

บทที่ 4

ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย

ประชากรมุสลิมเป็นชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย มีจำนวนประมาณร้อยละ 10 ของประชากรทั้งหมดของประเทศ¹ ซึ่งจะกระจายกันอาศัยอยู่บริเวณจังหวัดต่าง ๆ ทั่วประเทศไทย ประชากรมุสลิมส่วนใหญ่ประมาณร้อยละ 80 อาศัยอยู่บริเวณจังหวัดชายแดนภาคใต้ ส่วนที่เหลืออีกประมาณร้อยละ 20 จะกระจายกันอาศัยอยู่บริเวณจังหวัดต่าง ๆ ทั่วประเทศไทย ชาวมุสลิมส่วนใหญ่ประกอบอาชีพในทางเกษตรกรรมและมีฐานะยากจน และส่วนมากจะอาศัยอยู่ในบริเวณจังหวัดชายแดนภาคใต้ได้แก่จังหวัด สงขลา ยะลา ปัตตานี นราธิวาสและสตูล ซึ่งบริเวณดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นบริเวณที่ขาดการพัฒนาทางเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก² ถึงแม้ว่ารัฐบาลได้พยายามที่จะพัฒนาเศรษฐกิจบริเวณจังหวัดชายแดนภาคใต้ดังกล่าวมาโดยตลอดโดยได้พัฒนาสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน และการส่งเสริมอุตสาหกรรมท้องถิ่น แต่ก็ไม่ประสบผลสำเร็จเนื่องจากอุปสรรคในเรื่องของความไม่เข้าใจกันระหว่างคนของรัฐและประชากรมุสลิมที่อาศัยอยู่ในบริเวณนั้นในเรื่องของความเชื่อ ศาสนา ประเพณี และวัฒนธรรม ในปัจจุบันนี้ ความขัดแย้งทางเชื้อชาติและศาสนาได้ค่อนข้างลงเป็นอย่างมาก การพัฒนาเศรษฐกิจบริเวณภาคใต้ก็ได้รับความสนใจจากรัฐบาล ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถแข่งขันกับประเทศสหพันธรัฐมาเลเซียที่มีการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมอย่างสูงในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาได้ และจากการรวมตัวของประเทศในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (ASEAN) ได้มีการร่วมมือกันพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศในกลุ่มอาเซียนด้วยกัน โดยอาศัยศักยภาพในการพัฒนาทางเศรษฐกิจของแต่ละพื้นที่ โครงการพัฒนาทางเศรษฐกิจโครงการหนึ่งคือโครงการความร่วมมือในการพัฒนาเศรษฐกิจสามฝ่ายอินโดนีเซีย มาเลเซียและประเทศไทย (IMT-GT) ซึ่งเป็นการร่วมกันนำศักยภาพของบริเวณพื้นที่รัฐทางภาคเหนือของประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย เกาะสุมาตราของอินโดนีเซีย และสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้ของประเทศไทย มาพัฒนาเพื่อรองรับการพัฒนาเศรษฐกิจซึ่งกันและกัน ทำให้มีการแข่งขันกันพัฒนาพื้นที่ของแต่ละประเทศดังกล่าวเพื่อรองรับ

¹ จรัญ มะลูลีม, กิติมา อมรทัต และ พรพิมล ศรีโชค, ไทยกับโลกมุสลิม: ศึกษาเฉพาะกรณีชาวไทยมุสลิม, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันเอเชียศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 32.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

โครงการความร่วมมือทางเศรษฐกิจในการแข่งขัน โครงการการลงทุนของผู้ลงทุนให้ลงทุนในบริเวณพื้นที่ของตนเพื่อจะได้พัฒนาพื้นที่ของแต่ละประเทศ สำหรับประเทศไทย พื้นที่ในบริเวณชายแดนภาคใต้ยังคงได้รับการพัฒนาสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอย่างมาก รวมทั้งการให้การศึกษาแก่บุคคลากรในพื้นที่เพื่อรองรับโครงการอุตสาหกรรมที่จะถูกนำมาลงทุนในพื้นที่ตามโครงการดังกล่าว

เมื่อมีการพัฒนาเข้าสู่พื้นที่ของจังหวัดชายแดนภาคใต้ โครงการหนึ่งที่ได้รับการหยิบยกขึ้นมาเพื่อศึกษาและเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของจังหวัดชายแดนภาคใต้และค่อชาวมุสลิมในประเทศไทย³ คือการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลามขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระดมเงินออมของประชาชนบริเวณพื้นที่ดังกล่าวเพื่อการลงทุนพัฒนาเศรษฐกิจของพื้นที่ ข้อเสนอในการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้รับการสนใจและสนับสนุนจากประชาชนมุสลิมในพื้นที่อย่างมาก นักธุรกิจและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพื้นที่นั้น ได้พยายามที่จะผลักดันให้มีการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยขึ้น ทั้งนี้ เนื่องจากความพยายามที่จะสนองความต้องการของชาวมุสลิมในการที่จะปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามหลักคำสอนของศาสนาในการห้ามคิดดอกเบี้ย ซึ่งระบบธนาคารพาณิชย์ในปัจจุบันใช้เป็นพื้นฐานในการประกอบธุรกิจ ทำให้การออมทรัพย์และการกู้ยืมเพื่อการลงทุนใด ๆ ของชาวมุสลิมที่มีความศรัทธาในคำสอนของศาสนาอิสลามมีอุปสรรค ประกอบกับธนาคารอิสลามในประเทศมาเลเซียซึ่งได้จัดตั้งขึ้นและประกอบกิจการประสบความสำเร็จจนสามารถที่จะขยายสาขาออกไปทั่วประเทศได้ จึงกระตุ้นให้เกิดความสนใจในการที่ชาวมุสลิมในประเทศไทยจะเลือกแนวทางการดำเนินการทางเศรษฐกิจด้วยตนเอง โดยการระดมทุนจากชาวมุสลิมด้วยกัน ทั้งนี้ เพื่อสนองความต้องการในการที่จะปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามหลักคำสอนของศาสนา

แนวความคิดเกี่ยวกับการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ไม่ใช่เป็นแนวความคิดที่เพิ่งจะเกิดขึ้นเมื่อมีโครงการร่วมมือทางเศรษฐกิจสามฝ่ายอินโดนีเซีย มาเลเซียและประเทศไทยเท่านั้น แต่ได้มีมาช้านานแล้ว ตามกระแสความตื่นตัวของชาวมุสลิมที่ต้องการจะนำคำสอนทางศาสนามาปฏิบัติในการดำรงชีวิต ดังจะเห็นได้จากการที่มีผู้เห็นว่าองค์กรนักศึกษามุสลิมในมหาวิทยาลัย องค์กรชุมชนมุสลิมแห่งประเทศไทยตลอดจนผู้ทรงความรู้ ความสามารถ กลุ่มนักธุรกิจ ผู้บริหารมัชยิตต่าง ๆ ที่พยายามที่จะเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย⁴ แต่ความพยายามในการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยดังกล่าวก็ประสบปัญหาและอุปสรรคทั้งจากปัจจัยในภาครัฐบาลและภาคเอกชน

³ พิธินัย ไชยแสงสุขกุล, กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 452.

⁴ Surin Pitsuwan, "The Islamic Banking Option in Thailand" Paper presented at the Work Shop held at Institute of Southeast Asian Studies, Singapore, 24-26 June 1986, p. 166.

ชน กล่าวคือ รัฐบาลไม่ให้การสนับสนุนในเรื่องนี้อย่างจริงจัง และจากการที่ไม่มีกฎหมายรองรับการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยหรือกองทุนอื่น ๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน การขาดเงินทุนในการดำเนินงาน ขาดแคลนบุคลากรที่มีความรู้ ประสบการณ์และมีความสามารถที่จะบริหารงานธนาคารไม่มีดอกเบี้ย จากอุปสรรคต่าง ๆ เหล่านี้ ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถที่จะจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยขึ้นมาได้ อย่างไรก็ตาม ได้มีการจัดตั้งกองทุนต่าง ๆ ขึ้นมาแทนการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยเพื่อให้บริการแก่ชาวมุสลิม ซึ่งได้แก่องค์กรดังต่อไปนี้⁵

- กองทุนชะกาตและการกุศลของสำนักจุฬาราชมนตรี
- สหกรณ์ออมทรัพย์กลุ่มมุสลิม
- กองทุนเพื่อการประกอบพิธีหัจญ์

กองทุนชะกาตและการกุศลของสำนักจุฬาราชมนตรี⁶

เมื่อท่านจุฬาราชมนตรีคนปัจจุบัน คือ ท่านประเสริฐ มะหะมัด ได้รับการเลือกตั้งเมื่อปี พ.ศ. 2524 ท่านได้วางโครงการที่จะรวบรวมบรรดาชะกาตซึ่งมุสลิมจะต้องจ่ายตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม ไม่ว่าจะเป็นชะกาตที่เรียกเก็บจากทรัพย์สิน (Zakat Mal) และชะกาตที่เรียกเก็บเป็นรายบุคคล (Zakat Fitrah) ซึ่งกระจายเรียกเก็บอย่างไม่มีการจัดระบบโดยมัศยิดอิสลามกว่า 2000 แห่งในประเทศไทย โดยจะเรียกเก็บจากประชากรมุสลิมมากกว่า 2 ล้านคน⁷ มารวมกันในส่วนกลางเพื่อจัดระบบการบริหารแจกจ่ายเงินชะกาตดังกล่าว ให้เป็นประโยชน์ต่อมุสลิมโดยได้กำหนดวัตถุประสงค์ของกองทุนไว้ดังนี้

- เพื่อทำให้ปรากฏแก่มุสลิมว่าการนำชะกาตเข้ามารวมกันในกลุ่มกลางนั้นสามารถที่จะแจกจ่ายให้แก่ผู้มีสิทธิได้รับตามหลักการของศาสนาอย่างมีประสิทธิภาพ
- เพื่อที่จะลดช่องว่างของความยากจนระหว่างคนร่ำรวยและคนยากจนในสังคมมุสลิม เนื่องจากประชาชนในแต่ละพื้นที่ที่มีความแตกต่างกันในฐานะทางเศรษฐกิจ เช่น ประชาชนชาวมุสลิมในกรุงเทพมหานคร อาจมีฐานะดีกว่าชาวมุสลิมในต่างจังหวัด การนำเงินชะกาตมารวมกันในส่วนกลางจะทำให้มีการกระจายเงินชะกาตจากกรุงเทพมหานคร ไปยังต่างจังหวัดได้
- เพื่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระหว่างมุสลิมในประเทศไทยในแต่ละชุมชน โดยให้มีการช่วยเหลือกันระหว่างชุมชนมุสลิม

⁵ Ibid., p. 166.

⁶ Ibid., p. 166-167.

⁷ Ibid., p. 166.



-เพื่อส่งเสริมการศึกษาแก่เยาวชนมุสลิมเกี่ยวกับพื้นฐานทางศาสนา โดยการนำเงินจากกองทุนดังกล่าวมาให้การช่วยเหลือ

กองทุนดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควรเนื่องจากมีความขัดแย้งในวิธีการบริหารกองทุน และการที่ไม่ได้รับความร่วมมือจากอิหม่ามซึ่งเป็นผู้นำในมัซยิดต่าง ๆ เนื่องจากความต้องการการช่วยเหลือในชุมชนของชาวมุสลิมแต่ละชุมชนก็มีอยู่มาก ทำให้ต้องนำเงินมาช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในชุมชนก่อน เมื่อมีเงินเหลือจึงจะส่งเข้ากองทุนส่วนกลางซึ่งอยู่ห่างไกลออกไป อย่างไรก็ตาม เงินจากกองทุนชะกาตไม่สามารถใช้เพื่อการประกอบธุรกิจได้ เนื่องจากตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลามได้กำหนดเฉพาะเจาะจงให้จ่ายชะกาตแก่ผู้ที่มีสิทธิได้รับและกำหนดคุณลักษณะของผู้ที่มีสิทธิรับเงินชะกาตไว้อย่างชัดเจน การใช้จ่ายเงินเพื่อการอื่นจึงไม่ถูกต้องตามหลักคำสอนของศาสนา กองทุนจึงมีลักษณะเป็นเพียงคนกลางทำหน้าที่แจกจ่ายเงินชะกาตแก่ผู้ที่มีสิทธิได้รับเท่านั้น เงินส่วนอื่นที่กองทุนชะกาตได้รับ คือจากการบริจาคไม่ว่าจากในประเทศหรือจากต่างประเทศ ซึ่งเป็นเงินที่กองทุนดังกล่าวสามารถนำไปจัดการเพื่อการลงทุนหรือการประกอบธุรกิจได้ แต่จากอุปสรรคที่กล่าวมาแล้วทำให้ความเคลื่อนไหวในการดำเนินกิจกรรมของกองทุนประสบกับความล้มเหลวไม่สามารถที่จะพัฒนาให้เป็นแหล่งเงินทุนสำหรับชาวมุสลิมได้

สหกรณ์ออมทรัพย์ของกลุ่มมุสลิม⁸

ชาวมุสลิมได้พยายามในการรวมตัวกันชุมชนในบริเวณต่าง ๆ ของประเทศไทยเพื่อจัดตั้งสถาบันการเงินของตนเอง โดยการรวบรวมกันประกอบการค้าและนำผลกำไรที่ได้กลับไปพัฒนาชุมชนแทนที่จะใช้จ่ายเงินซื้อสินค้าจากเอกชน ซึ่งจะทำให้ผลกำไรตกแก่เอกชนนั้น ๆ และเนื่องจากการธนาคารพาณิชย์ในปัจจุบันไม่สามารถตอบสนองความต้องการดังกล่าวและระบบธนาคารไม่เป็นที่อนุมัติตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม รูปแบบของสถาบันการเงินที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นคือสหกรณ์ออมทรัพย์โดยจัดตั้งขึ้นเพื่อรับฝากเงินและเพื่อจำหน่ายสินค้าซึ่งได้มีการจัดตั้งขึ้นในหลายชุมชนทั้งในกรุงเทพมหานครและในต่างจังหวัด เช่น สหกรณ์มุสลิมเขตยานนาวาซึ่งจัดตั้งและดำเนินการโดยกลุ่มเอกภาพมุสลิม สหกรณ์ที่จัดตั้งโดยกลุ่มญามีฮัดในจังหวัดนครศรีธรรมราช สหกรณ์ที่จัดตั้งโดยกลุ่มมุสลิมท้องถิ่นจังหวัดศรีสะเกษและจังหวัดปัตตานี⁹ นอกจากนี้ยังมีการจัดตั้งกลุ่มสหกรณ์ขึ้นอีกหลายแห่งกระจายออกไปตามชุมชนดังกล่าว สหกรณ์จะดำเนินงานโดยเรียกเงินลงทุนจากสมาชิก และนำมาลงทุนประกอบกิจการค้าขาย รวมทั้งการให้กู้ยืมโดยปราศจากการเรียก

⁸ Ibid., p. 168.

⁹ Ibid., p. 168.

เก็บดอกเบี้ยแก่สมาชิกสหกรณ์นั้น ๆ อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งองค์กรในรูปของสหกรณ์ก็เป็นเพียงการให้บริการและการตอบสนองต่อความต้องการในเฉพาะชุมชนเฉพาะกลุ่ม และมีการพัฒนาเติบโตอย่างจำกัด

กองทุนเพื่อการประกอบพิธีหัจญ์

ชาวมุสลิมมีหน้าที่ที่จะต้องเดินทางไปทำหัจญ์ ณ. เมืองมักกะฮ์ ประเทศซาอุดีอาระเบียอย่างน้อยครั้งหนึ่งในชีวิต¹⁰ ในแต่ละปี จะมีชาวมุสลิมในประเทศไทยเป็นจำนวนมากเดินทางไปยังประเทศซาอุดีอาระเบียเพื่อประกอบพิธีหัจญ์ ซึ่งจะมีค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ค่าที่พัก และค่าบริการต่าง ๆ คิดเป็นเงินจำนวนมาก ในแต่ละปีจะมีจำนวนเงินค่าใช้จ่ายเพื่อการทำหัจญ์ดังกล่าวไม่น้อยกว่า 150 ล้านบาท แต่มุสลิมในประเทศไทยยังขาดองค์กรที่จะมาสนับสนุนช่วยเหลือในการออมทรัพย์เพื่อการไปประกอบพิธีหัจญ์ดังกล่าว รวมทั้งการช่วยเหลือให้ความสะดวกในการจัดการให้เดินทาง แม้ว่าในปัจจุบัน รัฐบาลไทยได้ร่วมมือกับรัฐบาลของประเทศซาอุดีอาระเบีย จัดระบบการเดินทางไปประกอบพิธีหัจญ์ของชาวมุสลิมให้เป็นระเบียบเรียบร้อยยิ่งขึ้นก็ตาม อุปสรรคเกี่ยวกับการขาดองค์กรที่ให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนให้มีการออมทรัพย์เพื่อการดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่ ทำให้ชาวมุสลิมที่ประสงค์จะเดินทางไปประกอบพิธีหัจญ์จำเป็นต้องสะสมเงินทองตลอดชีวิตด้วยตนเอง หรือขายทรัพย์สินเพื่อนำเงินไปใช้ในการเดินทาง ธนาคารพาณิชย์ในท้องถิ่นเช่น ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ได้สังเกตเห็นถึงการหารายได้จากเงินสะสมเพื่อการประกอบพิธี จึงได้เปิดบริการแก่ชาวมุสลิมในการเปิดบัญชีสะสมทรัพย์เพื่อการประกอบพิธีหัจญ์ แม้ว่าจะมีการแยกประเภทของบัญชีออมทรัพย์ออกไปก็ตาม แต่การให้ดอกเบี้ยเงินฝากแก่ผู้ฝากเงินตามระบบของธนาคารพาณิชย์ทั่วไปก็ยังคงมีอยู่ ทำให้ไม่สามารถสนองความต้องการของชาวมุสลิมในการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาของคนได้ ต่อมาเมื่อประเทศมาเลเซียได้มีการจัดตั้งกองทุนเพื่อกิจการหัจญ์ ซึ่งต่อมาได้พัฒนาเป็นธนาคารอิสลามและประสบผลสำเร็จเป็นอย่างมากในการบริหาร การจัดการเกี่ยวกับการประกอบพิธีหัจญ์ของผู้ออมทรัพย์กับธนาคาร ทำให้ผู้ประสงค์จะประกอบพิธีหัจญ์ได้รับความสะดวกในการออมเงินรวมทั้งได้ผลตอบแทนจากการลงทุนของธนาคาร และธนาคารได้ประโยชน์จากการนำเงินออมไปใช้เพื่อการลงทุน ทำให้เกิดความสนใจที่จะจัดตั้งกองทุนเพื่อกิจการหัจญ์ขึ้นในประเทศไทยและดำเนินการตามรูปแบบเดียวกับกองทุนเพื่อกิจการหัจญ์ในประเทศสหพันธ์รัฐมาเลเซีย

จากความพยายามขององค์กรต่าง ๆ ของชาวมุสลิมในการที่จะจัดตั้งสถาบันการเงินที่ให้บริการ โดยไม่มีระบบดอกเบี้ยเข้ามาเกี่ยวข้องในรูปแบบต่าง ๆ ในอดีตแม้ว่าจะไม่ประสบความสำเร็จ

¹⁰ มูญาฮิด, แนะนำศาสนาอิสลาม, หน้า 36.

ในการขยายและพัฒนาเพื่อให้บริการแก่ชาวมุสลิมในวงกว้าง แต่จากการริเริ่มศึกษาและทดลองปฏิบัติดังกล่าวทำให้ชาวมุสลิมได้ประสบการณ์ในการจัดการทางการเงินและเตรียมความพร้อมสำหรับการบริหารสถาบันทางการเงิน ประกอบกับการที่สภาพการทางเศรษฐกิจของประเทศไทยในปัจจุบันได้เติบโตขึ้นอย่างมากและเมื่อเมืองได้ขยายตัว ความต้องการที่ดินเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยก็ได้ขยายตัวตามไปด้วย ทำให้ชาวมุสลิมซึ่งส่วนใหญ่เป็นเจ้าของที่ดินมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีขึ้นจากการขายที่ดิน ดังนั้น จากการพิจารณาถึงความพร้อมในเรื่องของความตื่นตัวในการจัดตั้งธนาคารเพื่อจะได้ปฏิบัติตามที่ถูกต้องตามหลักคำสอนของศาสนา ความพร้อมทางค่านิยมคุณากรที่มีความรู้ความสามารถเกี่ยวกับการจัดการทางการเงิน และสภาพทางเศรษฐกิจของชาวมุสลิมโดยรวม ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจึงสมควรที่จะได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อสนองความต้องการของชาวมุสลิม ในบทนี้ ผู้เขียนจะได้นำรูปแบบของการจัดตั้งและการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในต่างประเทศ มาเป็นตัวอย่างในการศึกษาวิเคราะห์ว่า หากมีนารูปแบบของการจัดตั้งและการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทย ซึ่งยังคงใช้ระบบการธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไปที่มีระบบดอกเบี้ยเป็นพื้นฐานในการประกอบธุรกิจของธนาคาร จะมีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใด รวมทั้งกฎหมายที่มีอยู่จะเอื้ออำนวย หรือเป็นอุปสรรคต่อการจัดตั้งและการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยดังกล่าวหรือไม่

ปัญหาทางกฎหมายในการติดต่อสัมพันธ์กับธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในต่างประเทศ

ในปัจจุบันยังไม่ได้มีการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยขึ้นในประเทศไทย ดังนั้นการที่บุคคลองค์กรธุรกิจ หรือองค์กรของรัฐ จะเข้าไปมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์ทางธุรกิจกับธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้ก็ต่อเมื่อได้มีการทำธุรกิจกับต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการติดต่อค้าขายกับประเทศที่มีระบบธนาคารไม่มีดอกเบี้ย เช่น สาธารณรัฐอิสลามแห่งอิหร่าน สาธารณรัฐอิสลามแห่งปากีสถาน ประเทศในกลุ่มอาหรับ รวมทั้งการติดต่อระหว่างชาวมุสลิมในจังหวัดชายแดนภาคใต้ของประเทศไทย กับธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยสหพันธรัฐมาเลเซีย รูปแบบการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหรือองค์กรในประเทศไทยกับธนาคารไม่มีดอกเบี้ยอาจดำเนินการได้โดยวิธีการดังต่อไปนี้

1. การร่วมลงทุนในธนาคารไม่มีดอกเบี้ย

การเข้าร่วมลงทุนในธนาคารไม่มีดอกเบี้ยอาจทำได้โดยวิธีการดังต่อไปนี้

1.1 การเข้าถือหุ้นในธนาคารไม่มีดอกเบี้ย

บุคคลหรือองค์กรในประเทศไทยอาจเข้าถือหุ้นร่วมกับธนาคารเพื่อร่วมประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในต่างประเทศ ซึ่งโดยปกติแล้ว ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในต่างประเทศจะจัดตั้งในรูปแบบของบริษัทจำกัด ดังนั้น หากนักลงทุนในประเทศไทยประสงค์จะ

เข้าร่วมลงทุนก็อาจทำได้ โดยการเข้าซื้อหุ้นของบริษัทหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทตามแต่กรณี ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศที่จัดตั้งธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยและเงื่อนไขของธนาคารว่าจะมีวิธีการในการเข้าถือหุ้นในธนาคารได้อย่างไร การลงทุนถือหุ้นในธนาคารไม่มีดอกเบี้ยไม่ว่าจะโดยการเข้าไปถือหุ้นในธนาคารที่จัดตั้งในรูปแบบบริษัทจำกัด หรือโดยการเข้าถือหุ้นในธนาคารที่จัดตั้งขึ้นตามแบบหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบ (Musharika al-Inan) ก็ตาม ผู้ถือหุ้นจะมีความรับผิดชอบจำกัดตามจำนวนเงินที่ลงทุน การแบ่งปันผลกำไรขาดทุนก็จะใช้ระบบเงินปันผลจากกำไร และหักออกจากส่วนของผู้ถือหุ้นเมื่อขาดทุน ซึ่งระบบนี้เป็นหลักการตามกฎหมายอิสลามในเรื่องการแบ่งปันผลกำไรขาดทุน (Profit and Loss Sharing) การลงทุนในธนาคารไม่มีดอกเบี้ยตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม ผู้ลงทุนจะต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจของธนาคารอย่างชัดเจน เนื่องจากการประกอบธุรกิจของธนาคารจะดำเนินการเฉพาะในธุรกิจที่ถูกต้องตามหลักกฎหมายอิสลามเท่านั้น การประกอบธุรกิจบางประเภทจึงอาจจะถูกจำกัดได้ นอกจากนี้แล้ว ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยนอกจากจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของธนาคารกลางแล้ว ธนาคารยังต้องอยู่ในความควบคุมดูแลของคณะกรรมการด้านศาสนาเพื่อวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นการประกอบธุรกิจของธนาคารว่าถูกต้องตามหลักศาสนาและหลักกฎหมายของอิสลามอีกชั้นหนึ่งด้วย

1.2 การลงทุน โดยการซื้อตราสาร

ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะมีวิธีการระดมทุนเพื่อนำเงินมาใช้ในการลงทุน โดยการออกตราสารเพื่อการลงทุน (Participation Term Certificate) หรือตราสารร่วมลงทุน (Mudaraba Certificate) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโครงการที่ต้องใช้เงินเป็นจำนวนมาก ธนาคารจะออกตราสารจำหน่ายแก่ประชาชน ในกรณีนี้ ผู้ซื้อตราสารจะมีฐานะเป็นผู้ลงทุนและธนาคารเป็นผู้จัดการบริหารเงินทุนดังกล่าวซึ่งเป็นไปตามหลักการร่วมลงทุน (Mudaraba) ดังนั้น ผู้ที่ประสงค์จะลงทุนกับธนาคารโดยเฉพาะเจาะจงในโครงการใดโครงการหนึ่งก็อาจจะเข้าซื้อตราสารดังกล่าวได้ กรณีเช่นนี้ธนาคารจะตกลงเกี่ยวกับค่าตอบแทนในการบริหารหรือจัดการกองทุนตามเงื่อนไขแห่งการเสนอขายตราสารนั้น ผลตอบแทนที่ได้รับจากการลงทุนในธนาคารไม่มีดอกเบี้ยตามสองวิธีดังกล่าวข้างต้น จะได้รับในรูปแบบของเงินปันผลจากการประกอบธุรกิจในต่างประเทศ ซึ่งจะถือเป็นเงินได้จากต่างประเทศ หากผู้มีเงินได้ในฐานะบุคคลธรรมดาไม่นำเงินได้เหล่านั้นกลับมายังประเทศไทย ผู้มีเงินได้จากเงินปันผลดังกล่าวก็ไม่ต้องนำเงินได้ดังกล่าวมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีกับรายได้จากแหล่งอื่น หากผู้มีเงินได้ได้นำเงินได้จากเงินปันผลเข้ามาในประเทศไทย ผู้มีเงินได้มีหน้าที่ที่จะต้องนำเงินได้ดังกล่าวไปรวมคำนวณกับรายได้อื่นเพื่อเสียภาษีต่อไป เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ได้รับเงินปันผลจากการร่วมลงทุนในธนาคารไม่มีดอกเบี้ยของประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทย ผู้มีเงินได้ก็สามารถที่จะนำภาษีที่ไ้ชำระไว้ในต่างประเทศมาขอเครดิตภาษีได้ แต่ในกรณีที่ผู้ลงทุนเป็นองค์กรที่มีสภาพ

ทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย เมื่อได้รับเงินปันผลจากการลงทุนในธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในต่างประเทศ นิติบุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ที่จะต้องนำเงินปันผลที่ได้รับมารวมคำนวณกำไรขาดทุนกับรายได้อื่น โดยไม่คำนึงว่าจะมีการนำเงินปันผลดังกล่าวเข้ามาในประเทศไทยหรือไม่ในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น และอาจได้รับเครดิตภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อนด้วย

2. การฝากเงินกับธนาคารไม่มีดอกเบี้ย¹¹

ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้แบ่งบัญชีเงินฝากออกเป็น 2 ประเภทคือประเภทบัญชีเงินฝากแบบที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถามและบัญชีเงินฝากเพื่อการลงทุน ดังนั้น ผู้ที่จะใช้บริการของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยสามารถที่จะใช้บริการฝากทรัพย์ได้ โดยจะแยกพิจารณา ดังนี้

2.1 บัญชีเงินฝากแบบที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถาม ประกอบด้วยบัญชีเพื่อการออมทรัพย์และบัญชีกระแสรายวัน การฝากเงินประเภทนี้ ธนาคารจะไม่จ่ายค่าตอบแทนจากการฝากเงินหรือดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฝาก แต่จะคิดค่าบริการจากผู้ฝากเพื่อเป็นค่าธรรมเนียมในการเก็บรักษาเงิน อย่างไรก็ตาม ธนาคารอาจจะจ่ายค่าตอบแทนการฝากเงินให้กับผู้ฝากได้ในกรณีที่ผู้ฝากได้ทำข้อตกลงกับธนาคารให้ธนาคารสามารถนำเงินที่ตนฝากไปใช้ในกิจการของธนาคารได้ ทั้งนี้ ธนาคารจะต้องเข้ารับประกันว่าตนสามารถที่จะชำระคืนเงินฝากได้ตามจำนวนที่ได้ฝากไว้เมื่อผู้ฝากต้องการ การจ่ายค่าตอบแทนในลักษณะนี้จะไม่ถือว่าเป็นการจ่ายดอกเบี้ยแต่อย่างใดเนื่องจากไม่มีการกำหนดจำนวนค่าตอบแทนที่แน่นอนและไม่ผูกพันธนาคารที่จะจ่ายค่าตอบแทนดังกล่าว

2.2 บัญชีเงินฝากเพื่อการลงทุน การฝากเงินประเภทนี้ ผู้ฝากจะเข้าทำสัญญากับธนาคาร โดยยินยอมให้ธนาคารนำเงินฝากดังกล่าวไปลงทุน โดยผู้ฝากจะต้องรับผลกำไรขาดทุนจากกิจการที่ธนาคารนำเงินนั้นไปลงทุน ในกรณีที่กิจการมีผลกำไร ผู้ฝากก็จะได้รับส่วนแบ่งผลกำไรตามสัดส่วนที่ได้ตกลงไว้กับธนาคาร

ผู้ที่ได้รับส่วนแบ่งผลกำไรจากการฝากเงินในบัญชีดังกล่าวนี้ จะมีหน้าที่เสียภาษีเช่นเดียวกับการได้รับเงินปันผลจากการลงทุนในกิจการประเภทอื่นทั่วไป กรณีผู้ฝากเงินบัญชีเพื่อการลงทุน เป็นบุคคลธรรมดาจะเสียภาษีเมื่อนำเงินปันผลซึ่งเป็นเงินได้จากส่วนแบ่งกำไรเนื่องจากกิจการในต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทย และบุคคลดังกล่าวอยู่ในประเทศไทยรวมถึง 180 วัน ในกรณีที่ผู้ฝากเงินบัญชีเพื่อการลงทุนเป็นนิติบุคคล นิติบุคคลนั้นจะต้องนำเงินปันผลที่ได้รับจาก

¹¹ Ingo Karsten, "Islam and Financial Intermediation," *IMF Staff Papers*, 29 (March 1982): p. 114-115.

ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยมารวมเป็นเงินใดเพื่อเสียภาษีในปีภาษีดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตามหากประเทศไทยมีข้อตกลงว่าด้วยการเว้นภาษีซ้อนระหว่างประเทศ ก็จะได้สิทธิตามข้อตกลงนั้น

การนำเงินไปฝากในบัญชีของธนาคารในต่างประเทศหรือการนำเงินไปลงทุนเพื่อธุรกิจในต่างประเทศ ผู้ที่นำเงินออกนอกประเทศจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา พ.ศ. 2485 ซึ่งกำหนดให้การนำเงินตราไปลงทุนในกิจการต่างประเทศจะต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราเสียก่อน โดยผู้ประสงค์จะนำเงินออกนอกประเทศเพื่อการลงทุนในกิจการต่างประเทศ จะต้องยื่นคำขอตามแบบ ธ.ศ. 5 ขอซื้อหรือแลกเปลี่ยนเงินต่อธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นเจ้าพนักงานควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยยื่นผ่านธนาคารพาณิชย์ซึ่งเป็นผู้แทนรับอนุญาต ในกรณีที่จำนวนเงินที่แลกเปลี่ยนหรือซื้อเพื่อใช้ในการลงทุนเกินกว่าปีละ 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา หรือเทียบเท่าตามอัตราตลาดแต่ไม่เกินปีละ 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกาตามอัตราตลาด ธนาคารซึ่งเป็นผู้แทนรับอนุญาตจากเจ้าพนักงานแลกเปลี่ยนเงินตรา สามารถที่จะพิจารณาอนุมัติให้ทำการซื้อหรือแลกเปลี่ยนเงินตราเพื่อการลงทุนดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ตามประกาศเจ้าพนักงานควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา เรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินตรา (ฉบับที่ 3) ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2537

3. การให้บริการสินเชื่อจากธนาคารไม่มีดอกเบี้ย

ผู้ที่ประกอบธุรกิจที่จะต้องติดต่อสัมพันธ์กับประเทศที่ไร้ระบบธนาคารไม่มีดอกเบี้ย เช่น ประเทศสาธารณรัฐอิสลามแห่งอิหร่าน สาธารณรัฐอิสลามแห่งปากีสถาน ผู้ที่ประกอบธุรกิจอาจต้องใช้บริการของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในการให้สินเชื่อในการประกอบธุรกิจไม่ว่าโดยการนำเข้าหรือส่งออกสินค้า การซื้อขายเครื่องจักรและวัตถุดิบเพื่อการผลิต การให้สินเชื่อของธนาคารอาจแบ่งได้ดังนี้

3.1 การซื้อสินค้าโดยการให้สินเชื่อแบบบวกเพิ่มราคา (Murabaha)

วิธีการซื้อสินค้าแบบบวกเพิ่มราคา ผู้ซื้อสินค้าในประเทศไทย อาจจะขอสินเชื่อจากธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ซึ่งโดยปกติแล้ว ผู้ผลิตสินค้าในประเทศที่มีระบบธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะเป็นผู้ให้การสนับสนุนการจำหน่ายสินค้าดังกล่าว เมื่อผู้ซื้อสินค้าในประเทศไทยแสดงความจำนงที่จะซื้อสินค้า โดยใช้บริการสินเชื่อแบบบวกเพิ่มราคาสินค้า เมื่อธนาคารได้อนุมัติคำขอให้สินเชื่อดังกล่าวแล้ว ธนาคารจะจัดซื้อสินค้าจากผู้ผลิตในประเทศที่ตั้งของธนาคารและนำสินค้าดังกล่าวมาจำหน่ายให้แก่ผู้ขอสินเชื่อต่อไปในราคาที่บวกกำไร ธนาคารจะตกลงวิธีการชำระราคาให้ผู้ขอสินเชื่อแบ่งชำระราคาแก่ธนาคารเป็นงวด ๆ การให้บริการของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยดังกล่าวจะเป็นการสนับสนุนให้ผู้ซื้อสินค้าสามารถที่จะซื้อสินค้าจากประเทศที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยดังอยู่ได้โดย

สะดวก การดำเนินการของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับการดำเนินการของธนาคารเพื่อการนำเข้าและส่งออก (Exim Bank) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการนำเข้าและส่งออกสินค้าของประเทศ

ประเด็นที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในรูปแบบนี้คือการที่ผู้ซื้อสินค้าต้องจ่ายค่าสินค้าเพิ่มขึ้นจากราคาสินค้าปกติ ส่วนที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวจะถือเป็นดอกเบี้ยหรือกำไร เนื่องจากผลของการพิจารณาเกี่ยวกับการโอนเงินออกไปยังต่างประเทศระหว่างกำไรจากการซื้อขายสินค้ากับดอกเบี้ยจากการกู้ยืมจะมีผลให้ผู้ส่งเงินออกนอกประเทศมีหน้าที่ตามกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ในการส่งดอกเบี้ยให้แก่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ หากนิติบุคคลดังกล่าวไม่มีสถานประกอบการ ลูกจ้าง หรือผู้ทำการแทนในประเทศไทย และเป็นเหตุให้ได้รับเงินได้ดังกล่าวแล้ว ผู้ส่งเงินออกนอกประเทศเพื่อชำระเป็นค่าดอกเบี้ยจะต้องหักภาษีเงินได้จากดอกเบี้ยที่ส่งออกนอกประเทศ ซึ่งเป็นเงินได้ตามมาตรา 40 (4) ในอัตราร้อยละ 15 และนำส่งกรมสรรพากร แต่ในกรณีที่ส่งเงินออกเป็นค่าสินค้า ผู้ส่งเงินออกไม่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายแต่อย่างใด การพิจารณาว่าส่วนเพิ่มของราคาสินค้า เป็นดอกเบี้ยหรือกำไรมีวิธีพิจารณาดังต่อไปนี้

3.1.1 สัญญาระหว่างธนาคารกับผู้ซื้อสินค้า

การซื้อขายสินค้าตามหลักกฎหมายอิสลามเกิดขึ้นโดยคำเสนอสนองที่ถูกต้องตรงกันระหว่างธนาคารไม่มีดอกเบี้ยกับผู้ซื้อสินค้าเพื่อซื้อสินค้า ซึ่งจะต้องทำสัญญาต่อกันเป็นหนังสือ¹² สัญญาซื้อขายดังกล่าวจะประกอบด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้า เช่น ราคาของสินค้าที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้จัดซื้อจากผู้ผลิตหรือผู้ขายสินค้า และราคาสินค้าที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยนำมาขายให้กับผู้ซื้อสินค้าซึ่งจะเป็นราคาที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้บวกกำไรเข้าไปในราคาสินค้าแล้ว วิธีการชำระราคาสินค้า การส่งมอบสินค้า ความรับผิดชอบในชำรุดบกพร่องของสินค้า เป็นต้น ถึงแม้ว่าสัญญาซื้อขายสินค้าแบบบวกกำไรเข้าไปในราคาสินค้าระหว่างธนาคารไม่มีดอกเบี้ยกับผู้ซื้อสินค้าจะเป็นการทำ ความตกลงกันภายใต้หลักกฎหมายอิสลามก็ตาม ข้อสัญญาดังกล่าวก็สามารถที่จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับในฐานะที่เป็นนิติกรรมสัญญาประเภทหนึ่งได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยว่าด้วยนิติกรรม โดยยอมรับการทำนิติกรรมสัญญา

¹² มุณีร มุฮัมมัด, กฎหมายอิสลาม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สายสัมพันธ์, 2521),

ที่ชอบด้วยกฎหมายและเกิดจากความตกลงโดยสมัครใจของคู่สัญญา (ปพพ. มาตรา 149) * และสัญญาดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (มาตรา 150) ** และถึงแม้ว่านิติกรรมสัญญานั้นจะไต่ทำขึ้นเป็นการแตกต่างกับที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่หากไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว นิติกรรมสัญญานั้นก็สามารถที่จะใช้บังคับได้ (มาตรา 151) *** ซึ่งเมื่อพิจารณาสัญญาซื้อขายที่บวกกำไรเข้าไปในราคาสินค้าดังกล่าวแล้ว พบว่าเป็นความตกลงอย่างหนึ่งระหว่างคู่สัญญาซึ่งทำขึ้น โดยความสมัครใจระหว่างธนาคารไม่มีดอกเบี้ยกับผู้ซื้อสินค้า โดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดหาสินค้าให้แก่ผู้ซื้อสินค้า ซึ่งไม่เป็นการต้องห้ามโดยกฎหมาย ไม่เป็นการพันวิสัยที่คู่สัญญาจะปฏิบัติได้ และไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย และถึงแม้ว่าสัญญาดังกล่าวจะให้หลักกฎหมายอิสลามในการทำสัญญาซึ่งแตกต่างไปจากสัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ แต่เนื่องจากสัญญาดังกล่าวไม่เป็นการต้องห้ามโดยกฎหมายเกี่ยวกับสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาดังกล่าวจึงสามารถใช้บังคับได้ ในส่วนของการบวกกำไรเข้าไปในราคาสินค้าก็เป็นเพียงวิธีการในการกำหนดราคาสินค้าที่คู่สัญญาจะไต่ซื้อขายกัน โดยผู้ซื้อสินค้า (ผู้ซื้อตามสัญญา) ตกลงที่จะซื้อสินค้าในราคาที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยบวกกำไรที่ธนาคารควรจะได้รับเข้าไว้ การกำหนดราคาสินค้าที่ซื้อขายโดยวิธีการดังกล่าวก็ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย และไม่เป็นการขัดกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในลักษณะซื้อขาย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขายดังกล่าวไม่ได้กำหนดเรื่องวิธีการและหลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาของสินค้าที่คู่สัญญาจะทำการซื้อขายกัน โดยเปิดช่องให้เป็นประเด็นที่คู่สัญญาสามารถที่จะทำการเจรจาต่อรองและตกลงกันได้ ดังนั้น สัญญาซื้อขายที่บวกกำไรเข้าไปในราคาสินค้าดังกล่าว จึงเข้าลักษณะเป็นนิติ

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 “นิติกรรมหมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิ”

** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

*** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้าไม่ใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนการนั้นไม่เป็นโมฆะ”

กรรมอย่างหนึ่งตามกฎหมายไทยและสามารถที่จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาปรับใช้ได้

การพิจารณาว่าสัญญาซื้อขายแบบบวกกำไรเข้าไปในราคาสินค้าดังกล่าวเป็นสัญญาซื้อขายสินค้า หรือสัญญากู้ยืมเงิน สามารถพิจารณาข้อแตกต่างที่สำคัญได้ดังนี้

-สัญญาซื้อขายสินค้าแบบบวกกำไรเข้าไปในราคาสินค้าตามกฎหมายอิสลาม ธนาคารไม่มีดอกเบี้ย (ผู้ขายสินค้า) จะต้องแสดงราคาสินค้าที่แท้จริงและส่วนของกำไรที่ตนจะได้รับไว้ในสัญญาด้วย

-สัญญาซื้อขายสินค้าแบบบวกกำไรเข้าไปในราคาสินค้า จะระบุเงื่อนไขเกี่ยวกับวิธีการซื้อขาย วิธีการชำระเงิน และวิธีการในการส่งมอบสินค้า ซึ่งเป็นที่ตกลงกันระหว่างคู่สัญญาไว้ด้วย

จะเห็นได้ว่าสัญญาซื้อขายสินค้าแบบการบวกกำไรเข้าไปในราคาสินค้ามีข้อแตกต่างกับการกู้ยืมเงินทั่วไป ซึ่งจะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับจำนวนเงินต้นที่กู้ยืม อัตราดอกเบี้ยที่ผู้กู้จะต้องชำระให้แก่ผู้ให้กู้ และเงื่อนไขในการชำระเงินคืนแก่ผู้ให้กู้เป็นสำคัญ โดยไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับการส่งมอบสินค้า ความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของสินค้า และเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายสินค้า ดังนั้น จึงสามารถที่จะแสดงได้ว่าจำนวนเงินส่วนต่างที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้รับเป็นผลกำไรจากการซื้อขายสินค้าปกติ ไม่ใช่เป็นการคิดดอกเบี้ยจากการกู้ยืมเงิน

3.1.2 พิจารณาจากวิธีการคำนวณกำไรที่บวกเข้าไปในราคาของสินค้า

การซื้อขายสินค้าที่ผู้ขายได้บวกกำไรเข้าไปในราคาของสินค้า (Murabaha) จะไม่อยู่บนพื้นฐานของการคิดดอกเบี้ย กล่าวคือ การคิดดอกเบี้ยจะมีองค์ประกอบเรื่องอัตราดอกเบี้ย(ซึ่งจะอยู่ภายใต้การควบคุมของธนาคารกลางไม่ให้มีการคิดดอกเบี้ยในอัตราที่สูงเกินสมควร) และระยะเวลาในการชำระคืนเงินกู้ยืมเป็นพื้นฐาน แต่ในการบวกกำไรเข้าไปในราคาสินค้าของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย จะพิจารณาจากความต้องการสินค้าของผู้ซื้อสินค้าเป็นสำคัญ ซึ่งผู้ซื้อสินค้าเชื่อสามารถที่จะชี้แจงต่อกรมสรรพากรได้ว่า เงินจำนวนดังกล่าวไม่ใช่ดอกเบี้ยเมื่อพิจารณาจากการคิดดอกเบี้ยตามอัตราตลาดการเงินในขณะนั้นได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผลลัพธ์จากการคำนวณดอกเบี้ยและการคำนวณกำไรที่บวกเพิ่มในราคาสินค้ามีจำนวนเท่ากัน การที่จะพิจารณาว่าส่วนต่างของราคาสินค้าดังกล่าวเป็นดอกเบี้ยหรือกำไรก็จะต้องนำประเด็นอื่น ๆ ของสัญญาซื้อขายแบบบวกกำไรเข้าไปในราคาสินค้ามาพิจารณาประกอบกันไปด้วย เช่น เงื่อนไขเรื่องการรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของสินค้า เงื่อนไขเรื่องการส่งมอบสินค้า ซึ่งจะแสดงให้เห็นชัดเจนยิ่งขึ้นว่า เป็นการซื้อขายไม่ใช่การกู้ยืมเงิน และจะเป็นเหตุผลสนับสนุนได้ว่าส่วนต่างที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้รับดังกล่าวนั้นเป็นกำไรจากการขายสินค้าไม่ใช่ดอกเบี้ยจากการกู้ยืม

3.1.3 พิจารณาตามกฎหมาย

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้นิยามความหมายของคอกเบี้ยว่า “ค่าตอบแทนที่บุคคลหนึ่งต้องชำระให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเพื่อการได้ใช้เงินของบุคคลนั้น หรือเพื่อทดแทนการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง”¹³ ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งได้บัญญัติเกี่ยวกับการกู้ยืมเงินและการคิดดอกเบี้ยไว้ในลักษณะ 9 หมวดที่ 2 ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่าคอกเบี้ยไว้โดยตรง แต่อาจสรุปได้ว่า คอกเบี้ยคือค่าตอบแทนที่ผู้ยืมเงินให้แก่ผู้ให้ยืมเพื่อตอบแทนการที่ตนได้ใช้หรือได้รับจากเงินที่ได้ยืมไป¹⁴ คอกเบี้ยตามกฎหมายเป็นดอกเบี้ยโดยนิตินัยชนิดหนึ่ง กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะว่าต้องเป็นเงินตราอย่างเดียว อาจจะชำระกันด้วยทรัพย์สินอย่างอื่นแทนเงินตราได้ ในกรณีที่ชำระด้วยทรัพย์สินอื่น กฎหมายให้ถือเอาราคาของทรัพย์สินในท้องตลาดในเวลาและสถานที่ที่ส่งมอบเป็นเกณฑ์ในการคิดมูลค่าของสินค้า และในเรื่องการกู้ยืมเงิน คู่สัญญาจะตกลงกันคิดคอกเบี้ยหรือไม่ก็ได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 654 ได้กำหนดอัตราคอกเบี้ยขั้นสูงไว้ว่าให้คิดได้ไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี ในกรณีที่ได้กำหนดอัตราคอกเบี้ยสูงกว่านั้น ก็ให้ลดลงมาเป็นอัตราร้อยละ 15 ต่อปี ผู้ที่ฝ่าฝืนจะมีความผิดในฐานะการเรียกคอกเบี้ยเกินอัตรา มีโทษทางอาญาจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท (มาตรา 3 พระราชบัญญัติห้ามเรียกคอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2475) เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ให้กู้เป็นสถาบันการเงิน จะมีพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ปีพ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติเงินทุนหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 กำหนดอัตราคอกเบี้ยที่ธนาคารพาณิชย์สามารถเรียกเก็บจากผู้กู้ได้ต่างหากเป็นการเฉพาะ การกำหนดอัตราคอกเบี้ยไว้เกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปีของผู้ให้กู้ที่ไม่ใช่สถาบันการเงินที่กฎหมายอนุญาตให้เรียกเก็บคอกเบี้ยเป็นการเฉพาะแล้ว ศาลได้มีคำพิพากษาฎีกาว่า ข้อตกลงในเรื่องการเรียกคอกเบี้ยเกินอัตราดังกล่าวเป็นโมฆะ เนื่องจากข้อตกลงดังกล่าวขัดกับความสงบเรียบร้อย ผู้ให้กู้สามารถที่จะฟ้องบังคับเรียกให้ผู้ชำระได้เฉพาะเงินต้นเท่านั้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 804/2506)

¹³ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า 295.

¹⁴ กมล สนธิเกษตริน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืมและฝากทรัพย์สิน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2521), หน้า 39.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์(แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535) มาตรา 148 วรรค 3 “ดอกเบี้ยนิตินัยหมายความว่า ทรัพย์สินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้มาเป็นครั้งคราวแก่เจ้าทรัพย์จากผู้อื่นเพื่อการที่ได้ใช้ทรัพย์นั้น และสามารถคำนวณและถือเอาได้เป็นรายวันหรือตามระยะเวลาที่กำหนดไว้”

อย่างไรก็ตาม การกู้ยืมเงินเป็นการใช้เงินเปลี่ยนแปลงชนิดหนึ่ง ผู้ให้กู้ อาจไม่เรียกค่าตอบแทนหรือดอกเบี้ยจากผู้กู้ก็ได้ และไม่มีความหมายบังคับให้ต้องมีการเรียกเก็บ ดอกเบี้ย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 7 บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันและไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้โดยนิติกรรมหรือโดยกฎหมายอันชัดแจ้ง ให้ใช้อัตราดอกเบี้ยร้อยละ ครั้งต่อปี” ซึ่งหมายความว่า จะต้องมีการตกลงกันหรือในกรณีที่มีการตกลงไว้ว่าให้ดอกเบี้ย แต่ไม่ได้ กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ ศาลก็อาจพิจารณาให้เรียกดอกเบี้ยได้ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ดังนั้น หากผู้ สัญญาไม่มีการกำหนดให้มีการเก็บดอกเบี้ยกันก็จะเรียกดอกเบี้ยไม่ได้

จากคำจำกัดความของดอกเบี้ยตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 และจากข้อกำหนดดังกล่าว ดอกเบี้ยจะต้องเกิดจากการให้กู้ยืมเงินเท่านั้น การซื้อขายสินค้าใน ราคาที่บวกเพิ่มกำไรไม่อาจถือเป็นดอกเบี้ยได้เพราะไม่มีการกู้ยืมกันในเบื้องต้น เมื่อพิจารณาจากคำขอ สินเชื่อของผู้ซื้อสินค้ากับธนาคารไม่มีดอกเบี้ยตามหลักการซื้อขายสินค้าโดยการบวกเพิ่มกำไรแล้ว ผู้ซื้อ จะต้องแสดงความจำนงที่จะซื้อสินค้าไปยังธนาคารเป็นเบื้องต้นก่อน ไม่ใช่แสดงความจำนงว่าจะขอ กู้ยืมเงินจากธนาคารเพื่อนำไปซื้อสินค้าแต่อย่างใด ในกรณีที่เป็นการกู้ยืม ผู้สัญญาในการดังกล่าวจะ ต้องประกอบด้วยกันสามฝ่ายคือ ผู้ขายสินค้า ผู้ซื้อสินค้าและธนาคารผู้ให้กู้ยืมเงิน ดังนั้น การให้สิน เชื้อโดยวิธีการบวกเพิ่มราคาสินค้าของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ส่วนที่เพิ่มจากราคาสินค้าปกติไม่ถือว่าเป็น ดอกเบี้ยแต่อย่างใด สำหรับการให้สินเชื่อของธนาคารในประเภทอื่น เช่น การทำลีสซิ่ง การขาย สินค้าโดยการจองซื้อ การให้สินเชื่อทางการค้าโดยวิธีการเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตก็จะให้หลักเดียวกัน ในการพิจารณา

4. การให้ความช่วยเหลือทางการเงินของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยต่อเอกชนและองค์กรใน ประเทศไทย

การให้ความช่วยเหลือทางการเงินของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยต่อเอกชนและองค์กร ในประเทศไทยนั้น ในปัจจุบันได้มีธนาคารอิสลามเพื่อการพัฒนา (I.D.B) ได้ให้ความช่วยเหลือทาง ด้านการศึกษาแก่นักศึกษามุสลิมในประเทศไทย โดยในเบื้องต้น ได้แต่งตั้งบุคคลขึ้นทำหน้าที่ เป็นตัวแทนในการคัดเลือกให้ทุนการศึกษาแก่นักศึกษามุสลิมที่ประสงค์จะได้รับทุนการศึกษา ปัจจุบันนี้ได้มีการจัดตั้งมูลนิธิวัฒนธรรมอิสลามเพื่อการศึกษาและการพัฒนา (วทพ.) ขึ้นเพื่อเป็นองค์กร ดำเนินโครงการให้ทุนการศึกษาแก่นักศึกษามุสลิม ทุนการศึกษาส่วนใหญ่จะให้แก่นักศึกษาใน ระดับอุดมศึกษาสาขาทางด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการศึกษา การให้ทุนการ ศึกษาในโครงการนี้ นักศึกษาผู้ได้รับทุนจะต้องจ่ายคืนให้แก่มูลนิธิตามกำลังความสามารถเมื่อจบการ ศึกษาและมีรายได้จากการทำงานแล้ว ทุนการศึกษาของธนาคารอิสลามเพื่อการพัฒนา (I.D.B) ที่ให้ ผ่านมูลนิธิอิสลามเพื่อการศึกษาและการพัฒนา ปัจจุบันได้ให้ความช่วยเหลือทางการเงินโดยให้เปล่าปี

ละ 10-30 ทุนการศึกษา ตามจำนวนนักศึกษาที่ยื่นคำขออนุมัติ การคืนทุนการศึกษาของนักศึกษาที่สำเร็จการศึกษาและมีรายได้แล้วจะเป็นเงินสะสมไว้แก่มูลนิธิโดยไม่ต้องส่งคืนแก่ธนาคารอิสลามเพื่อการพัฒนาแต่อย่างใด การให้เงินช่วยเหลือแบบให้เปล่าถือเป็นการบริจาคเพื่อการกุศล ดังนั้น การดำเนินการดังกล่าวจึงสามารถดำเนินการได้โดยไม่มีข้อห้ามตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามในกรณีที่เอกชนหรือองค์กรต้องการความช่วยเหลือทางการเงินจากธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยโดยขออนุญาตสนับสนุนเพื่อการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด และองค์กรจะทะยอยส่งคืนเงินดังกล่าวแก่ธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยแล้ว การนำเงินเข้ามาลงทุนในกิจการในประเทศไทย ผู้นำเงินเข้ามาลงทุนจะต้องขออนุญาตต่อเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา พ.ศ. 2475 และเมื่อนำเงินทุนออกนอกประเทศโดยไม่มีผลกำไรจากการนำเงินเข้ามาลงทุนดังกล่าวแล้ว ธนาคารผู้นำเงินเข้ามาลงทุนและบุคคลหรือองค์กรผู้รับเงินสนับสนุนที่ส่งคืนทุนดังกล่าวแก่ธนาคารก็ไม่มีภาระภาษีที่จะต้องชำระแต่อย่างใด

5. การลงทุนในประเทศไทยของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ย

ธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยมีวิธีการลงทุน โดยการเข้าร่วมเป็นหุ้นส่วนเพื่อการแบ่งปันผลกำไรขาดทุนระหว่างกัน โดยการเข้าร่วมลงทุน (Mudaraba) การเข้าเป็นหุ้นส่วน (Musharika) และเข้าถือหุ้นในบริษัท การเข้าร่วมลงทุนเพื่อแบ่งปันผลกำไรดังกล่าว ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยสามารถดำเนินการได้โดยวิธีการดังต่อไปนี้

5.1 การเข้าร่วมลงทุน (Mudaraba) และการเข้าเป็นหุ้นส่วน (Musharika)

การเข้าร่วมลงทุนของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยโดยวิธีการนี้ ธนาคารอาจดำเนินการได้ใน 2 รูปแบบคือ การที่ธนาคารเป็นผู้นำเงินมาลงทุนร่วมกับผู้ร่วมลงทุนในประเทศไทย ที่มีฐานะเป็นผู้ประกอบการ โดยธนาคารไม่ได้เข้ามีส่วนร่วมในการบริหารกิจการ ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากรูปแบบการจัดตั้งองค์กรที่มีความรับผิดชอบตามกฎหมายไทยในการร่วมลงทุนกันในลักษณะนี้จะได้กล่าวในหัวข้อปัญหาการจัดตั้งและการประกอบธุรกิจของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยในประเทศไทย (หน้า 125)

5.2 การเข้าร่วมลงทุนโดยการถือหุ้นในบริษัทจำกัด

โดยที่การประกอบกิจการในรูปบริษัทจำกัดเป็นที่อนุมัติตามความเห็นของนักกฎหมายอิสลาม ดังนั้น ในกรณีที่ธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยสามารถเข้าลงทุนโดยการเข้าจ้อซื้อหุ้นเพื่อร่วมจัดตั้งบริษัทเพื่อลงทุนในกิจการที่เป็นที่อนุมัติตามคำสอนของศาสนาอิสลาม หรือการเข้าซื้อหุ้นจากบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นเดิมหรือโดยการเข้าซื้อหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ ผลกำไรที่ธนาคารได้รับจะมีด้วยกัน 2 ประเภทคือ เงินปันผลจากกิจการและผลตอบแทนจากส่วนเกินมูลค่าหุ้น ในกรณีที่มีการจำหน่ายหุ้นออกไปให้แก่บุคคลอื่น ซึ่งโดยปกติธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยจะเข้าร่วมลงทุน

ในระยะสั้นอยู่แล้ว เมื่อกิจการมีความมั่นคงและมีผลกำไร ผู้ประกอบการสามารถที่จะดำเนินธุรกิจได้ด้วยตนเองแล้ว ธนาคารก็จะถอนการลงทุนโดยการจำหน่ายหุ้นให้แก่ผู้ประกอบการอีกฝ่ายหรือแก่บุคคลภายนอกตามแต่จะได้ออกกลางกัน

ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะมีภาระภาษีอันเกิดจากเงินปันผลที่ได้รับจากบริษัทที่เข้าถือหุ้น ซึ่งในการจัดเก็บภาษี บริษัทผู้จ่ายเงินปันผลแก่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะหักภาษีเงินได้นิติบุคคล หัก ณ ที่จ่ายไว้จากจำนวนเงินปันผลหรือส่วนล้ามูลค่าหุ้นในอัตราร้อยละ 10 สำหรับส่วนล้ามูลค่าหุ้นไม่มีภาระภาษีหัก ณ ที่จ่ายแต่อย่างใด (ประมวลรัษฎากร มาตรา 50 (2) (จ)) และเมื่อธนาคารไม่มีดอกเบี้ย จะโอนเงินจำนวนดังกล่าวออกนอกประเทศไทย ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะต้องหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายไว้อีกในอัตราร้อยละ 15 ของเงินปันผลหรือส่วนล้ามูลค่าหุ้นนั้น และนำส่งกรมสรรพากร (ประมวลรัษฎากร มาตรา 70 ทวิ) แต่ในกรณีที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ย มีลูกจ้าง ผู้ทำการแทนหรือสถานประกอบการในประเทศไทยแล้ว ธนาคารไม่มีดอกเบี้ย จะต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลโดยคำนวณจากกำไรสุทธิในอัตราร้อยละ 30 เช่นเดียวกับบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศไทย ในกรณีที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ย จัดตั้งในประเทศที่มีอนุสัญญาว่าด้วยการเว้นภาษีซ้อนเช่น ประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย เมื่อธนาคารไม่มีดอกเบี้ยเข้าถือหุ้นในบริษัทในประเทศไทยไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ก็จะได้รับเครดิตภาษีโดยประเทศไทย และจะเรียกเก็บภาษีเงินได้จากธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้ไม่เกินร้อยละ 15

รูปแบบการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในประเทศไทย

ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้มีการจัดตั้งขึ้นทั้งในประเทศที่ใชกฎหมายอิสลามในการปกครองประเทศ เช่น ประเทศสาธารณรัฐอิสลามแห่งอิหร่าน และประเทศสาธารณรัฐอิสลามแห่งปากีสถาน ซึ่งรูปแบบการจัดตั้งธนาคารอิสลามจะได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาล โดยการจัดตั้งองค์กรเข้าทำการศึกษารูปแบบการจัดตั้ง และองค์กรที่ให้การสนับสนุนการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยดังกล่าว เช่น การให้การสนับสนุนโดยธนาคารของรัฐหรือโดยรัฐบาล แม้แต่ในประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย และประเทศฟิลิปปินส์ การจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยขึ้นในประเทศดังกล่าวก็ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาล¹⁵

* ประมวลรัษฎากรปี พ.ศ. 2481 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 31 ปี พ.ศ. 2534)

¹⁵ Muhamed Ariff, *Islamic Banking in Southeast Asia*, p. 75.

การจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในประเทศไทยนอกจากเป็นการส่งเสริมให้ชาวมุสลิมได้ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจให้ถูกต้องตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลามแล้ว การจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยยังเป็นการระดมเงินออมของชาวมุสลิมภายในประเทศเพื่อนำมาสนับสนุนการลงทุนซึ่งไม่เพียงแต่ช่วยให้การพัฒนาในทางสังคมและเศรษฐกิจแก่ชาวมุสลิมเท่านั้น แต่ยังเป็นการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติโดยรวมด้วย ชาวมุสลิมในประเทศไทยได้ตระหนักถึงความสำคัญของคำสอนของศาสนาและความสำคัญของระบบธนาคาร ดังนั้น องค์กรในศาสนาอิสลามและเอกชนจึงได้พยายามจัดตั้งสถาบันการเงินที่ดำเนินกิจการตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลามขึ้นหลายองค์กรด้วยกัน แต่ไม่สามารถดำเนินการตอบสนองความต้องการในการจัดตั้งเป็นสถาบันการเงินที่สามารถขยายและให้บริการทางการเงินอย่างครบถ้วนได้ เนื่องจากรูปแบบการจัดตั้งองค์กรเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย รูปแบบขององค์กรที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการทางการเงินแทนการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยมีดังต่อไปนี้

1. สหกรณ์ออมทรัพย์

สถาบันการเงินที่ชาวมุสลิมหลายองค์กรได้พยายามจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ให้บริการทั้งในการรับฝากเงินและให้บริการสินเชื่อแก่สมาชิกขององค์กรและชุมชนที่เลียนแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยคือ สหกรณ์ออมทรัพย์ การดำเนินงานของสหกรณ์ออมทรัพย์มีรูปแบบและอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2511¹⁶

1.1 การจัดตั้งสหกรณ์ออมทรัพย์

สหกรณ์ออมทรัพย์จะจัดตั้งขึ้นในแบบสหกรณ์จำกัด ซึ่งเกิดจากการที่คณะบุคคลรวมกันไม่น้อยกว่า 10 คนขึ้นไปดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งสหกรณ์ก่อนนายทะเบียนสหกรณ์ ซึ่งตามมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว สหกรณ์จำกัดจะต้องมีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- (1) มีกิจการร่วมกันตามประเภทของสหกรณ์ที่จดทะเบียนและการดำเนินกิจการร่วมกันนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือซึ่งกันและกัน
- (2) ผู้ก่อตั้งต้องเป็นบุคคลธรรมดา ที่บรรลุนิติภาวะ มีคุณสมบัติตามที่กำหนดในข้อบังคับ ประกอบอาชีพตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดและมีความสมัครใจที่จะเป็นสมาชิกของสหกรณ์
- (3) มีทุนแบ่งออกเป็นหุ้นมูลค่าหุ้นละเท่า ๆ กัน และผู้ซึ่งจะเป็นสมาชิกแต่ละคนจะต้องถือหุ้นอย่างน้อยหนึ่งหุ้น

¹⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 1 ตอนที่ 55 (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ 16 มิถุนายน 2511

(4) มีข้อบังคับถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากจะมีองค์ประกอบในการจัดตั้งสหกรณ์จำกัดข้างต้นแล้ว สหกรณ์จะต้องดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 21 ของพรบ.สหกรณ์ ซึ่งสรุปได้ ดังนี้

(1) จัดให้ไ้มา ซื้อ ถิ่นกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง ภูมิม เชา เชาซื้อ รับโอนสิทธิการเช่าหรือสิทธิการเช่าซื้อ จ้างงหรือจ้างนำ ขายหรือจำหน่าย ด้วยวิธีอื่นใดซึ่งทรัพย์สิน

(2) ให้อู ให้อิม ให้เช่า ให้เช่าซื้อ ให้สินเชื่อ โอน รับจ้างงหรือรับจ้างนำซึ่งทรัพย์สินแก่สมาชิกหรือของสมาชิก

(3) ให้สหกรณ์อื่นภูมิมเงิน โดยได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียนสหกรณ์

(4) ค้ำประกันเงินกูหรือสินเชื่อของสมาชิกรวมทั้งค้ำประกันการให้เช่าซื้อหรือให้อิมทรัพย์สินแก่สมาชิก

(5) รับฝากเงินประเภทออมทรัพย์ หรือฝากประจำจากสมาชิกได้ตามระเบียบของสหกรณ์ที่ได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียนสหกรณ์

(6) ซื้อหุ้นของธนาคาร ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่สหกรณ์

(7) ซื้อหุ้นหรือหุ้นกูของชุมนุมสหกรณ์

(8) ซื้อหุ้นของสหกรณ์อื่น หรือของสถาบันการเงินซึ่งประกอบธุรกิจอันทำให้เกิดความสะดวกหรือส่งเสริมความเจริญแก่กิจการของสหกรณ์ โดยได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียนสหกรณ์

(9) ดำเนินธุรกิจการค้าเพื่อประโยชน์ของสมาชิก

(10) ให้การสงเคราะห์ตามสมควรแก่สมาชิกและครอบครัวที่ต้องภัยพิบัติเกี่ยวกับอาชีพ

(11) ให้ความช่วยเหลือทางวิชาการแก่สมาชิก

(12) ขอหรือรับความช่วยเหลือทางวิชาการจากทางราชการ หน่วยงานของต่างประเทศหรือบุคคลอื่นใด ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามนโยบายหรือแนวทางในการดำเนินงานตามที่นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด

(13) ดำเนินกิจการอย่างอื่นบรรดาที่เกี่ยวข้อง ในการจัดให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของสหกรณ์

จากวัตถุประสงค์ดังกล่าว กฎหมายยังกำหนดควบคุมการกู้ยืมเงินของสหกรณ์จำกัดไว้โดยให้กู้ยืมเงินหรือค้ำประกันได้ในวงเงินจำกัดตามที่นายทะเบียนสหกรณ์เห็นชอบเท่านั้น (มาตรา 22) และในส่วนของ การนำเงินไปลงทุน กฎหมายยังได้ควบคุมการลงทุนของสหกรณ์ไว้อีกโดยกำหนดให้สหกรณ์ฝากหรือลงทุนได้ในกิจการ (มาตรา 33) ดังต่อไปนี้

- (1) ฝากเงินในธนาคาร ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่สหกรณ์หรือธนาคารออมสินหรือขุมนุมสหกรณ์
- (2) ฝากเงินในสหกรณ์อื่น หรือธนาคารใด ๆ ในกรณีที่ไม่มีธนาคารตาม (1) ในท้องถิ่นนั้น โดยได้รับความเห็นชอบจากนายทะเบียนสหกรณ์
- (3) ซื้อหลักทรัพย์ของรัฐบาล

1.2 ปัญหาจากการดำเนินธุรกิจในรูปแบบสหกรณ์

การที่กฎหมายสหกรณ์ได้กำหนดเกี่ยวกับการจัดตั้ง วัตถุประสงค์ ในการดำเนินธุรกิจ และการลงทุนของธนาคารไว้ในวงจำกัดเนื่องจากเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติสหกรณ์ขึ้นมานั้น เพื่อให้มีการรวมตัวกันของเกษตรกรหรือกลุ่มอาชีพต่าง ๆ ให้มีการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน เกี่ยวกับการจำหน่ายผลิตผล ดังนั้น การที่จะนำสหกรณ์ออมทรัพย์ที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติสหกรณ์พ.ศ. 2511 เป็นรูปแบบของการประกอบกิจการของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยจะเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินกิจการและการขยายตัวขององค์กรดังต่อไปนี้

(1) สหกรณ์ออมทรัพย์ จะให้บริการตามวัตถุประสงค์แก่สมาชิกเท่านั้น แต่วัตถุประสงค์ของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะให้บริการแก่บุคคลทั่วไปโดยไม่จำกัดเฉพาะแต่ผู้เป็นสมาชิก

(2) การดำเนินธุรกิจของสหกรณ์จะอยู่ภายใต้การควบคุมของนายทะเบียนสหกรณ์ แต่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ย การดำเนินธุรกิจจะต้องเป็นไปตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม ดังนั้น องค์กรที่จะเข้ามาควบคุมจึงต้องเป็นองค์กรทางศาสนา รวมทั้ง ในการดำเนินกิจการของธนาคารเป็นองค์กรทางการเงิน ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารกลาง

(3) การรับฝากเงินในบัญชีออมทรัพย์หรือในบัญชีเพื่อการลงทุนของธนาคาร ธนาคารสามารถที่จะนำเงินไปลงทุนเพื่อผลประโยชน์ของธนาคารได้ (สำหรับบัญชีออมทรัพย์จะใช่เพื่อการลงทุนได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้ฝากแล้วเท่านั้น) โดยไม่มีการจำกัดในปริมาณการลงทุนและประเภทของการลงทุน แต่การลงทุนของสหกรณ์จะทำการลงทุนได้เฉพาะกับการฝากเงินกับธนาคารหรือการลงทุนในพันธบัตรเท่านั้น และการลงทุนทั้งสองชนิดเป็นการลงทุนที่อยู่บนพื้นฐานของการคิดดอกเบี้ยซึ่งขัดกับคำสอนของศาสนาอิสลาม

จากเงื่อนไขและข้อจำกัดที่สำคัญของการประกอบธุรกิจของสหกรณ์ออมทรัพย์ ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ทำให้ความพยายามขององค์กรและเอกชนมุสลิมที่ได้จัดตั้งสหกรณ์ขึ้นเพื่อเป็นแหล่งออมทรัพย์และให้ความช่วยเหลือแก่สมาชิกสหกรณ์เพื่อทดแทนการให้บริการของธนาคารพาณิชย์ทั่วไปที่อยู่บนพื้นฐานการคิดดอกเบี้ย จึงไม่ประสบผลสำเร็จในการดำเนินกิจการแบบธนาคารไม่มีดอกเบี้ยเท่าที่ควร แม้ในบางสหกรณ์จะสามารถขยายจำนวนสมาชิกและมีเงินทุนหมุนเวียนในสหกรณ์เป็นจำนวนมากก็ตาม

2. การจัดตั้งเป็นบริษัทเพื่อการลงทุน

นักธุรกิจชาวมุสลิมที่มีปัญหาในการที่จะต้องใช้บริการทางการเงินได้รวมตัวกันโดยได้รับความร่วมมือจากบุคคลและองค์กรในต่างประเทศจัดตั้งบริษัทขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในต่างประเทศ โดยได้ใช้เงินทุนของบริษัทเพื่อการเข้าร่วมลงทุนในกิจการตามวิธีการแบ่งปันผลกำไรขาดทุน เช่น บริษัท อาระเบียไทย อินเวสเมนต์ จำกัด¹⁷ ซึ่งจัดตั้งขึ้นที่กรุงเทพมหานคร การดำเนินการจัดตั้งบริษัทจำกัดขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการระดมทุนเพื่อการลงทุนตามที่ได้มีการดำเนินการมานั้น มีอุปสรรคที่ทำให้ไม่สามารถให้บริการแก่มุสลิมได้อย่างกว้างขวาง อุปสรรคในการดำเนินการของบริษัทเพื่อการลงทุนมีดังนี้

(1) การระดมทุน บริษัทจำกัดจะไม่สามารถระดมทุนจากประชาชนได้เป็นจำนวนมาก ๆ เนื่องจากไม่สามารถออกหนังสือชี้ชวนเพื่อการจำหน่ายหุ้นแก่ประชาชนได้ ซึ่งแตกต่างจากบริษัทมหาชนที่สามารถชี้ชวนให้ประชาชนทั่วไปซื้อหุ้นได้ ในกรณีที่บริษัทต้องนำเงินไปลงทุนในโครงการใดโครงการหนึ่ง บริษัทจะทำได้เพียงการเพิ่มทุนของบริษัทขึ้นเท่านั้น (ในกรณีที่บริษัทไม่ประสงค์จะกู้เงินจากสถาบันการเงิน) ซึ่งสามารถทำได้โดยการออกหุ้นใหม่ ในการขายหุ้นเพิ่มทุนนั้น กฎหมายบังคับว่าจะต้องเสนอขายแก่ผู้ถือหุ้นเดิมก่อน และหากผู้ถือหุ้นเดิมไม่ซื้อ กรรมการจึงจะมีสิทธิซื้อหุ้นดังกล่าวได้ และหากยังมีหุ้นเหลืออยู่ กรรมการอาจนำหุ้นที่เหลืออยู่นั้นไปจำหน่ายให้แก่บุคคลภายนอกได้

(2) สภาพคล่องในการร่วมลงทุน เมื่อผู้ใดเข้าถือหุ้นในบริษัทแล้วจะถอนหุ้นเสียไม่ได้จนกว่าบริษัทจะได้ออกและชำระบัญชีแล้ว ซึ่งหากมีเงินหรือทรัพย์สินเหลือจากการชำระ

¹⁷ Muhammed Ariff, *Islamic Banking in Southeast Asia*, p. 61.

* ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1102

** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1222

บัญชีก็จะคืนให้แก่ผู้ถือหุ้น *** ดังนั้น การลงทุนในบริษัท ผู้ถือหุ้นจะถอนคืนการลงทุนจากบริษัทได้ก็โดยการจำหน่ายหุ้นออกไปให้บุคคลอื่น ซึ่งจะทำให้ขาดสภาพคล่องในการถอนคืนทุน

(3) บริษัทไม่สามารถประกอบธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ เช่น การให้สินเชื่อ การรับฝากเงิน เนื่องจากตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ ผู้ที่จะประกอบการแบบธนาคารพาณิชย์ได้จะต้องเป็นธนาคารตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์เท่านั้น

3. การจัดตั้งองค์กรในลักษณะอื่น

นอกจากการจัดตั้งองค์กรในรูปแบบของสหกรณ์ออมทรัพย์และในรูปแบบของบริษัทเพื่อการลงทุนดังที่ได้อธิบายมาแล้ว ยังมีการรวมตัวกันเพื่อให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่กลุ่มสมาชิกในองค์กรต่าง ๆ มากมายเช่น องค์กรของมัชฌิม ชมรมและสมาคมต่าง ๆ การดำเนินการของกลุ่มต่าง ๆ เหล่านี้ เป็นหน่วยการดำเนินงานขนาดเล็กและให้ความช่วยเหลือกันในวงจำกัด ไม่สามารถที่จะประกอบกิจการที่สนองความต้องการของสังคมมุสลิมได้อย่างเต็มที่

ความพยายามที่จะจัดตั้งองค์กรต่าง ๆ ของสังคมมุสลิมตามที่กล่าวมาแล้ว มีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ร่วมกันในการที่จะปฏิบัติตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลามในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ โดยเฉพาะการที่จะไม่เข้าเกี่ยวข้องกับกิจการที่มีการคิดดอกเบี้ย ซึ่งท่านศาสตราจารย์ มัด (ช.ล.) ได้กล่าวสาบแช่งบุคคลที่กินดอกเบี้ย ตัวแทนของผู้ที่กินดอกเบี้ย ผู้เขียนสัญญาและพยานในเรื่องดอกเบี้ยเอาไว้ โดยบุคคลที่เข้าเกี่ยวข้องจะได้รับผลเท่ากันในการกระทำความผิด¹⁸ ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยขึ้นในประเทศมุสลิมหลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดตั้งธนาคารอิสลามขึ้นในประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย ทำให้ชาวมุสลิมในประเทศไทยเรียกร้องให้มีการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยขึ้นในประเทศไทย และจากการพิจารณากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน รูปแบบของการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยอาจมีรูปแบบดังต่อไปนี้

3.1 รูปแบบของการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ย

โดยที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยเป็นองค์กรธุรกิจที่มีวัตถุประสงค์เพื่อระดมเงินฝาก ให้สินเชื่อ และให้บริการทางการเงินแก่ประชาชนทั่วไป โดยการดำเนินธุรกิจตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม ดังนั้น ธนาคารไม่มีดอกเบี้ย จึงอาจจัดตั้งเป็นสถาบันการเงินเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยพิจารณาจากรูปแบบสถาบันการเงินและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถาบันการเงินต่าง ๆ ได้ดังนี้

*** ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1269

¹⁸ จารึก เจันเจริญ และมุฮัมหมัด พายิบ, นิติศาสตร์อิสลาม มัชฮับชาฟีอี เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ส. วงศ์เสงี่ยม, ไม่ระบุปีที่พิมพ์), หน้า 3.

3.1.1 การจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยตามพระราชบัญญัติการ

ธนาคารพาณิชย์

ผู้ที่ประสงค์จะประกอบการธนาคารพาณิชย์จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี พรบ. ก่อธนาคารพาณิชย์ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2522) ได้กำหนดเกี่ยวกับการจัดตั้งธนาคารพาณิชย์ไว้ดังนี้

ของบริษัทมหาชนจำกัด

(1) จะต้องดำเนินกิจการธนาคารพาณิชย์ ในรูปแบบ

(2) ก่อนที่จะจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด ผู้ขออนุญาตจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเสียก่อน โดยยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐมนตรีซึ่งโดยปกติแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะกำหนดเงื่อนไข หลักเกณฑ์ในการจัดตั้งธนาคารว่าธนาคารจะต้องมีเงินทุนเท่าใด มีการจัดตั้งในบริเวณใด และรูปแบบการกระจายหุ้นในธนาคารจะเป็นอย่างไร ซึ่งคำขออนุญาตจัดตั้งธนาคารจะต้องมีรายละเอียดดังนี้

- ก. จำนวนและมูลค่าของหุ้นแต่ละประเภท
- ข. ชื่อและประวัติของผู้เริ่มก่อการ
- ค. ชื่อของธนาคารพาณิชย์
- ง. เงินฝากที่คาดว่าจะได้ในชั้นแรกรวมทั้งแหล่งที่มา
- จ. แนวทางธุรกิจที่มุ่งประกอบเป็นส่วนสำคัญ
- ฉ. ขอบเขตอำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร
- ช. ชื่อ ประวัติทางการงาน และคุณสมบัติของบุคคลที่

ได้รับการแต่งตั้งเป็นเจ้าหน้าที่บริหาร

(3) เมื่อได้รับอนุญาตแล้ว ต้องนำหลักฐานที่ได้รับอนุญาตนั้น ไปดำเนินการจดทะเบียนเป็นบริษัทมหาชนจำกัด

(4) เมื่อได้จดทะเบียนบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว ผู้ขออนุญาตจะต้องดำเนินการแจ้งการจดทะเบียนเพื่อรับใบอนุญาตประกอบการธนาคารพาณิชย์ต่อไป โดยแนบเอกสารดังต่อไปนี้

จำกัด

- ก. สำเนาใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนบริษัทมหาชน
- ข. สำเนาหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทมหาชนจำกัด
- ค. สำเนารายงานการประชุมจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด
- ง. สำเนาข้อบังคับของบริษัทมหาชนจำกัด

จ. ตำนานทะเบียนหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัด

การจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ในมาตรา 15^{*} ได้ให้นิยามความหมายของบริษัทมหาชนไว้ ซึ่งสามารถแบ่งออกประกอบของบริษัทมหาชนได้ดังนี้

- ก. เป็นบริษัทประเภทซึ่งแบ่งทุนออกเป็นหุ้น
ข. ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินมูลค่าหุ้นที่ต้อง

ชำระ

ค. บริษัทที่มีความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชนโดยระบุมความประสงค์เช่นนั้นไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ

นอกจากเงื่อนไขข้างต้นแล้ว พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ยังกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และมีกรรมการเป็นบุคคลสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของกรรมการทั้งหมด^{**} และผู้ถือหุ้นของธนาคารพาณิชย์จะถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 5 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายแล้วทั้งหมดของธนาคารพาณิชย์ไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรณีผู้ถือหุ้นเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กองทุนฟื้นฟูและพัฒนาาระบบสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารแห่งประเทศไทยหรือนิติบุคคลที่กฎหมายตั้งขึ้นเมื่อมีเหตุจำเป็นต้องแก้ไขฐานะหรือการดำเนินการของธนาคารพาณิชย์^{***}

การกระจายหุ้นไม่ว่าโดยกำหนดสัดส่วนของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย ให้ถือหุ้นอยู่ในธนาคารพาณิชย์เกินกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด การกำหนดให้ผู้ถือหุ้นในธนาคารพาณิชย์ต้องกระจายหุ้นออกไป โดยห้ามบุคคลใดถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 5 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้

ศูนย์วิทยุทรัพยากร

* พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 15 บัญญัติว่า "บริษัทมหาชนจำกัด คือ บริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัด ไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระและบริษัทดังกล่าวได้ระบุมความประสงค์เช่นนั้นไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ"

** พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2535) มาตรา 5 เบญจ

*** พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนด พ.ศ. 2528) มาตรา 5 ทวิ

แล้วทั้งหมดของธนาคารพาณิชย์นั้น ก็เพื่อที่จะให้มีความมั่นคงและเป็นการกระจายรายได้สู่มหาชน

19

เมื่อพิจารณาจากข้อกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งธนาคารพาณิชย์ดังกล่าวข้างต้น และเปรียบเทียบกับรูปแบบการจัดตั้งธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 แล้ว จะเห็นได้ว่า

(1) ธนาคารพาณิชย์และธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยมีลักษณะการจัดตั้งที่เหมือนกัน กล่าวคือ มีการจัดตั้งเป็นรูปบริษัทหรือแบบเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดชอบซึ่งมีการแบ่งทุนออกเป็นหุ้นและผู้ถือหุ้นรับผิดชอบไม่เกินมูลค่าหุ้น

(2) การกำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย แม้รูปแบบของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยจะไม่ได้กำหนดรูปแบบการถือหุ้นไว้ แต่การสนับสนุนให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทยเข้าถือหุ้นในธนาคารพาณิชย์ก็อาจถือได้ว่าเป็นหลักการเดียวกับธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยที่ต้องการระดมเงินออมจากประชาชนในท้องถิ่นมาเพื่อใช้ในการพัฒนาและการลงทุนในท้องถิ่นนั้น ๆ

(3) การกำหนดห้ามผู้ถือหุ้น ถือหุ้นในธนาคารพาณิชย์เกินกว่าร้อยละ 5 ของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการกระจายการลงทุนและป้องกันไม่ให้เกิดการผูกขาดอำนาจการบริหาร หลักการดังกล่าวสามารถที่จะนำไปใช้กับธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยได้เช่นกัน ถึงแม้ว่าจากการศึกษาของนักปราชญ์ผู้เสนอวิธีการจัดตั้งธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ย จะเห็นว่าในระยะแรกของการจัดตั้ง ผู้ถือหุ้นของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยควรมีจำนวนน้อย ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกในการบริหารเนื่องจากระบบการธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยนี้ยังเป็นระบบการธนาคารที่ยังใหม่²⁰ และต่อไปหากธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยสามารถที่จะพัฒนาและก้าวหน้าไปได้ ก็อาจจะนำหลักการเรื่องการควบคุมสัดส่วนการถือหุ้นในธนาคารพาณิชย์มาใช้บังคับได้เช่นเดียวกัน

ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์จะได้ระบุหลักเกณฑ์และวิธีการ ในการจัดตั้งธนาคารพาณิชย์ไว้ แต่ก็ยังเปิดโอกาสให้รัฐมนตรีสามารถที่จะออกประกาศกำหนดเงื่อนไขการขออนุญาตจัดตั้งและการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นได้ ดังนั้น การจัดตั้งธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยขึ้นในประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ ก็สามารถที่จะกระทำได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวได้เปิดช่องทางในการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขไว้ว่าเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ซึ่งหากรัฐมนตรีเห็นสมควรที่จะให้มีเงื่อนไขเพิ่มเติมหรือแตกต่างจากเงื่อนไขที่ใช้อยู่บังคับกับธนาคารพาณิชย์แล้ว ก็สามารถที่จะออกประกาศเปลี่ยนแปลงโดยกำหนดให้ใช้กับธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยขึ้นเป็นการเฉพาะได้เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพในการเริ่มจัดตั้งและในการประกอบธุรกิจของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ย อนึ่ง การจัดตั้งธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยในประเทศไทยควรจะนำ

¹⁹ ภูมิ โชคเหมาะ, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยการธนาคาร, หน้า 107.

²⁰ Nejatullah Siddiqui, *Banking without Interest*, p. 1.

หลักการในการจัดตั้งและการประกอบธุรกิจของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยในประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย มาเป็นแบบอย่างในการจัดตั้ง กล่าวคือ จะต้องจดทะเบียนข้อความไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทด้วยว่า “ธุรกิจทั้งหมดของบริษัทจะต้องดำเนินการตามหลักคำสอนในศาสนาอิสลาม” และระบุในวัตถุประสงค์ด้วยเช่นกันว่า “จะดำเนินธุรกิจธนาคารในทุกประเภทและทุกสาขา การประกอบธุรกิจของบริษัทจะไม่เกี่ยวข้องกับกิจการที่ขัดต่อหลักคำสอนของศาสนาอิสลามในทุกกรณี” และนอกเหนือจากการจัดตั้งองค์กรบริหารในรูปแบบของคณะกรรมการบริษัท เพื่อบริหารกิจการของบริษัทแล้ว การบริหารกิจการของบริษัทจะต้องจัดให้มีคณะกรรมการคานาสาสนาขึ้นคณะหนึ่งเพื่อควบคุมการบริหารกิจการของธนาคารให้เป็นไปตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม

3.1.2 รูปแบบของสถาบันการเงินอื่นที่ไม่ใช่ธนาคารพาณิชย์ กับการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ย

ในฐานะที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยเป็นสถาบันการเงินประเภทหนึ่งและในประเทศไทยมีสถาบันการเงินอื่นที่ไม่ใช่ธนาคารพาณิชย์ ได้มีการจัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะให้ดำเนินธุรกิจเฉพาะอย่างตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งสถาบันการเงินนั้น ดังนั้น เพื่อเปรียบเทียบว่าธนาคารไม่มีดอกเบี้ยสามารถจัดตั้งขึ้นเป็นสถาบันการเงินที่ไม่ใช่ธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายที่มีอยู่ในประเทศไทยได้หรือไม่ จึงจะต้องศึกษาว่ารูปแบบและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งสถาบันการเงินมีรูปแบบและวัตถุประสงค์อย่างไร ซึ่งสถาบันการเงินดังกล่าวมีดังต่อไปนี้

(1) ธนาคารออมสิน เป็นธนาคารที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติธนาคารออมสิน พ.ศ. 2489 รัฐบาลได้จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระดมการออมทรัพย์จากประชาชนเป็นสำคัญ โดยการรับฝากเงินจากผู้ฝากรายย่อยและโดยวิธีการออกสลากออมสิน นอกจากนี้ยังมีการให้บริการเงินฝากกระแสรายวัน และการขายเช็คเดินทาง และในส่วนของการลงทุนของธนาคารออมสิน ก็จะลงทุนโดยการซื้อพันธบัตรรัฐบาลและตั๋วเงินคลัง แต่สำหรับการให้กู้ยืมแก่ประชาชนสำหรับการลงทุน โดยวิธีการให้กู้และการให้กู้ยืมเงินเบิกเกินบัญชี ตลอดจนการซื้อลดตั๋วเงินจะมีการให้บริการน้อยมากเมื่อเทียบกับธนาคารพาณิชย์ทั่วไป²¹

จากรูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารออมสินจะเห็นได้ว่า การจัดตั้งธนาคารออมสินจะจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการส่งเสริมสวัสดิภาพแห่งสังคมในทางทรัพย์สิน โดยการส่งเสริมให้ประชาชนมีการฝากสะสมเงินไว้ใช้จ่าย รัฐบาลก็จะเป็นผู้ส่งเสริมเกี่ยวกับรายได้

²¹ สุรภักษ์ บุญภาคและวณิ ฆอชเกียรติกุล, การเงินและการธนาคาร, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2538), หน้า 165.

ของธนาคารออมสิน โดยการขายพันธบัตรหรือตั๋วเงินคลังแก่ธนาคารออมสินเพื่อให้ธนาคารออมสินมีรายได้อีกเป็นค่าใช้จ่ายและดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฝากเงิน

(2) บริษัทเงินทุนและบริษัทหลักทรัพย์

บริษัทเงินทุน ได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 และบริษัทหลักทรัพย์ได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

บริษัทเงินทุนหมายความถึง ธุรกิจจัดหาซึ่งเงินทุน และใช้เงินนั้นในการประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งแบ่งได้ดังนี้

- กิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์
- กิจการเงินทุนเพื่อการพัฒนา
- กิจการเงินทุนเพื่อการจำหน่ายและการบริโภค
- กิจการเงินทุนเพื่อการเคหะ
- กิจการอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

การจัดตั้งบริษัทเงินทุนจะมีลักษณะใกล้เคียงกับการจัดตั้งธนาคารพาณิชย์ กล่าวคือจะต้องอยู่ในรูปของบริษัทมหาชนจำกัด และต้องขออนุญาตจัดตั้งต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง จึงจะมีสิทธิใช้ชื่อเป็นบริษัทเงินทุนและประกอบกิจการบริษัทเงินทุนข้างต้นได้ การประกอบกิจการของบริษัทเงินทุนก็จะทำได้โดยการให้กู้ยืมและเรียกดอกเบี้ยจากการให้กู้ยืมนั้น เช่น การให้กู้ยืมเงินแก่องค์กรทางธุรกิจทั่วไป การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ การซื้อลดตั๋วเงิน การให้สินเชื่อเพื่อการอยู่อาศัย อย่างไรก็ตาม บริษัทเงินทุนจะไม่สามารถที่จะรับฝากเงินจากประชาชนได้ ดังนั้น การจัดหาเงินทุนในการดำเนินกิจการก็ทำได้โดยการออกตั๋วสัญญาใช้เงินจำหน่ายให้แก่ประชาชนและองค์กรต่าง ๆ

ในส่วนของบริษัทหลักทรัพย์นั้น อาจจัดตั้งขึ้นโดยอยู่ในรูปของบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด และสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น * ซึ่งการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรี โดยคำแนะนำของคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ บริษัทหลักทรัพย์จะประกอบธุรกิจเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ การค้าหลักทรัพย์ การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ การจัดการกองทุนรวม รูปแบบของกิจการบริษัทหลักทรัพย์จะเกี่ยวข้องกับการซื้อหรือขายหลักทรัพย์เท่านั้น

(3) ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร

ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร เป็นรัฐวิสาหกิจ ภายใต้การควบคุมของกระทรวงการคลัง จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร พ.ศ. 2509 ผู้ถือหุ้นของธนาคารได้แก่ กระทรวงการคลัง กลุ่มเกษตรกรและสหกรณ์ สถาบันการเงินและบุคคลอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนดไว้ในข้อบังคับของธนาคาร ธนาคารแห่งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่เกษตรกรของประเทศ โดยการให้กู้ยืมแก่เกษตรกรและสหกรณ์การเกษตร รวมทั้งการค้ำประกันการกู้ยืมเงินของเกษตรกร กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์การเกษตร การดำเนินงานของธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร จัดตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ของเกษตรกร ไม่ใช่เพื่อหวังผลกำไรเหมือนกับธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไป

(4) บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย

บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ได้จัดตั้งขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2502 ภายใต้พระราชบัญญัติบริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ลักษณะของบริษัทเงินทุนเพื่อการพัฒนาหรือธนาคารเพื่อการลงทุน มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดหาเงินทุนระยะยาวเพื่อก่อตั้งหรือขยายกิจการอุตสาหกรรม หรือการกู้ยืมเงินเพื่อสินทรัพย์ถาวรในการอุตสาหกรรม เช่น โรงงาน เครื่องจักร เป็นต้น เงินทุนของบริษัทอุตสาหกรรมได้รับมาจาก 3 แหล่งที่สำคัญคือ ²²

- เงินทุนที่ได้รับโอนมาจากเงินทุนของธนาคารเพื่อการอุตสาหกรรมที่ยุบกิจการ เงินจำนวนนี้เป็นเงินกู้จากรัฐบาลซึ่งมีกำหนดเวลาการกู้ยืม 50 ปี

- เงินค้ำหุ้นทุน ซึ่งผู้ถือหุ้นใหญ่ในบริษัทคือ ธนาคารพาณิชย์

- เงินกู้จากทั้งในและนอกประเทศ ซึ่งการกู้จากในประเทศจะกู้จากรัฐบาลหรือธนาคารแห่งประเทศไทย หรือโดยการออกหุ้นกู้

(5) สำนักงานธนกิจเพื่อการอุตสาหกรรมขนาดย่อม ²³

สำนักงานธนกิจเพื่อการอุตสาหกรรมขนาดย่อมจัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2507 โดยมีชื่อเดิมว่าสำนักงานเงินกู้เพื่อส่งเสริมอุตสาหกรรมขนาดย่อม สำนักงานนี้มีกรมส่งเสริมอุตสาหกรรม กระทรวงอุตสาหกรรม เป็นผู้ควบคุมการบริหารของสำนักงาน วัตถุประสงค์สำคัญของสำนักงานคือให้กู้เงินระยะยาวและระยะปานกลางแก่อุตสาหกรรมขนาดย่อมที่ดำเนินการโดยเอกชนไม่เกินรายละ 1 ล้านบาท สำนักงานนี้ทำงานร่วมกับธนาคารกรุงไทย โดยสำนักงานมีหน้าที่วิเคราะห์คำร้องขอเงินตามหลักวิชาการ เพื่อนำเสนอคณะกรรมการพิจารณาเงินกู้เพื่อส่งเสริมอุตสาหกรรม

²² สุรสิทธิ์ บุนนาค และวณิ จ้อยเกียรติกุล, การเงินและการธนาคาร, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2538), หน้า 170.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 171.

ขนาดย่อม ซึ่งแต่งตั้งโดยคณะรัฐมนตรีวินิจฉัยชี้ขาดว่าสมควรจะให้กู้เงินได้หรือไม่เพียงใดและคิดตามผลงานของผู้กู้ และธนาคารกรุงไทยทำหน้าที่ประเมินราคาหลักทรัพย์ค้ำประกัน จ่ายเงินกู้ เรียกเก็บเงินต้นและดอกเบี้ย เงินทุนของสำนักงานได้มาจากแหล่งต่าง ๆ 3 แหล่งคือ

-งบประมาณที่รัฐให้เป็นรายปี ปีละ 10 ล้านบาท

-เงินสมทบของธนาคารกรุงไทย ซึ่งมีประมาณสามเท่าของเงินที่

สำนักงานงบประมาณนำฝากไว้

-ดอกเบี้ยเงินฝากที่สำนักงานได้รับจากธนาคารกรุงไทยในอัตรา

ร้อยละ 3 ของยอดเงินฝาก

เงินทุนดังกล่าวจะนำไปใช้ในการให้กู้แก่อุตสาหกรรมที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ เช่น อุตสาหกรรมโรงงาน อุตสาหกรรมหัตถกรรม อุตสาหกรรมครัวเรือน และอุตสาหกรรมในการบริการ เป็นต้น

(6) กองทุนรวม²⁴

กองทุนรวม (Mutual Fund) จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมเงินออมจากประชาชนราย โดยวิธีการจำหน่ายหน่วยลงทุนแก่ผู้สนใจแล้วนำเงินที่รวบรวมได้ไปซื้อหลักทรัพย์ต่างๆ เงินกำไรจะแบ่งปันให้แก่ผู้ลงทุนในลักษณะเงินปันผล ในการจัดการบริหารกองทุนจะจ้างผู้เชี่ยวชาญในการบริหารกองทุนมาเป็นผู้บริหาร และในการลงทุนก็จะกระจายการลงทุนในหลักทรัพย์ต่างๆ เพื่อการกระจายความเสี่ยงของการลงทุน กองทุนรวมในประเทศไทยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

กองทุนรวมปิด (Close-Ended Fund) หมายถึง กองทุนรวมประเภทที่บริษัทจัดการกองทุนไม่รับซื้อคืนหน่วยลงทุนก่อนสิ้นอายุของโครงการซึ่งอาจจะมีอายุระยะสั้น 3 ปี ระยะปานกลาง 6-9 ปี หรือระยะยาว 10-15 ปี ในระหว่างระยะเวลาของโครงการ อาจจะมีการจ่ายเงินปันผล เมื่อครบระยะเวลา 6 เดือนหรือ 1 ปี หรือบางโครงการอาจไม่มีการจ่ายเงินปันผลจนเลยจนครบระยะเวลาของโครงการ โดยจะมีการคืนพร้อมเงินลงทุน

กองทุนเปิด (Open-Ended Fund) คือกองทุนประเภทที่บริษัทจัดการกองทุนจะรับซื้อหน่วยลงทุนคืนตลอดระยะเวลาของโครงการ โดยราคาในการไถ่ถอนคืนจะเท่ากับยอดสุทธิของหลักทรัพย์ทั้งหมดในวันที่ผู้ลงทุนแจ้งความประสงค์ขอไถ่ถอน หักด้วยจำนวนหน่วยลงทุนที่ออกจำหน่ายทั้งหมด

²⁴ ศ.เพชร ชุมทรัพย์, หลักการลงทุน, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539) หน้า 224-225.

ในประเทศไทยมีกองทุนรวมได้มีการจัดตั้งกองทุนรวมครั้งแรกในปี พ.ศ. 2505 โดยมีชื่อว่า กองทุนรวมไทย (Thai Investment Fund - TIF) กองทุนนี้อยู่ภายใต้การบริหารของไอบีซีแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นกิจการในเครือของ International Basic Economic Corporation แห่งนิวยอร์กโดยเป็นกองทุนรวมเปิด ต่อมาในปี พ.ศ. 2508 ได้มีการออกกองทุนอีก 2 กองทุนคือ กองทุนกรุงเทพ (Bangkok Mutual Fund) และกองทุนสากล (National Mutual Fund) ปัจจุบันกองทุนทั้งสามได้ล้มเลิกกิจการไปแล้ว

ในปี พ.ศ. 2518 บริษัทหลักทรัพย์ กองทุนรวม จำกัด (The Mutual Fund Company) ซึ่งเป็นบริษัทเอกชนในเครือบริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยและได้รับอนุญาตให้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์และเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 ธุรกิจกองทุนรวมมีการขยายตัวอย่างรวดเร็วและต่อเนื่องเมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 จากการที่มีบริษัทหลักทรัพย์ กองทุนรวม จำกัด เพียงบริษัทเดียว บริหารกองทุน 18 กองทุน ได้มีการออกไปอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทกิจการจัดการการลงทุนให้แก่บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ ได้แก่ บลจ. กสิกรไทย จำกัด บลจ. ไทยพาณิชย์ จำกัด บลจ. ไทยเอเชีย จำกัด บลจ. บริหารทุนไทย จำกัด บลจ. บัวหลวง จำกัด บลจ. วรรณอินเวสเม้นท์ จำกัด และบลจ. ออมสิน จำกัด รวมเป็นบริษัทที่ประกอบธุรกิจดังกล่าวทั้งสิ้น 8 ราย ณ วันที่ 31 มีนาคม 2538 มีจำนวนกองทุนรวมที่จำหน่ายหน่วยลงทุนแก่ประชาชนแล้วทั้งสิ้น 114 กองทุน

ลักษณะการจัดการของบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมจะมีลักษณะใกล้เคียงกับการจัดการบัญชีเงินฝากเพื่อการลงทุนของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยเว้นแต่การลงทุนของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยจะลงทุนในกิจการที่ไม่เกี่ยวข้องกับดอกเบี้ย และธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในฐานะผู้จัดการกองทุนจะไม่มีสิทธิได้รับบำเหน็จหากกิจการที่ลงทุนประสบภาวะขาดทุน ตามหลักการของการร่วมลงทุนโดยไม่มีอำนาจในการจัดการ (Mudaraba)

(6) บริษัทประกันชีวิตและบริษัทประกันภัย

บริษัทประกันชีวิตและประกันภัยได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการประกันชีวิต พ.ศ. 2510 และพระราชบัญญัติการประกันภัย พ.ศ. 2510 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535 การทำประกันภัยมีวัตถุประสงค์เพื่อการชดเชยแก่ผู้ประสบภัยหรือทายาทของผู้เสียชีวิต โดยการแบ่งปันความเสี่ยงภัยระหว่างผู้เอาประกันภัยด้วยกัน กิจการประกันภัยเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการประกอบธุรกิจที่การดำเนินกิจการอยู่บนความเสี่ยง เงินที่ได้จากการรับประกันภัยก็จะนำไปใช้ในการลงทุนตามแบบที่กฎหมายกำหนดให้กิจการรับประกันภัยสามารถกระทำได้

(7) ธนาคารอาคารสงเคราะห์

ได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติธนาคารอาคารสงเคราะห์ พ.ศ. 2496 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้ที่ต้องการที่อยู่อาศัย โดยให้ความช่วยเหลือตามควรแก่สภาพ ธนาคารอาคารสงเคราะห์มีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือโดยการให้กู้ยืมเงินระยะยาวและมีคอกเบี้ยในการกู้ยืมเงินต่ำ

(8) บริษัทเครดิตฟองซิเอร์

ได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 โดยประกอบธุรกิจในการให้กู้ยืมเงิน โดยวิธีการรับจำนองอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้ำตามปกติ และกิจการรับซื้อฝากอสังหาริมทรัพย์

จะเห็นได้ว่า สถาบันการเงินทั้งหลายที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ได้จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมาย เฉพาะตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งสถาบันการเงินแต่ละประเภทมีรูปแบบโครงสร้างผู้ถือหุ้น การบริหารแตกต่างกันไปตามแต่กิจการ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะประกอบกิจการในการให้กู้ยืมโดยคิดดอกเบี้ยเป็นรายได้หลักของการประกอบธุรกิจ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ไม่เพียงแต่มีธนาคารที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ที่เป็นสถาบันทางการเงินเท่านั้น แต่ยังสามารถที่จะจัดตั้งสถาบันการเงินอื่น โดยการออกกฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อรองรับการจัดตั้งดังกล่าวได้อีก จึงอาจสรุปถึงลักษณะของสถาบันการเงินที่ได้มีกฎหมายจัดตั้งเป็นการเฉพาะได้ดังนี้

- (1) มีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งเป็นการเฉพาะ
- (2) มีการดำเนินธุรกิจแตกต่างไปจากธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไป เช่น การค้าหลักทรัพย์ และการให้กู้ยืมเงินเพื่อเกษตรกรรม หรืออุตสาหกรรม เป็นต้น
- (3) ดำเนินกิจการที่เป็นการช่วยเหลือเศรษฐกิจและสังคม
- (4) ธนาคารพาณิชย์ไม่สามารถหรือไม่ดำเนินกิจการนั้น เนื่องจากเป็นกิจการที่ไม่สร้างผลกำไรหรือหากมีกำไรก็เป็นกำไรที่น้อย และมีความเสี่ยงในการดำเนินกิจการสูง
- (5) รัฐมักจะให้ความช่วยเหลือทางการเงินโดยการเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือโดยการให้กู้ยืมเงินโดยไม่คิดดอกเบี้ย

จากลักษณะของการจัดตั้งสถาบันการเงินขึ้นเป็นการเฉพาะดังกล่าวข้างต้น ก็สามารถที่จะนำมาพิจารณาถึงรูปแบบของการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยขึ้นในประเทศไทย ทั้งนี้ สามารถที่จะแบ่งวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้ดังต่อไปนี้

- (1) เพื่อส่งเสริมให้ชาวมุสลิมในประเทศไทยได้ปฏิบัติตามหลักคำสอนของศาสนาในด้านการเศรษฐกิจ
- (2) เพื่อส่งเสริมให้ชาวมุสลิมในประเทศไทยระดมเงินออมเพื่อการลงทุนกับธนาคารไม่มีดอกเบี้ย
- (3) เพื่อส่งเสริมช่วยเหลือ ให้มีการลงทุนในกิจการที่ถูกต้องตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม
- (4) เพื่อให้เกิดการเปรียบเทียบและแข่งขันกันระหว่างสถาบันการเงินที่ประกอบธุรกิจโดยไม่คิดดอกเบี้ยกับสถาบันการเงินที่คิดดอกเบี้ย
- (5) ทำให้เกิดการกระจายของสถาบันการเงินไม่กระจุกอยู่กับสถาบันการเงินใดการเงินหนึ่ง ซึ่งธนาคารพาณิชย์ในปัจจุบันถูกผูกขาดครอบงำโดยตระกูลใดตระกูลหนึ่ง

จะเห็นได้ว่า จากวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยดังกล่าวข้างต้น ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะไม่สามารถที่จะจัดตั้งอยู่ในรูปแบบของสถาบันการเงินดังที่กล่าวมาข้างต้นได้เลย เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งและการดำเนินกิจการที่แตกต่างกัน อีกทั้งรูปแบบการประกอบธุรกิจก็มีความแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยก็อาจจะจัดตั้งขึ้นเป็นสถาบันการเงินอีกรูปแบบได้ โดยออกกฎหมายเฉพาะเพื่อรองรับการจัดตั้งและการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย เช่นเดียวกับการจัดตั้งธนาคารอิสลาม ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร ธนาคารอาคารสงเคราะห์ เป็นต้น

ศูนย์วิทยพัทธยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์กับการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในประเทศไทย

ในหัวข้อที่ผ่านมาได้กล่าวถึงข้อกำหนด หลักเกณฑ์ในการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในฐานะที่เป็นธนาคารพาณิชย์ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ ซึ่งรูปแบบในการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยดังกล่าวจะต้องเป็นบริษัทมหาชนและมีสัดส่วนการถือหุ้นของบุคคลสัญชาติไทยไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายแล้ว รวมทั้งจำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นสามารถถือได้สูงสุดในธนาคาร พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ นอกจากจะได้กำหนดเงื่อนไข หลักเกณฑ์ในการจัดตั้ง

ธนาคารพาณิชย์แล้ว ยังได้กำหนดเรื่องวิธีการในการประกอบธุรกิจ การกำกับควบคุม และตรวจสอบ การประกอบกิจการของธนาคารพาณิชย์ดังกล่าวด้วย ดังนั้น ในกรณีที่ได้จัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ขึ้นตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ การประกอบธุรกิจของธนาคารและการจัดการควบคุมดูแลธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ก็จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวด้วย ซึ่งจะแยกพิจารณา ดังนี้

1. การประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์

พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ได้กำหนดประเภทธุรกิจที่ธนาคารพาณิชย์ จะสามารถทำได้ไว้ และห้ามบุคคลอื่นประกอบกิจการการธนาคารพาณิชย์ดังนี้

1.1 การรับฝากเงิน (Deposit Taking) จัดเป็นธุรกิจที่สำคัญอย่างหนึ่งของ ธนาคาร ในการทำหน้าที่เป็นแหล่งระดมเงินออมที่ใหญ่ที่สุดคือประมาณร้อยละ 70 ของเงินออมทั้งหมดที่สถาบันการเงินทุกประเภทระดมมาได้²⁵ ปัจจุบันการรับฝากเงินของธนาคารแบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ

(1) เงินฝากที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถาม เงินฝากประเภทนี้อาจแบ่ง เป็นประเภทย่อยได้อีก 2 ประเภทคือ

-เงินฝากประเภทกระแสรายวัน (Demand Deposits) หรือบัญชีเดินสะพัด (Current Accounts) ซึ่งบางคนอาจจะเรียกว่าบัญชีที่ดองเช็ค (Checking Accounts) จัดเป็นบัญชีเงินฝากที่ธนาคารต้องจ่ายคืนเมื่อผู้ฝากทวงถาม โดยผู้ฝากเงินจะต้องไปทำสัญญาฝากเงินไว้กับธนาคารพร้อมทั้งด้วยลายมือชื่อ ธนาคารจะมอบสมุดเช็คให้แก่ผู้ฝากเงินเพื่อเก็บไว้ลงนามสั่งจ่าย (ทวงถาม)

-เงินฝากประเภทออมทรัพย์ (Saving Deposits) การรับฝากเงินประเภทออมทรัพย์มีลักษณะเดียวกับบัญชีกระแสรายวัน กล่าวคือ ผู้ฝากสามารถที่จะถอนคืนได้ทันที

พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์มาตรา 4 ได้ให้นิยามความหมายของการธนาคารพาณิชย์ไว้ว่า "การธนาคารพาณิชย์" หมายความว่า การประกอบธุรกิจประเภทรับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถาม หรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้ และใช้ประโยชน์เงินนั้นในทางใดทางหนึ่งหรือหลายทาง เช่น (ก) ให้สินเชื่อ (ข) ซื้อขายตั๋วแลกเงินหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่นใด (ค) ซื้อขายเงินปรีวรรคต่างประเทศ

²⁵ เกริกเกียรติ พิพัฒนเสวีธรรม, วิชาการของธนาคารพาณิชย์ไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 1.

ที่ประสงค์จะนำเงินไปใช้ แต่ต้องใช้สมุดคู่ฝากซึ่งธนาคารออกให้พร้อมทั้งลงลายมือชื่อลงในแบบฟอร์มขอถอนเงินจากธนาคาร

(2) เงินฝากที่ต้องจ่ายคืนเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้ (Time Deposits) หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เงินฝากประจำ (Fix Deposits) ผู้ฝากเงินประเภทนี้ไว้จะถอนคืนได้ก็ต่อเมื่อสิ้นสุดกำหนดระยะเวลาที่ตกลงกันไว้แน่นอน เช่น 3 เดือน 6 เดือน 12 เดือน เป็นต้น การฝากและถอนเงินฝากประเภทนี้จะต้องใช้สมุดคู่ฝากเช่นเดียวกับการฝากแบบออมทรัพย์

จะเห็นได้ว่า การรับฝากเงินของธนาคารพาณิชย์เป็นการรับฝากทรัพย์อย่างหนึ่ง ซึ่งการรับฝากเงินของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยก็เป็นการรับฝากทรัพย์เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าจะเป็น การรับฝากทรัพย์เหมือนกัน แต่ก็ยังมีลักษณะของการให้บริการรับฝากเงินที่แตกต่างกันเนื่องจากธนาคารพาณิชย์จะจ่ายดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฝากเงินเพื่อเป็นการตอบแทนการนำเงินมาฝากขณะเดียวกันธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยจะไม่จ่ายดอกเบี้ยแก่ผู้ฝาก ซึ่งสามารถแยกพิจารณาการรับฝากเงินของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้ดังนี้

(1) การรับฝากเงินประเภทจ่ายคืนเมื่อทวงถาม ซึ่งแบ่งแยกออกเป็นการรับฝากเงินแบบออมทรัพย์ และการรับฝากเงินแบบบัญชีกระแสรายวัน การรับฝากเงินประเภทนี้ ผู้ฝากเงินกับธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยจะไม่ได้รับดอกเบี้ยจากการฝากเงินเหมือนกับการฝากเงินกับธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไป การรับฝากเงินโดยไม่มีดอกเบี้ยจ่ายให้แก่ผู้ฝากนั้น ไม่ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจที่ขัดกับพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์แต่อย่างใด เนื่องจากตามมาตรา 14 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ระบุให้อำนาจธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นผู้มีอำนาจกำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่ธนาคารพาณิชย์จะพึงจ่ายให้แก่ผู้ฝากเงิน ซึ่งได้มีประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยเรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด ฉบับลงวันที่ 28 พฤษภาคม 2535 * ดังนั้นหากมีการจัดตั้งธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยขึ้นแล้ว ธนาคารแห่งประเทศไทยก็สามารถที่จะออกประกาศเพื่อกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่ธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยจะพึงจ่ายให้แก่ผู้ฝากเงินได้โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 14 ซึ่งอาจจะกำหนดให้อัตราดอกเบี้ยที่จ่ายให้แก่ผู้ฝากเงินอยู่ในอัตราร้อยละศูนย์นั่นเอง

(2) การรับฝากเงินประเภทเพื่อการลงทุน

วิธีการรับฝากเงินในลักษณะนี้จะไม่ปรากฏในวิธีการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไป เนื่องจากผู้ฝากเงินกับธนาคารพาณิชย์จะได้รับผลตอบแทนคือดอกเบี้ยจากการนำเงินไปฝากโดยพิจารณาจากยอดเงินและระยะเวลาในการฝากเงินซึ่งธนาคารจะได้อำนาจกำหนดอัตราดอกเบี้ยในการฝากเงินแต่ละประเภทไว้โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว แต่สำหรับการรับฝากเงินประเภทนี้ของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ผู้ฝากจะมีความเสี่ยงจากผลของการลงทุน กล่าวคือ หากกิจการที่

* ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 109 ตอนที่ 70 ลงวันที่ 28 พฤษภาคม 2535

นำเงินของผู้ฝากไปลงทุนมีกำไร ผู้ฝากก็จะได้รับผลตอบแทนในรูปของกำไรที่ธนาคารได้จัดสรรมาให้ แต่ในกรณีที่กิจการขาดทุน ผู้ฝากก็จะไม่ได้รับผลตอบแทนจากการฝากเงินดังกล่าวและในกรณีที่กิจการขาดทุนมาก ผู้ฝากอาจจะไม่ได้รับคืนเงินที่ฝากไว้กับธนาคารเลยก็ได้เนื่องจากผู้ฝากจะมีความรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินที่ฝากไว้กับธนาคาร การรับฝากเงินของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยโดยวิธีดังกล่าวนี้ ธนาคารพาณิชย์ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์จะไม่สามารถทำได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ได้กำหนดประเภทของการประกอบธุรกิจที่ธนาคารพาณิชย์สามารถที่จะกระทำไว้* ซึ่งการรับฝากเงินเพื่อการลงทุนของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยไม่สามารถจัดเข้าประเภทของธุรกิจที่อนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์กระทำได้อย่างใด แม้ว่าในบทนิยามความหมายของคำว่า การธนาคารพาณิชย์ จะไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า เมื่อธนาคารพาณิชย์รับฝากเงินไว้แล้ว จะนำไปใช้เพื่อการลงทุนตามหลักการของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยได้หรือไม่ โดยนิยามความหมายของการนำเงินฝากไปใช้นั้น ไซ้คำว่า “เช่น (ก) การให้สินเชื่อ (ข) การซื้อตั๋วแลกเงินหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่นใด และ (ค) ซื้อขายเงินปรัวรรตต่างประเทศ” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำนิยามดังกล่าวแล้ว การให้สินเชื่อในข้อ (ก) ไม่รวมถึง การประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยแต่อย่างใด แต่หมายถึง การให้กู้ยืมเงิน ซื้อ ซื้อลด รับช่วงซื้อลดตั๋วเงิน เป็นเจ้าหนี้เนื่องจากได้จ่ายหรือสั่งให้จ่ายเงินเพื่อประโยชน์ของผู้ยืม หรือเป็นเจ้าหนี้เนื่องจากได้จ่ายเงินตามภาระผูกพันตามเช็คหรือเช็คเครดิต เท่านั้น การนำเงินฝากในบัญชีเพื่อการลงทุน ไปใช้ในการร่วมลงทุนเพื่อแบ่งปันผลกำไรจึงไม่ใช่การให้สินเชื่อตามความหมายในนิยามนี้ การจะตีความความหมายของคำว่า “เช่น” ในนิยามของคำว่า การธนาคารพาณิชย์ให้หมายความรวมถึง การร่วมลงทุนและการประกอบกิจการอื่นตามวิธีการของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยด้วยแล้ว ผลของการตีความดังกล่าว ก็จะไปกระทบกับบทบัญญัติในมาตรา 19 ทวิ ที่ห้ามธนาคารประกอบการค้าหรือประกอบธุรกิจอื่น เนื่องจากการประกอบกิจการของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยโดยการเข้าร่วมลงทุน อาจจะต้องไปร่วมลงทุนเพื่อประกอบธุรกิจอื่น หรือประกอบการค้าก็ได้ ดังนั้น ความหมายของคำว่า “นำเงินฝากไปใช้ในทางหนึ่งหรือหลายทาง” ตามนิยามของการธนาคารพาณิชย์น่าจะหมายถึง การนำเงินไปใช้ในตามที่กำหนดไว้ใน (ก)-(ค) และที่อนุญาตตามมาตรา 19 ทวิ เท่านั้น

* พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ มาตรา 9 ทวิ ได้กำหนดประเภทของธุรกิจที่ธนาคารพาณิชย์สามารถที่จะกระทำได้นอกเหนือไปจากการรับฝากเงิน คือ การเรียกเก็บเงินตามตั๋วเงิน การรับอาวัลตั๋วเงิน การรับรองตั๋วเงิน การออกเช็คเช็คหรือเช็คเครดิต หรือการค้าประกันหรือธุรกิจทำนองเดียวกัน ทั้งนี้ จะต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทยก่อน

1.2 การให้สินเชื่อ (Extension of Credits) ธนาคารพาณิชย์สามารถประกอบกิจการให้สินเชื่อในรูปแบบดังนี้

การให้กู้ยืมเงิน ธนาคารพาณิชย์อาจให้กู้ยืมเงินแก่บุคคลทั่วไป โดยแบ่งการให้กู้ยืมเงินออกเป็นดังนี้

(1) การให้กู้ยืมแบบธรรมดาทั่วไป (Loan) เป็นการให้กู้ยืมเงินแก่ลูกค้าของธนาคารเพื่อนำเงินไปดำเนินกิจการต่าง ๆ โดยทำสัญญากู้ยืมไว้กับธนาคาร การกู้ยืมดังกล่าวนี้อาจแบ่งได้เป็น 4 ประเภท²⁶

- เงินกู้เพื่อการพาณิชย์กรรม
- เงินกู้เพื่อการอุตสาหกรรม
- เงินกู้เพื่อการอุปโภคและบริโภค
- เงินกู้เพื่อการเกษตรกรรม

ระยะเวลาการกู้แบ่งออกเป็นดังนี้ (1) เงินกู้ระยะสั้นกำหนดชำระคืนภายใน 1 ปี (2) เงินกู้ระยะปานกลางกำหนดชำระคืนเกินกว่า 1 ปีแต่ไม่เกิน 5 ปี (3) เงินกู้ระยะยาวกำหนดชำระคืนเกินกว่า 5 ปีขึ้นไป การให้กู้ยืมดังกล่าวนี้ ธนาคารจะนำเงินฝากของผู้ฝากเงินไว้กับธนาคารไปให้กู้ยืมเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น ธนาคารจึงต้องมีความระมัดระวังในการให้กู้ยืมและมีหลักประกันในการให้กู้ยืม

(2) การให้กู้ยืมแบบเบิกเงินเกินบัญชี (Overdraft) เป็นการให้กู้ยืมเงินระยะสั้นแก่ลูกค้าที่ฝากเงินในรูปบัญชีเงินฝากกระแสรายวัน โดยผู้ฝากเงินบัญชีกระแสรายวันจะทำความตกลงกู้ยืมเงินเบิกเกินบัญชีไว้ล่วงหน้า

(3) การซื้อ จี้อลด์ รับซื้อลดตั๋วเงิน คำว่า "ตั๋วเงิน" หมายถึง ตั๋วเงินตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 838 คือ ตั๋วแลกเงิน (Bill of Exchange) ตั๋วสัญญาใช้เงิน (Promissory Note) และเช็ค (Cheque) และน่าจะมีความหมายรวมถึง ตั๋วเงินคลัง (Treasury Bill) ตามพระราชบัญญัติตั๋วเงินคลัง พ.ศ.2487 ออกโดยกระทรวงการคลัง นอกจากนี้ ตั๋วเงินประเภทอื่น ๆ เช่น ตั๋วเงินในประเทศ (Domestic Bill) หรือตั๋วเงินต่างประเทศ (Foreign Bill) ธนาคารจะทำการซื้อตั๋วเงินประเภทต่าง ๆ จากลูกค้าของธนาคารโดยตรงหรือซื้อตั๋วเงินจากกระทรวงการคลัง เสมือนธนาคารให้ลูกค้าหรือกระทรวงการคลังกู้ยืมเงินไป และธนาคารยึดถือตั๋วเงิน

²⁶ ภูมิ โชคเหมาะ, ก้าวอธิบายกฎหมายว่าด้วยการธนาคาร, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2533), หน้า 35.

คังกล่าวไว้เป็นหลักฐานและหลักประกัน และธนาคารอาจซื้อตั๋วเงินโดยการลดราคาตั๋วเงินลง (Discounting Bill) สำหรับตั๋วเงินประเภทต่าง ๆ ที่ตัวดังกล่าวยังไม่ถึงกำหนดระยะเวลาชำระเงิน

1.3 การเป็นเจ้าของนี้เนื่องจากได้จ่ายหรือสั่งให้จ่ายเงินเพื่อประโยชน์ของผู้เคยค้า การที่บุคคลใด ๆ จะเข้ามามีความสัมพันธ์กับธนาคารเพื่อให้ธนาคารให้บริการในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การให้ธนาคารรับรองตั๋วหรือรับอาวัลตั๋ว หรือการที่ธนาคารเข้าผูกพันค้ำประกันหนี้ต่าง ๆ ของลูกค้า ธนาคารอาจจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเพื่อการให้บริการดังกล่าว ธนาคารจะไม่ชำระเงินใด ๆ เพื่อประโยชน์ของผู้เคยค้าโดยการตัดสินใจโดยลำพังของธนาคาร แต่ธนาคารได้สั่งให้บุคคลอื่นจ่ายเงินแทนโดยที่ธนาคารผู้ออกคำสั่งนั้นยังคงผูกพันรับผิดชอบจากการที่ได้ออกคำสั่งดังกล่าว

1.4 ธนาคารเป็นเจ้าของนี้เนื่องจากการจ่ายเงินตามเช็คเดออร์ออฟเครดิต ในกรณีที่มีการขอเปิดเช็คเดออร์ออฟเครดิต เมื่อธนาคารได้ชำระค่าสินค้าให้แก่ผู้ขายหรือแก่ธนาคารตัวแทนไปแล้ว ธนาคารก็จะอยู่ในฐานะเจ้าหนี้ของผู้เปิดเช็คเดออร์ออฟเครดิตนั้น

1.5 การซื้อขายตั๋วแลกเงิน (Bill of Exchange) หรือตราสารเปลี่ยนมือชนิดอื่น ตั๋วแลกเงินจะออกให้แก่กันเพื่อชำระหนี้โดยตั๋วแลกเงินที่มีเอกสารการค้าประกอบมีคุณค่าดีกว่าตั๋วแลกเงินที่ไม่มีเอกสารทางการค้า เมื่อตั๋วแลกเงินไม่กำหนดการห้ามโอนหรือเปลี่ยนมือ ตั๋วแลกเงินนั้นอาจสลับหลังโอนเปลี่ยนมือได้ ธนาคารจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับตั๋วแลกเงินโดยการซื้อหรือขายตั๋วแลกเงิน ทำให้ตราสารมีความน่าเชื่อถือขึ้นในทางการค้า สำหรับตราสารเปลี่ยนมือชนิดอื่น เช่น ตั๋วสัญญาใช้เงิน เช็ค ตั๋วเงินคลัง และพันธบัตรรัฐบาลก็เป็นตราสารที่ธนาคารอาจเข้ารับซื้อหรือซื้อลดได้

1.6 การซื้อขายเงินปรีวรรตต่างประเทศ (Foreign Exchange) ธนาคารจะทำหน้าที่เป็นคนกลางในการรับซื้อหรือขายเงินตราโดยอัตราที่ธนาคารซื้อจะต่ำกว่าอัตราที่ธนาคารขายออกไป ผลต่างของการซื้อและการขายดังกล่าว เป็นผลกำไรที่ธนาคารจะได้รับ โดยธนาคารพาณิชย์จะมีฐานะเป็นสำนักแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศตามพระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา ปี 2485

2. การควบคุมและกำกับธนาคารพาณิชย์

ธนาคารแห่งประเทศไทยและหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง จะมีหน้าที่ในการควบคุมดูแลและกำกับให้ธนาคารพาณิชย์สามารถประกอบธุรกิจด้วยความมั่นคง โดยเป็นผู้ควบคุมให้การดำเนินกิจการของธนาคารเป็นไปตามระบบ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ ผู้ฝากเงิน และผู้ถือหุ้นของธนาคาร โดยกำหนดวิธีการ และหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ในเรื่องต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

2.1 การควบคุมโดยการดำรงเงินกองทุนและสินทรัพย์

2.1.1 ให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงเงินกองทุนเป็นอัตราส่วนต่อสินทรัพย์ การกำหนดอัตราส่วนเงินกองทุนต่อสินทรัพย์ของธนาคารดังกล่าวก็เพื่อให้ธนาคารมีเงินทุนสำรองในการประกอบกิจการ เนื่องจากการที่ธนาคารให้สินเชื่อหรือให้กู้ยืมเงินก็ย่อมมีความเสี่ยงว่าธนาคารจะได้รับเงินจำนวนที่ให้สินเชื่อดังกล่าวคืนมาหรือไม่ หากธนาคารไม่มีเงินทุนสำรองในการบริหารกิจการไว้ ธนาคารก็จะไม่สามารถที่จะบริหารกิจการต่อไปได้ ธนาคารแห่งประเทศไทยได้เข้ามาควบคุมในเรื่องนี้ โดยได้ออกประกาศกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงเงินกองทุนเป็นสัดส่วนกับสินทรัพย์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 7 ของสินทรัพย์ของธนาคาร และได้ออกประกาศกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงเงินกองทุนเป็นสัดส่วนกับจำนวนเงินตามภาระผูกพัน ไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของจำนวนเงินที่รับเอาเงินสด เงิน รับรองตั๋วเงิน ค่าประกันการกู้ยืมเงิน และค่าประกันการขาย ขายลดหรือขายช่วงลดตั๋วแลกเงิน**

2.1.2 ให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงเงินสดสำรองเป็นอัตราส่วนกับยอดเงินฝากทั้งหมดของธนาคารพาณิชย์ การกำหนดอัตราส่วนของเงินสดสำรองนี้ เป็นการควบคุมการขยายเครดิตของธนาคารพาณิชย์ กล่าวคือ เมื่อธนาคารพาณิชย์ต้องดำรงเงินสดสำรองตามกฎหมายแล้ว จำนวนเงินสดที่ธนาคารจะนำไปให้กู้ยืมได้ก็จะเป็นปริมาณเงินสดสำรองส่วนที่เกินที่ธนาคารพาณิชย์มีอยู่เท่านั้น ธนาคารแห่งประเทศไทย ด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจที่จะกำหนดอัตราส่วนเงินสดสำรองต่อเงินฝากหรือเงินกู้ยืมของธนาคารพาณิชย์ได้ ในอัตราไม่ต่ำกว่าร้อยละ 5 และไม่เกินร้อยละ 50 ของเงินฝากและเงินกู้ยืมแล้วแต่กรณี การกำหนดอัตรา

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

* ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ที่จดทะเบียนในประเทศไทยดำรงเงินกองทุนฉบับลงวันที่ 5 มิถุนายน 2535 ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 109 ตอนที่ 74 ลงวันที่ 5 มิถุนายน 2535

** ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงเงินกองทุนเป็นอัตราส่วนกับจำนวนเงินตามภาระผูกพัน ฉบับลงวันที่ 18 เมษายน 2526

ส่วนดังกล่าวธนาคารแห่งประเทศไทยจะกำหนดอัตราส่วนระหว่างเงินฝากและหรือเงินกู้ยืมประเภทใดก็ได้*

2.1.3 ให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องเป็นอัตราส่วนกับยอดเงินฝากและหรือยอดเงินกู้ยืม

สินทรัพย์สภาพคล่อง (Liquidity) หมายถึง คุณสมบัติของสินทรัพย์ที่สามารถเปลี่ยนเป็นเงินสดได้อย่างรวดเร็วโดยมูลค่าไม่ตกต่ำลง สินทรัพย์สภาพคล่องมี 6 ประเภทคือ**

- (1) เงินสด
- (2) เงินฝากสุทธิที่ธนาคารแห่งประเทศไทย
- (3) เงินฝากสุทธิที่ธนาคารพาณิชย์อื่น
- (4) หลักทรัพย์รัฐบาลไทยที่ปราศจากภาระผูกพัน
- (5) หุ้นกู้ หรือพันธบัตรที่กระทรวงการคลังค้ำประกันต้นเงินและดอกเบี้ยและปราศจากภาระผูกพัน
- (6) สินทรัพย์อื่นที่ธนาคารแห่งประเทศไทยจะกำหนด ด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรี

การดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องจะต้องมีอัตราไม่ต่ำกว่าร้อยละ 5 และไม่เกินร้อยละ 50 ของยอดเงินฝากและหรือยอดเงินกู้ยืมทั้งหมดหรือแต่ละประเภท อย่างไรก็ตามก็ให้อำนาจธนาคารแห่งประเทศไทยที่จะกำหนดการดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องแต่เพียงบางประเภทหรือทุก

* พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 มาตรา 11 และมาตรา 11 ทวิ (ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 8 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522) ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ธนาคารพาณิชย์จะต้องดำรงเงินสดสำรองเป็นอัตราส่วนกับเงินฝากและหรือเงินกู้ยืม ไม่ต่ำกว่าอัตราส่วนที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรี โดยอัตราส่วนที่กำหนดจะต้องไม่ต่ำกว่าร้อยละ 5 และไม่เกินร้อยละ 50 ของเงินฝากและหรือเงินกู้ยืมแล้วแต่กรณี และจะกำหนดให้เป็นอัตราส่วนกับเงินฝากและหรือเงินกู้ยืม ประเภทใดประเภทหนึ่งหรือหลายประเภทรวมกันหรือแยกกันก็ได้ และเพื่อประโยชน์ในการดำรงเงินสดสำรองดังกล่าวธนาคารแห่งประเทศไทยจะกำหนดให้ถือเอาหลักทรัพย์รัฐบาลไทยเป็นส่วนหนึ่งของเงินสดสำรองที่พึงดำรงนั้นก็ได้

** พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 มาตรา 11 จัตวา ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522

ประเภทก็ได้ และในอัตราเท่าใดก็ได้ (พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ มาตรา 11 ครี) ซึ่งในปัจจุบันนี้ ธนาคารแห่งประเทศไทยได้ออกประกาศเรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงสินทรัพย์สภาพคล่อง ฉบับลงวันที่ 5 มีนาคม 2536* กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องไม่น้อยกว่าร้อยละ 7 ของยอดรวมเงินฝากทั้งหมดของธนาคาร

2.1.4 เงินสดสำรองพิเศษ

ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาเสถียรภาพของเงินตรา รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงเงินสดสำรองพิเศษไม่ต่ำกว่าอัตราที่รัฐมนตรีกำหนดไว้ที่ธนาคารแห่งประเทศไทย นอกเหนือไปจากการดำรงเงินสดสำรอง**

2.1.5 การควบคุมอย่างอื่น

นอกจากการควบคุมต่อการดำรงสินทรัพย์ของธนาคารพาณิชย์เพื่อสร้างความมั่นใจแก่การประกอบธุรกิจของธนาคารแก่ผู้ถือหุ้น ผู้ฝากเงิน และเจ้าหนี้แล้ว ธนาคารแห่งประเทศไทยยังได้ควบคุมในเรื่องการประกอบธุรกิจอย่างอื่นของธนาคารด้วย เช่น การกำหนดอัตราส่วนในการให้สินเชื่อหรือลงทุนในกิจการแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง การกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่ธนาคารพาณิชย์อาจเรียกหรืออาจจ่ายได้ การกำหนดค่าบริการที่ธนาคารพาณิชย์อาจเรียกได้ การกำหนดเงินมัดจำและหลักประกันเป็นทรัพย์สินที่ธนาคารพาณิชย์ต้องเรียก การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ต้องแสดงบัญชีหนี้สินและสินทรัพย์ของธนาคารตามกำหนดเวลาที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ต้องปิดบัญชีทุกงวดการบัญชีในระยะเวลา 6 เดือน (พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ มาตรา 13 ถึงมาตรา 15 ทวิ)

การควบคุมการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์และการกำกับและควบคุมธนาคารพาณิชย์โดยธนาคารแห่งประเทศไทย และหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งได้กำหนดวิธีการควบคุมและกำกับธนาคารพาณิชย์ทั่วไปที่ดำเนินธุรกิจโดยการรับฝากเงินและนำเงินดังกล่าวไปใช้ประโยชน์โดยวิธีการให้สินเชื่อ และมีดอกเบี้ยเป็นสิ่งตอบแทนในการประกอบธุรกิจ รูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ก็ดี รูปแบบการกำกับควบคุมธนาคารพาณิชย์โดยธนาคารแห่งประเทศไทยก็ดี ก็ล้วนแล้วแต่ได้ทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้ธนาคารพาณิชย์เอารัดเอาเปรียบต่อผู้ให้บริการ

* ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 110 ตอนที่ 28 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2536

** พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 มาตรา 11 ฉ. ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522

ของคน อีกทั้งยังเป็นวิธีการในการสร้างความมั่นคงและคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ฝากเงิน เจ้าหน้าที่ หรือผู้ถือหุ้นของธนาคาร

2.2 การควบคุมและกำกับธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์

การที่ธนาคารแห่งประเทศไทยได้เข้ามาควบคุมดูแลธนาคารพาณิชย์โดยวิธีการและรูปแบบตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากนำวิธีการในการควบคุมดังกล่าวมาใช้กับธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ย โดยให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทยแล้วนั้นยังคงเป็นวิธีการที่เหมาะสมและสามารถที่จะนำมาใช้ได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการประกอบธุรกิจของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยจะต้องมุ่งเน้นและหลีกเลี่ยงจากการคิดดอกเบี้ย ดังนั้น วิธีการควบคุมและกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทยก็อาจจะต้องปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงไปบ้างเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดการประกอบการของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยดังกล่าว ซึ่งจะได้แยกพิจารณาดังต่อไปนี้

2.2.1 การควบคุมในการดำรงเงินสินทรัพย์

(1) ควรจะจัดให้ธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยดำรงเงินกองทุนเป็นอัตราส่วนต่อสินทรัพย์ ดำรงเงินสดสำรองเป็นอัตราส่วนกับยอดเงินฝากทั้งหมด การดำรงเงินสดเป็นสินทรัพย์สภาพคล่อง และการดำรงเงินสดสำรองพิเศษ ซึ่งการจัดให้มีเงินกองทุน เงินสดสำรอง และสินทรัพย์สภาพคล่องดังกล่าวนี้ ก็สามารถที่จะทำได้โดยใช้วิธีเดียวกับการที่กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ต้องกระทำ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้ฝากเงิน ผู้ถือหุ้นและเจ้าหน้าที่ของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ย โดยให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นผู้กำหนดอัตรารายของเงินกองทุนและเงินสดสำรองนั้น ซึ่งอาจจะมีจำนวนเท่ากันกับที่กำหนดให้ไว้แก่ธนาคารพาณิชย์ทั่วไปหรือไม่ก็ได้ หรืออาจจะกำหนดให้ธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยดำรงเงินกองทุนและเงินสดสำรองในอัตราที่มากกว่าธนาคารพาณิชย์ทั่วไป เนื่องจากเป็นระบบของธนาคาร ที่ตั้งขึ้นใหม่และมีความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจสูงกว่าธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไปเนื่องจากธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยจะเข้าลงทุนร่วมกับผู้ให้บริการในการประกอบธุรกิจของธนาคาร โดยได้รับผลตอบแทนจากการแบ่งปันผลกำไรขาดทุนของกิจการที่ร่วมลงทุน แต่ในการให้กู้ยืมเงินของธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไปนั้น ธนาคารพาณิชย์จะไม่มีส่วนร่วมในผลขาดทุนของกิจการที่กู้ยืมเงินไปเพื่อการลงทุน อย่างไรก็ตาม เงินสดที่จะนำมาใช้ในการดำรงเงินกองทุน สินทรัพย์สภาพคล่อง หรือเงินสดสำรองพิเศษนั้น ไม่ควรที่จะมีจำนวนมากเกินไปเนื่องจากจะทำให้ธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยขาดเงินที่จะนำไปใช้ในการลงทุน ซึ่งจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อการประกอบธุรกิจของธนาคาร

(2) ในส่วนของการดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องนั้น สินทรัพย์สภาพคล่องประเภทเงินฝากสุทธิที่ธนาคารพาณิชย์อื่น หลักทรัพย์รัฐบาลไทยที่ปราศจากภาระผูกพัน หุ้นกู้หรือพันธบัตรที่กระทรวงการคลังค้ำประกันต้นเงินและดอกเบี้ยนั้น สินทรัพย์สภาพคล่องประเภทดังกล่าวมานี้ ล้วนแต่เป็นสินทรัพย์ที่มีการคิดดอกเบี้ยทั้งสิ้น ธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ย จึงไม่สามารถที่จะจัด

หาสินทรัพย์ดังกล่าวมาเพื่อดำรงเป็นสินทรัพย์สภาพคล่องได้ ดังนั้น จึงมีเพียงเงินสดและเงินฝากสุทธิที่ธนาคารแห่งประเทศไทยเท่านั้นที่จะถือเป็นสินทรัพย์สภาพคล่องตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ได้ อย่างไรก็ตาม ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจที่จะประกาศกำหนดประเภทของสินทรัพย์ที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะสามารถนำมาดำรงเป็นสินทรัพย์สภาพคล่องแทนประเภทของสินทรัพย์ที่ได้กล่าวมาแล้วได้ ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยต้องนำเงินสดเป็นจำนวนมากมาดำรงเป็นสินทรัพย์สภาพคล่องเพื่อทดแทนสินทรัพย์ประเภทอื่น

2.2.2 การควบคุมการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์

นอกจากการกำกับดูแลควบคุมธนาคารพาณิชย์โดยการให้ธนาคารดำรงกองทุนและสินทรัพย์ดังกล่าวแล้ว พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ยังควบคุมวิธีการประกอบธุรกิจของธนาคาร โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ดังนี้*

- (1) การลดทุนของธนาคาร โดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี
- (2) ให้สินเชื่อแก่กรรมการ ประกันหนี้ใด ๆ ของกรรมการ รับรอง รับอาวัล หรือสอดเข้าแก้หน้า ในตัวเงินที่กรรมการเป็นผู้สั่งจ่ายหรือเป็นผู้สลักหลังหรือเป็นผู้อาวัล (คำว่า กรรมการ หมายความว่ารวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการตามมาตรา 12 ทวิ ด้วย ซึ่งได้แก่คู่สมรส บุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของกรรมการ ห้างหุ้นส่วนสามัญหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดที่กรรมการหรือคู่สมรสหรือบุตรตามที่กล่าวมาเขาเป็นส่วน ส่วน บริษัทจำกัดที่กรรมการหรือคู่สมรสหรือบุตรถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 30 ของหุ้นที่จำหน่ายได้ของบริษัทนั้น ฯลฯ)
- (3) รับหุ้นของตนเอง หรือหุ้นของธนาคารพาณิชย์ใด ๆ จากธนาคารอื่น แต่ไม่ห้ามรับหุ้นธนาคารพาณิชย์ใด ๆ จากบุคคลอื่น
- (4) ชื่อหรือมีไว้ซึ่งชื่อสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่มีไว้เพื่อเป็นสถานที่ดำเนินธุรกิจ หรือเป็นสวัสดิการสำหรับพนักงานและลูกจ้างของธนาคารนั้น หรือ ชื่อ หรือมีชื่อสังหาริมทรัพย์ไว้จากการซื้อทอดตลาดโดยคำสั่งศาลหรือคำสั่งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์
- (5) ชื่อหรือมีหุ้นในบริษัทจำกัดเกินกว่าร้อยละ 10 ของจำนวนหุ้นที่บริษัทนั้นจำหน่ายได้แล้วทั้งหมด หรือชื่อหรือมีหุ้นหรือหุ้นกู้ในบริษัทใด ๆ มีมูลค่ารวมกันทั้งสิ้นเกินกว่าร้อยละ 20 ของเงินกองทุนของธนาคารพาณิชย์นั้น เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย
- (6) ชื่อหรือมีหุ้นธนาคารพาณิชย์อื่น เว้นแต่จะได้รับจากการชำระหนี้ หรือการประกันการให้สินเชื่อ หรือเป็นการได้มาจากการได้รับผ่อนผันจากรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย

* พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ มาตรา 12, มาตรา 12 ทวิ

(7) จ่ายเงิน หรือทรัพย์สินอื่นเป็นค่านายหน้าหรือค่าตอบแทนเนื่องจากการประกอบธุรกิจของธนาคารเป็นกรณีพิเศษแก่กรรมการ พนักงานหรือลูกจ้าง เว้นแต่จะจ่ายตามปกติ เช่น บำเหน็จ เงินเดือน เงินรางวัล และเงินเพิ่มอย่างอื่นตามระเบียบปฏิบัติหรือข้อบังคับของธนาคาร

(8) ขายหรือให้อสังหาริมทรัพย์ ที่มีมูลค่ารวมกันสูงกว่าที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดแก่กรรมการ รวมทั้งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกรรมการ

(9) กระทำการใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือประโยชน์ของประชาชน หรือเอาเปรียบลูกค้าหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง อย่างไม่เป็นธรรมหรือเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาหรือแข่งขันในระบบสถาบันการเงิน หรือเป็นการผูกขาดหรือตัดตอนทางเศรษฐกิจ

(10) ให้สินเชื่อหรือลงทุนในกิจการของผู้อื่นหรือก่อภาระผูกพันเพื่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างรวมกัน เมื่อสิ้นวันหนึ่ง ๆ เกินกว่าอัตราส่วนกับเงินกองทุนทั้งหมด ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ธนาคารประกาศกำหนด

การห้ามธนาคาร(ผู้บริหารธนาคาร) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กล่าวไว้ข้างต้น มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการบริหารของธนาคารในการใช้จ่ายทรัพย์สินของธนาคารเพื่อประโยชน์ของธนาคาร และผู้ที่เกี่ยวข้องกับธนาคาร ประเด็นที่เป็นปัญหาในกรณีที่น่าสนใจดังกล่าวนี้ไปใช้กับธนาคารไม่มีดอกเบี้ยคือ ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะประกอบกิจการบนพื้นฐานของการเข้าเป็นหุ้นส่วน (Musharika) และการเข้าร่วมลงทุนโดยไม่มีส่วนร่วมในการบริหาร (Mudaraba) ซึ่งเป็นหลักการในการประกอบกิจการของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย โดยได้รับผลตอบแทนจากการแบ่งปันผลกำไรขาดทุน แทนการคิดดอกเบี้ย ดังนั้น ข้อห้ามธนาคารในการเข้าหุ้นในบริษัทจำกัดเกินร้อยละ 10 ตามมาตรา 12 (5) รวมทั้งการมีไว้ซึ่งทรัพย์สินเพื่อจำหน่ายตามประเภทการประกอบกิจการขายสินค้าโดยการบวกเพิ่มกำไร (Murabaha) ก็ไม่สามารถที่จะทำได้เนื่องจากจะขัดกับเงื่อนไขตามมาตรา 12 (4) อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขตามข้ออื่นก็สามารถที่จะนำมาบังคับใช้ได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ลงทุนรายย่อย

2.2.3 การควบคุมธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยที่ไม่ใช่การประกอบการธนาคารพาณิชย์

เนื่องจากธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะมีวิธีการและรูปแบบในการประกอบกิจการที่แตกต่างกับธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไปและไม่ได้กำหนดวิธีการควบคุมการประกอบการของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยเอาไว้ในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ ดังนั้น จึงควรเพิ่มเติมบทบาทของธนาคารแห่งประเทศไทยที่จะเข้าไปควบคุมการประกอบการของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย โดยจะได้พิจารณาตามประเภทของการประกอบกิจการดังต่อไปนี้

(1) การรับฝากเงิน การรับฝากเงินของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยประเภทที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถาม ทั้งในรูปแบบของบัญชีออมทรัพย์และบัญชีกระแสรายวัน ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะไม่จ่ายผลตอบแทนให้แก่ผู้ฝาก เว้นแต่ในกรณีที่ผู้ฝากได้ตกลงให้ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยสามารถนำเงินฝากไปใช้เพื่อประโยชน์ของธนาคารได้ การจ่ายผลตอบแทนแก่ผู้ฝากในกรณีนี้ จะไม่มีการกำหนดจำนวนไว้โดยเฉพาะเหมือนกับการจ่ายดอกเบี้ยของธนาคารพาณิชย์แก่ผู้ฝากเงิน การจ่ายผลตอบแทนของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยดังกล่าวนี้เรียกว่า “Non-Fix Bonus”²⁷ ซึ่งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยอาจจะจ่าย Bonus จำนวนนี้ให้แก่ผู้ฝากเงินหรือไม่ก็ได้ จากกรณีที่พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ได้ให้อำนาจธนาคารแห่งประเทศไทยในการกำหนดอัตราดอกเบี้ยของธนาคารพาณิชย์ ดังนั้น ในกรณีของการจ่าย Bonus ของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ก็ควรจะให้เป็นอำนาจของธนาคารแห่งประเทศไทยที่จะกำหนดประเภท จำนวน อัตราสูงสุดและต่ำสุดของเงิน Bonus ดังกล่าวที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะสามารถจ่ายได้ ซึ่งอาจทำได้โดยการออกประกาศหรือระเบียบเพื่อควบคุมการจ่ายเงิน Bonus ของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยดังกล่าวนี้ ทั้งนี้ เพื่อให้มีหลักเกณฑ์และวิธีการในการปฏิบัติ และเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยต่อผู้ให้บริการ

(2) การฝากเงินเพื่อการลงทุนและการประกอบธุรกิจร่วมลงทุน

ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะรับฝากเงินจากผู้ฝากในบัญชีเพื่อการลงทุน โดยธนาคารจะนำเงินดังกล่าวไปลงทุนซึ่งแบ่งออกได้เป็นสองกรณีคือ การนำเงินไปร่วมลงทุนกับเงินทุนของธนาคาร โดยธนาคารมีฐานะเป็นหุ้นส่วนของกิจการและได้ค่าตอบแทนจากการแบ่งปันผลกำไรขาดทุนของกิจการ และการที่ธนาคารนำเงินจำนวนดังกล่าวไปลงทุน โดยไม่มีการนำเงินของธนาคารไปลงทุนร่วม ในกรณีธนาคารจะทำหน้าที่เป็นผู้บริหารเงินทุน และจะได้รับค่าตอบแทนจากการบริหารเงินดังกล่าวจากกำไรของกิจการ ในกรณีที่กิจการขาดทุนธนาคารก็จะไม่ได้รับผลตอบแทนนี้ ทั้งสองกรณียังกล่าวข้างต้น ธนาคารจะทำความเข้าใจกับผู้ฝากในการแบ่งปันผลกำไรขาดทุนและค่าตอบแทนดังกล่าว ซึ่งในกรณีนี้ ธนาคารอาจจะใช้ความได้เปรียบในเชิงธุรกิจกำหนดอัตราการแบ่งปันผลกำไรขาดทุน โดยให้ส่วนแบ่งผลกำไรขาดทุนของธนาคารสูงเกินส่วน ซึ่งเป็นการเอาเปรียบแก่ผู้ฝากเงินหรือผู้ร่วมลงทุน

เพื่อเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ฝากเงินหรือผู้ลงทุนรายย่อยที่ไม่มีอำนาจต่อรองกับธนาคาร ธนาคารแห่งประเทศไทยจึงควรที่จะเข้าไปควบคุมการแบ่งผลตอบแทนจากการลงทุนนี้ โดยอาจกำหนดหลักเกณฑ์ในการคิดคำนวณผลกำไรขาดทุน อัตราสูงสุดและต่ำสุดของส่วนแบ่งผลกำไรขาดทุนในการร่วมลงทุน โดยอัตราดังกล่าวจะต้องผันแปรไปตามประเภทของกิจการ นอกจากนั้น

²⁷ Zubair Iqbal and Abbas Mirakhor, “Islamic Banking”, p. 32.

แล้ว ควรจะมีข้อกำหนดให้ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยชี้แจงต่อธนาคารแห่งประเทศไทยถึงหลักเกณฑ์และวิธีการในการคิดคำนวณการแบ่งปันผลกำไรขาดทุนให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเพื่อพิจารณา ซึ่งการกำหนดอัตราส่วนแบ่งผลกำไรขาดทุน อาจจะพิจารณาได้จาก ผลกำไรที่กิจการควรจะได้รับ ความเสี่ยงและโอกาสในทางธุรกิจของการประกอบกิจการ ผลกำไรของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยที่ธนาคารได้รับในแต่ละปี และประเภทของการฝากเงิน เช่น การฝากเงินเพื่อการลงทุนในระยะสั้นอาจจะได้รับส่วนแบ่งผลกำไรน้อยกว่าการฝากเงินเพื่อการลงทุนในระยะยาว เป็นต้น การควบคุมอัตราสูงสุดและต่ำสุดของส่วนแบ่งผลกำไรขาดทุนจะเป็นการควบคุมไม่ให้ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยเสนออัตราส่วนแบ่งผลกำไรขาดทุนที่เป็นการเอารัดเอาเปรียบผู้ลงทุนและผู้ฝากเงินกับธนาคาร และเป็นการป้องกันไม่ให้ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยเสนอผลตอบแทนที่สูงเกินไปเพื่อการแข่งขันในตลาดการเงิน ซึ่งอาจทำให้ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยประสบกับภาวะขาดทุนจากการดำเนินกิจการซึ่งจะเป็นผลกระทบต่อ ผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ และผู้ฝากเงินกับธนาคารได้

(3) การลงทุนของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในการประกอบธุรกิจ

เมื่อธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้ระดมเงินฝากประเภทเพื่อการลงทุนจากประชาชน หรือเงินฝากประเภทที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถามแล้ว ธนาคารจะนำเงินดังกล่าวไปลงทุนในธุรกิจตามแต่ข้อตกลง หรือตามที่ธนาคารเห็นสมควร ในการประกอบธุรกิจของธนาคารดังกล่าว ธนาคารอาจจะลงทุนไปสำหรับกิจการหนึ่งกิจการใด หรือลงทุนในกิจการที่มีความเสี่ยงมาก ซึ่งไม่เป็นที่นิยมหรือการลงทุนที่ดี รวมทั้งขั้นตอนในการพิจารณาการลงทุนอาจมีความไม่รอบคอบรัดกุมเพียงพอ ซึ่งอาจทำให้ธนาคารประสบกับภาวะขาดทุนได้

ด้วยเหตุนี้ ธนาคารแห่งประเทศไทยควรจะเข้ามามีบทบาทและมีอำนาจในการควบคุมการลงทุนของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในธุรกิจต่าง ๆ ดังนี้

(1) กำหนดประเภทของกิจการในการลงทุนของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ว่ากิจการใดที่ธนาคารสามารถที่จะลงทุนได้ หรือกิจการใดที่เป็นการต้องห้ามในแง่ของความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจและผลตอบแทนตลอดจนผลประโยชน์ที่เกิดแก่สาธารณะ

(2) กำหนดปริมาณการลงทุน โดยกำหนดให้ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยกระจายการลงทุนไปในธุรกิจที่แตกต่างกัน ทำให้ธนาคารกระจายความเสี่ยงในการขาดทุน และเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยและผู้ลงทุนร่วมกับธนาคารด้วย

(3) กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการพิจารณาและการตรวจสอบเอกสารก่อนการเข้าร่วมลงทุนใด ๆ ให้เป็นไปโดยมีแบบแผนในการพิจารณาการลงทุนของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย โดยธนาคารแห่งประเทศไทยอาจเข้าสู่มุมตัวอย่างตรวจสอบการลงทุนของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย

เพื่อเป็นการตรวจสอบว่าธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการที่ธนาคารแห่งประเทศไทยได้กำหนดไว้หรือไม่

(4) การคิดกำไรในการประกอบธุรกิจ

การประกอบธุรกิจแบบการซื้อขายสินค้าของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ย ไม่ว่าโดยการบวกเพิ่มราคา (Murabaha) การขายสินค้าแบบผ่อนส่ง (Bai Bithman Ajil) การขายสินค้าแบบจองซื้อ (Bai Salaf) การให้เช่าซื้อ การทำธุรกิจค้ำประกัน ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะต้องกำหนดส่วนกำไรที่ธนาคารจะได้รับจากการประกอบธุรกิจดังกล่าว โดยธนาคารจะต้องกำหนดกำไรอย่างเป็นธรรมและพอสมควร และแม้ว่าจะมีการแข่งขันในการซื้อขายสินค้าและการให้บริการในการซื้อสินค้าในรูปแบบอื่นแล้วก็ตาม ธนาคารก็อาจที่จะกำหนดผลกำไรที่สูงเกินสมควรได้ ซึ่งเป็นการเอาเปรียบผู้ซื้อ หรือผู้เช่าซื้อสินค้าซึ่งอาจจะไม่มีทางเลือกและมีอำนาจในการต่อรองน้อย

ดังนั้น ธนาคารแห่งประเทศไทย จึงควรที่จะเข้ามาควบคุมการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคิดคำนวณกำไรที่บวกเพิ่มในราคาสินค้า เพื่อไม่ให้ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยหากำไรที่มากเกินไปเกินสมควรจากการประกอบธุรกิจประเภทนี้ได้

(5) การกู้ยืมแบบให้เปล่า

นอกจากการกำกับดูแลในส่วนของการประกอบธุรกิจของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยแล้ว ธนาคารแห่งประเทศไทยยังอาจจะต้องเข้าไปมีบทบาทในการกำกับดูแลการให้กู้ยืมเงินแบบให้เปล่า (Qarz-e-hasana) ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการให้กู้ยืมเพื่อการกุศลอย่างหนึ่ง และไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรจากการให้กู้ยืมนี้ โดยอาจจะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการให้ความช่วยเหลือ และประเภทและลักษณะของบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยควรจะให้การช่วยเหลือ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการควบคุมการปล่อยเงินกู้ของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ย

(6) การให้ความช่วยเหลือในการดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ย

ในกรณีที่ธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยได้จัดตั้งขึ้นโดยมีสภาพเป็นธนาคารพาณิชย์ ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ ธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยก็มีหน้าที่ที่จะต้องดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องของธนาคาร ค่อยอดเงินฝากหรือเงินกู้ยืมของธนาคาร ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ ธนาคารแห่งประเทศไทยอาจให้ความช่วยเหลือในการดำรงสินทรัพย์ดังกล่าวของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ย โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ของการดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยไม่สามารถที่จะดำรงสินทรัพย์สภาพคล่องประเภทอื่นได้เพราะสินทรัพย์สภาพคล่องนั้นมีผลตอบแทนเป็นดอกเบี้ย เช่น พันธบัตรหรือตั๋วเงินคลัง ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้

ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยต้องนำเงินสดจำนวนมากมาดำรงไว้เป็นสินทรัพย์สภาพคล่องของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ซึ่งทำให้ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยขาดเงินทุนและขาดความคล่องตัวในการดำเนินกิจการ

(7) การจัดตั้งสถาบันสอบบัญชีและสถาบันรับประกันเงินฝาก

โดยที่การรับฝากเงินเพื่อการลงทุนและการฝากเงินประเภทที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถาม หรือตามกำหนดเวลาการฝากเงินที่ตกลงไว้กับธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ผู้ฝากเงินจะมีความเสี่ยงในการได้รับผลตอบแทนหรือรับเงินที่ฝากคืน ในระบบการธนาคารไม่มีดอกเบี้ย จึงต้องมีการจัดตั้งสถาบันสอบบัญชี (Investment Audit Corporation: IAC)²⁸ เพื่อทำการตรวจสอบบัญชีการลงทุนระหว่างผู้ฝากเงินกับธนาคาร ส่วนผู้ฝากเงินประเภทต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถามหรือตามกำหนดเวลานั้น รัฐจะจัดให้มีสถาบันรับประกันเงินฝาก (Deposit Insurance Corporation: DIC)²⁹ เพื่อค้ำประกันการฝากเงินและให้ผู้ฝากมั่นใจว่าจะได้รับคืนเงินที่ฝากไว้กับธนาคารไม่มีดอกเบี้ยนั้น สถาบันทั้งสองที่กล่าวมาแล้ว ถือเป็นหน่วยงานที่มีลักษณะเฉพาะที่จัดตั้งขึ้นเพื่อการสนับสนุนการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ดังนั้น หากรัฐบาลจะสนับสนุนให้มีการจัดตั้งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยในประเทศไทยแล้ว รัฐบาลก็อาจจัดให้มีหน่วยงานดังกล่าวขึ้นเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบและรับประกันการฝากเงิน ซึ่งจะเป็นผลดีแก่ผู้ประสงค์จะใช้บริการของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย และเป็นการสนับสนุนการประกอบธุรกิจของธนาคารอีกประการหนึ่ง

ตามพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2489 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2528 ได้กำหนดให้จัดตั้งกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงินเพื่อให้ระบบสถาบันการเงินมีความมั่นคง และมีเสถียรภาพ และเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ฝากเงิน ผู้ถือหุ้น และเจ้าหน้าที่ของสถาบันการเงิน ซึ่งธนาคารพาณิชย์ก็เป็นประเภทหนึ่งของสถาบันการเงิน ธนาคารพาณิชย์จึงต้องเข้าเป็นสมาชิกของกองทุนนี้ด้วย ผู้ถือหุ้น เจ้าหน้าที่และผู้ฝากเงินกับธนาคารพาณิชย์จึงได้รับความคุ้มครองจากกองทุนนี้ โดยกองทุนให้การช่วยเหลือทางการเงินคือ จะมีการให้กู้ยืมเงินแก่สถาบันการเงินและประกอบกิจการอื่น เช่น การค้ำประกัน การอวัล เป็นต้น โดยการคิดดอกเบี้ย จากขอบเขตการประกอบกิจการของกองทุนดังกล่าวทำให้ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยไม่สามารถอยู่ในระบบของกองทุนได้ ทั้งนี้เพื่อดำรงเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของจัดตั้งธนาคารที่จะไม่ยุ่งเกี่ยวกับกิจการที่มีดอกเบี้ย

²⁸ M Umer Chapra, *Towards a Just Monetary System*, p.150.

²⁹ *Ibid.*, p. 178.

กฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย

การประกอบธุรกิจของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยตามหลักคำสอนของศาสนาอิสลามจะอยู่ภายใต้หลักการของกฎหมายอิสลามและคำสอนของศาสนาอิสลาม อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยได้จัดตั้งขึ้นในประเทศไทย ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายไทยด้วย ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์ว่าการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยนั้น ชัดกับกฎหมายไทยหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายหลักและกฎหมายทั่วไปที่นำมาบังคับใช้กับการประกอบธุรกิจ ทั้งนี้ เพื่อให้ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยสามารถที่จะดำเนินธุรกิจอย่างถูกต้องตามกฎหมายไทย รวมทั้งเสนอแนะวิธีการในการแก้ไขปรับปรุงวิธีการดำเนินธุรกิจของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยให้สอดคล้องกับกฎหมายไทย

1. รูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยตามหลักกฎหมายอิสลามกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1.1 การรับฝากทรัพย์ (Wadi'a)

ในการรับฝากทรัพย์ของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยแบ่งออกได้เป็น 2 แบบคือ การรับฝากเงินและการรับฝากทรัพย์ การรับฝากทั้งสองประเภทของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยธนาคารมีหน้าที่ในการเก็บรักษาเงินหรือทรัพย์จำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้ฝากตามข้อตกลงโดยธนาคาร อาจได้รับค่าตอบแทนจากการรับฝากทรัพย์นั้น การรับฝากทรัพย์ของธนาคารอยู่ภายใต้หลักกฎหมายอิสลามเรียกว่า “วาดีอะ”³⁰ คือการที่เจ้าของทรัพย์มอบสิ่งของให้อยู่ในความดูแลของผู้อื่น ซึ่งถือเป็นการให้ความไว้วางใจอย่างหนึ่ง ผู้รับฝากทรัพย์จะต้องรักษาความไว้วางใจโดยการดูแลรักษาทรัพย์นั้น การไม่ข่มขืนทรัพย์ที่รับฝากก็ดี การที่เกิดความเสียหาย สูญหายขึ้นแก่ทรัพย์ที่ฝาก ผู้รับฝากจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น หน้าที่ในการเป็นผู้รับฝากทรัพย์ดังกล่าว รวมไปถึงการครอบครองทรัพย์ไว้ตามสัญญาอื่นในระหว่างการเช่า การยืมใช้สอยเปลี่ยนแปลง สัญญาฝากทรัพย์จะสิ้นสุดลงเมื่อมีการคืนทรัพย์ที่รับฝากให้แก่ผู้ฝาก และในกรณีที่ผู้รับฝากทรัพย์ รับฝากทรัพย์ไว้ตามสัญญาอื่น สัญญาฝากทรัพย์ก็จะสิ้นสุดลงตามข้อตกลงนั้น³¹

³⁰ จารึก เซ็นเจอร์ญ และมุฮัมมัด พายิบ, นิติศาสตร์อิสลาม มัชฮับฮาฟีอี, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ส. วงศ์เสงี่ยม, ไม่ระบุปีที่พิมพ์), หน้า 29.

³¹ Joseph Schacht, An Introduction to Islamic Law, (London: Oxford University Press, 1964), p. 157.

หลักกฎหมายอิสลามในเรื่องการรับฝากทรัพย์สินดังกล่าว ส่วนใหญ่จะมีความสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในบรรพ 3 ลักษณะ 16 ซึ่งกำหนดให้การฝากทรัพย์สินเป็นสัญญาที่ผู้ฝากส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้รับฝากเก็บรักษาทรัพย์สินไว้และจะคืนให้แก่ผู้ฝาก (ปพพ. มาตรา 657) ในการรับฝากทรัพย์สินนี้ ผู้รับฝากจะต้องระมัดระวังในการรักษาทรัพย์สินและจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นได้รับความเสียหายหรือสูญหาย (ปพพ. มาตรา 659-660) ดังนั้น ในกรณีที่มิชอบพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับการฝากทรัพย์สินนี้ ก็สามารถที่จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับได้

1.2 การยืม (Ariyya)

ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะให้กู้ยืมเงินแก่บุคคลแบบให้เปล่า (Qarz-e-hasana) และการให้กู้ยืมเงินเบิกเกินบัญชีในบัญชีกระแสรายวัน การให้กู้ยืมเงินดังกล่าว กฎหมายอิสลามได้วางหลักไว้ว่า การยืมให้ทำเป็นหนังสือและให้มีพยาน 2 คน และห้ามการคิดดอกเบี้ยจากการให้กู้ยืมนั้น³²

ตามหลักกฎหมายอิสลาม การยืมใช้ทรัพย์สินประเภทแลกเปลี่ยนกันได้กับทรัพย์สินอื่น (Loan of non fungible object) หมายถึงการให้ผู้อื่นเข้าครอบครองทรัพย์สินชั่วคราวและไม่มีค่าตอบแทนในการใช้ทรัพย์สิน ทรัพย์สินที่ยืมจะเป็นประเภทที่สามารถนำทรัพย์สินมาแลกเปลี่ยนกันได้ การยืมลักษณะนี้ผู้ยืมอาจยืมเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สามก็ได้ เจ้าของทรัพย์สินที่ให้อืมจะขอให้ผู้ยืมคืนทรัพย์สินแก่ตนเมื่อไรก็ได้ หากไม่มีการตกลงระยะเวลาการยืม และหากทรัพย์สินที่ยืมสูญหายเสียหาย ผู้ยืมจะต้องรับผิดชอบชดเชยความเสียหายแก่เจ้าของทรัพย์สินผู้ให้อืม อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นการเรียกให้คืนทรัพย์สินและทำให้ผู้ยืมได้รับความเสียหาย เช่น การเรียกคืนที่ดินจากการที่มอบให้ผู้อื่นไปทำการเพาะปลูกพืชผลโดยมีกำหนดระยะเวลา และเรียกคืนก่อนครบกำหนดเวลานั้น เจ้าของทรัพย์สินผู้เรียกคืนก็ต้องชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ยืมด้วย³³ ซึ่งธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะให้หลักการดังกล่าวนี้ในการให้กู้ยืมแบบไม่มีค่าตอบแทน

การกู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้การกู้ยืมเงินเกินกว่า 50 บาท จะต้องมียุติฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้กู้เป็นสำคัญจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้ การมีหลักฐานเป็นหนังสือดังกล่าวแตกต่างจากหลักกฎหมายอิสลามที่บังคับว่าจะต้องมีพยานถึง 2 คน ส่วนการคิดดอกเบี้ยในการกู้ยืมเงิน กฎหมายไม่ได้กำหนดให้การกู้ยืมเงินจะต้องคิดดอกเบี้ยแต่อย่างใด จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายอิสลามในเรื่องนี้มีความใกล้เคียงกับหลักกฎหมายในเรื่องการยืม ตามประมวล

³² จารึก เซ็นเจอร์ญ และมุฮัมมัด พายิบ, นิติศาสตร์อิสลามมัซฮับฮาฟีอี, หน้า 19.

³³ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, p., 157.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ดังนั้น จึงสามารถที่จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของ
ไทยมาปรับใช้แก่กรณีของการให้กู้ยืมเงินของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยได้

1.3 การเข้าเป็นหุ้นส่วน³⁴

การเข้าเป็นหุ้นส่วนตามวิธีการประกอบกิจการของธนาคารไม่มี
ดอกเบี้ยซึ่งดำเนินการตามหลักกฎหมายอิสลามมีดังต่อไปนี้

1.3.1 การเข้าหุ้นส่วนโดยแบ่งผู้เป็นหุ้นส่วนออกเป็นสองฝ่ายคือ
หุ้นส่วนฝ่ายที่ลงทุนเป็นเงินหรือทรัพย์สิน กับหุ้นส่วนฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบการซึ่งจะลงทุนโดยแรงงาน
หรือความเชี่ยวชาญของตนในการประกอบกิจการแล้วแบ่งปันผลกำไรตามที่ตกลงกัน ในกรณีที่ขาด
ทุนผู้ลงทุนด้วยเงินจะขาดทุนในส่วนของเงินหรือทรัพย์สินฝ่ายเดียวจำกัดตามจำนวนที่ลงทุน การเข้าหุ้น
ส่วนแบบนี้เรียกว่า การร่วมลงทุนโดยไม่มีส่วนร่วมในการจัดการ (Mudaraba) ซึ่งธนาคารไม่มีดอก
เบียจะใช้รูปแบบการเข้าหุ้นส่วนลักษณะนี้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) การรับฝากเงินเพื่อการลงทุน ธนาคารจะเข้าเป็นหุ้นส่วน
ประเภทที่ไร้ความเชี่ยวชาญในการบริหารจัดการเงินทุน ส่วนผู้ฝากเงินจะเป็นผู้ลงเงินที่ใช้ในการ
ประกอบกิจการที่ประสงค์จะร่วมลงทุน ธนาคารจะได้รับส่วนแบ่งจากกำไรในการจัดการนำเงินไปลง
ทุน

(2) การเข้าเป็นหุ้นส่วนกับผู้ประกอบการ ในกรณีนี้ ธนาคารไม่มี
ดอกเบี้ยจะเข้าหุ้นกับผู้ประกอบการ โดยธนาคารจะเป็นผู้ให้เงินทุนในการประกอบการ แต่จะไม่เข้าไป
เป็นผู้บริหารกิจการ ส่วนผู้ประกอบการจะไร้ความเชี่ยวชาญในทางการค้าของคนบริหารกิจการที่ร่วม
ลงทุน โดยใช้เงินทุนที่ได้รับจากธนาคาร

1.3.2 การเข้าเป็นหุ้นส่วนโดยจำกัดความรับผิดชอบ การเข้าหุ้นส่วนใน
ลักษณะนี้ เป็นกรณีที่ธนาคารและผู้ประกอบการออกเงินทุนร่วมกันเพื่อประกอบกิจการ และจะ
แบ่งปันผลกำไรขาดทุนของกิจการตามสัดส่วนจำนวนทุนที่ลง และแต่ละฝ่ายรับผิดชอบจำกัดเฉพาะ
จำนวนเงินที่ลงทุนเท่านั้น

ลักษณะการเข้าเป็นหุ้นส่วนตามหลักกฎหมายอิสลามดังกล่าวข้างต้น มีรูปแบบที่ใกล้เคียง
กับการเข้าหุ้นส่วนตามลักษณะ 22 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ การเข้าเป็นหุ้นส่วน
ตามกฎหมายไทย จะได้แบ่งออกเป็นสามประเภท คือ ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด และ
บริษัทจำกัด แต่มีรายละเอียดที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การร่วมลงทุน (Mudaraba) และการเข้าหุ้นส่วน
(Musharika al Inan) หุ้นส่วนทั้งสองฝ่ายจะรับผิดชอบจำกัด ซึ่งต่างกับห้างหุ้นส่วนสามัญที่ผู้เป็นหุ้นส่วน

³⁴ M Omer Chapra, Toward a Just Monetary System, p.248.

สามัญจะต้องรับผิดชอบไม่จำกัด และในกรณีของห้างหุ้นส่วนจำกัด หุ้นส่วนประเภทที่เข้าบริหารกิจการของห้างจะต้องรับผิดชอบไม่จำกัด ส่วนกรณีของบริษัทจำกัด จะแตกต่างจากการร่วมลงทุน(Mudaraba) คือ ผู้ถือหุ้นในบริษัทมีอำนาจในการออกเสียงเกี่ยวกับการบริหารกิจการของบริษัทได้ตลอดเวลา แต่ผู้ร่วมลงทุนเป็นเงินหรือทรัพย์สินในหุ้นส่วนแบบการร่วมลงทุน (Mudaraba) จะไม่มีอำนาจในการเข้าข้องเกี่ยวกับการบริหารกิจการของการร่วมลงทุนเลย ผู้เขียนขอนำเอาหลักการสำคัญมาเปรียบเทียบความระหว่าง การร่วมลงทุน (Mudaraba) การเข้าหุ้นส่วนโดยจำกัดความรับผิดชอบ (Musharika) กับหุ้นส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่สำคัญตามตารางดังนี้

ลักษณะสำคัญ	ห้างหุ้นส่วนสามัญ	ห้างหุ้นส่วนจำกัด	บริษัทจำกัด	การร่วมลงทุน (Mudaraba)	หุ้นส่วนจำกัด ความรับผิดชอบ (Musharika al Inan)
1.จำนวนหุ้นส่วน	2 คนขึ้นไป	2 คนขึ้นไป	7 คนขึ้นไป	2 คนขึ้นไป	2 คนขึ้นไป
2.สิ่งที่ลงทุน	ทรัพย์สินหรือแรงงาน	ทรัพย์สินหรือแรงงาน	ทรัพย์สินหรือแรงงาน	ฝ่ายหนึ่ง ใ้แรงงานอีกฝ่าย ลงทุน เป็นทรัพย์สิน	ทรัพย์สินเท่านั้น
3.การจัดการ	จัดการร่วมกัน	จัดการโดยหุ้นส่วน จำกัด ความรับผิดชอบ	เลือกกรรมการบริษัทเป็นผู้จัดการ	หุ้นส่วนลงทุนด้วยแรงงาน เป็นผู้จัดการ	จัดการร่วมกัน
4.ความรับผิดชอบ	รับผิดชอบไม่จำกัด ทั้งสองฝ่าย	เฉพาะหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบต้องรับผิดชอบไม่จำกัด	รับผิดชอบจำกัด ตามมูลค่าหุ้นที่ถือ	หุ้นส่วนผู้จัดการ(แรงงาน) ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นเงิน หุ้นส่วนที่ลงทุนโดยทรัพย์สิน รับผิดชอบจำกัดตามจำนวนทรัพย์สินที่ลงทุน	รับผิดชอบจำกัด ตามจำนวนทรัพย์สินที่ลงทุน

1.4 การซื้อขาย (Bai')³⁵

การซื้อขายเป็นสัญญาที่สำคัญของกฎหมายอิสลามว่าด้วยหนี้ ที่ได้มีการพัฒนาปรับปรุงขึ้นเป็นหลาย ๆ รูปแบบ ตามหลักกฎหมายอิสลาม การซื้อขายสินค้าคือการแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างกันโดยการคิดราคาหรือมูลค่าของสินค้าโดยอีกฝ่ายหนึ่งต้องจ่ายเพื่อราคาของสินค้าให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง สัญญาซื้อขายสินค้าจะสมบูรณ์เมื่อมีการส่งมอบสินค้ากันแล้ว หลักการดังกล่าวเป็นการกำหนดขึ้นเพื่อไม่ให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เปรียบและเสียเปรียบกัน การซื้อขายสินค้าตามหลักกฎหมายอิสลาม ผู้ขายจะต้องได้เห็นสินค้าเสียก่อน แต่หลักการได้เห็นสินค้าก่อนไม่ถือเป็นหลักตายตัว หากสินค้าชำรุดบกพร่องภายหลังจากการได้เห็น (การตรวจสอบ) เนื่องจากการพิจารณาภาพลักษณ์ของสินค้าแตกต่างไปจากคุณสมบัติจริง ผู้ซื้อก็สามารถคืนสินค้าแก่ผู้ขายได้แม้ว่าจะได้ตรวจสอบสินค้านั้นก่อนหรือภายหลังการส่งมอบสินค้าก็ตาม หรือผู้ซื้อจะเรียกให้ผู้ขายลดราคาสินค้าลงก็ได้ สิทธิในการแลกเปลี่ยนหรือการคืนสินค้าโดยทั่วไปจะกำหนดไว้ให้ดำเนินการภายใน 3 วัน นอกจากนี้ การซื้อขายแบบมีเงื่อนไขประเภทต่าง ๆ เช่น การซื้อขายโดยการส่งของสินค้า (Bai' Salaf หรือ Bai' Salam) โดยผู้ซื้อจะชำระเงินไว้ก่อน และผู้ขายจะส่งมอบสินค้าในภายหลัง และในทางตรงกันข้ามการซื้อสินค้าเชื่อ โดยผู้ซื้อรับมอบสินค้าไปก่อนแล้วจึงชำระเงินให้ภายหลัง การซื้อสินค้าดังกล่าวจะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายอิสลามเพื่อหลีกเลี่ยงการเอารัดเอาเปรียบและการคิดดอกเบี้ย

การซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีลักษณะคล้ายคลึงกันกับหลักการซื้อขายตามกฎหมายอิสลาม กล่าวคือ การซื้อขายเป็นสัญญาระหว่างบุคคลสองฝ่ายที่ฝ่ายผู้ขายตกลงที่จะมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องชำระราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย (พพ. มาตรา 453) ในกรณีที่สินค้ามีความชำรุดบกพร่องหรือแตกต่างไปจากคำพรรณนาของผู้ขายแล้ว ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้นต่อผู้ซื้อตามแต่กรณี อย่างไรก็ตาม ส่วนสำคัญของการซื้อขายที่ต้องห้ามตามกฎหมายอิสลามแต่ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ได้แก่

ก. การซื้อขายสิ่งที่ไม่เป็นประโยชน์หรือสิ่งที่เป็นโทษแก่ร่างกาย เช่น สุรา สุกร เลือดของสัตว์ เป็นต้น

ข. การซื้อขายที่ผู้ขายไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้า (การซื้อขายสินค้าล่วงหน้า) ในขณะที่ไม่สามารถระบุรายละเอียดของสินค้าได้ เนื่องจากสินค้ายังไม่มีตัวตน เช่น การซื้อผลไม้จากต้นไม้ที่ยังไม่เป็นผล หรือผลยังไม่สุก

การซื้อขายที่ต้องห้ามตามหลักกฎหมายอิสลามดังกล่าว จะมีผลเป็นโมฆะ

³⁵ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, p.151

1.5 การค้ำประกัน จำนอง จำนำ³⁶

การค้ำประกัน (Kafala) ตามหลักกฎหมายอิสลาม แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การค้ำประกันเพื่อบุคคล (Kafala Bil-Nafs) และการค้ำประกันเพื่อสิทธิเรียกร้อง (Kafala Bil-Mal)

-การค้ำประกันเพื่อบุคคลเป็นการให้หลักประกันว่าบุคคลจะไม่หนีหรือจะมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดี สัญญาค้ำประกันนี้จะมีผลบังคับเมื่อผู้ถูกค้ำประกัน (ลูกหนี้) ยังมีชีวิตอยู่ หรือจนกว่าผู้ค้ำประกันจะถึงแก่ความตาย หากลูกหนี้ผู้ถูกค้ำประกันหลบหนีไป ผู้ค้ำประกันจะต้องรับผิดชอบโดยการได้รับโทษถึงจำคุก

-การค้ำประกันเพื่อสิทธิเรียกร้อง เป็นการค้ำประกันค้ำหนี้โดยตรงหรือหนี้ในส่วนที่เพิ่มขึ้น สัญญาค้ำประกันจะมีผลบังคับเมื่อผู้ค้ำประกันได้ยอมรับที่จะเข้าค้ำประกันลูกหนี้ โดยมีสัญญาค้ำประกันเป็นหนังสือและเจ้านี้ยอมรับการค้ำประกันนั้น การค้ำประกันจะมีได้เฉพาะแต่หนี้ที่มีอยู่แล้ว ไม่ผูกพันถึงหนี้ในอนาคตที่ยังไม่มีการกำหนดมูลหนี้ไว้อย่างชัดเจน การค้ำประกันดังกล่าวมีผลให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบในทางทรัพย์สินเท่านั้น

นอกจากการค้ำประกันดังกล่าวแล้ว ในการกู้ยืม การจำนอง จำนำ ทรัพย์สินไว้เป็นหลักประกัน ให้แก่ผู้ให้ยืมทรัพย์สิน ก็เป็นที่ยอมรับตามหลักกฎหมายอิสลามภายใต้เงื่อนไขว่า หากทรัพย์สินใดสามารถซื้อขายกันได้ ก็สามารถที่จะนำมาเป็นหลักประกันโดยการจำนอง จำนำ ได้ ธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ได้ประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับการค้ำประกัน จำนอง จำนำ ตามกฎหมายอิสลาม โดยการออกหนังสือค้ำประกันของธนาคารให้แก่ผู้ขอสินเชื่อต่อบุคคลภายนอก และในทางกลับกันผู้ขอสินเชื่อ อาจจะต้องจัดให้มีบุคคลเข้าทำการค้ำประกันหรือจำนอง จำนำ ทรัพย์สินเพื่อเป็นหลักประกันการขอสินเชื่อจากธนาคาร เช่น การเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต เป็นต้น

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการค้ำประกัน จำนอง จำนำ ไว้ในบรรพ 3 ลักษณะ 11,12 และ 13 โดยกำหนดว่าการค้ำประกันคือ การที่บุคคลอื่นนอกจากลูกหนี้และเจ้านี้ เข้าผูกพันตนเพื่อชำระหนี้ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ การค้ำประกันตามความหมายนี้ ตรงกับการค้ำประกันเพื่อสิทธิเรียกร้องตามที่กำหนดไว้กฎหมายอิสลาม ดังนั้น จึงสามารถที่จะนำหลักกฎหมายในเรื่องค้ำประกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปบังคับใช้กับการค้ำประกันตามหลักการของกฎหมายอิสลามได้

ในส่วนของการจำนอง จำนำ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการตราหรือส่งมอบทรัพย์สินไว้แก่เจ้านี้ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของตน หรือบุคคลอื่น ซึ่งรวมไป

³⁶ Ibid. p.158.

ถึงการค้าประกันหนี้ในอนาคตที่ไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้น หลักประกันเพื่อการจำนอง จำนำดังกล่าว ครอบคลุมถึงดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทนจากการไม่ชำระหนี้ ค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับจำนอง แต่ในหลักกฎหมายอิสลาม หลักประกันดังกล่าวจะไม่ครอบคลุมถึงดอกเบี้ยซึ่งเป็นสิ่งต้องห้ามตามคำสอนของศาสนาอิสลาม และนอกจากนี้ การค้าประกันเพื่อหนี้ในอนาคตที่ไม่อาจคาดเดาได้ว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ ถือเป็นหนี้ที่ยังไม่แน่นอนชัดเจน การค้าประกันเพื่อหนี้ในอนาคตจึงไม่สามารถทำได้ตามหลักกฎหมายอิสลาม

1.6 การเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ³⁷

ตามหลักกฎหมายอิสลาม สัญญาเช่า (Ijara) ถือเป็นการขายสิทธิในการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินชนิดหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายในการซื้อขายเกี่ยวกับการส่งมอบ ความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สิน ที่กำหนดไว้ในการซื้อขายสินค้ำก็จะสามารถนำมาใช้บังคับกับการเช่าทรัพย์สินด้วย ดังนั้น ในกรณีที่ปรากฏความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่เช่าภายหลังจากที่ได้มีการตกลง สัญญาเช่ากันแล้ว ผู้เช่ามีสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาเช่าเสียได้เมื่อความชำรุดบกพร่องดังกล่าวทำให้เสื่อมประโยชน์ในการใช้ทรัพย์สินที่เช่า หรือทรัพย์สินที่เช่าเสื่อมสลายหรือได้รับความเสียหายทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเสียชีวิตลง สัญญาเช่าก็จะระงับสิ้นสุดลงด้วย ในกรณีที่ทรัพย์สินที่เช่าชำรุดบกพร่องแต่ไม่ถึงขนาดที่จะใช้ประโยชน์ไม่ได้ ผู้เช่ามีสิทธิขอให้ผู้ให้เช่าลดราคาค่าเช่าลงได้

การเช่าทรัพย์สินในหลักกฎหมายอิสลามแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ การเช่าเพื่อระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง และประเภทเพื่อการงานอย่างใดอย่างหนึ่ง การเช่าดังกล่าว ผู้ให้เช่าสามารถคิดค่าเช่าจากผู้ให้เช่าได้ เป็นจำนวนแน่นอนตามระยะเวลาเป็นรายเดือนหรือเหมาตามกำหนดเวลาของงาน ยกเว้นการให้เช่าที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม การกำหนดอัตราค่าเช่าไว้เป็นจำนวนแน่นอนถือเป็นการเอาเปรียบผู้เช่าเว้นแต่ผู้ให้เช่าได้จัดให้มีการชลประทานโดยการส่งทางระบายน้ำไปยังที่ดินเพื่อเกษตรกรรม และเรียกเก็บค่าเช่าจากการให้บริการดังกล่าว นอกจากนี้ ผู้ให้เช่าไม่สามารถบอกเลิกสัญญาเช่าก่อนกำหนดการเก็บเกี่ยวพืชผลแล้วเสร็จ ซึ่งโดยปกติ การให้เช่าทรัพย์สินเพื่อเกษตรกรรม (Musa'ah) จะใช้วิธีการร่วมลงทุนมากกว่าการให้เช่า

การประกอบธุรกิจของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ยที่เกี่ยวกับการให้เช่าทรัพย์สิน ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยอาจประกอบกิจการโดยการให้เช่าซื้อ หรือวิธีการลีสซิ่งเพื่อส่งเสริมให้มีการประกอบธุรกิจ เช่น เครื่องจักร เครื่องมือ วัสดุอุปกรณ์ สถานที่สำหรับโรงงานหรือสำหรับสำนักงาน โดยธนาคารเป็นผู้ลงทุนซื้อทรัพย์สินดังกล่าว แล้วจึงจัดให้มีการเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อในภายหลัง

³⁷ Ibid. p.154

การเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการที่ผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินในช่วงเวลาอันมีจำกัด และผู้เช่าจะต้องจ่ายค่าเช่าเพื่อถาวรนั้น (ปพพ. มาตรา 537) การให้เช่าทรัพย์สินของผู้ให้เช่าเป็นการโอนสิทธิในการที่ผู้ให้เช่าจะได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินเช่นเดียวกับการเช่าตามหลักกฎหมายอิสลาม เจือใจในการเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอิสลาม ส่วนใหญ่จะสอดคล้องกันคือ สัญญาเช่าได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบการรอนสิทธิ ตามกฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายมาใช้เช่นกัน (ปพพ. มาตรา 549) ผู้เช่าต้องส่งมอบทรัพย์สินที่มีสภาพอันซ่อมแซมแล้ว (ปพพ. มาตรา 546) ผู้เช่าสามารถให้เช่าทรัพย์สินที่เขาได้ หากทรัพย์สินชำรุดบกพร่องเสียหายจนผู้เช่าไม่สามารถใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่เขาหรือความวัตถุประสงค์แห่งการเช่า ผู้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ (ปพพ. มาตรา 548) แต่หากทรัพย์สินที่เช่าชำรุดเพียงเล็กน้อย ไม่เป็นเหตุให้ผู้เช่าปราศจากการใช้ประโยชน์ ผู้เช่าจะต้องแจ้งให้ผู้ให้เช่าเข้าแก้ไขความชำรุดบกพร่องนั้นเสียก่อน (ปพพ. มาตรา 551) และสัญญาเช่าจะกำหนดไว้ตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าก็ได้ (ปพพ. มาตรา 541) นอกจากนี้กฎหมายว่าด้วยการเช่าทรัพย์สินยังให้ความสำคัญคุ้มครองเกษตรกรผู้เช่าที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม โดยในการเช่าสวน เช่นนา ถ้าไม่มีการตกลงกันไว้ชัดแจ้ง กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ว่าเช่ากันอย่างน้อย 1 ปี และในการเช่านาที่มีระยะเวลาเพื่อการทำนาฤดูทำนาหนึ่ง (ปพพ. มาตรา 564)

จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายอิสลามกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในลักษณะการเช่าทรัพย์สิน มีความใกล้เคียงกันมาก ดังนั้น จึงสามารถที่จะนำกฎหมายไทยเรื่องการเช่าทรัพย์สินไปปรับใช้กับการเช่าทรัพย์สินตามกฎหมายอิสลามได้

ในส่วนของการเช่าซื้อ ตามหลักกฎหมายอิสลาม ถือเป็น การผสมระหว่าง การเช่าทรัพย์สินและการซื้อขายแบบผ่อนชำระ ซึ่งหลักการทั้งสองอย่างนี้ จะได้นำมาใช้ในการเช่าซื้อด้วย

2. การประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยตามกฎหมายอื่น

นอกจากการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยจะเกี่ยวข้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว รูปแบบการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยยังเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น เช่น การที่ธนาคารไม่มีดอกเบี้ยออกตราสารเพื่อการลงทุน (Participation Terms Certificate หรือ Mudaraba Certificate) เพื่อจำหน่ายแก่ประชาชน ตราสารดังกล่าวทำหน้าที่แทนหุ้นกู้ที่คิดดอกเบี้ยจากการลงทุนในหุ้นกู้ แต่ตราสารประเภทนี้ ผู้ทรงตราสารจะมีสิทธิเข้าเป็นหุ้นส่วนในกิจการของธนาคารเป็นการชั่วคราว ซึ่งปกติแล้วจะมีกำหนดระยะเวลาสูงสุดไม่เกิน 10 ปี ผู้ทรงตราสารมีสิทธิที่จะได้รับเงินปันผลตลอดระยะเวลาที่ทรงตราสารเช่นเดียวกับผู้ถือหุ้นของธนาคาร และเมื่อครบกำหนดเวลาได้ถอน หากกิจการมีผลกำไรจำนวนเงินที่ได้ออนก็จะบวกเพิ่มกำไรเข้าไปด้วย หาก

ผลประโยชน์การขาดทุน จำนวนเงินที่ได้ถอนก็จะลดลงตามส่วน และผู้ทรงตราสารอาจมีสิทธิขอเปลี่ยนเป็นหุ้นในราคาตามมูลค่าหุ้นในจำนวนบางส่วนของตราสารนั้นหากได้มีการระบุไว้เป็นเงื่อนไขในการจำหน่ายตราสาร จะเห็นได้ว่าตราสารที่ออกโดยธนาคารไม่มีดอกเบี้ยเช่นนี้ เป็นตราสารฝ่ายทุนเช่นเดียวกับหุ้นสามัญซึ่งคำมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 กำหนดให้เฉพาะบริษัทมหาชนเท่านั้นที่จะเป็นผู้สามารถเสนอขายตราสารในลักษณะดังกล่าวต่อประชาชนได้ และการออกตราสารจำหน่ายแก่ประชาชน จะต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เสียก่อน การออกตราสารดังกล่าว ไม่ปรากฏในหลักกฎหมายอิสลาม แต่วิธีการเข้าหุ้นส่วนชั่วคราวโดยการแบ่งปันผลกำไรขาดทุน เป็นไปตามหลักกฎหมายอิสลาม วิธีการดังกล่าว จึงเป็นที่ยอมรับในบรรดานักกฎหมายอิสลาม ส่วนการที่จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนของพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ก็สามารถที่จะดำเนินการได้ โดยไม่ขัดกับหลักกฎหมายอิสลามแต่อย่างใด

จากการเปรียบเทียบหลักกฎหมายอิสลามที่นำมาใช้ในการประกอบธุรกิจของธนาคาร ไม่มีดอกเบี้ย เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รวมทั้งกฎหมายอื่นแล้ว สรุปได้ว่า

(1) หลักกฎหมายอิสลามยังไม่มี การยอมรับให้นำมาบังคับใช้ในประเทศไทย (ยกเว้นกฎหมายในเรื่องครอบครัวมรดกที่ให้นำมาใช้บังคับกับชาวมุสลิมที่อาศัยอยู่ใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ของประเทศไทย) รวมทั้ง หลักกฎหมายอิสลามก็ยังไม่ได้มีการรวบรวมให้แน่นอนชัดเจน โดยเฉพาะในรายละเอียดและวิธีปฏิบัติระหว่างกัน ซึ่งจะก่อให้เกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับหลักกฎหมายดังกล่าวเมื่อมีข้อพิพาทและอาจจะขัดแย้งกับประมวลกฎหมายแพ่งในบางกรณี

(2) หลักกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าร่วมลงทุนและการแบ่งปันผลกำไรขาดทุน โดยวิธีการเข้าหุ้นส่วน (Musharika) และวิธีการร่วมลงทุน โดยผู้ลงเงินหรือทรัพย์จะไม่เข้าเกี่ยวข้องในการบริหารและผู้ร่วมลงทุนจะจำกัดความรับผิดชอบจำนวนทุนที่ลง (Mudaraba) ซึ่งเป็นวิธีการหลักในการประกอบกิจการของธนาคารไม่มีดอกเบี้ย ยังไม่มีกฎหมายรองรับวิธีการเข้าเป็นหุ้นส่วนในลักษณะดังกล่าว แม้ว่าจะสามารถปรับเปลี่ยนให้การร่วมลงทุนดังกล่าวเข้ามาอยู่ในรูปของบริษัทจำกัด ซึ่งทำให้ผู้ถือหุ้นรับผิดชอบจำกัด หรือโดยวิธีการทำสัญญาของทั้งสองฝ่ายก็ตาม วิธีการที่ปรับเปลี่ยนดังกล่าวก็ยังคงมีข้อบกพร่องอยู่

(3) การทำความเข้าใจกันเข้าหุ้นส่วน หรือดำเนินการธุรกิจตามรูปแบบของธนาคารไม่มีดอกเบี้ยภายใต้หลักกฎหมายอิสลาม แม้ว่าจะสามารถจัดทำหลักเกณฑ์ เงื่อนไข ข้อตกลง ในรูปสัญญาระหว่างกันและสามารถบังคับระหว่างคู่สัญญาด้วยกันได้เมื่อสัญญาดังกล่าวไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม สัญญาดังกล่าวก็ไม่มีผลผูกพันต่อบุคคล

ภายนอกสัญญา ดังนั้น เมื่อมีกรณีพิพาทนำไปสู่การพิจารณาของศาลในประเทศไทย ศาลจะต้องยึดหลักกฎหมายที่มีอยู่มาทำการวินิจฉัยตัดสินข้อโต้แย้ง ซึ่งผลการพิจารณาพิพากษาอาจจะไม่ถูกต้องตรงกับหลักกฎหมายอิสลาม การคั่งกล่าวจะทำให้วิธีการประกอบธุรกิจของธนาคารไม่มีคอกเบี้ยตามหลักกฎหมายอิสลามจะไม่สามารถทำได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์



ศูนย์วิทยพัทธยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย