

บทที่ 5

ปัญหากฎหมายภาษีอากรในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ

จากการศึกษาภาระภาษีอากรตามกฎหมายของประเทศไทยในบทที่ 3 และเมื่อได้ทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกาในบทที่ 4 ผู้เขียนพบว่ายังคงมีปัญหาและอุปสรรคทางภาษีอากรอยู่หลายประการที่ไม่สนับสนุนให้การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจในประเทศไทยเป็นไปอย่างราบรื่นเท่าที่ควร

ในการศึกษาถึงสภาพปัญหาทางกฎหมายภาษีอากรในเรื่องนี้ ผู้เขียนได้แบ่งปัญหาออกเป็น 2 กรณีใหญ่ๆ กล่าวคือ 1. ปัญหาภาษีอากรที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งกิจการ ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทย่อยคือ (1) การได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทอื่น ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน และ (2) การได้มาซึ่งทรัพย์สินของอีกบริษัทหนึ่ง ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน และกรณี 2. ปัญหาภาษีอากรที่เกี่ยวข้องกับการควบกิจการ ทั้งนี้เนื่องจากกรณีการจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่โดยการใช้ทรัพย์สินลงแทนหุ้น ที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2. ข้อ 1. กรณีการเพิ่มทุนโดยการจ่ายหุ้นปันผล (stock dividend) และการลดทุนซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2. ข้อ 3. นั้นเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทุนของบริษัทหนึ่งบริษัทเดียวเท่านั้น

1. ปัญหาภาษีอากรที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งกิจการ

1.1 การซื้อขายหรือรับโอนหุ้นของบริษัทอื่น (Stock acquisition)

1. ปัญหาเรื่องเงินได้ที่พึงเสียภาษีอากร

เงินได้ที่พึงต้องเสียภาษีอากรกรณีของการโอนหุ้นนี้ก็คือกำไรส่วนที่เกินกว่ามูลค่าที่ลงทุน (capital gain) ดังนั้น หากจำหน่ายหุ้นไปในราคาหุ้นหรือราคาต่ำกว่าทุนแล้ว ก็จะไม่มีความจำเป็นต้องนำเสียภาษีเงินได้แต่อย่างใด สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ หากผู้ถือหุ้นไม่ได้รับค่าตอบแทนใด ๆ นอกเหนือไปจากหุ้นของบริษัทผู้ถือหุ้น (ไม่ว่าจะออกใหม่โดยการเพิ่มทุน หรือขอให้ผู้ถือหุ้นของตนโอนให้โดยตรง) โดยมิได้รับเงินสด หรือทรัพย์สินอื่นใดอีก ยังจะต้องเสียภาษีเงินได้อยู่หรือไม่ และอีกกรณีหนึ่งคือปัญหาที่กฎหมายไทยไม่ยินยอมให้ผู้โอนหุ้นซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหักผลขาดทุนที่เกิดขึ้นในการคำนวณเงินได้เพื่อเสียภาษี

2. ปัญหาการจัดเก็บภาษีจากประโยชน์ที่ได้รับจากการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ โดยการแลกเปลี่ยนกันซึ่งหุ้น (Stock-for-stock acquisition)

(1) ตาม ปร.ฎ. นั้น การแลกเปลี่ยนกันซึ่งหุ้นย่อมถือเป็นการโอนหุ้นอันพึงต้องเสียภาษีเงินได้จากมูลค่าของหุ้นที่ได้รับ ซึ่งคำนวณได้เป็นเงินเกินกว่ามูลค่าหุ้นที่ตนได้โอนไป ตัวอย่างเช่น นาย ก. ถือหุ้นมีมูลค่า 100 บาท ในบริษัท A. ได้แลกเปลี่ยนหุ้นของตนกับหุ้นของนาย ข. ซึ่งมีมูลค่า 70 บาท ในบริษัท B. ดังนี้ นาย ข. ย่อมต้องเสียภาษีเงินได้จากส่วนที่เกินคือ 30 บาท (100 - 70) นั้น ในขณะที่ นาย ก. ไม่มีเงินได้อะไรที่จะต้องนำมาเสียภาษีอีก

(2) กฎหมายภาษีอากรของประเทศไทยมิได้รองรับการขยายองค์การทางธุรกิจโดยการแลกเปลี่ยนหุ้น โดยที่องค์กรผู้ได้มาซึ่งหุ้นมุ่งหมายที่จะดำเนินธุรกิจที่องค์กรเป้าหมายประกอบอยู่ต่อไป ซึ่งผลที่เกิดขึ้นก็คือ ผู้ถือหุ้นขององค์กรเป้าหมายยังคงต้องเสียภาษีจากมูลค่าของหุ้นที่ได้รับมาที่คำนวณได้เกินกว่ามูลค่าหุ้นที่ได้โอนไป ส่วนองค์กรผู้ได้หุ้นนั้นมาโดยขอให้ผู้ถือหุ้นของตนโอนหุ้นตอบแทนแก่องค์กรเป้าหมาย หรือผู้ถือหุ้นขององค์กรเป้าหมาย แทนการเพิ่มทุนและออกเป็นหุ้นใหม่ให้ นั้น ก็ต้องถือเอามูลค่าหุ้นที่ได้รับนั้นเป็นเงินได้ซึ่งต้องรวมคำนวณเสียภาษีด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าแท้จริงแล้ว การโอนขายหุ้นเพื่อหวังผลกำไร ก็กับการโอนหุ้นเพื่อขยายโอกาสทางธุรกิจโดยได้รับหุ้นของบริษัทผู้รับโอนหุ้นนั้น มีความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ภาระ หรือผลกระทบทางภาษีอากรจึงน่าจะแตกต่างกันด้วย โดยจะเห็นได้ว่า แท้ที่จริงแล้วก่อนหน้าและหลังการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจนั้น ฐานะทางเศรษฐกิจของผู้ถือหุ้นหรือองค์กรเป้าหมายจะไม่เปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด สิ่งที่ได้รับมานั้นจะเป็นเพียงมูลค่าที่ปรากฏบนใบหุ้นที่ออกโดยบริษัทผู้รับโอนหุ้นเท่านั้น ซึ่งบริษัทดังกล่าวก็ได้เข้าควบคุมบริษัทเป้าหมายด้วย

(3) สำหรับบริษัทผู้รับโอนนั้น หากได้รับหุ้นมาโดยได้ออกหุ้นเพิ่มทุนเป็นการตอบแทนแก่บริษัทเป้าหมาย หรือผู้ถือหุ้นนั้น และเป็นทุนของบริษัทจึงไม่ต้องนำไปรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้

(4) กฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกาได้มีแนวความคิดในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจโดยการไ้หุ้นแล้กับหุ้นว่า หากเป็นกรณีที่เป็นการค้าดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ในการขยายการลงทุนของบริษัทหนึ่งในการได้มาซึ่งหุ้นส่วนใหญ่หรือทั้งหมดของอีกบริษัทหนึ่ง เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจ

ควบคุมในบริษัทเป้าหมายนั้น ซึ่ง IRC กำหนดไว้ว่าอำนาจควบคุมนั้น ต้องเท่ากับอย่างน้อยร้อยละ 80 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง (voting stock) และหุ้นทุกชนิดในบริษัทเป้าหมาย โดยประโยชน์ตอบแทนที่ผู้ถือหุ้นในบริษัทเป้าหมายจะได้รับนั้น คือหุ้นในบริษัทผู้ได้มาซึ่งหุ้นนั้นเท่านั้น บริษัทผู้ได้มาจะจ่ายค่าตอบแทนเป็นเงินหรือทรัพย์สินไม่ได้ ผลที่ตามมา ก็คือบรรดาผู้ที่เกี่ยวข้องกับการดังกล่าวจะไม่ต้องเสียภาษีและไม่ต้องรับรู้ผลกำไรหรือขาดทุนอันเนื่องมาจากการโอนหุ้นดังกล่าว จนกว่าจะได้มีการจำหน่ายจ่ายโอนออกไปจริงในภายหลัง ภายใต้หลักการว่าไม่มีใครได้รับกำไรหรือต้องขาดทุนอันเนื่องจากการขายองค์กรทางธุรกิจดังกล่าวอย่างแท้จริงในขณะที่ได้รับหุ้นนั้น ทั้งนี้ทั้งนั้นมีแนวความคิดที่สำคัญอยู่ 2 ประการคือ (1) ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมาย (target company) ซึ่งโอนหุ้นไปนั้นยังคงได้เป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทเป้าหมายอยู่ โดยผ่านบริษัทผู้รับโอนนั่นเองมิใช่เป็นการขายหุ้นในกรณีธรรมดา (2) บริษัทผู้รับโอนได้เป็นเจ้าของและมีอำนาจควบคุมบริษัทเป้าหมาย ซึ่งทำให้ต้องรับภาระบรรดาหนี้สินไปด้วยรวมทั้งได้ใช้ทรัพย์สินในบริษัทเป้าหมายต่อไป หรือได้ประกอบธุรกิจที่บริษัทเป้าหมายดำเนินการอยู่ต่อไป ซึ่งเป็นการสืบทอดการประกอบธุรกิจนั่นเอง

ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายภาษีอากรของไทยควรจะมีการบัญญัติเงื่อนไขในทำนองเดียวกันกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ในเรื่องที่ทำให้ผู้โอนหุ้นต้องถือหุ้นส่วนใหญ่ในบริษัทเป้าหมายด้วย เพื่อป้องกันการจำหน่ายหุ้นเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีเท่านั้น และอาจมีข้อกำหนดชัดเจนว่าจะต้องถือหุ้นในบริษัทเป้าหมายต่อไปอีกเป็นระยะเวลาพอสมควร เช่น 6 เดือนเป็นอย่างน้อย เพื่อให้กฎหมายสนับสนุนการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจอย่างแท้จริง

(5) ผู้เขียนเห็นว่า ควรต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ และความมุ่งหมายของการโอนหุ้นอันแท้จริง เป็นสำคัญด้วย เหตุนี้ผู้เขียนเห็นว่า ควรชะลอ (defer) การจัดเก็บภาษีจากผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายซึ่งได้ โอนหุ้นไปให้แก่บริษัทผู้รับโอนไปก่อน จนกว่าจะได้มีการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้น นั้นไปจริง เช่นเดียวกับที่กฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกาจะไม่จัดเก็บ ภาษี กรณีที่บุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นผู้อื่น หรือองค์กรทางธุรกิจได้รับ ประโยชน์จากการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ โดยวิธีการใช้หุ้นแลกกับหุ้น ซึ่งเป็น การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบ B จนกว่าผู้ที่ได้รับหุ้นมาจากการแลกเปลี่ยน นั้น จะได้จำหน่ายจ่ายโอนหุ้นไปจริงตามมาตรา 368 (a)(1)(B)

(6) กฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกายังได้บัญญัติ กรณีการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจโดยการใช้หุ้นแลกหุ้นแบบ B อันจะไม่มีภาระ ภาษีนั้น บริษัทผู้รับโอนหุ้นได้ดำเนินการให้บริษัทที่ตนมีอำนาจควบคุมอยู่ โอน หุ้นให้แก่บริษัทเป้าหมายหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายด้วย ทั้งนี้เพราะผล สิ้นสุดท้ายแล้ว บริษัทเป้าหมายหรือผู้ถือหุ้นก็ได้มีส่วนเป็นเจ้าของบริษัทเป้าหมาย โดยทางอ้อมด้วย ซึ่งแนวความคิดนั้นควรจะได้นำมาใช้ในประเทศไทยด้วยเช่นกัน

3. ปัญหาผลขาดทุนที่เกิดขึ้นจากการโอนหุ้น

(1) ประญ. ของไทยไม่อนุญาตให้หักผลขาดทุนที่เกิดขึ้น จากการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้น (capital loss) ของบุคคลธรรมดาได้ เพียงแต่ถ้าหุ้นใดมีกำไรก็จะต้องเสียภาษี และถ้าหุ้นใดจำหน่ายไปในราคา ทุน หรือต่ำกว่าทุนก็จะต้องเสียภาษีเงินได้ และโดยเหตุที่การคำนวณผล กำไรนั้นจะต้องคิดคำนวณเป็นรายหุ้นไป และกฎหมายไม่อนุญาตให้หักค่า ใช้จ่ายอื่นใดนอกจากมูลค่าหุ้นที่ซื้อมา ดังนั้น ค่าใช้จ่ายบางอย่างที่เกิดขึ้น

จริง เช่น ค่าอากรแสตมป์ในการโอนหุ้น ค่านายหน้า จึงไม่สามารถนำมาหักออกจากเงินได้ที่ได้จากการจำหน่ายหุ้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า ก่าไรที่ต้องนำไปเสียภาษีตาม ปรฎ. นั้น อาจมีจำนวนสูงกว่าก่าไรที่ได้รับจริงก็ได้

นอกจากนี้ ปรฎ. ยังไม่ยินยอมให้หักผลขาดทุนจากการจำหน่ายหุ้นออก เช่น นาย ก. จำหน่ายหุ้นคราวแรก ได้ก่าไร 50,000 บาท จำหน่ายหุ้นคราวที่สองขาดทุน 30,000 บาท ดังนี้เมื่อสิ้นปี นาย ก. จะต้องยื่นเสียภาษีจากก่าไร 50,000 บาทนั้น ทั้งที่เมื่อพิจารณาถึงจำนวนเงินได้อันแท้จริงแล้ว นาย ก. จะมีเงินได้จากการจำหน่ายหุ้นทั้งสิ้นในปีนั้นเพียง 20,000 บาท (50,000 - 30,000) เท่านั้น

ปัญหาในเรื่องนี้ จะส่งผลกระทบต่อผู้เสียภาษีรุนแรงมากขึ้น หากรัฐจะเก็บภาษีจากการขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (ซึ่งปัจจุบันได้รับยกเว้นอยู่) เนื่องจากราคาหุ้นหรือหลักทรัพย์ที่ผันผวนอยู่ตลอดเวลา และมีโอกาสสูงมากที่บุคคลจะเสียภาษีเกินกว่าจำนวนเงินได้ที่ได้รับ อันถือว่ามีผลต่อเรื่องความสามารถในการชำระภาษีอากรอย่างยิ่ง

(2) จากปัญหาที่เกิดขึ้นและข้อสังเกตดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรที่กฎหมายไทย จะได้ยอมรับให้บุคคลธรรมดาสามารถหักผลขาดทุนที่เกิดขึ้นจากการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นดังกล่าว ออกจากเงินได้ซึ่งเป็นก่าไรจากการจำหน่ายหุ้นนั้นได้ ซึ่งกฎหมายสหรัฐอเมริกาและหลาย ๆ ประเทศเองก็ได้บัญญัติเช่นนั้น เพื่อให้ผู้เสียภาษีได้เสียภาษีจากเงินได้อันแท้จริงได้ อย่างน้อยที่สุดก็ควรยินยอมให้สามารถหักผลขาดทุนที่เกิดขึ้นในปีเดียวกันกับก่าไรนั้นออกเสียก่อน เพราะกฎหมายภาษีอากรของไทยปัจจุบันในส่วนของภาษีเงินได้

บุคคลธรรมดา ไม่มีแนวความคิดในเรื่องการยกผลขาดทุน หรือผลทางภาษี
 อากรอื่น ๆ ไปใช้ในปีต่อ ๆ ไป ตามหลักการ carry over ได้

(3) เพื่อให้สอดคล้องกับเรื่องวัตถุประสงค์ในการจัดรูป
 องค์กรทางธุรกิจ โดยการใช้หุ้นแลกหุ้น ที่ผู้เขียนได้กล่าวในข้อ (1)
 ข้างต้น ผลขาดทุนตามราคาที่ปรากฏในตราสารใบหุ้น จึงยังมีผลขาดทุนที่
 แท้จริง ซึ่งยังไม่ควรให้หักผลขาดทุนนั้นออกได้ในทำนองเดียวกันกับเรื่อง
 รายได้จนกว่าจะได้จำหน่ายจ่ายโอนหุ้นนั้นไปจริง

(4) สำหรับนิติบุคคลนั้น สามารถหักผลขาดทุนที่เกิดขึ้น
 จากการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นได้อยู่แล้ว จึงไม่ใคร่เป็นปัญหามากนัก

กล่าวโดยสรุป การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจโดยการได้มา
 ซึ่งหุ้นโดยวิธีการแลกเปลี่ยนหุ้นกันนี้ มีความมุ่งหมายเป็นการขยายโอกาส
 ทางธุรกิจขององค์กร มิใช่เพื่อการขายหุ้นออกไป จึงสมควรที่กฎหมายภาษี
 อากรของไทยจะได้ปรับปรุงเพื่อรองรับการขยายการลงทุนขององค์กรทาง
 ธุรกิจดังกล่าว โดยผู้เขียนเห็นว่า ควรนำแนวความคิดในเรื่องความต่อเนื่อง
 ในการเป็นเจ้าขององค์กร โดยองค์กรเป้าหมายหรือผู้ถือหุ้นผ่านทางองค์กร
 ผู้รับโอนมาใช้ด้วย กับทั้งเพื่อให้ผู้ได้มาซึ่งหุ้นดำเนินการเพื่อขยายโอกาสทาง
 ธุรกิจที่แท้จริง การกำหนดให้องค์กรผู้รับโอนต้องถือหุ้นในองค์กรเป้าหมาย
 เป็นจำนวนมากพอสมควรที่จะทำให้สามารถควบคุมองค์กรเป้าหมายได้ (กฎ-
 หมายสหรัฐอเมริกากำหนดว่าต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 ของหุ้นที่มีสิทธิออก
 เสียงและของหุ้นทั้งหมด) เพื่อให้องค์กรผู้รับโอนได้ดำเนินธุรกิจได้อย่าง
 ต่อเนื่อง มิใช่เป็นการรับโอนหุ้นมาโดยมิได้ตั้งใจที่จะประกอบธุรกิจต่อไป ซึ่ง
 หลักเกณฑ์ในทำนองเดียวกันนี้ ควรจะได้นำมาปรับใช้ในประเทศไทย ใน

ท่านองเดียวกันกับกรณีการโอนทรัพย์สิน ซึ่งกรมสรรพากรได้มีคำวินิจฉัยวางหลักเกณฑ์ไว้ด้วย

1.2 การได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือกิจการของบริษัทอื่น (Assets or Business Acquisition)

1. ปัญหาทางกฎหมายภาษีอากรกรณีการซื้อหรือรับโอนทรัพย์สินหรือกิจการบางส่วน (Assets acquisition)

(1) ปัญหาสำคัญอันเกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ก็คือ การตีราคาทรัพย์สินซึ่งโอนไปเนื่องจากกรณีนี้บริษัทเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เมื่อโอนไปเจ้าพนักงานย่อมมีอำนาจประเมินได้ หากเห็นว่าเป็นการโอนกันโดยไม่มีค่าตอบแทน หรือค่าตอบแทนนั้นต่ำกว่าราคาตลาดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ตามมาตรา 65 ทวิ (4) แห่งปรฎ.

(2) ปัญหาในเรื่อง "เหตุอันสมควร" ที่ผู้เสียภาษีอากรจะสามารถกล่าวอ้างได้นั้น ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป ปรากฏแนวความคิดเห็นของกรมสรรพากรว่า ยอมรับว่าการโอนทรัพย์สินคราวละมาก ๆ การโอนทรัพย์สินที่มีหนี้สินด้วย การโอนทรัพย์สินไปยังบริษัทที่ผู้โอนเป็นเจ้าของหุ้นเกือบทั้งหมด อยู่ด้วยนั้น จะถือเป็นเหตุอันสมควรที่จะสามารถโอนกันต่ำกว่าราคาตลาดของทรัพย์สินได้ แต่การโอนทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะที่ดินนั้น มีแนวโน้มว่ากรมสรรพากรจะไม่ยินยอมให้โอนกันในราคาอื่นนอกจากราคาตลาด เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูงนั่นเอง และไม่ว่าในกรณีใด กรมสรรพากรยังคงกำหนดว่าราคาโอนนั้นต้องไม่ต่ำกว่ามูลค่าทางบัญชี (book value) เสมอ

(3) การโอนทรัพย์สินไปยังบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ ซึ่งบริษัทผู้โอน ต้องถือหุ้นอยู่ถึงจำนวนร้อยละ 99 ของหุ้นทั้งหมดในบริษัทผู้รับโอนนั้นว่าสามารถ โอนกันต่ำกว่าราคาตลาดได้ โดยถือว่ามีเหตุอันสมควรนั้น กรมสรรพากร* มีแนวความคิดซึ่งยอมรับการปรับปรุงหรือการขยายโอกาสทางธุรกิจ โดยที่ กรมสรรพากรยังคงสงวนสิทธิประเมินราคาสำหรับอสังหาริมทรัพย์ได้ แต่ก็ เป็นการแสดงว่า กรมสรรพากรของไทยยอมรับในหลักการเรื่องความต่อเนื่อง ในการเป็นเจ้าของเช่นเดียวกับในกฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกา ปัญหา ก็คือกรมสรรพากรกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนในเรื่องทุนไว้ สูงมาก

นอกจากนี้ ในคำวินิจฉัยดังกล่าวกรมสรรพากรยินยอมให้สามารถ โอนทรัพย์สินกันต่ำกว่าราคาตลาด เฉพาะกรณี เป็นกิจการผลิตสินค้าเท่านั้นซึ่ง ผู้เขียนไม่เห็นเหตุผลว่า เพราะเหตุใดกรมสรรพากรจึงจำกัดอยู่เพียงเฉพาะ กิจการผลิตเพียงเท่านั้น นอกจากนี้อสังหาริมทรัพย์ก็เป็นทรัพย์สินที่สำคัญ ซึ่ง กรมสรรพากรกลับไม่ยินยอมให้มีการโอนกันตามมูลค่าทางบัญชีได้

ปัญหาสำคัญประการหนึ่ง คือ กรมสรรพากรมิได้วางข้อกำหนดว่า การโอนทรัพย์สินจำนวนแค่ไหนเพียงใด จึงต้องปฏิบัติตามแนวทางหนังสือดังกล่าว จึงตีความได้ว่า ไม่จำกัดว่าการโอนทรัพย์สินต้องมีจำนวนมากหรือน้อย ก็ได้ และประการสุดท้ายนั้น กรมสรรพากรกำหนดว่าผู้โอนต้องแจ้งให้ กรมสรรพากรทราบถึงการโอนนั้นล่วงหน้าอย่างน้อย 7 วัน จึงจะถือเป็น

*หนังสือกรมสรรพากรที่ กค. 0802/18695 ลงวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ. 2533 เรื่องการโอนทรัพย์สินให้กับบริษัทที่จัดใหม่ โปรดดูรายละเอียดในบทที่ 3 หน้า 71-74.

เหตุอันสมควร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่ใช่หลักการหรือทฤษฎีทางวิชาการอะไร เพราะหากคุณสมบัติข้ออื่นครบถ้วนเพียงแต่ไม่ได้แจ้งให้กรมสรรพากรทราบล่วงหน้าก็ไม่น่าที่จะถือว่าเป็นเหตุอันไม่สมควร

2. ปัญหาทางกฎหมายภาษีอากรกรณีการได้มาซึ่งกิจการทั้งหมด
(Business Acquisition)

1. ปัญหาของความไม่ชัดเจนสำหรับความหมายของคำว่า "รับช่วงกัน" ในส่วนของภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา หรือ คำว่า "โอนกิจการ" ในส่วนของภาษีเงินได้นิติบุคคล และภาษีมูลค่าเพิ่ม

ไม่มีบทมาตราใด หรือระเบียบใดของกรมสรรพากรที่ทำให้ความหมายชัดเจนของถ้อยคำดังกล่าวว่า หมายถึงอะไร ซึ่งผู้เขียนเองเข้าใจว่าคำเหล่านั้น น่าจะมีความหมายเหมือนกัน นั่นคือเป็นการโอนไปซึ่งกิจการทั้งทรัพย์สินและหนี้สิน ซึ่งบทบัญญัติภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 74 (1) (ค) ทำให้เข้าใจได้ว่า ผู้โอนต้องเลิกกิจการ ซึ่งการเลิกกิจการที่ต้องมีการชำระบัญชีตามกฎหมายนั้น น่าจะมีความหมายเป็นการเลิกบริษัทนั่นเอง ส่วนภาษีมูลค่าเพิ่มนั้นใช้ถ้อยคำว่าการโอนกิจการทั้งหมด ซึ่งผู้โอนต้องแจ้งเลิกการประกอบกิจการ และคืนทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้วอาจจะพอเห็นได้ว่ากฎหมายต้องการให้บริษัทผู้โอนนั้น โอนทรัพย์สิน หนี้สินทั้งหมดให้แก่ผู้รับโอน แล้วเลิกกิจการหรือบริษัทไปเสียเลย ซึ่งผู้รับโอนจะต้องรับเอาบรรดาหนี้สินทั้งหลายซึ่งผู้โอนมีอยู่ไปด้วย คงเพราะกฎหมายต้องการให้มีตัวผู้รับผิดชอบที่แน่นอน เพราะหากผู้โอนยัง

คงอยู่แล้วอาจมีปัญหากกเถียงกันได้ ว่าความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับกิจการที่ โอนให้แก่กันนั้นครอบคลุมเพียงใด แต่กระบวนการเลิกบริษัทนั้น ไม่ใช่สิ่งที่จะ เกิดขึ้นได้โดยง่าย ต้องมีขั้นตอนการแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทั้งหลายทราบ การดำเนินการชำระบัญชี เป็นอาทิ ซึ่งเจ้าหน้าที่ทั้งหลาย (รวมทั้งกรมสรรพากร) ก็จะสามารถติดตามได้ว่าผู้รับผิดชอบในหนี้สินและหนี้ค่าบริการต่อไป คือผู้รับโอน นั้นเอง

มีปัญหาที่น่าคิดว่า "การโอนกิจการ ... โดยผู้โอนกิจการต้อง จดทะเบียนเลิกและมีการชำระบัญชี" ตามมาตรา 74 (1) (ค) นั้นจะมีความหมายอย่างไร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า น่าจะเป็นกรณีของการจดทะเบียนเลิก บริษัทหรือห้าง ผู้โอนกิจการทั้งหมดไปเลย มิใช่แค่เป็นการเลิกกิจการที่โอน ไปเท่านั้น เพราะต้องมีการชำระบัญชี (liquidation) ไปเสียด้วย ซึ่งถ้า กฎหมายมุ่งจะหมายถึงการโอนกิจการอันเป็นสำคัญ (substantial) แต่ ผู้โอนยังคงมีกิจการอื่น ๆ อยู่นั้นก็ไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงการชำระ บัญชีแต่อย่างใด ซึ่งการโอนกิจการนั้น มีลักษณะเป็นการรับช่วงต่อของกิจการ นั้นเอง มิใช่การเลิกบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลธรรมดา เนื่องจาก เมื่อเลิกไปแล้ว จะมีผู้รับช่วงต่อจึงมีแนวความคิดกันว่า การโอนกิจการนั้นมิใช่ เป็นเพียงการขายทรัพย์สินทั่ว ๆ ไปเท่านั้น จึงเป็นเหตุให้มีการบัญญัติ บทมาตรา 74 (1)(ค) นี้ขึ้นมา เพื่อมิให้ตกเป็นภาระทางภาษีอากรแก่ กิจการที่เกี่ยวข้องมากเกินไปจนกว่าที่ควรจะเป็น

หากองค์กรผู้โอนประกอบกิจการซึ่งมีความสำคัญเท่า ๆ กัน อยู่ หลายกิจการการที่โอนกิจการส่วนใหญ่ไปและผู้โอนก็ได้ประกอบกิจการที่โอน ไปแล้วนั้นอีก กรณีจะถือได้หรือไม่ว่าต้องตามบทบัญญัติมาตรา 74 (1) (ค) ทั้งนี้เนื่องจากผู้โอนมิได้จดทะเบียนเลิก และมิได้มีการชำระบัญชีในรอบระยะ

เวลาที่โอนกิจการนั้นไป เพราะการโอนดังกล่าวนี้เป็น การโอนที่เหมือนกับการโอนทรัพย์สินของบริษัทหรือห้างฯ ไป โดยไม่ต้องจดทะเบียนและไม่ต้องมีการชำระบัญชีแต่อย่างใด หากจะต้องมีการโอนใบอนุญาตหรือสิทธิในการประกอบกิจการอย่างใด ๆ ก็เป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงในตัวผู้มีสิทธิประกอบกิจการเท่านั้น หากจะต้องมีการจดทะเบียนเลิกการประกอบกิจการไปด้วย ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. ได้รับสัมปทานเหมืองแร่ (สมมติว่าสัมปทานดังกล่าวสามารถโอนแก่กันได้โดยไม่มีข้อห้าม) ถ้าบริษัท ก. ไม่ต้องไปจดทะเบียนเลิกบริษัทนั้น และไม่ต้องชำระบัญชีแต่อย่างใด และเป็นสิทธิของผู้ถือหุ้นที่จะคงไว้หรือยกเลิกแก้ไขอย่างใด ๆ ในเรื่องวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการเหมืองแร่หรือไม่ก็ได้ ซึ่งไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้แต่อย่างใด ซึ่งค่อนข้างชัดเจนว่าการโอนกิจการเพียงบางส่วนไม่ต้องตามมาตรา 74 (1)(ค) นี้ และเป็นไปตามเรื่องอำนาจประเมินราคาตลาดโดยเจ้าพนักงานตามมาตรา 65 ทวิ (4) ตามปกติ

2. ปัญหาเรื่องเงินได้ที่เกิดจากการรับช่วงกันหรือโอนกิจการกันที่เกินกว่ามูลค่าที่ลงทุน และต้องเสียภาษีตามความในมาตรา 40 (4)(ฉ) ในกรณีของผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดาและตามมาตรา 65 ในกรณีของผู้ถือหุ้นที่เป็นนิติบุคคลนั้น ว่าการโอนไปทั้งกิจการโดยผู้ถือหุ้นในบริษัทผู้โอนได้รับค่าตอบแทนมาในรูปของหุ้นในบริษัทผู้รับโอนอันเป็นส่วนหนึ่งของการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจนั้นผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ถือหุ้นไม่ว่าจะ เป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลซึ่งได้รับประโยชน์จากการโอนกิจการ ในรูปของหุ้นนั้น ยังไม่ควรถือเป็น "เงินได้" เพราะผู้ถือหุ้นยังมีได้รับเงินได้อันแท้จริงมาแต่อย่างใด เป็นเพียงการรับรู้ว่ามีประโยชน์เพิ่มขึ้นเท่านั้น (recognized but not realized) กับทั้งในที่สุดแล้วยังไม่มีใครได้รับกำไรหรือขาดทุนจากการดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 40 (4)(ฉ) ดังกล่าว

ขัดกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ภาษีอากร ในเรื่องของเงินได้ที่จะต้องเสียภาษี แต่ถ้าผู้ถือหุ้นได้รับประโยชน์มาเป็นเงินสด หรือทรัพย์สินก็จะต้องนำมาเสียภาษีเงินได้ด้วย

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่ากฎหมายของไทยทั้งในส่วนของภาษีเงินได้ นิติบุคคลและภาษีมูลค่าเพิ่ม มุ่งหมายถึงกรณีการโอนกิจการโดยผู้โอนจะต้องเลิกกิจการไปเสีย ทำให้ค่าตอบแทนที่ผู้รับโอนจ่ายให้ในรูปของหุ้นนั้น คงจะต้องจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้โอนเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณากฎหมายของสหรัฐอเมริกาแล้วมิได้ทั้งสองกรณี ก็คือ กรณีผู้โอนกิจการเลิกกิจการไป (การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจตามแบบ A) กับอีกกรณีหนึ่ง เป็นกรณีการโอนทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญทั้งหมด ซึ่งผู้โอนไม่จำเป็นต้องเลิกกิจการ แต่จะได้รับหุ้นในบริษัทผู้รับโอนมาเป็นการตอบแทน (การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจตามแบบ C) ซึ่งไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบใด ก็อาศัยแนวความคิดพื้นฐานในเรื่องของความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของ และการสืบทอดการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั่นเอง ซึ่งควรจะได้นำมาปรับใช้กับกฎหมายไทยด้วย และเพื่อป้องกันมิให้เป็นช่องว่างในการหลีกเลี่ยงภาษีอากรในการขายทรัพย์สินเท่านั้น ควรจะได้กำหนดด้วยว่าผู้โอนทรัพย์สิน จะต้องถือหุ้นในบริษัทผู้รับโอนเป็นระยะเวลาพอสมควร

3. ปัญหาในเรื่องความคลุมเครือของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการตีราคาทรัพย์สิน และการเสียภาษีกรณีการโอนกิจการตามมาตรา 74 (1) (ค) เนื่องจากบริษัทผู้โอนกิจการต้องเลิกบริษัทและทำการชำระบัญชี ซึ่งต้องคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีสำหรับรอบระยะเวลาบัญชีที่เลิกนั้นด้วย ซึ่งการเลิกบริษัทในกรณีธรรมดาทั่วไปนั้น จะต้องตีราคาทรัพย์สินตามราคาตลาดในวันเลิก (มาตรา 74 (1)(ก)) แต่การเลิกบริษัทอันเนื่องมาจากการโอนกิจการตามมาตรา 74 (1)(ค) [ประกอบกับมาตรา 74 (1)(ข) กรณีการควบ

บริษัท] นี้ กฎหมายกำหนดให้ตีราคาตลาดในวันที่จดทะเบียนเล็ก แต่ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายได้หรือรายจ่าย จนกว่าจะได้จำหน่ายทรัพย์สินนั้นไป

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ หากราคาโอนของทรัพย์สินนั้นต่ำกว่าราคาตลาด แต่สูงกว่าราคาตามบัญชี (book value) เช่น ต้นทุนทรัพย์สินที่ซื้อมา 120 บาท ราคาตามบัญชี 100 บาท ราคาโอน 150 บาท ราคาตลาดของทรัพย์สินในขณะที่โอนกันนั้นเท่ากับ 200 บาท และราคาตลาดของทรัพย์สิน ณ วันที่ผู้โอนจดทะเบียนเล็กเท่ากับ 250 บาท

หากตีความบทมาตรา 74 (1)(ค) โดยเคร่งครัด ผู้โอนต้องตีราคาตลาด ณ วันเล็ก คือ 250 บาท แต่ไม่ต้องนำราคาที่ตีนั้นไปรวมคำนวณเป็นรายได้ หรือรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ เพื่อเสียภาษี ส่วนผู้รับโอนจะมีต้นทุนเท่ากับผู้โอน นั่นคือ 180 บาทนั้น ไปรวมคำนวณเป็นเงินได้เพื่อเสียภาษีด้วย

ปัญหาที่ตามมาอีกกรณีหนึ่งก็คือ ผู้รับโอนจะต้องถือเอาราคาตามบัญชี คือ 100 บาทนั้นเป็นต้นทุนในการหักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคา ทั้งที่ผู้รับโอนได้จ่ายเงินสำหรับการรับโอนทรัพย์สินนั้นถึง 150 บาท

เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องนี้เป็นสิ่งใหม่ที่เกิดขึ้น และจากการสอบถามนักกฎหมายของกรมสรรพากรนั้น ทราบว่าการบัญญัติมาตรา 74 (1)(ค) นี้ เพื่อรองรับการโอนกิจการระหว่างบริษัทในเครือกัน โดยมิได้มุ่งหมายขายกิจการกันเช่นกรณีธรรมดา ซึ่งในส่วนของภาษีมูลค่าเพิ่มกฎหมายก็ได้รองรับไว้ในทำนองเดียวกัน ว่าการโอนกิจการกันนี้ยังไม่ถือเป็นการ "ขาย" ทรัพย์สินจนกว่าจะได้จำหน่ายจ่ายโอนออกไปจริง

ผู้เขียนเห็นว่า การโอนกิจการกันตามมาตรา 74 (1)(ค) นี้ หากมิได้มีการบัญญัติแก้ไข หรือเพิ่มเติมอย่างใด ๆ นั้น ผลทางภาษีอากรควรจะเป็นดังนี้

(1) บริษัทผู้โอนควรจะต้องเสียภาษีจากเงินได้ที่ได้รับจากการโอนกิจการนั้นทั้งสิ้น ซึ่งเห็นว่าการโอนกิจการซึ่งเป็นการโอนไปทั้งทรัพย์สินและหนี้สินนั้น น่าจะถือเป็นเหตุอันสมควรที่จะโอนกันต่ำกว่าราคาตลาดได้

(2) บริษัทผู้รับโอน ควรจะสามารถบันทึกต้นทุนของทรัพย์สินตามมูลค่าที่ได้จ่ายไปจริง และเป็นราคาอันพึงซื้อทรัพย์สินตามมาตรา 65 ทวิ

(3) และหากมูลค่าที่จ่ายไปนั้นสูงเกินปกติโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร อาจต้องห้ามมิให้หักส่วนที่เกินปกตินั้นเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ตามมาตรา 65 ตรี (15)

ผู้เขียนเห็นว่า โดยวัตถุประสงค์ของการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจที่ผู้เกี่ยวข้อง (ไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นหรือองค์กรธุรกิจเองก็ตาม) ไม่ควรจะต้องเสียภาษีในทันทีที่มีการโอนกิจการ แต่ควรจะต้องเสียต่อเมื่อมีการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้น ทรัพย์สิน หรือกิจการ ที่ได้รับเอาไว้นั้น ควรจะต้องคำนึงถึงการได้มีส่วนในการเป็นเจ้าของบริษัทผู้รับโอน ภายหลังจากการโอนทรัพย์สินนั้น หรือการที่ผู้โอนและผู้รับโอนมีความสัมพันธ์กัน ดังเช่นตามที่คุณเขียนได้สอบถามเจ้าหน้าที่กองกฎหมายกรมสรรพากรว่า แท้ที่จริงแล้ว มาตรา 74 (1)(ค) นี้ ได้บัญญัติขึ้นโดยมุ่งถึงการโอนกิจการกันระหว่างบริษัทในเครือเท่านั้น ซึ่งไม่ว่ากรณีใดการได้รับค่าตอบแทนการโอนเป็นเงินนั้น ควรจะต้องนำไปรวมคำนวณเป็นเงินได้ของกิจการ ซึ่งแนวความคิดนี้กฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับในการกำหนดเรื่องการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจโดยการโอนกิจการ (แบบ A)

4. ปัญหาในเรื่องผลขาดทุนในกิจการของบริษัทผู้โอนซึ่งไม่สามารถนำไปใช้กับกิจการผู้รับโอนได้ ซึ่งจะทำให้เสียประโยชน์ไปเลยทีเดียว เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 74 (1) (ค) ให้ตีราคาทรัพย์สินตามราคาตลาดในวันเลิก แต่ไม่ต้องนำไปถือเป็นรายได้หรือรายจ่ายของกิจการ

มีข้อควรพิจารณาว่า ในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจซึ่งเป็นการโอนไปทั้งกิจการและผู้โอน หรือผู้ถือหุ้นได้รับหุ้นในบริษัทผู้รับโอนเป็นการตอบแทน อันถือได้ว่ามีความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของกิจการหรือทรัพย์สินที่โอนไปนั้น ควรจะสามารถให้ผลทางภาษีอากรที่บริษัทผู้โอนมีสิทธิอยู่ไปได้ด้วยเช่นเดียวกับกฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกาในมาตรา 381 แห่ง IRC ที่เห็นได้ชัดเจน เช่น ผลขาดทุนจากการดำเนินงาน (operating loss) ของบริษัทผู้โอน เครดิตภาษีอากรที่ยังไม่ได้ใช้ (แทนการขอลดภาษีอากร) เป็นอาทิ แต่เพื่อมิให้เป็นช่องว่างที่อาจเปิดโอกาสให้สามารถนำผลขาดทุนไปลดล้างผลกำไรในบริษัทผู้รับโอนเพื่อหลีกเลี่ยงภาระภาษี จึงควรกำหนดข้อจำกัดบางประการ เช่น ให้หักผลขาดทุนต่อไปได้เท่าที่บริษัทผู้โอนมีสิทธิอยู่นั้นคือ ปรณ. บอมให้หักผลขาดทุนย้อนหลังได้ 5 ปี หากบริษัทผู้โอนหักไปแล้ว 3 ปี ก็ยอมให้หักต่อได้อีกเพียง 2 ปี เท่านั้น เป็นต้น และเพื่อให้ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของกิจการเกิดขึ้นอย่างแท้จริง ก็อาจกำหนดให้บริษัทผู้โอนทรัพย์สินหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้โอนต้องถือหุ้นในบริษัทผู้รับโอนเป็นระยะเวลาหนึ่ง เช่น 2 - 3 ปี เป็นอย่างน้อย เพื่อมิให้การกระทำดังกล่าวเพียงเพื่อมุ่งหวังโอนขายกิจการเท่านั้น เป็นต้น

5. ปัญหาอีกประการหนึ่งในเรื่องการโอนกิจการโดยที่ผู้โอนต้องเลิกกิจการและต้องมีการชำระบัญชีนั้น โดยปกติผู้ชำระบัญชีและผู้จัดการนิติบุคคลที่เลิกนั้นมีหน้าที่ในการยื่นรายการและเสียภาษี (มาตรา 72) จึงมีข้อพิจารณาว่าการโอนกิจการโดยที่ผู้โอนต้องจดทะเบียนเลิกนี้ ควรเป็น

หน้าที่ของผู้โอนหรือผู้รับโอน หรือควรเป็นหน้าที่ร่วมกันเมื่อพิเคราะห์จาก บทบัญญัติในเรื่องการเลิกกิจการและการชำระบัญชี จะเห็นได้ว่าเป็นหน้าที่ ของห้างฯ หรือบริษัทผู้โอนกิจการและผู้ชำระบัญชีในการที่จะต้องรับผิดชอบใน หนี้สินของคนที่มืออยู่ต่อเจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งรวมถึงหนี้ค่าภาษีอากรด้วย จึงไม่ ควรจะเป็นหน้าที่ของผู้รับโอนที่จะต้องรับผิดชอบในบรรดาหนี้สินที่มีอยู่ก่อนการ โอนนั้น อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ทางธุรกิจในการโอนกิจการนั้น เป็นการ โอนไปทั้งทรัพย์สิน หนี้สิน สิทธิในการประกอบการตามใบอนุญาตต่าง ๆ ดังนั้น ผู้โอนและผู้รับโอนจึงควรที่จะต้องรับผิดชอบร่วมกัน เพราะกรณีนี้มิใช่เป็น การเลิกกิจการธรรมดา ซึ่งในส่วนของบทบัญญัติในเรื่องภาษีมูลค่าเพิ่ม ก็ได้ กำหนดให้เป็นหน้าที่อันร่วมกัน ซึ่งควรบัญญัติให้สอดคล้องกัน เพื่อให้ผู้โอน-ผู้รับ โอน จะได้ทราบถึงหน้าที่ดังกล่าวนี้โดยไม่มีข้อโต้เถียง

ปัญหาประการต่อมาคือ หากผู้โอนต้องหมดสภาพความเป็นนิติ-บุคคลไปแล้ว เจ้าหนี้ (หรือกรมสรรพากร) ก็อาจไม่สามารถฟ้องร้องให้ รับผิดชอบได้ ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า สำหรับหนี้ค่าภาษีอากรนั้น เป็นสิ่งที่ผู้ชำระ บัญชีสามารถตรวจสอบพบได้ก่อนการชำระบัญชีเสร็จสิ้นอยู่แล้ว และกฎหมาย ก็ระบุว่า เจ้าหนี้ทั้งหลาย (รวมทั้งกรมสรรพากรด้วย) สามารถฟ้องเรียก หนี้ให้ห้างฯ หรือบริษัทหรือผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้น หรือผู้ชำระบัญชีชำระหนี้ ให้แก่ตนภายในกำหนดเวลา 2 ปี นับแต่วันจดทะเบียนเลิกได้ ซึ่งเป็นการ ให้โอกาสแก่เจ้าหนี้เพิ่มอีกครั้ง หลังจากที่เราแรกเจ้าหนี้ได้ทราบถึงการ เลิกกิจการนั้นโดยการโฆษณาหรือได้รับแจ้งแล้ว แต่อาจมีข้อขัดข้องอย่าง ใด ๆ ขึ้น ส่วนผู้โอนและผู้รับโอนก็อาจจะตกลงกันให้ชัดเจนถึงเรื่องความรับ ผิดในบรรดาหนี้สินที่ปรากฏขึ้นภายหลังการเลิกกิจการแล้วไว้ให้แจ้งชัด ซึ่ง กฎหมายไทยก็ยอมรับในเรื่องของความอิสระของคู่สัญญาในการตกลงกันดังกล่าว

6. สำหรับการโอนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้โอนจะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการสืบทอดกิจการกันอย่างแท้จริงโดยเจ้าของเดิมตามแนวความคิดเรื่องความต่อเนื่อง ในความเป็นเจ้าของความต่อเนื่องในการได้ใช้ทรัพย์สิน รวมถึงความมุ่งหมายในการขยายตัวขององค์กรทางธุรกิจ โดยมีได้เจตนาหลีกเลี่ยงภาษีอากร เช่นเดียวกับแนวความคิดในเรื่องการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจตามกฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกา และตามที่ศาลได้วางแนวทางเอาไว้ ซึ่งควรกำหนดระยะเวลาในการถือหุ้นผู้โอนหรือผู้ถือหุ้นของผู้โอนไว้ รวมทั้งกำหนดระยะเวลาห้ามโอนอสังหาริมทรัพย์นั้นไปในระยะเวลาอันสั้น หลังจากได้รับโอนมานั้น กรณีนี้ก็ น่าจะได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะดังกล่าว จนกว่าบริษัทผู้รับโอนจะได้จำหน่ายจ่ายโอนไปจริง

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่า การโอนกิจการซึ่งเป็นการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจอันเป็นการขยายการลงทุน หากผู้โอนกิจการหรือผู้ถือหุ้นยังคงมีส่วนในการเป็นเจ้าของกิจการนั้น และการโอนนั้นมิได้มีความมุ่งหมายเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีอากรแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรมีบทบัญญัติรองรับต่างหากจากการโอนทรัพย์สินหรือกิจการบางส่วน หรือการโอนกิจการทั้งหมด โดยที่ผู้โอนไม่ได้เป็นเจ้าของกิจการนั้นต่อไปด้วย โดยเหตุที่ว่าความมุ่งหมายนั้นต่างกัน และการโอนกิจการตามแผนการจัดรูปองค์กรธุรกิจดังกล่าวนี้ ยังไม่ควรต้องเสียภาษีเพราะแท้จริงแล้วยังไม่มีใครได้รับประโยชน์อันเป็นเงินได้อย่างแท้จริงแต่อย่างใด

2. ปัญหาภาษีอากรที่เกี่ยวกับการควบบริษัท

1. ปัญหาเรื่องเงินได้ที่ได้จากการควบบริษัท

ปัญหาการให้บุคคลต้องเสียภาษีเงินได้จากเงินที่ยังมิได้รับมาจริง

โดยมาตรา 40(ฉ) กำหนดให้บุคคลต้องเสียภาษีเงินได้สำหรับผลประโยชน์ที่ได้จากการที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลควมเข้ากันซึ่งตีเป็นมูลค่าได้เกินกว่าที่ลงทุน ซึ่งกรณีของบุคคลธรรมดา นั้นต้องตีมูลค่าตามมาตรา 9 ทวิ คือมูลค่าอันพึงมีในวันที่ได้รับทรัพย์สินนั้น ส่วนกรณีนิติบุคคลต้องตีราคาอันพึงซื้อทรัพย์สินนั้นได้ตามปกติตามมาตรา 65 ทวิ (3) ซึ่งไม่ว่าในกรณีใด ก็น่าจะถือเอามูลค่าที่ตราไว้ (par value) รวมกับส่วนล้ำมูลค่าหุ้น (premium) (ถ้ามี) ในการออกหุ้นจากการควมบริษัทร่นั้นเป็นราคาที่พึงมีหรือพึงซื้อ ถ้าเป็นมูลค่าเกินกว่ามูลค่าหุ้นเดิมที่ตนถือก็จะต้องนำมาเสียภาษี แต่โดยปกติแล้ว การจัดสรรหุ้นตามสัดส่วน (proportion) ของ Net worth ที่แท้จริง ไม่น่าจะทำให้บุคคลได้รับหุ้นมาเกินกว่ามูลค่าหุ้นที่มีอยู่แล้ว แต่มีข้อสังเกตว่าในเรื่องการจ่ายหุ้นปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นนั้น กรมสรรพากรใช้ราคาเฉลี่ยของการซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์กรณีเป็นหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ และใช้ราคาอันพึงมี กรณีเป็นหุ้นนอกตลาดหลักทรัพย์มาถือเป็นเงินได้ของผู้ได้รับหุ้นปันผล*

ผู้เขียนพบว่าบทบัญญัติมาตรา 40(4)(ฉ) ซึ่งกำหนดให้บุคคลต้องเสียภาษีจากเงินได้ที่ได้จากการควม หรือการรับช่วงกันของกิจการ หรือกรณีการแลกเปลี่ยนหุ้นกันซึ่งถือเป็นเงินได้ตามมาตรา 40 (4)(ซ) สำหรับส่วนที่ตีราคาเป็นเงินได้เกินกว่าเงินลงทุนดังที่กล่าวแล้วใน 1.1 และ 1.2 เป็นการจัดเก็บภาษีตามหน้ากระดาษในใบหุ้นเท่านั้น โดยแท้จริงแล้วบุคคลนั้นยังมีได้รับเงินได้ดังกล่าวแต่อย่างใด (เว้นแต่ที่จะได้รับมาเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่นนอกจากหุ้น) เป็นเพียงการรับรู้เท่านั้นว่าตนได้รับประโยชน์

*โปรดดูรายละเอียดในภาคผนวก ง. ทำยวิทยานิพนธ์นี้

เพิ่มเติมแต่ยังมีได้รับประโยชน์นั้นมาโดยแท้จริง (recognized but not realized) ซึ่งขัดกับทฤษฎีและหลักการทางเศรษฐศาสตร์ และภาษีอากร ซึ่งถือว่าเงินได้ที่บุคคลจะต้องเสียภาษีอากรนั้น จะต้องเป็นสิ่งที่บุคคลนั้นได้รับมาแล้ว มิใช่เป็นเพียงการคาดหมายว่าจะได้รับ ซึ่งไม่มีความแน่นอนแต่อย่างใด ดังปรากฏตามคำพิพากษาฎีกาที่ 580/2506 ระหว่างบริษัทไทย นิยมพานิชย์ จำกัด โจทก์ กรมสรรพากร จำเลย ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าเงินได้อันจำนวนมากนั้นจะถือเป็นสิ่งที่ได้รับมาแล้ว มิใช่เป็นแต่เพียงสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับมาภายหลัง

แม้ว่ากรมสรรพากรจะได้พยายามปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภาษีอากร เพื่อสนับสนุนการขยายตัวขององค์กรทางธุรกิจ โดยการตรา พรบ. แก้ไขเพิ่มเติม ประญ. (ฉบับที่ 31) พ.ศ. 2534 ก็ตาม ก็ปรากฏว่ามีการแก้ไขเฉพาะในส่วนของผลกระทบทางภาษีอากรขององค์กรที่เกี่ยวข้องเท่านั้น โดยมีการแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 74 ในเรื่องของภาษีเงินได้นิติบุคคลเท่านั้น แต่ไม่มีการแก้ไขผลกระทบทางภาษีอากรต่อผู้ถือหุ้นขององค์กรทางธุรกิจ ซึ่งทำให้บุคคลต้องเสียภาษีเงินได้เร็วขึ้น หรือเป็นการเร่งเสียภาษีเงินได้ของบุคคลก่อนเวลาที่เขาสสมควรจะเสียจึงยังคงเป็นปัญหาอยู่ต่อไป ซึ่งโดยแท้จริงแล้วผู้ถือหุ้นนั้นควรจะต้องเสียภาษีเงินได้ กรณีที่เขาได้รับผลประโยชน์นั้นมาในรูปของหุ้น อันเนื่องมาจากการควบหรือการรับช่วงกันของกิจการ แต่บุคคลนั้นควรจะต้องในเวลาที่เขาได้รับเงินได้มาจริง ๆ นั่นคือ เวลาที่จำหน่ายโอนหุ้นของตนเองออกไป และได้รับเงินได้มาเกินกว่าเงินที่ลงทุนหรือที่เรียกว่ากำไรส่วนเกินทุน (capital gains) ที่แท้จริง

ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะได้มีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติมาตรา 40(4)(ฉ) และ (ข) การเสียภาษีจากเงินกำไรส่วนที่เกินกว่าทุนเสียใหม่

เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการหรือทฤษฎีในเรื่องของเงินได้ เพื่อการเสียภาษี
 อากรของบุคคลธรรมดา นั่นคือบุคคลควรจะต้องเสียภาษีเงินได้ก็ต่อเมื่อตนได้
 รับเงินได้นั้นมาจริง ๆ แล้วเท่านั้น มิใช่เป็นเพียงการเพิ่มค่า (appreciation)
 ของทรัพย์สิน หรือการรับรู้ว่าจะมีโอกาสจะมีสิทธิแต่ยังมีได้รับจริงเท่านั้น เนื่อง-
 จากสถานะทางเศรษฐกิจก่อนหน้าที่จะมีการควบหรือโอนกิจการ (รวมทั้ง
 การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบอื่น) จะมีได้เปลี่ยนแปลงแต่อย่างไร

มาตรา 40 (4)(ฉ) และ (ช) จึงควรรับการแก้ไขโดยการ
 ได้บัญญัติให้บุคคลเสียภาษีเงินได้จากผลประโยชน์ที่ได้จากการจัดรูปองค์กร
 ทางธุรกิจ (reorganization) ของบริษัทซึ่งตีราคาเป็นมูลค่าเกินกว่าเงิน
 ที่ลงทุน แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ประโยชน์ดังกล่าวเป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง
 (voting stock) ซึ่งหมายความว่าหากบุคคลนั้นได้รับประโยชน์มาในรูป
 ของเงินสดหรือทรัพย์สินอื่นใดนอกเหนือไปจากหุ้นแล้ว ย่อมจะต้องนำมา
 รวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้ เพราะนั้นเป็นผลประโยชน์ที่ผู้ลงทุนได้รับมา
 จากการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแล้ว

ผลจากการแก้ไขกฎหมายนั้น กรณีที่ผู้ลงทุนได้รับผลประโยชน์
 มาเป็นหุ้นนั้น ก็จะต้องเสียภาษีเงินได้จากกำไรส่วนเกินทุน (capital
 gain) เมื่อจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นนั้นไปตามมาตรา 40 (4)(ช) ซึ่งหากผู้
 ลงทุนมิได้รับประโยชน์อย่างอื่นนอกเหนือจากหุ้น ต้นทุนจะเท่ากับต้นทุนของหุ้น
 เดิมก่อนการควบกิจการ หรือต้นทุนหุ้นเดิมบวกกับต้นทุนใหม่ที่ผู้ลงทุนอาจ
 ต้องจ่าย (ถ้ามี) ในกรณีการโอนกิจการ การใช้หุ้นแลกกับหุ้น หรือแลก
 กับทรัพย์สิน เป็นต้น ซึ่งจะเป็นไปตามทฤษฎีของเงินได้ และสร้างความเป็น
 ธรรมแก่ผู้มีเงินได้ด้วย

2. ปัญหาการห้ามโอนผลขาดทุนของบริษัท เดิมไปยังบริษัทใหม่
ที่เกิดจากการควบเข้ากัน

สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการควบบริษัทนี้ มีปัญหาว่าควรให้บริษัทหรือห้างฯ ใหม่ที่เกิดขึ้นจากการควบกิจการสามารถนำผลขาดทุน ที่บริษัท หรือห้างฯ เดิมมีอยู่มาเป็นผลขาดทุนสุทธิของบริษัทหรือห้างฯ ใหม่ที่เกิดขึ้นจากการควบกันนั้นได้หรือไม่ เนื่องจากตั้งที่ผู้เขียนได้กล่าวแล้วในบทที่ 2 ว่าผลทางกฎหมายของการควบบริษัท หรือห้างฯ นั้น บริษัทหรือห้างฯ ใหม่ย่อมได้ไปทั้งสิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบที่บริษัทหรือห้างฯ เดิมมีอยู่ทั้งสิ้น ตามนัยมาตรา 1076 สำหรับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล และมาตรา 1243 สำหรับบริษัทจำกัด ซึ่งหากพิจารณาตาม ปพพ. แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าบริษัทหรือห้างฯ ที่เกิดขึ้นใหม่ควรจะสามารถนำผลขาดทุนที่เกิดขึ้นในบริษัทหรือห้างฯ เดิมมาใช้ได้ เพราะบริษัทหรือห้างฯ ที่เกิดขึ้นใหม่นั้นจะต้องรับผิดชอบในบรรดาหนี้สินความรับผิดชอบทั้งหมดมาอยู่แล้ว รวมทั้งสิทธิใด ๆ ที่มีอยู่เดิม เช่น สิทธิเรียกคืนภาษีได้ชำระให้แก่กรมสรรพากรเกินกว่าที่ควรจะต้องชำระ เป็นต้น ซึ่งการควบกิจการนี้ มิใช่การเลิกบริษัทหรือห้างฯ ที่เจ้านี้จะตามเรียกร้องทวงถามหนี้ไม่ได้ แต่เป็นการที่บริษัทหรือห้างฯ เดิมจะหายไป และเกิดบริษัทหรือห้างฯ ใหม่ขึ้นมาแทน และรับเอาสิทธิหน้าที่ทั้งหมดที่มีอยู่เดิมมาทั้งสิ้น

ซึ่งหากพิจารณาบทมาตรา 74 เดิมการแก้ไขดังกล่าวนี้ กฎหมายกำหนดให้ตีราคาทรัพย์สินตามราคาตลาดและเสียภาษี ซึ่งทำให้บริษัทสามารถใช้ผลขาดทุนของกิจการได้อย่างเต็มที่ และทำให้บริษัทใหม่ที่เกิดจากการควบเข้ากันนั้นมีต้นทุนในทางภาษีอากรสูงตามไปด้วยแต่ตามบทมาตรา 74 ที่แก้ไขใหม่นี้แม้ต้องตีราคาทรัพย์สินตามราคาตลาด แต่ไม่ต้องนำไปรวมคำนวณภาษี

ซึ่งทำให้ผลขาดทุนที่บริษัทเดิมอยู่ ไม่สามารถใช้ได้หรือไม่อาจนำไปใช้ได้
เดิมที่ซึ่งเป็นข้อเสียของบทมาตรา 74 ใหม่

สมมติว่าบริษัท ก. และบริษัท ข. มีผลขาดทุนสะสมของกิจการ
อยู่เท่ากัน คือ 600 บาท บริษัท ก. มีทรัพย์สินซึ่งมีราคาตามบัญชี 100 บาท
ราคาตลาด 500 บาท และบริษัท ข. มีทรัพย์สินราคาตามบัญชี 500 บาท
ราคาตลาด 1,000 บาท บริษัททั้งสองประสงค์จะควบเข้ากันเป็นบริษัท กข.

ตามมาตรา 74 เดิมนั้น ให้ตีราคาทรัพย์สินตามราคาตลาด ณ
วันควบเข้ากัน และคำนวณภาษีดังนี้

(1) บริษัท ก. มีทรัพย์สินที่มีราคาตลาด 500 บาท หักด้วย
ผลขาดทุนสะสม 600 จะไม่เหลือเงินได้สุทธิเพื่อเสียภาษีใด ๆ อีก แต่
ผลขาดทุนสะสมที่ยังไม่ได้ใช้อีก 100 บาท จะไม่สามารถโอนย้ายไปยัง
บริษัทใหม่ได้ บริษัท กข. มีต้นทุน 500 บาท เมื่อขายทรัพย์สินไปตามราคา
ตลาด (500 บาท) จะต้องไม่เสียภาษีอีก

(2) บริษัท ข. มีทรัพย์สินที่มีราคาตลาด 1,000 บาท
หักด้วยผลขาดทุนสะสม 600 บาท เหลือกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษี 400 บาท
ซึ่งต้องเสียภาษี 35% (อัตราเดิม) เท่ากับ 140 บาท บริษัท กข. จะมีต้นทุน
อยู่ 1,000 บาท เมื่อบริษัท กข. ขายทรัพย์สินไปตามราคาตลาด (1,000)
ก็จะมีภาระภาษี

ส่วนบทบัญญัติมาตรา 74 ใหม่ นั้น ส่งผลทางภาษีอากรดังนี้

(1) บริษัท ก. แม้ต้องตีราคาทรัพย์สินตามราคาตลาด แต่ไม่ต้องนำไปรวมคำนวณเป็นรายได้ ดังนั้น หากบริษัท ก. ไม่มีรายได้อื่น ๆ ผลขาดทุนสะสมที่มีอยู่ 600 บาทก็จะใช้ไม่ได้ เพราะไม่สามารถยกไปใช้กับบริษัทใหม่ได้ต้นทุนของบริษัท กข. เท่ากับ 100 บาท ถ้าบริษัท กข. ขายทรัพย์สินไปในราคาตลาด (500 บาท) ก็จะต้องเสียภาษีร้อยละ 30 จากกำไร จำนวน 400 บาท (500 - 100) ภาษีเท่ากับ 120 บาท

(2) บริษัท ข. ผลเป็นเช่นเดียวกันกับ บริษัท ก. นั่นคือ บริษัท กข. จะมีกำไรจากการจำหน่ายทรัพย์สินไปตามราคาตลาดจำนวน 500 บาท (1,000 - 500) เสียภาษีร้อยละ 30 เท่ากับภาษี 150 บาท

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า บทมาตรา 74 ใหม่นั้น มีผลทำให้กิจการใหม่ไม่อาจใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสะสมที่มีอยู่ได้ อย่างเต็มที่อย่างในกรณีของมาตรา 74 เดิมเคยมี เนื่องจากไม่ต้องถือเอาราคาตลาดของทรัพย์สินเป็นรายได้หรือรายจ่าย กับทั้งกฎหมายไม่อนุญาตให้นำผลขาดทุนในบริษัทเดิมมาใช้กับบริษัทใหม่ ซึ่งเป็นข้อเสียของกฎหมายใหม่ประการหนึ่ง

ผู้เขียนเข้าใจว่าเหตุผลที่กฎหมายภาษีอากร หรือกรมสรรพากร ไม่ยอมให้นำผลขาดทุนที่บริษัทหรือห้างฯ เดิมมีอยู่ก่อนการควบเข้ากันไปใช้เป็นผลขาดทุนของบริษัทหรือห้างฯ อันเกิดจากการควบเข้ากันนั้น เพราะเกรงว่าจะ เป็นช่องว่างของกฎหมายที่เปิดโอกาสให้มีการหลีกเลี่ยงภาษีอากรได้ หากกิจการหนึ่งซึ่งมีกำไรสูง รวมเข้ากับอีกกิจการหนึ่งซึ่งมีผลขาดทุนมากมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจเป็นความระมัดระวังจนเกินกว่าเหตุ และน่าจะมีมาตรการที่ตึกว่านั้น เพราะถึงแม้ว่ากรมสรรพากรได้พยายามแก้ไขกฎหมายในส่วนของการตีราคาทรัพย์สิน ในกรณีของการควบกิจการซึ่งทำให้กิจการไม่ต้องเสียภาษีเงินได้จากการตีราคาทรัพย์สิน โดยที่ตนยังมีได้รับจริงอันเป็น

ข้อบกพร่องของมาตรา 74 เดิมก็ตาม แต่ถ้ากฎหมายยังคงไม่อนุญาตให้นำผลขาดทุนในบริษัทหรือห้างฯ เดิมมาใช้ก็ยังคงเป็นข้อบกพร่องที่ทำให้ผู้ประกอบการเกิดความลังเลใจที่จะขยายกิจการในรูปของการควบกิจการ เนื่องจากอาจต้องสูญเสียประโยชน์จากการที่ไม่อาจใช้ผลขาดทุนเดิมได้ ในขณะที่ต้องมีหน้าที่ความรับผิดชอบในทางภาษีอากร การยื่นแบบแสดงรายการ ฯลฯ แทนบริษัทหรือห้างฯ เดิม

แม้ว่าจะได้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ แต่ก็ปรากฏว่าในส่วนของผลขาดทุนนี้ กลับไม่ได้รับการแก้ไขทั้งยังเป็นปัญหามากกว่าเดิม เนื่องจากกิจการต้องตีราคาทรัพย์สินตามราคาตลาด แต่ไม่ได้นำไปรวมคำนวณเป็นรายได้ ซึ่งผลก็คือบริษัทสูญเสียโอกาสที่จะใช้ผลขาดทุนของกิจการเดิมที่มีอยู่แล้ว อันเป็นอุปสรรคมากกว่ากฎหมายเดิมเสียอีก

จากสภาพปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า ผลขาดทุนที่เกิดขึ้นกับองค์กรทางธุรกิจเดิมก่อนการควบควรรให้สามารถนำไปหักจากรายได้ของบริษัทใหม่ที่เกิดจากการควบเข้ากันนั้นได้ หรือบริษัทผู้รับโอนนั้นได้ เนื่องจากยังคงมีความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของกิจการ โดยผู้ถือหุ้นหรือเจ้าของเดิมอยู่นั่นเอง เพื่อป้องกันการซื้อขายกิจการ หรือโดยหวังที่จะหลีกเลี่ยงภาระภาษีอากร หรือโดยหวังจะใช้ผลขาดทุนดังกล่าวได้ สำหรับระยะเวลาหนึ่ง เช่น ไม่เกินกว่าระยะเวลาที่บริษัทเดิมยังมีสิทธิหักผลขาดทุนดังกล่าวอยู่ เช่น หากได้หักผลขาดทุนมาแล้ว 3 ปี ก็ให้หักต่อได้อีก 2 ปี เป็นต้น ในทำนองเดียวกันกับกรณีของการโอนกิจการโดยผู้โอนได้รับผลตอบแทนเป็นหุ้นในบริษัทผู้รับโอนนั่นเอง กับทั้งยังสอดคล้องกับหลักการตาม ปพพ. และ พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ในเรื่องของการโอนสิทธิหน้าที่ทั้งหลายไปยังบริษัทที่เกิดจากการควบทั้งสิ้นด้วย

กฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกายินยอมให้บริษัทใหม่ที่เกิดจากการควบเข้ากันนั้น รับโอนผลขาดทุนสุทธิของบริษัทเดิมไปใช้ได้ด้วย โดยอิงกับแนวความคิดที่ว่ายังคงมีความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของบริษัทใหม่ โดยผู้ถือหุ้นเดิมนั้นเอง การที่บริษัทเดิมสิ้นสภาพไปก็เนื่องจากผลของกฎหมายเท่านั้น

อนึ่ง ผู้เขียนไม่แนะนำให้นำผลขาดทุนไปใช้กับผลการดำเนินงานในรอบระยะเวลาบัญชีที่ผ่านมาแล้ว ตามหลักการ carry back เนื่องจากอาจเกิดความยุ่งยากขึ้นได้ในทางปฏิบัติ เพราะผู้เสียภาษีต้องแก้ไขปรับปรุงงบการเงินเดิม และต้องยื่นรายการแสดงแบบเสียภาษีอากรใหม่ และความไม่พร้อมในการตรวจสอบของสรรพากรของไทย

3. ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับภาษีธุรกิจเฉพาะจากการ "ขาย"

อสังหาริมทรัพย์อันเป็นทางค้าหรือหากำไร ซึ่งจะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะด้วยนั้น เนื่องจากคำว่า "ขาย" นั้น กว้างขวางมาก และครอบคลุมถึงทุกกรณีที่มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง รวมไปถึงสัญญาจะขาย ฯลฯ โดยไม่คำนึงถึงว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ ซึ่งมีปัญหาว่าการโอนอสังหาริมทรัพย์จากบริษัทเดิมมายังบริษัทใหม่ที่เกิดจากการควบเข้ากันนั้น จะถือเป็น การ "ขาย" ในความหมายนี้ด้วยหรือไม่ ซึ่งหากตีความตามตัวอักษรแล้ว ก็คงน่าจะต้องถือเป็นการขายด้วย เพราะไม่มีบทบัญญัติยกเว้นไว้แต่อย่างใด

แต่หากพิเคราะห์ตามเจตนารมณ์แล้วก็ไม่น่าจะเป็นเช่นนั้น เพราะไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติในส่วนของภาษีเงินได้ หรือภาษีมูลค่าเพิ่มนี้ได้บัญญัติสอดคล้องกัน ในเรื่องของการสืบทอดธุรกิจกรณีการควบกิจการ เพื่อมิให้เป็นผลร้ายทางภาษีอากรแก่ผู้รับช่วงต่อ และโดยเฉพาะ ปพพ. และ พรบ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 เองก็ได้กำหนดให้สิทธิหน้าที่ หนี้สิน

ทรัพย์สินทั้งหลายโอนจากบริษัทเดิมไปยังบริษัทที่เกิดจากการควบเข้ากัน จึงเป็นการโอนไปโดยผลแห่งกฎหมาย และไม่จำเป็นต้องดำเนินการใดอีกจกเนื่องจากการแจ้งโอนทางทะเบียนเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติเรื่องภาษีธุรกิจเฉพาะเองก็ควรจะเป็นไปในทำนองเดียวกัน ส่วนการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบอื่นนอกจากการควบหรือโอนกิจการ (กรณีที่มีความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของ) แล้ว ถ้ามีการโอนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่กันย่อมต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

อนึ่ง จากการวิจัยนั้นผู้เขียนไม่พบว่าบทบัญญัติในส่วนของภาษีธุรกิจเฉพาะได้รับรองเรื่องการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจเอาไว้ ซึ่งในส่วนของภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา และนิติบุคคลและภาษีมูลค่าเพิ่มเอง ได้กล่าวถึงกรณีการควบและการโอนกิจการทั้งสิ้น ผู้เขียนเข้าใจว่าเพราะเหตุที่มีภาษีมูลค่าเพิ่มเอง ได้กล่าวถึงกรณีการควบและการโอนกิจการทั้งสิ้น ผู้เขียนเข้าใจว่า เพราะเหตุที่ภาษีมูลค่าธุรกิจเฉพาะเกี่ยวข้องกับการขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งถือเป็นทรัพย์สินอันมีค่ามากนั่นเอง ซึ่งการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจโดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการโอนอสังหาริมทรัพย์นั้น จะเป็นข้อพิจารณาสำคัญประการหนึ่งในการตัดสินใจขยายการลงทุนขององค์กร ทั้งนี้เนื่องจากอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินอันมีมูลค่าซึ่งเพิ่มขึ้นตลอดเวลา

ผู้เขียนขอเสนอแนะให้บทบัญญัติภาษีธุรกิจเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำว่า "ขาย" ได้บัญญัติยกเว้นให้ในทำนองเดียวกันกับภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับการควบหรือโอนกิจการอันแท้จริง ภายใต้ทฤษฎีและแนวความคิดบางประการอันสำคัญ เช่น ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของ หรือในการใช้ทรัพย์สิน โดยควรพิจารณาถึงการสืบทอดตัวองค์กรธุรกิจนั้น ๆ พร้อมทั้งวัตถุประสงค์ เพื่อการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจหรือการขยายการลงทุนอย่างแท้จริง เพื่อป้องกันมิให้เกิดเป็นช่องว่างให้มีการหลีกเลี่ยงภาษีอากรจากการโอนทรัพย์สินให้แก่กันได้

นอกจากนี้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอากรแสตมป์จากการขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรจะได้บัญญัติในทำนองเดียวกันกับที่ได้เสนอแนะในกรณีของภาษีมูลค่าธุรกิจเฉพาะดังกล่าวด้วย

3. การจัดการปกครองทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับทุน

3.1 การเพิ่มทุน

ดังที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 3 ว่า เงินเพิ่มทุนส่วนที่ตั้งขึ้นจากเงินกำไร หรือเงินที่กั้นไว้รวมกันนั้น ผู้ถือหุ้นจะต้องนำมาเสียภาษีเงินได้ตามมาตรา 40 (4)(จ) ด้วย โดยตีราคาตามราคาตลาดในวันที่ได้รับหุ้นนั้นตามมาตรา 9 ทวิ แห่ง ประมวลกฎหมายอากรแสตมป์

ตัวอย่าง

งบดุลก่อนการเพิ่มทุน			
สินทรัพย์		หนี้สินและทุน	
เงินสด	<u>1,000,000</u>	ทุนจดทะเบียน	500,000
		กำไรสะสม	<u>500,000</u>
รวมสินทรัพย์	1,000,000	รวม	<u>1,000,000</u>
งบดุลหลังการเพิ่มทุน			
สินทรัพย์		หนี้สินและทุน	
เงินสด	<u>1,000,000</u>	ทุนจดทะเบียน	800,000
		กำไรสะสม	<u>200,000</u>
รวมสินทรัพย์	<u>1,000,000</u>	รวม	<u>1,000,000</u>

สมมติว่า ก. มีหุ้น 5,000 หุ้น มูลค่าหุ้นละ 100 บาท ก่อนการเพิ่มทุนนั้น ราคาตลาดของหุ้นเมื่อพิจารณาตาม Net worth ของบริษัท ควรจะเท่ากับหุ้นละ 200 บาท ($1,000,000 \div 5,000$) หลังการเพิ่มทุนจำนวน 300,000 บาท โดยการออกหุ้นปันผล ก. จะมีหุ้นเพิ่มอีก 3,000 หุ้น ราคาจดทะเบียนหุ้นละ 100 บาท หลังการเพิ่มทุนโดยการออกหุ้นปันผลนั้น มูลค่าของหุ้นจะเหลือหุ้นละ 125 บาท ($1,000,000 \div 8,000$) เนื่องจากมูลค่าสินทรัพย์เท่าเดิม การตีราคาที่พึงได้รับที่ถูกต้องควรจะเป็นราคา $3,000 \times 125 = 375,000$ บาท และราคาต้นทุน (cost) ของหุ้นปันผลนั้น ควรจะเท่ากับ 125 บาทด้วย อย่างไรก็ตามไม่มีบทบัญญัติใดในปรฎ. รองรับให้เพิ่มราคาหุ้นให้สอดคล้องกับการเก็บภาษีตามมาตรา 40 (4) (จ) ประกอบกับมาตรา 9 ทวิ ดังกล่าว แต่ผู้เขียนเห็นว่าโดยหลักการแล้วผู้เสียภาษีสามารถใช้ราคาตามมาตรา 9 ทวิได้ แต่เพื่อป้องกันการโต้แย้ง ผู้เสียภาษีควรเก็บหลักฐานการเสียภาษีในคราวที่ได้รับหุ้นปันผลนั้นไว้ด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าการจัดเก็บภาษีจากหุ้นปันผลนั้น จะมีผลกระทบกับผู้ถือหุ้นมาก โดยเฉพาะเมื่อผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาได้จำหน่ายหุ้นนั้นไปในภายหลังต่ำกว่า 125 บาท (ตามตัวอย่าง) ซึ่งไม่สามารถใช้ผลขาดทุนนั้นหักออกจากเงินได้ที่ต้องเสียภาษีได้ ซึ่งเท่ากับว่าบุคคลนั้นได้รวมหุ้นปันผลเป็นเงินได้เป็นจำนวนเกินกว่าที่ได้รับมาจริง กับทั้งผลที่สุดแล้วสินทรัพย์ของบริษัทและสัดส่วนการเป็นเจ้าของบริษัท โดยการถือหุ้นนั้นมิได้เปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด จึงเป็นการจัดเก็บภาษีก่อนกำหนดเวลาที่ควรจัดเก็บ เมื่อได้รับเงินได้มาจริง

ทางออกในกรณีนี้ นั้น แทนที่บริษัทจะจ่ายหุ้นปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นก็อาจประกาศจ่ายเป็นเงินปันผลแทน โดยผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดาจะได้รับประโยชน์ในเรื่องของเครดิตภาษีตามมาตรา 47 ทวิ หรืออาจเลือก

เสียภาษีไม่เกิน 10% ของเงินปันผลที่ได้รับได้ ในส่วนของผู้ถือหุ้นที่เป็นบริษัทก็จะได้รับประโยชน์ตามมาตรา 65 ทวิ (10) นั่นคือนำมารวมเป็นเงินได้เพียงครั้งหนึ่ง หรืออาจได้รับยกเว้นทั้งหมด แล้วแต่กรณี

ซึ่งจะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของการออกหุ้นปันผลนั้น ก็เพื่อให้บริษัทสามารถนำกำไรมาใช้เป็นทุนหมุนเวียนได้ โดยผู้ถือหุ้นก็ได้รับหุ้นจำนวนเพิ่มขึ้น วัตถุประสงค์ของการจ่ายเงินปันผลกับหุ้นปันผล จึงแตกต่างกัน และควรที่กฎหมายภาษีอากรของไทยควรจะได้เอื้ออำนวยต่อการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบนี้ด้วยการไม่จัดเก็บภาษีจากหุ้นปันผลนั้นจนกว่าผู้ถือหุ้นจะได้จำหน่ายจ่ายโอนไปจริง หรือหากเห็นว่าอาจมีปัญหาขัดข้องอยู่ในเรื่องความไม่พร้อมก็ควรกำหนดให้มูลค่าของหุ้นเท่ากับมูลค่าที่ตราไว้ (par value) บวกกับส่วนล้ำมูลค่าหุ้น (ถ้ามี) ประกอบกับให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดาสามารถใช้ผลขาดทุนจากการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นได้ด้วย

3.2 การลดทุน

ปัญหาภาษีอากรที่เกิดขึ้นกับเงินได้ที่เป็นเงินได้จากการลดทุนก็คือ ส่วนของเงินลดทุนที่จ่ายจากเงินกำไรและเงินที่กั้นไว้รวมกันตามมาตรา 40 (4)(ง) ดังตัวอย่างข้างล่างนี้

งบดุลก่อนการลดทุน	
สินทรัพย์	หนี้สินและทุน
เงินสด	ทุน
1,000,000	700,000
	กำไรสะสม
	<u>300,000</u>
<u>1,000,000</u>	<u>1,000,000</u>

งบดุลหลังการลดทุน

	สินทรัพย์		หนี้สินและทุน
เงินสด	700,000	ทุน	400,000
		กำไรสะสม	<u>300,000</u>
	<u>700,000</u>		<u>700,000</u>

ผลของบทบัญญัติมาตรา 40 (4)(ง) ทำให้ผู้ถือหุ้นต้องเสียภาษีจากเงินลดทุนที่จ่ายจากส่วนที่ไม่เกินกว่ากำไรสะสม จำนวน 300,000 บาทนั้น แม้ว่าตัวเลขในงบดุลของบริษัทจะปรากฏว่ากระทบกับบัญชีทุนของบริษัทก็ตาม

หากต่อมา บริษัทประกาศจ่ายเงินปันผลอีก 300,000 บาท เนื่องจากยังปรากฏผลกำไรสะสมในบัญชีอยู่ ผู้ถือหุ้นควรจะต้องเสียภาษีในฐานะที่เป็นเงินปันผลตามมาตรา 40 (4)(ข) อีกครั้ง* ซึ่งไม่ควรเป็นเช่นนั้น เนื่องจากครั้งแรกที่ได้รับเงินลดทุน ซึ่งกฎหมายให้จัดเก็บภาษี เพราะถือว่าจ่ายจากเงินกำไรไปแล้ว ก็ไม่ควรจะต้องเสียภาษีอีก เพราะเท่ากับให้บุคคลเสียภาษีซ้ำซ้อนในเงินจำนวนเดียวกัน ซึ่งเป็นหลักการที่ไม่ถูกต้อง แต่ควรจะต้องถือว่าเงินที่ได้จ่ายในคราวหลังนั้นเป็นเงินคืนทุน

เพื่อขจัดปัญหาดังกล่าว บริษัทควรประกาศจ่ายเงินปันผลเสียก่อน เพื่อให้ผู้ถือหุ้นได้รับประโยชน์จากเครดิตภาษีในกรณีของบุคคลธรรมดา หรืออาจได้รับลดหย่อนหรือยกเว้นได้ในกรณีของนิติบุคคล

*หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค. 0802/20855 ลงวันที่ 21 พฤศจิกายน 2533 ปรากฏรายละเอียดในภาคผนวก ช.

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 สรุป

การขยายลงทุนเพื่อตอบสนองความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ เพื่อให้สามารถแข่งขันกับผู้อื่นได้นั้น เป็นเรื่องที่เป็นในสภาพเศรษฐกิจของโลก ในปัจจุบัน การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจซึ่งเป็นการดำเนินการอันเกี่ยวข้องกับ โครงสร้างขององค์กรทางธุรกิจและเกี่ยวข้องกับทุน จึงเป็นเรื่องที่ได้รับความนิยมเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ในขณะนี้ ไม่ว่าจะเป็นการซื้อหุ้นเพื่อครอบครองกิจการอื่น การซื้อทรัพย์สินเพื่อให้ได้ทรัพย์สิน สิทธิ ใบอนุญาตต่าง ๆ ที่หายากหรือที่เป็นที่ต้องการการเพิ่มทุน การลดทุน การจ่ายหุ้นปันผลรวมตลอดถึงการรวมตัวกัน ของกิจการโดยการควบ ซึ่งแต่ละรูปแบบก็มีเหตุผลในทางธุรกิจที่แตกต่างกัน ข้อพิจารณาทางกฎหมายและภาษีอากรก็เป็นปัจจัยอันสำคัญยิ่งอย่างหนึ่งที่ใช้ในการตัดสินใจดังกล่าว

จากการศึกษาปัญหาในเรื่องของภาษีอากรที่เกี่ยวข้องกับการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจนั้น ผู้เขียนพบว่ากฎหมายภาษีอากรของไทยในปัจจุบันไม่เอื้ออำนวยต่อการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจเท่าที่ควร นอกจากนี้กฎหมายไทยยังมีได้รองรับการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจที่แท้จริง นั่นคือเจ้าของกิจการหรือทรัพย์สินเดิมยังคงเป็นเจ้าของอย่างต่อเนื่องในกิจการหรือทรัพย์สินที่ได้โอนไปให้แก่องค์กรธุรกิจอื่น ซึ่งถือเป็นแนวความคิด หรือหลักการอันสำคัญที่สุดที่ทำให้กฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกาได้ชะลอ (defer) การจัดเก็บภาษีเอาไว้ก่อนจนกว่าจะมีการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นหรือทรัพย์สินที่ได้รับนั้นไปจริง

กล่าวคือกรณีการควบกิจการ การโอนหุ้นเพื่อแลกกับหุ้นในบริษัทผู้รับโอน การโอนทรัพย์สินหรือกิจการเพื่อแลกกับหุ้นในบริษัทผู้รับโอน แต่กฎหมายภาษีอากรของไทยได้จัดเก็บภาษีโดยมิได้คำนึงถึงความมุ่งหมายทางธุรกิจในการขยายการลงทุน หรือการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจเพื่อการขยายโอกาสธุรกิจ หรือเพียงเพื่อการขายหรือโอนไปซึ่งกิจการหรือทรัพย์สินเท่านั้น

ในวิทยานิพนธ์นี้ได้ศึกษาถึงภาวะภาษีอากรอันเกิดจากการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจในรูปแบบสำคัญ ๆ ซึ่งเป็นที่สนใจและเป็นที่ยอมรับ และถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจในตัวองค์กรหนึ่งอันเกี่ยวข้องกับทุน ดังนี้

1. การซื้อหรือรับโอน (acquisition) ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

1.1 การซื้อหรือรับโอนหุ้นของอีกองค์กรหนึ่ง (stock acquisition)

ซึ่งกรณีที่เป็นการค้าหุ้นมาโดยต้องแลกกับหุ้น (stock-for-stock) ของบริษัทผู้ได้มานั้น ตามกฎหมายสหรัฐอเมริกายอมรับว่าเป็นการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ โดยไม่มีภาวะภาษีอากรจากการแลกเปลี่ยนนั้น จนกว่าจะมีการจำหน่ายหุ้นนั้นไปจริง ส่วนกฎหมายภาษีอากรของไทยนั้น หากมูลค่าหุ้นที่ได้รับมาเกินกว่ามูลค่าหุ้นที่แลกไป ก็ถือเป็นกำไรส่วนเกินทุนซึ่งต้องเสียภาษีเงินได้ ปัญหาจะเกิดมากขึ้นกรณีผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่อาจหักผลขาดทุนจากการโอนหุ้นได้ ซึ่งผลที่สุดแล้วสิ่งที่ ปรฎ. กำหนดให้จัดเก็บภาษีนั้นอาจไม่ใช่กำไรที่แท้จริงของผู้เสียภาษี และมีเงินได้แท้จริงซึ่งถือเป็นการจัดเก็บอันขัดกับหลักความสามารถ และทฤษฎีของคำว่า "เงินได้" ในทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งจะต้องเป็นสิ่งที่เพิ่มค่า หรืออำนาจในการจับจ่ายใช้สอยของบุคคลเท่านั้น

1.2 การซื้อหรือรับโอนทรัพย์สินหรือกิจการของอีกองค์กรหนึ่ง (assets acquisition) อาจจะเป็นทรัพย์สินบางส่วนหรือทรัพย์สิน ทั้งหมด (แต่ไม่รวมเอาหนี้สินทั้งหมดด้วย) ซึ่งตามมาตรา 65 ทวิ (4) เจ้าพนักงาน มีอำนาจประเมินราคาโอนตามราคาตลาดได้ เว้นแต่มีเหตุอันสมควร ซึ่ง แท้ที่จริงนั้นผลทางภาษีอากร กรณีเป็นการขายทรัพย์สินหรือกิจการในกรณี ธรรมดาเพื่อผลกำไร กับกรณีที่เจ้าของเดิมยังคงมีส่วนในการเป็นเจ้าของ อยู่ด้วย โดยการใช้ทรัพย์สินแลกเปลี่ยนกับหุ้น (stock-for-assets) ควรแตกต่างกัน ซึ่งในกรณีหลังกฎหมายสหรัฐอเมริกาก็ได้บัญญัติให้ชะลอ (defer) การจัดเก็บภาษีไปจนกว่าจะมีการจำหน่ายจ่ายโอนกิจการ หรือ ทรัพย์สินที่โอนไป หรือหุ้นที่ได้รับตอบแทนมานั้นจริง ซึ่งควรจะได้อบรมรับ แนวความคิดนี้มาใช้ปรับปรุงกฎหมายภาษีอากรของไทยด้วยเช่นกัน

1.3 การซื้อหรือรับโอนกิจการทั้งหมด

กฎหมายไทยได้อบรมรับแนวความคิดในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ โดยการโอนกิจการในเรื่องการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลขององค์กรผู้โอนและ การเสียภาษีมูลค่าเพิ่มว่าให้ชะลอการจัดเก็บภาษีไว้ก่อน จนกว่าจะได้จำหน่าย จ่ายโอนไปจริงในกรณีเป็นการโอนกิจการทั้งหมด ซึ่งค่อนข้างคลุมเครือไม่ ชัดเจน โดยเฉพาะในเรื่องการตีราคาทรัพย์สินเพื่อคำนวณกำไรสุทธิของกิจการ แต่ในส่วนภาษีเงินได้บุคคลธรรมดานั้น ยังคงไม่ได้รับประโยชน์จากกรณีดังกล่าว และผู้เขียนเห็นว่าเป็นการจัดเก็บภาษีแม้ว่าบุคคลนั้นจะยังไม่ได้รับเงินได้ และยังไม่ มีบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องได้กำไรหรือขาดทุนจริง

ปัญหาเรื่องผลขาดทุนขององค์กรผู้โอนเป็นปัญหาสำคัญประการ หนึ่ง เนื่องจากกฎหมายไทยไม่ยินยอมให้สามารถนำไปใช้กับองค์กรผู้รับโอน ได้ ซึ่งเท่ากับว่าผลขาดทุนนั้นจะไม่สามารถนำมาใช้ประโยชน์ทางภาษีอากร

ซึ่งองค์กรทางธุรกิจอาจเลือกการขายทรัพย์สิน หรือกิจการบางส่วน และนำรายได้ไปหักกับผลขาดทุนนั้นแทน

ในเรื่องภาษีธุรกิจเฉพาะกรณีเป็นการโอนอสังหาริมทรัพย์ก็ยังคงเป็นปัญหาเช่นกัน เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติยกเว้นเอาไว้ ดังนี้ แม้เป็นการโอนไปทั้งกิจการผู้โอนก็ยังคงต้องเสียภาษีอยู่ดี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากผู้โอนได้ถือหุ้นในบริษัทผู้รับโอนเป็นการตอบแทนการโอนทรัพย์สินอันเป็นแนวความคิดของการจัดรูปธุรกิจแล้ว ควรจะแตกต่างกับการขายกิจการหรือทรัพย์สินในกรณีธรรมดา เพื่อหวังผลกำไร หรือเป็นการขายโดยตรง

2. การควบบริษัท (amalgamation) พบว่ามีปัญหาในส่วนของเงินได้ที่กฎหมายจัดเก็บเอาจากประโยชน์ที่ผู้ถือหุ้นได้รับจากการควบนั้น เช่นเดียวกับกรณีของการรับช่วง (โอน) กิจการในข้อ 1.2 ข้างต้น โดยมีปัญหาเช่นเดียวกันว่าผู้ถือหุ้นต้องเสียภาษีจากสิ่งที่ไม่ได้รับมาจริง ส่วนปัญหาสำหรับตัวองค์กรที่มาควบเข้ากันก็คือการที่กฎหมายไม่ยินยอมให้บริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นจากการควบเข้ากันนั้นหักผลขาดทุนที่บริษัทเดิมมีอยู่ได้ ซึ่งนอกจากจะเสียประโยชน์ในการไม่ได้ใช้ผลขาดทุน โดยบริษัทใหม่ดังกล่าวแล้ว การที่กฎหมายให้ตีราคาทรัพย์สิน แต่ไม่ต้องนำไปรวมเป็นรายได้ก็ยิ่งทำให้สูญเสียโอกาสที่จะใช้ผลขาดทุนเดิมนั้นเลยทีเดียว

แต่ที่จริงแล้วการควบกิจการกันนั้นผู้ถือหุ้นในบริษัทใหม่ยังคงเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทเดิม บริษัทใหม่ยังคงต้องรับโอนบรรดาสีทธิหน้าที่ทรัพย์สินหนี้สินต่าง ๆ ในบริษัทเดิม ตามที่ ปพพ. และ พรบ. บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บทบัญญัติในเรื่องภาษีอากรจึงควรเป็นไปในทางเดียวกันด้วย นั่นคือควรยอมให้มีการโอนผลขาดทุนดังกล่าวไปยังบริษัทใหม่ได้โดยมีข้อจำกัดบางประการ เช่นระยะเวลาที่กฎหมายยินยอมให้หักได้ เป็นต้น

3. การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับทุน

3.1 การเพิ่มทุนโดยการจ่ายหุ้นปันผล (stock dividend)
พบว่ามีปัญหาในเรื่องการจัดเก็บภาษีจากเงินที่ผู้เสียภาษียังไม่ได้รับจริง เช่นเดียวกับในกรณีการโอนกิจการตามข้อ 1. และการควบกิจการตามข้อ 2. ข้างต้น ซึ่งควรได้รับการแก้ไขด้วยเช่นกัน

3.2 การลดทุนกรณีมีการจ่ายจากกำไร หรือเงินที่กั้นไว้รวมกัน
พบว่ามีปัญหาในเรื่องการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนจากเงินจำนวนเดียวกันถึงสองคราว นั่นคือจัดเก็บคราวแรกในฐานะที่เป็นเงินได้จากการลดทุนส่วนที่จ่ายไม่เกินกว่าเงินกำไรและเงินที่กั้นไว้รวมกัน และคราวที่สองเก็บภาษีเงินได้ในฐานะที่เป็นเงินปันผล ซึ่งเป็นหลักการจัดเก็บภาษีที่ไม่ถูกต้อง และควรได้รับการแก้ไขโดยการจัดเก็บภาษีในคราวแรกคราวเดียวเท่านั้น

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติม ประมวล. ให้สามารถรองรับและเอื้ออำนวยต่อการขยายโอกาสในการลงทุนขององค์กรได้ ภายใต้แนวความคิดในเรื่องความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของกิจการหรือทรัพย์สินที่โอนไป หรือเป็นเจ้าของกิจการใหม่ที่เกิดขึ้นนั้น ดังนี้

1. ผู้เขียนเสนอแนะว่ากฎหมายภาษีอากรของไทยควรจะยอมรับแนวความคิดในเรื่องการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ ซึ่งเป็นการขยายโอกาสทางธุรกิจของผู้ประกอบการอย่างแท้จริง มิใช่เป็นเพียงการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นหรือทรัพย์สิน หรือกิจการเพื่อหวังผลกำไรโดยตรงเท่านั้น

2. ผู้เขียนเสนอแนะว่า ควรมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรในส่วนที่มีการจัดเก็บภาษีเงินได้จากการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ โดยจัดกับทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ในเรื่องเงินได้ และหลักภาษีอากรที่ดี โดยการจัดเก็บภาษีอันจัดกับหลักเรื่องความสามารถ ซึ่งในปัจจุบันนี้มีการจัดเก็บภาษีเงินได้ โดยผู้เสียภาษียังได้รับจริง เป็นเพียงแต่รับรู้ประโยชน์ที่อาจมีขึ้น (recognized but not realized) เท่านั้น นั่นคือ บทบัญญัติมาตรา 40 (4) (ฉ) รวมทั้งในกรณีของหุ้นปันผล ตามมาตรา 40 (4) (จ) และควรจัดการเก็บภาษีซ้ำซ้อนสำหรับเงินได้จาก การลดทอนซึ่งจ่ายเงินกำไรหรือเงินที่กั้นไว้ ตามมาตรา 40 (4) (ง) และจัดเก็บภาษีจากเงินปันผลในการจ่ายในคราวที่สอง ตามมาตรา 40 (4) (ข) โดยจัดเก็บภาษีถึงสองคราวสำหรับเงินได้จำนวนเดียวกัน

3. ผู้เขียนเสนอแนะว่ากฎหมายภาษีอากรของไทยควรยอมรับให้หักผลขาดทุนจากการโอนหุ้น ในการคำนวณภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาได้ เพื่อให้ผู้เสียภาษีได้เสียภาษีจากเงินได้ที่ได้รับอย่างแท้จริง เช่นเดียวกับนิติบุคคลซึ่งกฎหมายสหรัฐอเมริกาและอีกหลายประเทศก็ได้ยอมรับการหักผลขาดทุนนี้

4. ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติในเรื่องการโอนกิจการหรือการรับช่วงกิจการนั้น ยังคลุมเครือไม่ชัดเจนโดยเฉพาะที่กฎหมายจะให้ชะลอ (defer) การจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 74 (1) (ค) และในส่วนของภาษีมูลค่าเพิ่มนั้นจึงควรบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่า จะครอบคลุมถึงกรณีใดบ้าง เพราะมิฉะนั้นอาจเป็นช่องว่างให้มีการหลีกเลี่ยงภาษีอากรหรืออาจเกิดปัญหาโต้แย้งกันได้

5. ผู้เขียนเสนอแนะว่า กฎหมายภาษีอากรของไทย ควรให้มีการนำผลขาดทุนจากกิจการ (operating loss) ที่บริษัทเดิมมีสิทธิหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ ไปใช้ในการคำนวณกำไรสุทธิของบริษัทที่เกิดขึ้นจากการควบบริษัท หรือบริษัทที่รับโอนกิจการ (business acquisition) ได้ ภายใต้อำนาจกักกันในเรื่องระยะเวลาว่า ไม่เกินระยะเวลาที่บริษัทเดิมมีสิทธิอยู่ เพื่อป้องกันมิให้เป็นช่องว่างในการหลีกเลี่ยงภาษีอากร เนื่องจากแก้ที่จริงแล้ว เจ้าของบริษัทเดิมได้เป็นเจ้าของบริษัทใหม่ หรือบริษัทที่รับโอนด้วย เช่นเดียวกับแนวความคิดในกฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกา

6. ผู้เขียนเสนอแนะว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีธุรกิจเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการโอนอสังหาริมทรัพย์ไปยังบริษัทที่รับโอนกิจการนั้น ไม่ควรจะต้องเสียภาษีเนื่องจากเจ้าของทรัพย์สินเดิม ก็ได้มีส่วนในการเป็นเจ้าของบริษัทผู้รับโอนทรัพย์สินนั้นด้วย

ศูนย์วิทยพัชยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย