

司法院大法官書記處收文
99年 12月 14日
會台字第 10157 號

函

受文者：司法院

發文日期：99年 月 日

發文字號：

主旨：為聲請人因最高行政法院 99 年判字第 899 號確定判決所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函，有抵觸憲法第 7 條平等原則、第 15 條財產權保障及職業自由之保障、第 19 條租稅法律主義、第 23 條比例原則與第 172 條命令不得違法違憲等規定，以及 鈞院歷年來之釋字第 385 號、第 400 號、第 420 號、第 493 號、第 597 號、第 607 號、第 622 號、第 625 號及第 661 號等多號解釋先例，侵害聲請人基本權，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款聲請 鈞院大法官解釋，以維憲政秩序。另聲請人為求審議程序及結果之周延審慎，爰依司法院大法官審理案件法第 13 條規定聲請 鈞院惠准行言詞辯論程序，同意到場說明，保障人民權益，至感德便。

說明：檢附「解釋憲法聲請書」乙份。



聲請人：大華證券股份有限公司

代表人：許道義



聲請代理人：勤業眾信聯合會計師事務所 蘭會計師



德勤商務法律事務所 林瑞彬律師



三科

大法官書記處



解釋憲法聲請書

聲請人 聲請代理人	姓名及身分證統一編號(如係法人團體或政請記明其名稱代表人姓名)	住居所、營業所、主事務所及電話號碼	送達代收人姓名、住址及電話號碼
聲請人 代表人	大華證券股份有限公司 許道義	設台北市中正區許昌街17號3樓之1 住同上	
聲請代理人	袁金蘭會計師 林瑞彬 律師	住台北市民生東路3段156號12樓 勤業眾信聯合會計師事務所 住台北市民生東路3段156號13樓 德勤商務法律事務所	送達代收人： 勤業眾信聯合會計師事務所 袁金蘭會計師 送達處所： 台北市民生東路3段156號12樓 電話：02-25459988

緣最高行政法院 99 年判字第 899 號判決（附件 1）所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函（註：財政部對於台財稅第 861922464 號函，收錄於所得稅法令彙編、營業稅及證券交易法法令彙編之日期分別為 86 年 12 月 1 日及 86 年 12 月 11 日，故實務上提及此號函釋時，或有引用 86 年 12 月 1 日台財稅第 861922464 號函，或有引用 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函，惟均屬同一函釋，附件 2，下稱「財政部 86 年函釋」），有牴觸憲法第 7 條平等原則、第 15 條財產權保障及職業自由之保障、第 19 條租稅法律主義、量能課稅原則、租稅公平原則、第 23 條比例原則與第 172 條命令不得違法違憲等規定，以及 鈞院歷年來之釋字第 385 號、第 400 號、第 420 號、第 493 號、第 597 號、第 607 號、第 622 號、第 625 號及第 661 號等多號解釋先例，而有牴觸憲法之疑義，爰向聲請 鈞院大法官會議解釋，以保障人民基本權。

壹、聲請解釋憲法之目的

聲請人依大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，聲請 鈞院解釋，並為如下之宣告：

「憲法第 19 條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅、實質課稅原則及租稅公平原則。財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函：「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」，認定證券商發行權證收取之發行價款為應稅之權利金所得在先，卻認券商發行權證依法應有風

險管理措施避險以便投資人行使權利，證券商就該等買賣標的股票及權證（包括自己及他家券商發行同一標的股票之權證）所產生之交易所得或損失，雖應於履約時認列損益，但該損益卻須依所得稅法第 4 條之 1 規定辦理，並依所得稅法第 4 條之 1 規定不得自當年度應稅所得額中扣除，形同否准發行該等權證風險管理措施（或稱避險交易）所生之損失得自該權證之應稅權利金收入中減除，前揭行政釋示已違反所得稅法第 24 條淨額所得課稅原則及收入與成本費用配合原則及依本院釋字第 493 號「免稅成本費用，應於免稅收入項下減除」之反面解釋所導出「應稅成本費用，應於應稅收入項下減除」之旨。經查所得稅法第 4 條之 1 並不包括對應稅收入對應之成本費用不准減除之意旨，故前揭行政釋示與首揭憲法第 19 條租稅法律主義及量能課稅、實質課稅之租稅公平原則意旨不符。況前揭釋示對權證交易發行者產生之稅負結果甚苛，並有影響券商營業自由、國家財政收入減少等與結果無關之副作用，顯與憲法第 15 條對人民財產權、工作權（職業自由）之保障及憲法第 23 條比例原則相違。且前揭釋示對權證風險管理措施（或避險交易）之定性，與大法官釋字第 420 號、第 625 號所揭櫫之實質課稅原則亦有相悖，亦有違憲法第 7 條平等原則，自本解釋公布之日起，應不予援用。」

按現代實質意義之法治國家，以追求人性尊嚴為中心，亦即德國基本法第 1 條第 1 項所言之「人之尊嚴不可侵犯，尊重及保護此項尊嚴為所有國家機關之義務。」。本於上開實質正義之信念，國家透過公平正當之稅捐負擔，實現其作為給付國家所擔當之任務。亦基於正義國家之概念，稅法規定必須與憲法之價值體系相協調一致，立法者於所得稅法上之裁量空間必須予以限制，亦即應受憲法價值觀之拘束，厥為重要者乃憲法上基本權之拘束，故人民基本權遭受國家租稅立法權侵害時，必須由 鈞院大法官會議以租稅正義與憲法基本權為審查之標準，保障人民之權利（附件 3，葛克昌，所得稅與憲法，頁 29 至 30）。聲請人前因最高行政法院確定判

決援用財政部 86 年函釋，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定，請求鈞院大法官宣告財政部 86 年函釋應不予適用，如蒙鈞院作成違憲解釋時，聲請人並得就據以聲請解釋之案件依釋字第 177、185、193 號解釋及行政訴訟法第 273 條第 2 項之規定，聲請再審。

貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

一、本案之背景事實

按民國 86 年 5 月 31 日財政部證券暨期貨管理委員會(現行政院金融監督管理委員會證券期貨局)核准國內券商發行新金融商品-認購(售)權證，所謂「認購權證」係指投資人支付一定數額之權利金買發行人發行之認購權證，而該權證係表彰投資人有「依其設定之條件，於到期日內或約定之到期日，向權證發行人按約定價格認購一定數量之標的股票」之權利。亦即，投資人得依其對該標的股票未來市場價格之預期而決定購買該認購權證，致不論認購權證到期日當天標的股票股價如何，均享有得以約定價格向權證發行人購買約定數量標的股票之權利，如此便可在標的股票股價如其所預期上漲至高於約定認購價格時，選擇認購並享有該等價差之利益，並將最大風險鎖定在認購權證時給付予券商之權利金(亦即當標的股票股價低於約定認購價格時可選擇不執行履約，便只有損失認購權證之權利金)，其餘風險則轉由發行券商負擔。權證發行者(即券商)，雖因認購者購入權證而可向其收取權利金，但相對該發行者亦負擔一契約上之義務，即購入權證者在契約約定之一定期間內，一旦行使其依約定價格向發行權證者購入(售出)標的股票時，發行者即有義務依該約定價格出售(買入);抑或該購入權證者在契約約定期間內放棄行使，致逾期而失效。此時該權證交易之權利義務關係方為終結，進而權證發行者方能正確計算該次發行權證之真正損益。

申言之，權證本身價格會與其標的股票之價格，具有直接連動之關係，

認購權證與一般股票不同的是，它具有「時間價值」，並非由單一時點決定其價值，因此發行人和投資人最後誰賺誰虧，都必須至履約時才能確定，故其與一般股票不同之處即在於其交易實態係以一段期間來決定其取得成本，並非如一般股票在購入當時成本已經決定。是故，1997年經濟學諾貝爾獎得主 Scholes 對權證之評價認為係「時間價值」加上「內含價值」，所謂「內含價值」即為標的股票價格與履約價格間之差價，至於時間價值係依照股價超越履約價格的可能性加以評價，蓋只要到期日尚未到臨，股價仍有可能超越履約價格，而且到期日愈長，或是股票波動程度愈大，則時間價值可能愈高。從而，權證交易相當重視發行日至到期日之期間可能發生之標的股票價值變動，券商為避免時間價值產生之不利益，乃須進行避險操作，以控制前述風險。

認購權證發行人，向證券交易所申請就其擬發行之認購權證上市時，依行為時發行人申請發行認購（售）權證處理準則（詳附件4）第10條規定，俟證券主管機關核給其發行認購權證之資格後，向證券交易所申請同意其發行計畫後，始得辦理發行及銷售，依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第7條第8款之規定，發行人應有適當風險管理措施，如有違反將可能依同準則第11條規定撤銷或廢止權證上市之核准。又臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（以下簡稱審查準則，詳附件5）第4條第2項第5款、第8條第1項第5款及第7款、第10條第1項第5款第9目分別規定，「發行人申請認購（售）權證發行人資格之認可…應提出預定之風險沖銷策略。」、「發行人申請發行認購（售）權證資格者，如有下列各款情事之一者，本公司得不予同意其資格之認可：…五、發行人無適當之風險管理措施者…七、發行人於最近一年內未能依本公司認購（售）權證相關規定辦理，且無法於限期內改善者」、「申請本公司同意上市之認購（售）權證，應符合下列各款規定：…五、發行計畫內容須包括下列條款：…（九）預定之風險沖銷策略。…」故不論認購權

證到期履約之方式為何，投資人按約定履約價格向發行人購入標的股票或投資人以現金結算方式收取差價，皆必須有風險沖銷策略之訂定，發行券商應於公開說明書載明風險沖銷策略，若無適當風險管理策略則將不予同意或請主管機關撤銷其資格之認可。券商則會於公開說明書上載明風險沖銷策略包括買賣標的股票以及買賣該檔權證或其他發行人之同一標的股票權證或衍生性金融商品，且依前開上市審查準則在 91 年修正時增訂第 15 條規定券商應設立避險專戶，進行風險管理措施。

而風險沖銷之避險方式，可分委外避險及自行避險。自行避險之風險沖銷策略係指認購權證發行人，為避免因標的股票價格大幅上揚或下跌，致認購權證到期履約時所產生鉅額虧損或避險標的股票產生鉅額虧損之風險，所採取自行買進或賣出標的股票（或稱避險部位）之相對應措施。認購權證發行人若無適當之風險管理措施者，依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 8 條第五款之規定，證期會得不認可其發行資格，是以，因此等認購權證避險措施所發生之損益，實屬原告營業上所必須負擔之成本，與證券交易或投資確有不同。

是以，權證商品的損益計算應以權證整體生命週期作為觀察面向，除了券商所有發行的權證認列權利金收入外，為了風險管理措施必須進行標的股票的買賣、買賣該檔權證或其他發行人之同一標的股票權證或衍生性金融商品等避險措施（下稱風險管理措施或避險交易）之損益，以及認購權證履約及到期之損益。風險管理措施、履約損益與賺取權利金收入的營業活動間具有相當因果關係，除依照一般商業判斷本屬賺取應稅權利金收入之成本費用外，更屬基於主管機關法令所要求之必要行為。不管由發行權證之經濟活動實質面向觀察，或由法規強制面向觀察，權證發行所收取之權利金收入，與因履行風險管理措施而產生相關必要之避險部位損失，實係互為條件，具有直接因果關係。

故於經濟上完全無法想像避險損失竟無法自權利金收入項下抵扣之可

能，是以在財務會計上，因權證權利金收入仍負有購買權證者可依履約價格要求購入或售出標的股票而相應發生可能損失之負擔，故在收取權利金時係貸記發行認購權證之負債(負債增加)，並非真正收入(因大部分賺取收入的義務尚未履行)，在權證流通期間，當標的股票上漲，權證價值增加時，除一方面增加已持有標的股票之評價利益外，另一方面亦同時增加發行認購權證之負債，是以避險部位項目(標的股票及該認購權證)所產生之損益，兩者價值變動損益合併認列，方得正確計算權證交易正確損益，此觀證券交易法授權訂定之「證券商財務報告編制準則」(附件4)第17條有關損益表之規範，同條第1款第3目「認購(售)權證發行利益：證券商發行認購(售)權證所獲得之利益屬之，包括認購(售)權證負債公平價值變動利益、認購(售)權證到期前履約利益、認購(售)權證再買回公平價值變動利益及認購(售)權證逾期失效利益等。」及同條第2款第6目「認購(售)權證發行損失：證券商發行之認購(售)權證所發生之損失，包括認購(售)權證負債公平價值變動損失、認購(售)權證再買回公平價值變動損失。」自明，以認購權證逾期失效利益為例，其計算方式是以權證負債(亦即當初收取權證權利金收入的貸方科目)減除權證負債減項(權證再買回金額)，財務會計上之權證逾期失效利益應將系爭權證再買回之損益與權利金收入併計，是以權證損益在財務會計上包括基於風險管理措施所為之買賣權證之再買回部分損益。是以，由經濟實質面觀察，權證發行所收取之權利金收入，其最主要之成本，或說影響本檔次權證交易獲利與否最重要的關鍵實繫於其避險損失是否控制得宜，蓋權證價值主要取決於時間價值，權利金之設定亦是本於對權證時間價值及內涵價值之評估而精算出來，實必須以一個整體權證發行期間來觀察權證交易之獲利狀況；另由法規面觀察，權證發行必須有避險交易之配套措施，否則主管機關根本不准其發行。

權證課稅爭議自民國86年權證此一金融商品在我國上市買賣後，因

實質造成租稅不公，財稅實務界、業者及學界爭論不休，相關文獻亦汗牛充棟，財稅主管機關雖知財政部 86 年函釋可能有錯誤課稅之情事，惟其未能勇於任事，僅同意以修法且不溯及既往之方式解決權證案件爭議，修法之前之爭議案件則推諉予司法機關，原本權證案件於台北高等行政法院獲得為數甚多之實體上有利納稅義務人之判決，豈料經稽徵機關上訴至最高行政法院後，目前已獲確定判決之案件均逆轉為納稅義務人敗訴，此種會產生上下審級法院判決歧異之有重大爭議案件，實有賴 鈞院以憲法解釋之角度，對於確定判決所援用之財政部 86 年函釋進行解釋。

本案聲請人 91 年營利事業所得稅核定事件，經最高行政法院 99 年判字第 899 號判決逕依財政部 86 年函釋，駁回聲請人上訴，聲請人遂針對該確定判決所適用之財政部 86 年函釋，依法聲請本件解釋。

二、最高行政法院判決見解

(一) 本件最高行政法院確定判決以下述數點理由駁回聲請人有關權證避險部位損失認列部分之上訴：

1. 查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，核定為其他有價證券。而所得稅法第 4 條之 1 關於證券交易免稅之所得並無排除收入成本配合原則之適用，亦經司法院釋字第 493 號解釋在案，故將認購權證權利金收入與避險交易所生之證券交易損益，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。
2. 證券商發行權證，固應依規定進行避險交易，惟其避險交易可能產生損失，亦可能產生利益，難認為發行權證之成本或費用，況證券商可能因避險交易行為而造成損失，為證券商於發行該認購權證所知悉，且財政部 86 年函釋亦已指明系爭交易所得或損失，應依所得稅法第 4 條之 1 規定辦理。
3. 證券商於發行時，即得自行斟酌其可能發生之損失成本費用，再行

決定該權利金之金額，以作為發行最符合其經濟效益之商品，自不得僅因其係依於發行認購權證時之約定應買進或賣出股票，即謂該種證券交易，係出於強制而與一般消費者所為證券交易不同，否則即有違租稅法律主義及租稅公平原則。

4. 避險損失縱會計上可認屬權證權利金收入之成本，亦因所得稅法第4條之1之明文規定，而不得自所得額中減除。暨本件因屬96年7月11日增訂公布所得稅法第24條之2規定前之事件，故無該規定之適用，且更無自事後之修法而推論財政部86年函釋係屬錯誤等節。

三、本案之疑義與涉及之憲法條文

依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款之規定，人民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，對於確定終局所適用之法律或命令，發生有牴觸憲法疑義者，得聲請解釋憲法。所謂「所適用法律或命令」包括經立法院三讀通過，總統公布之法律，或由法律授權行政機關訂定之法規命令，及行政機關本於職權所發布之解釋性或裁量性行政規則(釋字第374號解釋理由書參照)。經查聲請人因最高行政法院99年判字第423號確定終局判決，其適用財政部86年函釋規定肯認國稅局核定對於聲請人發行權證之權利金收入，其相關基於風險管理措施而買賣該認購權證與標的股票，其避險部位損失否准認列為權證權利金收入之減項，係忽視憲法第7條、第15條、第19條與第23條之憲法規定及憲法原則，涉及侵害聲請人受憲法所保障之財產權。

本件最高行政法院確定判決之理由，可知本件釋憲標的(亦即財政部86年函釋)之解釋內容涉有下列數點問題：

- 1、財政部86年函釋有無違反上位階之法律或法規命令？亦即從租稅法

律主義及法律保留原則角度觀察，財政部 86 年函釋係依所得稅法第 4 條之 1 所為之合法解釋，抑或違反行為時所得稅法第 24 條及其施行細則第 31 條之違法解釋？又所得稅法第 4 條之 1 之規定範圍是否有如最高行政院所理解地那麼廣，並且構成行為時所得稅法第 24 條之特別規定；抑或應理解所得稅法第 24 條與同法第 4 條之 1 應作合體系之一致解釋？何種論點始與 鈞院釋字第 493 號解釋意旨相符？自所得稅法第 4 條之 1 之客觀解釋，是否可得出立法者採取財政部 86 年函釋之見解；抑或屬於立法者無明文規範者？

2、從實質課稅原則之角度觀察避險交易是否屬於整體權證交易之一部分？亦即在法律上應以一個法律事實（行為）看待或以數個法律行為看待？財稅稽徵機關是否有適用實質課稅原則之義務？如財政部 86 年函釋未適用實質課稅原則時，得否以其係解釋所得稅法第 4 條之 1 之理由來脫免違憲情狀？

3、從量能課稅原則而論：

(1) 財政部 86 年函釋是否構成量能課稅原則之違反？立法者是否在所得稅法第 4 條之 1 明確表達因權證風險管理措施所生之避險損失成本費用認列加以限制？

(2) 如在欠缺立法者明確規範意思之情況下，財政部 86 年函釋是否為貫徹立法者在所得稅法第 4 條之 1 形成之量能課稅原則之例外？財政部 86 年函釋對於違反量能課稅原則之形成空間為何？有無可支持之理由可支持其違反量能課稅原則？

(3) 如所得稅法第 4 條之 1 規範意旨真屬限制權證因風險管理措施所生避險損失之認列，有無任何支持其違反量能課稅原則之理由？對於租稅法律內容之違憲審查標準為何？而以財政部解釋所形成之形成空間又如何？

4、依平等原則以言：

- (1) 本件是否因租稅侵害人民權利甚鉅而應適用較高標準之違憲審查基準？本件是否有應尊重政治部門之裁量而予採取寬鬆審查標準之可能性？租稅法規之違憲審查標準，是否應與經濟及社會權利之立法同視？
- (2) 在所得稅法第 4 條之 1 的適用上，立法者在制定所得稅法第 4 條之 1 時有無預見權證交易所生之課稅爭議，是否屬於「法律漏洞」？如有法律漏洞是否應有相對應之法律補充方法？是否可將立法者對所得稅法第 4 條之 1 之意旨理解為進行財稅差異之依據？財政部 86 年函釋有何實質追求平等之理由？如何合憲地形成差別待遇？對於新所得稅法第 24 條之 2 之立法過程，是否未能有空間適用於修法前案件？

5. 比例原則部分：財政部 86 年函釋之規範目的何在？公益理由為何？其對於人民權利構成如何之侵害？是否已造成財產權以外之工作權、職業自由之不合理侵害？有無其他副作用之產生？應如何以違憲審查基準加以審查？

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、聲請解釋憲法之理由

在探討基本權利違憲審查時，應分基本權利保障範圍之詮釋、基本權利是否受限與限制基本權利之憲法上合法化理由之審查三個層次思考。當立法機關之立法行為如侵及人民基本權利之基礎範圍 (Reichweite) 時，即將之視為一種違憲徵兆 (Indiz)，在第二層次上，即須檢視國家行為限制基本權之合憲性 (即有無阻卻違憲事由) (附件 6，李建良，基本權利理論之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，第九卷第一期，頁 39 以下)。又按 鈞院對於租稅法令之審查向採取綜合審查標準，申言之，鈞院近來之憲法解釋係以憲法第 19 條規定之「人民有依法律納稅之義務」之文義

出發，除包含租稅法律主義之形式合憲性審查標準外，亦就租稅公平原則、量能課稅原則、實質課稅原則及財產權保護等實質違憲性檢驗標準一併納入，此觀 鈞院釋字第 635 號解釋理由書所揭櫫：「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務，係指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、稅率等租稅構成要件，以法律定之。惟主管機關於職權範圍內適用之法律條文發生疑義者，本於法定職權就相關規定予以闡釋，如係秉持一般法律解釋方法，且符合相關憲法原則，即與租稅法律主義無違。」自明。是聲請人就本件釋憲標的如何違反上開憲法原則，循上揭先形式後實質之合憲性檢驗標準，作為撰寫本聲請書之方法論，合先敘明。

由於本案聲請之釋憲標的係屬財政部行政釋示，就形式合憲性之檢驗上，必須遵守租稅法律主義及法律保留原則，故其問題之爭點在於其解釋是否與所得稅法之法律相符合，而無增加法律所無之限制；另從實質合憲性或是說內容之違憲審查標準而言，自前揭 鈞院釋字第 635 號解釋理由書可知，應以租稅公平原則、量能課稅原則、實質課稅原則作為檢驗財政部 86 年函釋之主要標準，又一般實質合憲性檢驗最主要者即為比例原則與平等原則所構成之違憲審查基準，涉及命令或行政規則之違憲審查密度，行政機關之形成空間如何，聲請人亦請 鈞院於本案一併檢討。另外有關本聲請書對於財政部 86 年函釋是否違憲之問題脈絡已於前敘明，茲不再贅述，以下謹直接針對財政部 86 年函釋涉及抵觸憲法之疑義，加以詳述：

(一) 依形式合憲性檢驗標準，財政部 86 年函釋有違修正前所得稅法第 24 條第 1 項之規定，且逾越所得稅法第 4 條之 1 的可能文義範圍，增加法律所無之課稅要件

1、按「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務，係指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、稅率等租稅構成要件，以法律或法律明確授權之命令定之，迭經本院解釋在案。七十四年十一月十五日修正公布之營業稅法（下稱舊營業稅法）第一條規定：『在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。』（嗣該法於九十年七月九日修正公布名稱為加值型及非加值型營業稅法，該條亦修正為：『在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵加值型或非加值型之營業稅。』）同法第三條第二項前段規定：『提供勞務予他人，或提供貨物與他人使用、收益，以取得代價者，為銷售勞務。』準此，所謂銷售收入，就銷售勞務而言，係指營業人提供勞務予他人，或提供貨物與他人使用、收益，所取得之代價。財政部八十六年四月十九日台財稅字第八六一八九二三一號函說明二釋稱：「汽車及船舶客運業係以旅客運輸服務收取代價為業，其因行駛偏遠或服務性路線，致營運量不足發生虧損，所領受政府按行車（船）次數及里（湮）程計算核發之補貼收入，係基於提供運輸勞務而產生，核屬具有客票收入之性質，……應依法報繳營業稅。」此一函釋將上述補貼收入，認係銷售勞務之代價，應依法報繳營業稅。惟依交通部八十七年二月四日發布之大眾運輸補貼辦法（已廢止）第十二條第一項規定：「現有路（航）線別基本營運補貼之最高金額計算公式如下：現有路（航）線別基本營運補貼之最高金額＝（每車公里或每船湮合理營運成本－每車公里或每船湮實際營運收入）×（班或航次數）×（路或航線里、湮程）」；同條第四項並規定，該公式中之合理營運成本不得包括利潤。是依該公式核給之補貼，係交通主管機關為促進大眾運輸發展之公共利益，對行駛偏遠或服務性路線之交通事業，彌補其客票收入不敷營運成本之虧損，所為之行政給付。依上開規定受補助之交通事業，並無舊營業稅法第三條第二項前段

所定銷售勞務予交通主管機關之情事。是交通事業所領取之補助款，並非舊營業稅法第十六條第一項前段所稱應計入同法第十四條銷售額之代價，從而亦不屬於同法第一條規定之課稅範圍。系爭函釋逾越舊營業稅法第一條及第三條第二項前段之規定，對受領偏遠或服務性路線營運虧損補貼之汽車及船舶客運業者，就該補貼收入，課以法律上未規定之營業稅納稅義務，與憲法第十九條規定之意旨不符，應不予適用。」有鈞院釋字第661號解釋理由書可考，是對於租稅客體必須以法律或明確授權之法規命令定之，始得防免對租稅法律主義之違反，而不得概括授權行政機關制定子法或甚至解釋令函之方式加以規範。

- 2、次按行為時第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。」依鈞院釋字第607號解釋理由書闡釋「所得稅法關於營利事業所得稅之課徵客體，為營利事業之收益，包括營業增益及非營業增益，除具有法定減免事由外，均應予以課稅。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」。所謂「年度收入總額」及供計算所得額之項目則由同法施行細則第31條規定為營業淨利＋非營業收益－非營業損失＝純益額（即所得額），至於免稅項目則列舉規定於所得稅法第4條，觀諸所得稅法第3條、第4條及第24條第1項規定之立法目的及其整體規定之關聯意義，尚未違背憲法第19條規定之租稅法律主義。」，準此，行為時所得稅法第24條第1項之文義係規定收入應減除成本費用、損失及稅捐之純益額為所得額，以該淨所得額作為營利事業所得稅之稅捐客體，此即量能課稅原則之客觀淨所得原則；而所得稅法施行細則第31條第3款規定其他供給勞務或信用各業之營利事業所得額計算，亦應扣除必要

之成本費用，亦屬客觀淨所得原則之具體規範。

3、又按所得稅法第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。」其立法理由略謂：「明定證券交易所不課徵所得稅，其損失亦不得自所得額中減除。」（附件7），故所得稅法第4條之1之構成要件係證券交易所免稅，故其損失亦不得自應稅所得中扣減，亦即法律規定之「證券交易損失」為證券交易所相對應之同一種類交易（亦即均為有價證券之交易），是其構成要件要素必須整體以觀，亦即證券交易收入（免稅收入）對應之成本、損費均不得於稅上認列，至於應稅收入對應之成本費用並不在其構成要件要素所規範，自立法理由即可確知。

4、復從鈞院釋字第493號解釋以言，「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。」，因為券商同時有免稅收入及應稅收入，故在利息支出如無法明確歸屬，就必須有部分分攤至免稅收入項下，不得用以扣減應稅收入，是應以收入之應免稅性質決定對應之成本費用能否扣除應

稅收入。所得稅法第 4 條之 1 構成要件為免稅收入對應之成本費用、損失而言，僅為所得稅法第 24 條第 1 項之意旨重申，惟在應稅收入所對應之成本費用部分，所得稅法第 4 條之 1 在規範意旨上並未包括到如果證券交易損失屬於應稅收入對應之成本費用時，亦不得自應稅收入扣除之意思，換言之，如僅執所得稅法第 4 條之 1 後段「證券交易損失亦不得自所得額中減除」之規定單獨適用，認為證券交易損失無論是否得對應到證券交易收入均不得自所得額減除，此種解釋方法即是以陷所得稅法第 4 條之 1 後段為違憲之境，蓋 鈞院既依釋字第 493 號解釋闡明所得稅法第 4 條之 1 前段之旨為應免稅收入應各自合理分攤各自向下之成本費用。如後段可解為但免稅損失應例外於前開原則而無論如何均無自所得額減除之餘地，顯然即違反量能課稅及租稅公平，依釋字第 493 號解釋之意旨即足以宣告所得稅法第 4 條之 1 後段違憲。

5、末按在法律體系上，假使有二個以上的法條的構成要件互相重合或交集，則便可能發生同一法律事實同時為它們所規範的情形，於是相對於該法律事實的這些法條便處於競合的狀態。若系爭法條所規定之法律效果並不相同，則就系爭法條之一是否排除另一法條之適用，便會構成問題，假若系爭不同之法律效果在性質上不能並存時，便只有一個能夠受到適用，蓋認為法規範同時要求 A 與非 A 之法律效果，是不能被理解的（附件 8，黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 185 至 188）。所以本於體系貫徹法律價值之觀點，對一個法律事實作成無矛盾之法律評價，其本身即為實現正義原則，從憲法上之原則而論，即是平等原則、體系正義之展現。

6、是以，就法學方法論以言，特別法優於普通法必須是，其中之一的構成要件要素為另一法條所全部具備，且該法條進一步具有前一法條所無之構成要件要素，則該另一法條相對於前一法條便具有特別

性（附件 8，黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 75 至 77）。所得稅第 4 條之 1 規範對象（目的）係證券交易所免稅，故證券交易損失亦不得自應稅所得中扣減，其構成要件要素必須整體以觀，亦即證券交易收入（免稅收入）對應之成本、損費均不得於稅上認列，至於所得稅法第 24 條第 1 項之構成要件係每一項成本、費用應對應其收入，是故從規範無矛盾之角度解釋，所得稅法第 4 條之 1 不可能作成排除所得稅法第 24 條第 1 項收入配合原則之解釋。準此，所得稅法第 24 條第 1 項同意應稅收入項下屬可歸屬為免稅成本均得計入免稅損益，卻於所得稅法第 4 條之 1 規範免稅收入項下之成本均必須計入免稅損益，使得其中可歸屬應稅項下之成本不得計入應稅損益，是如相關損益係可歸屬於應稅項下之成本，自應適用所得稅法第 24 條第 1 項規定，自應稅收入中予以扣除，準此，除非有足夠之證據認立法者制定之所得稅法第 4 條之 1 時有意創設收入成本配合原則應於證券交易所計算時排除適用之規定，否則此種見解顯然過度擴張所得稅法第 4 條之 1 後段之適用範圍，對母法所未規範之稅基、租稅客體事項予以規範，自屬違反租稅法律主義與法律保留原則。況且對法律文義違反一般法律解釋方法，依 鈞院釋字第 635 號解釋意旨，當屬違反租稅法律主義至明。

7、經查，財政部 86 年函釋僅以所得稅法第 4 條之 1 後段「證券交易損失亦不得自所得額中減除」之規定孤立解釋，而認定避險部分所生之證券交易損失屬於所得稅法第 4 條之 1 之規範範疇，未整體解釋所得稅法第 4 條之 1 適用範圍係以免稅收入對應之成本費用、損失為前提，故財政部 86 年函釋表面上係依據所得稅法第 4 條之 1 所為之法律意旨闡釋，惟其增加所得稅法第 4 條之 1 所無規範之應稅收入對應成本費用如為證券交易損失時，不得自應稅收入扣除。又查所得稅法第 4 條之 1 成本費用應得減除收入之意旨，財政部 86 年函

釋對於權證交易採取風險管理措施之避險部位交易損失，認為應依照所得稅法第 4 條之 1 規定不准減除應稅收入，財政部 86 年函釋既誤解所得稅法第 4 條之 1 規範要件之可能文義在先，復在無法律或法規命令依據下增加所得稅法第 24 條第 1 項及其施行細則第 31 條所無規定之要件，對於課稅客體（亦即稅基之計算）增加法律所無之要件，屬以行政釋示就不得減除之成本費用增加法律所無之要件，洵有違反憲法第 19 條及前開 鈞院釋字第 622 號之租稅法律主義、中央法規標準法第 5 條之法律保留原則及憲法第 172 條命令不得違法、違憲之規定。

- 8、再查，立法者於制定所得稅法第 4 條之 1 時，依照主客觀的立法事實，主要乃是對股票之證券市場加以規範，對於另一金融商品期貨，則以所得稅法第 4 條之 2 訂定免稅規定，論其實際，權證僅是以股票作為購買人認購之標的，認購人可以約定之特定價格買入（認購權證）或賣出（認售權證）該標的股票之權利證書，此亦為財政部 86 年函釋解釋發行券商取得之權利金收入應稅，並非屬於所得稅法第 4 條之 1 之證券交易所得，惟財政部 86 年函釋仍執意將權證交易中之風險管理措施單獨抽離，顯然與立法者在 87 年增訂之所得稅法第 4 條之 2 意旨有違，蓋客觀上可推知立法者絕不認為具備有價證券性質之期貨可類推證券交易，而權證交易其實是比較類似於股票選擇權之期貨交易，此依財政部 91 年 12 月 26 日台財稅第 0910455619 號函釋「臺灣期貨交易所股份有限公司擬推出『股票選擇權契約』，交易人買賣該項契約或於到期時結算差價者，均應依『期貨交易稅條例』第二條規定課徵期貨交易稅（附件 9）即可知，故認購權證如非有法律明定，絕不能以證券交易觀之。是以，財政部 86 年函釋明之認購權證僅係以股票未來一定時間之特定價格為計算履約價格之契約商品，但卻將此契約商品設計上所必要之風險管理措施所生之避險行為單獨作為

所得稅法第 4 條之 1 規範之客體，顯已超越立法者制定法律之初所預定規範之對象，形成上述違反租稅法律主義與法律保留原則之情。

9、基因於上開所得稅法第 4 條之 1 之適用範圍爭議，迭生徵納雙方之訟爭，例如與本案類似之他案中，納稅義務人曾有在台北高等行政法院獲判勝訴之主要關鍵即在於，權證避險交易與一般投資者購買之證券交易性質有異，然而最高行政法院確定判決卻以券商發行權證前已知悉風險管理措施可能發生損失，及證券交易只問有證券交易之形式外觀，而不問買賣雙方對該證券交易其動機及內在主觀意思為何，否則亦有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性，據此駁斥台北高等行政法院判決之見解。上開司法機關間對證券交易之範圍有不同之見解，足見所得稅法第 4 條之 1 之適用範圍確實因新金融商品之出現及財政部 86 年函釋之認定，導致上述重大爭議。聲請人以為，其實只要釐清所得稅法第 4 條之 1 規範對象不包括權證避險交易，或不就所得稅法第 4 條之 1 後段「證券交易損失亦不得自所得額中減除」之規定孤立解釋適用時，當然就不會發生上開實務對於證券交易行為認定之爭議，併此敘明。

(二) 依實質課稅原則，權證課稅案件之爭議在於財政部 86 年函釋對於課稅事實關係之定性問題未予釐清，以致誤認避險交易部分為法律上應獨立評價之行為，有違實質課稅之租稅公平原則

1、實質課稅原則得作為法位階次於法律之下位規範之規範違憲審查準則

(1) 按實質課稅原則本係源自德國租稅法制上之「經濟觀察法」，鈞院大法官自釋字第 420 號解釋開始，即明確宣示「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」。其後並一再以實質課稅原則作為解釋性行政規則之規範違憲審查準則（例如釋字第

496 號解釋、釋字第 500 號解釋均屬適例)，故就解釋性行政規則而言，「實質課稅原則」在我國法制上業已跳脫租稅法適用之目的論方法層次，而與具有憲法位階之租稅法律主義（憲法第 19 條）及租稅公平原則（憲法第 7 條）聯結，具有作為規範違憲審查準則之規範意義。申言之，倘有一解釋性行政規則忽略租稅法客觀目的下所要掌握之經濟實質，而將雖於法律形式上相同，但經濟實質上有別於租稅法真正所欲掌握之租稅客體，一併納入租稅課徵之範圍，即已抵觸租稅法律主義下之依法課稅原則，且此種解釋性行政規則對於法律形式上相同但經濟實質上有重要差別之事物給予相同對待，亦有違租稅法上公平課稅原則，故在此限度內，「實質課稅原則」毋寧使具有憲法位階之「依法課稅原則」及「公平課稅原則」在稅法上具有可操作性之具體化準則，亦屬 鈞院可資適用之規範違憲審查準則。申言之，倘某一解釋性行政規則違背「實質課稅原則」，無疑亦已違背具憲法位階之依法課稅及公平課稅（量能課稅）原則，而將「實質課稅原則」定位為租稅法上之目的論方法，與將某一違背「實質課稅原則」之下位規範評價為抵觸憲法，兩者並不生衝突，鈞院大法官上開解釋將「經濟觀察法」以「實質課稅原則」之概念呈現，正是彰顯解釋性行政規則違背「經濟觀察法」之結果於實體法上之憲法意義，並使之具有開啟違憲審查之憲法訴訟上意義，吾人自不能以「經濟觀察法」或是「實質課稅原則」屬於租稅法上目的論方法，即否定實質課稅原則於我國實體法上之憲法意義及憲法訴訟上之功能。

- (2) 至稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 1 項規定：「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。」亦是將租稅法律主義及

租稅公平原則視為實質課稅原則之規範根源。是故這個規定雖僅是普通法律位階，但正如同行政程序法將比例原則明文化一般，並無損其仍得作為規範違憲審查準則之功能，併此敘明。

2、課稅事實關係定性問題與實質課稅原則之關係

- (1) 按「地價稅之稽徵，係以土地所有權人在同一直轄市或縣（市）所有之土地之地價及面積所計算之地價總額為課稅基礎，並按照地政機關編送之地價歸戶冊及地籍異動通知資料核定之。因地籍依法重測之結果，如與重測前之土地登記標示之面積有出入者，除非否定重測之結果或確認實施重測時作業有瑕疵，否則，即應以重測確定後所為土地標示變更登記所記載之土地面積為準。而同一土地如經地政機關於實施重測時發現與鄰地有界址重疊之情形而經重測後面積減少者，即表示依重測前之土地登記標示之面積為計算基礎而核列歸戶冊之地價總額並不正確，其致土地所有權人因而負擔更多稅負者，亦應解為係屬稅捐稽徵法第 28 條所規定之「因計算錯誤溢繳之稅款」，方與實質課稅之公平原則無違。」有 鈞院釋字第 625 號解釋可資參照。是以土地面積錯誤造成地價稅計算錯誤之情形，鈞院亦認為此與實質課稅原則相違背，亦即實質課稅則對於租稅法令及課稅事實（課稅事實關係定性）均有其適用，應無疑義。
- (2) 故學者認為實質課稅原則對於稅捐客體之有無之適用上，係包括定性之問題，這影響到其是否該當應稅的構成要件，及其應適用之稅基的計算規定和稅率對於納稅義務人之實質稅捐利益自有重大影響。例如一棟建築是否被定性為自用住宅，不但影響其房屋稅，而且影響其基地之地價稅、土地增值稅之應適用稅率（附件 10，黃茂榮，稅法總論第一冊，頁 405）。
- (3) 而所係指事實謂之「定性」關係的定性，由於法律之適用並不僅限於法規範解釋之問題，單純對於系爭法規範進行解釋，並無法獲得裁判

規範，且小前提（亦即事實）之處理也絕不是毫無問題，所以事實關係之認定並不是單純的程序法的事務，對事實關係的定性，都應考慮法規範的意旨及目的，如對於事實關係的特徵，按照法規範的意旨與任務，以合乎事理的方式，加以評價時，亦即針對構成要件的標準，對於事實關係的相關聯部分，加以評價時，則小前提（事實）即可正確的加以建立。是以德國稅法碩儒 Tipke 認為在稅法上，事實關係的定性，必須以經濟觀察法為之（附件 11，陳清秀，稅法總論，頁 196）。有關實質課稅原則之適用包含課稅事實關係（亦即稅捐客體之有無），在我國憲法上、稅法上應為相同解釋，此觀 鈞院釋字第 625 號解釋亦針對稅捐客體有無及事實關係之認定予以涵蓋自明。

3、權證課稅案件其關鍵問題之一亦在於課稅事實關係定性問題

- (1) 有關權證案件之法院判決中，台北高等行政法院率先於 92 年度訴字第 157 號判決表示此課稅問題與定性間之關係，該號判決略謂：「法律的實踐，「定性」先於「適用」，事實定性清楚後，才能按照定性結果去尋找對應之法規範，進而形成法律效果。……所得稅法制度下的稅捐規避理論，是以「承認收入定性主要要用民商法因素來衡量」為其理論背景。（債券買賣價金中相當於出賣人持有期間票面利率之金額被認定為「利息所得」也可視為稅捐規避理論之一般化，或從稅捐規避理論法理所延伸出的觀點。）……事實上本院已用了極大的篇幅來說明，認購權證交易活動之全部流程，早在民商法層次上即被認定為一個單一的收入形成活動，而應一體看待，無從獨立分割，因此活動過程中之成本費用當然也可以認列。」，其實其判決意旨可以簡明地被解析為，究竟應將權證發行而收取權利金之事實與風險管理措施所從事證券交易之事實，在法律上應以一行為評價，抑或以多個行為評價？此問題除了課稅事實定性本身之問題外，更衍生出一個法律適用一致性的平等原則問題，此部分將待文

後平等原則之檢討，再行論述。

- (2) 另按「實務上有些案件的討論，其性質剛好介於實質課稅原則與核實課稅原則的適用之間，有時難以正確判斷。例如，有關於認購（售）權證課稅案之相關爭議，稅捐主管機關對於發行認購（售）權證之券商所收取的權利金收入之外，不許其認列專為避險而買賣之有價證券列為必要費用之案例，實務上多以實質課稅原則為由加以調整。此類案件，姑且不論稅捐機關之調整是否有理由，其本質上係屬收入與成本費用關聯性的事實問題，係屬事實認定的問題範疇，非關法律解釋適用的問題，亦即屬有無違反核實課稅原則之爭議，與實質課稅原則較無關聯。以前述之發行認購（售）權證之券商所收取的權利金收入，是否可以減除專為避險而買賣之有價證券為例，是否為必要費用係屬事實之評價，為事實認定的問題，與法律解釋適用無關。一旦評價判斷其屬必要費用以後，倘若稅捐機關仍不允許其加以減除，即屬違反量能課稅原則所衍生之客觀淨值原則的問題，仍與所述之實質課稅原則無關，兩者應予區別。」（附件 12，柯格鐘，憲法解釋與量能課稅及實質課稅原則，司法院大法官九十八年度學術研討會（上）冊，頁 33）。由上開學者見解可知，券商可否將風險管理措施所生避險損失自權利金收入中減除仍屬於事實認定之問題，故無論自實質課稅原則或核實課稅原則之層次探討權證課稅問題，本案之關鍵乃係在於，如何判斷權證交易之避險交易操作構成一個權證交易之整體行為（或事實）。

4、權證交易屬於一個法律事實（法律行為）

- (1) 按法律事實為生活事實中之為法律所規範者，且因其為法律所規範，故可被定性為法律事實之生活事實是否存在，便具有規範上的意義。法律事實之主要特徵應在：（1）具體性，（2）事實性，若將法律事實同一化為（抽象的）構成要件，首先只有使人們喪失描述本來意義

之法律事實這個用語，並使之混淆，要之，法律事實並不是構成要件，它祇是充分了構成要件要素而已，所以法律事實只要簡單地將之瞭解成法律所規範之生活事實（附件 8，黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 219 至 222）。故學者理解之法律事實是不以法條規定之構成要件作為行為個數之判斷標準。

(2) 至於是否屬於一個法律事實或法律行為之判斷，在各個法律體系都有其判斷之標準，例如在民法上即有「法律行為」之概念（法律行為為法律事實之一），即以意思表示為核心，所謂意思表示不僅要看客觀的表示行為，亦要由客觀行為狀態推論效果意思為何。另在刑法及行政罰法上之「行為單數」包括自然意義之一行為、構成要件之行為單數及自然之行為單數，其中第二、三種本非自然意義之一行為，是經法學評價後始承認為行為單數之態樣，在刑法及行政罰法上，對於一行為就不可以為雙重評價，所以自然意義之一行為不會因為該當數個構成要件而被給予法律的雙重評價。又自然意義之一行為係指以身體動作實現的「一個意思活動」，是以在法律的評價上恆為一個行為，並無再割裂、支解觀察之可能（附件 13，林明昕，論行政罰中單一行為之概念，頁 21 至 22）。

(3) 回到稅法角度觀察，權證交易行為在稅法上究竟屬於一行為或二個以上之行為？吾人可先參考 鈞院釋字第 503 號解釋理由書，其略謂：「違反租稅義務之行為，涉及數處罰規定時可否併合處罰，因行為之態樣、處罰之種類及處罰之目的不同而有異，如係實質上之數行為違反數法條而處罰結果不一者，其得併合處罰，固不待言。惟納稅義務人對於同一違反租稅義務之行為，同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件者，例如營利事業依法律規定應給與他人憑證而未給與，致短報或漏報銷售額者，就納稅義務人違反作為義務而被處行為罰與因逃漏稅捐而被處漏稅罰而言，其處罰目的及處罰要件，雖有不同，前者係以

有違反作為義務之行為即應受處罰，後者則須有處罰法定要件之漏稅事實始屬相當，除二者處罰之性質與種類不同，例如一為罰鍰、一為沒入，或一為罰鍰、一為停止營業處分等情形，必須採用不同方法而為併合處罰，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。從而，違反作為義務之行為，如同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，則從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨。」，如果單純從外觀上或以不同法條構成要件作為行為個數之認定標準時，納稅義務人取得或開立憑證之義務與申報營業稅之行為，似屬於二個構成要件所定之行為，然而該二行為間具有方法與結果之關連，在營業人之意思上取得、開立憑證僅為申報營業稅之過程，就客觀狀態觀察營業人之主觀意思活動，應屬基於一個意思所為之整體行為，不能僅以法律上有對憑證開立、取得或保存行為設有特別規定，即將之論為二個行為，給予二罰之法律評價，此觀前揭 鈞院釋字第 503 號解釋自明。

- (4) 經查，權證交易之發行人之所以會從事避險交易，此乃權證交易契約性質所使然，發行人本應從事風險管理措施，詳如前述，就本件聲請人之客觀狀態觀察其主觀意思，當應將簽訂權證契約收取權利金及之後避險交易、權利人執行權利時將標的股票轉讓與伊等整體交易，均屬一行為，對於此種一行為自不能為相矛盾之評價。是故認購權證屬於一種具「時間價值」的「備」「兌」契約，對於權證發行人而言，該交易既然須待整體交易完結後始有結算損益之可能，而其間因避險交易所產生之損失又屬不能事先精確預測，僅能依前述避險公式推算並進行風險管理措施。從契約的權利義務關係以觀，權證發行人必須在履約時將標的股票依約定價格出售予行使買權之投資人，如不進行相關風險管理措施，有一種可能是在發行權證之際，即購入同等數量

之標的股票；或者另一種可能是在投資人要求履約時再從市場上購入標的股票，可以想見不進行風險管理措施而採取上開二種作法，其可能造成之損失更大，前者是一開始購入股票量太大，不一定至履約時可全數出售予投資人，且要承擔長期持有股票之價格波動風險，後者雖不必一開始購入大量標的股票，然標的股票市價高於履約價格時，權證發行人勢必會承受遭投資人大量行使買權而生之鉅額損失。準此，在權證交易所採取之避險交易，乃權證發行人不得不採取之措施，並藉由避險交易賺取權證商品之利潤，風險管理措施當然構成權證交易本質之一部分。

(5) 最後從法律事實判斷之角度觀察，法律事實之主要特徵應在具體性及事實性，亦即行為數的認定不可能以不同法令規定之構成要件，判斷同時該當二法條構成要件之事實即屬於二行為，仍然應該本於具體事實之狀態加以認定，是故，在法律事實之一環之法律行為，應依照當事人之意思表示活動加以認定，具體言之，聲請人在從事權證交易時，依照交易當事人之真意，避險交易本來就是權證交易行為之一環，或者說是其中的過程，絕對不因所得稅法第4條之1後段規範證券交易損失在稅上不認列後（假設語氣，即假設 鈞院認同此種所得稅法第4條之1之解釋方法），權證交易行為中之避險交易就應該被拆解出來，只能說此處會有對同一法律事實之不並存的規範間有如何競合之問題。權證發行人採取風險管理措施亦為主管機關所要求，亦即法令上亦將權證交易發行及避險交易作為一行為。

(6) 職是，本案確定判決肯認財政部86年函釋之合法性，乃是基於因有證券交易損失不能扣減應稅收入之規定，將自然意義的一個法律事實（行為）誤認為有二個法律行為，所以才會建立起避險交易部分損失不與權利金收入併計之不同法律評價。然而聲請人必須指明者為，一個法律行為不得為互相矛盾之法律評價，此即屬正義原則及平等原則

之內涵，否則一個法律行為該當數個法律之構成要件，是否就因此成為數行為？如有矛盾產生時，豈非對於一個行為各部分給予歧異之評價，就會如同財政部 86 年函釋所犯之錯誤，就權利金收入以毛所得課稅，屬其成本之風險管理措施反而被認定為另一證券交易行為而不得認列應稅收入之成本費用，而對此部分是否應以規範競合方式加以處理，不加以討論。

5、從日本立法例而論，避險交易必須與其對象合併計算損益，足見避險交易成本為認購（售）權證交易之一環

日本稅法原本對資產的評價損益並不認為屬於所得稅（法人稅）上之損益，然而近年來企業會計的領域朝向市場價格會計之方向，對於衍生性金融商品部分有所調整，並於 2000 年、2007 年進行法人稅法修正，其中在有關有價證券避險交易部分之規定為法人稅法第 61 條之 7 第 1 項，有關減少有價證券價格變動之避險交易所產生之損益金額，在避險交易對於避險對象之有價證券損失額減少可被認為有效時，對有價證券市價與帳載價格之差額中，於避險交易損益可對應部分之金額，算入該年度所得金額內（附件 14，金子宏，租稅法，第 13 版，頁 262 至 265）。縱日本法制原則上不以資產之市價與其取得成本間之評價損益作為稅上已實現之損益，但在避險交易有效用時仍將該部分損益算入，足見避險交易損益屬於其避險對象之必要成本，可以概見。

6、實質課稅原則應顧慮租稅之經濟實質，財務會計對於權證交易之處理當足供 鈞院參考

(1) 按 鈞院釋字第 420 號、607 號、625 號、635 號均揭示實質課稅原則，尤其釋字第 635 號解釋理由書更謂：「主管機關於職權範圍內適用之法律條文發生疑義者，本於法定職權就相關規定予以闡釋，如係秉持相關憲法原則，無違於一般法律解釋方法，且符合各該法律之立法目

的、租稅之經濟意義，即與租稅法律主義、租稅公平原則無違」，對於稅法解釋函令本於應參照租稅之經濟意義並依照一般法律解釋方法妥為解釋，始不至違反實質課稅之租稅公平原則。

(2) 次按財務會計的目標是期能透過財務報表，公允表達所報導之會計個體真正財務狀況。申言之，即以公允表達營利事業(會計個體)之資產、負債、業主權益及其損益結果為終極目標。財務會計對於營利事業經濟交易事項之會計處理，為達該目標自以經濟事物本質入帳。亦即，對券商權證交易事項之會計處理如下：當券商發行權證雖獲得權利金收入，但該筆收入因仍負有購買權證者可依履約價格要求購入或售出標的股票而相應發生可能損失之負擔，故在收取權利金時，權證發行者雖收到現金，會計帳上借記現金(現金增加)，但同時貸記發行認購權證之負債(負債增加)，認為所收取之現金，其實為公司之債務，並非真正收入。蓋該筆「收入」(現金)，並不符合會計學上收入實現原則中，必須於獲得該收入之相關成本已支付或大部分已支付始符合「已賺得」之條件。而在權證流通期間，當標的股票上漲，權證價值增加時，除一方面增加已持有標的股票之評價利益外，另一方面亦同時增加發行認購權證之負債，是以避險項目(標的股票)之上升利益及被避險項目(權證)負債之增加，兩者價值變動損益合併認列，方得正確計算權證交易正確損益。由此一公認會計處理原則清楚說明，發行權證之負債與其相關之避險交易，具有不可分離的密切關連性，應一併考量不得切割。此可由我國財務會計準則第 34 號「金融商品之會計處理準則」公報證實，亦可由證期局發布之證券商編制財務報表注意要點中察悉。(附件 15，財務會計準則第 34 號「金融商品之會計處理準則」公報及附件 16，證券商財務報告編製準則)。

(3) 是以，本於對權證商品會計處理之經濟實質，可以進一步確認權證課稅之經濟意義，權利金收入必須配合避險項目之負債始能正確計算損

益，權利金在收取時並不符合已賺得之要件，自不得能於收取時認列收入，亦即避險交易損失與權利金收入有密不可分之關係，在課稅上自不能個別孤立觀察並個別評價權利金收入與避險交易損失，否則當屬嚴重背離租稅之經濟意義，有違實質課稅原則。

7、自實質課稅原則以觀，財政部 86 年函釋就因風險管理措施而生避險損失部分單獨適用所得稅法第 4 條之 1，實屬對權證交易整體行為之不當評價

- (1) 實質課稅原則既要求依課稅客體之有無及其量化而核實課徵，應以實質之經濟活動認定稅捐客體之有無及範圍。權證交易之經濟實質是發行權證之行為與後續避險交易乃至於投資人行使買權而依履約價格交付標的股票，均屬一個權證交易之整體行為，依照實質課稅原則應以整體權證交易行為進行課稅客體之法律評價，財政部 86 年函釋將權證交易拆解為二種稅上評價，一係權利金收入屬應稅收入，二係因風險管理措施而生避險交易損益屬證券交易損益，此種對權證交易之拆解方式而得出避險交易不得扣減應稅權利金收入之結論，誠與權證交易之經濟實質相去甚遠，有違實質課稅原則對於課稅事實關係之定性，甚且對於一般法律解釋原則上對於一個法律行為、法律事實，不得給予相互矛盾之評價，亦有未符，參諸前揭 鈞院釋字第 635 號解釋理由書對於行政釋示違反一般法律解釋原則亦屬有違反實質課稅之租稅公平原則，可以確認財政部 86 年函釋洵有悖於實質課稅原則。
- (2) 又按學者認為：「在所得稅法第 4 條之 1 及之 2 的適用，容易只是想當然認為，只要把證券交易及期貨交易一概論為非課稅事實即可，不需要再去考量各筆交易究竟如何計算其所得或損失。其實，單獨一筆證券交易或期貨交易並不能結算其所得或損失。在原始認購及其他先買後賣的情形，必需在賣出後；在融券先賣後買時，必需在買進還券後，才能結算其交易究竟有所得或有損失。在認購（售）權證所表彰

之選擇權的發行，其損益應將其發行權利金收入及其權證標的之避險交易的損益合併計算，始能結算出損益。為釐清該疑義，增訂所得稅法第 24 條之 2 第 1 項規定：『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 4 條之 1 及第 4 條之 2 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。』。(附件 17，黃茂榮，不動產稅及其對不動產產業的經濟引導，收錄於稅法總論第三冊，頁 471 至 472，註 5)從實質課稅原則觀察，認購權證之發行與其因避險交易所產生之損益本即應合併予以觀察，絕無法從風險管理措施就認為得結算損益，財政部 86 年函釋這種切割觀點如屬應免稅收入及損失應如何分別認列之一般原則，顯然不能真正因應變種或更為複雜之交易模式，反而更無從達成依經濟實質課稅之效果，徒留納稅義務人依樣畫葫蘆地以複雜之法律形式規避實質稅負之空間。是避險交易損失應准從認購權證權利金收入中扣除，而非割裂權證發行及其風險管理措施之整體交易行為，另將避險交易視為獨立之一行為，對避險交易損失當作證券交易所得之損失而不准扣除。是以所得稅法第 24 條之 2 第 1 項之增訂，充其量僅係為謀減少爭議，將發行認購權證及其從事之避險交易應依實質課稅原則合併觀察透過立法予以宣示確認而已，絕不可能係認為權證發行人有給予租稅優惠必要之立法，該條規定之增列毋寧係更加確認在認購權證交易之情形下，應將發行認購權證及其避險交易當作整體交易觀察，依前揭學者之見，應不待新法規定即應如此解釋。

(3) 再按，鈞院自釋字第 420 號以來，一向揭示租稅法律之解釋應遵循實質課稅之租稅公平原則，尤觀鈞院釋字第 635 號解釋理由書之意旨更甚明顯，亦即財稅主管機關本有義務依照實質課稅原則進行法律解釋，而非在形式課稅對國庫有利時，改採形式課稅之方式辦理，否則此種僅以國庫財政之租稅政策，斷無足成為違反實質課稅原則之正當理由。復參諸立法院近來三讀通過之稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 2 項規定，稽徵機關應適用實質課稅原則之認定租稅構成要件事實（附件 18），所以財稅主管機關適用實質課稅原則本為其法定義務，實難有拒絕適用實質課稅原則之正當化理由。

(4) 附帶說明最高行政法院確定判決理由對於權證交易行為數之誤認，以致出現下列數種不同之理由論證，以合理化財政部 86 年函釋之實質適法性：

- A、避險交易可能產生利益，故非屬成本費用。
- B、證券交易損益成為他項收入之成本費用，會侵蝕應稅之認購權證權利金所得。
- C、財政部 86 年函釋依所得稅法第 4 條之 1 不准避險交易損失減除權利金收入，並無割裂適用法律。
- D、證券交易所得不課稅，卻准避險交易損失列報，有割裂適用法律之情。

上開質疑均是將權證交易拆解為二，始會產生之誤解。事實上避險交易既然構成一個法律行為而應給予一個法律評價時，就無特別探究風險管理措施可能獲利而在性質上不屬於成本費用之必要，因為一個法律行為我們必須給予一個法律上評價，所以 96 年新修正之所得稅法第 24 條之 2 第 1 項前段規定：「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。」，將避險交易之所得與損失併計權利金而予以課稅，並無真有單獨將避險部分證券交易損失扣減權利金收入而主張證券交易所得免稅之情，苟真如最高行政法院確定判決所言，風險管理措施因其可能獲益而在性質上不得為成本，豈非新法又成為租稅優惠之特別規定，吾人認為從新法之立法背景觀察，應非如此，詳後述。

茲再舉一例說明，如購買已有建物之土地，其目的係為拆除該舊建物，利用該地重新蓋新建物，則拆除該建物之支出固應為購地之成本加項，然將拆舊建物所得之廢鋼筋加以變賣所得「利益」，會計上則應列為該購地成本之減項。難道僅因拆舊建物所得之廢鋼筋因有變賣「利益」，則該拆除成本即不准列入購地成本乎？實則，最高行政法院確定判決因被上訴人之誤導，而認為權證避險交易既可能有「利益」，即不可能是該權證發行之成本費用，以上揭購地之例即可知為錯誤。正確說法應是該權證之變態「收益」，應是該權證交易之必要成本之減項，即是「負成本」。因果關係上仍是權證交易之成本費用，僅是因加計該「負成本」後，會增加權證交易之所得。準此，最高行政法院確定判決顯因未了解即使發生利益（得）之成本費用，仍是成本費用。是最高行政法院確定判決理由顯然未基於實質課稅原則理解權證課稅事實關係之定性，並進而誤解有依所得稅法第4條之1評價之情，誤認因權證風險管理措施所生避險交易損失為證券交易所得對應之費損，而非權利金之成本費用，此與財政部86年函釋誤解權證交易之行為數，而有分別以所得稅法第24條及第4條之1對權利金及避險交易損失作課稅評價，同有與實質課稅原則意旨不符，其理由並不足以支持財政部86年函釋違反實質課稅之公平原則。

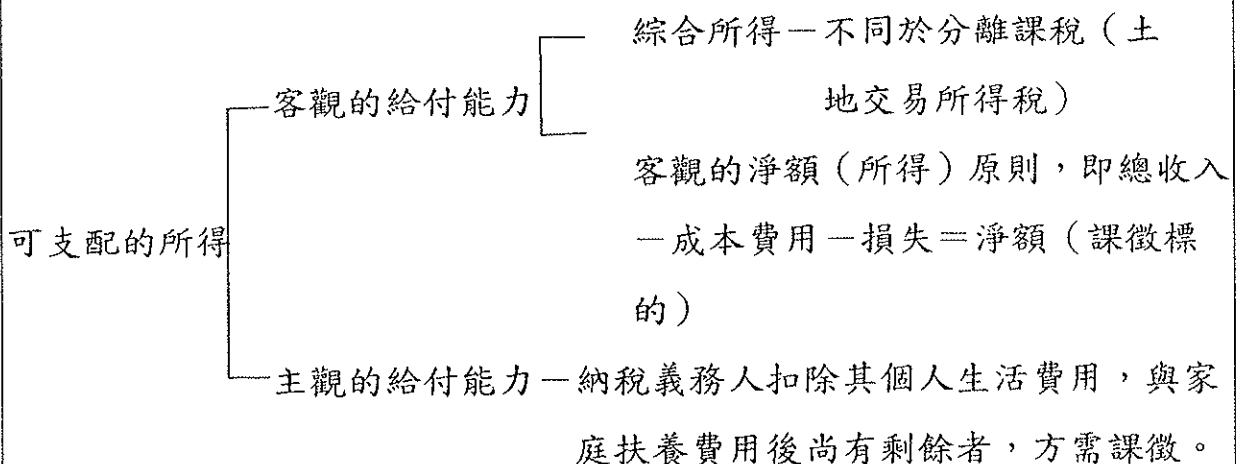
（三）自量能課稅原則及客觀營業保障淨所得原則而論，避險交易損失屬

於應稅權利金收入之必要成本，並無立法者自由裁量空間，財政部 86 年函釋對所得稅法第 4 條之 1 選擇非合憲性之解釋方式，當悖於量能課稅原則

1、營業成本費用之認列必須符合量能課稅原則、客觀營業保障淨所得原則

(1) 按「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則。」鈞院著有釋字第 597 號解釋在案。此號解釋乃鈞院第一次將量能課稅原則明確揭示，確立量能課稅原則屬於依法律納稅之實質內涵，並與租稅公平原則、實質課稅原則共同成為租稅上之憲法原則。

(2) 次按所得稅法乃是針對納稅義務人的「可支配的所得」為對象來加以課徵，可支配的所得，乃是作為判斷納稅義務人是否有客觀的及主觀的給付能力的標準。故必須是個人的可支配的所得，方需要予以課稅。如果是不可支配的所得，則應自課稅所得中扣除。而可支配的所得，可分析如下：



各項收入應先減除為獲得收入所支出之必要費用及損失，以其餘額為

淨額所得額。此即所謂「客觀的淨額所得原則」，表彰客觀的給付能力。在此所謂必要費用（necessary expense），是指為了取得所得所必要的支出。承認必要費用的扣除，是為避免對於投入資本的回收部分加以課稅，以維持原來的資本，擴大再生產的資本主義的經濟要求。一般而言，必要費用應指通常且必要的經費，即有關必要性的認定，並非以關係人的主觀判斷為基準，而毋寧應以客觀的基準作為標準。為正確計算出繼續性事業的所得，必要費用應與其有助於產生所得的收入相對應，並從該項收入中扣除。此即是「費用收入對應原則」或「收入與成本費用配合原則」（鈞院釋字第493號解釋）。商業會計法第60條亦規定：「營業成本及費用，應與所由獲得之營業收入相配合，同期認列。損失應於發生之當期認列。」。從事營業或收益活動必須冒著損失的風險，此為其活動之成本，因此營業損失加以減除才屬於淨所得。又損失減少納稅人的納稅能力，如不准減除，則所得稅對於風險將構成差別待遇。因此，如要維持所得稅對於風險及投資決定的中立性，則應准許減除在收益活動或交易中之損失（附件19，陳清秀，量能課稅原則在所得稅法上之實踐，現代稅法原理與國際稅法，頁47至48）。

- (3) 第按所謂客觀營業保障淨所得原則，就毛所得部分應減去保障營業存續發展之營業支出而後計算其營業所得，亦即收入額必須減除成本及必要費用之餘額，始為所得額。所以承認必要費用減除之理由，乃避免對投入資本之回收部分課稅，以維持原有資本以擴大再生產。凡與營業活動具有直接關聯，且為營業施行所必要之支出，始視為必要費用予以減除。換言之，納稅義務人在利用營業基礎所支出者，為確保營業之費用，在可稅所得中，得予減除。營業資產之損失，以特定期供營業使用者為限，亦得減除。為正確表現出客觀之納稅能力，在收入須減除為保障營業所為必要費用支出，如收入或成本、必要費用不

易確知時，有以百分比或定型化公式進行推計課稅之必要（附件 3，葛克昌，所得稅與憲法，頁 121 至 123）。

(4) 末按以事業活動為原因所為支出，才可認為事業支出，此種原因的事業支出概念，即德國學說上所謂「原因原則」(das Veranlassungsprinzip)或可稱為因果關係說。根據上述原因原則，收入與費用支出之範圍，乃是以目的為取向的、以獲得所得為目的之經濟活動之結果加以決定。依客觀的淨所得原則，應完全的考量獲得所得的經濟活動之各項風險損失，亦即其承認非自願的支出及強制性的支出費用扣除，即表示完全考慮到風險範圍。有關獲得所得活動之風險範圍內之損失支出，雖與納稅義務人之意思無關，但因為與業務活動有關，屬於業務活動範圍內之風險費用，原則上應得認列必要費用，納入扣除（附件 20，陳清秀，論客觀的淨額所得原則，現代稅法原理與國際稅法，頁 265）。

(5) 又按財政部 83 年 2 月 8 日台財稅第 831582472 號函：「三、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」，而經 鈞院釋字第 493 號解釋，上開函釋乃係符合所得稅法第 24 條之「收入成本配合原則」，故由此可證所得稅法第 4 條之 1 規定本身即不可能成為「收入成本配合原則」之例外規定。

(6) 再查，權證交易之損益計算部分，可參考國內財經學者李存修教授之研究認為：「券商發行權證所獲取的權利金收入，並非券商之淨獲利」、為瞭解券商發行權證之實際獲利，應扣除直接成本與間接成本，其中「與權證之發行、交易、履約與避險操作直接相關之成本與費用，稱為直接成本，包括發行權證負債價值變動損益、營業證券——避險

損益、發行權證再買回價值變動損益、發行權證到期前履約損益、現金股利收入、交易稅與經手費等八項。」「其他應攤提之費用稱為間接成本，包括權證發行費用、人事費用、其他費用。」「三、淨獲利即券商發行權證實際獲得之利潤，權利金總收入扣除各項成本後之獲利。公式如下：淨獲利＝權利金總收入－直接成本－間接成本。」（附件 21，李存修教授主持，證券商發行認購（售）權證之定價策略及各項相關成本分析研究報告，93 年 8 月，頁 14 以下）。因此，避險操作之損益如不納入成本費用扣除，則無法正確計算發行權證之經濟活動實際上所獲得之淨利。

- (7) 末查，企業會計為正確把握課稅年度期間損益，要求將收益與產生收益所必要的成本費用，在同一年度中列報。此即所謂「收入與成本費用配合原則」（principle of matching costs with revenues），商業會計法第 60 條規定：「營業成本及費用，應與所由獲得之營業收入相配合，同期認列。損失應於發生之當期認列。」也表明此一意旨。所得稅法第 24 條也規定對於營利事業所得之計算，必須以收入減成本、費用及損失後之「純益額」（即淨額所得額）為課稅標準，此為財務會計之收入成本費用配合原則及所得稅法量能課稅原則之法條具體規範。該法條體系上位於所得稅法第三章第三節營利事業所得額，為計算營利事業所得的首條，實寓有原則性之意義。蓋租稅課徵最基本原則乃量能課稅，有所得方有納稅能力，否則即對人民財產權本體的根本性剝奪，當為現代法治國、租稅國所摒棄。本件避險交易費用支出，係出於確保履約能力，分散經營損失風險所採取之措施，乃是發行權證交易過程中必要之一環，屬於證券商為取得、確保及維持發行權證收益的費用支出，不僅具有主觀上的動機目的，而且也是法令強制要求必要辦理之事項，屬於必要合理費用性質，准認列費用扣除，始符合收入與成本費用配合原則。

2、量能課稅原則拘束立法者之形成自由，政治部門理應提出可支持性的理由，更何況財政部 86 年函釋之制定並非本於清楚無疑之立法者意思，自應有更合理之規範理由

(1) 按量能課稅原則的破壞，必須經由另一個合乎事理的原則，例如需要原則或功績原則(Bedürfnis-oder Verdienstprinzip)加以正當化，否則即存在著不正當的體系違反。此種量能課稅原則的違反，必須直接或間接為維護公共利益或簡化稽徵程序的目的，倘若其違反則構成憲法第 7 條平等原則的違反(附件 11，陳清秀，稅法總論，頁 32)。

(2) 次按，德國聯邦憲法法院對於立法行為之審查密度，大略可分為三個審查標準：明顯性(最寬鬆)審查、可支持性(中度)審查與強烈內容(最嚴格)審查。當釋憲機關採取明顯性審查時，立法者享有最大之決定空間，只有當法律明顯違反憲法，已經達到顯然、清楚、無疑義、任何人都可目睹時，它才會被宣告違憲；至於可支持性審查標準要求，對於可獲得的事實資料，立法者都必須作合乎事理、可支持之判斷，在此範圍內，釋憲機關將尊重立法者所為之決定；強烈內容審查則是德國聯邦憲法法院可對立法行為作廣泛之實質正確性審查。一般在經濟政策方面，如人民權利僅受輕微侵害，德國聯邦憲法法院會採取明顯性審查標準，但涉及稅法領域，德國聯邦憲法法院會比較傾向採取比較嚴格的審查標準，因為租稅義務對於人民權利構成相當嚴重的限制，基於租稅公平原則的考量，租稅的立法者要特別審慎考量平等的要求(附件 22，陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法觀點出發，收錄於大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄，頁 342 至 346)。

(3) 承上，基於最適功能理論，釋憲機關因有限之資源與處理能力，可能並不比立法機關更適合作出實質決定，所以德國聯邦憲法法院會傾向作可支持性審查，立法者如對於基本權核心作侵犯時，此際違憲審查

標準就可能會上升至強烈內容審查（附件 22，陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法觀點出發，收錄於大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄，頁 342 至 346）。德國法上此種基於最適功能理論所建立之標準，在鈞院憲法解釋之協同意見書亦屬常見，例如釋字第 578 號許宗力大法官之協同意見書：「至於本件，本件立法因涉及國家整體資源的配置與運用、社會環境、經濟結構及勞雇關係等複雜政策性問題，基於功能最適之考量，不可能採嚴格審查標準，而應留給政治部門較廣泛之政策形成空間。惟承認政治部門享有廣泛之政策形成空間，是否就表示司法者只能採最寬鬆審查標準？多數意見之解釋理由書提到系爭「手段仍在合理範圍內」，似隱含採美國寬鬆之合理審查標準之意。對於涉及經濟與社會政策立法，縱使本席同意從寬審查，也不必然意謂著一律採最寬鬆的審查標準，至少就本件而言，由於系爭規定也涉及限制廣大中小企業主之財產權與契約自由，而民國八十六年七月二十一日修正憲法增修條文第十條第三項恰凸顯國家對中小企業的照顧發展義務，要求「國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展」，基於對此由修憲者特別揭示之憲法價值之尊重，本席因而認為本件應提升至中度審查基準，就立法事實的認定與預測，審查是否合乎事理、說得過去，而非僅止於審查是否明顯錯誤、明顯恣意。」等語。

- (4) 進一步考量本件釋憲標的為財政部 86 年函釋而非法律或經法律授權之法規命令，因此立即衍生出一個問題：行政機關所訂定之命令，其審查密度應如何決定？是否應同立法行為為相同之判斷？就此乃係涉及命令裁量之根本性質為何之問題，亦即命令裁量自不同於立法裁量，然其空間為何？是否定性為行政裁量？或為另一種獨立之裁量之類型？然學者則認為應將命令裁量當作一種獨立、特殊之裁量類型來理解。蓋從功能面觀察，命令為一種兼具法制定與法適用功能之特殊

立法程序，有別於立法裁量；其次，命令之制定為一般、抽象法規之創設，可說是一種實質意義之立法，亦有別於行政裁量或適用不確定法律概念所為之個案決定；最後，就行為主體之屬性觀察，訂定命令是行政機關所為之實質意義立法。雖我們不否認行政權同樣具有民主正當性，有權作政策決定，但與國會相較，其民意基礎畢竟較為間接。如果國會的直接民主正當性基礎可作為要求法院對立法裁量從寬審查的正當理由，我們自有充分理由要求對訂定命令之裁量適用較為嚴格的審查準則（附件 23，整理自許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，收錄於憲法與法治國行政，頁 218 至 219）。

- (5) 此外，在法律保留原則的適用範圍內，法規命令之訂定理論上原一律須經法律的授權，並無例外。惟過往實務見解則不一樣，以中央法規標準法第 7 條之「職權命令」為護符，大幅縮減法律保留範圍，以致造成實務上未經法律授權的法規命令大量充斥的局面。理論上這些「應領而未領通行證」之「事實上」（de facto）獨立的法規命令，應以抵觸憲法而無效視之，但既然實務界不能貫徹法律保留的要求，猶視其合法、有效，我們只能退而求其次，要求法院直接根據憲法上保障人民基本權利的相關規定，採審查密度最高之標準從嚴審查之，或稍能彌補因法律「缺席」所造成在命令監督上的漏洞。且針對原屬法律保留範圍，應經卻未經法律授權之「事實上」獨立命令以及根據空白授權條款訂定之命令，因根本為經立法者第一層監督，或即使有監督，卻若有似無，開啟行政權僭越立法者地位以命令代替法律的不當機會，法院就應單挑「守門者」大任，適用強烈的內容審查標準，以補立法者監督之不足。（附件 23，整理自許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，收錄於憲法與法治國行政，頁 225 至 226 及 244）職是，依上開學者採取之命令裁量為一種獨立之特殊裁量的見解，行政機關之民主正當性既相較於立法機關具有較為間接之民主正當性，則

其所訂定之命令裁量是否合法、合憲，自應適用比立法行為更為嚴格之審查密度。

(6) 查財政部就租稅事項所制定之諸多函釋，乃係財政部依其職權，為執行法令，就一般性、抽象性之租稅事項所為之行政命令，其性質上係屬於「職權命令」。且由於此類職權命令事實上少有法律之授權，因此在行政程序法頒佈後，職權命令之法位階充其量只得為行政規則之性質（附件 24，蔡茂寅等四人合著，行政程序法實用，頁 305）。而行政規則（職權命令）既係未有法律之授權，未經立法者就規範內容予以第一層之審查及監督，其合法性及合憲性與否自應接受司法機關最嚴格之審查，以防行政權之行使有不當僭越立法權之嫌。就本件之釋憲標的而言，財政部 86 年函釋之內容乃係就「認購權證發行人取得發行價款何時認列損益」所為之解釋，認為「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。」換言之，即財政部 86 年函釋在未經任何法律授權之情形下，即以法規效力有爭議之職權命令，規範認購權證於發行後如有因避險操作而所產生任何損失，均不得認列為權利金之減項，等於以函釋將本非所得稅法第 4 條之 1 之規範事項任意命稅捐稽徵機關予以適用，則此增加法律未規範之部分，其內涵是否符合實質課稅原則、量能課稅原則、平等原則及比例原則而具有實質合憲性？凡此均應採取最嚴格之審查密度加以審查，以彌補職權命令因本質上欠缺具有直接民主正當性之立法機關授權的落差，依功能最適理論由司法機關扮演第一道且最後一道之合憲性與否的審查防線，以確立憲法所揭諸之權力分立原則。

(7) 次查，然系爭釋憲標的財政部 86 年函釋是否得通過最嚴格審查基準乙事，必須考慮立法院、財政部對於權證課稅案件解決之背景，亦即

立法院、財政部在 96 年間制定所得稅法第 24 條之 2 規定來解決 96 年以後之權證課稅案件，至於新法制定前所發生之權證課稅案件，依前任財政部長在立法院審查會之發言：「我們希望司法能夠歸司法，其實我們不知道立法院什麼時候會通過相關法令，如果屆時法律真的規定要溯及既往的話，當然就必須依照法律辦理」，「如果要從行政救濟來處理的話，過去也有很多類似的案例，每個案件可能有輸有贏；但是如果要早一點讓事情得到澄清，假若行政部門敗訴的話，我們就會直接訴請大法官會議解釋，大法官會議解釋我們是正確的，我們就照此方向來作；如果大法官解釋我們不對，我們就會按照那個法理去處理，但是那個法理處理對券商也不見得是好的，這部分我們要特別講清楚。」，「財政部如果全輸了的話，這個訴訟帶給雙方的傷害會是很大的，我們不希望這個案子打到最後，全部都輸。所以，如果這個案子到最高行政法院我們還是輸了的話，我們就會直接提請大法官解釋。」（附件 25，立法院公報 94 卷第 62 期，頁 316、324 至 325）。亦即財政部欲將修法前爭議交由司法機關定紛止爭，況且財政部與立法院在當初係採立法院修法方式或財政部再行解釋之方式，即有不小爭執（附件 26，96 年 4 月 3 日經濟日報，網址：

http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f_ART_ID=32465

），最後才得出修訂所得稅法第 24 條之 2 未特別規定得溯及既往之結果，此種將修法前之爭議交由 鈞院處理之方式， 鈞院應具有最適功能解決本件爭議，應無疑問。特別是 鈞院為全國最高之司法機關，職司憲法之解釋與法秩序統一之維護，在政治部門已完全將爭議委交由 鈞院大法官解釋時，是 96 年以前權證課稅案件之最後主戰場乃在 鈞院，應無特別考慮須由立法者作成決定之顧慮，至於財政部解釋函令之決定餘地，理應不如同立法者享有甚高之形成空間，而應以最嚴格審查基準審查。

(8) 再按， 鈞院釋字第 218、221、224、248、257、281、327、397、506、607 等號解釋，均提出「租稅公平」作為稅法上之憲法原則，學者提出以量能原則作為租稅合理正當性標準，就一般以財政收入為目的策略，則就租稅負擔觀點而言，即具正當合理性。吾人不得不就各別稅法，依憲法要求，探尋合理正當性，否則憲法上精神，特別是實質憲政國家，在具體之負擔正義即無法落實。德國聯邦憲法法院判決即曾多次指出，立法者單以財政需求或課徵技術上要求，仍不具有稅法所需正當性要求，只因財政需求、或不顯著、徵收方便即予課徵，亦即租稅正當性考量，應優先於財政需求或課徵技術，惟有符合租稅正當性之租稅有多種，吾人加以選擇時，始斟酌財政需求及課徵技術（附件 3，葛克昌，所得稅與憲法，頁 156 至 158）。

(9) 是以， 鈞院釋字第 565 號解釋認定所得稅法第 4 條之 1 之所以合憲，乃係基於其規範之公益目的，亦即立法者依照需要原則或功績原則予以正當化，亦即在一般賺取免稅證券交易所對應之證券交易損失不得自應稅收入中減除，立法者為求經濟政策目的而使量能課稅原則退讓，形成客觀淨所得原則之例外。然而該正當化之理由並不得作為立法者有意對認購（售）權證案件加以規範，是以 鈞院縱認為財政部 86 年函釋將所得稅法第 4 條之 1 後段適用於因權證風險管理措施所生之避險部位交易並無違反租稅法律主義（聲請人認為不可適用之理由已如前述），則此種解釋已有違反量能課稅原則，並不能以所得稅法第 4 條之 1 後段之立法者有明示之租稅政策目的予以正當化，在應稅收入對應之成本費損不得扣減應稅收入之觀點而論，其並無任何欲達成之公益目的，並非立法者真有意識加以裁量，自不得以所得稅法第 4 條之 1 之規定為立法裁量，藉以合理化財政部 86 年函釋。

(10) 縱認為財政部 86 年函釋對於所得稅法第 4 條之 1 之解釋尚無違反租稅法律主義，然此一非立法者明確意思之解釋，聲請人認依最嚴格之

審查基準，進一步實質檢驗財政部函釋仍足以違反量能課稅及實質課稅原則。蓋解讀財政部 86 年函釋之客觀文義即可發現，其實財政部 86 年函釋僅是主觀地認為所得稅法第 4 條之 1 後段可單獨適用至因權證風險管理措施所生之避險部位交易損失上，並認為其所為之行政釋示為法律文義之解釋，並未充分考慮到如此適用會造成之後果，對於實質課稅原則、量能課稅原則違反之衝擊，完全未予以考慮，對於立法者在所得稅法第 4 條之 1 是否真有規範風險管理措施，亦未就可能獲得之資料予以詳考。退步言之，縱然不採取強烈內容審查基準，而改採一般租稅法律所應適用之可支持性審查基準，在制定所得稅法第 4 條之 1 之立法事實及財政部 86 年函釋之解釋背景而論，財政部根本就沒有一個實質上違反實質課稅原則與量能課稅原則而可說得過之理由，也無法舉證證明立法意旨可支持對此種財政部解釋最高行政法院確定判決所持所得稅法第 4 條之 1 作為財政部 86 年函釋正當化之基礎，簡而言之即是立法裁量得作為量能課稅原則、實質課稅原則違反之正當理由，然此一見解僅是出於誤解立法意旨之觀點，而非真有其他正當理由，是財政部 86 年函釋違憲之狀態應屬可以確認。

3、客觀淨所得原則僅有在立法者有其他重大公益目的之考量下，始有退讓之可能性，亦即德國法制上所建立之量能課稅原則例外情形，立法者既無明確規範目的，財政部就必須證明其除了解釋法律文義外尚有其他重大之規範目的

(1) 量能課稅原則為稅法上之基本決定，原則上對立法者有所拘束，但客觀淨所得原則亦非不准許有例外情事，客觀淨所得原則之例外情事主要是維持整體法律秩序的統一性，不准扣除違反法律禁止規定或違反善良風俗的行為所生之費用，如其他構成刑罰或秩序罰處罰對象行為之支出、逃漏稅行為之支出或稅捐規避、賄賂等支出；另外，基於簡化稽徵程序規定，例如以往德國所得稅法對於公私混合使用之個人工

作室（例如個人律師在自己住宅執行律師業務）的費用，不准全部列舉扣除，而僅准予在每年 2,400 馬克的範圍內扣除。其理由是由於個人工作室涉及私人的生活領域，而且容易產生高度複雜的及有爭議的法律狀態，因此為避免法律上爭議，基於簡化稽徵程序的考量，而不准全部列舉扣除，具有正當性；再者如 鈞院釋字第 493 號所示，不准列舉減除非課稅所得或免稅所得之必要費用（附件 20，陳清秀，論客觀的淨額所得原則，現代稅法原理與國際稅法，頁 297 至 303）。

(2) 除上揭客觀淨所得原則之例外，若是立法者針對成本、費用之扣除或損失減除採取類型化或總額化規定方式（例如規定其得扣除、減除之上限）而捨棄個案查核，即與客觀淨值原則有所悖離。客觀淨值原則是否具有憲法位階雖仍有爭議，但是無論如何其作為建構所得稅法體系之基本建制原則，則無疑義。依據聯邦憲法法院的審查公式，立法者若是違背了自己在所得稅法體系所設立的客觀淨值原則時，即必須有「重大之理由」方得正當化這個體系規則之悖離而不至於違反平等原則。不過整體而言，聯邦憲法法院在涉及客觀淨值原則的範疇，並未提出嚴格的審查準則，立法者在此採取類型化的形成餘地相對寬廣（附件 27，盛子龍，憲法解釋與稅捐稽徵經濟原則—租稅法上類型化立法之正當性與平等原則初探，司法院大法官九十八年度學術研討會（下冊），頁 17）。依上開德國聯邦憲法法院見解，一般而言在立法者在類型化稅務案件中，亦必須具有重大之公益理由始得不遵循客觀淨所得原則，僅是因類型化規範本身即為稽徵經濟原則及維持法律適用之平等，是以立法者享有較高程度之形成自由，所以採寬鬆審查乃是比例原則之具體結果，如無說得上之正當理由並不得任意違反客觀淨所得原則。

(3) 查認購（售）權證金融商品之發展，乃係於立法者制訂所得稅法後，始出現之新興衍生性金融產品，立法者於立法當時並無法預見該項金

融商品之存在，財政部訂立權證課稅有關之立法，亦非考量稅務大量行政特性所制訂，自非屬於類型化規範，因財政部並未享有較寬廣之形成自由，是如相關立法有違反客觀淨所得原則之可能時，司法違憲審查之標準即不應採取較寬鬆之審查標準，而仍回歸應建構在公益目的之考量上，在法益衝突時經由比例原則來加以調和，故就本案權證課稅是否得成為量能課稅原則、客觀淨所得原則之例外，必須具有重大公益理由，亦即必須在法益權衡下，始得確立客觀淨所得原則退讓之例外。換言之，上開例外係量能課稅原則因公益目的或稽徵經濟而退讓之具體化，所以本件權證課稅是否亦構成量能課稅原則、客觀淨所得原則之例外，而屬於立法者之自由形成空間乙事？仍必須再予精密檢討，絕非如本案最高行政法院確定判決輕鬆一語帶過，此點應該完全無疑的。

- (4) 再按，營業成本屬於最重要也最基礎之營業收入減項，其本身即與業務有必要關聯，依量能課稅原則及客觀營業保障淨所得原則，一項收入之成本除事實上真無成本，否則即便納稅義務人無法證明該項收入之成本若干，亦應以推計課稅方式推定成本，不可能以收入（毛所得）全額課稅，乃屬當然。例如財政部 94 年 10 月 6 日台財稅字第 09404571980 號函：「核釋公司之個人股東以專門技術作價投資之財產交易所得計算規定：一、92 年 12 月 31 日以前以專門技術作價投資之案件，該專門技術財產交易所得之計算，應依本部 75 年 9 月 12 日台財稅第 7564235 號函規定辦理；至該專門技術之成本及必要費用，納稅義務人未申報或未能提出成本、費用之證明文件者，得按股票面額之 30 % 計算。二、93 年 1 月 1 日起以專門技術作價投資之案件，依本部 92 年 10 月 1 日台財稅字第 0920455312 號令規定計算該專門技術之財產交易所得時，其屬未申報案件或未能提出成本、費用之證明文件者，該專門技術之成本及必要費用，得按作價抵充出資股款

之 30 % 計算。」所以在無法證明取得成本時，屬 92 年 12 月 31 日以前的技術作價案件，取得成本為股票面額之 30%，屬 93 年 1 月 1 日後的技術作價案件，其取得成本為抵充股款的 30%，最高行政法院 96 年度判字第 406 號判決（附件 28）認為：「最後當上訴人不能證明上開成本費用之支出時，被上訴人是否有強制其設算之義務產生，及其設算方式為何之爭議，則本院認為：(1)此點雖然所得稅法沒有通案性之規定，但依相關之法規命令或行政規則與以往之行政先例，原則上認為稅捐稽徵機關有此義務。但因社會變遷而發生的新交易業型中，如果行政機關未能適時擬定此等設算準則，在實務上應命行政機關擬定，再為本案之審理。(2)另外目前稅捐稽徵機關所擬定之準則均過於齊一、僵化，未能斟酌個案之差異性，在立法論上，宜以通案式之抽象準則劃定固定範圍，但留給承辦公務員個案調整之機會，此等設算規則方屬適當。(3)而針對類似本案事實，以技術換得股份之案例，財政部曾於 94 年 10 月 6 日作成台財稅第 09404571980 號函，其函釋意旨已指明：專門技術之成本及必要費用，納稅義務人未申報或未能提出成本、費用之證明文件者，得按股票面額之 30% 計算。」，足見在技術作價案例中，亦不能認為技術人無償取得股票而全額加以課稅，即便納稅義務人無法證明取得成本，稽徵機關亦必須以推計課稅方式扣除其取得成本，此乃本於客觀營業保障淨所得原則所當然。

- (5) 在權證課稅案件之爭議中，是否立法者真有意以所得稅法第 4 條之 1 後段之單獨適用而作為量能課稅原則之例外？學者陳清秀認為有關一項成本費用是否得認為係為獲得收入的經濟活動而為支出之成本費用，應依據實質課稅原則，以經濟觀察法加以判斷，亦即該項支出與獲得收入之經濟活動間有無實質上的、經濟上關連性而定。準此見解，因權證風險管理措施所生之避險交易損失，依據其經濟實質，應為發行權證活動業務所為避免風險之成本費用，其證券交易損失屬於

發行權證之業務風險範圍內所發生者，依據前述風險負擔應認列必要費用之法理，應准予列報必要費用扣除。故以整體觀察法較能掌握發行權證之經濟活動之內涵，並按照其實質淨額所得課稅，也較為符合量能課稅原則，其貫徹收入與成本費用配合原則，以實現客觀淨額所得課稅原則，應屬於較符合事件本質的合理性的觀點。是在發行權證納稅人所為買賣標的股票及權證的情形，應就所得稅法第4條之1規定的適用範圍進行目的性限縮，排除不適用之（附件20，陳清秀，論客觀的淨額所得原則，現代稅法原理與國際稅法，頁303至306）。

- (6) 末按「演變式的體系違反」是指那種由社會的、經濟的、科技的變遷，所產生的新事務所引起之矛盾。這些事務由於並未為當時立法者所預見，而未被規範，這種立法者在制定法律時未出現的生活事實，在規範上需要不被滿足時，即會構成法律漏洞。此種事後法律體系違反，仍構成平等原則之違背，必須進行適當之法律補充（附件8，黃茂榮，法學方法與現代民法，頁385至387）。所得稅法第4條之1停徵證券交易所得稅以及免稅損失不得減除之規定，當時之財政部長郭婉容主要係因立法院考量延續獎勵投資條例時代，為健全資本市場之發展，停徵證券交易所得稅之政策，加上證券交易所得稅稽徵困難等原因（附件29，立法院公報第79卷第59期，頁30至31），始在所得稅法增訂停徵之法源依據，此一例外規定應作嚴格解釋，不論其適用對人民或國庫有利或不利。所得稅法第4條之1停徵證券所得稅之例外規定是為健全資本市場發展之目的（鈞院釋字第565號解釋參照），就權證課稅的時點而言，認購權證此種金融商品的創新乃至於獲得准許發行已是民國86年，也就是所得稅法第4條之1增訂8年之後的事。故而自所得稅法第4條之1規定稅上免計證券交易損益乃係基於股票市場之規範，在立法者之主觀認識（歷史解釋）及自客觀意義認識其立法目的而言，立法者並未料想到未來發展出之衍生性金融商

品，此亦為所得稅法提案者財政部所自承（請參考前財政部長林全之發言），然而此一新金融商品之發展對社會經濟影響卻是與日俱增，當有規範上之需要，此即屬於演變式之體系違反，如以既有所得稅法第4條之1加以規範，不僅所得稅法第4條之1之規定應以例外規定從嚴解釋之原則認定，其意旨僅限於對免稅收入之成本費用部分，在適用上已不包含權證交易，詳如前述。

- (7) 是以權證交易十分明確地並非立法者於制定所得稅法第4條之1時，即已預料到有此種與一般證券交易型態迥異之金融商品，所得稅法第4條之1之立法目的僅在對於免稅所得所對應之費損不得自應稅收入扣減，其構成前述不准列舉減除非課稅所得或免稅所得之必要費用之客觀淨所得原則例外情形，除此而外，並無就應稅收入對應之避險損失亦否准扣減應稅收入之規範意旨。從而，財政部86年函釋認為權證避險交易損失部分應適用所得稅法第4條之1之規定，此絕非有一正當公益目的或稽徵經濟原則可排除客觀淨所得原則之適用。惟查最高行政法院確定判決未詳細審究所得稅法第4條之1究竟有何規範目的，逕行認為立法者對於何項費用應予認列有其形成空間，忽略量能課稅之違反必須要有比其更堅強之公益目的，始能構成量能課稅原則、客觀淨所得原則之例外。敢問所得稅法第4條之1能夠找出應稅收入對應之成本費用不准認列之規範目的乎？財政部86年函釋又如何能依所得稅法第4條之1形成違反量能課稅原則之規範？毋寧是立法者基於促進投資目的而獎勵證券交易所得免稅，惟基於所得稅法第24條之配合原則規定，於後段增加免稅收入對應之費損不得自應稅收入中扣除，豈有反而要求屬應稅收入成本費用之避險損失不得自權利金中扣除，造成阻礙金融投資市場發展之副作用？是財政部86年函釋並尋無任何公益目的可作為違反量能課稅原則、客觀淨所得原則之正當化依據。

(8) 詎料，本案最高行政法院確定判決以如受捐贈收入、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云云，支持適用財政部 86 年函釋結果雖造成權利金毛所得課稅現象，仍無違法、違憲，然而此一見解顯將本質上無成本費用之捐贈收入一併納入討論，已不足取；又補償費收入得扣減取得成本，此觀 鈞院第 607 號解釋合憲之財政部 84 年 8 月 16 日台財稅第 841641639 號函「營利事業因政府舉辦公共工程或市地重劃，依拆遷補償辦法規定領取之各項補償費應列為其他收入，其必要成本及相關費用准予一併核實認定」自明，並無本質上真有成本而不准認列之立法規定，是以本案確定判決用以支持財政部 86 年函釋之論據，當屬無稽，亦見其違反量能課稅原則、客觀營業保障淨所得原則。

(9) 附帶一言者，如承認因權證風險管理措施所生之避險部位損失得自權利金中扣除時，是否有租稅規避情事，而構成客觀淨所得原則之例外？避險交易既然屬於證券主管機關所發布之法令強行規定要求，並非得任由券商為一般以獲利為目的之證券交易操作，況且避險交易亦須顧慮投資人於到期時請求交付標的股票，亦不可能不維持一定數量之標的股票，故在事實上亦不太可能發生藉避險操作之名，行證券交易獲利之實。且其風險管理措施方案係在國際通用之避險交易公式 (Black and Scholes Model) 及避險交易實務 (delta hedge) 之範圍內為之，並經證券主管機關核准後始得辦理，並非可由證券商任意浮濫為之，因此，從經濟上觀點而論，也具有經濟上之合理性與必要性，並不必擔心發生稅捐規避之流弊。

(10) 倘若仍擔心證券商透過避險交易損失費用之扣除，有可能發生浮濫規避稅捐情事，亦即如考量「發行人雖設立避險專戶，惟其自營部門仍可買賣與避險標的相同之有價證券或期貨；為避免發行人透過交易

安排，將自營部門依法不可扣除之證券交易損失或期貨交易損失，轉換為認購（售）權證避險交易之損失而得以減除」之稅捐規避情事，亦可透過稽徵機關進行查核勾稽以核實確認屬於因權證風險管理措施所生之避險交易之損失，始准扣除。又在本案中，因為當時法令規定，從事認購權證之證券商，其自營部門在發行認購權證之期間，不得買賣標的股票，故在發行認購權證之始，所有自營部門之股票都要結轉至認購權證發行部門。所以本來不會發生二部門間費用帳目不清之問題。此外，縱然認為有稅捐規避之顧慮，亦可參考修正後之所得稅法第 24 條之 2 第 1 項但書規定：「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。」對於避險交易損失的扣除加以總額管制，即足以達到目的。而不得因噎廢食，完全禁止避險交易損失作為費用扣除。故以整體觀察較能掌握發行權證之經濟活動之內涵，並按照其實質淨額所得課稅，以實現客觀淨額所得課稅原則，應屬於較符合事件本質的合理性的觀點（附件 30、黃士洲，權證官司二審敗訴簡評——最高行政法院 95 年判字第 2206 號判決評析，稅務旬刊，1994 期，2007 年 2 月，頁 7 以下。）。

4、財政部 86 年函釋未遵守合憲性解釋選取適當之解釋，有違量能課稅原則、租稅公平原則

當法律解釋有二個以上可能性者，應選擇不違反憲法之解釋，此即為法學方法中之合憲性解釋原則，依前揭 鈞院釋字第 635 號解釋理由書意旨，如違反一般法律解釋原則難謂與租稅法律主義、租稅公平原則相符。退步而言，如認為所得稅法第 4 條之 1 之可能解釋有二時（聲請人認為所得稅法第 4 條之 1 之可能文義僅有一種，如前所述），一

係合併前後段為整體構成要件，亦即證券交易收入免稅，故相對應之證券交易損失亦不得自應稅收入扣除，至於應稅收入對應之成本費用即非其規範之範圍；二係以所得稅法第 4 條之 1 後段孤立作為一有效構成要件，證券交易損失均不得自應稅收入減除，無論其是否為應稅收入之成本費用。由於後者之解釋有上開違反量能課稅原則、客觀營業保障淨所得原則，在合憲性解釋原則下，僅得選擇前者作為所得稅法第 4 條之 1 之唯一解釋。本案確定判決誤認所得稅法第 4 條之 1 之適用範圍，對財政部 86 年函釋對毛所得課稅及剔除必要營業成本之違憲狀態，不思以合憲性解釋方法妥適解釋所得稅法第 4 條之 1，其理由當不足以維持財政部 86 年函釋之合憲、合法性，亦可見財政部於作成 86 年函釋時，未本於憲法精神進行解釋，要難謂與憲政秩序相符。

(四) 財政部 86 年函釋未依平等原則解釋所得稅法，有違一般法律解釋原則及割裂適用法律，況亦財政部 86 年函釋亦非得以財稅差別而在本質上給予權證避險損失給予差別待遇，否則有違平等原則

1、平等原則之內涵及違憲檢驗方法

(1) 按「至八十四年八月十六日台財稅第八四一六四一六三九號函說明二所引用之七十九年四月七日台財稅第七八〇四三二七七二號函」因政府舉辦公共工程或市地重劃而徵收土地，依拆遷補償辦法規定發給之建築改良物或農作改良物補償費、自行拆遷獎勵金及人口搬遷補助費，核屬損害補償，應准免納所得稅」，對個人與營利事業所領取之地上物拆遷補償費，如何繳納所得稅，為不同之處理……，乃因個人與營利事業二者之稅率、所得結構、課稅基礎、應否設帳及得否攤提折舊等均有不同，稽徵機關對於個人領取之地上物拆遷補償費，依職權就其拆遷成本採取不同之認定方式，而非將個人拆遷補償費認定為非所得，亦非對個人拆遷補償費給予法律所未規定之免稅優惠，並未

針對相同規範對象給予不合理之差別待遇，核與憲法第七條規定之平等原則尚無不符。」、「七十八年十月三十日修正公布之土地稅法第三十九條之二第一項爰明定：「農業用地在依法作農業使用時，移轉與自行耕作之農民繼續耕作者，免徵土地增值稅。」可知此係就自行耕作之農民取得農業用地者，予以免徵土地增值稅之獎勵。此乃立法者為確保農業之永續發展，促進農地合理利用與調整農業產業結構所為之租稅優惠措施，其租稅優惠之目的甚為明確，亦有助於實現憲法第一百四十三條第四項規定之意旨。立法者就自行耕作之農民取得農業用地，與非自行耕作者取得農業用地間，為租稅之差別對待，具有正當理由，與目的之達成並有合理關聯，符合憲法平等原則之要求。」鈞院分別著有釋字第 607 號解釋理由書、釋字第 635 號解釋理由書在案可考，可知平等原則之檢驗標準有二，一係合目的性之審查基準，二係符合事物本質或者說是體系正義之審查基準，前者乃針對規範目的之審查，後者則依照法律體系所訂定之事務本質（基本價值決定），予以判斷是否屬同一事物之不合理差別待遇。

- (2) 學者指出，在判斷平等原則之流程上，先判斷系爭法規範有無存在差別待遇之問題，亦即比較二者間是否具有可相提並論性；第二要確定差別待遇之目的，判斷其係追求實質平等的目的或無涉實質平等的政策目的；第三係追求實質平等之合目的性審查，合理關連性之審查；第四係追求無實質平等之政策目的，必須從嚴審查（附件 31，許宗力，從憲法解釋看待平等原則與違憲審查，收錄於中央研究院舉辦第二屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會，會議論文（一），民國 88 年，頁 120 以下）。

2、從一法律事實、法律行為避免矛盾評價，對於權證交易之權利金成本（避險交易損失）不准扣除，有違體系正義、平等原則，財政部 86 年函釋並有未依適當法律解釋方法解釋所得稅法第 4 條之 1，亦有違租稅法律

主義及租稅公平原則

- (1) 如前述一個法律行為不得歧異評價之法學方法觀點，本於體系貫徹法律價值之觀點，對一個法律事實作成無矛盾之法律評價，其本身即為實現正義原則，從憲法上之原則而論，即是平等原則之展現。
- (2) 一個法律事實如果同時滿足二個法律規定之構成要件時，此際應如何進行法律適用？由於權證交易應屬一個整體法律事實、法律行為，是以適用所得稅法第 24 條第 1 項之規範收入成本配合原則，即權利金收入當可扣除因權證風險管理措施所生之避險交易損失，而所得稅法第 4 條之 1 規定證券交易損失不得扣除應稅收入，如在權證交易案中同時適用所得稅法第 4 條之 1 及第 24 條第 1 項，將會產生不能並存之法律效果，此際就必須討論哪一條規定必須退讓。從前面討論之所得稅法第 4 條之 1 規範意旨及其正確解釋而論，應不包括權證避險交易之規範，本無規範競合問題，設若真有競合問題，就應進一步探討何者為特別規定？所得稅法第 4 條之 1 在應稅收入對應之成本費用問題上，顯然無明示其係所得稅法第 24 條第 1 項之特別規定，故自評價整體權證交易僅能有一個法律評價之觀點，自不能僅以因權證風險管理措施所生之避險證券交易損失單獨評價，而應係以所得稅法第 24 條第 1 項規定加以整體評價，方為正辦。
- (3) 承上，財政部 86 年函釋即是僅以所得稅法第 4 條之 1 後段「證券交易損失亦不得自所得額中減除」之規定孤立解釋，先未整體解釋所得稅法第 4 條之 1 適用範圍係以免稅收入對應之成本費用為前提，又未顧慮此一解釋造成同一法律事實不同評價之狀態，復未檢討所得稅法第 4 條之 1 何以在本案中形成對第 24 條第 1 項之特別規定，實有未依法律妥適解釋並有違反法律意旨，當有違反體系正義、稅捐正義、平等原則。

3、財政部 86 年函釋未依體系正義進行適當之法律補充

- (1) 立法者在制定所得稅法第 4 條之 1 時，未能預見權證商品之出現，縱所得稅法第 4 條之 1 後段之文義可單獨適用於權證避險交易損失，亦有形成演變式體系違反之法律漏洞，本於上開認識，行為時法令對於權證交易實未有妥適規範，且所得稅法第 4 條之 1 並不構成法律依據，此際即有賴財稅主管機關或法院本於憲法及法律意旨進行適當之法律補充，始符合體系正義。
- (2) 惟查財政部 86 年函釋對權證交易拆解為數行為，並對其中因權證風險管理措施所生之避險交易認屬證券交易行為，誤認立法者對權證交易已有意識加以規範，引用所得稅法第 4 條之 1 作為法律依據，誠已誤認無法律漏洞在先，所為解釋之妥當性自有所疑。縱然以所得稅法第 4 條之 1 後段文義孤立觀察時，似乎對所有證券交易損失均不得扣除應稅收入，但基於對不同案件為不同處理之要求，對於所得稅法第 4 條之 1 亦有作成限縮解釋或目的性限縮之必要，但正本清源之道在於，所得稅法第 4 條之 1 之構成要件係針對免稅證券交易收入對應之成本費用不得扣減應稅收入，至於對於應稅權利金收入之避險交易損失，絕不是屬於所得稅法第 4 條之 1 規範範圍。如真顧慮所得稅法第 4 條之 1 後段之可能文義包含避險交易時，亦應依照平等原則、體系正義作成適當之補充，從而，財政部 86 年函釋未作適當處理，當有違反平等原則之疑慮。

4、財政部 86 年函釋非得基於財稅差異而給予差別待遇

- (1) 按「A、按現行所得稅法在營利事業所得稅之課徵上，其稅基之計算，是建立在財務會計上，只有在所得稅法令有特別規定時（例如交際費支出在財務會計上雖予承認，但在稅法上有限額限制，因此必須剔除超限部分，如此一來會造成稅基增加之結果）才進行「帳外調整」，故稅捐稽徵實務上常言及「稅上或財上」間之調整，其道理即在於此，而其相關之法規範有：1、商業會計法第一條第一項：商業會計事務

之處理依本法之規定。2、商業會計法第二條第一項：本法所稱之商業謂以營利為目的之事業，其範圍依商業登記法、公司法及其他法律之規定。3、營利事業所得稅查核準則第二條第二項：營利事業之會計事項，應參照商業會計法及財務會計準則公報等據實記載，產生其財務報表。至辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，其帳載事項與所得稅法、所得稅法施行細則、促進產業升級條例、促進產業升級條例施行細則、中小企業發展條例，本準則暨有關法令之規定未符者，均應於申報書內自行調整之。4、商業會計處理準則第二條：商業會計事務之處理，應依本法、本準則及有關法令辦理；其未規定者，依照一般公認會計原則辦理。B、在此法理基礎下，現行營利事業所得稅結算申報書上，其左側之「帳載結算金額」乃是財務會計下之稅前盈餘，右側之「自行依法調整後金額」則是依稅法「帳外調整」後之課稅所得稅基。」此有臺北高等行政法院 92 年度訴字第 4555 號判決可稽（附件 32）。

(2) 次按租稅法規之平等原則審查，理論上仍應遵循上開平等原則的審查標準，先判斷有無形成差別待遇之相提並論性，就一般應稅收入之成本與避險損失予以差別待遇時，均屬於應稅收入之成本，應有相提並論性；再者就必須審查財政部 86 年函釋是基於實質平等或政策目的所為之差別待遇，然財政部 86 年函釋本身既違反實質課稅原則、量能課稅原則，又無任何追求實質平等之目的，僅是單純地以為權證避險損失為證券交易損失，復因所得稅法第 4 條之 1 本身為政策目的之規定，故可認定應該從嚴審查。

(3) 是所謂財稅差異係指在所得稅法等法律或法規命令有相關規定下，才與財務會計異其處理，類型上包括永久性差異與暫時性差異。其中「永久性差異」100 元，乃是指「財務會計」認列之交際費，其中之 100 元超過了稅法所定之限額，而遭剔除，因此納稅義務人多出了 100

元之盈餘。此項費用遭剔除，對其往後之財務也不生任何影響，因此為「永久性差異」；其中之「暫時性差異」100元，乃是指「財務會計」規定之「固定資產攤提年限」較「稅務會計」規定之「固定資產攤提年限」為短（每一年度攤提之金額較高），因此當年度攤提折舊之金額有100元在稅務會計不予承認，因此納稅義務人在當年度多出了100元之盈餘，但是此項攤提之費用雖在本年度不被認列，但在往後年度仍可認列，因此對應於此筆費用而繳納之所得稅負在將來仍可享受少繳之利益，所以列為「暫時性差異」。

(4) 從而永久性差異與暫時性差異係以對稅賦效果之影響而論，對於暫時性差異最終對納稅義務人並無特別不利益，立法者似乎有著更多租稅政策考量之空間，然而對於永久性差異之影響，必須尋求一個正當化之基礎，不論是基於立法之公益目的（亦即合目的性）之觀點，抑或基於事物本質之差異而予以差別待遇。自永久性財稅差異之規定而論，通常基於該等費用之認列已超過必要費用認列之要件，始給予剔除（如交際費超限時，違反必要費用認列之相當性原則，本非必要費用，可參考附件20，陳清秀，論客觀的淨額所得原則，現代稅法原理與國際稅法，頁271至272），或者立法者本於公益目的所為之財稅差異特別處理（例如一般賺取免稅證券交易所發生之證券交易損失不得扣減應稅收入），其立法形成空間應如同前述量能課稅原則在例外情形下退讓相同。

(5) 自所得稅法第4條之1規範目的而論，其為促進投資市場活絡，復為符合租稅公平及配合原則，乃規定證券交易損失不得自應稅收入中扣減，然而財政部86年函釋對其誤解而認定因權證風險管理措施所生之避險交易損失不得自應稅權利金收入中扣除，其僅係誤解權證交易課稅關係之定性所為錯誤之課稅處置，並非已確認權證避險交易損失與其他應稅收入對應之成本有何本質上不同，即該函釋並非從體系正

義觀點追求實質上平等，且亦非符合所得稅法第 4 條之 1 之立法目的（詳如前述），亦無符合目的性可言，從而依上開檢驗標準，如鈞院未能獲致財政部 86 年函釋確係符合所得稅法第 4 條之 1 之應有法律解釋原則之確信，實應從嚴審查，並對之宣告違反平等原則。

5、財政部 86 年函釋有違 鈞院釋字第 385 號割裂適用禁止原則，亦與平等原則有所齟齬

- (1) 按 鈞院釋字第 385 號解釋理由書略謂：「憲法第十九條規定人民有依法律納稅之義務，固係指人民有依據法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項而負納稅義務之意，然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。中華民國七十六年一月二十六日修正公布之獎勵投資條例第三條核准獎勵之外國公司，依同條例第十六條第三項規定，其所設分公司之所得，於繳納營利事業所得後，將其稅後盈餘給付總公司時，應按其給付額扣繳百分之二十所得稅，立法意旨係因外國公司在我國境內之分公司既享受租稅減免之優惠，則其稅後盈餘欲給付總公司時，自應負擔上述所得稅扣繳義務，否則，外國公司即得以成立分公司之方式規避我國稅負。故兩者係相互關連之規定，要不得割裂適用。茲前述獎勵投資條例雖於七十九年二月三十一日施行期間屆滿而失效，惟在該條例施行期間內核准之案件（五年或四年免稅），就該個案言，尚不因該條例施行期間屆滿而失效，仍繼續適用該條例予以獎勵，俾保障投資人之權益。是經核准獎勵投資之外國公司於獎勵投資條例適行期間屆滿後，既仍得享受免稅優惠，其與此相關連之總公司稅負，自應併依同條例第十六條第三項扣繳所得稅，方符原立法意旨。」。該解釋所謂權利義務相關連是基於同一法律事實（亦即外國公司營利事業所得稅），法律給予相對應之二個規定，如一規定適用時另一規定也

必須加以適用。從抽象上而言，割裂適用禁止原則乃為求法律適用整體性與權利義務之平衡，亦即此屬於體系正義之展現，對於同一法律事實得並存之法律效果應予一併適用，對於同一法律事實規範之不並存的法律效果則必須予以調和，有關財政部 86 年函釋對權證交易稅上規範競合處理之謬誤，已如上述。

- (2) 另從應稅收入既然應予課稅，相對應之成本費用自得予以扣減，此乃行為時所得稅法第 24 條第 1 項所給予之配套措施，財政部 86 年函釋立基於所得稅法第 4 條之 1 後段之規定，將原屬於免稅收入對應之費損不得自應稅收入扣減之規定，使證券交易損失單獨成為絕對不可扣減應稅收入，先將一法律行為割裂為二個以上之法律行為，並排除原應適用之所得稅法第 24 條第 1 項規定，反而適用針對免稅收入對應之成本費用之規定，對聲請人等發行權證人形成權利義務之不平衡，不符合法律適用之整體性，違背體系正義之要求。簡言之，財政部 86 年函釋對權證發行收取之權利金認屬應稅收入，卻對權利金對應之因權證風險管理措施所生避險交易損失認屬不得扣減應稅收入，對同一法律事實之整體法律規定予以割裂適用，有違 鈞院釋字第 385 號意旨，至為明顯。

6、允許權證避險損失不適用所得稅法第 4 條之 1，乃係為符合其交易本質所為之法律評價，並無產生與其他證券交易之差別待遇

- (1) 按行政院在 96 年提案增訂所得稅法第 24 條之 2 第 1 項本文規定承認應作為費用扣除：「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 4 條之 1 及第 4 條之 2 規定。」明確表達修法前不讓權證交易之相關避險損失併計權證發行損益課稅之函釋係錯誤見解。並於 96 年

6月15日經立法院通過，7月11日施行。依本條立法體系位於所得稅法第24條客觀淨額所得原則之後，顯係補充上述原則之立法。證諸聲請人一再重申，權證發行者因風險管理措施所生之避險交易損失實應優先適用所得稅法第24條規定，而排除所得稅法第4條之1規定之適用，乃係符合稅法精神的當然解釋之論據獲得立法確認。雖然立法院在增修上述條文時，並未規定得追溯既往，但該立法確認客觀淨所得原則，並釐清新法非屬租稅優惠規定，對於修正前權證課稅案件自具有解釋上之指標意義。

(2) 再按自法律制定過程觀察，原本立法院在92年曾有立法修正權證課稅，但因表決程序有發生立法未能成立之情形，所以財政部才有一個就算新法溯及既往也只能至92年1月1日的底限，有人稱之為「92共識」。以下謹節錄立法委員與前財政部長林全之發言立法院公報第94卷，第62期，委員會記錄，頁318至319，謹供 鈞院參酌：

A、劉憶如委員：「其實92年時立法院發生了一項很明顯的錯誤，這項錯誤是因為排案所造成的，當時有甲案和乙案兩個案子，甲案是主張溯及既往的版本，乙案是財政部所提不溯及既往的版本。包括本席在內的3位財經委員從87年開始就一直支持要溯及既往，而國、親當時也決定要支持溯及既往的甲案，本席敢保證所有教授衍生性商品的財經學者都會支持券商是對的，而行政院是錯的。照理說，當時應該是先表決甲案，如果這個案子遭否決的話，那麼我們也能接受行政院的版本，也就是從92年1月1日起開始適用溯及既往。可是表決的順序卻錯了，當時竟然是先表決乙案，計有民進黨與台聯黨同仁93人支持，而國、親兩黨並不支持不溯及既往的乙案，事實上，溯及既往的甲案後來表決時也通過了，結果因為吳委員敦義的關係，所以後來只好重付表決，最後變成只有89個人支持甲案，也因此後來兩個案子都

沒有通過。其實支持從 92 年 1 月 1 日開始就更正錯誤，讓台灣的資本市場步上正軌的人數共有 182 人，但因為立法院的表決順序錯誤，所以造成了冤屈，隨著時間的累積，金額也越來越大。……據本席所知，針對 92 年 1 月 1 日之後的部分，你們已經和券商達成協議，因為上回立法院表決順序錯誤，不然應該從 92 年 1 月 1 日就可以開始適用了，因此這部分財政部是可以接受的，至於 92 年 1 月 1 日之前的部分，就必須逐件打官司。」

B、林重謨委員：「當初表決時，本席也在場，老實說，立法院表決時的程序很重要，當時民進黨的立場是贊成不溯及既往，而當天會場的氣氛是打算不讓主張不溯及既往的第一案通過，然後要通過贊成溯及既往的第二案，也就是說，從 87 年之後的稅全部要退還給券商。本來有 182 人支持第 2 案，卻在重付投票時，因為聽到吳敦義委員喊出『圖利財團』，大家立刻反對該案。」

C、前財政部長林全備詢時亦表示：「原本財政部所提的版本必沒有溯及既往，但如果券商公會有這樣的要求，那我們認為起碼 92 年 1 月 1 日之前不能溯及既往，不過，前提還是要尊重大院最後的決定。……劉委員剛剛已經很清楚的把這個問題的背景講出來了，雖然委員對於財政部的責備較為嚴苛一點，但我們希望在兩者之間達成平衡，所以券商公會提出這樣的要求時，我們才會說如果立法院同意的話，財政部就不會反對。」「原則上我們希望不溯及既往，也就是法律何時通過就何時生效，但如果我們接受了券商公會的看法，就可以從 92 年 1 月 1 日開始。」（附件 25，立法院公報 94 卷第 62 期，頁 319 及 321。）。

(3) 承上，自立法院修訂所得稅法第 24 條之 2 之立法過程而言，其實立法委員與財政部均確認新法為一正確之立法，只是對於是否溯及既往及應溯及自 87 年抑或 92 年有所爭議。法律溯及既往與否確實涉

及到法治國家基本原則之判斷，本非可輕易動搖，不過既然權證課稅問題可以確認是一個法律漏洞，而新法又為正確之立法，在新法施行前之案件亦應在未侵害人民權利之情形下，亦無妨比照新法意旨處理，亦即如同信託法雖在 85 年施行，但對施行前成立之信託契約，亦得以法理方式適用信託法之規定，此參台灣高等法院上字第 1686 號民事判決：「再，「稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。」信託法第 1 條定有明文。按信託法雖訂立於 85 年 1 月 26 日，而本件上訴人主張之有關信託關係之事實發生於信託法訂立前，惟因有關「信託」之概念及行為於信託法訂立前即已存在，信託法堪認係將原已存在之信託概念予以明文化，故有關信託之意義堪以現行信託法第一條之規定為據，合予說明。」，故財政部 86 年函釋之實質上違誤狀態，亦應可獲得確認。

- (4) 查一般證券交易行為係人民本於自由意志決定，從事以獲得收入所得為目的之經濟活動，其所得免稅，因此基於收入與成本費用配合原則，相對的發生費用損失也不准自其他課稅所得中減除。反之，發行權證交易而進行之避險行為，乃是法規強行規定要求，納稅人並無意思決定自由，加上其係以「風險管理」（減少損失）為目的，其避險交易只是「從屬性」之手段，最終目的乃是為獲得發行權證收益（權利金收入）為目的，因此避險交易並非以獲得證券交易「所得」為目的，且風險管理措施通常均會產生損失，此與一般證券交易活動係以獲得證券交易所得之目的，明顯不同。就此根據李存修教授之研究報告，全國發行權證之券商多年來從事避險交易之統計，絕大多數均呈現虧損結果，可以證明。亦即避險交易行為乃是發行權證之券商為獲得發行權證收入所得之目的而投入之成本費用交易性質，因此其風險管理措施所生之「形式上為證券之交易損

失」，性質上應歸屬於發行權證收入之成本費用性質，而不應歸屬於一般證券交易損失性質，不應適用所得稅法第 4 條之 1 規定。

(5) 是故，如果認購（售）權證中因風險管理措施所生之避險交易部分真應以證券交易作稅上處理，新法之規定豈非又造成差別待遇？蓋立法者不得恣意為差別待遇，必須本於事物本質或公益目的之正當理由為合理差別待遇，新法所顯示之立法意旨係權證交易因風險管理措施所生之避險損失扣除應稅權利金收入屬於配合原則之規定，是以立法者亦明示其並非可割裂評價為證券交易之本質，故屬於對不同事物為不同處遇之差別規範，並不違反平等原則。是以財政部 86 年函釋顧慮所得稅法第 4 條之 1 對於權證交易課稅之處理，似有以為對權證交易避險損失之特別處理，對其他證券交易為差別待遇之疑慮，應屬多餘。

7、財政部 86 年函釋與財政部 83 年函釋財政部 83 年 2 月 8 日台財稅第 831582472 號函就同屬配合原則之情形予以差別對待，並非有堅強之公益目的，自有違反平等原則之情

(1) 按財政部 83 年 2 月 8 日台財稅第 831582472 號函：「三、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」，其經由 鈞院釋字第 493 號解釋乃依所得稅法第 24 條之配合原則規定肯認該函釋之合憲性，亦即可合理明確歸屬於應稅收入及免稅收入之費用即應個別歸屬，此乃配合原則之意旨。

(2) 惟財政部 86 年函釋對於同屬配合原則應適用之情形，採取與財政部 83 年函釋相異之處遇，因權證風險管理措施所生之避險損失在事物本質上係可明確歸屬應稅收入成本費用，卻不准依證券買賣為專業之營利事業之一般費用認列標準，將可明確歸屬應稅收入之成本費用併

計於應稅收入，又財政部 86 年函釋並無配合原則之正當公益目的已如前述，在此亦有財政部 86 年函釋與財政部 83 年函釋相較所顯示之不合理差別待遇。

8、財政部 86 年函釋對國內外券商有產生無正當理由之差別待遇

財政部 86 年函釋適用之結果，於國內券商核課其權證交易所得，因不准扣除因權證風險管理措施所生之避險損失，僅得減除少量之權證銷售管理費用，導致幾近是對其毛收入課稅，券商實質稅負約占權證發行權利金收入 25%(毛收入乘以 25%)，卻對從事相同權證交易之外資券商，准其適用所得稅法第 25 條，依其收入之 15%核課所得稅，致外資券商僅須負擔權證交易毛收入 3.75%(收入乘以 15%乘以 25%)。亦即，對於權證交易國內內資券商之稅負竟僅是國內之外資券商的 6.67 倍(25%/3.75%)。對於性質相同之權證交易，外資與內資券商竟負擔顯不相稱之稅負，此種差別待遇顯不符分配正義，衡諸於稅捐正義，財稅主管機關既無法律依據，亦無合理正當理由特別優惠於外資券商，相較於對內資券商卻課予特別租稅負擔，違反稅制競爭中立性原則，損害公平競爭環境，不利於我國本土產業之發展，顯已侵害人民受憲法保障之平等權，違反憲法第 7 條平等原則。

(五) 財政部 86 年函釋並無法有助於其行政目的，且對券商形成過於苛刻之課稅結果，有違比例原則

1、比例原則之意涵

(1) 按憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」，故限制人民權利自由應基於「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益」之目的，此即手段必須有助於目的之達成之適合性原則，在必要限度內限制人民

自由權利，所稱之「必要」包括最小侵害性及合比例性，故 鈞院解釋大多將憲法第 23 條作為比例原則之規範，適合性原則要求限制人權之手段必須適合公益目的之達成；其次，必要原則要求所有符合適合性原則之限制人權手段中，只能選擇其中對人權限制最小的手段，故又稱為最小侵害原則或不得已原則；最後，狹義比例原則要求不能用犧牲過大人民私益之手段，追求一個較小的公益。

- (2) 次按行政程序法第 7 條將上開憲法第 23 條比例原則予以更具體化規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」，第一款即為適合性原則，第二款為必要原則（最小侵害原則），第三款為狹義比例原則。

2、財政部 86 年函釋無助於所得稅法第 4 條之 1 規範目的之達成，不符合適合性原則

財政部 86 年函釋其主要意旨係為依照所得稅法第 4 條之 1 之規定，針對避險交易部分切割出來適用所得稅法第 4 條之 1 之規定。然而其超出所得稅法第 4 條之 1 之文義及規範目的已如前述，從適合性原則之角度而言，此種行政作為亦無從達成所得稅法第 4 條之 1 之規範目的，且自財政部 86 年函釋之規範意旨，可能找不出除為達成所得稅法第 4 條之 1 規範目的外之其他公益上目的，從而可以確認財政部 86 年函釋與適合性原則不符。

3、狹義比例原則之內涵

- (1) 憲法第 23 條之比例原則包括適合性原則、最小侵害原則及狹義比例原則。所稱狹義比例原則係手段不得與欲追求之目的不成比例，德國聯邦憲法法院提出一公式「愈如何，則愈如何」的比較性命題，亦即手段侵害愈嚴重，其正當化之理由便必須愈重要。其衡量因素包括基

本權本身之抽象價值、受侵害之具體程度、公益之重要性、公益所面臨之迫切性、相關副作用（附件 33，盛子龍，比例原則作為規範違憲審查之準則—西德聯邦憲法法院判決及學說之研究—，七十八年台大法研所碩士論文，頁 133 至 143）。財政部 86 年函釋自上開因素衡量時，均有手段與目的顯失均衡之現象，且其並非追求比量能課稅原則更堅強之公益。

- (2) 所以簡單地說，狹義比例原則在權衡的是受法規侵害之人民權益與規範欲達成之公益，在人民權益部分係考量受侵害人民之基本權價值及侵害程度，也應考慮與結果無關之副作用等因素，例如德國學者 Gentz 認為在比例原則上比較基本權侵害的嚴重程度，與結果無關的副作用也需一併考慮，所謂結果為立法者所預期產生之結果（附件 33，頁 91），故如因規範之侵害效果產生規範制定者所無預期之效果，應屬與結果無關之副作用，與結果無關之副作用應加入人民權益侵害之一方，共同對抗公益之理由之正當性。

4、財政部 86 年函釋課稅之結果將造成對聲請人財產權之嚴重限制

- (1) 稅捐的課徵是對所有權不同階段表彰的經濟給付能力加以掌握，稅捐課徵理論上不及財產所有權本體，而係對所有權之收益參與分配，故現行稅法主要就是針對財產所有權的變動加以課稅，亦即對於所得階段與支出階段加以課稅。所得階段課稅是就一定期間內所有權增長，及個人財產增加為負擔對象，換言之，所得稅是國家對財產增長參與分配。（附件 3，葛克昌，所得稅法與憲法，頁 37 至 38），故在於依其一定期間內所有權增長所生之私人利用性在私有財產受憲法之制度性保障下，國家只能透過法律規定之徵課稅捐，分享人民對經濟財產之使用、收益及處分之經濟成果，且其應有適當比例，不得侵犯經濟財產本體，否則即違反比例原則。依憲法比例原則，至少稅捐對於財產權之介入，僅能及於財產之收益（孳息）成果，不能及於經濟

財產權本體則可確立，否則將變成變相沒收人民之財產，嚴重破壞憲法保障人民擁有私有財產權之制度，自與憲法保障人民之財產權之精神有違。

(2) 經查，本案權證交易若依財政部函示不准減除因權證風險管理措施所生之避險損失，而僅就發行權證收入計算課稅所得時，則將產生過度課稅之現象，導致虛增大量所得，而虛增所得稅負擔。是以依據證券商業同業公會委託台大財務金融系李存修教授研究結果，針對全國 18 家發行權證之券商統計 87 年至 93 年 7 月底止，「由表五及表五（續）可知，年度淨獲利佔權利金總收入百分比之平均在 4.77% 至 21.35% 之間，皆未超過 25%，以 93 年 7 月底之前到期的所有權證來看，總權利金累計已達 742.25 億元，淨收益僅為 121.52 億元，約佔權利金總收入之 16.37%。」「全體權證市場之 volatility markup 平均為 17.60%，淨獲利佔權利金總收入之 16.37%，未達 25%，若要課徵 25% 的營利事業所得稅，則會產生 8.63% 之虧損。」、「依表三與表四之估算，全體權證市場避險操作之成本加上其他直接相關成本約為權利金收入之 78.42%，而券商發行權證之管銷費用及其他固定費用約佔權利金總收入之 5.21%。兩者合計，成本高達權利金總收入之 83.63%。若權利金收入被課徵 25% 之所得稅，全體發行人即產生 8.63% 之稅後損失，形成做愈多虧愈多之現象。」（附件 21，李存修教授，證券商發行認購（售）權證之定價策略及各項相關成本分析研究報告，93 年 8 月頁 19、29）。

(3) 又查，聲請人 91 年度到期權證之實際利得（減除因權證風險管理措施所生避險損失及相關成本費用後之淨損）係 137,636,940 元，簡要表示如下表：

發行認購權證收入：

	\$749,028,000 (A)
發行認購權證之避險成本：	
	(\$575,004,490)(B)
發行權證相關費用：	
	(\$36,386,570)(C)
發行認購權證(損)益:(A) + (B) + (C)	\$137,636,940

惟確定判決認可財政部台北市國稅局核定調增系爭年度權證所得為 712,641,430 元部分，僅就權證費用 36,386,570 元發回更審（權利金收入 749,028,000 元 - 相關認購權證費用 36,386,570 元 = 712,641,430 元），然聲請人於 91 年度權證交易之實際利得僅有 137,636,940 元之狀態，卻因適用財政部 86 年函釋須負擔實質稅負 178,160,358 元（712,641,430 元 × 25% = 178,160,358 元），造成高達實際權證交易所得 129% 之租稅負擔，顯已實際上對於聲請人產生絞殺課稅的結果。從而最高行政法院確定判決支持不准券商就發行權證之避險損益認列為權利金收入之減項，顯然已嚴重侵害聲請人受憲法上保護之財產權，且對於財產權所侵害之程度亦業已超出財產權所應負擔之社會義務範圍。

5、依職業自由三階段理論，財政部 86 年函釋對聲請人等券商之職業客觀要件之限制，縱以立法規定尚須受嚴格審查，況乎財政部 86 年函釋，更應接受嚴格審查標準之檢驗：

- (1) 「又按憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，業經本院釋字第 404 號、第 510 號、第 584 號、第 612 號、第 634 號與第 637 號解釋在案。對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力

或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」為鈞院釋字第 649 號解釋所明揭。

- (2) 由鈞院上開釋字意旨可知，對於憲法第 15 條所保障職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。規範強度有三階理論為判斷標準，也就是職業行為、主觀要件及客觀要件審查作為逐步侵入強度之階段。首先規範密度較弱的則是職業選擇階段，也就是只有在為了保護特殊重要之公益時，才有強制限制之必要。此時區分為主觀及客觀許可要件。前者係將職業選擇與個人之特性、能力、知識及經驗結合，如特定年齡限制、能力資格審查等，例如特定技師或專業人士，如律師、會計師等資格取得，須得資格審查、考試或鑑定等。後者則是指個人無法影響之要件，如該項職業之需求性，但仍須以保護特殊重要公益所必要者使受允許。換言之，客觀要件存在前提在於有保護特殊重要公益所必要者，否則是不可以以此作為限制要件的，例如為公眾健康之必要，計程車司機須為胸部 X 光檢查通過設定為取得執照營業要件之一、為交通秩序順暢所為交通容量限制，如對計程車執照額度限制等(附件 34，陳慈陽，憲法學，頁 591)。
- (3) 因權證交易之稅前實際獲利雖是可以預期，但因為財政部 86 年函釋課稅之結果，產生券商之實質淨獲利佔權利金總收入 25% 以上者，才有獲利之空間，此種獲利要求絕非任何一家券商有主觀能力所能達成。如採用此種課稅方式，自然形成強迫券商退出權證市場之副作用，僅以鞏固國家財稅收入係不足以作為職業選擇客觀要件限制之例外，是財政部 86 年函釋否准券商將發行權證採取風險管理措施之避

險損失自權利金收入中扣除，顯然係犧牲券商受憲法保障之財產權及職業自由較大的公益，而達成增加國庫收入較小之利益，其所採取之手段與目的間顯失均衡，違反狹義比例原則，此點亦是 鈞院應仔細加以考量者。

(4) 復查，財政部 86 年函釋之適用結果，已產生與結果無關之副作用，可先確定的是，財政部 86 年函釋之規範制定者所預期之法律效果為因權證風險管理措施所生之避險交易損失應單獨適用證券交易損失不得自應稅所得中扣除之法律效果，如因該規範效果以外之侵害，即為與結果無關之副作用。然財政部 86 年函釋之適用，實際上已使券商發行權證金融商品之券商發行權證產生無利可圖之結果，此種稅負之影響係屬券商客觀上無法影響之要件，已實質上侵害到券商之職業選擇自由，應從嚴審查是否違憲。事實上，券商為因應財政部 86 年函釋只好發展出兩種可能有解決方式，其一為將因權證風險管理措施所生之避險損失無法自權利金收入項下扣除所增加之租稅成本，反映於向投資人收取之權利金，來決定該權利金之金額，換言之，即券商在發行權證時，向投資人收取較高之權利金而將租稅成本實際轉嫁予投資人；其二則為，採取停發權證之手段，事實上券商為表達對該函釋之不滿曾二度停發權證。以下分別說明之：

A. 就第一種方式（轉嫁租稅成本）而言：

將財政部 86 年函釋之權利金毛額課稅因素，以提高權利金方式處理，此即為最高行政法院判決所言：「依其從事證券業之專業知識，亦知悉行為時所得稅法第 4 條之 1 規定，其為避險之證券交易所得既可免稅，其因避險之證券交易損失即不得自所得額中減除，理應充分衡量其發行該認購權證之利潤與風險後，再行決定該權利金之金額，以發行最符合其經濟效益之商品，自不得僅因其係依照於發行認購權證時之規定買進或賣出股票之證券交易，即主張該種證券交易係出於

強制而與一般消費者為證券交易有所不同，並要求於稅法上異其計算。」將因權證風險管理措施所生之避險損失無法自權利金收入項下扣除所增加之租稅成本，轉嫁至投資人。然而，身為投資人在面對各種不同類型之金融商品時，勢必以其投入成本及其可能回收之獲利程度作為衡量投資標的之主要因素，尤其認購權證所實際投資之標的亦為特定股票，僅係認購權證以選擇權之方式發行，投資人有權利在未來一定期間內，依事先約定價格購買一定數量之標的股票。是如券商將發行權證所增加之租稅成本轉嫁至向投資人所收取之權利金，即係增加投資人之投資成本，此即與權證購買人僅以相對標的股票之極小價值購買權證以取得選擇權之原始商品設計模式相違背，因為投資人得否因權證購買而就能以較市價為低之價格承購標的股票，本就處於非確定狀態，權證商品之推出就是使投資人以極小之權利金取得可低價購買標的股票之機會，如因稅負因素而提高權利金，將相當程度減低投資人之購買意願，蓋在投資人仍有其他種類之金融商品可供選擇時，必然促使投資人轉為投資其他具有替代性質之金融商品，導致認購權證在投資市場上遭到排擠，因對於投資人而言如有對其效用相等、價格不同之多種金融商品可選擇時，自然不會選擇一個已經與其設計初衷有重大變更之商品，而會趨向選擇價格較低或較無風險之金融商品，例如：以個股股票或股價連動之相關金融商品，除了認購權證以外，尚有一般股票、股票型基金或股權連結型結構型商品等投資工具，如認購權證之權利金過高，導致投資成本已超過投資人合理之期待利潤時，投資人勢必選擇放棄投資成本較高之認購權證，而改為投資其他具有替代性質之金融商品，最終將使此種認購權證之金融商品失去競爭力，甚至因而被迫退出市場。

B:而就第二種方式（停發權證）而言：

如前所述，最高行政法院確定判決所提出之第一種因應財政部 86 年

函釋課稅方式，並無實行可行性，因提高權利金方式仍是使得權證商品在客觀上退出市場，所以券商因應財政部 86 年函釋之方式（如排除前述對修法溯及既往之期待或行政救濟會獲有利結果之因素）僅有選擇不發行權證一途。然券商因抗議權證課稅不公所爆發之權證市場停發事件，其影響可能不能僅單純從券商從事權證交易獲利之觀點來看，而是權證停發後所衍生之投資人、廠商無法使用權證市場避險或藉由權證以小博大之特性獲利，並進而引發證券市場的萎縮；又據報載衍生性金融商品之人才培養不易，因權證停發而導致不少菁英轉至他國尋覓舞台，產生國內人才流失之情形。這些非財政部 86 年函釋之預定影響，甚至牽涉到第三人工作權或一般經濟上權利遭受侵害。

- (5) 由上述說明可知，券商無論係採取第一種或第二種之解決方法，均係因財政部 86 年函釋否准券商將發行權證採取風險管理措施所產生之避險損失作為權利金收入之減項扣除所相應發展出來之解決方法，可見財政部 86 年函釋已實質上影響券商在職業發展上之自由，申言之，即財政部 86 年函釋已建立了一個券商無法透過自身努力而可改變之客觀職業自由之限制，導致券商不得不提高發行成本或停發權證，顯已對於券商發行權證之職業客觀選擇要件進行了限制，在現行採取職業自由之三階段理論下，當應從嚴加以審查，除非可知財政部 86 年函釋有任何保護特殊重要公益之必要，否則根本無法通過嚴格之客觀要件審查。細究財政部 86 年函釋可能主張之公益理由，莫過於國庫稅收之考量，惟國家財政收入之目的實乃難以國家安全、國民生命或健康等重要公益相互比擬，實難稱得上一個「特殊重要」公益之理由。更何況財政收入之鞏固似又非該函釋當時所制定時之本意，縱有達成多課徵稅捐之結果，財政部當初底限係願意放棄財政部 86 年函釋多課徵稅收之半數以上，所以財政部 86 年函釋如真有增加財

政收入之公益理由，其正當性亦不甚堅強，也是因此之故，財政部與立法院才會將此課稅爭議，亦即財政部與立法院放棄對修法前之權證課稅之法秩序予以決策，而係交由 鈞院定奪。

(6) 再查，券商雖二度停發權證後又恢復權證之發行，並非意味券商從事權證交易仍有獲利之可能性，毋寧是在當時財政部及立法院已積極著手所得稅法修正案的氛圍中，券商對於增訂因權證風險管理措施所生之避險損失可列於權利金收入項下扣除之規定及其溯及適用已具有合理正當之期待，蓋所得稅法第 24 條之 2 修正草案早於 92 年即已提案送立法院審查，即使後來因緣際會沒有通過，96 年時立法院增訂所得稅法第 24 條之 2 規定時，在審查會中亦曾討論溯及適用所得稅法第 24 條之 2 之可能性。而券商一方面為了留住人才、維持正常營運，一方面對於即將修正通過之所得稅法及其溯及適用有所期待，是以恢復權證之發行對券商而言乃是不得不為之選擇。再者，所得稅法第 24 條之 2 嗣後於 96 年 6 月 22 日增訂，96 年 7 月 11 日施行，最後並未有溯及適用之條款，因此在所得稅法第 24 條之 2 規定修正前，財政部 86 年函釋對券商產生之衝擊及影響仍然存在，吾人即不得藉口所得稅第 24 條之 2 已然修正，而忽視財政部 86 年函釋在客觀上會形成強迫券商退出權證市場之副作用（亦即應排除修法等其他因素之考量）。

(7) 姑且不論 96 年所得稅法之修法因素，財政部 86 年函釋確實已使券商停發權證，只不過 92 年以來一直有修法溯及既往的有利因素，及券商因衍生性金融商品之人才養成不易，是券商仍相信修法前案件之因權證風險管理措施所生之避險損失仍有尋得救濟之機會，使券商能等待至 96 年修法時點，惟財政部 86 年函釋之見解客觀上已確實將產生券商退出市場之副作用。

6、狹義比例原則對財政部 86 年函釋之檢驗

- (1) 查財政部 86 年函釋挾對所得稅法第 4 條之 1 之錯誤解讀，將認購權證之商品認定為應予毛額課稅之商品，實無任何特殊重大公益之目的而導致寓禁於徵之效果，亦即 86 年函釋否認認購權證採取風險管理措施所生之避險交易損失可於權利金收入中扣除，乃係透過租稅手段介入金融市場之自由發展，形成與其他具有替代性質之金融商品之租稅上差別待遇，並無任何合理正當理由，不僅違反租稅中立性原則，亦與平等原則相違。退步言之，縱認為財政部 86 年函釋帶有增加財政收入之公益目的，但其對財產基本權、職業自由之侵害效果，誠難謂不重大，更變相發生阻礙新投資商品發行、活絡金融市場、衍生性金融商品人才在國內之工作權受限及產生停發權證之相關副作用等。是該函釋採取犧牲券商財產權及職業自由之手段，追求增加國庫收益之目的，係以為過度侵害基本權之方式達成增加國家稅收之目的，顯然可以認定財政部 86 年函釋之公益理由絕對不足以支持其手段所生之損害，其與狹義比例原則嚴重背離，至為明顯。
- (2) 況權證繼續發售才是對國家稅收有正面之助益，而非以財政部 86 年函釋方式課徵稅負真的會有利國庫收入，據前開新聞資料顯示，權證停發將影響國家每年 50 億元之稅收，而財政部統計 96 年修法前之權證案件，以財政部 86 年函釋所能多課徵之稅捐為 100 億多元，當初財政部底限為同意 92 年以後之權證案件追溯適用，亦即願意放棄 6、70 億元之稅收（附件 25，立法院公報 94 卷第 62 期，頁 313），可見財政部 86 年函釋不必然能帶來如其所預定之稅收效果，如因此引發券商停發權證之稅額影響數，恐怕此種副作用不得不加以納入考量，請 鈞院斟酌。
- (3) 綜上所述，增加國庫收入並不足以作為一個特殊重要之公益目的，本件在狹義比例原則上自應予以從嚴審查。查財政部 86 年函釋侵害聲請人之財產權及職業客觀選擇自由甚鉅，且亦已形成與結果無關的副

作用，即可能造成強迫券商退出市場，進而阻礙金融市場之發展之副作用，已如上文所述。該函釋以犧牲聲請人之財產權及職業自由之方式，而追求增加國家稅收之目的，顯然係以犧牲較大之公益來達成較小之公益，其所採取之手段與目的間顯然已失之平衡，與憲法第 23 條規定之違狹義比例原則相違，自無法通過狹義比例原則之考驗。

二、聲請人對本案所持之立場與見解

租稅法律主義與租稅公平原則為憲法原則在稅法上之二大支柱，本案依財政部 86 年函釋核課稅捐之結果，聲請人受憲法第 7 條、第 15 條、第 19 條及第 23 條保障之基本權顯然已受到侵害。

依形式上及實質上合憲性檢驗之觀點，應綜觀法律整體外部體系，及稅法內部體系，透過一般法律解釋對於所得稅法第 4 條之 1 作成與同法第 24 條無矛盾之解釋，即同意應（免）稅收入項下可歸屬之成本費用縱使包括形式上為證券（非證券）形式，亦應予以認定為應稅或免稅項下成本費用，始不破壞法律體系。退步言之，本案因發行權證所從事採取風險管理措施之有價證券交易，縱其外觀具證券交易形式，亦應得依前揭之法學方法，透過目的性限縮，使其排除適用所得稅法第 4 條之 1。循此，不但符合「量能課稅與實質課稅原則」之精神，亦與 鈞院第 420 號、第 493 號、第 597 號、第 607、第 622 號、第 625 號、第 635 號等解釋先例一致。

從法律體系整體諧和一致性觀察，在出現法規競合之場合，若須有所抉擇時，亦應取向於法律之公平正義。準此，本案權證課稅爭議，出現所得稅法 24 條第 1 項與同法第 4 條之 1 競合衝突，依前揭論述可知，擇前者較選後者之結果更能符合公平正義法則，則本案答案顯然應優先選擇適用所得稅法第 24 條第 1 項，而非財政部 86 年函釋認定之所得稅法第 4 條之 1。本論據亦獲得 96 年增訂之所得稅法第 24 條之 2 之立法確認。

綜上，本案確定判決所適用之財政部 86 年函釋，已違反憲法第 7 條平

等原則、第 15 條工作權、體系正義、第 19 條租稅法律主義及量能課稅、實質課稅之租稅公平原則、第 23 條比例原則及第 172 條命令不得違法違憲等規定，就此尚請 鈞院大法官迅賜解釋宣告上開財政部函釋，違反所得稅法及憲法相關規定無效，以維聲請人權益。

肆、關係文件之名稱及件數

附件 1、最高行政法院 99 年判字第 899 號確定判決。

附件 2、財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函。

附件 3、葛克昌，所得稅與憲法，頁 29 至 30、頁 37 至 38、頁 121 至 123、頁 156 至 158。

附件 4、發行人申請發行認購(售)權證處理準則。

附件 5、台灣證券交易所股份有限公司認購(售)權證上市審查準則有關規定。

附件 6、李建良，基本權利理論之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，第九卷第一期，頁 39 以下。

附件 7、所得稅法第 4 條之 1 立法理由。

附件 8、黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 75 至 77、頁 185 至 188、頁 219 至 222、頁 385 至 387。

附件 9、財政部 91 年 12 月 26 日台財稅第 0910455619 號函釋。

附件 10、黃茂榮，稅法總論第一冊，頁 405。

附件 11、陳清秀，稅法總論，頁 32 及 196。

附件 12、柯格鐘，憲法解釋與量能課稅及實質課稅原則，司法院大法官九十八年度學術研討會(上)冊，頁 33。

附件 13、林明昕，論行政罰中單一行為之概念，頁 21 及 22。

附件 14、金子宏，租稅法，第 13 版，頁 262 及 265。

附件 15、財務會計準則第 34 號「金融商品之會計處理準則」公報。

- 附件 16、證券商財務報告編製準則。
- 附件 17、黃茂榮，不動產稅及其對不動產產業的經濟引導，收錄於稅法總論第三冊，註 5，頁 471 至 472。
- 附件 18、稅捐稽徵法第 12 條之 1 規定。
- 附件 19、陳清秀，量能課稅原則在所得稅法上之實踐，現代稅法原理與國際稅法，頁 47 至 48。
- 附件 20、陳清秀，論客觀的淨額所得原則，現代稅法原理與國際稅法，頁 265、271 至 272、297 至 306。
- 附件 21、李存修教授主持，證券商發行認購（售）權證之定價策略及各項相關成本分析研究報告，93 年 8 月。
- 附件 22、陳愛娥，大法官憲法解釋之界限—由功能法觀點出發，收錄於大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄，頁 342 至 346。
- 附件 23、許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，收錄於憲法與法治國行政，頁 212 至 219、225 至 226 及 244。
- 附件 24、蔡茂寅等四人合著，行政程序法實用，頁 305。
- 附件 25、立法院公報第 94 卷第 62 期。
- 附件 26、96 年 4 月 3 日經濟日報，網址：
http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f_ART_ID=32465
- 附件 27、盛子龍，憲法解釋與稅捐稽徵經濟原則—租稅法上類型化立法之正當性與平等原則初探，司法院大法官九十八年度學術研討會（下冊），頁 17。
- 附件 28、最高行政法院 96 年度判字第 406 號判決。
- 附件 29、立法院公報第 79 卷第 59 期。
- 附件 30、黃士洲，權證官司二審敗訴簡評——最高行政法院 95 年判字第 2206 號判決評析，稅務旬刊，1994 期，2007 年 2 月，頁 7 以下。

附件 31、許宗力，從憲法解釋看待平等原則與違憲審查，收錄於中央研究院舉辦第二屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會，會議論文（一），民國 88 年，第 85 頁以下。

附件 32、臺北高等行政法院 92 年度訴字第 4555 號判決。

附件 33、盛子龍，比例原則作為規範違憲審查之準則—西德聯邦憲法法院判決及學說之研究—，七十八年台大法研所碩士論文，頁 91、133 至 143。

附件 34、陳慈陽，憲法學，頁 591。

(以上均為影本)

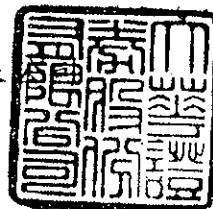
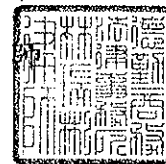
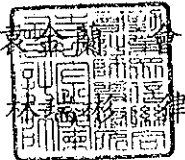
謹 呈

司 法 院 公 鑒

聲 請 人：大華證券股份有限公司

代 表 人：許進義

聲請代理人：袁金蘭會計師



中 華 民 國 9 9 年 1 2 月 日

委 任 書

稱謂	姓 名 或 名 稱	職 業	住居所或營業所、郵遞區號及電話號碼
委任人	大 華 證 券 股份有限公司 代表人：許道義		設台北市中正區許昌街 17 號 3 樓之 1 住同上
受任人	姓 名 或 名 稱	職 業	住居所或營業所、郵遞區號及電話號碼
	勤業眾信聯合會計師事務所 袁金蘭會計師	執業會計師	(105)台北市民生東路 3 段 156 號 12 樓 (02)25459988
	德勤商務法律事務所 林瑞彬 律師	執業律師	(105)台北市民生東路 3 段 156 號 13 樓 (02)25459968
			送達代收人姓名、住址、郵遞區號及電話號碼
			送達代收人： 勤業眾信聯合會計師事務所 袁金蘭會計師
			送達處所： 台北市民生東路 3 段 156 號 12 樓 電話：02-25459988

為 委 任 釋 憲 聲 請 代 理 人 事

委任人茲委任受任人為代理人，為最高行政法院 99 年判字第 899 號確定判決所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函，有牴觸憲法之疑義，爰聲請司法院大法官解釋憲法，並授權受任人就本事件有為一切法律行為之權，提出委任書如上。

謹 呈

司 法 院 公 鑒

委任人：大華證券股份有限公司


代表人：許道義

地址：台北市中正區許昌街 17 號 3 樓之 1

受任人：勤業眾信聯合會計師事務所  袁金蘭會計師

地址：台北市民生東路 3 段 156 號 12 樓

電 話：02-25459988

受任人：德勤商務法律事務所 林瑞彬律師 

地址：台北市民生東路 3 段 156 號 13 樓

電 話：02-25459968

中 華 民 國 9 9 年 1 2 月 日

最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 99,判,899
 【裁判日期】 990909
 【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899號

上 訴 人 大華證券股份有限公司

代 表 人 許道義
 訴訟代理人 袁金蘭
 林瑞彬 律師

被 上 訴 人 財政部臺北市國稅局

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11月27日臺北高等行政法院97年度訴字第1212號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於駁回認購權證相關發行費用新臺幣3,638萬6,570元及該訴訟費用部分均廢棄，發回臺北高等行政法院。

其餘上訴駁回。

駁回部分上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

- 一、本件上訴人民國91年度營利事業所得稅結算申報，原列報停徵之證券、期貨交易損失新臺幣（下同）4億6,625萬8,012元，經被上訴人核定停徵之證券、期貨交易損失11億0,391萬0,636元，應補稅額3,330萬0,400元。上訴人對核定出售有價證券免稅所得項下應多分攤交際費2,284萬2,873元，及否准將認購權證避險部位損失及相關發行費用合計6億1,139萬1,060元列為應稅權利金收入之減項部分不服，循序提起行政訴訟，經原審判決駁回，乃提起本件上訴。
- 二、上訴人起訴主張：（一）交際費部分：1.上訴人係屬證券交易法第15條規定之綜合證券商，系爭年度之營利事業所得稅申報已依財政部85年8月9日臺財稅第851914404號函（下稱財政部85年函釋），於直接歸屬營業費用後，再就不可明確歸屬之營業費用以合理而有系統之方式分攤至出售有價證券項下。然被上訴人依應稅及免稅之業務別計算限額方式核定上訴人之交際費，無異使交際費之分攤回到財政部83年2月8日臺財稅第831582472號函（下稱財政部83年2月8日函釋）按收入比例分攤，等同否准上訴人適用財政部85年函釋。且

遍查關於交際費之限額計算規定，無論是所得稅法第37條、營利事業所得稅查核準則（下稱查核準則）第80條、財政部83年11月23日臺財稅第831620897號函（下稱財政部83年11月23日函釋）及財政部85年函釋均未有就應稅及免稅業務應分別計算限額之情況，故被上訴人之核定顯然適用法規錯誤，致分攤結果嚴重背離各部門之業務情形，而違背經驗法則、論理法則及實質課稅原則。2.縱被上訴人認交際費限額應就應稅、免稅業務分別計算，則於計算應稅業務限額時，亦應將上訴人列於非營業收入項下之利息收入、其他收入等應稅收入併入計算方為合理。（二）認購權證部分：1.權證發行人雖因發行而收取權利金，惟亦因發行權證而負有須接受投資人履約之法律責任，是不論就經濟實質、法律關係或會計上，發行人因履約所付代價均應與權利金收入併計損益，而發行人之避險操作僅係試圖降低履約損失之手段，其損益當然為履約代價之一部分，而應與權利金收入併計損益。故上訴人避險及履約損失暨其相關費用，為上訴人賺取權利金收入所必需之成本費用，應准營利事業將產生該發行認購權證收入之相關成本費用於發行收入項下減除。2.上訴人為發行認購權證而依循強制規定進行避險交易所買賣有價證券之損益，與以獲利為目的之有價證券投資行為完全不同，即與所得稅法第4條之1所欲達成之立法目的無涉，自應不在所得稅法第4條之1之適用範圍。3.縱被上訴人認避險部位損失因具備證券交易之外觀形式而為證券交易損失、又縱上訴人因避險獲得利潤，其性質仍屬「負成本」之概念，仍應依所得稅法第24條收入成本配合原則及財政部83年2月8日函釋、財政部85年函釋所闡示之法理，准上訴人將直接歸屬與間接分攤至發行認購權證業務之營業費用列為應稅權利金收入之減項方屬合理，否則等於認定上訴人發行認購權證毫無成本費用而對上訴人發行權證收入之毛額課稅。4.所得稅法第24條之2已於96年7月11日增訂公布，明定權證發行人避險損失得於權利金收入項下減除以計算損益課稅，顯見財政部亦認其86年12月1日臺財稅第861922464號函（下稱財政部86年12月1日函釋）不符收入成本配合原則，原核定顯有應適用而未適用所得稅法第24條收入成本配合原則，並違反實質課稅原則之違誤等語，求為判決及訴願決定及原處分關於核定出售有價證券免稅所得項下應多分攤交際費2,284萬2,873元，及否准上訴人將認購權證避險部位損失及相關發行費用計6億1,139萬1,060元列為應稅權利金收入之減項部分均撤銷。

三、被上訴人則以：（一）交際費部分：1.所得稅法第37條規定交際費之列支係以與業務直接有關者為限，綜合證券商之經紀、承銷、自營等各部門經營業務所支付之交際費，自應依交際對象歸屬於各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），並依所得稅法第37條及財政部

82

83年11月23日函釋，分別核算其非屬出售有價證券之應稅業務部分交際費可列支之限額，及出售有價證券免稅業務部分交際費可列支限額後，再將超過應稅業務部門可列支之交際費限額部分，移由免稅部門核認，此係採對業者最有利之計算方式，符合收入與費用配合原則及量能課稅原則。本件原核定將非屬出售有價證券之應稅業務部分，享受全部之限額，其餘交際費屬出售有價證券免稅業務部分之費用，轉至有價證券出售收入項下認列，符合上揭釋令規定。2. 所得稅法第37條交際費之列支係以與業務直接有關者為限，本件原申報於非營業收入項下之利息收入及其他收入，其性質尚非屬與業務直接有關，被上訴人不予納入計算應稅收入交際費限額之基礎內，並無不合。（二）認購權證部分：1. 證券商發行權證固依規定應進行避險交易，惟其避險交易可能產生損失，亦可能產生利益，難認為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，不能成為他項收入之成本費用。若將避險證券交易損失認定為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。2. 證券商可能因避險交易行為而造成損失，復為證券商於發行該認購權證所知悉，財政部86年12月1日函釋亦已指明，其售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應依所得稅法第4條之1規定辦理，則證券商自得於發行時，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，以符合其經濟效益，自不得於事後謂該種證券交易係出於強制，而與一般消費者為證券交易有所不同。又所得稅法第4條之1規定並無排除收入成本配合原則之適用。縱系爭避險損失會計上可認屬權證權利金收入之成本，惟所得稅法第4條之1已明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類中扣除，如獨對權證發行者之特別待遇，亦有違平等原則。惟系爭認購權證避險部位相關費用3,638萬6,570元，經查含發行認購權證費用40萬4,108元，應列為發行認購權證權利金收入之減項，應予追認，餘屬避險交易所產生之相關費用，被上訴人轉列為出售有價證券收入之減項，即屬有據等語，資為抗辯，求為判決訴願決定及原處分關於否准上訴人將發行認購權證費用40萬4,108元列為應稅權利金收入減項部分撤銷，上訴人其餘之訴駁回。

四、原審以：（一）交際費部分：上訴人係以有價證券買賣為專業之綜合證券商，其所得實際上分為應稅所得與免稅所得，其因業務所支付之交際費，應按其經營之免稅業務及應稅業務兩部分，分別計算可列支交際費限額，再據以分攤交際費，方能正確計算其證券交易免稅所得，並避免免稅部門之相關成本費用歸由應稅部門吸收，致營利事業雙重獲益，造成侵蝕稅源及課稅不公平與不合理之現象，符合收入與費用配合原則及量能課稅原則。是原核定為正確計算免稅所得，依

83

所得稅法第37條及查核準則第80條暨財政部83年2月8日函釋、財政部83年11月23日函釋、財政部85年函釋，分別核算上訴人應稅業務部分之交際費可列支限額及出售有價證券免稅業務部分交際費可列支限額，再將超過應稅業務部門可列支交際費限額部分，移由免稅部門核認，此係採對上訴人最有利之計算方式為之，難謂違反所得稅法第37條第1項立法目的、例外從嚴法理、租稅法律主義、量能課稅原則、平等原則或司法院釋字第566號、第493號解釋意旨。(二)認購權證部分：1.財政部86年12月1日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。而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31日臺財稅第861909311號函釋意旨，發行後買賣認購權證，及避險而買賣標的股票所生之損失，依所得稅法第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86年12月1日函釋符合所得稅法第4條之1規定意旨，自應予以適用。況且，個別之收入有其相對應之成本費用，所產生個別之損益，不能成為他項收入之成本費用。被上訴人將系爭認購權證權利金收入與避險交易所生之證券交易損益，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。2.證券商發行權證，固依規定應進行避險交易，惟券商對標的股票漲即買、跌即賣之避險交易行為，為其履約之準備，而其避險交易可能產生損失，亦可能產生利益，難認為發行權證之成本或費用。再證券商可能因避險交易行為而造成損失，為證券商於發行該認購權證所知悉，財政部86年12月1日函釋亦已指明系爭交易所得或損失，應依所得稅法第4條之1規定辦理。則證券商於發行時，即得自行斟酌其可能發生之損失成本費用，再行決定該權利金之金額，以作為發行最符合其經濟效益之商品，自不得僅因其係依照於發行認購權證時之約定應買進或賣出股票，即謂該種證券交易，係出於強制而與一般消費者所為證券交易有所不同，否則則有違租稅法律主義及租稅公平原則。3.又系爭避險損失縱會計上可認屬本件權證權利金收入之成本，亦因所得稅法第4條之1之明文規定，而不得自所得額中減除。本件被上訴人係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律。至所得稅法第24條之2固已於96年7月11日增訂公布，明定權證發行人避險損失得於權利金收入項下減除以計算損益課稅，惟並無溯及既往之明文規定，本件權利金收入既於上述增訂規定於96年7月11日公布前即發生，自無法回溯適用等語，判決駁回上訴人在原審之訴。

五、本院查：

壹、交際費部分：

(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。」「業務上直接支付之交際應酬費用，其經取得確實單據者，得分別依左列之限度，列為費用或損失：一、以進貨為目的，.....二、以銷貨為目的，.....三、以運輸貨物為目的，.....四、以供給勞務或信用為業者，以成立交易為目的，於成立交易時直接所支付之交際應酬費用：全年營業收益額在9百萬元以下者，以不超過全年營業收益額千分之十為限；經核准使用藍色申報書者，以不超過全年營業收益額千分之十二為限。全年營業收益額超過9百萬元至4千5百萬元者，超過部分所支付之交際應酬費用，以不超過千分之六為限；經核准使用藍色申報書者，以不超過千分之八為限。全年營業收益額超過4千5百萬元者，超過部分所支付之交際應酬費用，以不超過千分之四為限；經核准使用藍色申報書者，以不超過千分之六為限。」行為時所得稅法第24條第1項及第37條第1項分別定有明文。可知關於交際費之列支，應以與業務直接有關者為限，且有最高額之限制，並以各事業經營目的之收入金額作為限額之計算基礎。則基於所得稅法第24條第1項關於收入與成本費用配合原則之規定，並參諸司法院釋字第493號解釋，自應認營利事業若其收入來源有應稅或非應稅等不同業務部門，則其交際費用自應按其個別業務目的所規定之限額，個別歸屬於各該部門收支損益項下認列。

(二) 經查：本件原判決已就上訴人列報之交際費用，何以應按個別歸屬原則，分別依應稅及非應稅部分之列支限額分別予以核認，暨被上訴人將超過應稅業務部分可列支之交際費限額，移由免稅部門核認，係採對業者最有利計算方式等情，依調查證據之辯論結果，詳述其得心證理由及法律上意見，而依上開所述，稅法上關於交際費之列支，既以各事業經營目的之收入金額作為計算限額之基礎，故原判決上述認定核無不合。至財政部85年函釋雖謂：「.....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3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。.....。」惟依上開所述，稅法上關於交際費之列支有其限額，且係以各事業

經營目的之收入金額作為計算限額之基礎，故綜合證券商之營業費用無法明確歸屬者，依上述財政部85年函釋固得依費用性質，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，以計算有價證券出售部分即免稅部分應分攤之費用，然依此方式計算結果，其中關於應稅部分得列支之交際費自仍不得超過上述所得稅法第37條第1項所規定之限額，否則即與所得稅法第37條第1項規定及收入與成本費用配合原則有違。故原判決維持被上訴人按上訴人應稅收入之金額核算其得列報之交際費金額，並認此為對上訴人有利之計算方式，自無違誤。上訴意旨再執財政部85年函釋指摘原判決違法云云，並無可採。又交際費於營利事業所得稅之結算申報有其限額乃基於上述所得稅法之明文規定，至營利事業因有應稅及免稅之收入致交際費之限額應如何計算一節，核屬上述所得稅法第37條第1項規定應如何適用之問題，核與上訴意旨所稱之「推計課稅」無涉，更無上訴意旨所稱未有法律明文規定情事。故上訴意旨援引推計課稅之理論，並執稅捐稽徵法第1條之1、財政部83年2月8日函釋、行政程序法第6條、第8條、所得稅法第37條、查核準則第80條、司法院釋字第218號、第420號解釋及中央法規標準法第5條規定指摘原判決有適用法規不當及不適用法規之違法云云，亦無可採。

貳、認購權證部分：

（一）關於避險部位損失5億7,500萬4,490元部分：

經查：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，核定為其他有價證券。而所得稅法第4條之1關於證券交易免稅之所得並無排除收入成本配合原則之適用，亦經司法院釋字第493號解釋在案，故被上訴人將系爭認購權證權利金收入與避險交易所生之證券交易損益，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。另證券商發行權證，固應依規定進行避險交易，惟其避險交易可能產生損失，亦可能產生利益，難認為發行權證之成本或費用，況證券商可能因避險交易行為而造成損失，為證券商於發行該認購權證所知悉，且財政部86年12月1日函釋（按，此函釋已經財政部98年11月30日臺財稅字第09804580080號令，以現行所得稅法第24條之2已另有規定為由，不再援用）亦已指明系爭交易所得或損失，應依所得稅法第4條之1規定辦理。則證券商於發行時，即得自行斟酌其可能發生之損失成本費用，再行決定該權利金之金額，以作為發行最符合其經濟效益之商品，自不得僅因其係依於發行認購權證時之約定應買進或賣出股票，即謂該種證券交易，係出於強制而與一般消費者所為證券交易有所不同，否則即有違租稅法律主義及租稅公平原則。並系爭避險損失縱會計上可認屬本件權證權

利金收入之成本，亦因所得稅法第4條之1之明文規定，而不得自所得額中減除。故本件被上訴人係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律。暨本件因屬96年7月11日增訂公布所得稅法第24條之2規定前之事件，故無該規定之適用，且更無從自事後之修法而推論財政部86年12月1日函釋係屬錯誤等節，均已經原判決論述在案，核無不合。上訴意旨再就已經原判決詳為指駁之事項，復執其一己主觀見解指摘原判決違法，並無可採。

(二) 關於相關發行費用3,638萬6,570元部分：

經查上訴人就被上訴人關於認購權證部分之核定，除爭議上述之避險部位損失5億7,500萬4,490元部分外，亦就被上訴人否准認列相關發行費用3,638萬6,570元部分提起本件行政救濟，已經原判決記載甚明，惟就相關發行費用3,638萬6,570元部分究包含何等費用。被上訴人所為否准列為應稅權利金收入減項之核定，何以均應維持，原審均未加以調查審究，原判決理由亦均未論及，其理由已有不備！且該3,638萬6,570元中之40萬4,108元，因屬發行認購權證費用，應列為應稅之發行認購權證權利金收入之減項，故應予以追認，是被上訴人乃於原審之答辯聲明中予以認諾等情，除經被上訴人之原審訴訟代理人分別於原審準備程序期日及言詞辯論期日陳明在卷外，並有被上訴人在原審之答辯狀可按，則原判決未說明不准被上訴人上述認諾之理由，即將上訴人在原審之訴全部予以駁回，更有理由不備之違法，且與判決結論有影響，故上訴意旨指摘原判決此部分違法，即堪採取。

參、綜上所述，原判決將訴願決定及原處分關於被上訴人否准認列為發行認購權證權利金收入減項之認購權證相關發行費用3,638萬6,570元部分，均予維持，而駁回上訴人在原審此部分之訴，既有如上所述理由不備之違法，且與判決結論有影響，故上訴意旨就此部分求予廢棄，即有理由。惟因此部分事證尚有原審另為調查審究之必要，本院尚無從自為判決，故將原判決關於駁回認購權證相關發行費用3,638萬6,570元部分廢棄，發回原審法院另為適法之裁判。至原判決將系爭交際費2,284萬2,873元及認購權證避險部位損失5億7,500萬4,490元部分之訴願決定及原處分均予維持，而駁回上訴人在原審此部分之訴，核無違誤。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

六、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依行政訴訟法第255條第1項、第256條第1項、第260條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 99 年 9 月 9 日

最高行政法院第一庭

審判長法官 鄭 淑 貞

法官 黃 淑 玲

法官 鄭 小 康
法官 楊 惠 欽
法官 胡 方 新

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異
中 華 民 國 99 年 9 月 10 日
書記官 張 雅 琴

88

台北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 97,訴,1212
 【裁判日期】 971127
 【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

97年度訴字第1212號
 97年11月13日辯論終結

原 告 大華證券股份有限公司

代 表 人 許道義
 訴訟代理人 袁金蘭 會計師（兼送達代收人）

複代理人 林瑞彬 律師
 張憲璋 律師
 被 告 財政部臺北市國稅局

代 表 人 凌忠嫻（局長）住同上
 訴訟代理人 何淑玲

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97年3月21日台財訴字第09600542360號訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如下：

主 文
 原告之訴駁回。
 訴訟費用由原告負擔。

事 實
 一、事實概要：

原告民國（下同）91年度營利事業所得稅結算申報，原列報停徵之證券、期貨交易損失新臺幣（下同）466,258,012元，經被告分別核定出售有價證券收入應再分攤交際費22,842,873元、免分攤利息支出25,540,178元、調減認購權證之成本費用及避險部位證券交易損失611,391,060元，併計原告更正多分攤營業費用9,743,862元及前手利息扣繳稅款經協議轉列出售有價證券成本19,215,007元，核定停徵之證券、期貨交易損失1,103,910,636元，應補稅額33,300,400元。原告對應再分攤交際費及避險部位證券交易損失2項不服，申請復查，未獲變更。原告不服，提起訴願亦遭決定駁回，遂向本院提起本件行政訴訟。

二、兩造聲明：

（一）原告聲明求為判決：

1.原處分、復查決定及訴願決定關於核定出售有價證券免稅

89

所得項下應多分攤交際費22,842,873元，及否准原告將認購權證避險部位損失及相關發行費用計611,391,060元列為應稅權利金收入之減項部分均撤銷。

2. 訴訟費用由被告負擔。

(二) 被告聲明求為判決：

1. 訴願決定及原處分（復查決定）關於否准原告將發行認購權證費用新臺幣(下同)404,108元列為應稅權利金收入減項部分撤銷。

2. 原告其餘之訴駁回。

3. 訴訟費用由原告負擔。

三、兩造之爭點：被告依所得稅法第37條第1項、財政部83年2月8日台財稅第831582472號函、83年11月23日台財稅第831620897號函，及85年8月9日台財稅第851914404號函，就原告91年度營利事業所得稅申報中，核定出售有價證券收入應再分攤交際費，及調減認購權證避險部位證券交易損失，是否適法？

(一) 原告主張之理由：

1. 核定原告應多分攤交際費22,842,873元至證券交易所得項下原告於申報交際費時已將直接可歸屬於自營部門及以合理方式分攤至自營部門負擔之交際費，調整至證券交易所得項下，調整後申報之交際費金額並未逾所得稅法第37條各款合計後所規定之限額，因此被告之核定顯有違誤，析述如下：

(1) 原核定有應適用而未適用財政部85年8月9日台財稅第851914404號函釋之違法：

①按「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。」所得稅法第4條之1定有明文。由於證券交易所得免徵營利事業所得稅，買賣有價證券相關之成本費用，自不得由應稅所得項下減除，為正確計算停徵之證券交易所得及應稅所得，財政部83年2月8日台財稅第831582472號函（證一，以下簡稱83年函）規定，以買賣有價證券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，餘應依收入比例分攤至有價證券出售收入項下。然而並非所有費用之發生均與收入之多寡呈正比之關係，為求能更合理計算有價證券買賣應負擔之費用，財政部特別針對綜合證券暨票券金融公司發布財政部85年8月9日台財稅第851914404號函（證物二，以下簡稱85年函）之規定，對於可明確歸屬於應稅或免稅所得之費用得依個別歸屬認列，而對於無法明確歸屬之費用，得依費用之性質以合理之分攤基礎分攤至應稅及免稅所得，此函釋係基於所得稅法第4條之1規定而由財

90

政部所作出之解釋，依照稅捐稽徵法第1條之1「財政部依本法或稅法所發布之解釋函令…有利於納稅義務人者，對於尚未核課確定之案件適用之。」自應適用於綜合證券商尚未確定之案件。

- ②上開85年函釋，係針對以有價證券買賣為專業之綜合證券商及票券金融公司，應如何計算有價證券出售部分應分攤之營業費用及利息支出，自有價證券出售收入項下減除，以認定證券交易之所得所為之補充核釋，立意在避免財政部83年函釋未慮及綜合證券商及票券金融公司基於行業特性，如適用與一般營利事業相同之分攤計算公式將致偏誤所為之特別規定，以平該等業者之疵議，是以該等函釋適用對象係以有價證券買賣為專業之綜合證券商及票券金融公司，且顯係分立而不得混同。查原告係屬證券交易法第15條規定之綜合證券商，系爭年度之營利事業所得稅申報並已依上開85年函釋之規定處理，於直接歸屬營業費用後，再就不可明確歸屬之營業費用以合理而有系統之方式分攤至出售有價證券項下。財政部85年函釋既已賦予綜合證券商得以合理有系統之基礎及方式分攤營業費用至應免稅業務下之權利，自是肯認此種方式方能切近實情的衡量其應稅業務及免稅業務之所得，然被告卻以一未見諸法令規定之依應稅及免稅之業務別計算限額方式核定原告之交際費，由於該等限額之計算均係以收入金額為基礎，而營利事業本可以極少資金透過多次買賣有價證券而形成大額之買賣有價證券收入，但應稅業務之收入卻無法以此方式達成，此情形在綜合證券商尤為明顯，是以，被告分別就應稅及免稅業務設算交際費限額之做法（各該交際費限額又是以應免稅收入做為計算基礎），其結果已使原告依前述財政部85年函釋以合理分攤基礎分攤營業費用之結果完全失去意義，且該核定之結果無異使交際費之分攤回到前述83年函釋按收入比例分攤之概念，已全然失去85年函釋得以合理基礎分攤營業費用之精神，等同否准原告適用上開85年函釋，是原核定顯有應適用而未適用前揭85年函釋及適用所得稅法第4條之1不當之違誤，復查及訴願決定卻仍強稱適用，其違誤至灼。
- (2)被告於交際費部分分別就原告應稅及免稅業務計算限額，顯違反行政程序法第6條暨第8條及所得稅法第37條之規定：
- ①按「凡在中華民國境內經營之營利事業，應依本法規定，課徵營利事業所得稅。」所得稅法第3條第1項定有明文。次按「行政行為，非有正常理由，不得為差別待遇、」行政行為，應以誠實信用之方法為之，並

應保護人民正當合理之信賴。」行政程序法第6條及第8條亦定有明文。

- ②所得稅法第37條雖規定營利事業交際費限額，但營利事業通常同時經營多項業務，實務上通常無法就發生之每一筆交際費明確歸屬其係為何種業務而發生，是以營利事業按所得稅法第37條第1項至第4項之規定，各自計算出每一個營利事業在每一業務範圍內之最高限額交際費金額，再將4項金額相加，以其總額為該營利事業當年度交際費之最高限額，至於該營利事業實際申報之交際費，則一律核實認列，不再區別所得稅第37條第1項各款之限額，此一作業慣例不僅為稅務實務所普遍認知，且觀諸主管機關所印製之申報書格式中之所得稅法規定有列支限額之項目標準計算表之表格格式可明，並透過歷年來被告對各營利事業之交際費核定方式，亦廣為納稅義務人所知，是以原告之申報方式並無違法前揭法令之處。
 - ③財政部85年函釋已明確規範綜合證券商無法明確歸屬之營業費用得依費用性質，以合理歸屬之基礎計算有價證券出售部分應分攤之費用，於遍查關於交際費限額計算規定，無論是所得稅法第37條、營利事業所得稅查核準則第80條、財政部83年11月23日台財稅第831620897號函釋（證物三）及財政部85年函釋均未就應稅及免稅業務分別計算限額之規定，當然亦無其他法律有任何規定，況依稅法規定及主管機關所設計之申報書格式，並無應就應稅及免稅業務分開計算交際費限額之意思存在。被告毫未顧及以往之行政作業慣例，而認為同一營利事業之課稅業務與免稅業務也各自有其交際費限額，此種作法與其以往對所得稅法第37條有關交際費最高限額之解釋意旨全然不符。
 - ④再者，何以被告對其他非屬金融業之營利事業關於交際費均採總費用及總限額之比較方法，縱其有從事有價證券買賣，被告亦未就應稅及免稅業務分別計算交際費限方式核定，而卻要求從事綜合證券商業務之原告應區分應稅、免稅業務，再以應稅及免稅業務分別計算限額當作個別之營利事業限額再與申報數作比較，此一要求不僅與所得稅法第37條計算限額之規定不同，更違反了被告稽徵上一致性及公平性。且被告在非屬金融業之其他營利事業至今未曾依業務別而分別計算交際費限額之方式核定，其獨對證券業依此方式核定，亦有違行政程序法第6條所明定之平等原則、以及行政程序法第8條之誠信原則。
- (3)交際費限額為必須以法律明定之事項，本案被告自訂分項限額實違反司法院釋字第420號解釋及中央法規標準

92

法第5條：

- ①依中央法規標準法第5條之規定，關於人民之權利義務事項應以法律定之，而「租稅法定主義」是「法律保留」在稅法上的具體原則，依憲法第19條「租稅法定主義」的規定，舉凡應以法律明訂或法律未予規定之租稅項目，不得比照或類推適用其他法令之規定，或者另以命令做不同之規定，或甚至增列法律所無之限制，否則即屬違反租稅法定主義。
- ②「實質課稅原則」則是租稅法解釋原則的體現，即有關租稅構成要件事實之判斷及認定，應以其實質上經濟事實關係及所產生之實質經濟利益為準，而非以形式外觀為準，否則勢將造成鼓勵投機或規避稅法之適用，無以實現租稅公平之基本理念及要求，此即為「實質課稅原則」的具體內涵。再者，「實質課稅原則」引用的要件之一，則是要有「法律形成可能性」的「濫用」，如果沒有濫用「法律形成可能性」之情形時，行政機關就不可以恣意的就引用「實質課稅原則」來加以課稅，更不得據此來創設法律所未規定之限制。故司法院釋字第420號解釋固然肯定實質課稅原則在稅法上之適用，但亦闡明實質課稅原則在適用上仍應嚴守租稅法律主義，亦即實質課稅原則之適用不得逾越法律規定，更不得增加法律所無之限制，否則即屬違法。
- ③本案爭點所在之「費用限額」概念，係因針對營利事業經營業務所需之費用（如本案之交際費）雖實質上（財務帳證上）營利事業確實發生該費用，但如無限制認列，恐有稅源侵蝕之情形，而不得不在收入成本配合原則創設例外立法設定限額，故任何設立費用限額均絕無可能是實質課稅原則之體現（因設定費用限額即不可能符合有所得始應課稅之精神），而係必以法律規定之範疇，行政機關並無逾越法律規定範圍而自訂規範之餘地。換言之，如立法者認為所得稅法第4條之1及查核準則第80條訂定後交際費之限額應予限縮，自應立法明定之；財政部對此亦未推動修法，被告逕為與法律文意所無法獲得之解釋，顯破壞法律尊嚴甚鉅。
- ④綜前說明，既於遍查關於交際費之限額相關計算規定，即無論是所得稅法第37條、營利事業所得稅查核準則第80條、財政部83年11月23日台財稅第861620898號函及財政部85年函均未有就應稅及免稅業務應分別計算限額並分別比較規定之情況下，被告以「交際費應以應稅部門之營業收入設定一限額，大於限額部分皆予以轉列免稅部門項下費用」為核定，顯有違反司

93

法院釋字第420號解釋及中央法規標準法第5條「人民權利義務應以法律定之」之規定。

- (4)被告之核定，顯有適用「司法院大法官會議解釋第218號解釋」錯誤之違法。被告就本案所採核定方式，係屬一種推計課稅方式，惟推計課稅應有法律依據，其結果亦應能切合實際，以符合經驗法則。雖本案交際費之分攤係屬成本費用之分攤，但成本費用係計算所得額之一要件，其計算及分攤宜影響納稅義務人之所得額，且其所採用之方式本計核定之方法（無法逐筆明確歸屬之費用方法有分攤問題，故分攤方式當然為一推計課稅方式）。惟如上所述推計課稅應符合下列2原則：

①推計課稅應有法律根據。按推計課稅固為國家課徵稅收時可採取之方法，但依大法官會議釋字第218號解釋所揭櫫之原則，表明推計課稅應有法律依據，該解釋開宗明義揭示憲法第19條「人民依法律納稅之義務」之旨，並於理由書以解釋所得稅法第71條第1項前段、第76條第1項、第80條第1項及第83條第1項有推計課稅之法律依據，並載明或授權以推計核定所得額之方法，而認為聲請案件之推計課稅方法不違背憲法第19條之旨，並否認劉鐵錚大法官於不同意見書中主張之推計課稅與租稅法律主義有別之說法。大法官會議解釋第493號解釋理由書亦明示：「營利事業成本費用及損失等計算涉及人民之租稅負擔，為貫徹憲法第19條之意旨，仍應由法律明確主管機明定為宜。」被告以推計稅方式顯無法律之依據，故被告之核定明顯違法。

②推計課稅結果應能切合實際，以符合經驗法則：依大法官第218號解釋：「…依推計核定方法，估計納稅義務人之所得額時，仍應本經驗法則，力求客觀、合理，使與納稅義務人之實際所得額相當，以維租稅公平原則。」本案原告採用此推計課稅方式當然須恪遵大法官釋字第218號解釋之原則一需依法律規定為之，並力求客觀合理以與實際所得相當。本案原告為一綜合證券商，包含證券之自營、承銷及經紀部門，依各部門之業務性質及經驗法則，證券商之承銷部門及經紀部門均係為客戶提供服務，自營業務主係自行操作買賣有價證券，自營部門營業收入之獲取上與客戶互動並無絕對的關係，反而係承銷及經紀業務部門與客戶交際之需求及接觸之客戶層面遠超過自營部門，且承銷及經紀部門員工人數亦較自營部門為多。因此，依業務之性質，承銷及經紀部門所產生之交際費必定超過自營部門，然被告之核定情形，竟使自營部門所負擔之交際費與另2應稅部門所負擔之交際費總和差

94

不多（免稅部門之交際費23,158,131元：應稅部門之交際費26,620,047元），且核定亦造成自營部門應負擔交際費遠超過其依前述85年函釋實際歸屬及分攤之交際費，絕不可能與事實情況相近，顯已將部分應稅業務項下之費用移轉至免稅業務項下，與所得稅法第4條之1意旨及所得稅法第24條之收入成本配合原則不符。是故，被告之核定顯然不察事實及合理性，適用法規錯誤而致計算分攤結果嚴重背離各部門之業務情形，顯違背經驗法則、論理法則以及實質課稅原則，原告業於訴願理由書中詳述原核定之以上誤謬，惟訴願決定書卻對此等違法及顯然不合理之經濟結果未予糾正，亦顯失率斷。

(5)退萬步言，縱被告認交際費限額應就應稅、免稅業務分別計算，則於計算應稅業務限額時，亦應將原告列於非營業收入項下之利息收入、其他收入等應稅收入併入計算方為合理。縱被告認原告之交際費應分別就應稅及免稅業務計算限額並分別比較之，則於計算限額時，亦不應僅將原告列於營業收入中之利息收入納入計算基礎，而應將原告列於非營業收入項下之利息收入及租賃收入等亦納入計算，蓋該等收入列於非營業收入係因其非屬自營、承銷或經紀業務所生之收入，惟究其性質為原告定期存款、活期存款、交割結算基金等利息收入，以及出租資產之收入，其為應稅收入並已納入結算申報無誤，故在被告所堅持分別就應免稅業務計算限額之概念下，亦應將其一併納入應稅業務之交際費限額之計算基礎，方為合理，訴願決定對此未置一詞，亦顯失率斷。

2. 被告否准原告將認購權證避險部位損失及相關發行費用共計611,391,060元列為應稅權利金收入之減項。查原告系爭年度所申報之發行認購權證損益明細如下：

- ①發行認購權證權利金收入：\$749,028,000元。
- ②避險部位損失 (575,004,490)
- ③發行相關費用 (36,386,570)

④發行認購權證淨（損）益 \$137,636,940

被告將上述原告避險部位損失575,004,490元及發行認購權證相關費用36,386,570元，合計611,391,060元全數否准於應稅權利金收入項下減除。

(1)關於此部分鈞院已有支持原告見解之92年度訴字第157號判決（證物四）、93年度訴第3732號判決（證物五）、94年度訴字第1244號判決（證物六）、94年度訴字第1308號判決（證物七）、94年度訴字第1669號判決（證物八）、95年度訴字第673號判決（證物九）、95年度訴字第1900號判決（證物十）、96年度訴字1067號判

95

決（證物十一）及96年度訴字第52號判決（證物十二）可供參酌，合先敘明。

(2)「認購權證」之基本介紹、相關風險沖銷規定及該規定產生之結果：

- ①認購權證基本介紹：按現行證管法令規定，符合證券交易法第15、16條綜合證券商之資格者，得於法令授權下，針對已在證券交易所上市之公司股票發行認購權證。所謂「認購權證」係指投資人支付一定數額之權利金購買發行人所發行之認購權證，而該權證係表彰投資人有「依其設定之條件，於到期日內或約定之到期日，向權證發行人按約定價格認購一定數量之標的股票」之權利。亦即，投資人得依其對該標的股票未來市場價格之預期而決定購買該認購權證，致不論認購權證到期日當天標的股票股價如何，均享有得以約定價格向權證發行人購買約定數量標的股票之權利，如此便可在標的股票股價如其所預期上漲至高於約定認購價格時，選擇認購並享有該等價差之利益，並將最大風險鎖定在認購權證之權利金（亦即當標的股票股價低於約定認購價格時可選擇不執行履約，便只有損失認購權證之權利金），其餘風險則轉由發行券商負擔。由上可知，認購權證之價值隨標的股票價格而變動：當標的股票價格上漲，因認購權證持有人享有以相對較低價格認購標的股票之權利，故對認購權證投資者有利（其向發行券商買得約定之標的股票後，得至證券市場出售並賺取套利空間），但對發行券商不利（其必須先持有標的股票，並以低於目前市場價格之約定價格出售之）。反之，當標的股票價格下跌時，則持有認購權證之投資者得以特定價格認購而獲益之空間變小甚至無認購之利益（當標的股票實際價格跌至低於約定價格時，認購權證投資人將選擇認賠已付出之權利金，而不要求履約），故對權證投資者不利，但對發行券商有利。因此，認購權證之價值與標的股票價格係呈同向之變動，而該變動對於投資人及發行券商之影響恰好是相反的，惟雙方均負有一定之風險，投資人所負之最大風險可以預知（即已付出之權利金），然發行券商雖取得權利金收入，但其最大之履約成本及風險卻無法預測，故進行避險策略實有其必要性及正當性。
- ②相對風險沖銷規定認購權證發行人，向臺灣證券交易所股份有限公司（以下簡稱證交所）申請同意其擬發行之認購權證上市時，依行為時發行人申請發行認購（售）權證處理準則（證物十三）第十條規定，俟證交所期貨委員會（現已改制為行政院金融監督

96

委員會證券期貨管理局)核給其發行認購權證之資格後，向證券交易所申請同意其發行計畫後，始得辦理發行及銷售。又行為時臺灣證券交易所股份有限公司認購(售)權證上市審查準則(以下簡稱審查準則，詳證物十四)第5條、第8條第1項第11款分別規定，「發行人申請認購(售)權證發行人資格之認可…應提出預定之風險沖銷策略。」「發行人申請發行認購(售)權證資格者，有下列各款情事之一者，本公司得不予同意：…十一、發行人無適當之風險管理策略者…」故不論認購權證到期履約之方式，投資人按約定履約價格向發行人購入標的股票或投資人以現金結算方式收取差價，皆必須有風險沖銷策略之訂定。風險沖銷之避險方式，可分委外避險及自行避險。自行避險之風險沖銷策略係指認購權證發行人，為避免因標的股票價格大幅上揚或下跌，致認購權證(或稱被避險部位)到期履約時產生鉅額虧損或避險標的股票產生鉅額虧損之風險，所採取自行買進或賣出標的股票(或稱避險部位)或權證之相對應措施。認購權證發行人無適當之風險管理措施者，依發行人申請發行認購(售)權證處理準則第7條第6款之規定，證期會得不認可其發行資格。

- ③風險沖銷規定產生之結果：根據前述認購權證風險沖銷之規定，原告所進行風險沖銷之交易，實係主管機關規範其得以發行認購權證所不可或缺之合法要件，並非獨立之「證券交易」，被告不得將其逕行涵攝成所得稅法第4條之1之證券交易損失，鈞院並已有支持前述見解之判決可證。認購權證之發行人依法須於向主管機關申請發行認購權證時，檢具載明其預定風險沖銷策略之發行計畫，向證券交易所遞送申請書。故預定風險沖銷策略自屬需經主管機關規範且審核之發行認購權證不可或缺之合法要件，應可由此確認。
- ④另依金管會證券期貨局(前為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(86)台財證(二)第03294號函(證物十五)之規定，證券商發行認購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權證之標的股票，惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購權證發行單位所代表之標的股票股數。發行認購權證之證券商，於該認購權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出標的股票；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。是以，認購權證發行人依法必須從事前述認購

gm

權證之避險操作，否則主管機關得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。此外，為認購權證避險目的所持有之標的股票之買賣及持有數額，概依發行計畫之風險沖銷策略及相關法令而定，並列入避險專戶內，其買賣損益之計算，均有資料可證。前述要求權證發行者需有風險沖銷策略並進行避險之規定，目的係在降低證券商之整體經營風險，進而保護證券市場及廣大投資人。原告發行認購權證所必要執行之避險措施，確係其基於證券交易所事前核准、事後審核之行爲暨國際性選擇權定價模型之學理而必須採行者，故足認實係屬發行認購權證之合法要件及實際上之必要條件，而非真有獨立意思表示之證券交易行爲，類似行爲絕非立法者於74年間制訂所得稅法第4條之1時所能慮及，自不容被告於無法律依據下任意創設如原處分所示之課稅規定。

- ⑤次按法律之實踐，「定性」必先於「適用」，俟事實定性清楚，方能按照定性之結果尋找出相對應之法規範，進而形成法律效果。定性本身，分別有「事實認定」與「法律涵攝」2個過程。而「事實認定」必須符合事務本質，才不致產生「偏見」，法律涵攝則須從外觀上多數可供涵攝之數個法規範中選取其中「實質上正確」之單一法規範以符合立法意旨。且所得稅法制本身與民商法制間之關連密切，亦即所得稅法制上「收入」之定性，須考究其經濟上之實質，而其定性標準實際上係以民商法爲主要衡量因素，而非僅由稅法單獨決定，上述見解爲法學上之重要概念。又，被告亦經常以稅法上之「實質課稅原則」來核定納稅義務人各項稅捐，如躉繳保險費案，依遺產及贈與稅法第16條第9款「約定於被繼承人死亡時，給付其所指定受益人之人壽保險金額、軍、公教人員、勞工或農民保險之保險金額及互助金」並不計入遺產總額，而被告一向不以納稅義務人所收到之金錢形式上是否係保險金爲論斷，而係以該躉繳保險費之實質是否符合保險目的爲判斷，即採事實定性優先於法律適用之論證方式，行政法院亦一向認同此看法（台北高等行政法院92年度訴字第1005號判決）（證物十六）。是就本案言，發行認購權證之證券商爲避險目的而買賣標的股票或認購權證，係爲建立避險部位，以有效降低發行認購權證之損失風險，此一避險操作爲發行認購權證所不可或缺之一部，故發行認購權證所採取之必要避險措施之成本、損失實爲發行認購權證收取權利金之必要成本，被告卻僅以外在形式即認定原告之避險交易必屬所得稅法上之「證券交易」，否准原告

98

認列避險交易之損益，顯係將事實定性與法律適用混為一談而不足採。

(3) 權證發行人雖因發行而收取權利金，惟亦因發行權證而負有須接受投資人履約之法律責任，是不論就經濟實質上、法律關係上或會計上，發行人因履約所付代價均應與權利金收入併計損益，而發行人之避險操作僅係試圖降低履約損失之手段，其損益當然為履約代價之一部分，而應與權利金收入併計損益：

① 按「營利事業之會計事項，應參照商業會計法、商業會計處理準則及財務會計準則公報等據實記載，產生其財務報表。至辦理所得稅結算申報時，其帳載事項與所得稅法、…、本準則及有關法令規定未符者，應於申報書內自行調整之。」營利事業所得稅查核準則（以下簡稱查核準則）第2條第2項訂有明文。本案之爭點厥為原告發行權證之所得為若干，查認購權證首次發行時，立法者並未針對發行權證之課稅有任何法律公布，自不能謂法律已對此爭點已有明訂；而從法律權利義務之觀點觀之，認購權證發行人（即原告）雖因發行而可向購買權證之投資人收取發行權利金，惟同時亦因而負擔須應投資人要求而須以應賣股票或結算現金方式履約之義務，亦即發行券商雖一開始可收取一筆發行權利金，卻必須俟該權證到期時對行使履約權利之投資人完成履約，或是投資人屆時確定放棄履約權利，發行人之義務了結時該權利金方為「賺得」，發行權利金收入與履約義務二者之因果關係顯屬不可切割，而也必須俟權證到期履約時，將發行人所收之權利金收入扣除其因履行義務所付代價（即履約價格與其成本之差額），亦方能得知發行人因「發行行為」產生之淨所得究為多少。

② 次依經濟實質之觀點，如認發行權證賺取權利金之行為與避險措施為獨立之2行為，顯與經濟實質不符，蓋絕無任何一投資人會採取「股價上漲，就一定會繼續漲；股價下跌，就一定會繼續跌」之操作操略，因此避險措施絕不能稱為一獨立之經濟行為；末依會計上之觀點，任何會計上之所得均應以其收入減除其相關成本費用，且為貫徹該等收入與成本收入費用之配合以正確計算損益，會計上避險行為與被避險行為亦應併計損益。由上述可知，無論就經濟實質上、法律關係上或是會計上，發行人因履約所付代價均應與發行權證所收權利金收入合併計算損益，該等權利金如為應課稅收入，則發行人因履約所付代價自應由該項應稅收入下減除後課稅，故被告之認定顯與查核準則第2條第2項不符。而權證發行人所為之避險措施，係

99

權證發行人為控制風險使屆時履約代價不致過大而無法承受之手段，並係基於主管機關之強制要求而必須進行者，如無避險措施，則亦無主管機關對該權證發行之核准，二者互為條件；而避險行為之目的係將屆時履約發行人所須負擔之代價控制在一定範圍內，因此避險措施之損益本即履約所付代價之一部，因此自亦應與發行權利金收入合併計算損益，方能反映權證發行人真正之損益情況，達到實質課稅之目的。被告之核定係將權證發行人（本案原告）所收取之收入，與其因發行而負擔之履約義務單獨觀察，而將其收入視作應課稅收入，但其履約所付代價卻為免稅，不僅與經濟實質、法律關係及會計處理方式全然不符，亦顯違反收入成本配合原則，更違反被告於所有案件上均一再宣示須貫徹，且為釋字420號所揭櫫之實質課稅原則。

(4) 避險交易並非證券交易損失，被告之核定忽略認購權證交易之經濟實質及量能課稅原則，並就原告權利義務相關聯事項割裂為不同認定，顯違反司法院大法官會議釋字第420號解釋及釋字第385號解釋：

① 釋字第420號解釋之「實質課稅原則」，近年來常為稅捐稽徵機關及行政法院於稅務行政救濟案件中所引用，以防納稅義務人利用法律條文之解釋空間，而任意規避其依法應履行之納稅義務。所謂「實質課稅原則」，即課稅與否之認定，如發生『形式上存在之事實』與『事實上存在之事實』不同時，租稅之課徵基礎應基於『事實上存在之事實』，以免納稅義務人濫用私法上之法律形成自由規避租稅。故自「實質課稅原則」亦可解為，既租稅之課徵基礎應基於『事實上存在之事實』，於發生『形式上存在之事實』與『事實上存在之事實』不同時，稅捐稽徵機關自不應侷限於『形式上存在之事實』去判斷納稅義務人是否有納稅義務，而應先行查明『事實上存在之事實』為何，再決定是否納稅義務人確實有應課予納稅義務之情事。因此，如在必須經由兩個法律上之行為才可被認定屬一個經濟上之行為時，自應將該兩個法律行為結合觀察，才可能獲得稅捐課徵之正確性。

② 揆諸本案，原告於發行認購權證後依法進行避險交易而所為之標的股票買賣，其與原告僅單純為賺取證券交易之價差而所為之有價證券買賣，其交易目的、持有期間、是否得自由買賣、有無特殊限制…等，均有所不同，故避險交易顯非一個「獨立經濟目的之行為」，而係附屬於為賺取認購權證之權利金或為符合認購權證發行之事前承諾而必須進行之措施。被告枉顧

100

認購權證依法所必須進行之避險交易之實質，僅一再拘泥於該避險措施之形式為證券交易，顯違反釋字第420號解釋所表彰之「實質課稅原則」甚明。再者，被告就同一認購權證交易有關聯之權利義務相關事項為不同認定，於原告發行認購權證時，認為其取得之權利金為營利事業所得稅之課稅範圍（即應稅入），但自其發行後之標的股票買賣，均為證券交易所所得，故其損失不得於應稅權利金項下扣除以併計損益課稅。原告一個完整之交易行為，被告卻予以割裂適用，顯然違反司法院大法官會議釋字第385號解釋「然課人民以繳納租稅之法律，於適用時，該法律所訂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」之意涵。

(5)所得稅法第4條之1後段須在符合收入成本配合原則之要件下才可適用：所得稅法第4條之1後段「證券交易損失亦不得自所得額中減除」，係基於同條前段「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所所得停止課徵所得稅」之規定而存在，故該條規定顯屬「收入成本配合原則」概念之具體化。換言之，就法律形式上為「證券交易損失」要適用所得稅法第4條之1後段，自必須在不予認列損失將能達到「收入成本配合原則」之功能，才可能符合該條之立法目的。揆諸前述，系爭避險措施所造成之具有「證券交易」外觀之損失，非常明確的可以認定係原告為獲取「應稅」之「認購權證發行權利金」所不可或缺之成本，甚至不能認為該避險措施為一具有獨立經濟目的之行為，因此「收入成本配合原則」如不能在此處適用，絕對與租稅公平原則及所得稅法第4條之1之目的解釋不符。

(6)被告認定認購權證避險損失係屬應稅或免稅項下損失之方式顯與其他成本費用項目不一致，且所得稅應對「所得」課稅，如被告未將發行認購權證之相關成本費用自認購權證收入中扣除，而就收入毛額課稅，顯不符實質課稅原則：

①被告認定各項成本或費用應歸屬於應稅或免稅收入項下減除，均應以該成本費用項目係為何項業務而發生，亦即該成本費用係與何項收入之產生具有直接關係而定。營利事業所有成本費用項目各應歸屬於應稅或免稅收入項下減除均係依該等認定方式為之，而不以發生該成本費用本身之行為外觀作為判斷，如此方符合一般公認會計原則之收入與成本配合原則，並達到量能課稅之目的。對於權證發行人從事避險而產生損失，當然亦應以與其他成本費用項目相同之認定方式，以辨認其究屬應稅或免稅收入項下之成本費用。

101

避險操作既為證券主管機關強制以法令要求權證發行人所從事之行為，當然應屬發行權證所收取權利金收入項下得減除之成本，而不應以避險操作行為本身是否為買賣有價證券作為判斷準據，被告對於權證發行人從事避險行為所發生之損失，與其他成本費用項目歸屬予應免稅項下之判斷方式顯不一致，使原告應稅權利金收入直接且大部分之成本（避險產生之損失）未於權利金收入項下減除，實有矛盾及違誤。

②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項訂有明文，是營利事業所得稅係針對所得額課稅而非收入課稅其義甚明，而也唯有針對所得額課稅方能真正達到量能課稅之目的。雖目前證券交易所停徵，同法第4條之1為明確區分應課稅部份之所得，訂有「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。」之規定，亦為前述「成本收入配合原則」之體現。蓋一般證券交易買賣股票係為獲利而「低價買入、高價賣出」，惟認購權證發行人因收取發行收入而負有未來履約之義務，而為避免日後履約之損失，反必須採取「高價買入、低價賣出」之策略，兩者之決策考量目的完全相反，認購權證發行人亦受前述法令規範而必須採取此等避險措施，故認購權證發行人僅於有限範圍內享有自由決定權。

③今原告發行認購權證之收入係屬應稅收入業已由財政部發布函令規定，則依所得稅法第4條之1意旨及精神，應准營利事業將產生該發行認購權證收入之相關成本費用於發行收入項下減除，以發行淨所得課徵營利事業所得稅。原告為發行認購權證而依循證交所強制規定進行避險交易而買賣有價證券之損益，與原告以獲利為目的之有價證券投資行為完全不同，前者須受諸多限制而非得自行買賣，然被告之核定顯違反所得稅法第24條及量能課稅原則，亦幾等於將認購權證權利金所得稅之課徵方式扭曲為以交易毛額課稅之方式（即縱使原告因避險操作而使其權利金收入全數賠光仍要就權利金收入之大多數金額繳納所得稅），被告此等破壞所得稅制度及精神之核定方式，顯不當加重原告之所得稅負。

(7)原告於發行權證時之權利金定價及避險模型及策略之訂定，絕未曾且絕不可能將避險操作之損失不得於應稅項下扣除之影響納入考慮，以調整其定價及避險模型：

①按原告於權證之權利金定價時，主要是以一世界公認之二項式評價模型Cox, Ross & Rubinstein訂價模型

102

(簡稱CRR模型，為Cox, Ross及Rubinstein三位學者於1979年所推導出)，該2項式模型收斂到BS模型(Black-Scholes Option Pricing Model, 簡稱BS模型)，亦即BS模型隱含於CRR模型中，作為權證之定價基礎，該模型於證券交易所審查原告申請發行認購權證資格認可時所必須提交之預定風險沖銷策略時，其公認性亦為證券交易所所肯認。查原告發行權證公開說明書中所載影響權證價格之因素為目前標的股票之股價、利率、到期日長短及股價報酬率波動度等，與CRR及BS模型所指影響權證價格之因素完全相同，可知於評估權證理論價格時，並未包含稅賦考量在內。在此過程中，原告不僅未曾將避險操作損失不准於應稅收入下扣抵之結果作為調整權利金定價之因素，未來亦絕不可能如此，因權證之定價絕不可能過度高於國際公認評價模式所計算出之價值，否則勢必造成無人投資而致市場消失之情況；倘原告等證券商擬將發行權證避險操作失無法於報稅時扣抵之稅賦影響納入定價之調整，將其轉嫁與權證投資人，由於該等避險損失佔權證發行成本之大部分，以其百分之25之稅負影響數調高定價必然嚴重使台灣市場之權證發行價格偏離其合理價位，而在國際市場自由競爭之機制下，投資人將完全無意願購買台灣市場所發行之權證，致證券商即便在我國發行權證，亦無相對應之買方存在，無異使台灣證券市場萎縮或喪失，對國內金融商品市場及金融環境將造成嚴重傷害。

②另依中華民國證券商業同業公會於民國93年8月委託國立台灣大學財務金融系李存修教授研究之「證券商發行認購(售)權證之定價策略及各項相關成本分析」(證物十七)可知，該研究報告之目的係分析證券商發行權證之實際獲利狀況，藉以釐清確認發行券商是否已於定價策略中納入權證避險損失不得抵扣應稅所得之稅負影響，以達到將稅負轉嫁予投資人之目的。經李存修教授研究結果發現，證券商權證定價之波動率加成(volatility markup)並未將避險損失不得抵扣應稅所得之所得稅負納入考量，因此確未將該等稅負透過定價轉嫁於權證投資人。由此更足證被告之核定方式為一種殺雞取卵，強課無此所得之業者所得稅之錯誤作法，實應予撤銷。

(8)依財政部83年函釋及85年函釋所闡示之法理，縱認避險損失為證券交易損失，亦無不許列為應稅所得項下之理；財政部83年函釋(證物一)規定「三、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

103

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營業費用及利息，自有價證券出售收入項下減除。」及85年函釋（證物二）「（一）綜合證券商：1.營業費用部份：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。」分別為財政部83年函釋及85年函釋所示。上述2函釋均強調，如係可明確歸屬於免稅收入所生之成本費用，即使該費用本身未具有證券交易之形式外觀（例如借款而發生利息支出），仍應歸屬至免稅所得項下；也就是說非證券交易損失，如遇到符合收入成本配合原則之情形時，被告亦一向不准依所得稅法第4條之1但書之反面解釋，而僅憑該費用發生之行爲外觀非證券交易，即認該費用可列於應稅所得項下；換言之，一般營利事業日常發生之薪資支出，係非屬證券交易形式之損失，若依照所得稅法第4條之1但書之反面解釋，應即可自課稅所得中減除，惟照前述2函釋之意旨，若其係與證券交易之活動相關，基於收入成本配合原則，仍不得列為應稅收入之減項。因此被告如認本件避險措施雖可明確歸屬於應稅權利金收入項下，但因所得稅法第4條之1之規定，仍不得於權利金收入下扣除，將顯違83年函釋及85年函釋所揭櫫之原則。

(9)所得稅法第4條之1雖為所得免稅之特別規定，惟其適用上並未排除所得稅法第24條，是既有所得稅法第4條之1存在而將所得分為應免稅2類，於計算此2類所得時更應恪守所得稅法第24條之收入成本配合原則：

①如非所得稅法或其他相關法令訂有所得免稅或停徵所得稅之規定，則所有所得均為應稅，可直接依所得稅法第24條以全部收入減除各項成本及費用等得出其所得額後遽以課稅即可。而在根據所得稅法第24條為計算時，營利事業所得認列之成本費用項目亦當然應符合稅法相關認列要件、應取具憑證以及限額等規定，該等限制規定主要係基於確認成本費用實質性、降低人為判斷所可能造成之偏誤或避免浮濫而訂立，非為意圖破壞收入成本配合原則，而為統一成本費用認列標準並避免認定爭議所為之取捨；而觀整體稅法之設計，亦並未因該等限制而嚴重偏離收入成本配合原則，或產生劇烈偏離實質課稅原則之結果，反而是在這些例外規定之下，仍盡量嚴守收入成本配合原則，也只有如此方能達到實質課稅原則之理想。所得稅法4

104

條之1有關證券交易所免稅，證券交易損失不得扣除之規定，實係一特別規定，其特殊立法目的使該規定確實為實質課稅原則之例外，惟既其已將所得分為應課稅及免稅2類，於計算應稅所得及免稅所得時，更應恪守所得稅法第24條之收入成本配合原則：屬於應稅收入項下之成本費用不應列為免稅收入項下減除，而屬於免稅收入項下之成本費用亦不應列為應稅收入項下減除，否則絕對無法正確計算應稅及免稅所得，此觀所得稅法第4條之1之相關解釋函令，如財政部85年8月9日台財稅字第851914404號函及財政部83年2月8日台財稅字831582472號函，以及司法院大法官會議釋字第493號（證十八）即可知，所得稅法第4條之1之適用上如排除所得稅法第24條之收入成本配合原則，該2函釋即不可能將非屬證券交易形式之各項營業費用自免稅證券交易收入項下減除，則司法院大法官會議亦不可能同意財政部83年函釋合憲。

- ②是本案原告避險及履約損失及其相關費用，確實為原告賺取權利金收入所必須之成本費用，其與權利金收入有直接而密切之相關性已於前述，且與非有獨立意思表示及完全決策自由有價證券買賣行為，即與所得稅法第4條之1所欲達成之立法目的無涉，自應不在所得稅法第4條之1之適用範圍內至明，是應將其列為原告發行權利金收入之成本費用，自權利金收入下減除後計算發行淨損益課稅，方符合所得稅法第24條收入成本配合原則。本案被告將原告發行認購權證之權利金收入列為應稅收入，卻將其須支出且佔比例極大之避險交易而生之損失，視為純粹之證券交易損失，顯割裂適用法律，違反實質課稅原則。
- ③而被告以避險交易既可能有利益，則難謂係發行權證之成本費用，實係迷惑於利益、損失、成本、費用等名詞，混淆收入成本費用配合之上位指導原則。蓋一筆交易依其交易內容複雜程度不同，可能同時有收入、成本、費用、利益(得)及損失。所得稅法第24條之「收入」「成本」「費用」之定義及涵攝範圍，絕不可能因某一筆交易，其成本或費用部分因某特殊情況產生「收益」，而造成該成本費用即無法認列為該筆交易相關之成本費用，典型例子如：購買已有建物之土地，其目的係為拆除該舊建物，用該地重新蓋新建物，則拆除該建物之支出固應為購地之成本加項，然將拆舊建物所得之廢鋼筋加以變賣所得「利益」，會計上則應列為該購地成本之減項。難道僅因拆舊建物所得之廢鋼筋因有變賣「利益」，則該拆除成本即不准列入購地成本乎？實則，被告實係對於所得稅法第

105

24 條收入成本配合原則有所誤解，而認為權證避險交易既可能有「利益」，即不可能是該權證發行之成本費用，以上揭購地之例即可知為錯誤。正確說法應是該權證避險操作結果及履約結果無論其本身為損失或是特殊狀況下產生利得，均應屬發行權證賺取權利金收入之必要成本（而倘避險及履約結果最後成為利得，即是「負成本」，因果關係、法律關係及經濟實質上仍是權證交易之成本費用，僅是因加計該「負成本」後，會增加權證交易之所得。）。

(10) 權證發行人之避險操作確有可能發生利得，惟在這種情況下表示市場行情多呈現標的股票股價上漲之態勢，代表投資人未來到期履約之機會大增，如未妥善避險，履約時有極大損失之風險，故避險操作之利得亦應屬應稅項下，而與應稅權利金收入併計損益課稅：

①如前所述，認購權證發行人（原告）之避險措施，係為與其發行而負擔之履約義務風險對沖，亦即其操作方向與市場行情的關係如下：當標的股票價格看漲時，因履約價格可能低於股票市價，致認購權證投資人選擇履約有利可圖，故其選擇履約之機會增加，這時發行券商須買入標的股票或權證以鎖定成本或降低履約風險，以免履約時需負擔鉅額代價；而當標的股票價格看跌時，因履約價格可能高於股票市價，致認購權證投資人選擇履約沒有利益，而可能不會選擇履約，故此時權證發行人應減少手上已持有之標的股票或權證部位。由此可知，權證發行券商之避險操作與一般以獲利為目的之有價證券買賣行為，其方向完全相反，完全係為與其發行所負履約義務對沖所致，故如將避險操作本身與發行權利金割裂而分別觀之，絕對會造成租稅上之不公及毛額課稅之荒謬結果，此絕非所得稅法第4條之1訂定之原意。

②而權證發行人（原告）之避險操作，既係與股價行情走勢呈反向操作，相對於以獲利為目的之一般證券交易行為，避險操作本身發生損失之機會自然大於產生利益之機會，惟因對行情之預期仍可能與實際稍有不同，加以避險操作損益是自發行至履約間一連串連續避險作業之合計結果，在少數機會下，仍有可能發生避險操作本身發生利得之情況。但回歸到避險操作係權證發行人對於到期履約應負擔代價之因應，避險操作本身若發生利得，自是代表在發行至履約這段時間內，市場行情多呈現標的股票價格上漲之情勢，致使未來投資人履約機會大大增加，且權證發行人（原告）未來履約時應支付代價升高，風險因而增大，是權證發行人此時當選擇在相對低價時先購入標的部位，

106

以免履約時負荷過大而無法承受，故縱使原告因避險獲得利潤，亦係原告為降低履約價量過大之風險所產生之結果，性質上仍屬「負成本」之概念，原告特以此狀同意無論原告避險操作係產生損失或利得，均應與權利金收入合併計算發行權證損益課稅，方符所得稅法第24條收入成本配合原則。

(ii) 所得稅法第24條之2已於96年7月11日公佈施行，明定權證發行人避險損失得於權利金收入項下減除以計算損益課稅，顯見財政部亦認其86年12月11日台財稅第861922464號函不符收入成本配合原則，方增訂該法條，足證權證發行權利金收入與避險損益間有收入成本配合原則之適用，原核定顯有應適用而未適用所得稅法第24條收入成本配合原則之違誤：

① 被告之核定否准認購權證避險損失列為發行權利金收入之成本，而自其項下減除後以計算損益課稅並未違反所得稅法第24條之收入成本配合原則。惟增訂之所得稅法24條之2已於96年7月11日公佈（證物十九），明定權證發行人避險操作損失得與發行權利金收入併計損益課稅，而不適用第4條之1及第4條之2規定。另查先前審查所得稅法第24條之2（當時為第24條之1）草案時，前財政部王政務次長得山於91年4月4日召開之第5屆第1會期財政委員會第7次全體委員會議中發言：「……有關張委員花冠等34人提案修正所得稅法第24條之1（即現今之24條之2），我們原則是同意的，其實最好的方式是全部都恢復課稅，但因為這個部分非常敏感，所以先就認購(售)權證標的證券交易所得課稅，並扣除其損失，是原本就應該做的，所以我們對此抱持著贊成的立場……。」（證物二十）顯見財政部亦認為其原以86年12月11日台財稅第96192246號函釋說明認購權證課稅之方式，並不符收入與成本配合原則；此外，財政部林部長全於92年5月8日召開之第5屆第3會期財政委員會第17次全體委員會議中發言：「……基於認購(售)權證發行人，因從事避險操作而於認購(售)權證存續期間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，係發行認購(售)權證之重要配套措施，且為發行權證所衍生之交易，為符合收入與成本費用配合原則及合理計算發行人發行認購(售)權證之損益計算，本次委員提案修正所得稅法增訂第24條之1（即現今之24條之2），明定認購(售)權證發行人買賣上開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)權證損益課稅，不適用所得稅法第4條之1及第4條之2規定，使課稅更為公平合理，本部敬表支持與贊

107

同……。」(證物二十一)，由上該財政部首長之說明可證權證發行權利金收入與避險損益間應有收入成本配合原則之適用，被告之核定顯有應適用而未適用所得稅法第24條收入成本配合原則之違誤。

②雖所得稅法第24條之2得否適用於本案，立法者並未明文表示，惟過去對於因法律解釋產生之爭議，而以立法方式解決爭議，「確認性立法」所在所有，基於租稅公平正義的基本要求，除非是立法給了某產業租稅優惠，若仍維持一種已變更的法律，尤其是已被確認為錯誤而遭變更之法律，是不符合司正義原則的。由此出發則應慎重考量於未確定之案件上，對於新修，尤其是變更以前錯誤之法律，即使法未明文得追溯，只要法未明文禁止，則基於正義之本質，折衝於法之安定性考量，則應讓尚未確定之案件得以援引。即使無法直接適用，亦應得以法理方式引用之。財政部就認購權證課稅事宜而於96年7月修正所得稅法，顯為確認權證發行人就發行權證所得之課稅有所得稅法第24條第1項收入與成本配合原則之適用，准許權證發行人得將避險損失作為應課稅發行權利金收入之相關成本而予以併計損益，以發行淨所得額課徵營利事業所得稅，非屬給予租稅減免或優惠之創設性之立法，本案自應有其適用。

(12)退萬步言，縱使被告認上述之避險部位損失因其具備證券交易損失之外觀形式而不得作為應稅權利金收入之減項(惟原告並不認同此主張)，亦應將直接歸屬與間接分攤至發行認購權證業務之營業費用依照收入成本配合原則，列為應稅權利金收入之減項：因原告之認購權證業務均係由獨立之部門處理，故與此業務相關之營業費用均可清楚計算，故若依被告之核定，發行認購權證之權利金收入應作為應稅收入，則依85年函釋得分攤至該項應稅收入項下之營業費用36,386,570元(詳證物二十二)即應依收入成本配合原則列為應稅權利金收入之減項方為合理，否則不啻為認定原告於發行認購權證以賺取權利金收入之行為中，無任何相對應之成本，此一核定方式顯不合理。故縱使被告認前述之避險部位損失因具備證券交易損失之外觀形式而不得作為應稅權利金收入之減項(惟原告並不認同此主張)，亦仍應依收入成本配合原則准原告將直接歸屬與間接分攤至發行認購權證業務之營業費用列為應稅權利金收入之減項方屬合理，否則等於認定原告發行認購權證毫無成本費用而對原告發行權證收入毛額課稅，顯違反所得稅法第24條之收入與成本費用配合原則以及實質課稅原則甚鉅。

(二)被告主張之理由：

108

1. 出售有價證券收入項下應分攤交際費：

(1) 按「業務上直接支付之交際應酬費用，其經取得確實單據者，得分別依左列之限度，列為費用或損失：一、以進貨為目的，於進貨時所直接支付之交際應酬費用……全年進貨貨價超過6億元者……經核准使用藍色申報書者，以不超過千分之0.5為限。二、以銷貨為目的……全年銷貨貨價超過6億元者……經核准使用藍色申報書者，以不超過千分之1.5為限……四、以供給勞務或信用為業者……全年營業收益額超過4,500萬元者……經核准使用藍色申報書者，以不超過千分之6為限。」為所得稅法第37條第1項所明定。又「以買賣有價證券為專業之營利事業，因業務需要支付之交際費，其全年支付總額，以不超過左列標準為限：(一)買賣有價證券，依所得稅法第37條第1項第1款及第2款規定辦理。(二)因有價證券所取得之股息、紅利及利息(包括短期票券之利息收入)等投資收益，准併入營業收入總額，依所得稅法第37條第1項第4款規定辦理，但投資收益80%(現行法係全額免計)免計入所得額部分，因實質免稅，則不應併計。」「綜合證券商及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。」為財政部83年11月23日台財稅第831620897號及85年8月9日台財稅第851914404號函所明釋。

(2) 原告91年度申報交際費49,778,178元，另於停徵之證券、期貨交易收入項下自行減除自營業務部門應分攤交際費114,784元及期貨部門應分攤交際費4,680元(詳卷第15、34、460頁)。嗣簽證會計師重新計算更正自營業務部門應多分攤營業費用9,743,862元，更正後自營業務部門應分攤交際費為310,578元(詳卷第461頁)。被告以應稅業務部門交際費可列支限額為26,620,047元(詳卷第351頁)，將超限之交際費認屬免稅業務部門之費用，扣除自營部門已列報交際費310,578元及期貨部門分攤數4,680元，其餘交際費22,842,873元(49,778,178 - 26,620,047 - 310,578 - 4,680)(詳卷第515、516頁)轉自有價證券出售收入項下認列。原告就核定出售有價證券應分攤交際費不服，申請復查未獲變更，原告不服提起訴願，經訴願決定駁回，遂向大院提起行政訴訟。

(3) 答辯理由：

① 原告既係以買賣有價證券為專業之營利事業，其出售

109

有價證券之交易所得，依所得稅法第4條之1規定，停止課徵所得稅，是原告本期之營業所得，可分為兩部分，一為應稅所得，一為免稅所得。又營利事業出售有價證券之交易所得納入免稅範圍，雖有其特殊意義，惟宜正確計算「免稅所得」之範圍，如免稅項目之相關成本費用歸由應稅項目吸收，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。且行為時所得稅法第37條規定交際費之列支係以與業務直接有關者為限，綜合證券商之經紀、承銷、自營等各部門經營業務所支付之交際費，自應依交際對象歸屬於各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），並依所得稅法第37條及財政部83年11月23日台財稅第831620897號函釋，分別核算其非屬出售有價證券之應稅業務部分交際費可列支之限額，及出售有價證券免稅業務部分交際費可列支限額後，再將超過應稅業務部門可列支之交際費限額部分，移由免稅部門核認。此係採對業者最有利之計算方式，即將非屬出售有價證券之應稅業務部分，讓業者享受全部之交際費限額，再將超過應稅業務部門可列支之交際費限額部分，歸屬為出售有價證券免稅業務部分之費用，轉自有價證券出售收入項下認列，以正確計算其免稅所得，符合收入與費用配合原則及量能課稅原則，於法並無不合。最高行政法院95年度判字第02206號、96年度判字第00186號判決可資參採。本案被告原核定計算原告非屬出售有價證券之應稅業務部分交際費可列支之限額為26,620,047元（詳卷第351頁），乃選擇對納稅人最有利之方式，將非屬出售有價證券之應稅業務部分，享受全部之限額，其餘交際費23,158,131元（申報交際費49,778,178－交際費限額26,620,047），係屬出售有價證券免稅業務部分之費用，扣除自營部門已列報交際費310,578元及期貨部門分攤數4,680元，餘交際費22,842,873元轉自有價證券出售收入項下認列，符合首揭釋令規定。

- ②所得稅法第37條交際費之列支係以與業務直接有關者為限，亦即僅限於營利事業與其業務有關而直接支付之交際應酬費用，本件原申報於非營業收入項下之利息收入及其他收入，其性質尚非屬與業務直接有關，被告不予納入計算應稅收入交際費限額之基礎內，並無不合。

2. 認購權證出售損益：

- (1)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。」「自

110

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「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。」、「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）依標的股票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。」為財政部86年12月1日台財稅第861922464號及86年7月31日台財稅第861909311號函所明釋。

(2)原告91年度營利事業所得稅，將認購權證避險部位證券交易損失575,004,490元及相關費用36,386,570元，合計611,391,060元，列為權利金收入必要成本費用，被告初查以系爭認購權證避險部位證券交易損失及相關發行費用計611,391,060元，係屬免稅性質，調減停徵之證券、期貨交易所得611,391,060元，併同其他調整項目，核定停徵之證券、期貨交易損失1,103,910,636元（詳卷第515頁）。原告不服，申請復查未獲變更，原告仍不服提起訴願，經訴願決定駁回，遂向大院提起行政訴訟。

(3)答辯理由：

①查證券商發行權證，依主管機關前財政部證券暨期貨

111

管理委員會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「台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，惟依上開事實可知，券商對標的股票漲即買、跌即賣之避險交易行為，為其履約之準備，而其避險交易可能產生損失，亦可能產生利益，難認為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，不能成為他項收入之成本費用，此觀所得稅法施行細則第31條規定自明，故所得稅法第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。若採原告主張將避險證券交易損失認定為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。證券商於發行認購權證時，因前開法規規定證券商須為避險交易，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為而造成損失，復為證券商於發行該認購權證所知悉，財政部上開86年12月1日台財稅第861922464號函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，應依行為時所得稅法第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，亦可知悉行為時所得稅法第4條之1規定，其為避險之證券交易所得因免稅，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，以作為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，係出於強制而與一般消費者為證券交易有所不同，因而於稅收上異其計算，否則則有違反租稅法律主義及租稅公平原則。再者行為時所得稅法第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

112

雙方對該證券交易其動機及內在主觀意思為何，否則自有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性。且為避險交易亦為防止發行該認購權證者之證券商之經營風險，非全然對證券商為不利。

- ②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，免稅與應稅之成本費用應個別歸屬認定，亦經司法院大法官議決釋字第493號解釋在案，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得，個別認定成本費用及損益，自屬於法有據。
- ③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，尚難以稅法承認於收入內扣除成本費用，即當然於本件可將原告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。
- ④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：按所謂「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，尚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。即便認為原告所謂「標的股票買賣」避險手段構成經營認購權證之一部分，進而肯認「標的股票買賣」所生之損失，係屬經營認購權證之成本、費用，然此所謂之「成本、費用」充其量亦僅為「會計學」概念下之成本、費用而已，與原告

是否得將之列為認購權證課稅所得項下之營業成本，不能相提並論。原告逕將「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。又收入費用配合原則並非不允許例外之定律，立法者基於整體租稅正義、課稅公平的考量，對於何項收入為應稅收入，何項支出或損失得列報為成本、費用、或於何限度內得列報為成本、費用，應有形成的自由。若法律定有明文不得列報，即屬收入費用配合之例外，依法決定得否列報成本費用，不生違反收支配合原則問題，此外，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，尚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類中扣除，如獨對權證發行者之特別待遇，亦有違反平等原則。

- ⑤惟系爭認購權證避險部位相關費用36,386,570元，經查含發行認購權證費用404,108元(詳卷第32、35頁)，應列為發行認購權證權利金收入之減項，應予追認，餘係屬避險交易所產生之相關費用，被告轉列為出售有價證券收入之減項，即屬有據，變更核定停徵之證券、期貨交易損失應為1,103,506,528元。
- ⑥類此案件有最高行政法院96年度判字第00186號判決、95年度判字第02206號判決可資參照。

理 由

- 一、查原告91年度營利事業所得稅結算申報，原列報停徵之證券、期貨交易損失466,258,012元，經被告分別核定出售有價證券收入應再分攤交際費22,842,873元、免分攤利息支出25,540,178元、調減認購權證之成本費用及避險部位證券交易損失611,391,060元，併計原告更正多分攤營業費用9,743,862元及前手利息扣繳稅款經協議轉列出售有價證券成本19,215,007元，核定停徵之證券、期貨交易損失1,103,910,636元，應補稅額33,300,400元。原告對應再分攤交際費及避險部位證券交易損失2項不服，申請復查，未獲變更。原告不服，提起訴願亦遭決定駁回，遂向本院提起本件行政訴訟之事實，有原告91年度營利事業所得稅結算申報書及核定通知書、原告91年度各類所得資料申報書、復查申請書、系爭處分及訴願書等各附原處分卷足稽。兩造主張之事實、理由及陳述，有上述整理，雙方主要爭執在：被告依所得稅法第37條第1項、財政部83年2月8日台財稅第

114

831582472 號函、83年11月23日台財稅第831620897 號函，及85年8月9日台財稅第851914404 號函，就原告91年度營利事業所得稅申報中，核定：出售有價證券收入應再分攤交際費，及調減認購權證避險部位證券交易損失，是否適法？再對照原告訴之聲明，可知本件原告所爭執者厥為，被告核定：(一)出售有價證券免稅所得項下應多分攤交際費 22,842,873 元，(二)否准原告將認購權證避險部位損失及相關發行費用計611,391,060 元列為應稅權利金收入之減項。以下分述之。

二、原告出售有價證券免稅所得項下應多分攤交際費

22,842,873元部分：

(一)按「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。」「業務上直接支付之交際應酬費用，其經取得確實單據者，得分別依左列之限度，列為費用或損失：一以進貨為目的，於進貨時所直接支付之交際應酬費用：．．．全年進貨貨價超過6億元者，．．．經核准使用藍色申報者，以不超過千分之5為限。二以銷貨為目的，．．．全年銷貨貨價超過6億元者，．．．經核准使用藍色申報書者，以不超過千分之1.5為限。．．．四以供給勞務或信用為業者，．．．全年營業收益額超過4,500萬元者，．．．經核准使用藍色申報書者，以不超過千分之6為限。」為所得稅法第4條之1前段及第37條第1項所明定。

(二)次按「核釋營利事業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：．．．二非以有價證券買賣為專業之營利事業，其買賣有價證券部分，除可直接歸屬之費用及利息，應自有價證券出售收入項下減除外，不必分攤一般營業發生之費用及利息。三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。」「以買賣有價證券為專業之營利事業，因業務需要支付之交際費，其全年支付總額，以不超過左列標準為限：(一)買賣有價證券，依所得稅法第37條第1項第1款及第2款規定辦理。(二)因有價證券所取得之股息、紅利及利息(包括短期票券之利息收入)等投資收益，准併入營業收入總額，依所得稅法第37條第1項第4款規定辦理，但投資收益80%(現行法係全額免計)免計入所得額部分，因實質免稅，則不應併計。」「綜合證券商及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

115

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。」亦分別經財政部83年2月8日台財稅第831582472號、83年11月23日台財稅第831620897號及85年8月9日台財稅第851914404號函釋在案。

(三)查本件原告係以有價證券買賣為專業之綜合證券商，其所得實際上分為應稅所得與免稅所得，其因業務所支付之交際費，應按其經營之免稅業務及應稅業務兩部分，分別計算可列支交際費限額，再據以分攤交際費，方能正確計算其證券交易免稅所得，並避免免稅部門之相關成本費用歸由應稅部門吸收，致營利事業雙重獲益，造成侵蝕稅源及課稅不公平與不合理之現象；符合收入與費用配合原則及量能課稅原則。是原核定為正確計算免稅所得，依所得稅法第37條及查核準則第80條暨上開財政部83年、85年函釋，分別核算原告應稅業務部分之交際費可列支限額及出售有價證券免稅業務部分交際費可列支限額，再將超過應稅業務部門可列支交際費限額部分，移由免稅部門核認，此係採對原告最有利之計算方式為之。亦即，將非屬出售有價證券之應稅業務部分，讓業者享受全部之交際費限額，再將超過應稅業務可列支之交際費限額部分歸屬為出售有價證券免稅業務部分之費用，轉自有價證券出售收入項下認列，並無違誤，難謂違反所得稅法第37條第1項立法目的、例外從嚴法理、租稅法律主義、量能課稅原則、平等原則或司法院釋字第566號、第493號解釋意旨（最高行政法院97年度判字第838號判決意旨參照）。原告主張被告機關將交際費超出應稅部分之限額轉列至免稅之自營部門，自其出售有價證券收入項下減除之核定作法，違反所得稅法相關規定，既與最高行政法院判決之意旨有違，難謂可採。

(四)從而，原告91年度營利事業所得稅結算申報，原列報交際費49,778,178元，其中有價證券出售部分應分攤交際費114,784元及期貨部門應分攤交際費4,680元，自停徵之證券、期貨交易收入項下減除，嗣簽證會計師重新計算更正有價證券出售部分應多分攤營業費用9,743,862元，更正後有價證券出售部分應分攤交際費為310,578元。經被告機關初

116

查計算原告應稅業務交際費可列支限額26,620,047元，將超限之交際費認屬出售有價證券免稅業務部分之費用，扣除自營部門已列報交際費310,578元及期貨部門分攤數4,680元，其餘交際費22,842,873元（計算式：49,778,178－26,620,047－310,578－4,680）調整於有價證券出售收入項下認列，於法自屬有據。

三、被告否准原告將認購權證避險部位損失及相關發行費用計611,391,060元列為應稅權利金收入之減項部分：

- (一)按「會計基礎，凡屬公司組織者，應採用權責發生制．．．」、「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22條第1項前段、第24條第1項定有明文。次按按「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。」為所得稅法第4條之1所規定。
- (二)又「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）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）出賣標的股票之行爲，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，不屬於交易之行爲，應免徵證券交易稅，自亦非屬營業稅之課稅範圍。」亦分別經財政部86年7月31日台財稅第861909311號及86年12月1日台財稅第861922464號函釋在案。

117

- (三)查財政部上開86年12月1日函釋，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，再依財政部上開86年7月31日函釋意旨，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(最高行政法院97年度判字第239號判決意旨參照)。
- (四)經查，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，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，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年台財稅第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。因之，被告機關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，自屬有據。
- (五)原告訴稱，權證發行人雖因發行而收取權利金，惟亦因發行權證而負有須接受投資人履約之法律責任，是不論就經濟實質上、法律關係上或會計上，發行人因履約所付代價均應與權利金收入併計損益，而發行人之避險操作僅係試圖降低履約損失之手段，其損益當然為履約代價之一部分，而應與權利金收入併計損益等語。惟查，證券商發行權證，依主管機關前財政部證券暨期貨管理委員會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，惟必須遇險之基本精神一致〕，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」避險交易行為，為其履約之準備，而其避險交易可能產生損失，亦可能產生利益，難認為發行權證之成本或費用（最高行政法院97年度判字第239號判決意旨參照）。

(六)況且，個別之收入有其相對應之成本費用，所產生個別之損益，不能成為他項收入之成本費用。而所得法第3章規範營利事業所得稅，第24條第1項明定收入成本配合原則：「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。」其計算方式，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，為其營業淨利或淨損，再加非營業收益、減非營業損失後為所得額，復為所得稅法施行細則第31條所規定。據此，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，為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，證券交易所得停徵所得稅，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為他項收入之成本費用。故行為時所得稅法第4條之1之規定，係因證券交易之收入不課稅，其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。因之，若採原告主張將避險證券交易損失認定為認購權證之成本費用減除，將侵蝕應稅之認購權證權利金所得。

(七)再者，證券商於發行認購權證時，因前開法規規定證券商須為避險交易，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為而造成損失，復為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，應依行為時所得稅法第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，亦可知悉行為時所得稅法第4條之1規定，其為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，以作為發行最符合其經濟效益之

119

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，係出於強制而與一般消費者為證券交易有所不同，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。

(八)又，行為時所得稅法第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為何，否則亦有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性。且為避險交易亦為防止發行該認購權證者之證券商之經營風險，非全然對證券商為不利。另，證券交易所所得既為免稅，其交易損失亦不得自所得額中減除，為行為時所得稅法第4條之1所明定，原告所為之避險措施既係因證券交易所致，依法無法認列為成本作為應稅收入之減項，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。再查，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，尚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，本件被告係依法律明文規定而為，尚非割裂適用不同之法律。系爭認購權證既經主管機關公告認定為其他有價證券，在法令未修改之前，被告認原告因避險措施之證券交易之損失，有所得稅法第4條之1之適用而不得於應稅之權利金收入內認列為成本費用，於法自屬有據。

(九)末查，所得稅法第4條之1之規定與同法第24條第1項之規定相較，實屬特別規定，應優先適用。所得稅法第4條之1已明文規定證券交易所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。又發行認購權證不得減除避險證券交易損失，乃依所得稅法第4條之1規定之結果。原告主張如認定原告發行認購權證毫無成本費用而對原告發行權證收入毛額課稅，顯違反所得稅法第24條之收入與成本費用配合原則以及實質課稅原則等云，容有誤解法令情形，難以採憑。至所得稅法第24條之2固已於96年7月11日公佈施行，明定權證發行人避險損失得於權利金收入項下減除以計算損益課稅，惟

120

並無溯及既往之明文規定，本件系爭權利金收入既於新法96年7月11日公佈施行修正前即發生，自無法回溯適用。原告另主張新修正條文正顯見財政部86年12月11日台財稅第861922464號函不符收入成本配合原則，方增訂該法條等語。惟任何法律之訂定及修正均有其特定之動機及修法背景，不能以「昨是今非」之邏輯以偏概全，況所得稅法第24條之2之修正若有回溯適用之意思，自可於修正時予以定明，該修正條文既無明示回溯適用之旨，自係表明自公布施行生效以後適用新發生之事實甚明，原告所謂「足證權證發行權利金收入與避險損益間有收入成本配合原則之適用，原核定顯有應適用而未適用所得稅法第24條收入成本配合原則之違誤」等語，難謂符合客觀法律適用原則。

四、綜上，原告所訴委無足採，從而被告以原告91年度營利事業所得稅結算申報，被告為正確計算免稅所得，原核定依行為時所得稅法第37條、營利事業所得稅查核準則第81條規定及財政部83年11月23日台財稅第831620897號函釋，將原告91年度列報之交際費，扣除屬應稅業務可列支之最高限額後，餘額認屬免稅業務可列支之金額，由有價證券出售收入項下負擔，以正確計算其「免稅所得」並無不合；至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，亦無違反同法第24條第1項實質課稅原則，被告機關否准減除認購權證之成本費用及認購權證避險部位損失，揆諸前揭規定，並無違誤，復查及訴願決定予以維持，亦無不合。原告徒執前詞，訴請撤銷，為無理由，應予駁回。

五、本件判決基礎已經明確，兩造其餘主張或陳述，與判決結果無影響，不再一一論述。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 97 年 11 月 27 日

臺北高等行政法院第六庭

審判長法官 林 文 舟

法 官 許 瑞 助

法 官 陳 鴻 斌

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 12 月 1 日

書記官 陳 清 容

121