

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระดมทุนในตลาดทุนอิสลาม
: ศึกษากรณีตราสารสุกุก (Sukuk)

นางสาววรวิมล จันทรทอง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2554
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

LEGAL PROBLEMS RELATING TO MOBILIZATION OF ISLAMIC CAPITAL MARKET
: STUDY ON SUKUK

Miss Worawimol Chantarathong

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Finance and Tax Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2011

Copyright of Chulalongkorn University

| | |
|---------------------------------|--|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการระดมทุนในตลาดทุนอิสลาม |
| | : ศึกษากรณีตราสารสุกุก (sukuk) |
| โดย | นางสาวรวริมล จันทรวง |
| สาขาวิชา | กฎหมายการเงินและภาษีอากร |
| อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก | อาจารย์ ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ |
| อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม | อาจารย์สาครเรศ คำวะลี |

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(อาจารย์ ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม
(อาจารย์สาครเรศ คำวะลี)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ธวัชชัย พิทยโสภณ)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์อารีย์ อารีสมาน)

5286095434 : MAJOR FINANCE AND TAX LAWS

KEYWORDS : TRUST/ CAPITAL MARKET/ SUKUK/ ISLAMIC FINANCE

WORAWIMOL CHANTARATHONG: LEGAL PROBLEMS RELATING TO MOBILIZATION OF ISLAMIC CAPITAL MARKET : STUDY ON SUKUK. ADVISOR : PATANAPORN KOWPATANAKIT, Ph.D., CO – ADVISOR : SAKARES KHAMWALEE, 306 pp.

The fund raising by issuance of Sukuk in Thailand is operated by utilizing the concept of trust under the Trust Transactions in Capital Market Act B.E. 2550, and the general trust concept in the Act is applied in various transactions in the capital market. The rule on proportion of beneficiary sharing upon originators and trustees under the Trust Act is applicable in Sukuk al-Musharakah structure, which could cause an obstacle in the structuring for originators. The benefit proportion rule should be prescribed at zero percent in order to promote the development such of Sukuk in future. In addition, whether the relationship among the investors of such sukuk will be characterize as partnership is another legal issue. It appears that although the issuing of Sukuk must comply with the religious principles, Thai law will be applied in the determination as to the legal relationship among relevant parties in Sukuk transactions.

There also ia a problem regarding the characterization of the purchase order sale transaction under Thai law. It is unclear whether such transaction should be consider sale contract or hire of work. It is found that there be no clear and certain resemblance between Islamic and Thai legal principles, instead, the intention of the the contracting parties sholde be looked into on case by case basis.

Since these has been no Sukuk issuance to date in Thailand, its structure is rather unclear for the implementation. The researcher suggests that the Commodity Murabaha should be applied in Thailand and that a Commodity Murabaha Trading Center should be set up in a department of AFET in order to provide a convenient path-way for fund raising through Sukuk. Moreover, the concern that the underlying transaction of the Sukuk is similar to an act concealing money lending is the critical issue which has impact on fund raising in Islamic capital market. Since the nature of Sukuk structures are similar to a concealed act, which seem be to unavoidable. Therefore, this problem should be solved by enacting the law to ensure that the legal relationship between the originator and trustee under Sukuk structure can be enforceable as such.

Field of Study : Finance and Tax Laws..... Student’s Signature.....
Academic Year: 2011..... Advisor’s Signature.....
Co - advisor’s Signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะสำเร็จไม่ได้เลยหากขาดความกรุณาของเหล่าท่านอาจารย์ทุกท่านอันประกอบด้วย ท่านรองศาสตราจารย์ธิติพันธ์ุ์ เชื้อบุญชัย ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ดร.พัฒนาพร โกวิทพัฒนกิจ ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ที่ให้คำแนะนำในการทำวิจัยตลอดมา ขอบกราบขอบพระคุณท่านอารีย์ อารีสมาน ที่มีเมตตาช่วยเหลือในการให้คำแนะนำและข้อมูลด้านหลักการทางศาสนาอิสลาม อีกทั้งผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์รัชชัย ทิพย์โสภณที่ให้ความรู้ และจุดประกายความคิดในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสเรศ คำวะลีเป็นอย่างสูงที่รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม และช่วยสละเวลาอันมีค่าในการช่วยเหลือให้ความรู้ คำปรึกษา รวมทั้งคำแนะนำในการงานวิจัย หากไม่ได้รับความกรุณาจากท่านงานวิจัยฉบับนี้คงไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปได้

นอกจากนี้ผู้เขียนขอบคุณเพื่อนๆ ทุกคน อาทิเช่น คุณอรอนงค์ เหมือนญาติวังศ์ คุณวาสนีนันท์ ขว้าง ที่ช่วยเหลือในการติดต่อประสานงาน และสอบทานวิทยานิพนธ์ รวมทั้งบุคคลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำวิทยานิพนธ์ซึ่งมีได้กล่าวไว้ในที่นี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณมาไว้ ณ โอกาสนี้

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณนายเวก และดร.เฉลิมศรี จันทรทอง บิดา - มารดาของผู้เขียนซึ่งสนับสนุนด้านกำลังทรัพย์และกำลังใจให้แก่ผู้เขียนตลอดมา หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและเป็นประโยชน์ทางวิชาการ ผู้เขียนขอมอบเป็นกตเวทิตาแก่คุณบิดา - มารดา ท่านอาจารย์ และผู้มีส่วนในความสำเร็จทุกท่าน

สารบัญ

| | หน้า |
|--|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | จ |
| กิตติกรรมประกาศ..... | ฉ |
| สารบัญ..... | ช |
| สารบัญตาราง..... | ณ |
| สารบัญภาพ..... | ด |
| | |
| บทที่ 1 บทนำ | 1 |
| ความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| วัตถุประสงค์ในการวิจัย..... | 4 |
| ขอบเขตของการศึกษาวิจัย..... | 4 |
| สมมุติฐานของการวิจัย..... | 4 |
| วิธีการศึกษาวิจัย..... | 5 |
| ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย..... | 5 |
| | |
| บทที่ 2 ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับธุรกรรมตราสารหนี้และตราสารคูกูก (sukuk)..... | 7 |
| 2.1 ตราสารหนี้..... | 7 |
| 2.1.1 ความหมายของตราสารหนี้..... | 7 |
| 2.1.2 องค์ประกอบของตราสารหนี้..... | 8 |
| 2.1.2.1 มูลค่าที่ตราไว้..... | 8 |
| 2.1.2.2 อัตราดอกเบี้ย..... | 8 |
| 2.1.2.3 งวดการจ่ายดอกเบี้ย..... | 8 |
| 2.1.2.4 วันครบกำหนดไถ่ถอน..... | 9 |
| 2.1.2.5 ชื่อผู้ออก..... | 9 |
| 2.1.2.6 อันดับความน่าเชื่อถือ..... | 9 |
| 2.1.2.7 ประเภทของตราสารหนี้..... | 9 |
| 2.1.2.8 ข้อสัญญา..... | 9 |
| 2.1.3 ประเภทของตราสารหนี้..... | 10 |
| 2.1.3.1 การแบ่งตามประเภทผู้ออก..... | 10 |

| | | |
|-----------|---|----|
| 2.1.3.1.1 | ตราสารหนี้ภาครัฐ..... | 10 |
| | ก. พันธบัตรรัฐบาล..... | 10 |
| | ข. ตั๋วเงินคลัง..... | 10 |
| | ค. หุ้นกู้เทศบาล..... | 11 |
| | ง. พันธบัตรรองครุฑภาครัฐและรัฐวิสาหกิจ..... | 11 |
| 2.1.3.1.2 | ตราสารหนี้เอกชน..... | 11 |
| 2.1.3.1.3 | ตราสารหนี้ระหว่างประเทศ..... | 12 |
| | ก. หุ้นกู้ต่างประเทศ..... | 12 |
| | ข. หุ้นกู้ยูโร..... | 12 |
| | ค. หุ้นกู้โลก..... | 13 |
| 2.1.3.2 | การแบ่งตามลักษณะการถือกรรมสิทธิ์..... | 13 |
| | 2.1.3.2.1 ตราสารหนี้ชนิดจ่ายเงินแก่ผู้ถือ..... | 13 |
| | 2.1.3.2.2 ตราสารหนี้ชนิดจดทะเบียน..... | 13 |
| | 2.1.3.2.3 ตราสารหนี้ชนิดจดบัญชี..... | 13 |
| 2.1.3.3 | การแบ่งตามวิธีการจ่ายดอกเบี้ย..... | 14 |
| | 2.1.3.3.1 ตราสารหนี้ชนิดจ่ายดอกเบี้ยประจำ..... | 14 |
| | 2.1.3.3.2 ตราสารหนี้ชนิดทบดอกเบี้ย..... | 14 |
| 2.1.3.4 | การแบ่งตามสิทธิในการเรียกร้อง..... | 14 |
| | 2.1.3.4.1 หุ้นกู้ด้อยสิทธิ..... | 14 |
| | 2.1.3.4.2 หุ้นกู้ไม่ด้อยสิทธิ..... | 14 |
| 2.1.3.5 | การแบ่งตามการใช้สินทรัพย์ค้ำประกัน..... | 15 |
| | 2.1.3.5.1 หุ้นกู้มีหลักประกัน..... | 15 |
| | 2.1.3.5.2 หุ้นกู้ไม่มีหลักประกัน..... | 15 |
| 2.1.3.6 | การแบ่งตามชนิดของสิทธิแปลงที่ติดมาพร้อมกับตราสารหนี้..... | 15 |
| | 2.1.3.6.1 หุ้นกู้ที่จ่ายดอกเบี้ยแบบคงที่..... | 15 |
| | 2.1.3.6.2 หุ้นกู้จ่ายดอกเบี้ยแบบลอยตัว..... | 15 |
| | 2.1.3.6.3 หุ้นกู้แปลงสภาพ..... | 16 |
| | 2.1.3.6.4 หุ้นกู้ประเภททยอยจ่ายเงินต้น..... | 16 |
| | 2.1.3.6.5 หุ้นกู้ที่ผู้ถือมีสิทธิขอไถ่ถอนก่อนครบกำหนด..... | 17 |
| | 2.1.3.6.6 หุ้นกู้ที่ผู้ถือมีสิทธิเรียกคืนเงินกู้ก่อนครบกำหนด..... | 17 |
| | 2.1.3.6.7 หุ้นกู้ที่เกิดจากการแปลงสินทรัพย์เป็น | |

| | |
|---|----|
| หลักทรัพย์..... | 17 |
| 2.1.4 ผลตอบแทนและความเสี่ยงในการถือตราสารหนี้..... | 18 |
| 2.1.4.1 อัตราผลตอบแทนของตราสารหนี้..... | 18 |
| 2.1.4.1.1 ดอกเบี้ย..... | 18 |
| 2.1.4.1.2 กำไรและขาดทุนจากการขาย..... | 18 |
| 2.1.4.1.3 ผลตอบแทน..... | 19 |
| 2.1.4.2 ความเสี่ยงของการถือตราสารหนี้..... | 19 |
| 2.1.4.2.1 ความเสี่ยงจากการผิดนัดชำระหนี้..... | 19 |
| 2.1.4.2.2 ความเสี่ยงจากอัตราดอกเบี้ย..... | 19 |
| 2.1.4.2.3 ความเสี่ยงจากการขาดสภาพคล่องในการ ซื้อขาย..... | 20 |
| 2.1.4.2.4 ความเสี่ยงจากสิทธิแฝงในตราสารหนี้..... | 20 |
| 2.1.4.2.5 ความเสี่ยงจากอัตราเงินเฟ้อ..... | 20 |
| 2.1.4.2.6 ความเสี่ยงจากอัตราผลตอบแทนที่ เกิดจากการนำดอกเบี้ยไปลงทุนต่อ | 21 |
| 2.1.4.2.7 ความเสี่ยงจากการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ที่ เกี่ยวกับตลาดตราสารหนี้..... | 21 |
| 2.1.5 ประโยชน์ของตราสารหนี้..... | 21 |
| 2.1.6 กระบวนการออกและจำหน่ายตราสารหนี้..... | 22 |
| 2.1.6.1 กระบวนการออกตราสารหนี้ของภาครัฐบาล..... | 22 |
| 2.1.6.1.1 การซื้อขายตราสาร..... | 22 |
| ก. ตลาดแรก..... | 23 |
| (1) การจำหน่ายให้ผู้ซื้อรายย่อย..... | 23 |
| (2) การจำหน่ายให้แก่นักลงทุนสถาบันด้วย วิธีการประมูล..... | 23 |
| (2.1) การประมูลแบบแข่งขันราคา..... | 23 |
| (2.2) การประมูลแบบไม่แข่งขันราคา.... | 24 |
| ข. ตลาดรอง..... | 24 |
| (1) การซื้อขายกันเอง..... | 24 |
| (2) การซื้อขายผ่านระบบ Bond Electronic Exchange..... | 25 |

| | | |
|-----------|--|----|
| 2.1.6.2 | กระบวนการออกตราสารหนี้ของภาคเอกชน..... | 25 |
| 2.1.6.2.1 | การเสนอขายในวงจำกัด..... | 26 |
| 2.1.6.2.2 | การเสนอขายแก่นักลงทุนเป็นการทั่วไป..... | 26 |
| 2.1.7 | การฝากตราสารหนี้ไว้กับบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์..... | 28 |
| 2.1.8 | ความเป็นมาของตลาดตราสารหนี้ในประเทศไทย..... | 29 |
| 2.1.9 | ภาวะภาษีเกี่ยวกับการลงทุนในตราสารหนี้..... | 32 |
| 2.1.9.1 | ภาษีเงินได้..... | 33 |
| 2.1.9.2 | ภาษีหัก ณ ที่จ่าย..... | 33 |
| 2.1.9.3 | ภาษีธุรกิจเฉพาะ..... | 33 |
| 2.1.9.4 | อากรแสตมป์..... | 33 |
| 2.2 | ตราสารศุภก..... | 37 |
| 2.2.1 | ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอิสลาม..... | 37 |
| 2.2.1.1 | ความหมายของอิสลาม..... | 37 |
| 2.2.1.2 | ระบบเศรษฐกิจของอิสลาม..... | 38 |
| 2.2.1.3 | หลักซารีอะห์ (Shariah)..... | 39 |
| 2.2.1.3.1 | ดอกเบีย..... | 40 |
| 2.2.1.3.2 | ความไม่แน่นอน..... | 42 |
| 2.2.1.3.3 | การพนัน..... | 43 |
| 2.2.1.3.4 | การห้ามอื่นๆ..... | 43 |
| 2.2.1.4 | สำนักคิดทางกฎหมายอิสลาม..... | 43 |
| 2.2.1.4.1 | สำนักคิดฮานาฟี..... | 45 |
| 2.2.1.4.2 | สำนักคิดมาลิกี..... | 46 |
| 2.2.1.4.3 | สำนักคิดซาฟีอี..... | 46 |
| 2.2.1.4.4 | สำนักคิดฮัมบาลี..... | 47 |
| 2.2.2 | แนวคิดและลักษณะของตราสารศุภก..... | 47 |
| 2.2.2.1 | แนวคิดและความเป็นมาของตราสารศุภก..... | 49 |
| 2.2.2.2 | นิยามตราสารศุภก..... | 50 |
| 2.2.2.3 | ประเภทของตราสารศุภก..... | 52 |
| 2.2.2.3.1 | เกณฑ์หนี้และทุน..... | 52 |
| 2.2.2.3.2 | เกณฑ์สินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการออกตราสาร.. | 53 |
| 2.2.2.4 | ความแตกต่างระหว่างตราสารศุภก และตราสารหนี้ทั่วไป..... | 55 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 2.2.3 | โครงสร้างธุรกรรมตราสารสุกุก..... | 55 |
| 2.2.3.1 | ตราสารสุกุกประเภทการซื้อขาย..... | 55 |
| 2.2.3.1.1 | ตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการค้าที่รวมผล กำไร (sukuk al-Murabaha)..... | 56 |
| 2.2.3.1.2 | ตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istina)..... | 57 |
| 2.2.3.2 | ตราสารสุกุกประเภทการเช่า..... | 59 |
| 2.2.3.2.1 | ตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการเช่าทรัพย์สิน (sukuk al-Ijarah)..... | 59 |
| 2.2.3.3 | ตราสารสุกุกประเภทการเข้าเป็นหุ้นส่วน..... | 60 |
| 2.2.3.3.1 | ตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการแบ่งสรรกำไร และขาดทุน(sukuk al-Musharakah)..... | 60 |
| 2.2.4 | หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลสุกุกของสำนักงานคณะกรรมการกำกับ หลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์..... | 61 |
| 2.2.4.1 | หลักเกณฑ์การเสนอขายตราสารสุกุก..... | 62 |
| 2.2.4.1.1 | หลักเกณฑ์การเสนอขายตราสารสุกุกภายใน ประเทศไทย..... | 62 |
| | ก. หลักเกณฑ์กรณีการเสนอขายเป็นการทั่วไป..... | 64 |
| | ข. หลักเกณฑ์กรณีการเสนอขายในวงจำกัด..... | 68 |
| 2.2.4.1.2 | หลักเกณฑ์การเสนอขายตราสารสุกุกใน ต่างประเทศ..... | 69 |
| 2.2.4.2 | หลักเกณฑ์การจอง จำหน่าย และการจัดสรรตราสารสุกุก | 70 |
| 2.2.5 | ภาวะภาษีเกี่ยวกับการลงทุนในตราสารสุกุก..... | 72 |
| 2.2.5.1 | กรณีภาวะภาษีที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์..... | 72 |
| 2.2.5.1.1 | ตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า..... | 73 |
| 2.2.5.1.2 | ตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ..... | 87 |
| 2.2.5.1.3 | ตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน..... | 95 |
| 2.2.5.1.4 | ตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขาย บวกกำไร..... | 100 |
| 2.2.5.2 | กรณีภาวะภาษีที่เกิดขึ้นระหว่างทรัสต์และผู้ถือตราสารสุกุก | 105 |

| | | |
|---------|--|-----|
| บทที่ 3 | ที่มาและความรู้เบื้องต้นของทรัสต์ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกรรมตราสารศุกก | 109 |
| 3.1 | ที่มาของทรัสต์..... | 109 |
| 3.2 | ความหมายของทรัสต์..... | 112 |
| 3.2.1 | หลักเกณฑ์ความแน่นอน 3 ประการ..... | 113 |
| 3.2.1.1 | ความแน่นอนแห่งเจตนา..... | 114 |
| 3.2.1.2 | ความแน่นอนแห่งทรัพย์สินของกองทรัสต์..... | 114 |
| 3.2.1.3 | ความแน่นอนแห่งผู้รับประโยชน์..... | 115 |
| 3.3 | ลักษณะของทรัสต์..... | 116 |
| 3.4 | ประเภทของทรัสต์..... | 118 |
| 3.4.1 | ทรัสต์โดยชัดแจ้ง ทรัสต์โดยปริยาย ทรัสต์ซึ่งกลับมาเป็นประโยชน์ ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง และทรัสต์โดยการสมมุติ..... | 118 |
| 3.4.1.1 | ทรัสต์โดยชัดแจ้ง..... | 118 |
| 3.4.1.2 | ทรัสต์โดยปริยาย..... | 118 |
| 3.4.1.3 | ทรัสต์ซึ่งกลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง..... | 118 |
| 3.4.2 | ทรัสต์ธรรมดา และทรัสต์พิเศษ..... | 120 |
| 3.4.2.1 | ทรัสต์ธรรมดา..... | 120 |
| 3.4.2.2 | ทรัสต์พิเศษ..... | 120 |
| 3.4.3 | ทรัสต์ก่อตั้งเสร็จแล้ว และทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ..... | 120 |
| 3.4.3.1 | ทรัสต์ก่อตั้งเสร็จแล้ว..... | 120 |
| 3.4.3.2 | ทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ..... | 120 |
| 3.4.4 | ทรัสต์เพื่อเอกชน และทรัสต์สาธารณะเพื่อการศุกก..... | 121 |
| 3.4.4.1 | ทรัสต์เพื่อเอกชน..... | 121 |
| 3.4.4.2 | ทรัสต์สาธารณะเพื่อการศุกก..... | 121 |
| 3.4.5 | ทรัสต์ลับทั้งหมด และทรัสต์ลับเพียงครั้งเดียว..... | 121 |
| 3.4.5.1 | ทรัสต์ลับทั้งหมด..... | 121 |
| 3.4.5.2 | ทรัสต์ลับเพียงครั้งเดียว..... | 122 |
| 3.4.6 | ทรัสต์สุดแล้วแต่ใจของทรัสต์ และทรัสต์ที่กำหนดวิธีป้องกันเอาไว้.. | 122 |
| 3.4.6.1 | ทรัสต์สุดแล้วแต่ใจของทรัสต์..... | 122 |
| 3.4.6.2 | ทรัสต์ที่กำหนดวิธีป้องกันเอาไว้..... | 123 |
| 3.5 | กฎหมายทรัสต์ภายในประเทศไทย..... | 123 |
| 3.6 | พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550..... | 125 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 3.6.1 | ความเป็นมาของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550..... | 126 |
| 3.6.2 | สาระสำคัญภายในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550..... | 126 |
| 3.6.2.1 | การก่อตั้งทรัสต์..... | 126 |
| 3.6.2.1.1 | วิธีการก่อตั้งทรัสต์..... | 126 |
| | ก. การโอนทรัพย์สินให้ทรัสต์หรือการก่อ ทรัสต์สิทธิ หรือสิทธิใดๆ ให้แก่ทรัสต์..... | 127 |
| | ข. การแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์โดยผู้ก่อตั้ง ทรัสต์ประกาศตนเองเป็นทรัสต์..... | 127 |
| 3.6.2.1.2 | แบบของสัญญาก่อตั้งทรัสต์และการเกิดขึ้น ของทรัสต์..... | 129 |
| 3.6.2.1.3 | สัญญาก่อตั้งทรัสต์..... | 134 |
| 3.6.2.2 | ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับทรัสต์..... | 136 |
| 3.6.2.3 | สถานะของทรัสต์..... | 137 |
| 3.6.2.4 | หน้าที่ของทรัสต์..... | 138 |
| 3.6.2.4.1 | หน้าที่ในการซื่อสัตย์..... | 138 |
| 3.6.2.4.2 | หน้าที่ในการบริหารจัดการที่ดี..... | 140 |
| 3.6.2.4.3 | หน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์ด้วยตนเอง..... | 142 |
| 3.6.2.4.4 | หน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์ร่วมกัน..... | 144 |
| 3.6.2.5 | ความรับผิดของทรัสต์..... | 146 |
| 3.6.2.6 | สิทธิเรียกร้องของผู้รับประโยชน์..... | 147 |
| 3.6.2.7 | ความรับผิดของบุคคลที่สาม..... | 148 |
| 3.6.2.8 | หน้าที่ติดตามเอาคืนทรัพย์สิน..... | 149 |
| 3.6.2.8.1 | กรณีทรัพย์สินถูกเปลี่ยนแปลงรูปและปะปน กับสิ่งอื่น..... | 150 |
| 3.6.2.8.2 | กรณีมีการปะปนกันและไม่อาจจะระบุเฉพาะ เจาะจงได้..... | 151 |
| 3.6.2.8 | การเลิกทรัสต์..... | 154 |
| 3.7 | กลไกทรัสต์ในการดำเนินธุรกรรมในตราสารศุภก..... | 154 |
| 3.8 | ภาระภาษีเกี่ยวกับการลงทุนในทรัสต์..... | 157 |

| | | |
|---------|--|-----|
| บทที่ 4 | สภาพและปัญหาของการระดมทุนตราสารศุกุภายในประเทศไทย..... | 161 |
| 4.1 | ตราสารศุกุอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-Ijarah)..... | 162 |
| 4.1.1 | สภาพของตราสารศุกุอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-Ijarah) ภายในประเทศไทย..... | 162 |
| 4.1.2 | ปัญหาการระดมทุนผ่านตราสารศุกุอ้างอิงการเช่า (sukuk al-Ijarah) ภายในประเทศไทย..... | 163 |
| 4.1.2.1 | ความสามารถในการระดมทุนผ่านตราสารศุกุอ้างอิงการเช่า (sukuk al-Ijarah) รูปแบบการขายไปและเช่ากลับ (sale and leaseback) ของหน่วยงานของรัฐ..... | 163 |
| 4.1.2.2 | การตีความธุรกรรมภายในตราสารศุกุอ้างอิงการเช่า (sukuk al-Ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease)..... | 164 |
| 4.2 | ตราสารศุกุอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกกำไร (sukuk al-Murabaha)... | |
| 4.2.1 | สภาพของตราสารศุกุอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกกำไร (sukuk al- Murabaha) ภายในประเทศไทย..... | 165 |
| 4.2.2 | ปัญหาของการระดมทุนในตราสารศุกุอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกกำไร (sukuk al-Murabaha) ภายในประเทศไทย..... | 167 |
| 4.2.2.1 | รูปแบบที่เหมาะสมหากมีการนำตราสารศุกุอ้างอิงการซื้อขายบวกกำไร (sukuk al-Murabaha) มาใช้ใน ประเทศไทย..... | 167 |
| 4.3 | ตราสารศุกุอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Itisna) ภายในประเทศไทย..... | 169 |
| 4.3.1 | สภาพของตราสารศุกุอ้างอิงการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Itisna) ภายในประเทศไทย..... | 169 |
| 4.3.2 | ปัญหาของการระดมทุนในตราสารศุกุอ้างอิงการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al- Itisna) ภายในประเทศไทย..... | 171 |
| 4.3.2.1 | ความสอดคล้องระหว่างการแบ่งประเภทเอกเทศสัญญาตามหลักการทำคำสั่งซื้อ (Itisna) ตามหลักศาสนา | 150 |

| | |
|--|-----|
| อิสลามและเอกเทศสัญญาตามหลักกฎหมายของไทย..... | 171 |
| 4.4 ตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) | |
| ภายในประเทศไทย..... | 172 |
| 4.4.1 สภาพของตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) ภายในประเทศไทย..... | 172 |
| 4.4.2 ปัญหาของการระดมทุนในตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) ภายในประเทศไทย..... | 173 |
| 4.4.2.1 การกำหนดสัดส่วนการรับประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ที่ เป็นผู้ระดมทุน หรือทรัพย์สินตามพระราชบัญญัติธุรกรรม ทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550..... | 173 |
| 4.4.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารศุภกอ้างอิงการ ร่วมลงทุนตามหลักการมุซารากะฮ์ตามกฎหมายลักษณะ หุ้นส่วนของประเทศไทย..... | 174 |
| บทที่ 5 บทวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับตราสารศุภกของ ประเทศไทย..... | 176 |
| 5.1 บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนในตราสารศุภกภายใน ประเทศไทย..... | 176 |
| 5.1.1 ตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-Ijarah)..... | 176 |
| 5.1.1.1 ความสามารถในการระดมทุนผ่านตราสารศุภกอ้างอิง การเช่า(sukuk al-Ijarah) รูปแบบการขายไปและเช่า กลับ (sale and leaseback) ของหน่วยงานของรัฐ... | 176 |
| 5.1.1.2 การตีความธุรกรรมภายในตราสารศุภกอ้างอิงการเช่า (sukuk al- Ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease)..... | 189 |
| 5.1.2 ตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกกำไร (sukuk al- Murabaha)..... | 189 |
| 5.1.2.1 รูปแบบที่เหมาะสมหากมีการนำตราสารศุภกอ้างอิง การซื้อขายบวกกำไร (sukuk al-Murabaha) มาใช้ใน | |

| | |
|--|-----|
| ประเทศไทย..... | 198 |
| 5.1.3 ตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Itisna) ภายในประเทศไทย..... | 210 |
| 5.1.3.1 ความสอดคล้องระหว่างการแบ่งประเภทเอกเทศสัญญา ตามหลักการคำสั่งซื้อ (Itisna) ตามหลักศาสนา อิสลามและ เอกเทศสัญญาตามหลักกฎหมายของไทย.... | 210 |
| 5.1.4 ตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) ภายในประเทศไทย..... | 240 |
| 5.1.4.1 การกำหนดสัดส่วนการรับประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ ที่เป็นผู้ระดมทุน หรือทรัสต์ตามพระราชบัญญัติธุรกรรม ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550..... | 240 |
| 5.1.4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารศุกกอ้างอิงการ ร่วมลงทุนตามหลักการมุซารากะฮ์ตามกฎหมาย ลักษณะหุ้นส่วนของประเทศไทย..... | 248 |
| 5.1.5 นิติกรรมอำพรางกับการระดมทุนตราสารศุกกภายในประเทศ ไทย..... | 253 |
| 5.1.5.1 หลักกฎหมายนิติกรรมอำพราง..... | 253 |
| 5.1.5.2 การตีความประเด็นเรื่องนิติกรรมอำพรางต่อระดม ทุนในธุรกรรมตราสารศุกกภายในประเทศไทย..... | 261 |
| 5.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนผ่านตราสารศุกก ภายในประเทศไทย..... | 266 |
| 5.2.1 แนวทางการแก้ไขปัญหาของระบบกฎหมายเพื่อการรองรับ การระดมทุนผ่านตราสารศุกกที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทย..... | 274 |
| 5.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการตีความเรื่องนิติกรรมอำพราง..... | |
| บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... | 284 |
| 6.1 บทสรุป..... | 284 |
| 6.2 ข้อเสนอแนะ..... | 287 |
| 6.2.1 กรณีปัญหาของระบบกฎหมายเพื่อการรองรับการระดมทุนผ่าน ตราสารศุกกที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทย..... | 288 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 6.2.1.1 | กรณีปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนผ่านตราสารศุฎก อ้างอิงการซื้อขายบวกกำไร (sukuk al-Murabaha)..... | 288 |
| 6.2.1.2 | กรณีปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนผ่านตราสารศุฎก อ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna)..... | 289 |
| 6.2.1.3 | กรณีปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนผ่านตราสารศุฎก อ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka)..... | 290 |
| 6.2.2 | กรณีปัญหาเรื่องการตีความนิติกรรมอำพราง..... | 291 |
| | รายการอ้างอิง..... | 298 |
| | ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์..... | 306 |

สารบัญตาราง

| ตารางที่ | | หน้า |
|----------|--|------|
| 1 | ตารางภาระภาษีเกี่ยวกับการลงทุนในตราสารหนี้..... | 35 |
| 2 | ตารางความแตกต่างระหว่างสาธารณสมบัติของแผ่นดินและทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา..... | 188 |

สารบัญภาพ

| ภาพที่ | | หน้า |
|--------|--|------|
| 1 | แผนภาพแสดงขั้นตอนการออกหุ้นกู้..... | 27 |
| 2 | โครงสร้างตราสารศุภกมุรอบาหะฮ์..... | 57 |
| 3 | โครงสร้างตราสารศุภกอิสทีสนา..... | 58 |
| 4 | โครงสร้างตราสารศุภกอิญาเราะห์..... | 59 |
| 5 | โครงสร้างตราสารศุภกมุซารากะห์..... | 61 |
| 6 | โครงสร้างตราสารศุภกอิญาเราะห์ รูปแบบการขายและให้เช่ากลับ..... | 73 |
| 7 | โครงสร้างตราสารศุภกอิญาเราะห์ รูปแบบการให้เข้าไปและให้เช่ากลับ..... | 82 |
| 8 | กระบวนการดำเนินธุรกรรมการซื้อขายมุรอบาหะฮ์ในสินค้าโภคภัณฑ์ของ Bursa suq al-Sila ประเทศมาเลเซีย..... | 102 |
| 9 | กระบวนการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่ง ประเทศไทย..... | 103 |
| 10 | แผนภาพแสดงความสัมพันธ์ในการก่อตั้งทรัสต์และรับประโยชน์ระหว่าง ผู้ก่อตั้ง ทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับประโยชน์ตามความในพระราชบัญญัติทรัสต์ เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550..... | 131 |
| 11 | โครงสร้างการออกศุภกของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และ ตลาดหลักทรัพย์..... | 156 |
| 12 | สินเชื่อการเช่าซื้อภายใต้หลักการอิญาเราะห์ วัล อิกตินาฮ์..... | 163 |
| 13 | สินเชื่อภายใต้หลักการมุรอบะฮะฮ์..... | 166 |
| 14 | สินเชื่อภายใต้หลักการอิสทีสนา..... | 170 |
| 15 | สินเชื่อภายใต้หลักการมุซารากะฮ์..... | 173 |
| 16 | ธุรกรรมการขายและให้เช่ากลับ (sale and leaseback)..... | 177 |
| 17 | ธุรกรรมการเข้าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease)..... | 191 |
| 18 | โครงสร้างธุรกรรมกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย..... | 194 |
| 19 | รูปแบบโครงสร้างตราสารศุภกมุดอระบะห์ และตราสารศุภกมุซารากะห์ ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์..... | 243 |

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในอดีตที่ผ่านมา ระบบตลาดการเงิน (Financial market) * ของไทย มักใช้การระดมเงินทุนจากตลาดเงิน (Money Market) ผ่านสถาบันการเงินที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางทางการเงินเป็นช่องทางหลักในการระดมเงินทุนของประเทศ ซึ่งช่องทางในการระดมเงินทุนจากตลาดการเงินนั้น ไม่ได้มีแค่เพียงช่องทางการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินเท่านั้น แต่ยังมีช่องทางการระดมเงินทุนผ่านตลาดทุน (Capital market) อันเป็นช่องทางที่สำคัญในการระดมทุนอีกช่องทางหนึ่งด้วย

เนื่องจากในปัจจุบันระบบเศรษฐกิจและการเงินของโลกได้เปิดเสรีมากขึ้น ทำให้เงินทุนจากต่างประเทศเข้ามามีบทบาทสำคัญต่อประเทศกำลังพัฒนา โดยนับว่าเป็นแหล่งเงินทุนที่สำคัญในการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน และอาจมีส่วนช่วยในการนำไปใช้เพื่อการพัฒนาประเทศของภาครัฐบาล ดังนั้น การพัฒนาตลาดทุนโดยการเพิ่มช่องทางและผลิตภัณฑ์ทางการเงินในตลาดทุนให้มีความหลากหลายมากขึ้น ย่อมจะมีส่วนในการพัฒนาตลาดทุนของไทยให้เป็นที่สนใจจากนักลงทุนทั้งภายในและภายนอกประเทศมากยิ่งขึ้น อันจะเป็นการช่วยส่งเสริมเศรษฐกิจให้เติบโต และเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศต่อไป

สำหรับในด้านตลาดการเงิน (Financial market) ในปัจจุบันนั้น ไม่ได้มีแต่เพียงตลาดการเงินกระแสหลักเท่านั้นที่ได้รับความนิยมในการใช้เป็นช่องทางในการระดมทุน ตลาดการเงินอิสลาม (Islamic financial market) ก็ได้รับความนิยมในการใช้เป็นช่องทางการระดมทุน

* ตลาดการเงิน (Financial Market) เป็นช่องทางในการไหลผ่านของเงินทุนจากผู้มีเงินทุนส่วนเกินไปสู่ผู้ขาดแคลนเงินทุนทางตรง โดยผู้ขาดแคลนเงินทุนจะจัดหาเงินทุนจากผู้มีเงินทุนส่วนเกินโดยการออกจำหน่ายหลักทรัพย์ หรือเครื่องมือทางการเงิน ซึ่งตลาดการเงินนั้นอาจแบ่งได้เป็นหลายประเภทตามแต่ละลักษณะ ได้แก่ ตลาดตราสารหนี้ ตลาดตราสารทุน, ตลาดแรก ตลาดรอง, ตลาดที่เป็นทางการ ตลาดที่ไม่เป็นทางการ, ตลาดทันที ตลาดล่วงหน้า และตลาดเงิน ตลาดทุน เป็นต้น

เช่นเดียวกัน เพราะนอกจากจะช่วยให้ชาวมุสลิมจำนวนมากเข้าถึงแหล่งทุนแล้ว ยังช่วยให้นักลงทุนโดยทั่วไป ได้เข้าถึงผลิตภัณฑ์ทางการเงินใหม่ๆ ที่มีความหลากหลายที่เทียบเท่าเครื่องมือทางการเงินในระบบการเงินกระแสหลัก อีกทั้งยังช่วยเสริมสร้างทัศนคติอันดี ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับศาสนาที่มีผู้นับถือมากที่สุดในโลกอีกทางหนึ่งด้วย

สำหรับประเทศไทยช่องทางการระดมทุนในตลาดการเงินอิสลาม (Islamic financial Market) ในปัจจุบัน ยังคงมีเพียงช่องทางในตลาดเงิน (Money market) เท่านั้น โดยผ่านทางธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นสถาบันการเงินอิสลามหลักเพียงแห่งเดียวของไทย ซึ่งมีแนวคิดริเริ่มในการจัดตั้งธนาคารอิสลามขึ้นจากความต้องการของชาวมุสลิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ เนื่องจากประชากรส่วนใหญ่ในพื้นที่เป็นชาวมุสลิมที่ดำเนินชีวิตตามหลักการอิสลาม โดยในปี พ.ศ.2541 รัฐบาลจึงผลักดันให้ธนาคารอิสลามเกิดขึ้น เพื่อสนองความต้องการสำหรับชาวไทยมุสลิมให้มีช่องทางการเข้าถึงบริการทางการเงินที่ถูกต้องตามหลักการทางศาสนาอิสลาม โดยจัดตั้งตามพระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ.2545 ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง¹

เมื่อพิจารณาสภาพการระดมทุนจากลักษณะของตลาดการเงิน พบว่าช่องทางการระดมทุนในตลาดทุนอิสลาม (Islamic capital market) นั้นกลับยังไม่ได้มีการพัฒนาเท่าที่ควร เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศที่มีการพัฒนาตลาดทุนอิสลามกันอย่างรุดหน้า ซึ่งไม่เพียงแต่ประเทศที่มีประชากรนับถือศาสนาอิสลามจำนวนมากเท่านั้น ที่ได้ให้ความสำคัญในการพัฒนาตลาดทุนอิสลาม (Islamic capital market) ประเทศอื่นที่มีได้มีประชากรที่นับถือศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำชาติ ก็ให้ความสำคัญในการพัฒนาตลาดทุนอิสลามเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจ เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา มาเลเซีย และ ญี่ปุ่น เป็นต้น

เนื่องจากศาสนาอิสลามมีหลักปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการดำรงชีวิตประจำวันที่แตกต่างกันไปจากศาสนาอื่น กล่าวคือ มีหลักชารีอะห์ (shari'ah) ที่ได้บัญญัติถึงการทำธุรกรรมที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับดอกเบี้ย (riba) นั้น ถือเป็นสิ่งที่ไม่สามารถปฏิบัติได้ตามหลักการของศาสนาของอิสลาม ดังนั้น การ

¹ ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย, ประวัติธนาคาร [ออนไลน์], 2 พฤษภาคม 2555. แหล่งที่มา http://www.ibank.co.th/2010/th/about/about_detail.aspx?ID=1.

ทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการเงินใดๆ จึงต้องได้รับผลตอบแทนที่ไม่อยู่ในรูปของดอกเบี้ยอันเป็นการขัดต่อหลักศาสนา นอกจากนี้ตามหลักการทางศาสนาอิสลามยังห้ามลงทุนในธุรกิจที่มีความคลุมเครือ ไม่ชัดเจนแน่นอน (gharar) และห้ามการลงทุนในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ สิ่งเสพติด สื่อสิ่งพิมพ์ภาพเปลือย การพนัน ธุรกิจเกี่ยวกับสุกร (haram) เป็นต้น

จากข้อจำกัดในการลงทุนตามหลักศาสนาดังกล่าว จึงทำให้นักลงทุนผู้ที่มีนิกายศาสนาอิสลามจำเป็นต้องมีช่องทางในการระดมทุนเฉพาะที่ตนจะสามารถเข้าไปลงทุนได้โดยไม่ขัดต่อหลักศาสนา ซึ่งในปัจจุบันนี้มีมาตรการการส่งเสริมนโยบายตามแผนพัฒนาตลาดทุนไทย พ.ศ.2552 ได้มีการกำหนดมาตรการพัฒนาผลิตภัณฑ์ทางการเงินประเภทตราสารสุกุก (sukuk) เพื่อให้ประเทศไทยสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนของชาวมุสลิมและนักลงทุนทั้งภายในและภายนอกประเทศมากยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศไทยที่มีในปัจจุบัน หากนำมาปรับใช้กับตราสารสุกุก (sukuk) แล้วอาจก่อให้เกิดอุปสรรคบางประการกับผู้ลงทุน เช่น การนำเอากลไกทรัสต์ตามความในบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่นำไปปรับใช้กับธุรกรรมทางการเงินในหลายประเภท เมื่อนำบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมาปรับใช้กับธุรกรรมตราสารสุกุกบางธุรกรรมแล้วก่อให้เกิดความไม่สอดคล้องกับการดำเนินธุรกรรมตราสารดังกล่าว อันอาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการระดมทุนของผู้ระดมทุน ซึ่งจะเป็นปัญหาและอุปสรรคในการลงทุนในตราสารสุกุกหากมีการออกตราสารสุกุกดังกล่าวขึ้นในอนาคต

นอกเหนือจากประเด็นปัญหาที่เกิดจากการนำบทบัญญัติบางมาตราแห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาใช้บังคับในธุรกรรมตราสารสุกุกแล้ว ยังมีประเด็นในเรื่องการไม่ชัดเจนในการตีความประเภทธุรกรรมอ้างอิงภายในตราสารสุกุกกับกฎหมายไทย รูปแบบที่เหมาะสมของการระดมทุนในตราสารสุกุกบางประเภทที่จะเกิดขึ้นในประเทศไทยควรมีลักษณะเช่นไร ควรมีองค์กรใดทำหน้าที่รองรับรูปแบบการระดมทุนดังกล่าวหรือไม่เพียงใด และการระดมทุนในธุรกรรมตราสารสุกุกนั้นมีลักษณะเป็นนิติกรรมอำพราง ตามกฎหมายลักษณะนิติกรรมของไทยหรือไม่

ผู้วิจัยจึงเห็นควรที่จะทำการศึกษาปัญหาและอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นจากการนำกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยมาปรับใช้กับธุรกรรมตราสารที่สอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลาม (sukuk) โดยศึกษาวิเคราะห์จากกฎหมายภายในของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันและกรณีศึกษาในต่างประเทศ เพื่อพิจารณาและหาแนวทางที่เหมาะสมในการนำมาปรับใช้เพื่อการขจัดปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายจากที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนผ่านธุรกรรมตราสารศุกุก (sukuk) ของประเทศไทยต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

วัตถุประสงค์ในการวิจัย เพื่อศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนในตราสารศุกุก เมื่อมีการนำมาปรับใช้กับธุรกรรมตราสารศุกุก (sukuk) แล้วก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคในการทำธุรกรรมตราสารศุกุกหรือไม่ อย่างไร โดยวิเคราะห์จากกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยในปัจจุบัน พร้อมทั้งศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีศึกษาธุรกรรมตราสารศุกุก (sukuk) ในต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาและอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นภายในประเทศไทย รวมทั้งเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาและขจัดอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นอย่างเหมาะสมต่อไป

3. ขอบเขตของการวิจัย

ขอบเขตการศึกษาวิจัย และการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะมุ่งศึกษาวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนตราสารศุกุก (sukuk) โดยวิเคราะห์ถึงปัญหาและเสนอวิธีแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมพื้นฐาน (underlying transaction) ที่ใช้ในการอ้างอิงการออกตราสารศุกุก โดยการวิจัยนั้นจะมุ่งเน้นศึกษาโครงสร้างของตราสารศุกุกบางประเภทเท่านั้น

4. สมมุติฐานของการวิจัย

กฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่เอื้อต่อการออกตราสารศุกุก (sukuk)

5. วิธีดำเนินการวิจัย

การทำวิจัยโดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นวิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary research) โดยจะค้นคว้าจากเอกสารรวมทั้งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ต่างๆ (Electronic data) ที่ปรากฏอยู่บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet) ทั้งที่เป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศที่เกี่ยวกับกฎหมาย หลักทรัพย์และตลาดทรัพย์ กฎหมายว่าด้วยทรัสต์ กฎหมายนิติกรรมสัญญา แนวคิดหลักการทางศาสนาอิสลาม และกรณีศึกษาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนในตลาดทุนอิสลาม รวมทั้งศึกษากรณีศึกษาของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องเพื่อประมวลความคิดมาเป็นแนวทางในการจัดทำข้อเสนอแนะต่อไป

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงความเป็นมา แนวคิดเกี่ยวกับการระดมทุนในตลาดทุนอิสลามของประเทศไทยและต่างประเทศ รวมถึงกฎหมาย กฎเกณฑ์ และแนวปฏิบัติของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตราสารศุกุกเปรียบเทียบกับกฎหมาย กฎเกณฑ์ และแนวปฏิบัติในการระดมทุนในตราสารศุกุกของไทย
2. เพื่อสามารถวิเคราะห์และให้ทราบถึงปัญหา อุปสรรคทางกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่นำมาปรับใช้กับตราสารศุกุก (sukuk) อันเป็นการระดมทุนในตลาดทุนอิสลามที่มีอยู่ในปัจจุบัน รวมถึงเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาและแก้ไขปัญหา อุปสรรคที่อาจจะเกิดขึ้นจากกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ในปัจจุบันให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับการดำเนินธุรกรรมตราสารศุกุกมากขึ้น
3. เพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องได้ตระหนักรู้ และเข้าใจปัญหา และนำแนวคิดดังกล่าวไปปรับใช้เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือแนวปฏิบัติ เพื่อให้สอดคล้องกับปัญหาที่เกิดขึ้นต่อไป

4. เพื่อส่งเสริมความรู้และความเข้าใจในด้านการลงทุนในตลาดทุนอิสลามให้กับนิสิต นักศึกษา ประชาชน ผู้สนใจทั่วไป เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาองค์ความรู้ด้านกฎหมายการลงทุนใน แขนงนี้ต่อไป

บทที่ 2

ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับธุรกรรมตราสารหนี้และตราสารศุภก

2.1 ตราสารหนี้

ในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศจำเป็นต้องอาศัยเงินทุนมาพัฒนาประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการระดมทุนของภาครัฐ หรือการระดมทุนจากภาคเอกชน การจัดหาเงินทุนจากประชาชนทั่วไปนั้น ตราสารหนี้ถือเป็นทางเลือกในการระดมทุนที่มีผลตอบแทนสูงและความเสี่ยงต่ำ เมื่อเปรียบเทียบกับฝากเงินกับธนาคาร² จึงเป็นที่มาของศึกษาลักษณะและองค์ประกอบต่างๆของตราสารหนี้ เนื่องจากตราสารหนี้มีลักษณะเทียบเคียงได้กับตราสารศุภก เพื่อการทำความเข้าใจถึงลักษณะของตราสารศุภกและการนำมาเป็นแนวทางในการศึกษาและวิเคราะห์ร่วมกับปัญหาที่เกิดขึ้นจากการระดมทุนในตราสารศุภกต่อไป

2.1.1 ความหมายของตราสารหนี้

ตราสารหนี้ (ตราสารแห่งหนี้) คือ สัญญาการกู้ยืมเงิน โดยที่ผู้ออกตราสารอยู่ในฐานะลูกหนี้ โดยตกลงที่จะจ่ายดอกเบี้ยเป็นงวดๆ และคืนเงินต้นให้กับผู้ซื้อตราสารที่อยู่ในฐานะเจ้าหนี้³

โดยการจะเป็นตราสารหนี้ได้นั้น สัญญาการกู้ยืมเงินดังกล่าว จะต้องแบ่งออกเป็นหน่วยย่อยๆ ซึ่งในแต่ละหน่วยย่อยของสัญญานั้นจะต้องมีมูลค่าเท่ากันและมีคุณสมบัติเหมือนกัน เพื่อที่จะทำให้ตราสารหนี้ดังกล่าวนี้มีลักษณะที่สามารถเปลี่ยนมือได้โดยง่าย

² สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ และสมาคมตลาดตราสารหนี้ไทย, คู่มือผู้สอนความรู้เรื่องตราสารหนี้ (กรุงเทพมหานคร : สมาคมตลาดตราสารหนี้ไทย, 2550), หน้า 11.

³ สันติ กิระนันท์, การลงทุนในตราสารหนี้ (กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2548), หน้า 3.

2.1.2 องค์ประกอบของตราสารหนี้

2.1.2.1 มูลค่าที่ตราไว้ (Par Value)

มูลค่าที่ตราไว้ คือ มูลค่าเงินต้นที่ผู้ถือตราสารหนี้จะได้รับคืนเมื่อตราสารหนี้ครบกำหนด แต่มูลค่าที่ตราไว้นี้อาจลดลงเมื่อมีการจ่ายเงินต้นในกรณีที่เป็นตราสารหนี้ชนิดทยอยจ่ายคืน ทั้งนี้ สิ่งที่มีกสับสน คือ มูลค่าที่ตราไว้ไม่ใช่ราคาของตราสารหนี้ เมื่อมีการซื้อขายในตลาดรองซึ่งราคาจะมีความผันผวน และขึ้นกับปัจจัยหลายอย่าง ซึ่งจะกล่าวต่อไป อย่างไรก็ตาม หากราคาซื้อขายสูงกว่าราคาที่ตราไว้ จะเรียกว่าเป็นราคาส่วนเพิ่ม (Premium) ในทางกลับกันหากซื้อขายในราคาที่ต่ำกว่าราคาที่ตราไว้ จะเรียกว่าราคาส่วนลด (Discount)

2.1.2.2 อัตราดอกเบี้ย (Coupon Rate)

อัตราดอกเบี้ยหน้าตัว คือ อัตราดอกเบี้ยที่ผู้ออกตราสารมีภาระที่จะต้องจ่ายให้กับผู้ถือตราสารหนี้นั้นๆ ตามวัน เดือน ปี ที่กำหนดตลอดอายุของตราสารหนี้ นั้นๆ ทั้งนี้ การกำหนดอัตราดอกเบี้ยอาจเป็นอัตราดอกเบี้ยคงที่ (Fixed Rate) หรือเป็นอัตราดอกเบี้ยแบบลอยตัว (Floating Rate) ก็ได้ โดยปกติแล้วการจ่ายดอกเบี้ยมักจ่ายทุก 6 เดือน แต่ก็อาจเป็นแบบจ่ายทุกเดือน ทุกไตรมาส หรือรายปี ก็ได้

2.1.2.3 จังหวะการจ่ายดอกเบี้ย (Coupon Frequency)

จังหวะการจ่ายดอกเบี้ย คือ จำนวนครั้งของการจ่ายดอกเบี้ยต่อปี ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อกำหนดของผู้ออกตราสารหนี้ เช่น กำหนดให้มีการจ่ายดอกเบี้ยทุกครึ่งปี เป็นต้น⁴

⁴ สันติ ภิระนันท์, การลงทุนในตราสารหนี้, หน้า 9.

2.1.2.4 วันครบกำหนดไถ่ถอน (Maturity Date)

วันครบกำหนดไถ่ถอน หรือวันหมดอายุ นั้น เป็นการกำหนดวันหมดอายุของตราสารหนี้ นั้น ซึ่งผู้ออกจะต้องทำการจ่ายเงินต้นและดอกเบี้ยงวดสุดท้าย (ถ้ามี) ให้กับผู้ถือตราสาร โดยทั่วไประยะเวลาตั้งแต่วันออกจนถึงวันหมดอายุ มักอยู่ระหว่าง 1 วันไปจนถึง 30 ปี

2.1.2.5 ชื่อผู้ออก (Issuer name)

สำหรับกรณีชื่อผู้ออกนั้น จะต้องระบุว่าผู้ออกตราสารหรือผู้กู้เป็นใคร ซึ่งจะเป็นผู้ชำระคืนเงินกู้

2.1.2.6 อันดับความน่าเชื่อถือ (Credit rating)

เป็นข้อมูลที่แสดงถึงการประเมินความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ออกตราสารหนี้ อันดับความน่าเชื่อถือที่สูงก็ถือว่ามีความปลอดภัยสูง หรือแปลได้ว่ามีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับชำระเงินต้นคืน ค่อนข้างต่ำ อันดับความน่าเชื่อถือนี้จะประเมินจากประวัติทางการเงินและความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ออกหุ้นกู้

2.1.2.7 ประเภทของตราสารหนี้

ประเภทของตราสารหนี้ คือ ข้อมูลที่ระบุประเภทของตราสารหนี้ นั้น เช่น หุ้นกู้ไม่มีประกัน หุ้นกู้ด้อยสิทธิ/ไม่ด้อยสิทธิหุ้นกู้แปลงสภาพ เป็นต้น

2.1.2.8 ข้อสัญญา (Covenants)

ข้อสัญญานั้นเป็นเงื่อนไขและข้อตกลงที่ระบุให้ผู้ออกตราสารต้องสัญญาว่าจะทำหรือไม่ทำสิ่งหนึ่งสิ่งใด เพื่อประโยชน์ของผู้ให้กู้ เช่น ในกรณีของหุ้นกู้ภาคเอกชนมักเกี่ยวกับการตกลงในระดับทุนหมุนเวียน อัตราส่วนหนี้สินต่อส่วนของผู้ถือหุ้นหรือภาระดอกเบี้ยที่ต้องชำระ การห้ามจ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นสามัญเกินอัตราที่กำหนด การต้องดำรงสัดส่วนของหนี้สินต่อทุนไม่เกินอัตราที่กำหนด ข้อสัญญาอาจรวมถึงการจำกัดด้านการบริหารของผู้ออก เช่น การห้ามรวมกิจการ เป็นต้น

2.1.3 ประเภทของตราสารหนี้

ตราสารหนี้ที่ออกแบ่งออกได้หลายเป็นประเภท ซึ่งจะแตกต่างกันไปตามเกณฑ์การแบ่งในแต่ละประเภท ดังนี้

2.1.3.1 การแบ่งตามประเภทผู้ออก

2.1.3.1.1 ตราสารหนี้ภาครัฐ

เป็นตราสารหนี้ซึ่งออกโดยภาครัฐ ผู้ถือตราสารหนี้ดังกล่าวนี้จะอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ของรัฐบาล ตราสารหนี้ถือเป็นการระดมทุนจากภาคประชาชนในอีกทางหนึ่ง อันนอกเหนือจากช่องทางการเก็บภาษีจากประชาชน แบ่งเป็นประเภทดังนี้

ก. พันธบัตรรัฐบาล (Treasury bond)

พันธบัตรรัฐบาล หมายถึง ตราสารหนี้ซึ่งผู้ออก คือ รัฐบาลโดยกระทรวงการคลัง เพื่อกู้เงินจากประชาชน พันธบัตรรัฐบาลเป็นตราสารหนี้ที่มีอายุตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป ซึ่งอายุของพันธบัตรรัฐบาลนั้นจะมีหลายระยะเวลา กล่าวคือ ระยะสั้นมีอายุ 1-5 ปี ระยะกลาง มีอายุ 5-10 ปี และระยะยาวมีอายุตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป ตราสารหนี้ชนิดนี้ถือว่าไม่มีความเสี่ยงเรื่องการผิดนัดชำระดอกเบี้ยและเงินต้น (Default free) เนื่องจากมีรัฐบาลเป็นลูกหนี้

ข. ตั๋วเงินคลัง (Treasury bill)

ตั๋วเงินคลัง คือ ตราสารหนี้ระยะสั้น อายุไม่เกิน 1 ปี ที่รัฐบาลเป็นผู้ออก เพื่อกู้ยืมเงินในระยะสั้นจากประชาชน ซึ่งตามปกติแล้วจะเป็นตราสารหนี้ที่ไม่มีดอกเบี้ย (Zero-Coupon bond) แต่ตราสารหนี้ชนิดนี้จะออกขายตราสารในราคาที่หักส่วนลดจากมูลค่าหน้าตั๋ว และเมื่อครบกำหนดอายุของตราสารแล้วจะได้รับการไถ่ถอนตามราคาที่ตราไว้ของมูลค่าหน้าตั๋ว แทนผลตอบแทนในรูปของดอกเบี้ย

ค. หน้าที่เทศบาล (municipal bond)

หน้าที่เทศบาล คือ ตราสารหนี้ที่ออกจำหน่ายโดยหน่วยงานราชการระดับรัฐ หรือหน่วยงานราชการระดับท้องถิ่น เช่น เทศบาล เป็นต้น ซึ่งหน้าที่เทศบาลมีทั้งประเภทที่ปลอดภาษีและมีภาระทางภาษี หน้าที่เทศบาลอาจแบ่งออกได้ 5 ประเภท ได้แก่

1. หน้าที่ประเภทค้ำประกันด้วยภาษี
2. หน้าที่รายได้
3. หน้าที่ที่มีการซื้อประกัน
4. หน้าที่มีการชำระคืน
5. อนุพันธ์ทางการเงินของหน้าที่เทศบาล

ง. พันธบัตรองค์กรภาครัฐและรัฐวิสาหกิจ

พันธบัตรองค์กรภาครัฐและรัฐวิสาหกิจ เป็นตราสารหนี้ที่ออกโดยองค์กรภาครัฐหรือรัฐวิสาหกิจ เช่น พันธบัตรธนาคารแห่งประเทศไทย พันธบัตรการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ฯลฯ ซึ่งองค์กรผู้ออกตราสารนั้นจะมีหน้าที่และภาระในการชำระหนี้ทั้งดอกเบี้ยและเงินต้นตามที่กำหนดไว้ ความสามารถในการชำระหนี้และฐานะทางการเงินขององค์กรจึงเป็นเรื่องที่ผู้ลงทุนต้องพิจารณาในเรื่องความเสี่ยงจากการผิดนัดชำระดอกเบี้ยและเงินต้น (Default free) เนื่องจากองค์กรภาครัฐและรัฐวิสาหกิจบางแห่งเท่านั้นที่ได้รับการค้ำประกันจากรัฐบาล โดยกระทรวงการคลัง เพื่อเพิ่มความน่าเชื่อถือในการชำระหนี้

2.1.3.1.2 ตราสารหนี้ภาคเอกชน

ตราสารหนี้ภาคเอกชน หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “หน้าที่” (corporate bond) เป็นตราสารหนี้ที่ออกโดยบริษัท โดยมีวัตถุประสงค์ในการระดมทุนจากประชาชนเพื่อนำไปใช้ในการดำเนินกิจการของบริษัท โดยทั่วไปมักมีอายุตราสารมากกว่า 1 ปี ตราสารหนี้ภาคเอกชนนั้นอยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ตราสารหนี้ชนิดนี้ ถือเป็นตราสารหนี้ที่ได้รับผลตอบแทนค่อนข้างสูงเมื่อเปรียบเทียบกับ

พันธบัตรรัฐบาล เนื่องจากเป็นการชดเชยค่าความเสี่ยงต่างๆ แก่นักลงทุน เพราะตราสารหนี้ประเภทนี้มีความเสี่ยงในการผิดนัดชำระหนี้และเงินต้นสูงกว่าพันธบัตรรัฐบาลที่เป็นตราสารหนี้ที่มีรัฐบาล โดยกระทรวงการคลังเป็นผู้ค้ำประกัน

2.1.3.1.3 ตราสารหนี้ระหว่างประเทศ

ในปัจจุบันตลาดตราสารหนี้ระหว่างประเทศ (International bond markets) สามารถแบ่งออกเป็น 2 ตลาดตราสาร ได้แก่ ตลาดตราสารหนี้ภายในประเทศ (Onshore) และตลาดตราสารหนี้ภายนอกประเทศ (Offshore) แบ่งเป็นหลายประเภทคือ

ก. หนี้กู้ต่างประเทศ

หนี้กู้ต่างประเทศ (foreign bond) คือ หนี้กู้ซึ่งบริษัทในต่างประเทศ หรือรัฐบาลต่างประเทศเป็นผู้ออกหนี้กู้ อย่างไรก็ตาม รัฐบาลในแต่ละประเทศ อาจกำหนดกฎระเบียบในการมาใช้บังคับกับหนี้กู้ต่างประเทศได้ เช่นการกำหนดโครงสร้างหนี้กู้ต่างประเทศที่สามารถออกจำหน่ายได้ หรือ การกำหนดระดับความน่าเชื่อถือขั้นต่ำของผู้ออกหนี้กู้ต่างประเทศ เป็นต้น

หนี้กู้ต่างประเทศนั้น อาจออกโดยองค์กรระหว่างประเทศก็ได้ เช่น ธนาคารโลก (World bank) เป็นต้น

ข. หนี้กู้ยูโร (Euro bond)

หนี้กู้ยูโร คือ หนี้กู้ที่มีวัตถุประสงค์ในการระดมเงินทุนที่ไม่ใช่สกุลเงินของประเทศที่ออกหนี้กู้ยูโรจำหน่ายอยู่ โดยจะไม่สามารถออกหนี้กู้ยูโรในประเทศที่เป็นเจ้าของสกุลเงินได้ ซึ่งข้อได้เปรียบของการออกหนี้กู้ยูโร คือ กฎเกณฑ์ในการออกหนี้กูโร่นั้นมีน้อยกว่าการออกหนี้กู้ที่เป็นสกุลเงินของประเทศตนเอง แต่ตราสารประเภทนี้ก็มีความเสี่ยงสูง ซึ่งนักลงทุนต้องคำนึงถึงเช่นเดียวกัน ตัวอย่างหนี้กู้ยูโร เช่น การออกหนี้กู้ยูโรดอลลาร์ในประเทศญี่ปุ่น เพื่อการระดมทุนจากเงินสกุลดอลลาร์สหรัฐภายในประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น

ง. หนี้ทั่วโลก (Global bond)

หนี้ทั่วโลก (global bond) คือ หนี้ที่ออกจำหน่ายพร้อมกันในหลายประเทศ ซึ่งผู้ออกตราสารประเภทนี้นั้นมักจะมีความต้องการออกหนี้อย่างสม่ำเสมอ มีระดับความน่าเชื่อถือสูง และมีความต้องการปริมาณเงินทุนในจำนวนมาก เช่น หนี้สกุลเงินปอนด์สเตอร์ลิงของประเทศไทย เป็นต้น

2.1.3.2 การแบ่งตามลักษณะการถือกรรมสิทธิ์

2.1.3.2.1 ตราสารหนี้ชนิดจ่ายเงินแก่ผู้ถือ (Bearer bond)

ตราสารหนี้ชนิดจ่ายเงินแก่ผู้ถือ (Bearer bond) เป็นตราสารหนี้ที่ต้องจ่ายเงินให้แก่ผู้ถือตราสารหนี้หรือบัตรดอกเบี้ย โดยตราสารหนี้ชนิดนี้จะมีบัตรดอกเบี้ยติดมากับตัวตราสารหนี้ สามารถโอนกรรมสิทธิ์ได้โดยการส่งมอบ

2.1.3.2.2 ตราสารหนี้ชนิดจดทะเบียน (Register bond)

ตราสารหนี้ชนิดจดทะเบียน (Register bond) คือ ตราสารหนี้ที่จ่ายเงินให้แก่ผู้มีชื่อในตราสารหนี้และจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ไว้กับนายทะเบียน โดยการโอนกรรมสิทธิ์นั้นสามารถกระทำได้โดยการจดทะเบียน

2.1.3.2.3 ตราสารหนี้ชนิดจดบัญชี (Inscribed bond)

ตราสารหนี้ชนิดจดบัญชี (Inscribed bond) คือ ตราสารหนี้ที่เจ้าของกรรมสิทธิ์นั้นจะไม่มีตราสารหนี้ไว้ในครอบครองของตน แต่จะฝากตราสารหนี้ดังกล่าวไว้กับนายทะเบียน โดยนายทะเบียนนั้นจะออกใบรับให้แก่ผู้จดบัญชี ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์ในตราสารนั้นสามารถกระทำโดยการทำหนังสือแจ้งต่อนายทะเบียนผู้รับจดทะเบียนตราสารดังกล่าว

2.1.3.3 การแบ่งตามวิธีการจ่ายดอกเบี้ย

2.1.3.3.1 ตราสารหนี้ชนิดจ่ายดอกเบี้ยประจำ

ตราสารหนี้ชนิดจ่ายดอกเบี้ยประจำ เป็นตราสารหนี้ที่จ่ายดอกเบี้ยตามระยะเวลาที่กำหนดไว้เป็นงวดๆ ในตราสารหนี้

2.1.3.3.2 ตราสารหนี้ชนิดทบดอกเบี้ย

ตราสารหนี้ชนิดทบดอกเบี้ย คือ ตราสารหนี้ที่ไม่มีการจ่ายดอกเบี้ยระหว่างงวด แต่จะจ่ายดอกเบี้ยให้พร้อมกับเงินต้นเมื่อตราสารหนี้ครบกำหนดเวลาไถ่ถอน

2.1.3.4 การแบ่งตามสิทธิในการเรียกร้อง

2.1.3.4.1 หุ้นกู้ด้อยสิทธิ

หุ้นกู้ด้อยสิทธิ คือ หุ้นกู้ที่ผู้ถือหุ้นกู้ในตราสารชนิดนี้จะมีสิทธิเรียกร้องด้อยกว่าเจ้าหนี้สามัญรายอื่นๆ ในการเรียกร้องแก่ผู้ออกตราสาร โดยเฉพาะเมื่อผู้ออกตราสารชนิดนี้ล้มละลาย แต่ลำดับสิทธิของผู้ถือตราสารชนิดนี้นั้นสูงกว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ และผู้ถือหุ้นสามัญ

2.1.3.4.2 หุ้นกู้ไม่ด้อยสิทธิ

หุ้นกู้ไม่ด้อยสิทธิ คือ หุ้นกู้ที่ผู้ถือตราสารชนิดนี้มีสิทธิเท่าเทียมกับเจ้าหนี้สามัญรายอื่น ในการเรียกร้องทรัพย์สินของผู้ออกตราสาร และมีสิทธิในลำดับสูงกว่าเมื่อเทียบกับผู้ถือหุ้นกู้ด้อยสิทธิ ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ และผู้ถือหุ้นสามัญตามลำดับ

2.1.3.5 การแบ่งตามการใช้สินทรัพย์ค้ำประกัน

2.1.3.5.1 หุ้นกู้มีหลักประกัน

หุ้นกู้ที่มีหลักประกัน หมายถึง ตราสารที่ผู้ออกตราสารนั้นนำสินทรัพย์มาค้ำประกันการออกหุ้นกูดังกล่าว และเมื่อผู้ออกตราสารดังกล่าวนี้ไม่สามารถจ่ายดอกเบี้ยหรือเงินต้นตามกำหนดได้ ผู้ถือตราสารมีสิทธิในทรัพย์สินที่นำมาวางเป็นประกันนั้นเหนือเจ้าหนี้สามัญรายอื่นๆ โดยมักจะมีการตั้งบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลทรัพย์สินนั้น หรือ ทรัสต์ เพื่อทำการตรวจสอบสถานะของสินทรัพย์ที่จะนำมาค้ำประกัน

2.1.3.5.2 หุ้นกู้ไม่มีหลักประกัน

หุ้นกู้ไม่มีหลักประกัน หมายถึง หุ้นกู้ที่ไม่มีสินทรัพย์มาเป็นประกันในการออกตราสาร ซึ่งหากผู้ออกตราสารดังกล่าวล้มละลาย ผู้ถือตราสารต้องทำการแบ่งสินทรัพย์กับเจ้าหนี้รายอื่นๆ ตามสัดส่วนและลำดับสิทธิต่อไป

2.1.3.6 การแบ่งตามชนิดของสิทธิแฝงที่ติดมาพร้อมกับตราสารหนี้

2.1.3.6.1 หุ้นกู้ที่จ่ายดอกเบี้ยคงที่ (Fixed rate Bond)

เป็นหุ้นกู้ซึ่งจ่ายดอกเบี้ยในอัตรา คงที่ทุกงวด ตามที่ได้ระบุไว้ตั้งแต่ออกหุ้นกูนั้น หุ้นกู้จ่ายดอกเบี้ยแบบลอยตัว (Floating rate Bond) มีการจ่ายดอกเบี้ยที่เปลี่ยนแปลงตามอัตราอ้างอิงที่กำหนด เช่น LIBOR + Spread

2.1.3.6.2 หุ้นกู้จ่ายดอกเบี้ยแบบลอยตัว (Floating rate bond หรือ FRN)

หมายถึง ตราสารหนี้ที่กำหนดอัตราผลตอบแทน ที่แปรไปตามอัตราอ้างอิงหรือดัชนีที่กำหนดไว้ เช่น อัตราดอกเบี้ยเงินฝาก หรืออัตราดอกเบี้ยเงินกู้ของธนาคารพาณิชย์ ดังนั้นเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ย อัตราผลตอบแทนของตราสารหนี้ก็จะเปลี่ยนแปลงไปด้วย

ในกรณีที่อัตราดอกเบี้ยมีแนวโน้มสูงขึ้น ผู้ออกตราสารนี้ย่อมต้องการออกตราสารนี้ประเภทที่กำหนดผลตอบแทนคงที่เพื่อป้องกันความเสี่ยงที่ต้นทุนดอกเบี้ยจะเพิ่มสูงขึ้น แต่ผู้ซื้อหรือนักลงทุนจะมีความต้องการในตราสารนี้ประเภทลอยตัว เพราะจะไม่เสียโอกาสที่จะได้รับดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้นตามตลาด

ในทางกลับกัน หากอัตราดอกเบี้ยมีแนวโน้มลดลง นักลงทุนย่อมต้องการลงทุนในหุ้นกู้แบบจ่ายดอกเบี้ยคงที่ เพื่อคงไว้ซึ่งผลตอบแทนไว้ไม่ให้ลดลงตามภาวะตลาด ในขณะที่ผู้ออกจะอยากออกตราสารนี้แบบจ่ายดอกเบี้ยลอยตัว

2.1.3.6.3 หุ้นกู้แปลงสภาพ (Convertible Bond)

หมายถึง หุ้นกู้ที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือในการแปลง สภาพจากการถือหุ้นกู้ไปเป็นการถือหุ้นสามัญตามอัตรา ราคา และเวลาที่กำหนด

ในทางปฏิบัติ ตราสารนี้จะมีลักษณะผสมผสานที่หลากหลายระหว่างกลุ่มที่ได้กล่าวมา เช่น บริษัทเอกชนไทยอาจเป็นผู้ออกหุ้นกู้ด้อยสิทธิในอเมริกาในรูปของแยงกี้บอนด์โดยจ่ายดอกเบี้ยตามอัตราลอยตัว LIBOR + 1.5 และมีสิทธิที่จะซื้อคืนหุ้นกู้ได้ตามเงื่อนไขที่กำหนด เป็นต้นทำให้ตราสารนี้สามารถมีลักษณะที่แตกต่างกันได้มากมายหลากหลายชนิด

ดังนั้น ผู้ที่จะซื้อตราสารนี้รวมทั้งผู้ออกตราสารก็สามารถที่จะเลือกถือหรือออกตราสารที่มีลักษณะตามต้องการหรือเหมาะสมกันตนเองได้

2.1.3.6.4 หุ้นกู้ประเภททยอยจ่ายคืนเงินต้น (Amortizing bond)

หมายถึง ตราสารนี้ประเภทที่ผู้ออกจะทยอยจ่ายคืนเงินต้นแก่ผู้ถือ ในแต่ละงวด แทนที่จะเป็นการจ่ายคืนเงินต้นครั้งเดียวเมื่อครบกำหนดอายุดังเช่นตราสารนี้ปกติ ในปัจจุบันตราสารชนิดนี้มีเฉพาะหุ้นกู้เอกชนซึ่งได้รับความนิยมมากขึ้นเนื่องจากการช่วยลดความเสี่ยงของผู้ลงทุนได้ในระดับหนึ่ง ในขณะที่เดียวกันมีความเหมาะสมกับกระแสเงินรับของผู้ออกหุ้นกู้

2.1.3.6.5 หุ้นกู้ที่ผู้ถือมีสิทธิขอไถ่ถอนก่อนครบกำหนด

(Puttable Bond)

หมายถึง ตราสารที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือในการไถ่ถอนหุ้นกู้ก่อนครบกำหนด โดยรายละเอียดของเงื่อนไข และวิธีการจะกำหนดล่วงหน้าตั้งแต่วันออกตราสารนั้น ซึ่งผู้ออกสามารถเลือกที่จะไถ่ถอนหรือไม่ก็ได้ เช่น หากผู้ถือหุ้นกู้เห็นว่าอันดับความน่าเชื่อถือของผู้ออกลดลง ผู้ถืออาจเลือกที่จะไถ่ถอนหุ้นกู้ชนิดนี้ แล้วไปลงทุนในหลักทรัพย์ใหม่ที่ให้อัตราผลตอบแทนสูงกว่า

2.1.3.6.6 หุ้นกู้ที่ผู้ออกมีสิทธิเรียกคืนเงินกู้ก่อนครบกำหนด

(Callable Bond, Redeemable Bond)

หมายถึง ตราสารที่ให้สิทธิ (เป็นเพียงสิทธิอาจไม่ใช้ก็ได้) แก่ผู้ออกในการเรียกคืนหรือไถ่ถอนหุ้นกู้ก่อนกำหนด โดยปกติผู้ออกจะเรียกคืนหุ้นกู้ในกรณีที่อัตราดอกเบี้ยในตลาดลดลงจนทำให้ต้นทุนของหุ้นกู้ที่มีอยู่นั้นสูงมากเกินควร หรือการที่อันดับความน่าเชื่อถือของผู้ออกเพิ่มขึ้น ทำให้สามารถออกตราสารระดมทุนใหม่ในอัตราต้นทุนที่ต่ำกว่า (Refinance)

2.1.3.6.7 หุ้นกู้ที่เกิดจากการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

(Securitized bond)

หมายถึง ตราสารหนี้ที่เกิดจากกระบวนการแปลงสินทรัพย์ให้เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) โดยการจ่ายดอกเบี้ยจะมาจากกระแสเงินสดที่ได้จากตัวสินทรัพย์ที่นำมาแปลงนั้น โดยปกติตราสารหนี้ประเภทนี้จะมีอันดับความน่าเชื่อถือสูง เนื่องจากมีหลักทรัพย์ที่นำมาแปลงนั้นค้ำประกัน หรือมีกระบวนการเพิ่มอันดับความน่าเชื่อถืออื่นๆ (Credit enhancement)

2.1.4 ผลตอบแทนและความเสี่ยงจากการถือตราสารหนี้⁵

ตราสารหนี้ก็เป็นเครื่องมือทางการเงินชนิดหนึ่ง ซึ่งใช้ในการกู้ยืมเงินระหว่างผู้กู้และผู้ให้กู้ โดยผู้ให้กู้จะได้รับผลตอบแทนจากการให้กู้ยืมเงินนั้น ในขณะที่เดียวกันก็ต้องเผชิญกับความเสี่ยงจากการให้กู้ยืมด้วย หากผู้กู้เป็นรัฐบาล เช่น การออกพันธบัตรออมทรัพย์ ความเสี่ยงที่รัฐบาลจะผิดนัดชำระหนี้ย่อมต่ำมาก หรือแทบจะไม่มีความเสี่ยง ดังนั้น ถ้าปัจจัยอื่นๆ เช่น สภาพคล่อง คงที่แล้ว ตราสารหนี้ที่ออกโดยหน่วยงานที่ไม่ใช่รัฐบาล หากให้อัตราผลตอบแทนที่เท่ากัน ย่อมไม่เป็นที่น่าสนใจ เนื่องจากมีความเสี่ยงสูงกว่า ดังนั้น อัตราผลตอบแทนจึงมีความสัมพันธ์กับความเสี่ยง หากความเสี่ยงสูงขึ้นก็ต้องมีอัตราผลตอบแทนที่เป็นส่วนเพิ่มในการชดเชยความเสี่ยง (Risk Premium) ควบคู่กันไปด้วย

2.1.4.1 อัตราผลตอบแทนของตราสารหนี้

อัตราผลตอบแทนของตราสารหนี้ ประกอบด้วย 3 ส่วน คือ

2.1.4.1.1 ดอกเบี้ย

ซึ่งผู้กู้จะเป็นผู้จ่ายให้กับผู้ให้กู้ตามอัตราดอกเบี้ยหน้าตัว (Coupon Rate) แต่หากเป็นตราสารหนี้ที่ไม่มีดอกเบี้ย (Zero Coupon Bond) ซึ่งไม่มีการจ่ายดอกเบี้ย แต่สามารถซื้อตราสารดังกล่าวได้ในราคาต่ำกว่ามูลค่าที่ตราไว้ ส่วนต่างระหว่างราคาซื้อและมูลค่าที่ตราไว้ก็เปรียบเสมือนดอกเบี้ยที่ได้รับในวันครบกำหนดไถ่ถอนนั่นเอง

2.1.4.1.2 กำไร / ขาดทุนจากการขาย (Capital Gain/Loss)

คือ ผลตอบแทนที่ผู้ถือตราสารได้จากการขายตราสารดังกล่าวออกไปก่อนที่จะถึงวันครบกำหนดไถ่ถอน แต่ราคาค่าการซื้อขายพันธบัตรนั้นสามารถขึ้นลงได้

⁵ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, เศรษฐศาสตร์น่ารู้: ตราสารหนี้ (ตอนที่ 1)[ออนไลน์], 20 ธันวาคม 2554. แหล่งที่มา <http://www.fpo.go.th/S-I/Source/ECO/ECO33.htm>

ขึ้นอยู่กับปัจจัยและความเสี่ยงต่างๆ ดังจะได้กล่าวต่อไป ทำให้มีส่วนต่างระหว่างราคาซื้อและราคาขายเป็นผลตอบแทนอีกชนิดหนึ่งให้กับผู้ถือตราสารหนี้ ซึ่งอาจจะเป็นผลบวกหรือผลลบก็ได้

2.1.4.1.3 ผลตอบแทน

ในกรณีของหุ้นกู้แปลงสภาพ (Convertible Bond) หากถือจนกระทั่งมีการแปลงสภาพจากหุ้นกู้เป็นหุ้นสามัญ ผลตอบแทนที่จะได้รับต่อไปก็จะกลายเป็นผลตอบแทนที่เกิดจากหุ้นสามัญ เช่น เงินปันผลหรือกำไร/ขาดทุนจากการขายหุ้นสามัญ

2.1.4.2 ความเสี่ยงของการถือตราสารหนี้ ได้แก่

2.1.4.2.1 ความเสี่ยงจากการผิดนัดชำระหนี้ (Default Risk, Credit Risk)

คือ ความเสี่ยงจากการผิดนัดชำระดอกเบี้ยหรือเงินต้นของตราสารหนี้ เป็นการพิจารณาว่าผู้กู้สามารถชำระหนี้ได้ตามเงื่อนไขหรือไม่ ความสามารถในการบริหารสภาพคล่อง และการทำกำไรของกิจการย่อมเป็นปัจจัยกำหนดความเสี่ยงประเภทนี้ ซึ่งรวมไปถึงผลกระทบจากภาวะเศรษฐกิจและการแข่งขันในอุตสาหกรรมด้วย

2.1.4.2.2 ความเสี่ยงจากอัตราดอกเบี้ย (Interest Rate Risk, Market Risk)

คือ ความเสี่ยงที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของอัตราดอกเบี้ย ซึ่งมีผลทำให้ราคาของตราสารหนี้หากมีการขายคืน หรือขายในตลาดรองเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางผกผันกับอัตราดอกเบี้ยของตลาด แต่หากผู้ถือตราสารหนี้ถือจนกระทั่งครบกำหนดไถ่ถอนก็จะไม่ได้รับผลกระทบจากอัตราดอกเบี้ย เนื่องจากผลตอบแทนและการไถ่ถอนเป็นไปตามที่กำหนดไว้ตั้งแต่แรกอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ตราสารจ่ายดอกเบี้ยแบบอัตราลอยตัวแปรผันตามอัตราดอกเบี้ยตลาด ราคาของตราสารชนิดนี้ในตลาดรองก็จะไม่ได้รับผลกระทบจากความผันผวนของอัตราดอกเบี้ยมากนัก ทำให้ความเสี่ยงในส่วนนี้ต่ำลง

2.1.4.2.3 ความเสี่ยงจากการขาดสภาพคล่องในการซื้อขาย (Liquidity Risk)

เกิดจากความนิยมหรือปริมาณการซื้อขายตราสารหนี้ในตลาดเปลี่ยนแปลงไป อาจทำให้ไม่สามารถซื้อขายตราสารในจังหวะเวลาและราคาที่เหมาะสมได้ หรือหากต้องการจะซื้อขายจริงต้องมีการเพิ่มหรือลดราคา เพื่อดึงดูดให้มีการตกลงซื้อขายเกิดขึ้น ความเสี่ยงชนิดนี้จะมีมากในตลาดเกิดใหม่ (Emerging Market) โดยขึ้นอยู่กับปัจจัยต่างๆ เช่น สภาวะเศรษฐกิจอุปสงค์ (Demand) ต่อตราสารหนี้ และระดับการเปิดเผยข้อมูล เป็นต้น เพื่อชดเชยความเสี่ยงประเภทนี้นักลงทุนจึงต้องการอัตราผลตอบแทนที่สูงขึ้น

2.1.4.2.4 ความเสี่ยงจากสิทธิแฝงในตราสารหนี้ (Option-Embedded Risk)

เช่น สิทธิในการเรียกไถ่ถอนตราสารหนี้คืนก่อนกำหนด (Call Risk) ของผู้กู้ ซึ่งโดยปกติการเรียกคืน มักจะทำในช่วงที่อัตราดอกเบี้ยอยู่ในระดับต่ำ ทำให้ผู้ที่ถือตราสารไม่สามารถคาดการณ์อัตราผลตอบแทนจากการถือตราสารได้ นอกจากนี้ ความเสี่ยงในความผันผวนของออปชั่น (Option) ที่แฝงอยู่มีความเปลี่ยนแปลง (Volatility Risk) เช่น กรณีของหุ้นกู้แปลงสภาพ ซึ่งในอนาคตผู้ถือตราสารหนี้ชนิดนี้สามารถนำไปแปลงเป็นหุ้นสามัญเปลี่ยนฐานะจากเจ้าหนี้เป็นเจ้าของได้ ดังนั้น หากมีความผันผวนในราคาของหุ้นสามัญ ราคาของหุ้นกู้แปลงสภาพซึ่งอิงอยู่กับหุ้นสามัญนั้นย่อมผันผวนตามไปด้วย

2.1.4.2.5 ความเสี่ยงจากอัตราเงินเฟ้อ (Inflation Risk)

เกิดขึ้นเมื่อดอกเบี้ยที่ได้รับจากตราสารหนี้ ไม่มีการเปลี่ยนแปลงไปตามอัตราเงินเฟ้อ เช่น พันธบัตรรัฐบาลซึ่งจ่ายอัตราดอกเบี้ยคงที่ ส่งผลกระทบต่ออำนาจการซื้อ (Purchasing Power) เนื่องจากดอกเบี้ยที่ได้รับคงที่เป็นประจำทุกงวด แต่เมื่ออัตราเงินเฟ้อสูงขึ้นจากที่คาดไว้ ก็จะทำให้อำนาจซื้อของเงินจำนวนเท่าเดิมลดลงไปมากกว่าที่คาดไว้เช่นกัน ทั้งนี้ อัตราเงินเฟ้ออาจมีความผันผวนและคาดการณ์ได้ยาก ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในอำนาจซื้อในอนาคต

2.1.4.2.6 ความเสี่ยงจากอัตราผลตอบแทนที่เกิดจากการนำ ดอกเบียไปลงทุนต่อ (Reinvestment Risk)

เกิดขึ้นเพราะหากนำดอกเบียที่ได้รับในระหว่างงวดจากตราสารหนี้ไปลงทุนต่อ ก็จะได้รับผลตอบแทนตามอัตราดอกเบี้ยตลาดในขณะนั้น ซึ่งเป็นการยากที่จะคาดการณ์ว่าอัตราดอกเบี้ยในอนาคตจะเป็นอย่างไร เช่นเดียวกับความเสี่ยงจากอัตราดอกเบี้ย

2.1.4.2.7 ความเสี่ยงจากการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ตลาดตราสารหนี้ (Legal Risk)

เกิดขึ้นเมื่อรัฐบาลหรือหน่วยงานที่กำกับดูแลด้านตลาดทุนเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ต่างๆ เช่น การลดภาษีซึ่งมีผลต่อการบิดเบือนโครงสร้างอัตราผลตอบแทนไปจากเดิม เป็นต้น

2.1.5 ประโยชน์ของตราสารหนี้⁶

ตราสารหนี้เป็นตราสารที่ให้ผลตอบแทนสูงและมีความเสี่ยงต่ำ เมื่อเปรียบเทียบกับฝากเงินกับธนาคารพาณิชย์ โดยหากลงทุนในพันธบัตรรัฐบาลซึ่งถือว่าเป็นการลงทุนในตราสารที่ปราศจากความเสี่ยงในเรื่องการผิดนัดชำระหนี้ และหากผู้ลงทุนสามารถยอมรับความเสี่ยงในระดับที่สูงขึ้น ก็สามารถเข้าลงทุนในหุ้นกู้ของบริษัทเอกชน ที่จะเสนออัตราผลตอบแทนที่สูงกว่าการลงทุนในพันธบัตรรัฐบาลที่มีลักษณะและอายุของตราสารใกล้เคียงกัน ซึ่งอัตราผลตอบแทนที่สูงกว่านั้นมีขึ้นเพื่อเป็นการชดเชยความเสี่ยงที่ไม่มีรัฐบาลมาค้ำประกันในตราสารดังกล่าว

โดยนับว่าตราสารหนี้เป็นแหล่งรายได้ประจำอีกทางเลือกหนึ่ง กล่าวคือโดยลักษณะของตราสารหนี้ นั้น มักมีการจ่ายดอกเบี้ยเป็นงวดๆ ให้แก่ผู้ลงทุน และจะจ่ายเงินต้นคืนเมื่อครบกำหนดอายุของตราสาร จึงเป็นทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับนักลงทุนที่ต้องการรายได้ที่แน่นอนสม่ำเสมอในแต่ละ

⁶ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ และ สมาคมตลาดตราสารหนี้ไทย, คู่มือผู้สอนความรู้เรื่องตราสารหนี้, หน้า 11.

งวด ซึ่งจะต่างจากการลงทุนในหุ้นที่ได้รับผลตอบแทนจากเงินปันผลที่มีความไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับผลประกอบการของบริษัท

ตราสารหนี้เป็นตราสารที่สามารถซื้อขายเปลี่ยนมือได้ โดยสามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนมือกันได้ในตลาดรอง ในขณะที่ไม่ต้องรอให้ถึงวันครบกำหนดอายุ อย่างไรก็ตาม สภาพคล่องในการซื้อขายตราสารหนี้อาจแตกต่างกันไปตามปริมาณและประเภทของตราสารหนี้

2.1.6 กระบวนการออกและจำหน่ายตราสารหนี้

กระบวนการออกตราสารหนี้ในปัจจุบัน อาจแบ่งออกเป็น 2 กระบวนการดังนี้

2.1.6.1 กระบวนการออกตราสารหนี้ของภาครัฐบาล⁷

กลไกในตลาดตราสารหนี้ไทย หากเป็นตราสารหนี้ประเภทพันธบัตรรัฐบาลจะต้องให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นผู้ดำเนินการประมูล ส่วนประเภทของพันธบัตรรัฐวิสาหกิจ สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ กระทรวงการคลัง เป็นผู้ดำเนินการประมูล เพื่อคัดเลือกผู้ที่เสนอราคาดีที่สุดในผู้รับประกันการจำหน่าย (Underwriter) โดยการกระบวนการออกตราสารหนี้ของรัฐบาลนั้นไม่ต้องยื่นแบบแสดงรายการ (Filing) แก่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เช่นกรณี ตราสารหนี้ของเอกชน

2.1.6.1.1 การซื้อขายตราสาร

การซื้อขายตราสารหนี้สามารถทำได้ทั้งจากตลาดแรกและตลาดรอง

⁷ ธนาคารแห่งประเทศไทย, การซื้อขายตราสารหนี้ [ออนไลน์], 15 มีนาคม 2554. แหล่งที่มา <http://www.bot.or.th/Thai/FinancialMarkets/IntroductionToGovernmentDebtSecurities/InterestingContent/Pages/Trading.aspx>

ก. ตลาดแรก (Primary Market)

การซื้อขายในตลาดแรกนั้น จะเกิดขึ้นเมื่อผู้ออกตราสารหนี้ทำการขายตราสารหนี้ให้แก่นักลงทุนในตลาดเป็นครั้งแรก โดยแบ่งออกเป็น 2 วิธีการ ได้แก่ การจำหน่ายให้ผู้ซื้อรายย่อย และการจำหน่ายให้แก่นักลงทุนสถาบันด้วยวิธีการประมูล ดังนี้

1. การจำหน่ายให้ผู้ซื้อรายย่อย

การจำหน่ายให้ผู้ซื้อรายย่อยผู้มีวัตถุประสงค์เพื่อการออมเงิน ผู้มีสิทธิซื้อประกอบด้วยบุคคลธรรมดาที่ถือสัญชาติไทยหรือที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยและนิติบุคคลที่ไม่แสวงหากำไร ในการจำหน่ายแต่ละครั้งนั้น ผู้ออกตราสารหนี้จะเป็นผู้กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์หรือธนาคารออมสินเป็นตัวแทนจำหน่าย โดยธนาคารแห่งประเทศไทย เป็นผู้กำกับดูแลการจัดจำหน่าย นายทะเบียน และตัวแทนการจ่ายเงินค่าดอกเบี้ยและต้นเงิน

2. การจำหน่ายให้แก่ลงทุนสถาบันด้วยวิธีการ

ประมูล

ในปัจจุบันธนาคารแห่งประเทศไทยได้เปิดให้มีการประมูล

2 แบบ คือ

1. การประมูลแบบแข่งขันราคา

(Competitive Bid)

การประมูลแบบแข่งขันราคา หมายถึง การเสนอประมูลอัตราผลตอบแทน และจำนวนเงินที่ต้องการ ซึ่งผู้มีสิทธิเข้าประมูลที่เสนออัตราผลตอบแทนต่ำสุดจะได้รับการจัดสรรวงเงินก่อน แล้วจึงจัดสรรให้ผู้มีสิทธิเข้าประมูลที่เสนออัตราผลตอบแทนที่สูงขึ้นไปตามลำดับจนครบวงเงินที่ออกจำหน่าย

ราคาที่ต่อชำระสำหรับการประมูลแบบนี้
 คำนวณจากอัตราผลตอบแทนที่เสนอ ดังนั้นจำนวนเงินที่แต่ละรายต้องชำระจึงแตกต่างกัน

2. การประมูลแบบไม่แข่งขันราคา (Non-Competitive Bid)

การประมูลแบบไม่แข่งขันราคา หมายถึง การเสนอซื้อในจำนวนเงินที่ต้องการ โดยอัตราผลตอบแทนที่ผู้มีสิทธิเข้าเสนอซื้อและได้รับจัดสรรทุกราย จะเท่ากับอัตราผลตอบแทนถัวเฉลี่ยในการประมูลแบบแข่งขันราคาที่จัดจำหน่ายในคราวเดียวกัน ทั้งนี้ ผู้มีสิทธิเข้าประมูลและผู้มีสิทธิเข้าเสนอซื้อ จะกำหนดไว้ในประกาศการจำหน่ายตราสารหนี้รุ่นนั้นๆ

ราคาที่ต่อชำระ คำนวณจากอัตราผลตอบแทนถัวเฉลี่ยที่ประมูลได้จากการประมูลแบบแข่งขันราคา ซึ่งธนาคารแห่งประเทศไทยจะประกาศอัตราผลตอบแทนถัวเฉลี่ยที่ประมูลได้ พร้อมทั้งอัตราต่ำสุด-สูงสุด ทางเว็บไซต์ของธนาคารแห่งประเทศไทย และผ่านระบบ e-Bidding

ข. ตลาดรอง (Secondary Market)

ตลาดรอง หมายถึง ตลาดที่ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถทำการซื้อขายตราสารหนี้หลังจากที่ได้มีการซื้อขายในตลาดแรกเรียบร้อยแล้ว ผู้ขายในตลาดรอง คือ นักลงทุน ซึ่งถือครองตราสารหนี้อยู่ และต้องการขายตราสารหนี้นั้นออกไป การซื้อขายตราสารหนี้ในตลาดรองสามารถทำได้ ดังนี้

1. การซื้อขายกันเอง (Over the Counter : OTC)

การซื้อขายแบบไม่มีสถานที่แน่นอน ผู้ซื้อและผู้ขายสามารถติดต่อเพื่อตกลงราคากันได้เอง หรืออาจติดต่อผ่านสถาบันการเงินโดยการเจรจาต่อรองทางโทรศัพท์ ราคาซื้อขายจึงขึ้นอยู่กับอำนาจการต่อรอง

ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ในปัจจุบันสถาบันการเงินบางแห่ง จะกำหนดราคา เสนอซื้อ (Bid) และราคาเสนอขาย (Offer) ผ่านเว็บไซต์ของสถาบันการเงินนั้นๆ สถาบันการเงินแต่ละแห่งจะเสนอราคาซื้อขายแตกต่างกัน ดังนั้นผู้ซื้อและผู้ขายอาจจะต้องติดต่อ สถาบันหลายแห่งเพื่อเปรียบเทียบราคา และอาจศึกษาเส้นอัตราผลตอบแทน (Yield Curve) เพิ่มเติม เพื่อใช้เปรียบเทียบกับอัตราผลตอบแทนที่สถาบันการเงินแต่ละแห่งเสนอ

2. การซื้อขายผ่านระบบ (Bond Electronic Exchange : BEX)

การซื้อขายผ่านระบบ Bond Electronic Exchange นั้น จะต้องดำเนินการภายใต้ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย นักลงทุนผู้ที่ต้องการซื้อขายตราสารหนี้ ผ่านระบบ BEX จะต้องเปิดบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์กับบริษัทสมาชิกหรือโบรกเกอร์ โดยวิธีการซื้อขาย ทำได้โดยนักลงทุนสามารถส่งคำสั่งซื้อหรือขายผ่านเจ้าหน้าที่การตลาดตราสารหนี้ของบริษัทสมาชิก หรือโบรกเกอร์ แล้วเจ้าหน้าที่การตลาดตราสารหนี้ของบริษัทสมาชิกหรือโบรกเกอร์ จะเป็นผู้ส่งคำสั่ง ซื้อหรือขายต่อเข้าไปยังระบบการซื้อขายของตลาดหลักทรัพย์ฯ และแจ้งยืนยันผลการซื้อขายให้นัก ลงทุนทราบ

2.1.6.2 กระบวนการออกตราสารหนี้ของภาคเอกชน

กระบวนการออกตราสารหนี้ของภาคเอกชน หรือเรียกว่าการออกหุ้นกู้ เริ่มต้นจาก บริษัท ที่ประสงค์จะออกหุ้นกู้ จะแต่งตั้งทีมที่ปรึกษาทางการเงิน (Financial Advisor) เพื่อให้ คำปรึกษาในเรื่องประเภท และเงื่อนไขรายละเอียดต่างๆ ของหุ้นกู้ และช่วยดำเนินการจัดทำข้อมูล ของหุ้นกู้ เพื่อขออนุญาตเสนอขายจากสำนักงาน ก.ล.ต. และจะต้องดำเนินการ ให้มีการจัด อันดับ เครดิตของหุ้นกู้ พร้อมทั้งแต่งตั้งผู้จัดการการจัดจำหน่าย (Underwriter) เพื่อดำเนินการเรื่องการขาย ให้แก่นักลงทุน หลังจากที่ได้รับอนุญาตจากสำนักงาน ก.ล.ต. ในบางกรณีบริษัทผู้ออกหลักทรัพย์ อาจ ดำเนินการเอง โดยไม่ต้องว่าจ้างที่ปรึกษา หรือ ผู้จัดการการจัดจำหน่าย

วิธีการเสนอขายหุ้นกู้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท การเสนอขายในวงจำกัด (Private Placement) และการเสนอขายแก่นักลงทุนเป็นการทั่วไป (Public offering)

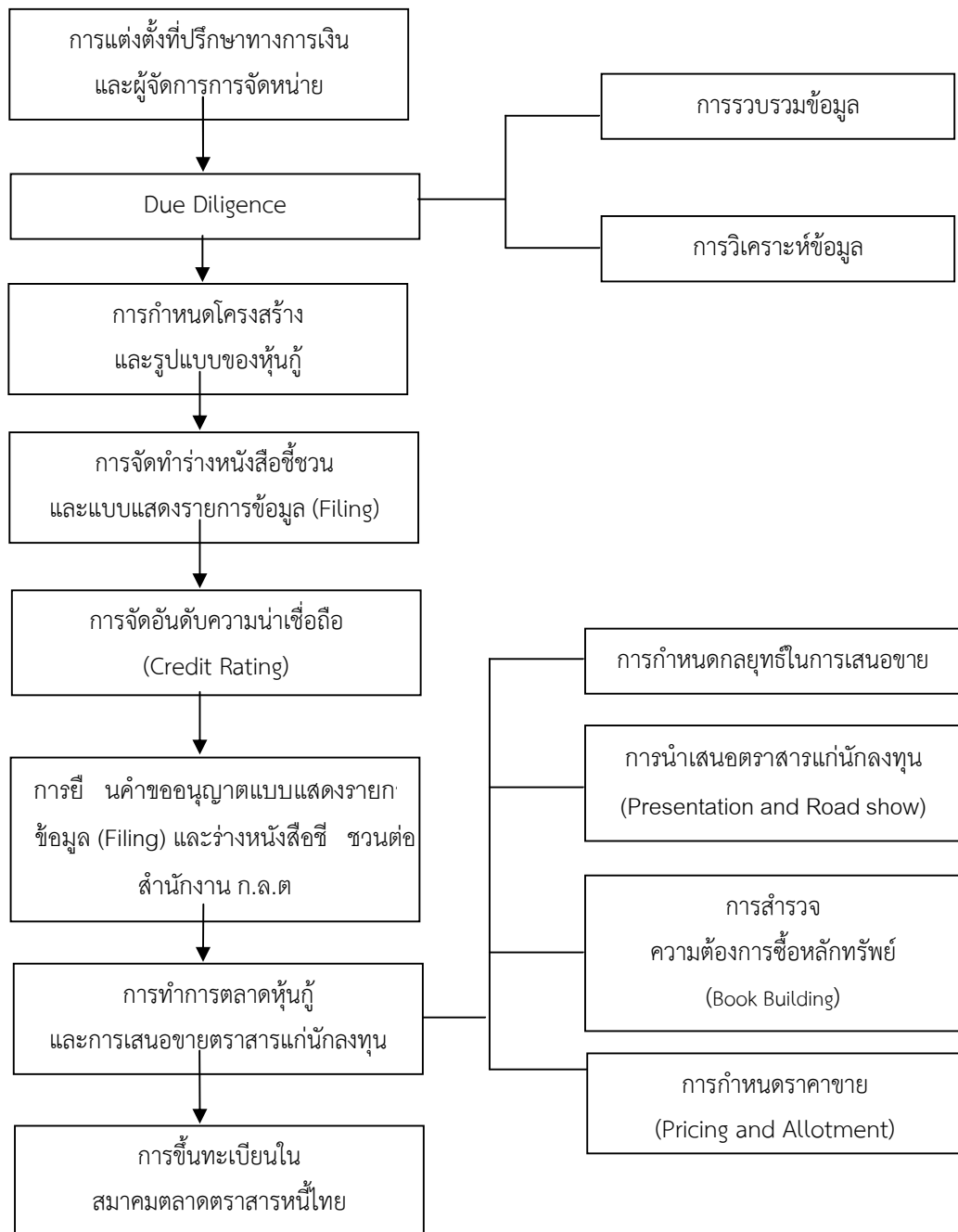
2.1.6.2.1 การเสนอขายในวงจำกัด (Private Placement)

การเสนอขายในวงจำกัด คือ การเสนอขายตราสารในวงแคบ โดยเป็นการขายตราสารให้เฉพาะเจาะจงให้กับกลุ่มนักลงทุนสถาบัน อีกทั้งมีข้อจำกัดในการโอนซื้อขายเปลี่ยนมือในตลาดรอง ที่กำหนดให้สามารถโอนซื้อขายระหว่างนักลงทุนประเภทนี้เท่านั้น ซึ่งได้แก่ สถาบันการเงิน บริษัทประกันภัย กองทุนรวม กองทุนสำรองเลี้ยงชีพและนิติบุคคลประเภทอื่นๆ การซื้อขายในตลาดรอง เป็นวิธีการตกลงและต่อรองกันเอง หรือที่เรียกว่าการซื้อขายในตลาด OTC (over the counter)

2.1.6.2.2 การเสนอขายแก่นักลงทุนเป็นการทั่วไป (Public Offering)

เป็นวิธีการเสนอขายหุ้นกู้ ให้แก่นักลงทุนทุกประเภท และไม่มีข้อจำกัดการโอน ดังนั้น การซื้อขายในตลาดรองจึงเป็นไปได้ในวงกว้าง และสามารถจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เพื่อซื้อขายในตลาดรองได้

ภาพที่ 1 แผนภาพแสดงขั้นตอนการออกหุ้นกู้⁸



⁸ ชาญศักดิ์ ไชยภูมิสกุล, คู่มือการออกตราสารหนี้(กรุงเทพมหานคร : สมาคมตลาดตราสารหนี้ , 2549), หน้า 23.

2.1.7 การฝากตราสารหนี้ไว้กับบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ (ประเทศไทย) จำกัด

การฝากตราสารหนี้ไว้กับบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ (ประเทศไทย) จำกัด หมายถึง การที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ตราสารหนี้ซึ่งมีใบตราสาร (Scrip) ไว้ครอบครอง มีความประสงค์จะเปลี่ยนการถือกรรมสิทธิ์เป็นแบบไร้ใบตราสาร (Scripless) โดยฝากตราสารหนี้ไว้กับบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ (ประเทศไทย) จำกัด (Thailand Securities Depository : TSD)

ประโยชน์ในการฝากตราสารหนี้ไว้กับบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ (ประเทศไทย) จำกัด คือสามารถเพิ่มความสะดวกในการซื้อขายตราสารหนี้ ทั้งในการส่งมอบและชำระราคา เพื่อลดปัญหาในการเก็บรักษาใบตราสาร ทั้งในด้านสถานที่ ความปลอดภัย และการค้นหาใบตราสาร อันจะส่งผลให้เป็นการลดปัญหาเรื่องใบตราสารสูญหาย ชำรุด หรือปลอมแปลงอีกทั้งยังเป็นการช่วยรัฐลดต้นทุนในการออกใบตราสาร

ผู้ถือกรรมสิทธิ์ตราสารหนี้สามารถดำเนินการโดยการติดต่อสมาชิกผู้ฝากหลักทรัพย์กับ TSD (Participant) เพื่อขอเปิดบัญชีตราสารหนี้ และยื่นเอกสารการขอฝากตราสารหนี้ พร้อมแนบใบตราสารหนี้ ที่สมาชิกผู้ฝากหลักทรัพย์กับบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ฯ ที่ตนเปิดบัญชีตราสารหนี้ไว้ ซึ่งผู้ถือกรรมสิทธิ์ตราสารหนี้สามารถตรวจสอบตราสารหนี้ในบัญชีได้โดยติดต่อกับสมาชิกผู้ฝากหลักทรัพย์กับบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ฯ ที่ตนเปิดบัญชีไว้

ผู้ถือกรรมสิทธิ์อาจจะต้องเสียค่าธรรมเนียมให้กับสมาชิกผู้ฝากหลักทรัพย์กับบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ฯ และสมาชิกผู้ฝากหลักทรัพย์กับบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ฯ จะต้องเสียค่าธรรมเนียมให้ธนาคารแห่งประเทศไทยในอัตรา 10 บาท ต่อ 1 รายการ (เฉพาะกรณีฝากผ่านธนาคารแห่งประเทศไทย)

2.1.8 ความเป็นมาของตลาดตราสารหนี้ในประเทศไทย⁹

ตราสารหนี้เป็นที่รู้จักในประเทศไทยครั้งแรก ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ เมื่อปี พ.ศ. 2448 โดยที่รัฐบาลในขณะนั้นได้มีการออก

พันธบัตรรัฐบาลเพื่อระดมเงินทุนจากประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเงินทุนมาใช้ในการพัฒนาทางรถไฟ ปรับปรุงสถานะทางเศรษฐกิจ และเสริมสร้างความแข็งแกร่งทางการเงินภายในประเทศ จากจุดเริ่มต้นการออกพันธบัตรในครั้งนั้น รัฐบาลก็ได้มีการระดมเงินทุน โดยการออกพันธบัตรสกุลเงินต่างประเทศอย่างต่อเนื่อง จนกระทั่งปี พ.ศ. 2467 จึงหยุดการออกพันธบัตร

ในปี พ.ศ.2476 กระทรวงการคลังได้มีการออกพันธบัตรรัฐบาล เพื่อเป็นการระดมทุนจากภายในประเทศเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ พันธบัตรดังกล่าวมีมูลค่ารวม 10 ล้านบาท อายุ 10 ปี กำหนดจ่ายดอกเบี้ยคงที่ ในอัตราร้อยละ 4.5 ต่อปี โดยกำหนดจ่ายปีละ 2 ครั้ง และนับจากนั้นเป็นต้นมา กระทรวงการคลังก็ได้เสนอขายพันธบัตรรัฐบาลระยะยาวอย่างต่อเนื่อง โดยมอบหมายหน้าที่ในการกำกับดูแลให้กับธนาคารแห่งประเทศไทย

การระดมเงินทุนโดยการออกพันธบัตรรัฐบาล รวมทั้งตัวเงินคลัง มีปริมาณเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง นับแต่ประเทศไทย เริ่มใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติตั้งแต่ปี พ.ศ.2504 เป็นต้นมา โดยเงินทุนที่ได้มาจากการออกพันธบัตร จะถูกนำไปใช้เพื่อมุ่งเน้นในการพัฒนาภาคอุตสาหกรรมและโครงสร้างพื้นฐานเป็นหลัก ทำให้ต้องมีการออกพันธบัตรรัฐบาลอย่างต่อเนื่องเกือบทุกปี นอกจากนี้ การที่งบประมาณของรัฐบาลเป็นงบประมาณขาดดุลมาโดยตลอดนับแต่ปี พ.ศ.2523-2526 ทำให้เกิดความจำเป็น ในการออกพันธบัตรเพื่อชดเชยการขาดดุลงบประมาณ และนำเงินทุนที่ได้นั้นไปใช้ในการดำเนินนโยบายภาครัฐให้เกิดผลเป็นรูปธรรมในการพัฒนาประเทศ

⁹ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, ความรู้การลงทุนในตราสารหนี้ [ออนไลน์], 20 ธันวาคม 2554. แหล่งที่มา http://www.set.or.th/th/products/bonds/bonds_p1.html

ต่อมา รัฐบาลเริ่มมีฐานะการคลังดีขึ้น สามารถดำเนินนโยบายประมาณเกินดุลได้ นับตั้งแต่ปี พ.ศ.2533 เป็นต้นมา จึงไม่มีการออกพันธบัตรเพื่อชดเชยการขาดดุลงบประมาณอีก ส่งผลต่อเนื่องให้สภาพคล่องของตลาดรองพันธบัตร อยู่ในระดับที่ต่ำมาก เนื่องจากขาดอุปทานที่เหมาะสม ผู้ถือครองพันธบัตร ก็ไม่ต้องการที่จะนำพันธบัตรที่ตนเองมีในครอบครองนั้น ออกมาทำการซื้อขายเปลี่ยนมือในตลาดรอง ประกอบกับสถาบันการเงิน เช่น ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน มีความจำเป็นต้องถือครองพันธบัตรไว้เป็นทุนสำรองตามกฎหมาย ซึ่งกำหนดโดยธนาคารแห่งประเทศไทย สถาบันการเงินเหล่านั้นจึงไม่นำออกมาขายในตลาดรอง

ในปี พ.ศ.2535 ได้มีการตราและประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 ขึ้น เป็นการเปิดโอกาสให้บริษัทเอกชนต่างๆ สามารถระดมทุนได้โดยตรงจากประชาชนทั้งในการระดมเงินทุนจากส่วนของเจ้าของและการก่อหนี้ โดยใช้เครื่องมือทางการเงิน ซึ่งได้แก่ การออกตราสารทุน เช่น หุ้นสามัญ และการออกตราสารหนี้ เช่น หุ้นกู้ ซึ่งแต่เดิมนั้น จะเปิดโอกาสให้แต่บริษัทจำกัด (มหาชน) ที่ได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยเท่านั้น ที่สามารถออกตราสารหนี้ได้

ผลที่เกิดขึ้นจากการออกพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 นั้น ทำให้เกิดบทบาทสำคัญมากขึ้นในการออกหุ้นกู้ภาคเอกชน และการออกพันธบัตรของรัฐวิสาหกิจ โดยนับตั้งแต่ปี พ.ศ.2536 เป็นต้นมานั้น มีการระดมทุนด้วยการออกตราสารหนี้จากภาคเอกชนมูลค่าเพิ่มขึ้นถึง 36 เท่า ภายในช่วงระยะเวลา 4 ปี

คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) ตระหนักถึงความจำเป็นในการพัฒนาตลาดตราสารหนี้ จึงมอบหมายให้สมาคมบริษัทหลักทรัพย์ ทำหน้าที่เป็นแกนนำในการรวมกลุ่มผู้ค้าตราสารหนี้ เพื่อจัดตั้งชมรมผู้ค้าตราสารหนี้ (Bond Dealers Club) ในปี พ.ศ.2537 มีวัตถุประสงค์เบื้องต้น เพื่อร่วมกันสร้างมาตรฐานการซื้อขายตราสารหนี้ในตลาดรอง 3 ปีถัดมา ชมรมผู้ค้าตราสารหนี้ได้ปรับโครงสร้างองค์กร และขออนุญาตต่อสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เพื่อจดทะเบียนเป็นศูนย์ซื้อขายตราสารหนี้ไทย (The Thai Bond Dealing Centre-ThaiBDC)

ThaiBDC พยายามดำเนินแผนการเพิ่มประสิทธิภาพและความโปร่งใสในการเปิดเผยและรวบรวมข้อมูลเกี่ยวข้องกับตราสารหนี้และผู้ออกตราสารหนี้ แต่เนื่องด้วยการซื้อขายตราสารหนี้ในประเทศไทยยังเป็นระบบการซื้อขายนอกตลาดที่เป็นทางการ (Exchange) โดยเป็นการซื้อขายโดยการตกลงระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย (Over the Counter-OTC) ซึ่งมีผู้ค้าหลักเพียงบริษัทเงินทุนและธนาคารพาณิชย์เท่านั้น วิธีการซื้อขายแบบ OTC ซึ่งไม่มีข้อมูลทั้งทางด้านราคาและปริมาณการซื้อขายอย่างโปร่งใส จึงทำให้การตัดสินใจในการลงทุนสำหรับนักลงทุนทั้งในระดับนักลงทุนทั่วไป และนักลงทุนสถาบัน เป็นไปได้ยาก ทำให้ไม่เป็นที่นิยมของนักลงทุนโดยทั่วไป นี่ก็อาจจะเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้ตลาดตราสารหนี้ไทยไม่เติบโตเท่าที่ควร จากข้อมูลของปี พ.ศ.2546 ตราสารหนี้ทั้งหมดภายในประเทศมีมูลค่ารวม 2.52 ล้านล้านบาท แต่ในขณะที่มูลค่าการซื้อขายทั้งหมดอยู่เพียงแค่ 2.61 ล้านล้านบาท หรือเพียงแค่ 1.04 เท่าของมูลค่ารวมของตราสารหนี้ทั้งหมดภายในประเทศ เมื่อเทียบกับอัตราการซื้อขายของตราสารหนี้ในประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งได้มีการพัฒนาตลาดตราสารหนี้ นำโดยตลาดหลักทรัพย์เกาหลีอยู่อัตรา 4.07 เท่า จึงเห็นได้ว่าสภาพคล่องในตลาดรองตราสารหนี้ของประเทศไทยยังอยู่ในระดับที่ต่ำ

จากวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจของเอเชียในปี พ.ศ.2540 ประเทศต่างๆ ในเอเชียได้รับบทเรียนที่สำคัญ เรื่องความไม่สมดุลของระบบการเงิน การออม และการลงทุน เงินออมจำนวนมากถูกนำไปลงทุนในตลาดตราสารหนี้ในประเทศที่พัฒนาแล้ว ด้วยสาเหตุที่ว่า ตลาดตราสารหนี้ภายในประเทศและประเทศในภูมิภาคยังไม่พัฒนาเท่าที่ควร ดังนั้น เมื่อประเทศต้องพึ่งพาเงินทุนจากต่างประเทศ เมื่อเกิดปัญหาทางเศรษฐกิจขึ้น เจ้าหนี้ต่างชาติต่างเรียกเงินคืนในเวลาอันรวดเร็ว ยิ่งไปกว่านั้น เงินที่กู้ยืมมาโดยส่วนใหญ่ ก็อยู่ในสกุลเงินดอลลาร์สหรัฐ ผลที่เห็นได้ชัดในเวลานั้นก็คือ เมื่อประเทศไทยปล่อยค่าเงินบาทลอยตัว จึงทำให้เงินกู้จากต่างประเทศมีภาระที่เพิ่มขึ้นถึง 2 เท่า หลังจากวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจครั้งนั้น มาถึงรัฐบาลสมัยนายกรัฐมนตรี พ.ต.ท. ดร. ทักษิณ ชินวัตร จึงมีแนวคิดที่จะพัฒนาตลาดพันธบัตรในภูมิภาคเอเชีย โดยสร้างความร่วมมือระหว่างกลุ่มประเทศเอเชีย เพื่อพัฒนาตราสารหนี้แห่งเอเชีย (Asian bond) และตลาดตราสารหนี้แห่งเอเชีย (Asian bond market) ซึ่งจะสามารถช่วยลดการพึ่งพาเงินทุนต่างชาติ และเป็นแหล่งเงินทุนที่รักษาเสถียรภาพของระบบการเงินและวัฏจักรของเศรษฐกิจในภูมิภาคได้เป็นอย่างดี

ในเดือนมิถุนายน พ.ศ.2545 การประชุมกรอบความร่วมมือเอเชีย (Asia Cooperation Dialogues-ACD) นายกรัฐมนตรี พ.ต.ท.ดร. ทักษิณ ชินวัตร ก็ได้นำเสนอความคิดนี้ให้แก่ผู้นำของประเทศในภูมิภาคเอเชีย ซึ่งได้รับความสนใจและการตอบรับเป็นอย่างดี และเรื่องนี้ก็ได้ถูกนำขึ้นมาเป็นประเด็นอีกครั้งในปีต่อมาที่การประชุม ACD ครั้งที่ 2 อีก รวมทั้งยังได้รับความสนใจและการตอบรับในแนวคิดดังกล่าว จากการประชุมความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก (Asian-Pacific Economic Cooperation-APEC) ตลอดจนถึงการประชุมผู้บริหารธนาคารกลางในภูมิภาคเอเชียตะวันออกและแปซิฟิก ซึ่งนับได้ว่าเป็นจุดกำเนิดของกองทุนพันธบัตรเอเชีย (Asian Bond Fund-ABF) มูลค่า 1 พันล้านเหรียญสหรัฐ

เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับนโยบายภาครัฐ และยังเป็นทางเลือก และสร้างประโยชน์ต่อผู้ลงทุนรายย่อยในการลงทุน ในการบริหารการลงทุนของตนเองเพื่อกระจายน้ำหนักการลงทุนในตราสารการเงิน รวมทั้งการกระจายความเสี่ยงของการลงทุน คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย จึงมีมติในการกำหนดนโยบายส่งเสริมการลงทุนในตราสารหนี้ของนักลงทุนรายย่อย โดยจัดตั้งตลาดตราสารหนี้ (Bond Electronic Exchange: BEX) ขึ้นและได้เปิดให้สามารถทำการซื้อขายตราสารหนี้อย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน พ.ศ.2546 เป็นต้นมา ต่อมาในการประชุมของคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เมื่อเดือน พฤษภาคม พ.ศ.2547 มีมติเพิ่มเติมให้มีการพัฒนาตลาดตราสารหนี้ BEX เพื่อให้เกิดความครอบคลุมการพัฒนาตลาดตราสารหนี้โดยรวม ไม่จำกัดเพียงการสร้างโอกาสให้นักลงทุนรายย่อยเท่านั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการเข้ามีส่วนร่วมอย่างจริงจังในการพัฒนาตลาดตราสารหนี้โดยสมบูรณ์แบบ ของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

2.1.9 ภาวะภาษีเกี่ยวกับการลงทุนในตราสารหนี้¹⁰

ภาวะภาษีเกี่ยวกับการลงทุนในตราสารหนี้ขึ้นอยู่กับองค์ประกอบหลายประการ รวมถึงประเภทของเงินได้ ประเภทของผู้มีเงินได้ ถิ่นที่อยู่ หรือการประกอบกิจการของผู้มีเงินได้ ทั้งนี้ภาษีที่เกี่ยวข้อง จะประกอบด้วย ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะและอากรแสตมป์ ตามประมวลรัษฎากร ภาษีหัก ณ ที่จ่าย เป็นส่วนหนึ่งของภาษีเงินได้บุคคล

¹⁰ สมาคมตลาดตราสารหนี้ไทย, ภาวะภาษีเกี่ยวกับการลงทุนในตราสารหนี้ [ออนไลน์], 20 ธันวาคม 2554. แหล่งที่มา http://www.thaibma.or.th/doc/research/16_tax.pdf

ธรรมดาและภาษีเงินได้นิติบุคคล อย่างไรก็ตามภาระภาษีตามประมวลรัษฎากรอาจได้รับการยกเว้นหรือการลดหย่อนภาษีตามข้อตกลงของอนุสัญญาภาษีซ้อนว่าด้วยการยกเว้นหรือการลดภาษีซึ่งประเทศไทยทำขึ้นกับต่างประเทศ

ภาษีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในตราสารหนี้ ประกอบไปด้วย ภาษีเงินได้ ภาษีหัก ณ ที่จ่าย ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์

2.1.9.1 ภาษีเงินได้

ผู้ลงทุนต้องนำรายได้ที่เกิดจากการลงทุนไปคำนวณภาษีเงินได้ โดยบุคคลธรรมดาที่มีสิทธิเลือกไม่นำเงินได้ไปรวมคำนวณภาษีได้

2.1.9.2 ภาษีหัก ณ ที่จ่าย

กฎหมายกำหนดให้ผู้จ่ายเงินได้มีหน้าที่หัก ณ ที่จ่ายสำหรับเงินได้จากการลงทุน ซึ่งส่วนใหญ่จะหักบุคคลธรรมดาในอัตราร้อยละ 15 นิติบุคคลร้อยละ 1 และมูลนิธิหรือสมาคมร้อยละ 10

2.1.9.3 ภาษีธุรกิจเฉพาะ

กิจการธนาคาร เงินทุนหลักทรัพย์จะเสียภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับรายได้ดอกเบี้ยส่วนลดหรือกำไร ก่อนหักรายจ่ายใดๆ จากการซื้อขายตราสารหนี้ในอัตราร้อยละ 3.3

2.1.9.4 อากรแสตมป์

เป็นการจัดเก็บภาษีรูปแบบหนึ่งซึ่งเก็บจากผู้ให้เช่า ผู้โอน ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย เป็นต้น โดยการโอนใบหุ้น หรือพันธบัตร ผู้โอนจะต้องติดอากรแสตมป์ 1 บาท ของทุกจำนวนเงิน 1,000 บาท หรือเศษของ 1,000 บาท โดยการโอนพันธบัตรรัฐบาลไทยหรือใบหุ้นกู้ ซึ่งสหกรณ์หรือธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรเป็นผู้ออก จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องติดอากรแสตมป์

ประเภทรายได้จากการลงทุนที่ต้องจ่ายภาษี ประกอบได้ด้วย 3 ส่วน ได้แก่ เงินได้จากดอกเบี้ย (Interest Income) เงินได้จากกำไรในการขาย (Capital Gain) และ เงินได้จากส่วนลดหรือผลต่างระหว่างราคาไถ่ถอนกับราคาจำหน่าย (Discount)

อย่างไรก็ตาม เงินได้จากการลงทุนดังกล่าวนี้จะต้องเสียภาษีหรือไม่ขึ้นอยู่กับประเภทของนักลงทุนว่าเป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือนิติบุคคลประเภทกองทุนรวม โดยการลงทุนในตราสารหนี้ของกองทุนรวมจะได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้ที่เกิดจากการลงทุน เนื่องจากกองทุนรวมมีลักษณะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหาก จากบริษัทจัดการ ผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่กองทุนรวมได้รับจะได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียภาษี แต่ในส่วนของผู้ถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมนั้น เมื่อได้รับเงินปันผลหรือเงินส่วนแบ่งกำไรจากมูลค่าหน่วยลงทุนจะยังคงมีภาระภาษีสำหรับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ในลักษณะเช่นเดียวกันกับภาระภาษีจากการลงทุนในตลาดตราสารทุน เว้นแต่กรณีผู้ลงทุนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาเมื่อนำเงินปันผลที่ได้รับจากกองทุนรวมไปรวมคำนวณเป็นเงินได้เพื่อเสียภาษี ผู้ลงทุนจะไม่สามารถเครดิตภาษีเงินปันผลได้ ซึ่งแตกต่างจากการลงทุนในตราสารทุน

ตารางที่ 1 ตารางภาระภาษีเกี่ยวกับการลงทุนในตราสารหนี้

| ประเภทการลงทุน | ประเภทรายได้ | ประเภทนักลงทุน | |
|--|--|---|---|
| | | ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา | บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล |
| พันธบัตรรัฐบาล และพันธบัตรรัฐวิสาหกิจ | ดอกเบี้ย | ถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย ร้อยละ 15 สิ้นปีเลือกเสียภาษีรวมกับเงินได้อื่นหรือไม่ก็ได้ ไม่ว่าจะ เป็นผู้ลงทุนไทยหรือต่างประเทศ | ถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย ร้อยละ 1 และต้องนำไปคำนวณรวมกำไรสุทธิ เว้นเป็นแต่ผู้ลงทุนต่างประเทศต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายร้อยละ 15 แต่ก็อาจได้รับการลดอัตราภาษีเหลือร้อยละ 10 ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน หรือได้รับการยกเว้นภาษีก็ได้ |
| | กำไรส่วนเกินทุน (capital gain) | ถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย ร้อยละ 15 สิ้นปีเลือกเสียภาษีรวมกับเงินได้อื่นหรือไม่ก็ได้ เว้นแต่พันธบัตรนั้นไม่มีดอกเบี้ย กำไรส่วนเกินทุน (Capital gain) จะได้รับยกเว้นภาษี ไม่ว่าจะ เป็นผู้ลงทุนไทยหรือต่างประเทศ | ไม่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย แต่ต้องนำไปรวมคำนวณกำไรสุทธิ เว้นแต่ผู้ลงทุนต่างประเทศต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายร้อยละ 15 แต่ก็อาจได้รับยกเว้นตามอนุสัญญาภาษีซ้อน |
| | เงินได้จากส่วนลดหรือผลต่างระหว่างราคาไถ่ถอนกับราคาจำหน่าย (discount) | หักภาษี ณ ที่จ่ายร้อยละ 15 เฉพาะผู้ลงทุนบุคคลธรรมดาที่เป็นผู้ทรงรายแรก และมีสิทธิเลือกไม่รวมคำนวณภาษีเงินได้ปลายปี | รวมคำนวณภาษีเงินได้ปลายปี โดยนิติบุคคลผู้ออกตราสารหักภาษี ณ ที่จ่ายร้อยละ 1 |

| ประเภทการลงทุน | ประเภทรายได้ | ประเภทหลักทรัพย์ | |
|----------------|--|--|---|
| | | ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา | บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล |
| หุ้นกู้ | ดอกเบี้ย | ถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย ร้อยละ 15 สิ้นปีเลือก เสียภาษีรวมกับเงินได้อื่นหรือไม่ก็ได้ ไม่ว่าจะ เป็นผู้ลงทุนไทยหรือ ต่างประเทศ | ถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย ร้อยละ 1 และต้องนำไปคำนวณรวมกำไรสุทธิ (มูลนิธิ สมาคม ต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายร้อยละ 10) เว้นเป็นแต่ผู้ลงทุน ต่างประเทศต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายร้อยละ 15 แต่ก็อาจได้รับการลดอัตราภาษีเหลือร้อยละ 10 ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน |
| | กำไรส่วนเกินทุน (capital gain) | ถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย ร้อยละ 15 สิ้นปีเลือก เสียภาษีรวมกับเงินได้อื่นหรือไม่ก็ได้ เว้นแต่หุ้นกุนั้นไม่มีดอกเบี้ยกำไรส่วนเกินทุน (Capital gain) จะได้รับยกเว้นภาษี ไม่ว่าจะ เป็นผู้ลงทุนไทยหรือ ต่างประเทศ | ไม่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย แต่ต้องนำไปรวมคำนวณกำไรสุทธิ เว้นแต่ผู้ลงทุน ต่างประเทศต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายร้อยละ 15 แต่ก็อาจได้รับยกเว้นตามอนุสัญญาภาษีซ้อน |
| | เงินได้จากส่วนลดหรือ ผลต่างระหว่างราคา ใถ่ถอนกับราคา จำหน่าย (dicount) | หักภาษี ณ ที่จ่าย ร้อยละ 15 เฉพาะผู้ลงทุน บุคคลธรรมดาที่เป็นผู้ ทรงรายแรก และมีสิทธิเลือกไม่รวมคำนวณภาษีเงินได้ปลายปี | รวมคำนวณภาษีเงินได้ ปลายปี โดยนิติบุคคลผู้ ออกตราสารหักภาษี ณ ที่จ่ายร้อยละ 1 |

2.2 ตราสารศุกก

2.2.1 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับอิสลาม

ก่อนที่การเข้าสู่ประเด็นเรื่องตราสารศุกกนั้น จำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจถึงพื้นฐานของศาสนาอิสลาม การลงทุนของอิสลาม และระบบการเงินของอิสลาม เนื่องจากการลงทุนของอิสลาม มีลักษณะเฉพาะตัวที่ซับซ้อนและสอดคล้องกับหลักศาสนา ดังนั้น จึงต้องมีความรู้ความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับอิสลาม เพื่อที่จะนำไปสู่การศึกษาถึงปัญหาที่เกิดจากการระดมทุนผ่านตราสารศุกกภายในประเทศไทยต่อไปได้

2.2.1.1 ความหมายของอิสลาม

อิสลามเป็นคำในภาษาอาหรับ มีความหมายตามศัพท์ว่า การเข้ารับนับถือศาสนาอิสลาม และมีความหมายทางศาสนาว่า ยอมรับและจงรักภักดีต่ออัลเลาะห์ พระเจ้าองค์เดียว¹¹

“อิสลาม” มาจากคำว่า “อัลละมะ” ซึ่งมาจากรากศัพท์ว่า “ชะลิมะ” แปลว่าสันติ การนอบน้อม การยอมจำนนโดยสิ้นเชิง ในเวลาหนึ่งพันสี่ร้อยปีมานี้ อิสลามเป็นที่รู้จักกันในนามชื่อของศาสนาที่สำคัญศาสนาหนึ่งของโลกซึ่งมีประชากรมากและกระจายอยู่ทั่วไปทั้งในทวีปเอเชีย อเมริกาเหนือ-ใต้ ยุโรป แอฟริกาและโอเชียเนีย

อิสลามถูกจัดให้อยู่ในประเภทศาสนาเอกเทวนิยม คือ นับถือพระเจ้าองค์เดียว ซึ่งพระเจ้าในอิสลามมีพระนามว่า “ฮัลลอฮ์” (ซุบห์ฯ)* ฉะนั้น อิสลามจึงมีความหมายว่าการนอบน้อมมอบตนต่อพระเจ้าผู้เป็นเจ้า ฮัลลอฮ์ แต่พระองค์เดียวโดยสิ้นเชิง เพื่อความสันติ ฉะนั้นบุคคลใดก็ตามที่มีลักษณะดังกล่าวนี้จึงเรียกว่า “มุสลิม” ซึ่งมีรากศัพท์มาจากคำว่า “ชะละมุน”

สำหรับคำว่า “มุสลิม” คือ คำนามที่ใช้เรียกชื่อผู้ที่นับถือศาสนาอิสลาม ซึ่งเป็นของมนุษยชาติ มิได้เป็นของชาติหนึ่งชาติใดโดยเฉพาะ ในปัจจุบันจึงมีทั้งอาหรับมุสลิม ไทยมุสลิม จีน

¹¹ อิมรอน มะลูลีม, ศาสนาอิสลามเบื้องต้น(ศาสนา 431) (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์,2524), หน้า 23.

มุสลิม ญี่ปุ่นมุสลิม อังกฤษมุสลิม ฯลฯ แต่จะเป็นชาติใดก็ตาม มุสลิม หมายถึง ผู้นอบน้อมตนต่อพระเจ้าผู้เป็นเจ้าอัลลอฮ์ (ซุบหฺ) แต่ผู้เดียวอย่างสิ้นเชิงเพื่อความสันติ

ดังนั้น หากจะว่าอิสลามเป็นศาสนา (Religion) อิสลามก็เป็นศาสนาได้ด้วยประการดังกล่าว แต่ในความเป็นจริง อิสลามเป็นมากกว่าศาสนา คืออิสลามเป็นระบอบการดำเนินชีวิต (Way of life) เป็นทางนำของมนุษย์ ตั้งแต่เกิดจนตาย ทั้งนี้เพราะอิสลามครอบคลุมไปถึงระบอบการเมือง และการปกครอง เศรษฐกิจ ศาสนา ฯลฯ¹²

2.2.1.2 ระบบเศรษฐกิจของอิสลาม

อิสลามมีการสร้างระบบเศรษฐกิจของตนเอง ซึ่งแตกต่างจากระบบเศรษฐกิจโดยทั่วไป เนื่องจากระบบเศรษฐกิจของอิสลามต้องสอดคล้องกับหลักศีลธรรม มีการวางระบบในการดำรงชีพทุกด้าน โดยเป็นไปตามความเป็นจริงในชีวิตการเป็นอยู่ ซึ่งมีมูลฐานที่ว่า อัลลอฮ์ (ซุบหฺ) เป็นผู้สร้างจักรวาล ทรงสร้างพิภพ และเป็นผู้ให้บังเกิดมนุษย์ ดังนั้น อัลลอฮ์ (ซุบหฺ) จึงทรงเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทุกอย่าง เนื่องจากพระองค์เป็นผู้ทรงให้บังเกิดสิ่งเหล่านั้น มนุษย์เป็นเพียงตัวแทนที่สามารถใช้สิ่งต่างๆที่พระองค์ได้สะสมไว้ เป็นปัจจัยในการยังชีพ โดยมีสัญญาผูกพัน และเงื่อนไขโดยต้องอยู่ในกรอบที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน ซึ่งมนุษย์จะต้องดำรงชีวิตให้อยู่ในแนวทางของอัลลอฮ์และบทบัญญัติของพระองค์

โดยเศรษฐกิจของมุสลิมนั้นจะตั้งอยู่บนความสำเร็จโดยปราศจากศีลธรรมมาเป็นเครื่องรองรับไม่ได้ ถือว่าเป็นการผิดต่อหลักการและการปฏิบัติงานในการดำรงชีพ ถ้าหากขาดเสียซึ่งศีลธรรมก็จะไม่ได้รับความสำเร็จ โดยระบบที่มีศีลธรรมเป็นหลักนั้นจะช่วยชำระล้างกลไกเหล่านั้นให้สะอาดบริสุทธิ์ปราศจากความแปดเปื้อนของดอกเบี้ย ต่อจากนั้นศาสนาอิสลามจะอนุมัติให้ดำเนินงานไปตามกฎเกณฑ์ที่เห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ไม่เป็นพิษร้ายต่อมนุษยชาติ ซึ่งในการจัดระเบียบนั้นก็ได้ทำให้มีการกระทบกระเทือนต่อพัฒนาการทางเศรษฐกิจแต่ประการใด¹³

¹²เสาวนีย์ จิตต์หมวด, วัฒนธรรมอิสลาม, (กรุงเทพมหานคร : - ,2522), หน้า 20.

¹³อิมรอน มะลูลีม, ศาสนาอิสลามเบื้องต้น(ศาสนา 431) , หน้า 82.

2.2.1.3 หลักชะรีอะห์ (Shariah)

กฎหมายอิสลามที่ชาวมุสลิมนำมาใช้ปฏิบัติกันทุกวันนี้มีที่มาจากแหล่งต่างๆ อันได้แก่ อัลกุรอาน อันเป็นคัมภีร์ในการรวมพระวจนะที่พระเจ้าทรงประทานให้แก่ศาสดามุฮัมมัดโดยการให้เป็นตัวบทและมุสลิมทุกคนต้องถือปฏิบัติอย่างปฏิเสธไม่ได้ อัลฮาดิซ หรือ ซุนนะฮ์(วจนะ) เป็นคำพูด การกระทำและการรับรองของท่านศาสดา อัลอิมามฮ์ ซึ่งหมายถึงมติของนักปราชญ์ภายหลังที่ท่านศาสดาถึงแก่กรรม โดยเป็นการวิเคราะห์ ดีความในเรื่องต่างๆซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยเอกฉันท์และอัลกียาส ซึ่งหมายถึงการเปรียบเทียบในข้อชี้ขาด เป็นต้น ซึ่งในภาษาอาหรับเรียกว่า “ชะรีอะห์” (Shariah) อันเป็นสิ่งที่มุสลิมต้องถือปฏิบัติตาม¹⁴

อาจกล่าวได้ว่า ชะรีอะห์ คือ ประมวลข้อปฏิบัติต่างๆ ของศาสนาอิสลาม เมื่อพิจารณาจากศัพท์แล้วพบว่า “ชะรีอะห์” แปลว่า “ทาง” หรือ “ทางไปสู่แหล่งน้ำ” ชะรีอะห์นับเป็นโครงสร้างทางกฎหมายที่ครอบคลุมวิถีการดำเนินชีวิตของบุคคลและสาธารณชนที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติศาสตร์ (jurisprudence) ของศาสนาอิสลามสำหรับใช้โดยมุสลิม

โดยชะรีอะห์นั้นมีครอบคลุมด้านต่างๆ ของชีวิตประจำวันรวมทั้งระบบการปกครอง, ระบบเศรษฐกิจ, ระบบการดำเนินธุรกิจ ระบบการธนาคาร, ระบบการทำสัญญา, ความสัมพันธ์ในครอบครัว, หลักของความสัมพันธ์ทางเพศ, หลักการอนามัย และปัญหาสังคม

ในปัจจุบันชะรีอะห์เป็นกฎหมายศาสนาที่ใช้กันอย่างกว้างขวางที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบกฎหมายแพ่ง (Civil Law)

หลักชะรีอะห์ (Shariah) ที่สำคัญอันเกี่ยวข้องกับ การออกตราสารศุกุก ได้แก่

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

2.2.1.3.1 ดอกเบี้ย (Riba)

ดอกเบี้ย (Riba) ในความหมายของอิสลาม หมายถึง การกินเลยในการ ซื้อขายแลกเปลี่ยนระหว่างสิ่งสองสิ่งที่มีดอกเบี้ยอยู่ในตัวของมันเอง หรืออาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ดอกเบี้ย (riba) หมายถึง การรับเอาสิ่งที่เพิ่มขึ้นจากจำนวนเงินที่ยืมไป¹⁵

ตามหลักศาสนาของอิสลามการจ่ายหรือรับดอกเบี้ยนั้น เป็นการ ทำลายหลักการของศาสนาอิสลาม และเป็นการแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ถูกต้องตามหลักศาสนาอิสลาม เป็นการชู้ตริตที่อิสลามถือว่า เป็นการกระทำอันเป็นบาปที่สำคัญประการหนึ่ง อาจกล่าวได้ว่า เป็นบาปหนักที่สุด¹⁶

การเรียกเก็บดอกเบี้ยและการแสวงหากำไรอันมิชอบด้วย หลักการของอิสลามนั้น เป็นมูลเหตุแห่งการรวบรวมกำลังโลกทรัพย์สินศูนย์กลางและแบ่งประชาชนออกเป็นสองกลุ่ม คือกลุ่มผู้ร่ำรวยและกลุ่มผู้ยากจน ซึ่งในที่สุดสงครามและความไม่ปกติสุขก็จะเกิดขึ้นจากสาเหตุนี้

โดยอิสลามเห็นว่าระบบแห่งดอกเบี้ยนั้น เป็นระบบที่ตั้งอยู่บนหลักการที่ไม่ว่าจะอยู่ในสภาวะใด ไม่ว่าผู้กู้ยืมจะอยู่ในฐานะได้กำไรหรือขาดทุน การใช้เงินที่กู้ยืมมานั้น ผู้ให้กู้จะต้องเรียกดอกเบี้ยตามจำนวนเงินกู้ ผู้ให้กู้ไม่รับรู้แต่ประการใดกับการขาดทุนของผู้กู้ที่เกิดขึ้น และแม้กรณีผู้ประสบภาวะล้มละลายจนต้องเลิกกิจการ ก็จะต้องจ่ายดอกเบี้ยโดยปราศจากข้อแม้ แม้สภาพดังกล่าวนี้จะขัดกับมาตรฐานแห่งความดีงามตามความยุติธรรมและคุณค่าแห่งความมนุษย์ที่เป็นธรรมนั้น เรียกร้องให้ผู้เอาผลประโยชน์จากผู้กู้เมื่อผู้กู้มีกำไร และผู้รับเอาผลประโยชน์ควรจะมีส่วนเฉลี่ยความสูญเสียด้วยเมื่อมีการขาดทุนเกิดขึ้น ย่อมไม่เป็นการยุติธรรมเลยที่ผู้รับเอาผลประโยชน์

¹⁵ บรรจง บินกาซัน, ดอกเบี้ยและระบบธนาคารอิสลาม(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจริญธรรม,2541), หน้า 14.

¹⁶ อัล ชะฮีด ชัยยิด มุฮัมมัด บากิร ศอตร์, พื้นฐานธนาคารอิสลาม, แปลโดย มุฮัมมัด ฮัมชะฮ์ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ 14 พับลิเคชั่น,2545), หน้า 45.

เมื่อมีกำไร แต่ไม่ต้องรับผิดชอบอันใดเมื่อมีการขาดทุนเกิดขึ้นแก่อีกนัยหนึ่งซึ่งระบบแห่งความสัมพันธ์
เช่นนี้มิได้มีอันใดเป็นพื้นฐาน นอกจากเพื่อผลประโยชน์ส่วนบุคคลโดยปราศจากความรับผิดชอบ

ในคัมภีร์อัล กุรอาน จึงได้บัญญัติถึงสภาวะของบุคคลผู้เอารัด เอาเปรียบนี้
ว่า “บรรดาผู้กินดอกเบีย พวกเขาจะไม่ยี่นขึ้น นอกจากประดุจดังผู้ที่มาร่ำยสิ่งสุ่ เนื่องจากความ
วิกลจริต” (อัล กุรอาน บท อัล บะกอเราะห์ โองการที่ 275)

การกินดอกเบียนั้นหาเพียงแต่กระทบต่อศีลธรรมของผู้ประกอบ เท่านั้นไม่
แต่ยังมีผลกระทบต่อสังคมหลายประการคือ ด้านศีลธรรม ด้านเศรษฐกิจ และความชั่วร้ายอื่นๆ และ
ด้วยเหตุผลอันสำคัญนี้อิสลามจึงถือเป็นการกระทำอันเป็นการ “กบฏ” ต่อพระเจ้าเป็นเจ้า อัล กุรอาน
อันศักดิ์สิทธิ์ได้บัญญัติว่า

“โอ้บรรดาผู้มีศรัทธาทั้งหลาย จงอย่าเกรงอัลลอฮ์และจงละเว้น ดอกเบียที่
ยังตกค้างกันอยู่(ก่อนลงบัญญัติห้าม) ทั้งนี้หากพวกเจ้าเป็นผู้มีศรัทธาอย่างแท้จริง ดังนั้นหากพวกเจ้า
ไม่ทำ (ตามคำสั่งนี้) แน่نونพวกเจ้าจงมั่นใจเถิดว่าจะมีสงคราม(การลงโทษ)จากอัลลอฮ์และศาสนทูต
ของพระองค์(ต่อพวกเจ้า)และหากพวกเจ้าทั้งหลายกลับใจ(ไม่กินดอกเบีย)แน่อนพวกเจ้าก็ได้แต่
ต้นทุนแห่งทรัพย์สินของพวกเจ้า(ที่ให้กู้ไป)พวกเจ้าไม่ฉ้อฉลและไม่ถูกฉ้อฉล และถ้าเขา(ลูกหนี้) เป็นผู้
มีฐานะยากไร้ก็ให้รอไปก่อนจนกว่าเขาจะมีฐานะดีขึ้น(จึงจะทวงหนี้คืน)และการทำทาน(ยกขึ้น)ของ
เจ้าเหล่านั้น ย่อมเป็นความดีสำหรับพวกเจ้าเอง หากพวกเจ้ารู้” (อัล กุรอาน บท อัล บะกอเราะฮ์
โองการที่ 278-280)

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าอิสลามจะห้ามในเรื่องดอกเบียแต่อิสลามอนุญาตใน
เรื่องกำไรที่ได้จากการลงทุนลงแรงค้าขาย แต่กำไรที่ได้จากการค้าขายนั้น ต้องเป็นกำไรปกติ และห้าม
คิดกำไรเกินปกติอย่างเด็ดขาด เพราะอิสลามเห็นว่ากำไรเช่นนั้น เป็นการขูดรีดสังคม กำไรประเภทนี้
เป็นผลที่เกิดขึ้นมาจากการผูกขาด ซึ่งเป็นลักษณะของเศรษฐกิจแบบทุนนิยม¹⁷

¹⁷ บรรจง บินกาซัน, เศรษฐศาสตร์อิสลาม (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริหารงานต้อนรับศตวรรษ
ที่ 15 แห่งอิญญะเราะฮ์ศักราช,2523), หน้า1175.

แม้ในอัลกุรอานจะกล่าวอย่างชัดเจนว่าอนุมัติในเรื่องการค้า และห้ามในเรื่องดอกเบี้ย ซึ่งอาจเป็นปัญหาที่มีการโต้แย้งว่า “การค้าเหมือนกับดอกเบี้ย” จึงอาจกล่าวเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างการค้าและดอกเบี้ยโดยสรุปได้ว่า ความเสี่ยงนั้นเป็นสิ่งที่ทำให้ดอกเบี้ยนั้นมีความแตกต่างจากผลกำไร เพราะกรณีของดอกเบี้ยนั้นจะไม่คำนึงถึงการขาดทุนใดๆ เนื่องจากการกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้แล้ว ซึ่งแตกต่างจากกรณีเรื่องการค้าหากำไร ซึ่งผู้ค้าต้องแบกรับความเสี่ยงต่อรายได้ที่ไม่แน่นอน เนื่องจากกำไรเป็นส่วนที่เหลือจากการลงทุนทั้งแรงงานความสามารถ ตลอดจนจนถึงทุนด้วย ดังนั้น จึงต้องมีการตอบแทนความเสี่ยงในการค้าในรูปแบบของกำไร อีกทั้งการค้ำนั้นเมื่อมีการแลกเปลี่ยนสินค้ากันแล้ว กิจกรรมระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายจะสิ้นสุดลง ผู้ซื้อไม่ภาระใดๆต่อผู้ขายอีก แต่กรณีของดอกเบี้ยนั้นผู้ให้กู้ยังสามารถเรียกร้องต่อผู้กู้ได้ ดอกเบี้ยไม่ใช่ผลผลิตในกระบวนการผลิตแต่เป็นต้นทุนที่ผู้ผลิตเพิ่มเข้าไปในสินค้าที่ผลิต ซึ่งแตกต่างจากกำไรที่เกิดจากความสามารถในการผลิต เป็นต้น

แม้ว่าอิสลามจะอนุมัติกำไรที่เกิดขึ้นจากการลงทุนในการค้าขาย แต่กำไรนั้นต้องเป็นกำไรที่มีขอบเขตจำกัด โดยต้องเป็นกำไรที่ได้โดยปกติ กล่าวคือ ระดับผลกำไรนั้นจะไม่ทำให้หน่วยผลิตเกิดขึ้นใหม่อย่างมากมายและต้องเป็นระดับกำไรที่ไม่ทำให้หน่วยผลิตเดิมที่มีอยู่แล้วหายไป อันเป็นการห้ามให้มีการค้ากำไรเกินควร อีกทั้งยังห้ามการขายโดยผูกขาด เพราะอิสลามถือว่าการค้ากำไรเกินควรและการขายโดยผูกขาดนั้นเป็นการชู้ดรีต และเอาไรต์เอาเปรียบอันเป็นการผิดต่อหลักศาสนา¹⁸

2.2.1.3.2 ความไม่แน่นอน (Gharar)

Gharar มีรากศัพท์มาจากภาษาอาราบิกที่หมายถึง การหลอกลวง แต่ในทางปฏิบัติแล้วคำนี้ถูกใช้ค่อนข้างกว้างขวาง Gharar ยังหมายความรวมถึง ความไม่แน่นอน ความเสี่ยง อันตราย และการหลอกลวง เช่น ความไม่แน่นอนของสินค้า การหลอกลวงผู้ซื้อ เป็นต้น

¹⁸ บรรจง ปินกาชัน, ดอกเบี้ยและระบบธนาคารอิสลาม(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจริญธรรม,2541), หน้า 32-35.

2.2.1.3.3 การพนัน (Qimar)¹⁹

Qimar หมายถึง ชุกรกรรมระหว่างคู่สัญญาตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป ซึ่งผลของ ชุกรกรรมนั้นทำให้ฝ่ายหนึ่งเสีย ถือเป็นการหาประโยชน์จากความสูญเสีย หรือค่าใช้จ่ายของอีกฝ่าย หนึ่ง

2.2.1.3.4 การห้ามอื่นๆ (Haram)

นอกเหนือจากการห้ามการคิดดอกเบี้ย การห้ามเรื่องความไม่แน่นอน และการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการพนันแล้ว ยังมีข้อห้ามอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายสินค้าและบริการที่ขัดต่อจริยธรรม เช่น สื่อลามก การค้าประเวณี เป็นต้น

2.2.1.4 สำนักคิดทางกฎหมายอิสลาม (Islamic school of thought)

หลักการด้านกฎหมายอิสลาม ถือว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่ง และถือได้ว่าเป็น ประเด็นหนึ่งที่มีทัศนะที่แตกต่างมากเป็นที่สุด กล่าวคือหลังจากการจากไปของท่านپیغمبر สำนักคิดอิสลาม*ได้แตกออกหลายกลุ่ม และมีความแตกต่างกันทางด้านหลักปฏิบัติ

¹⁹ นภนวลพรรณ ภาวสันต์, บทศึกษาเรื่องตราสารสุกุก (Sukuk : Islamic Bond), สำนักงานคณะกรรมการ กู้กับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, 26 กันยายน 2548.

*สำนักคิดด้านกฎหมาย หรือ มัชฮับ ในภาษาอาหรับตามหลักภาษา หมายถึง ที่ไป หรือ ทางไป ตามหลัก วิชาการ หมายถึง ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับธรรมเนียมในเชิงปฏิบัติของปวงประชาชาติที่ถูกนำมาใช้กับ การกำหนดกฎต่างๆ ที่ประชาชาติในระดับมุญาฮิด (ผู้มีคุณสมบัติครบถ้วนในการวินิจฉัยกฎหมายอิสลาม) ได้วินิจฉัยออกมา หรือหมายถึง กฎต่างๆ ที่ได้วินิจฉัยออกมาตรงตามกฎเกณฑ์และหลักการของประชาชาติที่อยู่ในระดับมุญาฮิด โดยบรรดาสาธุศิษย์ ที่อยู่ในระดับมุญาฮิดที่ปฏิบัติตามหลักการต่างๆ ของประชาชาติดังกล่าวในการวิเคราะห์วินิจฉัยกฎออกมา การมีมัชฮับ ตามความที่กล่าวมานี้ จึงหมายถึง หนทางหรือแนวทางของบรรดาปวงประชาชาติได้ยึดถือปฏิบัติกัน ไม่ว่าจะเป็นัก ษะดิษ นักนิติศาสตร์ นักอธิบายอัลกุรอาน และอักษรศาสตร์ ซึ่งในเรื่องนี้นั้น ไม่มีนักวิชาการท่านใดที่โลกยอมรับจะ ให้การปฏิเสธ เพราะท่านจะพบว่า บรรดานักวิชาการทั้งหลายเขาปฏิบัติตามมัชฮับที่ตนพึงพอใจทั้งสิ้นโดยเขานำพิ ตวา (Fatwa) มาตัดสินแก่ผู้คนทั้งหลาย

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 2 ของอิจราฮ์ศักราช ถือได้ว่าเป็นช่วงสมัยของตาบีน (เพื่อนของอัครสาวกศาสนา) ได้เกิดคิดเห็นแตกต่างกันด้านหลักปฏิบัติเกิดขึ้น ทำให้มีสำนักทางกฎหมายอิสลามเกิดขึ้นมากมาย

จากที่ได้ศึกษาค้นคว้าตำราด้านสำนักคิดต่างๆในอิสลามพบว่า นักวิชาการได้สรุปส่วนหนึ่งของเหตุซึ่งทำให้กำเนิดสำนักด้านกฎหมาย ได้แก่²⁰ การตีความทางด้านภาษาอาหรับ การเข้าถึงแหล่งที่มาของกฎหมายอิสลามโดยเฉพาะวัจนะศาสตร์ และการใช้กฎเกณฑ์ของแหล่งที่มาต่างกันในการพิจารณากฎหมาย จากเหตุผลดังกล่าว จึงสามารถสรุปได้ว่า เป็นความจำเป็นในการการจัดระบบนิติศาสตร์หรือกฎหมายอิสลามของประชาญ์อิสลามยุคต่างๆ

การกำเนิดวิชากฎหมายอิสลาม นั้นค่อยๆ ตามมาพร้อมๆ กับการที่อิสลามได้แพร่ขยายเข้าไปในดินแดนต่างๆ ซึ่งได้มีผู้คนจำนวนมากได้เข้ามาสู่อิสลาม และอิสลามวิถีชีวิตใหม่ที่เขาสัมผัสนั้นแตกต่างเป็นอย่างมากกับศาสนาอื่นๆ ที่พวกเขาเคยเป็นอยู่ เพราะอิสลามได้ครอบคลุมชีวิตทุกด้าน และเสนอการแก้ปัญหาทุกมิติของมนุษย์ ดังนั้น มุสลิมรุ่นใหม่ๆ ที่ยังไม่อาจเข้าสู่รายละเอียดของคำสอนอิสลามทั้งหมดได้ จึงต้องการโครงสร้างของอิสลามที่นำเสนอแบบแผนของชีวิตที่ง่ายต่อการปฏิบัติตาม ความจำเป็นอันนี้ได้ทำให้กลุ่มนักต่อสู้เพื่ออิสลามในยุคแรกเริ่มได้เข้าไปสร้าง งานยิ่งใหญ่ที่สุดอีกงานหนึ่ง นั่นคือการจัดระบบกฎหมายอิสลามหรือภาษาอาหรับเรียกว่า“ฟิกฮ์”ซึ่งงานนี้มีความรุ่งเรืองขึ้นพร้อมๆ กับการเคลื่อนไหวเพื่อพิทักษ์หะดีษ เพราะเป็นงานที่ต้องอาศัยการคำนวณจากหะดีษ เนื่องจากกฎหมายอิสลามก็คือการจัดระบบการปฏิบัติที่นำมาจากอัล-กุรอานและหะดีษนั่นเอง

สิ่งที่ทำให้กฎหมายอิสลามมีลักษณะเด่นก็คือ กฎหมายอิสลามนอกจากมีลักษณะครอบคลุมชีวิตตั้งแต่เกิดจนถึงตายแล้ว มันยังมีลักษณะยึดหยุ่นในตัวมันเอง ลักษณะนี้เกิดมาจากตัวบทของกุรอานและหะดีษที่มีเนื้อหา 2 แบบ นั่นคือ แบบแรกคือเนื้อหาที่ชัดเจนเด็ดขาด ซึ่งส่วนนี้จะ เป็นรากฐาน เป็นหลักใหญ่ที่หลักย่อยทั้งหมดต้องอ้างอิงกลับไป แบบที่สองคือเนื้อหาที่มีความหมาย

²⁰ Taha Jabir, Ulwani., Adab Iktilaf fi al-Islam (Riyad : al-Dar al- Alamiah lial- Kitab al – Islami,1995), pp. 105-114.

หลายนัย ส่วนนี้เป็นเจตนารมณ์ที่จะก่อให้เกิดความยืดหยุ่น และในส่วนนี้เองที่ก่อให้เกิดการตีความหรือวินิจฉัย

ด้วยเหตุนี้เองในรายละเอียดปลีกย่อยบางอย่างในทางกฎหมายจึงมีความหลากหลาย ทักษะ ทำให้อิสลามมีลักษณะเรียบง่าย ยืดหยุ่นและอ่อนโยน ปราศจากความตายตัว และความเคร่งเครียด เท่ากับว่าลักษณะนี้ของกฎหมายอิสลามนั้นช่วยทำให้สามารถดำเนินผ่านยุคสมัยที่มีความแตกต่างกัน หรือสถานที่ที่มีบรรยากาศไม่เหมือนกันไปได้ตลอด

ดังนั้นการเกิดขึ้นของสำนักคิดทางกฎหมายหลายสำนักที่มีรายละเอียดปลีกย่อยแตกต่างกัน จึงเป็นเรื่องของธรรมชาติของอิสลามที่ยืดหยุ่น และสะท้อนความสามารถสนองตอบต่อสถานการณ์ที่มีปัจจัยแตกต่างกันออกไป²¹

สำนักคิดทางกฎหมายอิสลาม แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ แนวซุนนีย์ และชีอะห์ และสำหรับสำนักคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตีความการดำเนินธุรกรรมทางการเงินในปัจจุบันนั้น ยึดถือตามแนวทางของซุนนีย์ โดยแบ่งออกเป็นสำนักคิดทางกฎหมายต่างๆ ได้ดังนี้²²

2.2.1.4.1 สำนักฮานาฟี (Hanafi)

ผู้ให้กำเนิดสำนักคิดนี้ คืออิมามอบู ฮานีฟา บิน ซาบิต (ABU HANIFA BIN THABIT) หรือเรียกกันว่าอิมาม อซิม (AZIM) หรืออิมามใหญ่ ซึ่งเกิดในประเทศอิรักเมื่อประมาณปี ค.ศ.699 และสิ้นชีวิตประมาณปี ค.ศ.769 สำนักคิดของท่านมีลูกศิษย์เป็นจำนวนมากที่สุด เช่น บังคลาเทศ ปากีสถาน อินเดีย อัฟกานิสถาน เอเชียกลาง และตุรกี

ลักษณะเฉพาะของสำนักฮานาฟี คือ การใช้กีياس* ในการตีความกฎหมาย โดยท่านฮานาฟีอนุญาตให้ใช้ความเป็นอิสระอย่างมากในการตัดสินส่วนตัว

²¹ อัลอัค, ปราชญ์แห่งสำนักนิติศาสตร์อิสลามทั้ง 4 ผู้นำขบวนการบูรณการชีวิตอิสลาม[ออนไลน์]. 30 กันยายน 2553. แหล่งที่มา http://www.fityah.com/index.php?option=com_content&task=view&id=406&Itemid=33

²² อิมรอน มะลูลิม, ปรัชญาอิสลาม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นำทาง, 2534), หน้า 32 -33.

2.2.1.4.2 สำนักมาลิกี (Maliki)

สำนักนี้ผู้จัดตั้ง คือ อิมาม มาลิก อิบน์ อนัส (MALIK IBN ANAS) ซึ่งถือกำเนิดในกรุงมะดีนะฮ์ ในปี ค.ศ.712 และสิ้นชีวิตในปี ค.ศ.795 ลูกศิษย์ของท่านมีอยู่ในแหลมอารเบียและแอฟริกา

อิมามมาลิกมีแนวทางแตกต่างออกไปจากแนวทางของอิมามฮานีฟากล่าวคือ ท่านอิมามมาลิกนั้นไม่ใช่แนวทางการเปรียบเทียบ การลงความเห็นหรือข้อวินิจฉัยทั้งหมด แต่ใช้แนวทางในการค้นหาหะดีษมาใช้ให้ครอบคลุมความต้องการทุกอย่าง เมื่อได้หะดีษแล้วจึงนำมาตีความข้อกฎหมาย ผลงานทางนิติศาสตร์ของท่าน คือ “มุวัตตะ” หรือ “ทางแห่งความสุข” โดยการรวบรวมหะดีษนั่นเอง

2.2.1.4.3 สำนักชาฟีอี (Shafi'i)

สำนักนี้ถูกจัดตั้งขึ้นโดย อิมาม มุฮัมมัด อิบน์ อดรีส อัช-ชาฟีอี (HUMAMMAD IBN IDRIS ASH-SHAFI'I) ซึ่งเป็นชาวอาหรับ เกิดในประเทศปาเลสไตน์ เมื่อปี ค.ศ. 769 และสิ้นชีวิตที่กรุงไคโร เมื่อปี ค.ศ. 819 ท่านมีลูกศิษย์อยู่ในประเทศ ได้แก่ อียิปต์ แอฟริกาเหนือ อารเบียใต้ เปอร์เซียตะวันตกเฉียงเหนือ อินเดียใต้ ศรีลังกา และเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เกือบทั้งหมด

ระบบของอิมาม อัช-ชาฟีอีนี้เป็นระบบที่เลือกสิ่งที่เห็นว่าดีที่สุดจากหลายแห่ง คือ เลือกจากระบบของอิมามกลุ่มซุนนี คือ ท่านอบู ฮานีฟ และท่านมาลิก และจากท่านอิมามกลุ่มชีอะฮ์ คือ ท่านญาฟัร อัช-ซาดิก (JAFAR AS-SADIQ)

* กียาส หมายถึง การพิจารณาโดยใช้เหตุผลเปรียบเทียบ ใช้เพื่อให้เรื่องราวถูกต้องตามกาลเทศะ คือ เหตุการณ์หรือกรณีใหม่ ๆ จะถูกตัดสินโดยเปรียบเทียบกับเหตุการณ์หรือกรณีเก่า ๆ ที่มีอยู่ในกรูอานหรือหะดีษตามลักษณะที่แท้จริง กียาสของคนรุ่นหนึ่งอาจถูกปฏิเสธโดยคนอีกรุ่นหนึ่งได้

2.2.1.4.4 สำนักคิดฮัมบาลีย์ (Hanbali)

สำนักคิดนี้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยอิมามอะห์หมัด อิบน์ ฮัมบาล (AHMAD IBN HAMBAL) ผู้เป็นเชื้อสายชาวอาหรับ เกิดในประเทศอิหร่าน เมื่อประมาณปี ค.ศ.780 ท่านได้ไปศึกษาในเมืองแบกแดด และสิ้นชีวิตในปี ค.ศ.855 ลูกศิษย์ของท่านอยู่ในแหลมอารเบียเป็นส่วนใหญ่

อิมามฮัมบาลไม่พอใจกับระบบใดที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ ท่านคิดว่าระบบของสำนักฮานาฟี (Hanafi) มีเสรีภาพจนเกินไป เห็นว่าระบบของสำนักมาลิกี (Maliki) แคบจนเกินไป และระบบของสำนักชาฟีอี (Shafi'i) มีความธรรมดาสามัญจนเกินไป ท่านอิมามฮัมบาลจึงได้ตั้งระบบใหม่ขึ้นมา ซึ่งอาศัยหะดีษและนำเอาความเห็นของนักปราชญ์สำนักสัฟาติยะฮฺมาใช้

2.2.2 แนวคิดและลักษณะของตราสารสุกุก

เมื่อกล่าวถึงที่มาและการพัฒนาตราสารสุกุกในระบบการเงินอิสลามนั้น มีการเติบโตและมีความแพร่หลายที่สูงของตราสารในอุตสาหกรรมทางการเงินอิสลามในไม่กี่ปีที่ผ่านมา ทำให้คำว่า “Sukuk” คล้ายกับตลาดทุนอิสลาม การทำตามหลักชารีอะห์ในการถือประโยชน์ในการลงทุนในตราสารหรือหลักทรัพย์ที่ได้ผลตอบแทนที่คงที่ (fixed income securities) ที่นำไปสู่ผลิตภัณฑ์ที่เรียกว่า “ตราสารอิสลาม (Islamic bonds)” ที่สามารถเสนอขายให้นักลงทุนอิสลามในการซื้อตราสารที่แสดงสิทธิในการได้รับส่วนแบ่งของกำไรที่เกิดขึ้นจากฐานของสินทรัพย์อ้างอิงและสามารถขายในตลาดรองได้ ทำให้ตราสารสุกุกเป็นผลิตภัณฑ์ที่ดึงดูดผู้ออกตราสารทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ซึ่งใช้ตราสารสุกุกในการรับประโยชน์จากการขยายตัวของแหล่งทางการเงินในการเพิ่มการลงทุนและเป้าหมายการลงทุนที่ซับซ้อนยิ่งขึ้น

จากร่องรอยหลักฐานที่ปรากฏ พบว่าโครงสร้างตราสารสุกุกได้ถูกใช้ในสังคมมุสลิมตั้งแต่ก่อนช่วงยุคกลาง โดยตราสารนั้นได้แสดงถึงความเป็นหนี้ที่มาจากการค้าและกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้า

คำว่า “sukuk” เมื่อย้อนรอยไปถึงเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการค้าของอิสลามในสมัยโบราณนั้นแสดงถึงตราสารสำหรับสินค้าและเครื่องอุปโภคบริโภค (“sakk al-bada'i”) ว่าเป็นวิธีการ

จ่ายเงินเดือนให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งจะถูกไถ่คืนในภายหลัง ได้แก่ ตราสารที่อิงการบริโภคสินค้า หรือเครื่องอุปโภคบริโภคแบบวันต่อวัน อย่างไรก็ตามตราสารศุกุกเป็นที่เข้าใจในรูปแบบปัจจุบัน มาจากคำพิพากษาของ Islamic Jurisprudence Council (IJC) ที่ได้วางบรรทัดฐานไว้ในวันที่ 6-11 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1988 ที่ได้กล่าวไว้ว่า

“การรวมกันของสินทรัพย์ใดๆ (หรือสิทธิเก็บกินในสินทรัพย์) สามารถแสดงถึงในรูปแบบของตราสารทางการเงินที่เป็นลายลักษณ์อักษรสามารถถูกขายได้ในราคาตลาด โดยมีเงื่อนไขว่าองค์ประกอบของกลุ่มของสินทรัพย์ที่ตราสารศุกุกอ้างอิงนั้นจะต้องประกอบด้วยสินทรัพย์ที่จับต้องได้เป็นส่วนใหญ่”²³

การเกิดขึ้นของตราสารศุกุกภายในระบบการเงินอิสลามในปัจจุบัน แม้ว่าการตัดสินใจของ The Fiqh (Islamic Jurisprudence) Council จะไม่ได้ขึ้นอยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง สิ่งสำคัญที่สถาบันในโลกมุสลิมเห็นในการซื้อขายหลักทรัพย์ในผลิตภัณฑ์ทางการเงินอิสลามซึ่งได้รับการอนุญาตโดยชะรีอะห์ในประเทศมาเลเซียในปี ค.ศ. 1995 ว่าการขายตราสารหนี้ (bai dayn) นั้นได้รับอนุญาตโดยนักนิติศาสตร์กลุ่มชาฟีอี (Shafi') ที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในประเทศมาเลเซียและประเทศอินโดนีเซีย สำหรับสำนักคิดที่มีแนวคิดดั้งเดิมที่แพร่หลายในกลุ่มประเทศสมาชิกในคาบสมุทรอ่าวอาหรับ (The Gulf Cooperation Council : GCC*) เห็นว่าการขายตราสารศุกุก ในตลาดรองเป็นแนวคิดที่มีอุปสรรค เนื่องจากสามารถตีความได้ว่าเป็นการโอนหนี้ในราคาที่สูงกว่าราคาหน้าตัว ดังนั้น ซึ่งจะก่อให้เกิดดอกเบี้ย (riba) ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับอนุญาตเกิดขึ้น

อย่างไรก็ตาม การซื้อขายทรัพย์สินที่แท้จริงนั้นได้รับอนุญาต เช่น กระทรวงการคลังแห่งประเทศบาเรห์ (ปัจจุบัน คือ ธนาคารแห่งประเทศไทย) ออกพันธบัตรศุกุกบนหลักการ

²³ Clifford Chance, Dubai International Financial centre Sukuk Guidebook [online], 20 March 2011. Available from http://www.google.co.th/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CFIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.assaif.org%2Fcontent%2Fdownload%2F5298%2F30957%2Ffile%2FSukuk%2520structures.pdf&ei=q4m6T_7YAclrQee54Bk&usq=A FQjCNEUQhil_SCI87ihXncgQcvUiNER5A&sig2=bglH2657Zo9L-WmoV_Z25w

* ประเทศสมาชิกภายในคาบสมุทรอ่าวอาหรับ ได้แก่ บาเรห์ , คูเวต , กาตาร์ , โอมาน , ซาอุดีอาระเบีย และสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์

โครงสร้างอิญาเราะห์ (Ijarah) จำนวน 100,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ ในปี ค.ศ.2001 หลังจากนั้น โลกตลาดทุนอิสลามก็เกิดการขยายตัวในพันธบัตรรัฐบาล และ ออกเสนอขายจำนวน 600,000,000 เหรียญสหรัฐ โดยรัฐบาลมาเลเซียในปี ค.ศ.2002 และ จำนวนเงิน 3,500,000,000,000 เหรียญสหรัฐ ในโครงสร้างศุกุกมอดอระบะห์ (sukuk al-Mudaraba) โดยบริษัท Port & Free zone ในปี ค.ศ. 2006 เพื่อการได้มาซึ่งหุ้นของบริษัท P&O โดยดูไบเวิลด์ (Dubai World) ซึ่งดึงดูดนักลงทุนภายในคาบสมุทรอ่าวอาหรับไม่ว่าจะเป็นสถาบันการเงินอิสลามและนักลงทุนภายในประเทศ

ในปี ค.ศ.2009 ประเทศสหรัฐอาหรับเอมิเรสต์ ในฐานะผู้นำของกลุ่มประเทศสมาชิกคาบสมุทรอ่าวอาหรับในฐานะผู้ออกศุกุกที่มีมูลค่าโดยรวม 26,823,000,000 เหรียญสหรัฐ จากการออกตราสาร 34 ครั้งระหว่างปี ค.ศ.2000–2008 เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศบาเรห์ที่ออกตราสารรวมเป็นมูลค่า 4,543,000,000 เหรียญสหรัฐ จากการเสนอขายตราสาร 89 ครั้งในระยะเวลาเดียวกัน²⁴

2.2.2.1 แนวความคิดและความเป็นมาของตราสารศุกุก

ตลาดทุนอิสลามคล้ายคลึงกับตลาดทุนโดยทั่วไป (Capital market)²⁵ นั้นคือ ตลาดซึ่งทำการซื้อขายหลักทรัพย์ระยะยาวที่มีอายุครบกำหนดมากกว่า 1 ปี พัฒนาการของตลาดทุนอิสลามในประเทศไทยยังไม่ปรากฏชัดเจน เนื่องจากมีมุมมองเน้นไปทางตลาดเงินอิสลามมากกว่า ทำให้ด้านตลาดทุนอิสลามยังไม่มีการพัฒนาเท่าที่ควร เมื่อเปรียบเทียบกับตลาดทุนอิสลามในต่างประเทศ ที่ไม่เพียงแต่เป็นประเทศที่นับถือศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำชาติเท่านั้นที่มีความสนใจในการพัฒนาตลาดทุนอิสลาม แต่ยังรวมถึงประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจหลายประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศอังกฤษ สหรัฐ ญี่ปุ่น เป็นต้น

²⁴ The Centre for Study of Global Governance, The Development of Islamic Finance in GCC [online], May 2009. Available from : <http://www1.cimaglobal.com/Documents/Islamic%20finance/2011/Press%20cuttings/development-of-IF-in-the-GCC.pdf>

²⁵ สิตาภา บัวเกษ, ตลาดการเงินและสถาบันการเงิน (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2552), หน้า 5.

เมื่อพิจารณาถึงบทนิยามของตราสารหนี้และดอกเบี้ยพบว่า ตราสารหนี้ (ตราสารแห่งหนี้) คือ สัญญาการกู้ยืมเงิน โดยที่ผู้ออกตราสารอยู่ในฐานะลูกหนี้ โดยตกลงที่จะจ่ายดอกเบี้ยเป็นงวดๆ และคืนเงินต้นให้กับผู้ซื้อตราสารที่อยู่ในฐานะเจ้าหนี้

แต่เนื่องจากดอกเบี้ย (riba) ถือเป็นสิ่งต้องห้ามตามหลักชะรีอะฮ์ของศาสนาอิสลาม เพราะอิสลามมีความเชื่อที่ว่า การรับหรือจ่ายดอกเบี้ยจะทำให้เกิดความไม่เสมอภาคกัน เกิดความไม่ยุติธรรมกับเพื่อนมนุษย์ เพราะผู้จ่ายดอกเบี้ยเป็นฝ่ายที่ต้องแบกรับความเสี่ยงในการจ่ายดอกเบี้ยให้แก่ฝ่ายรับดอกเบี้ยเสมอไม่ว่าในสถานการณ์ใดๆ และฝ่ายผู้รับดอกเบี้ยไม่ต้องทำอะไรเลย จึงเหมือนเป็นการเอาเปรียบและได้เปล่าบนความเดือดร้อนของผู้อื่น

ดังนั้น จากบทนิยามดังกล่าวข้างต้นพบว่าลักษณะของตราสารหนี้โดยทั่วไปนั้น ดอกเบี้ยนับเป็นสาระสำคัญของตราสารหนี้ การที่ดอกเบี้ยที่เป็นสาระสำคัญของตราสารหนี้เป็นข้อจำกัดในการลงทุนในตราสารหนี้ของมุสลิม จึงก่อให้เกิดการคิดค้นโครงสร้างผลิตภัณฑ์ทางการเงินเพื่อประโยชน์ในการลงทุนของชาวมุสลิม ที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนา ที่มีการดำเนินธุรกรรมทางการเงินโดยปราศจากดอกเบี้ย (riba) ความไม่แน่นอน (gharar) และการห้ามอื่นๆ (haram) เกิดเป็น “ตราสารอิสลาม (Islamic bond)” ขึ้น

2.2.2.2 นิยามตราสารศุกุก

ศุกุก (sukuk) เป็นคำพหูพจน์ มาจากคำว่า “sakk” ในภาษาอาหรับ คือ ตราสารตามกฎหมาย เป็นชื่อทางอาราบิกของตราสารทางการเงิน แต่โดยทั่วไปมักหมายความถึงตราสารศุกุก

เมื่อพิจารณาจากนิยามความหมายของ ตราสารศุกุกนั้นพบว่ามีกรให้คำนิยามของคำว่า sukuk ไว้ในหลายความหมาย ดังนี้

Islamic Financial Service Board (IFSB) ได้ให้คำจำกัดความของตราสารศุกก์ ไว้ว่า²⁶

...”ตราสารซึ่งแต่ละตราสารแสดงถึงสัดส่วนของกรรมสิทธิ์อันแบ่งแยกไม่ได้ในสินทรัพย์ที่จับต้องได้ หรือกองทรัพย์สิน หรือสินทรัพย์ในโครงการใด ๆ หรือกิจกรรมการลงทุนศุกก์ แตกต่างจากหลักทรัพย์ทั่วไปที่อยู่บนพื้นฐานของดอกเบี้ย หรือตราสารหนี้ในหลายประเด็น ดังนี้ :

(c) ตราสารศุกก์แสดงถึงสัดส่วนของกรรมสิทธิ์เหนือสินทรัพย์ซึ่งถูกนำมาลงทุน กรรมสิทธิ์ในทางทรัพย์สินนั้นจะถูกโอน กระทั่งสิ้นสุดระยะเวลาโดยการไถ่ถอนของศุกก์จากเจ้าของที่แท้จริง (ผู้ระดมทุน) ของผู้ถือตราสารศุกก์ ”

Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution (AAOIFI) ได้ให้คำจำกัดความของตราสารศุกก์ ไว้ว่า

...”ตราสารเท่ากับมูลค่าของสัดส่วนอันแบ่งแยกไม่ได้ของกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ที่จับต้องได้ สิทธิการเช่า และการบริการ หรือ(กรรมสิทธิ์ของ)สินทรัพย์ของโครงการใด หรือกิจกรรมการลงทุนโดยเฉพาะ”²⁷

ความตามในข้อ 2 ของประกาศเกี่ยวข้องเนื่องในเรื่องข้อกำหนดศุกก์ของสำนักคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์มาเลเซีย²⁸ (Securities Commission Malaysia) ได้ให้คำจำกัดความของตราสารศุกก์ ไว้ว่า

²⁶ Islamic financial services board, Capital adequacy requirements for sukuk securities and real estate investment[online], January 2009, Available from <http://www.ifsb.org/standard/ifsb7.pdf>

²⁷ Ibid.,P. 298.

²⁸ Securities Commission Malaysia , Guidelines on Islamic Securities (Sukuk Guidelines)[online], 12 July 2011. Available from http://www.sc.com.my/eng/html/resources/guidelines/bondmkt/sukukGuidelines_110812.pdf

...”ตราสารเท่ากับมูลค่าของหลักฐานของกรรมสิทธิ์อันแบ่งแยกไม่ได้ หรือ การลงทุนในสินทรัพย์ตามหลักชะรีอะห์และหลักการที่ได้รับอนุญาตโดยคณะกรรมการชะรีอะห์”

โดยตราสารสุกุก (sukuk) เป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินที่ถูกพัฒนาขึ้นตาม หลักชารีอะฮ์ (shari’ah) หลักกฎหมายและจริยธรรมอิสลามซึ่งตั้งอยู่บนความยุติธรรม และความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจและสังคม โดยผลตอบแทนต้องมาจากการลงทุนร่วมกันในกิจกรรมที่มีการรับ ความเสี่ยงร่วมกัน ซึ่งธุรกรรมทุกชนิดนั้นต้องไม่เกี่ยวข้องกับดอกเบี้ย สุกร สุรา สถานบันเทิง อาวุธ การพนัน และสิ่งเสพติด เป็นต้น

อาจกล่าวได้ว่า ตราสารสุกุก (sukuk) คือ ตราสารแสดงมูลค่าที่เท่ากันของ ผลประโยชน์ที่แบ่งแยกไม่ได้(สัดส่วนเป็นไปตามผลประโยชน์ของนักลงทุน)ในการเป็นเจ้าของใน สินทรัพย์ที่อ้างอิง (ทั้งจับต้องได้และจับต้องไม่ได้) สิทธิเก็บกิน บริการ หรือการลงทุน โดยเฉพาะอย่าง ยิงในกิจกรรมของโครงการ หรือการลงทุนพิเศษ²⁹

2.2.2.3 ประเภทของตราสารสุกุก

ตราสารสุกุกสามารถแบ่งได้เป็นหลายกลุ่มประเภท ซึ่งแตกต่างกันในแต่ ลักษณะของเกณฑ์การแบ่งประเภท เช่น เกณฑ์หนี้และทุน และเกณฑ์ของสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการ ออกตราสาร

2.2.2.3.1 เกณฑ์หนี้และทุน

สามารถแบ่งประเภทของตราสารสุกุกนั้นออกเป็น 2 ประเภท คือ ตราสารสุกุกที่อยู่บนพื้นฐานของหนี้ (Debt base) และ ตราสารสุกุกที่อยู่บนพื้นฐานของทุน (Equity base)

²⁹Bank Negara Malaysia and Securities Commission Malaysia, Malaysia debt securities and sukuk market : A Guide for Issuers and Investors[online], 2009. Available from http://www.sc.com.my/eng/html/bondmkt/MalaysianDebtSecuritiesSukuk_2009.pdf,p. 29.

ก. ตราสารสุกุกที่อยู่บนพื้นฐานของหนี้ (Debt base)

เนื่องจากการจัดหาเงินทุนคือเป้าหมายหลักของทุกระบบการเงิน สถาบันการเงินทั่วไปนั้นต้องเผชิญอุปสรรคทางธุรกิจเดียวกัน รวมถึงการบริหารให้เพียงพออัตราส่วนของทุน เงินทุนที่มีอยู่ และการซื้อขายเครดิต การเงินอิสลามจำเป็นต้องวิเคราะห์ว่าสิ่งใดที่ศาสนาอนุญาตให้ดำเนินการในระบบสถาบันการเงิน

สถาบันการเงินอิสลามไม่อนุญาตให้ขยายไป ถึงการให้เครดิตที่เป็นหนี้ทางธุรกิจที่มีดอกเบี้ย ดังนั้น หนทางอื่นในการจัดหาเงินทุนนั้นจึงจำเป็นและต้องทำโดยสัญญาแลกเปลี่ยน โดยรูปแบบที่อยู่เหนือสัญญาแลกเปลี่ยนนั้นคือ หลักการซื้อขายโดยยึดเวลาชำระ (the deferred trading principle :DTP)

รูปแบบของสัญญาซื้อขายระยะเวลาชำระที่เกิดขึ้น นั้นสามารถแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ ได้แก่ การซื้อขายระยะเวลาชำระราคา การซื้อขายระยะเวลาชำระหนี้วัตถุ และการซื้อขายระยะเวลาชำระราคาและชำระหนี้วัตถุ ได้แก่ Bai Bithaman Ajil (BBA) , Murabaha, Ijarah ,Istisna , Salam ,Istijrar ,Qard hasan , bai al dayn , bai al einah และ tawarruq

ตราสารสุกุกที่อยู่บนพื้นฐานของทุน (Equity base) เป็นตราสารที่อยู่บนหลักการร่วมลงทุน ไม่ใช่ความสัมพันธ์ที่เกิดจากความเป็นหนี้ ได้แก่ Mudaraba , Musharakah

2.2.2.3.2 เภณธ์สินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการออกตราสาร

ตราสารสุกุกตามที่องค์กรการบัญชีและตรวจสอบบัญชีสำหรับสถาบันการเงินอิสลาม (The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial

Institutions : AAOIFI) ได้ประกาศรับรองมีดังนี้³⁰

- ก. ตราสารแสดงความเป็นเจ้าของในสินทรัพย์ที่เช่า
 - ข. ตราสารแสดงความเป็นเจ้าของในสิทธิเก็บกิน (Usufructs)
 - 1. ตราสารแสดงความเป็นเจ้าของในสิทธิเก็บกินของสินทรัพย์ที่มีอยู่ (existing asset)
 - 2. ตราสารแสดงความเป็นเจ้าของที่ระบุถึงสินทรัพย์ในอนาคต (Future asset)
 - 3. ตราสารแสดงความเป็นเจ้าของการให้บริการ ของคู่สัญญาที่ระบุไว้โดย เฉพาะเจาะจง (services of specified party)
 - 4. ตราสารแสดงความเป็นเจ้าของที่ระบุถึงการให้บริการในอนาคต (future service)
 - ค. ตราสาร Salam
 - ง. ตราสาร Istisna
 - จ. ตราสาร Mudaraba
 - ฉ. ตราสาร Musharaka
 - ช. ตราสาร Muzara
 - ซ. ตราสาร Musaqa
 - ฅ. ตราสาร Mugarada
- แต่เมื่อแบ่งตามตราสารศุกุกพื้นฐานที่ได้รับความนิยมสามารถแบ่งออกเป็น 7 ประเภท ได้แก่ Ijarah , Mudaraba , Musharaka , Murabaha , Salam และ Istisna³¹

³⁰ The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions , Shariah standard 1424 – 5H/2003 – 4, Manama, Bahrain, Jun 2003.

³¹ Mughees Shauat, Common Structures Of Sukuk [online], 24 January 2011. Available From <http://instituteofhalalinvesting.org/Articles/Mughees-Shaukat.htm>

2.2.2.4 ความแตกต่างระหว่างตราสารหนี้ทั่วไปและตราสารศุภุก

ตราสารศุภุก (Islamic bond) อาจเปรียบเทียบได้กับตราสารหนี้ทั่วไป (conventional bond) ซึ่งตราสารหนี้ทั่วไปนั้นจะหมายถึง สัญญาการกู้ยืมเงิน โดยที่ผู้ออกตราสารอยู่ในฐานะลูกหนี้ โดยตกลงที่จะจ่าย "ดอกเบี้ย" เป็นงวดๆ และคืนเงินต้นให้กับผู้ซื้อตราสารที่อยู่ในฐานะเจ้าหนี้

เนื่องจากตามหลักศาสนาอิสลามแล้ว การจ่ายหรือรับดอกเบี้ย ถือว่าเป็นเรื่องต้องห้ามตามหลักศาสนา(ชาริอะฮ์) จึงได้มีการคิดค้นโครงสร้างทางการเงิน เพื่อให้เอื้ออำนวยต่อการระดมทุนของชาวมุสลิม โดยถูกต้องและสอดคล้องกับหลักความเชื่อ จริยธรรมทางศาสนา

โดยคิดค้นโครงสร้างของตราสารให้มีผลตอบแทนในรูปแบบที่ไม่ได้อยู่ในรูปของดอกเบี้ย แต่ผลตอบแทนของตราสารจะอยู่ในรูปของส่วนแบ่งผลกำไร (profit sharing) ในกิจกรรมหรือกิจการที่ผู้ออกตราสาร(ผู้ระดมทุน) และผู้ถือตราสาร(ผู้ลงทุน) มีผลประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งรูปแบบของการระดมทุนผ่านตราสารศุภุก มีหลากหลายรูปแบบ แต่การออกและเสนอขายตราสารศุภุกนั้นจะต้องมีสินทรัพย์อ้างอิง เพื่อใช้เป็นฐานอ้างอิงในการจ่ายผลตอบแทนที่สอดคล้องกับหลักชาริอะฮ์

2.2.3 โครงสร้างธุรกรรมตราสารศุภุก

ตราสารศุภุกสามารถแบ่งได้เป็นหลายประเภท โดยส่วนมากมักจะจำแนกตามประเภทของสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการออกตราสาร อันเป็นส่วนสำคัญในการกำหนดประเภทของตราสารที่ต้องการจะออกว่าจะใช้วิธีใดในการออกตราสารศุภุก ซึ่งตราสารศุภุกตามท้องคกรการบัญชี และตรวจสอบบัญชีสำหรับสถาบันการเงินอิสลาม(The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions : AAOIFI) นั้นได้ประกาศรับรองมีทั้งหมด 14 ประเภท ซึ่งสามารถแบ่งโครงสร้างออกเป็นประเภทในส่วนของทุน (Equity Finance) และ ในส่วนโครงสร้างของหนี้ (Debt Finance) ซึ่งงานวิจัยนี้จะกล่าวถึงเฉพาะโครงสร้างตราสารศุภุกที่ทำการวิเคราะห์เท่านั้น

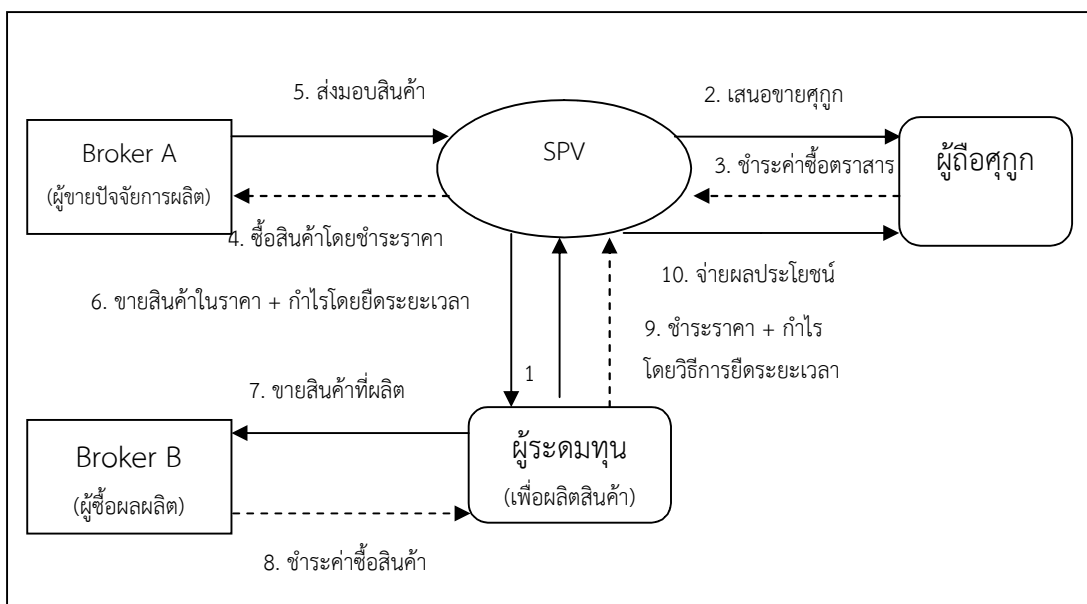
2.2.3.1 โครงสร้างธุรกรรมตราสารศุกฎประเภทการซื้อขาย

เป็นโครงสร้างการทำธุรกรรมที่อยู่บนพื้นฐานของธุรกรรมอ้างอิงประเภทสัญญาซื้อขาย ประกอบไปด้วย ธุรกรรมตราสารศุกฎประเภทการค้าที่รวมผลกำไร (Murabaha) ธุรกรรมตราสารศุกฎประเภทการซื้อขายล่วงหน้า (Salam) และ ธุรกรรมตราสารศุกฎประเภทการค้าคำสั่งซื้อ (Istina)

2.2.3.1.1. ตราสารศุกฎอ้างอิงธุรกรรมการค้าซื้อขายบวกกำไร (sukuk al-Murabaha)

มูรออะหะห์ (Murabaha) โดยพื้นฐานแล้วเป็นการขายสินค้าในราคาที่ซื้อบวกกับกำไรส่วนต่างที่ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้า โดยคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายนั้นต่างรับรู้ ตราสารศุกฎประเภทมูรออะหะห์ เป็นตราสารที่ออกเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำเงินมาซื้อสินค้าผ่านสัญญาซื้อขาย มูรออะหะห์ ดังนั้น ผู้ถือตราสารจะกลายเป็นเจ้าของสินค้าโภคภัณฑ์ของสัญญาซื้อขาย มูรออะหะห์ โดยผู้ออกตราสารจะเป็นผู้ขายสินค้าโภคภัณฑ์ของมูรออะหะห์ และผู้ซื้อที่เข้าซื้อตราสารมูรออะหะห์ นั้นคือผู้ซื้อสินค้าโภคภัณฑ์และจะถูกเปลี่ยนเป็นเงินในราคาที่ซื้อสินค้าโภคภัณฑ์ต่อไป

มูรออะหะห์ เป็นตราสารที่กฎหมายยอมรับให้มีการเปลี่ยนมือได้แค่เพียงในตลาดแรก เนื่องจากการซื้อขายเปลี่ยนมือในตลาดรองนั้นไม่ได้รับอนุญาตจากชารีอะห์ ดังนั้น ตราสารที่แสดงถึงความเป็นเจ้าของในหนี้จากผู้ซื้อรายสุดท้ายของสินค้าโภคภัณฑ์ไปยังผู้ถือตราสารศุกฎและการขายหนี้นั้นเป็นการบิดเบือนหลัก เนื่องจากจะส่งผลเช่นเดียวกันกับดอกเบี้ย (riba) แม้ว่าจะกลายเป็นตราสารหนี้ ตราสารศุกฎประเภทมูรออะหะห์ อาจมีการเปลี่ยนมือได้หากเป็นส่วนที่น้อยจากส่วนของหลักทรัพย์ ในส่วนใหญ่การสร้างตราสารที่เปลี่ยนมือได้ เช่น Mudaraba Musharaka หรือ Ijarah Murabaha นั้นได้รับความนิยมในประเทศมาเลเซีย เนื่องจากมีความยืดหยุ่นในการตีความของ Fiqh มากกว่า โดยมีการอนุญาตให้มีการขายหนี้ (bai-al-dayn) ตามราคาที่ได้ตกลงกัน



ภาพที่ 2 โครงสร้างตราสารสุกุกมูรอบาหะฮ์ (Sukuk al-Murabahah)

2.2.3.1.2 ตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ

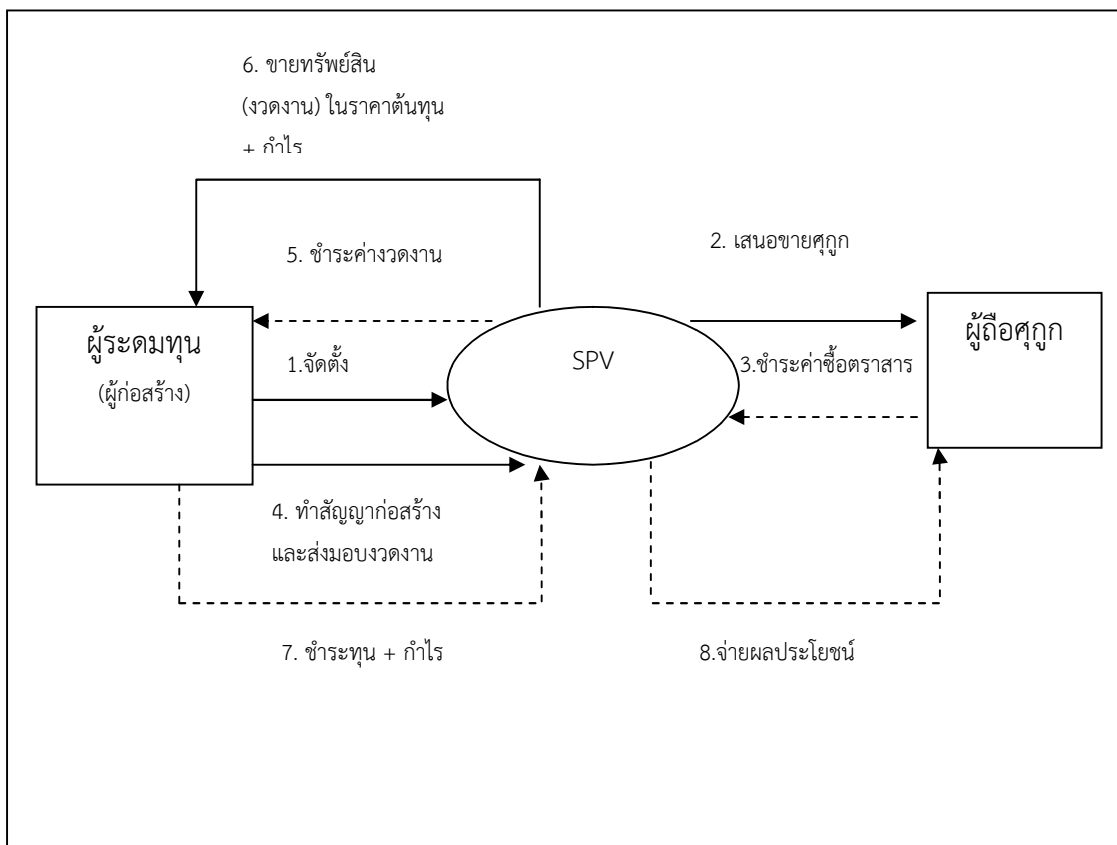
(sukuk al-Istisna)

อิสทีสนา (Istisna) เป็นความผูกพันตามสัญญาในการผลิตสินค้าและสินค้าโภคภัณฑ์โดยมีการจ่ายเงินล่วงหน้าและจะมีการส่งมอบในอนาคต หรืออาจเป็นกรณีมีการจ่ายเงินในอนาคตและส่งมอบในอนาคต โดยผู้ผลิตหรือผู้สร้างตกลงผลิตหรือสร้างสินค้าที่มีการระบุลักษณะไว้อย่างละเอียด หรือการก่อสร้างในวันเวลาที่มีการกำหนดราคาและการส่งมอบในอนาคต โดยราคาระนั้นอาจเป็นการผ่อนชำระได้ โดยขั้นตอนนั้นจะถูกตกลงไว้ล่วงหน้าระหว่างคู่สัญญา โดยสัญญาอิสทีสนานั้นมักนำไปใช้ในการจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกในจัดหาเงินทุนเพื่อการผลิตหรือการก่อสร้างบ้าน โรงงาน โครงการ อาคาร และสาธารณูปโภคต่างๆ ตราสารอิสทีสนา เป็นตราสารที่ออกเพื่อวัตถุประสงค์ในการระดมทุนเพื่อการผลิตสินค้าที่ผู้ถือตราสารนั้นเป็นมีความเจ้าของ

ผู้ออกตราสารประเภทนี้ คือ ผู้ผลิต (ผู้จัดหาสินค้า หรือ ผู้ขายสินค้า) โดยผู้เข้าซื้อตราสารจะเป็นผู้ซื้อที่มีความตั้งใจในการซื้อผลิตภัณฑ์ดังกล่าว ซึ่งสามารถทำเงินได้จากราคาของผลิตภัณฑ์ ผู้ถือตราสารจะเข้าเป็นเจ้าของในผลิตภัณฑ์และมีสิทธิในราคาขายของตราสาร หรือราคาขายของผลิตภัณฑ์ที่สอดคล้องกับหลักการของอิสทีสนา อย่างไรก็ตามตราสารสุกุก

Istisna เป็นตราสารที่มักใช้ในการระดมทุนให้แก่โครงการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ ความเหมาะสมของตราสารอิสตีสนา ในการเป็นสื่อการทางการเงินตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ยอมให้ผู้ก่อสร้างในสัญญาอิสตีสนา สามารถเข้าทำสัญญากับผู้รับช่วงต่อ (subcontractor) ได้ ดังนั้น สถาบันการเงินจะรับหน้าที่สร้างสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆโดยการผ่อนราคา และสัญญารับช่วงในการสร้างที่แท้จริงจะกระทำโดยบริษัทผู้ชำนาญการ

จากข้อห้ามตามหลักการของชารีอะห์ในการซื้อขายตราสารหนี้ไป ยังบุคคลฝ่ายที่ 3 ในราคาที่สูงกว่าราคาหน้าตัวนั้น ส่งผลทำให้ตราสารชนิดนี้ไม่สามารถซื้อขายได้ในตลาดรอง



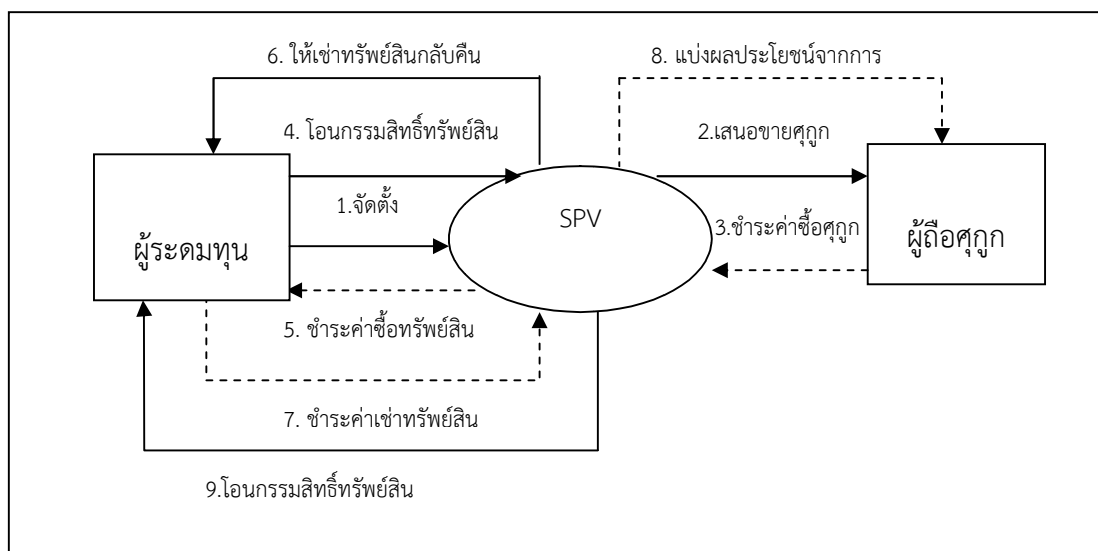
ภาพที่ 3 โครงสร้างตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al - Istisna)

2.2.3.2 โครงสร้างธุรกรรมตราสารศุฎกประเภทการเช่า

2.2.3.2.1 ตราสารศุฎกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-Ijarah)

ตราสารอิญาเราะห์ (Ijarah) เป็นตราสารที่แสดงถึงความเป็นเจ้าของใน หุ่นของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเช่าหรือในสิทธิเก็บกินในอสังหาริมทรัพย์ ตราสารประเภทนี้ ให้สิทธิแก่เจ้าของตราสารในการเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ในการได้รับค่าเช่าและสิทธิในการขาย เปลี่ยนมือ ซึ่งไม่ได้มีผลกระทบต่อผู้เช่า โดยตราสารชนิดนี้สามารถขายได้ โดยผู้ถือตราสารจะเป็นผู้แบกรับภาระค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากความเสียหายที่มีต่ออสังหาริมทรัพย์ (AAOIFI)

ตราสารอิญาเราะห์ เป็นหลักทรัพย์ที่แสดงถึงความเป็นเจ้าของที่ถูก กำหนดให้มีอยู่และรู้จักในฐานะเป็นสินทรัพย์ที่ติดอยู่กับสัญญาเช่า โดยจะมีการจ่ายค่าเช่ากลับไป ยังผู้ถือตราสารศุฎก ซึ่งการจ่ายค่าเช่าของสัญญาอิญาเราะห์ นั้นไม่ได้เกี่ยวข้องกับช่วงระยะเวลาที่มีใน สิทธิการเช่า กล่าวคือสามารถเกิดขึ้นได้ก่อนระยะเวลาการเช่า ระหว่างระยะเวลาการเช่า หรือ ภายหลังโดยที่คู่สัญญาอาจร่วมกันตัดสินใจได้ ซึ่งความยืดหยุ่นนี้ทำให้เกิดการพัฒนาสัญญาที่ เอื้ออำนวยต่อวัตถุประสงค์ที่หลากหลายของผู้ออกตราสารและผู้ถือตราสาร



ภาพที่ 4 โครงสร้างตราสารศุฎกประเภทอ้างอิงการเช่า (sukuk al-Ijarah)

2.2.3.3 โครงสร้างธุรกรรมตราสารสุกุกประเภทการเข้าเป็นหุ้นส่วน

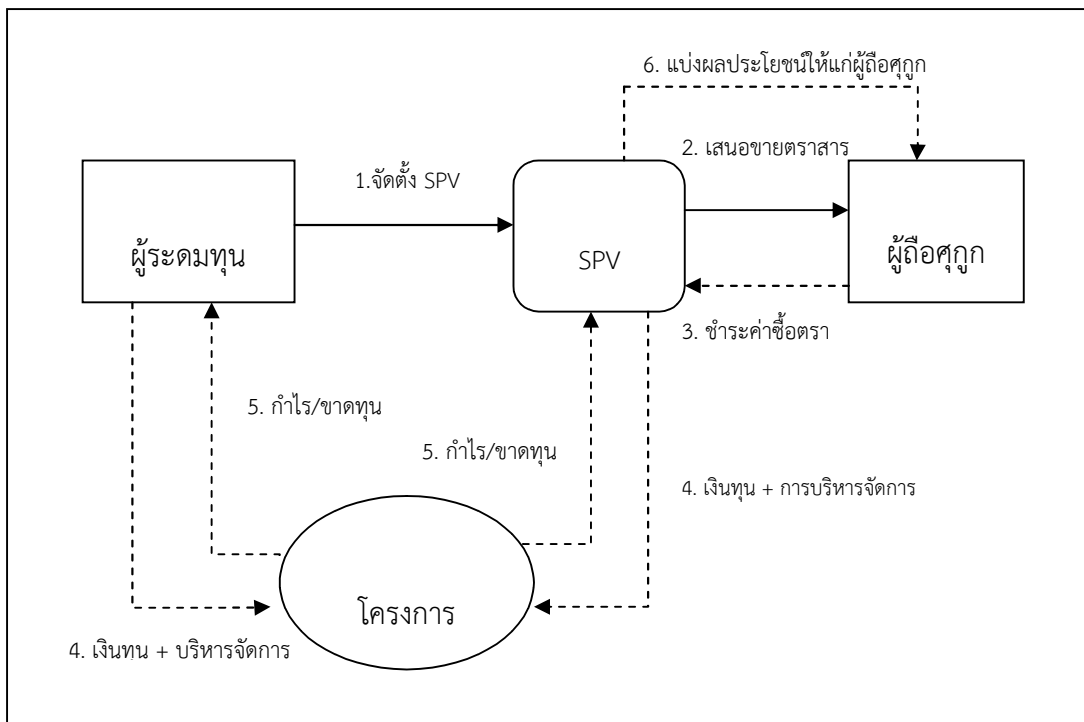
เป็นโครงสร้างการทำธุรกรรมที่อยู่บนพื้นฐานของธุรกรรมประเภทการเข้าเป็นหุ้นส่วน ประกอบไปด้วย ธุรกรรมตราสารสุกุกประเภทการแบ่งสรรกำไร (Mudaraba) ธุรกรรมตราสารสุกุกประเภทการแบ่งสรรกำไรและขาดทุน (Musharakah) และธุรกรรมตราสารสุกุกประเภทตัวแทน (wakala)

2.2.3.3.1 ตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน

(sukuk al-Musharakah)

การลงทุนในตราสารประเภทนี้เป็นการแสดงถึงความเป็นเจ้าของในมุซารอกะห์ (Musharakah) ซึ่งไม่แตกต่างจากตราสารสุกุกประเภท Mudaraba เว้นแต่มีความแตกต่างกันในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาผู้ออกตราสารและผู้ถือตราสาร โดยฝ่ายคู่สัญญาผู้ออกตราสารสุกุกนั้นจะตั้งคณะจากผู้ถือตราสารซึ่งเป็นไปตามคำตัดสินในเรื่องการลงทุนของ AAOIFI

ตราสารมุซารอกะห์ เป็นตราสารที่ใช้ประโยชน์ในการระดมทุนสำหรับการก่อสร้างโครงการใหม่หรือการพัฒนาโครงการที่มีอยู่แล้ว หรือการจัดหาเงินทุนสำหรับการดำเนินธุรกิจบนพื้นฐานของสัญญาหุ้นส่วน โดยผู้ถือตราสารจะกลายมาเป็นเจ้าของโครงการ หรือเป็นเจ้าของสินทรัพย์ที่ใช้ในการดำเนินกิจการตามสัดส่วนของหุ้นที่ตนถือ ตราสารมุซารอกะห์ เป็นตราสารที่สามารถเปลี่ยนมือได้ และยังสามารถซื้อขายได้ในตลาดรองได้อีกด้วย



ภาพ 5 โครงสร้างตราสาร sukuk อ่างอิงธุรกรรมการลงทุนร่วม (sukuk al-Musharaka)

2.2.4 หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลตราสาร sukuk ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลของสำนักงาน ก.ล.ต. ในเรื่องตราสาร sukuk นั้นคล้ายคลึงกับการกำกับดูแลตราสารหนี้ประเภทหุ้นกู้และตัวเงิน แต่แตกต่างกันในเรื่องรายละเอียดในข้อกำหนดวิธีที่เข้ามาเกี่ยวข้องอย่างชัดเจนในการระดมทุนในตราสาร sukuk สำหรับสาระสำคัญในการกำกับดูแลของสำนักงาน ก.ล.ต.

ลักษณะของตราสาร sukuk ของประเทศไทยนั้นมีลักษณะเป็นใบทรัสต์ที่ออกโดยทรัสต์ผู้ออก sukuk* (asset trustee) โดยตราสาร sukuk นั้นต้องมีการกำหนดโครงสร้างของการทำธุรกรรมของกองทรัสต์เพื่อนำเงินที่ได้จากการออกตราสารดังกล่าวไปหาประโยชน์ในรูปแบบที่เป็นไปตามหลัก

* ทรัสต์ผู้ออก sukuk (asset trustee) ทรัสต์ที่เป็นผู้ออกและเสนอขาย sukuk และเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์หรือมีกรรมสิทธิ์ในทางทรัพย์สินของกองทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้ถือ sukuk

ศาสนาอิสลาม และมีการกำหนดล่วงหน้าไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับเงื่อนไขของการคืนเงินลงทุน และอัตรา หรือสัดส่วนการจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนที่กองทรัสต์จะได้รับจากผู้ระดมทุน เพื่อประโยชน์ของผู้ถือตราสาร และมีการกำหนดเงื่อนไขการคืนเงินลงทุนและอัตรา หรือสัดส่วนการจ่ายผลตอบแทนที่กองทรัสต์จะจ่ายให้แก่ผู้ถือตราสารด้วย ซึ่งการกำหนดอัตราหรือสัดส่วนการจ่ายผลประโยชน์ตอบแทนดังกล่าวเป็นไปตามหลักศาสนาอิสลาม

สำหรับหลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลตราสารศุกุกของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ หลักเกณฑ์ในการเสนอขายตราสาร และหลักเกณฑ์การจอง จำหน่าย และจัดสรรตราสารศุกุก

2.2.4.1 หลักเกณฑ์การเสนอขายตราสารศุกุก

หลักเกณฑ์การเสนอขายตราสารศุกุก แบ่งออกเป็น 2 หลักเกณฑ์ ได้แก่ การเสนอขายตราสารศุกุกภายในประเทศไทย และการเสนอขายตราสารศุกุกในต่างประเทศ ดังนี้

2.2.4.1.1 หลักเกณฑ์การเสนอขายตราสารศุกุก

ภายในประเทศ

ตราสารศุกุกที่เสนอขายภายในประเทศต้องมีคำเรียกชื่อเป็นการเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการอ้างอิงถึงตราสารศุกุกที่เสนอขายในแต่ละรุ่น และมีข้อตกลงให้ชำระค่าตราสารศุกุกให้แก่ทรัสต์ผู้ออกศุกุกเป็นสกุลเงินบาท

สำหรับผู้ออกศุกุกและผู้ระดมทุนนั้นต้องมีสถานะเป็นบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือเป็นธนาคารต่างประเทศซึ่งมีสาขาเต็มรูปแบบในไทย หรือเป็นนิติบุคคลที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น โดยผู้ระดมทุนดังกล่าวนั้นต้องได้รับมติจากคณะกรรมการให้ออกศุกุก และหากผู้ระดมทุนเป็นบริษัทมหาชนจำกัด ต้องได้รับมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 4 ของเสียงทั้งหมดที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียง และผู้ออกศุกุกต้องได้รับมติโดยชัดแจ้งจากคณะกรรมการของผู้ออกศุกุกให้ออกศุกุกได้ อีกทั้งผู้ออกศุกุกได้นั้นต้องขออนุญาตเป็นทรัสต์ผู้ออกศุกุกตามประกาศเกี่ยวกับการเป็นทรัสต์ในธุรกรรมที่เกี่ยวกับศุกุก (เฉพาะ

กรณีที่ไม่ได้เป็นทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน) และศุกุกทรัสต์* (sukuk trustee) ต้องเป็นทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

ตราสารศุกุกที่จะทำการเสนอขายนั้นต้องมีรายการชั้นในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ อันประกอบไปด้วย รายการที่เกี่ยวกับการจัดตั้งกองทรัสต์และการออกศุกุก รายการที่เกี่ยวกับสิทธิประโยชน์และการคืนเงินลงทุนรายการที่เกี่ยวกับศุกุกทรัสต์ รายการที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการกองทรัสต์ รายการที่เกี่ยวกับการออกใบศุกุก การโอน และการสิ้นสุดสัญญาก่อตั้งทรัสต์ โดยต้องระบุเหตุที่ทำให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์สิ้นสุดลง ทั้งนี้ ในกรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ดังกล่าวสิ้นสุดลง เพราะมีการเลิกสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ต้องมีการระบุการดำเนินการในการเลิกสัญญาก่อตั้งทรัสต์ด้วย การเลิกกองทรัสต์ และการชำระสะสางหนี้สิน

โดยลักษณะการเสนอขายนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับกรณีการเสนอขายตราสารหนี้ กล่าวคือ มีการแบ่งเป็นการเสนอขายต่อประชาชนทั่วไป (Public offering : PO) และเสนอขายแบบวงจำกัด (Private placement : PP)

สำหรับการเสนอขายแบบวงจำกัด (PP) นั้นประกอบไปด้วย กรณีการเสนอขายต่อผู้ลงทุนสถาบัน** และผู้ลงทุนรายใหญ่*** (II&HNW) กรณีเสนอขายวงแคบไม่เกิน 10 รายในรอบ 4 เดือน กรณีการเสนอขายต่อเจ้าหน้าที่เดิมตามการปรับโครงสร้างหนี้ และกรณีที่เป็นเสนอขายโดยได้รับผ่อนผันจากสำนักงาน โดยผู้ที่ได้รับอนุญาตโดยการผ่อนผันดังกล่าวนี้ต้องแสดงได้ว่า มีเหตุจำเป็นและสมควร อีกทั้งการเสนอขายดังกล่าวจะไม่กระทบต่อผู้ลงทุนในวงกว้าง และมีมาตรการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ลงทุน

* ศุกุกทรัสต์ หมายถึง ทรัสต์ที่ทำหน้าที่ดูแลรักษาสิทธิประโยชน์ของผู้ถือศุกุก

** ผู้ลงทุนสถาบัน ได้แก่ ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์เพื่อเป็นทรัพย์สินของตนเอง หรือเพื่อการบริหารกองทุนส่วนบุคคลหรือเพื่อการจัดการโครงการลงทุนที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบ

*** ผู้ลงทุนรายใหญ่ หมายความว่า บุคคลธรรมดาที่มีทรัพย์สินตั้งแต่ 40 ล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ ไม่รวมหนี้สินของบุคคลดังกล่าว หรือนิติบุคคลที่มีสินทรัพย์ตามงบการเงินปีล่าสุดที่ผู้สอบบัญชีตรวจสอบแล้วตั้งแต่ 200 ล้านบาทขึ้นไป

ก. หลักเกณฑ์กรณีเสนอขายแบบเป็นการทั่วไป

(public offering : PO)

1. คุณสมบัติของทรัสต์ผู้ออกศุภุก

เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายไทย ที่ได้รับอนุญาตให้ออกศุภุก โดยมีส่วนของทุนไม่น้อยกว่า 5,000 บาท และมีระบบงานที่มีความพร้อมทำหน้าที่เป็นทรัสต์ผู้ออกศุภุกตามที่ประกาศ และสัญญาก่อตั้งทรัสต์กำหนด ทั้งนี้ การจัดให้มีระบบงานดังกล่าวจะจัดให้มีโดยตนเอง หรือโดยการมอบหมายให้ศุภุกทรัสต์ก็ได้

กรณีทรัสต์ผู้ออกศุภุกเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ระดมทุน ต้องมีลักษณะต่อไปนี้ด้วย กล่าวคือ ไม่มีวัตถุประสงค์ประกอบธุรกิจอื่นนอกจากการออก หรือจำหน่ายศุภุก และการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการออกศุภุกเท่านั้น และต้องเป็นทรัสต์ผู้ออกศุภุกเพื่อการระดมทุนของผู้ระดมทุนรายใดรายหนึ่งได้เพียงรายเดียว

โดยการอนุญาตนั้นอาจสิ้นสุดลงได้ในหลายกรณี ได้แก่ กรณีทรัสต์ผู้ออกศุภุกไม่มีคุณลักษณะดังที่ได้กล่าวก่อนหน้านี้ กรณีทรัสต์ผู้ออกศุภุกไม่มีการออกศุภุกอีกในช่วง 2 ปีนับแต่วันที่ครบอายุศุภุกรุ่นที่ครบกำหนดหลังสุด และกรณีเมื่อผู้ระดมทุนสิ้นสภาพนิติบุคคลไม่ว่าด้วยเหตุใด หรือมิได้เป็นสาขาธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงินอีกต่อไป

2. ผู้ออกศุภุกและผู้ระดมทุน ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

รายงานการสอบบัญชีของผู้สอบบัญชีที่ออกตามงบการเงินของผู้ออกศุภุก หรือผู้ระดมทุนและงบการเงินรวมประจำงวดการบัญชีปีล่าสุด และงบการเงินไตรมาสสุดท้ายก่อนยื่นคำขอ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(2.1) ไม่มีการแสดงความเห็นต่อการจัดทำงบการเงินของผู้ออกศุภุกหรือผู้ระดมทุนและงบการเงินรวม หรือแสดงความเห็นว่างบการเงินไม่ถูกต้อง

(2.2) ไม่มีการแสดงความคิดเห็นอย่างมีเงื่อนไขใน
 รายการบัญชีที่เป็นสาระสำคัญว่าไม่เป็นไปตามมาตรฐานการบัญชีที่ใช้บังคับกับบริษัทมหาชนจำกัด

ในกรณีที่ผู้ออกศุภกหรือผู้ระดมทุนเป็นธนาคาร
 ต่างประเทศ รายงานการสอบบัญชีของผู้สอบบัญชีดังกล่าวนั้นต้องไม่มีการแสดงความคิดเห็นอย่างมี
 เงื่อนไขในรายการบัญชีที่เป็นสาระสำคัญว่าไม่เป็นไปตามมาตรฐานการบัญชีที่กำหนดตามกฎหมายว่า
 ด้วยการบัญชี หรือ International Financial Reporting Standards (IFRS) หรือ Financial
 Accounting Standards (FAS) หรือ United States Generally Accepted Accounting
 Principle (US GAAP) หรือมาตรฐานการบัญชีอื่นที่สำนักงานยอมรับ

(2.3) ไม่มีการแสดงความคิดเห็นว่าถูกจำกัด
 ขอบเขตการตรวจสอบโดยการกระทำหรือไม่กระทำของผู้ออกศุภกหรือผู้ระดมทุน กรรมการ หรือ
 ผู้บริหาร

(2.4) ไม่อยู่ระหว่างค้างการนำส่งงบการเงิน
 หรือรายงานเกี่ยวกับฐานะทาง การเงิน และผลการดำเนินงานของบริษัทต่อสำนักงานหรือตลาด
 หลักทรัพย์แห่งประเทศไทยตามมาตรา 56 หรือมาตรา 199 ประกอบมาตรา 56 แล้วแต่ กรณีหรือไม่
 อยู่ระหว่างปรับปรุงแก้ไขงบการเงินหรือรายงานที่มีหน้าที่ต้องจัดทำและจัดส่งตามมาตรา 56 หรือ
 มาตรา 57 หรือมาตรา 199 ประกอบมาตรา 56 หรือมาตรา 57 ตามที่สำนักงานหรือตลาดหลักทรัพย์
 แห่งประเทศไทยแจ้งให้ดำเนินการปรับปรุงแก้ไขนั้นหรือไม่อยู่ระหว่างการมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่ง
 ของสำนักงานหรือตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยตามมาตรา 58 หรือมาตรา 199 ประกอบมาตรา
 58 แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ เว้นแต่ได้รับการผ่อนผันจากสำนักงาน

(2.5) มีกรรมการและผู้บริหารที่มีรายชื่ออยู่ใน
 ระบบข้อมูลรายชื่อกรรมการและผู้บริหารของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ตามประกาศที่เกี่ยวข้องกับ
 ข้อกำหนดเกี่ยวกับกรรมการและผู้บริหารของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ ในกรณีที่ผู้ออกศุภกหรือผู้ระดม
 ทุนเป็นธนาคารต่างประเทศ ผู้ออกศุภก หรือผู้ระดมทุนต้องมีกรรมการหรือผู้บริหารที่ดำรงตำแหน่งใน
 สาขาในประเทศไทยที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนด

2.6 มีผู้มีอำนาจควบคุมที่ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามประกาศที่เกี่ยวกับข้อกำหนดเกี่ยวกับกรรมการและผู้บริหารของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์โดยอนุโลม

2.7 ไม่เคยเสนอขายหลักทรัพย์โดยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข ภายหลังจากการอนุญาตอย่างมีนัยสำคัญ ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในประกาศที่เกี่ยวข้องที่ใช้บังคับตามแต่กรณี

ทั้งนี้ กรณีที่ผู้ออกศุภกเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ระดมทุน รอบระยะเวลาบัญชีของผู้ระดมทุนต้องมีระยะเวลาบัญชีเดียวกับรอบระยะเวลาบัญชีของผู้ออกศุภก

นอกจากนั้นผู้ออกศุภกต้องจัดให้มีที่ปรึกษากฎหมายที่ให้ความเห็นว่าร่างสัญญาก่อตั้งทรัสต์สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย และผู้ออกศุภกต้องรับรองว่าศุภกที่ขออนุญาตได้ผ่านการพิจารณาของที่ปรึกษาอิสระ ซึ่งให้ความเห็นว่าศุภกดังกล่าวมีลักษณะเป็นไปตามหลักศาสนาอิสลาม โดยที่ปรึกษาทางการเงินนั้นต้องทำคำรับรองว่าการคัดเลือกที่ปรึกษากฎหมายและที่ปรึกษาอิสระซึ่งให้ความเห็นเกี่ยวกับการออกศุภกดังกล่าวได้คำนึงถึงความรู้ ความสามารถ ประสบการณ์ในวิชาชีพ และสามารถให้ความเห็นได้อย่างเหมาะสมแล้ว โดยที่ปรึกษาอิสระมีคุณสมบัติไม่ขัดต่อประกาศกำหนด

ในการยื่นแบบคำขออนุญาตให้ผู้ขออนุญาตและผู้ระดมทุนร่วม ยื่นคำขออนุญาตและลงนามรับรองความถูกต้องของแบบคำขออนุญาต โดยค่าธรรมเนียมมีค่าธรรมเนียมคำขออนุญาตให้ออกศุภกค่าขอละ 30,000 บาทต่อการขออนุญาตแต่ละครั้ง

โดยสำนักงาน ก.ล.ต. จะใช้ระยะเวลาการพิจารณาแบบคำขออนุญาตและจะแจ้งผลการพิจารณาภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับเอกสารหลักฐานที่ถูกต้องและครบถ้วน

สำหรับภายหลังจากได้รับอนุญาตแล้ว ผู้ได้รับอนุญาตมีเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติภายหลังจากได้รับอนุญาต คือ การจัดอันดับความน่าเชื่อถือของศุภกการยื่นคำขอให้

สมาคมตลาดตราสารหนี้ไทยพิจารณาปรับขึ้นทะเบียนศุก การจัดให้มีศุกทรีสตีและจัดทำสัญญา ก่อตั้งทรีสตีให้เป็นไปตามสาระที่ผ่านการพิจารณาของสำนักงานแล้ว โดยต้องจัดทำและจัดส่งสัญญา ก่อตั้งทรีสตีและจัดส่งคูปองสัญญาดังกล่าวต่อสำนักงานก่อนเริ่มการเสนอขายศุก และการ ดำเนินการให้ใบจองซื้อมีความที่มัยสำคัญว่า การลงนามจองซื้อหรือสั่งซื้อศุกนี้มีผลเท่ากับผู้ซื้อ ยินยอมผูกพันตามสัญญาก่อตั้งทรีสตีของศุกนั้น

3. การยื่นแบบแสดงรายการข้อมูล (Filing)

สำหรับการออกและเสนอขายตราสารศุก เป็นการทั่วไปใช้แบบ แสดงรายการข้อมูล 69-SUKUK หากเป็นกรณีเสนอขายศุกระยะยาว ต้องยื่นแบบแสดงรายการ ข้อมูล ทุกครั้งก่อนการเสนอขายศุก แต่หากเป็นกรณีเสนอขายศุกระยะสั้นแบบเป็นโครงการกรณีที ปฏิบัติตามเงื่อนไขต่อไปนี้สามารถยื่นแบบแบบแสดงรายการข้อมูล เพื่อเสนอขายได้ 1 ปีนับแต่วันที แบบแบบแสดงรายการข้อมูลมีผลใช้บังคับ โดยตราสารศุกระยะสั้นทีเสนอขายในแต่ละครั้งหรือแต่ ละรุ่นนั้นต้องเป็นประเภทและชนิดเดียวกัน รวมทั้งมีข้อมูลผูกพันเกี่ยวกับการออกศุกระยะสั้นเป็นอย่าง เดียวกัน แต่ไม่รวมถึงข้อมูลผูกพันเกี่ยวกับผลประโยชน์และอายุของศุก และมูลค่าเสนอขายรวมทั้ง โครงการไม่เกินจำนวนทีระบุไว้ในแบบแสดงรายการข้อมูลที่ยื่นครั้งแรก

การยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลดังกล่าวต้องมีทีปรึกษาทางการเงิน ในบัญชีทีสำนักงาน ก.ล.ต. ให้ความเห็นชอบร่วมจัดทำและรับรองความถูกต้องของข้อมูล มิงบการเงิน และงบการเงินรวมของผู้ออกศุกและผู้ระดมทุนต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที ประกาศกำหนด และในกรณีทีเสนอขายศุกชนิดหรือรุ่นเดียวกันในต่างประเทศด้วย ข้อมูลในแบบ แสดงรายการข้อมูลและร่างหนังสือชี้ชวนต้องมีรายละเอียดไม่น้อยกว่าข้อมูลที่เปิดเผยในการเสนอ ขายศุกนั้นในต่างประเทศ โดยแบบแสดงรายการข้อมูลและร่างหนังสือชี้ชวนต้องลงนามโดย กรรมการทุกคนและผู้ทีดำรงตำแหน่งสูงสุดสายงานบัญชีลงลายมือชื่อ (ผู้ออกศุกและผู้ระดมทุน) แบบแสดงรายการข้อมูลและร่างหนังสือชี้ชวนจะมีผลใช้บังคับเมื่อพ้น 14 วันนับแต่วันทีสำนักงาน ได้รับแบบทีแก้ไขเพิ่มเติมครั้งหลังสุด

ค่าธรรมเนียมการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูล สำหรับกรณีศุภก ระยะเวลา ค่าธรรมเนียมการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูล เท่ากับร้อยละ 0.01 ของมูลค่าศุภกที่เสนอ ขายในแต่ละรุ่น แต่ไม่ต่ำกว่ารุ่นละ 30,000 บาท และสูงสุดรุ่นละไม่เกิน 500,000 บาท สำหรับกรณีศุ ภูภระยะสั้น หากเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ไม่คิดค่าธรรมเนียม แต่หากเป็นบริษัทไม่จ ดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์มีค่าธรรมเนียม 10,000 บาทต่อรุ่น หรือ 100,000 บาทต่อการยื่นแบบ แสดงรายการข้อมูลแต่ละครั้ง โดยบริษัทสามารถเลือกได้ว่าจะชำระแบบใด

ข. หลักเกณฑ์กรณีเสนอขายแบบในวงจำกัด (Private placement : PP)

การเสนอขายแบบในวงจำกัดนั้นจะได้รับอนุญาตให้เสนอขายตรา สารศุภกได้ก็ต่อเมื่อมีการจดข้อจำกัดการโอนและรับรองว่าผู้ที่ประสงค์จะเสนอขายศุภกที่ออกใหม่ได้ ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อกำหนด และได้ดำเนินการด้วยความระมัดระวังอย่างดีที่สุดแล้ว เพื่อให้สัญญา ก่อตั้งทรัสต์สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย ซึ่งการออกตราสารนั้นกระทำโดยผู้ออกศุภกที่ได้รับอนุญาต ให้เป็นทรัสต์ผู้ออกศุภก และที่ปรึกษาจะระมัดระวังให้เห็นว่าศุภกดังกล่าวนั้นมีลักษณะเป็นไปตาม หลักศาสนาอิสลาม

ภายหลังได้รับอนุญาตต้องดำเนินการให้มีการเปิดเผยเรื่องข้อจำกัด การโอนในแบบแสดงรายการข้อมูล หรือเอกสารอื่นที่ใช้ในการเสนอขาย รวมทั้งในใบศุภกและในการ จัดทำทะเบียนผู้ถือศุภก และต้องมีการตรวจสอบผู้ลงทะเบียน และปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อจำกัด การโอนที่สำนักงานรับจดทะเบียนไว้แล้ว โดยจัดให้มีศุภกทรัสต์ และจัดทำสัญญาก่อตั้งทรัสต์ให้เป็นไป ตามสาระที่ขึ้นไว้กับสำนักงาน โดยต้องจัดทำ และจัดส่งสัญญาก่อตั้งทรัสต์และฉบับสัญญาดังกล่าว ต่อสำนักงาน ก.ล.ต ก่อนเริ่มการเสนอขายศุภก อีกทั้งต้องมีการดำเนินการให้ใบจองซื้อที่มีความมี นัยสำคัญว่า “การลงนามจองซื้อหรือสั่งซื้อศุภกนี้มีผลเท่ากับผู้อยินยอมผูกพันตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ของศุภกนั้น” และผู้ซื้อนั้นได้รับทราบเรื่องข้อจำกัดการโอนของศุภกดังกล่าว และมีการดำเนินการให้ ศุภกดังกล่าวนี้เป็นประเภทระบุชื่อผู้ถือ

สำหรับในกรณีเสนอขายต่อผู้ลงทุนสถาบันและผู้ลงทุนรายใหญ่ (II&HNW) ต้องมีการจัดอันดับความน่าเชื่อถือของศุภก และยื่นคำขอให้สมาคมตลาดตราสารหนี้ไทย พิจารณารับขึ้นทะเบียนศุภก

สำหรับการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลนั้น ในกรณีเสนอขายตราสารศุภกในวงจำกัด (PP) ไม่ต้องยื่นแบบแสดงรายการข้อมูล แต่หากเป็นกรณีเสนอขายต่อผู้ลงทุนสถาบันและผู้ลงทุนรายใหญ่ (II&HNW) ใช้แบบแสดงรายการข้อมูล 69-SK โดยกรณีเสนอขายศุภกระยะยาว ต้องยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลทุกครั้งก่อนการเสนอขายศุภก สำหรับกรณีเสนอขายศุภกระยะสั้นแบบเป็นโครงการกรณีที่ปฏิบัติตามเงื่อนไข สามารถยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลเพื่อเสนอขายได้ 1 ปีนับแต่วันที่แบบแสดงรายการข้อมูลมีผลใช้บังคับ โดยศุภกระยะสั้นที่เสนอขายในแต่ละครั้งหรือแต่ละรุ่นเป็น ประเภทและชนิดเดียวกัน รวมทั้งมีข้อมูลผูกพันเกี่ยวกับการออกศุภกระยะสั้นเป็นอย่างเดียวกันแต่ไม่รวมถึงข้อมูลผูกพันเกี่ยวกับผลประโยชน์และอายุของศุภก มูลค่าเสนอขายรวมทั้งโครงการไม่เกินจำนวนที่ระบุไว้ในแบบแสดงรายการข้อมูลที่ยื่นครั้งแรก งบการเงินและงบการเงินรวมของผู้ออกศุภกและผู้ระดมทุนต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่ประกาศกำหนด ในกรณีที่เสนอขายศุภกชนิดหรือรุ่นเดียวกันในต่างประเทศด้วย ข้อมูลในแบบแสดงรายการข้อมูล และร่างหนังสือชี้ชวนต้องมีรายละเอียดไม่น้อยกว่าข้อมูลที่เปิดเผยในการเสนอขายศุภกนั้นในต่างประเทศ แบบแสดงรายการข้อมูลและร่างหนังสือชี้ชวนต้องลงนามโดยกรรมการทุกคนและผู้ที่มีตำแหน่งสูงสุดสายงานบัญชีลงลายมือชื่อ (ผู้ออกศุภกและผู้ระดมทุน) โดยแบบแสดงรายการข้อมูลและร่างหนังสือชี้ชวนมีผลใช้บังคับเมื่อพ้น 5 วันทำการนับแต่วันที่สำนักงานได้รับแบบที่แก้ไขเพิ่มเติมครั้งสุดท้าย โดยมีค่าธรรมเนียมการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูล รุ่นละ 50,000 บาท

2.2.4.1.2 หลักเกณฑ์การเสนอขายตราสารศุภกในต่างประเทศ

ลักษณะของตราสารศุภก ต้องมีข้อตกลงที่จะชำระค่าตอบแทนและไถ่ถอนศุภกเป็นสกุลเงินตราต่างประเทศและเป็นศุภกที่เสนอขายต่อผู้ลงทุนในต่างประเทศทั้งจำนวน

สำหรับเกณฑ์การอนุญาตนั้นต้องเป็นตราสารศุภกที่สามารถแสดงได้ว่าการเสนอขายตราสารกระทำต่อผู้ลงทุนในต่างประเทศ อีกทั้งสามารถแสดงได้ว่าการซื้อขายหรือการโอน

ศุภกที่ยื่นขออนุญาต ไม่ว่าจะทอดใดๆ จะกระทำในต่างประเทศ และรับรองว่าผู้ขออนุญาตได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อกำหนดในประกาศ และได้ดำเนินการด้วยความระมัดระวังอย่างดีที่สุดเพื่อให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย

ภายหลังการอนุญาตแล้วต้องทำการส่งสัญญาก่อตั้งทรัสต์ให้สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ก่อนการเสนอขาย พร้อมทั้งรายงานผลการขายภายใน 15 วันนับแต่วันปิดการเสนอขาย และแจ้งธนาคารแห่งประเทศไทยทราบถึงการขายศุภกต่อผู้ลงทุนในต่างประเทศภายใน 3 วันทำการนับแต่วันปิดการเสนอขาย

ภาระหน้าที่ภายหลังการเสนอขายภายหลังจากการเสนอขายศุภก ผู้ออกศุภกมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่สำนักงานกำหนด เช่น การรายงานผลการขาย การจัดส่งแบบแสดงรายการข้อมูล 56-1 และงบการเงิน ดังนี้ กล่าวคือ สำหรับการรายงานผลการขาย ในกรณีการเสนอขายแบบเป็นการทั่วไป และการเสนอขายแบบวงจำกัด ในกรณีการเสนอขายต่อนักลงทุนรายใหญ่และนักลงทุนสถาบัน ให้รายงานผลการขายภายใน 15 วันหลังสิ้นเดือนที่เสนอขาย และในกรณีการเสนอขายแบบอื่นๆ ให้รายงานผลการขายภายใน 15 วันหลังการเสนอขาย

การส่งรายงานอื่นๆ ภายหลังการเสนอขายในกรณีการเสนอขายเป็นการทั่วไปนั้นต้องดำเนินการ ยื่นเอกสารแบบแสดงรายการข้อมูล 56-SUKUK ภายใน 3 เดือนนับแต่วันสิ้นสุดรอบระยะเวลาบัญชีงบการเงินรายไตรมาสของผู้ออกศุภกและผู้ระดมทุนภายใน 45 วันนับแต่วันสุดท้ายของแต่ละไตรมาสงบการเงินประจำปีของผู้ออกศุภกและผู้ระดมทุนภายใน 60 วันนับแต่วันสิ้นสุดรอบระยะเวลาบัญชี สำหรับกรณีเสนอขายต่อนักลงทุนสถาบันและผู้ลงทุนรายใหญ่นั้นต้องดำเนินการยื่นงบการเงินประจำปีของผู้ออกศุภกและผู้ระดมทุน ตามกำหนดที่ยื่นกับหน่วยงานทางการที่กำกับดูแล

2.2.4.2 หลักเกณฑ์การจอง จำหน่าย และการจัดสรร

สำหรับหลักเกณฑ์การจอง จำหน่าย และการจัดสรรนั้นมีการกำหนดห้ามจัดสรรศุภกให้แก่ ผู้บริหาร ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ ผู้มีอำนาจควบคุม บริษัทรายใหญ่ ผู้ที่เกี่ยวข้อง และกองทุนรวม ซึ่งบริษัทที่ออกศุภกหรือบุคคลดังกล่าวถือหน่วยลงทุนเกินกว่า 50% ขึ้นไปของหน่วยลงทุนที่จำหน่าย

ได้แล้วทั้งหมด เว้นแต่เป็นการจัดสรรตามหลักเกณฑ์ที่ประกาศกำหนด และต้องมีการแจกเอกสารสรุปลักษณะสำคัญและความเสี่ยงของตราสาร (fact sheet) ไปพร้อมกับการแจกใบจองซื้อ กรณีการเสนอขายเป็นการทั่วไป (PO) ต้องจัดให้มีผู้จัดจำหน่ายหลักทรัพย์เป็นผู้รับหลักทรัพย์ที่จะเสนอขายไปจัดจำหน่าย บริษัทที่ออกศุภกต้องจัดให้มีการแจกใบจองซื้อหลักทรัพย์ให้แก่ผู้ลงทุนโดยกระทำไปพร้อมกับหนังสือชี้ชวนหรือสรุปหนังสือชี้ชวนซึ่ง ใบจองซื้อศุภกดังกล่าวนั้นต้องมีข้อความว่า “ผู้จองซื้อ ศุภกยินยอมแต่งตั้ง (ชื่อบุคคลที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน) เป็น ศุภกทรัสต์ (sukuk trustee)” “ผู้จองซื้อศุภกยินยอมผูกพันตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์สำหรับศุภก (ชื่อเฉพาะของศุภกที่ใช้ในการอ้างอิง) ทุกประการ หากผู้จองซื้อได้รับการจัดสรรศุภก” และ “ผู้จองซื้อศุภกอาจตรวจสอบสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้ที่สำนักงาน ก.ล.ต. สำนักงานใหญ่ของผู้ออกศุภก และสำนักงานของผู้จัดจำหน่ายหลักทรัพย์ (ถ้ามี)” โดยห้ามผู้ออกศุภกนำเงินที่ได้รับเป็นค่าจองซื้อในส่วนที่เกินกว่าจำนวนที่คาดว่าจะได้รับจากการเสนอขายศุภกทั้งหมดไปใช้ในกิจการใดๆ นอกจากการส่งคืนให้แก่ผู้จองซื้อที่ไม่ได้รับการจัดสรรภายในสิบสี่วันนับแต่วันปิดการเสนอขาย ทั้งนี้ บริษัทที่ออกศุภกต้องมีข้อกำหนดว่า หากบริษัทไม่ส่งคืนเงินไปภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ผู้จองซื้อหลักทรัพย์ที่ไม่ได้รับการจัดสรรมีสิทธิได้รับค่าชดเชยไม่ต่ำกว่าร้อยละ 7.5 โดยต้องระบุถึงสิทธิที่ผู้จองซื้อจะได้รับดอกเบี้ยนี้ไว้ในหนังสือชี้ชวนด้วย ในกรณีที่ไม้อาจแต่งตั้ง sukuk trustee ตามคำยินยอมของผู้ถือศุภกหรือไม่สามารถจัดให้มีทรัสต์สินที่ใช้เป็นฐานอ้างอิงตามที่กำหนดไว้ ให้บริษัทที่ออกศุภกนั้นต้องคืนเงินค่าจองซื้อศุภกพร้อมผลประโยชน์ที่เกิดจากบัญชีจองซื้อศุภกให้แก่ผู้จองซื้อศุภกภายในสิบสี่วันนับแต่วันปิดการเสนอขายศุภก ให้บริษัทที่ออกศุภกนั้นต้องระบุหลักเกณฑ์และวิธีการในการจองการจัดจำหน่าย และการจัดสรรหลักทรัพย์ที่เสนอขายไว้อย่างชัดเจนในหนังสือชี้ชวน

นอกเหนือจากหลักเกณฑ์การออกและเสนอขายตราสารศุภกในข้างต้น ยังมี การกำหนดคุณสมบัติของที่ปรึกษาชะรีอะฮ์ที่จะเข้าทำหน้าที่ในการรับรองตราสารศุภกกว่ามีความ สอดคล้องของหลักการทางศาสนาอิสลาม ดังปรากฏในประกาศว่าด้วยข้อกำหนดเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุภก³²

³² ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ ส.ค. 6/2554 เรื่อง ข้อกำหนดเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุภก

2.2.5 ภาวะภาษีเกี่ยวกับการลงทุนในตราสารศุกุก

เนื่องจากตราสารศุกุกนั้นเป็นตราสารที่มีโครงสร้างธุรกรรม 2 ด้าน กล่าวคือ ในด้านแรกมีการดำเนินนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ในการเข้าทำสัญญาอ้างอิงที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลามเพื่อผลตอบแทน และในอีกด้านหนึ่งทรัสต์จะดำเนินการแบ่งปันกำไรดังกล่าวที่ได้รับจากการเข้าทำสัญญาอ้างอิงนั้นให้แก่ผู้ถือตราสารศุกุก ซึ่งอยู่ในฐานะผู้รับประโยชน์อีกทอดหนึ่งตามสัดส่วนของการระดมทุนของผู้ถือตราสารแต่ละราย

ดังนั้น ภาวะภาษีในธุรกรรมตราสารศุกุกนั้น สามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 ส่วนเช่นเดียวกับความสัมพันธ์ในข้างต้น คือ กรณีภาวะภาษีที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ และกรณีภาวะภาษีที่เกิดขึ้นระหว่างทรัสต์และผู้ถือตราสารศุกุก

2.2.5.1 กรณีภาวะภาษีที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์

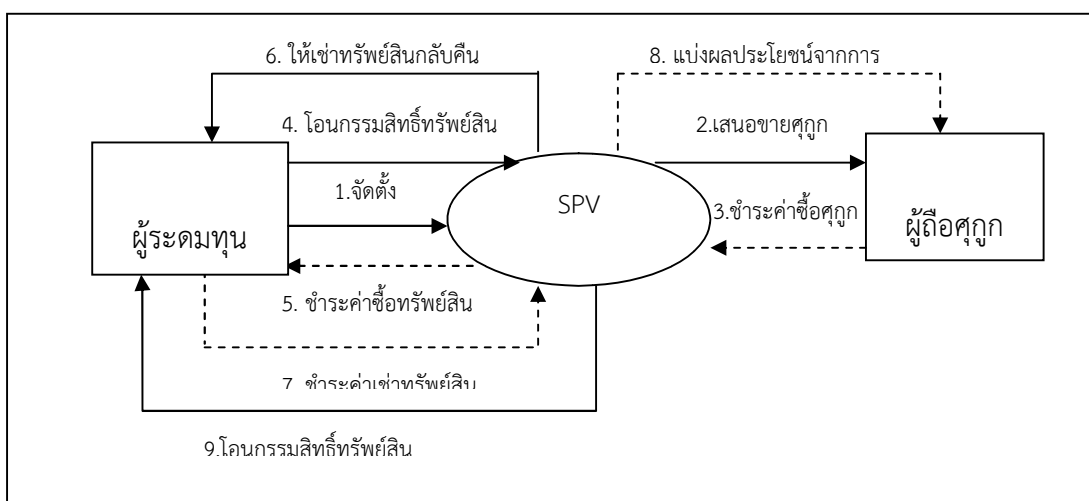
ภาษีที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ คือ ภาษีที่เกิดจากการเข้าทำสัญญาอ้างอิงตราสารศุกุก ไม่ว่าจะเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างทำของ (สัญญารับเหมาก่อสร้าง) และสัญญาร่วมลงทุน ซึ่งการเลือกเข้าทำสัญญาอ้างอิงอ้างอิงแต่ละประเภทที่มีลักษณะคล้ายเอกเทศสัญญาของไทยนั้นจะแตกต่างกันไปตามรูปแบบโครงสร้างตราสารศุกุกที่เลือกใช้ในการระดมทุน ซึ่งภาวะทางภาษีในสัญญาอ้างอิงแต่ละประเภทนั้นก็มีความแตกต่างกัน จึงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป

หากจะทำการศึกษาถึงภาวะทางภาษีของตราสารศุกุกนั้น ต้องทำการวิเคราะห์ประกอบกับโครงสร้างของตราสารศุกุกในแต่ละประเภท เนื่องจากโครงสร้างตราสารศุกุกแต่ละประเภทนั้นใช้ธุรกรรมอ้างอิงที่แตกต่างกัน ส่งผลทำให้ภาวะภาษีของตราสารศุกุกในแต่ละโครงสร้างนั้นย่อมแตกต่างกัน ดังนี้

2.2.5.1.1 ตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-Ijarah

สำหรับกรณีตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า หรือที่เรียกว่า ศุภกอิญาเราะฮ์ (sukuk- al Ijarah) นั้นมีโครงสร้าง 2 รูปแบบ กล่าวคือ รูปแบบการขายและให้เช่ากลับ (Sale and leaseback) และรูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (Head lease-Sub lease)

ก. โครงสร้างตราสารศุภกประเภทอ้างอิงการเช่า (sukuk al-Ijarah) รูปแบบการขายและให้เช่ากลับ (Sale and leaseback)



ภาพที่ 6 ตราสารศุภกอิญาเราะฮ์ (sukuk al-Ijarah)
รูปแบบการขายและให้เช่ากลับ (sale and leaseback)

เนื่องจากตราสารศุภกประเภทอ้างอิงการเช่า (sukuk al-Ijarah) รูปแบบการขายและให้เช่ากลับ (sale and leaseback) มักจะอ้างอิงกับสินทรัพย์ที่เป็น อสังหาริมทรัพย์ ดังนั้นการวิเคราะห์ถึงภาระทางภาษีของโครงสร้างตราสารศุภกประเภทดังกล่าวนี้ ต้องทราบถึงภาษีที่เกี่ยวข้องกับการขายและการเช่าในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ อันประกอบด้วย ภาษีเงินได้ ภาษีธุรกิจเฉพาะ อัตรแสมบ์ ค่าธรรมเนียมการโอน และภาษีมูลค่าเพิ่ม

สำหรับตราสารศุภกประเภทอ้างอิงการเช่า (sukuk al-Ijarah) นั้น ประกอบไปด้วยสัญญาซื้อขาย และสัญญาเช่า อันเป็นที่มาของภาระทางภาษีของการทำธุรกรรมดังกล่าว

(1) สัญญาซื้อขาย

- ภาษีเงินได้

เมื่อพิจารณาพบว่าผู้ระดมทุน (Originator) ในธุรกรรมตราสารศุกุยกย่ออยู่ในสถานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น จึงมีหน้าที่ในการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามหลักเกณฑ์การเสียภาษีที่ได้มีการกำหนดไว้ ในกรณีที่มีการซื้อขาย มีการจ่ายเงินได้ให้แก่ผู้ขาย อสังหาริมทรัพย์ ผู้จ่ายเงินได้ ซึ่งในที่นี้ คือ SPV ในฐานะทรัสต์ มีหน้าที่หักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายและนำส่งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนกรรมสิทธิ์และนิติกรรมในขณะที่มีการจดทะเบียนโอนขาย อสังหาริมทรัพย์ โดยภาษีที่หักไว้จะนำส่งนี้ถือเป็นเครดิตในการคำนวณภาษีได้เงินได้ของผู้ขายซึ่งในที่นี้ คือ ผู้ระดมทุน (Originator) โดยสามารถนำไปใช้ในรอบระยะเวลาบัญชีที่ถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายสำหรับอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลหัก ณ ที่จ่าย กรณีผู้ขายเป็นนิติบุคคล ผู้ซื้อต้องทำการหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 1 ดังความที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 69 ตรี³³ แห่งประมวลรัษฎากร

- ภาษีธุรกิจเฉพาะ

สำหรับการขายอสังหาริมทรัพย์จะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ต่อเมื่อเข้ากรณีการขายเป็นทางการค้าหรือหากำไรที่ต้องจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามที่กำหนดไว้ในความมาตรา 91/2 (6)³⁴ แห่งประมวลรัษฎากร ประกอบความในมาตรา 4³⁵ แห่ง

³³ ประมวลรัษฎากร

มาตรา 69 ตรี บุคคล ห้างหุ้นส่วน บริษัท สมาคม หรือ คณะบุคคล ผู้จ่ายเงินได้พึงประเมิน ตามมาตรา 40 (8) เฉพาะที่จ่ายให้กับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลซึ่งขายอสังหาริมทรัพย์คำนวณหักภาษีเงินได้ไว้ ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 1 แล้วนำส่งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมในขณะที่มีการจดทะเบียน และให้นำความในมาตรา 52 วรรคสองและวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ภาษีที่หักไว้และนำส่งตามวรรคหนึ่งให้ถือเป็นเครดิตในการคำนวณภาษีเงินได้ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ถูกหักภาษีตามรอบระยะเวลาบัญชีที่หักไว้

³⁴ มาตรา 91/2 มาตรา ภายใต้อัตราภาษีมาตรา 91/4 การประกอบกิจการดังต่อไปนี้ในราชอาณาจักร ให้อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามบทบัญญัติในหมวดนี้

(1) การธนาคารตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์หรือกฎหมายเฉพาะ

(2) การประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์

- (3) การรับประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต
- (4) การรับจำนำตามกฎหมายว่าด้วยโรงรับจำนำ
- (5) การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ เช่น การให้กู้ยืมเงินค้ำประกัน แลกเปลี่ยนเงินตราออก ซื้อ หรือขายตัวเงิน หรือรับส่งเงินไปต่างประเทศด้วยวิธีต่าง ๆ
- (6) การขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางคำหรือหากำไร ไม่ว่าจะอสังหาริมทรัพย์นั้นจะได้อมาโดยวิธีใดก็ตาม ทั้งนี้ เฉพาะที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา
- ³⁵ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทางคำหรือหากำไร (ฉบับที่ 342) พ.ศ. 2541

มาตรา 4 ให้การขายอสังหาริมทรัพย์เฉพาะที่ต้องจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมดังต่อไปนี้เป็นการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางคำหรือหากำไรที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (6) แห่งประมวลรัษฎากร

(1) การขายอสังหาริมทรัพย์ของผู้ซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจัดสรรที่ดิน

(2) การขายห้องชุดของผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้จดทะเบียนอาคารชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

(3) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นอาคารที่สร้างขึ้นเพื่อขาย รวมถึงการขายที่ดินอันเป็นที่ตั้งของอาคารดังกล่าว

(4) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่เข้าลักษณะตาม (1) (2) หรือ (3) เฉพาะกรณีที่มีการแบ่งขายหรือมีการแบ่งแยกไว้เพื่อขาย โดยได้จัดทำถนนหรือสิ่งสาธารณูปโภคอื่นหรือให้ค้ำประกันว่าจะจัดให้มีสิ่งดังกล่าว

(5) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ขายมีไว้ในประกอบการเฉพาะของนิติบุคคลตามมาตรา 77/1 แห่งประมวลรัษฎากร

(6) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่เข้าลักษณะตาม (1) (2) (3) (4) หรือ (5) ที่ได้กระทำภายในห้าปีนับแต่วันที่ได้อมาซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้น เว้นแต่

(ก) การขายหรือการถูกเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

(ข) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาโดยทางมรดก

(ค) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เป็นสถานที่อยู่อาศัยอันเป็นแหล่งสำคัญที่ผู้ขายมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎรเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้อมาซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นในกรณีที่ดินและอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างตาม (ค) ได้อมาไม่พร้อมกันกำหนดเวลาห้าปีตามความใน (ข) ให้ถือตามระยะเวลาการได้อมาซึ่งที่ดินหรืออาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้มาภายหลัง

(ง) การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์โดยไม่มีค่าตอบแทนให้แก่บุตรชอบด้วยกฎหมายของตน แต่ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรม

(จ) การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ทางมรดกให้แก่ทายาทโดยธรรมหรือผู้รับพินัยกรรมซึ่งเป็นทายาทโดยธรรม

(ฉ) การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ส่วนราชการหรือองค์การของรัฐบาลตามมาตรา 2 แห่งประมวลรัษฎากรโดยไม่มีค่าตอบแทน

พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทางค้าหรือหากำไร (ฉบับที่ 342) พ.ศ. 2541 ผู้ขายอสังหาริมทรัพย์จะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะในอัตราร้อยละ 3.3 ตามราคาประเมินทุนทรัพย์ ในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวลกฎหมายที่ดินหรือราคาซื้ออสังหาริมทรัพย์ แล้วแต่อย่างใดสูงกว่า (ตั้งแต่วันที่ 5 กรกฎาคม 2543-31 ธันวาคม 2545 ลดอัตราภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้าหรือกำไร จากอัตราร้อยละ 3.3 ลดลงเหลืออัตราร้อยละ 0.11)³⁶

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ภายในตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า ประเภทการขายไปและเช่ากลับนั้นอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรว่าด้วยเรื่องภาษีธุรกิจเฉพาะ ดังนั้น ผู้ระดมทุนจึงมีหน้าที่ในการเสียภาษีธุรกิจเฉพาะดังกล่าว

- อากรแสดมภ์

อากรแสดมภ์เป็นภาษีที่จัดเก็บจากการทำตราสาร ตามที่ปรากฏในบัญชีอัตราอากรแสดมภ์ท้ายประมวลรัษฎากร 28 ลักษณะ แม้ว่าสัญญาซื้อขายไม่ใช่ตราสาร 1 ใน 28 ลักษณะของบัญชีดังกล่าว สัญญาซื้อขายจึงไม่ต้องเสียอากรแสดมภ์ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในลักษณะที่ 28 ของบัญชีดังกล่าว กำหนดให้ใบรับจากการจดทะเบียนโอนอสังหาริมทรัพย์ต้องเสียอากรแสดมภ์ ฉะนั้น ผู้ขายจึงต้องเสียภาษีอากรแสดมภ์สำหรับใบรับนั้น³⁷ ซึ่ง

(ข) การแลกเปลี่ยนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์กับส่วนราชการหรือองค์การของรัฐบาลตามมาตรา 2 แห่งประมวลรัษฎากร เฉพาะในกรณีที่ส่วนราชการหรือองค์การของรัฐบาลนั้นมิได้มีการจ่ายค่าตอบแทนเป็นอย่างอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ที่แลกเปลี่ยนนั้น

³⁶ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการลดอัตรารัษฎากร (ฉบับที่ 413) พ.ศ. 2545

มาตรา 3 ให้ลดอัตราภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/6 (3) แห่งประมวลรัษฎากร และคงจัดเก็บในอัตราร้อยละ 0.1 สำหรับรายรับก่อนหักรายจ่ายใดๆ จากกิจการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้าหรือหากำไรตามมาตรา 91/5 (6) แห่งประมวลรัษฎากร ทั้งนี้เฉพาะการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ได้กระทำตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2546 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2546

³⁷ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีอากร, (กรุงเทพมหานคร : สถาบัน T.Training Center, 2553), หน้า 416.

ในกรณีตราสารคูปองอ้างอิงธุรกรรมการเข้าโครงสร้างการขายและเช่ากลับนั้น เจ้าหลักเกณฑ์ดังกล่าว เนื่องจากโครงสร้างของตราสารนั้นมีการโอนอสังหาริมทรัพย์

กรณีต้องเสียอากรแสตมป์ใบรับ การจดทะเบียน โอน หรือก่อตั้งสิทธิใดๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยมีค่าตอบแทน ต้องเสียอากรแสตมป์เป็นตัวเงิน ในฐานะใบรับ ตามลักษณะตราสาร 28 (ข) แห่งบัญชีอัตราอากรแสตมป์ ท้ายหมวด 6 ลักษณะ 2 แห่งประมวลรัษฎากร สำหรับจำนวนเงินตั้งแต่ 200 บาท ขึ้นไปทุก 200 บาท หรือเศษของ 200 บาท เสียค่าอากรแสตมป์ 1 หรือเท่ากับร้อยละ 0.5 ของจำนวนเงินที่ได้รับ อย่างไรก็ตาม กรณีที่ผู้ขายได้จดทะเบียนภาษีธุรกิจเฉพาะ ผู้ขายย่อมได้รับการยกเว้นไม่ต้องเสียค่าอากรแสตมป์³⁸

- ค่าธรรมเนียมการโอน

ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับ อสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายที่ดิน กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องเรียกเก็บค่าธรรมเนียม การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ต้องไม่เกินอัตราตามบัญชีท้าย ประมวลกฎหมายที่ดิน สำหรับประมวลกฎหมายที่ดินและกฎกระทรวงที่ถือปฏิบัติสำหรับการเรียก เก็บค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมการจดทะเบียนการโอนขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ต้องเสียค่าธรรมเนียมในการโอนในอัตราร้อยละ 2 ของราคาประเมินของกรรมที่ดิน เศษของ 100 บาท ให้คิดเป็น 100 บาท ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้ขายเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หากราคาที่ตกลงซื้อขายสูงกว่า ราคาประเมินของกรรมที่ดินก็ควรใช้ราคาประเมินเป็นฐานในการเสียค่าธรรมเนียม และถ้าต่ำกว่าก็ใช้ ราคาประเมินเช่นเดียวกัน ดังความตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 103³⁹, 104⁴⁰ และ

³⁸ เรื่องเดียวกัน.

³⁹ ประมวลกฎหมายที่ดิน

มาตรา 103 ในการดำเนินการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน การรังวัด การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม หรือการทำธุรกรรมอื่น ๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ต้องไม่เกินอัตราตามบัญชีท้ายประมวลกฎหมายนี้

ในกรณีออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามมาตรา 58 ให้เรียกเก็บเฉพาะค่าธรรมเนียม เป็นค่าออกโฉนดที่ดิน ค่าออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ค่าหลักเขตที่ดิน และค่ามอบอำนาจในกรณีที่มีการ มอบอำนาจ แล้วแต่กรณี โดยผู้มีสิทธิในที่ดินจะขอรับโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไปก่อนแต่ยังไม่

105 เบญจ⁴¹ โดยผู้ซื้อนั้นเป็นผู้มีหน้าที่ในการชำระค่าธรรมเนียมดังกล่าว อย่างไรก็ตามผู้ซื้อและผู้ขายสามารถตกลงร่วมกันชำระค่าธรรมเนียมกันได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาการโครงสร้างตราสารศุกุกในกรณีตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า ประเภทการขายและเช่ากลับ ผู้ซื้อซึ่ง คือ SPV ในฐานะทรัสต์ต้องทำการชำระค่าธรรมเนียมดังกล่าว แต่อาจจะตกลงร่วมกับผู้ระดมทุน (Originator) แบ่งชำระค่าธรรมเนียมดังกล่าวคนละครึ่งก็ย่อมได้ โดยเป็นไปตามความตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ชำระเงินค่าธรรมเนียมก็ได้ และให้พนักงานเจ้าหน้าที่จัดแจ้งการค้ำชำระเงินค่าธรรมเนียมให้ปรากฏในโฉนดที่ดิน หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้น ถ้าได้ยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมครั้งแรก ให้ผู้ยื่นคำขอเป็นผู้ชำระค่าธรรมเนียม ที่ค้ำชำระ

ในกรณีออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 ตรี ให้ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย

⁴⁰ มาตรา 104 ในกรณีการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้จดทะเบียนเสียค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโดยคำนวณตามราคาประเมินทุนทรัพย์ตามมาตรา 105 เบญจ

การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ในกรณีอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง ให้ผู้จดทะเบียนเสียค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม โดยคำนวณตามจำนวนทุนทรัพย์ของผู้จดทะเบียนแสดงตามความเป็นจริง

⁴¹ มาตรา 105 เบญจ ให้คณะกรรมการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์ของอสังหาริมทรัพย์เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวลกฎหมายนี้

(2) ให้ความเห็นชอบต่อการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์ที่คณะกรรมการประจำจังหวัดเสนอเพื่อใช้ในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมสำหรับอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในเขตจังหวัดนั้น หรือในท้องที่หนึ่งท้องที่ใดในเขตจังหวัดนั้น

(3) วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามที่กรมที่ดินขอความเห็น

(4) แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์มอบหมายก็ได้ แล้วรายงานต่อคณะกรรมการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์

(5) ปฏิบัติการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น

ราคาประเมินทุนทรัพย์ที่คณะกรรมการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์ได้ให้ความเห็นชอบตาม (2) แล้วให้ปิดประกาศไว้ ณ สำนักงานที่ดินจังหวัด สำนักงานที่ดินสาขา และสำนักงานเขต หรือที่ว่าการอำเภอหรือที่ว่าการกิ่งอำเภอท้องที่

- ภาษีมูลค่าเพิ่ม

โดยทั่วไปแล้วการขายอสังหาริมทรัพย์ไม่ต้องเสีย ภาษีมูลค่าเพิ่ม เว้นแต่กรณีมีของแถมซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ เช่น รถยนต์ เฟอร์นิเจอร์ มุ้งลวด เหล็กดัด สิทธิการใช้สนามกอล์ฟ สิทธิการใช้ศูนย์ออกกำลังกาย ผู้ขายอสังหาริมทรัพย์ในกรณีดังกล่าว จะมีหน้าที่ในการจดทะเบียนและเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม เนื่องจากการแถมนั้นเข้าลักษณะของนิยามคำว่า “ขาย” ในบทบัญญัติมาตรา 77/1 (8) แห่งประมวลรัษฎากร ที่นิยามไว้ว่า...”ขาย หมายความว่า จำหน่าย จ่าย โอนสินค้า ไม่ว่าจะมิประโยชน์หรือค่าตอบแทนหรือไม่” เว้นแต่ในแต่ละปีของแถมนั้นมีราคารวมกันไม่ถึง 1,200,000 บาท และผู้ขายต้องเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละ 7 ของราคาของแถมจากผู้ซื้อ พร้อมทั้งออกใบกำกับภาษีให้กับผู้ซื้อ ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคต้องรับภาระทาง ภาษีมูลค่าเพิ่มนี้⁴² เมื่อพิจารณาร่วมกับลักษณะตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า ประเภทการขาย และเช่ากลับ ผู้ระดมทุนในฐานะผู้ขายจะต้องมีหน้าที่ในการชำระภาษีมูลค่าเพิ่มในกรณีที่สินทรัพย์ใน ธุรกรรมอ้างอิงนั้นเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีการตกแต่งภายในแล้วเสร็จ เช่น อาคารชุดที่มีการตกแต่ง ภายใน ห้องสรรพสินค้า อาคารสำนักงานที่มีเฟอร์นิเจอร์ภายใน เป็นต้น

(ข) สัญญาเช่า⁴³

- ภาษีเงินได้นิติบุคคล

บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีรายได้จากการให้เช่าทรัพย์สิน จะต้องนำไปรวมคำนวณเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิ โดยค่าเช่าที่ได้รับ ตามสัญญาเช่าเกิดขึ้นในรอบระยะเวลาบัญชีใด แม้ว่าจะยังไม่ได้รับชำระในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น ก็ ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น ตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

⁴² ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีในการทำสัญญา, (นนทบุรี : สถาบัน T. Training Center, 2546), หน้า 7.

⁴³ สรรพากรสารสนเทศ, เช่าทรัพย์สินกับภาษีอากร[ออนไลน์], 11 พฤศจิกายน 2549. แหล่งที่มา http://www.sanpakornsarn.com/page_article_detail.php?alD=26

และสามารถนำค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับรายได้นั้นมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในรอบระยะเวลาบัญชีนั้นได้เช่นกัน

สำหรับเงื่อนไขในการคำนวณกำไรสุทธิสำหรับบริษัทที่มีรายได้จากการให้เช่าทรัพย์สิน ไม่แตกต่างไปจากบริษัททั่วไป กล่าวคือ ต้องคำนวณกำไรสุทธิให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติในมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตริ แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งหากเป็นกรณีที่บริษัทให้บุคคลอื่นให้เช่าทรัพย์สินโดยไม่คิดค่าเช่า หรือคิดค่าเช่าต่ำกว่าราคาตลาดแล้ว เจ้าพนักงานประเมินก็มีอำนาจที่จะกำหนดค่าเช่านั้นตามราคาตลาดได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 65 ทวิ (4) แห่งประมวลรัษฎากร

กรณีบริษัทมีรายได้จากเงินค่าเช่ารับล่วงหน้า เงินกินเปล่า หรือเงินแป๊ะเจี๊ยะ จะต้องคำนวณรายได้ดังกล่าวโดยเฉลี่ยเงินค่าเช่ารับล่วงหน้าตามส่วนแห่งจำนวนปีของอายุการเช่า และต้องนำส่วนเฉลี่ยที่เป็นของรอบระยะเวลาบัญชีใด มารวมคำนวณกำไรสุทธิกับเงินค่าเช่า ในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น เพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในรอบระยะเวลาบัญชีดังกล่าวตามเกณฑ์สิทธิตามมาตรา 65 วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากรด้วย

- ภาษีมูลค่าเพิ่ม

การประกอบกิจการให้เช่าทรัพย์สิน ถือเป็นกิจการให้บริการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม ในเรื่องการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มหรือการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มนี้ หากเป็นการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์จะได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม ตามมาตรา 81(1) (ต) แห่งประมวลรัษฎากร หมายความว่าเมื่อเป็นกิจการที่ยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มแล้ว ผู้ประกอบการก็ไม่มีสิทธินำภาษีซื้อไปใช้เป็นเครดิตภาษีด้วย ประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่ต้องพิจารณา คือ การให้บริการใดเป็นกิจการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งต้องไม่ลืมนึกว่าเอกเทศสัญญาที่เรียกว่า “เช่าทรัพย์สิน” จะต้องได้ความว่าผู้ให้เช่าได้ส่งมอบทรัพย์สินที่เช่ากันแก่ผู้เช่าเพื่อใช้ประโยชน์ในช่วงเวลาที่ตกลงเช่ากัน ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่เช่ากันแล้ว ก็ไม่อาจเป็นการเช่าทรัพย์สิน ซึ่งเมื่อไม่ใช่เป็นการให้บริการเช่าอสังหาริมทรัพย์แล้วจะอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม

ประเด็นที่ควรต้องพิจารณาเพิ่มเติมก็คือ ภาษีซื้อจากการเช่าทรัพย์สินสามารถนำมาใช้เป็นเครดิตภาษีได้หรือไม่ ในเรื่องนี้จะต้องพิจารณาหลักกฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่มก่อนว่าผู้ประกอบการจดทะเบียนสามารถนำภาษีซื้อจากการประกอบกิจการมาใช้ได้ เว้นแต่จะเป็นภาษีซื้อที่ต้องห้ามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 82/5 แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น ในกรณีภาษีซื้อจากการเช่าทรัพย์สินผู้เช่าที่เป็นผู้ประกอบการจดทะเบียนจึงสามารถนำไปใช้เป็นเครดิตภาษีได้ เว้นแต่เป็นภาษีซื้อต้องห้าม เช่น ภาษีซื้อจากการเช่ารถยนต์นั่งและรถยนต์โดยสารที่มีที่นั่งไม่เกิน 10 คน ตามกฎหมายว่าด้วยพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ผู้ประกอบการจะไม่สามารถนำมาหักในการคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 82/3 แห่งประมวลรัษฎากรได้ เนื่องจากเป็นภาษีซื้อต้องห้ามตามมาตรา 82/5(6) แห่งประมวลรัษฎากร ประกอบกับข้อ 2(1) ของประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 42) ลงวันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ.2535 แต่อย่างไรก็ตามภาษีซื้อดังกล่าวไม่เป็นรายการต้องห้ามในการคำนวณกำไรสุทธิตามมาตรา 65 ตรี (6ทวิ) แห่งประมวลรัษฎากร หรือเป็นภาษีซื้อจากการประกอบกิจการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นกิจการที่ยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม เป็นต้น

- อากรแสดมปี

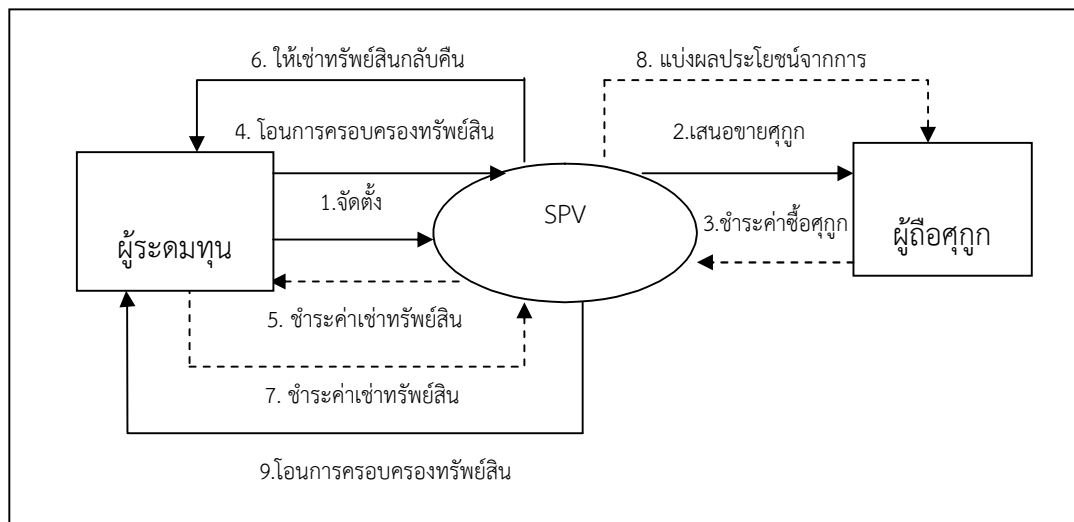
โดยหลักแล้วการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ในกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีกำหนดเกินกว่า 3 ปีขึ้นไปต้องทำการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามบทบัญญัติมาตรา 538⁴⁴ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สำหรับค่าธรรมเนียมจดทะเบียนการเช่านั้นเรียกเก็บในอัตราร้อยละ 1 ตามความว่าด้วยเรื่องการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ที่ปรากฏในข้อ 2(7) กฎกระทรวง ฉบับที่ 47 (พ.ศ.2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ.2547 ผู้ให้เช่าจะต้องเสียภาษีอากร

⁴⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 538 เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ถ้าเช่ามีกำหนดกว่าสามปีขึ้นไป หรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าไซ้ หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าการเช่านั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียงสามปี

ตามประมวลรัษฎากรตามลักษณะแห่งตราสาร 1 แห่งบัญชีอัตราอากรแสตมป์ ท้ายหมวด 6 ในลักษณะ 2 แห่งประมวลรัษฎากร ทุกจำนวน 1,000 บาท หรือเศษของ 1,000 บาท แห่งค่าเช่า หรือเงินกินเปล่า หรือทั้งสองอย่างรวมกันตลอดอายุการเช่าเป็นค่าอากรแสตมป์ 1 บาท ดังนั้น ในกรณีตราสารสุกุกมีธุรกรรมการเช่าสินทรัพย์ที่ใช้ในการอ้างอิงมีระยะเวลานานเกินกว่า 3 ปีจะต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และชำระค่าธรรมเนียมในอัตราดังกล่าวข้างต้น

ข. โครงสร้างตราสารสุกุกประเภทอ้างอิงการเช่า (sukuk al - Ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ Head lease-Sub lease



ภาพที่ 7 ตราสารสุกุกอิญาเราะฮ์ (sukuk al-Ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ head lease-sub lease

สำหรับโครงสร้างตราสารสุกุกประเภทอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (Head lease - Sub lease) มักจะอ้างอิงกับสินทรัพย์ที่เป็นอสังหาริมทรัพย์เช่นเดียวกับกรณีรูปแบบการขายและเช่ากลับ (sale and leaseback) ดังนั้นการวิเคราะห์ถึงภาระทางภาษีของโครงสร้างตราสารสุกุกประเภทดังกล่าวนี้ต้องทราบถึงภาษีที่เกี่ยวข้องกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ อันประกอบด้วย ภาษีเงินได้ ภาษีธุรกิจเฉพาะ อากรแสตมป์ ค่าธรรมเนียมการโอน และภาษีมูลค่าเพิ่ม

สำหรับตราสารศุภกประเภทอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease-sub lease) มีแค่เพียงสัญญาเช่าที่เกี่ยวข้องกับสัญญาอ้างอิงภายในตราสารศุภกประเภทนี้ อันเป็นที่มาของภาระทางภาษีของการทำธุรกรรมดังกล่าว ดังนั้นภาระทางภาษีของตราสารศุภกประเภทนี้ เมื่อพิจารณาในเบื้องต้นย่อมน่าจะมีภาระเช่นเดียวกับการเช่าทำการเช่าทรัพย์สินดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ (ข) สัญญาเช่าในข้างต้น

- ภาษีเงินได้นิติบุคคล

บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีรายได้จากการให้เช่าทรัพย์สิน จะต้องนำไปรวมคำนวณเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิ โดยค่าเช่าที่ได้รับตามสัญญาเช่าเกิดขึ้นในรอบระยะเวลาบัญชีใด แม้ว่าจะยังไม่ได้รับชำระในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น ก็ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น ตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร และสามารถนำค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับรายได้นั้นมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในรอบระยะเวลาบัญชีนั้นเช่นกัน

สำหรับเงื่อนไขในการคำนวณกำไรสุทธิสำหรับบริษัทที่มีรายได้จากการให้เช่าทรัพย์สิน ก็คงไม่แตกต่างไปจากบริษัททั่วไป กล่าวคือ จะต้องคำนวณกำไรสุทธิให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติในมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ทรี แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งแน่นอนหากเป็นกรณีที่บริษัทให้บุคคลอื่นเช่าทรัพย์สินโดยไม่คิดค่าเช่าหรือคิดค่าเช่าต่ำกว่าราคาตลาดแล้ว เจ้าพนักงานประเมินก็มีอำนาจที่จะกำหนดค่าเช่านั้นตามราคาตลาดได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 65 ทวิ (4) แห่งประมวลรัษฎากร⁴⁵

แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนพบว่าเคยมีการตีความในแนววินิจฉัยในข้อหาหรือภาษีอากรของกรมสรรพากรในเรื่องกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย และบริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด⁴⁶

⁴⁵ สรรพากรสาสน์, เช่าทรัพย์สินกับภาษีอากรปีที่ 53 ฉบับที่ 11[ออนไลน์].

⁴⁶ ข้อหาหรือกรมสรรพากร เรื่อง กรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ เลขที่หนังสือ กค 0706 (กม.06)/687[ออนไลน์], 20 สิงหาคม 2554. แหล่งที่มา <http://www.rd.go.th/p>

ซึ่งลักษณะโครงสร้างของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวนั้นมีการเช่าทรัพย์สินในลักษณะคล้ายกับตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (Head lease – Sub lease) ที่ดีความว่าผู้ให้เช่ารายแรกที่ทำการเช่ากลับนั้นไม่มีสิทธินำค่าเช่ามาคำนวณเป็นรายได้และรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้

ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในข้อหาหรือของกรมสรรพากรในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย⁴⁷ คือ “กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย มีฐานะเป็นกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ประเภทกอง 1 ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ในการจัดตั้งและจดทะเบียนเป็นกองทุนรวม เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ.2549 ไม่มีการกำหนดอายุโครงการบริหารงานโดยบริษัท หลักทรัพย์จัดการกองทุนนครหลวงไทย เพื่อเป็นการระดมเงินลงทุนจากประชาชนและนักลงทุนทั่วไป มีวัตถุประสงค์หลักในการนำเงินที่ได้จากการระดมเงินทุนไปซื้อ เช่า และหรือเช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์ และจัดหาผลประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์”

“ในกรณีที่บริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด ได้ทำสัญญาให้กองทุนรวมสมุย เช่าอสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดิน ทางวิ่งของเครื่องบิน ลาดจอดเครื่องบิน อาคารผู้โดยสารปัจจุบัน อาคารผู้โดยสารใหม่สนามบิน เป็นเวลา 30 ปี เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2549 และกองทุนรวมสมุย ได้ทำสัญญาให้บริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด (ผู้ให้เช่าเดิม) เช่าช่วงเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2549 โดยได้สิทธิการเช่าเป็นเวลา 30 ปี (กองทุนรวมสมุย ซึ่งเป็นผู้เช่าได้นำทรัพย์สินที่เช่าดังกล่าว ให้บริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด เช่าช่วง ซึ่งเป็นผู้ให้เช่าเดิม และเป็นผู้ถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมสมุย) แสดงให้เห็นว่า คู่สัญญามีได้มุ่งถึงการส่งมอบการครอบครองต่อทรัพย์สินที่ให้เช่าโดยแท้จริง และสัญญาดังกล่าว จึงเป็นนิติกรรมที่คู่กรณีทำขึ้นโดยมิได้มุ่งประสงค์จะผูกนิติสัมพันธ์กันตามสัญญาเช่าโดยแท้จริง บริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด จึงไม่มีสิทธินำค่าเช่ามาคำนวณเป็นรายได้และรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้”

- ภาษีมูลค่าเพิ่ม

การประกอบกิจการให้เช่าทรัพย์สิน ถือเป็นกิจการให้บริการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม ในเรื่องการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มหรือการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มนี้ หากเป็นการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์จะได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม ตามมาตรา 81(1) (ต) แห่งประมวลรัษฎากร หมายความว่าเมื่อเป็นกิจการที่ยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มแล้ว ผู้ประกอบการก็ไม่มีสิทธินำภาษีซื้อไปใช้เป็นเครดิตภาษีด้วย

อย่างไรก็ตามนั้น ประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่ต้องพิจารณาคือการให้บริการใดเป็นกิจการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเมื่อพิจารณาร่วมกับเอกเทศสัญญา “เช่าทรัพย์สิน” จะต้องได้ความว่าผู้ให้เช่าได้ส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าให้แก่ผู้เช่าเพื่อใช้ประโยชน์ในช่วงเวลาที่ตกลงเช่ากัน ดังนั้น หากเป็นกรณีที่มีได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่เช่ากันแล้ว ก็ไม่อาจเป็นการเช่าทรัพย์สิน ซึ่งเมื่อไม่ใช่เป็นการให้บริการเช่าอสังหาริมทรัพย์แล้วจะอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม⁴⁸

- ค่าธรรมเนียม

โดยหลักแล้วการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ในกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นที่มีกำหนดเกินกว่า 3 ปีขึ้นไป ต้องทำการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามบทบัญญัติมาตรา 538⁴⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁴⁸ สรรพากรสาส์น. เช่าทรัพย์สินกับภาษีอากร. ปีที่ 53 ฉบับที่ 11.

⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 538 เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่ ถ้าเช่ามีกำหนดกว่าสามปีขึ้นไป หรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าไว้ หากมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ท่านว่าการเช่านั้นจะฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียงสามปี

สำหรับค่าธรรมเนียมจดทะเบียนการเช่านั้นเรียกเก็บใน อัตราร้อยละ 1 ตามความว่าด้วยเรื่องการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ที่ปรากฏในข้อ 2(7) กฎกระทรวง ฉบับที่ 47 (พ.ศ.2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติ ให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ.2547 ผู้ให้เช่าจะต้อง เสียภาษีอากรตามประมวลรัษฎากรตามลักษณะแห่งตราสาร 1 แห่งบัญชีอัตราอากรแสตมป์ ท้าย หมวด 6 ในลักษณะ 2 แห่งประมวลรัษฎากร ทุกจำนวน 1,000 บาท หรือเศษของ 1,000 บาท แห่ง ค่าเช่า หรือเงินกินเปล่า หรือทั้งสองอย่างรวมกันตลอดอายุการเช่าเป็นค่าอากรแสตมป์ 1 บาท

ดังนั้น ในกรณีตราสารศุภกมีธุรกรรมการเช่าสินทรัพย์ที่ใช้ ในการอ้างอิงมีระยะเวลานานเกินกว่า 3 ปี ย่อมต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และชำระ ค่าธรรมเนียมในอัตราดังกล่าวข้างต้น

แต่เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีของการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ สมุย และบริษัท การบิน กรุงเทพ จำกัด กรณีที่ดินแจ้งว่าการให้เช่าและเช่ากลับโดยคู่สัญญาเดียวกันไม่สามารถจดทะเบียนได้ อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนที่สั้นกว่า 3 ปี ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียน ดังนั้น ค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนจึงไม่เกิดขึ้น โดยผู้เช่าและผู้ให้เช่าอาจตกลงทำการเช่ากลับเป็นระยะเวลาไม่เกินกว่า 3 ปี พร้อมคำมั่นว่าจะเช่าด้วยข้อตกลงและเงื่อนไขเดิมในอนาคตได้

อย่างไรก็ตาม โครงสร้างตราสารศุภกประเภทอ้างอิงการ เช่า (sukuk al – Ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (Head lease – Sub lease) จะต้องถูก ตีความเพื่อวิเคราะห์ภาระทางภาษีที่แน่นอนต่อไปเนื่องจากยังไม่เกิดการระดมทุนผ่านโครงสร้าง ดังกล่าวขึ้นจริงภายในประเทศไทย ผู้เขียนเพียงทำการยกตัวอย่างเทียบเคียงกรณีศึกษาที่มีลักษณะ ธุรกรรมที่ใกล้เคียงเพื่อเปรียบเทียบภาระภาษีที่อาจจะเกิดขึ้นเมื่อมีการดำเนินธุรกรรมดังกล่าว

2.2.5.1.2 ตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna)

ภาพโครงสร้างตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) ดังที่ปรากฏในข้างต้น* เป็นภาพที่ผู้เขียนแสดงให้เห็นถึงโครงสร้างเบื้องต้นในการระดมทุนผ่านตราสารศุกุกตามหลักการอิสลามที่สนาเพื่อประโยชน์ต่อการทำความเข้าใจถึงปัญหา ซึ่งอาจมีรายละเอียดที่แตกต่างจากโครงสร้างที่สำนักงาน ก.ล.ต. ได้ร่างรูปแบบโครงสร้าง Ijarah และ Istisna ดังที่ปรากฏในเอกสารแนบ 1 เอกสารการรับฟังความคิดเห็นเรื่องหลักเกณฑ์การออกและเสนอขายตราสารศุกุก และหลักเกณฑ์ของทรัสต์สำหรับการออกตราสารศุกุก

สำหรับภาระทางภาษีของโครงสร้างตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการยากที่จะตัดสินว่าโครงสร้างตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) ดังกล่าวนั้นเป็นสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาจ้างทำของ ภายใต้กฎหมายเอกเทศสัญญาของไทย เนื่องจากในแต่ละโครงสร้างตราสารนั้นก็มีรายละเอียดของสัญญาที่เป็นธุรกรรมอ้างอิงแตกต่างกันไป อย่างไรก็ตาม จึงต้องทำการวิเคราะห์รายละเอียดของสัญญาที่เป็นธุรกรรมดังกล่าวเป็นรายกรณีไป ว่าเข้าหลักเกณฑ์ของเอกเทศสัญญาประเภทใด

ดังนั้น ในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าภาระทางภาษีของโครงสร้างตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) จึงอาจเป็นได้ทั้งกรณีสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ (สัญญารับเหมาก่อสร้าง) ดังนี้

ก. สัญญาซื้อขาย

- ภาษีเงินได้

เมื่อพิจารณา พบว่าผู้ระดมทุน (Originator) ในธุรกรรมตราสารอิสลามย่อมอยู่ในสถานะเป็นนิติบุคคล ดังนั้น จึงมีหน้าที่เสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามหลักเกณฑ์การ

* โปรดดูภาพหน้า 58. ประกอบ.

เสียภาษีที่ได้มีการกำหนดไว้ ในกรณีที่มีการซื้อขาย มีการจ่ายเงินได้ให้แก่ผู้ขายอสังหาริมทรัพย์ ผู้จ่ายเงินได้ ซึ่งในที่นี้ คือ SPV ในฐานะทรัสต์ มีหน้าที่หักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายและนำส่งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนกรรมสิทธิ์และนิติกรรมในขณะที่มีการจดทะเบียนโอนขายอสังหาริมทรัพย์ โดยภาษีที่หักไว้จะนำส่งนี้ถือเป็นเครดิตในการคำนวณภาษีเงินได้ของผู้ขายซึ่งในที่นี้ คือ ผู้ระดมทุน (Originator) โดยสามารถนำไปใช้ในรอบระยะเวลาบัญชีที่ถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย สำหรับอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลหัก ณ ที่จ่าย กรณีผู้ขายเป็นนิติบุคคล ผู้ซื้อต้องทำการหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 1 ดังความที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 69 ตรี⁵⁰ แห่งประมวลรัษฎากร

- ภาษีธุรกิจเฉพาะ

สำหรับการขายอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะนั้น ต่อเมื่อเข้ากรณีการขายเป็นทางการค้าหรือหากำไรที่ต้องจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามที่กำหนดไว้ในความมาตรา 91/2 (6)⁵¹ แห่งประมวลรัษฎากร ประกอบความในมาตรา 4⁵² แห่งพระราช

⁵⁰ ประมวลรัษฎากร

มาตรา 69 ตรี บุคคล ห้างหุ้นส่วน บริษัท สมาคม หรือ คณะบุคคล ผู้จ่ายเงินได้พึงประเมิน ตามมาตรา 40 (8) เฉพาะที่จ่ายให้กับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลซึ่งขายอสังหาริมทรัพย์คำนวณหักภาษีเงินได้ไว้ ณ ที่จ่าย ในอัตราร้อยละ 1 แล้วนำส่งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมในขณะที่มีการจดทะเบียน และให้นำความในมาตรา 52 วรรคสองและวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ภาษีที่หักไว้และนำส่งตามวรรคหนึ่งให้ถือเป็นเครดิตในการคำนวณภาษีเงินได้ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ถูกหักภาษีตามรอบระยะเวลาบัญชีที่หักไว้

⁵¹ มาตรา 91/2 มาตรา ภายใต้อัตราภาษีมาตรา 91/4 การประกอบกิจการดังต่อไปนี้ในราชอาณาจักร ให้อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามบทบัญญัติในหมวดนี้

- (1) การธนาคารตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์หรือกฎหมายเฉพาะ
- (2) การประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์
- (3) การรับประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต
- (4) การรับจำนำตามกฎหมายว่าด้วยโรงรับจำนำ
- (5) การประกอบกิจการโดยปกติเกี่ยวธนาคารพาณิชย์ เช่น การให้กู้ยืมเงินค้ำประกัน แลกเปลี่ยนเงินตรา ออก ซื้อ หรือขายตัวเงิน หรือรับส่งเงินไปต่างประเทศด้วยวิธีต่าง ๆ
- (6) การขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางการค้าหรือหากำไร ไม่ว่าจะอสังหาริมทรัพย์นั้นจะได้อาศัยวิธีใดก็ตาม ทั้งนี้ เฉพาะที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

กฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทางค้าหรือหากำไร (ฉบับที่ 342) พ.ศ. 2541 ผู้ขายอสังหาริมทรัพย์จะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะในอัตราร้อยละ 3.3 ตามราคาประเมินทุนทรัพย์ ในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวล

⁵² พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นทางค้าหรือหากำไร (ฉบับที่ 342) พ.ศ. 2541

มาตรา 4 ให้การขายอสังหาริมทรัพย์เฉพาะที่ต้องจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมดังต่อไปนี้เป็นการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้าหรือหากำไรที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (6) แห่งประมวลรัษฎากร

(1) การขายอสังหาริมทรัพย์ของผู้ซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจัดสรรที่ดิน

(2) การขายห้องชุดของผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นผู้ขอจดทะเบียนอาคารชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

(3) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นอาคารที่สร้างขึ้นเพื่อขาย รวมถึงการขายที่ดินอันเป็นที่ตั้งของอาคารดังกล่าว

(4) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่เข้าลักษณะตาม (1) (2) หรือ (3) เฉพาะกรณีที่มีการแบ่งขายหรือมีการแบ่งแยกไว้เพื่อขาย โดยได้จัดทำถนนหรือสิ่งสาธารณูปโภคอื่นหรือให้ค้ำประกันว่าจะจัดให้มีสิ่งดังกล่าว

(5) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ขายมีไว้ในประกอบการประกอบกิจการเฉพาะของนิติบุคคลตามมาตรา 77/1 แห่งประมวลรัษฎากร

(6) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่เข้าลักษณะตาม (1) (2) (3) (4) หรือ (5) ที่ได้กระทำภายในห้าปีนับแต่วันที่ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้น เว้นแต่

(ก) การขายหรือการถูกเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

(ข) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาโดยทางมรดก

(ค) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เป็นสถานที่อยู่อาศัยอันเป็นแหล่งสำคัญที่ผู้ขายมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎรเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นในกรณีที่ที่ดินและอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างตาม (ค) ได้มาไม่พร้อมกันกำหนดเวลาห้าปีตามความใน (๖) ให้ถือตามระยะเวลาการได้มาซึ่งที่ดินหรืออาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้มาภายหลัง

(ง) การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์โดยไม่มีค่าตอบแทนให้แก่บุตรชอบด้วยกฎหมายของตน แต่ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรม

(จ) การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ทางมรดกให้แก่ทายาทโดยธรรมหรือผู้รับพินัยกรรมซึ่งเป็นทายาทโดยธรรม

(ฉ) การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ส่วนราชการหรือองค์การของรัฐบาลตามมาตรา 2 แห่งประมวลรัษฎากรโดยไม่มีค่าตอบแทน

(ช) การแลกเปลี่ยนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์กับส่วนราชการหรือองค์การของรัฐบาลตามมาตรา 2 แห่งประมวลรัษฎากร เฉพาะในกรณีที่ส่วนราชการหรือองค์การของรัฐบาลนั้นมิได้มีการจ่ายค่าตอบแทนเป็นอย่างอื่นนอกจากอสังหาริมทรัพย์ที่แลกเปลี่ยนนั้น

กฎหมายที่ดินหรือราคาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ แล้วแต่อย่างใดสูงกว่า (ตั้งแต่วันที่ 5 กรกฎาคม 2543 - 31 ธันวาคม 2545 ลดอัตราภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้าหรือกำไร จากอัตราร้อยละ 3.3 ลดลงเหลืออัตราร้อยละ 0.11)⁵³

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ภายใน ตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมตราสารประเภทนี้อยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรว่าด้วย เรื่องภาษีธุรกิจเฉพาะ ดังนั้นผู้ระดมทุนจึงมีหน้าที่ในการเสียภาษีธุรกิจเฉพาะดังกล่าว

- อากรแสดมภ์

อากรแสดมภ์เป็นภาษีที่จัดเก็บจากการทำตราสาร ตามที่ปรากฏ ในบัญชีอัตราอากรแสดมภ์ท้ายประมวลรัษฎากร 28 ลักษณะ แม้ว่าสัญญาซื้อขายไม่ใช่ตราสาร 1 ใน 28 ลักษณะของบัญชีดังกล่าว สัญญาซื้อขายจึงไม่ต้องเสียอากรแสดมภ์ ใดๆก็ดี เนื่องจากใน ลักษณะที่ 28 ของบัญชีดังกล่าว กำหนดให้ใบรับจากการจดทะเบียนโอนอสังหาริมทรัพย์ต้องเสีย อากรแสดมภ์ ฉะนั้น ผู้ขายจึงต้องเสียภาษีอากรแสดมภ์สำหรับใบรับนั้น⁵⁴

ซึ่งในกรณีตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ เข้าตาม ลักษณะของหลักเกณฑ์ดังกล่าว เนื่องจากโครงสร้างของตราสารนั้นมีการโอนกรรมสิทธิ์ใน อสังหาริมทรัพย์ กรณีต้องเสียอากรแสดมภ์ใบรับ การจดทะเบียนโอนหรือก่อตั้งสิทธิใดๆ เกี่ยวกับ อสังหาริมทรัพย์โดยมีค่าตอบแทน ต้องเสียอากรแสดมภ์เป็นตัวเงินในฐานะใบรับ ตามลักษณะตรา สาร 28 (ข) แห่งบัญชีอัตราอากรแสดมภ์ ท้ายหมวด 6 ลักษณะ 2 แห่งประมวลรัษฎากร สำหรับ จำนวนเงินตั้งแต่ 200 บาท ขึ้นไปทุก 200 บาท หรือเศษของ 200 บาท เสียค่าอากรแสดมภ์ 1 หรือ

⁵³ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการลดอัตรารัษฎากร (ฉบับที่ 413) พ.ศ. 2545

มาตรา 3 ให้ลดอัตราภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/6 (3) แห่งประมวลรัษฎากร และคงจัดเก็บในอัตราร้อยละ 0.1 สำหรับรายรับก่อนหักรายจ่ายใดๆ จากกิจการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้าหรือหากำไรตามมาตรา 91/5 (6) แห่งประมวลรัษฎากร ทั้งนี้เฉพาะการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ได้กระทำตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2546 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2546

⁵⁴ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีอากร, หน้า 416.

เท่ากับร้อยละ 0.5 ของจำนวนเงินที่ได้รับ อย่างไรก็ตาม กรณีที่ผู้ขายได้จดทะเบียนภาษีธุรกิจเฉพาะ ผู้ขายย่อมได้รับการยกเว้นไม่ต้องเสียค่าอากรแสตมป์⁵⁵

- ค่าธรรมเนียมการโอน

ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ตามประมวลกฎหมายที่ดินกำหนด ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ต้องไม่เกินอัตราตามบัญชีท้ายประมวลกฎหมายที่ดินสำหรับประมวลกฎหมายที่ดินและกฎกระทรวงที่ถือปฏิบัติสำหรับการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม

การจดทะเบียนการโอนขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ต้องเสียค่าธรรมเนียมในการโอนในอัตราร้อยละ 2 ของราคาประเมินของกรมที่ดิน เศษของ 100 บาท ให้คิดเป็น 100 บาท ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ขายเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หากราคาที่ตกลงซื้อขายสูงกว่าราคาประเมินของกรมที่ดินก็คงใช้ราคาประเมินเป็นฐานในการเสียค่าธรรมเนียม และถ้าต่ำกว่าก็ใช้ราคาประเมินเช่นเดียวกัน ดังความตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 103⁵⁶, 104⁵⁷ และ 105

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁶ ประมวลกฎหมายที่ดิน

มาตรา 103 ในการดำเนินการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน การรังวัด การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม หรือการทำธุรกรรมอื่น ๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ต้องไม่เกินอัตราตามบัญชีท้ายประมวลกฎหมายนี้

ในกรณีออกโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามมาตรา 58 ให้เรียกเก็บเฉพาะค่าธรรมเนียมเป็นค่าออกโฉนดที่ดิน ค่าออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ ค่าหลักเขตที่ดิน และค่ามอบอำนาจในกรณีที่มีการมอบอำนาจ แล้วแต่กรณี โดยผู้มีสิทธิในที่ดินจะขอรับโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไปก่อนแต่ยังไม่ชำระเงินค่าธรรมเนียมก็ได้ และให้พนักงานเจ้าหน้าที่จัดแจ้งการค้างชำระเงินค่าธรรมเนียมให้ปรากฏในโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์นั้น ถ้าได้ยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมครั้งแรก ให้ผู้ยื่นคำขอเป็นผู้ชำระค่าธรรมเนียม ที่ค้างชำระ

ในกรณีออกโฉนดที่ดินตามมาตรา 58 ตรี ให้ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย

⁵⁷ มาตรา 104 ในกรณีการขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ ให้ผู้ขอจดทะเบียนเสียค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโดยคำนวณตามราคาประเมินทุนทรัพย์ตามมาตรา 105 เบื้อง

เบญจ⁵⁸ โดยผู้ซื้อนั้นเป็นผู้มีหน้าที่ในการชำระค่าธรรมเนียมดังกล่าว อย่างไรก็ตามผู้ซื้อและผู้ขายสามารถตกลงร่วมกันชำระค่าธรรมเนียมกันได้

ซึ่งเมื่อพิจารณาการโครงสร้างตราสารศุภกในกรณีตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ ผู้ซื้อซึ่ง คือ SPV ในฐานะทรัสต์ต้องทำการชำระค่าธรรมเนียมดังกล่าวแต่อาจจะตกลงร่วมกับผู้ระดมทุน (Originator) แบ่งชำระค่าธรรมเนียมดังกล่าวคนละครั้งก็ย่อมได้ เป็นไปตามความตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

- ภาษีมูลค่าเพิ่ม

โดยทั่วไปแล้วการขายอสังหาริมทรัพย์ไม่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มเว้นแต่กรณีมีของแถมซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ เช่น รถยนต์ เฟอร์นิเจอร์ มุ้งลวด เหล็กตัด สิทธิการใช้สนามกอล์ฟ สิทธิการใช้ศูนย์ออกกำลังกาย ผู้ขายอสังหาริมทรัพย์ในกรณีดังกล่าวจะมีหน้าที่ในการจดทะเบียนและเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม เนื่องจากการแถมนั้นเข้าลักษณะของนิยามคำว่า “ขาย” ใน

การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ในกรณีอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งให้ผู้จดทะเบียนเสียค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม โดยคำนวณตามจำนวนทุนทรัพย์ที่ผู้จดทะเบียนแสดงตามความเป็นจริง

⁵⁸ มาตรา 105 เบญจ ให้คณะกรรมการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์ของอสังหาริมทรัพย์เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวลกฎหมายนี้

(2) ให้ความเห็นชอบต่อการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์ที่คณะกรรมการประจำจังหวัดเสนอเพื่อใช้ในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมสำหรับอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในเขตจังหวัดนั้น หรือในท้องที่หนึ่งท้องที่ใดในเขตจังหวัดนั้น

(3) วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามที่กรมที่ดินขอความเห็น

(4) แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่คณะกรรมการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์มอบหมายก็ได้ แล้วรายงานต่อคณะกรรมการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์

(5) ปฏิบัติการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น

ราคาประเมินทุนทรัพย์ที่คณะกรรมการกำหนดราคาประเมินทุนทรัพย์ได้ให้ความเห็นชอบตาม (2) แล้วให้ปิดประกาศไว้ ณ สำนักงานที่ดินจังหวัด สำนักงานที่ดินสาขา และสำนักงานเขต หรือที่ว่าการอำเภอหรือที่ว่าการกิ่งอำเภอท้องที่

บทบัญญัติมาตรา 77/1 (8) แห่งประมวลรัษฎากร ที่นิยามไว้ว่า...”ขาย หมายความว่าจำหน่าย จ่าย โอนสินค้า ไม่ว่าจะมิใช่ประโยชน์หรือค่าตอบแทนหรือไม่” เว้นแต่ในแต่ละปีของแถมนั้นมีราคารวมกันไม่ถึง 1,200,000 บาท และผู้ขายต้องเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละ 7 ของราคาของแถมจากผู้ซื้อ พร้อมทั้งออกใบกำกับภาษีให้กับผู้ซื้อ ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคต้องรับภาระทางภาษีมูลค่าเพิ่มนี้⁵⁹ เมื่อพิจารณาร่วมกับลักษณะตราสารศุกูกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า ประเภทการขายและเช่ากลับ ผู้ระดมทุนในฐานะผู้ขายมีหน้าที่ในการชำระภาษีมูลค่าเพิ่มในกรณีที่สินทรัพย์ในธุรกรรมอ้างอิงนั้นในกรณีที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีการตกแต่งภายในแล้วเสร็จ เช่น อาคารชุดที่มีการตกแต่งภายใน ห้างสรรพสินค้า อาคารสำนักงานที่มีเฟอร์นิเจอร์ภายใน เป็นต้น

ข. สัญญาจ้างทำของ (สัญญารับเหมาก่อสร้าง)

- ภาษีเงินได้

กรณีภาษีเงินได้นั้น เมื่อบริษัทผู้รับเหมาก่อสร้างได้รับเงินค่าก่อสร้างมาจากบริษัทผู้ว่าจ้างนั้น บริษัทผู้รับเหมาต้องนำเงินจำนวนดังกล่าวมารวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล โดยใช้เกณฑ์สัญญาระยะยาว (Long – Term Contract Method) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเกณฑ์สิทธิ์ (Accrual Basis) ในการรับรู้รายได้และรายจ่าย ทั้งนี้ บริษัทผู้รับเหมาต้องยื่นแบบ ภ.ง.ด 51 ภายใน 2 เดือน นับแต่วันครบ 6 เดือนแรกของระยะเวลาบัญชี และยื่นแบบ ภ.ง.ด. 50 ภายใน 150 วัน นับแต่วันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชี ทั้งนี้ โดยเสียภาษีในอัตราร้อยละ 30 ของกำไรสุทธิทางภาษี เว้นแต่บริษัทผู้รับเหมาเป็นวิสาหกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อม (SME) กล่าวคือ มีทุนชำระแล้วในวันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชีไม่เกิน 5 ล้านบาท จึงจะเสียภาษีในอัตราร้อยละ 20, 25 และ 30

สำหรับในกรณีของบริษัทผู้ว่าจ้าง เมื่อทำการจ่ายเงินค่ารับเหมาต้องทำการหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย ในอัตราร้อยละ 3 ของเงินค่างวดงานหลังหักเงินจ่ายล่วงหน้าออกแล้ว ตามความที่ปรากฏในข้อ 8 (2) ของคำสั่งกรมสรรพากรที่ ทป. 4/2538 เรื่องสั่งให้ผู้จ่ายเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 แห่งประมวลรัษฎากร มีหน้าที่หักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายซึ่งบริษัทผู้ว่าจ้าง

⁵⁹ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีในการทำสัญญา, หน้า 7.

รับเหมาได้จ่ายในวันทำสัญญาให้แก่บริษัทผู้รับเหมาซึ่งต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายด้วย และแม้การจ่ายเงินค่ารับเหมาแต่ละงวดของบริษัทผู้ว่าจ้างจะถูกหักไว้เป็นเงินประกันผลงานบางส่วนก็ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายสำหรับเงินประกันผลงานนั้นด้วย แต่เมื่อครบกำหนดระยะเวลาประกันผลงาน บริษัทผู้ว่าจ้างได้จ่ายเงินประกันคืนให้แก่ผู้รับเหมา บริษัทผู้ว่าจ้างก็ไม่ต้องหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย เนื่องจากเป็นการจ่ายคืนเงินประกันอันเป็นทรัพย์สินของผู้รับเหมา มิใช่เงินได้ของผู้รับเหมา⁶⁰

- ภาษีมูลค่าเพิ่ม

ในกรณีที่บริษัทผู้รับเหมาก่อสร้างมีรายรับเกินปีละ 1,200,000 บาท บริษัทดังกล่าวจำเป็นต้องทำการจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม และเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่ม (ภาษีขาย) อัตราร้อยละ 7 จากบริษัทผู้ว่าจ้าง พร้อมออกใบกำกับภาษีให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้าง เมื่อได้รับชำระค่าบริการ ทั้งบริษัทผู้รับเหมาต้องยื่นแบบ ภ.พ. 30 ภายในวันที่ 15 ของทุกเดือน โดยคำนวณจากภาษีขายหักด้วยภาษีซื้อ หากภาษีขายมากกว่าภาษีซื้อก็ชำระภาษีจากส่วนที่มากกว่านั้น แต่ถ้าภาษีซื้อมากกว่าภาษีขายก็ขอคืนภาษีหรือขอเครดิตภาษีจากส่วนที่มากกว่านั้น

ตามปกติแล้วสัญญารับเหมาก่อสร้างไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมภาษีธุรกิจเฉพาะ แต่สำหรับกรณีภาษีสรรพสามิต และภาษีศุลกากรนั้น หากบริษัทผู้รับเหมาทำการนำเข้าสินค้าที่ต้องเสียภาษีสรรพสามิตจากต่างประเทศเพื่อเข้ามาใช้ในการก่อสร้าง ต้องทำการเสียภาษีสรรพสามิต โดยกรมศุลกากรจะทำการเรียกเก็บพร้อมอากรขาเข้า โดยบริษัทผู้รับเหมาสามารถผลักภาระให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้างโดยการตกลงระหว่างกันก็ได้ เช่นเดียวกับกรณีภาษีศุลกากร หากบริษัทผู้รับเหมามีการนำเข้าเครื่องจักร เครื่องมือเครื่องใช้วัสดุอุปกรณ์จากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยนั้น จะต้องทำการเสียภาษีอากรขาเข้าและภาษีมูลค่าเพิ่ม เว้นแต่จะได้รับยกเว้นตามกฎหมาย โดยบริษัทผู้รับเหมาสามารถผลักภาระให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้างโดยการตกลงระหว่างกันก็ได้

⁶⁰ ชัยสิทธิ์ ตรีชูธรรม, การวางแผนภาษีในการทำสัญญา หน้า 21-22.

2.2.5.1.3 ตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah)

เมื่อพิจารณาโครงสร้างประกอบกับความสัมพันธ์ภายในธุรกรรมตราสารศุกุกพบว่าความสัมพันธ์ภายในธุรกรรมอ้างอิงการร่วมลงทุนตามหลักการมุซารอกะห์ (Musharakah)* ระหว่างผู้ระดมทุน (Originator) และนักลงทุนผู้ถือตราสาร โดยการตกลงร่วมทุนระหว่างบุคคล 2 ฝ่ายหรือมากกว่าในการร่วมลงทุนเป็นหุ้นส่วน ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรมาแบ่งปันกัน ไม่ว่าจะลงทุนในรูปแบบของเงินทุนหรือสิ่งของมาลงทุนก็ตาม โดยหลักแล้วอาจกล่าวได้ว่ามุซารอกะห์ มีลักษณะคล้ายกับกิจการร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ (Unincorporated joint venture)⁶¹ โดยกิจการร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนนั้น เป็นเพียงกิจการร่วมค้าที่เกิดขึ้นจากสัญญา (contractual joint venture) ซึ่งแตกต่างจากกรณีกิจการร่วมค้าที่จดทะเบียนใหม่ (Incorporated joint venture) ที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากออกจากผู้เข้าร่วมค้า

สำหรับในกฎหมายไทยนั้นได้มีการให้ความหมายของคำว่า “กิจการร่วมค้า” ไว้ในมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร ดังนี้

“กิจการร่วมค้า ซึ่งได้แก่กิจการที่ดำเนินการร่วมกันเป็นทางค้าหรือหากำไรระหว่างบริษัทกับบริษัท บริษัทกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือระหว่างบริษัทและ/หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดา คณะบุคคลที่มีใช้นิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือนิติบุคคลอื่น”

จากความหมายที่ปรากฏในประมวลรัษฎากร พบว่ากิจการร่วมค้าของไทยนั้น ฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือ

* โปรดดูภาพหน้า 61 ประกอบ.

⁶¹ Clifford Chance, Dubai International Financial centre Sukuk Guidebook [online], 20 March 2011. Available from http://www.google.co.th/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CFIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.assaif.org%2Fcontent%2Fdownload%2F5298%2F30957%2Ffile%2FSukuk%2520structures.pdf&ei=q4m6T_7YAcfLrQee54Bk&usq=AFQjCNEUQhil_SCl87ihXncgQcvUiNER5A&sig2=bglH2657Zo9L-WmoV_Z25w, p. 20.

นิติบุคคลก็ได้ และแม้จะไม่ได้เป็นนิติบุคคลที่อยู่ตามความหมายของคำว่าบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ตามประมวลรัษฎากรมาตรา 39 ก็เป็นกิจการร่วมค้าได้ เช่น รัฐบาลหรือองค์กรของรัฐบาล หากเข้าร่วมกับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลก็อาจถือเป็นกิจการร่วมค้าได้⁶²

สำหรับภาวะภาษีของกิจการร่วมค้า หรือการร่วมลงทุน (joint venture) ตามประมวลรัษฎากร ไม่ว่าจะเป็ กิจการร่วมค้าที่มีการจดทะเบียนหรือไม่นั้น ถือว่าเป็นหน่วยภาษีแยกต่างหากจากผู้เข้าร่วมค้าเหมือนกัน และต้องยื่นรายการและเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลจากฐานกำไรสุทธิรอบระยะเวลาบัญชีละ 2 ครั้งเหมือนกัน⁶³ โดยต้องเสียภาษีในอัตราร้อยละ 30 ของกำไรสุทธิ

การเสียภาษีครั้งแรกนั้นจะเสียในอัตราร้อยละ 30 จากกึ่งหนึ่งของประมาณการกำไรสุทธิทั้งรอบระยะเวลาบัญชี ประมาณการกำไรสุทธิ ถ้าทำขาดไปเกินกว่าร้อยละ 25 ของกำไรสุทธิจริง เมื่อสิ้นรอบระยะเวลาบัญชีโดยไม่มีเหตุอันสมควรจะต้องเสียเงินเพิ่มร้อยละ 20 ของภาษีที่ชำระขาด

เมื่อพิจารณาในประเด็นเรื่องการจัดทำประมาณกำไรสุทธิ กิจการร่วมค้าที่จดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนและจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย หรือเป็นธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ หรือบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ หรือบริษัทที่จัดให้มีการสอบทานงบแสดงสถานะทางการเงิน โดยผู้สอบบัญชีที่ได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพากร ไม่ต้องจัดทำประมาณกำไรสุทธิ สามารถเสียภาษีจากกำไรสุทธิจริงที่เกิดขึ้นในระยะเวลา 6 เดือนแรกของรอบระยะเวลาบัญชีได้ จึงไม่ต้องเสียต่อการเสียเงินเพิ่ม เนื่องจากประมาณการกำไรสุทธิขาดไปเกินกว่าร้อยละ 25 ของกำไรสุทธิจริงทั้งรอบระยะเวลาบัญชี หากพิจารณาในประเด็นการทำประมาณการกำไรสุทธิ กิจการร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ จึงมีข้อดีน้อยกว่ากิจการร่วมค้าที่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ต้องทำประมาณการกำไรสุทธิ โดยไม่มีข้อยกเว้น

แต่ถ้าพิจารณาในประเด็นเรื่องการเสียภาษีจากเงินปันผลหรือเงินส่วนแบ่งกำไรที่ผู้เข้าร่วมค้าจะได้รับแล้ว การร่วมค้าโดยการจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่จะมีข้อดีน้อยกว่าการร่วม

⁶² ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีอากร, หน้า 564-572.

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 567.

ค่าที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ กล่าวคือ กิจการร่วมค้าที่จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ เวลาจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้เข้าร่วมค้าซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทใหม่นั้น ผู้เข้าร่วมค้าซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นจะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลทั้งหมดก็ต่อเมื่อผู้เข้าร่วมค้านั้นเป็นบริษัทที่จดทะเบียนนิติบุคคลในประเทศไทย นอกจากนี้จะต้องเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยด้วย หรือมิฉะนั้นก็ต้องถือหุ้นอยู่ในบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลนั้น และบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลจะต้องไม่ได้ถือหุ้นอยู่ในบริษัทผู้รับเงินปันผลนั้น และบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลจะต้องไม่ได้ถือหุ้นอยู่ในบริษัทผู้รับเงินปันผลนั้นไม่ว่าโดยทางตรงและทางอ้อม หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขเหล่านี้แล้ว เงินปันผลที่บริษัทผู้รับเงินปันผลได้รับต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายได้กึ่งหนึ่ง ไม่ได้รับยกเว้นภาษีทั้งหมด ตามความในมาตรา 65 ทวิ (10)⁶⁴ แห่งประมวลรัษฎากร

⁶⁴ประมวลรัษฎากร

มาตรา 65 ทวิ การคำนวณกำไรสุทธิและขาดทุนสุทธิในส่วนนี้ ให้เป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) รายการที่ระบุไว้ในมาตรา 65 ทรี ไม่ให้ถือเป็นรายจ่าย

(2) ค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สิน ให้หักได้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และอัตราที่กำหนด

โดยพระราชกฤษฎีกา

การหักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาดังกล่าว ให้คำนวณหักตามส่วนเฉลี่ยแห่งระยะเวลาที่ได้ทรัพย์สินนั้นมา

(3) ราคาทรัพย์สินอื่นนอกจาก (6) ให้ถือตามราคาที่ยังซื้อทรัพย์สินนั้นได้ตามปกติ และในกรณีที่มีการตีราคาทรัพย์สินเพิ่มขึ้น ห้ามมิให้นำราคาที่ตีราคาเพิ่มขึ้นมารวมคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิ ส่วนทรัพย์สินรายการใดมีสิทธิหักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคา ก็ให้หักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และอัตราเดิมที่ใช้อยู่ก่อนตีราคาทรัพย์สินเพิ่มขึ้น โดยให้หักเพียงเท่าที่ระยะเวลาและมูลค่าต้นทุนที่เหลืออยู่สำหรับทรัพย์สินนั้นเท่านั้น

(4) ในกรณีโอนทรัพย์สิน ให้บริการ หรือให้กู้ยืมเงิน โดยไม่มีค่าตอบแทน ค่าบริการหรือดอกเบี้ย หรือมีค่าตอบแทน ค่าบริการหรือดอกเบี้ยต่ำกว่าราคาตลาดโดยไม่มีเหตุอันสมควร เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจประเมินค่าตอบแทน ค่าบริการหรือดอกเบี้ยนั้นตามราคาตลาดในวันที่โอน ให้บริการ หรือให้กู้ยืมเงิน

(5) เงินตรา ทรัพย์สินหรือหนี้สินซึ่งมีค่าหรือราคาเป็นเงินตราต่างประเทศที่เหลืออยู่ในวันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชี ให้คำนวณค่าหรือราคาเป็นเงินตราไทย ดังนี้

(ก) กรณีบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนอกจาก (ข) ให้คำนวณค่าหรือราคาของเงินตราหรือทรัพย์สินเป็นเงินตราไทยตามอัตราแลกเปลี่ยนที่ธนาคารพาณิชย์รับซื้อ ซึ่งธนาคารแห่งประเทศไทยได้คำนวณไว้ และให้คำนวณค่าหรือราคาของหนี้สินเป็นเงินตราไทยตามอัตราแลกเปลี่ยนที่ธนาคารพาณิชย์ขาย ซึ่งธนาคารแห่งประเทศไทยได้คำนวณไว้

(ข) กรณีธนาคารพาณิชย์ หรือสถาบันการเงินอื่นตามที่รัฐมนตรีกำหนดให้คำนวณค่าหรือราคาของเงินตรา ทรัพย์สินหรือหนี้สินเป็นเงินตราไทยตามอัตราแลกเปลี่ยนระหว่างอัตราซื้อและอัตราขายของธนาคารพาณิชย์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยได้คำนวณไว้

(6) ราคาสินค้าคงเหลือในวันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชีให้คำนวณตามราคาทุนหรือราคาตลาดแล้วแต่อย่างใดจะน้อยกว่า และให้ถือราคานี้เป็นราคาสินค้าคงเหลือยกมาสำหรับรอบระยะเวลาบัญชีใหม่ด้วยการคำนวณราคาทุนตามวรรคก่อน เมื่อได้คำนวณตามหลักเกณฑ์ใดตามวิชาการบัญชี ให้ใช้หลักเกณฑ์นั้นตลอดไป เว้นแต่จะได้รับการอนุมัติจากอธิบดีจึงจะเปลี่ยนหลักเกณฑ์ได้

(7) การคำนวณราคาทุนของสินค้าที่ส่งเข้ามาจากต่างประเทศนั้น เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจประเมินโดยเทียบเคียงกับราคาทุนของสินค้าประเภทและชนิดเดียวกับที่ส่งเข้าไปในประเทศอื่นได้

(8) ถ้าราคาทุนของสินค้าเป็นเงินตราต่างประเทศ ให้คำนวณเป็นเงินตราไทย ตามอัตราแลกเปลี่ยนในท้องตลาดของวันที่ได้สินค้านั้นมา เว้นแต่เงินตราต่างประเทศนั้นจะแลกได้ในอัตราทางราชการ ก็ให้คำนวณเป็นเงินตราไทยตามอัตราทางราชการนั้น

(9) การจำหน่ายหนี้สูญจากบัญชีลูกหนี้ จะกระทำต่อเมื่อเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎกระทรวง แต่ถ้าได้รับชำระหนี้ในรอบระยะเวลาบัญชีใดให้นำมาคำนวณเป็นรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น

หนี้สูญรายได้ให้นำมาคำนวณเป็นรายได้แล้ว หากได้รับชำระในภายหลังก็มีให้นำมาคำนวณเป็นรายได้อีก

(10) สำหรับบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยให้นำเงินปันผลที่ได้จากบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย กองทุนรวมหรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมาย โดยเฉพาะของประเทศไทยจัดตั้งขึ้นสำหรับให้กู้ยืมเงินเพื่อส่งเสริมเกษตรกรรม พาณิชยกรรม หรืออุตสาหกรรม และเงินส่วนแบ่งกำไรที่ได้จากกิจการร่วมค้า มารวมคำนวณเป็นรายได้เพียงกึ่งหนึ่งของจำนวนที่ได้ เว้นแต่บริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยดังต่อไปนี้ ไม่ต้องนำเงินปันผลที่ได้จากบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย กองทุนรวม หรือสถาบันการเงินที่มีกฎหมาย โดยเฉพาะของประเทศไทยจัดตั้งขึ้นสำหรับให้กู้ยืมเงินเพื่อส่งเสริมเกษตรกรรม พาณิชยกรรม หรืออุตสาหกรรม และเงินส่วนแบ่งกำไรที่ได้จากกิจการร่วมค้า มารวมคำนวณเป็นรายได้

(ก) บริษัทจดทะเบียน

(ข) บริษัทจำกัดนอกจาก (ก) ซึ่งถือหุ้นในบริษัทจำกัดผู้จ่ายเงินปันผลไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทจำกัดผู้จ่ายเงินปันผลและบริษัทจำกัดผู้จ่ายเงินปันผลไม่ได้ถือหุ้นในบริษัทจำกัดผู้รับเงินปันผลไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม

ความในวรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับในกรณีที่บริษัทจำกัดหรือบริษัทจดทะเบียนมีเงินได้ที่เป็นเงินปันผลและเงินส่วนแบ่งกำไรดังกล่าวโดยถือหุ้นหรือหน่วยลงทุนที่ก่อให้เกิดเงินปันผลและเงินส่วนแบ่งกำไรนั้นไว้ไม่ถึงสามเดือน นับแต่วันที่ถือหุ้นหรือหน่วยลงทุนนั้นมาถึงวันมีเงินได้ดังกล่าว หรือได้โอนหุ้นหรือหน่วยลงทุนนั้นไปก่อนสามเดือน นับแต่วันที่มิเงินได้

เงินปันผลที่ได้จากการลงทุนของกองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามมาตรา 65 ตรี (2) มิให้ถือเป็นเงินปันผลหรือเงินส่วนแบ่งกำไรตามความในวรรคสอง

อย่างไรก็ดี การยกเว้นภาษีเงินปันผลทั้งหมดหรือกึ่งหนึ่งดังกล่าว ก็ต้องอยู่ใต้อำนาจเงื่อนไขอีกข้อหนึ่ง กล่าวคือ ผู้รับเงินปันผลต้องถือหุ้นอยู่ในบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลก่อนวันมีเงินได้จากเงินปันผลไม่น้อยกว่า 3 เดือน และหลังจากวันมีเงินได้จากเงินปันผลแล้ว ก็ต้องถือหุ้นต่อไปอีกไม่น้อยไปกว่า 3 เดือนจึงจะได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าว⁶⁵ อนึ่ง กรมสรรพากรให้ถือว่าวันที่บริษัทผู้จ่ายเงินปันผลปิดสมุดทะเบียนพักการโอนหุ้นเพื่อจ่ายเงินปันผลเป็นวันที่มีเงินได้จากบริษัทผู้รับเงินปันผล⁶⁶

อาจสรุปได้ว่า กิจกรรมร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ ผู้เข้าร่วมค้าจะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีมามากกว่ากิจกรรมร่วมค้าที่จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ นอกจากนี้กิจกรรมร่วมค้าที่จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ ไม่ว่าจะ เป็นบริษัทเอกชนหรือบริษัทมหาชนจะนำเงินกำไรมาจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหมดไม่ได้ จะต้องจัดสรรไว้เป็นทุนสำรอง (reserve fund) อย่างน้อยร้อยละ 5 จนกว่าทุนสำรองจะมีจำนวนไม่น้อยกว่าร้อยละ 10 ของทุนจดทะเบียน จึงต่างกับกิจกรรมร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ที่สามารถนำเงินกำไรมาจ่ายเป็นเงินปันผลได้ทั้งหมดโดยไม่ต้องกันไว้เป็นทุนสำรอง

(11) ดอกเบี้ยเงินกู้ยืมที่อยู่ในบังคับต้องถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยภาษีเงินได้ปิโตรเลียมให้นำมารวมคำนวณเป็นรายได้เพียงเท่าที่เหลือจากถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายดังกล่าว

(12) เงินปันผลหรือเงินส่วนแบ่งของกำไร ที่อยู่ในบังคับต้องถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยภาษีเงินได้ปิโตรเลียมให้นำมารวมคำนวณเป็นรายได้เพียงเท่าที่เหลือจากถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายดังกล่าว และถ้าผู้รับเป็นบริษัทจดทะเบียนหรือเป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยและไม่เข้าลักษณะตามมาตรา 75 ให้นำบทบัญญัติของ (10) มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(13) มูลนิธิหรือสมาคมที่ประกอบกิจการซึ่งมีรายได้ไม่ต้องนำเงินค่าลงทะเบียนหรือค่าบำรุงที่ได้รับจากสมาชิกหรือเงินหรือทรัพย์สินที่ได้รับจากการรับบริจาคหรือจากการให้โดยเสน่หา แล้วแต่กรณี มารวมคำนวณเป็นรายได้

(14) ภาษีขายซึ่งบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่เป็นผู้ประกอบการจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มได้รับหรือพึงได้รับ และภาษีมูลค่าเพิ่มที่มีใช้ภาษีตามมาตรา 82/16 ซึ่งได้รับคืนเนื่องจากการขอคืนตามหมวด 4 ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายได้

⁶⁵ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีอากร, หน้า 568- 569.

⁶⁶ หนังสือกรมสรรพากรที่ กค.0802/9115 ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2530 และ กค. 0802/11998 ลงวันที่ 7 กันยายน 2530.

อย่างไรก็ดี กิจการร่วมค้าที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ไม่มีสิทธิได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน หากกิจการร่วมค้าต้องการได้รับการส่งเสริมการลงทุนจึงต้องจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ หากจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่และได้รับการส่งเสริมการลงทุนแล้ว เงินปันผลที่ผู้เข้าร่วมค้าซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทใหม่จะได้รับยกเว้นภาษีตลอดระยะเวลาที่บริษัทใหม่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามความในบทบัญญัติมาตรา 34 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520 เป็นการยกเว้นภาษีโดยไม่คำนึงว่าผู้ได้รับเงินปันผลจะเป็นบุคคลใด ฉะนั้น หากผู้เข้าร่วมค้าเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ จึงได้รับยกเว้นภาษีเงินปันผลเช่นเดียวกับผู้เข้าร่วมค้าที่เป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลหรือตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย แม้จะมีได้ประกอบกิจการในประเทศไทยก็ตาม

เนื่องจากการยื่นคำขอรับการส่งเสริมการลงทุน สามารถทำได้ในนามบุคคลธรรมดา แต่ผู้ขอรับการส่งเสริมนั้นจะต้องจัดตั้งบริษัทให้แล้วเสร็จภายใน 180 วัน นับแต่วันที่ผู้ขอรับการส่งเสริมได้ตอบรับมติคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนให้การส่งเสริมแล้ว ผู้เข้าร่วมค้าจึงไม่ควรจัดตั้งบริษัทขึ้นก่อน เมื่อมีมติคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนให้การส่งเสริมแล้วจึงจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ โดยมีผู้เข้าร่วมค้าเป็นผู้ถือหุ้น เงินปันผลที่ได้รับในระหว่างระยะเวลาที่บริษัทใหม่ได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลก็จะได้รับยกเว้นภาษี ไม่ว่าผู้ได้รับเงินปันผลจะเป็นบุคคลใด ฉะนั้นการวางแผนภาษีของกิจการร่วมค้าโดยการขอรับการส่งเสริมการลงทุนจึงเป็นประโยชน์ต่อผู้ร่วมค้ามากที่สุด แต่ถ้าขอรับการส่งเสริมการลงทุนไม่ได้ ก็ไม่ควรจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ เพราะมีข้อดีกว่าการไม่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่ดังกล่าวมาแล้ว

2.2.5.1.4. ตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกกำไร (sukuk al-Murabaha)

สำหรับตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกกำไร (sukuk- al Murabaha) นั้นมีโครงสร้างหลายรูปแบบ แตกต่างไปแต่ระบบการซื้อขาย กล่าวคือ การซื้อขายบวกกำไรนั้นสามารถกระทำโดยการซื้อขายระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายโดยตรง และการซื้อขายผ่านระบบตลาดที่มีการจัดตั้งที่คล้ายคลึงกับตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าของไทย หรือที่เรียกว่า

Commodity Murabaha House ดังที่ได้มีการจัดตั้งในประเทศมาเลเซีย ซึ่งส่งผลให้ภาระทางภาษี และค่าธรรมเนียมนั้นแตกต่างกัน

ก. การซื้อขายระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย(ผู้จัดจำหน่ายสินค้า)

โดยตรง*

บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลต้องเสียภาษี เงินได้นิติบุคคลจากกำไรสุทธิ ซึ่งคำนวณได้จากรายได้จากกิจการหรือเนื่องจากกิจการที่กระทำในรอบระยะเวลาบัญชี ตามมาตรา 65 แห่งประมวลกฎหมายรัษฎากร โดยใช้เกณฑ์สิทธิ*ในการคำนวณกำไรสุทธิดังกล่าว

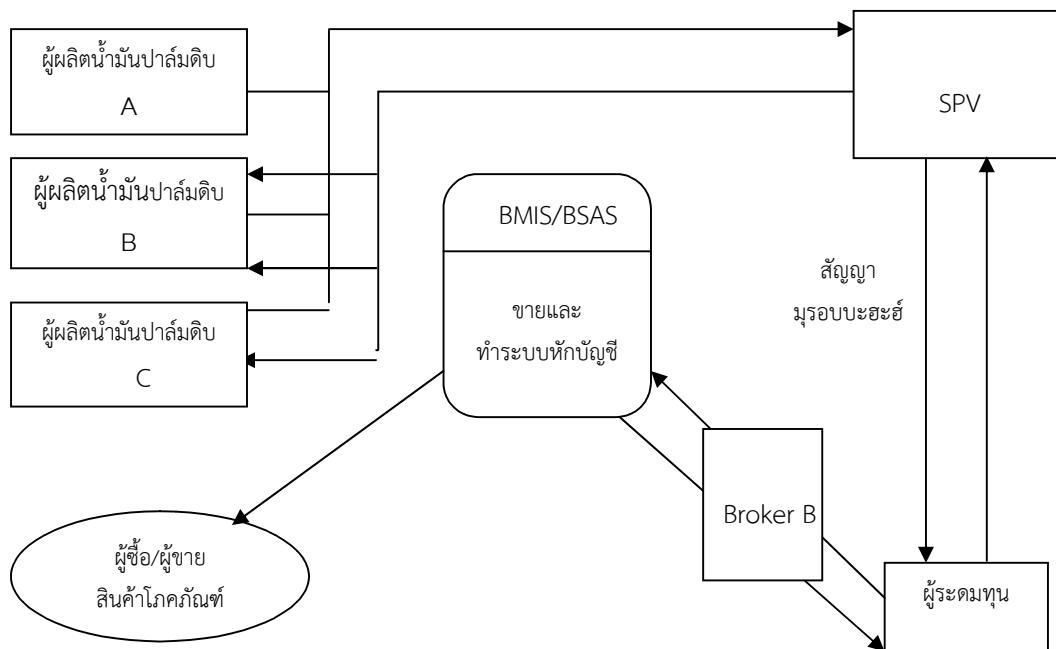
- ภาษีมูลค่าเพิ่ม

นิติบุคคลผู้ประกอบการทำการขายหรือ ให้บริการในทางธุรกิจหรือวิชาชีพ และประกอบกิจการภายในราชอาณาจักรนั้นต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม ตามความในมาตรา 77/2 แห่งประมวลรัษฎากร เว้นแต่เป็นกรณียกเว้น เช่น กรณีการขายสินค้าพืชผลทางการเกษตร เป็นต้น ตามความในมาตรา 81 แห่งประมวลรัษฎากร โดยอัตราภาษีมูลค่าเพิ่มร้อยละ 10

* โปรดดูภาพหน้า 57 ประกอบ.

* เกณฑ์สิทธิ หมายถึง รายได้ที่เกิดขึ้นในรอบระยะเวลาบัญชีใด แม้ว่าจะยังไม่ได้รับชำระในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น มารวมคำนวณเป็นรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น และนำรายจ่ายทั้งสิ้นเกี่ยวกับรายได้นั้น แม้จะยังมิได้จ่ายในรอบระยะเวลาบัญชีนั้นมารวมคำนวณเป็นรายจ่ายของรอบระยะเวลาบัญชีนั้น

ข. การซื้อขายผ่านระบบตลาดที่มีการจัดตั้ง

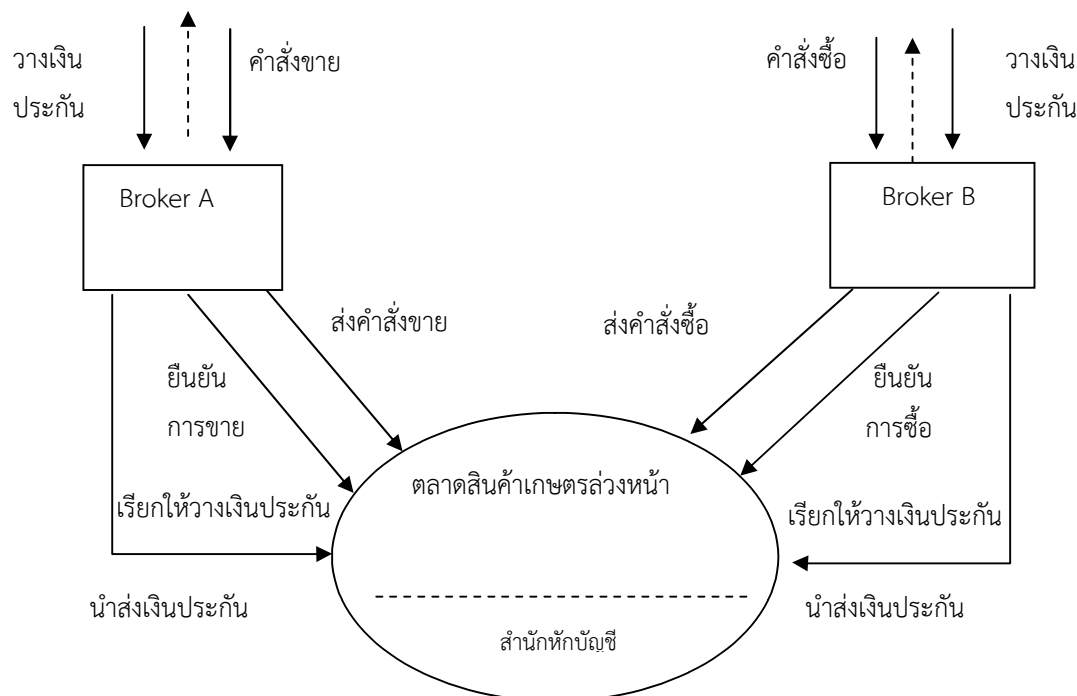


ภาพที่ 8 กระบวนการดำเนินธุรกรรมการซื้อขายบวกำไรในสินค้าโภคภัณฑ์ (Commodity Murabaha) ภายใน Bursa suq al-sila' ประเทศมาเลเซีย⁶⁷

เนื่องจากยังไม่มี การจัดตั้งตลาดซื้อขายสินค้าเพื่อรองรับการออกตราสารศุ กุอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกำไร (sukuk- al Murabaha) ภายในประเทศไทย ดังนั้น จึงไม่อาจ ทำการระบุถึงภาระทางภาษีของการดำเนินการทำธุรกรรมซื้อขายผ่านตลาดที่มีการจัดตั้งเป็น ระบบว่ามีลักษณะที่แน่นอนอย่างไร แต่จากการศึกษาเปรียบเทียบลักษณะของตลาดซื้อขายสินค้า Commodity Murabaha House ของประเทศมาเลเซีย นั้น พบว่ามีโครงสร้างการดำเนินธุรกรรม ภายในตลาดใกล้เคียงกับตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET) อย่างไรก็ตาม เพื่อแสดงให้เห็นถึงภาระทางภาษีที่อาจเกิดขึ้นเมื่อมีการจัดตั้งตลาดซื้อขายสินค้าเพื่อรองรับการ ออกตราสารศุ กุอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกำไร (sukuk-al Murabaha) ภายในประเทศไทย

⁶⁷ Norfadelizan bin Abdul Rahman , Bursa Suq Al-Sila', [online], The OIC Member state 's stock exchanges Forum 3rd meeting , Istanbul on October 24-25,2009, Available from : <http://www.oicexchanges.org/presentations/thirdmeeting/annex14%20AbdulRahman.pdf>

ผู้วิจัยจึงได้นำภาระทางภาษีของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าของไทยมาทำการศึกษาเปรียบเทียบเป็นแนวทางการจัดเก็บภาษีต่อไป



ภาพที่ 9 กระบวนการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าภายใน
ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET)

- ภาษีเงินได้นิติบุคคล

เมื่อเปรียบเทียบกับภาระภาษีของการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าภายในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าของไทย ผลกำไรของนักลงทุน ขึ้นอยู่กับการเปิดสถานะ (Open Position) ของนักลงทุน เปรียบเทียบกับทิศทาง การเปลี่ยนแปลงของราคา ณ วันปิดสถานะ (Offset Position) เมื่อกิจการทำการยกเลิกสัญญา (Offset) กรณีเกิดผลกำไร จะถือเป็นรายได้สุทธิจากการดำเนินการซื้อขายสัญญา ซึ่งต้องนำมาคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคล หรือ กรณีเกิดผลขาดทุน จะถือเป็นรายจ่ายสุทธิจากการดำเนินการซื้อขายสัญญา

และในการซื้อขายสัญญาสินค้าเกษตรล่วงหน้า นั้นพบว่า ทุกสิ้นวันทำการ ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าจะปรับฐานะบัญชีเงินประกัน (บันทึกการเปลี่ยนแปลง

ฐานะบัญชีเงินประกันทุกสิ้นวันทำการตามมูลค่าสัญญาซื้อขายล่วงหน้าโดยอาศัยราคายุติ) ของจำนวนสัญญาที่คงค้าง (Open Interest) และทำการเรียกเก็บเงินส่วนขาดจากการปรับสถานะเงินประกัน (ขาดทุน จากการปรับราคายุติ) หรือ ทำการคืนเงินประกันส่วนเกิน (กำไรจากการปรับราคายุติ) โดยประเด็นดังกล่าว กรมสรรพากรจะประเมินเป็นผลกำไร (ขาดทุน) จากการปรับราคายุติ และมีการโอนเงินเพื่อผลกำไร (ขาดทุน) นั้น ๆ แล้ว ดังนั้นต้องนำผลกำไร (ขาดทุน) จากการปรับสถานะเงินประกันมาคำนวณเป็นรายได้หรือค่าใช้จ่าย สำหรับการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคลด้วย

- ภาษีมูลค่าเพิ่ม

เนื่องจากผู้ประกอบการจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม มีสิทธิ นำภาษีซื้อมาหักออกจากภาษีขายได้ หากภาษีขายสำหรับเดือนนั้นๆ มากกว่าภาษีซื้อผู้ประกอบการชำระภาษีเท่ากับส่วนต่างนั้น และ หากกรณีที่ภาษีซื้อสำหรับเดือนนั้นๆ มีมากกว่าภาษีขายให้ถือเป็นเครดิตภาษีและให้ผู้ประกอบการมีสิทธิได้รับคืนภาษีหรือนำไปชำระภาษีมูลค่าเพิ่มได้ตามส่วน

หากเปรียบเทียบกับกรณีการซื้อขายสินค้าเกษตรภายในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย พบว่าในกรณีตัวอย่างเช่น

หากทำการซื้อขายสัญญาสินค้า WR5 05/09 จำนวน 5 สัญญา (ราคาสัญญาละ 1,000 บาท) โดยการเปิดสถานะ Short ต้องจ่ายเงินค่าธรรมเนียมการซื้อขาย (ครั้งที่ 1) เท่ากับ 5,350 บาท เนื่องจากต้องรวมภาษีมูลค่าเพิ่ม 350 บาท ด้วย และเมื่อทำการปิดสถานะ Short (Offset Position) โดยการทำสัญญาตรงกันข้าม ด้วยจำนวน 5 สัญญา (ราคาสัญญาละ 1,000 บาท) โดยการเปิดสถานะ Long ต้องจ่ายเงินค่าธรรมเนียมการซื้อขาย (ครั้งที่ 2) เท่ากับ 5,350 บาท โดยสมมุติว่าในเดือนดังกล่าว ผู้ประกอบการมีภาษีมูลค่าเพิ่ม (ภาษีขาย) จำนวน 1,000 บาท

ดังนั้น นักลงทุนที่เป็นผู้ประกอบการจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม ต้องจ่ายเงินค่าธรรมเนียมการซื้อขาย เท่ากับ 10,700 บาท แต่เมื่อสิ้นเดือนภาษีนั้น และผู้ประกอบการสามารถนำภาษีมูลค่าเพิ่ม (ภาษีซื้อ) 700 บาท มาหักกลับกับภาษีมูลค่าเพิ่ม (ภาษีขาย) ได้ โดยที่ผู้ประกอบการต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มจำนวน 300 บาท (1,000 - 700) ทำให้ต้นทุนที่

แท้จริงของค่าธรรมเนียมการซื้อขายของ สัญญาสินค้า WR5 05/09 จำนวน 5 สัญญา ตั้งแต่วันทำการเปิดสถานะ ถึงวันที่ทำการปิดสถานะของสัญญานี้ รวมเท่ากับ 10,000 บาท โดยไม่นับรวมภาษีมูลค่าเพิ่ม⁶⁸

2.2.5.2 กรณีภาวะภาษีที่เกิดขึ้นระหว่างทรีดีและผู้ถือตราสารศุกุก

ภาษีที่เกิดขึ้นระหว่างทรีดีและผู้ถือตราสารศุกุก คือ ภาษีที่เกิดจากการที่ทรีดีได้รับผลประโยชน์อันเป็นผลตอบแทนในรูปแบบของค่าเช่า กำไร และเงินปันผลที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาอ้างอิงดังที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 1 และทำการโอนผลตอบแทนดังกล่าวให้แก่ผู้ถือตราสารศุกุกซึ่งอยู่ในฐานะผู้รับประโยชน์

- ภาษีเงินได้

ผู้ลงทุนต้องนำรายได้ที่เกิดจากการลงทุนไปคำนวณภาษีเงินได้ โดยบุคคลธรรมดาที่มีสิทธิเลือกไม่นำเงินได้ไปรวมคำนวณภาษีได้

- ภาษีหัก ณ ที่จ่าย

กฎหมายกำหนดให้ผู้จ่ายเงินได้กำไรส่วนเกินทุนมีหน้าที่หัก ณ ที่จ่ายสำหรับเงินได้จากการลงทุน ซึ่งส่วนใหญ่จะหักบุคคลธรรมดาในอัตราร้อยละ 15 ของกำไรส่วนเกินทุนที่ได้รับ ตามมาตรา 50 (2) (ข) แห่งประมวลรัษฎากร แต่อาจเลือกเสียภาษีรวมกับเงินได้อื่นได้ ตามมาตรา 48 (3) (ค) แห่งประมวลรัษฎากร

กรณีนิติบุคคลไม่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายในกำไรส่วนเกินทุน แต่ต้องนำปรวมคำนวณกำไรสุทธิ เว้นแต่กรณีผู้ลงทุนต่างประเทศต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายร้อยละ 15 เว้นแต่ได้รับยกเว้นตามอนุสัญญาภาษีซ้อน

⁶⁸ นิสากร แก้วทอง ภาวะภาษีและต้นทุนในการซื้อขาย, [ออนไลน์], 20 มิถุนายน 2011. แหล่งที่มา http://www.afet.or.th/v081/thai/learnin_g/articleShow.php?id=12

สำหรับประโยชน์ที่ได้รับให้รูปแบบของเงินปันผล จะถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย ในอัตราร้อยละ 10 ไม่ว่าจะเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาหรือเป็นห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล⁶⁹

- ภาษีธุรกิจเฉพาะ

กิจการธนาคาร เงินทุนหลักทรัพย์จะเสียภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับรายได้ ดอกเบี้ย ส่วนลดหรือกำไรก่อนหักรายจ่ายใด ๆ จากการซื้อขายตราสารหนี้ในอัตราร้อยละ 3.3

- อากรแสตมป์

เป็นการจัดเก็บภาษีรูปแบบหนึ่งซึ่งเก็บจากผู้ให้เช่า ผู้โอน ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย เป็นต้น โดยการโอนใบหุ้น หรือพันธบัตร ผู้โอนจะต้องติดอากรแสตมป์ 1 บาท ของทุกจำนวนเงิน 1,000 บาท หรือเศษของ 1,000 บาท ตามลักษณะแห่งตราสารข้อที่ 2 ในบัญชีอัตราอากรแสตมป์แนบท้ายประมวลรัษฎากร เว้นแต่กรณีการโอนพันธบัตรรัฐบาลไทยหรือใบหุ้นกู้ซึ่งสหกรณ์หรือธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรเป็นผู้ออก จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องติดอากรแสตมป์

สำหรับการระดมทุนในตราสารศุกกนั้น นับว่ามาตรการทางภาษีเป็นสิ่งที่สำคัญสุดประการหนึ่ง เพราะแม้ว่าจะมีกฎหมายอนุญาตให้ออกเสนอขายตราสารศุกกได้ แต่หากไม่มีมาตรการทางภาษีที่จูงใจเพื่อรองรับการระดมทุนผ่านตราสารดังกล่าว ย่อมที่จะส่งผลให้ต้นทุนในการระดมทุนผ่านตราสารศุกกนั้นสูงกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับต้นทุนในการระดมทุนผ่านตราสารหนี้ที่ไม่ต้องมีการทำสัญญาอ้างอิงใด ๆ ดังเช่นตราสารศุกกจำเป็นต้องกระทำ อันจะส่งผลทำให้ตราสารศุกกนั้นไม่มีการระดมทุนเกิดขึ้นจริงภายในประเทศไทย และในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศมาเลเซียที่เป็นศูนย์กลางทางการเงินอิสลาม ได้มีการออกมาตรการการจูงใจทางภาษีสำหรับการออก

⁶⁹ ตามความในมาตรา 50 (2) (จ) มาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร และคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป.ง 4/2528 เรื่อง สั่งให้ผู้จ่ายเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 แห่งประมวลรัษฎากรมีหน้าที่หักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย ลงวันที่ 26 กันยายน 2528 ข้อ 5 แก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 58/2539

หลักทรัพย์อิสลาม โดยสามารถนำรายจ่ายที่เกิดจากการออกหลักทรัพย์อิสลามภายใต้หลักการมุดอระบะห์ มุซารอกะห์ อีญาเราะห์ และอิสทีสนา หรือตามหลักการชะริอะห์ประเภทอื่นได้รับอนุญาตจากกระทรวงการคลังว่าสามารถได้รับการหักลดหย่อนภาษี โดยการออกหลักทรัพย์อิสลามนั้นจะต้องได้รับอนุญาตโดยคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์มาเลเซีย (Securities Commission) หรือ Labuan Financial Services Authority โดยมาตรฐานภาษีดังกล่าวมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2003 ถึง ค.ศ. 2015⁷⁰ และเพื่อเป็นการสนับสนุนธุรกรรมใน Bursa Suq al-Sila ให้มีการนำรายจ่ายที่เกี่ยวกับการออกหลักทรัพย์อิสลามภายใต้หลักการมุดอระบะห์และ บัยอ์ บิษะมัน อาญิล (Bai' Bithaman Ajil) มาหักลดหย่อนในการคิดคำนวณภาษีเงินได้ โดยตราสารศุกุกที่ได้รับสิทธินั้นต้องได้รับอนุญาตโดยสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์มาเลเซีย หรือ Labuan Financial Services Authority มีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2011 ถึง ค.ศ. 2015⁷¹

สำหรับประเทศไทยนั้นขณะทำการวิจัย ยังไม่มีการประกาศบังคับใช้พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่...) พ.ศ. ...อันเป็นมาตราในการยกเว้นภาษีและค่าธรรมเนียมเพื่อสนับสนุนมาตรการลงทุนในตราสารการเงินที่ออกเพื่อระดมทุนตามหลักศาสนาอิสลาม (ศุกุก) เกิดขึ้น โดยมีสาระสำคัญภายในร่างพระราชกฤษฎีกาที่จะประกาศใช้นั้น ดังนี้⁷²

1) การยกเว้นภาษีเงินได้ ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะและอากร แสตมป์ ให้แก่ผู้ระดมทุนและทรัพย์สินในธุรกรรมที่เกี่ยวกับศุกุก สำหรับเงินได้ การรับ และการกระทำเกี่ยวกับ

⁷⁰ Ministry Of Finance of Malaysia , Budget Appendix 2011[online], 23 september 2011. Available from www.treasury.gov.my/pdf/budget/appendices11.pdf

⁷¹ Federal Gazette Portal of the AGC , Income Tax (Deduction for Expenditure on Issuance of Islamic Securities Pursuant to Principles of Murabahah and Bai Bithaman AM) Rules 2011 [online], 20 October 2011. Available form http://malaysianlaw.my/attachments/PUA-355-2011-Income-Tax-Deduction-Issuance-Islamic-Securities_27894.pdf

⁷² สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, มาตรการภาษีและค่าธรรมเนียมเพื่อสนับสนุนการพัฒนาตลาดทุนไทย[ออนไลน์], 28 สิงหาคม 2554. แหล่งที่มา <http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=824>

ตราสารอันเนื่องมาจากการเงินหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ในทรัพย์สินระหว่างผู้ระดมทุน และทรัสต์หรือระหว่างทรัสต์กับทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์

- 2) การยกเว้นภาษีเงินได้ให้แก่ทรัสต์ในธุรกรรมที่เกี่ยวกับศุภก สำหรับเงินได้จากกองทรัสต์
- 3) กรณีมีการโอนหุ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ และหุ้นนั้นมีการ จ่ายเงินปันผลให้ผู้ระดมทุนสามารถนำระยะเวลาการถือครองหุ้นต่อเนื่องได้ (เสมือนไม่ได้มีการโอนหุ้น) เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ในการยกเว้นภาษีจากเงินปันผล
- 4) กรณีผู้ลงทุนในศุภก ได้รับผลประโยชน์จากการถือศุภก หรือ capital gain จากการโอนศุภก และยอมให้ผู้จ่ายเงินได้หักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 15 ของเงินได้ที่ได้รับ ไม่ต้องนำรายได้ดังกล่าวมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตอนปลายปีอีก
- 5) ยกเว้นหรือกำหนดค่าธรรมเนียมน้อยที่สุดในอัตราที่น้อยที่สุดในการโอน อสังหาริมทรัพย์ อาคารชุดและการให้เช่าทรัพย์สินระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ หรือระหว่างทรัสต์กับทรัสต์ โดยกระทรวงการคลังจะประสานงานกับกระทรวงมหาดไทยเพื่อพิจารณาแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

ซึ่งหากมีการบังคับใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวแล้ว ส่งผลทำให้เป็นการลดภาระความซ้ำซ้อนทางภาษีในการดำเนินธุรกรรมตราสารอิสลามของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในกลไกการระดมทุน อันจะเป็นการส่งเสริมให้มีการระดมทุนผ่านตราสารศุภกประเทศไทยให้เกิดขึ้นจริงในอนาคต

บทที่ 3

ที่มาและความรู้เบื้องต้นของทรัสต์ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินธุรกิจกรมตราสารคูกูก

3.1 ที่มาของทรัสต์

ทรัสต์นั้นเกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ โดยทรัสต์ได้เกิดขึ้นจากความจำเป็นของบาทหลวงนิกายหนึ่งที่เรียกว่า Franciscan Flairs ซึ่งตามหลักของนิกายนี้ บาทหลวงจะมีทรัพย์สินส่วนตัวหรือจะจำหน่ายจ่ายแจกทรัพย์สินใดๆ ไม่ได้ทั้งสิ้น แต่มีผู้เสื่อมใสประสงค์จะถวายปัจจัยต่าง ๆ ให้บาทหลวง จึงมีการคิดหาวิธีการ โดยทำการโอนทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกคนหนึ่ง และมอบความไว้วางใจให้บุคคลผู้นั้นถือทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบาทหลวง ซึ่งมีการปรากฏว่ามีผู้โอนตักและที่ดินในเมือง Oxford เพื่อให้เป็นที่อยู่อาศัยของบาทหลวงผ่านวิธีดังกล่าวเป็นจำนวนมาก การโอนทรัพย์สินโดยการไว้วางใจเช่นนี้ ได้ใช้วิธีการโอนกันโดยเด็ดขาด ตามหลักของกฎหมาย Common Law ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ซึ่งหากผู้รับโอนคิดทุจริตเอาทรัพย์สินที่ได้รับมานั้นเป็นของตนเอง โดยไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงเรื่องความไว้วางใจที่ได้รับมอบหมายมานั้น เจ้าของเดิมและบาทหลวงนั้นก็ไม่สามารถฟ้องร้องได้ เพราะกฎหมายของ Common Law นั้นถือว่าเมื่อได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่กันโดยเด็ดขาดแล้ว ผู้รับโอนทรัพย์สินดังกล่าวนั้นย่อมมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ได้รับโอนอย่างเต็มที่โดยสามารถใช้และจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้น จากเหตุผลดังกล่าวนี้ ทำให้ศาล Equity เข้ามาช่วยเหลือแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการอาศัยหลักมโนธรรม (Conscience) ของตนเอง ศาล Equity นั้นเป็นศาลศาสนาที่มีหน้าที่ในการป้องกันมิให้บุคคลใดกระทำการฝ่าฝืนความละอายต่อบาป และยอมรับในเรื่องที่ว่าผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นเป็นเจ้าของตามกฎหมาย แต่ถือว่าการจะปล่อยให้ผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นใช้ทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของตนเองเป็นการฝ่าฝืนการละอายต่อบาป ศาล Equity จึงเข้าทำหน้าที่ในการบังคับให้ผู้รับโอนทรัพย์สินถือทรัพย์สินที่ได้รับโอนมานั้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่มอบหมายหน้าที่ให้ด้วยความไว้วางใจ สิทธิและหน้าที่ในการไว้วางใจจึงเกิดขึ้นเป็นครั้งแรก⁷³

⁷³ เสนีย์ ปราโมช, “ตำนานทรัสต์,” บทบัญญัติ 7 (พฤษภาคม 2475): 416 – 418.

ในช่วงศตวรรษที่ 13 และ 14 ศาล Common Law ได้มีการแยกองค์กรของรัฐบาลกลาง Chancery ซึ่งถือว่าเป็นองค์กรที่มีความสำคัญนอกเหนือจากศาล Common Law และสภาภคัตริย์ โดยทำหน้าที่ในการออกกฎหมายในการดำเนินคดีซึ่งทำงานร่วมกับศาล Common Law ในช่วงปลายศตวรรษที่ 14 ช่วงต้นของศตวรรษที่ 15 Chancellor ได้เริ่มทำการเข้าแทรกแซงและบังคับให้ feoffee* ปฏิบัติตามข้อตกลงที่เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงได้มอบความไว้วางใจไว้โดย Chancellor นั้น ก็ไม่ได้ปฏิเสธความเป็นเจ้าของทางกฎหมาย (legal owner) ในที่ดินดังกล่าว แต่ได้ให้ feoffee นั้น ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงที่เจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงได้มอบหมายไว้แก่ตน ซึ่งหาก feoffee ไม่ดำเนินการตามข้อตกลงดังกล่าวจะถือว่า feoffee นั้นได้ละเมิดต่อคำสั่งศาล⁷⁴

Uses เป็นสิ่งที่สมประโยชน์ของประชาชนในสมัยนั้นเป็นอย่างมาก ประโยชน์ประการหนึ่งคือ ทำให้ประชาชนไม่ต้องเสียส่วยซึ่งในสมัยนั้นที่ดินภายในเกาะอังกฤษนั้นถือเป็นกรรมสิทธิ์ของภคัตริย์ โดยภคัตริย์นั้นได้แบ่งที่ดินบางส่วนเพื่อมอบให้ขุนนางไว้ทำกิน และมีหน้าที่ในการส่งส่วยตอบแทนต่อภคัตริย์ ซึ่งขุนนางที่ได้รับมอบที่ดินจากภคัตริย์นั้นก็นำมาให้ประชาชนทำกินอีกทอดหนึ่ง โดยประชาชนเหล่านั้นก็มีหน้าที่ในการส่งส่วยแทนขุนนาง หรือที่เรียกว่า ระบบฟิวดัล (Feudal) อันเป็นวิธีการที่ส่งผลกระทบต่อประชาชน ดังนั้น เมื่อเกิด Uses ขึ้นจึงมีผู้นำมาใช้ประโยชน์ในการหลบเลี่ยงการเสียส่วย โดยการโอนที่ดินที่ถือต่อจากขุนนางนั้นให้แก่เพื่อน โดยให้ถือที่ดินดังกล่าวไว้เพื่อประโยชน์แก่การที่ผู้โอนจะได้ทำกินในที่ดินนั้นต่อไป เมื่อถึงระยะเวลาในการจัดเก็บส่วยของขุนนางก็อ้างตามหลัก Common Law ว่าได้ทำการโอนที่ดินดังกล่าวนี้ให้ผู้อื่นไปแล้ว ให้ขุนนางไปเก็บส่วยจากบุคคลดังกล่าว เมื่อขุนนางตามไปเก็บส่วยกับบุคคลผู้รับโอนดังกล่าว ผู้รับโอนก็อ้างหลัก Equity เพราะตนถือที่ดินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของตนเองจึงไม่มีหน้าที่ในการเสียส่วย เมื่อมีการอ้างดังกล่าวมากขึ้น ขุนนางก็ได้นำสิทธิดังกล่าวไปกล่าวอ้างต่อภคัตริย์เช่นเดียวกัน⁷⁵

เมื่อภคัตริย์นั้นทรงถูกสิทธิรอนประโยชน์จากการเก็บส่วยดังกล่าว จึงมีการออกกฎหมาย “The Statue of Uses 1535” เพื่อสิทธิรอนอำนาจของ Chancellor เรื่องการยอมรับระบบการโอน

* feoffee หมายถึง บุคคลผู้ซึ่งได้รับโอนสิทธิในที่ดิน

⁷⁴ Philip H.Pettit, *Equity and the Law of Trust* 10th ed. (New York : Oxford University Press, 2006c). pp.11 – 12.

⁷⁵ เสนีย์ ปราโมช, “ตำนานทรัพย์สิน, บทบัญญัติ 7 (พฤษภาคม 2475): 419.

ที่ดินให้แก่บุคคลอื่นที่ถือประโยชน์เพื่อตนเองหรือบุคคลที่สาม เพื่อหลีกเลี่ยงกรรมที่ดินจะต้องถูกริบหรือเสียภาษี (feudal burdens) โดยมีการบัญญัติว่า ในกรณีที่ ก. ถือครองที่ดินเพื่อประโยชน์ของ ข. สิทธิตามกฎหมายที่ดินของ ก. จะถูกโอนไปยัง ข. โดยทันที ส่วน ก. ผู้ถือประโยชน์แทน ข. นั้นจะไม่มีสิทธิใด ๆ ในที่ดินดังกล่าว โดยถือว่า ข. เป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียว และมีภาระหน้าที่ตามระบบพิวตัลแต่อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวไม่บังคับในกรณี uses ของสังหาริมทรัพย์ (uses of personal property) และ active uses ซึ่งผู้รับโอนนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่ง แต่การฟ้องกรณีผู้รับโอนปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องนั้น ยังคงต้องฟ้อง ณ ศาล Chancery ดังเดิม เพราะเป็นศาลที่พิจารณาคดีประเภทดังกล่าวมานาน ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงไม่ถือว่ามีผลกระทบต่ออำนาจของศาล Chancery มากนัก⁷⁶

ภายหลังที่ได้มีการปฏิรูปการปกครอง กษัตริย์นั้นไม่จำเป็นต้องเก็บภาษีส่วยดังกล่าวอีก และกฎหมายในปี 1660 ได้มีการบัญญัติยกเลิก “tenure en chivalry” หรือ “knight-service” จึงมีการนำ uses กลับมาใช้ในกฎหมายที่ดินอีกครั้ง โดยเรียกใหม่ว่า “Trust” ทำให้ผู้รับประโยชน์ใน Equity สามารถทำการฟ้องร้องผู้ทำหน้าที่เป็นทรัสต์ในการถือครองที่ดินได้ อีกทั้งยังสามารถมีผลบังคับต่อบุคคลภายนอก ผู้ที่รับโอนทรัพย์สินโดยรู้ หรือควรได้รู้ถึงสิทธิของผู้รับประโยชน์ (beneficiary) ในทรัสต์ดังกล่าวอีกด้วย โดยผู้รับประโยชน์ดังกล่าวนั้นสามารถอ้างสิทธิดังกล่าวนั้นได้กับทุกคน เว้นแต่กรณีผู้ที่ได้รับโอนสิทธิในที่ดินดังกล่าวจากทรัสต์โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน⁷⁷

ต่อมาได้มีการปรับปรุงวิธีการพิจารณาคดีความของศาลอังกฤษใหม่ เนื่องจากศาล Chancery นั้นมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีและแก้ไขเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในกฎหมาย Common Law ซึ่งไม่สอดคล้องกัน โดยมีการออกกฎหมาย “Judicature Act 1873” และ “Judicature Act 1875” ที่รวมอำนาจของศาลดังกล่าวนั้นมาอยู่ที่ศาลเพียงศาลเดียว เรียกว่า “High Court” และให้ศาลดังกล่าวพิจารณาคดีโดยนำหลัก Common Law และ Equity รวมเข้าไว้ด้วยกัน สำหรับขั้นตอนการใช้หลักกฎหมายนั้นจะเริ่มจากการพิจารณาหลัก Common Law ก่อน หากมีข้อต่อสู้ในทาง

⁷⁶ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,2531), หน้า 64.

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน.

Equity เกิดขึ้น ให้ศาลนั้นรับฟังข้อต่อสู้ทาง Equity และให้เยียวยาตามหลัก Equity ด้วย หากเป็นกรณีหลัก Common Law และหลัก Equity นั้นขัดแย้งกัน ให้นำหลัก Equity มาใช้เป็นเกณฑ์ในการตัดสินคดีดังกล่าว⁷⁸

3.2. ความหมายของทรัสต์

การให้คำจำกัดความของทรัสต์ในปัจจุบันนั้น ยังไม่มีนักกฎหมายคนใดที่สามารถให้คำจำกัดความของคำว่า “ทรัสต์” ได้อย่างสมบูรณ์ จึงสมควรที่จะนำคำจำกัดความของนักกฎหมายต่างประเทศหลายรายมาพิจารณาเพื่อวิเคราะห์สรุปหลักการที่สำคัญของทรัสต์

Keeton and Sheriden ได้ให้คำจำกัดความของทรัสต์ไว้ในหนังสือ The Law of Trusts ว่า “ทรัสต์ คือ ความสัมพันธ์ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเรียกว่า ทรัสต์ ตกอยู่ในบังคับทางเอ็กคิวตีที่จะต้องยึดถือทรัพย์สิน ไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ และไม่ว่าจะมีกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายหรือเพียงสิทธิทางเอ็กคิวตี เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น (ซึ่งผู้ยึดถือทรัพย์สินอาจเป็นผู้นั้นด้วยผู้หนึ่งก็ได้ และซึ่งเรียกว่าผู้รับประโยชน์) หรือเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอันชอบด้วยกฎหมาย และการยึดถือนั้น ยึดไว้ในทำนองที่ว่า ประโยชน์อันแท้จริงของทรัพย์สินนั้นมิได้ตกแก่ทรัสต์ หากตกแก่ผู้รับประโยชน์ของทรัสต์นั้น”⁷⁹

Sir Arthur Underhill ได้ให้คำจำกัดความของทรัสต์ไว้ในหนังสือ Law Relating to Trust and Trustees ว่า “ทรัสต์ คือ หน้าที่ทางเอ็กคิวตี ซึ่งผูกมัดบุคคลผู้หนึ่ง (เรียกว่าทรัสต์) ให้จัดการทรัพย์สินซึ่งตนมีอำนาจเหนือ (เรียกว่าทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์ Trust property) เพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกคนหนึ่ง หรือหลายคน (เรียกว่าผู้รับประโยชน์) ซึ่งอาจเป็นตนเองด้วยผู้หนึ่งก็ได้ และผู้รับประโยชน์นั้นแต่เพียงคนเดียวคนหนึ่งมีสิทธิบังคับให้ปฏิบัติตามหน้าที่นั้นได้ หากทรัสต์กระทำการ หรือ

⁷⁸ Philip H.Pettit, *Equity and the Law of Trust* 10th ed. (New York : Oxford University Press, 2006c), p.7.

⁷⁹ John Mowbray, Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin, Edwin Simpson and James Brightwell, *Lewin on trusts*, 18th ed. (London : Sweet & Maxwell, 2010), p.5.

เพิกเฉยไม่กระทำงานอันปราศจากข้ออ้างหรืออำนาจที่ให้ไว้ในตราสารจัดตั้งทรัสต์ หรือที่ให้ไว้โดยกฎหมาย ได้ชื่อว่าทำละเมิดทรัสต์”⁸⁰

George T. Bogert ได้ให้คำจำกัดความของคำว่าทรัสต์ไว้ว่า “ทรัสต์ คือ ความสัมพันธ์อันไว้วางใจกันระหว่างบุคคลคนหนึ่งที่จะเข้าถือครองทรัพย์สินด้วยการเก็บรักษา ด้วยหน้าที่อันถูกต้องและจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของอีกบุคคลหนึ่ง”⁸¹

จากการให้ความหมายที่แตกต่างของทรัสต์จากนักกฎหมายข้างต้น สามารถสรุปสาระสำคัญของทรัสต์ได้ว่า ทรัสต์ คือ นิติสัมพันธ์ทางทรัพย์สินอันเกิดจากบุคคลคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้ก่อตั้ง ทรัสต์ (Settlor) ในโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า ทรัสต์ (Trustee) เพื่อให้ทรัสต์เป็นผู้จัดการทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นซึ่งเรียกว่า ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) โดยการจัดการทรัพย์สินของทรัสต์จะต้องกระทำการอย่างซื่อสัตย์และระมัดระวังตามหลัก Fiduciary และ Duty of Care

3.2.1 หลักเกณฑ์ความแน่นอน 3 ประการ (Three of Certainties)

หลักเกณฑ์เรื่องความแน่นอน 3 ประการนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในการตัดสินคดีของ Lord Langdale ในคดี Knight v. Knight* อันเป็นที่มาขององค์ประกอบการเกิดของทรัสต์ ดังนี้⁸²

⁸⁰ Ibid., pp.5 – 6.

⁸¹ George T. Bogert, Trust, 6th ed. (St. Paul Minnesota : West Publishing Co., 1987), p.1.

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

⁸² Philip H. Pettit, Equity and the Law of Trust 10th ed. (New York : Oxford University Press, 2006c). p. 44.

3.2.1.1. ความแน่นอนแห่งเจตนา (Certainty of intention)

ผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) จะต้องแสดงออกซึ่งเจตนาในการก่อตั้งทรัสต์ โดยเจตนาที่แสดงออกนั้น จะต้องชัดเจนเพียงพอให้บุคคลอื่นได้ทราบถึงเจตนาดังกล่าว การแสดงออกของเจตนาในการก่อตั้งทรัสต์นั้นสามารถแสดงออกเป็นลายลักษณ์อักษรหรือทางวาจาก็ได้

เช่น คดี Re Hamilton^{**} เป็นกรณีที่เจ้ามรดกทำพินัยกรรมทรัพย์สินให้แก่หลานสาว โดยเชื่อมั่นว่าผู้รับมรดกจะใช้ความถูกต้องในการแบ่งมรดกระหว่างคนในครอบครัวได้เอง กรณีนี้ไม่ถือว่าทรัสต์เกิดขึ้น และในคดี Re Diggles^{***} เป็นกรณีที่มีประเด็นเกี่ยวกับถ้อยคำที่ว่า “เป็นความประสงค์ของข้าพเจ้า ที่ต้องการให้เธอจ่ายเงินรายปีให้กับ...ปีละ 25 ปอนด์” ความตามถ้อยคำดังกล่าวนี้ไม่ถือว่าเงินรายปีดังกล่าวเป็นกองทรัสต์ และไม่ก่อให้เกิดทรัสต์ขึ้น

3.2.1.2 ความแน่นอนแห่งทรัพย์สินของกองทรัสต์ (Certainty of subject matter)

หลักความแน่นอนแห่งทรัพย์สินของกองทรัสต์ หมายถึง กรณีการก่อตั้งทรัสต์นั้น จะต้องมีการโอนทรัพย์สินหรือก่อทรัพย์สินในทรัพย์สิน ฉะนั้น ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องทำการแบ่งแยกทรัพย์สินในกองทรัสต์อย่างชัดเจน ว่าทรัพย์สินใดอยู่ภายใต้กองทรัสต์ โดยทรัพย์สินดังกล่าวจะต้องมีในขณะก่อตั้ง ทรัสต์

ทรัพย์สินในกองทรัสต์นั้นอาจแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ทรัพย์สินส่วนที่เป็นของกองทรัสต์ทรัพย์สินซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่จะให้แก่ผู้รับประโยชน์ ดังนั้น ทรัพย์สินส่วนที่เป็นของ

^{**} Re Hamilton [1895] 2 Ch 370,CA.

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

กองทรัสต์และทรัพย์สินที่ซึ่งเป็นผลประโยชน์ที่จะให้แก่ผู้รับประโยชน์นั้นจะต้องมีความแน่นอนทั้ง 2 ส่วน จึงจะถือว่าครบองค์ประกอบตามหลักความแน่นอนแห่งทรัพย์สินของกองทรัสต์

เช่น คดี *Re London Wine* * เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องบริษัทไวน์ได้ให้ลูกค้าซื้อไวน์ และให้ลูกค้าคนดังกล่าวนั้นเก็บไวน์ที่ซื้อไว้ในโกดังของบริษัทก่อน โดยลูกค้าต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทั้งหมด ซึ่งการเก็บรักษาไวน์ดังกล่าวนั้นได้กระทำเป็นข้อตกลง โดยถือว่าเป็นไวน์ค้างส่ง ต่อมาบริษัทไวน์ผู้เก็บรักษาไวน์ล้มละลาย จึงมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นว่าลูกค้าคนดังกล่าวนั้นยังไม่มีกรรมสิทธิ์ในไวน์ หรือมีการก่อตั้งทรัสต์เกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ซึ่งในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่า ทรัพย์สินในกองทรัสต์ยังไม่มีแน่นอน เนื่องจากยังไม่มีแบ่งแยกหรือจัดเก็บไว้อย่างเหมาะสมให้ลูกค้าในแต่ละราย จึงถือว่ายังไม่มีทรัสต์เกิดขึ้น

ในคดี *Boyce v. Boyce* ** เป็นคดีเกี่ยวกับการที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินที่เป็นบ้าน 2 หลัง ให้แก่ทรัสต์ โดยให้ทรัสต์ดำเนินการส่งมอบบ้านในจำนวน 1 ใน 2 หลัง ดังกล่าวนั้นให้แก่ นาย A โดยได้มีการให้สิทธิแก่นาย A ในการเลือกบ้าน และให้บ้านที่เหลือจากการเลือกของนาย A เป็นของนาย B ต่อมา นาย A เสียชีวิตลงก่อนผู้ทำพินัยกรรมดังกล่าว บ้านจึงยังไม่ถูก นาย A ผู้ตายเลือก ศาลจึงพิพากษาว่าทรัสต์เพื่อประโยชน์ของนาย B นั้นยังไม่เกิดขึ้น

3.2.1.3 ความแน่นอนแห่งมีผู้รับประโยชน์ (Certainty of object)

เป็นหลักที่กล่าวถึงการที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องระบุอย่างชัดเจนว่าบุคคลใดเป็นผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ณ เวลาที่ก่อตั้งทรัสต์ขึ้น อันถือว่าเป็นหลักการที่สำคัญ เนื่องจากหากไม่มีการระบุตัวผู้รับประโยชน์ที่แน่นอนในขณะก่อตั้งทรัสต์ จะเป็นผลให้ทรัสต์ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เพราะวัตถุประสงค์ของทรัสต์นั้นไม่ต้องการให้ทรัพย์สินในกองทรัสต์ตกเป็นของทรัสต์แต่เพียงผู้เดียว เช่น

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

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

ในคดี *Milroy v. Lord*^{***} เป็นคดีที่มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อตั้งทรัสต์ที่สมบูรณ์ไว้ว่า ผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้นจะต้องกระทำการใดๆ อันเป็นการจำเป็นเพื่อโอนทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้ที่ตนประสงค์จะให้ยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อบุคคลอื่น หรือการประกาศตนว่าทำการยึดถือทรัพย์สินดังกล่าวนั้นเพื่อบุคคล และให้ผลของการก่อตั้งทรัสต์นั้นมีผลผูกพันตนเอง ซึ่งการโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่นนั้น จะมีความสมบูรณ์หรือไม่ขึ้นอยู่กับลักษณะของทรัพย์สินในแต่ละกรณีไป เช่น กรณีทรัพย์สินที่มีทะเบียน ต้องมีการโอนทางทะเบียน หรือในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นเป็นสิ่งหามิทรัสต์ การโอนอาจกระทำได้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าว หรือจะกระทำโดยให้ตราสารการให้ด้วยก็ได้⁸³

ซึ่งจากการวางหลักเกณฑ์อันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในเรื่องความแน่นอน 3 ประการ (3 of certainties) นำมาสู่การนำองค์ประกอบเรื่องความแน่นอนของทรัสต์ดังกล่าวนี้มาพิจารณาความสมบูรณ์ในการก่อตั้งทรัสต์ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน หากผู้ใดประสงค์ที่จะทำการก่อตั้งทรัสต์นั้น จะต้องดำเนินการในสอดคล้องและครบองค์ประกอบเรื่องความแน่นอนทั้ง 3 ประการ

3.3 ลักษณะของทรัสต์

เนื่องจากทรัสต์มีลักษณะที่เฉพาะแตกต่างจากสัญญาอื่นๆ โดยทั่วไป เพื่อประโยชน์ในการศึกษาทำความเข้าใจลักษณะเฉพาะของทรัสต์ จึงอาจสรุปลักษณะที่เฉพาะของทรัสต์ได้ ดังนี้⁸⁴

ทรัสต์ไม่มีสภาพเป็นบุคคล ทรัสต์เป็นเพียงกองทรัพย์สิน แม้ทรัสต์จะไม่มีสภาพเป็นบุคคล ตามกฎหมาย เป็นเพียงนิติสัมพันธ์ที่มีความเชื่อมโยงกับกองทรัพย์สินเท่านั้น ซึ่งกองทรัพย์สินดังกล่าว นั้นโดยทั่วไปจะเรียกว่า “กองทรัสต์” โดยทั่วไปแล้วสัญญาก่อตั้งทรัสต์จะมีลักษณะคล้ายกับสัญญา

^{***} *Milroy v. Lord* 1862 WL 6373 (QB), 45 E.R. 1185, (1862) 4 De G.F. & J. 264 Court of Queen's Bench 26 July 1862.

⁸³ *Ibid.*, pp. 98 -100.

⁸⁴ คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน [ออนไลน์], 20 มกราคม 2552. แหล่งที่มา www.sec.or.th/law_notification/flie_dw_th/trust.pdf

ก่อตั้งบริษัทที่ดำเนินการภายใต้วัตถุประสงค์ของบริษัท คล้ายกับทรัสต์ที่ดำรงอยู่เพื่อวัตถุประสงค์
ในขณะก่อตั้งเช่นเดียวกัน⁸⁵

กรรมสิทธิ์ (ownership) ในทรัพย์สินของกองทรัสต์ (trust property) สามารถแยกออกเป็น
2 ส่วน คือ ความเป็นเจ้าของทางนิติบัญญัติ และ ความเป็นเจ้าของทางพฤตินัย

- ความเป็นเจ้าของทางนิติบัญญัติ (Legal ownership)

ความเป็นเจ้าของทางนิติบัญญัติ คือ ความเป็นเจ้าของโดยกรรมสิทธิ์ปรากฏอยู่ในทะเบียน
ของทรัพย์สินนั้นๆ อันจะทำให้เจ้าของนั้นมีสิทธิในการจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินในกองทรัสต์ได้ แต่
ไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินของกองทรัสต์

- ความเป็นเจ้าของทางพฤตินัย (Equitable ownership)

ความเป็นเจ้าของทางพฤตินัย คือ ความเป็นเจ้าของที่มีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จาก
ทรัพย์สินของกองทรัสต์ แต่ไม่มีสิทธิในการจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินในกองทรัสต์ได้ แต่ไม่มีสิทธิ
ได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินของกองทรัสต์

ทรัพย์สินของกองทรัสต์เป็นทรัพย์สินที่แยกต่างหากจากทรัพย์สินของทรัสต์
ทรัพย์สินของทรัสต์มีเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์เท่านั้น และไม่สามารถนำไปชำระหนี้ให้แก่
เจ้าหนี้ของทรัสต์ในกรณีที่ทรัสต์ล้มละลายได้

ทรัสต์มีหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินของกองทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์ (Fiduciary
Duty) และความระมัดระวัง (Duty of care)

ผู้รับประโยชน์มีสิทธิที่จะได้รับบรรดาผลประโยชน์จากการจัดการทรัพย์สินของ
กองทรัสต์ และผู้รับประโยชน์อาจฟ้องร้องให้ทรัสต์ส่งมอบผลประโยชน์จากกองทรัสต์ให้แก่ตนได้ใน
นามของผู้รับประโยชน์นั่นเอง

⁸⁵ D.J. Hayton, The Law of Trusts (London : Sweet & Maxwell, 1989), p.5.

เนื่องจากผู้รับประโยชน์เป็นผู้ที่มีความเป็นเจ้าของทางพฤตินัย (Equitable ownership) ของทรัพย์สินในกองทรัสต์ ผู้รับประโยชน์จึงมีสิทธิเหนือทรัพย์สินของกองทรัสต์ (Proprietary Right) โดยมีสิทธิในการติดตามเอาทรัพย์สินของกองทรัสต์คืนจากบุคคลภายนอกได้ (Tracing) หากทรัสต์จำหน่าย หรือโอนทรัพย์สินของกองทรัสต์ให้แก่บุคคลภายนอกโดยขัดต่อสัญญา ก่อตั้งทรัสต์ เว้นแต่ว่าบุคคลภายนอกนั้นจะสุจริต โดยไม่ทราบว่าเป็นทรัสต์โอนทรัพย์สินของกองทรัสต์ ให้แก่ตน โดยขัดต่อสัญญา ก่อตั้งกองทรัสต์ และได้เสียค่าตอบแทนในทรัพย์สินนั้น

3.4. ประเภทของทรัสต์⁸⁶

ทรัสต์สามารถแบ่งออกได้เป็นหลายประเภท ดังนี้

3.4.1 ทรัสต์โดยชัดแจ้ง (Express Trust) ทรัสต์โดยปริยาย (Implied Trust) ทรัสต์ ซึ่งกลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง (Resulting Trust) และ ทรัสต์โดยการสมมุติ (Constructive Trust)⁸⁷

3.4.1.1 ทรัสต์โดยชัดแจ้ง (Express Trust) คือ ทรัสต์ซึ่งผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้แสดง เจตนาโดยชัดแจ้ง ซึ่งอาจเป็นโดยประกาศิตตนเอง⁸⁸ เป็นทรัสต์ เพื่อประโยชน์ของผู้อื่น หรือโอนการ ส่งมอบทรัพย์สินให้ทรัสต์ยึดถือเป็นประโยชน์แก่ผู้อื่น

3.4.1.2 ทรัสต์โดยปริยาย (Implied Trust) คือ ทรัสต์ที่ถือว่าเกิดขึ้นโดยการ สันนิษฐานของเจ้าของทรัพย์สินว่าประสงค์จะให้ทรัสต์ขึ้น แต่เจ้าของไม่ได้แสดงเจตนา ก่อตั้งทรัสต์ อย่างแจ้งชัด

3.4.1.3 ทรัสต์ซึ่งกลับมาเป็นประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เอง (Resulting Trust) ทรัสต์นี้ถือ เป็นทรัสต์โดยปริยายประเภทหนึ่ง แต่แบ่งออกมาเพื่อความสะดวกในการเรียกชื่อนั้น ทรัสต์เช่นนี้เกิดขึ้นโดยการที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์แต่งตั้งทรัสต์ เพื่อจัดการทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อ

⁸⁶ บัญญัติ สุชีวะ, “ทรัสต์”, ดุลพาหะ 1 (2505) : 31-36.

⁸⁷ Paul Todd and Sarah Lowrie, *Textbook on Trusts*, (London : Blackstone, 2000), p.65.

⁸⁸ Ibid.,p.65.

ประโยชน์ของบุคคลอื่นตลอดชีวิตของผู้รับประโยชน์นั้น แม้ว่าผู้รับประโยชน์จะตายแล้ว มิใช่ว่าผลประโยชน์นั้นจะตกนั้นตกแก่ตัวทรัสต์เอง เพราะตามเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์ย่อมไม่ประสงค์จะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิขาดแก่ทรัสต์ ดังนั้น ทรัสต์จึงต้องยึดถือทรัพย์สินนั้น เพื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทายาทของผู้ก่อตั้งทรัสต์ต่อไป ทรัสต์ย่อมยังมีหน้าที่ยึดถือทรัพย์สินเพื่อทายาทของผู้รับประโยชน์ต่อไป⁸⁹

3.4.1.4 ทรัสต์โดยการสมมุติ (Constructive Trust) คือ ทรัสต์ที่เกิดขึ้นโดยการสมมุติตามหลัก Equity โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของเจ้าของทรัพย์สินนั้นว่าประสงค์จะให้ทรัสต์ก่อตั้งขึ้นหรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากหลัก Equity ถือว่าถ้าปล่อยให้ผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของตนเองแล้ว จะเป็นการทำลายความไว้วางใจที่เจ้าของทรัพย์สินมีต่อตน และเป็นการขัดต่อหลักความเป็นธรรมด้วย ดังนั้นหลัก Equity จึงมีการสมมุติว่าผู้ถือทรัพย์สินนั้นถือทรัพย์สินในฐานะทรัสต์ ทรัสต์เช่นนี้อาจเกิดขึ้นได้ เช่น ก. มอบรถยนต์ 1 คันให้ ข. ยึดถือเพื่อประโยชน์ของ ค. ถ้า ข. โดยสมยอมโอนทรัพย์สินนั้นให้ ง. โดยมิได้รับความยินยอมจาก ค. และ ง. รู้ว่ารถยนต์นั้นตกอยู่ภายใต้ทรัสต์ ถือว่า ง. เป็นทรัสต์ของรถยนต์คันนั้นเพื่อ ค. โดยการสมมุติของ Equity หรือตัวอย่างคดีที่มีชื่อของอังกฤษ คือ คดี Keech v. Sandford ข้อเท็จจริงมีว่าผู้เช่าตลาดแห่งหนึ่งได้ทำพินัยกรรมมอบสิทธิในการเช่านั้นให้ทรัสต์เพื่อประโยชน์ของบุตรของผู้เช่า ต่อมาก่อนจะสิ้นสัญญาเช่า ทรัสต์ได้ขอต่ออายุการเช่าเพื่อบุตรของผู้เช่านั้น แต่ผู้ให้เช่าไม่ยอม ทรัสต์จึงขอทำสัญญาเช่าต่อเพื่อตนเองซึ่งผู้ให้เช่ายอม ศาลถือว่าทรัสต์ต้องถือสัญญาเช่นนั้น เพื่อประโยชน์ของบุตรผู้เช่าเดิมต่อไป

นอกจากนี้ ทรัสต์โดยการสมมุตินี้อาจเกิดขึ้นได้โดยการที่ทรัสต์ใช้ตัวทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์เพื่อหากำไรให้ตนเอง กำไรที่ได้มาก็ต้องยึดถือไว้ในฐานะเป็นทรัสต์เช่นกัน หรือเมื่อผู้ขายตกลงขายทรัพย์สินให้ผู้ซื้อระหว่างที่การซื้อขายยังไม่สมบูรณ์นั้น ถือว่าผู้ขายเป็นทรัสต์ของทรัพย์สินที่ตกลงขายนั้น และยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของผู้ซื้อ หรือเมื่อผู้รับจ้างขายทรัพย์สินที่จ้างองได้เงินเกินกว่าหนี้จ้างอง ก็ต้องยึดถือเงินส่วนที่เกินนั้นในฐานะเป็นทรัสต์แทนผู้จ้างองหรือผู้รับจ้างองคนหลังๆ หากมี

⁸⁹ Ibid.,p.65 - 66.

3.4.2 ทรัสต์ธรรมดา (Simple or Bare Trust) และทรัสต์พิเศษ (Special Trust)

การแบ่งเช่นนี้ถือตามหน้าที่ของทรัสต์ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ให้ไว้⁹⁰

3.4.2.1 ทรัสต์ธรรมดา (Simple or Bare Trust) คือ ทรัสต์ซึ่งทรัสต์มีหน้าที่แต่เพียงเป็นผู้ยึดถือทรัพย์สินไว้เท่านั้น ไม่มีหน้าที่อื่นใดที่จะต้องกระทำอีก

3.4.2.2 ทรัสต์พิเศษ (Special Trust) คือ ทรัสต์ซึ่งทรัสต์มีหน้าที่ที่จะต้องทำอะไรบางอย่างตามคำสั่งของผู้ก่อตั้งทรัสต์ เช่น ข้อความในพินัยกรรมก่อตั้งทรัสต์มีว่า ให้ทรัสต์เป็นผู้เก็บค่าเช่าผลประโยชน์จากทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์ และใช้จ่ายในการบำรุงรักษา หรือประกันตัวทรัพย์สินนั้น และมอบเงินที่เหลือนั้นให้ผู้รับประโยชน์ไปตลอดชีวิต ทรัสต์พิเศษนี้ส่วนมากได้แก่ ทรัสต์ที่ให้จัดการขายทรัพย์สิน (Trust for sale) และเอาเงินที่ขายได้ชำระหนี้สินของเจ้าของทรัพย์สิน

3.4.3 ทรัสต์ที่ก่อตั้งเสร็จแล้ว (Executed Trust) และทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ (Executory Trust)

3.4.3.1 ทรัสต์ที่ก่อตั้งเสร็จแล้ว (Executed Trust) คือ ทรัสต์ที่ได้ก่อตั้งกำหนดตัวทรัพย์สิน และหน้าที่ของทรัสต์ไว้แน่นอนแล้วไม่จำเป็นต้องทำอะไรต่อไปอีก

3.4.3.2 ทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ (Executory Trust) คือ ทรัสต์ที่ยังมิได้ก่อตั้งกำหนด ตัวทรัพย์สินและหน้าที่ของทรัสต์ให้แน่นอนไป ซึ่งอาจเป็นเพียงข้อตกลงระหว่างคู่กรณีว่าจะก่อตั้งทรัสต์จากทรัพย์สินบางอย่างขึ้น หรืออาจเป็นเพียงคำสั่งในพินัยกรรมสั่งให้ทรัสต์จัดการซื้อที่ดิน และจัดการตั้งเป็นทรัสต์ขึ้น เพื่อประโยชน์แก่ทายาทของผู้ทำพินัยกรรมนั้น เป็นต้น ตัวอย่างเช่น บิดายกที่ดิน 1 แปลงให้ทรัสต์เพื่อให้ยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของบุตรสาว และตกลงไว้ด้วยว่าจะโอนหุ้นในบริษัทแห่งหนึ่งให้แก่ทรัสต์คนนั้น เพื่อให้ยึดถือไว้เพื่อประโยชน์แก่บุตรสาวในทำนองเดียวกัน ดังนี้สำหรับที่ดินถือว่าเป็นทรัสต์ที่ก่อตั้งเสร็จแล้ว ส่วนหุ้นนั้นเป็นทรัสต์ที่ก่อตั้งยังไม่เสร็จ หรือในกรณี ก. และ ข. จะแต่งงานกัน ได้ตกลงกันว่าจะให้ยึดถือทรัพย์สินบางอย่างเป็นทรัสต์ เพื่อประโยชน์ของ

⁹⁰ บัญญัติ สุชีวะ, “ทรัสต์” , ดุลพาหะ 1 (2505) : 33.

ตนเองและบุตรที่จะเกิดมา ดังนั้นเป็นเพียงทรัสต์ที่ยังก่อตั้งไม่เสร็จ เพราะยังจะต้องทำตราสารกำหนดตัวทรัพย์สิน และตัวทรัสต์ที่ตลอดจนประโยชน์ที่ผู้รับประโยชน์จะได้รับให้แน่นอนไปอีกทีหนึ่ง

3.4.4 ทรัสต์เพื่อเอกชน (Private Trust) และทรัสต์เพื่อสาธารณะเพื่อการกุศล (Public or Charitable Trust)⁹¹

3.4.4.1 ทรัสต์เพื่อเอกชน (Private Trust) คือ ทรัสต์ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชน คนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มคนใดคนหนึ่ง

3.4.4.2 ทรัสต์เพื่อสาธารณะหรือทรัสต์เพื่อการกุศล (Public or Charitable Trust)⁹² คือ ทรัสต์ที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ หรือความผาสุกของประชาชนเป็นส่วนใหญ่ แม้ว่าประชาชนจะเป็นผู้รับประโยชน์แต่ก็ห้ามมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกร้องให้ปฏิบัติตามทรัสต์นั้นได้ไม่ สิทธิที่จะฟ้องร้องบังคับนั้นตกอยู่แก่อัยการ

3.4.5 ทรัสต์ลับทั้งหมด (Fully secret trust) และทรัสต์ลับเพียงครึ่งเดียว (Half secret trust)⁹³

3.4.5.1 ทรัสต์ลับทั้งหมด (Fully secret trust) เกิดขึ้นเมื่อ ก. ทำพินัยกรรมมอบทรัพย์สินให้ ข. โดยมีได้บอกในพินัยกรรมเลยว่า ข. จะต้องยึดถือไว้ในฐานะเป็นทรัสต์ แต่ว่าก่อนทำพินัยกรรมก็ดี หรือภายหลังก็ดี ก. ได้บอกให้ ข. รู้ว่า ข. จะต้องยึดถือไว้ในฐานะเป็นทรัสต์ของ ค. ถ้า ข. ตกกลางโดยตรงหรือโดยปริยายด้วย ถือว่ามีทรัสต์เกิดขึ้นแล้ว แต่เป็นทรัสต์ลับ ซึ่ง ค. ผู้รับประโยชน์ชอบจะบังคับได้ ถ้าผู้รับพินัยกรรมมี 2 คน และคนหนึ่งรับจะเป็นทรัสต์ตามความประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรม ส่วนอีกคนหนึ่งมิได้รู้เห็นด้วย ศาลอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในคดี Re Stead⁹⁴ (1900 : 1ch.237) ดังนี้

⁹¹ Paul Todd and Sarah Lowrie, *Textbook on Trusts*, p. 47.

⁹² Ibid., p. 266.

⁹³ Ibid., pp. 230-249.

⁹⁴ บัญญัติ สุชีวะ, “ทรัสต์” , ดุลพาหะ 1 (2505) : 35.

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

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

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

3.4.5.2 ทรัสต์ลับเพียงครึ่งเดียว (Half secret trust)⁹⁵ เกิดขึ้นเมื่อพินัยกรรมที่ยกทรัพย์สินให้ นั้น มีข้อความว่าได้ยกทรัพย์สินให้ในฐานะเป็นทรัสต์ แต่มิได้ระบุต่อไปว่าทรัสต์จะต้องยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของใคร และต้องจัดการอย่างไร ดังนี้ถ้าผู้ทำพินัยกรรมได้แจ้งให้ผู้รับทรัพย์สินทราบก่อน หรือในขณะที่ทำพินัยกรรมว่า ให้ยึดถือทรัพย์สินนั้นเพื่อผู้ใดและให้จัดการอย่างไร ทั้งได้แจ้งในพินัยกรรมด้วยว่าได้บอกข้อความนี้ในทรัสต์ทราบแล้ว ทรัสต์ย่อมผูกพันตามคำสั่งของผู้ทำพินัยกรรมนั้น โดยทรัสต์เช่นนี้มีข้อความว่า “ข้าพเจ้าของทำพินัยกรรมมอบที่ดิน 1 แปลงให้ ข. ในฐานะเป็นทรัสต์”

3.4.6 ทรัสต์สุดแล้วแต่ใจของทรัสต์ (Discretion Trust) และทรัสต์ที่กำหนดวิธีป้องกันเอาไว้ (Protective Trust)⁹⁶

3.4.6.1 ทรัสต์สุดแล้วแต่ใจของทรัสต์ (Discretion Trust) คือ ทรัสต์ที่มีได้กำหนดให้ผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับประโยชน์รายได้จากตัวทรัพย์สินภายใต้ทรัสต์นั้น หากแต่

⁹⁵ Paul Todd and Sarah Lowrie, *Textbook on Trusts*, p.241.

⁹⁶ Ibid., p.193.

กำหนดให้อยู่ในอำนาจของทรัสต์ที่จะแบ่งปัน หรือชำระผลประโยชน์รายได้นั้นให้ตามที่ทรัสต์เห็นสมควร

3.4.6.2 ทรัสต์ที่กำหนดวิธีป้องกันเอาไว้ (Protective Trust) คือ ทรัสต์ที่มีข้อกำหนดว่า “ถ้าผู้รับประโยชน์ต้องคำพิพากษาให้เป็นคนล้มละลาย หรือเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินโดยพยายามจะจำหน่าย จ่าย โอน หรือโดยประการใดตามที่กำหนดไว้ ผู้รับประโยชน์ยอมหมกสนิทในผลประโยชน์รายได้อันของตัวทรัพย์สินนั้น และทรัสต์นั้นกลายเป็นทรัสต์สุดแล้วแต่ใจของทรัสต์ขึ้นมา เพื่อตัวผู้รับประโยชน์เอง คู่สมรส หรือบุตรของผู้นั้น”

3.5. กฎหมายทรัสต์ภายในประเทศไทย

ในอดีตนั้นทรัสต์เคยมีการใช้กันอย่างแพร่หลาย เนื่องจากไม่มีการบัญญัติถึงเรื่องการห้ามใช้ทรัสต์ภายในกฎหมายไทย ดังความที่พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ได้ทรงอธิบายคำว่าทรัสต์ไว้ในพระดำรัสอธิบายมุลคดีสัญญา ร.ศ. 128⁹⁷

“ทรัสต์นั้นคือผู้รักษาทรัพย์สมบัติไว้ให้ผู้อื่น เช่น ก. ยกเงิน 100 ซึ่ง ให้ ข. สั่ง ข. ให้จ่ายดอกเบี้ยยให้ ค. เรื่องทรัสต์เช่นนี้มักจะมีตัวอย่างในเรื่องพินัยกรรม คือ ตั้งทรัสต์เมื่อตายแล้ว

ไม่เป็นสัญญาแท้ เพราะเหตุว่าหนังสือตั้งเป็นคำขอเมื่อทรัสต์ฤาคนที่รับหน้าที่ยอมเข้ารับทำการแล้วเป็นคำรับ แต่บางทีเช่นในเรื่องพินัยกรรม คำรับนั้นจะรับแต่เมื่อผู้ขอตายแล้ว ซึ่งตามมุลคดีไม่เป็นสัญญา และอีกประการหนึ่งในสัญญาแท้ ผู้สัญญาฟ้องร้องกันได้เท่าตัวเอง นอกจากนั้นฟ้องไม่ได้ แต่ในเรื่องทรัสต์ ผู้ที่จะได้รับผลประโยชน์ฟ้องร้องได้

ในการตั้งทรัสต์ ต้องมีหนังสือสำคัญ และเมื่อจะให้ทำการภายหลังผู้ตั้งตายแล้ว ต้องทำอย่างพินัยกรรมจึงจะใช้ได้ คนที่ถูกตั้งไม่จำเป็นต้องรับเป็นคนทรัสต์

⁹⁷ รพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (พระเจ้าบรมวงศ์เธอพระองค์เจ้า), “มุลคดีสัญญา ร.ศ. 128,” บทบัญญัติ 11 (2482) : 1641.

ในเรื่องตรีสต์ทั้งหลายนี้มีตัวอย่างในเมืองไทยหลายเรื่อง แต่กฎหมายยังมัวหมองไม่ทราบแน่ นอกจากที่ได้กล่าวมานี้”

โดยตัวอย่างที่ปรากฏนับตั้งแต่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มา ก็พอหาตัวอย่างได้จากคำพิพากษาฎีกาบางเรื่อง⁹⁸ เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 336/2502, 419/2491, 163/2491, 661/2481, 136/2481, และ 507-508 / 2480 เป็นต้น

ภายหลังในปี พ.ศ.2477 ได้มีการห้ามการใช้ตรีสต์อย่างชัดเจน ตามความตามบทบัญญัติมาตรา 1686⁹⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “อันว่าตรีสต์นั้น จะก่อตั้งขึ้นโดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใดๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดี หรือเมื่อตายแล้วก็ดี ห้ามมิผลไม่” และมีคำสั่งของรัฐบาลไว้ว่า "ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องตรีสต์นั้น เป็นอันไม่ให้มีในกฎหมาย" (คำสั่งวันที่ 6 กันยายน พ.ศ. 2475) ฉะนั้นตรีสต์จะก่อตั้งขึ้นในเมืองไทยไม่ได้อีกต่อไป¹⁰⁰

ต่อมาเริ่มระบบตรีสต์เริ่มมีการนำเอามาใช้ภายในประเทศไทยอย่างเป็นทางการ โดยมีการตราในพระราชบัญญัติเป็นการเฉพาะ ใน พ.ศ. 2543 โดยปรากฏในความตามพระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 ซึ่งหลักการและเหตุผลในการตราพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวขึ้น เพื่อการป้องกันผลประโยชน์ทับซ้อนของรัฐมนตรีที่เข้าไปเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทเอกชน โดยการกำหนดให้รัฐมนตรีที่อยู่ในการดำรงตำแหน่งนั้น ต้องโอนหุ้นส่วนเกินตามกฎหมาย

⁹⁸ บัญญัติ สุชีวะ, ตรีสต์, ตุลาคม 1 (2505) : 19.

⁹⁹ พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2477 มาตรา 1686 อันว่าตรีสต์นั้น จะก่อตั้งขึ้นโดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใดๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดี หรือเมื่อตายแล้วก็ดี ห้ามมิผลไม่

¹⁰⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “เรื่องเสรีจที่ 56/2479 บันทึกเรื่องการขอลงนามในหน้าที่ตรีสต์ในหน้าโฉนดซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับ มาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” 14 สิงหาคม 2479.

ให้แก่นิติบุคคลผู้ทำหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สิน ซึ่งคือทรัสต์ โดยได้มีการนำโครงสร้างของ Blind Trust¹⁰¹ เข้ามาใช้ในพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ไม่ได้มีการใช้คำว่า “ทรัสต์” หรือ “ทรัสต์”¹⁰²

ข้อห้ามการก่อตั้งทรัสต์ความตามบทบัญญัติดังกล่าวปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาถึงในปี พ.ศ.2550 จึงมีการแก้ไขความในบทบัญญัติมาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันปรากฏตามความในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 17) พ.ศ.2550¹⁰³ เพื่อให้สามารถก่อตั้งทรัสต์เพื่อเป็นเครื่องมือที่จะทำให้อุจกรรมในตลาดทุนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสามารถแก้ไขข้อติดขัดบางประการในการระดมทุนและในการประกอบธุรกิจในตลาดทุนได้ โดยการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวในปัจจุบันนั้น เป็นการใช้กฎหมายทรัสต์ภายในขอบเขตจำกัด ไม่ได้อนุญาตให้มีการใช้ทรัสต์เป็นการทั่วไป กล่าวคือ สามารถใช้กลไกทรัสต์ภายในอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น ซึ่งหมายถึงการกระทำภายในขอบเขตแห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อทำอุจกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ส่วนความสัมพันธ์ที่บังคับกันตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และนิติสัมพันธ์พื้นฐานของทรัสต์นั้นเป็นไปตามเป็นหลักการทั่วไปตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะสัญญาแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁰¹ ฝ่ายเศรษฐกิจรายสาขาสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, รายงานฉบับสมบูรณ์ : โครงการศึกษาวิจัย “เรื่อง การเมืองกับผลประโยชน์ทางธุรกิจภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540” (นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า , 2546), หน้า 3 – 4 ถึง 3 - 5.

¹⁰² รพี สุจริตกุล , “การเสวนา : การลงทุนเปิดเผย การเมืองโปร่งใส ผ่านกลไก Blind Trust”, วันที่ 15 มกราคม 2552.

¹⁰³ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 17) พ.ศ. 2550 มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในมาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 1686 อันว่าทรัสต์นั้น จะก่อตั้งขึ้นโดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใดๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดีหรือเมื่อตายแล้วก็ดี ห้ามผลไม่ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น”

3.6 พระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

3.6.1 ความเป็นมาของพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

ก่อนการตราพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ขึ้นนั้น แม้จะมีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ห้ามมิให้มีการก่อตั้งทรัพย์สินโดยตรงหรือโดยอ้อม แต่โดยสภาพข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติกลับมีทรัพย์สินเกิดขึ้นแล้ว เช่น กฎหมายล้มละลาย แต่ไม่ได้มีการเรียกว่าเป็นทรัพย์สิน และตลาดทุนในต่างประเทศนั้นก็ได้มีการนำทรัพย์สินมาใช้อย่างแพร่หลาย อีกทั้งการนำทรัพย์สินมาใช้เป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับการทำธุรกรรมในตลาดทุนนั้นยังสอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลและเป็นไปตามระบบสากลที่ควรได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐ

โดยเหตุผลที่ปรากฏใน ร่างพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.... นั้นเกิดขึ้นจากธุรกรรมภายในตลาดทุนปัจจุบันนั้นยังคงขาดเครื่องมือที่จะช่วยทำให้ธุรกรรมเกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมต่อการระดมทุนและการประกอบธุรกิจในตลาดทุน ซึ่งทรัพย์สินนั้นนับว่าเป็นเครื่องมือประการหนึ่งที่จะทำให้ธุรกรรมในตลาดทุนนั้นดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ และสามารถแก้ไขข้อติดขัดบางประการในการระดมทุนและในการประกอบธุรกิจในตลาดทุนได้ แต่เนื่องจากยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติกฎหมายที่รองรับเรื่องทรัพย์สินในประเทศไทย จึงเป็นเหตุให้ต้องมีการตราพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ขึ้นเพื่อให้สามารถนำหลักในเรื่องทรัพย์สินมาใช้เป็นกลไกในการดำเนินธุรกรรมต่างๆ ในตลาดทุนได้

3.6.2 สารสำคัญของภายในพระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติทรัพย์สินเพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 นั้นแบ่งออกเป็น 7 หมวด รวมบทบัญญัติ 94 มาตรา ซึ่งในแต่ละหมวดของพระราชบัญญัตินั้น ได้บัญญัติครอบคลุมทั้งกระบวนการของทรัพย์สิน โดยเริ่มตั้งแต่การกำกับดูแลธุรกรรมทรัพย์สินในตลาดทุน การก่อตั้งทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของทรัพย์สิน สิทธิและความคุ้มครองของผู้รับประโยชน์ การระงับสิ้นไปของทรัพย์สิน การกำกับดูแลทรัพย์สิน พนักงานเจ้าหน้าที่ บทกำหนดโทษ และอายุความและคณะกรรมการเปรียบเทียบปรับ ซึ่งงานวิจัยฉบับนี้จะกล่าวถึงเนื้อหาของบทบัญญัติตามความในพระราชบัญญัติเพียงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีการออกตราสารคูกู ดังนี้

3.6.2.1 การก่อตั้งทรัสต์

3.6.2.1.1 วิธีการก่อตั้งทรัสต์

ในบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ได้กำหนดนิยามของคำว่า ทรัสต์ สัญญาก่อตั้งทรัสต์ และกองทรัสต์

“สัญญาก่อตั้งทรัสต์ หมายความว่า สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ก่อตั้ง ทรัสต์โอนหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ทรัสต์ด้วยความไว้วางใจให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้รับประโยชน์ และให้หมายความรวมถึงหนังสือแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ในกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์เป็นบุคคลเดียวกันด้วย”

เมื่อพิจารณาจากความตามบทบัญญัติดังกล่าว พบว่าประเภททรัสต์ที่เกิดขึ้นภายใต้กฎหมายทรัสต์ของไทยนั้น คือ ทรัสต์โดยชัดแจ้ง (Express trust) และนอกเหนือจาก

ทรัสต์โดยชัดแจ้ง (Express trust) กฎหมายทรัสต์ของไทยยังมีทรัสต์อีกประเภท คือ ทรัสต์โดยคำสั่งศาล (Constructive trust) อันเป็นทรัสต์ที่เกิดจากคำสั่งของศาลดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 29¹⁰⁴ แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 เป็นทรัสต์ประเภทที่มีได้เกิดโดยเจตนาในการก่อตั้งของผู้ก่อตั้งทรัสต์อย่างทรัสต์โดยชัดแจ้ง แต่เกิดขึ้นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมโดยคำสั่งของศาล โดยเกิดขึ้นในกรณีที่มียาจแต่งตั้งทรัสต์รายใหม่เพราะมีเหตุอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ผู้มีส่วนได้เสียร้องขอต่อศาลให้มีการแต่งตั้งทรัสต์รายใหม่

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

มาตรา 29 ในกรณีที่มิเหตุให้ต้องมีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์แต่มีอาจแต่งตั้งทรัสต์รายใหม่เพราะมีเหตุอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้ผู้มีส่วนได้เสียร้องขอต่อศาลให้มีการแต่งตั้งทรัสต์รายใหม่ ถ้ามีอาจแต่งตั้งได้ให้ศาลมีคำสั่งเลิกทรัสต์ ทั้งนี้ ให้ศาลมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลใดเข้าจัดการกองทรัสต์ให้เป็นไปตามมาตรา 52 โดยได้รับค่าตอบแทนตามที่ศาลกำหนดได้

การอุทธรณ์คำสั่งศาลตามวรรคหนึ่ง ให้ยื่นต่อศาลฎีกา

สำหรับทรัสต์โดยชัดแจ้ง (Express trust) นั้นโดยเกิดขึ้นจากการก่อตั้งทรัสต์โดย 2 วิธีการ คือ วิธีการโอนทรัพย์สินหรือก่ทรัพย์สิทธิหรือสิทธิใดๆ ให้แก่ทรัสต์ และวิธีการแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์ประกาศตนเองเป็นทรัสต์

ก. การโอนทรัพย์สินให้แก่ทรัสต์หรือการก่ทรัพย์สิทธิหรือสิทธิใดๆ ให้แก่ทรัสต์

ในการก่อตั้งทรัสต์ในวิธีการนี้ กระทำโดยการที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) นั้นทำการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Legal ownership) หรือการก่ทรัพย์สิทธิหรือสิทธิใดๆ ให้แก่ทรัสต์ยึดถือเพื่อกองทรัสต์ เนื่องจากการโอนกรรมสิทธิ์ (Legal ownership) นั้นเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งวิธีการโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินแต่ละประเภทนั้นจะแตกต่างกันไปตามแบบของกฎหมายว่าด้วยเรื่องทรัพย์สินนั้นได้มีการกำหนด อาทิเช่น อสังหาริมทรัพย์ สงหาริมทรัพย์ ตราสารเปลี่ยนมือได้ หุ่นและหลักทรัพย์ สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับทรัพย์ สิทธิเรียกร้องเกี่ยวกับทรัพย์อื่นๆ ทรัพย์สินในอนาคต เป็นต้น และเมื่อผู้ก่อตั้ง ทรัสต์ดังกล่าวได้กระทำการโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินและส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ทรัสต์โดยสมบูรณ์แล้ว ทรัสต์นั้นจึงเกิดขึ้น¹⁰⁵

ข. วิธีการแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์ประกาศตนเองเป็นทรัสต์ (declaration)

ตามหลักของทรัสต์การที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้นประกาศตนเองเป็นทรัสต์เหนือทรัพย์สินของตนเอง หากทรัพย์สินดังกล่าวอยู่น้อยอยู่ในนามของตน ผู้ก่อตั้งทรัสต์อาจกระทำเป็นประกาศซึ่งมีเจตนาให้ทรัพย์สินนั้นเป็นของกองทรัสต์ ยึดถือโดยตัวแทนหรือทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้

¹⁰⁵ John Mowbray, Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin, Edwin Simpson and James Brightwell, Lewin on trusts, P.47.

ก่อตั้งทรัสต์และผู้รับประโยชน์อื่น ในกรณีนี้ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องมีการระบุทรัพย์สินที่ใช้ในการก่อตั้ง และเป็นข้อกำหนดโดยทั่วไปในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของทรัสต์นั่นเอง¹⁰⁶

3.6.2.1.2 แบบของสัญญาก่อตั้งทรัสต์และการเกิดขึ้นของทรัสต์

ในบทบัญญัติมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ได้กำหนดแบบของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และการเกิดขึ้นของทรัสต์

ทรัสต์ย่อมก่อตั้งขึ้นเมื่อมีการทำสัญญาเป็นหนังสือ และผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้โอนทรัพย์สินหรือก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิหรือสิทธิใดๆ ที่จะให้เป็นกองทรัสต์แก่ทรัสต์แล้ว

ในกรณีการก่อตั้งทรัสต์โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นบุคคลคนเดียวเท่ากับทรัสต์ ทรัสต์ย่อมก่อตั้งขึ้นเมื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ยื่นต่อสำนักงาน ก.ล.ต. ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

กล่าวคือ ตามหลักการเรื่องการก่อตั้งทรัสต์ในระบบทรัสต์ของ Common Law นั้นไม่ได้มีการกำหนดให้การก่อตั้งทรัสต์จะต้องดำเนินการทำเป็นหนังสือ เว้นแต่กรณีทรัสต์เพื่อการกุศล (Charitable trust)¹⁰⁷ แต่ตามความในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 นั้นได้มีการกำหนดแบบของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ผู้ก่อตั้งทรัสต์กระทำการเป็นหนังสือ ส่งผลทำให้การก่อตั้งทรัสต์ประเภทนี้มีความชัดเจน อีกทั้งยังเป็นการสอดคล้องกับระบบการโอนกรรมสิทธิ์ของประเทศไทย ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 458¹⁰⁸ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ต้องมีการทำเป็นสัญญาระหว่างกัน อีกทั้งในมาตรา 1299¹⁰⁹ แห่งประมวลกฎหมาย

¹⁰⁶ Ibid., p.39.

¹⁰⁷ D.J. Hayton, The Law of Trust p.14.

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 458 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่วันที่สัญญาซื้อขายกัน

¹⁰⁹ มาตรา 1299 ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นท่านว่าการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่บริบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมจะจัดทำเป็นหนังสือและได้จดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่

แพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติเกี่ยวกับการได้มาโดยนิติกรรมของอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์จะไม่สมบูรณ์ เว้นแต่จะได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

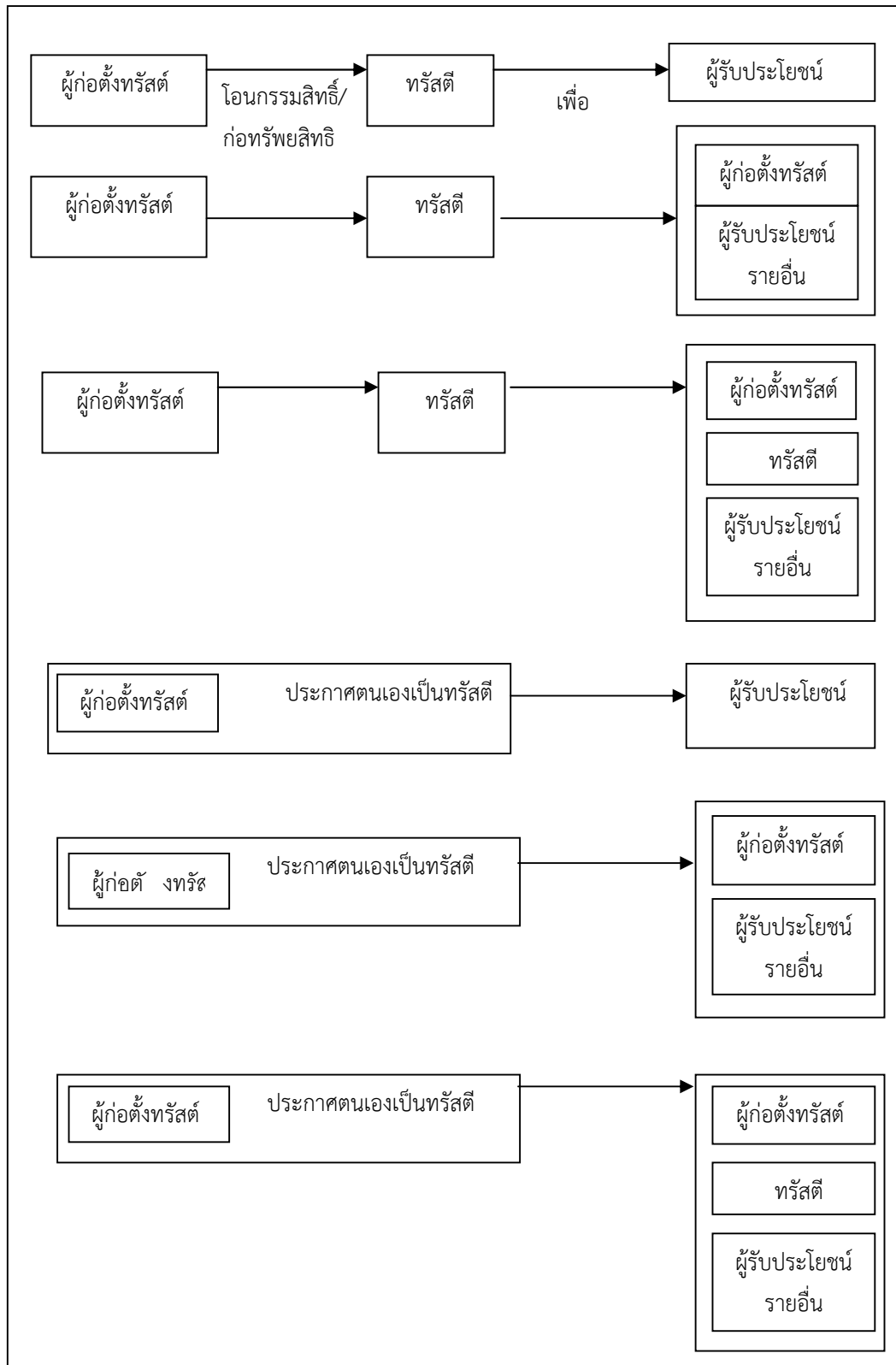
นอกเหนือจากการกำหนดแบบของสัญญาก่อตั้งทรัสต์แล้ว ความภายในมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ยังกำหนดถึงการเกิดขึ้นของทรัสต์ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาถึงการเกิดขึ้นทรัสต์ของไทยนั้น พบว่าเกิดขึ้นได้ใน 2 ลักษณะซึ่งสอดคล้องกับการก่อตั้งทรัสต์โดยชัดแจ้งตามความในมาตรา 3 ที่กล่าวไว้ในข้างต้นว่าอาจเกิดจากการโอนทรัพย์สินหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ให้แก่ทรัสต์ และเกิดจากการประกาศตนเองเป็นทรัสต์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ (declaration)

โดยหากเป็นกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์โอนทรัพย์สิน หรือก่อทรัพย์สิน หรือสิทธิใดๆ ให้แก่ทรัสต์นั้น ทรัสต์จะเกิดขึ้นเมื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้นได้ทำสัญญาเป็นหนังสือและได้โอนทรัพย์สินหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ที่จะให้เป็นกองทรัสต์แก่ทรัสต์แล้ว

แต่ในกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ประกาศตนเองเป็นทรัสต์เหนือทรัพย์สินของตนเองนั้น ทรัสต์จะเกิดขึ้นเมื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์คนดังกล่าวได้ทำหนังสือแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ยื่นต่อสำนักงาน ก.ล.ต. ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

ในกรณีตราสารศุภก ผู้ที่จะเข้าทำหน้าที่เป็นทรัสต์ในธุรกรรมตราสารศุภกทรัสต์ดังกล่าว ต้องทำการยื่นฉบับของหนังสือแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ต่อสำนักงาน ก.ล.ต. ก่อนการเสนอขายศุภกที่ออกใหม่ตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในความในข้อ 7 แห่งประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ กต. 18/2553 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเป็นทรัสต์ในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับศุภก

ถ้ามีผู้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมสิทธิของผู้ได้มานั้น ถ้ายังมิได้จดทะเบียนไว้ ท่านว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และสิทธิอันยังมิได้จดทะเบียนนั้น มิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว



ภาพที่ 10 แสดงความสัมพันธ์ในการก่อตั้งทรัสต์และรับประโยชน์ระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับประโยชน์ตามความในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

จากแผนภาพแสดงความสัมพันธ์ในการก่อตั้งทรัสต์และรับประโยชน์ ระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับประโยชน์ในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 พบว่าในการก่อตั้งทรัสต์นั้นโดยหลักแล้วผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์นั้นจะเข้าเป็นผู้รับประโยชน์ ไม่ได้ ตามความที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 13

“สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์ ด้วยมิได้ เว้นแต่มีบุคคลอื่นเป็นผู้รับประโยชน์รวมอยู่ด้วย และผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ไม่เกินสัดส่วนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์เกิน สัดส่วนที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้ประโยชน์ส่วนที่เกินนั้นตกเป็นของผู้รับประโยชน์รายอื่น”

ในกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์จะสามารถเข้าเป็นผู้รับประโยชน์ร่วมด้วย ได้ ต่อเมื่อมีบุคคลอื่นเป็นผู้รับประโยชน์รวมอยู่ด้วย และผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ ดังกล่าวจะได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ได้ไม่เกินสัดส่วนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด กล่าวคือ เมื่อพิจารณาความตามประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กต. 18/2553 เรื่อง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเป็นทรัสต์ในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับศุภก พบว่าในข้อ 11 ของ ประกาศดังกล่าวได้มีการระบุว่าในกรณีที่ศุภกทรัสต์และทรัสต์ผู้ออกศุภกร่วมกันประกาศตั้งทรัสต์ เนื่องจากการออกศุภก หากศุภกทรัสต์ประสงค์จะเป็นผู้รับประโยชน์ของกองทรัสต์ที่จัดตั้งนั้นโดยการ เข้าถือศุภกให้ศุภกทรัสต์เข้าถือศุภกได้ไม่เกินร้อยละยี่สิบห้าของจำนวนศุภกที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด

วัตถุประสงค์แห่งการกำหนดสัดส่วนของผลประโยชน์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ และทรัสต์ในฐานะผู้รับประโยชน์จะเข้ารับได้ เพื่อไม่ให้เกิดการก่อตั้งทรัสต์เป็นเพียงการบริหารจัดการ ทรัพย์สินซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของตนเองและเพื่อตนเองเท่านั้น อีกทั้งเพื่อไม่ให้นำทรัสต์ไปใช้เป็น เครื่องมือในการหลบเลี่ยงการชำระหนี้ของผู้ก่อตั้งทรัสต์

โดยหากผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์นั้นได้รับประโยชน์จาก กองทรัสต์เกินสัดส่วนร้อยละยี่สิบห้าของจำนวนศุภกที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ได้ประกาศกำหนดไว้ ประโยชน์ส่วนที่เกินกว่ามีการประกาศนั้นจะตกเป็นของผู้รับประโยชน์รายอื่น

สำหรับเรื่อง การกำหนดสัดส่วนของประโยชน์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์จะได้รับประโยชน์ในกองทรัสต์ตามหลักกฎหมายทรัสต์ของไทยนั้นแตกต่างจากหลักกฎหมายทรัสต์ในหลายประเทศ เนื่องจากหลักกฎหมายทรัสต์ในต่างประเทศ อาทิเช่น จีน มาเลเซีย สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์นั้นไม่มีการกำหนดสัดส่วนของการเข้ารับประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ในกองทรัสต์ โดยการกำหนดสัดส่วนตามบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 นั้นจะส่งผลกระทบต่อการระดมทุนในตราสารคูปองประเภทโครงสร้างมูซารอกะห์ (sukuk al-Musharakah) ซึ่งจะกล่าวโดยละเอียดในบทวิเคราะห์ภายหลัง

และเมื่อพิจารณาประกอบกับแผนภาพแสดงความสัมพันธ์ในการก่อตั้งทรัสต์และรับประโยชน์ระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับประโยชน์ตามความในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 นอกจากทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นนั้นจะสิ้นสุดลง เนื่องจากการกำหนดในสัญญาก่อตั้งทรัสต์แล้ว ทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นจะถือเป็นอันสิ้นสุดลง เมื่อปรากฏว่าเหลือทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์ในกองทรัสต์ดังกล่าวเพียงฝ่ายเดียว ดังปรากฏในความตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

ทรัสต์ย่อมสิ้นสุดลงตามที่กำหนดในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) เมื่อได้ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ครบถ้วนแล้ว
- (2) เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เลิกทรัสต์ตามเหตุในมาตรา 29 หรือเหตุอื่นตามที่ทรัสต์หรือผู้รับประโยชน์ร้องขอ
- (3) เมื่อปรากฏว่าเหลือทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์เพียงฝ่ายเดียว
- (4) เมื่อปรากฏเหตุที่ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์ตามมาตรา 22 (1) (2) (3) หรือ (4) แต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์กำหนดไว้ไม่ให้มีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์

3.6.2.1.3 สัญญาก่อตั้งทรัสต์

ในการก่อตั้งทรัสต์ตามกฎหมายทรัสต์ของไทยมีการกำหนดให้สัญญาก่อตั้งทรัสต์ต้องมีรายการตามที่กฎหมายกำหนด หากไม่มีรายการตามที่กฎหมายกำหนด สัญญาก่อตั้งทรัสต์ดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ ดังความที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

“สัญญาก่อตั้งทรัสต์หากมิได้มีรายการและข้อความอย่างน้อยดังต่อไปนี้
ย่อมตกเป็นโมฆะ

- (1) ชื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์
- (2) ผู้รับประโยชน์โดยการระบุชื่อ หรือคุณสมบัติ หรือลักษณะที่แสดงให้
เห็นว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้รับประโยชน์ก็ได้
- (3) วัตถุประสงค์ของทรัสต์
- (4) ทรัพย์สินที่จะให้เป็นกองทรัสต์”

อีกทั้งในบทบัญญัติมาตรา 15 ยังให้อำนาจแก่สำนักงาน ก.ล.ต. ในการออกประกาศกำหนดรายการและข้อความที่ต้องมีในสัญญาก่อตั้งทรัสต์เพิ่มเติมจากที่มีการระบุไว้ในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ได้

“สำนักงาน ก.ล.ต. อาจประกาศกำหนดรายการและข้อความที่ต้องมีในสัญญาก่อตั้งทรัสต์เพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 14 ก็ได้”

ในปัจจุบันมีการออกประกาศที่เกี่ยวข้องกับรายการในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ 2 ประกาศ ได้แก่

ก. ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สข. 4/2553 เรื่อง รายการในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ เป็นประกาศที่กล่าวถึงรายการของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. ได้กำหนดให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์กำหนดรายการ ดังกล่าวเพิ่มเติมจากรายการของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่ต้องมีการระบุตามความในบทบัญญัติมาตรา 14 ของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

ข. ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ สข. 8 /2554 เรื่อง รายการในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ (ฉบับที่ 2)¹¹⁰ เป็นประกาศที่กล่าวถึงการยกเว้นการนำประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สข. 4/2553 เรื่อง รายการในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ มาใช้บังคับเกี่ยวกับการจัดให้มีสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เกี่ยวกับการออกศุภก

สำหรับรายการในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เกี่ยวกับการออกศุภกนั้น สำนักงาน ก.ล.ต. ได้มีการออกประกาศเป็นการเฉพาะเกี่ยวกับข้อกำหนดเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุภก¹¹¹ โดยไม่นำเอาความตามประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สข. 4/2553 เรื่อง รายการในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ มาใช้บังคับในกรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์เพื่อธุรกรรมศุภก

โดยข้อกำหนดเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุภกฉบับดังกล่าว นั้นกล่าวถึงเรื่องหลักเกณฑ์ในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการออกศุภกโดยเฉพาะ อาทิเช่น คุณสมบัติของที่ปรึกษาฯ ริโอเอช รายการและข้อความในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เกี่ยวกับการออกศุภก เป็นต้น ซึ่ง

¹¹⁰ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ สด. 6/2554 เรื่อง ข้อกำหนดเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุภก

ข้อ 1 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นข้อ 1/1 แห่งประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สข. 4/2553 เรื่อง รายการในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2553

“ข้อ 1/1 ประกาศนี้มีให้ใช้บังคับกับการจัดให้มีสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เกี่ยวกับการออกศุภก”

จะกล่าวโดยละเอียดในเรื่องการกำกับดูแลเกี่ยวกับตราสารศุภกของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) ในภายหลัง

ทั้งนี้ สำนักงาน ก.ล.ต. มีอำนาจในการสั่งให้ทรัสต์แก้ไขสัญญาก่อตั้งทรัสต์ให้ปรากฏรายการ หรือข้อความเพิ่มเติมตามรายการสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เกี่ยวกับการออกศุภก ตามที่ได้มีในระยะเวลาอันสมควร ดังปรากฏในความบทยุติมาตรา 21 พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

“ในกรณีที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศรายการหรือข้อความเพิ่มเติมตามมาตรา 15 หากเป็นการสมควรเพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์และไม่เป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ในการก่อตั้งทรัสต์ ให้สำนักงาน ก.ล.ต. มีอำนาจสั่งให้ทรัสต์แก้ไขสัญญาก่อตั้งทรัสต์ให้ปรากฏรายการหรือข้อความตามที่ประกาศนั้นภายในระยะเวลาอันสมควร

ทรัสต์ต้องดำเนินการให้มีการแก้ไขสัญญาก่อตั้งทรัสต์ตามคำสั่งในวรรคหนึ่งด้วยวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรา 20 หรือโดยได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต.”

3.6.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับทรัสต์

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกับทรัสต์นั้น ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของผู้ก่อตั้ง ทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับประโยชน์ภายหลังการก่อตั้งทรัสต์ขึ้นแล้ว มีการบัญญัติไว้ให้เป็นไปตามบทยุติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

“เมื่อก่อตั้งทรัสต์ขึ้นแล้ว ให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับประโยชน์มีสิทธิและหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ก่อตั้งทรัสต์ย่อมมีสิทธิหรือหน้าที่เฉพาะเท่าที่กำหนดในสัญญาก่อตั้งทรัสต์
- (2) ทรัสต์มีสิทธิตามกฎหมายเหนือกองทรัสต์ในฐานะผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน หรือผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สิน และมีหน้าที่จัดการกองทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และพระราชบัญญัตินี้

(3) ผู้รับประโยชน์ย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการจัดการกองทรัสต์ ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และมีสิทธิอื่นๆ ตามสัญญา ก่อตั้งทรัสต์และพระราชบัญญัตินี้”

กล่าวคือ เมื่อมีการก่อตั้งทรัสต์ขึ้นแล้ว ตามปกติหน้าที่ของผู้ก่อตั้งทรัสต์จะสิ้นสุดลง เว้นแต่จะมีการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ไว้ สำหรับในกรณีทรัสต์ จะเข้ามาอยู่ในฐานะผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน มีสิทธิตามกฎหมาย (Legal ownership) เหนือกองทรัสต์ และมีหน้าที่จัดการกองทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และมีตามหน้าที่ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 สำหรับในกรณีของผู้รับประโยชน์นั้น ผู้รับประโยชน์ย่อมมี สิทธิได้รับประโยชน์ (Equitable ownership) อันเกิดขึ้นจากการจัดการกองทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้ง ทรัสต์ของทรัสต์ อีกทั้งยังมีสิทธิอื่นๆ ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และสิทธิอื่น ๆ ตามที่พระราชบัญญัติทรัสต์ ๆ ได้กำหนดไว้

3.6.2.3 สถานะของทรัสต์

สำหรับสถานะของกองทรัสต์ กองทรัสต์ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล มีสถานะเป็นเพียง แคนกองทรัพย์สิน ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 32 , 34 และ 50 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อ ธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

มาตรา 32 ห้ามทรัสต์นำหน้าที่ตนเป็นลูกหนี้บุคคลภายนอกอันมิได้เกิดจากการ ปฏิบัติ หน้าที่เป็นทรัสต์ไปหักกลบลบหนี้กับหนี้ที่บุคคลภายนอกเป็นลูกหนี้ทรัสต์อันสืบเนื่องมาจาก การจัดการกองทรัสต์

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง ให้การกระทำเช่นนั้นเป็นโมฆะ

มาตรา 34 ให้ทรัสต์จัดทำบัญชีทรัพย์สินของกองทรัสต์แยกต่างหากจากบัญชีอื่นๆ ของทรัสต์ ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์หลายกอง ทรัสต์ต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินของกองทรัสต์ แต่ละกองแยกต่างหากออกจากกัน ทั้งนี้ โดยต้องบันทึกบัญชีให้ถูกต้องครบถ้วนและเป็นปัจจุบันด้วย

ในการจัดการกองทรัสต์ ทรัสต์ต้องแยกกองทรัสต์ไว้ต่างหากจากทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์และทรัพย์สินอื่นที่ทรัสต์ครอบครองอยู่ และในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์หลายกองทรัสต์ต้องแยกกองทรัสต์แต่ละกองออกจากกันด้วย

มาตรา 5 กองทรัสต์เป็นทรัพย์สินที่มีอำนาจมาชำระหนี้ส่วนตัวของทรัสต์ได้ ในกรณีที่ทรัสต์ล้มละลายเนื่องจากหนี้ส่วนตัว หรือเมื่อความเป็นนิติบุคคลของทรัสต์สิ้นสุดลง มิให้นำกองทรัสต์มารวมเป็นทรัพย์สินในคดีล้มละลายหรือในการชำระบัญชี แล้วแต่กรณี

นอกเหนือจากบทบัญญัติทั้ง 3 มาตราที่แสดงถึงสถานะทางกฎหมายของกองทรัสต์ไว้ในข้างต้นนั้น ความตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ยังมีการยืนยันสถานะของทรัสต์ภายหลังการก่อตั้งขึ้นว่าจะไม่สิ้นสุดและเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพของผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับประโยชน์ ดังความที่ปรากฏในมาตรา 19

“ในกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ หรือผู้รับประโยชน์ตาย ล้มละลาย เลิกกิจการ หรือสิ้นสุดความเป็นบุคคลตามกฎหมาย หรือเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์ย่อมไม่กระทบต่อทรัสต์ที่ได้ก่อตั้งขึ้นแล้ว เว้นแต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

3.6.2.4 หน้าของทรัสต์

3.6.2.4.1. หน้าในการซื้อสัตย์สุจริต

หน้าที่ความซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary duty) เป็นหน้าที่ประการสำคัญต่อการปฏิบัติงานเป็นทรัสต์ เนื่องจากทรัสต์นั้นกระทำโดยได้รับความไว้วางใจให้จัดการกองทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ โดยหน้าที่ในเรื่องความซื่อสัตย์สุจริต ประกอบไปด้วยเรื่องหน้าที่ที่จะไม่กระทำการอันเป็นขัดแย้งทางผลประโยชน์ (conflict of interest) หน้าที่ที่จะไม่หาประโยชน์จากหน้าที่ของตน (Making profit from the office) หน้าที่ที่จะไม่เข้าทำธุรกรรมเพื่อประโยชน์ของตนเอง (Self-dealing transaction) และหน้าที่ที่จะเข้าจัดการกองทรัสต์ในลักษณะที่เป็นธรรม (Fair-dealing transaction)

พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ได้มีการวางหลักเรื่องหน้าที่ในการซื่อสัตย์สุจริต (Fiduciary duty) ของทรัสต์ต่อผู้รับประโยชน์มาใช้ในการบัญญัติกฎหมายทรัสต์ของประเทศไทย ดังความที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 31

“ในการจัดการกองทรัสต์ ห้ามมิให้ทรัสต์กระทำการใดอันเป็นการขัดแย้งกับประโยชน์ของกองทรัสต์ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทรัสต์เองหรือประโยชน์ของผู้อื่น เว้นแต่เป็นการเรียกค่าตอบแทนในการทำหน้าที่เป็นทรัสต์ หรือทรัสต์แสดงให้เห็นได้ว่าได้จัดการกองทรัสต์ในลักษณะที่เป็นธรรมและได้เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้ผู้รับประโยชน์ทราบก่อนอย่างเพียงพอแล้ว โดยผู้รับประโยชน์ที่ได้ทราบข้อมูลดังกล่าวมิได้แสดงการคัดค้าน ทั้งนี้ การเปิดเผยข้อมูลและการคัดค้านดังกล่าวให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด”

กล่าวคือ ในเรื่องการจัดแย้งทางผลประโยชน์ (conflict of interest) ผู้เป็นทรัสต์นั้นมีหน้าที่ที่จะต้องไม่กระทำการให้เป็นขัดแย้งต่อผลประโยชน์ของกองทรัสต์ และไม่หาประโยชน์จากหน้าที่ของตน (Making profit from the office) ตามหลักของกฎหมายทรัสต์นั้นจะไม่นุญาตให้ทรัสต์เข้าไปอยู่ในฐานะที่อาจจะทำให้ผลประโยชน์ของตนเองและหน้าที่นั้นขัดกัน¹¹² ดังนั้นโดยหลักทรัสต์จึงไม่อาจหาประโยชน์จากหน้าที่ของตนเองได้ นอกจากนั้นทรัสต์ยังมีหน้าที่ในการจะไม่เข้าทำธุรกรรมเพื่อประโยชน์ของตนเอง (Self-dealing transaction) และหน้าที่ที่จะเข้าจัดการกองทรัสต์ในลักษณะที่เป็นธรรม (Fair-dealing transaction) ซึ่งถือเป็นหน้าที่โดยตรงของทรัสต์ โดยหลักกฎหมายทรัสต์นั้นได้มีการกำหนดกฎที่ชัดเจนว่าทรัสต์ไม่สามารถซื้อขายทรัพย์สินกับผู้รับประโยชน์ได้ แต่อุปสรรคดังกล่าวจะหมดไปในกรณีที่ทรัสต์ให้ราคาที่สูงขึ้น โดยจะเกิดขึ้นได้หากทรัสต์นั้นกระทำการโดยไม่อยู่ในฐานะผู้ได้ประโยชน์ แต่ราคาที่สูงขึ้นนั้นเป็นประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ ทรัสต์สามารถกระทำได้โดยการเปิดเผยข้อมูลแก่ผู้รับประโยชน์และธุรกรรมนั้นถือว่าเป็นธรรมและสุจริต¹¹³

การเปิดเผยข้อมูลและความยินยอมของผู้รับประโยชน์ในการจัดการกองทรัสต์ของทรัสต์นั้น นอกจากทรัสต์มีหน้าที่ไม่กระทำการอันเป็นการขัดแย้งต่อผลประโยชน์

¹¹² Philip H.Pettit, *Equity and the Law of Trust*, p.442.

¹¹³ Philip H.Pettit, *Equity and the Law of Trust*, p.451.

(conflict of interest) หากทรัสต์มีความจำเป็นที่ต้องกระทำการอันเป็นการขัดแย้งต่อผลประโยชน์ ทรัสต์นั้นมึหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้ผู้รับประโยชน์ทราบก่อนและเปิดเผยข้อมูลอย่างเพียงพอ เมื่อผู้รับประโยชน์ได้ทราบข้อมูลที่ทรัสต์ทำการเปิดเผยแล้ว ผู้รับประโยชน์ต้องไม่ทำการคัดค้าน ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลและการคัดค้านนั้น ทรัสต์และผู้รับประโยชน์ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

3.6.2.4.2. หน้าที่ในการบริหารจัดการกองทรัสต์ที่ดี

หน้าที่ในการบริหารจัดการกองทรัสต์ที่ดี ผู้เป็นทรัสต์ต้องบริหารจัดการกองทรัสต์ด้วยความระมัดระวัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นบริษัททรัสต์ (trust corporation) ผู้เป็นทรัสต์ต้องใช้ความระมัดระวังที่เหนือกว่าวิญญูชนทั่วไป กล่าวคือ ต้องใช้ความระมัดระวังในระดับผู้มีวิชาชีพ

สำหรับประเด็นเรื่องหน้าที่ในความระมัดระวังนั้น ตามหลักของกฎหมายทรัสต์ที่มีการวางหลักไว้ใน คดี Speight v Gaunt* โดยว่าไว้ว่าหลักทั่วไปของทรัสต์จะต้องทำหน้าที่อย่างเพียงพอ ถ้าเขาเข้าจัดการงานของทรัสต์ ต้องใช้ความระมัดระวังในการบริหารจัดการกองทรัสต์ในระดับเดียวกับวิญญูชนผู้ที่บริหารจัดการทรัพย์สินของตน¹¹⁴ ซึ่งหลักกฎหมายทรัสต์ดังกล่าวนี้ใช้ในประเศอังกฤษที่มีทรัสต์หลายประเภท รวมถึงอาจเป็นบุคคลธรรมดาได้ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ต้องใช้มาตรฐานที่สูงขึ้นหากเป็นกรณีทรัสต์ดังกล่าวนี้อยู่ในรูปบริษัททรัสต์ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะในการบริหารกองทรัสต์¹¹⁵

ดังนั้น การที่ประเทศไทยรับแนวความคิดเรื่องทรัสต์เข้ามา และอนุญาตให้ผู้ประกอบกิจการเป็นทรัสต์นั้นเป็นนิติบุคคลซึ่งส่วนมากจะเป็นสถาบันการเงิน จึงต้องมีการนำเอา

* Speight v Gaunt (1883) 9 App. Cas 1,HL.

¹¹⁴ John Mowbray, Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin, Edwin Simpson and James Brightwell, Lewin on trusts, p. 1214.

¹¹⁵ John Mowbray, Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin, Edwin Simpson and James Brightwell, Lewin on trusts, p. 1215.

หลักการความระมัดระวังเยี่ยงผู้มีวิชาชีพมาใช้บังคับแก่ผู้ประกอบการธุรกิจทรัสต์ เนื่องจากทรัสต์ที่เป็นสถาบันเงินเหล่านั้ย่อมมีความชำนาญในการบริหารจัดการทรัพย์สินอยู่แล้ว ดังนั้นจึงต้องมีระดับความระมัดระวังที่สูงกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป

พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ได้มีการนำหลักเรื่องหน้าที่ในการบริหารจัดการกองทรัสต์ที่ดีของทรัสต์มาใช้ในการบัญญัติกฎหมายทรัสต์ของประเทศไทย ดังความที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 30

“ทรัสต์มีหน้าที่จัดการกองทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังเยี่ยงผู้มีวิชาชีพ รวมทั้งด้วยความชำนาญ โดยปฏิบัติต่อผู้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรมเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้รับประโยชน์

เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของทรัสต์ตามวรรคหนึ่ง คณะกรรมการ ก.ล.ต. อาจประกาศกำหนดรายละเอียดของการทำหน้าที่ดังกล่าวได้

สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะมีข้อความยกเว้นความรับผิดในกรณีที่ทรัสต์ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่งโดยเจตนา โดยไม่สุจริต หรือโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมิได้”

เพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้รับประโยชน์ นอกเหนือจากทรัสต์จะต้องใช้ความระมัดระวังในการจัดการกองทรัสต์ในระดับผู้มีวิชาชีพแล้ว ทรัสต์ยังต้องบริหารจัดการกองทรัสต์โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้รับประโยชน์

หน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังเยี่ยงผู้มีวิชาชีพ รวมทั้งด้วยความชำนาญ โดยปฏิบัติต่อผู้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรมเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้รับประโยชน์ของทรัสต์นั้น เป็นหน้าที่ที่ไม่อาจมีการกำหนดยกเว้นความรับผิดในหน้าที่ดังกล่าวได้ เนื่องจากเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักกฎหมายทรัสต์

โดยบทบัญญัติมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 มีการบัญญัติห้ามการกำหนดยกเว้นความรับผิดของทรัสต์ โดยสัญญาก่อตั้งทรัสต์นั้น

ห้ามให้มีข้อความยกเว้นความรับผิดของทรัสต์ที่ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริตและระมัดระวังเยี่ยงผู้มีวิชาชีพ รวมทั้งด้วยความชำนาญ โดยปฏิบัติต่อผู้รับประโยชน์อย่างเป็นธรรม เพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้รับประโยชน์

3.6.2.4.3 หน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์ด้วยตนเอง

ตามหลักแล้วทรัสต์นั้นจะต้องจัดการกองทรัสต์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น โดยไม่มีสิทธิที่โอนหน้าที่ดังกล่าวให้กับบุคคลอื่น อันเป็นหลักที่ปรากฏใน คดี *Turner v Corney** เพราะความสัมพันธ์ของทรัสต์นั้นเป็นหน้าที่ส่วนบุคคลที่ได้รับไว้ใจและทรัสต์ได้ยอมรับหน้าที่ดังกล่าวแล้ว แต่อย่างไรก็ตามทรัสต์สามารถมอบหมายให้ผู้อื่นปฏิบัติหน้าที่แทนตนได้ ในกรณีที่ไม่ใช่เรื่องเฉพาะตัวของทรัสต์ โดยทรัสต์ต้องทำการเลือกผู้ที่การแทนโดยความระมัดระวัง และทรัสต์ผู้มอบอำนาจดังกล่าวต้องทำการกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่ได้รับมอบหมายภายหลังการแต่งตั้ง อีกทั้งทรัสต์ยังมีความรับผิดต่อการกระทำของผู้ได้รับมอบหมายดังกล่าวอีกด้วย¹¹⁶

สำหรับหน้าที่ในการมอบหมายการจัดการกองทรัสต์ให้แก่บุคคลอื่น (Delegation of duties) ในกฎหมายทรัสต์ของไทย ดังที่ปรากฏตามความในมาตรา 37 พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

“การจัดการกองทรัสต์เป็นเรื่องเฉพาะตัวของทรัสต์ ทรัสต์จะมอบหมายให้ผู้อื่นจัดการกองทรัสต์มิได้ เว้นแต่

(1) สัญญาก่อตั้งทรัสต์กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(2) การทำธุรกรรมที่มีใช้เรื่องที่ต้องทำเฉพาะตัวและไม่จำเป็นต้องใช้

วิชาชีพเยี่ยงทรัสต์

* *Turner v Corney* (1841) 5 Beav 515 at 517.

¹¹⁶ John Mowbray, Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin, Edwin Simpson and James Brightwell, *Lewin on trusts*, pp. 1250 -1251.

(3) การทำธุรกรรมที่โดยทั่วไปผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินซึ่งมีทรัพย์สินและวัตถุประสงค์ของการจัดการในลักษณะทำนองเดียวกันกับกองทรัสต์ จะพึงกระทำในการมอบหมายให้บุคคลอื่นจัดการแทน

(4) กรณีอื่นใดที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนดให้มอบหมายให้บุคคลอื่นจัดการแทน

ในกรณีที่ทรัสต์ฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง ให้การที่ ทำไปนั้นผูกพันทรัสต์เป็นการส่วนตัวไม่ผูกพันกองทรัสต์”

โดยการมอบหมายหน้าที่ให้บุคคลอื่นจัดการกองทรัสต์นั้น ตามความแห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ของไทยก็ได้นำเอาหลักกฎหมายทรัสต์เรื่องการเลือกผู้ได้รับมอบหมายหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง ดังปรากฏตามความในมาตรา 38

“ในกรณีที่ทรัสต์มอบหมายให้ผู้อื่นจัดการกองทรัสต์โดยชอบตามมาตรา 37 ทรัสต์ต้องเลือกผู้รับมอบหมายด้วยความรอบคอบและระมัดระวัง รวมทั้งต้องกำกับและตรวจสอบการจัดการแทนอย่างเพียงพอ ทั้งนี้ คณะกรรมการ ก.ล.ต. อาจประกาศกำหนดรายละเอียดในการปฏิบัติของทรัสต์ในกรณีดังกล่าวได้”

สำหรับกรณีที่ทรัสต์ฝ่าฝืนในเรื่องการจัดการกองทรัสต์โดยการมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนโดยไม่เป็นตามความในบทบัญญัติมาตรา 37 และมาตรา 38 อีกทั้งทรัสต์ไม่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. ก่อนที่จะจัดการกองทรัสต์เป็นอย่างอื่นให้ต่างไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ตามบทบัญญัติมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์ฯ ทรัสต์ดังกล่าวนี้จะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่กองทรัสต์

ดังปรากฏตามความในบทบัญญัติมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

“ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ ทรัสต์ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่กองทรัสต์

ในกรณีที่มีความจำเป็นและมีเหตุผลอันสมควรเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ ทรัสต์อาจขอความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. ก่อนที่จะจัดการกองทรัสต์เป็นอย่างอื่นให้ต่างไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้ และหากทรัสต์ได้จัดการตามที่ได้รับความเห็นชอบนั้นด้วยความสุจริตและเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของกองทรัสต์แล้ว ทรัสต์ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่เป็นการจัดการกองทรัสต์ร่วมกันของทรัสต์หลายรายตามมาตรา 39 ให้ทรัสต์ทุกรายรับผิดชอบตามวรรคหนึ่งอย่างลูกหนี้ร่วม โดยความรับผิดชอบระหว่างทรัสต์ด้วยกันเองมิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ แต่ให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างกันของทรัสต์นั้นเองและไม่ว่าจะตกลงกันไว้เช่นใด ทรัสต์รายที่พิสูจน์ได้ว่าตนได้คัดค้านหรือถูกกลฉ้อฉลในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อทรัสต์รายอื่น”

3.6.2.4.4 หน้าที่ในการจัดการทรัสต์ร่วมกัน

หน้าที่ประการหนึ่งของทรัสต์ คือ ในกรณีที่มิใช่ทรัสต์หลายรายนั้น ทรัสต์ต้องทำหน้าที่ในการบริหารจัดการกองทรัสต์ร่วมกัน เว้นแต่ในกรณีที่สัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้มีการระบุหน้าที่ของทรัสต์แต่ละรายเป็นการเฉพาะ

ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

“ในกรณีที่มีการแต่งตั้งทรัสต์หลายราย ทรัสต์ต้องจัดการกองทรัสต์ร่วมกัน เว้นแต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์กำหนดหน้าที่ของทรัสต์แต่ละรายไว้เป็นการเฉพาะ

ในการจัดการกองทรัสต์ร่วมกันของทรัสต์ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่กองทรัสต์เป็นทรัพย์สินที่มีหลักฐานแสดงสิทธิ ต้องดำเนินการให้ปรากฏชื่อทรัสต์ทุกรายเป็นผู้มีทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ร่วมกันในหลักฐานแสดงสิทธิในทรัพย์สินนั้น

(2) หากต้องมีมติ ต้องได้มติเอกฉันท์ เว้นแต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

การจัดการกองทรัสต์ที่ไม่เป็นไปตามมติใน (2) หากเป็นการทำนิติกรรมกับบุคคลภายนอกหรือมีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ให้การที่นำไปนั้นผูกพันทรัสต์ที่ทำการดังกล่าวเป็นการส่วนตัวไม่ผูกพันกองทรัสต์”

หากทรัสต์ร่วมดังกล่าวนั้นปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นไปตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ เช่น กรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์ระบุให้ทรัสต์นั้นระบุให้ทรัสต์หลายรายแยกกันบริหารจัดการกองทรัสต์ แต่ทรัสต์เหล่านั้นกระทำงานร่วมกัน และสำหรับกรณีไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 เช่น ในกรณีที่กองทรัสต์เป็นทรัพย์สินที่มีหลักฐานแสดงสิทธิ ทรัสต์ร่วมนั้นไม่ดำเนินการให้ปรากฏชื่อทรัสต์ทุกรายเป็นผู้มีทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ร่วมกันในหลักฐานแสดงสิทธิในทรัพย์สินนั้น หรือ ในกรณีที่ต้องมีการลงมติระหว่างทรัสต์ร่วมนั้น ต้องมีมติเอกฉันท์ เว้นแต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

หากไม่เป็นไปตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ทรัสต์รายดังกล่าวนี้มีความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นในกองทรัสต์

ดังปรากฏตามความในมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

“ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ ทรัสต์ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่กองทรัสต์

ในกรณีที่มีความจำเป็นและมีเหตุผลอันสมควรเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ ทรัสต์อาจขอความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. ก่อนที่จะจัดการกองทรัสต์เป็นอย่างอื่นให้ต่างไป จากที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้ และหากทรัสต์ได้จัดการตามที่ได้รับความเห็นชอบนั้นด้วยความ สุจริตและเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของกองทรัสต์แล้ว ทรัสต์ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่เป็นการจัดการกองทรัสต์ร่วมกันของทรัสต์หลายรายตามมาตรา 39 ให้ทรัสต์ทุกรายรับผิดชอบตามวรรคหนึ่งอย่างลูกหนี้ร่วม โดยความรับผิดชอบระหว่างทรัสต์ด้วยกันเองมิให้ นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ แต่ให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างกันของทรัสต์นั่นเองและไม่ว่าจะ ตกลงกันไว้เช่นใด ทรัสต์รายที่พิสูจน์ได้ว่าตนได้คัดค้านหรือถูกกลั่นแกล้งในการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อทรัสต์รายอื่น”

3.6.2.5 ความรับผิดชอบของทรัสต์

ความรับผิดชอบของทรัสต์ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 โดยหลักแล้วหน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์ ทรัสต์ต้องกระทำการให้เป็นไปตามสัญญา ก่อตั้งทรัสต์และตามความในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 แต่หากทรัสต์ กระทำการไม่เป็นไปดังที่ได้กล่าวในข้างต้น ทรัสต์จะมีความรับผิดชอบต่อกองทรัสต์

อย่างไรก็ตาม มีกรณียกเว้นความรับผิดชอบของทรัสต์ที่จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตาม สัญญาก่อตั้งทรัสต์ โดยกรณีที่มีความจำเป็นและมีเหตุผลอันสมควรเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ ทรัสต์ อาจขอความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. ก่อนที่จะจัดการกองทรัสต์เป็นอย่างอื่น แต่เมื่อได้รับ ความเห็นชอบทรัสต์ก็ยังคงจัดการกองทรัสต์นั้นด้วยความสุจริต และเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของ กองทรัสต์

สำหรับกรณีที่มีทรัสต์ร่วม ความรับผิดชอบของทรัสต์ร่วมต่อบุคคลภายนอกนั้นจะเป็น ลักษณะลูกหนี้ร่วม แต่ความรับผิดชอบระหว่างกันนั้นจะเป็นไปตามที่ทรัสต์แต่ละรายได้ตกลงกัน ดัง ปรากฏตามความในบทบัญญัติมาตรา 43

“ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กำหนดในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ หรือพระราชบัญญัตินี้ ทรัสต์ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่กองทรัสต์

ในกรณีที่มีความจำเป็นและมีเหตุผลอันสมควรเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ ทรัสต์อาจขอความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. ก่อนที่จะจัดการกองทรัสต์เป็นอย่างอื่นให้ต่างไปจากที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ได้ และหากทรัสต์ได้จัดการตามที่ได้รับความเห็นชอบนั้นด้วยความสุจริตและเพื่อประโยชน์ที่ดีที่สุดของกองทรัสต์แล้ว ทรัสต์ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่เป็นการจัดการกองทรัสต์ร่วมกันของทรัสต์หลายรายตามมาตรา 39 ให้ทรัสต์ทุกรายรับผิดชอบตามวรรคหนึ่งอย่างลูกหนี้ร่วม โดยความรับผิดชอบระหว่างทรัสต์ด้วยกันเองมิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ แต่ให้เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างกันของทรัสต์นั้นเองและไม่ว่าจะตกลงกันได้หรือไม่ ทรัสต์รายที่พิสูจน์ได้ว่าตนได้คัดค้านหรือถูกกลั่นแกล้งในการไม่ปฏิบัติตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อทรัสต์รายอื่น”

3.6.2.6 สิทธิเรียกร้องของผู้รับประโยชน์

ตามหลักกฎหมายของทรัสต์ ทรัสต์มีหน้าที่ในการจัดการกองทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 เพื่อประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ แต่อย่างไรก็ดีในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด ผู้รับประโยชน์ย่อมมีสิทธิเรียกร้องต่อทรัสต์ ดังปรากฏตามความในมาตรา 44

“ภายใต้บังคับมาตรา 40 และมาตรา 43 วรรคสอง ผู้รับประโยชน์ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ทรัสต์ปฏิบัติให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้

ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ อันเป็นผลให้ทรัพย์สินในกองทรัสต์ถูกจำหน่ายจ่ายโอนไปยังบุคคลภายนอก ผู้รับประโยชน์มีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากบุคคลนั้นเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ได้ไม่ว่าบุคคลนั้นจะ

ได้ทรัพย์สินมาโดยตรงจากทรัสต์หรือไม่ และไม่ว่าทรัพย์สินในกองทรัสต์จะถูกเปลี่ยนรูปหรือเปลี่ยนแปลงไปเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นก็ตาม เว้นแต่เป็นการได้มาโดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และไม่รู้หรือไม่ มีเหตุอันควรรู้ว่าทรัพย์สินนั้นได้มาจากการจัดการกองทรัสต์โดยมิชอบ

บรรดาค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ผู้รับประโยชน์มีสิทธิเรียกคืนจากกองทรัสต์ได้เท่าที่จ่ายจริงตามที่ศาลเห็นสมควร”

3.6.2.7 ความรับผิดชอบของบุคคลที่สาม

สำหรับความรับผิดชอบของบุคคลที่สามตามหลักกฎหมายทรัสต์ คือ หลักเรื่องการรับไว้โดยรู้ (Knowing receipt) ซึ่งตามหลักดังกล่าวนั้นโดยทั่วไปที่จะเข้ากรณีเป็นการรับไว้โดยรู้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่ทรัพย์สินนั้นเป็นของกองทรัสต์ โดยทรัพย์สินดังกล่าวถูกโอน ซึ่งการโอนดังกล่าวถือเป็นการละเมิดต่อทรัสต์ หากผู้รับทรัพย์สินไว้ใช้ประโยชน์เพื่อตนเอง และรู้ว่าถูกโอนมาโดยการละเมิดต่อทรัสต์ หรือกรณีที่ไม่ใช่ผู้ซื้อที่สุจริต (bona fide) ที่ได้ซื้อมาโดยไม่รู้ หรือกรณีที่ผู้รับเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของกองทรัสต์ ซึ่งภายหลังการรับไว้แล้วได้รับรู้¹¹⁷

สำหรับภายในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ได้มีการบทบัญญัติหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวไว้ใน มาตรา 45 ไว้ดังนี้

“บุคคลใดรับโอนทรัพย์สินในกองทรัสต์หรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อสนับสนุนหรือช่วยเหลือให้มีการโอนทรัพย์สินในกองทรัสต์ โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าทรัสต์ทำการโอนทรัพย์สินในกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ หากการโอนเช่นนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัสต์ บุคคลนั้นต้องรับผิดชอบร่วมกับทรัสต์ตามมาตรา 44 อย่างลูกหนี้ร่วม โดยผู้รับประโยชน์มีสิทธิเรียกให้บุคคลดังกล่าวชดใช้ค่าเสียหายเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์และให้นำความในมาตรา 44 วรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

¹¹⁷ John Mowbray, Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin, Edwin Simpson and James Brightwell, Lewin on trusts, p. 1743.

ความรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง ศาลอาจกำหนดให้บุคคลนั้นรับผิดชอบเป็นจำนวนตามที่ศาลเห็นสมควรได้โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ในการมีส่วนร่วมของบุคคลนั้นในการก่อให้เกิดความเสียหายแก่กองทรัสต์”

3.6.2.8 หน้าที่ในการติดตามทรัพย์สินคืน (Tracing)

อาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ในการติดตามทรัพย์สินของกองทรัสต์กลับคืนมา หรือที่เรียกว่า Tracing อันหมายถึงสิทธิที่ผู้รับประโยชน์มีสิทธิในการติดตามเอาทรัพย์สินภายในกองทรัสต์ที่ถูกจำหน่าย จ่าย โอนไปให้แก่บุคคลภายนอกกลับคืนมา ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ นับเป็นลักษณะพิเศษของกฎหมายทรัสต์ กล่าวคือ สิทธิในการติดตามเอาคืนทรัพย์สินตามหลักกฎหมายลักษณะทรัพย์ของไทยนั้น ผู้ที่จะกระทำการดังกล่าวได้ จะต้องเป็นผู้ที่มีกรรมสิทธิในทรัพย์สิน ดังปรากฏในความตามบทบัญญัติ 1336¹¹⁸ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หลักกฎหมายทรัสต์นั้นได้ให้ผู้รับประโยชน์ผู้ซึ่งไม่ได้มีกรรมสิทธิทางกฎหมาย (Legal ownership) สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้แม้จะเป็นเพียงผู้รับประโยชน์ที่มีสิทธิในทางธรรม (Equitable ownership)

สำหรับเรื่องสิทธิติดตามทรัพย์สินคืนนั้นตามหลักกฎหมายทรัสต์ นอกเหนือจากกรณีที่ทรัพย์สินของกองทรัสต์นั้นยังคงสภาพเดิม แต่ถูกทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือหลักกฎหมายทรัสต์ อันเป็นผลให้ทรัพย์สินในกองทรัสต์ถูกจำหน่ายจ่าย โอนไปยังบุคคลภายนอก ผู้รับประโยชน์มีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินคืน (Tracing) จากบุคคลนั้นเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ได้ไม่ว่าบุคคลนั้นจะได้ทรัพย์สินมาโดยตรงจากทรัสต์หรือไม่ ไม่ว่าทรัพย์สินดังกล่าวจะถูกโอนเปลี่ยนมือไปที่ทอดก็ตาม ยังมีกรณีที่ปลีกย่อยอาจแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีที่ทรัพย์สินถูกเปลี่ยนแปลงรูปและปะปนกับสิ่งอื่น (clean and mixed substitutions) และกรณีมีการปะปนกันและไม่อาจจะระบุเฉพาะเจาะจงได้ (mixture and identification)

¹¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1336 ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

3.6.2.8.1 กรณีที่ทรัพย์สินถูกเปลี่ยนแปลงรูปและปะปนกับสิ่งอื่น (clean and mixed substitutions)

ตัวอย่างเช่น ทรัสต์ทำการละเมิดทรัสต์โดยการยกยอกเงิน 1,000,000 บาท ของกองทรัสต์ออกมาเพื่อซื้อสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่า 2,000,000 บาท

จากตัวอย่างดังกล่าว จะเห็นได้ว่าทรัพย์สินที่ทรัสต์นั้นยกยอกออกมาได้ถูก เปลี่ยนรูปและปะปนกับทรัพย์สินอื่นอันไม่สามารถแยกได้ว่าเงิน 1,000,000 บาท ในทรัพย์สินรูปแบบ ใหม่นั้นส่วนใดเป็นของกองทรัสต์

สำหรับกรณีสินทรัพย์มีการเปลี่ยนแปลงรูป ตามหลักที่ปรากฏในคดี Foskett v McKeown* วางหลักไว้ว่า กรณีที่ง่ายที่สุดเมื่อทรัสต์ยกยอกทรัพย์สินของกองทรัสต์และ ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินอื่นเพื่อประโยชน์ของเขาแต่เพียงผู้เดียว ในกรณีนี้ ผู้รับประโยชน์มีสิทธิที่เกิดจากความเป็นเจ้าของในทางธรรม (Equitable ownership) ในเงิน หรือใช้ สิทธิเรียกร้องในทางทรัพย์สินที่ทรัสต์ละเมิดและบังคับสิทธิครอบครองในทรัพย์สินคืน หรือค่าใช้จ่าย ใดๆ ที่จะเยียวยาให้กองทรัสต์กลับคืนสู่สภาวะปกติ¹¹⁹

สำหรับในกรณีที่ปะปนกับสิ่งอื่น นอกเหนือจากหลักที่ปรากฏในคดี Foskett v McKeown แล้ว หลักทั่วไปของกฎหมายทรัสต์ที่กล่าวว่าไม่มีกฎหมายใดๆ ของประเทศ อังกฤษที่จะห้ามไม่ให้ผู้รับประโยชน์เลือกในการได้รับสัดส่วนของทรัพย์สินที่ได้ซื้อโดยเงินของ กองทรัสต์¹²⁰

* Foskett v McKeown (2001) 1 A.C. 102 at 130.

¹¹⁹ John Mowbray, Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin, Edwin Simpson and James Brightwell, Lewin on trusts, pp. 1668-1669.

¹²⁰ Ibid., p. 1670.

3.6.2.8.2 กรณีมีการปะปนกันและไม่อาจระบุเฉพาะเจาะจงได้ (mixture and identification)

ในกรณีที่มีการทำให้ทรัพย์สินของกองทรัสต์ปะปนกันโดยความผิดพลาดของทรัสต์โดยไม่อาจระบุได้แน่ชัด ในมุมมองของหลักเรื่องพยานหลักฐาน เมื่อทรัพย์สินของกองทรัสต์ถูกทำให้รวมกันกับทรัพย์สินของทรัสต์เอง ผู้รับประโยชน์จะมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ปะปนดังกล่าวในทุกรัฐที่ทรัสต์ไม่สามารถพิสูจน์ได้¹²¹ อันเป็นหลักที่ปรากฏในคดี *Fellows v Mitchell* * ซึ่งจะนำหลักดังกล่าวมาใช้ในกรณีที่การปะปนของทรัพย์สินนั้นไม่สามารถแยกออกจากกันได้ และอยู่บนหลักการเรื่องการขาดพยานหลักฐาน เนื่องมาจากเป็นความผิดของทรัสต์

สำหรับในกรณีที่ทรัพย์สินในกองทรัสต์เกิดการปะปนกัน ตามหลักกฎหมายทรัสต์แล้ว การปะปนดังกล่าวจะถูกแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ในอัตราส่วนที่นำมาลงทุน นับแต่วันที่ได้มีการปะปนกัน โดยศาล Common law นั้นจะไม่อนุญาตให้ทำการติดตามทรัพย์สินของกองทรัสต์แต่ละชั้นคืน¹²²

สำหรับในกรณีทรัพย์สินของกองทรัสต์เกิดการปะปนนั้น กฎหมายทรัสต์ของไทยได้แบ่งการปะปนของทรัพย์สินไว้ 2 กรณีหลัก คือ กรณีกองทรัสต์ปะปนกันกับทรัพย์สินของทรัสต์ และกรณีกองทรัสต์ปะปนระหว่างกองทรัสต์

กรณีกองทรัสต์ปะปนกันกับทรัพย์สินของทรัสต์ ดังความที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

¹²¹ Ibid., p. 1666.

* *Fellows v Mitchell* (1705) . 1 P. W. 81.

¹²² John Mowbray, Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin, Edwin Simpson and James Brightwell, *Lewin on trusts*, p. 1708.

“ในกรณีที่ทรัสต์มิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา 34 จนเป็นเหตุให้ กองทรัสต์ปะปนอยู่กับทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์จนมิอาจแยกได้ว่าทรัพย์สินใดเป็นของ กองทรัสต์และทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์เอง ให้สันนิษฐานว่า

- (1) ทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นเป็นของกองทรัสต์
- (2) ความเสียหายและหนี้ที่เกิดจากการจัดการทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้น เป็นความเสียหายและหนี้ที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์
- (3) ผลประโยชน์ที่เกิดจากการจัดการทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นเป็นของ กองทรัสต์

ทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่ตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงทรัพย์สินที่ถูก เปลี่ยนรูปหรือถูกเปลี่ยนสภาพไปจากทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นด้วย”

จากบทบัญญัติข้างต้นอาจสรุปได้ว่าหากทรัสต์มิได้จัดทำบัญชีทรัพย์สินของ กองทรัสต์แยกต่างหากจากบัญชีอื่นๆ ของทรัสต์ จนเป็นเหตุให้กองทรัสต์ปะปนอยู่กับทรัพย์สินที่เป็น ส่วนตัวของทรัสต์จนไม่สามารถแยกได้ว่าทรัพย์สินใดเป็นของกองทรัสต์และทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สิน ที่เป็นส่วนตัวของทรัสต์เอง ให้สันนิษฐานว่าความเสียหายและหนี้ที่เกิดจากการจัดการทรัพย์สินที่ ปะปนกันอยู่นั้นเป็นของทรัสต์ และให้ถือว่าทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นเป็นของกองทรัสต์ รวมถึง ผลประโยชน์ที่เกิดจากการจัดการทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่ รวมถึงกรณีที่ทรัพย์สินที่ถูกเปลี่ยนรูปหรือ ถูกเปลี่ยนสภาพไปจากทรัพย์สินที่ปะปนกันอยู่นั้นล้วนแต่เป็นของกองทรัสต์

กรณีทรัพย์สินของกองทรัสต์ปะปนกับกองทรัสต์กองอื่น ดังความที่ปรากฏ ในบทบัญญัติมาตรา 36

“ในกรณีที่ทรัสต์มิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา 34 จนเป็นเหตุให้ กองทรัสต์แต่ละกองปะปนกันจนมิอาจแยกได้ว่าทรัพย์สินใดเป็นของกองทรัสต์ใด ให้สันนิษฐานว่า ทรัพย์สินนั้นรวมทั้งทรัพย์สินที่ถูกเปลี่ยนรูปหรือถูกเปลี่ยนสภาพไปจากทรัพย์สินนั้นและประโยชน์ใด

ๆ หรือหนี้สินที่เกิดขึ้นจากการจัดการทรัพย์สินดังกล่าว เป็นของกองทรัสต์แต่ละกองตามสัดส่วนของทรัพย์สินที่นำมาเป็นต้นทุนที่ปะปนกัน”

จากบทบัญญัติข้างต้นอาจสรุปได้ว่าทรัพย์สินไม่ว่าจะถูกเปลี่ยนรูปหรือถูกเปลี่ยนสภาพไปจากทรัพย์สินนั้น และประโยชน์ใดๆ หรือหนี้สินที่เกิดขึ้นจากการจัดการทรัพย์สินดังกล่าว เป็นของกองทรัสต์แต่ละกองตามสัดส่วนของทรัพย์สินที่นำมาเป็นต้นทุนที่ปะปนกัน

สิทธิของผู้รับประโยชน์เกี่ยวกับการติดตามทรัพย์สินของกองทรัสต์คืนจากบุคคลภายนอกนั้น ผู้รับประโยชน์สามารถใช้สิทธิดังกล่าวในการติดตามทรัพย์สินของกองทรัสต์จากมือของบุคคลที่สาม แต่ไม่อาจใช้สิทธิดังกล่าวเหนือบุคคลภายนอกผู้ซึ่งได้ทรัพย์สินดังกล่าวมาโดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และไม่รู้อะไรหรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าทรัพย์สินนั้นได้มาจากการจัดการกองทรัสต์โดยมิชอบ (bonna fides)¹²³

ดังปรากฏในหลักกฎหมายทรัสต์ของไทย ในบทบัญญัติมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

“ภายใต้บังคับมาตรา 40 และมาตรา 43 วรรคสอง ผู้รับประโยชน์ย่อมมีสิทธิ เรียกร้องให้ทรัสต์ปฏิบัติให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้

ในกรณีที่ทรัสต์จัดการกองทรัสต์ไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน สัญญาก่อตั้งทรัสต์หรือพระราชบัญญัตินี้ อันเป็นผลให้ทรัพย์สินในกองทรัสต์ถูกจำหน่ายจ่ายโอน ไปยังบุคคลภายนอก ผู้รับประโยชน์มีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินคืนจากบุคคลนั้นเพื่อประโยชน์ของกองทรัสต์ได้ไม่ว่าบุคคลนั้นจะได้ทรัพย์สินมาโดยตรงจากทรัสต์หรือไม่ และไม่ว่าทรัพย์สินในกองทรัสต์จะถูกเปลี่ยนรูปหรือเปลี่ยนสภาพไปเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นก็ตาม เว้นแต่เป็นการได้มาโดย

¹²³ Philip H.Pettit, Equity and the Law of Trust, p. 551.

สุจริต เสียค่าตอบแทน และไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าทรัพย์สินนั้นได้มาจากการจัดการกองทรัสต์ โดยมีขอบ

บรรดาค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการใช้สิทธิตามวรรคหนึ่ง และวรรคสอง ผู้รับประโยชน์มีสิทธิเรียกคืนจากกองทรัสต์ได้เท่าที่จ่ายจริงตามที่ศาลเห็นสมควร”

3.6.2.9. การเลิกทรัสต์

การเลิกทรัสต์นั้นอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณีหลัก คือ การกำหนดการสิ้นสุดไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และเมื่อมีเหตุการณ์เลิกทรัสต์เกิดขึ้น ดังปรากฏตามความในบทบัญญัติมาตรา 51 ดังนี้

“ทรัสต์ย่อมสิ้นสุดลงตามที่กำหนดในสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) เมื่อได้ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของสัญญาก่อตั้งทรัสต์ครบถ้วนแล้ว
- (2) เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เลิกทรัสต์ตามเหตุในมาตรา 29 หรือเหตุอื่นตามที่ทรัสต์หรือผู้รับประโยชน์ร้องขอ
- (3) เมื่อปรากฏว่าเหลือทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์เพียง ฝ่ายเดียว
- (4) เมื่อปรากฏเหตุที่ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์ตาม มาตรา 22 (1) (2) (3) หรือ (4) แต่สัญญาก่อตั้งทรัสต์กำหนดไว้มิให้มีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์”

3.7 กลไกทรัสต์ในการดำเนินธุรกรรมในตราสารศุภก

สาเหตุในการนำกลไกทรัสต์มาใช้เป็นกลไกในการดำเนินธุรกรรมตราสารศุภกนั้น เนื่องจากการดำเนินธุรกรรมตราสารศุภกนั้น การยึดถือตามหลักเกณฑ์ขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับระบบการเงินอิสลาม อันได้แก่ Islamic Financial Service Board (IFSB) และ Accounting and Auditing

Organization for Islamic Financial Institution (AAOIFI) ที่มีการให้นิยามคำจำกัดความของตราสารสุกุกไว้ดังนี้ คือ

Islamic Financial Service Board (IFSB) ได้ให้คำจำกัดความของตราสารสุกุกไว้ว่า¹²⁴

...”ตราสารซึ่งแต่ละตราสารแสดงถึงสัดส่วนของกรรมสิทธิ์อันแบ่งแยกไม่ได้ในทรัพย์สินที่จับต้องได้ หรือกองทรัพย์สิน หรือทรัพย์สินในโครงการใด ๆ หรือกิจกรรมการลงทุน สุกุกแตกต่างจากหลักทรัพย์ทั่วไปที่อยู่บนพื้นฐานของดอกเบี้ย หรือตราสารหนี้ในหลายประเด็น ดังนี้ :

.....

(c) ตราสารสุกุกแสดงถึงสัดส่วนของกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินซึ่งถูกนำมาลงทุน กรรมสิทธิ์ในทางทรัพย์สินนั้นจะถูกโอน กระทั่งสิ้นสุดระยะเวลาโดยการไถ่ถอนของสุกุกจากเจ้าของที่แท้จริง (ผู้ระดมทุน) ของผู้ถือตราสารสุกุก ”

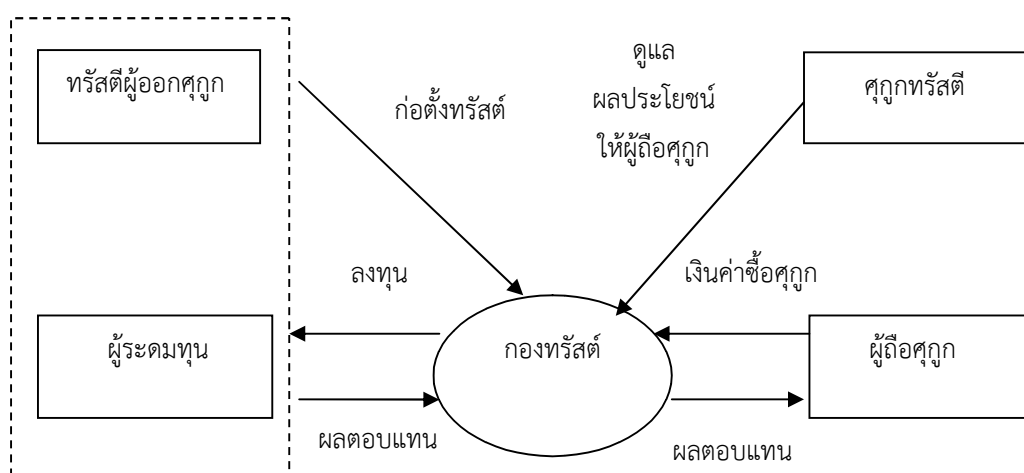
Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution (AAOIFI) ได้ให้คำจำกัดความของตราสารสุกุกไว้ว่า

...”ตราสารเท่ากับมูลค่าของสัดส่วนอันแบ่งแยกไม่ได้ของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จับต้องได้ สิทธิการเช่า และการบริการ หรือ(กรรมสิทธิ์ของ)ทรัพย์สินของโครงการใด หรือกิจกรรมการลงทุนโดยเฉพาะ”¹²⁵

¹²⁴ Islamic financial services board, Capital adequacy requirements for sukuk securities and real estate investment[online], January 2009, Available from <http://www.ifsb.org/standard/ifsb7.pdf>

¹²⁵ Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution (AAOIFI), Shari’ah Standards for Financial Institutions 2004-5(Bahrain: AAOIFI, 2004), P.298.

นอกเหนือจากนิยามดังกล่าวที่องค์กรทั้งสองข้างต้นได้ให้คำจำกัดความไว้ ลักษณะของตราสารศุกุกนั้นเป็นตราสารที่มีลักษณะเทียบเคียงกับตราสารหนี้ แต่เนื่องด้วยหลักการทางศาสนาที่จำเป็นต้องได้รับผลตอบแทนจากตราสารในลักษณะอื่นๆ นอกเหนือจากดอกเบี้ยที่ต้องชดต่อหลักศาสนา เช่น กำไรหรือผลตอบแทนจากการแสวงหาประโยชน์ในทรัพย์สินที่ตนมีสิทธิเหนือสิ่งดังกล่าว โดยการนำกลไกทรัสต์มาใช้นั้นจะทำให้ผู้ถือตราสารศุกุกนั้นซึ่งอยู่ในฐานะผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ผู้ซึ่งเป็นเจ้าของทางธรรม (Equitable ownership) ที่มีสิทธิในการได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินของตนเอง แม้จะไม่ใช่ผู้ที่มีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินดังกล่าวตามกฎหมาย (Legal ownership) ซึ่งสอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลามที่ผู้ถือตราสารนั้นจะต้องมีความเป็นเจ้าของเหนือทรัพย์สินของธุรกรรมอ้างอิง ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีการนำกลไกทรัสต์เข้ามาใช้เป็นเครื่องมือในการช่วยอำนวยความสะดวกในการระดมทุนผ่านธุรกรรมตราสารศุกุกอย่างแพร่หลาย ประเทศไทยก็เช่นเดียวกันที่มีการนำกลไกทรัสต์มาใช้เพื่อเอื้ออำนวยในการออกตราสารศุกุก ดังจะเห็นได้จากแผนภาพแสดงโครงสร้างตราสารศุกุกที่มีการนำกลไกทรัสต์เข้ามาใช้



ภาพที่ 11 โครงสร้างการออกศุกุกของสำนักงาน
คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์¹²⁶

¹²⁶ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, เอกสารสรุปหลักเกณฑ์การออกและเสนอขายศุกุก[ออนไลน์], 20 ตุลาคม 2554. แหล่งที่มา www.sec.or.th/securities_issuance/Content_0000000007.jsp?catagoryID=CAT0000066&lang=th

3.8 ภาวะภาษีเกี่ยวกับการลงทุนในทรัสต์

เนื่องจากในขั้นต้นการประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 นั้น ผลของการดำเนินธุรกรรมในตลาดทุนตามกฎหมายว่าด้วยเรื่องทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุนและเงินได้ที่เกิดจากธุรกรรมดังกล่าวนั้นยังอยู่ภายในบังคับที่ต้องเสียภาษีตามประมวลรัษฎากรในหลายลักษณะ ได้แก่ ภาษีเงินได้ ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์ อันก่อให้เกิดภาวะภาษีซ้ำซ้อนกับผู้ก่อตั้งทรัสต์ ทรัสต์ และผู้รับประโยชน์ ซึ่งทำให้ไม่ก่อให้เกิดความจูงใจในการก่อตั้งทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุนภายในประเทศไทย แม้ว่าจะมีการประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 มาแล้วระยะหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนการก่อตั้งทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน จึงได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 533) พ.ศ. 2555 เพื่อการยกเว้นภาษีเงินได้ ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์ สำหรับเงินได้มูลค่าของฐานภาษี รายรับ และการกระทำตราสารที่เกิดขึ้น หรือเนื่องมาจากธุรกรรมที่เกิดขึ้นตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุนบางกรณี อันเป็นการขจัดอุปสรรคทางภาวะภาษีให้แก่ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องภายในกลไกทรัสต์ เพื่อส่งเสริมให้มีการใช้กลไกทรัสต์การระดมทุนภายในตลาดทุนของไทย

โดยความพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวนี้ได้ยกเว้นภาษีเงินได้ให้แก่ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกลไกทรัสต์ในหลายกรณี ดังนี้

1. ผู้รับประโยชน์

สำหรับกรณีผู้รับประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์นั้น ได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้ที่ เป็นเงินชดเชยเงินปันผลซึ่งผู้รับประโยชน์ได้รับตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ และยอมให้ทรัสต์ผู้จ่ายเงินได้หักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 10 ของเงินชดเชยเงินปันผลที่ได้รับ เฉพาะในกรณีที่ผู้รับประโยชน์รายดังกล่าวไม่ขอรับเงินภาษีที่ถูกหักไว้คืน หรือไม่ขอเครดิตเงินภาษีที่ถูกหักไว้นั้น ไม่ว่าทั้งหมดหรือ

แต่บางส่วน ตามความที่ปรากฏในมาตรา 4¹²⁷ แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวล
 รัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 533) พ.ศ. 2555

2. ทรัสต์

กรณีทรัสต์ ความตามพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวได้บัญญัติยกเว้นการจัดเก็บ
 ภาษีเงินได้ให้แก่ทรัสต์ สำหรับเงินที่ได้จากกองทรัสต์ เว้นแต่เป็นกรณีค่าธรรมเนียม หรือประโยชน์อื่น
 ใดที่ทรัสต์ได้รับจากการให้บริการเป็นทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ ตามความที่ปรากฏในมาตรา 5¹²⁸
 แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 533)
 พ.ศ. 2555

3. ผู้ก่อตั้งทรัสต์

ผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้นได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้ สำหรับเงินได้ที่เป็นเงินชดเชยเงินปันผล
 หรือเงินปันผลที่ได้รับจากบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย โดยในกรณีที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นบริษัทที่
 ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยที่ได้รับโอนกลับคืนมาซึ่งหุ้นที่ได้โอนให้แก่ทรัสต์ ให้มีการยกเว้นภาษีเป็น
 จำนวนครึ่งหนึ่งของเงินชดเชยเงินปันผลหรือเงินปันผลที่ได้รับ

ผู้ก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเป็นบริษัทตามที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยที่ได้รับโอนกลับคืนมาซึ่งหุ้น
 ที่ได้โอนให้แก่ทรัสต์ ที่เป็นบริษัทจดทะเบียนหรือเป็นบริษัทที่ถือหุ้นในบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลเป็น
 จำนวนไม่น้อยกว่าร้อยละสิบห้าของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียง ซึ่งบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลไม่ได้ถือ

¹²⁷ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 533) พ.ศ.
 2555

มาตรา 4 ให้ยกเว้นภาษีเงินได้ตามส่วน 2 หมวด 3 ในลักษณะ 2 แห่งประมวลรัษฎากร ให้แก่ผู้รับ
 ประโยชน์ สำหรับเงินได้ที่เป็นเงินชดเชยเงินปันผลซึ่งผู้รับประโยชน์ได้รับตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์และยอมให้ทรัสต์ผู้
 จ่ายเงินได้หักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละสิบของเงินชดเชยเงินปันผลที่ได้รับ ทั้งนี้ เฉพาะกรณีที่ได้รับประโยชน์ไม่
 ขอรับเงินภาษีที่ถูกหักไว้ในวันคืนหรือไม่ขอเครดิตเงินภาษีที่ถูกหักไว้วันนั้น ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

¹²⁸ มาตรา 5 ให้ยกเว้นภาษีเงินได้ตามส่วน 3 หมวด 3 ในลักษณะ 2 แห่งประมวลรัษฎากร ให้แก่ทรัสต์
 สำหรับเงินได้ที่ได้จากกองทรัสต์ แต่ไม่รวมถึงค่าธรรมเนียมหรือประโยชน์อื่นใดที่ทรัสต์ได้รับจากการให้บริการ
 เป็นทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์

หุ้นในบริษัทดังกล่าว ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ได้รับการยกเว้นภาษีเป็นจำนวนเท่ากับเงินชดเชยเงินปันผลหรือเงินปันผลที่ได้รับ

โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์ดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นนั้น จะต้องเป็นผู้ถือหุ้นที่ก่อให้เกิดเงินชดเชยเงินปันผลหรือเงินปันผลไว้ไม่น้อยกว่าสามเดือนนับแต่วันที่ได้อ่อนหุ้นนั้นมาจนถึงวันที่มีเงินได้ดังกล่าว และยังคงถือหุ้นนั้นต่อไปอีกไม่น้อยกว่าสามเดือนนับแต่วันที่มิได้เงินได้ โดยให้นับระยะเวลาระหว่างที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้อ่อนหุ้นให้แก่ทรัสต์จนถึงวันที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้รับโอนหุ้นนั้นกลับคืนรวมด้วย ตามความที่ปรากฏในมาตรา 6¹²⁹ แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 533) พ.ศ. 2555

นอกเหนือจากการยกเว้นภาษีเงินได้แล้ว ความดังปรากฏตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนั้นยังมีการยกเลิกภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์แห่งประมวลรัษฎากรให้แก่ผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์ สำหรับเงินได้ มูลค่าของฐานภาษี รายรับ และการกระทำตราสารที่เกิดขึ้นหรือเนื่องมาจากการโอนหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ในทรัพย์สิน ระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์ หรือระหว่างทรัสต์กับทรัสต์ ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์ตามสัญญาของผู้ก่อตั้งทรัสต์อีก

¹²⁹ มาตรา 6 ให้ยกเว้นภาษีเงินได้ตามส่วน 3 หมวด 3 ในลักษณะ 2 แห่งประมวลรัษฎากร ให้แก่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ สำหรับเงินได้ที่เงินชดเชยเงินปันผลหรือเงินปันผลที่ได้รับจากบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยที่ได้รับโอนกลับคืนมาซึ่งหุ้นที่ได้มีการโอนให้แก่ทรัสต์ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ยกเว้นภาษีเป็นจำนวนกึ่งหนึ่งของเงินชดเชยเงินปันผลหรือเงินปันผลที่ได้รับ

(2) ผู้ก่อตั้งทรัสต์ซึ่งเป็นบริษัทตาม (1) ที่เป็นบริษัทจดทะเบียนหรือเป็นบริษัทที่ถือหุ้นในบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้าของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงโดยบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลไม่ได้ถือหุ้นในบริษัทนั้น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ให้ยกเว้นภาษีเป็นจำนวนเท่ากับเงินชดเชยเงินปันผลหรือเงินปันผลที่ได้รับ

ผู้ก่อตั้งทรัสต์ตามวรรคหนึ่ง ต้องถือหุ้นที่ก่อให้เกิดเงินชดเชยเงินปันผลหรือเงินปันผลไว้ไม่น้อยกว่าสามเดือนนับแต่วันที่ได้อ่อนหุ้นนั้นมาจนถึงวันที่มีเงินได้ดังกล่าว และยังคงถือหุ้นนั้นต่อไปอีกไม่น้อยกว่าสามเดือนนับแต่วันที่มิได้เงินได้ โดยให้นับระยะเวลาระหว่างที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้อ่อนหุ้นให้แก่ทรัสต์จนถึงวันที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้รับโอนหุ้นนั้นกลับคืนรวมด้วย

ด้วย ตามความที่ปรากฏในมาตรา 7¹³⁰ แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 533) พ.ศ. 2555

จากการบังคับใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว ส่งผลทำให้เป็นการลดภาระทางภาษีของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในกลไกการระดมทุนผ่านทรัสต์ อันจะเป็นการส่งเสริมให้มีการก่อตั้งทรัสต์ภายในประเทศไทยให้เกิดขึ้นจริง แต่อย่างไรก็ตาม นิยามของคำว่า “ทรัสต์” ตามความหมายที่ใช้บังคับใช้ในพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว หมายความว่า นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ แต่ไม่หมายความรวมถึงนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่เกี่ยวข้องกับการออกศุภกตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้น การก่อตั้งทรัสต์เพื่อการออกตราสารศุภกจึงจะไม่ได้รับการยกเว้นภาระทางภาษีดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้น

อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่ผู้เขียนกำลังทำการศึกษาวิจัยนั้น อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ ...) พ.ศ..... เพื่อการยกเว้นภาษีภายในกลไกทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อออกตราสารศุภก เช่นเดียวกันกับพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 533) พ.ศ. 2555 ที่ยกเว้นภาษีให้แก่ธุรกรรมภายใต้กลไกทรัสต์ แม้ว่ากลไกที่ใช้ในการดำเนินธุรกรรมตราสารศุภกภายในประเทศไทยนั้น คือ ทรัสต์ แต่เนื่องจากการดำเนินธุรกรรมตราสารศุภกนั้นมีลักษณะเฉพาะบางประการที่อาจไม่สอดคล้องเมื่อนำบทบัญญัติว่าด้วยการยกเว้นภาษีของทรัสต์เข้ามาบังคับใช้ร่วมกัน จึงเป็นเหตุให้ต้องมีการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อการยกเว้นภาษีในธุรกรรมตราสารศุภกเป็นการเฉพาะ

¹³⁰ มาตรา 7 ให้ยกเว้นภาษีเงินได้ตามส่วน 3 หมวด 3 ภาษีมูลค่าเพิ่มตามหมวด 4 ภาษีธุรกิจเฉพาะตามหมวด 5 และอากรแสตมป์ตามหมวด 6 ในลักษณะ 2 แห่งประมวลรัษฎากร ให้แก่ผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์สำหรับเงินได้ มูลค่าของฐานภาษี รายรับ และการกระทำตราสาร ที่เกิดขึ้นหรือเนื่องมาจากการโอนหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ในทรัพย์สิน ระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์กับทรัสต์หรือระหว่างทรัสต์กับทรัสต์ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงทรัสต์ตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์

บทที่ 4

สภาพและปัญหาของการระดมทุนตราสารศุกฎภายในประเทศไทย

เนื่องจากในปัจจุบันนี้ยังไม่มี การระดมทุนผ่านตราสารศุกฎภายในประเทศไทย ดังนั้นเพื่อประโยชน์ในการศึกษา การวิเคราะห์ถึงสภาพโดยทั่วไปและปัญหาของตราสารศุกฎภายในประเทศไทย จึงต้องอาศัยหลักการที่ว่าหากมีการระดมทุนตราสารศุกฎภายในประเทศไทยขึ้นจริงในอนาคต จะก่อให้เกิดสภาพโดยทั่วไปอย่างไร และก่อให้เกิดปัญหาในการระดมทุนผ่านตราสารศุกฎอย่างไร ภายใต้หลักกฎหมาย และหลักเกณฑ์ที่มีในปัจจุบันของประเทศไทย เพื่อประโยชน์ในการสร้าง มาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาค่าที่จะเกิดขึ้นในการระดมทุนผ่านตราสารศุกฎในอนาคต

โดยขอบเขตของงานวิจัยฉบับนี้จะกล่าวถึงเฉพาะตราสารศุกฎพื้นฐานที่ได้รับความนิยมในการระดมทุนโดยทั่วไปในต่างประเทศ อันจะเห็นได้จากสถิติของ Islamic Finance News ที่ปรากฏใน Global Islamic Bond league Table ในปี ค.ศ. 2008 - 2010 อันประกอบไปด้วย ตราสารศุกฎอิจญาเราะห์ (sukuk-al Ijarah) ตราสารศุกฎมูรอบายะฮ์ (sukuk al-Murabaha) ตราสารศุกฎมุซารอะฮ์ (sukuk al-Musharakah) และตราสารศุกฎอิสตีสน่า (sukuk al-Istisna)

สภาพและปัญหาของการระดมทุนตราสารศุกฎภายในประเทศไทย

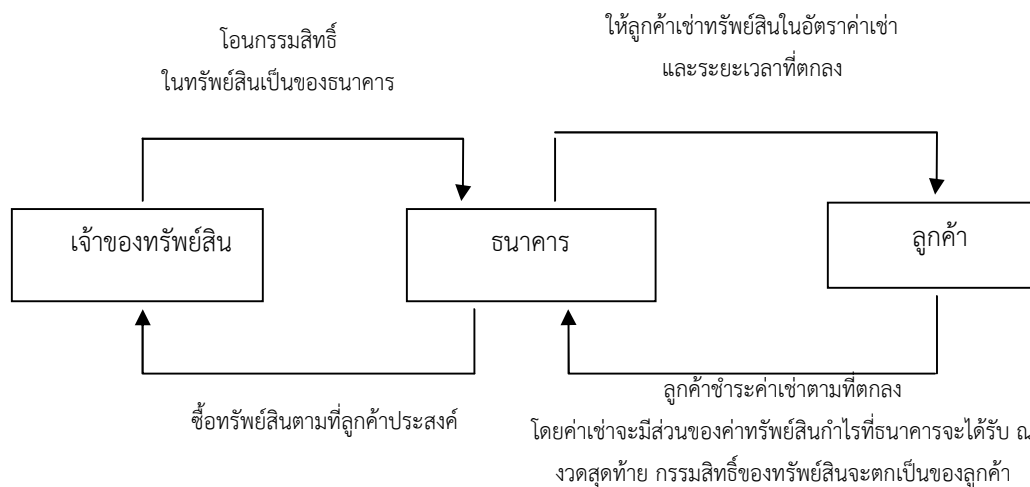
เพื่อให้เห็นถึงสภาพและปัญหาของการระดมทุนตราสารศุกฎภายในประเทศไทย ผู้เขียนจะแสดงถึงตัวอย่างการจัดการจัดหาเงินทุนที่สอดคล้องตามหลักการทางศาสนาอิสลามของตลาดเงินอิสลาม (Islamic money market) เพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจในลักษณะของโครงสร้างตราสารศุกฎต่อไป

4.1 ตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-Ijarah)

4.1.1 สภาพของตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-Ijarah) ภายในประเทศไทย

ตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า หรือที่เรียกว่า ศุกุกอิญาเราะห์ (sukuk-al Ijarah) เป็นธุรกรรมตราสารทางการเงินประเภทหนึ่งที่มีโครงสร้างในการระดมทุนภายในตราสารด้วยวิธีการเช่าทรัพย์สิน โดยผลตอบแทนที่ผู้ระดมทุนหรือผู้ออกตราสารประเภทนี้จะจ่ายให้แก่นักลงทุนในรูปแบบของค่าเช่า ซึ่งแตกต่างกับการจ่ายผลตอบแทนในตราสารหนี้โดยทั่วไป (conventional bond) ที่จะทำการจ่ายผลตอบแทนในรูปแบบของดอกเบี้ย อันเป็นข้อห้ามตามหลักศาสนาอิสลาม โดยรูปแบบการเช่าที่เป็นกลไกในการดำเนินธุรกรรมตราสารศุกุกชนิดนี้ อาจแบ่งโครงสร้างการดำเนินธุรกรรมการเช่า ได้เป็น 2 ประเภท คือ การขายและเช่ากลับ (sale and leaseback) และการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease-sub lease) ดังที่ได้กล่าวรายละเอียดไว้ในบทที่ 2

หลักการอิญาเราะห์ (Ijarah) เป็นหลักการจัดหาเงินทุนที่มีการใช้กันอย่างแพร่หลาย และเป็นที่ยอมรับความนิยมเป็นอย่างมากโดยทั่วไป แต่สำหรับวิธีการจัดหาเงินทุนโดยสถาบันการเงินอิสลามนั้นมักจะปรากฏในรูปแบบอิญาเราะห์ วัล อิกตินาห์ (Ijarah Wal Iqtina) หมายถึง การเช่าซื้อ โดยเป็นการให้สินเชื่อเพื่อการเช่าซื้อทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูงให้แก่มุสลิม สำหรับการเช่าตามหลักการอิญาเราะห์โดยทั่วไปนั้นไม่ปรากฏว่ามีการใช้ภายในสถาบันการเงินอิสลามของไทย



ภาพที่ 12 สิ้นเชื่อการเช่าซื้อภายใต้หลักการอิญาเราะห์ วัล อิกตินาอ¹³¹

สำหรับตราสารศุกออ้างอิงธุรกรรมการเช่า หรือที่เรียกว่า ศุกออิญาเราะห์ (sukuk-al-ijarah) นั้นมีโครงสร้าง 2 รูปแบบ กล่าวคือ รูปแบบการขายและให้เช่ากลับ (sale and leaseback) และรูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease-sub lease) ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2

4.1.2 ปัญหาการระดมทุนผ่านตราสารศุกออ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) ภายในประเทศไทย

4.1.2.1 ความสามารถในการระดมทุนผ่านตราสารศุกออ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการขายไปและเช่ากลับ (sale and leaseback) ของส่วนราชการ และรัฐวิสาหกิจ

เนื่องจากโครงสร้างตราสารศุกออ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการขายไปและเช่ากลับ (sale and leaseback) เป็นตราสารที่มีโครงสร้างธุรกรรมที่ต้องมีการขายและโอนกรรมสิทธิ์ในทางทรัพย์สินของผู้ระดมทุนให้แก่ทรัสต์ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหากการระดมทุนในรูปแบบดังกล่าวเกิดขึ้นโดยเอกชนผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินโดยสมบูรณ์ ย่อมที่จะสามารถใช้สิทธิ

¹³¹ ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย, รอบรู้เศรษฐกิจการเงินอิสลาม ตอนที่ 14 หลักการเช่า [ออนไลน์], 30 เมษายน 2554. แหล่งที่มา <http://www.ibank.co.th/2010/th/shariah-information/shariah-knowledge-finance.aspx?ID=2>

ในการจำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินได้อย่างสมบูรณ์ ซึ่งแม้ว่าผู้ระดมทุนเอกชนดังกล่าวนั้นจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชน หากกระทำการโดยได้รับมติเห็นชอบ และกระทำภายในขอบอำนาจของนิติบุคคลย่อมกระทำการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและซื้อทรัพย์สินดังกล่าวกลับคืนได้

อย่างไรก็ตาม หากผู้ระดมทุนเป็นนิติบุคคลในทางมหาชน กล่าวคือ เป็นหน่วยงานของรัฐ เช่น ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ ย่อมก่อให้เกิดประเด็นในการวิเคราะห์ต่อไปได้ว่า หน่วยงานของรัฐนั้นสามารถนำทรัพย์สินประเภทใดมาใช้ในการระดมทุนในโครงสร้างตราสารศุกูกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการขายไปและเช่ากลับ (sale and leaseback) และหน่วยงานใดของรัฐมีความสามารถในการระดมทุนในธุรกรรมตราสารศุกูกรูปแบบดังกล่าว

ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาในเรื่องความสามารถในการระดมทุนผ่านตราสารศุกูกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการขายไปและเช่ากลับ (sale and leaseback) ของหน่วยงานของรัฐโดยละเอียดในบทวิเคราะห์ต่อไป

4.1.2.2 การตีความธุรกรรมภายในตราสารศุกูกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease)

เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีกรณีเสนอขายตราสารศุกูกเกิดขึ้นภายในประเทศไทย ดังนั้น จึงยังไม่มีแนวทางการตีความเกี่ยวกับนิติกรรมการเช่าทรัพย์สินที่เกิดจากการดำเนินธุรกรรมตราสาร ศุกูกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) โดยตรง แต่จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าเคยมีการตีความในแนววินิจฉัยในข้อหาหรืออาชญากรรมของกรมสรรพากรในเรื่องกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย และบริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด ซึ่งลักษณะโครงสร้างของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวนี้มีลักษณะการดำเนินธุรกรรมการเช่าทรัพย์สินในลักษณะเช่นเดียวกับกับตราสารศุกูกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease–sub lease)

ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น คือ โครงสร้างธุรกรรมในกองทุนสมุยดังกล่าวนี้เป็นธุรกรรมที่มีลักษณะเดียวกันกับธุรกรรมการเช่าในโครงสร้างตราสารศุกูกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease) จากลักษณะ

โครงสร้างของธุรกรรมการเช่าทรัพย์สินที่มีลักษณะเดียวกัน อาจส่งผลทำให้การตีความตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-Ijarah) ไปในทิศทางเดียวกันกับกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ปัญหาที่ตามมา คือ กรณีการตีความเกี่ยวกับนิติกรรมการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของกองทุนรวมประเภทอสังหาริมทรัพย์ (Property Fund) ของหน่วยงานภาครัฐ ในเชิงลักษณะเป็นนิติกรรมอำพราง ซึ่งย่อมจะก่อให้เกิดปัญหาที่ตามมาหากมีการนำแนวทางการตีความดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการตีความนิติกรรมการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-Ijarah) ที่จะมีการออกและเสนอขายแก่นักลงทุนในอนาคต

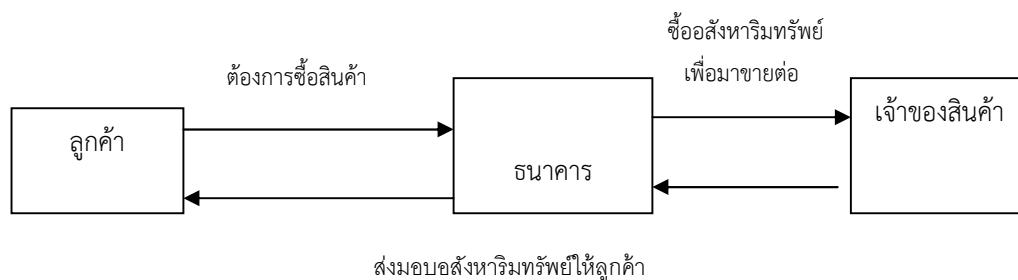
4.2 ตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกกำไร (sukuk al-Murabaha)

4.2.1 สภาพของตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกกำไร (sukuk al-Murabaha) ภายในประเทศไทย

ตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกกำไร หรือที่เรียกว่า ศุกกมูรอบาฮะฮ์ (sukuk al-Murabaha) เป็นธุรกรรมตราสารทางการเงินประเภทหนึ่งที่มีโครงสร้างในการระดมทุนภายในตราสารอ้างอิงการซื้อขายทรัพย์สิน โดยผลตอบแทนที่ผู้ระดมทุนหรือผู้ออกตราสารนี้จะจ่ายให้แก่นักลงทุนผู้ถือตราสาร คือ กำไรที่ได้จากการซื้อขายสินค้าผ่านหลักการมูรอบาฮะฮ์ ซึ่งหลักการซื้อขายบนหลักการมูรอบาฮะฮ์นั้นเป็นหลักการจัดหาเงินทุนที่ใช้กันอยู่โดยทั่วไปในระบบสถาบันการเงินอิสลามในด้านตลาดเงิน (Islamic money market) และประเทศไทยก็มีการใช้ธุรกรรมการซื้อขายบวกกำไรบนหลักการมูรอบาฮะฮ์ เป็นหนึ่งในโครงสร้างบริการทางการเงินของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย เช่น กรณีสินเชื่อเพื่อการซื้อทรัพย์สินถาวรประเภทอสังหาริมทรัพย์¹³² เป็นต้น

¹³² ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย, ผลิตภัณฑ์และบริการประเภทสินเชื่อ[ออนไลน์], 30 เมษายน 2554. แหล่งที่มา <http://www.ibank.co.th/2010/th/products-services/products-detail.aspx? ProductType =1&ID=70&Customer=Main>

¹³² ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย, ความรู้เกี่ยวกับการเงินตามหลักชาอ์เราะฮ์[ออนไลน์], 30 เมษายน 2554. แหล่งที่มา <http://www.ibank.co.th/2010/th/shariah-information/shariah-knowledge-finance.aspx?ID=2>



ภาพที่ 13 สิ้นเชื่อภายใต้หลักการมูรอบาฮะฮ์¹³³

การดำเนินธุรกรรมตามหลักการมูรอบาฮะฮ์ของสถาบันการเงินอิสลามที่กระทำอย่างแพร่หลายในปัจจุบันในรูปแบบของสิ้นเชื่อ เรียกว่า คำสั่งซื้อมูรอบาฮะฮ์ (murabaha to order) ซึ่งเป็นการซื้อสินค้าตามคำสั่งของลูกค้าของธนาคาร และขายสินค้านั้นอีกครั้งให้แก่ลูกค้าธนาคารตามวิธีการมูรอบาฮะฮ์ สัญญานี้เป็นทางเลือกที่แตกต่างจากการกู้ยืมอย่างที่ธนาคารโดยทั่วไปปฏิบัติ และทำให้มุสลิมสามารถระดมทุนในการซื้อสินค้าชิ้นใหญ่ เช่น รถยนต์ หรือเครื่องจักรทางธุรกิจได้

โดยธุรกรรมนี้อาจแยกออกเป็น 2 สัญญา ได้แก่ สัญญาของลูกค้าธนาคารในการซื้อสินค้า และสัญญาของธนาคารในการขายสินค้าให้แก่ลูกค้าโดยวิธีการมูรอบาฮะฮ์ ราคาซึ่งธนาคารจะขายให้แก่ลูกค้าอีกครั้งจะเป็นในรูปแบบการยืระยะเวลาการชำระราคา (หรือการผ่อนชำระ) และราคานี้จะสูงกว่าการชำระเป็นเงินสด¹³⁴

รูปแบบการระดมทุนผ่านหลักการมูรอบาฮะฮ์ภายใต้ของประเทศไทยในข้างต้นนั้น ปรากฏแค่เพียงช่องทางตลาดเงิน (money market) โดยธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยเท่านั้น แต่สำหรับ การระดมทุนในตลาดทุนผ่านตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบววกกำไร (sukuk al-Murabaha) ภายในประเทศไทยนั้นยังไม่เกิดขึ้น แต่หากเป็นการระดมทุนผ่านตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมซื้อขายบววกกำไร (sukuk al-Murabaha) ภายนอกประเทศโดยบริษัททรานส์ ไทย-มาเลเซีย (ประเทศไทย) จำกัด อันเป็นบริษัทในเครือของบริษัท ปตท.จำกัด (มหาชน) ที่ดำเนินกิจการการบริหารจัดการและดำเนินงานโครงการท่อส่งก๊าซและโรงแยกก๊าซธรรมชาติไทย-มาเลเซีย ได้ทำการออกและเสนอขาย

¹³³ Wahbah Al-Zuhayli, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence Volume 1*, (Damascus : Al-Ilmiyah Press, 2003), p.360.

ตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวุกำไร (sukuk al-Murabaha) โดยทำเสนอขายตราสารศุกุกดังกล่าวภายในประเทศมาเลเซีย ซึ่งนับเป็นผู้ระดมทุนรายแรกของประเทศไทยที่เข้าระดมทุนในตลาดทุนอิสลาม¹³⁵

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่ได้มีกฎหมายส่งเสริมมาตรการทางภาษีในธุรกรรมตราสารศุกุก ที่ จะทำการยกเว้นภาษีเงินได้ ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์ที่เกิดขึ้นจากการระดมทุนในธุรกรรมตราสารศุกุก เนื่องจากการระดมทุนผ่านกระบวนการธุรกรรมตราสารศุกุกนั้นจะต้องมีการโอนทรัพย์สิน และผลตอบแทนระหว่างผู้ระดมทุน ทรัสต์ และผู้ถือศุกุก ดังนั้น หากมีการระดมทุนผ่านตราสารศุกุกเกิดขึ้นภายในประเทศบุคคลผู้ที่เกี่ยวข้องในการระดมทุนผ่านตราสารศุกุกนั้นจะมีภาระทางภาษีที่ซับซ้อนกว่าการระดมทุนผ่านตราสารหนี้โดยทั่วไป ซึ่งเป็นการไม่จูงใจนักลงทุนให้เลือกลงทุนในตราสารศุกุก

4.2.2 ปัญหาของการระดมทุนในตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวุกำไร (sukuk al-Murabaha) ภายในประเทศไทย

4.2.2.1 รูปแบบที่เหมาะสมหากมีการนำตราสารศุกุกอ้างอิงการซื้อขายบวุกำไร (sukuk al-Murabaha) มาใช้ในประเทศไทย

เนื่องจากรูปแบบของธุรกรรมการซื้อขายบวุกำไร (murabaha) นั้นมีหลายประเภท ได้แก่ มุรอบาฮะฮ์ดั้งเดิม (original murabaha) คำสั่งซื้อมุรอบาฮะฮ์ (murabaha to order) และมุรอบาฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha) ซึ่งรูปแบบการระดมทุนที่ใช้ในการจัดหาเงินทุนที่นิยมใช้ในปัจจุบันนั้น คือ คำสั่งซื้อมุรอบาฮะฮ์ (murabaha to order) และมุรอบาฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha)

สำหรับการซื้อขายประเภทคำสั่งซื้อมุรอบาฮะฮ์ (murabaha to order) นั้นเป็นรูปแบบการดำเนินกิจการประเภทการให้สินเชื่อที่สถาบันการเงินอิสลามใช้กันอยู่ทั่วไปในระบบตลาด

¹³⁵ Scott Weber, Islamic Finance Asia : First Sukuk for Thai Issuer[online], 20 December 2011. Available from http://www.islamicfinanceasia.com/article.asp?nm_id=18582

เงินอิสลาม (Islamic money market) รวมถึงธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยด้วย แต่อย่างไรก็ตามธุรกรรมมูรอบาฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha) นั้นยังไม่ปรากฏว่าเคยมีการระดมทุนผ่านธุรกรรมประเภทดังกล่าวในประเทศไทย

ดังนั้น หากมีการนำธุรกรรมการซื้อขายบวักกำไรในสินค้าโภคภัณฑ์ตามหลักการมูรอบาฮะฮ์ (commodity murabaha) มาใช้เป็นธุรกรรมอ้างอิงการออกตราสารศุกุกภายในประเทศไทย รูปแบบที่เหมาะสมของตราสารศุกุกอ้างอิงการซื้อขายบวักกำไร (sukuk al-Murabaha) ควรจะมีลักษณะใด เนื่องจากในประเทศไทยที่ทำธุรกรรมการซื้อขายบวักกำไรในสินค้าโภคภัณฑ์ตามหลักการมูรอบาฮะฮ์ (commodity murabaha) เช่น ประเทศมาเลเซียนั้นมีการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ระดมทุนผ่านตราสารศุกุกนำธุรกรรมการซื้อขายบวักกำไรในสินค้าโภคภัณฑ์ตามหลักการมูรอบาฮะฮ์ โดยการเปิดศูนย์สินค้าโภคภัณฑ์มูรอบาฮะฮ์ (Commodity murabaha house) ในชื่อ “Bursa Suq Al-Sila” เพื่อเป็นสถานที่ในการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ซึ่งถูกกำหนดไว้เพื่อประโยชน์สำหรับการจัดการสภาพคล่องและจัดหาเงินทุนแก่ธนาคารอิสลาม¹³⁶

และหากมีการนำธุรกรรมการซื้อขายบวักกำไรในสินค้าโภคภัณฑ์ตามหลักการมูรอบาฮะฮ์ (commodity murabaha) มาใช้เป็นธุรกรรมอ้างอิงการออกตราสารศุกุกภายในประเทศไทย ควรมืองค์กรใดที่ทำหน้าที่ดังเช่นศูนย์สินค้าโภคภัณฑ์มูรอบาฮะฮ์ (Commodity murabaha house) ของประเทศมาเลเซียหรือไม่ และองค์กรใดที่ควรมีหน้าที่ในการดำเนินกิจกรรมดังกล่าว

ซึ่งผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากปัญหาเรื่องการกำหนดรูปแบบที่เหมาะสมหากมีการนำตราสารศุกุกอ้างอิงการซื้อขายบวักกำไร (sukuk al-Murabaha) มาใช้ในประเทศไทย ในบทวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป

¹³⁶Bursa Malaysia, Bursa Suq Al-Sila [online], 20 December 2011. Available from http://www.bursamalaysia.com/website/bm/products_and_services/islamic_capital_market/BMIS

4.3 ตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Itisna) ภายในประเทศไทย

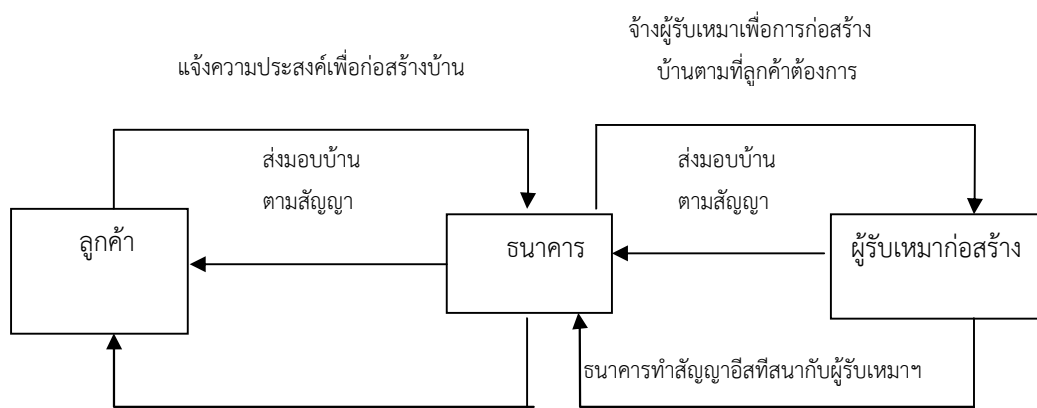
4.3.1 สภาพของตราสารศุกุกอ้างอิงการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Itisna) ภายในประเทศไทย

ตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ หรือที่เรียกว่า ศุกุกอิสตีสนา (sukuk al-Itisna) เป็นธุรกรรมตราสารทางการเงินประเภทหนึ่งที่มีโครงสร้างในการระดมทุนภายในตราสารอ้างอิงการทำคำสั่งซื้อสินค้าในอนาคตตามหลักการอิสตีสนา อันมีลักษณะเป็นการซื้อทรัพย์สินตามคำสั่งซื้อ และการส่งมอบจะเกิดขึ้นในอนาคต การซื้อขายลักษณะนี้ ผู้ซื้อจะกำหนดให้ผู้ขายหรือผู้รับจ้าง ส่งมอบทรัพย์สินที่ต้องผลิตหรือจัดทำตามรูปแบบและคุณลักษณะที่ระบุในสัญญา โดยที่ราคาซื้อขายเป็นไปตามที่ตกลงกัน ส่วนการชำระราคาอาจล่าช้าออกไปตามงวดงานก็ได้ จัดเป็นการซื้อขายล่วงหน้าประเภทหนึ่งที่ได้รับการผ่อนผันที่อนุญาตให้ใช้ได้ เนื่องจากการหลักการซื้อขายของอิสลามนั้น มีเงื่อนไขว่าต้องทำการซื้อขายสินค้าที่มีอยู่ในขณะทำการซื้อขายสินค้า ซึ่งการซื้อขายตามหลักการอิสตีสนานั้นจะถูกต้องตามหลักการทางศาสนาได้โดยการกำหนดราคาที่แน่นอนและลักษณะของสินค้าที่ตกลงกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย¹³⁷

โดยธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อบนหลักการอิสตีสนานั้น มีการใช้ภายในตลาดเงินอิสลามโดยสถาบันการเงินอิสลาม นับเป็นหนึ่งในรูปแบบการให้สินเชื่อเกี่ยวกับการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์สำหรับประเทศไทยปรากฏการดำเนินธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อบนหลักการอิสตีสนา ในรูปแบบบริการทางการเงินประเภทสินเชื่อเพื่อการก่อสร้าง ซ่อมแซม ต่อเติมที่อยู่อาศัยของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย¹³⁸ ธนาคารทำสัญญาอิสตีสนากับลูกค้า

¹³⁷ Muhammad Taqi Usmani, *An Introduction to Islamic finance*, (Karachi : maktaba ma'arifur qur'an, September 2005), p.195.

¹³⁸ ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย, โพรโมชันสินเชื่อ[ออนไลน์], 2 กุมภาพันธ์ 2555. แหล่งที่มา <http://www.ibank.co.th/2010/th/promotion/promotion-detail.aspx?Promotion Type=1&PID=25>



ภาพที่ 14 สิ้นเชื่อภายใต้หลักการอิสติสนา¹³⁹

สำหรับการให้สินเชื่อตามหลักการอิสติสนานั้น ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยจะทำสัญญาอิสติสนาคู่ขนานระหว่างลูกค้ากับธนาคาร และระหว่างธนาคารกับผู้รับเหมา ซึ่งเป็นสัญญาที่เป็นเอกเทศกัน โดยธนาคารจะได้รับกำไรจากส่วนต่างของราคาซื้อและราคาขาย แต่ด้วยระบบภาษีของประเทศไทยยังไม่เอื้อให้ธนาคารทำสัญญาในรูปแบบดังกล่าว เพราะหากต้องทำสัญญา 2 ครั้งค่าอากรแสตมป์ก็ต้องเกิดขึ้นสองครั้ง ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยจึงสิ้นเชื่อประเภทนี้ โดยการแต่งตั้งให้ลูกค้าเป็นผู้กระทำการแทนธนาคาร นั่นคือหากลูกค้าประสงค์จะก่อสร้างบ้าน เมื่อธนาคารอนุมัติแล้ว ธนาคารจะเป็นผู้ชำระค่าก่อสร้างให้กับผู้รับเหมา ส่วนลูกค้าจะชำระค่าก่อสร้างให้กับธนาคารในราคาตามระยะเวลาที่ตกลงกัน¹⁴⁰

สำหรับการระดมทุนผ่านตราสารศุกูกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ หรือ ศุกูกอิสติสนา* ในปัจจุบันประเทศไทยยังคงไม่ปรากฏการระดมทุนผ่านตราสารศุกูกประเภทดังกล่าวในตลาดทุนอิสลาม มีแต่เพียงการใช้ในลักษณะการให้สินเชื่อตามหลักการอิสติสนาในตลาดเงินอิสลามเท่านั้น

¹³⁹ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย, ระบุรู้เศรษฐกิจการเงินอิสลาม ตอนที่16 หลักการซื้อขายล่วงหน้า (การจ้างทำของ)[ออนไลน์], 2 กุมภาพันธ์ 2555. แหล่งที่มา <http://www.ibank.co.th/2010/th/shariah-information/shariah-knowledge-finance.aspx?ID=2>

¹⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

* โปรดดูภาพในหน้า 58 ประกอบ.

4.3.2 ปัญหาของการระดมทุนในตราสารศุกุกอ้างอิงการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Itisna) ภายในประเทศไทย

4.3.2.1 ความสอดคล้องระหว่างการแบ่งประเภทเอกเทศสัญญาตามหลักการทำคำสั่งซื้อ (Istisna) ตามหลักศาสนาอิสลามและเอกเทศสัญญาตามหลักกฎหมายของไทย

การระดมทุนในตราสารศุกุกนั้น จำเป็นต้องมีธุรกรรมอ้างอิงที่สอดคล้องตามหลักศาสนาอิสลามรองรับในทุกการออกและเสนอขายตราสารศุกุก ดังนั้น ธุรกรรมอ้างอิงที่สอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลามที่นำมาใช้เป็นธุรกรรมอ้างอิงในการออกตราสารศุกุกนั้นจึงมีความสำคัญต่อการระดมทุนผ่านตราสารศุกุกเป็นอย่างมาก

เนื่องจากอิสลามนั้นมีหลักกฎหมายเป็นของตนเอง อันมีที่มาจากคัมภีร์อัลกุรอาน ซุนนะฮ์ และความเห็นพ้องของนักปราชญ์ใช้บังคับภายในกลุ่มชาวมุสลิมมาเนิ่นนานตั้งแต่ในอดีตจวบจนถึงปัจจุบัน อีกทั้งยังมีสัญญาที่ใช้กันระหว่างมุสลิมแต่ละประเทศคล้ายคลึงกับเอกเทศสัญญาโดยทั่วไปของไทย แต่เป็นสัญญาที่มีความสอดคล้องกับหลักการทางศาสนา เพราะอิสลามเป็นมากกว่าศาสนา แต่ยังเป็นระบบในการดำเนินชีวิต อันเป็นหลักการซึ่งผู้เขียนจะไม่ก้าวล่วงไปในวิพากษ์วิจารณ์ในหลักศาสนา

อย่างไรก็ตาม การจะระดมทุนในตราสารศุกุก ต้องมีการนำสัญญาตามหลักการทางศาสนาอิสลามมาใช้วิเคราะห์เคียงคู่กับหลักเอกเทศสัญญาของไทยเพื่อจะใช้บังคับให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการระดมทุนที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลามภายในประเทศไทย เพื่อที่จะให้เกิดความชอบด้วยหลักศาสนาอิสลามและความชอบด้วยหลักกฎหมายเอกเทศสัญญาของไทยไปพร้อมกัน

สำหรับเรื่องความสอดคล้องระหว่างการแบ่งประเภทเอกเทศสัญญาตามหลักการทำคำสั่งซื้อ (Istisna) ตามหลักการทางศาสนาอิสลามและเอกเทศสัญญาตามหลักกฎหมายของไทยนั้น ก่อให้เกิดประเด็นทางกฎหมายที่ต้องทำการวิเคราะห์ว่าแท้จริงแล้ว สัญญาการทำคำสั่งซื้อ (Istisna) นั้นเป็นเอกเทศสัญญาประเภทใดตามหลักกฎหมายเอกเทศสัญญาของไทย เนื่องจากสัญญาการทำ

คำสั่งซื้อ (Istisna) นั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับเอกเทศสัญญาของไทย 2 สัญญา อันได้แก่ สัญญาซื้อขาย และสัญญาจ้างทำของ

การแบ่งประเภทของสัญญาการทำคำสั่งซื้อ (Istisna) นั้น เป็นประเด็นที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการระดมทุนในตราสารศุกุกอ้างอิงการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) เพราะผลของเอกเทศสัญญาของไทยทั้งสองสัญญานั้นแตกต่างกัน สัญญาที่คู่สัญญาได้มีการทำขึ้นจะเป็นสัญญาใดระหว่างสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของย่อมกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่สัญญาเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องแบบของสัญญา และหลักฐานในการฟ้องร้อง การโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ได้มีการทำขึ้น การรับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติในทรัพย์สิน อายุความในการฟ้องร้อง ภาระทางภาษี และการเลิกสัญญา

ผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากปัญหาเรื่องความสอดคล้องระหว่างการแบ่งประเภทเอกเทศสัญญาตามหลักการทำคำสั่งซื้อ (Istisna) ตามหลักศาสนาอิสลามและเอกเทศสัญญาตามหลักกฎหมายของไทยในบทวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป

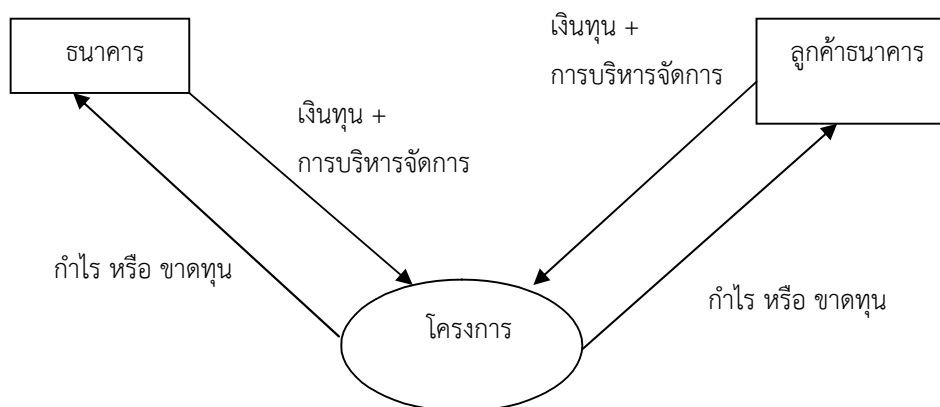
4.4 ตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) ภายในประเทศไทย

4.4.1 สภาพของตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) ภายในประเทศไทย

ตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน หรือที่เรียกว่า ศุกุกอัลมุซารอกะฮ์ (sukuk al-Musharakah)* เป็นธุรกรรมตราสารทางการเงินประเภทหนึ่งที่มีโครงสร้างในการระดมทุนภายในตราสารอ้างอิงการร่วมลงทุนระหว่างหุ้นส่วนตามหลักการมุซารอกะฮ์ คือ การเป็นหุ้นส่วนระหว่างบุคคล 2 ฝ่ายหรือมากกว่า ในการร่วมทุนดำเนินธุรกิจ โดยที่แต่ละฝ่ายจะต้องลงทุนไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเงิน หรือ ทรัพย์สิน กรณีที่ธุรกิจมีกำไร จะถูกแบ่งกันตามสัดส่วนที่ตกลง หากธุรกิจเกิดขาดทุน จะต้องแบ่งความเสียหายตามสัดส่วนการลงทุนด้วยเช่นกัน

* โปรดดูภาพในหน้า 61 ประกอบ.

ในการดำเนินธุรกรรมการลงทุนตามหลักการมุซารอกะฮ์ หากเป็นการดำเนินธุรกรรมในด้านตลาดเงิน สถาบันการเงินอิสลามและลูกค้าจะต้องลงทุนร่วมกัน ทั้งด้านเงินทุนและด้านบริหารจัดการ หากเกิดการขาดทุนทั้ง 2 ฝ่ายจะต้องช่วยกันรับผิดชอบความเสียหายตามสัดส่วนของการลงทุนหลักการร่วมลงทุนแบบนี้ เรียกว่า การร่วมลงทุนแบบถาวร (Permanent Musharakah) ซึ่งไม่นิยมนำมาใช้ในการให้สินเชื่อในสถาบันการเงินอิสลามมากนัก แต่จะใช้เมื่อมีการครอบครองในกิจการใดกิจการหนึ่ง



ภาพที่ 15 สินเชื่อภายใต้หลักการมุซารอกะฮ์

ในปัจจุบันประเทศไทยยังคงไม่ปรากฏการระดมทุนผ่านตราสารศุกุกประเภทดังกล่าวในตลาดทุนอิสลาม และการใช้ในลักษณะการให้สินเชื่อตามหลักการมุซารอกะฮ์ในตลาดเงินอิสลามของประเทศไทย

4.4.2 ปัญหาของการระดมทุนในตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) ภายในประเทศไทย

4.4.2.1 การกำหนดสัดส่วนการรับประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ระดมทุนหรือทรัสต์ตามพระราชบัญญัติธุรกรรมทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น การระดมทุนในตราสารศุกุกของประเทศไทยได้นำเอากลไกทรัสต์มาใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินธุรกรรมของตราสาร เนื่องจากการลงทุนที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลามนั้น นักลงทุนย่อมไม่สามารถได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนในรูปแบบ

ดอกเบี้ยอย่างเช่นตราสารหนี้โดยทั่วไป ดังนั้น การนำกลไกทรัสต์เข้ามาใช้จะทำให้นักลงทุนอยู่ในฐานะผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) จากทรัพย์สินที่ได้ถูกนำไปลงทุน และเข้าเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้นำไปลงทุนในฐานะ “เจ้าของทางธรรม” (Equitable ownership) ซึ่งสอดคล้องในเรื่องการได้รับผลประโยชน์ตอบแทนให้การลงทุนตามหลักศาสนาอิสลาม และยังสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของสถาบันซึ่งวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระบบการเงินอิสลามที่สำคัญ อันได้แก่ The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) และ The Islamic Financial Service Board (IFSB) อีกด้วย จากเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้ทรัสต์ถูกนำมาใช้เป็นกลไกในการดำเนินธุรกรรมตราสารศุกุก

อย่างไรก็ตาม การนำกลไกทรัสต์เข้ามาปรับใช้กับตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมหลากหลายประเภทที่สอดคล้องตามหลักศาสนาอิสลาม ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบที่แตกต่างกัน ดังจะเห็นได้จากตราสารศุกุกอ้างอิงการร่วมลงทุนตามหลักการมุซารอะฮ์ กรณีผู้ระดมทุนที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ประกาศตนเองเป็นทรัสต์เหนือทรัพย์สินอันไม่สามารถแบ่งแยกได้ของตน และเข้าเป็นผู้รับประโยชน์ด้วยในอีกฐานะหนึ่ง หากนำบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ที่ว่าด้วยเรื่องการกำหนดสัดส่วนของผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ระดมทุนหรือทรัสต์มาปรับใช้ ก่อให้เกิดผลกระทบกับผู้ระดมทุนและทรัสต์ที่อยู่ในฐานะผู้รับประโยชน์อย่างไร

โดยผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากปัญหาเรื่องการกำหนดสัดส่วนของผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ระดมทุนหรือทรัสต์ ตามความในบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 มาปรับใช้กับการระดมทุนในตราสารศุกุกอ้างอิงการร่วมลงทุนตามหลักการมุซารอะฮ์ในบทวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป

4.4.2.2 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารศุกุกอ้างอิงการร่วมลงทุนตามหลักการมุซารอะฮ์ตามกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนของประเทศไทย

เนื่องจากธุรกรรมตามหลักการมุซารอะฮ์ คือ การร่วมลงทุนระหว่างหุ้นส่วน โดยแบ่งปันผลกำไรและขาดทุนระหว่างกัน ดังนั้น เมื่อมีการนำธุรกรรมการร่วมลงทุนตามหลักการมุซารอะฮ์มาใช้เป็นธุรกรรมอ้างอิงการออกและเสนอขายตราสารศุกุกนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตรา

สารศุกุกอ้างอิงการร่วมลงทุนดังกล่าวนั้น ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารศุกุกตามกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนสามัญของไทยหรือไม่ อย่างไร เนื่องจากความสัมพันธ์ทางกฎหมายใดๆ ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ถือตราสารศุกุกย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของผู้ถือตราสารศุกุกอ้างอิงการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah)

กล่าวคือ ความสัมพันธ์ในลักษณะห้างหุ้นส่วนสามัญของประเทศไทยนั้น เกิดขึ้นเมื่อบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงนำทุนมาร่วมกัน เพื่อทำกิจกรรมร่วมกัน ด้วยประสงค์ที่จะแบ่งกำไรอันได้จากกิจการที่ทำนั้น และต้องร่วมกันรับผิดชอบกันเพื่อหนี้ทั้งปวงของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัด ซึ่งจากการศึกษาจากกรณีศึกษาของการระดมทุนผ่านตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุนตามหลักการมูซารอกะฮ์ในต่างประเทศ บางกรณีมีการระบุไว้ในร่างสัญญาก่อตั้งทรัสต์ของตราสารประเภทดังกล่าวว่าผู้ลงทุน (ผู้ถือศุกุก) ในรูปแบบมูซารอกะฮ์นั้นมีความเป็นหุ้นส่วนระหว่างกัน

หากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารศุกุกตามหลักการมูซารอกะฮ์ด้วยกันนั้นเข้าตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนสามัญของไทย จะทำให้ผู้ถือตราสารนั้นต้องร่วมกันรับผิดชอบกันเพื่อหนี้ทั้งปวงของผู้ถือตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุนตามหลักการมูซารอกะฮ์อย่างไม่จำกัด ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนสามัญเกิดขึ้นระหว่างผู้ถือตราสาร และจะต้องนำกฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนสามัญนั้นมาบังคับใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารศุกุกตามหลักการมูซารอกะฮ์

โดยผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารศุกุกอ้างอิงการร่วมลงทุนตามหลักการมูซารอกะฮ์ตามกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนของประเทศไทย ในบทวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป

บทที่ 5

บทวิเคราะห์และแนวทางในการแก้ไขปัญหา เกี่ยวกับการระดมทุนในตราสารศุฎกภายในประเทศไทย

5.1 บทวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนในตราสารศุฎกภายในประเทศไทย

5.1.1 ตราสารศุฎกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-Ijarah)

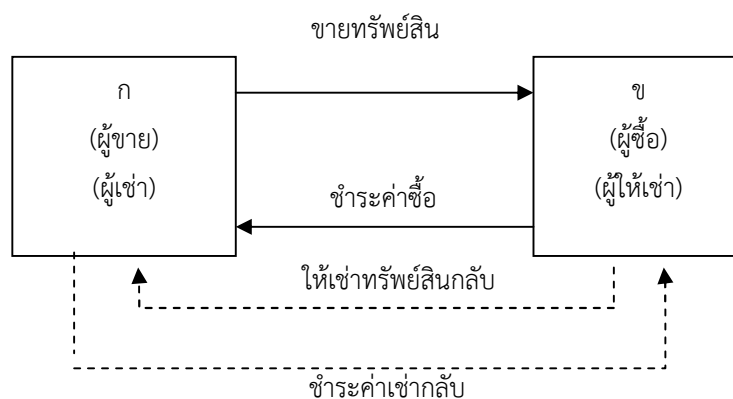
5.1.1.1 ความสามารถในการระดมทุนผ่านตราสารศุฎกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al- Ijarah) รูปแบบการขายไปและเช่ากลับ (sale and leaseback) ของหน่วยงานของรัฐ

เนื่องจากตราสารศุฎกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า หรือที่เรียกว่า ตราสารศุฎกอัจญเราะห์ (sukuk al-Ijarah) นั้นมีโครงสร้างภายในธุรกรรม 2 ประเภท คือ การขายและเช่ากลับ (sale and leaseback) และการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease)

สำหรับกรณีโครงสร้างการขายและเช่ากลับ (sale and leaseback) นั้นเป็นโครงสร้างการเช่าประเภทหนึ่งในทางกฎหมายของไทยนั้นไม่ได้มีการนิยามคำว่า “การขายและเช่ากลับ” (sale and leaseback) ไว้อย่างชัดเจน มีแต่เพียงความหมายทางการเงินเท่านั้น

โดยตามมาตรฐานการบัญชีมีการนิยามความหมายของการขายและเช่ากลับไว้โดยชัดเจน ตามความหมายในมาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 17 (ปรับปรุง 2552) เรื่อง สัญญาเช่า ได้นิยามความหมายของสัญญาเช่าไว้ว่า

“การขายและเช่ากลับ¹⁴¹ คือ การที่ผู้ขายสินทรัพย์แล้วและผู้ขายทำสัญญาเช่าสินทรัพย์นั้นกลับคืนมา จำนวนเงินที่ต้องจ่ายตามสัญญาเช่าและราคาขายจึงมักมีความสัมพันธ์กัน เนื่องจากได้มีการต่อรองราคารวมกัน วิธีปฏิบัติทางบัญชีสำหรับการขายและเช่ากลับขึ้นอยู่กับประเภทของสัญญาเช่าที่เกี่ยวข้อง “



ภาพที่ 16 อัตรกรรมการขายและให้เช่ากลับ (sale and leaseback)

จากนิยามและภาพข้างต้นอาจสรุปได้ว่า การขายและเช่ากลับ คือ การที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้ขายทรัพย์สินของตนเองให้แก่ผู้ซื้อ โดยผู้ซื้อทำหน้าที่ในการชำระราคาทรัพย์สินที่ตนซื้อให้แก่ผู้ขาย และผู้ขายเช่าทำข้อตกลงกับผู้ซื้อทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อเช่าทรัพย์สินนั้นกลับคืนมา โดยผู้ขายในฐานะผู้เช่ามีหน้าที่ในการชำระค่าเช่าให้แก่ผู้ซื้อซึ่งอยู่ในฐานะผู้ให้เช่าทรัพย์สิน

ดังนั้น จึงมีสัญญาตามกฎหมายว่าด้วยเรื่องเอกเทศสัญญาที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมการขายและเช่ากลับ 2 สัญญา คือ สัญญาซื้อขาย และสัญญาเช่าทรัพย์สิน

ประเด็นที่ต้องทำการพิจารณาในเรื่องการระดมทุนผ่านตราสารศุกูกอ้างอิงธุรกรรม การเช่า หรือ ศุกูกอิญเราะห์ (sukuk al-ijarah) ได้แก่ คุณสมบัติของผู้ระดมทุน และประเภทของทรัพย์สินที่นำมาระดมทุน

¹⁴¹ สภาวิชาชีพบัญชีในพระบรมราชูปถัมภ์, มาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 17 (ปรับปรุง 2552) เรื่อง สัญญาเช่า ข้อ 58 – 66[ออนไลน์], 20 ธันวาคม 2554. แหล่งที่มา http://www.fap.or.th/files/st_accounting/TAS17.pdf

1. คุณสมบัติของผู้ระดมทุน

เมื่อพิจารณาคำว่า “ผู้ระดมทุน” ที่จะเข้าระดมทุนผ่านตราสารศุกกตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น พบว่านิยามคำว่าผู้ระดมทุน ตามข้อ 1 ของข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการออกแลเสนอขายศุกกและการเปิดเผยข้อมูล¹⁴²ได้นิยามไว้ว่า “ผู้ระดมทุน (Originator หรือ Obligator) หมายความว่า กิจการที่ได้ใช้ประโยชน์จากเงินที่ได้จากการขายศุกก ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลเดียวกับทรัสต์ผู้ออกศุกกก็ได้”

อีกทั้งผู้ระดมทุนดังกล่าวนี้จะต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล กล่าวคือ ภายในข้อ 10 ของข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการออกแลเสนอขายศุกกและการเปิดเผยข้อมูลนั้นได้มีการระบุคุณสมบัติของผู้ระดมทุนในตราสารศุกกไว้ว่าต้องเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย หรือเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น หรือเป็นสาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน ดังความที่ปรากฏในข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการออกแลเสนอขายศุกกและการเปิดเผยข้อมูล¹⁴³

¹⁴²ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทด. 2/2554 เรื่อง ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุกกและการเปิดเผย

¹⁴³ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทด. 2/2554 เรื่อง ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุกกและการเปิดเผยข้อมูล

ข้อ 10 ผู้ระดมทุนต้องเป็นกิจการที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) เป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย
- (2) เป็นนิติบุคคลที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น
- (3) เป็นสาขานิติบุคคลต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน

ผู้ระดมทุนตามวรรคหนึ่งต้องได้รับมติโดยชัดแจ้งจากคณะกรรมการของผู้ระดมทุนให้ระดมทุนด้วยวิธีการออกศุกกได้ เว้นแต่ผู้ระดมทุนเป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามวรรคหนึ่ง (1) ต้องได้รับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียง

ในกรณีที่ผู้ออกตราสารศุกกและผู้ระดมทุนเป็นบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย ก็เป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเรื่อง หุ้นส่วนและบริษัท และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

ส่วนกรณีธนาคารต่างประเทศซึ่งมีสาขาเต็มรูปแบบในประเทศไทยเป็นไปตามกฎหมายและประกาศหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องของธนาคารแห่งประเทศไทย โดยธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศที่จะเข้ามาตั้งสาขาภายในประเทศไทยจะต้องดำเนินการตามบทบัญญัติมาตรา 10¹⁴⁴ ของพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551

จากนิยามและคุณสมบัติของผู้ระดมทุนในข้างต้นจึงสามารถสรุปได้ว่าผู้ระดมทุน (Originator) ในตราสารศุกกตามกฎหมายไทยนั้นจะต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งนิติบุคคลที่มีคุณสมบัติตามประกาศว่าด้วยเรื่องข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการออกแลเสนอขายศุกกและการเปิดเผยข้อมูลนั้นอาจเป็นได้ทั้งนิติบุคคลเอกชนและนิติบุคคลมหาชน

ก. นิติบุคคลเอกชน

นิติบุคคลเอกชน เกิดขึ้นโดยการรับรองของกฎหมาย ซึ่งสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลเอกชนนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติรับรองอำนาจของนิติบุคคลเอกชนไว้ รวมถึงเรื่องความสามารถในการเข้าทำสัญญาของนิติบุคคลเอกชน และสิทธิในการจัดการทรัพย์สินของนิติบุคคลเอกชน

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551

มาตรา 10 ธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศจะตั้งสาขาเพื่อประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทยตามพระราชบัญญัตินี้ได้ เมื่อได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย ทั้งนี้ ในการอนุญาตดังกล่าว รัฐมนตรีจะกำหนดหลักเกณฑ์ตามที่เห็นสมควรก็ได้

ในการขอรับใบอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้ธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศแสดงหนังสือยินยอมให้ยื่นคำขอจัดตั้งสาขาจากหน่วยงานผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการกำกับและตรวจสอบธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศนั้นต่อรัฐมนตรีโดยผ่านธนาคารแห่งประเทศไทยด้วย

การขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ตลอดจนเสียค่าธรรมเนียมตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย

ดังปรากฏตามความในบทบัญญัติของกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ความตามมาตรา 65 และมาตรา 66 ดังนี้

“มาตรา 65 นิติบุคคลจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่น”

“มาตรา 66 นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ภายในขอบแห่งอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ที่ได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้ง”

จากความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้กล่าวมาข้างต้น อาจสรุปได้ว่านิติบุคคลอาจเกิดขึ้นได้โดยอาศัยอำนาจของกฎหมายรับรองให้มีสภาพบุคคลขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายอื่นๆ โดยนิติบุคคลนั้นจะมีสิทธิ และหน้าที่ภายในขอบแห่งอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ตามกฎหมายข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้ง

เมื่อนิติบุคคลเกิดขึ้นจากการอาศัยอำนาจจากความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 65 เกิดเป็นนิติบุคคลเอกชนขึ้น โดยนิติบุคคลที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันรับรอง มีอยู่ด้วยกัน 5 แบบ ได้แก่ สมาคม มูลนิธิ ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด และบริษัทจำกัด นิติบุคคลเหล่านี้จัดตั้งขึ้นโดยเอกชนแสดงเจตนาจัดตั้งนิติบุคคลขึ้น โดยทำเป็นสัญญาจัดตั้งสมาคม ห้างหุ้นส่วน หรือบริษัท หรือทำเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวแสดงเจตนาจัดตั้งกองทรัพย์สินขึ้นเป็นมูลนิธิ แล้วเข้าไปขอจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงาน เมื่อเจ้าพนักงานจดทะเบียนให้แล้ว สมาคม ห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือมูลนิธิที่ขอจัดตั้งขึ้นก็จะมีฐานะเป็นนิติบุคคลขึ้นมา อาจกล่าวได้ว่า การจัดตั้งนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น โดยหลักแล้วเป็นการจัดตั้งนิติบุคคลในระบบจดทะเบียน (normative system)¹⁴⁵

¹⁴⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ว่าด้วยบุคคลธรรมดา (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2549), หน้า 185.

เมื่อวิเคราะห์ประกอบกับธุรกรรมอ้างอิงภายในโครงสร้างตราสารศุภกประเภทการขายไปและซื้อกลับ (sale and leaseback) พบว่าภายในตราสารนั้นประกอบด้วย 2 ประเภทสัญญา คือ สัญญาซื้อขาย และสัญญาเช่าทรัพย์สิน

การในประเด็นเรื่องสัญญาซื้อขาย เมื่อพิจารณาความสามารถในการดำเนินกิจกรรมของนิติบุคคลเอกชนนั้น พบว่านิติบุคคลเอกชนนั้นสามารถกระทำใดๆ ดังเช่นบุคคลธรรมดาได้ เนื่องจากนิติบุคคลมีสภาพบุคคลเป็นเอกเทศของตนเอง ย่อมมีสิทธิหน้าที่ของตนได้ เช่นบุคคลธรรมดา แต่ไม่ใช่นิติบุคคลเอกชนนั้นจะกระทำการได้อย่างไร้ขอบเขต กฎหมายได้วางหลักข้อจำกัดขอบเขตแห่งสิทธิและหน้าที่ของนิติบุคคลไว้ในมาตรา 66¹⁴⁶ และ 67¹⁴⁷ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ นิติบุคคลนั้นจะถูกจำกัดโดยขอบเขตแห่งวัตถุประสงค์หรืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายตามข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้ง และถูกจำกัดโดยสภาพแห่งสิทธิหน้าที่อันพึงกระทำได้เฉพาะบุคคลธรรมดา

ซึ่งในกรณีการเข้าทำสัญญาซื้อขาย และสัญญาเช่าทรัพย์สินของนิติบุคคลเอกชนนั้น หากการกระทำดังกล่าวของผู้แทนนิติบุคคลนั้นเป็นไปตามขอบอำนาจหรือขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลเอกชนดังกล่าว การกระทำดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันนิติบุคคลนั้น

ข. นิติบุคคลมหาชน

สำหรับนิติบุคคลมหาชนนั้นมีลักษณะคล้ายกับนิติบุคคลเอกชน เนื่องจากเป็นการรับรองสภาพความเป็นบุคคลสมมุติขึ้นมา เพื่อประโยชน์ในการดำเนินภารกิจของรัฐ ซึ่งมีความแตกต่างจากนิติบุคคลเอกชน ในเรื่องกฎหมายที่บัญญัติรับรองอำนาจของนิติบุคคลมหาชนนั้นเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ โดยนิติบุคคลมหาชนนั้นจะมีความซับซ้อนในเรื่องการจัดการทรัพย์สิน

¹⁴⁶ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 66 นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ภายในขอบแห่งอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ที่ได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้ง

¹⁴⁷มาตรา 67 ภายใต้บังคับมาตรา 66 นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีพึงเป็นได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น

นิติบุคคลมหาชน หมายถึง นิติบุคคลที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมายอื่นใด นอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอาจจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการจัดตั้งนิติบุคคลมหาชน นิติบุคคลเหล่านี้ ได้แก่ ทบวงการเมือง องค์กร และหน่วยงานของรัฐ และยังมีนิติบุคคลอื่นๆ ตามกฎหมายพิเศษฉบับต่างๆ อีกมากมาย เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้ง

อย่างไรก็ตามในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใหม่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ยกเลิกบทบัญญัติที่กระทรวง ทบวง กรม มีฐานะเป็นนิติบุคคลเสีย ซึ่งสันนิษฐานว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประสงค์ที่จะให้มีการแยกนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนออกจากนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน กระทรวง ทบวง กรม ซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนจึงไม่ควรบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน นอกจากนี้ การยกเลิกความเป็นนิติบุคคลของกระทรวง ทบวง กรม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน นอกจากนี้ การยกเลิกความเป็นนิติบุคคลของกระทรวง ทบวง กรม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มิได้กระทบต่อความเป็นนิติบุคคลของกระทรวง ทบวง กรม แต่ประการใดเพราะกระทรวง ทบวง กรม ก็ยังคงมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่อไปตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน¹⁴⁸

ซึ่งจากการพิจารณาในเบื้องต้นถึงคุณสมบัติของผู้ระดมทุนในตราสารศุกุที่ปรากฏในประกาศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องข้อกำหนดการออกและเสนอขายศุกุและการเปิดเผยข้อมูล พบว่าผู้ระดมทุนอาจเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น ดังนั้น นิติบุคคลมหาชนที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น เช่น นิติบุคคลที่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งเป็นการเฉพาะนั้น ย่อมมีคุณสมบัติที่สามารถจะเป็นผู้ระดมทุน ตามความหมายของประกาศที่เกี่ยวข้องกับเรื่องข้อกำหนดการออกและเสนอขายศุกุและการเปิดเผยข้อมูลได้

แต่เช่นเดียวกับในกรณีนิติบุคคลเอกชนจะสามารถระดมทุนโดยการออกตราสารศุกุได้หรือไม่นั้น ต้องเป็นไปตามขอบวัตถุประสงค์แห่งตราสารจัดตั้งของนิติบุคคล

¹⁴⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ เรื่อง สภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการไทย,” 6 กันยายน 2539.

ดังกล่าวฉันใด นิติบุคคลมหาชนก็เช่นเดียวกัน ต้องพิจารณาว่ามีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่นิติบุคคลมหาชนนั้นๆ ในการระดมทุนได้หรือไม่ โดยสามารถพิจารณาได้จากขอบวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติจัดตั้งนิติบุคคลดังกล่าวเป็นรายๆ ไป ซึ่งโดยหลักแล้วหน่วยงานของรัฐนอกจากกระทรวงการคลังจะทำการกู้หรือค้าประกันไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ

ดังนั้น อาจแบ่งการระดมทุนของส่วนราชการและหน่วยงานราชการออกเป็น 2 ประเภท คือ ส่วนราชการและหน่วยงานราชการที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจการกู้ยืมเงินไว้เป็นการเฉพาะ และส่วนราชการและหน่วยงานราชการที่มีกฎหมายให้อำนาจการกู้ยืมเงินไว้เป็นการเฉพาะ

โดยการระดมทุนของส่วนราชการไทยส่วนใหญ่ในปัจจุบันเป็นหน้าที่ของกระทรวงการคลัง โดยสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ (สบน.) ที่มีพันธกิจในการบริหารหนี้สาธารณะตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะ ซึ่งหนี้สาธารณะดังกล่าว คือ หนี้ที่กระทรวงการคลังหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจกู้ แต่ไม่รวมถึงหนี้ของรัฐวิสาหกิจที่ทำธุรกิจให้กู้ยืมเงินโดยกระทรวงการคลังไม่ได้ค้าประกัน

และกรณีที่ส่วนราชการและหน่วยงานราชการที่มีกฎหมายให้อำนาจการกู้ยืมเงินไว้เป็นการเฉพาะ ตัวอย่างเช่น กรณีนิติบุคคลมหาชนที่เป็นรัฐวิสาหกิจ เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ในบทบัญญัติมาตรา 9 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

“ให้ กผผ. มีอำนาจกระทำการใดๆ ภายในขอบวัตถุประสงค์ตามมาตรา 6 อำนาจเช่นว่านั้นให้รวมถึง....

(7) ออกพันธบัตรหรือตราสารอื่นใดเพื่อการลงทุน...”

จากตัวอย่างจะเห็นว่า การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กผผ.) นั้นย่อมมีอำนาจในการระดมทุนผ่านตราสารใดๆ ก็ได้ เนื่องจากมีกฎหมายจัดตั้งได้ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ

ดังนั้น คุณสมบัติของผู้ระดมทุนที่เป็นนิติบุคคลมหาชนนั้น ย่อมต้องพิจารณากฎหมายที่ให้อำนาจไว้โดยเฉพาะเป็นรายกรณีไป ว่านิติบุคคลดังกล่าวนั้นมีขอบวัตถุประสงค์ที่สามารถระดมทุนโดยการออกพันธบัตรหรือตราสารอื่นหรือการกู้ยืมเงินได้หรือไม่ หากมีกฎหมายให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ นิติบุคคลมหาชนดังกล่าวย่อมสามารถกระทำการระดมทุนผ่านตราสารศุภก

2. ประเภทของทรัพย์สินที่นำมาระดมทุน

สำหรับประเภทของทรัพย์สินที่นำมาระดมทุนนั้น สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทหลัก คือ ทรัพย์สินของเอกชน และทรัพย์สินของแผ่นดิน

ก ทรัพย์สินของเอกชน

ทรัพย์สินของเอกชน หมายถึง บรรดาทรัพย์สินที่เอกชนสามารถถือเอาได้ และเป็นเจ้าของได้ ไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากมีกฎหมายรับรองสิทธิและอนุญาตให้ถือครอบทรัพย์สินนั้นๆ ได้

ซึ่งตามความในมาตรา 1336¹⁴⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติรับรองสิทธิในทางทรัพย์สินของเอกชนเอาไว้ ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ นอกจากนั้นยังมีการบัญญัติรับรองสิทธิในที่ดินให้แก่เอกชนในลักษณะต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายที่ดินไว้อีกด้วย

จากบทบัญญัติข้างต้นของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ทำให้เจ้าของทรัพย์สินซึ่งในที่นี้คือเอกชนมีสิทธิในการใช้สอย และสิทธิจำหน่ายทรัพย์สินของตน และสิทธิในการได้รับดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น อีกทั้งยังมีสิทธิติดตามและเอาคืนทรัพย์สินของตนจาก

¹⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1336 ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

บุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย

เมื่อทำการวิเคราะห์ประกอบกับโครงสร้างของตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-Ijarah) รูปแบบการขายไปและเช่ากลับ (sale and leaseback) นั้นพบว่าเมื่อเอกชนได้รับการรับรองสิทธิในทางทรัพย์สินภายใต้บทบัญญัติมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว เอกชนผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นย่อมมีสิทธิในการซื้อขายทรัพย์สินของตน ไม่ว่าจะเป็นการโอนในทางทะเบียน โดยการทำหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นการส่งมอบและชำระราคา

อีกทั้งในเรื่องการทำสัญญาการเช่าทรัพย์สินที่ตนได้ขายนั้น กลับคืน ย่อมสามารถกระทำการได้เช่นเดียวกัน หากการเช่าทรัพย์สินดังกล่าวนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์การเช่าทรัพย์สินตามกฎหมายเอกเทศสัญญาลักษณะเช่าทรัพย์สิน กล่าวคือ ในกรณีการเช่าสังหาริมทรัพย์ กฎหมายไม่ได้มีการกำหนดว่าจะต้องกระทำตามแบบ ดังนั้น แม้ทำสัญญาเช่าสังหาริมทรัพย์โดยวาจาก็อาจกระทำได้และมีผลผูกพันคู่สัญญาดังกล่าว ไม่ว่าจะมูลค่าในการเช่าสังหาริมทรัพย์จะมีมูลค่ามากน้อยเพียงใด และมีระยะเวลาากน้อยเพียงใด

สำหรับกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นแตกต่างไปตามระยะเวลาในการเช่าทรัพย์สินนั้น กล่าวคือ กรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 3 ปี และไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการเช่าตลอดอายุของผู้เช่าหรือของผู้ให้เช่า กรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีกำหนดระยะเวลา 3 ปีขึ้นไป และการเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาตลอดอายุของผู้เช่าหรือของผู้ให้เช่า

(1) กรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 3 ปี และไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการเช่าตลอดอายุของผู้เช่าหรือของผู้ให้เช่า การเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 3 ปีนั้น ถ้าไม่ได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ จะไม่สามารถฟ้องร้องให้บังคับคดีได้

(2) กรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีกำหนดระยะเวลา 3 ปีขึ้นไป การเช่ามีมีกำหนดมากกว่า 3 ปีขึ้นไป หรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่า ถ้าไม่ได้ทำ

เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การเช่าดังกล่าวนั้นจะสามารถฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียงแค่ 3 ปีเท่านั้น

(3) กรณีการเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาตลอดอายุของผู้เช่าหรือของผู้ให้เช่า การเช่ามีกำหนดตลอดอายุ ของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่า ถ้าไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การเช่าดังกล่าวนั้นจะสามารถฟ้องร้องให้บังคับคดีได้แต่เพียงแค่ 3 ปีเท่านั้น และหากปรากฏว่าการทำสัญญาเช่ากันโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือทำเป็นหนังสือ แต่คู่กรณีทำสัญญากันในลักษณะที่หลีกเลี่ยงการจดทะเบียน และรวมระยะเวลาของสัญญาทั้งหมดเกินกว่า 3 ปี สัญญาเช่านั้นมีผลบังคับได้แต่เพียง 3 ปีเช่นกัน¹⁵⁰

ข ทรัพย์สินของมหาชน

ทรัพย์สินของแผ่นดิน หมายถึง บรรดาทรัพย์สินที่แผ่นดินหรือรัฐเป็นเจ้าของทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินของแผ่นดินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์อาจจะเป็นที่ดิน หรือสิ่งปลูกสร้างลงบนที่ดิน หรือทรัพย์ที่ติดกับที่ดินมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายที่ดิน และพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ.2518 เป็นต้น¹⁵¹

ทรัพย์สินของแผ่นดิน อาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา และสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

(1) ทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา

ทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา หมายถึง ทรัพย์สินที่เป็นของรัฐไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ กรณีทรัพย์สินของแผ่นดินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ รถยนต์ของทางราชการ เอกสาร หนังสือ ตู้ โต๊ะ เก้าอี้ วัสดุ ครุภัณฑ์ของราชการ ที่ราชพัสดุซึ่งให้

¹⁵⁰ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายเช่าทรัพย์ – เช่าซื้อ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548), หน้า 86.

¹⁵¹ ศรีราชา เจริญพานิช, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2553), หน้า

เอกชนเช่า (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 837/2492) ทรัพย์สินที่ศาลสั่งริบเป็นของแผ่นดินตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น¹⁵² ทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดาที่มีลักษณะเช่นเดียวกับทรัพย์สินของเอกชน อาจโอน ขาย จำหน่ายได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินของเอกชน เพียงแต่ต้องมีการดำเนินการตามระเบียบขั้นตอนให้ถูกต้องตามกฎหมาย (ยกเว้นกรณีตามมาตรา 1307) ผิดกับทรัพย์สินของแผ่นดินประเภทสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งไม่อาจจะโอนให้แก่กันได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา และห้ามมิให้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับแผ่นดินในเรื่องทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน¹⁵³

(2) สาธารณสมบัติของแผ่นดิน

สาธารณสมบัติของแผ่นดิน หมายถึง ทรัพย์สินของแผ่นดินทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสงวนไว้เพื่อใช้ประโยชน์ร่วมกัน

ในเรื่องทรัพย์สินของแผ่นดินนั้นได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ในมาตรา 1304-1307 ดังจะเห็นได้จากตารางเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสาธารณสมบัติของแผ่นดินและทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา

¹⁵² บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์, ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์หนังสือเนติบัณฑิตสภา, 2542), หน้า 132.

¹⁵³ ศรีราชา เจริญพานิช, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 66.

ตารางที่ 2 ความแตกต่างระหว่างสาธารณสมบัติของแผ่นดินและทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา¹⁵⁴

| | สาธารณสมบัติของแผ่นดิน | ทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา |
|---------------|--|---------------------------|
| ความหมาย | <ul style="list-style-type: none"> - ทรัพย์สินที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ หรือ - ทรัพย์สินที่สงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน (มาตรา 1304) | |
| ผลในทางกฎหมาย | <ul style="list-style-type: none"> - ห้ามโอน (มาตรา 1305) - ห้ามยึด (มาตรา 1307) - ห้ามยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ (มาตรา 1306) | - ห้ามยึด (มาตรา 1307) |

สาธารณสมบัติของแผ่นดิน บัญญัติไว้ในมาตรา 1304 ทั้งสามอนุมาตรา เป็นเพียงตัวอย่างที่กฎหมายระบุไว้ เพราะกฎหมายใช้คำว่า “เช่น” จึงมิได้หมายความว่าเฉพาะที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (1) (2) และ (3) เท่านั้น อาจจะมีมากกว่านี้ หากทรัพย์สินดังกล่าวนั้นเข้าหลักเกณฑ์ที่ว่า เป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน และใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน ทรัพย์สินดังกล่าวนั้นก็ย่อมเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินทั้งสิ้น¹⁵⁵

และเนื่องจากโครงสร้างของตราสารศุกูกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการขายและเช่ากลับ (sale and leaseback) เป็นโครงสร้างธุรกรรมที่มีการขายทรัพย์สินโดยการโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินให้แก่ทรัสต์ ดังนั้นทรัพย์สินที่จะใช้ในการอ้างอิงธุรกรรมการขายไปและเช่ากลับนั้นจึงต้องเป็นทรัพย์สินประเภทที่สามารถขายได้

เมื่อพิจารณาจากประเภทของทรัพย์สินของแผ่นดิน ทรัพย์สินที่จะสามารถทำการซื้อขายได้นั้นจะต้องเป็นทรัพย์สินประเภททรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา ซึ่งมีลักษณะ

¹⁵⁴ ธรรมรังสี วรรณโก, “ระบบการจัดการที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 20 – 55.

¹⁵⁵ ศรีราชา เจริญพานิช, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 65.

เช่นเดียวกับทรัพย์สินของเอกชน โดยอาจกระทำการโอน ขาย จำหน่ายได้เช่นเดียวกับทรัพย์สินของเอกชน เพียงแต่ต้องมีการดำเนินการตามระเบียบขั้นตอนให้ถูกต้องตามกฎหมาย

แต่สำหรับในกรณีทรัพย์สินของแผ่นดินประเภทสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น เป็นทรัพย์สินซึ่งไม่อาจจะโอนให้แก่กันได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจแห่งบทกฎหมายเฉพาะหรือพระราชกฤษฎีกา อีกทั้งยังห้ามมิให้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับแผ่นดินในเรื่องทรัพย์สินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินอีกด้วย

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าทรัพย์สินที่จะมีการนำมาใช้อ้างอิงในธุรกรรม การขายไปและเช่ากลับในโครงสร้างของตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการขายและเช่ากลับ (sale and leaseback) คือ ทรัพย์สินของแผ่นดินประเภททรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา โดยทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดานั้นเป็นทรัพย์สินของรัฐที่มีเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งจะอยู่ในความดูแลของกรมธนารักษ์โดยจะนำไปจัดหาผลประโยชน์ รวมถึงการจำหน่าย จ่าย โอน หรือให้เช่า หรือทำประโยชน์อย่างอื่นได้ โดยไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์ที่กฎหมายห้ามซื้อขาย และโอนให้แก่กัน

5.1.1.2 การตีความธุรกรรมภายในตราสารศุกุกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease)

เนื่องจากโครงสร้างตราสารศุกุกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease-sub lease) เป็นธุรกรรมอ้างอิงตราสารศุกุกที่มีกลไกภายในตราสาร คือ การเช่าไปและเช่ากลับ ดังนั้น สัญญาที่เกี่ยวข้องในการอ้างอิงธุรกรรมดังกล่าว จึงมีเพียงสัญญาเช่าทรัพย์สินเท่านั้น แตกต่างจากตราสารศุกุกอ้างอิงการเช่ารูปแบบการขายไปและเช่ากลับ (sale and leaseback) ที่ได้กล่าวถึงในข้างต้น

ดังที่ได้ทำการวิเคราะห์ในประเด็นเรื่องทรัพย์สินที่จะนำมาใช้ในการระดมทุนในตราสารศุกุกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah)รูปแบบการขายไปและเช่ากลับ (sale and leaseback) จะต้องเป็นทรัพย์สินที่สามารถทำการซื้อขายได้ เนื่องจากโครงสร้างของตราสารนั้นต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินของผู้ระดมทุนไปยังทรัสต์ ดังนั้น ทรัพย์สินที่ใช้ในการระดมทุน

ประเภทดังกล่าวจึงต้องเป็นทรัพย์สินของเอกชน หรือ ทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดาเท่านั้น แต่ในกรณีทรัพย์สินของแผ่นดินประเภทสาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นไม่สามารถจะทำการซื้อขายได้โดยง่าย กล่าวคือ หากจะทำการซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าวต้องกระทำโดยการออกพระราชกฤษฎีกาในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว

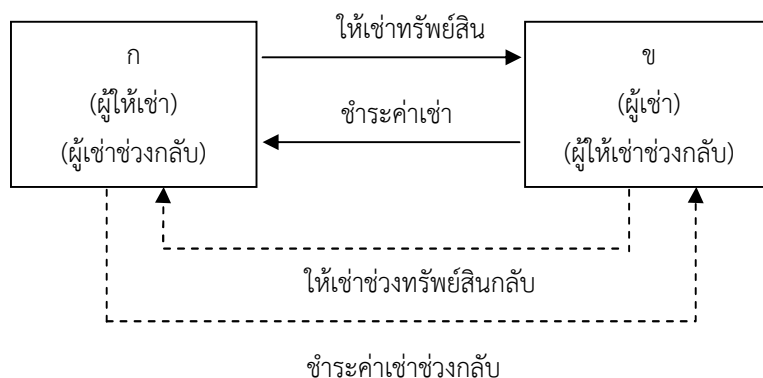
แต่ในกรณีโครงสร้างตราสารศุกูกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-Ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease–sub lease) ไม่ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทางทรัพย์สินออกไป เนื่องจากตามหลักกฎหมายในเรื่องการเช่าทรัพย์สินนั้น ผู้ให้เช่าทรัพย์สินไม่จำเป็นต้องมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตนเช่า โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 537¹⁵⁶ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พบว่าไม่ได้มีการกำหนดว่าผู้ให้เช่านั้นจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ให้เช่า ดังนั้น โดยหลักแล้วผู้ให้เช่าจึงไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ให้เช่า อีกทั้งวัตถุประสงค์ของการเช่ามีเพียงว่า ให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินที่เช่า ดังนั้น เมื่อผู้เช่าได้รับประโยชน์สมเจตจำนงแล้ว ทรัพย์สินจะเป็นของผู้ใดก็ไม่ใช่ว่าสิ่งที่จะต้องคำนึง¹⁵⁷

ดังนั้น เมื่อไม่จำเป็นต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทางทรัพย์สินภายในตราสารศุกูกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-Ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease) จึงสามารถนำทรัพย์สินประเภทสาธารณสมบัติของแผ่นดิน นำมาใช้ในโครงสร้างธุรกรรมตราสารดังกล่าวได้

¹⁵⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 537 อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้ให้เช่าตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งชั่วระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น

¹⁵⁷ มานะ พิทยาภรณ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของและรับขน(กรุงเทพมหานคร : บริษัท พัลลิกบิสเนสพริ้นท์ จำกัด, 2531), หน้า 18.



ภาพที่ 17 การเช่าไปและเช่ากลับแบบ head lease – sub lease

แม้ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มี การเสนอขายตราสารศุกุกเกิดขึ้นภายในประเทศไทยจึงยังไม่มีแนวทางการตีความนิติกรรม การเช่าทรัพย์สินที่เกิดจากการดำเนินธุรกรรมตราสารศุกุกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) โดยตรง แต่จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าเคยมีการตีความในแนววินิจฉัยในข้อหาหรือภาษีอากรของกรมสรรพากรในเรื่องกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย และบริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด ซึ่งลักษณะโครงสร้างของการระดมทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวนั้นมีการเช่าทรัพย์สินในลักษณะคล้ายคลึงกับตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรม การเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease)

เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจในปัญหาที่วิเคราะห์ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์พอสังเขป กล่าวคือ กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์เป็นกองทุนรวมประเภทหนึ่งที่มีรูปแบบการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ที่หลากหลาย เช่น โรงแรม เซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ อาคารสำนักงาน อาคารโรงงาน อาคารศูนย์การค้า เป็นต้น โดยกองทุนอาจซื้ออสังหาริมทรัพย์นั้นมาเป็นกรรมสิทธิ์ (Freehold)* หรือลงทุนในสิทธิการเช่าของอสังหาริมทรัพย์ (leasehold)* ก็ได้ และ

* การซื้ออสังหาริมทรัพย์นั้นมาเป็นกรรมสิทธิ์ (freehold) คือ กองทุนรวมซื้อและได้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นๆ ซึ่งกรณีนี้ รายได้ของกองทุนรวมจะมาจาก การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นและนำรายได้จากการปล่อยเช่าพื้นที่มาจ่ายเป็นเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นรายละ และรายได้จากการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์เมื่อเลิกกองทุนรวม ดังนั้น หากมูลค่าการขายอสังหาริมทรัพย์ที่กองทุนรวมถือกรรมสิทธิ์อยู่มีมูลค่าสูงขึ้นกว่าตอนที่กองทุน

นำอสังหาริมทรัพย์ไปปล่อยเช่าต่อ เพื่อให้กองทุนมีรายได้จากค่าเช่า¹⁵⁸ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับตราสารศุภก อ่างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease) เนื่องจากเป็นการระดมเงินทุนจากนักลงทุนและมีรายได้ในการลงทุนมาจากค่าเช่าเช่นเดียวกัน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะในเบื้องต้นของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ พบว่ามีลักษณะโครงสร้างที่คล้ายคลึงกับตราสารศุภก อ่างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease) แล้ว สิ่งซึ่งต้องคำนึงเป็นประการต่อมา คือ จะมีการตีความตราสารศุภก อ่างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-ijarah) ไปในทิศทางเดียวกันกับกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์หรือไม่ เนื่องจากเคยมีกรณีการตีความเกี่ยวกับนิติกรรมการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของกองทุนรวมประเภทอสังหาริมทรัพย์ (Property Fund) ของหน่วยงานภาครัฐ ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาหากมีการนำแนวทางการตีความดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการตีความนิติกรรมการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในตราสารศุภก อ่างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-ijarah) ที่จะมีการออกและเสนอขายแก่นักลงทุนในอนาคต

กรณีการตีความเกี่ยวกับนิติกรรมการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของกองทุนรวมประเภทอสังหาริมทรัพย์ (Property Fund) ที่หน่วยงานของรัฐได้มีการวินิจฉัยไว้ คือ แนววินิจฉัยใน

รวมเช่าไปซื้อในตอนแรก มูลค่าหน่วยลงทุนที่ผู้ลงทุนจะได้รับคืนก็จะเพิ่มสูงขึ้นด้วย ซึ่งเท่ากับว่าผู้ถือหน่วยจะมีโอกาสได้รับผลตอบแทนในรูปกำไรที่เกิดจากส่วนต่างของราคาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ด้วยอีกทางหนึ่ง

* การลงทุนในสิทธิการเช่าของอสังหาริมทรัพย์ (leasehold) คือ กองทุนรวมไม่ได้ซื้อตัวอสังหาริมทรัพย์ แต่ซื้อสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ จึงไม่มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ลงทุน จะมีเพียงสิทธิในการนำอสังหาริมทรัพย์นั้นไปหาผลตอบแทนในช่วงระยะเวลาของสัญญาเช่า เช่น 20 ปี หรือ 30 ปี ซึ่งถ้าครบกำหนดสัญญาเช่าก็ต้องคืนอสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าของ ดังนั้น เมื่อหมดอายุสัญญาเช่าแล้ว มูลค่าหน่วยลงทุนก็จะ เป็นศูนย์ เพราะไม่มีการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ออกไป กองทุนจะได้รับรายได้ค่าเช่าในช่วงที่อยู่ในระยะเวลาสิทธิการเช่าเท่านั้น แต่จะไม่ได้รับผลตอบแทนในรูปของส่วนต่างกำไรจากการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์เหมือนแบบการซื้ออสังหาริมทรัพย์นั้นมาเป็นกรรมสิทธิ์ (freehold) อย่างไรก็ตาม ผู้ลงทุนในกองทุนรวมประเภทนี้ ก็อาจจะได้รับเงินลงทุนคืนในกรณีที่กองทุนรวมมีการลดทุน ซึ่งเกิดจากการประเมินมูลค่าสิทธิการเช่าที่ลดลงทุกปี จึงทำให้เกิดตัวเลขขาดทุนทางบัญชีที่ยังไม่เกิดขึ้น (unrealized loss)

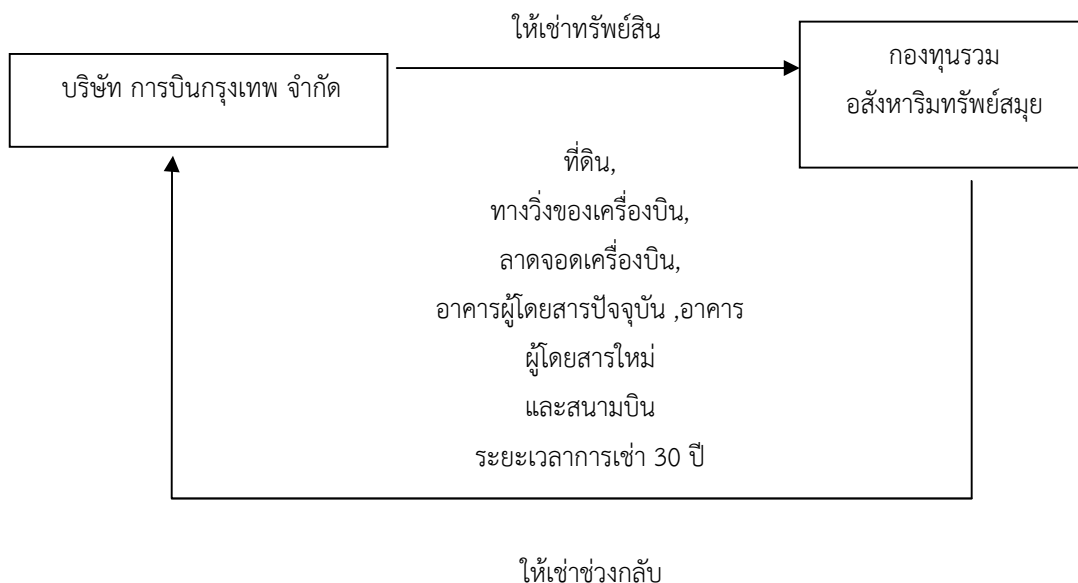
¹⁵⁸ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, รู้จักกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ [ออนไลน์], 20 มีนาคม 2554. แหล่งที่มา http://www.sec.or.th/webedu/content.html?menu_id=100

ข้อหาหรือภาษีอากรของกรมสรรพากรในเรื่องกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย และบริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด¹⁵⁹

กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย เป็นกองทุนรวมสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ประเภทไม่รับซื้อคืนหน่วยลงทุนโดยบริษัทจัดการจะยื่นคำขอต่อตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เพื่อให้รับหน่วยลงทุนเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนภายใน 60 วัน นับแต่วันจดทะเบียนกองทุนรวม โดยมีนโยบายในการลงทุนในครั้งแรกนั้นกองทุนรวมจะทำการลงทุนในสิทธิการเช่าระยะยาวในทรัพย์สินที่เช่า ได้แก่ ที่ดิน ทางวิ่งและลานจอด และสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่เช่า ซึ่งปัจจุบันใช้ในการดำเนินกิจการสนามบินสมุย โดยการเข้าทำสัญญาเช่าระยะยาว และสัญญาตกลงกระทำการ (Undertaking Agreement) กับบางกอกแอร์เวย์ส ในขณะเดียวกันกองทุนรวมประสงค์ที่จะจัดหาผลประโยชน์จากการลงทุนโดยการเข้าทำสัญญาสนามบินสมุยซึ่งประกอบไปด้วยสัญญาเช่าช่วงสำหรับทรัพย์สินที่เช่าเป็นระยะเวลา 3 ปี (พร้อมค้ำประกันจะเช่าเป็นระยะเวลา 9 ครั้ง ครั้งละ 3 ปี) และสัญญาให้บริการระบบเป็นระยะเวลา 30 ปี¹⁶⁰

¹⁵⁹ กรมสรรพากร, ข้อหาหรือกรมสรรพากร เรื่อง กรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ เลขที่หนังสือ กค 0706 (กม.06)/687[ออนไลน์], 20 มิถุนายน 2554. แหล่งที่มา <http://www.rd.go.th/publish/38394.0.html>

¹⁶⁰ กองทุนรวมสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์สนามบินสมุย, รายละเอียดของกองทุน[ออนไลน์], 20 มิถุนายน 2554. แหล่งที่มา : <http://www.samuiairportpropertyfund.com/th/aboutTheFund.asp>



ภาพที่ 18 โครงสร้างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย

โดยขั้นตอนในโครงสร้างของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ มีดังนี้ คือ

ก. กองทุนรวมจัดหาผลประโยชน์จากการลงทุนโดยการเช่าทำสัญญาสนามบินสมุย ซึ่งประกอบไปด้วยสัญญาเช่าช่วงสำหรับทรัพย์สินที่เช่าเป็นระยะเวลา 3 ปี (พร้อมค้ำประกันจะเช่าเป็นระยะเวลา 9 ครั้ง ครั้งละ 3 ปี) และสัญญาให้บริการระบบเป็นระยะเวลา 30 ปี

ข. ในเบื้องต้นบางกอกแอร์เวย์สต้องการที่จะเช่ากลับเป็นระยะเวลา 30 ปี ซึ่งกรมที่ดินแจ้งว่าการให้เช่าและเช่ากลับโดยคู่สัญญาเดียวกันไม่สามารถจดทะเบียนได้ อย่างไรก็ตาม การจดทะเบียนที่สั้นกว่า 3 ปี ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียน ดังนั้น ทางออกจึงเป็นการเช่ากลับเป็นระยะเวลา 3 ปี พร้อมค้ำประกันว่าจะเช่าด้วยข้อตกลงและเงื่อนไขเดิม เป็นระยะเวลา 9 ครั้ง

ค. ในการต่อสัญญาเช่าช่วง บางกอกแอร์เวย์สจะต้องบอกกล่าวความประสงค์ในการต่อสัญญาเช่าให้กองทุนรวมทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 2 ปี ก่อนวันสิ้นสุดอายุสัญญาเช่าช่วง รวมถึงต้องปฏิบัติตามข้อตกลงอันเป็นสาระสำคัญตามที่ระบุไว้ในสัญญาทุกฉบับทุกประการ และบางกอกแอร์เวย์สต้องไม่ได้ผิดคำรับรองที่ให้ไว้ในสัญญาเช่าช่วง รวมทั้งได้ปฏิบัติตามข้อตกลงอันเป็นสาระสำคัญที่ระบุไว้ในทุกประการ โดยกองทุนรวมสามารถเรียกขอการต่อสัญญาได้โดยไม่มีเงื่อนไข

ง. เพื่อเป็นประกันการปฏิบัติตามสัญญาบางกอกแอร์เวย์สจดทะเบียนจำนองที่ดินที่เช่า ทางวิ่งและลานจอดและสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินที่เช่าให้แก่กองทุนรวม นอกเหนือจากหลักประกันจำนองแก่กองทุนรวม เพื่อเป็นหลักประกันค่าเช่าช่วงและค่าบริการคงที่เป็นระยะเวลา 1 ปี บางกอกแอร์เวย์สได้วางหลักประกันเป็นหนังสือค้ำประกันของธนาคารพาณิชย์, เงินสด หรือหลักทรัพย์จำนำให้แก่กองทุนรวม มูลค่าเท่ากับค่าเช่าช่วง 12 เดือน ภายใต้สัญญาเช่าช่วง และค่าบริการคงที่ 12 เดือน ภายใต้สัญญาให้บริการระบบ (มูลค่ารวมเท่ากับ 570 ล้านบาท) และตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในข้อหาหรือของกรมสรรพากรในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย¹⁶¹ คือ “กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย มีฐานะเป็นกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ประเภทกอง 1 ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ในการจัดตั้งและจดทะเบียนเป็นกองทุนรวม เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ.2549 ไม่มีการกำหนดอายุโครงการบริหารงานโดยบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนนครหลวงไทย เพื่อเป็นการระดมเงินลงทุนจากประชาชนและนักลงทุนทั่วไป มีวัตถุประสงค์หลักในการนำเงินที่ได้จากการระดมเงินทุนไปซื้อ เช่า และหรือเช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์ และจัดหาผลประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์”

“ในกรณีที่บริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด ได้ทำสัญญาให้กองทุนรวมสมุยเช่าอสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดิน ทางวิ่งของเครื่องบิน ลาดจอดเครื่องบิน อาคารผู้โดยสารปัจจุบัน อาคารผู้โดยสารใหม่สนามบิน เป็นเวลา 30 ปี เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2549 และกองทุนรวมสมุยได้ทำสัญญาให้บริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด (ผู้ให้เช่าเดิม) เช่าช่วงเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2549 โดยได้สิทธิการเช่าเป็นเวลา 30 ปี (กองทุนรวมสมุย ซึ่งเป็นผู้เช่าได้นำทรัพย์สินที่เช่าดังกล่าว ให้บริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด เช่าช่วง ซึ่งเป็นผู้ให้เช่าเดิม และเป็นผู้ถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมสมุย) แสดงให้เห็นว่า คู่สัญญามีได้มุ่งถึงการส่งมอบการครอบครองต่อทรัพย์สินที่ให้เช่าโดยแท้จริง และสัญญาดังกล่าว จึงเป็นนิติกรรมที่คู่กรณีทำขึ้นโดยมิได้มุ่งประสงค์จะผูกนิติสัมพันธ์กันตามสัญญาเช่าโดยแท้จริง บริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด จึงไม่มีสิทธินำค่าเช่ามาคำนวณเป็นรายได้และรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้”

¹⁶¹ กรมสรรพากร, ข้อหาหรือกรมสรรพากร เรื่อง กรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ เลขที่หนังสือ กค 0706 (กม.06)/687 [ออนไลน์], 20 มิถุนายน 2554. แหล่งที่มา <http://www.rd.go.th/publish/38394.0.html>

ดังนั้น ปัญหาที่ตามมา คือ หากภาครัฐยึดถือแนววินิจฉัยในข้อหาหรือภาษีอากรของกรมสรรพากร เลขที่ กค 0706(กม.06)/687 เรื่อง กรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย และบริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด มาใช้เป็นแนววินิจฉัยในกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของตราสารศุกุกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease) เนื่องจากแนววินิจฉัยมีแนวทางการวินิจฉัยว่าการเช่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวนี้เป็นนิติกรรมที่คู่กรณีทำขึ้นโดยมิได้มุ่งประสงค์จะผูกนิติสัมพันธ์กันตามสัญญาเช่าโดยแท้จริง จะมีผลทำให้ตราสารศุกุกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease) ไม่สามารถใช้ได้จริงตามกฎหมายของไทย

นอกจากนี้แนววินิจฉัยในข้อหาหรือที่กรมสรรพากรได้วินิจฉัยในกรณีเรื่องการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย ยังสามารถวิเคราะห์ต่อไปได้อีกว่าการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในกรณีของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย ในฐานะผู้ให้เช่าเดิม และผู้ให้เช่าช่วง มีลักษณะเป็นนิติกรรมอำพรางหรือไม่

ต่อเนื่องจากปัญหาในเรื่องแนวทางการตีความนิติกรรมการเช่าทรัพย์สินของธุรกรรมตราสารศุกุกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease) ควรจะเป็นไปในทิศทางใด เมื่อวิเคราะห์ถึงหลักกฎหมายเบื้องหลังแนววินิจฉัยข้อหาหรือกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ พบว่ามีทิศทางการวินิจฉัยไปในลักษณะนิติกรรมอำพราง เนื่องจากข้อความในข้อหาหรือที่ว่า “คู่สัญญามีได้มุ่งถึงการส่งมอบการครอบครองต่อทรัพย์สินที่ให้เช่าโดยแท้จริง และสัญญาดังกล่าวจึงเป็นนิติกรรมที่คู่กรณีทำขึ้นโดยมิได้มุ่งประสงค์จะผูกนิติสัมพันธ์กันตามสัญญาเช่าโดยแท้จริง” ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางของไทย กล่าวคือ การแสดงเจตนาอำพราง หรือนิติกรรมอำพรางนั้นเป็นการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายที่แสดงเจตนาทำนิติกรรมขึ้นมาให้ปรากฏ โดยที่คู่กรณีมิได้ประสงค์จะผูกนิติ

สัมพันธ์กันตามนิติกรรมนั้นแต่อย่างใด เพียงแต่ทำขึ้นเพื่อปกปิดอำพรางนิติกรรมอื่นซึ่งคู่กรณีประสงค์จะผูกนิติสัมพันธ์กันจริงๆ¹⁶²

หากแนวทางการวินิจฉัยในข้อหาหรือดังกล่าว มีทิศทางไปในเรื่องนิติกรรมอำพราง ปัญหาประการต่อมา คือ แล้วนิติสัมพันธ์ที่แท้จริงของคู่สัญญาที่ถูกอำพรางอยู่เบื้องหลังการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น คือ นิติกรรมประเภทใด ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในสัญญาประเภทใดระหว่างคู่สัญญา เนื่องจากคู่สัญญามุ่งที่จะก่อให้เกิดสัญญาเช่าระหว่างกัน ตามหลักเรื่องนิติกรรมอำพราง ความในมาตรา 155¹⁶³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เมื่อนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย พบว่าตีความไปในทิศทางที่ว่าคู่สัญญาได้มุ่งถึงการส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินที่ให้เช่าอย่างแท้จริง ดังนั้น การนิติกรรมที่คู่สัญญาได้กระทำขึ้นระหว่างกันจึงกลายเป็นนิติกรรมลวง ผลของนิติกรรมลวงตามความในมาตรา 155 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ นิติกรรมที่อำพรางนั้นตกเป็นโมฆะ ดังนั้น ย่อมจะส่งผลต่อนิติกรรมการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างบริษัท การบินกรุงเทพ จำกัด กับ กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์สมุย ให้ตกเป็นโมฆะ หากพิจารณาตามแนวทางการวินิจฉัยข้อหาหรือของกรมสรรพากร

ส่วนปัญหาการตีความในกรณีกองทุนอสังหาริมทรัพย์สมุยที่เกี่ยวข้องกับตราสารศุกุกอ้างอิงการเช่า (sukuk al-ijarah) โครงสร้างธุรกรรมการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease-sub lease) คือ หากมีการตีความว่านิติกรรมการเช่าไปและเช่ากลับนั้นเป็นนิติกรรมอำพราง จะส่งผลทำให้นิติกรรมที่ถูกอำพรางนั้นจะมีผลขึ้นมา ซึ่งเท่ากับนิติกรรมการเช่าไปและเช่ากลับนั้นเป็นนิติกรรมอำพรางการกู้ยืมเงิน ซึ่งค่าเช่าที่จ่ายระหว่างกันนั้นจะมีผลเป็นดอกเบี้ย อันเป็นการขัดต่อหลักการทางศาสนาอิสลามอย่างรุนแรง

¹⁶² กำชัย กงจักรพันธ์, “รายงานการวิจัยเสริมหลักสูตร เรื่อง นิติกรรมอำพราง : นิติกรรมที่ถูกอำพรางมีผลใช้บังคับได้เพียงใด,” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547, หน้า 1.

¹⁶³ มาตรา 155 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การแสดงเจตนาลวงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโมฆะ แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต และต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาลวงนั้นมิได้

ถ้าการแสดงเจตนาลวงตามวรรคหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอื่นให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมที่ถูกอำพรางมาใช้บังคับ

5.1.2 ตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวบก่าไร (sukuk al-Murabaha)

5.1.2.1 รูปแบบที่เหมาะสมหากมีการนำตราสารศุกุกอ้างอิงการซื้อขายบวบก่าไร (sukuk al-Murabaha) มาใช้ในประเทศไทย

เพราะในปัจจุบันนั้นยังคงไม่เคยมีการออกตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวบก่าไรตามหลักการมูรออบะฮะฮ์ (sukuk al-Murabaha) ภายในประเทศไทยเกิดขึ้น ดังนั้น รูปแบบและลักษณะของตราสารศุกุกอ้างอิงการซื้อขายบวบก่าไรภายในประเทศไทย จึงยังไม่มีรูปแบบที่ชัดเจน มีแต่เพียงการซื้อขายตามหลักการมูรออบะฮะฮ์ภายในตลาดเงินโดยธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยเท่านั้น

เพื่อเป็นการส่งเสริมการพัฒนาคุณภาพและความหลากหลายของผลิตภัณฑ์ทางการเงินให้สอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลามของประเทศไทย ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรมีการกำหนดกรอบรูปแบบของตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวบก่าไรที่จะนำมาใช้ภายในประเทศไทย ว่าตราสารศุกุกดังกล่าวนี้ควรมีลักษณะเป็นอย่างไร รูปแบบการระดมทุนผ่านตราสารศุกุกอ้างอิงการซื้อขายบวบก่าไรที่จะเกิดขึ้นภายในประเทศไทยนั้น ควรมีมาตรการเพิ่มเติมหรือการประสานความร่วมมือกับองค์กรใดหรือไม่ อย่างไร เพื่อให้การระดมทุนผ่านตราสารศุกุกภายในประเทศไทยนั้นตอบสนองความต้องการของผู้ลงทุนได้มากยิ่งขึ้น จึงนำไปสู่ปัญหาที่ต้องทำการวิเคราะห์เพื่อค้นหารูปแบบที่เหมาะสม เมื่อมีการนำตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวบก่าไรตามหลักการมูรออบะฮะฮ์ (sukuk al-Murabaha) มาใช้ภายในประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 ถึงข้อเท็จจริงที่ว่ารูปแบบธุรกรรมการซื้อขายบวบก่าไร หรือ การซื้อขายตามหลักการมูรออบะฮะฮ์นั้นมีหลายรูปแบบ ได้แก่ มูรออบะฮะฮ์ดั้งเดิม (original murabaha) คำสั่งซื้อมูรออบะฮะฮ์ (murabaha to order) และมูรออบะฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha)

ซึ่งรูปแบบที่ใช้สำหรับการระดมทุนในตลาดการเงินอิสลามนั้นปัจจุบัน คือ คำสั่งซื้อมูรออบะฮะฮ์ (murabaha to order) และมูรออบะฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha)

สำหรับคำสั่งซื้อหรือบะฮะฮ์นั้นเป็นรูปแบบการให้สินเชื่อของสถาบันการเงินอิสลามโดยทั่วไป รวมถึงธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยด้วย

แต่สำหรับกรณีหรือบะฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha) ยังไม่เคยปรากฏการใช้ภายในประเทศไทยมาก่อน ดังนั้น รูปแบบที่เหมาะสมเมื่อมีการนำตราสารศุฎกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวกรำไรในสินค้าโภคภัณฑ์ตามหลักการหรือบะฮะฮ์ภายในประเทศไทยควรมีลักษณะอย่างไร สำหรับประเทศที่เหมาะสมจะนำมาเป็นตัวอย่างกรณีศึกษาในรูปแบบของหรือบะฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha) นั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรทำการศึกษาประเทศมาเลเซีย เนื่องจากประเทศมาเลเซียนี้เป็นประเทศที่เป็นศูนย์กลางทางการเงินอิสลามของโลก มีการพัฒนาการระบบการระดมทุนและผลิตภัณฑ์ทางการเงินอิสลามที่ก้าวหน้า รวมไปถึงการพัฒนา รูปแบบของการดำเนินธุรกรรมการซื้อขายหรือบะฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha) ที่รุดหน้าที่สุดในขณะนี้

ก การซื้อขายหรือบะฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha) ในประเทศมาเลเซีย

เนื่องจากประเทศมาเลเซียเป็นประเทศที่มีประชากรส่วนใหญ่เป็นมุสลิม ดังนั้น รูปแบบการจัดทางการเงิน การระดมทุนย่อมต้องสอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลาม เพื่อให้ประชากรของประเทศสามารถเข้าถึงความต้องการทางการเงิน และเงินทุนต่างๆ ได้โดยไม่ผิดต่อหลักศาสนาและความเชื่อ สำหรับธุรกรรมการซื้อขายหรือบะฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha) ภายในประเทศมาเลเซียมีการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ระดมทุน โดยการเปิดศูนย์สินค้าโภคภัณฑ์หรือบะฮะฮ์ (Commodity murabaha house) ในชื่อ “Bursa Suq Al-Sila” เพื่อเป็นสถานที่ในการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ซึ่งถูกกำหนดไว้เพื่อประโยชน์สำหรับการจัดการสภาพคล่อง และจัดหาเงินทุนแก่ธนาคารอิสลาม¹⁶⁴

¹⁶⁴ Bursa Malaysia, Bursa Suq Al-Sila[online], 20 July 2011. Available from http://www.bursamalaysia.com/website/bm/products_and_services/islamic_capital_market/BMIS

สำหรับการซื้อขายมูรอบบะฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (Commodity Murabaha) ของประเทศมาเลเซียนั้นเป็นการซื้อขายในตลาดซื้อขายสินค้าล่วงหน้า หรือที่เรียกว่า Commodity Murabaha House (CMH) โดยนำน้ำมันปาล์มดิบ (crude palm oil :CPO) และเม็ดพลาสติก (Polyethylene) มาใช้เป็นสินค้าโภคภัณฑ์อ้างอิงการซื้อขายเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ระบบการเงินอิสลาม โดยดำเนินการซื้อขายตามหลักการมูรอบบะฮะฮ์ (murabaha) หรือ ตารวูรุก (tawarruq)

Commodity Murabaha House หรือ Bursa Suq Al-Sila คือ สถานที่ในการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ซึ่งถูกกำหนดไว้เพื่อประโยชน์สำหรับการจัดการสภาพคล่องและจัดหาเงินทุนแก่ธนาคารอิสลาม อันเป็นวาระแห่งชาติ Bursa Suq Al-Sila เกิดขึ้นโดยความร่วมมือระหว่างธนาคารกลางแห่งประเทศมาเลเซีย (Bank Negara Malaysia : BNM) คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ประเทศมาเลเซีย (The Securities Commission Malaysia : SC) ตลาดหลักทรัพย์ประเทศมาเลเซีย (Bursa Malaysia Berhad) และนักลงทุนที่เกี่ยวข้อง โดยการเริ่มต้นของศูนย์การเงินระหว่างประเทศอิสลามประเทศมาเลเซีย (The Malaysia International Islamic Financial Centre : MIFC) ซึ่งได้รับความร่วมมือและการสนับสนุนจากกระทรวงอุตสาหกรรมและการเกษตรและสินค้าโภคภัณฑ์ผ่านคณะกรรมการน้ำมันปาล์มมาเลเซีย (the Malaysian Palm Oil Board : MPOB) สมาคมปาล์มน้ำมันมาเลเซีย (Malaysian Palm Oil Association) และสภาน้ำมันปาล์มมาเลเซีย (Malaysian Palm Oil Council : MPOC)

การในการเข้าซื้อสินค้าโภคภัณฑ์ นักลงทุนสามารถเข้าซื้อได้ด้วยสกุลเงินในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์อย่างเต็มรูปแบบ (fully electronic web based platform)

วัตถุประสงค์ในการริเริ่มตลาดสินค้าโภคภัณฑ์มูรอบบะฮะฮ์ของประเทศมาเลเซียในภาคส่วนนี้มีจุดเริ่มต้นมาจากทั้งด้านการเงินอิสลาม และอุตสาหกรรมน้ำมันปาล์มดิบ Bursa Suq Al-Sila' คือ อีกหนึ่งพัฒนาการที่เสนอสู่สายตาชาวโลกเป็นที่แรก ยิ่งไปกว่านั้นเพื่อจะทำให้มาเลเซียกลายเป็นศูนย์กลางทางการเงินอิสลามระหว่างประเทศ และยังส่งผลทำให้มีการรวมตัวกันระหว่างการเงินอิสลามทั่วโลก และตลาดทุนอิสลามเข้าไว้ด้วยตลาดสินค้าโภคภัณฑ์

ธุรกิจและธุรกรรมทั้งหมดของ Bursa Suq Al-Sila' บริหารจัดการโดย Bursa Malaysia Islamic Services Sdn Bhd (BMIS) ซึ่งเป็นบริษัทย่อยของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยมาเลเซีย (Bursa Malaysia) ภายใต้การกำกับอย่างโปร่งใสและดำเนินการตามหลักชะริอะห์¹⁶⁵

ลักษณะของตลาด Bursa Suq Al-Sila' ประกอบด้วยองค์ประกอบหลายประการ ดังนี้¹⁶⁶

(1) ลักษณะพื้นฐานของตลาด

สินค้าจะต้องสามารถส่งมอบได้จริงในตลาด โดยการส่งมอบนั้นเป็นทางเลือกให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขายสินค้าจะต้องเป็นเจ้าของสินค้านั้นก่อนที่จะมีการขาย (ซื้อก่อนขาย) ต้องมีการปิดความเสี่ยงของการซื้อขายกับลูกค้า (square position) ในวันเดียวกันมิเช่นนั้นต้องมีการส่งมอบสินค้า สำหรับในกรณีต้องการการส่งมอบสินค้า หากเป็นกรณีสินค้าเป็นน้ำมันปาล์มดิบ เมื่อได้รับใบรับรองจากสภาน้ำมันปาล์มมาเลเซีย (Malaysian Palm Oil Council : MPOC) สามารถมอบหมายให้ตัวแทนทำการแทนได้ โดยเสียค่าธรรมเนียมในการส่งมอบ และผู้ซื้อเป็นผู้รับภาระของค่าธรรมเนียมการส่งมอบนั้น ทุกขั้นตอนภายในตลาดปฏิบัติตามหลักชะริอะห์ และอนุญาตเป็นครั้งคราวให้มีการตรวจสอบความชอบตามหลักชะริอะห์ของผู้มีส่วนร่วม โดยความร่วมมือของ Bursa Malaysia Islamic Services Sdn Bhd (BMIS)

¹⁶⁵Bursa Malaysia, product and service [online], 20 July 2011. Available from http://www.bursamalaysia.com/website/bm/products_and_services/islamic_capital_market/BMIS/

¹⁶⁶Norfadelizan bin Abdul Rahman, Bursa Suq Al-Sila[online], 20 July 2011. Paper presented at The OIC Member state 's stock exchanges Forum 3rd meeting , Istanbul on October 24-25,2009 Available from <http://www.oicexchanges.org/presentations/thirdmeeting/annex14%20AbdulRahman.pdf>

(2) การอ้างอิง

Bursa Suq Al-Sila' สร้างขึ้นเพื่อรองรับการซื้อขายในสกุลเงินที่หลากหลายและสินค้าโภคภัณฑ์ที่หลากหลาย มีสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ที่แสดงถึงกรรมสิทธิ์ในสินค้าโภคภัณฑ์ในตลาด Bursa Suq Al-Sila' อีกทั้งยังมีข้อกำหนดสินค้า (contract specification) ที่ระบุคุณสมบัติของสินค้าในแต่ละชนิดของสินค้าโภคภัณฑ์

(3) ผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติได้ขึ้นทะเบียน และได้รับอนุญาตโดย Bursa Malaysia Islamic Services Sdn Bhd (BMIS) เท่านั้นที่สามารถทำการซื้อขายภายในตลาดได้ โดยสามารถแบ่งผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องภายในตลาดออกเป็น 3 ฝ่าย ได้แก่ ผู้เกี่ยวข้องในด้านการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ (Commodity Trading Participant :CTP) ผู้เกี่ยวข้องในด้านการจัดจำหน่ายสินค้าโภคภัณฑ์ (Commodity Supplying Participant :CSP) และผู้เกี่ยวข้องในด้านการปฏิบัติการสินค้าโภคภัณฑ์ (Commodity Executing Participant :CEP)

(4) การส่งมอบ

ผู้ซื้อสามารถแสดงเจตนาโดยตรงแก่ Bursa Malaysia Islamic Services Sdn Bhd (BMIS) หรือผ่านโบรกเกอร์ หรือดำเนินการปิดสถานะภายในตลาดในแต่ละวันที่สิ้นสุดการซื้อขาย สำหรับวันที่ทำการส่งมอบสินค้า อาจทำการตกลงกันได้ระหว่างผู้จัดจำหน่ายสินค้าโภคภัณฑ์ โดยความช่วยเหลือของ BMIS แต่ไม่เร็วไปกว่า 1 สัปดาห์ภายหลังจากวันที่ทำการซื้อขาย

(5) การชำระหนี้

การชำระหนี้ทั้งหมดให้แก่ผู้เกี่ยวข้องในด้านการจัดจำหน่ายสินค้าโภคภัณฑ์ (CSP) กระทำการผ่าน Bursa Malaysia Islamic Services Sdn Bhd (BMIS) ที่อยู่ในฐานะตัวแทนในการชำระราคา ความเสี่ยงในการชำระราคาทั้งสองด้านทั้งในด้านผู้ซื้อและผู้ขาย BMIS จะเป็นผู้

แบกรับ ค่าธรรมเนียมในการค้า และค่านายหน้าจะถูกชำระทุกกรอบระยะเวลาสิ้นเดือน สำหรับการส่งมอบนั้น ราคาและค่าธรรมเนียมในการส่งมอบจะชำระในราคาปัจจุบัน (spot)

(6) ระยะเวลาทำการซื้อขาย

วันจันทร์ ถึงวันพฤหัสบดี 10.30 น.-18.00 น. วันศุกร์แบ่งเป็น 2 ช่วงเวลา คือ ช่วงที่ 1 : 10.30 น.-12.30 น. และ ช่วงที่ 2 : 14.30 น.-18.00 น. โดยสามารถส่งคำสั่งซื้อสุดท้ายได้ก่อนว่า 17.30 น. ของแต่ละวัน

(7) ราคา

ราคาตลาดเดี่ยว (Single pricing market) โดยจะเปลี่ยนแปลงทุกวันไปตามราคาเกณฑ์มาตรฐาน ราคาเกณฑ์มาตรฐานก่อนวันที่มีการชำระราคาสัญญาซื้อขายล่วงหน้า น้ำมันปาล์มดิบ (FCPO settlement price) ในเดือนนั้นๆ

ขั้นตอนกระบวนการดำเนินธุรกรรมของ Commodity Murabaha House (Bursa suq al-sila') ประเทศมาเลเซีย กระบวนการเริ่มต้นจาก SPV ซึ่งในที่นี้ คือ สถาบันการเงินอิสลาม โดยก่อนการเปิดทำการของตลาดซื้อขายล่วงหน้า นั้น SPV จะทำการเสนอซื้อสินค้าล่วงหน้า ที่ราคาใดราคาหนึ่ง หรือที่เรียกว่าการ "เสนอซื้อ" (bid) และมีการการแสดงความจำนงที่จะเสนอขายสินค้าล่วงหน้า ณ ราคาใดราคาหนึ่ง หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า "การเสนอขาย" (offer) จากผู้ผลิตน้ำมันปาล์มดิบที่อยู่ในลำดับเดียวกัน ก่อนมีการสุ่มเลือกด้วยวิธี Randomized เมื่อตลาดซื้อขายนั้นเปิดทำการ เมื่อตลาดซื้อขายเปิดทำการ ณ เวลา 10.30 น. การซื้อขายจะเริ่มโดยการจับคู่ผ่านระบบของ BSAS (Bursa suq al-sila') ผู้ผลิตน้ำมันปาล์มดิบจะทำการขายน้ำมันปาล์มดิบให้แก่ SPV โดยผ่าน broker A

BMIS (Bursa Malaysia Islamic Services Sdn Bhd) ซึ่งเป็นบริษัทลูกของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (Bursa Malaysia) การดำเนินกิจกรรมทั้งหมดภายใน Bursa suq al-sila' จะรับประกันการปฏิบัติการส่งมอบของผู้ผลิตน้ำมันปาล์มดิบ เพื่อหลีกเลี่ยงการ

ปฏิบัติงานที่ถูกควบคุมโดยหลัก KYC* ของ SPV ซึ่งในที่นี้ คือ ธนาคารอิสลาม BMIS จะทำคำรับรองส่งให้แก่คู่สัญญาทุกฝ่าย และ SPV จะชำระราคาโดยการหักบัญชีที่มีอยู่กับ BMIS

SPV หรือธนาคารอิสลามขายสินค้าโภคภัณฑ์ เช่น น้ำมันปาล์มดิบให้แก่ผู้ระดมทุนในราคาที่ยุติระยะเวลาให้การชำระตามสัญญาوروبบะฮะฮ์ และทำการแจ้งการซื้อขายให้แก่ BSAS (Bursa suq al-sila') ทราบเพื่อดำเนินการเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ในศูนย์รับฝากหลักทรัพย์

ผู้ระดมทุนจะทำการขายสินค้าโภคภัณฑ์น้ำมันปาล์มดิบให้แก่ BMIS (Bursa Malaysia Islamic Services Sdn Bhd) โดยผ่าน SPV ในฐานะตัวแทน หรือขายสินค้าโภคภัณฑ์โดยตรงผ่าน Broker B ภายหลังจากที่ BMIS ได้ชำระเงินให้แก่ผู้ระดมทุนโดยคำสั่งของ SPV ในการหักบัญชีเพื่อประโยชน์ของผู้ระดมทุน และกรรมสิทธิ์ในสินค้าโภคภัณฑ์ดังกล่าวนั้นจะถูกโอนไปยัง BMIS

หลังจากนั้น BMIS (Bursa Malaysia Islamic Services Sdn Bhd) จะนำสินค้าโภคภัณฑ์ดังกล่าวไปขายให้แก่ผู้ซื้อน้ำมันปาล์มดิบตามหลักการสุ่มเลือก (random) และจับคู่คำสั่งซื้อโดยผู้จัดจำหน่ายในตลาดอีกครั้งในตลาดซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ที่แท้จริง เมื่อกรรมสิทธิ์กลับคืนไปยังผู้ซื้อสินค้าโภคภัณฑ์ที่ไม่มีภาระผูกพัน ซึ่งอาจถูกขาย หรือไม่ถูกขายอีกครั้งในตลาด BSAS (Bursa suq al-sila') สำหรับการซื้อขายครั้งอื่นๆ ต่อไป

การส่งมอบสินค้าโภคภัณฑ์ทำได้โดยการที่ผู้ซื้อแสดงเจตนาโดยตรงหรือโดยผ่านทาง Broker แก่ BMIS (Bursa Malaysia Islamic Services Sdn Bhd) เมื่อ BMIS ทราบและแจ้งให้ผู้จัดจำหน่ายสินค้าโภคภัณฑ์น้ำมันปาล์มดิบ ผู้ซื้อจะทำการชำระราคาภายใต้การอนุญาตของ MPOB (Malaysian palm oil Board) ผู้ซื้อภายใต้ข้อกำหนดสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (CM-CPO)

* Know your Client-KYC คือ วิธีปฏิบัติที่จะทำให้ทราบถึงตัวตนที่แท้จริงของลูกค้า รวมถึงคอยสอดส่องเพื่อดูว่า มีใครที่ประสงค์ไม่ดีจะมาใช้ตลาดทุนเป็นช่องทางในการฟอกเงินหรือสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายหรือไม่ ถ้าสงสัยว่ามี ก็ต้องรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยส่งต่อ ปปง. ทันที ซึ่งกระบวนการที่จะทำให้ทราบถึงตัวตนที่แท้จริงของลูกค้าก็เป็นส่วนหนึ่งของการที่ บล. ต้องทำความรู้จักกับลูกค้า (หรือ Know your Client-KYC) และการตรวจสอบเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า (หรือ Client Due Diligence-CDD)

ได้รับการอนุญาตอย่างเป็นทางการจาก BMIS ส่งมอบเอกสารที่ออกโดยผู้จัดจำหน่ายสินค้า (น้ำมันปาล์มดิบ) ผู้ซื้อสินค้ายื่นเอกสารใบส่งมอบให้กับผู้จัดจำหน่ายสินค้าโภคภัณฑ์น้ำมันปาล์มดิบเพื่อการส่งมอบสินค้า ดังจะเห็นได้จากแผนภาพแสดงกระบวนการซื้อขายภายในตลาดสินค้าโภคภัณฑ์มูราบาฮะฮ์ (Bursa suq al-sila')*

เหตุผลที่ต้องทำการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ตามหลักการมูรอบบะฮะฮ์ผ่านตลาดที่จัดเป็นระบบ อย่าง Bursa suq al-sila' เหตุผลประการหนึ่ง คือ การซื้อขายสินค้าภายในตลาดสินค้าโภคภัณฑ์นั้นที่มีมูลค่าสูง หากมีการจัดตั้งตลาดที่ทำการซื้อขายสินค้าอย่างเป็นระบบย่อมที่จะเป็นการสะดวกและเสริมสร้างความมั่นใจให้กับผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผู้ระดมทุน ทริสตีและผู้ถือตราสาร ว่าการซื้อขายนั้นน่าเชื่อถือ สามารถตรวจสอบได้ มีมาตรฐานที่ชัดเจน และเป็นระบบ เนื่องจากการเข้าทำการซื้อขายสินค้าภายในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรนั้นจะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบและหลักเกณฑ์ของตลาดซื้อขายที่มีมาตรฐานที่เคร่งครัดและชัดเจน และภายใต้การกำกับอย่างโปร่งใสและดำเนินการตามหลักซิริอะห์ ย่อมที่จะสร้างความมั่นใจให้แก่นักลงทุนได้

เมื่อทำการพิจารณาโครงสร้างของ Bursa suq al-sila' ของประเทศมาเลเซีย พบว่ามีลักษณะคล้ายคลึงกับโครงสร้างของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET) เมื่อทำการวิเคราะห์โครงสร้างโดยการเทียบเคียงโครงสร้างของการดำเนินธุรกรรมทั้งสอง พบว่ามีลักษณะหลายประการที่มีความคล้ายคลึงกัน ดังที่จะได้กล่าวในหัวข้อ 1.2.1.2 ต่อไป

ข. ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET)

ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET) เป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าปี พ.ศ.2542 และเป็นตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าเพียงตลาดเดียว มีฐานะเป็นนิติบุคคลอิสระ โดยภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า ทำหน้าที่ในการเป็นศูนย์กลางในการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าภายใต้กฎระเบียบที่ชัดเจน และสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ซื้อและผู้ขายในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า และ

* โปรดดูภาพในหน้า 102 ประกอบ.

เพื่อให้การจัดตั้งตลาดที่มีการซื้อขายล่วงหน้าบรรลุวัตถุประสงค์คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ.2544 ให้นำเงินจากกองทุนรวมเพื่อช่วยเหลือเกษตรกรจำนวน 600 ล้านบาทเพื่อใช้ในการจัดตั้ง สำนักงานคณะกรรมการกำกับการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า (ก.ส.ล.) และตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย¹⁶⁷

กระบวนการซื้อขายล่วงหน้ามีหน่วยงานที่เรียกว่า "สำนักหักบัญชี"¹⁶⁸ (Clearinghouse) เข้ามาเป็นผู้รับประกันการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ในทางปฏิบัติแล้ว สำนักหักบัญชีมีหน้าที่เสมือนผู้ซื้อของผู้ขาย และผู้ขายของผู้ซื้อซึ่งหน้าที่ของสำนักหักบัญชีดังกล่าวจะทำให้ผู้ซื้อหรือขายล่วงหน้าไม่ต้องกังวลเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยบริการเกี่ยวกับการหักบัญชี ประกอบไปด้วย บริการเกี่ยวกับการวางเงินประกัน การปรับฐานะบัญชีเงินประกัน การชำระราคา การชำระผลกำไรขาดทุน การโอนเงิน การล้างฐานะการถือครอง การถอนเงินประกัน และการจัดการเกี่ยวกับเอกสารเพื่อการส่งมอบรับมอบ

ในการกำกับการซื้อขาย¹⁶⁹ ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย เล็งเห็นถึงความสำคัญของการกำกับดูแลการซื้อขายเพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือ ถูกต้อง เป็นธรรมและโปร่งใส เพื่อสร้างความมั่นใจต่อผู้ลงทุนและผู้ที่เกี่ยวข้อง จึงจัดให้มีฝ่ายกำกับการซื้อขายขึ้นเพื่อทำหน้าที่เฝ้าสังเกตและตรวจสอบการซื้อขายในระหว่างเวลาทำการ เพื่อป้องกันการกระทำความผิดที่อาจทำให้เกิดการซื้อขายที่ไม่เป็นไปตามสภาพปกติของตลาด อันอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ลงทุนหรือผู้ที่เกี่ยวข้องได้ นอกจากนี้ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทยยังมีระบบการกำกับดูแลการปฏิบัติงานของสมาชิกให้ปฏิบัติตามกฎข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง ให้มีความถูกต้อง เท่าเทียมกัน และมีความน่าเชื่อถือในการซื้อขายล่วงหน้าเพื่อป้องกันความเสี่ยงของผู้ป้องกันความเสี่ยงและผู้ลงทุน รวมทั้งมีหน้าที่สำคัญในการกำกับดูแลระบบการซื้อขายที่ใช้ระบบการซื้อขายผ่านทางสื่อ

¹⁶⁷ ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย, แนะนำองค์กร[ออนไลน์], 20 มีนาคม 2555. แหล่งที่มา <http://www.afet.or.th/v081/thai/corporate/introduction.php>

¹⁶⁸ ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย, บทบาทของสำนักหักบัญชี[ออนไลน์], 20 มีนาคม 2555. แหล่งที่มา http://www.afet.or.th/v081/thai/corporate/clearing_house.php

¹⁶⁹ ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย, การกำกับการซื้อขาย[ออนไลน์], 20 มิถุนายน 2555. แหล่งที่มา http://www.afet.or.th/v081/thai/corporate/market_surveillance.php

อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้การซื้อขายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และมีมาตรฐานเป็นที่ยอมรับในระดับสากล

สำหรับหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการดูแลกำกับตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าของไทย คือ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ (ก.ล.ด.)¹⁷⁰ ซึ่งเป็นนิติบุคคล จัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2544 ตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 โดยมีเลขาธิการเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของสำนักงาน บทบาทสำคัญของ ก.ล.ด. คือ ทำหน้าที่เป็นทั้งองค์กรกำกับดูแล และองค์กรที่ส่งเสริมและพัฒนาการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า และธุรกิจการซื้อขายล่วงหน้าของประเทศไทย เพื่อให้เป็นไปตามมติคณะกรรมการ ก.ล.ด. เช่น การออกระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่งหรือข้อกำหนด รวมถึงกฎระเบียบที่สำคัญของ ต.ล.ล. ตามพระราชบัญญัติการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า พ.ศ. 2542 นอกจากนี้ยังมีหน้าที่สำคัญในการพัฒนาตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้า และธุรกิจการซื้อขายล่วงหน้าของไทยให้มีประสิทธิภาพและมีคุณภาพ สามารถเป็นกลไกสำคัญที่จะช่วยเสริมให้มาตรการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเสถียรภาพของราคาสินค้าเกษตรของภาครัฐบรรลุผลในระยะยาว และเพื่อเป็นการเสริมสร้างประสิทธิภาพดังกล่าว ในปีงบประมาณ 2548 ก.ล.ด. ได้กำหนดเป้าหมายในการดำเนินงาน คือ การส่งเสริมให้มีการซื้อขายในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทยมีปริมาณเพิ่มขึ้น และกำกับดูแลให้ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทยรวมถึงนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าบรรลุถึงหลักการสำคัญ (Core Principles) ของการเป็นตลาดล่วงหน้า และการเป็นนายหน้าซื้อขายล่วงหน้าในระดับสากล

ประโยชน์จากการลงทุนในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET) นั้น นอกเหนือจากผู้ที่เป็นเกษตรกร สหกรณ์ ผู้ประกอบการ หน่วยงานภาครัฐ ผู้ค้าล่วงหน้าจะได้รับประโยชน์จากการเข้าทำการซื้อขายแล้ว นักลงทุนทั่วไปยังสามารถใช้ตลาดซื้อขาย

¹⁷⁰ ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย, หน่วยงานกำกับดูแลตลาด[ออนไลน์], 20 มิถุนายน 2555. แหล่งที่มา <http://www.afet.or.th/v081/thai/corporate/regulator.php>

สินค้าเกษตรล่วงหน้าเป็นช่องทางในการแสวงหากำไรจากความผันผวนของราคาสินค้าเกษตรได้ คล้ายกับตลาดอื่นๆ เช่น ตลาดหุ้น ตลาดตราสารหนี้ เป็นต้น¹⁷¹

สำหรับขั้นตอนการซื้อขายในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET) ผู้ที่จะเข้ามาทำการซื้อขายจะต้องเปิดบัญชีกับบริษัทนายหน้าหรือโบรกเกอร์ที่เป็นสมาชิกของ AFET และได้รับอนุญาตในการประกอบธุรกิจจากสำนักงาน ก.ส.ล. อย่างถูกต้อง¹⁷²

ภายหลังการเปิดบัญชีและวางเงินประกัน (margin) เพื่อเป็นหลักประกันก่อนการทำการซื้อขายแล้ว ผู้ซื้อขายสามารถส่งคำสั่งเพื่อทำการซื้อขายผ่านบริษัทโบรกเกอร์ที่ตนเองได้เปิดบัญชีไว้เท่านั้น หลักจากที่บริษัทโบรกเกอร์ได้รับคำสั่งจากลูกค้าแล้วก็จะทำการส่งคำสั่งซื้อ (bid) หรือคำสั่งขาย (offer) ดังกล่าวเข้ามายังระบบซื้อขายของ AFET ทันที โดยต้องมีการระบุรายละเอียดซื้อสินค้า หรือรหัสสินค้า เดือนส่งมอบที่ต้องการซื้อหรือขาย จำนวนสัญญาที่ต้องการซื้อหรือขาย ราคาที่ต้องการซื้อหรือขาย (ราคาต่อหน่วยเป็นบาทต่อกิโลกรัม) และเงื่อนไขของคำสั่ง (ถ้ามี)¹⁷³ ซึ่งผู้ซื้อหรือผู้ขายนั้นต้องทำการระบุไว้ในคำสั่งซื้อ หรือคำสั่งขายดังกล่าว

วิธีการซื้อขายนั้นผู้ซื้อและผู้ขายสามารถกระทำได้ในหลายวิธี ได้แก่ การส่งคำสั่งซื้อหรือคำสั่งขายผ่านวิธีการส่งซื้อหรือขายโดยตรง ณ สำนักงานของโบรกเกอร์ วิธีการส่งซื้อขายผ่านทางโทรศัพท์ และวิธีการซื้อขายผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

ภายหลังการส่งซื้อหรือขายผ่านบริษัทโบรกเกอร์แล้ว การซื้อขายใน AFET เป็นการซื้อขายแบบประมูลราคา โดยผ่านวิธีเปิดเผยผ่านระบบคอมพิวเตอร์ และในการจับคู่ซื้อขาย

¹⁷¹ ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย, ลงทุนอย่างไรใน AFET (กรุงเทพฯ : เอส.พี.เอ็น. การพิมพ์ จำกัด, 2552), หน้า 23.

¹⁷² ตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย, การกำกับการซื้อขาย[ออนไลน์], 20 มิถุนายน 2555. แหล่งที่มา http://www.afet.or.th/v081/thai/corporate/market_surveillance.php

¹⁷³ เรื่องเดียวกัน.

จะจับคู่อัตโนมัติโดยจะจับคู่ตามลำดับราคาและเวลาที่ดีที่สุด (Price and Time Priority) * หลังจากการจับคู่ของคำสั่งซื้อและคำสั่งขายผ่านระบบคอมพิวเตอร์แล้ว สำนักหักบัญชีจะทำการคำนวณ เรียกเก็บและรักษาสถานะทางเงินประกัน และผู้ลงทุนดำเนินการปิดสถานะโดยการหักล้างสัญญา (Offset Position) โดยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง ดังนี้ วิธีการส่งมอบ - รับมอบสินค้า (Physical Delivery) วิธีการชำระส่วนต่างของราคาด้วยเงิน (Cash Settlement) วิธีการยุติฐานะการถือครองข้อตกลงซื้อขายล่วงหน้าเพื่อการส่งมอบและการรับมอบสินค้าในตลาดจริง (Exchange of Future of Physicals : EFP) และวิธีการส่งมอบโดยทางเลือกอื่น (Alternative Delivery Procedures : ADP)¹⁷⁴ ดังที่ปรากฏในแผนภาพกระบวนการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าภายในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET)

เมื่อพิจารณาโครงสร้างของ Bursa suq al-sila' ของประเทศมาเลเซียแล้วพบว่า มีลักษณะคล้ายคลึงกับโครงสร้างของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET) เนื่องจากเมื่อทำการวิเคราะห์โครงสร้างโดยการเทียบเคียงโครงสร้างของการดำเนินธุรกรรม การซื้อขายบวกว่าไรในสินค้าโภคภัณฑ์ผ่าน Bursa suq al-sila' ของประเทศมาเลเซีย และโครงสร้างของธุรกรรมการซื้อขายสินค้าเกษตรภายในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET) มีลักษณะหลายประการที่มีความคล้ายคลึงกัน เช่น เป็นการซื้อขายสินค้าผ่านตลาดที่ถูกจัดตั้งอย่างเป็นระบบ ทำการซื้อขายโดยผ่านโบรกเกอร์ ชำระราคาโดยการหักบัญชีจากสำนักหักบัญชี มีทางเลือกในการส่งมอบสินค้า เป็นต้น

สำหรับความแตกต่างระหว่างโครงสร้างตลาดของ Bursa suq al-sila' ของประเทศมาเลเซีย และโครงสร้างของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET) เช่น Bursa suq al-sila' (BSAS) นั้นเป็นตลาดที่มีโครงสร้างดำเนินการตามหลักชะริอะห์ ความแตกต่าง

* คำเสนอซื้อที่ดีที่สุด หมายถึง คำเสนอซื้อในราคาที่สูงที่สุด ส่วนคำเสนอขายที่ดีที่สุด หมายถึง คำเสนอขายในราคาต่ำที่สุด ดังนั้นคำสั่งซื้อหรือคำสั่งขายที่ส่งเข้ามาในระบบจะได้รับการจับคู่ตามลำดับราคา ก่อน หากมีหลายคำสั่งที่มีราคาเดียวกัน ระบบก็จะเรียงลำดับตามเวลา ก่อน - หลังที่มีการส่งคำสั่งเข้ามา

สำหรับคำสั่งซื้อหรือขายที่ส่งเข้าระบบนั้น หากยังไม่ได้รับการจับคู่ก็ยังคงค้างอยู่ในระบบจนกว่าจะมีการยกเลิกหรือเมื่อสิ้นสุดวันทำการซื้อขาย คำสั่งซื้อหรือขายที่ส่งเข้าระบบและค้างอยู่ก็จะถูกยกเลิกไป

¹⁷⁴ ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย, ลงทุนอย่างไรใน AFET, หน้า 47.

ของประเภทสินค้าอ้างอิงภายในตลาด การมีอยู่ของสินค้าอ้างอิงในขณะที่ทำการซื้อขาย เนื่องจาก Bursa suq al-sila' (BSAS) นั้นต้องเป็นเจ้าของสินค้านั้นในขณะที่ทำการซื้อขาย เพราะเป็นไปตามการซื้อขายสินค้าตามหลักการมูรอบบะฮะฮ์ แต่สำหรับผู้ที่จะเข้ามาซื้อขายล่วงหน้าใน AFET ไม่จำเป็นต้องมีสินค้าอยู่ในมือ เนื่องจากการซื้อขายล่วงหน้าจึงยังไม่มี การส่งมอบรับมอบกันทันที ถ้าผู้ซื้อและผู้ขายล่วงหน้าไม่ต้องการส่งมอบหรือรับมอบสินค้าจริงก็ให้ทำการปิดสถานะของสัญญาล่วงหน้าของตนเองถือครองอยู่ก่อนที่จะครบกำหนดส่งมอบรับมอบมิฉะนั้นเมื่อพ้นวันซื้อขายสุดท้าย ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายที่ยังมีสถานะการถือครองอยู่จะต้องเข้าสู่กระบวนการส่งมอบรับมอบสินค้าจริงต่อไป¹⁷⁵

จากการเปรียบเทียบความเหมือนและแตกต่างของระบบโครงสร้างตลาดของทั้ง Bursa suq al-sila' ของประเทศมาเลเซีย และโครงสร้างของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET) พบว่าหากมีการดำเนินธุรกรรมการซื้อขายมูรอบบะฮะฮ์สินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha) ภายในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าในขั้นต้นควรมีการดำเนินการซื้อขายผ่านระบบตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย (AFET) เนื่องจากเป็นตลาดที่มีการดำเนินงานอย่างเป็นระบบ มีการกำกับดูแลด้วยหลักเกณฑ์และกฎระเบียบของตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าอย่างชัดเจน อีกทั้งยังเป็นการช่วยเพิ่มโอกาสและพัฒนารูปแบบการลงทุนที่สอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลาม และส่งเสริมการซื้อขายสินค้าเกษตรของไทยอีกด้วย

5.1.3 ตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) ภายในประเทศไทย

5.1.3.1 ความสอดคล้องระหว่างการแบ่งประเภทเอกเทศสัญญาตามหลักการทำคำสั่งซื้อ (Istisna) ตามหลักศาสนาอิสลามและเอกเทศสัญญาตามหลักกฎหมายของไทย

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 4 เรื่องสภาพและปัญหาของการระดมทุนผ่านตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) ว่าการระดมทุนในตราสารศุกุกนั้น จำเป็นต้องมีธุรกรรมอ้างอิงที่สอดคล้องตามหลักศาสนาอิสลามรองรับ ซึ่งสัญญาที่สอดคล้องกับหลักการทาง

¹⁷⁵ ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย, คำถามที่พบบ่อย[ออนไลน์], 20 มิถุนายน 2554. แหล่งที่มา <http://www.afet.or.th/v081/thai/learning/faq.php>

ศาสนาอิสลามแต่ละประเภทยุคสมัยมีลักษณะคล้ายคลึงกับเอกเทศสัญญาของไทย ดังนั้น การระดมทุนในตราสารศุกุกภายในประเทศไทยจึงต้องมีการนำสัญญาตามหลักการทางศาสนาอิสลามมาใช้วิเคราะห์เคียงคู่กับหลักสัญญาของไทย เพื่อจะใช้บังคับให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการระดมทุนที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลามภายในประเทศไทย และเพื่อให้ความชอบด้วยหลักการทางศาสนาอิสลามและความชอบด้วยหลักกฎหมายสัญญาของไทยเกิดขึ้นไปพร้อมๆ กัน ก่อให้เกิดประเด็นทางกฎหมายที่ต้องทำการวิเคราะห์ว่าแท้จริงแล้ว สัญญาการทำคำสั่งซื้อ (Istisna) นั้นเป็นสัญญาประเภทใดตามหลักกฎหมายเอกเทศสัญญาของไทย

เนื่องจากสัญญาการทำคำสั่งซื้อ (Istisna) มีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาของไทย 2 สัญญา อันได้แก่ สัญญาซื้อขาย และสัญญาจ้างทำของ และเนื่องจากผลของสัญญาทั้งสองสัญญานั้นแตกต่างกัน สัญญาที่คู่สัญญาได้มีการทำขึ้นนั้นจะเป็นสัญญาใดย่อมที่จะกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่สัญญาเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องแบบของสัญญา และหลักฐานในการฟ้องร้องการโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ได้มีการทำขึ้น การรับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติในทรัพย์สิน อายุความในการฟ้องร้อง ภาระทางภาษี และการเลิกสัญญา

เพราะเหตุที่การแบ่งประเภทของสัญญาการทำคำสั่งซื้อ (Istisna) ตามหลักการทางศาสนาอิสลาม ได้จัดประเภทของสัญญาดังกล่าวในหมวดของสัญญาซื้อขาย โดยการนำคำสั่งซื้อสินค้าในอนาคตตามหลักการอิสลามนั้นเป็นการซื้อทรัพย์สินตามคำสั่งซื้อ และการส่งมอบจะเกิดขึ้นในอนาคต การซื้อขายลักษณะนี้ผู้ซื้อจะกำหนดให้ผู้ขายหรือผู้รับจ้าง (ผลิตหรือทำของ) ส่งมอบทรัพย์สินที่ต้องผลิตหรือจัดทำตามรูปแบบและลักษณะที่ระบุในสัญญา โดยที่ราคาซื้อขายเป็นไปตามที่ตกลงกัน ส่วนการชำระราคาอาจล่าช้าออกไปตามงวดงานก็ได้ จัดเป็นการซื้อขายล่วงหน้าประเภทหนึ่งที่ได้รับการผ่อนผันที่อนุญาตให้ใช้ได้ เนื่องจากการหลักการซื้อขายของอิสลามนั้นมีเงื่อนไขว่าต้องทำการซื้อขายสินค้าที่มีอยู่ในขณะทำการซื้อขายสินค้า ซึ่งการซื้อขายตามหลักการอิสลามนั้นจะชอบด้วยหลักการทางศาสนาได้โดยการกำหนดราคาที่แน่นอน และลักษณะของสินค้าที่ตกลงกันระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย¹⁷⁶

¹⁷⁶ Muhammad Taqi Usmani, An Introduction to Islamic finance, p. 195.

แต่เมื่อพิจารณาตัวอย่างโครงสร้างธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อตามหลักการอิสติสนา ไม่
ว่าจะเป็นโครงสร้างการจัดหาเงินทุนที่สถาบันการเงินอิสลามใช้ภายในตลาดเงินอิสลามของไทย หรือ
ตัวอย่างโครงสร้างตราสารศุกูกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อตามหลักการอิสติสนาของต่างประเทศ
ประกอบกับหลักกฎหมายเอกเทศสัญญาของไทย พบว่าสัญญาการทำคำสั่งซื้อ (Istisna) ตามหลักการ
อิสติสนามีความคล้ายคลึงกับทั้งสัญญาซื้อขาย และสัญญาจ้างทำของ กล่าวคือ ตามหลักของสัญญา
ซื้อขายของตามบทบัญญัติมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า

“อันการซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่ง
ทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย”

โดยสัญญาซื้อขายนั้นมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ การโอนกรรมสิทธิ์ในวัตถุหรือ
ทรัพย์สินจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ อันเป็นการทำให้ผู้ซื้อได้รับทรัพย์สิน หรือทรงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน
นั้น ซึ่งมีผลตามกฎหมายที่จะใช้ยื่นแก่บุคคลภายนอกทุกๆ คนในสังคม¹⁷⁷ โดยวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขาย
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ สิ่งที่คุณสัญญาสามารถนำมาเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาได้ คือ
“ทรัพย์สิน” เนื่องจากตัวบทมาตรา 453 ได้บัญญัติถึงคำว่า“ทรัพย์สิน” ไว้ถึง 2 ครั้ง ดังนั้น วัตถุประสงค์แห่ง
สัญญาซื้อขายจึงอาจจะเป็นทรัพย์สิน และสิ่งที่ไม่รูปร่าง แต่อาจมีราคาและถือเอาได้¹⁷⁸ เนื่องจาก
สัญญาซื้อขายเป็นทั้งสัญญาต่างตอบแทนและเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนโดยผู้ซื้อทำหน้าที่จะต้องชำระ
ราคาให้แก่ผู้ขายเป็นการตอบแทนให้แก่ผู้ขายที่ได้โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อ เพราะฉะนั้นสัญญา
ดังกล่าวอาจจะเป็นเรื่องสัญญาให้ โดยสัญญาดังกล่าวต้องชำระกันเป็นเงินสด¹⁷⁹ จะชำระเป็นสิ่งอื่น
ไม่ได้ เพราะจะทำให้สัญญาดังกล่าวนั้นกลายเป็นสัญญาแลกเปลี่ยน การชำระเงินดังกล่าวจะชำระเป็น
เงินไทยหรือเงินตราต่างประเทศก็ได้แล้วแต่จะตกลงกัน แต่ไม่ได้หมายความว่าเงินเหรียญสมัยก่อนหา

¹⁷⁷ จิต เศรษฐบุต, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ (กรุงเทพมหานคร :
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 14.

¹⁷⁸ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2554), หน้า 52.

¹⁷⁹ เตือน จิตรกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเอกเทศสัญญา (ซื้อขาย แลกเปลี่ยน
ให้ เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ)(พระนคร : โรงพิมพ์มงคลการพิมพ์, 2510), หน้า 4.

ไต่ยาก¹⁸⁰ และราคานี้จะตกลงกันให้ใช้ในภายหลังก็ได้¹⁸¹ ซึ่งคล้ายคลึงกับธุรกรรมอ้างอิงตามหลักอิสติสนาในเรื่องที่ผู้ระดมทุน (ผู้ก่อสร้าง) จะเป็นผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ของสิ่งที่ก่อสร้างหรือผลิตที่จะถูกสร้างขึ้นในอนาคตจาก SPV สำหรับกฎหมายไทยนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่าการซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตนั้นทำได้หรือไม่ ในเรื่องนี้ได้มีการอธิบายว่าโดยปกติทรัพย์สินที่ซื้อขายต้องเป็นทรัพย์สินที่มีตัวตนอยู่ในขณะที่ตกลงซื้อขายกัน แต่คู่สัญญาอาจตกลงซื้อขายทรัพย์สินที่จะมีขึ้นในอนาคตก็ได้...¹⁸² สัญญาซื้อขายทรัพย์สินในอนาคตนั้นเรียกว่า สัญญาจะซื้อจะขายหรือสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขบังคับไว้ ซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปจนกว่าการจะเป็นไปตามเงื่อนไข หรือถึงกำหนดเงื่อนไขนั้น ตามความที่ปรากฏในบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 459¹⁸³ อีกทั้งยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวถึงกรณีการทำสัญญาซื้อขายในขณะที่ทรัพย์สินนั้นยังไม่เกิดขึ้น โดยปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9/2504

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9/2504

ตกลงซื้อผลลำไยในสวนขณะลำไยกำลังออกดอก โดยชำระราคากันบางส่วนแล้ว และให้ผู้ซื้อเป็นผู้ครอบครองดูแลรักษาต้นลำไยเอง ผลได้เสียเป็นของผู้ซื้อ ถ้าเกิดเสียหายอย่างไรผู้ขายไม่ต้องคืนเงิน ถ้าได้ผลมากก็เป็นของผู้ซื้อฝ่ายเดียว เป็นการเสี่ยงโชคโดยคำนวณจากดอกลำไยและสุดแต่ดินฟ้าอากาศจะอำนวยให้ ดังนั้นถือว่าคู่สัญญาได้ตกลงซื้อขายกันแน่นอนแล้ว โดยคำนวณจากดอกลำไยเป็นหลัก ต่อมาถ้าต้นลำไยถูกพายุพัดหักหมด ผู้ซื้อจะเรียกเงินคืนจากผู้ขายมิได้

¹⁸⁰ หยุต แสงอุทัย, แนวคำถามตอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (นครหลวง : นำเชียการพิมพ์, 2515), หน้า 2.

¹⁸¹ ปรีชา สุมาวงศ์, คำอธิบายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพมหานคร : เนติบัณฑิตยสภา 2520), หน้า 41.

¹⁸² ขุนประเสริฐศุภมาตรา, หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน(พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499), หน้า 84.

¹⁸³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา 459 ถ้าสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไข หรือเงื่อนไขบังคับไว้ท่านว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปจนกว่าการจะได้เป็นไปตามเงื่อนไขหรือถึงกำหนดเงื่อนไขนั้น

นอกจากธุรกรรมอ้างอิงตามหลักการอิสที่สนาจะมีความคล้ายคลึงกับสัญญาซื้อขาย แล้ว ธุรกรรมอ้างอิงตามหลักการอิสที่สนายังมีความคล้ายคลึงกับลักษณะของสัญญาจ้างทำของอีกด้วย ดังที่ปรากฏตามบทบัญญัติมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า

“อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น”

โดยสัญญาจ้างทำของมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ การที่ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จของการงานนั้น ผู้ว่าจ้างมิได้ต้องการเฉพาะแรงงานของผู้รับจ้างแต่เพียงอย่างเดียวดังเช่นนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน¹⁸⁴ แต่การกระทำงานจนเป็นผลสำเร็จจึงเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างทำของและในขณะเดียวกันผู้ว่าจ้างก็ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาอย่างเช่นกรณีสัญญาจ้างแรงงาน แต่ผู้ว่าจ้างนั้นมีเพียงสิทธิในการตรวจตราการงานตามสัญญาดังปรากฏในความตามมาตรา 592¹⁸⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น สำหรับความสำเร็จของสัญญาจ้างทำของนั้นอาจก่อให้เกิดวัตถุประสงค์รูปร่างอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น หรือการตัดแปลง ต่อเติม หรือซ่อมแซมวัตถุประสงค์ที่มีอยู่แล้ว หรือไม่เกิดเป็นวัตถุประสงค์ ใดๆ จึงอาจสรุปได้ว่า สัญญาจ้างทำของนั้นอาจมีทรัพย์สินอันเป็นผลสำเร็จของการงานเข้ามาเกี่ยวข้องในสัญญาหรือไม่ก็ได้ อีกทั้งในเรื่องสัญญาจ้างทำของนั้นเป็นสัญญาที่กฎหมายไม่ได้มีการกำหนดแบบหรือหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีไว้ ดังนั้น สัญญาจ้างทำของอาจเกิดขึ้นได้โดยการตกลงกันด้วยวาจา ไม่จำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็สามารถบังคับระหว่างคู่สัญญาด้วยกันได้

ประเด็นสำคัญในสัญญาจ้างทำของ คือ เครื่องมือที่ใช้ในการทำงานให้สำเร็จและสัมภาระที่ใช้ในการทำงาน สำหรับเครื่องมือที่ใช้ในการทำงานให้สำเร็จนั้น ตามหลักของสัญญาจ้างทำ

¹⁸⁴ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548), หน้า 130.

¹⁸⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา 592 ผู้รับจ้างจำต้องยอมให้ผู้ว่าจ้างหรือตัวแทนของผู้ว่าจ้างตรวจตราการงานได้ตลอดเวลาที่ทำ
อยู่นั้น

ของนั้นเครื่องมือต่างๆ สำหรับใช้ทำการงานให้สำเร็จนั้นผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหา ดังปรากฏในบทบัญญัติ มาตรา 588¹⁸⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนกรณีสัมภาระที่ใช้ในการทำงานนั้น เป็นสิ่งที่แตกต่างจากเครื่องมือที่ใช้ในการทำงานให้สำเร็จ กล่าวคือ “สัมภาระ” คือ ตัวเนื้อหาแห่งงานนั้น เช่น จ้างสร้างบ้าน สัมภาระ คือ ไม้ ปูน อิฐ หิน เป็นต้น¹⁸⁷ อาจกล่าวได้ว่าสัมภาระ คือ สิ่งที่นำมาประกอบขึ้นเป็นทรัพย์สินนั่นเอง ซึ่งในกรณีสัญญาจ้างทำของที่ก่อให้เกิดทรัพย์สินขึ้นมาใหม่นั้น สัมภาระนับเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาจ้างทำของดังกล่าวด้วย

ประการต่อมาซึ่งนับว่าเกี่ยวข้องกับประเด็นธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อตามหลักการอิสติสนาโดยตรง คือ ความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของสัญญา กล่าวคือ เนื่องจากสัญญาจ้างทำของในบางกรณีนั้นมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งเป็นผลสำเร็จของงานในสัญญาจ้างทำของด้วย อีกทั้งประกอบกับกรณีที่ผู้รับจ้างนั้นเป็นผู้จัดหาสัมภาระในการประกอบกิจการงานนั้นอีกด้วย ซึ่งทำให้สัมภาระที่จัดหาานั้นอาจส่งผลกระทบต่อความสำเร็จของงาน ดังนั้น ผู้รับจ้างจึงต้องรับผิดชอบทั้งงานที่ตนได้กระทำและสัมภาระที่ตนจัดหาด้วย ซึ่งประเด็นนี้เองที่ทำให้สัญญาจ้างทำของที่ผู้รับจ้างนั้นเป็นผู้จัดหาสัมภาระมีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาซื้อขายในอนาคตมาก

ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นว่าผลของเอกเทศสัญญาของไทยทั้งสองสัญญาระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของนั้นแตกต่างกัน สัญญาที่คู่สัญญาได้มีการทำขึ้นนั้นจะเป็นสัญญาใดจะกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบคู่สัญญาเป็นอย่างมาก ซึ่งแนวความคิดในการแยกความแตกต่างทางกฎหมายระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของในกฎหมายไทยนั้นมักจะอยู่ในขั้นตอนของชั้นศาลว่าสัญญาใดเป็นสัญญาซื้อขาย หรือสัญญาใดเป็นสัญญาจ้างทำของ โดยมักเป็นการโต้แย้งในประเด็นเรื่องภาระทางภาษี ในอดีตมีความแตกต่างกันมาก จึงนำมาสู่การวินิจฉัยประเภทของสัญญาดังกล่าว โดยสามารถแบ่งกลุ่มคำพิพากษาฎีกาออกเป็น 3 กรณีหลัก คือ กลุ่มคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาซื้อขาย กลุ่มคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ

¹⁸⁶ มาตรา 588 เครื่องมือต่าง ๆ สำหรับใช้ทำการงานให้สำเร็จนั้นผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหา

¹⁸⁷ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รัชนี (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), หน้า 103 -104.

และกลุ่มคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นทั้งสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของภายใต้สัญญาฉบับเดียวกัน

(1) กลุ่มคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาซื้อขาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 258/2530

ข้อแตกต่างระหว่างการซื้อขายและการรับจ้างทำของนั้นหาได้อยู่ที่เจตนาและกิริยาที่ประพุดต่อกันแต่ประการเดียวไม่ แต่ความสำคัญอยู่ที่จะต้องพิจารณาว่าสัมภาระกับงานที่รับทำจนสำเร็จนั้นสิ่งไหนสำคัญกว่ากัน ถ้าการงานที่รับทำสำเร็จสำคัญกว่าสัมภาระก็เป็นการรับจ้างทำของ แต่ถ้าไม่สำคัญกว่าก็เป็นการซื้อขาย

การผลิตอิฐทนไฟไม่ว่าจะเป็นการผลิตตามแบบมาตรฐานหรือผลิตตามคำสั่งเป็นการเฉพาะรายของโจทก์นั้น วัตถุดิบหรือสัมภาระที่ใช้ในการทำอิฐทนไฟได้แก่ บล็อกไซด์ ซามอส อลูมินา ดินทนไฟ นำมาผสมกันเติมด้วยสารเคมี แล้วนำไปอัดเป็นรูปแบบต่างๆ จากนั้นจึงนำไปเผาไฟ อิฐทนไฟที่ผลิตได้หาได้มีความสำคัญไปกว่าสัมภาระหรือวัตถุดิบที่นำมาใช้ในการผลิตไม่ การผลิตอิฐทนไฟตามคำสั่งเฉพาะรายของลูกค้าจึงหาใช่เป็นการรับจ้างทำของไม่ แต่เป็นการผลิตและจำหน่ายอิฐทนไฟ เช่นเดียวกับอิฐทนไฟแบบมาตรฐาน รายรับที่ได้จากการผลิต และจำหน่ายอิฐทนไฟ ตามคำสั่งของลูกค้าเป็นการเฉพาะรายจึงต้องเสียภาษีการค้าในประเภทการค้า 1 การขายของ ชนิด 1 (ก) ตามบัญชีอัตราภาษีการค้าในอัตราร้อยละ 7 เช่นเดียวกับการผลิตและจำหน่ายอิฐทนไฟแบบมาตรฐาน จะนำมาแยกเสียภาษีการค้าในประเภทการค้า 4 การรับจ้างทำของ ชนิด 1 (ฉ) ในอัตราร้อยละ 2 หาได้ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 265/2521

โจทก์จำหน่ายรองเท้าโดยผลิตเองบ้าง สั่งซื้อรองเท้าสำเร็จรูปจากต่างประเทศบ้าง และสั่งทำจากร้านต่างๆ ในประเทศบ้างนิติสัมพันธ์ระหว่างโจทก์กับร้านผู้ทำรองเท้าสำหรับรองเท้าที่ทำในประเทศจะเข้าลักษณะสัญญาประเภทใดก็ย่อมต้องดูเจตนาและกิริยาของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกัน เมื่อได้ความว่าโจทก์กับร้านผู้ทำรองเท้าตกลงกันเป็นเรื่องซื้อขายและปรากฏด้วยว่าผู้ทำรองเท้า

เหล่านั้นได้ยื่นรายรับแสดงการชำระภาษีการค้า ในฐานะผู้ผลิตต่อกรมสรรพากร และชำระค่าภาษีไปแล้วจึงสนับสนุนให้เห็นเจตนาของโจทก์กับร้านเหล่านั้นว่ามุ่งที่จะก่อนิติสัมพันธ์กันในทางซื้อขาย มิใช่เรื่องเจตนาจ้างทำของ ส่วนที่มีข้อตกลงให้ร้านผู้ทำรองเท้าต้องทำรองเท้าตามชนิดขนาด ลักษณะแบบ และวัสดุที่โจทก์กำหนดจะผลิตออกจำหน่ายแก่ผู้อื่นไม่ได้ ร้านผู้ทำรองเท้าต้องประทับตราเครื่องหมายการค้าของโจทก์บนรองเท้า และหีบห่อและต้องยินยอมให้โจทก์เข้าไปตรวจการผลิตรองเท้าก็เป็นเงื่อนไขที่คู่สัญญาซื้อขายอาจตกลงกำหนดเป็นข้อบังคับกันได้ ตามพาณิชย์โยบายของทั้งสองฝ่ายหาทำให้เจตนาของคู่สัญญาแปรเปลี่ยนไปไม่ เมื่อโจทก์เป็นผู้ซื้อรองเท้าดังกล่าวไม่ใช่ผู้ผลิตโจทก์ก็ไม่ต้องเสียภาษีการค้าในฐานะผู้ผลิตรองเท้าเหล่านั้น

การที่กรมสรรพากรประเมินเรียกเก็บภาษีการค้าจากโจทก์และโจทก์ได้ชำระไปตามการประเมินนั้น มิใช่เรื่องกรมสรรพากรได้ทรัพย์สินใดโดยปราศจากมูลอันจะอ้างกฎหมายได้ กรณีไม่ต้องห้ามฟ้องเมื่อพ้น 1 ปีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 419 และเมื่อโจทก์ชำระค่าภาษีอากรตามกฎหมายแล้ว โจทก์ยังมีสิทธิอุทธรณ์ว่าการประเมินไม่ถูกต้องถ้าหากกรมสรรพากรไม่มีสิทธิเรียกเก็บตามกฎหมายก็ต้องคืนให้โจทก์โดยเฉพาะคดีนี้กรมสรรพากรเคยยอมคืนเงินที่โจทก์ฟ้องเรียกคืนให้โจทก์แล้วโดยยอมให้หักเอาจากเงินค่าภาษีที่โจทก์ต้องชำระแก่กรมสรรพากร ดังนี้กรมสรรพากรจะอ้างว่าได้ครอบครองเงินค่าภาษีที่โจทก์ชำระไปอย่างเป็นเจ้าของมาเกินกว่า 5 ปี ย่อมได้กรรมสิทธิ์นั้น ย่อมรับฟังไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2169/2534

การซื้อขายสินค้านั้นผู้ขายไม่จำเป็นต้องทำสินค้าสำเร็จไว้ล่วงหน้าเสมอไปต้องคำนึงถึงคุณลักษณะพิเศษของสินค้าที่จะขายด้วยโจทก์ทั้งสองประกอบธุรกิจคอนกรีตผสมเสร็จไม่อาจผสมคอนกรีตไว้ก่อนได้ เพราะหากไม่มีผู้ใดซื้อภายใน 1 ชั่วโมง คอนกรีตผสมเสร็จที่ทำไว้จะแข็งตัวไม่อาจนำไปใช้งานได้ สินค้าชนิดนี้จำเป็นต้องขายตามคำสั่งของลูกค้าแต่ละรายไปนอกจากนี้ทั้งลูกค้าของโจทก์ที่ 1 กับโจทก์ที่ 1 และโจทก์ที่ 2 กับโจทก์ที่ 1 ต่างมีเจตนาจะมุ่งให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเพื่อตอบแทนการใช้ราคา มิได้หวังผลสำเร็จในการทำงานเป็นสาระสำคัญ งานที่โจทก์ทั้งสองรับทำจนสำเร็จมิได้สำคัญไปกว่าสัมภาระหรือส่วนผสมที่นำมาใช้ในการผลิตคอนกรีตผสมเสร็จโจทก์ทั้งสองประกอบธุรกิจเป็นการทั่วไปเป็นปกติธุระมิใช่เป็นการครั้งคราวแม้ลูกค้าจะเป็นผู้กำหนดอัตราส่วน

หรือสูตรในการผสมคอนกรีตผสมเสร็จตามที่ลูกค้าต้องการหรือมีการกำหนดรวมค่าขนส่งและกำหนดอัตราค่าจอดรถคอยการเทคอนกรีตลงไว้ด้วย ก็เป็นการกำหนดรายละเอียดไว้เป็นเงื่อนไขในการรับซื้อเข้าลักษณะเป็นสัญญาซื้อขาย หากใช้สัญญาจ้างทำของไม่โจทก์ทั้งสองจึงมิใช่ผู้ประกอบการค้าที่มีหน้าที่เสียภาษีการค้าท้ายหมวด 4 ลักษณะ 2 แห่งประมวลรัษฎากร

(2) กลุ่มคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2755/2534

การที่ ป. กรรมการของโจทก์ลงลายมือชื่อในคำอุทธรณ์ที่อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์เพียงคนเดียวโดยมิได้ประทับตราบริษัทโจทก์ เป็นการกระทำภายในขอบวัตถุประสงค์ของโจทก์ โจทก์ก็ได้ยอมรับเอาผลของการกระทำนั้น ถือได้ว่าเป็นการให้สัตยาบันแก่การยื่นอุทธรณ์ของโจทก์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของจำเลยก็ได้ยอมรับคำอุทธรณ์ที่ ป. ทำไปว่าเป็นอุทธรณ์ของโจทก์ ถือว่าโจทก์ได้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์แล้ว จึงมีอำนาจฟ้อง การที่โจทก์เพียงแต่ใช้แรงงานและเครื่องมือเครื่องใช้ของโจทก์ผลิตสบู่อขึ้นมาตามสูตรและส่วนผสมที่ผู้ว่าจ้างกำหนด โดยผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระทั้งหมดที่ใช้ในการผลิต ย่อมแสดงว่าผู้ว่าจ้างหวังผลสำเร็จแห่งการทำงานที่จ้างเป็นสำคัญ และเป็นที่น่าเห็นได้ว่าสบู่อที่โจทก์ผลิตขึ้นนั้นตกเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้างมาแต่แรก เงินที่ผู้ว่าจ้างจ่ายให้โจทก์จึงมิใช่ค่าตอบแทนการโอนกรรมสิทธิ์ในสบู่อที่โจทก์ผลิตขึ้น แต่เป็นเงินสินจ้างหรือค่าตอบแทนในการที่โจทก์ผลิตสบู่อให้ตามที่ว่าจ้าง นอกจากนี้ยังปรากฏด้วยว่าผู้ว่าจ้างได้เสียภาษีการค้าในฐานะผู้ผลิตให้แก่จำเลยไว้แล้ว กรณีจึงมิใช่การขายของแต่เป็นการรับจ้างทำของจะต้องเสียภาษีการค้าในประเภทการค้า 4 การรับจ้างทำของชนิด 1(ฉ) ในฐานะผู้รับจ้าง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2134/2537

สัญญาข้อ 3.2 ระบุหน้าที่ของโจทก์ว่า โจทก์มีหน้าที่จัดหาแรงงาน วัสดุเครื่องมือเครื่องใช้ทั้งหมดและปฏิบัติงานทั้งสิ้นกับข้อ 3.3 ระบุว่าการไฟฟ้ามีหน้าที่จ่ายค่าจ้างแรงงาน วัสดุเครื่องมือเครื่องใช้และงานที่โจทก์ทำไป ดังนี้ ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ส่วนการที่โจทก์ที่ประเทศอินเดียนมีโรงงานผลิตเสาไฟฟ้าแรงสูง

จำหน่ายทั่วโลกนั้น ก็มีได้หมายความว่าผู้ผลิตสินค้าจำหน่ายจะรับจ้างทำของด้วยไม่ได้ และข้อที่ปรากฏว่าการส่งเสาไฟฟ้าแรงสูงมายังประเทศไทย การไฟฟ้าจะเป็นผู้ขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตและดำเนินการต่าง ๆ เช่นเดียวกับผู้ซื้อนั้น ก็ปรากฏว่าค่าเสาไฟฟ้าแรงสูงและวัสดุอุปกรณ์ในการก่อสร้างครั้งนี้ การไฟฟ้าจะจ่ายจากเงินที่กู้จากธนาคารโลกโดยให้ธนาคารโลกส่งเงินไปให้โจทก์โดยตรงที่ประเทศอินเดีย ฉะนั้น วิธีการปฏิบัติดังกล่าวน่าจะเพื่อให้สามารถแยกราคาค่าเสาไฟฟ้าแรงสูงและวัสดุอุปกรณ์ออกไปได้และเพื่อความสะดวกเท่านั้น หากทำให้สัญญารายพิพาทเป็นสัญญาซื้อขายรวมอยู่กับสัญญาจ้างทำของไม่ การที่เจ้าพนักงานประเมินได้ประเมินภาษีการค้าโดยนำเงินค่าเสาไฟฟ้าแรงสูงและวัสดุอุปกรณ์มารวมเป็นค่าจ้างหรือรายรับจากการค้าประเภท 4 ชนิด 1(ค) การปลูกสร้างหรือการก่อสร้างทุกชนิดตามบัญชีอัตราภาษีการค้า ในประมวลรัษฎากร จึงชอบแล้ว เมื่อโจทก์จัดตั้งสาขาขึ้นในประเทศไทยเพื่อดำเนินการตามสัญญาจ้างทำของก็เท่ากับว่า โจทก์เป็นผู้ดำเนินการรับจ้างทำของในประเทศไทย วัสดุที่โจทก์ส่งเข้ามาในประเทศไทยจึงเป็นสัมภาระที่โจทก์จัดหามาเพื่อการรับจ้างทำของของโจทก์ ค่าเสาไฟฟ้าแรงสูงและวัสดุอุปกรณ์ดังกล่าวจึงเป็นรายได้จากกิจการหรือเนื่องจากกิจการในประเทศไทยของโจทก์ ตามความหมายของประมวลรัษฎากร มาตรา 65 ส่วนที่การนำเสาไฟฟ้าแรงสูงและวัสดุอุปกรณ์ต่างๆ เข้ามาได้กระทำโดยการไฟฟ้าสั่งซื้อและการจ่ายเงินก็ได้ให้ธนาคารโลกจ่ายเงินให้แก่โจทก์ที่ประเทศอินเดียโดยตรง ก็เป็นเพราะการไฟฟ้าได้กู้เงินจากธนาคารโลกมาจ่ายเป็นค่าเสาไฟฟ้าแรงสูงและวัสดุอุปกรณ์ วิธีการได้วัสดุมาดังกล่าวจึงเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อลดขั้นตอนและเพื่อความสะดวกบางอย่างเท่านั้น ค่าเสาไฟฟ้าแรงสูงและวัสดุอุปกรณ์จึงมิใช่เงินที่การไฟฟ้าซื้อจากโจทก์ค่าเสาไฟฟ้าแรงสูงและวัสดุอุปกรณ์ดังกล่าวก็ย่อมรวมอยู่ในค่าจ้างทำของของโจทก์อันได้ดำเนินการในประเทศไทยนั่นเอง เงินจำนวนนี้จึงเป็นรายได้ของโจทก์ที่จะต้องนำมาคำนวณภาษีด้วย มิใช่นำมาคำนวณเฉพาะค่าติดตั้งเสาไฟฟ้าแรงสูง เมื่อโจทก์มิได้นำเงินจำนวนนี้มาคำนวณในการเสียภาษีด้วยย่อมเป็นการไม่ถูกต้อง เจ้าพนักงานประเมินจึงมีอำนาจตรวจสอบภาษีและโจทก์ก็มีได้โต้แย้งในอุทธรณ์ว่าโจทก์ได้ส่งบัญชีและเอกสารประกอบการลงบัญชีเพียงพอแล้ว จึงฟังได้ว่าโจทก์มิได้ส่งบัญชีและเอกสารประกอบการลงบัญชีให้แก่เจ้าพนักงานประเมินเพื่อหาต้นทุนสินค้า เจ้าพนักงานประเมินจึงมีอำนาจประเมินตามประมวลรัษฎากร มาตรา 71(1) การประเมินจึงชอบแล้ว การที่เงินกำไรที่รวมอยู่ในค่าเสาไฟฟ้าแรงสูง และวัสดุและอุปกรณ์ที่ได้ส่งจากธนาคารโลกซึ่งอยู่ต่างประเทศไปยังประเทศไทยให้โจทก์โดยตรง ก็เนื่องจากการไฟฟ้าได้กู้ยืมเงินจำนวนนี้จากธนาคารโลก การกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อความสะดวกเท่านั้นกรณีเท่ากับว่า

ธนาคารโลกได้ส่งเงินค่าเสาไฟฟ้าแรงสูงและวัสดุอุปกรณ์มาให้การไฟฟ้าในประเทศไทย แล้วการไฟฟ้าผู้ว่าจ้างได้มอบเงินจำนวนดังกล่าวให้สาขาโจทก์ในประเทศไทย และสาขาโจทก์ในประเทศไทยส่งเงินไปยังโจทก์ในประเทศอินเดียนั่นเอง สาขาโจทก์ในประเทศไทยก็คือตัวโจทก์ จึงเท่ากับว่าโจทก์เป็นผู้ส่งหรือจำหน่ายเงินกำไรออกไปจากประเทศไทย กรณีต้องตามประมวลรัษฎากร มาตรา 70 ทวิ ที่เจ้าพนักงานประเมินได้ประเมินให้โจทก์เสียภาษีโดยคำนวณหากำไรจึงชอบแล้ว

3. กลุ่มคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเป็นทั้งสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ ภายใต้สัญญาฉบับเดียวกัน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3049/2540

กรณีใดจะถือว่ารายรับใดเป็นรายรับที่จะต้องเสียภาษีการค้าตามประเภทการค้า 4 การรับจ้างทำของ จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป เมื่อตามข้อสัญญาพิพาทโจทก์และลูกค้านุ่งประสงค์ถึงการซื้อขายลิฟท์ เครื่องปรับอากาศบันไดเลื่อน และการรับจ้างติดตั้งด้วย โดยข้อสัญญาได้ระบุราคาค่าลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ หรือบันไดเลื่อน รวมภาษีขาเข้าภาษีการค้าและการขนส่งถึงสถานที่ติดตั้งเป็นจำนวนเงินแยกต่างหากจากราคาค่าแรงงานติดตั้งพร้อมทั้งวัสดุอุปกรณ์โดยที่สินค้าลิฟท์ เครื่องปรับอากาศที่ทำสัญญาซื้อขายกันนั้นผู้ซื้อสามารถจ้างผู้อื่นให้ทำการติดตั้งได้ แต่เพื่อความสะดวกผู้ซื้อก็จะว่าจ้างให้โจทก์ทำการติดตั้งไปในคราวเดียวกัน ซึ่งตามสัญญาซื้อขายนอกจากจะตกลงในเรื่องราคาสินค้าไว้แล้ว ก็จะมีการตกลงในเรื่องค่าแรงงานในการติดตั้งพร้อมทั้งวัสดุอุปกรณ์ไว้ด้วยในสัญญาฉบับเดียวกันแต่จะแยกราคาสินค้าและค่าแรงงานพร้อมทั้งวัสดุอุปกรณ์ออกต่างหากจากกันอย่างชัดเจน สัญญาเช่นนี้ย่อมทำได้เพราะไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนอกจากนี้สัญญาดังกล่าวโจทก์ไม่ได้ทำการผลิตหรือทำวัตถุสิ่งใดขึ้นมา แต่วัตถุสิ่งของคือลิฟท์ เครื่องปรับอากาศหรือบันไดเลื่อนนั้น มีอยู่สำเร็จรูปอยู่แล้ว เพียงแต่โจทก์นำมาติดตั้งเท่านั้น ทั้งข้อตกลงในสัญญายังได้ระบุเป็นเงื่อนไขว่าหากผู้ซื้อชำระราคาไม่ครบถ้วน สินค้าลิฟท์ เครื่องปรับอากาศหรือบันไดเลื่อน ยังเป็นกรรมสิทธิ์ของโจทก์จนกว่าผู้ซื้อจะชำระราคาค่าสินค้าครบถ้วนแล้ว ซึ่งแสดงว่าคู่สัญญามุ่งถึงการโอนกรรมสิทธิ์ของสินค้าเพื่อตอบแทนการชำระราคาอันเป็นลักษณะสำคัญของสัญญาซื้อขาย สัญญาพิพาท จึงมิใช่เป็นสัญญาจ้างทำของเพียงประการเดียว แต่เป็นสัญญาซื้อขายส่วนหนึ่งและเป็นสัญญาจ้างทำของส่วนหนึ่งรวมอยู่ในสัญญาฉบับเดียวกัน การที่

สินค้าลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ และบันไดเลื่อน โจทก์ได้เสียอากรขาเข้าและภาษีการค้าเมื่อขณะนำมาครบถ้วนแล้ว ต่อมาโจทก์นำสินค้าดังกล่าวไปขายย่อมไม่ต้องเสียภาษีการค้าอีก การที่จำเลยประเมินเรียกเก็บภาษีการค้าจากการขายสินค้าดังกล่าวจากโจทก์อีกจึงเป็นการเก็บภาษีซ้ำซ้อนไม่เป็นธรรมแก่โจทก์ สัญญาซื้อขายลิฟท์ เครื่องปรับอากาศ และบันไดเลื่อนพิพาทเป็นสัญญาจ้างทำของเฉพาะค่าแรงติดตั้งพร้อมทั้งวัสดุอุปกรณ์หาใช้สัญญาจ้างทำของทั้งฉบับ เมื่อสัญญาจ้างทำของเป็นตราสารที่ต้องเสียอากรตามลักษณะแห่งตราสาร 4 แห่งบัญชีอากรแสตมป์ โจทก์จึงมีหน้าที่ปิดอากรแสตมป์เฉพาะสำหรับค่าจ้างทำของเท่านั้น ส่วนค่าลิฟท์ เครื่องปรับอากาศและบันไดเลื่อน เป็นสัญญาซื้อขายจึงมิใช่ตราสารที่ต้องปิดอากรแสตมป์ ในปี 2528 โจทก์ยื่นแบบแสดงรายการการค้าโดยแสดงรายรับสำหรับเดือนกุมภาพันธ์ กรกฎาคม สิงหาคม กันยายนและธันวาคม ขาดไปเกินกว่าร้อยละ 25 ของรายรับที่แสดงในแบบแสดงรายการการค้าเป็นเงิน 140,539,353.23 บาท และในปี 2529 โจทก์ยื่นแบบแสดงรายการการค้าโดยแสดงรายรับสำหรับเดือนกุมภาพันธ์ มีนาคม มิถุนายน กรกฎาคมตุลาคม พฤศจิกายน และธันวาคม ขาดไปเกินกว่าร้อยละ 25 ของรายรับที่แสดงในแบบแสดงรายการการค้าเป็นเงิน 105,746,724.30 บาท รายรับที่ขาดไปดังกล่าวข้างต้นเป็นรายรับเกี่ยวกับค่าลิฟท์ ค่าเครื่องปรับอากาศ และบันไดเลื่อนดังนี้ เมื่อโจทก์ไม่มีหน้าที่ต้องนำรายรับดังกล่าวมาเสียภาษีการค้าโจทก์จึงไม่ต้องนำรายรับเกี่ยวกับค่าลิฟท์ค่าเครื่องปรับอากาศและบันไดเลื่อนมารวมคำนวณในการยื่นแบบแสดงรายการการค้าอีก ดังนั้น จึงฟังได้ว่าในปี 2528 และปี 2529 สำหรับเดือนภาษีดังกล่าว โจทก์มิได้ยื่นแบบแสดงรายการการค้าโดยแสดงรายรับขาดไปเกินกว่าร้อยละ 25 ของยอดรายรับที่แสดงในแบบแสดงรายการการค้าเจ้าพนักงานประเมินจึงต้องทำการประเมินภายในกำหนดเวลา 5 ปี นับแต่วันสุดท้ายแห่งกำหนดเวลายื่นแบบแสดงรายการการค้าหรือวันที่ยื่นแบบแสดงรายการการค้าแล้วแต่วันใดจะเป็นวันหลังตามที่บัญญัติไว้ในประมวลรัษฎากร มาตรา 88 ทวิ (1) ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น แต่ปรากฏว่าเจ้าพนักงานประเมินทำการประเมินและแจ้งการประเมินภาษีการค้าสำหรับปี 2528 และปี 2529 เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2537 โจทก์ได้รับแจ้งเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2537 จึงเกินกำหนดเวลา 5 ปี การประเมินภาษีการค้าดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4450/2542

การตีความในสัญญาจะต้องพิจารณาถึงเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาประกอบกับถ้อยคำสำนวนในสัญญาด้วย แม้ตามสัญญาระบุว่า เป็นสัญญาซื้อขายเครื่องชุมสายโทรศัพท์และ

อุปกรณ์พร้อมทั้งการติดตั้ง แต่ในตัวสัญญามิได้ระบุค่าเครื่องชุมสายโทรศัพท์และอุปกรณ์ประกอบแยกออกจากหกราคาค่าแรงงานติดตั้ง และให้ถือว่าภาคผนวกแนบท้ายสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาและได้กำหนดรายละเอียดราคาไว้ในภาคผนวกแล้ว แสดงว่าคู่สัญญาซื้อขายมีเจตนาที่จะแยกค่าเครื่องชุมสายโทรศัพท์ออกจากค่าแรงงานติดตั้งและค่าฝึกอบรมตั้งแต่การกำหนดราคาและการชำระราคา สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับซอฟต์แวร์เป็นคนละประเภทกับกรรมสิทธิ์ในเครื่องชุมสายโทรศัพท์ กรรมสิทธิ์ในเครื่องชุมสายโทรศัพท์เป็นทรัพย์สินซึ่งมีวัตถุแห่งสิทธิเป็นตัวทรัพย์สิน ส่วนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาวัตถุแห่งสิทธิเป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้สร้างสรรค์ที่จะหวงกัณมิให้ผู้อื่นเข้าใช้สิทธิที่เจ้าของงานสร้างสรรค์ หรือเจ้าของสิทธิมีอยู่แต่เพียงผู้เดียว ดังนั้น ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในเครื่องชุมสายโทรศัพท์กับซอฟต์แวร์ซึ่งเป็นชุดคำสั่งที่ใช้กับเครื่องชุมสายโทรศัพท์สามารถทำงานได้ตามโปรแกรมที่กำหนดไว้อาจเป็นคนละคนกันก็ได้ การที่คู่สัญญาได้แยกราคาค่าเครื่องชุมสายโทรศัพท์ออกจากหกราคาค่าแรงงานติดตั้งและค่าฝึกอบรมอย่างชัดเจน แสดงว่าเจตนาทำสัญญาซื้อขายเครื่องชุมสายโทรศัพท์และอุปกรณ์ประกอบ กับสัญญาจ้างทำของคือติดตั้งเครื่องชุมสายโทรศัพท์แยกต่างหากจากกันเป็นสองลักษณะสัญญาในฉบับเดียวกันเมื่อโจทก์ได้ชำระภาษีการค้ำในส่วนของสัญญาจ้างทำของ จำเลยจึงไม่มีอำนาจแจ้งให้โจทก์เสียภาษีการค้ำอีก ตามประมวลรัษฎากร ๓ มาตรา 107 วรรคหนึ่ง ผู้มีหน้าที่เสียภาษีอากรสามารถตกลงกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งไม่มีหน้าที่เสียอากรให้เสียอากรแทนตนได้ แม้กฎหมายจะบัญญัติให้คู่สัญญาตกลงกันให้อีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เสียอากรได้ แต่ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งรับที่จะเสียอากรตามสัญญาไม่ยอมเสียอากรโดยปิดแสดมภ์ในตราสารหรือในสัญญาจำเลยก็ยังคงมีอำนาจประเมินเรียกเก็บค่าอากรและค่าเพิ่มอากรจากผู้มีหน้าที่ต้องเสียอากรตามประมวลรัษฎากร

เมื่อทำการวิเคราะห์พบว่าสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของนั้นมีความแตกต่างกันอย่างมาก โดยสามารถความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของออกเป็น 7 ประการ ดังนี้¹⁸⁸

¹⁸⁸ เตโช ณ ถกลาง, “ความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 27-39.

1 แบบของสัญญาและหลักฐานในการฟ้องร้อง

(ก) สัญญาซื้อขาย

มีการกำหนดแบบของนิติกรรมในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษไว้ในมาตรา 456 วรรคหนึ่ง¹⁸⁹ ผลของกฎหมายในมาตราดังกล่าวคือ เมื่อการซื้อขายที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษต้องทำตามแบบแห่งนิติกรรม โดยการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ไม่เช่นนั้นสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษจะเป็นโมฆะ ตามมาตรา 152¹⁹⁰ และในกรณีที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ทั่วไป สำหรับการซื้อขายนั้นกฎหมายก็ได้มีการกำหนดเรื่องหลักฐานแห่งการฟ้องร้องโดยได้มีบทบัญญัติไว้ในมาตรา 456 วรรคสองและวรรคสาม จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว มีผลทำให้การซื้อขายที่มีราคาตั้งแต่สองหมื่นบาทขึ้นไปต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีการวางมัดจำ หรือมีการชำระหนี้บางส่วนถึงจะฟ้องร้องหรือบังคับคดีให้อีกฝ่ายต้องรับผิดชอบได้

(ข) สัญญาจำทำของ

สัญญาจำทำของไม่ได้มีการกำหนดแบบของสัญญาและหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีไว้ ผลก็คือเพียงการตกลงทำสัญญาด้วยปากเปล่าก็สามารถบังคับกันได้ตามกฎหมาย และแม้ว่าจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเช่นเดียวกับการซื้อขายก็ตาม สัญญาจำทำของดังกล่าวก็ไม่อยู่ในบังคับดังเช่นสัญญาซื้อขายทั้งในกรณีที่ทรัพย์สินเกิดจากสัญญาจำทำของจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ก็ตาม

¹⁸⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 456 การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือมีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย

สัญญาจะขายหรือจะซื้อ หรือค้ำประกันในการซื้อขายทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่ง ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ หรือได้วางประจำไว้หรือได้ชำระหนี้บางส่วนแล้ว จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้ ให้ใช้บังคับถึงสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกลงกันเป็นราคาสองหมื่นบาท หรือกว่านั้นขึ้นไปด้วย

¹⁹⁰ มาตรา 152 การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ

2. การโอนกรรมสิทธิ์ของสัญญา

(ก) สัญญาซื้อขาย

ในสัญญาซื้อขายนั้น กฎหมายได้กำหนดให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปทันทีนับแต่สัญญาสมบูรณ์ เว้นแต่ได้มีข้อกำหนดใดๆ ที่เป็นเงื่อนไขหรือเงื่อนไขในการโอนกรรมสิทธิ์ หรือในกรณีที่ทรัพย์สินดังกล่าวยังไม่ได้เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งหรือยังไม่ได้มีการชั่ง ตวง วัด เพื่อรู้จำนวนที่แน่นอนตามที่มาตรา 458¹⁹¹ ได้บัญญัติไว้ และในกรณีที่ทรัพย์สินที่ซื้อขายยังไม่เป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งการโอนกรรมสิทธิ์ก็จะเป็นไปตามมาตรา 460¹⁹²

(ข) สัญญาจ้างทำของ

ส่วนสัญญาจ้างทำของนั้นอาจก่อให้เกิดทรัพย์สินในอันที่จะต้องมาโอนกรรมสิทธิ์หรือไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สินอย่างใดเลยก็ได้ กฎหมายจึงไม่ได้มีการกำหนดในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากผลสำเร็จของงานที่ทำไว้ และในขณะที่ทำสัญญาสำหรับสัญญาจ้างทำของ ก็ไม่มีทรัพย์สินตามที่ได้ตกลงกันอยู่ เพราะเป็นการว่าจ้างให้ทำงานเพื่อก่อให้เกิดผลสำเร็จของงาน ดังนั้น ในขณะที่สัญญาที่ไม่มีทรัพย์สินอย่างใดที่ต้องโอนตามสัญญา คงจะเป็นเรื่องที่คุณสัญญาตกลงกันหรือเป็นไปตามกฎหมายในเรื่องหลักทั่วไป หลักในเรื่องนี้ หรือหลักในเรื่องทรัพย์สินในบรรพ 4 ที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาว่า ในกรณีที่สัญญาจ้างทำของ การงานตามสัญญานั้นก่อให้เกิดทรัพย์สินขึ้นมาด้วย ซึ่งทรัพย์สินที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งที่ผู้รับจ้างต้องมีการโอนให้แก่ผู้ว่าจ้าง การโอนกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินซึ่งเป็นผลสำเร็จของงานที่เกิดขึ้นจากสัญญาจ้างทำของ ถ้าได้มีการตกลงให้โอนหรือตกลงเป็นของผู้

¹⁹¹มาตรา 458 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายนั้น ย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกัน

¹⁹²มาตรา 460 ในการซื้อขายทรัพย์สินซึ่งมิได้กำหนดลงไว้แน่นอนนั้น ท่านว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปจนกว่าจะได้หมาย หรือนับ ชั่ง ตวง วัด หรือคัดเลือก หรือทำโดยวิธีอื่นเพื่อให้บังตัวทรัพย์สินนั้นออกเป็นแน่นอนแล้ว

ในการซื้อขายทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ถ้าผู้ขายยังจะต้องนับ ชั่ง ตวง วัด หรือทำการอย่างอื่น หรือทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันเกี่ยวแก่ทรัพย์สินเพื่อให้รู้กำหนดราคาทรัพย์สินนั้นแน่นอน ท่านว่ากรรมสิทธิ์ยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อจนกว่าการหรือสิ่งนั้นได้ทำแล้ว

ว่าจ้างตั้งแต่เมื่อใด เช่น ให้โอนกันเมื่อทำการงานเสร็จหรือเมื่อผู้ว่าจ้างเรียกร้องให้ส่งมอบหรือผู้รับจ้างส่งมอบ ก็ย่อมเป็นไปตามนั้น¹⁹³

ถ้าในกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงกันว่าให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เกิดขึ้นโอนไปเมื่อใด การพิจารณาต้องแยกระหว่างการที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ โดยในกรณีที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระทั้งหมดหรือทรัพย์สินประธาน จึงเป็นกรณีตามมาตรา 1317¹⁹⁴ และ 1316 วรรคสอง¹⁹⁵ ผลของบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว กรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่เกิดขึ้นใหม่จึงเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ว่าจ้าง ในขณะที่การงานเสร็จและไม่มีกรณีที่จะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์กันอีกแต่อย่างไร เพราะกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เกิดขึ้นเป็นไปตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินดังที่กล่าวมาแล้ว เว้นแต่ในกรณีตามมาตรา 1317 วรรคสอง ที่ค่าการงานเกินกว่าค่าสัมภาระที่ใช้มาก ผู้รับจ้างจึงเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้มีการทำขึ้น การโอนกรรมสิทธิ์จึงเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่นานาประเทศยอมรับและนับถือกัน ถือว่าการส่งมอบเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน¹⁹⁶ ที่ว่าเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่จัดทำขึ้นเมื่อใด กรรมสิทธิ์ก็โอนหรือตกเป็นของผู้ว่าจ้างตั้งแต่นั้น¹⁹⁷

¹⁹³ ไพจิตร ปุณฺณพันธ์ุ, “กรรมสิทธิ์ในสัญญาอื่น ๆ นอกจากสัญญาซื้อขายโอนไปตั้งแต่เมื่อใด”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 4, (ธันวาคม 2537) : 851.

¹⁹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1317 บุคคลใดใช้สัมภาระของบุคคลอื่นทำสิ่งใดขึ้นใหม่ไซ้ ท่านว่าเจ้าของสัมภาระเป็นเจ้าของสิ่งนั้นโดยมีต้องค่านางว่าสัมภาระนั้นจะกลับคืนตามเดิมได้หรือไม่แต่ต้องใช้ค่าแรงงาน

แต่ถ้าค่าแรงงานเกินกว่าค่าสัมภาระที่ใช้ขึ้นมากไซ้ ท่านว่าผู้ทำเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่สร้างขึ้น แต่ต้องใช้ค่าสัมภาระ

¹⁹⁵ มาตรา 1316 ถ้าเอาสังหาริมทรัพย์ของบุคคลหลายคนมารวมเข้ากันจนเป็นส่วนควบหรือแบ่งแยกไม่ได้ไซ้ ท่านว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นเจ้าของรวมแห่งทรัพย์สินที่รวมเข้ากันแต่ละคนมีส่วนตามค่าแห่งทรัพย์สินของตนในเวลาที่ยรวมเข้ากับทรัพย์สินอื่น

ถ้าทรัพย์สินอันหนึ่งอาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินประธานไซ้ ท่านว่าเจ้าของทรัพย์สินนั้นเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่รวมเข้ากันแต่ผู้เดียว แต่ต้องใช้ค่าแห่งทรัพย์สินอื่นๆ ให้แก่เจ้าของทรัพย์สินนั้นๆ

¹⁹⁶ ไพจิตร ปุณฺณพันธ์ุ, “กรรมสิทธิ์ในสัญญาอื่น ๆ นอกจากสัญญาซื้อขายโอนไปตั้งแต่เมื่อใด”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 4 : 847.

¹⁹⁷ ไพจิตร ปุณฺณพันธ์ุ, “กรรมสิทธิ์ในสัญญาอื่น ๆ นอกจากสัญญาซื้อขายโอนไปตั้งแต่เมื่อใด”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 4 : 853.

ส่วนกรณีผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระหรือสัมภาระประธาน เมื่อพิจารณาถึงการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามบทบัญญัติของกฎหมายตามมาตรา 1316 วรรคสองจะเห็นได้ว่า ผู้รับจ้างเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้ทำขึ้นใหม่นี้ การโอนกรรมสิทธิ์จึงเป็นไปตามหลักทั่วไป คือ โอนเมื่อมีการส่งมอบตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

และในกรณีที่เป็นสังหาริมทรัพย์ของบุคคลหลายคนมารวมกันเป็นส่วนควบหรือแบ่งแยกไม่ได้และไม่สามารถพิจารณาได้ว่า ทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินประธานกรรมสิทธิ์จึงเป็นไปตามกฎหมายมาตรา 1316 วรรคแรก เจ้าของสังหาริมทรัพย์ที่เอาเข้ามารวมจึงเป็นเจ้าของรวม การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เกิดขึ้นใหม่ระหว่างผู้รับจ้างไปยังผู้ว่าจ้างจึงใช้หลักการโอนเมื่อมีการส่งมอบเช่นเดียวกัน

(3) การรับบาบเคราะห์ในภัยพิบัติในทรัพย์สิน

(ก) สัญญาซื้อขาย

เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดการโอนไปซึ่งทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง การรับบาบเคราะห์ตามสัญญาซื้อขายจึงเป็นไปตามมาตรา 370¹⁹⁸ โดยเมื่อการสูญเสียนั้นเกิดขึ้นด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ไม่ได้ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้ คือ เมื่อความสูญเสียนั้นเกิดขึ้น เจ้าหนี้ คือ ผู้ซื้อเป็นผู้รับบาบเคราะห์ จึงไม่สามารถเรียกร้องให้ลูกหนี้ทำการโอนทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามสัญญาได้ และในขณะเดียวกันผู้ซื้อก็ต้องชำระราคาตามสัญญาให้แก่ผู้ขายด้วย

¹⁹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 370 ถ้าสัญญาต่างตอบแทนมีวัตถุประสงค์เป็นการก่อให้เกิดหรือโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และทรัพย์สินนั้นสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ไม่ได้ไซ้ ท่านว่าการสูญหรือเสียหายนั้นตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้

ถ้าไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ท่านให้ใช้บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคก่อนนี้บังคับแต่เวลาที่ทรัพย์สินนั้นกลายเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่งตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 195 วรรค 2 นั้นไป

สำหรับกรณีที่ทรัพย์ตามสัญญา นั้นยังไม่เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง การพิจารณา จึงใช้มาตรา 195 วรรคสองมาพิจารณาว่าเมื่อใดเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งแล้ว เพราะถ้ายังไม่เป็นทรัพย์เฉพาะสิ่ง ผลของการสูญเสียหรือเสียหายจึงไม่เข้ามาตรา 370 ผู้ขายจึงยังมีหน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์ตามสัญญาอยู่ และเป็นบาปเคราะห์แก่เจ้าของทรัพย์ดังกล่าวเอง ขณะเดียวกันถ้ายังไม่มีการส่งมอบทรัพย์ที่ซื้อขาย ผู้ซื้อก็มีสิทธิปฏิเสธการชำระราคาตามมาตรา 369¹⁹⁹

(ข) สัญญาจ้างทำของ

ในสัญญาจ้างทำของนั้นกฎหมายได้มีการกำหนดเรื่องบาปเคราะห์จากภัยพิบัติไว้ในมาตรา 603²⁰⁰ และในมาตรา 604²⁰¹ จึงเป็นการที่กฎหมายเอกเทศสัญญาจ้างทำของได้มีการกำหนดในเรื่องการรับบาปเคราะห์ไว้โดยเฉพาะ เมื่อกรณีเป็นไปตามมาตรา 603 กับมาตรา 604 จึงไม่ใช่กฎหมายในบรรพ 2 เรื่องหนี้และเรื่องสัญญามาใช้ ซึ่งผลจากบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าว จึงสามารถแบ่งออกได้เป็นสองกรณี คือ กรณีผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ และกรณีผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ

1. กรณีผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ

ถ้าความวิनाศหรือบุบสลายเกิดขึ้นก่อนการส่งมอบ โดยไม่ใช่ความผิดของฝ่ายใดแล้ว ผู้รับจ้างก็เป็นผู้รับบาปเคราะห์และสินจ้างนั้นไม่ต้องใช้

¹⁹⁹ มาตรา 369 ในสัญญาต่างตอบแทนนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะไม่ยอมชำระหนี้จนกว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะชำระหนี้ หรือขอปฏิบัติชำระหนี้ก็ได้ แต่ความข้อนี้ท่านมิให้ใช้บังคับ ถ้าหนี้ของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ถึงกำหนด

²⁰⁰ มาตรา 603 ถ้าผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ และการที่จ้างทำนั้นพังทลายหรือบุบสลายลงก่อนได้ส่งมอบกันถูกต้องไซ้ ท่านว่าความวินาศอันนั้นตกเป็นพับแก่ผู้รับจ้าง หากความวินาศนั้นมิได้เป็นเพราะการกระทำของผู้ว่าจ้าง

ในกรณีเช่นว่านี้ สินจ้างก็เป็นอันไม่ต้องใช้

²⁰¹ มาตรา 604 ถ้าผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ และการที่จ้างทำนั้นพังทลายหรือบุบสลายลงก่อนได้ส่งมอบกันถูกต้องไซ้ ท่านว่าความวินาศนั้นตกเป็นพับแก่ผู้ว่าจ้าง หากความวินาศนั้นมิได้เป็นเพราะการกระทำของผู้รับจ้าง

ในกรณีเช่นว่านี้ สินจ้างก็เป็นอันไม่ต้องใช้ เว้นแต่ความวินาศนั้นเป็นเพราะการกระทำของผู้ว่าจ้าง

2. กรณีผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ

ถ้าความวินาศหรือบุบสลายเกิดขึ้นก่อนการส่งมอบ โดยไม่ใช่ความผิดของฝ่ายใดแล้ว ผู้ว่าจ้างก็เป็นผู้รับบาปเคราะห์และสินจ้างนั้นไม่ต้องใช้

ดังนั้น ทั้งมาตรา 603 และ 604 จึงเป็นการที่กฎหมายกำหนดเวลาของการโอนการเสี่ยงภัยไว้เฉพาะในสัญญาจ้างทำของแล้ว โดยยึดการส่งมอบเป็นการโอนการเสี่ยงภัย

(4) ความรับผิดเพื่อชำระคบกพร่อง

(ก) สัญญาซื้อขาย

ในสัญญาซื้อขายได้มีการกำหนดในเรื่องความรับผิดเพื่อการชำระคบกพร่องไว้ในมาตรา 472²⁰² ซึ่งเป็นความชำระคบกพร่องตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังมีความชำระคบกพร่องตามสัญญาด้วย²⁰³

สำหรับความรับผิดในความชำระคบกพร่องโดยบทบัญญัติของกฎหมายเป็นไปตามหลักที่ว่า “ผู้ขายต้องระวัง” โดยเมื่อเกิดเหตุชำระคบกพร่องในทรัพย์สินที่ได้ขาย ไม่ว่าผู้ขายจะรู้ถึงความชำระคบกพร่องดังกล่าวหรือไม่ ก็ต้องรับผิดชอบในความชำระคบกพร่องที่เกิดขึ้น ความรับผิดเพื่อความชำระคบกพร่อง (liability for defect) ไม่ใช่เรื่องความรับผิดในกรณีที่เกิดสัญญา²⁰⁴ แต่เป็นความเสียหายในเนื้อหาของวัตถุหรือทรัพย์สิน และความชำระคบกพร่องต้องเป็นเหตุให้เสื่อมราคา

²⁰² มาตรา 472 ในกรณีที่ทรัพย์สินซึ่งขายนั้นชำระคบกพร่องอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติก็ดี ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญาก็ดี ท่านว่าผู้ขายต้องรับผิดความที่กล่าวมาในมาตรานี้ย่อมใช้ได้ ทั้งที่ผู้ขายรู้อยู่แล้วหรือไม่รู้ว่าการชำระคบกพร่องมีอยู่

²⁰³ จำปี โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แยกเปลี่ยน ให้ พร้อมทั้งคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2548), หน้า 187.

²⁰⁴ ประพนธ์ ศาตะมาน และไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2532), หน้า 98.

หรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งใช้เป็นปกติ หรือประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญา ผู้ขายจึงต้องรับผิดชอบความชำรุดบกพร่องดังกล่าว อย่างไรก็ตามก็ดี กฎหมายก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นของความชำรุดบกพร่องของมาตรา 472 นี้ไว้ด้วย โดยในมาตรา 473²⁰⁵ ได้บัญญัติถึงกรณีที่ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องซึ่งมีที่มาจากหลักผู้ซื้อต้องระวังตามที่ได้กล่าวมา และนอกจากข้อยกเว้นที่ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องในมาตรา 473 แล้ว ความรับผิดในความชำรุดบกพร่องตามมาตรา 472 ไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี และกฎหมายมาตรา 483²⁰⁶ ได้วางหลักไว้ คู่สัญญาจึงสามารถตกลงกันเพื่อผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องได้

(ข) สัญญาจ้างทำของ

สัญญาจ้างทำของในประเด็นเรื่องความชำรุดบกพร่อง อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ และกรณีที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ

1. กรณีที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ

ความชำรุดบกพร่องกรณีที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ กฎหมายมาตรา 595²⁰⁷ นั้นได้กำหนดให้ใช้หลักกฎหมายต่างๆ ในสัญญาซื้อขายมาใช้ ดังนั้น ความชำรุดบกพร่องในกรณีที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ จึงมีลักษณะเหมือนกับสัญญาซื้อขายตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

²⁰⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 473 ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะรู้เช่นนั้นหากได้ใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน

(2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบ และผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อิดเอื้อน

(3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด

²⁰⁶ มาตรา 483 คู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่าผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิก็ได้

²⁰⁷ มาตรา 595 ถ้าผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระไซ้ ความรับผิดของผู้รับจ้างในการบกพร่องนั้น ท่านให้บังคับด้วยบทแห่งประมวลกฎหมายนี้ ลักษณะซื้อขาย

2. กรณีที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ

ความชำรุดบกพร่องกรณีที่ผู้รับจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระ กฎหมาย มาตรา 591²⁰⁸ และมาตรา 598²⁰⁹ ซึ่งทั้งสองมาตราดังกล่าวเป็นการที่กฎหมายจ้างทำของได้มีการบัญญัติไว้เฉพาะ เพื่อให้เหมาะสมกับกรณีที่ผู้ว่าจ้างได้มีการจัดหาสัมภาระให้แก่ผู้รับจ้างในการทำงาน โดยผู้รับจ้างจะไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง ถ้าเป็นโดยสภาพของสัมภาระที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหา หรือคำสั่งของผู้ว่าจ้างนั้นไม่ถูกต้องเหมาะสม แต่ถ้าผู้รับจ้างรู้ถึงเหตุที่สัมภาระไม่เหมาะสมหรือคำสั่งไม่ถูกต้องและไม่ยอมแจ้งแก่ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้างก็ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องที่เกิดขึ้นด้วย

สำหรับหลักยกเว้นความรับผิดในความชำรุดบกพร่องตามมาตรา 598 ที่มีหลักว่า ถ้าผู้ว่าจ้างยอมรับการงานนั้นที่มีความชำรุดบกพร่องโดยมิได้อิดเอื้อน ผู้รับจ้างก็ไม่ต้องรับผิด เว้นแต่ความชำรุดบกพร่องนั้นไม่เห็นในขณะที่ได้ส่งมอบหรือผู้รับจ้างปิดบังความชำรุดบกพร่องนั้น

(5) อายุความในการฟ้องร้อง

ก. สัญญาซื้อขาย

สัญญาซื้อขายนั้นได้มีบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องอายุความหลายมาตรา ได้แก่ ในกรณีขาดตกบกพร่องหรือล่าช้าจำนวนในมาตรา 467²¹⁰ ซึ่งกำหนดมิให้ฟ้องเกิน

²⁰⁸ มาตรา 591 ถ้าความชำรุดบกพร่องหรือความซักช้าในการที่ทำนั้นเกิดขึ้นเพราะสภาพแห่งสัมภาระซึ่งผู้ว่าจ้างส่งให้ก็ดี เพราะคำสั่งของผู้ว่าจ้างก็ดี ท่านว่าผู้รับจ้างไม่ต้องรับผิดชอบเว้นแต่จะรู้หรือรู้อยู่แล้วว่าสัมภาระนั้นไม่เหมาะสมหรือว่าคำสั่งนั้นไม่ถูกต้องและมีได้บอกกล่าวตักเตือน

²⁰⁹ มาตรา 598 ถ้าผู้ว่าจ้างยอมรับมอบการที่ทำนั้นแล้วทั้งชำรุดบกพร่องมิได้อิดเอื้อนโดยแสดงออกชัดหรือโดยปริยาย ผู้รับจ้างก็ไม่ต้องรับผิด เว้นแต่ความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นเช่นจะไม่พึงพบได้ในขณะเมื่อรับมอบหรือผู้รับจ้างได้ปิดบังความนั้นเสีย

²¹⁰ มาตรา 467 ในข้อรับผิดเพื่อการที่ทรัพย์สินขาดตกบกพร่องหรือล่าช้าจำนวนนั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดปีหนึ่งนับแต่เวลาส่งมอบ

หนึ่งปีนับแต่เวลาที่ส่งมอบ ในกรณีชำระคบกพร่องในมาตรา 474²¹¹ มิให้ฟ้องเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่พบความชำระคบกพร่อง ในกรณีรอนสิทธิในมาตรา 481²¹² และในกรณีส่งของไม่ตรงตามสั่งมาตรา 504²¹³ และกรณีอื่น ๆ ที่เอกเทศสัญญาซื้อขายไม่ได้มีการกำหนดอายุความไว้โดยเฉพาะ ก็ต้องใช้อายุความตามบทบัญญัติมาตรา 193/30²¹⁴ ที่บัญญัติไว้ว่า “อายุความนั้น ถ้าประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้มีกำหนดสิบปี”

ข. สัญญาจ้างทำของ

ส่วนกรณีของสัญญาจ้างทำของนั้น ได้มีการบัญญัติในเรื่องอายุความไว้ในมาตราเดียว คือ มาตรา 601 ซึ่งกำหนดมิให้ฟ้องเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปี นับจากการที่ความชำระคบกพร่องได้ปรากฏขึ้น

นอกจากนั้นในสัญญาจ้างทำของยังได้มีการกำหนดขอบเขตของเวลาในเรื่องความรับผิดสำหรับผู้รับจ้างในความชำระคบกพร่องไว้ด้วย โดยในกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงไว้ในสัญญาสำหรับสังหาริมทรัพย์ทั่วไป ผู้รับจ้างต้องรับผิดสำหรับความชำระคบกพร่องภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่ส่งมอบ และถ้าเป็นสิ่งปลูกสร้างกับพื้นดิน ผู้รับจ้างต้องรับผิดสำหรับความชำระคบกพร่องภายในห้าปีนับแต่วันที่ส่งมอบ เว้นแต่โรงเรือนซึ่งทำด้วยไม้ซึ่งมีกรอบเวลาเช่นเดียวกับสังหาริมทรัพย์

²¹¹ มาตรา 474 ในข้อรับผิดเพื่อชำระคบกพร่องนั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นเวลาปีหนึ่งนับแต่เวลาที่ได้พบเห็นความชำระคบกพร่อง

²¹² มาตรา 481 ถ้าผู้ขายไม่ได้เป็นคู่ความในคดีเดิม หรือถ้าผู้ซื้อได้ประนีประนอมยอมความกับบุคคลภายนอก หรือยอมตามที่บุคคลภายนอกเรียกร้องไซ้ ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีในข้อรับผิดเพื่อการรอนสิทธิเมื่อพ้นกำหนดสามเดือนนับแต่วันคำพิพากษาในคดีเดิมถึงที่สุด หรือนับแต่วันประนีประนอมยอมความ หรือวันที่ยอมตามบุคคลภายนอกเรียกร้องนั้น

²¹³ มาตรา 504 ในข้อรับผิดเพื่อการส่งของไม่ตรงตามตัวอย่าง หรือไม่ตรงตามคำพรรณนานั้น ท่านห้ามมิให้ฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดปีหนึ่งนับแต่เวลาส่งมอบ

²¹⁴ มาตรา 193/30 อายุความนั้น ถ้าประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้มีกำหนดสิบปี

ทั่วไป บทบัญญัติที่เป็นกรอบเวลาที่กฎหมายกำหนด คือ ในมาตรา 600²¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกรอบระยะเวลาดังกล่าวในสัญญาจ้างทำของดังกล่าวนี้ ไม่มีในสัญญาซื้อขาย โดยในสัญญาซื้อขายอาจมีการรับประกันตัวสินค้าอยู่แล้วในทางปฏิบัติ ผลจากการที่เอกเทศสัญญาจ้างทำของมีบัญญัติอายุความแต่เฉพาะกรณีชำระคบกพร่อง คือ กรณีอื่นๆ ที่ไม่ใช่การชำระคบกพร่องก็ให้ใช้อายุความตามมาตรา 193/30 เช่น ในกรณีขาดคบกพร่องหรือล่าจำนวนไม่ใช่ความชำระคบกพร่อง ความรับผิดในความชำระคบกพร่อง หมายถึง ความชำระคบกพร่องในตัวทรัพย์ที่ผู้รับจ้างส่งมอบให้แก่ผู้ว่าจ้างครบถ้วนแล้ว ไม่ใช่หมายถึงการไม่ปฏิบัติให้ครบถ้วนตามสัญญา จึงเห็นได้ว่าการที่ส่งมอบทรัพย์ไม่ครบถ้วนเป็นเรื่องที่ผิดสัญญา²¹⁶ และเมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดอายุความไว้ จึงต้องใช้อายุความ 10 ปี ตามมาตรา 193/30 เป็นต้น

(6) ภาระทางภาษี

ก สัญญาซื้อขาย

สำหรับสัญญาซื้อขายไม่ต้องเสียภาษีอากรแสดมภ์ เพราะ ไม่ใช่ตราสาร 1 ใน 8 ลักษณะตามบัญชีอัตราอากรแสดมภ์ในประมวลรัษฎากร²¹⁷ แต่กรณีที่มีการจดทะเบียนโอนขายอสังหาริมทรัพย์ที่สำนักงานที่ดิน ผู้ขายต้องเสียค่าอากรแสดมภ์ในใบรับ การจดทะเบียนโอนหรือก่อตั้งสิทธิใดๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์โดยมีค่าตอบแทน ต้องเสียอากรแสดมภ์เป็นตัวเงินในฐานะใบรับ ตามลักษณะตราสาร 28(ข) แห่งบัญชีอัตราอากรแสดมภ์ ท้ายหมวด 6 ลักษณะ 2 แห่งประมวลรัษฎากร สำหรับจำนวนเงินตั้งแต่ 200 บาท ขึ้นไปทุก 200 บาท หรือเศษของ 200

²¹⁵ มาตรา 600 ถ้าไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาใช้ร้ทำนว่าผู้รับจ้างจะต้องรับผิดชอบเพื่อการที่ชำระคบกพร่อง เพียงแต่ที่ปรากฏขึ้นภายในปีหนึ่งนับแต่วันส่งมอบ หรือที่ปรากฏขึ้นภายในห้าปี ถ้าการที่ทำนนั้นเป็นสิ่งปลูกสร้างกับพื้นดิน นอกจากเรือนโรงทำด้วยเครื่องไม้

แต่ข้อจำกัดนี้ทำนมิให้ใช้บังคับเมื่อปรากฏว่าผู้รับจ้างได้ปิดบังความชำระคบกพร่องนั้น

²¹⁶ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน, หน้า 204.

²¹⁷ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีในการทำสัญญา(นนทบุรี : สถาบัน T. Training Center, 2546), หน้า 6.

บาท เสียค่าอากรแสตมป์ 1 บาท กรณียกเว้นไม่ต้องเสียอากรแสตมป์ใบรับ ในกรณีที่ผู้รับ
ค่าตอบแทนต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ²¹⁸

สำหรับค่าธรรมเนียม หากเป็นกรณีการจดทะเบียนโอนขาย
อสังหาริมทรัพย์ต้องเสียค่าธรรมเนียม (ค่าจดทะเบียนการโอน) ในอัตราร้อยละ 2 ของราคาประเมิน
ของกรมที่ดิน เศษของ 100 บาท ให้คิดเป็น 100 บาท หากราคาที่ตกลงซื้อขายสูงกว่าราคาประเมิน
ของกรมที่ดิน ก็ให้ใช้ราคาประเมินเป็นฐานในการเสียค่าธรรมเนียม และถ้าต่ำกว่าก็ใช้ราคาประเมิน
เช่นเดียวกัน (ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 103, 104, 105 เบญจ)²¹⁹

ในกรณีภาษีเงินได้ หากเป็นการโอนอสังหาริมทรัพย์ที่สำนักงาน
ที่ดิน ผู้รับโอนต้องมีหน้าที่ในการหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 1 ของราคาขายทุนทรัพย์
(ทุนทรัพย์ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม) กับราคาประเมินทุนทรัพย์ ในการเรียกเก็บ
ค่าธรรมเนียมตามประมวลกฎหมายที่ดิน จำนวนใดสูงกว่าให้ถือจำนวนนั้นเป็นราคาขาย²²⁰ จากผู้ขาย
แล้วนำส่งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมในขณะที่มีการจดทะเบียนนั้น โดยภาษี
ที่หักไว้และถูกนำส่งนั้น ให้ถือเป็นเครดิตในการคำนวณภาษีเงินได้ของบริษัทที่ถูกหักภาษีตามรอบ
ระยะเวลาบัญชีที่หักไว้ด้วย ดังที่ปรากฏตามความในบทบัญญัติมาตรา 69 ตรี²²¹ แห่งประมวล
รัษฎากร

²¹⁸ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย, การติดต่อสำนักงานที่ดิน : ค่าธรรมเนียม ภาษี และอากร : อากร
แสตมป์[ออนไลน์], 20 มกราคม 2555. แหล่งที่มา <http://www.dol.go.th/>

²¹⁹ ชัยสิทธิ์ ตรีชูธรรม, การวางแผนภาษีในการทำสัญญา, หน้า 6.

²²⁰ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย, การติดต่อสำนักงานที่ดิน : ค่าธรรมเนียม ภาษี และอากร : อากร
แสตมป์[ออนไลน์], 20 มกราคม 2555. แหล่งที่มา <http://www.dol.go.th/>

²²¹ ประมวลรัษฎากร

มาตรา 69 ตรีให้บุคคล ห้างหุ้นส่วน บริษัท สมาคม หรือ คณะบุคคล ผู้จ่ายเงินได้พึงประเมิน ตามมาตรา
40 (ค) เฉพาะที่จ่ายให้กับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลซึ่งขายอสังหาริมทรัพย์คำนวณหักภาษีเงินได้ไว้ ณ ที่จ่าย
ในอัตราร้อยละ 1 แล้วนำส่งพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมในขณะที่มีการจดทะเบียน และให้
นำความในมาตรา 52 วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ภาษีที่หักไว้และนำส่งตามวรรคหนึ่งให้ถือเป็นเครดิตในการคำนวณภาษีเงินได้ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วน
นิติบุคคลที่ถูกหักภาษีตามรอบระยะเวลาบัญชีที่หักไว้

โดยปกติแล้วการขายอสังหาริมทรัพย์ไม่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม เว้นแต่กรณีมีของแถมซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ เช่น รถยนต์ เฟอร์นิเจอร์ มุ้งลวด เหล็กตัด สิทธิการใช้ สนามกอล์ฟ สิทธิการใช้ศูนย์ออกกำลังกาย ผู้ขายอสังหาริมทรัพย์ในกรณีดังกล่าวจะมีหน้าที่ในการจดทะเบียนและเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม (เว้นแต่ในแต่ละปีของแถมนั้นมีราคารวมกันไม่ถึง 1,200,000 บาท) และผู้ขายต้องเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละ 7 ของราคาของแถมจากผู้ซื้อ พร้อมทั้งออกใบกำกับภาษีให้กับผู้ซื้อ ผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคต้องรับภาระทางภาษีมูลค่าเพิ่มนี้²²²

ภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการขายอสังหาริมทรัพย์ของผู้ซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินนั้นจะต้องทำการเสียภาษีธุรกิจเฉพาะในอัตราร้อยละ 3.3 (รวมภาษีส่วนท้องถิ่นแล้ว) โดยการเสียภาษีธุรกิจเฉพาะในกรณีการขายอสังหาริมทรัพย์ จะต้องเสียที่สำนักงานที่ดิน ในขณะที่มีการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ดังความที่ปรากฏในมาตรา 91/10 วรรคห้า และวรรคหก²²³ โดยผู้มีหน้าที่เสียภาษีดังกล่าว คือ ผู้ขาย แต่ผู้ขาย

²²² ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีในการทำสัญญา, หน้า 7.

²²³ ประมวลรัษฎากร

มาตรา 91/10 ให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษียื่นแบบแสดงรายการภาษีตามแบบที่อธิบดีกำหนด โดยให้ยื่นเป็นรายเดือนภาษี พร้อมกับชำระภาษีถ้ามี ไม่ว่าผู้มีหน้าที่เสียภาษีจะมีรายรับในเดือนภาษีหรือไม่ก็ตาม

การยื่นแบบแสดงรายการภาษีและการชำระภาษีสำหรับเดือนภาษีใด ให้ยื่นภายในวันที่สิบห้าของเดือนถัดไป เว้นแต่อธิบดีจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

การยื่นแบบแสดงรายการภาษีและการชำระภาษี ให้ยื่น ณ ที่ว่าการอำเภอท้องที่ที่สถานประกอบการตั้งอยู่ ทั้งนี้ เว้นแต่อธิบดีจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

ถ้าผู้มีหน้าที่เสียภาษีสถานประกอบการหลายแห่ง การยื่นแบบแสดงรายการภาษีและการชำระภาษีตามวรรคหนึ่ง ให้แยกยื่นเป็นรายสถานประกอบการ ทั้งนี้ เว้นแต่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีจะยื่นคำร้องต่ออธิบดีขอยื่นแบบแสดงรายการภาษีรวมกัน ณ ที่ว่าการอำเภอท้องที่แห่งใดแห่งหนึ่ง หรือ ณ สถานที่ที่อธิบดีกำหนดตามวรรคสามก็ได้ และเมื่ออธิบดีพิจารณาเห็นสมควรจะอนุมัติก็ได้

ความในวรรคหนึ่งถึงวรรคสี่มิให้ใช้บังคับแก่การยื่นแบบแสดงรายการภาษีและการชำระภาษีของผู้มีหน้าที่เสียภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับกิจการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้าหรือหากำไรตามมาตรา 91/2 (6) และให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีกรณีดังกล่าวยื่นแบบแสดงรายการภาษีตามแบบที่อธิบดีกำหนดในขณะจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ พร้อมกับชำระภาษีต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมนั้น

ในการชำระภาษีตามวรรคห้า ให้กรมที่ดินเรียกเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะเพื่อกรมสรรพากรและห้ามพนักงานเจ้าหน้าที่ลงนามรับรู้ ยอมให้ทำหรือบันทึกไว้จนกว่าจะได้รับเงินภาษีที่ต้องชำระให้ครบถ้วนถูกต้องแล้ว

ภาษีที่ให้ชำระแล้วตามวรรคห้า ให้ส่งเป็นรายได้แผ่นดินตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

นั้นมีสิทธินำค่าเสียภาษีธุรกิจเฉพาะที่เสียไปนั้น มาหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีได้ และไม่ถือเป็นรายจ่ายต้องห้ามตามประมวลรัษฎากร มาตรา 65 ตรี (6) แต่อย่างไรก็ดีผู้ขายอาจทำการผลักภาระทางภาษีธุรกิจเฉพาะให้ผู้ซื้อ โดยการตกลงให้ผู้ซื้อเป็นผู้เสียภาษีในส่วนตัวดังกล่าวได้

สำหรับกรณีภาษีประเภทอื่นๆ อันได้แก่ ภาษีสรรพสามิต ภาษีศุลกากร ภาษีโรงเรือนและที่ดิน ภาษีบำรุงท้องที่ และภาษีป้ายนั้น ในกรณีการซื้อขายสังหาริมทรัพย์นั้นโดยหลักจะไม่มีภาระภาษีดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดีควรมีการตรวจสอบภาระทางภาษีของทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายในแต่ละครั้งเป็นกรณีๆ ไป เนื่องจากอาจมีการค้างชำระภาษีของผู้ขายได้ ซึ่งจะทำให้ผู้ซื้อนั้นต้องเข้าร่วมรับผิดชอบในภาษีดังกล่าวด้วย

ข. สัญญาจ้างทำของ

ตัวอย่างเช่น หากมีการทำสัญญารับเหมาก่อสร้าง อาคารเป็นลายลักษณ์อักษร จะต้องปิดอากรแสตมป์ในทุกจำนวนเงิน 1,000 บาท หรือเศษของ 1,000 บาท แห่งเงินจ้างที่กำหนดไว้ (เงินค่ารับเหมา) โดยบริษัทผู้รับเหมานั้นจะเป็นผู้รับภาระในการเสียอากรและขีดฆ่าด้วยตามความที่ปรากฏในบัญชีอัตราอากรแสตมป์ ลักษณะ 4 ตราสารรับจ้างทำของ แห่งประมวลรัษฎากร แต่อย่างไรก็ดีอาจมีการตกลงให้ผู้จ้างเหมาเป็นผู้รับภาระเสียค่าอากรแสตมป์ก็ได้

ภาษีเงินได้ในกรณีที่บริษัทผู้รับเหมาก่อสร้างได้รับเงินค่าก่อสร้างมาจากบริษัทผู้ว่าจ้างนั้น บริษัทผู้รับเหมาต้องนำเงินจำนวนดังกล่าวมารวมคำนวณกำไรสุทธิ เพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล โดยใช้เกณฑ์สัญญาระยะยาว (Long-Term Contract Method) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเกณฑ์สิทธิ (Accrual Basis) ในการรับรู้รายได้และรายจ่าย ทั้งนี้ บริษัทผู้รับเหมานั้นต้องยื่นแบบ ภ.ง.ด. 51 ภายใน 2 เดือน นับแต่วันครบ 6 เดือนแรกของระยะเวลาบัญชี และยื่นแบบ ภ.ง.ด. 50 ภายใน 150 วัน นับแต่วันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชี ทั้งนี้ โดยเสียภาษีในอัตราร้อยละ 30 ของกำไรสุทธิทางภาษี เว้นแต่บริษัทผู้รับเหมาเป็นวิสาหกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อม (SME) กล่าวคือ มีทุนชำระแล้วในวันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชีไม่เกิน 5 ล้านบาท จึงจะเสียภาษีในอัตราร้อยละ 20,25 และ 30 สำหรับในกรณีของบริษัทผู้ว่าจ้าง เวลาทำการจ่ายเงินค่ารับเหมาต้องทำการหักภาษี

เงินได้ ณ ที่จ่าย ในอัตราร้อยละ 3 ของเงินค่าจ้างงานหลังหักเงินจ่ายล่วงหน้าออกแล้ว ตามความที่ปรากฏในข้อ 8 (2) ของคำสั่งกรมสรรพากรที่ ทบ. 4/2538 เรื่อง สั่งให้ผู้จ่ายเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 แห่งประมวลรัษฎากร มีหน้าที่หักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย ซึ่งบริษัทผู้ว่าจ้างรับเหมาได้จ่ายในวันทำสัญญาให้แก่บริษัทผู้รับเหมานั้นต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายด้วย และแม้การจ่ายเงินค่ารับเหมาแต่ละงวดของบริษัทผู้ว่าจ้าง จะถูกหักไว้เป็นเงินประกันผลงาน บางส่วนก็ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายสำหรับเงินประกันผลงานนั้นด้วย แต่เมื่อครบกำหนดระยะเวลาประกันผลงาน บริษัทผู้ว่าจ้างได้จ่ายเงินประกันคืนให้แก่ผู้รับเหมา บริษัทผู้ว่าจ้างก็ไม่ต้องหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย เนื่องจากเป็นการจ่ายคืนเงินประกันอันเป็นทรัพย์สินของผู้รับเหมา มิใช่เงินได้ของผู้รับเหมา²²⁴

ภาษีมูลค่าเพิ่มในกรณีที่บริษัทผู้รับเหมาก่อสร้างมีรายรับเกินปีละ 1,200,000 บาท บริษัทดังกล่าวนี้ต้องทำการจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม และเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่ม (ภาษีขาย) อัตราร้อยละ 7 จากบริษัทผู้ว่าจ้าง พร้อมออกใบกำกับภาษีให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้าง เมื่อได้รับชำระค่าบริการ ทั้งบริษัทผู้รับเหมาต้องยื่นแบบ ภ.พ. 30 ภายในวันที่ 15 ของทุกเดือน โดยคำนวณจากภาษีขายหักด้วยภาษีซื้อ หากภาษีขายมากกว่าภาษีซื้อก็ชำระภาษีจากส่วนที่มากกว่านั้น แต่ถ้าภาษีซื้อมากกว่าภาษีขายก็ขอคืนภาษีหรือขอเครดิตภาษีจากส่วนที่มากกว่านั้น

ตามปกติแล้วสัญญารับเหมาก่อสร้างไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียม ภาษีธุรกิจเฉพาะ แต่สำหรับกรณีภาษีสรรพสามิต และภาษีศุลกากรนั้น หากบริษัทผู้รับเหมาทำการนำเข้าสินค้าที่ต้องเสียภาษีสรรพสามิตจากต่างประเทศเพื่อเข้ามาใช้ในการก่อสร้าง ต้องทำการเสียภาษีสรรพสามิต โดยกรมศุลกากรจะทำการเรียกเก็บพร้อมอากรขาเข้า โดยบริษัทผู้รับเหมาสามารถผลกระทบให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้างโดยการตกลงระหว่างกันได้ เช่นเดียวกับกรณีภาษีศุลกากร หากบริษัทผู้รับเหมามีการนำเข้าเครื่องจักร เครื่องมือเครื่องใช้วัสดุอุปกรณ์จากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยนั้น จะต้องทำการเสียภาษีอากรขาเข้าและภาษีมูลค่าเพิ่ม เว้นแต่จะได้รับยกเว้นตามกฎหมาย โดยบริษัทผู้รับเหมาสามารถผลกระทบให้แก่บริษัทผู้ว่าจ้างโดยการตกลงระหว่างกันได้

²²⁴ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีในการทำสัญญา, หน้า 21-22.

สำหรับกรณีภาษีโรงเรือนและที่ดิน กรณีภาษีบำรุงท้องที่ และกรณีภาษีป้ายตามปกติสัญญารับเหมาก่อสร้างไม่ต้องเสียภาษีดังกล่าว แต่ในบางกรณีที่ผู้รับเหมาอาจจะต้องมีภาระภาษีดังกล่าว เช่น กรณีบริษัทผู้รับเหมานั้นมีอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างเป็นของตนเองและใช้เป็นสำนักงานหรือสถานประกอบธุรกิจ ก็ต้องมีภาระทางภาษีภาษีโรงเรือนและที่ดิน หรือกรณีบริษัทผู้รับเหมาที่มีที่ดินของตนเอง ก็ต้องดำเนินการเสียภาษีบำรุงท้องที่ตามความแห่งพระราชบัญญัติบำรุงท้องที่ พ.ศ.2508 หรือกรณีบริษัทผู้รับเหมาก่อสร้างมีป้ายของตนติดอยู่ในอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างหรือวัตถุใดๆ บริษัทผู้รับเหมาก่อสร้างก็มีภาระภาษีที่จะต้องเสียภาษีป้ายตามความแห่งพระราชบัญญัติภาษีป้าย พ.ศ. 2510 ที่ได้มีการกำหนดไว้

(7) การเลิกสัญญา

ก. สัญญาซื้อขาย

การเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียง ฝ่ายเดียวในสัญญาซื้อขายนั้นจะกระทำได้อาจต้องมีสิทธิ²²⁵ โดยสิทธิดังกล่าวนั้นอาจเกิดขึ้นมาจากข้อสัญญาหรือบทบัญญัติของกฎหมายก็ได้ โดยในบททั่วไปได้แก่ มาตรา 386²²⁶ , 387²²⁷ , 388²²⁸ และ 389²²⁹

²²⁵ จำปี โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ พร้อมทั้งคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, หน้า 302.

²²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 386 ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเลิกสัญญาโดยข้อสัญญาหรือโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การเลิกสัญญาเช่นนี้ย่อมทำได้ด้วยแสดงเจตนาแก่อีกฝ่ายหนึ่ง

แสดงเจตนาดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้น ท่านว่าหาอาจจะถอนได้ไม่

²²⁷ มาตรา 387 ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระบะเวลานั้นก็ได้ ถ้าและฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ไซ้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้

²²⁸ มาตรา 388 ถ้าวัตถุที่ประสงค์แห่งสัญญานั้น ว่าโดยสภาพหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้ จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลามีกำหนดก็ดี หรือภายในระยะเวลาอันใดอันหนึ่งซึ่งกำหนดไว้ก็ดี และกำหนดเวลาหรือระบะเวลานั้นได้ล่วงพ้นไปโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ชำระหนี้ไซ้ ท่านว่าอีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ มิพักต้องบอกกล่าวดั่งว่าไว้ในมาตราก่อนนั้นเลย

²²⁹ มาตรา 389 ถ้าการชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนกลายเป็นพ้นวิสัยเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษลูกหนี้ได้ไซ้ เจ้าหนี้จะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้

ดังนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะบอกเลิกสัญญาซื้อขายจึงต้องมีการผิดสัญญา คือ มีการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา หรือการชำระหนี้เป็นการพ้นวิสัยที่จะโทษลูกหนี้ได้เท่านั้น

ข. สัญญาจ้างทำของ

สำหรับกรณีการจ้างทำของนั้นมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะ ซึ่งเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ว่าจ้างแต่เพียงฝ่ายเดียวที่สามารถบอกเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังความที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 605²³⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยในการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวนั้นสามารถทำได้โดยไม่ต้องมีการทำผิดสัญญาจ้างทำของแต่ประการใด ซึ่งแตกต่างจากกรณีสัญญาซื้อขายที่ต้องมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น

นอกเหนือจากนั้นสัญญาจ้างทำของยังสามารถนำหลักกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาของสัญญาซื้อขายตามบทบัญญัติมาตรา 386-389 มาใช้ อีกทั้งยังมีหลักกฎหมายเฉพาะในการเลิกสัญญาจ้างทำของ ดังปรากฏในความตามบทบัญญัติมาตรา 593²³¹ เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงในกรณีที่ผู้รับจ้างไม่เริ่มทำการในเวลาอันควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งสัญญา หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้างจนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าการนั้นจะไม่สำเร็จภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว ผู้ว่าจ้างย่อมมีสิทธิที่จะเลิกสัญญาได้ โดยไม่ต้องรอกอยให้ถึงเวลากำหนดส่งมอบของดังกล่าว และมาตรา 596²³² เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงในกรณีที่ผู้รับจ้างส่งมอบการที่ไม่ทันภายในเวลาที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา หรือกรณีที่ไม่ได้กำหนดเวลาไว้ในสัญญา เมื่อล่วง

²³⁰ มาตรา 605 ถ้าการที่จ้างยังทำไม่แล้วเสร็จอยู่ตราบใด ผู้ว่าจ้างอาจบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้น

²³¹ มาตรา 593 ถ้าผู้รับจ้างไม่เริ่มทำการในเวลาอันควร หรือทำการชักช้าฝ่าฝืนข้อกำหนดแห่งสัญญาก็ดี หรือทำการชักช้าโดยปราศจากความผิดของผู้ว่าจ้าง จนอาจคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าการนั้นจะไม่สำเร็จภายในกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะเลิกสัญญาเสียได้ มิพักต้องรอกอยให้ถึงเวลากำหนดส่งมอบของนั้นเลย

²³² มาตรา 596 ถ้าผู้รับจ้างส่งมอบการที่ไม่ทันเวลาที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาก็ดีหรือถ้าไม่ได้กำหนดเวลาไว้ในสัญญาเมื่อล่วงพ้นเวลาอันควรแก่เหตุก็ดี ผู้ว่าจ้างชอบที่จะลดสินจ้างลง หรือถ้าสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่เวลาก็ชอบที่จะเลิกสัญญาได้

พันเวลาอันควรแก่เหตุ ผู้ว่าจ้างนั้นมีสิทธิที่จะลดค่าจ้างลง หรือถ้าสาระสำคัญของสัญญาดังกล่าวนั้น อยู่ที่เวลา ผู้ว่าจ้างย่อมมีสิทธิที่จะเลิกสัญญานั้นได้อีกด้วย

ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นว่าธุรกรรมอ้างอิงตามหลักการอิสที่สนานั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับทั้งสัญญาซื้อขาย และสัญญาจ้างทำของ แต่ผลของสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของกลับมีความแตกต่างกันอย่างมากในหลายประเด็นดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้น ดังนั้นในการพิจารณาว่าธุรกรรมอ้างอิงตามหลักการอิสที่สนานั้นเข้าหลักเกณฑ์เป็นสัญญาในลักษณะใด เป็นสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของนั้นมีความจำเป็นอย่างมากต่อการระดมทุนผ่านธุรกรรมดังกล่าวภายใต้กฎหมายของไทย

แต่เนื่องจากในทางปฏิบัติแล้วสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของในปัจจุบัน อาจทำการแบ่งประเภทสัญญาทั้งสองออกจากกันได้ยากยิ่ง เพราะความซับซ้อนของสัญญาที่มีในปัจจุบันนั้นทำให้การตีความเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาอาจกระทำลำบาก

ปัญหาการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของไม่เพียงแต่จะมีความสำคัญและส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องตามหลักกฎหมายเอกเทศสัญญาของไทยเท่านั้น แต่ความไม่ชัดเจนในการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาทั้ง 2 นั้นยังส่งผลกระทบทางอ้อมต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนในตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อตามหลักการอิสที่สนา (sukuk al-Istisna) เพราะเนื่องจากต้องตกเป็นผู้ได้รับผลกระทบต่อการแบ่งประเภทของสัญญาดังกล่าว

โดยแท้จริงแล้วไม่ว่าธุรกรรมอ้างอิงตามหลักการอิสที่สนาในศาสนาอิสลามนั้นจะแบ่งประเภทธุรกรรมดังกล่าวเป็นการซื้อขายหรือการจ้างทำของตามหลักการทางศาสนาอิสลาม หากมีการดำเนินการถูกต้องภายใต้การเห็นชอบและการรับรองของคณะกรรมการชะรีอะห์ (shariah advisor) ย่อมสามารถกระทำได้ตามหลักการทางศาสนา แต่สิ่งที่ส่งผลกระทบต่อทางกฎหมายอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรมต่อผู้ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นผู้ระดมทุน SPV ในฐานะทรัสต์และกลุ่มผู้ลงทุน คือ ความแน่นอนชัดเจนในการแบ่งประเภทของธุรกรรมอ้างอิงตามหลักการอิสที่สนาตามหลักกฎหมายสัญญาของไทยว่าธุรกรรมอ้างอิงตามหลักการอิสที่สนาเป็นสัญญาประเภทใด

เพราะเป็นสิ่งที่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการออกและเสนอขายตราสารศุกทุกฝ่ายจะต้องดำเนินนิติสัมพันธ์ไปตามประเภทสัญญาดังกล่าวภายใต้กฎหมายไทย อันจะส่งผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบที่ตามมาเมื่อมีการออกและเสนอขายตราสารศุกทุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อตามหลักการอิสตีสนา (sukuk al-Istisna) เกิดขึ้นภายในประเทศไทย

5.1.4 ตราสารศุกทุกอ้างอิงธุรกรรมความร่วมมือลงทุน (sukuk al-Musharakah) ภายในประเทศไทย

5.1.4.1 การกำหนดสัดส่วนการรับผลประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ระดมทุน หรือทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

เนื่องจากการระดมทุนในตราสารศุกทุกของประเทศไทยนั้นใช้กลไกทรัสต์เข้ามาดำเนินธุรกรรมตราสารศุกทุก ดังเหตุผลที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นว่าเพราะเหตุใดตราสารศุกทุกจึงต้องนำกลไกทรัสต์เข้ามาดำเนินธุรกรรม อันเนื่องมาจากได้มีการกำหนดไว้ในหลักเกณฑ์ขององค์การทางการเงินอิสลามที่สำคัญ ไม่ว่าจะเป็น AAOIFI หรือ IFSB ว่าผู้ถือตราสารศุกทุกนั้นจะต้องมีความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินที่นำมาอ้างอิงในการออกตราสารศุกทุก แต่เนื่องจากระบบกฎหมายของไทยที่เป็นระบบกฎหมาย Civil law หลักกฎหมายลักษณะทรัพย์และหนี้ของไทยนั้นไม่สอดคล้องในเรื่องการแบ่งกรรมสิทธิ์ออกเป็น 2 ส่วน อันได้แก่ ความเป็นเจ้าของทางกฎหมาย (Legal Ownership) และความเป็นเจ้าของทางธรรม (Equitable Ownership) อันเป็นหลักกฎหมายที่มีแนวคิดมาจากเรื่อง Equity ในระบบ Common Law

แต่อย่างไรก็ดี กลไกกฎหมายทรัสต์ในปัจจุบันถูกนำมาใช้ประโยชน์โดยนำมาใช้เป็นเครื่องมือช่วยอำนวยความสะดวกในการระดมทุน หรือที่เรียกว่า ทรัสต์สำหรับการบริหารและจัดการกองทุน (Active trust) ผ่านผลิตภัณฑ์ทางการเงินหลากหลายรูปแบบ เช่น REIT Covered bond เป็นต้น

ตราสารศุกทุกนับเป็นหนึ่งในผลิตภัณฑ์ทางการเงินที่นำกลไกทรัสต์มาใช้ แต่การนำกลไกทรัสต์อันอาจจะถือได้ว่าเป็นกลไกกลางที่นำมาใช้กับผลิตภัณฑ์ทางการเงินหลายประเภท เมื่อนำมาปรับใช้กับโครงสร้างตราสารศุกทุกบางประเภทอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ระดมทุน และทรัสต์

ดังเช่นปรากฏเป็นปัญหาในการระดมทุนผ่านโครงสร้างตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุนตาม หลักการมุซารอกะห์ (sukuk al-Musharakah) ในประเด็นการกำหนดสัดส่วนการรับผลประโยชน์ ของผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ระดมทุน หรือทรัสต์ ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 สำหรับปัญหาเรื่องการกำหนดสัดส่วนการรับผลประโยชน์ของผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ระดม ทุน หรือทรัสต์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ปรากฏในบทบัญญัติใน มาตรา 13²³³ แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

“สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์ด้วยมิได้ เว้นแต่มีบุคคลอื่นเป็นผู้รับประโยชน์รวมอยู่ด้วย และผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับ ประโยชน์จากกองทรัสต์ไม่เกินสัดส่วนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์เกินสัดส่วนที่ กำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้ประโยชน์ส่วนที่เกินนั้นตกเป็นของผู้รับประโยชน์รายอื่น”

เมื่อวิเคราะห์จากความในบทบัญญัติดังกล่าวของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรม ในตลาดทุน พ.ศ.2550 พบว่าตามหลักกฎหมายทรัสต์ของประเทศไทยนั้นจะไม่อนุญาตให้ผู้ก่อตั้ง ทรัสต์ (Settlor) หรือทรัสต์ (Trustee) เข้าเป็นผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ในกองทรัสต์ โดยมี ข้อยกเว้นว่าผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือทรัสต์นั้นจะสามารถเข้ารับประโยชน์ได้ ในกรณีที่มิบุคคลอื่นเป็นผู้รับ ประโยชน์ในกองทรัสต์ดังกล่าวร่วมกับผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือทรัสต์ อีกทั้งการเข้ารับประโยชน์ของ กองทรัสต์ในฐานะผู้รับประโยชน์ โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือทรัสต์นั้นจะสามารถเข้ารับประโยชน์ใน กองทรัสต์ไม่เกินไปกว่าสัดส่วนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด²³⁴ โดยในปัจจุบันได้มีการ

²³³ พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550

มาตรา 13 สัญญาก่อตั้งทรัสต์จะกำหนดให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์เป็นผู้รับประโยชน์ด้วยมิได้ เว้นแต่มี บุคคลอื่นเป็นผู้รับประโยชน์รวมอยู่ด้วย และผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์จากกองทรัสต์ ไม่เกินสัดส่วนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

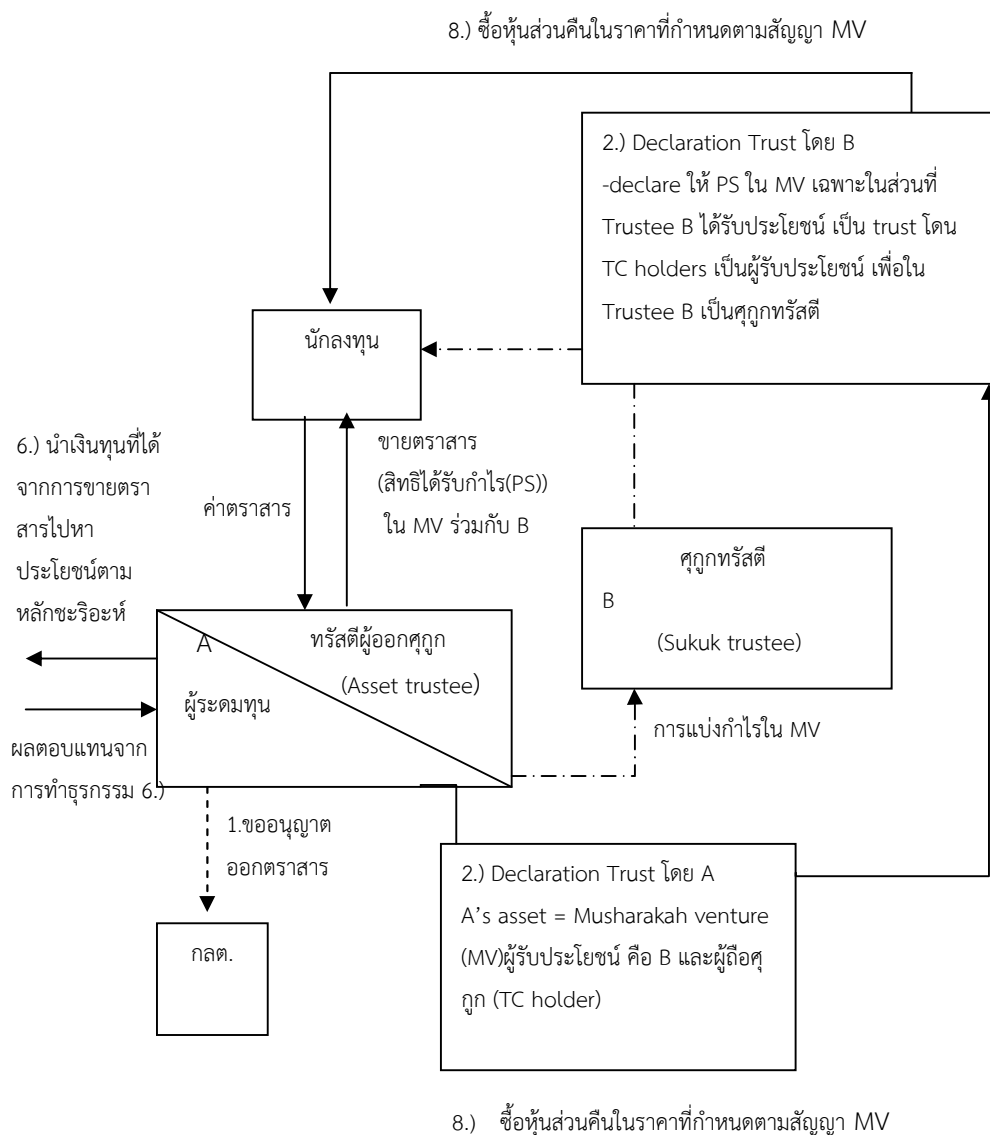
ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ได้รับประโยชน์เกินสัดส่วนที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้ประโยชน์ส่วนที่เกินนั้นตกเป็นของผู้รับประโยชน์รายอื่น

²³⁴ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กค. 18/2553 เรื่อง หลักเกณฑ์ เกี่ยวกับการเป็นทรัสต์ในธุรกรรมที่เกี่ยวกับศุภก

ออกประกาศของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ในการกำหนดสัดส่วนในกรณีที่
ศุภกทรัสต์ (sukuk trustee) และทรัสต์ผู้ออกศุภก (asset trustee) ร่วมกันประกาศตั้งทรัสต์
(declaration) เนื่องจากการออกศุภก หากศุภกทรัสต์ประสงค์จะเป็นผู้รับประโยชน์ของกองทรัสต์ที่
จัดตั้งนั้นโดยการเข้าถือศุภก ให้ศุภกทรัสต์เข้าถือได้ไม่เกินร้อยละสิบห้าของจำนวนศุภกที่จำหน่ายได้
แล้วทั้งหมด

ซึ่งเมื่อทำการวิเคราะห์ความตามบทบัญญัติและตามข้อกำหนดที่ได้มีการประกาศ
กำหนดประกอบกันพบว่าปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นโดยตรงเมื่อมีการนำมาปรับใช้กับโครงสร้างตราสาร
อ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุนตามหลักการมุซารออะห์

ข้อ 11 ในกรณีที่ศุภกทรัสต์และทรัสต์ผู้ออกศุภกร่วมกันประกาศตั้งทรัสต์เนื่องจากการออกศุภก หากศุภก
กทรัสต์ประสงค์จะเป็นผู้รับประโยชน์ของกองทรัสต์ที่จัดตั้งนั้นโดยการเข้าถือศุภก ให้ศุภกทรัสต์เข้าถือได้ไม่เกิน
ร้อยละสิบห้าของจำนวนศุภกที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด



ภาพที่ 19 รูปแบบโครงสร้างตราสารสุกุกมุดอระบะฮ์ และมุซารอกะฮ์ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์²³⁵
คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์²³⁵

²³⁵ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, หลักเกณฑ์การออกและเสนอขายตราสารสุกุก และหลักเกณฑ์ของทรัสต์สำหรับการออกตราสารสุกุก เอกสารแนบ 2 (เลขที่ Ordor 38/2552)[ออนไลน์], 8 มกราคม 2553. แหล่งที่มา http://capital.sec.or.th/webapp/phs/upload/phs1261477219Ordor38_2552_attach2.pdf

จากภาพโครงสร้างตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) กฎหมายทรัสต์ของไทยอนุญาตให้ผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์เป็นบุคคลเดียวกันได้ ดังจะเห็นได้จากความในบทบัญญัติมาตรา 3²³⁶ และมาตรา 11²³⁷ แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

โดยขั้นตอนในโครงสร้างตราสารศุภกประเภทดังกล่าวตามภาพที่แสดงข้างต้น ผู้ระดมทุนยื่นเอกสารขออนุญาตออกตราสารศุภกต่อสำนักงาน ก.ล.ต. หลังจากนั้น ผู้ระดมทุนนั้นก็จะประกาศตนเองเป็นทรัสต์ (declaration) โดยประกาศเหนือทรัพย์สินที่นำมาระดมทุนของตน โดยทรัพย์สินที่ประกาศเป็นกองทรัสต์ คือ การร่วมลงทุนมุซารอกะห์ (Musharakah Venture) และผู้รับประโยชน์ในกองทรัสต์ดังกล่าว คือ ศุภกทรัสต์ และผู้ถือตราสารศุภก ในขณะเดียวกันเมื่อศุภกทรัสต์เข้าเป็นผู้รับประโยชน์ในกองทรัสต์ซึ่งในที่นี้ คือ การร่วมลงทุนมุซารอกะห์ (Musharakah Venture) อันมีสิทธิจะมีส่วนแบ่งกำไรก็จะประกาศตนเองเป็นศุภกทรัสต์ (Declaration) โดยประกาศตนเองเป็นทรัสต์เหนือส่วนแบ่งกำไรในการร่วมลงทุนมุซารอกะห์ (Musharakah Venture) เฉพาะในส่วนที่ทรัสต์ B จะได้ประโยชน์ และผู้รับประโยชน์ในกรณีดังกล่าว คือ ผู้ถือตราสารศุภก การประกาศตนเองเป็นทรัสต์ ของทรัสต์ B นั้นส่งผลทำให้ทรัสต์รายดังกล่าวกลายเป็นศุภกทรัสต์ ภายหลังจากการประกาศตนเองเป็นทรัสต์ของทรัสต์ทั้งสองรายดังกล่าว ทรัสต์ผู้ออกศุภก (asset trustee) จะทำการออกเสนอขายตราสารศุภกในรูปแบบของใบทรัสต์ให้กับนักลงทุน โดยนักลงทุนที่เข้าซื้อตราสารศุภกนั้นจะมี

²³⁶ พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ทรัสต์” หมายความว่า นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์

“สัญญาก่อตั้งทรัสต์” หมายความว่า สัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ก่อตั้ง ทรัสต์ โอนหรือก่อทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ทรัสต์ ด้วยความไว้วางใจให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้รับประโยชน์ และให้หมายความรวมถึงหนังสือแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ในกรณีผู้ก่อตั้งทรัสต์และทรัสต์เป็นบุคคลเดียวกันด้วย

²³⁷ มาตรา 11 ทรัสต์ย่อมก่อตั้งขึ้นเมื่อมีการทำสัญญาเป็นหนังสือ และผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้โอนทรัพย์สินหรือทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ ที่จะเป็นกองทรัสต์แก่ทรัสต์แล้ว

ในกรณีการก่อตั้งทรัสต์โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์เป็นบุคคลเดียวกันกับทรัสต์ ทรัสต์ย่อมก่อตั้งขึ้นเมื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาก่อตั้งทรัสต์ยื่นต่อสำนักงาน ก.ล.ต. ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

สิทธิในการเข้าร่วมรับการแบ่งปันกำไรในการร่วมลงทุนมุซารอกะห์ (Musharakah Venture) ร่วมกันกับศุกุกทรัสต์ฝ่าย B โดยผู้ลงทุนมีหน้าที่ในการชำระเงินค่าซื้อตราสารดังกล่าวในกับทรัสต์ผู้ออกศุกุก (asset trustee) หลังจากที่ทรัสต์ผู้ออกศุกุก (asset trustee) ได้รับเงินค่าซื้อตราสารแล้ว ก็จะนำเงินดังกล่าวไปบริหารจัดการหาประโยชน์ในธุรกรรมที่สอดคล้องกับหลักชะริอะห์ ในธุรกิจของตามปกติของผู้ระดมทุน เมื่อเกิดผลตอบแทนจากการลงทุนดังกล่าว ผู้ระดมทุน (Originator) ในฐานะทรัสต์ผู้ออกตราสาร (asset trustee) จะแบ่งปันผลกำไรให้แก่ศุกุกทรัสต์ (sukuk trustee) และผู้ถือตราสารในฐานะผู้รับประโยชน์ของกองทรัสต์ ภายหลังจากสิ้นสุดครบกำหนดวันไถ่ถอนผู้ระดมทุนจะทำการซื้อหุ้นส่วนคืนในราคาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ณ เวลาที่กำหนด

จากโครงสร้างตราสารศุกุกในข้างต้นพบว่าเมื่อนำบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดสัดส่วนในการเข้ารับประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์เข้ามาใช้ตามความในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 สามารถแยกพิจารณาสัดส่วนของในการเข้ารับประโยชน์ได้ใน 2 กรณี คือ การกำหนดสัดส่วนการเข้ารับประโยชน์ของทรัสต์ผู้ออกศุกุก (asset trustee) และการกำหนดสัดส่วนการเข้ารับประโยชน์ของศุกุกทรัสต์ (sukuk trustee) เนื่องจากในโครงสร้างตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมร่วมลงทุนตามหลักการมุซารอกะห์ (sukuk al-Musharakah) นั้น ความตามบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 นั้น ได้กล่าวถึงเรื่องการกำหนดสัดส่วนของการเข้ารับประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ (settlor) หรือทรัสต์ในฐานะผู้รับประโยชน์ไว้ว่าจะเข้ารับประโยชน์ในกองทรัสต์ไม่ได้ หากไม่มีผู้รับประโยชน์รายอื่นเข้ารับประโยชน์ร่วมด้วย ซึ่งหลักการดังกล่าวสอดคล้องกับหลักกฎหมายทรัสต์ ที่ไม่ต้องการให้มีการก่อตั้งทรัสต์เพื่อประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์เพียงคนเดียว เพราะเนื่องจากจะเป็นการบริหารทรัพย์สินเพื่อตนเองเพียงคนเดียวซึ่งไม่เป็นไปตามหลักการของกฎหมายทรัสต์

แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติภายในมาตรา 13 ดังกล่าวนั้นได้กำหนดข้อยกเว้นในการเข้ารับประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ไว้ว่า อาจเข้ารับประโยชน์ในกองทรัสต์ ในฐานะผู้รับประโยชน์ได้ โดยต้องเข้ารับประโยชน์ร่วมกับผู้รับประโยชน์รายอื่น แต่ได้มีการกำหนดสัดส่วนการเข้ารับประโยชน์ของบุคคลดังกล่าวในตอนท้ายว่า ...”ไม่เกินสัดส่วนที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด” ซึ่งประเด็นนี้เองก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคแก่ผู้ระดมทุน

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าสามารถแยกพิจารณาสัดส่วนของในการเข้ารับประโยชน์ได้ใน 2 กรณี คือ การกำหนดสัดส่วนการเข้ารับประโยชน์ของทรัสต์ผู้ออกศุภก (asset trustee) และการกำหนดสัดส่วนการเข้ารับประโยชน์ของศุภกทรัสต์ (sukuk trustee) ในปัจจุบันสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) ได้มีการประกาศกำหนดสัดส่วนการเข้ารับประโยชน์ของศุภกทรัสต์ (sukuk trustee) ไว้แล้ว ตามความที่ปรากฏในข้อ 11 ของประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กต. 18/2553 เรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเป็นทรัสต์ในธุรกรรมที่เกี่ยวกับศุภก ไว้ดังนี้

“ในกรณีที่ศุภกทรัสต์และทรัสต์ผู้ออกศุภกร่วมกันประกาศตั้ง ทรัสต์เนื่องจากการออกศุภก หากศุภกทรัสต์ประสงค์จะเป็นผู้รับประโยชน์ของกองทรัสต์ที่จัดตั้งนั้นโดยการเข้าถือศุภก ให้ศุภกทรัสต์เข้าถือได้ไม่เกินร้อยละยี่สิบห้าของจำนวนศุภกที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด”

จากความข้างต้นได้มีการกำหนดสัดส่วนการเข้ารับประโยชน์ของศุภกทรัสต์ไว้ในอัตราร้อยละ 25 ของจำนวนศุภกที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันยังไม่มีประกาศสัดส่วนของการเข้ารับประโยชน์ในกองทรัสต์ในกรณีที่ผู้ระดมทุนในฐานะผู้ก่อตั้งทรัสต์ และประกาศตนเองเป็นทรัสต์ผู้ออกศุภก (asset trustee) ออกมาอย่างแน่ชัด

ประเด็นปัญหาดังกล่าวอาจทำให้เห็นภาพได้ชัดเจนยิ่งขึ้น เมื่อวิเคราะห์ประกอบตัวอย่างสถานการณ์ ดังนี้

ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ระดมทุน (originator) ประสงค์ที่จะทำการออกตราสารศุภกในโครงสร้างตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) โดยนำทรัพย์สินของตนเองออกมาประกาศเป็นกองทรัสต์ในการอ้างอิงการร่วมลงทุนตามหลักการมุซารออะห์ ซึ่งผู้ระดมทุนดังกล่าวนี้ประกอบธุรกิจเป็นบริษัทเรือเดินทะเล ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ เมื่อประกาศก่อตั้งทรัสต์เหนือทรัพย์สินของตนเองเพื่อประโยชน์ของตนเองในฐานะผู้รับประโยชน์ และผู้รับประโยชน์รายอื่นตามบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 แล้ว ผลที่ตามมา คือ ทรัพย์สินที่เป็นกองทรัสต์นั้น คือ เรือเดินทะเล อันเป็นทรัพย์สินในธุรกิจของผู้ระดมทุน อันไม่อาจแบ่งแยกได้ การนำหลักกฎหมายในเรื่องการกำหนดสัดส่วนผลประโยชน์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์

หรือทรัสต์ซึ่งในกรณีนี้คือผู้ระดมทุน (originator) จะสามารถกำหนดให้ชัดเจนได้อย่างไร ในเมื่อเรือเดินทะเลนั้นเป็นทรัพย์สินอันไม่สามารถแบ่งแยกได้ ตัวอย่างเช่นหากสำนักงาน ก.ล.ต. มีการประกาศกำหนดสัดส่วนการเข้ารับประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือทรัสต์ในฝ่ายทรัสต์ผู้ออกศุภก ในอัตราส่วนเช่นเดียวกันกับศุภกทรัสต์ คือ ไม่เกินอัตราร้อยละ 25 ผลกระทบที่จะตามมา คือ ร้อยละ 25 ดังกล่าวนั้นจะมาจากทรัพย์สินในส่วนใดของทรัสต์ผู้ออกตราสาร ในเมื่อทรัพย์สินดังกล่าวนั้นไม่สามารถแบ่งแยกได้ชัดเจน ซึ่งตามลักษณะของทรัพย์สินที่เป็นเรือเดินทะเลนั้น หากเป็นเรือขนส่งสินค้า ย่อมจะแบ่งออกเป็นหลายส่วนอัตราค่าใช้บริการแต่ละส่วนล้วนแตกต่างกันซึ่งเป็นไปตามปกติประเพณีทางการค้า การกำหนดสัดส่วนดังกล่าวจะกระทำการอย่างไร จากการกำหนดสัดส่วนดังกล่าวนี้นอกจากจะเป็นอุปสรรคในการลงทุนของผู้ระดมทุน (ผู้ก่อตั้งทรัสต์ และทรัสต์ผู้ออกศุภก) ที่ไม่สามารถนำทรัพย์สินของกองทรัสต์ที่แท้จริงแล้วเป็นทรัพย์สินของตนมาใช้ประโยชน์เพื่อการระดมทุนได้ตามความต้องการโดยเสรีของตนแล้ว ยังส่งผลกระทบในเรื่องหลักความแน่นอนทั้ง 3 ประการของทรัสต์ (three of certainties) อีกด้วย กล่าวคือ เมื่อมีการกำหนดสัดส่วนการเข้ารับประโยชน์ในทรัพย์สินของกองทรัสต์อันไม่อาจจะแบ่งแยกได้ อาจส่งผลกระทบต่อหลักการในเรื่องความแน่นอนแห่งทรัพย์สินของกองทรัสต์ (certainty of subject matter) ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องทำการแบ่งแยกทรัพย์สินในกองทรัสต์อย่างชัดเจน ว่าทรัพย์สินใดอยู่ภายใต้กองทรัสต์ ซึ่งอาจจะทำให้ทรัสต์นั้นไม่เกิดขึ้นเลย

จากตัวอย่างในข้างต้น พบว่าการนำบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 มาใช้กับในกรณีการระดมทุนผ่านโครงสร้างตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) นั้น จะส่งผลกระทบต่อผู้ระดมทุน (originator) ที่เป็นผู้ก่อตั้งทรัสต์ และเป็นทรัสต์ผู้ออกศุภก (asset trustee) ผู้ที่มีทรัพย์สินหรือดำเนินธุรกิจอันมีทรัพย์สินอันไม่สามารถแบ่งแยกได้เป็นอย่างมาก กล่าวคือ การประกาศตนเองเป็นผู้รับประโยชน์ในกองทรัสต์ของผู้ระดมทุน (ผู้ก่อตั้งทรัสต์ และทรัสต์) ในกรณีดังกล่าวนี้ แท้จริงผู้ระดมทุนนั้นมีความประสงค์ที่ต้องจะนำทรัพย์สินดังกล่าวมาใช้ประโยชน์ในการดำเนินธุรกิจของตนตามปกติด้วย หากผู้ระดมทุนสามารถเข้ารับประโยชน์ได้โดยไม่มีสัดส่วนกำหนดย่อมที่จะทำให้ผู้ระดมทุนสามารถใช้สอยทรัพย์สินที่นำมาระดมทุนนั้นได้อย่างเต็มจำนวน โดยที่ยังคงไว้ซึ่งหลักการความแน่นอนของทรัพย์สิน

(certainty of subject matter) ตามหลักความแน่นอน 3 ประการของทรัสต์ (three of certainties)

อย่างไรก็ดี เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายทรัสต์ในหลายประเทศ เช่น มาเลเซีย จีน สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์(นครดูไบ) พบว่าไม่มีการกำหนดสัดส่วนการเข้ารับประโยชน์ของผู้ก่อตั้งทรัสต์ หรือทรัสต์แต่อย่างใด

ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เพื่อให้ไม่เป็นอุปสรรคของผู้ระดมทุนในการระดมทุนในตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) อันจะเป็นอุปสรรคประการสำคัญต่อการพัฒนาตลาดตราสารศุกุกของประเทศไทยอีกด้วย

5.1.4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน ตามหลักการมุซารากะฮ์ตามกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัทของไทย

ในการเข้าซื้อตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) ของผู้ถือตราสารศุกุกนั้น ในบางกรณีสัญญาก่อตั้งทรัสต์ที่ใช้อ้างอิงในการออกตราสารศุกุกนั้น มีการระบุไว้ในสัญญาว่า “ผู้ลงทุนล้วนเป็นหุ้นส่วนระหว่างกัน” จากข้อความดังกล่าวก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในการพิจารณาต่อไปว่า แท้จริงแล้วความสัมพันธ์ระหว่างผู้ลงทุนในตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) เนื่องจากการที่บุคคลมีทรัพย์สินร่วมกัน หรือตกลงทำกิจการบางอย่างร่วมกัน หรือมีการแบ่งผลประโยชน์จากกิจการบางอย่างนั้น มักจะเกิดปัญหาขึ้นเสมอว่า บุคคลเหล่านั้นเป็นหุ้นส่วนกันตามกฎหมายหรือไม่²³⁸ ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามลักษณะหุ้นส่วนบริษัทของไทยหรือไม่ เพราะหากวิเคราะห์แล้วพบว่าผู้ลงทุนในตราสารแต่ละรายนั้นมีความเป็นหุ้นส่วนระหว่างกันแล้ว จะต้องนำบทบัญญัติว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทของไทยมาใช้บังคับระหว่างผู้ลงทุนที่เป็นผู้ถือตราสารศุกุกดังกล่าวด้วย

²³⁸ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2553), หน้า 24.

การพิจารณาว่าก่อให้เกิดความสัมพันธ์ตามกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนระหว่างผู้ลงทุนในตราสารศุกุกนั้นสำคัญเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องแยกให้ออกว่าบุคคลใดเป็นหุ้นส่วนกันหรือไม่ เพราะกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิและความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนไว้เป็นพิเศษ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและความรับผิดชอบระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันเอง หรือสิทธิและความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนต่อบุคคลภายนอก เป็นต้นว่า เมื่อเป็นหุ้นส่วนกันตามกฎหมายแล้ว ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในการกระทำของผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่น ผู้เป็นหุ้นส่วนมีสิทธิได้ส่วนแบ่งในผลกำไรและต้องร่วมเฉลี่ยการขาดทุน บุคคลที่ร่วมกิจการกันโดยมิได้เป็นหุ้นส่วนอาจจะไม่มีสิทธิและความรับผิดชอบเช่นนั้น อำนาจในการฟ้องคดีของหุ้นส่วนก็จะแตกต่างไปจากการฟ้องคดีของบุคคลทั่วไป การเลิกห้างหุ้นส่วนกฎหมายก็บัญญัติไว้เป็นพิเศษแตกต่างไปจากการเลิกสัญญาทั่วไป การเรียกร้องให้แบ่งทรัพย์สินระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนก็มีบทบัญญัติของกฎหมายผิดแผกไปจากการแบ่งทรัพย์สินของกิจการอื่น แต่อย่างไรก็ดี บุคคลที่ไม่เป็นหุ้นส่วนอาจต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเสมือนหนึ่งว่าตนได้เป็นหุ้นส่วนก็ได้ ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายปิดปาก มิให้ผู้นั้นเถียงว่าตนมิใช่หุ้นส่วน²³⁹

เมื่อพิจารณาตามข้อเท็จจริงของผู้ลงทุนที่เข้าทำการซื้อตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) แล้ว พบว่าเป็นการกระทำของบุคคลมากกว่า 2 คน ในการเข้าไปตกลงกันเพื่อซื้อตราสาร เพื่อกระทำการร่วมในการลงทุนกัน และด้วยประสงค์ที่จะแบ่งปันกำไรอันจะได้แก่กิจการที่ร่วมลงทุนทำกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาเบื้องต้นแล้วเป็นไปตามหลักการเป็นหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนของประเทศไทย ดังปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 1012²⁴⁰, 1025²⁴¹, 1026²⁴² แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยสามารถแยกพิจารณาได้เป็นกรณีๆ ดังนี้

²³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 24 - 25.

²⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1012 อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น

²⁴¹ มาตรา 1025 อันว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น คือห้างหุ้นส่วนประเภทซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วนโดยไม่มีจำกัด

²⁴² มาตรา 1026 ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนต้องมีสิ่งหนึ่งสิ่งใดมาลงหุ้นด้วยในห้างหุ้นส่วน

สิ่งที่นำมาลงด้วยนั้น จะเป็นเงินหรือทรัพย์สินสิ่งอื่นหรือแรงงานก็ได้

1. สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงนำหุ้นมาลงทุนร่วมกันตามสภาพข้อเท็จจริงแล้ว นักลงทุนที่เข้าซื้อตราสารสุกุก ไม่ว่าจะเป็ตราสารประเภทใด ย่อมที่จะต้องมิบุคคลผู้เข้าซื้อตราสารดังกล่าวมากกว่า 2 คนขึ้นไป อีกทั้งตามหลักการมุซารอกะห์ คือ การเข้าร่วมหุ้นหรือร่วมทุนในการทำธุรกิจเพื่อการแบ่งปันกำไรและขาดทุนระหว่างหุ้นส่วนด้วยกัน ซึ่งในกรณีนี้นักลงทุนในตราสารดังกล่าวย่อมได้รับผลตอบแทนในรูปแบบหลักการมุซารอกะห์ดังกล่าว สำหรับหุ้นที่นำมาลงทุนในตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) ของนักลงทุนผู้ถือตราสาร คือ เงินค่าซื้อตราสารที่จะถูกโอนไปใช้ในการบริหารกิจการร่วมลงทุนเพื่อนำกำไรและขาดทุนที่ได้มาแบ่งปันกัน สำหรับสถานะของผู้ลงทุนนั้นอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ เช่นเดียวกันกับในกรณีของห้างหุ้นส่วนเนื่องจากกฎหมายมิได้มีการกำหนดว่าบุคคลที่จะเข้าหุ้นเป็นห้างหุ้นส่วนจะต้องเป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น เพราะฉะนั้นบุคคลธรรมดาอาจเข้าหุ้นกับนิติบุคคลได้²⁴³

2. สัญญาเพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พบว่าตามความในมาตราดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดว่ากิจการใดที่อาจจะเป็นกิจการของห้างหุ้นส่วน ดังนั้นอาจตีความได้ว่ากิจการของห้างหุ้นส่วนอาจจะเป็นกิจการโดยทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะกิจการทางการค้าเท่านั้น และเมื่อพิจารณาความตามมาตรา 1033²⁴⁴ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมิได้หมายความว่าผู้เป็นหุ้นส่วนทุกรายจะต้องเข้าไปดำเนินงานของห้างหุ้นส่วนด้วยตนเอง ผู้เป็นหุ้นส่วนอาจไม่ใช่สิทธินั้น หรืออาจมอบหมายให้ผู้อื่นใช้สิทธินั้นแทนตนก็ได้ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับสภาพข้อเท็จจริงในตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) แล้วพบว่าการค้าเนินการร่วมกันนั้นอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ทรัพย์สินในฐานะของผู้รับประโยชน์เช่นเดียวกับผู้ถือตราสาร

²⁴³ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท, หน้า 19.

²⁴⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1033 ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนมิได้ตกลงกันไว้ในกระบวนจัดการห้างหุ้นส่วนไซ้ ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนยอมจัดการห้างหุ้นส่วนนั้นได้ทุกคน แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งคนใดจะเข้าทำสัญญาอันใดซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนอีกคนหนึ่งทำทั้งนั้นไม่ได้

ในกรณีเช่นนี้ ท่านให้ถือว่าผู้เป็นหุ้นส่วนยอมเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการทุกคน

3. สัญญาด้วยประสงค์จะแบ่งกำไรอันจะได้แก่จากกิจการที่ทำนั้น

เนื่องจากหุ้นส่วนเป็นกิจการซึ่งประสงค์จะหากำไรที่มีใช้การแบ่งทรัพย์สิน หรือการแบ่งรายได้ แต่ประสงค์ที่จะแบ่งกำไรจากกิจการที่ทำ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับสภาพข้อเท็จจริงในตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) แล้ว พบว่าผู้ถือตราสารศุกุกนั้นได้รับผลตอบแทนการร่วมลงทุนในรูปแบบของกำไรโดยการส่งผ่านมาทางทรัสต์ และมีการนำมาแบ่งปันยังผู้ถือตราสารศุกุกต่อไป

4. สัญญาซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อหนี้ทั้งปวงของห้างโดยไม่มีจำกัด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 1025 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พบว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนจะมีภาระหน้าที่ในการที่จะต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อหนี้ทั้งหมดของหุ้นส่วนโดยไม่มีจำกัด จากประเด็นนี้เองก่อให้เกิดปัญหาว่าหากเกิดความสัมพันธ์ในลักษณะห้างหุ้นส่วนสามัญขึ้นจริงระหว่างนักลงทุนผู้ถือตราสาร จะต้องมีการแบกรับภาระในหนี้ที่ก่อขึ้นโดยนักลงทุนผู้ถือตราสารรายอื่นหรือไม่ แท้จริงแล้วมีความสัมพันธ์ในลักษณะห้างหุ้นส่วนสามัญเกิดขึ้นหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าตามลักษณะพฤติกรรมของนักลงทุนที่เข้ามาลงทุนในตราสารศุกุกนั้น คือ การเข้าจองซื้อตราสารโดยอาจดำเนินการซื้อผ่านตัวแทนผู้จัดจำหน่ายตราสารที่มีสาขาที่ตั้งที่หลากหลายนาน โดยมิวัตถุประสงค์ของนักลงทุนแค่เพียงต้องการได้รับผลตอบแทนไม่ว่าผลตอบแทนดังกล่าวนี้จะออกมาในรูปแบบใด ซึ่งสำหรับในกรณีตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) แล้ว ผลตอบแทนที่นักลงทุนผู้ถือตราสารจะได้รับ คือ กำไรที่ได้จากการร่วมลงทุนกัน ส่วนผลขาดทุนนั้น ในทางปฏิบัติจะเป็นหน้าที่ในการบริหารจัดการของผู้ระดมทุน (Originator) และทรัสต์ในการบริหารจัดการการขาดทุนของผู้ถือตราสารโดยการหักลบกับกำไรที่ได้รับจากกิจการ ดังนั้น ผลตอบแทนในการลงทุนที่ถูกส่งไปยังมือของผู้ถือตราสารจะมีเพียงกำไรที่ได้รับจากการร่วมลงทุนในกิจการเท่านั้น

อีกทั้งนักลงทุนแต่ละรายนั้นก็ไม่ได้รู้จักกันมาก่อน ซึ่งขัดต่อหลักการเรื่องคุณสมบัติของหุ้นส่วนเป็นสาระสำคัญ (Delectus personae) เนื่องจากห้างหุ้นส่วนเกิดจากการสมัครใจตกลงร่วมกันของคู่สัญญาที่จะดำเนินกิจการร่วมกันในฐานะหุ้นส่วน ซึ่งความสัมพันธ์นี้เป็นความสัมพันธ์ส่วนบุคคลที่มีองค์ประกอบของการเลือกตัวบุคคลอยู่ด้วย หมายความว่า บุคคลมีสิทธิที่จะเลือกบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่มีคุณสมบัติตามที่เขาต้องการมาเป็นหุ้นส่วนกันในห้างหุ้นส่วน ซึ่งคุณสมบัติเหล่านั้นอาจได้แก่ ความมีเกียรติ ความมั่งคั่ง ความมีชื่อเสียงดีงาม ความเป็นผู้มีอัธยาศัยดี ฯลฯ แต่เหนือสิ่งอื่นใดทั้งหมด บุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้ที่หุ้นส่วนสามารถมอบความไว้วางใจและความไว้นือเชื่อใจ (trust and confidence) ไว้ได้ด้วย²⁴⁵

แต่สำหรับกรณีผู้ถือตราสารนั้นแค่เพียงประสงค์ที่จะทำการเข้าซื้อตราสารเหมือนกันเท่านั้น ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าแม้ความสัมพันธ์ของผู้ถือตราสารนั้นจะมีลักษณะใกล้เคียง เมื่อทำการวิเคราะห์ประกอบกับองค์ประกอบของลักษณะห้างหุ้นส่วนสามัญ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงเจตนาและการปฏิบัติต่อกันในทางปฏิบัติระหว่างคู่กรณีย่อมจะแสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ และความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารสุกุก อังอิงธุรกรรมร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) นั้นแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าไม่เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัทเกิดขึ้นระหว่างผู้ถือตราสารสุกุก ส่วนกรณีที่มีการระบุไว้ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์เพื่อการออกสุกุกในบางกรณี ที่ว่า “ผู้ลงทุนล้วนเป็นหุ้นส่วนระหว่างกัน” ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการระบุไว้เพื่อให้มีความสอดคล้องกับหลักการทางศาสนา ว่าที่มาของผลตอบแทนที่ได้รับนั้น มีแหล่งที่มาจากการร่วมลงทุนกันในลักษณะหุ้นส่วนตามหลักการทางศาสนาอิสลามเท่านั้น ซึ่งเมื่อทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนของไทยแล้วอาจส่งผลที่แตกต่างกัน

²⁴⁵ Justo P. Torres, Jr., The Law on Business Organization, 2000 ed. (Manila : Rex Book Store, 2000), p. 4.

5.1.5 นิติกรรมอำพรางกับการระดมทุนตราสารศุกฎภายในประเทศไทย

5.1.5.1 หลักกฎหมายนิติกรรมอำพราง

การแสดงเจตนาอำพราง หรือ นิติกรรมอำพราง เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายที่แสดงเจตนาทำนิติกรรมขึ้นมาให้ปรากฏ โดยที่คู่กรณีมิได้ประสงค์จะผูกนิติสัมพันธ์กันตามนิติกรรมนั้นแต่อย่างใด เพียงแต่ทำขึ้นเพื่อปกปิดอำพรางนิติกรรมอื่นซึ่งคู่กรณีประสงค์จะผูกพันกันจริงๆ²⁴⁶ ดังที่ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 155 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“การแสดงเจตนาลวงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโมฆะ แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต และต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาลวงนั้นมิได้”

ถ้าการแสดงเจตนาลวงตามวรรคหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอื่น ให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมที่ถูกอำพรางมาใช้บังคับ”

สำหรับวัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายได้วางหลักในเรื่องนิติกรรมอำพราง เป็นสิ่งจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้คู่กรณีที่ทำนิติกรรมอำพรางฉ้อโกงกันเองประการหนึ่ง และเพื่อป้องกันมิให้บุคคลภายนอกต้องเสียหายจากที่คู่กรณีทำนิติกรรมอำพรางกันอีกประการหนึ่ง นั่นคือต้องมีบทบัญญัติว่าด้วยผลของนิติกรรมทั้งสองนั้น (คือนิติกรรมอำพรางและนิติกรรมที่ถูกอำพราง) ทั้งในด้านความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีด้วยกันและความสัมพันธ์ต่อบุคคลภายนอก ตลอดจนความเกี่ยวพันในระหว่างบุคคลภายนอกหลายฝ่ายที่มีผลประโยชน์ขัดกันอีกด้วย²⁴⁷

องค์ประกอบของนิติกรรมอำพราง ได้แก่

(ก) มีการทำนิติกรรมสองนิติกรรม

²⁴⁶ กำชัย จงจักรพันธ์, รายงานวิจัยเสริมหลักสูตร เรื่อง นิติกรรมอำพราง : นิติกรรมที่ถูกอำพรางมีผลใช้บังคับได้เพียงใด, หน้า 1.

²⁴⁷ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 391.

(ข) นิติกรรมอันหนึ่งเปิดเผย แต่ไม่ต้องการผูกพัน

คือ การที่คู่กรณีทำนิติกรรมอันหนึ่งขึ้น โดยมีได้มุ่งหวังให้มีผลจริงจัง แต่ทำขึ้นเพื่อให้ผู้อื่นเชื่อว่าตนประสงค์จะผูกพัน หรือปฏิบัติตามข้อความในนิติกรรมนั้น นิติกรรมเปิดเผยที่ทำขึ้นดังกล่าวถือเป็นการลงอย่างแท้จริง

(ค) นิติกรรมอีกอันหนึ่งถูกปกปิด แต่ต้องการผูกพัน

คือ การที่คู่กรณีมีความประสงค์จะทำข้อตกลงอันหนึ่ง แต่ไม่ต้องการให้นิติกรรมนั้นเป็นที่ล่วงรู้แก่บุคคลอื่น คู่กรณีจึงได้ทำนิติกรรมเปิดเผยอีกอันหนึ่งอำพรางนิติกรรมที่แท้จริงนั้นไว้

สำหรับกรณีนิติกรรมอำพรางนั้น อาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี ดังนี้²⁴⁸

(ก) นิติกรรมอำพรางเกี่ยวกับตัวบุคคล

กล่าวคือ นิติกรรมอำพรางประเภทนี้อาจเกิดขึ้นได้โดยการทำให้บุคคลหนึ่งปรากฏเหมือนเป็นคู่สัญญา ในขณะที่คู่สัญญาที่แท้จริงเป็นอีกคนหนึ่ง ตัวอย่าง ทำให้นาย ก. ปรากฏว่าเป็นผู้ซื้อ แต่ในความจริงผู้ซื้อคือนาย ข. ซึ่งกรณีจะเป็นเช่นนี้ได้ ผู้ที่ทำให้ปรากฏว่าเป็นคู่สัญญาจะต้องมีส่วนร่วมตกลงกันด้วย

(ข) นิติกรรมอำพรางที่เกี่ยวกับตัวนิติกรรม

(1) เกี่ยวกับลักษณะของนิติกรรม เช่น ทำให้ปรากฏว่าเป็นการขาย แต่ความจริงเป็นการให้โดยเสน่หา

(2) เกี่ยวกับองค์ประกอบ เช่น วัตถุประสงค์ของสัญญา ราคาหรือรวมทั้งองค์ประกอบเสริม เช่น ทำให้ปรากฏว่านิติกรรมนั้นมีเงื่อนไข ทั้งที่ความจริงไม่มี

²⁴⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2551), หน้า 111.

เนื่องจากนิติกรรมอำพราง คือ นิติกรรมที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาลวง จึงมักเรียกกันอีกอย่างหนึ่งว่า “นิติกรรมลวง” เพราะเป็นนิติกรรมซึ่งทำขึ้นโดยเปิดเผย ให้เป็นที่ประจักษ์ต่อบุคคลทั่วไป แต่เกิดจากเจตนาลวงด้วยการสมรู้กันระหว่างคู่กรณีเพื่อปกปิดหรืออำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งซึ่งคู่กรณีต่างมีเจตนาจะให้ผลใช้บังคับกันได้จริง ดังนั้น ผลของนิติกรรมอำพรางจึงตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 155 วรรคหนึ่ง

โดยยังสามารถพิจารณาผลของนิติกรรมอำพรางได้เป็นอีก 2 กรณี คือ ผลในระหว่างคู่กรณี และผลต่อบุคคลภายนอก

(ค) ผลในระหว่างคู่กรณี

โดยเหตุที่ในระหว่างคู่กรณี กฎหมายให้ถือตามเจตนาที่ประสงค์จะผูกพันกันอย่างแท้จริงเป็นสำคัญ ดังนั้น นิติกรรมอำพรางซึ่งเกิดจากเจตนาลวงจึงเป็นโมฆะเสียเปล่า และที่เป็นโมฆะนั้นก็ไม่ใช่ว่ากฎหมายเข้ามาขัดขวางไว้ไม่ยอมให้เกิดผลบังคับได้ ที่จริงเป็นเพราะคู่กรณีมิได้มีเจตนาจะให้เป็นจริง เพื่อบังคับกันได้ตามกฎหมายต่างหาก²⁴⁹

(ง) ผลต่อบุคคลภายนอก

การที่นิติกรรมลวงตกเป็นโมฆะใช้ไม่ได้ระหว่างคู่กรณีนั้น อาจทำให้บุคคลภายนอกผู้ไม่รู้เห็นด้วย หลงเชื่อตามนิติกรรมลวงที่ปรากฏ ทำให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ จึงเป็นการสมควรที่กฎหมายจะต้องเข้าช่วยป้องกันบุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต ไม่ให้เกิดการเสียหาย เนื่องจากนิติกรรมลวง หลักคุ้มครองสำหรับบุคคลภายนอกในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้แก่ การที่คู่กรณีไม่อาจยกเอาความเป็นโมฆะของนิติกรรมลวงขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต (และต้องเสียหายแต่นิติกรรมลวงนั้น) หมายความว่า แม้นิติกรรมอำพรางจะไม่สมบูรณ์

²⁴⁹ ไชยยศ เหมะรัชตะ ,กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม(กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 399.

ก็ตาม แต่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต คู่กรณีจะยกความไม่สมบูรณ์นั้นเป็นข้อต่อสู้ไม่ได้²⁵⁰

แต่อย่างไรก็ตาม แม้นิติกรรมลวงนั้นตกเป็นโมฆะไปแล้ว แต่กฎหมายนั้นปิดปากมิให้คู่กรณีนำความเป็นโมฆะอันเป็นความไม่สมบูรณ์ของนิติกรรมลวงดังกล่าวนั้น ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต และต้องเสียหายจากการทำนิติกรรมลวง เพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริต

บุคคลผู้ที่จะได้รับความคุ้มครองในกรณีนิติกรรมอำพรางนั้น คือบุคคลภายนอก ซึ่งคือบุคคลอื่นนอกเหนือไปจากคู่กรณีที่ทำนิติกรรมลวง หรือหมายถึงบุคคลที่สามที่เข้ามาเกี่ยวข้อง หรือทำนิติกรรมด้วยหลังภายหลังโดยเชื่อในนิติกรรมดังกล่าว ซึ่งอย่างไรก็ตามมีความเห็นแตกต่างกันระหว่างนักวิชาการว่าบุคคลภายนอกในที่นี้ หมายความว่ารวมถึงเจ้าหนี้ด้วยหรือไม่ ความเห็นฝ่ายแรกนั้นเห็นว่าบุคคลภายนอกนั้นไม่รวมถึงเจ้าหนี้ในฐานะผู้มีส่วนได้เสียเพราะเหตุนิติกรรมลวงเป็นโมฆะ เนื่องจากเจ้าหนี้สามารถกล่าวอ้างความเสียหายปล่านั้นขึ้นเมื่อใดก็ได้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172²⁵¹ ซึ่งเป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหาก²⁵² ส่วนความเห็นในฝ่ายที่สอง เห็นว่าเจ้าหนี้อยู่ถือเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา²⁵³

สำหรับกรณีอย่างไรจึงจะเป็น “ทำการโดยสุจริต” ตามบทบัญญัติมาตรา 155 วรรคแรก ในเรื่องเจตนาลวงนั้น กล่าวคือ “ทำการโดยสุจริต” หมายความว่า กระทำการโดย

²⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 401.

²⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 172 โมฆะกรรมนั้นไม่อาจให้สัตยาบันแก่กันได้ และผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียหายแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างก็ได้

ถ้าจะต้องคืนทรัพย์สินอันเกิดจากโมฆะกรรม ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้แห่งประมวลกฎหมายนี้มาใช้บังคับ

²⁵² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรสาส์น, 2509), หน้า 84.

²⁵³ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 403.

บริสุทธิ์ใจ มิได้ล่วงรู้ถึงการที่คู่กรณีแสดงเจตนาลงในนิติกรรมอำพราง²⁵⁴ แต่หากได้ล่วงรู้ถึงเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีดังกล่าว ก็ไม่อาจถือได้ว่าการทำโดยสุจริต ทำให้บุคคลดังกล่าวยอมไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติมาตรา 155 วรรคแรกด้วย แต่ถ้าบุคคลภายนอกนั้นได้รู้ถึงการที่คู่กรณีทำนิติกรรมที่ถูกอำพรางแล้วในขณะที่เข้าทำสัญญา กรณีเช่นนี้ย่อมถือว่าไม่มีนิติกรรมอันเป็นความลับต่อบุคคลภายนอกอีกต่อไป เพราะเขาได้รู้ถึงสภาพการณ์อันแท้จริงดีแล้ว จึงเท่ากับเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่สุจริต ผล คือ บุคคลภายนอกนั้นไม่ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย และจำต้องผูกพันตามนิติกรรมที่ถูกอำพรางของคู่กรณีซึ่งตนได้รู้แล้ว²⁵⁵

“ต้องเสียหาย” หมายความว่า การขาดประโยชน์ที่ควรจะได้ โดยการเสียหายดังกล่าวไม่ได้จำกัดเฉพาะกรณีที่ได้เสียค่าตอบแทนไปเพื่อให้ได้ทรัพย์สินมาเท่านั้น แต่การเสียหายนั้นยังรวมไปถึงการที่ต้องเสียค่าใช้จ่ายอย่างอื่นเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นไป รวมถึงกรณีการที่ต้องเสียหายโดยประการอื่นที่ไม่อาจคิดเงินได้

จากหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางที่ได้กล่าวในข้างต้น พบว่านิติกรรมอำพรางภายใต้หลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมของประเทศไทยที่ปรากฏตามบทบัญญัติมาตรา 155 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น มุ่งที่จะให้คู่กรณีถือตามเจตนาที่ประสงค์จะผูกพันกันอย่างแท้จริงเป็นสำคัญ โดยส่งผลทำให้นิติกรรมที่ถูกอำพรางปกปิดกลับมาผลใช้บังคับแทนนิติกรรมอำพรางที่ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากการแสดงเจตนาในนิติกรรมที่แสดงออกมานั้น เกิดจากเจตนาหลงโดยสมรู้ร่วมกันการแสดงเจตนาที่ไม่ตรงกับเจตนาภายในนั้นเป็นที่รู้แก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอยู่แล้ว²⁵⁶ แต่สำหรับนิติกรรมที่ถูกอำพรางที่เกิดขึ้นโดยเจตนาของคู่กรณีนั้นจะบังเกิดผลเป็นนิติกรรมที่มีผลใช้บังคับได้ แค่ไหน เพียงไรนั้นต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมสัญญาอื่น ๆ ประกอบด้วย²⁵⁷ ซึ่งจากหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางนี้ส่งผลกระทบต่อภาระระดมทุนตราสารศุกภายในประเทศไทยอย่างไรนั้น ผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์ในลำดับต่อไป

²⁵⁴ ประจวบ หุตะสิงห์, คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, หน้า 40.

²⁵⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม, หน้า 419.

²⁵⁶ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา, หน้า 114.

²⁵⁷ ประจวบ หุตะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, หน้า 42.

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาและแนววินิจฉัยกรมสรรพากร

ดังจะเห็นได้จากแนวทางการตีความเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการตีความนิติกรรมอำพรางที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาและแนววินิจฉัยของกรมสรรพากร ได้ดังนี้

ก. การขายฝาก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2239/2517

การที่โจทก์จำเลยจดทะเบียนสัญญาขายฝากที่ดินพิพาท ถ้าโจทก์จำเลยไม่มีเจตนาจะผูกพันกันตามสัญญาขายฝาก สัญญานั้นก็เป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรคแรก

ก่อนทำสัญญาขายฝากก็ดี ขณะทำสัญญาขายฝากก็ดี ภายหลังทำสัญญาขายฝากก็ดี โจทก์จำเลยมิได้ตั้งใจจะผูกพันกันตามสัญญาขายฝาก เป็นเรื่องที่ต้องการดอกเบี้ยเท่านั้นโดยจำเลยสัญญาจะไม่เอาที่ดินหลุดเป็นสิทธิ ถือได้ว่าโจทก์ทำสัญญาขายฝากอำพรางการจำนอง

การที่นิติกรรมอันหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอีกอันหนึ่งนิติกรรมอันแรก คือสัญญาขายฝากย่อมเป็นการแสดงเจตนาลวงด้วยสมรู้กันระหว่างคู่กรณี ที่จะไม่ผูกพันตามเจตนาที่แสดงออกมานั้น นิติกรรมอันแรกที่ปรากฏออกมานั้นย่อมเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรคแรก ส่วนนิติกรรมอันหลังคือสัญญาจำนองที่ถูกอำพรางไว้โดยนิติกรรมอันแรก ต้องบังคับตามบทบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมที่ถูกอำพรางไว้ตามมาตรา 118 วรรค 2 เมื่อโจทก์จำเลยมีเจตนาทำสัญญาจำนองแล้วแต่การจำนองไม่ได้จดทะเบียนให้ถูกต้องตามกฎหมาย จึงเรียกไม่ได้ว่าเป็นการจำนอง เป็นเพียงการที่โจทก์กู้เงินจากจำเลย และให้ที่ดินแก่จำเลยยึดถือไว้เป็นประกัน และยอมถือได้ว่าเอกสารการขายฝากที่โจทก์จำเลยทำไว้ ณ สำนักงานที่ดิน เป็นนิติกรรมสัญญากู้เงินที่กลายเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างโจทก์จำเลยนั้น ฉะนั้น เมื่อโจทก์ฟ้องขอให้นำเงินมาไถถอนที่พิพาท ก็เท่ากับโจทก์ขอชำระหนี้เงินกู้ จำเลยมีหน้าที่รับชำระและคืนที่พิพาทที่เป็นประกันนั้นให้โจทก์ไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 862-863/2520

การที่นิติกรรมสัญญาขายฝากทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมสัญญาการกู้เงินนิติกรรมอันแรกคือสัญญาขายฝากย่อมเป็นการแสดงเจตนาหลงด้วยสมรู้กันระหว่างคู่กรณีที่จะไม่ผูกพันกันตามเจตนาที่แสดงออกมานั้น นิติกรรมอันแรกที่ปรากฏออกมานั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรคแรก ส่วนนิติกรรมอันหลังคือสัญญากู้เงินที่ถูกอำพรางไว้โดยนิติกรรมอันแรกต้องบังคับตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมอันที่ถูกอำพรางไว้ตามมาตรา 118 วรรคสอง ในกรณีเช่นนี้แม้นิติกรรมสัญญาการกู้เงินจะมีได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายชื่อผู้กู้เป็นสำคัญต่างหากจากสัญญาขายฝากก็ตามแต่ก็ถือได้ว่าเอกสารการขายฝากเป็นนิติกรรมสัญญาการกู้เงินที่ทำได้เป็นลายลักษณ์อักษรมีผลบังคับได้ (เทียบนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2239/2517)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4686/2552

เมื่อสัญญาขายฝากที่ดินเป็นนิติกรรมอำพรางนิติกรรมการกู้ยืมเงินจึงเป็นนิติกรรมที่ตกเป็นโมฆะตาม ป.พ.พ. มาตรา 155 วรรคหนึ่ง จำเลยจะขอให้บังคับโจทก์ทั้งสองชำระเงินตามราคาขายฝากที่ดินเป็นต้น เงินกู้ไม่ได้ แต่ต้องบังคับตามนิติกรรมการกู้ยืมเงินที่ถูกอำพรางไว้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 155 วรรคสอง โดยถือเพียงว่าสัญญาขายฝากที่ดินเป็นหลักฐานว่าโจทก์ทั้งสองได้กู้ยืมเงินจากจำเลยและโจทก์ทั้งสองได้มอบโฉนดที่ดินของตนให้จำเลยยึดถือไว้เป็นหลักประกันเงินกู้เท่านั้น สำหรับการขายฝากที่ดินระหว่างโจทก์ทั้งสองและจำเลยเมื่อตกเป็นโมฆะดังวินิจฉัยแล้ว ศาลขอที่จะพิพากษาให้เพิกถอนเสียได้โดยจำเลยยังคงยึดถือโฉนดที่ดินของโจทก์ทั้งสองไว้ได้จนกว่าโจทก์ทั้งสองจะชำระเงินกู้และดอกเบี้ยแก่จำเลยครบถ้วน

ข การซื้อขาย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1050/2536

เมื่อสัญญาซื้อขายระหว่างโจทก์และจำเลยเป็นนิติกรรมอำพรางการกู้ยืมเงิน นิติกรรมซื้อขายจึงเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 118 วรรคแรก และต้อง

บังคับตามนิติกรรมการกู้ยืมเงินซึ่งเป็นนิติกรรมที่ถูกอำพรางไว้ตามมาตรา 118 วรรคสอง และย่อมถือว่าสัญญาซื้อขายเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินระหว่างโจทก์และจำเลย จึงมีผลบังคับได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2976/2548

โจทก์จำเลยทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินและไต่ยื่นคำขอจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานที่ดินแล้ว จำเลยก็สามารถนำพยานบุคคลมาสืบได้ว่าความจริงเป็นการทำสัญญากู้เงินกัน ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 94 วรรคสอง เพราะเป็นการนำสืบว่าสัญญาซื้อขายนั้นเป็นนิติกรรมอำพราง ต้องบังคับตามสัญญาที่แท้จริงคือสัญญากู้เงิน

ค ข้อหาหรือภาษีอากร กรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวม อสังหาริมทรัพย์

1 กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ส. มีฐานะเป็นกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ประเภท กอง 1 ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ในการจัดตั้งและจดทะเบียนเป็น กองทุนรวมเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2549 ไม่มีการกำหนดอายุโครงการ บริหารงานโดยบริษัทหลักทรัพย์ จัดการกองทุน น. เพื่อเป็นการระดมเงินลงทุนจากประชาชนและนักลงทุนทั่วไป มีวัตถุประสงค์หลักในการนำเงินที่ได้จากการระดมเงินลงทุนไปซื้อเช่า และ/หรือเช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์ และ จัดหาผลประโยชน์จาก อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว โดยการให้เช่า ให้เช่าช่วง และ/หรือจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ต่างๆ ที่กองทุนรวมฯ ได้ลงทุนหรือมีไว้ โดยมีธนาคาร ซ. สาขากรุงเทพฯ เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์กองทุนรวมฯ และบริษัท หลักทรัพย์ จัดการกองทุน น. เป็นผู้จัดตั้งและจัดการกองทุนรวมฯ สำหรับระยะเวลาตั้งแต่วันที่ 22 พฤศจิกายน 2549 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2549

2 กองทุนรวมฯ ได้ทำสัญญาเช่าที่ดิน ทางวิ่งของเครื่องบิน ลานจอดเครื่องบิน อาคารผู้โดยสารปัจจุบัน อาคารผู้โดยสารใหม่สนามบิน จากบริษัท การบิน ก. จำกัด เป็นระยะเวลา 30 ปี เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2549 และกองทุนรวมฯ ได้นำทรัพย์สินที่เช่ามาดังกล่าว ให้บริษัทฯ เช่าช่วง (ผู้ให้เช่าเดิม) เป็นระยะเวลา 30 ปี เมื่อ วันที่ 24 พฤศจิกายน 2549 ปรากฏตาม

เอกสารรายงานประจำปี 2549 ของกองทุนรวมฯ ตั้งแต่วันที่ 22 พฤศจิกายน 2549 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2549 ประเด็นหารือ ดังนี้

2.1 กรณีกองทุนรวมฯ ได้ทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ได้แก่ ที่ดิน ทางวิ่งของเครื่องบิน ลานจอดเครื่องบิน อาคารผู้โดยสารปัจจุบัน อาคารผู้โดยสารใหม่สนามบิน จากบริษัทฯ ซึ่งเป็นผู้ถือหน่วยลงทุน ในกองทุนรวมฯ จะทำได้หรือไม่

กรณีบริษัทฯ ได้ทำสัญญาให้กองทุนรวมฯ เช่าอสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดิน ทางวิ่งของเครื่องบิน ลานจอดเครื่องบิน อาคารผู้โดยสารปัจจุบัน อาคารผู้โดยสารใหม่ สนามบิน เป็นเวลา 30 ปี เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2549 และกองทุนรวมฯ ได้ทำสัญญาให้บริษัทฯ (ผู้ให้เช่าเดิม) เช่าช่วงเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2549 โดยได้สิทธิการเช่าเป็นเวลา 30 ปี (กองทุนรวมฯ ซึ่งเป็นผู้เช่าได้นำทรัพย์สินที่เช่าดังกล่าว ให้บริษัทฯ เช่าช่วง ซึ่งเป็นผู้ให้เช่าเดิม และเป็นผู้ถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมฯ) แสดงให้เห็นว่า คู่สัญญาได้มุ่งถึงการ ส่งมอบการครอบครองต่อทรัพย์สินที่ให้เช่า โดยแท้จริง และสัญญาดังกล่าว จึงเป็นนิติกรรมที่คู่กรณีทำขึ้นโดยมิได้ มุ่งประสงค์จะผูกนิติสัมพันธ์ กันตามสัญญาเช่าโดยแท้จริง บริษัทฯ จึงไม่มีสิทธินำค่าเช่ามาคำนวณเป็นรายได้ และรายจ่ายในการ คำนวณกำไรสุทธิได้

5.1.5.2 การตีความประเด็นเรื่องนิติกรรมอำพรางต่อการระดมทุนในธุรกรรมตรา

สารศุกฎ

เนื่องจากการระดมทุนตามหลักการทางศาสนาอิสลามนั้นไม่อาจผูกพันกับระบบ ดอกเบี้ย อันเป็นการขัดหรือแย้งกับหลักการทางศาสนาอิสลามซึ่งห้ามมิให้ดำเนินธุรกรรมทางการเงิน ที่ผูกพันกับดอกเบี้ย จึงจำเป็นต้องมีการสร้างวิธีการเพื่อการเข้าถึงแหล่งเงินทุนที่สอดคล้องกับ หลักการของศาสนาอิสลาม เพื่อตอบสนองความต้องการทางเศรษฐกิจของมุสลิมทั้งในประเทศและ ต่างประเทศ อีกทั้งส่งผลถึงการอำนวยความสะดวกต่อการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศด้วย

เพราะมุสลิมมีหลักการทางศาสนาในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ คือ ต้อง ดำเนินการอยู่บนความยุติธรรม และความเท่าเทียมกับทางเศรษฐกิจและสังคม ส่งผลให้ผลตอบแทน จากการลงทุนที่สอดคล้องกับหลักศาสนานั้น ไม่อาจอยู่ในรูปของดอกเบี้ย อันเป็นสิ่งที่ถือว่าขัดต่อ

หลักการทางศาสนาอย่างร้ายแรง เนื่องจากดอกเบี้ยถือเป็นผลตอบแทนที่เกิดขึ้นอย่างไม่ยุติธรรมและเกิดขึ้นโดยปราศจากความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจในพระศนะของอิสลาม นอกเหนือจากธุรกรรมทางการเงินของอิสลามนั้นไม่อาจเกี่ยวข้องกับดอกเบี้ยแล้ว ธุรกรรมนั้นยังไม่อาจเกี่ยวข้องกับเรื่องที่เป็นความไม่แน่นอน และเรื่องที่ศาสนาห้าม อาทิเช่น สุกร อบายมุข อีกด้วย

ดังนั้น รูปแบบการลงทุนและการได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลาม จึงต้องเกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมในการเข้ารับความเสี่ยงร่วมกัน โดยการระดมทุนนั้นต้องมีสินทรัพย์เป็นฐานในการระดมทุน (asset-based) เพื่อประโยชน์ในการอ้างอิงการจ่ายผลตอบแทนให้แก่ผู้ลงทุน รูปแบบการลงทุนที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนานั้นมีหลายรูปแบบ ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ ซึ่งเมื่อทำการพิจารณาโครงสร้างของตราสารศุกุกทั้งหมดจะพบว่าตราสารศุกุกนั้น เป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินที่มีโครงสร้างกระบวนการที่ซับซ้อนที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ การซื้อขาย การเช่า และร่วมลงทุนระหว่างบุคคลหลายฝ่ายที่เข้ามามีส่วนร่วมภายในธุรกรรม และด้วยกลไกที่ซับซ้อนในกระบวนการโครงสร้างตราสารศุกุกนี้เองที่อาจถูกตีความไปได้ว่า ตราสารศุกุกนั้นแท้จริงแล้วคือการทำนิติกรรมอำพรางการกู้ยืมเงิน

จากหลักการทางศาสนาข้างต้นจึงส่งผลทำให้รูปแบบการลงทุน และการได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลาม ต้องเกิดขึ้นจากการมีส่วนร่วมในการเข้ารับความเสี่ยงร่วมกัน โดยการระดมทุนนั้นต้องมีสินทรัพย์เป็นฐานในการระดมทุน (asset-based) เพื่อประโยชน์ในการอ้างอิงการจ่ายผลตอบแทนให้แก่ผู้ลงทุน รูปแบบการลงทุนที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนานั้นมีหลากหลายรูปแบบ ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ ซึ่งจากการศึกษาวิจัยโครงสร้างของตราสารศุกุก พบว่าตราสารศุกุกเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินที่มีโครงสร้างกระบวนการที่ซับซ้อน มีการโอนกรรมสิทธิ์ การซื้อขาย การเช่า และร่วมลงทุนระหว่างบุคคลหลายฝ่ายที่เข้ามามีส่วนร่วมภายในธุรกรรม โดยมีการดำเนินการเป็นวงจรรซ้ำ เพื่อให้ได้มาซึ่งผลตอบแทนแก่ผู้ถือตราสาร เพื่อความสำเร็จตามเป้าประสงค์ในการระดมทุนในโครงการต่างๆ ของผู้ระดมทุน และเพื่อให้เป็นไปตามหลักการทางศาสนา อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของโครงสร้างการระดมทุนตราสารที่ซับซ้อนดังกล่าวพบว่าผลตอบแทนที่ได้รับจากการดำเนินธุรกรรมตราสารศุกุกมีลักษณะใกล้เคียงกับดอกเบี้ยในทางการค้า จึงอาจถูกตีความไปในทิศทางที่ว่า การดำเนินธุรกรรมตราสารศุกุกนั้นเป็นการ

กระทำที่มีลักษณะใกล้เคียงกับนิติกรรมอำพรางการกู้ยืมเงินที่มีผลตอบแทนเป็นดอกเบี้ย ดังจะเห็นได้จากกรณีศึกษาแนวทางวินิจฉัยในกองทุนอสังหาริมทรัพย์สมุยที่ได้วิเคราะห์ไปก่อนหน้านี้

อย่างไรก็ดี ผลกระทบที่ตามมาหากมีแนวทางในการตีความตัดสินว่าธุรกรรมตราสารศุกุก เป็นนิติกรรมอำพรางการกู้ยืมเงินที่มีดอกเบี้ย โดยวิเคราะห์ประกอบกับหลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมอำพรางของไทย หากมีการตีความตัดสินว่าธุรกรรมตราสารศุกุกนั้นเป็นนิติกรรมอำพรางตามหลักนิติกรรมอำพรางของไทย ดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้น

ในขั้นตอนก่อนการออกตราสารนั้นสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) ได้กำหนดให้มีการให้ความเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องโดยผู้ขออนุญาต ต้องจัดให้มีที่ปรึกษากฎหมายที่ให้ความเห็นว่าร่างสัญญาก่อตั้งทรัสต์นั้นสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย และที่ปรึกษาวิชาชีพซึ่งให้ความเห็นว่าตราสารศุกุกดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับหลักศาสนา หากไม่เป็นไปตามหลักที่กำหนดตราสารศุกุกนั้นย่อมไม่สามารถออกเสนอขายต่อนักลงทุนได้ ดังปรากฏตามความในประกาศข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการออกและเสนอขายศุกุกและการเปิดเผยข้อมูล

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 155 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นกฎหมายได้บัญญัติให้นิติกรรมที่อำพรางนั้นตกเป็นโมฆะ ซึ่งหากมีการตีความดังกล่าวเกิดขึ้นกับกรณีตราสารศุกุกนั้นมีธุรกรรมอ้างอิงตราสารหลายประเภท ได้แก่ การซื้อขาย การเช่าทรัพย์ การร่วมลงทุน ผลคือ ธุรกรรมอ้างอิงตราสารเหล่านั้นจะตกเป็นโมฆะตามผลของบทบัญญัติมาตราดังกล่าว และนิติกรรมที่ถูกอำพรางซึ่งในกรณีนี้ คือ การกู้ยืมเงินโดยมีดอกเบี้ยนั้นจะมีผลสมบูรณ์แทนเนื่องจากการทำธุรกรรมตราสารศุกุกนั้นย่อมมีหลักฐานเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อ อีกทั้งการซื้อขายตราสารศุกุกย่อมน่าจะมีมูลค่าเกินกว่าสองพันบาท ดังที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 653²⁵⁸ เรื่องการมีหลักฐานในการฟ้องร้องเรื่องการกู้ยืมเงิน

²⁵⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 653 การกู้ยืมเงินกว่าสองพันบาทขึ้นไปนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่

เมื่อนิติสัมพันธ์ภายในตราสารศุกตกเป็นโมฆะ และการกู้ยืมเงินกลับมาใช้บังคับ แทน ผลกระทบที่จะตามมาในกรณีผู้ระดมทุนจะมีสถานะเป็นลูกหนี้ของผู้ถือตราสารในทันที ผลตอบแทนที่เคยได้รับในรูปแบบของค่าเช่า และกำไร เมื่อถูกแทนที่ด้วยดอกเบี้ยตามหลักกฎหมายไทยแล้วเรื่องดอกเบี้ยนั้นก็มีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ มาตรา 654²⁵⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 และมาตรา 3²⁶⁰ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475

โดยอัตราดอกเบี้ยตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นกำหนดไว้ใน อัตราร้อยละ 15 ต่อปี หากในสัญญากำหนดดอกเบี้ยสูงกว่าร้อยละ 15 ให้ลดลงมาเป็นร้อยละ 15 ต่อปี และในพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 นั้น ได้กำหนดให้อัตราดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจคิดจากผู้กู้ยืมหรือคิดให้ผู้ที่ให้กู้ยืมให้สูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปีได้ แต่อย่างไรก็ตาม กรณีการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรามีความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่หากมีการตีความว่าตราสารศุกกอ้างอิงธุรกรรมการค้าเช่า (sukuk al-ijarah) นั้นเป็นนิติกรรมการค้าเช่าอำพรการกู้ยืมเงิน ผลที่จะตามมาคือ ค่าเช่านั้นจะ

ในการกู้ยืมเงินมีหลักฐานเป็นหนังสือนั้น ท่านว่าจะนำสืบการใช้เงินได้ต่อเมื่อมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ให้ยืมมาแสดงหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมนั้นได้เวนคืนแล้ว หรือได้แทงเพิกถอนลงในเอกสารนั้นแล้ว

²⁵⁹ มาตรา 654 ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้น ก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี

²⁶⁰ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475

มาตรา 3 บุคคลใด

(ก) ให้บุคคลอื่นยืมเงินโดยคิดดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือ

(ข) เพื่อปิดบังการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราท่านบัญญัติไว้ในกฎหมาย บังอาจกำหนดข้อความอันไม่จริงในเรื่องจำนวนเงินกู้หรืออื่น ๆ ไว้ในหนังสือสัญญา หรือตราสารที่เปลี่ยนมือได้ หรือ

(ค) นอกจากดอกเบี้ย ยังบังอาจกำหนดจะเอา หรือรับเอาซึ่งกำไรอื่นเป็นเงินหรือสิ่งของ หรือโดยวิธีเพิกถอนหนี้ หรืออื่น ๆ จนเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับนั้นมากเกินส่วนอันสมควรตามเงื่อนไขแห่งการกู้ยืม

ท่านว่าบุคคลนั้นมีความผิดฐานเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

กลายเป็นดอกเบ็ญ หากตราสารศุกุณั้นให้ผลตอบแทนที่เมื่อมีการปรับมาเป็นดอกเบ็ญแล้ว จะมีอัตราดอกเบ็ญสูงกว่าที่กฎหมายนั้นอนุญาต เช่น ผลตอบแทนในตราสารอยู่ในอัตราร้อยละ 20 เมื่อมีการปรับเป็นดอกเบ็ญแล้ว ทรัสต์ที่ไม่ได้เป็นสถาบันการเงินนั้นจะสามารถเรียกผลตอบแทนในรูปดอกเบ็ญได้ไม่เกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด คือ ร้อยละ 15 ต่อปี ตามความในมาตรา 654 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทรัสต์ผู้ที่ไม่ใช่สถาบันการเงินทำการฝ่าฝืนเรียกดอกเบ็ญเกินกว่าอัตราร้อยละ 15 ต่อปี แม้ตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดให้ทำการปรับลดดอกเบ็ญให้ไม่เกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี แต่อย่างไรก็ตามยังมีความตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบ็ญเกินอัตรา พ.ศ. 2475 มีความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบ็ญเกินอัตรา พ.ศ. 2475 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ข้อตกลงเกี่ยวกับอัตราดอกเบ็ญที่สูงกว่าที่กฎหมายกำหนดนั้นจึงใช้บังคับไม่ได้โดยถือเป็นโมฆะซึ่งเจ้าหนี้จะไม่สามารถเรียกดอกเบ็ญจากลูกหนี้ได้เลย ผลที่เกิดขึ้นคือ ผู้ถือตราสารนั้นจะไม่ได้รับผลตอบแทนใดๆ จากการลงทุนในครั้งนี้

สำหรับผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้ถือตราสารประการต่อมา คือ กรณีผู้ถือตราสารเป็นมุสลิม หากภายหลังมีการตีความว่าการระดมทุนผ่านตราสารศุกุเป็นนิติกรรมอำพรางการกู้ยืมเงินที่เป็นดอกเบ็ญ แม้ผลกระทบที่เกิดขึ้นจะไม่ใช่ผลกระทบโดยตรงทางกฎหมาย เนื่องจากการกู้ยืมเงินดังกล่าวนั้นยอมที่จะบังคับใช้ต่อกันได้ภายใต้กฎหมายของไทย แต่หากพิจารณาจากพื้นฐานหลักการทางศาสนาแล้วพบว่าอาจเกิดผลกระทบได้หลายกรณี เช่น ผู้ระดมทุนและทรัสต์ผู้ออกตราสารศุกุขาดความน่าเชื่อถือในด้านการลงทุน ผู้ถือตราสารผู้เป็นมุสลิมบางส่วนอาจไม่ยอมที่จะถือตราสารดังกล่าวที่มีการตีความว่าเป็นการกู้ยืมเงินที่ได้ดอกเบ็ญ ย่อมส่งผลกระทบอันเป็นภาระต่อผู้ถือตราสารมุสลิม

อาจกล่าวได้ว่าแนวทางการตีความนิติกรรมอำพรางนั้นส่งผลกระทบแก่ผู้มีส่วนร่วมในการลงทุนในตราสารศุกุทุกฝ่าย ซึ่งนับเป็นความเสี่ยงประการสำคัญต่อการระดมทุนในตราสารศุกุภายในประเทศไทย หากภาครัฐต้องการส่งเสริมนโยบายการลงทุนที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนา ปัญหาดังกล่าวต้องได้รับการแก้ไข เพื่อไม่ให้การระดมทุนผ่านตราสารศุกุภายในประเทศไทยนั้นต้องหยุดชะงักเพราะความเสี่ยงอันเกิดจากสภาพลักษณะโดยธรรมชาติของการระดมทุนตามหลักการทางศาสนาอิสลาม

5.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาลึกเกี่ยวกับการระดมทุนผ่านตราสารศุฎกภายในประเทศไทย

ภายหลังจากการศึกษาวิจัยปัญหาในการระดมทุนภายในโครงสร้างตราสารศุฎกหลายธุรกรรมดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้น พบว่าประเด็นปัญหาหลักในการระดมทุนผ่านตราสารศุฎก คือ ปัญหาของระบบกฎหมายเพื่อการรองรับการระดมทุนผ่านตราสารศุฎกที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทย และ ปัญหาเรื่องการตีความนิติกรรมอำพราง

5.2.1 แนวทางการปัญหาของระบบกฎหมายเพื่อการรองรับการระดมทุนผ่านตราสารศุฎกที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทย

ในกรณีปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนผ่านตราสารศุฎกอ้างอิงการซื้อขายบววกกำไร (sukuk al-Murabaha) ภายในประเทศไทยนั้น เพื่อการพัฒนาที่ชัดเจนเป็นรูปธรรมในตลาดทุนอิสลาม ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการประสานความร่วมมือระหว่างองค์กรต่าง ๆ อาทิเช่น สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย และตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งสถานที่ซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์มูราบะหะห์ (Commodity murabahah platform) ภายในประเทศไทย เพราะไม่เพียงแต่จะเป็นการส่งเสริมการจัดตั้งสถานที่ซื้อขายเพื่ออ้างอิงการทำธุรกรรมตราสารศุฎกตามหลักการซื้อขายบววกกำไรในสินค้าโภคภัณฑ์อย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมอย่างเดียวนั้น แต่ยังเป็นการเพิ่มความหลากหลายส่งเสริมในรูปแบบการระดมทุนภายในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรของประเทศไทย อันจะเป็นช่องทางอันดียิ่งในการพัฒนาทั้งระบบตลาดทุนอิสลามของประเทศไทยไปพร้อมกันทั้ง 2 ภาคส่วน เนื่องจากการซื้อขายสินค้าบววกกำไรผ่านตลาดซื้อขายสินค้าที่มีการจัดตั้งตลาดซื้อขายที่เป็นระบบนั้น ช่วยในการส่งเสริมเสถียรภาพ และเพิ่มความสะดวกให้แก่ผู้ดำเนินธุรกรรม กล่าวคือ การซื้อขายบววกกำไรที่ใช้เป็นธุรกรรมอ้างอิงในตราสารออกและเสนอขายตราสารศุฎกนั้น ย่อมต้องเป็นการซื้อขายที่มีมูลค่าสูง เพื่อการทำผลกำไรตอบแทนแก่ผู้ถือตราสาร และการจัดตั้งตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรที่เป็นระบบนั้นยังเป็นการส่งเสริมพัฒนาตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรของไทย อีกทั้งระบบตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรของไทยนั้นก็ยังมีรูปแบบที่เหมาะสม สามารถดำเนินการจัดตั้งสถานที่ซื้อขายสินค้ามูราบะหะห์ได้ เพียงแต่เพิ่มระบบการปฏิบัติงานที่สอดคล้องกับหลักชะรีอะห์ และการขยายขอบอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรในกรอบคลุมการดำเนินธุรกรรมตามหลักศาสนาอิสลาม

เนื่องจากหากมีการจัดตั้งสถานที่ซื้อขายมูราบะหะห์ขึ้นมา ย่อมที่จะทำให้มูลค่าการซื้อขายสินค้าเกษตรภายในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้ามีมูลค่าที่สูงขึ้น อันเป็นการพัฒนาความก้าวหน้าของตลาดการซื้อขายสินค้าเกษตรของไทยในอีกทางหนึ่ง และการซื้อขายสินค้าที่มีมูลค่าสูงภายในตลาดที่มีการจัดตั้งอย่างเป็นระบบย่อมที่จะเป็นการสะดวกและเสริมสร้างความมั่นใจให้กับผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผู้ระดมทุน ทริสตี และผู้ถือตราสาร ว่าการซื้อขายนั้นน่าเชื่อถือ สามารถตรวจสอบได้ มีมาตรฐานที่ชัดเจน และเป็นระบบ เนื่องจากการเข้าทำการซื้อขายสินค้าภายในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรนั้นจะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบและหลักเกณฑ์ของตลาดซื้อขายที่มีมาตรฐานที่เคร่งครัดและชัดเจน

สำหรับในระยะเริ่มแรก ควรต้องมีการวางระบบในเรื่องการปฏิบัติตามหลักการชะริอะห์ภายในตลาดซื้อขายสินค้าดังกล่าว เนื่องจากตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าของประเทศไทยนั้น ไม่เคยมีการปฏิบัติงานที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลามมาก่อน และทำการร่วมร่างหลักเกณฑ์มาตรฐานชะริอะห์เพื่อใช้เป็นคู่มือในการดำเนินธุรกรรมภายในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตร จัดให้มีคณะกรรมการชะริอะห์ในการดูแลและควบคุมการดำเนินธุรกรรมที่เกิดขึ้นภายในสถานซื้อขายมูราบะหะห์ มีการอบรมให้ความรู้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติงานที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนา จัดอบรมให้ความรู้แก่นักลงทุนและผู้สนใจเข้าดำเนินธุรกรรมตราสารศุกุกถึงกระบวนการและช่องทางการระดมทุนใหม่ที่ได้มีการจัดตั้งขึ้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการจัดตั้งตลาดดังกล่าวนี้จะมีส่งผลดีอย่างยิ่งในการพัฒนาระบบตลาดทุนอิสลามภายในประเทศไทยในมีความรวดเร็ว มีความหลากหลายและน่าสนใจมากยิ่งขึ้น

สำหรับในกรณีตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) จากการศึกษาพบว่าเป็นการยากที่จะกำหนดประเภทของเอกเทศสัญญาของไทยที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อว่าเป็นเอกเทศสัญญาประเภทใด เนื่องจากจะต้องมีการพิจารณาลักษณะการดำเนินธุรกรรมในแต่ละกรณีๆ ไป ว่าลักษณะของธุรกรรมอ้างอิงดังกล่าวนี้มีลักษณะสอดคล้องกับเอกเทศสัญญาใด ซึ่งจากเหตุผลดังกล่าวนี้อาจส่งผลในเรื่องความไม่แน่นอนที่จะเกิดขึ้นภายในการระดมทุนภายใต้โครงสร้างตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) ผู้เขียนเห็นว่าหากไม่สามารถระบุประเภทของเอกเทศสัญญาที่เกี่ยวข้องได้อย่างชัดเจนแล้ว เพื่อความเป็นรูปธรรมในรูปแบบการระดมทุนมากยิ่งขึ้น ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตตามหลักชะริอะห์ในตรา

สารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) ว่าการดำเนินการระดมทุนผ่านโครงสร้างตราสารดังกล่าว ผู้ระดมทุนจะต้องทำดำเนินการอย่างไรบ้างจึงจะสอดคล้องและสามารถยอมรับได้ตามหลักการทางศาสนา เพื่อให้ผู้รับระดมทุนสามารถวางโครงสร้างของตราสารให้สอดคล้องกับหลักการทางศาสนา อีกทั้งยังเป็นเกณฑ์มาตรฐานเพื่อสร้างความชัดเจนที่เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลาม ผู้เขียนเห็นว่าการวางหลักเกณฑ์ในการระดมทุนสอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลามของคณะกรรมการที่ปรึกษาชะรีอะห์นั้นเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อเพิ่มมาตรฐานและความชัดเจนในการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา และหากทำการเผยแพร่หลักเกณฑ์ในการระดมทุนสอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลามของคณะกรรมการที่ปรึกษาชะรีอะห์ย่อมจะเป็นการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจอันเป็นมาตรฐานเดียวกันในการระดมทุนที่สอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลามของประเทศไทย ว่าประเทศไทยนั้นยอมรับแนวความเห็นของสำนักคิดอิสลามสำนักใด อย่างไรก็ตาม อันเป็นการสร้างมาตรฐานความชัดเจนและโปร่งใสในหลักเกณฑ์การระดมทุนสอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลามโดยคณะกรรมการที่ปรึกษาชะรีอะห์ ไม่เพียงจะเป็นการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจต่อหลักการทางศาสนาอิสลามต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเท่านั้น ยังเป็นการส่งเสริมทัศนคติอันดี และความตระหนักรู้ให้แก่สังคม เพื่อให้สังคมได้เห็นแนวความคิด หลักการและเหตุผลของการระดมทุนตามหลักการศาสนาอิสลามของไทยมากยิ่งขึ้น โดยผู้เขียนเห็นว่าการจัดทำหลักเกณฑ์การระดมทุนสอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลามโดยคณะกรรมการที่ปรึกษาชะรีอะห์นั้นควรมีการจัดทำในทุกโครงสร้างการระดมทุนผ่านตราสารศุภก เพื่อเป็นเกณฑ์มาตรฐานในการระดมทุนในตราสารศุภกต่อไป

กรณีตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) จากปัญหาที่ได้วิเคราะห์ในข้างต้น การกำหนดสัดส่วนในการระดมทุนของผู้ระดมทุนและทรัสต์ในฐานะผู้รับประโยชน์นั้นตามความในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 แม้จะเกิดขึ้นจากเจตนารมณ์ที่ต้องการป้องกันไม่ให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินบริหารทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของตนเองเพียงคนเดียว อันขัดกับหลักการของทรัสต์ แต่อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดสัดส่วนในการระดมทุนดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ระดมทุนและทรัสต์ เนื่องจากการรักษาซึ่งเจตนารมณ์ที่ต้องการป้องกันไม่ให้ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินบริหารทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของตนเองเพียงคนเดียวนั้น ด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดหลักให้ทรัสต์กรณีที่ถูกตั้งทรัสต์หรือทรัสต์ไม่อาจเป็นผู้รับประโยชน์ด้วยได้ เว้นแต่มีบุคคลอื่นเป็นผู้รับประโยชน์รวมอยู่ด้วยน่าจะเป็นการเพียงพอ

แล้วต่อการรักษาแนวคิดเรื่องเจ้าของทรัพย์สินบริหารทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของตนเพียงคนเดียวตามหลักการของทรัสต์ การกำหนดสัดส่วนขึ้นมานั้นก็กลายเป็นอุปสรรคในการขีดขวางการระดมทุนของผู้ระดมทุนอย่างเสรี และเนื่องด้วยประเทศไทยมีนโยบายต้องการที่จะส่งเสริมการระดมทุนผ่านตราสารศุกุก แต่กลับมีการกำหนดมาตรการอันเป็นอุปสรรคต่อการระดมทุนของผู้ระดมทุนและทรัสต์ซึ่งนับว่าเป็นเรื่องที่ไม่สอดคล้องกัน อย่างไรก็ตาม หากรัฐบาลต้องการที่จะส่งเสริมการระดมทุนผ่านตราสารศุกุก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดสัดส่วนการระดมทุนของผู้ระดมทุนในอัตราร้อยละ 0 ดังเช่นกรณีมาตรการที่ส่งเสริมทางภาษีมูลค่าเพิ่ม มาตรา 80/1²⁶¹ แห่งประมวลรัษฎากรที่มีการจัดเก็บภาษีในอัตราร้อยละ 0 สำหรับผู้ประกอบการส่งออกซึ่งเป็นผู้ควรได้รับยกเว้นภาษี แต่

²⁶¹ ประมวลรัษฎากร

มาตรา 80/1 ให้ใช้อัตราร้อยละ 0 ในการคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่ม สำหรับการประกอบกิจการประเภทต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) การส่งออกสินค้าที่มีใบการส่งออกสินค้าซึ่งได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 81 (1)

(2) การให้บริการที่กระทำในราชอาณาจักรและได้มีการใช้บริการนั้นในต่างประเทศ ตามประเภทหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด

การให้บริการที่กระทำในราชอาณาจักรและได้มีการใช้บริการนั้นในต่างประเทศ ให้รวมถึงการให้บริการที่กระทำในราชอาณาจักรเพื่อใช้ผลิตสินค้าในเขตปลอดอากรเพื่อส่งออก และการให้บริการที่กระทำในเขตดังกล่าวเพื่อใช้ผลิตสินค้าเพื่อส่งออกด้วย

(3) การให้บริการขนส่งระหว่างประเทศโดยอากาศยานหรือเรือเดินทะเลที่กระทำโดยผู้ประกอบการที่เป็นนิติบุคคล

(4) การขายสินค้าหรือการให้บริการกับกระทรวง ทบวง กรม ราชการส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจตามโครงการเงินกู้หรือเงินช่วยเหลือจากต่างประเทศ ทั้งนี้ เฉพาะกรณีที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนดโดยอนุมัติรัฐมนตรี

(5) การขายสินค้าหรือการให้บริการกับองค์การสหประชาชาติ ทบวงการชำนัญพิเศษของสหประชาชาติ สถานเอกอัครราชทูต สถานทูต สถานกงสุลใหญ่ สถานกงสุล ทั้งนี้ เฉพาะการขายสินค้าหรือการให้บริการที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด

(6) การขายสินค้าหรือการให้บริการระหว่างคลังสินค้าทัณฑ์บนกับคลังสินค้าทัณฑ์บน หรือระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ประกอบการที่ประกอบกิจการอยู่ในเขตปลอดอากร ไม่ว่าจะอยู่ในเขตเดียวกันหรือไม่ หรือระหว่างคลังสินค้าทัณฑ์บนกับผู้ประกอบการที่ประกอบกิจการอยู่ในเขตปลอดอากร ทั้งนี้ เฉพาะการขายสินค้าหรือการให้บริการที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด

คลังสินค้าทัณฑ์บนตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความถึงคลังสินค้าทัณฑ์บนตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร

เพื่อให้ผู้ประกอบการดังกล่าวนั้นยังอยู่ในกระบวนการภาษีมูลค่าเพิ่มเพื่อให้ขอคืนภาษีซื้อได้ จึงไม่ยกเว้น แต่กำหนดอัตราภาษีเป็นร้อยละ 0 แทน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าหากคณะกรรมการ ก.ล.ต. การนำอัตราร้อย 0 มากำหนดสัดส่วนประโยชน์จากกองทรัสต์ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์จะได้รับนั้น จะส่งผลทำให้เป็นการส่งเสริมการระดมทุนผ่านตราสารศุภก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) อันจะก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างยิ่งในตลาดทุนอิสลาม

สำหรับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุนตามหลักการมุซารากะฮ์ตามกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัทของไทย จากการวิเคราะห์ในข้างต้นพบว่าผู้ถือตราสารศุภกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) นั้นไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างกันในทางหุ้นส่วนสามัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังเหตุผลตามหลักเรื่องความใกล้ชิดของความเป็นหุ้นส่วน และสภาพข้อเท็จจริงของลักษณะการเข้าถือตราสารของผู้ถือตราสาร และจากปัญหาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าควรวิเคราะห์โดยแยกความแตกต่างระหว่างหลักกฎหมายของไทยและหลักการทางศาสนาออกจากกัน กล่าวคือ แม้ว่าการระดมทุนผ่านตราสารศุภกในประเทศไทยนั้นต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักการทางศาสนา หรือหลักชะรีอะห์ แต่อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้กฎหมายในความสัมพันธ์ของผู้ที่เกี่ยวข้องภายในตราสารศุภกนั้นย่อมต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายของประเทศไทย ดังจะเห็นได้จากกรณีคดี *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others*^{*262} ในปี ค.ศ. 2004 ศาลประเทศอังกฤษไว้วินิจฉัยถึงข้อพิพาทระหว่างธนาคาร Shamil ประเทศบาเรนห์ และ บริษัท Beximco ซึ่งประกอบธุรกิจนำเข้าและส่งออกเวชภัณฑ์ยา ประเทศบังคลาเทศ เกี่ยวกับกรณีการผิดนัดชำระหนี้ในสัญญา มุราบาฮะฮ์ (Murabahah) ที่ได้ทำระหว่างกันในปี 1995 ของบริษัท Beximco และพวก ที่มีต่อธนาคาร Shamil

* *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others* [2004] EWCA Civ 19, [2004] 1 WLR 1784, COURT OF APPEAL.

²⁶² Lovells, Shariah Law in English Courts[online], 27 January 2012. Available from <http://www.yasaar.org/pubs/20259%20Shariah%20Law%20in%20the%20English%20Courts%20brochure1.pdf>

ประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่น่าขึ้นสู่ศาล คือ การระบุข้อความในสัญญา Murabahah (Murabahah) เกี่ยวกับการเลือกกฎหมายที่นำมาใช้ต่อกฎ (governing law)

“ภายใต้หลักชะรีอะห์ สัญญานี้จะถูกบังคับและได้รับการพิจารณาตามกฎหมายของ
อังกฤษ”^{*}

ผู้กู้ยืมผิดสัญญา Murabahah (Murabahah) ภายหลังเกิดการผิดนัดชำระหนี้หลายครั้งในสัญญาที่ได้ทำไว้กับธนาคาร ธนาคารจึงได้นำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลเพื่อให้ศาลพิพากษาตัดสิน

ประเด็นข้อโต้แย้งของบริษัท Beximco ก่อนคดีจะขึ้นสู่ศาล คือ การตีความว่าจะนำกฎหมายใดมาใช้บังคับแก่สัญญาทางการเงิน (financial agreement) โดยเห็นว่าสัญญาดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้หากชอบด้วยกฎหมายอังกฤษและชอบด้วยหลักการทางศาสนาอิสลาม (shariah) ในชั้นศาล บริษัท Beximco ยังคงโต้แย้งว่าเมื่อคู่สัญญาดังกล่าวได้เลือกกฎหมายอังกฤษมาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญา แต่ก็ได้ตกลงด้วยว่าบรรดาเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาต้องเป็นไปตามหลักชะรีอะห์ด้วย โดยบริษัท Beximco ยอมรับว่านักนิติศาสตร์อิสลามมีความเห็นที่แตกต่างกันในการตีความและการปรับใช้หลักชะรีอะห์ ซึ่งมีข้อห้ามที่ชัดเจน อย่งไรก็ดี ที่ไม่อาจโต้แย้งได้ว่าหลักการห้ามคิดดอกเบี้ยจากการให้กู้ยืม ซึ่งประเด็นนี้เองบริษัท Beximco เห็นว่ามีผลสำคัญที่ทำให้สัญญา Murabahah (Murabahah) ซึ่งเป็นสัญญาพิพาทในครั้งนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่สามารถบังคับได้ เพราะเป็นการปิดบังการกู้ยืมเงินที่เรียกดอกเบี้ย

ศาลสูงและศาลอุทธรณ์อังกฤษพิพากษาโดยรวบรัด (summary judgment) ให้ธนาคาร Shamil เป็นฝ่ายชนะคดี โดยศาลเห็นว่าหลักชะรีอะห์ไม่ได้ถูกนำมาใช้ในสัญญา Murabahah (Murabahah) เพราะคู่สัญญามีได้เจตนาเช่นนั้นในการดำเนินธุรกรรมดังกล่าว โดยศาลได้ให้เหตุผลในคำพิพากษาไว้ดังนี้

^{*} "Subject to the principles of the Glorious Sharia'a, this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England."

- การอ้างถึง “หลักชะริอะห์” ในข้อกำหนดการเลือกกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ (governing law) มีการปรากฏในสัญญาเป็นการแสดงเจตนาที่สะท้อนถึงหลักการตามศาสนาอิสลามที่ธนาคารใช้ในการดำเนินธุรกิจตามปกติเท่านั้น แต่มิได้มีผลเป็นการสร้างระบบกฎหมายถูกที่สร้างขึ้นมา เพื่อบังคับใช้ใน เนื้อกฎหมายอังกฤษ
- ตามหลักอนุสัญญากรุงโรม (The Rome Convention) สัญญานั้นจะบังคับใช้ตาม “กฎหมายที่คู่สัญญาได้ตกลงเลือก” และการเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับนั้น ต้องเป็นกฎหมายของประเทศ ไม่ใช่ระบบกฎหมายที่ไม่ใช่ของประเทศ (non-national system) เช่น กฎหมายชะริอะห์ แม้ว่าระบบกฎหมายอังกฤษจะเปิดกว้างให้คู่สัญญาสามารถเลือกนำบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศมาบังคับใช้ แต่คู่สัญญาต้องระบุโดยเฉพาะเจาะจงอย่างเพียงพอว่าเป็นบทบัญญัติที่เลือกนำมาใช้เป็นของกฎหมายต่างประเทศ หรือประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ หรือแนวปฏิบัติในเรื่องใด การอ้างถึงหลักชะริอะห์ในฐานะกฎหมายที่ใช้บังคับ (governing law) ยังไม่สามารถแสดงถึงเจตนาของคู่สัญญาที่ประสงค์จะใช้ระบุ โดยเฉพาะเจาะจงถึงรายละเอียดของหลักชะริอะห์ซึ่งคู่สัญญาประสงค์ที่จะนำเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เมื่อเป็นดังนี้ซึ่งยังฟังไม่ได้ว่าผู้กุมจะต่อสู้ได้ว่าจะนำหลักทั่วไปของชะริอะห์เข้ามาใช้แก้กรณีพิพาท เพราะหลักการเบื้องต้นเหล่านี้ คู่สัญญาไม่ได้ระบุไว้โดยเฉพาะเจาะจง หรือถูกอ้างถึงในสัญญา ชะริอะห์ดังกล่าว
- คู่ความทั้งสองฝ่ายยอมรับในเรื่องประเด็นข้อพิพาทที่สำคัญ และความยากในการนำหลักชะริอะห์มาใช้ในเรื่องของการเงินและธนาคาร ด้วยเหตุนี้จึง “เป็นไปได้ยากที่คู่สัญญาต้องการเรียกร้องให้ศาลเข้าไปเกี่ยวข้องในเรื่องที่เกี่ยวกับศาสนาอิสลามและหลักความเชื่อ” ลังข้อเท็จจริงในประเด็นที่ว่า การห้ามคิดดอกเบี้ยเป็นหลักที่ยอมรับโดยทั่วไป และเนื้อหาสาระของสัญญามุاربةฮะฮ์ยังไม่เพียงพอที่จะแสดงให้ศาลเห็นว่าหากได้กำหนดหลักชะริอะห์มารวมไว้ในเรื่อง

ข้อกำหนดเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับในสัญญาอย่างชัดเจนแล้ว ประเด็นข้อโต้แย้งของผู้กู้ยืมรับฟังได้

- ศาลยังกล่าวอีกว่าไม่มีสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าจำเลยมีข้อกังวลเกี่ยวกับประเด็นหลักชะริอะฮ์ ไม่ว่าจะเป็นช่วงเวลาการเข้าทำสัญญา หรือ ณ เวลาใดก่อนกระบวนการพิจารณาได้เริ่มขึ้น ความเห็นของศาลในเรื่องข้อโต้แย้งเกี่ยวกับชะริอะฮ์ คือ เล่ห์เหลี่ยมของนายความ ดังนั้น ศาลจึงมีความโน้มเอียงต่อการตีความไปในทิศทางที่ทำให้วัตถุประสงค์ทางธุรกิจที่ปรากฏในสัญญานั้นต้องเสียไป

ในคดีนี้เกี่ยวข้องกับการพิจารณาของศาลในการนำวิธีการของการเงินอิสลาม และโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักกฎหมายซึ่งปรากฏอยู่ในข้อตกลงของสัญญา เนื่องจากสถานการณ์ของคดีนี้ ศาลเห็นว่าข้อโต้แย้งเรื่องชะริอะฮ์ของผู้กู้ยืมเงินนั้นเป็นเล่ห์เหลี่ยมของนายความ ขอบเขตของศาลในการใช้บังคับตามหลักการชะริอะฮ์นั้นถูกจำกัด พบว่าเป็นการขัดแย้งว่าที่ผู้กู้ยืมเงินต้องการหลีกเลี่ยงการชำระหนี้ที่มีต่อธนาคารโดยการหีบยกประเด็นเรื่องชะริอะฮ์เป็นข้อต่อสู้ และไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งที่จะให้ผู้กู้ยืมหลุดพ้นจากความรับผิดชอบที่มีอยู่ต่อธนาคาร โดยเพียงแต่หีบยกข้อต่อสู้เรื่องหลักชะริอะฮ์ ทั้งที่ก่อนหน้านี้ผู้กู้ยืมไม่เคยคำนึงถึงแบบของสัญญาหรือผลกระทบของหลักชะริอะฮ์ ประเด็นที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษามี 2 ประเด็น ดังนี้

ประการแรก เป็นการยากที่จะให้ศาลตัดสินหลักการที่แตกต่างระหว่างนักนิติศาสตร์อิสลาม เกี่ยวกับหลักชะริอะฮ์ แต่ในทางกลับกันศาลนั้นก็เพิกเฉยกับการจัดการในข้อโต้แย้งระหว่างผู้เชี่ยวชาญ คู่สัญญาเข้าที่ประสงค์ทำสัญญาที่นำหลักชะริอะฮ์เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา ควรตกลงกันไว้ก่อนถึงกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับหลักชะริอะฮ์ และควรมีผลใช้บังคับโดยมีผู้เชี่ยวชาญด้านชะริอะฮ์ซึ่งคัดเลือกโดยคู่สัญญา หรือสถาบันที่น่าเชื่อถือเป็นผู้พิพากษา แทนที่จะนำคดีเข้าสู่ศาลซึ่งอาจมีค่าใช้จ่ายสูง

ประการที่สอง ในคดีนี้ศาลได้วินิจฉัยในเรื่องเกี่ยวกับการตีความข้อสัญญาเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับ (governing law) ซึ่งจะรวมถึงกฎหมายอังกฤษ โดยศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาและ

นำหลักชะริอะห์มาปรับใช้ อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าหากนำหลักชะริอะห์มาใช้ในคดีดังกล่าวนั้นโดยชอบผู้กู้ยืมเงินอาจเป็นฝ่ายชนะคดีก็เป็นได้

5.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหาการตีความเรื่องนิติกรรมอำพราง

อาจปฏิเสธไม่ได้ว่าเมื่อนำหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางมาวิเคราะห์ร่วมกับโครงสร้างตราสารศุกุกหลายโครงสร้างดังที่ได้กล่าวมาในบทก่อนหน้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งดังจะเห็นได้ชัดเจนจากปัญหาตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการเช่า (sukuk al-ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease) ที่มีแนววินิจฉัยตีความการดำเนินธุรกรรมการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease) ในกรณีกองทุนอสังหาริมทรัพย์สมัยว่าคู่สัญญาไม่ได้มุ่งผูกพันสัญญาอย่างแท้จริง แม้จะเป็นแนววินิจฉัยที่เกิดจากการจัดเก็บภาษีของกรมสรรพากร แต่อย่างไรก็ตามส่งผลทำให้สามารถวิเคราะห์ต่อไปได้ว่าเป็นธุรกรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็นนิติกรรมอำพรางหรือไม่ ปัญหาที่เกิดขึ้นกับธุรกรรมตราสารศุกุก คือ ภายหลังจากวิเคราะห์ถึงโครงสร้างทางกฎหมายอย่างแท้จริงพบว่าโครงสร้างธุรกรรมตราสารศุกุก ที่อ้างอิงธุรกรรมประเภทต่างๆ เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ การซื้อขาย การเช่าทรัพย์สิน การร่วมลงทุนนั้นเป็นวิธีการที่ศาสนาอิสลามอนุมัติให้กระทำได้ เพื่อให้สำเร็จตามเป้าประสงค์ของการระดมทุนในตราสารศุกุก และเป็นธุรกรรมที่สอดคล้องกับการได้มาซึ่งเป้าหมายของการระดมทุน ซึ่งอาจจะทำให้ผลตอบแทนที่ได้รับนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับดอกเบี้ยในทางการค้า ซึ่งเป็นผลประโยชน์ตอบแทนในการทำธุรกรรม โดยอาจถูกตีความในลักษณะเป็นการได้รับผลตอบแทนในรูปแบบดอกเบี้ยจากการกู้ยืมเงิน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงทางกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางเกิดขึ้นภายในระบบการเงินอิสลาม (Islamic Finance) เนื่องจากสภาพข้อจำกัดในการระดมทุนที่สอดคล้องตามหลักการทางศาสนานั้นส่งผลต่อรูปแบบกลไกในการระดมทุน อันเป็นความเสี่ยงทางกฎหมายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ภายในระบบการเงินอิสลามทั่วโลก

สำหรับแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิจัยนั้นพบว่าเป็นการยากในการหามาตรการในการแก้ไขความเสี่ยงทางกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางนั้นเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในเรื่องการแสดงเจตนาซึ่งใช้บังคับกับนิติกรรมสัญญาทั่วไปและรวมถึงนิติสัมพันธ์ภายในธุรกรรมตราสารศุกุกด้วย

สำหรับแนวทางที่เป็นทางออกในการลดปัญหาและขจัดอุปสรรคที่อาจจะเกิดขึ้นจากแนวทางการตีความนิติกรรมอำพรางในการระดมทุนภายในตราสารศุภกนั้น ผู้เขียนเห็นว่าวิธีการแก้ไขปัญหาคือ การตรากฎหมายเพื่อให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ในการระดมทุนภายในตราสารศุภก ให้ถือว่ามีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำ กล่าวคือ จากประเด็นปัญหาแนวทางการวินิจฉัยนิติสัมพันธ์ภายในกลไกการดำเนินธุรกรรมการเช่าทรัพย์สินของกองทุนอสังหาริมทรัพย์สมัยในลักษณะที่คู่สัญญาไม่ต้องการผูกพันตามสัญญาเช่าทรัพย์สิน จึงไม่ผูกพันกันตามสัญญาเช่าทรัพย์สินนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นบทเรียนหลักที่สามารถนำมาปรับใช้กับประเด็นปัญหาของตราสารศุภก เนื่องจากสิ่งที่น่ากังวลสำหรับปัญหาในเรื่องการการตีความการดำเนินธุรกรรมภายในตราสารศุภก คือ ผู้ตีความขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะของระบบการเงินอิสลาม (Islamic finance) ดังนั้น เมื่อนำหลักกฎหมายเข้ามาปรับใช้กับธุรกรรมแล้ว อาจส่งผลในเชิงการตีความในลักษณะเป็นนิติกรรมอำพราง แต่อย่างไรก็ตามแนวทางการตีความนั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้ที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอนและไม่อาจควบคุมได้

การตราพระราชบัญญัติเพื่อการตรากฎหมายเพื่อให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ในการระดมทุนภายในตราสารศุภก ให้ถือว่ามีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำก็นับเป็นแนวทางการแก้ไขประการหนึ่ง เนื่องจากการตราพระราชบัญญัติยกเว้นการนำบทบัญญัติในเรื่องนิติกรรมอำพรางมาใช้บังคับกับกรณีตราสารศุภกนั้น อาจก่อให้เกิดความลักลั่นได้ เพราะหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางเป็นหลักกฎหมายที่มาจากหลักที่ว่าด้วยหลักเจตนาที่ถูกต้องตรงกัน (Doctrine of mirror image) ซึ่งมีผลในการจำกัดเรื่องเสรีภาพในการแสดงเจตนาซึ่งที่ใช้บังคับกันอยู่ทั่วไปรวมถึงการแสดงเจตนาดังปรากฏตามความในบทบัญญัติมาตรา 155²⁶³ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น มาตรการการแก้ไขปัญหาโดยบัญญัติกฎหมายเพื่อยกเว้นการนำผลในเรื่องนิติกรรมอำพรางมาใช้ อาจส่งผลกระทบต่อที่รุนแรงตามมาได้

²⁶³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 155 การแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโมฆะ แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริต และต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาหลงนั้นมิได้

ถ้าการแสดงเจตนาหลงตามวรรคหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอื่น ให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมที่ถูกอำพรางมาใช้บังคับ

ผู้เขียนเห็นว่าแท้จริงแล้วสิ่งที่น่ากังวลเกี่ยวกับความเสี่ยงในเรื่องนิติกรรมอำพรางใน ตราสาร ศุภก คือ หากเกิดกรณีเป็นข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลอาจหยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นมาวินิจฉัย และอาจส่งผลกระทบต่อแนวทางในการวินิจฉัยไปในทิศทางที่ไม่เป็นการส่งเสริมการระดมทุนใน ตราสารศุภก เพราะเป็นที่แน่นอนว่าเครื่องมือทางกฎหมายที่นำมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว อันดับแรก คือ บทบัญญัติมาตรา 155 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งผลของการพิจารณา จะเป็นอย่างไรนั้นล้วนแล้วแต่เป็นดุลยพินิจของศาล

แต่อย่างไรก็ตาม การที่ประเทศไทยมีนโยบายต้องการจะส่งเสริมการระดมทุนอัน สอดคล้องกับหลักการทางศาสนา ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการลดความเสี่ยงความไม่แน่นอนทางกฎหมาย ดังกล่าว โดยการให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ในธุรกรรมตราสาร ศุภก กล่าวคือ เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมารับรองสถานะที่สมบูรณ์ทางกฎหมายของนิติสัมพันธ์ ดังกล่าว เมื่อเกิดข้อพิพาททางศาล ศาลสามารถหยิบยกบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นมาปรับใช้กับข้อพิพาท ได้ในทันทีในฐานะเป็นกฎหมายเฉพาะ

การตราพระราชบัญญัติเพื่อให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุน และทรัสต์ นอกจากจะเป็นการกำหนดกรอบของผลทางกฎหมายให้สอดคล้องกับลักษณะของการ ระดมทุนในตราสารศุภกแล้ว ยังเป็นการส่งเสริมและพัฒนาการระดมทุนที่สอดคล้องกับหลักการทาง ศาสนาอิสลามของไทยยิ่งขึ้นอีกด้วย

สำหรับการให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ในการ ระดมทุนภายในตราสารศุภก ให้ถือว่ามีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำนั้น เพื่อให้องค์กรที่มีหน้าที่ใน การกำกับดูแลสามารถกำกับดูแลธุรกรรมตราสารศุภกได้ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดกรอบเงื่อนไข ในการรับรองสถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น โดยให้สามารถกำกับดูแลการรับรองสถานะของนิติ สัมพันธ์นี้อยู่ภายในกรอบของกฎหมายที่สอดคล้องกับสภาพของลักษณะธรรมชาติของการระดมทุน ตราสารศุภก ดังที่ปรากฏเป็นโครงสร้างตราสารออกมาในดังกล่าวในข้างต้น

โดยแนวทางการตราพระราชบัญญัติการให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ ระดมทุนและทรัสต์ในการระดมทุนภายในตราสารศุภก ให้ถือว่ามีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำที่

ผู้เขียนคิดค้นขึ้นนั้น คือ แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เพื่อการให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ในการระดมทุน ภายในตราสารศุกุก ให้ถือว่ามีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำ โดยการตราพระราชบัญญัติให้มีสาระสำคัญดังนี้

“นิติสัมพันธ์ในธุรกรรมอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุนอิสลาม อันเกี่ยวข้องกับภาระระดมทุนในตราสารศุกุก ให้ถือว่ามีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำ เมื่อได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด.”

วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้สถานะแก่นิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุนและทรัสต์ที่เข้าระดมทุนในตราสารศุกุก ให้มีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำ กล่าวคือ เมื่อผู้ระดมทุนประสงค์จะเข้าทำการระดมทุนในตราสารศุกุก ผลในทางกฎหมายของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์นั้น ควรอยู่ในรูปแบบของการระดมทุนผ่านธุรกรรมอ้างอิงอันสอดคล้องกับหลักการทางศาสนา ไม่ควรมีการตีความไปในทิศทางที่ไม่เป็นการส่งเสริมการระดมทุนในตราสารศุกุก ผู้เขียนเห็นว่าการมีบทบัญญัติเพื่อให้สถานะของนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์มีผลใช้บังคับได้ตรงตามที่ได้กระทำ ย่อมจะเป็นผลดียิ่งในการสนับสนุนการระดมทุนในตราสารศุกุก

สำหรับหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในให้สถานะแก่นิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุนและทรัสต์ที่เข้าระดมทุนในตราสารศุกุก ให้มีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำ ให้อำนาจหน้าที่แก่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ในการประกาศกำหนดแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์การให้สถานะดังกล่าว โดยการออกเป็นประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนว่าด้วยเรื่องข้อกำหนดในการให้สถานะแก่นิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุนและทรัสต์ที่เข้าระดมทุนในตราสารศุกุก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าประกาศดังกล่าวควรใช้เป็นข้อกำหนดเพิ่มเติมที่ประกอบกับข้อกำหนดตามประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับทรัสต์ในธุรกรรมที่เกี่ยวกับศุกุก และประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ว่าด้วยข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุกุกและการเปิดเผยข้อมูล ซึ่งสาระสำคัญของประกาศเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในให้สถานะแก่นิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุนและทรัสต์ที่เข้าระดมทุนในตราสารศุกุกที่มีหน้าที่ก่อนการเสนอขายศุกุกที่ออกมาใหม่

ผู้เขียนเห็นว่าสาระสำคัญของประกาศดังกล่าวควรมีการระบุในลักษณะที่ว่าเมื่อผู้ขอ อนุญาตออกตราสารศุภุกได้ดำเนินการการหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการการออกและเสนอขายศุภุก ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนว่าด้วยเรื่องข้อกำหนดเกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุภุก และการเปิดเผยข้อมูล และประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยเรื่อง ข้อกำหนดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุภุกแล้ว หากภายหลังที่สำนักงาน ก.ล.ต. ได้ทำการ พิจารณาแบบคำขออนุญาต และผู้ขออนุญาตนั้นได้รับอนุญาตให้ออกและเสนอขายศุภุกได้ ให้ถือว่า นิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุนและทรัพย์สินที่เข้าระดมทุนในตราสารศุภุกที่ได้รับอนุญาตดังกล่าวนั้นมีผลใช้ บังคับตรงตามที่ได้กระทำ โดยผู้เขียนเห็นว่าข้อกำหนดแนวทางในการให้สถานะของนิติสัมพันธ์ ดังกล่าวเป็นหนึ่งในขั้นตอนที่ผู้ระดมทุนในฐานะผู้ขออนุญาตยื่นอนุญาตการเสนอขายตราสารศุภุกจะ เป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ระดมทุนและทรัพย์สินในการระดมทุนในตราสารศุภุกโดยมีขั้นตอนไม่ ยุ่งยาก และดำเนินการพิจารณาในคราวเดียว ซึ่งจะส่งผลทำให้การระดมทุนในตราสารศุภุกของไทย อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของพระราชบัญญัติและประกาศดังกล่าวโดยอัตโนมัติ

นอกจากนั้นผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยมีนโยบายที่ต้องการส่งเสริมและ สนับสนุนการระดมทุนที่สอดคล้องตามหลักการทางศาสนา อาทิเช่น การระดมทุนในตราสารศุภุก ประเทศไทยจำเป็นต้องมีการวางนโยบายเพื่อรองรับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นภายหลังมีการระดมทุน เกิดขึ้นจริง อย่างไรก็ตาม วิธีการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายในการระดมทุนภายในตลาดทุนอิสลาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการระดมทุนในตราสารศุภุก ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการพัฒนากฎหมายเพื่อ รองรับการระดมทุนที่จะเกิดขึ้น ซึ่งการพัฒนากฎหมายดังกล่าวนี้ ไม่เพียงจะเป็นการยังประโยชน์ใน เรื่องตราสารศุภุกเท่านั้น แต่ยังสามารถครอบคลุมไปถึงระบบการเงินอิสลาม (Islamic finance) ของ ประเทศไทยทั้งระบบได้อีกด้วย ผู้เขียนเห็นว่าภาครัฐควรมีการจัดทำแผนพัฒนาระบบการเงินอิสลาม (Islamic finance) ของประเทศไทยขึ้นเป็นวาระแห่งชาติ เพื่อให้องค์กรที่เกี่ยวข้องได้ตระหนักรู้ ร่วมกันถึงการพัฒนาโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการรองรับการพัฒนากระบวนการเงินอิสลามที่กำลังจะ เกิดขึ้น เช่น กรณีการศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งตลาดซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์มุราบะฮะฮ์ (Commodity Murabaha House) ภายในประเทศไทย เป็นต้น

และเมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิจัยแนวทางการแก้ไขปัญหาการระดมทุน ภายในประเทศมาเลเซีย พบว่าประเทศมาเลเซียนี้เป็นประเทศที่มีนโยบายในการต้องการพัฒนา

ระบบการเงินอิสลามของตนให้เป็นศูนย์การทางการเงินอิสลามระหว่างประเทศ (International Islamic Financial centre) โดยปัจจุบันประเทศมาเลเซียเป็นประเทศที่รองรับกฎหมายใน 2 ระบบ กล่าวคือ ทั้งกฎหมายคอมมอลลอว์ และกฎหมายชะรีอะห์ ซึ่งได้มีแนวทางในแก้ไขปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเมื่อเกิดกรณีที่ไม่สอดคล้องในเรื่องที่เกี่ยวกับธุรกรรมทางการเงินและการธนาคารระหว่างกฎหมายทั้งสองระบบดังกล่าว โดยประเทศมาเลเซียได้มีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ (Shariah Advisory Council of Bank Negara Malaysia (SAC)) ซึ่งจัดตั้งโดยธนาคารกลางแห่งประเทศมาเลเซีย ในฐานะองค์กรชะรีอะห์ที่สูงที่สุดของประเทศมาเลเซีย สภาที่ปรึกษาชะรีอะห์แห่งธนาคารกลางประเทศมาเลเซีย มีอำนาจในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอิสลามเพื่อวัตถุประสงค์ธุรกิจธนาคารอิสลาม การประกันภัย ธุรกิจการเงินอิสลาม ธุรกิจการพัฒนาทางการเงินอิสลาม หรือธุรกิจอื่นใดซึ่งอยู่บนหลักการชะรีอะห์ และได้รับการกำกับและดูแลจากธนาคารกลางประเทศมาเลเซีย (Bank Negara Malaysia) ในฐานะองค์กรที่ทำการพิจารณาและให้คำแนะนำแก่ธนาคารกลางประเทศมาเลเซีย (Bank Negara Malaysia) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชะรีอะห์ สภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ยังคงมีหน้าที่ในการตรวจสอบความสมบูรณ์ในการธนาคารอิสลาม และผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับการประกันภัย เพื่อให้แน่ใจว่าได้ปฏิบัติตามหลักชะรีอะห์ ยิ่งไปกว่านั้นยังเป็นผู้ให้คำแนะนำแก่ธนาคารกลางประเทศมาเลเซีย (Bank Negara Malaysia) ในประเด็นเรื่องชะรีอะห์ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการเงินอิสลาม หรือธุรกรรมใดๆ ของ Bank Negara Malaysia และองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้อง²⁶⁴

จากการศึกษาวิจัย ผู้เขียนพบว่าการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ภายในประเทศมาเลเซียนั้นมีการจัดตั้งขึ้นในหลายภาคส่วน ไม่ว่าจะเป็นธนาคารกลางแห่งประเทศมาเลเซีย (Bank Negara Malaysia), Labuan Financial Services Authority (FSA) และสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ประเทศมาเลเซีย (Securities Commission Malaysia : SC) แต่อำนาจของสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ของธนาคารแห่งประเทศมาเลเซีย (Bank Negara Malaysia) นั้นเป็นรูปธรรมและเห็นได้ชัดเจนมากที่สุด กล่าวคือ ได้มีการเพิ่มเติมความลงไปพระราชบัญญัติ

²⁶⁴Bank Negara Malaysia ,*Shariah Advisory Council of the Bank*[online], (2012) available from <http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=7&pg=715&ac=802> [2012 January,12]

ธนาคารแห่งประเทศไทย ค.ศ. 2009 (Central Bank of Malaysia Act 2009)²⁶⁵ ในหมวดที่ 7 เรื่องธุรกิจการเงินอิสลาม ส่วนที่ 1 สภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ และส่วนที่ 2 อำนาจของธนาคารกลาง บทบัญญัติมาตรา 51 ถึงมาตรา 60

โดยพระราชบัญญัติกล่าวถึงประเด็นต่างๆ ดังนี้ การจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ หน้าที่ของสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ การแต่งตั้งสมาชิกของสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ การจัดตั้งสำนักงานเลขาธิการสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ การรับคำปรึกษาของธนาคารกลางแห่งประเทศไทยและสถาบันการเงินอิสลามจากสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ การอ้างอิงสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ในคำวินิจฉัยของศาลและอนุญาโตตุลาการ ผลของคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ ฐานะที่เหนือกว่าของคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ ธนาคารกลางแห่งประเทศไทยออกประกาศ แนวปฏิบัติในเรื่องที่เกี่ยวกับชะรีอะห์ และการสนับสนุนประเทศไทยในฐานะศูนย์กลางทางการเงินอิสลาม

จากรายละเอียดที่ปรากฏในพระราชบัญญัติดังกล่าว สามารถสรุปสาระสำคัญในเรื่องอำนาจหน้าที่ของสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ของธนาคารกลางแห่งประเทศไทยได้ดังนี้ กล่าวคือ ธนาคารกลางแห่งประเทศไทยสามารถจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ได้ โดยมีหน้าที่ในการแสวงหาหลักกฎหมายอิสลามเพื่อนำมาใช้ในวัตถุประสงค์เกี่ยวกับธุรกิจการเงินอิสลาม โดยสภาที่ปรึกษาดังกล่าวนั้นสามารถมีแนวทางในการดำเนินงานของตนเอง สำหรับหน้าที่ของสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์คือ การค้นหากฎหมายอิสลามที่เกี่ยวข้องกับการเงินและทำการวินิจฉัยโดยการอ้างอิงกฎหมายดังกล่าว ให้คำปรึกษาแก่ธนาคารกลางในประเด็นหลักชะรีอะห์ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการเงินอิสลาม การดำเนินการ หรือธุรกรรมของธนาคารกลาง อีกทั้งยังมีหน้าที่ให้การให้คำปรึกษาแก่สถาบันการเงินอิสลาม หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องตามกฎหมาย และปฏิบัติหน้าที่ประการอื่นที่ธนาคารกลางนั้นกำหนด โดยบุคคลที่จะเข้าดำรงตำแหน่งภายในสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์นั้นประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านนิติศาสตร์อิสลาม นักกฎหมาย และผู้เชี่ยวชาญด้านลงทุน สมาชิกของสภานั้นมีคุณสมบัติ เป็นอิสระ และมีประสบการณ์ที่สูงในเรื่องการธนาคาร การเงิน เศรษฐกิจ กฎหมาย และการนำหลักชะรีอะห์มาประยุกต์ใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตของเศรษฐศาสตร์และการเงินอิสลาม

²⁶⁵ Bank Negara Malaysia, Central Bank of Malaysia Act 2009[online],2009 ,Available from http://www.bnm.gov.my/documents/act/en_cba.pdf [2012 march,20]

สำหรับประเด็นสำคัญภายในพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ มาตรา 56 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการกำหนดให้ก่อนที่จะมีการดำเนินการพิจารณาตีความเกี่ยวกับธุรกิจการเงินอิสลาม หากมีข้อสงสัยใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องหลักชะรีอะห์ ศาลหรืออนุญาโตตุลาการนั้นต้องทำการพิจารณาคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ที่ได้ตีพิมพ์ออกมา หรือให้ถามคำถามแก่สภาที่ปรึกษาชะรีอะห์เพื่อการดำเนินการทำคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว โดยการยื่นผ่านสำนักเลขาธิการสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ และคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์นั้นมีผลผูกพันธนาคารอิสลาม ศาล และอนุญาโตตุลาการ โดยคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ของธนาคารกลางนั้นมีสถานะที่สูงกว่าคำวินิจฉัยที่ปรึกษาชะรีอะห์อื่นๆ ที่มีลักษณะขัดกัน

จากแนวทางการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายของธนาคารกลางประเทศมาเลเซีย ผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวทางที่ดีในการแก้ไขปัญหอันเป็นอุปสรรคต่อการระดมทุนในระบบการเงินอิสลามอย่างเป็นรูปธรรมเช่นเดียวกัน เนื่องจากเมื่อมีการส่งเสริมหรือพัฒนาการระดมทุนในรูปแบบใดๆ ไม่เพียงทีภาครัฐหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องนั้นจะได้รับแต่ประโยชน์ที่ดี แต่มาตรการส่งเสริมการระดมทุนต่างๆ นั้นย่อมต้องมีผลกระทบที่จะตามมา ประเทศมาเลเซียเป็นประเทศต้นแบบในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในทรรศนะของผู้เขียน เพราะได้จัดให้มีกระบวนการในทางกฎหมายเพื่อการรองรับผลกระทบที่จะตามมาเมื่อมีการส่งเสริมการระดมทุนในระบบการเงินอิสลาม ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรมีการนำแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวของประเทศมาเลเซียมาพัฒนาให้เหมาะสมกับสภาพของประเทศไทย สำหรับแนวทางที่ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรนำมาปรับใช้เพื่อการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอันเป็นอุปสรรคต่อการระดมทุนในตลาดทุนอิสลามอีกประการหนึ่ง คือ การจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ โดยให้สภาที่ปรึกษาดังกล่าวมีอำนาจในการทำคำวินิจฉัยในประเด็นหลักชะรีอะห์ที่เกี่ยวข้องกับระบบการเงินอิสลาม ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยมีสถาบันการเงินอิสลาม คือ ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย ซึ่งมีคณะกรรมการที่ปรึกษาชะรีอะห์ของธนาคารในการทำหน้าที่ในการตรวจสอบและอนุมัติผลิตภัณฑ์ทางการเงินที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลามอยู่แล้ว แต่ขออำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการชุดดังกล่าวนี้กระทำการปฏิบัติงานให้แก่ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ขึ้นโดยให้อำนาจแก่คณะที่ปรึกษาชะรีอะห์ที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมสามารถมีอำนาจในการตรวจสอบ วินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับหลักชะรีอะห์ที่เกิดขึ้นในระบบการเงินอิสลามในระดับประเทศด้วย โดยอำนาจหน้าที่หลักที่

หลักของสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ คือ การวินิจฉัยข้อพิพาทใดๆที่อาจเกิดขึ้นเมื่อเกิดความไม่สอดคล้องระหว่างกฎหมายไทยและหลักชะริอะห์ในเรื่องธุรกิจการเงินอิสลาม กล่าวคือ สภาที่ปรึกษาชะริอะห์มีหน้าที่ในการทำคำวินิจฉัยเพื่อใช้ในการอ้างอิงของเป็นบรรทัดฐานแก่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ สถาบันการเงินอิสลาม ศาลหรืออนุญาโตตุลาการดังที่มีการปรากฏในประเทศมาเลเซีย โดยในขั้นต้นผู้เขียนเห็นว่าควรมีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เพื่อเพิ่มหมวดว่าด้วยเรื่องธุรกิจหลักทรัพย์อิสลาม โดยสาระสำคัญของพระราชบัญญัติในหมวดดังกล่าวให้มีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ขึ้น ซึ่งจะเป็นการรองรับการพัฒนาในด้านตลาดทุนอิสลามที่กำลังจะขยายตัวขึ้นในอนาคต เนื่องจากในอนาคตผู้เขียนเห็นว่าการระดมทุนที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลามนั้นอาจไม่ได้เกิดขึ้นจากธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยเพียงแห่งเดียวเท่านั้น ดังนั้น การที่องค์กรที่ทำหน้าที่ให้การกำกับดูแลตลาดทุนจะมีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ขึ้นมา ผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาตลาดทุนอิสลามในอนาคต อีกทั้งเมื่อมีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ขึ้นมาจะก่อให้เกิดความเป็นมาตรฐานเกิดขึ้น กล่าวคือ อำนาจหน้าที่ของสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ คือ การวินิจฉัยหลักชะริอะห์ที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนภายในตลาดทุน อาจมีการจัดทำคำวินิจฉัย หรือการหารือข้อพิพาทเกี่ยวกับหลักชะริอะห์ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางการเงินอิสลาม เมื่อมีการเผยแพร่แนววินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาดังกล่าว ย่อมสามารถนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีความที่มีความเกี่ยวข้องกับการระดมทุนอิสลามที่เป็นประเด็นข้อพิพาททางชะริอะห์ได้อีกด้วย

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าแนวทางการแก้ไขปัญหาของระบบกฎหมายเพื่อการรองรับการระดมทุนผ่านตราสารศุกุกที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทย และปัญหาเรื่องการตีความนิติกรรมอำพรางควรมีการกำหนดเป็นแผนพัฒนาระบบการเงินอิสลาม (Islamic finance) ของประเทศไทยขึ้นเป็นวาระแห่งชาติ เพื่อให้องค์กรที่เกี่ยวข้องได้ตระหนักรู้ร่วมกันถึงการพัฒนาโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการรองรับการพัฒนาการเงินอิสลามที่กำลังจะเกิดขึ้น เช่น กรณีการศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งตลาดซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์มุราบะฮ์ (Commodity Murabaha House) ภายในประเทศไทย ควรมีการมุ่งส่งเสริมในการให้ความรู้ ศึกษาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น และค้นหาวិธีแก้ไขปัญหาเมื่อมีการนำหลักกฎหมายของประเทศไทยมาใช้ปฏิบัติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลาม อาทิเช่น กรณีความความสัมพันธ์ระหว่างผู้ลงทุนในตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมร่วมลงทุน (sukuk

al-Musharakah) เนื่องจากการที่บุคคลมีทรัพย์สินร่วมกัน หรือตกลงทำกิจการบางอย่างร่วมกัน หรือ มีการแบ่งผลประโยชน์จากกิจการบางอย่างนั้น มักจะเกิดปัญหาขึ้นเสมอว่า บุคคลเหล่านั้นเป็น หุ้นส่วนกันตามกฎหมายหรือไม่ และกรณีการกำหนดสัดส่วนการรับประโยชน์ของผู้ระดมทุนหรือทรัสตีในฐานะผู้รับประโยชน์ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรมีการศึกษาวิเคราะห์ในเชิงลึกเพื่อที่จะสามารถ กำหนดมาตรการทางกฎหมายให้สอดคล้องกับลักษณะของการระดมทุนของอิสลามอย่างแท้จริง อัน จะเป็นการส่งเสริมและพัฒนาการระดมทุนในตลาดทุนอิสลามของประเทศไทย

นอกจากนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมความในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาด หลักทรัพย์เพื่อเพิ่มเติมบทบัญญัติอันเป็นการสนับสนุนการระดมทุนภายในตลาดทุนอิสลาม ไม่ว่าจะใน กรณีเรื่องการตราบทบัญญัติในการให้สถานะในนิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุนและทรัสตีให้มีผลในทาง กฎหมายตรงตามที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มุ่งกระทำ หรือกรณีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ขึ้นมา นั้น ผู้เขียนให้ว่าจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการพัฒนากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทยให้มีความ สอดคล้องกับลักษณะของการระดมทุนในตราสารศุกุก อีกทั้งหากเกิดข้อควรสงสัย หรือเกิดปัญหา ความไม่สอดคล้องระหว่างกฎหมายไทยและหลักการทางศาสนาที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนภายใน ตลาดทุนอิสลามจะมีหน่วยงานที่มีความรู้ความเข้าใจเข้าทำหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อหาหรือตั้งกล่าว โดย การเผยแพร่แนวทางในการวินิจฉัยดังกล่าว เพื่อให้องค์กรที่เกี่ยวข้องหรือบรรดาผู้ที่เกี่ยวข้องในการ ระดมทุนภายในตลาดทุนอิสลามสามารถยึดถือแนววินิจฉัยดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานอันจะก่อให้เกิด ความเป็นมาตรฐาน และเป็นการแก้ไขปัญหาในเรื่องการนำบทบัญญัติกฎหมายมาปรับใช้โดยขาด ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะของการระดมทุนภายในตลาดทุนอิสลามอย่างแท้จริง

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

เนื่องจากตลาดการเงิน (Financial Market) ในปัจจุบันไม่ได้มีแต่เพียงตลาดการเงินในกระแสหลักเท่านั้นที่ได้รับความนิยมในการใช้เป็นช่องทางการระดมทุน ตลาดการเงินอิสลาม (Islamic Financial Market) ก็ได้รับความนิยมเช่นเดียวกัน แม้ว่าช่องทางระดมทุนในตลาดการเงินอิสลามภายในประเทศไทยจะมีการระดมทุนผ่านธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย แต่ในด้านตลาดทุนกลับยังไม่ได้รับการพัฒนาเท่าที่ควร เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

ด้วยเหตุที่ศาสนาอิสลามมีหลักการทางศาสนาที่ครอบคลุมไปถึงวิถีการดำเนินชีวิต รวมถึงการดำเนินธุรกรรมทางเศรษฐกิจที่แตกต่างไปจากศาสนาอื่น โดยมุสลิมนั้นไม่สามารถได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนในรูปแบบดอกเบี้ย (Riba) ซึ่งนับว่าเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักการทางศาสนาอย่างร้ายแรง เพราะดอกเบี้ยเป็นประโยชน์ที่เกิดขึ้นมาจากความไม่เท่าเทียม นอกจากนี้ธุรกรรมทางเศรษฐกิจที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาต้องเป็นธุรกรรมที่มีความแน่นอน (Gharar) และไม่เป็นสิ่งต้องห้ามตามหลักศาสนา (Haram)

จากข้อจำกัดในการลงทุนที่เกิดขึ้นจากหลักการทางศาสนา ทำให้นักลงทุนมุสลิมต้องมีช่องทางในการระดมทุนที่ไม่ขัดต่อหลักการทางศาสนา ซึ่งในปัจจุบันการลงทุนที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลามได้รับการส่งเสริมโดยเป็นหนึ่งในมาตรการตามแผนพัฒนาตลาดทุนไทย พ.ศ. 2552 ในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ทางการเงินประเภทตราสารศุกุก (sukuk) เพื่อให้ประเทศไทยสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนของนักลงทุนมุสลิมและนักลงทุนทั่วไปได้มากยิ่งขึ้น

แม้ว่าการระดมทุนในตราสารศุกุกของประเทศไทย จะยังไม่มีกระแสระดมทุนเกิดขึ้นจริงในปัจจุบัน แต่สามารถสังเกตเห็นถึงปัญหาทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นเมื่อมีการระดมทุนในตราสารศุกุกภายในประเทศไทย เนื่องจากกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่เอื้อต่อการออกตราสารศุกุกในการวิเคราะห์เพื่อค้นหาแนวทางแก้ไขปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนตราสารศุกุกของ

ประเทศไทยนั้นจำเป็นต้องมีความรู้ในเรื่องเกี่ยวกับตราสารหนี้ เนื่องจากตราสารสุกุกมีลักษณะสามารถเทียบเคียงได้กับตราสารหนี้ การทราบถึงลักษณะของตราสารหนี้จะช่วยในการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับสภาพของตราสารสุกุกที่ทำให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในการระดมทุนตราสารสุกุกได้เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม การออกตราสารสุกุกภายในประเทศไทยได้มีการนำกลไกทรัสต์เข้ามาเป็นเครื่องมือในการระดมทุน แต่กลไกทรัสต์นั้น เป็นกลไกกลาง อันเป็นเครื่องมือที่ช่วยอำนวยความสะดวกในดำเนินธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการเงินหลายประเภท ดังนั้น การนำกลไกทรัสต์มาใช้ในการระดมทุนตราสารสุกุก อาจส่งผลทำให้เกิดความไม่สอดคล้องกับสภาพและลักษณะของโครงสร้างตราสารสุกุกอย่างแท้จริง ตามที่ปรากฏตามความในบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ในประเด็นปัญหาเรื่องการกำหนดสัดส่วนในการเข้ารับประโยชน์ของผู้ระดมทุนและทรัสต์ในกองทรัสต์ อันถือเป็นอุปสรรคในการระดมทุนที่เกิดขึ้นในโครงสร้างตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah)

ปัญหาในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนผ่านตราสารสุกุกนั้น ไม่ได้มีเพียงแต่ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการนำบทบัญญัติบางประการของพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 มาใช้กับการระดมทุนตราสารสุกุก แต่ยังมีปัญหาในเรื่องของรูปแบบการระดมทุนตราสารสุกุกภายในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการกำหนดรูปแบบและบทบาทขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกในการระดมทุนตราสารสุกุกซึ่งเกิดขึ้นกับกรณีตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวุกกำไร (sukuk al-Murabaha) ว่าประเทศไทยควรมีการนำเอาตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการซื้อขายบวุกกำไรในสินค้าโภคภัณฑ์ (commodity murabaha) ที่มีการใช้อย่างแพร่หลายในประเทศมาเลเซียมาใช้ในประเทศไทยหรือไม่ และควรมีองค์กรที่ทำหน้าที่อำนวยความสะดวกในการระดมทุนของตราสารดังกล่าวหรือไม่ โดยมีรูปแบบขององค์กรที่ทำหน้าที่เช่นเดียวกับ Bursa Suq Al-Sila ของประเทศมาเลเซีย

นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องความสอดคล้องระหว่างการแบ่งประเภทเอกเทศสัญญาตามหลักการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) ว่าแท้จริงแล้วตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) นั้นเป็นตราสารที่มีธุรกรรมอ้างอิงเป็นเอกเทศสัญญาประเภทใดตามหลักกฎหมายเอกเทศสัญญาของไทย เนื่องจากตามหลักการทางศาสนาอิสลามได้จัดประเภทธุรกรรมอิสติสนาไว้เป็นการซื้อขาย อย่างไรก็ตามเมื่อทำการพิจารณาลักษณะธุรกรรมอ้างอิงตราสารดังกล่าวแล้ว

พบว่าเป็นธุรกรรมอ้างอิงที่มีความคล้ายคลึงกับทั้งสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของตามหลักกฎหมายเอกเทศสัญญาของไทย จึงก่อให้เกิดปัญหาในการวิเคราะห์ว่าแท้จริงแล้วธุรกรรมอ้างอิงตราสารดังกล่าวเป็นธุรกรรมอ้างอิงสัญญาใด เนื่องจากความแตกต่างระหว่างสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของนั้นจะส่งผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการระดมทุนในตราสารดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ยังก่อให้เกิดประเด็นปัญหาที่ต้องทำการพิจารณาว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารออกศึกูกอ้างอิงธุรกรรมร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) ที่ในสัญญาก่อตั้งทรัสต์เพื่อการออกตราสารศึกูกของต่างประเทศบางครั้งมีการกำหนดข้อความที่ว่า “Investor invest shall for among themselves” แท้จริงแล้ว ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ความเป็นหุ้นส่วนสามัญระหว่างผู้ถืออ้างอิงธุรกรรมร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) ตามกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทของไทยหรือไม่ เพราะหากก่อให้เกิดความสัมพันธ์หุ้นส่วนสามัญขึ้น ย่อมจะส่งผลให้เกิดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบระหว่างผู้ถือตราสารศึกูก เช่น กรณีหุ้นส่วนทุกคนต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในการกระทำของผู้เป็นหุ้นส่วนอื่น เป็นต้น

อีกทั้งยังมีปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในการระดมทุนผ่านตราสารศึกูกที่สำคัญอีกประการคือ การตีความธุรกรรมตราสารศึกูกในลักษณะนิติกรรมอำพรางการกู้ยืมเงิน ซึ่งนับว่าเป็นประเด็นปัญหากฎหมายที่สำคัญอันส่งผลกระทบต่อการระดมทุนในทุกโครงสร้างของตราสารศึกูก

ดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นนั้นเป็นปัญหาที่จะเกิดขึ้นเมื่อมีการระดมทุนในตราสารศึกูกภายในประเทศไทย เพราะในปัจจุบันนั้นกฎหมายของประเทศไทยยังไม่เอื้อต่อการออกตราสารศึกูกอย่างแท้จริง อันเป็นปัญหาที่ต้องได้รับการแก้ไข หากประเทศไทยมีนโยบายที่ต้องการจะส่งเสริมการระดมทุนในตลาดทุนอิสลามอย่างแท้จริง

เมื่อกล่าวถึงมาตรการส่งเสริมการระดมทุนในตลาดทุนอิสลาม ในปัจจุบันขณะที่ผู้เขียนได้ศึกษาวิจัยอยู่นั้นกำลังอยู่ในระหว่างขั้นตอนการตราพระราชกฤษฎีกาเวนความตามประมวลรัษฎากรอันเป็นมาตรการในการยกเว้นภาษีและค่าธรรมเนียมเพื่อสนับสนุนมาตรการลงทุนในตราสารการเงินที่ออกเพื่อระดมทุนตามหลักศาสนาอิสลาม โดยสาระสำคัญของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวที่จะ

ประกาศใช้นั้น จะทำการยกเว้นภาษีเงินได้ ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์ให้แก่ผู้ระดมทุน และทรัพย์สินในธุรกรรมที่เกี่ยวกับศุภกสำหรับเงินได้ การรับ และการกระทำเกี่ยวกับตราสาร อันเนื่องมาจากการเงินหรือการก่อทรัพย์สิน หรือสิทธิใดๆ ในทรัพย์สินระหว่างผู้ระดมทุนและทรัพย์สิน หรือระหว่างทรัพย์สินกับทรัพย์สินตามสัญญาก่อตั้งทรัสต์ การยกเว้นภาษีเงินได้ให้แก่ทรัพย์สินในธุรกรรมที่เกี่ยวกับศุภก สำหรับเงินได้จากกองทรัสต์ กรณีมีการโอนหุ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ และหุ้นนั้น มีการจ่ายเงินปันผลให้ผู้ระดมทุนสามารถนับระยะเวลาในการถือครองหุ้นต่อเนื่องได้ (เสมือนไม่ได้มีการโอนหุ้น) เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์ในการยกเว้นภาษีจากเงินปันผล กรณีผู้ลงทุนในศุภกได้รับประโยชน์จากการถือศุภก หรือ capital gain จากการโอนศุภก และยอมให้ผู้จ่ายเงินได้หักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 15 ของเงินได้ที่ได้รับไม่ต้องนำรายได้ดังกล่าวมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตอนปลายอีก อีกทั้งยังมีการยกเว้นหรือกำหนดค่าธรรมเนียมในอัตราน้อยที่สุดในการโอนอสังหาริมทรัพย์ อาคารชุดการให้เช่าทรัพย์สินระหว่างผู้ระดมทุนและทรัสต์ หรือระหว่างทรัสต์กับทรัสต์ โดยกระทรวงการคลังจะประสานกับกระทรวงมหาดไทยเพื่อพิจารณาแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป ดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้นนั้นเป็นมาตรการทางภาษีที่กำลังได้รับการสนับสนุนการภาครัฐ เนื่องจากการดำเนินธุรกรรมตราสารศุภกนั้นมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทางทรัพย์สิน การโอนเงินปันผล การโอนกำไรระหว่างผู้ระดมทุน ทรัสต์ และผู้ถือศุภก หากไม่มีมาตรการในการส่งเสริมดังกล่าว จะทำให้ตราสารศุภกมีภาระทางภาษีสูงกว่าตราสารทางการเงินประเภทอื่น ทำให้ไม่เป็นการจูงใจในการออกตราสารศุภกขึ้นจริงภายในประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวมาในข้างต้นเป็นปัญหาที่จะเกิดขึ้นเมื่อมีการระดมทุนในตราสารศุภกภายในประเทศไทย เพราะในปัจจุบันนั้นกฎหมายของประเทศไทยยังไม่เอื้อต่อการออกตราสารศุภกอย่างแท้จริง อันเป็นปัญหาที่ต้องได้รับการแก้ไข หากประเทศไทยมีนโยบายที่ต้องการจะส่งเสริมการระดมทุนในตลาดทุนอิสลามที่กำลังจะเกิดขึ้นในเร็ววัน

6.2 ข้อเสนอแนะ

ปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนผ่านตราสารศุภกภายในประเทศไทยนั้นจำเป็นต้องได้รับการแก้ไข หากประเทศไทยต้องการสนับสนุนการลงทุนในตลาดทุนอิสลามให้เกิดขึ้นภายในประเทศ โดยข้อเสนอแนะสามารถแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 กรณีหลัก คือ กรณีปัญหาของระบบกฎหมายเพื่อการ

รองรับการระดมทุนผ่านตราสารศุภุกที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทย และกรณีปัญหาเรื่องการตีความนิติกรรมอำพราง

6.2.1 กรณีปัญหาของระบบกฎหมายเพื่อการรองรับการระดมทุนผ่านตราสารศุภุกที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทย

กรณีปัญหาของระบบกฎหมายเพื่อการรองรับการระดมทุนผ่านตราสาร ศุภุกที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทยยังคงมีปัญหามากหลายประการ หากมีการระดมทุนในตราสารศุภุกเกิดขึ้น โดยสามารถแบ่งปัญหาที่เกิดขึ้นไปตามแต่ละประเภทของธุรกรรมได้ดังนี้

6.2.1.1 กรณีปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนผ่านตราสารศุภุกอ้างอิงการซื้อขายบวบก่าไร (sukuk al-Murabaha)

ในกรณีปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนผ่านตราสารศุภุกอ้างอิงการซื้อขายบวบก่าไร (sukuk al-Murabaha) ภายในประเทศไทยนั้น เพื่อการพัฒนาที่ชัดเจนเป็นรูปธรรมในตลาดทุนอิสลาม ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการประสานความร่วมมือระหว่างองค์กรต่าง ๆ อาทิเช่น ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย และตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งสถานที่ซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์มูราบะหะห์ (Commodity murabahah platform) ภายในประเทศไทย เพราะไม่เพียงแต่ส่งเสริมการจัดตั้งสถานที่ซื้อขายเพื่ออ้างอิงการทำธุรกรรมตราสารศุภุกตามหลักการซื้อขายบวบก่าไรในสินค้าโภคภัณฑ์อย่างเป็นทางการเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังเป็นการเพิ่มความหลากหลายส่งเสริมในรูปแบบการระดมทุนภายในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรของประเทศไทย อันจะเป็นช่องทางอันดียิ่งในการพัฒนาทั้งระบบตลาดทุนอิสลามของประเทศไทยไปพร้อมกันทั้ง 2 ภาคส่วน

สำหรับในระยะเริ่มแรก อาจต้องมีการวางระบบในเรื่องการปฏิบัติตามหลักการชะริอะห์ภายในตลาดซื้อขายสินค้านี้ดังกล่าว เนื่องจากตลาดซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าของประเทศไทยนั้น ไม่เคยมีการปฏิบัติงานที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลามมาก่อน อาจจะต้องมีการร่วมร่างหลักเกณฑ์มาตรฐานชะริอะห์เพื่อใช้เป็นคู่มือในการดำเนินธุรกรรมภายในตลาดซื้อขายสินค้าเกษตร จัดให้มีคณะกรรมการชะริอะห์ในการดูแลและควบคุมการดำเนินธุรกรรมที่เกิดขึ้นภายใน

สถานซื้อขายมูราบะหะฮ์ มีการอบรมให้ความรู้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติงานที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนา จัดอบรมให้ความรู้แก่นักลงทุนและผู้สนใจเข้าดำเนินธุรกรรมตราสารศุกุกถึงกระบวนการและช่องทางการระดมทุนใหม่ที่ได้มาการจัดตั้งขึ้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการจัดตั้งตลาดดังกล่าวนี้จะส่งผลต่ออย่างยิ่งในการพัฒนาระบบตลาดทุนอิสลามภายในประเทศไทยในมีความรู้หน้า มีความหลากหลายและน่าสนใจมากยิ่งขึ้น

6.2.1.2 กรณีปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนผ่านตราสารศุกุก อ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna)

ในกรณีตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) จากการศึกษาพบว่าเป็นการยากที่จะกำหนดประเภทของเอกเทศสัญญาของไทยที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อว่าเป็นเอกเทศสัญญาประเภทใด เนื่องจากจะต้องมีการพิจารณาลักษณะการดำเนินธุรกรรมในแต่ละกรณี ๆ ไป ว่าลักษณะของธุรกรรมอ้างอิงดังกล่าวนี้มีลักษณะสอดคล้องกับเอกเทศสัญญาใด ซึ่งจากเหตุผลดังกล่าวนี้อาจส่งผลในเรื่องความไม่แน่นอนที่จะเกิดขึ้นภายในการระดมทุนภายใต้โครงสร้างตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna)

ผู้เขียนเห็นว่าหากไม่สามารถระบุประเภทของเอกเทศสัญญาที่เกี่ยวข้องได้อย่างชัดเจนแล้ว เพื่อความเป็นรูปธรรมในรูปแบบการระดมทุนมากยิ่งขึ้น ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตตามหลักชะรีอะห์ในตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการทำคำสั่งซื้อ (sukuk al-Istisna) ว่าการดำเนินการระดมทุนผ่านโครงสร้างตราสารดังกล่าว ผู้ระดมทุนจะต้องทำดำเนินการอย่างไรบ้างจึงจะสอดคล้องและสามารถยอมรับได้ตามหลักศาสนา เพื่อให้ผู้ระดมทุนสามารถกำหนดโครงสร้างของตราสารให้สอดคล้องกับหลักการทางศาสนา อีกทั้งยังเป็นเกณฑ์มาตรฐานเพื่อสร้างความชัดเจนที่เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลาม ผู้วิจัยเห็นว่าการวางหลักเกณฑ์ในการระดมทุนสอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลามของคณะกรรมการที่ปรึกษาชะรีอะห์นั้นเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อเพิ่มมาตรฐานและความชัดเจนในการปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา และหากทำการเผยแพร่หลักเกณฑ์ในการระดมทุนสอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลามของคณะกรรมการที่ปรึกษาชะรีอะห์ย่อมจะเป็นการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจอันเป็นมาตรฐานในการ

ระดมทุนที่สอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลามของประเทศไทย อันเป็นการสร้างมาตรฐานความชัดเจน และโปร่งใสในหลักเกณฑ์การระดมทุนสอดคล้องกับหลักศาสนาอิสลาม

6.2.1.3 กรณีปัญหาเกี่ยวกับการระดมทุนผ่านตราสารศุกออ้างอิง ธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka)

สำหรับปัญหากรณีตราสารศุกออ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) ปัญหาที่เกิดจากการกำหนดสัดส่วนในการระดมทุนของผู้ระดมทุนและทรัสต์ในฐานะผู้รับประโยชน์ ตามความในพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ผู้เขียนเห็นว่า สำนักงาน ก.ล.ต. ควรมีการกำหนดสัดส่วนการระดมทุนของผู้ระดมทุนในอัตราร้อยละ 0 ดังเช่นกรณีมาตรการที่ส่งเสริมทางภาษีมูลค่าเพิ่ม มาตรา 80/1²⁶⁶ แห่งประมวลรัษฎากร ที่มีการจัดเก็บภาษีใน

²⁶⁶ ประมวลรัษฎากร

มาตรา 80/1 ให้ใช้อัตราภาษีร้อยละ 0 ในการคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่ม สำหรับการประกอบกิจการประเภทต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) การส่งออกสินค้าที่มีการส่งออกสินค้าซึ่งได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 81 (1)

(2) การให้บริการที่กระทำในราชอาณาจักรและได้มีการใช้บริการนั้นในต่างประเทศ ตามประเภท หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด

การให้บริการที่กระทำในราชอาณาจักรและได้มีการใช้บริการนั้นในต่างประเทศ ให้รวมถึงการให้บริการที่กระทำในราชอาณาจักรเพื่อใช้ผลิตสินค้าในเขตปลอดอากรเพื่อส่งออก และการให้บริการที่กระทำในเขตดังกล่าวเพื่อใช้ผลิตสินค้าเพื่อส่งออกด้วย

(3) การให้บริการขนส่งระหว่างประเทศโดยอากาศยานหรือเรือเดินทะเลที่กระทำโดยผู้ประกอบการที่เป็นนิติบุคคล

(4) การขายสินค้าหรือการให้บริการกับกระทรวง ทบวง กรม ราชการส่วนท้องถิ่นหรือรัฐวิสาหกิจตามโครงการเงินกู้หรือเงินช่วยเหลือจากต่างประเทศ ทั้งนี้ เฉพาะกรณีที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนดโดยอนุมัติรัฐมนตรี

(5) การขายสินค้าหรือการให้บริการกับองค์การสหประชาชาติ ทบวงการชำนัญพิเศษของสหประชาชาติ สถานเอกอัครราชทูต สถานทูต สถานกงสุลใหญ่ สถานกงสุล ทั้งนี้ เฉพาะการขายสินค้าหรือการให้บริการที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด

(6) การขายสินค้าหรือการให้บริการระหว่างคลังสินค้าทัณฑ์บนกับคลังสินค้าทัณฑ์บน หรือระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ประกอบการที่ประกอบกิจการอยู่ในเขตปลอดอากร ไม่ว่าจะอยู่ในเขตเดียวกันหรือไม่ หรือระหว่างคลังสินค้าทัณฑ์บนกับผู้ประกอบการที่ประกอบกิจการอยู่ในเขตปลอดอากร ทั้งนี้ เฉพาะการขายสินค้าหรือการให้บริการที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด

อัตราร้อยละ 0 สำหรับผู้ประกอบการส่งออกซึ่งเป็นผู้ควรได้รับยกเว้นภาษี แต่เพื่อให้ผู้ประกอบการดังกล่าวนั้นยังอยู่ในกระบวนการภาษีมูลค่าเพิ่มเพื่อให้ขอคืนภาษีซื้อได้ จึงไม่ยกเว้น แต่กำหนดอัตราภาษีเป็นร้อยละ 0 แทน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากคณะกรรมการ ก.ล.ต. นำอัตราร้อยละ 0 มากำหนดสัดส่วนประโยชน์จากกองทรัสต์ผู้ก่อตั้งทรัสต์หรือทรัสต์จะได้รับ เพื่อจะจัดอุปสรรคในการระดมทุนของผู้ระดมทุนและทรัสต์ อันเป็นการส่งเสริมการระดมทุนผ่านตราสารสุกุก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมร่วมลงทุน (sukuk al-Musharaka) อันจะก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างยิ่งในตลาดทุนอิสลาม

และสำหรับกรณีปัญหาในประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมร่วมลงทุนตามหลักการมุซารากะฮ์ตามกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัทของไทย ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการเสริมสร้างความเข้าใจและแยกความแตกต่างระหว่างหลักกฎหมายของไทยและหลักการทางศาสนาออกจากกัน กล่าวคือ แม้ว่าการระดมทุนผ่านตราสารสุกุกในประเทศไทยนั้นต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักการทางศาสนา หรือหลักชะรีอะห์ แต่อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้กฎหมายในความสัมพันธ์ของผู้ที่เกี่ยวข้องภายในตราสารสุกุกนั้นย่อมต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายของประเทศไทย เพื่อเป็นการป้องกันการใช้ช่องว่างทางกฎหมายในกรณีเกิดข้อพิพาทเกิดขึ้นดังกล่าว

6.2.2 กรณีปัญหาเรื่องการตีความนิติกรรมอำพราง

อาจปฏิเสธไม่ได้ว่าเมื่อนำหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางมาวิเคราะห์ร่วมกับโครงสร้างตราสารสุกุกหลายโครงสร้างดังที่ได้กล่าวมาในบทก่อนหน้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งดังจะเห็นได้ชัดเจนจากปัญหาตราสารสุกุกอ้างอิงธุรกรรมเช่า (sukuk al-Ijarah) รูปแบบการเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease) ที่มีแนววินิจฉัยตีความการดำเนินธุรกรรมเช่าไปและเช่ากลับ (head lease – sub lease) ในกรณีกองทุนอสังหาริมทรัพย์สมมุยว่าคู่สัญญาไม่ได้มุ่งผูกพันสัญญาอย่างแท้จริง แม้จะเป็นแนววินิจฉัยที่เกิดจากการจัดเก็บภาษีของกรมสรรพากร แต่อย่างไรก็ตามส่งผลทำให้สามารถวิเคราะห์ต่อไปได้ว่าเป็นธุรกรรมดังกล่าวมีลักษณะเป็นนิติกรรมอำพรางหรือไม่ ปัญหาที่เกิดขึ้นกับธุรกรรมตราสารสุกุก คือ ภายหลังจากวิเคราะห์ถึงโครงสร้างทางกฎหมายอย่างแท้จริง

พบว่าโครงสร้างธุรกรรมตราสารศุกุก ที่อ้างอิงธุรกรรมประเภทต่างๆ เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ การซื้อขาย การเช่าทรัพย์สิน การร่วมลงทุนนั้นเป็นวิธีการที่ศาสนาอิสลามอนุมัติให้กระทำได้ เพื่อให้สำเร็จตามเป้าประสงค์ของการระดมทุนในตราสารศุกุก และเป็นธุรกรรมที่สอดคล้องกับการได้มาซึ่งเป้าหมายของการระดมทุน ซึ่งอาจจะทำให้ผลตอบแทนที่ได้รับนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับดอกเบี้ยในทางการค้า ซึ่งเป็นผลประโยชน์ตอบแทนในการทำธุรกรรม โดยอาจถูกตีความในลักษณะเป็นการได้รับผลตอบแทนในรูปแบบดอกเบี้ยจากการกู้ยืมเงิน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงทางกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางเกิดขึ้นภายในระบบการเงินอิสลาม (Islamic Finance) เนื่องจากสภาพข้อจำกัดในการระดมทุนที่สอดคล้องตามหลักการทางศาสนานั้นส่งผลต่อรูปแบบกลไกในการระดมทุน อันเป็นความเสี่ยงทางกฎหมายที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ภายในระบบการเงินอิสลามทั่วโลก

สำหรับแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิจัยนั้นพบว่าเป็นการยากในการหามาตรการในการแก้ไขความเสี่ยงทางกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากหลักกฎหมายในเรื่องนิติกรรมอำพรางนั้นเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในเรื่องการแสดงความตั้งใจบังคับกับนิติกรรมสัญญาทั่วไปและรวมถึงนิติสัมพันธ์ภายในธุรกรรมตราสารศุกุกด้วย โดยทางออกในการลดปัญหาและขจัดอุปสรรคที่อาจจะเกิดขึ้นจากแนวทางการตีความนิติกรรมอำพรางในการระดมทุนภายในตราสารศุกุกนั้น ผู้เขียนเห็นว่าวิธีการแก้ไขปัญหา คือ การตรากฎหมายเพื่อให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัพย์สินในการระดมทุนภายในตราสารศุกุก ให้ถือว่ามิผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำ จากประเด็นปัญหาแนวทางการวินิจฉัยนิติสัมพันธ์ภายในกลไกการดำเนินธุรกรรม การเช่าทรัพย์สินของกองทุนอสังหาริมทรัพย์สมัยในลักษณะที่คู่สัญญาไม่ต้องการผูกพันตามสัญญาเช่าทรัพย์สิน จึงไม่ผูกพันกันตามสัญญาเช่าทรัพย์สินนั้นเป็นบทเรียนหลักที่สามารถนำมาปรับใช้กับประเด็นปัญหาของตราสารศุกุก เนื่องจากสิ่งที่น่าสนใจสำหรับปัญหาในเรื่องการการตีความการดำเนินธุรกรรมภายในตราสารศุกุก คือ ผู้ตีความขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะของระบบการเงินอิสลาม (Islamic finance) ดังนั้น เมื่อนำหลักกฎหมายเข้ามาปรับใช้กับธุรกรรมแล้ว อาจส่งผลในเชิงการตีความในลักษณะเป็นนิติกรรมอำพราง แต่อย่างไรก็ตามแนวทางการตีความนั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้ที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนและไม่อาจควบคุมได้

แต่อย่างไรก็ตาม การที่ประเทศไทยมีนโยบายต้องการส่งเสริมการระดมทุนอันสอดคล้องกับหลักการทางศาสนา ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการลดความเสี่ยงความไม่แน่นอนทางกฎหมาย

ดังกล่าว โดยการให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัพย์สินในธุรกรรมตราสาร
 ศุภก กล่าวคือ เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาระดมทุนภายใต้ตราสารศุภก เพื่อให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น
 ระหว่างผู้ระดมทุนและทรัพย์สินในการระดมทุนภายในตราสารศุภก ให้ถือว่ามีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้
 กระทำ เมื่อเกิดข้อพิพาททางศาล ศาลสามารถหยิบยกบทบัญญัติดังกล่าวขึ้นมาปรับใช้กับข้อพิพาทได้
 ในทันทีในฐานะเป็นกฎหมายเฉพาะ

การตราพระราชบัญญัติเพื่อให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุน
 และทรัพย์สิน นอกจากจะเป็นการกำหนดกรอบของผลทางกฎหมายให้สอดคล้องกับลักษณะของการ
 ระดมทุนในตราสารศุภกแล้ว ยังเป็นการส่งเสริมและพัฒนาการระดมทุนที่สอดคล้องกับหลักการทาง
 ศาสนาอิสลามของไทยยิ่งขึ้นอีกด้วย โดยแนวทางการตราพระราชบัญญัติการให้สถานะของนิติ
 สัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดมทุนและทรัพย์สินในการระดมทุนภายในตราสารศุภก ให้ถือว่ามีผลใช้
 บังคับตรงตามที่ได้กระทำที่ผู้เขียนคิดค้นขึ้นนั้น คือ แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ
 หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เพื่อให้สถานะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ระดม
 ทุนและทรัพย์สินในการระดมทุนภายในตราสารศุภก ให้ถือว่ามีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำ โดยการ
 ตราพระราชบัญญัติให้มีสาระสำคัญดังนี้

*”นิติสัมพันธ์ในธุรกรรมอื่นใดที่เป็นการส่งเสริมหรือเอื้ออำนวยต่อตลาดทุนอิสลาม
 อันเกี่ยวข้องกับการระดมทุนในตราสารศุภก ให้ถือว่ามีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำ เมื่อได้
 ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด.”*

วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้สถานะแก่นิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุน
 และทรัพย์สินที่เข้าระดมทุนในตราสารศุภก ให้มีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำ กล่าวคือ เมื่อผู้ระดมทุน
 ประสงค์จะเข้าทำการระดมทุนในตราสารศุภก ผลในทางกฎหมายของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้
 ระดมทุนและทรัพย์สินนั้น ควรอยู่ในรูปแบบของการระดมทุนผ่านธุรกรรมอ้างอิงอันสอดคล้องกับ
 หลักการทางศาสนา ไม่ควรมีการตีความไปในทิศทางที่ไม่เป็นการส่งเสริมการระดมทุนในตราสารศุภก
 ผู้เขียนเห็นว่าการมีบทบัญญัติเพื่อให้สถานะของนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ระดมทุนและทรัพย์สินมีผลใช้บังคับ
 ได้ตรงตามที่ได้กระทำ ย่อมจะเป็นผลดีอย่างยิ่งในการสนับสนุนการระดมทุนในตราสารศุภก

สำหรับหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในให้สถานะแก่นิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุนและทรัสต์ที่เข้าระดมทุนในตราสารศุกก ให้มีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำให้อำนาจหน้าที่แก่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ในการประกาศกำหนดแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์การให้สถานะดังกล่าว โดยการออกเป็นประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนว่าด้วยเรื่องข้อกำหนดในให้สถานะแก่นิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุนและทรัสต์ที่เข้าระดมทุนในตราสารศุกก ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าประกาศดังกล่าวควรใช้เป็นข้อกำหนดเพิ่มเติมที่ประกอบกับข้อกำหนดตามประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับทรัสต์ในธุรกรรมที่เกี่ยวกับศุกก และประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ว่าด้วยข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุกกและการเปิดเผยข้อมูล ซึ่งสาระสำคัญของประกาศเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในให้สถานะแก่นิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุนและทรัสต์ที่เข้าระดมทุนในตราสารศุกก ที่มีหน้าที่ก่อนการเสนอขายศุกกที่ออกมาใหม่

ผู้เขียนเห็นว่าสาระสำคัญของประกาศดังกล่าวควรมีการระบุในลักษณะที่ว่าเมื่อ ผู้ขออนุญาตออกตราสารศุกกได้ดำเนินการการหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการการออกและเสนอขาย ศุกกตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนว่าด้วยเรื่องข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุกกและการเปิดเผยข้อมูล และประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยเรื่องข้อกำหนดเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับการออกและเสนอขายศุกกแล้ว หากภายหลังที่สำนักงาน ก.ล.ต. ได้ทำการพิจารณาแบบคำขออนุญาต และผู้ขออนุญาตนั้นได้รับอนุญาตให้ออกและเสนอขายศุกกได้ ให้ถือว่านิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุนและทรัสต์ที่เข้าระดมทุนในตราสารศุกกที่ได้รับอนุญาตดังกล่าวนี้มีผลใช้บังคับตรงตามที่ได้กระทำ โดยผู้เขียนเห็นว่าข้อกำหนดแนวทางในการให้สถานะของนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นหนึ่งในขั้นตอนที่ผู้ระดมทุนในฐานะผู้ขออนุญาตยื่นอนุญาตการเสนอขายตราสารศุกกจะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ระดมทุนและทรัสต์ในการระดมทุนในตราสารศุกกโดยมีขั้นตอนไม่ยุ่งยาก และดำเนินการพิจารณาในคราวเดียว ซึ่งจะส่งผลทำให้การระดมทุนในตราสารศุกกของไทยอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของพระราชบัญญัติและประกาศดังกล่าวโดยอัตโนมัติ

ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยมีนโยบายที่ต้องการส่งเสริมและสนับสนุนการระดมทุนที่สอดคล้องตามหลักการทางศาสนา อาทิเช่น การระดมทุนในตราสารศุกก ประเทศไทยจำเป็นต้องมีการวางนโยบายเพื่อรองรับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นภายหลังมีการระดมทุนเกิดขึ้นจริง

อย่างไรก็ตาม วิธีการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายในการระดมทุนภายในตลาดทุนอิสลาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการระดมทุนในตราสารศุกุก ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการพัฒนากฎหมายเพื่อรองรับการระดมทุนที่จะเกิดขึ้น ซึ่งการพัฒนากฎหมายดังกล่าวนั้น ไม่เพียงจะเป็นการยังประโยชน์ในเรื่องตราสารศุกุกเท่านั้น แต่ยังสามารถครอบคลุมไปถึงระบบการเงินอิสลาม (Islamic finance) ของประเทศไทยทั้งระบบได้อีกด้วย ผู้เขียนเห็นว่าภาครัฐควรมีการจัดทำแผนพัฒนาระบบการเงินอิสลาม (Islamic finance) ของประเทศไทยขึ้นเป็นวาระแห่งชาติ เพื่อให้องค์กรที่เกี่ยวข้องได้ตระหนักรู้ร่วมกันถึงการพัฒนาโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการรองรับการพัฒนากระบวนกรการเงินอิสลามที่กำลังจะเกิดขึ้น เช่น กรณีการศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งตลาดซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์มุราบะฮ์ (Commodity Murabaha House) ภายในประเทศไทย เป็นต้น

และเมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิจัยแนวทางการแก้ไขปัญหการระดมทุนภายในประเทศมาเลเซีย พบว่าประเทศมาเลเซียเป็นประเทศที่มีนโยบายในการต้องการพัฒนาระบบการเงินอิสลามของตนให้เป็นศูนย์การทางการเงินอิสลามระหว่างประเทศ (International Islamic Financial centre) โดยปัจจุบันประเทศมาเลเซียเป็นประเทศที่รองรับกฎหมายใน 2 ระบบ กล่าวคือ ทั้งกฎหมายคอมมอลลอว์ และกฎหมายชะรีอะห์ ซึ่งได้มีแนวทางในแก้ไขปัญหทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเมื่อเกิดกรณีที่ไม่สอดคล้องในเรื่องที่เกี่ยวกับธุรกรรมทางการเงินและการธนาคารระหว่างกฎหมายทั้งสองระบบดังกล่าว จากแนวทางการแก้ไขปัญหทางกฎหมายของประเทศมาเลเซียดังที่ได้กล่าวมาในบทก่อนหน้านี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวทางที่ดีในการแก้ไขปัญหอันเป็นอุปสรรคต่อการระดมทุนในระบบการเงินอิสลามอย่างเป็นรูปธรรมเช่นเดียวกัน เนื่องจากเมื่อมีการส่งเสริมหรือพัฒนาการระดมทุนในรูปแบบใดๆ ไม่เพียงที่ภาครัฐหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องนั้นจะได้รับแต่ประโยชน์ที่ดี แต่มาตรการส่งเสริมการระดมทุนต่างๆ นั้นย่อมต้องมีผลกระทบที่จะตามมา ประเทศมาเลเซียเป็นประเทศต้นแบบในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในทรรศนะของผู้เขียน เพราะได้จัดให้มีกระบวนการในทางกฎหมายเพื่อการรองรับผลกระทบที่จะตามมาเมื่อมีการส่งเสริมการระดมทุนในระบบการเงินอิสลาม ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรมีการนำแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวของประเทศมาเลเซียมาพัฒนาให้เหมาะสมกับสภาพของประเทศไทย สำหรับแนวทางที่ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรนำมาปรับใช้เพื่อการแก้ไขปัญหทางกฎหมายอันเป็นอุปสรรคต่อการระดมทุนในตลาดทุนอิสลามอีกประการหนึ่ง คือ การจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะรีอะห์ โดยให้สภาที่ปรึกษาดังกล่าวมี

อำนาจในการทำคำวินิจฉัยในประเด็นหลักชะริอะห์ที่เกี่ยวข้องกับระบบการเงินอิสลาม ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยมีสถาบันการเงินอิสลาม คือ ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย ซึ่งมีคณะกรรมการที่ปรึกษาชะริอะห์ของธนาคารในการทำหน้าที่ในการตรวจสอบและอนุมัติผลิตภัณฑ์ทางการเงินที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลามอยู่แล้ว แต่ขออำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการชุดดังกล่าว นั้นกระทำการปฏิบัติงานให้แก่ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ขึ้นโดยให้อำนาจแก่คณะที่ปรึกษาชะริอะห์ที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมสามารถมีอำนาจในการตรวจสอบ วินิจฉัยประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับหลักชะริอะห์ที่เกิดขึ้นในระบบการเงินอิสลามในระดับประเทศด้วย โดยอำนาจหน้าที่หลักที่หลักของสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ คือ การวินิจฉัยข้อพิพาทใดๆที่อาจเกิดขึ้นเมื่อเกิดความไม่สอดคล้องระหว่างกฎหมายไทยและหลักชะริอะห์ในเรื่องธุรกิจการเงินอิสลาม กล่าวคือ สภาที่ปรึกษาชะริอะห์มีหน้าที่ในการทำคำวินิจฉัยเพื่อใช้ในการอ้างอิงของเป็นบรรทัดฐานแก่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ สถาบันการเงินอิสลาม ศาลหรืออนุญาโตตุลาการดังที่มีการปรากฏในประเทศมาเลเซีย โดยในขั้นต้นผู้เขียนเห็นว่าควรมีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เพื่อเพิ่มหมวดว่าด้วยเรื่องธุรกิจหลักทรัพย์อิสลาม โดยสาระสำคัญของพระราชบัญญัติในหมวดดังกล่าวให้มีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ขึ้น ซึ่งจะเป็นการรองรับการพัฒนาในด้านตลาดทุนอิสลามที่กำลังจะขยายตัวขึ้นในอนาคต เนื่องจากในอนาคตผู้เขียนเห็นว่าการระดมทุนที่สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลามนั้นอาจไม่ได้เกิดขึ้นจากธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยเพียงแห่งเดียวเท่านั้น ดังนั้น การที่องค์กรที่ทำหน้าที่ให้การกำกับดูแลตลาดทุนจะมีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ขึ้นมา ผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาตลาดทุนอิสลามในอนาคต อีกทั้งเมื่อมีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ขึ้นมายังจะก่อให้เกิดความเป็นมาตรฐานเกิดขึ้น กล่าวคือ อำนาจหน้าที่ของสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ คือ การวินิจฉัยหลักชะริอะห์ที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนภายในตลาดทุน อาจมีการจัดทำคำวินิจฉัย หรือการหาข้อพิพาทเกี่ยวกับหลักชะริอะห์ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางการเงินอิสลาม เมื่อมีการเผยแพร่แนววินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาดังกล่าว ย่อมสามารถนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีความที่มีความเกี่ยวข้องกับการระดมทุนอิสลามที่เป็นประเด็นข้อพิพาททางชะริอะห์ได้อีกด้วย

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวทางการแก้ไขปัญหของระบบกฎหมายเพื่อการรองรับการระดมทุนผ่านตราสารศุกุกที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทย และปัญหาเรื่องการตีความนิติกรรมอำพราง ควรมีการกำหนดเป็นแผนพัฒนาระบบการเงินอิสลาม (Islamic finance) ของประเทศไทยขึ้นเป็นวาระแห่งชาติ เพื่อให้องค์กรที่เกี่ยวข้องได้ตระหนักร่วมกันถึงการพัฒนาโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการรองรับการพัฒนาการเงินอิสลามที่กำลังจะเกิดขึ้น เช่น กรณีการศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งตลาดซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์มูราบะฮ์ (Commodity Murabaha House) ภายในประเทศไทย ควรมีการมุ่งส่งเสริมในการให้ความรู้ ศึกษาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น และค้นหาวิธีแก้ไขปัญหามีเมื่อมีการนำหลักกฎหมายของประเทศไทยมาใช้ปฏิบัติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการทางศาสนาอิสลาม อาทิเช่น กรณีความสัมพันธ์ระหว่างผู้ลงทุนในตราสารศุกุกอ้างอิงธุรกรรมการร่วมลงทุน (sukuk al-Musharakah) เนื่องจากการที่บุคคลมีทรัพย์สินร่วมกัน หรือตกลงทำกิจการบางอย่างร่วมกัน หรือมีการแบ่งผลประโยชน์จากกิจการบางอย่างนั้น มักจะเกิดปัญหาขึ้นเสมอว่า บุคคลเหล่านั้นเป็นหุ้นส่วนกันตามกฎหมายหรือไม่ และกรณีการกำหนดสัดส่วนการรับประโยชน์ของผู้ระดมทุนหรือทรัสต์ในฐานะผู้รับประโยชน์ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรมีการศึกษาวิเคราะห์ในเชิงลึกเพื่อที่จะสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายให้สอดคล้องกับลักษณะของการระดมทุนของอิสลามอย่างแท้จริง อันจะเป็นการส่งเสริมและพัฒนาการระดมทุนในตลาดทุนอิสลามของประเทศไทย

นอกจากนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมความในพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เพื่อเพิ่มเติมบทบัญญัติอันเป็นการสนับสนุนการระดมทุนภายในตลาดทุนอิสลาม ไม่ว่าจะในกรณีเรื่องการตราบทบัญญัติในการให้สถานะในนิติสัมพันธ์ของผู้ระดมทุนและทรัสต์ให้มีผลในทางกฎหมายตรงตามที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้มุ่งกระทำ หรือกรณีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาชะริอะห์ขึ้นมาขึ้นนั้น ผู้เขียนให้ว่าจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการพัฒนากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันของไทยให้มีความสอดคล้องกับลักษณะของการระดมทุนในตราสารศุกุก อีกทั้งหากเกิดข้อควรสงสัย หรือเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องระหว่างกฎหมายไทยและหลักการทางศาสนาที่เกี่ยวข้องกับการระดมทุนภายในตลาดทุนอิสลามจะมีหน่วยงานที่มีความรู้ความเข้าใจเข้าทำหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อหาหรือดังกล่าว โดยการเผยแพร่แนวทางในการวินิจฉัยดังกล่าว เพื่อให้องค์กรที่เกี่ยวข้องหรือบรรดาผู้ที่เกี่ยวข้องในการระดมทุนภายในตลาดทุนอิสลามสามารถยึดถือแนววินิจฉัยดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานอันจะก่อให้เกิดความเป็นมาตรฐาน และเป็นการแก้ไขปัญหาในเรื่องการนำบทบัญญัติกฎหมายมาปรับใช้โดยขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะของการระดมทุนภายในตลาดทุนอิสลามอย่างแท้จริง

รายการอ้างอิง

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ว่าด้วยบุคคลธรรมดา, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- กำชัย กงจักรพันธ์. รายงานการวิจัยเสริมหลักสูตร เรื่อง นิติกรรมอำพราง : นิติกรรมที่ถูกอำพรางมีผลใช้บังคับ ได้เพียงใด, กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- คณะกรรมการกฤษฎีกา. เรื่องเสรีจที่ 56/2479 บันทึกเรื่องการขอลงนามในหน้าที่ตรัสตีในหน้าโน้ต ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับ มาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. [ออนไลน์] 2548. แหล่งที่มา: http://www.lawreform.go.th/lawreform/images/th/jud/th/deca/2479/c2_0056_2479.txt [17 ธันวาคม 2554.]
- คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. ทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน. [ออนไลน์]. 2552. แหล่งที่มา: www.sec.or.th/law_notification/flie_dw_th/trust.pdt [20 มกราคม 2554]
- คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. [ออนไลน์]. 2552. บทความ รู้จักกองทุนรวม อสังหาริมทรัพย์ แหล่งที่มา : http://www.sec.or.th/webedu/content.html?menu_id=100 [20 มกราคม 2554]
- จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.
- จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.
- จำปี โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ พร้อมทั้งคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 3 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.
- ชาญศักดิ์ ไขยมณีสกุล. คู่มือการออกตราสารหนี้. กรุงเทพมหานคร : สมาคมตลาดตราสารหนี้, 2549.

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. การวางแผนภาษีอากร. พิมพ์ครั้งที่ 4. นนทบุรี: สถาบัน T. Training Center, 2553.

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. การวางแผนภาษีในการทำสัญญา. นนทบุรี : สถาบัน T. Training Center, 2546.

ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยนิติกรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

เดือน จิตรกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเอกเทศสัญญา (ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์ เช่าซื้อ). พระนคร : โรงพิมพ์มงคลการพิมพ์, 2510.

ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย. ลงทุนอย่างไรใน AFET. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : เอส.พี.เอ็น. การพิมพ์ จำกัด, 2546.

ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย. แนะนำองค์กร. [ออนไลน์]. 2552. แหล่งที่มา :

<http://www.afet.or.th/v081/thai/corporate/introduction.php> [20 เมษายน 2555]

ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย. บทบาทของสำนักหักบัญชี. 2552. [ออนไลน์].

แหล่งที่มา: http://www.afet.or.th/v081/thai/corporate/clearing_house.php [20 เมษายน 2555]

ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย. การกำกับการซื้อขาย, 2552. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

http://www.afet.or.th/v081/thai/corporate/market_surveillance.php [20 เมษายน 2555]

ตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย. หน่วยงานกำกับดูแลตลาด, 2552.[ออนไลน์]. แหล่งที่มา

: <http://www.afet.or.th/v081/thai/corporate/regulator.php> [20 เมษายน 2555]

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. ความรู้การลงทุนในตราสารหนี้. 2552. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

http://www.set.or.th/th/products/bonds/bonds_p1.html [10 พฤศจิกายน 2554]

ที่ดิน,กรม. การติดต่อสำนักงานที่ดิน ค่าธรรมเนียม ภาษี และอากรแสตมป์. [ออนไลน์]. 2554

แหล่งที่มา: <http://www.dol.go.th/> [10 พฤศจิกายน 2554]

ธนาคารแห่งประเทศไทย. การซื้อขายตราสารหนี้. 2552. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<http://www.bot.or.th/Thai/FinancialMarkets/IntroductionToGovernmentDebtSecurities/InterestingContent/Pages/Trading.aspx> [15 มีนาคม 2554]

- ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย. ความรู้เกี่ยวกับการเงินตามหลักชาอ์ฮะดี. 2552. [ออนไลน์],
แหล่งที่มา: <http://www.ibank.co.th/2010/th/shariah-information/shariah-knowledge-finance.aspx?ID=2> [2 มีนาคม 2555]
- ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย. ผลิตภัณฑ์และบริการประเภทสินเชื่. [ออนไลน์] แหล่งที่มา:
<http://www.ibank.co.th/2010/th/products-services/products-detail.aspx?ProductType=1&ID=70&Customer=Main> [2 มีนาคม 2555]
- ธรรมรังสี วรรณโก. ระบบการจัดการที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน, วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- นริศ ชำนาญชานันท์. สถานะทางกฎหมายของกระทรวง ทบวง กรม : ปัญหา-อุปสรรคที่มีผลต่อการ
บริหาร ราชการแผ่นดินในประเทศไทย, วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537.
- นภพลพรรณ ภาสันต์. บทศึกษาเรื่องตราสารสุกุก (Sukuk : Islamic Bond). สำนักงานคณะกรรมการ
กำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. 26 กันยายน 2548.
- นิสากร แก้วทอง. ภาวะภาษีและต้นทุนในการซื้อขาย. [ออนไลน์]. 2548. แหล่งที่มา:
<http://www.afet.or.th/v081/thai/learning/articleShow.php?id=1> [30 ธันวาคม
2554]
- บรรจง บินกาซัน. ดอกเบี้ยและระบบธนาคารอิสลาม, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจริญธรรม,
2541.
- บรรจง บินกาซัน. เศรษฐศาสตร์อิสลาม. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริหารงานต้อนรับ
ศตวรรษที่ 15 แห่งอิญญะเราะฮ์ศักราช, 2523.
- บัญญัติ สุชีวะ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์, (ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ). พิมพ์ครั้งที่ 5.
กรุงเทพมหานคร : ศูนย์หนังสือเนติบัณฑิตสภา, 2542.
- บัญญัติ สุชีวะ. ทรัพย์สิน. ตุลาคม 1, 2505 : 18-49.
- ปรีชา สุมาวงศ์. คำอธิบายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้.
กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2520.
- ประพนธ์ ศาตะมาน และไพจิตร ปุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อ
ขาย. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสวงสุทธิการพิมพ์, 2532.

ประเสริฐสุขภุมมาตรา.ขุน. คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2499 หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อ ขาย แลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พระนคร :
โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2499.

ไผทชิต เอกจริยกร. คำอธิบายเช่าทรัพย์สิน – เช่าซื้อ. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2548.

ไผทชิต เอกจริยกร. คำอธิบาย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร
: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.

ไผทชิต เอกจริยกร. คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. พิมพ์ครั้งที่ 7 แก้ไขเพิ่มเติม.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

ฝ่ายเศรษฐกิจรายสาขาสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. รายงานฉบับสมบูรณ์ : โครงการ
ศึกษาวิจัย เรื่อง “การเมืองกับผลประโยชน์ทางธุรกิจภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540” ,
นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2546.

ไพจิตร บุญญพันธ์. กรรมสิทธิ์ในสัญญาอื่นๆ นอกจากสัญญาซื้อขายโอนไปตั้งแต่เมื่อใด. วารสาร
นิติศาสตร์24 (ธันวาคม 2537) : 851.

มานะ พิทยาภรณ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จ้าง
แรงงาน จ้างทำของและรับขน. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พับลิคบิสเนสพริ้นท์ จำกัด, 2531.

รพีพัฒนศักดิ์, พระเจ้าบรมวงศ์เธอพระองค์เจ้า กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. มุลคดีสัญญา ร.ศ. 128,
บทบัญญัติ เล่ม 11 (2482) : 1641.

ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม – สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร
: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

ศรียาชา เจริญพานิช. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สิน. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

เศรษฐกิจการคลัง,สำนักงาน. มาตรการภาษีและค่าธรรมเนียมเพื่อสนับสนุนการพัฒนาตลาดทุนไทย.
[ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=824_\[10 มกราคม 2555\]](http://www.fpo.go.th/FPO/modules/Content/getfile.php?contentfileID=824_[10 มกราคม 2555])

เศรษฐกิจการคลัง,สำนักงาน. เศรษฐศาสตร์น่ารู้ : ตราสารหนี้ (ตอนที่ 1) ออนไลน์. 2549.

แหล่งที่มา: <http://www.fpo.go.th/S-I/Source/ECO/ECO33.htm> [10 มกราคม 2555]

สภาวิชาชีพบัญชี ในพระบรมราชูปถัมภ์. มาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 17 (ปรับปรุง 2552) เรื่อง

สัญญาเช่า. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: http://www.fap.or.th/files/st_accounting/TAS17.pdf

สมาคมตลาดตราสารหนี้ไทยไทย. ภาษีเกี่ยวกับการลงทุนในตราสารหนี้. [ออนไลน์]. 2553 แหล่งที่มา:

http://www.thaibma.or.th/doc/research/16_tax.pdf [10 พฤศจิกายน 2554]

สรรพากร,กรม. ข้อหารือกรมสรรพากร เรื่อง กรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระหว่างกองทุนรวม

อสังหาริมทรัพย์. [ออนไลน์]. 2550. แหล่งที่มา: <http://www.rd.go.th/publish/38394.0.html> [6 พฤศจิกายน 2554]

สรรพากรสาสน. เช่าทรัพย์สินกับภาษีอากร. [ออนไลน์]. 11 พฤศจิกายน 2549. แหล่งที่มา :

http://www.sanpakornsarn.com/page_article_detail.php?alD=26

สันติ กิระนันท์. การลงทุนในตราสารหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2548.

สิตาภา บัวเกษ. ตลาดการเงินและสถาบันการเงิน. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2552.

สุนัย มโนมัยอุดม. ระบบกฎหมายอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

เสนีย์ ปราโมช. ตำนานทรัพย์สิน. บทบัญญัติที่ 7 (พฤษภาคม 2475) : 416 – 418.

เสาวนีย์ จิตต์หมวด. วัฒนธรรมอิสลาม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นำทาง, 2522.

โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วน บริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 12.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2553.

หยุด แสงอุทัย. แนวคำถามตอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้

นครหลวง : นำเชียการพิมพ์, 2515.

อิมรอน มะลูลีม. ปรัชญาอิสลาม. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นำทาง, 2534.

อิมรอน มะลูลีม. ศาสนาอิสลามเบื้องต้น (ศาสนา 431). กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์

มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2524.

อัล ชะฮีด ซัยยิด มุฮัมมัด บากิร ศอตร์,มุฮัมมัด ฮัมชะฮ์, พื้นฐานธนาคารอิสลาม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ 14 พับลิเคชั่น, 2545.

อัลอัค. ปราชญ์แห่งสำนักนิติศาสตร์อิสลามทั้ง 4 ผู้นำขบวนการบูรณการชีวิตอิสลาม. [ออนไลน์]. 2553. แหล่งที่มา: http://www.fityah.com/index.php?option=com_content&task=view&id=406&Itemid=33 [24 ธันวาคม 2554]

ภาษาอังกฤษ

- Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution (AAOIFI), Shari'ah Standards for Financial Institutions 1424 – 5H/2003 – 4. Manama : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution, 2004.
- Bank Negara Malaysia and Securities Commission Malaysia. Malaysia debt securities and sukuk market : A Guide for Issuers and Investors. [Online]. 2009. Available from: http://www.sc.com.my/eng/html/bondmkt/MalaysianDebtSecuritiesSukuk_2009.pdf [2011, December 20]
- Bursa Malaysia. Bursa Suq Al-Sila. [Online]. 2009. Available from : http://www.bursamalaysia.com/wEbsite/bm/products_and_services/islamic_capital_market/BMIS [2011, December 20]
- Bursa Malaysia. product and service. [Online] 2009. Available from : http://www.bursamalaysia.com/website/bm/products_and_services/islamic_capital_market/BMIS/ [2011, December 20]
- D.J. Hayton. The Law of Trusts, London : Sweet & Maxwell, 1989.
- Dubai International Financial Center. Dubai International Financial centre, Sukuk Guidebook, [Online] 2009. Available from : <http://www.difc.ae/news/guide-issuing-sukuk-difc-published> [2011,December 20]

- Federal Gazette Portal of the AGC. Income Tax (Deduction for Expenditure on Issuance of Islamic Securities Pursuant to Principles of Murabahah and Bar Bithaman AM) Rules 2011. [online]. 2011. Available from : http://malaysianlaw.my/attachments/PUA-355-2011-Income-Tax-Deduction-Issuance-Islamic-Securities_27894.pdf [2011,December 20]
- Gorge T. Bogert. Trust , 6th edition. St.Paul Minesota : West Publishing Co, 1987.
- Islamic Financial Services Board. Capital adequacy requirements for sukuk, securitizations and real estate investment. [Online]. 2009. Available from : <http://www.ifsb.org/standard/ifs7.pdf> [2011, December 20]
- John Mowbray, Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin, Edwin Simpson and James Brightwell, Lewin on trusts. 18th edition. London : Sweet & Maxwell, 2010.
- Justo P. Torres, Jr.The Law on Business Organization, 2000 edition. Manila : Rex Book Store, 2000.
- Taha Jabir, Ulwani. Ethics of Disagreement in Islam. Riyad : International Institute of Islamic Thought (IIIT), 1995.
- The Centre for Study of Global Governance. The Development of Islamic Finance in GCC. [Online]. 2009. Available from : <http://www.cimaglobal.com/Documents/ISlamic%20finance/2011/Press%20cuttings/development-of-IF-in-the-GCC.pdf> [2011, December 20]
- Lovells, Shariah Law in English Courts. [Online]. 2009. Available from : <http://www.yasaar.org/pubs/20259%20Shariah%20Law%20in%20the%20English%20Courts%20brochure1.pdf> [2011, December 20]
- Ministry Of Finance of Malaysia. Budget Appendix 2011. [Online]. Available from : www.treasury.gov.my/pdf/budget/appendices11.pdf [2011,December 20]
- Muhammad Taqi Usmani. An Introduction to Islamic finance. maktaba ma'ariful qur'an : Karachi, 2005.
- Mughees Shauat. Common Structures Of Sukuk. [Online] 2009. Available from :

<http://instituteofhalalinvesting.org/Articles/Mughees-Shaukat.htm>

Norfadelizan bin Abdul Rahman. Bursa Suq Al-Sila'. [Online]. The OIC Member state's stockexchanges Forum 3rd meeting, Istanbul on 24-25 October 2009.

Available from : <http://www.oicexchanges.org/presentations/thirdmeeting/annex14%20AbdulRahman.pdf>. [2011, December 20]

Paul Todd and Sarah Lowrie. Textbook on Trusts. Oxford : Oxford University Press, 2007.

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

Scott Weber. Islamic Finance Asia. First Sukuk for Thai Issuer.

[Online]. 31 January 2011. Available from : http://www.islamifinanceasia.com/article.asp?nm_id=18582 [30 June 2011]

Securities Commission Malaysia. Guidelines on Islamic Securities (Sukuk Guidelines).

Revised: 2011. [Online]. 2009. Available from : http://www.sc.com.my/en/g/Html/bondmkt/MalaysianDebtSecuritiesSukuk_2009.pdf [2011, December 20]

Wahbah Al-Zuhayli. Financial Transactions in Islamic Jurisprudence Volume1.

1st edition. Damascus : Al-Ilmiyah Press, 2003.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวรวริมล จันทร์ทอง เกิดเมื่อวันอาทิตย์ที่ 6 กันยายน พ.ศ. 2530 ที่จังหวัดชลบุรี สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นจากโรงเรียนสาธิต “พิบูลบำเพ็ญ” มหาวิทยาลัยบูรพา จังหวัดชลบุรี เมื่อปี พ.ศ. 2545 สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา เมื่อปี พ.ศ. 2548 และสำเร็จการศึกษานิติศาสตร์บัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปี พ.ศ. 2551 เข้าปฏิบัติงาน ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อปี พ.ศ. 2553 ถึง ปี พ.ศ. 2554