

บทที่ 4

การจัดเก็บภาษีอากรจากการโอนทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นให้แก่บริษัท ตามกฎหมายของประ เทศสหรัฐอเมริกา

ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาดังกฎหมายภาษีอากรของประ เทศสหรัฐ อเมริกา ซึ่งถือได้ว่า เป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายภาษีอากรที่ก้าวหน้าสำหรับประเทศ ที่มีระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม โดยสรรพากรของสหรัฐอเมริกาได้พัฒนากฎหมายภาษี อากรเกี่ยวกับการโอนทรัพย์สินของผู้ถือหุ้นให้แก่บริษัทมาเป็นเวลานาน กฎหมายภาษี อากรของสหรัฐอเมริกาในที่นี้ก็คือ Internal Revenue Code ("IRC") ซึ่งเป็น กฎหมายของรัฐบาลกลางมีลักษณะทำนองเดียวกับประมวลรัษฎากรของไทย และ Income Tax Regulations ("ITR") ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ประกอบ IRC ในการ จัดเก็บภาษีอากรออกโดยสรรพากรสหรัฐอเมริกา Internal Revenue Service ("IRS")

โดยทั่วไปแล้ว บริษัทไม่รับรู้ผลกำไรหรือขาดทุน (gain หรือ loss) จากการออกหุ้นแต่อย่างใด และในส่วนของผู้ถือหุ้นนั้นก็จะมีภาระภาษีใด ๆ จากการซื้อหุ้นด้วยเงินสด กำไรหรือขาดทุนจากหุ้นดังกล่าวจะถูกรับรู้ก็ต่อเมื่อผู้ถือหุ้นได้ขาย หรือโอนหุ้นหรือเมื่อหุ้นไม่มีค่า อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้ถือหุ้นได้หุ้นมาโดยแลกกับทรัพย์สินอื่นซึ่งมิใช่เงินสดนั้น เขาก็จะมีกำไรหรือขาดทุนจากธุรกรรมการโอนทรัพย์สินเพื่อ แลกกับหุ้นในบริษัทดังกล่าว เป็นการขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินตามความหมายในมาตรา 1001(a) แห่ง IRC "การคำนวณกำไรหรือขาดทุน กำไรจากการขายหรือจำหน่าย ทรัพย์สินโดยวิธีอื่น ก็คือส่วนต่างที่มากกว่าของจำนวนเงินที่ขายได้ หรือจำหน่ายโดย วิธีอื่นที่ได้รับ (amount realized) ต่อต้นทุน (adjusted basis) ตามที่กำหนด ไว้ในมาตรา 1011 ส่วนขาดทุนก็คือส่วนต่างที่มากกว่าของ adjusted basis ต่อ amount realized นั้นเอง" ซึ่งผู้โอนจะมี กำไรหรือขาดทุนเป็นจำนวนเท่ากับส่วน ต่างระหว่างราคาของทรัพย์สินซึ่งโอนกับมูลค่าของหุ้นที่ได้รับ ผู้โอนจะต้องรับรู้ถึงกำไร หรือขาดทุน ดังกล่าวทั้งจำนวน เว้นแต่การโอนดังกล่าวเข้าลักษณะการโอนที่ไม่ต้อง รับรู้รายได้ (nonrecognition) ตาม IRC

บทบัญญัติใน IRC ที่เกี่ยวกับ "nonrecognition" ที่สำคัญมีดังนี้

1. มาตรา 351(a) มีสาระสำคัญว่า จะไม่ถือว่ามีการกำไร หรือ ขาดทุน ถ้าทรัพย์สินโอนไปยังบริษัท โดยมีวัตถุประสงค์แต่เพียงประการเดียวคือเพื่อแลกกับหุ้นในบริษัทดังกล่าว และภายหลังการโอนผู้โอนทั้งหลายควบคุมบริษัททันทีที่ทันใดภายหลังการแลกเปลี่ยนนั้น และ

2. มาตรา 361(a) มีสาระสำคัญว่า จะไม่ถือว่ามีการกำไรหรือขาดทุนในกรณีที่มีการปรับปรุงโครงสร้างองค์กร และบริษัทหนึ่งได้โอนทรัพย์สินไปให้อีกบริษัทหนึ่ง ซึ่งอยู่ภายใต้โครงการปรับปรุงโครงสร้างองค์กรนั้นด้วย

โดยมาตรา 351(a) เป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการโอนทรัพย์สินไปยังบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้โอน ซึ่งตรงกับเนื้อหาของวิทยานิพนธ์เรื่องนี้

ประวัติความเป็นมาของการพัฒนากฎหมายภาษีอากรมาตรา 351¹

มาตรา 351 เริ่มใช้เป็นครั้งแรกโดย Revenue Act ปี ค.ศ.1921 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกในการปรับปรุงธุรกิจ ในอดีตก่อนมีการเริ่มใช้มาตรา 351 นั้น การจัดตั้งบริษัท (แม้กระทั่งบริษัทของบุคคลคนเดียว) โดยการโอนทรัพย์สินของบุคคลไปให้บริษัทเพื่อแลกกับหุ้น ผู้โอนก็จะมีกำไรหรือขาดทุนจากการโอนนั้น แต่นับตั้งแต่ปี ค.ศ.1921 เป็นต้นมา การโอนในกรณีดังกล่าวจะไม่ถือว่ามีการกำไรหรือขาดทุน

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ Boris I. Bittker and James S. Eustice, Federal Income Taxation of Corporation and Shareholders (Boston : Warren, Gorham & Lamont, Inc., 1979), PP.3-3 - 3-5.

ในการเสนอร่างมาตรา 351 ในปี ค.ศ.1921 คณะกรรมาธิการการเงินของวุฒิสภา (Senate Finance Committee) ซึ่งแจ้งว่าการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินนั้น โดยปกติแล้วก็ต้องเสียภาษี :

"ในบางที่ไม่มีส่วนใดของกฎหมายภาษีเงินได้ในปัจจุบัน ที่ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนอย่างมากมาย หรือได้เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการปรับตัวทางธุรกิจที่จำเป็นอย่างจริงจังมากนัก เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมีข้อสันนิษฐานที่เกื้อกูลต่อการจัดเก็บภาษีอยู่แล้ว ร่างกฎหมายที่เสนอนี้ระบุว่า การแลกเปลี่ยนบางกรณีจะไม่ก่อให้เกิดกำไรหรือขาดทุน (gain or loss) ขึ้น แม้ว่าทรัพย์สินที่ได้รับเป็นการแลกเปลี่ยนจะมีมูลค่าตลาดที่เพิ่มขึ้นก็ตาม การแลกเปลี่ยนในกรณีดังกล่าวรวมถึงในกรณีที่บุคคลธรรมดาหรือกลุ่มบุคคลโอนทรัพย์สินให้แก่บริษัท และภายหลังการแลกเปลี่ยนนั้นก็ได้เข้าไปควบคุมบริษัทดังกล่าว

ถ้ายอมรับการแก้ไขก่อนหน้านี้ (บทบัญญัติเดิมของมาตรา 351, 354 และ 1031) ซึ่งยกเลิกบ่อเกิดแห่งความไม่แน่นอน และยกเลิกโครงสร้างทางเทคนิคที่ไม่ดีทางเศรษฐกิจแล้ว ก็จะไม่เพียงแต่ทำให้ธุรกิจก้าวต่อไปข้างหน้าโดยการปรับปรุงที่จำเป็นตามสถานการณ์เท่านั้น แต่ก็จะเป็นการเพิ่มรายได้ให้แก่รัฐ โดยการป้องกันผู้เสียภาษีจากการทำให้ขาดทุนปลอม ๆ จาก wash sales หรือการแลกเปลี่ยนปลอม ๆ วิธีอื่นอีกด้วย"

หลักการเบื้องต้นของมาตรา 351 คือ การโอนทรัพย์สินที่มีค่าเพิ่มขึ้นหรือมีค่าน้อยลงไปให้กับบริษัทซึ่งควบคุมโดยผู้โอน เป็นเพียงการเปลี่ยนรูปแบบการถือครองเท่านั้นจึงไม่ควรจะถือว่าผู้โอนมีกำไรหรือขาดทุน (gain หรือ loss) จากทรัพย์สินที่โอน ในคดี Portland Oil Co.v.CIR ศาลวินิจฉัยว่า วัตถุประสงค์ของมาตรา 351 คือการช่วยผู้เสียภาษีจากการต้องเสียภาษีจาก gain หรือจากการได้สิทธิที่จะ claim loss ในบางกรณี ซึ่งตามกฎหมายแล้วจะต้องมี กำไรหรือขาดทุน เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามในความหมายทางเศรษฐศาสตร์แล้ว มันเป็นเพียงการเปลี่ยนรูปแบบของการครอบครอง และผู้เสียภาษีก็มิได้ได้รับเงินจากกำไร ในทางทฤษฎีหรือมิได้เสียประโยชน์แต่อย่างใด

ความหมายของบริษัท (Corporation) ในสหรัฐอเมริกา²

รูปแบบธุรกิจส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกามักอยู่ในรูปแบบของกิจการ (entity) ดังต่อไปนี้

1. กิจการเจ้าของคนเดียว (sole proprietorship) ซึ่งผู้เสียภาษีจะเป็นปัจเจกชน (individual taxpayer)
2. หุ้นส่วน (partnership)
3. บริษัท (Corporation)
4. ทรัสต์* หรือกองมรดก (trust or estate)

ความหลากหลายของรูปแบบธุรกิจข้างต้น เช่น ห้างหุ้นส่วน บริษัท หรือ ทรัสต์ค่อย ๆ พัฒนารูปแบบขึ้นตามลำดับ ตัวอย่างพัฒนาการดังกล่าวเห็นได้ชัดจากการเกิดขึ้นของบริษัทรูปแบบ C** (C corporation) เหตุผลของการเกิดรูปแบบธุรกิจใหม่ ๆ หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 คือ การไม่มีภาระภาษี (non-tax) เพื่อใช้ดึงดูด

² นัศรทิพย์ ตัฒนประศาสน์, "มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้ถือหุ้น", (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525) หน้า 5-8.

* ทรัสต์ (trust) ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปอันดำรงอยู่บนความไว้นื้อเชื่อใจซึ่งกันและกัน โดยให้ฝ่ายหนึ่ง (เรียกว่า "ทรัสต์" (Trustee) เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อประโยชน์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง (เรียกว่า "ผู้รับประโยชน์" หรือ "beneficiary")

** คำว่า "C corporation" บัญญัติไว้ใน Internal Revenue Code ให้เป็นบริษัทที่ต้องมีภาระภาษีภายใต้มาตรา 11 รูปแบบธุรกิจ C corporation มีที่มาจากบทบัญญัติในเรื่องฐานะภาษีของบริษัทที่จัดให้บริษัทที่ถูกต้องเก็บภาษีนั้น ๆ อยู่ภายใต้หมวด 4 ของ Internal Revenue Code ส่วนรูปแบบธุรกิจอื่นจะมีการจัดเก็บเป็นพิเศษต่างออกไป เช่น S corporation ซึ่งมีการจัดเก็บภาษีเหมือนเช่น

เงินลงทุน โดยธุรกิจสามารถดำเนินต่อเนื่องได้โดยไม่มีข้อจำกัด และผู้ถือหุ้นสามารถโอนกรรมสิทธิ์ในผลประโยชน์ของตนได้อย่างง่ายดาย พร้อมทั้งสามารถจำกัดความรับผิดชอบของตนได้ด้วย เหตุผลเรื่องภาษีเป็นเหตุผลแรกในการดำเนินธุรกิจแบบบริษัท รวมทั้งรายได้ที่ยังไม่ได้จัดสรร (accumulated earnings) ของผู้ถือหุ้นในธุรกิจที่ก่อตั้งขึ้นในรูปแบบบริษัท ที่จะเสียภาษีในอัตราที่ต่ำกว่าธุรกิจที่ไม่ได้จัดตั้งในรูปแบบบริษัทนอกจากนั้นลูกจ้างที่ทำงานในกิจการในรูปแบบบริษัทสามารถรับ fringe benefits^{***} ก่อนหักภาษี และความสามารถของบริษัทในการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินของบริษัทหรือผู้ถือหุ้นในการแลกเปลี่ยนหุ้น โดยไม่มีภาระภาษีในการจัดโครงสร้างของบริษัทใหม่อีกครั้ง (tax-free-reorganization)³

คำว่าบริษัท (corporation) นั้น มีผู้ให้ความหมายดังนี้ "บุคคลสมมติที่กำเนิดขึ้นโดยกฎหมายประกอบด้วยบุคคลหนึ่งหรือหลายคนมาร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะดำเนินธุรกิจตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ต่อเนื่องกันโดยไม่เปลี่ยนแปลงตัวบุคคล และมีอำนาจที่จะดำเนินการโดยมีความสามารถ หรือดำเนินธุรกิจตามที่ได้รับมอบหมายตามแบบ หรือลักษณะ เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป"

A Corporation is an artificial person created by law consisting of one or more natural persons united in one body

ห้างหุ้นส่วน S corporation ก็เป็นรูปแบบธุรกิจที่เรียกชื่อตามหมวดภาษีใน Internal Revenue Code คือหมวด S นั่นเอง

^{***} เป็นรายได้ประเภทที่ไม่ใช่ค่าจ้างที่บริษัทจ่ายให้แก่ลูกจ้าง เช่น ค่าเบี้ยประกัน เงินที่จ่ายให้ในวันหยุดหรือวันพักผ่อน หรือสวัสดิการในส่วนสันตนาการ เป็นต้น

³ John L. Kramer and Susan L. Nordhauser, Federal Taxation of Corporations (New Jersey : Prentice - Hall Inc., 1989), PP.2-3.

under such grants as secure a succession of members without changing the identity of the body, and empowered to act in a certain capacity or to transact business of some designated form or nature like a natural person⁴

แต่ความหมายเกี่ยวกับบริษัทที่นับว่ารัดกุมและเหมาะสมพอควรก็คือ คำนิยามที่ Chief Justice Marshall ได้ให้คำอธิบายไว้ในการตัดสินคดี Dartmouth College Case เมื่อ ค.ศ.1819 โดยสั้น ๆ คือ "บริษัทเป็นบุคคลสมมติมองไม่เห็น ไม่อาจสัมผัสจับต้องได้ และมีสภาพเป็นบุคคลขึ้นมาด้วยอำนาจของกฎหมายเท่านั้น An artificial being, invisible intangible, and existing only in contemplation of Law"

การจัดเก็บภาษีอากรตามมาตรา 351 แห่ง IRC ในปัจจุบัน⁵

มาตรา 351 การโอนทรัพย์สินไปยังบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้โอน

(a) หลักเกณฑ์ทั่วไป กำหนดว่าในกรณีที่ได้มีการโอนทรัพย์สินไปยังบริษัทโดยบุคคลหนึ่งหรือตั้งแต่สองคนขึ้นไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแลกกับหุ้นในบริษัทดังกล่าวเพียงประการเดียว และในทันทีที่มีการแลกเปลี่ยนผู้โอนเข้าควบคุมบริษัทดังกล่าวตามความหมายของมาตรา 368(C) ในกรณีนี้จะไม่ถือว่ามี กำไรหรือขาดทุน เกิดขึ้นแต่อย่างใด

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴ Herry G.Henn, Law of Corporation (New York: West Publishing Co, 1978), P.2.

⁵ Kramer and Nordhauser, Federal Taxation of Corporations, PP.36-76.

SEC 351 TRANSFER TO CORPORATION CONTROLLED BY TRANSFEROR

(a) General RULE. - No gain or Loss shall be recognized if property is transferred to a corporation by one or more persons solely in exchange for stock in such corporation and immediately after the exchange such person or persons are in control (as defined in section 368 (C)) of the corporation

ตามมาตรา 351(a) แห่ง IRC ดังกล่าว กำหนดให้มีผลเป็นการชะลอ (defer) การรับรู้กำไรหรือขาดทุนจากการโอนทรัพย์สินออกไป โดยสามารถแยกองค์ประกอบสำคัญได้ดังนี้

1. บุคคลคนเดียวหรือตั้งแต่สองคนขึ้นไปต้องโอนทรัพย์สินไปให้บริษัท
2. การโอนดังกล่าว ต้องมีวัตถุประสงค์ประการเดียวคือเพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นของบริษัทนั้น และ
3. ภายหลังการโอนผู้โอน ต้องเข้าควบคุมบริษัทนั้นโดยทันทีหลังจากการแลกเปลี่ยน

1. บุคคลคนเดียวหรือตั้งแต่สองคนขึ้นไปต้องโอนทรัพย์สินไปให้บริษัท

การโอนทรัพย์สิน (transfer of property) เนื่องจากมาตรา 351 (a) ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่าทรัพย์สินไว้เป็นพิเศษ เพราะฉะนั้นคำว่าทรัพย์สินในที่นี้จึงต้องมีความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือรวมทั้งทรัพย์สินที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง เช่น สิทธิบัตร (patent) ความรู้ความชำนาญ (Know how) เครื่องหมายการค้า (trademarks) ชื่อทางการค้า (tradenames) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และอื่น ๆ แม้ว่าทรัพย์สินที่ใช้ในกฎหมายทั่วไปจะไม่ได้ครอบคลุมถึงเงิน (money) แต่ในมาตรา 351(a) ได้หมายรวมเงินเข้าไว้ด้วย เช่น นาย A มอบเงินสดและทรัพย์สินอื่นเพื่อแลกกับหุ้นสามัญทั้งหมดของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ อย่างไรก็ตามมาตรา 351(d)(2)

และ (3) ได้กำหนดเพิ่มเติมเป็นข้อยกเว้นเกี่ยวกับหนี้สินและดอกเบี้ยค้างรับบางกรณีที่จะไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินตามมาตรา ๓๕๑ ก กล่าวคือหุ้นซึ่งออกเพื่อหนี้สินของบริษัทผู้รับโอนซึ่งไม่มีหลักประกันและดอกเบี้ยจากหนี้สินของบริษัทผู้รับโอนซึ่งเกิดขึ้นตั้งแต่หรือภายหลังการเข้ามาถือหุ้นของบริษัทผู้โอน จะไม่ถือว่าได้ออกเพื่อแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สิน ((2) indebtedness of the transferee corporation which is not evidenced by a security, or (3) interest on indebtedness of the transferee corporation which accrued on or after the beginning of the transferor's holding period for the debt)

ตัวอย่าง นาย C เป็นเจ้าของสิทธิบัตรมูลค่า \$25,000 ส่วนนาย D เป็นเจ้าของโรงงานซึ่งมีมูลค่า \$75,000 C และ D ตกลงร่วมกันตั้งบริษัท R โดยมีหุ้นที่มีมูลค่า \$100,000 C และ D โอนสิทธิในสิทธิบัตรและโรงงานตามลำดับให้กับบริษัท R เพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้น กรณีถือว่าทั้ง C และ D จะยังไม่มี การรับรู้กำไรหรือขาดทุนจากการโอนทรัพย์สินดังกล่าวแต่อย่างใด

นอกจากนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับการทำงาน (services) มาตรา 351(d) (1) ยังได้กำหนดให้ชัดเจนว่าหุ้นซึ่งออกเพื่อการทำงาน จะไม่ถือว่าได้ออกเพื่อแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สิน ทั้งนี้ ไม่ว่าหุ้นที่ออกให้ดังกล่าวจะเป็นการตอบแทนการทำงานที่ได้กระทำแล้วหรือจะได้กระทำในโอกาสข้างหน้า ให้แก่หรือเพื่อประโยชน์แก่บริษัทที่ออกหุ้น ในกรณีนี้จะต้องนำมูลค่าหุ้นที่ได้รับตามราคาตลาดมารวมคำนวณเป็นรายได้ด้วย ITR 1.351-1(a)(1)(i) เหตุผลที่กฎหมายต้องกำหนดก็เพื่อป้องกันมิให้ผู้โอนซึ่งทำการงาน (services) แต่เพียงอย่างเดียวให้กับบริษัทนั้นได้รับประโยชน์ตามมาตรา 351(a) แต่ถ้าผู้โอนได้รับหุ้นจากบริษัทเพื่อแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินและการทำงาน (services) ของผู้โอน จำนวนหุ้นทั้งหมดที่ได้รับจะถูกลงเพื่อพิจารณาถึงการควบคุมด้วย ITR 1.351-1(a)(2), Ex. (3)

ตัวอย่าง นาย E เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่มีต้นทุน \$ 10,000 (ราคาตลาด \$ 18,000) นาย E ได้ทำงานให้บริษัท F คิดเป็นมูลค่า \$ 2,000 ต่อมาบริษัท F ได้ออกหุ้นสามัญเพิ่มทุนอีกจำนวน 400 หุ้น (ราคาตลาด \$20,000) ให้กับ

นาย E เพื่อแลกกับทรัพย์สินและค่าตอบแทนการทำงานดังกล่าว โดยนาย E เป็นผู้ถือหุ้นถึง 80% ของบริษัท F กรณีนี้ถือได้ว่าจะยังไม่มี การรับรู้กำไรของนาย E จากการแลกเปลี่ยนทรัพย์สินกับหุ้นของบริษัท F อย่างไรก็ตามถือว่านาย E มีรายได้แล้ว \$ 2,000 จากค่าตอบแทนการทำงานให้กับบริษัท F

หุ้นที่ออกเพื่อทรัพย์สินที่มีมูลค่าน้อยอย่างไม่สัมพันธ์กัน เมื่อเปรียบเทียบกับมูลค่าหุ้นที่ได้รับจะ ไม่ได้รับการปฏิบัติ เช่นเดียวกับการออกหุ้นเพื่อแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินถ้าวัตถุประสงค์เบื้องต้นคือการต้องการสิทธิภายใต้มาตรา 351(a) ITR 1.351-1(a)(1)(i)

ผู้โอนคนหนึ่งหรือมากกว่านั้น (one or more transferors) คำว่าผู้โอนทรัพย์สินนี้มีความหมายกว้าง มิได้จำกัดเฉพาะเพียงบุคคลธรรมดาอย่างเดียวเท่านั้น โดย ITR 1.351-1(a)(1) ได้ระบุความหมายของ "one or more persons" รวมถึง บัณฑิต (individuals) ทรัสต์ (trusts) กองมรดก (estates) ห้างหุ้นส่วน (partnerships) สมาคม (associations) บริษัท (companies หรือ corporations)

ในกรณีที่มีผู้โอนทรัพย์สินนั้นมากกว่าหนึ่งคน ธุรกรรมจะครบองค์ประกอบโดยไม่ต้องรับรู้รายได้ (nonrecognition) ตามมาตรา 351(a) ต่อเมื่อผู้โอนดังกล่าวรวมกันเป็นกลุ่มเดียวกัน (group) และกรณีไม่จำเป็นที่ผู้โอนทุกคนต้องแลกเปลี่ยนทรัพย์สินกับบริษัทผู้รับโอนในเวลาเดียวกัน

ตัวอย่าง นาย A และบริษัท K ตกลงจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อประกอบกิจการผลิตสินค้า โดย A ตกลงจะโอนเงินสด \$ 30,000 และทรัพย์สินซึ่งปรับต้นทุนแล้วมูลค่า \$ 5,000 (ราคาตลาด \$ 20,000) ไปให้บริษัทใหม่ ส่วน K ตกลงจะโอนเครื่องจักรซึ่งปรับต้นทุนแล้วมูลค่า \$ 22,500 (ราคาตลาด \$ 50,000) แต่ละคนจะได้รับหุ้นจากบริษัทเป็นการแลกเปลี่ยนคนละ 1,000 หุ้น ในวันที่ 2 มกราคม K โอนเครื่องจักรให้บริษัทและในวันเดียวกันนี้บริษัทได้โอนหุ้นจำนวน 400 หุ้น ให้กับที่ปรึกษากฎหมายเพื่อตอบแทนบริการในการจัดตั้งบริษัท ต่อมาวันรุ่งขึ้น A โอนเงินสดและทรัพย์สินให้บริษัท กรณีถือได้ว่า A และ K ได้รับประโยชน์ตามมาตรา 351(a)

เพราะอยู่ในฐานะเป็นกลุ่มเดียวกัน (group) โดยทั้งคู่เป็นเจ้าของหุ้นในบริษัทที่ตั้งใหม่ถึง 83.33% ในทันทีหลังจากการโอนของ A ส่วนที่ปรึกษากฎหมายต้องรับรู้รายได้จากการได้รับหุ้นเป็นค่าตอบแทนการให้บริการ

กรณีที่มีการโอนทรัพย์สินไปยังบริษัทเพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นโดยบุคคล 2 คน หรือมากกว่านั้น สัดส่วนของหุ้นที่ได้รับกับทรัพย์สินที่โอนไปเป็นสาระสำคัญตั้งแต่ก่อนการโอน เพราะโดยปกติแล้วแต่ละคนจะได้รับหุ้นตามราคาตลาดที่เท่ากับทรัพย์สินที่โอนไป ถ้าหุ้นที่ได้รับไม่ได้สัดส่วนกับทรัพย์สินที่โอนก็จะต้องถูกเรียกเก็บภาษีให้ตรงตามลักษณะที่แท้จริง ITR 1.351-1(b)(1) และในการพิจารณาการโอนหุ้นดังกล่าว จำนวนที่แลกเปลี่ยนในสัดส่วนที่เหมาะสมกับทรัพย์สินก็ถือว่าเป็นการแลกเปลี่ยนตามปกติ แต่บางส่วนของที่เกินจากนั้นก็อาจถือว่าเป็นการให้ (gift) (มาตรา 2501 และมาตราหลังจากนั้น) ซึ่งจะต้องมีการชดเชย (มาตรา 61(a)(1)) หรือทำประการใดก็ตามเพื่อชำระหนี้ที่เกิดขึ้นแก่ผู้โอน

ตัวอย่าง นาย A บิดา และนาย B บุตร ได้ร่วมกันจัดตั้งบริษัท โดยมีการออกหุ้นสามัญจำนวนทั้งหมด 100 หุ้น นาย A โอนทรัพย์สินมูลค่า \$ 8,000 เพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นจำนวน 20 หุ้น และนาย B โอนทรัพย์สินมูลค่า \$ 2,000 เพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นจำนวน 80 หุ้น กรณีนี้ยังไม่ต้องรับรู้กำไรหรือขาดทุน ภายใต้มาตรา 351 (a) แต่อย่างไรก็ดีถ้าหากพิจารณาได้ว่า โดยความเป็นจริงนาย A ซึ่งเป็นบิดาต้องการให้ของกำนัล (gift) แก่นาย B ซึ่งเป็นบุตร การให้ดังกล่าวนี้จะต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับเรียกเก็บภาษีตามมาตรา 2501 ในทำนองเดียวกันถ้านาย B ได้ทำงานให้นาย A (การทำงานเช่นนั้นมิได้เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่โอนหรือธุรกิจของบริษัท) และไม่ได้สัดส่วนกับจำนวนหุ้นที่ได้รับที่ทำงานให้นาย A ต้องชดเชยเงินให้แก่ นาย B B จะถูกเรียกเก็บภาษีตามมูลค่าราคาตลาดของหุ้นจำนวน 60 หุ้น ที่ได้รับมาเป็นค่าตอบแทนของการทำงาน และนาย A จะรับรู้กำไรหรือขาดทุนตามส่วนต่างระหว่างต้นทุนสำหรับหุ้น 60 หุ้น ของนาย A กับมูลค่าตามราคาตลาดของหุ้น ณ เวลาการแลกเปลี่ยน ITR 1.351-1(b)(2) Ex.(1)

การโอนทรัพย์สินให้บริษัทลงทุน (transfer of property to an investment company) มาตรา 351(e) กำหนดเป็นข้อยกเว้นว่ามาตรานี้จะไม่นำไปใช้กับกรณีการโอนทรัพย์สินให้กับบริษัทลงทุน*

เนื่องจากมาตรา 351(a) มีถ้อยคำกว้าง ผู้เสียภาษีซึ่งไม่สัมพันธ์กันอาจใช้หลักของมาตรา 351(a) เพื่อให้ได้รับการโอนโดยปลอดภาษีจากความหลากหลายในการลงทุน (investment diversification) ซึ่งไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ของมาตรา 351(a) ในปี ค.ศ.1966 สภา Congress จึงได้บัญญัติกฎหมายกำหนดว่า สิทธิพิเศษในการโอนโดยปลอดภาษีตามมาตรา 351(a) จะไม่นำไปใช้กับการโอนทรัพย์สินให้กับบริษัทลงทุน (investment company) และ ITR 1.351-1(c) ระบุให้การโอนทรัพย์สินดังต่อไปนี้จะถือเป็นการโอนให้บริษัทลงทุน ถ้า

(1) ผลของการโอนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการกระจายการลงทุนในหลักทรัพย์ของหลาย ๆ บริษัท เพื่อลดความเสี่ยง (diversification)

(2) ผู้รับโอนคือ

(a) บริษัทลงทุนที่อยู่ในความควบคุม (regulated investment company)

(b) ทรัสต์ที่ลงทุนเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ หรือ

* คำว่า "บริษัทลงทุน (investment company)" นั้น มาตรา 351 (e) ไม่ได้ให้ความหมายไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากความหมายที่ปรากฏใน Black's Law Dictionary แล้ว หมายถึงบริษัทที่

1. มีธุรกิจเกี่ยวข้องกับการลงทุน (investing) การลงทุนที่มีผลตอบแทนคิดเป็นร้อยละจากการนำกระแสเงินสดรับในแต่ละงวดของโครงการมาลงทุนต่อไปเรื่อย ๆ (reinvesting) หรือค้าขายในธุรกิจหลักทรัพย์ (trading in securities)

- (c) บริษัทที่สินทรัพย์กว่าร้อยละ 80 (ไม่รวมเงินสดและหลักประกันหนี้ที่ไม่สามารถแปลงสภาพได้) นั้น ถูกถือเพื่อการลงทุนและพร้อมเพื่อการขายหุ้นหรือหลักทรัพย์ในตลาด

2. การโอนดังกล่าว ต้องมีวัตถุประสงค์ประการ เดียวคือ เพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นของบริษัทนั้น

เดิมข้อกำหนดของการแลกเปลี่ยนตามมาตรา 351(a) คือการโอนทรัพย์สินเพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นหรือหลักทรัพย์ของบริษัท แต่หลังจากวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ.1989 ได้มีการแก้ไขกฎหมายโดยให้ตัดคำว่าหลักทรัพย์ดังกล่าวออก ดังนั้น ในปัจจุบันหากมีการโอนทรัพย์สินให้บริษัทเพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นและหลักทรัพย์นั้น กรณีคงมีเพียงเฉพาะการได้รับหุ้นเท่านั้นที่ปลอดภัย

คำว่าหุ้นในมาตรา 351(a) นี้ให้หมายความรวมถึงหุ้นสามัญ หุ้นบุริมสิทธิ และตราสารหนี้ที่มีลักษณะ เช่นเดียวกับหุ้น (debt issues recharacterized as stock) แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงสิทธิในหุ้น (stock rights) หรือใบสำคัญแสดงสิทธิที่จะ

2. มีธุรกิจที่มีการออกตราสารหุ้นกู้ (certificate of the installment) หรือมีธุรกิจเกี่ยวกับหนี้ที่ยังค้างชำระ (certificates outstanding) หรือ

3. มีธุรกิจเกี่ยวกับการลงทุนโดยการเป็นเจ้าของ ถือ หรือค้าขายหลักทรัพย์และ เป็นเจ้าของหรือเสนอสิทธิที่จะซื้อหลักทรัพย์การลงทุนที่มีมูลค่าเกินกว่า 40% ของมูลค่าทรัพย์สินทั้งหมดของผู้ออกหลักทรัพย์ [ยกเว้นหลักทรัพย์ของรัฐบาล (Government securities) และตราสารทางการเงินที่เปลี่ยนมือหรือไม่เปลี่ยนมือ (cash items)] โดยคิดจากฐานการคำนวณที่แยกบัญชีกันระหว่างสำนักงานใหญ่และสาขา (unconsolidated basis) [ความหมายของคำว่า "บริษัทลงทุนกำหนดไว้ในกฎหมายการลงทุนมาตรา 3 (Investment Company Act)]

ซื้อหุ้น (stock warrants) ทั้งนี้ ตาม ITR 1.351-1(a)(1)(ii) และก็จะไม่รวมถึงเอกสารสิทธิที่จะซื้อหุ้นของบริษัทในราคาที่กำหนด (stock options), หุ้นกู้แปลงสภาพ (convertible debentures), ข้อตกลงในการออกเสียงของผู้ถือหุ้น (shareholder voting agreements), หุ้นจดทะเบียนของบริษัทที่ยังไม่ได้จำหน่าย (unissued stock) และหุ้นของบริษัทที่ถือไว้เองในนามบริษัท (treasury stock) ด้วยเนื่องจากทั้งหมดนี้ถือเป็นประเภทที่ไม่ใช่หุ้นเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ ในกฎหมายภาษี⁶

การที่ผู้โอนได้รับมาซึ่งทรัพย์สินอื่น (boot) นอกเหนือจากหุ้น มาตรา 351(b) กำหนดว่าในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินเพื่อแลกกับหุ้นตาม (a) และผู้โอนได้รับเงินหรือทรัพย์สินอื่น (boot) เป็นการตอบแทนอีกด้วยแล้ว

(1) จะถือว่าผู้โอนต้องรับรู้กำไร (ถ้ามี) แต่จะไม่เกินไปกว่า

(A) จำนวนเงินที่ได้รับ รวมกับ

(B) ราคาตลาดของทรัพย์สินที่ได้รับ และ

(2) ถ้ามีขาดทุน ผู้โอนไม่ต้องนำมาคำนวณ กรณีตามมาตรา 351(b) นั้น หมายถึงการแลกเปลี่ยนได้ครบองค์ประกอบตามมาตรา 351(a) โดยปรากฏเพิ่มเติมว่าผู้โอนได้รับไม่เพียงแต่หุ้นเท่านั้น แต่ยังได้รับเงินหรือทรัพย์สินอื่น ๆ (boot) ด้วย โดยมาตรา 351(b) กำหนดให้รับรู้เฉพาะกำไรแต่ไม่เกินเกณฑ์ที่กำหนด

ตัวอย่าง นาย A โอนทรัพย์สินด้วยต้นทุนที่ปรับแล้วจำนวน \$ 10,000 (ราคาตลาด \$ 50,000) ให้กับบริษัทที่อยู่ในความควบคุม เพื่อการแลกเปลี่ยนเป็นหุ้นมูลค่า \$ 30,000 เงินสด \$ 10,000 และทรัพย์สินอื่นด้วยราคาตลาดจำนวน \$ 10,000 ถ้าไรตามมาตรา 1001 จะมีจำนวน \$ 40,000 แต่กำไรที่รับรู้ตามมาตรา 351(b) จะมีจำนวน \$ 20,000

⁶ Kramer and Nordhauser, Federal Taxation of Corporations, PP. 36-37.

(1) จำนวนที่ได้รับ	
(a) หุ้น	\$ 30,000
(b) เงินสด	10,000
(c) ทรัพย์สินอื่น (boot)	<u>10,000</u>
(d) ยอดรวม	\$ 50,000
(2) หัก ต้นทุนที่ปรับแล้วของทรัพย์สินที่โอน	<u>10,000</u>
(3) กำไรที่ได้รับ	\$ 40,000
(4) กำไรที่รับรู้ (1)(b)+(1)(c) หรือ(3)	\$ 20,000

ตามจำนวนที่น้อยกว่า

ถ้าต้นทุนที่ปรับแล้วของทรัพย์สินตาม (2) ข้างต้นมีจำนวน \$ 45,000 แทนที่จะเป็น \$ 10,000 กำไรภายใต้มาตรา 1001 เท่ากับ \$ 5,000 และจำนวนนี้จะถูกรับรู้เป็นกำไรภายใต้มาตรา 351(b) แต่ถ้าต้นทุนที่ปรับแล้วของทรัพย์สินมากกว่า \$ 50,000 เท่ากับการขาดทุน ตามมาตรา 351(b)(2) จะไม่มีการรับรู้แม้ว่าจะได้รับ boot ก็ตาม

การเข้ารับความรับผิดโดยผู้รับโอน (assumption of liability by transferee) หากการแลกเปลี่ยนตามมาตรา 351(a) เป็นเหตุให้บริษัทผู้รับโอนรับภาระหนี้สินของผู้โอนหรือเป็นการได้ทรัพย์สินนั้นภายใต้ความรับผิดต่าง ๆ กรณีต้องพิจารณาว่าจะถือเสมือนเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่น (boot) ที่ให้แก่ผู้โอนตามมาตรา 351(b) หรือไม่ เกี่ยวกับเรื่องนี้มาตรา 357(a) ได้กำหนดหลักทั่วไปว่า การที่บริษัทผู้รับโอนเข้ารับภาระความรับผิดหรือได้มาซึ่งทรัพย์สินที่ติดภาระความรับผิดนั้น จะไม่ถือว่าเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่น (boot) โดยการโอนซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวก็ยังถือเป็นธุรกรรมปลอดภาษีตามมาตรา 351(a) ส่วนต้นทุนของหุ้นที่ผู้โอนได้รับ มาตรา 358 (d) กำหนดเป็นการแก้ไขหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้กำหนดต้นทุนของผู้โอนสำหรับทรัพย์สินที่ไม่ต้องรับรู้ (nonrecognition property) การแก้ไขนี้พิจารณาถึงจำนวนเงินของความรับผิดที่ได้เข้ารับหรือที่ติดมากับทรัพย์สินที่ถูกโอน ให้มีจำนวนเท่ากับเงินที่ผู้โอนได้รับ ผลที่ได้รับก็คือต้นทุนของหุ้นที่ผู้โอนได้รับจะลดลงตามจำนวนความรับผิดที่โอนไป

ตัวอย่าง นาย A โอนทรัพย์สินให้แก่บริษัทที่ถูกควบคุม โดยทรัพย์สินของ A มีต้นทุนที่ปรับแล้ว \$ 40,000 (ราคาตลาด \$ 100,000) แต่ทรัพย์สินดังกล่าวติดภาระจำนองจำนวน \$ 30,000 โดยแลกเปลี่ยนกับหุ้นของบริษัทมูลค่า \$ 70,000 และบริษัทต้องเข้ารับภาระจำนองดังกล่าว กำไรของ A ที่ได้มาคือ \$ 60,000 (ค่าของหุ้นของบริษัท บวกกับหนี้ของ A ลบด้วยต้นทุนทรัพย์สินของ A) แต่กำไรที่ถูกรับรู้จะเป็นศูนย์ เนื่องจากมาตรา 357(a) กำหนดให้ความรับผิดที่เข้ารับนั้นจะไม่นับเป็น boot ตามมาตรา 351(b) ต้นทุนหุ้นของ A จะเป็น \$ 10,000 ตามมาตรา 358 (ต้นทุนทรัพย์สิน \$ 40,000 หักด้วยภาระหนี้ \$ 30,000) และต้นทุนทรัพย์สินของบริษัทคือ \$ 40,000 ตามมาตรา 362(a)(1)

อย่างไรก็ตามหลักการตามมาตรา 357(a) อาจทำให้ผู้โอนทรัพย์สินตามมาตรา 351(a) พยายามดำเนินการหลีกเลี่ยงภาษี เช่น เจตนารีบก่อให้เกิดภาระผูกพันในทรัพย์สินก่อนหน้าจะมีการแลกเปลี่ยน สำหรับผู้โอนแล้วเหตุการณ์ที่ต่อเนื่องเช่นนี้สามารถเปรียบได้กับการได้รับ boot จากบริษัทเพื่อแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินที่มีภาระติดพัน มาตรา 357(b) จึงได้กำหนดข้อยกเว้นของหลักทั่วไปตามมาตรา 357(a) ที่ว่า ถ้าปรากฏวัตถุประสงค์หลักของการเข้ารับหรือการได้รับมาซึ่งความรับผิดของผู้โอนนั้น เป็นไปเพื่อประสงค์จะหลีกเลี่ยงภาษีของรัฐบาลจากการแลกเปลี่ยน หรือหากไม่ใช่วัตถุประสงค์นั้นแล้วก็คือไม่ได้มีเจตนาเพื่อดำเนินธุรกิจโดยสุจริต ดังนั้น การที่บริษัทเข้ารับเอาภาระความรับผิด หรือได้มาซึ่งทรัพย์สินที่มีภาระความรับผิดดังกล่าว จะถูกพิจารณาว่าเป็นเงินที่ได้รับมาโดยผู้โอนจากการแลกเปลี่ยน ในทางปฏิบัติการสรรพากร (IRS) ได้กำหนดให้ผู้โอนและบริษัทต้องแจ้งข้อเท็จจริงของการแลกเปลี่ยนในแบบแสดงรายการประจำปีภาษี และในกรณีดังกล่าวต้องระบุ "เหตุผลทางธุรกิจของบริษัท" (corporation business reason) เพื่อการเข้ารับภาระความรับผิดใด ๆ ด้วย ITR 1.351-3(a)(6), และ 1.351-3(b)(7)

ในกรณีที่ความรับผิดต่าง ๆ ที่บริษัทเข้ารับมีจำนวนเกินกว่าต้นทุนของหุ้นที่ผู้โอนได้รับ (liabilities in excess of basis) มาตรา 357(c) กำหนดว่า ถ้าความรับผิดต่าง ๆ ที่ติดพันไปกับทรัพย์สินที่ถูกโอนหรือการที่บริษัทผู้รับโอนเข้ารับ

ภาระความรับผิดชอบไว้เกินกว่าต้นทุนที่ปรับแล้วของทรัพย์สินทั้งหมดที่จะโอนนั้น ส่วนที่เกินดังกล่าวจะถือเป็นกำไรจากการแลกเปลี่ยนทรัพย์สิน

ตัวอย่าง นาย A แลกเปลี่ยนทรัพย์สินที่ปรับมูลค่าต้นทุนแล้ว \$ 10,000 (ราคาตลาด \$ 70,000) โดยคิดภาระจำนอง \$ 30,000 เพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นในบริษัทที่ถูกควบคุมมูลค่า \$ 40,000 โดยบริษัทผู้รับโอนเข้ารับการภาระจำนอง A จะได้รับกำไรจากการแลกเปลี่ยนตามมาตรา 1001 เป็นจำนวน \$ 60,000 (ราคาของหุ้นที่ได้รับ บวกกับภาระการรับชำระหนี้ลบด้วยต้นทุนของทรัพย์สิน) ส่วนตามมาตรา 357 (c) ผู้โอนต้องรับรู้กำไรเป็นจำนวน \$ 20,000

3. ภายหลังการโอน ผู้โอนต้องเข้าควบคุมบริษัทนั้นโดยทันทีหลังจากการแลกเปลี่ยน

การควบคุม (in control) มาตรา 351(a) จะใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่ภายหลังการโอนทรัพย์สินให้บริษัทแล้ว ผู้โอนได้เข้าควบคุมบริษัทผู้รับโอนตามที่ระบุไว้ในมาตรา 368(c) ในทันทีหลังจากการแลกเปลี่ยน อย่างไรก็ตามหากผู้โอนได้ควบคุมบริษัทอยู่แล้วก่อนการโอนทรัพย์สิน กรณีก็ถือได้ว่ามาตรา 351(a) ได้ครอบคลุมถึงการโอนทรัพย์สินดังกล่าวด้วย

คำว่า "ควบคุม" ซึ่งกำหนดไว้ตามมาตรา 368(c) หมายถึง ความเป็นเจ้าของโดยการถือหุ้นดังนี้

(1) อย่างน้อยร้อยละ 80 ของอำนาจในการออกเสียงรวมกันทั้งหมดของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทุกประเภท และ

(2) อย่างน้อยร้อยละ 80 ของหุ้นทุกประเภทของบริษัท

การกำหนดให้การควบคุมต้องเข้าเงื่อนไขทั้ง 2 ประเภทดังกล่าวเข้าใจว่ากฎหมายต้องการให้การควบคุมมีน้ำหนักที่แท้จริง กล่าวคือต้องอย่างน้อยร้อยละ 80 ของทั้งจำนวนหุ้นทั้งหมดและอำนาจในการออกเสียงด้วย

การควบคุมโดยทันทีหลังจากการแลกเปลี่ยน (immediately after the exchange) ITR 1.351-1(a)(1) ได้ขยายความถ้อยคำดังกล่าวในมาตรา

351(a) โดยระบุว่า "โดยทันทีหลังจากการแลกเปลี่ยน" นั้น ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดที่ผู้โอน 2 คนหรือมากกว่า 2 คน ต้องเข้าควบคุมบริษัทพร้อมกันในเวลาเดียวกันทันทีหลังจากการแลกเปลี่ยน แต่หมายถึงสถานการณ์ใดก็ได้แล้วแต่ที่สิทธิของคู่สัญญาได้กำหนดไว้ก่อนแล้วและการดำเนินการตามสัญญาดำเนินไปโดยถูกต้องตามกระบวนการในลำดับต่อเนื่องจากนั้น ตามการขยายความของ ITR เช่นนี้ การถือหุ้นของผู้โอนตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป สามารถนำมารวมกันเพื่อกำหนดได้ (determining) ไม่ว่าผู้โอนนั้นจะได้ควบคุมบริษัทโดยทันทีหลังจากการแลกเปลี่ยนหรือไม่ถ้าหากการโอนนั้นเป็นส่วนหนึ่งของธุรกรรมรายเดียวกัน (single) เช่น นาย A ถือหุ้นของบริษัทซึ่งประกอบด้วยหุ้นจำนวน 100 หุ้น และต่อมาบริษัทได้มีการเพิ่มทุนโดยการออกหุ้นจำนวน 200 หุ้นให้แก่ นาย B เพื่อแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สิน และอีก 200 หุ้น ให้แก่นาย C เพื่อแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สิน การโอนทรัพย์สินของ B และ C ถือเป็นการโอนโดยตลอดภายใต้มาตรา 351(a) แม้ว่าการแลกเปลี่ยนของ B จะไม่ได้เกิดขึ้นในเวลาเดียวกันกับ C ก็ตาม⁷

ปัญหาสำคัญสำหรับการควบคุมก็คือ หากผู้โอนได้เข้าควบคุมบริษัทโดยการถือหุ้นร้อยละ 80 หรือมากกว่าชั่วขณะหนึ่ง แต่ภายหลังได้จำหน่ายหุ้นนั้นออกไปบางส่วนทำให้ผู้โอนมีหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 80 กรณีดังกล่าวจะถือว่าการโอนทรัพย์สินของผู้โอนยังคงได้รับประโยชน์ตามมาตรา 351(a) หรือไม่

สำหรับการจำหน่ายหุ้นออกไปภายหลังนี้ มาตรา 351(c) ได้กำหนดหลักเกณฑ์พิเศษว่า ในการวินิจฉัยการควบคุมเพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรา 351(a) จะไม่นำข้อเท็จจริงที่ผู้โอนซึ่งเป็นบริษัทได้นำหุ้นที่ได้รับจากการแลกเปลี่ยนนั้น แจกจ่าย (distribute) ให้แก่ผู้ถือหุ้นของตัวเองมาพิจารณา

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาล มีแนวโน้มว่าการควบคุมในช่วงระยะเวลาหนึ่งนั้น จะไม่เพียงพอถ้าผู้โอนได้ตกลงก่อนการโอนหุ้นของตนในจำนวนที่

⁷ Bittker, Federal Income Taxation of Corporation and Shareholders, P. 3-37.

เพียงพอที่จะทำให้สูญเสียการควบคุมได้ หรือถ้าการโอนนั้นเป็นส่วนหนึ่งของแผนการรวมตัวกัน (incorporation)⁸

ในคดีบริษัท Manhattan Building จำกัด ตามข้อตกลง Miniger โอนทรัพย์สินให้แก่บริษัท Electric Auto-Lite จำกัด เพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นสามัญจำนวน 250,000 หุ้น และพันธบัตรมูลค่า \$ 3,000,000 Miniger ได้ซื้อทรัพย์สินด้วยเงินทุนที่กู้ยืมมา เพื่อที่จะส่งมอบพันธบัตรและหุ้นจำนวน 75,000 หุ้นให้แก่ผู้ให้กู้ (บริษัทเงินทุน) และส่งคืนหุ้นจำนวน 49,000 หุ้น กลับคืนไปยัง Auto-Lite เพื่อบริจาคเข้าเป็นทุน ปัญหาที่ขึ้นสู่ศาลคือการโอนทรัพย์สินไปยัง Auto-Lite เพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นและพันธบัตร และการโอนหุ้นและพันธบัตรไปยังผู้รับประกันการจำหน่าย (underwriters) เป็นธุรกรรมที่เกี่ยวข้องซึ่งกันและกันหรือไม่ ในคดีนี้เมื่อการโอนทรัพย์สินไปยัง Auto-Lite เกิดขึ้นในวันที่ 17 กรกฎาคม 1922 แล้ว Miniger ก็ต้องอยู่ภายใต้สัญญาที่มีผลบังคับให้ต้องส่งมอบพันธบัตรและหุ้นจำนวน 75,000 หุ้นให้แก่ผู้รับประกันการจำหน่ายและส่งคืนหุ้นจำนวน 49,000 หุ้น ให้แก่ Auto-Lite สัญญาระหว่าง Miniger กับผู้รับประกันการจำหน่ายแสดงไว้อย่างชัดเจน ในกรณีนี้ Miniger ไม่สามารถทำการซื้อทรัพย์สินโดยปราศจากเงินสดที่ผู้รับประกันการจำหน่ายจัดมาให้ได้ และไม่สามารถมีเงินสดได้เว้นแต่จะแลกเปลี่ยนกับพันธบัตรหรือหุ้น และไม่สามารถถือพันธบัตรและหุ้นได้นอกจากเพื่อแลกเปลี่ยนทรัพย์สิน หลังจากการแลกเปลี่ยนแล้ว Miniger จะมีหุ้นออกเสียน้อยกว่า 80% และก็ไม่มีโอกาสที่จะถือหุ้นมากขึ้นอีกเลย ธุรกรรมที่เกิดขึ้นในปี 1922 นั้นจึงต้องเสียภาษี

คดีบริษัท American Bantam Car จำกัด เป็นอีกคดีหนึ่งของการสูญเสียการควบคุม เนื่องจากผลของสัญญารับประกันการจำหน่าย แต่ในคดีนี้ศาลถือว่าได้มีการปฏิบัติตามมาตรา 351(a) แล้ว ตามข้อเท็จจริงในวันที่ 3 มิถุนายน 1936 ได้มีการโอนทรัพย์สินไปยังบริษัทใหม่เพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นสามัญทั้งหมดจำนวน 300,000

⁸ Ibid., PP. 3-38 - 3-41.

หุ้น ต่อมาอีก 5 วัน บริษัทได้ทำสัญญากับผู้รับประกันการจำหน่ายเพื่อทำการขายหุ้น
 บริมลิตี โดยผู้ถือหุ้น (ผู้โอน) ตกลงว่าผู้รับประกันการจำหน่ายจะได้รับหุ้นสามัญ
 จำนวน 100,000 หุ้น เป็นงวด ๆ ในเดือนตุลาคม 1937 ผู้รับประกันการจำหน่าย
 ก็ได้รับหุ้นสามัญจำนวน 87,900 หุ้น ตอบแทนจากการทำงานให้ แม้ว่าผู้โอนจะถือหุ้น
 สามัญน้อยกว่าร้อยละ 80 หลังจากเดือนตุลาคม 1937 ก็ตาม ศาลภาษีอากรถือว่าการ
 ควบคุมของผู้โอนยังมีอยู่ในเดือนมิถุนายน 1936 "โดยทันทีหลังการแลกเปลี่ยน" และ
 ถือว่าการสูญเสียการควบคุมในเดือนตุลาคม 1937 นั้น ไม่เป็นส่วนหนึ่งของธุรกรรม

ต้นทุน (basis)

ต้นทุนหุ้นของผู้โอน (basis of transferor's stock) หากการ
 โอนทรัพย์สินแลกเปลี่ยนกับหุ้นของบริษัทเป็นไปตามหลักเกณฑ์มาตรา 351(a) ผู้โอนซึ่ง
 ทรัพย์สินดังกล่าวยังไม่ต้องรับรู้กำไร (gain) หรือขาดทุน (loss) แต่อย่างไร โดย
 กรณีมีผลเป็นการชะลอ (defer) การจัดเก็บภาษีเอาไว้ก่อนจนกว่าจะมีการจำหน่าย
 จ่ายโอนหุ้นที่ได้รับนั้นไปจริง ซึ่งมาตรา 358 จะกำหนดเกี่ยวกับต้นทุนของหุ้นที่ผู้โอน
 ได้รับ และไม่อนุญาตให้มีการปรับมูลค่าให้สูงขึ้นหรือต่ำลง (step up หรือ step
 down) ตามมูลค่าราคาตลาดของทรัพย์สินเหล่านั้น หุ้นของผู้โอนจะถือว่าเป็น "ทรัพย์สิน
 ที่ไม่มีการรับรู้ (nonrecognition property)" และต้นทุนของหุ้นจะสะท้อนถึง
 การยกมา (carryover) จากต้นทุนของทรัพย์สินที่ถูกโอน ดังนั้น ตามขนาดของทรัพย์สิน
 ที่ถูกโอนได้มีมูลค่าเพิ่มขึ้น (appreciated) หรือเสื่อมราคาลง (depreciated)
 กำไรหรือขาดทุนจะถูกชะลอจากการโอน และต้นทุนของหุ้นที่ได้รับจะต่ำกว่า (สูงกว่า)
 ราคาตลาดของมันในวันที่ทำการโอน ส่วนทรัพย์สินประเภทอื่น (boot) ที่ผู้โอนได้รับ
 ไว้จะไม่มีคุณสมบัติเป็นทรัพย์สินที่ไม่ต้องรับรู้ และจะมีต้นทุนเท่ากับราคาตลาดของทรัพย์สิน
 นั้น

ในกรณีที่ผู้โอนได้รับเพียงหุ้นเท่านั้น ต้นทุนของทรัพย์สินที่ไม่มีการรับรู้
 (หุ้น) ที่ได้รับไว้ทั้งหมดจะเท่ากับต้นทุนที่ได้ปรับแล้ว (adjusted basis) ทั้งหมด
 ของทรัพย์สินที่ถูกโอน แต่ถ้าหุ้นที่ได้รับมีหลายประเภทต้นทุนทั้งหมดของหุ้นจะต้องถูก

จัดสรร (allocated) ระหว่างหุ้นทั้งหลายที่ได้รับดังกล่าว (มาตรา 358(b) และการจัดสรรต้นทุนทั้งหมดนี้ไปยังหุ้นแต่ละประเภท จะขึ้นอยู่กับราคาตลาดที่สัมพันธ์กันของหุ้นในแต่ละประเภท ITR 1.358-2(b)(2)

ตัวอย่าง นาย A โอนเงินสด \$ 5,000 และทรัพย์สินซึ่งปรับต้นทุนแล้วมูลค่า \$ 25,000 (มูลค่าราคาตลาด \$ 45,000) เพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นของบริษัทภายใต้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 351(a) โดยได้รับหุ้นสามัญจากบริษัท 1,000 หุ้น ต้นทุนของหุ้นที่นาย A ผู้โอนได้รับมีจำนวนเท่ากับ \$ 30,000 ($\$ 5,000 + \$ 25,000$)

ตัวอย่าง หากกรณีตามตัวอย่างข้างต้น นาย A ได้รับหุ้นจากบริษัทดังนี้

หุ้นสามัญ	400 หุ้น	มูลค่าราคาตลาด	\$ 40,000
หุ้นบุริมสิทธิ	100 หุ้น	"	\$ 10,000

ประเภทหุ้น	มูลค่าราคาตลาด	การจัดสรร	ต้นทุน
หุ้นสามัญ	\$ 40,000	$40,000 \times 30,000/50,000$	\$ 24,000
หุ้นบุริมสิทธิ	<u>10,000</u>	$10,000 \times 30,000/50,000$	<u>6,000</u>
	\$ 50,000		<u>\$ 30,000</u>

ในกรณีที่ผู้โอนได้รับทรัพย์สินอื่น (boot) นอกเหนือจากหุ้น มาตรา 351(b)(1) กำหนดให้ผู้โอนต้องรับรู้กำไร (ถ้ามี) แต่จะไม่เกินไปกว่าจำนวนเงินที่ได้รับรวมกับราคาตลาดของทรัพย์สินที่ได้รับ ส่วนต้นทุนทรัพย์สินอื่น (boot) ดังกล่าว มาตรา 358(a)(2) กำหนดให้มูลค่าตามราคาตลาด

การที่ผู้โอนได้รับหุ้น เงิน และทรัพย์สินอื่น (boot) มีผลให้ต้นทุนของทรัพย์สินที่ไม่มีการรับรู้ (nonrecognition property) ซึ่งได้แก่หุ้นที่กล่าวแล้วข้างต้นมีหลักเกณฑ์เพิ่มเติมอีก โดยมาตรา 358(a)(1) กำหนดว่า ต้นทุนของทรัพย์สินที่ไม่มีการรับรู้จะเท่ากับต้นทุนของทรัพย์สินที่ถูกโอนไป ลบด้วยมูลค่าราคาตลาดของ boot และเงินที่ได้รับ บวกด้วยกำไรที่ผู้โอนรับรู้จากการแลกเปลี่ยน

ตัวอย่าง นาย A โอนทรัพย์สินซึ่งปรับต้นทุนแล้วมูลค่า \$ 4,000 (มูลค่าราคาตลาด \$ 10,000) ให้กับบริษัทภายใต้หลักเกณฑ์มาตรา 351(a) โดยได้รับหุ้น

สามัญของบริษัทมูลค่า \$ 8,000 เงินสดจำนวน \$ 1,500 และทรัพย์สินอื่นมูลค่า \$ 500 ตามข้อเท็จจริง นาย A จะได้อะไร \$ 6,000 (มูลค่าที่ได้รับ \$ 10,000 หักลบฐานที่ปรับแล้ว \$ 4,000) ซึ่งจะถูกรับรู้ตามมาตรา 351(b) เท่ากับจำนวน \$ 2,000 ต้นทุนของ boot ที่ได้รับตามมาตรา 358(a)(2) จะเป็นไปตามมูลค่าตลาดคือ \$ 500 สำหรับต้นทุนของหุ้น (nonrecognition property) จะมีมูลค่า \$ 4,000 ตามรายละเอียดการคำนวณดังนี้

ต้นทุนของทรัพย์สินที่โอน	\$ 4,000
ลบด้วยมูลค่าราคาตลาดของ boot และเงินที่ได้รับ	(2,000)
บวกด้วย gain ที่ผู้โอนรับรู้	<u>2,000</u>
ต้นทุนของ nonrecognition property	\$ <u>4,000</u>

ต้นทุนของบริษัทผู้รับโอนสำหรับทรัพย์สินที่ได้รับ (transferee corporation's basis for assets received) ต้นทุนของทรัพย์สินที่บริษัทผู้รับโอนได้รับจากการโอนทรัพย์สินที่ไม่ต้องเสียภาษีนั้น ถูกกำหนดโดยมาตรา 362(a) โดยต้นทุนจะมีมูลค่าเท่ากับที่อยู่ในความครอบครองของผู้โอน (the basis shall be the same as it would be in the hands of the transferor) ซึ่งหมายความว่า ต้นทุนของทรัพย์สินแต่ละรายการที่อยู่ในความครอบครองของผู้โอนจะถูกยกไปยังบริษัทผู้รับโอน และถ้าการแลกเปลี่ยนตามมาตรา 351(a) ถูกเรียกเก็บภาษีแต่เพียงบางส่วนเนื่องจากได้รับทรัพย์สินอื่น (boot) แล้ว มาตรา 362(a) กำหนดว่า ต้นทุนที่จะต้องโอนไปยังทรัพย์สินที่โอนนั้นจะต้องเพิ่มขึ้นตามจำนวนกำไรที่มีการรับรู้ ส่วนจำนวนของความรับผิดชอบต่างๆ ที่ผู้รับโอนได้เข้ารับไว้ ปกติจะไม่ใช่เหตุให้ลดต้นทุนทรัพย์สินที่ผู้รับโอนได้รับ ความรับผิดชอบต่างๆ จะมีผลต่อต้นทุนทรัพย์สินดังกล่าว ถ้าผู้โอนได้รับรู้กำไรไม่ว่าจะเนื่องจากความรับผิดชอบต่างๆ ที่โอนไปยังผู้รับโอนเพื่อวัตถุประสงค์ในการเลี่ยงภาษี หรือไม่ว่าจะเนื่องจากความรับผิดชอบต่างๆ ที่โอนนั้นมีจำนวนเกินกว่าต้นทุนที่ปรับแล้วทั้งหมดของทรัพย์สินผู้โอน (มาตรา 357(b) และ (c))

บันทึกที่ต้องจัดเก็บและข้อมูลที่ต้องยื่น (records to be kept and information to be filed)

ITR 1.351-3 ได้ระบุหน้าที่ของคู่กรณีเกี่ยวกับเอกสารที่ต้องปฏิบัติเพิ่มเติมดังนี้

1. บุคคลทุกคนที่ได้รับหุ้นของบริษัทที่ถูกควบคุมหรือทรัพย์สินอื่นที่เป็นส่วนหนึ่งของสิ่งตอบแทนในการแลกเปลี่ยนตามมาตรา 351 จะต้องยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้ (income tax return) สำหรับปีภาษีที่มีการแลกเปลี่ยน โดยต้องมีการแถลงข้อเท็จจริงทั้งหมด รวมทั้ง
 - การบรรยายลักษณะทรัพย์สินที่โอน ต้นทุน ข้อมูลพื้นฐานอื่น ๆ
 - รายละเอียดของหุ้น และเงินหรือทรัพย์สินอื่นที่ได้รับ (ถ้ามี)
 - รายละเอียดเกี่ยวกับภาระหนี้สินของผู้โอนที่บริษัทที่ถูกควบคุมรับไป
2. บริษัทที่ถูกควบคุมจะต้องยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้ (income tax return) สำหรับปีภาษีที่มีการแลกเปลี่ยนนั้น
 - บรรยายรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินทั้งหมดที่ได้รับจากผู้โอน
 - แถลงถึงต้นทุนหรือฐานอื่น ๆ ที่มีการปรับเปลี่ยน ณ วันที่มีการโอน
 - ข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับหุ้นของบริษัทที่ถูกควบคุม
 - จำนวนเงินและรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินอื่น (ถ้ามี) ที่ให้แก่ผู้โอนในการแลกเปลี่ยน
 - ข้อมูลเกี่ยวกับหนี้สินที่รับจากผู้โอนเมื่อมีการแลกเปลี่ยน
3. บุคคลตาม 1 และ 2 ข้างต้น ต้องเก็บรักษาข้อมูลต่าง ๆ ดังกล่าวเพื่อใช้ในการตัดสินใจว่ากรณีมีกำไรหรือขาดทุนจากการแลกเปลี่ยนหรือไม่

การสนับสนุนเงินทุนของบริษัท (contributions to the capital of a corporation)

ในกรณีของผู้ถือหุ้น หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับทางด้านภาษีในเรื่องการสนับสนุนเงินทุนของบริษัทถูกกำหนดไว้ในมาตรา 118(a) บทบัญญัติมาตรานี้กำหนดให้บริษัทสามารถแยกเอาส่วนที่เป็นการสนับสนุนเงินทุนให้บริษัทออกจากรายได้ทั้งหมดของบริษัท

ก่อนที่จะเสียภาษีหรือหักค่าใช้จ่าย (gross income) ได้ โดย ITR 1.118-1 ให้นำรายละเอียดยกเพิ่มเติมว่า ถ้าบริษัทต้องการเงินทุนเพิ่มเติมเพื่อบริหารธุรกิจ และการได้รับเงินทุนนั้นเป็นการได้รับโดยความสมัครใจจากการจ่ายตามส่วน (pro rata) ของผู้ถือหุ้น จำนวนเงินที่ได้รับดังกล่าวจะถูกลือว่าเป็นรายการที่มีการรับชำระเงิน (being credited) ในบัญชี surplus account หรือบัญชีพิเศษอื่น แต่เงินจำนวนดังกล่าวจะไม่ถือว่าทำให้เกิดรายได้ แม้ว่าจะไม่มีการเพิ่มหุ้นที่ออกจำหน่าย (outstanding shares) ของบริษัทก็ตาม ในการจ่ายเงินสนับสนุนข้างต้นจะมีการประเมินราคาส่วนเพิ่มที่จ่ายให้กับหุ้นที่ถือโดยผู้ถือหุ้นแต่ละราย และจะถือเป็นเงินส่วนหนึ่งที่ใช้ในการบริหารเงินทุนของบริษัท ความหมายดังกล่าวก็คือเงินสนับสนุนที่จ่ายให้บริษัทโดยไม่ได้รับหุ้นเพิ่ม การจ่ายเงินเช่นนั้นจะถูกลือว่าเป็นการเพิ่มราคาที่จ่ายสำหรับหุ้นที่ผู้ถือหุ้นได้ถือไว้เรียบร้อยแล้ว และจะถูกรวมเป็นส่วนหนึ่งของบัญชีทุนของบริษัท

การสนับสนุนเป็นเงินต่อบริษัทจะทำให้ผู้ถือหุ้นสามารถเพิ่มต้นทุนสำหรับหุ้นที่ตนถือไว้ได้ตามจำนวนที่สนับสนุน แต่การสนับสนุนเป็นทรัพย์สินก่อนข้างจะยุ่งยากบ้างโดยมาตรา 362(a) กำหนดให้ต้นทุนของบริษัทสำหรับทรัพย์สินที่ได้รับก็คือต้นทุนของผู้บริจาคทรัพย์สินดังกล่าว ส่วนต้นทุนของผู้บริจาคสำหรับหุ้นของเขาจะเพิ่มขึ้นตามต้นทุนของทรัพย์สินที่บริจาค

ตัวอย่าง นาย A เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท K นาย A ได้บริจาคทรัพย์สินที่ปรับต้นทุนแล้วจำนวน \$ 25,000 (ราคาตลาด \$ 40,000) ให้กับบริษัทโดยสมัครใจ กรณีไม่เกิดกำไรที่ A จะต้องรับรู้ ซึ่งถือได้ว่า A ได้เพิ่มต้นทุนสำหรับหุ้นของตนในบริษัทอีก \$ 25,000 ส่วนบริษัทก็จะใช้ต้นทุน \$ 25,000 สำหรับทรัพย์สินนั้น ถ้าการบริจาคมิได้เป็นไปโดยสมัครใจ แต่เป็นการปฏิบัติตามข้อผูกพันในเรื่องนี้แก่ A ในฐานะที่ A เป็นผู้ถือหุ้น การโอนทรัพย์สินดังกล่าวจะต้องเสียภาษี และมีผลให้ A ต้องรับรู้กำไร \$ 15,000 ต้นทุนสำหรับหุ้นบริษัท K จะเพิ่มขึ้น \$ 40,000 และบริษัทก็จะมีต้นทุนสำหรับทรัพย์สินนั้น \$ 40,000 ด้วย

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นยกหนี้ให้แก่บริษัทโดยไม่มีสาเหตุ และโดยไม่คิดมูลค่าแล้วโดยทั่วไปธุรกรรมนั้น จะถือว่าเป็นการสนับสนุนเงินทุนของบริษัทเท่าจำนวนเงินต้นของหนี้ที่ยกให้ ITR 1.61-12(a)