

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國 97 年 5 月 23 日

附 件：如說明。

主 旨：為最高行政法院 97 年度判字第 89 號判決及 97 年度判字第 293 號判決所適用之所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函及同年 12 月 11 日台財稅字第 861922464 號函，有牴觸憲法第 7 條、第 15 條、第 19 條及第 23 條之疑義，向 鈞院聲請解釋憲法。。

說 明：檢附釋憲聲請書乙份。

正 本：司法院

聲 請 人：金鼎綜合證券股份有限公司

代 表 人：張元銘

地 址：

代 理 人：蔡朝安律師

地 址：

聯 絡 人：洪瑞隆律師

釋憲聲請書

聲 請 人 金鼎綜合證券股份有限
公司

代 表 人 張元銘

代 理 人 蔡朝安律師

壹、聲請解釋憲法之目的

按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款定有明文。本案係因97年度判字第89號判決(附件1)及97年度判字第293號判決(附件2)以所得稅法第4條之1、財政部86年7月31日台財稅字第861909311號函(下稱「財政部86年7月函」附件3)及同年12月11日台財稅字第861922464號函(下稱「財政部86年12月函」，附件4)，認財政部臺北市國稅局(下稱「臺北市國稅局」)補徵聲請人民國(下同)88年度及89年度營利事業所得稅，於法有據，惟聲請人認所得稅法第4條之1、財政部86年7月函及86年12月函係屬違憲，故臺北市國稅局之補稅處分即屬不法侵害聲請人受憲法保障之財產權，且聲請人已用盡訴訟程序，乃向 鈞院聲請解釋憲法，懇請 鈞院惠予宣告所得稅法第4條之1及上揭財政部二則函釋牴觸憲法而無效。

貳、疑義之經過與性質及涉及之憲法條文

一、疑義之經過

緣聲請人於 88 年度營利事業所得稅（下稱「營所稅」）結算申報時，原申報營業收入淨額為新台幣（下同）439,972,230,075 元，全年所得額為虧損 457,247,505 元，課稅所得額為 599,941,665 元。遭臺北市國稅局就營業收入（認購權證發行價款）、前手息扣繳及投資抵減稅額等項目調整並核定補稅，聲請人以避險交易為聲請人履行公法上義務所生之損失，非屬免稅費用等理由，申請復查，惟僅部分追認前手息扣繳及投資抵減稅額等項目之稅額，其餘復查駁回；聲請人仍不服，就營業收入（認購權證發行價款）項目，申經訴願仍遭駁回；提起訴訟後，經台北高等行政法院以 94 年度訴字第 1196 號判決撤銷原處分及訴願決定。惟臺北市國稅局就前揭判決不服，提起上訴，最高行政法院以 97 年度判字第 89 號判決廢棄原第一審判決並判決駁回聲請人第一審之訴。本案因依法不得再上訴，而告確定。

又聲請人於 89 年度營所稅結算申報時，原申報營業收入淨額為 421,218,954,018 元，亦遭臺北市國稅局就營業收入（認購權證發行價款）、前手息扣繳等項目調整並核定補稅，聲請人以避險交易為聲請人履行公法上義務所生之損失，非屬免稅費用等理由，申請復查，惟僅部分追認前手息扣繳等項目之稅額，其餘復查駁回。聲請人仍不服，就營業收入（認購權證發行價款）項目，申經訴願仍遭駁回；提起訴訟後，經台北高等行政法院以 94 年度訴字第 1195 號判決撤銷原處分及訴願決定。惟臺北市國稅局就前揭判決不服，提起上訴，最高行政法院以 97 年度判字第 293 號判決廢棄原第一審判

決並判決駁回聲請人第一審之訴。本案因依法不得再上訴，亦告確定。

二、疑義之性質及所涉憲法條文

按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所稅停止課徵所得稅，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。而財政部86年7月函釋示認購(售)權證為其他有價證券，財政部86年12月函復釋示，「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稅或損失，…並依所得稅法第四條之一規定辦理。」最高行政法院前揭二判決即適用上開規定，認聲請人本於證管法令要求所從事之避險交易，交易標的既為認購權證及標的股票，形式上即屬證券交易，交易所生之損失即係證券交易損失，不得自應稅所得額中減除。

惟按「人民之財產權應予保障。」、「中華民國人民，無分男女，宗教，種族，階級，黨派，在法律上一律平等。」、「人民有依法納稅之義務。」、「憲法所列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利所必要者，不得以法律限制之。」憲法第15條、第7條、第19條與第23條分別定有明文。聲請人本於證管法令要求所從事之避險交易，遭所得稅法第4條之1、財政部86年7月函及86年12月函逕依形式外觀認定為證券交易，致避險損失不得自應稅所得額中減除，使聲請人負擔遠超過租稅負擔能力之稅負，是前揭規定違反憲法上實質課稅之公平原則及比例原則至明，並不法侵害聲請人憲法上之財產權，有違憲法保障人權之旨。是聲請人乃依司法院大法官審理案件法第5

條第1項第2款：「按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法」之規定，向鈞院聲請解釋憲法。

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

按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得稅停止課徵所得稅，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。而所謂「證券交易」，依聲請人所受之最高行政法院97年度判字第89號判決及97年度判字第293號判決之見解，「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」，且此等見解同為該院95年度判字第2206號、96年度判字第186號、96年度判字第1937號及97年度判字第183號判決所採，是可認該條客觀上之適用範圍，係及於一切具有證券形式外觀之交易；至所得稅法第4條之1之「證券交易」何以純採形式外觀認定，前揭諸多判決均稱，要非如是，「有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性」。

惟所得稅法第4條之1及據以發佈之財政部86年7月函及86年12月函，純以形式外觀認定「證券交易」，而不問各種證券交易之經濟實態，是否有違鈞院再三肯認之「實質課稅之公平原則」？其為維持「證券交易之安定性及國家稅收之一致性」，而純以形式外觀認定「證券交易」，使依法從事避險交易如證券商者一概不得扣除避險交易損失，而須承擔顯然過高之稅負，是否有違比例原則？聲請人茲詳述理由如下：

一、所得稅法第4條之1及財政部二函釋違反實質課稅之公平原則

(一) 實質課稅公平原則之憲法依據

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。惟法律之規定不能鉅細靡遺，有關課稅之技術性及細節性事項，尚非不得以行政命令為必要之釋示。故主管機關於適用職權範圍內之法律條文發生疑義者，本於法定職權就相關規定為闡釋，如其解釋符合各該法律之立法目的、租稅之經濟意義及實質課稅之公平原則，即與租稅法律主義尚無違背」此有 鈞院釋字第420號、第460號、第519號及第597號解釋可資參照。是以，租稅法律之內容應合乎憲法第7條明示之平等原則，亦即基於「等者等之，不等者不等之」之基本原則，對於事物本質相同者，不得給予差別待遇，然如有事物本質不同者，在立法上亦應給予合理之差別待遇，而不得以同一規定強加諸於相異事物上。

(二) 聲請人申請發行認購權證，依法有進行避險交易之法律義務

1. 本件聲請人發行權證之主要相關法令為「發行人申請發行認購(售)權證處理要點」(下稱「處理要點」，附件5)及「台灣證券交易所股份有限公司認購(售)權證上市審查準則」(下稱「審查準則」，附件6)。聲請人於取得主管機關認購(售)權證發行人資格後，申請擬發行之認購權證，應檢附發行計畫等相文件(審查準則第4條參照)，其中發行計畫應載明「預定之風險沖銷策略」等應記載事項(處理要點14、審查準則第6條)，供主管機關審查證券商是否具備發行人資格及台灣證券交易所股份有限公司(下稱台灣證交

所) 審查是否同意認購權證上市，合先敘明。

2. 而按「發行人申請發行認購(售)權證之資格認可者，如有下列情形之一者，本會(證期會)得不予認可：七、發行人無適當之風險管理措施者。」、「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 發行內容須包括下列條款：…(七)預定之風險沖銷策略。…」處理要點 14 與審查準則第 6 條第 5 款第 7 目，分別定有明文。綜觀上揭法令規定，聲請人申請發行認購權證時，即有配套附隨進行避險交易之義務。
3. 次按「發行人如為自行避險或部分自行避險，該專戶應作為發行認購(售)權證之後建立避險部位及將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用，並只得買賣其所發行之認購權證及標的證券，帳戶中之股票不得申請領回。」、「發行人如全數委託其他機構避險，發行人亦須另設專戶，作為將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用，另其委託之風險管理機構亦須於發行人處開設帳戶，作為其發行認購(售)權證之後建立避險部位之用。」此亦有台灣證交所 86 年 9 月 18 日台證上字第 29888 號函(附件 7)足資參照。
4. 再按「證券商發行認購(售)權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購(售)權證之標的股票…。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(售)權證發行單位所代表之標的股票股數。」(台灣證交所 86 年 6 月 12 日台財證(二)字第 3294 號函，附件 8)、「證券商發行認購權證，如係全部自行避險操作者，其避險持有之部位，不得超過認購權證發行數量所表彰之標的股票股數；如係部分自行避險、部分委外避險者，其避險持有之部位，不得超過自行避險部分所表彰之標的股票股數；又如係全部委外避險者，發行人依規定仍須向本公司及主管機關申報委外風險管理機構之避險相關資料。」(台灣證交所 86

年6月12日台證上字第23090號函，附件9)

5. 參諸前揭法令及主管機關解釋函令意旨，聲請人進行避險交易確係基於證管法令要求之義務，如無進行避險交易，聲請人即不得發行認購（售）權證，此一義務如同扣繳義務般皆為公法上之義務，亦即，聲請人進行避險交易，乃履行公法上之義務。

(三) 為應相關證管法令所進行之避險交易，與一般證券交易在經濟實質上迥然有別

承上所述，聲請人係本於證管法令要求，而以買賣標的股票或系爭權證之方式進行避險交易。此等交易雖具有證券交易之形式外觀，然若與一般證券交易行為相較，其經濟實質有相當差異(按：關於一般證券交易與避險交易之本質差異，詳參附件10)。茲一一敘明如下：

1. 聲請人因避險所進行之證券交易行為，乃為履行證券主管機關核准發行權證所附之公法負擔，並非為從證券市場獲利；
2. 對聲請人而言，標的股票漲價時，不能出售手中持股獲利了結，反而須加碼購入，增加手中標的股票持股數量，以免履約時負擔太重，並確保收盤時實際避險部位與預定避險沖銷策略之差額在法令容許範圍之內；標的股票跌價時，不能加碼買入標的股票，反須認賠殺出，以確保收盤時實際避險部位與預定避險沖銷策略之差額在法令容許範圍之內，其避險操作策略須受證券商依國際通用標準模式預擬且受證管會證期局監控之避險策略公式之限制，僅於20%範圍內享有決策自由。換言之，聲請人以買賣標的股票或系爭權證之方式進行避險者，與一般「低買高賣」之市場投資決策有明顯差異。
3. 自權證履約日觀察，亦可發現其避險交易操作策略之不同：1.當履約日時，標的股票市價超過約定之履約價，聲請人為履約之故，必

須以低於公開市場出售標的股票予持有權證之投資人，其間之差額可能會於結算後，高於其權利金數額，即可能產生虧損；2.當履約日時，標的股票市價低於約定之履約價，持有權證之投資人不會行使認購權而買入標的股票，聲請人即有可能於結算後，就發行權證取得獲利。簡言之，於權證避險交易下，標的股票市價越低，聲請人越易獲利；相反地，一般證券買賣，股價越低，則虧損隨之擴大，兩者正好相反。

4. 避險交易權證發行與權證存續期間之必要配套措施，其目的在於確保將來之履約能力，亦即，避險交易是認購權證發行整體行為中不可或缺之一環，不具獨立存在之經濟目的。

(四) 所得稅法第4條之1及上揭財政部86年2函釋不問避險交易之經濟實質，而給予避險交易及一般證券交易相同課稅待遇，有違實質課稅原則

所得稅法第4條之1給予證券交易所得免稅優惠之同時，亦否准證券交易損失之認列，此對於一般「低買高賣」之證券交易並無不妥。然聲請人從事避險交易所生之損失有一相對應之應稅收入，即發行權證權利金收入，兩者間有密不可分之連動關係，亦即，避險交易是認購權證發行整體行為中不可或缺之一環，兩者於經濟意義上具有緊密關聯，本質上即為「單一」事件。從而，避險交易本身不具獨立經濟目的，自應與一般具獨立經濟目的之證券交易為不同對待。本件最高行政法院判決據為判決基礎之所得稅法第4條之1及上揭財政部86年二函釋，竟一概以形式外觀為準，認由於認購權證與標的股票均屬有價證券，故聲請人從事避險交易而買賣認購權證與標的股票，依所得稅法第4條之1規定，停課證券交易所得稅，證券交易損失自不得從所得額中減除，此顯與鈞院釋字第

420 號等解釋揭禁之實質課稅公平原則相違（附件 11，頁 13）。

二、所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二則函釋違反比例原則

（一）所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二則函釋手段與目的間顯失均衡

1. 按限制人民權利須符合憲法第 23 條「比例原則」之精神，鈞院釋字第 551、545、448 及 436 號等多則解釋闡釋在案，即國家惟有在「必要」之前提下，方得以法律限制人民之權利。鈞院釋字第 448 號解釋即謂：「憲法第 15 條規定，人民財產權應予保障。對人民財產權之限制，必須合於憲法第 23 條所定必要程度，並以法律定之，其由立法機關明確授權行政機關以命令訂定者，須據以發布之命令符合立法意旨且未逾越授權範圍時，始為憲法之所許，迭經本院解釋在案。」是以，由國家所發動之租稅課徵權力，涉及財產權利之拘束限制，應以比例原則作為合憲性之界限加以審查無疑。
2. 比例原則係由「適當性」、「必要性」及「衡平性」三項子原則所共同建構，其中「衡平性」係指公權力行為侵害之利益，不得與所欲達成之目的顯失均衡。依所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年 7 月函及 86 年 12 月函規定，認購(售)權證發行人依證管法令從事避險交易所生之損失，不得自所得額中減除，其目的係為達成證券交易行為於客觀上適用法律之公平一致，否則即有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性。然其為達此目的，而令避險交易損失不得扣除，導致認購(售)權證發行人之應納稅額遠大於實際發行權證之淨收益，造成侵害納稅人固有財產權之結果，手段與目的間已失均衡，故所得稅法第 4 條之 1 及財政部二則函釋違反比

例原則甚為灼然。

(二) 避險交易損失如依形式外觀認定為證券交易損失，將導致聲請人負擔過重稅負，造成絞殺性租稅之違憲侵害

1. 復從德國司法實務運作以觀，其經由比例原則之檢查導引出「絞殺性租稅禁止」(Verbot der Erdrösselungssteuer)，亦即租稅課徵權力之行使，不得造成絞殺之效果。所謂「絞殺效果」，特別著重者為其在經濟上之意義，當租稅課徵所造成之效果，足以扼殺市場生機、使私領域中之經濟活動陷於停滯之時，即屬違反適當性及必要性之要求，構成對財產權利之絞殺。標準「絞殺」之典型，如：租稅制度過度干預市場，致使納稅人在私法上之營業狀態已無法持續，或者課徵過重之稅賦使得納稅人對於租稅之義務履行陷於客觀上不可能等(附件 12，頁 157)。於我國租稅法制實務上，亦以絞殺性租稅之禁止為比例原則表現之型態：如 鈞院釋字第 286 號指出，「土地增值稅並未就漲價部分全額徵收，已足以兼顧其利益」，即可導出憲法秩序不容土增稅就增值全額徵收、趨近於絞殺之情形；另於遺產贈與稅第 47 條規定：「前三條規定之罰鍰，連同應徵之稅額，最多不得超過遺產總額或贈與總額」，即罰鍰加計本稅不得超過納稅人原可取得之遺產或贈與總額，亦徵絞殺性租稅禁止已存在於我國法秩序中(附件 12，頁 169)。

2. 查權證發行實務上，據證券商統計數據，至 93 年 7 月底之前到期的所有權證，全部權證發行收入累計已達新台幣(下同)742.25 億元，如依上開財政部二則函釋計算之應納稅額即達 185.56 億元(742.25 億元 x 25%)，惟如將發行收入扣除避險交易損失及其他費用之後，券商發行權證的淨收益僅為 121.52 億元。換言之，券

商發行權證不僅毫無利得，更須額外負擔約計 64 億餘元的所得稅（121.52 億元-185.56 億元=-64 億元）。如以憲法保障證券商得自由選擇、形成營業活動之角度以查，適用所得稅法第 4 條之 1 及財政部二則函釋課稅之結果，形同對權證發行收入課徵毛額型所得稅，導致實際淨所得低於應納稅額，券商越作越賠的窘境，逼使認購（售）權證此種衍生性金融商品，因無利可圖而於證券市場上消失，形成以稅捐干預國內券商權證業務之自由，根本背離所得稅法第四條之一獎勵證券交易、促進資本市場形成的立法原意，對於權證發行產生「寓禁於徵」的效果。亦即，如避險交易損益不得併計權證發行收入之減項，無異等同藉由稅捐手段禁止一個合法的經濟活動，構成違憲之「絞殺」行為。（附件 13，頁 10）

3. 是以，所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二函釋違反憲法第 23 條所要求之衡平性，有違比例原則。

綜上所陳，最高行政法院 97 年度判字第 89 號及 97 年度判字第 293 號判決所適用之適用所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函及同年 12 月 11 日台財稅字第 861922464 號函，違反憲法上「實質課稅之公平原則」及「比例原則」，懇請 鈞院惠予宣告所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二則函釋牴觸憲法而無效。

肆、關係文件

- 附件 1：最高行政法院 97 年度判字第 89 號判決影本乙份。
- 附件 2：最高行政法院 97 年度判字第 293 號判決影本乙份。
- 附件 3：財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函影本乙份。
- 附件 4：財政部 86 年 12 月 11 日台財稅字第 861922464 號函影本乙

份。

- 附件 5：發行人申請發行認購（售）權證處理要點影本乙份。
- 附件 6：台灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則影本乙份。
- 附件 7：台灣證交所 86 年 9 月 18 日台證上字第 29888 號函影本乙份。
- 附件 8：台灣證交所 86 年 6 月 12 日台財證（二）字第 3294 號函影本乙份。
- 附件 9：台灣證交所 86 年 6 月 12 日台證上字第 23090 號函影本乙份。
- 附件 10：關於所得稅法第 4 條之 1 與避險交易之本質之差異參照表乙份。
- 附件 11：黃士洲，權證官司二審敗訴簡評—最高行政法院 95 年判字 2206 號判決評析，稅務旬刊第 1994 期，96 年 2 月 20 日。
- 附件 12：黃源浩，從「絞殺禁止」到「半數原則」—比例原則在稅法領域之適用，財稅研究第 36 卷第 1 期，93 年 1 月。
- 附件 13：黃士洲，從憲法角度談權證課稅修法應否溯及既往，稅務旬刊第 1954 期，95 年 1 月 10 日。

謹 狀

司法院 公鑒

申 請 人 金鼎綜合證券股份有限公司

代 表 人 張元銘

代 理 人 蔡朝安律師

委任狀

	委 任 人	受 任 人
姓名或名稱	金鼎綜合證券股份有限公司	蔡朝安律師
法定代理人	張元銘	
住居所或營業所、郵遞區號及電話號碼		

委任人因 88 年度營利事業所得稅事件，經依法定程序提起訴訟，對於最高行政法院 97 年度判字第 89 號判決所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義，聲請解釋憲法，茲委任受任人為代理人，受任人並有為一切相關行為之權。

謹狀

司法院 公鑒

委 任 人 金鼎綜合證券股份有限公司

代 表 人 張元銘

受 任 人 蔡朝安 律師

中 華 民 國 9 7 年 5 月 22 日

委任狀

	委 任 人	受 任 人
姓名或名稱	金鼎綜合證券股份有限公司	蔡朝安律師
法定代理人	張元銘	
住居所或營業所、郵遞區號及電話號碼		

委任人因 89 年度營利事業所得稅事件，經依法定程序提起訴訟，對於最高行政法院 97 年度判字第 293 號判決所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義，聲請解釋憲法，茲委任受任人為代理人，受任人並有為一切相關行為之權。

謹狀

司法院 公鑒

委 任 人 金鼎綜合證券股份有限公司

代 表 人 張元銘

受 任 人 蔡朝安 律師

中 華 民 國 9 7 年 5 月 22 日

最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】97,判,89

【裁判日期】970313

【裁判案由】營利事業所得稅

【裁判全文】

最 高 行 政 法 院 判 決

97年度判字第00089號

上 訴 人 財政部臺北市國稅局

代 表 人 凌忠嫻

被 上 訴 人 金鼎綜合證券股份有限公司

代 表 人 張元銘

訴訟代理人 蔡朝安律師

送達代收人 鍾典晏律師

市信義區基隆路1段333號23樓

上列當事人間營利事業所得稅事件，上訴人對於中華民國95年5月18日臺北高等行政法院94年度訴字第1196號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一審及上訴審訴訟費用均由被上訴人負擔。

理 由

一、緣被上訴人88年度營利事業所得稅結算申報，原申報營業收入淨額為新臺幣（下同）439,972,230,075元，全年所得額為虧損457,247,505元，課稅所得額為599,941,665元，上訴人初查核定營業收入淨額為440,362,995,675元，全年所得額為虧損130,238,363元，課稅所得額為1,043,885,803元。被上訴人不服，就營業收入（認購權證發行價款）、尚未抵繳之扣繳稅額（前手息）及投資抵減（申請更正併案辦理）項目，申經復查結果，獲准追認尚未抵繳之扣繳稅額41,217,417元，相對核減營業成本及增列出售證券免稅所得各41,217,417元，變更核定尚未抵繳之扣繳稅額為62,308,793元；追認投資抵減稅額2,558,478元，變更核定促進產業升級條例規定抵減稅額為7,540,467元，其餘復查駁回；變更核定全年所得額為虧損89,020,946元，出售證券免稅所得為虧損1,132,906,749元，課稅所得額為1,043,885,803元。被上訴人仍不服，就營業收入（認購權證發行價款）項目提起訴願，經遭駁回，被上訴人遂就買賣認購權證或標的股票避險措施所生之損失，上訴人認不得自所應稅所得額中扣除部分，

提起本件行政訴訟。

二、被上訴人在原審起訴主張：被上訴人向證券主管機關申請發行本件認購權證，應依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第7條規定，擬定適當避險策略，經證券主管機關審核後始准發行。故主管機關核准發行系爭認購權證之決定，乃為一附有負擔之行政處分，被上訴人自有依核准內容，於權證存續期間內，執行避險措施之公法義務；如被上訴人疏未履行前揭避險義務者，主管機關及證券交易所即得依法勒令停止發行或裁處罰鍰。而營利事業履行公法義務所為之支出，例如稅捐、規費等，欠缺負擔稅捐之能力，經取得合法憑證後，均准予自所得額中作費用扣除，此觀所得稅法第24條第1項規定甚明。故被上訴人為履行發行本件認購權證所附之公法負擔，於權證存續期間，進行避險操作所生之損失、費用，不僅與認購權證之發行有因果、牽連關係，於客觀上亦欠缺負稅能力，自應准予扣除。至被上訴人以買賣標的股票或系爭權證之方式進行避險者，雖具有證券交易之外觀，然若與一般正常證券交易行為相較，仍有相當差異。蓋被上訴人因避險所執行之證券交易行為，乃為履行證券主管機關核准發行權證所附之公法負擔，並非為從證券市場獲利，且決策過程與風險評估與損益結算方式亦顯與一般證券投資行為相反，實反映出避險交易之事務本質與一般證券交易行為差異之處。上訴人以避險所生之損失、費用，認屬證券交易損失，不得自應稅所得額中扣除，顯違權責發生之實質課稅精神，亦不符所得稅法第4之1條意旨，上訴人依財政部民國86年7月31日臺財稅第861909311號函（下稱財政部86年7月函釋），認被上訴人用以避險之資產所產生之損費，屬證券交易損失，依所得稅法第4之1條規定，不得自應稅所得中扣除云云，然此僅就避險交易之形式外觀論之，失卻觀察避險交易之經濟實質，顯違權責發生制之實質課稅精神。又財政部將證券商發行權證價款逕列為權利金收入課稅，並否准避險所生損費，可自應稅所得扣除之作法，使發行權證之證券商幾乎得將發行權證收入全額計入所得課稅，以致應稅所得虛增，發行權證業務完全無利可圖，已形成絞殺作用，嚴重干預證券商從事發行權證業務之自由，亦顯違背稅捐中立原則等語，求為判決訴願決定、原處分不利被上訴人部分均撤銷。

三、上訴人則以：被上訴人88年度營利事業所得稅結算申報，原申報營業收入淨額為439,972,230,075元，上訴人初查以被上訴人發行之認購權證中「金鼎01」已於88年1月到期，其到期履約之發行價款為390,765,600元，乃依財政部86年12月1日臺財稅第861922464號函釋（下稱財政部86年12月函釋）意旨，認列為權利金收入，調增營業收入390,765,600元，核定營業收入淨額為440,362,995,675元，於法並無不合

。另依財政部86年7月函釋意旨，認購（售）權證及其標的股票之交易，係屬買賣有價證券行為，依所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所稅，從而證券交易損失亦不得自所得額中減除，是被上訴人主張系爭用以避險之資產所產生之證券交易損失，係屬發行認購權證權利金收入之必要成本費用乙節，與該函釋規定不符。況認購權證業經改制前證券期貨局於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。又依前揭財政部函釋意旨，發行後買賣該認購權證，依現行所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所稅，從而證券交易損失亦不得自所得額中減除等語，資為抗辯，求為判決駁回被上訴人之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：按認購權證係屬衍生性金融商品之一種，係證券商與客戶約定，針對某一公司股票（即所謂標的股票），當客戶付出一定數額的所謂「權利金」後，證券商向該客戶承諾，在一定期間經過後的特定日期或者是一段期間內，客戶可以固定價位的價格向證券商買入一定數量的標的股票。證券商發行認購權證之行為是證券商先將上開契約約定內容予以「格式化」及「證券化」，再以證券之方式供社會大眾投資，而投資人買入上開證券之後，還可以背書轉讓之方式，將上開證券（認購權證）移轉予不特定之第三人，屆期履約時，則由認購權證持有人向證券商行使認購權。因此，證券商發行認購權證時，實質上是與第一次購買認購權證之人訂立一個契約，只不過約定之內容被「證券化」而已。而該證券商因第一次發行而自投資人處取得購買之對價，為應稅收入（財政部86年12月函釋將之定性為權利金收入），因公司會計採權責發生制，其成本費用尚未發生，應列為「預收收入」，等到履約結算時才列為該一時點之收入（是本件認購權證「金鼎01」於88年1月到期，其收入列88年度營利所得）。次依行為時臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）認購（售）權證上市審查準則」（下稱審查準則）第6條第5款第7目、第8條第11款、第9條第1項、證交所86年9月18日臺證上字第29888號函、行政院金融監督管理委員會證券期貨局（以下稱證期局）前身之財政部證券暨期貨管理委員會（以下稱證期會）86年6月12日臺財證（二）字第03294號函及證交所86年8月9日臺證上字第23090號函，可知證券商所預計採行之風險沖銷策略須於申請發行認購權證時提出予證交所審查，且證期局（證期會）要求證券商發行權證時因避險持有之標的股票須設專戶處理，並指示證交所需逐日控管，再者，避險持有之部位不得超過認購權證發行數量所表彰之標的股票股數。證交所如對證券商之風險沖銷策略認不適當或有不實，則證交所可否准證券商發行認購權證及上市。認購權證發行人依法必須從事前

述認購權證之避險操作，否則主管機關將依法撤銷認購權證發行人發行資格之認可，不得發行認購權證。是證券商發行認購權券之始，手中即須持有一定部位的標的股票，而且以後必須依一個固定的公式持有固定數量的標的股票，以供將來履約之用。另外還可以在履約期間以對外買回已發行之認購權證之方式來避險，而且二種避險方式均須事前擬具，報請主管機關核准，並在主管機關核准發行後，由主管機關依「該發行證券商事前已申報之避險策略」進行監督。至所得稅法第4條之1其後段固規定「證券交易損失亦不得自所得額中減除」，落實收入成本費用配合原則。然發行認購權券之證券商依法令必須為避險操作，其為避險操作而為之標的股票或認購權證買賣，且與一般證券交易有不同特性，已無所得稅法上所稱之「證券交易」之實質。所得稅法第4條之1之立法目標無非是為了促進資本市場之活絡，讓自由參與資本市場者在證券交易中之獲利能獲得免稅優惠，而證券交易之損失也須自行承當。如果參與者本身在買賣決策上沒有絕對的自由，而且決策之目的在避險減少損失，並且決策本身又與先前取得之權證權利金具有連動性者，即與所得稅法第4條之1所欲達成之立法目標無涉，故應不在所得稅法第4條之1之適用範圍內。否則將發行認購權證之收入認係應稅收入，卻將其必須支出且所佔比例極大之避險操作而生之虧損，視為純粹之證券交易損失，不得列為課稅的發行認購權證權利金收入之成本，在不考慮銷售認購權證過程所生少量行銷及管理費用的情況下，幾乎會使權證權利金「收入」，即等於權利金「所得」，亦即發行認購權證無需多少成本，此與社會經濟事實顯屬有違，以此為基礎之課稅，自違反實質課稅原則。再所得稅法第4條之1係於78年12月30日時增訂，而發行認購權券之法令依據即審查準則係於86年6月始訂頒，所得稅法第4條之1增訂時，未及考慮到發行認購權證者負有採取避險措施之義務，而未作區隔，自不能不顧上述發行認購權券之實質上經濟事實關係，徒執發行證券商為避險而買賣認購權證或標的股票之形式外觀，而認屬於所得稅法第4條之1所稱之「證券交易損失」。是以，所得稅法第4條之1所稱之「證券交易損失」應作目的性限縮解釋，即買賣認購權證標的股票之避險措施所生之損失，並非屬所得稅法第4條之1所稱之「證券交易損失」，其可認為係屬於其發行認購權證收入之損失，而得自應稅所得額中減除，且對稽徵工作並不生困難。原處分依財政部86年7月函釋規定，以認購權證係證券交易法第6條所稱之其他有價證券，則發行後買賣認購權證及其標的股票之交易，係屬買賣有價證券行為，依所得稅法第4條之1規定，證券交易所得停止課徵所得稅，認為避險操作而為買賣有價證券所生之損失亦不得自應稅所得額中減除，而否准該部分營業成本之認列，於法未合，訴

願決定未予糾正，亦有未洽，被上訴人之訴，為有理由，因將訴願決定及原處分均予撤銷，由上訴人依本判決之法律意見重為處分(復查決定)等詞，為其判決之基礎。

- 五、上訴意旨略謂：按凡符合所得稅法第4條之1規定之證券交易所所得，依法即享有免徵證券交易所所得稅之優惠，而證券交易所損失即不得自所得額中減除。如行政機關違反法律明文規定，限縮解釋所得稅法第4條之1免徵證券交易所所得稅之範圍，即屬違反憲法第19條租稅法律原則及司法院釋字第369號解釋，侵害人民僅需依法律納稅之憲法上權利。惟原審判決背離文義解釋，限縮所得稅法第4條之1證券交易所之定義，將證券商為「避險」、「履約」買賣標的股票之行為認定為非所得稅法第4條之1「證券交易所」，顯然違背文義解釋之方法。且就立法解釋而言，所得稅法第4條之1之立法目的為「簡化稽徵手續」，且為合理課徵，另一方面並提高證交稅稅率，非如原審所稱「為了促進資本市場之活絡，讓自由參與資本市場者在證券交易所中之獲利能獲得免稅優惠，而證券交易所之損失也須自行承當」。況若依原審之解釋適用所得稅法第4條之1，雖於本件得遂被上訴人將標的股票買賣損失於發行權證所得中扣除之目的；惟如發行權證公司因標的股票買賣而有任何所得，依該解釋，亦將不得適用所得稅法第4條之1免徵證交所稅之優惠。次查系爭審查準則，係93年6月14日修正，非行為時有效之審查準則。依行為時審查準則之規定，並無「標的股票價格變動範圍在正負20%間」有關限制，原審卻依據非行為時有效之法規而為不利於上訴人之判決，有適用法規不當之違法。且實質課稅與租稅公平原則均應秉持租稅法律主義之精神而為之，所得稅法有關應稅與免稅之規範，向來不針對內在決策之不同及有無絕對自由而為不同之對待，納稅人及稅務機關均應依法律明文規定決定是否課稅，方符合租稅公平原則，原審就此部分之見解亦有違誤。另原審以被上訴人發行認購權證而取得權利金時，其收入尚未實現，一直要等到履約結算完畢後，才因取得權利金所對應的成本費用「發生」，符合認列收入之「已賺得」要件，而認列「收入」實現，惟為何在計算收入所對應的成本費用時，卻不予認列為賺取權利金而依法令強制避險操作所生之成本？況若少了標的股票及認購權證買賣所生之避險成本，發行權證的證券商所最後賺得之「所得」，根本無法計算出來，且在不考慮銷售認購權證過程所生少量行銷及管理費用的情況下，幾乎會使權利金「收入」，即等於權證權利金「所得」。至依營利事業依所得稅法第24條規定，採收入減除成本費用為所得之認定，惟當無成本費用發生或成本費用相對微小時，形同對毛收入課稅，乃屬當然，自難謂與營業活動事務本質不符，而容許改採不依法律規定之所得計算方式。發行認購權證與事後權證或標的股票交易係二項交易，既係

二項交易，則其交易性質應分別定性，並分別衡量損益，即發行認購權證之權利金為應稅所得，權證發行後在市場上交易及避險部位標的股票之交易所得均為證券交易所所得。原審對「形式上」與「實質上」均屬「證券交易所所得」之避險股票交易所所得，逕行判決准許被上訴人將避險股票交易損失列報為發行認購權證之成本，惟基於「租稅法定原則」，勢將形成「有所得無法課稅」，但卻必須准予「有損失可以列報自應稅所得中扣除」之現象，顯有判決割裂法律適用之違法等語，求為判決廢棄原判決。

六、被上訴人則以：被上訴人進行避險交易，僅係履行公法上義務，非以營利為主要目的，其從事避險交易操作之決策，亦受法令之限制，且無獲利之空間。而所得稅法第4條之1條之立法目標，係為促進資本市場活絡，讓自由參與資本市場者，因證券交易獲利享有免稅優惠，而證券交易損失也須自行承擔。如參與者在買賣決策上沒有絕對之自由，且決策目的以「少賠」為目標，決策本身與先前取得之權證權利金具有連動性者，實非立法者欲以規範之標的，故不應在所得稅法第4條之1之適用範圍，原審對此斟酌法律體系價值判斷，作出目的性限縮之解釋，自屬合法合憲之裁判，並無違反司法院釋字第369號解釋所揭示之租稅法律主義意旨。至上訴人單從投資客等主體不同之角度觀察，指摘避險交易為獨立之交易，顯忽略避險交易與權證發行兩者，自經濟意義上與法律面觀察皆為缺一不可，且為權利義務相關連者，不得任意割裂適用，上訴人之指摘自不可採。另業有諸多法院之裁判，多次運用實質課稅原則，非僅以形式外觀認定是否符合課稅構成要件，而是以實質上經濟事實關係所產生之實質經濟利益為準認定是否租稅構成要件事實，加以課徵稅捐，原審並無割裂法律適用之處。又所得稅之課徵標的為所得而非收入，此乃量能課稅原則之當然要求，非稅捐優惠，況本件權證發行之成本並非相對微小，上訴人僅認列金額微小之權證發行管銷費用，導致形同毛收入課稅，而財政部所定之同業利潤標準，本具有懲罰性之性質存在，其所認定之所得或費用，本較實情為高，況適用同業利潤標準，係實質課稅原則之例外，並非本於實質課稅原則認定之事實，上訴人執此指摘原審顯有違誤。另本件避險交易損失是否得認列為權證發行之營業成本，除被上訴人外，業有諸多其他證券商相類之案件仍於行政訴訟程序中，惟就相同的法律爭議，於不同的法官審理，顯有見解之分歧，且認購權證發行，涉及金管法令與會計專門知識或特殊經驗法則，應有踐行言詞辯論之必要性等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴。

七、本院查：按「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。」及「自民國79年1月1日起，證券交易所所得停止課徵所得稅，證券

21

交易損失亦不得自所得額中減除。」分別為行為時所得稅法第24條第1項及第4條之1所明定；次按「有關認購（售）權證及其標的股票交易之相關稅捐之核課，應依下列規定辦理。（一）財政部86年5月23日86臺財證（五）第03037號公告，已依證券交易法第6條規定，核定認購（售）權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購（售）權證，應依證券交易稅條例第2條第2款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交價格課徵千分之一證券交易稅，並依現行所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所所得稅。（二）認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，按約定行使價格向發行人購入（售出）標的股票者，係屬發行人（持有人）出賣標的股票之行為，應就所出售之標的股票，依證券交易稅條例第2條規定，按履約價格課徵千分之三證券交易稅。（三）至認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，以現金方式結算者，係屬認購（售）權證之標的股票之交易，應對認購（售）權證之發行人（持有人）依標的股東之履約價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，及對認購（售）權證持有人（發行人）依標的股東之市場價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」及「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第22條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購（售）權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益，並依所得稅法第4條之1規定辦理．．．。」前述財政部86年7月函及86年12月函分別釋示在案。查財政部86年12月函釋，以證券商發行權證收取之發行價款為權利金收入，屬「應稅所得」，應依行為時所得稅法第24條規定課徵稅款；至於系爭認購權證業經財政部於86年5月23日以（86）臺財證（五）第03037號公告，依證券交易法第6條規定，核定為其他有價證券，再依財政部86年7月函釋意旨，發行後買賣該認購權證，及避險而買賣標的股票所生之損失，依行為時所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所所得稅，則依損益配合原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除。且行為時所得稅法第4條之1證券交易免稅所得並無排除收入成本配合原則之適用，業經司法院釋字第493號解釋在案，財政部上開86年12月函釋符合所得稅法第4條之1規定意旨，自應予以適用。本件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所得，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。雖原判決依被上訴人主張，以其發行認購權證避險需要而買賣標的股票，與一般投資者自行決定買賣股票之交易屬性，不論就自由決定買賣證券種類及時點、操作策略、獲利機會、持有部位及期間、是

否專戶控管及買賣證券目的而論，均截然不同，證券商因避險操作而買入或賣出標的股票之盈虧，及因避險而買回（或再賣出）所發行認購權證之損失，與非出於避險操作所為之股票交易之損益自有區別，故發行認購權證避險需要而買賣標的股票，或所發行之認購權證，非屬行為時所得稅法第4條之1所規範單純買賣有價證券之證券交易損益之範圍，上訴人既將權證權利金收入定性為應稅收入，為發行權證避險而買賣標的股票之損益及權證再買回損失應予認列為成本費用云云。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，此觀行為時所得稅法施行細則第31條規定自明，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，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。若採被上訴人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。又查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

23

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。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。原判決以被上訴人發行認購權證避險需要而買賣標的股票，與一般投資者自行決定買賣股票之交易屬性，截然不同，故證券商因避險操作而買入或賣出標的股票之盈虧，與非出於避險操作所為之股票交易之損益自有區別，故發行認購權證避險需要而買賣標的股票，非屬行為時所得稅法第4條之1所規範單純買賣有價證券之證券交易損益之範圍，為發行權證避險而買賣標的股票之損益及權證再買回損失，為發行認購權證之成本，自應作為應稅收入之減項云云，尚不可採。又證券交易所既為免稅，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，被上訴人所為之避險措施既係因證券交易所致而依法無法認列為成本作為應稅收入之減項，被上訴人稱如此作法即有違反會計權責發生制之認列規定，顯亦無可採。縱然發行權證權利金收入扣除避險措施所受之損失後，實際淨所得低於課稅所得，亦屬所得稅法第4條之1於此種情形應否作例外規定或修法之問題，於所得稅法第4條之1修正前，仍應受該法條之拘束。另查就營利事業體所獲得之各項收入而言，因性質之不同，可能產生成本費用比例差距情形，例如受捐贈收入、補償費收入、利息收入及認購權證之權利金收入等，其收入性質本無成本費用，或費用金額相對微小，形成收入與所得金額相近或對毛收入課稅之結果，此係依所得稅法第24條實質課稅原則計算所得之結果，難謂違反實質課稅之公平原則。且各種收入可否扣除成本費用及何種支出始得作為成本費用自收入項下減除，於稅法上各有規定，縱系爭避險損失會計上可認為本件權證權利金收入之成本，亦因行為時所得稅法第4條之1有明文規定，而不得自所得額中減除，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，本件原處分係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律，被上訴人此部分之答辯，尚不足採。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，上訴人認被上訴人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。次按會計學上「收入成本配合原則」，與稅法上成本費用之得否列報並非完全相同，所謂「收入成本配合原則」於會計學上係指「某項收益已經在某一會計期間認列時，所

24

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。原判決卻逕將「會計學上」收入、成本配合原則下之成本、費用，視為「所得稅法上」得列報之成本、費用，無視立法者對於個別成本、費用所為之目的及政策考量，自有違誤。又按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，否則豈非法律完全不得訂定「損失不得列報」之規定，這在立法論與解釋論均不具說服力。再者，成本費用准否列報，並非以具備原因事實為已足，原因事實僅是列報成本費用之前提門檻，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。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，原審判決以為將標的股票交易所得及損失列為發生權證盈虧，始符合「量能課稅原則」，有判決不依法之違法。另行為時所得稅法第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。原審判決竟稱行為時所得稅法第24條第1項規定為所得稅之核心價值，應優先於其他規定適用，認同將避險股票交易損失列報為發行認購權證之成本，形成有所得無法課稅，但有損失可以列報之現象，有割裂法律之適用及違反租稅公平情事。綜上所述，上訴人對系爭避險損失否准被上訴人認列為發行認購權證之營業成本，於法尚無不合，訴願決定予以維持亦無違誤，原判決將訴願決定及原處分（復查決定）均予撤銷，既有違誤，上訴人執以指摘，為有理由，且本件事證已明確，被上訴人聲請言詞辯論，核無必要，爰將原判決廢棄，並判決駁回被上訴人在第一審之訴。

八、據上論結，本件上訴為有理由，依行政訴訟法第256條第1項、第259條第1款、第98條第1項前段，判決如主文。

25

中 華 民 國 97 年 3 月 13 日

最高行政法院第三庭

審判長法官 黃 璽 君

法官 王 德 麟

法官 林 茂 權

法官 黃 本 仁

法官 鄭 忠 仁

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異
中 華 民 國 97 年 3 月 14 日

書記官 彭 秀 玲

26

最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】97,判,293
 【裁判日期】970424
 【裁判案由】營利事業所得稅
 【裁判全文】

最 高 行 政 法 院 判 決

97年度判字第00293號

上 訴 人 財政部臺北市國稅局

代 表 人 凌忠嫻
 被 上 訴 人 金鼎綜合證券股份有限公司

代 表 人 張元銘
 訴訟代理人 蔡朝安 律師

送達代收人 鍾典晏 律師

上列當事人間營利事業所得稅事件，上訴人對於中華民國95年6月22日臺北高等行政法院94年度訴字第1195號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一審及上訴審訴訟費用均由被上訴人負擔。

理 由

一、被上訴人辦理民國（下同）89年度營利事業所得稅結算申報，原申報營業收入淨額為新臺幣（下同）421,218,954,018元。上訴人查核時則以「被上訴人認購權證金鼎02及03於89年度到期，其發行價款分別為175,969,560元及281,820,000元」為事實基礎，依財政部86年12月1日台財稅第861922464號函釋意旨，列為權利金收入；另以總額法表達股利收入178,057,298元，而核定被上訴人當年度之營業收入為421,854,800,876元。又被上訴人原列報尚未抵繳之扣繳稅額96,232,302元，上訴人初查以其中87,395,308元係為前手債券利息之扣繳稅款，非屬被上訴人所有，乃否准抵減89年度應納稅額，核定尚未抵繳之扣繳稅額為8,836,994元。被上訴人不遵上開核定中有關「營業收入（認購權證發行價款）」及「尚未抵繳之扣繳稅額（前手息）」二項，而申請復查。復查結果，獲准追認尚未抵繳之扣繳稅額52,559,630元，相對核減營業成本及增列出售證券免稅所得各52,559,630元，變更核定尚未抵繳之扣繳稅額為61,396,624元，其餘復查駁回。被上訴人對復查決定中有關營業收入（認購權證發行價款）項目之決定仍表不服，而提起訴願，經財政部於94年3月1日

27

以台財訴字第09300559250號訴願決定駁回，被上訴人遂提起本件行政訴訟。經原審94年度訴字第1195號判決（下稱原判決）訴願決定及原處分（復查決定）均撤銷，上訴人仍不服，遂提起本件上訴。

二、被上訴人起訴主張：（一）認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，於所得稅法上應直接定性為應稅收入，或應暫列為營利事業之資產或負債，待權證履約或到期結算避險結果之後，始認列當期應稅收益？1.查營利事業之收入應依權責發生制，於實現後始具有負擔所得稅捐之經濟能力，而得作應稅所得課稅。2.本件被上訴人發行系爭認購權證所取得之發行價款，係基於對購買權證之投資人，承諾於約定期間內依約定價格履約，而收取之金錢對價，性質上含有「準備金」或「預估收入」性質，被上訴人既未提供特定財產權供持有權證之投資人使用、收益，系爭發行認購權證所收取之價款與所得稅法上權利金之意涵，即顯不相符。然財政部86年函逕將發行認購（售）權證定性為權利金收入，有違所得稅法第14條第1項第5類之規定。又被上訴人發行認購權證所取得之系爭發行價款，並非證券交易稅條例所訂應稅買賣有價證券行為，故非所得稅法第4條之1停徵所得稅範圍。經濟實質上接近「準備金」或「預估收入」性質，應視情形列為營利事業之負債或資產，而應結算避險結果後始認列損益課稅，以符營所稅之權責發生制。（二）被上訴人因發行認購（售）權證，須按證券法令規定從事避險，因避險操作所生之損費，依權利、義務平衡原則以及收入成本配合原則，應歸屬於應稅之發行權證收入，抑或歸屬於免稅證券交易收入？1.被上訴人因履行發行認購權證所附之公法負擔，而生之避險成本費用，並無負稅能力，基於權責發生制之實質課稅精神，自應准被上訴人於收入中扣除。2.上訴人以避險所生之損失、費用，認屬證券交易損失，不得自應稅所得額中扣除，顯違權責發生之實質課稅精神，亦不符所得稅法第4條之1意旨。綜前所述，被上訴人發行系爭權證所取得價款，按其事務本質及權責發生制之實質課稅精神，於所得稅之定性與評價上，既不具備「權利金收入」性質，而屬「準備金」或「預估收入」，更應將避險所生之損費計入扣除，而不應視同證券交易損失。惟原處分及復查決定援引兩紙財政部函釋，僅憑被上訴人形式上收取款項，泛言稅務會計與財務會計原則不同云云，逕比照「權利金收入」課稅，原處分、復查決定暨訴願決定顯有違法失當之處，損害被上訴人之權利等語。求為判決撤銷原處分（復查決定）及訴願決定。

三、上訴人則以：本件被上訴人89年度營利事業所得稅結算申報，原申報營業收入淨額為421,218,954,018元，上訴人初查以其認購權證金鼎02及03於本(89)年度到期，其發行價款分別

28

為175,969,560元及281,820,000元，乃依財政部86年12月1日台財稅第861922464號函釋意旨，列為權利金收入；另以總額法表達股利收入178,057,298元，核定營業收入為421,854,800,876元（421,218,954,018元+175,969,560元+281,820,000元+178,057,298元），於法並無不合。另依財政部86年7月31日台財稅第861909311號函釋意旨，認購（售）權證及其標的股票之交易，係屬買賣有價證券行為，依所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所得稅，從而證券交易損失亦不得自所得額中減除，是被上訴人所訴，系爭用以避險之資產所產生之證券交易損失，係屬發行認購權證權利金收入之必要成本費用乙節，與該函釋規定不符。況認購權證業經改制前財政部證券暨期貨管理委員會於86年5月23日以(86)台財證(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。又依首揭財政部函釋意旨，發行後買賣該認購權證，依現行所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所得稅。從而證券交易損失亦不得自所得額中減除等語，資為抗辯。求為判決駁回上訴人之訴。

- 四、原審判決撤銷訴願決及原處分，係以：類似本案事實特徵之認購權證課稅事件，原審業於92年度訴字第157號判決中詳述原審之法律見解，略以：(一)營利事業所得稅制以「權責發生制」為原則，所以應以其所對應之成本費用是否以實際耗用（支出）為標準，所以當營利事業實際取得收入客體，但對應之成本費用還沒有實際支出者，應列為「預收收入」，等到對應之成本費用已確定才認為所得（收入）之時點。經營認購權證所生之損益，不管對發行權證之證券商或買入權證之投資客而言，性質上均屬「預估性所得」（或「預估性所得」項下之損失），其所得實現時點要依權責發生制之精神以投資人依權證實際履約日（價內情形）或應履約日（價外情形）為準。又從權證發行之日起，至權證履約日止，發行權證之證券商所持有之權證「標的股票」，均係為將來履約之目的，因此其持有之標的股票也一樣具有「閉鎖性」，茲說明如下：①、發行權證之證券商在發行之日必須有一定部位的標的股票（大約為權證標的股票的一半數，但可視其避險模式而不同其數額）。而且在本案發生年度內，依當時財政部之規定，該證券商之自營部門從該日起至權證履約完畢日止，均不能再持有任何一張標的股票，以前自營部門買入的標的股票均應結轉至發行認購權證之部門，作為權證發行的準備部位。且自營部門在權證發行期間內均不能再自行買賣標的股票。②、在權證發行期間內，權證發行商持有之標的股票張數最多不得超過權證所認購的張數。2.認購權證既然是一種「預估性契約」，就有風險問題，而認購權證與一般「預估性契約」相比較，其較為複雜之處則在於其在制度上有避險設計（證券商必須向主管監督機關提出避險計劃

29

，才有可能獲准發行認購權證），且其避險方式有二種，一為買賣標的股票；一為自認購權證之市場上向投資客買回自己發行之認購權證，並且視情況再行賣出，且二種方式可以交互運用。③認購權證中對標的股票的買賣，並不只限於避險行為本身，事實上最後履約階段外觀上也有證券交易行為，此等買賣行為亦可能產生損益。(二)從收入成本配合原則言之：既然上訴人也承認證券商發行認購權證而取得權利金時，其收入尚未實現，而應列為負債欄下的「預收收入」，一直要等到履約結算完畢後，才因取得權利金所對應的成本費用「發生」，符合認列收入之「已賺得」要件，而認列「收入」實現。為何在計算收入所對應的成本費用時，卻不予認列為賺取權利金而避險操作所生之成本，這樣的看法彼此矛盾。另外如果少了標的股票及認購權證買賣所生之避險成本，發行權證的證券商所最後賺得之「所得」，根本無法計算出來。在這裏如果將避險成本認定為獨立的證券交易損失，要獨立計算其損益，而不得列為課稅的權證權利金收入項下之成本，在不考慮銷售認購權證過程所生少量行銷及管理費用的情況下，幾乎會使權證權利金「收入」，即等於權證權利金「所得」，這也與該項營業活動之事務本質不符。(三)從買賣標的股票及認購權證的過程觀之：上訴人堅強的論點，則是建立在所得稅法第4條之1上，認為「依法言法」，既然所得稅法第4條之1明定證券交易所所得免稅，而證券交易損失也當然不得自所得額中減除，而以上避險操作以及履約行為，外觀上既然有證券交易之事實，無論其內在之本質為何，至少從稅捐法制的角度觀察，即應「定性」為證券交易損益，不得與權證之權利金收入形成「收入成本」間之對應關係。但本院並不同意北市國稅局這個觀點。因為發行認購權證之證券商雖然也有標的股票及認購權證的買賣行為外觀，可是如果探究其與一般正常股票買賣的內在決策過程卻有下述之差異，而正是基於此等內在決策差異，此等避險與履約行為，實質上並不符合所得稅法上所稱之「證券交易」定義：a、對一般正常的證券交易者而言，其買賣有價證券的決策過程是「低價買入，高價賣出」。b、但是對權證的發行者而言，當標的股票（或認購權證）漲價時，其不僅不能出售手中的持股（或認購權證）而獲利了結，反而要加碼購入，增加手中的標的股票數量，以免將來履約時負擔太重。而當標的股票（或認購權證）跌價時，其不能再買入標的股票（或認購權證），反而要出售手中之標的股票（或認購權證），認賠殺出，以防止標的股票（或認購權證）市價與原始成本間之差價低於權利金收入，造成損失。C、因此二者之決策過程基本上是相反的，而且避險操作本身還要受到證券商依國際通用標準模式預擬出來，且隨時受證期局監控的避險策略公式之限制，只在有限範圍內享有自由決定權。

d、所得稅法第4條之1之立法目標無非是為了促進資本市場之活絡，讓自由參與資本市場者在證券交易中之獲利能獲得免稅優惠，而證券交易之損失也須自行承當。如果參與者本身在買賣決策上沒有絕對的自由，而且決策之目的在避險減少損失（以「少賠」為目標），並且決策本身又與先前取得之權證權利金具有連動性者，即與所得稅法第4條之1所欲達成之立法目標無涉，故應不在所得稅法第4條之1之適用範圍內。本案涉及收入之定性問題，而收入之定性，必須取決於其實質經濟目的與該經濟目的在民商法制下之規範方式，無從由稅捐法制來決定，而上訴人在認購權證課題所持的見解，簡言之，就是將「法律適用」優先於「事實定性」，這樣的見解在思辨邏輯上恐有未妥。(四)綜上所述，本件原處分在有關「認購權證營業成本認定」部分之規制性決定，上訴人所持法律見解尚非法律之正確解釋，是其此部分規制性決定，自屬違法等詞，為其判斷基礎。

五、本院查：按「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。」及「自民國79年1月1日起，證券交易所停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」分別為行為時所得稅法第24條第1項及第4條之1所明定；次按「有關認購（售）權證及其標的股票交易之相關稅捐之核課，應依下列規定辦理。（一）財政部86年5月23日86臺財證（五）第03037號公告，已依證券交易法第6條規定，核定認購（售）權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購（售）權證，應依證券交易稅條例第2條第2款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交价格課徵千分之一證券交易稅，並依現行所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所所得稅。（二）認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，按約定行使價格向發行人購入（售出）標的股票者，係屬發行人（持有人）出賣標的股票之行為，應就所出售之標的股票，依證券交易稅條例第2條規定，按履約價格課徵千分之三證券交易稅。（三）至認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，以現金方式結算者，係屬認購（售）權證之標的股票之交易，應對認購（售）權證之發行人（持有人）依標的股東之履約價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，及對認購（售）權證持有人（發行人）依標的股票之市場價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」及「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第22條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購（售）權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益，並依所得稅法

第4條之1規定辦理．．．。」前述財政部86年7月函及86年12月函分別釋示在案。查財政部86年12月函釋，以證券商發行權證收取之發行價款為權利金收入，屬「應稅所得」，應依行為時所得稅法第24條規定課徵稅款；至於系爭認購權證業經財政部於86年5月23日以（86）臺財證（五）第03037號公告，依證券交易法第6條規定，核定為其他有價證券，再依財政部86年7月函釋意旨，發行後買賣該認購權證，及避險而買賣標的股票所生之損失，依行為時所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所所得稅，則依損益配合原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除。且行為時所得稅法第4條之1證券交易免稅所得並無排除收入成本配合原則之適用，業經司法院釋字第493號解釋在案，財政部上開86年12月函釋符合所得稅法第4條之1規定意旨，自應予以適用。本件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所所得，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。雖原判決以被上訴人發行認購權證避險需要而買賣標的股票，與一般投資者自行決定買賣股票之交易屬性，不論就自由決定買賣證券種類及時點、操作策略、獲利機會、持有部位及期間、是否專戶控管及買賣證券目的而論，均截然不同，證券商因避險操作而買入或賣出標的股票之盈虧，及因避險而買回（或再賣出）所發行認購權證之損失，與非出於避險操作所為之股票交易之損益自有區別，故發行認購權證避險需要而買賣標的股票，或所發行之認購權證，非屬行為時所得稅法第4條之1所規範單純買賣有價證券之證券交易損益之範圍，上訴人既將權證權利金收入定性為應稅收入，為發行權證避險而買賣標的股票之損益及權證再買回損失應予認列為成本費用云云。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。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，此觀行為時所得稅法施行細則第31條規定自明，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，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。若採被上訴人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。又查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。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。原判決以被上訴人發行認購權證避險需要而買賣標的股票，與一般投資者自行決定買賣股票之交易屬性，截然不同，故證券商因避險操作而買入或賣出標的股票之盈虧，與非出於避險操作所為之股票交易之損益自有區別，故發行認購權證避險需要而買賣標的股票，非屬行為時所得稅法第4條之1所規範單純買賣有價證券之證券交易損益之範圍，為發行權證避險而買賣標的股票之損益及權證再買回損失，為發行認購權證之成本，自應作為應稅收入之減項云云，尚不可採。又證券交易所得既為免稅，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，被上訴人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。另查就營利事業體所獲得之各項收入而言，因性質之不同，可能產生成本費用比例差距情形，例如受捐贈收入、補償費收入、利息收入及認購權證之權利金收入等，其收

入性質本無成本費用，或費用金額相對微小，形成收入與所得金額相近或對毛收入課稅之結果，此係依所得稅法第24條實質課稅原則計算所得之結果，難謂違反實質課稅之公平原則。且各種收入可否扣除成本費用及何種支出始得作為成本費用自收入項下減除，於稅法上各有規定，縱系爭避險損失會計上可認為本件權證權利金收入之成本，亦因行為時所得稅法第4條之1有明文規定，而不得自所得額中減除，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，本件原處分係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律，被上訴人此部分之答辯，尚不足採。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，上訴人認被上訴人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。次按會計學上「收入成本配合原則」，與稅法上成本費用之得否列報並非完全相同，所謂「收入成本配合原則」於會計學上係指「某項收益已經在某一會計期間認列時，所有與該收益之產生有關的成本均應在同一會計期間轉為費用，以便與收益配合而正確的計算損益」（商業會計法第60條參照）。惟查，上開會計學上之「收入成本配合原則」於稅法之適用上，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。原判決卻逕將「會計學上」收入、成本配合原則下之成本、費用，視為「所得稅法上」得列報之成本、費用，無視立法者對於個別成本、費用所為之目的及政策考量，自有違誤。又按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，否則豈非法律完全不得訂定「損失不得列報」之規定，這在立法論與解釋論均不具說服力。再者，成本費用准否列報，並非以具備原因事實為已足，原因事實僅是列報成本費用之前提門檻，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，原審判決以為將標的股票交易所得及損失列為發生權證盈虧，始符合「量能課稅原則」，有判決不依法之違法。另行為時所得稅法第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。原審判決竟稱行為時所得稅法第24條第1項規定為所得稅之核心價值，應優先於其他規定適用，認同將避險股票交易損失列報為發行認購權證之成本，形成有得無法課稅，但有損失可以列報之現象，有割裂法律之適用及違反租稅公平情事。綜上所述，上訴人對系爭避險損失否准被上訴人認列為發行認購權證之營業成本，於法尚無不合，訴願決定予以維持亦無違誤，原判決將訴願決定及原處分（復查決定）均予撤銷，既有違誤，上訴人執以指摘，為有理由，爰將原判決廢棄，並判決駁回被上訴人在第一審之訴。

六、據上論結，本件上訴為有理由，依行政訴訟法第256條第1項、第259條第1款、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 97 年 4 月 24 日

最高行政法院第四庭

審判長法官	鍾	耀	光
法官	林	茂	權
法官	姜	仁	脩
法官	王	德	麟
法官	黃	清	光

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 97 年 4 月 24 日

書記官 阮 思 瑩