

(ฉบับเสนอสอบออนไลน์)

ปัญหาการการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะ: ศึกษากรณีการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ

นางสาว อภิขญา ชยวิทย์โฒ

รายงานเอกัตศึกษานี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร ภาควิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2562

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย	3
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	4
1.5 วิธีการศึกษา	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย	5
บทที่ 2 หลักการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือในประเทศไทย	6
2.1 แนวคิดและทฤษฎีของบริษัทในเครือ	6
2.1.1 เหตุผลในการประกอบธุรกิจในลักษณะของบริษัทในเครือ	7
2.1.2 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาบริษัทในเครือเดียวกัน	10
2.1.3 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายไทยในการพิจารณาบริษัทในเครือเดียวกัน	13
2.2 แนวคิดในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะ	19
2.2.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับภาษีธุรกิจเฉพาะ	19
2.2.2 ภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์	30
2.3 ภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ	44
2.3.1 หลักเกณฑ์การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือและอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือ	44
2.3.2 การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือที่ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรและศาล	47
2.3.3 การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ	49

บทที่ 3 การจัดเก็บภาษีสำหรับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือในต่างประเทศ	54
3.1 สหราชอาณาจักร	54
3.1.1 การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับกรณีทั่วไป.....	54
3.1.2 การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับกรณีการกู้ยืมเงิน.....	60
3.1.3 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ	62
3.1.4 มาตรการจัดเก็บภาษีเงินได้สำหรับบริษัทในเครือเดียวกัน.....	64
3.2 ประเทศออสเตรเลีย	65
3.2.1 การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับกรณีทั่วไป.....	65
3.2.2 การจัดเก็บภาษีสินค้าและบริการสำหรับกรณีการกู้ยืมเงิน	70
3.2.3 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ	72
3.2.4 มาตรการจัดเก็บภาษีเงินได้สำหรับบริษัทในเครือเดียวกัน.....	74
บทที่ 4 บทวิเคราะห์ปัญหาการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะกรณีการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ.....	76
4.1 ปัญหาการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ.....	76
4.2 หลักการเป็นนิติบุคคลที่แยกจากกันของบริษัทในเครือ	82
4.3 วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัท.....	86
4.3.1 วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	86
4.3.2 ความหมายของการมุ่งค้าหากำไรตามแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกา.....	89
4.4 การยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะและการส่งเสริมให้เกิดการลงทุนในหนี้	93
4.4.1 หลักความเสมอภาคทางภาษีอากร.....	93
4.4.2 อัตราส่วนหนี้สินต่อส่วนของผู้ถือหุ้น (D/E Ratio).....	96
4.4.3 การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือและผลกระทบต่อมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำ (Thin Capitalization).....	98

4.4.4	การยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือและผลกระทบ ต่อหลักความเสมอภาคทางภาษีอากรและมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำ (Thin Capitalization).....	99
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	101
5.1	บทสรุป	101
5.2	ข้อเสนอแนะ	109
	รายการอ้างอิง.....	111

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การดำเนินธุรกิจในปัจจุบันมีหลายปัจจัยที่พึงต้องพิจารณาเพื่อให้ธุรกิจเป็นไปอย่างราบรื่น และเพื่อให้ได้กำไรสูงสุด การจัดตั้งบริษัทในเครือหรือบริษัทลูกสำหรับธุรกิจที่มีขนาดใหญ่ ก็เป็นอีกหนึ่งรูปแบบที่ช่วยสนับสนุนให้การดำเนินการทางธุรกิจได้รับประโยชน์สูงสุด ไม่ว่าจะเป็นประโยชน์ทางด้านการกระจายความเสี่ยง ประโยชน์ทางด้านภาษีอากร หรือแม้แต่ประโยชน์ทางการเข้าถึงแหล่งเงินทุนในกรณีที่บริษัทใดในกลุ่มประสบปัญหาทางการเงินหรือมีความจำเป็นต้องกู้ยืมเงิน ก็สามารถกู้ยืมกันระหว่างบริษัทในเครือได้

ปัจจุบันการกู้ยืมกันระหว่างบริษัทในเครือนั้น ถูกตีความว่าการกระทำดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ซึ่งเป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ตามความในมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร แต่หากพิจารณาจากความหมายของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” จากการวิเคราะห์ความหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรม และวิเคราะห์จากแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นได้ว่า การกู้ยืมกันระหว่างบริษัทในเครือบางกรณีไม่ควรถูกตีความว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้เป็นที่แน่นอน ทำให้หากเกิดกรณีที่มีปัญหาว่ากิจการใดเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์หรือไม่ ก็ให้เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรในการพิจารณากำหนดขอบเขตและเงื่อนไขของการประกอบกิจการดังกล่าว ซึ่งการที่ประมวลรัษฎากรมิได้กำหนดนิยามให้เป็นที่แน่นอน อีกทั้งให้อำนาจของกรมสรรพากรในการใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ากิจการใดบ้างที่เข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์อาจทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ เนื่องจากการตีความกฎหมายเพื่อจัดเก็บภาษีควรจะต้องตีความโดยเคร่งครัด เพื่อมิให้เกิดผลเป็นภาระที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษีได้

อย่างไรก็ตาม กรณีที่เป็นการให้กู้ยืมเงินกันระหว่างบริษัทในเครือนั้น ได้มีกฎเกณฑ์กำหนดให้ ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการให้กู้ยืมเงินในกรณีดังกล่าว ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษี ธุรกิจเฉพาะ ได้แก่ คำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร และพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 หากเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ กล่าวคือ (1) เป็นกรณีการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ (2) บริษัทในเครือดังกล่าวต้องถือหุ้นกันไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้าของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทในเครือ และ (3) การถือหุ้นดังกล่าวต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือนก่อนวันที่มีการกู้ยืมเงิน โดยให้นับระยะเวลาของบริษัทเดิมอันได้ควบเข้ากันหรือบริษัทเดิมผู้โอนกิจการทั้งหมดรวมด้วย ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว บริษัทที่ให้กู้ยืมก็ต้องนำดอกเบี้ยรับไปรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามปกติ

การยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่ดอกเบี้ยเงินกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือข้างต้นนั้น ได้ปรากฏเหตุผลในการออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวไว้ว่า เพื่อวัตถุประสงค์ในการบรรเทาภาระภาษีและเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันให้กับบริษัทที่มีได้มีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไรจากดอกเบี้ยเงินกู้ในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ ซึ่งเมื่อพิจารณาเหตุผลดังกล่าวจะเห็นว่าไม่สอดคล้องกับความหมายของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ อีกทั้งทำให้การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือที่เข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์นั้นได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะไปด้วย ซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะที่ควรจะต้องจัดเก็บภาษีจากผู้ประกอบการที่มีการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการรายอื่นที่ประกอบกิจการในลักษณะเดียวกัน แต่กลับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะเพียงเพราะมิได้เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน

นอกจากนี้ เกณฑ์ในการพิจารณาบริษัทในเครือที่กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นอยู่ที่ร้อยละ 25 ยังไม่เพียงพอที่จะตีความได้ว่าบริษัทในเครือเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์หน่วยเดียวกัน อันจะทำให้ตีความไปได้ว่า การให้กู้ยืมเงินดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไรระหว่างกัน อีกทั้งการกำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ ไม่ต้องนำมา รวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะนั้นยังเป็นหลักเกณฑ์ที่ขัดกับหลักความเสมอภาคทางภาษีอากร

รวมถึงเป็นการส่งเสริมให้เกิดการลงทุนในหนี้ชั้นต่ำซึ่งสอดคล้องกับมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำ และหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังไม่สอดคล้องวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย

ดังนั้น เพื่อเป็นกำหนดแนวทางการปรับปรุงกฎหมายเพื่อจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะจากดอกเบี้ยเงินกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือให้เหมาะสม จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาและวิเคราะห์ว่า การใช้กฎหมายสำหรับการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับดอกเบี้ยเงินกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือมีความเหมาะสมหรือไม่ หรือควรต้องมีการปรับปรุงแก้ไขหรือไม่ อย่างไร

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีของบริษัทในเครือ
2. เพื่อศึกษาแนวคิดในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการประกอบกิจการโดยปกติ
เยี่ยงธนาคารพาณิชย์
3. เพื่อศึกษาแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการตีความหลักเกณฑ์การประกอบกิจการโดยปกติ
เยี่ยงธนาคารพาณิชย์
4. เพื่อศึกษาการจัดเก็บภาษีทางอ้อมสำหรับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือใน
ต่างประเทศ
5. วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

หลักเกณฑ์ที่กำหนดให้ดอกเบี้ยที่ได้รับจากการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ ไม่ต้องนำมา
รวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ตามคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 เรื่อง
ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร และพระ

ราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 เป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะ

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

1. ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีของบริษัทในเครือ
2. ศึกษาแนวคิดในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่บัญญัติในประมวลรัษฎากร และหนังสือคำอธิบายกฎหมาย
3. ศึกษาแนวคิดและหลักเกณฑ์ในการตีความการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่บัญญัติในประมวลรัษฎากร หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากร และคำพิพากษาของศาล
4. เพื่อศึกษาการจัดเก็บภาษีทางอ้อมสำหรับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือในสหราชอาณาจักรและประเทศออสเตรเลีย
5. ศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะในดอกเบี้ยที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้รับจากการให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงิน

1.5 วิธีการศึกษา

เป็นการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากประมวลรัษฎากร บทบัญญัติของกฎหมาย หนังสือคำอธิบายกฎหมาย แนวคิดการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะ คำสั่งกรมสรรพากร หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากร หนังสือ วารสารต่าง ๆ ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต และเอกสารทางวิชาการอื่น ๆ รวมถึงการขอคำปรึกษาและคำแนะนำจากอาจารย์และนักวิชาการ เพื่อทำ

การวิเคราะห์หลักการและทำความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องที่ต้องการศึกษาในประเด็นต่าง ๆ อย่างเป็นระบบ พร้อมทั้งเสนอความคิดเห็น ข้อเสนอแนะ และหาข้อสรุปของการศึกษาต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. เพื่อให้เข้าใจแนวคิดและทฤษฎีของบริษัทในเครือ
2. เพื่อให้เข้าใจแนวคิดและหลักการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะ สำหรับการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์
3. เพื่อให้เข้าใจหลักเกณฑ์ในการตีความการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์
4. เพื่อให้เข้าใจวัตถุประสงค์และหลักเกณฑ์การกำหนดอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือ
5. เพื่อให้เข้าใจแนวคิดและหลักการการจัดเก็บภาษีทางอ้อมสำหรับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือในสหราชอาณาจักรและประเทศออสเตรเลีย
6. เพื่อตระหนักถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะในดอกเบี้ยที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้รับจากการให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงิน
7. เพื่อสามารถวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

บทที่ 2

หลักการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือในประเทศไทย

2.1 แนวคิดและทฤษฎีของบริษัทในเครือ

การดำเนินธุรกิจให้ประสบผลสำเร็จไม่ว่าในยุคสมัยใดก็ตาม ย่อมต้องอาศัยกลยุทธ์หลายประการเพื่อให้สามารถดำเนินธุรกิจและแข่งขันกับคู่แข่งทางการค้าได้ ผู้ที่มีศักยภาพและขีดความสามารถที่พร้อมในการแข่งขันเท่านั้น จึงจะสามารถดำเนินธุรกิจให้อยู่รอดและเติบโตได้อย่างยั่งยืน หนึ่งในกลยุทธ์ที่ช่วยเสริมสร้างศักยภาพและขีดความสามารถให้แก่ธุรกิจ ได้แก่ การรวมกลุ่มกันในรูปแบบต่าง ๆ โดยมีการดำเนินการในลักษณะที่เกาะเกี่ยวและเชื่อมโยงกัน เพื่อขยายกิจการภายในกลุ่มของตนให้กลายเป็นกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ เป็นการสร้างความเข้มแข็งให้กับธุรกิจและทำให้ธุรกิจสามารถต่อยอดหรือรับกิจการบางประเภทมาให้บริษัทภายใต้กลุ่มธุรกิจเป็นผู้ดำเนินการเองได้

การรวมกลุ่มกันของบริษัทอาจเกิดขึ้นได้จากการที่บริษัทหลายบริษัทซึ่งเดิมประกอบธุรกิจแยกต่างหากจากกัน ไม่ว่าจะเป็ธุรกิจที่เสริมกันหรือธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันก็ตาม ตกลงเข้าร่วมกลุ่มกันเพื่อผลประโยชน์ร่วมกัน หรืออาจเกิดจากการที่บริษัทหนึ่งซึ่งมีการประกอบธุรกิจด้วยกันหลายประเภท ได้แยกธุรกิจบางส่วนออกไปเป็นอีกบริษัทหนึ่งแยกต่างหากจากกัน แต่ยังคงรวมอยู่ในกลุ่มเดียวกัน ซึ่งวัตถุประสงค์ของการรวมกลุ่มในลักษณะนี้ ก็เพื่อลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้จากการประกอบธุรกิจ โดยบริษัทที่เข้าร่วมกลุ่มกัน จะจัดโครงสร้างของกลุ่มบริษัทในลักษณะของกลุ่มธุรกิจหรือบริษัทในเครือ โดยมีบริษัทแม่ของกลุ่ม (Parent Company) เป็นผู้ดูแลกิจการ กำหนดนโยบายด้านการเงินและการบริหารต่าง ๆ อนึ่ง การรวมกลุ่มกันของบริษัทก็อาจส่งผลให้เกิดการผูกขาดทางเศรษฐกิจมากขึ้น ทำให้ธุรกิจขนาดใหญ่ตกอยู่ในมือของคนกลุ่มน้อยที่มีความสัมพันธ์ระหว่างกัน

ผลประโยชน์ทางกฎหมายอีกประการหนึ่งคือ บริษัทในเครือมีสถานะความเป็นนิติบุคคลที่แยกจากกัน สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบย่อมแยกต่างหากจากกันด้วย ทำให้หากเกิดความเสียหายทางธุรกิจขึ้นแก่บริษัทใดในเครือ ความเสียหายนั้นจะไม่กระทบไปยังบริษัทอื่นที่อยู่ในเครือมากนัก

การรวมกลุ่มกันในลักษณะของบริษัทในเครือที่มีสถานะความเป็นนิติบุคคลที่แยกจากกันดังกล่าว ส่งผลให้บริษัทในเครือสามารถทำธุรกิจระหว่างกันได้ เช่น การเป็นผู้ซื้อกับผู้ขาย หรือเป็นเจ้าของกับลูกหนี้ อันเป็นช่องทางที่ทำให้เกิดการยกย้ายถ่ายโอนกำไรระหว่างกันได้โดยง่าย ก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์แก่กลุ่มบริษัทเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากร ที่ทำให้บริษัทในเครือสามารถลดภาระทางภาษีลงไปได้ไม่มากนัก

2.1.1 เหตุผลในการประกอบธุรกิจลักษณะของบริษัทในเครือ

วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทในเครือมีด้วยกันหลายประการ โดยอาจแยกเป็นเหตุผลทางธุรกิจ และเหตุผลทางภาษีอากร ดังนี้

2.1.1.1 เหตุผลทางธุรกิจ

- (1) เพื่อปรับเปลี่ยนและขยายตัวจากธุรกิจเดิมที่ทำอยู่ไปสู่ธุรกิจอื่น ๆ ที่ต้องการทำแต่อาจไม่มีความชำนาญ โดยไปลงทุนเพิ่มเติมเพื่อหวังจะได้รับผลตอบแทนจากเงินปันผล ซึ่งจะส่งผลให้บริษัทมีรายได้เพิ่มขึ้น และสร้างพันธมิตรร่วมเพื่อให้ธุรกิจส่งเสริมซึ่งกันและกัน¹
- (2) เพื่อประโยชน์ด้านการตลาด หากกลุ่มลูกค้าแตกต่างกัน การแยกบริษัทเพื่อดำเนินการจะทำให้มีการแบ่งกลุ่มตลาดอย่างชัดเจน เพื่อประโยชน์ในการเข้าถึงฐานลูกค้าใหม่หรือแหล่งวัตถุดิบใหม่
- (3) เพื่อประโยชน์ด้านการบริหาร เนื่องจากเมื่อธุรกิจมีการเจริญเติบโต การขยายกิจการภายใต้บริษัทเดิมก่อให้เกิดความยุ่งยากเนื่องจากองค์กรจะมีความซับซ้อนมากเกินไป การจัดตั้งบริษัทในเครือจึงทำให้มีการแบ่งอำนาจการ

¹ กิตติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์, กลยุทธ์การวางแผนภาษี, (กรุงเทพฯ: การเงินธนาคาร, 2538).

บริหารของแต่ละบริษัทอย่างชัดเจน ทำให้เกิดความคล่องตัวในการบริหารงาน เพราะองค์กรมีขนาดเล็ก

- (4) เพื่อกระจายความเสี่ยง เนื่องจากยิ่งบริษัทมีขนาดใหญ่มากขึ้นเท่าใด ยิ่งต้องมียุทธศาสตร์มากขึ้นเท่านั้น หากเกิดการฟ้องร้องหรือเรียกค่าเสียหาย เจ้าหนี้ย่อมเรียกให้บริษัทชำระหนี้ได้ตามสินทรัพย์ของบริษัท ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทได้มากหรืออาจถึงขั้นล้มละลายได้ การแยกธุรกิจออกไปจัดตั้งเป็นบริษัทในเครือที่มีความเป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากกัน จะช่วยจำกัดหนี้สินหรือค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ เช่น กรณีที่บริษัทลูกก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น บริษัทแม่ในฐานะผู้ถือหุ้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเกินกว่ามูลค่าหุ้นที่ยังใช้ไม่ครบในบริษัทลูก อย่างไรก็ตามศาลอาจหยิบยกหลักเจาะม่านนิติบุคคล (Piercing the corporate veil)² มาบังคับใช้แก่กรณีนี้ได้เช่นกัน
- (5) เพื่อให้สามารถประกอบกิจการที่อยู่นอกเหนืออำนาจของบริษัทแม่ โดยบริษัทแม่อาจจัดตั้งบริษัทในเครือขึ้นมาเพื่อประกอบกิจการที่อยู่นอกเหนือวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทแม่

² ศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกามีการพัฒนาหลักความยุติธรรม ที่เรียกว่า “Piercing the corporate veil” หรือ “หลักเจาะม่านนิติบุคคล” ซึ่งมีผลทำให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากการประกอบกิจการของบริษัทในบางกรณี ทั้งในรูปแบบการทำสัญญาต่อบุคคลภายนอกและความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำละเมิดที่บริษัทต้องรับผิดชอบ ทั้งนี้ รวมถึงความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นบริษัทด้วยกันเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ทำธุรกรรมหรือผู้กระทำละเมิด และนิติบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นมีความสัมพันธ์กันในลักษณะบริษัทแม่และบริษัทลูก ซึ่งศาลยุติธรรมในประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางแนวทางการรับผิดชอบของบริษัทแม่ที่มีต่อการดำเนินธุรกิจของบริษัทในเครือ

ในคำพิพากษาซึ่งถือเป็นที่มาของกฎหมาย (Source of Law) สรุปได้ดังนี้

- 1) เมื่อบริษัทในเครือได้ดำเนินธุรกิจลักษณะที่ไม่เป็นธรรม เช่น มีข้อตกลงระหว่างบริษัทแม่และบริษัทในเครือให้นำกำไรจากการประกอบการสะสมไว้ในบริษัทแม่ ส่วนผลขาดทุนเก็บไว้ในบริษัทในเครือ
- 2) เมื่อบริษัทในเครือดำเนินธุรกิจลักษณะที่เป็นส่วนหนึ่งของบริษัทแม่อย่างสม่ำเสมอ
- 3) เมื่อบริษัทในเครือยังดำเนินการจัดตั้งไม่แล้วเสร็จตามกฎหมาย
- 4) เมื่อบริษัทแม่และบริษัทในเครือประกอบธุรกิจลักษณะเดียวกันอย่างมีนัยสำคัญ โดยบริษัทในเครือมีทุนจดทะเบียนที่ต่ำกว่าสมควร
- 5) เมื่อการทำธุรกรรมไม่มีความชัดเจนว่า ธุรกรรมใดเป็นของบริษัทแม่และธุรกรรมใดเป็นของบริษัทในเครือ

- (6) เพื่อขยายกิจการออกนอกพื้นที่ กรณีเป็นการขยายกิจการออกไปยังต่างจังหวัดหรือต่างประเทศ การจัดตั้งบริษัทในเครืออาจมีความสะดวกกว่าการตั้งสาขา เนื่องด้วยการบริหารงานคนละพื้นที่ก่อให้เกิดความไม่สะดวกและไม่มีอิสระในการบริหารงาน
- (7) เพื่อแยกงานที่มีลักษณะเป็นเอกเทศ หรือที่ไม่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักออกไปจากบริษัทแม่ เพื่อความสะดวกในการบริหารงาน
- (8) เพื่อกระจายผู้บริหารและพนักงาน เนื่องจากตำแหน่งงานบางตำแหน่งอาจมีจำนวนจำกัด เช่น ระดับหัวหน้างาน หรือผู้บริหาร การจัดตั้งบริษัทในเครือช่วยให้สามารถกระจายบุคลากรที่มีความสามารถ ให้รับผิดชอบในหลายส่วนงานได้มากกว่าการรวมตัวกันในบริษัทเดียว
- (9) เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของทางการ เช่น กลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการข้ามชาติ อาจมีกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ ที่กำหนดให้บริษัทที่เข้าไปลงทุนต้องกระทำผ่านบริษัทที่แยกต่างหากจากกลุ่มบริษัท โดยอาจกำหนดสัดส่วนของการถือหุ้นขั้นต่ำไว้ด้วย³
- (10) เพื่อประโยชน์ในการได้มาซึ่งทรัพย์สินทางปัญญา สัมปทาน หรือข้อมูลบางประการ เช่น ข้อมูลทางการตลาด เป็นต้น
- (11) เพื่อลดคู่แข่งทางธุรกิจโดยการผนวกธุรกิจประเภทเดียวกันเข้าด้วยกัน เป็นการเสริมสร้างความแข็งแกร่งทางธุรกิจ และทำให้สามารถรับมือกับคู่แข่งในตลาดได้

³ Company & Securities Advisory Committee Op. Cit. p.4

2.1.1.2 เหตุผลทางภาษีอากร

การจัดตั้งบริษัทในเครืออาจมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลดภาระภาษี ซึ่งในเหตุผลนี้อาจมีทั้งด้วยวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น บริษัทแม่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทลูกในดินแดนกำบังภาษี (Tax Haven) และใช้บริษัทลูกในดินแดนกำบังภาษีดังกล่าวเป็นตัวเก็บกักรายได้ ทำให้บริษัทแม่ซึ่งตั้งอยู่ในประเทศที่มีอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลในอัตราสูง มีกำไรสุทธิที่จะต้องเสียภาษีต่ำ หรือการตั้งบริษัทลูกเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บริษัทแม่กักเงินเพื่อให้บริษัทแม่เสียภาษีน้อยลง ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

2.1.2 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาบริษัทในเครือเดียวกัน

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาบริษัทในเครือเดียวกัน มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการพิจารณาว่าบริษัทเหล่านั้นมีการดำเนินการที่ถูกต้องควบคุมหรือมีความสัมพันธ์ระหว่างกันหรือไม่ เนื่องจากการทำนิติกรรมระหว่างบริษัทในเครือจะต้องถูกพิจารณาให้มีความแตกต่างจากบริษัทที่เป็นอิสระต่อกัน

2.1.2.1 การพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้น⁴

การถือหุ้นเป็นตัวชี้วัดเบื้องต้นว่าบริษัทถูกควบคุมผ่านทางที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาในเบื้องต้นที่นานาประเทศใช้ในการพิจารณาคือ สัดส่วนของผู้ถือหุ้น ซึ่งมักแยกออกเป็น 2 เกณฑ์ ดังต่อไปนี้

- (1) เกณฑ์จำนวนผู้ถือหุ้น หากผู้ถือหุ้นของบริษัทหนึ่งจำนวนไม่ต่ำกว่ากึ่งหนึ่ง เข้าถือหุ้นในอีกบริษัทหนึ่ง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน เหตุผลที่ต้องกำหนดเกณฑ์จำนวนผู้ถือหุ้น เนื่องจากในการลงมติที่ประชุม

⁴ ธีระวุฒิ เต็มสิริวัฒนกุล, “แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการจัดเก็บภาษีเงินได้ของนิติบุคคลในเครือเดียวกัน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 35.

บางมติใช้แบบหนึ่งคนหนึ่งเสียง (one man one vote) ดังนั้น หากมีผู้ถือหุ้นข้างมากย่อมมีอำนาจควบคุมในบริษัทนั้น ๆ ด้วย

- (2) เกณฑ์มูลค่าการถือหุ้น หากบริษัทหนึ่งมีมูลค่าในการถือหุ้นในอีกบริษัทหนึ่งเกินกว่ากึ่งหนึ่งให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน เหตุผลที่ต้องกำหนดเกณฑ์มูลค่าการถือหุ้นเนื่องจากการลงมติที่ประชุมบางมติจะใช้คะแนนเสียงตามสัดส่วนการถือครองหุ้น ดังนั้น หากมีการถือครองหุ้นข้างมากย่อมมีอำนาจควบคุมในบริษัทนั้น ๆ เช่นกัน

2.1.2.2 การพิจารณาอำนาจในการบริหารจัดการ

นอกจากการพิจารณาตามสัดส่วนการถือหุ้นตามที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว อาจมีกรณีที่ไม่พิจารณาตามสัดส่วนการถือหุ้นหรือมูลค่าการถือหุ้นแล้วพบว่าไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่ง แต่ยังคงมีอำนาจในการควบคุมบริษัทอยู่ เนื่องจากกรรมการผู้มีอำนาจจัดการของบริษัทหนึ่งเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากของอีกบริษัทหนึ่ง หรือจำนวนกรรมการเกินกึ่งหนึ่งของอีกบริษัทหนึ่ง เป็นต้น ซึ่งกรณีเหล่านี้ย่อมก่อให้เกิดอำนาจควบคุมในบริษัทนั้น ๆ ได้

2.1.2.3 การพิจารณาบริษัทใหญ่และบริษัทย่อยในทางบัญชี

มาตรฐานการบัญชีฉบับที่ 44 (ปรับปรุง 2550) เรื่อง งบการเงินรวมและงบการเงินเฉพาะกิจการ ได้กำหนดวิธีการพิจารณาบริษัทใหญ่ไว้ในขอบเขตของงบการเงินรวมว่า ในการนำเสนองบการเงินรวม บริษัทใหญ่ต้องรวมงบการเงินของบริษัทย่อยทั้งหมดไว้ในงบการเงินรวม⁵ โดยบริษัทใหญ่ถือว่ามีอำนาจในการควบคุมเมื่อบริษัทใหญ่มีอำนาจในการออกเสียงไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อมโดยผ่านบริษัทย่อยอื่นเกินกว่ากึ่งหนึ่งในกิจการอื่น ยกเว้นในกรณีที่บริษัทใหญ่มีหลักฐานที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า อำนาจในการออกเสียงนั้นไม่ทำให้บริษัทใหญ่สามารถควบคุมกิจการดังกล่าวได้⁶

⁵ ย่อหน้า 12 มาตรฐานการบัญชีฉบับที่ 44 (ปรับปรุง 2550) เรื่อง งบการเงินรวมและงบการเงินเฉพาะกิจการ

⁶ ย่อหน้า 13 มาตรฐานการบัญชีฉบับที่ 44 (ปรับปรุง 2550) เรื่อง งบการเงินรวมและงบการเงินเฉพาะกิจการ

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่ให้ถือว่าบริษัทใหญ่มีอำนาจควบคุมกิจการอื่น แม้ว่าจะมีอำนาจในการออกเสียงกึ่งหนึ่งหรือน้อยกว่า ดังต่อไปนี้

- (1) บริษัทใหญ่มีอำนาจในการออกเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งเนื่องจากข้อตกลงที่มีกับผู้ถือหุ้นรายอื่น
- (2) บริษัทใหญ่มีอำนาจตามกฎหมายหรือตามข้อตกลงในการกำหนดนโยบายทางการเงินและการดำเนินงานของกิจการอื่น
- (3) บริษัทใหญ่มีอำนาจในการแต่งตั้งหรือถอดถอนบุคคลส่วนใหญ่ในคณะกรรมการบริษัทหรือคณะผู้บริหารอื่นที่มีอำนาจเทียบเท่าคณะกรรมการบริษัท โดยที่คณะกรรมการบริษัทหรือคณะผู้บริหารอื่นนั้นมีอำนาจในการควบคุมกิจการ
- (4) บริษัทใหญ่มีอำนาจในการออกเสียงส่วนใหญ่ในการประชุมคณะกรรมการบริษัทหรือคณะผู้บริหารอื่นที่มีอำนาจเทียบเท่าคณะกรรมการบริษัท โดยที่คณะกรรมการบริษัทและคณะผู้บริหารอื่นนั้นมีอำนาจในการควบคุมกิจการ

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการพิจารณาว่าบริษัทใดเป็นบริษัทใหญ่ที่ต้องจัดทำงบการเงินรวม จะพิจารณาจากการมีอำนาจควบคุมมากกว่าอำนาจในการออกเสียง โดยคำว่า “ควบคุม” ตามมาตรฐานการบัญชีดังกล่าว หมายถึง อำนาจในการกำหนดนโยบายทางการเงินและการดำเนินงานของกิจการเพื่อให้ได้มาเพื่อประโยชน์จากกิจกรรมต่าง ๆ ของกิจการนั้น

2.1.3 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายไทยในการพิจารณาบริษัทในเครือเดียวกัน

2.1.3.1 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายทั่วไป

กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ได้ให้นิยามของ “บริษัทในเครือ”⁷ ไว้ว่า

“บริษัทในเครือ” หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไป ซึ่งมีความสัมพันธ์กันในลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลหนึ่ง เป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนในอีกนิติบุคคลหนึ่ง
- (2) ผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลหนึ่งมีมูลค่าเกินกว่า ร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมดถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในอีกนิติบุคคลหนึ่งที่มีมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบ ของทุนทั้งหมด
- (3) นิติบุคคลหนึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในอีกนิติบุคคลหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมด หรือของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้ว ในกรณีที่บริษัทแรกและ/หรือบริษัทในเครือบริษัทเดียวกันหรือ หลายบริษัท หรือบริษัทแรกและ/หรือบริษัทในเครือในลำดับขั้นแรกและ/หรือในขั้นต่อ ๆ ไป บริษัทเดียว หรือหลายบริษัทถือหุ้นของบริษัทใดมีจำนวนรวมกันเกินกว่าร้อยละห้าสิบของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้ว ให้ถือว่าบริษัทนั้นเป็นบริษัทในเครือของบริษัทแรกด้วย
- (4) บุคคลเกินกว่ากึ่งจำนวนกรรมการหรือผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งมีอำนาจจัดการในนิติบุคคลหนึ่ง เป็นกรรมการหรือเป็นผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งมีอำนาจจัดการในอีกนิติบุคคลหนึ่ง

⁷ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์. คำนิยาม “บริษัทในเครือ”. [ออนไลน์]. 2550. แหล่งที่มา: https://www.dbd.go.th/download/foreign_law/howto/5_6.pdf. [19 เมษายน 2561].

- (5) บริษัทหนึ่งมีอำนาจควบคุมเกี่ยวกับการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการซึ่งมีอำนาจจัดการทั้งหมด หรือโดยส่วนใหญ่ของอีกบริษัทหนึ่ง
- (6) นิติบุคคลใดจะอยู่ในเครือกับบุคคลอื่นเมื่อนิติบุคคลนั้นควบคุมหรือถูกควบคุมโดย บุคคลอื่นนั้น “ถูกควบคุม” หมายความว่า ถูกควบคุมโดยบุคคลของสมาชิก หากบุคคลนั้นมีอำนาจในการเสนอชื่อกรรมการส่วนใหญ่ หรือเป็นผู้มีอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายในการกำกับ การดำเนินการของบริษัท หรือเมื่อทั้งสองฝ่ายถูกควบคุมโดยบุคคลเดียวกัน

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 14 (4) และมาตรา 114 (1) โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้ออกกฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2535) และกำหนดนิยามของ “บริษัทในเครือ” ไว้ว่า

“บริษัทในเครือ” หมายความว่า บริษัทมหาชนจำกัดบริษัทหนึ่ง ซึ่งมีความสัมพันธ์กับบริษัทเอกชนหรือบริษัทมหาชนจำกัดบริษัทใดบริษัทหนึ่งหรือหลายบริษัทในลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) บริษัทหนึ่งมีอำนาจควบคุมเกี่ยวกับการแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ ซึ่ง มีอำนาจจัดการทั้งหมดหรือโดยส่วนใหญ่ของอีกบริษัทหนึ่ง
- (2) บริษัทหนึ่งถือหุ้นในอีกบริษัทหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้ว

ในกรณีที่บริษัทแรกและ/หรือบริษัทในเครือบริษัทเดียวหรือหลายบริษัท หรือบริษัทแรกและ/หรือบริษัทในเครือในลำดับขั้นแรกและ/หรือในขั้นต่อ ๆ ไป บริษัทเดียวหรือหลายบริษัทถือหุ้นของบริษัทใดมีจำนวนรวมกันเกินกว่าร้อยละห้าสิบของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วให้ถือว่าเป็นบริษัทนั้น เป็นบริษัทในเครือของบริษัทแรกด้วย

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดนิยามของ “บริษัทย่อย” ไว้ในหมวด 3/1 ว่าด้วยการบริหารกิจการของบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ มาตรา 89/1 ไว้ว่า

“บริษัทย่อย” หมายความว่า

- (1) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่บริษัท⁸มีอำนาจควบคุมกิจการ⁹
- (2) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่บริษัทย่อยตาม (1) มีอำนาจควบคุมกิจการ
- (3) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมกิจการต่อเป็นทอด ๆ โดยเริ่มจากการอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมกิจการของบริษัทย่อยตาม (1)

พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 ได้กำหนดนิยามของ “บริษัทแม่” “บริษัทลูก” และ “บริษัทร่วม” ในมาตรา 4 ไว้ว่า

“บริษัทแม่” หมายความว่า บริษัท¹⁰ที่มีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ในลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) มีหุ้นในบริษัทหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด

⁸ มาตรา 89/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

“บริษัท” หมายความว่า

- (1) บริษัทมหาชนจำกัดที่ได้รับอนุญาตให้เสนอขายหุ้นต่อประชาชน เว้นแต่บริษัทมหาชนจำกัดที่มีลักษณะตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด
- (2) บริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์หรือหลักทรัพย์ซื้อขายในศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์

⁹ มาตรา 89/1 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

“อำนาจควบคุมกิจการ” หมายความว่า

- (1) การถือหุ้น ที่มีสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลหนึ่งเกินกว่า ร้อยละห้าสิบของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น
- (2) การมีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลหนึ่งไม่ว่า โดยตรงหรือโดยอ้อม หรือไม่ว่า เพราะเหตุอื่นใด
- (3) การมีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการตั้งแต่กึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมด ไม่ว่า โดยตรงหรือโดยอ้อม

¹⁰ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551

“บริษัท” หมายความว่า บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล หรือนิติบุคคลอื่น

- (2) มีอำนาจควบคุมคะแนนเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทหนึ่ง
- (3) มีอำนาจควบคุมการแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้มีอำนาจในการจัดการหรือกรรมการตั้งแต่กึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดในบริษัทหนึ่ง หรือ
- (4) มีอำนาจควบคุมกิจการในลักษณะอื่นใดตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด

การมีหุ้นในบริษัทหนึ่งตั้งแต่ร้อยละสิบขึ้นไปของหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีอำนาจควบคุมกิจการ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามิได้มีอำนาจควบคุมกิจการ

“บริษัทลูก” หมายความว่า

- (1) บริษัทที่มีบริษัทอื่นเป็นบริษัทแม่ หรือ
- (2) บริษัทลูกของบริษัทตาม (1) ต่อไปทุกทอด

“บริษัทร่วม” หมายความว่า บริษัทลูกที่มีบริษัทแม่ร่วมกัน

2.1.3.2 หลักเกณฑ์ตามกฎหมายภาษีอากร

มาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร ได้ให้นิยามของ “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกัน” ไว้ว่า

“บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกัน” หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไปซึ่งมีความสัมพันธ์กันในลักษณะดังต่อไปนี้

- (1) ผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลหนึ่ง เป็นผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนในอีกนิติบุคคลหนึ่ง

- (2) ผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลหนึ่งมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมด ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในอีกนิติบุคคลหนึ่งมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมด
- (3) นิติบุคคลหนึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในอีกนิติบุคคลหนึ่งเกินกว่าร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมด หรือ
- (4) บุคคลเกินกว่ากึ่งจำนวนกรรมการหรือผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งมีอำนาจจัดการในนิติบุคคลหนึ่ง เป็นกรรมการหรือเป็นผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งมีอำนาจจัดการในอีกนิติบุคคลหนึ่ง

มาตรา 71 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ได้ให้นิยามของ “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกัน” ไว้ว่า

“บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์กัน” หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไปที่มีความสัมพันธ์กันในลักษณะ ดังต่อไปนี้

- (1) นิติบุคคลหนึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในอีกนิติบุคคลหนึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมด
- (2) ผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลหนึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมด ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในอีกนิติบุคคลหนึ่งไม่ว่าโดยตรง หรือโดยอ้อมไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบของทุนทั้งหมด หรือ
- (3) นิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์ระหว่างกันในด้านทุน การจัดการ หรือการควบคุม ในลักษณะ ที่นิติบุคคลหนึ่งไม่อาจดำเนินการโดยอิสระจากอีกนิติบุคคลหนึ่งตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

คำสั่งกรมสรรพากร ที่ ป. 26/2534 เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจกรรมเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร ได้ให้นิยามของ “บริษัทในเครือเดียวกัน”¹¹ ไว้ว่า

“บริษัทในเครือเดียวกัน” หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไปซึ่งมีความสัมพันธ์กันโดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลใดถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนอยู่ในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลอีกแห่งหนึ่งไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้นเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหกเดือนก่อนวันที่มีการกู้ยืม

คำสั่งกรมสรรพากร ที่ ป. 113/2545 เรื่อง การเสียภาษีเงินได้ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล กรณีการกำหนดราคาโอนให้เป็นไปตามราคาตลาด ได้ให้นิยามของ “กิจการในกลุ่มเดียวกัน”¹² ไว้ว่า

“กิจการในกลุ่มเดียวกัน” หมายความว่า กิจการในกลุ่มบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีความสัมพันธ์ระหว่างกันในการจัดการ การควบคุม หรือร่วมทุน โดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม

พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 ได้ให้นิยามของ “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกัน”¹³ ไว้ว่า

“บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกัน” หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลจำนวนตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไป ซึ่งมีความสัมพันธ์กันโดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลใดถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนอยู่ในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลอีกแห่งหนึ่งไม่น้อยกว่าร้อยละ

¹¹ คำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร สั่ง ณ วันที่ 25 ธันวาคม 2534

¹² คำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 113/2545 เรื่อง การเสียภาษีเงินได้ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล กรณีการกำหนดราคาโอนให้เป็นไปตามราคาตลาด สั่ง ณ วันที่ 16 พฤษภาคม 2545

¹³ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 วันที่ 23 ธันวาคม 2556

ยี่สิบห้าของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้น เป็นเวลาไม่น้อยกว่าหกเดือนก่อนวันที่มีการกั๊ยม โดยให้นับระยะเวลาของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเดิมอันได้ควบเข้ากันหรือบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเดิมผู้โอนกิจการทั้งหมดรวมด้วย

2.2 แนวคิดในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะ

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะ และการพิจารณาความหมายของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ซึ่งถือเป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เพื่อให้สามารถทราบขอบเขตของคำว่าประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ดังนี้

2.2.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับภาษีธุรกิจเฉพาะ

ภาษีธุรกิจเฉพาะเป็นภาษีทางอ้อมประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการบริโภคหรือการประกอบกิจการเฉพาะอย่าง เริ่มบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2535 พร้อมกันกับภาษีมูลค่าเพิ่มที่เกิดขึ้นจากการขายสินค้าหรือการให้บริการโดยทั่วไป สาเหตุที่ต้องกำหนดให้กิจการบางอย่างต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะเนื่องจากในช่วงที่ประกาศใช้ภาษีมูลค่าเพิ่มยังไม่เหมาะสมที่จะกำหนดให้เป็นกิจการที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม ทั้งเป็นกิจการที่เคยเสียภาษีการค้าอยู่เดิมซึ่งอำนาจรายได้ให้รัฐเป็นอย่างดี¹⁴ และเนื่องจากการประกอบกิจการบางอย่างไม่อาจจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือมีความยุ่งยากในการจัดเก็บ จึงได้มีการกำหนดให้มีการเสียภาษีในลักษณะพิเศษ คือ ภาษีธุรกิจเฉพาะซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับภาษีการค้าที่ยกเลิกไป¹⁵ ทั้งนี้ กิจการที่อยู่ในข่ายบังคับของภาษีธุรกิจเฉพาะแล้วจะไม่อยู่ในข่ายบังคับของภาษีมูลค่าเพิ่มอีก เพื่อมิให้ต้องเสียภาษีการค้าซ้ำซ้อน เนื่องจากภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีธุรกิจเฉพาะต่างเป็นภาษีทางอ้อมที่เก็บจากฐานบริโภคทั่วไปภายในประเทศ

¹⁴ ไพจิตร โรจนวานิช, คำอธิบายประมวลรัษฎากร ภาษีสรรพากร เล่ม 2, (กรุงเทพฯ: บริษัท สามเจริญพาณิชย์ (กรุงเทพ) จำกัด, 2561), หน้า 5-001.

¹⁵ อิศรี โพธิ์สุธา, “ปัญหาการเสียภาษีธุรกิจเฉพาะของกิจการธนาคาร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขากฎหมายภาษี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 43.

โดยในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะนั้นได้บัญญัติไว้ในประมวลรัษฎากร หมวด 5 ว่าด้วยภาษีธุรกิจเฉพาะ ตั้งแต่ มาตรา 91 ถึงมาตรา 91/21

2.2.1.1 ความเป็นมาของภาษีธุรกิจเฉพาะ

ภาษีการค้า

การจัดเก็บภาษีการค้าในช่วงก่อนปี พ.ศ. 2475 ส่วนใหญ่มักจัดเก็บจากการประกอบอาชีพของคนในสังคม โดยเรียกตามชื่อสินค้า นั้น ๆ เช่น ภาษีฝิ่น ภาษีสุรา ภาษีขี้ผึ้ง เป็นต้น มิได้รวมเรียกว่าภาษีการค้าแต่อย่างใด จนกระทั่งปี พ.ศ. 2475 ได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ภาษีดังกล่าวจึงถูกยกเลิกไปทั้งหมดเนื่องจากรัฐบาลเห็นว่าไม่เป็นธรรมแก่สังคม และเริ่มมีการจัดเก็บภาษีการค้าเป็นครั้งแรก โดยพระราชบัญญัติภาษีการค้า พ.ศ. 2475 แบ่งประเภทการค้าซึ่งจะต้องเสียภาษีการค้าเป็น 8 ประเภท คือ โฮเต็ลและการค้าที่คล้ายคลึงกัน เจ้าสำนักการมหรสพ การขายของการพิมพ์ การค้าเครื่องนุ่งห่ม การช่างและการเบ็ดเตล็ด การอุตสาหกรรมและการโม้หิน และการรับเหมา

นอกจากนี้ ยังมีภาษีซึ่งจัดเก็บจากการประกอบธุรกิจซึ่งอนุโลมได้ว่าเป็นการจัดเก็บภาษีการค้า คือ ภาษีการธนาคาร การประกันภัย และเครดิตฟองซิเอร์ ตามพระราชบัญญัติการธนาคารและการประกันภัย พ.ศ. 2475 โดยมีหลักการจัดเก็บจากบุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน หรือนิติบุคคลซึ่งมีสำนักงานทำการเปิดเครดิตโดยรับฝากเงินหรือเก็บเงินจากผู้อื่นและส่งไปที่อื่น โดยวิธีใช้ตราพท์ เช็ค หรือคำสั่ง หรือทำการแลกเงิน ออกซื้อหรือขายตัวแลกเงิน ส่งเงินไปต่างประเทศโดยโทรเลขหรือจดหมาย รวมทั้งกิจการเครดิตฟองซิเอร์ กิจการออมสิน

วิธีการเสียภาษี กำหนดให้ธนาคารที่ตั้งเป็นบริษัทเสียภาษีจากจำนวนที่ได้จ่ายเป็นดอกเบี้ย เงินปันผล หรือโบนัสแก่ผู้ถือหุ้น ในอัตราร้อยละ 8 ถ้าธนาคารมิได้ตั้งบริษัท ให้เสียภาษีจากจำนวนเงินที่ได้จากการแลกเงินอัตราอย่างต่ำสำหรับกิจการที่แลกเงิน 2 ล้านบาท เสียภาษี 1,000 บาทต่อปี อย่างสูง 6 ล้านบาท เสียภาษี 4,000 บาทต่อปี ส่วนเครดิตฟองซิเอร์เสียภาษีในอัตราร้อยละ 1 ใน 48 ต่อเดือนในจำนวนเงินที่ให้กู้กิจการออมสิน เสียภาษีร้อยละ 1 ใน 36 ต่อเดือน ในยอดเงินที่ยังค้างบัญชีเป็นเครดิต โดยมีการจัดเก็บปีละครั้ง

ภาษีการค้า ภาษีการธนาคาร และการประกันภัยดังกล่าว เป็นภาษีที่มีหลักการจัดเก็บโดยอาศัยการประกอบการค้าและธุรกิจเหมือนกัน แต่มีฐานการจัดเก็บที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ภาษีการค้าส่วนใหญ่เก็บจากการประกอบกิจการค้า โดยถือค่ารายปี¹⁶เป็นเกณฑ์ในการเรียกเก็บ ส่วน ภาษีการธนาคารเก็บจากธุรกิจที่อาจก่อให้เกิดดอกเบี้ยหรือเงินทุน

แต่เนื่องจากภาษีการค้าที่เก็บจากการประกอบกิจการค้าเหล่านี้มีการจัดเก็บอย่างสลับซับซ้อนและมีฐานการจัดเก็บมากมายหลายประเภท อีกทั้งมิได้มีลักษณะของภาษีการขายที่แท้จริง เนื่องจากฐานภาษีที่ใช้คิดคำนวณภาษีมิได้ใช้รายรับจากการขายเป็นเกณฑ์ แต่ใช้ค่ารายปีหรือค่าเช่าในปีหนึ่ง ๆ เป็นหลัก ด้วยเหตุนี้รัฐบาลจึงได้ประกาศยกเลิกและนำเอาภาษีอากรบางประเภทมารวมไว้ในกฎหมายฉบับเดียว คือพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร พ.ศ. 2481 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดให้การจัดเก็บภาษีจากกิจการธนาคาร การเครดิตฟองซิเอร์ การออมสิน และการประกันภัย แยกออกไปเป็นลักษณะหนึ่งต่างหากเรียกว่า ภาษีการธนาคาร เครดิตฟองซิเอร์ การออมสิน และการประกันภัย จากทั้งหมด 6 ประเภทที่จัดเก็บ ได้แก่ ภาษีโรงค้า (ภาษีการค้าเดิม) ภาษีการธนาคารและการประกันภัย อาคารแสตมป์ ภาษีการซื้อข้าว ภาษีการซื้อน้ำตาล และภาษีโรงแรมภักดีอาคาร

อย่างไรก็ตาม การจัดเก็บภาษีโรงค้าดังกล่าวยังมีความสับสนยุ่งยาก โดยเฉพาะฐานภาษีที่มีได้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน บ้างก็เก็บจากค่ารายปี บ้างก็เก็บจากกำลังของเครื่องจักรหรือจำนวนลูกจ้าง ซึ่งไม่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษีเท่าที่ควร เพราะสิ่งเหล่านี้ไม่ใช่สิ่งที่แสดงถึงรายได้หรือผลกำไรของการประกอบกิจการค้านั้นเสมอไป จึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงการเก็บภาษีการค้าให้รัดกุมยิ่งขึ้น โดยมีการประกาศจัดเก็บภาษีการค้าใหม่ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2496 ซึ่งมีสาระสำคัญในการแก้ไข ดังนี้ 1) การกำหนดประเภทของการประกอบกิจการค้าไว้ในบัญชีอัตราภาษีการค้าซึ่งมีอยู่ 22 ประเภท¹⁷ 2) การคำนวณภาษีให้คำนวณจาก “รายรับ” แทนการคำนวณจากค่ารายปี 3) อัตราภาษีโรงค้าจากเดิมที่เก็บจากค่ารายปี

¹⁶ ค่ารายปี หมายถึง จำนวนเงินซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้น ๆ สมควรจะให้เช่าได้ในปีหนึ่ง ๆ

¹⁷ บัญชีอัตราภาษีการค้าได้แบ่งประเภทการค้าออกเป็น 22 ประเภท คือ การรับจ้างทำของ การขายของ การขายผลิตภัณฑ์ การทำไฟฟ้า การทำประปา การพิมพ์ การถ่ายรูป การรับเหมาก่อสร้าง การรับโฆษณา การให้เช่าทรัพย์สิน การทำห้องเย็น การทำคลังสินค้า การทำโรงแรม การทำภัตตาคาร การขนส่ง การทำสถานพยาบาล การมหรสพ โรงรับจำนำ นายหน้าและตัวแทน การขายอสังหาริมทรัพย์ การธนาคารและประกันภัย

ได้มีการแก้ไขให้อัตราภาษีลดหลั่นตามประโยชน์ของการประกอบการค้าอันจะพึงเกิดผลแก่เศรษฐกิจและสังคม 4) ระยะเวลาการชำระภาษีจากเดิมที่ชำระเป็นรายปี แก้ไขเป็นชำระภายในวันที่ 15 ของเดือนถัดไป และ 5) ผู้มีหน้าที่เสียภาษีการค้าจากเดิม ได้แก่ บุคคลธรรมดา บริษัท ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล และผู้ประกอบการกิจการในราชอาณาจักร แก้ไขเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีการค้า ได้แก่ ผู้ประกอบการค้าตามประเภทกิจการที่กำหนดไว้ในประมวลรัษฎากร ไม่ว่าจะเป็นผู้ผลิต ผู้นำเข้า ผู้ส่งออก ผู้ขายส่ง หรือผู้ขายปลีก ซึ่งต้องเสียภาษีการค้าไม่ว่าจะเป็นการขายในทอดใด ๆ จึงมีลักษณะเป็นภาษีแบบเก็บทุกทอดบนฐานรายรับ (turnover tax) อันมีเป้าหมายหลักเพื่อการแสวงหารายได้ให้กับรัฐบาลเป็นสำคัญ

ภาษีแบบเก็บทุกทอดบนฐานรายรับดังกล่าวมีข้อเสียหลายประการ กล่าวคือ ก่อให้เกิดการสูญเสียประสิทธิภาพในการจัดสรรทรัพยากร ไม่ทำให้เกิดความเชี่ยวชาญในการผลิตเฉพาะอย่าง (specialization) แต่กลับเอื้อให้หน่วยผลิตรวมตัวกันในแนวตั้ง (vertical integration) อีกทั้งยังสนับสนุนให้มีแนวโน้มในการบริโภคนำเข้ามากกว่าสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ เพราะสินค้าสำเร็จรูปขาเข้ามิได้ผ่านการเสียภาษีการค้าหลายขั้นตอน¹⁸

การเปลี่ยนแปลงภาษีการค้าที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การประกาศใช้ประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2504 ที่มีการเปลี่ยนแปลงการจัดเก็บภาษีการค้าจากเก็บทุกทอดบนฐานรายรับ เป็นจัดเก็บจากผู้ประกอบการค้าเพียงทอดเดียว กล่าวคือ จัดเก็บจากผู้ผลิตหรือผู้นำเข้า เพื่อให้ได้รับความสะดวกและรัดกุมขึ้นกว่าเดิม แต่การจัดเก็บดังกล่าวทำให้จำนวนผู้เสียภาษีลดลง รัฐจึงปรับอัตราภาษีการค้าให้สูงขึ้นเพื่อชดเชยรายได้ที่หายไป อย่างไรก็ตาม ด้วยอัตราภาษีที่จัดเก็บมีหลายอัตราตามชนิดของสินค้าทำให้มีความยุ่งยาก และก่อให้เกิดผลเสียหลายด้าน เช่น เกิดภาวะภาษีซ้ำซ้อน (cascading) ในกรณีที่เป็นสินค้าวัตถุดิบ เนื่องจากขั้นตอนก่อนจะเป็นสินค้าสำเร็จรูปย่อมต้องผ่านการเสียภาษีการค้าสำหรับการผลิตวัตถุดิบหลายครั้ง หรือในด้านการบริหารการจัดเก็บภาษีการค้า ที่ก่อให้เกิดภาวะในการตรวจสอบ การประเมินราคาที่ใช้ในการคิดฐานภาษี และการกำหนดอัตราภาษีให้ถูกต้องตามแต่ประเภทของสินค้าก็จะเพิ่มมากขึ้น¹⁹

¹⁸ อธิศรี โพธิ์สุธา, “ปัญหาการเสียภาษีธุรกิจเฉพาะของกิจการธนาคาร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขากฎหมายภาษี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 39.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39

โครงสร้างภาษีการค้าของไทย ตั้งแต่ปี 2504-2534 มีลักษณะเป็นภาษีขายทั่วไป (general sale tax) ที่เก็บจากการขายสินค้าและการให้บริการ โดยจัดเก็บจากรายรับประจำเดือนที่ได้จากการขายสินค้าและการให้บริการ ซึ่งอัตราที่ใช้จัดเก็บจะแตกต่างกันไปตามแต่ประเภทของสินค้าหรือบริการ โดยจำแนกประเภทการค้าเพื่อการจัดเก็บภาษีการค้าตามบัญชีอัตราการค้าออกเป็น 14 ประเภท²⁰

ต่อมาได้มีการยกเลิกระบบภาษีการค้าและนำระบบภาษีมูลค่าเพิ่มมาใช้ในจัดเก็บภาษีในประเทศไทยแทน เนื่องจากเหตุผลและความจำเป็นจากการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและเหตุผลเกี่ยวกับระบบภาษีการค้า แต่เนื่องจากการประกอบกิจการบางอย่างไม่อาจจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือมีความยุ่งยากในการจัดเก็บ จึงได้มีการกำหนดให้มีการเสียภาษีในลักษณะพิเศษ คือ ภาษีธุรกิจเฉพาะ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับภาษีการค้า

²⁰ ประเภทของการค้าที่อยู่ในข่ายต้องเสียภาษีการค้า คือ

- (1) การขายของ แบ่งออกเป็น 8 ชนิด
- (2) โรงสีข้าวเจ้าข้าวเหนียว และโรงเลื่อย ยกเว้นโรงสีข้าวที่ใช้เครื่องสีข้าวที่มีกำลังผลิตต่ำกว่า 5 เกวียนต่อ 24 ชั่วโมง
- (3) การขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย
- (4) การรับจ้างทำของต่าง ๆ และการให้บริการในสถานอาบ อบ นวด หรือการนวดในโรงน้ำชา การนวดแผนโบราณ หรือการอบตัวในสถานที่ต่าง ๆ
- (5) การให้เช่าทรัพย์สินที่มีเขตที่ดิน โรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง รวมทั้งการขาย การรับจ้างบันทึกวีดิโอเทป การให้เช่าแบบลีสซิ่ง
- (6) การทำคลังสินค้า การรับฝากทรัพย์สินหรือการให้บริการเกี่ยวกับการเก็บสิ่งของต่าง ๆ ในห้องเย็น รวมทั้งการให้ใช้ที่จอดรถ
- (7) โรงแรม ไนท์คลับหรือคาบารेट ภัตตาคาร
- (8) การขนส่ง ที่มีใช้การขนส่งในราชอาณาจักร
- (9) โรงรับจำนำ
- (10) นายหน้า ตัวแทน ผู้ทอดตลาด หรือรับจัดธุรกิจให้ผู้อื่น ยกเว้นนายหน้าหรือตัวแทนประกันภัย
- (11) การขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้าหรือหากำไร
- (12) ธนาคาร หรือการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคาร เช่น ให้กู้ยืม ค้ำประกัน แลกเปลี่ยนเงินตรา ฯลฯ
- (13) ประกันภัย ทั้งประกันชีวิตและประกันภัยอย่างอื่น
- (14) มหรสพ ได้แก่การฉายภาพยนตร์ การแข่งม้า

2.2.1.2 ผู้มีหน้าที่เสียภาษี กิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

(1) ผู้มีหน้าที่เสียภาษี

ผู้มีหน้าที่เสียภาษีธุรกิจเฉพาะ กฎหมายกำหนดให้บุคคลซึ่งประกอบกิจการที่อยู่ในบังคับเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษี²¹ คำว่า “บุคคล” ที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะดังกล่าวมีความหมายเช่นเดียวกับ “บุคคล” ตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 4 ว่าด้วยภาษีมูลค่าเพิ่ม²² ซึ่งหมายความว่า บุคคลธรรมดา คณะบุคคลที่มีโชินิติบุคคล หรือนิติบุคคล

ดังนั้น ผู้มีหน้าที่เสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ได้แก่ ผู้ประกอบกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ไม่ว่าผู้ประกอบกิจการดังกล่าวจะประกอบกิจการในรูปของ

- บุคคลธรรมดา
- คณะบุคคลที่มีโชินิติบุคคล
- กองมรดก
- ห้างหุ้นส่วนสามัญ
- กองทุน

²¹ ประมวลรัษฎากร มาตรา 91/7 วรรคหนึ่ง ให้บุคคลซึ่งประกอบกิจการที่อยู่ภายใต้บังคับของหมวดนี้มีหน้าที่เสียภาษีตามบทบัญญัติในหมวดนี้

²² ประมวลรัษฎากร มาตรา 91/1 วรรคสอง ให้นำบทนิยามคำว่า “บุคคล” “บุคคลธรรมดา” “คณะบุคคลที่มีโชินิติบุคคล” “นิติบุคคล” “ตัวแทน” “สถานประกอบการ” และ “เดือนภาษี” ตามมาตรา 77/1 มาใช้บังคับ

ประมวลรัษฎากร มาตรา 77/1 ในหมวดนี้ เว้นแต่ข้อความจะแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น

- (1) “บุคคล” หมายความว่า บุคคลธรรมดา คณะบุคคลที่มีโชินิติบุคคล หรือนิติบุคคล
- (2) “บุคคลธรรมดา” หมายความว่า รวมถึง กองมรดก
- (3) “คณะบุคคลที่มีโชินิติบุคคล” หมายความว่า ห้างหุ้นส่วนสามัญ กองทุน หรือมูลนิธิที่มีโชินิติบุคคล และให้หมายความรวมถึงหน่วยงาน หรือกิจการของเอกชนที่กระทำโดยบุคคลธรรมดาตั้งแต่สองคนขึ้นไปอันมิโชินิติบุคคล
- (4) “นิติบุคคล” หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตามมาตรา 39 องค์การของรัฐบาลตามมาตรา 2 สหกรณ์ และองค์กรอื่นที่กฎหมายกำหนดให้เป็นนิติบุคคล

- หน่วยงานหรือกิจการของเอกชนที่กระทำโดยบุคคลธรรมดาตั้งแต่สองคนขึ้นไปอันมิใช่นิติบุคคล
- องค์การของรัฐบาล สหกรณ์ และองค์กรอื่นที่กฎหมายกำหนดให้เป็นนิติบุคคล

ในกรณีผู้ประกอบกิจการอยู่นอกราชอาณาจักร ให้ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการประกอบกิจการ รวมตลอดถึง ลูกจ้าง ตัวแทน หรือผู้ทำการแทน ซึ่งมีอำนาจในการจัดการแทนโดยตรง หรือโดยปริยายที่อยู่ในราชอาณาจักร เป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีร่วมกับผู้ประกอบกิจการดังกล่าวข้างต้น²³

(2) กิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

กิจการที่จะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร ได้แก่ การประกอบกิจการดังต่อไปนี้ในราชอาณาจักร โดยกิจการนั้น ไม่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ

- (1) การธนาคาร ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ หรือกฎหมายเฉพาะ
- (2) การประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์
- (3) การรับประกันชีวิต ตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต
- (4) การรับจํานำ ตามกฎหมายว่าด้วยโรงรับจํานำ
- (5) การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ เช่น การให้กู้ยืมเงินค้ำประกัน แลกเปลี่ยนเงินตรา ออก เช็ค หรือขายตัวเงิน หรือรับส่งเงินไปต่างประเทศด้วยวิธีต่าง ๆ
- (6) การขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้าหรือหากำไร ไม่ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นจะได้อมาโดยวิธีใดก็ตาม ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามพระราช

²³ ประมวลรัษฎากร มาตรา 91/7 วรรคสอง ในกรณีผู้ประกอบกิจการอยู่นอกราชอาณาจักร ให้ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบ ในการประกอบกิจการ รวมตลอดถึงลูกจ้าง ตัวแทนหรือผู้ทำการแทนซึ่งมีอำนาจในการจัดการแทนโดยตรงหรือโดยปริยายที่อยู่ในราชอาณาจักร เป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีร่วมกับบุคคลตามวรรคหนึ่ง

กฤษฎีกาฯ (ฉบับที่ 342) พ.ศ.2541²⁴ (ใช้บังคับตั้งแต่ 1 มกราคม 2542 เป็นต้นไป) ดังต่อไปนี้

- (7) การขายหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยในตลาดหลักทรัพย์
- (8) การประกอบกิจการอื่น ตามกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา ซึ่งปัจจุบันมีพระราชกฤษฎีกาอยู่ด้วยกัน 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาฯ (ฉบับที่ 350) พ.ศ. 2524 ซึ่งกำหนดให้กิจการซื้อและขายคืนหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุญาตจาก

²⁴ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการขายอสังหาริมทรัพย์ทางคำหรือหากำไร (ฉบับที่ 342) พ.ศ. 2541 มาตรา 4 ให้การขายอสังหาริมทรัพย์เฉพาะที่ต้องจดทะเบียนสิทธิและ นิติกรรมดังต่อไปนี้ เป็นการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางคำหรือหากำไรที่ต้องเสียภาษี ธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (6) แห่งประมวลรัษฎากร

- (1) การขายอสังหาริมทรัพย์ของผู้ซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดิน ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจัดสรรที่ดิน
 - (2) การขายห้องชุดของผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้จดทะเบียนอาคารชุดตามกฎหมายว่าด้วย อาคารชุด
 - (3) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นอาคารที่สร้างขึ้นเพื่อขาย รวมถึงการขายที่ดินอันเป็นที่ตั้งของ อาคารดังกล่าว
 - (4) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่เข้าลักษณะตาม (1) (2) หรือ (3) เฉพาะกรณีที่มีการแบ่งขาย หรือแบ่งแยกไว้เพื่อขาย โดยได้จัดทำถนนหรือสิ่งสาธารณูปโภคอื่น หรือให้คำมั่นว่าจะจัดให้มีสิ่งดังกล่าว
 - (5) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ขายมีไว้ใน การประกอบกิจการเฉพาะของบริษัทหรือ ห้างหุ้นส่วน ที่มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้ นิติบุคคล องค์การของรัฐบาล สหกรณ์ และองค์กรอื่นที่กฎหมายกำหนดให้เป็นนิติบุคคล
 - (6) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่เข้าลักษณะตาม (1) (2) (3) (4) (5) ที่ได้กระทำภายในห้าปี นับแต่วันที่ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้น เว้นแต่
 - (ก) การขายหรือการถูกเวนคืนตามกฎหมาย ว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์
 - (ข) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาโดยทางมรดก
 - (ค) การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้เป็นสถานที่อยู่อาศัยอันเป็นแหล่งสำคัญที่ผู้ขายมีชื่อ อยู่ในทะเบียนบ้านตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎรเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปีที่นับแต่วันที่ได้มาซึ่ง อสังหาริมทรัพย์นั้นในกรณีที่ที่ดินและอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างตาม (ค) ได้มาไม่พร้อมกันกำหนดเวลาห้า ปีตามความใน (16) ให้ถือตามระยะเวลาการได้มาซึ่งที่ดินหรืออาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่ได้มาภายหลัง
 - (ง) การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ โดยไม่มีค่าตอบแทน ให้แก่บุตรชอบด้วยกฎหมายของตน แต่ไม่รวมถึงบุตรบุญธรรม
 - (จ) การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ ทางมรดกให้แก่ทายาท โดยธรรมหรือผู้รับพินัยกรรมซึ่งเป็นทายาทโดยธรรม
 - (ฉ) การโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ส่วนราชการหรือ องค์การของรัฐบาลโดยไม่มีค่าตอบแทน
 - (ช) การแลกเปลี่ยนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์กับส่วนราชการ หรือองค์การของรัฐบาลเฉพาะในกรณีที่ส่วนราชการหรือองค์การของรัฐบาลนั้นมิได้มีการจ่ายค่าตอบแทนเป็นอย่าง อื่น นอกจากอสังหาริมทรัพย์ที่แลกเปลี่ยนนั้น
- หมายเหตุ ผู้มีเงินได้ที่ได้รับเงินได้พึงประเมินจากการขายอสังหาริมทรัพย์ตาม (6) ซึ่งได้ถูกหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย และได้เสียภาษีธุรกิจเฉพาะไว้แล้วเมื่อถึงกำหนดยื่นรายการเสียภาษีเงินได้ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องนำเงินได้ดังกล่าว มาคำนวณเป็นเงินได้พึงประเมิน ทั้งนี้เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา(พระราชกฤษฎีกาฯ (ฉบับที่ 376 พ.ศ.2544)

คณะกรรมการกำกับ หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วย หลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์เป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจ เฉพาะ เนื่องจากการประกอบกิจการซื้อหรือขายคืนหลักทรัพย์โดยมีสัญญา หรือซื้อคืนดังกล่าวมีลักษณะอื่นที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ และ พระราชกฤษฎีกาฯ (ฉบับที่ 358) พ.ศ.2542 ซึ่งกำหนดให้การประกอบธุรกิจ แฟกเตอร์ริง (Factoring)²⁵ เป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากการประกอบธุรกิจดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับการให้กู้ยืมเงินที่ เป็นการประกอบกิจการโดยปกติ เยี่ยงธนาคารพาณิชย์

กิจการที่จะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 ดังกล่าว ใช้บังคับเฉพาะการ ประกอบกิจการในราชอาณาจักรเท่านั้น ดังนั้น หากธนาคารพาณิชย์ไทยมีสาขาอยู่ในต่างประเทศ รายรับที่สาขาต่างประเทศได้รับไม่ต้องนำมารวมเป็นรายรับที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากภาษี ธุรกิจเฉพาะใช้หลักอาณาเขต (Territoriality Principle) ในการเสียภาษี ซึ่งแตกต่างจากภาษีเงินได้ นิติบุคคลที่ต้องนำเงินได้ทั้งในประเทศและต่างประเทศมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีตามหลัก Worldwide Income

นอกเหนือจากกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะโดยตรง หากมีรายรับ จากการประกอบกิจการอย่างอื่นซึ่งไม่ใช่รายรับที่จะต้องนำมาเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ แต่เป็นรายรับจาก การประกอบกิจการเฉพาะอย่างที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการประกอบกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เช่น การประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ รายรับที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ได้แก่ ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีรายรับอื่นที่ไม่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เช่น การให้เช่าตู้เซฟ การให้บริการใช้บัตรเครดิต เป็นต้น ซึ่งการประกอบกิจการดังกล่าว หากบุคคลอื่นที่มีใช้ธนาคาร พาณิชย์เป็นผู้ประกอบการ ถือเป็นกิจการประเภทการให้บริการซึ่งอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม

²⁵ คำว่า "ธุรกิจแฟกเตอร์ริง" หมายความว่า ธุรกิจที่ผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้บริการตกลงจะ โอนทรัพย์สินที่จะได้รับการชำระหนี้ เนื่องจากการขายสินค้าหรือการให้บริการระหว่างตนกับลูกหนี้ของตน ให้แก่ผู้ประกอบการแฟกเตอร์ริง โดยผู้ประกอบการแฟกเตอร์ริง ตกลงจะให้สินเชื่อซึ่งรวมถึงการให้กู้ยืมและการ ทดรองจ่ายแก่ผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้บริการและรับที่จะดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (ก) จัดให้มีบัญชีทรัพย์สินที่จะได้รับการชำระหนี้
- (ข) เรียกเก็บทรัพย์สินที่จะได้รับการชำระหนี้
- (ค) รับผิดชอบในหนี้ที่ลูกหนี้ของผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้บริการผิดนัด

ตามมาตรา 77/2 แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น ผู้ประกอบการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะแต่มีรายรับจากกิจการอื่นที่มีรายรับที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ จะต้องนำรายรับนั้นมาเสียภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 91/4 แห่งประมวลรัษฎากร²⁶ สำหรับรายรับจากกิจการดังต่อไปนี้

- (1) กิจการเฉพาะอย่างที่มีใช้กิจการที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ
- (2) กิจการเฉพาะอย่างที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ซึ่งพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นกิจการที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม²⁷

²⁶ ประมวลรัษฎากร มาตรา 91/4 กิจการเฉพาะอย่างของกิจการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 91/2 ดังต่อไปนี้ให้เสียภาษีมูลค่าเพิ่มตามหมวด 4

- (1) กิจการเฉพาะอย่างที่มีใช้กิจการที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการตามมาตรา 91/2
- (2) กิจการเฉพาะอย่างที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการตามมาตรา 91/2 ซึ่งพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นกิจการที่เสียภาษีมูลค่าเพิ่ม

ในกรณีที่มีปัญหาว่ากิจการใดเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการตามมาตรา 91/2 หรือไม่ อธิบดีจะเสนอให้คณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรพิจารณากำหนดขอบเขต และเงื่อนไขของการประกอบกิจการก็ได้ และเมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรได้วินิจฉัยแล้ว ให้ประกาศคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรในราชกิจจานุเบกษา

²⁷ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดกิจการเฉพาะอย่างที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะให้เป็นกิจการที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 246) พ.ศ. 2534

มาตรา 3 กำหนดให้กิจการเฉพาะอย่างที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะดังต่อไปนี้ เป็นกิจการที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม

- (1) การให้บริการเช่าสังหาริมทรัพย์
- (2) การให้บริการใช้บัตรเครดิตหรือในลักษณะทำนองเดียวกัน
- (3) การให้บริการที่ปรึกษาทางธุรกิจ
- (4) การให้เช่าซื้อทรัพย์สิน
- (5) การให้บริการนายหน้าและตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์
- (6) การให้บริการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์
- (7) การให้บริการอื่นที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกิจการตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร และไม่มีฐานภาษีตามมาตรา

91/5 แห่งประมวลรัษฎากร

2.2.1.3 ฐานภาษี อัตราภาษี และการคำนวณภาษีธุรกิจเฉพาะ

ฐานภาษีสำหรับการประกอบกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ได้แก่ รายรับก่อนหักรายจ่ายใด ๆ ที่ผู้ประกอบการได้รับหรือพึงได้รับเนื่องจากการประกอบกิจการ

"รายรับ" หมายความว่า เงิน ทรัพย์สิน ค่าตอบแทน หรือประโยชน์ใด ๆ อันมีมูลค่าที่ผู้ประกอบการ ได้รับหรือพึงได้รับ ไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรอันเนื่องมาจากการประกอบกิจการ

กิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ จะต้องเสียภาษีโดยคำนวณจากฐานภาษี ซึ่งได้แก่ รายรับตามฐานภาษีของแต่ละประเภทกิจการ คูณด้วยอัตราภาษีที่กำหนดไว้ และจะต้องเสียภาษีท้องถิ่นอีกร้อยละ 10 ของจำนวนภาษีธุรกิจเฉพาะดังกล่าว

กิจการ	ฐานภาษี	อัตรา ภาษี ร้อยละ
1. กิจการธนาคาร ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์	- ดอกเบี้ย ส่วนลด ค่าธรรมเนียม ค่าบริการ หรือกำไรก่อนหักรายจ่ายใด ๆ จากการซื้อหรือขายตั๋วเงิน หรือตราสารแสดงสิทธิในหนี้ใด ๆ	3.0
การประกอบกิจการ เยี่ยงธนาคารพาณิชย์	- กำไรก่อนหักรายจ่ายใด ๆ จากการแลกเปลี่ยนหรือซื้อขายเงินตรา การออกตั๋วเงินหรือการส่งเงินไปต่างประเทศ	3.0
2. กิจการรับประกันชีวิต	- ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม ค่าบริการ	2.5
3. กิจการโรงรับจำนำ	- ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียม	2.5
	- เงิน ทรัพย์สิน ค่าตอบแทน หรือประโยชน์ใด ๆ อันมีมูลค่าที่ได้รับ หรือพึงได้รับจากการขายของที่จำนำหลุดเป็นสิทธิ	2.5

4. การค้า อสังหาริมทรัพย์	- รายรับก่อนหักรายจ่ายใด ๆ	0.1
5. การขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์	- รายรับก่อนหักรายจ่ายใด ๆ	0.1 (ยกเว้น)
6. การซื้อและการขาย สินทรัพย์ที่ได้รับ อนุญาตจาก คณะกรรมการกำกับ หลักทรัพย์และตลาด หลักทรัพย์	- กำไรก่อนหักรายจ่ายใด ๆ จากการขายสินทรัพย์ แต่ ไม่รวมถึง ดอกเบี้ย เงินปันผล หรือประโยชน์ใด ๆ ที่ได้จาก หลักทรัพย์	3.0
7. ธุรกิจแพ็คเกจรีง	- ดอกเบี้ย ส่วนลด ค่าธรรมเนียม หรือค่าบริการ	3.0
8. การประกอบกิจการ ตามพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 469	- ดอกเบี้ย ส่วนลด ค่าธรรมเนียม หรือค่าบริการ - กำไรก่อนหักรายจ่ายใด ๆ จากการ แลกเปลี่ยนหรือซื้อ ขายเงินตรา - กำไรก่อนหักรายจ่ายใด ๆ จากการขายสินทรัพย์	0.01

หมายเหตุ อัตราภาษีของการค้าอสังหาริมทรัพย์ให้ลดและคงจัดเก็บในอัตราร้อยละ 0.1 สำหรับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมที่ได้กระทำภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกามีผลบังคับใช้ (ตั้งแต่วันที่ 29 มีนาคม 2551 ถึงวันที่ 28 มีนาคม 2552 พระราชกฤษฎีกา (ฉบับที่ 472) พ.ศ.2551)

2.2.2 ภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

ธนาคารพาณิชย์ถือเป็นสถาบันที่เป็นสื่อกลางในการรวบรวมเงินลงทุนและจัดสรรเงินลงทุนไปสู่ภาคธุรกิจที่เป็นการไหลผ่านของเงินทุนในลักษณะที่เป็นทางอ้อม (Indirect Finance)²⁸ โดย

²⁸ เกียรติศักดิ์ ว่องพานิช, “ธุรกิจเสี่ยง เยี่ยงธนาคารพาณิชย์,” *สรรพากรศาสตร์* 51, 8 (สิงหาคม 2547): 15.

ธนาคารพาณิชย์จะนำเงินลงทุนดังกล่าวไปจัดการอย่างเหมาะสมและบริหารให้เกิดผลประโยชน์ตอบแทนทางการเงิน เช่น ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมหรือประโยชน์อื่นใดอันเนื่องมาจากการนำเงินลงทุนของผู้ฝากไปใช้ พร้อมจ่ายผลตอบแทนในรูปของดอกเบี้ย จึงถือว่าธนาคารพาณิชย์เป็นสถาบันที่มีความสำคัญต่อการส่งผ่านของเงินทุนในตลาดการเงินอย่างเห็นได้ชัด

ธนาคารพาณิชย์ไทยมีกฎหมายกำหนดขอบเขตของธุรกิจและกิจการไว้ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 โดยได้กำหนดนิยามของคำว่า “การธนาคารพาณิชย์” และ “ธนาคารพาณิชย์” ไว้ในมาตรา 4 ดังต่อไปนี้

“การธนาคารพาณิชย์” หมายความว่า การประกอบธุรกิจประเภทรับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถามหรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้ และใช้ประโยชน์เงินนั้นในทางหนึ่งหรือหลายทาง เช่น (ก) ให้สินเชื่อ (ข) ซื้อขายตัวแลกเปลี่ยนหรือตราสารเปลี่ยนมืออื่นใด (ค) ซื้อขายเงินปรีวรรตต่างประเทศ

“ธนาคารพาณิชย์” หมายความว่า ธนาคารที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ และหมายความรวมถึงสาขาของธนาคารต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ด้วย

จากนิยามในมาตรา 4 ดังกล่าว ประกอบกับกิจกรรมอื่น ๆ ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดเพิ่มเติมโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 9 ทวิ จึงสรุปได้ว่าธนาคารพาณิชย์มีการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจ ดังต่อไปนี้

- (1) การรับฝากเงิน/การโอนเงิน
- (2) การให้สินเชื่อ
- (3) การเรียกเก็บเงินตามตราสาร เช่น ตัวเงิน เช็ค ตัวแลกเปลี่ยน ตราพดต์ เป็นต้น
- (4) การรับรองและการค้ำประกัน
- (5) การลงทุนในหลักทรัพย์

- (6) ธุรกิจต่างประเทศ เช่น การเปิด Letter of Credit (L/C) การซื้อขายเงินตราต่างประเทศ เป็นต้น
- (7) ธุรกิจอื่น ๆ เช่น การให้เช่าตู้নিরภัย รับชำระค่าสาธารณูปโภค ค่าภาษีหรือค่าธรรมเนียม ให้แก่ส่วนราชการหรือองค์กรต่าง ๆ เชื้อของขบวนการ บัตรเครดิต และระบบบัตรทางการเงินอื่น ที่เกี่ยวข้องกับการบริการของธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น

การประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ดังกล่าวข้างต้น ส่วนใหญ่ตกอยู่ภายใต้บังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (1) แห่งประมวลรัษฎากร จะมีเพียงบางประเภทกิจการที่อยู่ภายใต้บังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม เช่น การให้เช่าตู้নিরภัย การให้บริการบัตรเครดิต เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ประมวลรัษฎากรได้กำหนดให้การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์เป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะด้วยเช่นกัน จึงเป็นประเด็นที่ต้องศึกษาในลำดับต่อไปว่าการประกอบธุรกิจใดบ้าง ที่ถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

2.2.2.1 ความหมายทั่วไปของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

มาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า

“(5) การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ เช่น การให้กู้ยืมเงินค้ำประกัน แลกเปลี่ยนเงินตรา ออก ซื้อ หรือขายตั๋วเงิน หรือรับส่งเงินไปต่างประเทศด้วยวิธีต่าง ๆ เป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

ในกรณีที่มีปัญหาว่า กิจการใดเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์หรือไม่ อธิบดีกรมสรรพากรจะเสนอให้คณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรพิจารณากำหนดขอบเขตและเงื่อนไขของการประกอบกิจการดังกล่าวนั้นก็ได้และเมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรได้วินิจฉัยแล้ว ให้ประกาศคำวินิจฉัยนั้นในราชกิจจานุเบกษา”

จะเห็นได้ว่าประมวลรัษฎากรมิได้กำหนดนิยามของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” ไว้ เพียงแต่ยกตัวอย่างการประกอบกิจการที่เข้าข่ายเป็นกิจการโดยปกติ

เยี่ยงธนาคารพาณิชย์ไว้เท่านั้น และหากมีข้อสงสัยว่ากิจการใดถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์หรือไม่ ก็สามารถเสนอให้คณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรเพื่อวินิจฉัยได้ อย่างไรก็ตาม การที่ประมวลรัษฎากรมิได้กำหนดนิยามให้เป็นที่แน่นอน อีกทั้งให้เป็นอำนาจของกรมสรรพากรในการใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ากิจการใดบ้างที่เข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์อาจทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ เนื่องจากการตีความกฎหมายเพื่อจัดเก็บภาษีควรจะต้องตีความโดยเคร่งครัด เพื่อมิให้เกิดผลเป็นภาระที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษีได้

เมื่อประมวลรัษฎากรมิได้ให้คำนิยามของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” ไว้ จึงต้องอาศัยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ดังนี้

คำว่า “ธุรกิจ” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายความว่า (1) การงานประจำเกี่ยวกับอาชีพค้าขาย หรือกิจการอย่างอื่นที่สำคัญและไม่ใช่งานราชการ หรือ (2) การประกอบกิจการเพื่อมุ่งการค้าหากำไร

คำว่า “การค้า” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 มาจากการรวมกันของคำว่า “การ” และ “ค้า” หมายความว่า งานที่เกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าหรือบริการ

คำว่า “ปกติ” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายความว่า ธรรมดา เป็นไปตามเคย ไม่แปลกไปจากธรรมดา

คำว่า “เยี่ยง” ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายความว่า อย่าง หรือแบบอย่าง

หากพิจารณาความหมายโดยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรม คำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” จึงควรหมายถึง การประกอบธุรกิจในลักษณะที่เป็นงานประจำหรือเป็นการประกอบกิจการเพื่อมุ่งการค้าหากำไร โดยกิจการดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็นปกติธรรมดาตั้งเช่นการประกอบกิจการของธนาคารพาณิชย์ เพียงแต่กิจการดังกล่าวกระทำโดยบุคคลที่มีใช้ธนาคารพาณิชย์ตามความหมายในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์นั่นเอง

นอกจากนี้ ยังมีแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวถึงความหมายของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ โดยมีปรากฏทั้งในกรณีที่ไทยใช้ระบบภาษีการค้า โดยกล่าวไว้ว่า “...การประกอบกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติด้วย...”²⁹ และปรากฏในกรณีที่ไทยใช้ระบบภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีธุรกิจเฉพาะ โดยกล่าวไว้ว่า “...การประกอบกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามความหมายดังกล่าว จะต้องต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติด้วย คำว่า โดยปกติ ย่อมมีความหมายในตัวเองว่า ได้มีการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา...”³⁰ จึงสรุปได้ว่า แนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกากล่าวถึงความหมายของ “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” ว่าให้หมายถึง การประกอบกิจการที่มีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติ คือเป็นการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา

ดังนั้น จากการพิจารณาความหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรม และวิเคราะห์จากแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น จึงสรุปได้ว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- (1) ต้องเป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่ทำเป็นประจำ หรือเป็นการประกอบธุรกิจ กล่าวคือมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งค้าหากำไร

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 749/2553 การประกอบกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติด้วย สัญญาซื้อขายใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานผลิตน้ำตาลทรายระหว่างโจทก์กับบริษัท อ. มีไข่ เป็นการกู้ยืมเงิน ดอกเบี้ยจากสัญญาดังกล่าวมิใช่ดอกเบี้ยจากการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์จึงไม่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3417/2529 แม้คำว่าประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์นั้น หากจำต้องประกอบธุรกิจประเภทรับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถาม หรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้ และใช้ประโยชน์เงินนั้นในทางหนึ่งหรือหลายทางก็ตาม แต่การประกอบกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามความหมายดังกล่าว จะต้องต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติด้วย คำว่า โดยปกติ ย่อมมีความหมายในตัวเองว่า ได้มีการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา

- (2) การประกอบกิจการดังกล่าวต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติ คือเป็นการประกอบกิจการ ดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา และ
- (3) การประกอบกิจการดังกล่าวต้องกระทำโดยบุคคลที่มีใบอนุญาตพาณิชย์ตาม ความหมายในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์

ความหมายของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ดังที่กล่าวไปข้างต้น นั้น เป็นเพียงการวิเคราะห์โดยอาศัยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรมและวิเคราะห์จาก แนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีอยู่จนถึงในขณะนี้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากไม่ได้มีการ กำหนดคำนิยามไว้เป็นที่แน่นอน ทำให้หากเกิดกรณีที่มีปัญหาว่ากิจการใดเป็นการประกอบกิจการโดย ปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์หรือไม่ ก็ได้มีการเปิดโอกาสให้เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษี อากรในการพิจารณากำหนดขอบเขตและเงื่อนไขของการประกอบกิจการดังกล่าวนั้น ในหัวข้อต่อไป จึงเป็นการศึกษาแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรและศาลฎีกา ว่าแนววินิจฉัยดังกล่าวมีความสอดคล้อง กับความหมายตามที่ได้มีการวิเคราะห์ไว้หรือไม่ อย่างไร

2.2.2.2 การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามแนววินิจฉัย ของกรมสรรพากรและศาลฎีกา

แนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาและหนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากรได้ วินิจฉัยและวางแนวทางเป็นบรรทัดฐานไว้ว่าการกระทำเช่นใดจึงจะถือว่าเป็นหรือไม่เป็นการประกอบ กิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

กรณีที่วินิจฉัยว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

จากการพิจารณาแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาและหนังสือตอบข้อหารือของ กรมสรรพากรสำหรับกรณีของการให้กู้ยืมเงิน พบว่าตัวอย่างของกรณีที่วินิจฉัยว่าเป็นการประกอบ กิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ได้แก่

- (1) กรณีนำเงินทุนของตนเองไปให้บริษัทอื่นกู้ยืมเงินเป็นครั้งคราวเพียง 1-2 ครั้งต่อปี โดยได้รับดอกเบี้ยตามปกติ³¹
- (2) กรณีนำเงินทุนของตนให้บุคคลอื่นกู้ยืม โดยประกอบการเป็นอาชีพเพื่อให้ได้รับดอกเบี้ย³²
- (3) กรณีให้กู้ยืมหลายครั้งแม้ว่าจะไม่คิดดอกเบี้ย อันถือได้ว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติทางการค้า³³
- (4) กรณีให้กู้ยืมเงินโดยผู้ให้กู้นำเงินทุนมาจากการกู้เงินจากแหล่งเงินทุนภายนอก³⁴

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าหากเป็นการให้กู้ยืมเงินโดยนำเงินทุนของตนเองให้บุคคลอื่นกู้ยืมเงิน กรมสรรพากรจะพิจารณาถึงความเป็นปกติในการประกอบกิจการว่าเป็นดังเช่นที่เคยปฏิบัติมาหรือไม่ ดังนั้น แม้จะมีการให้กู้ยืมเงินเพียง 1-2 ครั้งต่อปี แต่หากให้กู้ยืมในลักษณะดังกล่าวอยู่เรื่อย ๆ ก็ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ แต่หากการให้กู้ยืมเงินนั้นผู้ให้กู้นำเงินทุนมาจากการกู้เงินจากแหล่งเงินทุนภายนอก แนวการตีความจะถือได้ว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์โดยที่ไม่ได้กล่าวถึงความเป็นปกติในการประกอบ

³¹ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811/7682 ลงวันที่ 17 พฤษภาคม 2539 บริษัทมีรายได้จากดอกเบี้ยที่เกิดจากการนำเงินทุนของตนเองไปให้บริษัทอื่นกู้ยืมเงินเป็นครั้งคราวเพียง 1-2 ครั้งต่อปี โดยได้รับดอกเบี้ยตามปกติ เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร โดยต้องนำรายรับจากดอกเบี้ยมาเป็นฐานในการคำนวณเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร และเนื่องจากบริษัทให้กู้ยืมเงินเป็นครั้งคราวมิใช่เป็นการประกอบกิจการเป็นปกติธุระ จึงได้รับยกเว้นไม่ต้องจดทะเบียนภาษีธุรกิจเฉพาะ

³² หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0706/3184 ลงวันที่ 18 เมษายน 2548 นาย ส. นำเงินของตนให้บุคคลอื่นกู้ยืม หากเป็นการให้กู้ยืมเงินโดยประกอบการเป็นอาชีพเพื่อให้ได้รับดอกเบี้ย การให้กู้ยืมเงินดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น นาย ส. ซึ่งเป็นผู้ประกอบการดังกล่าวจึงมีหน้าที่ต้องจดทะเบียนภาษีธุรกิจเฉพาะและเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 749/2553 โจทก์ให้กรรมการบริษัทกู้ยืมเงินหลายครั้งโดยไม่คิดดอกเบี้ยโดยไม่มีเหตุอันสมควร ถือได้ว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติทางการค้าของโจทก์ อันเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ โจทก์จึงต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

³⁴ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811/19371 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2537 กรณีบุคคลธรรมดาให้กู้ยืมเงินโดยรับจำนองที่ดิน หากผู้ให้กู้หาเงินจากที่อื่นมาโดยการกู้ยืมอยู่ด้วยแล้ว ถือว่าการให้กู้ยืมเงินดังกล่าว เป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร ต้องจดทะเบียนและเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

กิจการดังกล่าว นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่ากรมสรรพากรไม่ได้นำเรื่องดอกเบี้ยเงินกู้ยืมมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์หรือไม่ ดังจะเห็นได้ว่าแม้จะไม่มี การคิดดอกเบี้ยเงินกู้ยืมแต่หากมีการกู้ยืมกันหลายครั้ง ก็ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติทาง การค้าแล้ว

ตัวอย่างถัดมาเป็นกรณีที่ไม่ใช่การให้กู้ยืมเงินกันโดยตรง แต่จากพฤติการณ์ก็ถูก ตีความว่าเป็นการให้กู้ยืมเงิน อันถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ได้แก่

- (1) กรณีได้รับดอกเบี้ยจากเงินสดที่นำมาวางประกันความเสียหายตามสัญญา บริหารงานร้านค้า³⁵
- (2) กรณีกรรมการของบริษัทได้นำเงินของบริษัทไปถือไว้มากจนเกินความจำเป็น ณ สิ้นรอบบัญชี โดยในใบสำคัญจ่ายระบุว่า กรรมการขอเบิกไปเป็นเงิน สำรองจ่าย ถือได้ว่าบริษัทได้ให้กู้ยืมเงินแก่กรรมการ³⁶
- (3) กรณีการทรองจ่ายเงินให้บริษัทอื่นโดยคิดดอกเบี้ย³⁷

³⁵ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0702/2420 ลงวันที่ 31 มีนาคม 2553 การที่ห้างฯ นำเงินสดไปมอบให้แก่บริษัทฯ เพื่อ วางเป็นประกันความเสียหายตามสัญญาบริหารงานร้านค้าดังกล่าว โดยบริษัทฯ จำนวนดอกเบี้ยให้แก่ห้างฯ จากจำนวนเงินสดที่นำมา วางประกันนั้น ดอกเบี้ยที่ห้างฯ ได้รับดังกล่าว เข้าลักษณะเป็นรายรับดอกเบี้ยซึ่งอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ตามมาตรา 91/2 (5) และมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

³⁶ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0706/2917 ลงวันที่ 7 เมษายน 2549 กรณีกรรมการของบริษัทได้นำเงินของบริษัทไปถือ ไว้มากจนเกินความจำเป็น ณ สิ้นรอบบัญชี โดยในใบสำคัญจ่ายระบุว่า กรรมการขอเบิกไปเป็นเงินสำรองจ่าย ถือได้ว่าบริษัทได้ให้กู้ยืม เงินแก่กรรมการ หากบริษัทไม่คิดดอกเบี้ย หรือคิดดอกเบี้ยจากการให้กรรมการกู้ยืมเงินดังกล่าวต่ำกว่าราคาตลาดโดยไม่มีเหตุอัน สมควร เจ้าพนักงานมีอำนาจประเมินดอกเบี้ยเงินกู้ยืมตามราคาตลาด ตามมาตรา 65 ทวิ (4) แห่งประมวลรัษฎากร และกรณีบริษัทให้ กู้ยืมเงินแก่กรรมการถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

³⁷ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811/5708 ลงวันที่ 10 เมษายน 2539 การดำเนินกิจการของบริษัท B เป็นส่วนหนึ่งของ การประกอบธุรกิจการค้าและสนับสนุนธุรกิจของบริษัท A บริษัท A จึงมีความจำเป็นต้องสนับสนุนด้านการเงินให้แก่บริษัท B โดยทรองจ่ายเงินให้แก่บริษัท B ดังกล่าว เช่น ทรองจ่ายเงินเดือนพนักงานในแต่ละเดือน ทรองจ่ายอื่น ๆ เป็นต้น ซึ่งในการทรอง จ่ายเงินดังกล่าว บริษัท A จะได้รับดอกเบี้ยตามปกติ การที่บริษัท A ได้ทรองจ่ายเงินดังกล่าวให้แก่บริษัท B เข้าลักษณะเป็นการให้ กู้ยืมเงิน และมีใช้การกู้ยืมเงินของบริษัทในเครือเดียวกัน ดังนั้น จึงเข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ซึ่ง อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

- (4) กรณีที่ตรงจ่ายเงินให้แก่พนักงานหรือกรรมการเพื่อเป็นการบรรเทาภาระเป็นครั้งคราวโดยไม่มีการวางระเบียบในการให้กู้ยืมเงิน และไม่มีการคิดดอกเบี้ยจากการให้กู้ยืม³⁸

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่ากรมสรรพากรไม่ได้อธิบายเหตุผลในการพิจารณาว่าเหตุใดจึงถือว่าการประกอบกิจการดังกล่าวเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ มีเพียงการวินิจฉัยว่าพฤติการณ์ดังกล่าวถือว่าการให้กู้ยืมเงินหรือไม่ ซึ่งเมื่อกรมสรรพากรพิจารณาถือเป็นการให้กู้ยืมเงินแล้ว ก็น่าจะอาศัยการพิจารณาในลักษณะเดียวกันกับกรณีของการให้กู้ยืมเงินที่ได้เป็นข้างต้น

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างในลักษณะอื่น ๆ ที่กรมสรรพากรถือว่าการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ได้แก่ กรณีค้าประกัน³⁹ กรณีประกอบกิจการรับซื้ออเนวอยส์ของ

³⁸ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0802(กม)/20217 ลงวันที่ 6 กันยายน 2538 บริษัทไม่มีวัตถุประสงค์ให้บุคคลใดกู้ยืมเงินเว้นแต่พนักงานหรือกรรมการของบริษัทเค็ดร็อน บริษัทจะตรงจ่ายเงินให้เพื่อเป็นการบรรเทาภาระเป็นครั้งคราว โดยไม่มีการวางระเบียบในการให้กู้ยืมเงิน และไม่มีการคิดดอกเบี้ยจากการให้กู้ยืม การให้กู้ยืมเงินดังกล่าวจะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ และเจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจกำหนดดอกเบี้ยได้ตามมาตรา 91/16 (6) แห่งประมวลรัษฎากร

³⁹ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0706/12555 ลงวันที่ 14 สิงหาคม 2546 บริษัทประกอบธุรกิจเป็นคู่สัญญากับธนาคารเพื่อรับประกันลูกหนี้ธนาคาร โดยบริษัทมีหน้าที่ค้าประกันเงินกู้ตามโครงการสินเชื่อให้คนงานไปทำงานต่างประเทศ การที่บริษัทให้บริการค้าประกันโดยได้รับผลประโยชน์เป็นค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการค้าประกันดังกล่าว เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/2(5) แห่งประมวลรัษฎากร และรายรับดังกล่าวอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

ลูกค้า⁴⁰ กรณีขายข้อตกลงซื้อขายล่วงหน้า⁴¹ และกรณีกิจการร่วมค้าได้รับชำระเงินลงทุนเพียงบางส่วน⁴² เป็นต้น

กรณีที่ไม่ถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

จากการพิจารณาแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาและหนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากรสำหรับกรณีของการให้กู้ยืมเงิน พบว่าตัวอย่างของกรณีที่ไม่ถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ได้แก่

- (1) กรณีให้กรรมการและผู้อื่นกู้ยืมเงินทุกปีอันเนื่องมาจากการเพิ่มทุนโดยออกหุ้นใหม่เพียงคราวเดียว⁴³

⁴⁰ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811 (กม.)/582 ลงวันที่ 30 เมษายน 2542 การที่บริษัทรับซื้ออสังหาริมทรัพย์ของลูกค้า (ลูกหนี้ของลูกค้า) โดยการจ่ายเงินตรงด้วยเงินสดเพื่อรับโอนสิทธิที่จะได้รับชำระเงินตามอสังหาริมทรัพย์ (ลูกหนี้ของลูกค้า) โดยบริษัทจะได้รับประโยชน์จากค่าธรรมเนียมในการรับซื้ออสังหาริมทรัพย์และดอกเบี้ยที่เรียกเก็บจากลูกค้าเนื่องจากการจ่ายเงินตรง และส่วนต่างของเงินตรงที่จ่ายให้แก่ลูกค้าเพื่อรับซื้ออสังหาริมทรัพย์ในราคาที่ต่ำกว่ายอดเงินตามอสังหาริมทรัพย์ (ร้อยละ 90 ของยอดเงินตามอสังหาริมทรัพย์) ซึ่งส่วนต่างดังกล่าวที่บริษัทได้รับก็คือดอกเบี้ยนั่นเอง การประกอบกิจการของบริษัทจึงถือเป็นการประกอบกิจการให้กู้ยืมเงินอันเข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

⁴¹ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0706/5175 ลงวันที่ 27 พฤษภาคม 2547 เนื่องจาก “ข้อตกลงซื้อขายล่วงหน้า” ในธุรกรรมการค้าขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย มีลักษณะเป็นตราสารแสดงสิทธิแห่งหนึ่งซึ่งผู้ทรงตราสารมีความเป็นเจ้าหนี้เหนือผู้ออกตราสาร ดังนั้น การขายข้อตกลงซื้อขายล่วงหน้าเข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ผู้ประกอบกิจการอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (5) และมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

⁴² หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0702/6676 ลงวันที่ 15 ตุลาคม 2551 กิจการร่วมค้าได้บันทึกเงินลงทุนทางบัญชีด้านหนี้สินและส่วนของผู้ร่วมค้าว่า ได้รับชำระเงินลงทุนเต็มมูลค่าแล้ว แต่เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า กิจการร่วมค้าได้รับชำระเงินลงทุนเพียงบางส่วนและยังมีลูกหนี้ค่าเงินลงทุนที่กิจการร่วมค้ายังมีได้เรียกดอกเบี้ย ทำให้เงินลงทุนหมุนเวียนของกิจการร่วมค้าขาดหายไป ถือได้ว่ากิจการร่วมค้าให้กู้ยืมเงินโดยมิได้เรียกเก็บดอกเบี้ยจากผู้ร่วมค้าตอบแทน โดยไม่มีเหตุอันสมควรเข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร เจ้าพนักงานประเมินจึงมีอำนาจประเมินดอกเบี้ยตามราคาตลาดในวันให้กู้ยืมเงินเป็นรายได้ของกิจการร่วมค้าเพื่อจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคล และภาษีธุรกิจเฉพาะได้ ตามมาตรา 65 ทวิ (4) และมาตรา 91/16 (6) แห่งประมวลรัษฎากร

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 687/2550 บริษัทโจทก์มิได้ให้กรรมการและผู้อื่นกู้ยืมเงินเป็นปกติ แต่ให้กรรมการและผู้อื่นกู้ยืมเงินทุกปีอันเนื่องมาจากการเพิ่มทุนโดยออกหุ้นใหม่เพียงคราวเดียวเท่านั้น โจทก์มิได้ประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ โจทก์จึงไม่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

- (2) กรณีนำเงินของตนเองไปให้บริษัทกู้ยืม โดยไม่เคยประกอบอาชีพให้กู้ยืมเงินมาก่อนและเป็นการให้กู้ยืมครั้งแรกและครั้งเดียว⁴⁴
- (3) กรณีผู้ถือหุ้น กรรมการ และพนักงานของบริษัท นำเงินของตนเองมาให้บริษัทกู้ยืม โดยบุคคลดังกล่าวมิได้มีการประกอบอาชีพให้กู้ยืมเงินมาก่อน และการให้กู้ยืมเงินดังกล่าวมิได้มีการหาเงินจากที่อื่นมาโดยการกู้ยืมอยู่ด้วย⁴⁵
- (4) กรณีให้กู้ยืมครั้งแรกและครั้งเดียวโดยเป็นการช่วยเหลือกันในเครือญาติ มิได้มีอาชีพในการให้กู้ยืมเงินแต่อย่างใด⁴⁶
- (5) กรณีแปลงหนี้เป็นหนี้เงินกู้และให้กู้ยืมเงิน โดยแต่ละรายการล้วนได้กระทำเพียงครั้งเดียวทั้งสิ้น โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าเคยปฏิบัติเช่นเดียวกันนั้นมาก่อน⁴⁷

⁴⁴ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811/11481 ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน 2542 นาย ก ได้นำเงินของตนเองไปให้บริษัทกู้ยืม หากท่านมิได้มีการประกอบอาชีพให้กู้ยืมเงินมาก่อนและเป็นการให้กู้ยืมครั้งแรกและครั้งเดียว การให้กู้ยืมเงินดังกล่าวไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/2(5) แห่งประมวลรัษฎากร

⁴⁵ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811/05502 ลงวันที่ 11 มิถุนายน 2542 บริษัทประสบปัญหาเกี่ยวกับการขอกู้เงินจากธนาคารพาณิชย์จึงหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยแจ้งให้กับผู้ถือหุ้นของบริษัท กรรมการของบริษัท และพนักงานของบริษัทว่าหากประสงค์จะให้บริษัทกู้ยืม บริษัทจะจ่ายดอกเบี้ยให้เป็นรายเดือน แต่มีเงื่อนไขว่าเงินที่บุคคลต่าง ๆ เหล่านี้นำมาให้บริษัทกู้ยืม จะต้องเป็นเงินของตนเองเท่านั้น การที่บุคคลธรรมดาผู้ให้กู้ยืมเงินแก่บริษัทได้นำเงินของตนเองมาให้บริษัทกู้ยืม หากบุคคลดังกล่าวมิได้มีการประกอบอาชีพให้กู้ยืมเงินมาก่อน และการให้กู้ยืมเงินดังกล่าวมิได้มีการหาเงินจากที่อื่นมาโดยการกู้ยืมอยู่ด้วย การให้กู้ยืมเงินดังกล่าวไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร จึงไม่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะแต่อย่างใด

⁴⁶ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811/6000 ลงวันที่ 27 พฤษภาคม 2540 นาย ก. เป็นพนักงานได้รับเงินเดือนจากห้างหุ้นส่วนจำกัดฯ และมีเงินได้จากเงินปันผลธนาคารฯ นาย ก. ได้นำเงินของตนเองและรวบรวมเงินจากญาติเพื่อนำไปให้ นาย ข. กู้ยืม โดยนาย ข. ได้จดทะเบียนจำนองที่ดินเป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันเงินกู้ การให้กู้ยืมเงินในครั้งนี้เป็นการให้กู้ยืมครั้งแรกและครั้งเดียวโดยเป็นการช่วยเหลือกันในเครือญาติ มิได้มีอาชีพในการให้กู้ยืมเงินแต่อย่างใด การให้กู้ยืมเงินดังกล่าว จึงไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3417/2529 ตามประมวลรัษฎากรบัญญัติอัตราภาษีการค้า 12 ธนาคารชนิด 1 ได้กำหนดรายการที่ประกอบการค้าไว้ได้แก่ “การอมสินที่ไม่ใช่ของรัฐบาล การธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ หรือกิจการของผู้ที่ประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ เช่น ให้กู้ยืมเงิน ฯลฯ” แม้คำว่าประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์นั้น หากจำต้องประกอบธุรกิจประเภทรับฝากเงินที่ต้องจ่ายคืนเมื่อทวงถาม หรือเมื่อสิ้นระยะเวลาอันกำหนดไว้ และใช้ประโยชน์เงินนั้นในทางหนึ่งหรือหลายทางก็ตาม แต่การประกอบกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามความหมายดังกล่าว จะต้องมิลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติด้วย คำว่า โดยปกติ ย่อมมีความหมายในตัวเองว่า ได้มีการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าโจทก์ขายกิจการด้านการตลาดแล้วแปลงหนี้เป็นหนี้เงินกู้ก็ให้กู้ยืมเงินไปสร้าง

- (6) กรณีให้ผู้ถือหุ้นกู้ยืมเงิน ถือเป็นกรให้สวัสดิการและสงเคราะห์แก่ผู้ถือหุ้น อันเป็นเรื่องกิจการภายในของโจทก์โดยแท้ ไม่มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการค้ากับบุคคลภายนอก⁴⁸

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่ากรณีที่กรมสรรพากรและศาลฎีกา วินิจฉัยว่าไม่ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ คือกรณีที่การให้กู้ยืมเงินดังกล่าว เป็นการให้กู้ยืมครั้งแรกและครั้งเดียว โดยที่ผู้ให้กู้ยืมเงินมิได้ประกอบอาชีพให้กู้ยืมเงิน และยังมีข้อพิจารณาเพิ่มเติมถึงแหล่งที่มาของเงินที่นำมาให้กู้ยืมเงินด้วย โดยหากเป็นเงินทุนของตนเอง มิได้มีการหาเงินจากที่อื่นมาโดยการกู้ยืมด้วย ก็ยังมีความเป็นไปได้สูงที่จะไม่ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า กรมสรรพากรและศาลฎีกาค่อนข้างให้ความสำคัญกับจำนวนครั้งในการให้กู้ยืมเงิน แหล่งที่มาของเงินทุนที่ให้กู้ยืมเงิน และอาชีพของผู้ให้กู้ยืมเงินเป็นสำคัญ นอกจากนี้ศาลฎีกายังได้เคยวินิจฉัยว่าการให้ผู้ถือหุ้นกู้ยืมเงินถือเป็นกิจการภายในโดยแท้ ไม่มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการค้ากับบุคคลภายนอก จึงไม่ถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ด้วย

โรงงานผลิตก๊าซก็ตีและให้กู้ยืมเงินไปซื้อเรือบรรทุกน้ำมันก็ดี แต่ละรายการล้วนแต่โจทก์ได้กระทำเพียงครั้งเดียวทั้งสิ้น ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าโจทก์เคยปฏิบัติเช่นเดียวกันนั้นมาก่อน จึงไม่มีทางจะแปลการประกอบกิจการของโจทก์ไปได้ว่า เป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

⁴⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2333/2526 บริษัทโจทก์ไม่มีวัตถุประสงค์ประกอบกิจการค้าในการให้กู้ยืมเงิน โจทก์ให้ผู้ถือหุ้นของโจทก์กู้ยืมเงินเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของโจทก์ที่ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิและเป็นไปโดยถูกต้องตามระเบียบการสงเคราะห์ผู้ถือหุ้น โจทก์ไม่ได้ให้ลูกค้าของโจทก์หรือบุคคลภายนอกกู้ยืมแต่อย่างใด การที่โจทก์ให้ผู้ถือหุ้นของโจทก์กู้ยืมเงินเป็นเรื่องโจทก์ให้สวัสดิการและสงเคราะห์แก่ผู้ถือหุ้นของโจทก์ อันเป็นเรื่องกิจการภายในของโจทก์โดยแท้ ไม่มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการค้ากับบุคคลภายนอก จึงถือไม่ได้ว่าเป็นกิจการของผู้ที่ประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างในลักษณะอื่น ๆ ที่กรมสรรพากรไม่ถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ได้แก่ กรณีลงทุนในหุ้นกู้⁴⁹ กรณีดอกเบี้ยผิวดินชำระหนี้⁵⁰ และกรณีบริษัทจ่ายเงินค่าก่อสร้างแล้วให้มหาวิทยาลัยชำระคืนพร้อมดอกเบี้ย⁵¹ เป็นต้น

2.2.2.3 บทสรุปสำหรับความหมายของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

จากการพิจารณาความหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรม และวิเคราะห์จากแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น สรุปได้ว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- (1) ต้องเป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่ทำเป็นประจำ หรือเป็นการประกอบธุรกิจ กล่าวคือมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งค้าหากำไร
- (2) การประกอบกิจการดังกล่าวต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติ คือเป็นการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา และ

⁴⁹ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0702/4622 ลงวันที่ 4 สิงหาคม 2551 บริษัทซื้อตราสารหนี้ (หุ้นกู้) จากผู้ทรงตราสาร โดยกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินหรือนักลงทุนที่เป็นสถาบันเพื่อซื้อตราสารหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้ทรงตราสารหนี้ ในระหว่างที่ตราสารยังไม่ครบกำหนดไถ่ถอน ซึ่งตราสารดังกล่าวเป็นตราสารหนี้ที่มีราคาหน้าตั๋วรวมดอกเบี้ยสะสมและผลต่างระหว่างราคาไถ่ถอนกับราคาหน้าตั๋ว ทั้งนี้ เมื่อครบกำหนดไถ่ถอน บริษัทได้รับการไถ่ถอนตราสารหนี้จากผู้ออกหุ้นกู้ โดยบริษัทมีรายรับจากดอกเบี้ยรับกรณีบริษัทนำเงินกู้ยืมจากสถาบันการเงินไปลงทุนในตราสารหนี้ (หุ้นกู้) โดยไม่รับผลตอบแทนเป็นดอกเบี้ย ไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร แต่อย่างใด

⁵⁰ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0706/พ./6225 ลงวันที่ 26 มิถุนายน 2550 ดอกเบี้ยที่บริษัทได้รับจากการผิวดินชำระหนี้ ไม่เข้าลักษณะเป็นการขายสินค้าหรือให้บริการในทางธุรกิจหรือวิชาชีพ จึงไม่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม และไม่เข้าลักษณะเป็นรายรับที่ได้จากการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ จึงไม่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ทั้งนี้ ตามมาตรา 77/2 (1) และมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

⁵¹ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0706/40 ลงวันที่ 3 มกราคม 2546 บริษัทจ่ายเงินค่าก่อสร้างและดำเนินการก่อสร้างไปก่อน โดยให้มหาวิทยาลัยชำระคืนพร้อมดอกเบี้ยร้อยละ 7.0 ต่อปี เป็นจำนวน 12 งวด เป็นกรณีที่บริษัทได้รับผลตอบแทนเป็นดอกเบี้ยจากเงินส่วนหนึ่งของเงินค่าก่อสร้างที่บริษัทเรียกเก็บจากมหาวิทยาลัย การประกอบกิจการดังกล่าวไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/2(5) แห่งประมวลรัษฎากร ไม่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

- (3) การประกอบกิจการดังกล่าวต้องกระทำโดยบุคคลที่มีใช้ธนาคารพาณิชย์ตาม
ความหมายในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม ความหมายของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ดังกล่าว
กล่าวไปข้างต้นนั้น เป็นเพียงการวิเคราะห์โดยอาศัยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรมและ
วิเคราะห์จากแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีอยู่จนถึงในขณะนี้เท่านั้น และเนื่องจากไม่ได้มี
การกำหนดคำนิยามไว้เป็นที่แน่นอน ทำให้หากเกิดกรณีที่มีปัญหาว่ากิจการใดเป็นการประกอบกิจการ
โดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์หรือไม่ ก็ได้มีการเปิดโอกาสให้เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการวินิจฉัย
ภาษีอากรในการพิจารณากำหนดขอบเขตและเงื่อนไขของการประกอบกิจการดังกล่าว

เมื่อได้พิจารณาแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาและหนังสือตอบข้อหารือของ
กรมสรรพากรที่ได้วางบรรทัดฐานไว้ว่าการกระทำใดที่ถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยง
ธนาคารพาณิชย์หรือไม่นั้น พบว่าสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

กรณีการให้กู้ยืมเงินหรือกรณีที่กรมสรรพากรตีความว่าเข้าลักษณะเป็นการให้กู้ยืม
เงิน หากเป็นการนำเงินทุนของตนเองให้บุคคลอื่นกู้ยืมเงิน กรมสรรพากรจะพิจารณาถึงความเป็นปกติ
ในการประกอบกิจการว่าเป็นดังเช่นที่เคยปฏิบัติมาหรือไม่ โดยหากการให้กู้ยืมเงินดังกล่าวเป็นการให้
กู้ยืมครั้งแรกและครั้งเดียวโดยที่ผู้ให้กู้ยืมเงินมิได้ประกอบอาชีพให้กู้ยืมเงิน กรมสรรพากรจะถือว่าไม่
เป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ แต่หากได้เคยให้กู้ยืมเงินแม้เพียง 1-2 ครั้งต่อปี
โดยให้กู้ยืมเงินในลักษณะดังกล่าวอยู่เรื่อย ๆ ก็ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคาร
พาณิชย์ได้ และหากการให้กู้ยืมเงินนั้นผู้ให้กู้ยืมเงินนำเงินทุนมาจากแหล่งเงินทุนภายนอก เช่น มีการกู้ยืม
เงินมาเพื่อปล่อยกู้ แนวการตีความจะถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์โดย
ที่ไม่ได้กล่าวถึงความเป็นปกติในการประกอบกิจการดังกล่าว นอกจากนี้หากเป็นการประกอบกิจการ
ภายในโดยแท้ ไม่มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการค้ากับบุคคลภายนอก เช่น การให้ผู้ถือหุ้นกู้ยืมเงิน
จะไม่ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์เช่นกัน ทั้งนี้ กรมสรรพากรไม่ได้นำ
เรื่องดอกเบี้ยเงินกู้ยืมมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคาร
พาณิชย์หรือไม่ ดังจะเห็นได้ว่าแม้จะไม่มีดอกเบี้ยเงินกู้ยืมแต่หากมีการกู้ยืมกันหลายครั้ง ก็ถือ
เป็นการประกอบกิจการโดยปกติทางการค้าแล้ว

จากการวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบความหมายของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” จะเห็นได้ว่าแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาและหนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากร ตีความขอบเขตของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ไว้ค่อนข้างกว้างเมื่อเปรียบเทียบกับความหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรม โดยกรมสรรพากรและศาลฎีกาค่อนข้างให้ความสำคัญกับจำนวนครั้งในการให้กู้ยืมเงิน แหล่งที่มาของเงินทุนที่ให้กู้ยืมเงิน และอาชีพของผู้ให้กู้ยืมเงินเป็นสำคัญ โดยมีได้คำหนึ่งถึงว่าต้องเป็นการประกอบธุรกิจในขณะที่เป็นงานประจำ หรือเป็นการประกอบกิจการเพื่อมุ่งค้าหากำไรหรือไม่ เห็นได้จากการให้กู้ยืมเงินเพียง 1-2 ครั้งต่อปี และการให้กู้ยืมเงินในลักษณะที่ไม่คิดดอกเบี้ย ก็อาจถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ได้เช่นกัน

กรณีดังกล่าวทำให้เห็นว่า การที่ประมวลรัษฎากรมิได้กำหนดนิยามของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” ให้เป็นที่แน่นอน อีกทั้งการให้เป็นอำนาจของกรมสรรพากรในการใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ากิจการใดบ้างที่เข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์อาจทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ เนื่องจากการตีความกฎหมายเพื่อจัดเก็บภาษีควรจะต้องตีความโดยเคร่งครัด เพื่อมิให้เกิดผลเป็นภาระที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษีได้ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” โดยอาจกำหนดในลักษณะในรูปของประกาศที่อธิบดีกรมสรรพากรกำหนด ให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนยิ่งขึ้น เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความดังกล่าว

2.3 ภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ

2.3.1 หลักเกณฑ์การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือและอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือ

แม้ว่าดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ ไม่ว่าจะนำเงินของบริษัทเองมาให้บริษัทในเครือกู้ยืมหรือนำเงินที่กู้ยืมมาจากแหล่งเงินทุนภายนอก และไม่ว่าจะคิดดอกเบี้ยในอัตราเท่าใดก็ตาม ก็ได้รับยกเว้นไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ดังจะได้

กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม ดอกเบี้ยให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือยังถือเป็นเงินได้ที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล จึงมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าควรกำหนดอัตราดอกเบี้ยกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือในอัตราเท่าใดจึงจะถือว่ามีเหมาะสม

การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือแม้ว่าจะไม่ได้มีหลักเกณฑ์และอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมที่กำหนดไว้เป็นกฎเกณฑ์ชัดเจน แต่กรมสรรพากรก็ได้มีการวางแนววินิจฉัยเกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือไว้ในหนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากร โดยอาจสรุปได้ดังนี้

- (1) กรณีบริษัทให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงิน บริษัทต้องคิดดอกเบี้ยตามอัตราดอกเบี้ยที่ได้ตกลงกัน แต่ทั้งนี้ อัตราดอกเบี้ยดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าราคาตลาด ดังนี้
 - i. กรณีบริษัทนำเงินทุนหมุนเวียนของบริษัทมาให้บริษัทในเครือกู้ยืม บริษัทสามารถคิดดอกเบี้ยกับบริษัทในเครือในอัตราไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินฝากธนาคารประเภทเงินฝากประจำ
 - ii. กรณีบริษัทกู้เงินจากแหล่งเงินทุนภายนอกมาให้บริษัทในเครือกู้ยืม บริษัทสามารถคิดดอกเบี้ยกับบริษัทในเครือในอัตราไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ในเวลาที่บริษัทได้กู้ยืมเงินมา
- (2) กรณีบริษัทไม่สามารถแยกแหล่งเงินทุนได้ว่ามาจากแหล่งเงินทุนหมุนเวียนหรือแหล่งเงินทุนภายนอก บริษัทต้องคิดดอกเบี้ยกับบริษัทในเครือในอัตราไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ในเวลาที่บริษัทได้กู้ยืมเงินมา
- (3) หากบริษัทให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงิน โดยคิดดอกเบี้ยในอัตราต่ำกว่าราคาตลาด โดยไม่มีเหตุอันสมควร เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจประเมินดอกเบี้ยตามราคาตลาดได้ตามมาตรา 65 ทวิ (4) แห่งประมวลรัษฎากร⁵²

⁵² หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ 0702/4782 ลงวันที่ 11 พฤษภาคม 2558 กรณีถือว่าบริษัทในเครือเดียวกันกู้ยืมเงินกันเอง จะคิดอัตราดอกเบี้ยเท่าใดก็ได้ แต่อัตราดอกเบี้ยดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าราคาตลาด การคิดอัตราดอกเบี้ยต่ำกว่าราคาตลาดโดยไม่มีเหตุอันสมควร เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจประเมินดอกเบี้ยตามราคาตลาดในวันที่ให้กู้ยืม ตามมาตรา 65 ทวิ (4) แห่งประมวลรัษฎากร และนำไปถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิ เพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

จากแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรอันสรุปได้เป็นแนวทางการกำหนดอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือตามที่ปรากฏข้างต้น จะเห็นได้ว่ากรมสรรพากรมุ่งเน้นไปในเรื่องของการป้องกันการกู้ยืมกันโดยไม่คิดอัตราดอกเบี้ย หรือการคิดอัตราดอกเบี้ยในอัตราที่ต่ำกว่าอัตราที่บริษัทจะสามารถกู้ยืมได้จากแหล่งเงินทุนอื่น ดังที่ปรากฏให้เห็นว่า ถ้าบริษัทกู้เงินจากแหล่งเงินทุนภายนอกมาให้บริษัทในเครือกู้ยืม อัตราดอกเบี้ยก็ต้องไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ในเวลาที่บริษัทได้กู้ยืมเงินมา หรือในกรณีถ้าเป็นแหล่งเงินทุนของบริษัทเอง อัตราดอกเบี้ยก็ต้องไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินฝากธนาคารประเภทเงินฝากประจำ ซึ่งการเทียบเคียงกับอัตราดอกเบี้ยเงินฝากธนาคารประเภทเงินฝากประจำ ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นการกำหนดเพื่อให้เห็นว่า บริษัทผู้ให้กู้ได้รับประโยชน์จากการให้บริษัทในเครือนั้นกู้ยืมเงิน มิใช่การให้กู้ยืมที่บริษัทผู้ให้กู้ยืมเงินต้องเสียผลประโยชน์จากให้กู้ยืม นั้น ๆ

หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0702/560 ลงวันที่ 21 มกราคม 2558 กรณีบริษัทฯ ให้บริษัท B จำกัด กู้ยืมเงิน บริษัทฯ ต้องคิดดอกเบี้ยตามอัตราดอกเบี้ยที่ได้ตกลงกัน แต่ทั้งนี้ อัตราดอกเบี้ยดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าราคาตลาด ในวันที่ให้กู้ยืมเงิน ดังนั้น

(1) กรณีบริษัทฯ นำเงินของตนที่มีอยู่ไปให้กู้ยืม อัตราดอกเบี้ยที่ได้รับหรือควรจะได้รับ ให้คิดตามอัตราดอกเบี้ยเงินฝากธนาคารประเภทเงินฝากประจำในเวลาที่มีการกู้ยืม

(2) กรณีบริษัทฯ นำเงินที่กู้ยืมมาจากบุคคลอื่นไปให้กู้ยืม อัตราดอกเบี้ยที่ได้รับหรือควรจะได้รับ ให้คิดตามอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ในวันที่ได้ให้กู้ยืมเงินที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน หรือคิดดอกเบี้ยในอัตราไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ในเวลาที่บริษัทฯ ได้กู้ยืมเงินมา ทั้งนี้ กรณีบริษัทฯ นำเงินไปให้กู้ยืม โดยไม่สามารถแยกแหล่งเงินทุนได้ว่ามาจากเงินของตนที่มีอยู่หรือเงินที่กู้ยืมมาจากบุคคลอื่น ให้คิดดอกเบี้ยที่ได้รับในอัตราไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ในเวลาที่บริษัทฯ ได้กู้ยืมเงินมา

หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0702/8010 ลงวันที่ 4 กันยายน 2556 กรณีบริษัทฯ ให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงิน บริษัทฯ ต้องคิดดอกเบี้ยตามอัตราดอกเบี้ยที่ได้ตกลงกันแต่ทั้งนี้ อัตราดอกเบี้ยดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าราคาตลาด ดังนั้น

(1) กรณีบริษัทฯ นำเงินทุนหมุนเวียนของบริษัทฯ มาให้บริษัทในเครือกู้ยืม บริษัทฯ สามารถคิดดอกเบี้ยกับบริษัทในเครือในอัตราไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินฝากธนาคารประเภทเงินฝากประจำ

(2) กรณีบริษัทฯ กู้เงินจากแหล่งเงินทุนภายนอกมาให้บริษัทในเครือกู้ยืม บริษัทฯ สามารถคิดดอกเบี้ยกับบริษัทในเครือในอัตราไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ในเวลาที่บริษัทฯ ได้กู้ยืมเงินมา

กรณีบริษัทฯ ไม่สามารถแยกแหล่งเงินทุนได้ว่ามาจากแหล่งเงินทุนหมุนเวียนหรือแหล่งเงินทุนภายนอก บริษัทฯ ต้องคิดดอกเบี้ยกับบริษัทในเครือในอัตราไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ในเวลาที่บริษัทฯ ได้กู้ยืมเงินมา

อนึ่ง หากบริษัทฯ ให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงิน โดยคิดดอกเบี้ยในอัตราต่ำกว่าราคาตลาดโดยไม่มีเหตุอันสมควร เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจประเมินดอกเบี้ยตามราคาตลาดได้ตามมาตรา 65 ทวิ (4) แห่งประมวลรัษฎากร

2.3.2 การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือที่ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติ เยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรและศาล

ในหัวข้อนี้จะเป็นการรวบรวมแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาและหนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากร เพื่อวิเคราะห์ว่ากรณีกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือในลักษณะใดบ้าง ที่จะถือว่าเป็นหรือไม่เป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

- (1) กรณีนิติกรรมที่สร้างขึ้นโดยไม่มีเจตนาแท้จริงที่จะบังคับให้ผู้ผูกพันกัน แต่เป็นการแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กัน โดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้ดอกเบี้ยที่ได้รับหรือพึงได้รับจากการให้กู้ยืมไม่ต้องนำมาเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เพราะอ้างว่าเป็นการกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือ กรณีดังกล่าวต้องถือว่าไม่ใช่การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ⁵³
- (2) กรณีที่บริษัทไม่มีวัตถุประสงค์หลักในการให้กู้ยืมเงิน แต่ให้บริษัทในกลุ่มเดียวกันกู้ยืมเงินหลายราย ถือได้ว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติทางการค้าอันเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์จึงต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ⁵⁴
- (3) กรณีให้บริษัทในเครือและกรรมการกู้ยืมเงินหลายราย ไม่ว่าจะเพื่อช่วยเหลือผู้กู้ให้สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้หรือเพื่อตอบแทนการทำงานของกรรมการ ก็ถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์⁵⁵

⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12127/2558 การที่โจทก์แสดงเจตนาให้บริษัท ล. กู้ยืมเงินจากโจทก์ และบริษัท ล. นำเงินไปให้บริษัท ฟ. กู้ยืมต่อ เป็นนิติกรรมที่สร้างขึ้นโดยไม่มีเจตนาแท้จริงที่จะบังคับให้ผู้ผูกพันกัน แต่เป็นการแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กันระหว่างโจทก์ บริษัท ล. และบริษัท ฟ. โดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้ดอกเบี้ยที่โจทก์ได้รับหรือพึงได้รับจากการให้กู้ยืมไม่ต้องนำมาเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เพราะอ้างว่าเป็นการกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือเท่านั้น กรณีจึงต้องฟังว่าโจทก์ให้บริษัท ฟ. ซึ่งมีใช้บริษัทในเครือของโจทก์กู้ยืมเงิน

⁵⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 749/2553 การประกอบกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติด้วย สัญญาซื้อขายใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานผลิตน้ำตาลทรายระหว่างโจทก์กับบริษัท อ. มิใช่เป็นการกู้ยืมเงิน ดอกเบี้ยจากสัญญาดังกล่าวมิใช่ดอกเบี้ยจากการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์จึงไม่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

แม้โจทก์ไม่มีวัตถุประสงค์หลักในการให้กู้ยืมเงิน แต่การที่โจทก์ให้บริษัทในกลุ่มเดียวกันกู้ยืมเงินหลายราย ถือได้ว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติทางการค้าของโจทก์อันเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์จึงต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

⁵⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8022-8024/2547 เมื่อโจทก์ให้บริษัทต่าง ๆ และกรรมการกู้ยืมเงินโดยไม่คิดดอกเบี้ย โดยไม่มีเหตุอันสมควร เจ้าพนักงานประเมินจึงมีอำนาจกำหนดดอกเบี้ยตามราคาตลาดเป็นรายรับตามมาตรา 91/16 (6) และถือได้ว่าโจทก์ได้รับชำระดอกเบี้ย

- (4) กรณีดอกเบียที่บริษัทโจทก์ได้รับจากการให้บริษัทในเครือของโจทก์กู้เป็นรายรับที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เพราะการกู้ยืมเงินเช่นว่านั้นถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์⁵⁶
- (5) กรณีที่บริษัทในเครือโอนเงินล่วงหน้าและจ่ายเงินตรง ตลอดจนให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงิน เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์⁵⁷

จะเห็นได้ว่า หากเข้ากรณีเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ แนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกามีแนวโน้มที่จะให้การกู้ยืมเงินดังกล่าวเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ทั้งสิ้น แม้ว่าบริษัทจะอ้างว่าเป็นการให้กู้ยืมเงินเพื่อช่วยเหลือบริษัทในเครือก็ตาม โดยที่ไม่ปรากฏว่าได้มีการวินิจฉัยว่าการให้กู้ยืมเงินดังกล่าวถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติของบริษัทหรือไม่ และไม่ได้มีการกล่าวถึงจำนวนครั้งในการให้กู้ยืมเงิน แหล่งที่มาของเงินทุนที่ให้กู้ยืมเงิน และอาชีพของผู้ให้กู้ยืมเงินแต่อย่างใด

แล้ว โจทก์จึงต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะและการที่โจทก์ให้ผู้อื่นกู้ยืมเงินหลายราย ไม่ว่าจะเพื่อช่วยเหลือผู้กู้ให้สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ หรือเพื่อตอบแทนการทำงานของกรรมการตั้งที่โจทก์ถือหุ้น ก็ถือว่าโจทก์ประกอบกิจการตามปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

โจทก์ให้บริษัท พ. และบริษัท จ. กู้ยืมเงินไปก่อนที่โจทก์จะเข้าถือหุ้นในบริษัททั้งสองเกินร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมด โจทก์กับบริษัททั้งสองจึงมิใช่บริษัทในเครือเดียวกันตามความหมายของบริษัทในเครือเดียวกันดังที่ระบุในข้อ 2 วรรคสอง ของคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 โจทก์จึงมิได้รับยกเว้นไม่ต้องนำดอกเบี้ยเงินกู้ยืมของลูกหนี้รายบริษัท พ. และบริษัท จ. มาคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

⁵⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7833/2546 ดอกเบียที่บริษัทโจทก์ได้รับจากการให้บริษัทในเครือของโจทก์กู้เป็นรายรับที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เพราะการกู้ยืมเงินเช่นว่านั้นถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ซึ่งเป็นกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตาม ป. รัชฎากร มาตรา 91/2 (5) และเป็นกิจการที่ไม่ได้รับการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ ตามมาตรา 91/3 แต่อย่างใด ส่วนที่มีคำสั่งกรมสรรพากร ฉบับที่ ป. 26/2534 เรื่องดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่ง ป. รัชฎากร ข้อ 2 ยกเว้นดอกเบี้ยดังกล่าว ไม่ต้องนำมาคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ดอกเบียดังกล่าวจึงยังคงเป็นรายรับจากกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เพียงแต่ได้รับยกเว้นไม่ต้องนำมาคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะเท่านั้น

⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 938/2540 โจทก์มีวัตถุประสงค์ในการให้กู้ยืมเงินด้วย การที่โจทก์โอนเงินล่วงหน้าและจ่ายเงินตรง ตลอดจนให้บริษัทและห้าง ฯ ดังกล่าวกู้ยืมเงิน เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ต้องเสียภาษีการค้า ประเภทการค้า 12 (ธนาคาร) ชนิด 1 แห่งบัญชีอัตราภาษีการค้า เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจประเมินดอกเบี้ยรับนำมาเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีการค้าได้ ยกเว้นเฉพาะส่วนที่บริษัทในเครือกู้ยืมได้รับยกเว้น ตามคำสั่งกรมสรรพากร ที่ ป. 11/2528

2.3.3 การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ

กรณีที่เป็นการกู้ยืมเงินกันระหว่างบริษัทในเครือนั้น ได้มีกฎเกณฑ์กำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการให้กู้ยืมเงินในกรณีดังกล่าว ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ โดยกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องมีดังต่อไปนี้

(1) คำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

โดยที่คำสั่งกรมสรรพากรดังกล่าว กำหนดไว้เพื่อให้เจ้าพนักงานสรรพากรถือเป็นแนวทางปฏิบัติตามประมวลรัษฎากรสำหรับดอกเบี้ยที่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ สำหรับการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร กรมสรรพากรจึงมีคำสั่งดังต่อไปนี้

“ข้อ 2 กรณีบริษัทในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงินกันเอง ไม่ว่าจะนำเงินของตนหรือนำเงินที่กู้ยืมจากบุคคลอื่นมาให้กู้ยืมในระหว่างกันเอง และไม่ว่าจะคิดดอกเบี้ยในอัตราเท่าใดก็ตาม ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินในกรณีเช่นนี้ ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

คำว่า “บริษัทในเครือเดียวกัน” หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไปซึ่งมีความสัมพันธ์กันโดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลใดถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนอยู่ในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลอีกแห่งหนึ่งไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้นเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหกเดือนก่อนวันที่มีการกู้ยืม”

จะเห็นได้ว่าคำสั่งกรมสรรพากรดังกล่าว ยังถือเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติสำหรับเจ้าพนักงานของกรมสรรพากรเท่านั้น ยังไม่มีสถานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด

(2) พระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนด กิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556

“มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (32) ของมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตาม ความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 240) พ.ศ. 2534

(32) กิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ซึ่งมีได้ประกอบกิจการตามมาตรา 91/2 (1) (2) และ (3) แห่ง ประมวลรัษฎากร สำหรับดอกเบี้ยที่ได้รับ เฉพาะกรณีดังต่อไปนี้

(ก) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงินกันเอง

“บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกัน” หมายความว่า บริษัทหรือห้าง หุ้นส่วนนิติบุคคลจำนวนตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไป ซึ่งมีความสัมพันธ์กันโดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติ บุคคลใดถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนอยู่ในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลอีกแห่งหนึ่งไม่น้อยกว่าร้อยละ ยี่สิบห้าของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้น เป็นเวลาไม่น้อยกว่า หกเดือนก่อนวันที่มีการกู้ยืม โดยให้นับระยะเวลาของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเดิมอันได้ควบ เข้ากันหรือบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเดิมผู้โอนกิจการทั้งหมดรวมด้วย”

สำหรับเหตุผลในการกำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินในกรณีเช่นนี้ ไม่ต้อง นำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะไว้ในหมายเหตุท้ายพระราชกฤษฎีกาฯ ความว่า เนื่องจากการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ในบางกรณี มิได้มีวัตถุประสงค์ในการ แสวงหากำไรในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ แต่เนื่องจากมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร กำหนดให้ดอกเบี้ยที่บริษัทได้รับจากการให้บริษัทในเครือเดียวกันกู้ยืมเงิน เป็นการประกอบกิจการ โดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เป็นเหตุให้บริษัทที่ประกอบกิจการใน ลักษณะดังกล่าวมีภาระภาษีและต้นทุนทางการเงินที่สูงขึ้น เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษีดังกล่าวอัน จะเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของบริษัท จึงยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่ดอกเบี้ยที่

บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้รับจากการให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้
กู้ยืมเงิน

โดยที่เหตุผลในการออกคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 พระราชกฤษฎีกานี้ขึ้นมา
สืบเนื่องจากมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร กำหนดให้การประกอบกิจการโดยปกติเกี่ยว
ธนาคารพาณิชย์อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เพื่อให้การประกอบกิจการอื่นที่มีใช้กิจการ
ธนาคาร แต่มีวัตถุประสงค์และรูปแบบเหมือนกับการประกอบกิจการธนาคารต้องเสียภาษีธุรกิจ
เฉพาะในลักษณะเดียวกัน ดังนั้น เพื่อให้การจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น
กรมสรรพากรจึงได้ออกคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 ดังกล่าว เพื่อกำหนดให้ดอกเบี้ยที่ได้รับ
จากการประกอบกิจการโดยปกติเกี่ยวธนาคารพาณิชย์บางกรณี ซึ่งมีรูปแบบเหมือนกับการประกอบ
กิจการธนาคารแต่มีได้มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจ
เฉพาะ

อย่างไรก็ตาม นิยามของคำว่า “บริษัทในเครือเดียวกัน” ที่กำหนดไว้ในคำสั่ง
กรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 นั้น มีการกำหนดเรื่องของระยะเวลาถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนอยู่ในบริษัท
อีกแห่งหนึ่งไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทนั้นเป็นเวลาไม่น้อยกว่า
หกเดือนก่อนวันที่มีการกู้ยืม ส่งผลให้หากบริษัทควบเข้ากันหรือโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กัน บริษัท
ใหม่จะต้องนำดอกเบี้ยที่ได้รับจากการให้บริษัทในเครือเดียวกันกู้ยืมมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสีย
ภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากระยะเวลาถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในบริษัทในเครือเดียวกันที่ได้ให้กู้ยืมน้อย
กว่า 6 เดือนก่อนวันที่กู้ยืม ก่อให้เกิดการจัดเก็บภาษีไม่เป็นไปในหลักการเดียวกัน และไม่สอดคล้อง
กับแผนพัฒนาตลาดทุนไทย ที่สนับสนุนการควบรวมกิจการเป็นมาตรการหลักมาตรการหนึ่งในแผน
ดังกล่าว

ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้น
ภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 ขึ้น เพื่อแก้ไขนิยาม “บริษัทในเครือเดียวกัน” ให้นับรวม
ระยะเวลาการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนของบริษัทเดิมอันได้ควบเข้ากันหรือเป็นผู้โอนกิจการทั้งหมดด้วย

เพื่อให้มาตรการสนับสนุนการควบรวมกิจการมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น และเพื่อปรับปรุงสถานะการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะจากเดิมที่เป็นแนวปฏิบัติของกรมสรรพากรให้เป็นกฎหมายในคราวเดียวกัน⁵⁸

ในการพิจารณาเพื่อตราพระราชกฤษฎีกาฯ ดังกล่าวนั้น ได้มีข้อสังเกตเกี่ยวกับนิยามของคำว่า “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกัน” ซึ่งเป็นการใช้ถ้อยคำเดียวกับในหมวด 3 เรื่องภาษีเงินได้ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร แต่กลับมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน เช่น จำนวนหุ้นที่นิติบุคคลหนึ่งถือหุ้นในอีกนิติบุคคลหนึ่ง จึงมีข้อสังเกตว่าการใช้ถ้อยคำที่เหมือนกันแต่มีความหมายแตกต่างกันจะก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหรือไม่ อีกทั้งเหตุผลของการกำหนดจำนวนร้อยละของหุ้น ไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 และการกำหนดระยะเวลาของการถือหุ้นดังกล่าวต้องไม่น้อยกว่า 6 เดือน ว่ามีเหตุผลอย่างไร

ประเด็นข้างต้นนั้น กรมสรรพากรได้อธิบายถึงเหตุผลในการใช้คำนิยามเดียวกับที่กำหนดไว้ในมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร แต่กลับมีรายละเอียดที่แตกต่างกันไว้ว่า เนื่องจากหลักเกณฑ์ตามมาตรา 39 เป็นหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้นานแล้ว การประกอบธุรกิจในขณะที่นั้นยังไม่มี ความซับซ้อนดังเช่นปัจจุบัน กฎระเบียบต่าง ๆ จึงสามารถกำหนดไว้อย่างเข้มงวดได้ แต่โดยที่ในปัจจุบัน การประกอบธุรกิจมีความซับซ้อนขึ้น การออก กฎหมายหรือระเบียบต่าง ๆ กรมสรรพากรจะคำนึงถึงความเป็นไปได้ในการดำเนินการธุรกรรมต่าง ๆ และได้ปรับลดเกณฑ์ให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เป็นอยู่ ซึ่งแนวปฏิบัติของกรมสรรพากรในช่วงระยะหลังจะผ่อนคลายเป็นการใช้เกณฑ์ร้อยละ 25 ในการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในอีกบริษัทเท่านั้น อีกทั้งแนวดังกล่าวก็มีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การควบเข้ากันของบริษัทของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งมองว่าผู้ที่ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ในบริษัทจะมีอำนาจออกเสียงคัดค้านมติพิเศษได้⁵⁹

ดังนั้น เมื่อพิจารณาความในคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 และพระราชกฤษฎีกาฯ ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 จึงสรุปได้ว่า กรณี

⁵⁸ กระทรวงการคลัง, “สำเนาหนังสือกระทรวงการคลัง ลับ ด่วนที่สุด ที่ กค 0726/ล 1861,” 23 พฤศจิกายน 2555. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

⁵⁹ กระทรวงการคลัง, “รายงานการประชุมฝ่ายกฎหมายการคลัง ครั้งที่ 1/2556,” 18 มกราคม 2556. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

บริษัทในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงินกันเอง ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินในกรณีเช่นนี้ ไม่ต้องนำมา รวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

จะเห็นได้ว่า กรณีการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่บริษัทในเครือจะ ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะดังกล่าว จะต้องเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ กล่าวคือ (1) เป็นกรณี การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ (2) บริษัทในเครือดังกล่าวต้องถือหุ้นกันไม่น้อยกว่าร้อยละสิบห้า ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทในเครือ และ (3) การถือหุ้นดังกล่าวต้องมีระยะเวลาไม่น้อย กว่า 6 เดือนก่อนวันที่มีการกู้ยืมเงิน โดยให้นับระยะเวลาของบริษัทเดิมอันได้ควบเข้ากันหรือบริษัท เดิมผู้โอนกิจการทั้งหมดรวมด้วย ซึ่งหากไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว บริษัทที่ให้กู้ยืมก็ต้องนำ ดอกเบี้ยรับไปรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามปกติ

บทที่ 3

การจัดเก็บภาษีสำหรับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือในต่างประเทศ

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับแนวทางการจัดเก็บภาษีสำหรับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือของสหราชอาณาจักรและประเทศออสเตรเลีย โดยจะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการจัดเก็บภาษีทางอ้อมสำหรับกรณีทั่วไปและสำหรับกรณีการให้กู้ยืมเงิน นอกจากนี้ยังได้ศึกษาเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ รวมถึงมาตรการจัดเก็บภาษีเงินได้สำหรับบริษัทในเครือเดียวกัน ซึ่งเห็นว่าจะน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการวิเคราะห์ปัญหาการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะกรณีการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือในประเทศไทย

3.1 สหราชอาณาจักร

3.1.1 การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับกรณีทั่วไป

สหราชอาณาจักรมีการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มโดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ The Value Added Tax Act 1994 แนวทางการปฏิบัติ (Regulations) และ คำแนะนำ (HMRC's published guidance) ซึ่งมีผลบังคับเป็นกฎหมาย โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่จัดเก็บภาษี ได้แก่ หน่วยงานสรรพากรและศุลกากรของสหราชอาณาจักร (HM Revenue and Customs: HMRC)

3.1.1.1 ผู้มีหน้าที่เสียภาษี

The Value Added Tax Act 1994 กำหนดให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีมูลค่าเพิ่มคือผู้ประกอบการซึ่งขายสินค้าหรือให้บริการในทางธุรกิจหรือวิชาชีพที่ได้จดทะเบียนภาษีหรือมีหน้าที่ต้องจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม⁶⁰ ซึ่งได้แก่ ผู้ประกอบการที่มีรายรับจากการขายสินค้าหรือให้บริการ

⁶⁰ Value Added Tax Act 1994, Section 1 and Section 3

เกินกว่า 77,000 ปอนด์ ต่อ 12 เดือน หรือผู้ประกอบการที่คาดว่าจะมีรายรับจากการขายสินค้าหรือให้บริการเกินกว่า 77,000 ปอนด์ ภายใน 30 วันข้างหน้า รวมถึงผู้ประกอบการที่ได้รับสินค้ามาจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและผู้ประกอบการที่ได้นำเข้าสินค้าจากประเทศที่ไม่ใช่สมาชิกสหภาพยุโรป

3.1.1.2 กิจการที่ต้องเสียภาษี

กิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม ได้แก่ การขายสินค้าหรือให้บริการโดยผู้มีหน้าที่เสียภาษีมูลค่าเพิ่มที่กระทำในสหราชอาณาจักร และผู้มีหน้าที่เสียภาษีนั้นจะต้องขายสินค้าหรือให้บริการดังกล่าวในทางธุรกิจ (economic activity) รวมถึงได้รับค่าตอบแทน (consideration) จากการขายสินค้าหรือให้บริการนั้น ๆ ด้วย

การขายสินค้า (supply of goods)⁶¹ หมายถึง การโอนกรรมสิทธิ์ หรือความเป็นเจ้าของในสินค้าทั้งหมด (whole property in goods) ไปยังบุคคลอื่น แต่หากเป็นการโอนกรรมสิทธิ์เพียงบางส่วน หรือโอนเพียงสิทธิครอบครองจะไม่ถือเป็นการขายแต่เป็นการให้บริการแทน อย่างไรก็ตาม การโอนกรรมสิทธิ์เพียงบางส่วน หรือโอนเพียงสิทธิครอบครองอาจถือเป็นการขายได้หากมีการตกลงโอนกรรมสิทธิ์ทั้งหมดในภายหลัง

การให้บริการ (supply of service)⁶² หมายถึง การกระทำอื่นใดที่ไม่เข้าข่ายเป็นการขายสินค้า โดยต้องได้รับค่าตอบแทน ซึ่งรวมถึงการการโอนสิทธิการใช้ทรัพย์สิน เช่น การเช่า การเช่าซื้อ ให้ยืมสินค้า เป็นต้น

3.1.1.3 ฐานภาษี

ภาษีมูลค่าเพิ่มเก็บจากฐานรายรับซึ่งขึ้นอยู่กับมูลค่าสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าผู้ประกอบการจะมีกำไรหรือขาดทุน สินค้าที่ขายหรือการให้บริการนั้นก็ต้องรวมภาษีมูลค่าเพิ่มใน

⁶¹ Value Added Tax Act 1994, sch.4, para.1

⁶² Value Added Tax Act 1994, Section 5(2)(b)

รายรับนั้นด้วย⁶³ ดังนั้น ราคาขายสินค้าหรือการให้บริการที่ผู้ประกอบการให้จึงรวมภาษีมูลค่าเพิ่มไว้แล้ว และผู้ประกอบการต้องคิดภาษีมูลค่าเพิ่มจากมูลค่าของค่าตอบแทนที่แท้จริงของสินค้าหรือค่าบริการนั้น ๆ ไม่ว่าจะค่าตอบแทนที่ได้รับจะเป็นตัวเงิน หรือผ่านการแลกเปลี่ยนสิ่งใดแทนเงินก็ตาม

3.1.1.4 อัตราภาษี

อัตราภาษีมูลค่าเพิ่มในการคำนวณภาษีมี 3 อัตรา⁶⁴ ดังนี้

(1) อัตรามาตรฐาน (Standard rate) คือ ร้อยละ 20 สำหรับการขายสินค้าหรือให้บริการ โดยคำนวณจากมูลค่าของการขายสินค้าหรือให้บริการนั้น ๆ และการได้รับสินค้ามาจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป และนำเข้าสินค้าจากประเทศที่ไม่ใช่สมาชิกสหภาพยุโรป

(2) อัตราลด (Reduced rate) คือ อัตราร้อยละ 5 สำหรับการขายสินค้าหรือให้บริการบางรายการ หรืออาจใช้เฉพาะในบางสถานการณ์ หรืออาจขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่น ๆ⁶⁵

(3) อัตราศูนย์ คือ อัตราร้อยละศูนย์ ทำให้ออกจากจะไม่เก็บภาษีแล้วยังถือเป็น การคืนภาษีมูลค่าเพิ่มที่แฝงอยู่ในสินค้าหรือบริการนั้นด้วย เนื่องจากภาษีขายจะเท่ากับศูนย์เสมอโดย

⁶³ Value Added Tax Act 1994, Section 19

⁶⁴ Value Added Tax Act 1994, Section 2

⁶⁵ กำหนดไว้ใน Value Added Tax Act 1994, sch.7A โดยแบ่งออกเป็นกลุ่มต่าง ๆ ดังนี้

- Group 1 น้ำมันเชื้อเพลิงและพลังงานในประเทศ (Domestic fuel or power)
- Group 2 การติดตั้งวัสดุประหยัดพลังงาน (Energy-saving materials: installation)
- Group 3 การให้ทุนสำหรับการติดตั้งอุปกรณ์ทำความร้อนหรือสินค้าเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยหรือที่เกี่ยวกับการจัดหาก๊าซ (Heating equipment, security goods and gas supplies: grant-funded installation or connection)
- Group 5 ที่นั่งเด็กในรถยนต์ (Children's car seats)
- Group 6 สิ่งของใช้ในบ้าน (Residential conversions)
- Group 7 การเปลี่ยนแปลงและปรับปรุงที่อยู่อาศัย (Renovation and alteration of dwellings)
- Group 8 ผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับการคุมกำเนิด (Contraceptive products)
- Group 9 การให้ข้อมูลหรือคำแนะนำเกี่ยวกับสวัสดิการ (Welfare advice or information)
- Group 12 รถคาราวาน (Caravans)
- Group 13 กระเช้าลอยฟ้า (Cable-suspended passenger transport systems)

จัดเก็บจากสินค้าหรือบริการบางประเภท⁶⁶ เช่น อาหาร น้ำประปา หนังสือ การให้บริการระหว่างประเทศ การขนส่ง เป็นต้น

3.1.1.5 การคำนวณภาษี

การคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มของสหราชอาณาจักร ผู้ประกอบการจะเสียภาษีมูลค่าเพิ่มโดยคำนวณจากภาษีขายหักด้วยภาษีซื้อที่สามารถใช้ได้ ถ้าการคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มมีภาษีขายมากกว่าภาษีซื้อให้ผู้ประกอบการชำระภาษีมูลค่าเพิ่ม⁶⁷ หากภาษีซื้อมากกว่าภาษีขายผู้ประกอบการสามารถขอคืนภาษีหรือนำไปเป็นเครดิตในการยื่นแบบแสดงรายการคร่าวถัดไป (vat credit) ได้จากส่วนต่างดังกล่าว⁶⁸

⁶⁶ กำหนดไว้ใน Value Added Tax Act 1994, sch.8 โดยแบ่งออกกลุ่มต่าง ๆ ดังนี้

- Group 1 อาหาร (Food)
- Group 2 การให้บริการเกี่ยวกับระบบบำบัดน้ำและสิ่งปฏิกูล (Sewerage services and water)
- Group 3 หนังสือ (Books etc.)
- Group 4 หนังสือหรืออุปกรณ์สำหรับผู้พิการทางสายตา (Talking books for the blind and disabled and wireless sets for the blind)
- Group 5 การก่อสร้างอาคาร (Construction of buildings etc.)
- Group 6 อาคารที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง (Protected buildings)
- Group 7 บริการระหว่างประเทศ (International services)
- Group 8 การขนส่ง (Transport)
- Group 9 รถคาราวานหรือเรือนแพ (Caravans and houseboats)
- Group 10 ทองคำ (Gold)
- Group 11 ธนบัตร (Bank notes)
- Group 12 ยารักษาโรค และอุปกรณ์สำหรับผู้พิการ (Drugs, medicines, aids for the disabled etc.)
- Group 13 การนำเข้าและส่งออก (Imports, exports etc.)
- Group 15 องค์กรการกุศล (Charities etc.)
- Group 16 เครื่องแต่งกายและรองเท้า (Clothing and footwear)
- Group 19 ผลิตภัณฑ์สุขอนามัยสำหรับสตรี (Women's sanitary products)

⁶⁷ Value Added Tax Act 1994, Section 25(2)

⁶⁸ Value Added Tax Act 1994, Section 25(3)(4)

ภาษีซื้อ (input tax)⁶⁹ คือ ภาษีมูลค่าเพิ่มที่ผู้ประกอบการถูกเรียกเก็บจากการซื้อสินค้าหรือรับบริการ หรือที่ผู้ประกอบการถูกเรียกเก็บจากการได้รับสินค้าจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป หรือที่ผู้ประกอบการต้องเสียจากการนำเข้าสินค้าจากประเทศที่ไม่ใช่สมาชิกสหภาพยุโรป

ภาษีขาย (output tax)⁷⁰ คือ ภาษีมูลค่าเพิ่มจากการที่ผู้ประกอบการได้ขายสินค้าหรือได้ให้บริการ หรือที่ผู้ประกอบการได้รับสินค้าจากประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

3.1.1.6 กิจกรรมที่ได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม (exempt from VAT)

การขายสินค้าหรือให้บริการบางประเภทได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม หากกิจการใดที่ขายสินค้าหรือให้บริการที่ได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม กิจการนั้นไม่อยู่ในบังคับที่ผู้ประกอบการจะต้องจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม และไม่ต้องนำรายรับจากการซื้อสินค้าหรือการให้บริการมาลงบัญชีภาษีมูลค่าเพิ่ม โดยผู้ประกอบการจะไม่ถูกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากสินค้าหรือบริการที่ได้รับการยกเว้นดังกล่าว การได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม ส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่สามารถนำภาษีซื้อที่เกี่ยวกับการซื้อสินค้าหรือบริการที่ได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มมาขอคืนภาษีได้⁷¹

สินค้าหรือบริการที่ได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม ระบุไว้ใน Value Added Tax Act 1994, schedule 9 ดังต่อไปนี้

- กลุ่มที่ 1 ที่ดิน (Land)
- กลุ่มที่ 2 ประกันภัย (Insurance)
- กลุ่มที่ 3 การไปรษณีย์ (Postal services)
- กลุ่มที่ 4 การพนัน เกมสล็อต การเสี่ยงโชค สลากกินแบ่ง (Betting, gaming, dutiable machine games and lotteries)

⁶⁹ Value Added Tax Act 1994, Section 24(1)(a)(b)(c)

⁷⁰ Value Added Tax Act 1994, Section 24(2)(a)(b)(c)

⁷¹ HM Revenue & Customs. [Exemption and partial exemption from VAT](https://www.gov.uk/guidance/vat-exemption-and-partial-exemption) [online]. 2018. Available from: <https://www.gov.uk/guidance/vat-exemption-and-partial-exemption>. [2020, January 8]

- กลุ่มที่ 5 การให้บริการทางการเงิน (Finance)
- กลุ่มที่ 6 การให้บริการทางการศึกษา (Education)
- กลุ่มที่ 7 การให้บริการทางด้านสาธารณสุขและสวัสดิการ (Health and welfare)
- กลุ่มที่ 8 บริการฃาปนกิจและฝังศพ (Burial and cremation)
- กลุ่มที่ 9 สหภาพการค้าและองค์กรวิชาชีพ (Subscriptions to trade unions, professional and other public interest bodies)
- กลุ่มที่ 10 กีฬา การแข่งกีฬา และ การศึกษาเกี่ยวกับกายภาพ (Sport, sports competitions and physical education)
- กลุ่มที่ 11 งานศิลปะ (Works of art etc.)
- กลุ่มที่ 12 กองทุนที่ดำเนินการโดยองค์กรการกุศล (Fund raising events by charities and other qualifying bodies)
- กลุ่มที่ 13 บริการด้านวัฒนธรรม (Cultural services etc.)
- กลุ่มที่ 14 การขายสินค้าที่ไม่มีภาษีซื้อ (Supplies of goods where input tax cannot be recovered)
- กลุ่มที่ 15 การลงทุนทองคำ (Investment gold)
- กลุ่มที่ 16 การให้บริการโดยกลุ่มที่มีการแบ่งปันต้นทุน (Supplies of services by groups involving cost sharing)

3.1.1.7 กิจการที่ไม่อยู่ในบังคับของระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม (outside the scope of VAT)

การขายสินค้าหรือให้บริการบางประเภทไม่อยู่ภายใต้ระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม ส่งผลให้ไม่สามารถจัดเก็บหรือขอคืนภาษีจากสินค้าหรือบริการดังกล่าวได้ ตัวอย่างของกิจการที่ไม่อยู่ในบังคับของระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม เช่น สินค้าหรือบริการที่ซื้อหรือใช้นอกกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป การขายที่ไม่มีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจ การซื้อหรือการขายของใช้ส่วนตัวของเจ้าของ (own personal use) และกิจกรรมที่ไม่ใช่ธุรกิจ งานบริการและสวัสดิการที่ดำเนินงานโดยองค์กรการกุศล เป็นต้น⁷²

นอกจากนี้สินค้าหรือบริการที่ดำเนินการในสหภาพยุโรปจะอยู่ในหรือนอกขอบเขตของระบบภาษีมูลค่าเพิ่มของสหราชอาณาจักรหรือไม่ จะต้องพิจารณาเป็นรายธุรกรรมไป

3.1.2 การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับกรณีการกู้ยืมเงิน

การขายสินค้าหรือให้บริการใด ๆ ที่อยู่ภายใต้บริการทางการเงิน อยู่ในบังคับที่ได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม⁷³ โดยตัวอย่างของบริการทางการเงิน ได้แก่⁷⁴

- (1) บริการทางการเงิน ซึ่งรวมถึง การออก การโอน การรับ หรือการจัดการที่เกี่ยวข้องกับเงิน หลักทรัพย์ทางการเงิน หรือการชำระเงินต่าง ๆ (Financial services including the issue, transfer or receipt of, or dealing with money, securities for money or orders for the payment of money)
- (2) การให้สินเชื่อ เช่น การให้กู้ยืมเงิน (The granting of credit such as loans)

⁷² HM Revenue & Customs. Businesses and charging VAT [online]. 2018. Available from: <https://www.gov.uk/vat-businesses/when-not-to-charge-vat>. [2020, January 8]

⁷³ Value Added Tax Act 1994, schedule 9, Group 5.

⁷⁴ HM Revenue & Customs. Financial services and investments [online]. 2018. Available from: <https://www.gov.uk/guidance/rates-of-vat-on-different-goods-and-services#financial-services-and-investments-insurance> [2020, January 8]

- (3) การบริการจัดการเกี่ยวกับการให้สินเชื่อ (The management of credit by the person who has granted it)
- (4) การอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับสินเชื่อผ่อนชำระ เช่น การเช่าซื้อ (The provision of the facility of instalment credit finance for example hire-purchase)
- (5) บริการเกี่ยวกับการเป็นสื่อกลางทางการเงิน (The provision of qualifying financial intermediary services)
- (6) การออก การโอน หรือการดำเนินการเกี่ยวกับหลักทรัพย์ รวมถึงหุ้นและตราสารหนี้ (The issue, transfer or dealing with a security, including shares and bonds)
- (7) การดำเนินการเกี่ยวกับบัญชีเงินฝากออมทรัพย์ และบัญชีเงินฝากกระแสรายวัน (The operation of a current, deposit or savings account)
- (8) การบริหารจัดการเกี่ยวกับการลงทุนในกองทุนรวมพิเศษ (The management of a qualifying special investment fund)
- (9) บริการทางการเงินใดที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของการขายสินค้าหรือบริการอื่น ๆ (Financial service supplied as part of a single supply with other goods or services)
- (10) การลงทุนในทองคำ (Gold investment coins)

ดังนั้น หากเป็นการกู้ยืมเงินที่กระทำในสหราชอาณาจักรหรือที่มีความเกี่ยวข้องกับสหราชอาณาจักรจะถือว่าได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม อย่างไรก็ตาม การยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มดังกล่าว ส่งผลให้ผู้ประกอบการไม่สามารถนำภาษีซื้อที่เกี่ยวข้องกับบริการที่ได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มมาขอคืนภาษีได้ ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎเกณฑ์ที่สถาบันการเงินและผู้ให้บริการทางการเงินต่างคุ้นเคยดี แต่ผู้ประกอบการที่อยู่ในภาคธุรกิจอื่นอาจต้องพิจารณาในประเด็นนี้ให้ถี่ถ้วน

เนื่องจากการที่ผู้ประกอบการไม่สามารถนำภาษีซื้อที่เกี่ยวข้องกับบริการที่ได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม มาขอคืนภาษียอมทำให้ต้นทุนเพิ่มสูงขึ้นด้วย

สำหรับภาษีทางอ้อมประเภทอื่น ๆ นั้น สหราชอาณาจักรยังไม่มีการจัดเก็บภาษีจากการทำธุรกรรม (transaction tax) สำหรับการชำระเงินที่เกี่ยวข้องกับการให้กู้ยืมเงิน รวมถึงไม่มีการจัดเก็บอากรแสตมป์ด้วย

3.1.3 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ

การให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือที่กระทำในสหราชอาณาจักรนั้น แม้ว่าจะได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม และไม่มีการจัดเก็บภาษีจากการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงิน รวมถึงไม่มีการจัดเก็บอากรแสตมป์ก็ตาม แต่ก็ยังมีกฎเกณฑ์ที่บริษัทในเครือต้องนำมาพิจารณาควบคู่กันไปด้วย โดยในสหราชอาณาจักรกำหนดให้ผลประโยชน์ใด ๆ ที่เกิดขึ้นภายใต้ความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงิน (Loan relationships) อยู่ในบังคับที่ต้องเสียภาษีนิติบุคคล⁷⁵ โดยความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินนี้ หมายรวมถึง เหตุการณ์ที่บริษัทหนึ่งอยู่ในสถานะเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ในหนี้ที่เกิดจากการกู้ยืมเงิน นอกจากนี้ ผลกำไรหรือขาดทุนที่เกิดจากการเข้าซื้อกิจการก็ถือเป็นความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินด้วยเช่นกัน

สำหรับการจัดทำงบกำไรขาดทุนของบริษัทจะต้องเป็นไปตามมาตรฐานการบัญชี และต้องแสดงให้เห็น (1) ผลกำไรและขาดทุนที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินรวมถึงธุรกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง (2) ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้น และ (3) ค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดขึ้น โดยในส่วนของค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมการให้กู้ยืมเงินสามารถนำมาหักเป็นรายจ่ายภายใต้การกู้ยืมเงินได้ อย่างไรก็ตาม บริษัทจะต้องแสดงให้เห็นว่าค่าธรรมเนียมดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงินนั้น ๆ⁷⁶

อย่างไรก็ตาม การคำนวณผลกำไรขาดทุนที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ข้อบังคับและมาตรการที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวอาจทำให้ผลประโยชน์

⁷⁵ Corporate Tax Act 2009, Part 5

⁷⁶ Charles Goddard, "Tax Management International Forum," *Bloomberg BNA* 37, 2 (June 2016): p. 87-91.

ใด ๆ ที่ได้รับจากการกู้ยืมเงินที่อยู่ในบังคับที่ต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นหรือลดลงได้ ตัวอย่างของมาตรการดังกล่าว ได้แก่

- (1) มาตรการป้องกันการลงทุนด้วยหนี้ (Thin capitalization rule) ซึ่งเป็นมาตรการที่ต้องห้ามไม่ให้บริษัทในเครือนำดอกเบี้ยมาหักจ่ายมากเกินไปจนสมควรเพื่อใช้เป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ
- (2) การกำหนดราคาโอน (Transfer pricing rule) สหราชอาณาจักรนำกฎเกณฑ์การกำหนดราคาโอนของ OECD มาบังคับใช้กับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทที่มีความสัมพันธ์กัน (connect parties)⁷⁷
- (3) มาตรการป้องกันการเลี่ยงภาษี (Tax avoidance situations) ซึ่งเป็นมาตรการที่ห้ามไม่ให้บริษัทนำรายจ่ายที่เกี่ยวกับดอกเบี้ยเงินกู้ยืมมาหักเป็นรายจ่ายได้ หากวัตถุประสงค์หลักของธุรกรรมนั้นมีขึ้นเพื่อประโยชน์ทางภาษี⁷⁸
- (4) มาตรการจำกัดการหักจ่ายของบริษัทในสหราชอาณาจักร (United Kingdom's worldwide debt cap rule) เป็นข้อจำกัดที่เกี่ยวข้องกับการหักจ่ายของบริษัทในสหราชอาณาจักรอ้างอิงจากบริษัทอื่น ๆ นอกกลุ่ม โดยกำหนดให้การจ่ายดอกเบี้ยของบริษัทรายใหญ่ในสหราชอาณาจักร ซึ่งเป็นรายจ่ายที่หน่วยสรรพากรและศุลกากรของสหราชอาณาจักรถือว่ามากเกินไป (excessive debt)⁷⁹ โดยส่วนที่เกินกว่านั้นไม่อนุญาตให้นำมาหักเป็นรายจ่าย⁸⁰

ทั้งนี้ มีข้อควรพิจารณาเพิ่มเติมว่า หากบริษัทในสหราชอาณาจักรมีการเคลื่อนไหวของเงินทุนไปยังต่างประเทศเป็นจำนวนรวมเกินกว่า 100 ล้านปอนด์ บริษัทจะต้องแจ้งถึงการทำธุรกรรมดังกล่าวให้หน่วยสรรพากรและศุลกากรของสหราชอาณาจักรทราบด้วย

⁷⁷ Taxation (International and Other Provisions) Act (“TIOPA”) 2010, Part 4.

⁷⁸ Corporate Tax Act 2009, ss443

⁷⁹ Taxation (International and Other Provisions) Act (“TIOPA”) 2010, Part 7.

⁸⁰ ทั้งนี้ ในสหราชอาณาจักรมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการหักค่าใช้จ่ายในดอกเบี้ยเกินกว่า 30% ของ UK EBITDA ซึ่งกำหนดเกณฑ์อยู่ที่สองล้านปอนด์ โดยมีผลตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2017 เป็นต้นไป

ในส่วนของการประเมินการหักภาษี ณ ที่จ่ายของสหราชอาณาจักรนั้น สหราชอาณาจักรจะบังคับใช้การหักภาษี ณ ที่จ่ายเฉพาะกับการชำระเงินบางประเภทเท่านั้น ซึ่งการชำระดอกเบี้ยอยู่ในบังคับที่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายด้วย โดยดอกเบี้ยที่อยู่ในบังคับของต้องหัก WHT คือ ดอกเบี้ยรายปี⁸¹ ทั้งนี้ ภายใต้รายละเอียดของกฎเกณฑ์และข้อยกเว้นต่าง ๆ

คำว่า “ดอกเบี้ยรายปี” นั้นไม่ได้มีคำนิยามปรากฏใน Income Tax Act (“ITA”) 2007 แต่มีปรากฏอยู่ในคดีของ CLairn v MacDiarmid⁸² ว่าการที่จะพิจารณาว่าเป็นดอกเบี้ยรายปีหรือไม่ นั้น ให้พิจารณาจากระยะเวลาที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ตกลงกันให้หนี้นั้นมีระยะเวลา 1 ปีหรือมากกว่านั้น หรือมีข้อตกลงร่วมกันว่าให้จ่ายดอกเบี้ยเป็นรายปี ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงอาจตีความได้ว่าดอกเบี้ยที่จ่ายในหนี้ที่มีระยะเวลาน้อยกว่า 365 วัน จะไม่อยู่ในบังคับที่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย เว้นแต่มีการตกลงกันให้ความรับผิดในหนี้นั้นมีผลมากกว่า 1 ปี นอกจากนี้ ยังมีข้อยกเว้นในกรณีที่เป็นการจ่ายดอกเบี้ยเงินกู้ยืมของธนาคารจะไม่อยู่ในบังคับต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย⁸³

ดังนั้น หากเป็นกู้ยืมเงินระยะสั้นก็จะไม่อยู่ในบังคับที่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย อย่างไรก็ตาม หลักในการพิจารณาว่าเป็นดอกเบี้ยระยะสั้นหรือดอกเบี้ยระยะยาวดังกล่าวยังคงก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอยู่ สำหรับการกู้ยืมเงินจากบริษัทต่างประเทศก็อยู่ในบังคับที่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายเช่นกัน เว้นแต่จะเป็นประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนที่กำหนดให้ยกเว้นหรือลดอัตราภาษีดังกล่าว⁸⁴

3.1.4 มาตรการจัดเก็บภาษีเงินได้สำหรับบริษัทในเครือเดียวกัน

สหราชอาณาจักรจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้หลักการช่วยเหลือผู้ขาดทุน (Group Relief) ซึ่งเป็นแนวคิดที่กำหนดให้บริษัทในเครือสามารถโอนผลขาดทุนจากบริษัทหนึ่งไปยังอีกบริษัทหนึ่งที่อยู่ใเครือเดียวกันได้ โดยกฎหมายภาษีอากรของสหราชอาณาจักรกำหนดให้บริษัทในเครือสามารถ

⁸¹ Income Tax Act (“ITA”) 2007, ss874.

⁸² CLairn v MacDiarmid (1982) 56 TC 556.

⁸³ Income Tax Act (“ITA”) 2007, ss878.

⁸⁴ Charles Goddard, “Tax Management International Forum,” *Bloomberg BNA* 37,2 : p. 87-91.

โอนผลขาดทุนของตนเองไปหักล้างกับบริษัทในเครือเดียวกันที่มีผลกำไรได้ และมีการยกเว้นภาษีเงินปันผลระหว่างบริษัทในเครือเดียวกัน แต่จะไม่สามารถโอนกำไรภายในกลุ่มได้ เป็นต้น

สำหรับสัดส่วนการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนระหว่างบริษัทในเครืออื่น กฎหมายภาษีอากรของสหราชอาณาจักรได้กำหนดเงื่อนไขไว้ดังต่อไปนี้

- (1) บริษัทแม่ต้องถือหุ้นสามัญของอีกบริษัทหนึ่งไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม ไม่น้อยกว่าร้อยละ 75
- (2) บริษัทแม่ต้องมีกำไรและสินทรัพย์อยู่ในบริษัทหนึ่งไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 และต้องเป็นกำไรและสินทรัพย์ที่แท้จริงของบริษัทแม่ กล่าวคือ ไม่ใช่การไปกู้ยืมมาจากบริษัทอื่น
- (3) บริษัทแม่ต้องมีอำนาจควบคุมบริษัทในเครืออย่างแท้จริง ดังนั้น แม้ว่าบริษัทแม่จะเข้าเงื่อนไขตามข้อ (1) และ (2) ที่กล่าวมาข้างต้น แต่หากไม่มีอำนาจควบคุมก็ไม่สามารถใช้หลักการช่วยเหลือผู้ขาดทุนนี้ได้

นอกจากนี้ ไม่ว่าบริษัทในเครือจะถือหุ้นต่อกันกี่ทอดก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้ว บริษัทแม่ต้องมีสัดส่วนการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในบริษัทลูกไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ด้วย⁸⁵

3.2 ประเทศออสเตรเลีย

3.2.1 การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับกรณีทั่วไป

การจัดเก็บภาษีจากการบริโภคสินค้าและบริการ (Goods and Services Tax : GST) จากการบริโภคของประเทศออสเตรเลียนั้น เป็นการจัดเก็บตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ A New Tax System (Goods and Service Tax) ACT 1999 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.

⁸⁵ ซีระวุฒิ เต็มสิริวัฒนกุล, “แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการจัดเก็บภาษีเงินได้ของนิติบุคคลในเครือเดียวกัน,” หน้า 73-74.

2000 โดยภาษีจากการบริโภคสินค้าและบริการนี้ จัดเก็บจากรายจ่ายในการบริโภคครั้งสุดท้ายจากการขายสินค้าและให้บริการภายในประเทศออสเตรเลีย และการนำเข้าสินค้ามายังประเทศออสเตรเลีย ภาษีสินค้าและบริการดังกล่าวเป็นภาษีที่มีลักษณะคล้ายกับภาษีมูลค่าเพิ่มที่เก็บภาษีจากมูลค่าที่เพิ่มขึ้นในแต่ละขั้นตอนการผลิต จำหน่าย หรือให้บริการ

3.2.1.1 ผู้มีหน้าที่เสียภาษี

ผู้มีหน้าที่เสียภาษี⁸⁶ หมายถึง ผู้ประกอบกิจการอันได้แก่ บุคคลธรรมดา (individual) องค์กรที่รวมตัวกัน (Body corporate) กิจการบริษัท (Corporation sole) ห้างหุ้นส่วน (Partnership) องค์กรของรัฐ (Body politic) การรวมตัวกันเป็นสมาคม ทรัสหรือทรัสต์ กองทุน ผู้สูงอายุ ที่ได้ประกอบกิจกรรมในรูปของธุรกิจ หรือทำโดยมุ่งในทางการค้าหรือหากำไร หรือทำเป็นปกติวิสัย สำหรับผู้ประกอบการที่มีรายรับตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องจดทะเบียนตามระบบภาษีสินค้าและบริการ⁸⁷ โดยผู้ประกอบการสามารถเรียกเก็บภาษีสินค้าและบริการจากผู้บริโภคได้โดยคิดรวมเข้าไปในราคาสินค้าหรือบริการนั้น ๆ

3.2.1.2 กิจการที่ต้องเสียภาษี

การขายสินค้าหรือการให้บริการ (taxable supplies)⁸⁸ ที่จะต้องเสียภาษีนั้นจะต้องพิจารณาจากเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) เป็นการขาย⁸⁹เพื่อให้ได้มาซึ่งค่าตอบแทน

⁸⁶ 9-20 Enterprises

⁸⁷ การจดทะเบียนสำหรับผู้ประกอบการนั้น เมื่อกิจการใดมีรายรับจำนวนไม่น้อยกว่า 75,000 เหรียญ หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรที่มีรายรับจำนวนไม่น้อยกว่า 150,000 เหรียญ กฎหมายบังคับให้ต้องจดทะเบียนเป็นผู้ประกอบการภาษีสินค้าและบริการ กับหน่วยงานจัดเก็บภาษี ส่วนธุรกิจที่มีเงินหมุนเวียนน้อยกว่านั้น สามารถเลือกที่จะจดทะเบียนหรือไม่ก็ได้ ซึ่งผู้ที่จดทะเบียนเท่านั้นถึงจะสามารถใช้สิทธิเครดิตภาษีได้

⁸⁸ A New Tax System (Goods and Service Tax) ACT 1999, S.9-5

⁸⁹ คำจำกัดความของคำว่า “การขาย (supply)” ได้มีกำหนดไว้ใน A New Tax System (Goods and Service Tax) ACT 1999, S.9-10 โดยให้หมายความว่าการขายที่ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตาม ซึ่งรวมถึง การขายสินค้า การให้บริการ (the supply of goods,

- (2) เป็นการขายที่มีความเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม
- (3) เป็นการขายที่มีความเกี่ยวข้องประเทศออสเตรเลีย เช่น เป็นสินค้าที่ถูกส่งมายังประเทศออสเตรเลีย หรือถูกทำขึ้นในประเทศออสเตรเลีย การขายอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น
- (4) เป็นการขายสินค้าหรือการให้บริการโดยผู้ประกอบการจดทะเบียนหรืออยู่ในบังคับที่ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายภาษีสินค้าและบริการ

อย่างไรก็ตาม การขายสินค้าหรือการให้บริการดังกล่าว ต้องไม่ใช่การขายสินค้าหรือการให้บริการที่เสียภาษีในอัตราศูนย์ (GST-free supplies)⁹⁰ หรือการขายสินค้าหรือการให้บริการที่ได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม (input taxed supplies)

services) การให้คำแนะนำหรือข้อมูล (Provision of advice or information) การบริจาคหรือการให้ (Grant) การโอน (Transfer) การโอนสิทธิเรียกร้อง (Assignment) การให้บริการทางการเงิน (Financial supply) และการกระทำหรืองดเว้นการกระทำในบางกรณี

⁹⁰ การขายสินค้าหรือการให้บริการที่เสียภาษีในอัตราศูนย์ (GST-free supplies) มีระบุไว้ใน A New Tax System (Goods and Service Tax) ACT 1999, S.38 โดยหมายถึง การขายสินค้าหรือการให้บริการที่ไม่ต้องเสียภาษีสินค้าและบริการ โดยผู้ประกอบการที่ขายสินค้าหรือให้บริการไม่สามารถเรียกเก็บภาษีสินค้าและบริการจากผู้บริโภคหรือผู้รับบริการได้ แต่ในขณะเดียวกันผู้ประกอบการจดทะเบียนสามารถขอเครดิตภาษีซื้อที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจการและได้จ่ายไปคืนได้ สำหรับการขายสินค้าหรือการให้บริการที่เสียภาษีในอัตราศูนย์ ได้แก่

- A. การขายอาหาร (Food)
- B. การให้บริการทางการแพทย์และสาธารณสุข (Health and medical care service)
- C. การให้บริการทางการศึกษา (Educational service)
- D. การให้บริการด้านการดูแลเด็ก (Child care)
- E. การส่งออกสินค้า (Exports and other cross-border supplies)
- F. การให้บริการด้านศาสนา (Religious service)
- G. การกระทำเพื่อการกุศลหรือเพื่อสาธารณประโยชน์ (Activities of charities etc.)
- H. -
- I. บริการจัดการที่เกี่ยวกับน้ำ ระบบบำบัดน้ำเสีย (Water, sewerage and drainage)
- J. การโอนหรือขายกิจการ (Supplies of going concerns)
- K. การขนส่ง (Transport and related matters)
- L. กิจการเกี่ยวกับโลหะมีค่า (Precious metals)
- M. การขายผ่านร้านค้าปลอดภาษี (Supplies through inwards duty free shops)
- N. การครอบครองอสังหาริมทรัพย์โดยรัฐ (Grants of land by governments)
- O. ที่ดินเกษตรกรรม (Farm land)

3.2.1.3 ฐานภาษี

ฐานภาษีของภาษีสินค้าและบริการ ได้แก่ การขายสินค้า การให้บริการ (the supply of goods, services) การให้คำแนะนำหรือข้อมูล (Provision of advice or information) การบริจาคหรือการให้ (Grant) การโอน (Transfer) การโอนสิทธิเรียกร้อง (Assignment) การให้บริการทางการเงิน (Financial supply) และการกระทำหรืองดเว้นการกระทำในบางกรณี

3.2.1.4 อัตราภาษี

อัตราภาษีของภาษีสินค้าและบริการ (the amount of GST)⁹¹ ของประเทศออสเตรเลียมีอัตราเดียว คือ ร้อยละ 10 ของราคาขายสินค้าหรือการให้บริการ โดยราคาสินค้าหรือการให้บริการที่แสดงนี้ จะต้องรวมค่าภาษีสินค้าและบริการเข้าไปด้วย⁹² เช่น หากสินค้าราคา 50 เหรียญ เมื่อรวมอัตราภาษีร้อยละ 10 ผู้ประกอบการจะต้องแสดงราคาสินค้าทั้งหมด 55 เหรียญ เป็นต้น

ราคาขาย (price) หมายถึง ค่าตอบแทนที่แท้จริงของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ ไม่ว่าจะค่าตอบแทนที่ได้รับจะเป็นตัวเงิน หรือผ่านการแลกเปลี่ยนสิ่งใดแทนเงินก็ตาม โดยผู้ประกอบการมีหน้าที่ต้องเสียภาษีหากเป็นการขายสินค้าหรือการให้บริการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีสินค้าและบริการนี้

-
- P. รถขึ้นสำหรับผู้พิการ (Cars for use by disabled people)
 - Q. บริการไปรษณีย์ระหว่างประเทศ (International mail)
 - R. การสื่อสารโทรคมนาคมที่กระทำภายใต้โรมมิ่งในเขตภาษีทางอ้อม (Telecommunication supplies made under arrangements for global roaming in the indirect tax zone)
 - S. บริการส่งออกสินค้า (Eligible emissions units)
 - T. บริการนำเข้าสินค้าที่ไม่มีรูปร่าง (Inbound intangible consumer supplies)

⁹¹ A New Tax System (Goods and Service Tax) ACT 1999, S.9-70

⁹² A New Tax System (Goods and Service Tax) ACT 1999, S.9-75

3.2.1.5 การคำนวณภาษี

การคำนวณภาษีสินค้าและบริการของประเทศออสเตรเลีย ผู้ประกอบการที่จดทะเบียนตามระบบภาษีสินค้าและบริการ จะได้รับการเครดิตภาษีสำหรับภาษีที่จ่ายไปในภาษีซื้อ หากภาษีซื้อน้อยกว่าภาษีขาย ผู้ประกอบการจะต้องจ่ายส่วนต่างที่เหลือ แต่หากภาษีซื้อมากกว่าภาษีขาย ผู้ประกอบการสามารถขอคืนภาษีได้ หากการขายสินค้าหรือบริการถูกยกเลิกหรือมีส่วนลดให้ จะต้องมีการปรับปรุงจำนวนสุทธิของภาษีที่ต้องเสีย

3.2.1.6 การขายสินค้าหรือการให้บริการที่ได้รับยกเว้นภาษีสินค้าและบริการ (Input taxed supplies)

การขายสินค้าหรือการให้บริการที่ได้รับยกเว้นภาษีสินค้าและบริการ (Input taxed supplies)⁹³ คือ การขายสินค้าหรือการให้บริการที่ได้รับยกเว้นภาษี ซึ่งการได้รับยกเว้นภาษีนี้ส่งผลให้ผู้ซื้อสินค้าหรือรับบริการจะไม่มีภาระภาษีรวมในสินค้าหรือบริการนั้น แต่ขณะเดียวกัน ผู้ประกอบการจะไม่สามารถขอเครดิตภาษีซื้อที่ได้จ่ายไปในการดำเนินกิจการคืนได้ สำหรับกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษี ได้แก่

- (1) การให้บริการทางการเงิน (Financial supplies) เช่น การให้กู้ยืมเงินและการออกหุ้นกู้
- (2) การให้บริการเช่าที่พักอาศัย ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างเพื่อการอยู่อาศัย (Residential rent)
- (3) การขายที่ดินและสิ่งปลูกสร้างเพื่อการอยู่อาศัย (แต่ไม่รวมถึงการขายบ้านใหม่) (Residential premises)
- (4) การทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับโลหะมีค่า (Precious metals)

⁹³ A New Tax System (Goods and Service Tax) ACT 1999, Div.40

- (5) การขายอาหารในร้านอาหารหรือโรงอาหารของโรงเรียน (School tuck shops and canteens)
- (6) การระดมทุนขององค์กรการกุศลหรือเพื่อสาธารณะ (Fund-raising events conducted by charitable institutions)
- (7) บริการนำเข้าสินค้าที่ไม่มีรูปร่าง (Inbound intangible consumer supplies)

3.2.2 การจัดเก็บภาษีสินค้าและบริการสำหรับกรณีการกู้ยืมเงิน

การขายสินค้าหรือให้บริการใด ๆ ที่อยู่ภายใต้การให้บริการทางการเงิน อยู่ในบังคับที่ ได้รับยกเว้นภาษีสินค้าและบริการ โดยตัวอย่างของบริการทางการเงิน⁹⁴ ได้แก่

- (1) การให้กู้ยืมเงิน (lending or borrowing money)
- (2) การให้สินเชื่อแก่ลูกค้าโดยมีค่าธรรมเนียม (providing your customers with goods on credit for a fee)
- (3) การดำเนินการเกี่ยวกับบัญชีธนาคารของลูกค้า (creating, maintaining and closing your customer's bank account)
- (4) การทำประกันชีวิต (life insurance)
- (5) การดำเนินการเกี่ยวกับสินทรัพย์ หนี้สิน หน่วยลงทุน หรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (dealing in debt, equity, unit trusts, partnership interests or futures contracts)

⁹⁴ Australian Taxation Office. [GST and financial supplies](https://www.ato.gov.au/Business/GST/In-detail/Your-industry/Financial-services-and-insurance/GST-and-financial-supplies/) [online]. 2019. Available from: <https://www.ato.gov.au/Business/GST/In-detail/Your-industry/Financial-services-and-insurance/GST-and-financial-supplies/>. [2020, January 16]

- (6) การซื้อหรือขายหุ้นหรือหลักทรัพย์อื่น ๆ (buy or sell shares or other securities)
- (7) การออก การโอน หรือการรับดอกเบี้ยหรือสิทธิภายใต้กองทุนบำเหน็จบำนาญ (create, transfer, assign or receive an interest in, or a right under, a superannuation fund)

ผู้ที่สามารถให้บริการทางการเงินได้นั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นสถาบันการเงินหรือผู้ให้บริการทางการเงินโดยเฉพาะก็ได้ เช่น ห้างสรรพสินค้าที่มีการให้สินเชื่อแก่ลูกค้าและมีการคิดดอกเบี้ยจากการให้สินเชื่อ นั้น ก็ย่อมถือเป็นการให้บริการทางการเงินเช่นเดียวกัน เมื่อมีการให้บริการทางการเงินเกิดขึ้น ผู้ประกอบการจะต้องรายงานข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการทางการเงิน ซึ่งรวมถึงมูลค่าที่ได้รับจากการให้บริการ และรายจ่ายที่เกิดจากการให้บริการดังกล่าวให้สำนักงานภาษีแห่งประเทศออสเตรเลีย (Australian Taxation Office: ATO) ทราบด้วย

นอกจากนี้ ภาษีสินค้าและบริการยังถูกนำมาบังคับใช้กับบริการทางการเงินที่กระทำโดยผู้ประกอบการนอกราชอาณาจักรและมีการใช้บริการนั้นในราชอาณาจักร หรือมีความเกี่ยวข้องกับราชอาณาจักร โดยผู้ให้บริการนั้น ๆ มีหน้าที่ในการนำส่งภาษีสินค้าและบริการแก่สำนักงานภาษีแห่งประเทศออสเตรเลียโดยการหักจากค่าบริการดังกล่าว

3.2.3 กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ

แม้ว่าการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือที่กระทำในประเทศออสเตรเลีย จะได้รับยกเว้นภาษีสินค้าและบริการ แต่ก็ยังมีกฎเกณฑ์ที่บริษัทในเครือต้องนำมาพิจารณาควบคู่กันไปด้วย โดยหากพิจารณาจากกฎเกณฑ์ทางภาษีอากรของประเทศออสเตรเลียจะพบว่า กฎเกณฑ์ทางภาษีมักจะถือตามแนวทางของหลักการทางบัญชี หรือเศรษฐศาสตร์มากกว่าหลักการทางกฎหมาย เช่น หลักเกณฑ์ที่ปรากฏใน Income Tax Assessment Act 1997 (Cth) Division 230 (the “TOFA rules”) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความใกล้เคียงกันทางภาษีกับธุรกิจ มีวัตถุประสงค์ในการวางแนวทางเกี่ยวกับการจัดการผลกำไรขาดทุนทางการเงิน ซึ่งจะใช้กับบางกรณีเพื่อเปลี่ยนรายรับ/รายจ่าย หรือผลกำไร/ขาดทุนทางการเงินนั้น ๆ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาประเทศออสเตรเลียได้มีการนำกฎเกณฑ์ใหม่ ๆ ที่ส่งผลต่อการจัดเก็บภาษีสำหรับกรณีการกู้ยืมเงินมาบังคับใช้หลายประการ เช่น ในปี ค.ศ. 2013 ประเทศออสเตรเลียมีการปรับปรุงเกณฑ์การกำหนดราคาโอน (Transfer pricing rule) เพื่อให้สอดคล้องกับ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (“OECD Guideline”) หรือในปี ค.ศ. 2015 ที่มีคดีเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอน ได้แก่ คดี Chevron Australia Holdings Pty Ltd v Commissioner of Taxation [2017] ซึ่งเป็นคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนของการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือด้วยกันหลายประเด็น⁹⁵

โดยทั่วไปรายรับที่ได้จากดอกเบี้ยเงินกู้ยืมถือเป็นเงินได้ที่อยู่ในบังคับที่ต้องเสียภาษีเงินได้ และการจ่ายดอกเบี้ยเงินกู้ยืมก็สามารถนำมาหักเป็นรายจ่ายได้ อย่างไรก็ตาม อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมนั้นต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์การกำหนดราคาโอนที่กำหนดไว้ใน subdivision 815-B ด้วย

สำหรับการพิจารณาราคาตลาดของอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมนั้น ไม่ได้มีหลักเกณฑ์เป็นที่แน่นอนว่าการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือควรเป็นอัตราเท่าใด แต่หากพิจารณาจากกฎเกณฑ์การกำหนดราคาโอนที่กำหนดไว้ใน subdivision 815-B และคดีของเชฟรอน สามารถพิจารณาได้ว่า

⁹⁵ Mark Frizer and Priotr Klank, “Tax Management International Forum,” *Bloomberg BNA* 37, 2 (June 2016): p. 6-12.

ราคาตลาดของอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมนั้นอ้างอิงจากอัตราดอกเบี้ยที่คู่สัญญาที่มีความเป็นอิสระต่อกัน และอยู่ในสถานการณ์เดียวกันหรือใกล้เคียงกันใช้บังคับระหว่างกัน

กฎเกณฑ์การกำหนดราคาโอนที่กำหนดไว้ใน subdivision 815-B ดังกล่าวมีแนวทางมาจากองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) โดยมีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ใดบ้างขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ ที่จะสามารถนำมาบังคับใช้กับสถานการณ์ต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับผู้เสียภาษีได้ เช่น ความเป็นไปได้ในการพิจารณาราคาตลาดแบบองค์รวมแทนการพิจารณาแยกเป็นแต่ละรายการ เป็นต้น⁹⁶

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น คณะกรรมการได้มีการออกกฎเกณฑ์ TR92/11⁹⁷ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับ การกำหนดราคาโอน ที่เป็นประโยชน์มากในการพิจารณาเรื่องการกู้ยืมเงิน โดยกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้มีการกำหนดข้อควรพิจารณาเพื่อให้สามารถพิจารณาราคาตลาดสำหรับอัตราดอกเบี้ยของการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ เช่น วัตถุประสงค์ในการกู้ยืมเงิน เงื่อนไขของตลาดในขณะที่มีการกู้ยืมเงิน จำนวนเงินกู้ ระยะเวลาและเงื่อนไขในการกู้ยืม ความเหมาะสมของผู้กู้และผู้ให้กู้ เป็นต้น สำหรับบริการในกลุ่มบริษัท (intra-group service) ได้มีกฎเกณฑ์ TR99/1⁹⁸ กำหนดเพิ่มเติมสำหรับค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการให้บริการในกลุ่มบริษัท จะต้องมีความเหมาะสมและเกี่ยวข้องกับธุรกิจและมูลค่าทางเศรษฐกิจด้วย

จะเห็นได้ว่า กฎเกณฑ์การกำหนดราคาโอนของประเทศออสเตรเลีย นั้น ไม่ได้กำหนดวิธีการคิดอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมสำหรับบริการภายในกลุ่มบริษัทไว้โดยเฉพาะ แต่นำวิธีการที่เห็นว่าเหมาะสมและใช้ได้จริงต่าง ๆ มาปรับใช้ โดยคำนึงถึงตัวแปรและข้อควรพิจารณาต่าง ๆ ควบคู่ไปด้วย โดยหลักเกณฑ์พื้นฐานที่ใช้พิจารณาคือ การพิจารณาว่าคู่สัญญาที่มีความเป็นอิสระต่อกันและอยู่ในสถานการณ์เดียวกันหรือใกล้เคียงกันจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยกันให้อัตราเท่าใด ซึ่งเป็นวิธีการที่มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ

⁹⁶ Ibid., p.6-12.

⁹⁷ TR92/11 Taxation Ruling Income Tax: Transfer Pricing – the application of ss815-130 of the Income Tax Assessment Act 1997.

⁹⁸ TR99/1 Taxation Ruling Income Tax: International transfer pricing for Intra-group services.

3.2.4 มาตรการจัดเก็บภาษีเงินได้สำหรับบริษัทในเครือเดียวกัน

ประเทศออสเตรเลียจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบการเสียภาษีแบบรวมกลุ่ม (Tax Consolidation) ซึ่งเป็นมาตรการในการเสียภาษีแบบรวมกลุ่มแบบรวมกลุ่มของบริษัทในเครือคล้ายกับการรวมหน่วยภาษี โดยบริษัททั้งหลายจะยังคงมีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายภาษีอากรอยู่เช่นเดิม เพียงแต่บริษัทแม่จะเป็นผู้ดำเนินการคำนวณภาษีและเสียภาษีแทนบริษัทในเครือ โดยกฎหมายภาษีอากรเกี่ยวกับการเสียภาษีแบบรวมกลุ่มของประเทศออสเตรเลียเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2003 ปรากฏในพระราชบัญญัติการประเมินภาษีเงินได้ ส่วนที่ 701 (Division 701 of the Income Tax Assessment Act 1997) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นไว้ที่ร้อยละ 100 และบริษัทดังกล่าวจะต้องมีถิ่นที่อยู่ในประเทศออสเตรเลียด้วย โดยเมื่อบริษัทในเครือเดียวกันตัดสินใจเสียภาษีแบบรวมกลุ่มแล้ว กฎหมายจะถือเสมือนหนึ่งว่าบริษัทลูกเป็นส่วนหนึ่งหรือเป็นสาขาของบริษัทแม่ และระบบบัญชีของบริษัทในเครือจะต้องนำมารวมกันเป็นระบบบัญชีเดียว

เงื่อนไขในการรวมกลุ่มกันเพื่อเสียภาษี⁹⁹ มีดังต่อไปนี้

- (1) บริษัทแม่ต้องเป็นบริษัทจดทะเบียนและมีถิ่นที่อยู่ในประเทศออสเตรเลีย หรือไม่
เป็นบริษัทลูกของการรวมกลุ่มเสียภาษีของกลุ่มอื่น
- (2) บริษัทลูกต้องเป็นบริษัท หรือทรัสต์ หรือห้างหุ้นส่วน ที่บริษัทแม่ถือหุ้นอยู่ร้อยละ
100 ไม่ว่าจะโดยตรงหรือทางอ้อม และมีถิ่นที่อยู่ในประเทศออสเตรเลีย
- (3) บริษัทแม่และบริษัทต้องไม่ได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล

สิทธิประโยชน์ที่บริษัทในเครือได้รับจากการรวมกลุ่มกันเสียภาษี¹⁰⁰ ได้แก่

- (1) ธุรกรรมต่าง ๆ ที่กระทำระหว่างบริษัทในเครือสามารถทำได้โดยอิสระ ไม่ต้องถูก
บังคับจากกฎเกณฑ์ที่ยุ่ยากต่าง ๆ ของการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือ

⁹⁹ ธีระวุฒิ เต็มสิริวัฒนกุล, “แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการจัดเก็บภาษีเงินได้ของนิติบุคคลในเครือเดียวกัน,” หน้า 121.

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

- (2) สามารถเฉลี่ยการขาดทุน การได้รับเครดิตภาษี หรือเครดิตภาษีจากบริษัทต่างประเทศได้
- (3) ลดค่าใช้จ่ายในการจัดทำบัญชี

จะเห็นได้ว่า สิทธิประโยชน์ที่บริษัทในเครือได้รับจากการรวมกลุ่มกันเสียภาษีมักเน้นไปทางด้านการอำนวยความสะดวกและอิสระในการบริหารงาน โดยคำนึงถึงความเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกันของบริษัทในเครือ เนื่องจากเงื่อนไขของการถือหุ้นในสัดส่วนร้อยละ 100 แทบจะถือได้ว่าบริษัทลูกนั้นเป็นส่วนหนึ่งของบริษัทแม่นั่นเอง

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ปัญหาการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะกรณีการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 เกี่ยวกับแนวทางการตีความคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” ของศาลฎีกาและกรมสรรพากร และการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือที่ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์อันเป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ แต่ก็ต้องมีกฎเกณฑ์ที่กำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการให้กู้ยืมเงินในกรณีดังกล่าว ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ซึ่งแนวทางการตีความคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” รวมถึงหลักเกณฑ์ในการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะดังกล่าว ก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายภาษีอากรเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรม และเกิดเป็นข้อโต้แย้งอย่างมากมาย ในบทนี้จึงเป็นการวิเคราะห์ปัญหาการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ

ตามที่มาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร กำหนดให้การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์เป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ โดยที่มีได้กำหนดนิยามของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” ไว้ เพียงแต่ยกตัวอย่างการประกอบกิจการที่เข้าข่ายเป็นกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ไว้เท่านั้น ทำให้เกิดการตีความขอบเขตและความหมายของคำดังกล่าวขึ้น ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้โดยละเอียดในบทที่ 2 แล้วนั้น โดยอาจสรุปได้ดังนี้

การวิเคราะห์ความหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรม และวิเคราะห์จากแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกา สรุปได้ว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- (1) ต้องเป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่ทำเป็นประจำ หรือเป็นการประกอบธุรกิจ กล่าวคือมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งค้าหากำไร
- (2) การประกอบกิจการดังกล่าวต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติ คือเป็นการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา และ
- (3) การประกอบกิจการดังกล่าวต้องกระทำโดยบุคคลที่มีใช้ธนาคารพาณิชย์ตาม ความหมายในพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้เป็นที่แน่นอน ทำให้หากเกิดกรณีที่มี ปัญหาว่ากิจการใดเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์หรือไม่ ก็ให้เป็นดุลพินิจของ คณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรในการพิจารณากำหนดขอบเขตและเงื่อนไขของการประกอบกิจการ ดังกล่าว ซึ่งเมื่อได้พิจารณาแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาและหนังสือตอบข้อหารือของ กรมสรรพากรที่ได้วางบรรทัดฐานไว้ว่าการกระทำใดที่ถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยง ธนาคารพาณิชย์หรือไม่นั้น พบว่าสามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

กรณีการให้กู้ยืมเงินหรือกรณีที่กรมสรรพากรตีความว่าเข้าลักษณะเป็นการให้กู้ยืมเงินมี ข้อพิจารณาดังนี้

- (1) หากเป็นการนำเงินทุนของตนเองให้บุคคลอื่นกู้ยืมเงิน กรมสรรพากรจะพิจารณาถึง ความเป็นปกติในการประกอบกิจการว่าเป็นดังเช่นที่เคยปฏิบัติมาหรือไม่ โดยหากการ ให้กู้ยืมเงินดังกล่าวเป็นการให้กู้ยืมครั้งแรกและครั้งเดียวโดยที่ผู้ให้กู้ยืมเงินมิได้ประกอบ อาชีพให้กู้ยืมเงิน กรมสรรพากรจะถือว่าไม่เป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยง ธนาคารพาณิชย์ แต่หากได้เคยให้กู้ยืมเงินแม้เพียง 1-2 ครั้งต่อปี โดยให้กู้ยืมเงินใน ลักษณะดังกล่าวอยู่เรื่อย ๆ ก็ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ได้

- (2) หากการให้กู้ยืมเงินนั้นผู้ให้กู้นำเงินทุนมาจากแหล่งเงินทุนภายนอก เช่น มีการกู้ยืมเงินมาเพื่อปล่อยกู้ แนวการตีความจะถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์โดยที่ไม่ได้กล่าวถึงความเป็นปกติในการประกอบกิจการดังกล่าว
- (3) หากเป็นการประกอบกิจการภายในโดยแท้ ไม่มีลักษณะเป็นการประกอบกิจการค้ากับบุคคลภายนอก เช่น การให้ผู้ถือหุ้นกู้ยืมเงิน จะไม่ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์เช่นกัน

ทั้งนี้ กรมสรรพากรไม่ได้นำเรื่องดอกเบี้ยเงินกู้ยืมมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์หรือไม่ ดังจะเห็นได้ว่าแม้จะไม่มี การคิดดอกเบี้ยเงินกู้ยืม แต่หากมีการกู้ยืมกันหลายครั้ง ก็ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์แล้ว

จากการวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบความหมายของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” จะเห็นได้ว่าแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาและหนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากร ตีความขอบเขตของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ไว้ค่อนข้างกว้าง เมื่อเปรียบเทียบกับความหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรม โดยกรมสรรพากรและศาลฎีกาค่อนข้างให้ความสำคัญกับจำนวนครั้งในการให้กู้ยืมเงิน แหล่งที่มาของเงินทุนที่ให้กู้ยืมเงิน และอาชีพของผู้ให้กู้ยืมเงินเป็นสำคัญ โดยมีได้คำหนึ่งถึงว่าต้องเป็นการประกอบธุรกิจในลักษณะที่เป็นงานประจำ หรือเป็นการประกอบกิจการเพื่อมุ่งค้าหากำไรหรือไม่ เห็นได้จากการให้กู้ยืมเงินเพียง 1-2 ครั้งต่อปี และการให้กู้ยืมเงินในลักษณะที่ไม่คิดดอกเบี้ย ก็อาจถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ได้เช่นกัน

นอกจากนี้ หากเข้ากรณีเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ แนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกามีแนวโน้มที่จะให้การกู้ยืมเงินดังกล่าวเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ทั้งสิ้น แม้ว่าบริษัทจะอ้างว่าเป็นการให้กู้ยืมเงินเพื่อช่วยเหลือบริษัทในเครือก็ตาม โดยที่ไม่ปรากฏว่าได้มีการวินิจฉัยว่าการให้กู้ยืมเงินดังกล่าวถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติของบริษัทหรือไม่ และไม่ได้มีการกล่าวถึงจำนวนครั้งในการให้กู้ยืมเงิน แหล่งที่มาของเงินทุนที่ให้กู้ยืมเงิน และอาชีพของผู้ให้กู้ยืมเงินแต่อย่างใด

จากการวิเคราะห์ดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า การให้กู้ยืมเงินของบริษัทในเครือไม่ควรจะถูกตีความว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ไปเสียทุกกรณี เนื่องจากการจะพิจารณาว่าธุรกรรมใดที่จะถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์หรือไม่ ควรจะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น กล่าวคือ (1) ต้องเป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่จำเป็นประจำหรือเป็นการประกอบธุรกิจ คือมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งค้าหากำไร และ (2) การประกอบกิจการดังกล่าวต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติ คือเป็นการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา

ตามที่ได้เคยกล่าวถึงในบทที่ 2 เกี่ยวกับเหตุผลในการประกอบธุรกิจในลักษณะของบริษัทในเครือ จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทในเครือมีด้วยกันหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเหตุผลทางธุรกิจหรือเหตุผลทางภาษีอากร เช่นเดียวกันกับการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือที่ย่อมมีเหตุผลด้วยกันหลายประการเช่นกัน ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าการให้กู้ยืมเงินดังกล่าวเป็นการกระทำเพียงครั้งคราวเพื่อช่วยเหลือบริษัทในเครือที่ประสบปัญหาทางการเงิน ย่อมไม่มีลักษณะเป็นกิจการที่ทำเป็นประจำ อีกทั้งการให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงินโดยมิได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรย่อมไม่ถือเป็นการประกอบธุรกิจเชิงพาณิชย์ ซึ่งแตกต่างกับการประกอบกิจการของธนาคารพาณิชย์ เนื่องจากธนาคารพาณิชย์ย่อมต้องให้กู้ยืมเงินเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรเป็นสิ่งสำคัญ จึงไม่น่าจะถือว่าเป็นการประกอบกิจการที่มีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ไปได้ ดังนั้น การกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ควรถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

ศาลฎีกาเองก็ได้เคยได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือ มีใจความว่า “... แม้โจทก์กับบริษัท ก จะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกันแต่ก็มีส่วนได้เสียผูกพันกันอยู่ เนื่องจากเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน และบริษัท ก เป็นผู้ถือหุ้นของโจทก์ในขณะนั้นเกือบร้อยละ 70 ดังนั้น ที่โจทก์โอนขายที่ดินให้แก่บริษัทในเครือในราคาต่ำกว่าราคาตลาด จึงเป็นการโอนโดยมีเหตุอันสมควร...”¹⁰¹

¹⁰¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2513/37 โจทก์ได้รับการส่งเสริมการลงทุนประเภทบริษัทการค้าระหว่างประเทศมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน โดยปีแรกโจทก์จะต้องส่งสินค้าออกไปจำหน่ายต่างประเทศ มีมูลค่าไม่น้อยกว่า 300 ล้านบาท ปีที่สองไม่น้อยกว่า 400 ล้านบาท ปีที่สามกับปีต่อ ๆ ไปต้องไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท การที่โจทก์จำเป็นต้องโอนกิจการด้านการตลาดภายในประเทศพนักงานของโจทก์อีกกว่า 700 คน รวมทั้งสินทรัพย์และหนี้สินจำนวน 300 ล้านบาทเศษ ไปให้ บริษัท

แม้การวินิจฉัยดังกล่าวจะไม่ใช่กรณีการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ แต่ก็ถือเป็นการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือเช่นกัน จึงน่าจะสามารถนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้กับกรณีการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือได้ ซึ่งจากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การทำธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือในราคาต่ำกว่าราคาตลาดถือว่ามีเหตุอันสมควร เพราะแม้จะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกันแต่ก็มีส่วนได้เสียผูกพันกันอยู่เนื่องจากเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน และยังเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทในขณะนั้นเกือบร้อยละ 70 ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าจำนวนหุ้นที่ถือหรือเป็นหุ้นส่วนระหว่างบริษัทในเครือจะส่งผลต่อการพิจารณาการมีส่วนได้เสียผูกพันกันระหว่างบริษัทในเครือหรือไม่ ซึ่งประเด็นเรื่องจำนวนหุ้นนั้นจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่ปรากฏว่าการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือมีการให้กู้ยืมกันเป็นประจำ หรือมีการให้กู้ยืมเงินในเชิงพาณิชย์ กล่าวคือมีการแสวงหากำไรระหว่างกันในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ กรณีดังกล่าวย่อมต้องถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับการกำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ตามคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 เนื่องจากการกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าว จะทำให้การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือที่มีลักษณะกู้ยืมกันเป็นประจำ หรือมีการให้กู้ยืมเงินในเชิงพาณิชย์ หรือมีการแสวงหากำไรระหว่างกันในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ อันเข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์นั้นได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะไปด้วย ซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะที่ควรจะต้องจัดเก็บภาษีจากผู้ประกอบการที่มีการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยง

ปูนซิเมนต์ไทย จำกัด ก็เพื่อไปทำกิจการด้านการส่งสินค้าออกไปจำหน่ายต่างประเทศให้ได้ตามเงื่อนไขของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน และแม้โจทก์กับ บริษัท ปูนซิเมนต์ไทย จำกัด จะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกัน แต่ก็มีส่วนได้เสียผูกพันกันอยู่ เนื่องจากเป็นบริษัทในเครือซีเมนต์ไทยเดียวกันโดยบริษัท ปูนซิเมนต์ไทย จำกัด เป็นผู้ถือหุ้นของโจทก์ในขณะนั้นเกือบร้อยละ 70 ของหุ้นจดทะเบียนทั้งสิ้น 120,000,000 บาท ดังนั้น ที่โจทก์โอนขายที่ดินให้แก่บริษัท ปูนซิเมนต์ไทย จำกัด ในราคาตามบัญชีซึ่งต่ำกว่าราคาตลาด จึงเป็นการโอนโดยมีเหตุอันสมควรเจ้าพนักงานประเมินย่อมไม่มีอำนาจประเมินค่าตอบแทนตามราคาตลาดในวันที่โอน

ธนาคารพาณิชย์ และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการรายอื่นที่ประกอบกิจการในลักษณะเดียวกัน แต่กลับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะเพียงเพราะมิได้เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน

นอกจากนี้ การที่เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกา ที่ระบุว่า “...การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ในบางกรณี มิได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ จึงสมควรยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่ดอกเบี้ยที่บริษัทได้รับการให้บริษัทในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงิน...” ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากการประกอบกิจการนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ ก็ไม่ควรจะถือว่าเข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์มาตั้งแต่ต้น และไม่ควรจะอยู่ในบังคับที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะจากการให้กู้ยืมเงินดังกล่าว

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประเด็นสำคัญของปัญหาในข้อนี้ อยู่ที่การตีความขอบเขตและความหมายของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” ซึ่งมีสาเหตุมาจากคำดังกล่าวมิได้มีการกำหนดคำนิยามของไว้อย่างชัดเจนก่อให้เกิดปัญหาในการตีความ อีกทั้งการกำหนดให้เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรในการพิจารณาว่ากิจการใดบ้างที่เข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากการตีความที่กว้างเกินไปของกรมสรรพากรก่อให้เกิดข้อโต้แย้งระหว่างกรมสรรพากรและผู้ประกอบการอยู่บ่อยครั้ง และขัดแย้งกับแนวการตีความกฎหมายเพื่อจัดเก็บภาษีที่ควรจะต้องตีความโดยเคร่งครัด เพื่อมิให้เกิดผลเป็นภาระที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษีได้

เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” ให้ชัดเจนและแน่นอนมากขึ้น โดยอาจกำหนดในลักษณะของประกาศที่อธิบดีกรมสรรพากรกำหนด เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความดังกล่าว และความหมายของคำดังกล่าว จะต้องตั้งอยู่บนแนวทางที่ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัย กล่าวคือ (1) ต้องเป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่ทำเป็นประจำหรือเป็นการประกอบธุรกิจ คือมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งค้าหากำไร และ (2) การประกอบกิจการดังกล่าวต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติ คือเป็นการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา ไม่ควรตีความให้

กว้างเกินไปกว่านี้ โดยเฉพาะกรณีการให้กู้ยืมกันระหว่างบริษัทในเครือที่ควรจะพิจารณาตามแนวทางข้างต้นอย่างเคร่งครัด เพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรยกเลิกคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 ในส่วนที่กำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการรายอื่นที่ประกอบกิจการในลักษณะเดียวกัน แต่กลับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะเพียงเพราะมิได้เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน

4.2 หลักการเป็นนิติบุคคลที่แยกจากกันของบริษัทในเครือ

การจัดตั้งบริษัทแม่และบริษัทลูกในทางเศรษฐศาสตร์นั้น จะถือว่าหน่วยธุรกิจเหล่านี้มักจะมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองต่อการสร้างผลประโยชน์ของธุรกิจที่ดำเนินการอยู่ จึงไม่ได้มองหน่วยธุรกิจเหล่านี้แยกออกจากกัน แต่มองว่าบริษัทในเครือที่ถูกควบคุมและครอบงำการบริหารงานโดยบริษัทแม่นั้นเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์เดียวกัน เพราะสุดท้ายแล้วบริษัทแม่จะบริหารงานโดยมิได้คำนึงถึงบริษัทใดบริษัทหนึ่งเท่านั้น แต่จะคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดและความมั่งคั่งโดยรวมของกลุ่มธุรกิจ ดังนั้น แม้ว่าจะมีบริษัทใดบริษัทหนึ่งในกลุ่มที่ต้องขาดทุน แต่หากพิจารณาความมั่งคั่งโดยรวมของกลุ่มธุรกิจแล้วยังได้กำไรก็ถือว่าเป็นผลดีกับกลุ่มธุรกิจที่ดำเนินการอยู่

แม้ว่าในทางเศรษฐศาสตร์จะถือว่าบริษัทในเครือเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์เดียวกัน แต่แนวคิดในทางกฎหมายในหลาย ๆ ประเทศก็ยังถือว่าแต่ละบริษัทแยกต่างหากจากกันและมีสิทธิหน้าที่แตกต่างกันไปในแต่ละนิติบุคคลอย่างชัดเจน โดยการแยกต่างหากจากกันของแต่ละนิติบุคคลนั้นอาจเป็นไปด้วยเหตุผลทางธุรกิจ เช่น เพื่อกระจายความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจ เพื่อประโยชน์ด้านการบริหารที่ช่วยลดความซับซ้อนของโครงสร้างบริษัท หรือเพื่อขยายตลาดไปยังกลุ่มลูกค้าใหม่หรือพื้นที่ใหม่ เป็นต้น หรือการแยกต่างหากจากกันของแต่ละนิติบุคคลนั้นอาจเป็นไปด้วยเหตุผลทางภาษีอากร เช่น บริษัทแม่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทลูกในดินแดนกำบังภาษี (Tax

Haven) และใช้บริษัทลูกในดินแดนกำบังภาษีดังกล่าวเป็นตัวเก็บกักรายได้ ทำให้บริษัทแม่ซึ่งตั้งอยู่ในประเทศที่มีอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลในอัตราสูง มีกำไรสุทธิที่จะต้องเสียภาษีต่ำ หรือการตั้งบริษัทลูกเพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บริษัทแม่กู้ยืมเงินเพื่อให้บริษัทแม่เสียภาษีน้อยลง เป็นต้น และแม้ว่าการแยกออกไปจัดตั้งเป็นอีกบริษัทหนึ่งจะไม่ได้มีแค่เหตุผลทางภาษีอากรเพียงอย่างเดียว แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าบริษัทในเครือก็จะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรด้วย

ด้วยแนวคิดที่แตกต่างกันดังกล่าว จึงก่อให้เกิดวิธีการจัดเก็บภาษีของบริษัทในเครือเดียวกัน แบ่งเป็นวิธีแยกกันเสียภาษีเป็นรายนิติบุคคล และวิธีการรวมกลุ่มกันเสียภาษี

(1) วิธีแยกกันเสียภาษีเป็นรายนิติบุคคล

การจัดเก็บภาษีของบริษัทในเครือเดียวกันโดยวิธีแยกกันเสียภาษีเป็นรายนิติบุคคล มีแนวความคิดมาจากการมองว่าบริษัทในเครือมีสถานะความเป็นนิติบุคคลที่แยกจากกัน มีหน้าที่ความรับผิดชอบที่แยกต่างหากจากกัน การจัดเก็บภาษียกเว้นแยกกันเสียเป็นรายนิติบุคคล โดยจะไม่ยอมให้นำผลกำไรหรือขาดทุน หรือรายจ่ายของบริษัทในเครือมาใช้เพื่อช่วยเหลือกันระหว่างบริษัทในเครือ ซึ่งปรากฏในการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลของประเทศไทยในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตาม ในหลายประเทศที่ใช้วิธีแยกกันเสียภาษีเป็นรายนิติบุคคล ก็พบว่ามีกฎหมายพิเศษที่ช่วยบรรเทาภาระภาษีให้แก่บริษัทในเครือได้เช่นกัน เช่น สหราชอาณาจักรที่กำหนดให้บริษัทในเครือเดียวกันที่ถือหุ้นระหว่างกันเกินกว่าร้อยละ 75 สามารถช่วยเหลือกันภายในกลุ่มได้ โดยการโอนผลขาดทุนของตนเองไปหักล้างกับบริษัทในเครือเดียวกันที่มีผลกำไรได้ และมีการยกเว้นภาษีเงินปันผลระหว่างบริษัทในเครือเดียวกัน เป็นต้น

สถานะความเป็นนิติบุคคลที่แยกจากกันดังกล่าว ยังส่งผลให้บริษัทในเครือสามารถทำธุรกิจระหว่างกันได้ เช่น การเป็นผู้ซื้อกับผู้ขาย หรือเป็นเจ้าของกับลูกหนี้ อันเป็นช่องทางที่ทำให้เกิดการยกย้ายถ่ายโอนกำไรระหว่างกันได้โดยง่าย ก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์แก่กลุ่มบริษัทเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีอากร ที่ทำให้บริษัทในเครือสามารถลดภาระทางภาษีลงไปได้ไม่มากนักด้วยเหตุนี้ จึงได้มีมาตรการในเรื่องของการกำหนดราคาโอนขึ้นมาเพื่อป้องกันการโอนที่ไม่เป็นไปตามราคาตลาด ซึ่งโดยส่วนใหญ่การโอนที่ไม่เป็นไปตามราคาตลาดนั้นมักมีวัตถุประสงค์ในการ

เสียงภาษีแอบแฝงอยู่ ซึ่งกฎหมายในหลาย ๆ ประเทศต่างก็บัญญัติถึงมาตรการในเรื่องของการกำหนดราคาออนไลน์ดังกล่าวเพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษีโดยการทำธุรกรรมในรูปของการกำหนดราคาออนไลน์ให้เป็นไปตามราคาที่คู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกันพึงโอนกันโดยสุจริตในทางการค้า (arm's length price) เช่น อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือเดียวกันจะต้องเป็นไปตามอัตราดอกเบี้ยที่กู้ยืมกันเป็นปกติในทางการค้า จะสูงหรือต่ำกว่าอัตราดังกล่าวไม่ได้ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่ามาตรการในเรื่องของการกำหนดราคาออนไลน์ดังกล่าวเป็นหนึ่งในมาตรการที่สะท้อนแนวคิดของหลักการเป็นนิติบุคคลที่แยกจากกันของบริษัทในเครือได้เป็นอย่างดี

(2) วิธีรวมกลุ่มกันเสียภาษี

การจัดเก็บภาษีของบริษัทในเครือเดียวกันโดยวิธีรวมกลุ่มกันเสียภาษี มักเป็นมาตรการที่ใช้ควบคู่กับวิธีแยกกันเสียภาษีเป็นรายนิติบุคคลที่ปรากฏในหลายประเทศ โดยจะกำหนดให้เป็นหนึ่งในทางเลือกของบริษัทในเครือในการเสียภาษี วิธีการนี้มีแนวคิดมาที่เชื่อว่าบริษัทในเครือเดียวกันเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์หน่วยเดียวกัน ดังนั้น หากมีการทำธุรกรรมระหว่างกันก็ควรได้รับการยกเว้นภาษี และจะคิดภาษีก็ต่อเมื่อเป็นการทำธุรกรรมนอกกลุ่ม

วิธีการรวมกลุ่มกันเสียภาษีมักจะกำหนดสัดส่วนของการควบคุมบริษัทในเครือเดียวกันไว้ด้วย อัตราส่วนการควบคุมที่สูงกว่าอัตราส่วนของการพิจารณาเรื่องบริษัทในเครือเดียวกันเสมอ โดยการรวมกลุ่มกันเสียภาษีโดยบริษัทแม่เพียงบริษัทเดียวจะต้องไม่มีความแตกต่างจากการบริหารงานในรูปของสาขามากนัก¹⁰²

หากพิจารณาให้บริษัทในเครือเดียวกันเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์เดียวกัน และให้รวมกลุ่มกันเสียภาษีได้ รายการทางการค้าระหว่างบริษัทในเครือเดียวกันไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายสินค้าระหว่างกัน หรือการกู้ยืมเงินระหว่างกันก็จะไม่ทำให้เกิดรายได้หรือรายจ่ายระหว่างกันแต่อย่างใด ซึ่งเป็นวิธีการที่หลายประเทศต่างนำมาใช้กัน เช่น ประเทศออสเตรเลียที่กฎหมายภาษีอากรเกี่ยวกับการรวมกลุ่มบริษัทในเครือเดียวกันเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ปรากฏในพระราชบัญญัติการประเมิน

¹⁰² ธีระวุฒิ เต็มสิริวัฒนกุล, “แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการจัดเก็บภาษีเงินได้ของนิติบุคคลในเครือเดียวกัน,” หน้า 44.

ภาษีเงินได้ ส่วนที่ 701 (Division 701 of the Income Tax Assessment Act 1997) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นไว้ที่ร้อยละ 100 และบริษัทดังกล่าวจะต้องมีถิ่นที่อยู่ในประเทศออสเตรเลียด้วย โดยเมื่อบริษัทในเครือเดียวกันตัดสินใจเสียภาษีแบบรวมกลุ่มแล้ว กฎหมายจะถือเสมือนหนึ่งว่าบริษัทลูกเป็นส่วนหนึ่งหรือเป็นสาขาของบริษัทแม่ และระบบบัญชีของบริษัทในเครือจะต้องนำมารวมกันเป็นระบบบัญชีเดียว

สำหรับคำว่า “บริษัทในเครือเดียวกัน” ที่อาจยื่นเสียภาษีแบบรวมกลุ่มได้ เห็นว่าสมควรมินิยามให้มีความแตกต่างจากคำนิยามในมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร เนื่องจากแนวความคิดของการกำหนดให้บริษัทในเครือเดียวกันเลือกวิธีรวมกลุ่มกันเสียภาษีได้นั้น มีหลักการมาจากแนวความคิดทางเศรษฐศาสตร์ที่เชื่อว่าบริษัทในเครือเดียวกันเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์หน่วยเดียวกัน ดังนั้นบริษัทในเครือเดียวกันนั้นจะต้องมีลักษณะที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจในการสั่งการให้ดำเนินกิจการของบริษัทแม่ต่อบริษัทลูกที่มีมากจนถึงขนาดไม่อาจหลุดไปจากการครอบงำนั้น จะเห็นได้ว่าในประเทศออสเตรเลียกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนระหว่างกันไว้สูงถึงร้อยละ 100 อย่างไรก็ตามการพิจารณาถึงสัดส่วนการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนดังกล่าวต้องคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยด้วย ซึ่งประเทศไทยได้เคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 2513/37 ที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้ มีใจความว่า “...แม้โจทก์กับบริษัท ก จะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกันแต่ก็มีส่วนได้เสียผูกพันกันอยู่ เนื่องจากเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน และบริษัท ก เป็นผู้ถือหุ้นของโจทก์ในขณะนั้นถือร้อยละ 70 ดังนั้น ที่โจทก์โอนขายที่ดินให้แก่บริษัทในเครือในราคาต่ำกว่าราคาตลาด จึงเป็นการโอนโดยมีเหตุอันสมควร...” จะเห็นได้ว่าสัดส่วนการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนกันระหว่างบริษัทในเครือมีผลต่อการพิจารณาการมีส่วนได้เสียผูกพันกันอยู่ระหว่างบริษัทในเครือด้วย แม้จะไม่ปรากฏว่าสัดส่วนในจำนวนเท่าใดจึงจะถือว่ามีมีส่วนได้เสียผูกพันกัน แต่ก็สามารถอนุมานได้ว่า ยิ่งบริษัทในเครือมีส่วนการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนระหว่างกันมากเท่าใด ก็ยิ่งมีส่วนได้เสียผูกพันกันมากเท่านั้น

แม้ว่าหลักการจัดเก็บภาษีอากรในประเทศไทยจะมีแนวคิดที่แต่ละบริษัทในเครือที่แยกต่างหากจากกันเป็นคนละนิติบุคคลอย่างชัดเจน แต่แนวความคิดที่เชื่อว่าบริษัทในเครือเดียวกันเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์หน่วยเดียวกันน่าจะนำมาปรับใช้กับหลักการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะจากการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือได้ โดยการกำหนดให้นิยามของคำว่า “บริษัทในเครือเดียวกัน” ต้อง

เป็นบริษัทที่มีสัดส่วนการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนระหว่างกันมากพอที่จะแสดงให้เห็นถึงอำนาจในการสั่งการ หรือมากจนถึงขนาดไม่อาจหลุดไปจากการครอบงำของบริษัทแม้จะถือเสมือนว่าเป็นนิติบุคคลรายเดียวกัน ซึ่งหากเข้าเกณฑ์ตามที่ได้กำหนดไว้ ดอกเบี้ยที่เกิดจากการให้กู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือก็จะได้รับยกเว้นไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ แต่หากไม่เข้าเกณฑ์ดังกล่าว ก็ต้องถือว่าการให้กู้ยืมเงินระหว่างนิติบุคคลที่แยกจากกัน และต้องนำดอกเบี้ยที่เกิดจากการให้กู้ยืมนั้นมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะเช่นเดียวกับกรณีการให้กู้ยืมกับบริษัทนอกกลุ่ม

ดังนั้น หากกรมสรรพากรประสงค์จะยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ เนื่องจากเห็นว่าเป็นบริษัทในเครือที่มีส่วนได้เสียผูกพันกันทำให้ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ ตามเหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรต้องมีการแก้ไขสัดส่วนการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนกันระหว่างบริษัทในเครือให้มากกว่าร้อยละ 25 และต้องมากพอที่จะแสดงให้เห็นถึงอำนาจในการสั่งการ หรือมากจนถึงขนาดไม่อาจหลุดไปจากการครอบงำของบริษัทแม้จะถือเสมือนว่าเป็นนิติบุคคลรายเดียวกัน

4.3 วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัท

4.3.1 วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1012 บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร่วมกันด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น”

เมื่อสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทมีการกำหนดวัตถุประสงค์ชัดเจนว่าเพื่อ “การหากำไร” อันจะพึงได้จากกิจการที่ทำนั้น บริษัทจึงมีหน้าที่ต่อผู้ถือหุ้นในการปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันนั้น ผ่านการดำเนินงานของกรรมการบริษัทเพื่อสร้างผลกำไรให้แก่องค์กรและนำมาตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น

ในประเทศที่ใช้ระบบทุนนิยม (Capitalism) ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจึงเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหาผลกำไรสูงสุด (Profit maximization) บริษัทจึงมีหน้าที่ในการดำเนินงานเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้น (Shareholder primacy) เนื่องจากบริษัทเป็นบุคคลสมมติซึ่งถูกสร้างขึ้นมาใช้เป็นเครื่องมือในการลงทุนและการกระจายความเสี่ยง ดังนั้น หลักการแสวงหาผลกำไรสูงสุดจึงเป็นแก่นหรือหัวใจขององค์กรประเภทนี้มาอย่างยาวนาน ทั้งนี้ เพื่อให้บริษัทมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน และให้ผู้ถือหุ้นและนักลงทุนสามารถตรวจสอบการดำเนินงานได้ว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือไม่¹⁰³

ดังนั้น ลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งที่จะขาดไปไม่ได้ของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจึงเป็นการแสวงหาผลกำไรจากการดำเนินกิจการนั้น ๆ หนึ่ง หากเป็นการดำเนินกิจการโดยองค์กรที่มีวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากการแสวงหาผลกำไรจะเข้าลักษณะขององค์กรไม่แสวงหาผลกำไรแทน เช่น มูลนิธิ สมาคม เป็นต้น

เมื่อพิจารณาไปถึงเหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 ซึ่งกำหนดให้ดอกเบี้ยที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้รับจากการให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงิน ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากการประกอบธุรกิจโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ในบางกรณีได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ แต่เนื่องจากมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร กำหนดให้ดอกเบี้ยที่บริษัทได้รับจากการให้บริษัทในเครือเดียวกันกู้ยืมเงิน เป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เป็นเหตุให้บริษัทที่ประกอบกิจการในลักษณะดังกล่าวมีภาระภาษีและต้นทุนทางการเงินที่สูงขึ้น เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษีดังกล่าวอันจะเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของบริษัท จึงยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่ดอกเบี้ยที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้รับจากการให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงิน

จะเห็นได้ว่า ในการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่ดอกเบี้ยที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้รับจากการให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงิน ด้วยเหตุผลที่ว่า

¹⁰³ ศุภวีร์ มาลานนท์. เพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้น? [ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา: <https://www.kaohoon.com/content/313323>. [19 มกราคม 2563].

ประกอบธุรกิจโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ในบางกรณีมิได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์นั้น ชัดกับหลักวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น เนื่องจากแม้ว่าจะเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือก็ตาม แต่บริษัทที่ให้บริษัทในเครือเดียวกันกู้ยืมเงินก็ยังได้รับผลตอบแทนเป็นดอกเบี้ยเงินกู้ยืมซึ่งถือเป็นกำไรจากการประกอบกิจการของบริษัทนั้นเช่นเดียวกัน

อีกทั้งหากพิจารณาถึงมาตรการในเรื่องของการกำหนดราคาโอน จะเห็นว่าแนวคิดที่มีต่อธุรกรรมที่สร้างขึ้นระหว่างบริษัทที่มีความสัมพันธ์กันนั้น การกำหนดราคาโอนจะต้องเป็นไปตามราคาที่คู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกันพึงโอนกันโดยสุจริตในทางการค้า เช่นเดียวกับกรณีอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือเดียวกันที่จะต้องเป็นไปตามอัตราดอกเบี้ยที่กู้ยืมกันเป็นปกติในทางการค้า จะสูงหรือต่ำกว่าอัตราดังกล่าวไม่ได้ จึงแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยที่บริษัทจะอ้างว่าไม่ได้แสวงหากำไรจากการให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงิน และแม้ว่าเหตุผลในทางเศรษฐศาสตร์ของการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครืออาจเป็นการช่วยเหลือกันทางธุรกิจด้วยเหตุที่ถือว่าบริษัทในเครือเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์เดียวกันก็ตาม แต่แนวคิดในทางกฎหมายและในทางภาษีอากรก็ยังถือว่าแต่ละบริษัทแยกต่างหากจากกันและมีสิทธิหน้าที่แตกต่างกันไปในแต่ละนิติบุคคลอย่างชัดเจน

นอกจากนี้ หากบริษัทในเครือจะอ้างเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ในการช่วยเหลือกันทางธุรกิจด้วยเหตุที่ถือว่าบริษัทในเครือเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์เดียวกันเพื่อให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงินโดยไม่แสวงหากำไรนั้น ธุรกรรมดังกล่าวก็อาจทำให้ผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้รับความเสียหายได้ ตามหลักผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุม (Duties of Dominant Shareholders) ซึ่งโดยหลักการพื้นฐานแล้วผู้ถือหุ้นไม่จำเป็นต้องมีหน้าที่ให้ได้รับความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้นด้วยกัน เว้นแต่ผู้ถือหุ้นรายนั้นเป็นผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุม หมายความว่า เป็นผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจในการตัดสินใจความเป็นไปของกิจการเมื่อเป็นเช่นนั้นผู้ถือหุ้นรายนั้นก็ต้องมีหน้าที่ในการได้รับความไว้วางใจด้วย (Fiduciary duties) ดังนั้นหากการตัดสินใจของผู้ถือหุ้นที่มีเสียงส่วนใหญ่ (Majority shareholders) ทำให้ผู้ถือหุ้นข้างน้อย (Minority shareholders) เสียเปรียบ เช่นนี้จะไม่สามารถทำได้ ซึ่งปัญหาดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้นกับกรณีที่บริษัทแม่เข้าถือหุ้นในบริษัทลูกทั้งหมด 100% แต่หากบริษัทแม่เข้าถือหุ้นในบริษัทลูกในลักษณะที่เป็นผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุม และมีผู้ถือหุ้นข้างน้อยอยู่ด้วย การตัดสินใจทำธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือ เช่นการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือโดยที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหา

ถ้าไร่นั้น จะเห็นได้ว่าการตัดสินใจดังกล่าว ผู้ที่ได้ประโยชน์มีเพียงผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมเท่านั้น ผู้ถือหุ้นข้างน้อยไม่ได้รับประโยชน์จากการตัดสินใจดังกล่าว และการได้รับประโยชน์นั้นเป็นการได้ประโยชน์จากค่าใช้จ่ายของผู้ถือหุ้นข้างน้อยด้วย การตัดสินใจดังกล่าวย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้รับความเสียหาย

ดังนั้น การยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่ดอกเบี้ยที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้รับจากการให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงิน ด้วยเหตุผลที่ว่าประกอบธุรกิจโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ในบางกรณีมิได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรนั้น จึงขัดกับหลักวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น และหากบริษัทในเครือที่กู้ยืมเงินกันไม่ใช่บริษัทที่บริษัทแม่เข้าถือหุ้นในบริษัทลูกทั้งหมด 100% แต่เป็นกรณีที่มีบริษัทแม่เป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก และมีผู้ถือหุ้นข้างน้อย การให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงินโดยมิได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้รับความเสียหายจากการตัดสินใจดังกล่าว

4.3.2 ความหมายของการมุ่งค้าหากำไรตามแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกา

แนวคิดที่มีต่อธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือและวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรนั้น ได้มีแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยไว้ดังต่อไปนี้

- 1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 956/2544¹⁰⁴ โจทก์ให้บริษัทในเครือของโจทก์กู้เงินในปี 2534 จำนวน 121,000,000 บาท อัตราดอกเบี้ยร้อยละ 10 ต่อปี เป็นกรณีที่โจทก์ให้กู้ยืมเงินโดยมีดอกเบี้ยต่ำกว่าราคาตลาด แม้บริษัทที่กู้ยืมจะเป็นบริษัทในเครือ แต่การที่โจทก์กู้ยืมจากสถาบันการเงินในอัตราร้อยละ 13 ถึง 17 ต่อปี มา

¹⁰⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 956/44 โจทก์ให้บริษัทในเครือของโจทก์กู้เงินในปี 2534 จำนวน 121,000,000 บาท อัตราดอกเบี้ยร้อยละ 10 ต่อปี โดยยกยอดเงินกู้มาจากรอบระยะเวลาบัญชีปี 2533 จำนวน 60,000,000 บาท ซึ่งเป็นเงินทุนของโจทก์ มีใช้เงินที่โจทก์ไปกู้บุคคลอื่นมา ส่วนอีกจำนวน 61,000,000 บาท เป็นเงินทุนหมุนเวียนของโจทก์ส่วนหนึ่งและเงินที่โจทก์กู้ยืมจากสถาบันการเงินมาใช้เป็นทุนหมุนเวียน ในส่วนเงินจำนวน 61,000,000 บาท เป็นกรณีที่โจทก์ให้กู้ยืมเงินโดยมีดอกเบี้ยต่ำกว่าราคาตลาด แม้บริษัทที่กู้ยืมจะเป็นบริษัทในเครือ แต่การที่โจทก์กู้ยืมจากสถาบันการเงินในอัตราร้อยละ 13 ถึง 17 ต่อปี มาให้กู้โดยคิดอัตราดอกเบี้ยเพียงร้อยละ 10 ต่อปี เพื่อช่วยเหลือบริษัทในเครือให้มีกำไรย่อมเป็นเหตุไม่สมควรเพราะมิใช่ปกติวิสัยของผู้ทำการค้าทั่วไป การที่เจ้าพนักงานประเมินคิดดอกเบี้ยร้อยละ 15.495 ต่อปี ซึ่งเป็นอัตราเฉลี่ยของดอกเบี้ยที่โจทก์ไปกู้บุคคลอื่นมา จึงชอบแล้ว

ให้กู้โดยคิดอัตราดอกเบี้ยเพียงร้อยละ 10 ต่อปี เพื่อช่วยเหลือบริษัทในเครือให้มีกำไรย่อมเป็นเหตุไม่สมควรเพราะมิใช่ปกติวิสัยของผู้ทำการค้าทั่วไป การที่เจ้าพนักงานประเมินคิดดอกเบี้ยร้อยละ 15.495 ต่อปี ซึ่งเป็นอัตราเฉลี่ยของดอกเบี้ยที่โจทก์ไปกู้บุคคลอื่นมาจึงชอบแล้ว

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น จะเห็นว่าศาลฎีกาวินิจฉัยให้การที่โจทก์กู้ยืมจากสถาบันการเงินในอัตราที่สูงกว่าเพื่อกำไรบริษัทในเครือกู้ยืมโดยคิดอัตราดอกเบี้ยที่ต่ำกว่าเพื่อช่วยเหลือบริษัทในเครือให้มำไรนั้น ถือว่าเป็นเหตุไม่สมควรเพราะมิใช่ปกติวิสัยของผู้ทำการค้าทั่วไป ย่อมตีความได้ว่าปกติวิสัยของผู้ทำการค้าทั่วไปในความหมายของศาล คือการแสวงหาผลกำไรจากการค้า ดังนั้น หากเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ แม้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือกันระหว่างบริษัทในเครือ แต่การกำหนดอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมก็ยังคงต้องเป็นอัตราดอกเบี้ยที่กู้ยืมกันเป็นปกติในทางการค้า จะสูงหรือต่ำกว่าอัตราดังกล่าวไม่ได้

- 2) คำพิพากษาฎีกาที่ 4799/2539¹⁰⁵ ลูกหนี้เป็นบริษัทในเครือของเจ้าหนี้โดยเจ้าหนี้ถือหุ้นอยู่ถึงร้อยละ 42.8 เท่ากับว่าเจ้าหนี้มีส่วนได้เสียอย่างมาก การที่เจ้าหนี้ให้ลูกหนี้กู้ยืมเงินเมื่อลูกหนี้ประสบปัญหาในสถานะที่กิจการขาดทุนจึงเป็นการกระทำโดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดสภาพคล่องทางการเงินในลักษณะชั่วคราวชั่วคราว เพื่อให้ลูกหนี้มีโอกาสดำเนินธุรกิจไปตามปกติในทางการค้าซึ่งอาจจะมีกำไรได้ในภายหลัง

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น จะเห็นว่าศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการที่เจ้าหนี้ให้ลูกหนี้กู้ยืมเงินเมื่อลูกหนี้ประสบปัญหาในสถานะที่กิจการขาดทุน เป็นการกระทำโดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดสภาพคล่องทางการเงินในลักษณะชั่วคราวชั่วคราว เพื่อให้ลูกหนี้มีโอกาสดำเนินธุรกิจไปตามปกติในทางการค้าซึ่งอาจจะมีกำไรได้ในภายหลัง ย่อมตีความได้ว่า แม้ว่าบริษัทผู้ให้กู้จะไม่แสวงหาผลกำไร

¹⁰⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 4799/2539 ลูกหนี้เป็นบริษัทในเครือของเจ้าหนี้โดยเจ้าหนี้ถือหุ้นอยู่ถึงร้อยละ 42.8 เท่ากับว่าเจ้าหนี้มีส่วนได้เสียอย่างมาก การที่เจ้าหนี้ให้ลูกหนี้กู้ยืมเงินเมื่อลูกหนี้ประสบปัญหาในสถานะที่กิจการขาดทุน จึงเป็นการกระทำโดยมีเจตนาเพื่อให้เกิดสภาพคล่องทางการเงินในลักษณะชั่วคราวชั่วคราวเพื่อให้ลูกหนี้มีโอกาสดำเนินธุรกิจไปตามปกติในทางการค้าซึ่งอาจจะมีกำไรได้ในภายหลัง เมื่อไม่ปรากฏว่าในขณะที่เจ้าหนี้ให้กู้ยืมนั้นลูกหนี้มีหนี้สินกับเจ้าหนี้อื่นใดมาก่อน อีกทั้งการกู้ยืมตลอดจนการออกตัวสัญญาใช้เงินแก่เจ้าหนี้ได้กระทำขึ้นก่อนที่ลูกหนี้ถูกฟ้องล้มละลาย 5 ถึง 6 ปี และในขณะนั้นไม่ปรากฏว่ามีเจ้าหนี้นายใดฟ้องลูกหนี้ จึงยังไม่พอฟังว่าในขณะนั้นลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว

จากการให้กู้ยืมเงิน แต่การให้กู้ยืมเงินดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดประโยชน์แก่บริษัทผู้ให้กู้ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ซึ่งในกรณีนี้การที่บริษัทผู้ให้กู้ให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงินเพื่อให้บริษัทมีกำไร ในภายหลัง ถือเป็นประโยชน์โดยทางอ้อมของบริษัทผู้ให้กู้เช่นกัน

- 3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5816/2534¹⁰⁶ รายงานที่โจทก์พิสูจน์ไม่ได้ว่าใครเป็นผู้รับ ต้องห้าม นำ มาหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตาม ป.รัชฎากร มาตรา 65 ตรี (18) โจทก์มีแต่ ข. เป็นพยานเบิกความไม่มีเอกสารอื่นใดมาสนับสนุนว่า โจทก์ได้รับประโยชน์จากการที่โจทก์ให้บริษัทในเครือยืมเงินไปมากกว่าดอกเบี้ยที่จะได้จากบริษัทในเครือของโจทก์เท่าใด จึงฟังไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับประโยชน์จากบริษัทในเครือของโจทก์มากกว่าที่จะได้รับดอกเบี้ย จากเงินที่โจทก์ได้ให้ยืมไปนั้น ทั้งการที่โจทก์ให้บริษัทในเครือของโจทก์กู้ยืมไปนี้ก็เพื่อบริษัทในเครือของโจทก์ไปผลิตสินค้ามาให้โจทก์จำหน่าย แม้โจทก์จะได้ผลกำไรจากการจำหน่ายสินค้านั้นด้วย ก็ยังถือไม่ได้ว่าดอกเบี้ยที่โจทก์จ่ายให้แก่สถาบันการเงินที่โจทก์ได้กู้ยืมเงินมาเป็นรายจ่ายเพื่อหากำไรหรือเพื่อกิจการโดยเฉพาะของโจทก์จึงต้องห้ามมิให้นำมาหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตาม ป.รัชฎากร มาตรา 65 ตรี (13)

¹⁰⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5816/2534 หลักฐานรายจ่ายเกี่ยวกับค่าช่วยเหลือชักนำลูกค้าเป็นแบบฟอร์มที่โจทก์จัดทำขึ้นเอง โจทก์จะให้คนของโจทก์กรอกข้อความอย่างไรก็ได้ เอกสารทุกฉบับมีแต่ลายเซ็นของผู้รับเงินเท่านั้น นามสกุลก็ไม่ปรากฏ สถานที่อยู่ของผู้รับเงินก็ไม่มีให้ตรวจสอบถึงความถูกต้องแท้จริงได้ เป็นการฉ้อฉลของผู้ประกอบธุรกิจการค้าที่มีเงินลงทุนจำนวนมากและสถิติการจำหน่ายสินค้าได้นับจำนวนพันล้านบาทต่อปี เช่นโจทก์จะพึงกระทำโดยหลวมเช่นนั้น พยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบมาอย่างไม่มีน้ำหนักให้เชื่อว่าโจทก์ได้จ่ายเงินช่วยเหลือชักนำลูกค้าจริง ถือได้ว่าเป็นรายจ่ายที่โจทก์พิสูจน์ไม่ได้ว่าใครเป็นผู้รับ ต้องห้าม นำมาหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตาม ป.รัชฎากร มาตรา 65 ตรี (18) โจทก์มีแต่ ข. เป็นพยานเบิกความไม่มีเอกสารอื่นใดมาสนับสนุนว่าโจทก์ได้รับประโยชน์จากการที่โจทก์ให้บริษัทในเครือยืมเงินไป มากกว่าดอกเบี้ยที่จะได้จากบริษัทในเครือของโจทก์เท่าใด จึงฟังไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับประโยชน์จากบริษัทในเครือของโจทก์มากกว่าที่จะได้รับดอกเบี้ยจากเงินที่โจทก์ได้ให้ยืมไปนั้น ทั้งการที่โจทก์ให้บริษัทในเครือของโจทก์กู้ยืมไปนี้ก็เพื่อบริษัทในเครือของโจทก์ไปผลิตสินค้ามาให้โจทก์จำหน่าย แม้โจทก์จะได้ผลกำไรจากการจำหน่ายสินค้านั้นด้วย ก็ยังถือไม่ได้ว่าดอกเบี้ยที่โจทก์จ่ายให้แก่สถาบันการเงินที่โจทก์ได้กู้ยืมเงินมาเป็นรายจ่ายเพื่อหากำไร หรือเพื่อกิจการโดยเฉพาะของโจทก์ จึงต้องห้ามมิให้นำมาหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตาม ป.รัชฎากร มาตรา 65 ตรี (13) ค่าเครื่องบิน ค่าที่พักและค่าอาหารอันเป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการเดินทางไปต่างประเทศ เมื่อโจทก์ไม่มีพยานหลักฐานมาสืบให้เชื่อได้ว่ารายจ่ายดังกล่าวเป็นรายจ่ายที่โจทก์ได้จ่ายไปในธุรกิจของโจทก์ จึงถือว่าเป็นรายจ่ายที่มีลักษณะเป็นการส่วนตัว ต้องห้ามมิให้ถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตาม ป.รัชฎากร มาตรา 65 ตรี (3) จำเลยให้การปฏิเสธฟ้องโจทก์ ภาระการพิสูจน์จึงตกแก่โจทก์แม้จำเลยจะมีได้คัดค้านหรือนำสืบหักล้างพยานเอกสารของโจทก์ให้เห็นเป็นอย่างอื่น โจทก์ก็ต้องนำสืบให้ได้ว่าข้อเท็จจริงว่าเป็นดังที่โจทก์อ้าง เพื่อนำไปสู่ข้อกฎหมายว่าโจทก์ไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ตามจำนวนที่จำเลยให้โจทก์เสีย เมื่อพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบมาอย่างไม่มีน้ำหนักให้รับฟังได้ว่าโจทก์ได้จ่ายเงินค่ารับรอง หรือค่าบริการไปเนื่องจากการประกอบกิจการของโจทก์ดังที่โจทก์ฟ้อง จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นรายจ่ายที่เกินสมควร ซึ่งไม่ถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตาม ป.รัชฎากร มาตรา 65 ตรี (4) หรือไม่ต่อไป

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น จะเห็นว่าศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการที่โจทก์ให้บริษัทในเครือของโจทก์กู้ยืมไปนี้ก็เพื่อให้บริษัทในเครือของโจทก์ไปผลิตสินค้ามาให้โจทก์จำหน่าย โดยโจทก์จะได้ผลกำไรจากการจำหน่ายสินค้านั้นด้วย แสดงให้เห็นว่าโจทก์ได้ประโยชน์จากการให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงิน เช่นนี้ จะถือได้ว่าเป็นการแสวงหากำไรจากการให้กู้ยืมเงินดังกล่าวได้ด้วยหรือไม่ ซึ่งหากถือว่าบริษัทได้รับประโยชน์จากการให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงิน ก็ย่อมต้องถือว่าเป็นการมุ่งค้าหากำไรระหว่างกัน

จากการพิจารณาตัวอย่างของแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีต่อธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือและวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรนั้น จะเห็นได้ว่าศาลฎีกามีทั้งแนววินิจฉัยที่ถือว่าการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือแม้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือกันระหว่างบริษัทในเครือ แต่การกำหนดราคาโอนก็ต้องเป็นไปตามราคาปกติในทางการค้า อันแสดงให้เห็นว่าแม้จะเป็นการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือแต่ก็ยังคงต้องมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรอยู่ และยังมีแนววินิจฉัยที่ถือว่าการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือแม้จะมีราคาโอนที่ต่ำกว่าราคาปกติในทางการค้า แต่ก็ถือเป็นการโอนโดยมีเหตุอันสมควร เพราะแม้จะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกันแต่ก็มีส่วนได้เสียผูกพันกันอยู่เนื่องจากเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน ดังนั้น แนวคิดเกี่ยวกับธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือและวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรจึงเป็นประเด็นที่ยังต้องพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาที่จะเกิดขึ้นต่อไปว่าจะมีความชัดเจนมากขึ้นหรือไม่ อย่างไร

4.4 การยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะและการส่งเสริมให้เกิดการลงทุนในหนี้

4.4.1 หลักความเสมอภาคทางภาษีอากร

หลักการจัดเก็บภาษีอากรที่ดีเป็นหลักการที่นักเศรษฐศาสตร์นามว่า อัดัม สมิธ เป็นผู้คิดค้นขึ้นในหนังสือเรื่อง “ความมั่งคั่งของชาติ (The Wealth of Nation)” ในปี ค.ศ. 1766 ซึ่งเป็นการวางหลักการทางภาษีที่สำคัญต่อการออกแบบโครงสร้างภาษีที่หลายประเทศนำมาปรับใช้ในการวางโครงสร้างเพื่อการจัดเก็บภาษีในประเทศของตนรวมถึงในประเทศไทยด้วย เนื่องจากเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากนักเศรษฐศาสตร์ นักบัญชี นักกฎหมาย รวมถึงองค์กรผู้จัดเก็บภาษีว่าก่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้เสียภาษี หลักการจัดเก็บภาษีอากรที่ดีของอาดัม สมิธ ประกอบด้วย 4 หลัก ได้แก่ หลักความเสมอภาค (Equity) หลักความประหยัด หลักความสะดวก และหลักความแน่นอน โดยในหัวข้อนี้จะขอกกล่าวถึงเฉพาะหลักความเสมอภาคทางภาษีอากร

หลักความเสมอภาคทางภาษีอากรถือเป็นหลักการสำคัญที่สุดในการบริหารการจัดเก็บภาษีอากร กล่าวคือ ในการบริหารการจัดเก็บภาษีอากรจะต้องก่อให้เกิดความเป็นธรรมและความเสมอภาคแก่ผู้เสียภาษีทุกคนเป็นหลัก เพื่อไม่ให้ผู้เสียภาษีเกิดความรู้สึกได้เปรียบหรือเสียเปรียบต่อกัน ก่อให้เกิดแรงจูงใจที่ดีในการเสียภาษีให้แก่รัฐ โดยการจัดเก็บภาษีให้เกิดความเป็นธรรมและเสมอภาคนั้น จะต้องสัมพันธ์กับความสามารถในการเสียภาษี (Ability-to-Pay Principle) ซึ่งสิ่งที่เป็นเกณฑ์ในการวัดความสามารถในการเสียภาษีดังกล่าวจะต้องเป็นเกณฑ์ที่ใช้บังคับโดยทั่วไป และเป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษีทุกคน ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว ความสามารถในการเสียของผู้เสียภาษีจะถูกวัดจากตัวแปรหลัก 3 รูปแบบ ได้แก่ 1) รายได้ของผู้จ่ายภาษี 2) ระดับการบริโภคของผู้จ่ายภาษี และ 3) ระดับความมั่งคั่ง (Wealth) ของผู้จ่ายภาษี

ทั้งนี้ เกณฑ์ในการพิจารณาหลักความเสมอภาคทางภาษีอากรอาจแยกได้เป็น 2 ประการ คือ หลักความเสมอภาคเชิงขนาน และหลักความเสมอภาคเชิงตั้ง

4.4.1.1 หลักความเสมอภาคเชิงขนาน (Horizontal equity)

หลักความเสมอภาคเชิงขนาน เป็นหลักการที่กำหนดว่าผู้ที่มีความสามารถในการเสียภาษีเท่ากันก็ควรจะต้องเสียภาษีในอัตราที่เท่ากัน โดยทั่วไปการพิจารณาความเสมอภาคเชิงขนานดังกล่าวจะพิจารณาอยู่บนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันในการสร้างเงินได้ กล่าวคือ ผู้ที่มีเงินได้มากย่อมมีความสามารถในการเสียภาษีอากรมากกว่าผู้ที่มีเงินได้น้อยกว่า หากมีเงินได้เท่ากันก็จะถือว่ามีความสามารถในการเสียภาษีอากรเท่ากัน ไม่ว่าเงินได้นั้นจะเป็นเงินได้ประเภทใดก็ตาม แม้เป็นเงินได้ต่างประเภทกันแต่ถ้ามีจำนวนเท่ากันก็ต้องเสียภาษีในอัตราเท่ากัน ในทางกลับกันหากผู้ที่มีเงินได้ไม่เท่ากันแต่ต้องเสียภาษีในอัตราที่เท่ากัน หรืออัตราภาษีของเงินได้แต่ละประเภทมีอัตราที่ไม่เท่ากัน ถือว่าไม่มีความเสมอภาคเชิงขนานและเสมือนเป็นการสนับสนุนผู้มีเงินได้ทางหนึ่งและลงโทษผู้มีเงินได้อีกทางหนึ่ง

ตัวอย่างของความเสมอภาคเชิงขนาน ได้แก่ นาย ก. เป็นพนักงานบริษัทได้รับค่าจ้างเดือนละ 50,000 บาท และเสียภาษีตามประมวลรัษฎากรมาตรา 40(1) ในอัตราร้อยละ 15 กับนาย ข. ที่มีเงินได้จากดอกเบี้ยรับเดือนละ 50,000 บาท และเสียภาษีตามประมวลรัษฎากรมาตรา 40(4) ในอัตราร้อยละ 15 เท่ากัน เช่นนี้จะถือว่าระบบภาษีมีความเสมอภาคเชิงขนาน เพราะไม่ว่าจะมีเงินได้จากวิธีใดก็ตาม หากมีเงินได้เท่ากันก็เสียภาษีในอัตราที่เท่ากัน แต่หากนาย ก. ได้รับเงินเดือนเพิ่มมากขึ้น ส่งผลให้เสียภาษีในอัตราก้าวหน้าร้อยละ 35 ในขณะที่นาย ข. ได้รับดอกเบี้ยเพิ่มมากขึ้นเช่นเดียวกัน แต่ยังคงเสียภาษีในอัตราร้อยละ 15 เช่นนี้จะถือว่าไม่มีความเสมอภาคเชิงขนาน (Horizontal Inequity) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ความไม่เสมอภาคเชิงขนานอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่รัฐเห็นว่ามีความจำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ เช่น กรณีของเงินได้จากดอกเบี้ยที่มีอัตราก้าวหน้าอยู่ที่ร้อยละ 15 เนื่องจากรัฐต้องการส่งเสริมการออม ซึ่งเท่ากับเป็นการส่งเสริมการกู้เงินจากธนาคาร เป็นการส่งเสริมการลงทุนเพื่อให้เกิดการเจริญเติบโตของภาคธุรกิจ ดังนั้น ความไม่เสมอภาคเชิงขนานจึงเป็นสิ่งที่สามารถยอมรับได้หากมีเหตุผลเชิงเศรษฐศาสตร์ที่ดีพอมารองรับ ทั้งนี้ มีข้อควรสังเกตเพิ่มเติมว่าที่ต้องพิจารณาต่อไปอีกด้วยว่าการส่งเสริมการลงทุนโดยการปล่อยกู้ของธนาคารยังมีความจำเป็นและสอดคล้องกับนโยบายทางเศรษฐกิจในปัจจุบันอยู่หรือไม่

4.4.1.2 หลักความเสมอภาคเชิงตั้ง (Vertical equity)

หลักความเสมอภาคเชิงตั้ง เป็นหลักการที่กำหนดว่าผู้ที่มีความสามารถในการเสียภาษีไม่เท่ากันก็ไม่ควรจะต้องเสียภาษีในอัตราที่เท่ากัน กล่าวคือ ผู้ที่มีความสามารถในการเสียภาษีมากกว่าก็ควรเสียภาษีมากกว่า และผู้ที่มีความสามารถในการเสียภาษีน้อยกว่าก็ควรเสียภาษีน้อยกว่า แนวความคิดในการจัดเก็บภาษีเงินได้ในอัตราก้าวหน้าจึงมีความสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคเชิงตั้ง

จะเห็นได้ว่า การที่พนักงานบริษัทได้รับค่าจ้างเดือนละ 50,000 บาท และเสียภาษีตามประมวลรัษฎากรมาตรา 40(1) ในอัตราร้อยละ 15 กับนาย ข. ที่มีเงินได้จากดอกเบี๋ยรับเดือนละ 200,000 บาท และเสียภาษีตามประมวลรัษฎากรมาตรา 40(4) ในอัตราร้อยละ 15 เท่ากัน เช่นนี้ถือว่าไม่มีความเสมอภาคเชิงตั้ง (Vertical Inequity) แม้ว่าร้อยละ 15 ของดอกเบี๋ย 200,000 บาท จะมากกว่าร้อยละ 15 ของค่าจ้าง 50,000 บาทก็ตาม แต่ก็เป็นเพราะฐานภาษีที่มากกว่ามิใช่เพราะอัตราภาษีแต่อย่างใด เพราะโดยหลักการผู้ที่มีเงินได้มากกว่าควรจะต้องเสียภาษีในอัตราที่สูงกว่าทั้งในแง่ของฐานภาษีและอัตราภาษี เพื่อเป็นการกระจายฐานะทางการเงิน และถือเป็นการจ่ายค่าตอบแทนในการใช้ระบบสาธารณูปโภคให้กับรัฐ ซึ่งสันนิษฐานว่าคนที่มีเงินได้หรือทรัพย์สินมากกว่าย่อมได้รับความคุ้มครองจากรัฐมากกว่าคนที่มีเงินได้หรือทรัพย์สินน้อยกว่าในเชิงเศรษฐศาสตร์

หากพิจารณาภาษีทางอ้อมในประเทศไทย จะพบว่าการจัดเก็บภาษีในอัตราเดียวกัน แม้ว่าจะมีความเสมอภาคเชิงขนาน แต่ยังคงขาดความเสมอภาคเชิงตั้งอยู่ ส่งผลให้ระบบภาษีทางอ้อมไม่มีประสิทธิภาพในการกระจายฐานะทางการเงินเท่ากับระบบภาษีทางตรงที่มีการจัดเก็บภาษีในอัตราก้าวหน้า อย่างไรก็ตาม การกระจายฐานะทางการเงินดังกล่าวแม้ว่าจะลดความเหลื่อมล้ำระหว่างคนรวยและคนจนได้ แต่ก็ส่งผลให้เศรษฐกิจขยายตัวช้าลง รัฐจึงต้องหาสมดุลระหว่างลดความเหลื่อมล้ำและการขยายตัวทางเศรษฐกิจให้ได้

ปัจจุบันระบบโครงสร้างภาษีของประเทศไทยนั้นมีการกีดกร่อนของฐานภาษีค่อนข้างมาก เช่น การเสียภาษีในเงินได้ประเภทดอกเบี๋ยในอัตราเดียวคือร้อยละ 15 หรือการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน (BOI) เป็นต้น ซึ่งรัฐอ้างว่าเพื่อต้องการ

ส่งเสริมการลงทุนให้เกิดการขยายตัวทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ผู้ได้ประโยชน์จากมาตรการดังกล่าวล้วนเป็นผู้ที่มีเงินได้สูงทั้งสิ้น

4.4.2 อัตราส่วนหนี้สินต่อส่วนของผู้ถือหุ้น (D/E Ratio)

การลงทุนประกอบการกิจการในธุรกิจสามารถหาแหล่งเงินทุนได้จาก 2 แหล่ง คือ การลงทุนในรูปของทุนที่มาจากส่วนของผู้ถือหุ้น (Equity) และการลงทุนในรูปของหนี้ที่มาจากส่วนของผู้ถือหุ้น (Debt) โดยทั่วไปอัตราส่วนหนี้สินต่อส่วนของผู้ถือหุ้น (D/E Ratio) ควรจะมีอัตราส่วนเป็น 1:1 หรืออยู่ในอัตราส่วนที่ใกล้เคียงกัน อย่างไรก็ตาม การลงทุนในรูปของทุนและการลงทุนในรูปของหนี้กลับมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ โดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวกับภาษีอากรดังกล่าวถึงในลำดับต่อไป

การลงทุนในรูปของหนี้ทำให้กิจการได้รับประโยชน์จากการที่ดอกเบี้ยสามารถหักเป็นรายจ่ายทางภาษีได้ ในขณะที่การลงทุนในรูปของทุนนั้นเงินปันผลไม่สามารถหักเป็นรายจ่ายทางภาษีได้ เพราะเป็นการหักออกจากกำไรสะสมซึ่งถือเป็นการคืนทุนให้กับผู้เป็นเจ้าของ ส่งผลให้การลงทุนในรูปของหนี้ทำให้ต้นทุนเงินถัวเฉลี่ย (Weighted Average Cost of Capital: WACC) ของกิจการต่ำลงมาได้ เนื่องจากได้ประโยชน์การที่สามารถลดภาษีที่จะต้องจ่ายลงมาได้

ตัวอย่างเช่น กิจการมีกำไรอยู่ที่ 100 ล้านบาท หากกิจการมีการกู้ยืมเงินมาลงทุนทำให้มีดอกเบี้ย 20 ล้านบาท ดอกเบี้ยดังกล่าวจะสามารถหักเป็นรายจ่ายทางภาษีได้ ทำให้กำไรสุทธิอยู่ที่ 80 ล้านบาท ส่งผลให้กิจการเสียภาษีเพียง 16 ล้านบาท จากเดิมที่ต้องเสียภาษี 20 ล้านบาท ประหยัดภาษีไปได้ 4 ล้านบาท (อัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลในปัจจุบันอยู่ที่ร้อยละ 20) เท่ากับว่าหากอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมอยู่ที่ร้อยละ 8 กิจการจะมีต้นทุนเงินกู้ที่แท้จริงเพียงร้อยละ 6.4 เท่านั้น (อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืม \times (1 - อัตราภาษี) = อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมเงินที่แท้จริง) ดังนั้น ยิ่งกิจการมีการลงทุนในรูปของหนี้มากเท่าใด รัฐก็จะเก็บภาษีอากรจากกิจการได้น้อยลงเท่านั้น

นอกจากนี้ หากพิจารณาอัตราภาษีที่แท้จริง (Effective tax rate) ระหว่างการลงทุนในรูปของทุนโดยการจ่ายเงินปันผล และการลงทุนในรูปของหนี้โดยการจ่ายดอกเบี้ย จะเห็นว่า หาก

ธุรกิจมีรายได้จากการประกอบกิจการ 100 ล้านบาท และมีดอกเบี้ยเงินกู้ยืม 100 ล้านบาทที่สามารถหักเป็นรายจ่ายทางภาษีได้ เท่ากับกิจการไม่มีกำไรสุทธิที่จะต้องนำมาคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล แต่การจ่ายดอกเบี้ยเงินกู้ยืมจะถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 15 ส่งผลให้อัตรารายได้ที่แท้จริงของการลงทุนด้วยหนี้เท่ากับร้อยละ 15 ในขณะที่หากธุรกิจมีรายได้จากการประกอบกิจการ 100 ล้านบาท และเลือกจ่ายเงินปันผลให้กับเจ้าของกิจการ เท่ากับกิจการมีกำไรสุทธิที่จะต้องนำมาคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล 100 ล้านบาท เมื่อคุณอัตรารายได้ที่เสียภาษีเงินได้นิติบุคคลร้อยละ 20 เท่ากับกิจการมีเงินเหลือเพื่อจ่ายเงินปันผล 80 ล้านบาท โดยหากเจ้าของกิจการไม่เลือกจ่ายเงินปันผลส่วนนี้ไปรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาปลายปี เงินปันผลดังกล่าวจะถูกหักภาษีอีกร้อยละ 10 เท่ากับเจ้าของกิจการได้เงินปันผลจริง 72 ล้านบาท เท่ากับอัตรารายได้ที่แท้จริงของการลงทุนด้วยทุนเท่ากับร้อยละ 28

จากกรณีดังกล่าวจึงสามารถสรุปได้ว่า โครงสร้างภาษีของประเทศไทยเอื้อต่อการลงทุนในรูปของหนี้ และเสมือนเป็นการลงโทษเจ้าของกิจการที่เลือกการลงทุนในรูปของทุน ซึ่งมาตรการดังกล่าวมีจุดประสงค์เพื่อต้องการส่งเสริมการกู้ยืมเงินจากธนาคารเพื่อให้เศรษฐกิจขยายตัว อย่างไรก็ตาม การลงทุนในรูปของหนี้ที่มากเกินไปจนทำให้อัตราส่วนหนี้สินต่อส่วนของผู้ถือหุ้นต่างกันจนมากเกินไปนั้นย่อมก่อให้เกิดผลเสียได้เช่นกัน เพราะนอกจากจะทำให้รัฐเก็บภาษีอากรจากกิจการได้น้อยลง และก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคทางภาษีอากรดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว การที่กิจการมีสัดส่วนหนี้เป็นจำนวนมากจะสร้างความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจให้แก่กิจการ เนื่องจากกิจการจะมีดอกเบี้ยที่ต้องจ่ายเป็นรายจ่ายประจำ (Fixed charge) ซึ่งถ้าเมื่อใดที่ธุรกิจประสบปัญหาทำให้รายได้จากการประกอบกิจการลดลง ธุรกิจจะประสบปัญหาทันที ด้วยเหตุนี้ ในหลาย ๆ ประเทศจึงมีการจำกัดอัตราส่วนหนี้สินต่อส่วนของผู้ถือหุ้นไว้ไม่ให้มีอัตราส่วนที่ต่างกันจนเกินไป อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังไม่มีนโยบายของรัฐในการจำกัดอัตราส่วนหนี้สินต่อส่วนของผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด

ในส่วนของการจำกัดปริมาณการลงทุนในรูปของหนี้ มีด้วยกัน 2 รูปแบบ คือ 1) การจำกัดการกู้ยืมเงินที่แท้จริงโดยการจำกัดอัตราส่วนหนี้สินต่อส่วนของผู้ถือหุ้น และ 2) การจำกัดการกู้ยืมเงินเฉพาะทางภาษี โดยกิจการสามารถกู้ยืมเงินเป็นจำนวนเท่าใดก็ได้ แต่ดอกเบี้ยที่สามารถนำมาเป็นรายจ่ายทางภาษีได้จะไม่เกินกว่าที่รัฐกำหนด ส่วนที่เกินจะถือประหนึ่งว่าเป็นทุนของกิจการ ซึ่งเรียกมาตรการดังกล่าวว่า มาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำ (Thin Capitalization) โดยมีวัตถุประสงค์

เพื่อป้องกันไม่ให้กิจการลงทุนในรูปของหนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการเลี่ยงภาษี (Tax Avoidance) และเพื่อลดความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจของกิจการ

4.4.3 การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือและผลกระทบต่อมาตรการป้องกันการ ใช้ทุนต่ำ (Thin Capitalization)

กิจการที่เป็นธุรกิจขนาดใหญ่นิยมตั้งบริษัทในเครือหรือบริษัทลูกขึ้นมาเพื่อดำเนินการเฉพาะอย่างอันเป็นการสนับสนุนการดำเนินการของบริษัทแม่ หรือเพื่อเป็นการกระจายความเสี่ยงให้แก่กิจการ หรือในบางกรณีอาจเป็นการตั้งบริษัทในเครือขึ้นเพื่อสิทธิประโยชน์ทางภาษีหรือเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีอากรก็ได้ และเพื่อเป็นการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีอากรที่มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้นในกิจการขนาดใหญ่ที่มีบริษัทในเครือได้มากกว่ากิจการขนาดเล็ก หลายประเทศทั่วโลกจึงมีความพยายามที่จะตั้งกฎเกณฑ์หลายประการขึ้นมาเพื่อสกัดกั้นการหลีกเลี่ยงภาษีดังกล่าว เช่น การกำหนดราคาโอน หรือมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำ เป็นต้น

การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครืออาจเข้าข่ายเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำได้ หากเข้ากรณีที่บริษัทในเครือเดียวกันลงทุนในกิจการโดยไม่ใช้การลงทุนในรูปของทุน แต่ใช้การลงทุนในรูปของหนี้แทนโดยการกู้ยืมเงินจากบริษัทในเครือมาลงทุน เช่น การตั้งบริษัทลูกขึ้นมาเพื่อปล่อยเงินกู้ให้แก่บริษัทในเครือโดยเฉพาะ ส่งผลให้เมื่อบริษัทแม่มีรายได้จากการประกอบกิจการแทนที่จะนำรายได้นั้นมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลแบบเต็มเม็ดเต็มหน่วย กลับต้องนำรายได้ส่วนหนึ่งไปจ่ายดอกเบี้ยให้กับบริษัทในเครือที่กู้ยืมเงินมาทำให้กำไรสุทธิของกิจการลดน้อยลงเกิดความเสียหายต่อรัฐผู้จัดเก็บภาษี การกระทำในลักษณะดังกล่าวยังเอื้อต่อการกระจายและยกย้ายถ่ายเทเงินทุนระหว่างบริษัทในเครือเดียวกัน โดยการกู้ยืมเงินจากบริษัทหนึ่งมาปล่อยกู้ให้กับอีกบริษัทหนึ่ง ก่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงภาษีโดยการถ่ายโอนกำไรระหว่างบริษัทในเครือ

4.4.4 การยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือและผลกระทบต่อหลักความเสมอภาคทางภาษีอากรและมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำ (Thin Capitalization)

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นถึงโครงสร้างภาษีของประเทศไทยเอื้อต่อการลงทุนในรูปของหนี้ และเสมือนเป็นการลงโทษเจ้าของกิจการที่เลือกการลงทุนในรูปของทุน เมื่อพิจารณาอัตราภาษีที่แท้จริงของการลงทุนด้วยหนี้เทียบกับการลงทุนด้วยทุนจะเห็นว่าเมื่ออัตราภาษีที่แท้จริงแตกต่างกันพอสมควร โดยอัตราภาษีที่แท้จริงของดอกเบี้ยเท่ากับร้อยละ 15 ในขณะที่อัตราภาษีที่แท้จริงของเงินปันผลเท่ากับร้อยละ 28 ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคทางภาษีอากร ดังนั้น หากรัฐประสงค์จะให้เกิดความเสมอภาคทางภาษีอากรขึ้นเพื่อไม่ให้เป็นการส่งเสริมการลงทุนทางใดทางหนึ่งมากเกินไป รัฐก็ควรจะทำให้อัตราภาษีที่แท้จริงของการลงทุนในรูปของหนี้และทุนไม่แตกต่างกันมากเกินไป จะเห็นได้ว่าในหลาย ๆ ประเทศมีความพยายามที่จะทำให้การลงทุนในรูปของหนี้และการลงทุนในรูปของทุนเสียภาษีเท่า ๆ กัน เพื่อให้เกิดความเสมอภาคทางภาษีอากรขึ้น

สำหรับในประเทศไทย หากรัฐไม่สามารถปรับให้การลงทุนในรูปของหนี้และการลงทุนในรูปของทุนมีการเสียภาษีเท่ากันได้ รัฐก็ควรมีมาตรการอื่นเพิ่มเติมที่จะช่วยให้เกิดความเสมอภาคทางภาษีอากรมากขึ้น หนึ่งในมาตรการที่เห็นว่ามีส่วนช่วยทำให้เกิดความเสมอภาคทางภาษีอากรมากขึ้น คือ การยกเลิกการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ เนื่องจากหากรัฐมีการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือในอัตราร้อยละ 3.3 จะทำให้บริษัทในเครือที่ให้กู้ยืมเงินต้องนำดอกเบี้ยที่ได้รับจากการให้กู้ยืมเงินไปเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ อันเป็นการเพิ่มต้นทุนให้แก่การลงทุนในรูปของหนี้ ทำให้ส่วนต่างของการลงทุนทั้งสองประเภทลดน้อยลง

การยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือยังเป็นการส่งเสริมการลงทุนด้วยหนี้อันขัดกับหลักมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำ เนื่องจากเมื่อรัฐยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับกรณีดังกล่าว ย่อมเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่บริษัทในเครือในการกู้ยืมเงินระหว่างกัน ซึ่งนอกจากจะขัดต่อมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำแล้ว ยังเป็นการเพิ่มความเสี่ยงที่ทำให้เกิดการหลีกเลี่ยงภาษีโดยการถ่ายโอนกำไรระหว่างบริษัทในเครือด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ จะยังเป็นการส่งเสริมให้อัตราภาษีที่แท้จริงของการลงทุนในรูปของหนี้และการลงทุนในรูปของทุนมีความแตกต่างกันอันขัดกับหลักความเสมอภาคทางภาษีอากร และยังเป็นการส่งเสริมการลงทุนด้วยหนี้อันขัดกับหลักมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

แนวคิดและสภาพปัญหา

การรวมกลุ่มกันของบริษัทหรือขยายธุรกิจไปยังบริษัทในกลุ่ม เป็นหนึ่งในกลยุทธ์ที่ช่วยเสริมสร้างศักยภาพและความเข้มแข็งให้กับธุรกิจ ซึ่งวัตถุประสงค์ของการรวมกลุ่มในลักษณะนี้ ก็เพื่อลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้จากการประกอบธุรกิจ โดยบริษัทที่เข้าร่วมกลุ่มกัน จะจัดโครงสร้างของกลุ่มบริษัทในลักษณะของกลุ่มธุรกิจหรือบริษัทในเครือ โดยมีบริษัทแม่ของกลุ่ม (Parent Company) เป็นผู้ดูแลกิจการ กำหนดนโยบายด้านการเงินและการบริหารต่าง ๆ บริษัทในเครือแต่ละบริษัทจะมีสถานะความเป็นนิติบุคคลที่แยกจากกัน สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบแยกต่างหากจากกัน ทำให้หากเกิดความเสียหายทางธุรกิจขึ้นแก่บริษัทใดในเครือ ความเสียหายนั้นจะไม่กระทบไปยังบริษัทอื่นที่อยู่ในเครือมากนัก อย่างไรก็ตาม การรวมกลุ่มกันของบริษัทก็อาจส่งผลให้เกิดการผูกขาดทางเศรษฐกิจมากขึ้น ทำให้ธุรกิจขนาดใหญ่ตกอยู่ในมือของคนกลุ่มน้อยที่มีความสัมพันธ์ระหว่างกัน

การรวมกลุ่มกันในลักษณะของบริษัทในเครือที่มีสถานะความเป็นนิติบุคคลที่แยกจากกันดังกล่าว ส่งผลให้บริษัทในเครือสามารถทำธุรกิจระหว่างกันได้ เช่น การเป็นผู้ซื้อกับผู้ขาย หรือการกู้ยืมกันระหว่างบริษัทในเครือ เป็นต้น ซึ่งปัจจุบันการกู้ยืมกันระหว่างบริษัทในเครือนั้น ถูกตีความว่าการกระทำดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ซึ่งเป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ตามความในมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร แต่หากพิจารณาจากความหมายของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” จากการวิเคราะห์ความหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรม และวิเคราะห์จากแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาจะเห็นได้ว่า การกู้ยืมกันระหว่างบริษัทในเครือบางกรณีไม่ควรถูกตีความว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประมวล

รัฐภูมามีได้กำหนดนิยามให้เป็นที่แน่นอน อีกทั้งให้เป็นอำนาจของกรมสรรพากรในการใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ากิจการใดบ้างที่เข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์อาจทำให้เกิดปัญหาข้อโต้แย้งอยู่บ่อยครั้ง

กรณีที่เป็นการให้กู้ยืมเงินกันระหว่างบริษัทในเครือนั้น ได้มีกฎเกณฑ์กำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการให้กู้ยืมเงินในกรณีดังกล่าว ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ได้แก่ คำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร และพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 หากเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ กล่าวคือ (1) เป็นกรณีการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ (2) บริษัทในเครือดังกล่าว ต้องถือหุ้นกันไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้าของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทในเครือ และ (3) การถือหุ้นดังกล่าวต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือนก่อนวันที่มีการกู้ยืมเงิน โดยให้นับระยะเวลาของบริษัทเดิมอันได้ควบเข้ากันหรือบริษัทเดิมผู้โอนกิจการทั้งหมดรวมด้วย ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีความไม่สอดคล้องกับความหมายของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ อีกทั้งทำให้การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือที่เข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์นั้น ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะไปด้วย ซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะ

นอกจากนี้ กรณีในการพิจารณาบริษัทในเครือที่กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นอยู่ที่ร้อยละ 25 ยังไม่เพียงพอที่จะตีความได้ว่าบริษัทในเครือเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์หน่วยเดียวกัน อันจะทำให้ตีความไปได้ว่าการให้กู้ยืมเงินดังกล่าวไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไรระหว่างกัน อีกทั้งการกำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะนั้นยังเป็นหลักเกณฑ์ที่ขัดกับหลักความเสมอภาคทางภาษีอากร รวมถึงเป็นการส่งเสริมให้เกิดการลงทุนในหนี้อันขัดแย้งกับมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำ และหลักเกณฑ์ดังกล่าวยังไม่สอดคล้องวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังจะได้อีกต่อไป

บทวิเคราะห์และแนวทางการแก้ไข

(1) ปัญหาการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะกรณีการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ

ตามที่มาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร กำหนดให้การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์เป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ โดยที่มีได้กำหนดนิยามของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” ไว้ และหากเกิดกรณีที่มีปัญหาว่ากิจการใดเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์หรือไม่ ก็ให้เป็นดุลพินิจของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรในการพิจารณากำหนดขอบเขตและเงื่อนไขของการประกอบกิจการดังกล่าว แต่จากการวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบความหมายของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” จะเห็นได้ว่าแนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกาและหนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากร ตีความขอบเขตของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ไว้ค่อนข้างกว้าง เมื่อเปรียบเทียบกับความหมายโดยอาศัยการเทียบเคียงกับความหมายตามพจนานุกรม

นอกจากนี้ หากเข้ากรณีเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ แนววินิจฉัยของคำพิพากษาศาลฎีกามีแนวโน้มที่จะให้การกู้ยืมเงินดังกล่าวเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ทั้งสิ้น แม้ว่าบริษัทจะอ้างว่าเป็นการให้กู้ยืมเงินเพื่อช่วยเหลือบริษัทในเครือก็ตาม โดยที่ไม่ปรากฏว่าได้มีการวินิจฉัยว่าการให้กู้ยืมเงินดังกล่าวถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติของบริษัทหรือไม่ และไม่ได้มีการกล่าวถึงจำนวนครั้งในการให้กู้ยืมเงิน แหล่งที่มาของเงินทุนที่ให้กู้ยืมเงิน และอาชีพของผู้ให้กู้ยืมเงินแต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า การให้กู้ยืมเงินของบริษัทในเครือไม่ควรจะถูกตีความว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ไปเสียทุกกรณี เนื่องจากการจะพิจารณาว่าธุรกรรมใดที่จะถือว่าเข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์หรือไม่ ควรจะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น กล่าวคือ (1) ต้องเป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่ทำเป็นประจำหรือเป็นการประกอบธุรกิจ คือมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งค้าหากำไร และ (2) การประกอบกิจการดังกล่าวต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติ คือเป็นการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่ปรากฏว่าการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือมีการให้กู้ยืมกันเป็นประจำ หรือมีการให้กู้ยืมเงินในเชิงพาณิชย์ กล่าวคือมีการแสวงหากำไรระหว่างกันในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ กรณีดังกล่าวย่อมต้องถือว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับการกำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ตามคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 เนื่องจากการกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าว จะทำให้การให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือที่มีลักษณะกู้ยืมกันเป็นประจำ หรือมีการให้กู้ยืมเงินในเชิงพาณิชย์ หรือมีการแสวงหากำไรระหว่างกันในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ อันเข้าข่ายเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์นั้นได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะไปด้วย ซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะที่ควรจะต้องจัดเก็บภาษีจากผู้ประกอบการที่มีการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ และก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการรายอื่นที่ประกอบกิจการในลักษณะเดียวกัน แต่กลับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะเพียงเพราะมิได้เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน

เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดค่านิยมของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” ให้ชัดเจนและแน่นอนมากขึ้น โดยอาจกำหนดในลักษณะของประกาศที่อธิบดีกรมสรรพากรกำหนด เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความดังกล่าว และความหมายของคำดังกล่าว จะต้องตั้งอยู่บนแนวทางที่ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัย กล่าวคือ (1) ต้องเป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่ทำเป็นประจำหรือเป็นการประกอบธุรกิจ คือมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งค้าหากำไร และ (2) การประกอบกิจการดังกล่าวต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติ คือเป็นการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา ไม่ควรตีความให้กว้างเกินไปกว่านี้ โดยเฉพาะกรณีการให้กู้ยืมกันระหว่างบริษัทในเครือที่ควรจะพิจารณาตามแนวทางข้างต้นอย่างเคร่งครัด เพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษี

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรรยกเลิกคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 ใน

ส่วนที่กำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการรายอื่นที่ประกอบกิจการในลักษณะเดียวกัน แต่กลับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะเพียงเพราะมิได้เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน

(2) ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักการเป็นนิติบุคคลที่แยกจากกันของบริษัทในเครือ

การจัดตั้งบริษัทแม่และบริษัทลูกในทางเศรษฐศาสตร์นั้น จะถือว่าหน่วยธุรกิจเหล่านี้มักจะมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองต่อการสร้างผลประโยชน์ของธุรกิจที่ดำเนินการอยู่ จึงไม่ได้มองหน่วยธุรกิจเหล่านี้แยกออกจากกัน แต่มองว่าบริษัทในเครือที่ถูกควบคุมและครอบงำการบริหารงานโดยบริษัทแม่นั้นเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์เดียวกัน แม้ว่าในทางเศรษฐศาสตร์จะถือว่าบริษัทในเครือเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์เดียวกัน แต่แนวคิดในทางกฎหมายในหลาย ๆ ประเทศก็ยังถือว่าแต่ละบริษัทแยกต่างหากจากกันและมีสิทธิหน้าที่แตกต่างกันไปในแต่ละนิติบุคคลอย่างชัดเจน ด้วยแนวคิดที่แตกต่างกันดังกล่าว จึงก่อให้เกิดวิธีการจัดเก็บภาษีของบริษัทในเครือเดียวกัน แบ่งเป็นวิธีแยกกันเสียภาษีเป็นรายนิติบุคคล และวิธีการรวมกลุ่มกันเสียภาษี

การจัดเก็บภาษีของบริษัทในเครือเดียวกันโดยวิธีแยกกันเสียภาษีเป็นรายนิติบุคคล มีแนวความคิดมาจากการมองว่าบริษัทในเครือมีสถานะความเป็นนิติบุคคลที่แยกจากกัน มีหน้าที่ความรับผิดชอบที่แยกต่างหากจากกัน การจัดเก็บภาษีก็แยกกันเสียเป็นรายนิติบุคคล โดยจะไม่ยอมให้นำผลกำไรหรือขาดทุน หรือรายจ่ายของบริษัทในเครือมาใช้เพื่อช่วยเหลือกันระหว่างบริษัทในเครือ ซึ่งปรากฏในการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลของประเทศไทยในปัจจุบัน

การจัดเก็บภาษีของบริษัทในเครือเดียวกันโดยวิธีรวมกลุ่มกันเสียภาษี มักเป็นมาตรการที่ใช้ควบคู่กับวิธีแยกกันเสียภาษีเป็นรายนิติบุคคลที่ปรากฏในหลายประเทศ โดยจะกำหนดให้เป็นหนึ่งในทางเลือกของบริษัทในเครือในการเสียภาษี วิธีการนี้มีแนวความคิดที่เชื่อว่าบริษัทในเครือเดียวกันเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์หน่วยเดียวกัน ดังนั้น หากมีการทำธุรกรรมระหว่างกันก็ควรได้รับการยกเว้นภาษี และจะคิดภาษีก็ต่อเมื่อเป็นการทำธุรกรรมนอกกลุ่ม

วิธีการรวมกลุ่มกันเสียภาษีมักจะกำหนดสัดส่วนของการควบคุมบริษัทในเครือเดียวกันไว้ด้วย อัตราส่วนการควบคุมที่สูงกว่าอัตราส่วนของการพิจารณาเรื่องบริษัทในเครือเดียวกันเสมอ โดยการรวมกลุ่มกันเสียภาษีโดยบริษัทแม่เพียงบริษัทเดียวจะต้องไม่มีความแตกต่างจากการบริหารงานในรูปแบบของสาขามากนัก

แม้ว่าหลักการจัดเก็บภาษีอากรในประเทศไทยจะมีแนวคิดที่ว่าแต่ละบริษัทในเครือที่แยกต่างหากจากกันเป็นคนละนิติบุคคลอย่างชัดเจน แต่แนวความคิดที่เชื่อว่าบริษัทในเครือเดียวกันเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์หน่วยเดียวกันน่าจะนำมาปรับใช้กับหลักการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะจากการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือได้ โดยการกำหนดให้นิยามของคำว่า “บริษัทในเครือเดียวกัน” ต้องเป็นบริษัทที่มีสัดส่วนการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนระหว่างกันมากพอที่จะแสดงให้เห็นถึงอำนาจในการสั่งการ หรือมากจนถึงขนาดไม่อาจหลุดไปจากการครอบงำของบริษัทแม่จนถือเสมือนว่าเป็นนิติบุคคลรายเดียวกัน ซึ่งหากเข้าเกณฑ์ตามที่ได้กำหนดไว้ ดอกเบี้ยที่เกิดจากการให้กู้ยืมระหว่างบริษัทในเครือก็จะได้รับยกเว้นไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ แต่หากไม่เข้าเกณฑ์ดังกล่าว ก็ต้องถือว่าการให้กู้ยืมเงินระหว่างนิติบุคคลที่แยกจากกัน และต้องนำดอกเบี้ยที่เกิดจากการให้กู้ยืมนั้นมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะเช่นเดียวกับกรณีการให้กู้ยืมกับบริษัทนอกกลุ่ม

ดังนั้น หากกรมสรรพากรประสงค์จะยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ เนื่องจากเห็นว่าเป็นบริษัทในเครือที่มีส่วนได้เสียผูกพันกันทำให้ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ ตามเหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรต้องมีการแก้ไขสัดส่วนการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนกันระหว่างบริษัทในเครือให้มากกว่าร้อยละ 25 และต้องมากพอที่จะแสดงให้เห็นถึงอำนาจในการสั่งการ หรือมากจนถึงขนาดไม่อาจหลุดไปจากการครอบงำของบริษัทแม่จนถือเสมือนว่าเป็นนิติบุคคลรายเดียวกัน

(3) ปัญหาความไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัท

ลักษณะที่สำคัญของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท คือการแสวงหาผลกำไรจากการดำเนินกิจการนั้น ๆ ตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1012 แต่เมื่อพิจารณาไปถึงเหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 ซึ่งกำหนดให้ดอกเบี้ยที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้รับจากการให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงิน ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากการประกอบธุรกิจโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ในบางกรณีมิได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์นั้น จะเห็นได้ว่า เหตุผลดังกล่าวขัดกับหลักวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น เนื่องจากแม้ว่าจะเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือก็ตาม แต่บริษัทที่ให้บริษัทในเครือเดียวกันกู้ยืมเงินก็ยังได้รับผลตอบแทนเป็นดอกเบี้ยเงินกู้ยืมซึ่งถือเป็นกำไรจากการประกอบกิจการของบริษัทนั้นเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ หากบริษัทในเครือจะอ้างเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ในการช่วยเหลือกันทางธุรกิจ ด้วยเหตุที่ถือว่าบริษัทในเครือเป็นหน่วยทางเศรษฐศาสตร์เดียวกันเพื่อให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงินโดยไม่แสวงหาผลกำไรนั้น ธุรกรรมดังกล่าวก็อาจทำให้ผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้รับความเสียหายได้ ตามหลักผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุม (Duties of Dominant Shareholders) ที่ต้องมีหน้าที่ในการได้รับความไว้วางใจด้วย (Fiduciary duties) ดังนั้น หากการตัดสินใจใดที่ทำให้ผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมได้ประโยชน์แต่ฝ่ายเดียว และการได้รับประโยชน์นั้นเป็นการได้ประโยชน์จากค่าใช้จ่ายของผู้ถือหุ้นข้างน้อยด้วย การตัดสินใจดังกล่าวย่อมทำไม่ได้

ดังนั้น จึงไม่ควรยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่ดอกเบี้ยที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้รับจากการให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงิน เนื่องจากขัดกับหลักวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น และหากบริษัทในเครือที่กู้ยืมเงินกันไม่ใช่บริษัทที่บริษัทแม่เข้าถือหุ้นในบริษัทลูกทั้งหมด 100% แต่เป็นกรณีที่มีบริษัทแม่เป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก และมีผู้ถือหุ้นข้างน้อย การให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงินโดยมิได้มี

วัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรย่อมทำให้ผู้ถือหุ้นข้างน้อยได้รับความเสียหายจากการตัดสินใจดังกล่าว

(4) ปัญหาการส่งเสริมให้เกิดการลงทุนในหนี้อันขัดแย้งกับมาตรการป้องกันการใช้
ทุนต่ำ

โครงสร้างภาษีของประเทศไทยเอื้อต่อการลงทุนในรูปของหนี้ และเสมือนเป็นการลงโทษเจ้าของกิจการที่เลือกการลงทุนในรูปของทุน โดยอัตราภาษีที่แท้จริงของดอกเบี้ยเท่ากับร้อยละ 15 ในขณะที่อัตราภาษีที่แท้จริงของเงินปันผลเท่ากับร้อยละ 28 ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคทางภาษีอากร ดังนั้น หากรัฐประสงค์จะให้เกิดความเสมอภาคทางภาษีอากรขึ้นเพื่อไม่ให้เป็นการส่งเสริมการลงทุนทางใดทางหนึ่งมากเกินไป รัฐก็ควรจะทำให้อัตราภาษีที่แท้จริงของการลงทุนในรูปของหนี้ และทุนไม่แตกต่างกันมากเกินไป

สำหรับในประเทศไทย หากรัฐไม่สามารถปรับให้การลงทุนในรูปของหนี้และการลงทุนในรูปของทุนมีการเสียภาษีเท่ากันได้ รัฐก็ควรมีมาตรการอื่นเพิ่มเติมที่จะช่วยให้เกิดความเสมอภาคทางภาษีอากรมากขึ้น หนึ่งในมาตรการที่เห็นว่ามีส่วนช่วยทำให้เกิดความเสมอภาคทางภาษีอากรมากขึ้น คือ การยกเลิกการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ เนื่องจากหากรัฐมีการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือในอัตราร้อยละ 3.3 จะทำให้บริษัทในเครือที่ให้กู้ยืมเงินต้องนำดอกเบี้ยที่ได้รับจากการให้กู้ยืมเงินไปเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ อันเป็นการเพิ่มต้นทุนให้แก่การลงทุนในรูปของหนี้ ทำให้ส่วนต่างของการลงทุนทั้งสองประเภทลดน้อยลง

การยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือยังเป็นการส่งเสริมการลงทุนด้วยหนี้อันขัดกับหลักมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำ เนื่องจากเมื่อรัฐยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับกรณีดังกล่าว ย่อมเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่บริษัทในเครือในการกู้ยืมเงินระหว่างกัน ซึ่งนอกจากจะขัดต่อมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำแล้ว ยังเป็นการเพิ่มความเสี่ยงที่ทำให้เกิดการหลีกเลี่ยงภาษีโดยการถ่ายโอนกำไรระหว่างบริษัทในเครือด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ จะยิ่งเป็นการส่งเสริมให้อัตราภาษีที่แท้จริงของการลงทุนในรูปของหนี้และการลงทุนในรูปของทุนมีความแตกต่างกันอันขัดกับหลักความเสมอภาคทางภาษีอากร และยิ่งเป็นการส่งเสริมการลงทุนด้วยหนี้อันขัดกับหลักมาตรการป้องกันการใช้ทุนต่ำ

5.2 ข้อเสนอแนะ

(1) เสนอให้มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์” ให้ชัดเจนและแน่นอนมากขึ้น โดยอาจกำหนดในลักษณะของประกาศที่อธิบดีกรมสรรพากรกำหนด เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความดังกล่าว และความหมายของคำดังกล่าว จะต้องตั้งอยู่บนแนวทางที่ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัย กล่าวคือ (1) ต้องเป็นการประกอบกิจการในลักษณะที่ทำเป็นประจำหรือเป็นการประกอบธุรกิจ คือมีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งค้าหากำไร และ (2) การประกอบกิจการดังกล่าว ต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารพาณิชย์ และจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติ คือเป็นการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา ไม่ควรตีความให้กว้างเกินไปกว่านี้ โดยเฉพาะกรณีการให้กู้ยืมกันระหว่างบริษัทในเครือที่ควรพิจารณาตามแนวทางข้างต้นอย่างเคร่งครัด เพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษี

(2) เสนอให้ยกเลิกคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 ในส่วนที่กำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการรายอื่นที่ประกอบกิจการในลักษณะเดียวกัน แต่กลับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะเพียงเพราะมิได้เป็นบริษัทในเครือเดียวกัน

(3) หากกรมสรรพากรประสงค์จะยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่การกู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ เนื่องจากเห็นว่าเป็นบริษัทในเครือที่มีส่วนได้เสียผูกพันกันทำให้ไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ ตามเหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาว่า

ด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 571) พ.ศ. 2556 ผู้เขียนเสนอให้แก้ไข สัดส่วนการถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนกันระหว่างบริษัทในเครือให้มากกว่าร้อยละ 25 และต้องมากพอที่จะแสดงให้เห็นถึงอำนาจในการสั่งการ หรือมากจนถึงขนาดไม่อาจหลุดไปจากการครอบงำของ บริษัทแม่จนถือเสมือนว่าเป็นนิติบุคคลรายเดียวกัน

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กาญจนา นิมมานเหมินทร์. วิชาภาษีอากร. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาฯ, 2533.

การคลัง, กระทรวง. สำเนาหนังสือกระทรวงการคลัง ลับ ด่วนที่สุด ที่ กค 0726/ล 1861. 23 พฤศจิกายน 2555. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

การคลัง, กระทรวง. รายงานการประชุมฝ่ายกฎหมายการคลัง ครั้งที่ 1/2556. 18 มกราคม 2556. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. กลยุทธ์การวางแผนภาษี. กรุงเทพฯ: การเงินธนาคาร, 2538.

เกียรติศักดิ์ ว่องพานิช. ธุรกิจเสี่ยง เยี่ยงธนาคารพาณิชย์. สรรพากรสาส์น 51, 8 (สิงหาคม 2547): 14-27.

จันทิมา จันทรโคติกา. ปัญหาในการจัดเก็บภาษีการค้าในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, แผนกวิชาการบัญชี บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521.

ชุมพร เสนไสย. ภาษีธุรกิจเฉพาะ การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์. สรรพากรสาส์น 47, 4 (เมษายน 2543).

ธีระวุฒิ เต็มสิริวัฒนกุล. แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการจัดเก็บภาษีเงินได้ของนิติบุคคลในเครือเดียวกัน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท บัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

พาณิชย์, กระทรวง. กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. คำนิยาม “บริษัทในเครือ”. [ออนไลน์]. 2550.

แหล่งที่มา: https://www.dbd.go.th/download/foreign_law/howto/5_6.pdf. [19 เมษายน 2561].

ไพจิตร โจนนวนิช. คำอธิบายประมวลรัษฎากร ภาษีสรรพากร. เล่ม 2, กรุงเทพฯ: บริษัท สามเจริญพาณิชย์ (กรุงเทพ) จำกัด, 2561.

ไพจิตร โจนนวนิช. ภาษีสรรพากร. กรุงเทพฯ: ท.ส.น. สามเจริญพาณิชย์, 2530.

มงคล ขนาดนิต. การเสียภาษีสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์. สรรพากรสาส์น 51, 8 (สิงหาคม 2547): 53-70.

วรางคณา อำนวยเกียรติ. การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มกับบริการทางการเงิน. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551 .

ศรีสมัย เนตรมัย. ปัญหาการนำภาษีมูลค่าเพิ่มมาใช้ในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.

ศันลिया สิริทศ. ปัญหาการจัดเก็บภาษีเงินได้จากบริษัทโฮลดิ้งในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล. กฎหมายภาษีอากร. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: บริษัท ที.เค.เอส สยามเพรส
แมนเนจเม้นท์ จำกัด 2556.

ศุภวัชร มาลานนท์. เพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้น? [ออนไลน์]. 2562. แหล่งที่มา:
<https://www.kaohoon.com/content/313323>. [19 มกราคม 2563].

อริศรี โพธิสุธา. ปัญหาการเสียภาษีธุรกิจเฉพาะของกิจการธนาคาร. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, สาขากฎหมายภาษี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

ภาษาอังกฤษ

Australian Taxation Office. GST and financial supplies [online]. 2019. Available from: <https://www.ato.gov.au/Business/GST/In-detail/Your-industry/Financial-services-and-insurance/GST-and-financial-supplies/>. [2020, January 16]

Frizer, M and Klank, P. Tax Management International Forum. Bloomberg BNA 37, 2 (June 2016): 6-12.

Goddard, C. Tax Management International Forum. Bloomberg BNA 37, 2 (June 2016): 87-91.

HM Revenue & Customs. Exemption and partial exemption from VAT. [online]. 2018. Available from: <https://www.gov.uk/guidance/vat-exemption-and-partial-exemption>. [2020, January 8]

HM Revenue & Customs. Businesses and charging VAT. [online]. 2018. Available from: <https://www.gov.uk/vat-businesses/when-not-to-charge-vat>. [2020, January 8]

HM Revenue & Customs. Financial services and investments. [online]. 2018. Available from: <https://www.gov.uk/guidance/rates-of-vat-on-different-goods-and-services#financial-services-and-investments-insurance> [2020, January 8]

ภาคผนวก

คำสั่งกรมสรรพากร

ที่ ป. 26/2534

เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5(5) แห่ง ประมวลรัษฎากร

เพื่อให้เจ้าพนักงานสรรพากรถือเป็นแนวทางปฏิบัติตามประมวลรัษฎากรสำหรับดอกเบี้ยที่ต้องนำมา
รวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ สำหรับกิจการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตาม
มาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร กรมสรรพากร จึงมีคำสั่งดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ให้ยกเลิกคำสั่งกรมสรรพากร ที่ ป. 11/2528 เรื่อง ดอกเบี้ยตามประกาศการคำ 12 ชนิด 1
แห่งบัญชีอัตราภาษีการค้า

ข้อ 2 กรณีบริษัทในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงินกันเอง ไม่ว่าจะนำเงินของตนหรือนำเงินที่กู้ยืมจากบุคคล
อื่นมาให้กู้ยืมในระหว่างกันเอง และไม่ว่าจะคิดดอกเบี้ยในอัตราเท่าใดก็ตาม ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินใน
กรณีเช่นนี้ ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

คำว่า “บริษัทในเครือเดียวกัน” หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตั้งแต่สองนิติ
บุคคลขึ้นไปซึ่งมีความสัมพันธ์กันโดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลใดถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนอยู่ในบริษัทหรือห้าง
หุ้นส่วนนิติบุคคลอีกแห่งหนึ่งไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติ
บุคคลนั้นเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหกเดือนก่อนวันที่มีการกู้ยืม

ข้อ 3 กรณีที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนำเงินทุน เงินกู้ยืม เงินเพิ่มทุน หรือเงินอื่นที่เหลืออยู่ไป
ฝากธนาคารหรือซื้อตั๋วเงินของสถาบันการเงินอื่น โดยได้รับดอกเบี้ยตามอัตราปกติ กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าดอกเบี้ยนั้น
เป็นรายรับที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ แม้ว่าบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้นจะประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยง
ธนาคารพาณิชย์ก็ตาม

ข้อ 4 ความในข้อ 2 และข้อ 3 ไม่รวมถึงการประกอบกิจการตามมาตรา 91/2 (1) มาตรา 92/2 (2)
และมาตรา 91/2 (3) แห่งประมวลรัษฎากร เฉพาะการรับประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต

ข้อ 5 กรณีบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลมีระเบียบเกี่ยวกับเงินกองทุนสะสมพนักงาน หรือทุนอื่น
ใดเพื่อพนักงาน และบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้นำเงินกองทุนนี้ออกให้พนักงานที่เป็นสมาชิกกู้ยืมเป็น
สวัสดิการ โดยคิดดอกเบี้ยสำหรับเงินที่ให้กู้ยืมตามสมควร ไม่ต้องนำดอกเบี้ยนั้นมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสีย
ภาษีธุรกิจเฉพาะ

ข้อ 6 บรรดาข้อความที่ถูกยกเลิกโดยคำสั่งกรมสรรพากรนี้ให้ยังคงใช้บังคับต่อไป เฉพาะในการ
ปฏิบัติจัดเก็บภาษีการค้าที่ค้างอยู่หรือที่พึงชำระก่อนวันที่คำสั่งนี้ใช้บังคับ

สั่ง ณ วันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2534

บัณฑิต บุญยะปานะ

อธิบดีกรมสรรพากร

พระราชกฤษฎีกา
ออกตามความในประมวลรัษฎากร
ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ ๕๗๑)

พ.ศ. ๒๕๕๖

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.
ให้ไว้ วันที่ ๒๙ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๖
เป็นปีที่ ๖๘ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า โดยที่เป็นการสมควรกำหนดให้กิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วน นิติบุคคล บางกรณี เป็นกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๑๘๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา ๙๑/๓ (๗) แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ ๓๐) พ.ศ. ๒๕๓๔ อันเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา ๓๓ และมาตรา ๔๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นไว้ ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชกฤษฎีกานี้เรียกว่า “พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ ๕๗๑) พ.ศ. ๒๕๕๖”

มาตรา ๒ พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (๓๒) ของมาตรา ๓ แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ ๒๔๐) พ.ศ. ๒๕๓๔

“(๓๒) กิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามมาตรา ๙๑/๒ (๕) แห่งประมวลรัษฎากรของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ซึ่งมิได้ประกอบกิจการตามมาตรา ๙๑/๒ (๑) (๒) และ (๓) แห่งประมวลรัษฎากร สำหรับดอกเบี้ยที่ได้รับ เฉพาะกรณีดังต่อไปนี้

(ก) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงินกันเอง

“บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกัน” หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลจำนวนตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไป ซึ่งมีความสัมพันธ์กันโดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลใดถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนอยู่ในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลอีกแห่งหนึ่งไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้าของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียง ในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้น เป็นเวลาไม่น้อยกว่าหกเดือนก่อนวันที่มีการกู้ยืม โดยให้นับระยะเวลาของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเดิมอันได้ควบเข้ากันหรือบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเดิมผู้โอนกิจการทั้งหมดรวมด้วย

(ข) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลฝากเงินไว้กับสถาบันการเงินหรือซื้อตั๋วเงินที่ออกโดยสถาบันการเงินตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน โดยได้รับดอกเบี้ยตามอัตราปกติ
ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๕ เป็นต้นไป”

มาตรา ๔ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (๓๓) ของมาตรา ๓ แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ ๒๔๐)พ.ศ. ๒๕๓๔

“(๓๓) กิจการของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่มีระเบียบเกี่ยวกับเงินกองทุนสะสมพนักงานหรือทุนอื่นใดเพื่อพนักงาน สำหรับดอกเบี้ยที่ได้รับจากการนำเงินกองทุนหรือทุนอื่นใดออกให้พนักงานที่เป็นสมาชิกกู้ยืม ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๕ เป็นต้นไป”

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร

นายกรัฐมนตรี

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ คือ โดยที่การประกอบกิจการโดยปกติ เยี่ยงธนาคารพาณิชย์ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในบางกรณีได้มีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไร ในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ แต่เนื่องจากมาตรา ๙๑/๕ (๕) แห่งประมวลรัษฎากร กำหนดให้ดอกเบี้ย ที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้รับจากการให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงิน หรือจากการฝากเงินหรือซื้อตั๋วเงินที่ออกโดยสถาบันการเงิน หรือจากการให้พนักงานกู้ยืมเงินเพื่อเป็น สวัสดิการเป็นการประกอบกิจการโดยปกติ เยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เป็นเหตุให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ประกอบกิจการในลักษณะดังกล่าวมีภาระภาษีและต้นทุนทางการเงินที่สูงขึ้น เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษีดังกล่าวอันจะเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของบริษัทหรือ ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตามแผนพัฒนาตลาดทุนไทยและสนับสนุนการจัดสวัสดิการของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลให้แก่พนักงานซึ่งเป็นสมาชิกเงินกองทุนสะสมพนักงาน สมควรยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่ดอกเบี้ยที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้รับจากการให้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงิน หรือจากการนำเงินไปฝากหรือซื้อตั๋วเงินที่ออกโดยสถาบันการเงิน หรือจากการให้พนักงานกู้ยืมเงินเพื่อเป็นสวัสดิการ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกานี้

(ร.จ. ฉบับกฤษฎีกา เล่ม ๑๓๐ ตอนที่ ๑๒๓ ก วันที่ ๒๓ ธันวาคม ๒๕๕๖)