

การบังคับใช้ข้อสัญญา Netting ในสัญญา 1992 ISDA MASTER AGREEMENT

นางสาว กุณฑาส รัตนสุนทรากุล



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์

บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2541

ISBN 974-332-098-9

ลิขสิทธิ์ของบัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**THE APPLICATION OF NETTING PROVISION UNDER  
THE 1992 ISDA MASTER AGREEMENT**

**Miss Kulmas Ratanasoontarakul**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements**

**for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Graduate School**

**Chulalongkorn University**

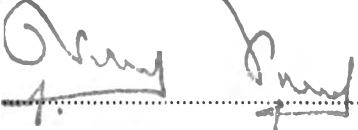
**Academic Year 1998**

**ISBN 974-332-098-9**


หัวข้อวิทยานิพนธ์      การบังคับใช้ข้อสัญญา Netting ในสัญญา 1992 ISDA Master Agreement  
โดย                              นางสาวกุลมาศ รัตนสุนทรากุล  
ภาควิชา                              นิติศาสตร์  
อาจารย์ที่ปรึกษา              รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร  
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม      ผู้ช่วยศาสตราจารย์อรรถพรณ พันธ์พัฒนา

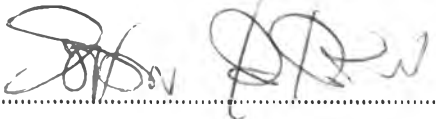
---


บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบัณฑิต


  
..... คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย  
(ศาสตราจารย์ นายแพทย์ สุภวัฒน์ ชูติวงศ์)


คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
..... ประธานกรรมการ  
( อาจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์ )

  
..... อาจารย์ที่ปรึกษา  
( รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร )

  
..... อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม  
( ผู้ช่วยศาสตราจารย์อรรถพรณ พันธ์พัฒนา )

  
..... กรรมการ  
( รองศาสตราจารย์สุธีร์ ศุภนิตย์ )

  
..... กรรมการ  
( อาจารย์ทินวัฒน์ พุกกะมาน )

กุลมาศ รัตนสุนทรากุล : การบังคับใช้ข้อสัญญา Netting ในสัญญา 1992 ISDA MASTER AGREEMENT (THE APPLICATION OF NETTING PROVISION UNDER THE 1992 ISDA MASTER AGREEMENT) อ. ที่ปรึกษา : รศ. พิเศษ เสตเสถียร, อ. ที่ปรึกษาร่วม : ผศ. อรพรรณ พันธ์พัฒนา, 204 หน้า. ISBN 974-332-098-9.

ข้อสัญญา Netting ที่กำหนดอยู่ในแบบฟอร์มมาตรฐาน 1992 ISDA Master Agreement (Multi-currency-Cross Border) เป็นข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการชำระหนี้ที่กำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาที่จะปฏิบัติการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศประเภทอนุพันธ์ทางการเงินระหว่างกันของคู่สัญญาในวิธีที่นอกเหนือไปจากการที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามที่ได้มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงในแต่ละธุรกรรมที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นหากเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดอยู่ในข้อสัญญา Netting ซึ่งข้อสัญญา Netting ที่กำหนดอยู่ในแบบฟอร์มดังกล่าวมี 2 กรณี คือ ข้อสัญญา Payment Netting และ ข้อสัญญา Netting by Close-Out แต่จะเห็นได้ว่าการร่างข้อสัญญาดังกล่าว ผู้ร่างได้ร่างขึ้นโดยประสงค์ที่จะให้มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ และ/หรือ กฎหมายของรัฐนิวยอร์ก ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้นำข้อสัญญา Netting ทั้ง 2 กรณี มาศึกษาถึงการมีผลใช้บังคับตามกฎหมายไทย

จากการศึกษาพบว่า เฉพาะกรณีการทำ Netting by Close-Out ในเหตุล้มละลายที่คู่สัญญา กำหนดให้นำวิธี Market Quotation มาใช้เท่านั้นที่หากคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดเป็นนิติบุคคลต่างประเทศ แล้ว การมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายไทยจะมีความไม่แน่นอน กล่าวคือการทำ Netting by Close-Out ในกรณีนี้จะมีผลเป็นการหักกลบลบหนี้ตามที่พระราชบัญญัติล้มละลายได้บัญญัติไว้ ก็ต่อเมื่อคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ผิดนัดนั้นสามารถพิสูจน์ได้ว่ากฎหมายในประเทศของตนได้ยอมให้เจ้าหน้าที่ที่เป็นคนไทยมีสิทธิที่จะขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายหรือในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ได้ ดังนั้น เพื่อให้การมีผลใช้บังคับตามกฎหมายไทยของการทำ Netting by Close-Out ในกรณีดังกล่าวมีความแน่นอน ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติล้มละลายในส่วนที่บัญญัติถึงการหักกลบลบหนี้โดยการบัญญัติให้ยอมรับถึงผลของการทำ Netting by Close-Out ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ใช้สิทธิทำ Netting by Close-Out เป็นนิติบุคคลต่างประเทศโดยไม่ต้องพิสูจน์ถึงกฎหมายของประเทศตนหรืออาจจะใช้วิธีการบัญญัติกฎหมายพิเศษขึ้นมาเกี่ยวให้การทำ Netting by Close-Out ในบางกรณี (เช่น ในสัญญาที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศประเภทอนุพันธ์ทางการเงิน และเป็นธุรกรรมที่มีคู่สัญญาฝ่ายไทยเป็นสถาบันการเงิน) สามารถมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายไทย

ภาควิชา ..... นิติศาสตร์  
สาขาวิชา ..... นิติศาสตร์  
ปีการศึกษา ..... 2541

ลายมือชื่อนิติ ..... กุลมาศ รัตนสุนทรากุล  
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา .....  
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม .....

พิมพ์ต้นฉบับบทคัดย่อวิทยานิพนธ์ภายในกรอบสี่เหลี่ยมนี้เพียงแผ่นเดียว

# # C870275 : MAJOR LAW

KEY WORD: NET / NETTING / PAYMENT NETTING / NETTING BY CLOSE-OUT / ISDA  
KULMAS RATANASOONTRAKUL : THE APPLICATION OF NETTING  
PROVISION UNDER THE 1992 ISDA MASTER AGREEMENT. THESIS  
ADVISOR : ASSO. PROF. PISES SEPHSATSIRA, THESIS CO-ADVISOR :  
ASSIST. PROF. ORABHUND PANUSPATTHNA, 204 pp. ISBN 974-332-098-9.

The Netting Provision, which is specified in standard form of the 1992 ISDA Master Agreement (Multicurrency - Cross Border), is dealing with the mean of obligation performing incurred in the Internation Financial Transaaction in a form of Financial Derivative by the different way(s) from what both parties (to certain transaaction) ordinarily have to comply with, if all oonditions specified in netting provision is completed. Netting Provision which is specified in such form oan be divided to Payment Netting Provision and Netting by Close-Out Provision, are specially designed to be enforceable under the Law of England and/or the Law of State of New York. Then this thesis is aimed to search and study the enforceability under the Law of Thailand.

This study indioated that if Netting by Close-Out due to bankruptcy event oocurred and both parties provided that Market Quotation will apply also the non-defaulting Party is a juristic person in aboard, the enforceability under Thai Law is unstable. Such Netting by Close-Out will not olause the same result as set off as provided in the Bankruptcy Act until the non-defaulting Party oan prove that the law in his country allows the Thai obligator to request for performanee of debt in the bankruptcy or in the rehabilitation of the debtor. Then the writer would like to suggest, for making the stability of Netting by Close-Out under Thai Law, to amend the Bankruptcy Act in the set off part by providing specially olause to acocept the result arisen from Netting by Close-Out when the debtor who would like to exeroise his right is a juristic person in aboard without proving the law of those ountry or establish special law provided that the result from Netting by Close-Out in some oase(for example, the transaaction arisen from Internation Financial Transaaction in a form of Financial Derivative and one of the party is Thai financial Institutions) can be enforceable under Thai Law.

ภาควิชา.....นิติศาสตร์.....

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....

ปีการศึกษา.....2541.....

ลายมือชื่อนิติศ..... กตมด วัชรกุลเทวกุล.....

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา..... อภิชาติ อภิชาติ.....

ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม..... อภิชาติ อภิชาติ.....



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณา และความช่วยเหลืออย่างดียิ่งของท่านรองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียรและท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์อรพรรณ พันธ์พัฒนา อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม ซึ่งท่านได้ให้คำปรึกษา คำแนะนำ และข้อคิดเห็นต่าง ๆ อันมีค่ายิ่งต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดระยะเวลาที่ผู้วิจัยทำวิทยานิพนธ์ ทั้งยังได้กรุณาตรวจ แก้ไขให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ท่านอาจารย์ชยันดี ไกรกาญจน์ ที่ได้กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และท่านรองศาสตราจารย์สุธีร์ สุภณิศย์ ที่ได้กรุณาตลอดเวลาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านทั้งสองได้ให้คำแนะนำที่มีประโยชน์เป็นอย่างยิ่งในการแก้ไข และปรับปรุงการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ท่านอาจารย์ทินวัฒน์ พุกกะมาน ซึ่งท่านถือเสมือนเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้วิจัยอีกท่านหนึ่ง เนื่องจากว่า นอกจากท่านจะได้กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว ท่านยังได้สละเวลาให้คำปรึกษา คำแนะนำ และข้อคิดเห็นต่าง ๆ อันมีค่า และเป็นประโยชน์แก่ผู้วิจัยตลอดมา ตั้งแต่เวลาที่ยังอยู่ในชั้นตอนอนุมัติโครงร่างวิทยานิพนธ์จนถึงการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสิ้นลง ตลอดจนให้กำลังใจแก่ผู้วิจัย และให้ความช่วยเหลืออย่างดียิ่งในด้านข้อมูลที่ใช้ในการวิจัย ท่านอาจารย์กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบโครงร่างวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์อมราวดี อังศ์สุวรรณ และท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ธิดิพันธุ์ เชื้อบุญชัย ที่ให้ความช่วยเหลือ ให้โอกาส และให้กำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยจึงขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทุกท่านเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ผู้วิจัยขอขอบคุณ คุณชัยรัตน์ ยอดบุตร คุณเพ็ญภา เห็นประเสริฐ คุณวิชัย เล้าหลิดานนท์ คุณประสพ ยิ่งสูง คุณแจ แซ่คยมานะ คุณศักดิ์ชัย เกิดพุด คุณนงลักษณ์ ศีบัว คุณนิษฐา ชนากิจพาณิชย์ คุณวิสาภา วงศ์ประเสริฐ คุณธัญนิตา วิรุฬกุล คุณอภิษา ไชยนาพันธ์ คุณณัฐกร ศรีแก้ว ที่ให้ความช่วยเหลือในเรื่องต่าง ๆ และให้กำลังใจในการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสมอมา

ท้ายที่สุด ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ คุณประเสริฐ-คุณพรณี รัตนสุนทรากุล บิดา-มารดาของผู้วิจัย ที่ท่านได้ให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจให้กับผู้วิจัยตลอดมาจนสำเร็จการศึกษา

กุลมาศ รัตนสุนทรากุล

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ .....	ณ
<b>บทที่</b>	
<b>1. บทนำ</b>	
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย .....	2
3. ขอบเขตของการศึกษาและวิธีการวิจัย .....	2
4. สมมุติฐานของการวิจัย .....	3
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย .....	3
<b>2. แบบฟอร์มมาตรฐาน 1992 ISDA Master Agreement</b> <b>(Multicurrency-Cross Border)</b>	
1. การเกิดขึ้นขององค์กร International Swaps & Derivatives Association .....	4
2. วิวัฒนาการของแบบฟอร์มมาตรฐาน 1992 ISDA Master Agreement. ....	8
2.1 ในปี ค.ศ. 1985 .....	9
2.2 ในปี ค.ศ. 1986 .....	10
2.3 ในปี ค.ศ. 1987-1990 .....	10
2.4 ในปี ค.ศ. 1991 .....	12
<b>3. แบบฟอร์มมาตรฐาน 1992 ISDA Master Agreement</b> <b>(Multiourenner-Cross Border) .....</b>	<b>13</b>
3.1 การเลือกใช้แบบฟอร์มมาตรฐาน 1992 Master Agreement .....	14
3.2 การดำเนินการจัดทำแบบฟอร์มมาตรฐาน 1992 Master Agreement .....	15
3.3 เอกสารยืนยันและคู่มือคำอธิบายที่ใช้กับธุรกรรมที่เกี่ยวกับตราสารอนุพันธ์...	16
4. ข้อสัญญาในแบบฟอร์มมาตรฐาน 1992 Master Agreement .....	20
5. ประเภทของธุรกรรมการเงินระหว่างประเทศ (ธุรกรรมที่เกี่ยวกับตราสารอนุพันธ์) ที่ใช้แบบฟอร์มมาตรฐาน 1992 Master Agreement .....	42

**๓. แนวความคิดเกี่ยวกับ Netting**

1. ความหมายของการทำ Netting .....	52
2. ประเภท ลักษณะ องค์ประกอบ และขั้นตอนของการทำ Netting .....	55
2.1 Bilateral Netting .....	56
2.1.1 Payment Netting .....	57
2.1.2 Netting by Novation .....	60
2.1.3 Netting by Close-Out .....	68
2.2 Multilateral Netting .....	73
2.2.1 No novation to Clearing House .....	74
2.2.2 Novation to Clearing House .....	77
3. วัตถุประสงค์ที่ก่อให้เกิดการทำ Netting .....	81
4. ประโยชน์ที่ได้รับจากการทำ Netting .....	81
5. ข้อสัญญา Netting ที่กำหนดอยู่ใน 1992 Master Agreement .....	84
5.1 ข้อสัญญาที่กำหนดเกี่ยวกับการทำ Payment Netting .....	85
5.2 ข้อสัญญาที่กำหนดเกี่ยวกับการทำ Netting by Close-Out .....	87

**4. การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญา Netting ตามกฎหมายไทย**

1. ขอบเขตในการศึกษา .....	96
2. การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญา Payment Netting .....	97
2.1 หลักกฎหมายเรื่องการหักกลบลบหนี้ .....	99
2.2 หลักเกณฑ์การทำ Payment Netting .....	114
2.3 การวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อสัญญา Payment Netting กับหลักกฎหมาย เรื่องการหักกลบลบหนี้ .....	120
3. การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญา Netting by Close-Out .....	130
3.1 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ Netting by Close-Out ตามกฎหมายไทย ในกรณีทั่วไป .....	131



## 3.2 การมีผลใช้บังคับของข้อสัญญาที่กำหนดถึงวิธีการทำ

Netting by Close-Out ตามกฎหมายไทย ในกรณีของเหตุล้มละลาย ..... 153

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ ..... 168

รายการอ้างอิง ..... 175

ภาคผนวก ..... 179

ประวัติผู้วิจัย ..... 204