

釋字第六九三號解釋協同意見書

大法官 蘇永欽

本案所涉認購（售）權證交易所得如何課徵營業所得稅的問題，在民國九十六年修改所得稅法增列第二十四條之二（下稱所得稅法第二十四條之二）以前，一直適用的財政部行政解釋八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函及同年的台財稅第八六一九〇九三一號函（下併稱系爭函釋），引發是否違憲的爭議，共合併了四十件聲請案作成本解釋，本席對於多數意見認定系爭函釋均未違反租稅法律主義及平等原則的結論敬表贊同，但解釋理由的論述較為簡略，特從方法上對本席所以贊同的主要考量作一說明。

一、從租稅法律主義的憲政意義定位稅法的司法審查

憲法第十九條一方面把納稅規定為人民的基本義務，一如基本權利，皆為共營國家生活所訂「社會契約」的一部分，另一方面明定納稅應「依法律」，其目的即在確保國家實現國民意志所需的財源，取之於民並用之於民。簡言之，國民意志的形成必經由國民定期改選的國會，先以法律為對政府長期的指示及授權，再由政府制訂政策及預算為短期的優先次序分配，政府不僅須就其政策及預算報告國會並對國會負責（憲法第五十七條），法律案及預算案更要經過國會議決（憲法第六十三條）。但凡百施政如逐一籌措財源，顯然無法達到國家財政所要求的最低效率，只有以經常、無對價稽徵方式收取的租稅為支應施政的主要、穩定財源，此所以我國憲法

特將納稅定為人民的基本義務，以與一般法律創設的義務區隔。而強調納稅必須依法，其意義即在確保監督政府政策及預算的國會，在此一主要財源的開闢和關閉上也要有完整的管控權，任何稅捐只要未經國會以法律議決，都不可向人民開徵。只要國會能控制財源，並在政策與預算上反映多數民意，防止行政部門濫權或浪費，應該就可以大體落實取之於民用之於民的理想。

租稅法律主義所依存的民主憲政體制，是司法機關審查租稅法制時必須正確認知的前提。此所以司法審查的首要任務即在拴緊此一行政立法互動的紐帶，使形成租稅義務的主要決定必須由國會自己做成，而不能輕易委諸行政部門，或聽任行政部門便宜行事，掏空納稅人的荷包。惟此時尚應視審查標的，注意司法權的內部分權，使大法官與普通法院的分工達到功能最適。在租稅法律主義這樣形式的、程序的管控之外，如何基於憲法其他規範原則對稅法作進一步的、實質的審查，自然也是司法機關無可迴避的任務，但此時仍應從前述憲政體制的宏觀理解去尋找合理的切入點，避免打亂了司法與立法、行政權的基本分工。

二、從司法權的內部分權看租稅法律主義的審查方法

租稅法律主義的控制，有其宏觀與微觀的面向。宏觀控制的重點在於防止行政權對於立法權的侵蝕，或立法權不當的委託行政權決定稅法的核心事項，以確保前述國會保留的憲法意旨。後者為對立法權的控制，依憲法第一百七十一條

僅能由本院來作認定。前者為對行政權的控制，一方面行政部門依法律授權所做補充（法規命令）不得逾越授權範圍，另一方面行政部門基於職權對於法律的解釋（行政規則）也必須符合穩妥的解釋方法。就此部分，在現行法制下不僅本院得依聲請以該行政命令為本案的解釋標的（如釋字第四一五號、第六一五號解釋對法規命令的審查，釋字第六四〇號、第六八五號解釋對行政規則的審查），行政法院也可以在審判中以其為先決問題為附帶的審查認定，而於確認已逾越法律或違反法律解釋方法時，在該案件中不予適用，本院和行政法院的審查可說處於競合的狀態，僅效力不同而已。惟法規命令在立法院職權行使法建立國會強制事後審查制度（第六十至六十三條）後，司法審查認定違憲的正當性已大幅降低，在立法審查不認為該法規命令逾越授權或抵觸母法的情形，本院僅得再就該法規命令是否實質上已經逾越立法院「得授權」的範圍加以審查，在確認已經逾越的情形，仍可不受立法院審查結果的拘束，認定違反法律保留原則（在稅法則為違反租稅法律主義）。而行政規則有無違反解釋方法的審查，其性質又屬單純合法性的審查，與有無違反平等原則、比例原則等實質憲法原則的審查不同，本院原則上即應尊重有最終釋法權的終審法院。在終審法院未認定其違反解釋方法的情形，除非可從特殊憲法觀點發現解釋上的瑕疵，不應輕易作相反的認定。至於微觀的控制，則指具體行政行為有無違法的審查，應由行政法院獨占，非本院所能置喙。

本案並無所得稅法應規定而不當委諸行政命令補充的問

題，系爭函釋不論就認購（售）權證發行的交易性質上是否屬於證券交易，而應免徵證券交易所得稅，或不屬於證券交易，其對價屬權利金性質而應課徵所得稅的部分；或就其發行後發行人所為避險性證券交易，其損益的認列是否應依所得稅法第四條之一一併排除，或仍應回歸同法第二十四條認列損益的部分，都屬法律適用的爭議，不僅非本院獨占審查的事項，且本院也只能為單純解釋方法的審查，既經最高行政法院認定並無違反母法之處而予適用，本院除非能論證該解釋方法明顯忽略了某些憲法觀點，原則上即應尊重最高行政法院的見解。故多數意見認定函釋符合一般法律解釋方法而未違反租稅法律原則，結論可說十分穩妥。

三、租稅法制核心的審查無關基本權限制與比例原則

本席在第六八八號解釋所提協同意見書已就基本義務的具體化邏輯上應不等同於基本權的限制，從而也無比例原則適用的看法有所論述，如果進一步認知租稅乃為支應整體施政的主要財源，如有不足國會只有另闢稅種以為支應，負擔者仍為所有納稅人，而其背後也仍然是支應施政的「整體」目的，無特定可對應的使用目的，即知其妥適與否的管控，主要應由行政立法部門通過對話與妥協去作政治的決定，從而與憲法第二十三條是從保障特定基本權的角度去管控「個別」公權力行為，無法相提並論。就特定稅法開闢的稅種，及其所定稅基、稅率或免稅事項，去用特定基本權限制的觀點，如財產權或營業自由，作比例原則的審查，如果不是太寬—因為一律都可以用整體施政需要來合理化，就是太嚴—除

了特別公課性質的稅種外都無可用以合理化的具體公共利益；這樣的審查可說無任何實益，徒然降低了比例原則操作的嚴謹性。適合從基本權限制的角度去作審查的，應僅限於租稅法制中不屬於納稅義務核心內涵而僅為配套或技術性規定的部分，如罰則或其他不在狹義租稅法律主義指涉範疇、但仍屬一般法律保留原則所及的法律規定，或補充性的行政命令。由此可知，司法機關縱使有意在租稅法律主義以外，另覓比較實質的憲法規範來管控租稅法制的發展，方法上仍不能任意假借，過去偶見以比例原則作虛應故事的審查之例，即值得深思。

從這個角度來看本案，系爭函釋都是有關營業所得稅課稅範圍的行政解釋，屬於對特定租稅義務的再具體化，原則上即不能認其為基本權的限制。因此本件解釋未從財產權或營業自由限制的觀點對系爭函釋作比例原則的審查，不僅符合我國憲法將基本義務與基本權並列的意旨，也可避免以空泛、不對稱的比例權衡淆亂了司法與行政立法的分權，十分正確。

四、如何引進財政學的公平理論以合理強化司法控制

在租稅法律主義和比例原則的審查空間都有其分權上的限制時，本院面對眾多名目的稅捐能否在憲法上找到其他穩妥的審查基礎，攸關現代租稅國家的建構甚鉅。財政學對於租稅公平本有豐富的討論，如何將財政學上得到普遍認同的規範性原則，在與憲法文本相容、且無淆亂民主分權體制之

虞的情形下轉化為憲法規範的內涵，正是本席提出部門憲法理論所推廣的一種思維。本院的解釋實務，曾兩度把財政學上認同的量能課稅原則當成審查稅法的憲法原則（本院釋字第五六五、五九七號解釋參照），但都只是附帶的提及，而未對其內涵作深入闡述，本號解釋再度提及量能課稅原則，有必要對其意義略作說明。

財政學在探討租稅公平時，先區分絕對與相對公平，前者僅在每人繳納同額稅款的人頭稅（poll tax）庶幾近乎，後者則把納稅人的差異性納入考量而定其稅額，一如憲法上平等原則所區分的形式與實質平等，而正如憲法上一貫本於實質平等，財政學一般也是從相對公平出發，進一步探討其內涵。最主要的兩個標準，就是受益原則（benefit-received principle）與量能原則（ability-to-pay principle），前者衡量的是納稅人負擔的稅捐和從政府分配到的利益，是不是相當；後者衡量的是納稅人負擔的稅捐和其納稅的條件、經濟能力是不是相當；一著眼於施與受之間的公平，一著眼於不同納稅人間負擔的公平。由於租稅的稽徵原則上不與國家施政的支出對應，已如前述，受益原則只在例外情形可以操作（特別公課），量能課稅轉化為憲法上的一般課稅原則，就比較值得探討，憲法文本提供的基礎，最接近者自然就是第七條的平等原則。

五、以平等原則為基礎可能發展的兩種量能課稅類型

本院過去解釋所闡釋的平等原則，本來即要求相同者相

同對待，不同者不同對待，而對於法律規範呈現的任何形式上的差別待遇，必須審究其區隔因素與該規範所考量的公共利益有何關聯，並依規範目的在憲法上的重要性而定該關聯性的審查標準（合理還是實質關連）。反之，對於形式尚未呈現差別待遇，而主張實質上受到不公平對待的人民，也應審究憲法上有無課與積極區隔的義務。財政學上所探討的量能，通常是以所得為衡量的能，但也有加上「工資率」或「效用」來衡量其能者，對於公平的實現自然更為周延。以所得來衡量納稅的能力，又可分為水平和垂直的兩種量能，前者其實指的就是相同者相同待之，對於沒有區分必要者，比如境內所得和境外所得，應以相同方式課稅，才算公平。後者則指不同者不同待之，所得既有明顯的高低差別，即應對高所得者課以較高稅率的稅，才算公平。至於垂直公平的實現，又有線型累進所得稅、負所得稅以及邊際稅率累進的所得稅等不同的課徵方式。但垂直的量能，其實已在追求某種合理的所得重分配，而與我國憲法宣示的民生主義理想若合符節，是社會的平等，而非個人的平等。如何建立操作的標準，顯然要複雜得多。足見財政學上所稱的量能原則和本院從憲法第七條平等原則規定發展出來的操作方式，確有其暗相契合之處。

本件解釋理由書第五段認為系爭函釋「闡明認購（售）權證之發行人，應依所得稅法第四條之一規定，免徵證券交易所得稅，亦不得減除證券交易損失。而所有其他有證券交易所得之個人及營利事業，適用所得稅法第四條之一時，並

未規定得為不同之處理，故亦不生該二函違反量能課稅致牴觸憲法上平等原則之問題。」是從平等原則引伸出量能課稅原則而用之於所得稅法。這裡所稱的量能是前述水平的量能—相同所得應納相同的稅，和垂直的量能無關，得到無違的結論，道理也很清楚。未來可否以憲法第七條為依據，至少就直接稅性質的所得稅，再引進垂直的量能原則，以建立最低的累進課稅要求，應視理論發展的成熟度而定，但此時需另覓積極區隔的憲法義務作為基礎，可能就是憲法第一百四十二條宣示的民生主義經濟體制。

六、有無可能在平等原則外發展獨立的量能課稅原則

從納稅人負擔切入的量能課稅原則，除了通過納稅人間納稅能力的比較而和憲法上的平等原則結合外，單從個別納稅人負擔的限度，能不能和其他的憲法規範結合，轉化財政學上的應然為憲法上的應然，在我國稅法學者中也已有若干討論。本席認為，在憲法上討論國家對人民的社會給付義務，也就是第十五條宣示的人民生存權時，常有所謂財政能力保留的說法，本院釋字第四八五號解釋即明確指出：「鑒於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況。」便是指對國家的「量能」。相對於此，人民對國家負擔的租稅給付義務，應該也有納稅能力的保留，才是合理的租稅國家。國家的能與人民的能之間，本來就有微妙的牽連關係。推到極致，國家若要近於無限的提供各種福利，如果憲法不是採高度社會主義的體制，非藉租稅上的「橫征暴斂」實不可能竟功，其結果是一進一出，擴大一能必以逾越

另一能的界線為代價，人民未必能得到較多的實質福利，只會造成大量財產利益在國家和人民之間移動，徒然製造極龐大的稽徵和分配成本，在利益移動過程浪費了大量資源而已，應該不符合憲法的意旨。反之亦然，過度限制人民納稅的上限也可能使國家的施政能力萎縮，而造成憲法照顧義務的給付不能。所以在解釋提到國家的量能時，此一針對人民納稅能力的量能原則也就不遠了，只是其具體內涵，仍有待就憲法條文作更細緻的耙梳，並與財政學上的公平理論來回比對。

從憲法對於經濟—社會基本權的保障（憲法第十五條），以及經濟—社會基本國策的規定（憲法第一百四十二條至第一百五十七條）綜合而觀，與我國憲法比較相容的社會市場經濟體制，應使人民保有基本生活的所需，乃至維繫市場動能的必要利得，從這個角度思考，則量能課稅原則確有可能跳出平等原則的框架，而在人民納稅義務和生存權、經濟社會基本體制的調合上，找到另一個轉化為憲法應然的理論基礎。比如針對個人綜合所得稅設計的免稅額與扣除額，至少就其反映生活必需的部分，可認為有從生存權引伸的量能課稅原則，在憲法的解釋上，不啻以量能課稅為調和人民納稅義務（國家的課稅高權）與生存權（國家的給付生存保障義務）的原則，這也是財政學上有關所得稅理論最有共識的部分，不論重視經濟發展、排斥以稅來實現所得重分配的 John S. Mill，或主張高度累進、重課財產所得的 A. Wagner，就此都持相同的看法。又譬如在充分考量相關因素後，對某些直接

影響市場經濟發展的稅種，從憲法有關社會經濟體制的規定引伸出不得扼殺市場生機的課稅界線（Verbot der Erdrosselungssteuer）。財政學上自以 Mill 的理論較能支持這樣的原則，但在可操作性上，還遠不如基本生活所需的界線那樣明確，則不待言。

從單純負擔能力角度理解的量能原則來看本案，當然還有一些可作延伸性思考之處。認購（售）權證發行後發行人必須作的避險性證券交易，其交易所生成本、費用和損失，在財務上當然要認列，才能正確評估權證交易整體的盈虧，企業的會計部門絕對不會因為所得稅法第四條之一的排除認列而有不同的作法。此一稅務會計的特別處理造成其與財務會計上的不一致（前者將避險交易的損益歸零，後者則如實認列），可否認為已「違反」所得稅法第二十四條，方法上其實僅有特別法優於普通法的問題，最多只是法律解釋上的不同而已。此處值得討論的是，所得稅法第二十四條的以淨額應稅規定，是否寓有前述意義的量能原則，從而其違反已不只是法律解釋問題，而有立法裁量界線的問題。淨額原則可以作為計算實際納稅能力的基礎，尚不等同於納稅能力，這一點應無可置疑，因此從法律位階的淨額原則的違反，當然還不能跳到量能原則的違反。又此處所說的量能原則，如果是建立在生存權保障的基礎上，就必須考量我國所得稅法的一個特色，即把個人所得稅和營業（公司）所得稅一併規定，後者沒有憲法生存權保障的問題。比較可能找到的規範基礎，反而是為保障市場經濟體制而禁止扼殺市場生機的原

則。但此一原則到目前為止不僅欠缺可操作的標準，尤其不能不考慮的是，市場的生機之維持在於市場參與者回應市場變化的能力，包括政府為引導市場而介入的各種政策措施，企業的對策也是此一能力的表現，只有當企業毫無迴旋空間而只能接受課稅，以致市場奄奄一息時，才可能認定此一租稅介入有扼殺市場生機之虞，而違反了量能課稅原則。系爭函釋原為落實所得稅法第四條之一免徵證券交易所所得稅的規定，該規定原本正好是為了避免扼殺證券交易市場的生機，才在當時的經濟情勢下選擇以證券交易稅來替代證券交易所所得稅，沒有任何事實顯示相關規定產生了扼殺證券交易市場生機的反效果（有爭議的是租稅公平的問題）。至於認購（售）權證交易的市場，同樣沒有任何事實顯示因為此一落實所得稅法第四條之一的系爭函釋，而產生市場生機受到扼殺的結果。道理其實不難明瞭，就是市場參與者仍有足夠回應此一租稅介入的空間。證券公司經營權證交易的營業模式，主要在安排權利金（ x ）、履約價（ y ）與避險損益（ z ）這三個變項，以調配收入、成本與風險，使利益最大化。在國家管制的方式為所得稅法第二十四條連結第四條之一的規範模式時，因為避險的證券交易損益都不能併計，證券公司應該會發展出一套風險最小的營業模式（ x, y, z ），比如降低 z 而提高 x 與 y 的操作，儘量使 $z=0$ 。同樣的，當政府決定針對認購（售）權證市場排除避險性證券交易免徵所得稅的規定（增訂所得稅法第二十四條之二），以激勵避險交易的操作，便於勾稽財務與稅務會計時，發行公司也當然會改採更為積極的避險措

施，即使因此使 $z < 0$ 的機會大增。足見上有政策（規範模式），下就有對策（營業模式），對於市場參與者而言，課稅方式縱有不利，因避稅（不能與逃稅或節稅混為一談）彈性非常大，仍然不會發生違反量能課稅的問題。

所得稅法的淨額原則也會讓人聯想到租稅理論中的樹果原則（fruit and tree doctrine），也就是課稅應該摘果不伐樹，其內涵應包括兩點：一、僅以源源不息的產出為稅基；二、不摘他樹之果（美國最高法院的著名案例 LUCAS v. EARL, 281 U.S. 111(1930)）。但不僅樹果原則要轉化為憲法的應然—另一種意義的量能課稅—，還需要相當嚴謹的憲法論證，淨額原則本身離樹果原則也有不小的距離。更不要說在所得稅法的領域，樹果原則用在個人所得稅時，碰到採綜合而非分離所得稅制的國家，樹和果都不容易認定。用在營業所得稅，技術的困難度更高。

綜上所述，本案不是不能從量能課稅的角度作更深入的思考，但可能的審查基礎都還不成熟，因此本件解釋僅駐足於平等原則的水平量能，實在是良有以也。