

## 元大證券股份有限公司代表人申鼎錢釋憲聲請書

緣最高行政法院 97 年度判字第 838 號判決（附件 1，下稱「最高行政法院確定判決」）及臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2705 號確定判決（附件 2，下稱「臺北高等行政法院確定判決」）均實體適用財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函（附件 3，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、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 158622 號、第 625 號及第 635 號等多號解釋先例，而有牴觸憲法之疑義，又最高行政法院確定判決適用之爭點主義係實質援用改制前行政法院 62 年判字第 96 號判例（下稱「62 年判例」），致使人民訴訟權遭過度之影響，有違憲法第 16 條訴訟權保障及第 23 條比例原則。因確定判決適用之法令有上開違憲之情節，爰聲請 鈞院大法官解釋，以保障人民基本權。

### 壹、聲請解釋憲法之目的

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 4，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及臺北高等行政法院確定判決實體援用財政部 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，另對最高行政法院確定判決適用之爭點主義係實質援用 62 年判例，違反憲法亦應不予援用。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 號、第 185 號、第 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、釋憲程序問題之爭議部分

#### （一）事實及行政救濟程序

1. 聲請人經會計師簽證之 91 年度營利事業所得稅結算申報書中，將認購權證之評價利益 1,884,821,718 元（包括本年度已到期及未到期之權證在財務會計上之評價）自「1 營業收入」項中進行帳外調整，改列至「99 停徵之證券、期貨交易所得」項下，其理由為因稅法並無明確規定，暫依所得稅法第 4 條之 1 規定，全數視為證券交易所得，同時在「5 營業成本」項下，因權證收入認列至證券交易所得中，亦將買賣認購權證之損失及費用帳外調整至「99 停徵之證券、期貨交易所得」項下。是以就聲請人之營利事業所得稅結算申報而言，乃已揭明聲請人因法令適用上仍有疑問，聲請人暫時將權證之收入與成本費用均暫列於免稅之證券交易所得項下，故收入與成本費用在聲請之結算申報書上以觀，自屬緊密不可分割之相關連部分，合先敘明。另外聲請人結算申報書係將財務會計上之權證評價利益作帳外調整，所以其作法並非如同財政部 86 年函釋以履約時（亦即到期之權證）認列權證之權利金收入，故在數字上會有財稅上差異，特

予敘明。

- 2.惟財政部臺北市國稅局已於 91 年度營利事業所得稅核定通知書暨調整法令及依據說明書上已認定到期之權證權利金收入為 1,352,592,500 元，並將之調整至營業收入總額中。財政部臺北市國稅局調整 91 年度到期權證之權利金收入至營業收入，因聲請人結算申報將權證之成本列於證券交易所得項下，與財政部 86 年函釋將避險部位損失作為證券交易損失之規定相符，故不進行調整。
- 3.在行政救濟程序中，聲請人已於復查程序主張權證避險損失屬應稅權利金之成本，應自應稅收入中減除，案經復查決定、訴願決定及臺北高等行政法院均實體加以審理而駁回聲請人之請求，僅在最高行政法院確定判決突然提到爭點主義之問題，其判決理由略以：「至上訴人主張對於『避險交易損失不予認列』不服，被上訴人未將因發行認購權證所生為避險而買賣標的股票之證券交易損失 274,733,338 元及認購權證再買回出售損失 677,966,397 元列為權利金收入之成本，有違收入與費用配合原則等語。經查，原核定並未將上開避險交易損失予以調整，此有原處分卷第 373 頁所附「91 年度營利事業所得稅申報核定通知書調整法令及依據說明書」可稽，該調整說明書經核亦與原核定即原處分卷第 379 頁卷附之「91 年度營利事業所得稅申報核定通知書」無不相符；且依原處分卷第 58 頁所附稅務簽證會計師之查核報告書亦有記載「發行認購權證產生之損益、再買回認購權證處分損益，暫依所得稅法第 4 條之 1 規定，以視同證券交

易所得停止課徵所得稅方式辦理，俟相關法令修正後，……，再自行補正之。」云云，是依上開卷證資料所示，應可認此部分係如申報數核定，依稅捐訴訟實務係採爭點主義以觀，自非得於稅捐稽徵法第 35 條所定復查程序加以主張變更或救濟。是復查決定、訴願決定及原審判決就此部分均以實體無理由加以駁回，理由雖異，惟查其結果並無不同，此部分上訴仍為無理由，附此敘明。」綜觀其判決理由究竟有無實體上就權證避險損失部分予以審理並適用財政部 86 年函釋乙節，可能存有相當之疑義，依照司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款人民聲請憲法解釋之程序中，聲請客體為「確定終局裁判所適用之法律或命令」，究竟聲請人得否以最高行政法院確定判決實體適用財政部 86 年函釋或臺北高等行政法院確定判決援用財政部 86 年函釋進行釋憲聲請？本聲請書在文後會敘明聲請人之主張。

（二）此部分程序上所生之疑義與涉及之憲法條文

- 1.最高行政法院確定判決係增加「爭點主義」之理由用以支持該確定判決之適法性，並認為此部分聲請人之上訴為無理由，從而權證避險損失部分究竟有無實體上經最高行政法院審理而生既判力？抑或屬違反爭點主義僅生行政處分之實質確定力？
- 2.如最高行政法院確定判決在實體上確有審理權證避險損失部分，其雖未在權證避險損失部分就財政部 86 年函釋之適用予以說明，然其追加爭點主義作為上訴無理由之論據，是否致使財政部 86 年函釋屬於最高行政法院確定判決所未適用之法令且無法自重

要關聯性作為釋憲標的？

3.如最高行政法院實體上未審理權證避險損失部分，僅以爭點主義作為駁回上訴之依據，得否認為本件仍屬已窮盡救濟手段，而聲請人得以臺北高等行政法院確定判決所適用之財政部 86 年函釋聲請釋憲？

## 二、有關認購權證相關法令之簡介與財政部 86 年函釋之違憲爭議

### （一）認購權證之簡介

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，財政部為因應此一金融商品出現，即分別於同年 7 月 31 日發布台財稅第 861909311 號函「就認購權證及其標的股票之交易所得停徵所得稅」(附件 5)及財政部 86 年函釋「認購權證發行人取得發行價款何時認列損益釋疑」兩號解釋函令。惟稽徵實務適用該兩函釋，核定發行權證之券商所得稅結果，其因發行權證交易須負擔之實質稅負竟逾其實質所得，是以權證課稅爭議聲浪不斷。

本件系爭之「權證」，係金融市場中之衍生性金融商品的一種。權證之操作方式乃由符合資格之金融機構(如券商)發行權證，投資人則支付少許金額(即權利金)購買該權證，其中約定投資人享有以約定之特定價格買入(認購權證)或賣出(認售權證)一定數量之特定股票(即標的股票)的權利(非義務)，故權證本身係投資人用槓桿方式以小博大的金融商品，其價格會隨其標的股票價格漲跌呈正向或反向變動。

權證發行者(即券商)，雖因投資人購入權證而可

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。權證發行者依權證發行契約，既有依契約約定價格出售（買入）標的股票之義務，因無法預測標的股票未來可能之漲跌幅度，為確保將來有履約能力，必須事先依法規規定精算相對應持有一定數量之標的股票，備供權證持有人要求履約時得以履行股票交付之義務，而非待權證持有人要求時再從證券市場買入，蓋此時標的股票價格已過高，權證發行者可能無力負擔此一價差。故而，權證發行者乃採取其在可能承擔價差之範圍內，事先依標的股票價格之漲跌，依據國際通用之避險交易公式(Black and Scholes Model)及避險交易實務(delta hedge)，計算標的股票高於或低於履約價格之可能性，同步買進或賣出一定數量之標的股票。避險操作原則（以認購權證為例）是：若標的股票股價下跌，則權證持有人要求履約購買股票之可能性降低（即購入標的股票之動機下降，因價差小獲利期待亦小），權證發行者必須持有之標的股票應減少，因此應出售標的股票；反之，若標的股票股價上漲，則權證持有人要求履約購買股票之可能性升高（即購入標的股票之動機高，因價差大獲利期待亦大），權證發行者必須持有之標的股票應增加，因此應購入標的股票，以準備投資人

行使認購權時，可以供履約使用。因此，標的股票之市場價格若上漲，其漲價利益實質係歸屬於投資人享有，而非聲請人證券商享有。其結果，權證發行者為了避險，將永遠在「追漲殺跌」，在高價時更買進，在低價時更賣出，其依國際通用之避險交易公式(Black and Scholes Model)及避險交易實務(delta hedge)從事避險行為其最終結果實難有任何利得。而是以「減少損失」為目的，但此實為「斷臂求生」策略，證券公司必須藉由避險損失控制，始不至於因向權證購買者收取權證之對價（即權利金）卻須承擔無限制風險。

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，依前揭由著名經濟學家 Fischer Black 及 1997 年經濟學諾貝爾獎得主 Myron Scholes 所發明之避險交易公式(Black and Scholes Model)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。

證券交易主管機關自然深知權證交易之特性，為了維持證券市場穩定，避免權證發行券商無法履約，遂以行政命令，強制要求發行權證之券商必須有避險配套措施方能發行，並透過行政權，嚴密監督發行權證券商是否確實執行避險措施，輕為記點，重則停止券商發行權證。此有發行人申請發行認購（售）權證處理要點及臺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可稽（附件 6 及 7）。

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含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；另由法規範面觀察，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。從而，不管由發行權證之經濟活動實質面向觀察，或由法規範強制面向觀察，權證發行所收取之權利金收入，與其相關必要之避險損失，實係互為條件，具有直接因果關係。故於經濟實質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。

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，原本權證案件於臺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（附件 8，截至聲請日行政法院權證交易相關判決一覽），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，經臺北高等行政法院確定判決逕依財政部 86 年函釋駁回聲請人之起訴，最高行政法院確定判決則維持臺北高等行政法院確定判決。

（二）財政部 86 年函釋之解釋內容涉有下列數點違憲疑義：

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法院所理解地那麼廣，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 條為所得稅第 4 條之 1 之特別規定？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？
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 明確表達權證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避險成本之認列，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？

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？有無其他副作用之產生？應如何以違憲審查基準加以審查。

### 三、62 年判例（爭點主義）部分

按 62 年判例略以：「按行為時適用之所得稅法第八十二條第一項及第三項規定，納稅義務人對於稽徵機關調查核定之應納稅額，應依規定程序於法定期限內申請復查，對於復查決定稅額仍有不服時，始得依法提起訴願及行政訴訟。是為提起訴願以前必先踐行之特定程序，若不經過復查而逕為行政爭訟，即非法之所許。本件原告五十六年度營利事業所得稅為結算申報經被告官署調查核定後，僅以原料耗用部分申請復查，對於折舊部分並無異議之事實，為原告所不否認，是其以未經過復查決定之事由而逕將原料耗用部分與添列之折舊部分，一併提起訴願，自非法之所許。訴願決定就折舊部分不予受理，再訴願決定仍予維持，俱屬正當。原告遽行提起本件訴訟，難謂有理。」在實務上既將課稅處分每個課稅基礎或甚至科目作為可分處分之基礎，本件最高行政法院確定判決所適用之爭點主義係實質援用 62 年判例，似在營利事業所得稅上以核定通知書上每一個科目分別作為一個訴訟標的，在實體法上亦尋無課稅處分可分性之依據，在無法律或明確授權之法規命令規定下嚴重侵害人民之訴訟權，不准於行政救濟程序中針對原處分所得稅核定對象——

課稅處分（即核定通知書）加以合目的性之審理變更追加審理之科目，並無任何正當目的，有違憲法第 16 條及第 23 條。

### 叁、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時，即將之視為一種違憲徵兆，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 9，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）。在方法論上本聲請書擬採取前述的違憲審查流程作為論證基礎。

聲請人擬就本件聲請釋憲之標的分別論證其違憲狀態，亦即以下將以財政部 86 年函釋及改制前行政法院 62 年判字第 96 號判例分別論述聲請人認其違憲之主張，並在有關財政部 86 年函釋部分說明本件該當適用司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款人民聲請憲法解釋之要件。

#### （一）有關財政部 86 年函釋部分

##### 1. 本件符合司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款人民聲請憲法解釋之要件

##### （1）最高行政法院確定判決已實體審理權證避險部位損失，亦未依行政訴訟法第 255 條第 2 項變更為其他理由，仍應認最高行政法院確定判決實體上適用財政部 86 年函釋

A、按行政訴訟上訴審係審查高等行政法院判決是否違背法令，亦即行政訴訟上訴審之程序標

的並不是案件本身，而是系爭原審的裁判（附件 10，陳清秀，行政訴訟法，第 526 頁），因此除了上訴合法要件有所欠缺之情形而以裁定駁回外，一般係以上訴有理由或無理由作為判決主文。所以最高行政法院判決之主文若為上訴無理由時，其既判力與實體審理範圍仍應參照高等行政法院判決內容始能確定。

B、經查最高行政法院確定判決雖就權證避險損失部分提出爭點主義之理由，然亦係以上訴無理由駁回聲請人之上訴，是臺北高等行政法院確定判決將權證避險損失納入實體審判範圍部分，亦經最高行政法院確定判決所維持，故就判決主文而論，權證避險損失部分確屬既判力所及之範圍。

C、再查，最高行政法院確定判決並非認為臺北高等行政法院確定判決就權證避險損失部分之判決理由不當，而適用行政訴訟法第 255 條第 2 項：「原判決依其理由雖屬不當，而依其他理由認為正當者，應以上訴為無理由。」從而最高行政法院確定判決僅稱復查決定、訴願決定及臺北高等行政法院確定判決實體上援用財政部 86 年函釋，與其所採之爭點主義之理由雖異，惟查其結果並無不同，據此認為上訴無理由，並非真指摘臺北高等行政法院確定判決之理由不當，而改依其他理由支持臺北高等行政法院確定判決之合法性，充其量僅能認為係追加理由來支持臺北高等行政法院之判決主

文，此觀最高行政法院確定判決適用行政訴訟法第 255 條第 1 項駁回聲請人本件上訴，此即表示其支持臺北高等行政法院確定判決之法令適用，故最高行政法院確定判決雖未明白適用財政部 86 年函釋，亦不能謂其非屬司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之確定終局裁判所適用之法令。

D、又查，最高行政法院就權證避險損失部分適用財政部 86 年函釋，已屬通案一致性之見解，業有十餘件判決在案可查，而臺北高等行政法院確定判決既係採取與最高行政法院相同之見解，最高行政法院確定判決理應不會認定臺北高等行政法院之判決理由不當，此觀最高行政法院確定判決理由僅謂理由有異，而非稱臺北高等行政法院判決理由不當等語自明。

E、雖然最高行政法院確定判決並未明文就權證避險損失部分特別適用財政部 86 年函釋，惟從上述說明而言，最高行政法院確定判決既然實體審理權證避險損失部分，僅係追加爭點主義之理由，以無理由駁回上訴，並未因此排除財政部 86 年函釋之適用，而改依行政訴訟法第 255 條第 2 項以爭點主義作為支持臺北高等行政法院確定判決主文駁回上訴。

F、況且爭點主義乃係對納稅義務人請求審理範圍之限制，稅務救濟實務上依照 62 年判例，確實得依爭點主義作為訴訟審理範圍之界定，但如已經一審判決進行實體審理者，判決效力已

涵蓋至該等經實體審理之事項，上訴審僅係審查一審判決是否違法，必須就上訴人所受不利判決之部分審查，如同本案之情形，臺北高等行政法院確定判決係實體無理由駁回聲請人之起訴，最高行政法院確定判決基於上訴審查範圍及不利益變更禁止之訴訟法理，不得認為爭點主義作為訴訟審理範圍之界定，將本已經實體判決駁回起訴之案件，改按裁定或訴訟判決駁回起訴。是以最高行政法院確定判決仍維持臺北高等行政法院確定判決，亦即既判力及實體審判範圍應及於權證避險損失部分。準此，最高行政法院確定判決並非真引用爭點主義代替臺北高等行政法院確定判決所援用之財政部 86 年函釋，僅係用來加強聲請人提起上訴屬無理由之依據爾。

(2)縱認為最高行政法院確定判決未明確適用財政部 86 年函釋，惟依重要關聯性理論，得以財政部 86 年函釋作為本件對最高行政法院確定判決聲請釋憲案之釋憲客體

A、按聲請釋憲客體重要關聯性，乃指大法官於釋憲實務中認定，與聲請人聲請釋憲之法令具有重要或密切關聯者，不論是否為確定終局裁判援引為裁判基礎之法令，得於受理人民聲請釋憲程序之同時，決定將之納入大法官解釋之客體，對確定終局裁判未適用的聲請釋憲客體，依重要關聯性將之納為釋憲標的（附件 11，楊子慧，憲法訴訟，第 278 頁），此觀 鈞院釋

字第 569 號解釋理由書：「本件聲請人因妨害婚姻案件，認系爭確定終局判決所適用之最高法院二十九年上字第二三三三號及二十九年非字第一五號判例有牴觸憲法之疑義，聲請解釋。按上開判例係以告訴不可分之原則限制人民不得對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人提起自訴，其意旨與本院院字第三六四號及院字第一八四四號解釋之有關部分相同。上開解釋雖非本件聲請解釋之標的，惟與系爭判例關聯密切，為貫徹釋憲意旨，應一併納入審查範圍，合先說明。」自明。故縱認最高行政法院確定判決未適用財政部 86 年函釋，然權證避險損失部分已為最高行政法院確定判決所實體審理，已如前述，最高行政法院實務上就權證避險損失之審理，均會援用財政部 86 年函釋，依照重要關聯性理論，財政部 86 年函釋與權證避險損失部分密切相關，仍宜認為司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款確定終局裁判所適用之法令。

B、況在訴訟實務上，最高行政法院判決亦有不特別表示其法律見解，而認為高等行政法院判決均已對人民上訴理由詳為論斷，據此駁回人民之上訴（例如最高行政法院 94 年度判字第 1986 號判決參照），如該案爭執之法規並未特別由最高行政法院所適用時，亦應認為此等法規亦為最高行政法院判決所援引，符合司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款確定



終局裁判所適用之法令。故縱認本件最高行政法院確定判決未特別說明如何適用財政部 86 年函釋，惟亦可認為其採納臺北高等行政法院確定判決適用財政部 86 年函釋之意旨，在人民聲請釋憲案件上，得就財政部 86 年函釋作為確定終局裁判所適用之法令，聲請本件釋憲。

(3)本件已經窮盡救濟途徑，縱不認為最高行政法院確定判決有適用財政部 86 年函釋，亦應得以臺北高等行政法院確定判決適用之財政部 86 年函釋作為本件釋憲標的

A、按司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所稱「確定終局裁判」，在德國聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項第 1 句有相類似之規定，其係指基本權利受侵害之當事人須先依據法律所規定之一般法院審級救濟途徑提起訴訟救濟，於窮盡所有審級救濟程序後，認其基本權利受侵害仍無法獲得充分完整的救濟，始得提起。(附件 12，楊子慧，憲法訴訟，第 284 頁)所以 鈞院大法官第 1125 次會議決議亦對於確定終局裁判闡釋為聲請人已依法定程序盡其審級救濟之最終裁判。

B、次按案件經上訴第三審，經審理結果認為第二審判決並無違誤之處，而駁回上訴，但第三審的判決未必引用被指摘為牴觸憲法的法規，遇此情形，第二審判決所適用的法規，仍然是確定終局裁判所適用之法規。(附件 13，吳庚，

憲法的解釋與適用，93 年 6 月第 3 版，第 387 頁）職是，對於「確定終局裁判」一詞之重點應在於用盡審級程序，而非僅能以最終審之裁判所適用之法令為釋憲標的，以本件而言，臺北高等行政法院確定判決以財政部 86 年函釋判決聲請人對權證避險損失之主張無理由，最高行政法院確定判決雖未就財政部 86 年函釋特別說明如何適用，但其並未認定臺北高等行政法院確定判決有所違誤，已詳如前述，故縱認最高行政法院確定判決未適用財政部 86 年函釋，自本件已用盡審級救濟途徑及學者見解，亦應認為臺北高等行政法院確定判決所適用之財政部 86 年函釋為本釋憲聲請案之釋憲標的。

C、又按，參照 鈞院對適用簡易程序之裁判提起上訴，經最高行政法院不許可而駁回上訴之案件，均允許以臺北高等行政法院判決所適用之法令作為釋憲標的，例如 鈞院釋字第 615 號解釋理由書略以：「本件聲請人就臺北高等行政法院九十二年度簡字第七三三號判決及最高行政法院九十四年度裁字第 0 一三六五號裁定所適用之所得稅法施行細則第二十五條（第二項）規定及財政部八十一年二月十一日台財稅第八 0 一七九九九七三號、八十七年三月十九日台財稅第八七一九三四六 0 六號函釋，聲請解釋憲法。查上開最高行政法院裁定係以聲請人對上開臺北高等行政法院適用簡

易程序之判決提起上訴，不符合訴訟事件所涉及之法律見解具有原則性之要件，不予許可，並未適用上開法規及函釋，而以上訴不合法從程序上予以駁回。因聲請人已依法定程序盡其審級救濟，且非對裁判適用法律所表示之見解，而係對上開法令是否違憲聲請解釋，故應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決，就其所適用之上開法規及函釋予以解釋，合先敘明。」鈞院釋字第 649 號解釋亦屬相同情形；另鈞院對法律審法院以上訴理由未具體指摘原判決違法而裁定駁回之案件，亦准依高等法院或高等行政法院判決所適用之法規作為釋憲標的，可參諸釋字第 596 號、第 640 號、第 642 號、第 648 號、第 657 號解釋之案情。準此以言，鈞院亦以是否用盡審級救濟作為確定終局裁判之判準，縱算因最高行政法院以上訴不合法裁定駁回案件，亦得以高等行政法院判決所適用之法規作為釋憲標的，循此，此種裁定駁回案件之實體既判力仍包括一審所實體審理部分，此點與最高行政法院以無理由駁回上訴之情形相同，均以一審判決實體審理部分作為既判力所及範圍，而與最高行政法院自為判決之情形有別，故依前揭學者之見，無庸區分第三審（法律審）以判決或裁定駁回上訴，如最高行政法院裁判未特別引用違憲之法規時，仍得以高等法院（高等行政法院）適用之法規為釋憲標的。

D、承上，本件釋憲聲請縱不能認為最高行政法院確有援用財政部 86 年函釋，惟臺北高等行政法院確定判決既已援用財政部 86 年函釋，衡諸上開對確定終局裁判之解釋，在本件已盡審級救濟程序之情形下，應符合司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之聲請釋憲要件，得以財政部 86 年函釋作為釋憲標的。

2.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；如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，始得由主管機關發布命令為必要之規範，迭經本院解釋在案……財政部八十一年一月十三日修正發布之營利事業所得稅查核準則第三十六條之一規定：

『公司組織之股東、董事、監察人代收公司款項，不於相當期間照繳或挪用公司款項，應按當年一月一日所適用臺灣銀行之基本放款利率計算利息收入課稅。公司之資金貸與股東或任何他人未收取利息，或約定之利息偏低者，比照前項規定辦理。』稽徵機關依本條第二項規定得就公司資金貸

與股東或他人而未收取利息等情形，逕予設算利息收入，據以課徵營利事業所得稅。惟上開查核準則之訂定，並無所得稅法之明確授權；其第三十六條之一第二項擬制設算利息收入之規定，亦欠缺法律之依據，縱於實務上施行已久，或有助於增加國家財政收入、減少稽徵成本，甚或有防杜租稅規避之效果，惟此一規定擴張或擬制實際上並未收取之利息，涉及租稅客體之範圍，並非稽徵機關執行所得稅法之技術性或細節性事項，顯已逾越所得稅法之規定，增加納稅義務人法律所無之租稅義務，與憲法第十九條規定之意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。」有 鈞院釋字第 650 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。」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。按所得稅法第二十四條第一項規定：『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三十一條規定為

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四條，觀諸所得稅法第三條、第四條及第二十四條第一項規定之立法目的及其整體規定之關聯意義，尚未違背憲法第十九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、損失及稅捐後之純益額為所得額，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，證券交易所得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」其立法理由略謂：「明定證券交易所得不課徵所得稅，其損失亦不得自所得額中減除。」（附件 14），故所得稅法第 4 條之 1 之構成要件係證券交易所得免稅，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」為證券交易所得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，為所得稅法第二十四條第一項所明定。依所得稅法第四條之一前段規定，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；公司投資收益部分，依六十九年十二月三十日修正公布之所得稅法第四十二條，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項下之成本費用。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 15，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 10，黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 75 至 77）。所得稅法第 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，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，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避險部位之交易損失，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 號解釋之租稅法律主義、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，對於另一金融商品一期貨，則以所得稅法第 4 條之 2 制定免稅規定，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避險交易部分單獨抽離，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認為期

貨交易與證券交易係屬二事，而權證交易其實是比较類似於股票選擇權之期貨交易，可參考財政部 91 年 12 月 26 日台財稅字第 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；至到期履約採股票實物交割者，應依證券交易稅條例規定課徵證券交易稅，由期貨商於每次結算交割之當日代徵後，填具「期貨商代徵期貨交易稅稅額繳款書」，並於項目欄內載明「股票選擇權履約證券交易稅」，應於代徵之次日向國庫繳納之。」（附件 16）是以財政部 86 年函釋單獨抽離權證避險損失作為所得稅法第 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事甚明。

- (9)再詳言之，因與本案類似之他案中（臺北高等行政法院 92 年訴字第 157 號等，附件 17），納稅義務人曾在臺北高等行政法院獲判勝訴，其主要關鍵即在於，該等他案判決認定權證之避險交易與一般消費者購買之證券交易性質有異，然而最高行政法院卻以券商發行權證前已知悉避險交易可能發生損失，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，據此駁斥臺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，當然就不會發生上開實務對於證券交易行為認定之爭議，而如 鈞院認為所得稅法第 4 條之 1 後段適用範圍仍應如最高行政法院確定判決之認定方式，所得稅法第 4 條之 1 後段即有違反量能課稅原則應予宣告部分違憲之可能。

3.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)課稅事實關係定性問題與實質課稅原則之關係

A、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，亦即實質課稅原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。

- B、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18，黃茂榮，稅法總論第一冊，頁405）。
- C、而所謂之「定性」係指事實關係的定性，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連部分，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 19，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。

## (2) 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

有關權證案件之法院判決中，臺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

取權利金之事實與避險交易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。不過在實質課稅原則之層次上要討論的是，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）。

### (3) 權證交易屬於一個法律事實（法律行為）

A、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 20，黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 219 至 222）。依上可知，法律事實絕無可能以所包括之法條規定之個數作為行為個數之判斷標準。

B、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 21，林明昕，論行政罰中單一行為之概念，頁 21 至 22）。

C、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。

D、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，發行人本應從事避險交易，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、投資人執行權

利時將標的股票轉讓予伊等整體交易，均屬一行為，對於此種一行為自不能為相互矛盾之評價。易言之，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避險操作。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，如不進行相關避險操作，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，可以想見不進行避險交易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，在權證交易中所採取之避險交易，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，避險交易當然構成權證交易本質之一部分。

E、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。權證發行人採取避險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。

F、職是，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，所以才會建立出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，

屬其成本之避險交易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。

G、小結：行政函釋如於事實定性（稅捐案件之通案性常會促使財稅主管機關對業者之通案事實統一定性）或法律構成要件之涵攝上違反實質課稅原則或核實課稅原則，依釋字第 420 號、第 625 號等解釋均可確認可作為違憲解釋之對象，本件財政部 86 年函釋正屬錯誤解釋所得稅法第 4 條之 1，造成嚴重背離實質課稅原則之結果，請 鈞院鑒核。

(4)就經濟實質而言，權證發行者之避險行為乃法令嚴格要求之必要事項，權證發行者幾無決定避險行為買賣股票之種類、價格、數量、時點的空間，其僅為法規要求控制風險而所不得不為之法令遵循事項，故當為發行認購權證之成本之一環，與一般自營買賣股票祈求買低賣高賺取經濟利益之情形有極大差異

針對金融機構發行權證並從事買賣股票之避險行為而言，避險股票之買賣，表面上雖與自營買賣股票之無異，惟其經濟實質與自營買賣股票迥然不同。自營買賣股票之操作，乃證券商基於股價起伏之研判，自行承擔風險以獲取價差為唯一之目的，故自營買賣股票當由自營商根據財務學所闡釋之基本分析（總體經濟分析、產業分析、公司分析等）或技術分析等證券投資分析方法，並綜合

過往操作股票之經驗而為之，從而決定欲自營買賣之股票為何檔股票、購買價格、數量、時點等，並期能在股票市場上買低賣高，而賺取經濟利益當為其唯一要務；然發行權證後所為之避險行為，乃權證獲准發行之法定必要條件，為金融監理機關之強制規定，且該等避險之部位尚須由證券商逐日上網公開申報相關操作情形，供證券交易所等相關監理機關予以查核檢視，又針對避險行為而言，券商僅得依前揭國際通用之 Black and Scholes 避險模式及避險交易實務 delta hedge 之方法為之，券商並無自由決定避險行為所買賣之股票之種類、價格、數量、時點，由於避險行為本身不是在追求價差等經濟利益，而係在遵守法令、控制風險，故券商根本不可能使用前揭自營買賣股票所用以賺取價差利得之證券投資分析方法進行避險行為。由此可證，避險行為之經濟實質與一般自營買賣股票有極大之差異，對於權證之發行，避險行為實乃法令嚴格要求之必要事項，權證發行者幾無決定避險行為所買賣股票之價格、數量、時點的空間，僅為法規要求控制風險而所不得不為之法令遵循事項，避險損失與權證發行在經濟實質上不可切割觀察，亦不可與自營買賣股票同視，故避險損失當為發行認購權證之成本之一環。

- (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 22，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

A、按 鈞院釋字第 420 號、第 607 號、第 625 號、第 635 號解釋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。

B、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，必須為獲得該收入之相關成本已支付或大部分已支付之「已賺得」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聯性，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製財務報表注意要點中察悉。

（附件 23，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 24，證券商財務報告編製準則）。

C、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 年函釋就避險交易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

A、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。

B、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，必須在賣出後；在融券先賣後買時，必須在買進還券後，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 25，黃茂榮，不動產稅及其對不動產產業的經濟引導，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，絕無法從單筆的避險交易就認為得結算損益，原確定判決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避險之整體交易行為，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。

C、再按，鈞院自釋字第 420 號解釋以來，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 26），所以財稅主管機關適用實質課稅原則本為其法定義務，實難有脫免適用實質課稅原則之正當化理由。

D、另可能有的論點為避險交易因其可能獲益而在性質上不得為成本，惟新法允許此種扣減，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，因稽徵機關及法院判決誤解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。

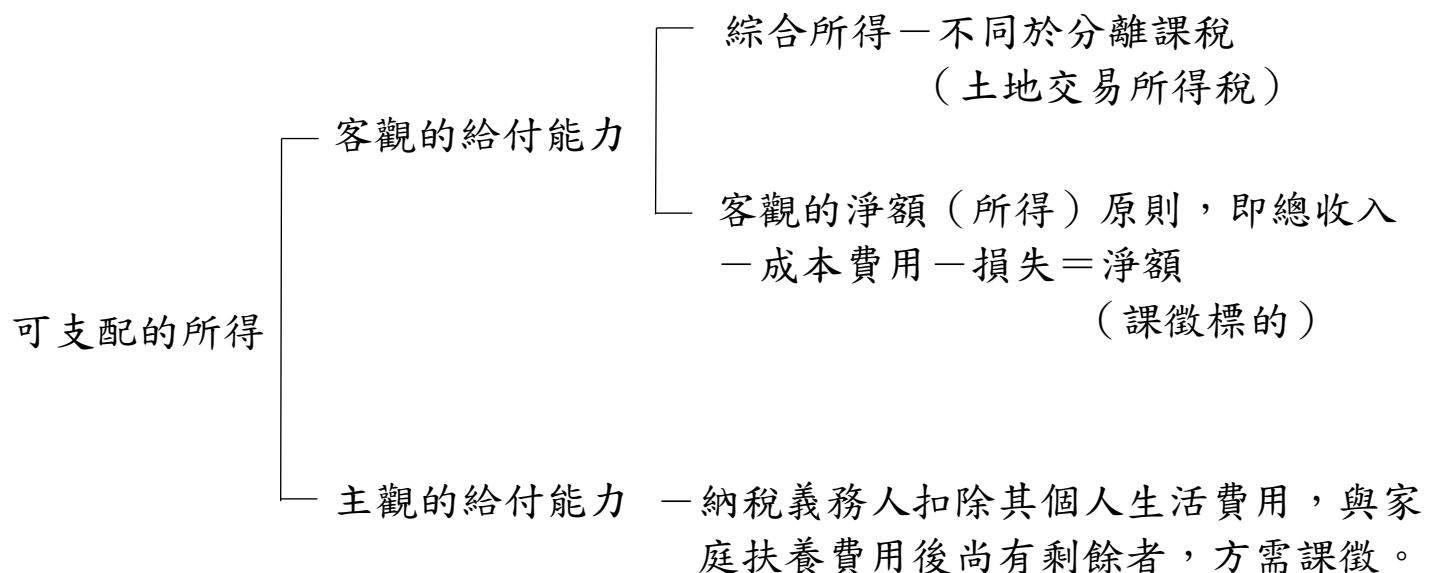
4.自量能課稅原則及客觀營業保障淨所得原則而論，避險交易損失屬於應稅權利金收入之必要成本，並無立法者自由裁量空間，財政部 86 年函釋對所得稅法第 4 條之 1 選擇非合憲性之解釋方式，當悖於量能課稅原則

(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

A、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。

B、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 27，陳清秀，量能課稅原則在所得稅法上之實踐，頁 47 至 48）。

C、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 4，葛克昌，所得稅與憲法，頁 121 至 123）。

D、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」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 28，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）。

E、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 29，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。

F、又查，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 年函釋之訂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

A、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 19，陳清秀，稅法總論，頁 32）。

B、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，只有當法律違反明顯憲法，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 30，陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法觀點出發）。

C、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 30，陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法觀點出發）。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 號解釋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。

D、然聲請人認為本件是否因最適功能理論而不適用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 31，立法院公報第 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分止爭，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 32，96 年 4 月 3 日經濟日報，網址：[http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f\\_ART\\_ID=32465](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。

E、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 4，葛克昌，所得稅與憲法，頁 156 至 158）。

F、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得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 後段適用於權證之避險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。

G、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，聲請人認即使應適用最嚴格之審查基準，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 後段可單獨適用至權證避險損失上，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 是否真有規範權證避險交易部分，亦未就可能獲得之資料予以詳考，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，亦應認為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者對此種財政部解釋有一個可以說得過去而可支持的理由，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

A、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 號解釋所示，不准列舉減除非課稅所得或免稅所得之必要費用(附件 28，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)。

B、除上揭客觀淨所得原則之例外，一般而言立法者如欲不遵循量能課稅原則、客觀淨所得原則時，應有重大公益理由，吾人認為上揭德國法制之例外，是建構在公益目的之考量上，在法益衝突時以比例原則加以調和，故在法益權衡下確立客觀淨所得原則必須退讓之例外。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。

C、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 日後的技术作價案件，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 33）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案型

中，如果行政機關未能適時擬訂此等設算準則，在實務上應命行政機關擬訂，再為本案之審理。(2)另外目前稅捐稽徵機關所擬訂之準則均過於齊一、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日作成台財稅字第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。

D、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、經濟上關聯性而定。準此見解，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。是在發行權證納稅義務人所為避險證券交易的類型情形，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 28，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）。

E、未按「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 15，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 34，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 停徵證所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。

F、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？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。

G、詎料，本案臺北高等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，此觀鈞院釋字第 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。

H、附帶一言者，如承認避險交易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。且其避險措施方案係在國際通行避險標準（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。

I、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適當性或目的性之限制，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 35，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，竟以立法形成自由為詞，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。

5.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

A、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。

B、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，合理關聯性之審查；第四條追求無實質平等之政策目的，必須從嚴審查（附件 36，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

A、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。

B、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避險交易成本，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。

C、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

A、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。

B、惟查財政部 86 年函釋對權證交易拆解為數行為，並對其中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

A、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 37）。

B、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。

- C、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」。

D、從而永久性差異與暫時性差異係以對稅負效果之影響而論，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 28，陳清秀，論客觀的淨額所得原則，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行為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。

E、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權證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 號解釋割裂適用禁止原則，亦與平等原則有所齟齬

A、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十二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。

B、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 號解釋意旨，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

A、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，權證發行者相關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。

B、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，委員會紀錄，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，讓臺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並沒有溯及既往，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 31，立法院公報第 94 卷第 62 期，頁 319 及 321）。

C、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，對此等解釋性質而非構成要件規定之法律，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，此參臺灣高等法院上字第 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。』信託法第一條定有明文。按信託法雖訂立於八十五年一月二十六日，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。

- D、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「避險」（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，且避險行為通常均會產生損失，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，因此其避險行為所生之「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。

E、是故，如果認購（售）權證中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之避險成本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 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

A、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。

B、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，權證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，因不准扣除權證交易之避險成本，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×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 $\times$ 15% $\times$ 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。

6.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

A、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，故我國學者及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。

B、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)財政部 86 年函釋課稅之結果將造成對聲請人財產權及營業自由之嚴重限制，有違狹義比例原則

A、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 38，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，78 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。

B、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 38，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，78 年台大法研所碩士論文，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。

C、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4，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。

D、經查，本案權證交易若依財政部函示不准減除避險費用損失，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，年度淨獲利占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，約占權利金總收入之 16.37%。」「全體權證市場之 volatility arkup 平均為 17.60%，淨獲利占權利金總收入之 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占權利金總收入之 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 28，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）。就聲請人本年度到期權證之實際利得（減除避險損失及相關成本費用後之所得）係新臺幣（下同）252,264,587 元（附件 39，權證損益計算表），惟查財政部臺北市國稅局將聲請人原列報為免稅之權利金收入 1,352,592,500 元部分調增至營業收入，

卻不准權證避險損失列為應稅權利金收入之成本，其中有關避險損失金額部分，最高行政法院確定判決所載財政部臺北市國稅局主張不准避險損失為 952,699,735 元，係依聲請人財務報表上之避險損失核算之金額，包含未到期權證之避險損失，惟如僅以 91 年度到期權證之避險損失計算 993,857,034 元（詳如附件 39）。是以聲請人因財政部臺北市國稅局所核定權證之利益為 1,352,592,500 元，應課稅額為 338,148,125 元，是聲請人在 91 年度權證交易之實際獲利 252,264,587 元之狀態，卻因適用財政部 86 年函釋而核定增加此等高額之課稅所得，而就此權證交易實質稅負為 338,148,125 元，高達權證交易所得 134.05% 以上之租稅負擔，實際上確實產生了過度課稅的結果，對於憲法上保護之財產權，業已超出財產權社會義務所應負擔之範圍，這點應是可以確認的，從而從基本權侵害的嚴重性而言，要難謂不重大。

E、再審查是否因財政部 86 年函釋之適用結果，產生與結果無關之副作用乙節，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權證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。據新聞資料「為了抗議權證稅率不公與法案審理之延宕，券商決議於 2004

年 7 月 7 日起罷發權證，後在 11 月中旬大華證券行政訴訟暫時勝訴而同意重發權證。停發影響在於，權證發行市場因只出不進，發行停頓加上自然到期，權證市場急遽萎縮，在 7 月 9 日停發權證前，上市掛牌的權證檔數為 296 檔、上櫃掛牌檔數 13 檔，合計共 309 檔；但 4 個月後，上市掛牌權證僅餘 101 檔、上櫃權證只剩 1 檔，發行市場縮水近 7 成；另外，因權證可供現貨交易避險之用，停發對市場成交值有負面影響，2004 年 7 至 11 月，股市成交量僅約 480 至 750 億元之間，遠低於上半年平均 1,030 億元之成交量」、「因立法院、財政部漠視”九二共識”，券商自 2006 年 1 月 1 日起二度停發權證」(附件 40，【月報】專題評析：權證退稅爭議之演進與影響、網址：<http://stock.yam.com/rsh/article.php/350945> )

「券商估計，停發權證後，政府每年將減少 50 億元稅收，對券商來說，不但少了權證生意可做，現有的大批權證部門人力如何善後，更是個頭痛的大問題。面對眼前僵局，券商也很無奈，只能希望立法院趕緊通過修法，讓避險損失可以扣除，如此一來，券商便會恢復發行權證，讓投資人重新擁抱權證市場。」(附件 41，權證最快年底在台股消失，理財週刊第 301 期，網址：<http://fn.yam.com/fninfo/php/article.php/384618>)。依上揭新聞事件可知，券商因權證課稅不公，剝奪其合理商業利潤，只好採用



全體停發權證之激烈手段因應，顯見財政部 86 年函釋確實引發了一個規範制定者所未預期之基本權侵害，亦即影響券商職業選擇自由之職業客觀要件。所謂職業客觀要件係指從事某一行業須符合特定之客觀經濟情況，而這些情況非行為人主觀能力所能遂行者（附件 42，李惠宗，憲法要義第二版，頁 176、177）。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占權利金總收入 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，此點亦是 鈞院應仔細加以考量者。

F、財政部 86 年函釋導致券商發行權證產生無利可圖之結果，券商為因應此種稅負影響，可能有兩種解決方式，其一為將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，已如上述。

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。」此即第一種處理方式，將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（債券或定存）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。如排除 96 年之修法因素，而財政部 86 年函釋亦確實使券商停發權證，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確實會產

生權證退出市場之結果，又挾對所得稅法第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，實質導致無任何政策目的之寓禁於徵之效果，亦即86年函釋否認認購權證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，更重要的是，會形成過大之基本權侵害，而違反比例原則，相關影響鑒請鈞院參酌。

b.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，牽涉到第三人之工作權或一般經濟上權利遭受侵害。況券商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，券商對於增訂權證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），亦請

鈞院斟酌。況且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 多億元，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 30，立法院公報第 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。

G、承上，財政部 86 年函釋既尋無一個正當化之公益理由，如僅以財政考量為依據，似又非其制定時之本意，縱有達成多課徵稅捐之結果，但考量前述反而產生權證停發之稅收減少的副作用，恐怕財政收入之公益正當性沒有如表面看來的那麼大，而且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。退萬步言，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、營

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，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。

## （二）62 年判例（爭點主義）違憲部分

### 1. 最高行政法院確定判決所採之爭點主義係實質援用 62 年判例

(1) 依前述釋憲客體重要關聯性理論及 鈞院釋字第 569 號解釋理由書，最高行政法院確定判決既然將「爭點主義」作為法令加以援用，有關與爭點主義重要關聯性之 62 年判例，自得為本件之釋憲標的，蓋在我國法院審判實務上對爭點主義之適用係由來於該判例，例如：

A、最高行政法院 97 年度判字第 1075 號判決：

「我國訴訟實務，就租稅行政救濟之訴訟標的係採爭點主義，不採總額主義（本院 62 年判字第 96 號判例參照）」。

B、最高行政法院 97 年度判字第 618 號判決：「至於其餘部分，查對於租稅爭訟事件係採爭點主義，業經本院著有 62 年判字第 96 號判例可參，而上訴理由狀所載，無非重述為原審所不採之主張，執其主觀歧異之見解，指摘原判決採用爭點主義為不適用法規或適用不當云云，請求廢棄原判決，其該部分上訴即為無理由，

應予駁回。」

C、最高行政法院 97 年度判字第 391 號判決：「又『行為時適用之所得稅法第 82 條第 1 項規定之申請復查，為提起訴願以前必先踐行之程序。若不經過復查而逕為行政爭訟，即非法之所許。』（本院 62 年判字第 96 號判例參照）。是我國訴訟實務就租稅行政救濟之訴訟標的係採爭點主義，不採總額主義，即認各個課稅基礎具有可分性，故撤銷訴訟之爭點須經前置程序中主張，始可於行政訴訟程序中加以爭執。」

(2)依照 鈞院釋字第 582 號解釋所揭諸「實質援用」之釋憲客體判準，本件最高行政法院確定判決確有實質援用 62 年判例

按「按確定終局裁判援用判例以為裁判之依據，而該判例經人民指摘為違憲者，應視同命令予以審查，迭經本院解釋在案（釋字第一五四號、第二七一號、第三七四號、第五六九號等解釋參照）。本聲請案之確定終局判決最高法院八十九年度台上字第二一九六號刑事判決，於形式上雖未明載聲請人聲請解釋之前揭該法院五判例之字號，但已於其理由內敘明其所維持之第二審判決（臺灣高等法院八十八年度上更五字第一四五號）認定聲請人之犯罪事實，係依據聲請人之共同被告分別於警檢偵查中之自白及於警訊之自白、於第二審之部分自白，核與擄人罪被害人父母及竊盜罪被害人指證受勒贖及失竊汽車等情節相符，並



經其他證人證述聲請人及共同被告共涉本件犯罪經過情形甚明，且有物證及書證扣案及附卷足資佐證，為其所憑之證據及認定之理由，該第二審法院，除上開共同被告之自白外，對於其他與聲請人被訴犯罪事實有關而應調查之證據，已盡其調查之能事等語；核與本件聲請書所引系爭五判例要旨之形式及內容，俱相符合，顯見上開判決實質上已經援用系爭判例，以為判決之依據。該等判例既經聲請人認有違憲疑義，自得為解釋之客體。依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，應予受理（本院釋字第三九九號解釋參照）。」「最高行政法院決議如經法官於裁判上援用，應認其與命令相當，得為憲法解釋之對象（本院釋字第三七四號、第五一六號、第六二〇號解釋參照）。本件據以聲請解釋之確定終局裁判中，最高行政法院九十二年度裁字第一五八九號裁定援用聲請人所指摘之同院九十二年九月十八日庭長法官聯席會議決議，為其裁定駁回之理由。又最高行政法院九十二年度判字第一五四四號判決，形式上雖未載明援用上開決議，然其判決理由關於應以繼承人為納稅義務人，發單課徵贈與稅之論述及其所使用之文字，俱與該決議之內容相同，是該判決實質上係以該決議為判斷之基礎。而上開決議既經聲請人具體指摘其違憲之疑義及理由，自得為解釋之客體。依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，本件聲請應予以受理（本院釋字第三九九號、第五八二號解釋參照），合先敘

明。」 鈞院釋字第 582 號及第 622 號解釋之解釋理由書著有明文，故雖未援引判例字號，但實質上以其為裁判依據者，即屬實質援用。是以本件最高行政法院確定判決援用之爭點主義，在司法實務上即係指改制前行政法院 62 年判字第 96 號判例，自得作為本件釋憲標的。

## 2. 爭點主義與總額主義之簡介與其法理基礎

### (1) 有關課稅處分之可分性

A、在行政處分各個部分可獨立存在的情形，或者行政處分其中一部分消滅，而就其他部分之有效性不受影響者，該行政處分極具有可分性，反之，如行政處分是由單一部分組成，亦即規制內容上乃屬不可分割，或者其構成部分在法律上不具有可分性，即屬不可分之處分。所謂行政處分內容可分係指部分違法之行政處分，須內容可分，始得將違法之效果限制於該有瑕疵部分，包括多數實質上獨立之要求及行政處分除去該有瑕疵之部分後其餘存之規制，能作為獨立之行政處分而繼續存在者，亦為可分之行政處分。（附件 43，陳敏，行政法總論，2 版，第 394、395 頁）

B、爭點主義認為所謂課稅基礎非單純的構成具體的生活事實之各種事實，而是與課稅相連結之法律上總括概念，如特定得所得種類、盈餘、收益、財產單位及其價值等，由於課稅處分對應於其具體的、按其價值可特定的課稅基礎並非不能分割，因此各個課稅基礎似得被核定作

為具體案件之獨立規制，在此範圍內課稅處分具有可分性。至於總額主義認為，在稅法上原則上不許對於個別的課稅基礎以一個特別的行政處分加以獨立的確認，且在所得稅上，各個課稅基礎立於緊密的交替關係，故性質上對於所得不能以各別租賃所得或營利所得導出所得總額。（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 85 至 90 頁）

C、課稅基礎在概念上或邏輯上固然亦可能具有可分性，惟依稅捐稽徵法第 35 條之規定，納稅義務人得申請復查之對象為核定稅捐之處分，並未享有單獨就課稅基礎之認定各別提起行政救濟之權利，且不問課稅處分之基礎為何，人民僅因課稅處分之結果始蒙受損害，亦即復查申請人指摘原處分有違法事由，但原處分另含有有利於復查申請人之違法瑕疵，兩相抵銷，課稅處分之結果（主文）並未對人民產生損害。學者進一步指出，基於稽徵程序之職權進行主義與職權探知主義，復查程序乃應就原處分全部範圍重新審查，爭訟標的亦不應以復查申請人所指摘之原處分具體違法事由相關連的稅額適否，而採取總額主義。（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 276、277 頁）

D、在我國審判實務上，確實因爭點主義而認為課稅處分可分，以 62 年判例為例，認為僅就原料耗用部分申請復查，對於折舊部分並無異議

之事實者，即不可在訴訟程序上再行爭執，其將此二個在營利事業所得稅結算申報書及核定通知書上分屬不同科目（一為營業成本，一為費用類科目）而認定屬二個可分之課稅基礎，如最高行政法院 97 年度判字第 391 號判決即認定 62 年判例之爭點主義認為各個課稅基礎具有可分性。然而此一可分性之區分標準究竟有無任何實體法上之依據？抑或僅係其解讀稅捐稽徵法第 35 條或舊所得稅法第 82 條之程序法規定所得出之結論？（按在 62 年判例作成時僅有舊所得稅法第 82 條第 1 項規定：「凡經稽徵機關調查核定之案件，除依本法第七十九條之規定不得提出異議者外，納稅義務人如有不服，應依規定格式敘明理由，連同證明文件，依左列規定申請復查」，後在 65 年制定稅捐稽徵法第 35 條第 1 項：「納稅義務人對於核定稅捐之處分如有不服，應依規定格式敘明理由，連同證明文件，依左列規定，申請復查」，並刪除舊所得稅法第 82 條之規定）62 年判例在論理基礎上已令人有所質疑（詳後）。況且依照行為時所得稅法第 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。是故在實體法上係要求納稅義務人計算出一個正確的所得，以確認可以課稅之稅基，收入本來就離不開成本費用，如將營業成本與營業費用之科目認為彼此可分時，此僅為邏輯上之可行而已，在實體法上應是不被允許的。

E、至於稅捐稽徵法第 35 條能否得出各個課稅基礎可分之結論？稅捐稽徵法第 35 條第 1 項規定：「納稅義務人對於核定稅捐之處分如有不服，應依規定格式敘明理由，連同證明文件，依左列規定，申請復查……」，該條規定意旨即為復查前置程序，在復查申請書應載明理由，能否無限上綱至復查申請之理由作為支持課稅處分可分之理由？細繹 62 年判例意旨，其係以未經復查部分不得提起後續行政救濟程序之推論，其論證成立的前提係在於課稅處分各個課稅基礎或理由屬於可分的行政處分，而不是反過來因為稅捐稽徵法第 35 條第 1 項的規定，導致課稅處分具有可分性，故而稅捐稽徵法第 35 條第 1 項不足以支持課稅處分具有可分性，自不待言。是以 62 年判例是否係出於對舊所得稅法第 82 條規範效力之誤解，不無所疑，且此種作法顯係將風險全部歸於納稅義務人承擔，亦即如復查時未予敘明之理由，因課稅處分係針對營利事業所得稅結算申報之所有科目加以核定，依 62 年判例對於未提起復查部分即告確定，至多僅能尋求得否依

稅捐稽徵法第 28 條尋求對有形式存續力之處分之案件申請退稅，在實務上亦不均被接受。惟稽徵機關如發現另應核課之稅捐，仍得依稅捐稽徵法第 21 條補徵，如此解釋屬嚴重失衡的制度設計，實在尋無稅捐稽徵法第 35 條可作為處分可分之依據。

F、更進一步言，62 年判例既係基於課稅處分可分性之前提，其可分性範圍是否受課稅處分調整理由限制，抑或以納稅義務人在復查程序所提之理由作為認定課稅處分之範疇？62 年判例並未釐清此一課稅處分可分性之拆分標準，苟稽徵機關就納稅義務人結算申報書上某一科目如申報數加以核定，但納稅義務人如欲於復查程序中加以主張時，是否得作為行政救濟程序所審理之範圍？如以課稅處分調整理由為判準，納稅義務人即不得在行政救濟程序中主張，如以納稅義務人復查程序中所主張之理由為準，似又可以對處分未調整之科目列為行政訴訟之審理範圍，惟此對於人民訴訟權範圍及得否爭訟乙事，竟無明確之適用標準，是 62 年判例本身有無理論基礎得支持己身結論之正當性，誠已令人懷疑。況且，如本件聲請人之情形，原將權證之權利金收入與避險損失均暫先申報為免稅證券交易損益，因聲請人在營利事業所得稅結算申報時主張權證之權利金收入與避險交易損失為收入成本必須相互配合，如權利金收入列為免稅收入，避險交易損

失亦在免稅項下，如權利金收入為應稅收入，避險交易損失則在應稅項下。惟臺北市國稅局將 91 年到期權證之權利金調增至營業收入之科目中，且原查處分依據財政部 86 年函釋認定權證避險交易損失屬證券交易損失，故不調整聲請人有關避險交易損失之申報數，案經聲請人於復查等行政救濟程序中均主張避險交易損失應自應稅權利金收入扣除之爭點，亦經復查決定、訴願決定及臺北高等行政法院確定判決所實體審理，詎料本件最高行政法院確定判決認為爭點主義所形成之審理範圍係指原處分之調整部分，而不包括原處分如申報數核定之部分，認定原處分未調整權證避險交易損失之申報，故聲請人不得就該部分提起復查申請云云，顯係採取以原處分調整理由作為爭點主義適用範圍之判準，然此種爭點主義之適用確實已產生對於人民最為不利之效果，蓋：本件聲請人本在結算申報即主張權利金收入與避險交易損失為相互配合之收入與成本，如均申報免稅項下時，即無課徵稅捐之可言，惟國稅局將權利金收入調整至營業收入項下，聲請人自然主張應將權利金收入之成本（即避險損失）自應稅收入中扣減，如採最高行政法院確定判決所持之爭點主義，即造成避險交易成本在權利金收入被調整為應稅收入時，竟可能無從受實體審理，如堅持課稅處分可分而且是以科目是否被調整作為行政訴訟審理範圍之標

準時，此種見解顯然與爭點主義本立基於課稅基礎邏輯上可分之基調相矛盾，足見 62 年判例雖採取爭點主義，卻又未能釐清課稅基礎可分之前提，形成一個概念、內涵過於模糊之訴訟法上原則，卻賦予一個使人民喪失訴訟權的法律效果，其法令（判例）本身即非允當。

G、回歸到行政處分可分性之本質而言，其係來自行政程序法第 112 條規定：「行政處分一部分無效者，其他部分仍為有效。但除去該無效部分，行政處分不能成立者，全部無效。」之相同意旨，行政處分可分係指除去該部分處分而能獨立存在者，始足當之。惟查，課稅處分僅係在處分書上分列不同細項，其處分規制內容並非可各別分為各加減項目。以營利事業所得稅之核定通知書為例，營業收入總額（01 項）、營業成本（05 項）各為一項科目，營業費用及損失總額（08 項）亦為一項科目，惟營業費用及損失係 10 項至 32 項及 72 項之加總，是否因此將之理解為每一費用科目均為個別之訴訟標的？抑或將營業收入、營業成本與營業費用分為三個不同之訴訟標的？然而營業收入、營業成本與營業費用僅為計算課稅所得及應納稅額之過程，亦即其為形成課稅所得額之加減項目而已，不可能除去其中某一科目的規制，使得課稅處分仍能維持。申言之，回到行政處分可分性的觀點係在討論行政處分一部分違法而無效或得撤銷時，除去該無效或得撤



銷部分，其餘部分仍能獨立存在時，方有處分可分性之適用。然而在課稅處分的情形，如除去折舊費用之核定时，就會成為一個無法正確計算所得稅額的規制內容，不會因為撤銷國稅局對於折舊費用的剔除數，就會使課稅處分回復到以申報數作為折舊費用的規制內容，所以在稅務實務上由法院判決撤銷復查決定及訴願決定時，是由稽徵機關就撤銷部分再作成復查決定，只是由新的復查決定去代替核定通知書相關部分的規制內容，根本無由將折舊費用部分規制內容單獨除去而使課稅處分的「其他」規制內容可獨自成立，所以課稅處分並不符合行政程序法上所討論之可分的行政處分，至為顯然。

H、或許改制前行政法院 62 年判字第 96 號判例採取折舊費用與原料耗用具有可分性之依據是來自所得稅法分別規範之狀態，亦即所得稅法第 28 條規定「製造業耗用之原料，超過各該業通常水準者，其超過部分非經提出正當理由，經稽徵機關查明屬實者不予減除。」而第 51 條則規定：「固定資產之折舊方法，以採用平均法、定率遞減法或工作時間法為準則，上項方法之採用及變換準用第四十四條第三項之規定，其未經申請者視為採用平均法。各種固定資產耐用年數，依固定資產耐用年數表之規定。各種固定資產計算折舊時，其耐用年數除經政府獎勵特予縮短者外，不得短於該表規

定之最短年限。」所以依據實體法此為二個獨立的事由。惟此一論點之盲點在於，如果在公務員懲戒的處分案件，不同法條規定的懲戒事由，可能相去甚遠，彼此之間並無密切關聯，如此似還有爭論除去該無效部分後，其他部分能獨立存在的理由，然而基於行政處分主文規制內容如無變更的情形，處分理由之追補在德國與我國之通說與實務均採取肯定說之見解（附件 43，陳敏，行政法總論，2 版，第 1260、1261 頁；最高行政法院 91 年度判字第 694 號判決參照；臺北高等行政法院 90 年度訴字第 5857 號判決參照），準此以不同處分理由構成不同訴訟標的或不准行政機關為理由追補，亦非屬通說實務所採之見解。更何況如同課稅處分之各個科目彼此間緊密牽連之情形，在理論上本就非可分，不會因為不同法條對原料耗用與折舊費用之認定加以規範，就會構成行政處分可分的理由。

## (2) 爭點主義之理論依據

A、概說：爭點主義可分為「事實關係說」與「二分肢說」來探討，茲簡介如下：

(A) 事實關係說：事實關係說係指稅務訴訟上撤銷之訴的訴訟標的，乃是原告所爭執之各別課稅基礎或原告所爭執之部分事實關係。惟論者認為此種觀點與行政訴訟法第 4 條第 1 項：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之

利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」之規定有所不符，蓋一般行政訴訟法上之訴訟標的依該條規定，以系爭處分違法且侵害人民權利為訴訟標的，又行政處分之規制效果在於主文而非理由，對於人民權益的損害是基於主文而發生，並非基於處分理由而發生（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 390 至 394 頁）。

- (B)如採二分肢說來支持爭點主義之論點為：
- 訴訟標的乃由稅額之爭執（撤銷變更稅捐核定之聲明）以及原告所爭執之事實關係或個別課稅基礎二者所構成；另有認為訴訟標的乃是課稅處分之理由有關之稅額的適否，亦即以處分理由的基礎生活事實關係，特定訴訟標的之範圍。學者認為因為撤銷訴訟之審理範圍為課稅處分的主文而非理由，所以即便法院不逾越人民訴之聲明為裁判，或者作成比原處分更不利之判決主文而違反不利益變更禁止原則，但此等限制僅限於訴之聲明的金額或是處分核定之稅額，並非個別的爭點與課稅基礎，所以不能因此成為支持爭點主義之理由（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 433 至 440 頁）。

### C、日本法制下的爭點主義論述

(A)因德國稅務訴訟上有關爭點主義的論述，僅為曇花一現的學說，故本聲請書乃以日本法制對於爭點主義之論述作為觀察爭點主義論據的參考依據。日本通說實務其實並非採行爭點主義，在課稅處分的審理上，仍以總額主義為決定審理範圍的判準。不過確實有些著名學者（如金子宏）傾向採取爭點主義，乃是有其法制發展背景由來。在日本稅務救濟程序之前置程序國稅不服審判所的法源，國會曾經作成附帶決議「政府在營運國稅不服審判所時，其使命是給予納稅人權利之救濟，不應偏向於總額主義，而產生爭點主義的精神，應期待澈底貫徹該旨趣」，所以法制背景上會有學者質疑總額主義不能貫徹程序保障，如果容許無條件的追補課稅處分理由時，與行政處分未附記理由相同（附件 45，榎本恒男，〈爭点主義の運営〉，載於小松英明、松沢智編，裁判實務大系第 20 卷，租稅爭訟法，1992 年初版第 4 刷，頁 20、21）。

(B)稅務訴訟標的之觀點：日本法上的訴訟標的係指判決主文應判斷的事項的最小基本單位，或是可依該單位加以區別的具體事項，具有在訴訟上得劃定審理對象之範圍的機能。通說認為撤銷核課處分的訴訟標的與其他行政處分的撤銷訴訟相同，亦即

該處分的整體違法性，可以支持課稅處分核定稅額的一切處分理由，均可為課稅機關所主張。而爭點主義則主張課稅機關不能以處分時所依據的所得原因以外的所得原因在訴訟上主張。

(C)因處分理由附記的規定：因為課稅處分在某些情況下必須附記處分理由（例如藍色申報的核課處分，日本所得稅法第 155 條第 2 項參照），處分機關之處分理由應對納稅義務人開示的程序保障原則，所以爭點主義所採行的訴訟標的並非課稅處分的整體違法性，而是依課稅處分理由所特定的稅額本身適否，徵納雙方皆不能主張與處分理由無關係的課稅要件事實，審理的對象僅限於處分理由之適當與否，如追補將與處分理由基本課稅要件事實喪失同一性之理由，會構成另一課稅處分，所以撤銷訴訟的判決僅是使該課稅處分理由失其效力，如非因除斥期間經過，課稅機關仍可基於新的理由作成核課處分（附件 46，小川正雄，租稅訴訟における訴訟物，第 277 頁）。

(D)一般被認為支持爭點主義的日本稅法碩儒金子宏教授認為，採取爭點主義的判決既判力僅及於處分理由，租稅機關可以在除斥期間經過前以新的理由作成核課處分，確實難以期待一次解決紛爭，但新的課稅

要件事實發現而更改原確定處分時，結果上仍有督促租稅行政改善的功能（附件 21，金子宏，租稅法，第 13 版，第 752 頁）。

(E)總括來講，日本法制下有部分學者主張之爭點主義有其前置審查程序之立法背景，再搭配課稅處分在某些情況下應附記理由，在行政手續法施行前，相較於其他行政處分有其特殊之處，惟行政手續法在西元 1994 年施行後，行政手續法第 8 條與第 14 條已經一般性地課予行政機關作成不利益處分之說理義務，過往爭點主義之重要論點似已失其依據，況且其對於訴訟經濟造成之違反，是否一定要以訴訟標的或審理範圍限縮之方式，限制訴訟審理範圍，是否因爭點主義之採行而真能保護人民權益？抑或滋生更多破壞訴訟法或侵害人民權益之疑慮？總之，從日本通說實務不採納爭點主義之立場，似可窺見其端倪。

#### D、我國實務所採行之爭點主義

就 62 年判例以納稅義務人對稽徵機關之調查核定必須提起復查，始能作為行政救濟之審理範圍，此一判例意旨可再區分為二種情形：

(A)其一係必須經稽徵機關調查核定，理論上稽徵機關之調查核定應屬全部的課稅處分，以營利事業所得稅為例，即為營利事業所得稅核定通知書所核定之內容，但此

判例之文義尚未明確，即可能產生核定通知書就某些科目未調整申報數，但其實維持該科目之原申報書係對納稅義務人不利，納稅義務人有可能不得就稽徵機關未調整之科目提起行政救濟；

(B)其二係必須在復查程序中所主張之理由（科目）始能繼續於後續行政救濟程序中審理。

62 年判例對於爭點主義之界定究竟以處分調整理由為據，抑或復查主張為準，其內涵不明之處已如前述；而其採行之爭點主義亦未如日本爭點主義理論基因於對納稅人程序權利保障之依據，其正當化理由是否係尚待補充，或是真的難以尋覓一個正當化理由加以支持？我國實務界雖普遍採用爭點主義，卻未能交代在其他行政處分領域法院均允許處分理由追補，何以在課稅處分必須限縮審判範圍之理由？是以至少從其主觀上重要理由之揭露而言，其實法院就已經違反說理義務在先，且第三人亦難以從 62 年判例或其他行政法院判決之客觀文義得知其論理依據為何，頂多只能瞭解因課稅處分可分而產生未經提起復查者，不能成為行政訴訟審理對象之結論，但未能明瞭課稅處分可分性之操作標準為何，在明確性原則而言，人民既然難以預測爭點主義之適用範圍，如本件聲

請人業已在復查程序中主張權證避險交易損失應自應稅權利金收入中扣除，卻仍遭最高行政法院確定判決仍屬爭點主義適用之範圍，而無從依稅捐稽徵法第 35 條提起復查，此種內涵及法律效果無法明確預見之爭點主義，乃成為我國法制上之特殊現象，其違憲狀態詳如後述。

### (3)總額主義之理論依據

#### A、概說

行政法院即使業經查明原告所爭執之違法事由確屬正當，仍應進一步審查行政處分可否以其他事實上或法律上理由加以維持，反過來講，原告也可以擴張訴之聲明至原未主張之理由。況且既判力僅於被裁判標的被裁判的範圍內發生，訴訟標的被裁判者並未逾越系爭處分及其內容，但既判力之拘束力原則上並非及於該項行政處分之全部範圍，而毋寧僅止於該項訴訟標的已經「裁判」之範圍。從而雖採總額主義之訴訟標的概念，並不會因此認為訴訟標的之全部範圍均發生既判力，毋寧是裁判標的發生既判力。（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 548、549、582 頁）另外行政訴訟法第 213 條規定：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，有確定力。」亦可作為既判力係經裁判者發生確定力，是參照故採取總額主義之訴訟標的觀念並不會因既判力而阻止稽徵機關就其他應核課稅捐加以核課，反而



可更節省訴訟經濟同時於法院中追加理由進行審判。

#### B、職權探知主義作為支持總額主義之論據

總額主義見解認為行政法院即使查明原告所爭執之違法事由確屬正當，仍應進一步審查系爭行政處分可否以其他事實上或法律上的理由加以維持，亦即應審查課稅處分所核定之稅額總額，客觀上是否合法，因此行政法院應審查系爭課稅處分有關之稅捐事件整體一切事實上及法律上理由，在職權探知主義下，行政法院所應探知調查之範圍乃及於該稅捐事件整體。或有認為總額主義比爭點主義更加重法院之審理負擔，而無法獲得迅速裁判，惟按正確課稅不僅為課稅之合法性負擔與課稅平等所必需，且攸關公共利益，故自不能徒為減輕法院負擔，即捨棄總額主義不採，況為減輕行政法院負擔，採取總額主義者亦致力於緩和法院之職權查明義務，認為職權查明義務有其界限（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 458、459 頁）。

#### C、總額主義是否影響當事人之程序保障

因總額主義得就當事人所謂爭執之事項加以審理，並據以為判斷原處分合法性或違法性之基礎，但法院欲就當事人所謂爭執之事實關係部分（個別的課稅基礎），行政法院應於裁判時給予當事人從事實上與法律上觀點表示意見之機會，亦即應給予法律上聽審，以避

免當事人遭受不可預測之突襲性裁判，稅務訴訟標的即使不採爭點主義而採取總額主義之見解，亦不致使當事人蒙受不可預見之突襲性裁判（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 475 頁）。

#### D、復查前置主義是否可限制訴訟審理範圍

德國財務法院法第 44 條第 1 項規定，在有法院權利救濟的情形，原則上僅於法院外權利救濟之前置程序全部或部分無效果時，其訴訟始屬合法，亦即在前置程序之主文就全部或部分「無理由」及「不合法」駁回之情形，而復查程序乃採取職權探知主義，故復查決定係就原處分之全部範圍進行審查，不受當事人爭執事項之拘束，因此縱認為復查決定為稅務撤銷訴訟的原處分，此種裁決主義的見解亦不能成為原告於訴訟程序上主張復查程序未曾主張且復查決定未予判斷之理由（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 448 至 457 頁）。

#### E、日本通說實務係採取總額主義

(A)日本最高法院西元 1974 年判例見解（附件 47）

日本最高法院在西元 1974 年 4 月 18 日判示「審查請求的範圍是及於對總所得金額之課稅妥當與否之整體必要事項，是故本件審查裁決所新認定之薪資所得金額來構成總所得金額，並駁回審查請求，其理由並無違法」。

(B)爭點主義論者所誤解之日本最高法院 1981 年判例（附件 48）

案例事實：緣上訴人 A 為住宅買賣業者，A 就系爭 64 坪木造三層樓店面申報：取得本件不動產之成本為七千六百萬九千六百日圓，而銷售價格是七千萬日圓。稅務署長 Y 認為本件不動產取得成本為六千萬日圓，並以此作成更正處分。之後原告提起撤銷之訴，至訴訟中稅務署長始察覺本件銷售價格應為九千四百五十萬日圓，便於訴訟中為此項理由之追加替換，雖取得價格如原告之申報，若法院能容許追加銷售價格之事實，仍可維持處分之適法。

日本最高法院判決理由：關於上訴人所指遲滯訴訟之情，對照原判決所示之證據關係與記錄所展現的訴訟過程，二審判決所論無違法之處。本件的問題在於，原本申報認為取得價格比賣出價格更高，而後更正處分認為取得價格其實只有六千萬日圓，是以仍須課稅；惟之後發現賣出價格高達九千四百餘萬日圓，而依此在訴訟上主張原告有所得收入，究竟此種新的理由追加替換是否適法，便成為關鍵。就該項追加主張處分之理由根據，對於被告並未給予特別之不利益，故暫且不論一般性的在藍色申報之核課處分之撤銷訴訟中，得否主張與處分理由不同之其他事實，即

本件稅務機關仍得於訴訟中追加新事實之主張，二審判決認為被上訴人可以提出本件追加主張，在結論上應可贊同。

學者金子宏就以此號日本最高法院判決認為在藍色申報案件中，日本最高法院並非明白採取總額主義，以「暫且不論」（ともかく）之用語解讀日本最高法院仍保留是否採取總額主義及允許處分理由的追補（附件 21，金子宏，租稅法，第 13 版，第 750 頁），然而在結論上日本最高法院既然允許課稅機關為處分理由之追補，至多僅能解讀「暫且不論」的論述屬於避開藍色申報核課處分應記載理由所生追補理由是否產生處分違法與否之爭議，並不能因此導出在訴訟法上採取較限縮的訴訟標的理論，爭點主義論者援引藍色申報核課處分必須記載理由之規定，主張若無限制容許行政處分理由追加替換，將使「理由附記」之立法旨趣喪失，對此，通說並不贊同，由法院判決也可看出處分應附理由規定之射程範圍有限。

(C)東京高等法院昭和 57 年 8 月 10 日判決(附件 50)

判決意旨：日本所得稅法第 155 條第 2 項規定，對藍色申報作成更正處分，必須記載更正理由。該規定乃是為促使行政機關作成處分必須慎重、合理地判斷，作為

抑制行政機關恣意之擔保，並使相對人知更正理由，以利其提起行政救濟。從而理由記載若未達到前述旨趣、目的，此種更正處分有瑕疵，得藉由訴訟撤銷之，惟超出上述情形者，要求處分機關不得在訴訟上程序上主張未載於處分書上之理由，著屬困難。就前述藍色申報之情形，基於申報人提供之帳簿文件及其說明，而由稅務署依此作成更正處分之建制原則思考，若不認為須限制處分理由追加替換，可以其他理由得到同一結果，在實體上或程序上，對藍色申報人的權利、利益並無不當之侵害。本件係對昭和 43 年所得申報更正當否有所爭執，而前述 X 不能回收之債權是否應算入必要經費，係關於更正處分之主要爭點，至於上訴人為維持處分正當而提出有關利息 117 萬日圓不算入必要經費，並未給予被上訴人特別之不利益，是以難謂上訴人不得主張處分書所未載明之理由，應將利息 117 萬日圓部分排除在必要經費外。

#### (D)學說上總額主義之依據

課稅處分在納稅義務人未辦理申報時，課稅機關是對納稅義務人該年度之所得總金額及稅額之決定，在這種情況下，所得稅法規定各種所得細目（科目）之規範，不過為了規定稅額計算基礎之規定，

不應解釋為每一所得種類均屬個別處分，而係一個行政處分。如對已申報案件核課處分，亦為對納稅義務人特定年度之總所得認定的一個處分，個別所得之認定並非不同之處分。作為課稅處分基礎的所得金額是依據法律而為客觀認定，課稅機關全無裁量空間，此與公務員懲戒處分有所不同（附件 50，宮崎直見，課稅處分取消訴訟の訴訟物(審判の対象)，載於小松英明、松沢智編，裁判実務大系第 20 卷，租稅爭訟法，1992 年初版第 4 刷，頁 39、40)。

3. 爭點主義係屬法院在法律未明文規定且未明確授權下所形成之判例，其規範者並非技術性、細節性事項，其對人民訴訟權之限制自屬違反法律保留原則

- (1) 按「刑事訴訟法第三百二十一條規定，對於配偶不得提起自訴，係為防止配偶間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，為維護人倫關係所為之合理限制，尚未逾越立法機關自由形成之範圍；且人民依刑事訴訟法第二百三十二條、第二百三十三條第一項、第二百三十四條第二項等規定，並非不得對其配偶提出告訴，其憲法所保障之訴訟權並未受到侵害，與憲法第十六條及第二十三條之意旨尚無牴觸。……院院字第三六四號解釋：「有夫之婦與人通姦，本夫對於姦婦既屬配偶，應受刑事訴訟法第三百三十九條之限制，不許自訴，僅得向檢察官告訴，依公訴程序辦理。（參照院字第四〇號解釋）其對姦夫，依告訴乃論之罪告訴不

可分之原則，亦僅得告訴，不適用自訴程序」，及院字第一八四四號解釋（三）後段：「戊自訴其妻己與庚通姦，或共同輕微傷害。戊與己係屬配偶，既受刑事訴訟法第三百十三條限制，不得提起自訴，依告訴不可分原則，戊對於庚之自訴，自應併予不受理」，亦均以告訴不可分原則，擴大對人民自訴權之限制。刑事訴訟法第二百三十九條前段規定：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴，其效力及於其他共犯」，此為就告訴乃論罪之告訴，對人之效力，又稱為主觀之效力，亦即上開解釋及判例所稱之告訴不可分原則。惟所謂告訴係由犯罪被害人或其他有告訴權之人，向刑事司法偵查機關人員陳述犯罪嫌疑事實，請求追訴嫌疑人，其乃偵查起因之一（同法第二百二十八條第一項），於告訴乃論罪案件，並為訴訟之條件，非經合法告訴，不得提起公訴及為實體判決（同法第二百五十二條第五款、第三百零三條第三款參照）；而自訴則係由犯罪被害人或其他有自訴權之人自任當事人之原告，對被告犯罪案件向法院起訴，請求審判，其性質與告訴有別，而與公訴相似；故同法第三百四十三條規定：「自訴程序，除本章有特別規定外，準用第二百四十六條、第二百四十九條及前章第二節、第三節關於公訴之規定」，不惟不準用同法第二百三十九條告訴不可分原則，且自訴對人之效力（即主觀之效力）自應準用同法第二百六十六條「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人」之規定，亦即主觀上可分，從而同

法第三百二十一條禁止人民對於配偶提起自訴之規定，自不應擴張解釋，使及於與其配偶共犯告訴乃論罪之人。況如夫妻之間為維持家庭和諧，不願對配偶進行追訴，在無法單獨對相姦人自訴之情形下，若提出告訴，依同法第二百三十九條前段之規定，其效力必及於其配偶，於人倫關係之維護，反有不利之影響。如必於告訴之後，再對配偶部分撤回告訴（同法第二百三十九條後段），以勉力維持婚姻關係，則亦有虛耗司法資源之虞。是上開解釋相關部分對人民自訴權之限制，並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要，與憲法第二十三條規定之意旨不符，應予變更；最高法院二十九年上字第二三三三號判例前段及二十九年非字第一五號判例，對人民之自訴權增加法律所無之限制，應不再援用。」有 鈞院釋字第 569 號解釋理由書可考，故對訴訟權行使增加法律所無之限制，因法律並無限制對與配偶通姦之人提起自訴，僅係法院判解透過刑事訴訟法學說上之告訴不可分的理論加諸於自訴權利之行使，此種限制即是增加法律所無之限制。

- (2)次按「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，迭經本院闡釋在案。最高行政法院以上開決議方式表示法律見解者，須遵守一般法律解釋方法，秉持立法意旨暨相關憲法原則為之；



逾越法律解釋之範圍，而增減法律所定租稅義務者，自非憲法第十九條規定之租稅法律主義所許。」、「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、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律明文規定。是應以法律明定之租稅構成要件，自不得以命令為不同規定，或逾越法律，增加法律所無之要件或限制，而課人民以法律所未規定之租稅義務，否則即有違租稅法律主義。最高行政法院以決議之方式表示法律見解者，亦須遵守一般法律解釋方法，秉持立法意旨暨相關憲法原則為之；逾越法律解釋之範圍，而增減法律所定租稅義務者，自非憲法第十九條規定之租稅法律主義所許（本院釋字第六二〇號解釋參照）。」分別為 鈞院釋字第 620 號及第 622 號解釋理由書所揭明，故最高行政法院判例或決議在解釋法律時，應遵守一般法律解釋方法，逾越法律之解釋屬增加法律所未規定之要件，自屬違反法律保留原則。

- (3)經查 62 年判例係解釋舊所得稅法第 82 條，目前已由稅捐稽徵法第 35 條所取代，經查稅捐稽徵法第 35 條不過係復查前置程序之規定，復又規定復查提起並應載明復查理由，惟自前述課稅處分可分性部分之分析，爭點主義此種將課稅處分拆解的見解在實體法上是有所違誤的，在程序法上也難以就文義解釋得到這種限制人民訴訟權之結

論，而且從行政處分可分性而論，是完全不成立的，亦即爭點主義原本立基於各個課稅基礎在事理上、邏輯上可以分割之觀點，仍必須視該國稅法及課稅處分之實務運作方式來決定是否有成立的可能性。以德國、日本及我國之稅法及課稅實務，均是以一個課稅處分決定全年的所得與稅額，並不能透過除去該部分處分來繼續維持處分的存在，均已詳如前述。是以稅捐稽徵法第 35 條本來就非課稅處分可分性之法律規定依據，62 年判例的邏輯毋寧係先認為課稅處分可分，故未於復查程序中主張部分即不可在訴訟程序上主張，是以稅捐稽徵法第 35 條第 1 項之規定與爭點主義之內涵無關，其規定不服課稅處分應提起復查與復查應載明理由之規定，在可能文義內無法形成復查上所主張之理由與未主張之理由構成可以拆分的課稅處分，在法律未對未於復查程序所提理由不准於後續救濟程序中主張予以明文規定時，62 年判例增加法律所無之訴訟權限制，並有違反所得稅法第 24 條之規定亦無 62 年判例為解釋稅捐稽徵法第 35 條而可限制人民訴訟權之情。

- (4)查本件聲請人確實因為最高行政法院適用爭點主義之結果，導致最高行政法院確定判決就權證避險損失部分，未明文適用財政部 86 年函釋，亦致使 鈞院會台字第 9236 號不受理案執確定終局判決並未適用財政部 86 年函釋及所得稅法第 4 條之 1，上開法規自非得以之為聲請解釋之客體，據以不受理聲請人前次就最高行政法院確定判決提起

之釋憲聲請案。該等誤會雖已在前述財政部 86 年函釋之釋憲程序部分予以澄清，但此一適用爭點主義造成聲請人之訴訟權遭受損害，特別是聲請釋憲權利遭受損害乙事，影響至鉅。蓋聲請人前已有二年度營利事業所得稅之權證避險損失部分，遭最高行政法院判決確定，並依法向鈞院聲請釋憲在案，如本件 91 年度營利事業所得稅案件，就同屬財政部 86 年函釋不准避險損失自應稅權利金收入中減除之違憲法令適用狀態，因最高行政法院確定判決適用爭點主義之結果，導致聲請人前次遭受鈞院不受理乙節，可能使聲請人 91 年度營利事業所得稅案件未及成為財政部 86 年函釋之原因案件，可能無法受到有利釋憲效力所及，聲請人受權利侵害之情自不待言。

(5)又查，爭點主義固然在日本法上有學說支持，惟其畢竟非日本通說實務所採，相較於釋字第 569 號解釋針對告訴不可分之刑事訴訟法重要理論而言已相形見絀，既然告訴不可分理論亦無法支持法律未明文規定之自訴權限制時，爭點主義如何用來支持法律所無之訴訟權限制，特別是該理論尚有違反所得稅法第 24 條及行政程序法第 112 條意旨之疑慮，是 62 年判例違反法律保留原則乙節至灼。

3.爭點主義並不符合行政訴訟法理論，自無訴訟權限制之正當性，並有違比例原則

(1)必要性原則之檢驗

A、相同有效性檢驗

(A)爭點主義與總額主義所處理者係訴訟審理範圍及所連帶影響處分理由追補、訴訟上擴張與追加及既判力客觀範圍之判斷，既然在德國法及日本法通說實務均採取總額主義，對於以上相關問題與爭點主義之處理差異可知，其實總額主義亦有一套足以保障人民權益與法院審判之公益維護，如前所述，日本採取爭點主義學者主要亦是基於課稅處分附記理由的程序保障，然而此種程序保障本來就可以透過兩造充分辯論的方式或是認為行政機關違反正確說理義務可能構成賠償或補償責任（此即為德國法制上採取理由追補否定說論者，係以行政處分實體上的違法性作為論據，其討論的層次在於行政處分是否違法而構成賠償或補償人民提起訴訟之損害，而非限縮審理範圍，徒使爭訟程序再次進行）來處理，況且在我國爭點主義操作之模式並非著眼於納稅義務人的權利保障，而適用來限制人民訴訟上之主張，限縮訴訟標的範圍，是難認爭點主義真有總額主義所無從顧及之公共利益或當事人的權利保障。

(B)或有論者會以稽徵機關或行政法院之審查方便性或迅速審理作為支持爭點主義之理由，亦有學者指出爭點主義比較能顧及促進訴訟之要求，採取總額主義比較能顧及發現真實的要求，在採取二級二審之行政

法院制度建立後，更無違背促進訴訟與迅速裁判之要求，故應以追求實體正義為妥。

（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 480、481 頁）

(C)依稅捐稽徵法第 21 條第 3 項之規定：「在前項核課期間內，經另發現應徵之稅捐者，仍應依法補徵或並予處罰；在核課期間內未經發現者，以後不得再補稅處罰。」是稽徵機關得在核課期間內追徵其他稅捐，在實務上得無限制核發核定通知書之情況下，現行實務運作之結果使稅捐稽徵法第 21 條構成行政處分及判決確定後仍可變更處分之例外，並無須特別以信賴保護來限制其變更確定課稅處分之要件，縱採總額主義，如法院在審判程序上並未加以審理，亦不屬既判力之客觀範圍，仍無造成稽徵機關之不便。另從人民權益保護之角度，採取爭點主義是否可導出納稅義務人指摘之原處分理由之不當，並可限制稽徵機關不得以其他理由（課稅基礎）來課徵稅額呢？答案應該是否定的。如此而論，現行實務採取的爭點主義是屬於不利納稅義務人一方之見解，如果說真有什麼效果，那就是限制人民不得在原處分未調整或復查程序中未主張部分，再於行政訴訟程序上主張。

(D)爭點主義最大的錯誤是誤解稅捐行政處分

的可分性，將每個課稅基礎都當成是可分者，此一誤解可能是基於以金錢為內容之行政處分原則上可分而來，惟以金錢為內容之行政處分其規制的主文即為金錢本身，金錢在性質上既無不可分之理，當然除去其中一部分的規制內容，其餘部分仍能獨立存在；至於課稅處分中每個科目或組成項目，是作為計算所得或稅額的一種計算基礎，欠缺其一即不能正確計算，課稅處分之可分性不是依照課稅基礎而可分，所以爭點主義並非達成行政處分可分性之必要手段，如從達成該公益作為相同有效性之考慮因素，反而應採行總額主義為是。

B、最小侵害性檢驗：如前所述，採取總額主義與爭點主義之差別在於人民會因爭點主義之適用造成喪失訴訟權的效果，而總額主義相較於爭點主義，對納稅義務人並無其他不利之影響，故總額主義為較小侵害之手段。

## (2)狹義比例原則之檢驗

A、按「人民有請願、訴願及訴訟之權」憲法第 16 條定有明文，訴訟權係「權利保護請求權」，德國憲法稱其為「程序基本權」，日本憲法則稱其為「接受審判的權利」。保障訴訟權目的在使實體權利可以於受侵害時，有回復的可能性，亦即有權利即有救濟，訴訟權利範圍應大於實體權利對訴訟權之限制，否則對於實體權

利之保障即會發生不夠周全之情，除需符合憲法第 23 條之公益原則（比例原則）外，尚須符合程序法理，而非可任意限制。例如 鈞院釋字第 160 號、第 170 號、第 179 號及第 416 號解釋均係以程序上事由，亦即訴訟經濟之法理而設之限制，始不至於侵害訴訟權（附件 42，李惠宗，憲法要義，第 2 版第 204 至 212 頁）。

B、次按訴訟權的核心為有權利即有救濟，訴訟權固然需要立法者之形成與建制，惟立法者之形成自由並非毫無限制，至少不能低於憲法保障訴訟權之核心領域所要求之基本內容，參照鈞院釋字第 418 號解釋理由書指明「此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。」亦即（一）若人民接近使用憲法上法院的管道受到阻礙，甚至完全封鎖，以致無法獲得具體身分保障並獨立審判之法官依法審判之救濟，或（二）訴訟制度僅為形式上聊備一格之程序設置，實質上並不具備有效權利保護功能，則可認為不具備訴訟權必備之基本內容（附件 51，陳慈陽，憲法學，第 2 版，第 624 頁）。

C、如前揭 鈞院釋字第 569 號解釋之情形，由立法者進行訴訟權限制固然有其自由形成空間，然而如由法院判解在無明確法律規定下所為之解釋，即無從單以訴訟法理即可加以支持。

更何況其所使用之訴訟法理係屬誤用之時，如同該號解釋將告訴（主觀）不可分之刑事訴訟法理類推至自訴程序上，而未察應參照檢察官提起公訴之法理處置，顯然屬訴訟理論之錯誤，更無從支持此種訴訟權之限制。同理，爭點主義在訴訟法理上僅屬少數學說所支持，其學理正當性自不可與告訴不可分之理論不可等量齊觀，日本法院實務在有爭點主義論者爭論下仍採總額主義，即可知爭點主義在適用上有其未盡周全之處。如前所述，爭點主義所欲維護的公益或人民權利之保障，總額主義並非不能達成，況且 62 年判例之初衷及適用之結果，均係用以限制納稅義務人在行政訴訟程序上之主張，使人民在爭點主義所界定之訴訟標的外，無從於訴訟程序上主張，阻卻爭點以外部分受憲法上法院審判之機會，違反有權利即有救濟之訴訟權核心，是 62 年判例屬訴訟權之限制與使法院減少實體審判之部分外，並無任何一個真正維持公益的規範目的，可以概見。

D、經查爭點主義乃係基於課稅處分可分之假設而發軔，其在實體法與程序法上均無可支持之基礎，且有違反所得稅法第 24 條之嫌疑，固然在符合訴訟理論之前提下，只要不形成對於人民訴訟權核心之限制，其違憲情狀尚不至於明白可見。然而爭點主義在訴訟法理論上所根據的假設均屬錯誤，而形成對人民不利的影響



又較總額主義為重，甚至限制人民不得在原處分未調整或復查程序中未主張部分，不得於行政訴訟程序上主張，此種幾近於對訴訟權核心之剝奪，全然尋無訴訟理論可資支持，從而在狹義比例原則之檢驗上，對於此種訴訟權之侵害尚難找到一個說得過去、合理的理由，且這種權利侵害並非基於法律而係基於判例，更無如同立法者有較廣泛的自由形成空間，法院判例既是解釋法律，理論上只有一個正確解釋法律的餘地，不容許以形成空間規避正確解釋法律之義務，是以 62 年判例當屬違反狹義比例原則而應遭違憲宣告之命運。

## 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避險之標的股票交易，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 號、

第 622 號、第 625 號與第 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，出現所得稅法第 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。

是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，再者，62 年判例所採之爭點主義，乃係增加法律所無之訴訟權限制，在無公益特殊目的下造成人民不必要之訴訟權限制，有違憲法第 16 條及第 23 條，就此尚請 鈞院大法官迅賜解釋宣告上開財政部函釋及 62 年判例，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 97 年度判字第 838 號確定判決。
- 附件 2 臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2705 號確定判決。
- 附件 3 財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函。
- 附件 4 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 5 財政部 86 年 7 月 31 日發布台財稅第 861909311 號函。
- 附件 6 發行人申請發行認購（售）權證處理要點。
- 附件 7 臺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 8 截至聲請日行政法院權證交易相關判決一覽。
- 附件 9 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 10 陳清秀，行政訴訟法，第 526 頁。
- 附件 11 楊子慧，憲法訴訟，第 278 頁。
- 附件 12 楊子慧，憲法訴訟，第 284 頁。
- 附件 13 吳庚，憲法的解釋與適用，93 年 6 月第 3 版，第 387 頁。
- 附件 14 所得稅法第 4 條之 1 立法理由。
- 附件 15 黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 385 至 387。
- 附件 16 財政部 91 年 12 月 26 日台財稅字第 0910455619 號函釋。
- 附件 17 臺北高等行政法院 92 年度訴字第 157 號判決。
- 附件 18 黃茂榮，稅法總論第一冊，頁 405。
- 附件 19 陳清秀，稅法總論，頁 32 及 196。
- 附件 20 黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 219 至 222。
- 附件 21 林明昕，論行政罰中單一行為之概念，頁 21 及 22。
- 附件 22 金子宏，租稅法，第 13 版，頁 262、265、頁 750、頁 752。
- 附件 23 財務會計準則第 34 號「金融商品之會計處理準則」公報。
- 附件 24 證券商財務報告編製準則。
- 附件 25 黃茂榮，不動產稅及其對不動產產業的經濟引導，註 5，頁 442。
- 附件 26 稅捐稽徵法第 12 條之 1 規定。
- 附件 27 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 28 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 29 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 30 陳愛娥，大法官憲法解釋之界限—由功能法觀點出發。
- 附件 31 立法院公報第 94 卷第 62 期。
- 附件 32 96 年 4 月 3 日經濟日報，網址：  
[http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f\\_ART\\_ID=32465](http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f_ART_ID=32465)。
- 附件 33 最高行政法院 96 年度判字第 406 號判決。
- 附件 34 立法院公報第 79 卷第 59 期。
- 附件 35 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 36 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 頁以下影本乙份。
- 附件 37 臺北高等行政法院 92 年度訴字第 4555 號判決。
- 附件 38 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，78 年台大法研所碩士論文，第 133 至 143 頁。
- 附件 39 權證損益明細表。
- 附件 40 【月報】專題評析：權證退稅爭議之演進與影響，網址：  
<http://stock.yam.com/rsh/article.php/350945>。
- 附件 41 權證最快年底在台股消失，理財週刊第 301 期，網址：

<http://fn.yam.com/fninfo/php/article.php/384618>。

- 附件 42 李惠宗，憲法要義，第 2 版，第 176 至 177 頁、第 204 至 212 頁。
- 附件 43 陳敏，行政法總論，第 2 版，第 394 頁、第 395 頁、第 1260 頁、第 1261 頁。
- 附件 44 陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 85 至 90 頁、第 276、277 頁、第 390 至 394 頁、第 433 至 440 頁、第 448 至 457 頁、第 458、459 頁、第 475 頁、第 480、481 頁、第 548、549、582 頁。
- 附件 45 榎本恒男，〈爭点主義的運営〉，載於小松英明、松沢智編，裁判實務大系第 20 卷，租稅爭訟法，1992 年初版第 4 刷，頁 20、21。
- 附件 46 小川正雄，租稅訴訟における訴訟物，第 277 頁。
- 附件 47 日本最高法院西元 1974 年判例。
- 附件 48 日本最高法院 1981 年判例。
- 附件 49 東京高等法院昭和 57 年 8 月 10 日判決。
- 附件 50 宮崎直見，課税処分取消訴訟の訴訟物（審判の対象），載於小松英明、松沢智編，裁判實務大系第 20 卷，租稅爭訟法，1992 年初版第 4 刷，頁 39、40。
- 附件 51 陳慈陽，憲法學，第 2 版，第 624 頁。

謹 呈

司法院 公鑒

聲 請 人 元大證券股份有限公司

代 表 人 申 鼎 錢

聲請代理人 袁 金 蘭 會計師

林 瑞 彬 律 師

中 華 民 國 九 十 八 年 八 月 二 十 四 日

(附件一)

最高行政法院判決

97 年度判字第 00838 號

上訴人 元大證券股份有限公司

代表人 杜麗莊

訴訟代理人 蔡朝安 律師

被上訴人 財政部臺北市國稅局

代表人 凌忠媛

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 4 月 3 日臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2705 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人辦理 91 年度營利事業所得稅結算申報，列報營業收入新臺幣（下同）10,713,177,118 元及停徵之證券交易所得 416,365,574 元。經被上訴人原核定以：（一）上訴人發行 91 年度到期之元大 25-37 等 13 檔認購權證所取得之發行價款 1,352,592,500 元（按包括自留未由發行人以外之一般投資人購買之額度 192,414,228 元，下稱自留額度），屬應稅之權利金收入（下稱權利金收入），乃核定營業收入為 12,065,769,618 元（＝原申報數 10,713,177,118 元＋發行認購權證權利金收入 1,352,592,500 元）；（二）另核算上訴人應稅業務交際費及職工福利可列支限額分別為 58,172,625 元、17,571,656 元，乃將超限之交際費 127,045,920 元及職工福利 5,506,878 元列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 662,422 元及職工福利 130,682 元，其餘交際費

126,383,498 元及職工福利 5,376,196 元轉自有價證券出售收入項下認列減除，暨將債券附買回交易前手息扣繳稅款 23,360,946 元、發行上開認購權證費用 9,699,745 元分別轉列為證券交易成本加項、自原申報為證券交易成本減除等由，乃核定停徵之證券交易所所得為 270,944,679 元（＝原申報數 416,365,574 元－自交際費轉來 126,383,498 元－自職工福利轉來 5,376,196 元－前手息扣繳稅款 23,360,946 元＋發行認購權證費用 9,699,745 元）。上訴人不服，主張就「發行認購權證權利金收入、避險交易損失不予認列及交際費、職工福利金超出限額移入免稅收入應分攤之費用之部分」申請復查，未獲變更，提起訴願，亦遭決定駁回，遂提起行政訴訟。

二、上訴人起訴主張：（一）本件經核定之系爭權利金收入 1,352,592,500 元中，自投資人收取者僅 1,160,178,272 元，餘因未有投資人購買所生自留額度 192,414,228 元，並非財政部民國 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函釋（下稱財政部 86 年函釋）所指「發行時發行人所取得之發行價款」，非屬權利金收入，且自留額度之發生並非發行人即上訴人所樂見，亦非一開始發行就保留，僅係為恐所發行權證失效，上訴人在發行時並非透過自留額度手段來爭取避稅或任何優惠，是應將自留額度自系爭權利金收入加予扣除。（二）營利事業交際費與職工福利費用應以整個營利事業為核算單位，按不同性質之營業活動分別計算限額，上訴人原申報數額未超過各限額總額，應准依法認列。

（三）又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，是被上訴人未將因發行認購權證所生為避險而買賣標的股票之證券交易損失 274,733,338 元及認購權證再買回出售損失（按應係指自留額度嗣於次級市場出售損失）677,966,397 元轉列為權利金收入之成本，有違收入與費用

配合原則、量能課稅原則、實質課稅精神，亦不符行為時（下同）所得稅法第 4 條之 1 意旨。原處分顯有違誤等語，求為判決訴願決定及原處分（復查決定）均撤銷。

三、被上訴人則以：（一）依行為時臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）審查認購（售）權證上市作業程序（下稱審查作業程序）第 7 點第 1 項規定可知，發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣，且自留並非法律或證交所強制規定，則系爭自留額度既係經上訴人選擇自行認購而完成發行銷售程序，亦可在市場上拋售而與一般持有人之權利並無二致，自應認列為發行階段之權利金收入，以符實質課稅並避免稅負規避；蓋如發行當下未將自留額度認定為應稅之權利金收入，則上訴人嗣將其於市場拋售時，將轉化成免稅之證券交易所得。（二）上訴人為一綜合證券商而與一般投資公司之經營方式不同，其經紀、承銷、自營等各部門之組織架構及業務明確，各該部門因經營部門業務所發生之相關費用，自應個別歸屬於各該部門收支損益項下之營業費用認列，僅管理部分之損費因無法明確歸屬，始可按其費用性質，分別依部門薪資、員工人數或辦公室使用面積等作為合理之分攤基礎。依所得稅法第 4 條之 1、第 24 條第 1 項、第 37 條第 1 項、營利事業所得稅查核準則（下稱查核準則）第 81 條、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（下稱財政部 83 年函釋）及 85 年 8 月 9 日台財稅第 851914404 號（下稱財政部 85 年函釋）函釋等規定意旨，將應稅及免稅部門分別核算交際費限額後，再將超過應稅部門可列支之交際費限額部分，移由免稅部門核認，此係採對上訴人最有利之計算方式，讓上訴人享受全部交際費限額。（三）不論是認購權證或標的股票之交易，縱使係為避險，依行為時法均符合形式上或實質上「有價證券交易」之



定義，自有所得稅法第 4 條之 1 之適用而不得將相關交易損失自應稅項下認列。原處分並無違誤等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴。

- 四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）營業收入項下認購權證權利金收入部分：依審查作業程序第 7 點規定可知，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣，本件上訴人自留額度既經完成發行銷售程序，實為銷售與上訴人，即由上訴人認購自留。對自留部分而言，上訴人之法律地位係屬「持有人」身分，與一般持有人之權利並無二致，自應認列與一般持有人相同之發行階段權利金，以符實質課稅並避免稅負規避。次查，依證交所認購（售）權證上市審查準則（權證上市審查準則）第 10 條第 2 項第 3 款所定「發行人及其關係人、受僱人持有單位數，不得逾上市單位 20%」之規定可知，認購權證之自留並非法律強制規定，發行人既選擇認購自留，其會計分錄為借：發行認購權證再買回，貸：交易目的金融負債－發行認購權證負債，其貸方科目與對外發行之貸方科目一致，顯已認定權證義務，即對應之權利金收入已實現。至上訴人主張系爭自留額度並非財政部 86 年函釋所稱「發行時發行人取得之發行價款」乙節，查收入之實現創造資產的增加，本案自留額度之發行價款，由上開會計分錄內容可知，實已轉換為「發行認購權證再買回」之權證資產，難謂無收入之產生。申言之，其交易分錄可解析為：

借：銀行存款	借：發行認購權證再買回
貸：交易目的金融負債 －發行認購權證負債	貸：銀行存款

是上訴人上開主張自留額度 192,414,228 元非屬權利金收入云云，尚非可採。(二)證券交易免稅所得(分攤交際費、職工福利)部分:1.本件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，此係採對業者包括上訴人最有利之計算方式。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。是上訴人主張「關於營利事業申報交際費限額之計算數額，依所得稅法第 37 條、查核準則第 80 條、第 81 條規定，均未指出就應稅及免稅業務應分別計算限額。」「交際費用計算應以全公司為計算基礎，只要與業務相關且取據合法憑證而實際支出之交際費，在限額內者應均得認列為費用；而不宜於法條文義外，另行附加法律所無之限制，採用計算應稅『部門限額』，再以轉列應稅部門超過『部門限額』部分於免稅收入應分擔營業費用之方式，間接剔除該部分費用之作法。」「原處分對於本件交際費之核定違反所得稅法第 37 條規定，並增加法律所無之限制」云云，即非可採。2.同理，被上訴人先計算應稅業務

部分可列支職工福利限額，再將超過可列支應稅限額部分轉分攤至免稅部分，亦無不合等由，因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

五、本院按：（一）系爭權利金收入 1,352,592,500 元應否扣除自留額度 192,414,228 元部分：1.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「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。……」亦有財政部 86 年函釋在案，經核該函釋與上開母法並無相違而可於本件適用。2.再按審查作業程序第 7 點第 1 項規定「七、發行公司應依下列規定辦理並檢送相關資料予本公司：（一）本公司出具同意其認購（售）權證發行計畫之文件後，發行人應將認購（售）權證銷售之公告報紙 3 份於公告後 2 日內檢送本公司，並於銷售完成且其上市契約經主管機關核准後，於預定之上市買賣日至少 3 個營業日前，檢送認購（售）權證持有人分散情形檢查表及持有人名冊，向本公司辦理洽商預定上市買賣事宜，其預定上市買賣日並不得逾洽商日後 10 個營業日。」可知，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣。3.經查，本件上訴人就其發行系爭 13 檔認購權證時所取得之發行價款性質部分，依財政部 86 年函釋屬應稅權利金收入（列為營業收入項下）並不爭執，且不否認發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣，同時亦認同自留額度屬於「發行總金額」之一部（參原處分卷第 427 頁所附上訴人復查申請書所載），僅爭執自留額度

192,414,228 元「並沒有從（上訴人以外之）第三人取得任何價款，故根本沒有任何收入實現」，「自留額度之發生並非發行人即上訴人所樂見」，亦非「一開始發行就保留」（參原審卷第 114 頁言詞辯論筆錄），因而主張非屬權利金收入，應自核定系爭權利金收入金額 1,352,592,500 元加予減列云云；業經原審論敘不採之心證理由，詳如上述，經核並無不合。且依原審卷第 113 頁言詞辯論筆錄所載，系爭自留額度係由上訴人之自營部門認購自留；而自營部門之業務性質，本係以自行承擔持有或買賣有價證券之風險為常態；又自留額度之會計分錄借方科目為發行認購權證「再買回」，乃原審確定之事實。則本件自留額度自非可與上訴人於發行市場以發行人地位卻不全額發行有價證券之情形同視，而系爭 13 檔認購權證既經「全額銷售完成」，系爭自留額度仍應屬於發行階段之權利金收入。上訴論旨，就此部分，除執前詞並主張：依財務會計準則公報第 32 號「收入認列之會計處理準則」第 2 段「本公報所稱之收入係指企業在一定期間內因銷售商品……而導致業主權益增加之經濟效益流入總額，業主投資雖亦能增加業主權益，但非屬收入。」之規定，系爭自留額度銷售之對象為上訴人本身，並未發生自外部取得而導致業主權益增加之經濟效益流入總額，難謂有收入之增加；原審認為自留額度應計入權利金收入課稅，係對於所得稅法第 24 條第 1 項所稱「收入」有所誤解而有判決適用法規不當之違法云云，自難認有理由。（二）證券交易免稅所得（分攤交際費、職工福利金）部分：按交際費與職工福利金之提撥，有其限額，原判決業已敘明，依所得稅法第 24 條之收入與成本費用配合原則，應稅部分可列報之費用，應以依應稅部分計算之最高額度為限，經核並無不合。是被上訴人分別計算應稅部分可列報之交際費及職工福利金，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。又查核準則第 80 條係對保險業交際費之規定，於本件並無適用餘地。上訴人復執陳詞，指摘原判決未當，為無理由。(三)綜上，上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。至上訴人主張對於「避險交易損失不予認列」不服，被上訴人未將因發行認購權證所生為避險而買賣標的股票之證券交易損失 274,733,338 元及認購權證再買回出售損失 677,966,397 元列為權利金收入之成本，有違收入與費用配合原則等語。經查，原核定並未將上開避險交易損失予以調整，此有原處分卷第 373 頁所附「91 年度營利事業所得稅申報核定通知書調整法令及依據說明書」可稽，該調整說明書經核亦與原核定即原處分卷第 379 頁卷附之「91 年度營利事業所得稅申報核定通知書」無不相符；且依原處分卷第 58 頁所附稅務簽證會計師之查核報告書亦有記載「發行認購權證產生之損益、再買回認購權證處分損益，暫依所得稅法第 4 條之 1 規定，以視同證券交易所停止課徵所得稅方式辦理，俟相關法令修正後，……，再自行補正之。」是依上開卷證資料所示，應可認此部分係如申報數核定，依稅捐訴訟法實務係採爭點主義以觀，自非得於稅捐稽徵法第 35 條所定復查程序加以主張變更或救濟。是復查決定、訴願決定及原審判決就此部分均以實體無理由加以駁回，理由雖異，惟查其結果並無不同，此部分上訴仍為無理由，附此敘明。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 9 7 年 9 月 1 1 日

(本件聲請書其餘附件略)