

解釋憲法聲請書

聲請人 宏遠證券股份有限公司 設臺北市大安區信義路4段
236號3至7樓

代表人 柳漢宗 住同上

代理人 林石猛律師 金石國際法律事務所
邱基峻律師 均住高雄市前金區中正四路
吳惠娟律師 235號3樓之1
戴敬哲律師 電話：(07)2158070

王彥凱會計師

為聲請人受最高行政法院99年度判字第277號確定終局判決，適用財政部86年7月31日台財稅字第861909311號函釋、同年12月1日台財稅字第861922464號函釋，致聲請人於憲法上所保障之權利遭受不法侵害，發生牴觸憲法第7條、第15條、第19條之疑義，謹依大法官案件審理法第5條第1項第2款與第8條第1項，提出聲請解釋憲法事：

壹、聲請釋憲之目的

課徵稅捐對人民財產權有重大之限制，故憲法第19條明文



揭示「人民有依法律納稅之義務」，凡租稅主體、租稅客體、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，應以法律明文規定，即所謂租稅法律主義，迭經大法官解釋在案（參釋字第 217 號、第 385 號、第 420 號、第 496 號、第 597 號、第 620 號，與第 622 號）。且稅捐稽徵主管機關就執行法律之細節性、技術性事項作成解釋函令時，應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之（參釋字第 420 號、第 496 號、第 500 號解釋）。本件營利事業所得稅事件，經最高行政法院 99 年度判字第 277 號判決確定，然所適用之適用財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函釋、同年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函釋（下分稱財政部 86 年 7 月及 86 年 12 月函釋），限制認購（售）權證之發行人於發行認購（售）權證後，不得將到期前之權證交易損益，以及為完成結算所生之交易損失，認列費用或損失而作為應稅收入之減項，增加所得稅法所無之限制，並與所得稅法第 24 條之 2 有所牴觸。且認購（售）權證之發行、到期前之交易損益與結算所生之損益乃同一系爭所得，為權利義務相關連之事項，然上開函釋將發行與結算割裂適用法律而為不同認定，違反大法官釋字第 385 號、第 420 號解釋之意旨。職是，財政部 86 年 7 月及 86 年 12 月函釋違反租稅法律主義與實質課稅之公平原則，牴觸憲法第 7 條、

第 15 條、第 19 條，致使聲請人繳納不必要之稅捐，嚴重侵害聲請人應受憲法保障之財產權，經聲請人用盡訴訟程序仍未能獲救濟，爰容有聲請大法官解釋之必要，以使人民之基本權利得獲保障。

貳、疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文

- 一、聲請人民國（下同）88 年度營利事業所得稅結算申報，財政部臺北市國稅局核定應納所得稅款新台幣（下同）220,475,755 元（附件一），聲請人對營業收入總額（原核定否准避險部位標的股票出售損益及權證再買回損益部分）、營業費用-薪資支出、停徵之證券交易所得（利息支出分攤部分）尚未抵繳之扣繳稅額及罰鍰等項目不服而申請復查，經 95 年 12 月 29 日財北國稅法字第 0950246081 號復查決定（附件二），並重行核定所得稅款為 218,517,748 元（附件三），然就營業收入總額部分，適用財政部 86 年 7 月函釋，仍否准聲請人將認購權證之交易損益及結算損益作為應稅所得減項之主張。
- 二、聲請人不服上開處分，遂依法提起訴願，財政部 96 年 5 月 4 日台財訴字第 09600129860 號訴願決定（附件四）仍維持原處分，因而，聲請人再提起行政訴訟，臺北高等行法院作成 96 年度訴字第 2283

號判決（附件五），將訴願決定與原處分部分撤銷，兩造皆有不服而提起上訴，嗣最高行政法院99年度判字第277號確定終局判決（附件六），將原判決部分廢棄並駁回，並適用財政部86年7月及86年12月函釋，否准聲請人將認購權證之交易損益及結算損益作為應稅所得減項之主張。故聲請人遂就最高行政法院99年度判字第277號確定終局判決，所適用之法規及函釋有牴觸憲法疑義者提請大法官解釋。

三、最高行政法院99年度判字第277號確定終局判決，乃係適用財政部86年7月及86年12月函釋，進而肯認原處分合法。然上開函釋限制認購（售）權證之發行人於發行認購（售）權證後，不得將到期前之權證交易損益，以及為完成結算所生之交易損失，認列費用或損失而作為應稅收入之減項，增加所得稅法所無之限制，並與所得稅法第24條之2規定有所牴觸。且認購（售）權證之發行、到期前之交易損益與結算所生之損益乃同一系爭所得，為權利義務相關連之事項，然上開函釋將發行與結算割裂適用法律而為不同認定。職是，財政部86年7月及86年12月函釋違反租稅法律主義與實質課稅之公平原則，牴觸憲法第7條、第15條、第19條，致聲請人受憲法保障之權利受侵害，故有聲

請解釋之必要。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、程序部分：

- (一)按「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」為司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所明定，可知倘人民因權利遭受不法侵害提起訴訟而未能獲得救濟，就終局確定判決所適用之法令，認有牴觸憲法之疑義，即得依本條款聲請大法官解釋，合先敘明。
- (二)查聲請人就本件營利事業所得稅事件，於收受處分後，均於法定期間內，分別向各管轄機關，提起訴願及行政訴訟，最終經最高行政法院判決確定在案。準此，聲請人認最高行政法院 99 年度判字第 277 號確定終局判決，所適用之財政部 86 年 7 月及 86 年 12 月函釋，有牴觸憲法第 7 條、第 15 條、第 19 條之租稅法律主義與實質課稅之公平原則疑義，茲謹依法

聲請解釋，於法要無不合。

(三)次查，就同一有違憲疑義之法令，有多數聲請人分別提起聲請憲法解釋時，向採併案審查方式處理，有大法官釋字第 636 號、第 623 號、第 605 號、第 509 號、第 499 號、第 471 號、第 342 號等解釋可循。據悉有其他聲請人業已就財政部 86 年 7 月與 86 年 12 月函釋之違憲疑義，向 大院提出聲請解釋憲法事，故敬請 大院予以併案審查，以使司法資源得有效運用，並防矛盾。

二、實體部分：

(一)財政部 86 年 7 月及 86 年 12 月函釋，增加所得稅法所無之限制，並與所得稅法第 24 條之 2 有所牴觸，且牴觸憲法第 19 條之租稅法律主義：

1、按「人民有依法律納稅之義務」憲法第 19 條定有明文，故而，國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律明文規定。是應以法律明定之租稅構成要件，自不得以命令為不同規定，或逾越法律，增加法律所無之要件或限制，而課人民以法律所未規定之租稅義務，否則即有違租稅法律主義，迭經大法官解釋在案（參大法官釋字第 217

號、第 385 號、第 420 號、第 496 號、第 597 號、第 620 號，與第 622 號解釋）。

2、次按，所得稅法第 24 條第 1 項規定：「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。」係就營利事業，應採用之會計基礎及收入與成本費用配合原則之所得額計算方式，以法律明定之（參大法官釋字第 657 號解釋理由書）。職是，營利事業所得稅之租稅客體為「純益」，於計算應稅所得時，若其他法律未有特別規定，則稅捐主管機關以函釋限制納稅義務人不得將成本費用、損失扣除，即係增加法律所無之要件或限制，而課人民以法律所未規定之租稅義務，自非憲法第 19 條規定之租稅法律主義所許。

3、財政部 86 年 7 月函釋及 86 年 12 月函釋內容分別為：「認購（售）權證及其標的股票交易之相關稅捐之核課，應依下列規定辦理：（一）本部 86 年 5 月 23 日 86 台財證（五）第 03037 號公告，已依證券交易法第 6 條規定，核定認購（售）權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購（售）權證，應依證券交易稅條例第 2 條第 2 款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交價格課徵 1% 證券交易稅，並依現行所得稅法第 4 條之 1 規定，停止課徵證券交易所得稅。（二）認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，按約定行使價格

向發行人購入（售出）標的股票者，係屬發行人（持有人）出賣標的股票之行為，應就所出售之標的股票，依證券交易稅條例第 2 條規定，按履約價格課徵 3% 證券交易稅。（三）至認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，以現金方式結算者，係屬認購（售）權證之標的股票之交易，應對認購（售）權證之發行人（持有人）依標的股票之履約價格按 3% 稅率課徵證券交易稅，及對認購（售）權證持有人（發行人）依標的股票之市場價格按 3% 稅率課徵證券交易稅。」；「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第 22 條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購（售）權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益，並依所得稅法第 4 條之 1 規定辦理。又依證券交易稅實施注意事項第 2 點規定，發行認購（售）權證，不屬於交易之行為，應免徵證券交易稅，自亦非屬營業稅之課稅範圍。」限制認購（售）權證之發行人於發行認購（售）權證後，關於再買回權證所生之損益，以及投資人行使權利而售出或購入標的股票時，完成結算所生之交易損失，認為應適用所得稅法第 4 條之 1 之規定，不得認列費用或損失以作為應稅收入之

減項。然上開函釋之內容係針對營利事業所得稅之租稅客體，並非僅屬執行法律之細節性、技術性事項，職是，上開函釋係增加所得稅法所無之限制，有背於租稅法律主義。

- 4、另，就認購（售）權證之發行與結算損益應如何課稅，所得稅法第 24 條之 2 規定：「I、經目的事業主管機關核准發行認購（售）權證者，發行人發行認購（售）權證，於該權證發行日至到期日期間，基於風險管理而買賣經目的事業主管機關核可之有價證券及衍生性金融商品之交易所得或損失，應併計發行認購（售）權證之損益課稅，不適用第四條之一及第四條之二規定。但基於風險管理而買賣經目的事業主管機關核可之認購（售）權證與標的有價證券之交易損失及買賣依期貨交易稅條例課徵期貨交易稅之期貨之交易損失，超過發行認購（售）權證權利金收入減除各項相關發行成本與費用後之餘額部分，不得減除。II、經目的事業主管機關核可經營之衍生性金融商品交易，其交易損益，應於交易完成結算後，併入交易完成年度之營利事業所得額課稅，不適用第四條之一及第四條之二規定。」對於發行避險性認購（售）權證後，就該證券之交易損益，以及完成結算認購（售）權證所為之有價證券交易損益，明文規定有收益時應予以課稅，有損失時則得於計算應稅所得時作為扣減項目，排除同法第 4 條之 1 及第 4 條之

2 之適用。

- 5、依上，財政部 86 年 7 月及 86 年 12 月函釋，就營利事業所得稅之租稅客體加以規範，增加所得稅法所無之限制，課人民以法律所未規定之租稅義務，並與所得稅法第 24 條之 2 有所牴觸。是以，系爭函釋牴觸憲法第 19 條之租稅法律主義。

(二)財政部 86 年 7 月及 86 年 12 月函釋，將整體性之營業行為，割裂適用不同法律規定，違反實質課稅之公平原則：

- 1、按為求租稅之公平，凡「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神：依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之。」有大法官釋字第 420 號解釋可稽（釋字第 496 號、第 500 號解釋同旨），嗣稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 1 項：「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之。」將實質課稅之公平原則加以明文。
- 2、次按，「課人民以繳納租稅之法律，於適用時，該法律所定之事項若權利義務相關連者，本於法律適用之整體性及權利義務之平衡，當不得任意割裂適用。」大法官釋字第 385 號有所闡明，即適用租稅法律時，應就權利義務相互牽連之各行為，由整體層面之角度判斷其經濟事實，而適用相同之法律，方符合實質課稅原則。

- 3、經目的事業主管機關核准發行認購（售）權證者，於發行認購（售）權證時，固然已收取發行價款，然投資人於權證到期時有選擇權，於發行時並無法預知日後認購（售）標的之價格波動情形，亦即投資人屆時是否會行使該選擇權，並無法事先確定。故而，發行認購（售）權證，直至結算完成後，該次發行衍生性金融商品之營業週期方告完成。職此，基於實質課稅原則，應將發行至結算之相關營業行為視為一整體之經濟事實，亦即認購（售）權證之發行、到期前之交易損益與結算所生之損益乃同一系爭所得，為權利義務相關連之事項。
- 4、於發行認購（售）權證後，發行者隨時評估市場變化而買回權證，且當投資人行使選擇權時，為完成結算並履行債務，必然有證券交易之行為，故而，認購（售）權證發行後之交易損益與完成結算之交易損益，形式上固屬證券交易所得損益，然衍生性金融商品之發行至結算，所有相關營業行為係屬一整體性之經濟事實。再者，結算損益於發行時無從確定已如前述，即結算損益係屬或有事項，且於認購價格高於市價或認售價格低於市價時，理性之投資人皆不會行使該選擇權，蓋直接於公開市場進行交易可獲得之利益較高，從而，原則上結算時，若投資人行使選擇權而為交易行為，通常不生交易利益而僅有交易損

失。職此，就所得稅法第 4 條之 1：「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」之規定，依實質課稅之公平原則，本即應作目的性限縮解釋，將為完成結算之交易損益，排除適用該條之規定，然稅捐稽徵機關多未能確實遵守實質課稅原則，故所得稅法 96 年 7 月增訂第 24 條之 2 特別予以明文。

- 5、財政部 86 年 7 月及 86 年 12 月函釋，認為發行認購（售）權證所取得之發行價款，係屬權利金收入而應計入應稅所得，然對於發行後之權證交易損益，以及結算所生之交易損失，認為應適用所得稅法第 4 條之 1 之規定，不得認列費用或損失以作為應稅收入之減項。從而，上開函釋僅由行為之形式外觀作成解釋，將發行、發行日誌到期日間之交易與結算切割為不同之經濟事實，並割裂適用法律而為不同認定。則發行認購（售）權證者之發行價款應計入應稅所得，然就同一整體性經濟事實之權證交易損益與結算損失，卻不得作為應稅收入之減項，使從事發行認購（售）權證之營業行為，有較其他營業行為更重之租稅負擔。準此，系爭函釋與憲法第 7 條之平等原則未盡相符，而抵觸實質課稅之公平原則。

(六)承前所述，財政部 86 年 7 月及 86 年 12 月函釋，增加所得稅法所無之限制，並與所得稅法第 24 條之 2

有所抵觸，且將整體性之營業行為，割裂適用不同法律規定，違反租稅法律主義與實質課稅之公平原則。將系爭函釋為立即失效之宣告，對法律安定性並無甚影響，且得使聲請人藉以獲得特別救濟之機會。故為使受違憲法令侵害之基本人權得獲保障，懇請大法官宣告系爭違憲命令立即失效，以維權益，並彰法紀。

三、綜上，敬請 大院鑒核，祈速作成憲法解釋以排除違憲侵害之法規，以昭法治，並維憲法保障聲請人之基本權利。如蒙所允，甚感德澤。

肆、關係文件之名稱及件數(均影本)

附件一：財政部臺北市國稅局 88 年度營利事業所得稅核定稅額繳款書（管理代號：A140035K88013110024765）。

附件二：財政部臺北市國稅局 95 年 12 月 29 日財北國稅法字第 0950246081 號復查決定。

附件三：財政部臺北市國稅局 88 年度營利事業所得稅核定稅額繳款書（管理代號：A140035K88013110024765，重核）。

附件四：財政部 96 年 5 月 4 日台財訴字第 09600129860

號訴願決定。

附件五：臺北高等行法院 96 年度訴字第 2283 號判決。

附件六：最高行政法院 99 年度判字第 277 號判決。

謹 狀

司法院

公鑒

中 華 民 國 9 9 年 5 月 2 0 日

具狀人即聲請人 宏遠證券股份
有限公司

代 表 人 柳漢宗



撰狀人即代理人 林石猛律師

邱基峻律師

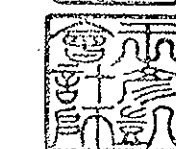


吳惠娟律師

戴敬哲律師



王彥凱會計師



釋憲聲請委任狀

委 任 人	受 任 人
聲請人：宏遠證券股份有限公司 代表人：柳漢宗	林石猛律師 邱基峻律師 吳惠娟律師 王彥凱會計師 戴敬哲律師
台北市信義路四段 236 號 3 至 7 樓	高雄市前金區中正四路 235 號 3 樓之 1 電話：07-2158070(代表號)

為最高行政法院 99 年度判字第 277 號終局判決所適用之法令有違憲之疑義。委任人茲委任受任人為聲請釋憲程序之代理人。爰提出委任狀如上

謹 呈

司 法 院 公 鑒

委任人 宏遠證券股份有限公司

代表人 柳漢宗

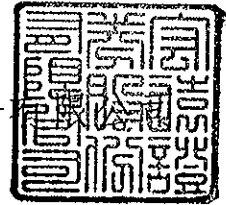
受任人 林石猛律師

邱基峻律師

吳惠娟律師

王彥凱會計師

戴敬哲律師



中 華 民 國 9 9 年 4 月 14 日

最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 99,判,277

【裁判日期】 990325

【裁判案由】 營利事業所得稅

【裁判全文】

最 高 行 政 法 院 判 決

99年度判字第277號

上 訴 人 宏遠證券股份有限公司

兼被上訴人

代 表 人 柳漢宗

訴訟代理人 許祺昌

利浩廷

被 上 訴 人 財政部臺北市國稅局

兼 上 訴 人

代 表 人 凌忠嫻

上列當事人間營利事業所得稅事件，上訴人對於中華民國97年3月20日臺北高等行政法院96年度訴字第2283號判決，各自提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於撤銷訴願決定及原處分營業收入項下否准上訴人宏遠證券股份有限公司認列認購權證損益為新臺幣（下同）1,339,589,940元並於營利事業所得稅結算申報書第58欄免稅所得調減98,954,099元部分，及罰鍰超過5,036,400元部分暨該訴訟費用部分均廢棄。

廢棄部分宏遠證券股份有限公司在第一審之訴駁回。

上訴人財政部臺北市國稅局其餘上訴駁回。

宏遠證券股份有限公司之上訴駁回。

上訴審及廢棄部分第一審訴訟費用由宏遠證券股份有限公司負擔。

理 由

一、上訴人宏遠證券股份有限公司（即原審原告，原名大信綜合證券股份有限公司，嗣更名為吉祥證券股份有限公司，現更名為宏遠證券股份有限公司，下稱宏遠公司）88年度營利事業所得稅結算申報，對上訴人財政部臺北市國稅局（下稱北市國稅局）初查核定營業收入總額（原核定否准避險部位標的股票出售損益及權證再買回損益部分）、營業成本、營業費用—薪資支出、停徵之證券交易所得（利息支出分攤部分）、尚未抵繳之扣繳稅額及罰鍰等項目不服，申經復查結果，准予追認營業成本新臺幣（下同）1,080,494元及罰鍰877,600元、追認薪資支出3,756,300元、停徵之證券交易所得834,243元及尚未抵繳之扣繳稅額1,080,494元，其餘復查駁

回。宏遠公司對營業收入總額（原核定否准避險部位標的股票出售損益及權證再買回損益部分）、營業費用—薪資支出、停徵之證券交易所得（利息支出分攤部分）及罰鍰等項目仍表不服，循序提起行政訴訟，經原審法院判決將訴願決定及原處分（復查決定）關於營業收入項下認購權證損益為1,339,589,940元並於營利事業所得稅結算申報書第58欄免稅所得調減98,954,099元部分，暨關於營業費用—薪資支出中剔除89,000元部分及罰鍰均撤銷，宏遠公司其餘之訴駁回。宏遠公司對其敗訴部分，提起上訴。北市國稅局對關於認購權證部分及關於虛報薪資罰鍰部分，提起上訴。（關於營業費用—薪資支出中剔除89,000元部分未上訴，已確定。）

- 二、宏遠公司起訴主張：（一）有關認購權證（營業收入）部分：1.財政部民國86年7月31日台財稅第861909311號及同年12月1日台財稅第861922464號函釋（下分稱財政部86年7月及86年12月函釋），將發行認購權證所產生之履約及避險損益歸屬免稅項下，違反實質課稅原則。縱履約損益於法律形式上屬免稅之證券交易所得，亦應與權利金收入併同課稅，方符實質課稅原則。2.發行認購權證所產生之履約及避險損益應回歸所得稅法第24條第1項規定所揭櫫之「成本收入配合原則」辦理，故非屬證券交易所得之權利金收入與其所承擔之履約及避險義務相關，均應計入所得課稅。3.認購權證有別於其他證券，原處分未斟酌實質課稅原則，執意主張履約及避險損益應適用所得稅法第4條之1規定，違反所得稅法第4條之1規定鼓勵人民參與資本市場，活絡證券交易之立法意旨。4.履約及避險損益應依權責發生制與權利金收入併計，方能如司法院釋字第385號解釋意旨，維持其整體性與權利義務之平衡。（二）有關停徵之證券交易所得（利息支出分攤）部分部分：1.利息支出乃借用資金時，以時間單位計算所須付出之對價，今票券商並未借貸資金予宏遠公司，然北市國稅局竟認宏遠公司支付予票券商保證及簽證手續費屬利息支出，顯有誤解。2.依財政部85年8月9日台財稅第851914404號函釋（下稱財政部85年函釋）意旨，如利息收入大於利息支出者，則利息支出可全部在課稅所得項下減除，而利息收入之來源明確，依法即可認定為應稅收入或免稅收入，應無所謂之「無法明確歸屬」之利息收入，故「利息收入」應指利息收入之「總額」而言。3.縱使利息收入應依其來源可區分為「可明確歸屬」或「無法明確歸屬」，依財政部85年函釋意旨，「可明確歸屬」之利息收入與支出應指專屬於綜合證券商之本業所創造者而言。是債券利息收入、短期票券利息收入、押金設算息、公會自律金利息、營業保證金及交割結算基金之利息收入等非專屬綜合證券商之本業所創造，故實應將其歸類為「無法明確歸屬」之利息收入。（三）

有關虛報薪資支出部分：1. 北市國稅局認定宏遠公司涉有虛報薪資之依據無非為臺灣臺北地方法院刑事判決、法務部調查局臺北市調查處（下稱臺北市調處）調查報告，然該判決業經最高法院以判斷依據與證據法則相違予以撤銷發回審理中，況臺北市調處調查報告無法取代北市國稅局自身之調查義務，故重核處分顯有違誤。2. 縱使最高法院以違反證據法則為由發回前開判決，然前開判決亦否准起訴書所載84年至88年虛增薪資總額，是北市國稅局依上開虛增薪資總額作成原處分，顯失依據。3. 北市國稅局既採未確定刑事判決為判斷依據，訴外人葉輝等侵占其因業務上所持有宏遠公司應給付系爭員工薪資，顯已造成該公司之損失，核應認列為營利事業所得稅查核準則（下稱查核準則）第103條第1款所規定之其他損失，北市國稅局對此未予考量，亦有違誤。（四）有關虛報薪資罰鍰部分：1. 訴外人葉輝等涉及侵占、業務登載不實之刑事判決認定，僅能證明該等人有侵占之情事及故意，北市國稅局執此作為科處罰鍰之依據，難謂已盡行政罰法所揭示之舉證責任，亦與法制相悖。2. 縱相關刑事判決最終認定訴外人葉輝等人確有侵占之實，然宏遠公司就系爭薪資費用已有實際支出（被侵占），依財政部64年8月8日台財稅字第35760號及69年2月25日台財稅第31608號函釋仍可列為其他損失，又縱如北市國稅局主張，宏遠公司須待相關刑事判決確定，且應於確定無法收回年度列報其他損失，此僅涉及列報損失時點之差異，非可否定宏遠公司有實際支出，是此與漏稅罰之構成要件不符，北市國稅局顯有誤解等語，求為判決撤銷訴願決定及原處分不利於宏遠公司部分。

- 三、北市國稅局則以：（一）有關認購權證（營業收入）部分：1. 所得稅法有關免稅所得並無排除收入成本配合原則之適用，其適用之結果導致免稅與應稅之成本費用應個別歸屬認定。北市國稅局將系爭認購權證權利金收入與避險交易所生之證券交易所得，個別認定成本費用及其損益，於法有據。2. 個別之收入有其對應之成本費用，所產生個別之損益，不能成為他項收入之成本費用。本案倘將避險部位證券交易損失認定為發行認購權證權利金之成本費用減除，即准許免稅之證券交易損失，侵蝕應稅的認購權證所得；反之，當證券交易產生利益時，此時即非認購權證收入之成本費用，且因證券交易所得停徵而無庸課稅。3. 系爭認購權證及標的股票交易，形式上及實質上均符合「證券交易」定義，自有所得稅法第4條之1之適用，亦無違反所得稅法第24條第1項實質課稅原則。（二）有關停徵之證券交易所得（利息支出分攤）部分：1. 發行商業本票之保證與簽證費用實質上係宏遠公司為向市場借得資金而需付出之對價，本質與利息並無二致，依財政部69年3月27日台財稅第32464號函釋（下稱財政部69

年函釋) 意旨，營利事業發行商業本票，其一次支付票券金融公司之簽證手續費、承銷費、本票成本費(印刷費)及支付保證機構之保證費，得以當年度利息費用列支，是北市國稅局將列報於其他費用中之發行商業本票之保證與簽證費用16,350,574元轉列為利息支出，並無不妥。2. 宏遠公司為綜合證券商，其經紀、承銷、自營等各部門之組織架構及業務明確，所列報於營業收入項下之各項利息收入，可依經營之各部門個別歸屬認列。3. 營業保證金及交割結算基金於財務報表上係屬其他金融資產—非流動，且都有特定用途，故其利息收入與一般存款利息收入不同，屬可直接歸屬於各相關部門項下之收入，是北市國稅局以其無法明確歸屬之利息收支差額按其購買有價證券平均動用資金比率計算應分攤之利息支出為30,324,275元，並於計算證券交易所得項下減除，自無不妥。(三) 有關虛報薪資支出部分：訴外人葉輝及葉能邁為兄弟關係，於其綜理宏遠公司所屬大信集團業務及決策期間之84年1月至88年5月間，與吳美滿等人共同基於為自己不法所有之概括犯意聯絡，利用發放薪資、業績獎金等名目予員工，再由員工將虛增之薪資、獎金提領交付予訴外人葉輝等私用，是渠以不正當方法，為宏遠公司逃漏84年度至88年度應繳納之營利事業所得稅。參照本院58年度判字第211號判例意旨，所謂「經營本業及附屬業務」者，係指「經營之業務之一」、「本身之業務」、及「與業務有關」而言。本件因宏遠公司原代表人等侵占而虛增薪資支出，尚無積極證據足認係宏遠公司經營本業或附屬業務所必需，且該事實屬涉案負責人及相關職員與公司間之內部關係，若因而致宏遠公司蒙受損失，僅得由各該相關人員對公司負賠償責任，不得以其被負責人等侵占所生之損失，列報為宏遠公司經營本業之損失。(四) 有關虛報薪資罰鍰部分：1. 宏遠公司內部人員因侵占行為致虛報薪資而有短漏稅額之情事，其以虛報薪資支出之方式遂行侵占公司款項之行為，難謂非屬故意之所為。2. 故意、過失為主觀處罰要件，以法人是否獲取不法利益之客觀條件作為判斷法人主觀上有無違反行政法上義務，於法顯有不合。本件宏遠公司之代表人涉犯侵占宏遠公司財產情節重大，宏遠公司未能及時發揮內部機制加以防範，是否可稱其本身全然無故意、過失不無可議。系爭虛列薪資支出既以虛增員工薪資、獎金等方式逃漏營利事業所得稅，宏遠公司顯有漏報所得之故意，從而，北市國稅局依所得稅法第110條第1項規定，按漏稅額處1倍罰鍰，於法並無違誤等語，資為辯駁。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：(一) 關於認購權證部分：採取避險手段是證券商發行認購權證時之法定措施。而證券商自發行認購權證日起，自營部門即不能再買

入標的股票，且已有標的股票要全數轉結到權證部門，因此，避險操作與非避險操作之損益可以明確區別。再者，避險操作本身受到證券商依國際通用標準模式預擬出來及行政院金融監督管理委員會證券期貨局（原財政部證券暨期貨管理委員會，以下簡稱證期局）監控的避險策略公式之限制，只在有限範圍內享有自由決定權，且因其決策目的在減少損失，故採「高買低賣」之決策模式與正常的證券交易採行「低買高賣」相反，因此與所得稅法第4條之1所欲達成之立法目標無涉，故不在所得稅法第4條之1的適用範圍。是若不許標的股票及認購權證買賣所生之避險成本自權證收入項下扣除，則權證權利金「收入」，幾乎等於權證權利金「所得」，此與事實大相背離，且割裂適用法律，違反量能課稅原則。從而，北市國稅局核定宏遠公司營業收入項下認購權證損益（原處分卷第1182、1183頁）為1,339,589,940元（發行認購權證取得之價款1,497,984,330元－發行認購權證費用507,760元－分攤87年度營業費用62,987,700元＋87年度出售避險股票淨利益55,662,613元－87年度認購權證再買回損失73,186,763元－88年度認購權證再買回損失77,374,780元），並於營利事業所得稅結算申報書第58欄免稅所得調減（原處分卷第1174頁）98,954,099元（分攤88年度權證業務營業費用11,042,682元＋87年度出售避險股票淨利益55,662,613元－87年度認購權證再買回損失73,186,763元－88年度認購權證再買回損失77,374,780元－分攤87年度權證避險業務營業費用15,097,851元），即僅以發行認購權證取得之價款、認購權證發行費用及權證業務（不包含避險業務）分攤營業費用計算應稅損益，否准宏遠公司列支「認購權證負債價值變動損益」、「認購權證再買回價值變動損益」、「出售避險部位標的證券損益」、「認購權證到期前履約損益」及「發行認購權證逾期失效利益」，於法有違，訴願決定予以維持，亦有未合，應予撤銷。（二）關於停徵之證券交易所得部分（利息支出分攤部分）：宏遠公司為綜合證券商，其經紀、承銷、自營等各部門所生之營業費用可以各自歸屬。財政部83年2月8日台財稅第831582472號函釋（下稱財政部83年函釋）與財政部85年函釋皆係對於綜合證券商及票券金融公司等，其應稅收入及因從事有價證券之買賣而產生免稅收入，應分攤之相關成本費用，以可明確歸屬與否為區分，合於所得稅法第24條所揭櫫之配合原則及公平原則，且其均以「費用」在事實認定上無法明確歸屬為前提，並經司法院釋字第493號解釋為合憲；又購買有價證券平均動用資金，占全體可運用資金比例作為合理歸屬之分攤基礎，而非將利息收支差額全數列於證券交易所得項下，顧及上開行業資金混合統籌使用之情形，與法無違；再者，前開二函釋間揭示之法

規範存有「普通法規範與特別法規範」之法規競合關係，凡綜合證券商與票券金融公司在攤提費用時，應優先適用財政部85年函釋。而所謂「可明確歸屬」不僅係指利息收入與利息支出本身必須明確歸屬，且收入與支出二者之因果關係也必須明確。就其歸屬對象而言，理論上應是「應稅」或「免稅」部門，但因利息收入必為應稅項目，故稽徵實務上採取「斷裂式」運用方式，對同一法律用語，視情形不同而有不同解釋。亦即，以該利息收入屬「業內」或「業外」作為可否明確歸屬之判斷標準。宏遠公司為綜合證券商，其經紀、承銷、自營等各部門之組織架構及業務明確，所列報於營業收入項下之債券利息收入、公會自律金利息、營業保證金及交割結算基金之利息收入，北市國稅局依經營之各部門個別歸屬認列。又依財政部69年函釋，北市國稅局將宏遠公司列於其他費用中之發行商業本票之保證與簽證費用16,350,574元轉列為利息支出。至於營業保證金及交割結算基金，依證券商財務報告編製準則第14條第5項規定，上開二基金係屬其他金融資產—非流動，應將科目名稱分別列明，且依行為時證券投資人保護基金設置及運用辦法（92年3月26廢止）第5條規定意旨，上開二基金亦都有其特定用途，其利息收入自與一般存款利息收入不同，應屬可直接歸屬於各相關部門項下之收入。是以，北市國稅局以宏遠公司無法明確歸屬之利息收支差額按其購買有價證券平均動用資金比率（依會計師補充說明其有價證券平均動用資金與全體可用運用資金比為17.78%，見原處分卷第1066頁）計算應分攤之利息支出為30,324,275元，並無不合。北市國稅局於計算證券交易所得項下減除，原核定證券交易所得341,852,412元〔原申報證券交易所得469,917,389元（原處分卷第1149頁）—前手息轉成本1,800,823元+薪資虛增3,014,220元+權證費用11,042,682元—分攤利息支出30,324,275元—避險損失109,996,781元=341,852,412元〕，貼補員工虛報薪資之所得稅3,756,300元既經復查追認薪資支出，核其中屬自營部門者246,251元，停徵之證券交易所得應予追減，及尚未抵繳之扣繳稅額1,080,494元既經復查追認，停徵之證券交易所得應予追認，故原處分以原核定停徵之證券交易所得應予追認834,243元（1,080,494元—246,251元），變更核定停徵之證券交易所得為342,686,655元，自無不合。（三）關於虛報薪資部分：所謂薪資，係以受僱人給付勞務所獲得之對價始足當之。訴外人葉輝及葉能邁為兄弟關係，於其綜理宏遠公司所屬大信集團業務及決策期間之84年1月至88年5月間，與吳美滿等人共同基於為自己不法所有之概括犯意聯絡，利用發放薪資、業績獎金等名目予員工，再由員工將虛增之薪資、獎金提領交付予訴外人葉輝等私用，足徵系爭薪資並非宏遠

公司員工給付勞務取得之對價，此為勞雇雙方所明知，遑論就該部分達成薪資數額之合意？是宏遠公司實質上並未發放系爭虛增之薪資金額，其將之列為薪資項目自所得中減除，於法乃屬無據。又股份有限公司之董事長與在執行職務範圍內之經理人，均為公司之負責人，公司法第208條第3項及第8條第2項定有明文；是董事長或經理人關於營業之行為，對於公司當然發生效力，即便有舞弊情事，亦乃公司與彼等間之內部關係，如因而致公司蒙受損害時，僅其對公司負賠償責任（公司法第34條規定參照），不得以此項損害列報為公司經營本業之損失，此觀本院72年度判字第1383號、91年度判字第1839號判決意旨甚明。系爭薪資之虛增，既係宏遠公司當時董事長兼總經理葉能邁等人所為遂行侵占宏遠公司資金之手段，依前開說明，自不得列報為公司經營本業之損失。至查核準則第103條第2款第4目規定暨財政部69年2月25日台財稅第31608函釋，核與本件係屬董事長、經理人侵占公司資金之情節不同；與查核準則第103條第2款其他各目規定又不相符，復未經宏遠公司舉證確認係屬無法追回之損失，自無該等規定之適用。惟宏遠公司虛報薪資支出26,759,018元，復查追認3,756,300元，因與刑事判決所認定之虛報薪資金額相差89,000元，北市國稅局於訴訟中同意追認該89,000元，爰將原處分及訴願決定前開範圍部分予以撤銷。（四）有關虛報薪資罰鍰部分：依行政罰法第7條規定及司法院釋字第275號解釋意旨可知，無論在行政罰法施行前後，法人均得與自然人同視而為行政秩序罰之對象，則在法人責任之認定上，亦應要求以故意或過失為處罰要件。就本件而言，宏遠公司總經理葉能邁、會計人員吳美滿等實際行為之職員、受僱人、從業人員夥同大信集團之總裁葉輝、副總裁盧玉雲等藉薪資、獎金等名目，虛增宏遠公司系爭薪資支出，其方式為宏遠公司於發放員工薪資、獎金時，先由會計部門將員工實際所得及虛增金額匯入員工設於銀行之薪資帳戶，再由部門主管通知各員工將虛增款項提領交予呂明螢，然後加以共同侵占。依公司法第208條第3項規定，董事長為股份有限公司之代表人，而經理人依公司法第8條第2項規定，在執行職務範圍內為公司負責人。是總經理葉能邁、會計人員吳美滿等人於宏遠公司為本件營利事業所得稅結算之申報書中虛列系爭薪資支出，意圖乃在違法侵占其資產，使自己從中獲得不法利益，非在使宏遠公司獲取逃漏稅捐之不法利益，雖因此而使宏遠公司產生漏稅結果，惟衡量此時宏遠公司一則為受害人，二則客觀上亦無法防杜，實際上亦未因此享有漏稅利益等情事，自無從為其機關或構成員對其所施之犯罪行為負違反行政法上義務之故意或過失之責之理，職是，北市國稅局對上訴人宏遠公司處以本件罰鍰，於法即有未合

，爰予撤銷。從而，原處分關於營業收入項下認購權證損益為1,339,589,940元並於營利事業所得稅結算申報書第58欄免稅所得調減98,954,099元部分、原處分關於虛增薪資之金額，與刑事判決所示不一致之89,000元部分，以及有關虛報薪資罰鍰部分，於法未合，宏遠公司訴請撤銷為有理由，乃判決訴願決定及原處分（復查決定）關於營業收入項下認購權證損益為1,339,589,940元並於營利事業所得稅結算申報書第58欄免稅所得調減98,954,099元部分，暨關於營業費用—薪資支出中剔除89,000元部分及罰鍰均撤銷，宏遠公司其餘之訴駁回。

五、宏遠公司上訴意旨略以：（一）關於商業本票費用部分：票券商提供保證、簽證及承銷等勞務與宏遠公司，並非資金借貸關係，原判決認宏遠公司支付予票券商上開勞務報酬係屬利息支出，顯有判決不適用法規之誤。（二）關於利息支出分攤部分：1.稅法上「歸屬」與否之判斷，應適用於成本損費，而不及於收入，本院95年度判字第445號及95年度判字第1880號判決同此意旨。又無法明確歸屬之利息支出係指該項利息支出對所有收入（包括所有利息收入）都有貢獻，依配合原則，應分攤至所有收入項下減除，而非僅減除無法明確歸屬之利息收入。原判決悖離所得稅法第24條第1項規定，且未敘明理由，即認利息收入須區分為「可明確歸屬」及「無法明確歸屬」，顯有判決不備理由之誤。2.即令利息收入應區分為「可明確歸屬」或「無法明確歸屬」，惟原判決未敘明理由，逕認是否可明確歸屬之判斷標準為「業內」及「業外」，有判決不備理由之誤。3.倘以「業內」、「業外」為「歸屬」與否之判斷標準，則於計算利息支出分攤金額時，因營業保證金及交割結算基金之利息收入屬營業外收入，故屬無法明確歸屬之利息收入，應計入利息支出分攤計算。然原判決未敘明理由，逕對營業保證金及交割結算基金之利息收入變更判斷標準，以「科目名稱分別列明」即認定系爭利息收入為可明確歸屬者，有判決不備理由及不適用法規之違法。（三）關於虛報薪資支出部分：員工在營業活動過程中利用職務之便犯罪，而造成公司損失，與天災及竊盜損失等皆屬「與營業有關」之範疇，亦有本院96年度判字第928號判決可參，本案宏遠公司遭其代表人及相關員工侵占資產，原判決以是否有「損害賠償請求權」作為判斷損失可否認列之要件，顯增加法無必要之限制，其適用法規顯然違法。且退步言，縱應對宏遠公司處罰，依稅捐稽徵法第48條之3及財政部85年8月2日台財稅第851912487號函釋，亦應適用所得稅法第110條第3項之規定，處罰最高不得超過9萬元。

六、北市國稅局上訴意旨略以：（一）關於認購權證部分：所得稅法第4條之1並無任何限制「證券交易」之定義，惟原判決

以證券商因法令規定，是其在從事避險操作上欠缺絕對的自由，故其為避險操作而為標的股票買賣已非稅法上所稱之「證券交易」為由，將「形式上」與「實質上」均為「證券交易」之避險股票交易排除所得稅法第4條之1之適用，逕予准許宏遠公司將避險股票交易損失列報為發行認購權證之成本，判決顯然違法。況基於「租稅法定原則」，倘原判決准許宏遠公司將避險股票交易損失列報為發行認購權證之成本，勢將形成「有所得無法課稅」，但卻准予「有損失可以列報」之現象，顯然係割裂法律之適用。營利事業之個別收入各有其對應之成本費用，所產生個別之損益不能成為他項收入之成本費用，本件發行認購權證與事後權證或標的股票交易係二項交易，應分別依其應稅、免稅性質認定，不應混為一談。（二）關於虛報薪資罰鍰部分：依據法令規定租稅之違反秩序行為處以罰鍰，無須權衡其所獲取之不法利益之價值，且故意、過失為主觀處罰要件，以法人是否獲取不法利益之客觀條件作為判斷法人主觀上有無違反行政法上義務，顯刻意加入法未明文之要件，限縮法人責任範圍，原判決顯係違反法令。

七、本院查：（一）關於認購權證部分：按「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。」及「自中華民國79年1月1日起，證券交易所停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」分別為行為時所得稅法第24條第1項及第4條之1所明定；次按「有關認購（售）權證及其標的股票交易之相關稅捐之核課，應依下列規定辦理：（一）財政部86年5月23日86臺財證（五）第03037號公告，已依證券交易法第6條規定，核定認購（售）權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購（售）權證，應依證券交易稅條例第2條第2款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交價格課徵千分之1證券交易稅，並依現行所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所所得稅。（二）認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，按約定行使價格向發行人購入（售出）標的股票者，係屬發行人（持有人）出賣標的股票之行為，應就所出售之標的股票，依證券交易稅條例第2條規定，按履約價格課徵千分之3證券交易稅。（三）至認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，以現金方式結算者，係屬認購（售）權證之標的股票之交易，應對認購（售）權證之發行人（持有人）依標的股東之履約價格按千分之3稅率課徵證券交易稅，及對認購（售）權證持有人（發行人）依標的股票之市場價格按千分之3稅率課徵證券交易稅，並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」及「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入

，依現行所得稅法第22條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購（售）權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益，並依所得稅法第4條之1規定辦理．．．。

」業據財政部86年7月函釋及財政部86年12月函釋分別釋示在案。查財政部86年12月函釋，以證券商發行權證收取之發行價款為權利金收入，屬「應稅所得」，應依行為時所得稅法第24條規定課徵稅款；至於系爭認購權證業經財政部於86年5月23日以（86）臺財證（五）第03037號公告，依證券交易法第6條規定，核定為其他有價證券；再依財政部86年7月函釋意旨，發行後買賣該認購權證，及避險而買賣標的股票所生之損失，依行為時所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所得稅，則依損益配合原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除。且行為時所得稅法第4條之1證券交易免稅所得並無排除收入成本配合原則之適用，業經司法院釋字第493號解釋在案，財政部上開86年12月函釋符合所得稅法第4條之1規定意旨，自應予以適用。本件北市國稅局將系爭認購權證權利金收入與避險交易所生之證券交易所得，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。雖原判決以宏遠公司發行認購權證避險需要而買賣標的股票，須於申請發行認購權證時提出予臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）審查，且證期局要求證券商發行權證時因避險持有之標的股票須設專戶處理，並指示證交所需逐日控管，再者，避險持有之部位亦不得超過認購權證發行數量所表彰之標的股票股數，自與非出於避險操作所為之股票交易之損益有所區別，故發行認購權證避險需要而買賣標的股票，或所發行之認購權證，非屬行為時所得稅法第4條之1所規範單純買賣有價證券之證券交易損益之範圍；又北市國稅局於計算權利金收入所對應之成本費用時，卻不將宏遠公司為賺取權利金而依法令強制避險操作所生之損失認列為成本費用，顯違反權責發生制及收入成本費用配合原則云云。惟查證券商發行權證，依主管機關證期會86年5月31日發布之「發行人申請發行認購（售）權證處理要點」第8點第11款規定與第11點規定（註：89年11月3日證期會另發布「發行人申請發行認購（售）權證處理準則」取代之，惟必須避險之基本精神一致），及88年8月6日「臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則」第6條第7款、第8條第11款規定（註：93年6月14日修正條文第8條第1項第5款、第10條第6款第8目規定同此精神），固規定證券商應進行避險交易，且該避險交易之特性，在於股價上漲時買進標的股票以履行權證持有人履約要求、股價下跌時賣出標的股票以防權證持有人棄權時

發生巨額跌價損失，然依上開事實可知，券商對標的股票漲即買、跌即賣之「追漲殺跌」避險交易行爲，爲其履約之準備，而其避險交易可能產生損失，亦可能產生利益，難認爲發行權證之成本或費用。況個別之收入有其對應之成本費用，所產生個別之損益，不能成爲他項收入之成本費用，此觀行爲時所得稅法施行細則第31條規定自明，故行爲時所得稅法第4條之1之規定，係因證券交易之收入不課稅，所對應之成本費用亦不准自應稅項下認定，導致損失亦不得自所得額中減除。若採宏遠公司主張將避險證券交易損失認定爲認購權證之成本費用減除，則侵蝕了應稅之認購權證權利金所得。又查證券商於發行認購權證時，因前開法規規定證券商須爲避險交易，而該避險交易復基於保護投資者及維持金融秩序，證券商須於股價上漲時買進標的股票，股價下跌時賣出標的股票，證券商可能因避險交易行爲而造成損失，復爲證券商於發行該認購權證所知悉，財政部上開86年12月函釋亦已指明認購權證發行人於發行後，因投資人行使權利，而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應依行爲時所得稅法第4條之1規定辦理，則證券商自得於發行時，自行斟酌其可能發生之損失成本費用，且依其從事證券業之專業知識，亦可知悉行爲時所得稅法第4條之1規定，其爲避險之證券交易所得免稅，其因避險之證券交易損失亦不得自所得額中減除，自應充分衡量其發行該認購權證之利潤後，再行決定該權利金之金額，以作爲發行最符合其經濟效益之商品，自不得僅因其依照於發行認購權證時約定應買進或賣出股票時之證券交易，即謂該種證券交易，係出於強制，因而於稅收上異其計算，否則自有違反租稅法律主義及租稅公平原則。再者行爲時所得稅法第4條之1所稱之證券交易，倘符合證券交易之形式外觀即屬之，並不問買賣雙方對該證券交易其動機及內在主觀意思爲何，否則亦有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性。且爲避險交易亦爲防止發行該認購權證者之證券商之經營風險，非全然對證券商爲不利。原判決以宏遠公司發行認購權證避險需要而買賣標的股票，與非出於避險操作所爲之股票交易截然不同，故發行認購權證避險需要而買賣標的股票，非屬行爲時所得稅法第4條之1所規範單純買賣有價證券之證券交易損益之範圍，爲發行權證避險而買賣標的股票之損益，自應作爲應稅收入之減項云云，尙不可採。又證券交易所得既爲免稅，其交易損失亦不得自所得額中減除，爲行爲時所得稅法第4條之1所明定，宏遠公司所爲之避險措施既係因證券交易所致，依法無法認列爲成本作爲應稅收入之減項，縱然發行權證權利金收入扣除避險措施所受之損失後，實際淨所得低於課稅所得，亦屬所得稅法第4條之1於此種情形應否作例外規定或修法之問題，於所得

稅法第4條之1修正前，仍應受該法條之拘束。另查就營利事業體所獲得之各項收入而言，因性質之不同，可能產生成本費用比例差距情形，例如受捐贈收入、補償費收入、利息收入及認購權證之權利金收入等，其收入性質本無成本費用，或費用金額相對微小，形成收入與所得金額相近或對毛收入課稅之結果，此係依所得稅法第24條實質課稅原則計算所得之結果，難謂違反實質課稅之公平原則。且各種收入可否扣除成本費用及何種支出始得作為成本費用自收入項下減除，於稅法上各有規定，縱系爭避險損失會計上可認為本件權證權利金收入之成本，亦因行為時所得稅法第4條之1有明文規定，而不得自所得額中減除，尙難以稅法承認於收入內扣除成本費用，即當然於本件可將避險措施所造成證券交易之損失作為成本費用予以扣除，本件原處分係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律，宏遠公司此部分之答辯，尙不足採。次按會計學上「收入成本配合原則」，與稅法上成本費用之得否列報並非完全相同，所謂「收入成本配合原則」於會計學上係指「某項收益已經在某一會計期間認列時，所有與該收益之產生有關的成本均應在同一會計期間轉為費用，以便與收益配合而正確的計算損益」（商業會計法第60條參照）。惟查，上開會計學上之「收入成本配合原則」於稅法之適用上，尙須考量租稅政策與目的，於辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，其依商業會計法記載之會計事項，如與所得稅法等有關租稅法規規定未符者，均應於申報書內自行調整之。是觀之所得稅法第36條（捐贈）、第37條（交際費）、第43條之1（不合營業常規之調整）、第49條（壞帳）、第51條之1（折舊）等之規定，二者範圍自非完全相同。原判決卻逕將「會計學上」收入、成本配合原則下之成本、費用，視為「所得稅法上」得列報之成本、費用，無視立法者對於個別成本、費用所為之目的及政策考量，自有違誤。再者，成本費用准否列報，並非以具備原因事實為已足，原因事實僅是列報成本費用之前提門檻，尙須依據法律對於具備原因事實關係之成本費用再為准駁。如法律已有明文排除之規範者，法律之規定更應優先於原因事實關係而被遵守，租稅法定原則始可確立而貫徹。所得稅法第4條之1已明文規定證券交易所得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中扣除，如獨對權證發行者之特別待遇，亦有違反平等原則。綜上所述，北市國稅局對系爭避險損失否准宏遠公司認列為發行認購權證之營業成本，於法尙無不合，訴願決定予以維持亦無違誤，原判決將此部分之訴願決定及原處分（復查決定）均予撤銷，既有違誤，北市國稅局執以指摘，為有理由，且本件事證已明確，爰將原判決此部分廢棄，並判決駁回宏遠公司第一審此部分之訴。（二）關於虛報薪

資罰鍰部分：按「納稅義務人已依本法規定辦理結算申報，但對依本法規定應申報課稅之所得額有漏報或短報情事者，處以所漏稅額兩倍以下之罰鍰。」為所得稅法第110條第1項所明定。又「人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，仍須以過失為其責任條件。」司法院釋字第275號解釋可資參照，是於95年2月5日行政罰法施行前，違反行政法上之義務，行為人如該當違法之故意或過失之責任條件，即應受罰。查本件宏遠公司於系爭年度列報之薪資支出624,117,294元，其中就吳美滿等81人之薪資22,913,718元部分係屬浮報，並非公司支出之薪資；上開金額係宏遠公司當時董事長葉能邁夥同宏遠公司總經理葉輝、員工吳美滿、林素慧、呂明螢等人藉薪資、獎金等名目，虛增宏遠公司薪資支出；其方式為宏遠公司於發放員工薪資、獎金時，先由會計部門將員工實際所得及虛增金額匯入員工設於金融機構之薪資帳戶，再由部門主管通知各員工將虛增款項提領交予呂明螢，至就因虛增所得而增加之所得稅賦，或於員工繳回時預先按6%或13%之比例予以扣除，或於報稅時節由盧玉雲或呂明螢支付所得稅差額，虛增薪資費用等情，為原審依法所認定之事實；然股份有限公司之董事長與在執行職務範圍內之經理人，均為公司之負責人，公司法第208條第3項及第8條第2項定有明文；是董事長或經理人關於營業之行為，對於公司當然發生效力。本件虛報員工薪資費用乙事，既為宏遠公司當時董事長葉能邁夥同總經理葉輝所主導，當年度之營利事業所得稅之申報復係由葉能邁代表宏遠公司申報，其行為即為宏遠公司之行為，而宏遠公司本應覈實申報納稅，竟虛列薪資費用，漏報營業所得，自難謂無違章之故意；宏遠公司上訴意旨主張葉輝等係其個人之犯罪行為，宏遠公司則為犯罪之被害人，本件係屬漏稅罰，並無司法院釋字第275號解釋及行政罰法第7條推定過失之適用云云，殊無足採。原判決認宏遠公司總經理葉能邁、會計人員吳美滿等人於宏遠公司為本件營利事業所得稅結算之申報書中虛列系爭薪資支出，意圖乃在違法侵占其資產，使自己從中獲得不法利益，非在使宏遠公司獲取逃漏稅捐之不法利益，雖因此而使宏遠公司產生漏稅結果，惟衡量此時宏遠公司一則為受害人，二則客觀上亦無法防杜，實際上亦未因此享有漏稅利益等情事，自無從為其機關或構成員對其所施之犯罪行為負違反行政法上義務之故意或過失之責之理，原判決將此虛報薪資罰鍰超過5,036,400元部分之訴願決定及原處分（復查決定）均予撤銷，依上開說明，即有違誤，北市國稅局執以指摘，為有理由，且本件事證已明確，爰將原判決此部分廢棄，並判決駁回宏遠公司第一審此部分之訴，至其餘罰鍰部分，北市國稅局既已將虛報薪資罰

緩5,058,600元更正為5,036,400元（參北市國稅局98年6月10日行政訴訟上訴補充理由狀），則二者之差額22,200元，北市國稅局之上訴，為無理由，應予駁回。另98年5月27日修正之所得稅法第110條第3項係規定：「營利事業因受獎勵免稅或營業虧損，致加計短漏之所得額後仍無應納稅額者，應就短漏之所得額依當年度適用之營利事業所得稅稅率計算之金額，分別依前二項之規定倍數處罰。但最高不得超過9萬元，最低不得少於4千5百元。」。本件核定課稅所得額為正數，仍應依同法條第1項處罰，宏遠公司主張縱應處罰，依稅捐稽徵法第48條之3及財政部85年8月2日台財稅第851912487號函釋，亦應適用所得稅法第110條第3項之規定，處罰最高不得超過9萬元等語，顯為誤解，附此敘明。（三）關於停徵之證券交易所得部分（利息支出分攤部分）：按營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。又依所得稅法第4條之1前段規定，自中華民國79年1月1日起，證券交易所得停止課徵所得稅。營利事業出售有價證券之交易所得納入免稅範圍，固有其立法上特殊之意義，惟應正確計算免稅所得之範圍，務使免稅收入與其相關成本費用配合，以符前揭法律意旨及公平原則，如免稅項目之相關成本費用由應稅項目吸收，營利事業將雙重獲益，不僅有失立法原意，並造成侵蝕稅源及課稅不公平之不合理現象。是應稅收入及免稅收入應分攤之相關成本費用之首要原則，即係視其可直接合理明確歸屬與否而定，如可直接合理明確歸屬於出售有價證券收入者得個別歸屬，應自有價證券出售收入項下減除之（司法院釋字第493號解釋參照）。次按財政部69年函釋謂：「營利事業發行商業本票，其一次支付票券金融公司之簽證手續費、承銷費、本票成本費（印刷費）及支付保證機構之保證費，得以當年度利息費用列支。」；財政部85年函釋謂：「補充核釋『綜合證券商暨票券金融公司』於證券交易所得停止課徵所得稅期間從事有價證券買賣，其營業費用及利息支出之分攤原則。說明：一營利事業於證券交易所得停止課徵所得稅期間從事有價證券買賣，其營業費用及利息支出之分攤原則，前經本部83年2月8日台財稅第831582472號函核釋有案。二前揭函釋說明三所稱以有價證券買賣為專業之營利事業，其屬兼含經營證券交易法第15條規定三種證券業務之綜合證券商…部分之分攤原則補充核釋如下：（一）綜合證券商：…2.利息支出部分：其可明確歸屬者，得依個別歸屬認列；無法明確歸屬者，如利息收入大於利息支出，則全部利息支出得在課稅所得項下減除；如利息收入小於利息支出，其利息收支差額應以購買有價證券平均動用資金，占全體可運用資金比例作為合理歸屬之分攤基礎，計算有價證券出售部分應分攤

之利息，不得在課稅所得項下減除。所稱全體可運用資金，包括自有資金及借入資金；所稱自有資金，係指淨值總額減除固定資產淨額及存出保證金後之餘額；所稱比例計算，採月平均額計算之。…」。原判決認發行商業本票之保證與簽證費用實質上係宏遠公司為向市場借得資金而需付出之對價，本質與利息並無二致，依據財政部69年函釋意旨，營利事業發行商業本票，其一次支付票券金融公司之簽證手續費、承銷費、本票成本費（印刷費）及支付保證機構之保證費，得以當年度利息費用列支，是北市國稅局將宏遠公司列報於其他費用中之發行商業本票之保證與簽證費用16,350,574元轉列為利息支出，並無不合。而宏遠公司為綜合證券商，其經紀、承銷、自營等各部門之組織架構及業務明確，所列報於營業收入項下之債券利息收入、公會自律金利息、營業保證金及交割結算基金之利息收入，北市國稅局依經營之各部門個別歸屬認列，而短期票券利息收入，依所得稅法第24條第2項規定意旨不計入所得額課稅。再依上開財政部85年函釋，未准短期票券利息收入併入利息內加總比較，亦無不合，原判決業於理由中詳予論斷，原判決此部分駁回宏遠公司在第一審之訴，核無違誤，上訴意旨仍執前詞指摘原判決違誤，求予廢棄，並無理由，應予駁回。（四）關於虛報薪資部分：按營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。又行為時所得稅法第32條第1款規定：「營利事業職工之薪資，合於左列規定者，得以費用或損失列支：一、公司、合作社職工之薪資，經預先決定或約定執行業務之股東、董事、監察人之薪資，經組織章程規定或股東大會或社員大會預先議決，不論營業盈虧必須支付者。」第38條規定：「經營本業及附屬業務以外之損失，或家庭之費用，及各種說法所規定之滯報金、怠報金、滯納金等及各項罰鍰，不得列為費用或損失。」。次按財政部發布之查核準則，係規定有關營利事業所得稅結算申報之調查、審核等事項。該準則第62條規定：「經營本業及附屬業務以外之費用及損失，不得列為費用或損失。」核與所得稅法第38條規定：「經營本業及附屬業務以外之損失，或家庭之費用，及各種稅法所規定之滯報金、怠報金、滯納金等及各項罰鍰，不得列為費用或損失。」相符，其第67條第1項規定：「費用及損失，未經取得原始憑證，或經取得而記載事項不符者，不予認定。前項之費用及損失，如經查明確無支付之事實，而係虛列費用或損失逃稅者，應依所得稅法第110條之規定辦理。」，並無逾越所得稅法之規定，亦無違反法律保留原則之情形。上訴人任意指摘查核準則係未經法律明確授權之職權命令，而非法規命令，原處分據以為推計課稅及裁罰之依據，顯然有違行政程序法第

5條所揭示之明確性原則，亦無足採。原判決以本件系爭薪資之虛增，係宏遠公司當時董事長兼總經理葉能邁等人為遂行侵占宏遠公司資金所為之手段，與查核準則第103條第2款第4目之規定及財政部69年2月25日台財稅第31608號函釋意旨不同，且宏遠公司就其曾向葉輝等人追償未果，確實無法追回等情，復未另行舉證確以實其說，是其主張系爭薪資縱無法於薪資科目認列，亦得依查核準則第103條第2款第4目規定、財政部69年2月25日台財稅第31608號函釋認列為其他損失云云，亦無可取，經核並無不合。宏遠公司上訴意旨謂公司董事侵占公司資產，既屬竊盜公司之資產，依查核準則第103條規定，自應列為其他損失，詎原審法院無視上開規定，逕認該損失並無上開條文之適用，顯係增加法律所無之限制，自非適法云云，顯係以一己之見而指摘原判決不當，自不足採。至宏遠公司援引之本院95年度判字第445號、1880號、96年度判字第928號判決，均非本院判例，本件不受其拘束，附此敘明。

八、據上論結，本件宏遠公司上訴為無理由，北市國稅局上訴為一部有理由，一部無理由，依行政訴訟法第255條第1項、第256條第1項、第259條第1款、第98條第1項前段、第104條，民事訴訟法第79條，判決如主文。

中 華 民 國 99 年 3 月 25 日

最高行政法院第二庭

審判長法官 鍾 耀 光
 法官 鄭 忠 仁
 法官 陳 鴻 斌
 法官 黃 淑 玲
 法官 鄭 小 康

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異
 中 華 民 國 99 年 3 月 25 日

書記官 王 史 民

台北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 96,訴,2283

【裁判日期】 970320

【裁判案由】 營利事業所得稅

【裁判全文】

臺北高等行政法院判決

96年度訴字第02283號

97年3月6日辯論終結

原 告 宏遠證券股份有限公司

代 表 人 姜克勤（董事長）住同上

訴訟代理人 許祺昌（會計師）

被 告 利浩廷（會計師）住同上

財政部臺北市國稅局

代 表 人 凌忠嫻（局長）

訴訟代理人 林錦時

上列當事人間因營利事業所得稅事件，原告不服財政部中華民國96年5月4日台財訴字第09600129860號訴願決定（案號：第09600560號），提起行政訴訟。本院判決如下：

主 文

訴願決定及原處分關於營業收入項下認購權證損益為新臺幣（下同）1,339,589,940元並於營利事業所得稅結算申報書第58欄免稅所得調減98,954,099元部分，暨關於營業費用—薪資支出中剔除89,000元部分及罰鍰均撤銷。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔二分之一，餘由原告負擔。

事 實

一、事實概要：

（一）原告（原為大信綜合證券股份有限公司，嗣更名為吉祥證券股份有限公司，現更名為宏遠證券股份有限公司）民國（下同）88年度營利事業所得稅結算申報，原列報營業收入總額新臺幣（下同）51,171,617,374元、營業收入淨額51,085,008,988元、營業成本49,542,861,828元、營業費用—薪資支出624,117,294元、全年所得額88,015,321元、停徵之證券交易所所得469,917,389元、課稅所得額虧損381,902,068元、尚未抵繳之扣繳稅額23,160,088元、應退稅額48,534,837元，經被告初查核定營業收入總額52,498,973,387元、營業收入淨額52,412,365,001元、營業成本49,544,662,651元、營業費用—薪資支出597,358,276元、停徵之證券交易所所得

341,852,412 元、課稅所得額為1,089,666,456 元、尚未抵繳之扣繳稅額21,359,265元、應補稅額220,475,755 元，並以原告虛報薪資支出23,744,798元，漏報所得額23,744,798，致短漏報所得稅額5,936,200 元，乃依所得稅法第110 條第1 項規定，處以所漏稅額1 倍之罰鍰5,936,200 元（計至百元止）。

(二)原告對上揭核定營業收入總額（原核定否准避險部位標的股票出售損益及權證再買回損益部分）、營業成本、營業費用—薪資支出、停徵之證券交易所得（利息支出分攤部分）、尚未抵繳之扣繳稅額及罰鍰等項目不服，申請復查，經被告以95年12月29日財北國稅法字第0950246081號復查決定書（下稱原處分）：「追減營業成本1,080,494 元及罰鍰877,600 元、追認薪資支出3,756,300 元、停徵之證券交易所得834,243 元及尚未抵繳之扣繳稅額1,080,494 元，其餘復查駁回。」亦即薪資支出變更核定為601,114,576 元，證券交易所得變更核定為342,686,655 元，罰鍰變更核定為5,058,600 元【（原核定漏報所得額23,744,798—3,756,300 +246,251）×25% ×1，計至百元止】，其餘均維持原核定。原告對營業收入總額（原核定否准避險部位標的股票出售損益及權證再買回損益部分）、營業費用—薪資支出、停徵之證券交易所得（利息支出分攤部分）及罰鍰等項目仍表不服，提起訴願遭駁回後，遂提起本件行政訴訟。

二、兩造聲明：

(一)原告聲明：

- 1.訴願決定及原處分不利於原告部分均撤銷。
- 2.訴訟費用由被告負擔。

(二)被告聲明：

- 1.駁回原告之訴。
- 2.訴訟費用由原告負擔。

三、兩造之爭點：

(一)原告主張：

1.認購權證避險部位出售損益：

- (1)依財政部86年7 月31日台財稅字第861909311 號函釋：
「主旨：核釋認購（售）權證及其標的股票交易之相關稅捐核課事宜。說明：二、有關認購（售）權證及其標的股票交易之相關稅捐之核課，應依下列規定辦理。…
（三）至認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，以現金方式結算者，係屬認購（售）權證之標的股票之交易，…並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」財政部86年12月1 日台財稅字第861922464 號函釋：
「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第22條有關公司組

織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購（售）權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益，並依所得稅法第 4 條之 1 規定辦理。又依證券交易稅實施注意事項第 2 點規定，發行認購（售）權證，不屬於交易之行為，應免徵證券交易稅，自亦非屬營業稅之課稅範圍。」發行認購權證所產生之履約及避險損益免稅違反實質課稅原則：

- ①認購權證實際運作之真正所得簡例：認購權證為投資人在付出一定價金（權利金）之後，即有權利在認購權證之存續期間內或特定時點上，決定是否以事先約定之價格（即履約價格），向發行證券商買進該權證可認購之標的股票。舉例來說，一認購權證發行時收取權利金 10 元，約定履約日投資人可以 30 元購買臺灣積體電路製造股份有限公司（下稱臺積電）股票，至履約日臺積電股票市價為 60 元，投資人依約以 30 元交付予證券商，若證券商未從事避險，則證券商須以市價 60 元買入臺積電股票交付予投資人，證券商履約損益為 $30 - 60 =$ 虧損 30 元，此 30 元之虧損顯為履行權利金收入 10 元之義務，了無疑義，是就該次發行認購權證之損益為 $10 + (-30) =$ 虧損 20 元。
- ②然被告所援上開財政部 86 年函釋將履約損益視為免稅之證券交易損益，依上述所舉簡例，即權利金收入 10 元應課徵 25% 之營利事業所得稅，另履約損失 30 元免稅，是就該次發行認購權證虧損 20 元應繳稅 2.5 元，此顯違反「實質課稅原則」。觀之認購權證之「經濟實質」，履約損益係為履行權利金收入之義務所產生，縱履約損益於法律形式上屬免稅之證券交易所得，亦應與權利金收入併同課稅，方符司法院釋字第 420 號解釋所揭櫫「實質課稅原則」之意涵。
- ③發行人申請發行認購（售）權證處理要點第 8 條第 11 款規定：「發行人申請發行認購（售）權證之資格認可者，如有下列情形之一，本會得不予認可：一、…十一、發行人無適當之風險管理措施者。」同要點第 9 條規定：「發行人經本會核給其發行認購（售）權證之資格認可後，經發現或經交易所函報其有要點 8 各款所定情事之一者，得撤銷其認可。」同要點第 11 條規定：「發行人經本會核准其上市契約後，於認購（售）權證上市買賣前，經發現或經交易所函報其有要點 8 各款所訂情事之一者，得撤銷其核准。」臺灣證券交易所股份有限公司審查認購（售）權證上市作

業程序第5 條規定：「本公司承辦人員於受理取得發行認購（售）權證資格認可申請案後，應就申請書件及其附件，進行書面審查，其審查要點、程序及期限如下：…（二）審查要點：…4.發行人風險管理制度：評估發行人或其委託之風險管理機構是否建立風險管理制度、具備風險控管之電腦設施、具有適當之風險操作人員及是否建立風險管理之內部控制及稽核制度等項目，分析發行人風險管理能力有無異常並填製『認購（售）權證發行人風險管理制度及預定之風險沖銷策略檢查表』…（三）審查程序及時限：承辦人員經過審查相關資料並填具檢查表後，如審查結果發現有申請書件不完備或應記載事項不充分者，應限期請其補正，逾期未補正者，即簽報予以退件，並副陳主管機關。」同作業程序第6 條規定：「本公司承辦人員於受理發行人申請其擬發行之認購（售）權證上市案後，應就申請書件及其附件，進行審查，其審查要點、程序及期限如下：…（二）審查要點：…4.風險沖銷策略說明：檢查發行人提出之風險沖銷策略是否具體說明本次發行人認購（售）權證之各種可能風險或損失，及其因應之避險措施並填製『認購（售）權證發行人風險管理制度及預定之風險沖銷策略檢查表』。」臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則第8 條規定：「發行人有下列各款情事之一者，本公司得不予同意其資格之認可或於取得資格之認可後應即報請主管機關撤銷或廢止其資格之認可：一、…十一、發行人無適當之風險管理措施者。…」可知，證券商發行認購權證依主管機關規定應有適當之避險措施，譬如於認購權證發行期間購買一定數量之標的股票以備履約之需，於履約日將事先購買之股票交付予投資人，則其避險後之淨損益為事先購買股票之價格與履約價格之價差，以前例而言，若證券商以45元買入臺積電股票以履行避險義務，則其履約損失 $30 - 60 = 虧損30元$ ，但有避險利益為 $60 - 45 = 15元$ ，淨損益為 $15 - 30 = 虧損15元$ ，此15元之虧損顯為履行權利金收入10元之義務，是就該次發行認購權證之損益為 $10 + (-15) = 虧損5元$ ，然依財政部86年函釋，亦應繳稅2.5元，顯違反「實質課稅原則」。

- (2)發行認購權證所產生之履約及避險損益應回歸所得稅法第24條第1 項規定所揭櫫之「成本收入配合原則」辦理。承上所述，發行認購權證所產生之履約損益及避險損

益依「實質課稅原則」不應適用財政部86年函釋予以免稅，自應回歸所得稅法第24條第1項之規定辦理，然被告依司法院釋字第493號解釋主張免稅所得並未排除收入成本配合原則之適用，其免稅與應稅之成本應個別歸屬認定，是權利金收入與履約損益、避險損益應分別適用應、免稅之規定，此顯有誤解，蓋司法院釋字第493號解釋係闡明證券交易所與其相關成本費用均不得計入所得課稅，依其反面解釋，非屬證券交易所與其相關成本費用均應計入所得課稅，是非屬證券交易所之權利金收入與其所承擔之履約及避險義務相關，均應計入所得課稅。即該履約及避險義務應按所得稅法第24條第1項規定所揭櫫之「成本收入配合原則」於權利金項下減除。

- (3)被告執意主張履約及避險損益應適用所得稅法第4條之1之規定，而未斟酌本案於實質課稅原則之適用，其理由不外乎所得稅法第4條之1規定對於證券交易所並未區分證券交易之目的，此一見解，顯已違反所得稅法第4條之1規定之立法意旨，蓋因所得稅法第4條之1規定之立法意旨為鼓勵人民參與資本市場，活絡證券交易，然該條文早於79年1月1日起即開始適用，當時並無認購權證等相關金融商品之問市，是於立法之初未針對經主管機關強制避險之情形，亦未考慮認購權證之稅賦議題，今認購權證亦屬其他有價證券，有別於一般證券交易，然被告就其發行之收入課稅，因發行義務衍生之履約或避險損益卻予以免稅，此豈能活絡認購權證之交易市場？是被告之主張顯與所得稅法第4條之1規定之立法意旨有違，應予撤銷。
- (4)依上開發行人申請發行認購（售）權證處理要點、證交所認購（售）權證上市審查準則及證交所審查認購（售）權證上市作業程序等規定，可知認購權證發行人發行權證時依主管機關要求須建立標的股票之避險部位，且須維持一定之數量，無任意變更之權力，是認購權證發行時已同時產生權利（權利金收入）與義務（避險）。觀諸上開財政部86年函釋，發行權證之損益應採權責發生制於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益，又向投資人收取權利金與履約、操作避險分別為發行認購權證之權利及義務，無從獨立分割，依司法院釋字第385號解釋：「該法律所定之事項若權利義務相關連者，本於法律適用之整體性及權利義務之平衡，當不得割裂適用。」是其履約及避險損益應依權責發生制與權利金收入併計，方能維持其整體性與權利義務之平衡。
- (5)被告核定原告營業收入項下認購權證損益為1,339,589,

940 元（發行認購權證取得之價款1,497,984,330 元－發行認購權證費用507,760 元－分攤87年度營業費用62,987,700元＋87年度出售避險股票淨利益55,662,613元－87年度認購權證再買回損失73,186,763元－88年度認購權證再買回損失77,374,780元），並於第58欄免稅所得調減98,954,099元（分攤88年度權證業務營業費用11,042,682元＋87年度出售避險股票淨利益55,662,613元－87年度認購權證再買回損失73,186,763元－88年度認購權證再買回損失77,374,780元－分攤87年度權證避險業務營業費用15,097,851元），即僅以發行認購權證取得之價款、認購權證發行費用及權證業務（不包含避險業務）分攤營業費用計算應稅損益，否准原告依「實質課稅原則」及「成本收入配合原則」列支「認購權證負債價值變動損益」、「認購權證再買回價值變動損益」、「出售避險部位標的證券損益」、「認購權證到期前履約損益」及「發行認購權證逾期失效利益」，顯與法有違，應予撤銷。

2.商業本票費用是否屬利息支出部分：

利息支出乃借用資金時，以時間單位計算所須付出之對價，今票券商並未借貸資金予原告，然被告竟認原告支付予票券商之保證及簽證手續費屬利息支出，此顯有誤解，應予撤銷。

(1)按民法第69條第2 項規定：「稱法定孳息者，謂利息、租金及其他因法律關係所得之收益。」及民法第474 條第1 項規定：「稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。」

(2)本件所稱「利息支出」乃為當事人（借用人）本於與他方（貸與人）「消費借貸」之關係所支付之代價，申言之，「利息支出」應符合兩要件：須有「借用資金」之事實及給付對價須「以時間單位計算」。

(3)商業本票係發行公司為自貨幣市場獲取資金所運用之一種金融工具。為取信於投資大眾，須委託票券商評估發行公司之信用評等及財務狀況等，此為票券商所收取簽證手續費之服務內容；次為自貨幣市場募集資金，須向投資大眾承銷商業本票，此為票券商所收取承銷費之服務內容；又為發行憑證之製作，須支付票券商印刷費；最後為加強對投資人之保障，須由票券商保證兌付，此為票券商所收取保證費之服務內容。

(4)發行公司所支付予票券商之報酬實為獲取簽證、承銷、印刷及保證等服務之對價，且票券商並無貸與任何資金與發行公司，又上開報酬亦非「以時間單位計算」，然

被告竟認原告支付予票券商之保證及簽證手續費屬利息支出，此顯有誤解，應予撤銷。

3. 利息支出分攤部分：

(1) 依財政部85年8月9日台財稅字第851914404號函釋，如利息收入大於利息支出，則利息支出可全部在課稅所得項下減除。而利息收入之來源明確，依法即可認定為應稅收入或免稅收入，應無所謂「無法明確歸屬」之利息收入，故「利息收入」應指利息收入之「總額」而言。

① 按行為時所得稅法第24條第1項規定：「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。」及財政部85年8月9日台財稅字第851914404號函釋：「說明：二、前揭函釋說明三所稱以有價證券買賣為專業之營利事業，其屬兼含經營證券交易法第15條規定三種證券業務之綜合證券商及依票券商管理辦法第7條所稱票券金融公司部分之分攤原則核釋如下：（一）綜合證券商：1. 營業費用部分…2. 利息支出部分：其可明確歸屬者，得依個別歸屬認列；無法明確歸屬者，如利息收入大於利息支出，則全部利息支出得在課稅所得項下減除；如利息收入小於利息支出，其利息收支差額應以購買有價證券平均動用資金，占全體可運用資金比例作為合理歸屬之分攤基礎，計算有價證券出售部分應分攤之利息，不得在課稅所得項下減除。」

② 依行為時所得稅法第24條第1項規定所表彰之成本收益配合原則，係指成本費用須與該成本費用支出所創造之收入配合認列，於該收入項下減除。而利息支出無法明確歸屬時，方有依上開函釋依比例分攤之必要。換言之，唯有費用始有能否明確歸屬之問題，而收入之來源明確，依法即可認定為應稅收入或免稅收入，「無法明確歸屬」之利息收入實際上並不存在。且所謂「歸屬」者，係指該筆費用應歸於應稅業務或免稅業務項下減除之意，收入本身並無歸屬之問題。職是，上開函釋所稱之利息收入，應指利息收入之總額而言。

③ 承此，原告申報利息收入總額計970,492,020元（營業收入項下903,130,053元+非營業收入項下67,361,967元），較諸原告所主張無法明確歸屬之利息支出273,250,575元或被告核定無法明確歸屬之利息支出289,601,149元（財務調度利息支出273,250,575元+發行商業本票之保證、簽證與承銷手續費支出16,350,574元）為大，則全部利息支出應能在課稅所得項

下減除，而毋庸計算免稅所得之應分攤部分。惟被告就銀行存款定存息110,149,598元、活存息1,421,825元及其他利息收入7,477,000元方屬不可明確歸屬之利息收入共計119,048,423元與不可明確歸屬之利息支出為289,601,149元之差額，按有價證券平均動用資金比例17.78%核算出售有價證券應分攤利息支出為30,324,275元。其處分顯與行爲時所得稅法第24條第1項規定及財政部85年8月9日台財稅字第851914404號函釋之規定有所扞格，而應予以撤銷。

(2)退步言之，縱利息收入可區分為「可明確歸屬」及「無法明確歸屬」者，依財政部85年8月9日台財稅字第851914404號函釋之意旨，「可明確歸屬」之利息收入與支出應指專屬於綜合證券商之本業所創造者而言。是債券利息收入、短期票券利息收入、押金設算息、自律金利息收入、營業保證金及交割結算基金之利息收入等皆非專屬綜合證券商之本業所創造，又故實應將其歸類為「無法明確歸屬」之利息收入。

①縱使被告堅認原告之利息收入亦須明確區分，則應以是否為「專屬」綜合證券商本業之利息收入為準。承此，則如附賣回債券利息收入、融資利息收入、轉融通利息收入等，均屬依法須經主管機關許可後方得從事之業務，而為「可明確歸屬」之利息收入。反之，若屬利用「剩餘資金」所創造之收入，與一般行業無異，則為「無法明確歸屬」之利息收入。

②「債券利息收入」係因「持有」而產生，並非因債券之交易產生，況且債券「持有」之行爲，一般人均得爲之，不以綜合證券商爲限。從而言之，債券利息收入應屬「無法明確歸屬」之利息收入。據此，被告將性質上非專屬於綜合證券商之業務所產生之債券利息收入，歸類為「可明確歸屬」之利息收入，顯有重大違誤。

③短期票券利息收入依所得稅法第24條規定，雖不計入營利事業所得額，但因採分離課稅而屬應稅收入，亦為資金運用之一種型態。另短期票券業務非屬證券交易法第15條規定之專屬業務，其利息收入亦屬運用剩餘資金之代價，故應為「無法明確歸屬」之利息收入，被告未將之納入「無法明確歸屬」之利息收入，尚非妥適。

④押金設算息係因租賃所繳交之存出保證金，其產生之利息收入非屬證券交易法第15條規定之專屬業務，且無法歸屬於經紀、承銷或自營任一部門，是應屬「無法明確歸屬」之利息收入。豈料，被告竟以存出保證

金非屬可運用資金，進一步推論其所設算之利息收入於比較利息收支大小應予排除，然觀諸財政部85年8月9日台財稅字第851914404號函釋，並未規範應分攤之利息收支差額應皆屬可運用資金者產生者，申言之，財政部85年8月9日台財稅字第851914404號函釋，所規範資金動用比例係欲推算出公司可運用資金中用於免稅資產之比例，而應分攤之利息收支差額卻為公司無法明確歸屬之利息支出淨額（減除利息收入後），是兩者毫無相干，被告顯有「不當聯結」之誤。

- ⑤又被告以原告經紀、承銷或自營部門之組織架構及業務明確而推論上開各類保證金之利息收入自可歸屬各經營部門。又訴願決定指稱依證券投資人保護基金設置及運用辦法第5條規定意旨，營業保證金及交割結算基金有其特定用途，並以此推論上開利息收入與一般存款利息不同，應屬可直接歸屬於各相關部門項下，此顯有下列違誤：
- a. 原告為綜合證券商，依主管機關規範而分設經紀、承銷及自營部門，其組織架構及業務自然明確可分，然獲取上開各類保證金之利息收入均非屬經紀、承銷或自營業務，亦非由經紀、承銷或自營部門之專人負責，自非可歸屬於任一部門，是被告徒稱原告組織架構及業務明確可分，進而推論上開各類保證金之利息收入自可歸屬各經營部門，顯有相當誤解。
 - b. 按行為時證券投資人保護基金設置及運用辦法第1條規定及第3條規定，證券投資人保護基金之提撥對象分別為臺灣證券交易所股份有限公司、財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心、臺北市證券商業同業公會、復華證券金融股份有限公司、安泰證券金融股份有限公司、富邦證券金融股份有限公司、環華證券金融股份有限公司、臺灣證券集中保管股份有限公司、財團法人中華民國證券暨期貨市場發展基金會及高雄市證券商業同業公會，並非由原告提撥成立，是訴願決定所引行為時證券投資人保護基金設置及運用辦法與原告所提撥之營業保證金及交割結算基金毫無相干，顯對上開法令有相當誤解。
 - c. 次按上開各類保證金提列之法源依據分述如下：一為營業保證金：按證券商管理規則第9條規定：「證券商應於辦理公司登記後，依下列規定，向本會所指定銀行提存營業保證金：一、證券承銷商：新臺幣四千萬元。二、證券自營商：新臺幣一千萬元

。三、證券經紀商：新臺幣五千萬元。四、經營二種以上證券業務者：按其經營種類依前三款規定併計之。五、設置分支機構：每設置一家增提新臺幣一千萬元。」原告既屬綜合證券商，其提存之營業保證金係依承銷、自營、經紀業務及設置分支機構之家數所合併計算，自無法明確歸屬於承銷、自營或經紀任一部門。二為交割結算基金：按證券商管理規則第10條規定：「證券商經營在集中交易市場受託買賣有價證券業務者，依下列規定，向證券交易所繳存交割結算基金：…證券商經營在集中交易市場自行買賣有價證券業務者，於開始營業前，應一次向證券交易所繳存交割結算基金一千萬元。證券商經營在集中交易市場受託及自行買賣有價證券業務者，應按前二項併計繳存。證券商每增設一分支機構，應於開業前，向證券交易所一次繳存交割結算基金三百萬元，但自開業次一年起，其原繳之金額減為二百萬元。」原告既屬綜合證券商，其提存交割結算基金之金額係依經紀、自營業務及設置分支機構之家數所合併計算，自無法明確歸屬於經紀或自營部門任一部門。三為公會自律基金：按行為時中華民國證券商業同業公會會員自律基金設置辦法第2條規定：「本公會每家會員繳納會員自律基金（以下簡稱本基金）新臺幣參拾萬元整。」及證券交易法第89條規定：「證券商非加入同業公會，不得開業。」故證券商無論屬自營商、承銷商、經紀商或綜合證券商均須加入同業公會並繳納會員自律基金，又原告既為綜合證券商，兼營承銷、自營及經紀業務，其繳納之會員自律基金及所產生之利息收入自非可明確歸屬於任一部門。

d. 綜上，上開各類保證金之利息收入非可直接歸屬承銷、自營或經紀部門，要無疑義，倘被告仍認其為可直接歸屬者，實應陳明其究可直接歸屬於何部門，依據為何，方為適法。

⑥綜上所述，若利息收入強要區分為可直接歸屬與否，該無法明確歸屬之利息收入，應指專屬證券商本業以外之利息收入。職是，被告核定無法直接歸屬之利息收入119,048,423元，應加計債券利息收入126,733,638元、短期票券利息2,751,794元、押金設算息821,982元、自律金利息收入11,753元、營業保證金之利息收入28,853,190元及交割結算基金之利息收入7,884,102元共計為286,104,882元，較諸原告所主張無法明確歸屬之利息支出273,250,575元為大，則全

部利息支出應能在課稅所得項下減除，而毋庸計算免稅所得之應分攤部分。

(3)有關營業保證金、交割結算基金及公會自律基金等存出保證金所產生之利息收入，被告仍無法說明其應如何歸入各營業部門，亦無法舉證本案上開利息收入實際歸入各營業部門之金額為何，顯空泛其言，不足為採：

①有關營業保證金、交割結算基金及公會自律基金等存出保證金所產生之利息收入，依我國財務會計準則公報等規範應屬業外利息收入，且依相關提存之法源依據更可明瞭上開各項保證金並無法明確歸屬於各業務部門，是無論依被告主張應以「業內外」或以「部門別」為「可明確歸屬」與否之判斷標準，上開利息收入皆屬「無法明確歸屬」。

②被告仍以原告經紀、承銷或自營部門之組織架構及業務明確；依證券投資人保護基金設置及運用辦法第5條規定，營業保證金及交割結算基金有其特定用途推論上開利息收入應可直接歸屬於各相關部門項下，然卻又無法舉證或說明上開利息收入究應如何依被告邏輯歸入各營業部門，以及就本件而言，上開利息收入被告實際歸入各相關部門之金額為何，顯不足採。

4. 薪資費用部分：

(1)被告認定原告涉有虛報薪資之依據無非為臺灣臺北地方法院刑事判決、法務部調查局臺北市調查處調查報告，然該判決業經最高法院以判斷依據與證據法則相違予以撤銷發回審理中；法務部調查局臺北市調查處之調查報告更無法取代被告自身之調查義務，故重核處分顯有違誤：

①按所得稅法第32條第1款規定：「營利事業職工之薪資，合於左列規定者，得以費用或損失列支：一、公司、合作社職工之薪資，經預先決定或約定執行業務之股東、董事、監察人之薪資，經組織章程規定或股東大會或社員大會預先決議，不論營業盈虧必須支付者。」次按行政程序法第43條之規定：「行政機關為處分或其他行政行為，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告知當事人。」

②被告原處分僅依據臺灣臺北地方法院88年度訴字第1321號、89年度訴字第0135號刑事判決認定之事實，作為原告涉嫌虛報薪資之唯一證據，逕謂原告實質上並未發放該薪資云云，然經查，前揭臺灣臺北地方法院刑事判決，已歷經臺灣高等法院90年度上訴字第2944號、90年度上訴字第2633號判決及最高法院93年度台

上字第2547號、94年度台上字第74號判決以「事實記載未明確」、「事證調查與證據法則相違背」等由予以撤銷發回臺灣高等法院審理中，則被告對本件事實之判斷基礎已遭推翻，原處分顯失所依據。

③原告所申報之薪資費用，均依法於給付薪資受領人時，按規定之扣繳率或扣繳辦法扣取稅款並依法繳納之，且備有完整之帳冊記錄。被告若欲否定系爭事實，必須克盡其舉證之責，並斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽。惟其卻未依職權調查事實，不顧臺灣臺北地方法院88年度訴字第1321號、89年度訴字第0135號刑事判決已遭撤銷，至所認定之虛報薪資事實並無任何依據。故此部分之處分已嚴重違法而應予撤銷。

(2)退步言，縱不論最高法院以違反證據法則為由撤銷上開原審判決，原審判決亦否准起訴書所載84年至88年虛增薪資總額，是被告依上開虛增薪資總額作成原處分，顯失依據，應予撤銷：

被告依法務部調查局臺北市調查處查獲原告於88年度虛報員工薪資26,759,018元，據此作成行政處分，然觀諸臺灣高等法院90年度上訴字第2633號判決：「公訴意旨另以(一)被告葉輝、盧玉雲、吳美滿、呂明螢等就附表一部分虛增薪資、獎金350,000,000元，因認為被告葉輝、盧玉雲、吳美滿、呂明螢涉有刑法第336條第2項之業務侵占罪嫌。…惟查：(一)被告葉輝、盧玉雲、吳美滿、呂明螢就附表一部分虛增薪資、獎金部分，係侵占161,373,161元，有如前述，逾此數額之部分，並無證據足以證明被告葉輝、盧玉雲、吳美滿、呂明螢等有業務上侵占之犯行。」可知縱不論最高法院以違反證據法則為由撤銷上開臺灣高等法院判決，上開臺灣高等法院判決亦否准起訴書所載84年至88年虛增薪資總額，是觀諸相關刑事判決結果，被告所主張虛增薪資金額皆未被採認，原處分顯失依據，應予撤銷。

(3)再退步言之，縱以被告所採之未確定刑事判決為判斷依據，案外人等侵占其因業務上所持有原告應給付之系爭員工薪資，顯然已造成公司之損失，核應認列為營利事業所得稅查核準則所規定之其他損失，被告對此未予考量，亦有違誤：

①按營利事業所得稅查核準則第103條第1款規定：「其他費用或損失：一、公會會費及不屬於以上各條之費用，皆為其他費用或損失。」及行政程序法第36條規定：「行政機關應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意。」次

按財政部64年8月8日台財稅字第35760號函釋：「貴公司成品144台被職員詐騙私運加工出口區外，為海關查獲將車貨沒收，該職員如經法院以詐欺罪判決徒刑確定有案，該項損失如無法追回，可提出法院判決確定書及海關證明文件，比照營利事業所得稅結算申報查核準則第103條第1項第5款（註：現行準則為第2款第4目）之規定，列作為當年度損失。」及財政部69年2月25日台財稅字第31608號函釋規定：「公司貨款被職員侵占，如確因該職員逃匿無蹤，有部分無法追回，其未追回部分如能提出確實證明文據及法院通緝該職員之證明文件，可比照營利事業所得稅結算申報查核準則第103條第1項第5款規定，列作當年度損失；嗣後如經追回，應作為收回年度之其他收入列帳。」

- ②姑不論被告認定事實之唯一依據已遭推翻，倘以此未確定之刑事判決所認定之事實為判斷，案外人侵占其等因業務上所持有原告應給付之系爭員工薪資，亦屬公司之損失。則揆諸前揭財政部函釋意旨，公司之財產若遭員工詐欺或侵占而受有損害者，倘未予追回，依法可認列為當年度損失。則系爭遭侵占之薪資費用若無法向侵占者追回，理應比照前揭營利事業所得稅結算申報查核準則之規定，認列當年度損失。
- ③然被告竟一方面於相關刑事案件審理階段即認定原告有虛報薪資費用之實，以此補稅並課予罰鍰，另一方面卻又主張須上開刑事案件判決確定後始能認定原告有其他損失。前後判斷邏輯顯有矛盾，應不足採。
- (4)員工在營業活動過程中，利用職務之便犯罪，而造成對公司之損失，與天災及竊盜損失等皆屬「與營業有關」之範疇，是本案原告遭其代表人及相關員工侵占資產，被告不應以原告可向上開人員求償及該損失「與營業無關」為由剔除，顯有謬誤：
- ①所得稅法第38條規定，之所以規範經營本業及附屬業務以外之損失不得認列，其立法目的有二，其一為避免營利事業不以自己營利為目的而代他人負擔損失時，若該營利事業得認列並據以減少課稅所得及營利事業所得稅，將形同國庫以犧牲稅收來補貼該營利事業之非營利行為；其二為避免營利事業認列各項罰鍰為損失，進而抵銷部分制裁之效果，但本案與後者無關，該部分不詳加論述，合先敘明。
- ②由上開第一個立法目的可知，該法條所不許認列者，應為營利事業從事營利行為時，明確無須負擔之損失，如家庭費用或綜合所得稅（參照財政部70年11月5

日台財稅字第39359 號及財政部69年10月4 日台財稅字第38321 號函釋)、他公司之稅款(參照財政部68年3 月9 日台財稅字第31540 號函釋)及他公司之費用等(參照財政部93年4 月30日台財稅字第09304514 37號函釋)。反之,營利事業必然發生之損失,或日常經營無法避免之意外支出,自得由營利事業認列為損失,此由營利事業所得稅查核準則第102 條、第103 條第2 款第3 目規定所規範災害損失及竊盜損失皆可認列為營利事業之損失,即可得證。

③被告竟以原告可向其內部人員求償,否准系爭侵占損失認列為其他損失,顯有未合,資以竊盜損失為例,營利事業可向竊賊求償;以火災損失為例,營利事業可向縱火犯求償;此皆不因營利事業可向他人求償而遭被告否准認列上開損失,是被告以是否有「損害賠償請求權」作為判斷損失可否認列之要件,顯增加法無必要之限制,限縮相關法令之適用。

④就原告所舉財政部69年2 月25日台財稅字第31608 號函釋,主張可認列為當年度損失一事,被告僅以「案情與本案不同」一語帶過,然該函釋規定之案情為公司貨款被職員侵占,即為企業內部人員利用職務之便侵占公司資產,該人員亦應對公司負賠償責任,則與本案案情有何不同?是上開損失皆應屬「與營業有關」之範疇,此觀諸類似案件最高行政法院96年度判字第928 號判決:「...有關損失範圍之界定部分,復查決定引用所得稅法第38條之規定(即『經營本業及附屬業務以外之損失,或家庭之費用,及各種稅法所規定之滯報金、怠報金、滯納金等及各項罰鍰,不得列為費用或損失』),認為:『員工偽造公司名義之有價證券,致使公司負擔債務,此等債務與業務活動無關,所以在稅上不得認列』。此等見解與所得稅法第38條之規範本旨不符,因為公司僱用員工原本是為了從事營業活動,而員工在營業活動過程中,利用職務之便犯罪,而造成對公司之損失,不能謂為『營業範圍外之損失』。」即可明瞭。

⑤綜上,被告認定原告涉有虛報薪資之事實,並無任何確切證據,縱以未確定之刑事判決為搪塞,該刑事判決亦與被告之認定不盡相符,是被告顯未盡職權調查義務,原告之申報並無違法或不當。

5. 罰鍰部分:

(1)被告僅依據案外人涉及侵占、業務登載不實之刑事判決即執此作為科以罰鍰之依據,顯未盡前揭行政罰法及其立法理由所揭示之舉證責任,與法制相悖。

- ①按行政罰法第7 條第1 項規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」次按行政罰法立法理由要點第4 點明示：「基於現代國家『有責任始有處罰』的原則，並為提昇人權的保障，國家欲處罰行為人者，應由行政機關就行為人的故意、過失負舉證責任，故不採『推定過失責任』之立法。」
- ②本件被告對本稅部分之認定既無理由，則罰鍰亦失所附麗，此合先敘明。
- ③況被告所依據之刑事判決，係對案外人葉輝等人涉及侵占、業務登載不實之認定，在客觀事實上，僅能證明該等人涉有侵占之情事；主觀上，至多亦僅係該等人具有侵占之故意。被告執此作為科以罰鍰之依據，顯未盡前揭行政罰法及其立法理由所揭示之舉證責任，與法制相悖。
- (2)縱相關刑事判決最終認定案外人葉輝等人確有侵占之實，然原告就系爭薪資費用已實際支出（被侵占），依財政部相關函釋仍可列為其他損失，與構成漏稅罰之要件不符。
- ①按營利事業所得稅查核準則第67條第2 項規定：「前項之費用及損失，如經查明確無支付之事實，而係虛列費用或損失逃稅者，應依所得稅法第110 條之規定處罰。」
- ②承上，可知所得稅法第110 條規定之有關逃漏稅捐之處罰須以「無支付事實而虛列費用或損失」為構成漏稅罰之要件，則營利事業若無實際支出而列報費用或損失應依所得稅法第110 條規定以逃漏稅論處，自不待言，然若有實際支出，卻未符合稅捐法令相關費用或損失列報之規定，至多依法於其他年度列報（如未實現之費用或損失應於實現年度列報），或於當年度逕行剔除（如呆帳費用超限），此皆非符合所得稅法第110 條規定漏稅罰之要件，自不應以逃漏稅論處。
- ③是以本件而言，縱相關刑事判決最終認定案外人葉輝等人確有侵占之實，然原告就系爭薪資費用已有實際支出（被侵占），依財政部相關函釋仍可列為其他損失，已如前述，又縱如被告主張，原告須待相關刑事判決確定，且應於確定無法收回年度列報其他損失，此亦僅涉及列報損失時點之差異，非可否定原告有實際支出，是此與漏稅罰之構成要件不符，被告所訴顯有誤解。
- (3)原告有支付其代表人及相關從業人員之事實已明，不適用營利事業所得稅查核準則第67條第2 項規定及所得稅法110 條規定之規範，是被告處以原告漏稅罰，顯已違

反營利事業所得稅查核準則第67條第2 項之構成要件：

- ①被告以所得稅法第110 條規定處罰營利事業虛列費用或損失時，依營利事業所得稅查核準則第67條規定，應查明是否有「支付」之事實，則原告已實際支出相關款項予原告代表人等人（無論係屬薪資支出或遭侵占），自無罰鍰之適用。
 - ②營利事業所得稅查核準則第67條第2 項規定所稱「支付之事實」係指「實際上」有無支付之行爲，此爲基礎事實之認定，而非指符合租稅法令規範之費用及損失方可認有「支付之事實」，若非如此，則營利事業所得稅查核準則第67條第2 項規定所稱「前項之費用及損失」既不符合稅法所規範認列要件，則又何須稽徵機關「查明」有無「支付之事實」？
 - ③營利事業所得稅查核準則第67條第2 項規定既課以稽徵機關應「查明」有無「支付之事實」之義務，被告實不應以上開事項有無經復查程序而意圖規避其舉證責任，申言之，本案有無所得稅法第110 條規定罰鍰之適用，被告應就原告系爭損失有無實際支付之事實負舉證責任。
 - ④縱被告一再規避其舉證責任，然本案究有無「支付之事實」已明，即由法務部調查局臺北市調查處報告及各相關法院判決皆顯露原告已支付其代表人及相關從業人員相當款項，所爭執者不過其是否有無涉侵占等罪行，是本案被告以原告無實際「支付之事實」據以課處原告罰鍰顯與事實有違。
- (4)被告僅依據原告代表人及相關從業人員涉及侵占、業務登載不實之刑事判決，即推定原告有故意或過失違反申報納稅之義務，顯未考量原告代表人及相關從業人員侵占及業務登載不實等係基於其自身利益所爲，並非代表原告謀取不法之租稅利益，是原告既爲受害者，被告處以原告罰鍰顯無助於其欲達成之行政目的，應予撤銷。
- ①按行政罰法第7 條第2 項規定：「法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織違反行政法上義務者，其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行爲之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定爲該等組織之故意、過失。」又行政罰法第7 條第2 項規定之立法意旨：「現行法律規定或實務上常有以法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織作爲處罰對象者，爲明其故意、過失責任，爰於第二項規定以其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行爲之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定該等組織之故意

、過失。」

②承上，法人雖為法律所擬制具有獨立人格者，但實際運作仍須經由其代表或負責之自然人為之，則法人代表人之行為即為法人本身之行為，其法律效果自應歸屬於法人，然根據現代民主法治國家「無責任即無處罰」之原則，法人若無可非難性及可歸責性，政府實不應以其代表人之違法行為完全視為法人之違法行為而據以處罰，因此，有學者（許宗力，行政秩序罰的處罰對象，收於「行政不法行為制裁規定之研究」，廖義男主持，行政院經濟建設委員會委託，1990年5月，第40頁至第42頁）認為若欲以法人之代表機關違法致應處罰法人時，應符合四要件：法人之代表機關；法人法定義務之違反；法人獲取或將獲取不正利益；法人機關以機關地位從事之行為。若此，倘代表人之行為係基於個人利益之追求者，非為執行其職務，亦非為法人之利益，應可認其行為不屬於法人之行為，法人自無庸受罰，是行政罰法第7條第2項規定規範法人代表人之故意過失，可推定為該法人之故意過失，即考量若有上述或類似情形，應容許法人有反證推翻之餘地。

③被告僅以原告代表人及相關從業人員之刑事判決（或法務部調查局臺北市調查處報告），推定原告有故意或過失之責，並處以罰鍰，顯有以下謬誤：

a.原告代表人及相關從業人員縱犯有侵占及業務登載不實之罪行，然其皆屬上開人員為自身利益侵占原告資產之行為，顯非為原告謀取不法利益，換言之，原告若為受害者，則上開人員蓄意以虛報薪資方式侵占原告資產，如何能視此為「代表」原告之行為，進而推定原告有故意或過失之責，顯與經驗法則不符。

b.再者，所得稅法第110條規定有關短漏報所得處罰之規範，旨在藉由罰鍰之行政罰糾正納稅義務人逃漏稅之行為，然原告並無逃漏稅之意圖，亦未獲有不法之租稅利益，實因原告代表人及相關從業人員等為掩飾其侵占之犯行，不實申報相關會計事項所致，是本案實難期待藉由課處原告罰鍰之行政罰，嚇阻原告代表人及相關從業人員等之侵占行為，亦無可能期待原告代表人及相關從業人員侵占原告資產之際，仍能於稅務申報時正確揭露其侵占事實，是被告對原告所課處之罰鍰無助於其行政目的之達成，有違行政程序法第7條規定所揭櫫之比例原則，應予撤銷。

c. 又類似本案之案情，除原告所舉財政部64年8月8日台財稅字第35760號及財政部69年2月25日台財稅字第31608號函釋可列為其他損失外，最高行政法院96年度判字第928號及90年度判字第1723號判決等類似案情亦准許其可認列為損失，自無罰鍰之適用。退步言，縱如被告所舉最高行政法院72年度判字第1383號及91年度判字第1839號判決等類似案情否准其可認列為損失，仍未見被告課以罰鍰，可見公司遭內部人員侵占是否可認列為損失，行政機關與法院間仍有不同見解，則上開專業機構仍未有定見之餘，如何能期待原告於申報之初即能做出正確判斷，是被告實不應以此認定原告有故意或過失之責，並據以課處罰鍰。

(5) 被告主張行政罰法第7條第2項規定有立法技術之錯誤，顯有下列誤解：

- ① 探究立法意旨而言，查當初行政罰法草案就第7條第2項規定之故意過失本以「視為」為規範，後經立法院審查時（詳立法院第五屆第四會期司法、法制兩委員會第二次聯席會議紀錄第58頁至第63頁），多數立法委員均認「視為」乃不容舉反證推翻，對法人不免過苛，應改為「推定」以預留空間，方為保障基本人權之體現，是上開法條之立法意旨為「推定」而非「視為」，應毫無疑問。
- ② 雖然被告引述李惠宗教授之觀點，認為行政罰法第7條第2項規定，有關法人代表人之故意、過失「推定」為法人之故意、過失，其「推定」應修正為「視同」，然李震山教授所指導論文「行政罰上多數受罰對象之競合—以私法人之受罰為例」一文中卻認為法人代表人有故意過失而推定法人有故意過失時，應容許法人有反證推翻之餘地，且代表人之行為若與執行業務無關，且係以其個人身分追求個人利益所為之行為，則應不在法人負責範圍之列。（簡珮琚，「行政罰上多數受罰對象之競合—以私法人之受罰為例」，第85頁至第87頁）是究行政罰法第7條第2項有無立法技術之錯誤？仍為學術界爭論議題之一，是被告引述部分之學者觀點欲推翻立法原意，顯有相當誤解。
- ③ 本件之爭論實不應聚焦於法人之故意、過失究應為屬「推定」或「視為」，蓋行政罰法第7條第2項規定，所規範法人代表人之故意、過失應指該代表人依職權代表法人行為時，有故意、過失違反行政法之義務，並非指該代表人所有行為皆應視為法人之行為，或是所有行為之法律效果皆應由法人承擔，若此，則原

告代表人侵占原告資產顯非依職權代表原告之行爲，是上開行爲自與原告無關，原告當然無須爲上開行爲負責。

- ④觀諸現行經濟部辦理違反水利法案件裁罰要點第2 點第2 款規定：「行政罰法第7 條第2 項規定，所稱法人、非法人團體、機關或其他組織（以下簡稱組織）之代表人、管理人、其他代表權人、職員、受雇人或從業人員，依下列各款情事認定應受處罰人：1.實施行爲之人，明知或因過失不知該行爲違法，仍依所屬組織之命令而爲者，應併認組織與實施行爲之人均應處罰之。2.前目實施行爲之人非因過失而不知該行爲違法，而依組織命令所爲者，只處罰其所屬組織。3.第一目實施行爲人所爲違法行爲，非出於組織命令者，僅以實施行爲人爲應受處罰人。4.承攬河川區域之工程案件，而有分包廠商者，應確認該實施行爲之人係依原承攬廠商之意思或其分包廠商或各該廠商工地現場負責人個人意思所爲，判定是否處罰該等組織，或認係該工地現場負責人之行爲。」可得知上開條文第3 目即規定非出於組織命令者（即非代表組織行爲之人），其違法行爲應只處罰該行爲人，益證本案原告應無須爲其代表人侵占原告之行爲負任何行政罰之責任。
- ⑤被告認爲若依原告主張，則易造成有心人以法人爲工具而逃漏稅捐，且代表人亦毋需對法人負任何損害賠償責任（因法人未受罰），助長逃漏稅，及國家稅收之損失，此顯有誤解，蓋本案係葉輝等人以職務之便侵占原告資產，非被告所稱利用原告爲工具而逃漏稅捐，且本案葉輝等人若終局判決確有犯侵占之罪嫌，自應對原告負所侵占款項之損害賠償責任，亦非被告所稱「毋需對法人負任何損害賠償責任」，再者，上開人等之侵占行爲本應以相關刑法嚇阻之，怎可處罰無關之第三人（即原告），再由第三人向行爲人求償？況實務上此類案件公司通常難以完全受償（因違法人員逃匿或財產不足等原因），則原告既爲上櫃公司，其眾多小股東又何其無辜？又被告認爲若依原告主張，會造成「國家稅收之損失」，此亦有誤解，蓋縱然本案系爭侵占行爲不可列爲稅上申報其他損失，則命原告補繳本稅及利息已足以彌補國家當初損失之稅收，與系爭罰鍰課徵與否無關，換言之，漏稅罰之行政目的係爲懲處納稅義務人逃漏稅捐之行爲，絕非用以增加或填補國家稅收，此觀諸被告所引述李惠宗教授「行政罰法之理論與案例」一書中第94頁至第95頁

即提及：「行政罰的施行，應以達成立法目的、維護行政秩序為目標，斷不可滲入與立法目的無關的考量，否則即違背『不當聯結之禁止原則』，例如為達成財政收入目的而執行取締交通違規行為，而不是以規整交通秩序為目的。」是被告欲以國家稅收為本案罰鍰課徵之目的，顯已違背「不當聯結之禁止原則」。

(二)被告主張：

1.營業收入部分：

(1)按所得稅法第4條之1規定：「自中華民國79年1月1日起，證券交易所停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」次按財政部86年7月31日台財稅字第861909311號函釋：「…二、有關認購(售)權證及其標的股票交易之相關稅捐之核課，應依下列規定辦理：(一)本部86年5月23日86台財證(五)第03037號公告，已依證券交易法第6條規定，核定認購(售)權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購(售)權證，應依證券交易稅條例第2條第2款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交價格課徵千分之一證券交易稅，並依現行所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所所得稅。(二)認購(售)權證持有人如於某一時間或特定到期日，按約定行使價格向發行人購入(售出)標的股票者，係屬發行人(持有人)出賣標的股票之行為，應就所出售之標的股票，依證券交易稅條例第2條規定，按履約價格課徵千分之三證券交易稅。(三)至認購(售)權證持有人如於某一時間或特定到期日，以現金方式結算者，係屬認購(售)權證之標的股票之交易，應對認購(售)權證之發行人(持有人)依標的股票之履約價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，及對認購(售)權證持有人(發行人)依標的股票之市場價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」以及財政部86年12月1日台財稅字第861922464號函釋：「…二、認購(售)權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第22條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購(售)權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所所得或損失，應於履約時認列損益，並依所得稅法第4條之1規定辦理。又依證券交易稅實施注意事項第2點規定，發行認購(售)權證，不屬於交易行為，應免徵證券交易所所得稅，自亦非屬營業稅之課稅範圍。…」

- (2)原告係經營綜合證券業務，88年度營利事業所得稅結算申報，原列報營業收入總額51,171,617,374元，其中依財務會計計算之認購權證發行利益為12,233,927元，被告初查依首揭規定及財政部函釋意旨核算結果，認購權證發行利益應為1,339,589,940元，乃核定營業收入總額52,498,973,387元。
- (3)原告起訴理由：
- ①依財政部86年函釋，將發行認購權證所產生之履約及避險損益免稅，違反實質課稅原則。縱履約損益於法律形式上屬免稅之證券交易所所得，亦應與權利金收入併同課稅，方符實質課稅原則。
 - ②發行認購權證所產生之履約及避險損益應回歸所得稅法第24條第1項規定所揭櫫之「成本收入配合原則」辦理，故非屬證券交易所所得之權利金收入與其所承擔之履約及避險義務相關，均應計入所得課稅。
 - ③認購權證有別於其他證券，原處分未斟酌實質課稅原則，執意主張履約及避險損益應適用所得稅法第4條之1規定，顯已違反所得稅法第4條之1規定鼓勵人民參與資本市場，活絡證券交易之立法意旨。
 - ④履約及避險損益應依權責發生制與權利金收入併計，方能如司法院釋字第385號解釋意旨，維持其整體性與權利義務之平衡等語。
- (4)答辯理由：
- ①所得稅法有關免稅所得並無排除收入成本配合原則之適用，其適用之結果導致免稅與應稅之成本費用應個別歸屬認定：司法院釋字第493號解釋意旨，針對所得稅法第4條之1證券交易所所得停止課徵所得稅及同法第42條公司組織之營利事業，投資於國內其他營利事業所獲配股利不計入所得課稅；其相關之成本費用，按諸收入成本費用配合之法律規定意旨及公平原則，自亦不得歸由其他應稅之收入項下減除；並以財政部83年2月8日台財稅字第831582472號函釋關於應稅收入應分攤相關成本費用，除可合理明確歸屬者得個別歸屬外，採以收入比例為分攤基準之計算方式，符合上開法條規定意旨，與憲法尚無牴觸。該解釋已明確揭櫫所得稅法第4條之1證券交易所所得停止課徵所得稅，不僅未排除所得稅法第24條第1項收入成本配合原則之適用，且因適用之結果須對應稅與免稅之成本費用個別歸屬認定分攤，方符合法律規定及公平原則。是被告將系爭認購權證權利金收入與避險交易所生之證券交易所所得，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。

- ②個別之收入有其對應之成本費用，所產生個別之損益，不能成爲他項收入之成本費用，依據所得稅法第24條第1項前段規定：「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額爲所得額。…」其計算方式，參照所得稅法施行細則第31條規定，當收入不只一項時，係以各項收入總額，分別認定各項收入之成本後減除各項費用，爲其營業淨利或淨損，再加非營業收益、減非營業損失後爲所得額。準此，稅法上營利事業之各項收入均有其對應之成本，不同的收入類別分別對應不同類別之成本，倘涉及免稅收入類別時，其成本之對應歸屬尤其重要，爲避免免稅項目侵蝕應稅部分之成本費用，所得稅法第4條之1明定，證券交易所停徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除；乃因其收入不課稅，所對應之成本費用亦不准自應稅項下認定，導致損失亦不得自所得額中減除。當營利事業之收入不只一項時，其個別之收入減其成本費用產生個別損益；而該個別收入所生之損益並不能再成爲他項收入之成本費用。倘將避險部位證券交易損失認定爲發行認購權證權利金之成本費用減除，即准許免稅之證券交易損失，侵蝕了應稅的認購權證所得；反之，當證券交易產生利益而非損失時，證券交易所無從認列爲認購權證收入之成本費用，除非當成認購權證收入之加項，此時免稅之證券交易所所得可否成爲應稅權利金收入之加項？稅法不容許，被告也無權爲此等違法之處分行爲。否則稅法所明定之應稅、免稅規範豈非形同具文。
- ③本案系爭認購權證及標的股票交易，形式上及實質上均符合「證券交易」定義，自有所得稅法第4條之1之適用，亦無違反所得稅法第24條第1項實質課稅原則，原告所訴各節，洵難採據。

2. 停徵之證券交易所得部分：（利息支出分攤部分）

- (1) 按行爲時所得稅法第4條之1規定：「自中華民國79年1月1日起，證券交易所停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」及行爲時所得稅法第24條第1項規定：「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額爲所得額。」次按營利事業所得稅查核準則第72條第8款規定：「出租財產所收取之押金，按月或按年計算銷售額者，出租人及承租人得分別以租金收入（支出）及利息支出（收入）列帳。」又財政部69年3月27日台財稅字第32464號函釋：「營利事業發行商業本票，其一次支

付票券金融公司之簽證手續費、承銷費、本票成本費（印刷費）及支付保證機構之保證費，得以當年度利息費用列支。」及財政部85年8月9日台財稅字第851914404號函釋：「主旨：補充核釋『綜合證券商暨票券金融公司』於證券交易所停止課徵所得稅期間從事有價證券買賣，其營業費用及利息支出之分攤原則。…說明：二、…以有價證券買賣為專業之營利事業，其屬兼含經營證券交易法第15條規定三種證券業務之綜合證券商及依票券商管理辦法第7條所稱票券金融公司部分之分攤原則補充核釋如下：（一）綜合證券商：1.營業費用部分：其可明確歸屬者，得依個別歸屬認列；無法明確歸屬者，得依費用性質，分別選擇依部門薪資、員工人數或辦公室使用面積等作為合理歸屬之分攤基礎，計算有價證券出售部分應分攤之費用，不得在課稅所得項下減除。惟其分攤方式經選定後，前後期應一致，不得變更。2.利息支出部分：其可明確歸屬者，得依個別歸屬認列；無法明確歸屬者，如利息收入大於利息支出，則全部利息支出得在課稅所得項下減除；如利息收入小於利息支出，其利息收支差額應以購買有價證券平均動用資金，占全體可運用資金比例作為合理歸屬之分攤基礎，計算有價證券出售部分應分攤之利息，不得在課稅所得項下減除。所稱全體可運用資金，包括自有資金及借入資金；所稱自有資金，係指淨值總額減除固定資產淨額及存出保證金後之餘額；所稱比例計算，採月平均餘額計算之。…」

- (2)原告88年度營利事業所得稅結算申報，原列報停徵之證券交易所得469,917,389元，經被告初查以：①虛報薪資支出3,014,220元屬自營部門，予以調增；②前手息之扣繳稅額1,800,823元屬證券成本，予以調減；③帳載無法明確歸屬之利息收入119,048,423元小於無法明確歸屬之利息支出289,601,149元，其差額170,552,726元以動用資金比率17.78%，計算出售有價證券收入兵分攤利息支出30,324,275元；④調減認購權證損費98,954,099元，核定停徵之證券交易所得為341,852,412元。原告不服，申經被告復查決定以①貼補員工虛報薪資之所得稅3,756,300元既經追認薪資支出，核其中屬自營部門者246,251元，停徵之證券交易所得應予追減。②尚未抵繳之扣繳稅額1,080,494元既經追認，停徵之證券交易所得應予追認。綜上，原核定停徵之證券交易所得應予追認834,243元（1,080,494 - 246,251）等由，變更核定停徵之證券交易所得為342,686,655元。
- (3)原告起訴理由：①利息支出乃借用資金時，以時間單位

計算所須付出之對價，今票券商並未借貸資金予原告，然被告竟認為原告支付予票券商保證及簽證手續費屬利息支出，顯有誤解。②依財政部85年8月9日台財稅第851914404號函釋意旨，如利息收入大於利息支出者，則利息支出可全部在課稅所得項下減除，而利息收入之來源明確，依法即可認定為應稅收入或免稅收入，應無所謂之「無法明確歸屬」之利息收入，故「利息收入」應指利息收入之「總額」而言。③縱使利息收入應依其來源可區分為「可明確歸屬」或「無法明確歸屬」，依財政部85年函釋意旨，「可明確歸屬」之利息收入與支出應指專屬於綜合證券商之本業所創造者而言。是債券利息收入、短期票券利息收入、押金設算息、公會自律金利息、營業保證金及交割結算基金之利息收入等非專屬綜合證券商之本業所創造，故實應將其歸類為「無法明確歸屬」之利息收入。

- (4)答辯理由：①發行商業本票之保證與簽證費用實質上係原告為向市場借得資金而需付出之對價，本質與利息並無二致，依據財政部69年3月27日台財稅字第32464號函釋意旨，營利事業發行商業本票，其1次支付票券金融公司之簽證手續費、承銷費、本票成本費（印刷費）及支付保證機構之保證費，得以當年度利息費用列支，是被告將列報於其他費用中之發行商業本票之保證與簽證費用16,350,574元轉列為利息支出，並無不妥。②原告為綜合證券商，其經紀、承銷、自營等各部門之組織架構及業務明確，所列報於營業收入項下之債券利息收入、公會自律金利息、營業保證金及交割結算基金之利息收入，當可依經營之各部門個別歸屬認列，而短期票券利息收入，依所得稅法第24條第2項規定意旨不計入所得額課稅，再依前揭財政部函釋意旨，未准短期票券利息收入併入利息內加總比較。③存出保證金－押金設算息，依前揭營利事業所得稅查核準則規定其會計分錄：借租金支出貸利息收入，既為設算息即無實際發生交易（並無真正收入之產生或資金之流入），該「利息收入」與對應科目「租金支出」為相抵科目，並不生任何損益效果。其既非實質利息收入且與租金支出相抵，於比較利息收支大小時，自應排除。④原告依證券交易法第55條規定提存之營業保證金及依證券交易法第108條或第132條規定繳存之交割結算基金，依據證券商財務報告編製準則第14條第5項之規定意旨，上開二基金係屬其他金融資產－非流動，應將科目名稱分別列明，且依證券投資人保護基金設置及運用辦法第5條之規定意旨，上開二基金亦都有其特定用途，其利息收入自與一

般存款利息收入不同，應屬可直接歸屬於各相關部門項下之收入，是被告以其無法明確歸屬之利息收支差額按其購買有價證券平均動用資金比率計算應分攤之利息支出為30,324,275元，並於計算證券交易所得項下減除，自無不妥，原告所訴各節，委無足採。

3.薪資支出部分：

(1)按行爲時所得稅法第24條第1項規定：「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額爲所得額。」及行爲時所得稅法第32條第1款規定：「營業事業職工之薪資，合於左列規定者，得以費用或損失列支：一、公司、合作社職工之薪資，經預先決定或約定執行業務之股東、董事、監察人之薪資，經組織章程規定或股東大會或社員大會預先議決，不論盈虧必須支付者。」次按行爲時營利事業所得稅查核準則第67條規定：「費用及損失，未經取得原始憑證，或經取得而記載事項不符者，不予認定。前項之費用或損失，如經查明確無支付之事實，而係虛列費用或損失逃稅者，應依所得稅法第110條之規定處罰。…」及行爲時營利事業所得稅查核準則第71條規定：「薪資支出：一、所稱薪資總額包括：薪金、俸給、工資、津貼、獎金、退休金、退職金、養老金、資遣費、按期定額給付之交通費及膳宿費、各種補助費及其他給與。…十一、薪資支出之原始憑證，爲收據或簽收之名冊，其由工會或合作社出具之收據，應另付工人之印領清冊，職工薪資如係送交銀行分別存入各該職工帳戶者，應以銀行蓋章證明存入之清單予以認定。…」以及行爲時營利事業所得稅查核準則第103條第1款規定：「其他費用或損失：一、公會會費及不屬於以上各條之費用，皆爲其他費用或損失。」又財政部64年8月8日台財稅字第35760號函釋：「貴公司成品144台被職員詐騙私運加工出口區外，爲海關查獲將車貨沒收，該職員如經法院以詐欺罪判決徒刑確定有案，該項損失如無法追回，可提出法院判決確定書及海關證明文件，比照營利事業所得稅查核準則第103條第1項第5款（註：現爲第2項第4款）之規定，列爲當年度損失。」及財政部69年2月25日台財稅字第31608號函釋：「公司貨款被職員侵占，如確因該職員逃匿無蹤，有部分無法追回，其未追回部分如能提出確實證明文據及法院通緝該職員之證明文件，可比照營利事業所得稅查核準則第103條第1項第5款規定，可列作當年度損失；嗣後如經追回，應作爲收回年度之其他收入列帳。」

(2)原告88年度營利事業所得稅結算申報，原列報薪資支出

624,117,294 元，經查獲浮報員工薪資26,759,018元，被告核定597,358,276 元。原告主張系爭薪資確有支付事實，並依法辦理扣繳，取具完整憑證，請准予認定云云。被告原處分以，其中虛報薪資貼補員工所得稅3,756,300 元已辦理扣繳，並經員工報繳綜合所得稅，原核定薪資支出597,358,276 元應予追認3,756,300 元，變更核定601,114,576 元。

(3)原告起訴理由：①被告認定原告涉有虛報薪資之依據無非為臺灣臺北地方法院刑事判決、法務部調查局臺北市調查處調查報告，然該判決業經最高法院以判斷依據與證據法則相違予以撤銷發回審理中，況法務部調查局臺北市調查處調查報告更無法取代被告機關自身之調查義務，故重核處分顯有違誤。②退步言，縱不論最高法院以違反證據法則為由撤銷上開原審判決，原審判決亦否准起訴書所載84年至88年虛增薪資總額，是被告依上開虛增薪資總額作成原處分，顯失依據。③縱被告採未確定刑事判決為判斷依據，案外人等侵占其因業務上所持有原告應給付系爭員工薪資，顯然已造成原告之損失，核應認列為營利事業所得稅查核準則所規定之其他損失，被告對此未予考量，亦有違誤。

(4)答辯理由：①經查法務部調查局臺北市調查處查獲原告浮報薪資，移由臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查後將葉輝、葉能邁等人提起公訴，認葉輝自71年起至76年止擔任原告董事長，83年至85年間擔任總經理，85年之後雖僅掛名公司顧問，惟仍為大信集團之總裁，綜理大信集團之業務及決策，葉能邁為葉輝之胞弟，79年至87年間擔任原告董事長，該2 人與盧玉雲、吳美滿、呂明螢、林素慧等人共同基於為自己不法所有之概括犯意聯絡，自84年1 月起至88年5 月止，利用發放薪資、業績獎金、三節獎金等名目予原告員工之不正當方法，為原告逃漏84年度至88年度應繳納之營利事業所得稅；其方式為先由吳美滿將虛增之薪資、獎金核算分攤至吳美滿等81名員工薪資項下，交由林素慧及不知情之會計人員製作具會計憑證性質之不實薪資表、轉帳傳票等，經葉能邁核定後，分別匯入員工薪資專戶內，再由員工將虛增之薪資、獎金提領或填妥提款單交付代領後，轉交予葉輝、盧玉雲私用；至因虛增薪資、獎金導致員工應繳納個人所得稅增加部分，則由員工於提領時預先扣除6%或13% 之所得稅差額，或由盧玉雲、呂明螢或林素慧於次年報稅前另行支付所得稅差額予員工等事實，判處葉輝、葉能邁侵占及逃漏稅捐罪刑。參以原告員工黃思駿等人在該刑事案件偵審中，就原告利用員工名義虛增薪

資、獎金等情證述明確，足認原告以前述虛增員工薪資、獎金等方式逃漏營利事業所得稅，實則並非原告之薪資支出，縱該款由葉輝等人予以侵占，於原告實質上並非無發放該虛增薪資、獎金之意思亦無真正發放之事實無礙，主張並無可採，原告既未實際支付系爭薪資，自不得列報為費用，否准認列系爭薪資支出並無違誤。②被告經法務部調查局臺北市調查處通報原告涉有虛報薪資情事，依法定程序進行調查，於88年12月22日以財北國稅審三字第88051819號函通知原告提示84至88年度之帳冊憑證（包括各該年度薪工印領清冊及有關扣繳資料）於89年1月4日下午2時至被告處所備查。被告逐一查對相關涉案被調查人調查筆錄、法務部調查局臺北市調查處查扣證物、臺灣臺北地方法院檢察署偵查之證據，並據原告提供之「大信證券公司遭灌水公司人員金額統計總表」及「增列員工薪資獎金應補貼之稅金」查核，得為心證之結果認定原告確有浮報薪資124,592,174元之事實，虛增薪資費用124,592,174元，貼補員工所得稅28,462,684元部分原告已辦扣繳，員工亦有實際取得，並報繳綜合所得稅，准予扣除。③公司法第23條規定：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。」公司組織之營利事業，其負責人或其職員因職務之不法或怠惰致生公司本身於公法上租稅債權之違法免除，即應就違法之該當要件事實，依租稅行政法規之目的為課稅行政處分，此乃稅制上當然之法理。本件原告內部人員因侵占行為致虛報薪資而生有短漏稅額之情事已如前述。審其以虛報薪資支出之方式遂行侵占公司款項之行為，難謂非屬故意之所為，從而被告依法與以補稅並處罰鍰，即屬有據。④原告主張內部人員等侵占系爭員工薪資應認列為其他損失，係屬增列「其他損失」科目，並未踐行復查程序，與本案無涉，應提供相關證明另依更正程序辦理，合先陳明。另按所得稅法第38條規定意旨，經營本業及附屬業務以外之費用及損失，不得列為費用或損失。又營利事業所得稅查核準則第62條規定：「經營本業及附屬業務以外之費用及損失，不得列為費用或損失。」復參照最高行政法院（89年7月1日改制前為行政法院，下同）58年度判字第211號判例意旨，所謂「經營本業及附屬業務」者，係指「經營之業務之一」、「本身之業務」、及「與業務有關」而言。本件之事實參照最高行政法院72年度判字第1383號、91年度判

字第1839號判決，且如答辯狀所述，應僅係其內部理財行為，尚無積極證據足認係原告經營本業或附屬業務所必需，該事實屬涉案負責人及相關職員與公司間之內部關係，若因而致原告公司蒙受損失，僅得由各該相關人員對公司負賠償責任，不得以其被負責人等侵占所生之損失，列報為原告公司經營本業之損失，揆諸首揭法條規定，自不得列為經營本業之費用或損失，是原告主張援引之財政部69年2月25日台財稅字第31608號函釋之案情與本案不同，併予陳明。

(5)被告經法務部調查局臺北市調查處通報原告涉有虛報薪資情事，會審相關事證，並依法定程序進行調查，通知原告提示帳冊憑證，就調查筆錄、原告提示「大信證券公司遭灌水公司人員金額統計總表」、薪資表及臺灣高等法院90年度上訴第2633號判決書虛報薪資附表查證，已盡職權調查。

①法務部調查局臺北市調查處通報原告涉有虛報薪資情事，移由臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查後將葉輝、葉能邁等人提起公訴，認葉輝自71年起至76年止擔任原告董事長，83年至85年間擔任總經理，85年之後雖僅掛名公司顧問，惟仍為大信集團之總裁，綜理大信集團之業務及決策，葉能邁為葉輝之胞弟，79年至87年間擔任原告董事長，該2人與盧玉雲、吳美滿、呂明螢、林素慧等人共同基於為自己不法所有之概括犯意聯絡，自84年1月起至88年5月止，利用發放薪資、業績獎金、三節獎金等名目予原告員工之不正當方法，為原告逃漏84年度至88年度應繳納之營利事業所得稅。被告經法務部調查局臺北市調查處通報原告涉有虛報薪資情事，依法定程序進行調查，於88年12月22日以財北國稅審三字第88051819號函通知原告提示84至88年度之帳冊憑證（包括各該年度薪工印領清冊及有關扣繳資料）於89年1月4日下午2時至被告處所備查。被告逐一查對相關涉案被調查人調查筆錄、法務部調查局臺北市調查處查扣證物、臺灣臺北地方法院檢察署偵查之證據，並據原告提供之「大信證券公司遭灌水公司人員金額統計總表」及「增列員工薪資獎金應補貼之稅金」查核，得為心證之結果認定原告確有浮報薪資26,759,018元之事實，虛增薪資費用26,759,018元，並按所漏稅額5,936,200元（ $26,759,018 - 3,014,220 \times 25\%$ ）處1倍罰鍰5,936,200元（計至百元止）。原告不服，申經復查追認薪資支出3,756,300元（其中246,251元屬免稅所得應分攤之營業費用）及追減罰鍰877,600元【（3,756,30

0-246,251) ×25% ，計至百元止】，變更核定薪資支出601,114,576 元 (597,358,276 +3,756,300) 及罰鍰5,058,600 元【 (23,744,798 - 3,756,300 + 246,251) ×25 %×1 ，計至百元止】。原告84至88年間浮報員工事件，相關員工於法務部調查局臺北市調查處及臺灣臺北地方法院88年度訴字第1321號刑案偵審時證述綦詳。觀諸前開員工調查筆錄或訊問筆錄，顯示原告確有虛報薪資支出情事，又原告涉嫌浮報員工薪資支出部分，迭經臺灣臺北地方法院88年度訴字第1321號及臺灣高等法院90年度上訴字第2633號刑事判決為同一之認定，雖前揭最高法院刑事判決以94年度台上字第74號判決發回更審，然觀諸其發回理由係攸關後續侵占行為之查核，並未否定虛列薪資之事實，併予陳明。

②茲就被告認定之虛報薪資明細與臺灣高等法院90年上訴2633號判決書虛報薪資附表，逐筆查核結果，計多計89,000元，明細如下：

- a. 編號30方貞芬－因計算錯誤致少計300,000 元。
- b. 編號51楊淑娟－原查以外帳金額列計，致多計389,000 元。

(6)依臺灣高等法院刑事判決認定原告虛報薪資金額，重新計算虛列薪資支出22,913,718元 (原核定虛報薪資支出26,759,018元－復查追認3,756,300 元－本次追認前開多計89,000元)，復查決定薪資支出601,114,576 元，應再追認89,000元，變更核定601,203,576 元；原處罰鍰5,058,600 元，應予追減22,200元 (89,000×25% ，計至百元止)，變更核定為5,036,400 元。變更核定全年所得額1,428,754,062 元 (復查決定1,428,843,062 元－本次追認薪資支出89,000元)、課稅所得額1,086,067,407 元 (復查決定1,086,156,407 元－本次追認薪資支出89,000元) 元。本件據上調減後，與臺灣高等法院90年度上訴字第2633號刑事判決書審認之金額並無二致。

(7)因遭侵占款項所受損失非屬經營本業及附屬業務之損失，不得列報其他損失：

①按所得稅法第38條規定意旨，經營本業及附屬業務以外之費用及損失，不得列為費用或損失。又營利事業所得稅查核準則第62條規定：「經營本業及附屬業務以外之費用及損失，不得列為費用或損失。」參照最高行政法院58年判字第211 號判例意旨，所謂「經營本業及附隨業務」者，係指「經營之業務之一」、「本身之業務」、及「與業務有關」而言。

②本件之事實參照最高行政法院72年度判字第1383號、91年度判字第1839號判決，且如前答辯所述，系爭事實尚無積極證據足認係原告經營本業或附屬業務所必需，該事實屬涉案負責人及相關職員與公司間之內部關係，若因而致原告蒙受損失，僅得由各該相關人員對公司負賠償責任，不得以其被負責人等侵占所生之損失，列報為原告經營本業之損失，揆諸首揭法條規定，自不得列為經營本業之費用或損失。至原告主張之財政部69年2月25日台財稅第31608號函釋意旨，公司貨款被職員侵占，如確實無法追回，得取具證明比照營利事業所得稅結算申報查核準則第103條規定，列作當年度損失，嗣後如經追回，再作為收回年度之其他收入列帳。惟與本件係因原告原代表人等侵占虛增之薪資支出有別，自不得援引適用。又其他損失應符合營利事業所得稅查核準則第103條所規範要件及項目始得核實認列，原告因負責人等侵占所生之損失尚無該規定各款之適用。

4. 罰鍰部分：

(1)按行為時所得稅法第110條第1項規定：「納稅義務人已依本法規定辦理結算申報，但對依本法規定應申報課稅之所得額有漏報或短報情事，處以所漏稅額2倍以下之罰鍰。」次按行為時營利事業所得稅查核準則第67條第2項規定：「前項之費用或損失，如經查明確無支付之事實，而係虛列費用或損失逃稅者，應依所得稅法第110條之規定處罰。」

(2)原告88年度營利事業所得稅結算申報，虛報薪資支出26,759,018元，經法務部調查局臺北市調查處查獲並將相關獲案資料通報被告，違章事證明確，業如前述，被告初查乃依所得稅法第110條第1項規定，按所漏稅額5,936,200元處以1倍之罰鍰5,936,200元，原告不服，申經復查結果，以系爭薪資支出既經追認3,756,300元（含歸屬自營部門246,251元），原處罰鍰5,936,200元應予追減877,600元等由，變更核定罰鍰為5,058,600元。

(3)起訴理由：①案外人涉及侵占、業務登載不實之刑事判決認定，僅能證明該等人有侵占之情事及故意，被告執此作為科處罰鍰之依據，難謂已盡行政罰法所揭示之舉證責任，亦與法制相悖。②縱相關刑事判決最終認定案外人葉輝等人卻有侵占之實，然原告就系爭薪資費用已有實際支出（被侵占），依財政部相關函釋仍可列為其他損失，又縱如被告主張，原告須待相關刑事判決確定，且應於確定無法收回年度列報其他損失，此僅涉及列

報損失時點之差異，非可否定原告有實際支出，是此與漏稅罰之構成要件不符，被告所訴顯有誤解。

- (4)答辯理由：①原告內部人員因侵占行為致虛報薪資而生有短漏稅額之情事已如前述。審其以虛報薪資支出之方式遂行侵占公司款項之行為，難謂非屬故意之所為，從而被告依法與以補稅並處罰鍰，即屬有據。②原告主張有其他損失，即表示有支出應免罰，惟增列其他損失未經復查程序，與本案無涉，且其他損失科目未經審認，以未確定事項執為主張核無足採。
- (5)參照洪家殷教授著「行政秩序罰論」第91-94頁：對於法人之性質，現行通說係採法人實在說，認為法人之機關所為之意思表示及行為，其所生之法律效果應歸屬於法人，…自應視為法人本身之責任，就機關行為處罰法人，應不致牴觸「無責任不受刑罰」原則（第91頁）。…在德國之違反秩序罰法第30條第1項原對法人之處罰採取「附從效果」，…惟在1986年之經濟刑法中，刪除掉原違反秩序罰法第30條第1項之「附從效果」之特徵，以致對於法人之罰鍰，得視為因為其機關之觸犯刑法或違反秩序行為，所生對於法人之獨立法律效果，且無異於屬於法人本身之責任。上述德國法例對法人責任之認定，原係採附從於其機關之做法，惟在修正後，則改採獨立認定法人責任，由此可以得知，其有意強化法人作為行政秩序罰主體之能力。就我國而言，法人得受行政秩序罰，為學術界及實務界所普遍接受之看法，只是在法人責任之認定上，並非如德國般採附從效果或獨立認定，而是根本不考慮。是該判決刻意加入法未明文之要件，限縮法人責任範圍，實違法令規定及多數看法。法人本質係採法人實在說，代表人係居於法人地位而行為，故法人代表人或其他團體管理人之行為，既然稱之為「代表」人，即應「視同」法人或團體之行為，如此才不至於產生落差。參照李惠宗教授所著行政罰法之理論與案例，行政罰法第7條第2項係規定機關之故意、過失「推定」為組織之故意、過失，學者多數認為是立法技術上的錯誤，並非所謂「附從效果」之表現。虛報薪資依據所得稅法第110條規定及行政罰法第7條規定處以罰鍰，法有明文，依據法令規定租稅之違反秩序行為處以罰鍰，尚無須權衡其所獲取之不法利益之價值（陳敏教授譯德國租稅通則第408頁）；且故意、過失為主觀處罰要件，以法人是否獲取不法利益之客觀條件作為判斷法人主觀上有無違反行政法上義務，於法顯有不合。若以法人是否獲取不法利益為判定故意、過失之條件，則與所得稅法第110條第3項規定相矛盾（營業虧

損時，法人短漏報所得額並無稅上利益，惟仍應送罰）；且易造成有心人以法人為工具而逃漏稅捐，且代表人亦無需對法人負任何損害賠償責任（因法人未受罰），助長逃漏稅，及國家稅收之損失。

⑥行政罰法第7條第2項由原提案條文「視為」改為「推定」之規定，僅基於舉證責任之考量，尚無許加諸其他客觀要件，限縮故意或過失主觀要件之意。

①依立法院審查行政罰法時之立法院聯席會議記錄，高育仁委員臨時提案應將行政罰法草案第7條第2項由「視為」改為「推定」，考所提意見僅在給予法人可反證其無故意或過失（即僅涉故意或過失舉證問題），但並無將故意或過失之主觀要件，再另加其他客觀要件限制之意，此觀原告所舉證物25號第60頁第5行至第18行高委員提案說明：「高委員：『視為』就是不必舉證，我就是認定你當然有故意或過失。林次長錫堯：不是，行政機關必須證明這些代表人有故意、過失，然後才可認定法人有故意、過失。高委員：改為『推定』，仍需要相當程度的證明，『視為』就等於根本不需要證明。林次長：『視為』就沒有反證推翻的可能；『推定』還有反證的可能。高委員：對啊！林次長：但是法條上若規定『推定』，法人根本無從提出反證。高委員：會啊，代表人可以反證說自己…林次長：此處代表人的責任百分之百必須由行政機關舉證，沒有推定的。也就是說行政機關必須先證明代表人有故意、過失，才視為法人有故意、過失，所以行政機關無法證明代表人有故意、過失，就不能說法人有故意、過失。」等語可知，且既然依法行政機關就故意、過失應負舉證責任，當行政機關證明代表人已有故意、過失，即認定法人有故意、過失，則法人本身又如何可舉證加以推翻，此由提案機關（法務部）代表林次長錫堯答詢：「高委員：改為『推定』可不可以。林次長：此處改為『推定』是沒有意義的，因為無從反證。」等語（原告所舉證物25號第60頁第27行至第28行）可知。復況本件原告之代表人涉犯侵占原告財產情節重大，原告未能及時發揮內部機制加以防範，是否可稱其本身全然無故意、過失亦不無可議。又原提案機關（法務部）原提草案即表明代表人的故意、過失「視為」法人的故意、過失，益徵立法本意亦無以其他客觀要件作為限制法人故意、過失主觀要件內涵之意甚明。

②再者，若採原告見解將造成代表人縱有違反行政義務之行為，因法人未獲利益可認無故意、過失而未便受

罰，其論點有下述法律邏輯漏洞：a. 法人未受罰致未遭受財產上損失（至代表人涉侵占屬侵權損害賠償責任是私法問題，法人本可求償，本案係就稅務違章加以論述），行為人相對無需負擔法人受罰而遭求償的壓力。b. 另一方面行為人亦非違反行政義務而應受罰主體（本案即是如此），故其對違反行政義務行為亦無須負責。c. 則國家對違反行政義務行為無法究責，造成處罰漏洞，將使法規拘束效力大打折扣難以貫徹行政目的，且無異誘使有心人士以此一法律漏洞，利用法人遂行個人私利行為，並轉由國家（及全體國民）自行承擔違反行政義務的後果（本案為漏稅所生稅收損失及課稅不公），是原告主張核無足採。

③原告另主張法人營業虧損時，短漏報所得額若適用盈虧互抵，因有稅上利益，自應處罰，故所得稅法第110條第3項規定處罰之要件仍權衡不法利益。惟查「盈虧互抵」係會計師簽證及藍色申報案件始有其適用，然所得稅法第110條第3項規定處罰對象並未限縮為會計師簽證及藍色申報案件，原告主張顯曲解法令，洵無足採。

(7)95年2月5日行政罰法施行後，違反行政法上之義務應受行政罰者，以行為人具有違法之故意或過失為責任條件；系爭虛列薪資支出既以虛增員工薪資、獎金等方式逃漏營利事業所得稅，有相關員工之證詞資證，原告顯有漏報所得之故意，從而，被告依所得稅法第110條第1項規定，按漏稅額處1倍罰鍰，於法並無違誤。

理 由

壹、原告起訴時，被告之代表人為許虞哲，嗣於訴訟中變更為凌忠嫻，茲據新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。原告原為大信綜合證券股份有限公司，90年11月更名為吉祥證券股份有限公司，95年1月更名為宏遠證券股份有限公司，為被告所不爭，並有原告提出95年股東會附本院卷（173頁以下）可稽，堪予認定。

貳、關於認購權證部分：

一、此部分之爭執，在於：發行認購（售）權證所得發行價款，其性質為何？認購（售）權證發行人於發行後，因投資人準備行使權利而售出或購入標的股票產生之損失，得否自應稅所得額中減除？

二、按所得稅法第22條第1項規定：「會計基礎，凡屬公司組織者，應採用權責發生制，其非公司組織者，得因原有習慣或因營業範圍狹小，申報該管稽徵機關採用現金收付制。」第24條第1項規定：「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。」

三、認購權證之發行與運作機制：

(一)按認購權證係屬衍生性金融商品之一種，自其約定內容觀之，證券商與投資客戶間之權利義務關係如下：

- 1.證券商與客戶約定，針對某一公司股票（即所謂標的股票），當客戶付出一定數額的所謂「權利金」後，證券商向該客戶承諾，在一定期間經過後的特定日期或者是一段期間內，客戶可以固定價位的價格向證券商買入一定數量的標的股票。
- 2.認購權證之發行行為本身，則是證券商先將上開契約約定內容予以「格式化」及「證券化」，再以證券之方式供社會大眾投資，而投資人買入上開證券之後，還可以背書轉讓之方式，將上開證券（認購權證）移轉予不特定之第三人，屆期履約時，則由認購權證持有人向證券商行使認購權，因此：

(1)證券商發行認購權證時，實質上是與第一次購買認購權證之人訂立一個契約，只不過約定之內容被「證券化」而已。而該證券商因第一次發行而自投資人處取得權利金者，此等權利金為應稅之收入，只不過基於權責發生制之精神，其成本費用尚未發生，應列為「預收收入」，等到履約結算時才列為該一時點之收入（在該一時點所得方屬實現），原告主張此收入屬免稅收入，殊有誤會。

(2)而第一次購買認購權證之人如果以後再將該認購權證出售予第三人，財政部86年5月23日（86）台財證（五）第03037號公告，已依證券交易法第6條之規定，核定認購權證為其他有價證券，所以此等交易所生之所得為證券交易所所得，屬免稅所得。

(3)至於等到履約階段，若當時持有權證之投資人因標的股票之市場價格在「價內」（即標的股票市價超過約定之履約價），而行使認購權證所載之認購權時，投資人此際並非買入證券復行出賣，即並非為證券之交易，因此亦沒有證券交易所所得發生，是其行使認購權結果所獲致的利益也不是因證券交易所生的免稅所得。

(二)證券商在發行認購權證時，依法應採取避險手段：

- 1.按「臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）認購（售）權證上市審查準則」（下稱審查準則）第6條第6款第7目「發行內容需包括下列各條款：預定之風險沖銷策略」、第8條第11款「發行申請認購（售）權證發行資格之認可，有下列各款情事之一者，本公司得不予同意：一、申請書件不齊或虛偽不實者。…十一、發行人無適當之風險管理措施者」、第9條第1項「發行人申請本公司同

意其擬發行之認購（售）權證上市，有下列各款情事之一者，本公司得不予同意：一、申請書件不齊或虛偽不實者。」證交所86年9月18日台證上字第29888號函「主旨：為符合主管機關對發行人風險控管應予逐日控管之要求…說明二：發行人如為自行避險或部分避險，應另設避險專戶，作為發行人發行認購權證之後建立避險部位及將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用。上開由發行人開設之帳戶須先向本公司申報，並只得買賣其所發行之認購權證及標的證券，帳戶中之股票並不得申請領回」、行政院金融監督管理委員會證券期貨局（原財政部證券暨期貨管理委員會，以下簡稱證期局）86年6月12日台財證（二）字第03294號函「說明二（一）證券商發行認購（售）權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購（售）權證之標的股票之數額限制如下：…惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限…。（三）發行認購（售）權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算」及證交所86年8月9日台證上字第23090號函「說明二：…其避險持有之部位，不得超過認購權證發行數量所表彰之標的股票股數」是可知證券商所預計採行之風險沖銷策略須於申請發行認購權證時提出予證交所審查，且證期局要求證券商發行權證時因避險持有之標的股票須設專戶處理，並指示證交所逐日控管，再者，避險持有之部位不得超過認購權證發行數量所表彰之標的股票股數。證交所如對證券商之風險沖銷策略認不適當或有不實，則證交所可否准證券商發行認購權證及上市。申言之，認購權證發行人依法必須從事前述認購權證之避險操作，否則主管機關將依法撤銷認購權證發行人發行資格之認可，不得發行認購權證。

2. 按證券商發行之始，手中即須持有一定部位的標的股票（依其陳報證期局之避險策略來決定），而且以後必須依一個固定的公式持有固定數量的標的股票，以供將來履約之用。另外還可以在履約期間以對外買回已發行之認購權證之方式來避險，而且二種避險方式均須事前擬具，報請主管機關核准，並在主管機關核准發行後，由主管機關依「該發行證券商事前已申報之避險策略」進行監督。
3. 依前揭之規定，發行證券商如欲承作認購權證，從發行之日起，其自營部門即不能再買入標的股票，自營部門已有標的股票要全數轉結到權證部門，所以這些標的股票都是為了投資人而持有（當日持有之標的股票如果是在發行權

證日以前買受者，證券商應先於內部做一結算），因此證券商因避險操作而買入或賣出標的股票之盈虧是可以與非出於避險操作所為之股票交易之損益清楚區別。

四、自前揭權責發生制度及收入成本費用配合原則言之：

(一)既然被告也承認證券商發行認購權而取得權利金時，其收入尚未實現，而應列為負債欄下的「預收收入」，一直要等到履約結算完畢後，才因取得權利金所對應的成本費用「發生」，符合認列收入之「已賺得」要件，而認列「收入」實現，為何在計算收入所對應的成本費用時，卻不予認列為賺取權利金而依法令強制避險操作所生之成本？

(二)此外如果少了標的股票及認購權證買賣所生之避險成本，發行權證的證券商所最後賺得之「所得」，根本無法計算出來。在這裏如果將避險成本認定為獨立的證券交易損失，要獨立計算其損益，而不得列為課稅的權證權利金收入項下之成本，在不考慮銷售認購權證過程所生少量行銷及管理費用的情況下，幾乎會使權證權利金「收入」，即等於權證權利金「所得」，此與事實大相背離。

五、按所得稅法第4條之1規定：「自中華民國79年1月1日起，證券交易所停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」其後段規定「證券交易損失亦不得自所得額中減除」，確係呼應收入成本費用配合原則。被告自發行認購權證之證券商有標的股票及認購權證的買賣行為外觀立論，固非無見，然而證券商必須為避險操作，已如前述，是此際其為避險操作而為之標的股票買賣，已無所得稅法上所稱之「證券交易」之實質。蓋：

(一)對一般正常的證券交易者而言，其買賣有價證券的決策過程是「低價買入，高價賣出」。

(二)對權證的發行者而言，當標的股票（或認購權證）漲價時，其不僅不能出售手中的持股（或認購權證）而獲利了結，反而要加碼購入，增加手中的標的股票數量，以免將來履約時負擔太重。而當標的股票（或認購權證）跌價時，其不能再買入標的股票（或認購權證），反而要出售手中之標的股票（或認購權證），認賠殺出，以防止標的股票（或認購權證）市價與原始成本間之差價低於權利金收入，造成損失。

(三)二者之決策過程基本上是相反的，而且避險操作本身還要受到證券商依國際通用標準模式預擬出來、且隨時證期局監控的避險策略公式之限制，只在有限範圍內享有自由決定權（百分之二十，審查準則第18條第2項參照）。

(四)所得稅法第4條之1之立法目標無非是為了促進資本市場之活絡，讓自由參與資本市場者在證券交易中之獲利能獲得免稅優惠，而證券交易之損失也須自行承擔。如果參與者本身在買賣決策上沒有絕對的自由，而且決策之目的在避險減少

損失（以「少賠」為目標），並且決策本身又與先前取得之權證權利金具有連動性者，即與所得稅法第4條之1所欲達成之立法目標無涉，故應不在所得稅法第4條之1之適用範圍內。被告將發行權利金收入認係應稅收入，卻將其必須支出且所佔比例極大之避險操作而生之盈虧，視為純粹之證券交易損失，原告主張其割裂適用法律，違反量能課稅原則，洵非無據。

六、從而，本件被告依財政部86年12月11日台財稅第861922464號函釋，將認購權證發行時所取得之價款，於履約時認列為應稅之權利金收入，於法有據；至被告依財政部86年7月31日台財稅第861909311號函釋，以認購權證係證券交易法第6條所稱之其他有價證券，則發行後買賣認購權證及其標的股票之交易，係屬買賣有價證券行為，依所得稅法第4條之1規定，證券交易所得停止課徵所得稅，故認避險操作而為買賣有價證券所生之損失亦不得自應稅所得額中減除，而否准該部分營業成本之認列，則於法未合。

七、是以，被告核定原告營業收入項下認購權證損益（原處分卷第1182、1183）為1,339,589,940元（發行認購權證取得之價款1,497,984,330元－發行認購權證費用507,760元－分攤87年度營業費用62,987,700元＋87年度出售避險股票淨利益55,662,613元－87年度認購權證再買回損失73,186,763元－88年度認購權證再買回損失77,374,780元），並於營利事業所得稅結算申報書第58欄免稅所得調減（原處分卷第1174頁）98,954,099元（分攤88年度權證業務營業費用11,042,682元＋87年度出售避險股票淨利益55,662,613元－87年度認購權證再買回損失73,186,763元－88年度認購權證再買回損失77,374,780元－分攤87年度權證避險業務營業費用15,097,851元），即僅以發行認購權證取得之價款、認購權證發行費用及權證業務（不包含避險業務）分攤營業費用計算應稅損益，否准原告列支「認購權證負債價值變動損益」、「認購權證再買回價值變動損益」、「出售避險部位標的證券損益」、「認購權證到期前履約損益」及「發行認購權證逾期失效利益」，於法有違，應予撤銷。

參、關於停徵之證券交易所得部分（利息支出分攤部分）：

一、此部分之爭執，在於：利息支出分攤與免稅業務之方式是否符合財政部85年8月9日台財稅第851914404號函釋之意旨？利息收入究指「全部利息收入」亦或「無法明確歸屬之利息收入」？利息收入是否有可明確歸屬之區分，則「無法明確歸屬之利息收入」是否包含短期票券利息收入及債券利息收入？

二、經查：

（一）按營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本

費用、損失及稅捐後之純益額為所得額，所得稅法第24條第1項定有明文，此即稅法上收入與成本費用之配合原則。又依同法第4條之1前段規定，自中華民國79年1月1日起，證券交易所停止課徵所得稅。營利事業出售有價證券之交易所得納入免稅範圍，固有其立法上特殊之意義，惟應正確計算免稅所得之範圍，務使免稅收入與其相關成本費用配合，以符前揭法律意旨及公平原則，如免稅項目之相關成本費用由應稅項目吸收，營利事業將雙重獲益，不僅有失立法原意，並造成侵蝕稅源及課稅不公平之不合理現象。是應稅收入及免稅收入應分攤之相關成本費用之首要原則，即係視其可直接合理明確歸屬與否而定，如可直接合理明確歸屬於出售有價證券收入者得個別歸屬，應自有價證券出售收入項下減除之（司法院釋字第493號解釋參照）。

(二)原告係依證券交易法第44條規定，經財政部證券暨期貨管理委員會許可，經營同法第15條第1款至第3款3種證券業務之綜合證券商，其經紀、承銷、自營等各部門經營業務所支付之營業費用，自應歸屬於各該業務部門項下之營業費用（屬可明確歸屬之費用，應個別歸屬認列）。

(三)關於綜合證券商暨票券金融公司於停徵證券交易所得稅時，應稅收入與免稅收入間關於營業費用及利息支出如何分攤，財政部83年2月8日台財稅第831582472號函釋：「以有價證券買賣為專業之營利事業，其營業費用及借款利息，除可合理明確歸屬者得個別歸屬認列外，應按核定有價證券出售收入、投資收益、債券利息收入及其他營業收入比例，計算有價證券出售部分應分攤之費用及利息，自有價證券出售收入項下減除。」財政部85年8月9日台財稅第851914404號函釋：「補充核釋『綜合證券商暨票券金融公司』於證券交易所得停止課徵所得稅期間從事有價證券買賣，其營業費用及利息支出之分攤原則。說明：一營利事業於證券交易所得停止課徵所得稅期間從事有價證券買賣，其營業費用及利息支出之分攤原則，前經本部83年2月8日台財稅第831582472號函核釋有案。二前揭函釋說明三所稱以有價證券買賣為專業之營利事業，其屬兼含經營證券交易法第15條規定三種證券業務之綜合證券商…部分之分攤原則補充核釋如下：(一)綜合證券商：…2.利息支出部分：其可明確歸屬者，得依個別歸屬認列；無法明確歸屬者，如利息收入大於利息支出，則全部利息支出得在課稅所得項下減除；如利息收入小於利息支出，其利息收支差額應以購買有價證券平均動用資金，占全體可運用資金比例作為合理歸屬之分攤基礎，計算有價證券出售部分應分攤之利息，不得在課稅所得項下減除。所稱全體可運用資金，包括自有資金及借入資金；所稱自有資金，係指淨值總額減除固定資產淨額及存出保證金後之餘額

；所稱比例計算，採月平均額計算之。…」規範下級機關所為之分攤原則之行政命令，係對於綜合證券商及票券金融公司等，其應稅收入及因從事有價證券之買賣而產生免稅收入，應分攤之相關成本費用，以可明確歸屬與否為區分，合於首揭所得稅法第24條所揭櫫之收入與成本費用配合之原則及公平原則；又以購買有價證券平均動用資金，占全體可運用資金比例作為合理歸屬之分攤基礎，而非將利息收支差額全數列於證券交易所項下，顧及上開行業資金混合統籌使用之情形，與法無違，亦無違反租稅法律主義。由於財政部83年2月8日台財稅第831582472號函釋意旨在實務上之運作結果，因票券業有龐大免稅所得業務，影響頗大，在票券業者不斷陳情下，財政部針對「綜合證券商暨票券金融公司」業者，另外又以財政部85年8月9日台財稅第851914404號函釋制定了上開攤提公式，與財政部83年函釋間揭示之法規範，存有「普通法規範與特別法規範」之法規競合關係。凡綜合證券商與票券金融公司在攤提費用時，應優先適用該法規範之規定。而無論財政部83年2月8日台財稅第831582472號函釋內容或財政部85年8月9日台財稅第851914404號函釋內容，均以「費用」在事實認定上無法明確歸屬為前提。

- (四)上開財政部85年8月9日台財稅第851914404號函釋之功能，正是針對費用（包含利息在內）無法明確歸屬時，所為之漏洞填補，蓋因現行所得稅中並未針對所謂的「以買賣有價證券為專業之營利事業」，而就費用計算方式為特別之規定。而上開函釋說明二、三，以行政命令之方式，先將營利事業區分為「以買賣有價證券為專業者」及「非以買賣有價證券為專業者」，並在此事項分類下，建立了二組不同之法規範以為處理之依據：其一，就「非以買賣有價證券為專業」之營利事業部分，直接規定：「該營利事業無法明確歸屬之費用，即不須列在免稅所得之項下」。其二，就被歸類為「以買賣有價證券為專業」之營利事業，則直接提出一個計算公式，作為計算該利息費用總額應分擔在「課稅所得」或「免稅所得」項下之比例金額，此時該計算公式本身實際上已是一個具有強制效力之「法規範」，直接規制歸屬不明利息費用之歸屬比例。上開函釋之合憲性已經司法院釋字第493號解釋確認，謂：「營利事業所得之計算，係以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額，為所得稅法第24條第1項所明定。依所得稅法第4條之1前段規定，自中華民國79年1月1日起，證券交易所停止課徵所得稅；公司投資收益部分，依69年12月30日修正公布之所得稅法第42條，公司組織之營利事業，投資於國內其他非受免徵營利事業所得稅待遇之股份有限公司組織者，其中

百分之八十免予計入所得額課稅；則其相關成本費用，按諸收入與成本費用配合之上揭法律規定意旨及公平原則，自亦不得歸由其他應稅之收入項下減除。至應稅收入及免稅收入應分攤之相關成本費用，除可直接合理明確歸屬者得個別歸屬，應自有價證券出售收入項下減除外，因投資收益及證券交易收入源自同一投入成本，難以投入成本比例作為分攤基準。財政部83年2月8日台財稅第831582472號函說明三，採以收入比例作為分攤基準之計算方式，符合上開法條規定意旨，與憲法尚無牴觸。惟營利事業成本費用及損失等之計算涉及人民之租稅負擔，為貫徹憲法第19條之意旨，仍應由法律明確授權主管機關訂立為宜。」

(五)本院92年度訴字第157號營利事業所得稅事件審理時，曾向財政部調閱上開函釋之原始卷宗，其卷內相關資料顯示，85年8月5日之會議紀錄內容與上開函釋意旨一致，且會議前提供參與開會者預研閱之「研析意見表」中亦載明，臺北市證券商公會確實提出「以全部利息收入與利息支出相比較來決定應否分攤」的意見，但財政部顯然未採納，仍然堅持一貫之見解（詳見上開案件判決理由丙、貳、三、B、1.b）。故從立法論之角度言之，所謂「全額比較法」（即以「全部利息收入與全部利息支出來比較」）尚非無見，甚至也可以將所謂「可明確歸屬」一語，解釋為不僅「利息收入」與「利息支出」本身必須明確歸屬，而且「收入」與「支出」二者之因果關係也必須明確，才可在事實層次上排除在攤提公式外（換言之，可明確歸屬之「利息收入」與「利息支出」本身必須先進行配對，雙方配對成功才可直接在事實層面進行認定，如果只有利息收入可明確歸屬，但取得利息收入所對應之利息支出不確定，此筆利息收入在計算有無利息支出差額時一樣要列入）。此見解已非單純上開財政部85年8月9日台財稅第851914404號函釋法規範之適用問題，而涉及新攤提標準之「法規範」創造活動，因此原告所主張：財政部85年8月9日台財稅第851914404號函釋所指稱之利息收入應指「全部利息收入」，而非「無法明確歸屬之利息收入」云云之立論，已屬違反該函釋。

(六)再者，關於「明確歸屬」一詞，應如何解釋？所謂「明確歸屬」一詞，就其歸屬對象而言，理論上應是「應稅」或「免稅」部門。但依此一標準，利息收入不會有無法「明確歸屬」之情形，因為它一定是課稅所得。故稽徵實務上採取「斷裂式」運用方式，對同一法律用語，視情形不同，而有不同解釋，析述如下：

- 1.在利息支出之情形，所謂利息支付可否「明確歸屬」，是問其可否歸屬在「課稅所得」或「免稅所得」項下。
- 2.在利息收入之情形，所謂利息收入可否「明確歸屬」，則

是以該筆收入為「業內」或「業外」收入為準，而與「課稅所得」或「免稅所得」無關（因為所有利息收入一定歸在課稅所得項下）。

對同一動詞（「歸屬」一詞），在不同主詞下，為不同解釋，嚴格言之，確實容易引起誤解，不過此乃稅捐主管機關對補充法規範之解釋權限，在不牴觸憲法及母法之規定下，法院應予以尊重並適用之。

(七)原告為綜合證券商，其經紀、承銷、自營等各部門之組織架構及業務明確，所列報於營業收入項下之債券利息收入、公會自律金利息、營業保證金及交割結算基金之利息收入，被告依經營之各部門個別歸屬認列，而短期票券利息收入，依所得稅法第24條第2項規定意旨不計入所得額課稅。被告再依上開財政部85年8月9日台財稅第851914404號函釋，未准短期票券利息收入併入利息內加總比較，並無不合。

三、按財政部69年3月27日台財稅字第32464號函釋：「營利事業發行商業本票，其一次支付票券金融公司之簽證手續費、承銷費、本票成本費（印刷費）及支付保證機構之保證費，得以當年度利息費用列支。」發行商業本票之保證與簽證費用實質上係原告為向市場借得資金而需付出之對價，本質與利息並無二致，依據財政部69年3月27日台財稅字第32464號函釋意旨，營利事業發行商業本票，其一次支付票券金融公司之簽證手續費、承銷費、本票成本費（印刷費）及支付保證機構之保證費，得以當年度利息費用列支，是被告將原告列報於其他費用中之發行商業本票之保證與簽證費用16,350,574元轉列為利息支出，亦無不合。

四、存出保證金－押金設算息，依營利事業所得稅查核準則第72條第8款規定：「出租財產所收取之押金，按月或按年計算銷售額者，出租人及承租人得分別以租金收入（支出）及利息支出（收入）列帳。」亦即，其會計分錄：借租金支出貸利息收入，既為設算息即無實際發生交易（並無真正收入之產生或資金之流入），該「利息收入」與對應科目「租金支出」為相抵科目，並不生任何損益效果。其既非實質利息收入且與租金支出相抵，於比較利息收支大小時，自應排除。原告依證券交易法第55條規定提存之營業保證金及依證券交易法第108條或第132條規定繳存之交割結算基金，依據證券商財務報告編製準則第14條第5項之規定意旨，上開二基金係屬其他金融資產－非流動，應將科目名稱分別列明，且依行為時證券投資人保護基金設置及運用辦法（92年3月26廢止）第5條（條文內容：「前條之未受償債權為證券投資人於證券經紀商未能履行其對臺灣證券交易所或櫃檯買賣中心所負交割義務之當日及前二營業日內，委託該證券經紀商於證券交易市場買賣有價證券成交並已完成交割義務，或委

託該證券經紀商向認購（售）權證之發行人請求履約並已給付應繳之有價證券或價款，但未自該證券經紀商取得其應得之有價證券或價款者。…」）規定意旨，上開二基金亦都有其特定用途，其利息收入自與一般存款利息收入不同，應屬可直接歸屬於各相關部門項下之收入。

五、是以，被告以其無法明確歸屬之利息收支差額按其購買有價證券平均動用資金比率（依會計師補充說明其有價證券平均動用資金與全體可用運用資金比為17.78%，見原處分卷第1066頁）計算應分攤之利息支出為30,324,275元，並無不合。被告於計算證券交易所項下減除，原核定證券交易所得341,852,412元〔原申報證券交易所得469,917,389元（原處分卷第1149頁）－前手息轉成本1,800,823元＋薪資虛增3,014,220元＋權證費用11,042,682元－分攤利息支出30,324,275元－避險損失109,996,781元＝341,852,412元〕，貼補員工虛報薪資之所得稅3,756,300元既經復查追認薪資支出（如後述），核其中屬自營部門者246,251元，停徵之證券交易所得應予追減，及尚未抵繳之扣繳稅額1,080,494元既經復查追認，停徵之證券交易所得應予追認，故原處分以原核定停徵之證券交易所得應予追認834,243元（1,080,494－246,251），變更核定停徵之證券交易所得為342,686,655元，自無不合。

肆、關於虛報薪資部分：

一、按行爲時所得稅法第24條第1項規定：「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額爲所得額。」第32條第1款規定：「營利事業職工之薪資，合於左列規定者，得以費用或損失列支：一、公司、合作社職工之薪資，經預先決定或約定執行業務之股東、董事、監察人之薪資，經組織章程規定或股東大會或社員大會預先議決，不論營業盈虧必須支付者。」第38條規定：「經營本業及附屬業務以外之損失，或家庭之費用，及各種說法所規定之滯報金、怠報金、滯納金等及各項罰鍰，不得列爲費用或損失。」第110條第1項規定：「納稅義務人已依本法規定辦理結算申報，但對依本法規定應申報課稅之所得額有漏報或短報情事者，處以所漏稅額2倍以下之罰鍰。」次按行爲時查核準則第67條第1項規定：「費用及損失，未經取得原始憑證，或經取得而記載事項不符者，不予認定。前項之費用及損失，如經查明確無支付之事實，而係虛列費用或損失逃稅者，應依所得稅法第110條之規定辦理。」

二、此部分之爭執，在於：

- (一)系爭薪資費用之支出，應由何人負舉證責任？
- (二)原告得否以系爭薪資費用遭侵占爲由，列報爲其他損失？
- (三)原告有無故意或過失？

三、系爭薪資費用之支出，應由何人負客觀舉證責任？

(一)按「行政法院於撤銷訴訟應依職權調查證據。」行政訴訟法第133條前段定有明文，此係因撤銷訴訟之當事人，分別為公權力主體之行政機關及人民，兩造間存在不對等之權力關係，且行政機關之行政行為恆具專門性、複雜性或科技性，難為人民所瞭解，且每涉公務機密，人民取得相關資料常屬不易，為免人民因無從舉證而負擔不利之效果，而有上述規定；是於撤銷訴訟，證據之提出非當事人之責任，法院依職權調查得代當事人提出，當事人固無所謂主觀之舉證責任。然職權調查證據有其限度，仍不免有要件不明之情形，故當事人仍有客觀之舉證責任，民事訴訟法第277條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」於上述範圍依行政訴訟法第136條之規定，仍為撤銷訴訟所準用。而就課稅處分之要件事實而言，基於依法行政原則，為權利發生事實者，依上開規定，有關營利事業所得加項之收入，雖應由稅捐稽徵機關負舉證責任；惟有關所得計算基礎之減項，即「成本」與「費用」，則因屬於稅捐債權發生後之消滅事由，故有關成本及費用存在之事實，不論從上述證據掌控或利益歸屬之觀點，均應由主張扣抵之納稅義務人即原告負擔證明責任。本件兩造就系爭年度收入並無爭執，而係就其於系爭年度列報之薪資費用數額有爭議，是自應由原告就系爭薪資支出有爭議部分，負舉證之責。原告主張依最高行政法院39年度判字第2號判例、74年度判字第1210號、75年度判字第1544號判決意旨，被告否准原告認列系爭薪資既為原告所質疑，即應由被告負舉證之責云云，乃有誤解，要無可採。

(二)又按稅捐稽徵法第21條規定：「(第1項)稅捐之核課期間，依左列規定：一、依法應由納稅義務人申報繳納之稅捐，已在規定期間內申報，且無故意以詐欺或其他不正當方法逃漏稅捐者，其核課期間為5年。二、依法應由納稅義務人實貼之印花稅，及應由稅捐稽徵機關依稅籍底冊或查得資料核定課徵之稅捐，其核課期間為5年。三、未於規定期間內申報，或故意以詐欺或其他不正當方法逃漏稅捐者；其核課期間為7年。(第2項)在前項核課期間內，經另發現應徵之稅捐者，仍應依法補徵或並予處罰，在核課期間內未經發現者，以後不得再補稅處罰。」查關於營利事業所得稅之稽徵，基於其數量之龐大及內容之複雜，稽徵機關不可能逐案逐項審查，是向來其調查核課採取選案及選項查核方式，尤以營利事業所得稅結算申報如係採會計師查核簽證申報，稽徵機關更無需就各案件逐案逐項查核，或逕採暫按書面審核核定方式，是稽徵機關嗣後基於檢舉或抽查或其他各種因素而予以查核，因而作成補稅處分，只要是在前揭核課期間內，

確實有據，且未經行政爭訟另為實體之判斷，均為法之所許。以上之看法，對照以稅捐稽徵法第28條：「納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起5年內提出具體證明，申請退還；逾期未申請者，不得再行申請。」之規定，賦予人民亦有在5年內申請退還溢繳稅款之權利，且不嚴格限定以發現新事實為要件以觀，當係公平對待徵納雙方之見解，是本件被告並無違反稅捐稽徵法第21條之情事，上開所為之舉證責任分配，亦不因之有所改變。

(三)原告於系爭年度列報之薪資支出624,117,294元，其中就吳美滿等81人之如附表（原處分卷第838、839頁）所示之薪資26,759,018元部分係屬浮報，並非公司支出之薪資；而如附表所示係原告當時總經理葉能邁夥同當時大信集團之總裁（綜理大信集團之業務及決策）並掛名原告之顧問葉輝、會計室協理吳美滿、副理林素慧、交割結算部副理呂明螢及大信集團之副總裁（負責大信集團下各公司財務調度工作）盧玉雲等人藉薪資、業績獎金、三節獎金等名目虛增原告上述薪資支出；其方式為先由吳美滿將虛增之薪資、獎金核算分攤至吳美滿等81名員工薪資項下，交由林素慧及會計人員製作具會計憑證性質之不實薪資表、轉帳傳票等，經葉能邁核定後，分別匯入員工薪資設於世華商業銀行營業部及大安商業銀行營業部之薪資帳戶內，再由員工將虛增之薪資、獎金提領或填妥提款單交付代領後，轉交予葉輝、盧玉雲私用；至因虛增薪資、獎金導致員工應繳納個人所得稅增加部分，則由員工於提領時預先扣除6%或13%之所得稅差額，或由盧玉雲、呂明螢或林素慧於次年報稅前另行支付所得稅差額予員工等情，有葉輝、葉能邁等人被訴侵占、逃漏稅捐案件刑事卷附相關筆錄資料附於本院卷可稽，歷經臺灣臺北地方法院88年度訴字第1321號及臺灣高等法院90年度上訴字第2633號刑事判決為同一之認定，雖最高法院94年度台上字第74號判決發回更審，然觀諸其發回理由係攸關後續侵占行為之查核，並未否定虛列薪資之事實。相關證詞分如下述：

1. 葉能邁證稱：我是公司總經理，掛名的董事長，…（問：其他被告有無利用員工的戶頭來虛增獎金？）據我所知的確有等語。自白書略以：…有關起訴書自指控有一些員工薪資被灌水，有掏空公司資產之嫌，當初本人確實也發現某些員工薪資結構不大合理等語。〔臺灣臺北地方法院88年度訴字第1321號刑事卷（下稱北院卷）第2冊第149頁、第152頁訊問筆錄及自白書，附本院被告提出之相關資料一卷第1頁以下〕
2. 余淑螢證稱：我進入大信公司工作約半年後，月薪即開始遭虛增灌水，每次虛增的金額約10萬元左右，其方式係由公司將虛增數額及應領月薪（或獎金）一併轉入世華銀行

營業部員工專戶內，事後再由我提領現金將虛增金額繳予呂明螢等語。〔臺灣臺北地方法院檢察署偵查卷（下稱北檢卷）第2冊第170頁調查筆錄及第6冊第84-85頁訊問筆錄，附本院被告提出之相關資料一卷第15頁以下、第34頁以下〕

3. 王子奇證稱：每個月將薪資及虛增之薪資撥入我的帳戶內（大安銀行、世華銀行營業部）之後，呂明螢於撥入後翌日會電話通知我領出虛增薪資之金額（已扣除稅款），我即按其指示至銀行領取現金送至大信公司營業部交給呂明螢本人親收等語。（北檢卷第2冊第231-232頁調查筆錄、第6冊第86頁訊問筆錄，附本院被告提出之相關資料一卷第15頁以下、第34頁以下）
4. 黃思駿證稱：問（經提示刑案扣押之員工薪資獎金統計表）：大信公司離職員工余淑瑩坦承任職大信公司期間所領之月薪（或獎金）有遭虛增灌水之情形，每月虛增之金額約10萬元左右，虛增款項連同月薪一併由公司按月撥入世華銀行營業部帳戶內，嗣後再由余女將虛增之金額提領現金交給呂明螢，此份扣押物上登載你每月遭虛增灌水金額175,000元至30萬元不等，虛增款項是否與余女雷同，於事後以現金轉交呂明螢？答：確實如此等語。（北檢卷第2冊第234、235頁調查筆錄，附本院被告提出之相關資料一卷第29頁以下）
5. 謝瑞玉證稱：（問：虛增部分如何處理？）填取款條交給呂明螢。…（問：填多少是何人授意？）會問林素慧。（問：林素慧如何跟你們講數額？）我看到薪水帳戶比較多時，她便會跟我說金額，我就到公司2樓去拿取款條，填林素慧指定之金額，交給呂明螢。…林素慧會告訴我當月虛灌的款項及應繳回的金額（即虛灌金額的94%），我便依應繳回金額開立該帳戶的取款憑條予呂明螢提款等語。（北檢卷第3冊第146、147頁訊問筆錄、第6冊第182-183頁訊問筆錄，附本院被告提出之相關資料一卷第49頁以下、第55頁以下）
6. 杜弢證稱：（提示大信證券股份有限公司薪資、獎金灌水統計表，問：為何薪水有灌水情形？）答：確實有虛領薪水，…每個月呂經理（即呂明螢）會告訴我所提領返還公司之數額，其實我們自己大概知道要提領多少，因為我們均為固定薪水，由我們直接用提款卡去領，…領出來之現金均直接交給呂明螢。我只知道我們外交割部門有此情況等語。（北院卷第7冊第166頁訊問筆錄，附本院被告提出之相關資料一卷第59頁以下）
7. 楊麗琴證稱：…薪水底薪為2萬初頭，獎金有三節獎金，這是固定的，但公司會灌水，…先將錢匯入我們薪資帳戶

- ，我們主管王玉燕會跟我們說這個月會多多少錢出來，由我們拿提款單填寫，交由呂明螢經理等語。（北院卷第 8 冊第86頁，附本院被告提出之相關資料一卷第64頁）
8. 楊淑瓊證稱：公司呂經理會告訴我金額多少錢，我領現金給她，直接交給呂經理等語。（北院卷第8 冊第92頁，附本院被告提出之相關資料一卷第69頁以下）
 9. 池貞燕證稱：（提示大信證券股份有限公司總經理部分獎金、紅利虛增灌水統計表）沒錯，是虛灌了紅利10萬元等語。（北院卷第8 冊第92頁，附本院被告提出之相關資料一卷第69頁以下）
 10. 林淑惠證稱：…呂明螢會主動通知我要我領出處增部分，均由我用提款卡、存摺、領現金交給呂明螢。…所得稅的部分，我自己會計算實際所得與虛增所得稅之差額，有時候會交計算表，有時候僅告訴呂明螢差額，差額公司會給我們現金，由呂經理交給我等語。（北院卷第8 冊第98-100頁，附本院被告提出之相關資料一卷第74頁以下）
 11. 詹美桂證稱：呂明螢會告訴我虛增之金額，有時我會領現金給呂明螢，有時我會將存摺及填好之提款單交由呂明螢。…所得稅的部分，我自己會計算實際所得與虛增所得稅之差額，會交計算表給呂經理，差額有時候公司會給我們現金，由呂經理交給我，有時候匯入世華銀行帳戶等語。（北院卷第8 冊第98-100頁，附本院被告提出之相關資料一卷第74頁以下）
 12. 王淑真證稱：每個月發薪水時，財務部門的人會跟我說要領出來之數額，由我領現金出來交由財務部的人，所得稅差額部分，公司都已算好，財務部門會給我該差額部分的現金等語。（北院卷第8 冊第98-100頁，附本院被告提出之相關資料一卷第84頁以下）
 13. 張翠蘭證稱：公司先把錢撥至我的戶頭，再由財務部呂明螢（襄理或副理）打電話通知我們說要我們把錢領出來還給公司，我領完錢後直接將現金交給呂明螢，但有時候我們自己會自動把錢領出來還給公司，…我有聽說對公司忠誠度愈高者，灌水的數額愈多等語。（北院卷第9冊 第74頁，附本院被告提出之相關資料一卷第92頁以下）
 14. 金菊蓮證稱：（提示大信證券股份有限公司薪資、獎金灌水統計表，問：為何薪水有虛增情形？）時間、金額我不記得了，但確實有灌水。…剛開始呂經理有時候告訴我要我把錢領出來，…有時候會直接問呂經理要返還的金額，我會寫取款條，連同存摺交給呂經理等語。（北院卷第9冊第116-118 頁，附本院被告提出之相關資料一卷第103頁以下）
 15. 陳美惠證稱：（提示大信證券股份有限公司薪資、獎金灌

水統計表，問：為何薪水有虛增情形？）時間、金額大致符合…（問：是否將虛增部分歸還公司？…）領出來後交給呂經理，…我會寫取款條，蓋好章，把存摺、取款條交給呂經理，…要報稅的時候呂經理會叫我們算實際所得與虛增所得，如果不會算，呂經理會幫我們算，報稅的時候她會給我們現金等語。…問庭前開二次會，…第一次在場的有律師…盧玉雲…及其他要來開庭的人，她告訴我們說不要講公司灌水等語。（北院卷第9 冊第116-118 頁，附本院被告提出之相關資料一卷第103 頁以下）

16.陳信諭證稱：公司有虛灌薪水，公司先把錢匯入我的銀行戶頭，會計部門的人會告訴我處還多少錢給公司，我再持金融卡或存摺提領現金，將錢交給會計部門…會計部門事先告訴我實際所得與虛增所得稅之差額，我自己會再核算，若無誤我會跟會計部門的人說，差額部分公司有給我，但用何種方式我忘記了等語。（北院卷第9 冊第132 頁，附本院被告提出之相關資料一卷第110 頁以下）

17.鄧嘉慧證稱：…實際上有虛灌獎金，發放薪水當天，呂明螢會告訴我們三天內要提領多少錢給公司，我們將寫好的存款條、存交給呂明螢，…隔年報稅前呂明螢告訴我說去年公司有虛增多少金額，並給我類似所得稅申報表之表格，我會計算虛增所得與實際所得之差額，報給她後，她會補給我現金等語。（北院卷第9 冊第142-144 頁，附本院被告提出之相關資料一卷第114 頁以下）

18.沈孝芬證稱：（問：公司有無虛增薪水？）有，每個月財務部門主管要我及同部門的某些同事填寫取款條，數額是主管跟我們說的，把取款條給主管等語。（北院卷第9 冊第166 頁，附本院被告提出之相關資料一卷第120 頁以下）

(四)經逐筆查對被告認定之虛報薪資明細（附表）與臺灣高等法院90年度上訴字第2633號判決書虛報薪資附表，可知被告多計89,000元（本院被告提出之相關資料二卷第533 頁以下）

- 1.編號30方貞芬（經紀部門）—因計算錯誤致少計300,000元。
- 2.編號51楊淑娟（經紀部門）—被告原查以外帳金額列計，致多計389,000元。

(五)按「薪資支出：一、所稱薪資總額包括：薪金、俸給、工資、津貼、獎金…」、「查依照所得稅法第29條規定：『職工之薪資，非經預先決定或約定，並為不論營業盈虧，必需支付，而不超過各該業通常水準者，不得列為費用或損失』上開法條所謂『非經預先決定或約定』並不限於書面形式，如經僱傭雙方事先同意，不論營業盈虧必需必付。且不超過各

業通常水準者，均應准以費用或損失列支。」固為營利事業所得稅查核準則第71條第1項第1款規定及財政部48年台財稅發字第08216號函釋在案。惟「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」民法第482條著有規定，所謂薪資，自以受僱人給付勞務所獲得之對價始足當之。而承前述，系爭薪資並非附表所示原告員工給付勞務取得之對價，此為勞雇雙方所明知（見上述證人證詞），遑論就該部分達成薪資數額之合意？是原告實質上並未發放系爭虛增之薪資金額，原告將之列為薪資項目自所得中減除，於法乃屬無據，被告予以剔除，即剔除附表虛增之薪資、獎金總額為26,759,018元，尚且於復查中追認已貼補員工之所得稅3,756,300元（已辦理扣繳，並經員工報繳綜合所得稅，原處分卷第1201-1203頁），惟被告前開多計虛報薪資89,000元部分，尚有未合，合計原告虛列薪資支出22,913,718元。原告認其與附表所示員工就系爭薪資之給付已有合意，被告否准其認列係有悖稅捐稽徵法第30條、行政程序法第36條、第43條應依職權調查證據之規定云云，乃有誤解，要無可採。

(六)承上，被告於本院審理中，依臺灣高等法院刑事判決認定原告虛報薪資金額，重新計算虛列薪資支出22,913,718元（原核定虛報薪資支出26,759,018元－復查追認3,756,300元－前開多計89,000元），復查決定薪資支出601,114,576元，應增予認列89,000元，被告同意追認，故薪資支出應予變更認列為601,203,576元。

四、原告得否以系爭薪資費用遭侵占為由，列報為其他損失？

(一)按經營本業及附屬業務以外之費用及損失，不得列為費用或損失，為所得稅法第38條及查核準則第62條第所明定。本件系爭薪資之虛增，雖係原告當時董事長兼總經理葉能邁等人為遂行侵占原告資金所為之手段。然股份有限公司公司之董事長與在執行職務範圍內之經理人，均為公司之負責人，公司法第208條第3項及第8條第2項定有明文；是董事長或經理人關於營業之行為，對於公司當然發生效力，即便有舞弊情事，亦乃公司與彼等間之內部關係，如因而致公司蒙受損害時，僅其對公司負賠償責任（公司法第34條規定參照），不得以此項損害列報為公司經營本業之損失，此觀最高行政法院72年度字第1383號、91年度判字第1839號判決意旨甚明。

(二)至營利事業所得稅查核準則第103條第2款第4目規定：「其他費用或損失：…。二、左列其他費用或損失，可核實認定：．．．(四)竊盜損失無法追回，經提出損失清單及警察機關之證明文件者，其未受有保險賠償部分。」；暨財政部69年2月25日台財稅第31608函釋：「公司貨款被職員侵占，

如確實無法追回，得取具證明比照營利業所得稅結算申報查準則第103 條規定，列作當年度損失，嗣後如經追回，再作為收回年度之其他收入列帳。」核與本件係屬董事長、經理人侵占公司資金之情節不同；與第103 條第2 款其他各目規定又不相符，復未經原告舉證確認係屬無法追回之損失，自無該等規定之適用。原告主張系爭薪資縱無法於薪資科目認列，亦得認列為其他損失云云，亦無可取。

五、原告有無故意或過失？

(一)按95 年2 月5 日施行之行政罰法第7 條明文規定：「(第1 項)違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。(第2 項)法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織違反行政法上義務者，其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行為之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定為該等組織之故意、過失。」至行政罰法施行前，依司法院釋字第275 號解釋：「人民違反法律上之義務而應受行政罰之行為，法律無特別規定時，雖不以出於故意為必要，仍須以過失為其責任條件。」是無論在行政罰法施行前後，法人既均得與自然人同視而為行政秩序罰之對象，則在法人責任之認定上，亦應要求以故意或過失為處罰要件，合先指明。

(二)惟法人係依其機關為意思及行為，法人本身並無意思能力，如何判斷其責任問題？在德國之違反秩序罰法第30條第1 項原對法人之處罰採取「附從效果」，即當法人之機關或其構成員，因有觸犯刑法或違反秩序之行為，使法人「獲取或將獲取不法利益時」，該法人得作為附從效果被科以罰鍰，即當其機關因違法或違反秩序之行為而有責任應受處罰時，法人附帶地亦認為有責任，故併同處罰。惟在1986年之經濟刑法中，刪除原違反秩序罰法第30條第1 項之「附從效果」之特徵，以致對於法人之罰鍰，得視為因為其機關之觸犯刑法或違反秩序行為，所生對於法人之獨立法律效果，且無異於屬於法人本身之責任。就我國而言，法人得受行政秩序罰，為學術界及實務界所普遍接受之看法，且為現行行政罰法所明文規定，已如前述，然而法人與其機關或其構成員終究不是同一人，若其機關或構成員於觸犯刑法或違反秩序之行為時，目的非在使法人獲取或將獲取不法利益，甚至是以法人為侵害之對象，此際應不能採取如此嚴格、絕對的獨立效果之看法，而應有所修正。何況如前所引之行政罰法第7 條第2 項係規定機關或其構成員之故意、過失「推定」為組織之故意、過失，亦可視為一種「附從效果」之表現，而可以反證推翻。本件雖發生於行政罰法施行前，就此問題，仍應為同一解釋。

(三)具體就本件而言，原告之總經理葉能邁、會計人員吳美滿等

實際行為之職員、受僱人、從業人員夥同大信集團之總裁葉輝、副總裁盧玉雲等藉薪資、獎金等名目，虛增原告系爭薪資支出，其方式為原告於發放員工薪資、獎金時，先由會計部門將員工實際所得及虛增金額匯入員工設於銀行之薪資帳戶，再由部門主管通知各員工將虛增款項提領交予呂明螢，然後加以共同侵占，已如前述。依公司法第208條第3項規定，董事長為股份有限公司之代表人，而經理人依公司法第8條第2項規定，在執行職務範圍內為公司負責人。是總經理葉能邁、會計人員吳美滿等人於原告為本件營利事業所得稅結算之申報書（見原處分卷第770頁）中虛列系爭薪資支出，意圖乃在違法侵占原告資產，使自己從原告獲得不法利益，非在使原告獲取逃漏稅捐之不法利益，雖使原告產生漏稅結果，惟衡量此時原告一則既為受害人，二則客觀上亦無法防杜，實際上亦未因此享有漏稅利益等情事，原告自無就其機關或構成員對其所施之犯罪行為仍負違反行政法上義務之故意或過失之責之理，職是，被告猶對原告處以本件罰鍰，於法即有未合。

(四)綜上，被告原認定原告虛報薪資支出26,759,018元，復查追認3,756,300元，因與刑事判決附表所示認定之虛報薪資金額相差89,000元，被告於訴訟中主張同意追認該89,000元，原告之主張於上開追認部分及前述罰鍰部分之範圍內為可採。是原處分於如附表所示之虛增薪資之金額（即與刑事判決附表所示金額一致者）之範圍內，於法有據，訴願決定遞予維持，亦無不合，原告訴請撤銷為無理由，應予駁回；原處分逾上開範圍部分，即關於所剔除之薪資支出89,000元部分及所處罰鍰部分，於法尚有違誤，訴願決定未予糾正，亦有未合，原告訴請撤銷，為有理由，應予准許。

伍、綜上所述，原處分關於營業收入項下認購權證損益為1,339,589,940元並於營利事業所得稅結算申報書第58欄免稅所得調減98,954,099元部分，於法不合，訴願決定未予糾正，亦有未合，原告訴請撤銷，為有理由，應予准許。原處分於如附表所示之虛增薪資之金額（即與刑事判決附表所示金額一致者）601,203,576元之範圍內，於法有據，訴願決定遞予維持，亦無不合，原告訴請撤銷為無理由，應予駁回；原處分逾上開範圍部分，即關於所剔除之薪資支出89,000元部分及所處罰鍰部分，於法尚有違誤，訴願決定未予糾正，亦有未合，原告訴請撤銷，為有理由，應予准許。

陸、兩造其餘攻擊防禦方法，核與前開論斷結果無礙，爰不逐一論究，併此敘明。

據上論結，本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，爰依行政訴訟法第104條、民事訴訟法第79條，判決如主文。

中 華 民 國 97 年 3 月 20 日

臺北高等行政法院第五庭

審判長法官 張瓊文
法官 王碧芳
法官 胡方新

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

中 華 民 國 97 年 3 月 20 日
書記官 黃玉鈴