

บทที่ 4

มาตรการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีของประเทศสหรัฐอเมริกาและหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Economic Substance Doctrine)

หลายทศวรรษที่ผ่านมา สหรัฐอเมริกาอ้างว่าได้สูญเสียรายได้จากภาษีเงินได้หลายพันล้านเหรียญดอลลาร์อันเนื่องมาจากกรณีของผู้เสียภาษีใช้เสรีภาพในการวางแผนภาษีเพื่อต้นทุนทางภาษีต่ำที่สุด โดยการสร้างธุรกรรมอันมุ่งผลลัพธ์ทางภาษีให้มีลักษณะครบถ้วนตามเงื่อนไขโดยเทคนิคและสอดคล้องกับการตีความทั่วไปของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกอ้างเป็นฐานแห่งสิทธิในการดำเนินธุรกรรมของผู้เสียภาษี ธุรกรรมนั้นๆ อาจถูกสร้างขึ้นตั้งแต่หนึ่งธุรกรรมจนกระทั่งหลายธุรกรรมและมีความซับซ้อนมากขึ้นหรือดังที่ได้กล่าวในบทก่อนว่าเป็นธุรกรรมที่ได้รับการยอมรับทางแพ่งแต่ปฏิเสธโดยศาลภาษีว่าเป็นธุรกรรมเพื่อเลี่ยงภาษี หรือ Sham Transaction ทั้งนี้เพื่อบังคับให้ศาลและสรรพากรยอมรับในผลลัพธ์ทางภาษีที่ผู้เสียภาษีต้องการ ซึ่งธุรกรรมดังกล่าวอาจตกเป็นธุรกรรมต้องสงสัยถึงความสอดคล้องกับนโยบายรัฐหรือเจตนารมณ์ของกองเกรซในการบัญญัติกฎหมายภาษีนั้นๆ ศาลสหรัฐภายใต้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีจึงใช้หลักการตีความแบบไม่เคร่งครัดตามตัวอักษรเพื่อพัฒนาหลักการเพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษีในลักษณะนี้ หรือที่รู้จักกันในนาม “มาตรการป้องกันการเลี่ยงภาษีทั่วไป” หรือ General Anti-Avoidance Rule (“GAAR”) ว่าด้วย Sham Transaction Doctrine เพื่อให้สรรพากรและศาลใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตัดสินว่าธุรกรรมที่พิพาทถือเป็น Sham Transaction หรือไม่ และให้อำนาจในการปฏิเสธผลลัพธ์ทางภาษีที่เกิดจากธุรกรรมดังกล่าว ซึ่งในเวลาต่อมาภายใต้ Sham Transaction Doctrine ศาลได้สร้าง Doctrine อื่นๆ เช่น หลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญว่ารูปแบบ (Substance over form doctrine) , หลักการว่าด้วย Step transaction doctrine , หลักการว่าด้วยวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ (Business purpose doctrine) รวมถึง หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Economic Substance Doctrine) เพื่อพิจารณา Sham Transaction หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Economic Substance Doctrine) ถือเป็นหลักการที่มีประสิทธิภาพและสำคัญที่สุด¹ จนกระทั่งถูกนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายในปี 2010 เพื่อพิจารณาและวินิจฉัยว่าผลลัพธ์ทางภาษีที่เกิดจากธุรกรรมต้องสงสัยควรได้รับการยอมรับจากรัฐหรือปฏิเสธ

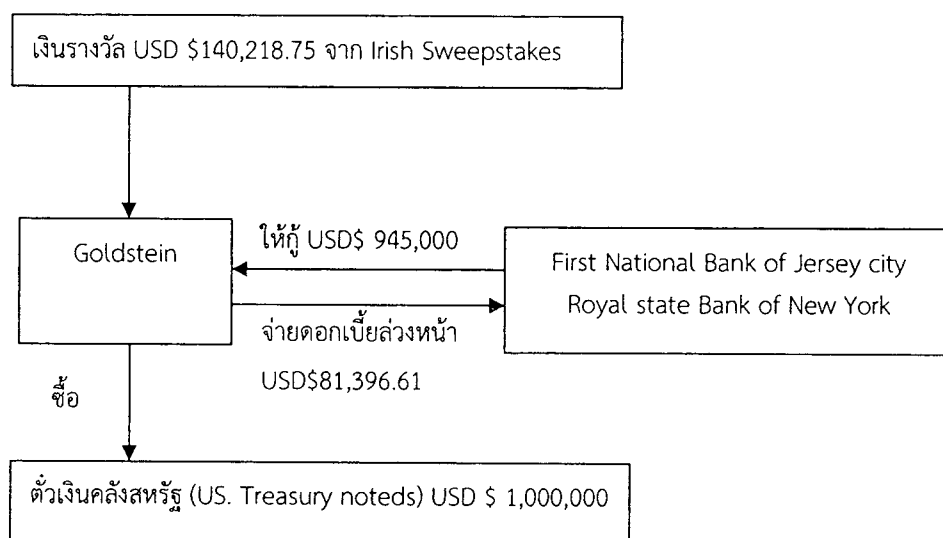
¹ Hariton, David P., “Sorting Out the Tangle of Economic Substance,” *Tax Lawyer* 52, 2 (1999): 1

ในบทนี้จะกล่าวถึงมาตรการป้องกันการเลี่ยงภาษีแบบทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในส่วนแรกจะกล่าวถึงหลักการว่าด้วยการป้องกันการเลี่ยงภาษีเงินได้ (Federal income tax) ของสหรัฐอเมริกา ว่าด้วย Sham Transaction Doctrine และ หลักการอื่น ๆ ภายใต้ Sham Transaction Doctrine และส่วนที่สองจะกล่าวถึงหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

4.1 Sham Transaction Doctrine

Sham Transaction Doctrine เป็นหลักการที่เกิดขึ้นเมื่อช่วงปี 1930 เพื่อหาข้อเท็จจริงของธุรกรรมต้องสงสัย เป็นกรณีที่สงสัยว่าผู้เสียภาษีสร้างผลลัพธ์ทางภาษีโดยอ้างการกระทำหนึ่ง แต่ในความจริงไม่มีการกระทำนั้นเกิดขึ้น หรือผู้เสียภาษีพยายามหลอกให้ผู้อื่นเชื่อในศาลว่ากิจการที่ตนเองทำเป็น กิจการ X แทนที่จะเป็นกิจการ Y ตามความเป็นจริง Sham Transaction Doctrine จึงใช้เพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าการกระทำหรือธุรกรรมใดเกิดขึ้นจริงและมีได้เกิดขึ้นจริง

ตัวอย่างคดีที่ได้ถูกใช้อ้างอิงในการตัดสินคดีมากที่สุดคดีหนึ่งคือ คดี Goldstein v. Commissioner²



ข้อเท็จจริง

(1) Goldstein ได้รับรางวัล 140,218.75 ดอลลาร์สหรัฐจาก Irish Sweepstakes ซึ่งหากนำมาเสียภาษีทั้งหมดจะต้องเสียภาษีในอัตราที่สูง ดังนั้น Goldstein จึงวางแผนลดภาระภาษีโดยสร้างค่าใช้จ่ายประเภทดอกเบี้ย

² Goldstein v. Commissioner 364 F.2d 734 (1966)

(2) Goldstein ซื้อตั๋วเงินคลังสหรัฐ (US. Treasury notes) 1 ล้านดอลาร์สหรัฐ โดยใช้เงินกู้จากธนาคารเป็นจำนวนเงิน 945,000 ดอลาร์สหรัฐ และจ่ายดอกเบี้ยล่วงหน้าเป็นจำนวนเงิน 81,396.61 ดอลาร์สหรัฐ

(3) Goldstein ยื่นแบบแสดงรายการเพื่อเสียภาษี โดยใช้รายจ่ายดอกเบี้ยล่วงหน้าจำนวนเงิน 81,396.61 ดอลาร์สหรัฐ เป็นรายจ่ายตาม 26 U.S.C. §163 (a) แห่งประมวลรัษฎากรสหรัฐปี 1954³

(4) สรรพากรสหรัฐปฏิเสธรายจ่ายดังกล่าว โดยอ้าง คดี Knetsch v. United States⁴ ว่าดอกเบี้ยจ่ายที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เสียภาษีไม่สามารถเป็นค่าใช้จ่ายทางภาษีได้ ทั้งนี้เป็นไปตาม Sham Transaction Doctrine ตามหลักการนี้ทำให้เห็นข้อเท็จจริงที่ว่า ธุรกรรมนี้เพียงเพื่อต้องการสร้างค่าใช้จ่ายประเภทดอกเบี้ยเพื่อใช้เป็นค่าใช้จ่ายทางภาษีเท่านั้น

(5) ในขั้นนี้ Goldstein อ้างว่า ธุรกรรมของตนแตกต่างจากคดี Knetsch v. United States เนื่องจาก หาก Knetsch ผิดนัดชำระหนี้เงินกู้ ธนาคารไม่สามารถยึดทรัพย์สินใด ๆ ของ Knetsch ได้เลย ดังนั้น Knetsch จึงไม่มีความเสี่ยง แต่ในคดีนี้หากรัฐผิดนัดชำระหนี้ในตั๋วเงินคลังธนาคารสามารถยึดทรัพย์สินอื่น ๆ ของตนเช่น บ้าน เพื่อนำมาชำระหนี้เงินกู้ ดังนั้น การกู้เงินของตนจึงเป็น recourse loan และเป็นภาระกระทำของตนมีความเสี่ยง

คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์สหรัฐอเมริกา เขต 2

ศาลปฏิเสธรายจ่ายดอกเบี้ยของ Goldstein โดยให้เหตุผลว่าศาลพบการกู้ยืมเงินถูกสร้างขึ้นเพื่อสร้างรายจ่ายประเภทดอกเบี้ย เพื่อนำมาใช้เพื่อการเสียภาษีเท่านั้น อีกทั้งทรัพย์สินของ Goldstein มิได้มีความเสี่ยงจากสัญญาเงินกู้แต่อย่างใด เนื่องจากตั๋วเงินคลังซึ่งมีรัฐบาลเป็นลูกหนี้ไม่มีความเสี่ยงจากการผิดนัดชำระหนี้ และหากมีโอกาสอยู่บ้าง ความเสี่ยงดังกล่าวก็ไม่มีผลต่อทรัพย์สินของ Goldstein ดังนั้นในคดีนี้ จึงมีข้อเท็จจริงไม่แตกต่างจากคดี Knetsch v. United States

อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมา การค้นหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจาก Sham Transaction เป็นเรื่องที่ยากมากขึ้น ดังนั้นศาลจึงได้สร้างหลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over form Doctrine) เพื่อให้ศาลวินิจฉัยผลลัพธ์ทางภาษีโดยพิจารณาจากเนื้อหาจริงกว่ารูปแบบที่ผู้เสียภาษีสร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษี

³ 26 U.S.C. §163 (a) แห่งประมวลรัษฎากรสหรัฐปี 1954 บัญญัติว่า “ดอกเบี้ยจ่ายเนื่องจากการกู้ยืมสามารถนำมาถือเป็นรายจ่ายในปีที่จ่าย”

⁴ Knetsch v. United States, 364 U.S. 361 (1960)

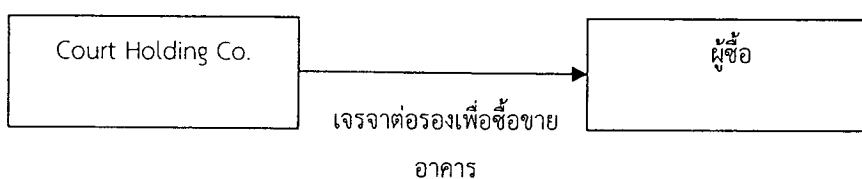
4.1.1 หลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over form doctrine)

หลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over form doctrine) เป็นอีกหนึ่งมาตรการเพื่อหาข้อเท็จจริงของธุรกรรมต้องสงสัย โดยหาข้อเท็จจริงจากเนื้อหาที่แท้จริงของธุรกรรม เนื่องจากภาระภาษีต้องพิจารณาจากเนื้อหา (Substance) ของธุรกรรม มิใช่รูปแบบ (Form) ของธุรกรรมที่ผู้เสียภาษีสร้างขึ้นเพื่อให้ศาลและสรรพากรเชื่อเพื่อผลลัพธ์ทางภาษีที่ต้องการ การกำหนดภาระภาษีจากหลักการนี้โดยปกติศาลจะพิจารณาเนื้อหาตามลักษณะหรือสาระทางการค้า (commercial substance)

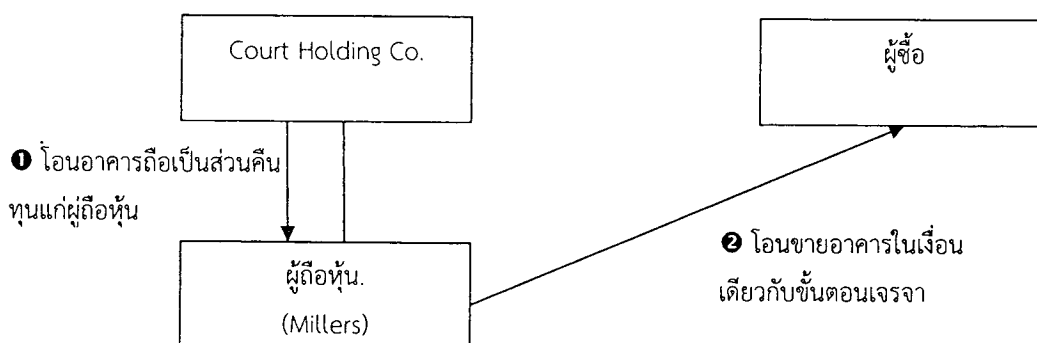
เนื่องจากความสำคัญของหลักการนี้อยู่ที่การพิจารณาภาระภาษีจากเนื้อหาของธุรกรรม ศาลและสรรพากรอาจอ้างอิงจากลักษณะ/สาระทางการค้าหรือธรรมเนียมทางการค้าของธุรกรรม (commercial sense) เพื่อทราบเนื้อหาที่แท้จริงของธุรกรรม ยกตัวอย่างเช่น การขายทรัพย์สินในราคาต่ำกว่าราคาตลาด (ซึ่งไม่สอดคล้องกับธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้า) ศาลและสรรพากรอาจใช้หลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบมาพิจารณาเนื้อหาที่แท้จริง และหารูปแบบของธุรกรรม (การขายทรัพย์สิน) แตกต่างจากเนื้อหาที่แท้จริงของธุรกรรม สรรพากรย่อมปฏิเสธผลลัพธ์ทางภาษีที่เกิดจากการขายทรัพย์สินในราคาต่ำกว่าราคาตลาดและกำหนดภาระภาษีตามเนื้อหาที่แท้จริง หรือปรับราคาขายที่ต่ำกว่าราคาขายเท่ากับราคาตลาดเพื่อเป็นฐานภาษีที่ถูกต้อง

ตัวอย่างคดีที่ได้ถูกใช้อ้างอิงในการตัดสินคดีมากที่สุดคดีหนึ่งคือ Commissioner v. Court Holding Co.⁵

โครงสร้างเริ่มต้น/ขั้นตอนการเจรจา



รูปแบบสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อวางแผนภาษี



⁵ Commissioner v. Court Holding Co. - 324 U.S. 331 (1945)

ข้อเท็จจริง

(1) Court Holding Co. เจรจาและบรรลุข้อตกลงเบื้องต้นในการขายอาคารซึ่งเป็นทรัพย์สินของบริษัทให้แก่ผู้ซื้อ

(2) Court Holding Co. ขายอาคารโดยตรงให้แก่ผู้ซื้อ Court Holding Co. ต้องเสียภาษีจากผลได้จากทุนในอัตราที่สูง ดังนั้นก่อนการลงนามในสัญญา Court Holding Co. จึงยกเลิกการลงนามในสัญญา และโอนอาคารให้แก่ Millers ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นโดยใช้รูปแบบการคืนทุนในวันถัดจากวันที่ยกเลิกการลงนาม และ Millers ได้ทำสัญญาโอนขายอาคารให้แก่ผู้ซื้อคนเดียวกันและเงื่อนไขเดียวกันกับขั้นตอนการเจรจา

คำวินิจฉัยของศาลสูงสหรัฐอเมริกา

(1) ศาลสูงวินิจฉัยว่า Court Holding Co ต้องเสียภาษีผลได้จากทุนเสมือนเป็นผู้ขายอาคารให้แก่ผู้ซื้อ ด้วยเหตุผลที่ว่า “ภาวะภาษีที่เกิดขึ้นจากการขายทรัพย์สินโดยบุคคลหนึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงไปโดยอาศัยบุคคลอื่นเป็นตัวกลางในการโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินนั้น และหากยอมให้มีการบิดเบือนเนื้อหาที่แท้จริงของธุรกรรมโดยอาศัยรูปแบบภายนอกซึ่งได้ดำเนินการเพียงเพื่อเลี่ยงภาษี ก็ย่อมเท่ากับยอมให้เกิดผลเป็นการทำลายประสิทธิภาพในการจัดเก็บภาษีภายใต้นโยบายของรัฐสภา”⁶

(2) ศาลสูงจึงวินิจฉัยให้ Court Holding Co ต้องเสียภาษีจากผลได้จากทุนจากการขายอาคารให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งเป็นเนื้อหาที่แท้จริงของธุรกรรม

คดี *Boulware v. United States* (2008)⁷

ในคดี *Boulware v. United States* (2008) นาย Boulware ซึ่งเป็นประธานบริษัท และเป็นผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมบริษัทถูกสรรพากรสหรัฐประเมินเนื่องจากการเลี่ยงภาษีโดยไม่นำเงินได้ที่ได้รับจากบริษัทประเภทเงินปันผลมายื่นเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา

นาย Boulware อ้างว่าบริษัทไม่มีกำไร (no earning and no profit) ในปีภาษีที่พิพาท ดังนั้น เงินที่ได้กลับมาจึงเป็นทุนมิใช่กำไร ตามมาตรา 316 แห่งประมวลรัษฎากรสหรัฐอเมริกา บัญญัติว่า ส่วนที่เป็นเงินปันผลต้องถูกรวมในรายได้ แต่หากมิใช่เงินปันผลย่อมไม่ต้องนำมารวมเป็นเงินได้เพื่อเสียภาษี (เงินปันผล หมายถึง เงินที่ได้รับตามสัดส่วนการถือหุ้น) อย่างไรก็ตาม Boulware ไม่มีหลักฐานพิสูจน์เพียงพอว่า จำนวนเงินที่ได้รับนั้นมีลักษณะเป็นการคืนทุน ณ ขณะที่จ่าย

⁶ เกรียงเดช มาจำเนียร, “มาตรการป้องกันการเลี่ยงภาษีอาคาร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 66

⁷ *Boulware v. United States*, 552 U.S. 421 (2008)

ศาลสูงสุดกล่าวว่า การแยกประเภทระหว่างเงินปันผลและการคืนทุนเป็นเนื้อหาทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นผลสะท้อนจากเศรษฐกิจของบริษัท มิใช่รูปแบบที่คู่สัญญาทำขึ้น ผู้ถือหุ้นอาจได้รับทรัพย์สิน (corporate property) ที่เป็นเงินปันผล หรือการคืนทุน เนื้อหาทางเศรษฐกิจคงไว้ซึ่งมาตรฐานในการทดสอบ ลักษณะของเงินซึ่งผู้ถือหุ้นได้รับก่อนที่จะถูกบันทึกในบัญชีบริษัท

หลักการนี้ให้อำนาจศาลและสรรพากรพิจารณาธุรกรรมต้องสงสัยโดยมองข้ามรูปแบบธุรกรรมและวินิจฉัยจากเนื้อหาสาระของธุรกรรมซึ่งเป็นงานที่ยาก แม้ว่าเนื้อหาของหลักการดังกล่าวใช้ได้ทั้งเพื่อช่วย หรือ ชัดขวางผลลัพธ์ทางภาษีของผู้เสียภาษี แต่ในทางปฏิบัติ หลักการนี้ถูกใช้ไปในทางชัดเจนประโยชน์ของผู้เสียภาษี⁸ ดังนั้นฝ่ายผู้เสียภาษีต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ารูปแบบของธุรกรรมสอดคล้องกับเนื้อหา

จากการศึกษาพบว่าหลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบมีข้อจำกัดในด้านการวิเคราะห์และกำหนดภาวะภาษีในการดำเนินธุรกรรมของผู้เสียภาษี ดังนี้

(1) ในการวิเคราะห์และกำหนดภาวะภาษีของธุรกรรมใหม่โดยศาลหรือสรรพากร ไม่ใช่เรื่องง่าย ที่จะกำหนดรูปแบบใหม่ให้สอดคล้องกับเนื้อหา/สาระสำคัญของธุรกรรมที่ดำเนินการโดยผู้เสียภาษีได้อย่างถูกต้องเสียทีเดียว

(2) แม้ในกรณีที่รูปแบบธุรกรรมที่เกิดขึ้นจากกระบวนการวิเคราะห์และกำหนดภาวะภาษี สอดคล้องกับผลลัพธ์ทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากการดำเนินธุรกรรมของผู้เสียภาษีซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง รูปแบบดังกล่าวอาจไม่สอดคล้องกับผลลัพธ์ทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากการดำเนินธุรกรรมโดยผู้เสียภาษีซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้

(3) ในกรณีที่รูปแบบธุรกรรมที่กำหนดขึ้นใหม่นั้นมีหลายรูปแบบที่สอดคล้องกับผลลัพธ์ทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากการดำเนินธุรกรรมโดยผู้เสียภาษี แต่ในบรรดาแบบดังกล่าวนั้นมีภาวะภาษีที่แตกต่างกัน ไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่จะนำมาไปใช้ในการเลือกรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งมาใช้ในการกำหนดภาวะภาษีที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการโดยผู้เสียภาษี

⁸ Ray A. Knight & Lee G. Knight, "Substance Over Form: The Cornerstone of Our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS's Arsenal?," *8 Akron Tax Journal* (1991): 91-92. (หลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบเป็นอาวุธที่สามารถทำให้ตายได้ในคลังแสงสรรพากรของสรรพากรสหรัฐ และเห็นได้ชัดว่าสรรพากรมักเป็นผู้ยกประเด็นเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ มิใช่ผู้เสียภาษี).

⁹ Joshua D. Rosenberg, "Michigan law review, 87:418. อ้างถึงใน เกรียงเดช มาจำเนียร, "มาตรการป้องกันภาษีอากร," (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 67

4.1.2 หลักการว่าด้วย Step Transaction Doctrine

ในช่วงแรก หลักการนี้ถูกสร้างมาเพื่อจัดการธุรกรรมที่สร้างขึ้นเพื่อการเลี่ยงภาษี โดยใช้วิธีการปรับโครงสร้างธุรกิจ (corporation reorganization) แต่ในเวลาต่อมาได้ถูกนำไปใช้ในบริบทอื่น ๆ เช่นเดียวกับหลักการว่าด้วยการป้องกันการเลี่ยงภาษีหลักการอื่น

หลักการว่าด้วย Step Transaction เป็นอีกหนึ่งมาตรการเพื่อหาข้อเท็จจริงของธุรกรรมต้องสงสัย โดยหาข้อเท็จจริงจากเนื้อหาของธุรกรรมเช่นเดียวกับหลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ แต่ถูกพัฒนาเพื่อใช้ในธุรกรรมที่ต้องสงสัยที่ผู้เสียภาษีดัดแปลงรูปแบบการดำเนินธุรกรรมใหม่ให้มีหลายธุรกรรมและมีความซับซ้อนเพื่อหลีกเลี่ยงภาษี แต่ยังคงผลสุดท้ายในการดำเนินธุรกรรมหลายขั้นเช่นเดิม โดยรูปแบบในการดัดแปลงนั้น จะประกอบไปด้วยธุรกรรมย่อยหลายธุรกรรม โดยแต่ละธุรกรรมแม้จะสมบูรณ์ในตัวเองตามกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันก็มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ในอันจะก่อให้เกิดผลสุดท้าย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักนี้ป้องกันความเป็นไปได้ที่ 2 ธุรกรรมจะมีผลลัพธ์ทางการเงินเดียวกัน แต่ภาระภาษีแตกต่างกัน เนื่องจากรูปแบบทางกฎหมายที่ต่างกัน และยังเป็นเครื่องมือที่ใช้วิเคราะห์และกำหนดภาระภาษีที่แท้จริงของธุรกรรม

สรรพากรสหรัฐและศาลวางหลักการพิจารณาว่าควรนำการกระทำใดมาพิจารณา ร่วมกันและถือว่าเป็นขั้นตอนในการดำเนินธุรกรรมนั้น ๆ อาจพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ใด หลักเกณฑ์หนึ่งดังต่อไปนี้

(1) หลักความสัมพันธ์กันของการกระทำ (Interdependent Steps)

หลักความสัมพันธ์กันของการกระทำ อธิบายว่า การกระทำที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องนั้น ต้องพิจารณาว่าแต่ละการกระทำต้องมีความสัมพันธ์ถึงขนาดที่แต่ละการกระทำต้องพึ่งพากันซึ่งกันและกัน การกระทำหนึ่งถือว่าไร้ประโยชน์หากปราศจากอีกการกระทำหนึ่งหรือการกระทำที่เหลือ

(2) หลักความผูกพันที่ต้องกระทำ (Binding Commitment)

หลักความผูกพันที่ต้องกระทำ อธิบายว่า การกระทำใด ๆ ของผู้เสียภาษีจะไม่ถือว่าเป็นขั้นตอนในธุรกรรมหนึ่ง ๆ เว้นแต่เมื่อได้มีการกระทำหนึ่งแล้ว ผู้เสียภาษีมีความผูกพันที่ต้องดำเนินการกระทำอื่นต่อไป¹⁰

หลักการนี้ถือเป็นหลักการพิจารณาที่สำคัญที่สุดและมีการโต้เถียงกันระหว่างศาลถึงความเหมาะสมในการใช้มากที่สุด ในปี 1967 ศาลฎีกาวางหลักการว่าด้วย Step Transaction Doctrine หากการกระทำต่างๆ ไม่มีความผูกพันที่ต้องกระทำ ย่อมไม่อาจบังคับจากหลักการว่าด้วย Step Transaction Doctrine¹¹ อย่างไรก็ตามความเห็นนี้ถูกศาลอื่น ๆ โต้แย้งว่า เป็นความเห็นที่เข้มงวดเกินไป และอาจทำให้หลักการว่าด้วย Step Transaction Doctrine ไม่มีที่สามารใช้ได้

¹⁰ เกรียงเดช มาจำเนียร, “มาตรการป้องกันการเลี่ยงภาษีอากร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 59

¹¹ Gordon, 391 U.S. 83 (1967)

(dead letter)¹²

(3) หลักระยะเวลาที่ผ่านไป (Elapsed Time)

ศาลและสรรพากรสหรัฐอเมริกาพิจารณาช่วงระยะเวลาระหว่างการกระทำต่าง ๆ ในฐานที่มีความผูกพันกัน ยิ่งระยะเวลาห่างกันมากเท่าใด การนำแต่ละการกระทำมารวมเข้าด้วยกันก็ยิ่งเป็นไปได้ยากขึ้นเท่านั้น ในทางตรงกันข้าม ยิ่งแต่ละการกระทำเกิดขึ้นใกล้เคียงกันมากเท่าใด การนำแต่ละการกระทำมารวมเข้ากันก็ยิ่งง่ายขึ้นเท่านั้น

อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้ศาลได้ลดความสำคัญของหลักการนี้ลง¹³ โดยให้ความสำคัญกับหลักความสัมพันธ์กันของการกระทำสำหรับการกระทำที่เกิดขึ้นเพียงในช่วงระยะเวลาไม่กี่ชั่วโมงเท่านั้น (only hours apart) หรือในคดี *May Broadcasting Co. v. U.S.*¹⁴ ศาลปรับใช้หลักการว่าด้วย Step Transaction Doctrine กับการกระทำที่แต่ละการกระทำมีช่วงระยะเวลาห่างกันเป็นระยะเวลาหลายปี

จึงกล่าวได้ว่าในปัจจุบันศาลให้ความสำคัญกับเจตนามากกว่าการพิจารณาเรื่องระยะเวลา

(4) หลักผลสุดท้ายหรือหลักวัตถุประสงค์สุดท้ายของคู่สัญญา (End Result/Intention of the Parties)

เจตนาของคู่สัญญาในการเข้าทำธุรกรรมนั้นไม่ควรถูกนำมาพิจารณา การพิจารณาจะพิจารณาจากเอกสาร หรือสิ่งใด ๆ ที่แสดงให้เห็นถึงเจตนาของคู่สัญญาว่าผลสุดท้ายหรือหลักวัตถุประสงค์สุดท้ายของคู่สัญญาจะเกิดขึ้น หากได้มีการกระทำต่างๆ เกิดขึ้น

ภายใต้หลักการนี้ ธุรกรรมจะถูกตรวจสอบว่ายังจะถูกกระทำในทุกกรณีหรือไม่ การโต้สวนจะเกิดขึ้นเพื่อพิจารณาว่าผลลัพธ์สุดท้ายที่ผู้เสียภาษีต้องการนั้น จะบรรลุผลภายหลังจากทุกการกระทำเกิดขึ้นและสำเร็จ ในคดี *Weikel v. Commissioner, T.C. Memo 1986-58* (1986). ศาลกล่าวว่าหลักผลสุดท้ายหรือหลักวัตถุประสงค์สุดท้ายของคู่สัญญาจะถูกใช้ในกรณีที่ไม่ปรากฏความผูกพันระหว่างการกระทำต่าง ๆ

เช่นเดียวกับหลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญว่ารูปแบบและหลักการว่าด้วย Step Transaction Doctrine จะพิจารณาธุรกรรมเพื่อหาเนื้อหาของธุรกรรมที่เกิดขึ้นจริง เพื่อกำหนดภาวะภาษีให้สอดคล้องกัน อีกทั้งศาลสามารถใช้หลักการว่าด้วย Step Transaction Doctrine แม้ว่าธุรกรรมนั้นมีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจหรือไม่¹⁵ ซึ่งเคยเป็นข้อจำกัดของหลักการว่าด้วย Step Transaction

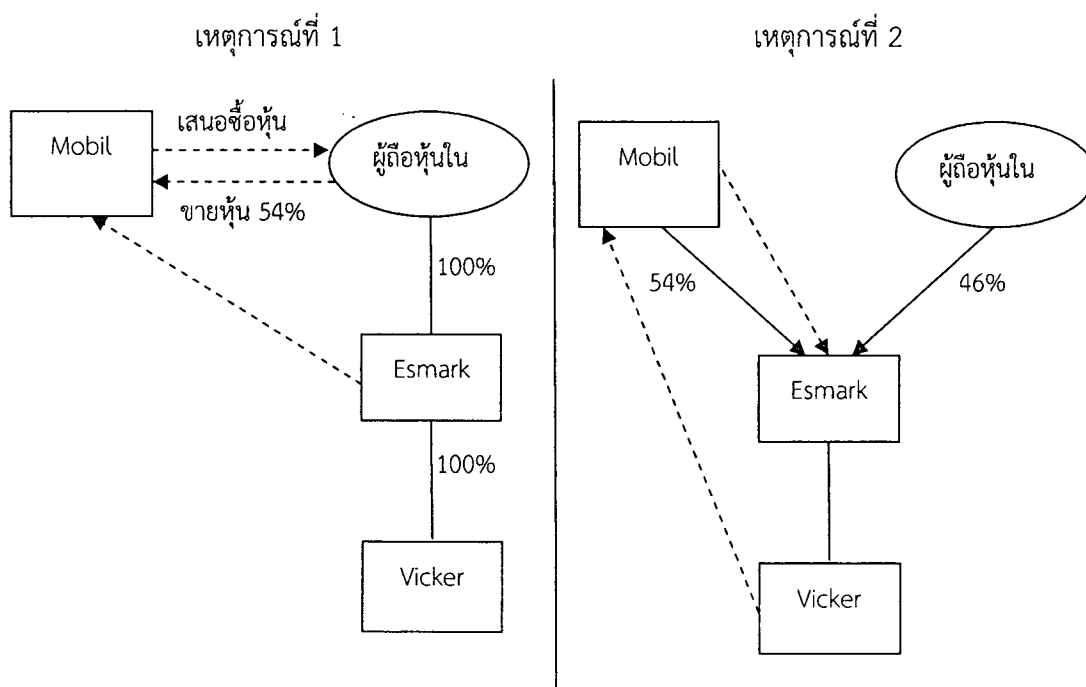
¹² *Penrod v. Commissioner*, 88 T.C. 1415 (1987), และ *King Enterprises, Inc. v. U.S.*, 418 F.2d 511 (Ct. Cl. 1969)

¹³ *Bruce v. Helvering*, 76 F.2d 442 (DC Cir. 1935) และ *Henricksen v. Braicks*, 137 F.2d 637 (9th Cir. 1943)

¹⁴ *May Broadcasting Co. v. U.S.*, 200 F.2d 852 (8th Cir. 1953)

¹⁵ *Aeroquip-Vickers, Inc. v. Commissioner*, 347 F.3d 173, 183 (6th Cir. 2003) (“ถึงแม้ว่าธุรกรรมที่มีหลายขั้นนั้นจะมีเหตุผลทางธุรกิจอยู่ แต่ธุรกรรมดังกล่าวสามารถถูกพิจารณาถือเป็นธุรกรรมเดียวโดยใช้หลักผลลัพธ์สุดท้าย”)

Doctrine ซึ่งศาลได้วางหลักการไว้ในคดี Esmark v. Commissioner¹⁶



ข้อเท็จจริง

(1) Esmark เป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ณ ขณะนั้น หุ้นของบริษัทเป็นที่น่าสนใจของนักลงทุนมาก เนื่องจากราคาหุ้นของ Esmark มีราคาต่ำกว่าสินทรัพย์ของบริษัท เพื่อป้องกันการถูกครอบงำกิจการ Esmark จึงตั้งใจปรับโครงสร้างกิจการ โดยการขาย Vicker ซึ่งมีมูลค่าสินทรัพย์สูง ซึ่งจะส่งผลให้ราคาหุ้นของ Esmark สอดคล้องกับทรัพย์สินของบริษัท และ Esmark ตั้งใจนำเงินที่ได้จากการขาย Vicker ไปซื้อหุ้นร้อยละ 54 ของหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายแล้ว เพื่อ Esmark จะมีโครงสร้างเล็กลงโดยไม่ต้องถือเงินสดมหาศาลจากการขายกิจการดังกล่าว และยังลดความสนใจของนักลงทุนอันอาจทำให้ Esmark ถูกครอบงำกิจการ

(2) Esmark ได้เปลี่ยนแปลงวิธีการดำเนินการจากการขายหุ้น Vicker และซื้อคืนหุ้นของตน โดยตกลงกับ Mobil ซึ่งเป็นผู้ต้องการซื้อ Vicker โดยทำสัญญาแลกเปลี่ยนหุ้นทั้งหมดใน Vicker กับหุ้นร้อยละ 54 ของหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายแล้ว ใน Esmark ดังนั้น Mobil จะเป็นผู้ทำคำเสนอซื้อหุ้นของ Esmark ในตลาดแทน Esmark (Tender Offer)

(3) วิธีการดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดภาวะภาษีผลได้จากทุนจากการขาย Vicker และไม่เกิดความเสียหายจากถูกครอบงำกิจการทันทีที่ Esmark ขาย Vicker ได้ เนื่องจาก Esmark จะมีเงินสดอยู่ในมือเป็นจำนวนมาก

(4) สรรพากรสหรัฐปฏิเสธการยกเว้นทางภาษีผลได้จากทุนที่ Esmark ได้ เนื่องจากธุรกรรมทั้งหมดต้องด้วยหลักการว่าด้วย Step transaction doctrine อันได้แก่ การแลกหุ้น การทำคำ

¹⁶ Esmark v. Commissioner, 90 T.C. 171 (1988), aff'd, 886 F.2d 1318 (7th Cir. 1989)

เสนอซื้อเป็นต้น เนื่องจากขั้นตอนทั้งหมดถูกสร้างขึ้นเพื่อการเลี่ยงภาษีนั่น และ Esmark ต้องเสียภาษีผลได้จากทุนจากการขายหุ้นใน Vicker ให้แก่ Mobil

คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ เขต 7

(1) ศาลเห็นว่า คำวินิจฉัยของสรรพากร เป็นการปฏิเสธความเป็นจริงทางธุรกิจ ทั้งนี้เนื่องจากในแต่ละขั้นตอนที่ได้ดำเนินการโดยผู้เสียภาษีนั่น ล้วนแต่เป็นผลทางเศรษฐกิจเป็นการถาวร (permanent) และถ้าในการที่ Esmark จะบรรลุความมุ่งหมายทางเศรษฐกิจนั้น จะทำได้ก็ต่อเมื่อมีการดำเนินการสองขั้นตอนดังกล่าว การดำเนินการดังกล่าวจะมีผลทำให้ภาวะภาษีสลดน้อยลงเพียงเท่านั้นไม่เป็นเหตุที่จะนำหลักการว่าด้วย Step Transaction Doctrine มาใช้บังคับ

(2) ศาลได้มองธุรกรรมหรือการกระทำที่สามารถเพิกเฉยหรือเป็นการกระทำที่มีนัยยะสำคัญ โดยใช้ทั้ง หลักความสัมพันธ์กันของการกระทำ, หลักความผูกพันที่ต้องกระทำ, และหลักระยะเวลาที่ผ่านไป และศาลมีความเห็นว่า ไม่สามารถทำธุรกรรมไปในรูปแบบอื่นได้นอกจากที่ปรากฏในข้อเท็จจริง

(3) ข้อสังเกต คดีนี้ ได้ถูกอ้างในคดีอื่น แต่ผลคำตัดสินไม่เป็นผลดีต่อผู้เสียภาษี แม้ว่าชั้นศาลเดียวกันกับที่พิพากษาในคดีนี้ก็ตาม¹⁷

4.1.3 หลักการว่าด้วยวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ (Business purpose doctrine)

หลักการว่าด้วยวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ (Business purpose doctrine) แม้ว่ากฎหมายจะมีได้ให้นิยามหลักการนี้ไว้ แต่หลักการนี้ถูกใช้เพื่อการแยกแยะธุรกรรมที่มีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจและธุรกรรมที่ถูกสร้างขึ้นเพียงเพื่อการเลี่ยงภาษี กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลยอมรับแต่ธุรกรรมที่สร้างขึ้นจากเจตนาเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ มิใช่ธุรกรรมที่สร้างขึ้นจากเจตนาที่มุ่งเฉพาะผลลัพธ์ทางภาษีนั่น ผลในทางวินิจฉัยหากธุรกรรมขาดวัตถุประสงค์ทางด้านธุรกิจศาลจะไม่กำหนดภาระภาษีให้ใหม่ ดังเช่นกรณีที่กำลังกล่าวมาใน 3 หลักการแรก กล่าวคือ Sham Transaction Doctrine หลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญว่ารูปแบบ และหลักการว่าด้วย Step Transaction Doctrine แต่ศาลจะเพียงปฏิเสธผลลัพธ์ทางภาษีที่เกิดจากธุรกรรมที่ปราศจากวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ

นักกฎหมายจึงให้คำนิยามหลักเกณฑ์นี้เป็นองค์ประกอบที่ไม่ได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้มีการนำมาใช้ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของธุรกรรมบางประเภทที่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร¹⁸

การพิจารณาว่าธุรกรรมเกิดจากเจตนาเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจหรือไม่นั้น ศาลจะพิจารณาว่าธุรกรรมมีศักยภาพในการสร้างกำไรนอกเหนือไปจากผลลัพธ์ทางภาษีหรือไม่ เช่นกรณี ACM

¹⁷ Schneider Estate, 855 F.2d 435 (7th Cir. 1988)

¹⁸ เกรียงเดช มาจำเนียร, “มาตรการป้องกันการเลี่ยงภาษีอากร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542), หน้า 64

Partnership v. Commissioner¹⁹ บริษัท Colgate สร้างบริษัทในต่างประเทศเพื่อสร้างผลขาดทุนและโอนผลขาดทุนให้แก่บริษัท Colgate เพื่อบริษัท Colgate จะนำผลขาดทุนไปหักกับผลได้จากทุน ศาลวินิจฉัยว่า ธุรกิจการสร้างบริษัทในต่างประเทศ เป็นธุรกิจที่สร้างขึ้นเพื่อสร้างผลขาดทุนซึ่งมิได้เกิดขึ้นจริง และเป็นไปไม่ได้เลยที่จะมีศักยภาพในการสร้างกำไรทางธุรกิจ ดังนั้นศาลจึงปฏิเสธผลขาดทุนที่บริษัท Colgate จะมาใช้ทางภาษี เนื่องจากธุรกิจนี้ขาดวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ

หลักการที่มีความทับซ้อนกับหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจมาก และถูกกำหนดให้เป็นหนึ่งในเงื่อนไขการพิจารณาว่าธุรกิจต้องสงสัยผ่านหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจหรือไม่ อันจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 4.2 เนื่องจากเป็นหลักการที่ใช้พิจารณาร่วมกับหลักการว่าด้วยเนื้อหาเศรษฐกิจซึ่งเกี่ยวข้องกับแรงจูงใจเฉพาะตัวของผู้เสียภาษีว่าผู้เสียภาษีมักมีวัตถุประสงค์อื่นในการเข้าทำธุรกรรมยิ่งไปกว่าวัตถุประสงค์เพื่อหาผลประโยชน์ทางภาษีหรือไม่ จึงเป็นการยากในการกล่าวถึงหลักการนี้เพียงหลักการเดียว

ในอดีตก่อนการนำหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ในทางหนึ่ง ศาลปฏิเสธการพิจารณาถึงเจตนาหรือมูลเหตุจูงใจของผู้เสียภาษีที่สร้างธุรกรรมขึ้นมาเพื่อการเลี่ยงภาษี และศาลยอมรับผลลัพธ์ทางภาษีที่เกิดจากธุรกรรมดังกล่าว กล่าวคือศาลกล่าวว่าผลลัพธ์ทางภาษีเป็นผลที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมมิใช่เจตนาของผู้เสียภาษีในการทำธุรกรรม²⁰ ที่ผู้เสียภาษีสร้างขึ้นศาลมักจะวินิจฉัยว่าผลลัพธ์ในเชิงภาษีอากรของธุรกรรมๆ หนึ่งไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้เสียภาษีในเข้าธุรกรรมนั้นๆ ในอีกทางหนึ่ง ศาลก็มักใช้หลักการนี้เป็นส่วนหนึ่งในหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจเพื่อปฏิเสธประโยชน์ในทางภาษีอากร หากธุรกรรมนั้น ๆ ปราศจากวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ แต่ในอีกทางหนึ่ง ศาลใช้หลักการว่าด้วยวัตถุประสงค์ทางธุรกิจปฏิเสธผลลัพธ์ทางภาษีที่เกิดจากธุรกรรมที่เกิดจากเจตนาเพื่อการเลี่ยงภาษีหรือมุ่งเน้นถึงผลลัพธ์ทางภาษีโดยปราศจากวัตถุประสงค์ทางธุรกิจซึ่งเป็นแนวทางที่ใช้ในปัจจุบัน

จากการศึกษาหลักการป้องกันการเลี่ยงภาษีที่ศาลสร้างและพัฒนาเพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษีในกลุ่มประเทศกฎหมายจารีตประเพณีนั้นมีความทับซ้อนมาก และเป็นเรื่องปกติที่ศาลที่อ้างมากกว่า 1 หลักการในการวินิจฉัยยอมรับหรือปฏิบัติผลประโยชน์ทางภาษีที่ได้เกิดจากธุรกรรมต้องสงสัย เช่น หลังจากการพิจารณาเนื้อหาของธุรกรรม หากเนื้อหาที่ศาลพบไม่เป็นที่น่าพอใจ ศาลจะอ้าง Sham transaction doctrine หรือ หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Economic substance doctrine) โดยจะกล่าวในหัวข้อ 4.2 เพื่อปฏิเสธการประโยชน์ทางภาษีแก่ผู้เสียภาษี

อย่างไรก็ตามในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงหลักการว่าด้วยวัตถุประสงค์ทางธุรกิจใน

¹⁹ ACM Partnership v. Commissioner, 157 F.3d 231 (3d. Cir. 1998) เป็นคดีที่มีการนำหลักการที่ศาลพัฒนาเพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษี (doctrine) มาใช้มากที่สุดคดีหนึ่งคือ หลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญว่ารูปแบบและหลักการว่าด้วยวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ คดีนี้เป็นคดีที่มีการวางแผนภาษีเงินได้นิติบุคคลอย่างซับซ้อน

²⁰ Rice's Toyota World v. Commissioner, 752 F. 2d 89,91-92 (4th Cir. 1985) (ผู้เสียภาษีมียศระในการสร้างธุรกรรมในการทำธุรกิจของตนเองแม้ว่ามีแรงจูงใจเพื่อการเลี่ยงภาษีก็ตาม), Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465 (1935) (เห็นได้ว่าผู้เสียภาษีไม่ได้สันนิษฐานประโยชน์เพียงเพราะธุรกรรมถูกสร้างขึ้นจากแรงจูงใจเพื่อการเลี่ยงภาษี)

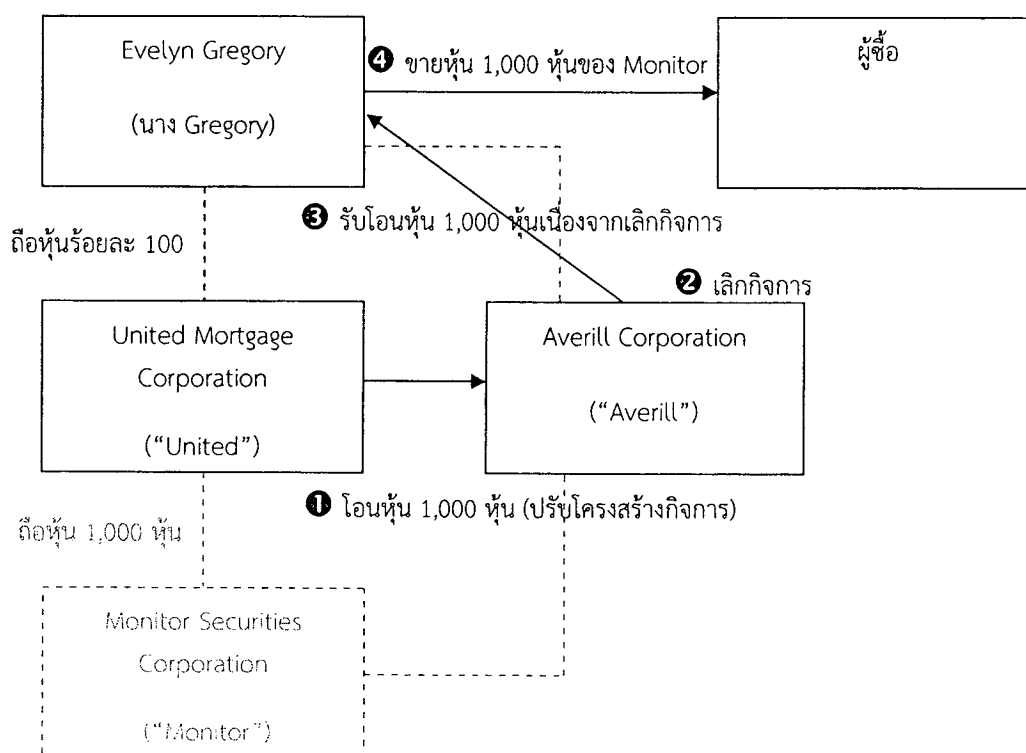
ลักษณะที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ เนื่องจาก ณ ปัจจุบันนี้ หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางธุรกิจถูกบัญญัติเป็นส่วนหนึ่งของหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจแล้ว อันจะกล่าวในหัวข้อ 4.2

4.2 หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Economic Substance Doctrine)

4.2.1 ความเบื้องต้นและความเป็นมาของหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

ศาลพัฒนาหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจตั้งแต่ปี 1935 จากคดี *Gregory v. Helvering*²¹ เพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษีในรูปแบบที่ผู้เสียภาษีสร้างธุรกรรมให้เป็นไปตามตัวอักษรและการตีความโดยทั่วไปของกฎหมายที่ใช้อ้างเป็นฐานแห่งสิทธิด้วยความมุ่งหมายเฉพาะผลลัพธ์ทางภาษีที่ต้องการ และผลของธุรกรรมดังกล่าวก็ได้สร้างเนื้อหาทางเศรษฐกิจตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

คดี *Gregory v. Helvering* เป็นคดีที่ขึ้นสู่ศาลสูงสหรัฐและเป็นคดีแรกที่ศาลวางหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ



ข้อเท็จจริง

(1) นาง Gregory ถือหุ้นทั้งหมดในบริษัท United Mortgage Corporation ("United") และ United ถือหุ้นจำนวน 1,000 หุ้นในบริษัท Monitor Securities Corporation

²¹ *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935)

(“Monitor”)

(2) นาง Gregory ต้องการที่จะขายหุ้นใน Monitor ให้แก่ผู้ซื้อ แต่ไม่ต้องการเสียภาษีสองทอด โดยทอดที่หนึ่งคือภาษีเงินได้นิติบุคคลของ United จากผลได้จากทุน (Capital Gain) และทอดที่สองคือภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของนาง Gregory เมื่อได้รับเงินปันผลจาก United

(3) เพื่อเลี่ยงภาษี ในวันที่ 18 กันยายน 1928 นาง Gregory ใช้ประโยชน์ทางภาษีจากการปรับโครงสร้างกิจการ (reorganization) ภายใต้มาตรา 112 (g) แห่งประมวลรัษฎากรปี 1928²² โดยนาง Gregory จัดตั้งและเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดใน Averill Corporation (“Averill”) และโอนหุ้น 1,000 หุ้นใน Monitor ที่แต่เดิมถือโดย United ให้แก่ Averill โดยการโอนหุ้นดังกล่าวได้รับการยกเว้นภาษีเนื่องจากการปรับโครงสร้างกิจการ

(4) ในวันที่ 24 กันยายน 1928 นาง Gregory เลิกกิจการ Averill เป็นผลให้หุ้นจำนวน 1,000 หุ้นใน Monitor โอนไปยังนาง Gregory ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเดียวของ Averill ทันที และในวันเดียวกันนั้นเอง นาง Gregory โอนขายหุ้นดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อเป็นจำนวนเงิน 133,333.33 ดอลลาร์สหรัฐ หักต้นทุนในการได้มาซึ่งหุ้นดังกล่าวเป็นจำนวนเงิน 57,325.45 ดอลลาร์สหรัฐ ดังนั้นจึงยื่นเสียภาษีผลได้จากทุนเป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น 76,007.88 ดอลลาร์สหรัฐ

(5) นาย Guy Helvering หัวหน้าสรรพากรสหรัฐอเมริกา (Commissioner of Internal Revenue) กล่าวว่า การปรับโครงสร้างกิจการของนาง Gregory ไม่มีเนื้อหาทางเศรษฐกิจ เนื่องจากนาง Gregory เป็นผู้ควบคุมทั้ง 3 บริษัท การกระทำของนาง Gregory เป็นเพียงเลือกและสร้างรูปแบบตามเงื่อนไขของกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงโครงสร้างกิจการ เพื่อนาง Gregory ได้หุ้นของ Monitor โดยได้รับการยกเว้นภาษีผลได้จากทุน ดังนั้นสรรพากรประเมินภาษีเงินได้แก่ นาง Gregory ว่าจ่ายภาษีขาดเป็นจำนวนเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ

(6) คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ (Board of Tax Appeals) กล่าวว่า สรรพากรสหรัฐประเมินภาษีไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเพิกถอนการประเมิน โดยให้เหตุผลไว้ดังนี้

(6.1) สรรพากรไม่สามารถเพิกเฉยต่อ Averill การประเมินดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดขอบเขตของกฎหมาย

(6.2) เจตนาผู้เสียภาษีไม่มีผลต่อภาระภาษีของธุรกรรมดังกล่าวเลย

(6.3) การกระทำของนาง Gregory เป็นไปตามกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการจัดรูปแบบใหม่ของกิจการในลักษณะที่กฎหมายระบุไว้

คำวินิจฉัยของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา

(1) ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ เขต 2 “Learned Hand” กล่าวว่า เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์

แต่ผู้พิพากษา Hand แสดงความไม่พอใจว่า.....“การกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของสภาองค์กรซึ่งมีต่อบทบัญญัติว่าด้วยการปรับโครงสร้างกิจการ..... ความหมายโดยรวมของประโยคเป็นมากกว่าคำแต่ละคำ เช่นเดียวกับทำนองเพลงที่ประกอบไปด้วยโน้ต

²² มาตรา 112 (g) แห่งประมวลรัษฎากรปี 1928 บัญญัติไว้ว่า “การโอนทรัพย์สินในวิสาหกิจหนึ่งให้อีกวิสาหกิจหนึ่ง ซึ่งผู้โอนและ/หรือผู้ถือหุ้น เป็นผู้มีอำนาจควบคุมวิสาหกิจที่รับโอน”

ต่างๆ และก็จะไม่มีอะไรที่จะมาเปลี่ยนแปลงทำนองที่ถูกเรียงร้อยด้วยโน้ตเหล่านี้ได้”

ผู้พิพากษา Hand ยังกล่าวต่อว่า สถานิติบัญญัติสร้างผลประโยชน์ที่นาง Gregory แสวงหา เพื่อให้ผู้มีส่วนร่วมในบริษัทสามารถโยกย้ายและจัดสรรความร่ำรวยได้โดยปราศจากการรับรู้ใดๆ

ผู้พิพากษา Hand ปฏิเสธสิทธิประโยชน์ทางภาษีตามที่นาง Gregory เรียกร้อง เนื่องจากผู้พิพากษา Hand ไม่เชื่อว่าสถานิติบัญญัติจะคาดหมายธุรกรรมดังกล่าวขณะที่บัญญัติสิทธิประโยชน์ทางภาษีเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งผู้พิพากษา Hand กล่าวต่อไปว่า “นาง Gregory แพ้คดี เพราะว่า การปรับโครงสร้างกิจการ มิได้เป็นส่วนหนึ่งของการประกอบกิจการของ United และ Averill เป็นเพียงแค่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในระยะสั้นๆ (Ephemeral Incident)” ซึ่งเกิดขึ้นเพื่อการเลี่ยงภาษี

(2) หลังจากที่ได้มีการยืนยันความคิดที่ว่า “เจตนารมณ์ของผู้เสียภาษี” ไม่ต้องนำมาประกอบการพิจารณาภาระภาษี ศาลสูงกล่าวว่า คำถามที่ว่า “สิ่งที่ทำขึ้นนั้น เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่” คำตอบที่ให้โดยศาลคือ “ความเป็นจริงก็คือความเป็นจริง และสามารถตีความได้ แต่เป็นการตีความที่เป็นไปได้ในแค่ลักษณะเดียวเท่านั้น” และศาลเห็นด้วยกับเหตุผลของ Hand โดยไม่ได้พูดตามทั้งหมด แต่เปลี่ยนแปลงการวิเคราะห์ของ Hand เล็กน้อย โดยเน้นเงื่อนไขที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า การจัดสรรหุ้นซึ่งเกิดขึ้นตามแผนการปรับโครงสร้างกิจการโดยวินิจฉัยสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของ ผู้พิพากษา Hand ว่า แผนการปรับปรุงโครงสร้างกิจการเป็นมากกว่าการปรับโครงสร้างกิจการดังที่นิยามในกฎหมาย ศาลสรุปในสองย่อหน้าว่า Averill เป็นการปลอมตัว และเป็นฉากบังหน้าที่ใช้เพื่อปกปิดแผนการอื่นที่ได้วางไว้ก่อนหน้านั้นแล้ว แต่แผนการดังกล่าวได้ถูกเปิดโปงออกมาและถูกยุติลง

4.2.2 การใช้หลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจกับธุรกรรมต้องสงสัย

4.2.2.1 ธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

จากการศึกษาพบว่า ศาลจะยกหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจขึ้นพิจารณาธุรกรรมต้องสงสัย เมื่อหลักการดังกล่าวถูกยกขึ้นในศาลโดยสรรพากร²³ แต่จากการศึกษาก็ไม่พบว่าสรรพากรได้วางหลักเกณฑ์ว่าด้วยเงื่อนไขหรือลักษณะธุรกรรมที่ต้องยกหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจขึ้นพิจารณา แต่พบคำวิจารณ์ของ Donald L. Korb อดีตหัวหน้าฝ่ายที่ปรึกษาสรรพากรสหรัฐ ให้ความเห็นเกี่ยวกับการใช้หลักการป้องกันการเลี่ยงภาษีภายใต้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีว่า “คดีส่วนใหญ่ นั้น สรรพากรสามารถพิจารณาโดยพิจารณาจากทางเทคนิคได้เลย มากกว่าการใช้หลักทางจารีตประเพณี (common law doctrine)” อย่างไรก็ตามในกรณีที่ต้องใช้ การพิจารณาธุรกรรมว่า หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจไม่ควรถูกยกขึ้นเหมือนหลักการว่าด้วยการป้องกันเลี่ยงภาษีดังเช่น หลักการอื่น ๆ ไม่ควรถือยกขึ้นเพียงเพราะสรรพากรไม่ชอบหรือไม่เห็นด้วยกับธุรกรรมต้องสงสัยเท่านั้น

* "the facts speak for themselves and are susceptible of but one interpretation,"

²³ Jasper L. Cummings, Jr., "The Supreme Court's Federal Tax Jurisprudence," ABA-SCTTAX CH I.B (2010): 155.

แต่ควรถูกยกขึ้นพิจารณาธุรกรรมให้น้อยครั้งที่สุด กล่าวคือ ควรถูกยกขึ้นเฉพาะกรณีที่ธุรกรรมต้องสงสัย สร้างผลลัพธ์ทางภาษีขัดกับเจตนารมณ์ของกองเกรซ และสามัญสำนึก²⁴

ในส่วนศาลภาษีอากรได้อธิบายมาตรการนี้ไว้ว่า

“กฎหมายภาษีอากรต้องการให้ธุรกรรมมีเนื้อหาทางเศรษฐกิจแยกต่างหากอย่างชัดเจนจากผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่เกิดจากการลดภาระทางภาษี หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจจึงถูกนำมาใช้เพื่อพิจารณาการแสวงหาผลประโยชน์ทางภาษีซึ่งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกองเกรซ”²⁵

ดังนั้นหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจเมื่อถูกยกขึ้นจากสรรพากร เพื่อให้ศาลวินิจฉัย ศาลก็ได้วางกรอบโดยที่ศาลเริ่มต้นจากการตีความบทบัญญัติที่ผู้เสียภาษีอ้างเป็นฐานในการกระทำเพื่อผลลัพธ์ทางภาษีว่าเจตนารมณ์ของกองเกรซต้องการให้มีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจของผู้เสียภาษีหรือไม่ ดังนั้น ในเบื้องต้นในการพิจารณาว่าหลักการจะสามารถนำมาวินิจฉัยประกอบธุรกรรมต้องสงสัยได้หรือไม่ ศาลจึงต้องวินิจฉัยเบื้องต้นถึงเจตนารมณ์ของกองเกรซเสียก่อน²⁶

หากศาลตีความว่าบทบัญญัติตามที่ผู้เสียภาษีอ้างนั้น กองเกรซต้องการให้มีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจของผู้เสียภาษี ศาลต้องใช้หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจวิเคราะห์ธุรกรรมต้องสงสัยให้เสร็จสิ้นเสียก่อนโดยจะพิจารณาธุรกรรมโดยการแยกประโยชน์ทางภาษีที่ผู้เสียภาษีได้รับจากเนื้อหาทางเศรษฐกิจที่เกิดจากธุรกรรมหรือประโยชน์ด้านอื่นที่บริษัทได้รับ จากนั้นศาลจึงจะทำการวิเคราะห์ว่าธุรกรรมต้องสงสัยเป็นไปตามเจตนาของบทบัญญัติที่ผู้เสียภาษีอ้างว่าเป็นฐานแห่งผลลัพธ์ทางภาษีที่กล่าวอ้าง

จากการศึกษา ศาลมิได้วางแนวทางในการค้นหาเจตนารมณ์ของกองเกรซว่าบทบัญญัติใดต้องการให้มีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจของผู้เสียภาษี แต่จากการศึกษาคดีที่ศาลใช้หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจในการวินิจฉัยคดี ศาลจะพิจารณาบทบัญญัติที่ผู้เสียภาษีอ้างเป็นฐานแห่งธุรกรรมอันเป็นที่มาของผลลัพธ์ทางภาษีโดยรวม และวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นกล่าวถึงกองเกรซต้องสร้างการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจแก่ผู้เข้าทำธุรกรรมหรือไม่ ดังเช่นคดี Gregory v. Helvering ที่ศาลอุทธรณ์และศาลสูงปฏิเสธผลลัพธ์ทางภาษีจากการปรับโครงสร้างองค์กรของนาง Gregory โดยกล่าวว่าเมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการปรับโครงสร้างองค์กรทั้งหมด กองเกรซมีเจตนาให้บริษัทสามารถโยกย้ายและจัดสรรความร่ำรวย (การเปลี่ยนแปลงทางด้านเศรษฐกิจ) ดังนั้นจึงออกบทบัญญัติให้ยกเว้นการรับรู้รายได้จากการกระทำดังกล่าวซึ่งศาลมิได้ระบุหรือบอกแหล่งข้อมูลหรือวิธีการค้นหาเจตนารมณ์ของกองเกรซแต่อย่างใด

²⁴ Donald L. Korb, “The Economic Substance Doctrine in the Current Tax Shelter Environment,” *The 2005 University of Southern California Tax Institute* (January 2005): 12.

²⁵ ACM Partnership v. Commissioner, 73 T.C.M. at 2215

²⁶ Jinyan Li, *The Economic Substance Doctrine and GAAR: A Critical and Comparative Perspective* [Online], 18 November 2005. แหล่งที่มา http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences/tax_li.pdf

แต่จากการศึกษาแนวทางของศาลและสรรพากรพบว่าศาลและสรรพากรได้วางแนวทางธุรกรรมดังต่อไปนี้จะไม่นำหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจมาพิจารณาแม้จะปรากฏว่าผู้เสียภาษีสร้างธุรกรรมเหล่านี้เพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษีเท่านั้น

ธุรกรรมที่ได้รับการยกเว้นหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

(1) ผลประโยชน์ทางภาษีที่เกิดขึ้นกับธุรกรรมนั้น เกิดขึ้นตามวัตถุประสงค์ของกองเกรซ เช่น การเครดิตภาษี (tax credit provision) เพื่อเป็นการกระตุ้นกิจกรรมบางอย่างตามนโยบายรัฐ

เช่น การเครดิตภาษีกรณีที่อยู่อาศัยของผู้มีรายได้น้อย (low-income housing credit) ตามมาตรา 42, การเครดิตภาษีกรณีการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานทดแทน ตามมาตรา 45, การเครดิตภาษีกรณีการลงทุนในตลาดใหม่ (new markets tax credit) ตามมาตรา 45D, การเครดิตภาษีกรณีการฟื้นฟูอาคาร (rehabilitation credit) ตามมาตรา 47, การเครดิตภาษีกรณีการใช้พลังงานทางเลือก ตามมาตรา 48 เป็นต้น

(2) ธุรกรรมที่เป็นปกติทางการค้าบางธุรกรรม (certain basic business transaction) ซึ่งมีคำพิพากษาและการปฏิบัติที่ยาวนานมารองรับ (longstanding judicial and administrative practice) เช่น

(2.1) การลงทุนโดยเลือกระหว่าง การลงทุนโดยเงินตนเองหรือการกู้ยืมเพื่อมาลงทุน (equity or debt)

ในระบบภาษียอมรับการลดรายได้ทางภาษีโดยการใช้ดอกเบี้ยโดยไม่ถือเป็นการเสียภาษี หากอัตราหนี้สินต่อทุน ยังอยู่ในอัตราภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่นมาตรา 163 (J) ว่าด้วยเรื่องการจัดดอกเบี้ยจากการกู้ยืมมาเป็นรายจ่ายทางภาษี

(2.2) การเลือกระหว่างการใช้บริการต่างประเทศหรือบริษัทในประเทศเพื่อการลงทุนในต่างประเทศ

ระบบภาษีสหรัฐ ภายใต้ Subchapter N and subpart F มีเกณฑ์มากมาย ยอมรับวิธีการชะลอการเสียภาษีเงินได้ที่ได้รับจากแหล่งเงินได้ต่างประเทศ โดยการทำผ่านการมีอำนาจควบคุมบริษัทต่างประเทศ

(2.3) การเลือกทำธุรกรรมเดียวหรือธุรกรรมเป็นชุด (series of transaction) เพื่อจัดตั้งองค์กรธุรกิจหรือการปรับปรุงโครงสร้างองค์กรธุรกิจภายใต้ subchapter C

การกระทำนี้ เป็นการกระทำที่ได้รับการยอมรับเป็นเวลานานแล้ว และกรณีส่วนใหญ่เป็นการสร้างหลักการโดยศาล และหลักการดังกล่าวถูกนำมาบัญญัติเป็นกฎหมาย

(2.4) การเลือกใช้คู่สัญญาที่มีความเกี่ยวข้องกัน โดยธุรกรรมนั้นต้องมีลักษณะเช่นเดียวกับที่เกิดจากการกระทำของคู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกัน (arm's length standard) ตามมาตรา 482

จากการศึกษาจึงสรุปได้ว่าไม่ใช่ทุกธุรกรรมต้องสงสัยจะถูกพิจารณาด้วยหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ แต่ต้องเป็นธุรกรรมที่ฐานแห่งสิทธิเป็นบทบัญญัติที่

กองเกรซต้องการให้มีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจของผู้เสียภาษี ซึ่งศาลก็มีได้วางหลักการในการหาเจตนาของกองเกรซหรือของกฎหมายอย่างแน่นอน เพียงแต่พิพากษาให้บางธุรกรรมเป็นธุรกรรมที่ไม่เกี่ยวข้องกับหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ ซึ่งแม้ว่าหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจที่ถูกนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายในเวลาต่อมา (โดยจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 4.2.3) ประเด็นนี้ก็ยังไม่ถูกแก้ปัญหาก็เกิดความชัดเจน อย่างไรก็ตามมาตรการดังกล่าวมักใช้กับธุรกรรมที่เพิ่มผลขาดทุนเป็น 2 เท่า หรือสร้างผลขาดทุนที่ไม่ได้เกิดผลทางเศรษฐกิจ (generate non-economic losses)

4.2.2.2 บรรทัดฐานที่ใช้ในการพิจารณาธุรกรรมต้องสงสัยโดยหลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจพัฒนาโดยศาลอุทธรณ์* ซึ่งแต่ละศาลได้กำหนดบรรทัดฐานไว้แตกต่างกัน ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในระบบภาษีเงินได้ ดังที่ศาลได้กล่าวในคดี *Collins v. Commissioner*²⁷ ว่า “หนังสือรวบรวมคดีได้เพิ่มเติมบรรทัดฐานเกินความจำเป็น และเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว บรรทัดฐานดังกล่าวมักคลุมเครือมากกว่าการทำให้เกิดความชัดเจน”

บรรทัดฐานที่ศาลใช้ในการพิจารณาธุรกรรมต้องสงสัยมี 2 เรือนไข

1) เนื้อหาทางเศรษฐกิจ หรือ objective requirement

ศาลพิจารณาธุรกรรมต้องสงสัยว่าก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจของผู้เสียภาษี นอกจากการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจที่เกิดจากผลลัพธ์ทางภาษีหรือไม่ ซึ่งวิธีการตรวจสอบที่ศาลมักยกขึ้นพิจารณาเสมอคือ “กำไรก่อนภาษีที่เป็นไปได้”²⁸ (pre-tax profit potential)

การพิจารณา “กำไรก่อนภาษีที่เป็นไปได้” จะพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างกำไรธุรกิจที่ถูกคาดการณ์ไว้อย่างสมเหตุสมผลและประโยชน์ทางภาษีที่ถูกคาดการณ์ไว้ของธุรกรรมต้องสงสัย²⁹ ซึ่งวิธีการนี้เป็นวิธีการที่ถูกนำไปบัญญัติในมาตรา 7701 (o) (2) (a)

(1.1) “กำไรก่อนภาษี” หมายถึง รายได้ทั้งหมดหักด้วยค่าธรรมนิยมและค่าใช้จ่ายอื่นซึ่งเกี่ยวข้องกับธุรกรรม

รายได้ หมายรวมถึง ประโยชน์จากการเครดิตภาษีเงินได้ ภาษีระดับรัฐ และภาษีท้องถิ่น ซึ่งรัฐมอบให้เพื่อเป็นการกระตุ้นกิจกรรมหรือการลงทุนบางอย่าง³⁰

* มีทั้งสิ้น 12 สาขาและสาขาที่ 13 เป็นศาลที่ให้บริการทั่วประเทศโดยไม่แบ่งเขต (12 Regional Circuit Court of Appeals and US. Court of Appeals for the Federal Circuit)

²⁷ *Collins v. Commissioner*, 857 F.2d 1383, 1386 (9th Cir. 1988)

²⁸ Michael S. Knoll, “Compaq Redux: Implicit Taxes and The Question of Pre-Tax Profit,” *Virginia Tax Review* 26 (2007): 821. (“กำไรก่อนภาษีที่เป็นไปได้ เป็นวิธีการที่สำคัญของลักษณะทางภาษ่วิสัย”)

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Sacks v. Commissioner*, 69 F.3d 982, 992 (9th Cir. 1995) (อนุญาตการเครดิตภาษีจากการลงทุนในพลังงานแม้ว่าเป็นธุรกรรมที่ขาดเนื้อหาทางเศรษฐกิจเนื่องจากเป็นธุรกรรมที่ไม่มีกำไรก่อนภาษี เนื่องจากการเครดิตภาษีตามกฎหมายดังกล่าวเป็นประโยชน์ที่ Congress มุ่งหมายให้แก่ผู้เสียภาษี)

ค่าธรรมเนียม หมายถึงค่าธรรมเนียมเกี่ยวข้องกับธุรกรรม
ต้องสงสัยโดยตรง ค่าธรรมเนียมที่จ่ายให้แก่ที่ปรึกษาภาษี

รายจ่ายอื่นที่เกี่ยวข้องกับกิจการ ไม่รวมถึง ดอกเบี้ยจากหนี้
ซึ่งมิได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับธุรกรรมต้องสงสัย และต้นทุนภายในของผู้เสียภาษี เช่น เวลาที่ลูกจ้างของ
ผู้เสียภาษีใช้ในการดำเนินธุรกรรมต้องสงสัย ยกเว้นค่าใช้จ่ายโดยตรงเพื่อการทำให้ธุรกรรมต้องสงสัย
สำเร็จลุล่วง

(1.2) “การคาดการณ์ไว้อย่างสมเหตุสมผล” มีความหมาย 2 นัยยะ คือ

(ก) ผลลัพธ์ที่เกิดจากการกระทำ ซึ่งการกระทำนี้เกิดขึ้น
ตามความมุ่งหมาย และมีความเป็นไปได้ว่าจะได้กระทำมากกว่าไม่ได้กระทำ

(ข) ผลลัพธ์ที่เกิดจากการคาดการณ์ตามหลักความน่าจะเป็นว่าด้วยมูลค่าที่คาดการณ์แม้ว่าจะมีเหตุการณ์ที่มีได้คาดหมายเกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น ล็อกตาลี 20
ฉบับ ราคา 1 ดอลลาร์ ผู้ชนะซึ่งเป็นดำเนินการสุ่มเลือกล็อกตาลี จะได้ราคา 20 ดอลลาร์ นักสถิติกล่าวว่า
ว่ามูลค่าที่คาดการณ์จากการซื้อล็อกตาลีเท่ากับ 1 ดอลลาร์ ซึ่งทำให้โอกาสชนะล็อกตาลี เท่ากับ 1 ใน
20 หรือ ร้อยละ 5 โดยผู้เล่นไม่มีหลักการใดที่ใช้ในการคาดการณ์ว่าล็อกตาลีที่ตนเลือกถูกหยิบออกจาก
19 ใบ

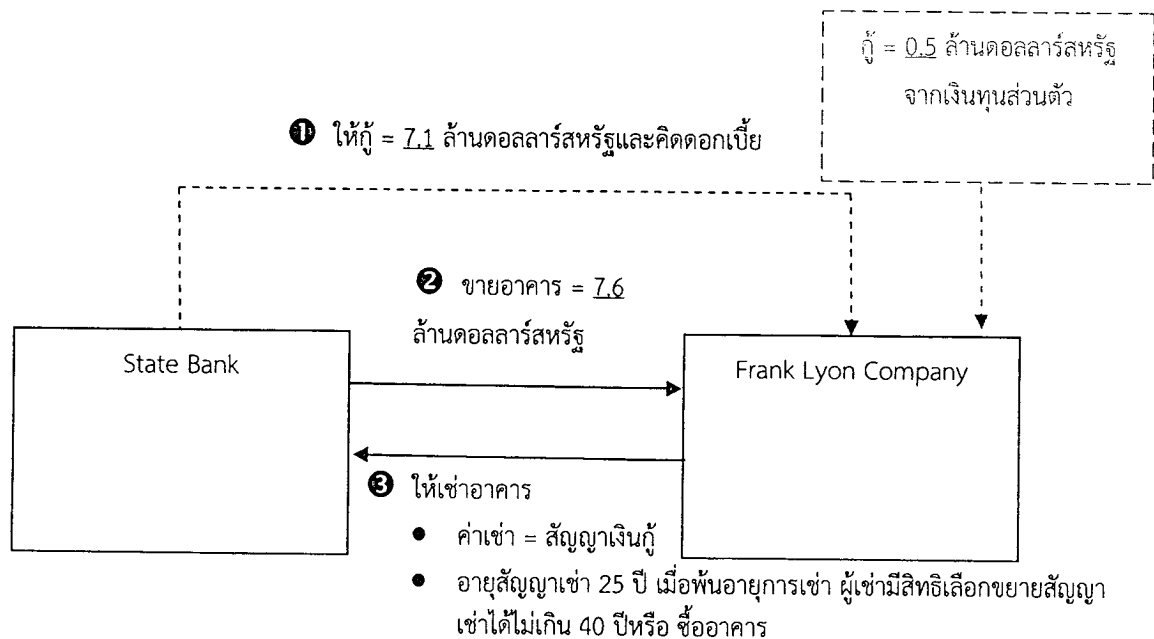
ตามตัวอย่างนี้ ถ้าไรก่อนภาษีที่ถูกคาดการณ์ไว้อย่าง
สมเหตุสมผลเท่ากับ 1 ดอลลาร์ ซึ่งศาลจะนำไปพิจารณาต่อว่าสมเหตุสมผลพอที่จะถือว่าธุรกรรมนี้มี
เนื้อหาทางเศรษฐกิจหรือไม่ ซึ่งในบางธุรกรรมก็มีการคาดการณ์ความเป็นไปได้ทางกำไรไว้ต่ำมาก แต่
หากสำเร็จกำไรก็มีมูลค่ามหาศาล เช่น สัญญาออปปันเงินตราต่างประเทศ ซึ่งในกรณีนี้ศาลจะพิจารณา
ต่อว่าผู้เสียภาษีมีความเชี่ยวชาญหรือมีที่ปรึกษาที่เป็นมืออาชีพหรือไม่ หากมี ศาลอาจเชื่อว่าสัญญา
ออปปันมีเนื้อหาทางเศรษฐกิจ มีเช่นนั้นศาลอาจพิจารณาว่าเป็นธุรกรรมที่มีการคาดการณ์กำไรไว้อย่างไม่
สมเหตุสมผล ศาลจึงอาจวินิจฉัยว่าธุรกรรมขาดเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

การพิจารณาเงื่อนไข “เนื้อหาทางเศรษฐกิจ” โดยพิจารณา “กำไรก่อน
ภาษีที่เป็นไปได้” จะช่วยผู้เสียภาษีพิสูจน์ในกรณีที่ผู้เสียภาษีอาจเข้าทำธุรกรรมที่ไม่เนื้อหาหรือสาระทาง
เศรษฐกิจแต่มีความผิดพลาดบางอย่างหรือมีความบังเอิญที่ธุรกรรมนั้นไม่สามารถสร้างกำไรก่อนภาษีได้
ซึ่งหากปราศจากวิธีการกำไรก่อนภาษีที่เป็นไปได้ธุรกรรมนั้นทางเทคนิคอาจถูกปฏิเสธผลลัพธ์ทางภาษี
เนื่องจากไม่ผ่านเงื่อนไขว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

นอกจากวิธีการกำไรก่อนภาษีที่เป็นไปได้แล้ว ยังมีวิธีการอื่นที่ศาลนำมาใช้
ในการพิจารณา เช่น หลักความมีเหตุผลทางกฎหมาย (legitimate reasons) ในการวางโครงสร้างทาง
กำไรหรือไม่ ดังที่ปรากฏใน คดี Frank Lyon Company v. United States (1978)³¹

³¹ Frank Lyon Company v. United States, 435 U.S. 561 (1978)

ข้อเท็จจริง



(1) Frank Lyon Company เข้าทำสัญญาขายและเช่ากลับในอาคารซึ่ง State Bank เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ ในการซื้ออาคารมูลค่า 7.6 ล้านดอลลาร์สหรัฐนั้น Frank Lyon Company ทำสัญญากู้ยืมเงินจาก State Bank เป็นจำนวนเงิน 7.1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และให้ State Bank เช่าอาคารดังกล่าวกลับ

(2) สัญญาเช่าระหว่าง Frank Lyon Company และ State Bank กำหนดค่าเช่า เท่ากับเงินต้นพร้อมดอกเบี้ยของเงินต้น 7.1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ตามสัญญากู้ยืมระหว่าง Frank Lyon Company และ State Bank กำหนดอายุสัญญาเช่า 25 ปี เมื่อพ้นอายุการเช่า ผู้เช่ามีสิทธิเลือกขายสัญญาเช่าได้ไม่เกิน 40 ปีหรือ ซื้ออาคารดังกล่าว

(3) Frank Lyon Company ในฐานะผู้เสียภาษีและเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอาคาร ในการคำนวณภาษีเงินได้ ใช้ค่าเสื่อมในอาคารดังกล่าวและดอกเบี้ยตามสัญญากู้ยืมเป็นค่าใช้จ่ายทางภาษี และแจ้งค่าเช่าในอาคารเป็นเงินได้ของบริษัท

ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาตัดสินให้ Frank Lyon Company ใช้ค่าเสื่อมในอาคารดังกล่าวและดอกเบี้ยตามสัญญากู้ยืมเป็นค่าใช้จ่ายทางภาษีได้ และเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยว่า

(1) การกระทำระหว่าง Frank Lyon Company และ State Bank มีกฎหมายเฉพาะที่รองรับธุรกรรมที่เกิดขึ้น กล่าวคือ รูปแบบของธุรกรรมเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายเฉพาะธุรกรรมนั้น ๆ และ

- (2) เป็นธุรกรรมที่มีภาวะภาษีให้ต้องพิจารณาโดยเฉพาะตาม
กฎหมาย (2.1) และ
- (3) เป็นธุรกรรมที่มีไข่มุ่งหมายเพื่อการเลี่ยงภาษีแต่เพียงอย่างเดียว
และ
ดังนั้น รัฐควรเคารพการจัดสรรสิทธิและหน้าที่ที่เกิดจากคู่สัญญา

นอกจากนี้ยังวิธีอื่น ๆ ที่ศาลอาจยกประกอบการพิจารณาร่วมกับวิธี
“กำไรก่อนภาษีที่เป็นไปได้” เช่น

- (1) การพิจารณาจุดเริ่มต้นกำไรขั้นต่ำก่อนภาษี ณ จุดปราศจาก
ความเสี่ยง (a minimum threshold of pre-tax profit tried to the risk-free rate of return)³²
- (2) การพิจารณาโอกาสทำกำไรของธุรกรรมทางเศรษฐกิจอย่าง
สมเหตุสมผล โดยการพิจารณาดำเนินเปรียบเทียบกำไร³³
- (3) การพิจารณาความเสี่ยงทั้งหมดที่เกิดจากธุรกรรมทั้งที่มีอยู่และไม่
มีอยู่³⁴ (overall risk of the transaction, including the presence or absence of
contingencies)

(4) การพิจารณาธุรกรรมต้องสงสัยประกอบกับสภาวะปกติของ
ในทางธุรกิจของผู้เสียภาษี³⁵ หรือความสัมพันธ์ระหว่างธุรกรรมต้องสงสัยกับกิจกรรมทางธุรกิจปกติของผู้
เสียภาษี และมีการปฏิบัติต่อธุรกรรมในลักษณะเป็นธุรกรรมปลอมหรือไม่ หากธุรกรรมถูกเชื่อมโยงกับ
การทำงานทุกวัน (day-to-day operation) หรือ เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกที่เป็นกลาง

2) หลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ หรือ an subjective requirement

หลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ เป็นวิธีการที่ศาลตรวจสอบธุรกรรมต้องสงสัย
โดยพิจารณาความคาดหมายและเหตุจูงใจของผู้เสียภาษีในการเข้าทำธุรกรรมต้องสงสัยว่า ผู้เสียภาษีม
วัตถุประสงค์สำคัญ (Substantial purpose) ในการเข้าธุรกรรม ยิ่งกว่าวัตถุประสงค์ทางภาษีหรือไม่ ซึ่ง
ผู้เสียภาษีต้องแสดงให้เห็นวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่ทางภาษีอากร

³² Charlene D. Luke, “Risk, Return, and Objective Economic Substance,” *Virginia Tax Review* 27 (2008): 795.

³³ Long Term Capital Holdings v. United States, No. 3:01CV1290 (2d Cir.)

³⁴ David P. Hariton, “When and How Should the Economic Substance Doctrine Be Applied?,” *Tax Law Review* 60 (2007): 53-54., Charlene D. Luke, “Risk, Return, and Objective Economic Substance,” *Virginia Tax Review* 27 (2008): 804., Michael S. Knoll, “Compaq Redux: Implicit Taxes and The Question of Pre-Tax Profit,” *Virginia Tax Review* 26 (2007): 854-55.

³⁵ Joseph Bankman, “The Economic Substance Doctrine,” *Southern California Law Review* 5 (2000): 17.

การค้นหาเจตนาของผู้เสียภาษีหรือการหาวัตถุประสงค์ทางธุรกิจจากรูกรวมต้องสงสัยนั้น เนื่องจากการพิสูจน์เจตนาเป็นเรื่องนามธรรมธรรม ดังนั้นดังที่กล่าวในหัวข้อ 4.1.4 หลักการว่าด้วยวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ คือ การพิจารณาจากศักยภาพในการสร้างกำไรทางธุรกิจของรูกรวมต้องสงสัย ซึ่งในตอนนี้จะมีความทับซ้อนกับการพิจารณาเนื้อหาทางเศรษฐกิจ แต่เป็นการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยว่าผู้เสียภาษีเข้าทำรูกรวมต้องสงสัยโดยมีวัตถุประสงค์อื่นที่มีใช้ผลประสงค์ทางภาษีอากรอย่างสมเหตุสมผลหรือไม่³⁶ และต้องมีการพิจารณาหลักฐานอื่นเพิ่มเติม เช่น การประชุมภายใน บันทึกการประชุม email รวมถึงบันทึกคำให้การ เพื่อประกอบการพิจารณาเจตนาของผู้เสียภาษี

อย่างไรก็ตามประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ วัตถุประสงค์ที่มีใช้ทางภาษีสำคัญขนาดไหน ศาลก็ไม่ให้ความชัดเจน แต่ศาลได้กล่าวว่า วัตถุประสงค์ทางธุรกิจ มิได้หมายถึงการเข้าทำรูกรวมต้องปราศจากการพิจารณาหรือการคำนึงด้านภาษีเลย แต่มีความสุจริตในการแสวงหากำไรทางธุรกิจ³⁷

ดังที่กล่าวข้างต้น ศาลอุทธรณ์ต่างสร้างเงื่อนไขในการรูกรวมต้องสงสัย ซึ่งก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในระบบภาษีเงินได้ กล่าวคือในการพิจารณาว่ารูกรวมต้องสงสัยมีเนื้อหาทางเศรษฐกิจหรือไม่นั้น บางศาลกำหนดให้รูกรวมต้องสงสัยต้องผ่านทั้ง 2 เงื่อนไข คือ เนื้อหาทางเศรษฐกิจ และ หลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ แต่บางศาลกำหนดให้รูกรวมต้องสงสัย ผ่านเงื่อนไขข้อใดเงื่อนไขหนึ่ง คือ เนื้อหาทางเศรษฐกิจ หรือ หลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ ก็ถือว่ารูกรวมต้องสงสัยมีเนื้อหาทางเศรษฐกิจแล้ว

ก) กรณีศาลกำหนดว่าต้องผ่านทั้ง 2 เงื่อนไขหรือ Conjunctive test เป็นหลักการที่ใช้ในศาลอุทธรณ์ที่ 1, 7, 11 และศาลอุทธรณ์รัฐบาลกลาง (Federal Circuits) และเป็นกรอบที่ถูกนำมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ซึ่งเป็นมาตรฐานที่เข้มงวดที่สุดที่ใช้ในศาลอุทธรณ์³⁸

ตัวอย่างคดีที่ศาลใช้ทั้ง 2 เงื่อนไขในการพิจารณารูกรวมต้องสงสัย

คดี Stobie Creek Investments, LLC v. United States (2008)³⁹ ในคดีนี้ผู้เสียภาษีพยายามเลี่ยงภาษีจากผลได้จากทุนที่ได้จากการขายกิจการ โดยการสร้างผลขาดทุนปลอมเพื่อลดกำไรจากการกำไรจากการขายกิจการ

³⁶ Compaq Computer Corp. v. Commissioner, 113 T.C. 214 (1999).

³⁷ UPS v. Commissioner 254 F.3d 1014 (11th Cir. 2001)

³⁸ Congress blows whistle on economic substance [Online], 31 กรกฎาคม 2555 แหล่งที่มา [http://www.internationaltaxreview.com/Article/2641853/Search/Congress-blows-whistle-on-economic-substance.html?Keywords=congress+blow+whistle+on+economic+substance&OrderType=1&PartialFields=\(CATEGORYIDS%3a10329\)&tabSelected=True&Brand=ITR](http://www.internationaltaxreview.com/Article/2641853/Search/Congress-blows-whistle-on-economic-substance.html?Keywords=congress+blow+whistle+on+economic+substance&OrderType=1&PartialFields=(CATEGORYIDS%3a10329)&tabSelected=True&Brand=ITR)

³⁹ Stobie Creek Investments, LLC v. United States, 82 Fed. Cl. 636 (2008) ใน Patricia Lampreave, An Assessment of the Anti-Tax Avoidance Doctrines in the United States and the European Union [Online], 16 พฤศจิกายน 2555. แหล่งที่มา <http://ssrn.com/abstract=2026120>

ศาลวินิจฉัยว่าธุรกรรมนี้ปราศจากเนื้อหาทางเศรษฐกิจโดยสิ้นเชิง และพิพากษาให้ผู้เสียหายต้องชำระภาษีที่ขาดพร้อมเบี้ยปรับ ศาลวางหลักว่า “ในการใช้หลักเนื้อหาทางเศรษฐกิจนั้น ถ้าศาลพบว่าธุรกรรมนั้นปราศจากเนื้อหาทางเศรษฐกิจโดยสิ้นเชิงตามความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ ก็ย่อมไม่มีผลประโยชน์ด้านการเงินที่เกิดขึ้นจริงนอกเหนือไปจากผลประโยชน์ทางภาษี หรือก็ย่อมไม่มีความเป็นไปได้ทางกำไรเกิดขึ้น ศาลจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ อีก ในทางกลับกัน หากธุรกรรมถูกสร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางด้านภาษีเท่านั้น วัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจก็นำสืบยอมเป็นของปลอม

ข) กรณีศาลกำหนดให้ผ่านเงื่อนไขเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (an objective requirement) หรือ เงื่อนไขวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ (Conjunctive test) หรือ Disjunctive test

เป็นหลักการที่ใช้ในศาลอุทธรณ์เขต 2 , 4 , 8 , D.C Circuits
ธุรกรรมถือว่ามีเนื้อหาทางเศรษฐกิจหากธุรกรรมมี “เนื้อหาทางเศรษฐกิจ” หรือ “วัตถุประสงค์ทางธุรกิจ”

Patricia Lampreaev ให้ความเห็นว่า “กรณีนี้ เป็นกรณีที่มีความยืดหยุ่นมากกว่ากรณีที่ศาลกำหนดให้ต้องผ่านทั้ง 2 เงื่อนไข เนื่องจากอนุญาตให้ผู้เสียหายพิสูจน์ “เนื้อหาทางเศรษฐกิจ” หรือ “วัตถุประสงค์ทางธุรกิจ” เพียงเงื่อนไขเดียว”

4.2.3 การบัญญัติหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

มาตรา 1409 ตามกฎหมายว่าด้วยการประกันสุขภาพและการศึกษา ค.ศ. 2010 (Health Care and Education Reconciliation Act of 2010) ได้บัญญัติเพิ่มมาตรา 7701 (o) ว่าด้วยมาตรการเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Economic substance doctrine) และบทลงโทษในกรณีธุรกรรมขาดเนื้อหาทางเศรษฐกิจ โดยให้เริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2553

นาย Eric Toder ผู้อำนวยการสำนักนโยบายภาษีอากร Urban-Brooking กล่าวว่า “มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีหลักในการเพิกถอนสิทธิในกฎหมายภาษีอากร” และยังคงกล่าวเพิ่มเติมอีกว่า “หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการกับสถานการณ์ที่ผู้เสียหายกระทำบางอย่างตามกฎหมายแต่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Spirit of the Law)”⁴⁰

การนำหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการนำแนวทางที่ศาลได้วางไว้มากมายมากำหนดให้เกิดความแน่นอนและชัดเจนในการใช้พิจารณาธุรกรรมต้องสงสัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความไม่แน่นอนที่เกิดจากกรณีที่บางศาลกำหนดว่าต้องผ่านทั้ง 2 เงื่อนไขหรือ Conjunctive test แต่บางศาลให้ผ่านเพียงเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งหรือ disjunctive test

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

4.2.3.1 บทบัญญัติว่าด้วยหลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

มาตรา 7701 (o) แห่งประมวลรัษฎากรสหรัฐอเมริกา (Internal revenue code) ว่าด้วยหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ⁴¹

⁴¹ 7701 (o) CLARIFICATION OF ECONOMIC SUBSTANCE DOCTRINE. --

(1) APPLICATION OF DOCTRINE. -- In the case of any transaction to which the economic substance doctrine is relevant, such transaction shall be treated as having economic substance only if -- (A) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer's economic position, and (B) the taxpayer has a substantial purpose (apart from Federal income tax effects) for entering into such transaction.

(2) SPECIAL RULE WHERE TAXPAYER RELIES ON PROFIT POTENTIAL. --

(A) IN GENERAL. -- The potential for profit of a transaction shall be taken into account in determining whether the requirements of subparagraphs (A) and (B) of paragraph (1) are met with respect to the transaction only if the present value of the reasonably expected pre-tax profit from the transaction is substantial in relation to the present value of the expected net tax benefits that would be allowed if the transaction were respected.

(B) TREATMENT OF FEES AND FOREIGN TAXES. -- Fees and other transaction expenses shall be taken into account as expenses in determining pre-tax profit under subparagraph (A). The Secretary shall issue regulations requiring foreign taxes to be treated as expenses in determining pre-tax profit in appropriate cases.

(3) STATE AND LOCAL TAX BENEFITS. -- For purposes of paragraph (1), any State or local income tax effect which is related to a Federal income tax effect shall be treated in the same manner as a Federal income tax effect.

(4) FINANCIAL ACCOUNTING BENEFITS. -- For purposes of paragraph (1)(B), achieving a financial accounting benefit shall not be taken into account as a purpose for entering into a transaction if the origin of such financial accounting benefit is a reduction of Federal income tax.

(5) DEFINITIONS AND SPECIAL RULES. -- For purposes of this subsection --

(A) ECONOMIC SUBSTANCE DOCTRINE. -- The term "economic substance doctrine" means the common law doctrine under which tax benefits under subtitle A with respect to a transaction are not allowable if the transaction does not have economic substance or lacks a business purpose.

(B) EXCEPTION FOR PERSONAL TRANSACTIONS OF INDIVIDUALS. -- In the case of an individual, paragraph (1) shall apply only to transactions entered into in connection with a trade or business or an activity engaged in for the production of income.

(C) DETERMINATION OF APPLICATION OF DOCTRINE NOT AFFECTED. -- The determination of whether the economic substance doctrine is relevant to a transaction shall be made in the same manner as if this subsection had never been enacted.

(D) TRANSACTION. -- The term "transaction" includes a series of transactions.

“มาตรา 7701 (o) หลักการว่าด้วยสาระสำคัญทางเศรษฐศาสตร์

(1) ว่าด้วยการใช้มาตรการ

หากธุรกรรมนั้นเกี่ยวข้องกับหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ ธุรกรรมนั้นจะถือว่ามีเนื้อหาทางเศรษฐศาสตร์ หาก

(a) หากธุรกรรมได้เปลี่ยนแปลงตำแหน่งทางเศรษฐกิจของผู้เสีย ภาษีอย่างมีนัยสำคัญ (meaning way) นอกจากผลทางด้านภาษี และ

(b) หากผู้เสียภาษีมีวัตถุประสงค์สำคัญ (substantial purpose) ในการเข้าธุรกรรม ยิ่งกว่าวัตถุประสงค์ทางภาษี

(2) บทเฉพาะ กรณีผู้เสียภาษีอาศัยความเป็นไปได้ทางกำไร (profit potential)

(a) บททั่วไป

ความเป็นไปได้ทางกำไรของธุรกรรมจะถูกนำมาพิจารณาว่า ธุรกรรมผ่านเงื่อนไขตามข้อ (1) (ก) และ (ข) หากค่าปัจจุบันของกำไรก่อนหักภาษีที่พึงคาดหมายอย่างมี สมเหตุสมผลจากธุรกรรมมีนัยสำคัญกว่าค่าปัจจุบันของผลประโยชน์ทางภาษีที่พึงคาดหมายได้ ได้รับการ อนุญาตให้ใช้ หากธุรกรรมนั้นได้รับการยอมรับ

(b) การปฏิบัติต่อค่าธรรมเนียมและภาษีต่างประเทศ

ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายเนื่องจากธุรกรรมอื่น ๆ ต้อง นำมารวมเป็นค่าใช้จ่ายในการคำนวณกำไรก่อนหักภาษีตาม (a) ทั้งนี้เลขาธิการผู้มีหน้าที่ (the secretary) ต้องออกกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการนำภาษีต่างประเทศมาเป็นค่าใช้จ่ายในการคำนวณกำไรก่อน หักภาษีในกรณีที่เหมาะสม

(3) ผลประโยชน์ด้านภาษีรัฐและภาษีท้องถิ่น

เพื่อวัตถุประสงค์ตาม (1) ผลจากภาษีเงินได้ระดับรัฐหรือระดับ ท้องถิ่น ซึ่งเกี่ยวข้องกับผลจากภาษีรัฐบาลกลางให้ปฏิบัติเช่นเดียวกับผลจากภาษีเงินได้

(4) ผลประโยชน์จากบัญชีการเงิน (Financial accounting benefits)

เพื่อวัตถุประสงค์ข้อ (1) (b) ผลประโยชน์จากการลงบัญชีการเงิน ต้องไม่นำมาใช้พิจารณาเป็นวัตถุประสงค์ในการเข้าธุรกรรม ถ้าผลประโยชน์จากการลงบัญชีการเงินลด ภาษีเงินได้

(5) คำนิยามและบทเฉพาะ

(a) หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

“หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ” หมายถึงหลักการ ตามกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งภายใต้หลักกฎหมายดังกล่าวนั้น ผลประโยชน์ทางภาษีจากธุรกรรมจะ ไม่ได้รับการยอมรับ หากธุรกรรมนั้นปราศจากเนื้อหาทางเศรษฐกิจหรือวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ

(b) ข้อยกเว้นสำหรับธุรกรรมส่วนบุคคลโดยบุคคลธรรมดา

ในกรณีบุคคลธรรมดา (1) จะนำมาพิจารณาเฉพาะการเข้าทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าขายหรือธุรกิจหรือกิจกรรมที่ก่อให้เกิดรายได้

(c) การตัดสินใจใช้หลักการไม่กระทบถึง

การตัดสินใจว่าหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจเกี่ยวข้องกับธุรกรรมหรือไม่ ให้ตัดสินราวกับหลักการมิได้ถูกบัญญัติเป็นกฎหมาย

(d) ธุรกรรม

“ธุรกรรม” หมายรวมถึง ชุดของธุรกรรม (series of transaction)

4.2.3.2 บทลงโทษเกี่ยวกับหลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

วัตถุประสงค์ในการกำหนดบทลงโทษ เพื่อให้ผู้เสียภาษีตระหนักถึงเนื้อหาทางเศรษฐกิจมากกว่าประโยชน์ทางภาษี ก่อนการทำธุรกรรม มีผู้กล่าวว่าบทลงโทษนี้ “เพื่อเปลี่ยนผลประโยชน์และขัดขวางพฤติกรรมของผู้เสียภาษีที่รุนแรง (aggressive taxpayer behavior)”⁴² เนื่องจากกำหนดให้เป็นบทลงโทษเด็ดขาด

ก) เบี้ยปรับร้อยละ 20 ของภาษีที่ชำระขาด

“มาตรา 6662 แห่งประมวลรัษฎากรสหรัฐอเมริกา บัญญัติเกี่ยวกับ เบี้ยปรับจากการการจ่ายภาษีต่ำกว่าที่ต้องจ่าย”⁴³

(A) เบี้ยปรับ

กรณีต้องด้วยมาตรานี้ การแสดงภาษีขาดในแบบแสดงรายการภาษี ให้เสียเบี้ยปรับร้อยละ 20 ของจำนวนภาษีที่ขาด

(B) ภาษีที่ชำระขาดที่ต้องด้วยมาตรานี้

⁴² Janice Eiseman, New Code Provision on the Economic Substance Doctrine [Online], 11 พฤศจิกายน 2553. แหล่งที่มา: <http://www.aicpa.org/publications/newsletters/aicpacpainsider/2010/jun21/pages/newcodeprovisionontheeconomicssubstancedoctrine.aspx>

⁴³ 26 USC § 6662 - Imposition of accuracy-related penalty on underpayments

(a) Imposition of penalty

If this section applies to any portion of an underpayment of tax required to be shown on a return, there shall be added to the tax an amount equal to 20 percent of the portion of the underpayment to which this section applies.

(b) Portion of underpayment to which section applies

.....

(6) Any disallowance of claimed tax benefits by reason of a transaction lacking economic substance (within the meaning of section 7701 (o)) or failing to meet the requirements of any similar rule of law.

.....

.....
 (e) การปฏิเสธการกระทำใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่ง
 ผลประโยชน์ทางภาษี เนื่องจากธุรกรรมนั้นขาดเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (ตามมาตรา 7701 (o))

.....”

มาตรา 6662 (B) (e) แห่งประมวลรัษฎากรสหรัฐอเมริกา ได้
 กำหนดเบี้ยปรับร้อยละ 20 ของการชำระภาษีขาดเนื่องจากธุรกรรมขาดเนื้อหาทางเศรษฐกิจตามมาตรา
 7701 (o) กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากการชำระภาษีขาดเกิดขึ้นเนื่องจากรายจ่ายใดๆ ซึ่งผู้เสียภาษีนำมาใช้ใน
 การคำนวณภาษี แต่ต่อมาถูกปฏิเสธโดยสรรพากรสหรัฐอเมริกาเนื่องจากเชื่อว่าเป็นรายจ่ายจากธุรกรรมที่
 ปราศจากเนื้อหาทางเศรษฐกิจ ผู้เสียภาษีต้องเสียเบี้ยปรับร้อยละ 20 ของเงินภาษีส่วนที่ชำระขาด
 ดังกล่าว

ข) ปราศจากเหตุผลในการโต้แย้ง

“มาตรา 6664 แห่งประมวลรัษฎากรสหรัฐอเมริกา บัญญัติ
 เกี่ยวกับ นิยามและหลักเฉพาะ⁴⁴

.....

(c) เหตุซึ่งเป็นข้อยกเว้นการชำระภาษีขาด

(1) กรณีทั่วไป

หากส่วนที่ขาดนั้น ผู้เสียภาษีแสดงได้ว่าได้กระทำ
 โดยสุจริต ส่วนภาษีที่ขาดนั้น ไม่ต้องด้วยเบี้ยปรับตามมาตรา 6662 หรือ มาตรา 6663

(2) ข้อยกเว้น

กรณีตาม (1) ไม่สามารถใช้กับกรณีส่วนที่ชำระภาษี
 ขาดที่เกิดจากธุรกรรมภายใต้มาตรา 6662 (b) (6)”

.....”

ได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา 6664 (c) (2) ว่า “เหตุผลและ
 หลักสุจริต” ไม่สามารถยกขึ้นเพื่อโต้แย้งเบี้ยปรับตามมาตรา 6664 (c) (1) หากเป็นกรณีภาษีส่วนที่ขาด

⁴⁴ 26 USC § 6664 - Definitions and special rules

.....

(c) Reasonable cause exception for underpayments

(1) In general.

No penalty shall be imposed under section 6662 or 6663 with respect to any portion of
 an underpayment if it is shown that there was a reasonable cause for such portion and that the
 taxpayer acted in good faith with respect to such portion.

(2) Exception

Paragraph (1) shall not apply to any portion of an underpayment which is attributable
 to one or more transactions described in section 6662 (b)(6).

.....

เกี่ยวข้องตั้งแต่ 1 ธุรกรรมขึ้นไปภายใต้มาตรา 6662 (B) (6) ซึ่งเป็นธุรกรรมที่ปราศจากเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

บทลงโทษนี้ เป็นความรับผิดเด็ดขาด (Strict liability penalty) ตามมาตรา 6664 (c) (2) และ (d) (2) เนื่องจากไม่สามารถเหตุผลขึ้นโต้แย้งได้ (no reasonable cause exception to the application of the penalty)⁴⁵

4.2.4 ข้อวิจารณ์การใช้หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจในฐานะกฎหมายลายลักษณ์อักษร

4.2.4.1 ข้อดีการนำหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจในฐานะกฎหมายลายลักษณ์อักษร

(1) การบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรทำให้ทุกศาลใช้หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจเป็นแนวทางเดียวกัน⁴⁶

เนื่องจากหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจเป็นหลักการที่พัฒนาโดยศาลอุทธรณ์ซึ่งมีทั้งหมด 13 ศาลซึ่งแต่ละศาลได้กำหนดเงื่อนไขและวิธีในการตรวจสอบธุรกรรมต้องสงสัยจะเกิดความไม่แน่นอนในระบบภาษีเงินได้ เช่น กรณีบางศาลกำหนดว่าต้องผ่านทั้ง 2 เงื่อนไข หรือ Conjunctive test ซึ่งเป็นหลักที่มีความเข้มงวดมากกว่ากรณีที่ศาลกำหนดให้ผ่านหลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจหรือเนื้อหาทางเศรษฐกิจ หรือ Disjunctive test ดังนั้นย่อมเกิดความไม่ยุติธรรมแต่ระหว่างผู้เสียภาษีที่ต้องถูกพิจารณาจาก Conjunctive test และผู้เสียภาษีถูกพิจารณาจากหลักเกณฑ์ Disjunctive test ซึ่งเป็นหลักที่มีความยืดหยุ่นมากกว่า

(2) กำหนดความชัดเจนและขยายขอบเขตของหลักการว่าเนื้อหาทางเศรษฐกิจให้ครอบคลุมถึงภาษีระดับรัฐ หมายถึง ครอบคลุมถึงธุรกรรมที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ทางภาษีระดับรัฐและภาษีท้องถิ่น

(3) การนำมาตราการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมายนอกจากทำให้กฎหมายมีความชัดเจนยิ่งขึ้น ยังทำให้ได้เปลี่ยนแนวทางการพิจารณาของศาล

ดังที่อดีตเจ้าหน้าที่สรรพากรสหรัฐ (tax practitioner) และปัจจุบันเป็นอาจารย์สอนกฎหมายภาษีอากรที่ university of southern California Law School นาย ED Kleinbard ให้ความเห็นว่าหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจที่นำมาบัญญัติเป็นกฎหมายที่

⁴⁵ Janice Eiseman, New Code Provision on the Economic Substance Doctrine [Online], 11 พฤศจิกายน 2553. แหล่งที่มา: <http://www.aicpa.org/publications/newsletters/aicpacpainsider/2010/jun21/pages/newcodeprovisionontheeconomicssubstancedoctrine.aspx>

⁴⁶ Edwards Angell Palmer & Dodge LLP, Economic Substance Doctrine Codified in the Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 - Business Transactions Subject to New Standards to Obtain Tax Benefits and Avoid Penalties [Online], 8 พฤศจิกายน 2555. แหล่งที่มา <http://www.edwardswildman.com/files/News/d4dcbf3-432f-4757-9e94-08cac1bd2a51/Presentation/NewsAttachment/fd1d4571-4ad5-45ab-aec8-0a960a86da32/2010-CA-EconomicSubstanceDoctrine.pdf>

สร้างหลักการตีความกฎหมายของศาล โดยกล่าวว่าภาษาที่ปรากฏในกฎหมายมาจากการกลั่นกรองจากกรณีข้อพิพาท (case law) อย่างยุติธรรมตรงตามเป้าหมาย (fair distillation) และเป็นความเห็นของศาลอุทธรณ์โดยส่วนใหญ่”⁴⁷

นอกจากเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้ว ศาลสามารถนำแนวทางวิธีการที่ศาลเคยใช้มาร่วมประกอบการพิจารณาได้ เนื่องจากกฎหมายมิได้ห้าม ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 7701 (0) (5) (c) ดังนั้น การนำหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจมาบัญญัติเป็นกฎหมายย่อมไม่เปลี่ยนแปลงผลลัพธ์ของหลักการนี้

(4) บทกำหนดโทษเด็ดขาด เป็นผลให้ผู้เสียภาษีต้องพิจารณาไตร่ตรองมากยิ่งขึ้นก่อนการสร้างธุรกรรมเพื่อมุ่งผลลัพธ์ทางภาษี และต้องตระหนักความมีอยู่ของเนื้อหาทางเศรษฐกิจของธุรกรรมที่จะสร้างด้วย⁴⁸

(5) The joint committee on Taxation (“JCT”) คาดว่า หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจจะสร้างรายได้ให้กับรัฐ 4.5 พันล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐมากกว่า 10 ปี⁴⁹

(6) หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ ไม่ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ทางภาษีที่ไปเป็นตามเจตนารมณ์ของกองเกรซ และผลประโยชน์ดังกล่าวไม่สามารถถูกปฏิเสธโดยหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจภายใต้มาตรา 7701 (o)⁵⁰

4.2.4.2 ความคลุมเครือไม่ชัดเจนของมาตรา 7701 (0)

(1) ความไม่ชัดเจนว่าธุรกรรมใดเป็นธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (มาตรา 7701 (o))

⁴⁷ Congress blows whistle on economic substance [Online], 31 กรกฎาคม 2555 แหล่งที่มา [http://www.internationaltaxreview.com/Article/2641853/Search/Congress-blows-whistle-on-economic-substance.html?Keywords=congress+blow+whistle+on+economic+substance&OrderType=1&PartialFields=\(CATEGORYIDS%3a10329\)&tabSelected=True&Brand=ITR](http://www.internationaltaxreview.com/Article/2641853/Search/Congress-blows-whistle-on-economic-substance.html?Keywords=congress+blow+whistle+on+economic+substance&OrderType=1&PartialFields=(CATEGORYIDS%3a10329)&tabSelected=True&Brand=ITR)

⁴⁸ Janice Eiseman, New Code Provision on the Economic Substance Doctrine [Online], 11 พฤศจิกายน 2553. แหล่งที่มา: <http://www.aicpa.org/publications/newsletters/aicpacpainsider/2010/jun21/pages/newcodeprovisionontheeconomicsubstancedoctrine.aspx>

⁴⁹ Congress blows whistle on economic substance [Online], 31 กรกฎาคม 2555 แหล่งที่มา [http://www.internationaltaxreview.com/Article/2641853/Search/Congress-blows-whistle-on-economic-substance.html?Keywords=congress+blow+whistle+on+economic+substance&OrderType=1&PartialFields=\(CATEGORYIDS%3a10329\)&tabSelected=True&Brand=ITR](http://www.internationaltaxreview.com/Article/2641853/Search/Congress-blows-whistle-on-economic-substance.html?Keywords=congress+blow+whistle+on+economic+substance&OrderType=1&PartialFields=(CATEGORYIDS%3a10329)&tabSelected=True&Brand=ITR)

⁵⁰ Edwards Angell Palmer & Dodge LLP, Economic Substance Doctrine Codified in the Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 - Business Transactions Subject to New Standards to Obtain Tax Benefits and Avoid Penalties [Online], 8 พฤศจิกายน 2555. แหล่งที่มา <http://www.edwardswildman.com/files/News/d4dcfbf3-432f-4757-9e94-08cac1bd2a51/Presentation/NewsAttachment/fd1d4571-4ad5-45ab-aec8-0a960a86da32/2010-CA-EconomicSubstanceDoctrine.pdf>

เนื่องจากศาลมิได้วางหลักการเพื่อค้นหาเจตนาจริงของกองเกรซ ว่าบทบัญญัติใดต้องการให้มีการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจของผู้เสียภาษี ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนต่อผู้เสียภาษีมาตลอดว่าธุรกรรมของตนตกอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจหรือไม่ และแม้หลักการนี้ถูกนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายแล้วก็ตาม แต่สรรพากรสหรัฐก็แสดงเจตนาชัดเจนว่าจะไม่ออก guidance เพื่อกำหนดธุรกรรมที่เกี่ยวข้องหลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจ อีกทั้งสรรพากรมีคำสั่งภายในไม่อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ตอบข้อหารือในประเด็นกล่าวอีกด้วย⁵¹ ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการพิจารณานั้น ต้องพิจารณาเป็นรายธุรกรรมประกอบกับธุรกรรมที่ศาลเคยวินิจฉัยว่าไม่อยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.2.2.1

อย่างไรก็ตามสภาพนายความและสมาคมนักบัญชีได้เสนอวิธีการพิจารณาธุรกรรมว่าตกอยู่ภายใต้หลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจเป็นลำดับขั้นตอนดังนี้⁵²

(1.1) พิจารณาว่าธุรกรรมเกิดขึ้นจริงหรือเป็นเพียงการจัดทำเอกสารเท่านั้น โดยการใช้วิธีการตามกฎหมายจารีตประเพณีเกี่ยวกับการค้นหาข้อเท็จจริง กล่าวคือ ใช้หลักการอื่น ๆ ภายใต้ Sham Transaction Doctrine ก่อน หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ คือ หลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ และ หลักการว่าด้วย Step transaction doctrine

ขั้นตอนที่ 1 เป็นขั้นตอนที่ทุกธุรกรรมต้องสงสัยหรือทุกการกระทำควรได้รับการตรวจสอบว่าเกิดขึ้นจริงหรือไม่ หากไม่แล้วย่อมไม่จำเป็นต้องตรวจสอบด้วยหลักการหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจอีก⁵³ ซึ่งศาลได้กล่าวว่าเมื่อไม่ปรากฏธุรกรรมหรือการกระทำที่เกิดขึ้นจริง จึงไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาว่าการเข้าทำธุรกรรมเป็นไปเพื่อกำไรทางธุรกิจหรือไม่อีกต่อไป⁵⁴ เช่น กรณีที่ผู้เสียภาษีสร้างผลขาดทุนขึ้นจากการซื้อขายสินค้าประเภทผลิตผลทางการเกษตรและทองในตลาดหลักทรัพย์ลอนดอน แต่เมื่อศาลพบข้อเท็จจริงว่า ในช่วงเวลาที่ผู้เสียภาษีอ้างไม่ปรากฏการซื้อขายผลิตผลทางการเกษตรหรือทอง รวมถึงไม่ปรากฏราคาในสัญญาซื้อขายล่วงหน้าบนสินค้าตามอ้าง อีกทั้งศาลพบว่าบันทึกการซื้อขายของผู้เสียภาษีถูกจัดทำขึ้น รวมถึงผู้เสียภาษีไม่สามารถแสดงหลักฐานเพื่อยืนยันธุรกรรมได้ ศาลจึงวินิจฉัยว่า ธุรกรรมเป็นธุรกรรมปลอม⁵⁵

หรือคดี Knetsch v. United States⁵⁶ ศาลปฏิเสธรายจ่ายจากดอกเบี้ย เนื่องจากศาลพบข้อเท็จจริงว่าไม่มีหนี้เกิดขึ้นจริง และตัดสินว่าส่วนต่างที่ผู้เสียภาษี

⁵¹ Inland Revenue Service, Interim guidance in Notice 2010-62 [Online], 1 มกราคม 2556. แหล่งที่มา http://www.irs.gov/irb/2010-40_IRB/ar09.html

⁵² American Institute of CPAs., Request for Guidance on Implementation of Economic Substance Legislation [Online], 1 มกราคม 2556. แหล่งที่มา <http://www.aicpa.org/interestareas/tax/resources/standardsethics/downloadabledocuments/economic%20substance%20comments.pdf>

⁵³ Mahoney v. Commissioner, 808 F.2d 1219, 1220 (6th Cir. 1987)

⁵⁴ Enrici v. Commissioner 813 F.2d 293, 295 (9th Cir. 1987)

⁵⁵ Forseth v. Commissioner, 85 T.C. 127, 157 (1985).

⁵⁶ Knetsch v. United States 364 U.S.

จ่ายและได้รับเป็นค่าธรรมเนียมที่ผู้เสียภาษีจ่ายเพื่อหนี้ที่ไม่ได้เกิดขึ้นจริง (หนี้อปลอม) จึงไม่มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าธุรกรรมนี้เป็นมีเนื้อหาทางเศรษฐกิจหรือไม่

Professor McMahon⁵⁷ สนับสนุนว่า ควรนำหลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ และ หลักการว่าด้วย step transaction doctrine ค้นหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนการพิจารณาว่าธุรกรรมต้องสงสัยเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ ในขณะที่หลักการวัตถุประสงค์ทางธุรกิจและหลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจ เป็นหลักการป้องกันการเลี่ยงภาษีซึ่งควรนำมาพิจารณาหลังจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและหลังจากพิจารณาตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว

เช่นเดียวกัน หลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบและ Step Transaction Doctrine จะพิจารณาเนื้อหาธุรกรรมเพื่อหาเนื้อหาของธุรกรรมที่เกิดขึ้นจริง เพื่อกำหนดภาระภาษีให้สอดคล้องกัน ดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.1.2 และ 4.1.3 ตามลำดับ เนื่องจากผู้เสียภาษีพยายามสร้างนิติสัมพันธ์โดยใช้รูปแบบของธุรกรรมเพื่อประโยชน์ทางภาษีซึ่งรูปแบบดังกล่าวไม่สอดคล้องกับภาระภาษีที่ควรจะเป็นเพื่อบังคับให้ศาลและสรรพากรเชื่อและยอมรับภาระภาษีที่เกิดจากธุรกรรมดังกล่าว ซึ่งในการสร้างรูปแบบธุรกรรมนั้น ผู้เสียภาษีอาจสร้างให้ธุรกรรมมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจของผู้เสียภาษีไว้ จะเห็นได้ว่าการใช้หลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจย่อมไม่สามารถจัดการกับธุรกรรมในลักษณะนี้ได้ ดังนั้นเมื่อศาลใช้หลักการว่าด้วยเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบแล้วศาลจะไม่พิจารณาแรงจูงใจหรือการเปลี่ยนแปลงทางด้านเศรษฐกิจของผู้เสียภาษีที่เกิดจากธุรกรรมต้องสงสัยอีก เนื่องจากในธุรกรรมต้องสงสัยอาจมีผลการทางเศรษฐกิจได้ ดังนั้นหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจอาจไม่เพียงพอในธุรกรรมต้องสงสัยดังกล่าว⁵⁸

อีกทั้งใน Technical Explanation, supra note 18, at 142 ก็สนับสนุนความคิดของขั้นตอนที่หนึ่ง โดยกล่าวว่า ศาลต้องปฏิเสธผลประโยชน์ทางภาษีหากธุรกรรมซึ่งเป็นต้นเหตุ ปราศจากเนื้อหาทางเศรษฐกิจ แม้ว่าธุรกรรมนั้นได้เกิดขึ้นจริง

ดังนั้น หลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจจึงควรถูกหยิบยกขึ้นในการพิจารณาต่อเมื่อธุรกรรมหรือการกระทำนั้น ได้รับการพิจารณาแล้วว่าเกิดขึ้นจริง

(1.2) พิจารณาว่าการใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเป็นไปตามกฎหมายซึ่งเป็นฐานแห่งสิทธิดังที่ผู้เสียภาษีก่ออ้าง โดยวิธีการตีความกฎหมายที่มีอยู่

ในขั้นตอนนี้ ศาลได้กล่าวไว้ในคดี Gregory v. Helvering คำถามในการพิจารณาว่า ไม่ว่าสิ่งใดเกิดขึ้น เป็นสิ่งที่กฎหมายมีเจตนารมณ์เช่นนั้นหรือไม่

อีกทั้งใน Technical Explanation กล่าวว่า กรณีธุรกรรมเป็นไปตามเงื่อนไขการได้สิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ ก็มีได้หมายความว่าธุรกรรมหรือการกระทำนั้น ๆ จะมีเนื้อหาทางเศรษฐกิจ

(1.3) พิจารณาว่าการใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเป็นไปตามเจตนารมณ์ของ Congress ของแต่ละกฎหมายหรือไม่

⁵⁷ Karen B. Brown, *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance* (Dordrecht ; New York, 2012). หน้า 347-348

⁵⁸ ROGERS v. UNITED STATES 281 F.3d 1108,1118 (10th Cir.2002)

หากเป็นกรณีก็ตามเจตนารมณ์ของกองเกรซที่ต้องการให้ประโยชน์ทางภาษีอยู่แล้ว ศาลได้เคยตัดสินว่า ศาลยอมรับสิทธิประโยชน์ทางภาษีดังกล่าว แม้ว่าธุรกรรมดังกล่าวไม่ปรากฏวัตถุประสงค์ทางธุรกิจหรือเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (ดังที่กล่าวในหัวข้อ “ธุรกรรมที่ได้รับการยกเว้นหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจ”) ดังเช่นกรณี Cottage Savings Association v. Commissioner ผู้เสียภาษีได้เข้าทำธุรกรรมซึ่งรัฐได้ออกมาตรการทางภาษีเพื่อเป็นการกระตุ้น (การแลกเปลี่ยนบัญชีลูกหนี้จำนอง หรือ an exchange of economically similar mortgage portfolios) เพื่อให้หักค่าใช้จ่ายในอัตราเร่งของความเสียหายทางเศรษฐกิจที่ไม่สามารถรับรู้ได้ แม้ว่า การเปลี่ยนแปลงนั้น ไม่ปรากฏวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ และไม่ส่งผลให้ผู้เสียภาษีมีการเปลี่ยนแปลง ตำแหน่งทางเศรษฐศาสตร์ ศาลสูงพิจารณายอมรับค่าใช้จ่ายภาษีที่เกิดขึ้นภายใต้หลักเนื้อหาทางเศรษฐกิจ⁵⁹

ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งต้องการใช้มาตรการค่าใช้จ่ายทางภาษี (Tax expenditure) เพื่อให้ประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจแก่กลุ่มผู้เสียภาษีที่เป็นเป้าหมาย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าผู้เสียภาษีควรได้ใช้มาตรการดังกล่าวอย่างเหมาะสม โดยมีต้องพิจารณาถึงหลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจและแม้กระทั่งเบี้ยปรับที่อัตราร้อยละ 40 ซึ่งเป็นบทลงโทษเสร็จเด็ดขาด

ในขั้นตอนนี้ สรรพากรมีความเห็นสรรพากรควรออก Guidance ว่าด้วย หลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจจะไม่ใช้ในการพิจารณาผลประโยชน์ทางภาษี เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกองเกรซในลักษณะใดบ้าง

หากธุรกรรมผ่านมาถึง 3 ขั้นตอนแรกได้แล้ว ก็จะสามารถได้ว่า เมื่อใดที่หลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจควรนำมาใช้ ซึ่งในขั้นที่ 4 นี้ จะเป็นขั้นตอนการนำหลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจมาใช้ ซึ่งต่อไปนี้จะกล่าวว่า การปรับใช้หลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจนี้ มีการใช้อย่างไร

(1.4) พิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้นแสดงถึงเนื้อหาทางเศรษฐกิจในธุรกรรมหรือไม่

สาเหตุที่หลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจ ควรถูกพิจารณาเป็นข้อสุดท้ายนั้น เนื่องจากเหตุผลดังต่อไปนี้

ก) ผลลัพธ์ทางภาษีที่เกิดจากธุรกรรมต้องสงสัยดังกล่าวจะถูกปฏิเสธจากรัฐโดยศาลและสรรพากร ก็ต่อเมื่อธุรกรรมนั้นถูกวินิจฉัยว่าเกี่ยวข้องกับเนื้อหาทางเศรษฐกิจแต่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการพิสูจน์ว่าธุรกรรมนั้นมีเนื้อหาทางด้านเศรษฐกิจตามมาตรา 7701 (o) (1)

⁵⁹ Horn v. Commissioner, 968 F.2d 1229 (D.C. Cir. 1992) (holding that commodities dealer need not show that it expected to earn a pre-tax profit in connection with a straddle transaction to claim a loss incurred from closing out a leg of the straddle because Congress enacted section 108 of the Deficit Reduction Act of 1984, Pub. L. No. 98-369 (1984) in order to specifically allow commodities dealers to claim such losses)

ข) เนื่องจากการใช้หลักการเนื้อหาทางเศรษฐกิจยังไม่มีความชัดเจนแน่นอน

ค) เนื่องจากเบี้ยปรับเกิดอันเกิดจากการถูก

ง) ข้อเท็จจริงจากธุรกรรมต้องสงสัยและการตีความบทบัญญัติที่ถูกต้องเป็นฐานแห่งสิทธิควรถูกแต่ความเหมาะสมและเป็นธรรมว่ารัฐควรปฏิเสธหรือยอมรับผลลัพธ์ทางภาษีที่เกิดขึ้นหรือไม่ ควรกล่าวถึงประเด็นที่หลักการที่เกี่ยวข้องอื่นๆ เพื่อความรอบคอบและเป็นธรรมยิ่งขึ้น ก่อนให้นำหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจมาพิจารณา ทั้งนี้เช่นเดียวกับวิธีการวินิจฉัยคดีของศาลก่อนการนำหลักการว่าด้วยเนื้อหาทางเศรษฐกิจมาบัญญัติเป็นกฎหมาย

ความกำกวมในส่วนนี้มีผู้วิจารณ์ในนานาทัศนะ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่สรรพากรมีความกังวลว่าศาลจะตีความเจตนารมณ์ของ คองเกรส หรือไม่ และเป็นกังวลเรื่องความบ่อยของศาลในการหยิบยกมาตรการดังกล่าวขึ้นมาเพื่อปฏิเสธธุรกรรม หรือสั่งให้ธุรกรรมเป็นโมฆะ ในขณะที่ความกำกวมของกฎหมายทำให้เจ้าหน้าที่สรรพากรเป็นกังวลว่า เจ้าหน้าที่บางคนอาจใช้มาตรการดังกล่าวอย่างไม่แยกแยะ (indiscriminately)

ผู้วิจารณ์บางท่านให้ข้อสังเกตว่า ผู้ร่างกฎหมายตั้งใจให้ข้อกฎหมายดังกล่าวมีความกำกวมเพื่อขัดขวาง (discourage) แต่กำหนดโทษให้มีลักษณะเบ็ดเสร็จเด็ดขาดเพื่อไม่ให้ผู้เสียภาษีเข้าทำธุรกรรมซึ่งไม่ถูกต้อง (potentially abusive)

Kleinbard อดีตหัวหน้า JCT ไม่เห็นด้วยกับการกล่าวว่าการตรวจการคลังเป็นหนึ่งแนวทาง (guidance) ต่อผู้เสียภาษี เนื่องจากความกำกวมเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการทางกฎหมายอยู่แล้ว ดังนั้นประชาชนต้องตัดสินใจ (exercise judgment)

(2) มาตรา 7701 (o) (1) มิได้ให้คำนิยาม “อย่างมีนัยสำคัญ” (“meaningful way”) และ “ตำแหน่งทางเศรษฐกิจของผู้เสียภาษี” (“economic position”) และมาตรา 7701 (o) (2) (A) มิได้ให้คำนิยาม “วัตถุประสงค์สำคัญ” (“substantial purpose”)

การจากศึกษาคำพิพากษาเก่าก็ยังไม่พบการให้นิยามอย่างแน่นอนสำหรับคำนิยามในข้อ 1. และ 2. และย่อมเกิดความไม่แน่นอนต่อผู้เสียภาษีและต้องเพิ่มดุลพินิจของศาลและสรรพากร

(3) ความกำกวมเนื่องจากยังมีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการนำภาษีต่างประเทศมาเป็นค่าใช้จ่ายตามมาตรา 7701 (o) (2) (B)

ขณะนี้ยังไม่มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการนำภาษีต่างประเทศมาเป็นค่าใช้จ่ายนั้น ศาลสามารถพิจารณาการนำภาษีต่างประเทศเป็นค่าใช้จ่ายได้ตามความเหมาะสมในคดีที่เกี่ยวข้องกับหลักการว่าด้วยการเนื้อหาทางเศรษฐกิจ⁶⁰

⁶⁰ Inland Revenue Service, Interim guidance in Notice 2010-62 [Online], 1 มกราคม 2556. แหล่งที่มา http://www.irs.gov/irb/2010-40_IRB/ar09.html

(4) ความคลุมเครือทำให้เป็นหลักการที่ยากต่อการปรับใช้

Janice Eiseman กล่าวว่า มาตรา 7701 (o) ยากในการปรับใช้ เนื่องจากมีความคลุมเครือ ว่าควรนำมาปรับใช้เมื่อใด และปราศจากความชัดเจนในการใช้ อย่างไรก็ตาม ผู้เสียภาษีต้องพิจารณาเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (economic substance) เนื่องจากมีบทกำหนดโทษซึ่งเป็นบทเด็ดขาด หากธุรกรรมนั้นปราศจากเนื้อหาทางเศรษฐกิจ ดังนั้น กฎหมายควรระบุเหตุผลเพื่อให้ได้รับข้อยกเว้น หรือการยกเหตุผลขึ้นเป็นข้อโต้แย้ง

(5) เนื่องจากภาษีเป็นต้นทุนทางธุรกิจ ดังนั้นการวางแผนภาษีย่อมเป็นส่วนหนึ่งในการบริหารต้นทุน ดังนั้นการตีความ “เนื้อหาทางเศรษฐกิจ” โดยศาลและสรรพากรควรคำนึงถึงผลกระทบหรืออิทธิพลต่อการวางแผนภาษีในอนาคต มากกว่าคำนึงถึงการเพิ่มโทษเพียงอย่างเดียว มิเช่นนั้น อาจเป็นการหยุดการวางแผนภาษี และเกิดการหนีภาษีแทน

Julie Divola หุ้นส่วนบริษัทและผู้ชำนาญด้านภาษีอากร บริษัทที่ปรึกษา Pillsbury Winthrop Shaw Pittman กล่าวว่าความน่ากลัวที่สุด ณ ขณะนี้ คือ ความไม่เข้าใจในการปรับโทษเบี้ยปรับ โดยความกังวลนี้อาจลดลงหากสรรพากร (IRS) ใช้การล่วงหน้าก่อน และมีกระบวนการรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางซึ่งต้องได้รับการอนุมัติก่อนการลงโทษเบี้ยปรับ แต่ในกรณีที่เลวร้ายที่สุด เจ้าหน้าที่ที่มีอิสระในการใช้ดุลพินิจในการลงโทษเบี้ยปรับ

(6) ความกำกวมที่มีโทษเป็นความรับผิดชอบเด็ดขาดเป็นอันตรายต่อระบบภาษี

การใช้ถ้อยคำกำกวมกับความรับผิดชอบเด็ดขาด อาจก่อให้เกิดอันตรายอย่างมีนัยสำคัญต่อระบบภาษี

(7) การบังคับของรัฐบาลมากเกินไป อาจก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามกฎหมายสูงขึ้นหรือมากกว่าความจำเป็น

(8) หากการนำมาตรการดังกล่าวมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ทำให้เจ้าหน้าที่สรรพากรใช้มาตรการนี้มากเกินไป ธุรกรรมที่เคยได้รับการยอมรับอาจต้องถูกตรวจสอบทั้งหมด