

การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในประเทศไทย



นางสาวหทัยรัตน์ ทองมาก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)

are the thesis authors' files submitted through the University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The Application of the Beneficial Ownership Concept under the Double Taxation  
Agreements in Thailand

Miss Hathairat Thongmak



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Finance and Tax Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2015

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาเพื่อการ
	เว้นการเก็บภาษีซ้อนในประเทศไทย
โดย	นางสาวหทัยรัตน์ ทองมาก
สาขาวิชา	กฎหมายการเงินและภาษีอากร
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม	ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. พล ธีรคุปต์

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ธิติพันธ์ุ เชื้อบุญชัย)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม  
(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. พล ธีรคุปต์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(ศาสตราจารย์พิเศษ พิภพ วีระพงษ์)



# # 5586211134 : MAJOR FINANCE AND TAX LAWS

KEYWORDS: BENEFICIAL OWNERSHIP / TREATY SHOPPING / ANTI AVOIDANCE

HATHAIRAT THONGMAK: The Application of the Beneficial Ownership Concept under the Double Taxation Agreements in Thailand. ADVISOR: PATANAPORN KOWPATANAKIT, Ph.D., CO-ADVISOR: PAUL THIRAKHUPT, Ph.D., 336 pp.

Beneficial ownership concept is one of the anti-treaty shopping measures, which was introduced to limit treaty benefits only to true beneficial owners of income. Since its first inclusion in OECD Model Tax Convention 1977, both OECD and UN Model Tax Conventions have limited the application of the beneficial ownership concept only to three types of income - dividends, interest and royalties – without extending its application to the others.

Most of the double taxation agreements (DTAs) Thailand have entered into have followed such models; only a few double taxation agreements apply the beneficial ownership concept to a few other types of income than such three. None of the double taxation agreements of Thailand apply such a concept to every type of income despite the fact that treaty shopping can occur in any incomes – just in different forms. This thesis is, therefore, aimed to analyze whether the fact that Thailand’s practice of applying such a concept to a few types of income results in inefficiency of the application of its double taxation agreements in the way that it lacks one of the available tools – the beneficial ownership concept - to counter situations where third country residents abusively take advantage of Thailand’s DTA network. The thesis is also aimed to study as to whether Thailand should consider extending the beneficial ownership concept to the other types of income to increase the efficiency of the application of its double taxation agreements and how the same should be implemented.

Field of Study: Finance and Tax Laws      Student's Signature .....

Academic Year: 2015      Advisor's Signature .....

Co-Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะไม่สำเร็จลุล่วงไปได้หากปราศจากความกรุณาจากดร. พัฒนพร โกวพัฒน์กิจ และ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. พล ชีรคุปต์ ที่ได้สละเวลาอันมีค่ามาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม และกรุณาให้คำปรึกษา ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะต่างๆ อันมีประโยชน์อย่างยิ่ง อีกทั้งช่วยชี้แนะแก้ไขเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสิ้น

นอกเหนือไปจากอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์และอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์แล้ว ขอกราบขอบพระคุณรศ. ธิตีพันธ์ เชื้อบุญชัย ประธานการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) พิภพ วีระพงษ์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ที่ได้ให้คำแนะนำและแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบพระคุณคุณสุทธิพร สายเชื้อเป็นอย่างยิ่งสำหรับคำแนะนำและความช่วยเหลืออันมีค่าในเรื่องรูปเล่มและขั้นตอนต่างๆ

ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่หลักสูตรและเจ้าหน้าที่ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สำหรับความช่วยเหลือและการอำนวยความสะดวกทั้งหมด

ผู้วิจัยขอขอบคุณสมาชิกในครอบครัวของมากทั้งคุณพ่อ คุณแม่ พี่สาวที่รักและเคารพ ยิ่ง รวมทั้งเพื่อนร่วมรุ่นสาขากฎหมายภาชีอักษร และเพื่อนร่วมงานทุกคนที่ผู้วิจัยไม่สามารถเอยนามได้ครบถ้วนสำหรับกำลังใจที่ให้เสมอมา

สุดท้ายนี้ ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้อ่านและช่วยส่งเสริมความก้าวหน้าทางด้านศึกษากฎหมายภาชีระหว่างประเทศของประเทศไทยได้บ้างไม่มากนัก

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ .....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	3
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	3
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย .....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
บทที่ 2 หลักการของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อน .....	5
2.1 หลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน .....	5
2.1.1 การทับซ้อนของอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี.....	5
2.1.2 การขจัดภาษีซ้อนด้วยอนุสัญญาภาษีซ้อน .....	6
2.1.2.1 ผลของอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อรัฐแหล่งเงินได้.....	7
2.1.2.2 ผลของอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อรัฐถิ่นที่อยู่.....	7
2.2 ประวัติความเป็นมาของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อน.....	8
2.2.1 ค.ศ. 1928 คำชี้แจงขององค์การสันนิบาตชาติ .....	9
2.2.2 ค.ศ. 1942 อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา .....	10
2.2.2.1 คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในกรณีของหุ้นของบริษัทลูก .....	11
2.2.2.2 คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในกรณีของนอมินี ตัวแทน และทรัสต์ .....	13

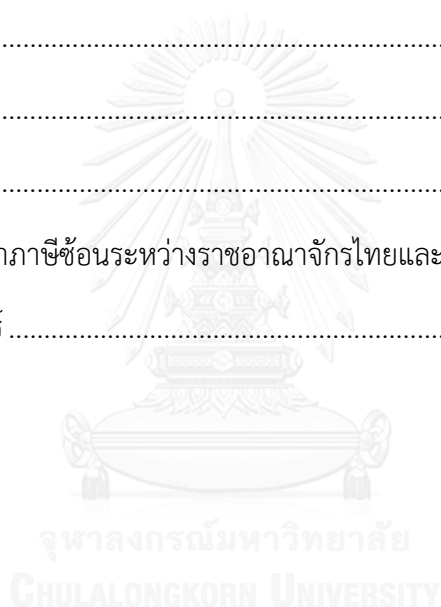
2.2.3 คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปี ค.ศ. 1977 .....	19
2.2.3.1 การทำงานของคณะทำงาน (Working Party) .....	19
2.2.3.2 คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปี ค.ศ.1977 .....	31
2.2.4 รายงาน OECD เรื่อง Double Taxation Convention and the Use of Conduit Companies ปี ค.ศ. 1986.....	32
2.2.5 รายงาน OECD เรื่อง Harmful Tax Competition ปี ค.ศ. 1998.....	34
2.2.6 รายงาน OECD เรื่อง Partnership Report ปี ค.ศ. 1999 .....	34
2.2.7 การแก้ไขคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ปี ค.ศ. 2003.....	36
2.2.8 รายงาน OECD เรื่องโครงการจัดการลงทุนและคำอธิบายเกี่ยวกับคุณลักษณะของ หลักเจ้าของผลประโยชน์ปี ค.ศ. 2010.....	38
2.2.9 Clarification of the Meaning of ‘Beneficial Owner’ in the OECD Model Tax Convention (Discussion Draft) ปี ค.ศ. 2011.....	40
2.2.10 OECD Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital ฉบับปี ค.ศ. 2014 .....	44
2.2.11 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting .....	46
2.3 หลักการและบทบัญญัติเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อน.....	50
2.3.1 หลักเจ้าของผลประโยชน์กับการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ ....	50
2.3.1.1 ความหมายของการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ .....	50
2.3.1.2 เหตุผลในการต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ .....	52
2.3.1.3 มาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ .....	54
2.3.1.4 ความสำคัญของหลักเจ้าของผลประโยชน์กับการป้องกันการเลือกใช้ อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ.....	62
2.3.2 หลักการและบทบัญญัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์ตามคำอธิบายอนุสัญญา ต้นแบบ .....	66



2.3.2.1 หลักการและบทบัญญัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์ตามคำอธิบาย อนุสัญญาต้นแบบของ OECD .....	68
2.3.2.2 หลักการและบทบัญญัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์ตามคำอธิบาย อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ.....	83
บทที่ 3 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนกับเงินได้ทุกประเภทของ ต่างประเทศ.....	94
3.1 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาต้นแบบ .....	94
3.1.1 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD.....	94
3.1.2 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การ สหประชาชาติ.....	95
3.2 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ของต่างประเทศ .....	100
3.2.1 ตัวอย่างการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแง่ของบทบัญญัติอนุสัญญาภาษี ซ้อน .....	100
3.2.1.1 จำแนกตามเนื้อหาและเงื่อนไขของข้อบทที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของ ผลประโยชน์.....	101
3.2.1.2 จำแนกตามประเภทเงินได้ที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้ .....	114
3.2.2 ตัวอย่างการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแง่การตีความของหน่วยจัดเก็บ ภาษีและศาล .....	118
3.2.2.1 สหราชอาณาจักร .....	118
3.2.2.2 ประเทศแคนาดา .....	130
3.2.2.3 ประเทศฝรั่งเศส.....	147
3.2.2.4 ประเทศอินเดีย .....	154
3.2.3 ตัวอย่างความเห็นต่อหลักเจ้าของผลประโยชน์ของนักวิชาการต่างประเทศ.....	168
3.2.3.1 นักวิชาการกลุ่มที่ปฏิเสธหลักเจ้าของผลประโยชน์.....	168
3.2.3.2 นักวิชาการกลุ่มที่ไม่ปฏิเสธหลักเจ้าของผลประโยชน์.....	176

3.2.4	สรุปภาพรวมการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ของต่างประเทศ.....	200
บทที่ 4	การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนกับเงินได้ทุกประเภทของประเทศไทย .....	202
4.1	การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทย .....	202
4.1.1	การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแง่ของบทบัญญัติอนุสัญญาภาษีซ้อน.....	206
4.1.1.1	การจัดเก็บภาษีเงินได้ของประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้บนเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ.....	206
4.1.1.2	ประเภทของเงินได้ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบังคับใช้.....	225
4.1.1.3	บทบัญญัติของข้อบทเงินได้ประเภทอื่นๆ ที่มีการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบังคับใช้.....	232
4.1.2	การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแง่การตีความของกรมสรรพากร.....	234
4.2	ความขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ .....	247
4.2.1	ปัญหาและสาเหตุของการขาดประสิทธิภาพในเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ .....	247
4.2.1.1	ตัวอย่างคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรในอดีต.....	248
4.2.1.2	ตัวอย่างสมมติ .....	256
4.2.2	การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ทุกประเภทกับการเพิ่มประสิทธิภาพการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อน .....	281
4.2.2.1	ข้อเสนอสนับสนุนการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ทุกประเภท .....	281
4.2.2.2	ข้อโต้แย้งการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ทุกประเภท .....	282
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	295
5.1	บทสรุป .....	295
5.1.1	หลักการของหลักเจ้าของผลประโยชน์.....	295

5.1.2 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในประเทศไทยในปัจจุบัน .....	298
5.1.3 ความขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนกับหลักเจ้าของ ผลประโยชน์.....	299
5.1.3.1 ปัญหาและสาเหตุของการขาดประสิทธิภาพในเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ .....	299
5.1.3.2 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ทุกประเภทกับการเพิ่ม ประสิทธิภาพการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อน .....	300
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	302
รายการอ้างอิง .....	304
ภาคผนวก.....	316
ภาคผนวก ก อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐมอริเชียส .....	317
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	336



## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในยุคปัจจุบัน การทำธุรกรรมระหว่างประเทศเกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง แพร่หลาย และเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว พัฒนาการของการวางแผนภาษีเพื่อลดต้นทุนทางทำธุรกิจจึงมีมากและทวีความซับซ้อนขึ้นตามลำดับ แต่การวางโครงสร้างภาษีอากรบางสถานการณ์กลับเป็นการใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นสาเหตุหลักสาเหตุหนึ่งของการกร่อนของฐานภาษีและการโยกย้ายกำไร (Base Erosion and Profit Shifting) อันทำให้ภาครัฐจัดเก็บภาษีได้น้อยลงและสูญเสียรายได้จากภาษีที่ควรพึงเก็บได้เป็นจำนวนมาก

การที่แต่ละประเทศใช้หลักการจัดเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้และหลักถิ่นที่อยู่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายภายในของตนอาจก่อให้เกิดการทับซ้อนของอำนาจรัฐ (overlapping jurisdiction) ในการจัดเก็บภาษีอากร ดังนั้น ประเทศที่มีอำนาจจัดเก็บภาษีทับซ้อนกันนั้นจึงร่วมกันจัดทำอนุสัญญาเพื่อการเว้นการจัดเก็บภาษีซ้อน (“อนุสัญญาภาษีซ้อน”) ขึ้นเพื่อขจัดปัญหาการจัดเก็บภาษีที่ซ้ำซ้อนที่เกิดขึ้นนั้น อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่บางประเทศหรือรัฐอาจมิได้เข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศอื่นๆ เลยหรืออาจมีการทำอนุสัญญาภาษีซ้อนบ้างแต่จำนวนไม่มากนัก (มีโครงข่ายอนุสัญญาภาษีซ้อนที่แคบ) และอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศต่างๆ ได้ตกลงกันก็มีได้ให้สิทธิประโยชน์เท่าเทียมกันทุกอนุสัญญาเพราะเกิดจากการเจรจาระหว่างประเทศคู่สัญญา ดังนั้น จึงเกิดแรงจูงใจในการหลบหลีกภาษีอากรระหว่างประเทศด้วยการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ขึ้น ประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ก็เช่นกันที่ต้องเผชิญกับปัญหาการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบอันเกิดจากการที่ประเทศที่สามที่ไม่ได้ทำอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทยเข้ามาใช้ประโยชน์จากโครงข่ายอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เรามีอยู่อย่างไม่ถูกต้อง อันส่งผลให้ประเทศไทยเก็บภาษีได้ลดลง

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในอนุสัญญาต้นแบบ (Model Tax Convention) ไม่ว่าจะเป็นขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)) หรือองค์การสหประชาชาติ และอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ได้ตกลงกันแล้วระหว่างประเทศคู่สัญญาหลายฉบับจึงได้บรรจุมาตรการหลายมาตรการเพื่อป้องกันการกระทำดังกล่าวซึ่งมาตรการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งมีประวัติการใช้มาอย่างยาวนานและยังคงใช้กันแพร่หลายก็คือ การนำหลักเจ้าของผลประโยชน์หรือข้อจำกัดเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ (Beneficial Owner Limitation) มาปรับใช้ โดยบัญญัติให้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนในเงินได้บางประเภทซึ่งโดยส่วนใหญ่

คือเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ (ปกติคือข้อ 10, 11 และ 12 ของอนุสัญญาตามลำดับ) ให้จำกัดอยู่เพียงเจ้าของผลประโยชน์ (beneficial owner) ที่แท้จริงเท่านั้น

จากข้างต้นจะพบว่าอนุสัญญาต้นแบบแนะนำมาโดยตลอดว่าให้นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาปรับใช้ในขอบทของเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิเท่านั้นโดยไม่ได้ให้นำมาใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ\* แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติจริงแล้ว หลักเจ้าของผลประโยชน์มีพัฒนาการในด้านขอบเขตของประเภทเงินได้ขึ้นมาตามลำดับ กล่าวคือ บางประเทศได้ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ ด้วยโดยวิธีการที่หลากหลายแตกต่างกัน เช่น โดยการขยายหลักดังกล่าวมาบรรจุไว้ในขอบทของเงินได้ประเภทอื่นๆ โดยเฉพาะเจาะจงในขอบทนั้น โดยการออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์หรือคำสั่งระดับภายในประเทศ เป็นต้น ซึ่งทำให้อนุสัญญาภาษีซ้อนเหล่านี้มีเครื่องมือในการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในเงินได้เหล่านั้นมากกว่าอนุสัญญาต้นแบบโดยผ่านหลักเจ้าของผลประโยชน์

เมื่อย้อนกลับมาวิเคราะห์ในส่วนของประเทศไทย จะสังเกตได้ว่าปัจจุบันประเทศไทยมีแนวทางในการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแง่ของบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เกี่ยวข้องหลักดังกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

- (1) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ไม่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในเงินได้ประเภทใดๆ แต่ยังคงใช้คำว่า “ผู้รับ” (recipient) ในเงินได้ทุกประเภทรวมทั้งเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิด้วย
- (2) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์เฉพาะขอบทเกี่ยวกับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิเท่านั้น
- (3) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในเงินได้ประเภทอื่นๆ

นอกจากเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ

จากข้างต้น จะเห็นได้ว่ามีอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยเพียงบางฉบับเท่านั้นที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ นอกจากนี้การขยายหลักดังกล่าวออกไปยังเป็นการขยายไปใช้ในเงินได้บางประเภทเท่านั้น ไม่ได้นำไปใช้กับเงินได้ทุกประเภท อันอาจทำให้การบังคับใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยขาดประสิทธิภาพในการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าหากประเทศไทยขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้ในเงินได้ทุกประเภทก็อาจช่วยลดปัญหาการ

---

\*เพื่อป้องกันการสับสน ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คำว่า “เงินได้ประเภทอื่นๆ” ใช้ในบริบทที่หมายถึงความถึงประเภทของเงินได้ที่นอกเหนือไปจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ อันต่างจากคำว่า “เงินได้อื่นๆ” (Other Income) ซึ่งหมายถึงเงินได้ที่ไม่ได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งในอนุสัญญาภาษีซ้อนอันเป็นประเภทหนึ่งของเงินได้ตามบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อน

เลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในเงินได้ประเภทอื่นๆ ในกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐแหล่งเงินได้ ที่อาจต้องสละสิทธิในการจัดเก็บภาษีหรือต้องลดอัตราภาษี

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงทำการศึกษาประวัติความเป็นมา หลักการของหลักเจ้าของผลประโยชน์ และแนวทางในการขยายการบังคับใช้หลักดังกล่าวไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ ขององค์การเพื่อความ ร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนาและองค์การสหประชาชาติ และของประเทศต่างๆ เพื่อนำมา วิเคราะห์ความเหมาะสม ความเป็นไปได้ ตลอดจนแนวทางสำหรับประเทศไทยในการพิจารณาขยาย ขอบเขตการบังคับใช้หลักดังกล่าวไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกเหนือจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่า สิทธิ

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัญหาการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่เกิดขึ้นในเงินได้ที่ทบัญญัติ อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยไม่ได้นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้ และศึกษาว่าการ เลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบดังกล่าวอันเป็นสิ่งที่สะท้อนถึงความขาดประสิทธิภาพของการ บังคับใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยนั้นเกิดจากการที่อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทย ไม่ได้นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้กับเงินได้ทุกประเภทหรือไม่ ซึ่งการศึกษาจะครอบคลุม ถึงการศึกษาประวัติความเป็นมา พัฒนาการ วัตถุประสงค์ และหลักการพื้นฐานของหลักดังกล่าว ตลอดจนแนวทางและปัญหาการตีความและการบังคับใช้ รวมทั้งแนวทางการขยายการบังคับใช้หลัก เจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ ของต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการวิเคราะห์ ความสัมพันธ์ทางเหตุและผลระหว่างความขาดประสิทธิภาพของการบังคับใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนกับ หลักเจ้าของผลประโยชน์ ความเหมาะสมและความเป็นไปได้ตลอดจนแนวทางการบังคับใช้หลัก เจ้าของผลประโยชน์กับเงินได้ประเภทอื่นๆ ให้ครบทุกประเภทเงินได้ของประเทศไทย

## 1.3 สมมติฐานของการวิจัย

การที่ประเทศไทยไม่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้บังคับกับเงินได้ทุกประเภทตาม อนุสัญญาภาษีซ้อนทำให้การบังคับใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนขาดประสิทธิภาพ

## 1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ผู้วิจัยจะทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงประวัติความเป็นมา วัตถุประสงค์ ความคิดเบื้องหลัง และ หลักการทั่วไปของหลักเจ้าของผลประโยชน์ แนวทางการตีความหลักดังกล่าวของต่างประเทศ รวมถึง ความเห็นของนักวิชาการและแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศในการขยายการบังคับใช้หลักเจ้าของ ผลประโยชน์ไปยังเงินได้อื่นๆ นอกเหนือจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ โดยศึกษาจากทั้ง คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบขององค์การเพื่อความ ร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา

(Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)) และองค์การสหประชาชาติ รวมไปถึงถ้อยคำในอนุสัญญาภาษีซ้อนและการตีความของหน่วยจัดเก็บภาษีและศาลประเทศต่างๆ และนำมาเปรียบเทียบกับการบังคับใช้ของประเทศไทย เพื่อศึกษาถึงความเหมาะสมความเป็นไปได้และแนวทางที่ประเทศไทยจะพิจารณาขยายการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ ทุกประเภทตลอดจนผลกระทบที่อาจเกิดจากการเปลี่ยนแปลงแนวทางในเรื่องดังกล่าว

### 1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารตำราภาษีอากรทั้งภาษาไทยและต่างประเทศ การตีความข้อบทที่เกี่ยวข้องของอนุสัญญาภาษีซ้อนของต่างประเทศ คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)) และองค์การสหประชาชาติ ตลอดจนศึกษาความเหมาะสมและแนวทางในการขยายการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ เมื่อรวบรวมและเรียบเรียงแล้วจึงวิเคราะห์ พร้อมทั้งเสนอความคิดเห็นและข้อเสนอแนะสำหรับประเทศไทยในการพิจารณาขยายการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ ทุกประเภท

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- ได้ทราบโดยละเอียดถึงหลักการ ประวัติความเป็นมา พัฒนาการ และหลักการของหลักเจ้าของผลประโยชน์
- ได้ทราบถึงแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศในการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ และการตีความคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์”
- ได้ทราบถึงแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศในการขยายการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกเหนือจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ
- ได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้และความเหมาะสมในการขยายการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ ของประเทศไทยโดยเปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ เพื่อนำเสนอความเหมาะสมและแนวทางการขยายการบังคับใช้หลักดังกล่าว

## บทที่ 2

### หลักการของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อน

หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นหลักการหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน (หรือ “อนุสัญญาภาษีซ้อน” หรือ “อนุสัญญา”) มาเป็นระยะเวลาาน ผู้วิจัยเห็นว่าการศึกษาวิเคราะห์หลักดังกล่าวได้อย่างถ่องแท้ นั้น เราควรจะได้ทราบถึงหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน รวมถึงประวัติความเป็นมา วัตถุประสงค์ตลอดจนหลักการทั่วไปของหลักเจ้าของผลประโยชน์ นั้น ดังนั้น ในบทที่ 2 นี้ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อนสั้นๆ ในข้อ 2.1 และจะได้ลงรายละเอียดของหลักเจ้าของผลประโยชน์โดยเริ่มจากประวัติความเป็นมาของหลักดังกล่าวโดยเรียงลำดับการบรรยายตามเวลาของพัฒนาการในข้อ 2.2 และจะได้กล่าวถึงหลักการพื้นฐานของหลักดังกล่าวในข้อ 2.3

#### 2.1 หลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน

##### 2.1.1 การทับซ้อนของอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี

ในการทำธุรกรรมระหว่างประเทศย่อมจะมีปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นอันเป็นภาระแก่ผู้เสียภาษีก็คือ การที่เงินได้จำนวนเดียวกันและบุคคลเดียวกันถูกจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนโดยรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ หรือที่เรียกว่าเกิดความซ้ำซ้อนเชิงอำนาจรัฐหรือการทับซ้อนของอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี (overlapping jurisdiction to tax)

โดยทั่วไปแล้ว ความซ้ำซ้อนเชิงอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษีนั้นเกิดจากการที่รัฐมากกว่าหนึ่งรัฐต่างก็มีอำนาจจัดเก็บภาษีจากเงินได้ก้อนเดียวกันโดยอาศัยหลักเกณฑ์รูปแบบใดรูปแบบหนึ่งซึ่งอาจแตกต่างกัน ได้แก่ (1) การเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้ (Source Principle) และ (2) การเก็บภาษีตามหลักถิ่นที่อยู่ (Residence Principle) (3) หลักสัญชาติหรือหลักความเป็นพลเมือง (Citizenship Principle)<sup>1</sup> อันพอสรุปคร่าวๆ ได้ดังนี้

##### (1) การจัดเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้ (Source Principle)<sup>2</sup>

การจัดเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้เป็นหลักที่พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกิจกรรมที่ก่อให้เกิดเงินได้กับประเทศที่เก็บภาษีว่า เงินได้เกิดในรัฐใด รัฐนั้นย่อมมีอำนาจจัดเก็บภาษีบนเงินได้

---

<sup>1</sup> ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสกลิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: ขอนพิมพ์ 50, 2554), หน้า 305.

<sup>2</sup> พล ธีรคุปต์, สารพันปัญหาภาษีระหว่างประเทศ เล่ม 4, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 4.



นั้นโดยที่ไม่คำนึงว่าผู้มีเงินได้จะมีสัญชาติไทยหรือเป็นคนต่างประเทศ ซึ่งหลักแหล่งเงินได้จะไม่ได้ให้อำนาจรัฐแหล่งเงินได้เก็บภาษีนอกอาณาเขตประเทศตน

### (2) การเก็บภาษีตามหลักถิ่นที่อยู่ (Residence Principle)<sup>3</sup>

การจัดเก็บภาษีตามหลักถิ่นที่อยู่เป็นหลักที่พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างที่ผู้มีเงินได้กับรัฐที่เก็บภาษีว่า ผู้มีเงินได้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศใด ประเทศนั้นย่อมเก็บภาษีจากผู้มีเงินได้นั้นได้ หลักถิ่นที่อยู่จึงให้อำนาจรัฐถิ่นที่อยู่เก็บภาษีจากเงินได้ไม่ว่าเงินได้นั้นจะเกิดในประเทศใดอันรวมถึงเงินได้ที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขตรัฐถิ่นที่อยู่ด้วย (World Wide Income)

### (3) การเก็บภาษีตามหลักสัญชาติหรือหลักความเป็นพลเมือง (Citizenship Principle)<sup>4</sup>

การเก็บภาษีตามหลักสัญชาติหรือหลักความเป็นพลเมืองเป็นหลักที่ประเทศเจ้าของพลเมืองของตนจะเก็บภาษีจากพลเมืองของตนโดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะมีเงินได้ที่เกิดขึ้นในประเทศตนหรือไม่ (หลักแหล่งเงินได้) และจะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้นหรือไม่ (หลักถิ่นที่อยู่)\*

#### 2.1.2 การจัดภาษีซ้อนด้วยอนุสัญญาภาษีซ้อน

จากข้างต้นเราย่อมจะเห็นได้ว่า ระบบการจัดเก็บภาษีเงินได้ที่แต่ละประเทศใช้นั้นย่อมก่อให้เกิดการทับซ้อนของอำนาจรัฐในการจัดเก็บภาษี (Overlapping Jurisdiction) อันนำมาซึ่งการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนได้ ซึ่งการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนดังกล่าวแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี กล่าวคือ ความซ้ำซ้อนระหว่างหลักแหล่งเงินได้และหลักถิ่นที่อยู่ (Source/Residence Conflicts) ความซ้ำซ้อนระหว่างหลักแหล่งเงินได้ด้วยตนเอง (Source/Source Conflicts)<sup>5</sup> ความซ้ำซ้อนระหว่างหลักถิ่นที่อยู่ด้วยตนเอง (Residence/Residence Conflicts) ดังนั้น ประเทศต่างๆ จึงได้หามาตรการแก้ไขความซ้ำซ้อนของการจัดเก็บภาษีระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งวิธีการหนึ่งในการจัดความซ้ำซ้อนก็คือการจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อนซึ่งถือเป็นวิธีการจัดความซ้ำซ้อนสองฝ่าย

เมื่อประเทศหนึ่งๆ เข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อนแล้ว อนุสัญญาภาษีซ้อนจะไม่กำหนดว่ารายการเงินได้ประเภทใดจะต้องเสียภาษีเท่าใดแต่จะระบุว่าเงินได้ประเภทนั้นๆ รัฐแหล่งเงินได้หรือรัฐถิ่นที่อยู่ของผู้รับเงินได้จะได้รับสิทธิเก็บภาษี โดยถ้ารัฐใดได้รับสิทธิในการเก็บภาษี ผู้มีเงินได้จะต้อง

<sup>3</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

<sup>4</sup>ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสถิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, หน้า 305.

\*เพื่อการทําวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยจะได้เน้นไปที่การจัดเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้และหลักถิ่นที่อยู่ และความซ้ำซ้อนที่เกิดจากทั้งสองหลักเท่านั้น

<sup>5</sup>พล ธีรคุปต์, สารพันปัญหาภาษีระหว่างประเทศ, หน้า 11-13.

เสียภาษีตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น<sup>6</sup> ทั้งนี้ เมื่อประเทศได้เข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อนแล้ว อนุสัญญาดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อประเทศหรือรัฐคู่สัญญาดังนี้<sup>7</sup>

### 2.1.2.1 ผลของอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อรัฐแหล่งเงินได้

ดังที่กล่าวข้างต้น การเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้นั้นกำหนดหลักการให้ประเทศที่เงินได้เกิดขึ้นมีสิทธิเก็บภาษีจากเงินได้ที่นั้นได้เต็มจำนวนตามกฎหมายภายในของตน แต่เมื่อมีการทำอนุสัญญาภาษีซ้อนแล้ว รัฐแหล่งเงินได้อาจมีหน้าที่ภายใต้อนุสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งใน 3 กรณีซึ่งขึ้นอยู่กับภาระระหว่างรัฐคู่สัญญาและความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีเงินได้กับรัฐแหล่งเงินได้ดังต่อไปนี้

#### (1) รัฐแหล่งเงินได้ยังคงเก็บภาษีเต็มที่

กรณีนี้เป็นกรณีที่แม้ว่ารัฐคู่สัญญาจะเข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อกัน แต่รัฐแหล่งเงินได้ก็ยังคงรักษาสหสิทธิเก็บภาษีอย่างเต็มที่เช่นเดิม โดยเงินได้ที่เข้าข่ายซ้อนนี้มักเป็นกรณีที่ผู้มีเงินได้มีความสัมพันธ์กับรัฐแหล่งเงินได้สูง

#### (2) รัฐแหล่งเงินได้ลดภาษี

โดยปกติแล้วการเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้จะเก็บตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น แต่ในบางประเภทเงินได้ รัฐแหล่งเงินได้ยังคงเก็บภาษีตามกฎหมายของตนแต่ตกลงภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนที่จะยินยอมที่จะลดอำนาจจัดเก็บภาษีจากเงินได้ที่ผู้มีเงินได้ก่อให้เกิดขึ้นในประเทศตนให้ต่ำกว่าอัตราที่กฎหมายภายในกำหนดไว้

#### (3) รัฐแหล่งเงินได้ยกเว้นภาษี

ในการเข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อน รัฐแหล่งเงินได้อาจตกลงยกเว้นภาษีบนเงินได้ที่เกิดขึ้นในประเทศตนในบางกรณีซึ่งอาจมีเหตุผลมาจากการที่ผู้มีเงินได้มีความผูกพันกับรัฐแหล่งเงินได้ในระดับต่ำหรือมาจากการเจรจาแลกเปลี่ยนกันระหว่างรัฐคู่สัญญา

### 2.1.2.2 ผลของอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อรัฐถิ่นที่อยู่

ผลกระทบของอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อประเทศถิ่นที่อยู่มี 2 กรณีดังนี้

#### (1) ประเทศถิ่นที่อยู่ให้เครดิตภาษี

กรณีที่รัฐถิ่นที่อยู่ให้เครดิตภาษี คือ กรณีที่รัฐถิ่นที่อยู่ยอมให้ผู้เสียภาษีนำภาษีที่ตนเสียไว้ในรัฐแหล่งเงินได้มาหักออกหรือเครดิตออกจากภาษีที่ต้องเสียในรัฐถิ่นที่อยู่สำหรับเงินได้จำนวนเดียวกับที่ตนเสียไปแล้ว โดยวิธีการที่ใช้ในการให้เครดิตภาษีอาจเป็น การให้เครดิตภาษีแบบ

<sup>6</sup>ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสถิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, หน้า 310.

<sup>7</sup>พล ธีรคุปต์, สารพันปัญหาภาษีระหว่างประเทศ เล่ม 4, หน้า 19-25.

ธรรมดา (Ordinary Credit) ซึ่งคือการที่รัฐถิ่นที่อยู่ยอมให้มีเครดิตภาษีเฉพาะจำนวนภาษีที่ไม่เกินกว่า ภาษีในรัฐถิ่นที่อยู่ หรืออาจเป็นการให้เครดิตภาษีแบบไม่มีเงื่อนไข

## (2.2) รัฐถิ่นที่อยู่ยกเว้นภาษี

กรณีที่รัฐถิ่นที่อยู่ยกเว้นภาษี คือการที่ประเทศถิ่นที่อยู่ยกเว้นภาษีบนเงินได้ที่ผู้เสียภาษีได้เสียไปแล้วในรัฐแหล่งเงินได้ซึ่งส่งผลให้ผู้เสียภาษีต้องเสียภาษีบนเงินได้นั้นในรัฐแหล่งเงินได้เท่านั้น โดยวิธีการยกเว้นภาษีมียู่ 2 วิธีคือ (ก) การยกเว้นภาษีแบบธรรมดาซึ่งคือการที่ผู้มีเงินได้ไม่ต้องนำเงินได้ที่ได้เสียภาษีในรัฐแหล่งเงินได้มารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีในรัฐถิ่นที่อยู่อีกทั้งจำนวนโดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น และ (ข) การยกเว้นภาษีแบบก้าวหน้าซึ่งคือการที่รัฐถิ่นที่อยู่กำหนดให้ผู้เสียภาษีนำเงินได้ที่เกิดขึ้นในรัฐแหล่งเงินได้ที่จะได้รับการยกเว้นภาษีมารวมกับเงินได้อื่นๆ เพื่อคำนวณการเสียภาษีในประเทศถิ่นที่อยู่ เพื่อพิจารณาอัตราภาษีที่แท้จริงที่ผู้มีเงินได้ควรจะต้องเสีย (เมื่อรวมเงินได้ที่จะได้ยกเว้นภาษีแล้ว) เสียก่อน ครั้นเมื่อทราบอัตราภาษีที่แท้จริงแล้ว ผู้มีเงินได้จะต้องคำนวณภาษีบนเงินได้อื่นๆ (โดยไม่รวมเงินได้ที่จะได้รับการยกเว้น) จากอัตราที่แท้จริงนั้น

## 2.2 ประวัติความเป็นมาของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อน<sup>8</sup>

เมื่อเรากล่าวถึงจุดเริ่มต้นของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในบริบทภาษีระหว่างประเทศแล้ว คนส่วนใหญ่มักจะเข้าใจว่าหลักดังกล่าวเริ่มมีปรากฏในอนุสัญญาภาษีซ้อนตั้งแต่ปี ค.ศ. 1966 แต่ในความเป็นจริง หากเราได้ศึกษาถลกลงไปแล้ว ความคิดริเริ่มในการที่จะนำหลักดังกล่าวหรือหลักที่คล้ายคลึงกันมาใช้เริ่มมีขึ้นก่อนหน้านั้น และในช่วงเวลากว่าเกือบห้าสิบปีที่ผ่านมาก็ได้มีพัฒนาการมาอย่างต่อเนื่องเป็นลำดับ ซึ่งในช่วงแรกๆ ที่มีการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ นั้น เข้าใจว่าน่าจะมีนโยบายหลายนโยบายที่เป็นแรงจูงใจที่นำไปสู่การคิดค้นและการนำหลักดังกล่าวมาใช้ อันรวมถึงข้อเท็จจริงที่ว่ามีการวางโครงสร้างธุรกรรมให้มีนอมินี (nominee) เป็นผู้รับเงินได้แทนเจ้าของที่แท้จริง<sup>9</sup> ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจในประวัติความเป็นมาของหลักเจ้าของผลประโยชน์ได้อย่างง่ายดาย ผู้วิจัยจึงขอสรุปประวัติของหลักเจ้าของประโยชน์ตามลำดับเหตุการณ์ครั้งสำคัญๆ ดังต่อไปนี้

<sup>8</sup>Elena Kryzhanovskaya, "The beneficial owner concept in civil law countries. Scandinavian perspective," (Master thesis, Department of Business Law, Lund University, 2012), pp. 7-12.

<sup>9</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in *Beneficial ownership: Recent trends*, eds. Michael Lang et al. (Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013), p. 267.

## 2.2.1 ค.ศ. 1928 คำชี้แจงขององค์การสันนิบาตชาติ<sup>10</sup>

ประวัติในหลักการหรือแนวคิดที่มีความคล้ายคลึงกับหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นย้อนไปตั้งแต่ปี ค.ศ. 1928 ทั้งนี้ แม้ว่องค์การสันนิบาตชาติ (League of Nations) ในอดีตนั้นไม่ได้ใช้คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) ในงานเผยแพร่ขององค์การโดยตรง แต่เรื่องที่ย่องค์การสันนิบาตชาติยกขึ้นมาพิจารณาบางเรื่องนั้นนำไปสู่ประเด็นที่คล้ายคลึงกันกับในประเด็นของหลักเจ้าของผลประโยชน์ กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1928 องค์การสันนิบาตชาติได้ยกคำถาม 3 ข้อขึ้นมาเพื่อทำการศึกษาและพิจารณาต่อไปในอนาคต กล่าวคือ (ก) มาตรการที่จะนำมาใช้ในการหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีซ้ำซ้อนจากเงินได้ที่เกิดจากสิทธิบัตรและสิทธิของผู้ประพันธ์ (ข) กฎเกณฑ์ในการจัดสรรกำไรหรือทุนของวิสาหกิจการค้าหรืออุตสาหกรรมที่ประกอบวิสาหกิจในหลายประเทศ (ค) มาตรการในการหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีซ้ำซ้อนในทรัสต์และบริษัทที่ถือหลักทรัพย์ที่ถ่ายโอนได้ง่ายเป็นจำนวนมาก

### 2.2.1.1 ค.ศ. 1930 คำว่า “ผู้รับผลประโยชน์” ในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา ทุนประเภทสังหาริมทรัพย์ และเงินบำนาญในอนุสัญญาซึ่งต้นฉบับไม่ใช่ภาษาอังกฤษ

คำถามแรก (ข้อ ก)) เรื่องมาตรการที่จะนำมาใช้ในการหลีกเลี่ยงการเก็บภาษีซ้ำซ้อนจากเงินได้ที่เกิดจากสิทธิบัตรและสิทธิของผู้ประพันธ์ ได้กลายมาเป็นงานเผยแพร่ในปี ค.ศ. 1930 ซึ่งได้รายงานว่ ในหลายๆ ครั้ง การจ่ายค่าสิทธินั้นเป็นการจ่ายให้แก่สมาคมผู้ทำหน้าที่เรียกเก็บค่าสิทธิในฐานะนอมินี (nominee) ของเจ้าของลิขสิทธิ์ที่แท้จริง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า คำว่า “ผู้รับผลประโยชน์” หรือ “beneficiaries” ได้มีปรากฏขึ้นในบริบทดังกล่าว คณะกรรมการขององค์การสันนิบาตชาติจึงได้ส่งแบบสอบถามเวียนซึ่งรวมถึงคำถามที่เกี่ยวกับระบบภาษีที่ใช้บังคับกับสิทธิของผู้ประพันธ์ ซึ่งก็ได้มีหลายประเทศที่ตอบแบบสอบถามนี้ไปซึ่งรวมถึงตัวอย่างของประเทศต่อไปนี้

(ก) ประเทศฝรั่งเศสตอบแบบสอบถามว่า “เงินได้ที่เรียกเก็บโดยบริษัทหรือหน่วยอื่นๆ นั้น ภาษีจะเก็บจากผู้รับผลประโยชน์ (beneficiaries) ในฐานะเป็นกำไรจากอาชีพที่ไม่ใช่อาชีพการค้า”

(ข) ประเทศแคนาดาตอบแบบสอบถามว่า “ในขณะที่ตัวแทน (ทรัสต์) หรือบริษัทที่เรียกเก็บเงินได้ต้องเป็นผู้ยื่นภาษี แต่บุคคลที่ตัวแทน (ทรัสต์) หรือบริษัทดังกล่าวเรียกเก็บเงินได้แทนเป็นผู้เสียภาษี”

คำว่า “ผู้รับผลประโยชน์” (beneficiaries) ที่อธิบายถึงบุคคลที่เป็นเจ้าของเงินได้นั้นมีการหยิบยกขึ้นมาใช้ในร่างขององค์การสันนิบาตชาติเพื่อจัดทำอนุสัญญาหลายฝ่ายที่จะทำขึ้นในปี ค.ศ. 1931 ในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา (เป็นร่างขององค์การสันนิบาตชาติฉบับแรกที่กล่าวถึงทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะ) อย่างไรก็ตาม อนุสัญญานั้นก็ได้มีการสานต่อ

<sup>10</sup>Ibid., pp. 268-271.

ในช่วงเวลาดังกล่าวนี้เอง อนุสัญญาซึ่งต้นฉบับไม่ใช่ภาษาอังกฤษหลายฉบับเริ่มมีการใช้คำศัพท์ที่แปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “beneficiaries” (ผู้รับผลประโยชน์) ในข้อบทเงินได้ประเภททุนประเภทสังหาริมทรัพย์ เงินปี และเงินบำนาญ ทรัพย์สินทางปัญญาและเงินได้อื่นๆ ซึ่งประเทศที่ใช้คำดังกล่าวนี้สม่ำเสมอมากที่สุดคือประเทศฝรั่งเศสและฮังการี ทั้งนี้ เป็นที่ชัดเจนอย่างน้อยในงานขององค์การสันนิบาตชาติเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาว่าประเทศทั้งหลายได้มองผ่าน (look through) หน่วยหรือองค์กรที่ทำหน้าที่เรียกเก็บเงินได้ไปยังเจ้าของเงินได้ที่แท้จริง (ผู้ประพันธ์) เพื่อประโยชน์ในการเก็บภาษีจากค่าสิทธิเพื่อที่จะเก็บภาษีจากเจ้าของเงินได้ที่แท้จริงดังกล่าว อนึ่ง คำว่า “beneficiaries” (ผู้รับผลประโยชน์) ยังได้มีปรากฏประปรายในเอกสารขององค์การสันนิบาตชาติอื่นๆ แต่ก็ไม่ได้มีการใช้คำดังกล่าวในความหมายที่ต่างออกไปจากที่กล่าวมาข้างต้นนี้ (บุคคลที่เป็นเจ้าของเงินได้) โดยขัดแย้งแต่อย่างใด

#### 2.2.1.2 ค.ศ.1939 คำว่า “ผู้รับผลประโยชน์” ในทรัพย์สินมรดกของผู้ถึงแก่ความตายในอนุสัญญาฉบับภาษาอังกฤษ

อนุสัญญาระหว่างสวีเดนและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1939 เป็นอนุสัญญาฉบับภาษาอังกฤษที่ใช้คำว่า “beneficiaries” (ผู้รับผลประโยชน์) เป็นครั้งแรกโดยมีการใช้คำดังกล่าวในเรื่องของทรัพย์สินมรดกของผู้ตาย โดยข้อบทที่เกี่ยวข้องของอนุสัญญาที่มีคำว่า “beneficiaries” (ผู้รับผลประโยชน์) ดังกล่าวนี้อาจเกี่ยวข้องกับภาษีที่กลุ่มประเทศสแกนดิเนเวียเรียกเก็บจากทรัพย์สินมรดกที่ยังไม่ได้แบ่งของผู้ถึงแก่ความตายในกรณีในประเทศอื่นๆ เก็บภาษีจากผู้รับผลประโยชน์ (beneficiaries) ในเงินได้ ทั้งนี้ ข้อบทของอนุสัญญาก่อให้เกิดผล 3 ประการดังนี้ (ก) ไม่นำข้อยกเว้นภายใต้กฎหมายภายในสำหรับทรัพย์สินในประเทศสแกนดิเนเวียมาใช้บังคับหากผู้รับผลประโยชน์ถูกเรียกเก็บภาษีในประเทศถิ่นที่อยู่ (ข) ไม่ให้สิทธิภายใต้อนุสัญญาแก่รัฐแหล่งเงินได้ในกรณียกเว้นหรือลดภาษีในประเทศสแกนดิเนเวียที่เป็นภาคีอนุสัญญาเท่าที่เงินได้นั้นถือว่าเป็นเงินได้ของผู้รับผลประโยชน์ในฐานะผู้มีถิ่นที่อยู่ของประเทศภาคีอนุสัญญาอีกประเทศหนึ่ง (แม้ว่าผู้รับผลประโยชน์จะมีใช้บุคคลที่อาจถูกเก็บภาษีในประเทศสแกนดิเนเวียดังกล่าวก็ตาม) (ค) ให้สิทธิเยี่ยงวาจากาการเก็บภาษีซ้ำซ้อนในประเทศถิ่นที่อยู่แก่ผู้รับผลประโยชน์สำหรับภาษีที่ทรัพย์สินมรดกได้จ่ายไปในประเทศสแกนดิเนเวีย (รัฐแหล่งเงินได้)

#### 2.2.2 ค.ศ. 1942 อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา

อนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับแรกที่น่าคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) มาใช้คืออนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1942 โดยมีวัตถุประสงค์เบื้องต้นอย่างน้อย 2 ประการในการนำหลักนี้มาใช้ กล่าวคือ (ก) เพื่อให้แน่ใจว่าการลดอัตราภาษีในเงินปันผลระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกจะใช้บังคับกับกรณีบริษัทลูกที่แท้จริงเท่านั้น และ (ข) เพื่อให้แน่ใจว่า

ในกรณีที่มีตัวแทน (agent) หรือนอมินี (nominee) ประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะตกเป็นของบุคคลที่ตัวแทน (agent) หรือนอมินี (nominee) ได้รับเงินแทน (ไม่ใช่เป็นของตัวแทนหรือนอมินี) ทั้งนี้ สหราชอาณาจักรก็นำว่าัตถุประสงค์ข้อ (ก) มาบรรจลงในอนุสัญญาของตนในระหว่างทศวรรษ 1940 ถึง 1950 และข้อ (ข) ในช่วงทศวรรษที่ 1960

### 2.2.2.1 คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในกรณีของหุ้นของบริษัทลูก

#### (1) อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1942<sup>11</sup>

วัตถุประสงค์ประการแรกตามข้อ (ก) ที่เพื่อให้แน่ใจว่าการลดอัตราภาษีเงินปันผลระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกจะใช้บังคับกับกรณีบริษัทลูกที่แท้จริงเท่านั้นปรากฏอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1942 ข้อ 11(2) พิธีสาร วรรคหกดังนี้\*

“...ภาษีเงินได้ที่เกินจากอัตราร้อยละ 5 จะต้องไม่มีการเก็บจากรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งจากเงินปันผลที่จ่ายโดยบริษัทลูกที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของรัฐนั้นหรือของหน่วยงานทางการเมืองการปกครองของรัฐนั้นที่จ่ายให้แก่บริษัทแม่ที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของอีกรัฐหนึ่งหรือของหน่วยงานทางการเมืองการปกครองของอีกรัฐหนึ่งนั้น อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของวรรคนี้จะไม่บังคับใช้หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในรัฐแรกเห็นว่าความสัมพันธ์ทางนิติบุคคลถูกจัดตั้งหรือคงไว้โดยมีเจตนาหลักเพื่อหาประโยชน์จากวรรคนี้

คำว่า “บริษัทลูก” ที่อ้างถึงในข้อ 11 ของอนุสัญญานี้หมายถึงบริษัทซึ่งหุ้นซึ่งมีสิทธิออกเสียงทั้งหมด (ยกเว้นหุ้นของกรรมการ) ถูกถือโดยอีกบริษัทหนึ่งซึ่งเป็นผู้รับผลประโยชน์ ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่า โดยทั่วไป รายได้รวม (ก่อนหักภาษี ค่าธรรมเนียม รวมทั้งอากรอื่นๆ) ของบริษัทลูกดังกล่าวจากดอกเบี้ยและเงินปันผล (นอกจากดอกเบี้ยและเงินปันผลที่ได้รับจากบริษัทลูกของตน) ต้องไม่เกินหนึ่งในสี่ของรายได้รวม”

อย่างไรก็ดี ประวัติด้านการร่างข้อบทในเรื่องเงินปันผลระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้มีการบันทึกไว้น้อยมากซึ่งผิดปกติวิสัยของการทำบันทึกการบัญญัติกฎหมายและอนุสัญญาของสหรัฐอเมริกาซึ่งมักจะมีการบันทึกไว้เสมอ ซึ่งสาเหตุก็อาจเป็นไปได้ว่าเนื่องจากอนุสัญญานี้มีการต่อรองและทำขึ้นในช่วงที่มีสงครามก็เป็นได้จึงมีบันทึกข้อมูลไว้น้อยมาก ทั้งนี้ สิ่งบ่งชี้เดียวของข้อบทนี้ที่มีการบันทึกไว้ก็คือ บริษัทลูกที่จะได้สิทธิลดอัตราภาษีจะต้องเป็น “บริษัทที่สุจริต” (bona fide corporations) กล่าวคือ ข้อบทนี้มีเจตนาให้ (ก) บริษัทลูกถูกถือหุ้น

<sup>11</sup>Ibid., pp. 271-273.

\*อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1942 ข้อ 11(2) พิธีสาร วรรคหกซึ่งอัตราในอนุสัญญาอยู่ที่ร้อยละ 15 และอัตราภายใต้กฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาอยู่ที่ร้อยละ 27.5 (ibid., p. 271.)

โดยบริษัทแม่ (ยกเว้นหุ้นของกรรมการ) ในระยะยาวอย่างแท้จริง แม้ว่าหุ้นนั้นจะไม่ได้ถือในนามของบริษัทแม่ก็ตาม และ (ข) บริษัทลูกประกอบธุรกิจอย่างแท้จริง ไม่ใช่เพียงบริษัทโฮลดิ้งที่ไม่ได้ประกอบกิจการอย่างแท้จริง (เช่นบริษัทโฮลดิ้งที่มีเงินได้จากเงินปันผลเพียงอย่างเดียว)

บริษัทที่สุจริต (bona fide corporations) ที่อ้างถึงข้างต้นนั้นพิจารณาจากการทดสอบ 2 ลักษณะ คือ

- (1) การทดสอบเชิงบวก (positive test) 2 ข้อ คือแบบทดสอบความเป็นเจ้าของผลประโยชน์โดยบริบูรณ์ (full beneficial ownership) และแบบทดสอบเรื่องราวได้ที่เกิดจากการทำมาหาได้ร้อยละ 75 และ
- (2) กฎการต่อต้านการใช้สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบซึ่งระบุในบทบัญญัติของวรรคแรกซึ่งเป็นกฎในยุคแรกๆ ที่สหราชอาณาจักรใช้มาจนปัจจุบันและ OECD ก็นำมาบรรจุใน Commentary ในปีค.ศ. 2003

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่าแบบทดสอบความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ (Beneficial Ownership Test) เป็นการทดสอบเกี่ยวกับเจ้าของหุ้นไม่ใช่แหล่งที่มาของเงินได้ ทั้งนี้ ก็เพราะวัตถุประสงค์เบื้องหลังของแบบทดสอบนี้ก็เพื่อให้อัตราภาษีที่ต่ำลงแบบพิเศษแก่เงินปันผลที่จ่ายระหว่างบริษัทในกลุ่มบริษัทเดียวกันซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายในการจัดภาษีซ้อนระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในกลุ่มบริษัท

### **(2) อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1945<sup>12</sup>**

อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1945 ไม่ได้กล่าวถึงหลักเจ้าของผลประโยชน์ในบริบทของเงินปันผลระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูก แม้ว่าจะมีการอ้างว่าร่างฉบับแรกของอนุสัญญาฉบับนี้จะร่างโดยอาศัยอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1942 (ดังที่กล่าวมาข้างต้น) เป็นหลักก็ตาม และด้วยร่างอนุสัญญาระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1945 ไม่มีในฐานข้อมูลสาธารณะ เราจึงบอกไม่ได้ว่าเพราะเหตุใดจึงไม่มีการบรรจุหลักดังกล่าวไว้ในอนุสัญญา อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1945 ดังกล่าวมีการระบุถึงอัตราภาษีที่ลดลงในเงินปันผลระหว่างบริษัทในกลุ่มเดียวกันคล้ายคลึงกับอนุสัญญาระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1942 โดยมีความคุ้มครองคล้ายๆ กันแม้ว่าจะไม่ได้ใช้คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” โดยตรงก็ตาม

### **(3) อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและแคนาดา ค.ศ. 1945**

<sup>12</sup>Ibid., pp. 271-273.

ต่อมา อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและแคนาดา ค.ศ. 1945 มีการใช้คำว่า “ความเป็นเจ้าของผลประโยชน์” (beneficial ownership) ในบริบทเดียวกัน และมีเงื่อนไขเกี่ยวกับเงินได้ที่เกิดจากเงินได้ที่เกิดจากการนำพักน้ำแรง (active income) แต่ไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับการป้องกันการใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบ หลังจากนั้น สหราชอาณาจักรก็ได้ใส่คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในอนุสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการลดอัตราภาษีและผลประโยชน์พิเศษอื่นๆ สำหรับเงินปันผลระหว่างบริษัทในกลุ่มเดียวกันมาโดยตลอด

### 2.2.2.2 คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในกรณีของโนมินี ตัวแทน และทรัสต์<sup>13</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1942 โดยมีวัตถุประสงค์เบื้องหลังอย่างน้อย 2 ประการในการนำหลักนี้มาใช้ กล่าวคือ (ก) เพื่อให้แน่ใจว่าการลดอัตราภาษีในเงินปันผลระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกจะใช้บังคับกับกรณีบริษัทลูกที่แท้จริงเท่านั้น และ (ข) เพื่อให้แน่ใจว่าในกรณีที่มีตัวแทน (agent) หรือนอมินี (nominee) ประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะตกเป็นของบุคคลที่ตัวแทน (agent) หรือนอมินี (nominee) ได้รับเงินแทน (ไม่ใช่เป็นของตัวแทนหรือนอมินี)

สำหรับวัตถุประสงค์ประการที่สอง (ข้อ (ข)) ที่เพื่อให้แน่ใจว่าในกรณีที่มีตัวแทน (agent) หรือนอมินี (nominee) นั้น ประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะตกเป็นของบุคคลที่ตัวแทน (agent) หรือนอมินี (nominee) ได้รับเงินแทนนั้น ในอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1942 ในข้อการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศ (Exchange of Information) (ข้อ 22(2)(d)) ได้กำหนดให้ประเทศแคนาดาส่งมอบ “ชื่อและที่อยู่ของบุคคลซึ่งมีที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นเจ้าของผู้ได้รับประโยชน์หรือเป็นเจ้าของตามระเบียบในหุ้นหรือพันธบัตรหรือหุ้นกู้หรือหลักทรัพย์อื่นๆ หรือพยานหลักฐานของหนี้ระยะยาวของบริษัทที่ถูกประเมินภาษีในประเทศแคนาดาในฐานะบริษัทจัดการลงทุนที่ผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่เป็นเจ้าของ”\*

### (1) อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ.

#### 1945 เรื่องภาษีมรดก

สหราชอาณาจักรเริ่มมีความคิดที่จะบรรจุคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในประเด็นเกี่ยวกับตัวแทน (agent) หรือนอมินี (nominee) ในสมัยที่สหราชอาณาจักรเจรจาอนุสัญญาภาษีซ้อนปี ค.ศ. 1945 กับประเทศสหรัฐอเมริกา และในที่สุดคำดังกล่าวก็ได้ปรากฏในอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1945 เรื่องภาษีมรดก ในข้อ 3(2)(d) ดังนี้ “หุ้น

<sup>13</sup>ibid., pp. 273-280.

\*อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างแคนาดาและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1942 ข้อ 22(2)(d)



หรือส่วนของผู้ถือหุ้นในบริษัทนอกเหนือจากองค์การเทศบาลหรือองค์การรัฐบาล (รวมถึงหุ้นหรือส่วนของผู้ถือหุ้นที่ถือโดยนอมินีซึ่งความเป็นเจ้าของผู้รับประโยชน์ที่แท้จริงมีปรากฏแสดงในสคริปต์หรือหลักฐานอื่น) ให้ถือว่าจัดตั้งขึ้นที่ถิ่นที่ในหรือภายใต้กฎหมายของถิ่นที่บริษัทนั้นจัดตั้งหรือก่อตั้งขึ้น”\*

บันทึกภายในของสหราชอาณาจักรที่กล่าวถึงข้อเสนอที่สหราชอาณาจักรวางแผนจะเสนอกับตัวแทนประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับอนุสัญญาภาษีซ้อนระบุว่า “เป็นที่แน่นอนว่า เราจะต้องคำนึงถึงตำแหน่งของเจ้าของผลประโยชน์ของหุ้น ฯลฯ ในกรณีที่ผู้มีชื่อเป็นผู้ถือหุ้นไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์”<sup>14</sup> แต่ในทางตรงกันข้าม อนุสัญญาฉบับดังกล่าวกลับมีข้อบทเรื่อง “Subject To Tax” สำหรับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิแทน อย่างไรก็ตาม ข้อบทเรื่อง “Subject To Tax” ก็เป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่ทำให้แน่ใจว่าผู้ที่จะได้รับประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะเป็นผู้ที่ต้องเสียภาษีเท่านั้น ซึ่งข้อบทเรื่อง “Subject To Tax” นี้อาจมีขึ้นเพื่อจัดการกับกรณีที่เงินได้มีเจ้าของผู้ได้รับประโยชน์ (beneficially owned) เป็นบุคคลอื่นนอกจากเจ้าของผลประโยชน์ (beneficial owner) ของทรัพย์สินก็เป็นได้

## (2) คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในพิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1966<sup>15</sup>

หลักเจ้าของผลประโยชน์ (Beneficial Ownership Concept) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ทั้งเรื่องตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) และทรัสต์ (trust) น่าจะมีปรากฏครั้งแรกในพิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1966 (United Kingdom-United States 1966 Protocol) ซึ่งหลักดังกล่าวถูกนำมาแทนที่ข้อบทเรื่อง Subject to Tax ของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1945 ในส่วนของเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ ทั้งนี้ เมื่อได้ศึกษาคำอธิบายทางเทคนิคของสหรัฐอเมริกา (US Technical Explanation) แล้วจะพบว่าสหรัฐอเมริกาเห็นว่ากรณีของนอมินี (nominee) และทรัสต์ (trust) นั้นมีเจตนาให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกามีความเห็นว่าการเพิ่มเติมคำว่า “เจ้าของ

\*อนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1945 ในข้อ 3(2)(d) (ibid.)

<sup>14</sup>United Kingdom National Archives Public Record Office, Finance Bill 1945: memoranda, IR 63/167 (1945), p. 510. Cited in Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in Beneficial ownership: Recent trends, p. 274.

<sup>15</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in Beneficial ownership: recent trends, pp. 275-277.

ผลประโยชน์” (beneficial owner) ไม่ได้เปลี่ยนแปลงกลไกหรือการทำงานของอนุสัญญาเดิมที่ไม่มีคำดังกล่าวอย่างมีนัยสำคัญแต่อย่างใด ดังเห็นได้จาก Technical Memorandum of Treasury Department ที่ระบุว่า<sup>16</sup>

“พิธีสารไม่ได้กำหนดเงื่อนไขการได้ลดอัตราภาษีเงินได้ประเภทเงินปันผลบนการที่ผู้รับต้องจ่ายภาษี (subject to tax) ของเงินได้ดังกล่าวในประเทศถิ่นที่อยู่ของเขา...พิธีสารนี้เป็นพิธีสารแรกที่สหรัฐอเมริกาเข้าทำที่ระบุไว้โดยเฉพาะว่าเงินปันผลจะต้องเป็นของผู้มีถิ่นที่อยู่ซึ่งได้รับประโยชน์จึงจะได้สิทธิลดอัตราภาษีเงินได้ประเภทเงินปันผล อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดในการได้สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนในลักษณะนี้ถูกมองว่ามีอยู่แล้วโดยปริยายในอนุสัญญาฉบับก่อนๆ ของสหรัฐอเมริกา ดังนั้น การเพิ่มคำว่าเจ้าของผลประโยชน์ลงไปข้อบทนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดขอบเขตของข้อบทนี้ให้แคบลงเมื่อเทียบกับข้อบทที่เกี่ยวข้องในอนุสัญญาฉบับก่อนๆ แต่อย่างใด ดังนั้น ยกตัวอย่างเช่น สถานะของนอมินีที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของหนึ่งในประเทศผู้ทำสัญญานั้นไม่ได้เป็นประเด็นในการพิจารณาว่าเงินปันผลที่จ่ายให้นอมินีนั้นจะมีสิทธิได้ลดอัตราภาษีหรือไม่ แต่เป็นถิ่นที่อยู่ของตัวการ (principal) ต่างหากที่จะเป็นตัวบ่งชี้ว่าอัตราภาษีที่ลดลงจะนำมาใช้กับเงินปันผลนั้นหรือไม่”

ในช่วงครึ่งทศวรรษหลังของช่วง 1960 สหราชอาณาจักรทำการเจรจาอนุสัญญาของตนหลายๆ ฉบับอีกครั้งเพื่อแก้ไขเนื้อหาทั้งหมดหรือบางส่วนเนื่องจากระบบภาษีนิติบุคคลของสหราชอาณาจักรได้มีการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ในปี ค.ศ.1965 และในการเจรจาแก้ไขดังกล่าว สหราชอาณาจักรก็ได้เริ่มที่จะเสนอให้มีการเพิ่มเติมคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไว้ในข้อบทเกี่ยวกับเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ ซึ่งก็รวมถึงอนุสัญญาที่ทำกับประเทศออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ด้วย และเป็นที่น่าสังเกตว่า นิวซีแลนด์มีความเห็นเหมือนกับสหรัฐอเมริกาว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นมีอยู่แล้วโดยปริยายในอนุสัญญาภาษีซ้อน<sup>17</sup>

<sup>16</sup>United States, Technical memorandum of treasury department concerning proposed protocol amending the income tax convention between the United States and the United Kingdom. (1966), document 93-30729b (Tax Analysis Worldwide Tax Treaties Combined database). Cited in *ibid*.

<sup>17</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in Beneficial ownership: Recent trends, p. 277.

บันทึกของสหราชอาณาจักรที่เกี่ยวกับการเจรจาต่อรองกับออสเตรเลียได้  
ลงความเห็นเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไว้ว่า<sup>18</sup>

“คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) ไม่ได้มีคำนิยามบัญญัติไว้ใน  
กฎหมายลายลักษณ์อักษรของเรา (statute law) อย่างไรก็ตาม คำดังกล่าวก็ได้มีการ  
พิจารณาถึงโดยศาลเป็นระยะๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ใน  
อสังหาริมทรัพย์และหุ้นในบริษัท ความหมายที่ถูกต้องแม่นยำของคำนี้ย่อมต้องขึ้นอยู่กับ  
บริบทที่คำนี้ปรากฏอยู่ แต่กล่าวโดยทั่วไปแล้ว เจ้าของผลประโยชน์ในทรัพย์สินอาจกล่าวได้  
ว่าเป็นคนที่มีสิทธิใช้และผลิตผลได้อย่างเต็มที่กับทรัพย์สินนั้นอันรวมถึงการได้รับผลรายได้  
จากการขาย บุคคลที่ถือครองทรัพย์สินเพื่อการใช้งานของบุคคลอื่นไม่ถือเป็นเจ้าของ  
ผลประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น และหากบุคคลใดที่จัดการกับทรัพย์สินของตนและทำให้ตนไม่  
สามารถจัดการทรัพย์สินนั้นตามที่ตนต้องการได้ เช่น เมื่อทำสัญญาขายทรัพย์สินนั้น บุคคล  
นั้นก็จะเป็นเจ้าของผลประโยชน์อีกต่อไป ดังนั้น เจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลย่อมเป็น  
บุคคลที่มีสิทธิในท้ายที่สุดที่จะได้รับเงินปันผลและจัดการกับเงินปันผลนั้นตามที่ตนปรารถนา  
ด้วยเหตุนี้ เจ้าของผลประโยชน์จึงไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลเดียวกับเจ้าของทรัพย์สิน  
ตามกฎหมาย (legal owner) ซึ่งประเด็นนี้แสดงให้เห็นได้ในตัวอย่างของทรัสต์ โดยทรัสต์  
ได้รับการนิยามว่าเป็นหน่ออันชอบธรรมที่ผูกพันบุคคล (ทรัสต์) ในการดูแลจัดการทรัพย์สินที่  
ตนมีอำนาจควบคุมดูแล (ทรัพย์สินที่เป็นกองทรัสต์) เพื่อประโยชน์ของบุคคล (ผู้รับประโยชน์  
หรือ beneficiary) ซึ่งตนเองอาจเป็นหนึ่งในผู้รับประโยชน์ด้วยก็ได้ และผู้รับประโยชน์คน  
หนึ่งคนใดมีอำนาจที่จะบังคับใช้ (enforce) หนี้ทรัสต์ (trust obligation) นั้น ในรูปแบบที่  
เรียบง่ายที่สุด ทรัสต์ทำหน้าที่เป็นเพียงที่เก็บรักษาทรัพย์สินในกองทรัสต์ดังนั้นจึงมักถูก  
เรียกว่า bare trustee ตัวอย่างทั่วไปของกรณีนี้ก็คือผู้ถือหุ้นแทน (nominee holder of  
shares) ที่เป็นเพียงหุ่นเชิด (dummy) ของเจ้าของที่แท้จริง นอมินี (nominee) เป็นเจ้าของ  
ตามกฎหมาย (legal owner) แต่ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ (beneficial owner) สิทธิใน  
การได้รับยกเว้นที่ได้รับตามสัญญาจะขึ้นอยู่กับสถานะของเจ้าของผลประโยชน์หรือเจ้าของที่  
แท้จริง อีกตัวอย่างหนึ่งของทรัสต์ก็คือเมื่อสามีได้เขียนลงไปในพินัยกรรมว่าจะฝากมรดกของ  
ตนไว้กับทรัสต์และกำหนดให้ทรัสต์จ่ายเงินได้จากมรดกนั้นให้กับภริยาม่ายของตนตราบ  
เท่าที่เธอมีชีวิตอยู่และเมื่อเธอเสียชีวิต ก็จัดสรรทรัพย์สินที่เป็นกองมรดกให้แก่ผู้รับประโยชน์

<sup>18</sup>United Kingdom National Archives Public Record Office, [Double taxation with Australia: 1967 agreement, File IR 40/16741](#) (1967). Cited in Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in [Beneficial ownership: Recent trends](#), p. 278.

ที่ระบุไว้ ในทางภาษี เราจะถือว่าภริยาม่ายเป็นผู้รับผลประโยชน์ในเงินได้ที่จ่ายให้เธอในขณะที่เธอมีชีวิตอยู่ แต่เธอจะไม่ถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในทรัพย์สินที่เป็นกองมรดก และเธอจะเป็นบุคคลที่มีสิทธิที่จะได้ประโยชน์จากสัญญาหากเข้าเงื่อนไขอื่น ๆ ด้วย”

นอกจากนี้ พิธีสารฉบับปี ค.ศ.1966 ดังกล่าวยังระบุว่า “การบรรเทาภาระภาษีในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ...ในประเทศต้นทางนั้นไม่ขึ้นอยู่กับว่าผู้รับเงินได้ถูกเก็บภาษีในอีกประเทศหนึ่งหรือไม่อีกต่อไป แต่ขึ้นอยู่กับว่ารายได้นั้นเป็นของผู้มีถิ่นที่อยู่ในอีกประเทศหนึ่งซึ่งได้รับประโยชน์ (beneficially owned) จากรายได้ดังกล่าว”

อย่างไรก็ตาม ไม่เป็นที่แน่ชัดว่าบันทึกของสหราชอาณาจักรที่ยกมาข้างต้นนี้เป็นเพียงข้อมูลสำหรับตัวแทนเจรจาของฝ่ายสหราชอาณาจักรเท่านั้นหรือได้รับการส่งต่อไปยังฝั่งออสเตรเลียด้วย ซึ่งบันทึกนี้มีประโยชน์อยู่บ้างแต่ยังไม่ครอบคลุมนัก กล่าวคือ ดูเหมือนว่าทั้งสองย่อหน้าจะพูดถึงเจ้าของผลประโยชน์ในทรัพย์สินไม่ใช่ในเงินได้ มีเพียงท้ายย่อหน้าแรกและท้ายย่อหน้าที่สองเท่านั้นที่เน้นไปที่เจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ ตัวอย่างของภริยาม่ายในย่อหน้าที่สองเป็นตัวอย่งที่ชัดเจนที่แสดงให้เห็นว่าในกรณีของทรัสต์ สิทธิในเงินได้นั้นสามารถแยกออกจากสิทธิในทรัพย์สินของทรัสต์ได้แต่ตัวอย่งนี้ก็ไม่ได้กล่าวถึงสถานการณ์ที่ทรัสต์จะต้องเสียภาษี ดังนั้น บันทึกนี้จึงไม่ได้พูดถึงความเห็นที่ปรากฏในคำอธิบายทางเทคนิคของสหรัฐอเมริกา (US Technical Explanation) และเป็นการแสดงทัศนะของสหราชอาณาจักรไปยังออสเตรเลียว่าทรัสต์จะเป็นเจ้าของผลประโยชน์หากถูกประเมินภาษี

Richard Vann ได้สรุปไว้ว่านับจากครั้งแรกที่ปรากฏว่ามีการใช้คำที่สื่อความหมายถึงเจ้าของผลประโยชน์ในสมัยองค์การสันนิบาตชาติจวบจนมาถึงช่วงของพิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1966 ดูเหมือนว่าคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” และคำที่เกี่ยวข้องต่างๆ มีใช้ในหลายเหตุการณ์ กล่าวคือ

(1) สถานการณ์ของนอมินีและตัวแทน ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่ทุกฝ่ายเห็นพ้องต้องกันว่ากฎหมายภายในประเทศและอนุสัญญาภาษีซ้อนจะนำมาใช้กับบุคคลที่นอมินีหรือตัวแทนรับเงินได้แทน (เช่น ตัวการ) เท่านั้น ซึ่งกรณีนี้ถือว่าเป็นนโยบายพื้นฐานในการที่จะให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนแก่เจ้าของที่แท้จริงของเงินได้ในกรณีที่ทั้งรัฐแหล่งเงินได้และประเทศถิ่นที่อยู่เห็นพ้องต้องกันว่าใครเป็นเจ้าของที่แท้จริงเช่นว่า อย่างไรก็ตามก็มีความกังวลว่าอาจมีการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนไปโดยไม่ถูกต้องตรงตามหลักการข้างต้นเนื่องจากรัฐแหล่งเงินได้ไม่ได้มองเลยไปยังบุคคลที่อยู่เบื้องหลังของนอมินีหรือตัวแทน เพราะรัฐแหล่งเงินได้อาจจะไม่ทราบว่านอมินีหรือตัวแทนรับเงินได้ไปในเงื่อนไขการรับเงินแทนดังกล่าว

(2) ภาษีที่ลดลงสำหรับเงินปันผลที่จ่ายให้บริษัทในกลุ่มเดียวกัน (intra-group dividend) กรณีนี้เป็นกรณีที่น่าหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้เพื่อให้แน่ใจว่าสิทธิประโยชน์ในการ

เสียภาษีที่ลดลงในเงินปันผลที่จ่ายระหว่างบริษัทในกลุ่มเดียวกันจะนำมาใช้กับเงินปันผลที่จ่ายจากบริษัทลูกที่แท้จริง (genuine subsidiaries) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ใ้คงดี ควรเน้นย้ำว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นเพียงมาตรการหนึ่งในหลายๆ มาตรการเท่านั้น

(3) ทรัสต์ แม้จะมีความแตกต่างและข้อโต้แย้งในความเห็นอยู่ แต่ก็เป็นที่เห็นพ้องต้องกันในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ว่า ในบริบทของทรัสต์นั้น หากมีการประเมินภาษีแล้ว ทรัสต์ของ accumulation trust\* จะถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ (ดังนั้น จึงไม่นำนิยามโดยเฉพาะของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในกฎหมายทรัสต์มาใช้) ส่วนในกรณีอื่น ผู้รับประโยชน์ (beneficiary) จะเป็นเจ้าของผลประโยชน์

(4) มรดกของผู้ถึงแก่ความตาย ประเทศกลุ่มสแกนดิเนเวียได้ชี้ถึงเรื่องความแตกต่างของการแบ่งสรรรายได้ (conflict of attribution) ซึ่งเกี่ยวข้องกับมรดกของผู้ถึงแก่ความตายและผู้รับประโยชน์ ซึ่งกลุ่มประเทศดังกล่าวเห็นว่าอย่างน้อยที่สุดอนุสัญญาภาษีซ้อนมีประโยชน์อย่างมากในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นและให้แนวทางแก้ไขตามโดยเฉพาะตามอนุสัญญาไว้

ในความเห็นของ Richard Vann เห็นว่า สำหรับสองกรณีแรกนั้น ในบางกรณี อาจถูกมองว่าเป็นการใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแต่ในความเป็นจริงแล้วการมองเช่นนั้นอาจไม่ถูกต้องนัก กล่าวคือ ในสถานการณ์ของตัวแทนและโนมินีนั้นอาจเป็นไปได้ทั้งการเจตนาวางแผนไว้เพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบหรืออาจเกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติเนื่องมาจากวิธีการที่ตลาดทุนระหว่างประเทศทำงานและสัมพันธ์กับระบบภาษีก็ได้ ทั้งนี้ โครงการ OECD TRACE (Treaty Relief and Compliance Enhancement) ก็ได้แสดงให้เห็นทั้งสองด้านของกรณีโนมินีและตัวแทน กล่าวคือ (ก) การทำให้บริหารจัดการอนุสัญญาภาษีซ้อนมีประสิทธิภาพเป็นสิ่งที่จำเป็นในการป้องกันการอ้างสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบไม่ว่าจะเป็นโดยเจตนาหรือโดยไม่ได้ตั้งใจก็ตาม และ (ข) ในขณะเดียวกันก็ทำให้แน่ใจว่าผู้ที่มีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะยังคงมีสิทธินั้นอยู่<sup>19</sup>

---

\*accumulation trust คือ ทรัสต์ที่ทรัสต์ไม่ได้แบ่งสรรเงินได้จากทรัสต์ แต่ในทางกลับกัน ทรัสต์จะรวบรวมเงินได้และกำไรที่ได้จากการจำหน่ายสินทรัพย์ของทรัสต์และถือครองทั้งเงินได้และกำไรดังกล่าวในทรัสต์ จนกระทั่งมีการเลิกทรัสต์ในเวลาที่จะระบุไว้ในเอกสารก่อตั้งทรัสต์ (Cornell University Law School Legal Information Institute, Wex [Online], 2 January 2014. Source [https://www.law.cornell.edu/wex/accumulation\\_trust](https://www.law.cornell.edu/wex/accumulation_trust))

<sup>19</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in Beneficial ownership: Recent trends, pp.280-281.

### 2.2.3 คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปี ค.ศ. 1977<sup>20</sup>

ในช่วงต้นทศวรรษ 1970 OECD ได้สังเกตเห็นว่าความสัมพันธ์ทางภาษีในระดับระหว่างประเทศมีมากขึ้นและระบบภาษีเองก็มีความสลับซับซ้อนกว่าเดิมมากอันทำให้ร่างอนุสัญญาฉบับปี ค.ศ. 1963 (OECD Draft Double Taxation Convention on Income and Capital (1963 Draft Model)) ไม่เหมาะสมและล้าสมัย OECD จึงได้เริ่มแก้ไขปรับปรุงร่างอนุสัญญาฉบับปี ค.ศ. 1963 (OECD Draft Double Taxation Convention on Income and Capital (1963 Draft Model)) จากประสบการณ์ที่สะสมจากการจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับจริงและได้ออกอนุสัญญาต้นแบบ (OECD Model Tax Convention on Income and on Capital) ฉบับปี ค.ศ.1977 (1977 OECD Model) ออกมา<sup>21</sup> ทั้งนี้ เราสามารถสรุปในเบื้องต้นสำหรับช่วงเวลา ค.ศ. 1977 ได้ว่า คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ถูกนำมาบรรจุไว้ในอนุสัญญาต้นแบบ (OECD Model Tax Convention on Income and on Capital (OECD Model)) ในข้อ 10, 11 และ 12 ซึ่งเกี่ยวกับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ยและค่าสิทธิ ในปี ค.ศ.1977 โดยก่อนหน้านั้น หลักเจ้าของผลประโยชน์ก็ได้มีปรากฏในรายงาน OECD เรื่อง Revised Text of Certain Articles of the 1963 OECD Draft Double Taxation Convention ที่ได้รับการตีพิมพ์ในปี ค.ศ.1972<sup>22</sup>

#### 2.2.3.1 การทำงานของคณะทำงาน (Working Party)

ในส่วนการพัฒนาอนุสัญญาฉบับปี ค.ศ. 1963 (OECD Draft Double Taxation Convention on Income and Capital (1963 Draft Model)) นั้นทำโดยคณะทำงาน (WP) หลายกลุ่มซึ่งบางครั้งมีอาจมีการซ้ำซ้อนกันและต้องการประสานงานร่วมกัน ทั้งนี้ มีคณะทำงานอย่างน้อยสี่คณะที่ทำงานเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ทั้งทางตรงและทางอ้อม อย่างไรก็ตาม ในการวิเคราะห์ประวัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้น Richard Vann มองว่าควรเน้นไปที่คณะทำงานสองคณะ คือ คณะทำงาน Working Party 27 (WP27) ที่ทำงานในเรื่องดอกเบี้ยและค่าสิทธิ และ

<sup>20</sup>Ibid., pp.281-294.

<sup>21</sup>Kevin Holmes, International tax policy and double tax treaties: An introduction to principles and application (Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2014), p. 58.

<sup>22</sup>Elena Kryzhanovskaya, "The beneficial owner concept in civil law countries. Scandinavian perspective," p. 9; Louan Verdoner, René Offermanns, and Steef Huibregtse, "A cross-country perspective on beneficial ownership – part 1," European Taxation 50, 9 (September 2010): 419.

Working Party 21 (WP21) ที่ทำงานเกี่ยวกับการใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Abuse of Treaties)

### (1) คณะทำงาน Working Party 27 (WP27) เรื่องดอกเบียและค่าสิทธิกับหลักเจ้าของผลประโยชน์

เมื่อ OECD ทำงานเกี่ยวกับการแก้ไขปรับปรุง Draft Double Taxation Convention on Income and Capital (1963 Draft Model) และ 1966 Draft Model เรื่องภาษีกองมรดก (1966 Draft Model on Estate Tax) เสร็จแล้ว OECD ก็ได้หันไปเน้นการแก้ไข 1963 Draft Model ให้ดีขึ้นโดยอาศัยประสบการณ์ในอดีตมาเป็นแนวทาง ซึ่ง OECD ก็ได้เริ่มกระบวนการดังกล่าวโดยการขอให้ตัวแทนของประเทศต่างๆ ระบุปัญหาที่ประเทศตนเคยประสบจาก 1966 Draft Model

ในรายงานของ OECD เรื่อง Observations of Member Countries on Difficulties Raised by the OECD Draft Convention on Income and Capital (TFD/FC/216) ปีค.ศ. 1967 ได้ระบุความเห็นของตัวแทนสหราชอาณาจักรในส่วนของข้อบทเรื่องเงินปันผล ดอกเบีย และค่าสิทธิไว้เป็นครั้งแรก ดังนี้<sup>23</sup>

“หากบททดสอบ Subject to Tax Test ไม่ได้นำมาบรรจุอยู่ในข้อเหล่านี้ เราคิดว่า การร่วมนั้นมีข้อบกพร่อง เงินได้ที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการบรรเทาภาระภาษี (Tax Relief) ในรัฐแหล่งเงินได้เป็นเงินได้ที่จ่ายให้ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ในความเห็นของเรา การลดหย่อนภาษีภายใต้ข้อเหล่านี้ควรนำมาใช้เฉพาะกรณีที่เป็นเจ้าของผลประโยชน์ (beneficial owner) ของเงินได้นั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง เพราะหาไม่แล้ว ข้อเหล่านี้จะเปิดช่องให้มีการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบโดยผู้มีหน้าที่เสียภาษีที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่สาม เช่น โดยการนำเงินได้มาอยู่ในมือของนอมินี (nominee) ที่ซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง คุณอาจสังเกตเห็นได้ว่าในพิธีสารระหว่างเรากับสหรัฐอเมริกาและสวิตเซอร์แลนด์เมื่อเร็วๆ นี้ เราได้ริเริ่มนำบททดสอบเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ (Test of Beneficial Ownership) ซึ่งสะท้อนอย่างชัดแจ้งถึงสิ่งที่คณะกรรมการ (Committee) [Fiscal Committee] มีเป้าหมายที่จะทำในขณะจัดเตรียม Model Tax Convention ขึ้น”

<sup>23</sup>OECD, Observations of member countries on difficulties raised by the OECD Draft Convention on Income and Capital (note by the secretary of the Committee), TFD/FC/216 [Online], 13 February 2015. Source <http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/TFD-FC-216E.html>

ในปี ค.ศ. 1967 Fiscal Committee ได้จัดตั้งคณะทำงาน WP27 ซึ่งประกอบไปด้วยประเทศลักเซมเบิร์ก ฝรั่งเศส และเนเธอร์แลนด์<sup>24</sup> ซึ่งรายงานฉบับแรกของ WP27 (Working Party No.27 of the Fiscal Committee (Luxembourg — France — Netherlands) Preliminary Report on Suggested Amendments to Articles 11 and 12 of the Draft Convention, Relating to Interest and Royalties Respectively ได้อ้างถึงความเห็นของสหราชอาณาจักรไว้ดังนี้<sup>25</sup>

“ตัวแทนของสหราชอาณาจักรเห็นว่าการร่างข้อเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ “มีข้อบกพร่องหากไม่บรรจุบททดสอบ Subject to Tax Test ไว้ในข้อเหล่านี้” ในความเห็นของสหราชอาณาจักร การลดหย่อนภาษีภายใต้ข้อเหล่านี้ควรนำมาใช้เฉพาะกรณีที่เจ้าของผลประโยชน์ (beneficial owner) ของเงินได้นั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง

หากเป็นความปรารถนาของตัวแทนของสหราชอาณาจักรที่จะให้การลดหย่อนภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ขึ้นอยู่กับภาระในการเสียภาษีที่แท้จริง (effective liability to tax) ในประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้รับเงินได้ ดังนั้น ข้อเสนอแนะจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์และการจัดวางโครงสร้างโดยทั่วไปของ Draft Convention

ในทางกลับกัน เป็นที่ปรากฏชัดแจ้งว่าการบรรเทาภาระภาษีในรัฐแหล่งเงินได้จะนำมาบังคับใช้เฉพาะเมื่อผู้รับเงินได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งอย่างแท้จริงเท่านั้น

สิ่งนี้ระบุไว้อย่างชัดแจ้งในข้อความของวรรคหนึ่ง นอกจากนี้ การตัดสินว่าบุคคลใดเป็นผู้รับเงินได้ที่แท้จริงและรัฐถิ่นที่อยู่ของผู้รับเงินได้ที่แท้จริงเป็นประเด็นของการบริหารจัดการและการตรวจสอบ

นอกจากนี้ ไม่มีข้อความใดใน Draft Convention ที่ห้ามไม่ให้รัฐผู้ทำสัญญาตกลงถึงกระบวนการที่รัฐแหล่งเงินได้ทำการเก็บภาษีตามกฎหมายของตนไปก่อนแล้วต่อมาจึง

<sup>24</sup>OECD Fiscal Committee, Report by the drafting group on the future work of the Fiscal Committee (note by the secretary of the Committee), TFD/FC/219 [Online], 13 February 2015. Source <http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/TFD-FC-219E.html>

<sup>25</sup>Working Party No.27 of the Fiscal Committee (Luxembourg — France — Netherlands) preliminary report on suggested amendments to articles 11 and 12 of the Draft Convention relating to interest and royalties respectively, FC/WP27(68)1 [Online], 13 February 2015. Source [http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27\(68\)1E.html](http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27(68)1E.html)



คืนภาษีส่วนที่เก็บเกินไปเมื่อได้รับหนังสือรับรองที่ออกโดยฝ่ายจัดเก็บภาษีที่มีอำนาจว่าผู้รับเงินได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง

คณะกรรมการจะได้รับการร้องขอให้ทำความเข้าใจต่อข้อคิดเห็นของตัวแทนของสหราชอาณาจักร”

ด้วยเหตุนี้ WP27 จึงเห็นว่า โดยส่วนใหญ่ประเด็นนี้เป็นประเด็นด้านการบริหารจัดการในการที่จะตัดสินว่าใครเป็น “ผู้รับเงินได้ที่แท้จริง” ในกรณีที่มีการใช้นอมนิหรือตัวแทนสหราชอาณาจักรเน้นไปที่การใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบด้วยการจงใจแทรกนอมนิหรือตัวแทนเข้ามาแต่ WP27 กลับไม่ได้มองเห็นความสำคัญของปัญหาเรื่องการใช้นอมนิจากอนุสัญญาโดยมิชอบในระดับเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ดูเหมือนว่าสหราชอาณาจักรจะยอมรับในความเห็นเรื่องนอมนิและตัวแทนและได้แก้ไขข้อเสนอที่ทำการอภิปรายของ Fiscal Committee ดังที่ปรากฏใน Note on the Discussion of the First Report of Working Party No. 27 of the Fiscal Committee on Interest and Royalties During the 31<sup>st</sup> Session of The Fiscal Committee Held from 10<sup>th</sup> to 13<sup>th</sup> June, 1969 ดังนี้<sup>26</sup>

“ตัวแทนของสหราชอาณาจักรเห็นว่าข้อ 10 11 และ 12 มีข้อบกพร่องเพราะข้อเหล่านี้จะนำมาใช้บังคับกับเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิที่จ่ายให้แก่ตัวแทนหรือนอมนิที่มีสิทธิตามกฎหมายบนเงินได้นั้น เขาเห็นว่ามิทางแก้ไขที่เป็นไปได้สองทางสำหรับสถานการณ์นี้ก็คือ ทางแรก “subject to tax clause” ควรนำมาใช้ซึ่งทำให้รัฐแหล่งเงินได้จะสละสิทธิเก็บภาษีต่อเมื่อประเทศถิ่นที่อยู่เก็บภาษีบนดอกเบี้ย (ดังเช่นในอนุสัญญาระหว่างลักเซมเบิร์กและสหราชอาณาจักร) หรือทางที่สอง ข้อบทจะนำมาบังคับใช้กับดอกเบี้ย ฯลฯ ที่จ่ายให้แก่ “เจ้าของผลประโยชน์” เท่านั้น (ดังเช่นในอนุสัญญาระหว่างเนเธอร์แลนด์และสหราชอาณาจักร) ตัวแทนของสวิตเซอร์แลนด์และสหรัฐอเมริกาต่างก็สนับสนุนทางแก้ไขโดยวิธี “เจ้าของผลประโยชน์” สหราชอาณาจักรเห็นว่าหลักดังกล่าวควรเพิ่มเติมเข้าไปในอนุสัญญาโดยตรง แต่ไม่จำเป็นต้องแทรกไปไว้ในข้อ 10 11 และ 12 แต่อาจจะเพิ่มเติมเป็นข้อบททั่วไปเป็นอีกข้อหนึ่งต่างหาก ตัวแทนของเยอรมนีไม่มีปัญหาเกี่ยวกับเนื้อหาของข้อบทที่ใช้อยู่และเสนอให้ขยายความให้ชัดเจนในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบว่าผู้รับเงินจะต้องเป็นผู้รับ

<sup>26</sup>Note on the discussion of the first report of working party no. 27 of the Fiscal Committee on interest and royalties during the 31<sup>st</sup> session of the Fiscal Committee held from 10th to 13th June, 1969, DAF/FC/69.10 [Online], 14 February 2015. Source [http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/DAF-FC\(69\)10E.html](http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/DAF-FC(69)10E.html)

ประโยชน์ ผู้เสนอรายงานการประชุมตกลงที่จะนำประเด็นปัญหานี้มาใส่ในรายงานฉบับใหม่”

Richard Vann เห็นว่า ประเด็นที่น่าสนใจจากข้างต้นก็คือสหราชอาณาจักรนั้นเสนอให้นำหลักเจ้าของผลประโยชน์ควรมาบังคับใช้กับข้อบทของอนุสัญญาทุกข้อ อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอนี้ก็ไม่เคยนำมาใช้แม้ว่าคนจะสงสัยว่าเหตุใดหลักนี้จึงนำมาใช้กับเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิเท่านั้น ทั้งนี้ การเลือกที่นำมาใช้เพียงข้อบทเรื่องเงินได้สามประเภทก็อาจเข้าใจได้เพราะข้อบทเรื่องเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิเป็นเพียงข้อบทสามข้อบทที่ขึ้นอยู่กับ การจ่ายเงิน ไม่ได้ขึ้นกับการได้รับเงินได้ (income being derived) (นอกจากข้อบทเกี่ยวกับเงินบำนาญและงานรัฐบาลซึ่งโดยปกติไม่ได้ถ่ายแก่ตัวแทนหรือทรัสต์) ข้อบทเหล่านี้เป็นเพียงสามข้อบทที่มีการลดอัตราภาษีสูงสุดใน การเรียกเก็บภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ และเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิยังเป็นเงินได้ที่มีกจ่ายผ่านคนกลาง (intermediaries) ความเห็นของเยอรมนีต้องมาจากพื้นฐานที่ว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์แฝงอยู่โดยปริยายในอนุสัญญาตั้งแต่ต้นจนจบและสอดคล้องกับความเห็นของสหรัฐอเมริกาและนิวซีแลนด์<sup>27</sup>

คณะทำงานจึงได้ทบทวนข้อเสนออีกครั้งและรายงานฉบับต่อมาใน Report on suggested amendments to Articles 11 and 12 of the Draft Convention, relating to interest and royalties respectively ก็ได้ระบุว่า<sup>28</sup>

“ในการเี่ยวาสถาณการณดังกล่าว [ตัวแทนสหราชอาณาจักร]เสนอว่าให้นำ “subject to tax clause” มาใช้ซึ่งทำให้รัฐแหล่งเงินได้สละสิทธิเก็บภาษีต่อเมื่อประเทศถิ่นที่อยู่เก็บภาษีบนเงินได้ หรือไม่เช่นนั้นให้ใช้ข้อบทเหล่านี้ต่อเมื่อเงินได้นั้นได้ถ่ายให้แก่ “เจ้าของผลประโยชน์” เท่านั้น

คณะทำงานแนะนำให้ใช้ทางแก้ที่สองซึ่งดูเหมือนจะตรงกับข้อตกลงโดยรวมของ Fiscal Committee มากกว่าทางแก้แรกซึ่งเน้นไปที่วิธีการว่าให้ลดหย่อนภาษีในรัฐแหล่งเงินได้โดยขึ้นอยู่กับ การเก็บภาษีที่แท้จริง (Effective Taxation) ในประเทศถิ่นที่อยู่นั้นจะไม่

<sup>27</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in *Beneficial ownership: Recent trends*, p. 284.

<sup>28</sup>OECD Fiscal Committee, *Working party no. 27 of the Fiscal Committee (Luxembourg — France — Netherlands) report on suggested amendments to articles 11 and 12 of the Draft Convention, relating to interest and royalties respectively, FC/WP27(70)1* [Online], 14 February 2015. Source [http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27\(70\)1E.html](http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27(70)1E.html); *ibid.*

สอดคล้องกับเจตนารมณ์และการจัดวางโครงสร้างโดยทั่วไปของ Draft Convention อีกทั้งยังนำไปสู่ความยุ่งยากของการใช้หลักการเก็บภาษีที่แท้จริง (Effective Taxation)

ทางเลือกที่สองประกอบด้วย การพิจารณาว่ารัฐถิ่นที่อยู่ของเจ้าของผลประโยชน์ [ของ] เงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ และให้มองข้ามรัฐถิ่นที่อยู่ของบุคคลที่รับเงินได้นั้นไม่ว่าจะทำในนามของและทำแทนเจ้าของผลประโยชน์ (in the name and on behalf of beneficial owner) หรือจะทำในนามของตนเองแต่เป็นการทำแทนเจ้าของผลประโยชน์ (in his own name and on behalf of)

ไม่มีเหตุผลที่จะคิดว่ากรณีที่บุคคลหนึ่งทำการอย่างซัดแจ้งในฐานะตัวแทนในนามของและแทนเจ้าของผลประโยชน์จะก่อให้เกิดความยุ่งยาก

แต่ในทางตรงกันข้าม กรณีของทรัสต์ทำการในทางนิตินัยในนามของตนเองแต่เป็นการทำแทนเจ้าของผลประโยชน์อาจก่อให้เกิดความยุ่งยาก

มันมีความเป็นไปได้ที่รัฐบางรัฐไม่มีความยุ่งยากจากจุดยืนทางกฎหมายในการถือว่ามีเงินได้ที่ได้รับผ่านทรัสต์เป็นของเจ้าของผลประโยชน์

อย่างไรก็ตาม รัฐเหล่านั้นก็ไม่ได้จะเสียหายหากจะมีการเพิ่มเติมเนื้อความลงในอนุสัญญาต้นแบบเพื่อให้แน่ใจว่าจะมีความแน่นอนทางกฎหมายในรัฐอื่นๆ ที่การสอดแทรกทรัสต์จะก่อให้เกิดความยุ่งยาก

ดังนั้น คณะกรรมการจึงเสนอให้มีการบรรจุข้อบทซึ่งกำหนดให้ถ้อยคำเรื่องเจ้าของผลประโยชน์มาใช้บังคับไว้ในอนุสัญญาต้นแบบเป็นลายลักษณ์อักษร”

จากข้างต้น Richard Vann ตั้งข้อสังเกตว่า ดูเหมือนได้ว่า ความคิดที่จะเริ่มนำคำว่าเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนในช่วงแรกนั้นได้รับการยอมรับโดยที่ไม่มีการอภิปรายแลกเปลี่ยนความคิดเห็นมากนัก การที่คณะทำงานเห็นว่า “ไม่มีเหตุผลที่จะคิดว่ากรณีที่บุคคลหนึ่งทำการอย่างซัดแจ้งในฐานะตัวแทนในนามของและแทนเจ้าของผลประโยชน์จะก่อให้เกิดความยุ่งยาก” แสดงให้เห็นว่าคณะทำงานไม่ได้มองว่าการจ่ายเงินให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ที่เป็นเพียงตัวแทนหรืออนามินี่จะเป็นปัญหาแต่อย่างไร สิ่งนี้จึงบอกเป็นนัยๆ ว่าหลักของเจ้าของที่แท้จริงนั้นมีอยู่แล้วโดยตลอดทั้ง อนุสัญญาต้นแบบ (แม้ว่าคณะทำงานจะได้ระบุในรายงานฉบับก่อนๆ ว่าในกรณีดังกล่าวก็ยังมีปัญหาด้านการบริหารจัดการ) คณะทำงานมองว่ามีปัญหาในกรณีของทรัสต์แต่ก็เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในบางรัฐเท่านั้น ไม่ได้เกิดขึ้นทุกรัฐ และกระนั้นก็ตาม แม้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีของทรัสต์จะถูก

หยิบยกขึ้นมาแล้วแต่การพิจารณาก็ดูราวกับว่าจะไปเน้นที่กรณีที่ได้รับประโยชน์มีสิทธิในเงินได้ในทันที ไม่ได้กล่าวหรือพิจารณาถึงกรณีของ accumulation trust<sup>29</sup>

นอกจากนี้ คณะทำงานยังได้กล่าวว่าบางรัฐแม้จะมีกฎหมายเรื่องทรัสต์ ก็เชื่อว่าทุกรัฐจะมองว่ากรณีของทรัสต์จะมีปัญหาไปเสียทุกรัฐ ข้อสังเกตนี้นำไปสู่คำถามที่ว่ากรณีของทรัสต์นี้เป็นเพียงแค่ปัญหาเฉพาะตัวของสหราชอาณาจักรที่สหราชอาณาจักรพยายามจะแก้ไขหรือไม่ เมื่อวิเคราะห์ลงไปจะพบว่า ในสหราชอาณาจักร ทรัสต์หรือตัวแทนจะถูกประเมินภาษีจากฐานที่ได้รับหรือมีสิทธิตามกฎหมายในเงินได้ นั้นหมายความว่า การได้รับเงินได้แม้ว่าจะไม่ได้มีสิทธิได้รับประโยชน์ในเงินได้ (beneficially entitled) ก็เพียงพอแล้วที่จะถูกประเมินภาษี ทั้งนี้ ในสหราชอาณาจักร หากทรัสต์ที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักรได้รับเงินได้จากต่างประเทศสำหรับผู้รับประโยชน์ที่ไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่จะไม่ถูกประเมินภาษี แต่หากทรัสต์ได้รับเงินได้จากต่างประเทศสำหรับผู้รับประโยชน์ที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ ทรัสต์จะถูกประเมินภาษีและอาจจะถือว่าทรัสต์เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักรเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาอนุสัญญาภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับเงินได้ทั้งหมดที่ได้รับในฐานของทรัสต์ ดังนั้นจึงเป็นไปได้ว่า สหราชอาณาจักรอาจจะกังวลที่จะลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายในฐานของรัฐแหล่งเงินได้ถ้ารัฐคู่สัญญามีกฎในการประเมินภาษีที่คล้ายคลึงกันและเงินเป็นของบุคคลผู้ได้รับประโยชน์ที่ไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้น ในทางกลับกัน การที่สหรัฐอเมริกาไม่ได้ประสบปัญหาที่คล้ายคลึงกันอาจเป็นเพราะสหรัฐอเมริกาไม่ได้ประเมินภาษีจากบุคคลเพียงเพราะบุคคลนั้นได้รับเงินได้หากบุคคลนั้นไม่ใช่ผู้รับผลประโยชน์ (แต่สหรัฐอเมริกาก็มีกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับทรัสต์และ accumulation trust)<sup>30</sup> ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่าปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นจะเป็นปัญหาเฉพาะตัวที่ประสบในสหราชอาณาจักรและประเทศที่เคยเป็นอาณานิคมของสหราชอาณาจักรที่นำหลักการเดียวกันมาใช้ในกฎหมายภาษีของตน ดังเห็นได้จากคำอธิบายของสหราชอาณาจักรที่แจ้งแก่นิวซีแลนด์ที่ว่า “ภายใต้กฎหมายสหราชอาณาจักร นอมีนีเป็นบุคคลที่ได้รับเงินปันผลและสามารถอ้างสิทธิประโยชน์จากข้อบท[ของอนุสัญญา]ได้ในเวลาต่อมา”

ในรายงานฉบับต่อมา คณะทำงาน WP27 ได้ร่างข้อ 11 และ 12 ขึ้นมาใหม่ โดยให้ใช้เงื่อนไขหลักเจ้าของผลประโยชน์กับวรรคหนึ่งเท่านั้น ดังนี้<sup>31</sup>

<sup>29</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in Beneficial ownership: Recent trends, p. 285.

<sup>30</sup>Ibid., pp. 285-286.

<sup>31</sup>OECD Fiscal Committee, Working party no. 27 of the Fiscal Committee (Luxembourg — France — Netherlands) (received 16<sup>th</sup> October, 1970) proposals for the amendment of articles 11 and 12 of the Draft Convention, relating to interest and royalties respectively, and of the

“ดอกเบียที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งและจ่ายให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งอาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้นหากผู้มีถิ่นที่อยู่ในนั้นเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบียนั้น...”

วัตถุประสงค์ของเงื่อนไขที่เพิ่มเติมมาในวรรคหนึ่งของข้อนี้ก็เพื่อให้แน่ใจว่าคุณสมบัติในเรื่องถิ่นที่อยู่จะเป็นถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งโดยบุคคลที่มีสิทธิได้รับประโยชน์ในดอกเบียและไม่ใช้ถิ่นที่อยู่โดยตัวกลางอย่างเช่นตัวแทนหรือนอมินีที่ถูกนำมาสอดแทรกระหว่างผู้จ่ายและผู้ได้รับประโยชน์ที่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับเงินได้นั้น”

ร่างใหม่ข้างต้นนี้ไม่ได้กล่าวถึงเงื่อนไขที่ว่ารัฐแหล่งเงินได้จะลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายสำหรับดอกเบียก็ต่อเมื่อผู้รับเงินได้เป็นเจ้าของผลประโยชน์ซึ่งเป็นประเด็นหลักของข้ออภิปรายในส่วนของดอกเบีย ซึ่ง Richard Vann เห็นว่า หากดูจากการร่างที่ยังมีข้อบกพร่องนั้นแสดงให้เห็นว่าคณะทำงาน WP27 อาจเพียงแคพยายามให้สหราชอาณาจักรพอใจโดยที่มิได้คิดว่ามีประเด็นอะไรในเรื่องนี้นัก

ในขณะนั้น ไม่มีการพิจารณาเรื่องการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับเรื่องเงินปันผลเพราะคณะทำงานในเรื่องเงินได้ประเภทนี้ไปเน้นประเด็นที่กว้างกว่าหลักดังกล่าว ครั้นเมื่อคณะทำงานพบวิธีแก้ไขสำหรับประเด็นที่กว้างกว่าแล้วนั้น คณะทำงานก็ได้หยิบประเด็นเฉพาะด้านที่พบในข้อบทเงินปันผลที่เคยมีการพูดถึงในหลายปีก่อนหน้า<sup>32</sup> ต่อมา เงื่อนไขเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ก็ได้เพิ่มเติมเข้าไปในเรื่องการลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายของวรรคสองของข้อบททั้งเงินปันผลและดอกเบียและก็ยังได้ปรากฏในเอกสารเผยแพร่ปี ค.ศ. 1974 ของ OECD (OECD Double Taxation of Income and Capital (OECD 1974)

Commentaries thereon, FC/WP27(70)2 [Online], 14 March 2014. Source

[http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27\(70\)2E.html](http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27(70)2E.html); Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 285-286.

<sup>32</sup>OECD Fiscal Committee, *Working party no. 1 of the Committee on Fiscal Affairs on double taxation working group no. 23 (Germany-Belgium) revision of article 10 of the 1963 model convention and the commentary thereon (report received 29<sup>th</sup> January 1973)*, CFA/WP1(73)2 [Online], 14 March 2014. Source [http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/CFA-WP1\(73\)2E.html](http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/CFA-WP1(73)2E.html); *Summary of discussions at the seventh meeting of working party no 1 on Double Taxation (13th - 15th February, 1973)*, DAF/CFA/WP1/73.5 [Online], 14 March 2014. Source <http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/DAF-CFA-WP1-73.5E.html>

แรกเริ่มเดิมทีนั้น การวิเคราะห์เกี่ยวกับความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ของ OECD นั้นไม่ได้เกี่ยวกับบริษัทโฮลดิ้งหรือบริษัทส่งผ่าน (conduit company)\* หรือความแตกต่างของการจัดสรรเงินได้ (conflicts of attribution)\*\* หรือประเด็นที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้นขณะนั้นก็คือขอบเขตของหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นไม่ชัดเจน (แม้ว่ากับประเทศคอมมอนลอว์เองก็ตาม) ดังที่เห็นได้ในกรณีของ accumulation trust ที่ประเทศคอมมอนลอว์ยังถกเถียงกันอยู่นอกบริบทของ OECD นอกเหนือไปจากนั้น ความยุ่งยากยิ่งมีมากขึ้นเมื่อมีการแปลคำนี้เป็นภาษาอื่นและนำไปใช้ในระบบกฎหมายอื่น นอกเหนือไปจากนั้น หลักเจ้าของผลประโยชน์ยังถูกนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ ทันทีที่หลักนี้คิดค้นขึ้น

## (2) คณะทำงาน Working Party 21 (WP21) เรื่องการใช้สนธิสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Abuse of Treaties)<sup>33</sup>

ในงานดั้งเดิมของ The Organisation for European Economic Cooperation (OEEC)\*\*\* ที่เกี่ยวกับข้อบทเรื่องเงินปันผลนั้น มีเพียงเงื่อนไขเรื่องทุนร้อยละ 25 เท่านั้น แต่ไม่มีมาตรการคุ้มครองอื่นๆ ที่ออกแบบมาเพื่อให้แน่ใจว่า บริษัทที่จะได้สิทธิอัตราภาษีที่ลดลงในเงินปันผลของบริษัทในกลุ่มเดียวกัน (Intra-Group Dividends) นั้นต้องเป็นบริษัทแม่-ลูกกันจริง ดังนั้น ในทางปฏิบัติ ประเทศต่างๆ จึงมักเพิ่มเติมเงื่อนไขเพื่อป้องกันการเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์

---

\*บริษัทส่งผ่าน (conduit company) คือ “บริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาโดยเกี่ยวเนื่องกับแผนการหลบหลีกภาษี โดยเงินได้จะจ่ายโดยบริษัทไปยังตัวกลาง (conduit) และต่อมาก็จะถูกแบ่งสรรอีกครั้งโดยบริษัทนั้นไปยังผู้ถือหุ้นในรูปของเงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าสิทธิ ฯลฯ” (OECD, *Glossary of tax terms* [Online], 20 February 2015. Source <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>)

\*\*ปัญหาเรื่องความแตกต่างของการจัดสรรเงินได้ (conflicts of attribution) คือ สถานการณ์ที่รัฐหนึ่งเห็นว่าเงินได้ที่พิจารณาเป็นเงินได้ที่ต้องเสียภาษีของบุคคลหนึ่งในขณะที่อีกรัฐหนึ่งมองว่าเงินได้ก้อนเดียวกันนั้นเป็นเงินได้ที่ต้องเสียภาษีของอีกบุคคลหนึ่งซึ่งกรณีเช่นนี้เกิดได้จากหลายสาเหตุ เช่น สถานการณ์ที่รัฐสองรัฐมีหลักการพื้นฐานภายใต้กฎหมายภายในเรื่องการจัดสรรเงินได้ (Attribution of Income) ให้กับบุคคลหนึ่งๆ ต่างกันโดยรัฐหนึ่งเน้นไปที่การมีสิทธิตามกฎหมายในเงินได้ในขณะที่อีกรัฐเน้นไปที่การมีสิทธิทางเศรษฐกิจ (Graeme Cooper, "Australia: Attribution of income," in *Tax treaty case law around the globe 2012*, eds. Eric C.C.M. Kemmeren et al. (Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013), p. 3; Aleksandra van Boeijen-Ostaszewska et al., *Clarification of the meaning of “beneficial owner” in the OECD model tax convention response from IBFD research staff* [Online], 20 February 2015. Source <http://www.oecd.org/tax/treaties/48413407.pdf>)

<sup>33</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 288-296.

\*\*\*ชื่อเดิมของ OECD

จากอนุสัญญาโดยมิชอบ เช่น เพิ่มเงื่อนไขว่าต้องมีการถือหุ้นไม่ต่ำกว่าระยะเวลาที่กำหนด เป็นต้น<sup>34</sup> ต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาได้แสดงออกถึงความกังวลถึงประเด็นการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (treaty abuse) รวมถึงการปฏิรูปภาษีระหว่างประเทศ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้เสนอให้มีการตั้งคณะทำงานขึ้นมาเพื่อรับผิดชอบในประเด็นนี้ และในเดือนมกราคมปี ค.ศ. 1962 คณะทำงาน WP21 อันประกอบด้วยตัวแทนจากประเทศเดนมาร์กและประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาว่าปัญหาการหลบหลีกภาษี (Tax Avoidance) โดยการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนที่สร้างขึ้นระหว่างประเทศสมาชิกโดยมิชอบ (Abuse of Tax Conventions) นั้นมีหรือไม่มีและถ้ามีนั้นมีขอบเขตเพียงใด นอกจากนี้ คณะทำงานดังกล่าวยังมีหน้าที่ศึกษาว่าหน่วยภาษีที่จัดตั้งในประเทศที่เข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือประเทศที่สมควรถูกปฏิเสธการได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่เพื่อป้องกันการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบดังกล่าว<sup>35</sup>

รายงานของคณะทำงาน WP21 ในปีค.ศ. 1963 ได้ระบุว่า อนุสัญญาภาษีซ้อนอาจเพิ่มโอกาสในการหลบหลีกภาษีของผู้เสียภาษีในประเทศถิ่นที่อยู่ของตนและโอกาสในการใช้ประโยชน์จากภาษีที่ต่ำกว่าในประเทศอื่น และนี่ก็เป็นผลของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่คณะทำงาน WP21 ได้รับความระแหนงที่ มา ทั้งนี้ ในเรื่องนี้ การใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่อยู่ภายใต้การศึกษาของคณะทำงานดังกล่าว ไม่ใช่กรณีที่มีการบังคับใช้ออนุสัญญาอย่างไม่ถูกต้อง แต่เป็นการศึกษาถึงกรณีที่บุคคลหรือบริษัทได้สิทธิประโยชน์ทางภาษีจากการบังคับใช้ออนุสัญญาอย่างถูกต้อง<sup>36</sup>

รายงานของคณะทำงาน WP21 ได้กล่าวถึงกรณีการที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่มีอัตราภาษีสูงที่มีระบบการยกเว้นภาษี (Exemption System) ทำการเลื่อนเวลาการชำระภาษีออกไปโดยการใช้ foreign base company\* (ประเด็นที่เกิดขึ้นทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกาขณะนั้น) บริษัทส่งผ่าน (conduit) การกำหนดราคาโอน (Transfer Pricing) สถานประกอบการถาวร เป็นต้น ในประเทศที่อัตราภาษีต่ำ ทั้งนี้ รายงานดังกล่าวได้เสนอแนวทางแก้ไขโดยเฉพาะเจาะจงไว้สองแนวทาง คือ แนวทางแรก ให้รัฐแหล่งเงินได้ปฏิเสธสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยเสนอให้ใช้บทบัญญัติเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation of benefits (LOB)) และแนวทางที่สอง คือ ให้

<sup>34</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in *Beneficial ownership: Recent trends*, p. 288.

<sup>35</sup>TFD/FC/141 (1962) approved FC/M(62)1 (1962), pp.5 et seq. Cited in *ibid.*, p. 289.

<sup>36</sup>FC/WP21(63)1 (1963), p.2. Cited in *ibid.*

\*Base company คือ บริษัทที่ตั้งอยู่ในประเทศที่เก็บภาษีต่ำหรือไม่เก็บภาษีซึ่งถูกนำมาใช้เพื่อหลบซ่อนเงินได้และเพื่อลดภาษีในประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้เสียภาษี Base company จะทำกิจกรรมบางอย่างแทนบริษัทที่เกี่ยวข้องกันที่ตั้งอยู่ในประเทศที่มีภาษีสูง (เช่น บริการด้านการบริหาร) หรือถูกนำมาใช้ในการเป็นช่องทางในการส่งต่อเงินได้บางประเภท เช่น เงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าสิทธิ และค่าธรรมเนียม (OECD, *Glossary of tax terms.*)

ประเทศถิ่นที่อยู่นำบทบัญญัติเรื่องการควบคุมจากบริษัทต่างประเทศ (Controlled Foreign Corporations (CFC)) มาใช้ และหลังจากคณะทำงาน WP21 ได้เสนอออกมาแล้ว ในที่ประชุมการพิจารณารายงานของ Fiscal Committee ในเดือนมกราคม ค.ศ. 1963 นั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เสนอให้จัดทำและนำข้อบทที่ได้รับการเสนอไว้รายงานมาไว้บรรจุใน อนุสัญญาต้นแบบแต่ประธานการประชุมได้ชี้แจงว่า ณ เวลานั้น สายเกินไปที่จะเพิ่มเติมข้อบทดังกล่าวไว้ในร่างอนุสัญญา (Draft Model) ที่กำลังจะจัดทำขึ้น นอกจากนี้ ในขณะนั้น ยังมีข้อถกเถียงอย่างมากว่าอะไรเป็นการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบและเห็นตรงกันว่า base company เป็นปัญหาหลักและได้นำไปสู่ข้อกังวลทางด้านนโยบายเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีในประเทศถิ่นที่อยู่แทนที่จะเป็น ข้อกังวลเกี่ยวกับบริษัทส่งผ่าน (conduit) ที่จัดตั้งขึ้นมาเพียงเพื่อใช้ประโยชน์จากการลดอัตราภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ทั้งที่การกระทำดังกล่าวมีนัยยะของการเลือกใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบอยู่ก็ตามที่<sup>37</sup>

เป็นที่น่าเสียดายว่าหลังจากการประชุมครั้งนั้น ความสนใจในประเด็นการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยกขึ้นมาและนำไปสู่รายงานของคณะทำงาน WP21 นั้น ก็ได้ลดลงไป ต่อมา ในปีค.ศ. 1965 คณะทำงาน WP21 ก็ได้ออกแบบสอบถามใหม่โดยเน้นไปที่ base company (รวมถึงการจัดวางโครงสร้างธุรกิจใหม่) การเลื่อนเวลาชำระภาษี (deferral) และบริษัทประกันภัยในอาณัติ (captive insurance) และในที่สุดคณะทำงาน WP21 ก็ได้ออกรายงานมาในปีค.ศ. 1967 ซึ่งก็มีเนื้อหาคล้ายกับรายงานฉบับเดิมแต่ได้มีการเพิ่มเติมประเด็นของการโยกย้ายแรงงานและการใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบ (abuse) ในกรณีดังกล่าว โดยที่ยังคงข้อความเห็นในเรื่องประโยชน์ที่จะได้รับจากการใช้ของบทบัญญัติเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation of Benefits (LOB)) โดยรายงานระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “การอ้างอิงบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศที่ base company มีถิ่นที่อยู่เป็นประโยชน์ในสัญญาทวิภาคีระหว่างประเทศนั้นกับประเทศที่ base company ได้รับเงินได้ อย่างไรก็ตาม เราไม่สามารถที่จะบรรจุข้อบทเช่นว่าในอนุสัญญาต้นแบบหรือสัญญาพหุภาคีเพราะการอ้างอิงจากหรืออ้างอิงถึงบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศหนึ่งโดยเฉพาะยากที่จะเพียงพอที่จะจัดการกับสถานการณ์ที่หลากหลายที่อาจเกิดขึ้น มันจำเป็นอย่างชัดเจนที่อนุสัญญาภาษีซ้อนจะเพิ่มเติมข้อบทที่กำหนดเงื่อนไขในการปฏิเสธการลดสิทธิการจัดเก็บภาษีในรัฐแหล่งเงินได้สำหรับบางบริษัท กล่าวอีกอย่างก็คือ อนุสัญญาจะต้องระบุนิยามของ base company

<sup>37</sup>FC/M(63)2 (1963), pp.3 et seq., FC/M(63)3 pt. I (1963), p. 4. Cited in Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in Beneficial ownership: Recent trends, p. 290.



ไว้ด้วย”<sup>38</sup> ที่กล่าวมาข้างต้นนี้แสดงให้เห็นว่า ข้อกังวลนั้นยังเน้นไปที่การจัดเก็บภาษีในประเทศถิ่นที่อยู่แทนที่จะเป็นประเด็นการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ<sup>39</sup>

คณะทำงาน WP21 แสดงความเห็นที่ “ไม่มีใครที่สามารถมองข้ามความจริงว่า ตัวอย่างเช่น ผู้มีถิ่นที่อยู่ของประเทศหนึ่งที่ต้องการจะลงทุนในรัฐ A โดยมากจะลงทุนผ่านตัวแทนหรือตัวกลางอื่นๆ ในรัฐ B แทนที่จะลงทุนโดยตรงเพราะรัฐ B ไม่เก็บภาษีเงินได้ดังกล่าวและรัฐ A กับรัฐ B ก็มีอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างกันซึ่งทำให้ผลประโยชน์จากการลงทุนจะถูกเก็บภาษีในรัฐ A ในอัตราที่ต่ำกว่าปกติ ... อย่างไรก็ตาม นอกจากกรณีดังกล่าวข้างต้น การโยกย้ายกำไรยังเกี่ยวข้องกับผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่สาม ซึ่งผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศดังกล่าวอาจลงทุนในรัฐ A และเงินได้ดังกล่าวจะถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายตามที่กฎหมายรัฐ A กำหนดไว้ แต่หากรัฐ A กับรัฐ B ก็มีอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างกันซึ่งกำหนดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายบนเงินได้ที่จ่ายจากรัฐหนึ่งไปอีกรัฐหนึ่ง ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่สามอาจลงทุนในรัฐ A โดยผ่านตัวกลางในรัฐ B บริษัทโฮลดิ้งหรือนอมินีหรือตัวแทนอื่นๆ ... ตัวแปรจำเป็นในการที่จะนำไปสู่สิทธิประโยชน์ทางภาษีตามข้างต้นก็คือ ก) บุคคลธรรมดาหรือบริษัทจะต้องสามารถจัดวางธุรกรรมทางธุรกิจหรือการลงทุนของตนเพื่อให้ตนได้รับเงินได้ในต่างประเทศที่ไม่เก็บภาษีหรือเก็บภาษีต่ำ ข) ประเทศที่ก่อให้เกิดเงินได้จะต้องยกเว้นเงินได้นั้นหรือเก็บภาษีในอัตราต่ำ ค) เจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้จะต้องไม่ถูกเก็บภาษีบนเงินได้นั้นเลยในประเทศภูมิลำเนา (home country) หรือเจ้าของผลประโยชน์จะต้องไม่เสียภาษีจนกระทั่งเงินจะถูกได้ส่งกลับประเทศ (repatriate)”<sup>40</sup>

จากข้างต้น เป็นที่น่าสังเกตว่าคำว่า “นอมินี” (nominee) “ตัวแทน” (agent) และ “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) ไม่เคยถูกนำมาใช้ในรายงานฉบับก่อนหน้าของคณะทำงาน WP21 แต่ในรายงานฉบับนี้คำว่า “นอมินี” (nominee) “ตัวแทน” (agent) ถูกกล่าวถึงพร้อมกับการใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบ (Abuse of Treaties) ต่อมาเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1967 สหราชอาณาจักรก็ได้ยกประเด็นเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ขึ้นมาในระหว่างการเจรจาพิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรกับประเทศสหรัฐอเมริกาฉบับปีค.ศ. 1966 อย่างไรก็ตาม คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) ในกรณีนี้เหมือนจะมีความหมายต่างจากรายงานเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ของคณะทำงาน WP27 ที่ทำขึ้นในปีค.ศ. 1968 เพราะเจ้าของผลประโยชน์ในกรณีนี้ใช้ในความหมายของเจ้าของทางเศรษฐกิจคนสุดท้ายดังที่พบในกฎเรื่องการควบคุมจากบริษัทต่างประเทศ (Controlled Foreign Company) การที่บริษัทโฮลดิ้ง ตัวกลาง ตัวแทน นอมินี ได้ถูกกล่าวถึงไว้ด้วยกันแสดงให้เห็นว่าสิ่งเหล่านี้ น่าจะถูกปฏิบัติเหมือนกันซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าบท

<sup>38</sup>FC/WP21(67)1 (196), p.12. Cited in *ibid*, p. 291.

<sup>39</sup>*Ibid*, p. 291.

<sup>40</sup>FC/WP21(67)1 (196), pp.2 and 5. Cited in *ibid*.

ทดสอบทางกฎหมาย (Legal Style of Test) และบททดสอบทางเศรษฐกิจ (Economic Style of Test) ถูกนำมาผสมปนเปกันอย่างไม่ควรจะเป็น ต่อมาในปีค.ศ. 1975 ประเทศเยอรมนีก็ได้เข้ามาเป็นสมาชิกเพิ่มเติมในคณะทำงาน WP21 และคณะทำงาน WP21 นี้ก็ได้ออกรายงานมาในปีเดียวกันโดยยังคงแสดงความกังวลต่อ base company โดยที่ไม่ได้ให้ความสำคัญกับบริษัทส่งผ่านอยู่เช่นเดิม แต่ในรายงานนี้ได้เสนอวิธีรับมือกับ base company ที่ต่างออกไปโดยระบุว่า “การลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายจะไม่นำมาใช้กับการจ่าย [เงินปันผล] ดอกเบี้ย [หรือค่าลิขสิทธิ์] ที่จ่ายให้แก่บริษัทโฮลดิ้งที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาภาษีซ้อนที่เรียกเก็บภาษีที่ต่ำกว่าบรรทัดฐานที่ยอมรับได้”<sup>41</sup>

### 2.2.3.2 คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปี ค.ศ.1977<sup>42</sup>

การทำงานของคณะทำงานทั้ง WP 27 และ WP 21 ข้างต้นก็มาปรากฏใน Commentaries to Article 1 ของ 1977 Commentaries to the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital (1977 OECD Commentaries) โดยมีการเพิ่มเนื้อหาในส่วนของการใช้อินนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (improper use of treaties) ดังนี้

“10. สถานการณ์เหล่านี้บางสถานการณ์ถูกรับมือในอนุสัญญาภาษีซ้อน เช่น การเพิ่มเติมหลักของ “เจ้าของผลประโยชน์” (ในข้อ 10 11 และ 12) และ[การเพิ่มเติม]บทบัญญัติพิเศษสำหรับกลุ่มที่เป็นที่รู้จักแพร่หลายว่าเป็นบริษัทนักแสดง (artiste-companies) (วรรคสองของข้อ 17) ปัญหาเหล่านี้ยังถูกกล่าวถึงในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 10 (วรรค 17 และ 22) ข้อ 11 (วรรค 12) ข้อ 12 (วรรค 7) มันอาจเป็นการเหมาะสมที่รัฐผู้ทำสัญญาจะตกลงในการเจรจาต่อรองทวิภาคีว่าการบรรเทาภาระภาษีจะไม่ใช้บังคับในบางกรณี หรือตกลงว่าการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายภายในในการต่อต้านการหลบหลีกภาษีจะไม่ถูกระงับโดยอนุสัญญาภาษีซ้อน”

อย่างไรก็ดี Richard Vann ก็เห็นว่าการเพิ่มเติมเนื้อหาข้างต้นอาจไม่ใช่ผลของการทำงานมาอย่างยาวนานกว่า 15 ปีที่ตึงเครียดเพราะสิ่งที่เพิ่มเติมมานี้ส่วนใหญ่ก็เกี่ยวกับสิ่งที่มีอยู่แล้วใน 1963 Draft Model และหลักเจ้าของผลประโยชน์ก็ยังคงไม่สามารถนำมาใช้รับมือกับกรณีของบริษัทส่งผ่านและโครงสร้างอื่นๆ ที่คล้ายคลึงกันไม่ได้ อีกทั้งงานต่างๆ ในช่วงนี้ก็ยิ่งเน้นไปที่การเก็บภาษีของรัฐถิ่นที่อยู่กล่าวคือกรณีของ base company อยู่นั่นเอง

<sup>41</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 292-295.

<sup>42</sup>Ibid., pp. 295-296.

## 2.2.4 รายงาน OECD เรื่อง Double Taxation Convention and the Use of Conduit Companies ปี ค.ศ. 1986

ในปี ค.ศ. 1986 OECD ได้เผยแพร่รายงานสองฉบับ ฉบับหนึ่งเกี่ยวกับ base company และอีกฉบับเกี่ยวกับบริษัทส่งผ่าน (conduit company)<sup>43</sup>

รายงาน Double taxation conventions and the use of base companies (Base Companies Report) ได้กล่าวถึงหลักเจ้าของผลประโยชน์เพียงเล็กน้อยและในส่วนของตัวแทนและนอมินีเท่านั้น โดยในรายงานได้ระบุว่า หลักเจ้าของผลประโยชน์ไม่ใช่วิธีการที่เหมาะสมในกรณีของ base company<sup>44</sup>

ส่วนรายงานฉบับที่สองเรื่อง “Double Taxation Convention and the Use of Conduit Companies” (Conduit Companies Report) นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อพยายามที่จะขยายขอบเขตของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” รวมทั้งอธิบายคำดังกล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น และรายงานนี้ยังได้แนะนำให้มีการปรับปรุงบทบัญญัติของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) ด้วย<sup>45</sup> รายงานฉบับนี้ได้ระบุว่า บทบัญญัติต่อต้านการเลือกใช้อุสัญญาโดยมิชอบในข้อ 10, 11 และ 12 ที่อาจจำกัดประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาในกรณีที่บริษัทส่งผ่าน (conduit company) ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ของเงินได้ ดังที่ได้ระบุไว้ในรายงานดังนี้<sup>46</sup>

*“OECD ได้บรรจุบทบัญญัติปฏิเสธไม่ให้บุคคลที่ไม่มีสิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อนในบางกรณีมาใช้สิทธิประโยชน์ผ่านบริษัทส่งผ่านไว้ใน 1977 OECD Model ที่มีการแก้ไข...*

*ข) ข้อ 10 11 12 ของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) ปฏิเสธการจำกัดภาษีในรัฐแหล่งเงินได้บนเงินปันผล ดอกเบี้ยและค่าสิทธิหากบริษัทส่งผ่านไม่ใช่ “เจ้าของผลประโยชน์” ในเงินได้นั้น ดังนั้น การจำกัดภาษีจะไม่นำมาใช้หากในเชิงเศรษฐกิจ การจำกัดภาษีจะให้ประโยชน์แก่บุคคลที่ไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ดังกล่าวแต่ได้สอดแทรกบริษัทส่งผ่านในฐานะตัวกลางระหว่างบุคคลนั้นกับผู้จ่ายเงินได้ (วรรคสอง แปร สี่ของ Commentary ของข้อ 10 11 12 ตามลำดับ) Commentaries ได้กล่าวถึงกรณีของนอมินี*

<sup>43</sup>Ibid., p. 296.

<sup>44</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital 2014 (full version) R(5). Double taxation conventions and the use of base companies [Online], 5 July 2015. Source <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-98-en>

<sup>45</sup>Elena Kryzhanovskaya, "The beneficial owner concept in civil law countries. Scandinavian perspective," p. 9.

<sup>46</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital 2014 (full version) R(5). Double taxation conventions and the use of base companies.

และตัวแทน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัตินี้ก็ยังไม่ไปใช้กับกรณีอื่นๆ ที่มีบุคคลที่ทำหน้าที่คล้ายกับนอมินีหรือตัวแทนด้วย ดังนั้น โดยทั่วไปแล้ว บริษัทส่งผ่านนั้นแม้ว่าจะเป็นเจ้าของอย่างเป็นทางการในทรัพย์สินบางอย่าง บริษัทส่งผ่านก็ไม่อาจถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์หากบริษัทส่งผ่านนั้นมีอำนาจน้อยมากซึ่งทำให้บริษัทนั้นเป็นเพียงผู้ดูแลผลประโยชน์ (Fiduciary) หรือผู้บริหารจัดการ (Administrator) ที่ทำการเพื่อประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย (โดยมากคือผู้ถือหุ้นของบริษัทส่งผ่านนั้น) อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ปกติแล้วจะเป็นการยากที่ประเทศแหล่งเงินได้จะแสดงได้ว่าบริษัทส่งผ่านไม่ใช่ผู้รับผลประโยชน์... ด้วยความยากนี้เอง 1977 OECD Model Commentary จึงได้พูดถึงโอกาสที่จะกำหนดในระหว่างการเจรจาต่อรองทางปฏิบัติที่เฉพาะเจาะจงมากกว่านี้ที่ควรนำมาใช้กับบริษัทส่งผ่านเหล่านี้”

มาถึงตอนนี้ คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ได้ขยายไปยังกรณีของบริษัทส่งผ่านอย่างเป็นทางการแล้ว แต่ก็ยังเป็นไปในทางที่จำกัดอยู่มากถึงขนาดว่าแทบจะไม่มีผลต่อการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ซึ่งกระทบต่อรัฐแหล่งเงินได้ เนื่องจากหลักเจ้าของผลประโยชน์ตามรายงานฉบับนี้ส่งผลให้เจ้าของที่แท้จริงของบริษัทส่งผ่านทราบว่าควรทำอย่างไรจึงจะหลีกเลี่ยงปัญหาที่จะเกิดจากหลักเจ้าของผลประโยชน์ ในทางกลับกัน รายงานดังกล่าวทำให้การใช้หลักและคำว่าเจ้าของผลประโยชน์มีความไม่แน่นอนในทางปฏิบัติ รายงานนี้ได้ยอมรับว่าในทางปฏิบัติ การตีความคำดังกล่าวอาจไม่สามารถใช้บังคับได้หากคำนึงถึงด้านการบริหารจัดการภาษีและยังมีข้อผิดพลาดในเรื่องวัตถุประสงค์ของการเพิ่มเติมวรรคยี่สิบสองของ Commentary ต่อข้อ 10 ปี 1977 ซึ่งวัตถุประสงค์ดังกล่าวก็เพื่อเพิ่มบททดสอบสำหรับการทดสอบเพื่อที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนเพื่อรับมือกับบริษัท base company ไม่ใช่กับบริษัทส่งผ่าน

เมื่อรายงานทั้งสองฉบับข้างต้นได้นำมารวมไว้ในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบในปีค.ศ. 1992 ไม่มีความเห็นเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ในรายงานฉบับดังกล่าวได้นำเข้ามารวมใน อนุสัญญาต้นแบบด้วย และอนุสัญญาต้นแบบนี้ก็ยังคงเหมือนกับฉบับค.ศ. 1977 ในประเด็นนี้ กล่าวโดยเฉพาะก็คือ ไม่มีข้อเสนอเกี่ยวกับบริษัทส่งผ่านใดๆ ที่ได้รับผลกระทบจากบททดสอบเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ ประโยชน์ที่แท้จริงของรายงานทั้งสองฉบับนี้ก็คือการสำรวจนโยบายเบื้องหลังอนุสัญญาภาษีซ้อนและการร่างบทบัญญัติเฉพาะบางประการในอนุสัญญาที่ใช้รับมือกับการใช้ประโยชน์จากนโยบายดังกล่าวโดยมิชอบในรูปแบบต่างๆ<sup>47</sup>

<sup>47</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 296-298.

## 2.2.5 รายงาน OECD เรื่อง Harmful Tax Competition ปี ค.ศ. 1998<sup>48</sup>

ในการพิจารณาของคณะทำงาน WP21 และรายงาน Base Companies Report และบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ได้มีความเห็นว่าความแตกต่างในอัตราภาษีของแต่ละประเทศนั้นหลีกเลี่ยงไม่ได้และการแข่งขันทางภาษีในลักษณะนั้นไม่ใช่ปัญหา การมีอัตราภาษีที่ต่ำประกอบกับมาตรการจูงใจอื่นๆ เพื่อดึงดูดเงินได้เข้าสู่ประเทศก่อให้เกิดข้อกังวลแต่ในท้ายที่สุดแล้วไม่ได้ถูกมองว่าเป็นปัญหาหลักทางอนุสัญญาภาษีซ้อน แต่ถูกมองว่าสิทธิประโยชน์ที่มีอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ให้สิทธิจ่ายภาษีลดลงในรัฐแหล่งเงินได้เป็นเพียงส่วนเพิ่มเติมเล็กน้อยที่ไม่มีน้ำหนักของสิทธิประโยชน์ที่ได้รับจากมาตรการจูงใจอื่นๆ เท่านั้น

มุมมองดังกล่าวข้างต้นก็ได้สะท้อนไว้ในรายงาน OECD เรื่อง Harmful Tax Competition ปี ค.ศ.1998 ด้วย แต่กระนั้นก็ตาม ก็ยังมีข้อถกเถียงมากมายเกี่ยวกับนโยบายที่อยู่เบื้องหลังรายงานฉบับนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับนโยบายทางภาษีที่เป็นอันตราย (harmful regime) ว่าบททดสอบความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ (Beneficial Ownership Test) นั้นมีบทบาทแค่ไหนในการกำหนดนโยบายนั้นขึ้น ซึ่งเมื่อสังเกตจากประวัติข้างต้นจะเห็นว่าบททดสอบความเป็นเจ้าของผลประโยชน์นั้นถูกสร้างมาเพื่อใช้รับมือกับนโยบายทางภาษีที่รัฐหนึ่งกำหนดขึ้นโดยมีเจตนาจะแทรกแซงระบบภาษีรัฐอื่นอย่างไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ ในรายงานฉบับนี้ได้กล่าวถึงการจำกัดการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยอาศัยหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ดังนี้ “อีกตัวอย่างหนึ่งก็คือการปฏิเสธไม่ให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาแก่บริษัทที่ไม่มีหน้าที่ทางเศรษฐกิจอย่างแท้จริงเพราะบริษัทเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของเงินได้บางประเภทที่จ่ายให้แก่บริษัทเหล่านั้นอย่างเป็นทางการ”<sup>49</sup>

## 2.2.6 รายงาน OECD เรื่อง Partnership Report ปี ค.ศ. 1999<sup>50</sup>

รายงาน OECD เรื่องหุ้นส่วน ปี ค.ศ. 1999 (Partnership Report) ได้เสนอทางแก้ไขใหม่ๆ สำหรับปัญหาการใช้บังคับอนุสัญญาภาษีซ้อนกับกรณีของหุ้นส่วน ซึ่งในกรณีหลักเจ้าของผลประโยชน์ก็ได้ถูกนำมาช่วยในประเด็นการขัดกันของการจัดสรรเงินได้ (conflicts of attribution) ดังนี้<sup>51</sup>

<sup>48</sup>Ibid., pp. 298-299.

<sup>49</sup>OECD, Harmful tax competition An emerging global issue [Online], 20 February 2015. Source <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>

<sup>50</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in Beneficial ownership: Recent trends, pp. 301-304.

<sup>51</sup>OECD, The application of the OECD model tax convention to partnerships [Online], 20 February 2015. Source <http://dx.doi.org/10.1787/9789264173316-en>

“อีกวิธีการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเงื่อนไขของกฎของการจัดสรรเงินได้ในข้อบทที่เกี่ยวข้องของอนุสัญญา ซึ่งภายใต้การวิเคราะห์ลักษณะนี้ ในกรณีของเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ คำถามก็คือผู้รับเงินได้เป็นเจ้าของผลประโยชน์ของเงินได้ภายใต้กฎหมายของรัฐถิ่นที่อยู่ของผู้มีหน้าที่เสียภาษีซึ่งอ้างสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาและจึงเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีที่เกี่ยวกับเงินได้นั้น ในกรณีของห้างหุ้นส่วนที่ถือว่าเป็นหน่วยที่โปร่งใสทางภาษี (transparent) ภายใต้กฎหมายของประเทศแหล่งเงินได้แต่ถือเป็นหน่วยภาษีภายใต้กฎหมายรัฐถิ่นที่อยู่ ห้างหุ้นส่วนนั้นถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ (ไม่ใช่หุ้นส่วนแต่ละราย) ทั้งนี้ เพราะการปฏิบัติต่อเงินได้ของรัฐถิ่นที่อยู่ หุ้นส่วนจึงไม่เป็นเจ้าของผลประโยชน์เพื่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อน ดังนั้น หุ้นส่วนจึงไม่มีสิทธิที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในสถานการณ์ดังกล่าวและไม่ว่าห้างหุ้นส่วนจะมีสิทธิภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับว่าเมื่อแยกพิจารณาแล้ว ห้างหุ้นส่วนนั้นเข้าข่ายเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่หรือไม่”

จากข้างต้น Richard Vann เห็นว่าวัตถุประสงค์ที่ปรากฏใน Partnership Report นั้นไม่ใช่วัตถุประสงค์แรกเริ่มของหลักเจ้าของผลประโยชน์ หากสังเกตจากประวัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์นี้ จะเห็นว่าไม่ปรากฏการพิจารณาถึงประเด็นความแตกต่างของการขัดกันของการจัดสรรเงินได้ (conflicts of Attribution) Richard Vann มีความเห็นว่า ปัญหาที่เกิดจากการใช้หลักดังกล่าวเพื่อให้เหตุผลสนับสนุนในการที่จะเข้าไปดูกฎหมายของรัฐถิ่นที่อยู่ก็คือหลักดังกล่าวใช้กับข้อ 10 ถึง 12 เท่านั้นแต่ไม่ใช้กับข้ออื่นๆ โดยรวมแล้ว รายงานฉบับนี้ให้ทางออกที่ดูดีแต่ใช้ไม่ได้จริงในทางปฏิบัติกับประเด็นความแตกต่างของการขัดกันของการจัดสรรเงินได้ (conflicts of Attribution) แต่เป็นที่ชัดเจนว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ไม่จำเป็นต้องเป็นส่วนหนึ่งของทางออกนั้น อันที่จริงแล้วนั้น การเชื่อมโยงหลักเจ้าของผลประโยชน์เข้ากับการจัดสรรเงินได้อาจไปปล้ำงวัตถุประสงค์แรกเริ่มของสหราชอาณาจักรในการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบรรจุไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนก็เพราะว่าสหราชอาณาจักรนั้นจัดสรรเงินได้ให้แก่ทรัพย์สินเพราะเหตุเพียงว่าทรัพย์สินเป็นผู้รับเงินได้เท่านั้น

ต่อมา ความเห็นเกี่ยวกับความแตกต่างของการจัดสรรเงินได้ (conflicts of attribution) ที่อยู่ในรายงาน Partnership Report ก็ได้มาปรากฏในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบในปีค.ศ. 2003 ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ นอกจากนี้ จะเห็นได้จากการแก้ไขเพิ่มเติม คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบในปีค.ศ. 2003 ว่ามีความตั้งใจที่จะขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปไกลกว่ากรณีเหล่านั้นและจะปฏิเสธไม่ให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนแม้ว่ารัฐจะถือว่าเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐตนว่าได้รับเงินได้ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้นและเป็นไปได้ว่าจะเก็บภาษีจากผู้มีถิ่นที่อยู่นั้นก็ ตาม ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์จะทำให้ทางออกเกี่ยวกับความแตกต่างของการ

จัดสรรเงินได้ (conflicts of attribution) ที่เสนอใน Partnership Report นั้นใช้ไม่ได้หรือเกิดความติดขัด

### 2.2.7 การแก้ไขคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ปี ค.ศ. 2003<sup>52</sup>

บทสรุปในรายงาน OECD เรื่อง Double Taxation Convention and the Use of Conduit Companies (Conduit Companies Report) ได้ถูกนำมาพิจารณาในช่วงที่มีการแก้ไขคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับปีค.ศ.1977 และนำมาสู่การแก้ไขคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบที่ OECD ได้มีการปรับเปลี่ยนข้อ 10, 11 และ 12 เพื่อที่จะขยายความเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ให้รวมถึงกรณีของบริษัทส่งผ่านด้วย

ในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับนี้ คำอธิบายคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” มีความละเอียดมากยิ่งขึ้นและได้รวมบริษัทส่งผ่านที่ได้รับเงินได้แทนผู้ได้รับประโยชน์ที่ตั้งอยู่ในประเทศที่สาม นอกเหนือจากตัวแทน (agent) หรือโนมินี (nominee) ซึ่งมีอยู่แล้วในฉบับเดิม การแก้ไขนี้ปรากฏในย่อหน้า 2 ของข้อ 10 เพื่ออธิบายความหมายของข้อความที่ว่า “จ่าย....แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่” ที่ระบุในย่อหน้า 1 ของข้อเดียวกัน แนวคิดเบื้องหลังของการแก้ไขนี้คือเพื่อแสดงว่ารัฐแหล่งเงินได้ไม่มีหน้าที่ที่จะให้สิทธิประโยชน์ภายใต้สัญญาแก่ผู้ได้รับเงินปันผลเพียงเพราะว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของประเทศคู่สัญญาหนึ่ง

คำอธิบายยังได้กล่าวต่ออีกว่า คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไม่ควรใช้ในความหมายทางเทคนิคอย่างแคบ ในทางกลับกัน คำนี้ควรตีความโดยอาศัยบริบทโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของอนุสัญญาซึ่งรวมถึงการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและป้องกันการหลบหลีกและหนีภาษี ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับเงินได้ในฐานะตัวแทนหรือโนมินี การที่รัฐแหล่งเงินได้ให้สิทธิลดหย่อนหรือยกเว้นภาษีเพียงเพราะบุคคลที่เป็นผู้รับเงินได้คนแรก (immediate recipient) เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐหนึ่งนั้นถือว่าไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของอนุสัญญา ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าผู้รับเงินได้คนแรกในกรณีนี้มีคุณสมบัติเป็นผู้รับเงินได้แต่ไม่มีโอกาสที่จะเกิดภาษีซ้อนเพราะเหตุจากการมีสถานะเช่นนั้นเพราะผู้รับเงินได้ไม่ถือว่าเป็นเจ้าของเงินได้ในทางภาษีในรัฐแหล่งเงินได้<sup>53</sup>

นอกจากนี้ คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบก็ยังสามารถเพิ่มเติมว่า จะถือว่าไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของอนุสัญญาด้วยเช่นกัน หากรัฐแหล่งเงินได้จะให้สิทธิลดหย่อนหรือ

<sup>52</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 299-301.

<sup>53</sup>OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed version 2003*, Commentary on Article 10, para 12.1. Cited in *ibid.*, p. 299.

ยกเว้นภาษีในกรณีที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง แม้ไม่ใช่กรณีความสัมพันธ์ในรูปแบบของ ตัวแทนหรือนอมินี กระทำการเป็นเพียงตัวส่งผ่าน (Conduit) สำหรับบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งในความเป็นจริงแล้วเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากเงินได้ที่เกี่ยวข้องนั้น ด้วยเหตุนี้ รายงานเรื่อง Double Taxation Convention and the Use of Conduit Companies” ปี ค.ศ.1986 จึงได้สรุปว่า โดยทั่วไปแล้ว บริษัทส่งผ่านนั้นแม้ว่าจะเป็นเจ้าของอย่างเป็นทางการในทรัพย์สินบางอย่าง บริษัทส่งผ่านก็ไม่อาจถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์หากบริษัทส่งผ่านนั้นมีอำนาจน้อยมากซึ่งทำให้บริษัทนั้นเป็นเพียงผู้ดูแลผลประโยชน์ (Fiduciary) หรือผู้บริหารจัดการ (Administrator) ที่ทำการเพื่อประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย<sup>54</sup>

จากข้างต้น จะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนถูกนำมาใช้เพื่อ เชื่อมกรณีของนอมินีและตัวแทนเข้ากับกรณีบริษัทส่งผ่านไว้ด้วยกัน ทั้งที่อันที่จริงแล้ว ในกรณีของ นอมินีและตัวแทน มีนโยบายว่ารัฐถิ่นที่อยู่ไม่ได้ถือว่าเงินได้มีการจ่ายให้นอมินีหรือตัวแทน ดังนั้น จึงไม่มีภาษีซ้อนที่จะต้องจัดการ ซึ่งนโยบายนี้ก็สอดคล้องกับประวัติและนโยบายของหลักเจ้าของ ผลประโยชน์ทั้งหมด

อย่างไรก็ตาม นโยบายที่เกี่ยวกับบริษัทส่งผ่านนั้นกลับต่างออกไปจากกรณีของนอมินีและ ตัวแทนอย่างมาก เพราะบริษัทส่งผ่านทำหน้าที่เป็นตัวส่งผ่านให้กับบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งในความเป็นจริงเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากเงินได้นั้น นโยบายนี้หากมองอย่างเคร่งครัดแล้วก็หมายความว่าหน่วย ทางกฎหมาย เช่น บริษัท จะไม่สามารถเป็นเจ้าของผลประโยชน์ได้เลยเพราะในท้ายที่สุดแล้วหน่วย ทางกฎหมายจะทำการเป็นตัวส่งผ่านสำหรับบุคคลธรรมดาที่มีเลือดเนื้อที่จะได้รับประโยชน์จากเงินได้ ความเห็นเช่นนี้จึงหมายความว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์จะต้องตีความว่ามีความหมายว่าเจ้าของทาง เศรษฐกิจคนสุดท้ายของเงินได้ซึ่งไม่ใช่ความหมายที่หลักนี้ต้องการให้เป็น (อย่างไรก็ดี Richard Vann เห็นว่า เป็นที่น่าเสียดายว่ารายงานฉบับเดียวกันนี้กลับแนะนำบทบัญญัติเรื่องการใช้ประโยชน์จาก อนุสัญญาโดยมิชอบที่รวมถึงคำว่า เจ้าของผลประโยชน์ เข้าไปโดยให้มีความหมายว่า เจ้าของทาง เศรษฐกิจคนสุดท้าย ดังเห็นได้จากคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบปีค.ศ. 2010 ข้อ 1 (OECD Commentary 2010) วรรค 21.2

Richard Vann เห็นว่า การที่ OECD ไปเชื่อมโยงนโยบายที่กว้างเข้ากับบททดสอบที่แคบกว่า มาก (หลักเจ้าของผลประโยชน์) ก่อให้เกิดปัญหาว่าผู้อ่านจะตีความต่างกันซึ่งปัญหานี้ก็เกิดขึ้นจริง

<sup>54</sup>Double Taxation Convention and the use of conduit companies (adopted by the OECD Council on 27 November 1986), R(6)-10. Cited in *ibid.*, p. 302-304..



ในทางปฏิบัติ โดยที่ผู้บริหารจัดเก็บภาษีดูเหมือนว่าจะให้น้ำหนักไปที่นโยบายมากกว่าทดสอบที่มีความแม่นยำอย่างมากที่ใช้กับกรณีของบริษัทส่งผ่าน<sup>55</sup>

### 2.2.8 รายงาน OECD เรื่องโครงการจัดการลงทุนและคำอธิบายเกี่ยวกับคุณลักษณะของหลักเจ้าของผลประโยชน์ปี ค.ศ. 2010

คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบปี ค.ศ. 2010 ได้ขยายขอบเขตคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ออกไป ทั้งนี้ แม้ว่าคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบปี ค.ศ. 2010 จะมีได้มีการแก้ไขข้อความในคำอธิบายในข้อ 10, 11 และ 12 เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ก็ตาม แต่คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบได้เพิ่มเติมกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคุณสมบัติของเจ้าของผลประโยชน์ใน คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของข้อ 1 เรื่องผู้ได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญา

แม้ว่า OECD จะไม่ได้อธิบายถึงคำว่าเจ้าของผลประโยชน์โดยตรงแต่ OECD ก็ได้บรรยายว่าโครงการจัดการลงทุน (Collective Investment Vehicle (CIV)) ที่มีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีว่าต้องมีคุณสมบัติของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ที่สำคัญอะไรบางอย่างเพื่อที่จะตัดสินได้อย่างถูกต้องว่าคุณคนนั้นๆ มีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่ ย่อหน้า 6.14 ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบได้กล่าวว่า CIV สามารถเป็นผู้รับผลประโยชน์ในเงินปันผลและดอกเบี้ยที่ตนได้รับได้ตราบเท่าที่ผู้จัดการของ CIV มีอำนาจในการใช้ดุลยพินิจของตนในการจัดการสินทรัพย์ที่ก่อให้เกิดเงินได้นั้น<sup>56</sup>

รายงานของ OECD เรื่องโครงการจัดการลงทุน (The Granting of Treaty benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles)<sup>57</sup> ได้ปรับหลักเจ้าของผลประโยชน์เพื่อให้หลักนี้ใช้งานได้อย่างเหมาะสมในบริบทของโครงการจัดการลงทุน (CIV) ทั้งนี้ ภายใต้ระบบภาษีภายในประเทศของประเทศส่วนใหญ่ CIV จะไม่ถูกประเมินภาษีแต่จะเป็นนักลงทุนใน CIV ต่างหากที่เป็นผู้ที่มีหน้าที่เสียภาษี การนำหลักดังกล่าวมาใช้ในภาษีระหว่างประเทศและอนุสัญญาภาษีซ้อนก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างสิทธิเก็บภาษีและสิทธิลดหย่อนภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ เนื่องจาก CIV มักจะถูกถือโดยนักลงทุนจำนวนมากและนักลงทุนแต่ละคนก็จะมีส่วน

<sup>55</sup>Ibid., pp. 299-301.

<sup>56</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010 (Paris: OECD Publishing, 2010), Commentary on Article 1, para 6.14.

<sup>57</sup>The granting of treaty benefits with respect to the income of collective investment vehicles. [Online], 22 July 2015. Source

<http://www.oecd.org/tax/treaties/oecdreleasesreportongrantingoftreatybenefitswithrespecttotheincomeofcollectiveinvestmentvehicles.htm>

เพียงเล็กน้อยในแต่ละการลงทุนของ CIV ดังนั้น จึงไม่เหมาะสมที่จะให้สิทธิภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในชั้นของนักลงทุนมีและด้วยเหตุนี้ จึงมีนโยบายว่าควรให้สิทธิภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนของรัฐแหล่งเงินได้ในชั้นของ CIV (ทั้งนี้ ภายใต้มาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาโดยมิชอบ) อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก CIV ไม่ได้ถูกจัดเก็บภาษีในรัฐถิ่นที่อยู่ (หากไม่ได้คำนึงถึงประเด็นของความโปร่งใส) การให้สิทธิบรรเทาภาษีซ้อนในชั้นของ CIV นั้นเป็นการไร้ประโยชน์ ดังนั้น จึงมีนโยบายว่าการบรรเทาภาษีซ้อนควรอยู่ในชั้นนักลงทุนใน CIV<sup>58</sup>

ด้วยมุ่งที่จะพยายามจะรับมือกับการขัดกันของการจัดสรรเงินได้ (conflicts of attribution) ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ รายงาน The Granting of Treaty Benefits with Respect to the Income of Collective Investment Vehicles ฉบับนี้ได้ใช้แนวทางที่ผ่อนปรนมากขึ้นกว่าแนวทางที่ใช้ใน Partnership Report ในการพิจารณาว่า CIV เป็นบุคคลและมีหน้าที่เสียภาษีหรือไม่ กล่าวคือ หาก CIV โปร่งใสทางภาษี รายงานฉบับนี้แนะนำให้มอบสิทธิประโยชน์ทางภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ในชั้นของ CIV โดยผ่านทางบทบัญญัติพิเศษในอนุสัญญาหรือผ่านการใช้กระบวนการตกลงร่วมกันที่ยืดหยุ่นอย่างมาก ในทางตรงกันข้าม หาก CIV ไม่โปร่งใสทางภาษียางานฉบับนี้ระบุว่าหวังว่าทางออกในการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ในชั้นของนักลงทุนจะถูกค้นพบ (ทั้งนี้ ภายใต้มาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาโดยมิชอบ) ซึ่งรายงานฉบับนี้ได้เสนอร่างบทบัญญัติเพื่อการนี้แต่อย่างไรก็ดีบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้ถูกบรรจุลงใน OECD Commentary 2010

นโยบายที่แตกต่างกันในแต่ละเหตุการณ์นั้นก่อให้เกิดความยากลำบากในการใช้หลักเจ้าของประโยชน์ไปด้วย ข้อกังวลเกิดขึ้นเพราะการอ้างสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยนอมินีและตัวแทนที่ถูกนำมาสอดแทรกซึ่งได้ขยายรวมถึงบริษัทส่งผ่านบางจำพวกด้วย อย่างไรก็ตาม นโยบายก็ได้ให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในรัฐแหล่งเงินได้แก่หน่วยที่สอดแทรกเข้ามาซึ่งก็คือ CIV ด้วย ระบบภาษีที่เกี่ยวข้องกับ CIV ส่วนใหญ่จะกำหนดให้ CIV จำหน่ายเงินได้ที่ CIV ได้รับทั้งหมดและมีหน้าที่ที่จะส่งผ่านเงินได้ไปยังบุคคลอื่น อันทำให้ CIV อยู่ภายใต้การตีความของบริษัทส่งผ่าน ดังนั้น Richard Vann จึงเห็นว่าควรมีคำอธิบายว่าเหตุใด CIV จึงเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ไปได้ ดังที่ปรากฏในย่อหน้า 6.14 ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบว่า<sup>59</sup>

*“เพราะ “CIV” ตามที่ได้ให้นิยามไว้ในย่อหน้า 6.8 ข้างต้นนั้นจะต้องถูกถือโดยนักลงทุนเป็นวงกว้าง และ CIV ต้องมีหลักทรัพย์ในครอบครองที่หลากหลายและต้องอยู่ภายใต้*

<sup>58</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 302-304.

<sup>59</sup>OECD, *Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010*, Commentary on Article 1, para 6.14.

กฎเกณฑ์การคุ้มครองนักลงทุนในประเทศที่ CIV ได้ถูกจัดตั้งขึ้น CIV นั้น หรือผู้จัดการ โดยมากจะทำหน้าที่สำคัญเกี่ยวกับการลงทุนและการบริหารจัดการสินทรัพย์ของ CIV นอกจากนี้ ตำแหน่งของนักลงทุนรายหนึ่งใน CIV แตกต่างกันมากจากตำแหน่งของนักลงทุนที่เป็นเจ้าของสินทรัพย์อ้างอิง (underlying assets) ทั้งในแง่ของกฎหมายและแง่ของเศรษฐกิจ ดังนั้นจึงไม่เหมาะสมที่จะถือว่านักลงทุนใน CIV ดังกล่าวเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของเงินได้ที่ CIV ได้รับ ดังนั้น สื่อกลาง (Vehicle) ที่เข้านิยามของ CIV ที่ถูกถืออย่างกว้างขวางจะถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของเงินปันผลและดอกเบี้ยที่ CIV ได้รับด้วย ตราบเท่าที่ ผู้จัดการของ CIV มีอำนาจใช้ดุลยพินิจในการบริหารจัดการสินทรัพย์ที่ก่อให้เกิดเงินได้นั้น...”

หากการตีความข้างต้นนี้ถือว่าเป็นส่วนเสริมเข้าไปในรายงาน Conduit Companies Report (ซึ่ง CIV Report ไม่ได้ระบุไว้เช่นนั้น) แล้ว เงื่อนไขของการที่จะไม่เป็นเจ้าของผลประโยชน์นั้นก็คือ ตัวกลางจะต้องไม่มีดุลยพินิจในการลงทุนหรือการจัดสรรเงินได้ ซึ่งหากข้อนี้เป็นบททดสอบทั่วไปสำหรับหลักเจ้าของผลประโยชน์แล้ว ตัวแทนหลายตัวแทนจะผ่านการทดสอบ เช่น บริษัทนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ที่มีบัญชีสำหรับลูกค้าที่ตนมีดุลยพินิจและจดทะเบียนหลักทรัพย์ในนามบริษัทนายหน้านั้น Richard Vann มองว่าหากกรณีดังกล่าวเราถือว่าเป็นบริษัทนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์เป็นหลักเจ้าของผลประโยชน์แล้วจะเกิดผลลัพธ์ที่ไม่ถูกต้อง ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ OECD พยายามที่จะทำให้หลักเจ้าของผลประโยชน์ตอบสนองหลายนโยบายมากขึ้นและเพิ่มเติมหน้าที่ของหลักดังกล่าวไปตามกาลเวลาตั้งแต่ ค.ศ. 1977 หาก OECD กลับไปยังจุดแรกเริ่มที่ไม่ซับซ้อนที่ตัวแทนและนามินี ความไม่แน่นอนและปัญหาอื่นๆ จะหายไปอย่างมหาศาล

## 2.2.9 Clarification of the Meaning of ‘Beneficial Owner’ in the OECD Model Tax Convention (Discussion Draft) ปี ค.ศ. 2011

ด้วยเหตุที่แต่ละประเทศมีการตีความที่แตกต่างกันนี้เอง ต่อมา OECD จึงได้สังเกตเห็นว่า หลักการเรื่อง “เจ้าของผลประโยชน์” ในข้อ 10, 11 และ 12 ได้ก่อให้เกิดการตีความของศาลและฝ่ายบริหารภาษีที่หลากหลายอันนำไปสู่การเก็บภาษีซ้อนและการไม่จัดเก็บภาษี (Double Non-Taxation) ดังนั้น OECD จึงได้ออก “Clarification of the Meaning of ‘Beneficial Owner’ in the OECD Model Tax Convention (Discussion Draft 2011)”<sup>60</sup> มาในวันที่ 29 เมษายน ค.ศ. 2011 เพื่ออธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับเรื่องการตีความ โดยได้มีการเสนอการแก้ไขคำอธิบาย

<sup>60</sup>Clarification of the meaning of ‘beneficial owner’ in the OECD model tax convention (discussion draft) 29 April 2011 to 15 July 2011 [Online], 1 February 2016. Source <http://www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf>

Commentaries เพื่อการนี้ด้วย และต่อมาหลังจากได้รับความเห็นเกี่ยวกับร่างดังกล่าวแล้ว ทางคณะทำงานก็ได้ออก OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” In Articles 10, 11 And 12<sup>61</sup> มาในวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 2012 (Revised Discussion Draft 2012) ซึ่งได้มีการแก้ไขร่างฉบับเดิมของปีค.ศ. 2011 (Discussion Draft 2011) ตามที่ได้รับความเห็นมา

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่ OECD ไม่ได้มีความคิดที่จะตัดคำว่าเจ้าของผลประโยชน์หรือหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปจากอนุสัญญาต้นแบบอีกทั้งยังออกร่างขยายความทั้ง Discussion Draft 2011 และ Revised Discussion Draft 2012 ดังกล่าวออกมาเป็นสิ่งบ่งชี้ว่า OECD เห็นความสำคัญและจำเป็นของคำว่า “beneficial owner” และได้ตระหนักถึงการปรับใช้ข้อบทที่ไม่สอดคล้องกันในส่วน of คำดังกล่าวของแต่ละประเทศ ซึ่งหลังจากผู้วิจัยได้ทำการศึกษา Revised Discussion Draft 2012 แล้วเห็นว่ามีการขยายความที่ละเอียดและชัดเจนขึ้นโดยพยายามลดการตีความที่แตกต่างกัน (โดยเฉพาะการตีความที่ต่างกันระหว่างระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ที่มีหลักการทางกฎหมายที่ต่างกันในเรื่องกรรมสิทธิ์และความเป็นเจ้าของ) เช่น

(1) เสนอแก้ไขวรรค 12.1 ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 10 (Paragraph 12.1 of the Commentary on Article 10) ของ Discussion Draft 2011

มีความเห็นต่อ Discussion Draft 2011 จำนวนมากที่ส่งมายัง OECD ที่สนับสนุนให้คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” มีความหมายเฉพาะตัวทางอนุสัญญาภาษีซ้อน (Autonomous Treaty Meaning) มีเพียงผู้ให้ความเห็นสองสามท่านเท่านั้นที่ไม่เห็นด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ส่วนใหญ่จะสนับสนุนความหมายเฉพาะตัวทางอนุสัญญาภาษีซ้อน แต่ผู้ให้ความเห็นหลายท่านก็ไม่เห็นด้วยกับประโยคสุดท้ายของวรรคที่เกี่ยวกับความหมายตามกฎหมายภายในเพราะอาจทำให้ขัดกับบทสรุปในช่วงแรกที่ใช้ความหมายเฉพาะตัวมากกว่า ด้วยเหตุนี้ OECD จึงสรุปว่าการตีความตามที่เสนอมานั้นถูกต้องแล้วแต่ประโยคสุดท้ายของวรรคควรตัดออกเพราะจะก่อความสับสนได้ ดังนั้น วรรค 12.1 ของคำอธิบายข้อ 12.1 ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 10 จึงได้รับการเสนอให้แก้ไขเป็นดังนี้

“12.1 เนื่องจากคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ได้มีการเพิ่มเติมเพื่อแก้ปัญหาความยุ่งยากที่เกิดจากการใช้คำว่า “จ่ายให้แก่...ผู้มีถิ่นที่อยู่” ในวรรค 1 ดังนั้น คำดังกล่าวถูกมุ่งหมายให้ตีความในบริบทนี้โดยที่ไม่อ้างอิงถึงความหมายทางเทคนิคที่คำนั้นมีภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง (อันที่จริง เมื่อได้มีการแทรกคำนี้ลงในวรรคดังกล่าว คำนี้

<sup>61</sup>OECD model tax convention: Revised proposals concerning the meaning of “beneficial owner” in articles 10, 11 and 12 - 19 October 2012 to 15 December 2012 [Online], 20 February 2016. Source <http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf>

ไม่ได้มีความหมายเฉพาะในกฎหมายของหลายประเทศเสียด้วยซ้ำ) ดังนั้น คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” จึงไม่ใช่ในเชิงเทคนิคอย่างแคบ (เช่น ความหมายตามกฎหมายทรัพย์สินของประเทศคอมมอนลอร์หลายประเทศ) ในทางกลับกัน คำดังกล่าวควรทำความเข้าใจตามบริบทของมันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำว่า “จ่าย...ให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่” และโดยที่พิจารณาจากเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา อันรวมถึงการหลีกเลี่ยงภาษีซ้ำซ้อนและการป้องกันการหนีภาษีและหลบหลีกภาษี อย่างไรก็ตาม สิ่งนี้ไม่ได้หมายความว่าความหมายตามกฎหมายภายในของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” จะไม่ได้เกี่ยวข้องข้องในการตีความคำดังกล่าวในบริบทของข้อนี้โดยอัตโนมัติ กล่าวคือ ความหมายตามกฎหมายภายในจะนำมาบังคับใช้เท่าที่ความหมายนั้นสอดคล้องกับข้อแนะนำทั่วไปที่อยู่ในคำอธิบายอนุสัญญาดังกล่าว<sup>62</sup>

(2) เสนอแก้ไขวรรค 12.4 ของคำอธิบายอนุสัญญาดังกล่าวข้อ 10 (Paragraph 12.4 of the Commentary on Article 10) ของ Discussion Draft 2011

วรรค 12.4 นี้เป็นวรรคที่ OECD ได้รับความเห็นกลับมามากที่สุดไม่ว่าจะเป็นไม่เห็นด้วยกับวรรค 12.4 อย่างสิ้นเชิงหรือเห็นว่าวรรค 12.4 ไม่ชัดเจน โดยความเห็นส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับข้อความที่ว่า “สิทธิเพิ่มเติมในการใช้สอยเงินปันผล” ที่อยู่ในประโยคแรก โดยมีหลายคนเห็นว่าข้อความดังกล่าวกว้างเกินไปและอาจไปกระทบต่อสถานการณ์ที่ถูกกฎหมายทั้งที่ข้อความนี้ไม่ได้ต้องการเช่นนั้น เช่น กรณีการใช้จ่ายเงินที่ได้ที่รับมาจ่ายชดเชยต้นทุนอื่น (เช่น ดอกเบี้ยที่ผู้ได้รับเงินต้องจ่ายไปยังเจ้าหนี้) กิจกรรมของธนาคาร การใช้บริษัทโฮลดิ้ง กรณีของทรัสต์ การที่บริษัทลูกจ่ายเงินปันผลให้บริษัทแม่ เป็นต้น ดังนั้น วรรค 12.4 ของคำอธิบายข้อ 12.1 ของคำอธิบายอนุสัญญาดังกล่าวข้อ 10 จึงได้รับการเสนอให้แก้ไขเป็นดังนี้

“12.4 ในหลากหลายตัวอย่างดังกล่าวนี้ (ตัวแทน นอมินี บริษัทส่งผ่านที่กระทำการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์หรือผู้ดำเนินการ) ผู้ได้รับเงินปันผลไม่ใช่ “เจ้าของผลประโยชน์” เพราะสิทธิในการใช้สอยเงินปันผลของผู้รับเงินนั้นถูกจำกัดจนผู้รับเงินดังกล่าวไม่มีสิทธิเพิ่มเติมที่จะใช้สอยเงินปันผลที่เขาได้รับและเงินปันผลนี้ไม่ใช่ของเขา อำนาจของผู้รับเงินดังกล่าวบนเงินปันผลนั้นจริงๆ แล้วมีความจำกัดในลักษณะที่ว่าผู้รับเงินนั้นมีหน้าที่ (เพราะหน้าที่ตามสัญญา หน้าที่ของบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty) หรือหน้าที่อื่นๆ) ในการที่จะโอนเงินที่ได้มาแก่บุคคลอื่น ผู้ได้รับเงินปันผลจะเป็น “เจ้าของผลประโยชน์” ในเงินปันผลนั้นในกรณีที่เขามีสิทธิเพิ่มเติมที่จะใช้สอยเงินปันผลนั้นอย่างไม่มีข้อจำกัดโดยหน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมายที่จะโอนเงินที่ได้รับไปยังบุคคลอื่น ปกติหน้าที่ดังกล่าวนี้จะเกิดจากเอกสารทาง

<sup>62</sup>Ibid.

กฎหมายที่เกี่ยวข้องแต่อาจถูกพบว่ามีอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่แสดงว่า ในความเป็นจริง เป็นที่ชัดเจนว่าผู้รับเงินไม่มีสิทธิเต็มๆ ในการที่จะใช้สอยเงินปันผลโดยไม่ถูกจำกัดโดยหน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมายที่จะต้องโอนเงินที่ได้รับไปยังบุคคลอื่น ทั้งนี้ หน้าที่ประเภทนี้ต้องเกี่ยวข้องกับเงินที่ได้รับ ดังนั้น พฤติการณ์ดังกล่าวย่อมไม่รวมถึงหน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมายที่ไม่เกี่ยวข้องกับเงินที่ได้รับแม้ว่าหน้าที่ดังกล่าวอาจทำให้ผู้รับเงินได้ทำการใช้เงินที่ได้รับเพื่อทำหน้าที่เหล่านั้นในความเป็นจริง ตัวอย่างของหน้าที่ที่ไม่เกี่ยวข้องก็เช่นหน้าที่ที่ไม่เกี่ยวข้องกับผู้รับเงินอาจมีในฐานะลูกหนี้หรือคู่สัญญาในธุรกรรมทางการเงินหรือหน้าที่ทั่วไปในการแบ่งสรรเงินบำนาญและโครงการจัดการลงทุน (Collective Investment Vehicles) ที่ได้รับสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภายใต้หลักการของวรรค 6.8 ถึง 6.34 ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 1 ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้รับเงินปันผลมีสิทธิที่จะใช้สอยเงินปันผลโดยไม่ถูกจำกัดโดยหน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมายที่จะต้องโอนเงินที่ได้รับไปยังบุคคลอื่น ผู้ได้รับเงินจะเป็น “เจ้าของผลประโยชน์” ของเงินปันผลนั้น นอกจากนี้ มีข้อควรสังเกตว่าข้อ 10 กล่าวถึงเจ้าของผลประโยชน์” ของเงินปันผลไม่ใช่เจ้าของหุ้นซึ่งอาจเป็นคนละคนกันได้ในบางกรณี นอกจากนี้ การใช้สอยเงินปันผลจะต้องแยกออกจากความเป็นเจ้าของทางกฎหมาย (legal ownership) รวมทั้งการใช้สอยหุ้นที่มีการจ่ายเงินปันผลด้วย”<sup>63</sup> หลังจากที่คุณะทำงานของ OECD ได้รับความเห็นเกี่ยวกับ Revised Discussion Draft 2012 แล้ว คณะทำงานก็ได้มีประชุมในปีค.ศ. 2013 และได้ข้อสรุปหลักๆ ดังต่อไปนี้<sup>64</sup>

(1) ความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในวรรค 12.1 ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 10

ในประเด็นคำถามที่ว่าคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” มีความหมายเฉพาะตัวทางอนุสัญญาภาษีซ้อน (autonomous treaty meaning) หรือตามกฎหมายภายใน (domestic law meaning) นั้น แม้ว่าโดยทั่วไปผู้ที่แสดงความเห็นทั้งหลายจะสนับสนุนให้มีการตัดประโยคที่อ้างถึงกฎหมายภายในที่อยู่ในวรรค 12.1 ของ Discussion Draft 2010 แต่ก็มีบางท่านที่ก็เสนอให้มีการกล่าวถึงประเด็นของการใช้ความหมายตามกฎหมายภายในของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ให้ละเอียดและชัดเจนมากขึ้น อย่างไรก็ตาม คณะทำงานก็ลงความเห็นที่คำอธิบายเพิ่มเติมนั้นไม่จำเป็นเพราะการแก้ไขมีความมุ่งหมายเพียงเพื่อขยายความข้อความว่า “คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นี้จะไม่ควรใช้ในความหมายทางเทคนิคอย่างแคบ” ที่มีอยู่ใน Commentary เท่านั้น

<sup>63</sup>Ibid.

<sup>64</sup>2014 update to the OECD model tax convention [Online], 20 February 2016. Source <http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-update-model-tax-convention.pdf>

## (2) ร่างวรรค 12.4 ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 10

ความเห็นส่วนใหญ่ที่คณะทำงานได้รับนั้นจะเกี่ยวกับร่างของวรรค 12.4 โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้คำว่าหน้าที่ที่ “เกี่ยวข้องกัน” และ “ไม่เกี่ยวข้องกัน” และประโยคที่อ้างถึงหน้าที่ที่ “อาจถูกพบว่ามีอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและพฤติการณ์” ซึ่งในประเด็นแรกนั้น คณะทำงานก็ลงความเห็นว่าเป็นต้องมีคำอธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำว่าหน้าที่ที่ “เกี่ยวข้องกัน” และ “ไม่เกี่ยวข้องกัน” และวรรค 12.4 (รวมทั้งข้อที่มีเนื้อหาเดียวกันในข้อตกลงเบียร์และค่าสิทธิด้วย) ส่วนในประเด็นประโยคที่อ้างถึงหน้าที่ที่ “อาจถูกพบว่ามีอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและพฤติการณ์” คณะทำงานมีความเห็นว่าข้อความนี้เหมาะสมแล้ว เพราะในบางกรณีสัญญาและหน้าที่ตามกฎหมายอาจไม่ได้สะท้อนความจริงและกรณีเช่นนี้ก็เหมาะสมที่จะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและพฤติการณ์

ทั้งนี้ คณะทำงานได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าการแก้ไขความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ที่จะปรากฏใน 2014 OECD Commentaries นั้นจะไม่กระทบถึงแผนการดำเนินการที่ 6 เรื่องการป้องกันการใช้อินนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Action 6 - Prevent Treaty Abuse) ภายใต้แผนการดำเนินการเรื่องกร่อนของฐานภาษีและการโยกย้ายกำไร (Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting) แต่อย่างไรก็ตาม<sup>65</sup>

### 2.2.10 OECD Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital ฉบับปี ค.ศ. 2014

ในปี ค.ศ. 2014 OECD ได้ออก Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital ฉบับใหม่ออกมา (“OECD Model Tax Convention 2014”)<sup>66</sup> โดยเป็นผลจากการทำงานเพื่อปรับปรุงอนุสัญญาต้นแบบที่ทำขึ้นระหว่างปีค.ศ. 2010 ถึงสิ้นปีค.ศ. 2013 ดังนั้น 2014 OECD Model จึงไม่ได้รวมถึงงานที่ยังทำอยู่ของ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS Action Plan)<sup>67</sup> ที่ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงต่อไป

ดังที่เห็นแนวโน้มมาแล้วตั้งแต่ช่วง Clarification of the Meaning of ‘Beneficial Owner’ ปีค.ศ. 2011 และ 2012 ใน 2014 OECD Model นี้ OECD ได้รวมถึงการปรับเนื้อหาของข้อ 10, 11 และ 12 เล็กน้อยเพื่อให้มีความชัดเจนขึ้นโดยที่ยังคงหลักเกณฑ์ของการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่เจ้าของผลประโยชน์ในประเภทเงินได้ดังกล่าวไว้เช่นเดิม แต่เนื่องจากคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” มี

<sup>65</sup>Ibid.

<sup>66</sup>Model convention with respect to taxes on income and on capital [Online], 20 February 2016. Source <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf>

<sup>67</sup>OECD approves the 2014 update to the OECD model tax convention [Online], 20 February 2016. Source <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-update-model-tax-convention.htm>

ปัญหาการตีความที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศมาตลอด OECD จึงเพิ่มเติมคำอธิบายเกี่ยวกับหลักดังกล่าวรวมถึงคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไว้ใน OECD Commentary 2014<sup>68</sup> โดยอาศัยข้อสรุปต่อความเห็นต่างๆ ที่ได้รับเกี่ยวกับ OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” In Articles 10, 11 And 12 (Revised Discussion Draft 2012)

ผู้วิจัยขอแสดงการแก้ไขข้อความของวรรคที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชนดังข้างล่างนี้  
ข้อ 10 วรรคสอง มีการแก้เป็นดังนี้

“2. อย่างไรก็ตาม เงินปันผลเช่นว่านั้นซึ่งจ่ายโดยบริษัทที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งอาจเก็บภาษีได้ในรัฐนั้นรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่และตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าเจ้าของผลประโยชนในเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ภาษีที่เรียกเก็บจะต้องไม่เกิน...”\*

ข้อ 11 วรรคสอง มีการแก้เป็นดังนี้

“2. อย่างไรก็ตาม ดอกเบี้ยเช่นว่านั้นที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งอาจเก็บภาษีได้ในรัฐนั้นรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งดอกเบี้ยนั้นเกิดขึ้นและตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าเจ้าของผลประโยชนในดอกเบี้ยเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ภาษีที่เรียกเก็บจะต้องไม่เกินร้อยละ 10 ของจำนวนดอกเบี้ยทั้งสิ้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐจะหาข้อสรุปถึงวิธีการบังคับใช้ข้อจำกัดนี้ผ่านความตกลงร่วมกัน”\*\*

<sup>68</sup> Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2014 [Online], OECD Publishing, 2014. Source [http://dx.doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2014-en](http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en).

\*“2. However, ~~such~~ dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State may also be taxed in ~~that State~~ the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed: ...”

\*\*“2. However, ~~such~~ interest arising in a Contracting State may also be taxed in ~~that State~~ the Contracting State in which it arises and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation.”



จากข้างต้น การที่แทนที่ OECD จะตัดหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปจากอนุสัญญาภาษีซ้อนทั้งหมด แต่ OECD ก็เลือกที่จะยังคงให้มีหลักดังกล่าวไว้ในข้อบทเรื่องเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ (ข้อ 10 11 และ 12 ตามลำดับ) อยู่เช่นเดิม (แต่ก็ไม่ได้ขยายหลักดังกล่าวออกไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ) พร้อมทั้งมีการปรับปรุงคำอธิบายหลักดังกล่าวแทน ก็เป็นเครื่องพิสูจน์ว่าแม้ว่า OECD เองจะเคยยอมรับว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์มีข้อจำกัดที่ว่าสามารถนำมาใช้รับมือกับวิธีการเลือกใช้ อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่ไม่ซับซ้อนเท่านั้น แต่ OECD ก็ยังคงเห็นว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์มีความจำเป็นและสำคัญ เพียงแต่จะต้องจัดการกับปัญหานิยาม ขอบเขต และการตีความของหลักดังกล่าวให้ดีขึ้นเพื่อให้มีความสอดคล้องกันในการตีความของแต่ละประเทศมากขึ้น แต่จะมีผลมาเพียงไรนั้นคงจะต้องรอดูจากการนำไปใช้บังคับจริงของผู้มีอำนาจตีความทั้งหลายรวมทั้งคำวินิจฉัยของหน่วยจัดเก็บภาษีและคำพิพากษาที่จะมีขึ้นในอนาคตหลังจากที่คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับนี้ออกมาใช้บังคับแล้วสักช่วงเวลาหนึ่ง

ทั้งนี้ ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงคำอธิบายหลักเจ้าของผลประโยชน์ต่อไปในข้อ 2.3 หลักการและบทบัญญัติเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อน

### 2.2.11 Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting<sup>69</sup>

ในช่วงเวลาหลายปีมานี้ บริษัทข้ามชาติและธุรกิจดิจิทัลเริ่มมีปริมาณและบทบาทในเวทีเศรษฐกิจโลกมากขึ้นเรื่อยๆ แต่กฎหมายภาษีของประเทศต่างๆ ยังพัฒนาไม่ทันความก้าวหน้าอันรวดเร็วนี้ทำให้บริษัทข้ามชาติทั้งหลายอาศัยช่องว่างของกฎหมายมาลดภาระภาษีของตนลง ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้รัฐต่างๆ สามารถจัดเก็บภาษีได้อย่างครบถ้วนและเพื่อให้นักลงทุนมีความแน่นอนในภาระภาษีของตน OECD จึงได้ออกแผนการดำเนินการเรื่องการกร่อนของฐานภาษีและการโยกย้ายกำไร (Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS Action Plan)) มาในปีค.ศ.2013 โดยแผนการดำเนินการเรื่องการกร่อนของฐานภาษีและการโยกย้ายกำไร (BEPS Action Plan) นี้ ประกอบไปด้วยแผนปฏิบัติการ 15 แผนที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการกร่อนของฐานภาษีและการ

<sup>69</sup>OECD, *Action plan on base erosion and profit shifting* [Online], OECD Publishing, 2013. Source <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>; *Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Action 6 - 2015 final report* [Online], OECD Publishing, 2015. Source <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>; *Public discussion draft BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances 14 March 2014 – 9 April 2014* [Online], 21 February 2016. Source <http://www.oecd.org/tax/treaties/treaty-abuse-discussion-draft-march-2014.pdf>

โยกย้ายกำไร (BEPS) และลดการไม่จัดเก็บภาษี (Double non-Taxation) ที่จะช่วยให้รัฐเข้ามาจับมือกับการลดหรือเลี่ยงภาษีของบริษัทต่างๆ<sup>70</sup>

โดยหากเราได้พิจารณาเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ในส่วนที่อาจเกี่ยวเนื่องกับ BEPS Action Plan นั้น เราจะเห็นได้ว่าจะเกี่ยวกับแผนการดำเนินการที่ 6 เรื่องการป้องกันการใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Action 6 - Prevent Treaty Abuse) ซึ่งเป็นหนึ่งในแผนการดำเนินการจากทั้งหมด 15 แผนของ BEPS Action Plan ซึ่งแผนการดำเนินการที่ 6 นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อ “จัดทำบทบัญญัติมาตรฐานของอนุสัญญาภาษีซ้อนและข้อแนะนำเกี่ยวกับการสร้างกฎข้อบังคับภายในประเทศเพื่อป้องกันการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในกรณีที่ไม่เหมาะสม ข้อนี้ยังรวมไปถึงแผนการดำเนินการที่จะชี้แจงว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนไม่ได้สร้างขึ้นมาเพื่อให้เป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดการไม่จัดเก็บภาษี (Double non-Taxation) และระบุถึงข้อพิจารณาทางนโยบายภาษีอากรที่ประเทศต่างๆ ควรคำนึงถึงโดยทั่วไปก่อนที่จะตัดสินใจเข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อนกับอีกประเทศ”<sup>71</sup> ดังนั้น แผนการดำเนินการที่ 6 จึงประกอบไปด้วยงานสามประเด็นหลักๆ คือ (ก) จัดทำบทบัญญัติมาตรฐานของอนุสัญญาภาษีซ้อนและข้อแนะนำเกี่ยวกับการสร้างกฎข้อบังคับภายในประเทศเพื่อป้องกันการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในกรณีที่ไม่เหมาะสม (ข) ชี้แจงว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนไม่ได้สร้างขึ้นมาเพื่อให้เป็นเครื่องมือในการก่อให้เกิดการไม่จัดเก็บภาษี (Double non-Taxation) (ค) ระบุข้อพิจารณาทางนโยบายภาษีอากรที่ประเทศต่างๆ ควรคำนึงถึงโดยทั่วไปก่อนที่จะตัดสินใจเข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อนกับอีกประเทศ

BEPS Action Plan ได้ชี้ว่าการใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบโดยเฉพาะการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบเป็นหนึ่งในสาเหตุที่สำคัญที่สุดที่ก่อให้เกิดการกร่อนของฐานภาษีและการโยกย้ายกำไร ทั้งนี้ คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 1 ของ OECD (OECD Commentary on Article 1) ได้ยกตัวอย่างของบทบัญญัติที่จะใช้รับมือกับการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบและการใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบอื่นๆ ที่อาจก่อให้เกิดการไม่จัดเก็บภาษี (Double non-Taxation) ทั้งนี้ บทบัญญัติเรื่องการต่อต้านการใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่รัดกุมประกอบด้วย

<sup>70</sup>[Closing tax gaps - OECD launches action plan on base erosion and profit shifting](http://www.oecd.org/tax/closing-tax-gaps-oecd-launches-action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting.htm) [Online], 21 February 2106. Source <http://www.oecd.org/tax/closing-tax-gaps-oecd-launches-action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting.htm>

<sup>71</sup> [Action plan on base erosion and profit shifting](#)

การบังคับใช้สิทธิในการเก็บภาษีภายใต้กฎหมายภายในจะช่วยให้รัฐแหล่งเงินได้กลับมาเก็บภาษีได้เต็มเม็ดเต็มหน่วยได้ในหลายสถานการณ์<sup>72</sup>

ในรายงานฉบับสุดท้ายของแผนการดำเนินการที่ 6<sup>73</sup> ที่ออกมาในปี ค.ศ.2015 ประกอบด้วยข้อเสนอหลายประการและมีส่วนที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ในส่วนที่เกี่ยวกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแต่ไม่มากนัก โดยรายงานดังกล่าวได้กล่าวถึงหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้เล็กน้อยในส่วนที่บรรยายถึงบริบทในอดีตที่ OECD ได้พิจารณาเรื่องการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นหลักที่ OECD ได้เคยพิจารณาออกมาบังคับใช้เพื่อรับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบดังที่ปรากฏในตัวอย่างพัฒนาการของหลักดังกล่าวดังต่อไปนี้

(ก) หลักเจ้าของผลประโยชน์ได้มีการบรรจุเข้าไปในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบเมื่อปี ค.ศ. 1977 เป็นครั้งแรกเพื่อที่จะรับมือกับสถานการณ์ของการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนอย่างง่าย ๆ ไม่ซับซ้อน กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีการจ่ายเงินได้ไปยังตัวกลาง (intermediary) ซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของประเทศคู่สัญญาซึ่งไม่ถือว่าเป็นเจ้าของเงินได้นั้นในทางภาษี (เช่น ตัวแทนหรือนอมินี)

(ข) ในปี ค.ศ. 2003 จากสิ่งที่ปรากฏในรายงาน OECD เรื่อง Restricting the Entitlement to Treaty Benefits ทำให้ OECD ตัดสินใจเพิ่มเติมวรรคใหม่เข้าไปในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 10, 11 และ 12 เพื่อที่จะอธิบายความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในกรณีของบริษัทส่งผ่านในบางกรณี

(ค) ในท้ายที่สุด งานของ OECD ที่ทำอย่างต่อเนื่องในการที่จะอธิบายหลักเจ้าของผลประโยชน์ทำให้ OECD มีโอกาสได้พิจารณาถึงข้อจำกัดของหลักดังกล่าวในการที่จะป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ ดังที่ปรากฏในวรรค 12.5 ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 10 ว่า “ในขณะที่หลักเจ้าของผลประโยชน์จัดการกับปัญหาการหลบหลีกภาษีในบางรูปแบบ (กล่าวคือ จำพวกที่เกี่ยวกับการสอดแทรกผู้รับเงินได้ซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องโอนเงินปันผลต่อไปยังบุคคลอื่น) แต่หลักดังกล่าวก็ไม่ได้จัดการกับปัญหาการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนกรณีอื่นๆ และดังนั้นจึงต้องไม่ถูกถือว่าเป็นการจำกัดการบังคับใช้แนวทางอื่นๆ ในการรับมือกับกรณีต่างๆ เหล่านั้น”

นอกจากนี้ หลักเจ้าของผลประโยชน์ยังปรากฏอยู่ในข้อเสนอหนึ่งของแผนการดำเนินการที่ 6 ในส่วนวิธีการรับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในกรณีของธุรกรรมการโอนเงินปันผลไว้ แต่หลักดังกล่าวก็เป็นเพียงส่วนประกอบของข้อเสนอหลักของการแก้ไขเนื้อหาของข้อ 10(2)

<sup>72</sup>[Public discussion draft BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances 14 March 2014 – 9 April 2014](#)

<sup>73</sup> [Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 - 2015 final report.](#)

เท่านั้น โดยที่ข้อเสนอไม่ได้เปลี่ยนแปลงหลักการของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในข้อดังกล่าวแต่อย่างใด แต่เป็นการเพิ่มเงื่อนไขเรื่องระยะเวลาการถือหุ้นดังที่ได้อธิบายดังต่อไปนี้

รายงานแผนการดำเนินการที่ 6 ในส่วนของธุรกรรมการโอนเงินปันผลได้กล่าวว่าการเลือกใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในกรณีของธุรกรรมการโอนเงินปันผลนั้นมักเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีที่อื่นที่จริงแล้วมีสิทธิในอัตราภาษีในกลุ่มสินทรัพย์ลงทุน (portfolio rate) ที่ร้อยละ 15 ภายใต้ข้อ 10(2)ปี) พยายามเข้ามาใช้อัตราร้อยละ 5 ของการโอนเงินปันผลโดยตรง (direct dividend rate) ภายใต้ข้อ 10(2)เอ) หรืออัตราร้อยละ 0 ที่อนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับกำหนดไว้สำหรับเงินปันผลที่จ่ายให้แก่กองทุนบำเหน็จบำนาญ (dividends paid to pension funds)

วรรค 16 และ 17 ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 10 ได้กล่าวถึงการรับมือกับธุรกรรมที่มุ่งหมายที่จะเข้ามาใช้อัตราภาษีที่ร้อยละ 5 ไว้ว่า วรรคย่อย เอ) ของวรรคสอง ไม่ได้กำหนดให้บริษัทที่ได้รับเงินปันผลจะต้องเป็นเจ้าของในหุ้นของบริษัทอย่างน้อยร้อยละ 25 เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าวันที่มีการแบ่งสรรเงินปันผล จึงหมายความว่าสิ่งเดียวที่ตัดสินว่าเจ้าของผลประโยชน์จะมีสิทธิได้รับอัตราภาษีที่ลดลง (ในแง่ของการถือหุ้น) ในรัฐแหล่งเงินได้หรือไม่ก็คือข้อเท็จจริงในขณะที่ยื่นคำขอในการจ่ายภาษีภายใต้วรรคสอง นั้นเกิดขึ้น โดยกรณีส่วนใหญ่ก็คือข้อเท็จจริงเวลาที่เงินปันผลสามารถจ่ายให้ผู้ถือหุ้นได้ตามกฎหมาย ทั้งนี้ สมาชิก OECD บางประเทศได้บัญญัติไว้ในกฎหมายภายในว่า บริษัทผู้รับเงินปันผลจะต้องถือหุ้นเป็นระยะเวลาอย่างน้อยเท่าไรจึงจะได้รับสิทธิบรรเทาภาระภาษี ดังนั้น รัฐผู้ทำสัญญาอาจใส่เงื่อนไขที่คล้ายกันไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนก็ได้ นอกจากนี้ คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 10 ยังได้อธิบายเพิ่มเติมว่าการลดอัตราภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ตามวรรค เอ) ของวรรคสอง ไม่ควรนำมาบังคับใช้ในกรณีที่มีการใช้ประโยชน์จากข้อนี้โดยมิชอบ ตัวอย่างเช่น บริษัทถือหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 25 ได้ทำการเพิ่มการถือหุ้นในระยะเวลาไม่นานก่อนที่จะจ่ายเงินปันผลเพื่อที่จะได้สิทธิลดอัตราภาษี ดังนั้น รัฐผู้ทำสัญญาอาจเพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคย่อย เอ) “บนเงื่อนไขว่าการถือหุ้นดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ในการเอาประโยชน์จากบทบัญญัตินี้เป็นหลัก”<sup>74</sup>

ด้วยเหตุนี้ รายงานดังกล่าวจึงสรุปว่าในการที่จะรับมือกับการกระทำเช่นว่านั้น ควรเพิ่มระยะเวลาถือหุ้นขั้นต่ำเข้าไปในข้อ 10(2)เอ) อันทำให้วรรคดังกล่าวควรถูกแก้เป็นดังนี้

*“เอ) ร้อยละ 5 ของจำนวนเงินปันผลทั้งสิ้น ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลเป็นบริษัท (นอกจากห้างหุ้นส่วน) ซึ่งถือหุ้นโดยตรงอย่างน้อยร้อยละ 25 ของทุนของบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลตลอดระยะเวลา 365 วันซึ่งรวมถึงวันที่มีการจ่ายเงินปันผล (เพื่อวัตถุประสงค์ในการนับระยะเวลาดังกล่าว จะไม่พิจารณาการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของที่จะเกิดจาก*

<sup>74</sup> Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010. Commentary on Article 10.

การปรับโครงสร้างองค์กรโดยตรง เช่น การควบรวมกิจการหรือการแยกองค์กรของบริษัทที่ถือหุ้นหรือที่จ่ายเงินปันผล”

## 2.3 หลักการและบทบัญญัติเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อน

### 2.3.1 หลักเจ้าของผลประโยชน์กับการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ

เมื่อสังเกตจากประวัติความเป็นมาของหลักเจ้าของผลประโยชน์ดังปรากฏข้างต้น เราจะเห็นได้ว่า หลักเจ้าของผลประโยชน์ได้มีการสอดแทรกไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนในฐานะหนึ่งในบทบัญญัติต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Anti-Avoidance Provisions) และหลักนี้ริเริ่มขึ้นมาเพื่อต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping)<sup>75</sup> ดังนั้น ก่อนที่ผู้วิจัยจะได้อธิบายลงไปในเรื่องหลักการของหลักเจ้าของผลประโยชน์และบทบัญญัติของหลักดังกล่าวในอนุสัญญาภาษีซ้อน ผู้วิจัยจะกล่าวถึงการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) และมาตรการต่อต้านการกระทำดังกล่าวโดยสังเขป\* ทั้งนี้ เพื่อที่ผู้อ่านจะได้เข้าใจถึงที่มา และเหตุผลเบื้องหลังของหลักเจ้าของผลประโยชน์มากยิ่งขึ้น ดังนี้

#### 2.3.1.1 ความหมายของการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ

แม้ว่าคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปี ค.ศ. 2010 (OECD Commentary 2010)\*\* จะมีการอ้างถึงคำว่า “Treaty Shopping” ไว้ในเรื่องโครงการจัดการลงทุน (Collective Investment Vehicles (CIV)) และ Limitation-of-Benefits ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งในการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ<sup>76</sup> แต่ OECD Commentary 2010 ก็ไม่ได้ให้นิยามของคำว่า “Treaty Shopping” ไว้แต่อย่างใด ในทำนองเดียวกันใน 2006 United States

<sup>75</sup>Philip Baker, "Beneficial owner: After Indofood," *GITC Review* VI, 1 (February 2007): 15.

\*ผู้วิจัยจะไม่ลงไปในรายละเอียดของการเลือกใช้ออนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนโดยมิชอบมากนัก ผู้ที่สนใจสามารถศึกษาเรื่องแนวทางการนำมาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนโดยมิชอบเพิ่มเติมได้จาก โกสินทร์ เรียรสวัสดิ์กิจ, แนวทางการนำมาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนโดยมิชอบ, วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

\*\*ต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากผู้วิจัยจะได้ระบุไว้หรือบริบทมุ่งหมายให้เป็นอย่างอื่น การอ้างอิงคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Commentary) ให้หมายถึงคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปี ค.ศ. 2010 (OECD Commentary 2010)

<sup>76</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010, Commentary on Article 1.

Model Technical Explanation<sup>77</sup> ก็ปรากฏคำว่า “Treaty Shopping” บ้าง แต่ก็ไม่ได้นิยามคำดังกล่าวเช่นกัน\*

อย่างไรก็ดี OECD Glossary of Tax Terms ได้ให้นิยามคำว่า “Treaty Shopping” ไว้ว่า คือ “การวิเคราะห์ทบทวนของอนุสัญญาภาษีซ้อนเพื่อจัดวางโครงสร้างธุรกรรมหรือการค้าเงินธุรกิจระหว่างประเทศเพื่อจุดมุ่งหมายในการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนอนุสัญญาหนึ่งคำนี้โดยทั่วไปจะใช้กับสถานการณ์ที่บุคคลหนึ่งที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศภาคีอนุสัญญาภาษีซ้อนได้ก่อตั้งหน่วยภาษีขึ้นในประเทศภาคีอนุสัญญาประเทศหนึ่งเพื่อที่จะได้ประโยชน์จากอนุสัญญา”<sup>78</sup> ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ก็คือ การที่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีซึ่งไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาพยายามวางแผนและสรรหาวิธีการที่จะเข้าไปใช้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับหนึ่งซึ่งเจตนาให้แก่นถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญา ทั้งนี้ เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการลดอัตราภาษีหรือลดหรือยกเว้นภาระภาษีของตน ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว บุคคลนั้นมิได้เป็นผู้ที่มีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับนั้น (อนุสัญญาภาษีซ้อนไม่ได้มีเจตนาให้สิทธิประโยชน์แก่บุคคลดังกล่าว) แต่อย่างไร<sup>79</sup> ซึ่งการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) โดยส่วนใหญ่จะเป็นการที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของประเทศที่สาม (ที่ไม่ใช่คู่สัญญาในอนุสัญญาภาษีซ้อน) ได้พยายามวางโครงสร้างต่างๆ เพื่อที่จะเข้ามาใช้สิทธิภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศคู่สัญญาอื่นโดยทางอ้อม<sup>80</sup> ทั้งนี้ วิธีการที่ผู้เสียภาษีใช้ในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) นั้นมีหลากหลาย เช่น การใช้โครงสร้างบริษัท

<sup>77</sup>US Department of the Treasury, United States model technical explanation accompanying the United States model income tax convention of November 15, 2006 [Online],2006. Source <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/hp16802.pdf>, pp. 63 and 71.

\*อย่างไรก็ดี เราอาจอนุมานจากคำอธิบายข้อ 22 Limitation on Benefits ซึ่งเกี่ยวกับมาตรการต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบ (anti-treaty-shopping provisions) ได้ว่าการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ภายใต้ US Model คือ การที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของประเทศที่สามมาใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาซึ่งเป็นประโยชน์ที่มุ่งหมายให้เป็นความตกลงต่างตอบแทนระหว่างสองประเทศ

<sup>78</sup>OECD, Glossary of tax terms.

<sup>79</sup>พนิต ธีรภาพวงศ์, ภาษีบริษัทข้ามชาติ (International business taxation), พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), หน้า 99.

<sup>80</sup>OECD, Public discussion draft BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances 14 March 2014 – 9 April 2014

ส่งผ่าน (conduit company)\* การใช้โครงสร้างธุรกรรมสามประเทศ (Triangular Structure)\*\* การใช้หน่วยภาษีที่มีลักษณะผสม (hybrid entities)\*\*\* เป็นต้น<sup>81</sup>

ในทางปฏิบัตินั้น ประเทศต่างๆ มีความเห็นต่อการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่แตกต่างกันออกไปทั้งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วย ทั้งนี้ ตามแต่ นโยบายและผลได้ผลเสียของแต่ละประเทศ<sup>82</sup> แต่โดยส่วนใหญ่แล้วประเทศต่างๆ จะมองว่า การทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) เป็นการแข่งขันทางภาษีที่เป็นอันตราย (Harmful Tax Competition) และควรมีมาตรการป้องกันมารับมือดังเห็นได้จากคำอธิบาย และรายงานต่างๆ ในอดีตของ OECD ซึ่งรวมถึงรายงานเรื่อง Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS Action Plan) ของ OECD ที่กล่าวถึงมาแล้วในข้างต้น

### 2.3.1.2 เหตุผลในการต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ

ประเทศที่มองว่าการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) เป็นสิ่งที่ควรต่อต้านและป้องกันนั้นมองว่าการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ก่อให้เกิดผลเสีย ดังนี้<sup>83</sup>

(1) การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) เป็นการกีดกร่อนฐานภาษี รัฐสูญเสียรายได้จากภาษีที่ควรจะได้รับโดยชอบ - การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ส่งผลให้รัฐแหล่งเงินได้สูญเสียรายได้จากภาษีอากรทั้งที่มีสิทธิที่จะเก็บได้ตาม

---

\*OECD Conduit Companies Report 1986, para 2 ได้อธิบายว่า โครงสร้างบริษัทส่งผ่านเกิดขึ้นเมื่อ “บริษัทที่ตั้งขึ้นในประเทศคู่สัญญาภาษีซ้อนทำหน้าที่เป็นท่อในการส่งผ่านเงินได้ที่จ่ายให้แก่บุคคลในอีกรัฐหนึ่ง ในเชิงเศรษฐกิจซึ่งบุคคลนั้นสามารถเอาประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยไม่ถูกต้อง” หรือกล่าวอีกแบบก็คือ การจัดตั้งบริษัทที่ เรียกว่า บริษัทส่งผ่าน (conduit company) ขึ้นในประเทศที่ผู้เสียภาษีไม่ได้มีอนุสัญญาภาษีซ้อนซึ่งมักเป็นประเทศที่มีอัตราภาษีต่ำเพื่อจะได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศนั้น

\*\*การใช้โครงสร้างธุรกรรมสามประเทศ (Triangular Structure) คือ การให้สาขาของบริษัทที่เสียภาษีในอัตราต่ำหรือไม่ต้องเสียภาษีซึ่งตั้งอยู่ในประเทศคู่สัญญาเป็นผู้รับเงินได้จากประเทศที่สาม

\*\*\*การใช้หน่วยภาษีที่มีลักษณะผสม (hybrid entities) คือ การใช้หน่วยทางภาษีที่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นหน่วยภาษีที่แตกต่างกันและมีภาระภาษีที่ต่างกันในประเทศคู่สัญญาแต่ละประเทศ

<sup>81</sup> ฎีกาฉะฉิน วุฒิสภา, "Treaty shopping (ตอนที่ 1)," *สรรพากรศาสตร์* 59, 4 (เมษายน 2555): 44.

<sup>82</sup> "Treaty shopping (ตอนที่ 2)," *สรรพากรศาสตร์* 59, 5 (พฤษภาคม 2552).

<sup>83</sup> Christiana HJI Panayi and Reuven S. Avi-Yonah, Rethinking treaty-shopping: Lessons for the European Union [Online], University of Michigan Law School Empirical Legal Studies Center, 2010. Source <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>, pp. 7-10.

กฎหมาย รัฐแหล่งเงินได้ต้องยินยอมให้บุคคลที่อื่นที่จริงแล้วไม่มีสิทธิใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนเข้ามาใช้ประโยชน์จากอนุสัญญา โดยที่รัฐแหล่งเงินได้ไม่ได้ประโยชน์อันใดเป็นการตอบแทนการยินยอมสละเงินภาษีที่สูญหายไปจากการกระทำดังกล่าว

(2) การทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ลดแรงจูงใจให้ประเทศต่างๆ เข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อน - การทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบเป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศที่สามเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบจากโครงข่ายอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยที่ไม่มีแรงกดดันในการเข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐแหล่งเงินได้โดยตรงเนื่องจากไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปเพราะยังมีสิทธิแอบแฝงมาหาผลประโยชน์จากอนุสัญญาฉบับอื่นได้อยู่โดยไม่ต้องทำอนุสัญญาแต่อย่างใด ส่งผลให้ประเทศที่สามดังกล่าวยังคงจัดเก็บภาษีจากผู้มีถิ่นที่อยู่ของตนได้เต็มที่โดยไม่ต้องเข้าผูกพันตนในการร่วมจัดภาษีซ้อนระหว่างประเทศเป็นการต่างตอบแทน<sup>84</sup>อย่างไรก็ดี ประเทศที่ยอมรับทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ก็ให้ความเห็นในประเด็นนี้ในทางตรงกันข้ามว่าการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) นั้นมีข้อดีคือ การกระทำดังกล่าวเป็นการกระตุ้นให้ต่างประเทศเข้ามาลงทุนในรัฐแหล่งเงินได้มากขึ้นแม้ว่าจะเก็บภาษีเงินได้ในอัตราที่ต่ำกว่าที่ควรจะเป็นก็ตาม แต่ก็เป็นไปได้ว่าจะได้รับผลประโยชน์ในรูปแบบอื่นที่คุ้มค่ากว่า หรือแม้แต่ในประเทศที่เป็นตัวกลางเพื่อส่งผ่านสิทธิประโยชน์เองก็อาจจะมีรายได้จากภาษีที่دف่านเข้ามาในประเทศด้วย ประเทศเหล่านี้จึงมองว่าการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ไม่เป็นปัญหาแต่อย่างใด

(3) การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) เป็นการหลบหลีกภาษีและขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อน - การเข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศต่างๆ ก็เพื่อต้องการให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศภาคีเท่านั้น มิได้ประสงค์ให้ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศอื่นมาแอบแฝงใช้สิทธิตามอนุสัญญา

(4) การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ขัดกับหลักต่างตอบแทน (หลักการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างรัฐ) ของอนุสัญญาภาษีซ้อน - หลักการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ระหว่างรัฐ (The Principle of Reciprocity) เป็นหลักการสำคัญหลักการหนึ่งของอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่ในกรณีของการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) นั้นทำให้หลักการนี้เสียไปเพราะเมื่อใดที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของประเทศที่สามสามารถ “เลือก” ที่จะใช้ออนุสัญญา

<sup>84</sup>พิภพ วีระพงษ์, "การแสวงหาประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยคนชาติที่สาม," วารสารกฎหมาย 27, 3 (กันยายน 2552): 111-113.



ภาษีซ้อน ความต่างตอบแทนของอนุสัญญาก็ได้ขยายออกไปยังผู้มีถิ่นที่อยู่ของประเทศที่มีได้เข้าที่อนุสัญญาโดยที่ประเทศดังกล่าวมิได้มอบสิ่งใดเป็นการตอบแทนประโยชน์ที่ตนได้แต่อย่างใด<sup>85</sup>

(5) การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ทำให้ขาดการให้ความร่วมมือกันด้านภาษีซึ่งสนับสนุนโอกาสในการหนีภาษีระหว่างประเทศ<sup>86</sup>

### 2.3.1.3 มาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ\*

มาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบมีหลายมาตรการซึ่งจำแนกได้เป็น 3 มาตรการใหญ่ๆ ได้ 3 มาตรการ กล่าวคือ มาตรการทางอนุสัญญาภาษีซ้อน (ซึ่งรวมถึงหลักเจ้าของผลประโยชน์) มาตรการทางภาษีภายในประเทศ และมาตรการอื่นๆ ดังนี้<sup>87</sup>

(1) มาตรการทางอนุสัญญาภาษีซ้อน คือ มาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่บรรจุอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งหลักเจ้าของผลประโยชน์ก็ถือเป็นมาตรการทางอนุสัญญาภาษีซ้อนมาตรการหนึ่งด้วย ทั้งนี้ ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างมาตรการทางอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีอยู่ในอนุสัญญาต้นแบบของทั้ง OECD และองค์การสหประชาชาติมาบางส่วนเพื่อให้เห็นภาพกว้างๆ ดังนี้

#### (1.1) มาตรการ Limitation on Benefits Provisions

ในอนุสัญญาต้นแบบของทั้ง OECD และองค์การสหประชาชาติได้มีการใช้มาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนใน 2 ประเภท คือ มาตรการ Limitation on Residence Status Test ในข้อ 4 และมาตรการ The Beneficial Ownership Test ในข้อ 10, 11 และ 12 (ซึ่งคือหลักเจ้าของผลประโยชน์) นอกจากนี้ ประเทศต่างๆ ยังสามารถสร้างบทบัญญัติที่ใช้พิสูจน์การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนได้โดย OECD ก็ได้แนะนำหลักการพื้นฐานที่สามารถนำไปใช้เป็นพื้นฐานในการสร้างบทบัญญัติดังกล่าวไว้

<sup>85</sup>โกสินทร์ เจริญสวัสดิ์กิจ, "แนวทางการนำมาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนโดยมิชอบ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 89-93.

<sup>86</sup>ภูษานันท์ วุฒิมหาพร, "Treaty shopping (ตอนที่ 2)," *สรรพากรสารสิน*, 5: 62.

\*วิทยานิพนธ์นี้ไม่ได้มุ่งที่จะบรรยายถึงหรือเปรียบเทียบมาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบทั้งหมดที่มีอยู่แต่เห็นควรที่จะได้กล่าวถึงมาตรการเหล่านี้โดยสังเขปเพื่อให้ผู้อ่านเห็นภาพรวมเท่านั้น ผู้ที่สนใจ ดูโกสินทร์ เจริญสวัสดิ์กิจ, "แนวทางการนำมาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนโดยมิชอบ," วิทยานิพนธ์ปริญญาโทศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

<sup>87</sup>โกสินทร์ เจริญสวัสดิ์กิจ, "แนวทางการนำมาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนโดยมิชอบ," หน้า 89-93.

## (1.1.1) Limitation on Residence Status Test

โครงสร้างของการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนมักจะมีการตั้งนิติบุคคลในประเทศที่เป็นรัฐคู่สัญญาของอนุสัญญาภาษีซ้อนเพื่อที่จะได้สิทธิประโยชน์ของอนุสัญญา ทั้งที่แท้จริงแล้วผู้ที่มีภาวะภาษีไม่ใช่ผู้ที่อนุสัญญาประสงค์ให้ได้รับสิทธิประโยชน์หากว่าเข้ามาประกอบธุรกรรมเองโดยตรง ดังนั้น บุคคลดังกล่าวจึงอาศัยวิธีการวางแผนภาษีโดยอาศัยหลักการที่ว่าผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐภาคีย่อมมีสิทธิที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ ดังนั้น ถ้านิติบุคคลที่สอดแทรกไว้ในรัฐภาคีดังกล่าวได้รับสิทธิตามอนุสัญญาในฐานะผู้มีถิ่นที่อยู่ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ บริษัทดังกล่าวก็จะมีอำนาจในการที่จะอ้างสิทธิตามอนุสัญญา ซึ่งอนุสัญญาดั้งเดิมของหลายๆ องค์การและหลายๆ ประเทศ เช่น OECD ต่างก็มีการระบุรายละเอียดของคำว่า “ผู้มีถิ่นที่อยู่” เอาไว้ เช่น ต้องเข้าคุณสมบัติเป็น “ผู้มีถิ่นที่อยู่” ตามข้อ 4 วรรคหนึ่ง คือ ต้องเสียภาษีจากรายได้ทั่วโลก (World Wide Income) ตามกฎหมายภายใน ดังนั้น ผู้ที่ไม่เข้าข่ายเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของประเทศ (ไม่ได้เสียภาษีจากรายได้ทั่วโลก) ก็จะไม่ได้รับประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน<sup>88</sup> ด้วยเหตุนี้ มาตรการดังกล่าวจึงอาจไม่สามารถป้องกันการเข้ามาใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบได้อย่างมีประสิทธิภาพจึงได้มีการเสนอมาตรการอื่นๆ เพิ่มเติมเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของมาตรการป้องกันดังนี้

## (1.1.2) Beneficial Ownership Test

ดังที่ได้บรรยายมาแล้วข้างต้น บทบัญญัติเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์มีปรากฏในอนุสัญญาดั้งเดิมของ OECD อย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรกในอนุสัญญาดั้งเดิมของ OECD ฉบับปี ค.ศ. 1977 (1977 OECD Model)<sup>89</sup> โดยหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นเงื่อนไขของการลดอัตราภาษีว่าการลดอัตราภาษีในเงินได้บางประเภท (ตามอนุสัญญาดั้งเดิมของ OECD และขององค์การสหประชาชาติก็คือเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ) ว่าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้เหล่านี้จะต้องเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง (รัฐถิ่นที่อยู่) และมีหน้าที่ต้องเสียภาษีเต็มทีในรัฐนั้น<sup>90</sup>

ในอนุสัญญาดั้งเดิมของ OECD และขององค์การสหประชาชาติ ในข้อที่ 10, 11 และ 12 ในส่วนบทบัญญัติเกี่ยวกับการลดอัตราภาษีในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธินั้น ผู้ที่มีสิทธิได้รับสิทธิลดอัตราภาษีในรัฐแหล่งเงินได้จะถูกจำกัดอยู่เพียง

<sup>88</sup> ภาณุณี วุฒิกดาต, "Treaty shopping (ตอนที่ 2)," สรรพากรศาสตร์, 5: 63.

<sup>89</sup> Christiana HJI Panayi, Double taxation, tax treaties, treaty-shopping and the European Community (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007), p. 44.

<sup>90</sup> Mogens Rasmussen, International double taxation (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011), p. 55.

“เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) เท่านั้น โดยที่เจ้าของตามกฎหมาย (legal owner) จะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวหากเป็นเพียงตัวกลางที่มีอำนาจจำกัด ซึ่งในอนุสัญญาเหล่านี้ ถ้าผู้รับสิทธิประโยชน์ที่แท้จริงได้ตั้งบริษัทส่งผ่าน (conduit company) เพื่อการที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ บริษัทที่ถูกตั้งขึ้นมานี้อาจจะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาข้อ 10, 11 หรือ 12 ได้เนื่องจากบริษัทดังกล่าวมิใช่เจ้าของผลประโยชน์ที่แท้จริงในเงินได้จำนวนดังกล่าว ซึ่งคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) แปลว่าอย่างไรนั้น ในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) ไม่ได้บัญญัตินิยามของคำดังกล่าวไว้และใน คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบก็ให้แนวทางเพียงสังเขปในความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ซึ่งเป็นเพียงคำอธิบายในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบเท่านั้น

นอกจากนี้ ในหมู่นักวิชาการเองก็มีความเห็นที่ต่างกันในเรื่องนิยามหรือความหมายของคำว่าเจ้าของผลประโยชน์อีกทั้งมีเพียงไม่กี่ประเทศเท่านั้นที่เสนอคำจำกัดความของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) นี้โดยอาศัยกฎหมายภายในประเทศ สำหรับ คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ก็เพียงแต่อ้างถึงสถานการณ์ที่ว่าสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาไม่ควรที่จะถูกใช้โดยบุคคลที่สามที่เป็นคนกลาง ซึ่งอาจจะสรุปได้ว่าวัตถุประสงค์ของการได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาจะพิจารณาจากความเป็นจริงทางเศรษฐกิจมากกว่ารูปแบบที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องความไม่ชัดเจนและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นั้น OECD ก็ได้พยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าวดังที่ผู้วิจัยจะได้บรรยายต่อไป\*

เป็นที่น่าสังเกตว่าในทางปฏิบัติ มาตรการเจ้าของผลประโยชน์เป็นมาตรการที่ใช้ตรวจสอบได้เพียงผิวเผินว่าผู้รับประโยชน์เป็นเพียงบริษัทที่ปลอมแปลงขึ้นมาหรือเป็นเพียงบริษัทส่งผ่าน ดังนั้น จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้มีอำนาจค่อนข้างแคบ ไม่สามารถใช้กับการวางแผนโครงสร้างการเลือกใช้อินนุสัญญาภาษีซ้อนที่ซับซ้อนขึ้น เช่น base company ได้ อีกทั้งเป็นการยากในทางปฏิบัติที่รัฐแหล่งเงินได้จะพิสูจน์ถึงการเป็นเจ้าของประโยชน์ที่แท้จริง

### (1.2) มาตรการอื่นๆ

OECD ตระหนักว่าลำพังเพียงบทบัญญัติที่มีอยู่ในอนุสัญญาต้นแบบไม่มีผลในการที่จะป้องกันการเลือกใช้อินนุสัญญาได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น จึงได้ทำการพัฒนามาตรการต่างๆ เพิ่มเติมเพื่อใช้ในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว ซึ่งในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ปีค.ศ.

---

\*อย่างไรก็ดี วิทยานิพนธ์นี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อหาความหมายหรือขอบเขตของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” แต่อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยจึงไม่ได้วิเคราะห์ลงไปรายละเอียดและจะได้อธิบายถึงประเด็นดังกล่าวนี้เพียงคร่าวๆ เท่านั้น

2010 แนะนำว่ารัฐที่เจรจาอนุสัญญาควรกำหนดถึงบุคคลที่ควรได้รับสิทธิตามอนุสัญญาโดยเฉพาะเจาะจงเพื่อช่วยในการระบุถึงเจ้าของสิทธิประโยชน์ที่แท้จริงโดยการใช้บททดสอบที่หลากหลายซึ่งได้ถูกรวมไว้ในมาตรการจำกัดสิทธิประโยชน์ เช่น

#### (1.2.1) Direct or Look-Through Approach

มาตรการตามหลักการนี้เป็นการพิจารณาถึงความเป็นเจ้าของหรือการเป็นผู้ได้รับสิทธิประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อมของนิติบุคคลที่พิจารณา และจะไม่อนุญาตให้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาให้แก่บริษัทที่ไม่ได้มีผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาเป็นเจ้าของไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งมาตรการนี้เป็นการป้องกันบริษัทส่งผ่าน (conduit company) โดยตรง ทั้งนี้ คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบได้แนะนำว่ารัฐที่จะใช้มาตรการดังกล่าวควรพิจารณาถึงมาตรการที่เกี่ยวข้องกับบริษัทที่ถูกพิจารณาในเรื่องของเจ้าของและอำนาจควบคุมโดยผู้ที่ไม่ได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศ การพิจารณาตามหลักการนี้จะได้ผลก็โดยการกำหนดอัตราส่วนที่เฉพาะเจาะจงในการถือหุ้นโดยผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญา รัฐใดรัฐหนึ่งเพื่อที่บริษัทดังกล่าวจะได้มีคุณสมบัติที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญา อย่างไรก็ตาม มาตรการนี้แม้ว่าจะอาจเพียงพอที่จะนำมาอ้างอิงในกรณีที่รัฐทำอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐที่ไม่เก็บภาษีหรือเก็บภาษีต่ำซึ่งกิจกรรมทางธุรกิจที่แท้จริงแทบจะไม่มีเกิดขึ้น แต่ก็ควรมีมาตรการมาคุ้มครองกิจกรรมทางธุรกิจที่สุจริตด้วย<sup>91</sup> นอกจากนี้ มาตรการนี้ก็เป็นเพียงแค่หลักเกณฑ์หนึ่งของโครงสร้างการส่งผ่านและอาจจะไม่สามารถป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาโดยมิชอบโดยการอาศัยรูปแบบ Stepping Stone Company ได้

#### (1.2.2) Exclusion Approach

มาตรการนี้เป็นการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อบุคคลที่ได้รับประโยชน์ในระบบภาษีพิเศษภายในประเทศที่ตนเองมีถิ่นที่อยู่ วิธีการที่ง่ายที่สุดในการป้องกันคือการกันบริษัทที่ได้สิทธิพิเศษเหล่านี้ให้ออกจากการได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญา อย่างไรก็ตาม มาตรการนี้ไม่สามารถใช้กับบริษัทส่งผ่านที่ดำเนินธุรกิจโดยสุจริต

#### (1.2.3) Subject-to-Tax Approach

มาตรการนี้อ่อนุญาตให้มีการบรรเทาภาระภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ ถ้าเงินได้ดังกล่าวนั้นต้องถูกเก็บภาษี (Subject to Tax) ในประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้มีเงินได้ซึ่งก็เป็นการสอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาภาษีซ้อนซึ่งก็คือการจัดการเก็บภาษีซ้ำซ้อน อย่างไรก็ตาม คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Commentary) ไม่แนะนำมาตรการทั่วไปมาตรการ

<sup>91</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010, Commentary on Article 1, paras 13-14.

นี้ด้วยเหตุผลหลายประการ อีกทั้งมาตรการนี้ก็อาจจะไม่สามารถป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาโดยมิชอบโดยการอาศัยรูปแบบที่ซับซ้อนอย่างเช่นโครงสร้าง Stepping Stone Company ได้<sup>92</sup>

#### (1.2.4) Base-Erosion or Channel Approach

มาตรการที่ Base-Erosion or Channel Approach นี้ออกมาเพื่อป้องกันการลดฐานภาษีของบริษัทส่งผ่าน โดยบริษัทที่อาศัยอยู่ในรัฐคู่สัญญาของรัฐใดรัฐหนึ่งจะไม่ได้รับอนุญาตให้อ้างสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญา ถ้าสัดส่วนที่แน่นอนของเงินได้รวมของบริษัทนั้นถูกใช้โดยการจ่ายดอกเบี้ยหรือค่าสิทธิแก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่ไม่ใช่คู่สัญญาของอนุสัญญา มาตรการนี้มุ่งไปที่บริษัทที่มีรายได้รวมสูงแต่ว่ามีเงินได้ที่ถูกจัดเก็บภาษีได้ในอัตราที่ต่ำโดยผลของการที่มีค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปสู่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐภาคีในอัตราที่สูง มาตรการนี้ดูจะเป็นมาตรการที่ได้ผลมาตรการเดียวในการรับมือกับโครงสร้างจำพวก Stepping Stone Company แต่มีข้อระวังในการบังคับใช้ก็คือรัฐต่างๆ ควรมีข้อบทเพื่อคุ้มครองการกระทำที่สุจริตเอาไว้ด้วย<sup>93</sup>

#### (1.2.5) มาตรการรักษาสีทธิของธุรกรรมที่สุจริต

มาตรการที่กล่าวมาข้างต้นต่างก็ออกมาเพื่อเป็นอุปสรรคแก่นิติบุคคลซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ในการบรรเทาภาระภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อน แต่มาตรการเหล่านี้อาจมีผลในการจำกัดที่เข้มงวดสำหรับนิติบุคคลที่ไม่ได้ตั้งขึ้นมาเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ดังนั้น ใน OECD Commentary ปีค.ศ. 2010 (OECD Commentary 2010) จึงได้เน้นว่า ต้องมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อรับรองสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาในสถานการณ์ที่สุจริต เช่น general bona fide provision, activity provision, amount of tax provision, stock exchange provision, alternative relief provision<sup>94</sup>

#### (1.2.6) Detailed Limitation of Benefits Provisions

มาตรการต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการรับมือกับโครงสร้างบริษัทส่งผ่านหรือการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในสถานการณ์ที่เฉพาะเจาะจงซึ่งแตกต่างกันออกไป ดังนั้น OECD จึงได้เสนอแนะวิธีการที่ครอบคลุมมากขึ้นในการรับมือกับการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ก็คือ ข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ที่มีความละเอียด (Detailed Limitation-of-Benefits Provisions) หรือเรียกสั้นๆ ว่า ข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation-of-Benefits Provisions) ซึ่งออกมาเพิ่มเติมข้อจำกัดตามข้อสี่ในเรื่องผู้มีถิ่นที่อยู่ในอยู่โดยการเพิ่มบททดสอบหลายๆ บททดสอบในเรื่องขอบเขตด้านบุคคลเอาไว้ ทั้งนี้ก็เพื่อป้องกันการ

<sup>92</sup>Ibid., Commentary on Article 1, paras 15-16.

<sup>93</sup>Ibid.

<sup>94</sup>Ibid., Commentary on Article 1, para 19.

ที่บุคคลที่ไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐคู่สัญญาเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์โดยการจัดตั้งหน่วยภาษีที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของอนุสัญญา<sup>95</sup>

ประเทศที่ให้ความสำคัญกับมาตรการนี้อย่างมากก็คือ สหรัฐอเมริกาอันสังเกตได้จากข้อเท็จจริงที่ว่าอนุสัญญาต้นแบบ (US Model)<sup>96</sup> และอนุสัญญาเกือบทั้งหมดของสหรัฐอเมริกาจะมีข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) อยู่ด้วยซึ่งบทบัญญัตินี้ของสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้อาศัยการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์หรือเจตนาแต่อาศัยการระบุถึงบททดสอบทางวัตถุประสงค์ (Objective Tests) ที่ละเอียดและครอบคลุมค่อนข้างมาก<sup>97</sup> ซึ่งเมื่อเราเปรียบเทียบข้อจำกัดสิทธิประโยชน์กับหลักเจ้าของผลประโยชน์แล้วจะเห็นว่า แม้ว่าขอบเขตและประวัติความเป็นมาของทั้งสองมาตรการนี้จะแตกต่างกัน แต่ทั้งสองมาตรการก็ออกมาเพื่อรับมือกับโครงสร้างหรือแผนการการเลือกใช้อุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่คล้ายคลึงกัน แต่ด้วยความที่หลักเจ้าของผลประโยชน์ขาดความชัดเจนและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการตีความและการบังคับใช้ สหรัฐอเมริกาจึงเลือกที่จะอ้างอิงข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) มากกว่าเพราะมีความชัดเจน มีบททดสอบที่เกือบจะเป็นการคำนวณซึ่งอาศัยการตีความน้อย และบังคับใช้ได้ง่ายกว่า อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีความชัดเจนกว่าแต่ข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ก็ยังคงอาศัยการตีความอย่างมากและไม่ได้รวบรวมธุรกรรมทุกรูปแบบที่ได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน<sup>98</sup>

(1.3) การอาศัยขอบเขตด้านบุคคลในอนุสัญญา เป็นการอาศัยบทบัญญัติในส่วนขอบเขตการบังคับใช้ด้านบุคคลเป็นตัวพิจารณาซึ่งโดยส่วนใหญ่ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะมีเกณฑ์ที่เป็นตัวทดสอบว่าผู้ที่ใช้สิทธิประโยชน์เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐภาคีหรือไม่

นอกจากมาตรการต่างๆ ที่มีอยู่แล้วในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ตามที่กล่าวถึงข้างต้น ในช่วงระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา ทาง OECD ก็ยังได้พัฒนาและเสนอมติมาตรการภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนอื่นๆ ออกมาเพิ่มเติมเพื่อตอบสนองกับการวางแผนภาษีที่พัฒนามากขึ้นไปตามกาลเวลา เช่น กฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT rule))

<sup>95</sup>Ibid., Commentary on Article 1, para 20.

<sup>96</sup>อนุสัญญาต้นแบบของสหรัฐอเมริกาฉบับปีค.ศ. 2006 (United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006 (2006 US Model)) ข้อ 22

<sup>97</sup>US Department of the Treasury, [United States model technical explanation accompanying the United States model income tax convention of November 15, 2006.](#)

<sup>98</sup>Yariv Brauner, "Beneficial ownership in and outside US tax treaties," in [Beneficial ownership: Recent trends](#), eds. Michael Lang et al. (Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013), pp. 158-159.

อันเป็นส่วนหนึ่งของรายงานแผนการดำเนินการที่ 6 เรื่องการป้องกันการใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Action 6 - Prevent Treaty Abuse) ที่ออกมาในปี ค.ศ. 2015 ภายใต้แผนการดำเนินการเรื่องการกร่อนของฐานภาษีและการโยกย้ายกำไร (Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS Action Plan))

นอกเหนือไปจากมาตรการที่ OECD ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนข้างต้นแล้ว ยังมีนักวิชาการบางส่วน<sup>99</sup>ที่เสนอหลักการต่อต้านการใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่มีอยู่แล้วในอนุสัญญา (Inherent Anti-Abuse Principle) ซึ่งเป็นการอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ที่กำหนดให้อนุสัญญาระหว่างประเทศจะต้องนำไปปฏิบัติและตีความโดยสุจริต (good faith) อย่างไรก็ตาม นักวิชาการหลายท่านยังคงมีความเห็นที่ต่างกันไปในหลักการนี้

(2) มาตรการทางภาษีภายในประเทศ คือ การออกมาตรการฝ่ายเดียวของประเทศที่เก็บภาษีซึ่งกระทำได้ 2 ลักษณะ ได้แก่ วิธีการแรกโดยการออกกฎหมายภายในมาห้ามหรือยกเว้นการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อน เช่น บทบัญญัติการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนของสวิตเซอร์แลนด์ 1962<sup>100</sup> วิธีการที่สองโดยการปรับปรุงโครงสร้างภาษีภายในประเทศในบางกรณี

(3) มาตรการอื่นๆ เช่น

(3.1) มาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (GAAR)<sup>101</sup>

มาตรการอื่นๆ ประการแรกได้แก่การอาศัยมาตรการต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Anti-Tax Avoidance Measure) ซึ่งเป็นมาตรการป้องกันโดยทั่วไป โดยการออกมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rules (GAAR)) ซึ่งเป็นกฎหมายภายในมาบังคับใช้ ประเทศที่มีบทบัญญัติภายในเช่นว่านี้ก็เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์

<sup>99</sup>Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 2nd ed. (London: Kluwer, 1990); F.A. Engelen, On Values and Norms: The Principle of Good Faith in the Law of Treaties and the Law of Tax Treaties in Particular, (London: Kluwer, 2006.) Cited in David G. Duff, Responses to tax treaty shopping: A comparative evaluation [Online], 2010. Source SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1688689> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1688689>, pp. 14-15.

<sup>100</sup>สุเมธ ศิริคุณโชติ, กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ, หน้า 216 อ้างถึงใน โกสินทร์ เขียวสวัสดิ์กิจ, "แนวทางการนำมาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนโดยมิชอบ," หน้า 96-112.

<sup>101</sup>ภูการ อัครสุวรรณกุล, "การนำมาตรการทั่วไปเพื่อการต่อต้านการหลีกเลี่ยงภาษีอากร (GAAR) มาใช้ในประเทศไทย "ศึกษาปัญหา อุปสรรคและหลักเกณฑ์ของประเทศออสเตรเลีย," (รายงานเอกัตศึกษา นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 92-123.

สิงคโปร์ แคนาดา อิตาลี เบลเยียม เยอรมนี เวียดนาม ซึ่งแต่ละประเทศก็มีเนื้อหาและบทบัญญัติที่ต่างกันออกไป

มาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rules (GAAR)) ไม่ได้ออกมาเพื่อรับมือกับการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) โดยเฉพาะอันแตกต่างจากมาตรการหลายๆ มาตรการที่ผู้วิจัยยกมาแล้วข้างต้น แต่เป็นมาตรการทั่วไปที่นำมาใช้กับการหลบหลีกภาษีทั้งหลายที่อาจเกิดขึ้นซึ่งมีมากมายหลายรูปแบบ ซึ่งการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ก็ถูกมองว่าเป็นการหลบหลีกภาษีประการหนึ่ง ดังนั้น มาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไปก็อาจนำมาใช้ในสถานการณ์นี้ได้หากฝ่ายรัฐสามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของผู้มีหน้าที่เสียภาษีเข้าองค์ประกอบของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตัวอย่างเช่น มาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไปของประเทศออสเตรเลียซึ่งมีการบังคับใช้มาอย่างยาวนานและเป็นต้นแบบในการร่างมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีของประเทศอื่นๆ มีองค์ประกอบสำคัญสามประการ คือ (ก) จะต้องมีแผนการหรือโครงการ (ข) แผนการหรือโครงการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เดียวหรือวัตถุประสงค์หลักเพื่อก่อให้เกิดผลประโยชน์ในทางภาษี และ (ค) ผู้เสียภาษีหรือคู่สัญญาตามแผนการหรือโครงการดังกล่าวได้รับผลประโยชน์ทางภาษีจากการดำเนินการตามแผนการหรือโครงการที่สร้างขึ้น และเมื่อธุรกรรมที่พิจารณาเข้าองค์ประกอบครบทั้งสามข้อแล้วจึงจะสามารถปรับใช้มาตราที่เกี่ยวข้องเพื่อปฏิเสธสิทธิประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากแผนการหรือโครงการนั้นและกำหนดภาระภาษีใหม่<sup>102</sup>

ด้วยเหตุที่มาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rules (GAAR)) ถูกสร้างออกมาโดยตั้งใจให้มีความกว้างขวางและยืดหยุ่นเพื่อที่จะสามารถนำมาปรับใช้เป็นการทั่วไปกับข้อเท็จจริงที่หลากหลายจึงเป็นมาตรการที่เป็นประโยชน์แก่รัฐที่จัดเก็บภาษีอย่างมาก แต่ความกว้างและยืดหยุ่นนี้เองก็นำมาซึ่งผลกระทบในเรื่องความไม่แน่นอนและขอบเขตที่ไม่ชัดเจนว่ากรณีใดบ้างที่ตกอยู่ภายใต้มาตรการนี้ซึ่งเป็นผลร้ายต่อผู้เสียภาษีโดยตรงเพราะทำให้การวางแผนภาษีอย่างถูกต้องตามกฎหมายมีความยากลำบากอยู่ในที่และอาจกระทบต่อการวางแผนภาษีที่สุจริตได้ในบางกรณี<sup>103</sup> แม้ว่าหลายๆ ประเทศที่มีการบังคับใช้และพัฒนามาตรการเหล่านี้มาอย่างยาวนานอันรวมถึงประเทศออสเตรเลียจะได้พยายามปรับปรุงและเพิ่มความแน่นอนและชัดเจนให้มากขึ้นตามลำดับแต่ปัญหานี้ก็ยังไม่หมดไปเสียทีเดียว ดังนั้น ผู้มีหน้าที่เสียภาษีจึงยังคงแสดงความกังวลในประเด็นนี้อยู่ อีกทั้งบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาก็ดูเหมือนว่าพยายามที่จะไม่อาศัยมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (GAAR) เป็นมาตรการหลักในการ

<sup>102</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 117.

<sup>103</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.



ป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) แต่จะให้ความสำคัญและน้ำหนักไปที่มาตรการอื่นๆ ที่มีความชัดเจนมากกว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการเรื่องข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits)

(3.2) การอาศัยวิธีการปรับใช้กฎหมายในประเทศมาใช้ป้องกันเป็นบางกรณี ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

(3.3) การอาศัยหลักการในเรื่องของการแข่งขันทางภาษีซึ่งเป็นอันตราย (harmful tax competition)\*

(3.4) การอาศัยมาตรการแบบทางอ้อมซึ่งเป็นการกีดกันทางเศรษฐกิจและการเมืองเพื่อให้รัฐอธิปไตยหนึ่งกำจัดการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ

#### 2.3.1.4 ความสำคัญของหลักเจ้าของผลประโยชน์กับการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ

จากที่อธิบายมาข้างต้น เราจึงสรุปได้ว่า หลักเจ้าของผลประโยชน์ (beneficial ownership) เป็นหนึ่งในมาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบที่มีอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่นำมาใช้กับเงินได้บางประเภท<sup>104</sup> (เงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ) เท่านั้น (ตามอนุสัญญาต้นแบบ)\*\* ส่วนในประเด็นข้อสงสัยต่อมาที่ว่าแล้วเหตุใดหลักดังกล่าวจึงถูกจำกัดให้นำมาใช้ในเงินได้เพียงสามประเภทข้างต้นเท่านั้น จากการศึกษาค้นคว้าของผู้วิจัยพบว่ามีข้อมูลในเรื่องนี้น้อยมาก แต่ก็อาจอนุมานได้ว่าเหตุผลที่ชัดเจนและเป็นไปได้มากที่สุดก็คงเป็นเพราะว่าเงินได้สามประเภคนั้นมีความเป็นไปได้สูงมากที่สุดที่จะมีการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping)<sup>105</sup> นอกจากนี้ อาจเป็นเพราะว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์เข้ามาช่วยในการตีความการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในข้อบทของเงินได้ที่มีคำว่า “จ่าย...ให้แก่” (“paid to”) เพราะในอนุสัญญาต้นแบบทั้งของ OECD และขององค์การสหประชาชาติจะพบหลักนี้ในเงินได้ที่มี

\*หลักการนี้เน้นไปที่ดินแดนที่เป็น Tax Haven และ Harmful Preferential Tax Regimes ซึ่งในทางปฏิบัติมักจะมีการใช้ดินแดนเหล่านี้เพื่อการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อน

<sup>104</sup>Robert Deutsch, Róisín M. Arkwright, and Daniela Chiew, *Principles and practice of double taxation agreements : A question-and-answer approach* (London: BNA International, 2008), p. 82.

\*\*ในอนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับก็นำหลักดังกล่าวไปใช้กับเงินได้ประเภทอื่นด้วย ซึ่งเป็นประเด็นหลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และผู้วิจัยจะได้ลงเอยในรายละเอียดต่อไป

<sup>105</sup>Joanna Wheeler, "Persons qualifying for treaty benefit," in *United Nations handbook on selected issues in administration of double tax treaties for developing countries*, eds. Alexander Trepelkov, Harry Tonino, and Dominika Halka (United Nations, 2013), p. 79.

คำดังกล่าวเท่านั้น แต่ไม่พบในเงินได้ประเภทผลได้จากทุน (Capital Gains) หรือ เงินได้อื่นๆ (Other Income) ซึ่งไม่มีคำว่า “จ่าย...ให้แก่”<sup>106</sup>

ทั้งนี้ เมื่อหลักเจ้าของผลประโยชน์มีข้อจำกัดที่สามารถรับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนได้บางรูปแบบเท่านั้น ก็เกิดคำถามว่าเหตุใดเรายังควรที่จะคงหลักดังกล่าวไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนอยู่ ทำไมไม่ตัดออกไปเสียเลยและใช้มาตรการอื่นๆ เช่นมาตรการที่มีความกว้างอย่างเช่นมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rule (GAAR)) แทน ผู้วิจัยเห็นว่า ดังที่กล่าวมาแล้ว มาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแต่ละมาตรการได้รับการออกแบบมาเพื่อรับมือกับวิธีการและการจัดวางโครงสร้างเพื่อการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่แตกต่างกัน ดังนั้น แต่ละมาตรการจึงไม่สมบูรณ์ในตัวเอง หลักเจ้าของผลประโยชน์กับมาตรการอื่นๆ ก็เช่นกันก็ไม่สามารถนำมาต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบได้ทุกรูปแบบ ด้วยเหตุนี้ การที่ประเทศหนึ่งๆ จะต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบได้อย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุผล จึงควรนำมาตราหลายๆ มาตรการมาปรับใช้ โดยที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการใดมาตรการหนึ่ง\*

เป็นที่น่าสังเกตว่า ในรายงานแผนการดำเนินการที่ 6 ของ BEPS Action Plan ที่ออกมาในเดือนตุลาคม ค.ศ.2015 ได้กล่าวถึงวิธีการรับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบโดยแนะนำว่าควรใช้แนวทางที่ประกอบไปด้วยสามวิธีการประกอบกัน กล่าวคือ

(ก) อนุสัญญาภาษีซ้อนจะต้องมีข้อความที่ชัดเจนระบุว่าเมื่อรัฐผู้ทำสัญญาเข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อน รัฐดังกล่าวปรารถนาที่จะป้องกันการหลบหลีกภาษีและโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจตนาที่จะหลีกเลี่ยงการสร้างโอกาสในการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อน

(ข) จะต้องเพิ่มกฎเกณฑ์เฉพาะในการต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบโดยอาศัยของข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (limitation-on-benefits provisions) ที่อยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนของสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่นๆ อีกสองสามประเทศ (กฎเรื่องการจำกัดสิทธิ

<sup>106</sup>Richard Collier, "Clarity, opacity and beneficial ownership," *British Tax Review*, No.6 (2011): 685.

\*ดังแสดงให้เห็นเช่นในคดี *MIL (Investment) (Canada v. MIL (Investments) S.A., 2007 FCA 236 (CanLII)*) ศาลอุทธรณ์ของแคนาดา (Federal Court of Appeal) ตัดสินว่ามาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rule (GAAR)) ของแคนาดาไม่นำมาบังคับใช้กับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนที่โจ่งแจ้ง (Brian J. Arnold, "The concept of beneficial ownership under Canadian tax treaties," in *Beneficial ownership: Recent trends*, eds. Michael Lang et al. (Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013), p. 39.)

ประโยชน์ (LOB rule)) เข้าไปในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD\* กฎนี้สามารถนำมาใช้รับมือกับการเลือกใช้อุสัญญาโดยมิชอบที่อาศัยลักษณะทางกฎหมาย การเป็นเจ้าของในและกิจกรรมทั่วไปของผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาได้หลากหลายรูปแบบอย่างมาก

(ค) ในการที่จะรับมือกับการใช้อุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบวิธีการอื่นๆ รวมทั้งการเลือกใช้อุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่ไม่อยู่ในขอบเขตของกฎเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation-on-Benefits Provisions) เช่น การจัดวางโครงสร้างทางการเงินโดยอาศัยตัวกลาง (Conduit Financing Arrangements) กฎการต่อต้านการใช้ประโยชน์โดยมิชอบที่มีความทั่วไปมากกว่าที่อาศัยวัตถุประสงค์หลักของธุรกรรมที่เรียกว่า กฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT rule)) ควรนำมาเพิ่มเติมไว้ในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD โดยกฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญนี้จะรวบรวมหลักการที่มีอยู่แล้วในวรรค 9.5 22 22.1 และ 22.2 ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 1 (Commentary to Article 1) ซึ่งกำหนดว่าสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะไม่นำมาบังคับใช้ในกรณีที่หนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของธุรกรรมนั้นคือเพื่อเข้ามาใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาและการได้รับประโยชน์เช่นว่าในสถานการณ์เหล่านั้นจะเป็นการขัดกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เกี่ยวข้อง

กฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT Rule)) ได้รับการเสนอว่าอาจเป็นดังนี้

“แม้จะมีบทบัญญัติอื่นๆ ในอนุสัญญาฉบับนี้ สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญานี้จะไม่นำมาใช้กับเงินได้หรือทุนหากเป็นการสมเหตุสมผลเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่จะสรุปว่าการได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของการจัดวางโครงสร้างหรือธุรกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์นั้นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม นอกเสียจากว่าสามารถพิสูจน์ได้ว่าการให้สิทธิประโยชน์ในพฤติการณ์ดังกล่าวนี้จะไปตามเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับนี้ที่เกี่ยวข้อง”

รายงานแผนการดำเนินการที่ 6 ดังกล่าวข้างได้อธิบายเพิ่มเติมว่าการที่คณะทำงานเสนอให้มีทั้งกฎเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (LOB rule) และกฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (PPT Rule) ก็เพราะแต่ละกฎต่างก็มีจุดแข็งและจุดอ่อน เช่น กฎเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์หลายๆ ข้อบทยอาศัยเกณฑ์เชิงวัตถุประสงค์ (Objective Criteria) อันทำให้มีความแน่นอนกว่ากฎเรื่องบททดสอบ

---

\*อย่างไรก็ดี 2014 OECD Model ยังไม่ได้เพิ่มเติมข้อดังกล่าวแต่อย่างใด เพราะรายงานแผนการดำเนินการที่ 6 ของ BEPS Action Plan ออกมาเมื่อเดือนตุลาคม ค.ศ. 2015 ในขณะที่ 2014 OECD Model ซึ่งเป็นฉบับล่าสุดในขณะทำวิทยานิพนธ์นี้ออกมาในปี ค.ศ. 2014

วัตถุประสงค์สำคัญ ในขณะที่กฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญจะอาศัยการวิเคราะห์อย่างมีเหตุผลเป็นกรณีๆ ไปว่าอะไรเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของธุรกรรม ดังนั้น กฎเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์จึงมีประโยชน์ในฐานะเป็นกฎการต่อต้านการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบที่เฉพาะเจาะจงที่มุ่งไปที่การเลือกใช้อุสัญญาโดยมิชอบที่สามารถบ่งชี้ได้จากเกณฑ์ที่อาศัยลักษณะทางกฎหมาย การเป็นเจ้าของในและกิจกรรมทั่วไปของหน่วยภาษี แต่กฎเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์เน้นไปที่การเลือกใช้อุสัญญาโดยมิชอบเท่านั้นโดยที่ไม่ได้กล่าวถึงการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบรูปแบบอื่นๆ ที่ผู้ที่ไม่มิสิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อนได้นำผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญามาใช้เป็นตัวกลาง (Intermediary) เพื่อเข้ามาใช้ประโยชน์จากอนุสัญญา

อย่างไรก็ดี การใช้ทั้งกฎเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (LOB Rule) และกฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (PPT Rule) อาจไม่เหมาะสมหรือไม่จำเป็นสำหรับบางประเทศ เช่น บางประเทศมีกฎหมายภายในเรื่องการต่อต้านการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบอยู่แล้ว หรือศาลบางประเทศที่พัฒนาเครื่องมือการตีความที่หลากหลายออกมาแล้ว (เช่น เนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ) ที่สามารถนำมาใช้รับมือกับการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาและกฎหมายภายในประเทศโดยมิชอบได้อย่างมีประสิทธิภาพ

การนำวิธีการทั้งสามวิธีการของรายงานแผนการดำเนินการที่ 6 ไปใช้ของแต่ละประเทศนั้นสามารถปรับเปลี่ยนได้ตรงเท่าที่แนวทางที่นำไปใช้นั้นสามารถจัดการกับการใช้อุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบได้อย่างมีประสิทธิภาพตามแนวทางของรายงานฉบับดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ประเทศต่างๆ ควรตกลงที่จะบรรจุข้อความอย่างชัดเจนว่ารัฐคู่สัญญาจะเจตนาร่วมกันในการขจัดภาษีที่ซ้ำซ้อนโดยที่ไม่ก่อให้เกิดโอกาสการไม่เก็บภาษี (Non-Taxation) หรือการลดภาษีโดยการหนีหรือหลบหลีกภาษีรวมทั้งการเลือกใช้อุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ นอกจากนี้ รัฐคู่สัญญาควรนำเจตนาร่วมกันดังกล่าวมาทำให้สัมฤทธิ์ผลโดยการนำทั้งสามวิธีการข้างต้นมาใช้ร่วมกันหรือการใช้กฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (PPT rule) หรือใช้กฎเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (LOB rule) ที่เสริมด้วยเครื่องมืออื่นๆ ที่สามารถจัดการกับการวางโครงสร้างการส่งผ่าน (conduit arrangement) ที่อนุสัญญาภาษีซ้อนไม่ได้มีเครื่องมือจัดการไว้ (เช่น กฎในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่อาจเป็นในรูปของกฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญที่จำกัดเฉพาะการวางโครงสร้างการส่งผ่าน)<sup>107</sup>

<sup>107</sup>OECD, Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 - 2015 final report.

### 2.3.2 หลักการและบทบัญญัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์ตามคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ<sup>108</sup>

เราสรุปได้จากพัฒนาการของมาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบของ OECD ว่า หลักการเกี่ยวกับเจ้าของผลประโยชน์ (beneficial ownership) มีวัตถุประสงค์ในการจัดการกับปัญหาการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบหรือการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ซึ่งอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) และอนุสัญญาภาษีซ้อนส่วนใหญ่ก็มีการบรรจุหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ในอนุสัญญาโดยการบัญญัติคำว่า “เจ้าของผู้ได้รับประโยชน์” หรือ “เจ้าของผลประโยชน์” หรือคำที่คล้ายคลึงกันเดียวกัน\* (“beneficial owner” หรือ “beneficially entitled” หรือคำอื่นๆ ที่คล้ายคลึงกัน)\*\* ไว้ในข้อ 10 ว่าด้วยเงินปันผล ข้อ 11 ว่าด้วยดอกเบี้ย และข้อ 12 ว่าด้วยค่าสิทธิ โดยการจำกัดการได้รับสิทธิประโยชน์ในอัตราภาษีที่ลดลงจากอนุสัญญาภาษีซ้อนเฉพาะกับเจ้าของผลประโยชน์ (beneficial owner) และจะไม่ยอมให้สิทธิประโยชน์กับเจ้าของตามกฎหมาย (legal owner) หรือเจ้าของอย่างเป็นทางการที่ไม่ได้เป็นเจ้าของผลประโยชน์และ เจ้าของผลประโยชน์ที่ไม่ได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญาประเทศเดียวกันนั้น<sup>109</sup>

<sup>108</sup>Christiana HJI Panayi and Reuven S. Avi-Yonah, Rethinking treaty-shopping: Lessons for the European Union, pp. 10-32.

\*คำแปลภาษาไทยอาจแตกต่างกันไปในแต่ละอนุสัญญาและแต่ละข้อบท

\*\*คำว่า “Beneficial Owner” และ “beneficially entitled” สะท้อนหลักเจ้าของผลประโยชน์ทั้งคู่ โดยมีความหมายเช่นเดียวกัน เพราะ “คำที่ใช้ต่างกันใอนุสัญญาภาษีซ้อนสองฉบับอาจแสดงถึงความหมายที่มุ่งหมายที่เหมือนกัน (เช่น... คำว่า “การมีสิทธิในผลประโยชน์” (beneficial entitlement) ในข้อบทเรื่องเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิของอนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับ และคำว่า “ความเป็นเจ้าของผลประโยชน์” (beneficial ownership) ในข้อบทเดียวกันในอนุสัญญาฉบับอื่นๆ ในหลายครั้งความแตกต่างเหล่านี้เกิดขึ้นเพราะประเทศหนึ่งต้องการที่จะเลี่ยง ‘การเลือกใช้’ การใช้กฎหมายภายในโดยไม่ตั้งใจกับคำที่ไม่ได้มีนิยามไว้ที่อาจมีความหมายที่ต่างจากความหมายทางภาษีอากรระหว่างประเทศของวลีนั้นๆ ซึ่งโดยส่วนมากจะนำมาใช้อ้างอิง หรืออีกทางหนึ่งอาจเป็นเพราะประเทศหนึ่งไม่ได้มีหลักการนั้นๆ และเห็นว่าการใช้คำดังกล่าวอาจมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนเมื่อต้องไปสู่ศาลและการบริหารจัดการอนุสัญญาภาษีซ้อน” ดู Australian Taxation Office, Income tax: Interpreting Australia's double tax agreements [Online], 14 February 2016. Source <http://law.at0.gov.au/atolaw/view.htm?locid='TXR/TR200113/NAT/ATO/fpF34'&PiT=99991231235958#fpF34>

<sup>109</sup>Christiana HJI Panayi, Double taxation, tax treaties, treaty-shopping and the European Community, p. 44.

นอกจากเราจะอนุมานวัตถุประสงค์ได้จากประวัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในฐานะมาตรการหนึ่งของการป้องกันเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบได้ตามที่กล่าวมาข้างต้น หากเราได้ศึกษาคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (Commentary to Model Tax Convention)\* ก็จะทำให้พบ คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (Commentary to Model Tax Convention) ก็ได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน<sup>110</sup> ซึ่งในทัศนะของ OECD หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นกฎหมายที่ใช้ต่อต้านการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบในส่วนของการจัดเก็บภาษีจากเงินได้บางประเภทในรัฐแหล่งเงินได้<sup>111</sup>

ทั้งนี้ หากจะสรุปคร่าวๆ ในเบื้องต้นเกี่ยวกับข้อบทในอนุสัญญาต้นแบบที่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์ (beneficial ownership) นั้น จะสรุปคร่าวๆ ได้ว่า อนุสัญญาต้นแบบของ OECD และอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (รวมทั้งอนุสัญญาภาษีซ้อนเกือบทั้งหมด) ไม่ได้กำหนดให้นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับเงินได้ทุกประเภทหรือทุกข้อบท แต่หลักดังกล่าวนำมาใช้ในข้อ 10 ว่าด้วยเงินปันผล ข้อ 11 ว่าด้วยดอกเบี้ย และข้อ 12 ว่าด้วยค่าสิทธิ เป็นหลัก โดยหลักเจ้าของผลประโยชน์นี้มีผลในการจำกัดการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาว่าเฉพาะเจ้าของผลประโยชน์ (beneficial owner) เท่านั้นที่จะใช้ประโยชน์จากประโยชน์จากข้อบทที่เกี่ยวข้องของอนุสัญญา

แม้ว่าจะเป็นที่ชัดเจนว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นมีปรากฏเป็นหลักหนึ่งในอนุสัญญาภาษีซ้อน แต่คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (หรือคำที่ใกล้เคียงกัน) ก็ไม่ได้มีนิยามบัญญัติไว้ชัดเจนในอนุสัญญาต้นแบบทั้งของ OECD และขององค์การสหประชาชาติ และอนุสัญญาภาษีซ้อนส่วนใหญ่\*\* นอกจากนี้ แนวดวงภาษีระหว่างประเทศในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นนักวิชาการ กรมสรรพากร หน่วยจัดเก็บภาษี หรือศาลในประเทศต่างๆ ก็ยังไม่สามารถหาข้อสรุปที่ชัดเจนตรงกันโดยปราศจากข้อโต้แย้งในความหมายและขอบเขตของคำดังกล่าวได้อันทำให้การบังคับใช้คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นั้นยัง

---

\*ผู้วิจัยกำลังอ้างอิงถึงคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Commentary to Model Tax Convention ฉบับค.ศ. 2010 และค.ศ. 2014

<sup>110</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010, Commentary on Article 1, para 10.

<sup>111</sup>ibid., Commentary on Article 1, para 21.4.

\*\*เท่าที่ผู้วิจัยทำการค้นคว้าเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ยังไม่ปรากฏว่ามีอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนใดที่ระบุนิยามคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไว้

ขาดความชัดเจนและเป็นไปในทางเดียวกัน<sup>112</sup> ซึ่งผู้วิจัยจะได้เขียนถึงประเด็นดังกล่าวรวมถึงยกตัวอย่างคำพิพากษาต่อไปในบทที่ 3

อย่างไรก็ดี แม้เรา仍将หาข้อสรุปที่แน่นอนเกี่ยวกับความหมายโดยเฉพาะของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในนัยยะของอนุสัญญาภาษีซ้อนไม่ได้ก็ตาม\* แต่เราอาจพอจะสรุปหลักการเบื้องต้นของหลักเจ้าของผลประโยชน์ได้โดยสังเขปจากคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (Commentary to Model Tax Convention) ทั้งของ OECD และขององค์การสหประชาชาติ (ซึ่งเป็นไปตามคำอธิบายของ OECD) ได้ กล่าวคือ หลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นมีการกำหนดขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิประโยชน์ที่จะได้รับการลดอัตราภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ในเงินได้บางประเภท (ซึ่งตามอนุสัญญาต้นแบบของ OECD คือ เงินได้ประเภทสามประเภทได้แก่ เงินปันผล (ข้อ 10) ดอกเบี้ย (ข้อ 11) และค่าสิทธิ (ข้อ 12)\*\*) ไว้เฉพาะกับ “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) และจะไม่ให้สิทธิประโยชน์ดังกล่าวกับเจ้าของที่แม้จะเป็นเจ้าของตามกฎหมาย (legal owner) แต่ไม่ได้เป็นเจ้าของผลประโยชน์และเจ้าของผลประโยชน์ที่ไม่ได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญาประเทศเดียวกันนั้น

### 2.3.2.1 หลักการและบทบัญญัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์ตามคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD

#### (1) คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ค.ศ. 2010 (OECD Commentary 2010)

ในหัวข้อการใช้อนุสัญญาโดยมิชอบ (Improper Use of the Convention) ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2010 (OECD Commentary 2010)\*\*\* ได้

<sup>112</sup>Christiana HJI Panayi, Double taxation, tax treaties, treaty-shopping and the European Community, p. 44.

\*คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 (OECD Commentary 2014) อาจเข้ามาช่วยให้การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์และการตีความคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” มีความสอดคล้องกันในแต่ละประเทศมากขึ้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำอธิบายดังกล่าวนั้นเพิ่งออกมาในช่วงครึ่งปีหลังของค.ศ. 2014 และยังไม่มีความวินิจฉัยของหน่วยจัดเก็บภาษีและคำพิพากษาของศาลในประเทศต่างๆ ออกมามากพอที่จะสามารถสรุปได้ในขณะนี้ ทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่าการบังคับใช้หลักดังกล่าวจะมีความชัดเจนและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันมากขึ้น หรือปัญหาดังกล่าวจะหมดไปหรือไม่

\*\*ในบางอนุสัญญา หลักเจ้าของผลประโยชน์อาจนำไปใช้ในเงินได้ประเภทอื่นๆ บางประเภทด้วย เช่น เงินได้อื่นๆ (Other Incomes) แต่ส่วนใหญ่จะใช้ในเงินได้สามประเภทข้างต้นเท่านั้น

\*\*\*แม้ว่าอนุสัญญาต้นแบบและคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 (OECD Model Tax Convention และ OECD Commentary to Model Tax Convention 2014) จะออกมาแล้วในช่วงท้ายของการจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ แต่ผู้วิจัยก็เห็นว่าควรจะยังคงรวมการอ้างอิงถึงและการวิเคราะห์ OECD Commentary

กล่าวไว้ว่า “วัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาภาษีเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนนั้นก็เพื่อส่งเสริมการแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการและการเคลื่อนไหวของทุนและบุคคลโดยการกำจัดภาษีซ้อนระหว่างประเทศ อนุสัญญาภาษีซ้อนยังมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการหลบหลีกและหนีภาษีอีกด้วย”<sup>113</sup> นอกจากนี้ คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบยังได้กล่าวเพิ่มเติมว่าการจัดทำหรือขยายโครงข่ายอนุสัญญาภาษีซ้อนยังเพิ่มความเสี่ยงของการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบด้วยเพราะอนุสัญญาภาษีซ้อนอำนวยความสะดวกแก่การจัดทำโครงสร้างทางกฎหมายปลอมๆ เพียงเพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้กฎหมายภายในและการบรรเทาภาระภาษีภายใต้อนุสัญญา เช่น การที่บุคคลทำการผ่านนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นในรัฐหนึ่งเพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาที่ตนไม่มีสิทธิได้รับหากทำธุรกรรมด้วยตนเองโดยตรง<sup>114</sup> ซึ่งคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบได้ยืนยันว่า รัฐต่างๆ ไม่จำเป็นต้องให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาหากมีการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบ โดยหลักการก็คือ สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาจะถูกปฏิเสธหากวัตถุประสงค์หลักของการเข้าทำธุรกรรมหรือการจัดวางโครงสร้างก็เพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรที่ดีกว่าและการได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ดีขึ้นในกรณีดังกล่าวไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ (Object and Purpose) ของข้อบทที่เกี่ยวข้อง<sup>115</sup>

คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD 2010 (OECD Commentary 2010) ได้ย้ำถึงความสำคัญของหลักเจ้าของผลประโยชน์ (ในข้อ 10 11 และ 12) ในฐานะบทบัญญัติเฉพาะ (Specific Provision) ในการรับมือกับการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบว่า การบังคับใช้บทบัญญัติทั่วไปในการต่อต้านการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบ (General Anti-Abuse Provisions) ไม่ได้หมายความว่า การบรรจุบทบัญญัติเฉพาะ (Specific Provision) ที่มุ่งป้องกันการหลบหลีกภาษีบางรูปแบบโดยเฉพาะจะไม่จำเป็นอีกต่อไป ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากว่า เทคนิคการหลบหลีก

---

2010 ไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยเพราะหลักการส่วนใหญ่ของ 2010 OECD Model ในส่วนของหลักเจ้าของผลประโยชน์ไม่ได้ถูกตัดออกหรือเปลี่ยนแปลงไปจนทำให้ OECD Commentary 2010 ใช้อ้างอิงไม่ได้ อีกทั้งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ของ OECD Commentaries 2014 นั้นเป็นการแก้ไขปรับปรุงส่วนคำอธิบายความหมายและขอบเขตของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ให้มีความชัดเจนขึ้นซึ่งประเด็นหลักของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่ใช่การหาความหมายที่แน่นอนของคำดังกล่าว นอกจากนี้ เท่าที่ผู้วิจัยทำการค้นคว้ามาถึงจุดนี้ ผู้วิจัยยังไม่พบคำวินิจฉัยของหน่วยจัดเก็บภาษีและคำพิพากษาของศาลในประเทศต่างๆ ออกมาโดยอาศัย OECD Commentary 2014 แต่อย่างใด

<sup>113</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010, Commentary on Article 1, para 7.

<sup>114</sup>Ibid., Commentary on Article 1, paras 9.5-9.6.

<sup>115</sup>Ibid., Commentary on Article 1, paras 8-9.



ภาษีบางอย่างนั้นเป็นที่ทราบกันแล้วว่ามีการใช้จริงในทางปฏิบัติหรือเทคนิคบางอย่างอาจก่อให้เกิดปัญหาและมีความซับซ้อนมากกว่าปกติ ดังนั้น การเพิ่มเติมบทบัญญัติที่มุ่งเน้นการรับมือกับเทคนิคดังกล่าวนั้นโดยตรงลงไปในอนาคตจึงเป็นสิ่งที่จำเป็น

อนุสัญญาต้นแบบของ OECD 2010 (2010 OECD Model) ได้มีการพูดถึงคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์ (beneficial owner)” ไว้ในข้อ 10 (วรรคสองและสี่) 11 (วรรคสอง สี่ และหก) และ 12 (วรรคหนึ่ง สาม และสี่) ดังนี้

### “ข้อ 10

#### เงินปันผล

1. เงินปันผลที่จ่ายโดยบริษัทซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่งให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. อย่างไรก็ตาม เงินปันผลเช่นว่านั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่และตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ภาษีที่เรียกเก็บจะต้องไม่เกิน

(ก) ร้อยละ 5 ของจำนวนเงินปันผลทั้งสิ้น ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลเป็นบริษัท (นอกจากหักหุ้นส่วน) ซึ่งถือหุ้นโดยตรงอย่างน้อยร้อยละ 25 ของทุนของบริษัทผู้จ่ายเงินปันผล

(ข) ร้อยละ 15 ของจำนวนเงินปันผลทั้งสิ้นในกรณีอื่นๆ

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐจะหาข้อสรุปถึงวิธีการบังคับใช้ข้อจำกัดนี้ผ่านความตกลงร่วมกัน วรรคนี้จะไม่กระทบกระเทือนการเก็บภาษีจากบริษัทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกำไรที่จ่ายเงินปันผลนั้นออกไป

3. คำว่า “เงินปันผล” ที่ใช้ในข้อนี้ หมายถึง เงินได้จากหุ้น สิทธิในหุ้นโดยไม่ต้องลงทุนเป็นเงิน\* หุ้นเหมืองแร่ หุ้นของผู้ก่อตั้ง หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งมีใช้สิทธิเรียกร้องในหนี้อันมีส่วนร่วมอยู่ในผลกำไร รวมทั้งเงินได้จากสิทธิอื่นๆ ในบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของการจัดเก็บภาษีเช่นเดียวกับเงินได้จากหุ้นตามกฎหมายของรัฐซึ่งบริษัทผู้ทำการจ่ายเงินเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่

4. บทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 จะไม่ใช้บังคับ ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่ง ประกอบธุรกิจอีกรัฐหนึ่งซึ่งบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ โดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น และการถือหุ้นในส่วนที่มีการจ่ายเงินปันผลนั้นเกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรเช่นว่านั้น ในกรณีเช่นนั้น ให้ใช้บทบัญญัติข้อ 7 บังคับ

\*“jouissance” shares or “jouissance” rights

5. ในกรณีที่บริษัทซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่งได้รับเงินได้หรือกำไรจากรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง รัฐอีกรัฐหนึ่งนั้นจะไม่บังคับจัดเก็บภาษีใดๆ จากเงินปันผลที่บริษัทจ่าย เว้นแต่ตราบเท่าที่ได้จ่ายเงินปันผลนั้นให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือตราบเท่าที่การถือหุ้นในส่วนของเงินปันผลที่จ่ายนั้นได้เกี่ยวข้องกับประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งนั้น และจะไม่กำหนดให้กำไรที่ยังมิได้แบ่งสรรของบริษัทต้องเสียภาษีกำไรที่ยังมิได้แบ่งสรร แม้ว่าเงินปันผลที่จ่ายหรือกำไรที่ยังมิได้แบ่งสรรของบริษัทนั้นจะประกอบขึ้นด้วยเงินได้หรือกำไรที่เกิดขึ้นในรัฐอีกรัฐหนึ่งนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม” [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

### “ข้อ 11

#### ดอกเบี๋ย

1. ดอกเบี๋ยที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่ง และจ่ายให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. อย่างไรก็ตาม ดอกเบี๋ยเช่นว่านั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งดอกเบี๋ยนั้นเกิดขึ้นและตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบี๋ยเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ภาษีที่เรียกเก็บจะต้องไม่เกินร้อยละ 10 ของจำนวนดอกเบี๋ยทั้งสิ้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐจะหาข้อสรุปถึงวิธีการบังคับใช้ข้อจำกัดนี้ผ่านความตกลงร่วมกัน
3. คำว่า “ ดอกเบี๋ย ” ที่ใช้ในข้อนี้ หมายถึง เงินได้จากสิทธิเรียกร้องในหนี้ทุกชนิดไม่ว่าจะมีหลักประกันจำนองหรือไม่ และไม่ว่าจะมีสิทธิร่วมกันในผลกำไรของลูกหนี้หรือไม่ และโดยเฉพาะเงินได้จากหลักทรัพย์รัฐบาล และเงินได้จากพันธบัตรหรือหุ้นกู้ รวมทั้งพรีเมียมและรางวัลอันผูกพันกับหลักทรัพย์ พันธบัตร หรือหุ้นกู้เช่นว่านั้น เบี๋ยปรับสำหรับการชำระเงินล่าช้าจะไม่ถือเป็นดอกเบี๋ยเพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้
4. บทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 จะไม่ใช้บังคับ ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบี๋ยเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่งประกอบธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งซึ่งดอกเบี๋ยนั้นเกิดขึ้นโดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น และสิทธิเรียกร้องในหนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับดอกเบี๋ยที่จ่ายมีส่วนเกี่ยวข้องกับประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรนั้น ในกรณีเช่นว่านี้จะใช้บทบัญญัติของ ข้อ 7 บังคับ
5. ดอกเบี๋ยจะถือว่าเป็นดอกเบี๋ยที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่ง เมื่อผู้จ่ายคือผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีบุคคลผู้จ่ายดอกเบี๋ยไม่ว่าจะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่งหรือไม่ก็ตาม มีสถานประกอบการถาวรในรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่ง ซึ่งหนี้ที่ต้องจ่ายดอกเบี๋ยนั้นเกิดขึ้น และ

ดอกเบี๋ยนั้นตกเป็นภาระแก่สถานประกอบการถาวรนั้น ดอกเบี๋ยเช่นว่านั้นจะถือว่าเกิดขึ้นในรัฐซึ่งสถานประกอบการถาวรนั้นตั้งอยู่

6. ในกรณีที่เกิดเหตุแห่งความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์ หรือระหว่างบุคคลทั้งสองนั้นกับบุคคลอื่น จำนวนดอกเบี๋ยที่จ่ายนั้น เมื่อคำนึงถึงสิทธิเรียกร้องในหนี้อันเป็นมูลเหตุแห่งการจ่ายดอกเบี๋ยแล้ว มีจำนวนเกินกว่าจำนวนที่พึงตกลงกันระหว่างผู้จ่ายกับเจ้าของผลประโยชน์หากไม่มีความสัมพันธ์เช่นว่านั้น บทบัญญัติของข้อนี้ให้ใช้บังคับเฉพาะกับเงินจำนวนหลัง ในกรณีเช่นว่านี้ ส่วนเกินของเงินที่ชำระนั้นให้ยังคงเก็บภาษีได้ตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาแต่ละรัฐ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงบทบัญญัติอื่นๆ แห่งอนุสัญญานี้ด้วย”  
[การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

## “ข้อ 12

### คำสิทธิ

1. คำสิทธิที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง และผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเป็น เจ้าของผลประโยชน์\*อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. คำว่า “คำสิทธิ” ที่ใช้ในข้อนี้ หมายถึง การจ่ายไม่ว่าชนิดใดๆ ที่ได้รับเป็นค่าตอบแทนเพื่อการใช้หรือสิทธิในการใช้ลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรืองานวิทยาศาสตร์ รวมทั้งฟิล์มภาพยนตร์ ลิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบ หรือหุ่นจำลอง แผนผัง สูตรลับหรือกรรมวิธีลับใดๆ หรือเพื่อข้อสนเทศเกี่ยวกับประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือทางวิทยาศาสตร์
3. บทบัญญัติของวรรค 1 และวรรค 2 จะไม่ใช่บังคับถ้าเจ้าของผลประโยชน์จากคำสิทธิเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งประกอบธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งซึ่งคำสิทธินั้นเกิดขึ้น โดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น และสิทธิหรือทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำสิทธิที่จ่ายนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรนั้น หรือ ในกรณีเช่นนี้จะใช้บทบัญญัติของข้อ 7 บังคับ
4. ในกรณีที่เกิดเหตุแห่งความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์หรือระหว่างบุคคลทั้งสองนั้นกับบุคคลอื่น จำนวนคำสิทธิที่จ่ายให้กันนั้น เมื่อคำนึงถึงการใช้สิทธิหรือข้อสนเทศอันเป็นมูลเหตุแห่งการจ่ายแล้ว มีจำนวนเกินกว่าจำนวนเงินซึ่งควรจะได้ตกลงกันระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์ หากไม่มีความสัมพันธ์เช่นว่านั้น บทบัญญัติของข้อนี้จะใช้บังคับเฉพาะกับเงินจำนวนหลัง ในกรณีเช่นนี้ส่วนเกินของเงินที่ชำระนั้นให้คงเก็บ

\*“beneficially owned”

ภาษีได้ตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาแต่ละรัฐ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงบทบัญญัติอื่นๆ แห่งความตกลงนี้ด้วย” [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

เนื่องจาก ข้อบทข้อ 11 และ 12 นั้นมีข้อความที่อยู่บนฐานของเนื้อหาและไปในทางเดียวกับข้อ 10 และเนื้อหาที่แตกต่างกันนั้นไม่ได้กระทบต่อการวิเคราะห์สมมติฐานเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ของวิทยานิพนธ์นี้ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงขอยกเฉพาะข้อความข้อ 10 มาเป็นตัวอย่างในการศึกษาวิเคราะห์ดังนี้

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่า วรรคหนึ่งของข้อ 10 กำหนดการจัดสรรอำนาจการจัดเก็บภาษีว่าโดยหลักแล้ว ในเงินได้ประเภทเงินปันผล (และดอกเบี้ยในข้อ 11 และค่าสิทธิในข้อ 12) รัฐถิ่นที่อยู่เป็นรัฐที่มีสิทธิเก็บภาษี อย่างไรก็ตาม ในวรรคสองก็ได้บัญญัติว่ารัฐแหล่งเงินได้ก็มีสิทธิเก็บภาษีได้แต่ต้องเก็บในอัตราที่จำกัด ส่วนวรรคสามนั้นเป็นการกำหนดนิยามของคำว่าเงินปันผล ส่วนวรรคสี่นั้นกำหนดว่าข้อความในวรรคหนึ่งและสองจะไม่ใช่บังคับกับเงินปันผลที่เกิดจากสถานประกอบการถาวร\*ของผู้รับเงินปันผลที่ตั้งอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้ ส่วนวรรคห้านั้นเป็นการกำหนดข้อห้ามโดยทั่วไปว่าห้ามไม่ให้รัฐคู่สัญญาเก็บภาษีบนเงินปันผลที่จ่ายโดยบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งเพียงเพราะเหตุว่าบริษัทนั้นได้รับเงินได้หรือกำไรในรัฐที่จัดเก็บภาษี นอกเสียจากว่าผู้ถือหุ้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่จัดเก็บภาษีหรือเงินปันผลนั้นเกิดจากสถานประกอบการถาวรของผู้รับเงินปันผลที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น

คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD 2010 (OECD Commentary 2010) สำหรับข้อ 10, 11 และ 12 ของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ได้มีการพูดถึงคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์ (beneficial owner)” ไว้ เช่น วรรคสองและสี่ของข้อ 10 อย่างไรก็ตาม ดังที่กล่าวมาแล้วในเบื้องต้น คำดังกล่าวก็ได้มีการนิยามไว้ในอนุสัญญาต้นแบบและอนุสัญญาภาษีซ้อนส่วนใหญ่ก็ได้บรรจุนิยามไว้เช่นกัน นอกจากนี้ คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ก็มักจะไม่มีคำนิยามหรือความหมายทางภาษีภายใต้กฎหมายภายในเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เจตนารมณ์ของข้อบทนี้รวมถึงความหมายบางส่วน of คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” สามารถศึกษาเบื้องต้นได้จากคำอธิบาย OECD (Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention) ได้

---

\*ในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติไม่ได้ใช้คำว่า “สถานประกอบการถาวร” (Permanent Establishment) อย่างเดียวแต่ใช้คำว่า “ฐานประกอบการประจำ” (fixed base) ด้วย

OECD Commentary 2010\* ได้พูดถึงเรื่องนี้ไว้ว่า “ข้อกำหนดในเรื่องเจ้าของผลประโยชน์นี้ได้มีการเพิ่มเติมเข้าไปในวรรคสอง ของข้อ 10 เพื่อขยายความความหมายของคำว่า “จ่าย...ให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่” ที่บัญญัติไว้ในวรรค 1 รัฐแหล่งเงินได้ไม่มีหน้าที่ที่จะสละสิทธิเก็บภาษีในเงินปันผลเพียงเพราะผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งได้รับเงินได้นั้นทันที ทั้งนี้ คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นี้จะไม่ควรใช้ในความหมายทางเทคนิคอย่างแคบ ในทางกลับกัน คำดังกล่าวควรพิจารณาจากบริบทของคำดังกล่าวรวมทั้งพิจารณาจากเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาอันรวมถึงวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงภาษีซ้ำซ้อนและการป้องกันการหนีภาษีและหลบหลีกภาษี”<sup>116</sup> หรือกล่าวได้อีกอย่างก็คือ รัฐแหล่งเงินได้ไม่จำเป็นต้องสละหรือจำกัดการเก็บภาษีในรัฐตน “เมื่อในเชิงเศรษฐกิจ[การจำกัดการเก็บภาษีดังกล่าว]จะเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลที่ไม่มีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์เช่นว่าแต่ได้ทำการสอดแทรกบริษัทส่งผ่านเข้ามาเป็นตัวกลางระหว่างตนเองกับผู้จ่ายเงินได้นั้น”<sup>117</sup>

รัฐแหล่งเงินได้ให้สิทธิการบรรเทาหรือการยกเว้นภาษีของเงินได้เพื่อหลีกเลี่ยงภาษีซ้อนไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนที่อาจเกิดขึ้นจากการจัดเก็บภาษีเงินได้ก่อนเดียวกันของทั้งรัฐถิ่นที่อยู่และรัฐแหล่งเงินได้<sup>118</sup> “ในกรณีที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาได้รับเงินได้ที่ทำหน้าที่ในอำนาจของตัวแทน (agent) หรือนอมินี (nominee) นั้น จะเห็นได้ว่าจะเป็นการผิดเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาหากรัฐแหล่งเงินได้จะให้สิทธิบรรเทาหรือยกเว้นภาษีเพียงเพราะว่าสถานะของผู้รับเงินได้ขั้นแรก (immediate recipient) เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง ในกรณีนี้ผู้รับเงินได้ขั้นแรกเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ก็จริงแต่โอกาสที่จะเกิดภาษีซ้อนอันเนื่องมาจากสถานะนั้นไม่มีเพราะผู้รับเงินไม่ได้ถือว่าเป็นเจ้าของเงินได้เพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษีในรัฐถิ่นที่อยู่

ในการทำงานเดียวกัน จะเป็นการผิดเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาเช่นกันหากรัฐแหล่งเงินได้จะให้สิทธิบรรเทาหรือยกเว้นภาษีแก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐหนึ่งทำการเป็นตัวส่งผ่าน (Conduit) สำหรับอีกบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริงของเงินได้นั้น ด้วยเหตุนี้ รายงานของ Committee on Fiscal Affairs เรื่อง “Double Taxation Conventions and the Use of

\*Christiana HJI Panayi เห็นว่าคำอธิบาย OECD เป็นการให้หลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over Form) (Christiana HJI Panayi, *Double taxation, tax treaties, treaty-shopping and the European Community*, pp. 44-45.)

<sup>116</sup>OECD, *Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010*, Commentary on Article 1, para 12.

<sup>117</sup>Conduit Companies Report, para 14(b).

<sup>118</sup>OECD, *Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010*, Commentary on Article 11, para 10.

Conduit Companies” จึงได้สรุปว่าบริษัทส่งผ่านนั้นโดยปกติไม่สามารถถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ได้ หากในทางปฏิบัติ บริษัทนั้นมีอำนาจน้อยมากอันทำให้บริษัทนั้นเป็นเพียงตัวแทนหรือผู้ดำเนินการที่กระทำการแทนฝ่ายที่มีส่วนได้เสียที่แท้จริงในเรื่องเกี่ยวกับเงินได้นั้น ทั้งนี้ แม้ว่าบริษัทนั้นจะเป็นเจ้าของอย่างเป็นทางการก็ตาม

สถานะของผู้รับเงินได้ขั้นแรก (immediate recipient) เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง ในกรณีนี้ ผู้รับเงินได้ขั้นแรกเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ก็จริงแต่โอกาสที่จะเกิดภาษีซ้อนอันเนื่องมาจากสถานะนั้นไม่มีเพราะผู้รับเงินไม่ได้ถือว่าเป็นเจ้าของเงินได้เพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษีในรัฐถิ่นที่อยู่<sup>119</sup>

“ภายใต้บังคับของเงื่อนไขอื่นๆ ของข้อนี้ การจำกัดการเก็บภาษีอากรในรัฐแหล่งเงินได้ยังคงสามารถใช้บังคับได้อยู่เมื่อตัวกลาง เช่น ตัวแทนหรือนอมินีที่ตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหรือในรัฐที่สามได้มีการสอดแทรกมาระหว่างผู้รับประโยชน์กับผู้จ่ายเงินแต่เจ้าของผลประโยชน์เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง”<sup>120</sup> กล่าวคือแม้จะมีตัวกลางสอดแทรกเข้ามา แต่สิทธิประโยชน์ภายใต้สนธิสัญญาภาษีซ้อนก็ยังบังคับใช้ได้ถ้าเจ้าของผลประโยชน์เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง

จากข้างต้น จะเห็นได้ว่า คำอธิบายของ OECD นั้นมีเพียงกว้างๆ และมีได้มีการกำหนดขอบเขตและการตีความที่แน่ชัดของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” แต่อย่างไรก็ตาม คำอธิบายจะเน้นไปที่หลักการว่ากรณีใดไม่ควรถือเป็นเจ้าของผลประโยชน์และกรณีที่ยกมา (เช่น กรณีบริษัทส่งผ่าน) ก็เป็นกรณีที่ชัดเจนในตัวเองและเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น ไม่ได้ตีกรอบหรือกำหนดขอบเขตทั้งหมดของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ดังนั้น เราจึงอาศัยคำอธิบายของ OECD มาเป็นเพียงหลักเกณฑ์เบื้องต้นและกำจัดการตีความที่ชัดเจนอย่างยิ่งว่าไม่ใช่ “เจ้าของผลประโยชน์” ออกไปได้เท่านั้น แต่การจะนำคำอธิบายของ OECD มาตีกรอบและหาความหมายที่ชัดเจนของคำดังกล่าวนี้เป็นไปได้ค่อนข้างยาก ทั้งนี้ Professor Philip Baker เห็นว่าดูเหมือนกรณีของบริษัทส่งผ่าน (conduit company) จะเป็นกรณีที่ไกลมากที่สุดที่ OECD เองจะมีความเห็นที่ตรงกันในเรื่องของความหมายของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ (beneficial ownership) และนี่ก็หมายความว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์นำมาใช้ได้กับกรณีการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่ชัดเจนมากๆ เท่านั้น ดังนั้น ประเทศใดที่ต้องการจะรับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่ซับซ้อนกว่านี้จะต้องมีบทบัญญัติต่อต้านการกระทำดังกล่าวมีละเอียดไปกว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์<sup>121</sup>

<sup>119</sup>Ibid., Commentary on Article 1, para 12.1.

<sup>120</sup>Ibid., Commentary on Article 1, para 12.2.

<sup>121</sup>Philip Baker, "Beneficial owner: After Indofood," *GITC Review*, 1: 17.

(2) คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ค.ศ. 2014 (OECD Commentary 2014)

อนุสัญญาต้นแบบของ OECD 2014 (2014 OECD Model) ยังคงบรรจุคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) ไว้เฉพาะในข้อ 10 (วรรคสองและสี่) 11 (วรรคสองสี่และหก) และ 12 (วรรคหนึ่ง สาม และสี่) เช่นเดียวกับฉบับปี 2010 แต่มีการปรับปรุงเนื้อหาในวรรคสองของข้อ 10 และ 11 เล็กน้อยเพื่อให้ความชัดเจนขึ้น\* ดังนี้

“ข้อ 10

เงินปันผล

1. เงินปันผลที่จ่ายโดยบริษัทซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหรือรัฐหนึ่งให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. อย่างไรก็ตาม เงินปันผลซึ่งจ่ายโดยบริษัทที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาหรือรัฐหนึ่งอาจเก็บภาษีได้ในรัฐนั้นตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ภาษีที่เรียกเก็บจะต้องไม่เกิน

(ก) ร้อยละ 5 ของจำนวนเงินปันผลทั้งสิ้น ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลเป็นบริษัท (นอกจากห้างหุ้นส่วน) ซึ่งถือหุ้นโดยตรงอย่างน้อยร้อยละ 25 ของทุนของบริษัทผู้จ่ายเงินปันผล

(ข) ร้อยละ 15 ของจำนวนเงินปันผลทั้งสิ้นในกรณีอื่นๆ

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐจะหาข้อสรุปถึงวิธีการบังคับใช้ข้อจำกัดนี้ผ่านความตกลงร่วมกัน วรรคนี้อาจจะไม่กระทบกระเทือนการเก็บภาษีจากบริษัทในสถานที่เกี่ยวกับกำไรที่จ่ายเงินปันผลนั้นออกไป

3. คำว่า “เงินปันผล” ที่ใช้ในข้อนี้ หมายถึง เงินได้จากหุ้น สิทธิในหุ้นโดยไม่ต้องลงทุนเป็นเงิน\*\* หุ้นเหมืองแร่ หุ้นของผู้ก่อตั้ง หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งมีใช้สิทธิเรียกร้องในหนี้อันมีส่วนร่วมอยู่ในผลกำไร รวมทั้งเงินได้จากสิทธิอื่นๆ ในบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของการจัดเก็บภาษี เช่นเดียวกับเงินได้จากหุ้นตามกฎหมายของรัฐซึ่งบริษัทผู้ทำการจ่ายเงินเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่

\*ในความเห็นของผู้วิจัย การแก้ไขเนื้อหาของบทบัญญัติเป็นการเรียงประโยคใหม่ให้ความชัดเจนขึ้นซึ่งผู้วิจัยเห็นด้วยกับการแก้ไขดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเนื้อหานี้ไม่ได้กระทบต่อความหมายหรือการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ แต่สิ่งที่ต่างออกไปในฉบับปีค.ศ. 2014 นี้ไม่ได้อยู่ที่เนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวแต่อยู่ที่คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (OECD Commentary 2014) ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ซึ่งทำให้มีความชัดเจนกว่าฉบับปีค.ศ. 2010 ซึ่งผู้วิจัยจะได้อธิบายต่อไป

\*\*“jouissance” shares or “jouissance” rights

4. บทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 จะไม่ใช่บังคับ ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง ประกอบธุรกิจจากรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งซึ่งบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ โดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น และการถือหุ้นในส่วนที่มีการจ่ายเงินปันผลนั้นเกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรเช่นนั้น ในกรณีเช่นนั้น ให้ใช้บทบัญญัติข้อ 7 บังคับ
5. ในกรณีที่บริษัทซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับเงินได้หรือกำไรจากรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง รัฐอีกรัฐหนึ่งนั้นจะไม่บังคับจัดเก็บภาษีใดๆ จากเงินปันผลที่บริษัทจ่าย เว้นแต่ตราบเท่าที่ได้จ่ายเงินปันผลนั้นให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือตราบเท่าที่การถือหุ้นในส่วนที่เกี่ยวกับเงินปันผลที่จ่ายนั้นได้เกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งนั้น และจะไม่กำหนดให้กำไรที่ยังมิได้แบ่งสรรของบริษัทต้องเสียภาษีกำไรที่ยังมิได้แบ่งสรร แม้ว่าเงินปันผลที่จ่ายหรือกำไรที่ยังมิได้แบ่งสรรของบริษัทนั้นจะประกอบขึ้นด้วยเงินได้หรือกำไรที่เกิดขึ้นในรัฐอีกรัฐหนึ่งนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม” [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

#### “ข้อ 11

#### ดอกเบีย

1. ดอกเบียที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง และจ่ายให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. อย่างไรก็ตาม ดอกเบียที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งอาจเก็บภาษีได้ในรัฐนั้นตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบียเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ภาษีที่เรียกเก็บจะต้องไม่เกินร้อยละ 10 ของจำนวนดอกเบียทั้งสิ้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐจะหาข้อสรุปถึงวิธีการบังคับใช้ข้อจำกัดนี้ผ่านความตกลงร่วมกัน
3. คำว่า “ ดอกเบีย ” ที่ใช้ในข้อนี้ หมายถึง เงินได้จากสิทธิเรียกร้องในหนี้ทุกชนิดไม่ว่าจะมีหลักประกันจำนองหรือไม่ และไม่ว่าจะมีสิทธิร่วมกันในผลกำไรของลูกหนี้หรือไม่ และโดยเฉพาะเงินได้จากหลักทรัพย์รัฐบาล และเงินได้จากพันธบัตรหรือหุ้นกู้ รวมทั้งพรีเมียมและรางวัลอันผูกพันกับหลักทรัพย์ พันธบัตร หรือหุ้นกู้เช่นนั้น เบี้ยปรับสำหรับการชำระเงินล่าช้าจะไม่ถือเป็นดอกเบียเพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้
4. บทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 จะไม่ใช่บังคับ ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบียเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งประกอบธุรกิจจากรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งซึ่งดอกเบียนั้นเกิดขึ้น โดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น และสิทธิเรียกร้องใน



หนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับดอกเบียที่จ่ายมีส่วนเกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการ  
ถาวรนั้น ในกรณีเช่นนี้จะใช้บทบัญญัติของ ข้อ 7 บังคับ

5. ดอกเบียจะถือว่าเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง เมื่อผู้จ่ายคือผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีบุคคลผู้จ่ายดอกเบียไม่ว่าจะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งหรือไม่ก็ตาม มีสถานประกอบการถาวรในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง ซึ่งหนี้ที่ต้องจ่ายดอกเบียนั้นเกิดขึ้น และ ดอกเบียนั้นตกเป็นภาระแก่สถานประกอบการถาวรนั้น ดอกเบียเช่นว่านั้นจะถือว่าเกิดขึ้นใน รัฐซึ่งสถานประกอบการถาวรนั้นตั้งอยู่

6. ในกรณีที่โดยเหตุแห่งความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์ หรือ ระหว่างบุคคลทั้งสองนั้นกับบุคคลอื่น จำนวนดอกเบียที่จ่ายนั้น เมื่อคำนึงถึงสิทธิเรียกร้องใน หนี้อันเป็นมูลเหตุแห่งการจ่ายดอกเบียแล้ว มีจำนวนเกินกว่าจำนวนที่พึงตกลงกันระหว่างผู้ จ่ายกับเจ้าของผลประโยชน์หากไม่มีความสัมพันธ์เช่นนั้น บทบัญญัติของข้อนี้ให้ใช้บังคับ เฉพาะกับเงินจำนวนหลัง ในกรณีเช่นว่านี้ ส่วนเกินของเงินที่ชำระนั้นให้ยังคงเก็บภาษีได้ตาม กฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาแต่ละรัฐ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงบทบัญญัติอื่นๆ แห่งอนุสัญญานี้ด้วย”  
[การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

## “ข้อ 12

### คำสิทธิ

1. คำสิทธิที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง และผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเป็น เจ้าของผลประโยชน์\*อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. คำว่า “คำสิทธิ” ที่ใช้ในข้อนี้ หมายถึง การจ่ายไม่ว่าชนิดใดๆ ที่ได้รับเป็นค่าตอบแทนเพื่อ การใช้หรือสิทธิในการใช้ลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรืองานวิทยาศาสตร์ รวมทั้งฟิล์ม ภาพยนตร์ ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า แบบ หรือหุ่นจำลอง แผนผัง สูตรลับหรือกรรมวิธี ลับใดๆ หรือเพื่อข้อสนเทศเกี่ยวกับประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือทาง วิทยาศาสตร์
3. บทบัญญัติของวรรค 1 และวรรค 2 จะไม่ใช้บังคับถ้าเจ้าของผลประโยชน์จากคำสิทธิเป็น ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง ประกอบธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งซึ่งคำสิทธินั้น เกิดขึ้น โดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น และสิทธิหรือทรัพย์สินในส่วนที่ เกี่ยวกับคำสิทธิที่จ่ายนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรนั้น หรือ ในกรณีเช่นนี้จะใช้บทบัญญัติของข้อ 7 บังคับ

\*“beneficially owned”

4. ในกรณีที่โดยเหตุผลแห่งความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์หรือระหว่างบุคคลทั้งสองนั้นกับบุคคลอื่น จำนวนค่าสิทธิที่จ่ายให้กันนั้น เมื่อคำนึงถึงการใช้สิทธิหรือข้อเสนotechnion เป็นมูลเหตุแห่งการจ่ายแล้ว มีจำนวนเกินกว่าจำนวนเงินซึ่งควรจะได้ตกลงกันระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์ หากไม่มีความสัมพันธ์เช่นนั้น บทบัญญัติของข้อนี้จะใช้บังคับเฉพาะกับเงินจำนวนหลัง ในกรณีเช่นนั้นส่วนเกินของเงินที่ชำระนั้นให้คงเก็บภาษีได้ตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาแต่ละรัฐ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงบทบัญญัติอื่นๆ แห่งความตกลงนี้ด้วย” [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

เนื่องจาก ข้อบทข้อ 11 และ 12 นั้นมีข้อความที่อยู่บนฐานของเนื้อหาและไปในทางเดียวกับข้อ 10 และเนื้อหาที่แตกต่างกันนั้นไม่ได้กระทบต่อการวิเคราะห์สมมติฐานเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ของวิทยานิพนธ์นี้ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงขอยกเฉพาะข้อความข้อ 10\* มาเป็นตัวอย่างในการศึกษาวิเคราะห์ดังนี้

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เนื่องจากคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นั้นมีการนำไปใช้บังคับจริงและการตีความที่แตกต่างหลากหลายในประเทศต่างๆ และดูเหมือนว่าความแตกต่างเหล่านี้ดูยากที่จะบรรเทาเบาบางลงไปได้ด้วยเนื้อหาของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับปี ค.ศ. 2010 ดังนั้น ในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับปี ค.ศ. 2014 (OECD Commentary 2014) OECD จึงได้ปรับปรุงแก้ไข OECD Commentary 2010 ในส่วนคำอธิบายเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ โดยอาศัยข้อสรุปของความเห็นที่ได้รับเกี่ยวกับ Revised Proposals Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” In Articles 10, 11 And 12 (Revised Discussion Draft 2012) ดังนี้

“ข้อกำหนดในเรื่องเจ้าของผลประโยชน์นี้ได้มีการเพิ่มเติมเข้าไปในวรรคสอง ของข้อ 10 เพื่อขยายความหมายของคำว่า “จ่าย...ให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่” ที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง รัฐแหล่งเงินได้ไม่มีหน้าที่ที่จะสละสิทธิเก็บภาษีในเงินปันผลเพียงเพราะเงินได้นั้นมีการจ่ายโดยตรงไปยังผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งที่รัฐแหล่งเงินได้ทำอนุสัญญาภาษีซ้อนด้วย”<sup>122</sup>

\*นอกจากนี้ คำดังกล่าวยังปรากฏในข้อ 11 และ 12 ด้วย แต่ผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์เฉพาะข้อ 10 เนื่องจากข้อ 11 และ 12 มีเนื้อหาและเจตนารมณ์ที่คล้ายคลึงกัน จึงเห็นว่าไม่จำเป็นต้องแยกออกมาวิเคราะห์โดยละเอียดแต่อย่างใด

<sup>122</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2014, Commentary on Article 10, para 12.

“เนื่องจากคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ได้มีการเพิ่มเติมเพื่อแก้ปัญหาความยุ่งยากที่เกิดจากการใช้คำว่า “จ่ายให้แก่...ผู้มีถิ่นที่อยู่” ในวรรคหนึ่ง ดังนั้น คำดังกล่าวถูกมุ่งหมายให้ตีความในบริบทนี้โดยที่ไม่อ้างอิงถึงความหมายทางเทคนิคที่คำนั้นมีภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง (อันที่จริง เมื่อได้มีการแทรกคำนี้ลงในวรรคดังกล่าว คำนี้ไม่ได้มีความหมายเฉพาะในกฎหมายของหลายประเทศเสียด้วยซ้ำ) ดังนั้น คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” จึงไม่ใช่ในเชิงเทคนิคอย่างแคบ (เช่น ความหมายตามกฎหมายทรัพย์สินของประเทศคอมมอนลอว์หลายประเทศ) ในทางกลับกัน คำดังกล่าวควรทำความเข้าใจตามบริบทของมันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำว่า “จ่าย...ให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่” และโดยที่พิจารณาจากเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา อันรวมถึงการหลีกเลี่ยงภาษีซ้อนและการป้องกันการหนีภาษีและหลบหลีกภาษี”<sup>123</sup>

ในกรณีของทรัสต์นั้น คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบได้ยกตัวอย่างว่า “ในกรณีที่ทรัสต์ของทรัสต์ตามที่เห็นสมควร (Discretionary trust) ไม่ได้แบ่งสรรเงินปันผลที่หามาได้ในระหว่างช่วงระยะเวลาหนึ่ง ทรัสต์เหล่านี้ซึ่งทำหน้าที่ในอำนาจของตน (หรือทรัสต์เอง หากได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้เสียภาษีต่างหาก) สามารถเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของเงินได้ดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ของข้อ 10 ได้แม้ว่าพวกเขาจะไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ภายใต้กฎหมายทรัสต์ที่เกี่ยวข้องก็ตาม”<sup>124</sup>

“ในกรณีที่เงินได้มีการจ่ายไปยังผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาที่ทำหน้าที่ในอำนาจของตัวแทน (agent) หรือนอมินี (nominee) นั้น จะเห็นได้ว่าจะเป็นการไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาที่รัฐแหล่งเงินได้จะให้สิทธิบรรเทาหรือยกเว้นภาษีเพียงเพราะว่าสถานะของผู้รับเงินได้โดยตรง (Direct recipient) เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง ในกรณีนี้ ผู้รับเงินได้โดยตรง (Direct recipient) เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ก็จริงแต่โอกาสที่จะเกิดภาษีซ้อนอันเนื่องมาจากสถานะนั้นไม่มีเพราะผู้รับเงินไม่ได้ถือว่าเป็นเจ้าของเงินได้เพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษีในรัฐถิ่นที่อยู่”<sup>125</sup>

“ในทำนองเดียวกัน จะเป็นการผิดเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาเช่นกันหากรัฐแหล่งเงินได้จะให้สิทธิบรรเทาหรือยกเว้นภาษีแก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐหนึ่งที่ทำ การเป็นตัวส่งผ่าน (Conduit) สำหรับอีกบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริงของเงินได้นั้น ด้วยเหตุนี้ รายงานของ Committee on Fiscal Affairs เรื่อง “Double Taxation

<sup>123</sup>Ibid, Commentary on Article 10, para 12.1.

<sup>124</sup>Ibid, Commentary on Article 10, footnote to para 12.1.

<sup>125</sup>Ibid, Commentary on Article 10, para 12.2.

Conventions and the Use of Conduit Companies” จึงได้สรุปว่าบริษัทส่งผ่านนั้นโดยปกติไม่สามารถถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ได้ หากในทางปฏิบัติ บริษัทนั้นมีอำนาจน้อยมากอันทำให้บริษัทนั้นเป็นเพียงตัวแทนหรือผู้ดำเนินการที่กระทำการแทนฝ่ายที่มีส่วนได้เสียที่แท้จริงในเรื่องเกี่ยวกับเงินได้นั้น ทั้งนี้ แม้ว่าบริษัทนั้นจะเป็นเจ้าของอย่างเป็นทางการก็ตาม”<sup>126</sup>

“ในหลากหลายตัวอย่างดังกล่าวนี้ (ตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) บริษัทส่งผ่าน (conduit company) ที่กระทำการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์หรือผู้ดำเนินการ) ผู้ได้รับเงินปันผลโดยตรงไม่ใช่ “เจ้าของผลประโยชน์” เพราะสิทธิในการใช้สอยเงินปันผลของผู้รับเงินนั้นถูกจำกัดโดยหน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมายที่จะโอนเงินที่ได้รับไปยังบุคคลอื่น ปกติหน้าที่ดังกล่าวนี้จะเกิดจากเอกสารทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องแต่อาจถูกพบว่ามิอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่แสดงว่า ในความเป็นจริง เป็นที่ชัดเจนว่าผู้รับเงินไม่มีสิทธิในการที่จะใช้สอยเงินปันผลโดยไม่ถูกจำกัดโดยหน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมายที่จะต้องโอนเงินที่ได้รับไปยังบุคคลอื่น ทั้งนี้ หน้าที่ประเภทนี้จะไม่รวมถึงหน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมายที่ไม่ขึ้นอยู่กับการที่ผู้รับเงินโดยตรงได้รับการจ่ายเงิน เช่น หน้าที่ที่ไม่ขึ้นอยู่กับการที่ผู้รับเงินโดยตรงได้รับการจ่ายเงินและผู้รับเงินโดยตรงมีในฐานะลูกหนี้หรือในฐานะคู่สัญญาในธุรกรรมทางการเงินหรือหน้าที่ทั่วไปในการแบ่งสรรเงินของโครงการบำนาญ (pension scheme) หรือโครงการจัดการลงทุน (collective investment vehicles) ที่มีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภายใต้หลักการของวรรค 6.8 ถึง 6.34 ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 1 ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้รับเงินปันผลมีสิทธิที่จะใช้สอยเงินปันผลโดยไม่ถูกจำกัดโดยหน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมายที่จะต้องโอนเงินที่ได้รับไปยังบุคคลอื่น ผู้ได้รับเงินจะเป็น “เจ้าของผลประโยชน์” ของเงินปันผลนั้น นอกจากนี้ มีข้อควรสังเกตว่าข้อ 10 กล่าวถึงเจ้าของผลประโยชน์ของเงินปันผลไม่ใช่เจ้าของหุ้นซึ่งอาจเป็นคนละคนกันได้บางกรณี”<sup>127</sup>

“ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้รับเงินปันผลได้รับการพิจารณาว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของเงินปันผลนั้นไม่ได้หมายความว่า การจำกัดการเก็บภาษีภายใต้วรรคสองจะต้องนำมาใช้โดยอัตโนมัติ การจำกัดการเก็บภาษีไม่ควรนำมาใช้ในกรณีของการใช้บทบัญญัตินี้โดยมิชอบ (ดูวรรค 17 และ 22 [ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 10] ประกอบ) ทั้งนี้ ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อการใช้อนุสัญญาโดยมิชอบ (Improper Use of the

<sup>126</sup>Ibid, Commentary on Article 10, para 12.3.

<sup>127</sup>Ibid, Commentary on Article 10, para 12.4.

Convention) ของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 1 แล้วนั้น มีวิธีการหลายวิธีการที่จะนำมารับมือกับบริษัทส่งผ่านและ...สถานการณ์การเลือกใช้อุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ วิธีการเหล่านี้รวมถึงบทบัญญัติเฉพาะในการต่อต้านการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบ (specific anti-abuse provisions) ในอนุสัญญา กฎทั่วไปในการต่อต้านการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบ (general anti-abuse rule) และแนวทางเรื่องเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบหรือสาระสำคัญทางเศรษฐกิจ (substance-over-form or economic substance approaches)

ในขณะที่หลักเจ้าของผลประโยชน์จัดการกับปัญหาการหลบหลีกภาษีในบางรูปแบบ (กล่าวคือ จำพวกที่เกี่ยวกับการสอดแทรกผู้รับเงินได้ซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องโอนเงินปันผลต่อไปยังบุคคลอื่น) แต่หลักดังกล่าวก็ไม่ได้จัดการกับปัญหาการเลือกใช้อุสัญญาภาษีซ้อนกรณีอื่นๆ และดังนั้นจึงต้องไม่ถูกถือว่าเป็นการจำกัดการบังคับใช้แนวทางอื่นๆ ในการรับมือกับกรณีต่างๆ เหล่านี้”<sup>128</sup>

“คำอธิบายข้างต้นเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ได้แสดงอย่างชัดเจนว่าความหมายของคำนี้ในบริบทของข้อบนี้จะต้องแยกออกจากความหมายที่ต่างออกไปของคำนี้ในบริบทของเอกสารอื่นๆ [เช่น ความหมายในรายงาน OECD Steering Group on Corporate Governance, “Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes”] ที่เกี่ยวกับการมุ่งค้นหาบุคคล (โดยทั่วไปคือบุคคลธรรมดา) ที่เป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมสุดท้าย (ultimate control) ในองค์กร (entity) หรือสินทรัพย์ ซึ่งความหมายที่ต่างออกไปของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ดังกล่าวไม่สามารถนำมาบังคับใช้ในบริบทของข้อนี้ อันที่จริงแล้วความหมายดังกล่าวที่อ้างอิงบุคคลธรรมดา (กล่าวคือ ปัจเจกชน) ไม่สามารถนำมาเชื่อมโยงให้เข้ากับข้อความอันชัดแจ้งของวรรคย่อย 2 เอ) ซึ่งอ้างอิงสถานการณ์ที่บริษัทเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของเงินปันผล ในบริบทของข้อ 10 คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ถูกมุ่งหมายให้กล่าวถึงความยุ่งยากที่เกิดจากการใช้คำว่า “จ่ายให้แก่” ที่เกี่ยวกับเงินปันผล แทนที่จะเป็นความยุ่งยากที่เกี่ยวข้องกับความเป็นเจ้าของในหุ้นของบริษัทที่จ่ายเงินปันผลเหล่านี้ ด้วยเหตุนี้ ในบริบทของข้อนี้ จึงไม่เหมาะสมที่จะพิจารณาความหมายที่พัฒนาขึ้นมาเพื่ออ้างอิงบุคคลธรรมดาที่ใช้ “อำนาจควบคุมที่แท้จริงสุดท้ายในนิติบุคคล

<sup>128</sup>Ibid, Commentary on Article 10, para 12.5.

หรือการจัดวางโครงสร้าง” (“ultimate effective control over a legal person or arrangement”)<sup>129</sup>

“ภายใต้บังคับของเงื่อนไขอื่นๆ ของข้อนี้ การจำกัดการเก็บภาษีอากรในรัฐแหล่งเงินได้ยังคงสามารถใช้บังคับได้อยู่เมื่อตัวกลาง เช่น ตัวแทนหรือนอมินีที่ตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหรือในรัฐที่สามได้มีการสอดแทรกมาระหว่างผู้รับประโยชน์กับผู้จ่ายเงินแต่เจ้าของผลประโยชน์เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง”<sup>130</sup>

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่าในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับปี ค.ศ.2014 OECD ได้เพิ่มข้อสรุปไว้อย่างชัดเจนว่าความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นั้นไม่ใช่ความหมายที่ตามกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่งแต่มีความหมายเฉพาะของอนุสัญญาภาษีซ้อน อีกทั้ง OECD ยังได้เพิ่มคำอธิบายให้มีความละเอียดและยกตัวอย่างมากขึ้นอย่างมาก ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะมีผลดีต่อการบังคับใช้หลักดังกล่าวนี้ต่อไปในอนาคต อย่างน้อยก็เกิดความแน่นอนที่มากขึ้นแก่ทั้งผู้มีอำนาจตีความและผู้มีหน้าที่เสียภาษี

### 2.3.2.2 หลักการและบทบัญญัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์ตามคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ<sup>131</sup>

ก่อนที่ผู้วิจัยจะได้กล่าวลงไปในเรื่องละเอียดถึงหลักเจ้าของผลประโยชน์ตามนัยยะขององค์การสหประชาชาติ ผู้วิจัยขอได้เกริ่นถึงการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบตามที่ปรากฏในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติก่อน ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นภาพรวมทั้งหมดของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในฐานะมาตรการในการป้องกันการเลือกใช้อุสัญญาโดยมิชอบมาตรการหนึ่ง

ความเห็นทั่วไปในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (The United Nations Commentary) ต่อการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบนั้นสอดคล้องกับความเห็นในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD โดยคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติระบุว่า “บทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นร่างมาด้วยถ้อยคำทั่วไปและผู้มีหน้าที่เสียภาษีอากรมีแรงจูงใจที่จะใช้บทบัญญัติเหล่านี้ในทางเทคนิคอย่างแคบเพื่อที่จะได้รับประโยชน์ใน

<sup>129</sup>Ibid, Commentary on Article 10, para 12.6.

<sup>130</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010. Commentary on Article 10, para 12.2.

<sup>131</sup>United Nations, United Nations model double taxation convention between developed and developing countries (2011) [Online], United Nations, 2011. Source [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf).

สถานการณ์ที่รัฐคู่สัญญาไม่ได้มีเจตนาที่จะให้ประโยชน์ดังกล่าวเหล่านั้น”<sup>132</sup> และ ในการพิจารณาในประเด็นการใช้อนุสัญญาโดยมิชอบดังกล่าวนั้น “จะต้องรักษาความสมดุลระหว่างความจำเป็นของหน่วยจัดเก็บภาษีในการปกป้องรายได้ทางเงินภาษีที่ตนจัดเก็บจากการใช้ประโยชน์จากบทบัญญัติของอนุสัญญาโดยมิชอบกับความจำเป็นในการให้ความแน่นอนทางกฎหมายและคุ้มครองความคาดหวังอันถูกต้องตามกฎหมายของผู้มีหน้าที่เสียภาษี”<sup>133</sup>

เช่นเดียวกับความเห็นของ OECD องค์การสหประชาชาตินั้นเห็นว่า หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นหนึ่งในกฎเกณฑ์เฉพาะในการต่อต้านการใช้อนุสัญญาโดยมิชอบที่มีปรากฏในอนุสัญญาภาษีซ้อน (Specific anti-abuse rules found in tax treaties) และใช้เพื่อรับมือกับการใช้อนุสัญญาโดยมิชอบบางรูปแบบโดยเฉพาะ<sup>134</sup> และกฎเกณฑ์เฉพาะในการต่อต้านการใช้อนุสัญญาโดยมิชอบในอนุสัญญาภาษีซ้อนดังกล่าวก็มีข้อดีคือให้ความแน่นอนกับผู้มีหน้าที่เสียภาษีมากกว่ากฎเกณฑ์หรือทฤษฎีทั่วไป (General anti-abuse rules or doctrines)<sup>135</sup> ที่มีความกว้างกว่า และชัดเจนและเฉพาะเจาะจงน้อยกว่า\* ทั้งนี้ หากกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงลงไป หลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นสามารถนำมาเป็นเครื่องมือต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบได้ในระดับหนึ่ง<sup>136</sup>

หากจะสรุปในเบื้องต้นเพื่อให้เห็นภาพกว้างๆ ของหลักเจ้าของผลประโยชน์ตามที่ปรากฏในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (United Nation Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries) นั้น อาจกล่าวได้ว่า คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ก็มีปรากฏในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติฉบับปี ค.ศ. 2011 (United Nation Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries)<sup>137\*\*</sup> ในข้อ 10 เงินปันผล (วรรคสองและวรรคสี่) ข้อ 11 ดอกเบี้ย (วรรคสอง วรรคสี่ และวรรคหก) ข้อ 12 ค่าสิทธิ (วรรคสอง สี่ และหก) เฉกเช่นเดียวกันกับของ OECD ดังนี้

<sup>132</sup> Ibid., Commentary on Article 1, para 8.

<sup>133</sup> Ibid., Commentary on Article 1, para 9.

<sup>134</sup> Ibid., Commentary on Article 1, para 31.

<sup>135</sup> Ibid., Commentary on Article 1, para 32.

\*แม้ว่าจะมีข้อดีและเป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุดในการรับมือกับการใช้อนุสัญญาโดยมิชอบบางรูปแบบแต่ องค์การสหประชาชาติก็เห็นว่ากฎเกณฑ์เฉพาะ (Specific anti-abuse rules) ก็ไม่ครอบคลุมมากพอ ไม่ควรตัดกฎเกณฑ์หรือทฤษฎีทั่วไปออกไป (ibid., Commentary on Article 1, para 33.)

<sup>136</sup> Ibid., Commentary on Article 1, para 54.

\*\*ข้อมูล ณ วันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2559 องค์การสหประชาชาติยังไม่ได้มีการออกอนุสัญญาต้นแบบและคำอธิบายออกมาใหม่เพื่อแก้ไขไปในทางเดียวกับของ OECD ฉบับปีค.ศ.2014

“ข้อ 10 เงินปันผล

1. เงินปันผลที่จ่ายโดยบริษัทซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. อย่างไรก็ตาม เงินปันผลเช่นว่านั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่และตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ภาษีที่เรียกเก็บจะต้องไม่เกิน

(ก) ร้อยละ ..... (จำนวนร้อยละให้กำหนดผ่านการเจรจาต่อรองทวิภาคี) ของจำนวนเงินปันผลทั้งสิ้น ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลเป็นบริษัท (นอกจากห้างหุ้นส่วน) ซึ่งถือหุ้นโดยตรงอย่างน้อยร้อยละ 10 ของทุนของบริษัทผู้จ่ายเงินปันผล

(ข) ร้อยละ ..... (จำนวนร้อยละให้กำหนดผ่านการเจรจาต่อรองทวิภาคี) ของจำนวนเงินปันผลทั้งสิ้นในกรณีอื่นๆ

เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐจะหาข้อสรุปถึงวิธีการบังคับใช้ข้อจำกัดนี้ผ่านความตกลงร่วมกัน

วรรคนี้จะไม่กระทบกระเทือนการเก็บภาษีจากบริษัทในส่วนที่เกี่ยวกับกำไรที่จ่ายเงินปันผลนั้นออกไป

3. คำว่า “เงินปันผล” ที่ใช้ในข้อนี้ หมายถึง เงินได้จากหุ้น สิทธิในหุ้นโดยไม่ต้องลงทุนเป็นเงิน \* หุ้นเหมืองแร่ หุ้นของผู้ก่อตั้ง หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งมีสิทธิเรียกร้องในหนี้อันมีส่วนร่วมอยู่ในผลกำไร รวมทั้งเงินได้จากสิทธิอื่นๆ ในบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของการจัดเก็บภาษีเช่นเดียวกับเงินได้จากหุ้นตามกฎหมายของรัฐซึ่งบริษัทผู้ทำการจ่ายเงินเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่
4. บทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 จะไม่ใช้บังคับ ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง ประกอบธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งซึ่งบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ โดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระในรัฐอีกรัฐหนึ่งนั้นจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐอีกรัฐหนึ่งนั้น และการถือหุ้นในส่วนที่มีการจ่ายเงินปันผลนั้นเกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำเช่นว่านั้น ในกรณีเช่นนั้น ให้ใช้บทบัญญัติข้อ 7 หรือข้อ 14 บังคับ แล้วแต่กรณี
5. ในกรณีที่บริษัทซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับเงินได้หรือกำไรจากรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง รัฐอีกรัฐหนึ่งนั้นจะไม่บังคับจัดเก็บภาษีใดๆ จากเงินปันผลที่บริษัทจ่าย เว้นแต่ตราบเท่าที่ได้จ่ายเงินปันผลนั้นให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือตราบเท่าที่การถือ

\*“jouissance” shares or “jouissance” rights



หุ้นในส่วนที่เกี่ยวกับเงินปันผลที่จ่ายนั้นได้เกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งนั้น และจะไม่กำหนดให้กำไรที่ยังมิได้แบ่งสรรของบริษัทต้องเสียภาษีกำไรที่ยังมิได้แบ่งสรร แม้ว่าเงินปันผลที่จ่ายหรือกำไรที่ยังมิได้แบ่งสรรของบริษัทนั้นจะประกอบขึ้นด้วยเงินได้หรือกำไรที่เกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่งนั้น ทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม”\* [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

#### “ข้อ 11 ดอกเบี้ย

1. ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง และจ่ายให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. อย่างไรก็ตาม ดอกเบี้ยเช่นนั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งดอกเบี้ยนั้นเกิดขึ้นและตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบี้ยเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ภาษีที่เรียกเก็บจะต้องไม่เกินร้อยละ ..... (จำนวนร้อยละให้กำหนดผ่านการเจรจาต่อรองทวิภาคี) ของจำนวนดอกเบี้ยทั้งสิ้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐจะหาข้อสรุปถึงวิธีการบังคับใช้ข้อจำกัดนี้ผ่านความตกลงร่วมกัน
3. คำว่า “ ดอกเบี้ย ” ที่ใช้ในข้อนี้ หมายถึง เงินได้จากสิทธิเรียกร้องในหนี้ทุกชนิดไม่ว่าจะมีหลักประกันจำนองหรือไม่ และไม่ว่าจะมีสิทธิร่วมกันในผลกำไรของลูกหนี้หรือไม่ และโดยเฉพาะเงินได้จากหลักทรัพย์รัฐบาล และเงินได้จากพันธบัตรหรือหุ้นกู้ รวมทั้งพรีเมียมและรางวัลอันผูกพันกับหลักทรัพย์ พันธบัตร หรือหุ้นกู้เช่นนั้น เบี้ยปรับสำหรับการชำระเงินล่าช้าจะไม่ถือเป็นดอกเบี้ยเพื่อความมุ่งประสงค์ของข้อนี้
4. บทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 จะไม่ใช่บังคับ ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบี้ยเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งประกอบธุรกิจอีกรัฐหนึ่งซึ่งดอกเบี้ยนั้นเกิดขึ้น โดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระในอีกรัฐหนึ่งจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งนั้น และสิทธิเรียกร้องในหนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับดอกเบี้ยที่จ่ายมีส่วนเกี่ยวข้องในประการสำคัญกับ (ก) สถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำนั้น หรือกับ (ข) กิจกรรมธุรกิจที่อ้างถึงภายใต้ (ค) ของวรรค 1 ของข้อ 7. ในกรณีเช่นว่านี้จะใช้บทบัญญัติของ ข้อ 7 หรือข้อ 14 บังคับแล้วแต่กรณี

---

\*ข้อ 10 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ลอกมาจากอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ยกเว้นว่า อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ไม่ได้ใช้คำว่า “สถานประกอบการถาวร” (Permanent Establishment) เท่านั้น แต่อ้างถึงทั้งคำว่า “สถานประกอบการถาวร” (Permanent Establishment) และ “ฐานประกอบการประจำ” (fixed base)

5. ดอกเบี้ยจะถือว่าเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง เมื่อผู้จ่ายคือผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีบุคคลผู้จ่ายดอกเบี้ยไม่ว่าจะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งหรือไม่ก็ตาม มีสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง ซึ่งหน้าที่ต้องจ่ายดอกเบี้ยนั้นเกิดขึ้น และดอกเบี้ยนั้นตกเป็นภาระแก่สถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำนั้น ดอกเบี้ยเช่นนั้นจะถือว่าเกิดขึ้นในรัฐซึ่งสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำนั้นตั้งอยู่

6. ในกรณีที่โดยเหตุแห่งความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์ หรือระหว่างบุคคลทั้งสองนั้นกับบุคคลอื่น จำนวนดอกเบี้ยที่จ่ายนั้น เมื่อคำนึงถึงสิทธิเรียกร้องในหนี้อันเป็นมูลเหตุแห่งการจ่ายดอกเบี้ยแล้ว มีจำนวนเกินกว่าจำนวนที่พึงตกลงกันระหว่างผู้จ่ายกับเจ้าของผลประโยชน์หากไม่มีความสัมพันธ์เช่นนั้น บทบัญญัติของข้อนี้ให้ใช้บังคับเฉพาะกับเงินจำนวนหลัง ในกรณีเช่นว่านี้ ส่วนเกินของเงินที่ชำระนั้นให้ยังคงเก็บภาษีได้ตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาแต่ละรัฐ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงบทบัญญัติอื่นๆ แห่งอนุสัญญานี้ด้วย”\*  
[การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

#### “ข้อ 12 ค่าสิทธิ

1. ค่าสิทธิที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง และจ่ายให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. อย่างไรก็ตาม ค่าสิทธิเช่นนั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญา ซึ่งค่าสิทธินั้นเกิดขึ้นและตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าผู้รับเป็นเจ้าของผลประโยชน์จากค่าสิทธิ ภาษีที่เรียกเก็บนั้นจะต้องไม่เกินร้อยละ ..... (จำนวนร้อยละให้กำหนดผ่านการเจรจาต่อรองทวิภาคี) ของจำนวนค่าสิทธิทั้งสิ้น เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาจะวางแนวปฏิบัติเกี่ยวกับข้อจำกัดโดยความตกลงร่วมกัน

---

\*ข้อ 11 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ลอกมาจากอนุสัญญาต้นแบบของ OECD แต่แตกต่างกันในสองประการ คือ ประการแรก อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ใช้ทั้งคำว่า “สถานประกอบการถาวร” (Permanent Establishment) และ “ฐานประกอบการประจำ” (fixed base) และประการที่สอง อนุสัญญาต้นแบบของ OECD ให้นำข้อนี้มาใช้เมื่อหน้าที่ภาระผูกพันที่มีการจ่ายดอกเบี้ยเกี่ยวข้องกับสถานประกอบการถาวรเท่านั้น แต่อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) นำหลัก limited force of attraction มาใช้ในข้อ 7 ซึ่งกำหนดว่าเงินใดใดที่อาจถูกเก็บภาษีได้ในฐานะกำไรธุรกิจ ดังนั้น วรรคสี่ของข้อ 11 จึงถูกแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกัน อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างดังกล่าวไม่ได้กระทบถึงการวิเคราะห์หลักเจ้าของผลประโยชน์ตามสมมติฐานของวิทยานิพนธ์นี้ (United Nations, United Nations model double taxation convention between developed and developing countries (2011), Commentary on Article 11, paras 11 and 20.)

3. คำว่า “ค่าลิขสิทธิ์” ที่ใช้ในข้อนี้ หมายถึง การจ่ายไม่ว่าชนิดใดๆ ที่ได้รับเป็นค่าตอบแทนเพื่อการใช้หรือสิทธิในการใช้ลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรืองานวิทยาศาสตร์ รวมทั้งฟิล์มภาพยนตร์ หรือฟิล์มหรือเทปที่ใช้สำหรับการกระจายเสียงทางวิทยุหรือโทรทัศน์ ลิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบ หรือหุ่นจำลอง แผนผัง สูตรลับหรือกรรมวิธีลับใดๆ หรือเพื่อการใช้หรือสิทธิในการใช้อุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือทางวิทยาศาสตร์ หรือเพื่อข้อสนเทศเกี่ยวกับประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือทางวิทยาศาสตร์
4. บทบัญญัติของวรรค 1 และวรรค 2 จะไม่ใช้บังคับถ้าเจ้าของผลประโยชน์จากค่าลิขสิทธิ์เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหรือรัฐหนึ่งประกอบธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งซึ่งค่าลิขสิทธิ์นั้นเกิดขึ้น โดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น หรือประกอบการในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น โดยให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น และสิทธิหรือทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับค่าลิขสิทธิ์ที่จ่ายนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องในประการสำคัญกับ (ก) สถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำนั้น หรือ กับ (ข) กิจกรรมธุรกิจที่อ้างถึงภายใต้ (ค) ของวรรค 1 ของข้อ 7 ในกรณีเช่นนี้จะใช้บทบัญญัติของข้อ 7 หรือข้อ 14 บังคับแล้วแต่กรณี
5. ค่าลิขสิทธิ์ให้ถือว่าเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาหรือรัฐหนึ่ง เมื่อผู้จ่ายคือผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่บุคคลผู้จ่ายค่าลิขสิทธิ์นั้นไม่จะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหรือรัฐหนึ่งหรือไม่ก็ตามมีสถานประกอบการถาวร หรือฐานประกอบการประจำในรัฐผู้ทำสัญญาหรือรัฐหนึ่งอันเกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องจ่ายค่าลิขสิทธิ์ และค่าลิขสิทธิ์นั้นตกเป็นภาระแก่สถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำนั้น ค่าลิขสิทธิ์เช่นว่านั้นให้ถือว่า เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งสถานประกอบการ ถาวรหรือฐานประกอบ การประจำนั้นตั้งอยู่
6. ในกรณีที่โดยเหตุผลแห่งความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์หรือระหว่างบุคคลทั้งสองนั้นกับบุคคลอื่น จำนวนค่าลิขสิทธิ์ที่จ่ายให้กันนั้น เมื่อคำนึงถึงการใช้สิทธิหรือข้อสนเทศอันเป็นมูลเหตุแห่งการจ่ายแล้ว มีจำนวนเกินกว่าจำนวนเงินซึ่งควรจะได้ตกลงกันระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์ หากไม่มีความสัมพันธ์เช่นว่านั้น บทบัญญัติของข้อนี้จะใช้บังคับเฉพาะกับเงินจำนวนหลัง ในกรณีเช่นนี้ส่วนเกินของเงินที่ชำระนั้นให้คงเก็บภาษีได้ตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาแต่ละรัฐ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงบทบัญญัติอื่นๆ แห่งความตกลงนี้ด้วย”\* [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

\*ข้อ 12 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ลอกมาจากอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ยกเว้นในประเด็นดังต่อไปนี้ ก) ไม่ได้ตามหลักการในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ที่ให้รัฐถิ่นที่อยู่มีสิทธิเก็บภาษีเท่านั้น แต่ให้ทั้งรัฐถิ่นที่อยู่และรัฐแหล่งเงินได้เก็บภาษีบนค่าลิขสิทธิ์ได้ ดังนั้น จึงมีการตัดคำว่า “เท่านั้น”

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้ว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (ข้อ 10 11 และ 12) จะแตกต่างกับของ OECD แต่หลักการเจ้าของผลประโยชน์ของอนุสัญญารวมทั้งคำอธิบายขององค์การสหประชาชาติก็อ้างอิงมาจากหรือคล้ายคลึงกับของ OECD เรียกได้ว่าเกือบทั้งหมดเลยก็ว่าได้ และเช่นเดียวกับที่กรณีของ OECD หลักเจ้าของผลประโยชน์ที่มีในข้อ 11 และ 12 ในเรื่องดอกเบี้ยและค่าสิทธิตามลำดับก็เป็นไปในแนวทางเดียวกับที่ปรากฏในข้อ 10 เงินปันผล โดยส่วนที่แตกต่างกันไม่ได้มีผลต่อการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่วิทยานิพนธ์นี้ต้องการหาคำตอบ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้กล่าวลงไปในเรื่องละเอียดถึงข้อ 10 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) และเปรียบเทียบความคล้ายคลึงและความแตกต่างของข้อดังกล่าวกับอนุสัญญาต้นแบบของ OECD เท่านั้น

ข้อ 10 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) เป็นการนำข้อ 10 ของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) มาทำซ้ำยกเว้นในวรรคสอง\* วรรคสี่\*\* และวรรคห้า\*\*\* ทั้งนี้ ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงความแตกต่างของวรรคสองเพราะเป็นวรรคที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้เท่านั้น

วรรคสองของข้อ 10 ของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD และอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) นั้นมีความแตกต่างที่พอสรุปได้ดังนี้

วรรคสองของข้อ 10 ของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าให้รัฐแหล่งเงินได้จัดเก็บภาษีจากเงินปันผลในอัตราดังนี้ สำหรับกรณีการลงทุนโดยตรงตามข้อ (ก) ที่อัตราร้อยละ 5 และสำหรับกรณีการลงทุนอื่นๆ เช่น ลงทุนผ่านกองทุนตามข้อ (ข) ที่อัตราร้อยละ 15

---

ออกไปจากวรรคหนึ่งของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD และเพิ่มวรรคสองเข้าไป ข) มีการเพิ่มวรรคห้าเข้าไปในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ค) วรรคสามไม่ได้ตัดการเช่าอุปกรณ์ออกไปจากวรรคและรวมถึงการจ่ายเงินสำหรับเทพและค่าสิทธิที่ไม่มีอยู่ในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ง) วรรคสี่มีการใช้ limited force of attraction อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างดังกล่าวไม่ได้กระทบถึงการวิเคราะห์หลักเจ้าของผลประโยชน์ตามสมมติฐานของวิทยานิพนธ์นี้ ดู ibid., Commentary on Article 12, paras 11, 14, 12 and 20.

\*วรรคสองของข้อ 10 ของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ได้กำหนดอัตรารวมที่ให้รัฐแหล่งเงินได้จัดเก็บภาษีจากเงินปันผลอย่างชัดเจน แต่อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ไม่กำหนดอัตรารวมแต่อย่างใด

\*\*วรรคสี่ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ลอกมาจากอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ยกเว้นว่า อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ไม่ได้ใช้คำว่า “สถานประกอบการถาวร” (Permanent Establishment) เท่านั้น แต่อ้างอิงถึง “ฐานประกอบการประจำ” (fixed base) ในกรณีที่บริษัทให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระด้วย

\*\*\*แตกต่างในเรื่อง “ฐานประกอบการประจำ” (fixed base) เหมือนวรรคสี่

แต่อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) นั้นไม่กำหนดอัตราภาษีแต่อย่างใด และให้เรื่องดังกล่าวเป็นไปตามที่รัฐคู่สัญญาจะได้ตกลงกัน<sup>138</sup>

นอกจากนี้ ในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) สัดส่วนการถือหุ้นขั้นต่ำในกรณีการถือหุ้นโดยตรงก็ถูกลดลงจากอนุสัญญาต้นแบบของ OECD โดยลดลงจากร้อยละ 25 เป็นร้อยละ 10 (แต่ร้อยละดังกล่าวเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น) เพราะในประเทศกำลังพัฒนาบางประเทศ ผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่ถูกจำกัดการเป็นผู้ถือหุ้นที่ไม่เกินร้อยละ 50 และร้อยละ 10 ก็ถือว่าเป็นสัดส่วนที่มีนัยสำคัญแล้วหากเทียบจากหุ้นที่สามารถถือครองได้ (ที่ไม่เกินร้อยละ 50)<sup>139</sup> ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้น คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (United Nation Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries) ก็ได้อ้างอิงคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD วรรค 12. 12.1 และ 12.2 มาโดยไม่ได้มีการแก้ไขแต่อย่างใด<sup>140</sup> ดังนั้น จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ที่ปรากฏในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาตินั้นเป็นไปในทางเดียวกันกับของ OECD เมื่อมาถึงจุดนี้ ผู้วิจัยได้บรรยายถึงเจตนารมณ์ เหตุผลเบื้องหลังและหลักการทั่วไปของหลักเจ้าของผลประโยชน์ รวมไปถึงข้อบทที่เกี่ยวข้องในอนุสัญญาต้นแบบทั้งของ OECD และขององค์การสหประชาชาติไปแล้ว ต่อไปนี้ ผู้วิจัยจะได้เกริ่นถึงปัญหาของการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในประเทศไทยเล็กน้อยเพื่อที่ผู้อ่านจะได้ทราบถึงภาพรวมของประเด็นปัญหาอันเป็นที่มาของการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ส่วนรายละเอียดของปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยจะได้บรรยายในบทที่ 4 โดยละเอียดต่อไป

ทั้งนี้ การที่เราจะทราบว่าประเทศไทยนั้นมีปัญหาในการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนอย่างไรนั้น เราจะต้องทราบถึงภาพรวมของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนของไทยเสียก่อน ดังนี้

การจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอื่นๆ ได้ใช้อนุสัญญาต้นแบบเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนของ OECD มาใช้เป็นแนวทางสำคัญ ส่วนในระยะหลังก็ได้ใช้ประโยชน์จากข้อบทตามอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติอยู่หลายประการ<sup>141</sup> แต่อิทธิพล

<sup>138</sup>United Nations, United Nations model double taxation convention between developed and developing countries (2011), Commentary on Article 10, para 15.

<sup>139</sup>ibid., Commentary on Article 10, para 16.

<sup>140</sup>ibid., Commentary on Article 10, para 13.

<sup>141</sup>เสรี วัฒนวรราชศิริ, "ความรับผิดทางภาษีเงินได้ของนิติบุคคลต่างประเทศซึ่งกระทำการกิจการในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 32-33.

ของแบบ OECD ก็ยังมีผลอยู่เนื่องจากประเทศไทยปฏิบัติตามอนุสัญญาต้นแบบของ OECD อย่างเคร่งครัด โดยอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ถือเป็นแม่แบบของอนุสัญญาฉบับต่างๆ ที่ประเทศไทยลงนามทั้งหมดด้วย ยกเว้นอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกาที่อาศัยอนุสัญญาต้นแบบแบบสหรัฐอเมริกา (US Model)

อนึ่ง เมื่อพิจารณาโดยเฉพาะถึงบทบัญญัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์ที่ปรากฏในอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทย เราจะพบข้อสังเกตคือ

**ประการแรก** หลักเจ้าของผลประโยชน์ไม่ได้มีปรากฏในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยเข้าทำทุกอนุสัญญา แต่มีในบางอนุสัญญาเท่านั้น ดังนั้น ผู้ที่มีสิทธิได้รับประโยชน์ในการลดอัตราภาษีภายใต้อนุสัญญาสำหรับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าสิทธิ\* ในแต่ละอนุสัญญาจึงมีความแตกต่างกัน อันก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการบังคับใช้และการให้สิทธิประโยชน์อันเป็นช่องโหว่ให้มีการวางแผนภาษีได้\*\*

ถ้อยคำในอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยในส่วนของผู้ที่มีสิทธิได้รับประโยชน์ในข้อบทเกี่ยวกับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าสิทธิ โดยส่วนใหญ่มีพัฒนาการการเปลี่ยนแปลงด้านถ้อยคำสอดคล้องกับพัฒนาการของร่าง OECD กล่าวคือ เริ่มต้นจากที่อนุสัญญาไม่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้บังคับแต่อย่างใดเลย อนุสัญญาจึงมีเพียงคำว่า “ผู้รับ” เหมือนกับข้อบทเงินได้ข้ออื่นๆ และต่อมาก็ได้เริ่มนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้โดยเปลี่ยนถ้อยคำระบุถึงผู้ที่มีสิทธิได้รับประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาว่า “เจ้าของผลประโยชน์” หรือคำที่ใกล้เคียงกัน ทั้งนี้ อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยก็ไม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงไปตามพัฒนาการของ OECD ในเรื่องดังกล่าว แต่มีความแตกต่างไม่เป็นไปตามอนุสัญญาต้นแบบ OECD อยู่บ้างในบางอนุสัญญา (เช่น ยังใช้คำว่า “ผู้รับ”(recipient) อยู่แม้ว่า OECD จะให้ใช้คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) แล้ว)

ดังนั้น ปัจจุบัน ถ้อยคำในอนุสัญญาภาษีซ้อนต่างๆ ของประเทศไทยที่สะท้อนการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์สามารถสรุปได้ดังนี้<sup>142</sup>

\*บางอนุสัญญาขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังข้อบทอื่นนอกเหนือจากเงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าสิทธิ โดยส่วนมากจะเป็นการขยายไปยังเงินได้อื่นๆ (Other Income) เช่น อนุสัญญาระหว่างประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา แต่ไม่มีอนุสัญญาใดขยายไปยังเงินได้ทุกประเภท

\*\*ข้อสังเกตประการแรกไม่ใช่ประเด็นของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยเพียงแต่ตั้งข้อสังเกตประกอบไว้เพื่อให้เห็นภาพรวมทั้งหมดเท่านั้น วิทยานิพนธ์นี้จะวิเคราะห์เฉพาะประเด็นที่สอง

<sup>142</sup>เอนก ศิริเสถียร, "ความหมายและขอบเขตของคำว่าเจ้าของผู้ได้รับผลประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน," (สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 69-72.

(1) ไม่ใช่หลักเจ้าของผลประโยชน์ในทุกประเภทเงินได้ กล่าวคือ อนุสัญญาใช้คำว่า “ผู้รับ” (recipient) ในเงินได้ทุกประเภท

(2) มีการใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์เฉพาะข้อบทเกี่ยวกับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ

(2.1) ใช้คำว่า “ผู้รับ” (recipient) ปะปนกับคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner หรือคำว่า beneficially entitled)

(2.2) ใช้คำว่า “เจ้าของผู้รับประโยชน์” หรือ “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) หรือ “ผู้ได้รับผลประโยชน์” (beneficially entitled)

(3) นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในเงินได้ประเภทอื่นๆ บางประเภทนอกเหนือจากเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ กล่าวคือ ใช้คำว่า “เจ้าของผู้รับประโยชน์” หรือ “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) หรือ “ผู้ได้รับผลประโยชน์” (beneficially entitled) ในเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกเหนือจากเงินได้สามประเภทข้างต้น อนุสัญญาเหล่านี้ได้แก่ อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ทำกับประเทศเซเชลส์ บัลแกเรีย สหรัฐอเมริกา\*

ประการที่สอง ในอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับที่มีการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ ก็ไม่ปรากฏว่ามีการขยายการบังคับใช้หลักดังกล่าวไปใช้กับเงินได้ทุกประเภท กล่าวคือ หากพิจารณาเพียงเฉพาะเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์แล้วย่อมหมายความว่าในอนุสัญญาภาษีซ้อนทุกฉบับที่ประเทศไทยเข้าทำจะใช้คำว่า “ผู้รับ” เพื่อบ่งชี้ถึงผู้ที่มีสิทธิได้รับประโยชน์ทางภาษีอากรจากข้อบทเงินได้ดังกล่าวเหล่านั้นเท่านั้น จึงทำให้ประเทศไทยอาจขาดเครื่องมือในรูปของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในการเข้าไปพิจารณาถึง “เจ้าของผลประโยชน์” หรือเจ้าของที่แท้จริงนอกเหนือไปจากเจ้าของทางกฎหมายหรือเจ้าของตามทะเบียน ทั้งนี้ การไม่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ เช่นนี้อาจจะเป็นช่องโหว่ให้มีการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบได้ง่ายและสะดวกมากขึ้น

จากที่ผู้วิจัยได้บรรยายถึงวัตถุประสงค์และความสำคัญของหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักดังกล่าวเป็นบททดสอบหนึ่งที่รัฐแหล่งเงินสามารถนำมาใช้ในการตัดสินว่าผู้ได้รับเงินได้เป็นผู้ที่อนุสัญญาประสงค์ให้ได้สิทธิประโยชน์หรือเป็นเพียงบุคคลจากประเทศที่สามที่เข้ามาเอาประโยชน์จากอนุสัญญาโดยการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ ดังนั้นการบังคับใช้หลักดังกล่าวจึงมีผลต่อประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้เพราะหากประเทศไทยให้ประโยชน์แก่บุคคลประเทศที่สามซึ่งอยู่นอกเหนือความมุ่งหมายที่ถูกต้องของอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นก็จะทำให้สูญเสียเงินภาษีไปโดย

---

\*อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-แคนาดาในข้อ 21 เงินได้อื่นๆ มีการใช้คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” แต่ไม่น่าจะไขในความหมายของหลักเจ้าของผลประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจึงไม่รวมไว้ในข้อนี้

ไม่สมควร ดังนั้น ผู้วิจัยจะได้ศึกษาว่าประเทศไทยยังมีปัญหาการบังคับใช้หลักเจ้าของประโยชน์เพราะไม่ได้บังคับใช้หลักดังกล่าวในเงินได้ทุกประเภทอันก่อให้เกิดความขาดประสิทธิภาพของการบังคับใช้อनुสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่ซึ่งผู้วิจัยจะได้ลงรายละเอียดต่อไปในบทที่ 4





### บทที่ 3

#### การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนกับเงินได้ทุกประเภทของต่างประเทศ

ในบทที่ 3 นี้ ผู้วิจัยจะได้บรรยายถึงภาพรวมทั่วไปของต่างประเทศว่า OECD องค์การสหประชาชาติ ประเทศต่างๆ รวมทั้งนักวิชาการต่างประเทศที่ผู้วิจัยทำการศึกษาค้นคว้านั้นมีแนวทางการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนทั้งในแง่ของบทบัญญัติของอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องและแนวคำวินิจฉัยของหน่วยจัดเก็บภาษีและคำพิพากษาของศาลรวมไปถึงความเห็นของนักวิชาการต่อการบังคับใช้หลักดังกล่าวกับเงินได้ทุกประเภทเป็นอย่างดี

#### 3.1 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาต้นแบบ

##### 3.1.1 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD

ดังที่ได้แสดงมาแล้วในบทที่ 2 ในอนุสัญญาต้นแบบฉบับปี ค.ศ. 2014 (OECD Model Tax Convention 2014) OECD ก็ยังคงจุดยืนในเรื่องของประเภทเงินได้ที่อยู่ภายใต้หลักเจ้าของผลประโยชน์อยู่เช่นเดิมดังที่ผ่านมา กล่าวคือ ยังคงนำหลักดังกล่าวมาใช้เพียงในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ (ข้อ 10 11 และ 12) เท่านั้น โดยที่ไม่ได้ขยายหลักดังกล่าวไปข้ออื่นๆ เพียงแต่มีการปรับปรุงคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (OECD Commentaries 2014) ในส่วนของหลักดังกล่าวให้มีความชัดเจนมากขึ้น นอกจากนี้ เท่าที่ผู้วิจัยทราบ OECD ก็ไม่เคยมีเอกสารทางการที่เสนอแนวคิดหรือขอความเห็นจากประเทศสมาชิกหรือสาธารณะเกี่ยวกับการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้อื่นๆ หรือมีการตั้งคณะทำงานมาทำการศึกษาความเป็นไปได้และความเหมาะสมของแนวคิดดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การที่ OECD ยังคงรักษาหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ในอนุสัญญาต้นแบบโดยที่ไม่ได้ตัดออกไปอย่างสิ้นเชิงแต่ก็ไม่ได้ขยายหลักดังกล่าวออกไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ แสดงให้เห็นว่า OECD ไม่ได้มองว่าหลักดังกล่าวไร้ประโยชน์เสียทีเดียว แต่เห็นว่าควรมีมาตรการมาจัดการกับความไม่แน่นอนอันหนึ่งอันเดียวกันในการตีความและการบังคับใช้หลักดังกล่าวเพื่อให้การบังคับใช้มีความสอดคล้องกันในทางภาษีอากรระหว่างประเทศมากขึ้น อย่างไรก็ตาม เป็นสิ่งที่น่าคิดเช่นกันว่า OECD เองก็ไม่ได้เคยแสดงแนวคิดที่จะขยายหลักนี้ออกไปยังข้อบทอื่นๆ ของอนุสัญญาต้นแบบเช่นกัน ซึ่งในประเด็นนี้ OECD ก็ไม่เคยได้ทำความเห็นหรือให้เหตุผลแต่อย่างใด (จริงๆ แล้วดูเหมือน OECD จะไม่เคยมีความคิดจะขยายหลักดังกล่าวออกไปเลยเสียด้วยซ้ำ) ดังนั้น จึงไม่อาจสรุปได้อย่างชัดเจนว่าเพราะเหตุใด แต่ในความเห็นส่วนตัวของผู้วิจัยคาดว่าน่าจะเป็นเพราะหลักดังกล่าวยังคงมีความไม่ชัดเจนแน่นอนในการตีความและการ

บังคับใช้อยู่\* OECD จึงลังเลที่จะขยายหลักที่ยังมีความไม่แน่นอนไปเงินได้ประเภทอื่นๆ เพราะอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนเพิ่มขึ้นได้ นอกจากนี้ อาจเป็นไปได้ว่ายังมีมาตรการอื่นๆ ที่สามารถนำมาใช้รับมือกับการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในเงินได้ประเภทอื่นๆ อย่างไม่ได้ผลอันทำให้การขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปนั้นไม่จำเป็น (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับหลักที่ยังไม่มีความแน่นอนเช่นนี้) อย่างไรก็ตาม ดีที่กล่าวมาแล้ว หลักเจ้าของผลประโยชน์จะต้องมีประโยชน์ในด้านการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้ในระดับหนึ่งและอาจไม่มีวิธีอื่นมาทดแทนได้ในลักษณะเดียวกันอย่างสมบูรณ์แบบ (เช่น ในแง่ของความเรียบง่ายไม่ซับซ้อนของการพิสูจน์ในบางกรณี) มิเช่นนั้นแล้ว OECD ก็คงจะตัดหลักนี้ออกไปอย่างสิ้นเชิงเมื่อพบปัญหาการตีความและการบังคับใช้ในทางปฏิบัติจริงเช่นนี้ (ดังที่ผู้วิจัยจะได้แสดงให้เห็นต่อไปในบทนี้) และอาจเป็นไปได้ว่า OECD เห็นว่าการตัดหลักดังกล่าวออกไปจะทำให้ประเทศต่างๆ ขาดเครื่องมือทางอนุสัญญาภาษีซ้อนในการรับมือกับการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ไปอีกวิธีหนึ่งและทำให้มาตรการโดยรวมในเรื่องดังกล่าวไม่สมบูรณ์ซึ่งไม่เป็นผลดีต่อรัฐแหล่งเงินได้แต่อย่างใด

### 3.1.2 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ

ในทางตรงกันข้ามกับ OECD องค์การสหประชาชาติเคยมีแนวคิดที่จะขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ ดังที่ปรากฏในรายงานการประชุมสมัยที่สามของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญด้านความร่วมมือระหว่างประเทศด้านภาษีอากร ชื่อ Report on the Third Session of the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters (29 October - 2 November 2007) ที่ออกมาในวันที่ 15 มกราคม ค.ศ.2008<sup>1</sup> ซึ่งได้รายงานว่า คณะกรรมการย่อยด้านการใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Subcommittee on Improper Use of Treaties) ได้รับการร้องขอให้พิจารณาว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ควรนำไปใช้กับข้อบทอื่นๆ ของอนุสัญญาต้นแบบ

---

\*คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับปี ค.ศ. 2014 (OECD Commentary 2014) จะช่วยนำไปสู่การตีความที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันได้มากขึ้นเพียงใดนั้นจะต้องรอพิสูจน์จากการนำคำอธิบายดังกล่าวไปใช้จริงในทางปฏิบัติ โดยศึกษาจากคำวินิจฉัยของหน่วยจัดเก็บภาษีและคำพิพากษาศาลของประเทศต่างๆ ที่มากเพียงพอที่จะทำการสรุปได้ ซึ่งประเด็นดังกล่าวยังไม่สามารถประเมินได้ในขณะทำวิทยานิพนธ์นี้

<sup>1</sup>United Nations, Report on the third session of the committee of experts on international cooperation in tax matters (29 October-2 November 2007), E/2007/45 and E/C.18/2007/19 [Online]. Source [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/2007/45\(SUPP\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2007/45(SUPP))

ขององค์การสหประชาชาติ (UN Model)\* เช่นในเงินได้ประเภทผลได้จากทุน (Capital Gains) ในข้อ 13 และเงินได้อื่นๆ (Other Income) ในข้อ 21 หรือไม่

ต่อมาทางคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญด้านความร่วมมือระหว่างประเทศด้านภาษีอากร (Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters) ก็ได้ออกรายงานการประชุมสมัชชาที่สี่มาในวันที่ 17 ตุลาคม ค.ศ. 2008 ชื่อ Note by the Coordinator of the Subcommittee on "Improper use of treaties: Proposed amendments" ซึ่งแนบรายงานความเห็นของ Professor Philip Baker\*\* ในประเด็นเรื่องการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังข้ออื่นๆ ของอนุสัญญาต้นแบบ (ขององค์การสหประชาชาติ (UN Model))<sup>2</sup> ทั้งนี้ รายงานฉบับดังกล่าวได้ระบุว่าคณะกรรมการย่อยด้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Subcommittee on Improper Use of Treaties) ได้พิจารณาแนวคิดดังกล่าวแต่ไม่สามารถบรรลุข้อสรุปได้โดยคณะกรรมการย่อยยังคงมีความเห็นแตกออกเป็นสองกลุ่มใหญ่ๆ คือ

(1) กลุ่มแรกเห็นว่าควรเพิ่มข้อบททั่วไปเรื่องข้อจำกัดเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ (Free-standing beneficial ownership limitation provision) เป็นบทบัญญัติทางเลือก (Optional provision) ในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 1 (Commentary on article 1 of the Convention)

(2) กลุ่มที่สองเห็นว่า ไม่ควรแก้ไขคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 1 (Commentary on article 1 of the Convention) แต่คณะกรรมการ (Committee) ควรจะริเริ่มโครงการศึกษาใหม่อีก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

\*ขณะนั้นเป็นอนุสัญญาต้นแบบฉบับปี ค.ศ. 2001 (United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2001)

\*\*ผู้วิจัยจะได้อธิบายถึงความเห็นของ Professor Philip Baker ที่ปรากฏในรายงานฉบับดังกล่าวโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 3 นี้

<sup>2</sup>United Nations, Note by the coordinator of the Subcommittee on Improper Use of treaties: Proposed amendments addendum progress report of Subcommittee on Improper Use of Tax Treaties: Beneficial ownership, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1 [Online],2008. Source [http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18\\_2008\\_CRP2\\_Add1.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18_2008_CRP2_Add1.pdf); Note by the coordinator of the Subcommittee on "improper use of treaties: proposed amendments", E/C.18/2008/CRP.2 [Online],2008. Source [http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18\\_2008\\_CRP2.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18_2008_CRP2.pdf); Improper use of tax treaties [Online],2009. Source <http://www.un.org/esa/ffd/tax/RevisionToArt13.pdf>.

โครงการหนึ่ง เพื่อทบทวนหลักเจ้าของผลประโยชน์รวมทั้งคำถามที่ว่าหลักดังกล่าวนี้เกี่ยวข้องกับข้ออื่นๆ ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) หรือไม่<sup>3</sup>

คณะกรรมการย่อยจึงเสนอให้มีการพิจารณาประเด็นดังกล่าวในสมัยประชุมที่สี่นี้ และเสนอว่าหากคณะกรรมการสามารถบรรลุข้อสรุปร่วมกันได้ คณะกรรมการย่อยจะนำข้อสรุปนั้นไปลงไว้ในร่างคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 1 ที่จะจัดทำขึ้นใหม่หรือไว้ในหมายเหตุต่างหาก แต่หากคณะกรรมการไม่สามารถบรรลุข้อสรุปได้ คณะกรรมการย่อยก็ได้เสนอทางเลือกสองทางเลือกดังนี้

(1) ไม่แก้ไขคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 1 (Commentary on article 1 of the Convention)

(2) เริ่มโครงการศึกษาใหม่อีกโครงการหนึ่ง เพื่อทบทวนหลักเจ้าของผลประโยชน์รวมทั้งคำถามที่ว่าหลักดังกล่าวนี้เกี่ยวข้องกับข้ออื่นๆ ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) หรือไม่<sup>4</sup>

ที่ประชุมคณะกรรมการได้มีข้อพิจารณาว่า ตามที่ปรากฏในรายงานและการนำเสนอของ Professor Philip Baker นั้น หลักเจ้าของผลประโยชน์ยังมีความไม่แน่นอนอยู่และความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ยังมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศและภาษาของอนุสัญญาภาษีซ้อนบางส่วนมีความเห็นว่า คำดังกล่าวเป็นคำที่ไม่ได้นิยามไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนและต้องใช้ความหมายตามกฎหมายภายใน (ตามข้อ 3 วรรคสองของอนุสัญญาภาษีซ้อนส่วนใหญ่) ในขณะที่บางส่วนเห็นว่า คำดังกล่าวควรมีความหมายในทางภาษีระหว่างประเทศ (International Fiscal Meaning) กระนั้นก็ดี ความหมายทางภาษีอากรระหว่างประเทศของคำดังกล่าวก็ยังไม่แน่นอนอยู่ดีเช่นกัน<sup>5</sup> ท่านได้สรุปในเรื่องประเด็นความแน่นอนของหลักนี้ว่าหลักดังกล่าวยังขาดความชัดเจนรวมทั้งในประเด็นการนำหลักนี้ไปใช้บังคับจริงในทางปฏิบัติ<sup>6</sup>

Professor Philip Baker เห็นว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นบทบัญญัติที่มีความแคบซึ่งสร้างมาเพื่อรับมือกับการเลือกใช้อันุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบเฉพาะบางรูปแบบเท่านั้น นอกจากนี้

<sup>3</sup> Note by the coordinator of the Subcommittee on Improper Use of treaties: Proposed amendments addendum progress report of Subcommittee on Improper Use of Tax Treaties: Beneficial ownership, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, para 4.

<sup>4</sup> Ibid., para 6.

<sup>5</sup> Report on the fourth session (20-24 October 2008), E/2008/45 and E/C.18/2008/6 [Online], 2008. Source [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/C.18/2008/6&referer=/english/&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/C.18/2008/6&referer=/english/&Lang=E), para 42.

<sup>6</sup> Ibid., para 45.

จริงอยู่ที่ไม่มีเหตุผลที่จะห้ามไม่ให้ขยายหลักดังกล่าวออกไปยังข้ออื่น ๆ ของอนุสัญญาภาษีซ้อน แต่การจะขยายออกไปหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาความเหมาะสมเป็นรายข้อไปและไม่สามารถตอบเป็นภาพรวมคำตอบเดียวทั้งหมดสำหรับทุกข้อได้ โดย Professor Philip Baker เห็นว่า ข้อ 21 เป็นข้อที่มีความเป็นไปได้ที่จะขยายหลักดังกล่าวออกไปแต่วรรคสามของข้อ 21 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติที่รักษาสีทธิเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้ไว้ทำให้อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ร่างตามอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติมีความจำเป็นในการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์นี้มาใช้กับข้อ 21 น้อยกว่าอนุสัญญาที่ร่างตามอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ส่วนข้อ 13 นั้น ท่านเห็นว่ารูปแบบการใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่น่าจะมีการนำมาใช้มากที่สุดอาจไม่สามารถจัดการได้โดยหลักดังกล่าว<sup>7</sup>

ส่วนประเด็นของการมีบทบัญญัติทั่วไปเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ (General beneficial ownership provision) นั้น Professor Philip Baker มองว่ามีข้อดีที่ว่าข้อนี้จะมีการบังคับใช้เป็น การทั่วไปแต่ก็นำมาบังคับใช้ได้อย่างจำกัดอย่างมาก ทั้งนี้ ส่วนใหญ่หากประเทศต่างๆ ต้องการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับอนุสัญญาภาษีซ้อนทั้งฉบับเป็นการทั่วไป ประเทศเหล่านั้นก็จะมีข้อบทที่ละเอียดขึ้น<sup>8</sup>

ผู้ที่เข้าร่วมประชุมพิจารณาความเห็นของ Professor Philip Baker แล้ว หลายท่านก็เห็นว่า ประเด็นความไม่ชัดเจนของหลักเจ้าของผลประโยชน์ (เช่น การรับรองความเป็นเจ้าของผลประโยชน์) นั้นมีอยู่จริง นอกจากนี้ แม้จะเป็นที่ทราบกันทั่วไปว่าความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นั้นไม่แน่นอนแต่ก็มีความเสี่ยงอยู่มากเช่นกันที่จะหามิยามที่ละเอียดขึ้นของคำดังกล่าวเพราะหลักการในเรื่องความหมายของคำนี้มีความแตกต่างกัน ดังนั้น จะเห็นได้ว่าข้อสนับสนุนในการที่จะเพิ่มหลักดังกล่าวไปในนั้นมีจำกัดมาก<sup>9</sup> ในท้ายที่สุดแล้ว ที่ประชุมก็ได้สรุปว่ามีความจำเป็นต้องขีดเคลาหลักเจ้าของผลประโยชน์โดยต้องพิจารณาความก้าวหน้าของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ไปด้วย<sup>10</sup> นอกจากนี้ ที่ประชุมยังได้สรุปว่าควรเสนอให้คณะกรรมการ (Committee) ชุดต่อไปพิจารณาประเด็นเรื่องการบังคับใช้หลักดังกล่าวในทางปฏิบัติรวมทั้งประเด็นที่ว่า จะรับรองความเป็นเจ้าของผลประโยชน์อย่างไร และควรสอบถามความเห็นจาก OECD เรื่องการศึกษาของ OECD เกี่ยวกับหลักดังกล่าวด้วย<sup>11</sup> กระนั้นก็ดี แม้ว่าคณะกรรมการจะเห็นว่าควรจะดำเนินการให้หลักเจ้าของ

<sup>7</sup>Ibid., para 43.

<sup>8</sup>Ibid., para 44.

<sup>9</sup>Ibid., para 46.

<sup>10</sup>Ibid., para 47.

<sup>11</sup>Ibid., para 48.

ผลประโยชน์สมบูรณ์ขึ้น แต่คณะกรรมการก็ยอมรับว่าการใช้สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบ บางรูปแบบรวมถึงการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) สามารถจัดการได้ในระดับหนึ่งด้วยบทบัญญัติเฉพาะของอนุสัญญาภาษีซ้อน (Specific Treaty Provision) ซึ่งมีอยู่แล้ว ในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติอันรวมถึงหลักเจ้าของผลประโยชน์ในข้อ 10 11 และ 12 ด้วย<sup>12</sup>

ท้ายที่สุด ที่ประชุมสมัยที่สี่ก็ได้สรุปว่าคณะกรรมการย่อยด้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Subcommittee on Improper Use of Treaties) ไม่จำเป็นต้องศึกษาเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ต่อไป<sup>13</sup>

ต่อมาในการประชุมสมัยที่หก คณะกรรมการก็ได้พิจารณารายงานของคณะทำงานเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ (Working Group on the Concept of Beneficial Ownership) ซึ่งรับหน้าที่ศึกษาหลักเจ้าของผลประโยชน์ต่อจากคณะกรรมการย่อยด้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Subcommittee on Improper Use of Treaties) ชุดเดิม<sup>14</sup> และได้ตัดสินใจว่าควรนำคำอธิบายอนุสัญญาของ OECD มาอ้างอิงทั้งหมดโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงใดๆ แต่คณะทำงานจะไปพิจารณาว่า เป็นไปได้หรือไม่ที่จะใส่ตัวอย่างเพื่อชี้ประเด็นที่เคยมีเกี่ยวกับหลักดังกล่าวเพื่อช่วยผู้ใช้งานโดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาในการทำความเข้าใจและจัดการกับประเด็นเหล่านั้น<sup>15</sup> ต่อมาคณะทำงานเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ (Working Group on the Concept of Beneficial Ownership) ก็ได้ถูกยกเลิกไป ณ การประชุมสมัยที่ 11 ในปี ค.ศ. 2011 หลังจากทำงานที่ได้รับมอบหมายเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์เสร็จเรียบร้อยแล้ว<sup>16</sup>

หลังจากนั้น ในวันที่ 15 พฤษภาคม ค.ศ. 2012 องค์การสหประชาชาติก็ออกอนุสัญญาต้นแบบฉบับปี ค.ศ. 2011 ออกมาโดยมีการปรับปรุงแก้ไขหลายประการรวมถึงคำอธิบายในเรื่องหลัก

<sup>12</sup> Improper use of tax treaties, paras 31 and 55.

<sup>13</sup> Report on the fourth session (20-24 October 2008), E/2008/45 and E/C.18/2008/6, para 49.

<sup>14</sup> Report on the sixth session (18-22 October 2010), E/2010/45 - E/C.18/2010/7 [Online],2011. Source [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/2010/45&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2010/45&Lang=E), para 83.

<sup>15</sup> Report on the seventh session (24-28 October 2011), E/2011/45-E/C.18/2011/6 [Online],2011. Source [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/2011/45&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2011/45&Lang=E), para 115.

<sup>16</sup> Report on the sixth session (18-22 October 2010), E/2010/45 - E/C.18/2010/7, para 83.

เจ้าของผลประโยชน์ที่มีเนื้อหาตาม OECD โดยที่ไม่ได้ขยายหลักดังกล่าวไปเงินได้ประเภทอื่นๆ หรือเพิ่มบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องดังกล่าว ดังที่ผู้วิจัยได้แสดงมาแล้วในบทที่ 2<sup>17</sup>

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่าองค์การสหประชาชาติเคยมีความคิดที่จะนำหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบังคับใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ แต่หลังจากพิจารณาความเหมาะสมและความเป็นไปได้ของแนวคิดดังกล่าวแล้ว องค์การสหประชาชาติตัดสินใจไม่ขยายหลักดังกล่าวออกไปแต่เลือกที่จะขัดเกลาหลักเจ้าของผลประโยชน์ให้ดีขึ้น ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลหลักๆ เนื่องจาก (ก) หลักเจ้าของผลประโยชน์ยังไม่มี ความแน่นอน และ (ข) ข้อเสนอสนับสนุนในการที่จะขยายหลักดังกล่าวออกไปทั้งการเพิ่มหลักนี้เข้าไปใน ข้อบทต่างๆ โดยตรงและบทบัญญัติทั่วไปเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นแทบจะไม่มี

### 3.2 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ของต่างประเทศ

เพื่อที่จะได้ศึกษาถึงแนวทางการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ของต่างประเทศ ในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะได้ยกตัวอย่างการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ของต่างประเทศโดยจำแนกออกเป็น หัวข้อย่อยๆ อันประกอบด้วย ตัวอย่างการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแง่ของบทบัญญัติ อนุสัญญาภาษีซ้อน แนวคำวินิจฉัยและคำพิพากษาที่สำคัญในอดีตของบางประเทศ รวมไปถึงทัศนะ ของนักวิชาการด้านภาษีระหว่างประเทศของต่างประเทศส่วนหนึ่ง ทั้งนี้ หากเราได้พิจารณาลงไป ในส่วนการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในฐานะมาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อน โดยมีชอบ (Treaty Shopping) แล้ว จะเห็นได้ว่าหลักดังกล่าวในทางภาษีระหว่างประเทศปัจจุบันไม่ ว่าจะเป็นในแง่ของบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนก็ดี หรือการตีความและบังคับใช้หลักดังกล่าว โดยหน่วยจัดเก็บภาษีและศาลก็ดี หรือความเห็นของนักวิชาการด้านภาษีระหว่างประเทศเองก็ดี ก็ยังมีแนวทางและความเห็นต่อหลักเจ้าของผลประโยชน์ที่ต่างกันออกไป ดังที่ผู้วิจัยจะนำเสนอต่อไปใน ส่วนนี้

#### 3.2.1 ตัวอย่างการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแง่ของบทบัญญัติอนุสัญญาภาษีซ้อน

ดังที่กล่าวมาแล้ว หลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นมีวัตถุประสงค์หลักๆ ก็คือการป้องกันการ เลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมีชอบ (Treaty Shopping) โดยเป็นหนึ่งในมาตรการป้องกันการ เลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมีชอบที่มีอยู่หลายมาตรการ ทั้งนี้ในส่วนของข้อความหรือบทบัญญัติ ของหลักเจ้าของเจ้าของผลประโยชน์ในฐานะมาตรการดังกล่าวในอนุสัญญาภาษีซ้อนก็ยังคงมีความ

<sup>17</sup> Launch of the UN model double taxation convention between developed and developing countries: 2011 update (ECOSOC Chamber, 15 March 2012, 3–4 p.m.) [Online], 2012. Source <http://www.un.org/esa/ffd/tax/2012ICTM/Flyer.pdf>.

แตกต่างกัน โดยอนุสัญญาบางส่วนเป็นไปตามอนุสัญญาต้นแบบ (Model Tax Convention) อย่างเต็มที่ ในขณะที่บางฉบับมีการปรับปรุงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหลักดังกล่าว เช่น นำหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปใช้ประกอบกับหลักการอื่นๆ โดยผู้วิจัยจะขอยกตัวอย่างแนวทางการบังคับใช้หลักดังกล่าวในแง่มุมของการป้องกันการเลือกใช้อุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบโดยแบ่งออกเป็นกลุ่มๆ ตามหลักเกณฑ์ 2 ประการ กล่าวคือ หลักเกณฑ์ที่หนึ่ง จำแนกตามการเนื้อหาและเงื่อนไขของหลักเจ้าของผลประโยชน์ และหลักเกณฑ์ที่สอง จำแนกตามประเภทเงินได้ที่มีข้อบทเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ ทั้งนี้ ผู้วิจัยขอตั้งข้อสังเกตไว้ว่าเนื่องจากอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่ละฉบับมีรายละเอียดที่ต่างกันอย่างมีความหลากหลายในบทบัญญัติเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่า อนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับ เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับแต่ละกลุ่มแล้ว อาจถูกจัดกลุ่มได้มากกว่ากลุ่มเดียวก็ได้ ดังต่อไปนี้

### 3.2.1.1 จำแนกตามเนื้อหาและเงื่อนไขของข้อบทที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์

บทบัญญัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นมีอยู่แล้วในข้อบทที่เกี่ยวข้อง (ข้อ 10 11 และ 12) ของอนุสัญญาต้นแบบ (Model Tax Convention) อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติจริงนั้นแต่ละประเทศมีแนวทางในการบัญญัติเนื้อหาและเงื่อนไขของข้อบทที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ที่หลากหลายต่างกัน กล่าวคือ รัฐคู่สัญญาภาษีซ้อนบางรัฐก็นำข้อบทตามอนุสัญญาต้นแบบ (Model Tax Convention) มาใช้ในอนุสัญญาของตนโดยไม่มีการแก้ไขหรือแก้ไขเพียงเล็กน้อยอันไม่ได้ส่งผลเป็นเปลี่ยนแปลงการบังคับใช้หลักดังกล่าวแต่อย่างใด แต่กระนั้นก็ดี ก็ยังมีอีกหลายประเทศเช่นกันที่ได้แก้ไขข้อบทที่เกี่ยวข้องกับหลักเจ้าของผลประโยชน์อันส่งผลให้การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์แตกต่างหรือแคบลงกว่าอนุสัญญาต้นแบบ (Model Tax Convention) ดังเช่นตัวอย่างของแนวทางที่จะได้อธิบายต่อไปนี้\*

#### (1) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ข้อบทเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์มีเนื้อหาตามอนุสัญญาต้นแบบ

อนุสัญญาภาษีซ้อนเหล่านี้เป็นอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีเนื้อหาและเงื่อนไขของข้อบทที่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นไปตามอนุสัญญาต้นแบบ (Model Tax Convention) โดยที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงหรือเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยแต่การเปลี่ยนแปลงนี้ก็ไม่ได้กระทบต่อหลักการและเงื่อนไขหรือการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ ไม่ได้มีการเพิ่มเงื่อนไขหรือขั้นตอนการทดสอบการมีสิทธิการได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาแต่อย่างใด อนึ่ง ในบางอนุสัญญาก็อาจไม่ได้ใช้คำว่า

\*แนวทางที่ผู้วิจัยได้สรุปลงในส่วนนี้เป็นผลจากการศึกษาภายใต้ขอบเขตการค้นคว้าของผู้วิจัยเท่านั้น อาจไม่ได้สะท้อนถึงแนวทางทั้งหมดที่รัฐต่างๆ ในปัจจุบันปฏิบัติอยู่



“beneficial owner” แต่อาจใช้คำว่า “beneficially owned” แต่มีความหมายไม่ต่างกัน<sup>18</sup> ซึ่งข้อบพเหล่านี้พบได้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสิงคโปร์-อินโดนีเซีย (8 พฤษภาคม ค.ศ. 1990) สิงคโปร์-ฟิลิปปินส์ (1 สิงหาคม ค.ศ. 1977) เป็นต้น

### (2) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่บังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ประกอบกับเงื่อนไขการเป็นเจ้าของผลประโยชน์

อนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับได้คงวรรคที่มีบทบัญญัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้แต่ได้เพิ่มเติมเงื่อนไขว่าการจะเป็นเจ้าของผลประโยชน์นั้นต้องมีคุณสมบัติอย่างไรไว้ด้วยเพื่อเพิ่มความชัดเจนในการตีความคำดังกล่าว ซึ่งในความเห็นของผู้วิจัยมองว่า เพราะเหตุที่คำดังกล่าวมีการตีความที่แตกต่างกันและค่อนข้างไม่มีขอบเขตที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในทุกเขตอำนาจหรือรัฐ ดังนั้น การมีเงื่อนไขที่เพิ่มขึ้นมานี้จะเป็นประโยชน์แก่ผู้เสียภาษีเพราะลดความไม่แน่นอนลงไปในระดับหนึ่ง ข้อบพเช่นนี้พบในอนุสัญญาภาษีซ้อนออสเตรเลีย-ญี่ปุ่น (31 มกราคม ค.ศ. 2008)\* เป็นต้น

### (3) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่บังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ประกอบกับบททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก (Main Purpose Test)

อนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับนอกจากจะมีวรรคที่เกี่ยวกับเจ้าของผลประโยชน์แล้ว ก็ยังได้เพิ่มเติมบททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก (Main Purpose Test) ไว้เป็นเครื่องมือในการกั้นกรองการอนุญาตให้เข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนอีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือ บุคคลต่างๆ จะมีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้ข้อบพที่เกี่ยวข้องได้นั้น นอกจากบุคคลที่ได้รับเงินได้นั้นจะต้องเป็นเจ้าของผลประโยชน์แล้ว บุคคลนั้นจะต้องผ่านการทดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก (Main Purpose Test) อีกด้วย (กล่าวคือ มีทั้งบทบัญญัติเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์และบททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก) โดยเป็นที่น่าสังเกตว่า อนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับที่มีการขยายหลักเจ้าของออกไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ บททดสอบดังกล่าวก็ได้นำไปใช้ในข้อบพของประเภทเงินได้เหล่านั้นด้วย นอกจากนี้ ยังเป็นที่น่าสังเกตอีกด้วยว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับไม่เพียงแต่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์ประกอบกับทดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก (Main Purpose Test) แต่ยังสามารถใช้เครื่องมือเหล่านี้ไปพร้อมๆ กับการกำหนดเงื่อนไขการเป็นเจ้าของผลประโยชน์อีกด้วย เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนออสเตรเลีย-ญี่ปุ่น ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงโดยเฉพาะต่อไป

บททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก (Main Purpose Test) นี้จะวางหลักไว้ว่าสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะไม่นำมาบังคับใช้หากว่ามีบุคคลใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการ

<sup>18</sup>Australian Taxation Office, Income tax: Interpreting Australia's double tax agreements.

\*เช่น ข้อ 10 วรรคสิบ (เงินปันผล) ข้อ 11 วรรคเก้า (ดอกเบี้ย) อนุสัญญาภาษีซ้อนออสเตรเลีย-ญี่ปุ่น

ก่อหรือโอนสิทธิที่มีการจ่ายเงินได้ได้ก่อหรือโอนสิทธิดังกล่าวโดยมีวัตถุประสงค์หลัก (หรือเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์หลัก) ที่จะมาใช้ประโยชน์จากข้อบทอนุสัญญา

ตัวอย่างของบทบัญญัติของวรรคของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เกี่ยวข้องกับบททดสอบนี้มีดังนี้

#### ตัวอย่างที่ 1

“บทบัญญัติของข้อนี้จะไม่นำมาใช้บังคับหากว่า วัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของบุคคลใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดหรือโอนซึ่งสิทธิที่มีการจ่ายเงินได้ก็คือเพื่อหาประโยชน์จากข้อนี้โดยการก่อให้เกิดหรือโอนดังกล่าวนั้น”\*

#### ตัวอย่างที่ 2

“จะไม่มี การบรรเทาภาระภาษีภายใต้ข้อนี้หากว่า วัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของบุคคลใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการโอนเงินปันผลหรือการแบ่งเงินปันผล การก่อให้เกิดหรือการโอนซึ่งหุ้นหรือสิทธิอื่นๆที่มีการจ่ายเงินปันผลหรือการแบ่งสรร หรือการก่อตั้ง การได้มา หรือคงไว้ซึ่งบริษัทที่เป็นเจ้าของผลประโยชน์ของเงินปันผลหรือการแบ่งเงินปันผลหรือการดำเนินกิจการคือเพื่อหาประโยชน์จากข้อนี้” \*\*

จากการค้นคว้าของผู้วิจัยถึงตัวอย่างของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่น่าแนวคิดข้างต้นมาปรับใช้พบว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวนี้มักพบในอนุสัญญาภาษีซ้อนของสหราชอาณาจักร เช่น ระหว่างสหราชอาณาจักร-ฝรั่งเศส (19 มิถุนายน ค.ศ. 2008) สหราชอาณาจักร-จีน (27 มิถุนายน ค.ศ.2011) สหราชอาณาจักร-ออสเตรเลีย (21 สิงหาคม ค.ศ.2003) สหราชอาณาจักร-สหรัฐอเมริกา (24 กรกฎาคม ค.ศ.2001) พิธีสารของอนุสัญญาสหราชอาณาจักร-

CHULALONGKORN UNIVERSITY

---

\*“The provisions of this Article shall not apply if it was the main purpose or one of the main purposes of any person concerned with the creation or assignment of the rights in respect of which the income is paid to take advantage of this Article by means of that creation or assignment.” (ข้อ 10(7) เงินปันผล อนุสัญญาภาษีซ้อนสหราชอาณาจักร-จีน (27 มิถุนายน ค.ศ.2011))

\*\*“11. No relief shall be available under this Article if it was the main purpose or one of the main purposes of any person concerned with the assignment of the dividends or distributions, the creation or assignment of the shares or other rights in respect of which the dividends or distributions are paid, or the establishment, acquisition or maintenance of the company which is the beneficial owner of the dividends or distributions or the conduct of its operations to take advantage of this Article.” (ข้อ 10(11) เงินปันผล อนุสัญญาภาษีซ้อนออสเตรเลีย-ญี่ปุ่น (31 มกราคม ค.ศ.2008))

เบลเยียม (24 มิถุนายน ค.ศ.2009) นอกจากนี้ ยังพบในอนุสัญญาภาษีซ้อนออสเตรเลีย-ญี่ปุ่น (31 มกราคม ค.ศ.2008) แต่มีข้อความที่ต่างออกไปเล็กน้อย

อนึ่ง หากเราได้นำเนื้อความของบททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก (Main Purpose Test) ตามที่แสดงข้างต้นมาเปรียบเทียบกับกฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test rule (PTT rule)) ภายใต้แผนการดำเนินการเรื่องการกร่อนของฐานภาษี และการโยกย้ายกำไร (Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS Action Plan)) แล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งสองบททดสอบเป็นไปในทางเดียวกันและสะท้อนหลักการการรับมือกับการเลี่ยงใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่เหมือนกัน อันสรุปต่อมาได้ว่าหลักการของกฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test rule (PTT rule)) ที่ OECD เสนอในแผนการดำเนินการดังกล่าวก็มีการนำมาบังคับใช้กันอยู่แล้วในอนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับแต่อาจมีความแตกต่างกันไปบ้างในรายละเอียด

#### (4) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ประกอบกับเงื่อนไขเกี่ยวกับบริษัทส่งผ่าน (conduit company)

อนุสัญญาภาษีซ้อนตามแนวคิดนี้เป็นอนุสัญญาที่นำข้อบทเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์มาปรับใช้ร่วมกับหลักเรื่องบริษัทส่งผ่าน (conduit company) กล่าวคือ การมีคุณสมบัติเป็นเจ้าของผลประโยชน์นั้นยังไม่เพียงพอแต่ต้องผ่านเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าจะต้องไม่เป็นกรณีของการจัดวางโครงสร้างธุรกรรมแบบบริษัทส่งผ่านอีกด้วย จึงจะมีสิทธิได้รับการบรรเทาภาระภาษีตามข้อบทที่เกี่ยวข้องนั้น แนวทางนี้พบในอนุสัญญาภาษีซ้อนสหราชอาณาจักร-สหรัฐอเมริกา (24 กรกฎาคม ค.ศ. 2001) เป็นต้น

ตัวอย่างข้อความของวรรคที่เกี่ยวกับข้อยกเว้นเรื่องบริษัทส่งผ่านมีดังนี้

“บทบัญญัติของข้อนี้จะไม่นำมาใช้บังคับในกรณีของเงินปันผลที่จ่ายภายใต้หรือเป็นส่วนหนึ่งของการวางโครงสร้างบริษัทส่งผ่าน”<sup>19</sup>

ทั้งนี้ ตามคำอธิบายทางเทคนิค คำว่า “โครงสร้างบริษัทส่งผ่าน” นั้นมีนิยามตามข้อ 3 (นิยามทั่วไป) วรรคหนึ่ง ข้อ (เอ็น) โดยสหรัฐอเมริกาจะตีความกฎนี้ร่วมกับและเป็นไปตามกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา<sup>20</sup> ทั้งนี้ ตามข้อ 3 (นิยามทั่วไป) วรรคหนึ่ง ข้อ (เอ็น) นั้นได้ให้นิยามคำว่า “โครงสร้างบริษัทส่งผ่าน” ไว้ว่า

<sup>19</sup> ข้อ 10(9) เงินปันผล อนุสัญญาภาษีซ้อนสหราชอาณาจักร-สหรัฐอเมริกา

<sup>20</sup> US Department of the Treasury, Technical explanation of the convention between the government of the United States of America and the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal

“คือธุรกรรมหรือชุดของธุรกรรม

- (ก) ที่วางโครงสร้างไว้ในลักษณะที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาที่มีสิทธิที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ของอนุสัญญาฯ ได้รับเงินได้ที่เกิดในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งแต่ผู้มีถิ่นที่อยู่นั้นได้จ่ายไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมซึ่งเงินได้ดังกล่าวทั้งหมดหรือเกือบทั้งหมด (ไม่ว่าในเวลาใดและไม่ว่าในรูปแบบใด) ให้กับบุคคลอื่นผู้ซึ่งไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาและผู้ซึ่ง - หากว่าได้รับเงินได้ดังกล่าวโดยตรงจากรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง - จะไม่มีสิทธิจะได้รับสิทธิประโยชน์ของอนุสัญญาระหว่างรัฐที่บุคคลดังกล่าวมีถิ่นที่อยู่กับรัฐผู้ทำสัญญาที่เกิดเงินได้ หรือได้รับสิทธิประโยชน์ที่เกี่ยวกับเงินได้ดังกล่าวในทางอื่นซึ่งเท่าเทียมกับเป็นประโยชน์กว่าสิทธิประโยชน์ที่มีอยู่ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนนี้ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งมีสิทธิได้รับ และ
- (ข) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์ที่เพิ่มขึ้นตามที่มีอยู่อนุสัญญาภาษีซ้อนนี้”<sup>21</sup>

ดังนั้น จากข้างต้น ข้อบทเหล่านี้จึงเป็นการให้อำนาจหน่วยจัดเก็บภาษีหรือสรรพากรของรัฐผู้ทำสัญญามาพิจารณาว่ากรณีตามข้อเท็จจริงเป็นกรณีของการใช้โครงสร้างบริษัทส่งผ่าน (ตามนิยาม) หรือไม่ และหากเป็นก็สามารถปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนได้

**(5) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่บังคับใช้ทั้งหลักเจ้าของผลประโยชน์และการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits)**

ดังที่ปรากฏข้างต้น การประยุกต์การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแนวทางต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วนั้นล้วนแต่เป็นการปรับปรุงหลักดังกล่าวโดยการเพิ่มเงื่อนไขหรือบททดสอบเข้าไปในข้อเดียวกับข้อบทของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์อยู่ทั้งสิ้น กล่าวคือ เป็นการเพิ่มวรรคเข้าไปในข้อบทเดียวกันอันเป็นแนวทางที่เห็นได้ชัดเจนวาทดสอบและเงื่อนไขที่เพิ่มเติมเข้ามานี้จะนำมาใช้กับข้อบทที่มีการเพิ่มเติม (คือข้อบทที่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์) เท่านั้น แต่แนวทางการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแนวทางที่ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงต่อไปไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติมเข้าไปที่ข้อบทที่เกี่ยวข้องที่มีหลักดังกล่าว (เช่น ข้อบทเรื่องเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ) โดยตรง แต่เป็นกรณีที่อนุสัญญาภาษีซ้อนได้มีการบรรจุข้อบทด้านมาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบมาตรการหนึ่งคือการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits หรือ LOB) มาไว้ในอนุสัญญาแต่ไม่ได้นำมาไว้ในข้อบทที่มีหลักเจ้าของ

evasion with respect to taxes on income and on capital gains [Online]. Source

<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/teus-uk.pdf>, p. 45.

<sup>21</sup>Ibid., p. 6.

ผลประโยชน์เท่านั้น แต่เป็นการเพิ่มข้อดังกล่าวไปเป็นข้อใหม่ในอนุสัญญาซึ่งทำให้ข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ไม่ได้ใช้กับหลักเจ้าของผลประโยชน์เท่านั้น แต่นำมาใช้กับข้ออื่นๆ ด้วย แม้กระนั้นก็ตาม ผู้วิจัยก็เห็นว่า แนวทางนี้ก็จะเป็นแนวทางการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ที่ต่างออกไปอีกแนวทางหนึ่งอันเป็นการบังคับใช้หลักดังกล่าวประกอบกับบททดสอบการเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์อีกชั้นหนึ่ง ดังนั้น จึงสมควรต้องนำมากล่าวถึงไว้ด้วย

อย่างไรก็ดี เนื่องจากหัวข้อของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่ได้มุ่งเน้นไปที่รายละเอียดหรือเนื้อหาของมาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในแต่ละมาตรการอันรวมถึงการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits หรือ LOB) ประกอบกับข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ดังกล่าวก็มีความแตกต่างออกไปในอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่ละฉบับ ผู้วิจัยจึงจะไม่บรรยายถึงมาตรการนี้ลงไปรายละเอียดนี้ แต่ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงการจำกัดสิทธิประโยชน์โดยคร่าวๆ และความสัมพันธ์ของมาตรการดังกล่าวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์เท่านั้น

การจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits หรือ LOB) นั้นไม่ได้มีอยู่ในบทบัญญัติของอนุสัญญาต้นแบบ (Model Tax Convention) ของทั้ง OECD และองค์การสหประชาชาติ\*แต่มักพบอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนของสหรัฐอเมริกาโดยสหรัฐอเมริกานำข้อบทดังกล่าวมาบรรจุไว้ในข้อ 22 ของอนุสัญญาต้นแบบฉบับปีค.ศ.2006 ของตน (United States Model Income Tax Convention)\*\* ดังนั้น เรามักจะพบข้อบทดังกล่าวนี้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนของสหรัฐอเมริกาอยู่เสมอๆ

ตามคำอธิบายทางเทคนิคของสหรัฐอเมริกา (Technical Explanation)\*\*\* นั้น ข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ “ประกอบด้วยบทบัญญัติต่อต้านการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่สาม[ที่ไม่ใช่ภาคีของอนุสัญญาภาษีซ้อน]เข้ามาใช้สิทธิประโยชน์จากข้อตกลงต่างตอบแทนระหว่างรัฐผู้ทำสัญญา โดยทั่วไป บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ขึ้นอยู่กับพิจารณาวัตถุประสงค์หรือเจตนาแต่เป็นการกำหนดกลุ่มของบททดสอบเชิงวัตถุประสงค์ (Series of objective tests) ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งที่ผ่านหนึ่งในบททดสอบดังกล่าวจะ

---

\*แม้ใน 2014 OECD Model ก็ยังมีได้นำข้อการจำกัดสิทธิประโยชน์มาใส่ไว้ใน Model Tax Convention เป็นมาตรฐานเช่นกัน

\*\*ผู้วิจัยกำลังอ้างถึง United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006

\*\*\*ผู้วิจัยกำลังอ้างถึง United States Model Technical Explanation Accompanying the United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006

ได้รับสิทธิประโยชน์โดยไม่คำนึงถึงแรงจูงใจของผู้มีถิ่นที่อยู่นั้นในการเลือกใช้โครงสร้างทางธุรกิจหนึ่งๆ”<sup>22</sup>

จากข้างต้น เมื่อสิทธิประโยชน์ภายใต้ข้อบทเรื่องเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ (และข้ออื่นๆ) นั้นอยู่ภายใต้บังคับของข้อ 22 การจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) ดังนั้น เมื่อผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญา (รัฐถิ่นที่อยู่) เป็น “เจ้าของผลประโยชน์” ในเงินได้ (เช่น เงินปันผล) แล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อว่าเข้าเงื่อนไขที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนภายใต้ข้อการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) อย่างน้อยหนึ่งข้อหรือไม่ หากเข้าเงื่อนไขอย่างน้อยหนึ่งข้อ จึงจะมีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ตามข้อบทที่เกี่ยวข้องนั้นๆ<sup>23</sup> ดังนั้น จึงกล่าวโดยสรุปในความสัมพันธ์ระหว่างหลักเจ้าของผลประโยชน์กับข้อการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) ในแง่การป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่อาศัยแนวคิดนี้ได้ว่า หลักเจ้าของผลประโยชน์ต้องนำมาใช้ร่วมกับข้อการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) โดยผู้ได้รับเงินจะต้องผ่านเงื่อนไขการเป็นเจ้าของผลประโยชน์ และเมื่อผ่านแล้วก็ต้องมาพิจารณาต่อว่าเข้าเงื่อนไขข้อการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) หรือไม่อีกขั้นตอนหนึ่ง หากผ่านการทดสอบทั้งสองข้อ จึงจะมีสิทธิเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นๆ

#### **(6) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่บังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นข้อบททั่วไป**

อนุสัญญาภาษีซ้อนกลุ่มนี้ได้บัญญัติหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นข้อบททั่วไปที่ใช้กับทุกข้อบทของอนุสัญญาภาษีซ้อนกล่าวคือมีข้อบทที่ระบุไว้อย่างกว้างๆ ที่ใช้กับทุกเงินได้ว่าสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะนำมาบังคับใช้ได้เฉพาะกับเจ้าของผลประโยชน์เท่านั้น ซึ่งอาจมีข้อข้อที่ต่างกันไปในแต่ละอนุสัญญา ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าอนุสัญญาเหล่านี้ก็มักจะยังคงไว้ซึ่งหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ในข้อเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ (หรือแม้กระทั่งขยายหลักดังกล่าวไปเงินได้ประเภทอื่นๆ โดยเฉพาะเจาะจง) ไว้ด้วย กล่าวคือหลักเจ้าของผลประโยชน์ปรากฏทั้งในรูปแบบของหลักเฉพาะในข้อบทบางข้อและในรูปแบบของหลักทั่วไปที่ใช้กับอนุสัญญาทั้งฉบับ

<sup>22</sup>US Department of the Treasury, United States model income tax convention of November 15, 2006 [Online],2006. Source <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/hp16802.pdf>, pp. 63-64.

<sup>23</sup>Ibid., pp.39-44.

ตัวอย่างของอนุสัญญาเหล่านี้ เช่น วรรคหนึ่งของพิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนปากีสถาน-สเปน (2 มิถุนายน 2010)\* วรรคสี่ของพิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนโครเอเชีย-อิสราเอล (29 กันยายน 2006)\*\* วรรคเจ็ดของพิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนโปรตุเกส-อูรุกวัย (30 พฤศจิกายน 2009) วรรคสองของพิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนสเปน-สาธารณรัฐเชเนกัล (5 ธันวาคม 2006) เป็นต้น<sup>24</sup>

ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างของข้อความของข้อบทที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

ตัวอย่างที่ 1 วรรคหนึ่งเรื่องการได้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน (Entitlement to treaty benefits) ของพิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนปากีสถาน-สเปน (2 มิถุนายน 2010)

*“1. การได้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน*

(i) .....

(ii) เป็นที่เข้าใจว่าสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญานี้จะต้องไม่ให้แก่บุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ของเงินได้ที่ได้รับจากรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง

(iii) บทบัญญัติของข้อ 10 11 และ 12 จะไม่นำมาบังคับใช้หากว่าวัตถุประสงค์หลักหรือหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของบุคคลใดๆ ที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดหรือการโอนซึ่งหุ้นหรือสิทธิอื่น ๆ ที่มีการจ่ายเงินปันผล การก่อให้เกิดหรือการโอนซึ่งสิทธิเรียกร้องหนี้ที่มีการ



\*อนุสัญญานี้ฉบับนี้นอกจากจะยังคงไว้ซึ่งหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิแล้ว ยังได้ขยายหลักดังกล่าวไปบรรจุโดยเฉพาะเจาะจงในเงินได้ประเภทค่าธรรมเนียมสำหรับบริการทางเทคนิค (Fees for Technical Services) ยังมีข้อบททั่วไปเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์และบททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก (Main Purpose Test) ด้วย แต่ไม่มีข้อบทเรื่องข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) จึงอาจเป็นไปได้ว่าข้อบททั่วไปเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ถูกนำมาใช้ต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแทนข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) ก็เป็นไปได้

\*\*อนุสัญญานี้ฉบับนี้นอกจากจะยังคงไว้ซึ่งหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิแล้ว ยังได้ขยายหลักดังกล่าวไปบรรจุโดยเฉพาะเจาะจงในเงินได้ประเภทผลได้จากทุน ยังมีข้อบททั่วไปเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ด้วย อย่างไรก็ตาม อนุสัญญานี้ไม่มีข้อบทเรื่องข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) จึงอาจเป็นไปได้ว่าข้อบททั่วไปเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ถูกนำมาใช้ต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแทนข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) ก็เป็นไปได้

<sup>24</sup>Joanna Wheeler, "Persons qualifying for treaty benefit," in United Nations handbook on selected issues in administration of double tax treaties for developing countries, p. 79.

จ่ายดอกเบี้ย การก่อให้เกิดหรือการโอนซึ่งสิทธิที่มีการจ่ายค่าสิทธิเพื่อหาประโยชน์จากข้อเหล่านี้โดย การก่อให้เกิดหรือการโอนดังกล่าว”\*

ตัวอย่างที่ 2 วรรคสี่เรื่องเจ้าของผลประโยชน์ของพิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อน โครเอเชีย-อิสราเอล (29 กันยายน 2006)

“4. เจ้าของผลประโยชน์

เป็นที่เข้าใจว่าสิทธิประโยชน์ภายใต้สนธิสัญญานี้จะต้องไม่ให้แก่บุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของ ผลประโยชน์ของเงินได้ที่ได้รับจากรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง”\*\*

#### (7) การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์แนวทางอื่นๆ

นอกจากแนวทางต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีแนวทางอื่นๆ ที่บาง ประเทศนำมาใช้เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ในทางปฏิบัติอันมีความแตกต่างไปจากแนวทางของ OECD และองค์การสหประชาชาติ\*\*\* ดังตัวอย่างที่ผู้วิจัยจะได้ยกมาข้างล่างนี้<sup>25</sup>

\*“1. Entitlement to treaty benefits

(i) ...

(ii) It is understood that the benefits under this Convention shall not be granted to a person, which is not the beneficial owner of the items of income derived from the other Contracting State.

(iii) The provisions of Articles 10, 11 and 12 shall not apply if it was the main purpose or one of the main purposes of any person concerned with the creation or assignment of shares or other rights in respect of which the dividend is paid, the creation or assignment of the debt-claim in respect of which the interest is paid, the creation or assignment of rights in respect of which the royalty is paid to take advantage of these Articles by means of that creation or assignment.”

\*\*“4. Beneficial owner

It is understood that the benefits under this Agreement shall not be granted to a person who is not the beneficial owner of the item of income derived from the other Contracting State.”

\*\*\*เนื่องจากข้อมูลที่อ้างอิงได้เกี่ยวกับแนวทางเหล่านี้ในภาษาอังกฤษค่อนข้างมีความจำกัดอยู่มาก ดังนั้น ผู้วิจัยจึงไม่สามารถลงรายละเอียดของแนวทางดังกล่าวได้มากนัก แต่เห็นว่าหากไม่กล่าวถึงแนวทางเหล่านี้เสียเลยก็ จะทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่สมบูรณ์ ผู้ที่สนใจสามารถนำประเด็นนี้ไปค้นคว้าต่อยอดเพิ่มเติมได้

<sup>25</sup>United Nations, Concept of beneficial ownership: Discussion of key issues and proposals for changes to the UN model commentary, E/C.18/2010/CRP.9 [Online],2010. Source [http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/6STM\\_BeneficialOwnership.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/6STM_BeneficialOwnership.pdf), p. 2-12.



ประเทศจีนได้ใช้วิธีการระดับภายในประเทศโดยการออกหนังสือเวียนมาอธิบายความหมายของคำว่าเจ้าของผลประโยชน์ดังนี้

หน่วยบริหารจัดการภาษีอากรแห่งสาธารณรัฐ (The State Administration of Taxation (SAT)) ได้ออกหนังสือเวียนที่ 601 (Guoshuihan [2009] No.601 (Circular 601)) มาเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 2009 “ซึ่งระบุคำแนะนำในการตัดสินว่าผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาเป็น “เจ้าของผลประโยชน์” ในเงินได้ภายใต้สนธิสัญญาภาษีซ้อนของประเทศจีนหรือไม่ หนังสือเวียนที่ 601 นี้ออกมาเสริมหนังสือเวียนที่ออกมาก่อนหน้านี้และออกมาเพื่อทำให้การบริหารจัดการเรียกร้องสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนของจากวิสาหกิจที่ไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ (Nonresident Enterprises) โดยหนังสือเวียนที่ 601 มีประเด็นหลักๆ ดังนี้

1) เจ้าของผลประโยชน์ - หนังสือเวียนที่ 601 กำหนดว่าคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” อ้างอิงถึงบุคคลที่มีสิทธิในความเป็นเจ้าของ (Ownership) และการควบคุม (Control) เหนือเงินได้ หรือสิทธิหรือทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดเงินได้ โดยทั่วไปเจ้าของผลประโยชน์จะต้องมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญและอาจเป็นบุคคลธรรมดา บริษัท หรือกลุ่มอื่นๆ ก็ได้

2) ตัวแทน (agent) หรือบริษัทส่งผ่าน (conduit company) - หนังสือเวียนที่ 601 ระบุว่าตัวแทน (agent) หรือบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ไม่อาจถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ได้ (ดังนั้น จึงไม่สามารถได้รับสิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน) ถ้านิติบุคคลนั้นถูกพิจารณาว่าเป็นบริษัทส่งผ่าน (conduit company) และหนังสือเวียนที่ 601 ยังได้ระบุหลักการแนะนำว่านิติบุคคลประเภทใดที่หน่วยบริหารจัดการภาษีอากรแห่งสาธารณรัฐ (The State Administration of Taxation (SAT)) จะถือว่าเป็นบริษัทส่งผ่าน (conduit company) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หนังสือเวียนที่ 601 ระบุว่าโดยปกติบริษัทส่งผ่าน (conduit company) คือบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลบหลีกหรือลดภาษีหรือโอนหรือสะสมกำไร นอกจากนี้ บริษัทส่งผ่าน (conduit company) โดยทั่วไปคือบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศถิ่นที่อยู่ของตนเพียงเพื่อให้ครบเงื่อนไขตามกฎหมายของการมีถิ่นที่อยู่ทางภาษีอากรและไม่ใช้บริษัทที่มีกิจกรรมอันมีนัยสำคัญ (substantive activities) เช่น การผลิต การขาย หรือจัดการ

3) ปัจจัยเฉพาะที่ช่วยในการพิจารณาความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ - ปัจจัยดังต่อไปนี้อาจกระทบทำให้ผู้ยื่นคำขอไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์

3.1) ข้อผูกพันที่จะแบ่งสรรเงินได้ส่วนใหญ่ (เช่น มากกว่าร้อยละ 60) ไปยังผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่สามภายในเวลาที่กำหนด (เช่น ภายใน 12 เดือนจากวันที่ได้รับ)

3.2) ไม่มีหรือมีกิจกรรมทางธุรกิจน้อย

3.3) หากผู้ยื่นคำขอเป็นนิติบุคคล เช่น บริษัท ลินทรัพย์ ระดับการประกอบกิจการและจำนวนลูกจ้างไม่ได้สัดส่วนกับรายได้

3.4) ผู้ยื่นคำขอไม่มีหรือมีสิทธิควบคุมและสิทธิในการตัดสินใจน้อยและไม่แบกรับความเสี่ยงใดๆ

3.5) เงินได้ของผู้ยื่นคำขอไม่ต้องเสียภาษีหรือ ถ้าต้องเสียภาษีก็น้อยในอัตราภาษีที่แท้จริงต่ำ (Low Effective Tax Rate)

3.6) ในกรณีของเงินได้ประเภทดอกเบี้ย ปรากฏว่ามีสัญญากู้ยืมหรือฝากเงินระหว่างผู้ยื่นคำขอกับบุคคลที่สามซึ่งมีเงื่อนไข (ได้แก่ จำนวน อัตราดอกเบี้ย วันลงนาม) คล้ายหรือใกล้เคียงกับสัญญากู้ยืมที่มีการได้รับดอกเบี้ย

3.7) ในกรณีของเงินได้ประเภทค่าสิทธิ ปรากฏว่ามีสัญญาให้สิทธิหรือสัญญาโอนสิทธิระหว่างผู้ยื่นคำขอกับบุคคลที่สามซึ่งมีเงื่อนไข คล้ายหรือใกล้เคียงกับสัญญาที่มีการได้รับค่าสิทธิ

4) เมื่อผู้เสียภาษียื่นขอใช้สิทธิประโยชน์ภายใต้สนธิสัญญาภาษีซ้อน ผู้เสียภาษีจะต้องแสดงเอกสารต่อเจ้าหน้าที่เพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตนว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์และไม่ตกอยู่ในปัจจุบันดังกล่าวมาข้างต้น

จากข้างต้น ดูเหมือนว่าหนังสือเวียนที่ 601 จะอาศัยหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบที่ปรากฏในหลักเจ้าของผลประโยชน์ของ OECD มาเป็นพื้นฐานแต่มีปัจจัยในการปฏิเสธการเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในกรณีของบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ที่กว้างกว่าของ OECD นอกจากนี้ หนังสือเวียนที่ 601 ดูเหมือนจะนำหลักของการต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Anti-Avoidance Concept) มาใช้ในการพิจารณาความเป็นเจ้าของผลประโยชน์อีกด้วย<sup>26</sup> ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าหนังสือเวียนที่ 601 กว้างกว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ของ OECD และอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนแก่ผู้เสียภาษีที่ไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่และการวิเคราะห์จะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและสถานการณ์เป็นกรณีๆ ไป<sup>27</sup>

<sup>26</sup>Leonard Khaw, Hong Ye, and David Mcguigan, "SAT issues guidance on definition of "beneficial owner" in China's tax treaties," *Deloitte Tax Analysis*, No. P91/2009 (November 2009): 1-5.

<sup>27</sup>Andrew Choy et al., "China's new "beneficial owner" definition-more challenges for existing structures," *Journal of International Taxation* 21, 2 (February 2010): 9-10.

นอกจากนี้ “หนังสือเวียนที่ 601 ดูราวกับจะเน้นว่าเจ้าของผลประโยชน์จะต้องมีส่วนในกิจกรรมอย่างมีนัยสำคัญซึ่งจะก่อให้เกิดความท้าทายกับบริษัทโฮลดิ้งซึ่งโดยทั่วไปจะไม่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมการผลิต หรือขายหรือบริการ แต่จะลงทุนเท่านั้น”<sup>28</sup>

ในวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 2012 หน่วยบริหารจัดการภาษีอากรแห่งสาธารณรัฐ (The State Administration of Taxation (SAT)) ได้ออกประกาศที่ 30 (Bulletin [2012] No. 30 (Bulletin 30)) เพื่อขยายความบททดสอบการเป็นเจ้าของผลประโยชน์เพื่อประโยชน์ทางอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีอยู่ในหนังสือเวียนที่ 601 ซึ่งช่วยให้ผู้เสียภาษีเข้าใจมุมมองของหน่วยงานจัดเก็บภาษีของประเทศจีนในเรื่องความเป็นเจ้าของผลประโยชน์มากขึ้น<sup>29</sup>

ต่อมาในวันที่ 12 เมษายน ค.ศ. 2013 หน่วยบริหารจัดการภาษีอากรแห่งสาธารณรัฐ (The State Administration of Taxation (SAT)) ก็ได้ออกหนังสือเวียนที่ 165 (Shuizonghan [2013] No.165 (Circular 165)) ตามคำร้องขอของหน่วยงานภาษีอากร เพื่อให้คำอธิบายเกี่ยวกับการตีความสถานะของการเป็น “เจ้าของผลประโยชน์” ของบริษัทฮ่องกง 5 บริษัทในเงินปันผลภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างจีน-ฮ่องกง ซึ่งหนังสือเวียนที่ 165 ก็ได้ยืนยันจุดยืนที่ปรากฏในหนังสือเวียนที่ 601 และประกาศที่ 30 (Bulletin [2012] No. 30 ซึ่งเป็นประกาศเกี่ยวกับการพิจารณาความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อน) อย่างไรก็ตาม หนังสือเวียนที่ 165 นี้ ออกมาเฉพาะกรณีจึงไม่แน่นอนว่าจะนำไปใช้ในกรณีอื่นเป็นการทั่วไปหรือไม่<sup>30</sup>

นอกจากประเทศจีนแล้ว ประเทศอินโดนีเซียก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีมาตรการระดับภายในประเทศเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ โดยอธิบดีภาษีอากร (Director General of Taxes (DGT)) ได้ออกกฎเลขที่ PER-61/PJ/2009 และ PER-62/PJ/2009 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน ค.ศ. 2009 ซึ่งต่อมาถูกแก้ไขโดย PER-24/PJ/2010 และ PER-25/PJ/2010 ลงวันที่ 30

---

<sup>28</sup>Leonard Khaw, Hong Ye, and Helen Cheng, "SAT issues guidance on beneficial ownership of dividends under tax arrangement with Hong Kong," Deloitte Tax Analysis, P180/2013 (May 2013): 1-5.

<sup>29</sup>Samuel Y. C. Chan and Daniel K. C. Cheung, "Beneficial ownership in China's corporate income tax regime," The International Tax Journal 39, 2 (March–April 2013): 35.

<sup>30</sup>David Kuo et al., "China circular on beneficial owner status," Journal of International Taxation 24, 8 (August 2013): 16.

เมษายน ค.ศ. 2010 เพื่อให้คำแนะนำเกี่ยวกับการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนและการป้องกันการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ โดยในกฎทั้งสองดังกล่าวมีหลักการดังต่อไปนี้<sup>31</sup>

- 1) สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะบังคับใช้เฉพาะกรณีต่อไปนี้
  - 1.1) ผู้รับเงินได้ไม่ใช่ผู้เสียภาษีท้องถิ่นสัญชาติอินโดนีเซีย (Domestic Indonesian tax payer)
  - 1.2) เงื่อนไขทางการบริหารเพื่อการบังคับใช้บทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนได้ดำเนินการครบถ้วนแล้ว
  - 1.3) ผู้เสียภาษีต่างชาตินั้นเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ที่มีแหล่งเงินได้ในอินโดนีเซีย
- 2) บุคคลที่จะอ้างสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะต้องยื่นหนังสือรับรองภูมิลำเนา (Certificate of Domicile (COD)) มีรูปแบบที่กำหนด
- 3) ในกรณีที่มีความแตกต่างระหว่างรูปแบบทางกฎหมาย (Legal form) ของโครงสร้างกับสาระสำคัญทางเศรษฐกิจ (Economic substance) ภาษีจะเป็นไปตามสาระสำคัญทางเศรษฐกิจ
- 4) จะถือว่ามีการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Abuse) ในกรณีต่อไปนี้
  - 4.1) ธุรกิจไม่มีสาระสำคัญทางเศรษฐกิจ (Economic substance) และถูกจัดวางเพียงเพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์ทางอนุสัญญาภาษีซ้อน
  - 4.2) ธุรกิจมีโครงสร้างซึ่งมีรูปแบบทางกฎหมาย (Legal form) ต่างจากสาระสำคัญทางเศรษฐกิจ (Economic substance) ซึ่งมีการวางแผนมาเพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์ทางอนุสัญญาภาษีซ้อนเท่านั้น
  - 4.3) ผู้รับเงินได้ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ของประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเงินได้และตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) และบริษัทส่งผ่าน (Conduit company) ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์
- 5) บททดสอบความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ (Beneficial Owner Test) จะนำมาใช้เฉพาะในเงินได้ที่อนุสัญญาภาษีซ้อนกำหนดเงื่อนไขเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ไว้เท่านั้น<sup>32</sup>

<sup>31</sup>Taxand, Concept of 'beneficial ownership' [Online], 19 February 2016. Source [http://www.taxand.com/sites/default/files/taxand/portal-documents/Training/Taxand-Asia-Senior-School/Nov2014/5\\_tass\\_2014\\_-\\_beneficial\\_ownership.pdf](http://www.taxand.com/sites/default/files/taxand/portal-documents/Training/Taxand-Asia-Senior-School/Nov2014/5_tass_2014_-_beneficial_ownership.pdf)

<sup>32</sup>Ibid.

จะเห็นได้จากข้างต้นว่า ประเทศอินโดนีเซียมีแนวทางของการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ด้วยการออกกฎระเบียบภายในประเทศออกมาเพิ่มเติมไปจากบทบัญญัติในอนุสัญญาภาษีซ้อน แต่ไม่ได้มีความกว้างดังเช่นของประเทศจีน เช่น ประเทศอินโดนีเซียไม่ได้ขยายหลักดังกล่าวไปเงินได้ประเภทอื่นๆ ที่อนุสัญญาภาษีซ้อนไม่ได้มีหลักดังกล่าวไว้ กล่าวคือ หลักดังกล่าวไม่ได้มีบทบังคับแบบทั่วไปนั่นเอง

### 3.2.1.2 จำแนกตามประเภทเงินได้ที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้

การจำแนกกลุ่มของอนุสัญญาภาษีซ้อนตามหลักเกณฑ์ข้อสองนี้เป็นการจำแนกกลุ่มอนุสัญญาว่ามีการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้บังคับในเงินได้ประเภทใดบ้าง โดยสามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มดังนี้

#### (1) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่บังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์กับเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิเท่านั้น

แนวทางการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์แนวทางแรกเป็นแนวทางมาตรฐานที่เป็นไปตามอนุสัญญาต้นแบบ (Model Tax Convention) ของ OECD\* และองค์การสหประชาชาติในส่วนของประเภทเงินได้ที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้บังคับ กล่าวคือ อนุสัญญาภาษีซ้อนเหล่านี้นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ (โดยมากเป็นข้อ 10 11 และ 12 ตามลำดับ) ดังที่ปรากฏในอนุสัญญาต้นแบบ (Model Tax Convention) เท่านั้น โดยไม่ได้มีการขยายบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักดังกล่าวไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ อนุสัญญาภาษีซ้อนเหล่านี้ก็เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนสหราชอาณาจักร-เบลเยียม (1 มิถุนายน ค.ศ. 1987) พิธีสารลงนามวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ.2009) อนุสัญญาภาษีซ้อนสิงคโปร์-ญี่ปุ่น (9 เมษายน ค.ศ.1994) อนุสัญญาภาษีซ้อนสิงคโปร์-อินโดนีเซีย (8 พฤษภาคม ค.ศ.1990) เป็นต้น

#### (2) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ขอบเขตของอนุสัญญาขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ

แนวทางการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์แนวทางที่สองนี้ เป็นกรณีที่อนุสัญญาภาษีซ้อนได้ขยายขอบเขตเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบรรจุในบทบัญญัติเกี่ยวกับเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกเหนือไปจากเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิด้วย อันเป็นการขยายขอบเขตทางด้านประเภทของเงินได้มากกว่าอนุสัญญาต้นแบบ (Model Tax Convention) ของ OECD และองค์การสหประชาชาติ ทั้งนี้ คงเป็นเพราะว่ารัฐผู้ทำสัญญาเกรงว่าจะมีการเลือกใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในเงินได้ประเภทเหล่านั้นและเห็นว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็น

---

\*ไม่ว่าจะเป็นฉบับปีค.ศ. 2010 หรือ 2014 ก็ตาม อนุสัญญาต้นแบบของ OECD ก็นำหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปใช้กับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิเท่านั้น

มาตรการที่เหมาะสมมาตรการหนึ่งที่จะนำมารับมือกับการกระทำดังกล่าว รัฐผู้ทำสัญญาจึงได้ขยายหลักนี้ไปยังข้อบทเกี่ยวกับเงินได้เหล่านั้น

## (2.1) ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ บางประเภทเงินได้

อนุสัญญาภาษีซ้อนเหล่านี้ขยายข้อบทเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบรรจุในบทบัญญัติเกี่ยวกับเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกเหนือไปจากเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ แต่ขยายไปในเงินได้บางประเภทเท่านั้น ดังที่พบในอนุสัญญาภาษีซ้อนของออสเตรเลีย-จีน (17 พฤศจิกายน ค.ศ.1988)\* สหราชอาณาจักร-จีน (27 มิถุนายน ค.ศ.2011 พิธีสารลงนามวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2013)\*\* อนุสัญญาต้นแบบของสหรัฐอเมริกาฉบับปีค.ศ. 2006\*\*\* เป็นต้น อนึ่ง ข้อ (2.1) นี้จะพูดถึงบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนเท่านั้น ในความเป็นจริงอาจมีบทบัญญัติภายในประเทศที่ทำให้หลักเจ้าของผลประโยชน์ขยายออกไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ ด้วยก็เป็นได้

คำอธิบายทางเทคนิคของอนุสัญญาต้นแบบของสหรัฐอเมริกาฉบับปี ค.ศ. 2006 อธิบายว่าวรรคหนึ่งของข้อ 21 จงใจใช้ข้อความว่า “บรรดารายการเงินได้ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งเป็นบุคคลผู้ได้รับผลประโยชน์” (“Items of income beneficially owned by a resident of a Contracting State”) แทนที่จะเป็น “บรรดารายการเงินได้ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง” (“items of income of a resident of a Contracting State”) อย่างที่อนุสัญญาต้นแบบของ OECD ใช้ก็เพื่อให้เข้าใจอย่างชัดเจนว่าสิทธิแต่ผู้เดียวในการเก็บภาษีของรัฐถิ่นที่อยู่ นั้นจะนำมาใช้ก็เฉพาะเมื่อผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้นั้น (คำ

\*เงินได้อื่นๆ (Other Income) ส่วนเงินได้ประเภทกำไรธุรกิจใช้คำว่า “beneficially entitled” เพราะออสเตรเลียได้ขอขยายความไว้ว่าเป็นเพราะเหตุกฎหมายทรัพย์สินของออสเตรเลียเท่านั้น ดังนั้นจึงไม่อยู่ภายใต้ความหมายและวัตถุประสงค์ของหลักเจ้าของผลประโยชน์ที่กำลังศึกษาอยู่นี้ ทั้งนี้ โดยนัยของคำอธิบายทางเทคนิคของอนุสัญญาภาษีซ้อนออสเตรเลีย-สหรัฐอเมริกา ค.ศ. 2001 (Us Department of the Treasury, Technical explanation of the protocol between the government of the United States of America and the government of Australia signed at Canberra on September 27, 2001, amending the convention between the United States of America and Australia with respect to taxes on income signed at Sydney on August 6, 1982 [Online],2001. Source <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/teaustra.pdf>.)

\*\*เงินได้ประเภทเงินได้อื่นๆ (Other Income)

\*\*\*อนุสัญญาต้นแบบของสหรัฐอเมริกาฉบับปีค.ศ.2006 ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปข้อ 17 เรื่องเงินบำนาญ สวัสดิการสังคม เบี้ยรายปี เงินค่าเลี้ยงดู เงินค่าอุปการะบุตร (Article 17 Pensions, Social Security, Annuities, Alimony, and Child Support) และข้อ 21 เงินได้อื่นๆ (Article 21 Other Income)

ว่า “ผู้ได้รับผลประโยชน์” (“beneficially owned”) ไม่ได้นิยามไว้ในอนุสัญญาจึงมีความหมายตามกฎหมายภายในของรัฐแหล่งเงินได้) ดังนั้น รัฐแหล่งเงินได้ยังมีสิทธิเก็บภาษีได้อยู่หากมีการจ่ายเงินได้ไปยังผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเพียงเล็กน้อย (nominally paid) แต่มีเจ้าของผลประโยชน์เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่สามที่ไม่ใช่รัฐคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม สิทธิประโยชน์ในการยกเว้นภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ยังคงใช้บังคับได้อยู่หากนอมินี (nominee) รับเงินได้แทนผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง<sup>33</sup>

## (2.2) ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ ทุกประเภทเงินได้

อนุสัญญาภาษีซ้อนเหล่านี้ขยายขอบทเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบรรจุในบทบัญญัติเกี่ยวกับเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกเหนือไปจากเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ และขยายไปในเงินได้ทุกประเภท ทั้งนี้ ดังที่ได้ยกมาแล้วข้างต้น อนุสัญญาเหล่านี้ไม่ได้ใช้วิธีการนำคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไปสอดแทรกไว้ในขอบทเกี่ยวกับเงินได้ทุกประเภท แต่ใช้วิธีการบัญญัติหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นขอบททั่วไปที่ใช้กับสิทธิประโยชน์ทั้งหมดภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนอันส่งผลให้หลักดังกล่าวนำไปใช้กับเงินได้ทุกประเภท เช่น พิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อน ปากีสถาน-สเปน (2 มิถุนายน 2010)\* พิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อน โครเอเชีย-อิสราเอล (29 กันยายน 2006)\*\* พิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อน โปรตุเกส-อูรุกวัย (30 พฤศจิกายน 2009) พิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อน สเปน-สาธารณรัฐเชเนกัล (5 ธันวาคม 2006) เป็นต้น

<sup>33</sup>US Department of the Treasury, United States model technical explanation accompanying the United States model income tax convention of November 15, 2006, p. 62.

\*ดังที่กล่าวมาแล้ว นอกจากมีขอบททั่วไปเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์เอาไว้ต่างหากแล้ว อนุสัญญาฉบับนี้ยังคงไว้ซึ่งหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิและยังได้ขยายหลักดังกล่าวไปบรรจุโดยเฉพาะเจาะจงในเงินได้ประเภทค่าธรรมเนียมสำหรับบริการทางเทคนิค (Fees for Technical Services) อีกด้วย

\*\*เช่นเดียวกัน นอกจากมีขอบททั่วไปเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์เอาไว้ต่างหากแล้ว อนุสัญญาฉบับนี้ยังคงไว้ซึ่งหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิและยังได้ขยายหลักดังกล่าวไปบรรจุโดยเฉพาะเจาะจงในเงินได้ประเภทผลได้จากทุนอีกด้วย (ทั้งนี้ ข้อ 13(6) บัญญัติว่า “6. Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of any property other than that referred to in paragraphs 1, 2, 3, 4 and 5, shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident, if that resident is the beneficial owner of the property on which the capital gains derived.”)

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แนวทางต่างๆ ที่ผู้วิจัยได้บรรยายมานั้นสามารถนำมาใช้ร่วมกันได้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับต่างๆ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การผสมผสานหลายๆ แนวทางเช่นนี้ย่อมทำให้มาตรการต่อต้านการเลือกใช้อ่อนสัญญาโดยมิชอบโดยอาศัยหลักเจ้าของผลประโยชน์มีความรัดกุมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างออสเตรเลียและญี่ปุ่น (31 มกราคม ค.ศ. 2008)<sup>34</sup> ที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้พร้อมทั้งกำหนดเงื่อนไขของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ประกอบกับบททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก (Main Purpose Test) ซึ่งปรากฏในข้อ 10 รวมทั้งข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) ซึ่งปรากฏในข้อ 23 อีกด้วย ทั้งนี้ ด้วยการอาศัยบทบัญญัติทั้งหลายที่กล่าวมาจึงทำให้การที่บุคคลหนึ่งๆ จะเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ในการลดอัตราภาษีลงในข้อบทที่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์ (เงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ) ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างออสเตรเลียและญี่ปุ่นได้นั้น นอกจากจะต้องพิสูจน์การเป็นเจ้าของผลประโยชน์อันอาศัยเงื่อนไขที่อธิบายการเป็น (หรือไม่เป็น) เจ้าของผลประโยชน์แล้ว ยังต้องผ่านบททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก (Main Purpose Test) รวมทั้งข้อจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) อีกด้วย จึงจะสามารถมีสิทธิใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาดังกล่าวได้

นอกจากอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างออสเตรเลียและญี่ปุ่นแล้ว ยังมีอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับอื่นๆ ที่นำหลายวิธีการมาประกอบกัน เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนปากีสถาน-สเปน (2 มิถุนายน 2010) ที่ใช้ทั้งการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ (ค่าธรรมเนียมสำหรับบริการทางเทคนิค (Fees for Technical Services)) การมีบทบัญญัติทั่วไปเรื่องเจ้าของผลประโยชน์และบททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลักประกอบกัน อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนปากีสถาน-สเปนไม่ได้นำหลักการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) มาใช้ ดังนั้นจึงดูเหมือนว่าทั้งสองรัฐนี้ให้ความสำคัญกับบททดสอบเชิงอัตวิสัย (Subjective) มากกว่าวัตถุวิสัย (Objective) หรืออาจเป็นไปได้ว่ามีมาตรการอื่นๆ ที่พอเหมาะอยู่แล้วไม่ว่าจะเป็นมาตรการภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนหรือภายในประเทศ\*

<sup>34</sup>Convention Between Australia and Japan for the Avoidance Of Double Taxation and The Prevention of Fiscal Evasion with Respect To Taxes on Income signed on January 31, 2008

\*ผู้วิจัยไม่ได้ศึกษาอนุสัญญาภาษีซ้อนปากีสถาน-สเปนในประเด็นการต่อต้านการหลีกเลี่ยงภาษีโดยมิชอบอื่นๆ รวมทั้งกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ดังนั้น ผู้ที่สนใจสามารถทำการศึกษาวิจัยต่อไปได้



### 3.2.2 ตัวอย่างการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแง่การตีความของหน่วยจัดเก็บภาษีและศาล\*

ดังที่ผู้วิจัยจะได้แสดงให้เห็นในหัวข้อนี้ แม้ว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์จะมีปรากฏในอนุสัญญาภาษีซ้อนมาเป็นเวลานานแล้ว แต่คำพิพากษาของศาลของประเทศต่างๆ เกี่ยวกับการตีความและการบังคับใช้หลักดังกล่าวนี้ก็กลับมีไม่มากนักและมีหลายกรณีที่ดูเหมือนว่ายังตีความไม่สอดคล้องกันซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าเป็นเพราะข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันในรายละเอียดในแต่ละคดี และนี่ก็อาจเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาและความไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในทางภาษีระหว่างประเทศของการบังคับใช้หลักดังกล่าวอันทำให้ OECD ได้ทำการแก้ไขคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบในส่วนของหลักนี้และดังที่ปรากฏในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับปีค.ศ. 2014

#### 3.2.2.1 สหราชอาณาจักร

##### (1) คดี *Indofood*<sup>35</sup>

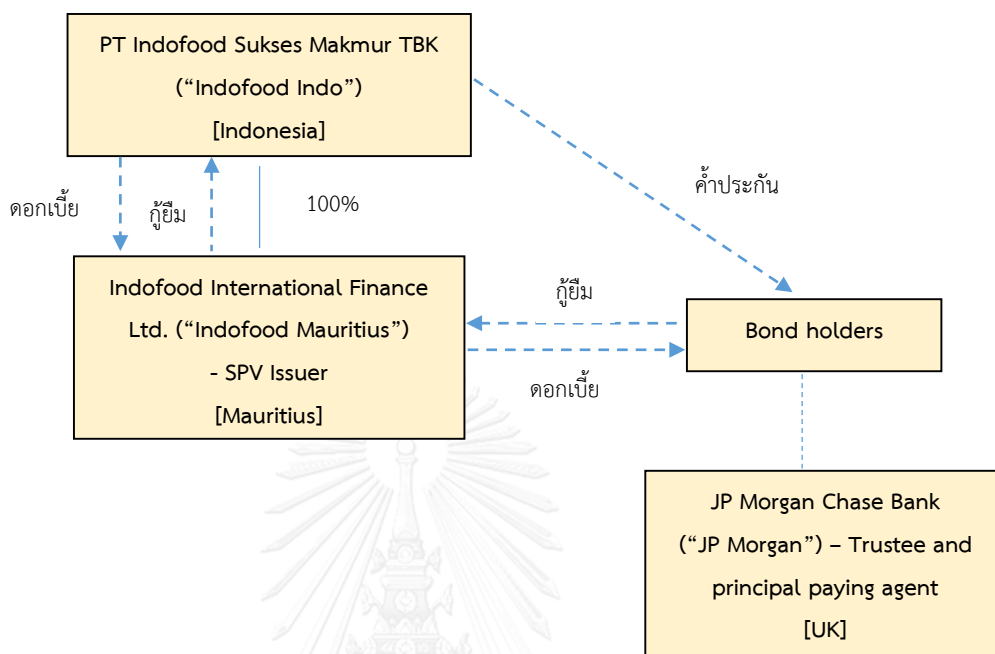
คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับการกู้เงินโดยการประกันความเสี่ยงทางการเงินตราหรือแบบคูปองแบค (back to back loan) ที่พิพาทกันระหว่างผู้ออกตั๋ว (note issuer) คือบริษัทมอริเซียสชื่อ Indofood International Finance Ltd. กับอีกฝ่ายซึ่งเป็นทรัสต์ (trustee) คือ JP Morgan Chase Bank, London Branch ในเรื่องเงื่อนไขของ note issue trust deed และเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายอังกฤษ ซึ่งคดีนี้ได้ขึ้นมาสู่ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษ (English Court of Appeal) ก็เพราะข้อสัญญาเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับในตั๋วกู้ยืม (loan note) อันรวมถึงข้อสัญญาเรื่องการไถ่ถอนตัวนั้นเป็นกฎหมายอังกฤษ โดยประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่ศาลต้องพิจารณาอันเกี่ยวข้องกับประเด็นของวิธานนิพนธ์ฉบับนี้ก็คือ บริษัทที่จัดตั้งขึ้นในเนเธอร์แลนด์ที่เป็นนิติบุคคลเฉพาะกิจ (Special Purpose Vehicle (SPV)) จะถือว่าเป็น “เจ้าของผลประโยชน์” ในดอกเบี้ยที่ Indofood International Finance Ltd. จ่ายภายใต้ข้อ 11(2) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์หรือไม่

\*ยกมาเพียงบางคำพิพากษาที่ค่อนข้างใหม่และมีความสำคัญเท่านั้น

<sup>35</sup>[2006] EWCA Civ 158; Court of Appeal, 2nd March 2006, (2006) 8 ITLR 653; [2006] STC 1195.

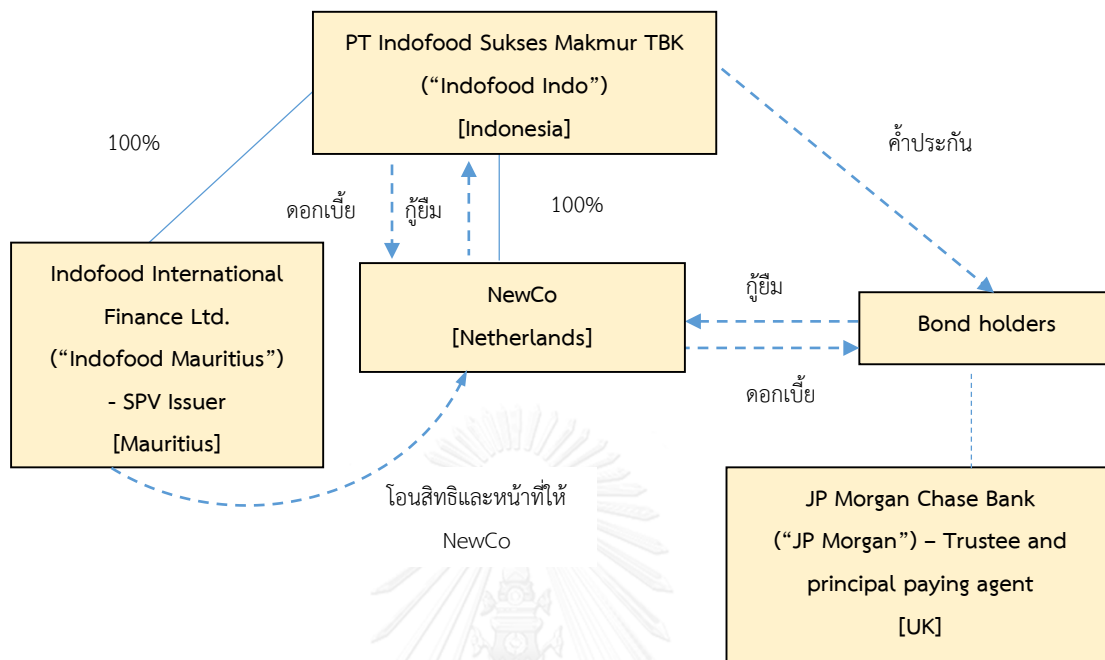
(1.1) ข้อเท็จจริงโดยย่อ<sup>36</sup>

โครงสร้างที่มีอยู่



<sup>36</sup>Philip Baker, "Beneficial owner: After Indofood," *GITC Review*, 1: 18-21; PricewaterhouseCoopers, *Conduit companies and the Indofood case* [Online], Source [http://pwc.blogs.com/finance\\_and\\_treasury/2006/04/conduit-companies-and-the-indofood-case.html](http://pwc.blogs.com/finance_and_treasury/2006/04/conduit-companies-and-the-indofood-case.html); Michael McGowan, "Indofood court expands interpretation of beneficial ownership," *Tax Notes International* 42, 13 (June 2006): 1091; Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, *Indofood decision: UK tax authorities' guidance on treaty claims* [Online], 5 March 2016. Source <http://www.cgsh.com/files/News/7e00b3a3-f952-4cc4-bff3-73532baab639/Presentation/NewsAttachment/08ca5a2e-3584-42e7-a983-755ac994fc41/Indofood.pdf>; Philip Baker, "United Kingdom: *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank NA*," in *Beneficial ownership: Recent trends*, eds. Michael Lang et al. (Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013), pp. 28-29.

## โครงสร้างตามสมมติฐาน



ในปี ค.ศ. 2002 บริษัทอินโดนีเซียชื่อ PT Indofood Sukses Makmur TBK ("Indofood Indo") ประสงค์จะระดมทุนแต่ประเทศอินโดนีเซียมีภาษีหัก ณ ที่จ่ายอยู่ที่ร้อยละ 20 ดังนั้น เพื่อที่จะใช้ประโยชน์จากอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายที่ร้อยละ 10 ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและมอริเชียส Indofood Indo จึงได้ตั้งบริษัท Indofood International Finance Ltd. ("Indofood Mauritius") ขึ้นเป็นบริษัทลูกของตน

บริษัท Indofood International Finance Ltd. (Indofood Mauritius) ซึ่งเป็นบริษัทมอริเชียสและเป็นบริษัทลูกของบริษัทอินโดนีเซีย (คือ Indofood Indo) ได้ออกตั๋วกู้ยืมเงิน 5 ปีแบบมีดอกเบี้ย (interest-barring note) เพื่อระดมทุนจำนวน 280 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ โดยมีอัตราดอกเบี้ยที่ร้อยละ 10.375 โดยมี Indofood Indo เป็นผู้ค้ำประกัน และมีธนาคารสาขาลอนดอนคือ JP Morgan Chase Bank, London Branch เป็นทรัสต์ (trustee) และตัวแทนในการจ่ายเงินหลัก (principal paying agent) ให้สำหรับผู้ถือตั๋ว (noteholder) สาธารณะบางส่วน โดย Indofood Mauritius จะนำเงินที่ระดมทุนได้นี้มาให้ Indofood Indo กู้ยืมต่อ

ในโครงสร้างธุรกรรมการกู้ยืมระหว่าง Indofood Indo และ Indofood Mauritius นั้น Indofood Indo ตกลงจะรับภาระภาษีหัก ณ ที่จ่ายบนดอกเบี้ยที่จ่ายให้ Indofood Mauritius และตามข้อตกลงของการกู้ยืม Indofood Indo จะต้องจ่ายดอกเบี้ยจากการกู้ยืมจาก Indofood Mauritius 2 วันก่อนวันที่ Indofood Mauritius จะถึงกำหนดจ่ายดอกเบี้ยบนตัว (note)

ที่ต้นออก และภายใน 1 วันหลังจากนั้น Indofood Mauritius มีหน้าที่โอนเงินที่ตนได้รับไปให้ JP Morgan ในฐานะตัวแทนในการจ่ายเงินหลัก (principal paying agent) เพื่อทำการจ่ายให้แก่ผู้ถือตั๋ว (noteholder) ต่อไป

ตั๋ว (note) ที่ Indofood Mauritius ออกนั้นมีเงื่อนไขระบุว่า Indofood Mauritius สามารถไถ่ถอนตั๋วที่มูลค่าตามหน้าตราสาร (มูลค่าที่ตราไว้) พร้อมดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นก่อนวันไถ่ถอนที่ระบุไว้หน้าตั๋วหากกฎหมายประเทศอินโดนีเซียมีการเปลี่ยนแปลงอันมีผลให้หน้าที่ของ Indofood Indo ในการหักภาษี ณ ที่จ่ายจากดอกเบี้ยที่ต้องจ่ายให้กับ Indofood Mauritius เกินร้อยละ 10 ดังที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและมอริเชียส ทั้งนี้ ข้อตกลงที่ให้ไถ่ถอนก่อนกำหนดดังกล่าวขึ้นอยู่กับเงื่อนไขว่า Indofood Mauritius ได้ใช้มาตรการตามสมควร (reasonable measure) ที่มีอยู่เพื่อป้องกันการไถ่ถอนก่อนกำหนดแล้ว หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งก็คือ ผู้ออกตั๋วสามารถไถ่ถอนตั๋วก่อนถึงกำหนดได้หากมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภาษีของอินโดนีเซียที่เป็นผลร้ายและผลของการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภาษีนั้นไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้แม้ว่าผู้ออกตั๋วจะได้ใช้มาตรการตามสมควร (reasonable measure) แล้ว

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น หากตั๋วออกโดย Indofood Indo โดยตรง ดอกเบี้ยที่จ่ายจะมีภาษีหัก ณ ที่จ่ายที่อัตราร้อยละ 20 ตามบทบัญญัติของกฎหมายภาษีอินโดนีเซีย การสอดแทรก Indofood Mauritius ซึ่งเป็นบริษัทมอริเชียสเข้ามานี้ทำให้ Indofood Mauritius สามารถใช้สิทธิประโยชน์ลดภาษีหัก ณ ที่จ่ายลงเหลืออัตราร้อยละ 10 ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและมอริเชียส นอกจากนี้ ผู้ถือตั๋ว (Noteholder) และ Indofood ก็ได้ประโยชน์จากอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายที่ลดลงเพราะในรัฐธรรมนูญนี้ไม่มีการหักภาษีหัก ณ ที่จ่ายในประเทศมอริเชียสอีกทอดหนึ่งแต่อย่างใด

ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2004 (ประมาณสองปีหลังจากที่ออกตั๋ว) รัฐบาลอินโดนีเซียก็ได้ประกาศเจตนาจะเลิกอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและมอริเชียสโดยมีผลตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2005 ซึ่งการเลิกอนุสัญญาภาษีซ้อนดังกล่าวทำให้ Indofood Indo ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายที่ลดลงเป็นร้อยละ 10 ในรัฐธรรมนูญี่มีระหว่าง Indofood Indo และ Indofood Mauritius ได้อีกต่อไปและต้องกลับไปใช้อัตราร้อยละ 20 ตามกฎหมายอินโดนีเซีย

หลังจากที่รัฐบาลอินโดนีเซียได้ประกาศเจตนาข้างต้นแล้ว Indofood Mauritius ผู้ออกตั๋วก็ได้แจ้งแก่ JP Morgan ซึ่งเป็นทรัสต์ของผู้ถือตั๋ว (trustee for the noteholders) ว่าตนเองประสงค์จะไถ่ถอนตั๋วก่อนถึงกำหนดในราคาตามมูลค่าหน้าตราสาร (มูลค่าที่ตราไว้) อย่างไรก็ตาม เวลานั้น (มิถุนายน ค.ศ. 2004) มูลค่าของตั๋ว ในตลาดนั้นสูงกว่ามูลค่าหน้าตราสารอย่างมาก ผู้ถือตั๋ว (noteholder) จึงไม่ต้องการให้มีการไถ่ถอนก่อนกำหนด

ด้วยเหตุนี้ ทรัสตีจึงได้ต่อสู้ว่า Indofood Mauritius ในฐานะผู้ออกตัวมิได้ ใช้มาตรการตามสมควร (reasonable measure) ที่ผู้ออกตัวมีอยู่เพื่อหลีกเลี่ยงการขึ้นภาษีหัก ณ ที่จ่ายตามกฎหมายอินโดนีเซีย โดยทรัสตีเห็นว่ามาตรการตามสมควร (reasonable measure) ที่ผู้ออกตัวทำได้แต่ไม่ได้ทำก็คือการวางโครงสร้างธุรกรรมใหม่โดยใช้ประเทศอื่นที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศอินโดนีเซียแทนประเทศมอริเชียสโดยเลือกประเทศที่อนุสัญญาให้สิทธิประโยชน์ในดอกเบี่ยคล้ายกับอนุสัญญาที่ถูกเลิกไป ซึ่งประเทศที่เข้าข่ายก็คือประเทศลักเซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักร (โดยที่ประเทศเนเธอร์แลนด์เป็นประเทศที่เหมาะสมที่สุด เพราะผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศเนเธอร์แลนด์ก็มีสิทธิได้รับภาษีหัก ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 10 ในดอกเบี่ยตามอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์) ทั้งนี้ การจัดวางโครงสร้างใหม่นี้กระทำได้โดยการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์ โดยการให้ Indofood Indo ตั้งบริษัทใหม่เป็นบริษัทลูกของตนในประเทศเนเธอร์แลนด์ (NewCo) และนำบริษัทนั้นมาทำหน้าที่แทน Indofood Mauritius หรือสอดแทรกบริษัทนั้นระหว่าง Indofood Indo กับ Indofood Mauritius และทรัสตีก็เห็นว่า การสอดแทรกนั้นอาจทำได้โดยให้ Indofood Mauritius ผู้ออกตัวโอนสิทธิประโยชน์ภายใต้สัญญาคู่ยืมระหว่าง Indofood Indo และ Indofood Mauritius (ไม่ใช้การแปลงหนี้ใหม่) ไปยัง NewCo ซึ่งเป็นบริษัทลูกสัญชาติดีแทคซ์ของ Indofood Indo (ผู้ค้ำประกัน) โดยทรัสตียืนยันว่าการสอดแทรกเช่นนี้จะทำให้ Indofood Indo ยังคงจ่ายดอกเบี่ยโดยถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายที่อัตราร้อยละ 10 หรือต่ำกว่านั้น

Indofood Indo ปฏิเสธที่จะดำเนินการมาตรการตามสมควร (reasonable measure) ตามที่ทรัสตีเสนอเพราะเห็นว่าวิธีดังกล่าวไม่น่าจะสำเร็จ

JP Morgan ทรัสตีจึงฟ้อง Indofood Mauritius ไปยังศาล UK High Court ซึ่งศาล UK High Court ก็ได้ตัดสินให้ JP Morgan ทรัสตีชนะคดีในประเด็นสารบัญญัติหลักๆ

### (1.2) คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal)<sup>37</sup>

ต่อมาผู้ออกตัวจึงได้อุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) และศาลอุทธรณ์ก็ตัดสินให้ผู้ออกตัว Indofood Mauritius ชนะคดี

<sup>37</sup> "Beneficial owner: After Indofood," *GITC Review*, 1: 18-21; PricewaterhouseCoopers, *Conduit companies and the Indofood case*; Michael McGowan, "Indofood court expands interpretation of beneficial ownership," *Tax Notes International*, 13: 1091; Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, *Indofood decision: UK tax authorities' guidance on treaty claims*; Philip Baker, "United Kingdom: *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank NA*," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 28-29.

ประเด็นข้อพิพาทที่ศาลอุทธรณ์ต้องพิจารณาประกอบด้วย 4 ประเด็นหลักๆ ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์และหนึ่งในนั้นเกี่ยวข้องกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ ดังนี้ (ก) บริษัทสัญชาติดัตช์ที่สอดแทรกเข้ามาใหม่ (NewCo) ในฐานะนิติบุคคลเฉพาะกิจ (Special Purpose Vehicle (SPV)) ถือว่าเป็น “เจ้าของผลประโยชน์” ในดอกเบียที่ Indofood Indo จ่ายตามข้อบทเรื่องดอกเบียของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์หรือไม่ (ข) บริษัทสัญชาติดัตช์ที่สอดแทรกเข้ามาใหม่ (NewCo) ถือว่าเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในเนเธอร์แลนด์หรือไม่ (ค) หลังจากที่มีการโอนสิทธิให้ NewCo แล้ว หนี้ในการชำระดอกเบียของ Indofood Indo จะเป็นอย่างเดิมตั้งหรือเป็นหนี้ใหม่จากการแปลงหนี้ใหม่ กล่าวคือ NewCo จะสามารถถูกสอดแทรกเข้ามาโดยที่ไม่ก่อให้เกิดการกู้ยืมขึ้นมาใหม่ระหว่าง NewCo และ Indofood Indo ได้หรือไม่ (ง) หากสมมติว่าคำตอบสำหรับสองประเด็นแรกเป็นใช่ การสอดแทรก NewCo เข้ามานั้นจะถือว่าเป็นมาตรการตามสมควรของ Indofood Mauritius หรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยจะขอเน้นไปที่ประเด็นแรก คือ ประเด็น (ก) เรื่องเจ้าของผลประโยชน์เป็นหลักดังนี้

(ก) บริษัทสัญชาติดัตช์ที่สอดแทรกเข้ามาใหม่ (NewCo) ในฐานะนิติบุคคลเฉพาะกิจ (Special Purpose Vehicle (SPV)) ถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบียที่ Indofood Indo จ่ายตามข้อบทเรื่องดอกเบียของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์หรือไม่

ในประเด็นเจ้าของผลประโยชน์นั้นฝ่าย Indofood ได้แสดงหลักฐานซึ่งเป็นความเห็นจากหน่วยจัดเก็บภาษีของอินโดนีเซียซึ่งตอบข้อหารือของ Indofood Indo ที่ถามว่า NewCo เป็นเจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบียที่ Indofood Indo จ่ายหรือไม่ และคำตอบของหน่วยจัดเก็บภาษีของอินโดนีเซียก็ตอบว่าไม่เป็นเจ้าของผลประโยชน์

UK High Court ตัดสินว่า NewCo เข้าเงื่อนไขการเป็นเจ้าของผลประโยชน์ซึ่งเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการได้ลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายของเงินได้ประเภทดอกเบียตามข้อ 11 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์ โดยศาลให้เหตุผลว่า “เจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบียที่ได้รับในธุรกรรมกู้ยืมต้องเป็นผู้ให้กู้ การโอนสิทธิประโยชน์ตามสัญญากู้ยืมตามที่เสนอมາทำให้ NewCo เป็นเจ้าของผลประโยชน์”

ในทางกลับกัน ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้พิจารณาประเด็นเจ้าของผลประโยชน์และตัดสินเป็นประโยชน์แก่ผู้ออกตัวว่า NewCo ที่สอดแทรกเข้ามาใหม่นั้นถูกนำมาใช้เพียงเพื่อเอาประโยชน์จากอนุสัญญาเท่านั้น ดังนั้นจึงไม่ถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบีย ดังนั้น การวางวัตถุประสงค์ทางภาษีของโครงสร้างธุรกรรมใหม่ที่สมมติขึ้นมาในทางทฤษฎีเพื่อหลบหลีกภาษีหัก ณ ที่จ่ายร้อยละ 20 นั้นใช้ไม่ได้ นอกจากนี้ ศาลยังตัดสินว่า แม้ในโครงสร้างธุรกรรมที่เป็นอยู่เดิม Indofood Mauritius ผู้ออกตัวก็ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบียที่ได้รับจาก Indofood Indo

อีกด้วยและนั่นย่อหมายถึงความว่าหน่วยจัดเก็บภาษีของอินโดนีเซียมีสิทธิเต็มที่ที่จะปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์เรื่องภาษีหัก ณ ที่จ่ายแก่ Indofood Mauritius ภายใต้อนุสัญญาระหว่างภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและมอริเชียส ทั้งนี้ ในการทำคำพิพากษานั้น ศาลได้พิจารณาคำแนะนำที่ออกโดยอธิบดีภาษีเงินได้ของอินโดนีเซีย (Director General of Income Tax) ซึ่งคำแนะนำก็ได้ระบุว่า “โครงสร้างทางการเงินประเภทใดๆ ก็ตามที่นำมาใช้โดยขัดกับเจตนารมณ์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนจะไม่มีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้กฎหมายภาษีของอินโดนีเซีย.... เนื่องจากวัตถุประสงค์หลักของโครงสร้างทางการเงินใหม่... นั้นชัดเจนว่าเพื่อหลบหลีกอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายที่สูงขึ้นจากการเลิกอนุสัญญาระหว่างภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและมอริเชียสและเอาประโยชน์จากบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนของอีกประเทศหนึ่ง [ซึ่งก็คืออนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์] การเข้าใช้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนจะถูกปฏิเสธ” นอกจากนี้ คำแนะนำดังกล่าวยังได้บรรยายต่อว่า “เจ้าของผลประโยชน์เป็นได้เพียงหน่วยหรือบุคคลที่มีสิทธิและเอกสิทธิเต็มที่ในการที่จะประโยชน์โดยตรงจากเงินได้”

นอกจากนี้ ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ยังได้อ้างถึงรายงานบริษัทส่งผ่าน (Conduit Companies Report 1986) ของ OECD และความเห็นในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Commentary) ซึ่งระบุว่า “คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นี้จะไม่ควรใช้ในความหมายทางเทคนิคอย่างแคบ ในทางกลับกัน คำดังกล่าวควรพิจารณาจากบริบทของคำดังกล่าวรวมทั้งพิจารณาจากเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาอันรวมถึงวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงภาษีซ้อนและการป้องกันการหนีภาษีและหลีกเลี่ยงภาษี” ดังนั้น แม้ว่าความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) จะไม่ชัดเจนนักแต่บททดสอบความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ (Beneficial Ownership Test) เพื่อวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนจะต้องเป็นการทดสอบทางด้านเศรษฐกิจ กล่าวคือ เจ้าของผลประโยชน์จะต้องเป็นหน่วยหรือบุคคลที่ได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากสินทรัพย์ที่กำลังพิจารณาอยู่ ด้วยเหตุนี้ โดยทั่วไปแล้ว บริษัทนอมินีหรือตัวแทนจะไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ที่ตนได้รับ อย่างไรก็ตาม คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Commentary) ไปไกลกว่านั้นโดยระบุว่าเมื่อผู้รับมีอำนาจในเงินได้และสินทรัพย์ที่แคบมาก ผู้รับจะเป็นเพียงผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciary) หรือคนดำเนินการ (administrator) ที่ทำหน้าที่แทนบุคคลที่มีส่วนได้เสียที่แท้จริงและไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ ในประเด็นนี้ ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ก็ได้รับรองในความเห็นของ OECD ดังกล่าวและนอกเหนือไปกว่านั้น ศาลยังอ้างอิงความเห็นต่ออนุสัญญาต้นแบบของ OECD (Commentary to OECD Model Tax Convention) ของ Professor Philip Baker และได้วินิจฉัยว่า ในบริบทของอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) ควรมีความหมายในทางภาษีระหว่างประเทศ (international fiscal meaning)

โดยอาศัยข้อเขียนของ OECD เท่าที่เกี่ยวข้อง มากกว่าความหมายตามกฎหมายภายในของรัฐภาคีเพียงอย่างเดียว

เมื่อพิจารณาตามข้างต้นแล้ว ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) จึงได้ตัดสินว่าโครงสร้างของธุรกรรมทำให้ Indofood Mauritius และ NewCo ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบี้ยที่ได้รับจาก Indofood Indo เพราะเหตุว่า ก) Indofood Mauritius นั้นมีข้อผูกพันต้องจ่ายเงินให้ทรัสต์ (ซึ่งทำหน้าที่เป็นตัวแทนในการจ่ายเงินหลัก (principal paying agent)) ด้วยเงินซึ่งตนได้รับมาจาก Indofood Indo และเพราะเหตุว่า ข) Indofood Mauritius นั้นถูกตัดสิทธิในการหาเงินเพื่อมาชำระดอกเบี้ยที่ตนต้องจ่ายให้แก่ผู้ถือ (noteholder) จากแหล่งอื่นนอกจากนำเงินนั้นมาจากดอกเบี้ยที่ตนได้รับจาก Indofood Indo เพื่อตอบแทนเงินกู้ยืมที่ Indofood Mauritius ให้ Indofood Indo กู้ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมองว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะเข้าใจว่ามีกรณีใดที่กล่าวได้ว่า Indofood Mauritius หรือ NewCo จะได้รับประโยชน์โดยตรงใดๆ จากดอกเบี้ยที่ได้รับจาก Indofood Indo นอกเหนือไปจากการหาเงินมาเพื่อจ่ายหนี้ของตน (และหนี้ดังกล่าวมีลักษณะที่เหมือนกัน) ซึ่งเป็นส่วนประกอบสำคัญของโครงสร้างธุรกรรมทั้งหมดต่อไป ดังนั้น Indofood Mauritius และ NewCo (หากได้มีการสอดแทรกเข้ามา) ย่อมไม่มีสิทธิและเอกสิทธิเต็มที่ในการที่จะประโยชน์โดยตรงอันทำให้ทั้งสองบริษัทเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในบริบทของอนุสัญญาภาษีซ้อนของดอกเบี้ยที่ Indofood Indo จ่าย

สุดท้ายแล้วศาลจึงได้ตัดสินในประเด็นนี้ว่า จากข้อเท็จจริงของคดี โอกาสที่หน่วยจัดเก็บภาษีของอินโดนีเซียจะตัดสินว่า NewCo ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์นั้นสูงเพียงพอที่ทำให้การสอดแทรก NewCo เข้ามาไม่ถือว่าเป็นมาตรการตามสมควร (reasonable measure) ที่ Indofood Indo มี

สำหรับประเด็นอื่นๆ ซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับวิทยานิพนธ์นี้โดยตรงสามารถสรุปได้ดังนี้

(ข) บริษัทสัญชาติดัตช์ที่สอดแทรกเข้ามาใหม่ (NewCo) ถือว่าเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในเนเธอร์แลนด์หรือไม่

ภายใต้วัตถุประสงค์ของข้อ 4(4) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์ ผู้มีถิ่นที่อยู่ของบริษัทจะพิจารณาจากการจัดการที่แท้จริง (effective management) ซึ่งหมายความว่า การตัดสินใจในเรื่องการค้าหรือการบริหารจัดการที่สำคัญ ในประเด็นนี้ The Chancellor of the High Court ซึ่งเป็นผู้พิพากษาซึ่งทำคำพิพากษาหลักเห็นว่า ในคดีนี้ การตัดสินใจในเรื่องสำคัญๆ โดยเฉพาะเรื่องการวางโครงสร้างธุรกรรมการกู้ยืมใหม่นั้นจะทำโดย Indofood Indo ในอินโดนีเซีย ไม่ใช่โดย Indofood Mauritius หรือ NewCo ดังนั้น ไม่ว่า Indofood Mauritius หรือ NewCo (หากมีการสอดแทรกเข้ามาใหม่) ก็ถือว่ามีสถานจัดการที่แท้จริง (place of effective management) ที่อินโดนีเซีย ด้วยเหตุนี้ NewCo จึงย่อมไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศเนเธอร์แลนด์แต่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศอินโดนีเซียเพื่อวัตถุประสงค์ข้อ 11 ของอนุสัญญาดังกล่าว และย่อมไม่ได้รับสิทธิลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายตามอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและ



เนเธอร์แลนด์ ดังนั้น การสอดแทรก NewCo ไม่ได้ช่วยในการบรรเทาภาระภาษีหัก ณ ที่จ่ายในประเทศอินโดนีเซียในธุรกรรมพิพาทแต่อย่างใด

(ค) หลังจากที่มีการโอนสิทธิให้ NewCo แล้ว หนี้ในการชำระดอกเบี้ยของ Indofood Indo จะเป็นอย่างเดิมดังหรือเป็นหนี้ใหม่จากการแปลงหนี้ใหม่ กล่าวคือ NewCo จะสามารถถูกสอดแทรกเข้ามาโดยที่ไม่ก่อให้เกิดการกู้ยืมขึ้นมาใหม่ระหว่าง NewCo และ Indofood Indo ได้หรือไม่

ประเด็นนี้สำคัญเพราะตัว (note) และการกู้ยืมระหว่าง Indofood Mauritius (หรือ NewCo ในกรณีสมมติ) กับ Indofood Indo นั้นถึงกำหนดต้องชำระในวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 2007 ดังนั้น หากมีการกู้ยืมใหม่ ระยะเวลาการกู้ยืมจะสั้นกว่า 2 ปี ทั้งนี้ ภายใต้ข้อ 11(2) ดอกเบี้ยของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์ อัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายอยู่ที่ร้อยละ 10 แต่อัตรานี้จะลดลงเหลือร้อยละ 0 หากการกู้ยืมยาวกว่า 2 ปี

Indofood Mauritius อ้างว่าเงื่อนไขการให้กู้ยืมแก่ Indofood Indo จะต้องมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญหากการกู้ยืมจะได้โอนไปยัง NewCo ดังนั้น Indofood Mauritius จึงยืนยันว่าการกู้ยืมระหว่าง Indofood Indo และ NewCo ภายหลังจากการโอนจะเป็นหนี้ใหม่ที่เกิดจากการแปลงหนี้ ไม่ใช่การสืบเนื่องของหนี้ที่มีอยู่ระหว่าง Indofood Mauritius และ Indofood Indo ดังนั้น การแปลงหนี้ใหม่จึงไม่เข้าเงื่อนไขข้อ 11(4) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์ซึ่งกำหนดว่าการกู้ยืมจะต้องมากกว่า 2 ปี จึงจะได้รับสิทธิยกเว้นภาษีหัก ณ ที่จ่ายในประเทศอินโดนีเซียทั้งหมด

JP Morgan ต่อสู้ว่าการกู้ยืมระหว่าง Indofood Indo และ Indofood Mauritius ที่มีอยู่นั้นสามารถโอนให้ NewCo โดยที่ไม่ต้องเป็นการแปลงหนี้ใหม่ซึ่งจะทำให้เกิดเป็นการกู้ยืมใหม่

ในประเด็นนี้ The Chancellor of the High Court เป็นผู้พิพากษาท่านเดียวที่มีคำตัดสินในประเด็นนี้และท่านไม่เห็นด้วยกับ Indofood Mauritius โดยให้เหตุผลว่าการแก้ไขเงื่อนไขเกี่ยวกับบัญชีที่แต่งตั้งขึ้น สิทธิในการหักกลบลบหนี้ บุคคลผู้เป็นผู้นำนาย NewCo ไม่ทำให้เกิดการแปลงหนี้ใหม่ในหนี้กู้ยืมหากมีการโอนจาก Indofood Mauritius ไปยัง NewCo

ทั้งนี้ แม้ว่าศาลจะตัดสินให้ JP Morgan ชนะในประเด็นนี้ แต่เนื่องจากศาลตัดสินให้ Indofood Mauritius ชนะใน 2 ประเด็นแรก และ Chancellor เห็นว่าประเด็น (ก) ซึ่งเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นประเด็นที่ตัดสินคดี ท่านจึงตัดสินให้ Indofood Mauritius ชนะคดี

(ง) หากสมมติว่าคำตอบสำหรับสองประเด็นแรกเป็นใช่ การสอดแทรก NewCo เข้ามานั้นจะถือว่าเป็นมาตรการตามสมควรของ Indofood Mauritius หรือไม่

ศาลอุทธรณ์ไม่ได้ลงไปวิเคราะห์ละเอียดในประเด็นนี้แต่ประเด็นนี้ก็ไม่ต้องยกขึ้นมาพิจารณา โดยเฉพาะเนื่องจากผลการวินิจฉัยเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ที่ว่า NewCo ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์อย่างไรก็ดี ศาลก็ได้กล่าวว่าการใช้จ่ายในการสอดแทรก NewCo ไม่ได้มีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ที่จะ

ได้จากการสอดแทรกแต่อย่างใด อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่าบทสรุปดังกล่าวนี้มาจากสมมติฐานที่ตั้งขึ้นจากการสมมติข้อเท็จจริงขึ้นมาว่า NewCo นั้นเข้าเงื่อนไขอื่นๆ ทุกประการในการได้รับการบรรเทาภาษีหัก ณ ที่จ่ายในอินโดนีเซียภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์

จากข้างต้น เราสามารถสรุปคำตัดสินศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ได้ดังนี้

(ก) ภายใต้ข้อ 11 (ดอกเบ๊ย) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินโดนีเซียและเนเธอร์แลนด์นั้น NewCo ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบ๊ยที่ Indofood Indo จ่ายเพื่อตอบแทนการกู้ยืมเงินระหว่าง Indofood Indo และ Indofood Mauritius หาก Indofood Mauritius ได้โอนสิทธิของตนภายใต้การกู้ยืมนั้นให้แก่ NewCo

(ข) เนื่องจากภายใต้ข้อ 4(4) ของอนุสัญญาดังกล่าวนั้น ผู้มีถิ่นที่อยู่ของบริษัทจะพิจารณาจากการจัดการที่แท้จริง (effective management) ซึ่งหมายความว่า การตัดสินใจในเรื่องการค้าหรือการบริหารจัดการที่สำคัญ การตัดสินใจในเรื่องสำคัญๆ โดยเฉพาะเรื่องการลงทุนโครงสร้างธุรกิจการกู้ยืมใหม่นั้นจะทำโดย Indofood Indo ในอินโดนีเซีย ไม่ใช่โดย Indofood Mauritius หรือ NewCo ดังนั้น ไม่ว่า Indofood Mauritius หรือ NewCo ก็จะมีสถานจัดการที่แท้จริง (place of effective management) อยู่ที่อินโดนีเซีย ด้วยเหตุนี้ NewCo จึงยอมไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศเนเธอร์แลนด์ แต่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศอินโดนีเซียเพื่อวัตถุประสงค์ข้อ 11 ของอนุสัญญาดังกล่าวและยอมไม่ได้รับสิทธิบรรเทาภาษีหัก ณ ที่จ่าย\* ดังนั้น การสอดแทรก NewCo ไม่ได้ช่วยในการบรรเทาภาษียกหัก ณ ที่จ่ายในประเทศอินโดนีเซียในธุรกรรมพิพาทแต่อย่างใด

(ค) ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากข้างต้นแล้ว Indofood Mauritius ได้พิสูจน์หลักฐานอย่างเพียงพอแล้วว่าตนมีสิทธิไล่ถอนตัว (note) ก่อนกำหนด เพราะไม่มีมาตรการตามสมควร (reasonable measure) ที่จะนำมาใช้ในการหลีกเลี่ยงภาษีหัก ณ ที่จ่ายในประเทศอินโดนีเซียที่สูงขึ้น ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลไม่ได้พิจารณามาตรการที่น่าจะเป็นไปทั้งหมดแต่พิจารณาเพียงการตั้งบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาใช้แทน Indofood Mauritius (NewCo)

---

\*อย่างไรก็ดี ความเห็นในประเด็นการจัดการ การควบคุมและถิ่นที่อยู่ของบริษัทนี้ถูกโต้แย้งว่าขัดกับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ในคดี Wood v. Holden (2006) STC 443 ในเวลาต่อมา ซึ่งในคดีดังกล่าว แม้ว่าจะมีข้อเท็จจริงที่ต่างกันแต่ศาลก็วินิจฉัยและมีคำพิพากษาที่ไม่ได้เป็นเสียงเอกฉันท์ที่เป็นประโยชน์กับผู้เสียภาษีมากกว่าคดีนี้ ในคดีนั้นเป็นกรณีจัดตั้งนิติบุคคลหรือบริษัทจัดการประเภทนิติบุคคลเฉพาะกิจ (Special Purpose Vehicle (SPV)) ขึ้นและมีการกล่าวหาว่านิติบุคคลเฉพาะกิจ (Special Purpose Vehicle (SPV)) ดังกล่าวไม่มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักรแต่มีถิ่นที่อยู่ในเนเธอร์แลนด์ แต่นิติบุคคลเฉพาะกิจ (Special Purpose Vehicle (SPV)) นี้มีความใกล้ชิดน้อยกว่ากรณีของ Indofood Mauritius และ NewCo ทั้งนี้ มีผู้พิพากษาท่านหนึ่งก็อาศัยคำพิพากษาคดี *Indofood* เป็นหลักและไม่ได้รับรองความเห็นของประธานศาลสูงของอังกฤษ (Chancellor of the High Court) อย่างเต็มที่ในประเด็นถิ่นที่อยู่ของบริษัท

### (1.3) ความเห็นนักวิชาการต่อคำพิพากษาคดี *Indofood*

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น คดี *Indofood* ไม่ใช่คดีภาษีของสหราชอาณาจักร แต่แวดวงภาษีระหว่างประเทศก็แสดงความกังวลถึงผลกระทบของคำพิพากษาดังที่ผู้วิจัยจะได้ยกตัวอย่างความเห็นของนักวิชาการบางท่านมาดังนี้

#### (1.3.1) ความเห็นของ Professor Philip Baker<sup>38</sup>

Professor Philip Baker ได้แสดงมุมมองว่าสิ่งหนึ่งที่นักกฎหมายภาษีระหว่างประเทศหวาดกลัวก็คือศาลประเทศคอมมอนลอว์ (Common law) ซึ่งไม่มีความเชี่ยวชาญด้านภาษีระหว่างประเทศจะตัดสินความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” โดยอาศัยความรู้เรื่องหลักความยุติธรรม (Equity) และกฎหมายทรัสต์และสันนิษฐานว่าคำดังกล่าวมีความหมายตามกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) กล่าวคือมีความแตกต่างระหว่างความเป็นเจ้าของทางกฎหมาย (Legal ownership) กับความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ (Beneficial ownership) ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงคดี *Indofood* สิ่งหนึ่งที่เราควรยกย่องในการทำคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ก็คือการที่ศาลอุทธรณ์ตัดสินว่าความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไม่ควรมีความหมายตามกฎหมายภายในของสหราชอาณาจักรแต่ควรมีความหมายในทางภาษีระหว่างประเทศ (international fiscal meaning) ซึ่งหมายความว่าศาลเห็นว่าคำนี้ควรมีความหมายเหมือนกันในทุกประเทศ<sup>39</sup>

คำถามต่อมาจากคำพิพากษานี้ก็คือแล้วเราจะหาความหมายในทางภาษีระหว่างประเทศ (international fiscal meaning) ได้อย่างไร ซึ่งในคำพิพากษานี้มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ข้อดีก็คือศาลอุทธรณ์อ้างอิงคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (OECD Commentary) และดูเหมือนศาลจะรับรองว่าคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (OECD Commentary) นั้นให้ความหมายในทางภาษีระหว่างประเทศ (international fiscal meaning) ในทางกลับกัน คำพิพากษานี้ก็มีข้อเสียคือการที่ศาลไปอ้างอิงคำวินิจฉัยของอธิบดีภาษีเงินได้ของอินโดนีเซีย (Director General of Income Tax) อันทำให้คำนี้หมายความว่า “เอกสิทธิ์เต็มที่ในการที่จะได้รับผลประโยชน์จากเงินได้ (“the full privilege to directly benefit from the income”) นอกจากนี้ Professor Philip Baker ยังได้แสดงข้อสังเกตว่ามีหลายคนที่แสดงความประหลาดใจต่อคำพิพากษาที่ออกมา แต่ท่านกลับมองว่าหากเราดูข้อเท็จจริงจริงๆ แล้วเราจะพบว่า *Indofood Mauritius* นั้นกู้เงินมาในจำนวนที่เท่ากับที่ตนให้กู้ต่อ พร้อมอัตราดอกเบี้ยที่เท่ากันด้วย และศาลก็พบข้อเท็จจริงอีกว่า *Indofood Mauritius* ก็ไม่สามารถทำอะไรกับดอกเบี้ยที่ตนได้รับมานอกจากจ่ายดอกเบี้ยออกไปในจำนวนที่เท่ากับดอกเบี้ยที่

<sup>38</sup>Philip Baker, "Beneficial owner: After *Indofood*," *GITC Review*, 1: 15-28.

<sup>39</sup>*Ibid.*, 22-23.

ตนได้รับ ดังนั้น Indofood Mauritius ก็ย่อมไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ เจ้าของผลประโยชน์ย่อมไม่รวมถึงบริษัทที่ถูกสอดแทรกเข้ามาโดยที่ไม่มีหน้าที่ใดๆ นอกจากรับเงินได้และจ่ายเงินได้จำนวนเท่ากันนั้นออกไป<sup>40</sup>

ทั้งนี้ Professor Philip Baker ก็เห็นว่าปัญหาที่ยากที่สุดไม่ใช่ปัญหาว่า NewCo จะไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ แต่เป็นปัญหาว่าคำพิพากษานี้กว้างแค่ไหนและการวางโครงสร้างใดที่ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์อีกบ้าง ซึ่งแม้บริษัทที่ปรึกษากฎหมายหลายสำนักจะพยายามอ้างว่าคดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับการอ้างสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในประเทศอินโดนีเซียและข้ออ้างนี้ก็อาจถูกต้องในทางทางเทคนิคก็ตาม แต่เราก็หลีกเลี่ยงความจริงไม่ได้ว่าคำพิพากษาคดีนี้มีผลมากกว่านั้น กล่าวคือ เมื่อศาลได้ยอมรับว่าคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” มีความหมายทางภาษีระหว่างประเทศแล้ว ก็ไม่มีเหตุผลที่จะไม่นำความหมายนั้นไปใช้กับคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกันในประเทศสหราชอาณาจักร<sup>41</sup>

### (1.3.2) ความเห็นของ Michael McGowan<sup>42</sup>

Michael McGowan เห็นว่าคำพิพากษานี้เป็นการขยายความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ออกไปกล่าวคือศาลเห็นว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ในบริบทของอนุสัญญาภาษีซ้อนมีความหมายในทางภาษีระหว่างประเทศ (international fiscal meaning) และมีความหมายที่กว้างกว่าหลักดังกล่าวภายใต้กฎหมายสหราชอาณาจักร McGowan วิเคราะห์ว่า แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วข้อ 3(2) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนของสหราชอาณาจักรจะกำหนดให้ดูกฎหมายภายในเพื่อให้นิยามคำที่มีไดนิยามไว้ในอนุสัญญา อันรวมถึงคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ด้วยแต่ก็เป็นที่ยอมรับว่ากฎการตีความที่อิงวัตถุประสงค์เป็นหลักและการตีความที่ต่างออกไปจากกฎหมายภายในก็สามารถนำมาใช้ในการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนได้ นอกจากนี้ ศาลสหราชอาณาจักรก็เคยนำอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) และใช้คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Commentary) มาเป็นแนวทางในการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนของสหราชอาณาจักรมาก่อนในคดีอื่นๆ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่า ในคดีนี้ ศาลอุทธรณ์ก็คงจะอาศัยหลักการเดียวกันในการทำคำพิพากษา

McGowan เห็นว่าผลกระทบในทางปฏิบัติของคำพิพากษานี้น่าจะมีไม่มาก กล่าวคือ ผลกระทบน่าจะจำกัดอยู่ที่การวางแผนภาษีเพื่อหลีกเลี่ยงภาษีหัก ณ ที่จ่ายใน

<sup>40</sup>Ibid., 23-24.

<sup>41</sup>Ibid., 25.

<sup>42</sup>Michael McGowan, "Indofood court expands interpretation of beneficial ownership," *Tax Notes International*, 13: 1091.

สหราชอาณาจักร ทั้งนี้ ก็เพราะว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนของสหราชอาณาจักรหลายฉบับไม่ได้มีเพียงหลักเจ้าของผลประโยชน์เท่านั้น แต่ข้อบทเรื่องดอกเบี้ยและค่าสิทธิของอนุสัญญายังมีวรรคที่บัญญัติเรื่องการต่อต้านการหลบหลีกภาษีเพื่อทำหน้าที่ป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) อย่างโจ่งแจ้งอย่างที่พบในกรณีของ Indofood อยู่แล้ว

### 3.2.2.2 ประเทศแคนาดา<sup>43</sup>

#### (1) คดี *Prévost*

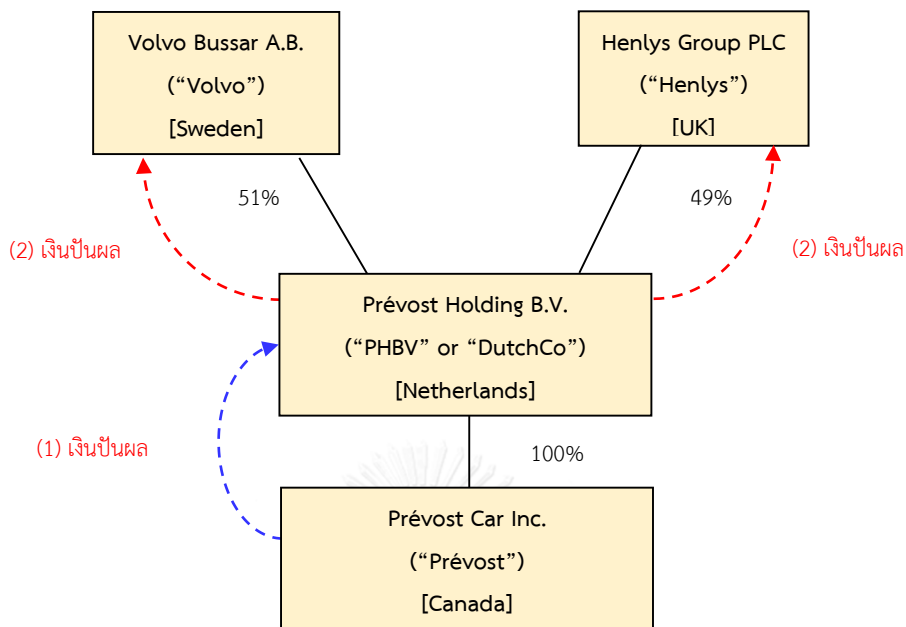
คดี *Prévost*<sup>44</sup> เป็นคดีแรกของประเทศแคนาดา (และยังเป็นคดีภาษีคดีแรกของประเทศคอมมอนลอร์\*) ที่กล่าวถึงความหมายของ “ความเป็นเจ้าของผลประโยชน์” หรือ “Beneficial Ownership” เพื่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนของแคนาดาโดยตรง ศาลได้ตัดสินว่าบริษัทโฮลดิ้งที่จัดตั้งตามกฎหมายเนเธอร์แลนด์ที่ได้รับเงินปันผลจากบริษัทลูกที่จัดตั้งตามกฎหมายแคนาดาเป็นเจ้าของผลประโยชน์ (beneficial owner) ในเงินปันผล (ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัทโฮลดิ้งอีกทีหนึ่ง) ดังนั้น บริษัทโฮลดิ้งที่จัดตั้งตามกฎหมายเนเธอร์แลนด์จึงมีสิทธิได้อัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายที่ลดลงภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>43</sup>Brian J. Arnold, "The concept of beneficial ownership under Canadian tax treaties," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 40-42; Michael N. Kandeve and Brandon Wiener, "Some thoughts on the use of later OECD commentaries after *Prévost Car*," *Tax Notes International* 54, 8 (May 2009): 667-672; Vern Krishna, "Using beneficial ownership to prevent treaty shopping," *ibid.* 56, 7 (November: 537-550; Christiana HJI Panayi and Reuven S. Avi-Yonah, *Rethinking treaty-shopping: Lessons for the European Union*, 1-32.

<sup>44</sup>*Prévost Car Inc. v. Canada*, 2009 FCA 57, [2010] 2 F.C.R. 65.

\*คดี *Indofood* นั้นตัดสินก่อนคดี *Prévost* แต่ตั้งที่กล่าวมาแล้ว คดีดังกล่าวไม่ใช่คดีภาษี

(1.1) ข้อเท็จจริงโดยย่อ<sup>45</sup>

Prévost Car Inc. (“Prévost”) เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในแคนาดา ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 1995 ผู้ถือหุ้นของ Prévost ตัดสินใจขายหุ้นของตนให้แก่ Volvo Bussar A.B. (“Volvo”) ซึ่งเป็นบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในสวีเดนและ Henlys Group PLC (“Henlys”) ซึ่งเป็นบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักรที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกัน

Volvo และ Henlys ได้ทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders Subscription Agreement (Shareholders Agreement)) ลงวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 ซึ่งมีข้อตกลงว่า

(ก) Volvo จะจัดตั้งบริษัทในเนเธอร์แลนด์ (DutchCo) และโอนหุ้นใน Prévost ที่ Volvo ได้มาทั้งหมดไปยังบริษัทดังกล่าว และ

(ข) หุ้นของ DutchCo ถือโดยบริษัท Volvo (บริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในสวีเดน) 51% และ Henlys (บริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักรที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกัน) 49% ทั้งนี้ DutchCo ไม่เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าว

<sup>45</sup>Brian J. Arnold, "The concept of beneficial ownership under Canadian tax treaties," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 40-42; Louise Summerhill, Jack Bernstein, and Barbara Worndl, *Beneficial ownership by holding company respected* [Online], 9 February 2016. Source <http://www.airdberlis.com/templates/Newsletters/newsletterFiles/86/Tax%20Bulletin%20-%20Prévost.pdf>

ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1995 ก็มีการบังคับใช้เงื่อนไขของสัญญา ระหว่างผู้ถือหุ้น โดย Volvo ได้โอนหุ้นใน Prévost ให้แก่ DutchCo และ Volvo ก็ได้โอนหุ้น 49% ใน DutchCo ของตนให้แก่ Henlys เพื่อที่ว่าสัดส่วนการถือหุ้นใน DutchCo จะเป็น 51% ถือโดย Volvo และ 49% ถือโดย Henlys ตามลำดับ

จากข้อเท็จจริงของคดี โครงสร้างการถือหุ้นและคุณสมบัติของ บริษัทที่เกี่ยวข้องสามารถสรุปได้ดังนี้

(ก) หุ้นทั้งหมดของ Prévost ซึ่งเป็นบริษัทแคนาดาถูกถือโดยบริษัทดัตช์ (DutchCo)

(ข) หุ้นของ DutchCo ถือโดย Volvo (บริษัทสวีดิช) 51% และ Henlys (บริษัท สหราชอาณาจักร) 49%

(ค) DutchCo ไม่มีสำนักงาน ลูกจ้าง กิจกรรมหรือสินทรัพย์ที่มีนัยสำคัญ นอกเหนือไปจากหุ้นของ Prévost และมีเอกสารบางฉบับที่แสดงความเป็นเจ้าของหุ้นใน Prévost ไม่ตรงกับการถือหุ้นของ DutchCo ดังกล่าว เช่น เอกสารที่ DutchCo ส่งให้ ธนาคารแสดงว่าเจ้าของผลประโยชน์ของหุ้นของ Prévost คือ Volvo และ Henlys แทนที่จะเป็น DutchCo

(ง) คณะกรรมการบริษัท Prévost ทั้งหมดเป็นคณะกรรมการบริษัท DutchCo

พยานหลักฐานบ่งชี้ว่า DutchCo ถูกนำมาใช้เพราะทั้ง Volvo และ Henlys ต้องการบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในยุโรปและต้องเป็นประเทศที่ไม่แพงเกินไปและสามารถทำ ธุรกิจเป็นภาษาอังกฤษได้ แต่ Volvo ไม่ต้องการบริษัทสหราชอาณาจักรและ Henlys ก็ไม่ต้องการ บริษัทสวีดิช ทั้งสองฝ่ายจึงพิจารณาทั้งสวีตเซอร์แลนด์ ลักเซมเบิร์ก เบลเยียม และเนเธอร์แลนด์ และ ในที่สุดก็เลือกเนเธอร์แลนด์

Prévost ทำการจ่ายเงินปันผลไปยัง DutchCo ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของ ตน และ DutchCo ก็จ่ายเงินปันผลในจำนวนใกล้เคียงกันไปยังผู้ถือหุ้นของตนอันได้แก่ Volvo และ Henlys

สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกำหนดว่ากำไรไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 ของ DutchCo และบริษัทลูก (Prévost) จะต้องแบ่งสรรมายังผู้ถือหุ้นทั้งหลาย (Volvo และ Henlys) ใน รูปของเงินปันผล ผลตอบแทนในหุ้น (return of capital) หรือการชำระเงินกู้ยืม ทั้งนี้ การจัดสรรเงิน ดังกล่าวในปักษ์จะต้องมีการประกาศและจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นโดยเร็วที่สุดเท่าที่เป็นไปได้แต่ต้องไม่เกิน วันสิ้นสุดของปีภาษี นอกจากนี้ สัญญาดังกล่าวยังระบุไว้ด้วยว่าคณะกรรมการของ DutchCo จะต้อง ดำเนินการตามสมควร (take reasonable steps) ในการ “จัดหา” (procure) ให้ Prévost ประกาศ จ่ายเงินปันผลหรือการจ่ายเงินอย่างอื่นหรือต้องดำเนินการมาตรการอื่นๆ เพื่อให้ DutchCo สามารถ

จ่ายเงินปันผลหรือผลตอบแทนในหุ้น (return of capital) หรือเพื่อให้มีการจ่ายเงินกู้อื่นๆ ที่ผู้ถือหุ้นกู้ยืมไป

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ทุกๆ ปี Volvo และ Henlys จะจ่ายเงินล่วงหน้าสำหรับค่าใช้จ่ายของ DutchCo

พระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) ของแคนาดา อนุมาตรา 212(1) และ 215(1)<sup>46</sup> บัญญัติให้ผู้มีถิ่นที่อยู่ในแคนาดาต้องหักภาษีหัก ณ ที่จ่ายร้อยละ 25 จากเงินปันผล ดอกเบี้ย หรือค่าสิทธิที่จ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นที่ไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในแคนาดาและนำส่งเงินภาษีนี้แก่หน่วยงานสรรพากรของแคนาดา (Canada Revenue Agency (CRA)) อย่างไรก็ตาม แคนาดาก็ได้มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับหลายประเทศที่ลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายร้อยละ 25 ในเงินปันผล (รวมทั้งดอกเบี้ยและค่าสิทธิ) ลงหากผู้รับเงินได้เป็นเจ้าของผลประโยชน์ตามเงื่อนไขในอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นๆ

ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์ อัตราภาษีของเงินปันผลที่จ่ายจากผู้มีถิ่นที่อยู่ในแคนาดาไปยังผู้มีถิ่นที่อยู่ในเนเธอร์แลนด์ลดลงเหลือร้อยละ 5 โดยอยู่บนเงื่อนไขว่า “เจ้าของผลประโยชน์คือบริษัท (ไม่รวมห้างหุ้นส่วน) ที่ถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 25 ของทุนหรือมีอำนาจในการลงคะแนนเสียงอย่างน้อยร้อยละ 10 ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมในบริษัทที่จ่ายเงินปันผล”<sup>\*</sup> ซึ่งต่อมา บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นนี้ได้มีการแก้ไขและมีผลบังคับใช้วันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1999 ว่า อัตราภาษีของเงินปันผลลดลงเหลือร้อยละ 5 ของเงินปันผลทั้งหมด “ถ้าเจ้าของผลประโยชน์คือบริษัท (ไม่รวมห้างหุ้นส่วน) ซึ่งถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 25 ของทุนของบริษัทที่จ่ายเงินปันผล หรือบริษัทที่ควบคุม ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมอย่างน้อยร้อยละ 10 ของอำนาจในการลงคะแนนเสียงในบริษัทที่จ่ายเงินปันผล”

ระหว่างปีค.ศ. 1996 ถึง 2001 Prévost จ่ายเงินปันผลไปยัง DutchCo ทั้งหมด 11 ครั้ง โดย Prévost หักภาษี ณ ที่จ่ายร้อยละ 5 (ร้อยละ 6 ในปีค.ศ. 1996) จากเงินปันผลที่จ่ายให้แก่ DutchCo ตาม Income Tax Act ของแคนาดาประกอบกับอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์ข้อ 10 ซึ่งบัญญัติว่าอัตราภาษีที่ลดลงนี้บังคับใช้ในกรณีที่เจ้าของผลประโยชน์ของเงินปันผลเป็นบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในเนเธอร์แลนด์ ทั้งนี้ หากเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลไม่ใช่

<sup>46</sup>Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 212(1), 215(1) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 174).

<sup>\*</sup>“the beneficial owner is a company (other than a partnership), that holds directly or indirectly at least 25% of the capital or at least 10% of the voting power of the company paying the dividends.”



DutchCo (สัญชาติดัตช์) แต่เป็น Volvo (สัญชาติสวีดิช) และ Henlys (สัญชาติสหราชอาณาจักร) แล้วจะไม่สามารถใช้อัตราที่ลดลงดังกล่าวได้เพราะเจ้าของผลประโยชน์ไม่ได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญาในอนุสัญญาภาษีซ้อน และหากเจ้าของผลประโยชน์เป็น Volvo และ Henlys แล้วอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายจะเป็นดังนี้

(ก) สำหรับ Volvo จะเป็นร้อยละ 15 (ร้อยละ 15 สำหรับปีค.ศ. 1996 และ 1997 ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนปีค.ศ. 1984 และร้อยละ 5 สำหรับปีค.ศ. 1998 1999 2001 ตามอนุสัญญาที่ใช้บังคับวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 1997) ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-สวีเดน

(ข) สำหรับ Henlys จะเป็นร้อยละ 10 ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-สหราชอาณาจักร

หน่วยงานสรรพากรของแคนาดา (Canada Revenue Agency (CRA)) เห็นว่าอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายที่ลดลงภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์ดังกล่าวไม่อาจนำมาใช้เพราะ DutchCo ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผล พร้อมทั้งประเมินภาษี Prévost ว่าหักภาษี ณ ที่จ่ายไม่ครบถ้วนในจำนวนเท่ากับส่วนต่างของภาษีที่หักไว้จริงกับภาษีที่ควรหักหากเงินปันผลนั้นมีการจ่ายโดยตรงไปยังผู้ถือหุ้นของ DutchCo (Volvo และ Henlys) โดยต่อสู้อาข้ออ้างดังกล่าวว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ที่แท้จริงของเงินปันผลที่จ่ายให้แก่ DutchCo

ต่อมาหน่วยงานสรรพากรของแคนาดา (Canada Revenue Agency (CRA)) ก็ได้ต่อสู้อัตราดังกล่าวข้างต้นตามอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-สวีเดน และตามอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-สหราชอาณาจักรนั้นเป็นการผ่อนปรนการบังคับ (concession) ดังนั้นอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายและนำส่งควรเป็นร้อยละ 25

## (1.2) คำพิพากษาศาลภาษีแคนาดา (Tax Court of Canada)<sup>47</sup>

ศาลภาษีแคนาดา (Tax Court of Canada) ได้ตัดสินคดี *Prévost Car Inc. v. The Queen* ในปี ค.ศ. 2008<sup>48</sup> ดังที่จะได้อธิบายต่อไปนี้

---

<sup>47</sup>Leela A. Hemmings, New Canadian case law on treaty shopping [Online], 5 March 2016. Source [http://www.millerthomson.com/assets/files/article\\_attachments/New\\_Canadian\\_Case\\_Law\\_on\\_Treaty\\_Shopping.PDF](http://www.millerthomson.com/assets/files/article_attachments/New_Canadian_Case_Law_on_Treaty_Shopping.PDF); Louise Summerhill, Jack Bernstein, and Barbara Worndl, Beneficial ownership by holding company respected.

<sup>48</sup>*Prévost Car Inc. v. The Queen*, 2008 T.C.C. 231.

ประเด็นที่ไปสู่ศาลภาษีแคนาดา (Tax Court of Canada) ในคดีนี้มีเพียงประเด็นเดียว คือ บริษัทโฮลดิ้งสัญชาติดัตช์ (DutchCo) เป็น“เจ้าของผลประโยชน์” ในเงินปันผลที่จ่ายโดย Prévost (บริษัทลูกสัญชาติแคนาดาที่ DutchCo ถือหุ้นร้อยเปอร์เซ็นต์) ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์หรือไม่ หาก DutchCo เป็นเจ้าของผลประโยชน์ Prévost ก็มีหน้าที่ตามข้อ 10 ของอนุสัญญาในการหักภาษีหัก ณ ที่จ่ายที่อัตราร้อยละ 5 เท่านั้น ซึ่ง Canada Revenue Agency (CRA) ต่อสู้ว่าการลดอัตรากาสิโน้นไม่นำมาบังคับใช้ในกรณีนี้เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่า DutchCo นั้นจ่าย (หรือมีหน้าที่ต้องจ่าย) เงินปันผลทั้งหมดไปยังผู้ถือหุ้นทั้งหมดของตนซึ่งคือ Volvo และ Henlys ทำให้ DutchCo ทำหน้าที่เป็นเพียงบริษัทส่งผ่าน (conduit company) สำหรับเงินปันผลเท่านั้นและย่อมไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ดังกล่าวแต่อย่างใด

ในกระบวนการพิจารณาคดี ศาลภาษีแคนาดาได้ทำการวิเคราะห์จากหลายๆ แง่มุมซึ่งก็ไม่ใช่เป็นที่แน่ชัดว่าแง่มุมใดที่เป็นเหตุผลหลักอันเป็นที่มาของคำพิพากษาที่ออกมาในท้ายที่สุด ทั้งนี้ แง่มุมหลักๆ ที่ศาลได้ยกมาประกอบการพิจารณาสามารถสรุปได้ดังนี้

(ก) การตีความอนุสัญญาภาษีซ้อน

ศาลภาษีแคนาดามีความเห็นสอดคล้องกับคำพิพากษาในคดีก่อนๆ ว่า “อนุสัญญาภาษีซ้อนจะต้องตีความอย่างกว้าง (liberal interpretation) เพื่อเติมเต็มเจตนาที่แท้จริงของรัฐคู่สัญญา จุดมุ่งหมายสูงสุดคือเพื่อหาความหมายของคำที่กำลังพิจารณา”<sup>\*</sup> และศาลยังได้กล่าวต่อว่า อนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์นั้นจัดทำขึ้นโดยอาศัยร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนของ OECD ฉบับปีค.ศ. 1977 (1977 OECD Model Tax Convention) เป็นต้นแบบ

ศาลภาษีแคนาดาได้พิจารณาบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์และอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) และชี้ว่าคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไม่ได้มีคำนิยามทั้งในอนุสัญญาและอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) ศาลได้อ้างถึงคำอธิบายอนุสัญญาข้อ 10 (Commentary on Article 10) ของร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนของ OECD ฉบับปีค.ศ. 1977 (1977 OECD Model Tax Convention) ซึ่งระบุว่า “ภายใต้วรรคสอง การจำกัดการเก็บภาษีอากรในรัฐแหล่งเงินได้จะไม่นำมาใช้เมื่อตัวกลาง เช่น ตัวแทน (agent) หรือนอมินี (nominee) ถูกนำมาสอดแทรกระหว่างผู้รับประโยชน์ (beneficiary) กับผู้จ่าย (payer) นอกเสียจากว่าเจ้าของผลประโยชน์เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง รัฐที่ต้องการจะทำให้

---

<sup>\*</sup>Prévost วรรค 37, อ้างถึง Gladden Estate v. The Queen [1985] 1 C.T.C. 163 และ Crown Forest Industries v. The Queen [1955] S.C.R. 802.

ชัดเจนขึ้นก็มีอิสระที่จะทำได้ระหว่างการเจรจาทวิภาคี”<sup>\*\*</sup> ซึ่งในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ใช้บังคับในคดีนี้ ไม่มีคำอธิบายและรัฐคู่สัญญาก็ไม่ได้เจรจาต่อรองเพื่อให้วรรคที่เกี่ยวข้องในข้อบทเรื่องเงินปันผล ชัดเจนขึ้นแต่อย่างใด

ข้อ 3(2) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์บัญญัติว่า คำใดที่มีได้นิยามไว้ในอนุสัญญาจะมีความหมายตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาที่อนุสัญญาใช้บังคับเกี่ยวกับภาษีที่อนุสัญญานี้ใช้บังคับ เว้นแต่บริบทจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้น เมื่อแคนาดาจะเก็บภาษี คำใดที่มีได้นิยามไว้ในอนุสัญญาจะมีความหมายตามที่คำนั้นๆ มีตามพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) ของแคนาดา (หากเราตั้งสมมติฐานว่าคำนั้นมีนิยามอยู่ในพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) ดังกล่าว) ทั้งนี้ มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติการตีความอนุสัญญาภาษีเงินได้ (Income Tax Conventions Interpretation Act) ของแคนาดาบัญญัติคล้ายกับข้อ 3(2) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์ว่า ในกรณีที่คำใดในอนุสัญญามีได้นิยามไว้ในอนุสัญญา หรือมีได้นิยามไว้อย่างครบถ้วนในอนุสัญญา หรือจะต้องมีการนิยามโดยอ้างถึงกฎหมายแคนาดา คำดังกล่าวมีความหมายตามที่คำดังกล่าวมีเพื่อวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) ตามที่จะได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเป็นครั้งคราว (ไม่ใช่ความหมายเพื่อวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) ที่คำนั้นมีในวันที่มีการทำอนุสัญญาหรือวันที่อนุสัญญามีผลใช้บังคับในทางกฎหมายในแคนาดาหากหลังจากวันนั้น ความหมายของคำดังกล่าวเพื่อวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) มีการเปลี่ยนแปลง) ทั้งนี้ เว้นแต่บริบทจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(ข) พยานผู้เชี่ยวชาญ กรมมหาวิทยาลัย

นอกจากนี้ ศาลภาษีแคนาดายังได้รับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญด้วย ซึ่งโดยสรุปแล้ว คำให้การโดยทั่วไปของพยานผู้เชี่ยวชาญในคดีก็ได้สนับสนุนว่าภายใต้กฎหมายเนเธอร์แลนด์และเพื่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น DutchCo ควรถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลที่ Prévost จ่าย

(ค) ความหมายตามธรรมดาทั่วไปของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์”

ศาลยังได้พิจารณาความหมายตามพจนานุกรมของคำว่า “ผลประโยชน์” (beneficial) และ “เจ้าของ” (owner) เพื่อตัดสินความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” และ

---

<sup>\*\*</sup>“under paragraph 2, the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owners are resident of the other contracting State. States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations.”

ยังพิจารณาคำพิพากษาของศาลฎีกาแคนาดา (Supreme Court of Canada) ในคดี *Jodrey Estate* ซึ่งศาลได้ตัดสินตามคดี *McKeen Estate v. Nova Scotia* [1977] CTC 230 (NSSC) par. 46 ว่า “ความหมายตามธรรมดาทั่วไปของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” คือ เจ้าของที่แท้จริงของทรัพย์สิน” เจ้าของผลประโยชน์คือบุคคลที่สามารถใช้สิทธิของความเป็นเจ้าของในท้ายที่สุด ศาลเห็นว่า อนุสัญญาฉบับภาษาดัตช์ที่ใช้คำว่า *uiteindellijk gerechtigde* ซึ่งแปลว่า “คนที่มีสิทธิในท้ายที่สุด”

(ง) คดี *Indofood*

ศาลได้นำคำพิพากษาคดี *Indofood* ของศาลแห่งสหราชอาณาจักรมาประกอบการพิจารณาด้วย และได้มีความเห็นว่าคำพิพากษาดังกล่าวนั้นค่อนข้างขัดแย้งกับความเห็นของรัฐบาลเนเธอร์แลนด์และคำพิพากษาคดี *Hoge Raad* ในประเด็นที่ว่าผู้รับเงินได้ไม่เสียความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของเงินได้เพียงเพราะว่าตนมีหน้าที่ตามสัญญาที่จะจ่ายส่วนใหญ่ที่สุดของเงินได้ไปยังบุคคลที่สาม ท่านได้ตั้งข้อสังเกตว่าในคดี *Indofood* ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาจากหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over Form) ตามที่กฎหมายอินโดนีเซียกำหนด และศาลอุทธรณ์ไม่ได้ตัดสินโดยอาศัยหน้าที่ตามสัญญาในการโอนดอกเบี้ยต่อไปยังบุคคลที่สามแต่อาศัยพื้นฐานว่าผู้รับเงินได้มีสิทธิเต็มทีในดอกเบี้ยหรือเป็นเพียงคนจัดการเงินได้

ด้วยเหตุนี้ ศาลภาษีแคนาดาจึงปฏิเสธการใช้ความหมายในทางภาษาระหว่างประเทศ (international fiscal meaning) กับหลักเจ้าของผลประโยชน์ดังที่คำพิพากษาคดี *Indofood* ได้ตัดสินไว้ แต่ศาลภาษีแคนาดาตัดสินว่าข้อ 3(2) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์ กำหนดให้ใช้ความหมายตามกฎหมายภายในของแคนาดา

ในคดี *Prévost* คู่ความมีความเห็นตรงกันว่า DutchCo ไม่ใช่ตัวการ นอมินี หรือทรัสต์ของ Volvo หรือ Henlys อย่างไรก็ตาม สรรพากรแคนาดาต่อสู้ว่า DutchCo เป็นเพียงบริษัทส่งผ่าน (conduit company) เพื่อประโยชน์ของ Volvo และ Henlys ในขณะที่ได้รับเงินปันผลจาก Prévost อย่างไรก็ตาม ศาลก็ปฏิเสธที่จะรับฟังข้อต่อสู้ของสรรพากรแคนาดาโดยศาลมองว่า “เจ้าของผลประโยชน์ของเงินปันผลคือบุคคลที่ได้รับเงินปันผลเพื่อการใช้ประโยชน์และตามอัธยาศัยของเขา/เธอเอง พร้อมทั้งแบกรับความเสี่ยงและอำนาจควบคุมของเงินปันผลที่เขา/เธอได้รับ บุคคลที่เป็นเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลคือบุคคลที่ยินยอมและแบกรับคุณลักษณะทั้งหมดของความเป็นเจ้าของ กล่าวโดยสรุปก็คือ เงินปันผลจ่ายมาเพื่อประโยชน์ของเจ้าของและเจ้าของคนนี้ไม่ต้องการรับผิดชอบต่อบุคคลใดก็ตามว่าเขา/เธอจะจัดการเงินปันผลอย่างไร”

ศาลกล่าวว่าคำพิพากษาของศาลฎีกาของแคนาดา (Supreme Court of Canada) ในคดี *Jodrey* ที่มีผลให้เจ้าของผลประโยชน์คือบุคคลที่สามารถใช้สิทธิความเป็นเจ้าของในท้ายที่สุดนั้นไม่ได้หมายความว่าเราจะต้องนำหลักการเจาะม่านคลุมนิติบุคคล (pierce the corporate veil) มาใช้เพื่อที่จะถือว่าผู้ถือหุ้นของบริษัทเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในสินทรัพย์ของ

บริษัทนั้น ในทางตรงกันข้าม ศาลฎีกาของแคนาดาในคดีดังกล่าวกำลังอ้างถึงบุคคลที่เป็นเจ้าของที่แท้จริงของเงินปันผล ซึ่งก็คือ บุคคลที่สามารถจัดการเงินปันผลได้ตามที่ตนต้องการ

เมื่อพิจารณาเช่นนี้แล้ว ศาลก็ได้ตัดสินว่า เราจะไม่เจาะผ่านคลุมนิติบุคคลหรือ pierce the corporate veil “นอกจากว่าบริษัทนั้นๆ จะเป็นบริษัทส่งผ่านของบุคคลอื่น และบริษัทนั้นไม่มีดุลยพินิจเกี่ยวกับการใช้หรือจัดการเงินที่ส่งผ่านมายังตนในฐานะบริษัทส่งผ่าน แม้แต่น้อย หรือบริษัทนั้นตกลงที่จะกระทำการในนามบุคคลอื่นตามแต่คำสั่งของบุคคลนั้น โดยที่ไม่มีสิทธิกระทำการใดนอกจากตามที่บุคคลนั้นสั่งการ (เช่น นายหน้าค้าหลักทรัพย์ที่เป็นเจ้าของทางทะเบียนในหุ้นที่ถือแทนลูกค้าของตน)” แต่ที่กล่าวมาข้างต้นไม่ใช่ความสัมพันธ์ระหว่าง DutchCo และผู้ถือหุ้นของตน โดยศาลวินิจฉัยว่าไม่มีหลักฐานใดที่ชี้ว่า DutchCo เป็นบริษัทส่งผ่านของ Volvo และ Henlys แม้ว่าจะปรากฏข้อเท็จจริงว่า DutchCo ไม่มีสำนักงานหรือลูกจ้างในเนเธอร์แลนด์หรือในที่ใดๆ เลยก็ตาม ศาลฎีกาแคนาดาตัดสินว่าไม่มีหลักฐานว่าเงินปันผลที่จ่ายจาก Prévost ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วว่าเป็นของ Volvo และ Henlys โดยมี DutchCo เป็นตัวเชื่อมต่อ นอกจากนี้ศาลได้ชี้ว่างบการเงินและแบบแสดงรายการยื่นภาษีของ DutchCo แสดงว่า DutchCo เป็นเจ้าของสินทรัพย์และหนี้สินของตน แม้ว่าในความเป็นจริงผู้กระทำการแทนของ Henlys จะพยายามเร่งรัดกระบวนการโอนเงินปันผลก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีการถ่ายโอนเงินอัตโนมัติหรือที่กำหนดไว้ล่วงหน้าไปยัง Volvo และ Henlys

ข้อเท็จจริงที่ว่าสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นที่ชำระระหว่าง Volvo และ Henlys กำหนดไว้ว่าจะต้องมีการจ่ายเงินปันผลนั้นไม่เกี่ยวกับประเด็นการพิจารณา ถ้าปรากฏว่าไม่มีการจ่ายเงินปันผลจริง Henlys ก็สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับ Volvo และ Volvo ก็สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีกับ Henlys ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ผู้ถือหุ้นทั้งสองก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีที่สุจริตกับ DutchCo ภายใต้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้เพราะ DutchCo ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นดังกล่าวนี้ นอกจากนี้ เอกสารหลักฐานการก่อตั้งบริษัท (deed of incorporation) ของ DutchCo ก็ไม่ได้ผูกมัดให้ DutchCo มีหน้าที่ต้องจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้น

ในการทำคำพิพากษา ศาลอาศัยข้อเท็จจริงว่า DutchCo เป็นเจ้าของทางทะเบียนในหุ้น Prévost โดย DutchCo ได้จ่ายเงินเพื่อให้ได้หุ้นเหล่านี้มาและก็ได้ถือหุ้นนั้นเพื่อตนเอง เมื่อ DutchCo ได้รับเงินปันผลเพื่อเป็นประโยชน์ตอบแทนหุ้นที่ตนถือ เงินปันผลก็เป็นของ DutchCo เอง และเงินปันผลก็ยังคงเป็นสินทรัพย์ของ DutchCo เพียงคนเดียวจนกระทั่งคณะกรรมการบริหารประกาศจ่ายเงินปันผลระหว่างกาลและผู้ถือหุ้นได้อนุมัติเงินปันผลนั้น เงินปันผลเป็นสินทรัพย์ของ DutchCo และเจ้าหนี้ (หากมี) สามารถเรียกร้องเอาเงินปันผลนี้ได้ ไม่มีบุคคลใดนอกจาก DutchCo มีส่วนได้เสียในเงินปันผลที่ได้รับจาก Prévost DutchCo สามารถใช้เงินปันผลนี้ได้ตามที่ตนปรารถนาและไม่ต้องรับผิดชอบกับผู้ถือหุ้นของตนนอกจากที่กำหนดในกฎหมาย

เนเธอร์แลนด์ Volvo และ Henlys ได้สิทธิในเงินปันผลที่ประกาศจ่ายโดยถูกต้องและจ่ายโดย DutchCo เท่านั้น”<sup>49</sup> ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงเคารพในความเป็นเจ้าของในหุ้น Prévost ที่ DutchCo มีอยู่ และตัดสินว่า DutchCo มีสิทธิที่จะได้รับอัตรภาษีหัก ณ ที่จ่ายที่ลดลงภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน แคนาดา-เนเธอร์แลนด์”<sup>50</sup> และตัดสินให้ Prévost ชนะคดี

ต่อมา สรรพากรแคนาดาก็ได้อุทธรณ์ไปยังศาลอุทธรณ์แห่งสาธารณรัฐ (Federal Court of Appeal หรือ FCA) ในประเด็นที่ว่าศาลภาษีแคนาดาใช้วิธีการที่ไม่ถูกต้องในการตีความคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในข้อ 10(2) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนและผิดพลาดในการตัดสินว่าใครเป็นเจ้าของผลประโยชน์หรือไม่ และศาลอุทธรณ์แห่งสาธารณรัฐ (Federal Court of Appeal) ก็ได้มีคำพิพากษายืน และยกอุทธรณ์ ดังนี้

### (1.2) คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งสาธารณรัฐ (Federal Court of Appeal)<sup>51</sup>

ในการทำคำพิพากษาในคดี *Prévost Car Inc. v. Canada* ศาลอุทธรณ์แห่งสาธารณรัฐให้เหตุผลอันสรุปได้ดังนี้<sup>52</sup>

(ก) คำว่า “ความเป็นเจ้าของผลประโยชน์” (หรือ “*bénéficiaire effectif*” ในภาษาฝรั่งเศส) ไม่มีนิยามที่แน่นอนเป็นที่ยอมรับแล้วในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) หรืออนุสัญญาภาษีซ้อนพิพาทหรือในพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) ของแคนาดา ทั้งนี้ในการหาความหมายของทั้งสองคำนี้ ผู้พิพากษาศาลภาษี (Tax Court) ได้พิจารณาอย่างตั้งใจถึงความหมายสามัญ ความหมายทางเทคนิค และความหมายที่ทั้งสองคำอาจมีในกฎหมายคอมมอนลอว์ กฎหมายซีวิลลอว์ของควิเบก ความหมายในกฎหมายเนเธอร์แลนด์และความหมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยผู้พิพากษาศาลภาษี (Tax Court) ได้อาศัยคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (OECD Commentary) ของข้อ 10 และเอกสารของ OECD อื่นๆ ที่ออกมาหลังจากร่างอนุสัญญาภาษีซ้อน

<sup>49</sup>Prévost วรรค 105

<sup>50</sup>Louise Summerhill, Jack Bernstein, and Barbara Worndl, Beneficial ownership by holding company respected; PricewaterhouseCoopers, The FCA decision in Prévost Car Inc. - beneficial ownership for tax treaty purposes [Online], 9 February 2016. Source <https://www.pwc.com/ca/en/tax-memo/publications/tm-fcadp-0309-en.pdf>; Leela A. Hemmings, New Canadian case law on treaty shopping.

<sup>51</sup>Brian J. Arnold, "The concept of beneficial ownership under Canadian tax treaties," in Beneficial ownership: Recent trends, pp. 40-42.

<sup>52</sup>*Prévost Car Inc. v. Canada*, 2009 FCA 57, [2010] 2 F.C.R. 65

ของ OECD ฉบับปีค.ศ. 1977 (1977 OECD Model Tax Convention) เช่น รายงานของ OECD เรื่องบริษัทส่งผ่าน (OECD Conduit Company Report) ที่ออกมาในปีค.ศ. 1986 และการแก้ไขคำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนของ OECD ฉบับปีค.ศ. 1977 (1977 OECD Commentary) ที่ OECD ทำขึ้นในปี 2003 (Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, 28 January 2003) นอกจากนี้ ศาลยังมีการพิจารณาพยานผู้เชี่ยวชาญด้วย

(ข) การที่ทั่วโลกยอมรับบทบัญญัติของร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนของ OECD ฉบับปีค.ศ. 1977 (1977 OECD Model Tax Convention) และนำบทบัญญัติของร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนของ OECD ฉบับปีค.ศ. 1977 (1977 OECD Model Tax Convention) ไปรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งในอนุสัญญาภาษีซ้อนส่วนใหญ่ทำให้คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (OECD Commentary) เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางให้เป็นแนวทางในการตีความและบังคับใช้บทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีอยู่ในปัจจุบัน และในคดีนี้ ข้อ 10 วรรคสองของอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์นั้นมีความเหมือนกับข้อ 10 วรรคสองของร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนของ OECD ฉบับปีค.ศ. 1977 (1977 OECD Model Tax Convention)

(ค) ในการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์นั้น OECD Conduit Companies Report (1986) และ OECD Commentary ฉบับปีค.ศ. 2003 ที่แก้ไข 1977 OECD Commentary จะเป็นส่วนเสริมคำอธิบาย (Commentary) ฉบับก่อนๆ トラบเท่าที่เอกสารดังกล่าวมีความเห็นที่เป็นส่วนเติมเต็มแทนที่จะเป็นไปในทางขัดแย้งกับความเห็นที่ออกมาก่อนหน้านี้

(ง) การวางหลักเกณฑ์ของผู้พิพากษาศาลภาษี (Tax Court) ได้รวบรวมหลักสำคัญๆ ของหลักของ “เจ้าของผลประโยชน์” (“beneficial owner” หรือ “bénéficiaire effectif”) ตามที่ปรากฏจากการพิจารณาความหมายทั่วไป ความหมายทางเทคนิค และความหมายทางกฎหมายของคำดังกล่าวแล้ว และที่สำคัญที่สุด อาจเป็นการวางหลักเกณฑ์เป็นไปตามที่ปรากฏในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Commentary) และรายงานเรื่องบริษัทส่งผ่าน (Conduit Companies Report)

(ง) ความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (“beneficial owner” หรือ “bénéficiaire effectif”) ที่ทนายความของสรรพากรแคนาดาเสนอว่า “แปลว่า บุคคลที่ในความเป็นจริงสามารถได้ประโยชน์จากเงินปันผลในท้ายที่สุด” เป็นความหมายที่ไม่ปรากฏในข้อใดในเอกสารของ OECD และการใช้คำว่า “สามารถ” จะเปิดช่องให้เกิดโอกาสอย่างมากมายที่อาจทำลายความแน่นอนและเสถียรภาพที่อนุสัญญาภาษีซ้อนพยายามจะบรรลุ

(จ) ข้อค้นพบเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่มีการสนับสนุนด้วยพยานหลักฐาน ไม่ปรากฏข้อผิดพลาดซึ่งสำคัญที่สุดและชัดเจนของศาลภาษี และไม่ปรากฏข้อผิดพลาดทางกฎหมาย ทั้งนี้

ตราบเท่าที่ส่วนหนึ่งของข้อค้นพบนี้อยู่บนฐานของการตีความความสัมพันธ์ระหว่าง Prévost DutchCo Volvo และ Henlys

ในท้ายที่สุดเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2009 ศาลอุทธรณ์แห่งสาธารณรัฐก็ได้ทำคำตัดสินว่า ศาลภาษีพิจารณาความหมายทั่วไป ความหมายทางเทคนิคและความหมายทางกฎหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” โดยอ้างอิงคำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนข้อ 10 ของ OECD ฉบับปีค.ศ. 1977 (1977 OECD Commentary on Article 10) รวมถึงเอกสาร OECD ที่ออกมาหลังจากปีค.ศ. 1977 ทั้งนี้ การยอมรับอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 1977 (1977 OECD Model Tax Convention) ในระดับระหว่างประเทศและการที่ร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนของ OECD ได้ถูกนำไปบรรจุในอนุสัญญาภาษีซ้อนส่วนใหญ่ทำให้คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 1977 (1977 OECD Commentary) เป็นคู่มือที่เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในการตีความและบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อน นอกจากนี้ “เอกสาร OECD ที่ออกมาหลังจากคำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับปีค.ศ. 1977 (1977 Commentary) ก็เป็นส่วนเสริมที่เป็นประโยชน์ตราบเท่าที่เอกสารดังกล่าวมีความเห็นที่เป็นส่วนเติมเต็มแทนที่จะเป็นไปในทางขัดแย้งกับความเห็นที่ออกมาก่อนหน้านี้ ศาลภาษีได้รวบรวมสาระสำคัญของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” เท่าที่ปรากฏจากการพิจารณาของท่าน การวางหลักเกณฑ์ก็สอดคล้องกับ OECD Commentary และเอกสารอื่นๆ ความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ที่ผู้อุทธรณ์ยกมาว่าควรเป็น “บุคคลที่ในความเป็นจริงสามารถได้รับประโยชน์จากเงินปันผลในท้ายที่สุด” นั้นจะทำลายความแน่นอนและเสถียรภาพที่อนุสัญญาภาษีซ้อนพยายามจะบรรลุ”\*

อนึ่ง คำพิพากษาศาลอุทธรณ์แห่งสาธารณรัฐ (Federal Court of Appeal (FCA)) ได้แสดงให้เห็นว่าในทัศนะของศาล คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (Commentary) นั้นมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นครั้งคราวและสามารถนำมาเป็นแนวทางในการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนนอกจากคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับหลังๆ จะขัดแย้งกับคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบที่มีอยู่ในขณะที่มีการเจรจาต่อรองหรือสัตยาบัน (ratify) อนุสัญญาภาษีซ้อน<sup>53</sup> นอกจากนี้ เราอาจสรุปได้

---

\*จากคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แห่งสาธารณรัฐ (Federal Court of Appeal) ในคดีนี้ เราพอจะสรุปได้ว่า ในทัศนะของศาลนั้น เห็นว่าคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (Commentary) ฉบับที่ออกมาในภายหลังสามารถนำมาใช้ประกอบการพิจารณาได้เมื่อ ก) คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบใหม่นั้นเป็นการตีความที่เป็นธรรมของคำในอนุสัญญาต้นแบบ (Model Convention ข) คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบใหม่ไม่ขัดกับคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบที่มีอยู่ในขณะที่อนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นๆ ได้จัดทำขึ้น และ ค) รัฐคู่สัญญาทั้งหมดไม่ได้ปฏิเสธไม่ยอมรับคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบใหม่

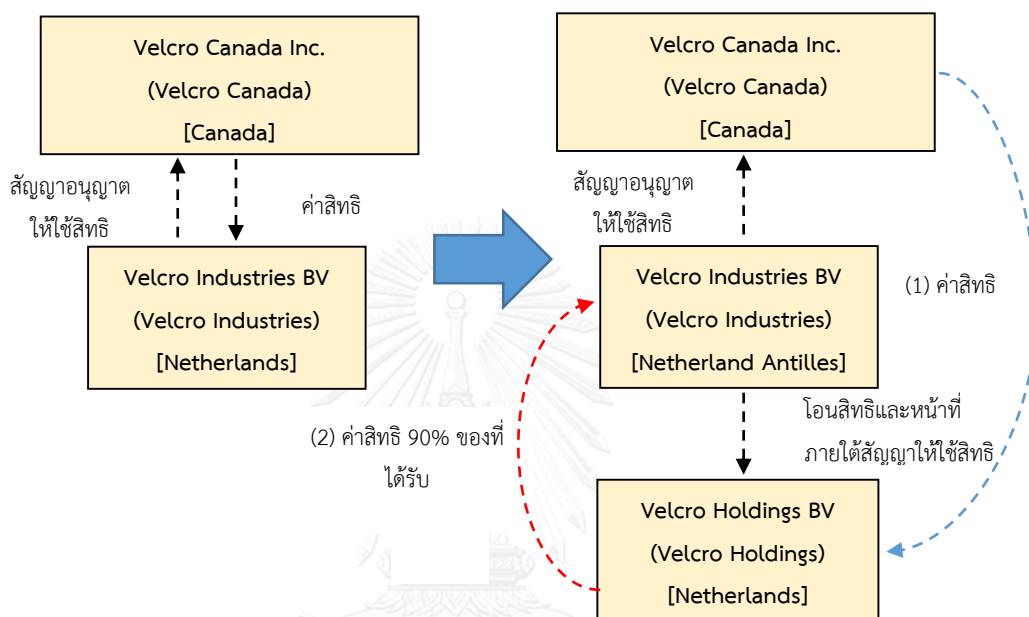
<sup>53</sup>PricewaterhouseCoopers, The FCA decision in Prévost Car Inc. - beneficial ownership for tax treaty purposes.



ว่า ในการจะต่อสู้ในกรณีที่มีผู้มีหน้าที่เสียภาษีจัดตั้งตัวกลางประเภทบริษัทโฮลดิ้งขึ้นในรัฐคู่สัญญาภาษีซ้อนเพื่อเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญานั้น สรรพากรแคนาดาไม่สามารถยกข้อต่อสู้เพียงว่า บริษัทดังกล่าวไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์เท่านั้น ทั้งนี้ ขึ้นกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี

## (2) คดี *Velcro*<sup>54</sup>

### (2.1) ข้อเท็จจริงโดยย่อ<sup>55</sup>



ในปีค.ศ. 1987 Velcro Industries BV (“Velcro Industries”) บริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในเนเธอร์แลนด์ซึ่งเป็นหนึ่งในกลุ่มบริษัท Velcro ได้เข้าทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (License Agreement) กับ Velcro Canada Inc. (Velcro Canada) ซึ่งเป็นบริษัทแคนาดาโดยตกลงให้สิทธิ Velcro Canada ในการใช้ทรัพย์สินทางปัญญาของ Velcro Industries ในการผลิตและขายผลิตภัณฑ์เครื่องยึดโดยคิดค่าสิทธิเป็นค่าตอบแทน (สัญญาให้ใช้สิทธิ) โดย Velcro Industries จะได้ส่วนแบ่งเป็นร้อยละจากยอดขายสุทธิ (net sales) ของ Velcro Canada ทั้งนี้ ในช่วงแรกนั้น ร้อยละของส่วนแบ่งที่ Velcro Industries ได้นั้นขึ้นอยู่กับว่าการขายนั้นเกิดจากผลิตภัณฑ์ที่ใช้เทคโนโลยี

<sup>54</sup> *Velcro Canada Inc. v. The Queen*, 2012 TCC 57.

<sup>55</sup> John C. Yuan, *Velcro Canada Inc. v. The Queen: Riding Prévost Car to victory* [Online], 9 February 2016. Source [https://www.mccarthy.ca/article\\_detail.aspx?id=5797](https://www.mccarthy.ca/article_detail.aspx?id=5797); Osler Hoskin & Harcourt, *Taxpayer wins “beneficial ownership” case: Velcro Canada Inc. v. The Queen* [Online], 30 July 2015. Source <https://www.osler.com/en/resources/regulations/2012/taxpayer-wins-beneficial-ownership%E2%80%9D-case-velcro>

ที่มีอยู่แล้ว (ได้ร้อยละ 5) หรือเทคโนโลยีใหม่ (ได้ร้อยละ 7.5) แต่ต่อมาในปีค.ศ. 2003 ค่าสิทธิได้ถูกเปลี่ยนเป็นอัตราคงที่ที่ร้อยละ 5

ในระหว่างปี ค.ศ. 1987 ถึงตุลาคม ค.ศ.1995 Velcro Canada จ่ายค่าสิทธิให้ Velcro Industries และหักภาษีหัก ฌ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 10 ตามบทบัญญัติอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์ (อนุสัญญา) แทนที่จะหักในอัตราร้อยละ 25 ตามกฎหมายแคนาดาหากไม่มีอนุสัญญาเช่นว่านี้

ในวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ.1995 กลุ่มบริษัท Velcro ได้ทำการปรับโครงสร้างองค์กร Velcro Industries จึงเปลี่ยนสถานะจากบริษัทในเนเธอร์แลนด์ไปเป็นบริษัทผู้มีถิ่นที่อยู่ในเนเธอร์แลนด์แอนทิลลีสซึ่งเป็นประเทศที่แคนาดาไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนด้วย

วันต่อมา Velcro Industries ก็ได้ทำการโอนสิทธิและหน้าที่ของตนภายใต้สัญญาให้ใช้สิทธิให้แก่ Velcro Holdings BV (Velcro Holdings) ซึ่งเป็นบริษัทลูกของ Velcro Industries ที่มีถิ่นที่อยู่ในเนเธอร์แลนด์ โดยทรัพย์สินทางปัญญายังคงเป็นของ Velcro Industries อยู่ ทั้งนี้ ภายใต้สัญญาโอนสิทธิดังกล่าว Velcro Holdings ได้รับโอนสิทธิในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของ Velcro Industries แก่ Velcro Canada และได้รับค่าสิทธิจาก Velcro Canada โดยภายใน 30 วันนับจากวันที่ Velcro Holdings ได้รับค่าสิทธิจาก Velcro Canada แล้ว Velcro Holdings จะจ่ายให้ Velcro Industries ซึ่งส่วนแบ่งเป็นร้อยละตามราคาตลาด (arm's length percentage) ของยอดขายสุทธิ (net sales) ของผลิตภัณฑ์ที่ใช้สิทธิซึ่งอยู่ที่ประมาณร้อยละ 90 ของค่าสิทธิที่ Velcro Holdings ได้รับจาก Velcro Canada

ทั้งนี้ การโอนสิทธิและหน้าที่ของ Velcro Industries ภายใต้สัญญาให้ใช้สิทธิให้แก่ Velcro Holdings นั้นไม่ได้ทำให้อัตราภาษีหัก ฌ ที่จ่ายในแคนาดาตกลงกว่าก่อนที่ Velcro Industries จะย้ายถิ่นที่อยู่ไปเนเธอร์แลนด์แอนทิลลีส แต่การโอนดังกล่าวทำให้ค่าสิทธิที่จ่ายจากแคนาดายังได้สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์แม้ว่า Velcro Industries จะย้ายถิ่นที่อยู่ไปประเทศที่แคนาดาไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนด้วยก็ตาม

Velcro Canada หักภาษีหัก ฌ ที่จ่ายจากค่าสิทธิที่ตนจ่ายให้ Velcro Holdings ในอัตราร้อยละ 10 ตามที่ระบุในอนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-เนเธอร์แลนด์ จนกระทั่งถึงเดือนธันวาคม ค.ศ.1998 และนับจากนั้นก็ไม่ได้หักอีกเพราะค่าสิทธิลดลงเหลือเป็นศูนย์ Velcro Canada จึงถูกสรรพากรแคนาดา (Canada Revenue Agency (CRA)) ประเมินภาษีว่าไม่ได้หักและนำส่งภาษีหัก ฌ ที่จ่ายให้อัตราร้อยละ 25 ของค่าสิทธิที่จ่ายให้แก่ Velcro Holdings ในช่วงปีภาษี 1996 ถึง 2004 Velcro Canada

สรรพากรแคนาดาต่อสู้ว่า Velcro Industries (ผู้มีถิ่นที่อยู่ในเนเธอร์แลนด์แอนทิลลีส) เป็นเจ้าของผลประโยชน์ในค่าสิทธิที่ Velcro Canada จ่ายระหว่างปีภาษี

1996 ถึง 2004 ไม่ใช่ Velcro Holdings (ผู้มีถิ่นที่อยู่ในเนเธอร์แลนด์) ดังนั้น Velcro Holdings จึงไม่มีสิทธิได้ลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่าย แต่ในทางกลับกัน Velcro Canada เห็นว่า Velcro Holdings เป็นเจ้าของผลประโยชน์ Velcro Canada จึงอุทธรณ์ไปยังศาลภาษีแคนาดา (Tax Court of Canada)

## (2.2) คำตัดสินของศาลภาษีแคนาดา (Tax Court of Canada)

ในคำพิพากษาที่ออกมาในวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2012 ในคดี *Velcro Canada Inc. v. The Queen* นั้น ศาลอ้างถึงความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ที่ปรากฏในคดี *Prévost* ซึ่งคือ บุคคลที่ได้รับเงินได้เพื่อการใช้ประโยชน์และตามอรรถาธิบายของเขา/เธอเอง พร้อมทั้งแบกรับความเสี่ยงและอำนาจควบคุมของเงินปันผลที่เขา/เธอได้รับ โดย Associate Chief Justice Rossiter ได้สกัดองค์ประกอบในการพิจารณาเจ้าของผลประโยชน์จากคดี *Prévost* ว่ามีสี่องค์ประกอบคือ ก) การถือครอง (possession) ข) การใช้ (use) ค) ความเสี่ยง (risk) และ ง) การควบคุม (control) โดยท่านได้พิจารณาถึงความหมายตามพจนานุกรมของทั้งสี่องค์ประกอบนี้ด้วย นอกจากนี้ท่านยังได้ต่อยอดคำตัดสินของผู้พิพากษาในคดี *Prévost* ว่า ศาลมักจะไม่เจาะม่านคลุมนิติบุคคล (pierce the corporate veil) นอกเสียจากว่าบริษัทนั้นไม่มีดุลยพินิจแม้แต่เพียงน้อยในการตัดสินใจเกี่ยวกับการใช้เงินที่ได้มา

Associate Chief Justice Rossiter สรุปว่า Velcro Holdings พิสูจน์ได้ว่า ตนเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของค่าสิทธิเพราะพิสูจน์ได้ครบทั้งสี่องค์ประกอบ โดยในการทำคำพิพากษา ศาลให้นำหนักไปที่ตัวแปรดังต่อไปนี้ ก) Velcro Holdings (ไม่ใช่ Velcro Industries) มีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับค่าสิทธิจาก Velcro Canada ข) เงินค่าสิทธิที่ Velcro Canada จ่ายมีการจ่ายโดยฝากเข้าบัญชีที่ Velcro Holdings เป็นเจ้าของและเป็นผู้ถือครองและควบคุมแต่ผู้เดียว ค) เงินดังกล่าวมีการรวบรวมปะปนกับเงินอื่นๆ ในบัญชีของ Velcro Holdings โดยไม่ได้เก็บไว้ในบัญชีโดยเฉพาะต่างหาก ง) Velcro Holdings เปลี่ยนเงินจากสกุลดอลลาร์แคนาดาเป็นดอลลาร์สหรัฐเพื่อจ่ายให้กับ Velcro Industries (ทำให้ตนเองมีความเสี่ยงในอัตราแลกเปลี่ยน) จ) ดอกเบี้ยที่ได้จากเงินค่าสิทธิเป็นของ Velcro Holdings ฉ) Velcro Holdings ไม่ต้องรอคำสั่งจากบุคคลอื่นว่าจะจัดการเงินอย่างไร ช) จำนวนค่าสิทธิที่ได้รับจาก Velcro Canada ต่างจากจำนวนค่าสิทธิที่ Velcro Holdings จ่ายให้ Velcro Industries ซ) ในส่วนของความเสี่ยงนั้น ศาลเห็นว่า Velcro Holdings แบกรับภาระความเสี่ยงที่เกิดขึ้นเป็นปกติทางการค้าเกี่ยวกับค่าสิทธิด้วย เนื่องจากสัญญาโอนสิทธิไม่ได้กำหนดให้ Velcro Industries รับผิดชอบค่าใช้จ่าย (Indemnification) ให้แก่ Velcro Holdings ฉ) เมื่อ Velcro Holdings มีการถือครองและการใช้ รวมทั้งแบกรับความเสี่ยงในค่าสิทธิแล้ว ศาลจึงสรุปว่า Velcro Holdings มีการควบคุมเหนือค่าสิทธิที่ได้รับจาก Velcro Canada ด้วย

ดังนั้น Velcro Holdings จึงเข้าองค์ประกอบในการพิจารณา  
ความเป็นเจ้าของผลประโยชน์จากคดี *Prévost* ครบทั้ง 4 องค์ประกอบ

ข้อเท็จจริงที่ว่า การจ่ายเงินค่าสิทธินั้นได้รวมปะปนไปกับเงินอื่นๆ  
ในบัญชีของ Velcro Holdings (เช่น เงินที่ได้จากการที่ Velcro Holdings ให้อุ้ม เป็นต้น) นั้นเป็น  
คุณต่อข้อต่อสู้ของผู้เสียหายอย่างมากเพราะข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้ศาลมองว่า Velcro Holdings มี  
ดุลยพินิจในการใช้เงินนี้ ทั้งนี้ ในความเห็นของ Rossiter ACJ นั้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวย่อมหมายความว่า  
Velcro Holdings สามารถใช้เงินนั้นอย่างไรก็ได้ตามที่ตนเห็นว่าเหมาะสมไม่ว่าจะเป็นการให้อุ้ม  
ลงทุน หรือจ่ายเงินตามหนี้ตามกฎหมายอื่นๆ ค่าสิทธิดังกล่าวถือเป็นสินทรัพย์ในงบการเงินของ  
Velcro Holdings ซึ่งเจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเอาไปได้โดยที่ Velcro Industries ไม่ได้มีบริมสิทธิหรือ  
สิทธิที่เหนือกว่าเจ้าหนี้อื่นๆ นอกจากนี้ การจ่ายเงินค่าสิทธินั้นยังทำให้เงินที่จ่ายเป็นค่าสิทธิไปยัง  
Velcro Industries อาจไม่จำเป็นจะต้องเป็นเงินก้อนเดียวกับที่ได้รับมาแม้ว่า Velcro Holdings มี  
หน้าที่จ่ายค่าสิทธิต่อไปยัง Velcro Industries ถึงร้อยละ 90 ซึ่งหมายความว่า กรณีดังกล่าวไม่ได้มี  
การไหลของเงินโดยอัตโนมัติจากเพราะเหตุว่า Velcro Holdings ยังมีดุลยพินิจในการใช้เงินดังกล่าว  
และค่าสิทธิอีกร้อยละ 10 ที่เหลือก็อยู่ภายใต้ดุลยพินิจในการใช้สอย การใช้สิทธิอย่างเต็มที่ และการ  
ควบคุมของ Velcro Holdings

Rossiter ACJ ได้พิจารณาคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD  
(OECD Commentary) เพื่อวิเคราะห์ว่า Velcro Holdings เป็นตัวแทน นอมินี หรือบริษัทส่งผ่าน  
เกี่ยวกับค่าสิทธิจาก Velcro Canada หรือไม่ และท่านก็ได้สรุปว่า Velcro Holdings ไม่ใช่เพียง  
ตัวแทน นอมินี หรือบริษัทส่งผ่านเพื่อเป็นตัวกลางในการส่งผ่านค่าสิทธิจาก Velcro Canada ไปยัง  
Velcro Industries ทั้งนี้ เพราะบริษัทดังกล่าวทำการในนามของตนเองตลอดเวลาโดยอยู่ภายใต้  
เงื่อนไขของสัญญาโอนสิทธิ

ทั้งนี้ ในการที่จะตัดสินว่า Velcro Holdings เป็นบริษัทส่งผ่าน  
ของ Velcro Industries ได้นั้น ศาลจะต้องค้นพบว่า Velcro Holdings ไม่มีดุลยพินิจแม้แต่น้อยใน  
ส่วนที่เกี่ยวกับเงินดังกล่าวตามที่ปรากฏในคดี *Prévost* แต่ศาลก็ไม่ได้พบข้อเท็จจริงเช่นว่า ดังนั้น  
Rossiter ACJ จึงสรุปว่าดุลยพินิจที่ Velcro Holdings ใช้ในส่วนที่เกี่ยวกับเงินดังกล่าวนี้ทำให้  
ศาลไม่เจาะผ่านคลุ่มนิติบุคคล (piercing the corporate veil) ได้ แม้ว่าดุลยพินิจนั้นจะจำกัดก็ตาม

จากข้างต้นเราสามารถสรุปความสำคัญของคดีนี้ได้ว่า ผู้พิพากษา Rossiter  
ACJ ได้กล่าวว่า ในกรณีที่ประเด็นของคดีคือบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาเป็นเพียงบริษัทส่งผ่านใน  
เงินได้ที่มีแหล่งเงินได้ในแคนาดาหรือไม่นั้น เราจะต้องพิจารณาอย่างใกล้ชิดว่าสิทธิในการใช้ประโยชน์

การใช้สิทธิอย่างเต็มที่ และการรับความเสี่ยงและการควบคุมของเงินได้อยู่ที่บุคคลใด ซึ่งคำพิพากษานี้ได้ชี้ว่า<sup>56</sup>

(ก) ในกรณีที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญามีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องจ่ายเงินที่เกี่ยวข้องกับเงินได้ที่มีแหล่งเงินได้ในแคนาดาต่อไป หน้าที่ตามสัญญาดังกล่าวนั้นไม่จำเป็นจะต้องถือว่าเป็นการไหลของเงินโดยอัตโนมัติอันทำให้ผู้มีถิ่นที่อยู่ดังกล่าวไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ที่มีแหล่งเงินได้ในแคนาดาเสมอไป

(ข) หน่วยที่ทำหน้าที่ตัวกลางในโครงสร้างแบบแบคทูแบค (back to back) ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการดลยพินิจอย่างเสรีว่าตนจะอย่างไรกับเงินได้ที่ได้รับจากแคนาดา ดลยพินิจที่จำกัดก็เพียงพอที่จะเป็นเจ้าของผลประโยชน์ได้

(ค) ดังที่กล่าวไว้ในคดี *Prévost* กฎหมายภายในของแคนาดา ประชาคมระหว่างประเทศ หรือรัฐบาลแคนาดา (โดยผ่านกระบวนการปฏิเสศไม่ยอมรับเอกสารของ OECD) ล้วนไม่ได้มีทัศนคติเป็นลบต่อบริษัทโฮลดิ้งที่จัดตั้งขึ้นในประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เอื้อประโยชน์ ทั้งนี้รายงานของ OECD เรื่องบริษัทส่งผ่าน (OECD Conduit Report) ได้เตือนถึงอันตรายของการมองทะลุบริษัทไปยังผู้ถือหุ้นซึ่งขัดแย้งกับหลักการเรื่องสถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลอันเป็นที่ยอมรับในระบบกฎหมายของประเทศสมาชิก OECD ทุกประเทศ<sup>57</sup>

### (2.3) ความเห็นของนักวิชาการต่อคำพิพากษา

Brian J. Arnold ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษานี้และเห็นว่าไม่ถูกต้องอย่างชัดเจน โดยแสดงความเห็นว่า คำพิพากษาคดี *Velcro* นี้ มีเหตุผลที่ไม่น่าเชื่อถือ ประการแรกก็เพราะว่าเป็นการยากที่จะพิจารณาประเด็นเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์โดยที่ไม่ได้เปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมด ประการที่สองก็คือเหตุผลที่ศาลให้ไว้ทำให้เราเข้าใจว่าสิ่งเดียวที่จำเป็นในการที่บุคคลคนหนึ่งจะเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิได้ก็คือการที่เงินได้เข้าไปรวมปะปนกับเงินอื่นๆ การตีความเช่นนี้ทำให้หลักเจ้าของผลประโยชน์ไม่มีประโยชน์เพราะการรวมปะปนของเงินได้นั้นอยู่ในความควบคุมของผู้รับเงินได้โดยสมบูรณ์ ซึ่ง Brian J. Arnold เห็นว่าการตีความเช่นนี้ไม่ตรงกับคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (ฉบับปี ค.ศ. 2010) ซึ่งว่าบริษัทส่งผ่านไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ Velcro Holdings มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องจ่ายเงินค่าสิทธิที่ตนได้รับจาก Velcro Canada (หลังหักภาษีหัก ณ ที่จ่ายภายใต้กฎหมายแคนาดาแล้ว) ไปยัง Velcro Industries ภายใน 30 วัน ซึ่ง Velcro Holdings ก็มีดุลยพินิจในการใช้

<sup>56</sup>Taxpayer wins “beneficial ownership” case: Velcro Canada Inc. v. The Queen.

<sup>57</sup>OECD, “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies” (OECD, Paris, 1987), para 24(i). Cited in *ibid*.

สอย มีอำนาจควบคุมและรับความเสี่ยงในเงินดังกล่าวเป็นเวลา 30 วัน ภายใต้หน้าที่ที่จะจ่ายเงินจำนวนเดียวกันไปยัง Velcro Industries ดังนั้นจึงมีข้อต่อสู้ที่หนักแน่นว่า Velcro Holdings มีอำนาจในค่าสิทธิที่ได้รับที่จำกัดมาก ประการต่อมาคือศาลไปให้น้ำหนักกับข้อเท็จจริงที่ว่าจำนวนเงินที่ Velcro Holdings จ่ายออกไปยัง Velcro Industries นั้นต่างจากที่ได้รับมาซึ่งเป็นการเข้าใจข้อเท็จจริงที่คลาดเคลื่อนเพราะจำนวนเงินร้อยละ 10 ที่ศาลกล่าวว่า Velcro Holdings มีดุลยพินิจในการใช้ประโยชน์และอำนาจควบคุมนั้นเป็นการหักภาษี ณ ที่จ่ายอัตราร้อยละ 10 จากเงินค่าสิทธิที่ Velcro Holdings ได้รับ อีกร้อยละ 90 ที่เหลือเท่านั้นที่สามารถจ่ายต่อไป Velcro Industries ได้ ดังนั้น Velcro Holdings จึงไม่มีดุลยพินิจในการใช้สอยเงินร้อยละ 10 นี้อย่างที่ศาลเข้าใจ หาก Velcro Holdings จ่ายเงินไปยัง Velcro Industries เป็นจำนวนเท่ากับค่าสิทธิที่ตนได้รับจาก Velcro Canada (ภายใต้การเปลี่ยนแปลงของอัตราแลกเปลี่ยน) หักด้วยภาษีหัก ณ ที่จ่ายร้อยละ 10 การจัดวางโครงสร้างก็ดูเหมือนจะเป็นโครงสร้างบริษัทส่งผ่านที่ปลอมแปลงขึ้นมา

ศาลตัดสินว่า Velcro Holdings ไม่ใช่ตัวแทนหรืออนามินีของ Velcro Industries แต่ในแง่สาระสำคัญแล้ว Velcro Holdings แทบจะไม่เป็นอะไรมากไปกว่าตัวแทนหรืออนามินีแม้ว่าสัญญาโอนสิทธิจะปฏิเสธไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าไม่มีความสัมพันธ์รูปแบบตัวการ-ตัวแทนระหว่างกันก็ตาม เราต้องไม่ลืมว่า Velcro Holdings ไม่ได้รับการอนุญาตให้ใช้สิทธิจาก Velcro Industries และไม่ได้อนุญาตให้ใช้สิทธิต่อไปยัง Velcro Canada แต่ Velcro Holdings ทำเพียงแค่วบรวมค่าสิทธิแทน Velcro Industries เท่านั้น” อย่างไรก็ตาม แม้ Brian J. Arnold จะเห็นว่าคำพิพากษานี้ไม่ถูกต้องแต่ฝ่ายสรรพากรแคนาดาก็ไม่ได้อุทธรณ์ต่อไปแต่อย่างใด<sup>58</sup>

### 3.2.2.3 ประเทศฝรั่งเศส

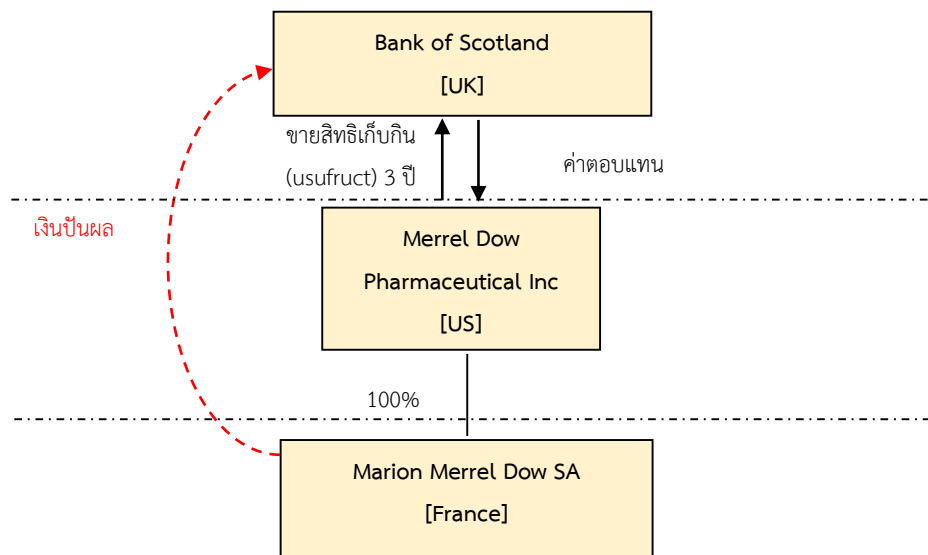
#### (1) คดี *Bank of Scotland*<sup>59</sup>

คดี *Bank of Scotland*<sup>60</sup> เป็นคดีที่สะท้อนการตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์ที่กว้างอย่างมากของศาล Conseil d'Etat จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นการใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์เหมือนกับมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (GAAR)

<sup>58</sup>Brian J. Arnold, "The concept of beneficial ownership under Canadian tax treaties," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 46-48.

<sup>59</sup>Daniel Gutmann, "Beneficial ownership as anti-abuse provision: The *Bank of Scotland* case," *ibid.*, pp. 167-173.

<sup>60</sup>*Bank of Scotland vs Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, Conseil d'Etat of 29 December 2006, No. 283314.

(1.1) ข้อเท็จจริงโดยย่อ<sup>61</sup>

บริษัท Merrel Dow Pharmaceutical Inc. เป็นบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกา

บริษัท Merrel Dow Pharmaceutical Inc มีบริษัทลูกสัญชาติฝรั่งเศสที่ตนถือหุ้นทั้งหมดชื่อ Marion Merrel Dow SA

Merrel Dow Pharmaceutical Inc. ได้ขายสิทธิเก็บกิน (usufruct) ในหุ้นบุริมสิทธิที่ไม่มีสิทธิออกเสียง (non-voting preferred shares) ที่ออกโดย Marion Merrel Dow SA ให้แก่ธนาคาร Bank of Scotland ซึ่งเป็นธนาคารที่มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักรเป็นเวลา 3 ปี โดย Bank of Scotland ได้สิทธิเก็บกินดังกล่าวมาโดยการจ่ายเงินค่าตอบแทนเพียงครั้งเดียว

การได้มาซึ่งสิทธิเก็บกินนี้ทำให้ Bank of Scotland มีสิทธิได้รับเงินปันผลในระยะเวลา 3 ปีดังกล่าว โดยที่จำนวนเงินปันผลที่ได้รับนี้มีการกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วและได้รับการรับประกันโดย Merrel Dow Pharmaceutical Inc. (บริษัทอเมริกัน)

ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักร ฉบับวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 1968 นั้น มีการลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายในการจ่ายเงินปันผลมาอยู่ที่ร้อยละ 15

<sup>61</sup>B. Gilbert and Y. Benard, "Beneficial ownership - a French perspective." 48 European Taxation. 1, pp. 2 et seq. (2008), Journals IBFD. Cited in Daniel Gutmann, "Beneficial ownership as anti-abuse provision: The *Bank of Scotland* case," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 167-173.

แทนที่จะเป็นอัตราตามกฎหมายภายในของฝรั่งเศสที่ร้อยละ 25 และต่อมา Bank of Scotland ก็จะมีสิทธิที่จะได้รับเครดิตภาษี (avoir fiscal) คืน (refund of avoir fiscal)\* หลังจากที่ถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายแล้ว ทั้งนี้ จำนวนเงินปันผลทั้งหมดที่จะต้องจ่ายรวมถึงการคืนเครดิตภาษี (avoir fiscal) นั้นมากกว่าจำนวนที่ Bank of Scotland ต้องจ่ายไปในตอนต้นเพื่อให้ได้สิทธิเก็บกินในหุ้นบุริมสิทธิที่ไม่มีสิทธิออกเสียงดังกล่าว

สรรพากรฝรั่งเศสเห็นว่าโครงสร้างข้างต้นเป็นการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) จึงปฏิเสธไม่ให้ Bank of Scotland ได้สิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักร เพราะหากยอมให้ใช้แล้ว จะทำให้ Bank of Scotland ได้ลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายในเงินปันผลที่บริษัทฝรั่งเศส (Marion Merrel Dow SA) จ่าย และในการคืนเครดิตภาษี (avoir fiscal)

### (1.2) คำพิพากษาของศาล Administrative Court of Appeal of Paris<sup>62</sup>

Administrative Court of Appeal of Paris (Court Administrative d'Appel de Paris) เห็นว่าสัญญาสิทธิเก็บกินระหว่าง Merrel Dow Pharmaceutical Inc. และ Bank of Scotland ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นสัญญาคุ้มภาษีและสรรพากรฝรั่งเศสไม่ได้พิสูจน์ถึงการมีอยู่ของการฉ้อฉลต่อกฎหมายหรือการใช้สิทธิไม่สุจริต (Fraud to the Law) ต่อมาสรรพากรฝรั่งเศสจึงอุทธรณ์ไปยัง Supreme Administrative Court

### (1.3) คำพิพากษาของศาล Supreme Administrative Court

ศาล Supreme Administrative Court กลับคำพิพากษาของ Administrative Court of Appeal of Paris และตัดสินว่า<sup>63</sup>

การขายสิทธิเก็บกินจริงๆ แล้วเป็นการให้คุ้มระหว่าง Bank of Scotland ผู้ให้คุ้มกับ Merrel Dow Pharmaceutical Inc. ผู้คุ้ม ที่แปลงร่างมา และบริษัทลูกฝรั่งเศส (Marion Merrel Dow SA) ก็

\*เครดิตภาษีที่ขอคืนได้สำหรับเงินปันผลที่มีแหล่งเงินได้ในฝรั่งเศสซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น อนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักรได้บัญญัติให้สิทธิในการจ่ายคืนเครดิตภาษี (avoir fiscal) ดังกล่าวแก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักร (ibid.)

<sup>62</sup>B. Gilbert and Y. Benard, "Beneficial ownership - a French perspective." 48 European Taxation. 1, pp. 2 et seq. (2008), Journals IBFD. Cited in Daniel Gutmann, "Beneficial ownership as anti-abuse provision: The *Bank of Scotland* case," in Beneficial ownership: Recent trends, pp. 167-173.

<sup>63</sup>B. Gilbert and Y. Benard, "Beneficial ownership - a French perspective." 48 European Taxation. 1, pp. 2 et seq. (2008), Journals IBFD. Cited in ibid.



เป็นผู้จ่ายเงินกู้ให้ Bank of Scotland แทนบริษัทแม่ (Merrel Dow Pharmaceutical Inc.) โดยผ่านทาง การจ่ายเงินปันผลและการจ่ายคืนเครดิตภาษี (avoir fiscal)

การยกสิทธิเก็บกินในหุ้นบุริมสิทธิที่ไม่มีสิทธิออกเสียงที่ออกโดยบริษัทลูกฝรั่งเศส (Marion Merrel Dow SA) ให้เป็นการชั่วคราวเป็นการจัดวางโครงสร้างเพียงเพื่อให้ได้การจ่ายคืนเครดิตภาษี (avoir fiscal) อันเนื่องมาจากเงินปันผลของ Marion Merrel Dow SA ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน ฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักรเท่านั้น เนื่องจากอนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักรได้บัญญัติให้สิทธิดังกล่าวแก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักร แต่ในทางตรงกันข้าม ภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหรัฐอเมริกา ฉบับลงวันที่ 31 สิงหาคม ค.ศ. 1994 ไม่ได้ให้สิทธิการคืนเงินแบบเดียวกันแก่ Merrel Dow Pharmaceutical Inc. (บริษัทอเมริกา)

เจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลที่แท้จริงนั้นคือ Merrel Dow Pharmaceutical Inc. เพียงแต่ Merrel Dow Pharmaceutical Inc. ได้มอบหมายหน้าที่ของตนในการจ่ายเงินกู้แก่ Bank of Scotland ให้แก่ Marion Merrel Dow SA บริษัทลูกสัญชาติฝรั่งเศสของตนเท่านั้น เจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลที่แท้จริงยังคงเป็น Merrel Dow Pharmaceutical Inc. และ Bank of Scotland ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลดังนั้นจึงไม่มีสิทธิขอคืนซึ่งเงินดังต่อไปนี้ ก) ส่วนต่างของภาษีหัก ณ ที่จ่ายบนเงินปันผล ซึ่งเท่ากับส่วนต่างระหว่างภาษีที่ถูกหัก ณ ที่จ่ายที่อัตราร้อยละ 25 ตามกฎหมายภายในของฝรั่งเศส กับภาษีที่ควรถูกหัก ณ ที่จ่ายตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักรซึ่งคือร้อยละ 15 และ ข) เครดิตภาษี (avoir fiscal) อันเนื่องมาจากเงินปันผลของ Marion Merrel Dow SA

ในการพิจารณาคดีเพื่อทำคำพิพากษา ศาล Supreme Administrative Court ได้วิเคราะห์ความเสี่ยงของธุรกรรมของสัญญาสิทธิเก็บกินระหว่าง Bank of Scotland และ Merrel Dow Pharmaceutical Inc. ซึ่งก็สามารถสรุปลักษณะเฉพาะเจาะจงของสัญญาดังกล่าวได้ว่า สัญญาได้มีข้อตกลงดังต่อไปนี้

(ก) Merrel Dow Pharmaceutical Inc. ให้คำรับประกันกับ Bank of Scotland ว่า จะจ่ายค่าสินไหมทดแทนในกรณีดังต่อไปนี้

- ค่าสินไหมทดแทนในจำนวนเท่ากับจำนวนเงินปันผลที่จะต้องจ่ายหากบริษัทลูกฝรั่งเศส Marion Merrel Dow SA ไม่จ่าย
- ค่าสินไหมทดแทนกรณีที่สรรพากรฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะจ่ายเครดิตภาษี (avoir fiscal) คืน

(ข) Merrel Dow Pharmaceutical Inc. ผูกพันที่จะให้ความสนับสนุนทางการเงินที่จำเป็นแก่บริษัทลูกฝรั่งเศส Marion Merrel Dow SA เพื่อให้บริษัทลูกจ่ายเงินปันผลที่กำหนดไว้ล่วงหน้าได้

(ค) สัญญาสิทธิเก็บกินตกลงให้ Bank of Scotland มีข้อสัญญาสละสิทธิที่กำหนดให้ Bank of Scotland สามารถขายหุ้นบริมสิทธิที่ไม่มีสิทธิออกเสียงของตนคืนกลับไปยัง Merrel Dow Pharmaceutical Inc. ถ้าหากว่าผลประกอบการรายไตรมาสของบริษัทลูกฝรั่งเศส Marion Merrel Dow SA ต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ล่วงหน้า

ทั้งนี้ ผลที่ตามมาจากข้อตกลงในสัญญาข้างต้นก็คือ ไม่ว่าในกรณีใดๆ และไม่ว่าสถานการณ์จะเป็นอย่างไร Bank of Scotland จะได้รับการรับประกันว่าจะได้รับเงินปันผลและเครดิตภาษี (avoir fiscal) ในจำนวนที่กำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว ดังนั้น Bank of Scotland จึงไม่มีความเสี่ยงในฐานะผู้ถือหุ้นแต่อย่างใด จึงกล่าวได้ว่า Merrel Dow Pharmaceutical Inc. เพียงแต่มอบหมายให้บริษัทลูกฝรั่งเศส Marion Merrel Dow SA จ่ายคืนเงินกู้ที่ Bank of Scotland ให้กู้มาในตอนต้น

ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่าการวิเคราะห์ความเสี่ยงของธุรกรรมได้บ่งชี้ว่า ภายใต้สัญญาสิทธิเก็บกินระหว่าง Bank of Scotland และ Merrel Dow Pharmaceutical Inc. นั้น Bank of Scotland มีการรับประกันมากเกินไปอันส่งผลในการลดความเสี่ยงที่ผู้ถือหุ้นควรจะได้รับลงอย่างผิดปกติ ศาลฎีกาไม่ได้เพียงแค่เห็นว่าสัญญาสิทธิเก็บกินควรถือว่าเป็นสัญญาผู้ยืมเท่านั้น แต่ศาลยังตัดสินว่าสัญญาดังกล่าวนั้นได้จัดทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เพียงประการเดียวก็คือเพื่อให้ได้สิทธิประโยชน์อย่างไม่ถูกต้องในข้อบทที่เป็นคุณแก่ตนภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักร ดังนั้น ถือว่าเป็นการฉ้อฉลต่อกฎหมายหรือการใช้สิทธิไม่สุจริต (fraud to the law) ซึ่งสิ่งนี้ให้สิทธิสรรพากรฝรั่งเศสในการที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับโครงสร้างธุรกรรมที่สร้างขึ้นหากปรากฏว่า ก) ธุรกรรมนั้นไม่เป็นจริงหรือมีแรงผลักดันจากวัตถุประสงค์ทางภาษีเท่านั้น และ ข) ธุรกรรมนั้นขัดกับเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ (ผู้บัญญัติกฎหมาย)

จะเห็นได้ว่าในคดี *Bank of Scotland* ศาลฎีกาใช้เกณฑ์ 2 ประการในการพิจารณาทำคำพิพากษาดังต่อไปนี้

(ก) วัตถุประสงค์ของธุรกรรมทั้งหมดมีเพียงเพื่อให้ได้การจ่ายภาษีหัก ณ ที่จ่ายที่จ่ายเกินคืน (ส่วนต่างระหว่างที่หักไว้ตามกฎหมายภายในฝรั่งเศสกับอัตราภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักร) และการได้เครดิตภาษี (avoir fiscal) คืน (refund of avoir fiscal) ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักร และ

(ข) การใช้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักรเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์ในการเข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อนของฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักรซึ่งในข้อนี้เป็นผลโดยปริยายจากคำวินิจฉัยของศาลที่ว่า Bank of Scotland ไม่ใช่ “เจ้าของผลประโยชน์” ในเงินปันผล ศาลฎีกาวิเคราะห์ธุรกรรมแล้วดังนี้ก็สรุปว่า Bank of Scotland ไม่ใช่ “เจ้าของผลประโยชน์” ในเงินปันผลแต่เป็น Merrel Dow Pharmaceutical Inc. ดังนั้น Bank of Scotland ย่อมไม่สามารถได้

สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักร เนื่องจากผู้ที่มีสิทธิเข้าถึงสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาดังกล่าวนั้นมีเพียงเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ดังกล่าวเท่านั้น

#### (1.4) ความเห็นนักวิชาการต่อคำพิพากษา<sup>64</sup>

Daniel Gutmann ได้แสดงความเห็นต่อคำพิพากษาในคดี *Bank of Scotland* ดังนี้

(ก) สิ่งที่ Daniel Gutmann เน้นย้ำก็คือคำพิพากษานี้เกิดจากการตีความข้อ 9 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักรอย่างสร้างสรรค์ (Constructive Interpretation) อย่างมาก ทั้งนี้ หากเราได้พิจารณาเคราะหฺลงไปในโครงสร้างของข้อนี้ เราจะพบว่า บททดสอบเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ (Beneficial Ownership Test) จะนำมาใช้เฉพาะกับวรรค (6) ของข้อ 9 ซึ่งเกี่ยวกับการลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายเท่านั้น ในขณะที่วรรค (7) ซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการได้รับสิทธิประโยชน์ในเรื่องเครดิตภาษี (avoir fiscal) ไม่ได้มีเงื่อนไขในเรื่องเจ้าของผลประโยชน์แต่อย่างใด ดังนั้น การตีความข้อ 9 ตามตัวอักษรควรทำให้ศาลลงความเห็นว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนไม่ได้กำหนดบททดสอบเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์เอาไว้สำหรับข้อเท็จจริงตามคดีนี้

อย่างไรก็ดี ข้อค้นพบข้างต้นก็ไม่ควรเป็นเหตุผลหลักในการไม่ยอมรับคำพิพากษาในคดีนี้ เนื่องจากว่าในคดี *Diebold* ก่อนหน้านี้ก็มีการพิพากษาว่าบททดสอบเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์อาจนำมาใช้บังคับแม้ว่าจะไม่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อน

กระนั้นก็ตาม ศาลในคดีนี้เลือกที่จะยึดอยู่กับการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนฝรั่งเศส-สหราชอาณาจักรในลักษณะที่ดูเหมือนจะเป็นทางการซึ่งอาจเป็นเพราะว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์มีอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนและอาจเป็นเพราะว่าศาลพยายามหลีกเลี่ยงที่จะตัดอนุสัญญาออกไปไม่พิจารณาเพียงเพราะทฤษฎีภายในประเทศเรื่องการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (Domestic General Anti-Avoidance) หรือการใช้กฎหมายโดยมิชอบหรือการฉ้อฉลต่อกฎหมายหรือการใช้สิทธิไม่สุจริต (Abuse of law or Fraud of Law)\* ผลของคำพิพากษาไม่อาจถือว่าเป็นทางออกที่น่าพอใจในมุมมองทางนิติศาสตร์แต่อาจพออธิบายได้ด้วยจุดมุ่งหมายด้านการต่อต้านการใช้สิทธิประโยชน์ในอนุสัญญาโดยมิชอบของศาล

<sup>64</sup>Ibid., pp. 170-173.

\*Daniel Gutmann เห็นว่าปัญหาที่ว่าทฤษฎีทั่วไปเรื่อง Abuse of Law (หรือ Fraud to the Law) ซึ่งทำหน้าที่คล้ายกันก่อนที่จะมีการบัญญัตินิยามใหม่เป็น Abuse of Law ตั้งแต่ปีค.ศ. 2009 เป็นต้นมา) จะเป็นเครื่องมือเพียงประการเดียวที่จะปฏิเสธไม่ใช้บังคับอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่นั้นยังไม่ชัดเจนในบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลใน Supreme Administrative Court และนักวิชาการ (ibid.)

(ข) ศาลฎีกาตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างกว้างมาก โดยในคดีนี้ Bank of Scotland ไม่ได้เป็นตัวแทนหรืออนามินี่ดังนั้นจึงไม่อยู่ภายในขอบเขตของความเข้าใจดั้งเดิมของหลักดังกล่าวในความมุ่งหมายของอนุสัญญาต้นแบบและคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD นอกจากนี้ Bank of Scotland ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องโอนเงินปันผลดังกล่าวต่อไปยังบุคคลใด และมีสิทธิเต็มที่ใช้เงินปันผลที่ตนได้รับ ดังนั้น Bank of Scotland จึงควรเป็นเจ้าของผลประโยชน์

ดังนั้น การปฏิเสธความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลของ Bank of Scotland ในคดีนี้ย่อมก่อให้เกิดคำถามขึ้น ซึ่ง Daniel Gutmann เห็นว่าไม่มีเหตุผลที่จุดมุ่งหมายด้านการต่อต้านการหลบหลีกภาษีควรนำไปสู่การบิดเบือนหลักเจ้าของผลประโยชน์ได้ อย่างไรก็ตาม คดีนี้ก็มีข้อดีประการหนึ่งก็คือ การแสดงให้เห็นว่าเจ้าของผลประโยชน์ในการจ่ายเงินหนึ่งๆ ไม่สามารถพิจารณาโดยข้อพิจารณาทางเศรษฐกิจเพียงอย่างเดียว กล่าวคือ โดยการตัดการค้นหาเจตนาของผู้สัญญาออกไป การพิจารณาเพียงประเด็นว่าเงินได้มีการโอนไปหรือต้องโอนไปให้บุคคลหนึ่งโดยบุคคลอีกคนหนึ่งตามหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญานั้นไม่เพียงพอ ดังที่ Professor Blanuet ได้ชี้ไว้ว่าอย่างถูกต้องว่าความเสี่ยงของการขยายความหมายของคำว่าเจ้าของผลประโยชน์ออกไปมากเกินไปนั้นอยู่ที่การปฏิเสธไม่ให้สิทธิประโยชน์แก่บุคคลที่ไม่ได้พยายามจะหลีกเลี่ยงกฎหมายทางภาษีใดๆ เลย เราจะไม่ยอมรับความสัมพันธ์ทางสัญญาของผู้สัญญาหนึ่งๆ ได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่ผู้สัญญานั้นมีแรงจูงใจจากเจตนาที่ฉ้อฉลและได้จัดวางโครงสร้างธุรกรรมที่ปลอมแปลงไม่เป็นตามความจริงเพื่อบรรลุมุ่งประสงค์ของตน และเจ้าหน้าที่สามารถแสวงหาเจ้าของผลประโยชน์โดยที่ไม่สนใจเจ้าของทางการหรือเจ้าของโดยชัดแจ้งของเงินได้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่มีการฉ้อฉลหรือใช้สิทธิประโยชน์โดยมิชอบเท่านั้น

Daniel Gutmann เห็นว่าคำพิพากษาคดี Bank of Scotland นั้นเป็นที่โต้แย้งเป็นอย่างมากเพราะคำพิพากษานี้ขยายความหมายของหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปมากเกินไปจนเกินจุดที่สมเหตุสมผล โดยเขามองว่าข้อผิดพลาดหลักๆ ของคดีนี้ก็คือการสลับด้านของความเป็นเหตุและผลในความสัมพันธ์ระหว่างหลักเจ้าของผลประโยชน์กับการฉ้อฉลต่อกฎหมายหรือการใช้สิทธิไม่สุจริต (Abuse of Law/Fraud to the Law) กล่าวคือ ในคดีนี้ หลักเจ้าของผลประโยชน์กลับกลายเป็นเครื่องมือในการตัดสินว่าข้อเท็จจริงมีการฉ้อฉลต่อกฎหมายหรือไม่ โดยศาลฎีกาได้บิดเบือนความหมายของหลักเจ้าของผลประโยชน์เพราะศาลมีจุดมุ่งหมายที่จะบังคับใช้ทฤษฎีการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไปของฝรั่งเศส (French General Anti-Avoidance Theory) โดยที่ยังคงผูกติดกับกฎของอนุสัญญาภาษีซ้อนอยู่ ดังนั้น คดีนี้จึงมีการบิดเบือนหลักดังกล่าวเพื่อหลบหลีกประเด็นทางกฎหมายภายในของฝรั่งเศสซึ่งประเด็นที่ว่าสรรพากรจะบังคับใช้ทฤษฎีการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไปโดยไม่ต้องใช้บทบัญญัติเฉพาะในอนุสัญญาภาษีซ้อนได้หรือไม่

หากเราใช้ตรรกะที่ถูกต้องในการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างหลักเจ้าของผลประโยชน์กับทฤษฎีการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไปแล้ว จะทำให้การให้เหตุผลและผลเป็นไปในทางตรงกันข้ามกับคำพิพากษาในคดีนี้ กล่าวคือ แทนที่เราจะใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์เพื่อความมุ่งหมายในการบังคับใช้เครื่องมือจำพวกการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (GAAR) อย่างเช่นในคดีนี้ แต่ในทางกลับกัน เราควรใช้องค์ประกอบเรื่องการต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Anti-Avoidance) ในการหาว่าใครเป็นเจ้าของผลประโยชน์ นั่นคือ เราควรปฏิเสธไม่ยอมรับว่าบุคคลหรือนิติบุคคลหนึ่งๆ เป็นเจ้าของผลประโยชน์เฉพาะในกรณีที่มีการเข้าทำธุรกรรมอันเป็นเท็จหรือปลอมแปลงโดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้ผู้รับเงินได้ได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่จริงๆ แล้วตนเองไม่ควรได้ อย่างไรก็ตาม แม้คดีนี้จะขยายความหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปอย่างมาก แต่ Daniel Gutmann ก็เห็นว่า อย่างน้อยคำพิพากษานี้ก็ส่งผลทำให้ทั้งศาลและนักวิชาการเล็งเห็นถึงความจำเป็นในการใส่องค์ประกอบทางระหว่างประเทศในนิยามของหลักเจ้าของผลประโยชน์

### 3.2.2.4 ประเทศอินเดีย

#### (1) คดี *Aditya Birla Nuvo Ltd v. DDIT*<sup>65</sup>

คดี *Aditya Birla Nuvo Ltd v. DDIT*<sup>66</sup> ที่ตัดสินโดยศาลสูงบอมเบย์ (High Court of Bombay) ที่ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงต่อไปนี้เป็นคดีที่แสดงให้เห็นว่าในความเห็นของศาลอินเดีย นั้น การที่บริษัทสัญชาติมอริเชียสทำการขายหุ้นอาจถือว่าเป็นการขายโดยบริษัทแม่สัญชาติสหรัฐอเมริกาได้ นอกเหนือไปกว่านั้น เป็นการแสดงอีกด้วยว่าการขายหุ้นในบริษัทต่างประเทศอาจต้องเสียภาษีในประเทศอินเดียหากวัตถุประสงค์ของธุรกรรมนั้นก็เพื่อให้ได้มาซึ่งสินทรัพย์ในอินเดีย<sup>67</sup>

<sup>65</sup>KPMG, *KPMG flash news 19 July 2011* [Online], 9 February 2016. Source <http://www.kpmg.com/IN/en/services/Tax/FlashNews/KPMG-Flash-News-Aditya-Birla-Nuvo-Limited.pdf>; PricewaterhouseCoopers, *News alert 22 July, 2011* [Online], 9 February 2016. Source [https://www.pwc.in/services/tax/news\\_alert/2011/pdf/pwc\\_news\\_alert\\_22\\_july\\_2011\\_aditya\\_birla\\_nuvo\\_ltd.pdf](https://www.pwc.in/services/tax/news_alert/2011/pdf/pwc_news_alert_22_july_2011_aditya_birla_nuvo_ltd.pdf); *Indian court denies Mauritius treaty claim and seeks to tax indirect transfer of an Indian company* [Online], 19 February 2016. Source <https://www.pwc.com/us/en/tax-services-multinationals/newsletters/asia-pacific-tax/assets/pwc-indian-court-denies-mauritius-treaty-claim.pdf>; D.P. Sengupta, "Aditya Birla Nuvo Ltd v. DDIT High Court of Bombay," in *Beneficial ownership: Recent trends*, eds. Michael Lang et al. (Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013), pp. 189-198; Taxand, *Concept of 'beneficial ownership'*.

<sup>66</sup>*Aditya Birla Nuvo Ltd. v. DDIT*, 2011-TII-26-HC-MUM-INTL

<sup>67</sup>Income Tax Appellate Tribunal, *Aditya Birla Nuvo Limited vs. DDIT (Bombay High Court)* [Online], 20 February 2016. Source <http://itatonline.org/archives/aditya-birla-nuvo-limited-vs-ddit->

### (1.1) ข้อเท็จจริงโดยย่อ\*

วันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 1995 กลุ่มบริษัท Birla Group ได้จัดตั้งบริษัท Birla Communications Ltd (ต่อมาคือ Idea Cellular Ltd. (Idea Cellular)) ขึ้นในประเทศอินเดีย ในปี ค.ศ. 1995 AT&T Corporation (AT&T Corp., USA) บริษัทสัญชาติสหรัฐอเมริกา มีความประสงค์จะเข้ามาลงทุนในตลาดสื่อสารโทรคมนาคมอินเดีย ดังนั้น ในวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1995 AT&T Wireless Services Inc., USA (AT&T USA) ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของ AT&T Corp., USA จึงได้เข้าทำสัญญากิจการร่วมค้า (Joint Venture หรือ JVA) กับ Birla Group เพื่อเข้าทำกิจการให้บริการโทรคมนาคมไร้สายในอินเดีย ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายอินเดีย เรื่องการลงทุนโดยตรงของนักลงทุนต่างประเทศในตลาดโทรคมนาคมในขณะนั้นบัญญัติให้ผู้เข้าร่วมกิจการร่วมค้าต่างประเทศสามารถถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ดังนั้น ภายใต้สัญญากิจการร่วมค้า (JVA) ดังกล่าว AT&T USA ได้เข้ามาถือหุ้นร้อยละ 49 ส่วนกลุ่มบริษัท Birla Group ยังคงถือหุ้นที่เหลือจำนวน 51% ใน Idea Cellular และบริษัทกิจการร่วมค้า (Joint Venture Company) ดำเนินกิจการโทรคมนาคมสัญชาติอินเดีย ชื่อ Birla Communications Ltd ก็ถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีสัดส่วนการถือหุ้นตามที่ระบุใน สัญญากิจการร่วมค้า (JVA)

หลังจากนั้น บริษัทกิจการร่วมค้า Birla Communications Ltd ก็ได้มีการเปลี่ยนชื่อหลายครั้ง ในที่สุด บริษัทดังกล่าวก็มีชื่อว่า Idea Cellular Ltd (Idea Cellular)

สำหรับเงื่อนไขของสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) นั้น สัญญากิจการร่วมค้า (JVA) ได้กำหนดให้ผู้เข้าร่วมกิจการร่วมค้า (AT&T USA และ Birla Group) มีอำนาจในการกำหนดการบริหารจัดการและนโยบายต่างๆ ของ Idea Cellular และอนุญาตให้ผู้เข้าร่วมกิจการร่วมค้าทั้งสองถือหุ้นใน Idea Cellular ในนามตนเอง (กล่าวคือ AT&T USA และ ABNL) หรือจะถือผ่านผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต (Permitted Transferee) ซึ่งมีภาระผูกพันตามเงื่อนไขของสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) ก็ได้ ซึ่งผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต (Permitted Transferee) จะต้องยอมรับผูกพันตามเงื่อนไขของสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) ด้วย

ทั้งนี้ ผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต (Permitted Transferee) อาจเป็นบริษัทลูกที่หุ้นทั้งหมด (ร้อยละ 100) ถูกถือโดยผู้เข้าร่วมกิจการร่วมค้า อย่างไรก็ตาม สิทธิและหน้าที่

---

bombay-high-court-sale-of-shares-by-mauritius-co-can-treated-as-sale-by-100-usa-parent-sale-of-shares-of-foreign-company-taxable-if-object-to-acquire-the-indian-asse/

\*เนื่องจากกลุ่มบริษัทที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมใช้บริษัทที่อยู่ภายใต้กลุ่มบริษัทของตนหลายบริษัทที่มีชื่อต่างกันในการทำธุรกรรมทั้งหมด รวมทั้งมีการเปลี่ยนแปลงชื่อและบริษัทหลายครั้ง ดังนั้น ผู้วิจัยจึงนำเสนอในรูปของกลุ่มบริษัทเพื่อลดความสับสน

เกี่ยวกับหุ้นใน Idea Cellular จะยังคงเป็นของผู้เข้าร่วมกิจการร่วมค้าซึ่งยังคงเป็นเจ้าของหุ้นใน Idea Cellular อยู่และ ผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต เป็นเพียงตัวแทนของผู้เข้าร่วมกิจการร่วมค้า ทั้งนี้ ผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต (Permitted Transferee) ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) แต่อย่างใด

คณะกรรมการบริษัท Idea Cellular ประกอบไปด้วยกรรมการ 4 คนที่แต่งตั้งโดย AT&T, USA และอีก 4 คนโดย Birla Group และกรรมการจะไม่สามารถถูกถอดถอนได้หากผู้เข้าร่วมกิจการร่วมค้าทั้งหมดไม่ได้ยินยอม

นอกจากนี้ สัญญากิจการร่วมค้า (JVA) ยังกำหนดว่าหากผู้ถือหุ้นได้รับคำเสนอซื้อหุ้นของตน ผู้ถือหุ้นอีกรายมีสิทธิในการปฏิเสธก่อน (Right of First Refusal)

ดังนั้น หุ้นใน Idea Cellular จึงมีชื่อผู้ถือหุ้นดังนี้

(ก) ร้อยละ 49 ถือโดย AT&T Cellular Pvt. Ltd, Mauritius (AT&T Mauritius) ซึ่งเป็นบริษัทลูกที่ถือหุ้นโดย AT&T USA ทั้งหมด 100% ในฐานะผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต ของ AT&T USA ทั้งที่ AT&T Mauritius ไม่ได้เป็นคู่สัญญาในสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) และก็ไม่มีความจำเป็นต้องจ่ายเงินจำนวนใดๆ ภายใต้สัญญากิจการร่วมค้า (JVA) ด้วย อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง หน้าทีของ AT&T USA ในการชำระค่าหุ้นได้ถูกปลดปล่อยโดย AT&T Mauritius ในปี 1996 ถึง 2003

(ข) อีกร้อยละ 51 ที่เหลือถือโดย Adiya Birla Nuvo Ltd (ABNL) ซึ่งเป็นผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต (Permitted Transferee) ของ Birla Group

ในวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 2000 Tata Industries Ltd (TIL) ซึ่งเป็นบริษัทในกลุ่มบริษัท Tata Group ได้เข้ามาเป็นผู้เข้าร่วมกิจการร่วมค้าด้วยเป็นรายที่สาม ด้วยเหตุนี้ สัดส่วนการถือหุ้นที่ผู้ถือหุ้น (Birla Group, AT&T USA และ TIL) ถือตามโครงสร้างใหม่จึงมีการปรับเปลี่ยนเป็นแต่ละกลุ่มบริษัทจะถือเท่ากับประมาณ 1 ใน 3 ของหุ้นทั้งหมด ดังนั้น ผู้เข้าร่วมกิจการร่วมค้าทั้งหมด จึงได้เข้าทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (Shareholders Agreement (SHA)) ใหม่เพื่อสะท้อนสัดส่วนการถือหุ้นใหม่ และภายใต้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (SHA) อำนาจของ AT&T USA ในการแต่งตั้งกรรมการจึงลดจาก 4 คนเป็น 3 คนเพื่อช่วยเหลือ Tata Group ส่วนข้อตกลงอื่นๆ ในสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) ยังคงเหมือนเดิม

ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2004 Cingular Wireless LLC, USA ได้เข้าซื้อกิจการ AT&T USA (ซึ่งถือหุ้นใน AT&T Mauritius) จาก AT&T Corp และ AT&T USA ได้เปลี่ยนชื่อเป็น New Cingular Wireless Services Inc, USA (NCWS)

การซื้อขายหุ้น

ต่อมาในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2004 India Tele Venture Ltd ได้ทำคำเสนอซื้อหุ้นของ NCWS ในกิจการร่วมค้าในราคา 300 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ อย่างไรก็ตาม เพราะ

ABNL และ TIL มีสิทธิในการปฏิเสธก่อน (Right of First Refusal) ภายใต้สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (SHA) ดังนั้น NCWS จึงต้องเสนอขายหุ้นตนให้แก่กลุ่มบริษัท Birla Group และ Tata Group ก่อน และทั้งกลุ่มบริษัท Birla Group และ Tata Group ก็ตอบรับข้อเสนอดังกล่าวโดยจะซื้อหุ้นของ NCWS ในกิจการร่วมค้าในสัดส่วนเท่าๆ กันโดยเสียค่าตอบแทนที่กลุ่มบริษัทละ 150 ล้านดอลลาร์สหรัฐ รวมเป็น 300 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

ดังนั้น ABNL จึงทำการซื้อหุ้นใน Idea Cellular จาก AT&T Mauritius ส่วน TIL (ตัวแทนของ Tata Group) ซื้อหุ้น AT&T Mauritius จาก NCWS ในเวลาต่อมา โดยธุรกรรมดังกล่าวเป็นดังนี้

ธุรกรรมที่ 1 ABNL (นอมินีของกลุ่มบริษัท Birla Group) ซื้อหุ้นร้อยละ 50 ใน Idea Cellular จาก AT&T Mauritius (เป็นการโอนหุ้นโดยตรง)

ทั้งนี้ ABNL ได้ขอหนังสือรับรองจากสรรพากรว่าตนสามารถจ่ายค่าตอบแทนไปยัง AT&T Mauritius โดยไม่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย โดยอยู่บนเหตุผลที่ว่า AT&T Mauritius เป็นบริษัทมอริเชียสที่ถือหนังสือรับรองการมีถิ่นที่อยู่เพื่อการรัษฎากร (Tax Residency Certificate (TRC)) จึงมีสิทธิได้รับการยกเว้นภาษีในผลได้จากทุนภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน อินเดีย-มอริเชียส\* ตามรายละเอียดดังนี้

มาตรา 195 ของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act 1961 (ITA)) ของอินเดียบัญญัติว่า บุคคลใดๆ ที่มีหน้าที่จ่ายเงินจำนวนใดก็ตามที่ต้องเสียภาษีให้แก่ผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่ในอินเดียจะต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย ณ แหล่งเงินได้ในเวลาที่จ่ายดังกล่าว ทั้งนี้ ในกรณีที่ไม่แน่ใจ ผู้มีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่ายสามารถร้องขอให้สรรพากรออกหนังสือรับรองว่าไม่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายหรือหักในอัตราที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม หนังสือรับรองที่ออกตามมาตรา 195 ดังกล่าวนั้น ไม่ได้ถือว่าเป็นการประเมินสุดท้ายโดยเจ้าหน้าที่สรรพากรแต่เป็นเพียงความเห็นเบื้องต้นเกี่ยวกับภาระภาษีของธุรกรรมเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ สรรพากรยังมีอำนาจที่จะทำความเห็นต่างออกไปได้ในภายหลัง

ก่อนที่จะทำสัญญา Birla Group (ABNL) ได้ทำคำร้องไปยังเจ้าหน้าที่สรรพากรเกี่ยวกับมาตรา 195 ของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act 1961 (ITA)) ว่าตนจะจ่ายเงินให้ AT&T Mauritius 150 ล้านดอลลาร์สหรัฐเต็มจำนวนโดยไม่มีภาษีหัก ณ ที่จ่าย

---

\*ประเทศอินเดียและมอริเชียสทำอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับแรกในปีค.ศ.1982 ซึ่งในอนุสัญญาดังกล่าว กำหนดให้รัฐถิ่นที่อยู่มีสิทธิเก็บภาษีในผลได้จากทุนที่เกิดจากการโอนหุ้น ในขณะที่มอริเชียสไม่เก็บภาษีผลได้จากทุน (Vann, R., et.al, Beneficial Ownership: Recent Trends (Amsterdam: the International Bureau of Fiscal Documentation, 2013), p.187.)



(Nil) โดยอธิบายว่าตนกำลังจะซื้อหุ้นจากบริษัทมอริเชียสและตามข้อ 13 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนอินเดีย-มอริเชียสประกอบกับหนังสือเวียนที่ออกโดยคณะกรรมการกลางด้านภาษีทางตรง (Central Board of Direct Taxes (CBDT)) ที่ 682 และ 789 (CBDT Circular) นั้นเงินได้ผลได้จากทุนที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในมอริเชียสได้รับจากโอนหุ้นในบริษัทอินเดียสามารถเก็บภาษีได้เฉพาะในมอริเชียส นอกจากนี้ ABNL ยังได้อาศัยคำพิพากษาศาลฎีกาในคดี *Azadi Bachao Andolan*<sup>68</sup> และต่อมาเจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรก็ได้ออกคำสั่งไม่หักภาษี ณ ที่จ่าย (Nil withholding tax order) หรือหนังสือรับรองว่าไม่มีภาษีหัก ณ ที่จ่าย ให้ ดังนั้น Birla Group จึงได้เข้าทำสัญญาซื้อขายหุ้นกับ AT&T Mauritius และ NCWS

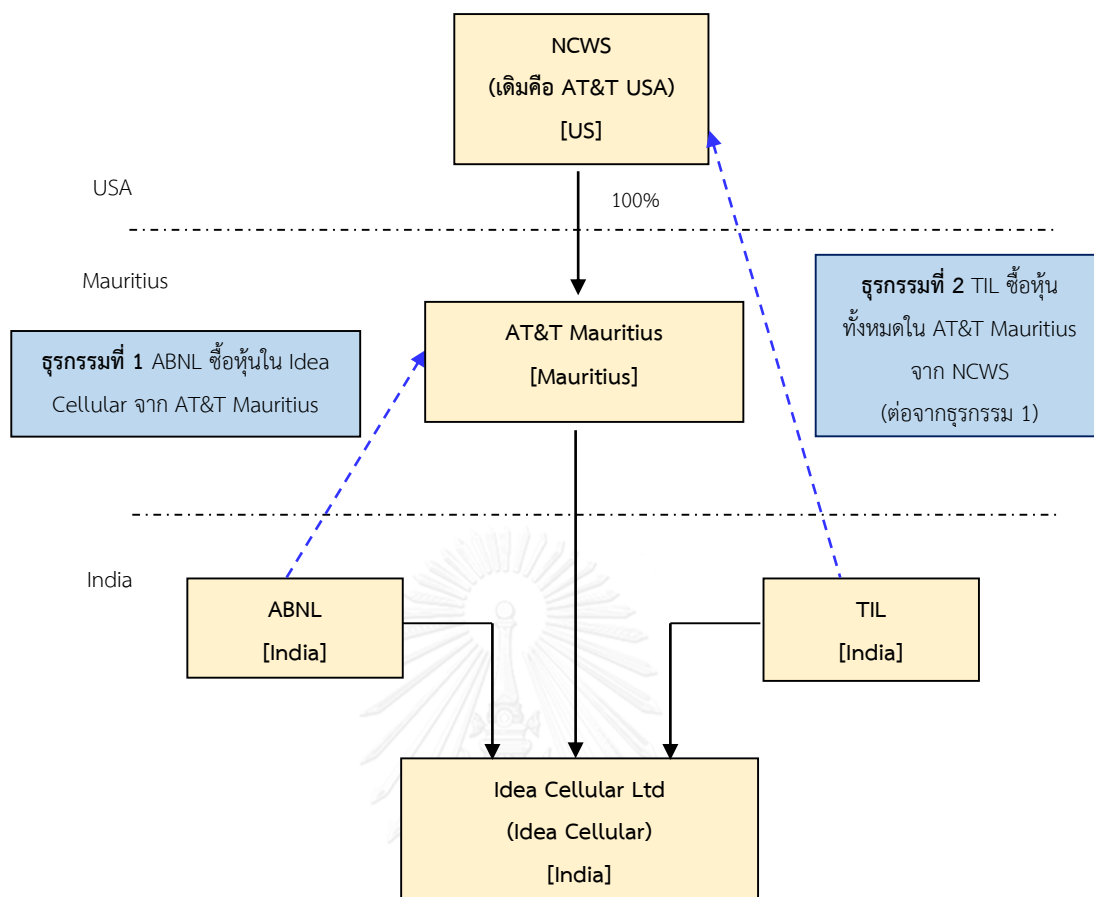
ในวันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 2005 Birla Group (ABNL) ก็ได้โอนค่าตอบแทนจำนวน 150 ล้านเหรียญสหรัฐเข้าบัญชีในมอริเชียสของ AT&T Mauritius ซึ่งในวันเดียวกันนั้น AT&T Mauritius ก็ได้จ่ายเงินจำนวน 150,000,475 เหรียญสหรัฐไปให้ NCWS ในรูปของเงินปันผลและการชำระหนี้คืน

ธุรกรรมที่ 2 NCWS ขายหุ้นทั้งหมดของตนใน AT&T Mauritius (ซึ่งถือหุ้นร้อยละ 50 ที่เหลือของ Idea Cellular) ให้แก่ TIL (กล่าวคือเป็นการโอนหุ้นใน Idea Cellular ทางอ้อม)

ในทางกลับกัน Tata Group (TIL) ไม่ได้ทำธุรกรรมรูปแบบเดียวกับ Birla Group โดย Tata Group ซื้อหุ้นที่ชำระแล้วทั้งหมดของ AT&T Mauritius จาก NCWS และจ่ายเงินไปยัง NCWS ในราคา 150 ล้านเหรียญสหรัฐ โดยที่ไม่ได้ร้องขอหนังสือรับรองจากสรรพากร และก็ไม่ได้หักภาษี ณ ที่จ่าย ณ แหล่งเงินได้ด้วยเช่นกัน

โครงสร้างการถือหุ้นของบริษัทกิจการร่วมค้า Idea Cellular Ltd (Idea Cellular) และธุรกรรมที่เกี่ยวข้องที่เกิดขึ้นปรากฏตามแผนภาพข้างล่างนี้

<sup>68</sup>*Union of India v. Azadi Bachao Andolan*, [2003] 263 ITR 706 (SC)



### การประเมินภาษี

ต่อมา เจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรได้ทำการประเมินภาษีของ  
 ธุรกรรมทั้งหมดดังนี้

(ก) ประเมิน ABNL ในฐานะผู้ถูกประเมินภาษีในฐานะตัวแทน (Representative Assessee) บนฐานที่ว่าเจ้าของผลประโยชน์ในหุ้นของ Idea Cellular จริงๆ คือ NCWS ไม่ใช่ AT&T Mauritius

เจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรได้ออกหนังสือไปยัง ABNL ขอให้ ABNL อธิบายว่าเหตุใดตนจึงไม่ใช่ตัวแทนของผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่ (NCWS) ซึ่ง ABNL ก็ได้แจ้งข้อโต้แย้งไปหลายข้อแต่ก็ถูกเจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรปฏิเสธ เจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรจึงได้ออกหนังสือไปยัง ABNL ว่า ผลได้จากทุนนั้นเป็นเงินได้ของ NCWS และ ABNL ต้องถูกประเมินภาษีในฐานะตัวแทนด้วยเหตุผลว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ใน Idea Cellular คือ NCWS ไม่ใช่ AT&T Mauritius และในที่สุดเจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรจึงได้ออกหนังสือแจ้งการประเมินใหม่ (Notice of re-assessment) ตามมาตรา 148 ของ ITA ไปยัง ABNL นอกจากนี้ ในขณะเดียวกัน หนังสือแจ้งการประเมินใหม่ยังได้ส่งไปยัง NCWS โดยตรงในฐานะที่ถูกประเมินว่าเป็นผู้ขายแต่ได้ทำการเลี่ยงการประเมินด้วย

(ข) ประเมิน TIL ในฐานะผู้ถูกประเมินโดยปริยาย (Assessee in Default) ในฐานะที่ไม่หักภาษี ณ ที่จ่ายจากการจ่ายเงินค่าตอบแทนไปยัง NCWS

เจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรก็ยังได้ออกหนังสือไปยัง Tata Group (TIL) ในฐานะ “ผู้ถูกประเมินโดยปริยาย” (Assessee in Default) เพราะเหตุไม่หักภาษี ณ ที่จ่ายบนเงินที่จ่ายให้ NCWS ก่อนที่จะทำการจ่ายเงินให้แก่ผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่ดังกล่าวพร้อมทั้งดอกเบี้ย ต่อมาเจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรก็ได้ออกหนังสืออีกฉบับหนึ่งว่า Tata Group จะต้องถูกประเมินภาษีในฐานะตัวแทนของ NCWS ตามมาตรา 163 ของ ITA (ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับบุคคลและสถานการณที่บุคคลดังกล่าวอาจถูกถือว่าเป็นตัวแทนของผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่ ตัวแทนดังกล่าวจึงสามารถถือเป็นผู้ถูกประเมินภาษีในฐานะตัวแทน (Representative Assessee)<sup>69</sup> ของผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่ดังกล่าว นั้น และยอมถูกประเมินภาษีและถูกเรียกเก็บภาษีที่ผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่ดังกล่าวต้องชำระได้ แต่ตัวแทนดังกล่าวก็ยอมสามารถเรียกคืนภาษีที่ตนชำระไปแทนจากผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่ได้) ด้วยเหตุนี้ เจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรจึงได้ออกหนังสือแจ้งการประเมินใหม่ไปยัง Tata Group

(ค) ประเมิน NCWS ในฐานะที่ไม่จ่ายภาษีในผลได้จากทุนจากการขายหุ้น

#### (1.2) คำพิพากษาของศาลสูงบอมเบย์ (Bombay High Court)

ทั้ง ABNL TIL และ NCWS ต่างก็ไม่เห็นด้วยกับการประเมินของเจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรและได้ยื่นคำขอหมาย 70\* ไปยังศาลสูงบอมเบย์ (Bombay High Court) โดยทั้ง ABNL TIL และ NCWS ต่างคนต่างก็ได้ยื่นข้อต่อสู้ของตนแต่ก็มีความคล้ายคลึงกันในหลายประเด็นโดยผู้วิจัยจะนำประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหลักเจ้าของผลประโยชน์มาวิเคราะห์เป็นหลัก ดังนี้<sup>71</sup>

- 1) AT&T Mauritius ได้หุ้นของ Idea Cellular มาในระหว่างปี ค.ศ. 1996 ถึง 2003 โดยการซื้อหุ้นโดยตรงจาก Idea Cellular
- 2) หุ้นดังกล่าวถูกออกไปให้ AT&T Mauritius หลังจากที่ได้รับใบอนุญาตที่จำเป็นจากธนาคาร Reserve Bank of India (RBI) แล้ว

<sup>69</sup>D.P. Sengupta, "Aditya Birla Nuvo Ltd v. DDIT High Court of Bombay," in Beneficial ownership: Recent trends, p. 191.

\*รัฐธรรมนูญของอินเดียให้อำนาจศาลสูงภายใต้มาตรา 226 และศาลฎีกาภายใต้มาตรา 32 ในการออกหมายซึ่งเป็นคำสั่งไปยังรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นๆ ทั้งนี้ ในขณะที่ทั้งศาลฎีกาและศาลสูงสามารถออกหมายในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครอง ศาลสูงยังสามารถออกหมายกรณีที่มีการละเมิดสิทธิตามกฎหมาย (Statutory Rights) ด้วย อนึ่ง เขตอำนาจในการออกหมายดังกล่าวนี้เป็นเขตอำนาจพิเศษจึงไม่นำมาใช้หากยังมีมาตรการเยียวยาอื่น ๆ ที่ใช้บังคับได้ (ยกเว้นกรณีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน) นอกจากนี้ ในการใช้อำนาจตามข้อนี้ ทั้งทั้งศาลฎีกาและศาลสูงไม่ได้ทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์ (ibid.)

<sup>71</sup>Ibid., pp. 192-193.

3) AT&T Mauritius เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในมอริเชียสและมีหนังสือรับรองการมีถิ่นที่อยู่เพื่อการรัษฎากร (Tax Residency Certificate (TRC)) ที่กรมการติดำเนินการด้านภาษีเงินได้ของมอริเชียส (Commissioner of Income Tax) ออกให้ ดังนั้น ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนอินเดีย-มอริเชียสทำให้ผลได้จากทุนที่ AT&T Mauritius ได้รับจากการโอนหุ้นจะเก็บภาษีได้ในมอริเชียสเท่านั้น (หมายเหตุ: ธุรกรรมการโอนหุ้นดังกล่าวอันที่จริงแล้วต้องเสียภาษีตามกฎหมายภายในอินเดีย แต่ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนแล้ว มอริเชียสเท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษี ทั้งนี้ ตามมาตรา 90(2) ของ ITA นั้น ผู้มีหน้าที่เสียภาษีมีสิทธิเลือกจะเสียภาษีตามกฎหมายภายในหรือตามอนุสัญญาภาษีซ้อนก็ได้ แล้วแต่ว่ากฎหมายใดจะเป็นประโยชน์แก่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีมากกว่า)<sup>72</sup>

4) เพื่อวัตถุประสงค์ในการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น หากพิจารณาตามหนังสือเวียนของคณะกรรมการกลางด้านภาษีทางตรง (Central Board of Direct Taxes (CBDT)) แล้ว หนังสือรับรองการมีถิ่นที่อยู่เพื่อการรัษฎากรย่อมเป็นหลักฐำนที่เพียงพอที่จะยอมรับความเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในมอริเชียสรวมทั้งความเป็นเจ้าของผลประโยชน์

5) หากพิจารณาตามคำพิพากษาของศาลฎีกา (Supreme Court) ในคดี *Azadi Bachao Andolan* (ซึ่งสนับสนุนการอ้างสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยอาศัยหนังสือรับรองการมีถิ่นที่อยู่เพื่อการรัษฎากร (Tax Residency Certificate (TRC)) มาเป็นหลักฐำนแล้ว<sup>73</sup> ย่อมเห็นได้ว่า AT&T Mauritius เข้าองค์ประกอบการเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในผลได้จากทุนจากการขายหุ้นและสรรพากรไม่มีอำนาจเจาะม่านคลุมนิติบุคคล (lift the corporate veil) เพื่อค้นหว่าใครเป็นเจ้าของที่แท้จริงในหุ้นของ AT&T Mauritius

6) ในการที่ AT&T Mauritius จะได้มาซึ่งหุ้นในกิจการร่วมค้าอินเดีย (Idea Cellular) นั้น ผู้ถือหุ้นของ AT&T Mauritius ได้ให้การสนับสนุนทางการเงินผ่านทางหุ้นเรือนหุ้นและเงินกู้แก่ AT&T Mauritius แต่หน้าที่และความรับผิดชอบในการชำระหุ้นที่ยังไม่ได้เรียกชำระ (uncalled capital) ยังคงเป็นของ AT&T Mauritius

7) NCWS เข้ามาเป็นคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายเนื่องจาก NCWS ได้ให้คำรับประกันบางประการว่าหุ้นจะไม่มีภาระติดพัน

8) จริงอยู่ที่ AT&T Mauritius ได้ทำการโอนเงินต่อไปยัง NCWS ในวันเดียวกับวันที่ AT&T Mauritius ได้รับเงินค่าตอบแทนการขายหุ้น แต่ข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่สามารถนำมาเป็นมูลเหตุในการอนุมานว่าหุ้นเป็นของ NCWS

<sup>72</sup>Ibid., p. 192.

<sup>73</sup>PricewaterhouseCoopers, Indian court denies Mauritius treaty claim and seeks to tax indirect transfer of an Indian company.

9) เงินที่โอนจาก AT&T Mauritius ไปยัง NCWS เป็นเงินปันผลและการชำระคืนเงินกู้ AT&T Mauritius ใช้สอยค่าตอบแทนการซื้อขายหุ้นที่ตนได้รับเพื่อวัตถุประสงค์ของตนเอง

10) กรณีของ Tata Group ไม่สามารถมาเทียบเคียงกับกรณีของ Birla Group ได้เพราะ Birla Group ซื้อหุ้นจาก AT&T Mauritius แต่บริษัท Tata Company ซื้อหุ้นใน AT&T Mauritius จาก NCWS นอกจากนี้ การได้มาซึ่งหุ้นใน AT&T Mauritius ไม่ได้เป็นการได้มาซึ่งหุ้นของ Idea Cellular หุ้นของ Idea Cellular ยังคงเป็นของ AT&T Mauritius แม้ว่าบริษัท Tata Company จะได้หุ้นของ AT&T Mauritius มาจาก NCWS ก็ตาม

11) NCWS ยังไม่ได้ทำการโอนสินทรัพย์ประเภททุนในอินเดียแต่อย่างใด ดังนั้น จึงไม่มีเงินได้ที่อาจสะสมหรือเกิดขึ้นหรือถือว่าสะสมหรือเกิดขึ้นในอินเดีย

ศาลสูงบอมเบย์ (High Court of Bombay) จะต้องพิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายของกระบวนการของเจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากร 3 กระบวนการดังต่อไปนี้

1) คำสั่งที่ถือว่า ABNL เป็นตัวแทนของ NCWS ภายใต้ข้อ 163 ของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) 1961 และกระบวนการประเมินภาษีที่ประเมิน NCWS และ ABNL (ในฐานะตัวแทนของ NCWS) ไปพร้อมกันนั้นกระทำได้ บนฐานที่ว่าแม้ว่าผู้โอนจะเป็น AT&T Mauritius ผลได้จากทุนจากการขายหุ้นใน Idea Cellular จะต้องเสียภาษีโดย NCWS

2) คำสั่งที่ถือว่า TIL เป็นตัวแทนของ NCWS ภายใต้ข้อ 163 ของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) 1961 บนฐานที่ว่า แม้ว่าการซื้อขายหุ้นจะเป็นหุ้น AT&T Mauritius แต่ความเป็นจริงแล้วหุ้นของ Idea Cellular ที่แฝงอยู่เบื้องหลังเป็นหุ้นที่ถูกซื้อ

3) คำสั่งที่สั่งให้ NCWS ยื่นแบบเกี่ยวกับเงินได้ผลได้จากทุนที่เกิดจากการโอนหุ้นของ Idea Cellular ทางอ้อม

จากข้อพิจารณาในความถูกต้องของคำสั่งของเจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรข้างต้น ประเด็นหลักที่เกี่ยวข้องกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ที่ขึ้นไปสู่ศาล (Bombay High Court) เพื่อให้ทำคำตัดสินได้แก่ประเด็นที่ว่าผลได้จากทุนจากการขายหุ้นใน Idea Cellular โดย AT&T Mauritius ได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนอินเดีย-มอริเชียสหรือไม่ และต้องเสียภาษีในประเทศอินเดียหรือไม่

หลังจากที่ศาลสูงบอมเบย์ (Bombay High Court) ได้พิจารณาสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) และสัญญาซื้อขายหุ้น (SHA) แล้ว ในวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 2011 ศาลก็ได้ยืนยันคำวินิจฉัยและกระบวนการของเจ้าหน้าที่ประเมินภาษีอากรของสรรพากรและยกคำร้องขอออกหมายของ ABNL TIL และ NCWS และตัดสินว่า แม้ว่าหุ้นของ Idea Cellular จะอยู่ในชื่อของ AT&T Mauritius แต่ AT&T Mauritius ก็ไม่ใช่เจ้าของหุ้นดังข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

1) Idea Cellular ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อให้ NCWS สามารถทำธุรกิจโทรคมนาคมในอินเดียได้

2) ไม่ปรากฏเอกสารที่แสดงว่า AT&T Mauritius เข้าทำธุรกรรมการได้มาซึ่งหุ้นของ Idea Cellular ภายใต้สัญญากิจการร่วมค้า (JVA) โดยอิสระ หน้าที่ในการชำระค่าหุ้นเป็นของ AT&T USA

3) ภายใต้สัญญากิจการร่วมค้า (JVA) หุ้นจะต้องถือโดย AT&T USA แต่หุ้นใน Idea Cellular ได้รับการแบ่งสรรให้แก่ AT&T Mauritius ในฐานะผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต (Permitted Transferee) ของ NCWS ภายใต้ข้อสัญญาของสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น SHA ดังนั้น AT&T Mauritius จึงถือหุ้นใน Idea Cellular ในฐานะผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต (Permitted transferee) เท่านั้นและไม่มีหน้าที่ต้องชำระค่าตอบแทนสำหรับการแบ่งสรรหุ้นนี้

4) AT&T Mauritius ในฐานะผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต (Permitted transferee) ผูกพันตามเงื่อนไขของสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) และไม่สามารถใช้สิทธิที่ได้จากหุ้นที่อยู่ในชื่อของตนโดย อิสระ สิทธิเหล่านั้นยังคงเป็นของ AT&T USA

5) สัญญากิจการร่วมค้า (JVA) กำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าใบหุ้นในชื่อของ AT&T Mauritius (ผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต) จะต้องมีการสลักหลัง (endorsement) เพื่อให้การขายหุ้นเป็นไปตามเงื่อนไขของสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) และผู้ถือไม่สามารถขาย โอนหรือจำหน่ายหุ้นโดยที่ไม่ใช้เงื่อนไขของสัญญากิจการร่วมค้า (JVA)

6) AT&T Mauritius ไม่มีสิทธิใดๆ ในหุ้น Idea Cellular ในทางกลับกัน NCWS กลับยังคงใช้สิทธิทั้งหมดใน Idea Cellular เพราะกรรมสิทธิ์ของหุ้นเป็นของ NCWS ภายใต้ข้อสัญญาของสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) และสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น (SHA) นอกจากนี้ AT&T Mauritius ไม่สามารถขายหุ้นใน Idea Cellular ได้โดยไม่ได้รับความยินยอมจาก NCWS

7) ในสถานการณ์นี้ เนื่องจากไม่มีเอกสารที่แสดงว่า AT&T Mauritius เข้าทำธุรกรรมการซื้อหุ้นของ Idea Cellular ในนามของตนเอง ความเห็นเบื้องต้นของสรรพากรที่ว่า การแบ่งสรรหุ้นในชื่อของ AT&T Mauritius ไม่ได้ทำให้ AT&T Mauritius เป็นเจ้าของผลประโยชน์จึงไม่ผิด

8) ข้อเท็จจริงที่ว่า AT&T Mauritius ได้จ่ายเงินไปให้ Idea Cellular เกี่ยวเนื่องกับหุ้นไม่ได้ทำให้ AT&T Mauritius เป็นเจ้าของหุ้นดังกล่าว การจ่ายเงินไปยัง AT&T Mauritius เป็นที่ชัดเจนว่าเป็นการจ่ายเพื่อและในนามของ AT&T USA

9) ทั้ง AT&T Mauritius และ NCWS ต่างก็ลงนามในสัญญาซื้อขายหุ้นใน Idea Cellular อันทำให้ NCWS เป็นคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายหุ้นด้วย ทั้งนี้ หาก AT&T Mauritius เป็นเจ้าของผลประโยชน์ของหุ้นจริง สัญญาซื้อขายหุ้นจะต้องทำกับ AT&T Mauritius เท่านั้น ไม่ทำกับทั้ง AT&T Mauritius และ NCWS ดังนั้น ข้อได้สุ้ที่ว่าหุ้นของ Idea Cellular อยู่ในชื่อของ AT&T Mauritius อันทำให้ AT&T Mauritius เป็นเจ้าของผลประโยชน์หุ้นดังกล่าวจึงรับฟังไม่ได้

10) สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นกำหนดว่า AT&T Mauritius ไม่สามารถขายหุ้นใน Idea Cellular ที่อยู่ในชื่อของ AT&T Mauritius ได้โดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจาก AT&T USA (ต่อมาคือ

NCWS) และ AT&T Mauritius จะขายหุ้นได้ต่อเมื่อ NCWS ให้ความยินยอมและ NCWS จะให้ความยินยอมได้เฉพาะเมื่อตนเองประสงค์จะออกจากกิจการร่วมค้า ดังนั้น ข้อต่อสู้ที่ว่า NCWS เป็นคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายหุ้นเพราะ NCWS ให้คำรับประกันไว้จึงรับฟังไม่ได้

11) ในขั้นตอนที่ธนาคาร Reserve Bank of India (RBI) พิจารณาอนุมัติการแบ่งสรรหุ้นธนาคาร Reserve Bank of India (RBI) ได้บันทึกไว้ว่า AT&T Mauritius เป็นบริษัทลูกที่ AT&T USA ถือทั้งหมด 100% และการแบ่งสรรหุ้นไปยัง AT&T Mauritius จะต้องไม่เกินร้อยละ 49 แสดงให้เห็นว่าธนาคาร Reserve Bank of India (RBI) อนุมัติโดยพิจารณาจากกิจการร่วมค้าซึ่งกำหนดไว้ว่าความเป็นเจ้าของในหุ้นที่แบ่งสรรในชื่อของ AT&T Mauritius นั้นจริงๆ เป็นของ AT&T USA

12) การอนุมัติของธนาคาร Reserve Bank of India (RBI) ไม่ได้ทำให้ AT&T Mauritius กลายเป็นเจ้าของตามกฎหมายของหุ้น การอนุมัติหมายความว่า การแบ่งสรรหุ้นในชื่อของ AT&T Mauritius ในฐานะผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาตไม่ได้ละเมิดบทบัญญัติของพระราชบัญญัติกำกับการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ (Foreign Exchange Regulation Act (FERA))

13) จากข้อพิจารณาข้างต้น จึงสรุปได้ว่า หุ้นใน Idea Cellular ในความเป็นจริงแล้วถือโดย NCWS และผู้ขายหุ้นในธุรกรรมนี้จริงๆ ก็คือ NCWS ซึ่งไม่ได้มีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินเดีย-มอริเชียส ข้อเท็จจริงที่ว่า AT&T Mauritius มีหนังสือรับรองการมีถิ่นที่อยู่เพื่อการรัษฎากร (Tax Residency Certificate (TRC)) ในมอริเชียสก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงลักษณะของธุรกรรมที่กล่าวมาข้างต้นเพราะอันที่จริงแล้ว เจ้าของที่แท้จริงในหุ้นก็คือ NCWS ซึ่งเป็นบริษัทของสหรัฐอเมริกา

14) หนังสือเวียนของคณะกรรมการกลางด้านภาษีทางตรง (Central Board of Direct Taxes (CBDT)) ออกมาเพื่อขยายสิทธิประโยชน์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนให้ครอบคลุมถึงกรณีของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นในมอริเชียสมาลงทุนในอินเดีย แต่ในคดีนี้ บริษัทที่ลงทุนในอินเดียคือ AT&T USA ซึ่งเป็นบริษัทสหรัฐอเมริกาไม่ใช่บริษัทที่จัดตั้งขึ้นในมอริเชียส ข้อเท็จจริงที่ว่า AT&T USA โอนหน้าที่ในการชำระค่าหุ้นให้แก่ AT&T Mauritius และข้อเท็จจริงที่ว่า AT&T USA ได้รับหุ้นมาในชื่อของ AT&T Mauritius ในฐานะผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต (Permitted transferee) ไม่ได้ทำให้ AT&T Mauritius คือผู้ที่ลงทุนในอินเดีย และในทำนองเดียวกัน คำพิพากษาของศาลฎีกา (Supreme Court) ในคดี Azadi Bachao Andolan ไม่สามารถนำมาบังคับใช้หรืออ้างอิงได้เพราะ AT&T USA เป็นผู้เข้าทำสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) เพื่อที่จะลงทุนในอินเดีย ดังนั้นจึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า หนังสือเวียนของคณะกรรมการกลางด้านภาษีทางตรง (Central Board of Direct Taxes (CBDT)) (CBDT Circular) อนุสัญญาภาษีซ้อน และคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดี Azadi Bachao Andolan ไม่สามารถนำมาใช้ในคดีนี้ได้เพราะการลงทุนใน Idea Cellular กระทำโดยองค์กรที่ไม่ใช่องค์กรที่จัดตั้งขึ้นในมอริเชียส ซึ่งก็คือ NCWS

15) ข้อต่อสู้ว่าเงินที่ NCWS ได้รับไม่ใช่ค่าตอบแทนการขายหุ้นแต่เป็นเงินปันผลและผลตอบแทนการกู้ยืมเงินนั้นไม่สามารถรับฟังได้เพราะสัญญากิจการร่วมค้า (JVA) ระบุว่า AT&T USA มีหน้าที่ในการชำระค่าหุ้น และถ้า AT&T USA สละหน้าที่ดังกล่าวโดยการให้เงินกู้แก่ AT&T Mauritius และชำระค่าหุ้นผ่าน AT&T Mauritius ด้วยเหตุนี้ สรรพากรจึงสามารถปฏิเสธไม่ยอมรับโครงสร้างดังกล่าวและพิจารณาและประเมินภาษีจากธุรกรรมที่แท้จริง

16) สรรพากรได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงของคดีนี้และได้เก็บภาษีผลได้จากทุนจาก NCSW ในฐานะผู้รับช่วงต่อ (Successor) ของ AT&T USA ไม่ใช่ในฐานะผู้ถือหุ้นของ AT&T Mauritius เนื่องจาก AT&T USA ทำการลงทุนโดยตรงในอินเดียในฐานะผู้เข้าร่วมกิจการร่วมค้าภายใต้สัญญากิจการร่วมค้า (JVA) ทั้งนี้ เราไม่อาจถือว่าการที่กรมสรรพากรเก็บภาษี NCWS จากผลได้จากทุนที่ได้จากการขายหุ้นเป็นการพยายามเจาะผ่านคลุมนิติบุคคล (lift the corporate veil) เพื่อหาเจ้าของที่แท้จริงของหุ้น การลงทุนในหุ้น Idea Cellular กระทำโดย NCWS (ด้วยความสามารถของตนเองและในฐานะผู้รับโอนของ AT&T US)

17) เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงและรูปแบบธุรกรรมทั้งหมดแล้ว ก็มีหลักฐานเพียงพอที่จะสรุปได้ว่าผลได้จากทุนจากการขายหุ้นใน Idea Cellular โดย AT&T Mauritius ต้องเสียภาษีในอินเดียเพราะ AT&T Mauritius ไม่ใช่ “เจ้าของผลประโยชน์” และแท้ที่จริงแล้ว หุ้นมีการโอนโดยนิติบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาซึ่งก็คือ NCWS ไม่ใช่บริษัทมอริเชียส (AT&T Mauritius)

18) เงินได้ที่ได้รับหรือเกิดขึ้นในอินเดียแก่ NCWS จากการโอนสินทรัพย์ประเภทหุ้นที่ตั้งอยู่ในอินเดียถือว่าเป็นเงินได้ที่ได้รับหรือเกิดขึ้นแก่ NCWS และทั้ง NCWS และ ABNL (ในฐานะตัวแทนของผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่ ภายใต้มาตรา 163 ของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) 1961) สามารถถูกประเมินได้

19) กรมสรรพากรอาจยังคงดำเนินกระบวนการประเมินภาษีกับผู้ถูกประเมินประเภทตัวแทนและผู้ไม่มีถิ่นที่อยู่ไปพร้อมกันได้จนกระทั่งกรมสรรพากรตัดสินใจที่จะประเมิน

20) ศาลเห็นว่า ABNL ได้รับหนังสือรับรองการหัก ณ ที่จ่ายที่ระบุว่าไม่ต้องหักภาษี (Nil withholding tax certificate) จากการเสนอข้อมูลที่เป็นเท็จและหลอกลวง ดังนั้น กรมสรรพากรจึงมีสิทธิที่จะเริ่มกระบวนการตามมาตรา 163 ของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) ค.ศ. 1961 ได้

21) TIL ไม่สามารถอ้างได้ว่าตนไม่รู้ข้อเท็จจริงที่ว่าสิทธิในหุ้น Idea Cellular เป็นของ NCWS ไม่ใช่ AT&T Mauritius นอกจากนี้ การขายหุ้นใน AT&T Mauritius จะเกิดขึ้นก็เฉพาะหลังจาก ABNL ซื้อหุ้นใน Idea Cellular แล้วเท่านั้น ดังนั้น ในวันที่มีการโอนหุ้นใน AT&T Mauritius ให้ TIL หุ้น 50% ใน Idea Cellular เป็นของ AT&T Mauritius และเป็นหุ้นดังกล่าวก็สินทรัพย์เดียวของ AT&T Mauritius โดยที่ไม่มีสินทรัพย์อื่นใดอีก



22) สัญญาซื้อขายหุ้นได้ระบุว่า การขายหุ้นของ AT&T Mauritius ให้บริษัทในกลุ่ม Tata Group จะเกิดขึ้นเฉพาะหลังจากที่มีการขายหุ้นของ Idea Cellular ไปให้ Birla Group แล้วเท่านั้น เพื่อที่ว่าวันโอนหุ้น หุ้นของ Idea Cellular เพียงร้อยละ 50 ยังอยู่ในชื่อของ AT&T Mauritius ดังนั้นธุรกรรมระหว่าง TIL และ NCWS เป็นธุรกรรมปลอมแปลง (a colorable transaction) ของการโอนหุ้น Idea Cellular ให้ TIL และเราไม่สามารถกล่าวได้ว่าความเห็นของสรรพากรที่ว่าธุรกรรมการซื้อขายหุ้นของ AT&T Mauritius ระหว่าง Tata และ NCWS เป็นธุรกรรมปลอมแปลง (colorable transaction) และอันที่จริงแล้ว ธุรกรรมที่แท้จริงเป็นการซื้อขายหุ้นของ Idea Cellular โดย NCWS นั้นไม่ถูกต้อง

จากข้างต้น ศาลสูงบอมเบย์จึงรับรองกระบวนการประเมินภาษีของสรรพากรว่ามีเหตุผลแล้ว

#### (1.1.4) ความเห็นต่อคำพิพากษา<sup>74</sup>

D.P. Sengupta ได้แสดงความเห็นต่อคำพิพากษาในคดีนี้ไว้ว่า ข้อเท็จจริงนี้ปรากฏชัดแจ้งว่านักลงทุนต่างชาติได้ทำการสอดแทรกบริษัทมอริเชียสเข้ามาเพื่อเข้าใช้สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนอินเดีย-มอริเชียสอย่างไม่ถูกต้อง แต่การวางโครงสร้างเพื่อประโยชน์ทางภาษีเช่นนี้ก็มิมีมานานแล้วและก็เป็นที่ยอมรับกันโดยผู้เสียภาษีไม่ค่อยเกรงกลัวกฎหมาย อีกทั้งยังได้รับการยอมรับจากศาลเสียด้วยซ้ำ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกา (Supreme Court) ในคดี *Azadi* จะเห็นได้ว่าศาลไม่ได้เห็นว่า การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) นั้นไม่ถูกต้องหรือเป็นปัญหาแต่อย่างใด ดังนั้น ในคดีนี้ การที่สรรพากรจะอ้างเพียงว่าบริษัทในมอริเชียสไม่ได้ทำกิจการจริงก็คงจะไม่สามารถชนะคดีได้เพราะที่ผ่านมาก็แพ้คดีมาตลอด ดังนั้น อาจเป็นไปได้ว่าด้วยเหตุนี้สรรพากรจึงต้องไปอ้างอิงหลักเจ้าของผลประโยชน์มาต่อสู้อีกในคดีนี้

ในคดีนี้บริษัทมอริเชียสไม่ได้ทำหน้าที่ในการทำธุรกิจหรือบทบาทใดๆ เลย สิทธิในการออกเสียง สิทธิในการตั้งกรรมการบริษัท และสิทธิทางการบริหารจัดการอื่นๆ ยังคงเป็นของ AT&T USA อีกทั้งเอกสารที่นำมาประกอบการพิจารณาก็ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า AT&T Mauritius เป็นเพียงผู้รับโอนที่ได้รับอนุญาต (Permitted transferee) เท่านั้นและก็ได้เป็นคู่สัญญาของสัญญาบริการร่วมค้า (JVA) ด้วย ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่า AT&T Mauritius เป็นเพียงนอมินี (nominee) ของ AT&T USA และ AT&T USA ต่างหากที่เป็นผู้เข้ามาทำการลงทุนในอินเดียที่แท้จริง และการขายหุ้นจากการลงทุนดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดผลได้จากหุ้นในคดีนี้ และหากพิจารณาจากประเด็นและข้อพิพาทดังกล่าว คำพิพากษาของ High Court ก็ถูกต้องแล้ว

<sup>74</sup>D.P. Sengupta, "Aditya Birla Nuvo Ltd v. DDIT High Court of Bombay," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 195-198.

D.P. Sengupta เห็นว่าการที่ศาลสูงบอมเบย์ (Bombay High Court) ตัดสินในส่วนของ AT&T USA ว่า AT&T Mauritius ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์นั้นอาจดูเหมือนเป็นการตัดสินที่แย้งกับแนวทางการตัดสินทั่วไปเกี่ยวกับหลักดังกล่าว และในส่วนของกลุ่มบริษัท Tata Group ก็ตัดสินคล้ายๆ กันว่าประเทศมอริเชียสเป็นเพียงเครื่องมือในการเลี่ยงภาษีในอินเดีย และด้วยข้อพิพาทดังกล่าว ศาลจึงยอมรับความเห็นของสรรพากร อนึ่ง D.P. Sengupta ก็ได้เน้นย้ำว่าคำพิพากษานี้มีขึ้นเกี่ยวเนื่องกับคำขอหมายซึ่งศาลมีหน้าที่เพียงแค่ตัดสินว่าการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่สรรพากรนั้นมีเหตุผลหรือไม่

อย่างไรก็ดี D.P. Sengupta ก็มีข้อวิจารณ์ที่สำคัญประเด็นหนึ่งซึ่งผู้วิจัยเห็นด้วยก็คือศาลสูงบอมเบย์ (Bombay High Court) ไปใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์กับเงินได้ประเภทผลได้จากทุนทั้งที่หลักดังกล่าวไม่มีในข้อบทของอนุสัญญาภาษีซ้อนเรื่องเงินได้ประเภทผลได้จากทุน แต่ก็เป็นที่น่าสนใจว่า ผู้เสียภาษีก็ไม่ได้โต้แย้งในประเด็นนี้แต่อย่างใด และผู้เสียภาษิตูรวกับจะพยายามสู้ว่าบริษัทมอริเชียส (AT&T Mauritius) เป็นเจ้าของผลประโยชน์และมีสิทธิได้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนเสียด้วยซ้ำ ซึ่ง D.P. Sengupta เห็นว่าอาจเป็นเพราะผู้เสียภาษีพยายามจะเอาประโยชน์จากหนังสือเวียนของคณะกรรมการกลางด้านภาษีทางตรง (CBDT Circular) ก็เป็นได้ ดังนั้นศาลจึงไม่มีโอกาสที่จะวิเคราะห์และตัดสินว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ไม่ขยายการบังคับใช้ไปยังผลได้จากทุน และคำสั่งของศาลจึงไม่สมบูรณ์ในประเด็นนี้

ในอนุสัญญาต้นแบบของทั้งของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) และองค์การสหประชาชาติไม่ปรากฏหลักเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ประเภทผลได้จากทุน ทั้งนี้ คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญขององค์การสหประชาชาติ (UN Committee of experts) ก็ถกเถียงกันว่าควรขยายหลักดังกล่าวไปผลได้จากทุนและเงินได้อื่นๆ หรือไม่แต่คณะกรรมการก็ไม่สามารถหาข้อยุติที่เป็นไปในทางเดียวกันได้<sup>75</sup> อย่างไรก็ตาม D.P. Sengupta เห็นว่า ถ้าหลักเจ้าของผลประโยชน์ถูกเพิ่มเติมเข้าไปใน อนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) เพื่อตอบโต้กรณีการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่ขัดแย้งในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิโดยการผ่านตัวแทนหรือนอมินี (nominee) แล้ว ก็ไม่มีเหตุผลที่จะไม่นำหลักดังกล่าวไปใช้ในผลได้จากทุนด้วย อย่างน้อยก็ในกรณีที่มีการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบผ่านตัวแทนหรือนอมินี (nominee) อย่างที่ปรากฏในข้อเท็จจริงของคดีนี้

<sup>75</sup>Economic and Social Council, Progress Report of Subcommittee on Improper Use of Tax Treaties: 20 October 2008 to 24 October 2008. International Organizations' Documentation IBFD. Cited in *ibid*.

คำตัดสินของศาลสูงบอมเบย์ (Bombay High Court) กำลังอยู่ในชั้นอุทธรณ์ไปยังศาลฎีกา (Supreme Court) แต่ในระหว่างนั้นศาลฎีกา (Supreme Court) ก็ได้มีคำพิพากษาในคดี *Vodafone*<sup>76</sup> ซึ่งคำพิพากษาในคดี *Vodafone* ย่อมมีผลกับคดีนี้โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการได้มาซึ่งหุ้นใน AT&T Mauritius ของกลุ่มบริษัท Tata group อย่างไรก็ตาม หลังจากคดีนี้รัฐบาลอินเดียก็ได้แก้ไขกฎหมายภายในซึ่งมีผลย้อนหลังคือพระราชบัญญัติการคลัง ค.ศ. 2012 (Finance Act 2012) เพื่อให้คำพิพากษานี้ไม่มีผล อนึ่ง สรรพากรก็อาจต่อสู้ได้ว่าเราไม่สามารถอ้างอิงคดี *Vodafone* ได้เพราะคดี *Vodafone* นั้นเป็นประเด็นกฎหมายภายในเพราะไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนมาเกี่ยวข้อง แต่ในคดีนี้มีอนุสัญญาภาษีซ้อนอินเดีย-มอริเชียสมาใช้บังคับด้วยและในบริบทของมาตรา 90(2) นั้น บทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนควรนำมาใช้บังคับเพราะเป็นคุณมากกว่า<sup>77</sup>

### 3.2.3 ตัวอย่างความเห็นต่อหลักเจ้าของผลประโยชน์ของนักวิชาการต่างประเทศ

ดังที่กล่าวมาแล้ว หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นหลักที่เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์และนำไปสู่ความเห็นที่หลากหลายอย่างมาก ในหมู่นักวิชาการด้านภาษีอากรระหว่างประเทศก็เช่นกัน นักวิชาการทั้งหลายก็มีความเห็นที่แตกต่างกัน และยิ่งในรายละเอียดของหลักดังกล่าวด้วยแล้ว นักวิชาการแต่ละท่านจะมีความเห็นที่แตกต่างอย่างมากในรายละเอียดและประเด็นปลีกย่อย ทั้งนี้เพื่อความสะดวกในการวิเคราะห์เรียบเรียงความเห็นเหล่านี้ ผู้วิจัยขอแบ่งกลุ่มความเห็นของนักวิชาการที่ผู้วิจัยทำการศึกษาออกเป็นสองกลุ่มใหญ่ๆ คือ (ก) กลุ่มที่ปฏิเสธหลักเจ้าของผลประโยชน์โดยสิ้นเชิง และ (ข) กลุ่มที่ไม่ปฏิเสธหลักเจ้าของผลประโยชน์ (หรือไม่ได้ต่อต้านการมีอยู่ของหลักดังกล่าว) อย่างไรก็ตาม จะเป็นที่สังเกตได้ว่าเมื่อผู้วิจัยได้บรรยายความเห็นของแต่ละท่านลงไป ในรายละเอียดแล้ว ความเห็นของแต่ละท่านอาจแตกต่างกับนักวิชาการท่านอื่นแม้ว่าจะจัดอยู่ในกลุ่มเดียวกันก็ตาม

#### 3.2.3.1 นักวิชาการกลุ่มที่ปฏิเสธหลักเจ้าของผลประโยชน์

แม้ว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์จะมีอยู่ในอนุสัญญาต้นแบบของทั้ง OECD และองค์การสหประชาชาติ และประเทศส่วนใหญ่ก็นำหลักดังกล่าวมาบรรจุอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนของตนจนดูเหมือนจะเป็นข้อบทมาตรฐานที่ต้องใส่อย่างอัตโนมัติไปแล้วก็ตาม\* แต่ก็ยังมีนักวิชาการจำนวนหนึ่งที่มีความเห็นโดยทั่วไปว่าไม่เห็นด้วยกับหลักดังกล่าวแม้แต่น้อย เพราะเห็นว่าการมีอยู่ของ

<sup>76</sup>India: SCI, 20 Jan 2012, *Vodafone International Holdings BV v. India* [2012-TII-01-SC-INTL]. Cited in *ibid*.

<sup>77</sup>D.P. Sengupta, "Aditya Birla Nuvo Ltd v. DDIT High Court of Bombay," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 195-198.

\*แต่ของประเทศไทย หลักเจ้าของผลประโยชน์ไม่ได้อยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนทุกฉบับดังที่ได้เกริ่นมาแล้ว

หลักดังกล่าวในอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นนำมาซึ่งปัญหาและผลเสียมากกว่าผลดี และเห็นว่าหลักนี้ควรตัดออกไปจากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยสิ้นเชิง ดังนั้น เราจึงอาจสรุปต่อไปได้ว่า เมื่อนักวิชาการเหล่านี้ไม่เห็นด้วยกับหลักเจ้าของผลประโยชน์อยู่แล้ว ก็ย่อมที่จะไม่เห็นด้วยกับการขยายหลักดังกล่าวไปยังข้อบพอื่นๆ ในอนุสัญญาภาษีซ้อนเป็นแน่แท้ นักวิชาการดังกล่าวก็ดังเช่นนักวิชาการดังต่อไปนี้

### (1) ความเห็นของ Adolfo Martín Jiménez

Adolfo Martín Jiménez มีความเห็นว่า แม้ว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์จะมีใช้มานานกว่า 30 ปีแล้ว ความไม่แน่นอนในความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ก็ยังมีอยู่ และจากคำพิพากษาในหลายๆ ประเทศก็ชี้ให้เห็นแนวโน้มที่เติบโตขึ้นของที่จะใช้บังคับหลักดังกล่าวเช่นเดียวกับข้อบพเรื่องการต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Anti-avoidance Clause)<sup>78</sup>

ในช่วงหลายปีที่ผ่านมาเริ่มมีคำตัดสินของศาลเกี่ยวกับความหมายของคำดังกล่าวมากขึ้นเรื่อยๆ ในหลายๆ ประเทศ ดังนั้น เราอาจกล่าวได้ในระดับหนึ่งว่าเรามีบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาล (Case Law) มากพอที่เราจะรู้ว่าเราควรเน้นไปที่เรื่องใดในการพิจารณาเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์และควรเพิ่มความชัดเจนในเรื่องใดของหลักนี้ นอกจากนี้ OECD และ UN ต่างก็มีการศึกษาและทำรายงานเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ซึ่งรายงานเหล่านี้ก็นำไปสู่ประเด็นต่างๆ มากมายที่เกี่ยวข้องกับคำพิพากษาของศาลในประเทศต่างๆ ซึ่งประเด็นต่างๆ เหล่านี้ก็เช่น (ก) หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นบทบัญญัติต่อต้านการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่กว้างหรือแคบ (ข) หลักเจ้าของผลประโยชน์ควรมีความหมายทางเศรษฐกิจ (economic meaning) หรือทางกฎหมาย (legal meaning) และที่สำคัญที่สุดต่อการทำวิทยานิพนธ์นี้คือ (ค) หลักเจ้าของผลประโยชน์นี้ควรขยายไปข้อบพอื่นๆ ของอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือควรจะตัดออกไปจากอนุสัญญาโดยสิ้นเชิง (ไม่คงไว้แม้กระทั่งข้อ 10 11 12 ของ OECD และ UN Model)<sup>79</sup>

Adolfo Martín Jiménez เห็นว่า คนส่วนใหญ่มักมองว่าศาลในแต่ละประเทศตีความคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ต่างกันมาก แต่หากเราได้วิเคราะห์ลึกลงไปแล้วจะเห็นว่าคำพิพากษาของศาลประเทศต่างๆ เหล่านี้มีความคล้ายคลึงกันมากกว่าที่คิด\* ทั้งนี้ เป็นที่น่าสนใจว่าคำพิพากษาจำนวนไม่น้อย (ยกเว้นบางคดี เช่น คดี Prévost) ได้นำหลักเศรษฐศาสตร์ (economic

<sup>78</sup>Adolfo Martín Jiménez, "Beneficial ownership: Current trends," *World Tax Journal* (February 2010): 62.

<sup>79</sup>Ibid., 35-36.

\*อย่างไรก็ดี วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่ได้มุ่งเน้นที่จะหาคำนิยามของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ดังนั้น ผู้วิจัยจึงไม่ได้วิเคราะห์ในประเด็นดังกล่าวอย่างละเอียด และเนื้อหาของวิทยานิพนธ์นี้ไม่ได้แสดงถึงข้อมูลที่ครอบคลุมหรือยุติแล้วในประเด็นดังกล่าว

approach) หรือเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (substance-over-form approach) มาใช้ในการพิจารณาตัดสินว่าใครเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในคดีนั้นๆ กล่าวคือ เจ้าของผลประโยชน์จะต้องเป็นหน่วยหรือบุคคลที่ได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากเงินได้ ซึ่งในบางคดีมีการอ้างถึงหลักดังกล่าวอย่างชัดเจน เช่น ในคดี *Indofood* ศาลอ้างถึง “เนื้อหาสาระของคดี” (substance of the matter) และคดี *Bank of Scotland* ก็ใช้การวิเคราะห์หลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ อย่างไรก็ตาม Adolfo Martín Jiménez กลับชี้ว่า แม้ในตอนแรก ศาลจะกล่าววาทหลักเจ้าของผลประโยชน์ควรจะตีความในทางเศรษฐกิจโดยใช้บททดสอบหลายประการ (เช่น ข้อเท็จจริงที่ว่าเงินได้ไหลผ่านตัวกลางหรือไม่) แต่ในท้ายที่สุดแล้ว คำพิพากษา (รวมถึงในคดี *Prévost* แต่ไม่รวมถึงคดี *Bank of Scotland*) ก็ได้ใช้การวิเคราะห์ทางกฎหมายของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริง กล่าวคือ ในคดีส่วนใหญ่ (ยกเว้นคดี *Prévost*) ศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงอย่างละเอียดโดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการวางโครงสร้างทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญาเพื่อที่จะสรุปว่าผู้รับเป็นเพียงตัวแทนหรือนอมินี มิใช่เจ้าของทางกฎหมายของเงินได้ หากเราได้พิจารณาลงไปแล้วจะเห็นว่าในหลายคดี เช่น *Indofood* นั้น เป็นการยากที่เราจะสรุปว่าตัวกลางที่สอดแทรกเข้ามานั้นเป็นมากกว่าตัวแทนหรือนอมินีในแง่ของกฎหมาย (ไม่ใช่ในแง่ทางเศรษฐกิจ) และไม่จำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์ตามหลักเศรษฐศาสตร์หรือหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ เราก็ยังคงได้ข้อสรุปเช่นว่านี้อยู่เช่นเดิม ทั้งนี้ ก็เนื่องจากการจัดคุณลักษณะของนิติสัมพันธ์เสียใหม่หรือการวิเคราะห์เหตุการณ์สมมติก็เพียงพอที่จะลงความเห็นได้ว่า ข้อกล่าวอ้างของผู้เสียภาษี (ว่าเงินได้เป็นของ “ตัวกลาง”) นั้นต่างจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น (เช่น ความสัมพันธ์ที่จริงแล้วเป็นแบบตัวการตัวแทน ไม่ใช่สิทธิตามกฎหมายในเงินได้ที่ตัวกลางมี) ดังนั้น Adolfo Martín Jiménez จึงเห็นว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นเรื่องของประเด็นทางกฎหมาย (Legal Issue) ไม่ใช่ประเด็นทางเศรษฐกิจ (Economic Issue) ทั้งนี้ ถ้าหากเรานำการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงในแง่มุมเศรษฐกิจใช้ในการวิเคราะห์ว่าใครเป็นเจ้าของผลประโยชน์แล้ว หลักเจ้าของผลประโยชน์จะกว้างมากจนทำให้แทบจะไม่ได้ต่างจากมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (General Anti Avoidance (GAAR)) (ดังที่พบในคำพิพากษาของ Conseil d'Etat ในคดี *Bank of Scotland*) แม้กระนั้นก็ตาม ปัญหาที่เราพบก็คือ คำพิพากษาส่วนใหญ่มักจะมีแนวโน้มที่จะนำการตีความทางเศรษฐกิจมาใช้ ทั้งที่สิ่งที่เราต้องการในคดีเหล่านี้ก็แค่เพียงการตีความทางกฎหมาย<sup>80</sup>

ดังนั้น กล่าวโดยสรุปก็คือ ในประเด็นเรื่องนิยามของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นั้น Adolfo Martín Jiménez เห็นว่าการวิเคราะห์โดยใช้เนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (substance-over-form approach) และการตีความทางเศรษฐกิจ (economic interpretation)

<sup>80</sup>Adolfo Martín Jiménez, "Beneficial ownership: Current trends," *World Tax Journal*: 51-52.

นั้นไม่สอดคล้องกับประวัติศาสตร์ของคำดังกล่าวและไม่ใช้การตีความที่ตอบสนองเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนได้ดีที่สุด และยังคงก่อให้เกิดความไม่แน่นอนแก่ผู้เสียภาษีและผู้มีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่ายอีกด้วย ดังนั้น การตีความทางกฎหมายจึงเหมาะสมกว่าและจะช่วยลดความสับสนที่มีอยู่ในขณะนี้

แม้ว่าความเห็นส่วนใหญ่ของบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลที่ได้ทำการศึกษามักจะนำหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปปะปนกับข้อบทต่อต้านการหลบหลีกภาษีที่มีความกว้างขวาง<sup>81</sup> แต่ Adolfo Martín Jiménez เห็นว่า การตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างกว้างขวางจนคล้ายคลึงกับมาตรการภายในประเทศเรื่องการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (Domestic General Anti Avoidance Rule (domestic GAAR)) หรืออาศัยหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (substance-over-form approach) หรือการตีความทางเศรษฐกิจ (economic interpretation) นั้นไม่เหมาะสม และคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ไม่ควรจะให้ข้ออ้างให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐและศาลในการตีความอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้เพราะการตีความอย่างกว้างอาจทำให้เจ้าหน้าที่ภาษีอากรทำการตีความดังกล่าวไปใช้อย่างไม่ถูกต้องและยังคงก่อให้เกิดความไม่แน่นอนกับผู้มีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่ายด้วย<sup>82</sup> ดังนี้<sup>83</sup>

(ก) ในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ไม่มีข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation of Benefits หรือ LOB) หรือข้อบทบัญญัติป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (general anti-avoidance provisions) การตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างกว้างขวางอาจนำไปสู่ผลที่คล้ายกับว่ามีข้อบทดังกล่าวในอนุสัญญาแต่การตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างกว้างขวางจะให้ข้อได้เปรียบประการหนึ่งคือ ไม่มีเงื่อนไขในการเข้าใช้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญา (อันต่างจากข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์และบทบัญญัติป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไปซึ่งมีเงื่อนไข) และอาจจะทำให้เจ้าหน้าที่ภาษีอากรมีช่องให้ใช้ประโยชน์ในการปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาด้วยข้อต่อสู้ว่าผู้เสียภาษีไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์

(ข) ในประเทศที่ไม่มีมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไปในกฎหมายภายใน (general anti avoidance rule (GAAR)) การตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างกว้างขวางจะช่วยเจ้าหน้าที่ภาษีอากรสร้างมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (GAAR) ขึ้นมา (ซึ่ง

<sup>81</sup>Ibid., 62.

<sup>82</sup> "Beneficial ownership as a broad anti-avoidance provision: Decisions by Spanish courts and the OECD's discussion draft," in *Beneficial ownership: Recent trends*, eds. Michael Lang et al. (Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013), pp. 127-128.

<sup>83</sup>Ibid., pp. 139-142.

แฝงมาในรูปของหลักเจ้าของผลประโยชน์) หรือไปสู่เป้าหมายที่เกี่ยวกับมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (GAAR) ราวกับมาตรการดังกล่าวมีอยู่ในระบบกฎหมายภายในหรืออนุสัญญาภาษีซ้อน (ทั้งที่ในความจริงไม่มี)

(ค) ในประเทศที่มีมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไปในกฎหมายภายใน (general anti avoidance rule (GAAR)) การตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างกว้างขวางจะทำให้เจ้าหน้าที่ภาษีอากรบรรลุผลแบบเดียวกับ (หรือคล้ายกับ) การบังคับใช้มาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไปโดยไม่ต้องมีภาระในการปฏิบัติตามกระบวนการหรือเงื่อนไขพิเศษที่มีอยู่ในมาตรการดังกล่าว (เช่น ภาระการพิสูจน์)

(ง) การตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างกว้างขวางอาจทำให้เจ้าหน้าที่ภาษีอากรบรรลุผลแบบเดียวกับมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (GAAR) ทั้งที่ประเทศนั้นๆ ไม่มีมาตรการดังกล่าวหรือมีแต่เจ้าหน้าที่ภาษีอากรก็ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่มีอยู่ ซึ่งในกรณีดังกล่าวทำให้การตีความอย่างกว้างขวางเป็นการใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์โดยมิชอบโดยเจ้าหน้าที่ภาษีอากร

(จ) หากเรานำการตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างกว้างขวางมาใช้เพื่อเลี่ยงกระบวนการหรือมาตรฐานของมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (GAAR) จริงประเด็นนี้จะเป็นปัญหาด้านกฎหมายภายในประเทศหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ภาษีอากรไม่สามารถใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนเพื่อหลบหลีกสภาพปัจจุบันของระบบกฎหมายภาษีอากรของประเทศตน อนุสัญญาภาษีซ้อนไม่ควรนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการสร้างภาระภาษีที่ไม่มีอยู่ในกฎหมายภายในประเทศ (เช่น ในระบบภาษีประเทศนั้น รูปแบบสำคัญกว่าเนื้อหา (form over substance) หรือนำมาใช้เพื่อเลี่ยงกฎหมายสารบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติของตน (เช่น มาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (GAAR)) การตีความ “อย่างสร้างสรรค์” ไม่ควรนำมาใช้เพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในประเทศ

(ฉ) การตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างกว้างขวางก่อให้เกิดความไม่แน่นอนกับผู้มีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่าย และผู้มีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่ายอาจเลือกที่จะไม่หักภาษี ณ ที่จ่ายอันจะทำให้การบังคับใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนยุ่งยากสำหรับผู้ได้รับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าสิทธิ

ส่วนในประเด็นที่ว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ควรขยายไปขอบที่อื่นๆ หรือไม่นั้น Adolfo Martín Jiménez มีความเห็นว่าไม่ควรขยายเพราะคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ยังมีปัญหาในการตีความอยู่ (ดังที่เห็นได้จากในหลายคดีในหลายประเทศ) อย่างไรก็ตาม Adolfo Martín Jiménez ก็ตั้งข้อสังเกตว่า UN ก็ยังมีความคิดที่จะขยายหลักดังกล่าวไปยังข้ออื่นๆ หรือเพิ่มขอบททั่วไปในเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ไว้ใน UN Model แต่ Professor Philip Baker ก็ไม่ได้สนับสนุนความคิดนี้เต็มที่เท่าใดและยังได้ย้ำเตือนถึงอันตรายของการขยายหลักดังกล่าวไปยังข้อ

บ่ออื่นๆ ของ UN Model อีกด้วย อาจเป็นไปได้ว่า ด้วยเหตุนี้ประกอบกับความเห็นที่ยังไม่เป็นไปในทางเดียวกันในเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ก็อาจเป็นเหตุให้ในขณะนั้น UN ยังไม่ได้ตัดสินใจเป็นที่แน่นอนว่าจะทำอย่างไร

ในทางกลับกัน Adolfo Martín Jiménez เห็นว่า แทนที่จะขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ดังกล่าวออกไปยังข้อบ่ออื่นๆ เราควรตัดหลักดังกล่าวออกไปจาก ข้อ 10 ถึง 12 ของ OECD Model และ UN Model โดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ก็เป็นเพราะว่าคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” เข้ามาช่วยขยายความคำว่า “จ่ายแก่” (paid to) ในข้อ 10 ถึง 12 น้อยมากและข้อสงสัยในการตีความคำดังกล่าวยิ่งก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการใช้บังคับอนุสัญญาภาษีซ้อน การขยายหลักดังกล่าวออกไปยังข้อบ่ออื่นๆ ยิ่งแต่จะทำให้ข้อบ่อเหล่านั้นประสบปัญหาในการตีความดังเช่นที่ข้อ 10 ถึง 12 เผลออยู่

ในทัศนะของ Adolfo Martín Jiménez นั้น การตัดหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกป็นสมเหตุสมผลโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเราได้พิจารณาประเด็นดังต่อไปนี้

(ก) ศาลในแต่ละประเทศมีแนวโน้มที่จะบังคับใช้ข้อบ่อเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ แม้ว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือข้อบ่อของอนุสัญญาภาษีซ้อนจะไม่ได้อ้างถึงหลักดังกล่าวก็ตาม (ดังนั้นหากหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในหรืออนุสัญญา ก็ไม่จำเป็นต้องมีหลักการดังกล่าวนี้เฉพาะในข้อ 10 ถึง 12 เท่านั้น เพราะหลักดังกล่าวย่อมมีอยู่ในการตีความและการใช้บังคับอนุสัญญาอยู่แล้ว)

(ข) รัฐแหล่งเงินได้ได้รับการคุ้มครองผลประโยชน์ของตนอย่างเพียงพอแล้วหลังจากที่คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ข้อ 1 (Commentary to Article 1) ได้รับการเพิ่มเติมเข้าไปในปี 2003 (หรืออาจจะคุ้มครองโดยการเพิ่มเติมข้อบ่อพิเศษลงไปใอนุสัญญา) เมื่อข้อบ่อกฎหมายภายในประเทศเรื่องการต่อต้านการใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (domestic anti abuse clause) สามารถใช้บังคับได้ในบริบทของอนุสัญญาระหว่างประเทศแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องนำข้อบ่อกฎหมายดังกล่าวไปไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนผ่านทางหลักเจ้าของผลประโยชน์อีก

ด้วยเหตุนี้ Adolfo Martín Jiménez เห็นว่าทางเลือกที่เหมาะสมที่สุดก็คือ การตัดหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปจากข้อ 10 ถึง 12 ทั้งหมด โดย Adolfo Martín Jiménez ได้เสนอให้มีการระบุเรื่องการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบไว้ในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบข้อ 1 ของ OECD หรือองค์การสหประชาชาติว่าในแง่หลักการ การจะเข้าใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาจะต้องมีความเชื่อมโยงพิเศษ (Special Nexus) ระหว่างบุคคลที่เข้าถึงอนุสัญญาภาษีซ้อนและเงินได้ที่ตน



ได้รับ หรืออีกทางเลือกหนึ่งก็คือ การเพิ่มขอบทในอนุสัญญาภาษีซ้อนเกี่ยวกับเรื่อง “ความเชื่อมโยง” (Nexus) ระหว่างเงินได้และผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง<sup>84</sup>

แต่หากการตัดหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปจากอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (หรือขององค์การสหประชาชาติ) ไม่ได้ Adolfo Martín Jiménez ก็เห็นว่าอย่างน้อย คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ ของ OECD (หรือขององค์การสหประชาชาติ) ก็ไม่ควรจะเป็นเพียงการรวบรวมความสับสนไม่แน่นอนของนิยามของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” เอามาไว้รวมกัน และ OECD (หรือ UN) ควรใช้ความพยายามอย่างที่สุดในการขจัดนิยามที่มีความกว้างออกไปจาก คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ข้อ 10 11 และ 12 นอกจากนี้ หากอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ข้อ 1 (หรือขององค์การสหประชาชาติ) จะยังคงเก็บคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไว้ OECD ก็ควรจะเจาะจงว่าเมื่อใดที่ผู้รับเงินได้เป็นเจ้าของทางกฎหมาย (legal owner) ในเงินได้ที่ตนได้รับ แม้ว่าผู้รับเงินได้นั้นมีหน้าที่หรือข้อผูกพันที่จะโอนหรือส่งต่อเงินได้ไปยังบุคคลอื่นก็ตาม หรืออย่างน้อย ก็ควรตตินิยามส่วนที่อ้างถึงการตีความทางข้อเท็จจริงหรือทางเศรษฐกิจหลักเจ้าของผลประโยชน์แบบเดียวกับข้อบทต่อต้านการหลบหลีกภาษีที่มีความกว้าง ทั้งนี้ โดยหลักการแล้ว หากในแง่ของภาษี ระหว่างประเทศและอนุสัญญาภาษีซ้อน เงินได้เป็นผู้เสียภาษีในรัฐถิ่นที่อยู่แล้ว กรณีที่ผู้เสียภาษี ดังกล่าวจะถูกปฏิเสธว่าไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ควรมีอย่างจำกัด และความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ จะถูกปฏิเสธก็เฉพาะในกรณีที่ในแง่ของกฎหมาย บทบาทหน้าที่ของผู้รับเงินได้คล้ายกับของตัวกลาง เท่านั้น

## (2) ความเห็นของ Daniel Gutmann

ทางเลือกที่ Daniel Gutmann เห็นว่าควรทำที่สุดก็คือการตัดหลักเจ้าของ ผลประโยชน์ออกไปทั้งหมด โดยที่ Daniel Gutmann เห็นว่าน่าเสียดายที่หลักเจ้าของผลประโยชน์มีการบรรจุไว้ใน OECD Model และ UN Model ในขณะที่หลักดังกล่าวนั้นไร้ประโยชน์เท่าที่ข้อ 4 วรรคสองถูกเพิ่มเติมเข้าไปไว้ใน Model นอกจากนี้ ประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาแสดงให้เห็นว่าทุกประเทศ ยกเว้นสหราชอาณาจักรดูเหมือนจะมีความเห็นว่าบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของทางกฎหมายในเงินได้ (เพราะว่าบุคคลนั้นทำหน้าที่เป็นเพียงตัวแทนหรือนอมินี) อาจไม่สามารถเข้าใช้สิทธิประโยชน์ภายใต้ อนุสัญญาภาษีซ้อนได้ Daniel Gutmann ได้อธิบายว่าหาก OECD ไม่ตัดหลักเจ้าของผลประโยชน์ ออกไปและแทนที่หลักดังกล่าวด้วยหลักการอื่นๆ (เช่น “เงินได้ได้รับ...โดย” (“derive...by”) หรือ ข้อความอื่นๆ ที่คล้ายคลึงกัน) แต่ทางเลือกที่เสนอนี้ก็คงจะเป็นไปไม่ได้อย่างยิ่ง ดังนั้น เราก็ควร ยอมรับว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของการภาษีระหว่างประเทศไปแล้ว นอกจากนี้

<sup>84</sup>Martin Jimenez, Adolfo, Beneficial Ownership: Current Trends (February 1, 2010). World Tax Journal, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2392506>, pp. 59-60, 62-63.

จากที่ผ่านมาก็ได้สะท้อนว่าหลักดังกล่าวได้เปลี่ยนความหมายไปแล้วและดูเหมือนว่าประเทศ OECD ทั้งหมดมองว่าเป็นเครื่องมือหนึ่งในการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ด้วยเหตุนี้ คำถามเดียวที่เกี่ยวข้องสำหรับการเตรียมการสำหรับอนาคตก็คือเราจะประสานการตีความหลักดังกล่าวอย่างไรโดยที่ไม่ก่อให้เกิดผลร้ายที่จะตามมาทั้งรัฐและผู้เสียภาษี

จากที่กล่าวมาข้างต้น เราอาจสรุปข้อเสนอแนะของ Daniel Gutmann ต่อ OECD ในเรื่อง หลักเจ้าของผลประโยชน์และ Clarification of the Meaning of ‘Beneficial Owner’ in the OECD Model Tax Convention (Discussion Draft) ของ OECD ปีค.ศ. 2011\* ได้ดังนี้

(ก) OECD มีทางเลือกหนึ่งก็คือ ไม่ดำเนินการเกี่ยวกับ Clarification of the Meaning of ‘Beneficial Owner’ in the OECD Model Tax Convention (Discussion Draft) ของ OECD ปี ค.ศ. 2011 ต่อและไม่เพิ่มเติมข้อความใดลงในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์เพราะหลักดังกล่าวขาดการตีความที่แน่นอนสม่ำเสมอ\*\*

การกำหนดทฤษฎีทั่วไปมาอธิบายหลักที่ตั้งใจให้มีความคลุมเครือ (โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึง จุดมุ่งหมายอันกว้างขวางในการต่อต้านการหลบหลีกภาษีของหลักนี้) อาจก่อให้เกิดอันตรายกับทั้ง เจ้าหน้าที่ภาษีอากร (หากเจ้าหน้าที่ภาษีอากรเห็นว่านิยามของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นั้นแคบเกินไป และผู้เสียภาษี (หากผู้เสียภาษีทราบว่าตนเองอาจถูกปฏิเสธไม่ให้ได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้ อนุสัญญาภาษีซ้อนทั้งที่ตนเองไม่ได้จัดวางโครงสร้างอันเป็นเท็จเพื่อหลบหลีกภาษีแต่อย่างใด) การ กำหนดนิยามทั่วไปของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์มีความเสี่ยงที่จะเป็นนิยามที่ไม่ครบถ้วนซึ่งทำให้จำเป็นต้องแก้ไขไปเรื่อยๆ ในอนาคต แม้ว่าเราจะเห็นว่าความพยายามของ OECD ในการให้ความ มั่นคงทางกฎหมายแก่เจ้าหน้าที่ภาษีอากรและผู้เสียภาษีให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้นั้นมีประโยชน์ในเชิงหลักการ แต่บางครั้งการไม่ดำเนินการใดๆ อาจเป็นทางเลือกที่ฉลาดกว่า

(ข) หากในที่สุด OECD ตัดสินใจจะอธิบายหลักเจ้าของผลประโยชน์แล้ว OECD ก็ควรจะ หลีกเลี่ยงการใช้นิยามที่กว้างมากเกินไป ข้อเท็จจริงเพียงว่าบุคคลหนึ่งๆ นั้นถูกจำกัดโดยหน้าที่ตาม สัญญาหรือตามกฎหมายให้ทำการโอนเงินที่ได้รับต่อไปยังบุคคลอื่นนั้นไม่เพียงพอที่จะให้สิทธิ เจ้าหน้าที่ภาษีอากรปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในทันที นี่จึงเป็นเหตุผลว่า ความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ควรถูกปฏิเสธไม่ยอมรับเฉพาะเมื่อเจ้าหน้าที่ภาษีอากรพิสูจน์ได้ว่าผู้เสีย

---

\*ขณะที่ Daniel Gutmann ทำความเห็นนี้ออกมา การแก้ไขคำอธิบายเจ้าของผลประโยชน์ยังเป็นเพียง ร่างอยู่และคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 ก็ยังไม่ออกมาบังคับใช้

\*\*การปรับปรุงคำอธิบายเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับ ปีค.ศ. 2014 ที่ออกมาในภายหลังแสดงให้เห็นว่า OECD เห็นว่าควรยังคงมีหลักดังกล่าวยังมีประโยชน์อยู่

ภาษีเข้าทำธุรกรรมอันเป็นเท็จเพื่อให้ได้ประโยชน์ทางภาษี ดังนั้น OECD อาจยังคงรักษาเกณฑ์ปัจจุบันของตนเองไว้ (กล่าวคือ อาจปรับปรุงข้อความที่กำหนดหน้าที่ในการที่จะโอนเงินได้ไปยังบุคคลอื่นเล็กน้อย) และเพิ่มเติมเงื่อนไขต่างๆ เพื่อให้เห็นการพิจารณาความเป็นเท็จหรือปลอมแปลงของการวางโครงสร้างธุรกรรม)

(ค) ในอนาคต ปัญหาเกี่ยวกับความหมายของคำว่าเจ้าของผลประโยชน์อาจจะหมดไปเป็นส่วนใหญ่เนื่องจากอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับที่เพิ่มขึ้นในช่วงหลังๆ จะมีทั้งหลักเจ้าของผลประโยชน์และมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป ถ้าแนวโน้มจะยังคงเป็นเช่นนี้ต่อไป หลักเจ้าของผลประโยชน์คงจะถูกเปลี่ยนจากหลักที่ไม่มีประโยชน์กลายเป็นหลักที่ล้ำสมัยทันที ซึ่ง Daniel Gutmann ก็เห็นว่าเป็นสิ่งที่ดีและอยากให้เกิดขึ้น

### 3.2.3.2 นักวิชาการกลุ่มที่ไม่ปฏิเสธหลักเจ้าของผลประโยชน์

นักวิชาการกลุ่มนี้ไม่ได้ปฏิเสธหลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างสิ้นเชิงอย่างเช่นกลุ่มแรก แต่นักวิชาการกลุ่มนี้แต่ละท่านก็มีทัศนคติที่ดี (กล่าวคือ สนับสนุน) ต่อหลักเจ้าของผลประโยชน์ในระดับที่แตกต่างกัน เช่น บางท่านเห็นว่าหลักนี้ยังมีข้อบกพร่องต้องพัฒนาเพิ่มเติม (เช่น ความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์”) กระนั้นก็ดี อย่างที่กล่าวมาแล้ว ไม่ว่าแต่ละท่านจะมีความเห็นปลีกย่อยในรายละเอียดต่อหลักนี้อย่างไร แต่นักวิชาการกลุ่มนี้ก็ได้ต่อต้านการมีอยู่ของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่อย่างใด

#### (1) ความเห็นของ Professor Philip Baker

Professor Philip Baker มีความเห็นว่า “ข้อจำกัดเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ (‘Beneficial Ownership’ Limitation) นั้นมีเจตนาที่จะตัด (1) ตัวแทนหรือตัวกลางที่ไม่ใช่เจ้าของของเงินได้ในประเทศที่ตนมีถิ่นที่อยู่ (2) บริษัทส่งผ่านอื่นๆ ที่แม้ว่าเป็นเจ้าของอย่างเป็นทางการแต่ก็มีอำนาจที่แคบมากในการจัดการเงินได้ อันส่งผลให้บริษัทส่งผ่านนั้นเป็นแต่เพียงตัวแทนหรือคนจัดการเงินได้ในนามของเจ้าของผลประโยชน์ ทั้งนี้ เพียงข้อเท็จจริงที่ว่าผู้รับอาจถูกมองว่าเป็นบริษัทส่งผ่านไม่ได้หมายความว่าผู้นั้นจะไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์” นอกจากนี้ Professor Philip Baker ยังได้โต้แย้งว่า “คำว่า “ความเป็นเจ้าของผลประโยชน์” (beneficial ownership) ควรมีความหมายทางภาษีระหว่างประเทศ และไม่ควรที่จะมาจากกฎหมายภายในของรัฐภาคี [ของอนุสัญญาภาษีซ้อน]”<sup>85</sup>

<sup>85</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept. Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

ส่วนในประเด็นหลักของวิทยานิพนธ์นี้ในเรื่องการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ นั้น รายงานขององค์การสหประชาชาติที่ออกโดย Economic and Social Council Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters เลขที่ E/C.18/2008/CRP.2/Add.1 เรื่อง Progress Report of Subcommittee on Improper Use of Tax Treaties: Beneficial Ownership ลงวันที่ 17 ตุลาคม 2008\* ได้แนบความเห็นของ Professor Philip Baker เกี่ยวกับการขยายขอบเขตหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ ของอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยทำการวิเคราะห์จากอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติฉบับปีค.ศ. 2001 ซึ่งเป็นฉบับเก่า (แต่เป็นฉบับที่ใช้อยู่ขณะทำความเข้าใจ) ที่ถูกแทนที่โดยฉบับปีค.ศ. 2011 ไว้ว่า<sup>86</sup>

---

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1 [Online],2008. Source [http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18\\_2008\\_CRP2\\_Add1.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18_2008_CRP2_Add1.pdf), para 13.

\*รายงานนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อทำการศึกษารายงานเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์เพิ่มเติมและรวมถึงประเด็นว่าควรขยายหลักดังกล่าวไปยังเงินได้ข้ออื่นๆ เช่น ข้อ 13 (ผลได้จากทุน) และ 21 (เงินได้อื่นๆ) หรือไม่ (Economic and Social Council Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1: “Progress Report of Subcommittee on Improper Use of Tax Treaties: Beneficial Ownership” (17 October 2008)) โดยคณะกรรมการย่อย (Subcommittee) ได้ขอให้ Professor Philip Baker ทำความเห็นเรื่องหลักดังกล่าวนี้ ทั้งนี้ Professor Philip Baker ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนในรายงานว่าความเห็นของท่านอาศัยอนุสัญญาต้นแบบฉบับปีค.ศ.ใด แต่ผู้วิจัยคาดการณจากเนื้อหาของความเห็นและเวลาที่ทำความเข้าใจได้ว่า ความเห็นของท่านในประเด็นนี้อาศัยอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติฉบับปีค.ศ. 2001 และอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2003 ซึ่งเป็นฉบับเก่า โดยเน้นไปที่ประเด็นว่าหลักนี้ใช้บังคับกับข้อข้ออื่นๆ ของ UN Model หรือไม่ และหลังจากที่คณะกรรมการย่อย (Subcommittee) ได้ความเห็นดังกล่าวแล้วก็ได้จัดการประชุมเพื่อพิจารณาประเด็นที่กล่าวมานี้ ทั้งนี้ เหตุผลที่ผู้วิจัยยังต้องอ้างอิงถึงรายงานนี้แม้ว่าจะออกมา ก่อนที่อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติฉบับปีค.ศ. 2011และคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปี ค.ศ. 2014 จะออกมา ก็เพราะว่าเป็นรายงานฉบับเต็มฉบับเดียวที่ผู้วิจัยพบว่าเขียนวิเคราะห์อย่างละเอียดเกี่ยวกับการขยายหลักดังกล่าวไปเงินได้ประเภทอื่นๆ โดยตรง ทั้งนี้ ความเห็นบางอย่างที่ปรากฏในรายงานอาจไม่ตรงกับพัฒนาการของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ผู้วิจัยศึกษาพบซึ่งผู้วิจัยก็จะได้แสดงหมายเหตุไว้ตามความเหมาะสมของเนื้อหาต่อไป

<sup>86</sup>Philip Baker, [The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept.](#) Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1.

คดีความเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ได้แสดงให้เห็นถึงประเด็นต่างๆ ที่คณะกรรมการย่อย (Subcommittee) และคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ (Committee of Experts) ควรคำนึงถึงเพื่อพิจารณาว่าควรขยายขอบเขตของหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปหรือไม่ ดังนี้<sup>87</sup>

1) คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ยังไม่มีนิยามที่ชัดเจนที่เป็นที่ยอมรับและศาลก็ยังไม่มีความเห็นที่ต่างกันแม้ในประเด็นง่ายๆ ว่าคำดังกล่าวควรมีความหมายตามกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา (เช่นในคดี *Prévoist*) หรือมีความหมายทางภาษีระหว่างประเทศ (เช่นในคดี *Indofood*)\*

2) คดีต่างๆ ที่ผ่านมามีหลายคดีใช้เวลายาวนานในการพิจารณาว่าผู้เสียภาษีเป็นเจ้าของผลประโยชน์หรือไม่ ดังนั้น การใช้คำที่ยังไม่มีนิยามที่ชัดเจนอย่างคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” จะยิ่งก่อให้เกิดคดีความมากขึ้น ด้วยเหตุนี้ ประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาต้องพิจารณาอย่างหนักถึงผลที่อาจตามมาจากการบังคับใช้คำที่ต้องอาศัยการตีความโดยกระบวนการศาล

3) เมื่อพิจารณาอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) แล้วจะพบว่าอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) มีการตีพิมพ์ใน 6 ภาษาขององค์การสหประชาชาติ (UN languages) แต่คำที่ใช้เพื่อบ่งชี้ถึงหลักเจ้าของผลประโยชน์ในแต่ละภาษากลับมีความแตกต่างกัน\*\* กล่าวคือ แม้ทุกภาษาจะอ้างถึงองค์ประกอบว่าบุคคลนั้นๆ ต้องได้รับประโยชน์จากเงินได้ แต่แต่ละภาษาก็ให้ความสำคัญกับความเป็นเจ้าของ (Ownership) และความเป็นผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริง (effective beneficiary) ในน้ำหนักที่แตกต่างกัน และความแตกต่างนี้ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาเพราะศาลมีแนวโน้มที่จะอยากเห็นการใช้คำว่า “เจ้าของ” มากกว่าในทางกฎหมาย

<sup>87</sup>Ibid., paras 24-29.

\*รายงานฉบับนี้ออกมาในปีค.ศ. 2008 ก่อนที่จะมีการปรับปรุงคำอธิบายในส่วนของหลักเจ้าของผลประโยชน์ในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 ซึ่งอาจช่วยลดความแตกต่างในคดีความได้มากขึ้น

\*\*เช่น ฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า “beneficial owner” ฉบับภาษาสเปนใช้คำว่า el propietario beneficiario ซึ่งใกล้เคียงกับคำว่า “beneficial owner” ฉบับภาษารัสเซียใช้คำว่า “СОБСТВЕННИК БЕНЕФИЦИАР” ซึ่งน่าจะเป็นการแปลมาจากคำว่า “beneficial owner” ฉบับภาษาฝรั่งเศสใช้คำว่า “le bénéficiaire effectif” ส่วนฉบับภาษาจีนใช้คำว่า 受益所有人 ซึ่งหมายถึงบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากเงินได้ ส่วนฉบับภาษาอาหรับใช้คำว่า (المستفيد الفعلي) ซึ่งน่าจะเทียบเท่ากับคำว่า “ผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริง (effective beneficiary)” (Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept, Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, para 28.)

ด้วยเหตุนี้ การตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์ยังคงมีปัญหาและมีปัจจัยหลายประการที่ทำให้เป็นไปได้ยากที่เราจะหาหนทางที่เป็นที่ยอมรับตรงกันของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นอกเสียจากว่าเราจะสรุปให้คำนี้มีความหมายทางภาษีระหว่างประเทศ

4) บางประเทศอาจมีหลักเจ้าของผลประโยชน์ในกฎหมายภายในของตนในขณะที่บางประเทศไม่มี กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงก็คือ ประเทศคอมมอนลอว์บางประเทศบังคับใช้คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในความหมายทางเทคนิคอย่างแคบเพื่อที่จะแยกแยะความแตกต่างของ “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner ซึ่งเป็นบุคคลที่มีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินได้อย่างเต็มที่) กับเจ้าของทางกฎหมาย (legal owner ซึ่งมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแต่ไม่มีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินได้อย่างเต็มที่)\* เช่นในกรณีของทรัสต์ (ซึ่งเป็นเจ้าของทางกฎหมาย) กับผู้ได้รับประโยชน์ (ซึ่งเป็นเจ้าของผลประโยชน์) ทั้งนี้ คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ในอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นได้รับการยอมรับทั่วไปแล้วจะต้องไม่ใช้ในความหมายทางเทคนิคอย่างแคบอันต่างจากหลักการในประเทศคอมมอนลอว์ดังที่กล่าวมาข้างต้น อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ศาลในประเทศคอมมอนลอว์ก็อาจยังนำวิธีการทางเทคนิคนี้มาใช้ซึ่งอันตราย

เมื่อ Professor Philip Baker ได้แสดงทัศนะเกี่ยวกับปัญหาเกี่ยวกับความแตกต่างในการตีความและการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์แล้ว ท่านก็ได้ทำความเข้าใจเกี่ยวกับประเด็นที่เราควรขยายขอบเขตของหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้อื่นๆ หรือไม่ ดังนี้<sup>88</sup>

“ข้อบทสามข้อในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ที่บังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์อยู่แล้วในปัจจุบันอันได้แก่ เงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ ล้วนแต่มีเนื้อหาที่เหมือนกัน กล่าวคือ ข้อบททั้งสามกำหนดให้รัฐคู่สัญญาต่างมีสิทธิเก็บภาษีในเงินได้ดังกล่าวโดยรัฐแหล่งเงินได้จะเก็บภาษีไม่เกินขีดจำกัด (limit) ที่กำหนดไว้ในข้อบทนั้นๆ ส่วนรัฐถิ่นที่อยู่จะจัดภาษีซ้อน (แต่ในทางปฏิบัติ รัฐคู่สัญญาอาจไม่บังคับใช้อำนาจจัดเก็บภาษีก็ได้ เช่น รัฐแหล่งเงินได้อาจไม่จัดเก็บภาษีหัก ณ ที่จ่าย

---

\*อย่างไรก็ดี คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปี ค.ศ. 2014 ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่าไม่ให้ใช้ความหมายตามกฎหมายภายใน แต่ ณ ปี ค.ศ. 2015 คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติยังไม่ได้มีการแก้ไขตามคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปี ค.ศ. 2014 จึงเกิดคำถามว่าองค์การสหประชาชาติมีความเห็นเช่นเดียวกันหรือไม่ ซึ่งถ้าไม่ ก็จะมีปัญหาการตีความที่ไม่สอดคล้องกันเช่นเดิมไม่เปลี่ยนแปลง

<sup>88</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept. Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, paras 31-32.

โดยหลักการแล้ว ไม่มีเหตุผลอันใดที่จะจำกัดหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ใช้บังคับกับเพียงเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิตามข้อ 10 11 และ 12 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) เท่านั้น แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) กำหนดให้จำกัดการเก็บภาษี ณ รัฐแหล่งเงินได้ (คือ รัฐแหล่งเงินได้จัดเก็บภาษีได้แต่มีเพดานจำกัด) ในเงินได้ประเภทเงินปันผลและดอกเบี้ยตามข้อ 10 และ 11 ของ OECD Model เท่านั้น แต่สำหรับเงินได้ประเภทค่าสิทธิ อนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) กลับกำหนดให้รัฐถิ่นที่อยู่ของเจ้าของผลประโยชน์เท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษี ซึ่งหลักการดังที่พบในข้อ 12 ที่ให้รัฐใดรัฐหนึ่งมีสิทธิเก็บภาษีนั้นก็พบได้ในหลายข้อบทของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) และอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ซึ่งบทบัญญัติเช่นนี้นี้ย่อมมุ่งใจให้ผู้เสียภาษีทำการเลือกใช้อุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเงินได้นั้นๆ ไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีต่ำในอีกรัฐหนึ่งที่ไม่ใช่รัฐถิ่นที่อยู่ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน”<sup>89</sup>

ต่อมา Professor Philip Baker ได้พิจารณาและวิเคราะห์ความเหมาะสมในการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ โดยพิจารณาแยกกันไปเป็นเงินได้แต่ละประเภทโดยอาศัยอนุสัญญาต้นแบบและพัฒนาการของอนุสัญญาภาษีซ้อนในขณะนั้น อย่างไรก็ตาม แม้ความเห็นของท่านจะอยู่บนอนุสัญญาต้นแบบฉบับที่ไม่ได้ใช้แล้วในปัจจุบันแต่ความเห็นและข้อวิเคราะห์ของท่านก็ยังมีคุณค่าและสามารถนำมาใช้อ้างอิงเพื่อการศึกษาสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้\* ซึ่งผู้วิจัยจะได้นำเสนอต่อไปข้างล่างนี้<sup>90</sup>

<sup>89</sup>Ibid.

\*ดังที่กล่าวมาแล้ว ความเห็นของ Professor Philip Baker อยู่บนอนุสัญญาต้นแบบที่ใช้อยู่ขณะทำความเห็นซึ่งเป็นฉบับเก่ากว่าฉบับที่ใช้อยู่ในขณะทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม ความเห็นของท่านไม่ได้ถูกกระทบมากมายนักจากการเปลี่ยนแปลงอนุสัญญาต้นแบบและคำอธิบายต้นแบบที่มีขึ้นในภายหลัง (หรืออาจกล่าวได้ว่าแทบจะไม่กระทบเลย) ทั้งนี้ เพื่อให้การวิเคราะห์วิจัยมีความทันสมัยโดยไม่ก่อให้เกิดความสับสน ผู้วิจัยจะได้แสดงหมายเหตุไว้ตามความเหมาะสมของเนื้อหาโดยที่ไม่ให้กระทบต่อความเห็นของ Professor Philip Baker

<sup>90</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept. Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, paras 33-71.

1) ขอ 21 เงินใดซึ่งมิได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งหรือเงินได้อื่นๆ (Other Income)<sup>91</sup>

Professor Philip Baker ทียบข้อ 21 มาวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปก่อนข้ออื่นๆ เพราะเห็นว่าหากเทียบกับเงินได้ประเภทอื่นๆ แล้ว ข้อ 21 จะเป็นตัวเลือกที่เป็นไปได้มากที่สุดที่จะขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไป

ข้อ 21 เงินใดซึ่งมิได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งหรือเงินได้อื่นๆ (Other Income) ทั้งของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) และอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ทั้งฉบับในอดีตจวบจนปัจจุบันไม่มีคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” หรือหลักเจ้าของผลประโยชน์ ทั้งนี้ ข้อ 21\* ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) บัญญัติให้รัฐถิ่นที่อยู่มีสิทธิ

<sup>91</sup>Ibid., paras 33-44.

\*ข้อ 21 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติฉบับที่ Professor Philip Baker นำมาใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์ก็มีบทบัญญัติที่ไม่ต่างไปจากอนุสัญญาต้นแบบฉบับปีค.ศ. 2011 ดังนั้นความเห็นของท่านจึงยังนำมาอ้างอิงได้ ทั้งนี้ ข้อ 21 ของอนุสัญญาต้นแบบมีดังนี้

ข้อ 21 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติฉบับค.ศ. 2001 (UN Model 2001) บัญญัติว่า

“1. *Items of income of a resident of a Contracting State, wherever arising, not dealt with in the foregoing articles of this Convention shall be taxable only in that State.*

2. *The provisions of paragraph 1 shall not apply to income, other than income from immovable property as defined in paragraph 2 of article 6, if the recipient of such income, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, or performs in that other State independent personal services from a fixed base situated therein, and the right or property in respect of which the income is paid is effectively connected with such permanent establishment or fixed base. In such case the provisions of article 7 or article 14, as the case may be, shall apply.*

3. *Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2, items of income of a resident of a Contracting State not dealt with in the foregoing articles of this Convention and arising in the other Contracting State may also be taxed in that other State.”*

ข้อ 21 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติฉบับค.ศ. 2011 (2011 UN Model) บัญญัติว่า

“1. *Items of income of a resident of a Contracting State, wherever arising, not dealt with in the foregoing Articles of this Convention shall be taxable only in that State.*

2. *The provisions of paragraph 1 shall not apply to income, other than income from immovable property as defined in paragraph 2 of Article 6, if the recipient of such income, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, or performs in that other State independent personal services from a fixed base situated therein, and the right or property in respect of*



เก็บภาษี (วรรคหนึ่ง) แต่ก็ยังให้สิทธิรัฐแหล่งเงินได้เก็บภาษีจากเงินได้ที่เกิดในรัฐตนเองได้ (วรรคสาม) ด้วย<sup>92</sup>

ในทางกลับกัน ข้อ 21 อนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model)\* ฉบับปีค.ศ. 2010 ให้สิทธิรัฐถิ่นที่อยู่เก็บภาษีแต่เพียงผู้เดียวยกเว้นจะเข้าช้อยกเว้นที่ระบุในวรรคสองโดยไม่มีบทบัญญัติ

---

*which the income is paid is effectively connected with such permanent establishment or fixed base. In such case the provisions of Article 7 or Article 14, as the case may be, shall apply.*

*3. Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2, items of income of a resident of a Contracting State not dealt with in the foregoing Articles of this Convention and arising in the other Contracting State may also be taxed in that other State.”*

<sup>92</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept, Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, paras 35-44.

\*ข้อ 21 อนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2003 (OECD Model 2003) ที่คาดว่านำมาใช้เป็นฐานในการวิเคราะห์ก็มีบทบัญญัติที่ไม่ต่างไปจากอนุสัญญาต้นแบบฉบับปีค.ศ. 2010 ดังนั้นความเห็นของท่านจึงยังนำมาอ้างอิงได้ ทั้งนี้ ข้อ 21 ของอนุสัญญาต้นแบบมีดังนี้

ข้อ 21 อนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2003 (OECD Model 2003) บัญญัติว่า

*“1. Items of income of a resident of a Contracting State, wherever arising, not dealt with in the foregoing Articles of this Convention shall be taxable only in that State.*

*2. The provisions of paragraph 1 shall not apply to income, other than income from immovable property as defined in paragraph 2 of Article 6, if the recipient of such income, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein and the right or property in respect of which the income is paid is effectively connected with such permanent establishment. In such case the provisions of Article 7 shall apply.”*

ข้อ 21 อนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2010 (2010 OECD Model) บัญญัติว่า

*“1. Items of income of a resident of a Contracting State, wherever arising, not dealt with in the foregoing Articles of this Convention shall be taxable only in that State.*

*2. The provisions of paragraph 1 shall not apply to income, other than income from immovable property as defined in paragraph 2 of Article 6, if the recipient of such income, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein and the right or property in respect of which the*

ดังเช่นวรรคสามของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติฉบับปีค.ศ. 2011 (20110 UN Model)<sup>93</sup>

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่า ข้อ 21 นั้นใช้บังคับกับทั้งกรณีที่ ก) เงินได้ที่พิจารณาเป็นประเภทที่ไม่ได้อยู่ในบังคับของข้ออื่นของอนุสัญญา และกรณีที่ ข) เงินได้ที่พิจารณาเป็นประเภทที่อยู่ในบังคับของข้ออื่นของอนุสัญญาแต่เกิดในรัฐถิ่นที่อยู่หรือประเทศที่สาม<sup>94</sup>

ความเป็นไปได้ที่ผู้เสียภาษีจะทำการจัดตั้งหน่วยภาษีหรือนิติบุคคลขึ้นในรัฐคู่สัญญาเพื่อเข้ามาใช้ประโยชน์จากบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนข้อ 21 จะเกิดขึ้นในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) มากกว่าอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) เนื่องจากอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) มีข้อ 21(3) เช่น หากมีการจ่ายเงินได้อื่นจากรัฐแหล่งเงินได้ (รัฐ A) ไปยังผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ B (นาย ข) ซึ่งนาย ข ไม่ได้เป็นเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้นั้น รัฐ A ก็มีสิทธิเก็บภาษีโดยอาศัยข้อ 21(3) ได้<sup>95</sup>

หากเราพิจารณาวิธีการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) รูปแบบดั้งเดิม (Classic Scenario) ที่พบได้ทั่วไปที่เกิดจากการที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของประเทศที่สาม (รัฐ C) ซึ่งไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐแหล่งเงินได้ (รัฐ A) ได้ทำการสอดแทรกบริษัทซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในรัฐ B (รัฐถิ่นที่อยู่) ซึ่งมีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐแหล่งเงินได้ (รัฐ A) เพื่อให้บริษัทนั้นเป็นผู้รับเงินได้แล้ว เราจะพบว่า

(ก) ในกรณีของเงินได้ที่จ่ายจากประเทศที่สาม - การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) รูปแบบดั้งเดิมตามที่ได้อธิบายข้างต้นนั้นมีโอกาสที่จะเกิดได้น้อย เพราะรัฐ A ไม่น่าจะพยายามเก็บภาษีจากผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐ C บนเงินได้ที่เกิดขึ้นนอกรัฐ A

(ข) ในกรณีของเงินได้ที่เกิดในรัฐถิ่นที่อยู่หรือประเทศที่สาม - มีความเสี่ยงในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ภายใต้อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) เช่น ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ A ได้รับเงินได้จากแหล่งเงินได้นอกรัฐ A (ประเทศที่สาม) ผู้มีถิ่นที่อยู่อาจโอนสิทธิในการรับเงินได้นั้นให้แก่บริษัทในรัฐ B โดยต่อสู้ว่าข้อ 21 ของ

---

*income is paid is effectively connected with such permanent establishment. In such case the provisions of Article 7 shall apply."*

<sup>93</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept. Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, para 33.

<sup>94</sup>Ibid., para 34.

<sup>95</sup>Ibid., para 35.

อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างรัฐ A และรัฐ B กำหนดให้เงินได้จากรัฐที่สามดังกล่าวถูกเก็บภาษีเฉพาะในรัฐ B

วิธีการอีกวิธีหนึ่งในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ก็คือวิธีการที่เรียกว่าการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแบบสะท้อนกลับ (Reflexive Treaty Shopping) กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐหนึ่งทำการสอดแทรกบริษัทในอีกรัฐและโอนสิทธิในการรับเงินได้ให้แก่บริษัทนั้นเพื่อที่จะใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนเพื่อที่ไม่ต้องเสียภาษีบนเงินได้นั้นในรัฐถิ่นที่อยู่ของตน ซึ่งบ่อยครั้งที่วิธีการนี้จะถูกนำมาใช้เมื่อเงินได้นั้นได้รับการจัดสรรแก่ผู้เสียภาษีภายใต้กฎหมายภายในเรื่องต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Domestic Anti Avoidance Legislation) ของรัฐถิ่นที่อยู่และผู้เสียภาษีก็จะพยายามใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนเพื่อจะได้ไม่ต้องใช้กฎหมายดังกล่าว

ผลของข้อ 21(3) ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ที่คงไว้ซึ่งสิทธิของรัฐแหล่งเงินได้ในการเก็บภาษีจากเงินได้อื่นๆ (Other Income) ก็คือ ความเสี่ยงที่แท้จริงในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) โดยอาศัยข้อนี้จะเกิดขึ้นเพียงในกรณีที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ A ใช้ข้อบทนี้เพื่อหลบหลีกภาษีบนเงินได้ที่เกิดขึ้นในรัฐ B หรือรัฐที่สาม (อันต่างจากอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) ที่มีโอกาสเกิดได้มากกว่าตามที่อธิบายไว้ข้างต้น) ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจเกิดขึ้นในกรณีที่กฎหมายภายในเรื่องต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Domestic Anti Avoidance Legislation) ใช้บังคับและประเด็นพิพาทนั้นก็คือข้อ 21(3) จะลบล้าง (override) กฎหมายภายในเรื่องต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Domestic Anti Avoidance Legislation) หรือไม่ ซึ่งหลักเจ้าของผลประโยชน์จะทำให้แน่ใจว่ากฎหมายภายในดังกล่าวจะใช้บังคับได้

สถานการณ์การทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ตามข้อ 21 สามารถยกตัวอย่างให้เห็นภาพได้ดังนี้

ตัวอย่างที่ 1 ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ A ได้รับเงินค่าธรรมเนียมสวอป (swap fees) เพื่อตอบแทนธุรกรรมที่มีแหล่งเงินได้ในรัฐ A เขาจึงทำการโอนสิทธิในการรับเงินได้ดังกล่าวให้แก่บริษัทในรัฐ B (ซึ่งมีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐ A) แต่การวางโครงสร้างเช่นนี้ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบเพราะข้อ 21(3) ได้สงวนสิทธิให้รัฐ A เก็บภาษีได้

ตัวอย่างที่ 2 ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ C (ซึ่งไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐแหล่งเงินได้ (รัฐ A)) ได้รับเงินค่าธรรมเนียมสวอป (swap fees) เพื่อตอบแทนธุรกรรมที่มีแหล่งเงินได้ในรัฐ A เขาจึงทำการโอนสิทธิในการรับเงินได้ดังกล่าวให้แก่บริษัทในรัฐ B (ซึ่งมีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐ A) แต่การวางโครงสร้างเช่นนี้ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบเพราะข้อ 21(3) ได้สงวนสิทธิให้รัฐ A เก็บภาษีได้

ตัวอย่างที่ 3 ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ A ได้รับเงินค่าธรรมเนียมสวอป (swap fees) จากรัฐ B และรัฐที่สามซึ่งเงินได้ดังกล่าวนี้จะต้องเสียภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ของตน (รัฐ A) เขาจึงทำการโอน

สิทธิในการรับเงินได้ดังกล่าวให้แก่บริษัทในรัฐ B แต่กฎหมายภายในเรื่องต่อต้านการหลบหลีกภาษี (domestic anti avoidance legislation) ของรัฐ A บังคับให้รัฐ A ยังเก็บภาษีจากเงินได้นี้ได้ อย่างไรก็ตาม เขาต่อสู้ว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนให้สิทธิในการเก็บภาษีจากเงินได้นี้ (ที่มีแหล่งเงินได้ในรัฐที่สาม) แก่รัฐ B (ซึ่งมีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐ A) เท่านั้นแต่การวางโครงสร้างเช่นนี้ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบ เพราะข้อ 21(3) ได้สงวนสิทธิให้รัฐ A เก็บภาษีได้ หลักเจ้าของผลประโยชน์ในข้อ 21(1) จะเข้ามามีบทบาทในการทำให้ข้อต่อสู้ของผู้เสียภาษีใช้ไม่ได้ผล

Professor Philip Baker เห็นว่า ข้อต่อสู้ที่มีน้ำหนักที่สุดในการรวมหลักเจ้าของผลประโยชน์ เข้าไปในข้อ 21 ก็คือเหตุผลที่ว่าหลายประเทศก็ได้ทำการเช่นนี้อยู่แล้ว เช่น

(ก) ข้อ 21(1) ของอนุสัญญาต้นแบบของสหรัฐอเมริกาฉบับปีค.ศ. 2006 (2006 US Model) ซึ่งบัญญัติว่า

*“Items of income beneficially owned by a resident of a Contracting State, wherever arising, not dealt with in the foregoing articles of this Convention, shall be taxable only in that State.”\**

(ข) อนุสัญญาภาษีซ้อนของสหราชอาณาจักรก็ได้รวมถ้อยคำที่คล้ายคลึงกันในข้อบทเรื่องเงินได้ซึ่งมิได้ระบุไว้โดยชัดเจน (Other Income) เช่นกัน เช่น ข้อ 23(1) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรกับฝรั่งเศส ฉบับปีค.ศ. 2008 ซึ่งบัญญัติว่า

*“Items of income beneficially owned by a resident of a Contracting State, wherever arising, which are not dealt with in the foregoing Articles of this Convention, other than income paid out of trusts or the estates of deceased persons in the course of administration, shall be taxable only in that State.”\*\**

จากที่กล่าวมาข้างต้น เราพอจะอนุมานได้ว่าการที่หลายๆ ประเทศได้บรรจุหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ในข้อบทเรื่องเงินได้ซึ่งมิได้ระบุไว้โดยชัดเจนหรือเงินได้อื่นๆ (Other Income) ไว้แล้ว แสดงให้เห็นความเป็นไปได้ว่าการเพิ่มหลักดังกล่าวไว้ในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) น่าจะได้รับการยอมรับ อย่างไรก็ตามก็ดี ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ข้อ 21(3) ของอนุสัญญา

---

\*แต่อนุสัญญาต้นแบบของสหรัฐอเมริกาฉบับปีค.ศ. 2006 (2006 US Model) ไม่ได้มีบทบัญญัติแบบเดียวกับข้อ 21(3) ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model)

\*\*แต่ในอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือ เพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงการรัษฎากร ในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ไม่มีข้อบทเรื่อง “เงินได้อื่นๆ” (Other Income)

ต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ทำให้ความจำเป็นที่จะต้องมีหลักนี้ในข้อ 21 น้อยกว่าของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model)

## 2) ข้อ 13 ผลได้จากทุน (Capital Gains)<sup>96</sup>

### 2.1) ข้อ 13(1) (2) (4) (5)

Professor Philip Baker เห็นว่า ด้วยเหตุที่ข้อ 13(1) (2) (4) (5) ซึ่งเกี่ยวกับเงินได้ประเภทอสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินธุรกิจ หุ้นในบริษัทที่เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ และการมีส่วนร่วมอย่างมีนัยสำคัญ บัญญัติว่าภาษีอาจเก็บได้โดยรัฐที่เป็นที่ตั้งของทรัพย์สิน ดังนั้น ความเสี่ยงในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) จึงต่ำ

ฉะนั้น ท่านจึงเห็นว่าเราจะต้องพิจารณาข้อ 13(6) และ 13(3) ต่อไปว่าจะมีความเสี่ยงในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) หรือไม่เพราะวรรคดังกล่าวกำหนดให้เก็บภาษีเฉพาะในรัฐใดรัฐหนึ่ง

### 2.2) ข้อ 13(6)

ข้อ 13(6)\* เป็นข้อที่ควรให้นำหน้าการพิจารณามากที่สุดเพราะเป็นวรรคที่พูดถึงทรัพย์สินทุกประเภทที่ไม่ได้อยู่ภายใต้ห้าวรรคแรกของข้อ 13 ซึ่งมีความเสี่ยงที่จะเกิดการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้ ซึ่งความเสี่ยงในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) จะเป็นการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) แบบดั้งเดิม เช่น ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ C (ซึ่งไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐ A) มีสินทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในรัฐ A (ไม่ใช่อสังหาริมทรัพย์หรือเงินได้ประเภทที่ไม่ได้อยู่ภายใต้ห้าวรรคแรกของข้อ 13) รัฐ A ก็จะเก็บภาษีผลได้จากทุนจากการจำหน่ายจ่ายโอนสินทรัพย์เหล่านี้ เขาจึงวางโครงสร้างให้ได้สินทรัพย์เหล่านี้ผ่านบริษัทในรัฐ B (ซึ่งมีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐ A) เพื่อที่ว่าผลได้จากทุนจากการจำหน่ายจ่ายโอนจะได้รับการยกเว้นภาษีภายใต้สนธิสัญญาภาษีซ้อนระหว่างรัฐ A กับรัฐ B

การวางแผนภาษีแบบที่ใช้โครงสร้างแบบสะท้อนกลับ (Reflexive arrangement) อาจถูกนำมาใช้โดยผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ A เองเพื่อหลบหลีกภาษีในผลได้จากทุนที่เก็บจากการจำหน่าย

<sup>96</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept. Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, paras 45-61.

\*ข้อ 13(6) ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ฉบับปี ค.ศ. 2011 บัญญัติว่า “6. Gains from the alienation of any property other than that referred to in paragraphs 1, 2, 3, 4 and 5 shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident.”

จ่ายโอนสินทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในรัฐ A หรือประเทศที่สาม ดังนั้น ผู้เสียภาษีที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ A อาจโอนความเป็นเจ้าของ (Ownership) ในสินทรัพย์ที่ไม่อยู่ในห้าวรรคแรกของข้อ 13 ให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ B เช่น ความเป็นเจ้าของในหุ้นในบริษัทที่ตั้งอยู่ในรัฐ A (ซึ่งเป็นรัฐถิ่นที่อยู่ของเขา) ซึ่งไม่ใช่บริษัทอสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้เสียภาษีนี้อาจไม่ได้มีส่วนร่วมอย่างมีนัยสำคัญ (Substantial Participation) หรืออสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศที่สาม ทั้งนี้ เพื่อที่จะได้ต่อสู้ว่า ข้อ 13(6) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างรัฐ A และรัฐ B ทำให้รัฐ B เท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษีในผลได้จากทุนที่เกิดจากการจำหน่ายจ่ายโอนสินทรัพย์นั้น

การวางแผนภาษีโดยใช้ประโยชน์จากข้อบทในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีเนื้อหาคล้ายคลึงกับข้อ 13(6) ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) นั้นน่าจะมีแน่นอน ตัวอย่างเช่นในคดี *Smallwood Trustees v. Revenue & Customs Commissioners* (2008) 10 ITR 574. ซึ่งผู้เสียภาษีวางแผนภาษีโดยให้ทรัสต์ที่ไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักรถือครองทรัพย์ในนามของผู้รับประโยชน์ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักร (UK-resident settlors/beneficiaries) ทรัสต์ก็ได้โอนถิ่นที่อยู่ของตนไปยังรัฐที่สหราชอาณาจักรมีอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีข้อบทที่มีเนื้อหาล้ายคลึงกับข้อ 13(6) ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ด้วย ทั้งนี้ เมื่อมีการจำหน่ายจ่ายโอนสินทรัพย์ดังกล่าวและทรัสต์ได้เงินได้ผลได้จากทุน ผู้เสียภาษีก็ได้ต่อสู้ว่าผู้รับประโยชน์ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักร (UK-resident settlors/beneficiaries) จะไม่ถูกเก็บภาษีเพราะข้อบทในอนุสัญญาภาษีซ้อน (ซึ่งผลได้จากทุนดังกล่าวจะถูกจัดสรรไปให้ผู้รับประโยชน์โดยอาศัยกฎหมายภายในเรื่องต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Domestic Anti Avoidance Legislation) อย่างไรก็ตาม การวางแผนภาษีในลักษณะดังกล่าวก็ไม่สำเร็จแต่ก็ไม่ใช่เพราะหลักเจ้าของผลประโยชน์แต่เป็นผลจากการบังคับใช้ข้อบทเรื่อง Tie Breaker Rule

อย่างไรก็ตาม เราก็ต้องพิจารณาต่อว่าการเพิ่มหลักเจ้าของผลประโยชน์เข้าไปในข้อ 13(6) นั้นจะช่วยป้องกันการวางแผนภาษีดังที่พบในคดี *Smallwood Trustees v. Revenue & Customs Commissioners* ได้หรือไม่ โดยเมื่อวิเคราะห์แล้วจะเห็นว่าคำถามแรกก็คือคำถามที่ว่าทรัสต์นั้นเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในสินทรัพย์ที่จำหน่ายจ่ายโอนหรือเงินได้ที่ได้จากการจำหน่ายจ่ายโอนหรือไม่ หากข้อเท็จจริงพบว่าทรัสต์นั้นเป็นเพียง bare trustee ซึ่งทำหน้าที่เป็นเพียงนอมินี (nominee) ของผู้ได้รับประโยชน์แล้ว หลักเจ้าของผลประโยชน์ก็อาจนำมาใช้เพื่อรับมือกับการวางแผนภาษีนี้ได้ แต่ในทางกลับกัน หากทรัสต์มีดุลยพินิจในการจำหน่ายทุนของกองทรัสต์แล้วคำตอบอาจเปลี่ยนไป

ดังนั้น Professor Philip Baker จึงเห็นว่า การนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับข้อ 13(6) จะได้ผลกับการจัดวางโครงสร้างโดยใช้ นอมินี (nominee) ง่ายๆ เท่านั้นแต่ไม่สามารถนำมา

รับมือกับโครงสร้างที่ยุ่งยากซับซ้อนได้ นอกเหนือไปจากนั้น การนำหลักดังกล่าวมาใช้กับเงินได้ประเภทผลได้จากทุนอาจไม่ได้ช่วยตอบโต้การวางแผนภาษีในเงินได้ดังกล่าวได้ เช่น

ผู้เสียภาษีอาจโอนถิ่นที่อยู่โดยย้ายถิ่นที่อยู่ไปรัฐ B ก่อนการจำหน่ายจ่ายโอนสินทรัพย์ การวางแผนเช่นนี้อาจถูกตอบโต้โดยบทบัญญัติที่กำหนดว่าให้รัฐถิ่นที่อยู่เดิมยังคงมีสิทธิเก็บภาษีในเงินได้ผลได้จากทุนที่เกิดแก่บุคคลเป็นระยะเวลาหนึ่ง เช่น 5 ปี หลังจากบุคคลนั้นกลายเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง อย่างไรก็ตาม หลักเจ้าของผลประโยชน์อาจไม่ได้ช่วยป้องกันการหลบหลีกภาษีในเงินได้ประเภทผลได้จากทุนในทุกรูปแบบ

Professor Philip Baker เห็นว่ามีความแตกต่างในเชิงหลักการในการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิกับประเภทผลได้จากทุน ดังนี้ เงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิต่างก็เป็นเส้นทางไหลของเงิน ดังนั้น การพิสูจน์ถึงเส้นทางของเงินได้ที่ไหลจากผู้รับเงินคนแรก (ซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งและเป็นผู้ที่อ้างสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน) ไปยังผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่สามนั้นย่อมเป็นไปได้ในกรณีส่วนใหญ่ แต่ในทางตรงกันข้าม ในกรณีของผลได้จากทุนนั้น มีการจำหน่ายจ่ายโอนสินทรัพย์ที่เป็นของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งและการจำหน่ายจ่ายโอนดังกล่าวก็ก่อให้เกิดผลได้จากทุน (ซึ่งเท่ากับส่วนต่างของต้นทุนการได้มาและมูลค่าการจำหน่ายจ่ายโอน) และต่อมาก็มีการจ่ายโอนส่วนต่างหรือกำไรดังกล่าวนั้น (หากมี) ไปยังบุคคลที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่สาม ทั้งนี้ หากพิจารณาจากคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2003 (OECD Commentary 2003) ที่กล่าวว่า หลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นขยายความความหมายของ “จ่าย...แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่” แต่ผลได้จากทุนอาจไม่จำเป็นจะต้อง “จ่ายแก่ผู้มีถิ่นที่อยู่” ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญา แต่อาจมีการรับรู้เป็นเงินได้ของบุคคลที่ต้องเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาหรือรายได้ผลได้จากทุนอาจจ่ายแก่หรือยื่นเพื่อประโยชน์ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญา ดังนั้น จึงยากกว่าเล็กน้อยในการบ่งชี้ผู้รับผลประโยชน์สุดท้ายที่แท้จริงของผลได้จากทุน ซึ่งความยากลำบากนี้จะเพิ่มภาระกับหน่วยจัดเก็บภาษีของทุกประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาเพราะขาดบุคลากรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการพิจารณาประเด็นเหล่านี้

หากเราพิจารณาไปที่สองสิ่งเหล่านี้ ได้แก่ รายได้ที่ได้จากการจำหน่ายจ่ายโอน และบุคคลที่ได้รับรายได้ดังกล่าว เราจะพบว่าอาจมีหรือไม่มีรายได้ที่เราสามารถแกะรอยเส้นทางเงินไปถึงผู้รับเงินได้คนสุดท้ายหรือไม่ก็ได้ ตัวอย่างเช่น ทั้งรัฐ A และ B ต่างก็เก็บภาษีบนผลได้จากทุนจากการจำหน่ายจ่ายโอนด้วยการให้โดยเสน่หา หากผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ A ให้สินทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในรัฐ B แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่สามโดยเสน่หาแล้ว คำถามคือ เจ้าของผลประโยชน์ในผลได้จากทุนคือผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ A หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่สามซึ่งเป็นผู้ได้รับสินทรัพย์ที่มีมูลค่าเพิ่มขึ้น

ความแตกต่างของ ก) เส้นทางไหลของเงินได้ในเงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าสิทธิ และ ข) ผู้ได้รับประโยชน์ที่แท้จริงในผลได้จากทุนดังที่แสดงในตัวอย่างสมมติข้างต้นนั้นไม่สามารถจัดการให้

หมดไปได้ ดังนั้น หากเราจะขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ (ซึ่งสร้างมาบนพื้นฐานของเส้นทางไหลของเงินได้ที่จ่ายให้แก่บุคคลหนึ่งๆ) ไปใช้กับผลได้จากทุน (ซึ่งไม่ได้มีการจ่ายไปยังบุคคล) เราก็ควรมีการอธิบายเพิ่มเติมด้วย เช่น อาจบรรจุไว้ในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ

ในขณะที่ความเห็นฉบับนี้ Professor Philip Baker ได้ระบุว่า เท่าที่ Professor Philip Baker ทราบยังไม่มีรัฐใดที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์ดังกล่าวมาบรรจุไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ตนทำขึ้น 97\* อย่างไรก็ตาม ท่านก็ได้เสนอว่า หากจะนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับข้อ 13(6) ข้อความอาจเป็นดังนี้

*“6. Gains from the alienation of any property other than that referred to in paragraphs 1, 2, 3, 4 and 5 shall be taxable only in the Contracting State of which the beneficial owner is a resident.”*

### 2.3) ข้อ 13(3)

ส่วนข้อ 13(3) ซึ่งให้สิทธิเฉพาะรัฐคู่สัญญารัฐใดรัฐหนึ่ง (รัฐที่สถานจัดการที่แท้จริง (Effective management) ของวิสาหกิจตั้งอยู่) ในการเก็บภาษีจากการจำหน่ายเรือหรืออากาศยาน นั้น Professor Philip Baker เห็นว่าไม่จำเป็นต้องนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ เนื่องจากว่าข้อบทนี้ใช้ความเชื่อมโยงกับการจัดการที่แท้จริง (effective management) ซึ่งเป็นการพิจารณาไปที่ข้อเท็จจริงและสถานการณ์ที่แท้จริง ดังนั้น จึงยากที่จะมีการใช้วรรคนี้ไปในทางที่ไม่ถูกต้อง ตัวอย่างเช่น บริษัทขนส่งระหว่างประเทศซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในรัฐ A หรือรัฐ C ใช้อากาศยานในการขนส่งระหว่างประเทศ และมีการจัดการที่แท้จริง (effective management) อยู่ที่รัฐ B อากาศยานนั้นตั้งอยู่ในรัฐ A และการจำหน่ายอากาศยานนั้นมิก่อให้เกิดขึ้นจึงอยู่ภายใต้บังคับต้องเสียภาษีในรัฐ A อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ผลได้จากทุนนี้เก็บภาษีได้ในรัฐ B เท่านั้น ซึ่งเป็นรัฐที่บริษัทดังกล่าวมีการจัดการที่แท้จริง (effective management) แม้ว่า

---

\*ดังที่กล่าวมาแล้ว พิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนโครเอเชีย-อิสราเอล (29 กันยายน 2006)<sup>97</sup> ในข้อ 13(6) เรื่องผลได้จากทุนบัญญัติว่า *“Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of any property other than that referred to in paragraphs 1, 2, 3, 4 and 5, shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident, if that resident is the beneficial owner of the property on which the capital gains derived.”* ซึ่งเป็นการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปใช้ ข้อ 13 แต่มีข้อความที่ต่างจากข้อเสนอของ Professor Philip Baker



บริษัทที่เป็นเจ้าของอากาศยานจะถิ่นที่อยู่ในรัฐ A หรือรัฐ C ก็ตาม ดังนั้น Professor Philip Baker จึงสรุปว่ายากที่จะยกเหตุผลเพื่อขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์มายังข้อ 13(3)\*

3) ข้อ 8 การขนส่งทางเรือและทางอากาศ (Shipping, Inland Waterways Transport and Air Transport Income)<sup>98</sup>

อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ใช้การจัดการที่แท้จริง (effective management) สำหรับข้อ 8 ดังนั้น จึงยากที่จะยกเหตุผลเพื่อสนับสนุนให้ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์มายังข้อนี้<sup>99</sup>

4) ข้อ 7 กำไรจากธุรกิจ (Business Profits)<sup>100</sup>

หลักการของข้อบทกำไรจากธุรกิจคือ ในกรณีที่ไม่มีสถานประกอบการถาวรในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง (รัฐแหล่งเงินได้) แล้วนั้น รัฐถิ่นที่อยู่ของวิสาหกิจเท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษีจากกำไรจากธุรกิจ ดังนั้น ข้อ 7 จึงมีหลักการคล้ายกับข้อ 21(1) และ 13(6) (หรือข้อ 12 ของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model)) ด้วยเหตุนี้ จึงมีความเป็นไปได้ที่จะมีการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในเงินได้ประเภทนี้

ความเสี่ยงแรกในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ก็คือการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแบบดั้งเดิม (Classic Treaty Shopping) ตัวอย่างเช่น ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ C (ซึ่งไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐ A หรือมีอนุสัญญาแต่มีนิยามคำว่า “สถานประกอบการถาวร” ที่กว้างซึ่งทำให้มีภาวะภาษีในรัฐ A สูง) ได้รับกำไรจากธุรกิจจากรัฐ A ซึ่ง

\*อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยส่วนใหญ่ไม่ใช่หลักเรื่องสถานจัดการที่แท้จริง (effective management) ในข้อนี้ ดังนั้น จึงไม่สามารถนำความเห็นของ Professor Philip Baker มาใช้กับอนุสัญญาของดังกล่าวได้

<sup>98</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept. Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, paras 45-61.

<sup>99</sup>อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยส่วนใหญ่ไม่ใช่หลักเรื่องสถานจัดการที่แท้จริง (Effective management) ในข้อนี้ ดังนั้น จึงไม่สามารถนำความเห็นของ Professor Philip Baker มาใช้กับอนุสัญญาของดังกล่าวได้

<sup>100</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept. Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, paras 63-70.

อยู่ในบังคับการเก็บภาษีในรัฐดังกล่าวหากไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อน (หรือเพราะมีอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างรัฐ A และ C มีนิยามคำว่า “สถานประกอบการถาวร” ที่กว้าง) ดังนั้น เขาจึงตั้งบริษัทในรัฐ B ขึ้นเพื่อเข้ามาใช้ประโยชน์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างรัฐ A และ B

ความเสี่ยงในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ประเภทต่อมาคือ การทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) แบบสะท้อนกลับ (Reflexive arrangement) ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่นำมาใช้เพื่อหลบหลีกภาษีจากกำไรจากธุรกิจของรัฐถิ่นที่อยู่ของตนเอง ตัวอย่างเช่น ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ A ได้รับกำไรจากธุรกิจจากรัฐ A ในลักษณะที่ไม่ได้จำเป็นต้องมีสถานประกอบการถาวร ดังนั้น เขาจึงตั้งบริษัทในรัฐ B และให้บริษัทดังกล่าวรับเงินได้กำไรจากธุรกิจเพื่อต่อสู้ว่าภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างรัฐ A และ B กำไรดังกล่าวที่บริษัทในรัฐ B ได้รับต้องเสียภาษีในรัฐ B เท่านั้น เช่น คดีของสหราชอาณาจักร Padmore v. IRC [1989] STC 493 นั้น ผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักรได้รับเงินได้กำไรจากธุรกิจจากทั้งในสหราชอาณาจักรและรัฐอื่นๆ โดยผ่านห้างหุ้นส่วนในเจอร์ซี ซึ่งห้างหุ้นส่วนดังกล่าวจัดตั้งให้มีถิ่นที่อยู่ในเจอร์ซีเพื่อที่จะได้ใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักร-เจอร์ซี (UK Jersey Double Taxation Arrangement) และทำให้ในขณะนั้น (ก่อนที่จะมีการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง) กำไรของห้างหุ้นส่วนจะเก็บภาษีในเจอร์ซีเท่านั้น

Professor Philip Baker เห็นว่าปัญหาเชิงหลักการจะที่เกิดขึ้นจากการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับกำไรจากธุรกิจจะคล้ายคลึงกับที่เกิดขึ้นในผลได้จากทุน กล่าวคือ เป็นการยากที่จะทราบเส้นทางของเงินที่ชัดเจนของกำไรธุรกิจ (ซึ่งต่างจากเงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าสิทธิที่มีความชัดเจนว่าเงินนั้นไหลผ่านบุคคลที่สอดแทรกเข้ามาเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) กล่าวคือ กำไรธุรกิจนั้นเป็นผลเชิงตัวเลขที่เกิดจากการนำรายได้รวมมาหักด้วยค่าใช้จ่ายที่หักได้ทางภาษี ทั้งนี้ แม้ว่าจะยากในการที่จะหาเจ้าของผลประโยชน์ (คือบุคคลที่ได้ประโยชน์จากส่วนเกินระหว่างรายได้รวมเทียบกับค่าใช้จ่าย) ดังที่กล่าวมาแล้วแต่ก็เชื่อว่ายากเกินไปจนตรวจสอบไม่ได้

นอกจากนี้ เรายังไม่สามารถประเมินเป็นที่แน่นอนว่าหากเรานำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับกำไรจากธุรกิจแล้ว เราจะป้องกันการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในรูปแบบต่างๆ ที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นได้สัมฤทธิ์ผลเพียงใด

ในขณะที่ความเห็นฉบับนี้นั้น Professor Philip Baker ได้ระบุว่า เท่าที่ Professor Philip Baker ทราบยังไม่มีประเทศใดที่นำหลักดังกล่าวมาบรรจุไว้ในข้อ 7 ในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่สร้างขึ้น\*

---

\*เท่าที่ทำการค้นคว้า ผู้วิจัยก็ยังไม่พบว่า มีอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศใดที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบรรจุในมาใช้กับข้อ 7 กำไรจากธุรกิจโดยตรงเพื่อต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty

อย่างไรก็ดี ท่านก็ได้เสนอว่า หากจะนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับข้อ 7 ข้อความอาจอ่านได้ดังนี้

*“1. If the beneficial owner of the profits of an enterprise of a Contracting State is a resident of that State, those profits shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein.”*

5) ข้อบทอื่นๆ<sup>101</sup>

ในแง่ทฤษฎี ย่อมมีการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในรูปแบบต่างๆ ที่นำมาใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกจากที่กล่าวมาข้างต้น ที่เราสามารถนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในการรับมือกับรูปแบบดังกล่าวเหล่านั้นได้

สำหรับข้อ 14 บริการส่วนบุคคลอิสระ จะมีข้อพิจารณาจะเหมือนกับข้อ 7

สำหรับข้อ 15 บริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็นอิสระนั้น ในทางทฤษฎี ย่อมเป็นไปได้ที่บุคคลธรรมดาจะทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ด้วยการจัดตั้งบริษัทขึ้นมาในรัฐคู่สัญญาเพื่อให้บริการแทนตนเอง อย่างไรก็ตามวิธีนี้น่าจะเป็นที่นิยมหรือเกิดขึ้นบ่อยมากพอที่จะนำมาสนับสนุนการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ (นอกจากกรณีของนักแสดงและนักกีฬาแต่กรณีเช่นว่าก็อยู่ในบังคับข้อ 17(2))

สำหรับข้อ 18 เงินบำนาญนั้น มีข้อพิจารณาว่า ถ้าผู้รับเงินบำนาญโอนประโยชน์ของเงินบำนาญให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาอื่นเพื่อที่จะยกเป็นข้ออ้างว่าเงินดังกล่าวควรเก็บภาษีในรัฐของผู้รับเงินได้นั้นเท่านั้น สถานการณ์ดังกล่าวก่อให้เกิดความยากในการวินิจฉัยว่าเงินบำนาญนั้นเป็นเงินหรือค่าตอบแทนอื่นซึ่งคล้ายคลึงกัน “สำหรับการทำงานในอดีต” หรือไม่ อย่างไรก็ดี Professor Philip

---

Shopping) ดังความหมายและความมุ่งหมายของหลักนี้ ทั้งนี้ ผู้วิจัยพบว่าประเทศออสเตรเลียมีการใช้คำว่า “beneficially entitled” ในข้อ 7 กำไรจากธุรกิจใอนุสัญญาภาษีซ้อนเกือบทุกฉบับของตนแต่ไม่ใช่เป็นหลักเจ้าของประโยชน์ที่กำลังทำวิจัยอยู่นี้ เพียงแต่จำเป็นเพื่อลดความสับสนเนื่องจากกฎหมายทรัสต์ของออสเตรเลียเท่านั้น

<sup>101</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept. Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, paras 71-75.

Baker เห็นว่าการงานแผนภาษีในลักษณะนี้ไม่น่าจะเป็นที่นิยมหรือเกิดขึ้นบ่อยมากพอที่จะนำมาสนับสนุนการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับเงินบำนาญ\*

สำหรับข้อ 22 เรื่องทุน (Capital) นั้น ในกรณีของรัฐที่เก็บภาษีในผลได้จากทุนและมีบทบัญญัติอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ทำหน้าที่คล้ายกับข้อ 13 ดังนั้น ในกรณีดังกล่าว ในเมื่อมีเหตุผลที่จะบรรจุกฎหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ในข้อ 13(6) แล้ว ข้อ 22(4) ก็ย่อมใช้เหตุผลในการทำงานเดียวกันได้

#### 6) สรุปประเภทเงินได้ที่ควรนำหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบังคับใช้

เมื่อได้วิเคราะห์ความเสี่ยงและโอกาสในการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) และความสมเหตุสมผลในการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้แต่ละประเภทตามข้างต้นแล้ว Professor Philip Baker ก็ได้สรุปว่า เงินได้ประเภทที่มีเหตุผลสนับสนุนที่มีน้ำหนักมากที่สุดที่จะขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปใช้ก็คือ เงินได้ข้อ 21 13(6) 22(4) 7 และ 14

#### 7) วิธีการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบังคับใช้

ทั้งนี้ ในส่วนประเด็นที่ว่าเราควรจะใช้การแก้ไขอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) โดยการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังข้อบทย่อยๆ เพียงบางข้อ หรือการมีบทบัญญัติทั่วไปเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ (general beneficial ownership provision) ที่ใช้กับเงินได้ทั้งหมดภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น Professor Philip Baker มีความเห็นดังนี้

#### (ก) การขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังข้อบทย่อยๆ เพียงบางข้อ

Professor Philip Baker ได้เน้นย้ำว่าหากอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) มีการแก้ไขโดยการขยายหลักนี้ไปใช้กับเพียงบางข้อบทย่อย เช่น เพิ่มเติมในข้อ 13(6) เท่านั้น ผู้เสียภาษีอาจมีข้อต่อสู้ว่าตัวแทนและนอมินีสามารถใช้สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาได้เนื่องจากข้อบทย่อยๆ เหล่านี้ไม่ได้มีการเพิ่มหลักเจ้าของผลประโยชน์เข้ามาอันต่างจากข้อ 13(6) ดังนั้น Professor Philip Baker จึงแนะนำว่าในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (Commentary to UN Model) ใหม่ควรระบุให้ชัดเจนว่าการตีความย้อนกลับหรือกลับด้านเช่นนั้นใช้ไม่ได้

อย่างไรก็ดี หากเราวิเคราะห์ให้ถี่ถ้วน ในความเป็นจริง ประเด็นเรื่องความแตกต่าง (ระหว่างข้อบทย่อยที่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์กับข้อบทย่อยที่ไม่มี) เช่นว่านี้ก็ปรากฏอยู่แล้วในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) แม้ว่าเราจะไม่ได้ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปเงินได้อื่นๆ เลยก็ตาม กล่าวคือ หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การ

---

\*อนุสัญญาต้นแบบของสหรัฐอเมริกาฉบับปีค.ศ.2006 ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปข้อ 17 เรื่องเงินบำนาญ สวัสดิการสังคม เบี้ยรายปี เงินค่าเลี้ยงดู เงินค่าอุปการะบุตร Article 17 Pensions, Social Security, Annuities, Alimony, and Child Support โดยใช้คำว่า “beneficially owned”

สหประชาชาติ (UN Model) ปัจจุบันก็พบเพียงในข้อ 10 (เงินปันผล) 11 (ดอกเบีย) 12 (ค่าสิทธิ) แต่ไม่ได้ใช้กับข้ออื่นๆ อย่างไรก็ตาม ดังที่ยกมาข้างต้น ในคดี *Bank of Scotland* นั้น ศาลของฝรั่งเศส French Conseil d'Etat ก็เห็นด้วยกับความเห็นของกรรมาธิการ (Commissaire) ซึ่งต่อสู่ว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นมิอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เกี่ยวข้องกับคดีอยู่แล้วโดยปริยาย ไม่ว่าจะหลักดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในข้อบทนั้นๆ โดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม

Professor Philip Baker เห็นว่า ความเสี่ยงของการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) โดยการสอดแทรกนอมินี ตัวแทน หรือตัวส่งผ่านอื่นๆ ในกรณีของเส้นทางของเงิน (Stream of Income) ดังที่พบในเงินปันผล ดอกเบีย ค่าสิทธิ นั้นถูกมองว่าจะมีมากกว่าในเงินได้อื่นๆ มาก ซึ่งความเสี่ยงที่มากกว่านี้เองจึงเป็นเหตุผลว่าเหตุใดหลักเจ้าของผลประโยชน์จึงมิอยู่ในข้อ 10 (เงินปันผล) 11 (ดอกเบีย) 12 (ค่าสิทธิ) ของ UN Model แต่ไม่มีในข้ออื่นๆ

(ข) การมีบทบัญญัติทั่วไปเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ (general beneficial ownership provision)

ทางเลือกหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณาก็คือ การทำตามที่กรรมาธิการ (Commissaire) มีความเห็นไว้ในคดี *Bank of Scotland* โดยการเพิ่มเติมข้อบททั่วไปเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ที่ใช้ข้อบททั้งหมดของอนุสัญญาภาษีซ้อน โดยอาจเพิ่มเข้าไปในข้อ 1 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) หรือคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติข้อ 1 (Commentary to Article 1) ในฐานะข้อบทแนะนำที่รัฐคู่สัญญาสามารถไปใช้ได้หากรัฐดังกล่าวประสงค์จะเพิ่มข้อดังกล่าวไว้ในอนุสัญญาที่สร้างขึ้น ทั้งนี้ ข้อความของข้อบททั่วไปดังกล่าวอาจเป็นดังนี้

*“The benefits of this Convention (other than Articles 23 and 24) shall only apply if and to the extent that the beneficial owner of the profits, item of income, capital gain or other property is a resident of one or both of the Contracting States.”*

การเพิ่มเติมข้อบททั่วไปจะช่วยให้รัฐคู่สัญญามีฐานในการต่อสู้กับผู้เสียภาษีที่ใช้นอมินี ตัวแทน หรือตัวส่งผ่านอื่นๆ เพื่อเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบได้ในทุกกรณีไม่ว่าการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ดังกล่าวจะทำในข้อบทใดของอนุสัญญา และผลที่ตามมาก็คือ ข้อบทนั้นจะเป็นข้อจำกัดทั่วไปเรื่องการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญา แต่มีข้อสังเกตคือข้อนี้จะค่อนข้างแคบ ดังนั้น ก็อาจเกิดคำถามว่าหากรัฐคู่สัญญาที่มีความคิดจะกำหนดเงื่อนไขในการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาแล้ว รัฐคู่สัญญาก็น่าจะนำข้อจำกัดเรื่องการใช้ประโยชน์ที่ละเอียดและเฉพาะเจาะจงกว่านี้มาบรรจุเข้าไปในอนุสัญญา มากกว่าที่จะนำข้อบททั่วไปเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ที่มีความแคบเช่นนี้

8) ข้อเสนอในการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์สำหรับอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model)

เมื่อได้เสนอข้อพิจารณาและความเห็นดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว Professor Philip Baker ได้เสนอทางเลือกสำหรับการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ ดังนี้

(8.1) ไม่ต้องดำเนินการใดๆ

Professor Philip Baker เห็นว่านิยามและขอบเขตที่แน่นอนของหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นไม่ชัดเจน ดังนั้น จึงมีเหตุผลที่เราไม่ควรขยายหลักที่ยังขาดความชัดเจนเช่นนี้ออกไปยังข้อบทอื่นๆ ของอนุสัญญา

อย่างไรก็ดี ใ้ว่าคำกล่าวข้างต้นจะไม่มีข้อโต้แย้ง กล่าวคือ เราสามารถโต้แย้งได้ว่า ในกรณีของเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธินั้น ความเสี่ยงที่ผู้เสียภาษีจะทำการสอดแทรกนอมนิติตัวแทน หรือตัวส่งผ่านอื่นๆ เข้ามาในโครงสร้างธุรกรรมเพื่อจุดประสงค์ในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) นั้นชัดเจนมาก และมาตรการเฉพาะเจาะจงในการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Specific anti-abuse measure) ในข้อ 10 11 และ 12 โดยผ่านหลักเจ้าของผลประโยชน์ก็มีขึ้นเพื่อต่อต้านการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบในรูปแบบดังกล่าว แต่ความเสี่ยงของการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในเงินได้ประเภทอื่นๆ นั้นยังไม่ชัดเจนนัก

อย่างไรก็ดี แม้ว่าความเสี่ยงจะไม่ชัดเจนในเงินได้ประเภทอื่นๆ แต่ดังที่ได้แสดงตัวอย่างมาแล้วข้างต้น จริงๆ แล้วเราก็พอจะนึกถึงรูปแบบการวางโครงสร้างธุรกรรมเพื่อใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบในข้อบทอื่นๆ ของอนุสัญญาภาษีซ้อนได้ และการวางโครงสร้างดังกล่าวสามารถป้องกันหรือต่อต้านได้ด้วยข้อบทเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์

(8.2) เพิ่มเติมหลักเจ้าของผลประโยชน์ในข้อ 7 เท่านั้น

โอกาสที่ผู้เสียภาษีจะทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในเงินได้กำไรธุรกิจโดยอาศัยบทบัญญัติข้อ 7 ของอนุสัญญานั้นมีอยู่ และหลักเจ้าของผลประโยชน์ก็สามารถนำมาใช้ป้องกันและตอบโต้การทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) เหล่านี้ได้

(8.3) เพิ่มเติมหลักเจ้าของผลประโยชน์ในข้อ 21 เท่านั้น

ทางเลือกนี้สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติที่บางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา กำลังทำอยู่แล้วและการนำทางเลือกนี้ไปใช้จริงจะไม่ก่อความยุ่งยากมากนักหากเทียบกับทางเลือกอื่นๆ

อย่างไรก็ดี Professor Philip Baker ก็เน้นย้ำว่าการที่อนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) มีข้อ 21(3) (แต่ OECD ไม่มี) อาจทำให้การเพิ่มหลักเจ้าของผลประโยชน์เข้าไปในข้อ 21 นั้นมีความจำเป็นลดลง

(8.4) เพิ่มเติมหลักเจ้าของผลประโยชน์ในข้อ 13(6) (และ 22(4)) เท่านั้น

โอกาสในการวางโครงสร้างธุรกรรมเพื่อทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในเงินได้ภายใต้ข้อ 13(6) นั้นมีชัดเจนและการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ดังกล่าวก็สามารถใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์มาป้องกันและตอบโต้ได้ อย่างไรก็ตาม ดังที่กล่าวมาแล้ว การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์กับเงินได้ที่ไม่ใช่กรณีเส้นทางของเงิน (Stream of Income) อย่างเช่นผลได้จากทุนและเงินได้จากการจำหน่ายจ่ายโอนสินทรัพย์นั้นมีความยากในทางทฤษฎี

(8.5) เพิ่มเติมข้อบททั่วไปเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ (free-standing beneficial ownership provision) อีกข้อหนึ่งในอนุสัญญา

ทางเลือกหนึ่งในการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ก็คือการเพิ่มเติมข้อบททั่วไปเรื่องเจ้าของผลประโยชน์เป็นอีกข้อหนึ่งในอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยให้ใช้บังคับกับผลประโยชน์ทั้งหมดภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน โดยข้อบทดังกล่าวจะถือว่าเป็นข้อการจำกัดสิทธิประโยชน์แบบจำกัดข้อหนึ่ง ซึ่งทางเลือกนี้จะช่วยเป็นฐานของรัฐคู่สัญญาในการรับมือกับการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) แบบง่ายๆ ไม่ซับซ้อน

(8.6) เพิ่มเติมข้อบททั่วไปเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ (free-standing beneficial ownership provision) ไว้ในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (Commentary) เท่านั้น

แทนที่เราจะเพิ่มเติมข้อบททั่วไปเรื่องเจ้าของผลประโยชน์เป็นอีกข้อหนึ่งในอนุสัญญา เราอาจใช้วิธีการเพิ่มเติมข้อบททั่วไปดังกล่าวไว้ในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (Commentary) เท่านั้น โดยไม่บรรจุไว้ในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) เพื่อให้เป็นข้อความแนะนำที่รัฐคู่สัญญาอาจเลือกที่จะเพิ่มเติมลงในอนุสัญญาของตนได้หากว่าเห็นว่ามีประโยชน์

จากข้างต้น Professor Philip Baker ได้สรุปข้อเสนอของท่านจากเหตุผลหลายประการในการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) โดยเรียงตามลำดับความเหมาะสมในทัศนะของท่านตามลำดับจากมากไปน้อยดังต่อไปนี้

- 1) เพิ่มเติมหลักเจ้าของผลประโยชน์ในข้อ 21 เท่านั้น
- 2) ไม่ต้องดำเนินการใดๆ
- 3) เพิ่มเติมหลักเจ้าของผลประโยชน์ในข้อ 21 และ 13(6) เท่านั้น
- 4) เพิ่มเติมข้อบททั่วไปเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ (free-standing beneficial ownership provision) ที่ใช้กับผลประโยชน์ทั้งหมดภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนไว้ในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบ (Commentary) ซึ่งรัฐคู่สัญญาอาจเลือกที่จะเพิ่มเติมลงในอนุสัญญาภาษีซ้อนของตน

อนึ่ง Professor Philip Baker ยังได้เน้นย้ำว่าในการเรียงลำดับข้างต้นนั้น ท่านคำนึงถึงองค์ประกอบหลายประการอันรวมถึงข้อห่วงกังวลของท่านที่จะบังคับใช้คำที่ยังขาดความหมายที่เป็นที่ยอมรับอย่างเช่นคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” อย่างกว้างขวาง

นอกจากนี้ ท่านยังได้ทิ้งท้ายรายงานของท่านด้วยประเด็นสำคัญ 2 ประเด็นคือ

(ก) ไม่ว่าในที่สุดเราจะขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) หรือไม่ สิ่งสำคัญก็คือ อย่างน้อยที่สุดเราควรพยายามทำให้ความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นั้นชัดเจนเท่าที่จะทำได้ การกำหนดนิยามที่ชัดเจนนั้นมีความจำเป็นอยู่ในตัวเองไม่ว่าเราจะจำกัดหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ในข้อ 10 11 และ 12 อย่างไรในปัจจุบันนี้หรือขยายออกไปก็ตาม

หากพิจารณาคำพิพากษาที่ผ่านมามีอันรวมถึงคดี *Indofood* และ *Prévost Cars* แล้ว Professor Philip Baker ไม่แน่ใจว่าเราพอที่จะได้ข้อสรุปร่วมกันหรือไม่ว่าคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นั้นมีความหมายในทางภาษีระหว่างประเทศไม่ใช่ว่าขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของรัฐคู่สัญญา ซึ่งความหมายนี้ไม่รวมตัวแทน นอมินี และบุคคลอื่นใดที่มีอำนาจที่จำกัดอันทำให้บุคคลนั้นเป็นเพียงผู้ดูแลผลประโยชน์ (fiduciary) หรือผู้ดำเนินการ (administrator) ที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับเงินได้ กำไร ผลได้จากทุนหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องในนามของเจ้าของผลประโยชน์ที่แท้จริง

(ข) การเพิ่มเติมหลักเจ้าของผลประโยชน์ไม่สามารถทดแทนบทบัญญัติต่อต้านการใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่เฉพาะเจาะจงกว่าได้หากรัฐคู่สัญญาเห็นว่ามีความเสี่ยงของการใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาโดยมิชอบว่าจะเกิดขึ้น



## (2) ความเห็นของ D.P. Sengupta

ดังที่ได้ยกมาแล้วข้างต้นในส่วนที่กล่าวถึงคดี *Aditya Birla Nuvo Ltd* นั้น จะสังเกตได้ว่า D.P. Sengupta นั้นมีทัศนคติที่ติดกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ โดยเห็นด้วยกับการขยายหลักดังกล่าวออกไปว่า ถ้าหลักเจ้าของผลประโยชน์ถูกเพิ่มเติมเข้าไปใน OECD Model เพื่อตอบโต้กรณีการทำ การเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่ขัดแย้งในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิโดยการทำผ่านตัวแทนหรือนอมินี (nominee) แล้ว ก็ไม่มีเหตุผลที่จะไม่นำหลักดังกล่าวไปใช้ในผลได้จากทุนด้วย อย่างน้อยก็ในกรณีที่ทำการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ผ่านตัวแทนหรือนอมินี (nominee) ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า D.P. Sengupta ไม่ได้กล่าวถึงการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกจากผลได้จากทุน เราจึงไม่สามารถสรุปเป็นที่แน่นอนได้ว่า D.P. Sengupta นั้นสนับสนุนการขยายหลักดังกล่าวไปยังเงินได้ทุกประเภทหรือไม่ แต่อย่างน้อย เราก็อนุมานได้ว่า

(ก) D.P. Sengupta ไม่ได้มองว่าหลักนี้ไม่มีประโยชน์ รวมทั้งไม่ได้ปฏิเสธและไม่ได้เสนอให้ตัดหลักดังกล่าวออกไปจากอนุสัญญา อันต่างจาก Adolfo Martín Jiménez และ Daniel Gutmann

(ข) D.P. Sengupta เห็นด้วยกับการขยายหลักดังกล่าวออกไปอย่างน้อยก็ในเงินได้ประเภทผลได้จากทุน

(ค) การที่ D.P. Sengupta กล่าวถึงเพียงผลได้จากทุนในความเห็นของท่านอาจเป็นเพราะคดีนี้เกี่ยวข้องกับเงินได้ประเภทนี้ ด้วยเหตุนี้ ท่านจึงจำกัดความเห็นเฉพาะเจาะจงไปยังเงินได้ประเภทนี้เท่านั้นก็เป็นได้ ความเห็นดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นตัวบ่งชี้ว่า D.P. Sengupta เห็นว่าควรขยายหลักนี้ไปยังผลได้จากทุนเท่านั้นแต่ไม่เห็นด้วยกับการขยายไปยังเงินได้ประเภทอื่น

## (3) ความเห็นของ Richard Vann<sup>102</sup>

Richard Vann เป็นนักวิชาการท่านหนึ่งที่มีบทความและงานเขียนเกี่ยวกับเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์มากมาย อย่างไรก็ตาม ท่านก็ไม่ได้แสดงความคิดเห็นของท่านไว้โดยเฉพาะเจาะจงในประเด็นการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ แม้กระนั้นก็ตาม ผู้วิจัยก็เห็นถึงประโยชน์ของการกล่าวถึงความเห็นทั่วไปของท่านต่อหลักดังกล่าว ดังนี้

เท่าที่ผู้วิจัยได้ทำการค้นคว้ามานั้น Richard Vann ไม่ได้แสดงทัศนคติต่อต้านหลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างเต็มที่หรือเห็นว่าเราควรตัดหลักดังกล่าวออกไปจากอนุสัญญาภาษีซ้อนอย่างสิ้นเชิง แต่ Richard Vann ได้แสดงความเห็นในบทความเกี่ยวกับประวัติความเป็นมา

<sup>102</sup>Richard Vann, "Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us," in *Beneficial ownership: Recent trends*, pp. 306-307.

ของหลักดังกล่าวไว้ว่า คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” และคำที่คล้ายคลึงกันนั้นมีที่มาเกี่ยวข้องกับนโยบายทางภาษีที่หลากหลาย แต่ในที่สุดในช่วงทศวรรษ 1960 ก็ลงตัวในส่วนของข้อ 10 ถึง 12 ว่า คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” มีนโยบายและนิยามที่แคบมาก กล่าวคือ เพื่อปฏิเสธสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในกรณีของตัวแทน (agent) และนอมินี (nominee) ซึ่งรับเงินได้เพื่อบุคคลอื่นเท่านั้น

งานของ OECD ตั้งแต่ปีค.ศ. 1977 ไม่ได้พยายามเปลี่ยนแปลงนิยามของหลักเจ้าของผลประโยชน์ให้ต่างไปจากความหมายตามเจตนาดั้งเดิมและก็ดูเหมือนจะไม่มีเหตุผลที่ดีที่จะทำเช่นนั้นด้วย ในทางกลับกัน การคงความหมายเดิมไว้จะช่วยให้หลักดังกล่าวมีความชัดเจนและแน่นอน ดังนั้น วัตถุประสงค์ของหลักเจ้าของผลประโยชน์จึงควรจะเป็นเพื่อปฏิเสธสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในกรณีของผู้พิทักษ์ทรัพย์ (Custodian) และบุคคลที่อยู่ในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกันเท่านั้น การขยายหลักดังกล่าวไปมากกว่าผู้พิทักษ์ทรัพย์ (Custodian) และบุคคลที่อยู่ในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกันมีแต่จะก่อให้เกิดความสับสนและข้อโต้แย้งในการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อน

Richard Vann แนะนำว่า ในแง่หลักการนั้น OECD ควรแยกออกเป็นสองกรณี คือ กรณีแรกคือกรณีที่รัฐถิ่นที่อยู่ของบุคคลที่ได้รับเงินได้ไม่ได้แบ่งสรรเงินได้ให้แก่บุคคลดังกล่าว กรณีนี้ บุคคลดังกล่าวจะไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ กรณีที่สอง กรณีที่รัฐถิ่นที่อยู่ของบุคคลที่ได้รับเงินได้แบ่งสรรเงินได้ให้แก่บุคคลดังกล่าว บุคคลดังกล่าวจะไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์เฉพาะในไม่กี่สถานการณ์เท่านั้นซึ่ง Richard Vann เห็นว่าควรใช้การทดสอบความเป็นตัวแทน (agent) และนอมินี (nominee) ที่ปรากฏในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 1977 (OECD Commentary 1977)

หาก OECD เห็นว่าในการพัฒนาหลักเจ้าของผลประโยชน์แล้ว จำเป็นต้องขยายหลักดังกล่าวไปยังเหตุการณ์บริษัทส่งผ่านบางกรณีด้วย สิ่งสำคัญที่เราต้องตระหนักก็คือว่า ผู้เสียภาษีจะไม่ถือว่าเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ที่ตนเป็นผู้มีสิทธิได้รับตามกฎหมายและได้รับการแบ่งสรร (attribute) ในทางภาษีหากบุคคลนั้นไม่มีอำนาจควบคุมการใช้เพราะเหตุที่ตนมีหน้าที่ที่บังคับได้ตามกฎหมายที่จะต้องโอนเงินได้ดังกล่าวไปยังบุคคลอื่นต่อไปทันที ทั้งนี้ เฉพาะหน้าที่ที่ผูกติดกับรายการเงินได้บางรายการเท่านั้นที่ควรจะทำให้ผู้มีเงินได้รายหนึ่งๆ กลายเป็นบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ที่ตนได้รับ กล่าวคือ หน้าที่ที่มีผลกระทบต่อกลุ่มหรือตะกร้าเงินได้หลายๆ รายการไม่ควรทำให้บุคคลนั้นๆ ถูกปฏิเสธการเป็นเจ้าของผลประโยชน์หากบุคคลนั้นยังคงมีอำนาจในการตัดสินใจว่าจะนำเงินได้รายการใดไปตอบสนองหนี้หรือหน้าที่ใดแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีหน้าที่ในการโอนกลุ่มหรือตะกร้าเงินได้ดังกล่าวต่อไปก็ตาม นอกจากนี้ หากผู้มีเงินได้มีสิทธิที่จะเก็บรักษาเงินได้เพื่อใช้สอยดังที่บุคคลนั้นประสงค์ บุคคลนั้นย่อมยังคงเป็นเจ้าของผลประโยชน์แม้ว่ามีความ

เป็นไปได้ว่าจะมีการโอนเงินได้นั้นไปยังบุคคลที่สาม ณ เวลาใดเวลาหนึ่งในอนาคต (ซึ่งเงินได้ของนิติบุคคลทั้งหมดทุกกรณีก็เป็นเช่นนั้น) ซึ่งในรายงานเรื่องบริษัทส่งผ่าน (Conduit Companies Report) ก็ระบุว่า การขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังบริษัทส่งผ่านมีผลเล็กน้อยในการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ดังนั้น ประเด็นสำคัญก็คือว่าความไม่แน่นอนที่จะเกิดขึ้นจากการขยายหลักดังกล่าวออกไปยังบริษัทส่งผ่านจะคุ้มค่างับผลในการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) อันน้อยนิดหรือไม่

### 3.2.4 สรุปภาพรวมการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ของต่างประเทศ

จากที่ผู้วิจัยได้แสดงการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในทางปฏิบัติของประเทศต่างๆ ว่าจะเป็นการเป็นในแง่ของบทบัญญัติของหลักเจ้าของผลประโยชน์ (ทั้งในแง่เนื้อหาข้อความของหลักเจ้าของผลประโยชน์และประเภทของเงินได้ที่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ของหลักเจ้าของผลประโยชน์) ก็ดี หรือการตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์ของหน่วยจัดเก็บภาษีหรือศาลก็ดี หรือความเห็นโดยรวมต่อหลักเจ้าของผลประโยชน์ของนักวิชาการภาษีระหว่างประเทศก็ดี แสดงให้เห็นว่าหลักดังกล่าวยังคงมีความแตกต่างและความไม่แน่นอนในหลายๆ ประการ

ในแง่ความแตกต่างของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้น จะเห็นได้จากบทอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศต่างๆ ว่าในทางปฏิบัติไม่ใช้ทุกประเทศที่จะคงเนื้อหาและขอบเขตทางประเภทเงินได้ที่หลักดังกล่าวตามอนุสัญญาต้นแบบเสมอไป หลายๆ ประเทศเลือกที่จะปรับปรุงหลักดังกล่าวด้วยการเพิ่มเติมเงื่อนไขของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์หรือแม้กระทั่งกำหนดให้หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นข้อบททั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ใช้บังคับกับข้อบทของอนุสัญญาทุกข้อ นอกจากนี้ แม้ว่าการสหประชาชาติจะตัดสินใจขยายหลักดังกล่าวไปใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ ในอนุสัญญาต้นแบบ แต่เป็นที่ปรากฏจากการวิจัยแล้วว่ามีหลายประเทศเช่นกันที่ขยายหลักดังกล่าวออกไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ แล้วในทางปฏิบัติ

ส่วนในเรื่องของความไม่แน่นอนในการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์นั้น ก็เริ่มตั้งแต่คำถามพื้นฐานที่สุดว่าการตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์ควรนำกฎหมายภายในหรือนำความหมายเฉพาะในทางอนุสัญญาภาษีซ้อน (ความหมายในทางภาษีอากรระหว่างประเทศ) มาใช้ ซึ่งในคำพิพากษาที่ผู้วิจัยได้ยกตัวอย่างมาข้างต้น (ซึ่งออกมาก่อนที่ OECD จะได้ออกคำอธิบายอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับปีค.ศ. 2014) ก็แสดงให้เห็นว่าแต่ละประเทศยังคงตีความโดยอาศัยกฎหมายที่ต่างกันอยู่ แต่เมื่อคำอธิบายอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับปีค.ศ. 2014 ออกมาแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าคงจะมาช่วยไขความกระจ่างและเพิ่มความสอดคล้องในการบังคับใช้ในประเด็นนี้มากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม ประเทศหนึ่งที่ยังคงเป็นคำถามสำหรับผู้วิจัยก็คือประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะสหรัฐอเมริกาได้ระบุไว้ในคำอธิบายทางเทคนิคที่สหรัฐอเมริกาจัดทำสำหรับอนุสัญญาภาษีซ้อนทั้งหลายที่สหรัฐอเมริกาเข้าร่วมทั้ง

คำอธิบายทางเทคนิคต้นแบบฉบับปีค.ศ. 2006 (2006 United States Model Technical Explanation) ด้ยว่าการตีความคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ให้อาศัยความหมายตามกฎหมายภายในของประเทศที่จัดเก็บภาษีซึ่งก็คือรัฐแหล่งเงินได้ แม้ว่าคำอธิบายทางเทคนิคจะได้กล่าวถึงคำว่าตัวแทนหรือนอมินีอยู่บ้างแต่หลักการตีความก็ยังคงมีอยู่ก็คือคำดังกล่าวจะต้องมีนิยามตามกฎหมายภายในของรัฐแหล่งเงินได้ ไม่ใช่ความหมายเฉพาะทางอนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งการตีความเช่นนี้ในความเห็นของผู้วิจัยจะเป็นการส่งเสริมให้มีช่องว่างของการตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์อยู่และไม่ทำให้ปัญหาความแตกต่างของการบังคับใช้หลักนี้ลดถอยลงไป อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าเราต้องรอดูต่อไปว่าสหรัฐอเมริกาจะทำการแก้ไขคำอธิบายทางเทคนิคทั้งหลายของตนให้สอดคล้องกับพัฒนาการของ OECD หรือไม่ และจะตีความคำดังกล่าวต่อไปอย่างไรในทางปฏิบัติ

ในความเห็นของผู้วิจัยในส่วนของการตีความคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” นั้น เห็นว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์มีข้อจำกัด ไม่สามารถนำมาใช้รับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบได้ทุกกรณี และแม้จะมีความแตกต่างกันในการตีความและขอบเขตของคำดังกล่าวของประเทศต่างๆ แต่ดูเหมือนว่านานาประเทศก็ยอมรับแล้วอย่างน้อยที่สุดตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) และบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ แต่อย่างไรก็ดี เราต้องระลึกไว้เสมอว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ไม่ใช่มาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rule (GAAR)) ดังนั้น เราจึงไม่สามารถและไม่ควรอย่างยิ่งที่จะตีความคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ที่กว้างเกินไปจนขัดกับวัตถุประสงค์และแนวคิดของหลักเจ้าของผลประโยชน์ (จนทำให้หลักดังกล่าวกลายเป็นมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rule (GAAR)) อันนำไปสู่ความไม่แน่นอนของผู้เสียภาษี นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังเห็นว่าเมื่อ OECD ได้ออกคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับปีค.ศ. 2014 (OECD Commentary 2014) ออกมาแล้ว ประเทศต่างๆ ควรอาศัยคำอธิบายอนุสัญญาภาษีซ้อนดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการตีความต่อไปตามหลักการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบจะมีผลช่วยในการตีความมากนักเพียงไรในทางปฏิบัตินั้นยังคงเป็นคำถามที่เราคงต้องรอพิสูจน์ต่อไปจากการนำไปบังคับใช้จริงของนานาประเทศ

## บทที่ 4

### การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนกับเงินได้ทุกประเภทของประเทศไทย

เมื่อได้ศึกษาความเห็น แนวทางการบังคับใช้ และแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศแล้ว ในบทนี้ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ถึงปัญหาที่อาจเกิดจากการที่ประเทศไทยไม่ได้นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้กับทุกประเภทเงินได้ อนึ่ง เพราะหลักเจ้าของผลประโยชน์ตามบทบัญญัติของอนุสัญญาต้นแบบและอนุสัญญาภาษีซ้อนส่วนใหญ่เป็นการกำหนดจำกัดการให้สิทธิประโยชน์ในกรณีที่รัฐผู้จัดเก็บภาษีเป็นรัฐแหล่งเงินได้เท่านั้น ดังนั้น ผู้วิจัยจึงกำหนดกรอบในการวิเคราะห์เฉพาะในกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐแหล่งเงินได้เท่านั้น แต่จะได้กล่าวถึงกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐถิ่นที่อยู่เพียงคร่าวๆ อยู่บ้างเพื่อให้เห็นภาพรวมทั้งหมด

#### 4.1 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทย

ก่อนที่ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในหลักเจ้าของผลประโยชน์ของประเทศไทยได้อย่างถูกต้อง ผู้วิจัยเห็นควรได้กล่าวถึงภาพรวมของการจัดเก็บภาษีของประเทศไทยตามอนุสัญญาภาษีซ้อนพอสังเขปเสียก่อน\*

อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่างๆ มีความแตกต่างกันในรูปแบบและสาระหลายประการ ซึ่งเป็นผลมาจากประสบการณ์และสภาวะที่แตกต่างกันของประเทศคู่สัญญาแต่ละประเทศ<sup>1</sup> และตามพัฒนาการของอนุสัญญาต้นแบบ (Model Tax Convention) ด้วย อันพอสรุปได้ดังนี้

อนุสัญญาภาษีซ้อนในระยะแรกที่ทำกับประเทศสวีเดน ญี่ปุ่น นอร์เวย์ เดนมาร์ก และเยอรมนีระหว่างปี พ.ศ.2504-2510 นั้นคงได้อาศัยร่างอนุสัญญาฉบับ OECD เพราะประเทศคู่สัญญาส่วนใหญ่เป็นสมาชิกของ OECD

ต่อมาเมื่ออนุสัญญาภาษีซ้อนตามร่างฉบับ OECD ได้มีการแก้ไขปรับปรุงมาเป็นลำดับ ดังนั้นอนุสัญญาที่ทำกับประเทศเกาหลี ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์ และสิงคโปร์ ระหว่างปี พ.ศ.2517-2519 จึงใกล้เคียงกับอนุสัญญาตามร่างฉบับ OECD ซึ่งได้แก้ไขปรับปรุงในปี ค.ศ.1977

ทั้งนี้ เมื่อได้มีการเรียกร้องให้มีการร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับใหม่ขึ้นโดยคำนึงถึงลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนามากกว่าที่เป็นอยู่ในอนุสัญญา

---

\*ผู้วิจัยขอกกล่าวถึงการจัดเก็บภาษีเงินได้ของประเทศไทยตามอนุสัญญาภาษีซ้อนในเงินได้แต่ละประเภทในภาพรวมเท่านั้น เลขข้อบทและ เงื่อนไขอาจแตกต่างกันไปในแต่ละอนุสัญญา

<sup>1</sup> กฤตศิลป์ กนกนาถ, ภาษีซ้อน (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2533), หน้า 34.

ต้นแบบตามอนุสัญญาต้นแบบฉบับ OECD ทำให้เกิดเป็นอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งมีข้อบทที่แตกต่างจากเนื้อหาของอนุสัญญาต้นแบบฉบับ OECD เป็นบางข้อ จึงเป็นผลให้อนุสัญญาที่ประเทศไทยทำกับประเทศอิตาลี เบลเยียม ปากีสถาน สหราชอาณาจักรอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือ อินโดนีเซีย และมาเลเซีย หรือกำลังทำกับประเทศต่างๆ ภายหลังจากปี พ.ศ.2550 เป็นต้นมานั้น มีการเพิ่มข้อบทที่แตกต่างจากเนื้อหาของร่างฉบับ OECD โดยเป็นไปตามอนุสัญญาฉบับของ UN ในบางข้อด้วยเช่นกัน

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า การจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศอื่นๆ ได้ใช้อนุสัญญาต้นแบบของ OECD มาใช้เป็นแนวทางสำคัญ ในระยะหลังได้ใช้ประโยชน์จากข้อบทตามแบบฉบับขององค์การสหประชาชาติอยู่หลายประการ<sup>2</sup> แต่อิทธิพลของแบบ OECD ก็ยังมีผลอยู่เนื่องจากประเทศไทยปฏิบัติตาม OECD อย่างเคร่งครัด โดยอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ถือเป็นแม่แบบของอนุสัญญาฉบับต่างๆ ที่ประเทศไทยลงนามทั้งหมดด้วย ยกเว้นอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกาที่อาศัยอนุสัญญาต้นแบบของสหรัฐอเมริกา (US Model)

ดังที่ได้แสดงมาแล้วในบทที่ผ่านๆ มา ตามแนวทางของอนุสัญญาต้นแบบ หลักเจ้าของผลประโยชน์ถูกนำมาใช้เพื่อป้องกันการเลือกใช้อันุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในกรณีของรัฐแหล่งเงินได้โดยการจำกัดให้รัฐแหล่งเงินได้ต้องลดอัตราหรือยกเว้นภาษีให้หากว่าผู้รับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิเป็นเจ้าของผลประโยชน์เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเน้นไปที่การวิเคราะห์ถึงการบังคับใช้หลักดังกล่าวของประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้เท่านั้น

การเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้นั้นกำหนดหลักการให้ประเทศที่เงินได้เกิดขึ้น (รัฐแหล่งเงินได้) มีสิทธิเก็บภาษีจากเงินได้ที่นั้นได้เต็มจำนวน แต่เมื่อมีการทำอนุสัญญาภาษีซ้อนแล้ว รัฐแหล่งเงินได้อาจมีหน้าที่ภายใต้ต้นุสัญญาภาษีซ้อนอย่างใดอย่างหนึ่ง ใน 3 กรณีซึ่งขึ้นอยู่กับการเจรจาระหว่างรัฐคู่สัญญาและความสัมพันธ์ระหว่างผู้มีเงินได้กับรัฐแหล่งเงินได้ดังต่อไปนี้

#### (1.1) รัฐแหล่งเงินได้ยังคงเก็บภาษีเต็มที่

กรณีนี้เป็นกรณีที่แม้ว่ารัฐคู่สัญญาจะเข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อนต่อกัน แต่รัฐแหล่งเงินได้ก็ยังคงรักษาสีทธิเก็บภาษีอย่างเต็มที่เช่นเดิม โดยเงินได้ที่เข้าข่ายซ้อนนั้นมักเป็นกรณีที่ผู้มีเงินได้มีความสัมพันธ์กับรัฐแหล่งเงินได้สูง เช่น

(ก) เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ – เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์มีปรากฏอยู่ในข้อ 6 ของ Model Tax Convention ทั้งนี้ เนื่องจากอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะที่ติดตรึงกับรัฐแหล่ง

<sup>2</sup>เสรี วัฒนวรราชกิจกูร, "ความรับผิดชอบทางภาษีเงินได้ของนิติบุคคลต่างประเทศซึ่งกระทำการกิจการในประเทศไทย," หน้า 32-33.

เงินได้ซึ่งเป็นที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์จึงเห็นได้ว่าเงินได้ทั้งจากการใช้โดยตรง การให้เช่าและการใช้อสังหาริมทรัพย์มีความสัมพันธ์กับรัฐแหล่งเงินได้มาก รัฐแหล่งเงินได้จึงมีสิทธิเก็บภาษีได้เต็มที่โดยไม่มีเงื่อนไข

(ข) กำไรจากธุรกิจ - เงินได้ประเภทกำไรธุรกิจหมายถึงเงินได้ทั้งหมดที่ได้จากการประกอบกิจการและเป็นเงินได้นอกเหนือไปจากเงินได้ที่ไม่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะในข้ออื่นๆ ของอนุสัญญา ดังนั้น เงินได้ประเภทนี้จึงมีลักษณะที่กว้างและครอบคลุมเงินได้หลายอย่างไม่ว่าจะเป็นเงินได้จากการขายสินค้าหรือการให้บริการหรืออื่นๆ โดย ข้อ 7 ของ Model Tax Convention ได้วางหลักเกี่ยวกับกำไรธุรกิจโดยพิจารณาจากระดับความผูกพันของผู้มีเงินได้กับรัฐแหล่งเงินได้ว่า หากผู้มีเงินได้มีความผูกพันกับรัฐแหล่งเงินได้มากเพียงพอถึงขั้นที่มีสถานประกอบการถาวร (permanent establishment หรือ PE) ในประเทศนั้น รัฐแหล่งเงินได้จะเก็บภาษีเต็มที่ แต่ในทางกลับกัน หากผู้มีเงินได้ไม่มีสถานประกอบการถาวร รัฐแหล่งเงินได้ก็จะยกเว้นภาษีให้ทั้งหมดเช่นกัน

(ค) บริการส่วนบุคคล - บริการส่วนบุคคลหมายถึงการให้บริการของบุคคลธรรมดาทั้งในกรณีที่บุคคลธรรมดานั้นมีฐานะเป็นลูกจ้าง (บริการส่วนบุคคลไม่อิสระ) และในกรณีที่บุคคลธรรมดาไม่มีฐานะเป็นลูกจ้าง (บริการส่วนบุคคลอิสระ) ซึ่งในกรณีบริการส่วนบุคคลนั้น หากผู้มีเงินได้เข้ามาทำงานในรัฐแหล่งเงินได้ในระยะเวลาหนึ่ง อนุสัญญาภาษีซ้อนจะกำหนดให้รัฐแหล่งเงินได้ยกเว้นภาษี (ให้ประเทศถิ่นที่อยู่เก็บภาษีทั้งหมด) ยกเว้นบุคคลธรรมดาจะเข้าไปทำงานในรัฐแหล่งเงินได้เกินระยะเวลาที่กำหนดหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐแหล่งเงินได้เป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนการบริการส่วนบุคคล กรณีเหล่านี้ อนุสัญญาภาษีซ้อนกำหนดให้รัฐแหล่งเงินได้เก็บภาษีอย่างเต็มที่

#### (1.2) รัฐแหล่งเงินได้ลดภาษีให้สำหรับเงินได้บางประเภท

โดยปกติแล้วการเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้จะเก็บตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น แต่ในบางประเภทเงินได้ รัฐแหล่งเงินได้ตกลงภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนยินยอมที่จะลดอำนาจจัดเก็บภาษีจากเงินได้ที่ผู้มีเงินได้ก่อให้เกิดขึ้นในประเทศตนให้ต่ำกว่าอัตราที่กฎหมายภายในกำหนดไว้ เช่น

(ก) ค่าแห่งสิทธิ - มาตรา 70 ประมวลรัษฎากรกำหนดเป็นหลักให้ประเทศไทยมีอำนาจจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลบนค่าสิทธิที่จ่ายให้ผู้มีเงินได้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศอื่นที่มีใช้ประเทศไทยในอัตราร้อยละ 15 ของเงินได้ แต่หากผู้มีเงินได้นั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทยและมีได้มีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทยที่เกี่ยวกับค่าสิทธิดังกล่าว อนุสัญญาภาษีซ้อนอาจกำหนดให้ประเทศไทยลดภาษีเงินได้ที่เก็บจากค่าสิทธิลงกว่าร้อยละ 15

(ข) ดอกเบี้ย - ประเทศไทยมีอำนาจจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลบนดอกเบี้ยที่จ่ายให้แก่ผู้มีเงินได้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศอื่นที่มีใช้ประเทศไทยในอัตราร้อยละ 15 ของเงินได้ตามบทบัญญัติมาตรา 70 ประมวลรัษฎากร แต่หากผู้มีเงินได้นั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่มีอนุสัญญา

ภาษีซ้อนกับประเทศไทย ประเทศไทยอาจตกลงลดอัตราภาษีที่ประเทศไทยจัดเก็บในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ลงเหลือร้อยละ 10 ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำขึ้นนั้น

(ค) การขนส่งทางเรือระหว่างประเทศ – สำหรับเงินได้จากการขนส่งทางเรือระหว่างประเทศนั้น แม้ตามหลักสากลจะกำหนดให้รัฐแหล่งเงินได้ยกเว้นภาษีทั้งหมด แต่ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่างๆ จะกำหนดให้รัฐแหล่งเงินได้ลดภาษีลงครึ่งหนึ่ง ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา 67 ประมวลรัษฎากรที่วางหลักให้ประเทศไทยในฐานะแหล่งเงินได้มีอำนาจจัดเก็บภาษีเงินได้ในกรณีที่บริษัทเดินเรือต่างประเทศเข้ามาขนส่งผ่านประเทศไทยในอัตราร้อยละ 3 ของค่าขนส่ง จะถูกลดอัตราภาษีลงโดยอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยจากอัตราร้อยละ 3 เหลือเพียงอัตราร้อยละ 1.5 ของค่าขนส่งเท่านั้น

### (1.3) รัฐแหล่งเงินได้ยกเว้นภาษีสำหรับเงินได้บางประเภท

ในการเข้าทำอนุสัญญาภาษีซ้อน รัฐแหล่งเงินได้อาจตกลงยกเว้นภาษีบนเงินได้ที่เกิดขึ้นในประเทศตนในบางกรณีซึ่งอาจมีเหตุผลมาจากการที่ผู้มีเงินได้มีความผูกพันกับรัฐแหล่งเงินได้ในระดับต่ำหรือมาจากการเจรจาแลกเปลี่ยนกันระหว่างรัฐคู่สัญญา เช่น

(ก) กำไรจากธุรกิจ – รัฐแหล่งเงินได้ยินยอมสละสิทธิของตนในการเก็บภาษีเงินได้บนกำไรจากธุรกิจที่ผู้มีเงินได้มิได้มีสถานประกอบการถาวรในประเทศตน

(ข) การขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ – หลักสากลยอมรับกันว่าควรให้ประเทศถิ่นที่อยู่ของบริษัทขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศเท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษีบนเงินได้จากการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ

(ค) บริการส่วนบุคคล – ในกรณีที่ผู้มีเงินได้จากบริการส่วนบุคคลเข้าไปทำงานในรัฐแหล่งเงินได้ไม่เกินระยะเวลาที่กำหนดและผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐแหล่งเงินได้ไม่ได้เป็นผู้จ่ายค่าตอบแทนการบริการนั้นและค่าตอบแทนนั้นก็มิได้ตกเป็นภาระในรัฐแหล่งเงินได้ รัฐแหล่งเงินได้ยินยอมยกเว้นการเก็บภาษีเงินได้ทั้งหมด

เมื่อผู้วิจัยได้กล่าวถึงภาพรวมของผลกระทบของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีต่อประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้มาพอสมควรแล้ว ต่อไปผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์หลักเจ้าของผลประโยชน์อันมีอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนอันเป็นประเด็นหลักของทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งนี้ ดังเห็นได้จากบทที่ 1 ถึง 3 หลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นเป็นหลักหนึ่งของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เข้ามามีบทบาทในการปกป้องรัฐที่เก็บภาษีจากหลักแหล่งเงินได้ (รัฐแหล่งเงินได้) เป็นสำคัญ ดังนั้น ในการวิเคราะห์ประเด็นของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยจะได้ศึกษากรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐแหล่งเงินได้เป็นหลัก



#### 4.1.1 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแง่ของบทบัญญัติอนุสัญญาภาษีซ้อน

##### 4.1.1.1 การจัดเก็บภาษีเงินได้ของประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้บนเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ<sup>3</sup>

ข้างต้นผู้วิจัยได้กล่าวถึงประวัติและพัฒนาการของหลักเจ้าของผลประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยแล้ว และก่อนที่จะได้วิเคราะห์ในรายละเอียดถึงปัญหาที่อาจเกิดจากการที่ประเทศไทยไม่ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ดังกล่าวไปยังเงินได้ประเภทอื่น ๆ นอกเหนือจากเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิให้ครบทุกประเภทนั้น ผู้วิจัยจะได้แยกอธิบายภาพรวมการจัดเก็บภาษีเงินได้จากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิของประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ออกมาเพื่อที่จะได้อธิบายให้ทราบถึงแนวทางการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ของประเทศไทยในปัจจุบันมากขึ้น

(1) กรณีบุคคลธรรมดา - ประมวลรัษฎากรบัญญัติให้เรียกเก็บภาษีจากผู้มีเงินได้โดยไม่คำนึงว่าผู้มีเงินได้จะมีสัญชาติไทยหรือเป็นคนต่างประเทศ โดยมาตรา 41 วรรคหนึ่งวางหลักว่า ผู้มีเงินได้พึงประเมินในปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว เนื่องจากกิจการที่ทำในประเทศไทยหรือเนื่องจากทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยจะต้องเสียภาษีไม่ว่าเงินได้นั้นจะจ่ายในหรือนอกประเทศ เช่น มีเงินฝากธนาคารอยู่ในประเทศไทยและได้รับดอกเบี้ยเงินฝาก มีหุ้นอยู่ในประเทศไทยและได้รับเงินปันผลจากหุ้นนั้น

(2) กรณีนิติบุคคล - หลักแหล่งเงินได้ที่เกี่ยวกับเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ ในภาษีเงินได้นิติบุคคลปรากฏในมาตรา 70 ซึ่งเป็นการจัดเก็บภาษีจากนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศที่มีได้เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยโดยให้ผู้จ่ายเงินหักภาษี ณ ที่จ่ายนำส่งกรมสรรพากรในอัตราร้อยละ 15 ของเงินได้ก่อนหักรายจ่ายใดๆ (Gross Income) ยกเว้นในกรณีเงินปันผลจะเก็บในอัตราร้อยละ 10 ของเงินปันผล<sup>4</sup>

ดังที่กล่าวมาแล้ว การทับซ้อนของอำนาจรัฐ (Overlapping Jurisdiction) มักเกิดขึ้นเป็นปกติในการประกอบการค้าระหว่างประเทศ ทางแก้ไขความซ้ำซ้อนนี้มักจะแก้ไขโดยการที่ให้รัฐบาลสองประเทศร่วมกันจัดทำอนุสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนซึ่งอาจตกลงกันให้ประเทศหนึ่งยอมผ่อนผันอำนาจการเก็บภาษีหรือยอมให้มาตรการขจัดความซ้ำซ้อนโดยให้อีกประเทศหนึ่งมีอำนาจในการเก็บภาษี ซึ่งของประเทศไทยนั้น ได้มีการจัดทำอนุสัญญาต้นแบบของไทย (Thai

<sup>3</sup>ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสถิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, หน้า 7-22.

<sup>4</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 164.

DTA Model) ซึ่งมีรูปแบบคล้ายคลึงกับอนุสัญญาต้นแบบของ OECD และองค์การสหประชาชาติผสมกัน<sup>5</sup>

เนื่องจากอนุสัญญาภาษีซ้อนเป็นอนุสัญญาทวิภาคี ดังนั้น โดยหลักแล้ว บุคคลที่จะมีสิทธิได้รับประโยชน์ต้องเป็นบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญา ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าบุคคลใดที่จะได้ประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น โดยส่วนใหญ่จะต้องพิจารณาจากข้อ 1 วรรคหนึ่งของอนุสัญญา ซึ่งได้กำหนดว่า ให้อนุสัญญาใช้บังคับแก่บุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งหรือทั้งสองรัฐ<sup>6</sup> ซึ่งมีหลักคือ บุคคลที่ถูกเก็บภาษีตามหลักถิ่นที่อยู่ในประเทศใดถือว่าเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่เพื่อการรัษฎากรของประเทศนั้น อันได้แก่ บุคคลที่อยู่ในข่ายเสียภาษีโดยนำเงินได้จากทั่วโลกมาคำนวณเสียภาษีให้แก่ประเทศใด จะถือว่าเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศนั้นเพื่อการรัษฎากร<sup>7</sup>

โดยทั่วไปในกรณีเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ อนุสัญญาภาษีซ้อนอาจกำหนดเพดานภาษีไว้โดยที่รัฐที่ได้รับสิทธิในการเก็บภาษีก็จะเก็บภาษีได้ไม่เกินเพดานอัตราที่อนุสัญญากำหนดไว้หรือบางฉบับมีการยกเว้นเงินได้ทั้งจำนวน ซึ่งเพดานและการยกเว้นภาษีนี้เองที่มีความแตกต่างกันในแต่ละอนุสัญญาที่ประเทศไทยเข้าทำ และเป็นแรงจูงใจหนึ่งในการทำการเลือกใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) สำหรับเงินได้ประเภทเหล่านั้นนั่นเอง<sup>8</sup>

สำหรับเงินได้ประเภทที่ทางภาษีระหว่างประเทศในปัจจุบัน (กล่าวคือ อนุสัญญาต้นแบบทั้งของ OECD และองค์การสหประชาชาติ และอนุสัญญาภาษีซ้อนส่วนใหญ่) ยอมรับเป็นมาตรฐานให้นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้อันได้แก่เงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธินั้น อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยเข้าทำนั้นกำหนดให้รัฐแหล่งเงินได้ (คือ ประเทศไทยในกรณีนี้) ลดอัตราภาษีลงแต่มีเพดานอัตราและเงื่อนไขที่แตกต่างกันในอนุสัญญาแต่ละฉบับ (อันมีผลต่อแนวโน้มการเลือกใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ) ดังที่จะได้แสดงในรูปแบบตารางที่ 1 และ 2 ดังต่อไปนี้

<sup>5</sup>พินิต ธีรภาพวงศ์, ภาษีบริษัทข้ามชาติ (International business taxation), หน้า 49-52.

\*“1. อนุสัญญานี้ให้ใช้บังคับแก่บุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งหรือทั้งสองรัฐเว้นแต่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในอนุสัญญา”

<sup>7</sup>ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสถิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, หน้า 324.

<sup>8</sup>พล ธีรคุปต์, สารพันปัญหาภาษีระหว่างประเทศ เล่ม 4, หน้า 12-17.

**ตารางที่ 1 ตารางแสดงเพดานอัตราภาษีในประเทศผู้จ่ายดอกเบี้ย  
ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนกรณีที่ได้รับดอกเบี้ยไม่มีสถานประกอบการถาวร  
หรือฐานประกอบการประจำอยู่ในประเทศผู้จ่ายดอกเบี้ย<sup>9</sup>**

อนุสัญญาภาษีซ้อนกำหนดให้ประเทศผู้จ่ายดอกเบี้ยมีสิทธิเก็บภาษีได้ตามกฎหมายภายในประเทศ\*แต่ต้องไม่เกินเพดานอัตราดังต่อไปนี้

	ประเทศ	อนุสัญญามีผลบังคับใช้	ปีที่ให้มีผลบังคับใช้	ผู้รับดอกเบี้ย	อัตราภาษีไม่เกินร้อยละ	เงื่อนไข
1	เกาหลีใต้	29 มิ.ย. 2550	1 ม.ค. 2551	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	กรณีดอกเบี้ยหุ้นกู้หรือเงินกู้ทุกกรณี
				สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	15	กรณีอื่น ๆ
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
2	แคนาดา	16 ก.ค. 2528	1 ม.ค. 2528	สถาบันการเงินแคนาดา รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไปแคนาดา	25	
				บุคคลทั่วไปไทย	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
3	คูเวต	25 เม.ย. 2549	1 ม.ค. 2550	สถาบันการเงินใดๆ	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				บุคคลทั่วไป	ได้รับการยกเว้น	กรณีการกู้ยืมที่รับประกันหรือประกันโดยรัฐบาล
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
4	จีน	29 ธ.ค. 2529	1 ม.ค. 2530	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	ไม่ได้รับการลดอัตรา	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
5	ชิลี	5 พ.ค. 2553	1 ม.ค. 2554	ธนาคารและบริษัทประกันภัย	10	การกู้ยืมซึ่งอนุมัติโดยธนาคารและบริษัทประกันภัย
				บุคคลทั่วไป	15	

<sup>9</sup>กรมสรรพากร, ตารางการจำกัดเพดานอัตราภาษีในประเทศผู้จ่ายดอกเบี้ย [ออนไลน์], 2 พฤศจิกายน 2558. แหล่งที่มา <http://www.rd.go.th/publish/14932.0.html>

\*หมายเหตุ: อัตราภาษีสำหรับดอกเบี้ยตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรกำหนดให้หักนำส่ง ในอัตรา ร้อยละ 15 ของดอกเบี้ย (เรื่องเดียวกัน)

	ประเทศ	อนุสัญญาที่มีผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผลบังคับใช้	ผู้รับดอกเบี้ย	อัตรากาซีไม่เกินร้อยละ	เงื่อนไข
6	เชค	14 ส.ค. 2538	1 ม.ค. 2539	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	ไม่ได้รับการลดอัตรา	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
7	เซเชลส์	13 มี.ค. 2549	1 ม.ค. 2550	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
8	ไซปรัส	4 เม.ย. 2543	1 ม.ค. 2544	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	10	
				บุคคลทั่วไป	15	ถ้าเป็นสินเชื่อในการขายอุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือ วิทยาศาสตร์หรือ การขายสินค้าใดๆ
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
9	ญี่ปุ่น	30 ส.ค. 2533	1 ม.ค. 2534	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
10	เดนมาร์ก	12 ก.พ. 2542	1 ม.ค. 2543	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	(มีผลบังคับใช้ 1 ม.ค. 43)
				นิติบุคคล	15	
				บุคคลทั่วไป	ได้รับการยกเว้น	ถ้าดอกเบี้ยที่จ่ายเกี่ยวกับการให้กู้ยืมเงินหรือค้ำประกันหรือประกันความเสี่ยงโดยรัฐบาลธนาคารกลาง หรือหน่วยงานซึ่งรัฐบาลเป็นเจ้าของทั้งหมดหรือควบคุม
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
11	ไต้หวัน	19 ธ.ค. 2555	1 ม.ค. 2556	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				กรณีอื่นๆ	15	

	ประเทศ	อนุสัญญาที่มีผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผลบังคับใช้	ผู้รับดอกเบี้ย	อัตราภาษีไม่เกินร้อยละ	เงื่อนไข
12	ตุรกี	13 ม.ค. 2548	1 ม.ค. 2549	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
13	ทาจิกิสถาน	23 ธ.ค. 2556	1 ม.ค. 2557	บุคคลทั่วไป	10	
				บุคคลทั่วไป	ได้รับการยกเว้น	ดอกเบี้ยที่จ่าย ก) เกี่ยวเนื่องกับสินเชื่อทางการค้าเพื่อสินค้าหรืออุปกรณ์ ข) เพื่อการกู้ยืมหรือการให้สินเชื่อชนิดใดๆก็ตามที่อนุมัติโดยธนาคาร ค) เกี่ยวเนื่องกับการกู้ยืมหรือการสินเชื่อใดๆ ซึ่งค้าประกันโดยรัฐบาล รวมถึงส่วนราชการหรือองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นใดๆ ซึ่งธนาคารกลางหรือสถาบันการเงินใดๆอยู่ในความควบคุมโดยรัฐบาลนั้น
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
14	นอร์เวย์	29 ธ.ค. 2546	1 ม.ค. 2547	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
15	นิวซีแลนด์	14 ธ.ค. 2541	1 ม.ค. 2542	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	10	ดอกเบี้ยเกิดขึ้นจากผลของสินเชื่อทางการค้า
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	รวมถึงดอกเบี้ยจากการลงทุนโดยเงินสำรองของรัฐบาล
16	เนเธอร์แลนด์	9 มิ.ย. 2519	1 ม.ค. 2519	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	

	ประเทศ	อนุสัญญา ผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผล บังคับใช้	ผู้รับผิดชอบ	อัตราภาษีไม่เกิน ร้อยละ	เงื่อนไข
17	เนปาล	14 ก.ค. 2541	1 ม.ค. 2542	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย	10	
				นิติบุคคล	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
18	บาเรนท์	27 ธ.ค. 2546	1 ม.ค. 2547	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
19	บังคลาเทศ	9 ก.ค. 2541	1 ม.ค. 2542	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
20	บัลแกเรีย	13 ก.พ. 2544	1 ม.ค. 2545	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
21	เบลเยียม	28 ธ.ค. 2523	1 ม.ค. 2523	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
22	เบลารุส	2 ก.ย. 2549	1 ม.ค. 2550	ธนาคาร สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	ดอกเบียเกิดขึ้นจากผลของ สินเชื่อทางการค้า
				รัฐบาล (รวมทั้งธนาคาร แห่งชาติ สถาบันที่ทุนทั้งหมด เป็นของรัฐ)	ได้รับการยกเว้น	
23	ปากีสถาน	7 ม.ค. 2524	1 ม.ค. 2522	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
24	โปแลนด์	13 พ.ค. 2526	1 ม.ค. 2526	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	ไม่ได้รับการลด อัตรา	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	

	ประเทศ	อนุสัญญาที่มีผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผลบังคับใช้	ผู้รับดอกเบี้ย	อัตราภาษีไม่เกินร้อยละ	เงื่อนไข
25	ฝรั่งเศส	29 ส.ค. 2518	1 ม.ค. 2518	บุคคลทั่วไป		จำนวนดอกเบี้ยเงินกู้หรือสินเชื่อที่มีกำหนดเวลา 4 ปีหรือมากกว่านั้นในสถานที่สถาบันการเงินสาธารณะ (ธนาคารที่รัฐบาลเป็นเจ้าของทั้งหมด)มีส่วนร่วมให้กู้ (ให้กู้ อนุมัติ ประกัน หรือ ค้ำประกัน) แก่ส่วนราชการตามกฎหมายหรือแก่วิสาหกิจในเรื่องที่เกี่ยวกับการขายเครื่องจักร การสำรวจ ติดตั้ง หรือการจัดหาสถานที่เพื่อการอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือการวิทยาศาสตร์และการสาธารณูปการ ซึ่งสถาบันการเงินสาธารณะในกรณีของฝรั่งเศสรวมถึง COFACE และ Netexis และในกรณีไทยรวมถึง EXIM Bank, ธนาคารออมสิน, ธนาคารอาคารสงเคราะห์ธกส., ธนาคารกรุงไทย, ธนาคารรัตนสินและบริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย
				สถาบันการเงินใดๆ	10	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
26	พม่า	15 ส.ค. 2554	1 ม.ค. 2555	เจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบี้ย	10	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
27	ฟินแลนด์	26 ก.พ. 2529	1 ม.ค. 2530	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
28	ฟิลิปปินส์	11 เม.ย. 2526	1 ม.ค. 2526	สถาบันการเงินฟิลิปปินส์รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	ดอกเบี้ยเกิดในไทย

	ประเทศ	อนุสัญญา ฉบับที่ใช้	ปีภาษีที่มีผล บังคับใช้	ผู้รับดอกเบี้ย	อัตราภาษีไม่เกิน ร้อยละ	เงื่อนไข
				บุคคลทั่วไปฟิลิปปินส์	25	ดอกเบี้ยเกิดในไทย
				บุคคลทั่วไปไทย	10	ดอกเบี้ยเกิดในฟิลิปปินส์ใน ส่วนที่เกี่ยวกับพันธบัตร หรือ หุ้นกู้สาธารณะ
				บุคคลทั่วไปไทย	25	ดอกเบี้ยเกิดในฟิลิปปินส์
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
29	มอริเชียส	10 มิ.ย. 2541	1 ม.ค. 2542	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
30	มาเลเซีย	2 ก.พ. 2526	1 ม.ค. 2526	สถาบันการเงินมาเลเซีย รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไปมาเลเซีย	25	
				บุคคลทั่วไปไทย	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
31	ยูเครน	24 พ.ย. 2547	1 ม.ค. 2548	ธนาคารหรือสถาบันการเงิน ใดๆ รวมทั้ง ธนาคารเพื่อการ ลงทุนและธนาคารเพื่อการ ฝากเงินและบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				บุคคลทั่วไป	ได้รับการยกเว้น	กรณีการจ่ายดอกเบี้ยที่ รับประกันหรือประกันโดย รัฐบาล ธนาคารกลางหรือ สถาบันการเงินใดๆ ที่รัฐบาล ก่อตั้ง หรือเป็นเจ้าของเพื่อ ส่งเสริมการค้าและการ ลงทุน
				รัฐบาลธนาคารกลางหรือ สถาบันการเงินใดๆ ที่รัฐบาล ก่อตั้งหรือเป็นเจ้าของเพื่อ ส่งเสริมการค้าและการลงทุน	ได้รับการยกเว้น	
32	เยอรมัน	4 ธ.ค. 2511	1 ม.ค. 2510	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย 10 ถ้า บริษัทผู้จ่ายดำเนินการ อุตสาหกรรม	10	ถ้าบริษัทผู้จ่ายดำเนินการ อุตสาหกรรม



	ประเทศ	อนุสัญญาที่มีผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผลบังคับใช้	ผู้รับดอกเบี้ย	อัตราภาษีไม่เกินร้อยละ	เงื่อนไข
				รัฐบาลและสถาบันการเงินที่รัฐเป็นเจ้าของทั้งหมด	ได้รับการยกเว้น	ถ้าผู้รับเป็นสถาบันการเงินที่ถือหุ้นโดยรัฐบาล
				บุคคลทั่วไป	ได้รับการยกเว้น	กรณีเป็นดอกเบี้ยจากพันธบัตรรัฐบาล
				บุคคลทั่วไป	25	
33	รัสเซีย	15 ม.ค. 2552	1 ม.ค. 2553	บุคคลทั่วไปรัสเซียที่ได้รับอนุญาต	10	
				สถาบันการเงินใด ๆ (รวมทั้งบริษัทประกันภัย) ในไทย	10	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
34	โรมาเนีย	13 เม.ย. 2540	1 ม.ค. 2541	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				นิติบุคคล	20	กรณีดอกเบี้ยในการขายผ่อน
				นิติบุคคล	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
35	ลักเซมเบิร์ก	22 มิ.ย. 2541	1 ม.ค. 2542	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
36	ลาว	23 ธ.ค. 2540	1 ม.ค. 2541	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
37	เวียดนาม	31 ธ.ค. 2535	1 ม.ค. 2536	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
38	ศรีลังกา	12 มี.ค. 2533	1 ม.ค. 2534	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
39	สเปน	16 ก.ย. 2541	1 ม.ค. 2542	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	

	ประเทศ	อนุสัญญา ผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผล บังคับใช้	ผู้รับดอกเบี้ย	อัตราภาษีไม่เกิน ร้อยละ	เงื่อนไข
40	สวีเดน	19 ธ.ค. 2539	1 ม.ค. 2540	สถาบันการเงินแคนาดา รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	ได้รับการยกเว้น	ถ้าดอกเบี้ยจ่ายที่เกี่ยวข้อง กับการให้กู้ยืมเงินที่ค้า ประกันหรือประกันความ เสี่ยงภายใต้บทบัญญัติของ สวีเดน(The Export or Investment Risk Guarantee) หรือโดย ธนาคารแห่งประเทศไทย หรือ EXIM BANK ของไทย
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
41	สวีเดน	26 ก.ย. 2532	1 ม.ค. 2533	ธนาคาร บริษัทประกันภัย หรือสถาบันการเงินอื่นใด	10	
				บริษัทอื่นๆ	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
42	สหรัฐอเมริกา	15 ธ.ค. 2540	1 ม.ค. 2541	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	10	ดอกเบี้ยเกิดขึ้นจากผลของ สินเชื่อทางการค้า
				บุคคลทั่วไป	15	
				บุคคลทั่วไป	ได้รับการยกเว้น	ถ้าดอกเบี้ยที่จ่ายเกี่ยวข้องกับ การก่อหนี้ผูกพันที่มี สัญญาค้าประกันหรือ ประกันโดยรัฐบาล
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
43	สิงคโปร์	27 เม.ย. 2519	1 ม.ค. 2519	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
43.1	สิงคโปร์ (ฉบับ แก้ไข)	15 ก.พ. 2559	1 ม.ค. 2560	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้ง บริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	10	ดอกเบี้ยเกี่ยวกับหนี้สินที่ เกิดขึ้นจากผลของสินเชื่อ ทางการค้าเพื่ออุปกรณ์ สินค้า หรือบริการใด ๆ เว้น

	ประเทศ	อนุสัญญาที่มีผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผลบังคับใช้	ผู้รับดอกเบี้ย	อัตราภาษีไม่เกินร้อยละ	เงื่อนไข
						แต่ เป็นกรณีที่มีการขายระหว่างบุคคลนั้นมิได้ปฏิบัติต่อกันตามทางการค้าปกติ
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
44	สโลวีเนีย	4 พ.ค. 2547	1 ม.ค. 2548	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				บุคคลทั่วไป	ได้รับการยกเว้น	กรณีการจ่ายดอกเบี้ยที่กระทำหรือประกันโดยรัฐบาล
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
45	ออสเตรเลีย	27 ธ.ค. 2532	1 ม.ค. 2533	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
46	ออสเตรีย	1 ก.ค. 2529	1 ม.ค. 2529	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
47	อังกฤษ และไอร์แลนด์เหนือ	20 พ.ย. 2524	1 ม.ค. 2524	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
48	อาร์เมเนีย	12 พ.ย. 2545	1 ม.ค. 2546	สถาบันการเงินใดๆ ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจธนาคารในอาร์เมเนีย	10	
				สถาบันการเงินใดๆ	10	
				รวมทั้งบริษัทประกันภัยในไทย		
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
49	อิตาลี	31 พ.ค. 2523	1 ม.ค. 2521	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	กรณีผู้จ่ายดอกเบี้ยประกอบกิจการอุตสาหกรรม
				รัฐบาลและสถาบันการเงินที่รัฐเป็นเจ้าของทั้งหมด	ได้รับการยกเว้น	
				บุคคลทั่วไป	ได้รับการยกเว้น	กรณีเป็นดอกเบี้ยจากพันธบัตรรัฐบาล

	ประเทศ	อนุสัญญาที่มีผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผลบังคับใช้	ผู้รับดอกเบี้ย	อัตราภาษีไม่เกินร้อยละ	เงื่อนไข
50	อินเดีย	13 มี.ค. 2529	1 ม.ค. 2530	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
50.1	อินเดีย (ฉบับแก้ไข)	5 ม.ค. 2559	1 ม.ค. 2560	บุคคลทั่วไป	10	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
51	อินโดนีเซีย	23 ต.ค. 2546	1 ม.ค. 2547	สถาบันการเงินอินโดนีเซีย	10	
				รวมทั้งบริษัทประกันภัย		
				บุคคลทั่วไปอินโดนีเซีย	25	
				บุคคลทั่วไปไทย	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
52	อิสราเอล	24 ธ.ค. 2539	1 ม.ค. 2540	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
53	อุซเบกิสถาน	21 ก.ค. 2542	1 ม.ค. 2543	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				บุคคลทั่วไป	ได้รับการยกเว้น	ถ้าดอกเบี้ยที่จ่ายเกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงิน หรือสิทธิเรียกร้องในหนี้ หรือสินเชื่อที่ให้กู้หรือที่ค้ำประกัน หรือประกัน โดยองค์กรของรัฐบาล
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	
54	อเมริกาเรตส์	28 ธ.ค. 2543	1 ม.ค. 2544	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	15	
				บุคคลทั่วไป	ได้รับการยกเว้น	ถ้าดอกเบี้ยที่จ่ายเกี่ยวข้องกับการก่อหนี้ผูกพันที่มีสัญญาค้ำประกันหรือประกันโดยรัฐบาล
				รัฐบาล	ได้รับการยกเว้น	

	ประเทศ	อนุสัญญาที่มีผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผลบังคับใช้	ผู้รับดอกเบี้ย	อัตราภาษีไม่เกินร้อยละ	เงื่อนไข
55	เอสโตเนีย	23 ธ.ค. 2556	1 ม.ค. 2557	บุคคลทั่วไป	10	
				รัฐบาล		ได้รับการยกเว้น
56	แอฟริกาใต้	27 ส.ค. 2539	1 ม.ค. 2540	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				นิติบุคคล	15	
				รัฐบาล		ได้รับการยกเว้น
57	โอมาน	27 ก.พ. 2547	1 ม.ค. 2548	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	10	กรณีการกู้ยืมหรือดอกเบี้ยที่เกิดขึ้น ประกันโดยรัฐบาล
				รัฐบาล		ได้รับการยกเว้น
58	ฮังการี	16 ต.ค. 2532	1 ม.ค. 2533	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	25	
				รัฐบาล		ได้รับการยกเว้น
59	ไอร์แลนด์	11 มี.ค. 2558	1 ม.ค. 2559	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	10	ดอกเบี้ยเกี่ยวกับหนี้สินที่เกิดขึ้นจาก ผลของสินเชื่อทางการค้าเพื่ออุปกรณ์สินค้า หรือบริการใด ๆ เว้นแต่ เป็นกรณีที่มีการขายระหว่างบุคคลนั้นมิได้ปฏิบัติต่อกันตามทางการค้าปกติ
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล		ได้รับการยกเว้น
60	ฮ่องกง	7 ธ.ค. 2548	1 ม.ค. 2549	สถาบันการเงินใดๆ รวมทั้งบริษัทประกันภัย	10	
				บุคคลทั่วไป	10	กรณีดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากผลของสินเชื่อทางการค้าเพื่ออุปกรณ์สินค้าหรือบริการใดๆ
				บุคคลทั่วไป	15	
				รัฐบาล		ได้รับการยกเว้น

ตารางที่ 2 ตารางแสดงเขตอำนาจในต่างประเทศผู้จ่ายค่าสิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อน  
กรณีที่ผู้รับค่าสิทธิไม่มีสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำ

อยู่ในประเทศผู้จ่ายค่าสิทธิ<sup>10</sup>

อนุสัญญาภาษีซ้อนกำหนดให้ประเทศผู้จ่ายค่าสิทธิมีสิทธิเก็บภาษีได้ตามกฎหมาย  
ภายในประเทศ\* แต่ต้องไม่เกินเขตอำนาจดังต่อไปนี้

ประเทศ	อนุสัญญา ผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผล บังคับใช้	อัตราภาษีไม่ เกินร้อยละ	เงื่อนไข
1 เกาหลีใต้	29 มิ.ย. 2550	1 ม.ค. 2551	5	เพื่อการใช้ หรือสิทธิในการใช้ในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์รวมทั้งซอฟต์แวร์และฟิล์มภาพยนตร์ และงานฟิล์ม เทป หรือการกระทำอื่น ๆ เพื่อถอดแบบสำหรับการใช้ที่เกี่ยวข้องกับการกระจายเสียงของวิทยุหรือโทรทัศน์
			10	เพื่อการใช้หรือสิทธิในการใช้สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบหรือหุ่นจำลอง แผนผัง สูตรลับ หรือกรรมวิธีลับใด ๆ
			15	เพื่อการใช้หรือสิทธิในการใช้อุปกรณ์ทางพาณิชย์กรรม วิทยาศาสตร์ หรืออุตสาหกรรม หรือเพื่อข้อสนเทศเกี่ยวกับ ประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือวิทยาศาสตร์
2 แคนาดา	16 ก.ค. 2528	1 ม.ค. 2528	5	ค่าสิทธิเกี่ยวกับการผลิตหรือการถอดแบบวรรณกรรม ละคร ดนตรี หรืองานศิลปะ แต่ไม่รวมถึงฟิล์มภาพยนตร์ หรืองานบนแผ่นฟิล์ม หรือเทปวิดีโอที่ใช้กับโทรทัศน์
			15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
3 คูเวต	25 เม.ย. 2549	1 ม.ค. 2550	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
4 จีน	29 ธ.ค. 2529	1 ม.ค. 2530	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
5 ซิลี	5 พ.ค. 2553	1 ม.ค. 2554	10	การใช้หรือสิทธิในการใช้ลิขสิทธิ์ใดๆ ในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ หรือเพื่อการใช้หรือสิทธิในการใช้อุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ หรือพาณิชยกรรม
			15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ

<sup>10</sup> กรมสรรพากร, ตารางการจำกัดเขตอำนาจในต่างประเทศผู้จ่ายค่าสิทธิ [ออนไลน์], 2 พฤศจิกายน 2558. แหล่งที่มา <http://www.rd.go.th/publish/14933.0.html>

\*หมายเหตุ: อัตราภาษีสำหรับค่าสิทธิตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรกำหนดให้หักนำส่งในอัตราร้อยละ 15 ของค่าสิทธิ (เรื่องเดียวกัน)

	ประเทศ	อนุสัญญา ผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผล บังคับใช้	อัตราภาษีไม่ เกินร้อยละ	เงื่อนไข
6	เชค	14 ส.ค. 2538	1 ม.ค. 2539	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ ยกเว้น ฟิล์มภาพยนตร์ หรือฟิล์ม หรือเทปสำหรับการกระจาย เสียงทางวิทยุหรือโทรทัศน์
				10	ค่าสิทธิกรณีสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบหรือ หุ่นจำลอง แผนผัง สูตรลับหรือกรรมวิธีลับใดๆ
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
7	เซเชลส์	13 มี.ค. 2549	1 ม.ค. 2550	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
8	ไซปรัส	4 เม.ย. 2543	1 ม.ค. 2544	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ละคร ดนตรี ศิลปะหรือ วิทยาศาสตร์ รวมถึง ซอฟต์แวร์ ฟิล์มหรือภาพยนตร์ หรือเทปที่ใช้ในการกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์
				10	ค่าสิทธิในการให้ใช้อุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม พณิชยกรรม หรือวิทยาศาสตร์ หรือข้อสนเทศเกี่ยวกับ ประสบการณ์ในทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือ วิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
9	ญี่ปุ่น	30 ส.ค. 2533	1 ม.ค. 2534	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
10	เดนมาร์ก	12 ก.พ. 2542	1 ม.ค. 2543	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
11	ไต้หวัน	19 ธ.ค. 2555	1 ม.ค. 2556	10	ค่าสิทธิทุกกรณี
12	ตุรกี	13 ม.ค. 2548	1 ม.ค. 2549	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
13	ทาจิกิสถาน	23 ธ.ค. 2556	1 ม.ค. 2557	5	ค่าสิทธิในการใช้ลิขสิทธิ์ใดๆในงาน วรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์
				10	ค่าสิทธิทั้งสิ้นในกรณีอื่นๆ
14	นอร์เวย์	29 ธ.ค. 2546	1 ม.ค. 2547	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์
				10	ค่าสิทธิในการใช้อุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือวิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
15	นิวซีแลนด์	14 ธ.ค. 2541	1 ม.ค. 2542	10	การใช้หรือสิทธิในการใช้ลิขสิทธิ์ อุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ หรือพาณิชยกรรม ฟิล์มภาพยนตร์ ฟิล์ม หรือวีดีโอเทป เทป หรืออุปกรณ์อื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการ กระจายเสียงทางวิทยุหรือโทรทัศน์ การรับหรือสิทธิใน การรับภาพยนตร์หรือเสียงโดยจานดาวเทียม หรือเคเบิล หรือใยแก้วนำแสง การใช้หรือสิทธิในการใช้ในส่วนที่ เกี่ยวกับการกระจายเสียงทางโทรทัศน์ หรือวิทยุโดยจาน ดาวเทียม หรือเคเบิล หรือเส้นใยแก้วนำแสง
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ

	ประเทศ	อนุสัญญา ผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผล บังคับใช้	อัตราภาษีไม่ เกินร้อยละ	เงื่อนไข
16	เนเธอร์แลนด์	9 มิ.ย. 2519	1 ม.ค. 2519	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
17	เนปาล	14 ก.ค. 2541	1 ม.ค. 2542	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
18	บาเรนห์	27 ธ.ค. 2546	1 ม.ค. 2547	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
19	บังคลาเทศ	9 ก.ค. 2541	1 ม.ค. 2542	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
20	บัลแกเรีย	13 ก.พ. 2544	1 ม.ค. 2545	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ (ไม่รวมถึงฟิล์มภาพยนตร์ ฟิล์มเทปหรือดิสก์ในการกระจายเสียงทางวิทยุโทรทัศน์)
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
21	เบลเยียม	28 ธ.ค. 2523	1 ม.ค. 2523	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
22	เบลารุส	2 ก.ย. 2549	1 ม.ค. 2550	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
23	ปากีสถาน	7 ม.ค. 2524	1 ม.ค. 2522	10	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ (รวมถึงการจำหน่ายสิทธิดังกล่าวด้วย)
				20	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
				ยกเว้น	ค่าสิทธิเกี่ยวกับฟิล์มหรือเทปที่จ่ายให้แก่รัฐคู่สัญญา หรือบริษัทซึ่งเป็นของรัฐ
24	โปแลนด์	13 พ.ค. 2526	1 ม.ค. 2526	5	ค่าสิทธิในการใช้งานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ แต่ไม่รวมถึงฟิล์มภาพยนตร์ หรือเทปบันทึกภาพสำหรับโทรทัศน์ หรือการกระจายเสียง
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
				ยกเว้น	ค่าสิทธิเกี่ยวกับฟิล์มหรือเทปที่จ่ายให้แก่รัฐคู่สัญญา หรือบริษัทซึ่งเป็นของรัฐ
25	ฝรั่งเศส	29 ส.ค. 2518	1 ม.ค. 2518	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
				ยกเว้น	ค่าสิทธิเกี่ยวกับฟิล์มหรือเทปที่จ่ายให้แก่รัฐคู่สัญญา หรือบริษัทซึ่งเป็นของรัฐ
				10	ตราบเท้าที่กฎหมายฝรั่งเศสได้บัญญัติอัตราภาษีซึ่งผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศฝรั่งเศสได้รับหรือสิทธิให้ใช้โดยเฉพาะซึ่งสิทธิบัตร กรรมวิธี หรือข้อสนเทศใดๆ เกี่ยวกับประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม
26	พม่า	15 ส.ค. 2554	1 ม.ค. 2555	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์
				10	ค่าสิทธิสำหรับการบริการในลักษณะการจัดการหรือการให้คำปรึกษาหรือเพื่อข้อสนเทศเกี่ยวกับประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือวิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ



	ประเทศ	อนุสัญญา ผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผล บังคับใช้	อัตราภาษีไม่ เกินร้อยละ	เงื่อนไข
27	ฟินแลนด์	26 ก.พ. 2529	1 ม.ค. 2530	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
28	ฟิลิปปินส์	11 เม.ย. 2526	1 ม.ค. 2526	15	ถ้าค่าสิทธินั้นจ่าย (1) โดยวิสาหกิจที่จดทะเบียนกับสำนักงานส่งเสริมการลงทุนแห่ง ประเทศฟิลิปปินส์ และดำเนินการในกิจกรรมที่ เลือกสรรแล้ว หรือ (2) โดยวิสาหกิจภายใต้การส่งเสริมของคณะกรรมการ ส่งเสริมการลงทุนแห่งประเทศไทย หรือ (3) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับฟิล์มภาพยนตร์ หรือเทป บันทึกภาพสำหรับโทรทัศน์ หรือการกระจายเสียง
				25	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
29	มอริเชียส	10 มิ.ย. 2541	1 ม.ค. 2542	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรืองานวิทยาศาสตร์ แต่ไม่รวมถึง ฟิล์มภาพยนตร์ หรือฟิล์ม เทป หรือดิสก์ที่ใช้ ในการกระจายเสียงทางวิทยุ หรือทางโทรทัศน์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
30	มาเลเซีย	2 ก.พ. 2526	1 ม.ค. 2526	15	ค่าสิทธิทุกกรณี แต่ไม่รวมค่าสิทธิเกี่ยวกับฟิล์มภาพยนตร์ หรือเทป สำหรับใช้ทางโทรทัศน์หรือวิทยุ การทำเหมืองแร่ บ่อน้ำมัน เหมืองหิน หรือที่มีการขุดใช้ทรัพยากรธรรมชาติ ป่าไม้ หรือผลิตภัณฑ์จากป่า ยกเว้นภาษี ค่าสิทธิทาง อุตสาหกรรมในมาเลเซียที่ได้รับความเห็นชอบจาก เจ้าหน้าที่ในมาเลเซีย ผู้มีอำนาจของมาเลเซียแล้ว
31	ยูเครน	24 พ.ย. 2547	1 ม.ค. 2548	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
32	เยอรมัน	4 ธ.ค. 2511	1 ม.ค. 2510	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
33	รัสเซีย	15 ม.ค. 2552	1 ม.ค. 2553	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
34	โรมาเนีย	13 เม.ย. 2540	1 ม.ค. 2541	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
35	ลักเซมเบิร์ก	22 มิ.ย. 2541	1 ม.ค. 2542	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
36	ลาว	23 ธ.ค. 2540	1 ม.ค. 2541	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
37	เวียดนาม	31 ธ.ค. 2535	1 ม.ค. 2536	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
38	ศรีลังกา	12 มี.ค. 2533	1 ม.ค. 2534	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
39	สเปน	16 ก.ย. 2541	1 ม.ค. 2542	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ (ไม่ รวมถึงฟิล์มภาพยนตร์ เทป วิทยุ โทรทัศน์)
				8	ค่าสิทธิในการเช่าทรัพย์สินแบบลิขสิทธิ์ การใช้หรือสิทธิใน การใช้อุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือทาง วิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ

	ประเทศ	อนุสัญญา ผลบังคับใช้	ปีภาษีที่มีผล บังคับใช้	อัตราภาษีไม่ เกินร้อยละ	เงื่อนไข
40	สวีเดน	19 ธ.ค. 2539	1 ม.ค. 2540	5	ค่าสิทธิในการทำงานวรรณกรรม ศิลปะ หรืองานวิทยาศาสตร์ใดๆ แต่ไม่รวมถึงฟิล์มภาพยนตร์ หรือฟิล์มหรือเทปบันทึกภาพสำหรับการกระจายเสียง ทางวิทยุหรือโทรทัศน์
				10	ค่าสิทธิกรณีสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบหรือหุ่นจำลอง แผนผังสูตรหรือกรรมวิธีลับใดๆ
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ แต่ประเทศไทยจะต้องลดภาษีลง คงเก็บได้จริงไม่เกินร้อยละ 10 ของค่าสิทธิ ถ้าหากเข้าเงื่อนไข 2 ประการ คือ ตามกฎหมายของสวีเดนแล้ว ไม่เก็บภาษี ณ ที่จ่ายจากค่าสิทธิที่จ่ายให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในสวีเดนแล้วและในการเครดิตภาษีในสวีเดนแล้วยอมให้ถือเป็นค่าใช้จ่ายที่พึงหักได้ร้อยละ 50 ของค่าสิทธิ
41	สวีเดน	26 ก.ย. 2532	1 ม.ค. 2533	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
42	สหรัฐอเมริกา	15 ธ.ค. 2540	1 ม.ค. 2541	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ รวมทั้งซอฟต์แวร์และฟิล์มภาพยนตร์ งานฟิล์ม เทป หรือการกระทำอื่นๆ เพื่อถอดสำหรับการใช้ที่เกี่ยวข้องกับการกระจายเสียงของวิทยุหรือโทรทัศน์
				8	ค่าสิทธิกรณีการใช้อุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือวิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
43	สิงคโปร์	27 เม.ย. 2519	1 ม.ค. 2519	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
43.1	สิงคโปร์ (ฉบับแก้ไข)	15 ก.พ. 2559	1 ม.ค. 2560	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะหรือวิทยาศาสตร์ รวมถึงฟิล์มภาพยนตร์ หรือฟิล์ม หรือเทปสำหรับการกระจายเสียง ทางวิทยุหรือโทรทัศน์
				8	ค่าสิทธิกรณีสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบหรือหุ่นจำลอง แผนผัง สูตรหรือกรรมวิธีลับใดๆ
				10	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
44	สโลวีเนีย	4 พ.ค. 2547	1 ม.ค. 2548	10	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะหรือวิทยาศาสตร์ รวมถึงฟิล์มภาพยนตร์ ถ่ายทอดสด ฟิล์ม เทป หรือการกระทำอื่นเพื่อการใช้หรือการถอดแบบ ที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่ทางวิทยุและโทรทัศน์ และในการใช้อุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือวิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
45	ออสเตรีย	27 ธ.ค. 2532	1 ม.ค. 2533	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
46	ออสเตรีย	1 ก.ค. 2529	1 ม.ค. 2529	15	ค่าสิทธิทุกกรณี

	ประเทศ	อนุสัญญา ฉบับที่ใช้	ปีภาษีที่มีผล บังคับใช้	อัตราภาษีไม่ เกินร้อยละ	เงื่อนไข
47	อังกฤษ และ ไอร์แลนด์เหนือ	20 พ.ย. 2524	1 ม.ค. 2524	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
48	อาร์เจนตินา	12 พ.ย. 2545	1 ม.ค. 2546	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
49	อิตาลี	31 พ.ค. 2523	1 ม.ค. 2521	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
50	อินเดีย	13 มี.ค. 2529	1 ม.ค. 2530	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
50.1	อินเดีย (ฉบับ แก้ไข)	5 ม.ค. 2559	1 ม.ค. 2560	10	ค่าสิทธิทุกกรณี
51	อินโดนีเซีย	23 ต.ค. 2546	1 ม.ค. 2547	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
52	อิสราเอล	24 ธ.ค. 2539	1 ม.ค. 2540	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ ไม่รวม ฟิล์มภาพยนตร์ หรือฟิล์ม หรือเทปสำหรับการกระจาย เสียงของวิทยุหรือโทรทัศน์
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
53	อุซเบกิสถาน	21 ก.ค. 2542	1 ม.ค. 2543	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
54	อามิเรตส์	28 ธ.ค. 2543	1 ม.ค. 2544	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
55	เอสโตเนีย	23 ธ.ค. 2556	1 ม.ค. 2557	8	ค่าสิทธิในการใช้อุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือวิทยาศาสตร์
				10	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ
56	แอฟริกาใต้	27 ส.ค. 2539	1 ม.ค. 2540	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
57	โอมาน	27 ก.พ. 2547	1 ม.ค. 2548	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
58	ไอร์แลนด์	11 มี.ค. 2558	1 ม.ค. 2559	5	สิทธิในการใช้ลิขสิทธิ์ใด ๆ ในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือ วิทยาศาสตร์ รวมทั้งซอฟต์แวร์ และฟิล์มภาพยนตร์และ งานฟิล์ม เทป หรือการกระทำอื่น ๆ เพื่อถอดแบบสำหรับ การใช้ที่เกี่ยวข้องกับการกระจายเสียงของวิทยุหรือ โทรทัศน์
				10	ค่าสิทธิในการใช้อุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือวิทยาศาสตร์ หรือสิทธิบัตรใด ๆ
				15	ค่าสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า แบบหรือหุ่นจำลอง แผนผัง สูตรลับ หรือกรรมวิธีลับใด ๆ หรือเพื่อขอสันเทศ เกี่ยวกับประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือวิทยาศาสตร์
59	ฮังการี	16 ต.ค. 2532	1 ม.ค. 2533	15	ค่าสิทธิทุกกรณี
60	ฮ่องกง	7 ธ.ค. 2548	1 ม.ค. 2549	5	ค่าสิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์
				10	ค่าสิทธิในสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบหรือ หุ่นจำลอง แผนผัง สูตรลับ หรือกรรมวิธีลับใด ๆ
				15	ค่าสิทธิในกรณีอื่นๆ

#### 4.1.1.2 ประเภทของเงินได้ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบังคับใช้

เราสามารถศึกษาการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในประเทศไทยได้จากการศึกษาพัฒนาการของถ้อยคำที่บัญญัติถึงผู้ที่มีสิทธิได้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนในข้อบทหลักๆ ที่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์อันได้แก่ ข้อบทที่เกี่ยวกับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ ซึ่งหากพิจารณาจากถ้อยคำที่นำมาใช้ จะเห็นได้ว่าถ้อยคำในอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยโดยส่วนใหญ่มีพัฒนาการการเปลี่ยนแปลงด้านถ้อยคำสอดคล้องกับพัฒนาการของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD แต่อาจจะมีความแตกต่างไม่เป็นไปตาม OECD อยู่บ้างในบางอนุสัญญา เช่น ยังใช้คำว่า “ผู้รับ” (recipient) อยู่แม้ว่า OECD จะให้ใช้คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) แล้ว ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะอนุสัญญาภาษีซ้อนเป็นความตกลงระหว่างประเทศจึงต้องใช้ความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงอาจทำให้การปรับปรุงให้ทันสมัยตามการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำของ OECD มีความยากลำบากหรือไม่สำเร็จหรืออาจเป็นเพราะกรมสรรพากรเองที่ไม่ได้ริเริ่มทำการเจรจาแก้ไขบทบัญญัติให้มีความทันสมัยก็เป็นได้

พัฒนาการของถ้อยคำอันสื่อถึงหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยลงนามสามารถสรุปได้ดังนี้<sup>11</sup>

(1) อนุสัญญาที่ไม่ใช่หลักเจ้าของผลประโยชน์ในทุกเงินได้ กล่าวคือ อนุสัญญาใช้คำว่า “ผู้รับ” (recipient) ในเงินได้ทุกประเภท\* – อนุสัญญาในกลุ่มนี้มีไม่มากและส่วนใหญ่จะเป็นฉบับที่ทำมานานแล้ว เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับที่ทำกับประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส เนเธอร์แลนด์

<sup>11</sup>อนก ศิริเสถียร, "ความหมายและขอบเขตของคำว่าเจ้าของผู้ได้รับผลประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน," หน้า 69-72.

\*บางอนุสัญญา เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-อังกฤษ และไอร์แลนด์เหนือมีบทบัญญัติเรื่อง Subject to Tax แทนการใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ ซึ่งบทบัญญัติเรื่อง Subject to Tax มีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบเช่นกัน (ดู HM Revenue & Customs, [INTM504020 - Double Taxation Treaties: Beneficial Ownership: Importance of Beneficial Ownership](#) [Online], 20 March 2016. Source <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm504020.htm>.) เช่นข้อ 11 วรรคสองบัญญัติว่า “ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยซึ่งได้รับเงินปันผลจากบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักร และต้องเสียภาษีจากเงินปันผลดังกล่าวในประเทศไทยพึงได้รับสิทธิในเครดิตภาษีเงินปันผลดังที่บุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักรได้รับหากเขาได้รับเงินปันผลเช่นนั้น และพึงมีสิทธิได้รับชำระส่วนเกินที่เครดิตภาษีมากกว่าจำนวนภาษีที่เขาต้องชำระให้กับสหราชอาณาจักร อย่างไรก็ตามบทบัญญัติในวรรคนี้มีให้ใช้บังคับในกรณีที่ได้รับเงินปันผลเป็นบริษัทซึ่งโดยลำพัง หรือโดยร่วมกับบริษัทหนึ่งหรือหลายบริษัทควบคุมโดยตรงหรือโดยทางอ้อมอย่างน้อยร้อยละ 10 ของสิทธิออกเสียงในบริษัทที่จ่ายปันผล เพื่อการนี้ให้ถือว่าบริษัทสองบริษัทเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน ถ้าบริษัทหนึ่งควบคุมอีกบริษัท

(2) อนุสัญญาที่ใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์เฉพาะข้อบทเกี่ยวกับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ - อนุสัญญากลุ่มนี้มีมากที่สุดและเป็นอนุสัญญาส่วนใหญ่ของประเทศไทย

(2.1) ใช้คำว่า “ผู้รับ” (recipient) ปะปนกับคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner หรือคำว่า beneficially entitled)

(2.2) ใช้คำว่า “เจ้าของผู้รับประโยชน์” หรือ “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) หรือ “ผู้ได้รับผลประโยชน์” (beneficially entitled)\*

(3) อนุสัญญาที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในเงินได้ประเภทอื่นๆ บางประเภท นอกเหนือจากเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ กล่าวคือ ใช้คำว่า “เจ้าของผู้รับประโยชน์” หรือ “เจ้าของผลประโยชน์” (beneficial owner) หรือ “ผู้ได้รับผลประโยชน์” (beneficially entitled) ในเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกเหนือจากเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ อนุสัญญาเหล่านี้ได้แก่ อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ทำกับประเทศเซเชลส์ บัลแกเรีย สหรัฐอเมริกา\*\*

เมื่อได้ศึกษาเฉพาะถึงแนวทางการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยนั้นมีทั้งอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ไม่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับเงินได้ใดๆ อนุสัญญาภาษีซ้อนที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิเท่านั้น และอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปใช้ในเงินได้อื่นบางประเภทเพิ่มเติมจากเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ แต่ไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนใดที่มีขอบทั่วไปเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ที่ใช้กับทุกประเภทเงินได้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าโครงข่ายอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยยังอาจขาดความสมบูรณ์และประสิทธิภาพในการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในการต่อต้านการเลือกใช้อุสัญญาโดยมิชอบอยู่ ดังที่ผู้วิจัยจะได้นำเสนอเป็นตารางสรุปดังนี้

---

หนึ่งโดยตรงหรือโดยทางอ้อมหรือทั้งสองบริษัทถูกควบคุมโดยบริษัทที่สามไม่ว่าจะเป็นโดยตรงหรือโดยทางอ้อม”  
[การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

\*โปรดดูตารางที่ 3 ตารางแสดงถ้อยคำที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยและการขยายหลักดังกล่าวไปยังเงินได้ข้ออื่นๆ

\*\*อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-แคนาดาในข้อ 21 เงินได้อื่นๆ (Other Income) มีการใช้คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” แต่ไม่น่าจะใช้ในความหมายของหลักเจ้าของผลประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนจึงไม่รวมไว้ในข้อนี้

ตารางที่ 3 ตารางแสดงถ้อยคำที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ตาม  
อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยและการขยายหลักดังกล่าวไปยังเงินได้ข้ออื่นๆ

	ประเทศ	อนุสัญญา มีผล บังคับใช้	ปีภาษีที่ มีผล บังคับใช้	เงินปันผล	ดอกเบี้ย	ค่าสิทธิ	การนำหลักเจ้าของ ผลประโยชน์ไปใช้ กับเงินได้ประเภทอื่น
1	เกาหลีใต้	29 มิ.ย. 2550	1 ม.ค. 2551	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
2	แคนาดา	16 ก.ค. 2528	1 ม.ค. 2528	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	เจ้าของผู้รับประโยชน์	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น (ขอ เงินได้อื่นๆ มี การใช้คำว่า “เจ้าของ ผลประโยชน์” แต่ไม่ น่าจะใช้ใน ความหมายของหลัก เจ้าของผลประโยชน์ ภายใต้อนุสัญญา ภาษีซ้อน)
3	คูเวต	25 เม.ย. 2549	1 ม.ค. 2550	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
4	จีน	29 ธ.ค. 2529	1 ม.ค. 2530	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
5	ชิลี	5 พ.ค. 2553	1 ม.ค. 2554	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
6	เชค	14 ส.ค. 2538	1 ม.ค. 2539	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
7	เซเชลส์	13 มี.ค. 2549	1 ม.ค. 2550	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	ข้อ 22 เงินได้อื่นๆ
8	ไซปรัส	4 เม.ย. 2543	1 ม.ค. 2544	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
9	ญี่ปุ่น	30 ส.ค. 2533	1 ม.ค. 2534	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	เจ้าของผู้รับประโยชน์	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
10	เดนมาร์ก	12 ก.พ. 2542	1 ม.ค. 2543	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์/ เจ้าของผู้รับประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
11	ไต้หวัน	19 ธ.ค. 2555	1 ม.ค. 2556	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
12	ตุรกี	13 ม.ค. 2548	1 ม.ค. 2549	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น

	ประเทศ	อนุสัญญา มีผล บังคับใช้	ปีภาษีที่ มีผล บังคับใช้	เงินปันผล	ดอกเบีย	ค่าสิทธิ	การนำหลักเจ้าของ ผลประโยชน์ไปใช้ กับเงินได้ประเภทอื่น
13	ทาจิเกสถาน	23 ธ.ค. 2556	1 ม.ค. 2557	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
14	นอร์เวย์	29 ธ.ค. 2546	1 ม.ค. 2547	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
15	นิวซีแลนด์	14 ธ.ค. 2541	1 ม.ค. 2542	ผู้มีถิ่นที่อยู่(วรรค สอง)+ผู้ได้รับ ผลประโยชน์(วรรคสี่)	เจ้าของผลประโยชน์	ผู้รับผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
16	เนเธอร์แลนด์	9 มิ.ย. 2519	1 ม.ค. 2519	ผู้มีถิ่นที่อยู่+ผู้รับ	ผู้มีถิ่นที่อยู่+ผู้รับ	ผู้รับ	-
17	เนปาล	14 ก.ค. 2541	1 ม.ค. 2542	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
18	บาเรนห์	27 ธ.ค. 2546	1 ม.ค. 2547	เจ้าของผลประโยชน์	เงินได้จากสิทธิ เรียกร้องในหนี้- เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
19	บังคลาเทศ	9 ก.ค. 2541	1 ม.ค. 2542	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
20	บัลแกเรีย	13 ก.พ. 2544	1 ม.ค. 2545	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	ข้อ 22 เงินได้อื่นๆ
21	เบลเยียม	28 ธ.ค. 2523	1 ม.ค. 2523	ผู้รับ	ผู้มีถิ่นที่อยู่+ผู้รับ	เจ้าของ ผลประโยชน์	-
22	เบลารุส	2 ก.ย. 2549	1 ม.ค. 2550	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
23	ปากีสถาน	7 ม.ค. 2524	1 ม.ค. 2522	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	ผู้รับ+เจ้าของที่ ได้รับประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
24	โปแลนด์	13 พ.ค. 2526	1 ม.ค. 2526	ผู้รับ	ผู้มีถิ่นที่อยู่+ผู้รับ	ผู้รับ	-
25	ฝรั่งเศส	29 ส.ค. 2518	1 ม.ค. 2518	ผู้รับ	ผู้รับ	ผู้รับ	-
26	พม่า	15 ส.ค. 2554	1 ม.ค. 2555	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
27	ฟินแลนด์	26 ก.พ. 2529	1 ม.ค. 2530	ผู้รับ+เจ้าของ ผลประโยชน์	ผู้รับ+เจ้าของ ผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
28	ฟิลิปปินส์	11 เม.ย. 2526	1 ม.ค. 2526	เงินปันผล ผู้รับ	ดอกเบีย ผู้รับนั้นเป็นเจ้าของ ดอกเบียที่ได้รับ ประโยชน์	ค่าสิทธิ ผู้รับเป็นผู้รับ ประโยชน์โดยตรง ของค่าสิทธิ	ไม่ใช้กับข้ออื่น

	ประเทศ	อนุสัญญา มีผล บังคับใช้	ปีภาษีที่ มีผล บังคับใช้	เงินปันผล	ดอกเบีย	ค่าสิทธิ	การนำหลักเจ้าของ ผลประโยชน์ไปใช้ กับเงินได้ประเภทอื่น
29	มอริเชียส	10 มิ.ย. 2541	1 ม.ค. 2542	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
30	มาเลเซีย	2 ก.พ. 2526	1 ม.ค. 2526	ผู้รับ (ไทย) เจ้าของที่แท้จริง (มาเลเซีย)	ผู้รับ	ผู้รับ	ไม่ใช้กับข้ออื่น
31	ยูเครน	24 พ.ย. 2547	1 ม.ค. 2548	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
32	เยอรมนี	4 ธ.ค. 2511	1 ม.ค. 2510	ผู้รับ	ผู้รับ	ผู้รับ	-
33	รัสเซีย	15 ม.ค. 2552	1 ม.ค. 2553	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
34	โรมาเนีย	13 เม.ย. 2540	1 ม.ค. 2541	ผู้รับ+เจ้าของ ผลประโยชน์	บริษัทซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่ อยู่+เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	ค่าสิทธิ-ผู้รับ	ไม่ใช้กับข้ออื่น
35	ลักเซมเบิร์ก	22 มิ.ย. 2541	1 ม.ค. 2542	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
36	ลาว	23 ธ.ค. 2540	1 ม.ค. 2541	เจ้าของผู้รับ ผลประโยชน์	เจ้าของผู้รับ ผลประโยชน์	เจ้าของผู้รับ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
37	เวียดนาม	31 ธ.ค. 2535	1 ม.ค. 2536	เจ้าของผู้รับ ผลประโยชน์	เจ้าของผู้รับ ผลประโยชน์	เจ้าของผู้รับ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
38	ศรีลังกา	12 มี.ค. 2533	1 ม.ค. 2534	ไม่มี	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
39	สเปน	16 ก.ย. 2541	1 ม.ค. 2542	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	เจ้าของผู้รับประโยชน์	เจ้าของประโยชน์+ เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
40	สวิสเซอร์แลนด์	19 ธ.ค. 2539	1 ม.ค. 2540	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
41	สวีเดน	26 ก.ย. 2532	1 ม.ค. 2533	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
42	สหรัฐอเมริกา	15 ธ.ค. 2540	1 ม.ค. 2541	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ขอ 20 เงินบำนาญ และสวัสดิการสังคม ขอ 24 เงินได้อื่นๆ และมีข้อบ่งชี้เรื่องการ จำกัดสิทธิประโยชน์ (ข้อ 18)



	ประเทศ	อนุสัญญา มีผล บังคับใช้	ปีภาษีที่ มีผล บังคับใช้	เงินปันผล	ดอกเบี้ย	ค่าสิทธิ	การนำหลักเจ้าของ ผลประโยชน์ไปใช้ กับเงินได้ประเภทอื่น
43	สิงคโปร์	27 เม.ย. 2519	1 ม.ค. 2519	ผู้รับ	ผู้รับ	ผู้รับ	-
43.1	สิงคโปร์ (ฉบับแก้ไข)	15 ก.พ. 2559	1 ม.ค. 2560	เจ้าของผลประโยชน์			ไม่ใช้กับข้ออื่น
44	สโลเวเนีย	4 พ.ค. 2547	1 ม.ค. 2548	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
45	ออสเตรเลีย	27 ธ.ค. 2532	1 ม.ค. 2533	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์/ผู้ได้รับ ผลประโยชน์	ผู้ได้รับผลประโยชน์/ ผู้รับผลประโยชน์	ผู้รับผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
46	ออสเตรีย	1 ก.ค. 2529	1 ม.ค. 2529	ผู้รับ+เจ้าของผู้รับ ผลประโยชน์	ผู้รับ+เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	เจ้าของผู้ได้รับ ประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
47	อังกฤษและ ไอร์แลนด์ เหนือ	20 พ.ย. 2524	1 ม.ค. 2524	เงินปันผล-ผู้รับ (แต่มีบทบัญญัติเรื่อง Subject to Tax ซึ่งสหราชอาณาจักร กล่าวว่ามี วัตถุประสงค์ในการ ต่อต้านการเลือกใช้ อนุสัญญาภาษีซ้อน โดยมิชอบแทน)	ดอกเบี้ย-ผู้รับ (แต่มีบทบัญญัติเรื่อง Subject to Tax ซึ่ง สหราชอาณาจักร กล่าวว่ามีวัตถุประสงค์ ในการต่อต้านการ เลือกใช้ออนุสัญญา ภาษีซ้อนโดยมิชอบแทน)	ค่าสิทธิ-ผู้รับ (แต่มีบทบัญญัติ เรื่อง Subject to Tax ซึ่งซึ่งสหราชอาณาจักร กล่าวว่ามี วัตถุประสงค์ในการ ต่อต้านการเลือกใช้ อนุสัญญาภาษีซ้อน โดยมิชอบแทน)	-
48	อาร์เจนตินา	12 พ.ย. 2545	1 ม.ค. 2546	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
49	อิตาลี	31 พ.ค. 2523	1 ม.ค. 2521	ผู้รับ	ผู้รับ	ผู้รับ	-
50	อินเดีย	13 มี.ค. 2529	1 ม.ค. 2530	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	ผู้รับ	ผู้รับ	ไม่ใช้กับข้ออื่น
50.1	อินเดีย (ฉบับ แก้ไข)	5 ม.ค. 2559	1 ม.ค. 2560	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	เจ้าของผู้รับประโยชน์	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
51	อินโดนีเซีย	23 ต.ค. 2546	1 ม.ค. 2547	เจ้าของ ผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
52	อิสราเอล	24 ธ.ค. 2539	1 ม.ค. 2540	เจ้าของ ผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
53	อุซเบกิสถาน	21 ก.ค. 2542	1 ม.ค. 2543	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
54	อเมริกาใต้	28 ธ.ค. 2543	1 ม.ค. 2544	ผู้รับประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น

	ประเทศ	อนุสัญญา มีผล บังคับใช้	ปีภาษีที่ มีผล บังคับใช้	เงินปันผล	ดอกเบีย	ค่าสิทธิ	การนำหลักเจ้าของ ผลประโยชน์ไปใช้ กับเงินได้ประเภทอื่น
55	เอสโตเนีย	23 ธ.ค. 2556	1 ม.ค. 2557	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
56	แอฟริกาใต้	27 ส.ค. 2539	1 ม.ค. 2540	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
57	โอมาน	27 ก.พ. 2547	1 ม.ค. 2548	เจ้าของประโยชน์	ผู้รับประโยชน์	ผู้รับประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
58	ไอร์แลนด์	11 มี.ค. 2558	1 ม.ค. 2559	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
59	ฮังการี	16 ต.ค. 2532	1 ม.ค. 2533	เจ้าของผู้รับ ประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	เจ้าของที่ได้รับ ประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น
60	ฮ่องกง	7 ธ.ค. 2548	1 ม.ค. 2549	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของผลประโยชน์	เจ้าของ ผลประโยชน์	ไม่ใช้กับข้ออื่น

#### 4.1.1.3 บทบัญญัติของข้อบทเงินได้ประเภทอื่นๆ ที่มีการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบังคับใช้

ในบรรดาอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปใช้ในเงินได้ประเภทอื่นๆ บางประเภทเพิ่มเติมจากเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิตามที่แสดงข้างต้น นั้น มักจะเป็นการขยายไปยังเงินได้ประเภทเงินได้อื่นๆ (Other Income) เป็นส่วนใหญ่ ซึ่งจะมีเนื้อหาของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดังนี้

(1) อนุสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับประเทศแคนาดาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงการรัษฎากรในสวนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ มีการนำใช้คำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” มาใช้ในข้อเงินได้อื่นๆ ดังปรากฏในข้อ 21 วรรคสอง ดังนี้

“2. อย่างไรก็ตาม ถ้าเงินใดเช่นว่านั้นได้รับโดยผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งจากแหล่งในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง เงินใดเช่นว่านั้นอาจเก็บภาษีในรัฐที่เงินได้นั้นเกิดขึ้น และตามกฎหมายของรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เงินได้จาก มรดก หรือทรัสต์ ซึ่งได้มาจากแหล่งในประเทศแคนาดาโดยผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ซึ่งเป็นเจ้าของผลประโยชน์เงินได้นั้น ภาษีที่จัดเก็บในประเทศแคนาดาจะต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของจำนวนเงินได้ทั้งหมด”

อย่างไรก็ดี เมื่ออ่านเนื้อความแล้วไม่น่าจะเป็นคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ตามหลักเจ้าของผลประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ผู้วิจัยกำลังทำการค้นคว้า แต่น่าจะมาจากกฎหมายเรื่องมรดกและทรัสต์ของประเทศแคนาดา ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-แคนาดาไม่ได้ขยายหลักดังกล่าวมายังข้อบทเรื่องเงินได้อื่นๆ

(2) ความตกลงระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรและรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐเซเชลส์เพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและเพื่อป้องกันการเลี่ยงการรัษฎากรในสวนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้

มีการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในข้อเงินได้อื่นๆ ดังปรากฏในข้อ 22 วรรคสอง ดังนี้

“2. บทบัญญัติของวรรค 1 จะไม่ใช้บังคับกับเงินได้นอกจากเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งได้นิยามไว้ในวรรค 1 ของข้อ 6 ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ของเงินได้นั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่งดำเนินธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งผ่านทางสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือดำเนินการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระในอีกรัฐหนึ่งนั้นจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งนั้น และเงินได้นั้นพึงถือว่าเป็นของสถานประกอบการถาวรหรือ ฐานประกอบการประจำเช่นว่านั้น ในกรณีเช่นนั้น จะใช้บทบัญญัติของข้อ 7 หรือข้อ 14 บังคับแล้วแต่กรณี”

**(3) อนุสัญญาระหว่างสาธารณรัฐบัลแกเรียและราชอาณาจักรไทยเพื่อการเวนการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้**

มีการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในข้อเงินได้อื่นๆ ดังปรากฏในข้อ 22 วรรคสอง ดังนี้

“2. บทบัญญัติของวรรค 1 จะไม่ใช่บังคับกับเงินได้นอกเหนือจากเงินได้ จากอสังหาริมทรัพย์ซึ่งได้นิยามไว้ในวรรค 2 ของข้อ 6 ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ของเงินได้ดังกล่าว นั้น เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่งดำเนินธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งผ่านทางสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือดำเนินการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระในอีกรัฐหนึ่งนั้นจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น และสิทธิหรือทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวกับเงินได้ที่ได้ จ่ายไปนั้นมีส่วนเกี่ยวเนื่องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำเช่นนั้น ในกรณีเช่นนั้น จะใช้บทบัญญัติของข้อ 7 หรือข้อ 14 บังคับแล้วแต่กรณี”

**(4) อนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาเพื่อการเวนการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้**

มีการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในข้อเงินบำนาญและสวัสดิการสังคมและเงินได้อื่นๆ ดังปรากฏในข้อ 20 วรรคสาม และ 24 วรรคสอง ตามลำดับดังนี้

ข้อ 20 เงินบำนาญและสวัสดิการสังคม

“3. เบี้ยรายปีที่ได้รับและเงินของผลประโยชน์โดยผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่งจะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐ นั้น คำว่า "เบี้ยรายปี" ตามที่ใช้อยู่ในวรรคนี้ หมายถึง จำนวนเงินที่ระบุว่าเป็นการจ่ายตามระยะเวลาที่กำหนดระหว่างจำนวนปี ที่กำหนดภายใต้ข้อผูกมัดที่จ่ายคืนให้เพื่อเป็นการตอบแทนที่เหมาะสมและเต็มที(นอกเหนือจากการทำงานให้”

ข้อ 24 เงินได้อื่นๆ

“1. บรรดารายการเงินได้ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่งไม่ว่าเกิดขึ้นที่ใดซึ่งมิได้เกี่ยวข้องกับข้อก่อน ๆ ของอนุสัญญานี้ ให้เก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น

2. บทบัญญัติของวรรค 1 จะไม่ใช่บังคับกับเงินได้ นอกเหนือจากเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ดังที่ได้ระบุในวรรค 2 ของข้อ 6 (เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ (ที่ดิน)) ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ของเงินได้นั้น เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่งดำเนินธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งผ่านทางสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น หรือดำเนินการบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระในอีกรัฐหนึ่งจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น และสิทธิหรือ

ทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ เงินได้ที่จ่ายมีส่วนเกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำ ในกรณีดังกล่าวบทบัญญัติของข้อ 7 (กำไรจากธุรกิจ) หรือ ข้อ 15 (บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ) แลแต่กรณีจะใช้บังคับ”

ทั้งนี้ เป็นที่น่าสนใจว่าแม้ว่าวรรคหนึ่งของข้อ 24 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน ไทย-สหรัฐอเมริกาจะไม่ได้ใช้คำว่า “บุคคลผู้ได้รับผลประโยชน์” (“beneficially owned”) ซึ่งแสดงถึงความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ตั้งที่อนุสัญญาต้นแบบของสหรัฐอเมริกาฉบับปีค.ศ. 2006 ใช้ แต่คำอธิบายทางเทคนิคของสหรัฐอเมริกาที่ออกมาเพื่ออธิบายอนุสัญญาฉบับนี้ได้ระบุว่า หากเราพิจารณาจากวลีว่า “เงินได้ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่ง” เราจะเข้าใจได้ว่าสิทธิเพียงผู้เดียวของรัฐถิ่นที่อยู่ในการเก็บภาษีตามวรรคหนึ่งของข้อ 24 นำมาใช้ก็ต่อเมื่อผู้มีถิ่นที่อยู่ในเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ ดังนั้น รัฐแหล่งเงินได้ยังมีสิทธิเก็บภาษีได้อยู่หากมีการจ่ายเงินได้ไปยังผู้มีถิ่นที่อยู่ในของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเพียงเล็กน้อย (nominally paid) แต่มีเจ้าของผลประโยชน์เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่สามที่ไม่ใช่รัฐคู่สัญญา<sup>12</sup>

#### 4.1.2 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแง่การตีความของกรมสรรพากร

เป็นที่น่าสนใจว่าเท่าที่ผู้วิจัยทำการค้นคว้ามานั้น ยังไม่มีคำพิพากษาเกี่ยวกับการตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนมีเพียงแต่การตอบข้อหารือของกรมสรรพากรซึ่งก็มีไม่มากมายนักเท่านั้น ซึ่งผู้วิจัยจะได้แสดงตัวอย่างการตีความวินิจฉัยดังกล่าวดังต่อไปนี้

(1) คำวินิจฉัยกรมสรรพากรที่ กค 0706/2083 (10 มีนาคม พ.ศ.2549) กค 0706 (กม.08)/577 (9 พฤษภาคม พ.ศ.2549) และ กค 0706/3987 (9 พฤษภาคม พ.ศ.2549)

ในปี พ.ศ. 2549 กรมสรรพากรได้ออกคำวินิจฉัยออกมา 3 ฉบับในเวลาไล่เลี่ยกัน เกี่ยวกับการจ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ผู้ถือหุ้นนิติบุคคลในต่างประเทศภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน ไทย-อเมริกา ซึ่งจากการสังเกตของผู้วิจัย คำวินิจฉัยทั้งสามนั้นน่าจะเป็นเรื่องเดียวกันหรือเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันอย่างมากโดยคำวินิจฉัยสองฉบับท้าย (กค 0706(กม.08)/577 และ กค 0706/3987) เป็นการแก้ไข (หรือขยายความ) คำวินิจฉัยฉบับแรก (กค 0706/2083) ที่ออกมาก่อนหน้าไม่นานนัก ดังที่ผู้วิจัยจะได้แสดงและวิเคราะห์ให้เห็นดังต่อไปนี้

(1.1) คำวินิจฉัยกรมสรรพากรที่ กค 0706/2083 (10 มีนาคม พ.ศ.2549)

<sup>12</sup>US Department of the Treasury, Technical explanation of the convention between the government of the United States of America and the government of the Kingdom of Thailand for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income signed at Bangkok on November 26, 1996 [Online],1996. Source <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/thaitech.pdf>.

เรื่อง: ภาษีเงินได้นิติบุคคล กรณีการจ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ผู้ถือหุ้นในต่างประเทศ

ข้อกฎหมาย: มาตรา 40(4)(ก) มาตรา 70 และอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-อเมริกา

ข้อหารือ:

บริษัท A จัดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายประเทศไทย และอยู่ในระหว่างเตรียมการเสนอขายหุ้นกู้ (Debenture) ให้กับนักลงทุนต่างประเทศ โดยหุ้นกุดังกล่าวจะเสนอขายให้แก่ผู้ลงทุนที่เป็นสถาบันการเงินในประเทศสหรัฐอเมริกาและผู้ลงทุนเฉพาะเจาะจง ในการเสนอขายหุ้นกู้ บริษัท A จะแต่งตั้ง The Depository Trust Company ("DTC") ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของมลรัฐ New York ประเทศสหรัฐอเมริกา ทำหน้าที่เป็นผู้รับฝากหุ้นกู้ (Depository) และตัวแทนหักบัญชี (Clearing Agency) ให้แก่บริษัท A โดย DTC จะมีชื่อเป็นผู้ถือหุ้นกู้ในทะเบียนผู้ถือหุ้นกู้ของบริษัท A ในใบหุ้นกู้รวม (Global Certificate) และจัดทำทะเบียนโดยมีรายชื่อผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงรวมถึงจำนวนหุ้นกู้ที่ถือ การถือหุ้นกู้ของ DTC จึงเป็นการถือหุ้นกู้แทนผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงของบริษัท A บริษัทฯ จึงเห็นว่าหากวันที่บริษัท A จ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ DTC โดยบริษัท A ทราบรายชื่อ สถานะจำนวนหุ้นกู้ รวมถึงสัญชาติของผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริง บริษัท A จะต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายดังนี้

1. หากผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงเป็นสถาบันการเงินหรือบริษัทประกันภัยตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัท A จะต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายในอัตราร้อยละ 10 ของจำนวนดอกเบี้ยที่ผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงรายนั้น ๆ ได้รับ
2. หากผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงเป็นสถาบันการเงินหรือบริษัทประกันภัย รวมถึงที่มีสถานะอื่นใดตามกฎหมายของประเทศอื่นนอกเหนือจากประเทศสหรัฐอเมริกาที่อาจได้รับสิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศอื่น ๆ เช่น กรณีที่ผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงเป็นสถาบันการเงินของประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินเดีย ประเทศนิวซีแลนด์ หรือประเทศลิวีเชียแลนด์ เป็นต้น บริษัท A จะต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายในอัตราร้อยละ 10 ของจำนวนดอกเบี้ยที่ผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงรายนั้น ๆ ได้รับ เนื่องจากอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่าง ๆ นั้น มีบทบัญญัติให้ลดอัตราร้อยละกรณีการจ่ายดอกเบี้ยเหลือร้อยละ 10
3. สำหรับผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงที่มีสถานะนอกเหนือจาก 1. และ 2. ข้างต้น รวมถึงกรณีที่บริษัท A มิได้รับข้อมูลเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นที่แท้จริง บริษัท A จะต้องหักภาษี

จากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายในอัตราร้อยละ 15 ของจำนวนดอกเบี้ยในส่วนที่ผู้ถือหุ้น  
**กู้ที่แท้จริง**รายนั้น ๆ ได้รับ

4. หากถือว่า **ผู้ได้รับดอกเบี้ยดังกล่าว คือ DTC** บริษัท A มีหน้าที่ต้องหักภาษีจาก  
 เงินได้พึงประเมินที่จ่ายสำหรับดอกเบี้ยที่จ่ายในอัตราร้อยละ 10 ตามข้อ 11 แห่ง  
 อนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาเพื่อ  
 การเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงการรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษี  
 เก็บจากเงินได้ หรือไม่ อย่างไร

แนววินิจฉัย:

กรณีบริษัท A จัดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายประเทศไทย มีความประสงค์จะ  
 ขายหุ้นกู้ให้กับผู้ลงทุนซึ่งเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย  
 ของต่างประเทศ เมื่อบริษัท A จ่ายเงินดอกเบี้ยหุ้นกู้ซึ่งเป็นเงินได้พึงประเมินตาม  
 มาตรา 40(4)(ก) แห่งประมวลรัษฎากร ให้แก่ผู้ถือหุ้นกู้ที่เป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วน  
 นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ และมีได้ประกอบกิจการใน  
 ประเทศไทย บริษัท A มีหน้าที่หักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายและนำส่งภาษีใน  
 อัตราร้อยละ 15 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร เว้นแต่จะมีอนุสัญญาภาษี  
 ซ้อนกำหนดเป็นอย่างอื่น กรณีตามข้อเท็จจริง บริษัท A ขายหุ้นกู้ให้แก่ผู้ลงทุนที่เป็น  
 สถาบันการเงินหรือบริษัทประกันภัยที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา  
 ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินเดีย ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศสวิตเซอร์แลนด์  
 ผ่าน DTC หรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ (Broker) ซึ่งตั้งอยู่ในประเทศ  
 สหรัฐอเมริกา โดย DTC หรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ (Broker) เป็นผู้มีรายชื่อ  
 ของผู้ถือหุ้นในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นของบริษัท A ผู้ออกหุ้นกู้ หาก DTC หรือ  
 ตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ (Broker) ดังกล่าวเป็นสถาบันการเงินหรือบริษัท  
 ประกันภัยที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อบริษัท A จ่าย  
 ดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ DTC หรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ (Broker) ดังกล่าว  
 บริษัท A มีหน้าที่ต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายสำหรับการจ่ายดอกเบี้ย  
 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร ประกอบกับอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่ง  
 ราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาฯ [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่าแม้ว่าผู้ยื่นข้อหาหรือมายังกรมสรรพากรจะได้ชี้แจง  
 โดยเฉพาะเจาะจงว่า DTC นั้นถือหุ้นกู้ “แทน” ผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงของบริษัท A (พร้อมทั้งจัดทำ  
 ทะเบียนประกอบด้วยรายชื่อ “ผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริง” รวมถึงจำนวนหุ้นกู้ที่ถือ) แม้ว่า DTC จะมีชื่อเป็น  
 “ผู้ถือหุ้นกู้” ในทะเบียนผู้ถือหุ้นกู้ของบริษัท A ในใบหุ้นกูรวม (Global Certificate) ก็ตาม นอกจากนี้

ผู้ยื่นข้อหาหรือยังได้เปิดโอกาสให้สรรพากรตอบว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับที่ควรนำมาพิจารณาควรเป็นฉบับที่ประเทศไทยทำกับประเทศถิ่นที่อยู่ของ “ผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริง” อันส่งผลให้การหักภาษี ณ ที่จ่ายอาจเป็นไปตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับนั้นๆ (หากมี) ที่อัตราร้อยละ 10 หรือตามประมวลรัษฎากรที่อัตราร้อยละ 15 ใดๆก็ดี แม้กรมสรรพากรจะยอมรับว่า DTC เป็น “ตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์” (Broker) แต่เพราะ DTC เป็นผู้มีรายชื่อของผู้ถือหุ้นในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นของบริษัท A ก็ตาม ก็ยังหักภาษี ณ ที่จ่ายตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร ประกอบกับอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกาอยู่ โดยไม่ได้สนใจว่า “ผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริง” จะมีถิ่นที่อยู่ประเทศอื่นๆ นอกจากประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่

ทั้งนี้ หากเราพิจารณาคำอธิบายทางเทคนิคของสหรัฐอเมริกา (Department of the Treasury, Technical Explanation of the Convention between the Government of the United States of America and the Government of the Kingdom of Thailand for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income Signed at Bangkok on November 26, 1996) จะพบว่า คำอธิบายทางเทคนิคดังกล่าวได้วางหลักว่า “เนื่องจากคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไม่ได้มีนิยามไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อน ดังนั้น จึงมีนิยามตามกฎหมายของรัฐที่จัดเก็บภาษี (รัฐแหล่งเงินได้) [ประเทศไทยในกรณีนี้] เจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบี้ยวเพื่อวัตถุประสงค์ของข้อ 11 นี้ก็คือบุคคลที่เงินได้ดอกเบี้ยเป็นของเพื่อวัตถุประสงค์ในทางภาษีภายใต้กฎหมายของรัฐแหล่งเงินได้ ดังนั้น หากดอกเบี้ยที่จ่ายโดยผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง (ดังที่ตัดสินโดยข้อ 4 (ผู้มีถิ่นที่อยู่)) ได้รับโดยนอมินีหรือตัวแทนที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งแทนบุคคลที่ไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ดอกเบี้ยนี้จะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้ข้อนี้ อย่างไรก็ตาม ดอกเบี้ยที่ได้รับโดยนอมินีหรือตัวแทนที่แทนผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งจะได้รับสิทธิประโยชน์ นอกจากนี้ ตามวรรคแปดของคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ข้อ 11 (OECD Commentary to Article 11) รัฐแหล่งเงินได้อาจไม่ถือว่าบุคคลบางคนเป็นเจ้าของผลประโยชน์ หากบุคคลเหล่านั้นโดยปกติอาจได้รับดอกเบี้ยแต่ในสาระสำคัญไม่ได้ควบคุมเงินได้นั้น”<sup>13</sup> ดังนั้น ในความเห็นของผู้วิจัย แม้ว่าคำอธิบายทางเทคนิคจะชี้แจงว่าคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” จะมีนิยามตามกฎหมายของรัฐแหล่ง

<sup>13</sup>Department of the Treasury, Technical Explanation of the Convention between the Government of the United States of America and the Government of the Kingdom of Thailand for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income Signed at Bangkok on November 26, 1996 [Online], 1996. Source <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/thaitech.pdf>.



เงินได้ (ประเทศไทย) แต่ก็ได้อธิบายไว้อย่างชัดเจนว่าตัวแทนและνομินียอมไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ ดังนั้น ตามข้อเท็จจริงในกรณีนี้ เป็นที่ชัดเจนว่า DTC เป็นเพียงตัวแทนที่ทำการแทนผู้ถือหุ้นที่แท้จริง ดังนั้น ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของกรมสรรพากร ในความเห็นผู้วิจัย DTC ไม่ควรได้รับสิทธิประโยชน์ลดอัตราภาษีในดอกเบี้ยจากอัตราร้อยละ 15 เหลือร้อยละ 10 ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นที่แท้จริงที่เป็นเจ้าของผลประโยชน์จะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาและได้รับสิทธิลดอัตราภาษีเช่นเดียวกัน

กรณีนี้คดี ต่อมาในวันที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ.2549 กรมสรรพากรก็ได้ออกคำวินิจฉัยกรมสรรพากรที่ กค 0706(กม.08)/577 และ กค 0706/3987 (9 พฤษภาคม พ.ศ.2549) มาเพื่อ (ในความเห็นผู้วิจัย) แก้ไขคำวินิจฉัยข้างต้นดังนี้

(1.2) คำวินิจฉัยกรมสรรพากรที่ กค 0706(กม.08)/577 (9 พฤษภาคม พ.ศ. 2549)

เรื่อง: ภาษีเงินได้นิติบุคคล กรณีการจ่ายเงินได้จากหลักทรัพย์ให้กับ Custodian ในต่างประเทศ

ข้อกฎหมาย: ข้อ 11 วรรคสอง (ก) แห่งอนุสัญญาระหว่างไทยกับสหรัฐและ มาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร

ข้อหารือ:

1. ด้วย ญญ. ได้มีบันทึกด่วนที่สุด ลงวันที่ 5 เมษายน 2549 ทหารเรือข้อกฎหมายเกี่ยวกับภาษีเงินได้นิติบุคคล กรณีการจ่ายเงินได้จากหลักทรัพย์ให้กับ Custodian ในต่างประเทศ ราย บริษัทฯ โดยมีข้อเท็จจริงสรุปได้ดังนี้

1.1 บริษัทฯ ได้ออกหุ้นกู้เพื่อออกจำหน่ายในต่างประเทศ โดยให้ Depository Trust Company (DTC) เป็นผู้ดูแลหุ้นกู้ทั้งหมด (Custodian) และเมื่อครบกำหนดการจ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ บริษัทฯ จึงจ่ายดอกเบี้ยให้แก่ DTC โดยหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายและนำส่งไว้ในอัตราร้อยละ 15 ของเงินได้ค่าดอกเบี้ย เป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น 82,352,423.38 บาท ซึ่งจำนวนภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายดังกล่าวเป็นภาษีที่บริษัทฯ ออกให้

1.2 ต่อมาบริษัทฯ ตรวจสอบว่า DTC เป็นสถาบันการเงินและมีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งตามข้อ 11 วรรคสอง (ก) ของอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงการรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้ บัญญัติว่า หากเจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบี้ยเป็นสถาบันการเงินใด ๆ (รวมทั้ง บริษัท ประกันภัย) และมีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญา ดอกเบี้ยที่จ่ายนั้นให้เก็บภาษีได้ไม่เกิน

ร้อยละ 10 ของจำนวนดอกเบี้ยที่จ่าย ดังนั้น บริษัทฯ จึงยื่นคำร้องขอคืนเงินภาษีอากร (ค.10) เลขที่ 0151/48 ลงวันที่ 6 พฤษภาคม 2548 ขอคืนเงินภาษีหักจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายสำหรับการจ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ ประจำเดือนภาษี กุมภาพันธ์ 2548 จำนวน 30,500,897.55 บาท

2. ภาย ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ตามคำนิยาม Custodian หมายถึง ผู้ดูแลและเก็บรักษาหลักทรัพย์หรือผู้รับฝากหลักทรัพย์สิน ได้แก่ ธนาคารและสถาบันการเงินที่ทำหน้าที่ดูแลและเก็บรักษาใบหุ้น และสินทรัพย์อื่น ๆ เช่น หุ้นกู้ พันธบัตร เป็นต้น ให้แก่กองทุนส่วนบุคคลกองทุนสำรองเลี้ยงชีพบุคคลธรรมดา หรือบริษัทที่เป็นลูกค้าของ Custodian ซึ่งกรณีตามข้อเท็จจริง DTC เข้าลักษณะเป็น Custodian จึงเป็นสถาบันการเงิน สำหรับกรณีบริษัทฯ จะได้รับสิทธิประโยชน์ตามข้อ 11 วรรคสอง (ก) ของอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา หรือไม่นั้นต้องพิจารณาว่า **เจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริงเป็น Custodian หรือผู้ถือหุ้นกู้** ซึ่งตามข้อเท็จจริง **Custodian เป็นเพียงผู้รับฝากหลักทรัพย์หรือรับฝากหลักทรัพย์สิน** คล้ายกับกรณีบริษัท ศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ จำกัด ซึ่งเป็นเพียงผู้รับฝากหลักทรัพย์ มิใช่เป็นผู้รับผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริง **เจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริง คือ ผู้ถือหุ้นกู้** ดังนั้นหากบริษัทฯ หรือผู้ถือหุ้นกู้ซึ่งเป็นผู้รับผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริงพิสูจน์ได้ว่า **ผู้ถือหุ้นกู้ซึ่งเป็นสถาบันการเงินเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์ มิใช่เป็นการได้รับในนาม Custodian** เมื่อบริษัทฯ จ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ DTC บริษัทฯ มีหน้าที่ต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายสำหรับการจ่ายดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 10 **แต่ถ้าพิสูจน์ไม่ได้ว่า ผู้ใดเป็นผู้รับผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริง** บริษัทฯ มีหน้าที่ต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายสำหรับการจ่ายดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 15 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร

แนววินิจฉัย:

3. เรื่องดังกล่าวได้นำเข้าหารือในที่ประชุมของคณะกรรมการ กพภ. ครั้งที่ 8/2549 วันที่ 18 เมษายน 2549 แล้ว (เอกสารแนบ) ซึ่งที่ประชุมมีมติว่า

3.1 เนื่องจากข้อ 11 วรรคสอง (ก) แห่งอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา บัญญัติเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีจากดอกเบี้ยสรุปได้ว่า ดอกเบี้ยจ่ายจากประเทศใด ให้ประเทศนั้นเป็นผู้เก็บภาษีได้ตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศนั้น แต่หากเจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบี้ย

เป็นสถาบันการเงินใด ๆ (รวมทั้งบริษัทประกันภัย) และมีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญา ดอกเบี้ยที่จ่ายนั้นให้แก่ภาษีได้ไม่เกินร้อยละ 10 ของจำนวนดอกเบี้ยที่จ่าย

3.2 กรณีตามข้อเท็จจริง หาก DTC เป็นผู้ซื้อหุ้นกู้และมีชื่อเป็นผู้ถือหุ้นกู้ของบริษัทฯ ที่แท้จริง DTC จึงเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบี้ยหรือผู้รับผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริง เมื่อบริษัทฯ จ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ DTC บริษัทฯ มีหน้าที่ต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายสำหรับการจ่ายดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 10 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร ประกอบกับข้อ 11 วรรคสอง (ก) แห่งอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หาก DTC เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงในการดูแลและเก็บรักษาหลักทรัพย์และสินทรัพย์อื่น ๆ ให้แก่ลูกค้า เช่น ใบหุ้น หุ้นกู้ พันธบัตร เป็นต้น โดย DTC มิใช่เจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริง เมื่อบริษัทฯ จ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ DTC บริษัทฯ มีหน้าที่ต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายสำหรับการจ่ายดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 15 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หากผู้ถือหุ้นกู้ซึ่งเป็นลูกค้าของ DTC พิสูจน์ได้ว่า ผู้ถือหุ้นกู้เป็นสถาบันการเงินหรือบริษัทประกันภัยตั้งขึ้นตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบี้ยหรือผู้รับผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริง เมื่อบริษัทฯ จ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ DTC บริษัทฯ มีหน้าที่ต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายสำหรับการจ่ายดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 10 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร ประกอบกับข้อ 11 วรรคสอง (ก) แห่งอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

(1.3) คำวินิจฉัยกรมสรรพากรที่ กค 0706/3987 (9 พฤษภาคม พ.ศ.2549)

เรื่อง: ภาษีเงินได้นิติบุคคล กรณีการแจ้งผลการพิจารณาการจ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ ให้แก่ผู้ถือหุ้นในต่างประเทศเพิ่มเติม

ข้อกฎหมาย: ข้อ 11 วรรคสอง แห่งอนุสัญญาระหว่างไทยกับสหรัฐฯ และมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร

ข้อหารือ:

บริษัทฯ ได้มีหนังสือหารือ กรณีบริษัท A ขายหุ้นกู้ให้แก่ผู้ลงทุนที่เป็นสถาบันการเงินหรือบริษัทประกันภัยที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอินเดีย ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศลิวทเซอร์แลนด์ ผ่าน DTC หรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ (Broker) ซึ่งตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา

โดย DTC หรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ (Broker) เป็นผู้มีรายชื่อของผู้ถือหุ้นในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นของบริษัท A ผู้ถือหุ้นกู้ หาก DTC หรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ (Broker) ดังกล่าวเป็นสถาบันการเงินหรือบริษัทประกันภัยที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อบริษัท A จ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ DTC หรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ (Broker) ดังกล่าว บริษัท A มีหน้าที่ต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายสำหรับการจ่ายดอกเบี้ย ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร ประกอบกับอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงการรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้

แนววินิจฉัย:

1. เนื่องจากข้อ 11 วรรคสอง (ก) แห่งอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาฯ บัญญัติเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีจากดอกเบี้ยสรุปได้ว่า ดอกเบี้ยจ่ายจากประเทศใด ให้ประเทศนั้นเป็นผู้เก็บภาษีได้ตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศนั้น แต่หากเจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบี้ยเป็นสถาบันการเงินใด ๆ (รวมทั้งบริษัทประกันภัย) และมีถิ่นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญา ดอกเบี้ยที่จ่ายนั้นให้เก็บภาษีได้ไม่เกินร้อยละ 10 ของจำนวนดอกเบี้ยที่จ่าย
2. กรณีตามข้อเท็จจริง หาก DTC เป็นผู้ซื้อหุ้นกู้และมีชื่อเป็นผู้ถือหุ้นกู้ของบริษัท ฯ ที่แท้จริง DTC จึงเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบี้ยหรือผู้รับผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริง เมื่อบริษัท A จ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ DTC บริษัท A มีหน้าที่ต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายสำหรับการจ่ายดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 10 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร ประกอบกับข้อ 11 วรรคสอง (ก) แห่งอนุสัญญาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาฯ อย่างไรก็ตาม หาก DTC เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงในการดูแลและเก็บรักษาหลักทรัพย์และสินทรัพย์อื่น ๆ ให้แก่ลูกค้า เช่น ใบหุ้น หุ้นกู้ พันธบัตร เป็นต้น โดย DTC มิใช่เจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริง เมื่อบริษัท A จ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ DTC บริษัท A มีหน้าที่ต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายสำหรับการจ่ายดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 15 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร อย่างไรก็ตาม หากผู้ถือหุ้นกู้ซึ่งเป็นลูกค้าของ DTC พิสูจน์ได้ว่า ผู้ถือหุ้นกู้เป็นสถาบันการเงินหรือบริษัทประกันภัยที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบี้ยหรือผู้รับผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริง เมื่อบริษัท A จ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ DTC บริษัท A มีหน้าที่ต้องหักภาษีจากเงินได้พึงประเมิน

ที่จ่ายสำหรับการจ่ายดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 10 ตามมาตรา 70 แห่งประมวล  
 รัชฎาการ ประกอบกับข้อ 11 วรรคสอง (ก) แห่งอนุสัญญาาระหว่างรัฐบาลแห่ง  
 ราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาฯ [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

จากข้างต้น แม้ว่าในคำวินิจฉัยที่ กค 0706(กม.08)/577 จะเกริ่นว่าเป็น  
 เรื่องของ Custodian แต่กรณีก็เป็นเรื่องของ DTC และหน้าที่ของ DTC ก็เหมือนกันกับในคำวินิจฉัย  
 ที่ กค 0706/2083 และ กค 0706/3987 ดังนั้น เราจึงพอจะอนุมานอย่างสมเหตุสมผลได้ว่ากรณีตาม  
 คำวินิจฉัยทั้งสามฉบับนั้นเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน อย่งไรก็ดี เราจะเห็นได้ว่า  
 แม้จะมีข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันอย่างมากแต่คำวินิจฉัยสองฉบับหลัง (กค 0706(กม.08)/577 และ กค  
 0706/3987) กรมสรรพากรเปลี่ยนแนวการพิจารณาไปจากที่ปรากฏในคำวินิจฉัยที่ กค 0706/2083  
 โดยแยกออกเป็น 3 กรณีใหญ่ๆ คือ

(ก) หาก DTC เป็นผู้ซื้อหุ้นกู้และมีชื่อเป็นผู้ถือหุ้นกู้ “ที่แท้จริง” กรมสรรพากรถือว่า DTC  
 เป็น “เจ้าของผลประโยชน์” ของดอกเบี้ยหรือผู้รับผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่แท้จริง ดังนั้น DTC จึง  
 ได้รับสิทธิประโยชน์ลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายเป็นอัตราร้อยละ 10 ตามมาตรา 70 แห่งประมวล  
 รัชฎาการ ประกอบกับข้อ 11 วรรคสอง (ก) แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกา

(ข) หาก DTC เป็น “ตัวแทน” ของผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงให้แก่ลูกค้า โดย DTC มิใช่เจ้าของ  
 ผลประโยชน์ของดอกเบี้ยที่ “แท้จริง” DTC จะถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 15 ตามมาตรา  
 70 แห่งประมวลรัชฎาการ

(ค) หากผู้ถือหุ้นกู้พิสูจน์ได้ว่า ผู้ถือหุ้นกู้เป็นสถาบันการเงินหรือบริษัทประกันภัยตั้งขึ้นตาม  
 กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็น “เจ้าของผลประโยชน์” ของดอกเบี้ยหรือผู้รับผลประโยชน์  
 ของดอกเบี้ยที่แท้จริง สิทธิประโยชน์ภายใต้แห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกาสถาณนำมา  
 บังคับใช้ได้ ดังนั้น เมื่อผู้จ่ายจ่ายดอกเบี้ยหุ้นกู้ให้แก่ DTC ผู้จ่ายมีหน้าที่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายในอัตรา  
 ร้อยละ 10 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัชฎาการ ประกอบกับข้อ 11 วรรคสอง (ก) แห่งอนุสัญญา  
 ระหว่างรัฐบาลแห่งอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกา

ดังนั้น คำวินิจฉัยนี้แสดงให้เห็นว่ากรมสรรพากรมองว่าตัวแทนที่ทำการ  
 แทนผู้อื่น (ผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงที่เป็นเจ้าของผลประโยชน์) มิใช่ผู้รับผลประโยชน์ภายใต้ข้อ 11 แห่ง  
 อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกาและไม่สามารถได้รับสิทธิลดอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายได้ แต่สิทธิ  
 ประโยชน์นี้ยังคงใช้บังคับได้หากผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงซึ่งเป็นเจ้าของผลประโยชน์พิสูจน์ได้ว่า ผู้ถือหุ้นกู้  
 เป็นสถาบันการเงินหรือบริษัทประกันภัยตั้งขึ้นตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นไปตาม  
 คำอธิบายทางเทคนิคของสหรัฐอเมริกาที่ผู้วิจัยได้กล่าวถึงมาแล้วข้างต้น

อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่าคำวินิจฉัยนี้กล่าวเพียงว่าหากผู้รับเงินได้ (DTC)  
 เป็นเพียงตัวแทนที่ทำการแทนถือหุ้นกู้ที่เป็นเจ้าของผลประโยชน์และหากผู้ถือหุ้นกู้นั้นมิใช่สถาบัน

การเงินหรือบริษัทประกันภัยที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วจะไม่สามารถใช้สิทธิประโยชน์ภายใต้ข้อ 11 วรรคสอง (ก) ได้ ดังนั้น สิ่งที่คำวินิจฉัยนี้ไม่ได้กล่าวถึงอย่างชัดแจ้งก็คือ หากผู้ถือหุ้นกู้ที่แท้จริงซึ่งเป็นเจ้าของผลประโยชน์ไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว กรมสรรพากรจะพิจารณาการได้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้ถือหุ้นกู้หรือไม่ ซึ่งคำถามถัดไปก็คือหากอนุสัญญาภาษีซ้อนดังกล่าวไม่ได้มีหลักเจ้าของผลประโยชน์ในข้อ 11 ด้วยแล้วแต่ใช้คำว่า “ผู้รับ” (เพราะดังที่กล่าวมาแล้วว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยไม่ได้มีหลักเจ้าของผลประโยชน์ในทุกฉบับ) เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สิงคโปร์\* กรมสรรพากรจะยังคงถือว่าผู้ถือหุ้นกุนั้นๆ เป็น “ผู้รับ” ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนหรือไม่ เพราะไม่ได้รับเงินได้ (ดอกเบี้ย) โดยตรงจากผู้จ่ายและจะได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้ โดยความเห็นส่วนตัวของผู้วิจัยเห็นว่าโดยหลักการ ควรพิจารณาตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับที่ประเทศไทยทำกับรัฐถิ่นที่อยู่ของเจ้าของผลประโยชน์และควรให้สิทธิประโยชน์ ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขของอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นๆ แต่ด้วยความที่โครงสร้างของอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยยังมีความแตกต่างในเรื่องบทบัญญัติเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์อยู่ดังที่กล่าวมาแล้ว ก็อาจทำให้การบังคับใช้หลักการที่ว่านั่นมีข้อติดขัดหรือปัญหาดังที่กล่าวมาข้างต้นได้

(2) คำวินิจฉัยกรมสรรพากรที่ กค 0811/03734 (26 เมษายน พ.ศ.2542)

เรื่อง: ภาษีเงินได้นิติบุคคล กรณีการจ่ายเงินได้จากหลักทรัพย์ให้กับบริษัท  
Custodian ในต่างประเทศ

ข้อกฎหมาย: มาตรา 70

ข้อหารือ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บริษัท เอ ซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และมีได้ประกอบกิจการในประเทศไทยเป็นบริษัท Custodian ให้กับกองทุนระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาเกษตรกรรม (The International Fund for Agricultural Development หรือ IFAD) และธนาคารระหว่างประเทศเพื่อการบูรณะและวิวัฒนาการ (The International Bank for Reconstruction and Development หรือ IBRD) IFAD และ IBRD มีฐานะเป็นทบวงการชำนัญพิเศษตามพระราชกฤษฎีกา ระบุทบวงการชำนัญพิเศษ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2521 ซึ่งได้รับยกเว้นภาษีเงินได้และได้รับการ

---

\*ข้อ 11 วรรคสอง (ก) อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สิงคโปร์ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะทำคำวินิจฉัยนี้วางหลักว่า ดอกเบี้ยอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาที่ดอกเบี้ยเกิดขึ้นและตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญานั้น แต่ภาษีที่เรียกเก็บนั้นจะต้องไม่เกินกว่าร้อยละ 10 ของดอกเบี้ยทั้งสิ้น ถ้าดอกเบี้ยนั้นได้รับโดยสถาบันการเงินใดๆ (รวมทั้งบริษัทประกันภัย)

คุ้มครองสำหรับการดำเนินงานในประเทศไทยตามอนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันของทบวงการชำนัญพิเศษแห่งสหประชาชาติ ฉบับวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ. 1947 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ. 2504

บริษัทฯ ได้นำเงินของ IFAD และ IBRD เข้ามาลงทุนซื้อหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย โดยตามบัญชีรายชื่อบุคคลที่เป็นเจ้าของหลักทรัพย์ที่ฝากไว้กับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยระบุชื่อบริษัทฯ เป็นเจ้าของหลักทรัพย์ และเงินได้จากหลักทรัพย์ดังกล่าว เช่น เงินปันผล จะถูกส่งไปเข้าบัญชีของบริษัทฯ ในต่างประเทศ

ขอหารือว่า เมื่อบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์จ่ายเงินได้จากหลักทรัพย์ในกรณีดังกล่าวไปเข้าบัญชีของบริษัทฯ ซึ่งเป็น Custodian ของ IFAD และ IBRD จะถือว่าเงินดังกล่าวเป็นของ IFAD และ IBRD และมีผลให้บริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ไม่มีหน้าที่ต้องหักภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร ใช่หรือไม่

แนววินิจฉัย:

1. เนื่องจากมาตรา 225 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้สันนิษฐานว่าหลักทรัพย์ที่ฝากไว้กับตลาดหลักทรัพย์ เป็นหลักทรัพย์ของบุคคลผู้มีชื่อปรากฏในบัญชีรายชื่อที่ผู้ฝากหลักทรัพย์จัดทำขึ้น ทั้งนี้ ตามชนิด ประเภท และจำนวนที่ปรากฏในบัญชี
2. ดังนั้น เมื่อตามข้อเท็จจริงข้างต้น ปรากฏว่าบัญชีรายชื่อบุคคลที่เป็นเจ้าของหลักทรัพย์ที่ผู้ฝากหลักทรัพย์ทำขึ้น ระบุชื่อบริษัทฯ เป็นเจ้าของหลักทรัพย์ จึงต้องสันนิษฐานว่าหลักทรัพย์นั้นเป็นของบริษัทฯ มิใช่เป็นของ IFAD และ IBRD ฉะนั้น เมื่อบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ส่งเงินได้จากหลักทรัพย์ เช่น เงินปันผลหรือเงินกำไรจากการขายหลักทรัพย์ออกไปให้บริษัทฯ ซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และมีได้ประกอบกิจการในประเทศไทย บริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์มีหน้าที่ต้องหักภาษีเงินได้นิติบุคคลในอัตราร้อยละ 10 หรือ 15 ของเงินได้ดังกล่าวตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร และอาจได้รับการลดหรือยกเว้นภาษีตามหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาระหว่างประเทศไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน
3. อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 225 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เป็นเพียงข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย

และโดยที่ IFAD และ IBRD มีฐานะเป็นทบวงการชำนัญพิเศษซึ่งได้รับการยอมรับนับถือโดยประเทศต่าง ๆ ดังนั้น หาก IFAD และ IBRD สามารถจัดทำหนังสือรับรองความเป็นเจ้าของหลักทรัพย์ โดยระบุชนิด ประเภท และจำนวนที่บริษัทฯ ถือแทนในกรณีดังกล่าว และส่งมอบหนังสือรับรองนั้นให้กับบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเงินได้จากหลักทรัพย์นั้นเป็นของ IFAD หรือ IBRD และเงินดังกล่าวจะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ในประเทศไทยตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองการค้าและการของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ. 2504 และเมื่อบริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์จ่ายเงินได้จากหลักทรัพย์ตามที่ระบุในหนังสือรับรองไปเข้าบัญชีของบริษัทฯ บริษัทศูนย์รับฝากหลักทรัพย์ไม่มีหน้าที่ต้องหักภาษีเงินได้ในตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร แต่อย่างใด [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

คำวินิจฉัยข้างต้นแสดงให้เห็นว่า

(ก) กรมสรรพากรถือเอามาตรา 225 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์พ.ศ.2535 ที่บัญญัติว่าหลักทรัพย์ที่ฝากไว้กับตลาดหลักทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ของบุคคลผู้มีชื่อปรากฏในบัญชีรายชื่อที่ผู้ฝากหลักทรัพย์จัดทำขึ้น มาเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นทางภาษีอากรด้วยว่าบุคคลใดเป็นเจ้าของ (ผลประโยชน์) ในหลักทรัพย์ที่ฝากไว้กับตลาดหลักทรัพย์ (อันสังเกตได้จากการอ้างอิงว่าบุคคลที่มีชื่อในรายชื่อดังกล่าวสามารถใช้สิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อนได้โดยเฉพาะในข้อบทเรื่องเงินปันผลที่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์อยู่แม้ว่าจะเป็นผู้ Custodian ก็ตาม)

(ข) อย่างไรก็ดี กรมสรรพากรก็ไม่ได้ถือว่าข้อสันนิษฐานนี้เป็นที่สุด แต่ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถยื่นหลักฐานโต้แย้งความเห็นเจ้าของผลประโยชน์เป็นอย่างอื่นได้อย่างเช่นในกรณีของ IFAD และ IBRD ในกรณีนี้ ทั้งนี้ เราสามารถอนุมานต่อได้ว่าหาก IFAD และ IBRD ไม่สามารถหาหนังสือรับรองความเป็นเจ้าของหลักทรัพย์มาแสดงได้ ก็ไม่สามารถจะอ้างอิงยกเว้นภาษีเงินได้ในประเทศไทยตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองการค้าและการของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ. 2504 ได้ แม้ว่าจะมีข้อเท็จจริงจากการสอบถามข้อหาหรือว่าบริษัทฯ เป็นเพียง Custodian ก็ตาม ซึ่งในความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่ากรณีอาจเป็นเรื่องของการหาหลักฐานมาโต้แย้งข้อสันนิษฐานตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (มาตรา 225 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์พ.ศ.2535) ดังนั้น จึงสมเหตุสมผลที่กรมสรรพากรจะต้องการหลักฐานเป็นเอกสารมาหักล้าง

(ค) กรมสรรพากรหรือแม้แต่ผู้เสียภาษีเองไม่ได้อ้างอิงคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ตามข้อ 10 (เงินปันผล) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกา แต่อย่างใด ซึ่งอาจเป็นเพราะว่า ประการ



แรก ผู้เสียภาษีกำลังอ้างถึงเงินได้สองประเภทที่ทบบัญญัติอนุสัญญาภาษีซ้อนทั้งนำและไม่นำหลัก  
 เจ้าของผลประโยชน์มาใช้ (เงินปันผลหรือเงินกำไรจากการขายหลักทรัพย์) ประการที่สอง ผู้เสียภาษี  
 กำลังอ้างสิทธิยกเว้นภาษีเงินได้พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินการของสหประชาชาติและทบวง  
 การชำนัญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ. 2504 ดังนั้นจึงเห็นว่าไม่เกี่ยวกับอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยตรง  
 ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่าข้อต่อสู้เรื่องสิทธิประโยชน์ที่แท้จริงแล้วเป็นการโต้แย้งระหว่าง ก) ข้อสันนิษฐาน  
 ตามมาตรา 225 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์พ.ศ.2535 (ประกอบ  
 มาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร และอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกา) กับ ข) มาตรา 5 แห่ง  
 พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินการของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย  
 พ.ศ. 2504 (ประกอบกับพระราชกฤษฎีกากระทรวงการชำนัญพิเศษ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2521 และ  
 อนุสัญญาว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันของทบวงการชำนัญพิเศษแห่งสหประชาชาติ ฉบับวันที่ 21  
 พฤศจิกายน ค.ศ. 1947)

จากที่ผู้วิจัยได้วิเคราะห์มาข้างต้นทำให้คำวินิจฉัยของกรมสรรพากรฉบับนี้มีข้อจำกัดในการที่  
 จะนำมาขยายผลเพื่อคาดการณ์ความเห็นของกรมสรรพากรออกไปยังข้อเท็จจริงอื่นๆ ดังนี้

(ก) ข้อสงสัยตามคำวินิจฉัยข้างต้นดูเหมือนจะเกี่ยวกับการยกเว้นภาษีเงินได้ตาม  
 พระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินการของสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษในประเทศไทย  
 พ.ศ. 2504 ซึ่งไม่ได้กล่าวถึงหลักเจ้าของผลประโยชน์ อีกทั้งคำวินิจฉัยข้างต้นก็ไม่ได้อ้างอิงคำว่า  
 “เจ้าของผลประโยชน์” แต่อย่างใด นอกจากนี้คำถามในข้อหารือก็เป็นการถามเกี่ยวกับทั้งเงินได้ที่  
 อนุสัญญาภาษีซ้อนนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ (เงินปันผล) และไม่ได้นำมาใช้ (เงินกำไรจากการ  
 ขายหลักทรัพย์ซึ่งเป็นผลได้จากทุน) ดังนั้น จึงเป็นการยากที่เราจะสรุปว่ากรมสรรพากรมองว่าในเงิน  
 ปันผล Custodian ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ (บนเงื่อนไขการนำหลักฐานมาพิสูจน์) และเราก็ไม่  
 สามารถสรุปได้เช่นกันว่ากรมสรรพากรขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนไปยัง  
 ผลได้จากทุนด้วยเช่นกัน เพราะคำวินิจฉัยนี้ดูเหมือนจะไม่ได้เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ภายใต้  
 อนุสัญญาภาษีซ้อน (ไทย-สหรัฐอเมริกา) โดยตรงแต่เกี่ยวกับสิทธิโดยทั่วไปในการยกเว้นภาษีของ  
 ทบวงการชำนัญพิเศษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินการของสหประชาชาติและทบวงการ  
 ชำนัญพิเศษในประเทศไทย พ.ศ. 2504 มากกว่า

(ข) อย่างไรก็ดี แม้คำวินิจฉัยข้างต้นจะมีข้อจำกัดในการนำไปอ้างอิงต่อไป แต่ผู้วิจัยเห็นว่า  
 อย่างน้อยเราก็สามารถสรุปได้ว่ากรมสรรพากรถือเอามาตรา 225 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติ  
 หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์พ.ศ.2535 ที่มาเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นทางภาษีอากรด้วยว่าบุคคล  
 ใดเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในหลักทรัพย์ที่ฝากไว้กับตลาดหลักทรัพย์ แต่ข้อสันนิษฐานนี้ไม่ถือเป็น  
 ที่สุด ผู้ที่เกี่ยวข้องยังสามารถยื่นหลักฐานโต้แย้งความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน  
 เป็นอย่างอื่นได้

## 4.2 ความขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนกับหลักเจ้าของผลประโยชน์

ดังที่กล่าวมาแล้ว หลักเจ้าของผลประโยชน์ได้มีการสอดแทรกเข้ามาในอนุสัญญาต้นแบบโดยมีวัตถุประสงค์หลักสำคัญอย่างหนึ่งคือการต่อต้านการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) โดยอนุสัญญาต้นแบบได้นำหลักนี้มาใช้ในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิเท่านั้นโดยไม่ได้นำไปใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ แต่อย่างไรก็ดี ทั้งนี้ อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยที่ได้นำหลักดังกล่าวมาบรรจุไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนก็ได้ขยายการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ไปใช้กับข้อบทของเงินได้ประเภทอื่นๆ หรือหากขยายไปก็ขยายไปเพียงเงินได้ไม่กี่ประเภทเท่านั้น ซึ่งผลของการไม่ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปทุกประเภทเงินได้ก็อาจทำให้การบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนขาดประสิทธิภาพในประเด็นของการต่อต้านการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) เพราะอาจส่งผลให้มีการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในเงินได้ประเภทอื่นๆ เหล่านี้ได้โดยไม่สามารถนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาเป็นเครื่องมือพิจารณาผู้รับผลประโยชน์ที่แท้จริงได้ว่าเป็นผู้มีสิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อนจริงหรือไม่ แต่หากเราได้ขยายหลักดังกล่าวออกไป หลักเจ้าของผลประโยชน์ก็อาจช่วยเข้ามาเป็นเครื่องมือหนึ่งในการต่อต้านและรับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบได้อย่างน้อยก็ในบางรูปแบบอันทำให้การบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ในส่วนนี้ ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ว่าสมมติฐานที่ผู้วิจัยตั้งไว้ในบทที่ 1 ว่า การที่ประเทศไทยไม่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้บังคับกับเงินได้ทุกประเภทตามอนุสัญญาภาษีซ้อนทำให้การบังคับใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนขาดประสิทธิภาพนั้นเป็นคำกล่าวที่จริงหรือไม่ ซึ่งในการพิสูจน์สมมติฐานนั้น ผู้วิจัยจำเป็นต้องแสดงให้เห็นประเด็นดังต่อไปนี้

(1) การบังคับใช้ข้อบทเรื่องเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกเหนือจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิขาดประสิทธิภาพและความขาดประสิทธิภาพดังกล่าวเกิดจากการที่ประเทศไทยไม่ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้เหล่านั้น (แสดงในข้อ 4.2.1) และ

(2) การขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกเหนือจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิเป็นทางเลือกที่สามารถแก้ปัญหาความขาดประสิทธิภาพดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุผล (แสดงในข้อ 4.2.2)\*

### 4.2.1 ปัญหาและสาเหตุของการขาดประสิทธิภาพในเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ

ประเด็นหลักประเด็นแรกที่ผู้วิจัยต้องทำการวิเคราะห์ก็คือความขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยในเงินได้นอกจากเงินปันผล ดอกเบี้ยนั้นเกิดจากการที่

\*ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ความขาดประสิทธิภาพอันเกี่ยวกับเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์โดยเฉพาะเท่านั้น

ประเทศไทยไม่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบังคับใช้กับเงินได้เหล่านั้น ซึ่งในข้อนี้ผู้วิจัยจะต้องแสดงว่า (ก) การบังคับใช้ข้อบทเรื่องเงินได้เหล่านั้นขาดประสิทธิภาพซึ่งก็คือมีการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบเกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้น และ (ข) การเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบดังกล่าวเกิดจากการที่ประเทศไทยไม่ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้เหล่านั้นดังที่จะได้วิเคราะห์จากตัวอย่างทั้งจากคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรในอดีตและตัวอย่างสถานการณ์สมมติ ดังนี้

#### 4.2.1.1 ตัวอย่างคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรในอดีต

คำวินิจฉัยของกรมสรรพากรในอดีตที่แสดงให้เห็นถึงความบกพร่องในการต่อต้านการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบอันพอที่จะนำมาวิเคราะห์ว่าเกิดจากการไม่ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปหรือไม่นั้นมีอยู่ไม่มากนักโดยมีจำกัดเพียงในส่วนของเงินได้ประเภทผลได้จากทุนเท่านั้น อันผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ตามข้างล่างนี้

(1) คำวินิจฉัยกรมสรรพากรที่ กค 0706/3104 (29 มีนาคม พ.ศ. 2547)

เรื่อง : ภาษีเงินได้นิติบุคคลกรณีเงินได้ที่ได้รับจากการขายหลักทรัพย์

ข้อหารื้อ:

บริษัทที่ปรึกษากฎหมายและภาษีอากร พ. (ซึ่งต่อไปเรียกว่า “สำนักงานฯ”) เป็นบริษัทที่ดำเนินกิจการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับด้านกฎหมายและภาษีอากรแก่ผู้ลงทุนทั้งในและต่างประเทศสำนักงานฯขอหารือเกี่ยวกับภาวะภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรกรณีเงินได้ที่ได้รับจากการขายหลักทรัพย์โดยมีข้อเท็จจริงสรุปได้ดังนี้

ธนาคาร ซ. เป็นสาขาของธนาคารต่างประเทศประกอบกิจการธนาคารในประเทศไทยต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย ธุรกิจประเภทหนึ่งที่ธนาคารฯ ดำเนินการ คือ การดูแลเก็บรักษาหลักทรัพย์ให้แก่ลูกค้ารวมถึงการเป็นผู้ทำการขายหลักทรัพย์แทนลูกค้าปัจจุบัน หลักทรัพย์ไทยที่ธนาคารฯดูแลเก็บรักษาจะระบุชื่อ “บริษัท ค-US Nominee ของธนาคารฯ” เป็นผู้ถือหลักทรัพย์ ธนาคารฯ มีความประสงค์จะโอนการถือหลักทรัพย์โดยธนาคารฯจะโอนหลักทรัพย์ทั้งหมดที่ปัจจุบันจดทะเบียนในนามของ “บริษัท ค-US Nominee ของธนาคารฯ” ไปจดทะเบียนในนามของ “บริษัท ง – Singapore Nominee ของธนาคารฯ” (บริษัท ง เป็นบริษัทซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์) ภายหลังการโอนทะเบียนหลักทรัพย์สาขาในประเทศไทยสิงคโปร์ของธนาคารฯจะเป็นผู้ให้บริการเก็บรักษาหลักทรัพย์ที่รับโอนมา และจะเป็นผู้ทำการแทนขายหลักทรัพย์แทนลูกค้าโดยบริษัท ง จะเป็นตัวแทนถือหลักทรัพย์แทนลูกค้าของธนาคารฯและจะมีชื่อเป็นผู้ถือหลักทรัพย์ในทะเบียนผู้

ถือหุ้น บริษัท ง ไม่มีหน้าที่อื่นนอกจากการเป็นผู้มีชื่อในฐานะเป็นเจ้าของหลักทรัพย์ทั้งนี้ผู้รับผลประโยชน์ที่แท้จริงจากการขายหลักทรัพย์ดังกล่าวได้แก่ลูกค้าของธนาคารฯ ซึ่งมีได้เป็นผู้มีถิ่นอยู่ในประเทศสิงคโปร์ เนื่องจากกำไรจากการขายหลักทรัพย์ถือเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(4)(ข)แห่งประมวลรัษฎากร เมื่อบริษัทไทยจ่ายเงินได้ดังกล่าวออกไปให้แก่บริษัท ง ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและมีได้ประกอบกิจการในประเทศไทยบริษัทไทยผู้จ่ายเงินได้มีหน้าที่หักและนำส่งภาษีให้แก่กรมสรรพากรตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร เว้นแต่จะมีอนุสัญญาภาษีซ้อนกำหนดเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยและสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้ยกเว้นภาษีเงินได้จากกำไรจากการขายหลักทรัพย์ให้แก่ผู้มีเงินได้ที่มิถิ่นที่อยู่ในประเทศสิงคโปร์และให้เก็บภาษีได้ในประเทศสิงคโปร์เท่านั้น ดังนั้น หากบริษัท ง ซึ่งเป็นผู้มีชื่อเป็นเจ้าของหลักทรัพย์เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศสิงคโปร์และเป็นผู้มีภูมิลำเนาถิ่นที่อยู่ในประเทศสิงคโปร์ บริษัท ง จะได้สิทธิยกเว้นภาษีตามอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยและสาธารณรัฐสิงคโปร์

แนววินิจฉัย: บริษัทผู้มีหน้าที่เสียภาษีจากผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนหุ้นซึ่งเป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากรได้แก่บริษัทที่มีชื่อปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้ออกหุ้น เมื่อบริษัทตัวแทนค้าหลักทรัพย์ในประเทศไทยจ่ายเงินได้ที่เป็ผลประโยชน์จากการโอนหุ้นออกไปให้แก่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและมีได้ประกอบกิจการในประเทศไทย บริษัทตัวแทนค้าหลักทรัพย์ในประเทศไทยมีหน้าที่หักและนำส่งภาษีในอัตราร้อยละ 15 แล้วนำภาษีดังกล่าวส่งกรมสรรพากรภายใน 7 วันนับแต่วันสิ้นเดือนของเดือนที่จ่ายตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร เว้นแต่จะมีอนุสัญญาภาษีซ้อนกำหนดเป็นอย่างอื่น

กรณีตามข้อเท็จจริงผู้มีหน้าที่เสียภาษีจากผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนหุ้น ได้แก่ บริษัท ง ซึ่งเป็นบริษัทที่มีชื่อปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้น ถึงแม้บริษัท ง.จะเป็นตัวแทนในการถือหลักทรัพย์ให้กับลูกค้าของธนาคารฯ บริษัท ง จึงต้องถูกหักภาษีจากเงินที่จ่ายในอัตราร้อยละ 15 ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบริษัท ง เป็นบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์มิได้ประกอบกิจการในประเทศไทย และเป็นประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทยผลได้จากหุ้นหรือกำไรจากการขายหลักทรัพย์ตามข้อ 13 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับสาธารณรัฐสิงคโปร์กำหนดให้ประเทศที่ผู้

มีเงินได้มีถิ่นอยู่เป็นผู้จัดเก็บ ดังนั้น บริษัท ง จึงไม่ต้องถูกหักภาษีจากเงินที่จ่ายตาม  
มาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรแต่อย่างใด [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

จากข้างต้น ผู้วิจัยมีความเห็นดังนี้

(ก) แม้ว่าผู้ที่ตั้งซื้อหรือมาจะระบุโดยชัดแจ้งว่าบริษัท ง จะเป็นเพียง “ตัวแทน” ถือ  
หลักทรัพย์ “แทน” ลูกค้ำของธนาคารฯ และไม่มีหน้าที่อื่นนอกจากการเป็นผู้มีชื่อในฐานะเป็นเจ้าของ  
หลักทรัพย์ และ “ผู้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง” จากการขายหลักทรัพย์ได้แก่ลูกค้ำของธนาคารฯ ก็ตาม  
แต่กรมสรรพากรก็ยึดหลักที่ว่า บริษัทผู้มีหน้าที่เสียภาษีจากผลประโยชน์ที่ได้จากการโอนหุ้น (ผลได้  
จากทุน) ก็คือบริษัทที่มีชื่อปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้น ดังนั้น เมื่อบริษัท ง เป็นบริษัทที่มีชื่อปรากฏใน  
ทะเบียนผู้ถือหุ้นแล้ว ถึงแม้บริษัท ง จะเป็นเพียงตัวแทนในการถือหลักทรัพย์ บริษัท ง ก็มีสิทธิได้รับ  
สิทธิประโยชน์ตามข้อ 13 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สิงคโปร์อยู่ ดังนั้น บริษัท ง จึงไม่ต้องถูกหัก  
ภาษี ณ ที่จ่าย

(ข) อีกประการหนึ่งที่น่าสนใจคือ อันที่จริงแล้วอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับ  
สาธารณรัฐสิงคโปร์ได้นำหลัก Subject to Tax ซึ่งเป็นมาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษี  
ซ้อนโดยมิชอบมาตรการหนึ่งมาบัญญัติไว้ในข้อ 22 (การจำกัดการผ่อนผัน)\* แต่กรมสรรพากรก็ไม่ได้  
กล่าวถึงข้อนี้เลยในการทำการพิจารณาทั้งที่เป็นบทบัญญัติที่สำคัญของอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ  
ดังกล่าว และอาจมีผลเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยก็ได้หากกรมสรรพากรได้พิจารณาต่อไปว่าเงินได้ผลได้  
จากทุนที่กล่าวถึงนี้ต้องเสียภาษีในสิงคโปร์หรือไม่ เพียงใด

(ค) จริงอยู่ที่ว่าข้อ 13 ผลได้จากทุนของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สิงคโปร์ฉบับที่ใช้บังคับอยู่  
ขณะมีคำวินิจฉัยนี้ (หรือแม้แต่ข้อ 10 (เงินปันผล) 11 (ดอกเบี้ย) 12 (ค่าสิทธิ) ก็ตาม) จะไม่ได้มีหลัก  
เจ้าของผลประโยชน์\*\* แต่เราต้องไม่ลืมว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นเพียงมาตรการหนึ่งใน  
มาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบหลายๆ มาตรการเท่านั้น ยังมีมาตรการ  
อื่นๆ อีกมากมายที่สามารถนำมาใช้อ้างอิงได้อย่างถูกต้องไม่ว่าจะเป็นมาตรการระดับกฎหมาย  
ภายในประเทศอันรวมถึงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายภาษีอากรต่างๆ และระดับอนุสัญญา

\*ข้อ 22 (การจำกัดการผ่อนผัน) บัญญัติว่า “ในกรณีที่อนุสัญญานี้บัญญัติ (โดยมีเงื่อนไขหรือโดยปราศจาก  
เงื่อนไขอื่นๆ) ว่าเงินได้จากแหล่งต่างๆ ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งจะได้รับการยกเว้นภาษีหรือได้รับการลดหย่อนอัตรา  
ภาษีในรัฐผู้ทำสัญญานั้นและตามกฎหมายซึ่งใช้บังคับอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง เงินดังกล่าวจะต้องเสียภาษี  
ตามเกณฑ์ จำนวนเงินได้ซึ่งได้ส่งไปหรือได้รับไว้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง และมีใช้ตามเกณฑ์เงินได้เต็มจำนวน การ  
ยกเว้นหรือการลดหย่อนภาษีซึ่งยอมให้ทำได้ตามอนุสัญญานี้ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐแรกให้ใช้แก่จำนวนเงินได้เท่าที่ได้  
ส่งไปหรือได้รับไว้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น”

\*\*อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สิงคโปร์ฉบับใหม่ที่มีผลใช้บังคับวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2559 ที่มีผลใช้กับปีภาษีที่  
เริ่มวันที่ 1 ม.ค. 2560 มีหลักเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิแล้ว

ภาษีซ้อนเอง ด้วยเหตุนี้ คำถามจึงเกิดขึ้นว่า เมื่อข้อเท็จจริงที่ปรากฏมาในข้อหารือก็เป็นที่ยืนยันว่า บริษัท ก ซึ่งมีชื่อระบุเป็นเจ้าของหลักทรัพย์เป็นเพียง “ตัวแทน” ที่ทำการแทนผู้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง และกรมสรรพากรก็ทราบว่าคุณคนดังกล่าวเป็นเพียงตัวแทนของผู้มีเงินได้ที่แท้จริงแล้ว เหตุใดจึงยังคงทำคำวินิจฉัยให้แก่ภาษีจากตัวแทนโดยให้สิทธิประโยชน์ยกเว้นภาษีหัก ณ ที่จ่ายอยู่ เหตุใดจึงไม่ทำคำวินิจฉัยว่าตัวแทนดังกล่าวไม่สามารถใช้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาของประเทศถิ่นที่อยู่ของตัวแทนได้เพราะทำหน้าที่เป็นเพียงตัวแทนและไม่ใช่มูลเงินได้ที่แท้จริง และเหตุใดกรมสรรพากรจึงไม่พิจารณาให้แก่ภาษีจากเจ้าของเงินได้ที่แท้จริงภายใต้บทบัญญัติประมวลรัษฎากรและอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับประเทศถิ่นที่อยู่ของเจ้าของเงินได้ที่แท้จริงนั้น (ตามเงื่อนไขของอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นๆ หากมี) และหากกรมสรรพากรไม่มีข้อมูลของเจ้าของที่แท้จริง กรมสรรพากรก็ยังมีช่องทางตามกฎหมายที่จะนำข้อมูลดังกล่าวมาได้ซึ่งช่องทางหนึ่งก็คือช่องทางทางอนุสัญญาภาษีซ้อนอันได้แก่การอาศัยข้อบทเรื่องการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศของอนุสัญญาภาษีซ้อนเพื่อขอข้อมูลเกี่ยวกับเจ้าของที่แท้จริงจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของสิงคโปร์ได้ แต่ในทางกลับกัน การที่กรมสรรพากรมีคำวินิจฉัยเช่นนี้ย่อมทำให้ประเทศไทยไม่สามารถเก็บภาษีจากเงินได้ผลได้จากทุนได้ แม้ว่าจะเป็นที่ยืนยันแล้วว่าผู้มีเงินได้จะไม่ได้อาศัยอยู่ในประเทศสิงคโปร์ก็ตามและเป็นการที่ประเทศไทยกำลังให้สิทธิประโยชน์แก่บุคคลซึ่งเป็นเพียงตัวแทนซึ่งไม่ใช่ผู้ที่อนุสัญญาภาษีซ้อนมุ่งหมายจะให้สิทธิประโยชน์ สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่เราต้องพึงระลึกอยู่เสมอก็คือ การปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นไม่ได้จำกัดอยู่ที่หลักเจ้าของผลประโยชน์เพียงอย่างเดียว การที่เราจะสรุปอย่างง่าย ๆ ว่าหากข้อบทของอนุสัญญาภาษีซ้อนไม่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์โดยเฉพาะเจาะจงแล้ว ผู้มีหน้าที่เสียภาษีจะวางแผนภาษีอย่างไรก็ได้ (เช่น การตั้งตัวแทนหรือนอมินีมารับเงินได้แทน) โดยกรมสรรพากรและประเทศไทยเองไม่สามารถทำอะไรได้เลยนั้นเป็นการสรุปที่รวบรัดเกินไปและไม่ถูกต้อง อันที่จริงแล้วกรมสรรพากรยังมีมาตรการอื่นๆ ที่มีผลบังคับใช้แล้วอยู่ เช่น เรื่องตัวการตัวแทนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือเรื่องอื่นๆ ข้อ 22 (การจำกัดการผ่อนผัน) หรือหลักการทั่วไปของการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อน\* มาใช้อ้างอิงเป็นฐานในการปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาที่ประเทศไทยทำกับประเทศถิ่นที่อยู่ของตัวแทนโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อข้อเท็จจริงชัดเจนว่ามีความสัมพันธ์ในลักษณะตัวการตัวแทนเช่นนี้ คำถามที่เกิดขึ้นคือแล้วเพราะเหตุ

---

\*ผู้วิจัยไม่ได้ลงไปวิเคราะห์มาตรการต่อต้านการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) หรือการหลบหลีกภาษีอากร (Tax Avoidance) อื่นๆ เช่น บทบัญญัติเรื่องตัวการตัวแทน นิติกรรมอำพรางตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ในประเด็นดังกล่าวนี้มีผู้ทำการศึกษาวิจัยไว้แล้วมากมาย ทั้งนี้ ความเห็นกว้างๆ ของผู้วิจัยก็คือบทบัญญัติการต่อต้านการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบวิธีการอื่นๆ อาจนำมาใช้กับกรณีเช่นนี้ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเนื้อหาและบทบัญญัติของมาตรการเหล่านั้น

ใดกรรมสรรพากรจึงไม่แม้แต่จะพิจารณาบริบทของกฎหมายอื่นๆ หรือข้อบทอื่นๆ ของอนุสัญญาภาษีซ้อนนอกเหนือไปจากข้อบทเรื่องเงินได้ที่เกี่ยวข้อง (ซึ่งไม่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์) และทำการปฏิเสธการใช้สิทธิประโยชน์อย่างในกรณีนี้ การที่กรมสรรพากรทำคำวินิจฉัยออกมาในลักษณะนี้เป็นเพราะกรมสรรพากรขาดความรู้ความเข้าใจอย่างแท้จริงในหลักการการตีความและบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนและกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นๆ หรือเพราะความหละหลวมหรือผ่อนปรนในการจัดเก็บภาษีเงินได้หรืออย่างไร ดังนั้น ถ้าฟังเพียงข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคำวินิจฉัยนี้ เราจึงอาจสรุปได้เพียงว่าการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยกรมสรรพากรในกรณีตัวอย่างนี้ขาดประสิทธิภาพ (ตัวแทนหรือนอมินีสามารถใช้สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนได้ทั้งที่ไม่ใช่ผู้มีเงินได้หรือเป็นเจ้าของเงินได้ที่แท้จริง) แต่ไม่อาจสรุปได้อย่างมีน้ำหนักว่าความขาดประสิทธิภาพนั้นเกิดจากการที่ประเทศไทยไม่ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้ประเภทผลได้จากทุนจึงไม่สามารถนำมาอ้างอิงเพื่อสนับสนุนสมมติฐานได้

(2) คำวินิจฉัยกรมสรรพากรที่ กค 0706/4828 (15 พฤษภาคม พ.ศ. 2550)

เรื่อง : ภาษีเงินได้นิติบุคคลกรณีกำไรจากการซื้อขายหลักทรัพย์

ข้อหารือ :

บริษัท M ซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ และมีถิ่นที่อยู่ทางภาษีอากรในประเทศอังกฤษได้หารือเกี่ยวกับภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรสรุปข้อเท็จจริงได้ ดังนี้

1. บริษัท M ให้บริการเป็นตัวแทน (Broker) ให้แก่ลูกค้าในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ในการซื้อขายตราสารอนุพันธ์ในตลาดอนุพันธ์ต่างๆ ซึ่งรวมถึงสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ในบริษัทตลาดอนุพันธ์ (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน) (TFEX) ด้วย
2. ในการทำธุรกรรมซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าแทนลูกค้าในบริษัทตลาดอนุพันธ์ (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน) (TFEX) นั้น บริษัท M จะทำการบันทึกชื่อและที่อยู่ของตนในฐานะเป็นผู้ถือสัญญาล่วงหน้ากับบริษัทสำนักหักบัญชี (ประเทศไทย) จำกัด (TCH) ซึ่งทั้ง TFEX และ TCH ได้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 ทั้งนี้ ตามกฎระเบียบของ TFEX กำหนดให้ บริษัท M อาจจะต้องเปิดเผยชื่อของลูกค้าในบางกรณีให้แก่ TFEX แต่ บริษัท M ก็ยังคงเป็นคู่สัญญาตามสัญญาซื้อขายล่วงหน้าและจะต้องจัดหาหลักประกันที่เป็นเงินสด เพื่อให้คลุมความรับผิด (บริษัท Margin Calls) และ/หรือทำการจ่ายเงินหรือได้รับชำระเงินเมื่อครบกำหนดชำระพร้อมกับมีสิทธิที่จะฟ้องร้องหรือถูกฟ้องร้องภายใต้ชื่อของ บริษัท M เอง

3. บริษัท M ได้หาหรือว่า ในกรณีที่ บริษัท M ขายตราสารอนุพันธ์ดังกล่าวออกไป และมีกำไร กำไรดังกล่าวจะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลในประเทศไทยตามข้อ 14 วรรคสี่แห่งอนุสัญญาาระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนและการป้องกันการเลี่ยงรัษฎากรหรือไม่อย่างไร

แนววินิจฉัย : สัญญาซื้อขายล่วงหน้าดังกล่าวเป็นตราสารอนุพันธ์ที่โอนเปลี่ยนมือได้ และมีการซื้อขายในบริษัทตลาดอนุพันธ์ (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน) ดังนั้น กำไรจากการขายตราสารดังกล่าวจึงถือเป็นเงินได้ตามมาตรา 40(4)(ข) แห่งประมวลรัษฎากร และโดยที่บริษัท M เป็นผู้ที่มีชื่อปรากฏในฐานะเป็นผู้ถือสัญญาล่วงหน้า (ตราสารอนุพันธ์) กับ TCH ซึ่งจัดตั้งขึ้นและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 ดังนั้น หาก บริษัท M ซึ่งมีได้ประกอบกิจการในประเทศไทยขายตราสารอนุพันธ์ดังกล่าวออกไปและมีกำไร บริษัท M มีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลจากกำไรที่ได้ดังกล่าวโดยผู้จ่ายเงินให้กับ บริษัท M มีหน้าที่ต้องหักภาษีเงินได้นิติบุคคลไว้ในอัตราร้อยละ 15 ของกำไรตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร อย่างไรก็ดี โดยที่ บริษัท M มีถิ่นที่อยู่ในทางภาษีในประเทศสหราชอาณาจักรอังกฤษ และกำไรจากการขายตราสารดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นผลได้จากทุน ฉะนั้น บริษัท M จึงได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลจากกำไรที่ได้ในกรณีดังกล่าวตามข้อ 14 วรรคสี่แห่งอนุสัญญาาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหราชอาณาจักรอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน และมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2505 [การเน้นเติมโดยผู้วิจัย]

ผู้วิจัยมีความเห็นต่อคำวินิจฉัยข้างต้นดังนี้

(ก) คล้ายคลึงกับอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สิงคโปร์ อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหราชอาณาจักรอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือก็ไม่บัญญัติเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ในข้อ 11 (เงินปันผล) 12 (ดอกเบี้ย) 13 (ค่าสิทธิ) และอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหราชอาณาจักรอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือก็มี



บทบัญญัติเรื่อง Subject to Tax\* ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแทนด้วยเช่นกัน<sup>14</sup>

(ข) เช่นเดียวกับคำวินิจฉัยกรมสรรพากรที่ กค 0706/3104 กรมสรรพากรพิจารณาความเป็นเจ้าของสัญญาล่วงหน้าตามชื่อที่ปรากฏในฐานะเป็นผู้ถือสัญญาล่วงหน้า (ตราสารอนุพันธ์) เป็นสำคัญแม้ว่าข้อเท็จจริงจะแสดงอย่างชัดเจนว่า บริษัท M เป็นตัวแทน (Broker) ทำการแทนลูกค้าของตนก็ตาม นอกจากนี้ กรมสรรพากรก็ไม่ได้หยิบยกข้อ 6 (ข้อจำกัดแห่งการลดหย่อน) ซึ่งวางหลักเรื่อง Subject to Tax ไว้มาพิจารณาแม้แต่น้อย ทั้งที่หลักดังกล่าวเป็นมาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบมาตรการหนึ่งซึ่งหากนำมาพิจารณา คำวินิจฉัยของกรมสรรพากรอาจต่างออกไปก็ได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงไม่อาจเห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัย เพราะแม้ว่าข้อ 14 ผลได้จากทุนของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหราชอาณาจักรอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือจะไม่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์ แต่ด้วยข้อเท็จจริงที่ชัดเจนว่า ผู้ที่เป็นเจ้าของที่แท้จริงในตราสารอนุพันธ์และเป็นเจ้าของเงินได้ที่แท้จริงไม่ใช่บริษัท M แต่บริษัท M เป็นเพียงตัวแทนทำการแทน กรมสรรพากรก็ควรที่จะพิจารณาปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับดังกล่าวแก่บริษัท M โดยอ้างอิงกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ที่มีอยู่ไม่ว่าจะเป็นมาตรการตามกฎหมายภายในประเทศหรือข้อ 6 (ข้อจำกัดแห่งการลดหย่อน) ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับดังกล่าวได้ การที่กรมสรรพากรพิจารณาเพียงเอกสารทางทะเบียนนั้นไม่ถูกต้องเพราะบริษัท M ไม่ใช่ผู้มีเงินได้หรือเจ้าของในตราสารอนุพันธ์ที่แท้จริงแต่เป็นเพียงเจ้าของตามเอกสารหรือทะเบียนเท่านั้น และแนวทางการบังคับใช้ของกรมสรรพากรเช่นนี้ก็อาจทำให้ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่สามฉวยโอกาสเข้ามาใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนที่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

\*เช่น ข้อ 6 (ข้อจำกัดแห่งการลดหย่อน) อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหราชอาณาจักรอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือบัญญัติว่า “ในกรณีที่ได้บทบัญญัติใดๆ ของอนุสัญญานี้ เงินได้ซึ่งเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง ได้รับการลดหย่อนภาษีในรัฐผู้ทำสัญญานั้น และภายใต้กฎหมายซึ่งใช้บังคับอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงินได้ดังกล่าวนั้น บุคคลจะต้องเสียภาษีจากจำนวนเงินที่ส่งไปยังหรือได้รับในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น และมีไซจากจำนวนที่เกิดขึ้นทั้งหมดแล้ว การลดหย่อนตามอนุสัญญานี้ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐแรกก็ให้ได้รับเพียงเท่าส่วนที่คำนวณได้จากเงินที่ได้ส่งไปยังหรือได้รับในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเท่านั้น” และ ข้อ 12 วรรคสอง (ดอกเบีย) บัญญัติว่า “ดอกเบียนั้นอาจจะเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาที่ที่ดอกเบียเกิดขึ้นและเป็นไปตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ในกรณีที่ดอกเบียได้จ่ายให้กับผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งที่ต้องเสียภาษีในรัฐนั้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับดอกเบียจำนวนดังกล่าว ภาษีที่จะเก็บในรัฐที่ดอกเบียเกิดขึ้นจะต้องไม่เกิน...”

<sup>14</sup>HM Revenue & Customs, INTM504020 - Double Taxation Treaties: Beneficial Ownership: Importance of Beneficial Ownership [Online], 20 March 2016. Source <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm504020.htm>.

ประเทศไทยทำกับประเทศอื่นๆ ที่เป็นประโยชน์แก่ตนได้ทั้งที่ตนเองไม่มีสิทธิแต่อย่างใดอันเป็นการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบนั่นเอง

(ค) ผู้วิจัยจึงสรุปได้จากการวิเคราะห์ข้างต้นว่าเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยกรมสรรพากรที่ กค 0706/3104 แนวทางปฏิบัติของกรมสรรพากรแสดงให้เห็นถึงความขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยโดยหน่วยจัดเก็บภาษีอย่างเช่นกรมสรรพากรเอง แต่ไม่อาจสรุปได้ว่าความขาดประสิทธิภาพนั้นเกิดจากการที่ประเทศไทยไม่ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้ประเภทผลได้จากทุนจึงไม่สามารถนำมาอ้างอิงเพื่อสนับสนุนสมมติฐานได้

จากที่ผู้วิจัยได้วิเคราะห์คำวินิจฉัยกรมสรรพากรตามข้างต้น แสดงให้เห็นว่าในโครงข่ายอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยนั้นยังมีปัญหาการขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ในเงินได้ประเภทที่ไม่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์ (เงินได้ประเภทอื่นๆ นอกเหนือไปจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ) อยู่ กล่าวคือ ยังคงมีความเสี่ยงที่บุคคลจากประเทศที่สามจะเข้ามาอาศัยประโยชน์จากโครงข่ายอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยวิธีการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) โดยที่กรมสรรพากรก็ได้ตอบโต้การกระทำดังกล่าวแม้จะมีข้อเท็จจริงปรากฏชัดว่าบุคคลที่ได้รับเงินได้เป็นเพียงตัวแทน (หรือนอมินี) และมีผู้มีเงินได้ที่แท้จริง แม้ว่าการนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในเงินได้ประเภทผลได้จากทุนตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยข้างต้นจะสามารถนำมาใช้อ้างอิงปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ภายใต้ข้อบทที่เกี่ยวข้องได้ก็จริง แต่เราก็ไม่สามารถจะนำข้อหาหรือที่เกิดขึ้นทั้งหมดมาสรุปได้อย่างมีเหตุผลและมีน้ำหนักกว่าความขาดประสิทธิภาพของการบังคับใช้เกิดจากการที่ข้อบทเหล่านั้นขาดหลักเจ้าของผลประโยชน์ และการขยายหลักดังกล่าวออกไปยังเงินได้เหล่านั้นจะเหมาะสมและช่วยแก้ปัญหาการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้อย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุผล ทั้งนี้ เราต้องไม่ลืมว่ามาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) นั้นมีมากมายหลายมาตรการดังที่ผู้วิจัยได้ยกตัวอย่างมาแล้วในบทที่ 2 การที่เราจะยกข้อโต้แย้งว่าเราควรขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ อันแตกต่างไปจากแนวทางของ OECD และองค์การสหประชาชาติ (แม้จะสอดคล้องกับบางประเทศ) ได้นั้น จะต้องมีความหนักแน่นมากเพียงพอว่าการกระทำดังกล่าวน่าจะได้ผลและมีประสิทธิภาพกว่ามาตรการอื่นๆ ด้วยเหตุนี้ จากเพียงแนวการตอบข้อหาหรือของกรมสรรพากรเพียงไม่กี่กรณีซึ่งน่าจะเป็นการวินิจฉัยที่ไม่น่าจะถูกต้องและเอื้อประโยชน์แก่ผู้เสียภาษีที่ยกมาข้างต้นนั้นก็ยังไม่เพียงพอที่เราจะสรุปว่าความล้มเหลวในการรับมือกรณีที่น่าสงสัยว่าจะมีการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบหรือเป็นกรณีที่เราเห็นได้ชัดว่าประเทศไทยไม่ควรให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนเพราะบุคคลที่มีชื่อในเอกสารทางทะเบียนไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์ที่แท้จริงแต่เป็นเพียงบุคคลที่เข้ามาทำการแทนบุคคลที่มีเงินได้หรือ

ได้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง (เจ้าของผลประโยชน์) คนอื่น ก็เนื่องมาจากบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนไม่ได้ให้ช่องทางผ่านหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้

#### 4.2.1.2 ตัวอย่างสมมติ

ที่ผ่านมาผู้วิจัยได้ยกตัวอย่างของสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในรูปแบบของการตอบข้อหารือของกรมสรรพากรที่แสดงถึงการขาดประสิทธิภาพของการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้แต่ตัวอย่างดังกล่าวก็มีจำกัดเพียงในเงินได้จากทุนเท่านั้นและก็ไม่ได้สนับสนุนสมมติฐานของผู้วิจัยได้อย่างมีน้ำหนักแต่อย่างใด ต่อไปนี้ผู้วิจัยจึงขอยกตัวอย่างสมมติของความขาดประสิทธิภาพโดยอาศัยความเห็นของ Professor Philip Baker เป็นแนวทางการวิเคราะห์โดยเรียงตามประเภทของเงินได้\*

เนื่องจากอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยมีความแตกต่างในรายละเอียดของแต่ละข้อบทของอนุสัญญาแต่ละฉบับ\*\* ดังนั้นจึงเป็นไปได้ยากมากที่จะทำการวิเคราะห์ตัวอย่างสมมติของการขาดประสิทธิภาพที่อาจเกิดขึ้นในอนุสัญญาทุกฉบับที่ประเทศไทยมี ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงขออนุสัญญามาพิจารณาโดยเฉพาะเจาะจงเพียงหนึ่งฉบับคือ อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยและสาธารณรัฐมอริเชียส\*\*\* แต่ก็จะได้กล่าวถึงหลักการของแต่ละข้อบทเงินได้ของอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยอยู่บ้างในตอนต้นเพื่อปูพื้นให้เห็นภาพรวมคร่าวๆ ดังนี้

---

\*เช่นเดียวกัน ตัวอย่างสมมติจะแสดงเฉพาะกรณีประเทศไทยเป็นรัฐแหล่งเงินได้และอนุสัญญาภาษีซ้อนบัญญัติให้รัฐแหล่งเงินได้ (ประเทศไทย) ให้สิทธิประโยชน์ในการลดอัตราหรือยกเว้นภาษีเท่านั้น แต่ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ถึงการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนของโดยมิชอบในกรณีประเทศไทยเป็นรัฐถิ่นที่อยู่ในเงินได้ประเภทอื่นๆ ด้วยแต่เป็นเพียงคร่าวๆ เพื่อให้เห็นภาพทั้งหมดเท่านั้น

\*\*สำหรับภาพรวมของสิทธิของรัฐแหล่งเงินได้และรัฐถิ่นที่อยู่ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยในเงินได้แต่ละประเภท ดู ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสถิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ชวนพิมพ์ 50 จำกัด, 2554.)

\*\*\*เหตุผลที่ผู้วิจัยเลือกอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยและสาธารณรัฐมอริเชียสมาเป็นตัวอย่างในการวิเคราะห์สมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก็เพราะ (ก) อนุสัญญาที่เลือกมานั้นจะต้องใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์เฉพาะในเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ (ดังนั้น อนุสัญญาที่ไม่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้เลย เช่น ฉบับที่ประเทศไทยทำกับเยอรมนี ฝรั่งเศส เบลเยียม หรือที่ขยายหลักดังกล่าวออกไปในเงินได้นอกเหนือจากสามประเภทข้างต้นแล้ว จึงนำมาใช้ไม่ได้) (ข) อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยและสาธารณรัฐมอริเชียสมีบทบัญญัติที่เอื้อให้ถูกนำมาใช้ทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ เช่น มีบทบัญญัติให้กำไรจากการขายหุ้น (ผลได้จากทุน) ได้รับยกเว้นภาษี ณ รัฐแหล่งเงินได้ และลดอัตราภาษีในคำตอบแทนการใช้สิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะหรือวิทยาศาสตร์เหลือร้อยละ 5 และ (ค) ประเทศมอริเชียสเป็นหนึ่งในประเทศที่นิยมนำมาใช้ในการหลบหลีกภาษีโดยการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนในทางปฏิบัติ

### (1) เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ (ข้อ 6)

โดยทั่วไป ข้อ 6 วรรคหนึ่งของอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยให้สิทธิเก็บภาษีในเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์แก่ทั้งรัฐถิ่นที่อยู่และรัฐแหล่งเงินได้โดยกำหนดให้รัฐที่ตั้งของทรัพย์สิน (รัฐแหล่งเงินได้) สามารถเก็บภาษีได้แต่ก็ไม่มีข้อห้ามไม่ให้รัฐถิ่นที่อยู่เก็บภาษีด้วยเช่นกัน ดังนั้น ทั้งสองรัฐจึงมีอำนาจเก็บภาษีตามกฎหมายภายในของประเทศตนโดยไม่มีเขตอำนาจซ้อนกัน แต่หากมีการเก็บภาษีบนเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์จำนวนเดียวกัน รัฐถิ่นที่อยู่จะต้องจัดภาษีซ้อนตามวิธีการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา

สำหรับอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสนั้น เนื่องจากในข้อ 6\* ได้บัญญัติให้สิทธิในการจัดเก็บภาษียึดโยงอยู่กับที่ตั้งทรัพย์สินโดยยังคงให้สิทธิประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ (รัฐที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์) ยังคงมีสิทธิเก็บภาษี ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าความเสี่ยงในการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนผ่านอนุสัญญาฉบับนี้เสียประโยชน์มีโอกาสเกิดขึ้นน้อย

### (2) กำไรจากธุรกิจ (ข้อ 7)

ประเทศไทยจะเก็บภาษีจากสถานประกอบการได้จากเงินได้ใดบ้างนั้น ขึ้นกับวิธีการคำนวณกำไรและค่าใช้จ่ายของสถานประกอบการถาวรของแต่ละอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งโดยทั่วไปบทบัญญัติข้อ 7 เรื่องกำไรจากธุรกิจของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยเข้า

\*ข้อ 6 เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ บัญญัติว่า

“1. เงินได้ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่งได้รับจากอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งเงินได้จากการเกษตรหรือการป่าไม้ จะเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่

2. คำว่า "อสังหาริมทรัพย์" ให้มีความหมายซึ่งคำนั้นมีอยู่ตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ คำนี้ไม่ว่ากรณีใดจะรวมถึงทรัพย์สินอันเป็นอุปกรณ์ของอสังหาริมทรัพย์ ปลูกสัตว์ และเครื่องมือที่ใช้ในการเกษตรและป่าไม้ สิทธิที่อยู่ในบังคับของบทบัญญัติของกฎหมายทั่วไปว่าด้วยทรัพย์สินที่เป็นที่ดิน สิทธิเก็บกินในอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิต่างๆ ที่จะได้รับชำระตามจำนวนที่เปลี่ยนแปลงได้หรือจำนวนตายตัวเป็นค่าตอบแทนในการทำงาน หรือสิทธิในการทำงานในขุมแร่ แหล่งแร่ และทรัพยากรธรรมชาติอย่างอื่น ส่วนเรือเดินทะเล เรือ และอากาศยานไม่ถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์

3. บทบัญญัติของวรรค 1 ให้ใช้บังคับแก่เงินได้ที่รับจากการใช้โดยตรง การให้เช่า หรือการใช้ อสังหาริมทรัพย์ในรูปอื่น

4. บทบัญญัติของวรรค 1 และ 3 ให้ใช้บังคับแก่เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ของวิสาหกิจ และเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ซึ่งใช้ในการประกอบการบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระด้วย”

ทำกับประเทศต่างๆ สามารถแยกขอบข่ายของกำไรจากธุรกิจที่สถานประกอบการถาวรต้องนำไปรวมคำนวณเสียภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ออกเป็น 2 กลุ่มดังนี้<sup>15</sup>

(2.1) กลุ่มที่ใช้หลัก Attribution Rule เพียงอย่างเดียว - อนุสัญญาภาษีซ้อนกลุ่มนี้มีข้อ 7 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติถึงหลัก Attribution เท่านั้น โดยรัฐแหล่งเงินได้จะมีสิทธิเก็บภาษีบนกำไรจากธุรกิจเพียงเท่าที่พึงถือว่าเป็นของสถานประกอบการถาวรนั้นเท่านั้น จะเก็บภาษีจากกำไรที่เกิดจากธุรกรรมที่กระทำผ่านสถานประกอบการถาวรไม่ได้ เช่นอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำกับประเทศญี่ปุ่น มอริเชียส เดนมาร์ก เป็นต้น

(2.2) กลุ่มที่ใช้หลัก Force of Attraction Rule - อนุสัญญาภาษีซ้อนกลุ่มนี้มีข้อ 7 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติถึงทั้งหลัก Attribution และหลัก Force of Attraction ซึ่งตามหลัก Force of Attraction นั้น ขอบข่ายของกำไรจากธุรกิจของสถานประกอบการถาวรที่ต้องนำมารวมคำนวณเสียภาษินั้นจะขยายออกไปให้รวมถึงกำไรที่วิสาหกิจได้รับจากการขายสินค้าหรือกิจกรรมธุรกิจอื่นๆ ที่ไม่ได้กระทำผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งในรัฐแหล่งเงินได้ แต่การขายสินค้าหรือกิจกรรมธุรกิจอื่นๆ นั้นเป็นการขายหรือกิจกรรมธุรกิจที่สถานประกอบการถาวรมีความสามารถที่จะกระทำได้ และ/หรือได้กระทำอยู่แล้วเป็นปกติแห่งธุรกิจของตน แต่วิสาหกิจนั้นได้พยายามหลีกเลี่ยงไม่ดำเนินธุรกิจผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้ เช่นอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยทำกับประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สวีเดน เนปาล เป็นต้น

เมื่อกล่าวโดยเฉพะถึงอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสนั้น ข้อ 7\* ได้วางหลักว่า รัฐถิ่นที่อยู่ (มอริเชียส) เท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษีจากกำไรจากธุรกิจของวิสาหกิจหนึ่งๆ ยกเว้น

<sup>15</sup>ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสถิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, หน้า 392-396.

\*ข้อ 7 กำไรจากธุรกิจบัญญัติว่า

“1. กำไรของวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่งให้เก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้นเว้นแต่วิสาหกิจนั้นประกอบธุรกิจในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง โดยผ่านทางสถานประกอบการถาวรซึ่งตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น ถ้าวิสาหกิจนั้นประกอบธุรกิจดังกล่าวแล้ว กำไรของวิสาหกิจนั้นอาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่ง แต่ต้องเก็บจากกำไรเพียงเท่าที่พึงถือว่าเป็นของสถานประกอบการถาวรนั้น

2. ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติวรรค 3 ในกรณีที่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่งประกอบธุรกิจในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง โดยผ่านสถานประกอบการถาวร ซึ่งตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญา อีกรัฐหนึ่งนั้น ในแต่ละรัฐผู้ทำสัญญาให้ถือว่าเป็นกำไรของสถานประกอบการถาวรในส่วนที่พึงคาดหวังได้ว่าสถานประกอบการถาวรนั้นจะได้รับถ้าสถานประกอบการถาวรนั้นเป็น วิสาหกิจอันแยกต่างหากและประกอบกิจการเช่นเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน ภายใต้ภาวะเช่นเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันและติดต่อกันอย่างเป็นอิสระโดยแท้จริงกับวิสาหกิจซึ่งตนเป็น สถานประกอบการถาวรนั้น

วิสาหกิจจะมีสถานประกอบการถาวรในรัฐแหล่งเงินได้ (ประเทศไทย) ซึ่งในกรณีดังกล่าว ประเทศไทยก็มีสิทธิเก็บภาษีได้เท่าที่พึงถือว่าเป็นของสถานประกอบการถาวรนั้นเท่านั้น จะเก็บภาษีจากกำไรที่เกิดจากรูขุมที่กระทำผ่านสถานประกอบการถาวรไม่ได้ ดังนั้น ข้อ 7 จึงมีความเป็นไปได้ที่จะมีการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบเกิดขึ้นดังข้อพิจารณาต่อไปนี้\*

3. ในการกำหนดกำไรของสถานประกอบการถาวร จะยอมให้หักค่าใช้จ่าย ซึ่งมีขึ้นเพื่อความมุ่งประสงค์ของธุรกิจของสถานประกอบการถาวรนั้น รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการบริหาร และการจัดการทั่วไป ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งสถานประกอบการถาวรนั้นตั้งอยู่หรือที่อื่นอย่างไรก็ตาม การจ่ายของสถานประกอบการถาวร(ยกเว้นกรณีการใช้คืนค่าใช้จ่ายจริง) ให้แก่สำนักงานใหญ่ของวิสาหกิจหรือจ่ายให้แก่สำนักงานอื่นๆของวิสาหกิจนั้นไม่ให้นำมาหักเป็นรายจ่ายสำหรับการจ่ายในรูปของค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือการจ่ายอย่างอื่นที่คล้ายคลึงกัน เพื่อตอบแทนสำหรับการใช้สิทธิบัตรหรือสิทธิอื่นๆ หรือในรูปของค่านายหน้า เพื่อการบริการเฉพาะอย่างหรือเพื่อการจัดการให้ หรือในรูปของดอกเบี้ยเงินกู้ยืมที่วิสาหกิจเป็นผู้ให้แก่สถานประกอบการถาวร เว้นแต่กรณีที่วิสาหกิจประกอบกิจการธนาคารที่มีดอกเบี้ยเกิดขึ้นจากเงินที่ให้สถานประกอบการถาวรกู้ยืม ในทำนองเดียวกัน การกำหนดกำไรของสถานประกอบการถาวรจะไม่ให้ถือเป็นรายรับ (ยกเว้นกรณีการใช้คืนค่าใช้จ่ายจริง) สำหรับจำนวนที่เรียกเก็บจากสำนักงานใหญ่ของวิสาหกิจหรือสำนักงานอื่นๆของวิสาหกิจนั้นในส่วนของค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือค่าใช้จ่ายอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันเพื่อตอบแทนสำหรับการใช้สิทธิบัตรหรือสิทธิหรือในรูปของค่านายหน้าสำหรับการบริการเฉพาะอย่าง หรือเพื่อการจัดการให้ หรือค่าดอกเบี้ยเงินกู้ยืมที่สถานประกอบการถาวรเป็นผู้ให้แก่สำนักงานใหญ่ของวิสาหกิจหรือสำนักงานอื่นๆของวิสาหกิจแห่งนั้น เว้นแต่กรณีที่วิสาหกิจประกอบกิจการธนาคารที่มีดอกเบี้ยเกิดขึ้นจากเงินที่ให้สถานประกอบการถาวรกู้ยืม

4. หากเป็นประเพณีในรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่งที่จะกำหนดกำไรอันถือเป็นของสถานประกอบการถาวร โดยอาศัยมูลฐานแห่งการปันส่วนผลกำไรทั้งสิ้นของวิสาหกิจให้แก่ส่วนต่างๆ ของวิสาหกิจ มิให้ข้อความในวรรคสองตัดหนทางของรัฐผู้ทำสัญญาอื่นจากการกำหนดกำไรเพื่อเสียภาษีโดยวิธีเช่นว่านั้น อย่างไรก็ตาม วิธีที่กำหนดนั้นจะต้องเป็นวิธีที่มีผลตามหลักการต่างๆ ซึ่งกำหนดไว้ในข้อนี้

5. ถ้าเจ้าหน้าที่ภาษีอากรของรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่งมีข้อมูลในการกำหนดกำไรของสถานประกอบการถาวรของวิสาหกิจไม่เพียงพอ บทบัญญัติข้อนี้จะไม่มีผลกระทบต่อการใช้ กฎหมายใดๆของรัฐผู้ทำสัญญาอื่น ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดภาระภาษีของบุคคลโดยมีเงื่อนไขว่า กฎหมายนั้นจะใช้บังคับอย่างสม่าเสมอตามหลักการในข้อนี้ ตราบเท่าที่ข้อมูลซึ่งเจ้าหน้าที่ภาษีอากรมีอยู่จะอำนวยให้

6. มิให้กำไรใดๆเป็นของสถานประกอบการถาวร โดยเหตุผลเพียงว่า สถานประกอบการถาวรนั้นซื้อของหรือสินค้าเพื่อวิสาหกิจ

7. เพื่อความมุ่งประสงค์ของบทบัญญัติวรรคก่อนๆ กำไรที่พึงถือเป็นของสถานประกอบการถาวรให้กำหนดโดยวิธีเดียวกันเป็นปีๆไป เว้นแต่จะมีเหตุผลอันสมควรและเพียงพอที่จะใช้ วิธีอื่น

8. ในกรณีกำไรที่ไดรรวมไว้ซึ่งรายการเงินได้ซึ่งแยกอยู่ในบังคับของข้ออื่นแห่งความตกลงนี้ มิให้บทบัญญัติของข้ออื่นเหล่านั้นถูกกระทบกระเทือนโดยบทบัญญัติของข้อนี้”

\*ดังที่กล่าวมาข้างต้น ตัวอย่างการวิเคราะห์มาจากรายงานของ Professor Philip Baker

(ก) การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแบบดั้งเดิม (Classic Treaty Shopping) อาจเกิดขึ้นได้ เช่น บริษัท I ที่มีถิ่นที่อยู่ในไอซ์แลนด์ซึ่งไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทยได้รับเงินได้จากการรับทำงานโครงการก่อสร้างในประเทศไทยเป็นระยะเวลา 3 เดือนอันเป็นเงินได้จากกำไรธุรกิจอันต้องชำระภาษีตามประมวลรัษฎากร ดังนั้น บริษัท I จึงตั้งบริษัทในมอริเชียส (บริษัท M) ขึ้นและเข้ามาทำธุรกิจในประเทศไทยแทนที่จะให้บริษัท I เข้ามาเองโดยตรงโดยอาจทำผ่านสัญญาจ้างทำของไปที่ บริษัท M ก่อน แล้วจึงให้บริษัท M จ้างช่วงบริษัท I อีกทอดหนึ่งแต่จริงๆ แล้วงานทั้งหมด บริษัท I เป็นผู้ทำ ทั้งนี้ เพื่อเข้ามาใช้ประโยชน์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส

(ข) การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแบบสะท้อนกลับ (Reflexive Arrangement) ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่นำมาใช้เพื่อหลบหลีกภาษีจากกำไรจากธุรกิจในรัฐถิ่นที่อยู่ของตนเอง เช่น ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย (บริษัท T) ได้รับกำไรจากธุรกิจจากประเทศไทยในลักษณะที่ไม่ได้จำเป็นต้องมีสถานประกอบการถาวร (เช่น ค่าสินค้าจากสัญญาซื้อขาย) ดังนั้น บริษัท T จึงตั้งบริษัทในมอริเชียส (บริษัท M) และให้บริษัท M รับเงินได้กำไรจากธุรกิจแทนที่จะทำธุรกิจดังกล่าวโดยบริษัท T ที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยโดยตรง เพื่อต่อสู้ว่ากำไรจากธุรกิจที่บริษัท M ได้รับต้องเสียภาษีในมอริเชียสเท่านั้น

ในความเห็นของผู้วิจัย สิ่งหนึ่งที่เราต้องพิจารณาในการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ ก็คือเมื่อขยายไปแล้วเราสามารถนำหลักดังกล่าวมาจัดการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้มากน้อยเพียงไรโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 (OECD Commentary 2014) ออกมาแล้ว และคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบดังกล่าวก็มีคำอธิบายเกี่ยวกับคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ที่ละเอียดชัดเจนมากขึ้นกว่าที่ผ่านมามีขบเขตและแนวทางการตีความอย่างไร และเมื่อเราเห็นว่าคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบนี้สามารถมาอ้างอิงในการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนได้ ดังนั้น เราก็ควรนำคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบนี้มาพิจารณาในการตีความคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ที่จะขยายไปในเงินได้ประเภทกำไรจากธุรกิจด้วย

ทั้งนี้ ตามคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 หลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นมีขอบเขตการบังคับใช้ที่ค่อนข้างจำกัด กล่าวคือ นำมาใช้รับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบหรือการหลบหลีกภาษีที่ผ่านการแทรกบุคคลจำพวกตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) หรือบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ที่กระทำการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์หรือผู้ดำเนินการ เข้ามาเป็นผู้รับเงินได้แทน บุคคลเหล่านี้จะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนเพราะสิทธิในการใช้สอยเงินได้ของผู้รับเงินได้เหล่านี้ถูกจำกัดโดยหน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมายที่จะโอนเงินที่ได้รับไปยังบุคคลอื่น (และหน้าที่ในการโอนเงินที่ได้รับออกไปของผู้รับเงินได้ก็ขึ้นอยู่กับ การรับเงินได้ที่จ่ายมาด้วย) ด้วยเหตุนี้ หลักเจ้าของผลประโยชน์จึงยากที่จะนำมารับมือกับการเลือกใช้อ

อนุสัญญาภาษีซ้อนในกรณีของตัวอย่างสมมติข้างต้น เพราะเป็นการยากที่เราจะพิสูจน์ว่าบริษัท M ที่ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการหลบหลีกภาษีนั้นเป็นเพียงบุคคลที่สิทธิในการใช้สอยกำไรจากธุรกิจถูกจำกัดโดยหน้าที่ตามสัญญาหรือตามกฎหมายที่จะโอนเงินที่ได้รับไปยังบุคคลอื่น (โดยหลักการคือบริษัท I ในตัวอย่าง (ก) และบริษัท T ในตัวอย่าง (ข)) จำพวกตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) หรือบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ที่เป็นเพียงผู้ดูแลผลประโยชน์หรือผู้ดำเนินการ เพราะบริษัท M ก็ย่อมต้องนำเงินได้ทั้งหลายทั้งมวลที่ตนได้รับไม่ว่าจะเป็นจากธุรกรรมที่เกี่ยวกับธุรกรรมตาม (ก) หรือ (ข) หรือธุรกรรมอื่นๆ (หากมี) มารวมกันเป็นเงินได้ทั้งหมดและแม้ไม่มีเงินได้จากธุรกรรมอื่นๆ ก็ยังเป็นการยากในการพิสูจน์อยู่ที่เพราะเงินกำไรธุรกิจเป็นผลเชิงตัวเลขที่เกิดจากการนำรายได้รวมมาหักด้วยค่าใช้จ่ายที่หักได้ทางภาษี ดังนั้น การพิสูจน์เส้นทางการเงิน (เช่น บริษัท M โอนเงินที่ได้รับมาจากผู้ว่าจ้าง/ผู้ซื้อต่อไปยังบริษัท I เป็นต้น) จึงเป็นอุปสรรคสำคัญในการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้ประเภทกำไรจากธุรกิจ และแม้อุปสรรคดังกล่าวจะมีความเป็นไปได้ที่จะทำได้ก็ตาม แต่ในความเห็นของผู้วิจัยก็มองว่าวิธีการในการต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนอื่นๆ น่าจะเหมาะสมและทรงประสิทธิภาพมากกว่า ผู้วิจัยจึงไม่ค่อยสนับสนุนให้ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้กำไรจากธุรกิจนัก

### (3) การขนส่งทางเรือและทางอากาศ (ข้อ 8)

ขอบเขตของข้อ 8 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนส่วนใหญ่ที่ประเทศไทยเข้าเป็นรัฐคู่สัญญา นั้นมีความแตกต่างกันไปในแต่ละอนุสัญญา<sup>16</sup> ทั้งนี้ สำหรับอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสข้อ 8 (รวมทั้งอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยส่วนใหญ่) ไม่ได้ใช้การจัดการที่แท้จริง (Effective Management)\* ดังนั้น จึงมีโอกาสที่จะเกิดการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในลักษณะที่คล้ายกับกำไรจากธุรกิจที่ยกมาข้างต้น ดังที่ผู้วิจัยจะได้ยกตัวอย่างข้างล่างนี้

<sup>16</sup>ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสถิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ชวนพิมพ์ 50 จำกัด, 2554), หน้า 342-346.

\*อนุสัญญาภาษีซ้อน เช่น ฉบับที่ประเทศไทยทำกับสิงคโปร์ฉบับ พ.ศ.2519 ใช้หลักการจัดการที่แท้จริง หรือสถานจัดการใหญ่ (effective management) ดังนั้น อนุสัญญาภาษีซ้อนเหล่านี้จึงมีโอกาสเกิดการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยอาศัยการสอดแทรกตัวกลางเช่นตัวแทน นอมินี หรือบริษัทส่งผ่านได้น้อย จึงไม่มีเหตุผลที่มีน้ำหนักพอที่จะขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้ประเภทการขนส่งทางเรือและทางอากาศในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าว



### (3.1) กำไรจากการดำเนินการเดินอากาศยานในการจราจรระหว่างประเทศ (ข้อ 8 วรรคหนึ่ง)

ข้อ 8 วรรคแรก\*ได้บัญญัติให้รัฐถิ่นที่อยู่ (มอริเชียส) มีสิทธิเก็บภาษีจากกำไรจากการดำเนินการเดินอากาศยานในการจราจรระหว่างประเทศได้เพียงรัฐเดียว ประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ต้องยกเว้นภาษีให้ ดังนั้น จึงอาจมีการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนได้ เช่น บริษัทสายการบินระหว่างประเทศ I ที่มีถิ่นที่อยู่ในไอซ์แลนด์ซึ่งไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทยได้รับเงินได้จากการดำเนินการเดินอากาศยานในการจราจรระหว่างประเทศรวมทั้งในประเทศไทยอันต้องชำระภาษีตามประมวลรัษฎากร มาตรา 67 ดังนั้น เพื่อเข้ามาใช้ประโยชน์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส บริษัท I จึงตั้งบริษัทในมอริเชียส (บริษัท M) ขึ้นและเข้ามาทำธุรกิจดังกล่าว โดยที่การจัดการและตัดสินใจต่างๆ ยังคงอยู่ในประเทศไอซ์แลนด์ ดังนี้ ด้วยเหตุที่อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสไม่ได้ดูแลจัดการที่แท้จริง (อนุสัญญาให้สิทธิยกเว้นภาษีในรัฐแหล่งเงินได้แก่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งที่ “ได้รับ” กำไรจากการดำเนินการเดินอากาศยานในการจราจรระหว่างประเทศ) ดังนั้น จึงมีความเสี่ยงที่จะมีการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบโดยบุคคลจากประเทศที่สาม

### (3.2) กำไรจากการดำเนินการดำเนินการเดินเรือในการจราจรระหว่างประเทศ (ข้อ 8 วรรคสอง)

ข้อ 8 วรรคสอง\*\*ได้บัญญัติให้ประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ยังคงมีสิทธิเก็บภาษีในกำไรที่วิสาหกิจที่มีถิ่นที่อยู่ในมอริเชียสได้รับจากการดำเนินการเดินเรือในการจราจรระหว่างประเทศได้แต่ต้องลดภาษีเหลือกึ่งหนึ่ง โดยที่ไม่พิจารณาว่าบริษัทเดินเรือ (วิสาหกิจ) นั้นจะมีสถานจัดการที่แท้จริงอยู่ในมอริเชียสหรือไม่ ดังนั้น ในทางทฤษฎี ตัวอย่างการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนก็จะคล้ายกับในกรณีของดำเนินการเดินอากาศยานในการจราจรระหว่างประเทศข้างต้น แต่ความเป็นไปหรือแรงจูงใจอาจมีต่ำกว่าเพราะประเทศไทยในฐานะแหล่งเงินได้ยังคงมีสิทธิเก็บภาษีอยู่เพียงแต่จำกัดลงเท่านั้น นอกจากนี้การเลือกเข้ามาใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสอาจมีไม่มากหรือไม่จูงใจเพียงพอเพราะอาจมีอนุสัญญาภาษีซ้อนอื่นๆ ที่มีบทบัญญัติให้สิทธิประโยชน์มากกว่า เช่น ยกเว้นภาษีในรัฐแหล่งเงินได้ทั้งหมด

\*ข้อ 8 วรรค 1 บัญญัติว่า “กำไรที่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับจากการดำเนินการเดินอากาศยานในการจราจรระหว่างประเทศ ให้เก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญารัฐนั้น”

\*\*ข้อ 8 วรรคสองบัญญัติว่า “กำไรที่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับจากการดำเนินการเดินเรือในการจราจรระหว่างประเทศ อาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง แต่ภาษีที่เรียกเก็บในอีกรัฐหนึ่งนั้นจะลดลงเป็นจำนวนเท่ากับร้อยละ 50 ของภาษี”

ข้อวิเคราะห์ความเหมาะสมของการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทกำไรจากการขนส่งทางเรือและทางอากาศระหว่างประเทศจะเป็นไปในทางเดียวกับในกรณีของกำไรจากธุรกิจและมีอุปสรรคเรื่องการสอบเส้นทางการเงินเช่นเดียวกัน ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรใช้มาตรการอื่นๆ เช่น หลักสถานจัดการที่แท้จริงอาจเหมาะสมกว่า เพราะ (ก) แม้ว่าการพิสูจน์สถานจัดการที่แท้จริงจะมีความยุ่งยากกว่าการพิจารณาสถานที่จดทะเบียนแต่ก็เห็นว่ายังซับซ้อนน้อยกว่าและมีความเป็นไปได้มากกว่าการพิสูจน์หาเจ้าของผลประโยชน์เพราะดังที่กล่าวแล้วว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ยังมีความไม่แน่นอนในการตีความและการบังคับใช้ และ (ข) การที่อนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับใช้หลักการจัดการที่แท้จริงอยู่แล้วก็ย่อมแสดงให้เห็นว่ากรมสรรพากรของประเทศไทยเห็นว่าเป็นไปได้และเหมาะสมที่จะพิจารณาจากสถานจัดการที่แท้จริง ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลที่เราจะนำหลักดังกล่าวไปใช้กับอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับอื่นๆ ด้วย

#### (4) ผลได้จากทุน (ข้อ 13)<sup>17</sup>

อนุสัญญาภาษีซ้อนข้อ 13 เรื่องผลได้จากทุนโดยทั่วไปกำหนดสิทธิในการเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้และรัฐถิ่นที่อยู่ไว้แตกต่างกันในแต่ละทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดผลได้จากทุนจากการจำหน่าย ดังที่จะได้วิเคราะห์อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสต่อไปนี้

##### (4.1) ผลได้จากการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ (ข้อ 13 วรรคหนึ่ง)

เช่นเดียวกับข้อ 6 เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสข้อ 13 วรรคหนึ่ง\* ก็ได้บัญญัติให้สิทธิในการจัดเก็บภาษีในผลได้จากการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์แก่ประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ (รัฐที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์) อยู่และเป็นการเก็บภาษีที่ยึดอยู่กับที่ตั้งของทรัพย์สิน ดังนั้น ความเสี่ยงในการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนผ่านอนุสัญญาฉบับนี้อันทำให้ประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้เสียประโยชน์จึงต่ำ

##### (4.2) ผลได้จากการจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ของสถานประกอบการถาวร (ข้อ 13 วรรคสอง)

ข้อ 13 วรรคสองเป็นวรรคที่เกี่ยวกับการที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งมีสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำในการดำเนินธุรกิจอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง (รัฐแหล่งเงินได้ซึ่งคือประเทศไทยในกรณีศึกษา) และมีการจำหน่ายทรัพย์สินอันเป็นส่วนหนึ่ง

<sup>17</sup>ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสกลิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, หน้า 501-503.

\*ข้อ 13 วรรค 1 บัญญัติว่า “ผลได้ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งได้รับจากการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ตามที่ระบุไว้ในข้อ 6 และตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น”

ของทรัพย์สินธุรกิจของสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจํา นั้น ซึ่งข้อ 13 วรรคสอง กำหนดให้ทั้งรัฐถิ่นที่อยู่และรัฐแหล่งเงินได้มีสิทธิเก็บภาษีได้ทั้งสองรัฐตามปกติ

สำหรับอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสนั้น ข้อ 13 วรรคสอง\* ยังคงบัญญัติว่าภาษีในผลได้จากการจำหน่ายสังหาริมทรัพย์อันเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินธุรกิจของสถานประกอบการถาวร (และฐานประกอบการประจํา) อาจเก็บได้โดยรัฐที่เป็นที่ตั้งของทรัพย์สิน เช่นเดียวกับอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสข้อ 13 วรรคหนึ่ง ผลได้จากการจำหน่ายสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น ความเสี่ยงในการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนผ่านอนุสัญญานับนี้อันทำให้ประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้เสียประโยชน์จึงต่ำ

#### (4.3) ผลได้จากการจำหน่ายเรือหรืออากาศยานที่ใช้ในการจราจรระหว่างประเทศ (ข้อ 13 วรรคสาม)

ข้อ 13 วรรคสามโดยทั่วไปเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการขนส่งระหว่างประเทศที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งขายเรือหรือเครื่องบินที่ตนใช้ในการประกอบกิจการขนส่งระหว่างประเทศ (บางอนุสัญญาได้ขยายไปรวมถึงตู้สินค้าและยานพาหนะทางบกด้วย) ซึ่งข้อ 13 วรรคสามได้กำหนดให้รัฐถิ่นที่อยู่เท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษีจากการขายได้เพียงรัฐเดียว ส่วนรัฐแหล่งเงินได้ต้องสละสิทธิในการเก็บภาษี

อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสข้อ 13 วรรคสาม\*\* มีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับข้อ 8 วรรคแรกกล่าวคือให้สิทธิเฉพาะรัฐถิ่นที่อยู่เท่านั้นที่มีสิทธิจัดเก็บภาษีจากการจำหน่ายเรือหรืออากาศยานที่ใช้ในการจราจรระหว่างประเทศ (ประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ซึ่งเป็นที่ตั้งของทรัพย์สินนั้นต้องยกเว้นภาษี) โดยที่ไม่พิจารณาว่ารัฐนั้นจะเป็นรัฐที่ตั้งของสถานจัดการที่แท้จริง (Effective Management) หรือไม่ ดังนั้น จึงมีโอกาสที่จะเกิดการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในลักษณะที่คล้ายกับข้อ 8 วรรคหนึ่ง การขนส่งทางเรือและทางอากาศที่ยกมาข้างต้นแล้ว เช่น บริษัทสายการบินระหว่างประเทศ I ที่มีถิ่นที่อยู่ในไอซ์แลนด์ซึ่งไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทย (หรือบริษัทมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย) ใช้เครื่องบินซึ่งตั้งอยู่ใน

\*ข้อ 13 วรรคสองบัญญัติว่า “ผลได้จากการจำหน่ายสังหาริมทรัพย์อันเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินธุรกิจของสถานประกอบการถาวรซึ่งวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งมีอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง หรือสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับฐานประกอบการประจํา ซึ่งผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งมีอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ในการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระรวมทั้งผลได้จากการจำหน่ายสถานประกอบการถาวรเช่นว่านั้น (โดยลำพังหรือรวมกับวิสาหกิจทั้งหมด) หรือฐานประกอบการประจําเช่นว่านั้น อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น”

\*\*ข้อ 13 วรรคสามบัญญัติว่า “ผลได้ที่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับจากการจำหน่ายเรือ หรืออากาศยานที่ใช้ในการจราจรระหว่างประเทศหรือสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการเกี่ยวกับเรือ หรืออากาศยานเช่นว่านั้น จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น”

ประเทศไทยในการขนส่งระหว่างประเทศ ดังนั้น เพื่อเข้ามาใช้ประโยชน์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส บริษัท I จึงตั้งบริษัทในมอริเชียส (บริษัท M) ขึ้นโดยที่การจัดการและการตัดสินใจต่างๆ ยังคงอยู่ในประเทศไอซ์แลนด์ (หรือประเทศไทย) เมื่อจำหน่ายเครื่องบินดังกล่าวและมีกำไรเกิดขึ้นอันอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีในประเทศไทย ผู้เสียภาษี (บริษัท M) ก็อ้างอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส เพื่อยกเว้นภาษีในประเทศไทย แม้ว่าเครื่องบินนั้นจะตั้งอยู่ในประเทศไทยก็ตาม<sup>18</sup> ทั้งนี้ ในประเด็นว่า ควรขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังข้อ 13 วรรคสามหรือไม่นั้น ผู้วิจัยมีความเห็นเหมือนกับที่แสดงไว้ในข้อ 8 วรรคหนึ่ง ว่าความยุ่งยากในการสืบสาวเส้นทางการเงินเพื่อพิสูจน์ว่าบริษัท I ในไอซ์แลนด์เป็นเจ้าของผลประโยชน์ที่แท้จริงนั้นไม่ได้สัดส่วนกับโอกาสในการบรรลุผลของการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์เพื่อรับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ และเห็นว่าควรใช้วิธีอื่นๆ โดยเฉพาะการนำหลักการจัดการที่แท้จริง (Effective management) มาใช้มากกว่า จึงสรุปได้ว่าในความเห็นผู้วิจัย แทบจะไม่มีเหตุผลที่มีน้ำหนักเพียงพอให้ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์มายังข้อ 13 วรรคสาม

#### (4.4) ผลได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินอื่นๆ (ข้อ 13 วรรคสี่)

ข้อ 13 วรรคสี่เป็นวรรคที่พูดถึงทรัพย์สินทุกประเภทที่ไม่ได้อยู่ภายใต้สามวรรคแรกของข้อ 13 ซึ่งอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ประเทศไทยเข้าเป็นคู่สัญญามีบทบัญญัติข้อ 13 วรรคสี่ที่แตกต่างกันออกไปแล้วแต่ผลของการเจรจาต่อรองระหว่างรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองซึ่งหากเราจะแบ่งกลุ่มอนุสัญญาคร่าวๆ ตามสิทธิเก็บภาษีจะแบ่งได้ดังนี้

(4.4.1) อนุสัญญาที่ให้ทั้งรัฐแหล่งเงินได้และรัฐถิ่นที่อยู่เก็บภาษีได้ตามปกติ - อนุสัญญาภาษีซ้อนเหล่านี้มีข้อ 13 วรรคสี่ที่กำหนดให้ทั้งรัฐแหล่งเงินได้และรัฐถิ่นที่อยู่เก็บภาษีได้ตามปกติตามกฎหมายภายในของตน เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-จีน อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-ออสเตรเลีย อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกา อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-ญี่ปุ่น

(4.4.2) อนุสัญญาที่กำหนดให้รัฐถิ่นที่อยู่เก็บภาษีได้เพียงรัฐเดียวยกเว้นเงินได้จากการขายหุ้นหรือหลักทรัพย์หรือเก็บภาษีได้แบบมีเงื่อนไข - ข้อ 13 (หรือ 14) วรรคสี่ประกอบวรรคห้าของอนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับบัญญัติให้รัฐถิ่นที่อยู่ของผู้ขาย (ผู้มีเงินได้) เท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษีจากการขายได้ ยกเว้นแต่ผลได้จากการขายหุ้นหรือหลักทรัพย์เท่านั้นที่อนุสัญญายังอนุญาตให้รัฐแหล่งเงินได้ยังคงเก็บภาษีได้ตามกฎหมายภายในของตน (วรรคห้า) เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-

<sup>18</sup> ตัวอย่างดัดแปลงมาจาก Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept, Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, para 60.

สวีตเซอร์แลนด์ อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-เนปาล เป็นต้น หรือบางฉบับก็อนุญาตให้รัฐแหล่งเงินได้มีสิทธิเก็บภาษีได้แต่มีเงื่อนไข (วรรคห้า) เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหราชอาณาจักรอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือ อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-เนเธอร์แลนด์ เป็นต้น

(4.4.2) อนุสัญญาที่กำหนดให้รัฐถิ่นที่อยู่เก็บภาษีได้เพียงรัฐเดียว - อนุสัญญาภาษีซ้อนกลุ่มนี้กำหนดให้เฉพาะรัฐถิ่นที่อยู่ของผู้ขาย (ผู้มีเงินได้) เท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษี โดยรัฐแหล่งเงินได้ต้องสละสิทธิเก็บภาษี เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สิงคโปร์ อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-ฝรั่งเศส อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-เบลเยียม อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-เยอรมนี

สำหรับอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสข้อ 13 วรรคสี่\* ก็ได้บัญญัติให้สิทธิแก่รัฐถิ่นที่อยู่ (มอริเชียส) เท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษีจากการจำหน่ายทรัพย์สินทุกประเภทที่ไม่ได้อยู่ภายใต้สามารถแรกของข้อ 13 ดังกล่าว ดังนั้น จึงมีโอกาที่จะเกิดการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้ เช่น บริษัท I ซึ่งไม่ใช่บริษัทหลักทรัพย์เป็นบริษัทที่จดทะเบียน (มีถิ่นที่อยู่) ในประเทศไอซ์แลนด์ซึ่งไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทย ต้องการเข้ามาซื้อขายหุ้นในประเทศไทย กำไรจากการขายหุ้นดังกล่าวจึงต้องอยู่ในบังคับเสียภาษีในประเทศไทยตามประมวลรัษฎากร ดังนั้น เพื่อให้กำไรดังกล่าวไม่ต้องเสียภาษีในประเทศไทย บริษัท I จึงให้บริษัท M ซึ่งเป็นบริษัทในเครือของตนที่จดทะเบียนมอริเชียส (มีถิ่นที่อยู่ในประเทศมอริเชียส) ซื้อขายหุ้นแทนเพื่อที่จะได้รับการยกเว้นภาษีผลได้จากทุนที่เกิดจากกำไรในการขายหุ้นดังกล่าว<sup>19</sup>

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่า มีความเป็นไปได้ที่การวางแผนภาษีโดยใช้ประโยชน์จากข้อ 13 วรรคสี่ ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส (หรือฉบับอื่นที่มีบทบัญญัติที่เอื้อประโยชน์ในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน) นั้นน่าจะมีเกิดขึ้นอย่างแน่นอนและตัวอย่างการหลบหลีกภาษีโดยการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนในทางปฏิบัติจริงก็สามารถอนุมานได้จากตัวอย่างของการตอบข้อหารือของกรมสรรพากรที่ยกมาแล้วข้างต้น อย่างไรก็ตาม การที่เราจะตอบว่าเราควรขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังข้อ 13 วรรคสี่ หรือไม่นั้น เราก็ต้องพิจารณาว่าการเพิ่มหลักเจ้าของผลประโยชน์เข้าไบนั้นจะช่วยป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนได้หรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อได้วิเคราะห์แล้วจะเห็นว่าขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไปว่าบุคคลที่ถูกลำมาสอบแทรก (เช่น บริษัท M ในกรณีตัวอย่าง) นั้นเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในผลได้จากทุนหรือไม่ กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงพบว่าบริษัท M เป็นเพียงบุคคลที่ถูกสอดแทรกเข้ามาโดยมีสิทธิในการใช้สอยเงินได้ที่ถูกจำกัดโดยหน้าที่ตาม

\*ข้อ 13 วรรคสี่บัญญัติว่า “ผลได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินใดๆ นอกเหนือจากที่กล่าวไว้ในวรรค 1 วรรค 2 และ วรรค 3 ของข้อนี้ ให้เก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งผู้จำหน่ายมีถิ่นที่อยู่”

<sup>19</sup> ตัวอย่างดัดแปลงมาจาก ชัยสิทธิ์ ตรีชูธรรม, คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554), หน้า 787-788.

สัญญาหรือตามกฎหมายที่จะโอนเงินที่ได้รับไปยังบุคคลอื่น บริษัท I ในลักษณะของการเป็นเพียงตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) หรือบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ที่กระทำการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์หรือผู้ดำเนินการเท่านั้น หลักเจ้าของผลประโยชน์ก็ย้อมนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการปฏิเสธการเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ของบริษัท M ภายใต้ข้อ 13 วรรคสี่ ได้ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาตัวอย่างสมมติข้างต้นนั้น ข้อเท็จจริงถูกระบุไว้อย่างชัดเจนว่า บริษัท M ถูกสอดแทรกเข้ามาเพื่อทำธุรกรรมแทนบริษัท I ดังนั้น ในทางทฤษฎี ความยากลำบากในการพิสูจน์ความเป็นตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) หรือบริษัทส่งผ่าน (conduit company) นั้นย่อมมีไม่มากนัก แต่ในทางกลับกัน ทางปฏิบัติจริงย่อมมีความยากลำบากในการบังคับใช้ของหน่วยจัดเก็บภาษีเช่นกรมสรรพากรอยู่ในบางกรณี ทั้งนี้ เพราะว่า ดังที่ Professor Philip Baker แสดงความเห็นไว้ เส้นทางของเงินได้จำพวกผลได้จากทุน (กำไรจากการขายหุ้นในกรณีตัวอย่าง) ที่ไหลจากผู้รับเงินคนแรก (บริษัท M) ไปยังผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่สาม (บริษัท I) นั้น มีเส้นทางที่ตรงไปตรงมาน้อยกว่าเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ อยู่บ้าง ตรงที่ผลได้จากทุนจะเริ่มจากการจำหน่ายจ่ายโอนสินทรัพย์ (เช่น หุ้น) ที่เป็นของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญารัฐหนึ่งและการจำหน่ายจ่ายโอนดังกล่าวก็ก่อให้เกิดผลได้จากทุน (เช่น กำไรจากการขายหุ้น) และต่อมาก็มีการจ่ายโอนส่วนต่างหรือกำไรดังกล่าวนั้นไปยังบุคคลที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่สาม (บริษัท I)

จากข้างต้น นำมาสู่ข้อสรุปของผู้วิจัยว่า ข้อจำกัดของการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังข้อ 13 วรรคสี่นั้นมีอยู่หลักๆ คือ (ก) หลักดังกล่าวมีขอบเขตในการบังคับใช้ที่จำกัด (ตามคุณสมบัติของหลักนี้) กล่าวคือ นำมาใช้รับมือกับการจัดวางโครงสร้างการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนอย่างง่ายไม่ซับซ้อน ซึ่งหลักๆ คือ การใช้ตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) หรือบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ที่ทำการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์หรือผู้ดำเนินการเท่านั้น แต่ไม่สามารถนำมารับมือกับโครงสร้างที่ยุ่ยากซับซ้อนได้ (ข) หลักดังกล่าวอาจไม่ได้ช่วยตอบโต้การวางแผนภาษีในเงินได้ดังกล่าวได้ทุกกรณี เช่น กรณีที่ผู้เสียภาษีอาจโอนถิ่นที่อยู่โดยย้ายถิ่นที่อยู่ไปมอริเชียสก่อนการจำหน่ายจ่ายโอนสินทรัพย์ (ซึ่งอาจถูกตอบโต้โดยบทบัญญัติที่กำหนดว่าให้รัฐถิ่นที่อยู่เดิมยังคงมีสิทธิเก็บภาษีในเงินได้ผลได้จากทุนที่เกิดแก่บุคคลเป็นระยะเวลาหนึ่ง เช่น 5 ปี หลังจากบุคคลนั้นกลายเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง)<sup>20</sup> (ค) ความยุ่งยากลำบากในการพิสูจน์เส้นทางการไหลของเงินได้ (ผลได้จากทุน) เพราะผลได้จากทุนอาจไม่จำเป็นจะต้อง “จ่ายแก่ผู้มีถิ่นที่อยู่” ในรัฐ

<sup>20</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept. Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, para 53.

คู่สัญญาแต่อาจเป็นเพียงการรับรู้เป็นเงินได้ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญา (อันต่างจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ) ซึ่งสิ่งเหล่านี้เป็นภาระของกรมสรรพากรที่ต้องมีเครื่องมือ ฐานข้อมูล การเปิดเผยข้อมูลของผู้เสียภาษี และความเชี่ยวชาญของเจ้าหน้าที่ (ง) แม้ว่าคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 น่าจะช่วยก่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นแต่ก็ยังเป็นที่น่าสงสัยว่าจะช่วยได้มากนักน้อยเพียงไร ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าความไม่ชัดเจนน่าจะยังมีอยู่

ดังนั้น แม้เราจะเห็นได้จากข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในข้อหาหรือหลายๆ ฉบับของกรมสรรพากรว่าประเทศไทยมีการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในผลได้จากทุนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการโอนหุ้นผ่านการจัดวางโครงสร้างการทำธุรกรรมผ่านผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่อนุสัญญาภาษีซ้อนกำหนดให้รัฐแหล่งเงินได้ยกเว้นภาษีในเงินได้ประเภทดังกล่าว (เช่น อนุสัญญาไทย-มอริเชียส) แต่การขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังข้อบทเรื่องผลได้จากทุนตามข้อ 13 วรรคสี่มีความจำกัดดังที่กล่าวมาในย่อหน้าที่ผ่านมาโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการขยายหลักที่ยังไม่แน่นอน เช่นนี้ออกไป ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังวรรคดังกล่าวแม้มีประโยชน์อยู่บ้างแต่ย่อมไม่คุ้มค่างกับผลที่จะได้ในการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ และประเทศไทยก็ควรที่จะพิจารณามาตรการอื่นๆ มารับมือกับการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนแทน

#### (5) บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ (ข้อ 14)

การให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระนั้นเป็นการที่บุคคลธรรมดาเป็นผู้ให้บริการ (ทั้งบริการวิชาชีพ เช่น ทนายความ แพทย์ สถาปนิก และกิจกรรมอื่นๆ ที่ไม่ใช่วิชาชีพ เช่น การรับจ้างอิสระทั่วไป) อย่างอิสระซึ่งเป็นกิจการของผู้ให้บริการนั่นเองโดยไม่ได้มีฐานะเป็นลูกจ้างของผู้ใด ทั้งนี้ ข้อ 14 นี้ถือได้ว่าเป็นข้อบททั่วไปของเงินได้ของบุคคลธรรมดาคล้ายๆ กับข้อ 7 (กำไรจากธุรกิจ) ที่เป็นข้อบททั่วไปของเงินได้ของนิติบุคคล ดังนั้น การให้บริการหรือเงินได้อื่นๆ ของบุคคลธรรมดาที่มีข้อบทเฉพาะบัญญัติไว้แล้วในอนุสัญญา เช่น นักแสดงนักกีฬาสาธารณะ (ข้อ 17) เงินบำนาญ (ข้อ 18) ก็ต้องบังคับไปตามข้อบทเฉพาะนั้นๆ โดยที่ไม่ใช่ข้อ 14 (การให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ) แม้ว่ากิจกรรมเหล่านี้จะเป็นกิจกรรมอิสระของบุคคลธรรมดานั้นก็ตาม<sup>21</sup>

ข้อ 14 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส\* วางหลักให้สิทธิเก็บภาษีระหว่างประเทศคู่สัญญาในเงินได้จากการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระไว้คล้ายกับข้อ 7 กำไรจาก

<sup>21</sup> ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสถิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, หน้า 505-518.

\*ข้อ 14 บัญญัติว่า

“1. เงินได้ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริการวิชาชีพหรือกิจกรรมอิสระอื่นๆ ให้เก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น เว้นแต่ว่าผู้นั้นมีอยู่เป็นปกติซึ่งฐานประกอบการประจำในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง

ธุรกิจ กล่าวคือ บัญญัติให้รัฐถิ่นที่อยู่ (มอริเชียส) มีสิทธิแต่ฝ่ายเดียวในการเก็บภาษี เว้นแต่ในกรณีที่บุคคลนั้นมีฐานประกอบการประจำในรัฐแหล่งเงินได้ (ประเทศไทย) ในการประกอบกิจกรรมของผู้นั้น แต่รัฐแหล่งเงินได้ (ประเทศไทย) จะเก็บภาษีได้จากจำนวนเงินได้เท่าที่พึงถือว่าเป็นของฐานประกอบการประจำนั้นเท่านั้น ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่ข้อบของข้อ 14 คล้ายกับข้อ 7 ดังนั้น ข้อพิจารณาในเรื่องความเสี่ยงของการเลือกใช้อุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) และความเหมาะสมในการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปในเงินได้ดังกล่าวจึงเหมือนกับที่ผู้วิจัยได้แสดงไว้สำหรับข้อ 7

#### (6) บริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็นอิสระ (ข้อ 15)<sup>22</sup>

การให้บริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็นอิสระเป็นการที่บุคคลธรรมดาเป็นผู้ให้บริการ ในฐานะเป็นลูกจ้างและเป็นการทำงานเพื่อและอยู่ภายใต้คำสั่งของนายจ้าง

อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสข้อ 15 บริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็นอิสระ\* วางหลักในวรรคหนึ่งให้รัฐถิ่นที่อยู่มีอำนาจเก็บภาษีบนค่าตอบแทนของบริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็น

เพื่อความมุ่งประสงค์ในการประกอบกิจกรรมของผู้นั้น หากผู้นั้นมีฐานประกอบการเช่นว่านั้น เงินได้นั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง เฉพาะจำนวนเงินได้เท่าที่พึงถือว่าเป็นของฐานประกอบการประจำนั้น

2. คำว่า "บริการวิชาชีพ" ให้อรรถาธิบายโดยเฉพาะกิจกรรมอิสระด้านวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม ศิลปะ

การศึกษาหรือการสอน รวมทั้งกิจกรรมอิสระของแพทย์ ทนายความ วิศวกร สถาปนิก ทันตแพทย์ และนักบัญชี"

<sup>22</sup>ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสถิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, หน้า 519-533.

\*ข้อ 15 บัญญัติว่า

"1. ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของข้อ 16, 18, 19 และ 20 เงินเดือน ค่าจ้าง และค่าตอบแทนอย่างอื่นที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งได้รับในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานจะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น เว้นแต่การจ้างงานนั้นได้กระทำในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง หากมีการจ้างงานเช่นว่านั้น ค่าตอบแทนที่ได้รับจากการนั้นอาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น"

2. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติของวรรค 1 ค่าตอบแทนที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งได้รับในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานที่กระทำในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญาที่กล่าวถึงรัฐแรก ถ้า

(ก) ผู้รับนั้นอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง สำหรับระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลา รวมกันไม่เกิน 183 วัน ภายในระยะเวลา 12 เดือนใดๆ และ

(ข) ค่าตอบแทนนั้นจ่ายโดย หรือในนามของนายจ้างผู้ซึ่งมิได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง และ

(ค) ค่าตอบแทนนั้นมิได้ตกเป็นภาระแก่สถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำ ซึ่งนายจ้างมีอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง



อิสระ (มอริเชียส) แต่ก็มีข้อยกเว้นให้รัฐแหล่งเงินได้ (ประเทศไทย) ยังคงมีสิทธิเก็บภาษีได้หากการจ้างงานนั้นได้กระทำในประเทศไทย นอกจากนี้ ในวรรคสองและสามก็ได้บัญญัติสิทธิในการเก็บภาษีของประเทศคู่สัญญาในกรณีอื่นๆ ด้วย

ข้อ 15 วรรคหนึ่งของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสกำหนดให้รัฐแหล่งเงินได้ (รัฐที่มีการทำงาน) สามารถเก็บภาษีจากการให้บริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็นอิสระได้หากผู้มีเงินได้นั้นเข้ามาทำงานในรัฐแหล่งเงินได้เท่านั้น นอกจากนี้ เมื่อบุคคลดังกล่าวเข้ามาทำงานในรัฐแหล่งเงินได้แล้ว ในวรรคสองก็ยังคงกำหนดให้รัฐดังกล่าวต้องยกเว้นภาษีเงินได้ (รัฐถิ่นที่อยู่มีสิทธิเก็บภาษีฝ่ายเดียว) ในกรณีดังต่อไปนี้

(6.1) ผู้มีเงินได้เข้าไปทำงานในรัฐแหล่งเงินได้แล้วแต่เข้าเงื่อนไขต่อไปนี้ (ก) ผู้มีเงินได้ยังเข้าไปทำงานในรัฐแหล่งเงินได้ไม่เกินระยะเวลาที่อนุสัญญากำหนด (กล่าวคือระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลา รวมกันไม่เกิน 183 วัน ภายในระยะเวลา 12 เดือนใดๆ) (ข) มีการจ่ายค่าตอบแทนโดยหรือในนามของนายจ้างซึ่งไม่ได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐแหล่งเงินได้ และ (ค) ไม่ได้นำค่าตอบแทนมาตัดเป็นรายจ่ายในการคำนวณภาษีของสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำซึ่งนายจ้างมีอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้

(6.2) ผู้มีเงินได้ทำงานบนเรือหรืออากาศยานในการขนส่งระหว่างประเทศ กำหนดให้เฉพาะรัฐถิ่นที่อยู่ของสายการบินและสายการบินมีสิทธิเก็บภาษีและรับแหล่งเงินได้ต้องยกเว้นภาษี

ทั้งนี้ เมื่อเราได้ศึกษาบทบัญญัติข้อ 15 แล้วเราจะพบว่า ในทางทฤษฎี ย่อมมีความเป็นไปได้ที่บุคคลธรรมดาจะทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) โดยการจัดตั้งบริษัทขึ้นมาในรัฐคู่สัญญาเพื่อให้บริการแทนตนเอง อย่างไรก็ตาม วิธีการนี้ไม่น่าจะเป็นที่นิยมหรือเกิดขึ้นบ่อยมากพอเนื่องเพราะบริการตามข้อ 15 นี้เป็นบริการส่วนบุคคลที่ไม่อิสระซึ่งโดยหลักจะต้องเป็นการรับจ้างงานด้วยบุคคลธรรมดา ดังนั้น โอกาสที่จะเกิดการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) จึงไม่มากเพียงพอที่จะนำมาสนับสนุนในการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับข้อ 15 บริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็นอิสระนี้

---

3. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติในวรรคก่อนๆ ของข้อนี้ ค่าตอบแทนที่ได้รับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน ที่กระทำในเรือ หรืออากาศยาน ที่ใช้ดำเนินการในการจราจรระหว่างประเทศโดยวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่ง จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐนั้น”

### (7) ค่าป่วยการของกรรมการ (ข้อ 16)

อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสข้อ 16\* บัญญัติให้รัฐแหล่งเงินได้ (รัฐถิ่นที่อยู่ของบริษัทที่จ่ายค่าป่วยการกรรมการ) ยังคงมีสิทธิเก็บภาษีในค่าป่วยการกรรมการได้ ดังนั้น จึงไม่อยู่ในขอบเขตการพิจารณาการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปตามสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพราะเป็นกรณีที่ประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ไม่ได้สละหรือจำกัดสิทธิการเก็บภาษีของตน

### (8) นักแสดงและนักกีฬา (ข้อ 17)

เงินได้ของนักแสดงและนักกีฬามีโอกาสการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้มาก ดังนั้น เงินได้ประเภทนี้จึงเป็นข้อบ่งชี้ที่ควรพิจารณาให้นำหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปใช้ด้วย อย่างไรก็ตาม ด้วยความแตกต่างของธรรมชาติของนักแสดงและนักกีฬาและโอกาสในการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) อนุสัญญาต้นแบบและอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศต่างๆ รวมทั้งอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสจึงวางหลักเรื่องอำนาจจัดเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้ในข้อ 17\*\* ที่ต่างออกไปจากข้อ 14 และ 15 ดังนี้

ข้อ 17 วรรคหนึ่งเป็นวรรคที่เกี่ยวกับนักแสดงและนักกีฬาสาธารณะซึ่งวรรคดังกล่าวกำหนดให้รัฐแหล่งเงินได้ยังคงมีสิทธิเก็บภาษีได้ (ทั้งรัฐถิ่นที่อยู่และรัฐแหล่งเงินได้มีสิทธิเก็บภาษีได้ทั้งสองรัฐ) ดังนั้น กรณีตามวรรคหนึ่ง ของข้อ 17 จึงไม่อยู่ในขอบเขตการพิจารณาการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปเพราะเป็นกรณีที่ประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ไม่ได้สละหรือจำกัดสิทธิการเก็บภาษีของตน

\*ข้อ 16 บัญญัติว่า “ค่าป่วยการของกรรมการ และเงินที่ได้รับที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ซึ่งผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่งได้รับในฐานะหรือในนามของสมาชิกในคณะกรรมการของบริษัทซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งอาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น”

\*\*ข้อ 17 บัญญัติว่า

“1. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติในข้อ 14 และ 15 เงินได้ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่งได้รับในฐานะนักแสดง อาทิจานักแสดงละคร ภาพยนตร์ วิทยุ หรือโทรทัศน์ หรือนักดนตรีหรือนักกีฬาจากกิจกรรมส่วนบุคคลของตนที่กระทำในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น

2. ในกรณีเงินได้ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมส่วนบุคคลที่กระทำโดยนักแสดงหรือนักกีฬาตามความสามารถของตนนั้น มิได้เกิดขึ้นกับตัวนักแสดงหรือนักกีฬา แต่เกิดขึ้นกับบุคคลอื่น โดยไม่ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติของข้อ 7, 14 และ 15 เงินได้นั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาที่กิจกรรมนั้นๆ ของนักแสดง หรือนักกีฬาได้กระทำขึ้น

3. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 เงินได้ที่ได้รับจากกิจกรรมที่ได้กล่าวไว้ในวรรค 1 ให้ยกเว้นภาษีในรัฐผู้ทำสัญญาที่กิจการนั้นได้กระทำขึ้น หากการเยือนรัฐนั้นได้รับการอุดหนุนเป็นส่วนใหญ่จากกองทุนของรัฐ องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นหรือสถาบันสาธารณะของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง”

ส่วนในเรื่องความเสี่ยงที่มีอยู่จริงของการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ด้วยการที่นักแสดงหรือนักกีฬาทำการจัดตั้งบริษัทขึ้นมาในรัฐคู่สัญญาหรือให้บุคคลอื่นให้บริการและรับเงินค่าจ้างแทนตนเอง ข้อ 17 วรรคสองก็ได้มีบทบัญญัติออกมารับมือไว้แล้วโดยบัญญัติให้รัฐแหล่งเงินได้ (รัฐที่เกิดกิจกรรมนั้นเกิดขึ้น) ยังคงเก็บภาษีได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าข้อ 7, 14 และ 15 จะบัญญัติว่าอย่างไร กล่าวคือ วรรคสองได้วางหลักไว้โดยรวมถึงกรณีนี้ไว้ว่าในกรณีที่มีการหลบหลีกภาษีโดยการจัดวางให้มีการจ่ายค่าตอบแทนของนักแสดงและนักกีฬาไปยังบุคคลอื่นแทนที่จะจ่ายตรงไปยังนักแสดงและนักกีฬาอย่างที่ควรจะเป็น เช่น จ่ายผ่านไปยังบริษัทศิลปิน (artiste company หรือ star-company) อันทำให้รัฐแหล่งเงินได้ (ประเทศไทย) ไม่สามารถเก็บภาษีจากเงินได้ดังกล่าวในฐานะเงินได้จากบริการส่วนบุคคลของนักแสดงและนักกีฬานั้น (หรือในฐานะกำไรของวิสาหกิจเพราะไม่มีสถานประกอบการถาวร) วรรคสองจึงให้อำนาจประเทศไทยในฐานะรัฐแหล่งเงินได้ในกรณีเก็บภาษีจากกำไรที่เกิดการโยกย้ายจากเงินได้ของนักแสดงและนักกีฬามาเป็นเงินได้ของวิสาหกิจนั้น<sup>23</sup> ทั้งนี้ วรรคสองไม่ได้จำกัดการบังคับใช้กับเพียงกรณีที่ทั้งนักแสดงหรือนักกีฬาและบุคคลที่เป็นผู้รับเงินได้ (แทน) เช่น บริษัทศิลปิน มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาเดียวกันเท่านั้น แต่วรรคสองยังให้สิทธิรัฐแหล่งเงินได้ (ประเทศไทย) ในการเก็บภาษีที่เกิดจากกิจกรรมการแสดงหรือกีฬาไม่ว่าบทบัญญัติในข้อบทอื่นๆ ของอนุสัญญาภาษีซ้อนจะบัญญัติไว้ว่าอย่างไร ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าจะมีบทบัญญัติของข้อ 7 วรรคสองของข้อ 17 ก็ยังให้สิทธิรัฐแหล่งเงินได้ (ประเทศไทย) เก็บภาษีที่บริษัทศิลปินซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในอีกรัฐหนึ่ง (มอริเชียส) นั้นได้รับ แม้ว่านักแสดงหรือนักกีฬาจะไม่ใช่มูลีถิ่นที่อยู่ในอีกรัฐหนึ่ง (มอริเชียส) ก็ตาม และในทางตรงกันข้าม ในกรณีที่เงินได้ของนักแสดงหรือนักกีฬาซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญามีการจ่ายไปให้บริษัทศิลปินซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่สาม รัฐแหล่งเงินได้ (ประเทศไทย) ก็ยังเก็บภาษีจากบริษัทศิลปินนั้นได้ตามประมวลรัษฎากร<sup>24</sup>

ดังนั้น สมมติว่านักแสดง (นาย I) ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไอซ์แลนด์ซึ่งไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทยได้รับงานจ้างจากผู้ว่าจ้างบริษัทเอกชนให้เข้ามาถ่ายทำภาพยนตร์ในประเทศไทยและได้ค่าจ้างเป็นการตอบแทน นาย I จึงทำการจัดตั้งบริษัทศิลปินในมอริเชียส (บริษัท M) ขึ้นเพื่อรับค่าตอบแทนแทนตนเอง ในกรณีนี้วรรคสองข้อ 17 ก็ยังคงรักษาสีทธิของประเทศไทยให้ยังคงเก็บภาษีจากบริษัท M ได้แม้ว่านาย I จะไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในมอริเชียสก็ตาม

<sup>23</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010, Commentary on Article 17, para 11.

<sup>24</sup>Ibid., Commentary on Article 17, para 11.1.

จากข้างต้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีบทบัญญัติดังเช่นวรรคสองของข้อ 17 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสมีบทบัญญัติป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบอย่างเฉพาะเจาะจงที่เพียงพอแล้ว ดังนั้น จึงไม่มีเหตุจำเป็นที่จะขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังเงินได้ประเภทนักแสดงและนักกีฬา

### (9) เงินบำนาญ (ข้อ 18)

บทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยแต่ละฉบับบัญญัติหลักการการเก็บภาษีของเงินบำนาญของเอกชนไว้แตกต่างกันอันพอสรุปได้ดังต่อไปนี้<sup>25</sup>

(9.1) อนุสัญญาที่กำหนดให้ทั้งรัฐถิ่นที่อยู่และรัฐแหล่งเงินได้ต่างก็มีสิทธิเก็บภาษีได้ตามกฎหมายภายในของตน อนุสัญญาภาษีซ้อนเหล่านี้เป็นฉบับที่ประเทศไทยทำกับรัฐคู่สัญญา เช่น สิงคโปร์ มาเลเซีย เดนมาร์ก ศรีลังกา ฝรั่งเศส เบลเยียม เป็นต้น

(9.2) อนุสัญญาที่กำหนดให้รัฐแหล่งเงินได้มีสิทธิเก็บภาษีได้เพียงฝ่ายเดียว ตัวอย่างก็เช่นอนุสัญญาที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศเกาหลี แคนาดา เป็นต้น

(9.3) อนุสัญญาที่กำหนดให้รัฐถิ่นที่อยู่ของผู้รับเงินบำนาญมีสิทธิเก็บภาษีได้เพียงฝ่ายเดียว และรัฐแหล่งเงินได้ (รัฐที่มีการจ่ายเงินบำนาญ) ต้องยกเว้นภาษีให้ อนุสัญญาภาษีซ้อนเหล่านี้เป็นฉบับที่ประเทศไทยทำกับรัฐคู่สัญญา เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ เวียดนาม อินเดีย เป็นต้น

(9.4) อนุสัญญาที่กำหนดให้รัฐถิ่นที่อยู่ของผู้รับเงินบำนาญมีสิทธิเก็บภาษีได้เพียงฝ่ายเดียวเว้นแต่ในกรณีที่การจ่ายเงินบำนาญนั้นตกเป็นภาระของวิสาหกิจหรือสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้ รัฐแหล่งเงินได้จึงมีสิทธิเก็บภาษีได้ด้วย อนุสัญญาภาษีซ้อนเหล่านี้เป็นฉบับที่ประเทศไทยทำกับรัฐคู่สัญญา เช่น จีน ฟินแลนด์ เป็นต้น ทั้งนี้ ก็มีบางอนุสัญญาที่กำหนดให้รัฐแหล่งเงินได้มีสิทธิเก็บภาษีเพียงฝ่ายเดียว โดยรัฐถิ่นที่อยู่ต้องยกเว้นภาษีให้ ถ้าเงินบำนาญนั้นจ่ายตามโครงการสาธารณะภายใต้ระบบประกันสังคมของรัฐหรือจากเงินทุนที่ก่อตั้งโดยรัฐ แต่ถ้าเป็นเงินบำนาญที่จ่ายโดยเอกชนทั่วไป รัฐถิ่นที่อยู่ยังคงมีสิทธิเก็บภาษีแต่เพียงฝ่ายเดียว ตัวอย่างก็เช่นอนุสัญญาที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศสหรัฐอเมริกา เยอรมนี มอริเชียส เป็นต้น

(9.5) อนุสัญญาที่ไม่มีข้อบทเรื่องเงินบำนาญเอาไว้ในอนุสัญญา ซึ่งหากอนุสัญญาดังกล่าวมีข้อบทเรื่องเงินได้อื่น (Other Income) ไว้ เงินบำนาญก็จะอยู่ในบังคับของข้อเงินได้อื่น (Other Income) ซึ่งจะส่งผลให้ทั้งรัฐถิ่นที่อยู่และรัฐแหล่งเงินได้ต่างก็มีสิทธิเก็บภาษีได้ตามกฎหมายภายในของตน ทั้งนี้ตามบทบัญญัติของข้อเงินได้อื่น (Other Income) แต่หากอนุสัญญาดังกล่าวไม่มี

<sup>25</sup> ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสถิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, หน้า 555-560.

ข้อบทเรื่องเงินได้อื่น (Other Income) ก็ถือว่าสิทธิการเก็บภาษีของทั้งรัฐถิ่นที่อยู่และรัฐแหล่งเงินได้  
บนเงินบำนาญย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในเต็มที่โดยไม่ได้รับผลกระทบจากอนุสัญญาแต่อย่างใด

ข้อ 18 เงินบำนาญของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส\* วางหลักไว้ใน  
วรรคหนึ่งว่าเงินได้ที่เข้าเงื่อนไขข้อ 18 (ไม่รวมบำนาญจากรัฐบาลตามข้อ 19 วรรคสอง) จะถูกเก็บ  
ภาษีโดยรัฐถิ่นที่อยู่ของผู้มีเงินได้เท่านั้น ดังนั้น ในทางทฤษฎี ก็มีความเป็นไปได้ว่าผู้รับเงินบำนาญจาก  
ประเทศที่สามอาจโอนประโยชน์ของเงินบำนาญให้แก่ตัวแทน (agent) หรือนอมินี (nominee) ในรัฐ  
คู่สัญญา (เช่น มอริเชียส) เพื่อที่จะยกข้ออ้างว่าเงินได้ดังกล่าวควรเก็บภาษีในรัฐถิ่นที่อยู่ของตัวแทน  
(agent) หรือนอมินี (nominee) ซึ่งเป็นผู้รับเงินได้ (ไม่ใช่เจ้าของผลประโยชน์) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม  
ภายใต้บทบัญญัติปัจจุบันประเทศไทยก็ยังมีข้อต่อสู้ประการหนึ่งจากบทบัญญัติข้อ 18 นี้ว่าตัวแทน  
(agent) หรือนอมินี (nominee) นั้นได้รับเงินบำนาญดังกล่าว “สำหรับการทำงานในอดีต” ตาม  
บทบัญญัติของข้อ 18 วรรคหนึ่งหรือไม่ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าไม่มีเหตุผลสนับสนุนมากพอที่จะนำ  
หลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับเงินบำนาญตามข้อ 18 วรรคหนึ่ง<sup>26</sup>

#### (10) บริการส่วนรัฐบาล (ข้อ 19)

บทบัญญัติเรื่องค่าตอบแทนและเงินบำนาญจากงานรัฐบาลแต่ละอนุสัญญา  
อาจมีบทบัญญัติที่ต่างกัน ส่วนข้อ 19 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส\*\* ร่างออกมาสอดคล้อง

\*ข้อ 18 บัญญัติว่า

“1. ภายใต้ข้อบังคับแห่งบทบัญญัติในวรรค 2 ของข้อ 19 เงินบำนาญและเงินได้ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน  
ซึ่งเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่งจ่ายให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งสำหรับการทำงานในอดีต จะเก็บ  
ภาษีได้เฉพาะในอีกรัฐหนึ่งนั้น

2. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติของวรรค 1 เงินบำนาญหรือเงินได้อื่น ที่จ่ายตามโครงการสาธารณะซึ่งเป็น  
ส่วนหนึ่งของระบบประกันสังคมของรัฐผู้ทำสัญญาหรือส่วนราชการหรือองค์การบริหารส่วนท้องถิ่น จะเก็บภาษีได้  
เฉพาะในรัฐนั้น”

<sup>26</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between  
developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept.  
Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, para 74.

\*\*ข้อ 19 บัญญัติว่า

“1. (ก) เงินเดือน ค่าจ้าง และค่าตอบแทนที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันนอกเหนือจากเงินบำนาญที่จ่ายโดยรัฐ  
ผู้ทำสัญญาหนึ่ง องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น ส่วนราชการ หรือองค์การตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญานั้น  
ให้แก่บุคคลธรรมดาในส่วนที่เกี่ยวกับบริการที่ให้แก่รัฐนั้น องค์การบริหารของรัฐ ส่วนหรือหน่วยของรัฐนั้น จะเก็บ  
ภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น

กับตามหลักการการจัดสรรอำนาจการเก็บภาษีในเงินได้ประเภทบริการส่วนรัฐบาลของรัฐคู่สัญญา ซึ่งอยู่บนหลักการว่ารัฐที่จ่ายเงินได้ควรมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการจัดเก็บภาษีซึ่งอยู่บนฐานของมารยาทในทางระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไปและอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตและกงสุล (Vienna Conventions on Diplomatic and Consular Relations)<sup>27</sup> โดยสิทธิเก็บภาษีแต่ฝ่ายเดียวดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นแต่ก็เป็นไปตามแนวทางปฏิบัติระหว่างประเทศเช่นกัน ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากประเภทของเงินได้ (เงินได้จากงานรัฐบาล) ผู้จ่ายเงินได้ (รัฐบาล) หลักการทางมารยาทระหว่างประเทศ และสิทธิในการเก็บภาษีตามที่อธิบายข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่าไม่มีเหตุผลสนับสนุนการขยายหลักดังกล่าวไปยังเงินได้ประเภทงานรัฐบาลตามข้อ 19 นี้

### (11) อาจารย์ ครู และนักวิจัย (ข้อ 20)

เมื่อพิจารณาข้อ 20 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส\* แล้วผู้วิจัยมีความเห็นว่า แม้ว่าจะมีการบัญญัติให้รัฐที่เป็นที่ตั้งของมหาวิทยาลัย ฯลฯ ผู้รับอาจารย์ ครู และ

(ข) อย่างไรก็ตาม เงินเดือน ค่าจ้าง และค่าตอบแทนดังกล่าวจะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเท่านั้น ถ้าหากบริการนั้นได้เกิดขึ้นในรัฐนั้น และบุคคลธรรมดาผู้นั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้นผู้ซึ่ง

(1) เป็นคนชาติของรัฐนั้น หรือ

(2) มิได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้นเพียงเพื่อมุ่งประสงค์ที่จะให้บริการนั้น

2. (ก) เงินบำนาญใดๆ ที่จ่ายโดยหรือจ่ายจากกองทุนที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น ส่วนราชการ หรือองค์กรตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้นให้แก่บุคคลธรรมดาใดๆ ที่เกี่ยวกับบริการที่ให้แก่รัฐนั้น องค์การบริหาร ส่วน หรือหน่วยของรัฐนั้น จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้นเท่านั้น

(ข) อย่างไรก็ตาม เงินบำนาญนั้นจะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ถ้าบุคคลธรรมดานั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่และเป็นคนชาติของรัฐนั้น

3. บทบัญญัติของข้อ 15, 16, 17 และ 18 จะใช้บังคับแก่เงินเดือน ค่าจ้าง ค่าตอบแทนที่คล้ายคลึงกัน และเงินบำนาญที่เกี่ยวกับการให้บริการที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจใดๆ ที่ดำเนินการโดยรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น ส่วนราชการ ส่วนหรือหน่วยของรัฐนั้น”

<sup>27</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010, Commentary on Article 19, para 12.

\*ข้อ 20 บัญญัติว่า

“1. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติในข้อ 15 อาจารย์ ครู หรือนักวิจัยผู้ซึ่งไปเยือนรัฐทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเป็นการชั่วคราวเป็นระยะเวลาไม่เกินสองปีเพื่อความมุ่งประสงค์ในการสอน หรือ ดำเนินการวิจัยที่มหาวิทยาลัย วิทยาลัย โรงเรียน หรือสถาบันการศึกษาอื่นในรัฐนั้น และเป็นผู้ซึ่งก่อนหน้าที่จะไปเยือนเคยเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง เงินค่าตอบแทนจากการสอนและการวิจัยนั้นจะได้รับการยกเว้นภาษีในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐแรก โดยมีเงื่อนไขว่า ค่าตอบแทนเช่นว่าของบุคคลนั้นได้รับจากรัฐนั้น

นักวิจัยเข้ามาต้องยกเว้นภาษี แต่ก็เป็นการยกเว้นแบบมีเงื่อนไขรวมถึง (ก) การเข้ามาต้องเป็นการชั่วคราวไม่เกินระยะเวลาที่กำหนดคือสองปีเท่านั้น (ข) อาจารย์ ครู และนักวิจัยเข้ามาเพื่อความมุ่งประสงค์ในการสอนหรือวิจัยที่มหาวิทยาลัย วิทยาลัย โรงเรียน หรือสถาบันการศึกษาอื่นในรัฐนั้น (ประเทศไทย) (ค) ค่าตอบแทนได้รับนอกประเทศไทย และ (ง) ในกรณีการวิจัย ต้องเป็นการวิจัยเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของเอกชนหรือบุคคลใดเป็นส่วนใหญ่หรือทั้งหมด ทั้งนี้หากไม่เข้าเงื่อนไขข้างต้น ประเทศไทยในฐานะประเทศที่รับอาจารย์ ครู นักวิจัยเข้ามาก็ยังสามารถเก็บภาษีได้ตามประมวลรัษฎากรได้อยู่

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่าความเสี่ยงที่ประเทศไทยจะเผชิญปัญหาการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในเงินได้อาจารย์ ครู และนักวิจัยอันเป็นเหตุให้ต้องขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปนั้นมีน้อย ผู้วิจัยจึงสรุปว่าไม่มีความจำเป็นต้องขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปยังข้อ 20 อาจารย์ ครู และนักวิจัย

#### (12) นักศึกษา และผู้ฝึกงานทางธุรกิจ (ข้อ 21)<sup>28</sup>

อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยส่วนใหญ่รวมทั้งอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสบัญญัติให้รัฐที่เป็นแหล่งศึกษา (รัฐที่ผู้มีเงินได้เข้าไปทำการศึกษาหรือรับการอบรมทางธุรกิจ) ต้องยกเว้นภาษีในเงินได้ที่ส่งมาจากภายนอกภูมิจนกว่าเงินได้นั้นส่งมาเพื่อเป็นค่าครองชีพ การศึกษา คั่นคว่า วิจัย หรือเข้ารับฝึกอบรม รวมทั้งเงินได้ที่นักศึกษาและผู้ฝึกงานได้รับจากการให้บริการในรัฐแหล่งศึกษา แต่หน้าที่ยกเว้นภาษีจะยกเว้นเฉพาะเงินได้เท่าที่จำเป็นและสมควรแก่การครองชีพหรือการศึกษาเท่านั้น\*

2. บทบัญญัติข้อนี้จะไม่ใช่บังคับแก่เงินได้จากกรวิจัย ถ้ากรวิจัยเช่นนั้นได้ดำเนินการโดยมิใช่เพื่อประโยชน์ของสาธารณะ แต่เพื่อประโยชน์ของเอกชนหรือบุคคลใดเป็นส่วนใหญ่หรือทั้งหมด”

<sup>28</sup> ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสถิตย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, หน้า 569-577.

\*อย่างไรก็ตาม ยังมีอนุสัญญาบางฉบับที่กำหนดบทบัญญัติที่ต่างออกไป เช่น (ก) บางฉบับอาจกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมถึงวงเงินหรือระยะเวลาในการยกเว้นภาษีไว้ด้วย เช่น ฉบับที่มีคู่สัญญาเป็นประเทศสิงคโปร์ สหรัฐอเมริกา (ข) บางฉบับที่กำหนดให้รัฐแหล่งศึกษายังคงสามารถเก็บภาษีจากเงินได้ที่รับจากการให้บริการส่วนบุคคลภายในรัฐนั้นๆ ได้อยู่ (ค) บางฉบับกำหนดให้รัฐแหล่งศึกษา ยกเว้นหรือลดหย่อนภาษีหรือผ่อนผันทางภาษีแก่นักศึกษาและผู้ฝึกงานเช่นเดียวกับที่รัฐดังกล่าวให้ยกเว้นหรือลดหย่อนภาษีหรือให้การผ่อนผันทางภาษีแก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐตนตามบทบัญญัติกฎหมายภายใน (เรื่องเดียวกัน)

ผู้วิจัยมีความเห็นต่ออนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสข้อ 21 นักศึกษาและผู้ฝึกงานทางธุรกิจ\* คล้ายคลึงกับข้ออาจารย์ ครู และนักวิจัย (ข้อ 20) กล่าวคือข้อบทดังกล่าวมีความจำกัดและมีความเสี่ยงต่อการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) น้อย ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลที่จะขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปใช้บังคับ

### (13) เงินได้อื่นๆ (ข้อ 22)<sup>29</sup>

ข้อบทเรื่องเงินได้อื่นๆ ใช้บังคับกับทั้งกรณี (ก) เงินได้ที่พิจารณาเป็นประเภทที่ไม่ได้อยู่ในบังคับของข้ออื่นของอนุสัญญา และ (ข) เงินได้ที่พิจารณาเป็นประเภทที่อยู่ในบังคับของข้ออื่นของอนุสัญญาแต่เกิดในรัฐถิ่นที่อยู่หรือประเทศที่สาม<sup>30</sup> ซึ่งอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยที่มีข้อบทเรื่องเงินได้อื่นๆ นั้นมีหลักการการกำหนดสิทธิเก็บภาษีไว้ต่างกันอันพอสรุปได้เป็น 4 รูปแบบดังนี้

(13.1) กำหนดให้รัฐคู่สัญญาไม่ว่าจะเป็นรัฐถิ่นที่อยู่หรือรัฐแหล่งเงินได้ทั้ง 2 รัฐยังคงมีสิทธิเก็บภาษีได้ตามปกติตามกฎหมายภายในของตนเองหากมีการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนเกิดขึ้น รัฐถิ่นที่อยู่จะต้องจัดภาษีซ้อนตามวิธีการที่อนุสัญญากำหนด ข้อบทเรื่องเงินได้อื่นๆ รูปแบบที่ 1 เป็นรูปแบบที่พบมากที่สุด เช่น อนุสัญญาฉบับที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศฟินแลนด์ โรมาเนีย ลาว เวียดนาม จีน ฝรั่งเศส สิงคโปร์ เนปาล อินเดีย ฮังการี

(13.2) กำหนดสิทธิเก็บภาษีของรัฐคู่สัญญาไว้โดยแยกออกเป็น 2 กรณีคือ (ก) กรณีที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาหนึ่ง (รัฐถิ่นที่อยู่) ได้รับเงินได้อื่นๆ ที่เกิดจากแหล่งเงินได้ในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง (รัฐแหล่งเงินได้) ทั้งสองรัฐยังคงมีสิทธิเก็บภาษีได้ตามกฎหมายภายในของตน และ (ข) กรณีที่เงินได้เกิดจากแหล่งในรัฐถิ่นที่อยู่เองหรือจ่ายมาจากรัฐที่ไม่ใช่รัฐคู่สัญญาภาษีซ้อน เฉพาะรัฐถิ่นที่อยู่เท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษีได้ พบในอนุสัญญาที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศ เช่น นิวซีแลนด์ ฟิลิปปินส์ แคนาดา เบลเยียม บังกลาเทศ

\*ข้อ 21 บัญญัติว่า “นักเรียนหรือผู้ฝึกงานทางธุรกิจผู้ซึ่งเข้าไปอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษาหรือการฝึกอบรม และเป็นผู้ซึ่งก่อนหน้าที่จะเข้าไปอยู่นั้น เป็นหรือเคยเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง จะได้รับการยกเว้นภาษีจากรัฐผู้ทำสัญญาที่กล่าวถึงรัฐแรก ถ้าเงินที่ได้รับนั้นได้รับจากรัฐที่กล่าวถึงในรัฐแรกเพียงเพื่อความมุ่งประสงค์ในการศึกษา หรือการฝึกอบรม”

<sup>29</sup>ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสฤติย์, คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, หน้า 589-597.

<sup>30</sup>Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept. Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, para 34.



(13.3) กำหนดหลักไว้แยกเป็น 2 กรณีดังนี้ (ก) กรณีที่ผู้มีเงินได้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญารัฐหนึ่ง (รัฐถิ่นที่อยู่) และไม่มีสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งได้รับเงินได้อื่นๆ ที่จ่ายมาจากประเทศที่สามหรือจ่ายในรัฐถิ่นที่อยู่ของตนเอง รัฐถิ่นที่อยู่เพียงรัฐเดียวเท่านั้นที่มีสิทธิเก็บภาษีได้ เว้นแต่ผู้มีเงินได้จะมีสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำอยู่ในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งในกรณีดังกล่าว รัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง (รัฐที่ตั้งสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำ) จะมีสิทธิเก็บภาษีด้วย แต่ถ้าเป็นเงินได้จากการให้ใช้สิทธิทรัพย์สินที่ตั้งอยู่ในรัฐถิ่นที่อยู่ (กรณีไม่ถือเป็นเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ตามข้อ 6) รัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง (รัฐที่ตั้งของสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำ) จะไม่มีสิทธิเก็บภาษี และ (ข) กรณีที่ผู้มีเงินได้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญารัฐหนึ่ง (รัฐถิ่นที่อยู่) ได้รับเงินได้อื่นๆ จากแหล่งในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง (รัฐแหล่งเงินได้) ก็ไม่ต้องคำนึงว่าผู้มีเงินได้จะมีสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำในรัฐแหล่งเงินได้หรือไม่ และรัฐทั้งสองยังคงมีสิทธิเก็บภาษีตามกฎหมายภายในของตน ซึ่งรูปแบบที่ 3 นี้พบในอนุสัญญาที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา สเปน สวีเดน เดนมาร์ก ออสเตรเลีย

(13.4) กำหนดให้ (ก) กรณีที่ผู้มีเงินได้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญารัฐหนึ่ง (รัฐถิ่นที่อยู่) ไม่มีสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งได้รับเงินได้อื่นๆ อนุสัญญากำหนดให้เฉพาะรัฐถิ่นที่อยู่มีสิทธิเก็บภาษีได้เพียงรัฐเดียวเท่านั้น รัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งต้องยกเว้นภาษีให้ ไม่ว่าเงินได้จะเกิดขึ้นที่ใดก็ตาม และ (ข) กรณีที่ผู้มีเงินได้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญารัฐหนึ่ง (รัฐถิ่นที่อยู่) มีสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง รัฐคู่สัญญาทั้งสองยังคงมีสิทธิเก็บภาษีได้ตามกฎหมายภายในของตน ไม่ว่าเงินได้จะจ่ายจากที่ใดก็ตาม ข้อบทเรื่องเงินได้อื่นๆ ในรูปแบบที่ 4 นี้พบในอนุสัญญาที่ประเทศไทยทำไว้กับประเทศ เช่น มอริเชียส อุซเบกิสถาน

จากข้างต้นจะเห็นได้ว่า ข้อ 22 เงินได้อื่นๆ ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส\* ใช้หลักการของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model)\*\* ซึ่งต่างจากขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) กล่าวคือข้อบทเรื่องเงินได้อื่นๆ ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสมีเพียง 2 วรรคเช่นเดียวกับอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Model) ในขณะที่ข้อบทในเรื่องเดียวกัน (ข้อ 21) ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) มี 3 วรรคโดยวรรคที่สามบัญญัติรักษาสีทธิการเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้ในกรณีของเงินได้ที่เกิดในรัฐตนเอง กล่าวคือ

ข้อ 22 วรรคหนึ่งของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส (รวมทั้งอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยที่ร่างตามอนุสัญญาต้นแบบของ OECD) บัญญัติให้สิทธิรัฐถิ่นที่อยู่เก็บภาษี แต่เพียงผู้เดียวเว้นแต่ข้อเท็จจริงจะเข้าช้อยกเว้นที่ระบุในวรรคสอง ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้มีเงินได้ดำเนินธุรกิจผ่านทางสถานประกอบการถาวรหรือดำเนินการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้ (ประเทศไทย) และสิทธิหรือทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงินได้ที่ได้จ่ายไปนั้นมีส่วนเกี่ยวเนื่องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำ ซึ่งในกรณีดังกล่าวจะใช้ข้อ 7 หรือข้อ 14 บังคับ ทั้งนี้ อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส (รวมทั้งอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยที่ร่างตามอนุสัญญาต้นแบบของ OECD) จะไม่มีวรรคสามดังที่พบในอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) ที่บัญญัติรักษาสีทธิการเก็บภาษีของรัฐแหล่งเงินได้ในกรณีของเงินได้อื่นๆ เหล่านี้ที่เกิดในรัฐตนเอง\*\*\*

\*ข้อ 22 บัญญัติว่า

“1. ภายใต้บทบัญญัติของวรรค 2 ของบทบัญญัตินี้ บรรดารายการเงินได้ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญา รัฐหนึ่งที่ไม่เกี่ยวข้องข้อกับข้อบทก่อนๆ ของความตกลงนี้ไม่ว่าจะเกิดขึ้นที่ใดก็ตาม จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น

2. บทบัญญัติของวรรค 1 จะไม่ใช่บังคับกับเงินได้ ถ้าผู้รับเงินได้ดังกล่าวนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญา รัฐหนึ่ง ดำเนินธุรกิจหรือทำสัญญาอีก รัฐหนึ่งผ่านทางสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในอีก รัฐหนึ่งนั้น หรือ ดำเนินการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระในอีก รัฐหนึ่งนั้นจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น และสิทธิหรือทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงินได้ที่ได้จ่ายไปนั้นมีส่วนเกี่ยวเนื่องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการ ประจำเช่นว่านั้น ในกรณีเช่นนั้น จะใช้บทบัญญัติของข้อ 7 หรือข้อ 14 บังคับ แล้วแต่กรณี”

\*\*ข้อ 22 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสคล้ายกับอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2010 (2010 OECD Model) แต่มีความต่างเล็กน้อยในการกล่าวถึงข้อ 6 วรรคสอง

\*\*\*วรรคสามข้อ 21 ของอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติฉบับค.ศ. 2011 (UN Model 2011) บัญญัติว่า “แม้จะมีบทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 บรรดารายการเงินได้ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญา รัฐหนึ่งที่ไม่เกี่ยวข้องข้อกับข้อบทก่อนๆ ของอนุสัญญานี้ และเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาอีก รัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในรัฐอีก รัฐหนึ่งนั้น”

ดังนั้น อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ร่างตามอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (รวมทั้ง อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียส) จึงมีความเสี่ยงในการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) โดยผู้เสียภาษีทำการจัดตั้งหน่วยภาษีหรือนิติบุคคลขึ้นในรัฐคู่สัญญาเพื่อเข้ามา ใช้ประโยชน์จากบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนมากกว่าฉบับที่ร่างตามอนุสัญญาต้นแบบของ องค์การสหประชาชาติ (UN Model)\* ดังนั้น อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยที่ร่างตามอนุสัญญา ต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) จึงมีความเสี่ยงเพียงในกรณีที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ใช้ข้อบทเรื่องเงินได้อื่นๆ หลบหลีกภาษีบนเงินได้ที่เกิดขึ้นในมอริเชียสหรือประเทศที่สาม

ตัวอย่างการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในเงินได้อื่นๆก็เช่นในกรณีดังต่อไปนี้<sup>31</sup>

(ก) ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย (บริษัท T) ได้รับเงินได้อื่นๆ เพื่อตอบแทนธุรกรรมที่มี แหล่งเงินได้ในประเทศไทยเอง บริษัท T จึงโอนสิทธิในการรับเงินได้ดังกล่าวให้แก่บริษัทในมอริเชียส (บริษัท M) เพื่อที่จะได้อ้างสิทธิประโยชน์ตามข้อ 22 วรรคแรก ว่าเงินได้นี้จะถูกเก็บภาษีในมอริเชียส เท่านั้น แต่การวางโครงสร้างเช่นนี้ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยที่ร่าง ตามอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) เพราะข้อ 22 วรรคสามได้สงวนสิทธิ ให้ประเทศไทยเก็บภาษีได้

(ข) ผู้มีถิ่นที่อยู่ในไอซ์แลนด์ (บริษัท I) ซึ่งไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับรัฐแหล่งเงินได้ (ประเทศไทย) ได้รับเงินได้อื่นๆ เพื่อตอบแทนธุรกรรมที่มีแหล่งเงินได้ในประเทศไทยซึ่งไม่เกี่ยวกับ สถานประกอบการในประเทศไทย บริษัท I จึงโอนสิทธิในการรับเงินได้ดังกล่าวให้แก่บริษัทใน มอริเชียส (บริษัท M) ให้รับเงินได้แทนเพื่ออ้างว่าเงินได้นี้จะถูกเก็บภาษีในมอริเชียสเท่านั้นตามข้อ 22 วรรคแรก แต่การวางโครงสร้างเช่นนี้ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยที่ร่าง ตามอนุสัญญาต้นแบบขององค์การสหประชาชาติ (UN Model) เพราะข้อ 22 วรรคสามได้สงวนสิทธิ ให้ประเทศไทยเก็บภาษีได้

จากการวิเคราะห์และตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่าโอกาสในการเกิดการ เลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในข้อบทเรื่องเงินได้อื่นๆ จะมีในอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยฉบับที่ร่างตามอนุสัญญาต้นแบบของ OECD สูงกว่าฉบับที่ร่างตามอนุสัญญาต้นแบบขององค์การ

\*เช่น ฉบับที่ประเทศไทยทำกับไอซ์แลนด์ ยูเครน

<sup>31</sup>ตัวอย่างจาก Philip Baker, The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept, Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper

Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, paras 36-37.

สหประชาชาติ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยก็มองว่ายากที่จะหาเหตุผลมาสนับสนุนอย่างเพียงพอที่จะขยายหลัก ซึ่งยังมีความไม่แน่นอนในการตีความและการบังคับใช้ของหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังข้อบทเรื่อง เงินได้อื่นๆ (Other Income) ไม่ว่าจะป็นฉบับที่ร่างตามอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (คือไม่มีวรรคสามที่ให้สิทธิรัฐแหล่งเงินได้เก็บภาษีในเงินได้อื่นๆ ที่เกิดในรัฐตน) หรือขององค์การสหประชาชาติ (UN Model)\*

#### 4.2.2 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ทุกประเภทกับการเพิ่มประสิทธิภาพการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว มาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบมีหลาย มาตรการไม่ได้จำกัดอยู่เพียงหลักเจ้าของผลประโยชน์เท่านั้น ดังนั้น เพื่อความสมบูรณ์ของการ วิเคราะห์ว่าการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยขาดประสิทธิภาพเพราะประเทศไทยไม่ บังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ทุกประเภทจริงหรือไม่และประเทศไทยควรจะขยายหลัก เจ้าของผลประโยชน์ออกไปบังคับใช้กับเงินได้ทุกประเภทเพื่อแก้ปัญหาความขาดประสิทธิภาพหรือไม่ ในส่วนนี้ผู้วิจัยจึงจะทำการวิเคราะห์จากทั้งสองด้านกล่าวคือ ด้านที่สนับสนุนให้บังคับใช้หลักเจ้าของ ผลประโยชน์กับเงินได้ทุกประเภทกับด้านที่ได้แย้งความคิดดังกล่าว

##### 4.2.2.1 ข้อเสนอสนับสนุนการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ทุกประเภท

จากการค้นคว้าที่ผู้วิจัยได้นำเสนอมาตั้งแต่บทที่ 2 จนถึงขณะนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าเหตุผล ที่อาจนำมาสนับสนุนการขยายการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ทุกประเภทนั้นมีเพียง ประการเดียวหลักๆ ก็คือ ทำให้ประเทศไทยมีเครื่องมือเพิ่มเติมอย่างน้อยอีกเครื่องมือหนึ่งในการ ต่อต้านหรือป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) และเครื่องมือ อย่างหลักเจ้าของผลประโยชน์ดังกล่าวก็เป็นเครื่องมือที่เรียบง่าย ไม่ซับซ้อน และน่าจะเหมาะสมต่อ การนำมาใช้ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าข้อเสนอสนับสนุนนี้ยังคงไม่มีน้ำหนักเท่าใดนัก กล่าวคือ แม้ดู เหมือนว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์จะถูกตั้งใจสร้างมาให้เป็นบททดสอบง่ายๆ และน่าจะได้ผลในการ ต่อต้านการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบโดยเฉพาะอย่างยิ่งในโครงสร้างของตัวแทน นอมินี และบริษัทส่งผ่าน (conduit company) แต่ตลอดระยะเวลาที่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์มาอยู่ใน อนุสัญญาภาษีซ้อนก็เป็นการพิสูจน์ให้เห็นแล้วว่าถ้อยคำง่ายๆ สั้นๆ อย่างคำว่า “เจ้าของ ผลประโยชน์” หรือคำที่ใกล้เคียงกันของหลักนี้ก็ไม่ได้ง่ายต่อการบังคับใช้ในทางปฏิบัติจริง ซึ่งผู้วิจัยจะ ได้กล่าวสรุปประเด็นนี้ต่อไปในข้อ 4.2.2.2 ข้างล่างนี้

\*อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-สหรัฐอเมริกามีวรรคสามที่เนื้อหาคล้ายกับอนุสัญญาต้นแบบขององค์การ สหประชาชาติ (UN Model) แต่ก็บังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ด้วยแต่ก็เป็นอนุสัญญาภาษีซ้อนส่วนน้อยที่ ขยายหลักดังกล่าวออกไป

#### 4.2.2.2 ข้อโต้แย้งการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ทุกประเภท

จริงอยู่ที่ว่าหากประเทศไทยจะบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์กับเงินได้ทุกประเภทก็ย่อมช่วยให้ประเทศไทยมีเครื่องมืออย่างน้อยอีกเครื่องมือหนึ่งในการต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) แต่การกระทำดังกล่าวกลับมีข้อโต้แย้งมากมายหลายประการดังนี้

##### (1) การตีความและบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ยังมีความไม่แน่นอน

หลักเจ้าของผลประโยชน์ยังคงไม่มีนิยามที่ระบุไว้อย่างชัดเจนในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD และขององค์การสหประชาชาติและอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยทั้งหมด รวมทั้งยังมีความไม่แน่นอนและความแตกต่างกันในการตีความและบังคับใช้ของแต่ละประเทศ และแม้ว่าคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 (OECD Commentary 2014) จะออกมาให้ความกระจ่างชัดมากขึ้นอันรวมถึงประเด็นเรื่องความหมายของคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ซึ่งเป็นที่ชัดเจนแล้วว่าในความเห็นของ OECD นั้นคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไม่ได้มีความหมายตามกฎหมายภายในซึ่งต่างกันไปในแต่ละประเทศแต่มีความหมายเฉพาะทางอนุสัญญาภาษีซ้อน แต่คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ดังกล่าวในส่วนของหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นเป็นการแก้ไขคำอธิบายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญและเปลี่ยนแปลงคำอธิบายเดิมของฉบับที่ผ่านๆ มา ซึ่งเป็นฉบับที่อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยอาศัยเป็นหลักในการร่าง ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า แทบจะนำคำอธิบายดังกล่าวมาใช้อ้างอิงในการตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับที่ประเทศไทยมีอยู่ไม่ได้เลย จะใช้ได้ก็แต่เพียงอนุสัญญาฉบับที่สร้างขึ้นใหม่หลังคำอธิบายดังกล่าวมีผลใช้บังคับเท่านั้น นอกจากนี้ แม้คำอธิบายดังกล่าวจะมีความชัดเจนมากขึ้น แต่ในความเห็นของผู้วิจัยก็ยังไม่สามารถจัดปัญหาการตีความและการบังคับใช้ของแต่ละประเทศที่มีความหลากหลายได้ อย่างน้อยที่สุดก็เพราะแต่ละประเทศมีมุมมองในการบังคับใช้หลักดังกล่าวที่แตกต่างกัน

##### (2) หลักเจ้าของผลประโยชน์ใช้รับมือกับโครงสร้างที่ไม่ซับซ้อนได้เท่านั้น

หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นหลักที่มีมานานแล้วและเป็นหลักที่มีผลในการบังคับใช้ค่อนข้างแคบ สามารถนำมารับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ในบางรูปแบบที่ไม่ซับซ้อนเท่านั้น (ซึ่งก็คงเป็นความตั้งใจและจุดประสงค์รวมทั้งคุณสมบัติของหลักนี้มาแต่ต้น) โดยหลักๆ คือ การใช้ตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) หรือบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ที่ทำการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์หรือผู้ดำเนินการเท่านั้น แต่ไม่สามารถนำมารับมือกับโครงสร้างที่ยุ่งยากซับซ้อนได้ และเป็นที่น่าสังเกตว่าไม่เคยปรากฏว่าองค์การสหประชาชาติหรือ OECD มีความพยายามที่จะพัฒนาให้หลักนี้มีความซับซ้อนและทันต่อวิวัฒนาการ

ของการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่มีมากขึ้นในโลกปัจจุบันแต่อย่างใด มีก็แต่เพียงคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 (OECD Commentary 2014) ที่ออกมาเพื่อแก้ปัญหาความแตกต่างในการตีความและบังคับใช้หลักดังกล่าวเท่านั้น แต่ก็ไม่ได้เป็นการพัฒนาต่อยอดหลักดังกล่าวนี้เพิ่มเติมแต่อย่างใดซึ่งอาจเป็นเพราะว่า OECD ต้องการที่จะคงคุณสมบัติของหลักดังกล่าวที่มีความเฉพาะเจาะจงและจำกัดไว้ก็เป็นได้ ดังนั้น การที่ OECD แก้ไขคำอธิบายในเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกมาก็จะเป็นการแสดงว่า OECD ยังคงเห็นความสำคัญของหลักดังกล่าว แต่ก็ไม่ได้แสดงถึงความกระตือรือร้นที่จะพัฒนาหลักนี้ต่อไปให้กลายมาเป็นมาตรการที่สามารถนำมาใช้รับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้อย่างกว้างขวางหลายรูปแบบ

### (3) คติความที่อาจเพิ่มมากขึ้น

การใช้คำที่ยังไม่มีนิยามที่ชัดเจนอย่างคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” จะยิ่งก่อให้เกิดคติความมากขึ้น ดังนั้น หากประเทศไทยจะขยายหลักนี้ซึ่งยังมีความไม่แน่นอนออกไป ก็ย่อมมีความเป็นไปได้ว่าจะมีข้อพิพาทด้านการตีความและคติความขึ้นสู่กระบวนการอุทธรณ์ การระงับข้อพิพาทและกระบวนการพิจารณาของศาลมากขึ้น ผลที่อาจเกิดขึ้นนี้จึงเป็นหนึ่งในข้อที่เราควรพิจารณาหากจะได้ขยายหลักดังกล่าวออกไปยังเงินได้ทุกประเภท

### (4) มาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบอื่นๆ

หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นหนึ่งในมาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่มีอยู่หลากหลายมาตรการ ทั้งมาตรการทางอนุสัญญาภาษีซ้อน มาตรการภายใต้กฎหมายภายใน และอื่นๆ ซึ่งแต่ละมาตรการต่างก็มีจุดเด่นและจุดด้อยและมีความเหมาะสมในการรับมือกับโครงสร้างการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในแต่ละรูปแบบในระดับที่ต่างกัน ด้วยเหตุนี้ โดยทั่วไปแล้ว การเพิ่มเติมหลักเจ้าของผลประโยชน์จึงไม่สามารถทดแทนมาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบมาตรการอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการที่มีความเฉพาะเจาะจงหรือที่มีผลในการบังคับใช้ที่ยืดหยุ่นและครอบคลุมกว่าได้

นอกเหนือไปกว่านั้น เราต้องไม่ลืมข้อเท็จจริงที่ว่าองค์การสหประชาชาติเคยมีความคิดที่จะขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปมาก่อนแต่กลับมีข้อสรุปหลังจากทำการศึกษาแล้วว่าไม่ใช่ทางเลือกที่เหมาะสม ส่วน OECD เองก็ไม่ปรากฏว่าเคยพิจารณาการขยายหลักนี้ออกไปเสียเลยด้วยซ้ำ ในทางตรงกันข้าม OECD และทางภาษีระหว่างประเทศ (ยกเว้นบางประเทศที่เป็นเพียงส่วนน้อยที่ขยายหลักนี้ออกไปตั้งที่ยกมาแล้ว) กลับมุ่งพัฒนาและผลักดันมาตรการอื่นๆ มารับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) เช่น การจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation of Benefits) เป็นหลักแทน ดังที่ปรากฏในรายงานแผนการดำเนินการที่ 6 ของ BEPS Action Plan ซึ่งข้อเท็จจริงเหล่านี้ก็เป็นสิ่งสำคัญประการหนึ่งที่เราต้องให้นำมาพิจารณา

ว่าเหตุใด OECD องค์การสหประชาชาติ และประเทศส่วนใหญ่จึงไม่เลือกที่จะขยายหลักนี้ออกไป แม้ว่าจะกระทำได้อีกก็ตาม ดังนั้น หากเราจะพิจารณาขยายหลักที่ยังไม่แน่นอนเช่นนี้ออกไปยังเงินได้ ประเภทอื่นๆ นอกเหนือไปจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ เราควรจะต้องมีข้อสนับสนุนที่มีน้ำหนักมากเพียงพอว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์เหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการรับมือกับการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบและดีกว่ามาตรการอื่นๆ ที่นานาประเทศยอมรับในวงกว้างและพยายามผลักดัน

ในการวิเคราะห์ถึงประเด็นข้อโต้แย้งข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรจะต้องพิจารณาว่าประเทศไทยควรพิจารณาขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์เพื่อให้บังคับใช้กับเงินได้ทุกประเภทหรือควรพิจารณานำมาตรการป้องกันการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบอื่นๆ มาบังคับใช้มากกว่ากันจึงจะถือว่าตอบสนองกับวัตถุประสงค์และปัญหาของประเทศไทยอย่างแท้จริงเหมาะสม และตรงจุดซึ่งในการนี้ ผู้วิจัยจะได้ทำการศึกษาเชิงเปรียบเทียบระหว่างการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์กับมาตรการป้องกันการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบอื่นๆ โดยจะอ้างอิงความเห็นของ David G. Duff เป็นฐานการพิจารณา

ก่อนที่จะบรรยายลงไปในเรื่องละเอียดถึงการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบตามที่กล่าวมา ผู้วิจัยขอเน้นย้ำสิ่งสำคัญประการหนึ่งว่ามาตรการป้องกันการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแต่ละมาตรการต่างสร้างมาเพื่อแก้ปัญหาและรับมือการวางโครงสร้างและวิธีการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่แตกต่างกัน และแม้จะมีการทับซ้อนกันอยู่บ้างแต่แต่ละวิธีก็มีจุดเด่นที่ไม่เหมือนกันและเหมาะสมกับวิธีการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่ต่างกันออกไปด้วยเหตุนี้ แม้ผู้วิจัยจะได้พยายามทำการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบเพื่อวิเคราะห์สมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่อันที่จริงแล้วก็เป็นที่ยากที่จะเปรียบเทียบในเชิงประสิทธิภาพและความเหมาะสมเพราะไม่มีข้อมูลเชิงสถิติมาพิสูจน์การเปรียบเทียบดังกล่าว อีกทั้งก็ไม่อาจสรุปได้อย่างเป็นที่สุดและไร้ข้อโต้แย้งว่ามาตรการใดเหมาะสมกว่ากัน นอกเหนือไปจากนั้น นักวิชาการทางภาษีระหว่างประเทศทั้งหลายต่างก็มีความเห็นที่ต่างกันออกไปในเรื่องมาตรการที่เหมาะสมที่สุด และสิ่งที่คุณวิจัยจะได้นำเสนอต่อไปในส่วนนี้ก็จะเป็นเพียงการอาศัยความเห็นของนักวิชาการท่านหนึ่งคือ David G. Duff และความเห็นของผู้วิจัยเองเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์สมมติฐานของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ว่าประเทศไทยควรจะทำในสิ่งที่ถือว่าต่างไปจากแนวปฏิบัติของ OECD องค์การสหประชาชาติและประเทศส่วนใหญ่หรือไม่เท่านั้น ความเห็นเหล่านี้อาจไม่ตรงกับนักวิชาการท่านอื่นหรือในบริบทหรือประเด็นอื่นๆ ก็เป็นไปได้

David G. Duff ได้ประเมินมาตรการรับมือการเลือกใช้อุสสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบโดยเปรียบเทียบมาตรการหลักๆ รวมถึงหลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้โดยแบ่งกลุ่มวิธีการที่นำมาพิจารณาออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มแรก คือ การตอบโต้โดยอาศัยการตีความอุสสัญญาภาษี

ซ้อนซึ่งประกอบไปด้วยหลักเจ้าของผลประโยชน์ เรื่องถิ่นที่อยู่ และหลักการการต่อต้านการใช้ อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่มีอยู่แล้วในอนุสัญญา (Inherent Anti-Abuse Principle) และกลุ่มที่ สอง คือกฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Anti-Avoidance Rules) ซึ่งแบ่งออกเป็นกฎ ภายในประเทศและกฎในอนุสัญญาภาษีซ้อนและได้มีความเห็นดังนี้<sup>32</sup>

#### (4.1) การตีความอนุสัญญาภาษีซ้อน

##### (4.1.1) หลักเจ้าของผลประโยชน์<sup>33</sup>

เนื่องจากผู้วิจัยได้บรรยายถึงหลักเจ้าของผลประโยชน์โดยละเอียดแล้วในหลายๆ บทที่ผ่านมา ผู้วิจัยจึงจะไม่กล่าวถึงหลักการของหลักนี้อีก ส่วนในประเด็นเรื่อง ความได้ผลของหลักนี้ในการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) นั้น David G. Duff เห็นว่าเมื่อศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลในหลายๆ ประเทศ เราจะพบว่าผู้เสีย ภาษีย่อมสามารถหลีกเลี่ยงคุณสมบัติต่างๆ ที่ทำให้เป็นตัวแทน นอมินี หรือบริษัทส่งผ่านได้อย่าง ง่ายดายด้วยการวางแผนที่ดีและระมัดระวังเพื่อให้แน่ใจว่าผู้รับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และ ค่าสิทธิมีดุลยพินิจในการใช้สอยเงินได้ดังกล่าวอย่างเพียงพอในการที่จะเป็นเจ้าของผลประโยชน์ ด้วย เหตุนี้ การตีความความเป็นเจ้าของผลประโยชน์จึงเป็นเครื่องมือที่จำกัดและไม่เพียงพอต่อการตอบโต้ การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) เช่นกัน

##### (4.1.2) ถิ่นที่อยู่<sup>34</sup>

การรับมือต่อการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ โดยอาศัยการตีความวิธีการที่สองก็คือการตีความเรื่องถิ่นที่อยู่ตามข้อ 4 ของอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2010 (OECD 2010 Model) ซึ่งเป็นข้อบทพื้นฐานของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่สร้างขึ้น ระหว่างประเทศต่างๆ รวมทั้งอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยด้วย ทั้งนี้ ข้อ 4 วรรคหนึ่งบัญญัติไว้ ว่า “ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง” หมายถึง บุคคลใดๆ ภายใต้กฎหมายของประเทศนั้นที่มี หน้าที่เสียภาษีโดยเหตุผลแห่งภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ สถานจัดการ [(place of management)] หรือโดย เกณฑ์อื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน...”\* ส่วนข้อ 4 วรรคสามก็ได้บัญญัติเพิ่มเติมว่า “ในกรณีก็ตาม

<sup>32</sup>David G. Duff, *Responses to tax treaty shopping: A comparative evaluation*, pp. 3-24.

<sup>33</sup>Ibid., p. 14.

<sup>34</sup>Ibid., pp. 5-11.

\*อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสและหลายๆ อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยรวม “สถานที่ก่อตั้ง” ไว้เป็นหนึ่งในเกณฑ์ด้วย ดังที่บัญญัติในข้อสี่วรรคหนึ่งว่า “ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง” หมายถึง บุคคล ใดๆ ภายใต้กฎหมายของประเทศนั้นที่มีหน้าที่เสียภาษีโดยเหตุผลแห่งภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ สถานที่ก่อตั้ง สถานจัดการ หรือโดยเกณฑ์อื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน...” ดังนั้น จึงต้องนำสถานที่ก่อตั้งมารวมพิจารณาด้วย



เหตุผลแห่งบทบัญญัติของวรรค 1 บุคคลซึ่งไม่ใช่บุคคลธรรมดาเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐ ให้ถือว่าบุคคลนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่มีสถานการจัดการ [(place of effective management)] ตั้งอยู่...”\* ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการที่ประเทศต่างๆ จะต่อสู้กับการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) โดยอาศัยการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อน ข้อ 4 ก็ได้ให้ข้อต่อสู้ไว้สองประการคือ ประการแรก การต่อสู้ว่าผู้เสียภาษีไม่ได้มีหน้าที่เสียภาษีโดยเหตุผลแห่งภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ สถานจัดการ (Place of Management) หรือโดยเกณฑ์อื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ตามข้อ 4 วรรคหนึ่ง หรือประการที่สองว่าสถานการจัดการ (Place of Effective Management) ของผู้เสียภาษีไม่ได้ตั้งอยู่ที่รัฐคู่สัญญาตามข้อ 4 วรรคสาม ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงข้อต่อสู้แต่ละประการตามลำดับดังต่อไปนี้

(4.1.2.1) ผู้เสียภาษีไม่ได้มีหน้าที่เสียภาษีโดยเหตุผลแห่งภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ สถานจัดการ หรือโดยเกณฑ์อื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน

หากเราได้ศึกษาคำวินิจฉัยของหน่วยเก็บภาษีและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศแล้วจะพบว่าข้อต่อสู้หลักๆ ที่ถูกยกมาเพื่อโต้แย้งว่าข้อเท็จจริงในคดีมีการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบนั้นมีอยู่สองประการ ก็คือ (ก) การต่อสู้ว่าผู้เสียภาษีไม่ได้มีหน้าที่เสียภาษีในรัฐคู่สัญญา\*\* และ (ข) การต่อสู้ว่าผู้เสียภาษีไม่ได้มีหน้าที่เสียภาษีโดยเหตุผลที่ระบุไว้หรือเกณฑ์อื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน\*\*\*

ข้อต่อสู้แรกตามข้อ (ก) ที่อาศัยการต่อสู้ว่าผู้เสียภาษีไม่ได้มีหน้าที่เสียภาษีในรัฐคู่สัญญานั้น ปรากฏว่าแม้การตีความคำว่า “มีหน้าที่เสียภาษี” (“liability to tax”) จะถูกหยิบมาใช้เป็นข้อต่อสู้ในทางปฏิบัติแต่ก็เป็นข้อต่อสู้ที่ถูกโต้แย้งในเรื่องความเหมาะสมของการปรับใช้หากเป็นการทำให้การได้รับสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนไปขึ้นอยู่กับภาระภาษีที่แท้จริง (Actual

---

\*อนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-มอริเชียสและอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยหลายๆ ฉบับบัญญัติต่างออกไปว่า “ในกรณีที่ตามเหตุผลแห่งบทบัญญัติของวรรค 1 บริษัทเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐ ให้ถือว่าบริษัทนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่บริษัทนั้นได้ก่อตั้งขึ้น หรือภายใต้กฎหมายที่ถือว่าบริษัทนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ ถ้าบริษัทนั้นยังคงเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในทั้งสองรัฐ จะถือว่ามีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่มีสถานการจัดการตั้งอยู่ ถ้าไม่อาจกำหนด รัฐที่ตั้งของสถานจัดการของบริษัทนั้นได้ ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐพยายามแก้ไขปัญหาคความตกลงร่วมกัน”

\*\*ตัวอย่างของข้อต่อสู้นี้พบได้ในคำวินิจฉัยของ Authority for Advance Ruling (AAR) ของอินเดียในคดี *Abdul Razak A. Meman* (A.A.R. No. 637, 638 and 640 of 2004, (2004) 276 I.T.R. 306 (AAR)) และ *General Electric Pension Trust* (A.A.R. No. 659 of 2005, (2005) 280 I.T.R. 425 (AAR)) (ibid., pp. 6-7.)

\*\*\*ตัวอย่างของข้อต่อสู้นี้พบได้ในคำพิพากษาของศาลฎีกาของแคนาดา (Supreme Court of Canada) ในคดี *The Queen v. Crown Forest Industries Ltd.* ([1995] 2 SCR 802.) (ibid., p. 7)

Tax Liability) ในรัฐคู่สัญญาซึ่งเป็นประเด็นอำนาจอธิปไตยทางการคลัง (Fiscal Sovereignty) ของแต่ละรัฐ ทั้งนี้จะเห็นได้จากข้อเท็จจริงที่ว่าคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Commentaries) ได้วางหลักไว้ในหลายๆ รัฐ บุคคลหนึ่งๆ จะถูกพิจารณาว่ามีหน้าที่เสียภาษีอย่างครอบคลุมแม้ว่ารัฐคู่สัญญาจะไม่ได้เก็บภาษีในความเป็นจริงก็ตาม ตัวอย่างเช่นองค์กรสาธารณกุศลอาจได้รับยกเว้นภาษีหากเข้าเงื่อนไขในการยกเว้นทั้งหมดตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายภาษีอากร ด้วยเหตุนี้ รัฐส่วนใหญ่จึงมองว่าหน่วยภาษีเหล่านี้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อน<sup>35</sup> นอกจากนี้ ความพยายามของหน่วยจัดเก็บภาษีในการยกข้อต่อสู้ขึ้นมาอ้างก็ประสบกับความล้มเหลวในหลายๆ คดี ตัวอย่างเช่น ความพยายามของ Authority for Advance Ruling (AAR) ของอินเดียมักจะถูกโต้แย้งและยกไปในที่สุด ดังที่ปรากฏในคดี *Assistant Director of Income Tax v. Green Emirate Shipping and Travels*<sup>36</sup> ซึ่งต่อมา Indian Income Tax Appellate Tribunal (ITAT) ตัดสินว่าสิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินเดีย-สหรัฐอเมริกาสำหรับเอมิเรตส์ไม่ได้ขึ้นอยู่กับภาษีที่ต้องเสียจริงในประเทศสหรัฐอเมริกาสำหรับเอมิเรตส์ตราบเท่าที่อนุสัญญาภาษีซ้อนให้สิทธิแก่สหรัฐอเมริกาสำหรับเอมิเรตส์เพียงผู้เดียวที่จะกำหนดภาระภาษีภายใต้สถานการณ์พิเศษบางอย่าง ไม่ว่าสิทธิแต่เพียงผู้เดียวนี้อาจจะนำมาใช้หรือไม่ นอกจากนี้ ในคดี *India v. Azadi Bachao Andolan*<sup>37</sup> ศาลฎีกาของอินเดียก็ได้ตัดสินว่า Foreign Institutional Investors (FIIs) ซึ่งจัดตั้งในประเทศมอริเชียสแต่บริหารจัดการและควบคุมโดยผู้มีถิ่นที่อยู่บุคคลที่สามของประเทศอินเดียมีสิทธิได้รับยกเว้นภาษีผลได้จากทุนในอินเดียภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างอินเดีย-มอริเชียสเพราะเหตุว่าผู้มีถิ่นที่อยู่เหล่านี้ได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภาษีของประเทศมอริเชียสแม้ว่าโดยทั่วไปมอริเชียสจะไม่เก็บภาษีจากภาษีผลได้จากทุนก็ตาม

สำหรับข้อต่อสู้ที่สองตามข้อ (ข) ที่ว่าผู้เสียภาษีไม่ได้มีหน้าที่เสียภาษีโดยเหตุผลที่ระบุไว้หรือเกณฑ์อื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันนั้นดูมีเหตุผลในแง่ของหลักการและสอดคล้องกับคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD (OECD Commentaries) แต่หากพิจารณาลงไปลึกๆ จริงๆ แล้วเราจะพบว่าไม่เพียงพอในการที่จะป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) กล่าวคือ แม้ว่าการตีความเกณฑ์ของการพิจารณาความเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่จะสามารถป้องกันไม่ให้ผู้เสียภาษีที่มีหน้าที่เสียภาษีในรัฐคู่สัญญาเพียงเพราะหน้าที่เสียภาษีตามกฎหมายของรัฐแหล่งเงินได้เท่านั้น แต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้รับมือกับกรณีของบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ที่มี

<sup>35</sup>OECD, *Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010*, Commentary on Article 4, para 8.6.

<sup>36</sup>[2006] 286 I.T.R. 60 (A.T.) Cited in *ibid.*, p. 8.

<sup>37</sup>(2003), 263 I.T.R. 706 (India.) Cited in *ibid.*

หน้าที่เสียภาษีที่ครอบคลุมภายใต้กฎหมายของรัฐคู่สัญญาแม้ว่าในความเป็นจริงรัฐคู่สัญญานั้นจะไม่ได้เก็บภาษีจากผู้มีถิ่นที่อยู่เหล่านั้นเลยก็ตาม

ด้วยเหตุผลต่างๆ ที่ยกมาข้างบนนี้ David G. Duff จึงเห็นว่าการตอบโต้การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) โดยอาศัยวิธีการตีความว่าผู้เสียภาษีไม่ได้มีหน้าที่เสียภาษีโดยเหตุผลแห่งภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ สถานที่ก่อตั้ง สถานะจัดการ หรือโดยเกณฑ์อื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันจึงไม่ได้ผลในความเป็นจริง

#### (4.1.2.2) สถานะการจัดการของผู้เสียภาษีไม่ได้ตั้งอยู่ที่รัฐคู่สัญญา

ข้อที่ 4 วรรคสามได้บัญญัติถึงกรณีที่บุคคลซึ่งไม่ใช่บุคคลธรรมดาถูกพิจารณาตามเงื่อนไขในข้อ 4 วรรคหนึ่งว่ามีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาทั้งสองรัฐ ว่าในกรณีเช่นนี้ บุคคลนั้นจะมีถิ่นที่อยู่เพียงในรัฐที่มีสถานะการจัดการ (Place of Effective Management) ตั้งอยู่เพียงรัฐเดียวเท่านั้น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าเงื่อนไขของข้อ 4 วรรคสามดังกล่าวสามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้อีกวิธีหนึ่ง\* อย่างไรก็ตาม หากเราได้วิเคราะห์ว่าวิธีการนี้ได้ผลเพียงไรในทางปฏิบัติ นั้น เราจะพบว่า แม้ว่าเครื่องมือทดสอบความเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่โดยอาศัยสถานะการจัดการ (Place of Effective Management) จะช่วยป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้ในบางสถานการณ์ แต่ก็ยังมีความสัมฤทธิ์ผลที่ต่ำและจำกัดมากเพราะเมื่อเราได้ศึกษาจากคำพิพากษาของศาลประเทศต่างๆ ในอดีต\*\* จะพบว่า การที่บริษัทหนึ่งๆ จะถูกพิจารณาว่ามีสถานะการจัดการ (Place of Effective Management) ในรัฐคู่สัญญาหนึ่งๆ ได้นั้นต้องอาศัยระดับในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจต่างๆ ของบริษัทที่ต่ำมากจึงทำให้ผู้เสียภาษีสามารถบิดเบือนข้อเท็จจริงได้อย่างง่ายดาย\*\*\* ดังนั้นจึงเป็นวิธีการที่ David G. Duff มองว่าไม่ได้ผลเท่าไรนัก

\*ตัวอย่างเช่น OECD Commentary 2010, Commentary on Article 4, para 10.1

\*\*เช่น *Wood v. Holden* ([2006] EWCA Civ. 26), [2006] S.T.C. 443 (Eng. C.A.) Cited in *ibid.*, p.10.

\*\*\* David G. Duff ไม่ได้เปรียบเทียบระดับความเหมาะสมระหว่างหลักเจ้าของผลประโยชน์และสถานะการจัดการหรือสถานะจัดการที่แท้จริง (Place of Effective Management) โดยตรงจึงไม่อาจสรุปว่า David G. Duff เห็นว่าวิธีการใดเหมาะสมกว่ากัน ทั้งนี้ ในเงินได้ที่ผู้วิจัยได้ทำความเข้าใจในตัวอย่างสมมติว่าผู้วิจัยเห็นว่าสถานะการจัดการหรือสถานะจัดการที่แท้จริง (Place of Effective Management) เป็นวิธีการที่เหมาะสมกว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ เช่น ผลได้จากกรรณการจำหน่ายเรือหรืออากาศยานที่ใช้ในการจราจรระหว่างประเทศ ผู้วิจัยก็ยังคงมีความเห็นอยู่เช่นเดิม

## (4.1.3) หลักการการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อน

โดยมิชอบที่มีอยู่แล้วในอนุสัญญา<sup>38</sup>

การรับมือการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ด้วยข้อต่อสู้ที่ว่าหลักการการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบนั้นมีอยู่แล้วในอนุสัญญาเองตั้งแต่ต้น (Inherent Anti-Abuse Principle) เป็นข้อต่อสู้ที่อาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ซึ่งหลักนี้กำหนดให้อนุสัญญาระหว่างประเทศจะต้องนำไปปฏิบัติและตีความโดยสุจริต (good faith)<sup>39</sup> ซึ่งนักวิชาการที่สนับสนุนแนวคิดนี้ก็เช่น Klaus Vogel และ Frank Engelen โดยมีความเห็นว่า จะถือว่าเป็นการ “ขัดแย้งกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อน” หากรัฐคู่สัญญาจำต้องทำหน้าที่ตามอนุสัญญา “ในกรณีที่เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในการมีสิทธิเข้ารับสิทธิประโยชน์ถูกสร้างขึ้นผ่านการวางโครงสร้างปลอมแปลงทั้งหมดที่สร้างขึ้นมาเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการหนีภาษี”<sup>40</sup> อย่างไรก็ตามนักวิชาการท่านอื่นกลับมองว่าหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ไม่สามารถนำมาอ้างว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนมีหลักการการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบอยู่แล้วในตัวเองตั้งแต่ต้น (Inherent Anti-Abuse Principle) เพราะว่าหลักดังกล่าวนำมาบังคับใช้ระหว่างรัฐคู่สัญญาเท่านั้น แต่ไม่ใช้กับผู้เสียภาษีซึ่งเป็นบุคคลภายนอกของอนุสัญญา

เมื่อเรามองย้อนมาที่ OECD เราจะเห็นว่าในช่วงแรก OECD ดูเหมือนจะไม่เห็นด้วยกับหลักการการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่มีอยู่แล้วในอนุสัญญา (Inherent Anti-Abuse Principle) ดังที่เห็นได้จาก 1986 Conduit Companies Report ที่วางหลักว่า หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) กำหนดให้รัฐคู่สัญญาต้องให้สิทธิประโยชน์ภายใต้้อนุสัญญาภาษีซ้อนแม้ว่าจะเห็นว่าไม่เหมาะสมก็ตาม หากว่าอนุสัญญาฉบับนั้นมีได้มีกฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษีอย่างชัดเจน (Explicit Anti-Avoidance Rule)<sup>41</sup> แต่ต่อมาดูเหมือน OECD จะเปลี่ยนแนวคิดเพราะในคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2003 (OECD Commentary 2003) OECD กลับยืนยันว่ากฎหมายระหว่างประเทศและเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนสนับสนุนหลักการนี้ โดยกล่าวว่าวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษี

<sup>38</sup>David G. Duff, *Responses to tax treaty shopping: A comparative evaluation*, pp. 14-17.

<sup>39</sup>Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 26 and 31(1). Cited in *ibid.*, p.14.

<sup>40</sup>F.A. Engelen, *On Values and Norms: The Principle of Good Faith in the Law of Treaties and the Law of Tax Treaties in Particular*, (London: Kluwer, 2006) at 36. Cited in David G. Duff, *Responses to tax treaty shopping: A comparative evaluation*, pp. 14-15.

<sup>41</sup>OECD Conduit Companies Report (1986), para 43. Cited in *ibid.*, p. 15.

ซ้อนก็คือเพื่อป้องกันการหลบหลีกและหนีภาษี<sup>42</sup> และยังได้สรุปรวมๆ โดยทั่วไปว่าหลักการชี้แนะก็คือ รัฐไม่ควรให้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในกรณีที่ว่าวัตถุประสงค์หลักในการเข้าทำธุรกรรม หรือการจัดวางโครงสร้างบางอย่างก็เพื่อให้ได้มาซึ่งภาวะภาษีที่ดีขึ้นและการให้สิทธิประโยชน์ในกรณี เช่นว่าจะเป็นการขัดกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง<sup>43</sup>

ในส่วนของมุมมองของศาลนั้น แม้ว่าจะมีนักวิชาการ บางส่วนที่ไม่เห็นด้วยกับความคิดที่ว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนมีหลักการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบอยู่แล้วในตัวเองตั้งแต่ต้น (Inherent Anti-Abuse Principle) แต่ก็มีคำพิพากษาของ ศาลที่ได้ยืนยันการสนับสนุนหลักการนี้อยู่ เช่น ในคดี *Holdings ApS v. Federal Tax Administration*<sup>44</sup> ซึ่งศาล Swiss Federal Court อาศัยหลักการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบซึ่งมีอยู่แล้วในอนุสัญญา (Inherent Anti-Abuse Principle) มาปฏิเสธการลดอัตรา ภาษีหัก ณ ที่จ่ายบนเงินปันผลภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนสวีตเซอร์แลนด์-เดนมาร์กด้วยเหตุผลว่า เพราะการห้ามการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบเป็นส่วนหนึ่งของหลักสุจริตและการห้ามการใช้ สิทธิภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบก็ได้รับการรับรองโดยที่ไม่ต้องมีบทบัญญัติชัดแจ้งอยู่ใน อนุสัญญา<sup>45</sup> อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีคำพิพากษาที่ไม่เห็นด้วยกับหลักการนี้เช่นกัน เช่น ในคดี *MIL (Investments) SA v. The Queen*<sup>46</sup> ศาลภาษีของแคนาดา (Tax Court of Canada) ตัดสินว่า อนุสัญญาภาษีซ้อนแคนาดา-ลักเซมเบิร์กไม่มีหลักการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ ซึ่งมิชอบอยู่แล้วในอนุสัญญา (Inherent Anti-Abuse Principle) เพราะคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2003 (OECD Commentary 2003) ไม่อาจนำมาใช้กับอนุสัญญาที่สร้างขึ้นในปีค.ศ. 1990 และอนุสัญญาฉบับดังกล่าวก็ไม่ได้มีกฎการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบโดย เฉพาะเจาะจง แต่ David G. Duff ก็ได้อธิบายว่าคำตัดสินของศาลภาษีของแคนาดา (Tax Court of Canada) ก็สอดคล้องกับ 1986 Conduit Companies Report ทั้งนี้ หลักการที่ปรากฏในคำอธิบาย

<sup>42</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2003 [Online], OECD Publishing. Source [http://dx.doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2003-en](http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2003-en), Commentary on Article 1, para 7; Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010, Commentary on Article 1, para 7.

<sup>43</sup>Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2003, Commentary on Article 1, para 9.5; Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010, Commentary on Article 1, para 9.5.

<sup>44</sup>(2005) 8 ITLR 536. Cited in *ibid.*, p. 15.

<sup>45</sup>(2005) 8 ITLR 536. at para. 3.4.2. Cited in *ibid.*, p. 15.

<sup>46</sup>[2006] 5 C.T.C. 2552, 2006 D.T.C. 3307 (T.C.C.) Cited in *ibid.*, p. 16.

อนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2003 (OECD Commentary 2003) แตกต่างจาก คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 19977 (OECD Commentary 1977) และ 1986 Conduit Companies Report อย่างชัดเจน การที่จะอาศัยคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2003 (OECD Commentary 2003) มาตีความอนุสัญญาที่ทำก่อนหน้านั้นจึงอาจ เป็นปัญหา

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ศาลประเทศต่างๆ จึงน่าจะ มีแนวโน้มที่จะยอมรับหลักการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบซึ่งมีอยู่แล้วใน อนุสัญญา (Inherent Anti-Abuse Principle) สำหรับอนุสัญญาฉบับที่เพิ่มขึ้นหรือเจรจาใหม่หลังค.ศ. 2003 กระนั้นก็ดี ก็ยังเป็นที่น่าสงสัยว่าการยกหลักการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิ ชอบซึ่งมีอยู่แล้วในอนุสัญญา (Inherent Anti-Abuse Principle) มาเป็นข้อต่อสู้นั้นจะเป็นวิธีการที่ ยุติธรรมและได้ผลในการรับมือการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่สุด แล้วหรือไม่ เพราะตราบทที่เจตนารมณ์และวัตถุประสงค์และบทบัญญัติเฉพาะเจาะจงของอนุสัญญา ภาษีซ้อน (Inherent Anti-Abuse Principle) ย่อมมีความไม่ชัดเจน ขาดความแน่นอน และก่อความ ยากลำบากแก่ศาลในการบังคับใช้และก่อความไม่แน่นอนแก่ผู้เสียภาษีในการปฏิบัติตาม ด้วยเหตุนี้ David G. Duff จึงเห็นว่าควรมีกฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษีอย่างชัดเจน (Explicit Anti-Avoidance Rules) เพิ่มเติมจากหลักการการตีความ

#### (4.2) กฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษี

มาตรการรับมือการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบกลุ่มที่ สองก็คือการอาศัยกฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Anti-Avoidance Rules) ที่บัญญัติไว้โดย เฉพาะเจาะจงในทั้งอนุสัญญาภาษีซ้อนและกฎหมายภายใน ดังนี้

##### (4.2.1) กฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษีภายใต้

##### กฎหมายภายใน<sup>47</sup>

หลายๆ ประเทศได้มีการบัญญัติกฎการต่อต้านการหลบ หลีกภาษีไว้ในกฎหมายภายใน (Domestic Anti-Avoidance Rules) เช่น มาตรการภายในประเทศ เรื่องการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rules (GAAR)) ของประเทศแคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และบททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ (Business Purpose Test) หรือเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance-over Form Test) ของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การใช้มาตรการภายในประเทศเรื่องการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการ ทั่วไป (General Anti-Avoidance Rules (GAAR)) นั้นต้องอาศัยการมีอยู่ของการใช้ออนุสัญญาภาษี

<sup>47</sup>David G. Duff, *Responses to tax treaty shopping: A comparative evaluation*, pp. 18-21.

ซ้อนโดยมิชอบหรือไม่ถูกต้อง (Misue/Abuse) ซึ่งอาจยากในการพิสูจน์หากผู้เสียภาษีสามารถพิสูจน์ถิ่นที่อยู่ของตนภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนได้ ดังนั้น David G. Duff จึงเห็นว่า การนำกฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษีภายใต้กฎหมายภายในมาต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) อาจยังมีปัญหาและควรนำมาใช้เป็นเพียงเครื่องมือเสริมของกฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษีโดยเฉพาะเจาะจง (Specific Anti-Avoidance Rules) ที่มีอยู่ในอนุสัญญาภาษีซ้อนมากกว่า

#### (4.2.2) กฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษีภายใต้

##### อนุสัญญาภาษีซ้อน<sup>48</sup>

มาตรการนี้ต่างจากข้อ (4.2.1) ข้างต้นตรงที่เป็นการบัญญัติกฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Anti-Avoidance Rules) เอาไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยตรงซึ่งผู้วิจัยก็ได้ยกตัวอย่างของมาตรการต่างๆ ในการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) มาแล้วในบทที่ 2 เช่น มาตรการเฉพาะเรื่องในการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากร (Specific Anti-Avoidance Rule: SAAR) ซึ่งเป็นมาตรการที่ใช้เฉพาะกับข้อเท็จจริงลักษณะใดลักษณะหนึ่งเท่านั้น(เช่น มาตรการ Direct or Look-Through Approach, Subject-to-Tax Approach, Exclusion Approach) นอกจากมาตรการเฉพาะเรื่องในการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากร (SAAR) ที่ยกตัวอย่างมาข้างต้นแล้ว ก็ยังมีข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ที่มีความละเอียด (Detailed Limitation of Benefits: LOB) หรือที่เรียกสั้นๆ ว่า ข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation of Benefits (LOB)) บททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก (Main Purpose Test)<sup>49</sup> และบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT Rule)) ซึ่งมีการบังคับใช้ที่กว้างและเป็นการทั่วไปกว่าด้วย ทั้งนี้ David G. Duff มองว่า ความมีประสิทธิภาพและความมีประสิทธิภาพของกฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษีภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นก็คล้ายกับกฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษีในกฎหมายภายใน (Domestic Anti-Avoidance Rules) ซึ่งขึ้นอยู่กับ การบังคับใช้ในแต่ละกรณีๆ ไปว่าสามารถนำมาใช้ป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้มากน้อยเพียงไรในความเป็นจริง

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับข้อสรุปของ David G. Duff ที่ว่ายังเป็นที่น่าสงสัยว่าการตีความไม่ว่าจะเป็นเรื่องถิ่นที่อยู่และหลักเจ้าของผลประโยชน์จะป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้จริงหรือ ส่วนหลักการการต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อน

<sup>48</sup>Ibid., pp. 21-23.

<sup>49</sup>OECD, Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2003, Commentary on Article 1, para 21.4; Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010, Commentary on Article 1, para 21.4.

โดยมีขอบที่มีอยู่แล้วในอนุสัญญา (Inherent Anti-abuse Principle) และกฎการต่อต้านการหลบหลีกภาษีในกฎหมายภายใน (Domestic Anti-Avoidance Rules) ก็น่าจะใช้ป้องกันได้แต่ยังมีคำถามต่อว่าแล้วจะนำมาใช้ได้อย่างเป็นธรรมและได้ผลแค่ไหนเพียงใดเพราะการวางแผนภาษีและการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ยังไม่มีเส้นแบ่งที่ชัดเจนแน่นอนในทุกกรณี<sup>50</sup> นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังเห็นเพิ่มเติมว่าหากเราจะพิจารณาถึงมาตรการที่เหมาะสมในการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบแล้ว ผู้วิจัยเห็นด้วยกับแนวปฏิบัติของสหรัฐอเมริกาที่ให้น้ำหนักและความสำคัญไปที่มาตรการที่เฉพาะเจาะจงและค่อนข้างชัดเจนมากกว่ามาตรการที่มีความกว้างอย่างเช่นมาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rules (GAAR)) ภายใต้กฎหมายภายใน อย่างไรก็ตาม แม้ David G. Duff จะสนับสนุนการบรรจุข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ที่มีความละเอียด (Detailed Limitation of Benefits: Detailed LOB) และข้อบทเรื่อง Subject-to-Tax ไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อน<sup>51</sup> แต่ผู้วิจัยกลับเห็นว่าวิธีการที่เหมาะสมที่สุดน่าจะเป็นการจำกัดสิทธิประโยชน์ (LOB) และข้อบทเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT Rule)) เพราะข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (LOB) สามารถนำมาใช้รับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบที่อาศัยลักษณะทางกฎหมาย การเป็นเจ้าของในและกิจกรรมทั่วไปของผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาได้หลากหลายรูปแบบอย่างมากอีกทั้งยังได้รับการอ้างว่าเป็นมาตรการที่ถือว่าครอบคลุมที่สุดในบรรดามาตรการต่างๆ ทั้งหมดที่ออกมาเพื่อต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาโดยมิชอบ<sup>52</sup> ส่วนข้อบทเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT Rule)) สามารถนำมารับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่ไม่อยู่ในขอบเขตของข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (LOB) เช่น การจัดวางโครงสร้างทางการเงินโดยอาศัยตัวกลาง (conduit financing arrangements) เป็นต้น

แม้ผู้วิจัยจะสรุปว่าข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (LOB) และบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT Rule)) จะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและตรงวัตถุประสงค์ที่สุดในการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่ประเทศไทยควรนำมาบังคับใช้ แต่การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบก็เป็นเพียงการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Abuse of Treaties) วิธีการหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น หากประเทศไทยต้องการที่จะตอบโต้การใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบอย่างครอบคลุม ประเทศไทยก็อาจ

<sup>50</sup>David G. Duff, *Responses to tax treaty shopping: A comparative evaluation*, pp. 23-24.

<sup>51</sup>Ibid.

<sup>52</sup>Robert Deutsch, Róisín M. Arkwright, and Daniela Chiew, *Principles and practice of double taxation agreements : A question-and-answer approach*, p. 88.



พิจารณาเพิ่มเติมมาตรการภายในประเทศเรื่องการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rules (GAAR)) ออกมาบังคับใช้อีกทางหนึ่งด้วย ทั้งนี้เพราะแม้มาตรการภายในประเทศเรื่องการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rules (GAAR)) จะมีการบังคับใช้ที่กว้างเพราะถูกสร้างขึ้นมาโดยตั้งใจให้มีความยืดหยุ่นสามารถปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงที่หลากหลายเพื่อความมีประสิทธิภาพในการต่อต้านการหลบหลีกภาษีอากร จึงอาจก่อความไม่แน่นอนแก่ทั้งผู้เสียภาษีและผู้มีอำนาจตีความ แต่เนื่องด้วยที่หลายๆ ประเทศ เช่น ออสเตรเลีย แคนาดา ได้พัฒนามาตรการต่างๆ เหล่านี้มาเป็นเวลาหลายสิบปีและได้พัฒนาปรับปรุงมาตรการให้มีความแน่นอนและเป็นธรรมกับผู้เสียภาษีมากขึ้นตามกาลเวลาโดยอาศัยจากประสบการณ์การบังคับใช้ที่ผ่านมา นอกจากนี้ ความไม่แน่นอนดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับการตีความและการปรับใช้จริงของกรมสรรพากรและศาลด้วยว่ามีความชัดเจน ถูกต้อง และเป็นธรรมมากเพียงไร ดังนั้น หากประเทศไทยพิจารณาบัญญัติมาตรการภายในประเทศเรื่องการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rules (GAAR)) มาบังคับใช้ก็จะทำให้ประเทศไทยมีมาตรการต่อต้านการใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบรวมทั้งการเลือกใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ ที่ครอบคลุมมากยิ่งขึ้นอันช่วยเพิ่มพูนความมีประสิทธิภาพของการบังคับใช้โครงข่ายอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยในท้ายที่สุดบทที่ 5

## บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 5.1 บทสรุป

#### 5.1.1 หลักการของหลักเจ้าของผลประโยชน์

ปัญหาการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) นั้นเป็นปัญหาที่หลาย ๆ ประเทศรวมทั้งประเทศไทยประสบมาโดยตลอดและด้วยวิวัฒนาการทางการค้าระหว่างประเทศที่มีความซับซ้อนและพัฒนาไปอย่างรวดเร็วก็ทำให้ปัญหาดังกล่าวกระทบต่อปัญหาการกร่อนของฐานภาษีของประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ มาตรการในการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบนั้นมีมากมายหลายวิธีทั้งมาตรการทางอนุสัญญาภาษีซ้อน มาตรการทางกฎหมายภายในประเทศ และมาตรการอื่นๆ โดยหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นก็เป็นหนึ่งในมาตรการเฉพาะทางอนุสัญญาภาษีซ้อนมาตรการหนึ่งที่ได้รับการสร้างขึ้นมากเพื่อเป็นเครื่องมือหนึ่งในการรับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในเงินได้บางประเภท

จากการค้นคว้าเพื่อทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยสามารถประมวลข้อสรุปเกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์ได้ดังนี้

(1) อนุสัญญาต้นแบบจำกัดการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ไว้ที่เงินได้เพียงสามประเภท

หลักเจ้าของผลประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนเป็นมาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่มีมานานแล้ว ซึ่งนับตั้งแต่มีหลักดังกล่าวบรรจุไว้ในพิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1966 (United Kingdom-United States 1966 Protocol) และต่อมาในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปี ค.ศ. 1977 (OECD Model 1977) ก็เป็นที่ปรากฏในอนุสัญญาต้นแบบของทั้ง OECD และองค์การสหประชาชาติมาโดยตลอดว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์จะนำมาบังคับใช้กับเงินได้เพียง 3 ประเภทเท่านั้น กล่าวคือเงินปันผล (ข้อ 10) ดอกเบี้ย (ข้อ 11) และค่าสิทธิ (ข้อ 12) โดยที่ไม่ได้ขยายไปบังคับใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ ด้วย ทั้งนี้ คำถามที่ว่าเหตุใดหลักดังกล่าวจึงจำกัดการบังคับใช้กับเงินได้เพียง 3 ประเภทดังกล่าวนี้ จากการค้นคว้าของผู้วิจัยพบว่ามีการเขียนที่พูดถึงประเด็นนี้น้อยมากแต่ก็พอจะสรุปได้ว่าเหตุผลที่แจ่มชัดมากที่สุดก็คือเพราะทาง OECD และองค์การสหประชาชาติเห็นว่า เงินได้ 3 ประเภทนี้มีความเป็นไปได้สูงมากที่สุดที่จะมีการทำการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Joanna Wheeler, "Persons qualifying for treaty benefit," in United Nations handbook on selected issues in administration of double tax treaties for developing countries, p. 76.

นอกจากนี้ อาจเป็นเพราะว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์เข้ามาช่วยในการตีความการให้สิทธิประโยชน์ ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนในข้อบทของเงินได้ที่มีคำว่า “จ่าย...ให้แก่” (“paid to”) เพราะว่าใน อนุสัญญาต้นแบบทั้งของ OECD และขององค์การสหประชาชาติจะพบหลักนี้ในเงินได้ที่มีคำดังกล่าว เท่านั้น แต่ไม่พบในเงินได้ประเภทผลได้จากทุน (Capital Gains) หรือ เงินได้อื่นๆ (Other Income) ซึ่งไม่มีคำว่า “จ่าย...ให้แก่”<sup>2</sup>

(2) อนุสัญญาภาษีซ้อนบางฉบับมีการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ประเภทอื่นๆ

แม้ว่าอนุสัญญาต้นแบบจะนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้กับเงินได้เพียง 3 ประเภทกล่าวคือ เงินปันผล (ข้อ 10) ดอกเบี้ย (ข้อ 11) และค่าสิทธิ (ข้อ 12) ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ บางประเทศคู่สัญญาก็ได้เจรจาตกลงนำหลักดังกล่าวมาบังคับใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ บางประเภท โดยเฉพาะเจาะจง (โดยการบรรจุเงื่อนไขเรื่องเจ้าของผลประโยชน์ลงไปในข้อบทที่เกี่ยวข้อง) เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนของออสเตรเลีย-จีน (เงินได้อื่นๆ) สหราชอาณาจักร-จีน (เงินได้อื่นๆ) อนุสัญญาต้นแบบของสหรัฐอเมริกาฉบับปีค.ศ. 2006 (เรื่องเงินบำนาญ สวัสดิการสังคม เบี้ยรายปี เงินค่าเลี้ยงดู เงินค่าอุปการะบุตร (Pensions, Social Security, Annuities, Alimony, and Child Support) และ เรื่องเงินได้อื่นๆ (Other Income)) พิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนโครเอเชีย-อิสราเอล (ข้อ 13 วรรคหก ผลได้จากทุน) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แนวทางปฏิบัติดังกล่าวที่ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไป บังคับใช้ในเงินได้ประเภทอื่นๆ ก็ไม่ได้แพร่หลายจนถือได้ว่าเป็นแนวทางปฏิบัติมาตรฐานหรือแนวทางหลัก

(3) บทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีหลักเจ้าของผลประโยชน์มีการปรับปรุงให้ต่างจากอนุสัญญาต้นแบบ

จากที่กล่าวมาแล้วว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้นมีเป็นระยะเวลา นานแล้ว ดังนั้น ประเทศต่างๆ จึงได้มีการปรับปรุงและพัฒนาบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อน ที่เกี่ยวกับหลักเจ้าของผลประโยชน์และการบังคับใช้หลักดังกล่าวให้สามารถรับมือกับการเลือกใช้ อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นดังตัวอย่างที่แยกออกมาเป็นกลุ่มๆ ได้ ดังต่อไปนี้

(3.1) ใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ตามอนุสัญญาต้นแบบ เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อน สิงคโปร์-อินโดนีเซีย สิงคโปร์-ฟิลิปปินส์

(3.2) ใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ประกอบด้วยเงื่อนไขการเป็นเจ้าของผลประโยชน์ เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนออสเตรเลีย-ญี่ปุ่น

<sup>2</sup>Richard Collier, "Clarity, opacity and beneficial ownership," *British Tax Review*, No.6: 685.

(3.3) ใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ประกอบกับบททดสอบเรื่องวัตถุประสงค์หลัก (Main Purpose Test) เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนสหราชอาณาจักร-จีน

(3.4) ใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ประกอบกับเงื่อนไขเกี่ยวกับบริษัทส่งผ่าน (conduit company) เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนสหราชอาณาจักร-สหรัฐอเมริกา

(3.5) ใช้ทั้งหลักเจ้าของผลประโยชน์และการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation on Benefits) เช่น อนุสัญญาภาษีซ้อนของสหรัฐอเมริกาเกือบทั้งหมด

(3.6) ใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นข้อบททั่วไปอันส่งผลให้หลักดังกล่าวใช้กับเงินได้ทุกประเภทตามความเหมาะสม เช่น พิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนปากีสถาน-สเปน (2 มิถุนายน 2010) พิธีสารของอนุสัญญาภาษีซ้อนโครเอเชีย-อิสราเอล (29 กันยายน 2006)

(3.7) แนวทางอื่นๆ เช่น ประเทศจีน อินโดนีเซีย

(4) หลักเจ้าของผลประโยชน์ยังมีปัญหาในการตีความและการบังคับใช้

ตลอดระยะเวลาที่หลักเจ้าของผลประโยชน์เริ่มปรากฏมีขึ้นในอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น หลักดังกล่าวก็มักมีปัญหาการตีความและขอบเขตการบังคับใช้มาโดยตลอดเพราะผู้มีอำนาจตีความและนักวิชาการต่างตีความคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ที่แตกต่างกัน ซึ่งความแตกต่างเหล่านี้ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนแก่ทั้งหน่วยจัดเก็บภาษีและผู้เสียภาษี ซึ่งความไม่แน่นอนหนึ่งอันเดียวกันในการตีความและบังคับใช้ที่ดูจะจำกัด และความไม่แน่นอนแก่ผู้เสียภาษีนี้เองที่ทำให้มีนักวิชาการทางภาษีระหว่างประเทศมีความเห็นที่ต่างกันต่อหลักเจ้าของผลประโยชน์ กล่าวคือ มีทั้งกลุ่มที่ต่อต้านหลักดังกล่าว (กลุ่มนี้เห็นว่าควรตัดหลักนี้ออกไปจากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยสิ้นเชิง) และกลุ่มที่ไม่ต่อต้าน (กลุ่มนี้มีความหลากหลายไม่ว่าจะเป็นเห็นด้วยกับหลักดังกล่าวเต็มที่หรือเห็นว่าแม้หลักดังกล่าวจะมีข้อบกพร่องแต่ก็ไม่จำเป็นต้องตัดออกไป)

อย่างไรก็ดี ความชัดเจนในการตีความน่าจะมีเพิ่มมากขึ้นเมื่อ OECD ได้ออกคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับปีค.ศ. 2014 (OECD Commentary 2014) ออกมาเพื่อให้ความชัดเจนเกี่ยวกับการบังคับใช้และการตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์ อย่างน้อยที่สุดก็เป็นที่ชัดเจนแล้วว่าคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” ไม่ได้มีความหมายตามกฎหมายภายในประเทศของรัฐคู่สัญญา แต่มีความหมายเฉพาะโดยการตีความในบริบทนี้ของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องของอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยพิจารณาจากเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนอันรวมถึงการหลีกเลี่ยงภาษีซ้ำซ้อนและการป้องกันการหนีภาษีและหลบหลีกภาษี ทั้งนี้ ปัญหาความแตกต่างในการตีความจะลดลงหรือไม่เพียงไรนั้นต้องรอผลของการบังคับใช้จริงในทางปฏิบัติไปสักระยะเวลาหนึ่ง (อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่าเมื่อคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบฉบับปีค.ศ. 2014 ออกมาแล้วก็ยังมีบางกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับคำอธิบายดังกล่าวเช่นกัน) ส่วนในความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่าคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบนี้ไม่น่าจะช่วยบรรเทาหรือขจัดปัญหาความแตกต่างของการตีความได้มากเท่าไรนัก

(5) หลักเจ้าของผลประโยชน์มีความจำกัดในการบังคับใช้

จากการค้นคว้าของผู้วิจัยทำให้ได้ข้อสังเกตประการหนึ่งว่าแม้ว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์จะมีความแตกต่างในการตีความแต่สิ่งหนึ่งที่นักวิชาการ หน่วยจัดเก็บภาษีและศาลส่วนใหญ่เห็นตรงกันก็คือหลักเจ้าของผลประโยชน์ไม่สามารถต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในทุกรูปแบบ และสามารถนำมาใช้รับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในรูปแบบหรือการจัดวางโครงสร้างอย่างง่าย ๆ ไม่ซับซ้อนเท่า นั้น ทั้งนี้ แม้ว่าจะมีคำวินิจฉัยของหน่วยจัดเก็บภาษีหรือคำพิพากษาของศาลที่ต่างออกไป (เช่น ตีความให้หลักเจ้าของผลประโยชน์ทำหน้าที่ตั้งมาตรการการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (GAAR)) แต่เมื่อมีคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 ออกมาแล้ว ผู้วิจัยก็เห็นว่าเป็นที่แน่นอนว่าหลักเจ้าของผลประโยชน์ย่อมไม่สามารถทำหน้าที่หรือถูกนำไปบังคับใช้อย่างกว้างขวางจนเป็นมาตรการการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (GAAR) และหลักดังกล่าวสามารถนำมาปฏิเสธการหลบหลีกภาษีอย่างง่ายจำพวกโครงสร้างที่มีการสอดแทรกตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) บริษัทส่งผ่าน (conduit company) ที่กระทำการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์หรือผู้ดำเนินการเท่านั้น นอกจากนี้ ในความเห็นส่วนตัวของผู้วิจัย แม้ว่าจะไม่มีคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 ออกมาขยายความก็ตาม แต่โดยหลักการ เราก็ไม่สามารถและไม่ควรขยายการตีความของหลักที่มีความแคบอย่างหลักเจ้าของผลประโยชน์ให้กว้างเกินกว่าหลักการและวัตถุประสงค์ของมันเพราะการกระทำเช่นนี้ถือว่าการตีความที่ไม่สุจริต แม้การตีความจะช่วยให้รัฐแหล่งเงินได้สามารถจัดเก็บภาษีได้ก็ตาม กล่าวคือ หากระบบภาษีของประเทศนั้นมีข้อบกพร่องไม่มีเครื่องมือที่ครอบคลุมพอที่จะจัดการกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่มีหลากหลายรูปแบบ ประเทศนั้นๆ ก็ควรแก้ไขปรับปรุงอนุสัญญาภาษีซ้อน กฎหมายภายใน และมาตรการอื่นๆ ของตน แต่ไม่ควรนำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้อย่างไม่ถูกต้องเพียงเพื่อจัดเก็บภาษี

**5.1.2 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในประเทศไทยในปัจจุบัน**

เมื่อย้อนกลับมาวิเคราะห์ในส่วนของประเทศไทย จะสังเกตได้ว่าปัจจุบันประเทศไทยมีแนวทางในการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในแต่ละอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยสรุปได้ดังนี้

- (1) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ไม่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในเงินได้ประเภทใดๆ แต่ยังคงใช้คำว่า “ผู้รับ” (recipient) ในเงินได้ทุกประเภทรวมทั้งเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิด้วย
- (2) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์เฉพาะข้อบทเกี่ยวกับเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิเท่านั้นอันเป็นไปตามอนุสัญญาต้นแบบ
- (3) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้ในเงินได้ประเภทอื่นๆ บางประเภทนอกเหนือจากเงินได้ประเภทเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ ได้แก่ อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ทำ

กับประเทศเซเชลส์ (เงินได้อื่นๆ) บัลแกเรีย (เงินได้อื่นๆ) สหรัฐอเมริกา (เงินบำนาญและสวัสดิการสังคม และเงินได้อื่นๆ)

จากข้างต้น จะเห็นได้ว่า มีอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยเพียงบางฉบับเท่านั้นที่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ นอกจากนี้ การขยายหลักดังกล่าวออกไปยังเป็นการขยายไปใช้ในเงินได้บางประเภทเท่านั้น ไม่ได้นำไปใช้กับเงินได้ทุกประเภท

### 5.1.3 ความขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนกับหลักเจ้าของผลประโยชน์

#### 5.1.3.1 ปัญหาและสาเหตุของการขาดประสิทธิภาพในเงินได้ประเภทอื่นๆ นอกจากเงินปันผล ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ

จากการค้นคว้าผู้วิจัยพบว่า แม้ว่าการที่ประเทศไทยไม่ได้ขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้กับเงินได้ประเภทอื่นๆ อาจดูเหมือนว่าทำให้การบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยขาดประสิทธิภาพเพราะทำให้ขาดเครื่องมือหนึ่งที่จะนำมารับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบในกรณีที่ประเทศไทยเป็นรัฐแหล่งเงินได้อันส่งผลให้บุคคลประเทศที่สามที่ไม่ได้มีสิทธิอันสมควรตามอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยเข้ามาใช้สิทธิประโยชน์ได้ แต่หากเราได้ศึกษาคำตอบข้อหารือของกรมสรรพากร (เช่น คำวินิจฉัยกรมสรรพากรที่ กค 0706/3104 และ กค 0706/4828) แล้วเราจะพบว่าแม้ว่าคำวินิจฉัยตอบข้อหารือเหล่านั้นจะเป็นกรณีที่กรมสรรพากรกำลังให้สิทธิประโยชน์แก่ผู้ที่เป็นเพียงตัวแทนหรือนอมินีของเจ้าของเงินได้ที่แท้จริงซึ่งเป็นแนวทางการตอบที่ก่อให้เกิดการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบได้อีกมากมายในอนาคต เพราะกรมสรรพากรตอบยืนยันอย่างชัดเจนว่าในกรณีตัวแทนหรือนอมินีเช่นในสถานการณ์เหล่านั้นสามารถได้สิทธิประโยชน์ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อน อย่างไรก็ตาม การที่กรมสรรพากรตอบไปเช่นนั้นน่าจะมาจากการบังคับใช้และตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนอย่างไม่ถูกต้องรวมทั้งไม่ได้แสดงถึงความพยายามที่จะนำกฎหมายภายในหรือมาตรการอื่นๆ ที่ประเทศไทยมีอยู่มาเป็นเครื่องมือที่ถูกกฎหมายในการปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์แต่อย่างใด ผู้วิจัยเห็นว่ากรมสรรพากรยังมีแนวทางอื่นๆ ที่สามารถนำมาใช้ได้แต่กลับไม่ได้ดำเนินการ ด้วยเหตุนี้เราจึงไม่อาจสรุปจากคำวินิจฉัยเหล่านี้ได้ว่าการที่ประเทศไทยไม่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้บังคับกับเงินได้ทุกประเภทตามอนุสัญญาภาษีซ้อนทำให้การบังคับใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนขาดประสิทธิภาพ ในทางกลับกัน ความขาดประสิทธิภาพดูเหมือนจะเกิดจากการตีความและบังคับใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนซึ่งอาจคลาดเคลื่อนของกรมสรรพากรมากกว่า นอกเหนือไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาตัวอย่างการวางโครงสร้างการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่ผู้วิจัยได้สมมติขึ้นแล้ว จะเห็นได้เพิ่มเติมว่าการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบสามารถเกิดขึ้นได้กับเงิน

ได้ทุกประเภทด้วยวิธีการที่อาจต่างกันออกไปแต่หลักเจ้าของผลประโยชน์กลับไม่ได้มีผลในการต่อต้านการกระทำดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพนัก การวางโครงสร้างการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบส่วนใหญ่ไม่สามารถตอบโต้ได้ด้วยหลักเจ้าของผลประโยชน์

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การขยายหลักที่ยังขาดความแน่นอนอย่างหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกไปบังคับใช้ให้ครอบคลุมทุกประเภทเงินได้ไม่ได้ช่วยป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบและเพิ่มความมีประสิทธิภาพของการบังคับใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนอย่างมีนัยยะสำคัญแต่อย่างใด

### 5.1.3.2 การบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ในเงินได้ทุกประเภทกับการเพิ่มประสิทธิภาพการบังคับใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อน

เหตุผลที่อาจนำมาใช้สนับสนุนการขยายการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ทุกประเภทนั้นมีหลักๆ เพียงประการเดียวก็คือจะส่งผลให้ประเทศไทยมีเครื่องมือที่เรียบง่าย ไม่ซับซ้อนเพิ่มเติมอีกเครื่องมือหนึ่งในการต่อต้านการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ซึ่งน่าจะเหมาะสมต่อการนำมาใช้ อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าข้อสนับสนุนนี้ยังคงไม่มีน้ำหนักเท่าใดนัก ดังที่จะได้แสดงข้อโต้แย้งการขยายหลักเจ้าของผลประโยชน์ไปบังคับใช้กับเงินได้ทุกประเภทดังนี้

(ก) หลักเจ้าของผลประโยชน์ยังคงไม่มีนิยามที่ระบุไว้อย่างชัดเจนในอนุสัญญาต้นแบบของ OECD และขององค์การสหประชาชาติและอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยทั้งหมด รวมทั้งยังมีความไม่แน่นอนและความแตกต่างกันในการตีความและบังคับใช้ของแต่ละประเทศไม่ว่าจะเป็นโดยหน่วยจัดเก็บภาษี ศาล หรือนักวิชาการเองก็ตาม และแม้ว่าคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 จะออกมาให้ความกระจ่างชัดมากขึ้น แต่คำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ดังกล่าวในส่วนหลักเจ้าของผลประโยชน์นั้นเป็นการแก้ไขคำอธิบายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญและเปลี่ยนแปลงคำอธิบายเดิมของฉบับที่ผ่านๆ มาซึ่งเป็นฉบับที่อนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยเกือบทั้งหมดอาศัยเป็นต้นแบบในการร่าง ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า แทบจะนำคำอธิบายดังกล่าวมาใช้อ้างอิงในการตีความหลักเจ้าของผลประโยชน์ในอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับที่ประเทศไทยมีอยู่ไม่ได้เลยเพราะขัดกับหลักการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อน จะใช้ได้ก็แต่เพียงอนุสัญญาฉบับที่ทำขึ้นใหม่หลังคำอธิบายดังกล่าวมีผลใช้บังคับเท่านั้น นอกจากนี้ คำอธิบายดังกล่าวแม้จะมีความชัดเจนมากขึ้น แต่ในความเห็นของผู้วิจัยก็ยังไม่สามารถขจัดปัญหาการตีความและการบังคับใช้ของแต่ละประเทศที่มีความหลากหลายได้

(ข) หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นหลักที่มีมานานแล้วและเป็นหลักที่มีผลในการบังคับใช้ค่อนข้างแคบ สามารถนำมารับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping)

เพียงในบางรูปแบบที่ไม่ซับซ้อนซึ่งหลักๆ ก็คือ การใช้ตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) หรือบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ที่ทำการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์หรือผู้ดำเนินการเท่านั้น แต่ไม่สามารถนำมารับมือกับโครงสร้างที่ยุ่ยากซับซ้อนได้ และเป็นที่น่าสังเกตว่าองค์การสหประชาชาติหรือ OECD ก็ไม่ได้มีความพยายามที่จะพัฒนาให้หลักนี้ทันต่อวิวัฒนาการของการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่มีมากและซับซ้อนขึ้นในโลกปัจจุบันแต่อย่างใด มีก็แต่เพียงคำอธิบายอนุสัญญาต้นแบบของ OECD ฉบับปีค.ศ. 2014 ที่ออกมาเพื่อแก้ปัญหาความแตกต่างในการตีความและบังคับใช้หลักดังกล่าวเท่านั้น แต่ก็ไม่ได้เป็นการพัฒนาต่อยอดหลักดังกล่าวนี้เพิ่มเติมซึ่งอาจเป็นเพราะว่า OECD ต้องการที่จะคงคุณสมบัติของหลักดังกล่าวที่มีความเฉพาะเจาะจงและจำกัดไว้ก็เป็นได้ ดังนั้น การที่ OECD แก้ไขคำอธิบายในเรื่องหลักเจ้าของผลประโยชน์ออกมาจะเป็นการแสดงว่า OECD ยังคงเห็นความสำคัญของหลักดังกล่าว แต่ก็ไม่ได้แสดงถึงความกระตือรือร้นที่จะพัฒนาหลักนี้ต่อไปให้กลายเป็นมาตรการที่สามารถนำมาใช้รับมือกับการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ได้อย่างกว้างขวางหลายรูปแบบ

(ค) ในกรณีของหลักเจ้าของผลประโยชน์ ผู้เสียภาษียังสามารถหลีกเลี่ยงคุณสมบัติต่างๆ ที่ทำให้เป็นตัวแทน (agent) นอมินี (nominee) หรือบริษัทส่งผ่าน (conduit company) ที่ทำการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์หรือผู้ดำเนินการได้อย่างง่ายดายด้วยการวางแผนที่ดี เช่น เพื่อให้แน่ใจว่าผู้รับเงินได้มีดุลยพินิจในการใช้สอยเงินได้อย่างเพียงพอในการที่จะเป็นเจ้าของผลประโยชน์ ด้วยเหตุนี้หลักเจ้าของผลประโยชน์จึงเป็นเครื่องมือที่จำกัดและไม่เพียงพอต่อการตอบโต้การเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping)

(ง) การใช้คำที่ยังไม่มีนิยามที่ชัดเจนอย่างคำว่า “เจ้าของผลประโยชน์” จะยิ่งก่อให้เกิดข้อพิพาทและคดีความขึ้นสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทและกระบวนการพิจารณาของศาลมากขึ้น

(จ) หลักเจ้าของผลประโยชน์เป็นเพียงหนึ่งในมาตรการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่มีอยู่หลากหลายมาตรการซึ่งแต่ละมาตรการต่างก็มีจุดเด่นและจุดบกพร่องและเหมาะสมกับโครงสร้างการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบที่ต่างกันออกไป ทั้งนี้ แม้ว่าจะเป็นการยากที่จะเปรียบเทียบว่ามาตรการใดดีกว่ากันแต่ผู้วิจัยก็เห็นว่ามาตรการที่ทรงประสิทธิภาพมากที่สุดและมีปัญหาการตีความน้อยที่สุดย่อมไม่ใช่หลักเจ้าของผลประโยชน์อย่างแน่นอน แต่น่าจะเป็นมาตรการทางอนุสัญญาภาษีซ้อนอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation of Benefits (LOB)) และบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT Rule))

ตามที่คุณวิจัยได้แสดงให้เห็นมาโดยตลอดของงานเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยสามารถสรุปรวบยอดสั้นๆ ได้ว่าสมมติฐานของวิทยานิพนธ์ที่ว่า “การที่ประเทศไทยไม่นำหลักเจ้าของผลประโยชน์มาใช้บังคับกับเงินได้ทุกประเภทตามอนุสัญญาภาษีซ้อนทำให้การบังคับใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนขาด



ประสิทธิภาพ” นั้นไม่น่าจะถูกต้องและประเทศไทยน่าจะพิจารณาทางเลือกอื่นๆ แทนการนำหลัก  
เจ้าของผลประโยชน์มาบังคับใช้กับเงินได้ทุกประเภทมากกว่า

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากข้างต้นนำมาซึ่งข้อเสนอแนะของผู้วิจัยว่า เพื่อเพิ่มควมมีประสิทธิภาพในการป้องกัน  
และต่อต้านการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) นั้น ประเทศไทยไม่ควร  
เลือกที่จะขยายการบังคับใช้หลักเจ้าของผลประโยชน์ไปยังเงินได้ทุกประเภทอื่นๆ นอกเหนือไปจากที่มี  
อยู่แล้วตามอนุสัญญาภาษีซ้อนแต่ละฉบับ ส่วนฉบับที่จะทำขึ้นใหม่ก็ไม่จำเป็นต้องขยายออกไปเกินกว่า  
เงินได้ที่ระบุในอนุสัญญาต้นแบบ (ทั้งของ OECD และขององค์การสหประชาชาติ) อันได้แก่ เงินปันผล  
ดอกเบี้ย และค่าสิทธิ

ในทางตรงกันข้าม ผู้วิจัยกลับสนับสนุนแนวทางสองแนวทางที่กำลังเป็นส่วนหนึ่งของการ  
ผลักดันจากทั้ง OECD และนานาประเทศซึ่งก็คือ การบัญญัติข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์  
(Limitation of Benefits (LOB)) และบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test  
Rule (PPT Rule)) ไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อน ดังนั้น เพื่อเพิ่มควมมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้  
อนุสัญญาภาษีซ้อนในแง่ของการป้องกันและต่อต้านการเลือกใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ  
ประเทศไทยควรที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้

(ก) สำหรับอนุสัญญาภาษีซ้อนทุกฉบับที่จัดทำไปแล้ว ประเทศไทยควรเสนอขอเจรจา  
แก้ไขอนุสัญญาดังกล่าวเพื่อเพิ่มข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation of Benefits (LOB))  
และบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT Rule)) ซึ่งเป็นข้อบท  
ทั่วไปที่ใช้กับเงินได้ทุกประเภท โดยเนื้อหาของข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation of  
Benefits (LOB)) อาจเป็นไปตามหรือคล้ายคลึงกับอนุสัญญาต้นแบบของสหรัฐอเมริกาฉบับปีค.ศ.  
2006 (United States Model Income Tax Convention) ส่วนกฎเรื่องบททดสอบวัตถุประสงค์  
สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT Rule)) อาจมีข้อความตามแผนการดำเนินการที่ 6  
เรื่องการป้องกันการใช้อ่อนสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Action 6 - Prevent Treaty Abuse) ภายใต้  
แผนการดำเนินการเรื่องการกร่อนของฐานภาษีและการโยกย้ายกำไร (Action Plan on Base  
Erosion and Profit Shifting (BEPS)) ดังนี้

“แม้จะมีบทบัญญัติอื่นๆ ในอนุสัญญาฉบับนี้ สิทธิประโยชน์ภายใต้่อนสัญญานี้จะไม่  
นำมาใช้กับเงินได้หรือทุนหากเป็นการสมเหตุสมผลเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่  
เกี่ยวข้องทั้งหมดที่จะสรุปว่าการได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์หลัก  
ของการจัดวางโครงสร้างหรือธุรกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิประโยชน์นั้นไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม

นอกเสียจากว่าสามารถพิสูจน์ได้ว่าการให้สิทธิประโยชน์ในพฤติการณ์ดังกล่าวนี้จะเป็นไปตามเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับนี้ที่เกี่ยวข้อง”

(ข) อนุสัญญาภาษีซ้อนที่จะจัดทำขึ้นในอนาคตควรจะต้องมีข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation of Benefits (LOB)) และบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT Rule)) อยู่ด้วย ซึ่งเพื่อให้นโยบายดังกล่าวนี้สัมฤทธิ์ผลและถูกนำไปปฏิบัติจริง กรมสรรพากรและหน่วยงานที่มีอำนาจในการเจรจาทำความตกลงอนุสัญญาภาษีซ้อนควรจะออกเป็นคำสั่งหรือแนวทางปฏิบัติภายในว่าอนุสัญญาภาษีซ้อนของประเทศไทยทุกฉบับจะต้องมีข้อบททั้งสองข้อบทยังกล่าว

ประการสุดท้ายที่ผู้วิจัยจะขอเน้นย้ำก็คือ แม้ว่าผู้วิจัยจะเห็นว่าข้อบทเรื่องการจำกัดสิทธิประโยชน์ (Limitation of Benefits (LOB)) และบททดสอบวัตถุประสงค์สำคัญ (Principal Purposes Test Rule (PPT Rule)) จะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและตรงวัตถุประสงค์ที่สุดในการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ที่ประเทศไทยควรนำมาบังคับใช้ แต่มาตรการทั้งสองรวมทั้งหลักเจ้าของผลประโยชน์ก็เป็นเพียงมาตรการในหลายๆ มาตรการของการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบซึ่งแต่ละมาตรการก็มีข้อจำกัดและวัตถุประสงค์ของตนเอง และการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Treaty Shopping) ก็เป็นเพียงการใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบ (Abuse of Treaties) วิธีการหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น เพื่อให้ประเทศไทยสามารถต่อต้านการใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบและการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบได้อย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุมมากที่สุด ประเทศไทยก็ควรพิจารณานำมาตรการอื่นๆ มาใช้ด้วย ทั้งมาตรการทางอนุสัญญาภาษีซ้อน มาตรการทางกฎหมายภายใน และมาตรการอื่นๆ เช่น มาตรการอื่นๆ ตามแผนการดำเนินการเรื่องการกร่อนของฐานภาษีและการโยกย้ายกำไร (Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)) มาตรการป้องกันการหลบหลีกภาษีอากรเป็นการทั่วไป (General Anti-Avoidance Rules (GAAR)) นอกจากนี้ สิ่งที่สำคัญไม่แพ้กันกับการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติและมาตรการต่างๆ ที่เกี่ยวกับการป้องกันการเลือกใช้ออนุสัญญาภาษีซ้อนโดยมิชอบก็คือความใส่ใจ การให้ความสำคัญ องค์ความรู้ ความเข้าใจที่ถูกต้องและความเชี่ยวชาญของหน่วยงานภาครัฐในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ ก็เพื่อการจัดเก็บภาษีอากรที่มีประสิทธิภาพลดการกร่อนของฐานภาษีของประเทศไทยนั่นเอง

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

- กฤตศิลป์ กนกนาถ. ภาษีซ้อน. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2533.
- โกสินทร์ เจียรสวัสดิ์กิจ. แนวทางการนำมาตรการป้องกันการเลือกใช้อ่อนสัญญาเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนโดยมิชอบ. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2549.
- ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร, พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554.
- ภาวณี วุฒิมดาต. Treaty shopping (ตอนที่ 1). สรรพากรสาส์น 59 (เมษายน 2555): 43-46.  
———. Treaty shopping (ตอนที่ 2). สรรพากรสาส์น 59 (พฤษภาคม 2552): 61-67.
- ธนภณ (เพริศพิบูลย์) แก้วสกลิตย์. คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน, พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: ชวนพิมพ์ 50, 2554.
- พนิต อธิภาพวงศ์. ภาษีบริษัทข้ามชาติ (International business taxation), พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.
- พล อธิคุปต์. สารพันปัญหาภาษีระหว่างประเทศ เล่ม 4, พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- พิภพ วีระพงษ์. การแสวงหาประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยคนชาติที่สาม. วารสารกฎหมาย 27 (กันยายน 2552): 107-118.
- ภูการ อัครสุวรรณกุล. การนำมาตรการทั่วไปเพื่อการต่อต้านการหลีกเลี่ยงภาษีอากร (GAAR) มาใช้ในประเทศไทย "ศึกษาปัญหา อุปสรรคและหลักเกณฑ์ของประเทศออสเตรเลีย". รายงานเอกัตศึกษา นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2557.
- สรรพากร, กรม. ตารางการจำกัดเขตแดนอัตราภาษีในประเทศผู้จ่ายค่าสิทธิ [ออนไลน์]. 2558. แหล่งที่มา: <http://www.rd.go.th/publish/14933.0.html> [2 พฤศจิกายน 2558]
- , กรม. ตารางการจำกัดเขตแดนอัตราภาษีในประเทศผู้จ่ายดอกเบี้ย [ออนไลน์]. 2558. แหล่งที่มา: <http://www.rd.go.th/publish/14932.0.html> [2 พฤศจิกายน 2558]
- เสรี วัฒนวงศิริกูร. ความรับผิดทางภาษีเงินได้ของนิติบุคคลต่างประเทศซึ่งกระทำการกิจการในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2529.
- เอนก ศิริเสถียร. ความหมายและขอบเขตของคำว่าเจ้าของผู้ได้รับผลประโยชน์ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2547.

## ภาษาอังกฤษ

Arnold, B. J. The concept of beneficial ownership under Canadian tax treaties. In M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer and A. Storck (eds), Beneficial ownership: Recent trends, pp. 39-50. Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013.

Australian Taxation Office. Income tax: Interpreting Australia's double tax agreements [Online]. Available from: <http://law.ato.gov.au/atolaw/view.htm?locid='TXR/TR200113/NAT/ATO/fpF34'&PiT=99991231235958#fpF34> [2016, February 14]

Baker, P. Beneficial owner: After Indofood. GITC Review VI (February 2007): 15-28.

———. United Kingdom: *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank NA*. In M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer and A. Storck (eds), Beneficial ownership: Recent trends, pp. 27-38. Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013.

———. The United Nations model double taxation convention between developed and developing countries: Possible extension of the beneficial ownership concept. Annex to note by the coordinator of the Subcommittee on Improper Use of treaties: Proposed amendments, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1 [Online]. 2008. Available from: [http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18\\_2008\\_CRP2\\_Add1.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18_2008_CRP2_Add1.pdf). [2016, March 2]

Boeijen-Ostaszewska, A. v., Goede, J. d., Luis Nouel, B. O., Wheeler, J., and Wijnen, W. Clarification of the meaning of “beneficial owner” in the OECD model tax convention response from IBFD research staff [Online]. Available from: <http://www.oecd.org/tax/treaties/48413407.pdf>

Brauner, Y. Beneficial ownership in and outside US tax treaties. In M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer and A. Storck (eds), Beneficial ownership: Recent trends, pp. 143-160. Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013.

- Castro, L. F. M. Concept of beneficial owner in tax treaties: Separating the wheat from the chaff through case law method internationally. International Tax Journal 39 (4 2013): 21-53.
- Chan, S. Y. C., and Cheung, D. K. C. Beneficial ownership in China's corporate income tax regime. The International Tax Journal 39 (March–April 2013): 35-44.
- Choy, A., Chu, S., Hou, J., Miao, V., and Finnerty, C. China's new "beneficial owner" definition-more challenges for existing structures. Journal of International Taxation 21 (February 2010): 9-10.
- Cleary Gottlieb Steen & Hamilton. Indofood decision: UK tax authorities' guidance on treaty claims [Online]. 2006. Available from: [http://www.cgsh.com/files/News/7\\_e0\\_0\\_b3\\_a3\\_-\\_f9\\_5\\_2\\_-\\_4\\_cc4\\_-\\_bff3\\_-\\_73532baab639/Presentation/NewsAttachment/08ca5a2e-3584-42e7-a983-755ac994fc41/Indofood.pdf](http://www.cgsh.com/files/News/7_e0_0_b3_a3_-_f9_5_2_-_4_cc4_-_bff3_-_73532baab639/Presentation/NewsAttachment/08ca5a2e-3584-42e7-a983-755ac994fc41/Indofood.pdf) [2016, March 5]
- Collier, R. Clarity, opacity and beneficial ownership. British Tax Review (2011): 684-704.
- Cooper, G. Australia: Attribution of income. In E. C. C. M. Kemmeren, D. S. Smit, P. Essers, L. D. Broe, F. Vanistendael, M. Lang, P. Pistone et al. (eds), Tax treaty case law around the globe 2012. Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013.
- Cornell University Law School Legal Information Institute. Wex [Online]. Available from: [https://www.law.cornell.edu/wex/accumulation\\_trust](https://www.law.cornell.edu/wex/accumulation_trust) [2014, January 2]
- Deutsch, R., Arkwright, R. M., and Chiew, D. Principles and practice of double taxation agreements : A question-and-answer approach. London: BNA International, 2008.
- Duff, D. G. Responses to tax treaty shopping: A comparative evaluation [Online]. 2010. Available from: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1688689> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1688689>. [2016, May 1]
- Gutmann, D. Beneficial ownership as anti-abuse provision: The *Bank of Scotland* case. In M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer and A. Storck (eds), Beneficial ownership: Recent trends, pp. 167-174. Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013.

- Hemmings, L. A. New Canadian case law on treaty shopping [Online]. 2008. Available from:  
[http://www.millerthomson.com/assets/files/article\\_attachments/New\\_Canadian\\_Case\\_Law\\_on\\_Treaty\\_Shopping.PDF](http://www.millerthomson.com/assets/files/article_attachments/New_Canadian_Case_Law_on_Treaty_Shopping.PDF) [2016, March 5]
- Holmes, K. International tax policy and double tax treaties: An introduction to principles and application. Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2014.
- Income Tax Appellate Tribunal. Aditya Birla Nuvo Limited vs. DDIT (Bombay High Court) [Online]. Available from: <http://itatonline.org/archives/aditya-birla-nuvo-limited-vs-ddit-bombay-high-court-sale-of-shares-by-mauritius-co-can-treated-as-sale-by-100-usa-parent-sale-of-shares-of-foreign-company-taxable-if-object-to-acquire-the-indian-asse/> [2016, February 20]
- Jiménez, A. M. Beneficial ownership as a broad anti-avoidance provision: Decisions by Spanish courts and the OECD's discussion draft. In M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer and A. Storck (eds), Beneficial ownership: Recent trends, pp. 127-142. Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013.
- . Beneficial ownership: Current trends. World Tax Journal (February 2010): 35-63.
- Kandev, M. N., and Wiener, B. Some thoughts on the use of later OECD commentaries after Prévost Car. Tax Notes International 54 (May 2009): 667-672.
- Khaw, L., Ye, H., and Cheng, H. SAT issues guidance on beneficial ownership of dividends under tax arrangement with Hong Kong. Deloitte Tax Analysis (May 2013): 1-5.
- Khaw, L., Ye, H., and Mcguigan, D. SAT issues guidance on definition of "beneficial owner" in China's tax treaties. Deloitte Tax Analysis (November 2009): 1-5.
- KPMG. KPMG flash news 19 July 2011 [ Online]. Available from: <http://www.kpmg.com/IN/en/services/Tax/FlashNews/KPMG-Flash-News-Aditya-Birla-Nuvo-Limited.pdf> [2016, February 9]
- Krishna, V. Using beneficial ownership to prevent treaty shopping. Tax Notes International 56 (November 2009): 537-550.

- Kryzhanovskaya, E. The beneficial owner concept in civil law countries. Scandinavian perspective. Master thesis, Department of Business Law Lund University. 2012.
- Kuo, D. et al. China circular on beneficial owner status. Journal of International Taxation 24 (August 2013): 16-17.
- McGowan, M. *Indofood* court expands interpretation of beneficial ownership. Tax Notes International 42 (June 2006).
- OECD. 2014 update to the OECD model tax convention [Online]. 2014. Available from: [http://www.oecd.org/tax/treaties/2\\_0\\_1\\_4\\_-\\_update-model-tax-convention.pdf](http://www.oecd.org/tax/treaties/2_0_1_4_-_update-model-tax-convention.pdf) [2016, February 20]
- . Action plan on base erosion and profit shifting [Online]. OECD Publishing. 2013. Available from: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>. [2016 February, 21]
- . The application of the OECD model tax convention to partnerships [Online]. 1999. Available from: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264173316-en> [February 20, 2015]
- . Clarification of the meaning of 'beneficial owner' in the OECD model tax convention (discussion draft) 29 April 2011 to 15 July 2011 [Online]. 2011. Available from: <http://www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf> [2016, February 1]
- . Closing tax gaps - OECD launches action plan on base erosion and profit shifting [Online]. 2013. Available from: <http://www.oecd.org/tax/closing-tax-gaps-oecd-launches-action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting.htm> [2016, February 21]
- . Glossary of tax terms [Online]. Available from: <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm> [2015, February 20]
- . The granting of treaty benefits with respect to the income of collective investment vehicles [Online]. 2010. Available from: <http://www.oecd.org/tax/treaties/oecdreleasesreportongranteeingoftreatybenefitwithrespecttotheincomeofcollectiveinvestmentvehicles.htm> [2015, July 22]
- . Harmful tax competition An emerging global issue [Online]. 1998. Available from: <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf> [2015, February 20]

- . Model convention with respect to taxes on income and on capital [Online]. 2014. Available from: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf> [2016, February 20]
- . Model tax convention on income and on capital 2014 (full version) R(5). Double taxation conventions and the use of base companies [Online]. 2015. Available from: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-98-en> [July 5, 2015]
- . Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2003 [ Online]. OECD Publishing. Available from: [http://dx.doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2003-en](http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2003-en). [2014, January 10]
- . Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2010. Paris: OECD Publishing, 2010.
- . Model tax convention on income and on capital: Condensed version 2014 [ Online]. OECD Publishing. 2014. Available from: [http://dx.doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2014-en](http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en). [2016, February 21]
- . Observations of member countries on difficulties raised by the OECD Draft Convention on Income and Capital (note by the secretary of the Committee). TFD/FC/216 [ Online]. 1967. Available from: <http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/TFD-FC-216E.html> [2015, February 13]
- . OECD approves the 2014 update to the OECD model tax convention [Online]. 2014. Available from: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-update-model-tax-convention.htm> [2016, February 20]
- . OECD model tax convention: Revised proposals concerning the meaning of “beneficial owner” in articles 10, 11 and 12 - 19 October 2012 to 15 December 2012 [ Online]. 2012. Available from: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf>[2016, February 20]
- . Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Action 6 - 2015 final report [Online]. OECD Publishing. 2015. Available from: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>. [2016 February, 21]
- . Public discussion draft BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances 14 March 2014 – 9 April 2014 [Online]. 2014.



Available from: <http://www.oecd.org/tax/treaties/treaty-abuse-discussion-draft-march-2014.pdf> [2016, February 21]

- OECD Fiscal Committee. Note on the discussion of the first report of working party no. 27 of the Fiscal Committee on interest and royalties during the 31<sup>st</sup> session of the Fiscal Committee held from 10th to 13th June, 1969, DAF/FC/69.10 [ Online]. 1 9 6 9 . Available from: [http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/DAF-FC\(69\)10E.html](http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/DAF-FC(69)10E.html) [2015, February 14]
- . Report by the drafting group on the future work of the Fiscal Committee (note by the secretary of the Committee), TFD/FC/219 [Online]. 1967. Available from: <http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/TFD-FC-219E.html> [2015, February 13]
- . Summary of discussions at the seventh meeting of working party no 1 on Double Taxation (13th - 15th February, 1973), DAF/CFA/WP1/73.5 [Online]. 1973. Available from: <http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/DAF-CFA-WP1-73.5E.html> [2014, March 14]
- . Working Party No.27 of the Fiscal Committee (Luxembourg — France — Netherlands) preliminary report on suggested amendments to articles 11 and 12 of the Draft Convention, relating to interest and royalties respectively, FC/WP2 7 ( 6 8 ) 1 [ Online]. 1 9 6 8 . Available from: [http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27\(68\)1E.html](http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27(68)1E.html) [2015, February 13]
- . Working party no. 1 of the Committee on Fiscal Affairs on double taxation working group no. 23 (Germany-Belgium) revision of article 10 of the 1963 model convention and the commentary thereon (report received 29<sup>th</sup> January 1973), CFA/WP1 ( 7 3 ) 2 [ Online]. 1 9 7 3 . Available from: [http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/CFA-WP1\(73\)2E.html](http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/CFA-WP1(73)2E.html) [2014, March 14]
- . Working party no. 27 of the Fiscal Committee (Luxembourg — France — Netherlands) (received 16<sup>th</sup> October, 1970) proposals for the amendment of articles 11 and 12 of the Draft Convention, relating to interest and royalties

- respectively, and of the Commentaries thereon, FC/WP27(70)2 [Online]. 1970. Available from: [http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27\(70\)2E.html](http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27(70)2E.html) [2014, March 14]
- . Working party no. 27 of the Fiscal Committee (Luxembourg — France — Netherlands) report on suggested amendments to articles 11 and 12 of the Draft Convention, relating to interest and royalties respectively, FC/WP27(70)1 [Online]. 1970. Available from: [http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27\(70\)1E.html](http://www.taxtreatieshistory.org/data/html/FC-WP27(70)1E.html) [2015, February 14]
- Osler Hoskin & Harcourt. Taxpayer wins “beneficial ownership” case: Velcro Canada Inc. v. The Queen [Online]. 2012. Available from: <https://www.osler.com/en/resources/regulations/2012/taxpayer-wins-beneficial-ownership%E2%80%9D-case-velcro> [2015, July 30]
- Panayi, C. H. Double taxation, tax treaties, treaty-shopping and the European Community. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.
- Panayi, C. H., and Avi-Yonah, R. S. Rethinking treaty-shopping: Lessons for the European Union [Online]. University of Michigan Law School Empirical Legal Studies Center. 2010. Available from: <http://www.law.umich.edu/centersandprograms/elsc/abstracts/pages/papers.aspx>. [2013, August 12]
- PricewaterhouseCoopers. Conduit companies and the Indofood case [Online]. 2006. Available from: [http://pwc.blogs.com/finance\\_and\\_treasury/2006/04/conduit-companies-and-the-indofood-case.html](http://pwc.blogs.com/finance_and_treasury/2006/04/conduit-companies-and-the-indofood-case.html) [2016, March 5]
- . The FCA decision in Prévost Car Inc. - beneficial ownership for tax treaty purposes [Online]. 2009. Available from: <https://www.pwc.com/ca/en/tax-memo/publications/tm-fcadp-0309-en.pdf> [2016, February 9]
- . Indian court denies Mauritius treaty claim and seeks to tax indirect transfer of an Indian company [Online]. 2011. Available from: <https://www.pwc.com/us/en/tax-services-multinationals/newsletters/asia-pacific-tax/assets/pwc-indian-court-denies-mauritius-treaty-claim.pdf>

- . News alert 22 July, 2011 [ Online]. Available from: [https://www.pwc.in/services/tax/news\\_alert/2011/pdf/pwc\\_news\\_alert\\_22\\_july\\_2011\\_aditya\\_birla\\_nuvo\\_ltd.pdf](https://www.pwc.in/services/tax/news_alert/2011/pdf/pwc_news_alert_22_july_2011_aditya_birla_nuvo_ltd.pdf) [2016, February 9]
- Rasmussen, M. International double taxation. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.
- Sengupta, D. P. *Aditya Birla Nuvo Ltd v. DDIT High Court of Bombay*. In M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer and A. Storck (eds), Beneficial ownership: Recent trends, pp. 187 - 198. Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013.
- Summerhill, L., Bernstein, J., and Worndl, B. Beneficial ownership by holding company respected [Online]. 2008. Available from: <http://www.airdberlis.com/templates/Newsletters/newsletterFiles/86/Tax%20Bulletin%20-%20Prevost.pdf> [2016, February 9]
- Taxand. Concept of 'beneficial ownership' [Online]. 2014. Available from: [http://www.taxand.com/sites/default/files/taxand/portal-documents/Training/Taxand-Asia-Senior-School/Nov2014/5\\_tass\\_2014\\_-\\_beneficial\\_ownership.pdf](http://www.taxand.com/sites/default/files/taxand/portal-documents/Training/Taxand-Asia-Senior-School/Nov2014/5_tass_2014_-_beneficial_ownership.pdf) [2016, February 19]
- United Kingdom National Archives Public Record Office, Double taxation with Australia: 1967 agreement, File IR 40/16741 (1967).
- , Finance Bill 1945: memoranda, IR 63/167 (1945).
- United Nations. Concept of beneficial ownership: Discussion of key issues and proposals for changes to the UN model commentary, E/C.18/2010/CRP.9 [ Online]. 2010. Available from: [http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/6STM\\_BeneficialOwnership.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/6STM_BeneficialOwnership.pdf). [2016, February 22]
- . Improper use of tax treaties [ Online]. 2009. Available from: <http://www.un.org/esa/ffd/tax/RevisionToArt13.pdf>. [2016, February 22]
- . Launch of the UN model double taxation convention between developed and developing countries: 2011 update (ECOSOC Chamber, 15 March 2012, 3-4 p.m.) [ Online]. 2012. Available from: <http://www.un.org/esa/ffd/tax/2012ICTM/Flyer.pdf>. [2016, February 28]

- . Note by the coordinator of the Subcommittee on "improper use of treaties: proposed amendments", E/C.18/2008/CRP.2 [Online]. 2008. Available from: [http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18\\_2008\\_CRP2.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18_2008_CRP2.pdf). [2016, February 22]
- . Note by the coordinator of the Subcommittee on Improper Use of treaties: Proposed amendments addendum progress report of Subcommittee on Improper Use of Tax Treaties: Beneficial ownership, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1 [Online]. 2008. Available from: [http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18\\_2008\\_CRP2\\_Add1.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18_2008_CRP2_Add1.pdf). [2016, March 2]
- . Report on the fourth session (20-24 October 2008), E/2008/45 and E/C.18/2008/6 [Online]. 2008. Available from: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/C.18/2008/6&referer=english/&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/C.18/2008/6&referer=english/&Lang=E). [2016, February 22]
- . Report on the seventh session (24-28 October 2011), E/2011/45-E/C.18/2011/6 [Online]. 2011. Available from: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/2011/45&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2011/45&Lang=E). [2016, February 27]
- . Report on the sixth session (18-22 October 2010), E/2010/45 - E/C.18/2010/7 [Online]. 2010. Available from: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/2010/45&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2010/45&Lang=E). [2016, February 22]
- . Report on the third session of the committee of experts on international cooperation in tax matters (29 October-2 November 2007), E/2007/45 and E/C.18/2007/19 [Online]. 2008. Available from: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/2007/45\(SUPP\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2007/45(SUPP)) [2016, February 22]
- . United Nations model double taxation convention between developed and developing countries (2011) [Online]. New York: United Nations. 2011. Available from: [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf). [2015, December 1]

United States, Technical memorandum of treasury department concerning proposed protocol amending the income tax convention between the United States and the United Kingdom, (1966), document 93-30729b (Tax Analysis Worldwide Tax Treaties Combined database).

US Department of the Treasury. Technical explanation of the convention between the government of the United States of America and the government of the Kingdom of Thailand for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income signed at Bangkok on November 26, 1996 [Online]. 1996. Available from: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/thaitech.pdf>. [2016, March 13]

———. Technical explanation of the convention between the government of the United States of America and the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital gains [Online]. Available from: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/teus-uk.pdf>. [2016, February 9]

———. Technical explanation of the protocol between the government of the United States of America and the government of Australia signed at Canberra on September 27, 2001, amending the convention between the United States of America and Australia with respect to taxes on income signed at Sydney on August 6, 1982 [Online]. 2001. Available from: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/teaustra.pdf>. [2016, March 2]

———. United States model income tax convention of November 15, 2006 [Online]. 2006. Available from: <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/hp16802.pdf>. [2016, June 13]

———. United States model technical explanation accompanying the United States model income tax convention of November 15, 2006 [Online]. 2006. Available from: <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/hp16802.pdf>. [2016, June 13]

- Vann, R. Beneficial ownership: What does history (and maybe policy) tell us. In M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer and A. Storck (eds), Beneficial ownership: Recent trends, pp. 267-332. Amsterdam: The International Bureau of Fiscal Documentation, 2013.
- Verdoner, L., Offermanns, R., and Huibregtse, S. A cross-country perspective on beneficial ownership – part 1. European Taxation 50 (September 2010): 419-429.
- Wheeler, J. Persons qualifying for treaty benefit. In A. Trepelkov, H. Tonino and D. Halka (eds), United Nations handbook on selected issues in administration of double tax treaties for developing countries, pp. 51-108: United Nations, 2013.
- Yuan, J. C. Velcro Canada Inc. v. The Queen: Riding Prévost Car to victory [Online]. 2012. Available from: [https://www.mccarthy.ca/article\\_detail.aspx?id=5797](https://www.mccarthy.ca/article_detail.aspx?id=5797) [2016, February 9]





ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## ภาคผนวก ก อนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐมอริเชียส

### ความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยและสาธารณรัฐมอริเชียสเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อน ในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้

#### รัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐมอริเชียส

มีความปรารถนาที่จะจัดทำความตกลงเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เก็บจากเงินได้  
ได้ตกลงกันดังต่อไปนี้

#### ข้อ 1

##### ขอบข่ายด้านบุคคล

อนุสัญญานี้จะใช้บังคับกับบุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง หรือทั้งสองรัฐ

#### ข้อ 2

##### ภาษีที่อยู่ในขอบข่าย

1. ความตกลงนี้ให้ใช้บังคับกับภาษีเก็บจากเงินได้ที่บังคับจัดเก็บในนามของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง  
องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น หรือในนามของส่วนราชการ ของแต่ละรัฐ โดยไม่คำนึงถึงวิธีการเรียกเก็บ
2. ภาษีทั้งปวงที่ตั้งบังคับจัดเก็บจากเงินได้ทั้งสิ้น หรือจากองค์ประกอบของเงินได้ รวมทั้ง ภาษีที่เก็บ  
จากผลได้จากการขายสังหาริมทรัพย์ หรืออสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนภาษีที่ เก็บจากยอดเงินค่าจ้าง  
หรือเงินเดือนที่จ่ายโดยวิสาหกิจ
3. ภาษีที่จัดเก็บอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งความตกลงนี้จะใช้บังคับ ได้แก่

(ก) ในกรณีประเทศมอริเชียส

(1) ภาษีเงินได้

(ต่อไปในที่นี้จะเรียกว่า "ภาษีมอริเชียส")

(ข) ในกรณีประเทศไทย

- ภาษีเงินได้ และ

- ภาษีเงินได้ปิโตรเลียม

(ซึ่งต่อไปในที่นี้จะเรียกว่า "ภาษีไทย")

4. ความตกลงนี้จะใช้บังคับกับภาษีใดๆ ที่มีลักษณะเหมือนกันในสาระสำคัญที่บังคับจัดเก็บในนามรัฐ  
ผู้ทำสัญญารัฐใดรัฐหนึ่งภายหลังจากวันที่ได้ลงนามในความตกลงนี้เป็นการเพิ่มเติม หรือแทนที่ภาษีที่  
มีอยู่ในปัจจุบัน



5. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาจะแจ้งให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญใดๆ ซึ่งได้มีขึ้นในกฎหมายภาษีอากรของแต่ละรัฐ และหากมีความต้องการที่จะเปลี่ยนแปลง บทบัญญัติใดๆ ในความตกลงฉบับนี้โดยไม่มีผลกระทบต่อหลักการทั่วไปนั้น การเปลี่ยนแปลงที่จำเป็น จะสามารถทำได้โดยการตกลงร่วมผ่านการแลกเปลี่ยนหนังสือ

### ข้อ 3

#### บทนิยามทั่วไป

##### 1. ในความตกลงนี้

(ก) คำว่า "ประเทศมอริเชียส" หมายความว่า สาธารณรัฐมอริเชียสและรวมถึง

(1) อาณาเขตและเกาะทั้งหลาย ซึ่งตามกฎหมายของประเทศมอริเชียสถือเป็น รัฐมอริเชียส

(2) ทะเลอาณาเขตของประเทศมอริเชียส และ

(3) พื้นที่อื่นๆ นอกทะเลอาณาเขตของประเทศมอริเชียสที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้หรือต่อไปอาจกำหนด และภายใต้กฎหมายของประเทศมอริเชียสให้เป็นพื้นที่รวมถึงไหล่ทวีปซึ่งอยู่ภายใต้สิทธิของประเทศมอริเชียสที่อาจใช้สิทธิเกี่ยวกับทะเลก้นทะเล และดินใต้ผิวดินก้นทะเล และทรัพยากรธรรมชาติของตนภายในพื้นที่นั้นๆ ได้

(ข) คำว่า "ประเทศไทย" หมายความว่า ราชอาณาจักรไทยและรวมถึงพื้นที่ใดๆ ซึ่งประชิดกับน่านน้ำอาณาเขตของราชอาณาจักรไทย ซึ่งตามกฎหมายไทยและตามกฎหมาย ระหว่างประเทศได้กำหนดหรือต่อไปอาจกำหนดให้เป็นพื้นที่ซึ่งราชอาณาจักรไทยอาจใช้สิทธิเกี่ยวกับก้นทะเลและดินใต้ผิวดินก้นทะเลและทรัพยากรธรรมชาติของตน ภายในพื้นที่นั้นๆ ได้

(ค) คำว่า "รัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง" และ "รัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง" หมายถึง ประเทศมอริเชียสหรือประเทศไทย แล้วแต่บริบทจะกำหนด

(ง) คำว่า "บริษัท" หมายถึง นิติบุคคลใดๆ หรือหน่วยใดๆ ซึ่งถือว่าเป็นบริษัทหรือนิติบุคคลเพื่อความมุ่งประสงค์ในทางภาษี

(จ) คำว่า "เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ" หมายถึง

(1) ในกรณีของประเทศมอริเชียส รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังหรือผู้แทนที่ได้รับมอบหมายจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

(2) ในกรณีของประเทศไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังหรือผู้แทนที่ได้รับมอบหมายจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

(ฉ) คำว่า "วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง" และ "วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง" หมายถึง วิสาหกิจที่ดำเนินการโดยผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งและวิสาหกิจที่ดำเนินการโดยผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งตามลำดับ

(ข) คำว่า "การจราจรระหว่างประเทศ" หมายถึง การขนส่งใดๆ ทางเรือ หรือทางอากาศ ซึ่งดำเนินการโดยวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง ยกเว้นกรณีการเดินทางเรือหรือการเดินทางอากาศยานระหว่างสถานที่ต่างๆในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเท่านั้น

(ช) คำว่า "คนชาติ" หมายถึง บุคคลธรรมดาทั้งปวงที่เป็นคนชาติหรือมีสัญชาติของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง ตลอดจนบุคคลตามกฎหมายใดๆ ห้างหุ้นส่วน สมาคมหรือหน่วยใดๆ ที่มีสถานภาพของตนนั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง

(ฉ) คำว่า "บุคคล" รวมถึงบุคคลธรรมดา บริษัท ทรัสต์ กองมรดกที่ยังไม่ได้แบ่งตลอดจนคณะบุคคลใดๆ ซึ่งถือเป็นหน่วยภาษี และ

(ง) คำว่า "ภาษี" หมายถึง ภาษีมอริเชียสหรือภาษีไทยแล้วแต่บริบทจะกำหนด

2. เมื่อใดก็ตามที่ความตกลงนี้ใช้บังคับโดยรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง คำใดๆ ที่มีได้นิยามไว้ในความตกลงนี้ให้มีความหมายซึ่งคำนั้นมีอยู่ตามกฎหมายของรัฐนั้นเกี่ยวกับภาษีซึ่งความตกลงนี้ใช้บังคับ เว้นแต่บริบทจะกำหนดเป็นอย่างอื่น ความหมายใดๆ ภายใต้กฎหมายภาษีที่ใช้บังคับอยู่ของรัฐนั้น จะมีผลบังคับเหนือคำจำกัดความภายใต้กฎหมายอื่น ของรัฐนั้น

#### ข้อ 4

#### ผู้มีถิ่นที่อยู่

1. เพื่อความมุ่งประสงค์แห่งความตกลงนี้ คำว่า "ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง" หมายถึง บุคคลใดๆ ภายใต้กฎหมายของประเทศนั้นที่มีหน้าที่เสียภาษีโดยเหตุผลแห่งภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่ สถานที่ ก่อตั้ง สถานจัดการหรือโดยเกณฑ์อื่นใดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน และรวมถึงรัฐคู่ทำสัญญา และองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นใดๆ หรือในนามของส่วนราชการของรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม คำนี้มีให้รวมถึงบุคคลใดซึ่งมีหน้าที่ต้องเสียภาษีในรัฐนั้นด้วยเหตุเฉพาะการมีเงินได้จากแหล่งในรัฐนั้น

2. ในกรณีที่เกิดเหตุผลแห่งบทบัญญัติของวรรค 1 บุคคลธรรมดาผู้ซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐ ให้กำหนดสถานภาพของบุคคลดังกล่าวดังต่อไปนี้

(ก) ให้ถือว่าบุคคลธรรมดานั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐซึ่งบุคคลนั้นมีที่อยู่ถาวร ถ้าบุคคลนั้นมีที่อยู่ถาวรในทั้งสองรัฐ ให้ถือว่าเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐซึ่งบุคคลนั้นมีความสัมพันธ์ทางส่วนตัวและทางเศรษฐกิจใกล้ชิดดีกว่า (ศูนย์กลางของผลประโยชน์อันสำคัญ)

(ข) ถ้าไม่อาจกำหนดรัฐซึ่งบุคคลนั้นมีศูนย์กลางของผลประโยชน์อันสำคัญได้หรือถ้าบุคคลธรรมดานั้นไม่มีที่อยู่ถาวรในรัฐหนึ่งรัฐใด ให้ถือว่าบุคคลธรรมดานั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐ ที่บุคคลนั้นมีที่อยู่เป็นปกติวิสัย

(ค) ถ้าบุคคลธรรมดานั้นมีที่อยู่เป็นปกติวิสัยในทั้งสองรัฐหรือไม่มีที่อยู่เป็นปกติวิสัยในทั้งสองรัฐ ให้ถือว่า เป็นผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ของรัฐที่บุคคลนั้นเป็นคนชาติ

(ง) ถ้าบุคคลธรรมดาเป็นสัญชาติของทั้งสองรัฐหรือไม่เป็นสัญชาติของทั้งสองรัฐให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐพยายามแก้ไขปัญหโดยความตกลง ร่วมกัน

3. ในกรณีที่ตามเหตุผลแห่งบทบัญญัติของวรรค 1 บริษัทเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐ ให้ถือว่าบริษัทนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่บริษัทนั้นได้ก่อตั้งขึ้น หรือภายใต้กฎหมายที่ถือว่าบริษัทนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ ถ้าบริษัทนั้นยังคงเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในทั้งสองรัฐ จะถือว่ามีถิ่นที่อยู่ในรัฐที่มีสถานการจัดการตั้งอยู่ ถ้าไม่อาจกำหนด รัฐที่ตั้งของสถานจัดการของบริษัทนั้นได้ ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐพยายามแก้ไขปัญหโดย ความตกลงร่วมกัน

### ข้อ 5

#### สถานประกอบการถาวร

1. เพื่อความมุ่งประสงค์ของความตกลงนี้ คำว่า "สถานประกอบการถาวร" หมายถึง สถานธุรกิจประจำซึ่งวิสาหกิจใช้ประกอบธุรกิจทั้งหมดหรือแต่บางส่วน

2. คำว่า "สถานประกอบการถาวร" โดยเฉพาะรวมถึง

(ก) สถานจัดการ

(ข) สาขา

(ค) สำนักงาน

(ง) โรงงาน

(จ) โรงช่าง

(ฉ) คลังสินค้า ในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลซึ่งจัดหาสิ่งอำนวยความสะดวกในการเก็บรักษา สินค้าสำหรับบุคคลอื่น

(ช) ที่ทำการเพาะปลูก เลี้ยงสัตว์ หรือไร่สวน

(ซ) เหมืองแร่ บ่อน้ำมันหรือบ่อก๊าซ เหมืองหิน หรือสถานที่อื่นใดที่ใช้ในการขุดค้นทรัพยากรธรรมชาติ

(ฌ) การติดตั้งหรือโครงสร้างที่ใช้เพื่อการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติ

3. คำว่า "สถานประกอบการถาวร" ในทำนองเดียวกันให้หมายรวมถึง

(ก) ที่ตั้งอาคาร โครงการก่อสร้าง โครงการประกอบหรือโครงการติดตั้ง หรือกิจกรรมตรวจควบคุมเกี่ยวกับโครงการนั้น ในกรณีที่ตั้งโครงการหรือกิจกรรมนั้นดำเนินการติดต่อกันเป็นระยะเวลาเกินกว่า 6 เดือน

(ข) การให้บริการ รวมทั้งบริการให้คำปรึกษาโดยวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาหนึ่งโดยผ่านทางลูกจ้างหรือพนักงานอื่นในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ทั้งนี้ กิจกรรมในลักษณะนั้นดำเนินการติดต่อกันสำหรับโครงการเดียวกันหรือโครงการที่เกี่ยวข้องเป็นระยะเวลาเดียวหรือหลายระยะเวลารวมกันเกินกว่า 6 เดือน ในระยะเวลา สิบสองเดือนใดๆ

4. แม้จะมีบทบัญญัติก่อนๆของข้อนี้อยู่ คำว่า "สถานประกอบการถาวร" ให้ถือว่าไม่รวมถึง

ก) การใช้สิ่งอำนวยความสะดวกเพียงเพื่อความมุ่งประสงค์ในการเก็บรักษาหรือ การจัดแสดง สิ่งของหรือสินค้าซึ่งเป็นของวิสาหกิจนั้น

ข) การเก็บรักษามูลภัณฑ์ของสิ่งของหรือสินค้าซึ่งเป็นของวิสาหกิจเพียงเพื่อความมุ่งประสงค์ในการเก็บรักษา หรือการจัดแสดง

ค) การเก็บรักษามูลภัณฑ์ของสิ่งของหรือสินค้าซึ่งเป็นของวิสาหกิจเพียงเพื่อความมุ่งประสงค์ให้วิสาหกิจอื่นใช้ในการแปรสภาพ

ง) การมีสถานธุรกิจประจำเพียงเพื่อความมุ่งประสงค์ในการจัดซื้อสิ่งของ หรือสินค้า หรือรวบรวมข้อสนเทศเพื่อวิสาหกิจนั้น

จ) การมีสถานธุรกิจประจำไว้เพียงเพื่อความมุ่งประสงค์ในการโฆษณา การให้ข้อสนเทศ การวิจัยทางวิทยาศาสตร์ หรือเพื่อกิจกรรมที่คล้ายคลึงกันซึ่งมีลักษณะเป็นการเตรียม การหรือเป็นส่วนประกอบให้แก่วิสาหกิจนั้น

ฉ) การมีสถานธุรกิจประจำไว้เพียงเพื่อดำเนินกิจกรรมที่กล่าวถึงในอนุวรรค (ก) ถึง (จ) โดยมีเงื่อนไขว่า กิจกรรมทั้งหมดของสถานธุรกิจประจำ ซึ่งเป็นผลมาจากการรวมเข้ากันนี้ มีลักษณะเป็นการเตรียมการหรือส่วนประกอบ

5. แม้จะมีบทบัญญัติของวรรค 1 และวรรค 2 เมื่อบุคคล (นอกเหนือจากตัวแทนที่มีสถานภาพเป็นอิสระซึ่งอยู่ในบังคับของวรรค 6) กระทำการในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งในนามของวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งให้ถือว่าวิสาหกิจนั้นมีสถานประกอบการถาวรในรัฐนั้น แม้ว่า บุคคลนั้นไม่มีสถานธุรกิจประจำในรัฐที่กล่าวถึงรัฐแรก ถ้า

ก) บุคคลนั้นมีและใช้อย่างเป็นปกติวิสัยในรัฐที่กล่าวถึงรัฐแรกซึ่งอำนาจในการทำสัญญาในนามของวิสาหกิจนั้น เว้นแต่ว่ากิจกรรมของบุคคลนั้นจะถูกจำกัดเพียงการซื้อสิ่งของ หรือสินค้าให้กับวิสาหกิจ

ข) บุคคลนั้นได้เก็บรักษาในรัฐที่กล่าวถึงรัฐแรก ซึ่งมูลภัณฑ์ของสิ่งของหรือสินค้าที่เป็นของวิสาหกิจนั้น โดยบุคคลนั้นดำเนินการทำการส่งมอบมูลภัณฑ์ของสิ่งของหรือสินค้าใน นามของวิสาหกิจนั้นอยู่เป็นปกติ

6. วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งจะไม่ถือว่ามิสถานประกอบการถาวรอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง เพียงเพราะว่าวิสาหกิจดังกล่าวดำเนินธุรกิจอีกรัฐหนึ่งโดยผ่านทางนายหน้า ตัวแทนการค้าทั่วไปหรือตัวแทนอื่นใดที่มีสถานภาพเป็นอิสระ โดยมีเงื่อนไขว่าบุคคล เช่นว่านั้นได้กระทำการอันเป็นปกติแห่งธุรกิจของตน

7. ข้อเท็จจริงที่ว่าบริษัทหนึ่งซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งควบคุม หรืออยู่ในความควบคุมของบริษัทซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง หรือซึ่งประกอบ ธุรกิจอีกรัฐหนึ่งนั้น (ไม่ว่า

จะผ่านสถานประกอบการถาวรหรือไม่ก็ตาม) มิเป็นเหตุให้บริษัทหนึ่งบริษัทใดเป็นสถานประกอบการถาวรของอีกบริษัทหนึ่ง

## ข้อ 6

### เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์

1. เงินได้ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับจากอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งเงินได้จากการเกษตรหรือการป่าไม้ จะเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่
2. คำว่า "อสังหาริมทรัพย์" ให้มีความหมายซึ่งคำนั้นมีอยู่ตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ คำนี้ไม่ว่ากรณีใดจะรวมถึงทรัพย์สินอันเป็นอุปกรณ์ของอสังหาริมทรัพย์ ปศุสัตว์ และเครื่องมือที่ใช้ในการเกษตรและป่าไม้ สิทธิที่อยู่ในบังคับของบท บัญญัติของกฎหมายทั่วไปว่าด้วยทรัพย์สินที่เป็นที่ดิน สิทธิเก็บกินในอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิต่างๆ ที่จะได้รับชำระตามจำนวนที่เปลี่ยนแปลงได้หรือจำนวนตายตัวเป็นค่าตอบแทนในการทำงาน หรือสิทธิในการทำงานในชุมแร้แหล่งแร้ และทรัพย์สินกรรมชาติอย่างอื่น ส่วนเรือเดินทะเล เรือ และอากาศยานไม่ถือว่าเป็นอสังหาริมทรัพย์
3. บทบัญญัติของวรรค 1 ให้ใช้บังคับแก่เงินได้ที่ได้รับจากการใช้โดยตรง การให้เช่า หรือการใช้ อสังหาริมทรัพย์ในรูปอื่น
4. บทบัญญัติของวรรค 1 และ 3 ให้ใช้บังคับแก่เงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ของวิสาหกิจ และเงินได้จากอสังหาริมทรัพย์ซึ่งใช้ในการประกอบการบริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระด้วย

## ข้อ 7

### กำไรจากธุรกิจ

1. กำไรของวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งให้เก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้นเว้นแต่วิสาหกิจนั้นประกอบธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง โดยผ่านทางสถานประกอบการถาวรซึ่งตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น ถ้าวิสาหกิจนั้นประกอบธุรกิจดังกล่าวแล้ว กำไรของวิสาหกิจนั้นอาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่ง แต่ต้องเก็บจากกำไรเพียงเท่าที่พึงถือว่าเป็นของสถานประกอบการถาวรนั้น
2. ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติวรรค 3 ในกรณีที่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งประกอบธุรกิจในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง โดยผ่านสถานประกอบการถาวร ซึ่งตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญา อีกรัฐหนึ่งนั้น ในแต่ละรัฐผู้ทำสัญญาให้ถือว่าเป็นกำไรของสถานประกอบการถาวรในส่วนที่พึงคาดหวังได้ว่าสถานประกอบการถาวรนั้นจะได้รับ ถ้าสถานประกอบการถาวรนั้นเป็น วิสาหกิจอันแยกต่างหากและประกอบกิจการเช่นเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน ภายใต้ภาวะเช่นเดียวกันหรือคล้ายคลึงกันและติดต่อกันอย่างเป็นอิสระโดยแท้จริงกับวิสาหกิจซึ่งตนเป็น สถานประกอบการถาวรนั้น
3. ในการกำหนดกำไรของสถานประกอบการถาวร จะยอมให้หักค่าใช้จ่าย ซึ่งมีขึ้นเพื่อความมุ่งประสงค์ของธุรกิจของสถานประกอบการถาวรนั้น รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการบริหาร และการจัดการ

ทั่วไป ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งสถานประกอบการถาวรนั้นตั้งอยู่หรือที่อื่นอย่างไรก็ตาม การจ่ายของสถานประกอบการถาวร(ยกเว้นกรณีการใช้คืนค่าใช้จ่ายจริง) ให้แก่สำนักงานใหญ่ของวิสาหกิจหรือจ่ายให้แก่สำนักงานอื่นๆของวิสาหกิจนั้นไม่ให้นำมาหักเป็นรายจ่ายสำหรับการจ่ายในรูปของค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือการจ่ายอย่างอื่นที่คล้ายคลึงกัน เพื่อตอบแทนสำหรับการใช้สิทธิบัตรหรือสิทธิอื่นๆ หรือในรูปของค่านายหน้า เพื่อการบริการเฉพาะอย่างหรือเพื่อการจัดการให้ หรือในรูปของดอกเบี้ยเงินกู้ยืมที่วิสาหกิจเป็นผู้ให้แก่สถานประกอบการถาวร เว้นแต่กรณีที่วิสาหกิจประกอบกิจการธนาคารที่มีดอกเบี้ยเกิดขึ้นจากเงินที่ให้สถานประกอบการถาวรกู้ยืม ในทำนองเดียวกัน การกำหนดกำไรของสถานประกอบการถาวรจะไม่ให้ถือเป็นรายรับ (ยกเว้นกรณีการใช้คืนค่าใช้จ่ายจริง) สำหรับจำนวนที่เรียกเก็บจากสำนักงานใหญ่ของวิสาหกิจหรือสำนักงานอื่นๆของวิสาหกิจนั้นในส่วนของค่าสิทธิ ค่าธรรมเนียม หรือค่าใช้จ่ายอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันเพื่อตอบแทนสำหรับการใช้สิทธิบัตรหรือสิทธิหรือในรูปของค่านายหน้าสำหรับการบริการเฉพาะอย่าง หรือเพื่อการจัดการให้ หรือค่าดอกเบี้ยเงินกู้ยืมที่สถานประกอบการถาวรเป็นผู้ให้แก่สำนักงานใหญ่ของวิสาหกิจหรือสำนักงานอื่นๆของวิสาหกิจแห่งนั้น เว้นแต่กรณีที่วิสาหกิจประกอบกิจการธนาคาร ที่มีดอกเบี้ยเกิดขึ้นจาก เงินที่ให้สถานประกอบการถาวรกู้ยืม

4. หากเป็นประเพณีในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งที่จะกำหนดกำไรอันถือเป็นของสถานประกอบการถาวรโดยอาศัยมูลฐานแห่งการปันส่วนผลกำไรทั้ง สิ้นของวิสาหกิจให้แก่ส่วนต่างๆ ของวิสาหกิจ มิให้ข้อความในวรรค 2 ตัดหนทางของรัฐผู้ทำสัญญารัฐนั้น จากการกำหนดกำไร เพื่อเสียภาษีโดยวิธีเช่นว่านั้น อย่างไรก็ตาม วิธีที่กำหนดนั้นจะต้องเป็นวิธีที่มีผลตามหลัก การต่างๆ ซึ่งกำหนดไว้ในข้อนี้

5. ถ้าเจ้าหน้าที่ภาษีอากรของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งมีข้อมูลในการกำหนดกำไรของสถานประกอบการถาวรของวิสาหกิจไม่เพียงพอ บทบัญญัติข้อนี้จะไม่มีผลกระทบต่อการใช้ กฎหมายใดๆของรัฐผู้ทำสัญญารัฐนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดภาระภาษีของบุคคลโดยมีเงื่อนไขว่า กฎหมายนั้นจะใช้บังคับอย่างสม่ำเสมอตามหลักการในข้อนี้ ตราบเท่าที่ข้อมูลซึ่งเจ้าหน้าที่ภาษีอากรมีอยู่จะอำนวยให้

6. มิให้กำไรใดๆเป็นของสถานประกอบการถาวร โดยเหตุผลเพียงว่า สถานประกอบการถาวรนั้นซื้อของหรือสินค้าเพื่อวิสาหกิจ

7. เพื่อความมุ่งประสงค์ของบทบัญญัติวรรคก่อนๆ กำไรที่พึงถือเป็นของสถานประกอบการถาวรให้กำหนดโดยวิธีเดียวกันเป็นปีๆไป เว้นแต่จะมีเหตุผลอันสมควรและเพียงพอที่จะใช้ วิธีอื่น

8. ในกรณีกำไรที่ได้รวมไว้ซึ่งรายการเงินได้ซึ่งแยกอยู่ในบังคับของข้ออื่นแห่งความตกลงนี้ มิให้บทบัญญัติของข้ออื่นเหล่านั้นถูกระงับกระเทือนโดยบทบัญญัติของข้อนี้

## ข้อ 8

### การขนส่งทางเรือและทางอากาศ

1. กำไรที่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับจากการดำเนินการเดินอากาศยานในการจราจรระหว่างประเทศ ให้เก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญารัฐนั้น
2. กำไรที่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับจากการดำเนินการเดินเรือในการจราจรระหว่างประเทศ อาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง แต่ภาษีที่เรียกเก็บในอีก รัฐหนึ่งนั้นจะลดลงเป็นจำนวนเท่ากับร้อยละ 50 ของภาษี
3. กำไรของวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาจากการใช้ จากความล่าช้า หรือจากการให้เช่าตู้สินค้า (รวมถึงรถพ่วง เรือท้องแบน และอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องสำหรับการขนส่งตู้สินค้า) ซึ่งเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับเงินได้จากการดำเนินการเดินเรือหรืออากาศยานในการจราจรระหว่างประเทศ ให้ถือปฏิบัติตามความมุ่งประสงค์ของวรรค 1 และ 2 เสมือนเป็นเงินได้ที่ได้รับจากการดำเนินการเดินเรือ หรืออากาศยานในการจราจรระหว่างประเทศด้วย
4. ให้ใช้บทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 บังคับแก่กำไรซึ่งเกิดจากการเข้าร่วมกลุ่มการเข้าร่วมในธุรกิจหรือการเข้าร่วมในตัวแทนปฏิบัติการระหว่างประเทศด้วย

## ข้อ 9

### วิสาหกิจในเครือเดียวกัน

1. ในกรณีที่
  - (ก) วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งเข้าร่วมโดยตรงหรือโดยทางอ้อมในการจัดการ การควบคุมหรือร่วมทุนของวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง หรือ
  - (ข) กลุ่มบุคคลเดียวกันเข้าร่วมโดยตรงหรือโดยทางอ้อมในการจัดการ การควบคุม หรือร่วมทุนของวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง และวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งและในแต่ละกรณีได้มีการวางหรือตั้งบังคับเงื่อนไขระหว่างวิสาหกิจทั้งสองในด้านความสัมพันธ์ทางการพาณิชย์หรือการเงิน ซึ่งแตกต่างไปจากเงื่อนไขอันพึงมีระหว่างวิสาหกิจอิสระ เงินได้หรือกำไรใดๆ ซึ่งควรจะมีแก่วิสาหกิจหนึ่ง หากมิได้มีเงื่อนไขเหล่านั้น แต่มิได้มีขึ้นโดยเหตุแห่งเงื่อนไขเหล่านั้น อาจรวมเข้าเป็นเงินได้หรือกำไรของวิสาหกิจนั้น และเก็บภาษีได้ตามนั้น
2. ในกรณีที่ผลกำไรที่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งต้องเสียภาษีให้แก่รัฐนั้นได้รวมอยู่ในยอดกำไรของวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง และยอดกำไรที่รวมนั้นเป็นกำไรที่ควรจะมีแก่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาที่กล่าวถึงรัฐแรก ถ้าเงื่อนไขต่างๆที่กำหนดขึ้นระหว่างวิสาหกิจทั้งสองเป็นเงื่อนไขที่จะมีขึ้นระหว่างวิสาหกิจอิสระ รัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้นอาจปรับปรุงจำนวนภาษีที่จัดเก็บจากกำไรเหล่านั้นให้เหมาะสม ในการกำหนดการปรับปรุงเช่นนั้น ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติอื่นๆแห่งความตกลง

ลงนี้ด้วยตามควร และหากจำเป็นให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองปรึกษาหารือซึ่งกันและกัน

### ข้อ 10

#### เงินปันผล

1. เงินปันผลที่จ่ายโดยบริษัทซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. อย่างไรก็ตาม เงินปันผลเช่นว่านั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญา ซึ่งบริษัทผู้จ่ายเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในและตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าผู้รับเป็นเจ้าของประโยชน์ในเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ภาษีที่เรียกเก็บจะต้องไม่เกินร้อยละ 10 ของจำนวนเงินปันผลทั้งสิ้น ข้อความของวรรคนี้จะไม่กระทบกระเทือนต่อการจัดเก็บภาษีจากบริษัทในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ กำไรที่จ่ายเงินปันผลนั้นออกไป
3. คำว่า "เงินปันผล" ที่ใช้ในข้อนี้หมายถึงเงินได้จากหุ้น สิทธิในหุ้น หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งมีใช้สิทธิเรียกร้องในหนี้อันมีส่วนร่วมในผลกำไร รวมทั้งเงินได้จากสิทธิอื่นๆ ในบริษัทซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของการจัดเก็บภาษีเช่นเดียวกับเงินได้จากหุ้นตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญา ซึ่งบริษัทที่ทำการแบ่งให้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่
4. บทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 จะไม่ใช่บังคับ ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งประกอบธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งบริษัทที่จ่ายเงินปันผลนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ใน โดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งนั้น และการถือหุ้นในส่วนที่มีการจ่ายเงินปันผลนั้นเกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการหรือฐานประกอบการประจำเช่นว่านั้น ในกรณีเช่นนั้นให้ใช้บทบัญญัติ ข้อ 7 หรือ ข้อ 14 บังคับ แล้วแต่กรณี
5. ในกรณีที่บริษัทซึ่งเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งได้รับกำไรหรือเงินได้จากรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง รัฐอีกรัฐหนึ่งนั้นจะไม่บังคับจัดเก็บภาษีใดๆ จากเงินปันผลที่บริษัทจ่าย เว้นแต่ตราบเท่าที่ได้จ่ายเงินปันผลนั้นให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐอีกรัฐหนึ่งหรือตราบเท่าที่การ ถือหุ้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงินปันผลที่จ่ายนั้นได้เกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐอีกรัฐหนึ่งนั้น และจะไม่กำหนดให้กำไรที่ยังมิได้แบ่งสรรของบริษัทต้องเสียภาษีกำไรที่ยังมิได้แบ่งสรร แม้ว่าเงินปันผลที่จ่ายหรือกำไรที่ยังมิได้แบ่งสรรนั้นจะประกอบขึ้นด้วยเงินได้หรือกำไรที่เกิดขึ้นในรัฐอีกรัฐหนึ่งนั้น ทั้งหมดหรือ บางส่วนก็ตาม



## ข้อ 11

### ดอกเบ็ญ

1. ดอกเบ็ญที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง และจ่ายให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น
  2. อย่างไรก็ตาม ภายใต้เงื่อนไขตามวรรค 3 ดอกเบ็ญเช่นว่านั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งดอกเบ็ญนั้นเกิดขึ้นและตามกฎหมายหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ของดอกเบ็ญเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ภาษีที่เรียกเก็บจะต้องไม่เกิน
    - (ก) ร้อยละ 10 ของจำนวนดอกเบ็ญทั้งสิ้น ถ้าดอกเบ็ญนั้นได้รับโดยสถาบันการเงินใดๆ (รวมทั้งบริษัทประกันภัย)
    - (ข) ร้อยละ 15 ของจำนวนดอกเบ็ญทั้งสิ้น ในกรณีอื่นๆ
  3. ดอกเบ็ญที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง จะได้รับยกเว้นภาษีในรัฐนั้น ถ้าได้รับโดย หรือผู้เป็นเจ้าของผลประโยชน์นั้น คือ
    - (ก) รัฐบาล องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น หรือในนามของส่วนราชการของอีกรัฐหนึ่ง หรือ
    - (ข) สถาบันต่างๆ หน่วยหรือคณะกรรมการ ซึ่งรัฐบาล องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นหรือส่วนราชการของรัฐของอีกรัฐหนึ่งเป็นเจ้าของ
- 4 คำว่า " ดอกเบ็ญ " ที่ใช้ในข้อนี้ หมายถึง เงินได้จากสิทธิเรียกร้องหนี้ทุกชนิดไม่ว่าจะมีหลักประกันจำนวนหรือไม่ และไม่ว่าจะมีสิทธิร่วมกันในผลกำไรของลูกหนี้หรือไม่ และโดยเฉพาะเงินได้จากหลักทรัพย์รัฐบาล และเงินได้จากพันธบัตรหรือหุ้นกู้ รวมทั้งพรีเมียมและรางวัลอันผูกพันกับหลักทรัพย์ พันธบัตร และหุ้นกู้เช่นว่านั้น รวมทั้งเงินได้ที่มิลักษณะทำนองเดียวกันกับเงินได้จากการให้กู้ยืมเงินตามกฎหมายภาษีอากรของรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งเงินได้นั้นเกิดขึ้น ค่าปรับเนื่องจากความล่าช้าในการจ่ายเงินจะไม่ถือเป็นดอกเบ็ญตามความมุ่งประสงค์ของข้อนี้ คำว่า " ดอกเบ็ญ " จะไม่หมายรวมถึงรายการใดๆ ที่ถือเป็นเงินปันผลภายใต้บทบัญญัติ ข้อ 10 ของความตกลงนี้
5. บทบัญญัติของวรรค 1 , 2 และ 3 จะไม่ใช่บังคับ ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในดอกเบ็ญเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งประกอบธุรกิจจในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งซึ่งดอกเบ็ญนั้นเกิดขึ้นโดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้นหรือกระทำการในอีกรัฐหนึ่งโดยให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น และสิทธิเรียกร้อง หนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับดอกเบ็ญที่จ่ายมีส่วนเกี่ยวข้องกับประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำนั้น ในกรณีเช่นว่านี้จะใช้บทบัญญัติของ ข้อ 7 หรือ ข้อ 14 บังคับแล้วแต่กรณี
  6. จะถือว่าดอกเบ็ญเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งเมื่อผู้จ่ายคือรัฐนั่นเอง องค์การบริหารส่วนท้องถิ่นส่วนราชการ หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อบุคคลที่จ่ายดอกเบ็ญไม่ว่าจะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งหรือไม่ก็ตาม มีสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำในรัฐผู้ทำ

สัญญารัฐหนึ่ง ซึ่งหนี้ที่ต้องจ่ายดอกเบี้ยนั้นเกิดขึ้น และดอกเบี้ยนั้นตกเป็นภาระแก่สถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจําานั้น ดอกเบี้ยเช่นว่านั้นจะถือว่าเกิดขึ้นในรัฐซึ่งสถานประกอบการถาวร หรือฐานประกอบการประจําานั้น ตั้งอยู่

7. ในกรณีที่เกิดเหตุแห่งความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์หรือระหว่างบุคคลทั้งสองนั้นกับบุคคลอื่น เมื่อคํานึงถึงสิทธิเรียกร้องหนี้อันเป็นมูลเหตุแห่งการจ่ายดอกเบี้ยแล้ว จำนวนดอกเบี้ยที่จ่ายนั้นมีจำนวนเกินกว่าจำนวนที่พึงตกลงกันระหว่างผู้จ่ายกับเจ้าของผู้รับผลประโยชน์หากไม่มีความสัมพันธ์เช่นว่านั้น บทบัญญัติของข้อนี้ให้ใช้บังคับเฉพาะแก่เงินจำนวนหนึ่งในกรณีเช่นนั้นส่วนเกินของเงินที่ชำระหนี้ให้คงเก็บภาษีได้ตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาแต่ละรัฐ ทั้งนี้ โดยคํานึงถึงบทบัญญัติอื่นๆ แห่งความตกลง นี้ด้วย

## ข้อ 12

### ค่าสิทธิ

1. ค่าสิทธิที่เกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง และจ่ายให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. อย่างไรก็ตาม ค่าสิทธิเช่นว่านั้น อาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญา ซึ่งค่าสิทธินั้นเกิดขึ้นและตามกฎหมายของรัฐนั้น แต่ถ้าเจ้าของผลประโยชน์ของค่าสิทธิเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ภาษีที่เรียกเก็บนั้น จะต้องไม่เกิน

(ก) ร้อยละ 5 ของจำนวนค่าสิทธิทั้งสิ้นที่ได้รับเป็นค่าตอบแทนเพื่อการจำหน่ายหรือการใช้ หรือสิทธิในการใช้ลิขสิทธิ์ใดๆ ในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ ซึ่งไม่รวมถึง ภาพยนตร์และฟิล์ม เทป หรือ ดิสก์ ที่ใช้ในการกระจายเสียงของวิทยุหรือโทรทัศน์

(ข) ร้อยละ 15 ของจำนวนค่าสิทธิทั้งสิ้นในกรณีอื่นๆ

3. คำว่า "ค่าสิทธิ" ที่ใช้ในข้อนี้หมายถึง การจ่ายไม่ว่าชนิดใดๆ ที่ได้รับเป็นค่าตอบแทน เพื่อการใช้ หรือสิทธิในการใช้ ลิขสิทธิ์ใดๆ ในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือ วิทยาศาสตร์ รวมทั้งฟิล์มภาพยนตร์ และงานด้านฟิล์ม เทป หรือดิสก์ (ที่ใช้ในการกระจายเสียงของวิทยุหรือโทรทัศน์) สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบหรือหุ่นจำลอง โปรแกรมคอมพิวเตอร์ แผนผัง สูตรลับหรือกรรมวิธีลับใดๆ หรือเพื่อข้อสนเทศเกี่ยวกับประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรมหรือทางวิทยาศาสตร์

4. บทบัญญัติของวรรค 1 และวรรค 2 จะไม่ใช้บังคับถ้าเจ้าของผลประโยชน์ในค่าสิทธิเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งประกอบธุรกิจหรือประกอบกิจการในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งซึ่งค่าสิทธินั้นเกิดขึ้น โดยผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้นหรือประกอบการในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้นโดยให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น และสิทธิหรือทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับค่าสิทธิที่จ่ายนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจําานั้น ในกรณีเช่นว่านี้ให้ใช้บทบัญญัติของข้อ 7 หรือข้อ 14 บังคับแล้วแต่กรณี

5. ค่าสิทธิให้ถือว่าเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง เมื่อผู้จ่ายคือรัฐนั่นเอง องค์การบริหาร ส่วนท้องถิ่น ส่วนราชการ หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้น อย่างไรก็ตาม เมื่อบุคคลผู้จ่ายค่าสิทธินั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งหรือไม่ก็ตาม มีสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งอันก่อให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องจ่ายค่าสิทธิที่เกิดขึ้น และค่าสิทธินั้นตกเป็นภาระแก่สถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำนั้น ค่าสิทธิเช่นว่านั้นให้ถือว่าเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งสถานประกอบการถาวร หรือฐานประกอบการประจำนั้นตั้งอยู่
6. ในกรณีที่เกิดเหตุผลแห่งความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์ หรือระหว่างบุคคลทั้งสองนั้นกับบุคคลอื่น จำนวนค่าสิทธิที่จ่ายให้กันนั้น เมื่อคำนึงถึงการใช้สิทธิหรือข้อสนเทศอันเป็นมูลเหตุแห่งการจ่ายแล้ว มีจำนวนเกินกว่าจำนวนเงินซึ่งควรจะได้ตกลงกันระหว่างผู้จ่ายและเจ้าของผลประโยชน์ หากไม่มีความสัมพันธ์เช่นนั้น บทบัญญัติของข้อนี้ให้ใช้บังคับเฉพาะกับเงินจำนวนหลัง ในกรณีเช่นนั้น ส่วนเกินของเงินที่ชำระนั้นให้คงเก็บภาษีได้ตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาแต่ละรัฐ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงบทบัญญัติอื่นๆ แห่งความตกลงนี้ด้วย

### ข้อ 13

#### ผลได้จากทุน

1. ผลได้ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับจากการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ตามที่ระบุไว้ในข้อ 6 และตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง นั้น
2. ผลได้จากการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์อันเป็นส่วนหนึ่งของทรัพย์สินธุรกิจของสถานประกอบการถาวรซึ่งวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งมีอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง หรืออสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับฐานประกอบการประจำ ซึ่งผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งมีอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ในการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระรวมทั้งผลได้จากการจำหน่ายสถานประกอบการถาวรเช่นว่านั้น(โดยลำพังหรือรวมกับวิสาหกิจทั้งหมด) หรือฐานประกอบการประจำเช่นว่านั้น อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
3. ผลได้ที่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับจากการจำหน่ายเรือ หรืออากาศยานที่ใช้ในการจราจรระหว่างประเทศหรืออสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการเกี่ยวกับเรือ หรืออากาศยานเช่นว่านั้น จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น
4. ผลได้จากการจำหน่ายทรัพย์สินใดๆ นอกเหนือจากที่กล่าวไว้ในวรรค 1 วรรค 2 และ วรรค 3 ของข้อนี้ ให้เก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งผู้จำหน่ายมีถิ่นที่อยู่

### ข้อ 14

#### บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระ

1. เงินได้ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริการวิชาชีพหรือกิจกรรมอิสระอื่นๆ ให้เก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น เว้นแต่ว่าผู้นั้นมีอยู่เป็นปกติซึ่งฐานประกอบการประจำในรัฐผู้ทำ

สัญญาอีกรัฐหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ในการประกอบกิจกรรมของผู้นั้น หากผู้นั้นมีฐานประกอบการ เช่นว่านั้น เงินได้นั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง เฉพาะจำนวนเงินได้เท่าที่พึงถือว่าเป็น ของฐานประกอบการประจํานั้น

2. คำว่า "บริการวิชาชีพ" ให้รวมถึงโดยเฉพาะกิจกรรมอิสระด้านวิทยาศาสตร์ วรรณกรรม ศิลปะ การศึกษาหรือการสอน รวมทั้งกิจกรรมอิสระของแพทย์ ทนายความ วิศวกร สถาปนิก ทันตแพทย์ และนักบัญชี

### ข้อ 15

#### บริการส่วนบุคคลที่ไม่เป็นอิสระ

1. ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของข้อ 16, 18, 19 และ 20 เงินเดือน ค่าจ้าง และค่าตอบแทนอย่างอื่นที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานจะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น เว้นแต่การจ้างงานนั้นได้กระทำในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง หากมีการจ้างงานเช่นนั้น ค่าตอบแทนที่ได้รับจากการนั้นอาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น

2. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติของวรรค 1 ค่าตอบแทนที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานที่กระทำในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญาที่กล่าวถึงรัฐแรก ถ้า

(ก) ผู้รับนั้นอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง สำหรับระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะเวลา รวมกันไม่เกิน 183 วัน ภายในระยะเวลา 12 เดือนใดๆ และ

(ข) ค่าตอบแทนนั้นจ่ายโดย หรือในนามของนายจ้างผู้ซึ่งมิได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง และ

(ค) ค่าตอบแทนนั้นมีได้ตกเป็นภาระแก่สถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการประจำ ซึ่งนายจ้างมีอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง

3. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติในวรรคก่อนๆ ของข้อนี้ ค่าตอบแทนที่ได้รับในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานที่กระทำในเรือ หรืออากาศยาน ที่ใช้ดำเนินการในการจราจรระหว่างประเทศโดยวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญารัฐนั้น

### ข้อ 16

#### ค่าป่วยการของกรรมการ

ค่าป่วยการของกรรมการ และเงินที่ได้รับที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ซึ่งผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งได้รับในฐานะหรือในนามของสมาชิกในคณะกรรมการของบริษัท ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งอาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น

### ข้อ 17

#### นักแสดงและนักกีฬา

1. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติในข้อ 14 และ 15 เงินได้ที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่งได้รับในฐานะนักแสดง อาทิ นักแสดงละคร ภาพยนตร์ วิทยู หรือโทรทัศน์ หรือนักดนตรีหรือนักกีฬาจากกิจกรรมส่วนบุคคลของตนที่กระทำในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง อาจเก็บภาษีได้ในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. ในกรณีเงินได้ในส่วนที่เกี่ยวกับกิจกรรมส่วนบุคคลที่กระทำโดยนักแสดงหรือนักกีฬาตามความสามารถของตนนั้น มิได้เกิดขึ้นกับตัวนักแสดงหรือนักกีฬา แต่เกิดขึ้นกับบุคคลอื่น โดยไม่ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติของข้อ 7, 14 และ 15 เงินได้นั้นอาจเก็บภาษีได้ในรัฐผู้ทำสัญญาที่กิจกรรมนั้นๆ ของนักแสดง หรือนักกีฬาได้กระทำขึ้น
3. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติของวรรค 1 และ 2 เงินได้ที่ได้รับจากกิจกรรมที่ได้กล่าวไว้ในวรรค 1 ให้ยกเว้นภาษีในรัฐผู้ทำสัญญาที่กิจการนั้นได้กระทำขึ้น หากการเยือนรัฐนั้นได้รับการอุดหนุนเป็นส่วนใหญ่จากกองทุนของรัฐ องค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นหรือสถาบันสาธารณะของรัฐผู้ทำสัญญารัฐใดรัฐหนึ่ง

### ข้อ 18

#### เงินบำนาญ

1. ภายใต้ข้อบังคับแห่งบทบัญญัติในวรรค 2 ของข้อ 19 เงินบำนาญและเงินได้ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน ซึ่งเกิดขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่งจ่ายให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งสำหรับการทำงานในอดีต จะเก็บภาษีได้เฉพาะในอีกรัฐหนึ่งนั้น
2. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติของวรรค 1 เงินบำนาญหรือเงินได้อื่น ที่จ่ายตามโครงการสาธารณะซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของระบบประกันสังคมของรัฐผู้ทำสัญญาหรือส่วนราชการหรือองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น

### ข้อ 19

#### บริการส่วนรัฐบาล

1. (ก) เงินเดือน ค่าจ้าง และค่าตอบแทนที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันนอกเหนือจากเงินบำนาญที่จ่ายโดยรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐหนึ่ง องค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น ส่วนราชการ หรือองค์กรตามกฎหมายของรัฐผู้ทำสัญญาของรัฐนั้น ให้แก่บุคคลธรรมดาในส่วนที่เกี่ยวกับบริการที่ให้แก่รัฐนั้น องค์กรบริหารของรัฐส่วนหรือหน่วยของรัฐนั้น จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น

(ข) อย่างไรก็ตาม เงินเดือน ค่าจ้าง และค่าตอบแทนดังกล่าวจะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งเท่านั้น ถ้าหากบริการนั้นได้เกิดขึ้นในรัฐนั้น และบุคคลธรรมดาผู้นั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้นผู้ซึ่ง

- (1) เป็นคนชาติของรัฐนั้น หรือ

(2) มิได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐนั้นเพียงเพื่อมุ่งประสงค์ที่จะให้บริการนั้น

2. (ก) เงินบำนาญใดๆที่จ่ายโดยหรือจ่ายจากกองทุนที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น ส่วนราชการ หรือองค์กรตามกฎหมาย ของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งนั้น ให้แก่บุคคลธรรมดาใดๆ ที่เกี่ยวกับบริการที่ให้แก่รัฐนั้น องค์การบริหาร ส่วน หรือหน่วยของรัฐนั้น จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้นเท่านั้น

(ข) อย่างไรก็ตาม เงินบำนาญนั้นจะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ถ้าบุคคลธรรมดานั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่และเป็นคนชาติของรัฐนั้น

3. บทบัญญัติของข้อ 15, 16, 17 และ 18 จะใช้บังคับแก่เงินเดือน ค่าจ้าง ค่าตอบแทนที่คล้ายคลึงกัน และเงินบำนาญ ที่เกี่ยวกับการให้บริการที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจใดๆที่ดำเนินการโดยรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น ส่วนราชการ ส่วนหรือหน่วย ของรัฐ นั้น

### ข้อ 20

#### อาจารย์ ครู และนักวิจัย

1. โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติในข้อ 15 อาจารย์ ครู หรือนักวิจัยผู้ซึ่งไปเยือนรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งเป็นการชั่วคราวเป็นระยะเวลาไม่เกินสองปีเพื่อความมุ่งประสงค์ในการสอน หรือ ดำเนินการวิจัยที่มหาวิทยาลัย วิทยาลัย โรงเรียน หรือสถาบันการศึกษาอื่นในรัฐนั้น และเป็นผู้ซึ่งก่อนหน้าที่จะไปเยือนเคยเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง เงินค่าตอบแทนจากการสอนและการวิจัยนั้นจะได้รับการยกเว้นภาษีในรัฐผู้ทำสัญญารัฐแรก โดยมีเงื่อนไขว่า ค่าตอบแทนเช่นว่าของบุคคลนั้นได้รับนอกรัฐนั้น

2. บทบัญญัติข้อนี้จะไม่ใช่บังคับแก่เงินได้จากการวิจัย ถ้าการวิจัยเช่นนั้นได้ดำเนินการโดยมิใช่ เพื่อประโยชน์ของสาธารณะ แต่เพื่อประโยชน์ของเอกชนหรือบุคคลใดเป็นส่วนใหญ่หรือทั้งหมด

### ข้อ 21

#### นักศึกษา และผู้ฝึกงานทางธุรกิจ

นักเรียนหรือผู้ฝึกงานทางธุรกิจผู้ซึ่งเข้าไปอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการศึกษาหรือการฝึกอบรม และเป็นผู้ ซึ่งก่อนหน้าที่จะเข้าไปอยู่นั้น เป็นหรือเคยเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง จะได้รับการยกเว้นภาษีจากรัฐผู้ทำสัญญาที่กล่าวถึงรัฐแรก ถ้าเงินที่ได้รับนั้นได้รับนอกรัฐที่กล่าวถึงในรัฐแรกเพียงเพื่อความมุ่งประสงค์ในการ ศึกษา หรือการฝึกอบรม

### ข้อ 22

#### เงินได้อื่นๆ

1. ภายใต้บทบัญญัติของวรรค 2 ของบทบัญญัตินี้ บรรดารายการเงินได้ของผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อบทก่อนๆ ของความตกลงนี้ไม่ว่าจะเกิดขึ้นที่ใดก็ตาม จะเก็บภาษีได้เฉพาะในรัฐนั้น

2. บทบัญญัติของวรรค 1 จะไม่ใช่บังคับกับเงินได้ ถ้าผู้รับเงินได้ดังกล่าวนั้นเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ดำเนินธุรกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งผ่านทางสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งนั้น หรือดำเนินการให้บริการส่วนบุคคลที่เป็นอิสระในอีกรัฐหนึ่งนั้นจากฐานประกอบการประจำที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้น และสิทธิหรือทรัพย์สินในส่วนที่เกี่ยวกับเงินได้ที่ได้จ่ายไปนั้นมีส่วนเกี่ยวเนื่องในประการสำคัญกับสถานประกอบการถาวรหรือฐานประกอบการ ประจำเช่นนั้น ในกรณีเช่นนั้น จะใช้บทบัญญัติของข้อ 7 หรือข้อ 14 บังคับ แล้วแต่กรณี

### ข้อ 23

#### การจัดการเก็บภาษีซ้อน

1. ในประเทศมอริเชียส การเก็บภาษีซ้อนจะได้รับการขจัดดังนี้

(ก) ในกรณีที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศมอริเชียสได้รับเงินได้จากประเทศไทย อาจนำภาษีที่ได้ชำระแล้วจากเงินได้ในประเทศไทยตามบทบัญญัติของความตกลงนี้ มาเครดิตออกจากภาษีมอริเชียสที่เรียกเก็บจากผู้มีถิ่นที่อยู่

(ข) ในกรณีที่บริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยจ่ายเงินปันผลให้กับผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศมอริเชียส ซึ่งถือหุ้นโดยตรงหรือทางอ้อมเป็นจำนวนอย่างน้อยร้อยละ 10 ของทุนของบริษัทผู้จ่ายเงินปันผล เครดิตนั้นจะต้องพิจารณาถึงภาษีไทยที่ต้องชำระโดยบริษัทแรกที่กล่าวถึง ในส่วนที่เกี่ยวกับกำไรซึ่งเงินปันผลนั้นได้จ่าย (โดยเพิ่มเติมจากจำนวนภาษีไทยที่ได้รับอนุญาตให้เครดิตได้ภายใต้บทบัญญัติของอนุวรรค (ก) ของวรรคนี้) โดยมีเงื่อนไขว่าการเครดิตภาษีใดๆ ภายใต้อนุวรรค (ก) และ (ข) จะต้องไม่เกินภาษีของมอริเชียส (ที่ได้คำนวณไว้ก่อนการเครดิต) ซึ่งเหมาะสมกับกำไรหรือเงินได้ที่ได้รับจากแหล่ง ในประเทศไทย

2. ในประเทศไทย การเก็บภาษีซ้อนจะได้รับการขจัดดังนี้

(ก) ในกรณีที่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยได้รับเงินได้จากประเทศมอริเชียส อาจนำภาษีที่ได้ชำระแล้วจากเงินได้ในประเทศมอริเชียสตามบทบัญญัติของความตกลงนี้ มาเครดิตออกจากภาษีไทยที่เรียกเก็บจากผู้มีถิ่นที่อยู่

(ข) ในกรณีที่บริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศมอริเชียสจ่าย เงินปันผลให้กับผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยซึ่งถือหุ้นโดยตรงหรือทางอ้อมเป็นจำนวนอย่างน้อยร้อยละ 10 ของทุนของบริษัทผู้จ่ายเงินปันผล เครดิตนั้นจะต้องพิจารณาถึงภาษีมอริเชียส ที่ต้องชำระโดยบริษัทแรกที่กล่าวถึงในส่วนที่เกี่ยวกับกำไรซึ่งเงินปันผลนั้นได้จ่าย (โดยเพิ่มเติมจากจำนวนภาษีมอริเชียสที่ได้รับอนุญาตให้เครดิตได้ภายใต้บทบัญญัติของอนุวรรค (ก) ของวรรคนี้) โดยมีเงื่อนไขว่าการเครดิตภาษีใดๆ ภายใต้อนุวรรค (ก) และ (ข) จะต้องไม่เกินภาษีของไทย(ที่ได้คำนวณไว้ก่อนการเครดิต) ซึ่งเหมาะสมกับกำไรหรือเงินได้ที่ได้รับจากแหล่งในประเทศ มอริเชียส

3. เพื่อความมุ่งประสงค์ในการยอมให้ถือเป็นเครดิต ภาษีที่ได้ชำระในประเทศมอริเชียส หรือประเทศไทย แล้วแต่บริษัทจะกำหนด ให้ถือว่ารวมถึงภาษีซึ่งควรจะได้เสียในรัฐผู้ทำสัญญารัฐใดรัฐหนึ่ง แต่ได้รับการลดหย่อนหรือยกเว้นโดยรัฐใดรัฐหนึ่ง ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นเพื่อส่งเสริมการพัฒนาทางเศรษฐกิจ

#### ข้อ 24

##### การไม่เลือกปฏิบัติ

1. คนชาติของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง จะต้องไม่ถูกบังคับในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งให้เสียภาษีอากรใดๆ หรือให้ปฏิบัติตามข้อกำหนดกฎเกณฑ์ใดๆ ที่เกี่ยวกับการนั้นอันเป็นการนอกเหนือไปจากหรือเป็นภาระหนักกว่าการเก็บภาษีอากรและข้อกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องซึ่งคนชาติของอีกรัฐหนึ่งนั้นถูกหรืออาจถูกบังคับให้เสียหรือให้ปฏิบัติตามในสถานการณ์เดียวกันแม้จะมีบทบัญญัติของข้อ 1 อยู่ บทบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับรวมถึงบุคคลผู้ที่ไม่มียุติพลที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งหรือทั้งสองรัฐด้วย
2. ภาษีอากรที่เก็บจากสถานประกอบการถาวรซึ่งวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งมีอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง จะต้องไม่เรียกเก็บในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น โดยเป็นการอนุเคราะห์น้อยกว่าภาษีอากรที่เรียกเก็บจากวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งที่ประกอบกิจกรรมอย่างเดียวกัน
3. วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง ซึ่งมีทุนที่เป็นเจ้าของหรือถูกควบคุมบางส่วนหรือทั้งหมด ไม่ว่าจะตรงหรือทางอ้อม โดยผู้มีถิ่นที่อยู่คนเดียวหรือหลายคนในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง จะไม่ถูกบังคับในรัฐผู้ทำสัญญาที่กล่าวถึงรัฐแรกให้เสียภาษีอากรใดๆ หรือปฏิบัติ ตามข้อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการนั้น อันเป็นการนอกเหนือไปจากหรือเป็นภาระหนักกว่า การเก็บภาษีอากรและข้อกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาที่กล่าวถึงรัฐแรกถูกหรืออาจถูกบังคับ
4. บทบัญญัติของข้อนี้จะไม่แปลความเป็นการผูกพันรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งต้อง ยอมให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งค่าลดหย่อนส่วนบุคคล การบรรเทาภาระและการหักลดใดๆ เพื่อความมุ่งประสงค์ในทางภาษีอันเนื่องมาจากความเป็นพลเมือง หรือความรับผิดชอบทางครอบครัวซึ่งรัฐนั้นให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐของตน
5. ในบทบัญญัติของข้อนี้คำว่า "ภาษีอากร" หมายถึง ภาษีซึ่งอยู่ในบังคับของความตกลงนี้

#### ข้อ 25

##### วิธีการดำเนินการเพื่อความตกลงร่วมกัน

1. ในกรณีที่บุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่หรือเป็นคนชาติของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง พิจารณาเห็นว่าการกระทำของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งรัฐใดหรือทั้งสองรัฐมีผลหรือจะมีผลให้ตนเองต้องเสียภาษีอากร โดยไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของความตกลงนี้ บุคคลผู้นั้นอาจยื่นเรื่องราวของตนต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาที่ตนมีถิ่นที่อยู่โดยไม่ต้องคำนึงถึงทางแก้ไขที่บัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของรัฐผู้ทำสัญญา ถ้ากรณีของบุคคลผู้นั้นอยู่ภายใต้วรรค 1 ของข้อ 24 ให้ยื่นต่อรัฐผู้ทำสัญญาที่ผู้นั้นเป็นคนชาติ



คำร้องดังกล่าวต้องยื่นภายในสามปี นับจากที่ได้มีการแจ้งการกระทำครั้งแรกที่ก่อให้เกิดการเรียกเก็บภาษีอันไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งความตกลงนี้

2. ถ้าข้อคัดค้านนั้นปรากฏแก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจว่ามีเหตุผลสมควรและถ้าตนไม่สามารถที่จะหาทางแก้ไขที่เหมาะสมได้เอง ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพยายามแก้ไขกรณีนั้นโดยความตกลงร่วมกันกับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง เพื่อการเว้นการเก็บภาษีอันไม่เป็นไปตามความตกลงนี้

3. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาจะต้องพยายามแก้ไขความยุ่งยากหรือข้อสงสัยใดๆอันเกิดขึ้นเกี่ยวกับการตีความหรือการใช้บังคับความตกลงนี้ โดยการตกลงร่วมกัน เจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาจปรึกษาหารือกัน เพื่อการจัดการเก็บภาษีซ้อนในกรณีใดๆที่ได้บัญญัติไว้ในความตกลงนี้ได้ด้วย

4. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสองรัฐอาจติดต่อกันโดยตรง รวมทั้งติดต่อผ่านคณะกรรมการร่วมที่ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดังกล่าวหรือผู้แทนของตนเพื่อความมุ่งประสงค์ให้มีความตกลงกันตามความหมายแห่งวรรคก่อนๆ นั้น

## ข้อ 26

### การแลกเปลี่ยนข้อสนเทศ

1. เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำสัญญาจะแลกเปลี่ยนข้อสนเทศอันจำเป็นแก่การปฏิบัติตามบทบัญญัติของความตกลงนี้หรือตามกฎหมายภายในของรัฐผู้ทำสัญญาซึ่งเกี่ยวกับภาษีอากรที่อยู่ในขอบข่ายของความตกลงนี้เท่าที่ภาษีอากรตามกฎหมายนั้นไม่ขัดกันกับความตกลงนี้ โดยการแลกเปลี่ยนข้อสนเทศนั้นจะไม่ถูกจำกัดโดยบทบัญญัติข้อ 1 ข้อสนเทศใดที่มีการแลกเปลี่ยนนั้นให้ถือว่าเป็นความลับเช่นเดียวกับข้อสนเทศที่ได้รับภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้น และจะเปิดเผยได้เฉพาะกับบุคคลหรือเจ้าหน้าที่ (รวมทั้งศาลและองค์การ ฝ่ายบริหาร) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการประเมินหรือการจัดเก็บ การบังคับหรือ การดำเนินคดี หรือการชี้ขาดคำอุทธรณ์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับภาษีที่อยู่ในขอบข่ายของความตกลงนี้ บุคคลหรือ เจ้าหน้าที่ที่เช่นนั้น จะใช้ข้อสนเทศนั้นเพียงเพื่อความมุ่งประสงค์นั้นเท่านั้น บุคคลหรือ เจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาจเปิดเผยข้อสนเทศในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลหรือในคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล

2. ไม่ว่าในกรณีใดก็ตาม มิให้แปลความหมายบทบัญญัติของวรรค 1 เป็นการตั้งข้อผูกพันบังคับรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งรัฐใดต้อง

(ก) ดำเนินมาตรการทางการบริหาร โดยบิดเบือนไปจากกฎหมายและวิธีปฏิบัติทางการบริหารของรัฐผู้ทำสัญญารัฐนั้นหรือรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง

(ข) ให้ข้อสนเทศอันมีอาจจัดหาได้ตามกฎหมายหรือตามทางการบริหารโดย ปกติของรัฐผู้ทำสัญญารัฐนั้นหรือรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง

(ค) ให้ข้อสนเทศซึ่งจะเปิดเผยความลับทางการค้า ธุรกิจ อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือวิชาชีพหรือกรรมวิธีทางการค้า หรือข้อสนเทศ ซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการขัดกับนโยบายสาธารณะ (ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของสาธารณชน)

### ข้อ 27

#### ผู้แทนทางการทูตและเจ้าหน้าที่ฝ่ายกงสุล

ไม่มีข้อความใดในความตกลงนี้จะมีผลกระทบกระเทือนต่อเอกสิทธิ์ทางการรัฐาการของผู้แทนทางการทูตหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายกงสุล ตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศหรือตามบทบัญญัติแห่งความตกลงพิเศษทั้งหลาย

### ข้อ 28

#### การเริ่มใช้บังคับ

1. รัฐผู้ทำสัญญาแต่ละรัฐจะแจ้งให้อีกฝ่ายทราบว่าได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดโดยกฎหมายของรัฐนั้นเพื่อที่จะทำให้ความตกลงนี้มีผลบังคับใช้ ความตกลงจะมีผลบังคับใช้ ในวันที่ได้แจ้งครั้งหลังนั้น

2. บทบัญญัติของความตกลงนี้จะมีผลบังคับใช้

(ก) ในประเทศมอริเชียส ในส่วนที่เกี่ยวกับเงินได้สำหรับปีเงินได้ที่เริ่มต้นในหรือหลังจากวันแรกของเดือน กรกฎาคมถัดจากวันที่ความตกลงนี้มีผลบังคับใช้

(ข) ในประเทศไทย

(1) ในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีหัก ณ ที่จ่าย สำหรับจำนวนที่ได้จ่ายหรือนำส่งในหรือหลังจากวันแรกของเดือนมกราคมถัดจากวันที่ความตกลงนี้มีผลบังคับใช้

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเงินได้อื่นๆ สำหรับปีภาษีหรือรอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มต้นในหรือหลังจากวันแรกของเดือนมกราคมถัดจากวันที่ความตกลงนี้มีผลบังคับใช้

### ข้อ 29

#### การเลิกใช้

1. ความตกลงนี้จะยังคงมีผลบังคับใช้ตลอดไป แต่รัฐผู้ทำสัญญาแต่ละรัฐอาจยกเลิกความตกลงโดยแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรผ่านวิถีทางการทูตเพื่อขอยกเลิกไม่ช้ากว่าวันที่ 30 มิถุนายนของปี ปฏิทินใดๆ เมื่อความตกลงนี้มีผลบังคับใช้แล้วเป็นระยะเวลา 5 ปี

2. ในกรณีเช่นว่านั้น ความตกลงนี้เป็นอันเลิกมีผลบังคับใช้ของรัฐผู้ทำสัญญาทั้งสอง

(ก) ในประเทศมอริเชียสในส่วนที่เกี่ยวกับเงินได้สำหรับปีเงินได้ใดๆ ที่เริ่มต้นในหรือหลังจากวันแรกของเดือนกรกฎาคมของปีปฏิทินถัดจากปีที่มีการแจ้งการบอกเลิก และ

(ข) ในประเทศไทย

### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวหทัยรัตน์ ทองมาก สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาจากโรงเรียนสามเสนวิทยาลัยในปี พ.ศ.2542 และนิติศาสตร์บัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ เกียรตินิยมอันดับสอง จากคณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปี พ.ศ. 2549 ปัจจุบันทำงานตำแหน่ง Legal and Commercial Manager และ Country Integrity Officer ที่บริษัท ABB Limited

