



## ปัญหาเกี่ยวกับภาษีผลได้จากทุนตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทย

### ปัญหาการกำหนดขอบเขตความหมายของ "ผลได้จากทุน" ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน

ดังได้เคยกล่าวถึงความหมายของ "ผลได้จากทุน" ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนมาบ้างแล้ว ในบทที่ 3 ว่า ผลได้จากทุนจะต้องเป็นค่าตอบแทนอันมีมูลค่าซึ่งได้รับจากการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สิน คำว่า "ทรัพย์สิน" ก็ให้พิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตามเนื่องจากในอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่ละฉบับมีกระทั่งฉบับที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่าง ๆ ในส่วนของคำว่า "ทรัพย์สิน" ก็ดี หรือคำว่า "จำหน่าย" ก็ดี สามารถตีความได้ค่อนข้างกว้าง กล่าวคือ ผลได้ที่ได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินอื่น ๆ นอกจากทรัพย์สินที่ตั้งระบุไว้ในวรรคต่าง ๆ แห่งข้อบทผลได้จากทุน ให้นำเป็นการจำหน่ายทรัพย์สินตามความหมายนี้ด้วย หากว่าเกิดผลได้จากจากการจำหน่ายนั้น ดังนั้น กรณีจึงอาจเกิดปัญหาในการกำหนดขอบเขตความหมายของผลได้จากทุนขึ้น เช่น กรณีการลดทุนและมีการคืนทุนของบริษัท หรือกรณีการเลิกบริษัท เหล่านี้จะถือว่าเป็นการจำหน่ายทรัพย์สินตามความหมายแห่งข้อบทผลได้จากทุนหรือไม่เพียงใด ซึ่งรายละเอียดจะกล่าวอีกครั้งในหัวข้อ 6.1 และ 6.2 ตามลำดับ

นอกจากนี้ ยังพบว่าเงินได้อื่น ๆ ที่มีลักษณะใกล้เคียงกับผลได้จากทุนซึ่งในอนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับได้นำเอาเงินได้ดังกล่าวเข้ามารวมเป็นผลได้จากทุนด้วย เช่น เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ กำไรจากธุรกิจ ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ เป็นต้น ดังนั้น ปัญหาการกำหนดขอบเขตความหมายผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนจึงอาจเกิดขึ้นได้ ในกรณีที่ผู้มียังมีเงินได้ประเภทต่าง ๆ ดังกล่าวปะปนกันในลักษณะที่ยากต่อการแจกแจงว่า เงินได้ใดจะเป็นผลได้จากทุนหรือไม่ และแม้ในข้อบทผลได้จากทุนเองในบางครั้งก็มีการบัญญัติรวมถึงเงินได้ดังกล่าวด้วย การศึกษาวิเคราะห์ถึงข้อแตกต่างของเงินได้ประเภทดังกล่าว จึงเป็นแนวทางที่อาจสามารถกำหนดความหมายของผลได้จากทุนให้มีความชัดเจนขึ้น

## 1. ผลได้จากทุน กับ เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์

เงินได้ที่ได้รับจากอสังหาริมทรัพย์ในบางกรณีนับเป็นผลได้จากทุน แต่ขณะเดียวกันอาจตกอยู่ภายใต้ข้อบทที่ 6 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนในส่วนของเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ได้อีกทางหนึ่ง ดังนั้น การพิจารณาภาวะภาษีของเงินได้ดังกล่าวนี้ ควรต้องพิจารณาข้อบทที่ 6 ควบคู่ไปด้วย ซึ่งโดยทั่วไปอนุสัญญามักกำหนดให้เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์จะถูกเก็บภาษีในประเทศที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่

เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวข้างต้นนี้ โดยทั่วไปอนุสัญญาภาษีซ้อนจะกำหนดให้พิจารณาตามกฎหมายภายในของรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งทรัพย์สินนั้น ๆ ตั้งอยู่ และให้มีความหมายรวมถึงสิ่งซึ่งอนุสัญญากล่าวไว้โดยแจ่มชัดด้วย เมื่อพิจารณากฎหมายภายในและข้อบทตามอนุสัญญาภาษีซ้อนแล้ว สามารถสรุปการจัดประเภทเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ออกมาให้เห็นชัดได้โดยแบ่งเป็น 4 ประเภท คือ <sup>1</sup>

(1) เงินได้จากการให้เช่า ซึ่งโดยทั่วไปอาจแบ่งลักษณะการเช่าเป็นการให้เช่าโดยตรง การให้เช่าช่วง และการให้เช่าสินทรัพย์ระยะยาว (หรือที่เรียกกันว่า "ลีสซิ่ง") เป็นต้น

(2) เงินได้จากการใช้โดยตรง ได้แก่ การที่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินใช้ทรัพย์สินนั้นโดยตรงเพื่อประกอบธุรกิจของตน

(3) เงินได้จากดอกผลของทรัพย์สิน ในที่นี้หมายถึง ผลได้หรือรายได้ใด ๆ อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นต่อผู้เป็นเจ้าของรายได้จากการทำการเกษตร เช่น ผลผลิตจากข้าว หรือรายได้จากการทำป่าไม้ ก็อยู่ในความหมายนี้

(4) เงินได้จากการมีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้น ในที่นี้มีความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้แก่ กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง สิทธิเก็บกิน สิทธิจำนอง

<sup>1</sup> พชาติ เกษเรือง และคนอื่น ๆ, คำอธิบายบทบัญญัติในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน, (กรุงเทพฯ : ไทยมิตรการพิมพ์, 2529), หน้า 57-59.

และอื่น ๆ ทั้งนี้ เงินได้จากการมีสิทธิเหนือทรัพย์สินจะเกิดขึ้นได้สองกรณี คือ กรณีการโอน เปลี่ยนมือสิทธิที่ตนมีอยู่ให้ผู้อื่น เช่น โอนสิทธิครอบครองให้ผู้อื่นในลักษณะการให้เช่า เงินได้ที่เกิดขึ้นจากการโอนเปลี่ยนมือสิทธิดังกล่าวก็คือค่าเช่า และกรณีการมีเงินได้จากสิทธินั้นเอง เช่น สิทธิเก็บกินที่ผู้เป็นเจ้าของสิทธิสามารถหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นในลักษณะของการเก็บ ดอกผล มูลค่าของดอกผลนั้นให้ถือเป็นเงินได้ของผู้มีสิทธิเก็บกินดังกล่าว เป็นต้น

จากการแบ่งประเภทเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวข้างต้น อาจสรุป การจัดประเภทของเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ได้ 3 ประเภทด้วยกัน คือ เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับจากการใช้โดยตรง เงินได้จากการให้เช่า และเงินได้จากการใช้อสังหาริมทรัพย์ในรูปอื่น ๆ ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการแบ่งเงินได้จากการให้เช่าตาม (1) และเงินได้จากการมีสิทธิเหนือทรัพย์สินตาม (4) ข้างต้นนั้น ผู้จัดแบ่งประเภทดังกล่าวคงหมายความว่าเงินได้จากการให้เช่าตาม (1) หมายถึงผู้ให้เช่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินที่เช่าและมีเงินได้จากการให้เช่านั้น ส่วนเงินได้จากการมีสิทธิเหนือทรัพย์สินตาม (4) นั้น คงหมายถึงผู้มีเงินได้มิได้ให้เช่าตัวทรัพย์สิน แต่มีเงินได้เกิดขึ้นจากการให้เช่าสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้น

เมื่อพิจารณาเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ตามอนุสัญญา ฯ ข้างต้นแล้ว หากเปรียบเทียบกับผลได้จากทุนในส่วนของผลได้จากการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ จะเห็นว่า อนุสัญญาฯ ใช้คำต่างกัน คือ ผลได้จากอสังหาริมทรัพย์ที่จะเป็นผลได้จากทุนนั้นต้องเป็นเงินได้จากการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ ผลได้จากทุนหมายถึง ค่าตอบแทนที่ได้รับจากการจำหน่าย จ่าย โอน อสังหาริมทรัพย์เท่านั้น มิใช่เป็นแต่การให้เช่า แต่ต้องเป็นการทำให้ทรัพย์สินนั้นโอนเปลี่ยนมือไปโดยกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้โอนตกไปแก่ผู้รับโอนหรือผู้ซื้อด้วย ดังนั้น เราจึงสามารถวิเคราะห์ความแตกต่างของเงินได้ทั้งสองประเภทนี้ได้โดยพิจารณาว่า เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ตามข้อบทที่ 6 แห่งอนุสัญญาฯ จะต้องเป็นเงินได้ในรูปของการใช้โดยตรง หรือการให้เช่า หรือการใช้อสังหาริมทรัพย์ในรูปอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่กรณีของการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ออกไปแต่อย่างใด ส่วนเงินได้ที่เกิดจากอสังหาริมทรัพย์ที่จะนับเป็นผลได้จากทุนนั้น ต้องเป็นเงินได้จากการจำหน่ายจ่ายโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

อย่างไรก็ดี ปัญหาในเรื่องเงินได้ทั้งสองประเภทนี้ก็อาจเกิดขึ้นคาบเกี่ยวกันได้เสมอ เช่น ในบางกรณีผู้มีเงินได้ที่จะทำการขายอสังหาริมทรัพย์ไม่ประสงค์จะเสียภาษีในประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ จึงอาจทำการแปรรูปแบบเงินได้จากการขายอสังหาริมทรัพย์ให้กลายเป็น

เป็นเงินได้จากการขายสิ่งหาริมทรัพย์ (ซึ่งจะตกอยู่ภายใต้ข้อบทผลได้จากทุน-ผู้เขียน) โดยการตั้งบริษัทขึ้นในประเทศที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ และโอนทรัพย์สินเข้าไว้ในบริษัทเพื่อแลกกับหุ้นของบริษัท จากนั้นจึงขายหุ้นดังกล่าวออกไป ด้วยเหตุที่หุ้นเป็นสิ่งหาริมทรัพย์ เงินได้จากการขายหุ้นจึงถูกเก็บภาษีได้โดยประเทศที่ผู้มั่งมีเงินได้มีถิ่นที่อยู่เท่านั้น แต่ทว่า ปัญหาดังกล่าวนี้อนุสัญญาภาษีซ้อนหลายฉบับ (เช่น อนุสัญญาฯ ฉบับไทย-ฟิลิปปินส์ ฉบับไทย-ฟินแลนด์ ฉบับไทย-แคนาดา และ ฉบับไทย-ออสเตรเลีย - ผู้เขียน) ได้บัญญัติทางแก้ไขไว้เพิ่มเติมแล้วว่าเป็นกรณีของการขายหุ้นในบริษัทซึ่งมีทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์เป็นส่วนน้อย ให้จัดเก็บภาษีเงินได้เช่นเดียวกับเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ตามข้อบทที่ 6<sup>2</sup>

เพราะฉะนั้น จะเห็นว่าเงินได้จากการขายทรัพย์สินบางประเภทเช่น เงินได้จากการขายหุ้นตามกรณีตัวอย่างข้างต้นอาจมีปัญหาก่อขึ้นได้ว่า เงินได้ดังกล่าวนี้จะตกอยู่ภายใต้ข้อบทที่ว่าด้วยผลได้จากทุนตามข้อบทที่ 13 (หรือข้อบทที่ 14 สำหรับอนุสัญญาฯ บางฉบับ) หรือต้องตกอยู่ภายใต้ข้อบทที่ 6 ว่าด้วยเรื่องเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งคำตอบก็ปรากฏแล้วว่า แม้หุ้นเป็นสิ่งหาริมทรัพย์แต่ถ้าข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตามตัวอย่างข้างต้นก็ต้องถือเป็นเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์อันตกอยู่ภายใต้ข้อบทที่ 6 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งประเทศที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่เป็นผู้มีสิทธิจัดเก็บภาษี

ดังนั้น เมื่อพิจารณาข้อความที่กล่าวมาเบื้องต้นจะเห็นว่าผลได้จากทุนเป็นกรณีของการจำหน่ายทรัพย์สินในส่วนที่เป็นทุนแล้วเกิดกำไรหรือเงินได้จากการจำหน่าย และการจำหน่ายดังกล่าวนี้ก็รวมทั้งอสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์แล้วแต่กรณี ส่วนเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ก็เป็นกรณีของการจำหน่ายทรัพย์สินแล้วเกิดเงินได้เช่นกัน แต่หมายความว่าเฉพาะอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น เว้นแต่การจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ในบางกรณีดังกล่าวมาแล้ว ฉะนั้นในการพิจารณาจึงต้องพิจารณาความหมายของอสังหาริมทรัพย์ตามข้อบทที่ 6 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนประกอบกับพิจารณาฐานสำหรับใช้ในการจัดเก็บภาษีเงินได้นี้ด้วย เพื่อจะสามารถแยกแยะ

<sup>2</sup> พิกพ วีระพงษ์ , ประมวลกฎหมาย ระเบียบ คำสั่ง ว่าด้วยอนุสัญญาภาษีซ้อน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์ธรรมนิติ จำกัด, 2533), หน้า 52.



ความแตกต่างของเงินได้ที่เกิดขึ้นว่าจะตกอยู่ภายใต้บังคับข้อบทนี้หรือไม่ดังได้กล่าวโดยละเอียดแล้วแต่ข้างต้น

## 2. ผลได้จากทุน กับ กำไรจากธุรกิจ

ปัญหาการแยกประเภทของเงินได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินใด ๆ จะถือเป็นกำไรจากธุรกิจหรือผลได้จากทุนนั้นในทางปฏิบัติเป็นเรื่องที่มีหลักเกณฑ์ละเอียดพอสมควร เนื่องจากเงินได้ทั้งสองประเภทดังกล่าวจะตกอยู่ภายใต้ข้อบทที่แตกต่างกัน ภาวะภาษีที่เกิดขึ้นก็ดี หรือการได้รับการยกเว้นภาษีก็ดี จึงเป็นผลให้ต้องพิจารณาตีความกำหนดขอบข่ายการจัดเก็บอย่างละเอียดรอบคอบ

กำไรจากธุรกิจ (business profit) มักบัญญัติอยู่ภายใต้ข้อบทที่ 7 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อน มีลักษณะคล้ายคลึงกับผลได้จากทุนในแง่ที่เป็นเงินได้จากการจำหน่ายทรัพย์สิน เช่นกัน แต่โดยหลักเกณฑ์ทั่วไป กำไรจากธุรกิจจะมุ่งถึงการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นการค้า โดยถือว่าทรัพย์สินนั้นเป็นสินค้าประเภทหนึ่ง ซึ่งในทางบัญชีภาษีอากร กำไรจะมีที่มาจากเงินได้หักด้วยค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการบริหารงานและการจัดการทั่วไป โดยผลลัพธ์ที่เหลือถือได้ว่าเป็นกำไรนั้นคือเงินได้ต้องมีจำนวนมากกว่าค่าใช้จ่าย ซึ่งในกรณีของวิสาหกิจนั้นเงินได้ของวิสาหกิจที่จะนำมาคำนวณหากำไรดังกล่าว นอกจากจะหมายถึงเงินได้อันเกิดจากการดำเนินงานกิจการตามปกติ (Operating Income) แล้ว ยังรวมถึงเงินได้อันเนื่องมาจากการประกอบกิจการอันได้แก่เงินได้ใดที่มีได้เกิดจากการดำเนินงานตามปกติอีกด้วย เงินได้ที่ว่านี้ก็คือ เงินได้จากทรัพย์สินหรือเงินได้จากทุน (Capital Gains) เช่น ดอกเบี้ยรับ (Interest Earned) อันเป็นรายได้ที่ได้รับจากค่าดอกเบี้ยที่กิจการให้ลูกค้าหรือผู้อื่นกู้เงินไปหรือการลงทุนในหุ้นกู้ของกิจการอื่น และเงินปันผล (Dividend Earned) นอกจากนี้ เงินได้จากทุนยังหมายถึงมูลค่าที่เพิ่มขึ้นของสินทรัพย์ เช่น ที่ดิน โรงงาน เครื่องจักร หุ่น ฯลฯ<sup>3</sup>

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

จากที่กล่าวมาจึงตั้งข้อสงสัยได้ว่า ข้อหนึ่งว่า กู้จากธุรกิจหมายความว่า เงินได้อันเกิดจากการดำเนินกิจการตามปกติ ซึ่งจะมุ่งเน้นไปในเรื่องการจำหน่ายทรัพย์สินอันเป็นปกติธุรกิจทางการค้า ส่วนผลได้จากทุนหมายความว่า เงินได้ที่มิได้เกิดจากการดำเนินกิจการตามปกติแต่เป็นเงินได้อันเกี่ยวเนื่องมาจากการประกอบกิจการตามปกติ และยังหมายความว่าถึงมูลค่าของสินทรัพย์ที่เพิ่มขึ้น โดยจะมุ่งเน้นไปในเรื่องการจำหน่ายทรัพย์สินอันเป็นการลงทุนมิใช่ทางการค้า

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาว่า เงินได้ใดจะตกอยู่ภายใต้ข้อบทกู้จากธุรกิจหรือข้อบทผลได้จากทุนนั้น นอกจากแนวความเห็นข้างต้นแล้ว ในอนุสัญญาภาษีซ้อนว่าด้วย กู้จากธุรกิจยังได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ในกรณีที่เงินได้ หรือกำไรซึ่งแยกอยู่ในบังคับของข้ออื่นแห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนนี้ มิให้บทบัญญัติของข้ออื่นเหล่านั้นถูกกระทบกระเทือนโดยบทบัญญัติของข้อบทกู้จากธุรกิจนี้ นั้นย่อมหมายความว่า ในกรณีที่ข้อบทอื่น ๆ ของอนุสัญญาภาษีซ้อนได้กล่าวถึงวิธีการจัดเก็บภาษีสำหรับเงินได้ประเภทใดประเภทหนึ่งไว้แล้วกรณีจะต้องบังคับตามบทบัญญัตินั้นเป็นหลักซึ่งเงินได้ที่มีการบัญญัติโดยเฉพาะนั้นก็ ได้แก่ ดอกเบี้ย เงินปันผล ค่าสิทธิ การขนส่งทางเรือและทางอากาศยาน และกำไรจากการจำหน่ายทรัพย์สินที่มิใช่สินค้า ซึ่งก็คือผลได้จากทุน

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบเงินได้ทั้งสองประเภทข้างต้นแล้ว จึงได้ข้อสรุปอีกข้อหนึ่งว่า เงินได้ใดจะเป็นผลได้จากทุนจะต้องถูกบัญญัติไว้โดยเฉพาะในข้อบทผลได้จากทุน และหากเงินได้นั้นไม่เข้าข้อบทผลได้จากทุน และไม่เข้าประเภทเงินได้อื่น ๆ โดยเฉพาะแล้ว เงินได้นั้นนับเป็นกำไรจากธุรกิจซึ่งจะเห็นว่ากำไรจากธุรกิจจะมีความหมายครอบคลุมยิ่งกว่า

อนึ่ง ปัญหาเกี่ยวกับกำไรจากธุรกิจและผลได้จากทุนนี้เมื่อพิจารณาในเรื่องของการขายหุ้นจะพบว่า มีสาระที่นำพิจารณาอย่างยิ่งว่า จะสามารถแบ่งแยกประเภทของเงินได้ทั้งสองนี้โดยใช้หลักเกณฑ์ใด ซึ่งรายละเอียดจะนำไปพิจารณาในหัวข้อแนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับผลได้จากทุนต่อไป

### 3. ผลได้จากทุน กับ ดอกเบี้ย

ดอกเบี้ย (Interest) เป็นเงินได้ประเภทหนึ่ง ซึ่งโดยทั่วไปจะบัญญัติไว้ในข้อบทที่ 11 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อน ดอกเบี้ยอาจมีความหมายได้หลาย ๆ ลักษณะ ในทาง

เศรษฐศาสตร์มักจะกำหนดความหมายไว้ในรูปของอัตราที่สัมพันธ์กับระยะเวลาการให้กู้ยืม และความต้องการที่จะใช้เงินในช่วงเวลานั้นๆ ในทางเศรษฐศาสตร์ "อัตราดอกเบี้ย" หมายถึงราคาของเงินที่กู้ยืมหรือเงินที่ผู้ขอกู้จะต้องจ่ายให้กับผู้ให้กู้ หรือส่วนแตกต่างระหว่างเงินที่กู้ยืมมากับจำนวนเงินที่ต้องจ่ายกลับคืนไปเมื่อถึงระยะเวลาที่กำหนด<sup>4</sup>

ประมวลรัษฎากรมาตรา 40(4)(ก) ได้แบ่งประเภทของดอกเบี้ยออกเป็นประเภทต่าง ๆ คือ ดอกเบี้ยพันธบัตร ดอกเบี้ยเงินฝาก ดอกเบี้ยหุ้นกู้ ดอกเบี้ยตั๋วเงิน ดอกเบี้ยเงินกู้ยืมไม่ว่าจะมีหลักทรัพย์ประกันหรือไม่ ดอกเบี้ยเงินกู้ยืมที่อยู่ในบังคับต้องถูกหักภาษีไว้ ณ ที่จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยภาษีเงินได้ปิโตรเลียม เฉพาะส่วนที่เหลือจากถูกหักภาษีไว้ที่จ่ายตามกฎหมายดังกล่าว ผลต่างระหว่างราคาไถ่ถอนกับราคาจำหน่ายตั๋วเงินกับตราสารแสดงสิทธิในหนี้ซึ่งบริษัท หรือ ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือนิติบุคคลอื่น เป็นผู้ออกและจำหน่ายครั้งแรกในราคาต่ำกว่าในราคาไถ่ถอน รวมทั้งเงินได้ที่มีลักษณะทำนองเดียวกันกับดอกเบี้ย ผลประโยชน์หรือค่าตอบแทนอื่น ๆ ที่ได้จากการให้กู้ยืมหรือจากสิทธิเรียกร้องในหนี้ทุกชนิดไม่ว่าจะมีหลักประกันหรือไม่ก็ตาม

เมื่อพิจารณาตามอนุสัญญาภาษีซ้อนทั้งแบบอนุสัญญาฯ ฉบับ OECD และฉบับ UN หรือแม้ฉบับที่ไทยทำไว้กับต่างประเทศ โดยเฉพาะฉบับ OECD จะเห็นว่าบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรได้กำหนดประเภทของดอกเบี้ยไว้เช่นเดียวกับที่บัญญัติในอนุสัญญาฯ กล่าวคือ อนุสัญญาฯ จะกำหนดประเภทดอกเบี้ยอันได้แก่ เงินได้จากสิทธิเรียกร้องหนี้ทุกชนิดไม่ว่าจะมีหลักประกันจำนวนหรือไม่ เงินได้จากหลักทรัพย์รัฐบาล เงินได้จากพันธบัตรหรือหุ้นกู้ (รวมทั้งราคาขายที่สูงกว่าราคาเดิม) และเงินรางวัลที่ติดมากับหลักทรัพย์ พันธบัตร หรือหุ้นกู้ แต่แม้ในอนุสัญญาฯ จะเขียนไว้คล้ายคลึงกับในประมวลรัษฎากรก็ตาม หากพิจารณาโดยละเอียดจะพบว่า อนุสัญญาฯ จะกำหนดประเภทของดอกเบี้ยไว้กว้างกว่า ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์ในการตีความหากมีปัญหาเกิดขึ้น และเป็นสิ่งที่สังเกตว่า ในอนุสัญญาฯ ฉบับที่ไทยทำไว้กับต่างประเทศ บางฉบับได้รวมเอา

<sup>4</sup> พิชชาติ เกษเรือง และคนอื่นๆ , คำอธิบายบทบัญญัติในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน, หน้า 150.

ความหมายของค่าธรรมเนียมที่ธนาคาร หรือสถาบันการเงินคิดเป็นค่าบริการสำหรับการให้กู้ยืมเงิน เช่น Service Charge , Management fee และอื่นๆ เข้าไว้ด้วยโดยใช้คำว่า "... as well as income assimilated to income from money lent ...." <sup>5</sup> เช่น อนุสัญญา ฯ ฉบับไทย-ออสเตรเลีย และอนุสัญญา ฯ ฉบับไทย-อินเดีย เป็นต้น

เงินได้จากดอกเบี้ยอาจมีปัญหาคาบเกี่ยวกับผลได้จากทุนได้ในกรณีที่ผู้รับเงินได้ ได้รับเงินจำนวนหนึ่ง ซึ่งมีปัญหาว่าจะต้องเสียภาษีเงินได้ประเภทดอกเบี้ยหรือผลได้จากทุน โดยเฉพาะกรณีที่ เป็นปัญหาทางอนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น บริษัท ก. ได้ออกตั๋วสัญญาใช้เงินให้แก่ นาย ข. ในราคาหน้าตั๋ว 100 บาท กำหนดไถ่ถอนภายใน 3 เดือน อัตราดอกเบี้ย 8% หากครบกำหนดแล้ว นาย ข. นำตั๋วมาขึ้นเงิน บริษัท ก. ต้องจ่ายเงินให้แก่ นาย ข. ตามหน้าตั๋ว 100 บาท บวกด้วยดอกเบี้ย 8% รวมเป็นเงิน 108 บาท ซึ่งเงิน 8 บาทนี้ ถือเป็นดอกเบี้ยที่ นาย ข. ต้องนำมาเสียภาษีเงินได้โดยถือเป็นเงินได้ตามมาตรา 40(4)(ก) และกรณีถือเป็นเงินได้จากสิทธิเรียกร้องซึ่งต้องเสียภาษีเงินได้จากดอกเบี้ยตามอนุสัญญาภาษีซ้อนด้วยหากว่า นาย ข. เป็นบุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทย

จากกรณีข้างต้น หาก นาย ข. ไม่ทำการไถ่ถอนตั๋วแต่ได้โอนขายให้แก่ นาย ค. ไปเป็นเงิน 107 บาท เช่นนี้ หากคิด ณ เวลาที่ไถ่ถอนนั้น อัตราดอกเบี้ยไถ่ถอนตัวเงินนั้นควรจะเป็น 6% (6 บาท) ส่วนที่เกินอยู่ 1 บาทนี้จะนับเป็นผลได้จากทุนหรือไม่ เพราะ นาย ข. ต้องเสียภาษีเงินได้จากจำนวน 7 บาทที่ นาย ข. ได้รับ โดยเงิน 6 บาท นับเป็นดอกเบี้ย ส่วนเกิน 1 บาท จึงเป็นกำไรที่ได้จากการจำหน่าย ซึ่งปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะถือได้ว่าเป็นผลได้จากทุน เนื่องจากเป็นผลประโยชน์ที่ นาย ข. ได้รับเกินกว่าที่ลงทุนไปแต่แรก และไม่ใช้เงินดอกเบี้ยรับที่ นาย ข. ได้รับจากบริษัท ก. เพราะดอกเบี้ยรับนั้นคิดแต่เพียงจำนวน 6 บาท เท่านั้น ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้จึงน่าจะคาบเกี่ยวกับผลได้จากทุนเพราะกรณีไม่ใช่ดอกเบี้ยตาม มาตรา 40(4)(ก) แต่น่าจะเป็นผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนตัวเงิน หรือตราสารสิทธิในหนี้ ตามนัยมาตรา 40(4)(ข) ซึ่งกรณีนี้ อาจนับเป็นผลได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินอื่น ๆ อันเป็น

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 163.

ผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนอีกส่วนหนึ่ง

นอกจากนี้ อาจมีปัญหาในกรณีหุ้นกู้แปลงสภาพกล่าวคือ หากผู้ถือหุ้นไม่ประสงค์แปลงสภาพจากหุ้นกู้เป็นหุ้นสามัญแต่เลือกที่จะไถ่ถอนหุ้นกู้ และเมื่อไถ่ถอนผู้ถือหุ้นจะได้รับเงินจำนวนหนึ่ง เงินจำนวนที่ผู้ถือหุ้นได้รับนี้จะนับเป็นดอกเบี้ยหรือผลได้จากทุนจำนวนเพียงใด เนื่องจากหากผู้ถือหุ้นไม่ทำการแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญ เมื่อครบกำหนดเวลาผู้ถือหุ้นก็จะได้รับดอกเบี้ยจากการถือหุ้นกู้นี้ แต่เนื่องจากผู้ถือหุ้นได้เลือกที่จะไถ่ถอนผู้ถือหุ้นจึงได้รับจำนวนเงินค่าไถ่ถอนแทน ซึ่งประเด็นปัญหานี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงอีกครั้งในหัวข้อ 4.1 หน้า 116 เรื่อง แนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับการขายหุ้น

#### 4. ผลได้จากทุน กับ ค่าลิขสิทธิ์

ค่าลิขสิทธิ์ (Royalties) เป็นเงินได้ประเภทหนึ่งซึ่งโดยทั่วไปมักจะบัญญัติไว้ในภายใต้ข้อบทที่ 12 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งก็คือ ค่าแห่งสิทธิตามมาตรา 40(3) แห่งประมวลรัษฎากรนั่นเอง ค่าแห่งสิทธิตามมาตรา 40 (3) เป็นเงินได้ที่ได้รับเนื่องมาจากสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอันได้แก่ ฎีควิลล์ ลิขสิทธิ์ ชื่อการค้า สิทธิบัตร ความลับทางการค้า และสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างอื่น<sup>6</sup>

นอกจากจะพิจารณาตามกฎหมายภายในดังกล่าวแล้ว ค่าลิขสิทธิ์ตามความหมายที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนยังหมายความถึง ค่าลิขสิทธิ์สำหรับการใช้อุปกรณ์เพื่อการพาณิชย์ อุตสาหกรรม หรือวิทยาศาสตร์ หรือหมายถึงค่าลิขสิทธิ์สำหรับการใช้สูตรลับ หรือกรรมวิธีการผลิตหรือค่าลิขสิทธิ์สำหรับการได้มาซึ่งข้อสนเทศเกี่ยวกับประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม ทางพาณิชย์หรือทางวิทยาศาสตร์

ความหมายค่าลิขสิทธิ์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน เป็นประเด็นที่มีการตีความอย่าง

<sup>6</sup> อนุพันธ์ กิจนิจชีวะ, "ความหมายของค่าลิขสิทธิ์ตามกฎหมายไทยและการจัดเก็บภาษีเงินได้," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 44.



กว้างขวาง ทำให้ในบางครั้งส่งผลกระทบต่อความหมายของเงินได้ประเภทอื่นๆ ด้วย ตัวอย่าง เช่น การคำนวณค่าแห่งกิวีวัลล์ เมื่อจะขายกิจการที่ดำเนินงานอยู่โดยมีผลกำไรเกินปกติ มักจะต้องตีราคาทรัพย์สินและหนี้สินที่มีอยู่ใหม่ เพื่อหาราคาที่ถูกต้องสมควรเป็นราคาซื้อขายทรัพย์สินสุทธิของกิจการ ราคาที่สูงกว่านี้คือราคาจากผู้ซื้อจะต้องจ่ายเพื่อเป็นค่าแห่งกิวีวัลล์<sup>7</sup> และเนื่องจากกิวีวัลล์จะต้องโอนไปพร้อมกับกิจการ เพราะกิจการจะทราบว่ามีค่าแห่งกิวีวัลล์เท่าใดก็ต่อเมื่อได้ขายกิจการ มีการรับหุ้นส่วนใหม่ หุ้นส่วนตายหรือลาออก หรือมีการรวมกับกิจการอื่นเท่านั้น และโดยปกติค่าแห่งกิวีวัลล์จะไม่เกิดขึ้นตามลำพัง แต่เกิดขึ้นเมื่อมีการขายหุ้นซึ่งมักจะถือว่าเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(4)(ข) คือ ผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนการเป็นหุ้นส่วน หรือโอนหุ้น ฯลฯ ทั้งนี้ เฉพาะซึ่งตีราคาเป็นเงินได้เกินกว่าที่ลงทุนตั้งนั้น การที่แยกค่ากิวีวัลล์มาเสียภาษีเงินได้ตามมาตรา 40(3) จึงไม่ค่อยมีปรากฏนัก<sup>8</sup>

เพราะฉะนั้น ในกรณีของการคำนวณค่าแห่งกิวีวัลล์ซึ่งอาจเกิดผลได้จากทุนจึงสามารถพิจารณาได้ 2 ทางด้วยกัน คือ กรณีที่กิจการจำหน่ายทรัพย์สินแล้วมีเงินได้เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากกว่าราคาของทรัพย์สิน จำนวนที่สูงกว่านี้นับเป็นค่าแห่งกิวีวัลล์ของกิจการอันอาจถือได้ว่ากิจการมีผลได้จากทุนเกิดขึ้นจากการจำหน่ายกิจการนี้แล้ว ส่วนอีกกรณีหนึ่งคือกรณีที่กิจการจำหน่ายหุ้น เนื่องจากกิจการเป็นบริษัทที่มีชื่อเสียงมั่นคงในทางธุรกิจ ในการจำหน่ายหุ้นของกิจการจึงอาจเกิดค่าแห่งกิวีวัลล์แฝงอยู่ในราคาหุ้นที่จำหน่าย สมมติว่าหุ้นของกิจการมีราคาหุ้นละ 100 บาท แต่กิจการขายได้เงินหุ้นละ 150 บาท เงินจำนวน 50 บาทที่เกิดขึ้นนับเป็นค่าแห่งกิวีวัลล์ของกิจการ ดังนั้น มูลค่าหุ้นที่จำหน่ายได้สูงกว่ามูลค่าหุ้นที่มีอยู่เดิมอาจนับเป็นผลได้จากทุนซึ่งกิจการต้องนำมาเสียภาษีผลได้จากทุนด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าค่าสิทธิจึงอาจมีปัญหาคาบเกี่ยวกับผลได้

<sup>7</sup> พยอม สิงห์เสนห์, การบัญชีทรัพย์สิน, ( กรุงเทพฯ : ชวนการพิมพ์, 2523 ), หน้า 323.

<sup>8</sup> ปรีดี บุญยัง , ภาษีเงินได้ของบริษัทต่างประเทศตามประมวลรัษฎากรและอนุสัญญาภาษีซ้อน ( กรุงเทพฯ : ศูนย์ศึกษากฎหมายภาษีอากร , 2531 ), หน้า 55.

จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนได้ เนื่องจากในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่าง ๆ นั้น มีหลายฉบับด้วยกันที่คำสิทธิในความหมายดังที่กล่าวมาแล้วถูกนำไปบัญญัติไว้ในข้อบทผลได้จากทุน จึงอาจทำให้เกิดความสับสนได้ว่าเงินได้ประเภทนั้นๆ จะเป็นคำสิทธิหรือผลได้จากทุนหากไม่ทราบมาก่อนว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับดังกล่าวได้บัญญัติเงินได้ประเภทนั้น ๆ ว่าเป็นคำสิทธิหรือผลได้จากทุนไว้แล้ว อนุสัญญาฯ ฉบับดังกล่าวเหล่านี้ได้แก่ อนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับไทย-เยอรมัน ซึ่งกล่าวถึงกรณีจำหน่ายลิขสิทธิ์หรือกรณีจำหน่ายสิทธิบัตรและทรัพย์สินอันก่อให้เกิดคำสิทธิอย่างอื่นให้นับเป็นผลได้จากทุน หรืออนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับไทย-ฝรั่งเศส ซึ่งกล่าวถึงกรณีซื้อลิขสิทธิ์ฟิล์มภาพยนตร์จากรัฐบาลฝรั่งเศสหรือบริษัทที่รัฐบาลฝรั่งเศสเป็นเจ้าของให้นับเป็นผลได้จากทุน เป็นต้น

ฉะนั้น จะเห็นว่าคำสิทธิมีความคาบเกี่ยวกับผลได้จากทุนอยู่บางส่วน ซึ่งในอนุสัญญาภาษีซ้อนเองก็ได้กล่าวว่า คำสิทธิมีความแตกต่างไปจากผลได้จากทุนอย่างไร และเพราะเหตุใดในอนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับจึงได้บัญญัติคำสิทธิบางประเภทเข้าเป็นผลได้จากทุน

นอกจากจะมีประเด็นคาบเกี่ยวดังกล่าวมาข้างต้น หากพิจารณาจากอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำไว้กับต่างประเทศปัจจุบันรวม 26 ฉบับ จะพบว่ามีคำนิยามสำหรับ "คำสิทธิ" มีความแตกต่างกันออกไป 3 ลักษณะ กล่าวคือ <sup>9</sup>

ลักษณะที่ 1 มิได้กำหนดความหมายของคำสิทธิไว้ โดยให้มีความหมายเช่นเดียวกับกฎหมายภายใน

ลักษณะที่ 2 กำหนดคำนิยามไว้เช่นเดียวกับที่ OECD เสนอแนะ

ลักษณะที่ 3 กำหนดคำนิยามไว้เช่นเดียวกับที่ OECD เสนอแนะ แต่มีการเพิ่มเติมข้อความ "เพื่อการจำหน่าย" เข้าไว้ด้วย กล่าวคือ ให้รวมการจำหน่ายสิทธิในวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ รวมทั้งฟิล์มภาพยนตร์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบหรือหุ่นจำลอง ผังสูตรลับหรือกรรมวิธีลับ ซึ่งเรื่องนี้มักจะมีผู้ตั้งข้อสงสัยเสมอว่า หากไม่รวมเอา

<sup>9</sup> พินาดี เกษเรือง และคนอื่น ๆ, คำอธิบายบทบัญญัติในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน, หน้า 192.

"การจำหน่าย" ไว้ในข้อบทคำสิทธิด้วย ทั้งนี้เพราะ "คำสิทธิ" มีความหมายในลักษณะของค่าเช่าและสิทธิยังเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของอยู่เสมอ เมื่อใดก็ตามที่คำสิทธินั้นถูกขายไปก็น่าจะใช้ข้อบทที่ 13 (ผลได้จากทุน) มาใช้บังคับ 10

ปัญหาดังกล่าวข้างต้น แม้ว่าความหมายของคำสิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อนจะมีความคล้ายคลึงหรือใกล้เคียงกับความหมายของผลได้จากทุน แต่กระนั้นก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับนักกฎหมายหลาย ๆ ท่าน คือ ไม่ควรรวม "การจำหน่าย" ไว้ในคำนิยามของ "คำสิทธิ" อย่างไรก็ดี กรณีอาจเป็นไปได้ว่าการที่ "คำสิทธิ" มี "การจำหน่าย" รวมไว้ในคำนิยามด้วยนั้นเนื่องมาจากมาตรา 40(3) แห่งประมวลรัษฎากรมิได้นิยามคำว่าคำสิทธิไว้แน่ชัด เพียงแต่บัญญัติไว้ว่าเงินได้ภายใต้มาตรา 40 (3) ให้รวมถึง "ค่าแห่งกู๊ดวิลล์ ค่าแห่งลิขสิทธิ์ หรือสิทธิอย่างอื่น" เท่านั้นก็ได้

#### 5. บทวิเคราะห์ศัพท์ที่เป็นปัญหาในการตีความ

ปัญหาในการตีความประการหนึ่งมักเกิดจากถ้อยคำของกฎหมาย ที่อาจมีความหมายใกล้เคียงกัน ทำให้เกิดความสับสนและคลุมเครือ ดังนั้น จึงมีการตีความถ้อยคำดังกล่าวเพื่อกำหนดความหมายต่างกันอย่างออกไป ในบทวิเคราะห์ศัพท์นี้จะพิจารณาถ้อยคำกฎหมายบางคำที่ปรากฏในประมวลรัษฎากรและในอนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งคำที่มักเป็นปัญหาในการตีความเสมอได้แก่ คำว่า "การขาย (Sale )" และ "การจำหน่าย (Alienation)" ทั้งนี้ โดยเฉพาะความหมายของคำว่า "การจำหน่าย" นับว่ามีความสำคัญอย่างมากเพราะมีบัญญัติไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนในข้อบทผลได้จากทุนแทบทุกฉบับ

## 5.1 การขาย (Sale)

คำว่า "ขาย" ตามมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากรบัญญัติว่า

"ขาย" หมายความรวมถึง ขายฝาก แลกเปลี่ยน ใ้ โอนกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าด้วยวิธีใด และไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ แต่ไม่รวมถึง

(1) ขาย แลกเปลี่ยน ใ้ หรือโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจที่มีใช้บริษัท ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และราคาหรือมูลค่าตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

(2) การโอนโดยทางมรดกให้แก่ ทายาท ซึ่งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์"

หากพิจารณาความหมายคำว่า "ขาย" ตามประมวลรัษฎากรนี้แล้ว จะเห็นว่าคำว่า "ขาย" มีลักษณะของการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งภาษาอังกฤษอาจใช้คำว่า "sale transfer" อันหมายถึงการโอนขายนั่นเอง และนอกจากนี้จะเห็นว่าจำกัดเฉพาะเรื่องการขายฝาก แลกเปลี่ยน ใ้ โอนกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าด้วยวิธีใด และไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ กฎหมายไม่ระบุว่ามีการมีได้อีกบ้าง เช่น การลดทุนและมีการคืนทุนของบริษัท หรือผลประโยชน์ที่ได้จากการที่ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทเลิกกัน เหล่านี้ย่อมมีการเปลี่ยนโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแทบทั้งสิ้น จะนับเป็นการขายด้วยหรือไม่เพียงใด

ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าประมวลรัษฎากรแทบจะไม่พบคำว่า "จำหน่าย" ในความหมายที่ใช้แทนคำว่า "ขาย" ณ ที่ใดเลย แต่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนข้อบทผลได้จากทุน กลับใช้คำว่า "การจำหน่าย" แทนที่คำว่า "ขาย" ตามที่เข้าใจทั่วไป และหากพิจารณาถ้อยคำภาษาอังกฤษแล้ว คำว่า "จำหน่าย" ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า "alienation" มีความหมายที่ค่อนข้างกว้างกว่า ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่าโดยความหมายทั่วไป สองคำนี้มีความหมายไม่ต่างกัน แต่หากปรากฏในอนุสัญญาภาษีซ้อนแล้ว ทั้งสองคำน่าจะมีความหมายต่างกัน

## 5.2 การจำหน่าย (Alienation)

คำว่า "Alienation" หมายถึง การโอนไปซึ่งทรัพย์สินและสิทธิครอบครองในที่ดิน โรงเรือน หรือสิ่งอื่น จากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง ซึ่งการโอนนั้นต้องเป็นไปโดยสมัครใจระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน นอกจากนี้ยังหมายความถึงการจำหน่ายโดยทางมรดก และการโอนผ่านซึ่งทรัพย์สินจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง โดยเจตนาระหว่างคู่กรณีซึ่งไม่ใช่การโอนโดยผลของกฎหมาย อนึ่ง คำนี้มักจะถูกใช้เสมอในความหมายของการโอนอสังหาริมทรัพย์เป็นสำคัญ<sup>11</sup>

หากพิจารณาความหมายของคำว่า "Alienation" ดังกล่าวจะเห็นว่าความหมายของคำนี้ค่อนข้างกว้างสามารถครอบคลุมถึงการโอนผ่านซึ่งทรัพย์สินทุกประเภทไม่ว่าโดยการแสดงเจตนาระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนเอง หรือการโอนโดยผลของกฎหมาย ซึ่งให้หมายความถึงการโอนทางมรดกด้วย ทั้งนี้ ในความหมายดังกล่าวไม่ระบุเรื่องค่าตอบแทนไว้แต่อย่างใด แต่เห็นว่ามันน่าจะหมายถึงการโอนที่มีทั้งค่าตอบแทนและไม่มีค่าตอบแทนด้วย

ในอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยเฉพาะข้อบทผลได้จากทุน จะพบว่ามีคำว่า "จำหน่าย" (alienation) ปรากฏอยู่ทุกวรรคของข้อบท ซึ่งมีข้อสังเกตว่าในข้อบทดังกล่าวจะไม่ใช้คำว่า "ขาย" (ในความหมายที่คนทั่วไปอาจเข้าใจว่าเป็นการจำหน่าย) แต่ในข้อบทอื่น ๆ เช่น ข้อบทกำไรจากธุรกิจตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับไทย-ฮังการี ข้อ 7 วรรคแรก (ข) ใช้คำว่า "การขายของหรือสินค้าในอีกรัฐหนึ่ง.....ฯลฯ" ซึ่งภาษาอังกฤษก็ใช้คำว่า "Sale in that other State of goods.....ฯลฯ"

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าความหมายของคำว่า "จำหน่าย" ตามที่ปรากฏในอนุสัญญาภาษีซ้อนต้องการสื่อความหมายในเรื่องนั้นโดยเฉพาะกรณีไป ซึ่งจากความ

---

<sup>11</sup> Henry Cambell Black and other coauthors, BLACK'S LAW DICTIONARY WITH PRONUNCIATIONS, ABRIDGED SIXTH EDITION (ST. PAUL, MINN. WEST PUBLISHING CO., 1991), p. 47.



หมายดังกล่าวมาข้างต้น อาจสรุปได้ว่าคำว่า "จำหน่าย" (alienation) มีความหมายกว้าง และครอบคลุมกว่าคำว่า "ขาย" (Sale) ฉะนั้น ผลประโยชน์ที่ได้จากการที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเล็กกัน ตามมาตรา 40 (4)(จ) ก็น่าจะถือได้ว่าเป็นการจำหน่ายทรัพย์สินออกไปตามความหมายดังกล่าวด้วย ซึ่งปัญหานี้จะได้อธิบายอีกครั้งในหัวข้อ 6.2

อย่างไรก็ดี แม้อันอนุสัญญา ฯ โดยทั่วไปจะไม่นิยามความหมายของผลได้จากทุนไว้ ณ ที่ใดก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับ เช่น อนุสัญญาฯ ฉบับไทย-ศรีลังกา ก่อนข้างมีความพิเศษแตกต่างไปจากอนุสัญญา ฯ ฉบับอื่น ๆ กล่าวคือ ในอนุสัญญา ฯ ฉบับดังกล่าวนี้แม้จะไม่นิยามความหมายของผลได้จากทุนไว้โดยชัดเจน แต่ในวรรค 5 ของข้อ 13 ได้มีการบัญญัติว่า "เพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้ คำว่า "จำหน่าย" จะมีความหมายซึ่งคำนั้นนี้อยู่ตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญานั้นเกี่ยวกับภาษีที่กล่าวถึง ในกรณีใดก็ตามความหมายของคำนี้ให้รวมถึงการขาย การแลกเปลี่ยน การโอน หรือการปลดปล่อยทรัพย์สิน หรือการระงับสิทธิใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น หรือการถือสิทธิบังคับขอเก็บทรัพย์สินนั้นตามกฎหมายใด ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาแต่ละรัฐ" ซึ่งจากวรรค 5 ของ 13 แห่งอนุสัญญา ฯ ฉบับไทย-ศรีลังกา นี้ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่า คำว่า "จำหน่าย" ให้มีความหมายตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐคู่สัญญา และให้หมายความรวมถึงการขาย การแลกเปลี่ยน การโอน ฯลฯ ตามที่กล่าวมาข้างต้นนั้นด้วย ทั้งนี้ จึงเห็นได้ว่าความหมายของคำว่าจำหน่ายตามอนุสัญญา ฯ ฉบับดังกล่าวจึงมีขอบเขตที่กว้างมากโดยรวมถึงการขายไปด้วย และจากการบัญญัติข้อความดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่าอนุสัญญา ฯ ฉบับนี้จะนำมาใช้ในการตีความคำว่า "จำหน่าย" ได้โดยถือว่าเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงเพื่อประโยชน์ในการตีความ

#### 6. ปัญหาบางประการในเรื่องของผลได้จากทุนซึ่งอาจได้รับยกเว้นภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อน

ผลได้จากทุนอาจได้รับยกเว้นภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อนได้ หากว่าข้อบทแห่งอนุสัญญาฯ กำหนดว่าเงินได้อันเกิดจากผลได้จากทุนนั้นเป็นเงินได้ที่ได้รับการยกเว้นการจัดเก็บภาษี ภายใต้ข้อบทผลได้จากทุนแห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนมีปัญหบางประการที่น่าศึกษาว่า เงินดังกล่าวนี้จะได้รับยกเว้นภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่เพียงใด ซึ่งเงินได้ที่กล่าวถึงนี้อาจ

ได้แก่ เงินได้จากกรณีการลดทุนและมีการคืนทุนของบริษัท เงินได้หรือผลประโยชน์ที่ได้จากการเลิกบริษัทและเงินได้จากกรณีการซื้อขายหุ้นของบริษัท เป็นต้น อนึ่ง เหตุที่ศึกษาเฉพาะกรณีของบริษัทนั้น เพราะว่าปัจจุบันการดำเนินธุรกิจมักจะอยู่ในรูปของบริษัทเป็นส่วนใหญ่ และโดยเฉพาะบริษัทต่างชาติที่เข้ามามีบทบาทอย่างมากในประเทศไทย

### 6.1 กรณีการลดทุนและมีการคืนทุนของบริษัท

ดังได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อเงินได้ตามมาตรา 40 (4) (ง) เรื่องการลดทุนของบริษัทและห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลว่า การลดทุนนั้นโดยทั่วไปอาจแบ่งได้เป็น 3 ลักษณะด้วยกันคือ (1) กรณีลดทุนโดยลดจำนวนหุ้นและไม่มีกำไรสะสม ซึ่งกรณีนี้ไม่มีประเด็นทางภาษีผลได้จากทุน และ (2) กรณีลดทุนโดยลดจำนวนหุ้นและมีกำไรสะสม หากผู้ถือหุ้นได้รับเงินคืนจำนวนหนึ่งให้ถือว่าเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(4)(ง) เฉพาะส่วนที่จ่ายไม่เกินกว่ากำไรและเงินที่กันไว้ร่วมกัน ซึ่งกรณีนี้อาจเกิดปัญหาขึ้นได้ว่าเงินได้จำนวนที่ได้รับนี้จะนับเป็นผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนด้วยหรือไม่ และ (3) กรณีลดทุนโดยการลดจำนวนหุ้นและมีการคืนเงินกำไรสะสม หากผู้ถือหุ้นได้รับเงินคืนจำนวนหนึ่ง (ซึ่งคือเงินค่าหุ้นพร้อมด้วยเงินที่จ่ายจากกำไรสะสม) กรณีนี้จะเห็นว่าผู้ถือหุ้นจะมีผลได้เพิ่มขึ้นจากเดิมที่เคยลงทุนไว้ ซึ่งผลได้ส่วนที่เกินนี้เองมีปัญหาว่าจะนับเป็นผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนด้วยหรือไม่ ฉะนั้น จะเห็นว่ากรณีการลดทุนดังกล่าวจะมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า เงินได้ที่ผู้ถือหุ้นได้รับนั้นจะนับเป็นผลได้จากทุนซึ่งอาจต้องเสียภาษีหรือได้รับยกเว้นภาษีตามข้อบทผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่เพียงใด

โดยที่อนุสัญญาภาษีซ้อนหลายฉบับ ได้บัญญัติยกเว้นกำไรจากผลได้จากทุนในทางปฏิบัติอาจมีปัญหาว่า เงินได้ใดบ้างที่ถือว่าเป็นผลได้จากทุนอันพึงได้รับสิทธิพิเศษตามข้อบทดังกล่าว เช่น กรณีการลดทุนและมีการคืนทุนของบริษัทให้แก่ผู้ถือหุ้น ตัวอย่างที่อาจเกิดขึ้นเช่น บริษัท A. ในประเทศเนเธอร์แลนด์ถือหุ้นทั้งหมดในบริษัท ก. ซึ่งเป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย บริษัท ก. มีมูลค่าทรัพย์สินทั้งหมดรวมทั้งกำไรสะสมเป็นจำนวนเงิน 200 บาท หุ้นของบริษัท ก. มีราคาหุ้น 100 บาท ดังนี้ หากบริษัท A. ทำการลดทุนของบริษัท ก. ลงกึ่งหนึ่ง โดยการลดจำนวนหุ้นลงกึ่งหนึ่ง ในการนี้บริษัท ก. จะทำการคืนหุ้นกึ่งหนึ่ง

เป็นจำนวนเงิน 50 บาท และคืนกำไรสะสมกึ่งหนึ่งเป็นจำนวน 50 บาทด้วย เนื่องจากผล  
ประโยชน์ที่บริษัท A. ได้รับจากการลงทุนจำนวน 50 บาทนี้เป็นเงินได้ตามมาตรา 40(4)(ง)  
ซึ่งจะต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย (ในอัตราร้อยละ 15 ตามมาตรา 70 - ผู้เขียน) ซึ่งแท้ที่จริง  
แล้วไม่ใช่แต่เพียงเงิน 50 บาทเท่านั้นที่จะต้องเสียภาษี แต่เงินจำนวน 100 บาท ทั้งก่อน  
ที่บริษัท A. ได้รับจะถูกนำมาคำนวณภาษีตามมาตรา 40 (4) (ง) เพราะเป็นเงินส่วนที่จ่าย  
จากกำไรสะสมของบริษัท ก. ดังนี้ เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงข้างต้น บริษัท A. จะอ้าง  
ได้หรือไม่ว่าเงินได้ดังกล่าวเป็นผลได้จากทุนซึ่งได้รับยกเว้นภาษี โดยอ้างว่าเป็นการจำหน่าย  
(alienation) ทรัพย์สินอย่างหนึ่ง กล่าวคือ หุ้นกึ่งหนึ่งของบริษัทถูกยกเลิกไป 12

ปัญหาดังกล่าว ปัจจุบันยังไม่มีแนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากร  
วางหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจน เคยมีคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรที่ กค. 0802/1842 ลงวันที่ 5  
กุมภาพันธ์ 2533 วางหลักว่าเงินได้จากการขายคืนหน่วยลงทุนในกองทุนรวมโดยบริษัทสิงคโปร์  
ซึ่งไม่ได้ประกอบกิจการและไม่มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย ได้รับยกเว้นภาษีหัก ณ  
ที่จ่าย ตามข้อ 13 วรรค 3 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับไทย - สิงคโปร์ โดยกรมสรรพากรถือ  
ว่าเป็นผลได้จากทุน กล่าวคือ เมื่อกรณีเป็นผลได้จากทุน ตามข้อ 13 วรรค 3 แห่งอนุสัญญาฯ  
ฉบับดังกล่าว จึงให้เก็บภาษีได้เฉพาะแต่ในรัฐที่ผู้จำหน่ายเป็นผู้มีถิ่นอยู่ซึ่งก็คือประเทศสิงคโปร์  
และเนื่องจากบริษัทสิงคโปร์นี้ไม่ได้ประกอบกิจการ และไม่มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย  
จึงได้รับยกเว้นภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายดังกล่าว

จากแนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรข้างต้น กรณีมีปัญหาว่าจะนำ  
มาปรับใช้กับเงินได้จากการลงทุนโดยการลดจำนวนหุ้นดังกล่าวมาด้วยหรือไม่ เกี่ยวกับปัญหา  
ดังกล่าวมีนักกฎหมายท่านหนึ่งคือ อาจารย์พิภพ วีระพงษ์ ให้ความเห็นว่า เนื่องจากอนุสัญญา  
ภาษีซ้อนใช้คำว่า "จำหน่าย" (ALIENATION) ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าการโอนขายหรือการ  
ให้มาก ทั้งนี้ ย่อมกินความถึง "การไถ่ถอน" (REDEMPTION) หุ้นในการลงทุนด้วย 13

12 พิบพ วีระพงษ์, "การเก็บภาษี CAPITAL GAINS ในประเทศไทย," วารสาร  
เอกสารภาษีอากร (ตุลาคม 2533) : 48.

13 เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

ปัญหานี้ โดยส่วนตัวผู้เขียนเองมีความเห็นไปในแนวเดียวกับความเห็นข้างต้น เพราะจากที่ได้ศึกษาความหมายของคำว่า "จำหน่าย" ในหัวข้อ 5.2 สามารถที่จะตีความภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนได้ว่ากรณีการลดทุนโดยมีการคืนทุนของบริษัทก็ดี หรือกรณีการขายคืนหน่วยลงทุนในระหว่างอายุของกองทุนที่ได้รับจากกองทุนรวม เฉพาะผลประโยชน์ที่ได้จากการขายคืนหน่วยลงทุน ซึ่งตีราคาเป็นเงินได้เกินกว่าที่ลงทุนตามแนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรก็ดี ต่างมีข้อคล้ายคลึงกันคือทุนซึ่งบริษัทจะอยู่ในรูปของหุ้นนั้นบางส่วนจะถูกยกเลิกหรือมีการจำหน่ายออกไป ซึ่งหากพิจารณาห้อยค่าตามข้อบทผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนแล้ว เห็นว่าคำว่า "จำหน่ายทรัพย์สิน" น่าจะหมายความรวมถึงกรณีการลดทุนโดยมีการคืนทุนของบริษัทดังกล่าวด้วย

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าการลดทุนและมีการคืนทุนของบริษัทนั้น กรมสรรพากรเคยมีแนวคำวินิจฉัยซึ่งสรุปหลักการได้ว่า กรณีเงินลดทุนที่จ่ายคืนให้แก่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น เฉพาะส่วนที่จ่ายไม่เกินกว่ากำไรและเงินที่กันไว้รวมกัน เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (4) (ง) แห่งประมวลรัษฎากร ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นต้องนำเงินลดทุนดังกล่าวมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา และห้างฯ หรือบริษัทฯ ผู้จ่ายมีหน้าที่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย ตามมาตรา 50 (2) แห่งประมวลรัษฎากร 14

ดังนั้น กรณีของการลดทุนจึงมักจะเป็นข้อเท็จจริงที่กรมสรรพากรวินิจฉัยว่าหากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นแล้วแต่กรณีได้รับเงินได้จากการลดทุนจริง ย่อมถือว่าเป็นผู้ได้รับผลได้จากทุนจึงมีหน้าที่เสียภาษี อย่างไรก็ตาม กรมสรรพากรเคยวินิจฉัยว่า หากไม่มีข้อเท็จจริงพิสูจน์ได้ว่าผู้เป็นหุ้นส่วนได้รับเงินได้ตามมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากรจากการลดทุนดังกล่าวย่อมถือว่าผู้เป็นหุ้นส่วนไม่ได้รับเงินได้จากการลดทุนจริง 15 กล่าวคือเมื่อมิได้มีการจ่ายเงินคืนแต่ประการใด จึงถือไม่ได้ว่าเป็นเงินได้ตามมาตรา 40 (4)(ง) ของผู้เป็นหุ้นส่วน

14 โปรดดูหนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0802/20249 ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน 2533 และที่ กค.0802/3593 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2530

15 โปรดดูหนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0802/13113 ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2533

เพราะไม่ได้มีการจ่ายเงินกันจริง ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร และเมื่อปรากฏว่าไม่มีเงินได้เกิดขึ้นอันทำให้ไม่มีภาวะภาษีตามประมวลรัษฎากรแล้ว กรณีจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องของอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่อย่างใด

## 6.2 กรณีที่ตั้งว่ามีผลประโยชน์เกิดขึ้นจากการเลิกบริษัท

หัวข้อนี้จะพิจารณาต่อเนื่องจากหัวข้อ 6.1 ก่อนหน้านี้ ซึ่งตัวอย่างปัญหาที่อาจเกิดขึ้นขอยกตัวอย่างเดิมคือ บริษัท A. ในประเทศเนเธอร์แลนด์ ถือหุ้นทั้งหมดในบริษัท ก. ซึ่งเป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย บริษัท ก. มีมูลค่าทรัพย์สินทั้งหมดรวมทั้งกำไรสะสมเป็นจำนวน 200 บาท หุ้นของบริษัท ก. มีราคาหุ้น 100 บาท

ดังนี้ หากบริษัท A. ตัดสินใจเลิกบริษัท ก. ทันที โดยกรณีไม่มีการจ่ายเงินปันผลซึ่งมีผลให้บริษัท A. ได้รับส่วนคืนทุน 100 บาท และผลประโยชน์จากการเลิกบริษัท ก. เลิกอีก 100 บาท อันเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (4) (ฉ) (ซึ่งต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 15 ตามมาตรา 70 - ผู้เขียน) จะถือได้หรือไม่ว่าผลประโยชน์จากการที่บริษัท ก. เลิกเป็นจำนวน 100 บาท (ส่วนล้ำมูลค่าหุ้น) เป็น "ผลได้จากทุน" ซึ่งได้รับยกเว้นภาษีตามข้อ 14 วรรค 4 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับไทย-เนเธอร์แลนด์ เนื่องจากเป็นการจำหน่ายทรัพย์สิน (alienation of property) อย่างหนึ่งตามอนุสัญญาภาษีซ้อน 16 และหากบริษัท A. ทำการลดทุนของบริษัท ก. ลงกึ่งหนึ่งตามตัวอย่างที่กล่าวมาในหัวข้อ 6.1 แล้ว ภายหลังการลดทุนบริษัท ก. จะเหลือส่วนของผู้ถือหุ้น 50 บาท กำไรสะสม 50 บาท หากบริษัท ก. เลิกบริษัท เงิน 50 บาทในส่วนของกำไรสะสมนี้จะถูกถือว่าเป็นประโยชน์จากการเลิกบริษัทตามมาตรา 40 (4) (ฉ) อีกหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากบริษัท A. อาจจะต้องเสียภาษีในเงินจำนวน 100 บาท จากการลดทุนทั้งจำนวนตามมาตรา 40 (4) (ง) ไปแล้วก็

---

<sup>16</sup> พันพ ธีระพงษ์, "การเก็บภาษี CAPITAL GAINS ในประเทศไทย," วารสารเอกสารภาษีอากร, หน้า 48.



ได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้ว บริษัท A. ก็จะถูกเก็บภาษีในเงินจำนวนถึง 150 บาท แทนที่จะถูกเก็บภาษีในเงินจำนวน 100 บาท จาก 200 บาท

ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้มีนักกฎหมายภาษีอากรท่านหนึ่ง คือ ท่านอาจารย์พิภพ วีระพงษ์ ให้ความเห็นว่าตามหนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0802/1842 ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2533 เรื่อง การขายคืนหน่วยลงทุนในกองทุนรวมซึ่งกรมสรรพากรถือว่าเป็นผลได้จากทุนนั้นสามารถปรับใช้กับกรณีนี้ได้ เนื่องจากอนุสัญญาภาษีซ้อนใช้คำว่า "จำหน่าย" ซึ่งย่อมาจากความถึงกรณีการคืนหุ้นในการเลิกบริษัท (LIQUIDATION) ด้วย (โปรดดูหัวข้อ 6.1 และดูรายละเอียดของหนังสือฉบับดังกล่าวเพิ่มเติมได้ในภาคผนวก ง)

เกี่ยวกับปัญหาดังกล่าว ในหลายประเทศ เช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีกฎหมายภาษีผลได้จากทุนจัดเก็บต่างหากจากภาษีเงินได้ หรือกรณีของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งจัดเก็บภาษีผลได้จากทุนในรอบของภาษีเงินได้เช่นเดียวกับประเทศไทย ก็มีปัญหาในการกำหนดผลได้จากทุนโดยเฉพาะในส่วนข้อบทผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อน กล่าวคือ ทั้งสองประเทศหาได้มีบัญญัติไว้ชัดเจนไม่ว่าผลประโยชน์ที่ได้จากการเลิกบริษัทเป็นผลได้จากทุนตามความหมายแห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศตน โดยเฉพาะอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศสหรัฐอเมริกาทำกับประเทศอื่น ๆ จะพบว่ามิได้มีลักษณะข้อความผสมผสานระหว่างแบบอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD และฉบับ UN ซึ่งเราทราบมาแล้วว่าแบบอนุสัญญาภาษีซ้อนทั้งสองแบบนี้มีการบัญญัติข้อบทผลได้จากทุน ซึ่งสามารถตีความได้อย่างกว้าง ส่วนประเทศญี่ปุ่นแม้จะมีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับหลายประเทศ แต่ก็ยังคงไม่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนเช่นกัน

อย่างไรก็ดี สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกาในประมวลรัษฎากรของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 1221 ได้บัญญัติถึงคำนิยาม "capital assets" ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ก่อให้เกิด "capital gains" ว่าหมายถึง "ทรัพย์สินใด ๆ ที่เป็นของผู้เสียภาษีแต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงสินค้าคงคลัง (Inventory) หรือทรัพย์สินที่ใช้ในทางการค้าของผู้เสียภาษี" และมาตรา 331 ยังได้บัญญัติถึงเงินได้ที่ได้รับจากการเลิกบริษัทว่าให้ถือเป็นเงินได้จากการการแลกเปลี่ยนหุ้น ดังนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่าเงินได้ที่ได้รับจากการเลิกบริษัทถือเป็นผลได้จากทุนตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ ตามประมวลรัษฎากรของประเทศสหรัฐอเมริกายังบัญญัติถึงเงินได้อื่นใดที่บริษัทจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นนั้นให้ถือว่าเป็นเงินปันผลเท่ากับจำนวนที่บริษัทจ่ายจากกำไรหรือเงินที่กันไว้จากกำไร เงินส่วนเกินของเงินกำไรจะไม่ก่อให้เกิดภาวะภาษีโดยมี

ผลโพลดต้นทุนของผู้ถือหุ้นลงตามลำดับ หากเงินที่บริษัทจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นมีจำนวนเกินกว่าต้นทุนส่วนเกินจึงจะถือว่าเป็นเงินได้จากการซื้อขายแลกเปลี่ยนหุ้นซึ่งเป็น Capital Gains นั้นเอง เพราะฉะนั้น ภายใต้การตีความของกฎหมายสหรัฐอเมริกา ผู้ถือหุ้นจะไม่มีโอกาสถูกเก็บภาษีซ้ำซ้อนดังเช่นตัวอย่างที่กล่าวมาข้างต้น 17 (โปรดดูตัวอย่างที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 6.2 ประกอบ)

จากที่กล่าวมาตัวอย่างที่เห็นจากอนุสัญญาภาษีซ้อน ได้แก่ ข้อบทผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับสหรัฐอเมริกา-ญี่ปุ่น ซึ่งมีใจความว่า "ผลได้จากการขาย แลกเปลี่ยน หรือการได้มาโดยประการอื่น ซึ่งสินทรัพย์ฝ่ายทุนซึ่งผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาได้นั้น อาจได้รับยกเว้นภาษีจากอีกรัฐหนึ่ง เว้นแต่...." เมื่อพิจารณาข้อบทนี้แล้วย่อมเข้าใจได้ว่า ผลได้จากการขาย แลกเปลี่ยน หรือการได้มาโดยประการอื่นซึ่งหุ้นของทุนของบริษัท ซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศญี่ปุ่นได้รับนั้น อาจได้รับยกเว้นภาษีจากประเทศญี่ปุ่นหรือประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วแต่กรณี ฉะนั้น จึงกล่าวได้ว่า ผลประโยชน์ที่ได้จากการเลิกบริษัท นับเป็นผลได้จากทุนภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาทำไว้กับประเทศต่าง ๆ ซึ่งผลได้ดังกล่าวอาจได้รับสิทธิในการยกเว้นภาษีภายใต้บทบัญญัติแห่งข้อบทผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น ๆ

### 6.3 กรณีการซื้อขายหุ้นของบริษัท

เกี่ยวกับการซื้อขายหุ้นของบริษัท โดยเฉพาะบริษัทต่างประเทศในประเทศไทยนี้ กรมสรรพากรมีแนวพิจารณาโดยถือว่าการที่บริษัทต่างประเทศส่งเงินเข้ามาลงทุนซื้อขายหุ้น ก็คือการซื้อขายหุ้นยังไม่เป็นการประกอบกิจการในประเทศไทย 18 ทั้งนี้ ไม่ว่าจะ

17 เรื่องเดียวกัน

18 โปรดดูหนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0804/5355 ลงวันที่ 24 มีนาคม 2529, ที่ กค.0804/2999 ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2519 และที่ กค.0804/5335 ลงวันที่ 24 มิถุนายน 2534

เป็นการส่งเงินเข้ามาซื้อขายผ่านตัวแทนนายหน้าซื้อขายหุ้น หรือมอบหมายให้ธนาคารผู้รับฝาก (Custodian) เป็นผู้ดูแลและจัดการซื้อขายหุ้นให้ หรือมีสำนักงานสาขาตั้งอยู่ในประเทศไทย แล้วสำนักงานใหญ่ให้สำนักงานสาขาเป็นผู้ติดต่อซื้อขายหุ้นให้ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ประเด็นดังกล่าวนี้ มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นเพิ่มเติม คือ อาจารย์อาภรณ์ นารถดีลก ให้ความเห็นว่า "การที่บริษัทต่างประเทศมาถือหุ้นในบริษัทไทย ซึ่งมีใช้เป็นที่ซื้อขายไปเป็นปกติธุระแต่เป็นการถือไว้เพื่อตนเอง แม้จะมีสาขาหรือลูกจ้าง หรือผู้ทำการแทน หรือผู้ทำการติดต่อในการประกอบกิจการในประเทศไทย ก็ไม่ถือว่าบริษัทต่างประเทศนั้นประกอบกิจการในประเทศไทย เว้นแต่จะถือหุ้นไว้ในนามของสาขาในประเทศไทย" <sup>19</sup> ส่วนอาจารย์ปรีดี บุญยัง ให้ความเห็นว่า "ผู้ลงทุนเป็นบริษัทต่างประเทศ ไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่มีภาษีซ้อน ส่งเงินเข้ามาลงทุนซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ โดยบริษัทสมาชิกของตลาดหลักทรัพย์เป็นตัวแทนในการซื้อขาย เฉพาะกิจการขายหลักทรัพย์ ไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการในประเทศไทยตามมาตรา 76 ทวิ ทั้งนี้ จะต้องเป็นการซื้อขายที่กระทำเป็นครั้งคราวเพื่อหวังเงินปันผลหรือดอกเบียเท่านั้น" <sup>20</sup>

จากความเห็นของนักกฎหมายทั้งสองท่านจะ เห็นว่า ได้กล่าวถึงการซื้อขายหุ้นในประเทศไทยของบริษัทต่างประเทศโดยมีแนวความเห็นคล้ายกับแนววินิจฉัยของกรมสรรพากร กล่าวคือ ถือว่าการที่บริษัทต่างประเทศเข้ามาถือหุ้นในบริษัทไทยหรือเข้ามาลงทุนซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยนั้น ยังไม่เป็นการประกอบกิจการในประเทศไทย แต่นักกฎหมายทั้งสองท่านได้อธิบายเพิ่มเติมว่า กรณีการซื้อขายหุ้นในประเทศไทยที่ไม่ถือว่าเป็นการประกอบกิจการในประเทศไทยนั้น อาจารย์อาภรณ์ นารถดีลก กล่าวว่าจะต้องมีใช้เป็นที่ซื้อมาขายไปเป็นปกติธุระแต่เป็นการถือไว้เพื่อตนเอง และอาจารย์ปรีดี บุญยัง กล่าวว่าจะต้องเป็น

<sup>19</sup> อาภรณ์ นารถดีลก , "ปัญหาภาษีเงินได้ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร," สรรพากรศาสตร์ 26 (กันยายน - ตุลาคม 2522) : 126.

<sup>20</sup> ปรีดี บุญยัง, ภาษีเงินได้ของบริษัทต่างประเทศตามประมวลรัษฎากรและอนุสัญญาภาษีซ้อน (กรุงเทพฯ : ศูนย์ศึกษากฎหมายภาษีอากร, 2532), หน้า 106.

การซื้อขายที่กระทำเป็นครั้งคราวเพื่อหวังเงินปันผล

ปัญหาดังกล่าวนี้ มีผู้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่าการถือว่าประกอบกิจการในประเทศไทยของบริษัทต่างประเทศที่เข้ามาซื้อขายหุ้นในประเทศไทยนี้ ควรจะต้องพิจารณาถึงลักษณะหรือพฤติการณ์ในการซื้อขายหุ้นของผู้มีเงินได้ด้วย เนื่องจากการมีเงินได้จากการขายหุ้นนั้นอาจเกิดจากการซื้อขายหุ้นในลักษณะหรือพฤติการณ์ที่แตกต่างกัน ซึ่งโดยทั่วไปอาจแบ่งได้สองลักษณะคือ การซื้อขายหุ้นในลักษณะของการลงทุนเพื่อหวังเงินปันผลอันเป็นการซื้อขายเป็นครั้งคราว และการซื้อขายหุ้นในลักษณะเป็นทางการค้าหากำไรมีการซื้อมาขายไปเป็นปกติธุระ กล่าวคือ หากบริษัทต่างประเทศดังกล่าวเข้ามาซื้อขายหุ้นเพื่อการลงทุนหวังเงินปันผลยังไม่ถือว่าการซื้อขายนั้นเป็นการประกอบกิจการในประเทศไทย บริษัทต่างประเทศผู้มีเงินได้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้โดยการถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายตามมาตรา 70 แต่หากเป็นการเข้ามาซื้อขายหุ้นเป็นทางการค้าปกติ ย่อมถือว่าเป็นการประกอบกิจการในประเทศไทย บริษัทต่างประเทศผู้มีเงินได้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้จากกำไรสุทธิตามมาตรา 65 ประกอบกับมาตรา 66 วรรค 2<sup>21</sup>

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาจากแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรจะเห็นว่า กรมสรรพากรมิได้พิจารณาถึงลักษณะ หรือพฤติการณ์ในการซื้อขายหุ้นของบริษัทต่างประเทศแต่อย่างใดและยังถือว่าการเข้ามาซื้อขายหุ้นในประเทศไทยไม่เป็นการประกอบกิจการในประเทศไทยเลย ซึ่งผู้เขียนเองเห็นว่าแนวการวินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับกรณีของการซื้อขายหุ้นของบริษัทต่างประเทศดังกล่าวมานั้น น่าจะถูกต้องตามหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากรณีใดบ้างที่จะถือว่าเป็นการประกอบกิจการในประเทศไทย ทั้งนี้เพราะหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบริษัทต่างประเทศประกอบกิจการในประเทศไทยหรือไม่นั้น น่าจะพิจารณาได้ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 66 และมาตรา 76 ทวิ ส่วนกรณีลักษณะและพฤติการณ์ในการซื้อขายหุ้นว่าซื้อขายเพื่อหวังกำไรหรือเงินปันผลหรือไม่นั้น น่าจะเป็นกรณีที่จะพิจารณาว่าเงินได้จากการขายหุ้นเป็นผลได้จากทุน

21 ศักรินทร์ ร่มรังษี, "ปัญหาบางประการในการจัดเก็บภาษีเงินได้เกี่ยวกับการขายหุ้น," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536), หน้า 109.

หรือเป็นกำไรจากธุรกิจมากกว่า กล่าวคือ หากบริษัทต่างประเทศมิได้ประกอบกิจการในประเทศไทย แต่ได้ลงทุนซื้อขายหุ้นในประเทศไทยโดยมีลักษณะของการค้ากำไรแต่เพียงอย่างเดียว น่าจะถือได้ว่าหุ้นนั้นเป็นเสมือนสินค้าอย่างหนึ่ง เงินได้จากการขายหุ้นนั้นจึงน่าจะเป็นกำไรจากธุรกิจ บริษัทต่างประเทศก็ต้องเสียภาษีเงินได้ประเภทกำไรจากธุรกิจไป แต่หากได้ลงทุนซื้อขายหุ้นโดยมีลักษณะการลงทุนเพื่อหวังเงินปันผลเพียงอย่างเดียว น่าจะถือได้ว่าหุ้นนั้นเป็นเสมือนทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ดังนั้น เงินได้จากการขายหุ้นจึงน่าจะเป็นผลได้จากทุน

อนึ่ง เกี่ยวกับปัญหาในเรื่องของผลได้จากทุนซึ่งอาจได้รับยกเว้นภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อนในกรณีการซื้อขายหุ้นของบริษัทที่ตั้งกล่าวในหัวข้อนี้ ยังมีประเด็นเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยบุคคลซึ่งไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาตามอนุสัญญาภาษีซ้อนของไทย และโดยมากจะเป็นเรื่องของการซื้อขายหุ้นโดยบริษัทนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ต่างประเทศหรือบริษัทโบรกเกอร์ต่างประเทศ ซึ่งรายละเอียดจะนำไปกล่าวในหัวข้อปัญหาในเรื่องการให้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยบุคคลที่อยู่นอกชายอนุสัญญาภาษีซ้อน นอกจากนี้ อาจศึกษาแนววินิจฉัยกรมสรรพากรกรณีการซื้อขายหุ้นเพิ่มเติมได้ในหัวข้อ 4.1 ที่จะกล่าวต่อไป ในหน้า 116

#### ปัญหาการจัดเก็บภาษีผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อน

ปัญหาการจัดเก็บภาษีผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนนี้ อาจได้แก่ ปัญหาในการกำหนดผลได้จากทุน ซึ่งจะศึกษาวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดและการพิสูจน์ถึงการได้มาซึ่งผลได้จากทุน นอกจากนี้ จะศึกษาปัญหาในเรื่องการให้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยบุคคลที่อยู่นอกชายอนุสัญญาฯ โดยเฉพาะกรณีการใช้นายหน้าค้าหลักทรัพย์ต่างประเทศทำการซื้อขายหลักทรัพย์แทนนักลงทุน ตลอดจนศึกษากรณีปัญหาเกี่ยวกับสถานประกอบการถาวรว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการกำหนดเงินได้อันเป็นผลได้จากทุน ให้เป็นเงินได้ของสถานประกอบการถาวร และท้ายที่สุดจะพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับผลได้จากทุนทั้งกรณีการซื้อขายหุ้นและกรณีอื่น ๆ



## 1. ปัญหาในการกำหนดผลได้จากทุน

ปัญหาในการกำหนดผลได้จากทุนมักเกิดขึ้นเสมอ เมื่อมีข้อเท็จจริงที่จะต้องพิจารณาตามอนุสัญญาภาษีซ้อน ทั้งนี้ เนื่องจากภาษีผลได้จากทุนมักได้รับการพิจารณาแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ กล่าวคือ ในบางประเทศไม่ถือว่าผลได้จากทุนเป็นเงินได้ที่ต้องถูกเก็บภาษี แต่ในบางประเทศผลได้จากทุนของวิสาหกิจต้องถูกเก็บภาษี ส่วนผลได้จากทุนของปัจเจกบุคคลที่เกิดขึ้นเนื่องจากการอื่นนอกจากการประกอบการค้า หรือธุรกิจโดยปกติจะไม่ถูกเก็บภาษี และในบางประเทศกรณีเดียวกันผลได้จากทุนของปัจเจกบุคคลที่เกิดขึ้นเนื่องจากการอื่นนอกจากการประกอบการค้าหรือธุรกิจโดยปกติดังกล่าวก็อาจถูกเก็บภาษี หากว่าเงินได้นั้นเป็นกำไรที่ได้จากการขายอสังหาริมทรัพย์หรือเงินได้ที่เกิดจากการเก็งกำไรในการขายทรัพย์สิน

เพราะฉะนั้น หากพิจารณาข้างต้นจะเห็นว่า เป็นการยากที่จะกำหนดชี้ชัดลงไปว่าผลได้จากทุนจะกำหนดจัดเก็บอย่างไร ใช้หลักเกณฑ์อะไรในการจัดเก็บ และจะพิสูจน์ถึงการได้มาซึ่งผลได้นั้นอย่างไร เพราะแต่ละประเทศต่างก็มีหลักเกณฑ์การจัดเก็บแตกต่างกันไป นอกจากนี้ แม้ข้อบทผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนเองก็ไม่ได้วางหลักเกณฑ์หรือกำหนดวิธีการจัดเก็บไว้แต่อย่างใด เมื่อเป็นเช่นนี้ จึงเป็นหน้าที่ของกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาที่จะกำหนดว่าผลได้จากทุนจะถูกเก็บภาษีหรือไม่ และถ้าต้องเก็บจะมีวิธีการจัดเก็บอย่างไร

เนื่องด้วยปัจจุบัน ประเทศไทยยังมิได้มีการจัดเก็บภาษีผลได้จากทุนจากผลเพิ่มค่าของทรัพย์สินโดยตรง หากแต่ถือว่าเงินที่ได้จากผลเพิ่มค่าของทรัพย์สินบางชนิดเป็นเงินได้อย่างหนึ่งตามประมวลรัษฎากร ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์ตามกฎหมายของต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณา

### 1.1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนด

เนื่องจากข้อบทผลได้จากทุน มิได้กล่าวถึงจุดเริ่มต้นของการเกิดผลได้จากทุนว่าอยู่ที่ใด ดังนั้น จึงอาจแปลความได้ว่าหากถือครองทรัพย์สินที่เป็นทุนไว้เป็นระยะเวลาอันยาวนาน หรือมีการปรับปรุงมูลค่าทรัพย์สินเพื่อให้อุดคล้องกับภาวะทางเศรษฐกิจ หรือแม้กระทั่งการถือครองทรัพย์สินไว้ในเวลาอันสั้น เช่นการเก็งกำไร กรณีย่อมนับเป็นผลได้จากทุน

ตามความหมายแห่งข้อบทนี้ทั้งสิ้น ดังนั้น ในการกำหนดว่าผลได้จากทุนควรจะมีจุดเริ่มต้นและจุดสิ้นสุดของการถือครองเพียงใดจึงเป็นหน้าที่ของกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญาที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว และเนื่องจากแต่ละรัฐเองก็มีหลักเกณฑ์แตกต่างกัน การพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดผลได้จากทุนนี้จึงพิจารณาโดยการสรุปหลักเกณฑ์ทั่ว ๆ ไปที่ใช้กันอยู่ในประเทศส่วนใหญ่ที่มีการทำอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศอื่น ๆ <sup>22</sup> ซึ่งจากการศึกษาสามารถแบ่งหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดผลได้จากทุนออกเป็น 2 หลักเกณฑ์ใหญ่ ๆ ด้วยกันคือ

(1) ผลได้จากทุนเกิดขึ้นได้เมื่อมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นทุน (Realized Capital Gains) หลักเกณฑ์ข้อนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนทุกฉบับ เนื่องจากผลได้จากทุนตามข้อบทแห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนเป็นการจัดเก็บภาษีต่อเมื่อมีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นทุนในทางความเป็นจริง

สำหรับหลักเกณฑ์ข้อนี้ ในหลายประเทศใช้เป็นแนวทางในการกำหนดผลได้จากทุนซึ่งมีข้อพิจารณาปลีกย่อยอีกคือ การจำหน่ายทรัพย์สินนั้นจะต้องเป็นการจำหน่ายในทางความเป็นจริงเท่านั้น กล่าวคือ ทรัพย์สินมีการส่งผ่านโอนไปยังผู้ซื้อหรือผู้รับโอนแล้ว ทั้งนี้ ไม่ว่าจะได้รับค่าตอบแทนแล้วหรือไม่ก็ตาม <sup>23</sup> ซึ่งในการคำนวณหาผลได้จากทุนจากการจำหน่ายว่าเป็นจำนวนเท่าใดนั้น กฎหมายภายในของหลายประเทศที่ใช้หลักเกณฑ์ตาม (1) นี้โดยมากจะคำนวณหาผลได้จากทุนโดยให้หักต้นทุนออกจากราคาขาย และในการหาต้นทุนสามารถนำค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายทรัพย์สินนั้นกับทั้งค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่จ่ายไปเพื่อการปรับปรุงทรัพย์สินให้ดีขึ้นมาใช้เป็นฐานต้นทุนในการคำนวณหากำไร <sup>24</sup>

ในการคำนวณผลได้จากทุนโดยใช้หลักเกณฑ์ตาม(1)นี้ โดยทั่วไป

<sup>22</sup> OECD Committee on Fiscal Affairs, MODEL TAX CONVENTION ON INCOME AND ON CAPITAL (Paris : Head of Publications Services, OECD, 1992), p. C (13)-3.

<sup>23</sup> Ibid., p. C(13)-2.

<sup>24</sup> Ibid., p. C(13)-4.

ปัจจุบันจะแบ่งกำไรหรือผลเพิ่มที่ได้ออกเป็นสองลักษณะคือ ผลเพิ่มค่าระยะสั้น (Short-term gains) และผลเพิ่มค่าระยะยาว (Long-term gains) ซึ่งในแต่ละประเทศจะกำหนดแตกต่างกัน เช่น บางประเทศอาจกำหนดช่วงสั้นเป็นระยะ 6 เดือน หรือ 1 ปี หรือ 1 ปี 6 เดือน หรืออาจถึง 5 ปี ส่วนช่วงยาวก็คือระยะเวลาการถือครองทรัพย์สินก่อนจำหน่ายไปที่มากกว่าช่วงสั้น<sup>25</sup> เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาให้สิทธิในการลดหย่อนแก่กรณีที่มีผลได้จากการขายทรัพย์สินที่ถือระยะยาวตั้งแต่ 6 เดือนขึ้นไป โดยสามารถหักลดหย่อนได้ร้อยละ 60 ของผลได้ก่อนจึงนำมาคำนวณภาษีเงินได้<sup>26</sup> หรือในประเทศญี่ปุ่นเองก็มีการกำหนดให้นำผลได้จากทุนระยะยาวโดยถือทรัพย์สินมาเกินกว่า 5 ปีขึ้นไป มารวมคำนวณภาษีเพียงอย่างหนึ่ง และส่วนของผลได้จากทุนทั้งหมดสามารถหักค่าใช้จ่ายที่จำเป็น รวมทั้งส่วนลดตามกฎหมายได้อีกไม่เกิน 500,000 เยน ก่อนนำมารวมคำนวณภาษี<sup>27</sup> เป็นต้น

(2) ผลได้จากทุนเกิดขึ้นได้แม้ไม่มีการจำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นทุน (Unrealized Capital Gains) หลักเกณฑ์ข้อนี้ จะไม่ปรากฏในข้อบทผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อน เนื่องจากข้อบทผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนจะจัดเก็บภาษีผลได้จากทุนต่อเมื่อมีผลได้เกิดขึ้นในทางความเป็นจริงเท่านั้น หลักเกณฑ์ข้อนี้จะตรงข้ามกับ (1) ข้างต้น เพราะในประเทศที่ถือหลักเกณฑ์นี้ในการกำหนดผลได้จากทุนจะใช้วิธีการประเมินค่าทรัพย์สินในแต่ละปีว่าทรัพย์สินนั้นควรมีค่าเท่าใดเป็นฐานภาษีในการคำนวณภาษี (โดยที่ยังไม่มีการจำหน่ายทรัพย์สินในความเป็นจริง) ซึ่งไม่เป็นที่นิยมกันเพราะหากเรียกเก็บภาษีจากผู้มี

<sup>25</sup> จามจรี สิทธีวรรณรักษ์, "กฎหมายเกี่ยวกับภาษีจากการขายอสังหาริมทรัพย์," (วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 218.

<sup>26</sup> William A. Raabe and Jame E. Parker, Tax Concept for Decision Making (Minnesota : West Publishing Co., 1985), pp. 495 and 470.

<sup>27</sup> Price Waterhouse, Doing Business in Japan (U.S.A.:Price Waterhouse World Firm Limited, 1990), p. 174.

กรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองทรัพย์สินขณะที่ผู้นั้นยังมิได้มีการจำหน่าย ผู้นั้นจะ ไม่มีความสามารถ เสียภาษี และหากนำเอาราคาที่สูงขึ้นขณะถือครองมาเป็นฐานในการเก็บภาษีก็มักจะมีปัญหายุ่ง ยากในการตีราคาทรัพย์สินว่าในปีนั้น ๆ ทรัพย์สินควรจะมียาไรเท่าใด 28

นอกจากนี้ หากเป็นอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ดิน หรือที่ดิน พร้อมสิ่งปลูกสร้าง ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มีราคาสูงขึ้นได้อย่างรวดเร็ว โดยผลจากการปรับปรุงด้าน สาธารณูปโภคแล้ว ราคาที่สูงขึ้นอาจทำให้ผู้เสียภาษีรับภาระไว้ไม่ได้ จนทำให้ต้องขายทรัพย์สิน ไปเพื่อเสียภาษี และหากเป็นเช่นนั้นแล้ว เห็นว่าการกำหนดภาษีผลได้จากทุนโดยใช้หลักเกณฑ์นี้ก็น่าจะขัดกับหลักการเก็บภาษีที่ดีด้วย

## 1.2 การพิสูจน์ถึงการได้มาซึ่งผลได้จากทุน

การพิสูจน์ถึงการได้มาซึ่งผลได้จากทุน สามารถอาศัยหลักเกณฑ์ ทำนองเดียวกับที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 1.1 ข้างต้นเพื่อพิสูจน์ว่าผู้มีเงินได้นั้น มีผลได้จากทุนเท่าใด ยกตัวอย่างเช่น นาย A. ซื้อที่ดินแปลงหนึ่งจำนวน 10 ไร่ เมื่อปี พ.ศ.2530 ในราคาไร่ ละ 200,000 บาท ระหว่างที่ดินเป็นกรรมสิทธิ์ของนาย A. ปรากฏว่าทางราชการตัดถนนผ่าน ที่ดินของนาย A. ทำให้ที่ดินมีราคาสูงขึ้นอีกไร่ละ 1,000,000 บาท ต่อมา นาย A. ขาย ให้แก่ นาย B. ไปในปี พ.ศ.2537 ในราคาไร่ละ 2,000,000 บาท จำนวน 10 ไร่ รวม เป็นเงิน 20,000,000 บาท ผลได้จากทุนที่ นาย A. ได้คือราคาขายหักด้วยราคาซื้อ คือ  $20,000,000 - 2,000,000 = 18,000,000$  บาท เงินจำนวนนี้คือผลได้จากทุนที่ นาย A. จะต้องนำมา เสียภาษีผลได้จากทุน

จากกรณีตัวอย่างข้างต้นนี้ สามารถพิสูจน์ได้ว่า นาย A มีผลได้จากทุน โดยวิธีการนำเอาต้นทุนที่นาย A. จ่ายไปในตอนซื้อนั้น หักออกจากราคาที่นาย A. ขายให้แก่

28 จามจุรี สิทธิวรรณรักษ์, "กฎหมายเกี่ยวกับภาษีจากการขายอสังหาริมทรัพย์", หน้า 219.

นาย B. ผลลัพธ์ก็คือ ถ้าไรอันเป็นผลได้จากทุน อย่างไรก็ตาม ในการพิสูจน์ถึงการได้มาซึ่งผลได้จากทุนนี้หากเป็นกรณีของการจำหน่ายทรัพย์สินในทางความเป็นจริงมักไม่มีปัญหาในการพิสูจน์เท่าใดนัก เว้นแต่กรณีของการจำหน่ายหุ้น กล่าวคือ เนื่องจากหุ้นเป็นทรัพย์สินที่สามารถนำหุ้นชนิดประเภทและจำนวนเดียวกันมาทดแทนกันได้ ดังนี้ หากผู้มีเงินได้ได้ซื้อหุ้นมาหลายครั้งหลายราคา และนำหุ้นนั้นมาเก็บไว้รวมในที่แห่งเดียวกัน ต่อมาหากขายหุ้นดังกล่าวออกไปบางส่วน จะถือว่าเป็นการขายหุ้นที่ซื้อมาในครั้งใดราคาใด และจะพิสูจน์ถึงการได้มาซึ่งกำไรจากการขายหุ้นนั้นได้อย่างไร

ในหลายประเทศ ได้กำหนดให้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดตัวหุ้นไว้ เช่นตาม The Finance Act 1985 ของประเทศสหราชอาณาจักร กำหนดให้ใช้วิธี Share Pooling ในการกำหนดตัวหุ้นเพื่อกำหนดเงินได้สำหรับการคำนวณภาษี ซึ่งวิธีดังกล่าวถือว่าหุ้นประเภทเดียวกันเป็นทรัพย์สินเดียวกัน การที่หุ้นมีจำนวนเพิ่มขึ้นหรือลดลงถือเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สิน การขายไปเสมือนเป็นการขายส่วนของทรัพย์สิน ต้นทุนของหุ้นที่นำมาหักจึงใช้ราคาต้นทุนตามสัดส่วนของหุ้นที่ถืออยู่<sup>29</sup> ส่วนในประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ผู้ที่ถือหุ้นต้องใช้หลักเกณฑ์ทางบัญชีที่เรียกว่า "หลักซื้อก่อนขายก่อน หรือ FIFO" ในการกำหนดตัวหุ้นที่ขาย ดังนั้น หุ้นที่ผู้ถือหุ้นขายไปถือว่าเป็นหุ้นลำดับแรกที่ซื้อมา และในกรณีที่เก็บหุ้นไว้หลายแห่ง เช่น เก็บไว้ที่บริษัทหลักทรัพย์หลายบริษัท ให้กำหนดตัวหุ้นโดยใช้เกณฑ์ FIFO สำหรับหุ้นที่เก็บไว้ในแต่ละบริษัทแยกต่างหากจากกัน<sup>30</sup>

อย่างไรก็ดี สำหรับประเทศไทยแล้วกรมสรรพากรไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในการคำนวณหุ้นเป็นรายตัวไว้ เพียงวางแนวทางให้นำราคาขายของหุ้นตัวใดหักด้วยราคาซื้อของหุ้นตัวนั้น ซึ่งหากพิจารณาในทางปัจจุบันแล้ว การพิสูจน์ถึงการได้มาซึ่งผลได้จาก

<sup>29</sup> CCH Editions Limited, 1989-90 British Master Tax Guide (Oxfordshire : CCH Editions Ltd, 1989), p. 611.

<sup>30</sup> Jack Crestol and Herman M.Schneider, Tax Planning for Investor (Illinois : Dow Jones - Irwin, 1983), p. 72.

ทุนตั้งที่กรมสรรพากรวางหลักไว้ใหม่ ทบจะใช้ไม่ได้ผลในทางปฏิบัติ เพราะในการซื้อขายของผู้ลงทุนในปัจจุบันจะเก็บหุ้นรวมไว้ที่บริษัทโบรคเกอร์ซึ่งเป็นนายหน้าค้าหลักทรัพย์ของตน หรือฝากไว้กับศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ ผู้ลงทุนจะถือหุ้นโดยปรากฏเพียงตัวเลขในบัญชีและการส่งมอบหุ้นก็ใช้วิธีการหักโอนทางบัญชี จึงไม่สามารถกำหนดตัวหุ้นตามใบหุ้นที่ส่งมอบตามแนวทางที่กรมสรรพากรวางไว้

ฉะนั้น จะเห็นว่าในการพิสูจน์ถึงการได้มาซึ่งผลได้จากทุนก็เป็นปัญหาในทางปฏิบัติอยู่เสมอโดยเฉพาะกรณีของหุ้นดังกล่าวนี้ แต่ทว่ายังมีปัญหาในเรื่องการพิสูจน์ถึงการได้มาซึ่งผลได้จากทุนอีกกรณีหนึ่งคือ กรณีที่ไม่มีการจำหน่ายทรัพย์สินในทางความเป็นจริง แต่ถือว่ามีผลได้จากทุนเกิดขึ้นแล้ว ดังที่มีบางประเทศใช้หลักเกณฑ์นี้ในการกำหนดผลได้จากทุนดังกล่าวมาในหัวข้อ 1.1

ในการพิสูจน์ถึงการได้มาซึ่งผลได้ดังกล่าว ในทางปฏิบัติจะใช้หลักเกณฑ์ทางบัญชีที่เรียกว่า "Accrual Capital gains" โดยคำนวณจากการประเมินค่าในแต่ละปีว่าทรัพย์สินควรมีค่าเท่าใดเป็นฐานในการคำนวณภาษี ซึ่งการพิสูจน์ดังกล่าวมีข้อยุ่งยากในทางปฏิบัติมาก เพราะอย่างน้อยก็มีปัญหาในการตีราคาทรัพย์สินว่ายุติธรรมถูกต้องเหมาะสมหรือไม่เพียงใด อีกทั้งวิธีการดังกล่าวก็ไม่เป็นที่นิยมในหลายประเทศทำให้ไม่มีหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป จึงไม่ขอกล่าวรายละเอียดในการวิจัยครั้งนี้

## 2. ปัญหาในเรื่องการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยบุคคลที่อยู่นอกชาย อนุสัญญาภาษีซ้อน

โดยทั่วไปในหมวด 2 เรื่องขอบข่ายของอนุสัญญาแห่งอนุสัญญาภาษีซ้อน จะเขียนขอบข่ายด้านบุคคลไว้ในข้อ 1. ของอนุสัญญาฯ เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขตของบุคคลในความรับผิดชอบของอนุสัญญาฉบับนั้น ๆ และป้องกันมิให้บุคคลที่อยู่นอกเหนือจากขอบข่ายที่กำหนดไว้มาร่วมใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาฯ ซึ่งบุคคลที่อยู่นอกเหนือจากขอบข่ายที่กำหนดก็คือบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญา

เป็นที่ทราบกันดีว่าวัตถุประสงค์ของการเจรจาจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น ก็เพื่อขจัดภาษีซ้อนระหว่างประเทศคู่สัญญาและสนับสนุนให้มีการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการ ตลอดจน



เคลื่อนย้ายทุนและแรงงานระหว่างกัน ไม่ได้มีเพื่อการซื้อสัญญา ฯในทางที่ไม่เหมาะสมโดยแสวงหาช่องทางหลีกเลี่ยงภาษี โดยบุคคลจากประเทศที่สามซึ่งอยู่นอกขอบข่ายสัญญาฯแต่อย่างใด<sup>31</sup> และเนื่องจากอนุสัญญาภาษีซ้อนเป็นข้อตกลงเฉพาะที่ใช้สำหรับผู้มีถิ่นที่อยู่เพื่อการรัษฎากรในประเทศคู่สัญญา คนชาติที่สามย่อมไม่มีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากข้อตกลงนี้ แต่ก็เป็นไปได้ที่คนชาติเหล่านั้นจะใช้วิธีการใดวิธีการหนึ่ง เข้ามาใช้ประโยชน์ได้ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่า "Treaty Shopping"

แม้ในอนุสัญญาภาษีซ้อน ได้มีการกำหนดแนวทางการแก้ไขช่องโหว่ของกฎหมายดังกล่าวอยู่บ้างก็ตาม แต่ก็เป็นการแก้ไขรายกรณีไป กระนั้นก็ตาม ปัญหาในเรื่องการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยบุคคลที่อยู่นอกข่ายอนุสัญญาฯ ก็ยังเกิดขึ้นอยู่เสมอซึ่งจะได้ศึกษาในลำดับต่อไป

## 2.1 การให้นายหน้าค้าหลักทรัพย์ซื้อขายหลักทรัพย์แทนนักลงทุน

การใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน โดยบุคคลซึ่งอยู่นอกขอบข่ายแห่งอนุสัญญา ฯ หรือบุคคลที่ไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญานั้น ในทางปฏิบัติมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์โดยเฉพาะหุ้นโดยวิธีการใช้นายหน้าค้าหลักทรัพย์ต่างประเทศ (หรือที่เรียกกันว่า "โบรกเกอร์ต่างประเทศ") ทำการติดต่อซื้อขายหลักทรัพย์แทนลูกค้าของตนในตลาดหลักทรัพย์ของประเทศต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ซึ่งโดยมากโบรกเกอร์ดังกล่าวจะไม่มีตัวตนหรือสาขา หรือสถานประกอบการถาวรในประเทศไทยแต่อย่างใด อีกทั้งลูกค้าที่โบรกเกอร์ดังกล่าวทำการแทนก็ล้วนแล้วแต่มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศไทยทั้งสิ้น

ในทางปฏิบัติ การซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย โบรกเกอร์จะเป็นผู้ทำการแทนลูกค้าในนามของตนเอง โดยระบุชื่อของ "โบรกเกอร์" นั้น

<sup>31</sup> พิชชาติ เกษเรือง และทรงฤทธิ์ พินิจการวัฒน์กุล, "คำอธิบายบทบัญญัติในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน," สรรพากรศาสตร์ 42 : 15.

เป็นผู้ถือหุ้น และมีสัญญาแต่งตั้งตัวแทนเป็นหลักฐานภายในระหว่างโบรคเกอร์กับลูกค้า โดยจะติดต่อผ่านทางบริษัทนายหน้าค้าหลักทรัพย์ซึ่งจดทะเบียนรับอนุญาตในประเทศไทย และโดยเหตุที่เป็นความลับทางธุรกิจ การซื้อขายหลักทรัพย์จึงทำในนาม "โบรคเกอร์" ในฐานะเป็นผู้ซื้อมิใช่ในนามลูกค้า ทั้งนี้ เป็นมาตรการที่ "โบรคเกอร์" สามารถป้องกันมิให้บริษัทนายหน้าค้าหลักทรัพย์ไทยสามารถติดต่อกับลูกค้าของ "โบรคเกอร์" ได้โดยตรงอันเป็นธรรมเนียมปฏิบัติในการรักษามลประโยชน์ทางการค้า นอกจากนี้ ในการส่งเงินค่าซื้อหลักทรัพย์เข้ามาในประเทศไทยก็จะระบุให้ "โบรคเกอร์" เป็นตัวการด้วยเหตุผลคล้ายกันเพื่อรักษาความลับทางการค้า

จากแนวปฏิบัติที่กล่าวมาข้างต้น ปัญหาจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่นักลงทุนโดยเฉพาะบริษัทต่างประเทศมักจะว่าจ้างนายหน้าค้าหลักทรัพย์หรือโบรคเกอร์ที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทยทำการซื้อขายหลักทรัพย์ให้ตน โดยให้โบรคเกอร์ดังกล่าวระบุชื่อเป็นผู้ถือหลักทรัพย์นี้โดยตรง ซึ่งทำให้เกิดปัญหาการตีความว่าเมื่อโบรคเกอร์ทำการขายหลักทรัพย์ไป ถ้าไรจากการขายหลักทรัพย์นั้นจะต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายในประเทศไทย หรือได้รับยกเว้นภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อน

ปัญหาดังกล่าว กรมสรรพากรได้มีคำวินิจฉัยวางหลักว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการซื้อขายหลักทรัพย์ได้กระทำในนามของโบรคเกอร์ต่างประเทศโดยระบุชื่อโบรคเกอร์ต่างประเทศเป็นผู้ถือหลักทรัพย์ การจะรับฟังว่าลูกค้าคนอื่นที่มิใช่โบรคเกอร์นั้นเป็นเจ้าของและผู้ซื้อขายหลักทรัพย์นั้นย่อมกระทำมิได้ และโดยที่โบรคเกอร์นี้เป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทย ดังนั้น เมื่อโบรคเกอร์ดังกล่าวมิได้ประกอบกิจการในประเทศไทย แต่ได้รับเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (4) (ข) แห่งประมวลรัษฎากรที่จ่ายจากประเทศไทย ผู้จ่ายเงินได้จึงมีหน้าที่หักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย 32

ดังนั้น หากพิจารณาจากแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรดังกล่าวแล้วสรุปได้ว่า นักลงทุนที่มาจากประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทยแต่ให้โบรคเกอร์ที่

มีถิ่นที่อยู่ในประเทศนอกอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทย ทำการซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยโดยใส่ชื่อโบรกเกอร์ดังกล่าวเป็นเจ้าของหลักทรัพย์ นักลงทุนดังกล่าวไม่อาจใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนได้ เนื่องจากหลักทรัพย์ดังกล่าวได้ระบุว่ามีโบรกเกอร์นั้นเป็นเจ้าของแล้ว ซึ่งเมื่อประเทศไทยไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศที่โบรกเกอร์นั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ ภาษีจากการขายหลักทรัพย์จึงไม่ได้รับยกเว้นภาษี แต่หากพิจารณาในทางกลับกัน หากโบรกเกอร์นั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทยแล้ว (นักลงทุนไม่ว่าจะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศใดก็ตาม) เมื่อหลักทรัพย์ดังกล่าวจดทะเบียนในนามของโบรกเกอร์ดังกล่าว ภาษีจากการขายหลักทรัพย์นั้นย่อมได้รับยกเว้นภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อน

จากที่กล่าวมาจึงพบปัญหาหนึ่งคือ ในเรื่องการซื้อขายหลักทรัพย์ โดยเฉพาะหุ้นที่มีการใช้ประโยชน์จากข้อบทผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อน โดยนักลงทุนซึ่งไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญากับประเทศไทยซึ่งแม้คำวินิจฉัยของกรมสรรพากรเองก็มีทางตีความให้เกิดประโยชน์เช่นว่าได้

นอกจากกรณีที่เกิดขึ้นข้างต้นแล้ว ยังมีตัวอย่างอีกตัวอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกัน แต่เป็นเรื่องของตราสารทางการเงินชนิดใหม่ที่ยังไม่เป็นที่แพร่หลายในบ้านเราเท่าใดนัก ชื่อที่แท้จริงโดยย่อมีว่า Bank of New York มีสำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีบริษัทในเครือคือ Bank of New York (Nominee) Limited เป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งดำเนินธุรกิจรับฝากหลักทรัพย์ในประเทศอังกฤษ ได้เข้ามาทำการซื้อขายหลักทรัพย์ในประเทศไทย ที่เรียกว่า "American Depositary Receipts (ADR)" และ "International Depositary Receipts (IDR)" ซึ่งเป็นตราสารทางการเงินที่ทำการซื้อขายเปลี่ยนมือได้ ในการซื้อขายนี้ยอมให้บริษัทไทยสามารถนำหุ้นที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยไปขายในตลาดหลักทรัพย์ต่างประเทศได้

ในการดำเนินการดังกล่าว Bank of New York และ Bank of New York (Nominee) Limited จะทำการติดต่อกับธนาคารในประเทศต่าง ๆ เพื่อขอเปิดบัญชีฝากหลักทรัพย์ในนามของ Bank of New York (Nominee) Limited นักลงทุนในต่างประเทศจะทำการติดต่อกับนายหน้าขายหลักทรัพย์ในประเทศของตนถึงความประสงค์ที่ตนต้องการจะซื้อหุ้นของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และจะทำการซื้อหุ้นและชำระราคาหุ้นดังกล่าว โดยผ่านนายหน้าขายหุ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาหรือในประเทศ

อังกฤษ โดยไม่เกี่ยวข้องกับ Bank of New York แต่อย่างใด ทั้งนี้ นักลงทุนจะแจ้งให้  
 นายหน้าของตนทำการจดทะเบียนหุ้นดังกล่าวในนามของ Bank of New York (Nominee)  
 Limited และดำเนินการส่งมอบใบหุ้นให้แก่ Custodian Bank ซึ่งปัจจุบันได้แก่ ธนาคาร  
 ไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) เพื่อไว้ในบัญชี Custodian Account ของ Bank of  
 New York (Nominee) Limited

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว มีปัญหาว่านักลงทุนในประเทศสหรัฐอเมริกา  
 จะใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน ฉบับไทย - สหราชอาณาจักรอังกฤษได้หรือไม่เพียงใด  
 เพราะดังกล่าวมาแล้วว่านักลงทุนที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่มาจากอนุสัญญาภาษีซ้อน (กรณีคือ  
 ประเทศสหราชอาณาจักรอังกฤษ) ย่อมได้รับยกเว้นภาษีผลได้จากทุน

ปัญหาดังกล่าวกรมสรรพากรมีแนววินิจฉัยวางหลักไว้ว่า เนื่องจาก  
 หุ้นของบริษัทในประเทศไทยทั้งหมดที่นักลงทุนได้ทำการซื้อไว้ นั้น ได้จดทะเบียนในนามของ  
 Bank of New York (Nominee) Limited (บริษัทอังกฤษ) ซึ่งในตราสาร ADR และ IDR  
 จะระบุแต่เพียงจำนวนหุ้นและชื่อของบริษัทในประเทศไทยที่ทำการออกหุ้นดังกล่าวเท่านั้น โดย  
 มิได้ระบุเลขที่หุ้น กรรมสิทธิ์ในหุ้นที่จดทะเบียนและเก็บไว้ ณ Custodian Account จึงเป็น  
 ของ Bank of New York (Nominee) Limited ซึ่งเป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของ  
 ประเทศอังกฤษ 33

เพราะฉะนั้น จึงกล่าวได้ว่ากรมสรรพากรยอมรับถึงการ  
 ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยการให้นายหน้าค้าหลักทรัพย์ซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในอนุสัญญาภาษี  
 ซ้อนกับประเทศไทยทำการซื้อขายหุ้นแทนนักลงทุนได้ ซึ่งจากกรณีตัวอย่างจะเห็นว่านักลงทุนของ  
 ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทยสามารถใช้ประโยชน์จากอนุสัญญา  
 ภาษีซ้อนฉบับไทย - อังกฤษได้

---

33 หนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0802/20141 ลงวันที่ 12 พฤศจิกายน 2533  
 (รายละเอียดโปรดดูภาคผนวก ค)

## 2.2 บทวิเคราะห์แนววินิจฉัยของกรมสรรพากร

จากแนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่า กรมสรรพากรยอมรับการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน โดยบุคคลซึ่งไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญา โดยถือว่า ในกรณีที่หลักทรัพย์นั้นถูกถือโดยและในนามของนายหน้าค้าหลักทรัพย์หรือโบรกเกอร์ต่างประเทศแล้วย่อมถือว่าโบรกเกอร์นั้นเป็นเจ้าของหลักทรัพย์ ดังนั้น หากโบรกเกอร์ดังกล่าวเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญา ผลได้จากการขายหลักทรัพย์ย่อมได้รับยกเว้นภาษีผลได้จากทุน ไม่ว่านักลงทุนจะเป็นคนชาติใดก็ตาม ในทางตรงข้ามหากโบรกเกอร์นั้นไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญา แม้นักลงทุนจะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาก็ตาม เนื่องจากถือว่าโบรกเกอร์เป็นเจ้าของหลักทรัพย์แล้ว ผลได้จากการขายหลักทรัพย์จึงไม่ได้รับยกเว้นภาษีผลได้จากทุน กรณีนี้นักลงทุนจะไม่สามารถใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนได้

เกี่ยวกับแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรข้างต้น มีนักกฎหมายท่านหนึ่งให้ความเห็นพอสรุปได้ว่า<sup>34</sup> ปัญหาการตีความเช่นว่านี้จะถูกต้องตามแนวนโยบายอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่ และจะถือว่าเป็นการสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ อาจแยกพิจารณาได้สองทางคือ ประการแรก โดยนโยบายของอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น บุคคลที่จะใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนได้จะต้องเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในทางภาษีในประเทศดังกล่าวด้วยการพิจารณาตัวบุคคลย่อมต้องพิจารณาตัวผู้เป็นเจ้าของหุ้นที่แท้จริง (BENEFICIAL OWNER) มิใช่พิจารณาตัวแทนในการถือหุ้น ซึ่งมีจะนั้นแล้วนักลงทุนทุกคนก็คงจะหาทางแต่งตั้งตัวแทนจากประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนให้มาเป็นผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนในทางที่ผิด (ABUSE OF TAX TREATY) ประการที่สอง บุคคลที่เป็นเจ้าของผู้มีกรรมสิทธิ์ในหุ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แท้จริงนั้น ในการพิจารณาเชิงปฏิบัติก็คือโบรกเกอร์ไม่ใช่ นักลงทุน ทั้งนี้ เนื่องจากโบรกเกอร์แต่ละรายจะรับคำสั่งซื้อจากนักลงทุนจำนวนมากในหุ้นตัวเดียวกัน โดยหุ้นทั้งหมดต่างก็จดทะเบียนไว้ในนามของโบรกเกอร์ ซึ่งนักลงทุนและโบรกเกอร์

34 พิกพ วีระพงษ์, "การเก็บภาษี CAPITAL GAINS ในประเทศไทย," วารสาร เอกสารภาษีอากร, : 49-50.



เองก็ไม่สามารถระบุได้ว่าหุ้นเลขที่ใดเป็นของนักลงทุนรายใด แม้ว่าจะสามารถบอกได้ว่านักลงทุนแต่ละรายมีหุ้นอยู่เป็นจำนวนแน่นอนก็ตาม

เพราะฉะนั้น จากแนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรประกอบกับความเห็นดังกล่าวข้างต้น แม้ว่าการใช้ประโยชน์จากนายหน้าค้าหลักทรัพย์หรือโบรกเกอร์ที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนให้เป็นผู้มีชื่อถือหลักทรัพย์ กรณีจะขัดต่อนโยบายภาษีซ้อนก็ตาม แต่ผู้เขียนเองเห็นว่าแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรก็น่าจะเป็นไปตามหลักในการกำหนดกรรมสิทธิ์ในหลักทรัพย์ตลอดจนหลักเกณฑ์แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนทุกประการ

### 3. ปัญหาเกี่ยวกับสถานประกอบการถาวร

ด้วยเหตุที่อนุสัญญาภาษีซ้อน เป็นกฎหมายที่มีผลเหนือกฎหมายภาษีอากรภายในประเทศคู่สัญญา ดังนั้น บทบัญญัติในอนุสัญญาภาษีซ้อนบางบทจึงอาจมีผลกระทบต่อการจัดเก็บภาษีในรัฐคู่สัญญาได้ บทบัญญัติในเรื่องสถานประกอบการถาวรก็เป็นอีกบทบัญญัติหนึ่งที่มีผลต่ออำนาจการจัดเก็บภาษีจากกำไรของวิสาหกิจต่างประเทศตามกฎหมายภาษีอากรภายในประเทศไทย

ทั้งนี้ อาจยกตัวอย่างเพื่อให้เห็นภาพชัดเจนเช่น ในบางกรณีการเข้ามาประกอบกิจการของบริษัทต่างประเทศอาจกระทำผ่านลูกจ้างหรือตัวแทนของบริษัทซึ่งตามมาตรา 76 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรกำหนดว่าบริษัทที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมายของต่างประเทศ หากมีลูกจ้างหรือผู้ทำการแทน หรือผู้ทำการติดต่อในการประกอบกิจการในประเทศไทย ซึ่งเป็นเหตุให้ได้รับเงินได้หรือผลกำไรในประเทศไทย ให้ถือว่าบริษัทนั้นประกอบกิจการในประเทศไทย และต้องเสียภาษีให้ประเทศไทยจากเงินได้หรือผลกำไรที่ได้รับ ซึ่งกรณีดังกล่าวก็คือบริษัทต่างประเทศนั้นมีสถานประกอบการถาวรแล้วในประเทศไทยนั่นเอง

ฉะนั้น จึงเห็นได้ว่ากรณีสถานประกอบการถาวรจะมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งต่อการเสียภาษีหรือยกเว้นภาษีของบริษัทต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม แม้บริษัทต่างประเทศจะเข้ามาจัดตั้งสาขาในประเทศไทยและมีการถือหุ้นในบริษัทไทย หรือเข้ามาลงทุนซื้อขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย กรมสรรพากรเคยวินิจฉัยว่ากรณียังไม่เป็นการประกอบกิจการในประเทศไทย เมื่อไม่มีการประกอบกิจการในประเทศไทย ประเทศไทยก็ไม่มีสิทธิจัดเก็บภาษีของบริษัทต่างประเทศนั้น



### 3.1 สถานประกอบการถาวรตามอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทย

โดยที่การวิจัยนี้จะมุ่งถึงการกำหนดผลได้จากทุน ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยเป็นหลัก ดังนั้น ในการพิจารณาเรื่องสถานประกอบการถาวรจึงศึกษาเพียงปัญหาของผลได้จากทุนเกี่ยวกับสถานประกอบการถาวรเท่านั้น อย่างไรก็ตาม จำเป็นต้องพิจารณาความหมายของสถานประกอบการถาวรตามอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทย เพื่อให้ทราบพอสังเขป

สถานประกอบการถาวร (Permanent Establishment) หรือเรียกย่อ ๆ ว่า "P.E." นับเป็นบทบัญญัติที่สำคัญมากส่วนหนึ่งในอนุสัญญาภาษีซ้อน ทั้งนี้ เพราะประเทศแหล่งเงินได้จะจัดเก็บภาษีจากรีเสิร์ชกิจของประเทศคู่สัญญา ที่เข้ามาประกอบกิจการได้ต่อเมื่อการประกอบกิจการนั้น กระทำผ่านสถานประกอบการที่อยู่ในประเทศแหล่งเงินได้เท่านั้น ทั้งนี้ บทบัญญัติเรื่องสถานประกอบการถาวรมักจะถูกบัญญัติไว้ในข้อ 5 แห่งอนุสัญญาฯ ซึ่งในความหมายทั่วไป สถานประกอบการถาวร หมายถึง สถานธุรกิจประจำซึ่งวิสาหกิจใช้ประกอบธุรกิจทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และนอกจากการมีสถานธุรกิจประจำตามหลักข้างต้นจะถือเป็นสถานประกอบการถาวรแล้ว ยังมีการกำหนดให้ตัวแทนบางประเภทที่ดำเนินธุรกิจแทนวิสาหกิจเป็นสถานประกอบการถาวรของวิสาหกิจด้วย ขณะเดียวกันในอนุสัญญาฯ ก็ได้มีการกำหนดให้ถือว่า การดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจบางประเภทของวิสาหกิจต่างประเทศเป็นสถานประกอบการถาวรหรือไม่เป็นอีกทางหนึ่งด้วย ไม่ว่ากิจกรรมนั้นจะเข้าข่ายสถานประกอบการถาวรประเภทตัวแทนหรือไม่ก็ตาม 35

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า ในกรณีที่ประเทศไทยเป็นประเทศแหล่งเงินได้ กว่าจะไรจากการประกอบธุรกิจต่างๆ ของบริษัทต่างประเทศนั้น ประเทศไทยจะมีสิทธิจัดเก็บภาษีได้ตามขอบแห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนก็ต่อเมื่อบริษัทต่างประเทศเข้ามาประ

35 ศุภรัตน์ วัฒนกุล, "สถานประกอบการถาวร," สรรพากรศาสตร์ 28 (กันยายน-ตุลาคม, 2534) : 109.

กอบกิจการโดยมีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย ซึ่งอย่างไรบ้างที่ถือว่าเป็นสถานประกอบการถาวรก็ต้องพิจารณาจากอนุสัญญาภาษีซ้อนเป็นหลัก

หากพิจารณาจากอนุสัญญาภาษีซ้อนแล้วสามารถจัดแบ่งประเภทของสถานประกอบการถาวรได้เป็น 3 ประเภทด้วยกันคือ 36

(1) สถานประกอบการถาวรประเภททรัพย์สิน ( Assets type P.E.) คือ สถานธุรกิจประจำที่วิสาหกิจต่างประเทศใช้ประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนโดยพิจารณาจากทรัพย์สินในรูปของสถานธุรกิจประจำ ซึ่งสถานธุรกิจประจำบางอย่างอนุสัญญาฯจะกำหนดว่าให้เป็นสถานประกอบการถาวรไว้ชัดเจนเลย เช่น สถานที่จัดการ สาขา สำนักงาน โรงงาน ฯลฯ

(2) สถานประกอบการถาวรประเภทตัวแทน ( Agency type P.E.) คือตัวแทนที่มีสถานภาพไม่อิสระได้กระทำการแทนวิสาหกิจต่างประเทศ โดยมีอำนาจในการทำสัญญาต่าง ๆ ในนามของวิสาหกิจและได้ใช้อำนาจนั้นอยู่เป็นประจำ

(3) สถานประกอบการถาวรประเภทกิจกรรม ( Activity type P.E.) คือ การประกอบกิจกรรมบางประเภทจะเป็นเหตุให้วิสาหกิจมีสถานประกอบการถาวร ทั้งนี้ ก็ด้วยแนวคิดเกี่ยวกับสถานประกอบการถาวรเป็นการพยายามโยงความสัมพันธ์ระหว่างกิจกรรมทางธุรกิจกับแหล่งที่มาของเงินได้

เพราะฉะนั้น ในการพิจารณาว่าวิสาหกิจในประเทศคู่สัญญา มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทยตามอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาทั้งสามประเภทเป็นรายๆ ไป เพราะว่าอนุสัญญาฯแต่ละฉบับจะมีความแตกต่างกันในรายละเอียด

### 3.2 การกำหนดผลได้จากทุนให้เป็นเงินได้ของสถานประกอบการถาวร

ดังได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า อนุสัญญาภาษีซ้อนจะให้สิทธิประเทศ

ที่เป็นเจ้าของแหล่งเงินได้ทำการจัดเก็บภาษีในกำไรจากธุรกิจของวิสาหกิจนั้น ก็ต่อเมื่อวิสาหกิจนั้นได้ประกอบกิจการโดยมีสถานประกอบการถาวรในประเทศแหล่งเงินได้ ซึ่งคำว่า "กำไรของวิสาหกิจ" ตามความในข้อบทกำไรจากธุรกิจนั้น มีขอบข่ายกว้างโดยรวมถึงการประกอบธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรทุกชนิด (Active Business) แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการลงทุน (Passive Business on Investment) <sup>37</sup> และเงินได้ประเภทดอกเบี้ย เงินปันผล และค่าแห่งสิทธิ และโดยความหมายดังกล่าวย่อมรวมถึงกำไรจากการจำหน่ายทรัพย์สินที่มีใช้สินค้าหรือผลได้จากทุนด้วยเช่นกัน

ดังนั้น กำไรของวิสาหกิจต่างประเทศที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญา กับประเทศไทยจะถูกเก็บภาษีในประเทศไทยได้ ก็เฉพาะในกรณีที่วิสาหกิจนั้นมีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย และกำไรดังกล่าวหมายถึงกำไรทุกชนิดที่เป็นกำไรในเชิงพาณิชย์

ปัญหาในการกำหนดผลได้จากทุน ให้เป็นเงินได้ของสถานประกอบการถาวรยังมีประเด็นในเรื่องของ "Force of Attraction Doctrine" ซึ่งหมายถึงกรณีที่นักลงทุนมีแหล่งดึงดูดความสนใจอยู่ในประเทศแหล่งเงินได้(ไทย) แต่มีกิจกรรมเกิดขึ้นโดยตรงระหว่างสำนักงานใหญ่กับลูกค้านในประเทศไทย ซึ่งโดยหลักของนโยบายภาษีซ้อนแล้ว กำไรที่สำนักงานได้รับจะนำมารวมคำนวณเป็นเงินได้ของสถานประกอบการถาวร ก็ต่อเมื่อเป็นกิจกรรมที่มีลักษณะ เช่นเดียวกันหรือสืบเนื่องกัน ซึ่งการตีความหลัก "Force of Attraction" นั้นค่อนข้างเห็นได้ในกรณีที่สำนักงานใหญ่ส่งเงินเข้ามาลงทุนถือหุ้นในประเทศไทยโดยตรง ซึ่งกรมสรรพากรมีแนววินิจฉัยอยู่หลายฉบับ (เช่นหนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0804/5355 ลงวันที่ 24 มีนาคม 2529, ที่ กค.0804/2999 ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2519 และที่ กค.0804/5335 ลงวันที่ 24 มิถุนายน 2534 - ผู้เขียน) โดยมีแนวทางการตีความตรงกันว่าเงินปันผลหรือกำไรฝ่ายทุนที่ได้รับจากการประกอบกิจการในประเทศไทย ไม่ต้องนำไปรวมคำนวณเป็นเงินได้ของสถานประกอบการถาวรที่กำสั่งประกอบธุรกิจอย่างอื่น <sup>38</sup>

<sup>37</sup> พิกพ วีระพงษ์ ,ประมวลกฎหมาย ระเบียบ คำสั่ง ว่าด้วยอนุสัญญาภาษีซ้อน , หน้า 23.

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

จากแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรสามารถวางหลักได้ว่า เงินได้ของสำนักงานใหญ่ไม่ต้องนำไปรวมคำนวณเป็นเงินได้ของสถานประกอบการถาวรในประเทศไทยแต่อย่างใด หากสำนักงานไม่ได้คงไว้ซึ่งสถานประกอบการถาวรในประเทศไทยในกิจกรรมอันใหม่นั้น กำไรจากธุรกิจในส่วนนี้จึงไม่อาจถูกเก็บภาษีได้ในประเทศไทยเนื่องจากมีกำไรที่พึงถือว่าเป็นของสถานประกอบการถาวรนั้น และกำไรดังกล่าวหมายความถึงเฉพาะเงินปันผลหรือกำไรฝ่ายทุนเท่านั้น ซึ่งในส่วนของกำไรฝ่ายทุนอาจได้แก่ การจำหน่ายทรัพย์สินที่มีใช้สินค้าหรือการขายหุ้นที่ถือไว้เพื่อรอรับเงินปันผลอันเป็นการลงทุนอีกรูปแบบหนึ่ง เป็นต้น

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่า ในกรณีบริษัทต่างประเทศเข้ามามีสถานประกอบการถาวรและถือหุ้นในบริษัทไทย กรมสรรพากรถือว่ามิได้ประกอบกิจการในประเทศไทย ดังนั้น หากต่อมาได้ขายหุ้นออกไป กำไรที่ได้จากการขายหุ้นจึงไม่นับเป็นเงินได้ของสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย ซึ่งหากพิจารณาสภาพการณ์ปัจจุบันแล้วจะพบว่าบริษัทต่างประเทศเข้ามาซื้อขายหุ้นในเชิงการค้าเป็นส่วนใหญ่ แม้บริษัทต่างประเทศจะมีสถานประกอบการถาวรที่กำลังประกอบธุรกิจอย่างอื่นก็ตาม กำไรที่ได้จากการขายหุ้นดังกล่าวนี้จะถือว่าเป็นเงินได้ของสถานประกอบการถาวรนั้นหรือไม่ จึงเป็นปัญหาที่ต้องรอดำเนินการวินิจฉัยของกรมสรรพากรเพื่อวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวต่อไป

#### 4. แนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับผลได้จากทุน

หลังจากได้ทราบแนวการพิจารณา และขอข้ายความหมายของผลได้จากทุนไปพอสมควรแล้ว ต่อไปจะขอกล่าวถึงแนวการวินิจฉัยหรือการตีความของกรมสรรพากรที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ ซึ่งโดยทั่วไปแนวคำวินิจฉัยที่มีปรากฏนั้นจะพบอยู่สองลักษณะใหญ่ ๆ ด้วยกัน คือ ผลได้จากทุนในกรณีของการขายหุ้นและผลได้จากทุนในกรณีอื่น ๆ และสองลักษณะดังกล่าวนี้ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของการซื้อขายหุ้นไม่ว่าโดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลไทยหรือต่างประเทศ

นอกจากนี้ แนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรที่วินิจฉัยเกี่ยวกับผลได้จากทุนภายใต้ตอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นก็มิได้มีมากนักและกรณีจะเป็นเรื่องของการซื้อขายหุ้นเสียเป็นส่วนใหญ่เช่นกัน ดังนั้น ในการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรดังกล่าวนี้ จึงเป็นเพียงแนวทางศึกษาอีกทางหนึ่ง เพื่อวิเคราะห์ผลได้จากทุนแต่คงไม่สามารถตอบคำถามเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ทั้งหมด

#### 4.1 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการขายหุ้น

แนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับการขายหุ้น เท่าที่ศึกษาส่วนใหญ่ เป็นกรณีที่อนุสัญญาภาษีซ้อนมิได้กำหนดเงินได้ดังกล่าวว่าอยู่ในประเภทใดโดยเฉพาะ ในแนวคำวินิจฉัยดังกล่าว กรมสรรพากรได้พิจารณาภาวะภาษีเงินได้จากการขายหุ้นภายใต้ข้อบทผลได้จากทุนเป็นหลัก และแทบจะไม่ปรากฏว่ามีการพิจารณาตามข้อบทว่าไรจากธุรกิจ เช่น กรมสรรพากรเคยวินิจฉัยว่า กรณีผู้ถือหุ้นของบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลสัญชาติญี่ปุ่น มีภูมิลำเนาที่ตั้งสำนักงานอยู่ที่ประเทศญี่ปุ่นและไม่มีสำนักงานสาขาในประเทศไทย ได้โอนหุ้นที่ถืออยู่ในบริษัทให้แก่ผู้รับโอนที่เป็นบุคคลธรรมดาและบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลสัญชาติไทย โดยกระทำการโอนและชำระเงินในประเทศไทย เงินได้จากการโอนหุ้นดังกล่าวไม่เข้าลักษณะเป็นกำไรจากธุรกิจ หากแต่เป็นผลได้จากทุน (Capital Gains) <sup>39</sup>

นอกจากนี้ กรมสรรพากรยังได้เคยวินิจฉัยกรณีคล้าย ๆ กันว่า กรณีบริษัทในประเทศสวีเดนซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสวีเดน ไม่มีสถานประกอบกิจการในประเทศไทย และไม่มีตัวแทนซื้อขายหุ้นอยู่ในประเทศไทย เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทไทย จำนวน 26% ต้องการขายหุ้นดังกล่าวของบริษัทในประเทศสวีเดนราคาหุ้นละ 1,000 บาทให้กับผู้ซื้อหุ้นที่เป็นคนไทย ชาวสวีเดน (ทำงานในประเทศไทยเป็นเวลา 10 ปีแล้ว) และชาวอังกฤษ ซึ่งได้ถิ่นฐานที่อยู่ในประเทศไทยในราคาหุ้นละ 1,500 บาท บริษัทในประเทศสวีเดนซื้อหุ้นจากบริษัทไทยและร่วมลงทุนครั้งแรกเมื่อก่อตั้ง เมื่อบริษัทไทยขยายการลงทุนทางบริษัทในประเทศสวีเดนก็โอนเงินค่าเพิ่มทุนมาให้ จากนั้นบริษัทในประเทศสวีเดนก็ขายหุ้นให้กับผู้ถือหุ้นรายอื่น ๆ โดยกระทำการซื้อขายกันโดยตรง เงินได้จากการขายหุ้นตามข้อเท็จจริงนี้เข้าลักษณะเป็นกำไรในการขายหรือโอนทรัพย์สินที่เป็นทุน <sup>40</sup>

จากกรณีข้างต้นหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า

การที่กรมสรรพากร

<sup>39</sup> หนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0802/3515 ลงวันที่ 10 มีนาคม 2530

<sup>40</sup> หนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0802/7261 ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2531



ได้มีแนววินิจฉัยดังกล่าว เนื่องจากกรณีข้อเท็จจริงเป็นเรื่องการขายหุ้นที่มีการถือครองอย่างเป็นทรัพย์สินไม่ใช้การขายหุ้นที่ซื้อมาอย่างเป็นสินค้า ดังนั้น หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นกรณีการขายหุ้นอย่างเป็นสินค้าแล้ว แนวคำวินิจฉัยนี้อาจเปลี่ยนเป็นว่ากำไรจากธุรกิจ ซึ่งไม่ใช้เงินได้ภายใต้ข้อบทผลได้จากทุนอีกต่อไป

อย่างไรก็ดี มีอนุสัญญาภาษีซ้อนอยู่ฉบับหนึ่งคือ ฉบับไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นฉบับเดิม (ฉบับใหม่คือฉบับปัจจุบันลงนามเมื่อวันที่ 7 เมษายน 2533 เริ่มมีผลใช้บังคับในประเทศไทยนับแต่วันที่ 1 มกราคม 2534) กรมสรรพากรเคยวินิจฉัยว่าเงินได้จากการขายหุ้นของผู้ลงทุนญี่ปุ่น เป็นกำไรจากธุรกิจ (กำไรจากอุตสาหกรรมหรือการพาณิชย์) <sup>41</sup> ซึ่งต่อมามีคณะกรรมการพิจารณาปัญหากฎหมายและอุทธรณ์หรือคำร้องของกรมสรรพากรได้พิจารณาแนวคำวินิจฉัยดังกล่าว และได้มีมติเพื่อชักชวนความเข้าใจโดยมีใจความสำคัญว่า "กรณีเงินได้จากการขายหุ้นที่จะถือเป็นกำไรจากอุตสาหกรรมหรือการพาณิชย์ตามบทนิยามในข้อ 2 วรรคหนึ่ง (ฐ) แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับไทย-ญี่ปุ่น (เดิม) ต้อง เป็นการซื้อขายที่กระทำเป็นปกติในธุรกิจการค้าของตน ถ้าเป็นการซื้อขายที่กระทำเป็นครั้งคราวในลักษณะลงทุนเพื่อหวังดอกผลกำไรจากการซื้อขายดังกล่าว ย่อมถือเป็นผลได้จากทุน (Capital Gains) <sup>42</sup>

จากความเห็นของคณะกรรมการ ฯ ดังกล่าวข้างต้น สรุปได้ว่าเงินได้จากการขายหุ้นมิใช่ว่าจะอยู่ในข้อบทกำไรจากธุรกิจ แม้ว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนจะกำหนดให้อยู่ในความหมายของกำไรจากธุรกิจก็ตาม หากเงินได้ดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นผลได้จากทุนคือเป็นเงินได้จากการซื้อขายที่กระทำเป็นครั้งคราวในลักษณะลงทุนเพื่อหวังดอกผล ย่อมถือเป็นผลได้จากทุน ซึ่งแนววินิจฉัยดังกล่าวทำให้ทราบว่าการสรรพากรใช้หลักลักษณะและพฤติกรรมของการซื้อขายหุ้นเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ หากการซื้อขายเป็นครั้งคราวในลักษณะลงทุนเพื่อหวังดอกผลกำไรจากการซื้อขายถือเป็นผลได้จากทุน แต่หากซื้อขายเป็นปกติในทางการค้าให้ถือเป็นกำไรจากธุรกิจ

41 หนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0802/18444 ลงวันที่ 10 กันยายน 2522

42 มติ กพอ.ครั้งที่ 14/2527 ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 2527 (ระเบียบวาระที่ 2)



ทั้งนี้ มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้เพิ่มเติมว่า เกี่ยวกับการพิจารณาประเภทของเงินได้จากการขายหุ้นตามอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น อาจพิจารณาได้เป็นสองประเภทคือ ผลได้จากทุนและกำไรจากธุรกิจ โดยแบ่งตามลักษณะและพฤติกรรมของการซื้อขายหุ้น ถ้าเป็นการซื้อขายที่เป็นการลงทุนซึ่งพิจารณาจากการซื้อขายที่กระทำเป็นครั้งคราว หรือหุ้นที่ขายเป็นหุ้นที่ได้มาเพื่อหวังเงินปันผลหรือมูลค่าที่เพิ่มขึ้นในอนาคต ย่อมอยู่ในข้อผลได้จากทุน แต่ถ้าเป็นการซื้อขายที่เป็นการค้าผู้ซื้อขายทำการค้าหุ้นเป็นปกติธุรกิจ ก็ถือว่าอยู่ในข้อกำไรจากธุรกิจ การพิจารณาดังกล่าวใช้ได้กับอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยทั่วไป ไม่ว่าจะอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับนั้นจะมีการกำหนดเกี่ยวกับเงินได้จากการขายหุ้นไว้เฉพาะในข้อผลได้จากทุน หรือกำไรจากธุรกิจ หรือไม่มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม 43

นอกจากกรณีการซื้อขายหุ้นดังกล่าวแล้ว กรมสรรพากรได้เคยวินิจฉัยกรณีการมีตัวแทนขายหุ้นในประเทศไทยซึ่งเห็นว่าเป็นประเด็นที่น่าศึกษาอย่างยิ่ง เพราะปัจจุบันปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นมากในทางปฏิบัติ ในเรื่องดังกล่าวกรมสรรพากรวินิจฉัยว่า การที่บริษัทต่างประเทศส่งเงินเข้ามาลงทุนซื้อขายหุ้น แม้จะมีตัวแทนขายหุ้นให้ในประเทศไทยก็ตาม เฉพาะกิจการซื้อขายหุ้นไม่เข้าลักษณะการประกอบกิจการในประเทศไทย ตามมาตรา 76 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น ผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนหุ้นซึ่งตีราคาเป็นเงินได้เกินกว่าที่ลงทุน บริษัทต่างประเทศจะต้องเสียภาษีเงินได้โดยผู้จ่ายมีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่าย ตามวิธีการและอัตราที่ตั้งบัญญัติไว้ในมาตรา 70 (2) แห่งประมวลรัษฎากร (ปัจจุบันคือมาตรา 70-ผู้เขียน) 44 และนอกจากนี้ กรมสรรพากรเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับการเข้ามาซื้อขายและถือหุ้นของบริษัทต่างประเทศในลักษณะอื่นอีก เช่น กรณีที่ให้สำนักงานในต่างประเทศเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย แม้จะมีสาขาเป็นผู้ทำการติดต่อให้ เฉพาะกิจการถือหุ้นไม่ถือว่าเป็นการประกอบกิจการในประเทศไทย เมื่อบริษัทต่างประเทศได้รับเงินปันผลจากการถือหุ้น

43 ศักรินทร์ ร่วมรังษี, "ปัญหาบางประการในการจัดเก็บภาษีเงินได้เกี่ยวกับการขายหุ้น," , หน้า 115.

44 หนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0804/5355 ลงวันที่ 24 มีนาคม 2529

ดังกล่าว จึงไม่ต้องนำเงินปันผลที่ได้มารวมคำนวณเป็นกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีของบริษัทสาขาในประเทศไทย 45 หรือในกรณีที่บริษัทต่างประเทศได้เปิดบัญชีเงินฝากไว้กับธนาคารต่างประเทศในประเทศไทย โดยมอบให้แผนกหุ้นของธนาคารดังกล่าวเป็นผู้จัดการซื้อขายหุ้นจากตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ไม่ว่าจะ เป็นหุ้นของบริษัทในประเทศไทยหรือต่างประเทศ เมื่อบริษัทได้รับเงินปันผลต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย ตามมาตรา 70 (2) แห่งประมวลรัษฎากร (ปัจจุบันคือ มาตรา 70 - ผู้เขียน) 46

ฉะนั้น หากพิจารณาแนววินิจฉัยกรมสรรพากรข้างต้น แสดงให้เห็นว่ากรมสรรพากรถือว่า การที่บริษัทต่างประเทศเข้ามาซื้อขายและถือหุ้นในประเทศไทยยังมีใช่เป็นการประกอบกิจการในประเทศไทย ไม่ว่าจะการซื้อขายหุ้นจะกระทำโดยมีสำนักงานสาขาหรือตัวแทน หากบริษัทดังกล่าวมีเงินได้จากการขายหุ้นซึ่งเป็นหุ้นที่ก่อให้เกิดเงินปันผลจะถือว่าบริษัทนั้นมิได้ประกอบกิจการในประเทศไทย และมีหน้าที่เสียภาษีเงินได้ในตีบุคคลตามมาตรา 70 ในเรื่องการซื้อขายหุ้น ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการคำนวณผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนหุ้นซึ่งตีราคาเป็นเงินได้เกินกว่าที่ลงทุน ซึ่งกรมสรรพากรวางหลักไว้ว่าการคำนวณผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนหุ้น ซึ่งตีราคาเป็นเงินได้เกินกว่าที่ลงทุนตามมาตรา 40(4)(ข) เพื่อนำไปคำนวณหักภาษีเงินได้ตามมาตรา 70 (2) (ปัจจุบันคือมาตรา 70 - ผู้เขียน) นั้นจะต้องคิดคำนวณเป็นรายหุ้น หุ้นใดมีผลประโยชน์เกินกว่าที่ลงทุนบริษัทฯ จะต้องคำนวณหักภาษีเงินได้ตามมาตราดังกล่าวสำหรับหุ้นนั้น ส่วนหุ้นใดคำนวณแล้ว ไม่มีผลประโยชน์เกินกว่าที่ลงทุนก็ไม่ต้องหักภาษีเงินได้ตามมาตราดังกล่าว 47

อย่างไรก็ตาม การคำนวณผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนหุ้นเป็นรายหุ้นนี้ทำให้เกิดปัญหาในการคำนวณเงินได้ที่ต้องนำมาเสียภาษี เนื่องจากหุ้นเป็นทรัพย์สิน

45 หนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0804/2999 ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2519

46 หนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0804/5335 ลงวันที่ 24 มิถุนายน 2534

47 หนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0804/14018 ลงวันที่ 20 กรกฎาคม 2524

และที่ กค.0804/19247 ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2520

ที่สามารถเอาหุ้นประเภท ชนิด และจำนวนเดียวกันทดแทนกันได้ ดังนั้น เมื่อมีการซื้อหุ้นใน บริษัทแห่งหนึ่งมาหลายครั้ง หลายราคา และนำหุ้นนั้นมาเก็บไว้รวมในที่เดียวกัน ต่อมาได้ขาย หุ้นดังกล่าวออกไปบางส่วนจะถือว่าเป็นการขายหุ้นที่ซื้อมาในครั้งใดราคาใด

ปัญหาดังกล่าว กรมสรรพากรเองก็ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในการคำนวณ หุ้นเป็นรายตัวไว้ มีเพียงแนวทางให้นำราคาขายของหุ้นตัวใดหักด้วยราคาซื้อของหุ้นตัวนั้น ซึ่งกรมสรรพากรพิจารณาจากใบหุ้นที่รับมอบขณะซื้อและใบหุ้นที่ส่งมอบขณะขายเป็นสำคัญ แต่ ปัจจุบันแนวทางดังกล่าวน่าจะไม่สามารถกำหนดตัวหุ้นได้ถูกต้อง เพราะผู้ลงทุนจะ เก็บหุ้นรวมไว้ ที่บริษัทนายหน้าหรือฝากไว้กับศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ ผู้ลงทุนจะถือหุ้นก็โดยปรากฏเป็นตัว เลขใน บัญชีและการส่งมอบหุ้นก็ใช้การหักโอนทางบัญชี จึงทำให้ไม่สามารถกำหนดตัวหุ้นตามใบหุ้นที่ส่ง มอบได้อย่างถูกต้อง<sup>48</sup> แต่ทั้งนี้ทั้งนั้น ปัจจุบันนักลงทุนก็มีวิธีปฏิบัติโดยใช้หลัก เกณฑ์ทางบัญชีมา ช่วยในการกำหนดเช่น เกณฑ์ถัวเฉลี่ย เกณฑ์ซื้อก่อนขายก่อน และ เกณฑ์ซื้อหลังขายก่อน เป็นต้น ซึ่งรายละเอียดเป็นเรื่องทางบัญชีจึงไม่ขอกล่าวในที่นี้

นอกจากภาษีผลได้จากทุนจากการขายหุ้นดังกล่าวข้างต้น ยังมีปัญหา เกี่ยวกับภาวะภาษีของหุ้นที่แปลงสภาพ โดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยมีความ เห็นว่า หุ้นที่แปลงสภาพ ณ วันแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญ ไม่ควรต้องเสียภาษีเพราะ เป็นเพียงการเปลี่ยน สภาพหุ้นจากหุ้นกู้เป็นหุ้นสามัญ มิใช่เป็นการโอนเปลี่ยนมือหรือซื้อขายกัน จึงยังไม่มีเงินได้ที่จะ ต้องเสียภาษี ซึ่งกรมสรรพากรก็มีความเห็นตรงกันว่าการแปลงสภาพจากหุ้นกู้เป็นหุ้นสามัญตาม ข้อเท็จจริงดังกล่าวยังมิใช่เป็นการโอนเปลี่ยนมือหรือซื้อขายซึ่งก่อให้เกิดเงินได้หรือสิทธิที่จะ ได้รับเงินได้จริง กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นยังไม่มีผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนหุ้นกู้ซึ่งตราเป็นเงินได้ เกินกว่าที่ลงทุนอันเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากร กรณีจึง ไม่เข้าลักษณะ เงินได้พึงประเมินที่ต้องเสียภาษีเงินได้ ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ไม่ต้องนำรายได้ส่วนเกินหุ้น ณ วันแปลงสภาพมารวมคำนวณภาษีเพื่อเสียภาษีเงินได้แต่อย่างใด

48 ศักรินทร์ ร่วมรังษี, "ปัญหาบางประการในการจัดเก็บภาษีเงินได้เกี่ยวกับการ ขายหุ้น," หน้า 87.

แต่ก่อนทำการแปลงสภาพหากหุ้นกู้ครบกำหนดเวลาหรือผู้ถือหุ้นกู้ได้รับดอกเบี้ยซึ่งเป็นเงินได้ตาม  
มาตรา 40(4)(ก) ผู้ถือหุ้นก้ยังคงมีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้จากดอกเบี้ยที่ได้รับตามปกติ 49

อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาเพิ่มเติมในทางกลับกันคือ หากผู้ถือหุ้นไม่  
ประสงค์ที่จะแปลงสภาพหุ้นจากหุ้นกู้เป็นหุ้นสามัญ แต่เลือกที่จะไถ่ถอนหุ้นกู้และเมื่อไถ่ถอนผู้ถือหุ้น  
จะได้รับเงินจำนวนหนึ่ง เงินจำนวนที่ผู้ถือหุ้นได้รับนี้จะนับเป็นดอกเบี้ยหรือผลได้จากทุนเนื่อง  
จากเงินจำนวนนี้หากผู้ถือหุ้นไม่ทำการแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญ เมื่อครบกำหนดเวลาผู้ถือหุ้นก็จะ  
ได้รับดอกเบี้ยจากการถือหุ้นกู้นี้ แต่เนื่องจากผู้ถือหุ้นได้เลือกที่จะไถ่ถอน ผู้ถือหุ้นจึงได้รับจำนวน  
เงินค่าไถ่ถอนแทน (ซึ่งอาจเปรียบเสมือนดอกเบี้ยหากว่าเมื่อครบกำหนดเวลา)

ประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าเงินจำนวนที่ผู้ถือหุ้นได้รับมานี้ บางจ  
นวนนับเป็นเงินที่ผู้ถือหุ้นได้ลงทุนไปแล้วได้กลับคืนมา และบางจำนวนนับเป็นเงินดอกเบี้ยซึ่งคิด  
ตามเวลาที่ผู้ถือหุ้นได้ถือหุ้นกู้นี้อยู่ ส่วนเงินจำนวนที่เหลืออีกส่วนหนึ่ง ไม่ว่าจะเรียกว่าเป็นเงิน  
พรีเมียม (premium) หรือเงินโบนัส (bonus) ก็ตาม ผู้ถือหุ้นก็จะได้รับมาจากการไถ่ถอนหุ้น  
กู้นี้ด้วย และโดยทั่วไปจะมีวิธีการคิดอัตราดังกล่าวซึ่งขึ้นอยู่กับระยะเวลาที่ถือหุ้นกู้นั้น ซึ่งเงิน  
โบนัสหรือพรีเมียมดังกล่าวนี้เอง ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะนับเป็นผลได้จากทุนได้เช่นกัน เพราะ  
อาจนับเป็นเสมือนผลต่างระหว่างราคาไถ่ถอนกับราคาที่ลงทุนแต่เดิม แต่ทั้งนี้ เนื่องจากยังไม่มี  
แนววินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าว กรมจึงต้องติดตามแนววินิจฉัย  
ของกรมสรรพากรต่อไป

จากแนววินิจฉัยกรมสรรพากรข้างต้น จะเห็นว่ากรมสรรพากร  
ถือว่ากรณีไม่มีการโอนเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินจึงไม่มีภาวะภาษีเกิดขึ้น แต่กระนั้นก็ตาม มีนักกฎหมาย  
หลายท่านให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า ณ วันแปลงสภาพหุ้นกู้เป็นหุ้นสามัญจะมีราคาตลาดของ  
หุ้นสามัญเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย กล่าวคือ ในกรณีราคาตลาดที่ซื้อขายกันสูงกว่ามูลค่าที่จดทะเบียน  
ย่อมถือได้ว่ามี การเปลี่ยนแปลงสภาพจากหุ้นกู้เป็นหุ้นสามัญทำให้ผู้ถือหุ้นมีรายได้ส่วนเกินทุน (Capital  
Gains) เกิดขึ้นและถือเป็นเงินได้พึงประเมินที่ต้องเสียภาษีตามประมวลรัษฎากร (ตามคำนิยาม

"เงินได้พึงประเมิน" ในมาตรา 39) อย่างไรก็ดี ก็ยังมีปัญหาว่าเงินได้พึงประเมินที่นำมาเสียภาษีจะต้องเป็นเงินได้ที่ได้รับจริงและในกรณีนี้จะถือว่าได้รับจริงแล้วหรือไม่

ผู้เขียนเองมีความเห็นในทางที่ว่า การเก็บภาษีผลได้จากทุนควรจะเก็บตามหลัก Realized Capital Gains ซึ่งให้เก็บภาษีต่อเมื่อได้รับผลได้จริงดังที่หลายประเทศจัดเก็บอยู่ แม้ในทางเศรษฐศาสตร์จะมองว่าผลได้จากทุนก็คือ มูลค่าของทรัพย์สินที่สูงขึ้นตามกาลเวลา และมูลค่าที่เพิ่มขึ้นจะเป็นมูลค่าที่คำนวณหรือกำหนดเป็นตัวเงินได้โดยอาจคำนวณหาได้โดยการนำเอาราคา ณ วันคำนวณหักด้วยราคาในขณะที่ได้มาก็ตาม แต่เนื่องจากการคำนวณผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนหุ้นตามมาตรา 40(4)(ข) จะคำนวณเฉพาะส่วนที่ตีราคาเป็นเงินได้เกินกว่าที่ลงทุนและต้องเป็นผลได้ที่ได้รับจริง การเปลี่ยนสภาพจากหุ้นกู้เป็นหุ้นสามัญซึ่งทำให้ผู้ถือหุ้นมีรายได้ส่วนเกินทุนนั้น จึงไม่น่าจะพิจารณาแตกต่างไปจากกรณีตามมาตรา 40(4)(ข) ดังนั้น การที่ให้ความเห็นว่าคุณ วันแปลงสภาพหุ้นกู้เป็นหุ้นสามัญจะมีราคาตลาดของหุ้นสามัญเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย กรณีจึงไม่ต่างไปจากการประเมินราคาทรัพย์สินเพิ่มขึ้น ดังนี้ จึงเห็นว่าแนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรดังกล่าวจึงน่าจะถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ว่า จะเก็บภาษีผลได้จากทุนต่อเมื่อได้รับผลได้นั้นจริง

#### 4.2 แนวคำวินิจฉัยผลได้จากทุนในกรณีอื่น ๆ

สำหรับแนวคำวินิจฉัยผลได้จากทุนในกรณีอื่น ๆ นอกจากกรณีการขายหุ้นดังกล่าวมาในหัวข้อ 4.1 มีประเด็นที่น่าสนใจคือ เรื่องการขายคืนหน่วยลงทุน ผลประโยชน์ที่ได้จากการเลิกบริษัท และกรณีของใบสำคัญแสดงสิทธิในการซื้อหุ้น ซึ่งในเรื่องดังกล่าวได้เคยกล่าวมาบ้างแล้วในบทก่อน ๆ แต่ในหัวข้อนี้จะศึกษาโดยพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรเป็นสำคัญ

ปัญหาในเรื่องของการขายคืนหน่วยลงทุน กรมสรรพากรได้เคยมีคำวินิจฉัยว่ากรณีบริษัทซึ่งตั้งอยู่ในต่างประเทศและไม่มีสถานประกอบการถาวร นายหน้าตัวแทนหรือผู้ทำการติดต่อในประเทศไทย มีเงินได้จากการโอนหรือขายคืนหน่วยลงทุนในกองทุนรวมซึ่งตีราคาเป็นเงินได้เกินกว่าที่ลงทุน (Capital Gains) ไม่ว่าจะขายในลักษณะที่กองทุนยังดำเนินกิจการอยู่หรือเมื่อกองทุนเลิกก่อนอายุหรือสิ้นอายุของกองทุน เงินได้ดังกล่าวเข้าลักษณะ

เป็นเงินได้ตามมาตรา 40 (4) (ซ) แห่งประมวลรัษฎากร ส่วนกรณีบริษัท OCBC Trustee Ltd. ซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ไม่มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย มีเงินได้จากการโอนหรือขายคืนหน่วยลงทุนของกองทุนรวม และโดยที่เงินได้ดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นผลได้จากการจำหน่ายทรัพย์สิน ซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ที่มีใช้ส่วนหนึ่งของทรัพย์สินธุรกิจที่ใช้ในสถานประกอบการถาวรที่บริษัท OCBC Trustee Ltd. มีอยู่ในประเทศไทย ดังนั้นเงินได้ดังกล่าวจึงได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ในประเทศไทย แต่ต้องเสียภาษีเงินได้ในประเทศสิงคโปร์ซึ่งเป็นประเทศที่บริษัทฯ ผู้โอนหรือขายเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ ทั้งนี้ ตามข้อ 13 วรรค 3 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับไทย-สิงคโปร์ 50

หากพิจารณาคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรข้างต้น จะเห็นว่า กรมสรรพากรวางหลักว่า เงินได้จากการขายคืนหน่วยลงทุนในกองทุนรวมโดยบริษัทสิงคโปร์ซึ่งไม่ได้ประกอบกิจการและไม่มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายตามข้อ 13 วรรค 3 แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับไทย-สิงคโปร์ นั่นคือกรมสรรพากรถือว่าเงินได้จากการขายคืนหน่วยลงทุนเป็นผลได้จากทุนตามความหมายแห่งอนุสัญญาฯ ดังกล่าว คำวินิจฉัยของกรมสรรพากรดังกล่าว อาจนับได้ว่าเป็นอีกแนวคำวินิจฉัยหนึ่งซึ่งมีปรากฏน้อย และยังเป็นกรณีของผลได้จากทุนกรณีอื่น ๆ นอกเหนือจากการขายหุ้นดังที่เราพบเห็นอยู่เสมอ นอกจากนี้ยังเป็นกรณีวินิจฉัยภายใต้ขอบผลได้จากทุนตามอนุสัญญาภาษีซ้อนอีกด้วย จึงนับเป็นคำวินิจฉัยที่น่าสนใจติดตามต่อไปว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงกรณีอื่น ๆ ได้หรือไม่อย่างไร

ลำดับต่อไปจะขอกล่าวถึงผลประโยชน์ที่ได้จากการเลิกบริษัท ซึ่งในเรื่องนี้กรมสรรพากรเคยวินิจฉัยไว้ว่า เงินได้ส่วนเกินเงินทุนที่ผู้ถือหุ้นได้จากกรณีบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเลิกกัน เข้าลักษณะเป็นเงินได้พึงประมาตามมาตรา 40(4)(จ) แห่งประมวลรัษฎากร เนื่องจากมิใช่เงินปันผลหรือเงินส่วนแบ่งกำไรตามมาตรา 40(4)(ข) 51

50 หนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0802/1842 ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2533 (โปรดดูรายละเอียดได้ที่ภาคผนวก ง)

51 โปรดดูหนังสือของกรมสรรพากรที่ กค.0802/20249 ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน 2533 และที่ กค.0802/140 ลงวันที่ 6 มกราคม 2532



กระนั้นก็ตาม ในเรื่องผลประโยชน์ที่ได้จากการเลิกบริษัทนี้ยังไม่พบว่ามีความจำเป็นของกรมสรรพากรเกี่ยวกับอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่อย่างใด ทั้งนี้ หากเรื่องดังกล่าวขึ้นไปสู่การพิจารณาของกรมสรรพากรว่า ผลประโยชน์ที่ได้จากการเลิกบริษัทซึ่งหากคิดเป็นมูลค่าหรือราคาได้แล้วจะถือเป็นผลได้จากทุนตามความหมายแห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่ เราก็คงจะได้หลักเกณฑ์ใหม่ ๆ จากกรมสรรพากรซึ่งจะเป็นผู้ให้คำตอบในที่สุด

นอกจากเรื่องการขายคืนหน่วยลงทุน และผลประโยชน์จากการเลิกบริษัทแล้ว ยังมีข้อพิจารณาเพิ่มเติมเรื่องการลดทุนของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทว่ากรมสรรพากรจะวินิจฉัยว่าเป็นผลได้จากทุนด้วยหรือไม่ ซึ่งเงินได้จากการดังกล่าวนับเป็นเงินได้ตามมาตรา 40 (4) (ง) ดังนั้น เมื่อผู้มีเงินได้ต้องเสียภาษีตามกฎหมายภายในแล้ว หากผู้มีเงินได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทย ก็จะต้องพิจารณาภาระภาษีภายในต่ออนุสัญญาภาษีซ้อนด้วย อย่างไรก็ตาม หากตีความว่าการลดทุนและการคืนทุนดังกล่าวนี้เป็นการจำหน่ายทรัพย์สินตามข้อบทผลได้จากทุนแล้ว ผู้มีเงินได้ก็จะได้รับยกเว้นภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อน กล่าวคือ ประเทศไทยจะไม่มีสิทธิจัดเก็บภาษีดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากอนุสัญญาฯ โดยส่วนใหญ่จะกำหนดให้รัฐที่ผู้จำหน่ายเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่เท่านั้นมีสิทธิจัดเก็บ

ส่วนแนวคำวินิจฉัยกรณีของใบสำคัญแสดงสิทธิในการซื้อขายหุ้นนั้น ในการพิจารณาภาระภาษี เนื่องจากมีประกาศกระทรวงการคลัง เรื่องการกำหนดตราสาร ซึ่งเป็นหลักทรัพย์ประเภทหนึ่งที่สามารถนำมาจดทะเบียนเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนหรือหลักทรัพย์รับอนุญาตได้ กรมสรรพากรจึงมีความเห็นว่ากำไรจากการขายใบสำคัญแสดงสิทธิในการซื้อหุ้นจะต้องเสียภาษีเช่นเดียวกับหลักทรัพย์อื่น กล่าวคือ ถ้าซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์จะได้รับยกเว้นภาษี แต่ถ้าซื้อขายนอกตลาดหลักทรัพย์ต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราก้าวหน้า และเมื่อสิ้นปีต้องนำไปรวมกับเงินได้อื่นเพื่อเสียภาษีด้วย