciary เกิดขึ้น มิได้ดูที่ผลของความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์ในแง่ของการจำกัดกรรมสิทธิ์แต่ประการใด

2. การปรับใช้หลัก Fiduciary โดยศาลในระบบคอมมอนลอว์เอง ในยุคต่อมาก็ได้ปรับใช้โดยการอ้างอิงความสัมพันธ์ลักษณะตัวแทนเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย มิใช่แต่ความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์แต่เพียงประการเดียว ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยก็มีการบัญญัติถึงหลักกฎหมายตัวแทนอยู่ แม้จะกล่าวว่ามีอาจปรับหลักการของ Fiduciary ผ่านความสัมพันธ์ในเรื่องทรัสต์ได้ แต่ก็สามารถอาศัยความสัมพันธ์ในเรื่องตัวแทนได้

3. ดังที่ได้กล่าวไว้ในเบื้องต้นแล้วว่า ได้มีการยอมรับหลักการในเรื่อง Fiduciary มาใช้ในเรื่องของกฎหมายบริษัท และยังได้มีหลักการพื้นฐานของหลักกฎหมาย Fiduciary ปรากฏอยู่ในกฎหมายของประเทศไทยอีกหลายเรื่อง ซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป จึงอาจกล่าวได้ว่า การจะพัฒนาหลักกฎหมาย Fiduciary ในประเทศไทย สามารถกระทำได้โดยผ่านบทบัญญัติที่มีอยู่ในความสัมพันธ์เรื่องอื่น ๆ ได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์แต่ประการใด

ด้วยเหตุผลทุกประการที่กล่าวมาข้างต้น จึงเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่า การไม่ยอมรับความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์เป็นการทั่วไปในระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้น ไม่ได้เป็นข้อจำกัดในการที่จะพัฒนาหลัก Fiduciary แต่ประการใด

2. ข้อจำกัดในเชิงนิติวิธีเกี่ยวกับการยอมรับหลัก Fiduciary

2.1 ป่อเกิดของกฎหมายอันมีลักษณะเป็นหลักกฎหมาย Fiduciary

หากพิจารณาเนื้อหาของหลักกฎหมาย Fiduciary แล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นหลักกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลบนพื้นฐานของความไว้นับถือใจแล้ว ซึ่งหลักการดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายที่สำคัญในระบบซีวิลลอว์ และได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ได้แก่ หลักสุจริต (good faith) ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” ซึ่งเมื่อพิจารณาดังนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าการรับเอาหลักกฎหมาย Fiduciary มา

ใช้ในประเทศไทยนั้น สามารถทำได้ไม่ยากแต่ประการใด โดยการกล่าวอ้างหลักสุจริตในการสร้างหน้าทีระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาว่าการใช้หลักสุจริตตามมาตรา 5 สร้างหน้าทีระหว่างคู่กรณีขึ้นมา นั้น จะเป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาลจนมากเกินไป และอาจมีปัญหาในแง่ของความชัดเจนของหน้าทีที่จะสร้างขึ้นมา นั้น จึงควรพิจารณาเพื่อค้นหาเนื้อหาของกฎหมายในลักษณะ Fiduciary ซึ่งมีปรากฏชัดเจนในบ่อเกิดกฎหมายลำดับต่าง ๆ ของประเทศไทยก่อน

ในประเด็นดังกล่าวนี้ บทบัญญัติในมาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า

“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมาย ตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

จากบทบัญญัติในมาตรา 4 นี้ ได้กำหนดลำดับของบ่อเกิดของกฎหมายที่จะนำมาใช้ตัดสินคดีดังนี้

1. ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้เกี่ยวกับกรณีนั้น
2. หากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร ให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้น
3. หากไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นนั้น ให้ใช้วิธีการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง(analogy)
4. หากไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไป

ดังนั้น การปรับใช้ที่ถูกต้องจะต้องค้นหาบทบัญญัติที่ว่าด้วย Fiduciary ที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสียก่อน หากไม่มีก็ต้องค้นหาจารีตประเพณีในเรื่อง Fiduciary เกี่ยวกับกรณีดังกล่าวว่ามีอยู่หรือไม่ หากไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ก็ต้องพิจารณาเทียบเคียงจากบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หากไม่มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้เทียบเคียงอีก จึงอาจกล่าวอ้างหลักกฎหมายทั่วไป หรือใช้หลักสุจริตเข้าไปสร้างเนื้อหาของความผูกพันให้เป็นที่แน่นอนเฉพาะกับหลัก Fiduciary ได้

ในที่นี้ จึงขอพิจารณาความมีอยู่ของหลักกฎหมายที่มีลักษณะเทียบเคียงได้กับหลัก Fiduciary ในระบบกฎหมายของประเทศไทย ตามลำดับดังต่อไปนี้

2.1.1. หลักกฎหมายในลักษณะของ Fiduciary ที่ปรากฏในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร

ก. พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535

ดังที่ได้ศึกษาในบทที่ผ่านมาแล้วว่า ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการกับบริษัทนั้น เป็นความสัมพันธ์ซึ่งกรรมการมีหน้าที่ในฐานะ Fiduciary ต่อบริษัท ซึ่งในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ. 2535 นั้น มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงหลักกฎหมาย Fiduciary ที่ใช้ในการควบคุมการทำหน้าที่ของกรรมการบริษัทเอาไว้ ดังต่อไปนี้

1. หน้าที่กระทำการโดยซื่อสัตย์สุจริต

(1) หลักเกณฑ์

มาตรา 85 บัญญัติว่า “ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของบริษัท”

บทบัญญัติมาตรานี้ เป็นการวางหลักทั่วไปเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัทของกรรมการว่า ต้องมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (duty of care) และหน้าที่ในการกระทำการด้วยความซื่อสัตย์ (duty of loyalty) ซึ่งถือเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของหน้าที่ในลักษณะ Fiduciary⁵

(2) ผลของการฝ่าฝืน

ในกรณีที่กรรมการคนใดกระทำการหรือละเว้นการกระทำใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง บริษัทหรือผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี อาจดำเนินการได้ดังต่อไปนี้

(1) เรียกค่าเสียหาย ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้บริษัทเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้ (มาตรา 85 วรรคสอง (1))

⁵ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 1.2.3 หน้าที่ 26-31 และหัวข้อที่ 2.1 หน้าที่ 33- 36

ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อย ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่า ร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้อยก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้นๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทน แทนบริษัทก็ได้

(2) ขอให้ระงับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้ (มาตรา 85 วรรคสอง (2))

(3) ขอให้สั่งให้กรรมการออกจากตำแหน่ง ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินการฟ้องร้อง กรรมการ ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้ (มาตรา 85 วรรคสาม)

ผู้ถือหุ้นซึ่งดำเนินการ(1) – (3) ต้องถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการคนนั้นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรืออาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท แล้วแต่กรณี

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

บทบัญญัติในมาตรานี้กำหนดหน้าที่ของกรรมการไว้เป็นหลักทั่วไป และคำว่ากรรมการต้องปฏิบัติ “หน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต” นั้น ก็กล่าวได้ว่าเป็นหลักการที่ครอบคลุมหลัก Fiduciary ทั้งหมด อย่างไรก็ตาม ผลทางกฎหมายในเรื่องนี้เป็นไปในลักษณะของการเรียกให้กรรมการชดเชยค่าเสียหายเป็นสำคัญ หากการกระทำโดยไม่ซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการเป็นไปในลักษณะของการใช้อำนาจในฐานะของกรรมการบริษัทแสวงหาประโยชน์เป็นการส่วนตัวซึ่งหลักกฎหมายในเรื่อง Fiduciary กำหนดให้ต้องคืนประโยชน์ที่ได้รับมาด้วยแล้ว ย่อมมีปัญหาว่า กรรมการในฐานะ Fiduciary ประเภทหนึ่ง จะต้องส่งคืนผลประโยชน์ที่ได้รับมาให้แก่บริษัทในฐานะที่เป็นค่าสินไหมทดแทนความเสียหายด้วยหรือไม่

ผู้เขียนมีความเห็นในเรื่องนี้ว่า การจะอาศัยสิทธิเรียกผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับไว้เป็นการส่วนตัวในฐานะที่เป็นค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้น บริษัทย่อมมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่า บริษัทมีความเสียหายด้วย ซึ่งหากผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับไว้ นั้น เป็นผลประโยชน์ซึ่งบริษัทไม่อาจแสวงหามาได้ด้วยตนเองแล้ว ย่อมเป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าบริษัทมีความเสียหายจากการกระทำของกรรมการบริษัท

ตัวอย่างเช่น กรรมการบริษัทได้เจรจาทำสัญญากับลูกค้าของบริษัท และปรากฏข้อเท็จจริงว่า ลูกค้าของบริษัทไม่ประสงค์จะทำสัญญากับบริษัท แต่ประสงค์จะทำสัญญากับกรรมการเป็นการส่วนตัว กรรมการคนดังกล่าวจึงได้ทำสัญญากับลูกค้าของบริษัททันทีโดยไม่แจ้งให้บริษัททราบ

ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ กรรมการบริษัทจะต้องส่งมอบผลประโยชน์ที่ได้รับจากสัญญาดังกล่าวให้แก่บริษัทหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาว่าการกระทำของกรรมการนั้น เป็นการขัดกับหลักการทำหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริต บริษัทและผู้ถือหุ้นย่อมสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากการกระทำของกรรมการบริษัทได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่า บริษัทไม่มีทางที่จะได้รับประโยชน์จากสัญญาดังกล่าวอยู่แล้ว จึงไม่อาจวินิจฉัยได้ว่าบริษัทได้รับความเสียหายจากการกระทำของกรรมการบริษัท การเรียกประโยชน์ที่ได้รับไว้ในฐานะค่าเสียหายย่อมไม่อาจกระทำได้ แต่หากพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวจากหลัก Fiduciary แล้ว จะเห็นได้ว่า บริษัทย่อมมีอำนาจเรียกให้ Fiduciary ส่งมอบประโยชน์ที่ได้รับไว้ได้ ด้วยเหตุผลที่ว่าประโยชน์ดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องจากการใช้อำนาจของกรรมการในฐานะ Fiduciary ของบริษัท

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว เมื่อมีกรณีที่จะเรียกคืนผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับไว้เป็นการส่วนตัว จึงควรนำเอาบทบัญญัติในเรื่องของการเรียกคืนผลประโยชน์ที่ตัวแทนได้รับไว้ตามมาตรา 810 อันเป็นหลักที่สอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary มาใช้บังคับ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 97 ของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ที่กำหนดให้นำหลักกฎหมายตัวแทนมาใช้บังคับกับกรรมการบริษัทได้ จะเป็นการเหมาะสมกว่าการเรียกคืนผลประโยชน์ดังกล่าวในฐานะค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย

2. หน้าที่ห้ามค้าแข่งกับบริษัท

(1) หลักเกณฑ์

มาตรา 86 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้กรรมการประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัท หรือเข้าเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญหรือเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นกรรมการของบริษัทเอกชน หรือบริษัทอื่นที่ประกอบกิจการอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของบริษัทไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ตน หรือประโยชน์ผู้อื่น เว้นแต่จะได้แจ้งให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทราบก่อนที่จะมีมติแต่งตั้ง”

บทบัญญัติมาตรานี้ เป็นการกำหนดหน้าที่ของกรรมการบริษัทในการห้ามค้าแข่งกับบริษัท (duty not to compete) ซึ่งถือเป็นส่วนประกอบของหน้าที่ในการกระทำการด้วยความ

ซื่อสัตย์ (duty of loyalty) อันเป็นส่วนหนึ่งในหน้าที่ของบุคคลซึ่งมีฐานะเป็น Fiduciary ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ผ่านมา⁶

(2) ผลของการฝ่าฝืน

ในกรณีที่กรรมการคนใดฝ่าฝืนกระทำการดังกล่าว บริษัทจะเรียกค่าสินไหมทดแทนในการที่บริษัทได้รับความเสียหายจากกรรมการคนนั้นก็ได้ ทั้งนี้ ต้องฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บริษัททราบถึงการฝ่าฝืนและไม่เกินสองปีนับแต่วันฝ่าฝืน (มาตรา 86 วรรคสอง)

ในกรณีที่บริษัทไม่ใช้สิทธิเรียกร้องตามที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคน ซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ ถ้าบริษัทไม่ดำเนินการตามที่ผู้ถือหุ้นแจ้งภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่แจ้งหรืออายุความตามวรรคสองเหลือน้อยกว่าหนึ่งเดือน ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะใช้สิทธิเรียกร้องนั้นเพื่อบริษัทก็ได้ และให้นำมาตรา 85 วรรคสอง (2) และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม (มาตรา 86 วรรคสาม)

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

แม้กฎหมายจะได้กำหนดสิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนเนื่องจากการกระทำการแข่งขันกับบริษัทไว้แล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวอาจไม่ครอบคลุมถึงการให้สิทธิในการเรียกคืนผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับไว้จากการกระทำการแข่งขันกับบริษัทดังกล่าว ซึ่งสามารถนำหลักกฎหมายตัวแทนในมาตรา 810 มาใช้ได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมาย Fiduciary แล้ว กรรมการจะต้องส่งคืนประโยชน์ที่ตนได้รับมาจากการกระทำการแข่งขันกับบริษัท ก็ต่อเมื่อผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับจากการกระทำการแข่งขันกับบริษัทนั้น เป็นผลมาจากการใช้อำนาจที่ตนมีในฐานะ Fiduciary ของบริษัท แต่หากประโยชน์ที่กรรมการได้รับมานั้น ไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจในฐานะ Fiduciary ของบริษัท แม้กรรมการต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ก็ไม่จำเป็นต้องคืนผลประโยชน์ที่ได้รับไว้แต่ประการใด

ตัวอย่างเช่น ก. ประกอบกิจการรับเป็นตัวแทนซื้อขายที่ดินในนามของตนเองอยู่ก่อน และภายหลังจึงได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการในบริษัทที่ประกอบกิจการรับซื้อขายที่ดินเช่นกัน โดย ก.

⁶ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 3.2.2 หน้า 50 - 57

ยังคงประกอบธุรกิจของตนต่อไปโดยไม่แจ้งข้อเท็จจริงดังกล่าวให้บริษัททราบ ข. ซึ่งเป็นลูกค้าเดิมของ ก. ได้มาติดต่อให้ ก. เป็นตัวแทนขายที่ดินให้ตน โดยให้ค่าจ้างหนึ่งแสนบาท จากตัวอย่างนี้ถือว่า ก. ประกอบธุรกิจอันมีสภาพอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกันกับบริษัท กรรมการต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่บริษัท อย่างไรก็ตาม บริษัทจะเรียกเอาเงินหนึ่งแสนบาทที่ ก. รับเอาไว้ไม่ได้ เพราะ ก. ไม่ได้ใช้อำนาจของตนในฐานะกรรมการของบริษัทเป็นเหตุให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทนดังกล่าวแต่ประการใด

3. หน้าที่ห้ามทำธุรกรรมกับตนเอง

(1) หลักเกณฑ์

มาตรา 87 บัญญัติว่า “ กรรมการคนใดซื้อทรัพย์สินของบริษัท หรือขายทรัพย์สินให้แก่บริษัทหรือกระทำธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่งกับบริษัท ไม่ว่าจะกระทำในนามของตนหรือของบุคคลอื่น ถ้ามิได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการแล้ว การซื้อหรือกระทำธุรกิจนั้นไม่มีผลผูกพันบริษัท”

ข้อห้ามในมาตรา 87 เป็นการกล่าวถึงการกระทำลักษณะเฉพาะเรื่อง คือ การทำธุรกรรมกับตนเอง (self dealing) โดยไม่ต้องพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวจะทำให้บริษัทเสียหายหรือไม่ ซึ่งถือเป็นข้อห้ามอย่างหนึ่งของบุคคลผู้กระทำการในฐานะ Fiduciary⁷

(2) ผลของการฝ่าฝืน

การกระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 87 นี้ได้มีการกำหนดผลทางกฎหมายไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเป็นไปในลักษณะเดียวกับผลในเรื่องการทำธุรกรรมกับตนเองของ Fiduciary คือ ให้ธุรกรรมที่สร้างขึ้นไม่มีผลผูกพันบริษัท นอกจากนี้ การกระทำของกรรมการย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำโดยไม่ซื่อสัตย์สุจริต ซึ่งอาจถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามมาตรา 85 ของพระราชบัญญัตินี้

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

แม้ผลทางกฎหมายในเรื่องการทำธุรกรรมกับตนเองของกรรมการบริษัทจะได้กำหนดในส่วนของหลักการเอาไว้ค่อนข้างครบถ้วนแล้วก็ตาม แต่ก็ยังขาดหลักเกณฑ์ในกรณีที่ยกเว้นการทำ

⁷ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 3.1 หน้าที่ 46-48

ขึ้นก่อนให้เกิดประโยชน์เป็นการส่วนตัวแก่กรรมการ บริษัทจะสามารถเรียกเอาผลประโยชน์ดังกล่าวได้หรือไม่

ตัวอย่างเช่น กรรมการบริษัททำหน้าที่เป็นตัวแทนของบุคคลภายนอก และได้ทำธุรกรรมกับบริษัทในนามของบุคคลภายนอก ซึ่งธุรกรรมที่สร้างขึ้นย่อมไม่ผูกพันบริษัท แต่หากกรรมการได้รับค่าตอบแทนจากบุคคลภายนอกจากการดำเนินการดังกล่าวด้วย บริษัทจะสามารถเรียกค่าตอบแทนที่กรรมการได้รับไว้ได้หรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมาย Fiduciary แล้ว บริษัทย่อมสามารถเรียกค่าตอบแทนดังกล่าวได้ ในฐานะที่เป็นผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับไว้สืบเนื่องจากการใช้อำนาจในฐานะที่เป็น Fiduciary ของบริษัท

กรณีดังกล่าวข้างต้น ย่อมสามารถปรับใช้หลักกฎหมายที่มีตามมาตรา 810 ได้เช่นกัน โดยถือว่าค่าตอบแทนที่กรรมการได้มานั้น ได้มาในฐานะที่ทำการแทนบริษัท จึงต้องส่งมอบประโยชน์ที่ได้รับให้แก่บริษัทตามหลักดังกล่าว

ข. บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข.1. บริษัทจำกัด

(1) หลักเกณฑ์

ในส่วนของ การควบคุมการทำหน้าที่ของกรรมการของบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในฐานะที่กรรมการเป็น Fiduciary ของบริษัทนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบริษัทจำกัด มาตรา 1168 บัญญัติไว้ว่า “ในอันที่จะประกอบกิจการของบริษัทนั้น กรรมการต้องใช้ความเอื้อเพื่อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง

ว่าโดยเฉพาะ กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันในประการต่าง ๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) การใช้เงินค่าหุ้นนั้น ได้ใช้กันจริง

(2) จัดให้มีและรักษาไว้ให้เรียบร้อย ซึ่งบรรดาสมุดบัญชีและเอกสารที่กฎหมายกำหนดไว้

(3) การแจกเงินปันผลหรือดอกเบี้ยให้เป็นไปโดยถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้

(4) บังคับการให้เป็นไปโดยถูกต้องตามมติของที่ประชุมใหญ่

อนึ่งท่านห้ามมิให้ผู้เป็นกรรมการประกอบการค้าขายใด ๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้น ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ตนหรือเพื่อประโยชน์ผู้อื่น หรือไปเข้าหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างค้าขายอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และแข่งขันกับกิจการของบริษัท โดยมีได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น

บทบัญญัติที่กล่าวมาข้างบนนี้ให้ใช้บังคับตลอดถึงบุคคลซึ่งเป็นผู้แทนของกรรมการด้วย”

บทบัญญัติมาตรา 1168 นี้ เป็นการกำหนดหน้าที่ของกรรมการบริษัทจำกัด ให้ปฏิบัติหน้าที่โดยการใช้ความระมัดระวัง โดยใช้ความเอื้อเพื่อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง (diligence of a careful business man) นอกจากนี้ยังห้ามการกระทำที่เป็นการแข่งขันกับบริษัทด้วย จึงถือเป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงหน้าที่ของกรรมการในฐานะที่เป็น Fiduciary ของบริษัท⁸

(2) ผลของการฝ่าฝืน

การฝ่าฝืนหน้าที่ใด ๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1168 นี้ กฎหมายกำหนดให้กรรมการต้องรับผิดชอบในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่บริษัท (มาตรา 1169)

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของกรรมการในบริษัทจำกัด เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมาย Fiduciary แล้ว ผู้เขียนมีข้อสังเกตดังนี้

(1) ไม่มีบทบัญญัติเป็นหลักทั่วไปในลักษณะ Fiduciary โดยตรง เช่น การกำหนดให้กรรมการต้องทำหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด หรือการรับรองหลักห้ามมีผลประโยชน์ขัดกัน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม โดยฐานะของความเป็น Fiduciary เช่นเดียวกับกรรมการบริษัทมหาชนแล้ว ย่อมสามารถนำเอาหลักการทำหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทมหาชนมาใช้กับกรรมการบริษัทได้ในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ในขณะเดียวกัน ย่อมสามารถนำหลักการห้ามมีผลประโยชน์ขัดกันในมาตรา 805 ลักษณะตัวแทนมาใช้กับกรรมการบริษัทได้ ตามที่กฎหมายกำหนดให้นำเอาบทบัญญัติในลักษณะตัวแทนมาใช้กับกรรมการบริษัทในมาตรา 1167

⁸ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 3.2.2 หน้า 50 - 57

(2) ไม่มีการบัญญัติห้ามกรรมการบริษัทการทำธุรกรรมกับตนเองเอาไว้ดังเช่นกรณีของ มาตรา 87 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด แต่ยอมสามารถนำเอาหลักกฎหมายในการห้ามมี ผลประโยชน์ขัดกันของตัวแทนในมาตรา 805 มาพิจารณาได้ ซึ่งหากกรรมการกระทำการดังกล่าว โดยหลักแล้วการที่ย่อมไม่ผูกพันบริษัทจำกัดตามมาตรา 823 เนื่องจากเป็นการกระทำโดยไม่มี อำนาจ

(3) ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเรียกคืนผลประโยชน์ที่กรรมการได้รับไว้เป็นการส่วนตัว สืบเนื่องจากการใช้อำนาจในฐานะกรรมการบริษัท ปัญหาในข้อนี้ได้พิจารณาแล้วในหัวข้อของ กรรมการบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งสามารถนำเอาหลักกฎหมายในมาตรา 810 ของเรื่องตัวแทนไป ปรับใช้ได้เช่นกันโดยผลของมาตรา 1167

ข.2. ผู้แทนนิติบุคคล

(1) หลักเกณฑ์

ผู้แทนนิติบุคคลในฐานะที่เป็นผู้แสดงเจตนาแทนนิติบุคคลนั้น ย่อมเป็นบุคคลที่มี อำนาจตามกฎหมายที่จะแสดงเจตนาเพื่อก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายระหว่างนิติบุคคลกับ บุคคลภายนอก จึงกล่าวได้ว่า ผู้แทนนิติบุคคลมีฐานะเป็น Fiduciary ของนิติบุคคลที่ตนทำหน้าที่ เป็นผู้แทนอยู่

สำหรับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหลัก Fiduciary ที่ควบคุมการทำหน้าที่ของผู้แทนนั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 74 บัญญัติไว้ว่า *“ถ้าประโยชน์ได้เสียของนิติบุคคล ขัดกับประโยชน์ได้เสียของผู้แทนของนิติบุคคลในการอันใด ผู้แทนของนิติบุคคลนั้นจะเป็นผู้แทน ในการอันนั้นไม่ได้”*

จากบทบัญญัติในมาตรา 74 นี้ เป็นการวางหลักการเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะที่ เป็นเรื่องของผลประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) ระหว่างผู้แทนนิติบุคคลกับนิติบุคคล ว่า ผู้แทนนิติบุคคลจะเป็นผู้แทนในการนั้นไม่ได้ หลักการดังกล่าวถือเป็นหลักการสำคัญเรื่องหนึ่งใน เรื่อง Fiduciary ซึ่งภายใต้หลักการว่าด้วยผลประโยชน์ขัดกันนี้ ได้มีหลักเกณฑ์ในรายละเอียด หลายประการดังที่ได้อธิบายไว้ในบทที่แล้ว⁹

⁹ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 3 หน้า 46 - 65

(2) ผลของการฝ่าฝืน

ในบทบัญญัติของมาตรา 74 ได้กำหนดผลไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้แทนนิติบุคคลที่มีผลประโยชน์ขัดกันกับนิติบุคคลนั้น ไม่สามารถกระทำการเป็นผู้แทนของนิติบุคคลได้ การที่ผู้แทนนิติบุคคลที่มีประโยชน์ขัดกันดังกล่าวทำขึ้นจะผูกพันนิติบุคคลหรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่ามีผู้แทนนิติบุคคลอื่นที่ไม่มีประโยชน์เกี่ยวข้องในจำนวนที่เพียงพอที่จะแสดงเจตนาแทนนิติบุคคล ให้ความยินยอมในการทำธุรกรรมดังกล่าวหรือไม่

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

บทบัญญัติลักษณะ Fiduciary ในเรื่องผู้แทนนิติบุคคลมีอยู่อย่างจำกัด ซึ่งผู้เขียนมีข้อสังเกตในประเด็นดังกล่าว ดังนี้

(1) เนื่องจากความเป็นผู้แทนนิติบุคคลมักจะมีกฎหมายลักษณะเฉพาะที่กำหนดเนื้อหาสิทธิหน้าที่ระหว่างนิติบุคคลกับผู้แทนเป็นการเฉพาะอีกชั้นหนึ่ง เช่น กฎหมายบริษัทจำกัด กฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด เป็นต้น หลักกฎหมายในลักษณะ Fiduciary จึงมักจะปรากฏในกฎหมายลักษณะเฉพาะดังกล่าว

(2) มาตรา 77 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้นำกฎหมายลักษณะตัวแทนมาใช้บังคับกับเรื่องผู้แทนนิติบุคคลด้วย ซึ่งหลักกฎหมาย Fiduciary ที่มีอยู่ในกฎหมายลักษณะตัวแทน เช่น มาตรา 810 ก็สามารถนำมาปรับใช้กับเรื่องผู้แทนนิติบุคคลได้ผ่านบทบัญญัติดังกล่าว

ข.3. หุ้นส่วน

(1) หลักเกณฑ์

บุคคลที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วน ย่อมเป็นบุคคลที่มีอำนาจกระทำการซึ่งก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายระหว่างห้างหุ้นส่วนกับบุคคลภายนอกได้ ดังนั้น หุ้นส่วนย่อมมีฐานะเป็น Fiduciary ของห้างหุ้นส่วนที่ตนเป็นหุ้นส่วนอยู่

สำหรับกฎหมายที่ควบคุมการทำหน้าที่ของหุ้นส่วนในฐานะที่เป็น Fiduciary นั้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1038 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้เป็นหุ้นส่วนประกอบกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งมีสภาพดูจะเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับกิจการของห้างหุ้นส่วนนั้น ไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ตนหรือประโยชน์ผู้อื่นโดยมิได้รับความยินยอมของผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่น ๆ

ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติมาตรานี้ไซ้ ผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่น ๆ ชอบที่จะเรียกเอาผลกำไรซึ่งผู้้นั้นหาได้ทั้งหมด หรือเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อการที่ห้างหุ้นส่วนได้รับความเสียหายเพราะเหตุนี้ แต่ท่านห้ามมิให้ฟ้องเรียกเมื่อพ้นเวลาปีหนึ่งนับแต่วันทำการฝ่าฝืน”

จากบทบัญญัติในมาตรา 1038 นี้ นอกจากเป็นการกำหนดหน้าที่ในการห้ามกระทำการอันมีสภาพคู่เดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับบริษัท ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหน้าที่ในลักษณะ Fiduciary ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว¹⁰

(2) ผลของการฝ่าฝืน

บทบัญญัติในมาตรานี้ยังให้อำนาจหุ้นส่วนคนอื่น ๆ ที่จะเรียกเอาผลกำไรซึ่งผู้้นั้นได้มาจากการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว หรือจะเรียกค่าสินไหมทดแทนที่เกิดขึ้นจากการกระทำเช่นนั้นแล้วแต่ผู้เป็นหุ้นส่วนที่ดำเนินการฟ้องคดีจะเลือกที่จะดำเนินการเรียกร้องสิ่งใด

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

จากบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของหุ้นส่วน เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมาย Fiduciary แล้ว ผู้เขียนมีข้อสังเกตดังนี้

(1) หน้าที่ห้ามกระทำการแข่งขันกับห้างที่กำหนดไว้มาตรา 1038 ถือเป็นบทบัญญัติที่ได้กล่าวถึงสิทธิในการเรียกเอาผลกำไรที่หุ้นส่วนได้รับมาจากการกระทำการแข่งขันกับห้างด้วย อย่างไรก็ตาม สิทธิดังกล่าวมีขอบเขตที่ค่อนข้างกว้าง โดยเฉพาะกรณีที่กฎหมายไม่คำนึงถึงว่า ผลกำไรที่หุ้นส่วนได้มานั้น สืบเนื่องมาจากการใช้อำนาจที่ตนมีอยู่ในฐานะ Fiduciary หรือไม่ การให้สิทธิดังกล่าวจึงดูไม่สอดคล้องกับแนวคิดในเรื่อง Fiduciary มากเท่าใดนัก

(2) หน้าที่ในลักษณะ Fiduciary ประการอื่น ๆ เช่น การห้ามมีผลประโยชน์ขัดกันตามมาตรา 805 หรือการเรียกคืนผลประโยชน์ที่ได้รับไว้เป็นการส่วนตัว ตามมาตรา 810 ก็สามารถนำมาใช้กับความสัมพันธ์ลักษณะหุ้นส่วนได้ โดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 1042 ซึ่งให้นำบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะตัวแทนมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างหุ้นส่วนผู้จัดการกับหุ้นส่วนอื่นทั้งหลาย ยกเว้นเรื่องประโยชน์ที่ได้มาจากการค้าแข่งกับห้างซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

¹⁰ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 3.2.2 หน้าที่ 50 - 57

ข.4. ตัวแทน

ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่สองว่า พัฒนาการของหลักกฎหมาย Fiduciary นอกจากจะมีพื้นฐานจากความสัมพันธ์ระหว่างทรัสต์กับผู้รับผลประโยชน์ในกฎหมายลักษณะ ทรัสต์แล้ว ยังมีพื้นฐานจากความสัมพันธ์ในลักษณะตัวการตัวแทนอีกประการหนึ่งด้วย จึงสามารถพบหลักกฎหมายที่มีลักษณะเทียบเคียงได้กับหลัก Fiduciary ในบทบัญญัติลักษณะตัวแทนหลายประการ เช่น

ข.4.1. การห้ามทำนิติกรรมกับตัวการในนามของตนเอง (self dealing) หรือในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอก

(1) หลักเกณฑ์

หน้าที่ในข้อนี้ ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักการห้ามกระทำการในลักษณะของประโยชน์ขัดกัน (conflict of interest) ดังที่ปรากฏในบัญญัติมาตรา 805 “ตัวแทนนั้น เมื่อไม่ได้รับความยินยอมของตัวการจะเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของตัวการทำกับตนเองในนามของตนเองหรือในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกหาได้ไม่ เว้นแต่นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้”¹¹

(2) ผลของการฝ่าฝืน

หากตัวแทนได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 805 แล้ว ย่อมถือว่าการที่ได้กระทำนั้นเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจและย่อมไม่ผูกพันตัวการตามมาตรา 823 นอกจากนี้ ตัวแทนยังต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องจากการไม่กระทำการเป็นตัวแทนตามมาตรา 812 ด้วย

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

หลักกฎหมายในเรื่องนี้เมื่อพิจารณาแล้ว เห็นว่าให้ผลที่เทียบเคียงได้กับหลักกฎหมาย Fiduciary แล้ว นอกจากผลในส่วนของการเรียกเอาประโยชน์ที่ได้มาเป็นการส่วนตัว ซึ่งได้มีบัญญัติไว้แล้วในมาตรา 810

¹¹ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 3.1 หน้าที่ 46-48

ข.4.2. หน้าที่ต้องคืนเงินและทรัพย์สินที่ตนได้มาโดยฐานที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทน

(1) หลักเกณฑ์

ตามมาตรา 810 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “เงินและทรัพย์สินอย่างอื่นบรรดาที่ตัวแทนได้รับไว้ เกี่ยวด้วยการเป็นตัวแทนนั้น ท่านว่าตัวแทนต้องส่งให้แก่ตัวการจริงสิ้น

อนึ่งสิทธิทั้งหลายซึ่งตัวแทนขนขวายได้มาในนามของตนเอง แต่โดยฐานที่ทำ การแทนตัวการนั้น ตัวแทนก็ต้องโอนให้แก่ตัวการจริงสิ้น”

บทบัญญัติในมาตรานี้เป็นการวางหลักทั่วไปเกี่ยวกับเกี่ยวกับทรัพย์สินใด ๆ ที่ตัวแทน ได้รับไว้โดยฐานที่ได้กระทำการในฐานะตัวแทน ซึ่งกฎหมายกำหนดว่าตัวแทนไม่มีสิทธิเก็บไว้เอง จะต้องคืนให้แก่ตัวการทั้งหมด

(2) ผลของการฝ่าฝืน

หากตัวแทนไม่ปฏิบัติตามมาตรา 810 ตัวการย่อมมีสิทธิดังต่อไปนี้

(1) เรียกให้ตัวแทนส่งมอบเงิน ทรัพย์สิน หรือสิทธิใด ๆ ที่ตัวแทนได้รับไว้

(2) หากสิ่งที่ตัวแทนได้รับไว้เป็นเงิน และตัวแทนได้นำเงินดังกล่าวไปใช้ สอยเป็น ประโยชน์ของตน ตัวแทนจะต้องเสียดอกเบี้ยในเงินเหล่านี้ให้แก่ตัวการด้วย (มาตรา 811)

(3) ตัวการมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้น อันเนื่องจากตัวแทนไม่ทำการเป็นตัวแทน (มาตรา 812)

(3) ความสอดคล้องกับหลัก Fiduciary

บทบัญญัติในมาตรานี้ โดยเฉพาะบทบัญญัติในวรรคสอง ซึ่งกล่าวถึง สิทธิทั้งหลายที่ ตัวแทนขนขวายมาได้ ในนามของตนเอง แต่โดยฐานที่ทำแทนตัวการ ที่ตัวแทนมีหน้าที่ต้องคืนแก่ ตัวการด้วยนั้น ถือเป็นหลักกฎหมายที่ให้ผลในลักษณะเดียวกับหลักกฎหมาย Fiduciary ที่ให้สิทธิ แก่ผู้รับผลประโยชน์ ในการเรียกเอาเงินหรือทรัพย์สินใดๆที่ Fiduciary รับไว้เป็นการส่วนตัว แต่ใน ฐานที่ได้ใช้อำนาจของ Fiduciary นั้น (collateral profit)¹² และเป็นที่น่าพิจารณาว่า หลักกฎหมาย ในมาตรานี้ สามารถนำไปปรับใช้กับกรณีของการเข้าถือเอาโอกาส (opportunity) โดยให้ผลอย่าง เดียวกับหลักกฎหมายในเรื่อง Fiduciary

¹² โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 3.2 หน้า 48 -57

ตัวอย่างเช่น นาย ก. ตั้งนาย ข. เป็นผู้จัดการร้านค้าของตน นาย ค. ได้เสนอขายห้องแถวของตนให้แก่ นาย ก. ผ่านนาย ข. ตัวแทน เพื่อให้ขายกิจการร้านค้าของนาย ก.ออกไป แต่ นาย ข. เห็นว่าห้องแถวดังกล่าวมีทำเลที่ดี เหมาะจะใช้เป็นที่อยู่ จึงได้เสนอซื้อห้องแถวดังกล่าวในนามของตนเอง เพื่อมาทำเป็นที่อยู่อาศัยของตน ดังนี้ ถือได้ว่าข้อเสนอการขายห้องแถวดังกล่าวเป็นโอกาสที่ควรจะเป็นของนาย ก.ตัวการ และนาย ข. ได้รับห้องแถวดังกล่าวมาโดยฐานที่ทำแทน นาย ก. ตัวการ ซึ่งนาย ก.ยอมมีสิทธิเรียกให้นาย ข. ส่งมอบห้องแถวดังกล่าวให้ตนได้ตามมาตรา 810

ปัญหาที่น่าพิจารณาในที่นี้ คือ จากถ้อยคำในบทบัญญัติในมาตรา 810 นั้น อาจมิได้ครอบคลุมการใช้ฐานะ Fiduciary แสวงหาประโยชน์เป็นการส่วนตัวของตัวแทนในทุกกรณี เพราะหากตัวแทนนำทรัพย์สินของตัวการไปใช้เพื่อการใด ๆ ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการเป็นตัวแทน ตัวการยอมไม่อาจใช้บทบัญญัติในมาตรา 810 เพื่อเรียกคืนประโยชน์ดังกล่าวแก่ตนได้¹³

ตัวอย่างเช่น ตัวการซึ่งได้รับมอบหมายให้มอบหมายให้ไปซื้อบ้าน ได้นำเงินซึ่งตัวการมอบให้แก่ตนไปซื้อรถยนต์เป็นของตนเอง ซึ่งรถยนต์คันดังกล่าวนี้ แม้ตัวแทนจะได้มาสืบเนื่องจากการใช้ทรัพย์สินของตัวการ แต่ไม่ใช่ทรัพย์สินที่ได้รับไว้เกี่ยวข้องด้วยการเป็นตัวแทน หรือได้มาโดยฐานที่ทำแทนตัวการ จึงไม่เข้าเงื่อนไขในมาตรา 810 ตัวการยอมไม่อาจเรียกให้ตัวแทนส่งมอบรถยนต์คันดังกล่าวแก่ตนได้

กรณีตามปัญหาจะแตกต่างออกไป หากพิจารณาตามหลักการในเรื่อง Fiduciary ที่ตัวแทนย่อมต้องคืนทรัพย์สินใด ๆ ที่ตนได้มาเนื่องจากการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของตัวการ แม้จะไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการที่ได้รับมอบหมายให้ทำแทนเลยก็ตาม เนื่องจากการเรียกเอาทรัพย์สินตามหลักกฎหมาย Fiduciaryเป็นการพิจารณาว่าตัวแทนไม่มีความชอบธรรมที่จะใช้อำนาจในฐานะ Fiduciary ที่ตนได้รับมาแสวงหาประโยชน์เป็นการส่วนตัว¹⁴

อย่างไรก็ดี ในการตีความบทบัญญัติในมาตรา 810 นี้ นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่า ทรัพย์สินที่ได้มาจากการใช้ทรัพย์สินของตัวการนั้น ตัวแทนต้องคืนให้แก่ตัวการ

¹³ จักรพงษ์ เล็กสกุลไทย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะตัวแทน ตัวแทนค้าต่าง นายหน้า จำทำของ รับขน, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2547) , น. 48-49.

¹⁴ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 3.2.2 หน้าที่ 50 - 57

ทั้งหมด แม้อาจจะเป็นเรื่องที่ตัวแทนนำทรัพย์สินของตัวการไปใช้ในการที่ตัวการไม่ได้มอบหมายก็ตาม¹⁵

ผู้เขียนมีความเห็นในประเด็นดังกล่าวว่า บทบัญญัติในมาตรา 810 มีความมุ่งหมายที่จะควบคุมไม่ให้ตัวแทนใช้อำนาจที่ตนได้รับมาเพื่อแสวงหาประโยชน์เป็นการส่วนตัว การตีความบทบัญญัติในมาตรานี้ จึงควรที่จะให้เกิดผลเป็นการควบคุมการทำหน้าที่ของตัวแทนให้มีความซื่อสัตย์ต่อตัวการมากที่สุด หากตีความจำกัดเฉพาะการใช้อำนาจเกี่ยวกับการกระทำการตามที่ตัวการมอบหมายเท่านั้น ย่อมไม่ครอบคลุมถึงลักษณะการกระทำอันไม่ซื่อสัตย์ต่อตัวการในทุกกรณี ดังนั้น คำว่า “สิทธิทั้งหลายซึ่งตัวแทนขวนขวายได้มาในนามของตนเอง แต่โดยฐานที่ทำกรแทนตัวการนั้น” จึงควรที่จะมีความหมายว่า ตัวแทนได้รับสิทธิใด ๆ มาเป็นการส่วนตัวเนื่องจากการใช้อำนาจที่ตนได้รับมาในฐานะตัวแทน ซึ่งย่อมรวมถึง การใช้ทรัพย์สินของตัวการ หรือข้อมูลใด ๆ ของตัวการไปใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ตัวแทนเป็นการส่วนตัว แม้จะเป็นการอันนอกเหนือจากการกระทำการตามที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนตัวการก็ตาม

ข.4.3. การห้ามตัวแทนเข้าทำสัญญาโดยเห็นแก่อามิสสินจ้าง

(1) หลักเกณฑ์

ในมาตรา 825 บัญญัติเอาไว้ว่า “ถ้าตัวแทนเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกโดยเห็นแก่อามิสสินจ้างเป็นทรัพย์สินอย่างใด ๆ หรือประโยชน์อย่างอื่นอันบุคคลภายนอกได้ให้เป็นลาภส่วนตัวก็ดี หรือให้คำมั่นว่าจะให้ก็ดี ท่านว่าตัวการหาต้องผูกพันในสัญญาซึ่งตัวแทนของตนได้ทำนั้นไม่ เว้นแต่ตัวการจะได้ยินยอมด้วย”

(2) ผลของการฝ่าฝืน

(1) หากตัวแทนเข้าทำสัญญาโดยเห็นแก่อามิสสินจ้างหรือประโยชน์อื่นใดแล้ว การนั้นย่อมไม่ผูกพันตัวการ แม้ว่าจะเป็นการเข้าทำสัญญาภายในขอบอำนาจของตัวแทน และไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการเลยก็ตาม

¹⁵ มาโนช สุทธิวาหนฤพุมิ , บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า พร้อมภาคผนวกคำพิพากษาฎีกาและวิจารณ์ , พิมพ์ครั้งที่ 2 , (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง , 2516), น. 109-113.

(2) อามิสสินจ้างที่ตัวแทนได้รับไว้ แม้เป็นสิทธิที่ได้มาในนามของตัวแทนเองก็ตาม แต่เมื่อได้มาในฐานะที่ทำแทนตัวการ ตัวแทนย่อมต้องคืนให้แก่ตัวการตามมาตรา 810¹⁶ ซึ่งเป็นผลในลักษณะเดียวกับหลักกฎหมายในเรื่อง Fiduciary ที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 2¹⁷

(3) ตัวการยอมสามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ โดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 812 โดยถือว่าตัวแทนมีความผิดเพราะไม่กระทำการเป็นตัวแทน

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

จากหลักในเรื่องการห้ามตัวแทนเข้าทำสัญญาโดยเห็นแก่อามิสสินจ้างนี้ ให้ผลทางกฎหมายที่ในลักษณะเดียวกับข้อห้ามการรับสินบนของ Fiduciary อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ควรพิจารณาคือ การให้คำนิยามของคำว่าอามิสสินจ้าง ซึ่งจากเนื้อหาในบทก่อน จะเห็นได้ว่ามีแนวทางการให้คำนิยามของคำว่าสินบนเอาไว้โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสิ่งที่ Fiduciary ได้รับไว้เป็นสินบน ดังนี้

(1) Fiduciary ได้รับทรัพย์สินจากบุคคลภายนอก

(2) บุคคลภายนอกให้ทรัพย์สินดังกล่าวแก่ Fiduciary เนื่องจาก Fiduciary กระทำการแทนผู้รับผลประโยชน์

(3) บุคคลภายนอกไม่เปิดเผยการให้ทรัพย์สินดังกล่าวให้ผู้รับผลประโยชน์ได้ทราบ

(4) ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่า Fiduciary กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อผู้รับผลประโยชน์อันเนื่องจากการรับสินบนนั้นหรือไม่

การใช้การตีความคำว่าอามิสสินจ้างตามแนวทางดังกล่าวน่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ในการควบคุมการทำหน้าที่ของตัวแทนมากขึ้น เนื่องจากมาตรา 825 มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันไม่ให้ตัวการต้องผูกพันในการกระทำของตัวแทนที่ไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ของตัวการแต่เพียงประการเดียว แม้บุคคลภายนอกจะมีได้ประสงค์ให้เกิดผลดังกล่าวในลักษณะดังกล่าวก็ตาม

ตัวอย่างเช่น ธนาคารมีระเบียบในการให้บำเหน็จพิเศษแก่ตัวแทนของลูกค้าที่เลือกใช้บริการของธนาคาร โดยธนาคารได้กระทำการดังกล่าวอย่างเปิดเผยมาโดยตลอด หาก ก. ซึ่งเป็นตัวแทนของ ข. ได้เลือกทำธุรกรรมกับธนาคาร และได้รับบำเหน็จดังกล่าวไว้ โดยที่ ข. ไม่ทราบถึง

¹⁶ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย ,อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 12* , น. 54.

¹⁷ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 3.2.1 หน้าที่ 49 - 50

ระเบียบดังกล่าวของธนาคาร ย่อมต้องถือว่าสิ่งที่ตัวแทนได้รับไว้เป็นอามิสสินจ้างอย่างหนึ่ง ข. ย่อมไม่ผูกพันในสัญญาที่ ก. ได้กระทำขึ้น แม้ว่าธนาคารจะไม่ได้มีเจตนาที่จะปกปิดการให้บำเหน็จพิเศษดังกล่าวแต่ประการใด ทั้งนี้ เพราะการที่ตัวแทนได้รับประโยชน์อื่นไว้จากการกระทำดังกล่าวด้วย ย่อมทำให้การตัดสินใจของตัวแทนไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ของตัวการแต่เพียงประการเดียว

ข.4.4. การเรียกดอกเบี้ย

(1) หลักเกณฑ์

มาตรา 811 บัญญัติว่า “ถ้าตัวแทนเอาเงินซึ่งควรจะได้ส่งแก่ตัวการ หรือซึ่งควรจะใช้ในกิจของตัวการนั้นไปใช้สอยเป็นประโยชน์ตนเสีย ท่านว่าตัวแทนต้องเสียดอกเบี้ยในเงินนั้นนับแต่วันที่ได้เอาไปใช้”

(2) ผลของการฝ่าฝืน

หากตัวแทนกระทำการฝ่าฝืนมาตรา 811 ตัวแทนต้องเสียดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่นำเอาไปใช้ โดยคิดอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีตามความในมาตรา 7 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

ในหลักกฎหมาย Fiduciary มีการกำหนดให้ Fiduciary ต้องจ่ายดอกเบี้ยให้แก่ผู้รับผลประโยชน์เช่นกัน อย่างไรก็ตาม มีข้อแตกต่างจากการเรียกดอกเบี้ยตามมาตรา 811 ดังนี้

(1) การคิดดอกเบี้ยในหลักกฎหมาย Fiduciary คิดจากจำนวนเงินที่ควรจะต้องส่งคืนให้แก่ผู้รับผลประโยชน์ทั้งหมด ในขณะที่มาตรา 811 คิดจากจำนวนเงินที่ตัวแทนนำไปใช้สอย

(2) การคิดดอกเบี้ยในหลักกฎหมาย Fiduciary คิดตั้งแต่วันที่ได้รับไว้โดยฝ่าฝืนหน้าที่ แต่ในขณะที่บทบัญญัติในมาตรา 811 คิดจากวันที่ได้นำไปใช้สอย

ตัวอย่างเช่น หากตัวแทนได้รับมอบหมายให้ขายสินค้าในราคา 4,000 บาท แต่ตัวแทนสามารถขายได้ในราคา 5,000 บาท ตัวแทนจึงได้มอบเงิน 4,000 บาทให้แก่ตัวการ แต่ได้เก็บเอาเงินส่วนเกิน 1,000 บาทไว้กับตน เงินที่ตัวแทนมีหน้าที่ต้องคืนแก่ตัวการนั้น คือ 1,000 บาท แต่หากตัวแทนนำไปใช้ 500 บาท ตัวการสามารถเรียกดอกเบี้ยได้จากจำนวน 500 เท่านั้น ไม่ใช่ทั้งจำนวน 1,000 บาท ซึ่งตัวแทนมีหน้าที่ต้องคืนทั้งหมดแต่ประการใด และตัวการจะเรียกดอกเบี้ยได้นับจากวันที่เอาเงินดังกล่าวไปใช้ ไม่ใช่ นับแต่วันที่ได้รับไว้

เหตุผลที่กฎหมายกำหนดผลไว้แตกต่างกัน เนื่องจากกฎหมายพิจารณาว่า Fiduciary ไม่ชอบที่จะเก็บเงินจำนวนดังกล่าวไว้กับตน การคิดดอกเบี้ยจึงคิดจากจำนวนเงินทั้งจำนวน และตั้งแต่วันที่ได้รับไว้โดยฝ่าฝืนหน้าที่ แต่ในขณะที่การกระทำที่มาตรา 811 พิจารณาว่าเป็นการอันไม่ชอบนั้น คือ การนำเอาเงินไปใช้ มิใช่แต่เพียงการได้มาโดยมิชอบแต่ประการใด หลักตามมาตรา 811 จึงไม่อาจเรียกได้ว่าสอดคล้องกับแนวคิดในเรื่อง Fiduciary ทั้งหมด

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นในเรื่องนี้ว่า ไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดให้ตัวการมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยในเงินที่ตัวแทนได้รับไว้โดยฝ่าฝืนหน้าที่ในลักษณะ Fiduciary ตั้งแต่วันที่ตัวแทนได้รับเงินไว้ เพราะหากเงินดังกล่าวยังอยู่ในความครอบครองของตัวแทน อาจยังไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการมากนัก ในส่วนการเรียกดอกเบี้ยในเงินที่ตัวแทนได้รับเอาไว้ทั้งจำนวนนั้น ก็ให้ตัวการมีสิทธิเรียก เมื่อตัวแทนไม่ส่งคืนหลังจากที่ตัวการได้มีการทวงถามแล้ว ตามหลักกฎหมายในเรื่องลูกหนี้ผิดนัดในมาตรา 204 และมาตรา 224 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็เพียงพอ

ข.4.5. การเรียกค่าสินไหมทดแทน

(1) หลักเกณฑ์

มาตรา 812 บัญญัติว่า “ถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นอย่างใดๆ เพราะความประมาทเลินเล่อของตัวแทนก็ดี เพราะไม่ทำการเป็นตัวแทนก็ดี หรือเพราะทำการโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจก็ดี ท่านว่าตัวแทนจะต้องรับผิดชอบ”

(2) ผลของการฝ่าฝืน

หากตัวแทนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ระบุไว้ในมาตรา 812 กล่าวคือ กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ ไม่กระทำการเป็นตัวแทน หรือทำการโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจ และก่อให้เกิดความเสียหายต่อตัวการ ตัวแทนต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตัวการในความเสียหายที่เกิดขึ้น

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

เนื่องจากหน้าที่ในลักษณะ Fiduciary เป็นหน้าที่พื้นฐานของบุคคลที่กระทำการเป็นตัวแทน ดังนั้น หากตัวแทนทำการฝ่าฝืนหน้าที่ในลักษณะ Fiduciary แล้ว ตัวการย่อมสามารถเรียกให้ตัวแทนชดเชยค่าเสียหายได้ เนื่องจากตัวแทนไม่กระทำหน้าที่เป็นตัวแทน จึงถือได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 812 ได้รองรับสิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนตามหลักกฎหมาย

Fiduciary ไว้ครบถ้วนแล้ว อนึ่ง สิทธิในการเรียกค่าเสียหายนี้ ไม่รวมถึงการเรียกคืนประโยชน์ที่ตัวแทนได้รับไว้ในฐานที่ทำการแทนตามมาตรา 810 ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในหัวข้อกรรมการบริษัทมหาชน

ข.4.6. หน้าที่ในการรายงานให้ตัวการทราบ

(1) หลักเกณฑ์

มาตรา 809 เมื่อตัวการมีประสงค์จะทราบความเป็นไปของการที่ได้มอบหมายแก่ตัวแทนนั้นในเวลาใด ๆ ซึ่งสมควรแก่เหตุ ตัวแทนก็ต้องแจ้งให้ตัวการทราบ อนึ่งเมื่อการเป็นตัวแทนนั้นสิ้นสุดลง แล้ว ตัวแทนต้องแถลงบัญชีด้วย

บทบัญญัติในมาตรานี้ กำหนดหน้าที่ของตัวแทนที่เกี่ยวข้องกับการยอมให้ตัวการตรวจสอบใน 2 ประการ ได้แก่

(1) การรายงานให้ตัวการทราบความเป็นไปของการที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งตัวแทนต้องกระทำเมื่อตัวการมีความประสงค์ที่จะทราบในเวลาอันสมควรแก่เหตุ

(2) หน้าที่แถลงบัญชีเมื่อการเป็นตัวแทนสิ้นสุด ข้อที่น่าพิจารณาคือ ในเมื่อกฎหมายกำหนดให้ตัวแทนต้องแถลงบัญชีให้ตัวการทราบเมื่อการเป็นตัวแทนสิ้นสุด ย่อมหมายความว่าตัวแทนมีหน้าที่ต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินของตัวการเสมอ

(2) ผลของการฝ่าฝืน

กฎหมายไม่ได้กำหนดผลของการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม หากตัวแทนไม่ปฏิบัติตามมาตรา 809 ตัวแทนย่อมมีความรับผิดตามมาตรา 812 สืบเนื่องจากการไม่กระทำการเป็นตัวแทน และต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นให้แก่ตัวการ

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

ในความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary ถือเป็นสาระสำคัญในการที่บุคคลในฐานะ Fiduciary ต้องยอมให้ผู้รับผลประโยชน์ได้ตรวจสอบการทำหน้าที่ของตนได้ โดยนอกจากการจัดทำบัญชีทรัพย์สินแล้ว เนื้อหาของหลัก Fiduciary ยังกำหนดให้ต้องมีการแยกกองทรัพย์สินของผู้รับประโยชน์ ออกจากทรัพย์สินของ Fiduciary ด้วย

ผลทางกฎหมายที่น่าสนใจจาก Fiduciary กระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ในข้อนี้ คือ หากตัวแทนละเลยไม่จัดทำบัญชีรายการทรัพย์สิน หรือไม่แบ่งแยกกองทรัพย์สิน จนทำให้ทรัพย์สินของ

Fiduciary ปะปนกับทรัพย์สินของผู้รับประโยชน์ ศาลจะมีข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นในลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อ Fiduciary เช่น ศาลจะถือว่าในทรัพย์สินในส่วนที่ปะปนกันเป็นผู้รับผลประโยชน์ และ Fiduciary มีหน้าที่ต้องนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว เป็นต้น

ในขณะที่การฝ่าฝืนหน้าที่ตามมาตรา 809 นี้กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ตัวแทนต้องแบ่งแยกกองทรัพย์สินของตัวการไว้ต่างหากแต่ประการใด และยังไม่ได้กำหนดผลใดๆ ไว้เป็นพิเศษ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นในที่นี้ว่า

(1) ควรขยายความหน้าที่ในการจัดทำบัญชีทรัพย์สินนี้ ให้รวมถึงหน้าที่ในการแบ่งแยกกองทรัพย์สินของตัวการไว้ต่างหากจากกองทรัพย์สินของตัวแทน เพื่อไม่ให้ทรัพย์สินของตัวการตัวแทนปะปนกัน

(2) ควรนำเอาหลักการตั้งข้อสันนิษฐานอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตัวแทนมาใช้กับตัวแทนที่ไม่ได้จัดทำบัญชีทรัพย์สินของตัวการหรือไม่ได้แบ่งแยกกองทรัพย์สินของตัวการจนทำให้ทรัพย์สินของตัวการปะปนกับกองทรัพย์สินของตัวแทนด้วย เช่น ให้สันนิษฐานว่าทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นเป็นของตัวการ หรือให้สันนิษฐานว่าความเสียหายและหนี้ที่เกิดจากการจัดการทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นเป็นความเสียหายและหนี้ที่เป็นส่วนตัวของตัวแทน เป็นต้น

ทั้งนี้ การดำเนินการใน 2 ประการข้างต้น อาจทำได้โดยการเทียบเคียงหน้าที่และข้อสันนิษฐานดังกล่าวมาจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายตัวการตัวแทนมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับหลัก Fiduciary หลายประการ โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการเรียกคืนผลประโยชน์ที่ตัวแทนได้รับไว้ในมาตรา 810 ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่งอีกหนึ่งในความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary นี้ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวกลับไม่มีปรากฏในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ Fiduciary ลักษณะต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นแต่ประการใด เว้นแต่กรณีของมาตรา 1038 ในกฎหมายหุ้นส่วน ซึ่งอาจไม่เหมาะสมที่จะนำไปใช้กับความสัมพันธ์อื่น

ดังนั้น การที่บุคคลผู้อยู่ในฐานะของผู้รับผลประโยชน์ในความสัมพันธ์ต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น จะเรียกคืนผลประโยชน์ใด ๆ ที่บุคคลที่มีฐานะเป็น Fiduciary ได้รับเอาไว้ นั้น จำเป็นที่จะต้องอาศัยการนำบทบัญญัติมาตรา 810 ในกฎหมายลักษณะตัวแทนไปใช้บังคับ ซึ่งจะได้กล่าวถึงวิธีการในการนำเอาหลักกฎหมายตัวแทนไปใช้บังคับในความสัมพันธ์ดังกล่าวเหล่านั้นในหัวข้อต่อไป

ข.5. ผู้ใช้อำนาจปกครอง

(1) หลักเกณฑ์

ผู้ใช้อำนาจปกครอง ย่อมมีอำนาจเหนือบุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองของตน ซึ่งอำนาจดังกล่าวย่อมสามารถส่งผลกระทบต่อนิติฐานะของผู้อยู่ใต้การปกครองได้ ดังนั้น ย่อมกล่าวได้ว่าผู้ใช้อำนาจปกครองมีฐานะเป็น Fiduciary ของผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองด้วยเช่นกัน ซึ่งตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าผู้ใช้อำนาจปกครองมีฐานะดังกล่าว คือ การที่กฎหมายให้อำนาจแก่ผู้ใช้อำนาจปกครองผู้เยาว์ มีอำนาจที่จะจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ได้ตามมาตรา 1571 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อพิจารณาในส่วนของหลักกฎหมายที่ควบคุมการทำหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองในฐานะ Fiduciary นั้น อาจพิจารณาได้จากหลักการห้ามผู้ใช้อำนาจปกครองมีผลประโยชน์ขัดกันกับผู้เยาว์ ในมาตรา 1575 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ถ้าในกิจการใด ประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจปกครองหรือประโยชน์ของคู่สมรสหรือบุตรของผู้ใช้อำนาจปกครองขัดกับประโยชน์ของผู้เยาว์ ผู้ใช้อำนาจปกครองต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนจึงทำกิจการนั้นได้ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ”¹⁸ ซึ่งลักษณะของการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรานี้มักจะเป็นเรื่องของการที่ผู้แทนโดยชอบธรรมเป็นคู่สัญญาในการจำหน่ายหรือซื้อทรัพย์สินของผู้เยาว์

(2) ผลของการฝ่าฝืน

บทบัญญัติในมาตรา 1575 กำหนดผลของการฝ่าฝืนไว้อย่างชัดเจน โดยหากผู้แทนโดยชอบธรรมกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะทันที ต่างจากกรณีทั่วไปที่ถือว่าการกระทำนอกขอบอำนาจ และอาจมีการให้สัตยาบันได้ ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัตินี้มีเหตุผลพิเศษในการให้ความคุ้มครองผู้เยาว์เป็นสำคัญ

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

จะเห็นได้ว่านอกจากหลักการห้ามมีประโยชน์ขัดกันแล้ว หลักอื่น ๆ ในเรื่อง Fiduciary ไม่ได้ปรากฏในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องแต่ประการใด จึงอาจเกิดปัญหาในการควบคุมการใช้อำนาจของผู้แทนโดยชอบธรรมให้เป็นไปตามหลักการกระทำโดยซื่อสัตย์ได้

¹⁸ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในหัวข้อที่ 2.1 หน้า 33 - 36

ตัวอย่างเช่น หากผู้แทนโดยชอบธรรมได้ใช้อำนาจที่ตนมีในการจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ นำทรัพย์สินของผู้เยาว์ออกให้เข้าในนามของตนเอง และได้รับเอาค่าเช่าไว้ ผู้เยาว์จะสามารถเรียกเงินค่าเช่าที่ผู้แทนโดยชอบธรรมได้รับเอาไว้ได้หรือไม่

ตามปัญหา เมื่อไม่มีบทบัญญัติให้นำกฎหมายลักษณะตัวแทนไปใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างผู้แทนโดยชอบธรรมกับผู้เยาว์แล้ว ย่อมไม่อาจนำบทบัญญัติในมาตรา 810 ไปใช้บังคับโดยตรงได้ อย่างไรก็ตาม โดยที่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้แทนโดยชอบธรรมกับผู้เยาว์เป็นความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary เช่นเดียวกับความสัมพันธ์ลักษณะตัวการตัวแทน ดังนั้น ศาลย่อมสามารถนำมาตรา 810 ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ควบคุมการทำหน้าที่ของบุคคลซึ่งมีฐานะ Fiduciary ไปใช้เทียบเคียงกับกรณีปัญหาข้างต้นได้ ทำให้ผู้แทนโดยชอบธรรมที่แสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินของผู้เยาว์ ต้องส่งมอบประโยชน์ที่ตนได้รับมาให้แก่ผู้เยาว์ทั้งหมด

ค. พระราชบัญญัติทฤษฎีเพื่ออุทธรณ์ในตลาดทุน พ.ศ. 2550

ดังที่ได้กล่าวไว้แต่แรกว่า ความสัมพันธ์ระหว่างทฤษฎีกับผู้รับผลประโยชน์ตามกฎหมายลักษณะทฤษฎีนั้น ถือเป็นต้นกำเนิดของความสัมพันธ์ในลักษณะ Fiduciary และตามที่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติทฤษฎีเพื่ออุทธรณ์ในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ก็ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการควบคุมการทำหน้าที่ของทฤษฎีไว้เช่นกัน ซึ่งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary นั้น อาจสรุปได้ดังนี้

(1) หน้าที่กระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริต

(ก) หลักเกณฑ์

ทฤษฎีมีหน้าที่จัดการกองทฤษฎีด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังเยี่ยงผู้มีวิชาชีพ รวมทั้งด้วยความชำนาญ โดยปฏิบัติต่อผู้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรมเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้รับประโยชน์ ซึ่งคณะกรรมการ ก.ล.ต. อาจประกาศกำหนดรายละเอียดของการทำหน้าที่ดังกล่าวได้ (มาตรา 30)¹⁹

(ข) ผลของการฝ่าฝืน

มีการกำหนดโทษทางปกครองสำหรับการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวไว้ในมาตรา 70 มีหลักในมาตรา 44 ว่าผู้รับประโยชน์สามารถเรียกให้ทฤษฎีปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดได้

¹⁹ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในหัวข้อที่ 2.1 หน้า 33- 36

รวมทั้งเรียกค่าเสียหายเพื่อประโยชน์แห่งทรัสต์ได้ และหากทรัสต์ปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องเป็นเหตุให้ทรัพย์สินตกไปอยู่กับบุคคลภายนอก ผู้รับประโยชน์สามารถใช้สิทธิติดตามทวงคืนได้

(ค) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

หลักกฎหมายในมาตรา 30 ถือว่าได้บัญญัติหลักการทำหน้าที่โดยซื่อสัตย์สุจริตอันเป็นพื้นฐานของหลัก Fiduciary ไว้ อันเป็นไปในลักษณะเดียวกับบทบัญญัติในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด

2. หน้าที่ไม่กระทำการอันเป็นประโยชน์ขัดกัน

(ก) หลักเกณฑ์

ในการจัดการกองทรัสต์ ห้ามมิให้ทรัสต์กระทำการใดอันเป็นการขัดแย้งกับประโยชน์ของกองทรัสต์ ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทรัสต์เองหรือประโยชน์ของผู้อื่น เว้นแต่เป็นการเรียกค่าตอบแทนในการทำหน้าที่เป็นทรัสต์ หรือทรัสต์แสดงให้เห็นได้ว่าได้จัดการกองทรัสต์ในลักษณะที่เป็นธรรมและได้เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้ผู้รับประโยชน์ทราบก่อนอย่างเพียงพอแล้ว โดยผู้รับประโยชน์ที่ได้ทราบข้อมูลดังกล่าวมิได้แสดงการคัดค้าน ทั้งนี้ การเปิดเผยข้อมูลและการคัดค้านดังกล่าวให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด (มาตรา 31)²⁰

(ข) ผลของการฝ่าฝืน

ทรัสต์ที่กระทำการโดยฝ่าฝืนมาตรา 31 ต้องรับโทษทางปกครองตามมาตรา 70 แต่ไม่ได้มีการกล่าวถึงผลผูกพันของการที่ทรัสต์กระทำขึ้นแต่ประการใด

(ค) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติในมาตรา 31 นอกจากกล่าวถึงหลักการห้ามมีผลประโยชน์ขัดกันแล้ว ยังได้พูดถึงข้อยกเว้นที่ว่าทรัสต์ได้แสดงข้อมูลให้แก่ผู้รับผลประโยชน์ได้ทราบอย่างเพียงพอและผู้รับประโยชน์มิได้คัดค้าน ซึ่งเป็นข้อยกเว้นลักษณะเดียวกับที่เคยกล่าวไว้ในกรณีของ Fiduciary

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากไม่ได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงผลผูกพันของการที่ทรัสต์ได้กระทำลงโดยมีผลประโยชน์ขัดกันว่าจะผูกพันทรัสต์หรือไม่ จึงมีปัญหว่าการที่กระทำขึ้นจะมีผลอย่างไร ซึ่ง

²⁰ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 1.2.1 หน้าที่ 11-16

ในที่นี้ ย่อมจำเป็นต้องดำเนินการในการนำเอาหลักกฎหมาย Fiduciary ในลักษณะอื่นที่เกี่ยวข้อง มาปรับใช้เพื่อวินิจฉัยผลของการกระทำดังกล่าวต่อไป เช่น การที่กระทำเช่นนั้นไม่ผูกพันกองทรัสต์ เนื่องจากทรัสต์ีกระทำลงโดยไม่มีอำนาจ โดยอาศัยหลักในมาตรา 823 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3. ข้อห้ามการหักกลบลบหนี้

(ก) หลักเกณฑ์

ห้ามทรัสต์ินำหนี้ที่ตนเป็นลูกหนี้บุคคลภายนอกอันมิได้เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ เป็นทรัสต์ีไปหักกลบลบหนี้กับหนี้ที่บุคคลภายนอกเป็นลูกหนี้ทรัสต์ีอันสืบเนื่องมาจากการจัดการ กองทรัสต์²¹ (มาตรา 32)

(ข) ผลของการฝ่าฝืน

หากทรัสต์ีกระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าว การหักกลบลบหนี้ย่อมตกเป็นโมฆะ (มาตรา 32)

(ค) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

การกำหนดลักษณะการกระทำและผลของการฝ่าฝืนในข้อนี้ แสดงให้เห็นแนวคิดที่ว่า หนี้ที่บุคคลภายนอกเป็นลูกหนี้ทรัสต์ีสืบเนื่องมาจากการจัดการกองทรัสต์นั้น ไม่ใช่ทรัพย์สินของทรัสต์ี แต่ถือว่าเป็นทรัพย์สินของทรัสต์ี เพราะเป็นสิ่งที่ได้มาจากการใช้อำนาจของทรัสต์ีในฐานะ Fiduciary ดังนั้น ทรัสต์ีจึงไม่สามารถยกหนี้ดังกล่าวขึ้นหักกลบลบหนี้กับหนี้ที่ทรัสต์ีเป็นลูกหนี้บุคคลภายนอกได้

4. หน้าที่ในการแยกทรัพย์สิน

(1) หลักเกณฑ์(มาตรา 34)

ให้ทรัสต์ีจัดทำบัญชีทรัพย์สินของกองทรัสต์ีแยกต่างหากจากบัญชีอื่น ๆ ของทรัสต์ี ในกรณีที่ทรัสต์ีจัดการกองทรัสต์ีหลายกอง ทรัสต์ีต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินของกองทรัสต์ีแต่ละกอง แยกต่างหากออกจากกัน ทั้งนี้ โดยต้องบันทึกบัญชีให้ถูกต้องครบถ้วนและเป็นปัจจุบันด้วย

²¹ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบกับเนื้อหาในบทที่ 2 หัวข้อที่ 3.1 หน้า 46-48

ในการจัดการกองทรัสต์ ทรัสต์ต้องแยกกองทรัสต์ไว้ต่างหากจากทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์และทรัพย์สินอื่นที่ทรัสต์ครอบครองอยู่ และในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์หลายกองทรัสต์ต้องแยกกองทรัสต์แต่ละกองออกจากกันด้วย

(2) ผลของการฝ่าฝืน (มาตรา 35)

ในกรณีที่ทรัสต์มิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 จนเป็นเหตุให้กองทรัสต์ปะปนอยู่กับทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์จนมิอาจแยกได้ว่าทรัพย์สินใดเป็นของกองทรัสต์และทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์เอง ให้สันนิษฐานว่า

- (1) ทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นเป็นของกองทรัสต์
- (2) ความเสียหายและหนี้ที่เกิดจากการจัดการทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นเป็นความเสียหายและหนี้ที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์

(3) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมาย Fiduciary

การกำหนดหน้าที่ในการแบ่งแยกกองทรัพย์สิน รวมถึงข้อสันนิษฐานอันเป็นปฏิบัติต่อทรัสต์ เมื่อทรัสต์ไม่ปฏิบัติตามที่ดังกล่าว ถือเป็นหลักกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักการในเรื่องของ Fiduciary ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่แล้ว

มีข้อสังเกตว่า แม้กฎหมายฉบับนี้จะบัญญัติเกี่ยวกับความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์โดยตรง แต่กลับไม่ได้ให้รายละเอียดของหลัก Fiduciary ไว้มากนัก เพียงแต่วางหลักเอาไว้อย่างกว้างๆเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเปรียบเทียบกับในขั้นตอนของร่างกฎหมาย²² นอกจากนี้ ใน

²² เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ ร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. ฉบับที่ได้เผยแพร่ในเวปไซต์กสท. (http://www.sec.or.th/laws_notification/file_dw_th/trustact.doc) เมื่อเดือนธันวาคม พ.ศ. 2550 ซึ่งมีบทบัญญัติในส่วนของการควบคุมทำหน้าที่ของทรัสต์ดังนี้

มาตรา 46 ในการจัดการทรัสต์ ห้ามมิให้ทรัสต์

- (1) ซื้อทรัพย์สินในกองทรัสต์เพื่อเป็นทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์
- (2) ซื้อทรัพย์สินจากบุคคลที่เกี่ยวข้องกับทรัสต์เพื่อเป็นทรัพย์สินในกองทรัสต์
- (3) ขายทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์ให้แก่ทรัสต์
- (4) ขายทรัพย์สินในกองทรัสต์ให้แก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับทรัสต์
- (5) แสวงหาผลประโยชน์จากการจัดการทรัสต์ให้กับตนเองหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง

ส่วนของหลักกฎหมายที่สำคัญ คือ สิทธิของผู้รับประโยชน์ในการเรียกเอาผลประโยชน์ที่ทรัสต์ได้รับไว้สืบเนื่องจากการใช้อำนาจของทรัสต์ กลับไม่ได้มีการบัญญัติเอาไว้แต่ประการใด มีเพียงการกล่าวถึงสิทธิเรียกค่าเสียหายจากทรัสต์ที่ฝ่าฝืนหน้าที่ และการเรียกเอาผลประโยชน์ที่บุคคลที่บุคคลภายนอกได้รับเอาไว้คืนแก่กองทรัสต์เท่านั้น (มาตรา 44) และไม่ได้มีบทบัญญัติให้นำเอากฎหมายเรื่องตัวแทนมาใช้ในความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์แต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม ด้วยลักษณะของความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary ในความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์ ย่อมทำให้สามารถนำเอาหลักกฎหมายในมาตรา 810 ในเรื่องตัวแทน มาใช้บังคับกับการฝ่าฝืนหน้าที่ของทรัสต์ได้ โดยอาศัยวิธีการเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

2.1.2. หลักกฎหมายในลักษณะของ Fiduciary ที่ปรากฏในลักษณะของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ก. ความหมายของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

บ่อเกิดของกฎหมายประเภทจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ต้องมีลักษณะดังนี้²³

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับหากสัญญาทรัสต์กำหนดให้ทำได้ หรือทรัสต์แสดงให้เห็นได้ว่าได้จัดการทรัสต์ในลักษณะที่เป็นธรรมและได้เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้ผู้รับประโยชน์ทราบก่อนอย่างเพียงพอแล้ว โดยผู้รับประโยชน์ที่ได้ทราบข้อมูลดังกล่าวมิได้แสดงการคัดค้าน

บุคคลที่เกี่ยวข้องตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

จะเห็นได้ว่าในชั้นของร่างกฎหมายดังกล่าว มีรายละเอียดของลักษณะการกระทำมากกว่าที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ประกาศใช้ ที่ได้บัญญัติเอาไว้แต่เพียงหลักการกว้าง ๆ ตามที่ปรากฏในมาตรา 31 ของพระราชบัญญัติที่ได้ประกาศใช้ อย่างไรก็ตามในข้อนี้ผู้เขียนเข้าใจว่า ผู้พิจารณากฎหมายอาจประสงค์ให้รายละเอียดเหล่านี้ปรากฏในประกาศของคณะกรรมการ ก.ล.ต. ในเรื่องกำหนดรายละเอียดการทำหน้าที่ของทรัสต์ตามมาตรา 30 มากกว่าที่จะบัญญัติไว้ในตัวพระราชบัญญัติโดยตรง

²³ สมยศ เชื้อไทย , คำอธิบายกฎหมายแพ่ง หลักทั่วไป เล่มที่ 1 ความรู้กฎหมายทั่วไป , พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2548) , น. 87.

1. เป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนได้ปฏิบัติมาอย่างสม่ำเสมอ
2. ประชาชนรู้สึกว่าการีตประเพณีเหล่านั้นเป็นสิ่งถูกต้อง (opinio iuris) และจำเป็นต้องปฏิบัติตาม (opinio neccessitatis)

ข. หลักกฎหมาย Fiduciary ในฐานะจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

หลักกฎหมายในเรื่อง Fiduciary ในประเทศไทยนั้น นอกจากที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามที่ได้กล่าวมาในเบื้องต้น อาจกล่าวได้ว่า ยังไม่ปรากฏแนวปฏิบัติที่พอจะถือได้ว่ามีลักษณะเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นในเรื่องดังกล่าวแต่ประการใด แม้ในปัจจุบันจะได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์แนวคิดเกี่ยวกับ Fiduciary ในกฎหมายบริษัทในฐานะส่วนหนึ่งของหลักบรรษัทภิบาล (corporate governance) ก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีลักษณะที่จะถือเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นได้แต่ประการใด ซึ่งสาเหตุที่สำคัญประการหนึ่งน่าจะมาจากการที่ระบบกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้ยอมรับความสัมพันธ์ในลักษณะทรัสต์ ทำให้ไม่มีพัฒนาการของหลักกฎหมายที่ใช้ควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างทรัสต์กับผู้รับประโยชน์ ซึ่งเป็นรากฐานของความสัมพันธ์ในลักษณะ Fiduciary ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงไม่มีทางปฏิบัติที่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าวเพื่อให้พัฒนาสืบต่อเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นได้

2.1.3. การเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ก. ความหมายของการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง²⁴

การเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogy) คือ การวินิจฉัยคดีโดยอาศัยความคล้ายคลึงกันของข้อเท็จจริง ซึ่งถือเป็นหลักในการทำคำวินิจฉัยที่เก่าแก่ที่สุดหลักหนึ่งของโลก โดยในระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปที่ยึดถือระบบประมวลกฎหมายนั้น ถือว่าการใช้ Analogy เป็นนิติวิธีที่จำเป็นอย่างยิ่ง ที่ใช้เพื่อการอุดช่องว่างของกฎหมาย ในข้อเท็จจริงใด ๆ ที่ผู้ร่างกฎหมายมิได้คาดเห็นล่วงหน้า และถือเป็นอำนาจทั่วไปที่ศาลในระบบการปกครองแบบแบ่งแยกอำนาจสามารถกระทำได้ โดยไม่ถือเป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติแต่ประการใด เนื่องจากการ Analogy เป็นการให้หลักการยอมรับว่าอำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจสูงสุด (Legislative

²⁴ Katja Langenbucher , “Argument By Analogy In European Law “, Cambridge Law Journal 57(3) , (November 1998) , pp. 481 - 521

Supremacy) ผสมผสานกับหลักการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน (Equal Treatment) กล่าวคือ เมื่อผู้มีอำนาจออกกฎหมายได้ออกกฎหมายเพื่อใช้กับข้อเท็จจริงใดแล้ว ข้อเท็จจริงอื่นที่มีลักษณะเดียวกันก็ย่อมที่จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้นี้ด้วย

สำหรับขั้นตอนในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนั้น อาจพอสรุปได้ดังนี้²⁵

1. พิจารณาตัวบทว่าเป็นกฎหมายประเภทหลักหรือบทยกเว้น

บทกฎหมายหลัก (Ius Commune) คือ บทบัญญัติของกฎหมายที่เขียนองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงโดยทั่ว ๆ ไป หรือเป็นข้อความโดยกว้าง ๆ ในขณะที่บทกฎหมายยกเว้น (Ius Singulare) คือ บทกฎหมายที่ได้บัญญัติข้อเท็จจริงเดียวกัน ขอบเขตเดียวกัน แต่ขมวดข้อเท็จจริงไว้ในวงที่แคบกว่า และให้ผลทางกฎหมายที่ตรงกันข้าม หรือให้ผลเป็นประการอื่น²⁶

เหตุผลที่ต้องพิจารณาประเภทของบทบัญญัติว่าเป็นบทกฎหมายหลักหรือบทกฎหมายยกเว้นนั้น เนื่องจากว่า บทกฎหมายหลักย่อมสามารถตีความโดยขยายความได้ หรือสามารถนำไปใช้เทียบเคียงในฐานะบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ ในขณะที่บทยกเว้นนั้น เป็นบทบัญญัติที่ใช้กับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ย่อมไม่อาจตีความโดยขยายความ หรือนำไปใช้เทียบเคียงในฐานะของบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้

2. พิจารณาว่าเป็นเรื่องที่จะใช้เหตุผลเทียบเคียงกับกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้ได้หรือไม่

การใช้วิธีการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนี้ ย่อมต้องมีขอบเขต โดยต้องพิจารณาจากตัวของบทบัญญัติดังกล่าวเองว่า บัญญัติขึ้นมาด้วยเหตุผลพิเศษหรือไม่ หากบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติขึ้นมาด้วยเหตุผลพิเศษเป็นการเฉพาะแล้ว ย่อมไม่อาจนำไปเทียบเคียงในฐานะบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้

3. พิจารณาแยกกฎหมายออกเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญและส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญ

องค์ประกอบทางข้อเท็จจริงในแต่ละบทบัญญัตินั้น อาจสามารถแบ่งออกได้เป็นองค์ประกอบในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ กับส่วนที่ไม่ใช่สาระสำคัญ ตัวอย่างเช่น ในกฎหมายสิบสอง

²⁵ สมยศ เชื้อไทย , อ้างแล้ว เิงจรกที่ 23 , น. 185 – 188.

²⁶ เฟิ่งอ้าง , น. 127.

โต๊ะ มีบทบัญญัติถึงความรับผิดของเจ้าของสัตว์ 2 เท้า มีปัญหาเกิดขึ้นว่า หากข้อเท็จจริงเป็นความเสียหายที่เกิดจากสัตว์ 4 เท้าแล้ว จะเรียกให้เจ้าของรับผิดได้หรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของบทกฎหมายดังกล่าวอยู่ที่กฎหมายต้องการให้เจ้าของสัตว์ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดจากสัตว์นั้น จะเป็นสัตว์ 2 เท้า หรือสัตว์ 4 เท้าจึงไม่ใช่สาระสำคัญของบทบัญญัติดังกล่าว ย่อมสามารถนำมาเทียบเคียงให้เจ้าของสัตว์ 4 เท้าต้องรับผิดได้

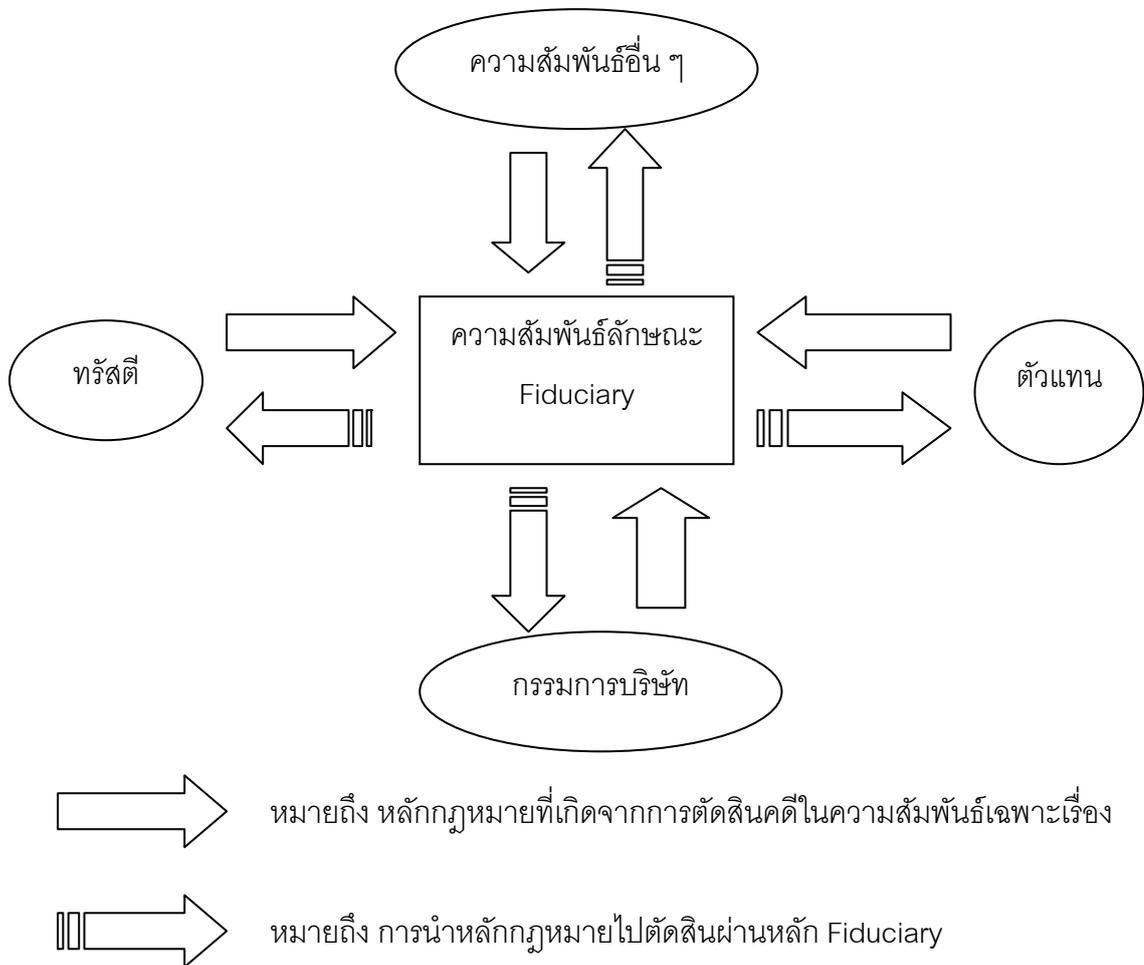
อย่างไรก็ดี หลักในการใช้วิธีการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งข้างต้นนั้น มิใช่หลักตัดสินที่แน่นอนเสมอไป จะต้องอาศัยข้อความแวดล้อมเป็นข้อพิจารณาประกอบด้วยเสมอเป็นรายกรณีไป

ข. หลักกฎหมาย Fiduciary จากการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

ในความเห็นของผู้เขียนแล้ว นิติวิธีในส่วนของ การเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งนี้ มีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการพัฒนาหลักกฎหมาย Fiduciary ในประเทศไทยมากที่สุด ด้วยเหตุผลที่จะกล่าวต่อไปนี้ คือ

ประการแรก จากการที่ได้ศึกษาความเป็นมาของหลักกฎหมาย Fiduciary ในบทที่ผ่านมา จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายนี้เองก็มีที่มาจาก การเทียบเคียงความเหมือนกันระหว่างความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์กับความสัมพันธ์อื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทน ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการบริษัทกับบริษัท หรือความสัมพันธ์อื่น ๆ ที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน ดังนั้น การใช้นิติวิธีแบบ Analogy นี้ จึงกล่าวได้ว่า เป็นต้นกำเนิดของหลักกฎหมายลักษณะ Fiduciary เลยทีเดียว

ประการที่สอง สำหรับพัฒนาการของหลักกฎหมาย Fiduciary ในช่วงเวลาต่อมา ก็ยังคงมีอยู่ควบคู่ไปกับนิติวิธีที่แบบ Analogy นี้เอง โดยเฉพาะการที่ศาลในระบบคอมมอนลอว์ จะนำเอาหลักกฎหมายที่ใช้กับความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary ประเภทหนึ่ง ไปปรับใช้กับความสัมพันธ์แบบ Fiduciary ลักษณะอื่น เช่น การนำเอาหลักการในเรื่องการได้ไปซึ่งโอกาสอันควรตกเป็นของผู้รับผลประโยชน์ (opportunity) ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นในส่วนของกฎหมายบริษัท ไปใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับบุตร เป็นต้น ก็ต้องใช้หลักการเทียบเคียงลักษณะที่เหมือนกันระหว่างความสัมพันธ์ทั้งสองประเภท ว่าต่างก็เป็นความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary นั่นเอง ซึ่งอาจแสดงได้โดยแผนภาพต่อไปนี้



ประการสุดท้าย จากการพิจารณาความมีอยู่ของหลักกฎหมาย Fiduciary ในประเทศไทย จะเห็นได้ว่ามีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องอยู่ในความสัมพันธ์หลายลักษณะ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติที่กล่าวมานั้นก็ยังกำหนดรายละเอียดของความสัมพันธ์ในลักษณะของ Fiduciary ไว้ไม่ครบถ้วน โดยเฉพาะหลักการสำคัญในเรื่องของการให้สิทธิแก่ผู้รับประโยชน์ที่จะเรียกคืนผลประโยชน์ที่บุคคลซึ่งเป็น Fiduciary ได้ใช้อำนาจหน้าที่แสวงมาโดยมิชอบนั้น ปรากฏอยู่แต่ในบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะตัวแทนเท่านั้น (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 810) ดังนั้นหากเกิดประเด็นปัญหาการเรียกคืนผลประโยชน์ดังกล่าวในความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary ใด ๆ นอกจากเรื่องของตัวการตัวแทนแล้ว ย่อมจำเป็นต้องนำหลักกฎหมายในมาตรา 810 ของเรื่องตัวการตัวแทนไปใช้ ซึ่งอาจพิจารณาการนำไปใช้ได้ 2 ลักษณะ คือ

1. กรณีที่มีบทบัญญัติให้นำไปใช้โดยตรง

เนื่องจากความสัมพันธ์ลักษณะตัวแทนเป็นความสัมพันธ์ที่รวมอยู่ในความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary อื่น ๆ อยู่แล้ว ดังนั้น จึงได้ปรากฏว่ามีการบัญญัติให้นำหลักกฎหมายลักษณะตัวการตัวแทนไปใช้บังคับกับความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary อื่นด้วย เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้แทนนิติบุคคลกับนิติบุคคล(ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 77) ความสัมพันธ์ในลักษณะหุ้นส่วน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1042) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้จัดการบริษัทจำกัดกับบริษัท (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167) ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการบริษัทมหาชนกับบริษัท (มาตรา 97 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน) เป็นต้น เมื่อมีบทกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเช่นนี้แล้ว ก็ย่อมสามารถที่จะนำหลักกฎหมาย Fiduciary ในเรื่องตัวแทน โดยเฉพาะหลักในเรื่องการเรียกคืนผลประโยชน์ที่ตัวแทนได้รับเอาไว้ตามมาตรา 810 ไปใช้บังคับได้

2. กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติให้นำไปใช้โดยตรง

นอกจากบรรดาความสัมพันธ์ที่ได้มีการบัญญัติให้นำหลักกฎหมายลักษณะตัวแทนไปใช้บังคับโดยตรงแล้ว ยังมีความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary อื่น ๆ ซึ่งไม่ได้มีการบัญญัติให้นำหลักกฎหมายลักษณะตัวแทนไปใช้บังคับแต่ประการใด เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้อยู่ในปกครอง ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง หรือแม้แต่ความสัมพันธ์ระหว่างทริสตีกับผู้รับผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัติทริสตีเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ที่เพิ่งประกาศใช้ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีได้มีบทบัญญัติให้นำหลักกฎหมายลักษณะตัวแทนไปใช้บังคับกับความสัมพันธ์เหล่านี้ก็ตาม แต่ในเมื่อความสัมพันธ์เหล่านี้มีสาระสำคัญเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะ Fiduciary เช่นเดียวกันกับความสัมพันธ์ลักษณะตัวแทน ย่อมไม่เป็นการต้องห้ามที่จะนำบทบัญญัติที่ใช้บังคับในกฎหมายลักษณะตัวแทน ไปใช้บังคับกับความสัมพันธ์เหล่านี้ ในฐานะที่กฎหมายลักษณะตัวแทนเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ก็จะสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์เหล่านี้ได้

2.1.4. หลักกฎหมาย Fiduciary ในฐานะของหลักกฎหมายทั่วไป

ก. ความหมายของหลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรประการหนึ่ง และเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายลำดับสุดท้ายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งความหมายของหลักกฎหมายทั่วไปไปนั้น มีผู้ให้ความเห็นไว้ในรายละเอียดที่แตกต่างกันหลายประการ²⁷ อย่างไรก็ตาม อาจสรุปความเห็นเกี่ยวกับความหมายของหลักกฎหมายทั่วไปได้เป็น 2 แนวทางใหญ่ ได้แก่²⁸

ความเห็นที่ 1 เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปนั้น เป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไป ไม่มีข้อจำกัดว่าจะนำมาจากที่ไหน อาจเป็นหลักกฎหมายของต่างประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเป็นสุภาษิตกฎหมายก็ได้

ความเห็นที่ 2 เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายภายในของประเทศ โดยสามารถค้นหาได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศนั้นเอง เพื่อค้นหาหลักการใหญ่ที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายเหล่านั้น ทำให้หลักกฎหมายทั่วไปที่ได้นั้นมีความสอดคล้องกับระบบกฎหมายที่มีอยู่ ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นหลังนี้

และเนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไป เป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับสุดท้าย หากศาลไม่สามารถหาหลักกฎหมายทั่วไปจากระบบกฎหมายภายในประเทศได้ ศาลก็ต้องอาศัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ในฐานะที่หลักดังกล่าวถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างหนึ่งนั่นเอง²⁹

ข. หลัก Fiduciary ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป

ในกรณีที่ไม้อาจนำหลัก Fiduciary มาใช้ผ่านบ่อเกิดของกฎหมายลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ทำยที่สุดหลัก Fiduciary ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายที่ส่งเสริมให้

²⁷ ภชฤทธิ นิลสนธิ, "หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายตาม ม. 4 แห่ง ป.พ.พ.: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และกฎหมายเปรียบเทียบ", (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น. 62 – 66.

²⁸ สมยศ เชื้อไทย, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 23*, น. 90-91.

²⁹ *เพ็งอ่าง*, น. 91.

คู่สัญญาปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์นั้น ย่อมสามารถนำมาปรับใช้กับระบบกฎหมายของประเทศไทยได้ในฐานะของหลักกฎหมายทั่วไป โดยศาลอาจพิจารณาได้ว่า แม้หลัก Fiduciary จะเป็นหลักกฎหมายของต่างประเทศก็ตาม แต่ก็มีเนื้อหาที่ได้บัญญัติรับรองไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะในส่วนของกฎหมายตัวแทน ซึ่งศาลย่อมแสวงหาหลักการเบื้องต้นดังกล่าวออกมาใช้ได้

2.1.5. หลักกฎหมาย Fiduciary กับหลักสุจริต (Good Faith)

หลักสุจริต ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหลักหนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหลักสุจริตในทางภาวะวิสัย หรือหลักสุจริตทั่วไปนั้น เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ให้ใช้เป็นเครื่องวัดความประพฤติของมนุษย์ในกรณีต่าง ๆ³⁰ โดยในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติรับรองไว้ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

นอกจากนี้ ในส่วนของการตีความสัญญาเอง ในมาตรา 368 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังได้บัญญัติเป็นหลักการไว้ว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริต โดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

สำหรับการปรับใช้หลักสุจริตนั้น อาจกล่าวได้ว่ามีหลักสุจริตมีบทบาทที่สำคัญใน 3 ลักษณะ³¹

(1) .ใช้เพื่อเสริมให้กฎหมายหรือสัญญาสมบูรณ์ขึ้น (Ergaenzung) โดยเฉพาะในส่วนของสัญญาอาจพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องกับหลักสุจริตได้ใน 3 ลักษณะ ได้แก่³²

(1.1) ช่วยในการตีความข้อสัญญาที่ไม่ชัดเจน กล่าวคือ เมื่อสัญญาที่ทำขึ้นมีเนื้อหาที่ไม่ชัดเจน และไม่อาจที่จะค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีได้แล้ว ก็ต้องตีความสัญญาให้มีเนื้อหา

³⁰ เฟิ่งอ้วง, น. 152.

³¹ เฟิ่งอ้วง, น. 156.

³² ภารวีร์ กษิตินนท์ , “การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา” , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2550) , น. 168 -172.

ไปในทางที่วิญญูชนผู้กระทำการโดยสุจริตจะพึงเข้าใจ ในลักษณะเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 368

(1.2) บทบาทในการอุดช่องว่างของสัญญา โดยการสร้างหน้าที่ข้างเคียงในสัญญาขึ้น บังคับระหว่างคู่กรณี แม้คู่กรณีจะมีได้ตกลงในเรื่องดังกล่าวไว้ก็ตาม โดยการพิจารณาว่าบุคคลผู้กระทำการโดยสุจริตในฐานะเช่นเดียวกับคู่สัญญา คงจะได้ทำความเข้าใจในลักษณะดังกล่าวไว้

(2) ใช้ปรุงแต่งเรื่องให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป (Anpassung) โดยในบางครั้งเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป และส่งผลกระทบต่อสมดุลในการชำระหนี้ของคู่สัญญา จนอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมที่จะบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ หลักสุจริตก็เป็นหลักหนึ่งที่จะเข้ามาช่วยผ่อนคลายความไม่เป็นธรรมดังกล่าว โดยการปรับแก้เนื้อหาในสัญญาให้มีความเป็นธรรม หรือให้ฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาได้³³

(3) ใช้เพื่อต่อสู้ขัดขวาง (Erkaempfung) การกระทำที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบมาพากล หรือเป็นการใช้ในลักษณะปฏิเสธสิทธิของบุคคลที่กระทำการโดยไม่สุจริต ในทำนองเดียวกันกับ หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel) ในระบบคอมมอนลอว์

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาหลักสุจริตเปรียบเทียบกับหลัก Fiduciary แล้ว อาจพิจารณาข้อเหมือน และข้อแตกต่างของทั้งสองหลักได้ ดังนี้

(1) ข้อเหมือน กล่าวได้ว่า วัตถุประสงค์ของหลักสุจริต ไม่ว่าจะเป็นหลัก Bona Fide ที่ปรากฏในสมัยโรมัน หรือหลัก Treu Und Glauben ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศเยอรมัน ล้วนแต่มีที่มาเพื่อเป็นการผ่อนคลายความเคร่งครัดของการใช้กฎหมายตามตัวอักษร ทั้งสิ้น หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นการให้สิทธิเรียกร้องในกรณีซึ่งแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมนั่นเอง เห็นได้จาก ในสมัยโรมันเอง เรียกการฟ้องคดีโดยอาศัยหลัก Bona Fide นี้ว่าเป็น “สิทธิเรียกร้องที่ถูกแก้ไขสืบเนื่องจากความเคร่งครัดของกฎหมาย (iudicia stricti iuris)³⁴ ” ในขณะที่หลัก Treu Und Glauben ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันเอง ก็มีภารกิจพื้นฐาน 3 ประการ ได้แก่³⁵

³³ เฟิงอ้วง , น. 170 – 171.

³⁴ Simon Whittaker and Rheinhard Zimmermann , “Good faith in European contract law : surveying the legal landscape“ , Article in Good Faith in European

ประการที่ 1 เป็นมูลฐานทางกฎหมายเพื่อรองรับการทำหน้าที่ของศาลยุติธรรมในการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาปรับใช้ โดยการใช้หลัก Treu Und Glauben นี้เอง ศาลในประเทศเยอรมันได้มีการสร้างเหตุแห่งการฟ้องคดี (cause of action) ขึ้นใหม่ ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับการฟ้องคดีดังกล่าวไว้

ประการที่ 2 เป็นหลักพื้นฐานที่ก่อให้เกิดข้อแก้ตัวตามกฎหมายในการฟ้องร้องคดีทางแพ่ง โดยศาลในประเทศเยอรมันได้ใช้หลักดังกล่าว สร้างข้อแก้ตัวให้แก่คู่กรณีที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญา หากเกิดเหตุการณ์ที่คู่กรณีไม่อาจคาดเห็นได้ และส่งผลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในสิ่งที่เป็นรากฐานของสัญญา อันทำให้การชำระหนี้ตามสัญญาแตกต่างไปจากสิ่งที่คู่กรณีได้คาดหวังไว้เมื่อในขณะทำสัญญา

ประการที่ 3 เป็นหลักการที่เป็นพื้นฐานตามกฎหมายในการให้ศาลจัดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงภาวะที่มีอยู่เดิมในสัญญาทางแพ่ง โดยการจัดการกำหนดภาวะความเสี่ยงในสัญญาระหว่างคู่กรณีเสียใหม่ หากพิจารณาได้ว่า การปรับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดนั้น จะทำให้เกิดผลซึ่งไม่เป็นที่พึงประสงค์ของคู่สัญญาได้

ในขณะที่เมื่อพิจารณาการเกิดขึ้นของหลักกฎหมาย Fiduciary ซึ่งเรียกว่าเป็นการเยียวยาโดยหลัก Equity (Equitable Remedies) ของคอมมอนลอว์นั้น ก็เป็นการปรับหลักกฎหมายให้มีความยุติธรรมเหมาะสมกับคดีนั่นเอง กล่าวคือ เมื่อกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีอยู่ไม่อาจให้ความยุติธรรมกับคดีได้ ศาลก็จะใช้หลัก Equity เข้าไปผ่อนคลายความไม่ยุติธรรมดังกล่าว เช่นตัวอย่างจากกฎหมายเรื่องตัวแทนที่การควบคุมการทำหน้าที่ของตัวแทนตามคอมมอนลอว์นั้น ไม่ได้ให้สิทธิแก่ตัวการเอาไว้เท่าที่ควร ศาลจึงได้ใช้หลัก Equity เพื่อนำเอาสิทธิของผู้รับประโยชน์ในการควบคุมการทำหน้าที่ของทรัสต์ตามหลักกฎหมายลักษณะทรัสต์มาผ่อนคลายความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากหลักกฎหมายตัวแทนในคอมมอนลอว์ จนเป็นที่มาของหลัก Fiduciary ในปัจจุบัน

Contract Law , (London : Cambridge University Press , 2000) Edited by Simon Whittaker and Rheinhard Zimmermann , p.17.

³⁵ Werner F. Ebke and Bettina M. Steinhauer , “The Doctrine of Good Faith in German Contract Law” , in Good Faith and Fault in Contract Law , (Oxford : Clarendon Press ,1995) Edited by Jack Beatson and Daniel Friedman , p.171 – 172.

(2) ข้อแตกต่าง แม่หลักสุจริต และหลักกฎหมาย Fiduciary จะมีวัตถุประสงค์ร่วมกันในการปรับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด แต่โดยเนื้อหาแล้ว ทั้งสองหลักการนั้นคงมีความแตกต่างกันอยู่ กล่าวคือ

(2.1) ที่มา เมื่อกล่าวถึงหลักสุจริตในความเข้าใจของนักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์นั้น หมายถึงหลัก Bona fide ของโรมันหรือหลัก Treu Und Glauben ของประเทศเยอรมันนั่นเอง ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่แพร่หลายในระบบซีวิลลอว์ ในขณะที่ต้นกำเนิดของหลัก Fiduciary นั้น เป็นเรื่องของหนี้ตามหลัก Equity ซึ่งเป็นหลักการทำคำพิพากษาที่มีมาอย่างยาวนานในระบบคอมมอนลอว์

(2.2) วิธีการนำไปปรับใช้ การปรับใช้หลักสุจริตนั้นเป็นการเข้าไปจัดการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคล โดยการวางหลักให้ต้องคำนึงถึงมาตรฐานของการกระทำที่สอดคล้องกับความสุจริตของบุคคล เพื่อสร้างเนื้อหาความสัมพันธ์ใหม่ขึ้นมา หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของความสัมพันธ์เดิมแล้วแต่กรณี

ในขณะที่การปรับใช้กฎหมายตามหลัก Fiduciary นั้น เป็นการนำเอาหลักกฎหมายที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์อื่น ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีความชัดเจนอยู่แล้ว มาใช้บังคับกับความสัมพันธ์อีกอันหนึ่ง โดยให้เหตุผลในการกระทำดังกล่าวว่า เนื่องจากความสัมพันธ์ทั้งสองลักษณะเป็นความสัมพันธ์แบบ Fiduciary เหมือนกัน ดังนั้น ประเด็นสำคัญของหลักกฎหมาย Fiduciary คือ การพิจารณาลักษณะของความสัมพันธ์ มากกว่าการปรับเปลี่ยนหรือสร้างเนื้อหาของความสัมพันธ์ขึ้นมาใหม่โดยอาศัยหลักสุจริต

โดยสรุปแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า แม้เมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์แล้ว หลักสุจริตในระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปกับหลัก Fiduciary ของคอมมอนลอว์จะแตกต่างกันก็ตาม แต่ก็เป็นเรื่องของวิวัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายสองระบบเท่านั้น ในส่วนของประเทศไทย หากจะปรับใช้หลัก Fiduciary โดยอาศัยหลักสุจริตคงไม่เป็นการขัดข้องแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การจะสร้างหน้าที่ในลักษณะ Fiduciary โดยอาศัยหลักสุจริตนั้น ควรจะกระทำก็ต่อเมื่อไม่อาจหาบทบัญญัติในความสัมพันธ์ลักษณะ Fiduciary เท่าที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศไทยมาใช้เท่านั้น หากมีบทบัญญัติที่สามารถนำมาบังคับใช้ได้ ไม่ว่าจะโดยตรง หรือโดยการเทียบเคียงก็ตาม ย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยหลักสุจริตเพื่อสร้างเนื้อหาความสัมพันธ์ขึ้นมาแต่ประการใด

2.1.6. สรุปเนื้อหาของหลักกฎหมาย Fiduciary ในประเทศไทย

จากการพิจารณาถึงหลักกฎหมาย Fiduciary ที่ปรากฏในบ่อเกิดกฎหมายในลำดับต่าง ๆ ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์แล้ว ผู้เขียนมีข้อสรุปดังต่อไปนี้

(1) ในส่วนของกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวได้ว่า มีการบัญญัติถึงหลักการในลักษณะของ Fiduciary อยู่แล้วในความสัมพันธ์หลาย ๆ เรื่องโดยเฉพาะในหลักกฎหมายลักษณะตัวแทนซึ่งกล่าวได้ว่ามีบทบัญญัติที่ครบถ้วนมากที่สุด และสามารถนำไปใช้กับความสัมพันธ์ในเรื่องอื่น ๆ ได้ง่าย ทั้งในลักษณะของการที่กฎหมายบัญญัติให้นำไปใช้โดยตรง หรือโดยอาศัยการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

(2) ในส่วนของกฎหมายจารีตประเพณีนั้น กล่าวได้ว่า ยังไม่ปรากฏจารีตประเพณีในเรื่อง Fiduciary ให้นำไปปรับใช้เป็นกฎหมายได้แต่อย่างใด

(3) ในส่วนของการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ถือเป็นวิธีการที่เหมาะสมในการพัฒนาหลัก Fiduciary เนื่องจาก มีหลักกฎหมายที่ค่อนข้างครบถ้วนอยู่ในกฎหมายลักษณะตัวแทน ซึ่งเหมาะที่จะนำไปใช้เทียบเคียงกับความสัมพันธ์ Fiduciary อื่น ๆ ได้เป็นอย่างดี

(4) ในส่วนของหลักกฎหมายทั่วไป ถือได้ว่า เป็นหลักการที่สามารถรองรับการนำหลัก Fiduciary มาใช้ได้ แต่ควรกระทำในกรณีจำกัด กล่าวคือ เมื่อไม่อาจหาบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับอื่นมาปรับใช้ได้เท่านั้น

(5) หลักสุจริตในมาตรา 5 ถือเป็นหลักที่รองรับเนื้อหาของหลัก Fiduciary เช่นกัน แต่การใช้บทบัญญัติในมาตรา 5 เพื่อสร้างเนื้อหาของความสัมพันธ์ให้เป็นไปตามหลัก Fiduciary ควรจะกระทำต่อเมื่อบ่อเกิดกฎหมายในมาตรา 4 ไม่อาจนำมาซึ่งหลักกฎหมาย Fiduciary ที่มีความชัดเจนเพียงพอได้

2.2 อำนาศาลในการพัฒนาหลักกฎหมาย

จากที่ได้ศึกษาเนื้อหาของหลักกฎหมาย Fiduciary จะเห็นได้ว่ามีหลักเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดจำนวนมาก ซึ่งการจะพัฒนาหลักกฎหมายเหล่านี้ ไม่อาจทำได้โดยการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหมด แต่จำเป็นต้องอาศัยการใช้การตีความของศาล ด้วยเหตุนี้เอง

ปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้หลักกฎหมาย Fiduciary ในประเทศคอมมอนลอว์มีพัฒนาการที่ก้าวหน้าอย่างมากนั้น ส่วนหนึ่งจึงมีที่มาจากคำพิพากษาของศาลในระบบคอมมอนลอว์ ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายประเภทหนึ่ง ประกอบกับอำนาจตามหลัก Equity ศาลจึงมีบทบาทสำคัญอย่างมากในการพัฒนารายละเอียดของหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายได้โดยตรง

2.2.1. สถานะของคำพิพากษาในระบบซีวิลลอว์

การใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์เป็นการใช้กฎหมายตามตัวบทกฎหมาย ซึ่งศาลมีหน้าที่ต้องเคารพบทบัญญัติอันเป็นที่รวมของหลักการและเหตุผลของกฎหมายเสมอ อย่างไรก็ตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ย่อมไม่ถูกต้องตรงกับกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นทุกประการ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องตีความกฎหมายและมีบทบาทในการสร้างเสริมกฎเกณฑ์ในการใช้กฎหมายแก่กรณีทั้งปวง แต่คำพิพากษาไม่ใช่เป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายโดยแท้ ทั้งไม่ใช่ตัวบทกฎหมายและจะขัดหรือก้าวล่วงขอบเขตของบทบัญญัติไม่ได้ กฎเกณฑ์ตามคำพิพากษาไม่มีอำนาจบังคับเทียบเท่ากับบทบัญญัติของกฎหมาย แต่การที่ได้รับการยอมรับและถือตามกันอยู่ในหมู่นักกฎหมายก็เพราะนักกฎหมายเห็นว่าคำพิพากษานั้นเป็นบรรทัดฐานที่ดีเท่านั้น³⁶ อย่างไรก็ตาม โดยเหตุที่คำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล ย่อมเป็นสิ่งที่แสดงบทบาททั้งในแง่ที่เป็นเครื่องแสดงออกถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เป็นรูปธรรม มีความสำคัญในการอธิบายหลักกฎหมายที่แฝงอยู่ในบทกฎหมาย นักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ก็ไม่ถึงกับถือว่าแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลไม่เป็นบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายเสียเลย ในที่สุดอาจกล่าวแต่เพียงว่าคำพิพากษาของศาลนั้นไม่ผูกพันเป็นการทั่วไปเหมือนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น³⁷

นอกจากนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเซอร์แลนด์ ในมาตรา 1 ซึ่งบัญญัติว่า³⁸

³⁶ กิตติศักดิ์ ปรกิติ , ความเป็นมา และหลักการใช้ นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์ , (กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์วิญญูชน ,2546) , น. 35.

³⁷ เพ็งอ้วง , น.37.

³⁸ Ivy Williams , The Sources of Law in the Swiss civil Code , (Zurich : Remak Verlag,1976) , pp.22.

“The law must be applied in all cases which come within the letter or the spirit of any of its provision.

Where no provision is applicable , the judge shall decide according to the existing Customary Law and , in default thereof , according to rules which he would lay down if he had him self to act as legislator

Herein he must be guided by approved legal doctrine and case-law”

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งของสวิสเซอร์แลนด์นั้น ไม่ได้บัญญัติถึงบ่อเกิดของกฎหมายในลักษณะของการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือหลักกฎหมายทั่วไปไว้โดยตรง แต่ได้บัญญัติไว้ให้ศาลพิพากษาคดีให้เป็นไปตาม “ กฎเกณฑ์ซึ่งศาลจะได้ออกมาบังคับใช้หากตนเป็นผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมาย ” ทั้งนี้โดยศาลต้องคำนึงถึง “ หลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการรับรองแล้วและหลักเกณฑ์จากคำพิพากษาของศาล ” ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติที่ให้คำตอบเกี่ยวกับบ่อเกิดของกฎหมายได้อย่างชัดเจนเป็นรูปธรรมอย่างมาก เนื่องจากแม้จะบัญญัติให้ใช้วิธีการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หรือการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปก็ตาม ก็คือกรมอบอำนาจให้แก่ศาลในการค้นหาหลักกฎหมายที่เหมาะสมนำมาปรับใช้กับคดีนั่นเอง

อย่างไรก็ดี ในชั้นของการพิจารณาของกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการนำมาตรา 1 ของประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเป็นมาบัญญัติเป็นมาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกรรมการส่วนใหญ่เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจศาลมากเกินไป และไม่ควรมานำมาบัญญัติใช้ในประมวลกฎหมายของประเทศไทย³⁹

2.2.2. สถานะของคำพิพากษาในประเทศไทย

ในระบบกฎหมายของประเทศไทยซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์ คำพิพากษาของศาลจึงมีฐานะเป็นเพียงตัวอย่างของการใช้กฎหมาย ไม่สามารถเป็นบ่อเกิดของกฎหมายได้โดยตรงดังเช่นในระบบคอมมอนลอว์ แม้คำพิพากษาจำนวนไม่น้อยจะได้รับการยอมรับเป็นบรรทัดฐานในการใช้

³⁹ ทวี ฤกษ์จำนง , “รายงานการประชุมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และบันทึกประกอบ”, บทบัญญัติ 20 , (ก.ค. 2505) ,น. 587 – 562.

การตีความกฎหมายก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายโดยตรง เป็นเพียงการอธิบายถึงหลักเกณฑ์ในตัวบทกฎหมายเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในคำพิพากษาศาลฎีกาบางเรื่อง ถือได้ว่าการขยายหลักเกณฑ์บางประการเพิ่มเติมขึ้นจากสิ่งที่ตัวบทกฎหมายบัญญัติเอาไว้ ตัวอย่างเช่น กรณีสัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าการเช่าธรรมดา ที่ได้มีการวางหลักเกณฑ์เอาไว้เป็นพิเศษต่างจากสัญญาเช่าปกติ หลายประการเช่น

1. ในคำพิพากษาฎีกาเลขที่ 172/2488⁴⁰ โจทก์ฎีกาว่าสัญญาที่สามมีโจทก์ทำไว้ นั้นไม่ใช่สัญญาเช่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนกันสิทธิและหน้าที่ย่อมตกทอดแก่ทายาท ศาลฎีกาเห็นว่าตามสัญญามีข้อความว่าผู้เช่า (คือสามมีโจทก์) ยอมรับหรือสร้างตึกตามรายการโดยทุนทรัพย์ของผู้เช่า เมื่อเสร็จผู้ให้เช่ายอมให้ผู้เช่าทำสัญญาเช่าตึกต่อไปอีกมีกำหนด 15 ปี ดังนี้เป็นการพรรณนาในเรื่องก่อสร้างทั้งนั้นย่อมแสดงเจตนาของคู่กรณีว่าต้องตอบแทนกันในเรื่องทรัพย์สินมิใช่สิทธิจะเพาะตัว ฉะนั้นเมื่อคู่สัญญาเดิมตายลง สิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินนี้ย่อมตกแก่ทายาทตาม ประมวลกฎหมายแพ่งฯ มาตรา 1600 จึงพิพากษาลับศาลล่าง ให้จำเลยยอมให้โจทก์เช่าตึกในฐานะผู้จัดการมรดกสามมีต่อไปอีก 11 ปี

จากคำพิพากษาดังกล่าว แม้ลักษณะของสัญญาแท้จริงแล้วจะเป็นสัญญาเช่า ซึ่งต้องถือตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่าสัญญาเช่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่า เนื่องจากผู้ให้เช่าย่อมต้องพิจารณาคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ ดังนั้น เมื่อผู้เช่าตายสัญญาเช่าทรัพย์สินย่อมระงับลง (คำพิพากษาฎีกาที่ 925/2501⁴¹) แต่ในกรณีนี้ ศาลกลับตัดสินให้สิทธิดังกล่าวตกทอดถึงทายาทได้

2. คำพิพากษาฎีกาที่ 791/2501⁴² โจทก์ช่วยออกเงินช่วยค่าก่อสร้างตึกให้จำเลย และจำเลยตกลงจะให้เช่าตึกที่ก่อสร้างใหม่ขึ้นใหม่นั้น เป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่งที่มิใช่สัญญาเช่าธรรมดา สามารถบังคับระหว่างกันได้ แม้จะไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็ตาม

⁴⁰ เนติบัณฑิตยสภา , รวมคำพิพากษาฎีกาประจำพุทธศักราช 2488 , ตอนที่ 1 น. 116.

⁴¹ เนติบัณฑิตยสภา , รวมคำพิพากษาฎีกาประจำพุทธศักราช 2501 , ตอนที่ 1 น. 1065.

⁴² เนติบัณฑิตยสภา , รวมคำพิพากษาฎีกาประจำพุทธศักราช 2501 , ตอนที่ 1 น.706.

คำพิพากษานี้ได้วางหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากสัญญาเช่าปกติ กล่าวคือ สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ มิฉะนั้นจะไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ (มาตรา 538) แต่ในกรณีเป็นสัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่านั้น ศาลยอมให้คู่กรณีอ้างสิทธิตามสัญญาเช่าได้ แม้ไม่ได้มีหลักฐานเป็นหนังสือระหว่างกันก็ตาม

จากคำพิพากษาในเรื่องการเช่าต่างตอบแทนพิเศษนี้ เห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่ศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายเพิ่มเติมจากการเช่าตามปกติ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมนั่นเอง และหลักการที่ศาลสร้างขึ้นนี้ก็ได้รับการยอมรับและอธิบายอย่างแพร่หลายในลักษณะของหลักกฎหมายที่สำคัญเรื่องหนึ่งในการเช่าเลยทีเดียว

นอกจากนี้ ในเรื่องของสิทธิในการรับมรดกของบุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้รับรองแล้ว ตามความในมาตรา 1627 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ศาลฎีกาได้วินิจฉัยความหมายไว้ว่า คือบุตรที่บิดา “มีพฤติการณ์ที่รู้กันทั่วไปตลอดมาว่าเป็นบุตร” เช่น บิดาได้เลี้ยงดู ฐานบิดากับบุตร ลงทะเบียนสำมะโนครัวว่าเป็นบุตร และให้ใช้นามสกุลของบิดา⁴³ บิดากับมารดา แต่งงานอยู่กินด้วยกันหลายปีโดยมิได้จดทะเบียนสมรส เมื่อบุตรเกิดมา บิดาไปแจ้งทะเบียนคนเกิดว่าเด็กเป็นบุตรของตน และอยู่กินด้วยกันมาจนบิดาตาย⁴⁴ เป็นต้น

จากแนวทางคำพิพากษานี้ในเรื่องบุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองแล้วนั้น มีนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ความในมาตรา 1627 หมายความว่า บุตรนอกกฎหมายที่บิดาได้กระทำการรับรองโดยพิธีการตามกฎหมาย กล่าวคือ การจดทะเบียนรับรองหรือถูกฟ้องให้รับเป็นบุตร⁴⁵ แต่เมื่อแนวทางของคำพิพากษามีความชัดเจน และได้รับการยึดถือมาโดยคำพิพากษาของศาลในคดีหลังเรื่อยมาแล้ว ทำให้การใช้การตีความมาตรา 1627 ในปัจจุบัน จึงเป็นไปตามแนวคำพิพากษานี้ดังกล่าวตลอดมา

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 832/2497 อ้างใน เปรียบ หุตางกูร , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 , น.51

⁴⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1503/2497 อ้างใน เปรียบ หุตางกูร , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 , น.

⁴⁵ ไพโรจน์ ไพโรจน์ กัมพูศิริ , กฎหมายลักษณะครอบครัว รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาของ ศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2531) , น. 369-370. และหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 446 / 2493 ในหนังสือคำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2493 ของเนติบัณฑิตยสภา ตอนที่ 2 หน้า 448 – 460.

อย่างไรก็ดี หากจะกล่าวว่หลักเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้นนี้จะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล อาจจะไม่ถูกต้องนัก และกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีแต่ประการใด หากจะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายแล้ว คงต้องอธิบายว่หลักการดังกล่าว ถือเป็นการที่ศาลนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ และกล่าวได้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงบ่อเกิดของกฎหมายในลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปได้⁴⁶

โดยสรุปแล้ว แม้จะไม่ถือว่าคำพิพากษาในระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นบ่อเกิดของกฎหมายโดยตรงก็ตาม แต่คำพิพากษาในบางเรื่องอาจมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งต่อไปนี้

1. คำพิพากษาซึ่งเป็นการอธิบายหลักเกณฑ์ในรายละเอียดของตัวบทกฎหมาย คำพิพากษาเหล่านี้อาจได้รับการยอมรับว่เป็นรายละเอียดของบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น และสามารถมีผลใช้บังคับในฐานะบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรได้โดยตรง

2. คำพิพากษาที่อธิบายหลักเกณฑ์บางอย่างที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร คำพิพากษาเหล่านี้ หากได้รับการยอมรับโดยคำพิพากษาที่ตามมา หรือได้รับการยอมรับในทางวิชาการแล้ว คำพิพากษาในเรื่องเหล่านี้ย่อมถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายได้เช่นกัน โดยหากได้รับการนำไปปฏิบัติเป็นเวลานานแล้ว ก็อาจถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายประเภทจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นได้ หรือหากไม่ใช่จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น คำพิพากษาเหล่านี้ ก็อาจถือเป็นการอธิบายให้เห็นถึงหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับสุดท้ายในมาตรา 4 ก็เป็นได้ ซึ่งแม้การยืนยันความเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมาอาจไม่สามารถทำได้ให้เห็นเป็นที่ชัดเจนก็ตาม แต่ก็ยอมทำให้คำพิพากษาที่เกิดขึ้นในภายหลัง ไม่อาจที่จะยกเลิกเพิกถอนหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาที่ได้รับการยอมรับเหล่านี้ได้โดยง่าย

⁴⁶ ภาทฤทธิ์ นิลสนธิ , อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น. 79-80.