

## 聲 請 書

受文者：司法院

主 旨：為最高行政法院 98 年度判字第 786 號確定判決所適用之財政部 86 年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函釋，有牴觸憲法第 7 條、第 19 條、第 15 條規定及司法院釋字第 385、420 號解釋先例之疑義，依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 8 條第 1 項規定，聲請解釋，請 鑒核。

說 明：

壹、聲請解釋憲法之目的：

請 大院大法官解釋財政部 86 年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函釋中有關：「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。…」部分，有牴觸憲法第 7 條「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。」、第 19 條「人民有依法律納稅之義務」、第 15 條「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」之規定，並涉及憲法第 172 條「命令與憲法或法律牴觸者無效」之規定，應屬無效，不得適用。

貳、法令見解發生歧見之經過及涉及之法令條文：

一、所經過之訴訟程序

按聲請人 89 年度營利事業所得稅結算申報，原列報證券交



易所得 113,755,638 元【計算式：出售證券收入（自營、承銷）12,088,512,876 元＋出售避險部位標的證券收入 16,431,730,667 元＋發行認購權證價值變動利益 2,724,551,376 元＋發行認購權證到期前履約利益 31,968,536 元＋認購權證再買回價值變動利益 106,873,980 元＋已實現期貨交易利益 227,519,400 元－出售證券成本（自營、承銷）11,815,068,958 元－出售避險部位標的證券成本 17,230,559,056 元－發行認購權證價值變動損失 8,739,140 元－認購權證再買回價值變動損失 1,507,342,580 元－未實現期貨交易利益 41,274,400 元－已實現期貨交易損失 37,748,800 元－證券交易稅 89,308,000 元－經手費支出 4,394,935 元－手續費支出 409,844 元－營業費用分攤數 243,224,582 元－財務支出分攤數 29,256,219 元－營業證券備抵跌價損失 517,611,778 元＋買賣損失準備沖銷 27,537,095 元】，經原處分機關財政部台北市國稅局引據 86 年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函釋（附件一）以：認購權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依前揭財政部 86 年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函釋規定，應依所得稅法第 22 條規定於發行期間內分期計算或於履約時認列計算申報損益，又認購（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，本件聲請人 89 年度發行之寶來 06~12 認購權證係遞延於本期到期履約，經重新計算（一）發行認購權證權利金收入 1,727,888,360 元、本期到期之避險部位標的證券收入 15,346,105,360 元核定轉列應稅營業收入項下（二）出售避

險部位標的證券成本 15,618,331,515 元、認購權證再買回價值變動損失 860,832,550 元，轉核定於營業成本項下；另營業費用分攤數申報 243,224,582 元〔自營部 195,416,834 元（出售證券收入占各部門營業收入比例 96.17%）、權證部 47,807,748 元（出售證券收入占各部門營業收入比例 90.49%）〕，依據前開寶來 06~12 認購權證本期到期履約之調整，重新核計營業費用分攤數 220,509,122 元；及利息支出分攤申報 29,256,219 元，經按出售證券收入、股利收入占各部門營業收入比例重新核計，核定利息支出應分攤數 29,718,855 元。基上，核定證券交易所得 1,651,877,902 元（計算式：出售證券收入 12,088,512,876 元＋出售避險部位標的證券收入 15,346,105,360 元＋發行認購權證再買回價值變動利益 31,968,536 元－出售證券成本 11,835,431,574 元－出售避險部位標的證券成本 15,618,331,515 元－認購權證再買回價值變動損失 860,832,550 元－證券交易稅 89,308,000 元－經手費支出 4,394,935 元－手續費支出 409,844 元－營業費用分攤數 220,509,122 元－利息支出分攤數 29,718,855 元－營業證券備抵跌價損失 517,611,778 元＋買賣損失準備沖銷 27,537,095 元＋出售資產增益（基金出售利益）30,546,404 元＝核定證券交易所得 1,651,877,902 元）。聲請人不服，就認購權證發行收入，應准予扣除發行費用及出售權證之費用暨基於避險目的買賣標的股票之差價損益及稅捐等成本、費用，申請復查，未獲變更（附件二），提起訴願，又遭駁回（附件三）；循序提起行政訴訟，經台北高等行政法院 95 年度訴字第 4479 號判決「原告之訴駁回」（判決影本詳附件四），聲請人不服，提起上訴，經最高行政法院 98 年

度判字第 786 號判決「上訴駁回」(判決影本詳附件五)，而告確定。該確定判決係以適用財政部上開函釋為其判決之基礎。

## 二、確定終局裁判所適用之法令名稱及內容

- 1、按最高行政法院 98 年度判字第 786 號判決「上訴駁回」，關於認購權證發行損益所持理由：「上訴意旨指摘認購權證權利金收入之必要成本費用約為 83%，原判決依證券交易行為外觀，認避險交易損益不應列為權證發行收入之減項，支持對該收入課毛額型所得稅，顯然違反實質課稅、量能課稅及租稅公平原則一節，查原判決業已敘明略以：國外證券商係依所得稅法第 25 條第 1 項規定辦理，而國內證券商發行系爭認購權證權利金收入，因適用所得稅法第 4 條之 1 規定，不能扣除避險措施所受之損失後，縱使實際可能產生淨所得低於課稅所得之結果，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，應循立法途徑救濟，尚非法院審判所得斟酌。是上訴人復稱因現行稅法對國內、國外券商之不同認購權證課稅方式，已造成稅制不公平現象，主張應許其減除避險證券交易之損失云云，亦無足取等情，經核並無不合；且查，量能課稅及租稅公平必需在合法適用法律之前提下進行，不能違背法律規定而主張量能課稅及租稅公平，此為依法行政之原則，是以如確有不符量能課稅及租稅公平之結果，惟係因法律規定所造成者，依立法、司法分權之原則，法院僅能執行法律，而無從變更法律規定，原判決亦已述明此係屬於修法問題，應循立法途徑，非法院審判所得依目的性解釋方式解決。此觀所得稅法於 96 年 7 月 11 日增訂第 24 條之 2 規定，並未否認認購權證為有價證券之屬性，僅為「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，不適用證券交易法第4條之1及第4條之2」之例外性之規定，且未規定得溯及既往適用，則本件自無其適用，上訴人就此所為之主張，要無可採。而財政部依行為時所得稅法第4條之1規定，業以財政部86年7月31日函釋釋明認購權證發行後，買賣認購權證及認購權證持有人行使權利而為標的股票之交易，停止課徵證券交易所得稅，則依損益配合原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除；此觀司法院釋字第493號解釋肯認所得稅法第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益明。核證券商對認購權證標的股票漲即買、跌即賣之避險交易行為，乃其履約之準備，而其避險交易可能產生損失，亦可產生利益，難認為發行權證之成本或費用；由行為時所得稅法施行細則第31條規定亦可知，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，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，倘許將避險證券交易損失列為認購權證之成本費用，則侵蝕應稅之認購權證權利金所得，是財政部上開86年12月1日函釋依所得稅法第4條之1規定，未准券商減除避險證券交易損失，符合所得稅法第4條之1規定意旨，並無違上開司法院解釋所揭示之實質課稅之公平原則或割裂適用不同法律等各情，均經原判決論述綦詳，要無違背法令情事；況於會計上，成本係指當期經濟效益減少之部分，包括以資產之流出、資產之耗用或負債之增加等方式，造成業主權益之減少者而言。是以歸屬為

成本者，必需符合經濟效益減少之要件，而避險買賣標的股票，交易之結果可能產生收益（經濟效益增加），亦有可能造成損失（經濟效益減少）之情形，顯然該項與「成本」之要件不盡相符，自不合歸屬為另一項收入之「成本」。是以上訴人所稱避險交易損益為權證發行收入對應之成本費用，原判決違反司法院釋字第 385 號解釋、實質課稅原則、所得稅法第 4 條之 1 立法目的、違憲絞殺人民營業自由且違憲侵害財產權、有不公、違憲之虞云云，無非其主觀歧異之見解，並無可採；…」（詳附件五判決理由五）。

- 2、次按，上揭最高行政法院 98 年度判字第 786 號判決，無非以聲請人 89 度認購權證發行收入（財政部第 861922464 號函釋稱為權利金收入，用語宜以「權證發行收入」較為妥適，以下權利金收入均以「權證發行收入」稱之）及買賣認購權證及標的股票避險措施所生之損失，認依財政部 86 年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函釋，認購權證發行收入應併入營利事業所得稅；買賣認購權證及標的股票避險措施所產生之損失，依所得稅法第 4 條之 1 規定，為證券交易損益，不得列為認購權證發行收入之營業成本，即不得自應稅所得額中減除。其判決上訴駁回，並維持原處分機關財政部台北市國稅局稅捐核課處分之依據，亦即本件聲請解釋之法令，厥為財政部 86 年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函釋。

### 三、憲法保障之權利遭受不法侵害之事實及涉及之憲法、法律條文：

財政部上開函釋，屬行政命令，其函釋內容違反所得稅法第 4 條之 1 立法目的、所得稅法第 24 條第 1 項所揭示所得稅以「成本費用與收入配合原則」下之「所得淨額」為課稅客體之立法意旨，暨司法院釋字第 385 號解釋「法律所定之事項

若權利義務相關者，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。」意旨及第 420 號解釋「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之。」意旨，涉及憲法第 172 條「命令與憲法或法律牴觸者無效」條文，且直接損害聲請人憲法第 19 條「人民依法納稅」、第 15 條「人民財產權」及第 7 條「平等權」保障之規定。

### 參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

#### 一、確定終局判決適用之法令牴觸法律、憲法之疑義：

政府各機關依其法定職權，固非不得就其主管法規為釋示，惟其釋示內容仍須符合法律之立法意旨，不得逾越。財政部第 861922464 號函釋違反所得稅法第 4 條之 1 立法目的、所得稅法第 24 條第 1 項所揭示所得稅以「成本費用與收入配合原則」下之「淨所得」為課稅客體之立法意旨、暨司法院釋字第 385 號解釋意旨及第 420 號解釋意旨，造成聲請人 89 年度認購權證發行收入 1,727,888,360 元，被核定併入營利所得課稅，而買賣認購權證及標的股票避險措施所產生之損失，卻被核定依所得稅法第 4 條之 1 規定為證券交易損益，不得列為權證發行收入之營業成本，即不得自應稅所得額中減除，造成當年度權證所得虛增，權證所得不足以繳納權證之應納所得稅（詳理由三（四）4），乃生影響聲請人財產上之權益，侵害聲請人憲法上所保障之財產權。

#### 二、本件問題之爭點在於：

- 1、聲請人發行權證，必須基於履行證交法令課予之法定避險義務，而買賣標的股票及權證，因此所生之損益（即避險目的交易損益），應按「交易實質」歸屬於應稅收入，與相對應之權證發行收入併計損益？抑或是按「交易形式」歸屬於所得稅法第4條之1停徵之證券交易損益，與無關之一般證券交易免稅收入併計損益？
- 2、所得稅法第4條之1之證券交易行為概念，是否應當包含聲請人發行權證後之避險目的交易行為？
- 3、財政部上揭86年函釋是否違反所得稅法第4條之1之立法目的？
- 4、避險目的交易損益與權證發行收入有無所得稅法第24條第1項「成本費用與收入配合」之關聯？如有者，所得稅法第4條之1之文義及立法目的，可否禁止避險目的交易損益自權證發行收入扣除？
- 5、財政部上揭86年函釋是否違憲侵害聲請人憲法第19條「人民依法律納稅」、第15條「人民財產權」及第7條「平等權」保障之規定？

### 三、聲請人對本案所持之立場與見解

聲請人認為(1)聲請人發行權證，基於履行證交法令課予之法定避險義務，而買賣標的股票、權證，因此所生之損益（即避險交易損益），應按「交易實質」歸屬於應稅收入，與相對應之權證發行收入併計損益，不應按「交易形式」歸屬於所得稅法第4條之1免稅收入項下，而與無關之一般證券交易免稅收入併計損益；(2)所得稅法第4條之1之證券交易行為概念不應當包含發行權證後之避險目的交易行為；(3)財政部86年函釋違反所得稅法第4條之1之立法意



旨；(4)避險目的交易損益與權證發行收入有「成本費用與收入配合」之關聯，依所得稅法第 24 條第 1 項所揭示所得稅以「成本費用與收入配合原則」下之「淨所得」課稅之立法意旨，避險目的交易損益應自所對應之權證發行收入扣除，所得稅法第 4 條之 1 之文義及立法目的，不能禁止抑其扣除；(5)財政部 86 年函釋違憲侵害聲請人憲法第 19 條「人民依法律納稅」、第 15 條「人民財產權」及第 7 條「平等權」保障之規定。理由如下：

#### (一)認購（售）權證之實證面貌說明及課稅爭議解析

##### 1、權證交易設計架構之靜態說明

##### (1)權證交易：法律性質是屬於選擇權之交易關係

權證發行者為取得權利金收入必須給予購買權證之投資者選擇權之對待給付，亦即認購（售）權證之發行（台前）與發行人從事權證標的之交易（台後），二者的關係，係台後為台前之「履約準備」而為，因此應適用所得稅法第 24 條第 1 項（收入成本配合原則）。權證標的之交易與其他證券交易之不同，在於前者與權證之發行有進銷或對價性關係，因此無所得稅法第 4 條之 1 的適用。

##### (2)同一權利主體之營業活動被切為二部門，各自計算損益

權證發行人之營業活動被分為二部門（權證部門與非權證部分），二部門間若有資源之對向流動，也要各自計算損益，因此在上開實證觀點下：發行人從事權證標的之交易與其他證券交易間並無關係。

### (3)認購（售）權證發行之風險在於權證標的的市場變動風險

發行認購（售）權證必須有風險控制，風險能控制是政府許可發行之前提要件，而計畫經濟學之發展，使風險控管客觀可行，政府也因此有監管之客觀標準可循。由於風險控管公式客觀存在，但權證發行人可能不遵公式，尋求高風險下之暴利，需政府線上監控，因此權證之履行是在主管機關監督下為之。

### (4) 發行認購（售）權證有避險損失

為何避險有損失，乃因權證發行者「為人火中取栗」。在認購權證：漲價利益歸投資人，跌價損失歸發行人；在認售權證：跌價利益歸投資人，漲價損失歸發行人。損失之分類，則有履約損失及履約預備損失二種。而這二種不同損失間有互補作用，二者均應認成本費用。

## 2、權購（售）權證運作模式之動態說明

- (1) 對認購（售）權證實證之理解，若以舞台劇來比喻，戲台上的演出是發行權證行為，布幕後的配合是避險行為。而認購（售）權證在稅捐規範上之爭議，在於稅捐機關的觀點認為權證發行收入（即權利金收入）屬於應稅收入，避險交易所生之損失屬所得稅法第 4 條之 1 之證券交易損失，不能列為權證發行收入之必要成本，亦即二者不能適用成本收入配合原則；證券商的觀點認為權證發行收入（即權利金收入）應與避險交易所生之損益併計，以權證發行收入扣除避險交易之成本費用後之實際淨損益課稅。

### (2) 權證發行人與投資客間之約定

以歐式認購（售）權證之交易形態說明：A 為證券商，B 為投資客，雙方簽定權證契約。依契約約定，雙方之權利義務如下：B 付出權利金予 A（例如 10 元），A 同意給予 B 一個選擇權：即針對某一特定股票（稱之為「權證標的」，例如台積電股票），在一定期間後（例如一年後；到期日稱履約日），B 有權依預先約定之價格（例如每股 50 元）買入權證股票。（用歐式權證說明之理由；乃因較能清楚呈現履約損失與履約準備損失之關連性）。

### （3）發行認購（售）權證被許可之理由

表面看來，前開約定模式像是一場賭博，為何賭博行為受到政府允許，道理何在？認購（售）權證本屬期貨之一種，用來分散風險：幫投資客 B 分散風險（拋售股票時買入權證），但 A 幫 B 分散風險，又如何控制自身風險？這其實與計量經濟學之發展有關，經濟學者提出了一套可以控制風險之計算公式，讓認購（售）權證之發行變成可行，但計算公式之遵行，不能期待 A 之自律，而須有政府公部門監管之他律機制。因此 A 發行認購（售）權證：一方面受到金管會證期局嚴格之他律監控，一方面其在發行認購（售）權證之前與之中，也有很多內部幕後作業必須進行，這正是以舞台幕前、幕後為喻之理由。

### （4）證券商發行認購（售）權證之幕後作業

#### ① 發行之前：

結清手中之權證標的，買入定量之權證標的。實務作業上，如同「左手」（自營股票買賣部門）賣「右手」（權證部門），但左手之科目要算賺賠，而右手之科目要算成本，左手供給太多，部分要賣到市場，右手需求太多，部分要從市場

買入。

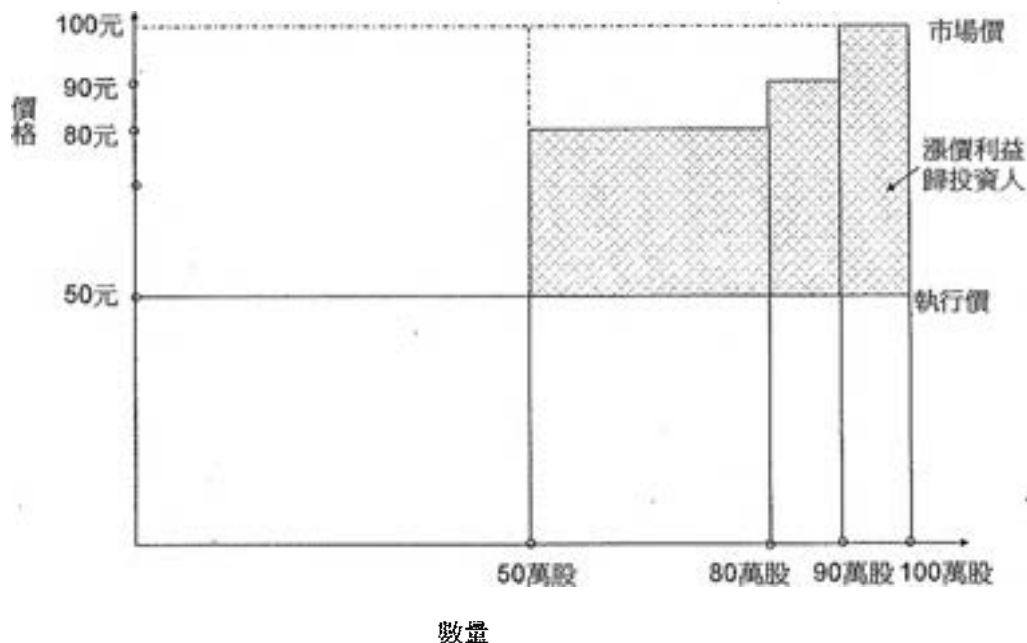
② 發行之後：

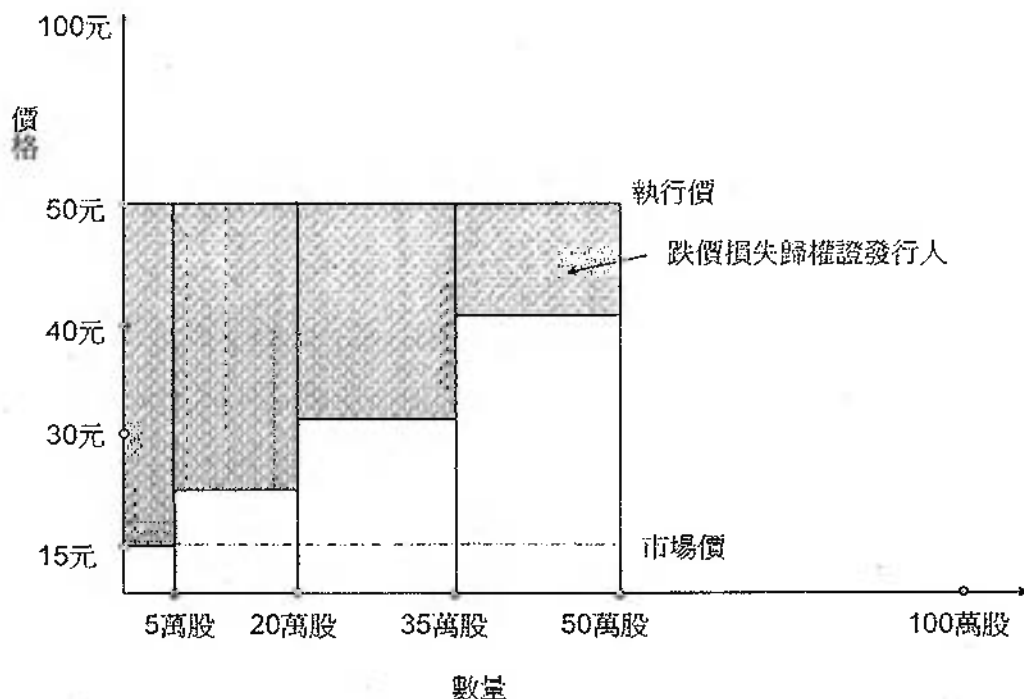
權證標的漲價時，需提高持有部位，買入股票。權證標的跌價時，需降低持有部位，賣出股票。買賣數量有公式可憑，無論買入或賣出，理論上 A 手中之權證標的股票，都是為將來履約而保有，數量不會超過履約之需要。

③ A 避險買賣行為之實證特徵：在決策方向上受拘束，亦即漲買跌賣，且在買賣數量上具有限程度之自由（鳥籠式之自由）：

A 對權證標的股票之買賣，可以從二個面向來觀察，從其為自身之利益來看：避險；從其為投資客利益來看，履約準備。買賣數量須依公式，受公部門之線上監督。買賣模式是「漲買跌賣」，原則上會有虧損發生。有無例外，有。為何會有例外，因為金管會會在公式外，給予一定比例之彈性（例如 20%）。

④ A 對權證標的股票買賣避險交易圖例說明如次：





### (5) 證券商如何計算權證發行損益

比喻：幕前、幕後一齊算。計算週期：從第一批權證標的購入時起，至到期日履約完畢時止。計算方式：約定價高於市場價，投資客不執行選擇權時：權利金－發行成本－避險損失＝損益；約定價低於市場價，投資客執行選擇權時：權利金－發行成本－避險損失－購入差額股票＋執行價格＝損益。特別說明：避險損失有成為避險利益之可能，但機率極低。

### 3、認購（售）權證在稅捐規範上之爭議（由實證進入規範，徵納雙方法律觀點之鋪陳）

#### (1) 徵納雙方有共識之部分

購入第一批權證標的時，如果 A 證券商是從左手（自營股票買賣部門）移轉給右手（權證部門）時，要就其左手部

門之損益進行結算，計入當年度所得總額中，此等所得雖屬證券交易之免稅所得，不影響 A 當年度之營利事業所得稅額，但會影響其當年度加徵 10% 未分配盈餘之數額。而認購（售）權證部門之損益則與實證上之損益計算一致，同樣要等到到期日結算完畢後一併計算。

## (2) 徵納雙方有爭議之部分

- ① 證券商之觀點：基於收入成本配合原則，認購（售）權證發行期間，因調整權證標的數量，買賣股票所生之避險損失，要計入計算發行權證收入（權利金收入）之成本減項。如避險結果有意外之收益，也應計入發行權證所得之加項金額。
- ② 稅捐機關之觀點：依所得稅法第 4 條之 1 之規定，證券交易損失，不得自所得額中扣除，所以避險損失不能計為發行權證所得之減項。如避險結果有意外之收益，屬證券交易之免稅所得，同樣免徵。

## (3) 認購（售）權證爭議之初步解析

### ① 所得單一性之判斷

- I、為何所得稅法上要考量所得單一性之問題：因為不同所得，在所得稅法上須為不同之定性，並在屬性確定後，依法決定其稅基量化之方式與標準。此在個人綜合所得稅中，表現得最明顯，收入成本配合原則之實踐，須在所得單一性確定後，才有可能。營利事業所得稅，依所得稅法第 24 條第 1 項，亦應遵守收入成本配合原則。
- II、決定所得單一性之標準：不以個人主觀意志為準，但也不能只考慮稅法上片面觀點，要從整體法制架構出發，依民商法對私經濟活動之規範設計決定。

② 稅法附從性與獨立性關係之應有觀點：二者並非相抗衡之對立觀點，而是具有原則與例外之關係

I、原則：稅捐是就人民之經濟活動成果抽成，而人民之經濟活動成果是以民商法來界定及鞏固，因此稅法法律概念之詮釋或法律涵攝活動都應考量民事法上之安排。

II、例外：當國家發現人民有濫用私法形成自由，以規避稅負時，才例外按量能課稅之精神，本諸稅法獨立之立場，為稅法法律概念之詮釋或法律涵攝活動。

③ 有關權證所得單一性範圍之界定：

從實證之觀點言之，權證發行收入與買賣標的股票之損失之間，顯與稅捐規避無涉，因此應從稅法之附從性原則出發，按民事法上對認購（售）權證之規範設計，將其調整持有權證標的數量所生之買賣虧損，視為單一權證所得項下之「避險成本」。

④ 稅捐機關觀點違憲之理由：在法律涵攝活動中，法律定性應先於法律適用，適用其見解所導出之後果，違反量能課稅原則。另外其見解也與權證所得實現時點之認定衝突。

(二)財政部第 861922464 號函釋，採「交易形式」，不採「交易實質」，違反所得稅法第 4 條之 1 立法目的

1、所得稅法第 4 條之 1 立法目的在獎勵證券投資，促進資本市場形式與發展，非僅就證券交易外觀給予免稅

行為時所得稅法第 4 條之 1 規定「自中華民國 79 年 1 月 1 日起，證券交易所得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」係於 78 年 12 月 30 日增訂，該條立法

意旨在延續當時即將廢止之獎勵投資條例第 27 條「為促進資本市場之發展，行政院得視經濟發展及資本形成之需要及證券市場之狀況，決定…暫停徵全部或部分…證券交易所得稅」，特別是在 78 年曾短暫恢復課徵一年，造成當時股市劇烈動盪之後，財政部因應各方壓力乃提出此免稅之修正草案（參見當時財政部長郭婉容答詢財政委員記錄：立法院公報，第 7 卷，第 59 期，委員會記錄，第 30 頁）。由此可知所得稅法第 4 條之 1 之立法目的單純在繼續對於國民從事有價證券投資行為，予以免徵綜所稅與營所稅優惠，藉以促進資本市場之形式與發展，屬「獎勵誘導性稅捐」性質，大法官釋字第 565 號亦持相同見解。此一獎勵、誘導人民從事有價證券投資之特殊規範目的，於具體案件之認定事實、適用法律上，對於該條所稱的「免稅證券交易」之適用範圍，容許發揮「合理限縮」之功能。

## 2、財政部第 861922464 號函釋，對權證發行收入課徵「毛額型」所得稅，違反所得稅法第 4 條之 1 之立法目的

財政部 86 年第 861922464 號函釋，認依財政部 86 年 5 月 23 日 86 台財稅（五）第 03037 號公告，權證屬其他有價證券，故發行後買賣權證，及基於履行證交法令課予之避險義務而買賣標的股票，依所得稅法第 4 條之 1 規定，停課證券交易所得稅，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。此見解係按照該條文之文義、字面解釋所得結果。惟查「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之。」司法院釋字 420 號解釋已有明示。所得法第 4 條之 1 旨在獎勵國民從事有價證券投資行為，促



進資本市場之形成與發展，然財政部 86 年該號函釋，以「避險交易損益，不得併計權證發行收入減除，形同對「權證發行收入，課徵「毛額型」所得稅，導致聲請人實際權證發行淨所得不足於繳納應納稅額，越作越賠之窘境，反倒對於權證發行產生「寓禁於徵」之效果，形成以稅捐干預排除聲請人權證業務之自由。基此，該號函釋根本背離所得稅法第 4 條之 1 獎勵證券交易、促進資本市場形成之立法目的。

(三)財政部第 861922464 號函釋，以「交易形式」認「避險交易損益」應歸屬所得稅法第 4 條之 1「證券交易損益」，違反歷來稽徵及判解實務採「交易行為之實質」之一致性

1、財政部第 861922464 號函釋，以「交易形式」認「避險交易損益」應歸屬所得稅法第 4 條之 1「證券交易損益」

證券交易損益應當歸屬於應稅或免稅項下，亦即所得稅法第 4 條之 1 之證券交易行為，稽徵及判解實務上向有「形式說」與「實質說」的區分，前者單單以財產交易之客體是否屬於證券交易法上之有價證券（亦即證交法第 6 條第 1 項所稱之有價證券，包括政府債券、公司股票、公司債券及經主管機關核定之其他有價證券），作為其判斷基準；實質說則是除了須符合形式說之有價證券要件之外，尚須具備證券交易之主觀要件，即交易當事人主觀決策上欲透過證券交易過程直接獲取證券交易利得，而「真實地」從事證券交易行為，始足當之。實質說旨在藉由附加主觀交易要件，排除諸如假減資真避稅或交易空殼控股公司股權等等手法，假借證券交易外觀來包裝應稅所得之脫法避稅行為，以達租稅公平正義。而財政部第 861922464 號函釋採「形式說」立場，亦即認為

所得稅法第4條之1所稱之證券交易「僅需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」。

2、財政部第 861922464 號函釋採「形式說」，違反歷來稽徵及判解實務採「交易行為之實質」之一致性

(1)依司法院第 420 號解釋所揭櫫之「實質課稅原則」，證券交易行為不應採「形式說」。

司法院釋字 420 號明確指出「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之」，從而所謂「非以有價證券買賣為專業者」，自應就營利事業實際營業情形，核實認定。申言之，如將大法官揭櫫之實質課稅原則，應用於證券交易行為之判斷上，毋寧亦當視「實際交易情形」而定，不應僅僅依照交易行為外觀或交易客體是否為有價證券，即以所謂「形式說」，來作為唯一之判斷標準。

(2)最高行政法院歷來判解亦以「交易行為之實質」認定可否免稅

行政法院關於實質課稅原則之詮釋，歷來均持 81 年度判字第 2124 號判決及 82 年度判字第 2410 號判決所謂「有關課徵租稅構成要件事實之判斷及認定，應以其實質上經濟事實關係及所產生之實質經濟利益為準，而非以形式外觀為準，否則勢將造成鼓勵投機或規避稅法之適用，無以實現租稅公平之基本理念及要求。」支持稽徵機關據以調整濫用證券交易形式，藉以規避所得稅之安排。實務上較知名之案例有股市聞人黃任中避稅案（94 年判字第 71 號）及透過資本公積減資避稅案例，此類案件判決理由多以脫法避稅為由，否定

當事人之證券交易行為外觀。例如 91 年判字 347 號以「依實質課稅原則，天慶公司顯係利用現金收回資本公積轉增資配發股票及清算方式，將其出售土地增益分配予股東，旋即辦理清算程序，實屬規避稅賦之作法，尚非單純之股票轉讓性質…，按…營利所得，併課原告該年度綜合所得稅」（類似見解尚有 91 年判字 2146 號、92 判字 1619 號及 93 年判字 1205 號判決，參見：稅務爭訟裁判要旨選輯，司法院印行，95 年 9 月，196 頁以下）。由以上所列實務見解，可以察知最高行政法院針對所得稅法第 4 條之 1 所稱之證券交易，一貫上均採取「實質說」之見解。換言之，並不會單因系爭交易客體為有價證券，即當然適用所得稅第 4 條之 1 之免稅規定，尚須考察實際經濟狀況與當事人主觀決策交易意圖。相較於黃任中案及天慶公司案之「脫法行為」，原處分機關尚且以「實質說」核課，何況本案發行權證之避險目的交易係依政府機關管制當局之法令而必須為之「法律義務行為」，且其內在決策與一般投資人買賣股票相反（詳理由第（五）點），顯屬「非單純之股票轉讓性質」，更應有「實質說」之適用。財政部第 861922464 號函釋採「形式說」，違反歷來稽徵及判解實務採「交易行為之實質」之一致性。

（四）財政部第 861922464 號函釋對權利金收入課徵「毛額型」所得稅，違反所得稅法第 24 條第 1 項所揭示所得稅以「成本費用與收入配合原則」下之「所得淨額」作為課稅客體之立法意旨，致違反實質課稅原則、量能課稅原則。

- 1、按「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。」為行為時所得

稅法第 24 條第 1 項所明定。準此，所得稅之課稅客體是收入扣除各項成本、費用及稅捐後之「淨所得」而非「收入毛額」。依成本費用與收入配合原則下之「淨所得」課稅，係所得稅制至高無上之立法精神。

## 2、營利事業所得稅上成本與費用之認列，當以成本、費用與收入間之關聯性為其首要前提

營利事業所得稅上成本與費用之認列，按所得稅法第 22 條權責發生制及第 24 條第 1 項成本費用與收入配合原則，當以成本、費用與收入間之關聯性為其首要前提，此尚可觀諸所得稅法第 38 條及查核準則第 62 條關於經營本業及附屬業務以外之費用損失不得認列之規定。確立成本費用與收入間之關聯之後，其次則視稅法是否有特別規定，排除部分成本、損費得自應稅收入中扣除，例如所得稅法第 37 條交際費上限及第 51 條之 1 小客車折舊限制。否則即應依「成本費用與收入配合原則」認列收入所對應之必要成本費用，方符所得稅法第 24 條第 1 項以「淨所得」為課稅客體之立法意旨。

## 3、權證發行收入並非無相對應之成本費用，此可從避險交易與權證發行間法律上及經濟實質上之關聯性論起

按證券商發行權證，於權證存續期間，承擔依證券法令，以買賣權證或標的股票方式，來進行避險行為之法律義務，於權證有效期間中，不得基於投資、套利，僅可基於避險目的來買賣標的股票（發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 7 條及證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則第 14、16、17 條參照）。換言之，聲請人發行權證，即有後續從事避險交易之義務，如不避險，即不得發行權證。

避險交易既與權證發行互為因果與對價，即無法否認避險交易所生損益與權證發行收入存有法律上與經濟實質上之關聯性，避險交易損失為權證發行收入之成本費用。

4、依據證券商同業公會之統計資料，權證發行收入之成本費用率為 84%

據券商統計數據，至 93 年 7 月底之前到期之所有權證，全部權證發行收入累積為 742.25 億元，如依財政部 86 年函釋計算之應納稅額即達 185.56 億元（742.25 億元 $\times$ 25%），但若將發行收入扣除避險交易損失及其他費用 620.73 億元之後，券商發行權證之所得淨額僅 121.52 億元（參見：李存修，證券商發行認購權證之定價策略及各項相關成本分析研究報告，證券商同業公會委託研究計畫，2008 年 8 月，29 頁）。換言之，全部權證發行收入之成本費用占收入之 84%（成本費用 620.73 億元 $\div$ 全部權證發行收入 742.25 億元=83.62%，取整數為 84%），但由於避險交易損益不得計入權證發行收入扣除，導致券商幾近於就發行收入全額計算應納稅額，形同繳納「毛額型」所得稅，不僅毫無利得可言，截至 93 年 7 月底，更額外負擔約計 64 億餘元所得稅（121.52 億元 $-$ 185.56 億元 $=$ -64.04 億元），造成權證所得不足以繳納權證之應納所得稅。

5、綜上，財政部第 861922464 號函釋對權利金收入課徵「毛額型」所得稅，違反所得稅法第 24 條第 1 項所揭示所得稅以「成本費用與收入配合原則」下之「所得淨額」作為課稅客體之立法意旨，致違反實質課稅原則、量能課稅原則。

（五）對內資券商（聲請人為內資券商）採與外資券商及所有營利事業差別待遇，違反整體租稅正義及課稅公平

原則，亦違反憲法第 7 條所揭示之平等權

1、按「中華民國人民，不分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」為憲法第 7 條所明定。「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇」復為行政程序法第 6 條所明定。準此，所得稅法第 24 條第 1 項所揭示所得稅依成本费用與收入配合原則下之「淨所得」課徵之至高原則，應一體適用於所有納稅義務人。

2、財政部准許外資券商以權證發行收入之 85% 為必要成本扣除

相對內資券商前開課稅窘境，外資證券商則可援引所得稅法第 25 條第 1 項規定，將權證發行收入列為「技術服務費」，僅需以權證發行收入之 15% 作為應稅所得課稅，其所須負擔之稅負僅發行收入之 3.75%，相對地享有稅負上絕對之競爭優勢。財政部既准許外商為其在台灣分公司提供發行權證避險操作技術服務之收入，依所得稅法第 25 條第 1 項規定按該項技術服務收入之 15% 認列所得，顯見財政部亦肯認發行權證「必然發生」必要之成本費用，故准許外商將收入之 85% 視為成本。

3、內資券商部分，如上所述，全部權證發行收入之成本費用占收入之 84%，與財政部准許外資券商之成本率 85% 相當。而依財政部各年度頒定之營利事業所得稅同業利潤標準，各行業之淨利率大部分介於 10%~20% 中間，亦即成本費用率介於 90%~80% 之間。就此而言，認購權證發行收入之平均成本費用率 84%，誠屬合情合理。

4、綜上，財政部前揭 86 年函釋對內資券商之避險交易標的，單純以其「證券交易行為外觀」，即認避險交易之損益為證

22

券交易損益，將該平均占權證發行收入 84% 之成本費用核定於「證券交易損益」項下，否准列為權證發行收入之必要成本費用，其以權證發行收入之 100% 課徵「毛額型」所得稅，係無正當理由，對內資券商（聲請人為內資券商）採與外資券商及所有營利事業採差別待遇（亦即給予外資券商 85% 之成本率；給予所有營利事業 80%~90% 之成本率，卻不給內資券商權證收入必要之成本率 84%），顯然違反整體租稅正義及課稅公平原則，亦違反憲法第 7 條所揭示之平等權。

#### （六）財政部第 861922464 號函釋採「形式說」，違反釋字第 420 解釋所揭櫫之實質課稅原則

司法院大法官從公平課稅原則導出實質課稅原則，謂稅法之解釋應衡酌規範目的與經濟實質為之，不應拘泥法條所用字眼（大法官釋字 420 號及 500 號參照）。權證課稅爭議從實質課稅原則之角度論之，聲請人發行權證，於權證存續期間，有依證券法令，以買賣權證或標的證券之方式，進行避險行為之法律上義務（參照發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 7 條及證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則第 14 條）。故從發行時起，至權證持有人申請證券給付或現金結算履約為止，發行收入、避險損益與期末結算等行為，彼此互為因果與牽連關係，避險損失客觀上欠缺負稅能力，本於成本費用與收入配合原則（於稅法上則轉換為實質課稅原則），自應准予作為應稅收入之減項。其次，以買賣標的股票或權證進行避險活動，雖具有證券交易之外觀，然其「買高賣低」之避險決策，卻與一般證券投資「低買高賣」直接獲取證券交易利得之主觀內在決策完全相反，即：當標的股票（或認購權證）漲價時，反須加碼購入，增加持有部位，以備權證持有人要求履約；若標的股票（或認

購權證)跌價時,因權證持有人要求履約之機率下降,則須賣出持有標的股票,以減少損失。乘此發行收入與避險損益間具有法律上及經濟實質上之因果牽連關係,及其進行避險交易與一般證券買賣主觀決策上之重大差異,所得稅法第4條之1單純投資目的之免稅證券交易行為,不應當包含發行權證之「避險交易行為」。財政部第861922464號函釋採「形式說」,將避險損益交易認定屬證券交易損益,違反釋字第420解釋之實質課稅原則。

- (七)權證發行收入依其交易性質,權證發行與避險交易互為因果及對價,存有法律上及經濟實質上之關聯性,依司法院釋字第385號解釋「法律所定之事項若權利義務相關者,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」財政部861922464號函釋,將權證發行相關之權利與義務割裂適用不同法律(權證發行收入為應稅收入,避險目的交易損益列為免稅收入)否准避險目的交易損益及相關費用列為權證發行收入之成本費用扣除,顯違司法院釋字第385號解釋意旨

按「避險目的交易損益」既與「權證發行收入」具有前揭法律上及經濟實質上之關聯性,依司法院釋字第385號解釋「憲法第19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,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。」則所得稅法第4條之1之「證券交易行為」概念,不應當包含券商發行權證後之避險交易行為,避險交易損益不因所得稅法



第 4 條之 1，而不得作權證發行收入之必要成本、費用。此不但符合證券交易所免稅之立法目的（合法），亦兼顧券商的基本權保障（合憲）。財政部 861922464 號函釋，將權證發行之權利與義務割裂適用不同法律（權證發行收入為應稅收入；避險目的交易損益列為免稅收入）顯違司法院釋字第 385 號解釋意旨。

(八)財政部第 861922464 號函釋對權證發行收入課徵「毛額型」所得稅，違憲「絞殺」聲請人之營業自由，且違憲侵害聲請人憲法第 15 條之財產權

1、財政部第 861922464 號函釋對權證發行收入課「毛額型」所得稅，違憲「絞殺」聲請人營業自由

(1)人民營業自由享有憲法的「制度性保障」

人民之納稅義務，係對應於享有私有財產、經濟自由之必要條件，同時也是財產權與經濟自由之「制度性保障」（司法院釋字第 386 號解釋及憲法第 15 條、第 23 條參照）不可或缺之一環。蓋稅捐之課徵，涉入財產權之使用、收益及營利活動，其金錢負擔性質早已成為私經濟交易必要之考慮條件，而稅率、優惠之差別待遇更產生規制、誘導效果，甚或是形成、排除特定市場活動，從而稅捐立法、執行倘有不當或過度者，即有可能侵入甚或掏空財產權與職業及營業自由之核心。稅捐此一干預私經濟活動之面向，乃導引出「絞殺禁止原則」。蓋所謂「絞殺效果」，特別著重於當稅捐所造成之效果，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，構成財產權利及衍生之職業、營業自由之「絞殺」，而為憲法所禁止之稅課行為。

(2)財政部第 861922464 號函釋，使發行權證行為陷入

無利可圖之困境，無異等同藉由稅捐手段禁止一個合法之經濟活動，構成違憲之「絞殺」行為

依據券商公會統計至 93 年 7 月底前到期權證之損益，顯示各券商發行權證收入減除避險成本及管銷費用的實際獲利僅 121.52 億元，然依財政部該號函釋計算之應納稅額，即為 185.56 億元，實務界乃評論為「賺的不夠繳稅，不符量能課稅原則」(參見工商時報，94 年 11 月 21 日 A5 版報導)。如以憲法保障證券商得自由選擇、形成營業活動自由之角度觀之，財政部該號函釋無疑地逼使認購(售)權證這種衍生性金融商品，因無利可圖而於證券市場上消失(而將市場留與適用極度不公平稅率 3.75%之外資證券商)，無異等同藉由稅捐手段禁止一個合法之經濟活動，構成違憲之「絞殺」行為。

## 2、財政部第 861922464 號函釋，對權證發行收入課「毛額型」所得稅，違憲侵害財產權

(1)稅課係侵入人民私有財產，不惟當按憲法第 19 條租稅法律主義，依法律課徵之，尚不得違反憲法關於財產權及營業自由保障，作為稅課之憲法界限。按德國聯邦憲法法院 1953 年判決認為倘稅捐之課徵，業已造成納稅者過度負擔，造成絞殺效果或導致所得與財產之關係遭到「根本性之改變」時，如產生沒收效果或侵入資本本體者，即屬違憲之課稅。簡言之，所得稅之課徵對象與界限為「所得淨額」，即不得超出所得之外，就固有之財產或資本本身，再為課徵。

(2)有關權證課稅爭議，財政部 86 年該號函釋將權證避險損益排除其併計權證發行收入之作法，直接地使證券商發行權證應納稅額遠遠超過所可獲取之利得，應可評價為國家不僅

「沒收」券商約計 64 億餘元之固定有財產、資本。無庸置疑地，此時對券商權證發行收入所課徵之所得稅早已全然喪失對收益課稅之應有面貌，嘎然變身成違憲之強制沒收行為。是故，財政部該號函釋以所得稅法第 4 條之 1 規定，作為「權證避險損失」不得自其所對應之「權證發行收入」扣除之法令依據，此等適用法令結果，已違憲侵害券商財產權及營業自由保障，自不應被容許。

(九)財政部第 861922464 號函釋，違憲侵害聲請人財產權、營業自由，自應依照實質課稅防杜脫法避稅之案例，透過合目的、合憲解釋之方法，適當限縮所得稅法第 4 條之 1 之免稅交易範圍，使之不及於權證之避險交易

所得稅法第 4 條之 1 之條文字句僅就證券交易規定利得不課所得稅，損失亦不得扣除，然將免稅要件繫諸於外觀之證券交易形式，且疏於考量後世新興金融商品，預設規範機制，以致將非基於投資目的所為之證券交易行為（包括脫法避稅與權證避險交易），一竿子地全部含括進來，法條文義所及即遠遠超過立法目的所需。此觀諸 96 年 7 月 11 日總統華總一義字第 09600088001 號令增訂公布所得稅法第 24 之 2 條明定「經目的事業主管機關核准發行之認購(售)權證，發行人於該權證存續期間，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。」且追溯自 96 年 1 月 1 日起實施即明（詳附件六）。財政部 86 年該號函釋之課稅結果，違憲侵害聲請人財產權、營業自由，已如上述。自應依照實質課稅防杜脫法避稅之案例，透過合目的、合憲解釋之方法，適當限縮所得稅法第 4 條之 1 之免稅交易範

圍，使之不及於權證之避險交易。

(十)財政部第 861922464 號函釋違反誠實信用原用、禁  
反言禁止原則及稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 1 項及第  
2 項所揭示之「實質課稅原則」

1、財政部第 861922464 號函釋扭曲過去依從「實質觀  
點」之作法，有違誠實信用原則

(1)假若財政部上揭函釋有意藉由認購權證發行收入，從此以  
後，扭轉過去從實質觀點之作法，改按所謂「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」，一致僅從交易外觀形式，決定免稅與  
否，則依「形式說」，往後亦不得再基於課稅公平、實質課  
稅等理由，按照當事人之交易動機、內在意思、依交易之經  
濟實質予以調整課稅。此無異昭示一個再明顯不過之「合法  
之脫法避稅漏洞」，鼓勵將各種應稅所得，「包裝」成證券交  
易所得，即可享有免稅之待遇，形形色色之稅捐規劃將因應  
出籠。

(2)假若財政部第 861922464 號函釋僅是於權證課稅案件上，不  
援引實質觀點判斷證券交易，則須更具體地說明權證避險交  
易相對於其他證券交易有何特殊之處，而應「例外地」從交  
易形式觀點，適用所得稅法第 4 條之 1，不能僅強調此係所  
得稅法第 4 條之 1 規定之當然解釋，修法之前，於法自屬有  
據之簡單說詞。直言之，該號函釋背離歷來依實質課稅原則  
之一貫立場，不惟有違「行政行為，非有正當理由，不得為  
差別待遇」、「行政行為，應以誠實信用之方法為之」、「行政  
機關就該管行政程序，應於當事人有利及不利之情形，一律  
注意」(行政程序法第 6、8、9 條參照)等基本原則，其選

擇性執法之態度，一套原則二套作法，亦顯失正當性及公信力。

2、財政部第 861922464 號函釋對於權證課稅爭議，不適用實質課稅原則，違反「禁反言禁止原則」及稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 1 項及第 2 項所揭示之「實質課稅原則」

(1)依前揭行政程序法第 8 條、第 9 條明文及第 43 條「行政機關為處分或其他行政行為，應…依論理及經驗法則判斷事實之真偽」明文，此即行政上的誠實信用原則與禁反言禁止原則。

(2)誠實信用原則與禁反言禁止原則，本於稅捐執法之平等，不僅適用於所有納稅義務人，稽徵機關亦應受同等拘束。稅捐主管稽關透過實質課稅原則，防杜如假減資真避稅、公司股權交易包裝應稅盈餘分配（如黃任中案，94 年判字第 71 號參照）等脫法行為，長期以來均受行政法院肯認。然實質課稅旨在擺脫單憑法律外觀課稅之不公平，而探求交易之經濟實質作為課稅基礎，適用範圍本未侷限於納稅義務人不利事項。本案權證課稅爭議，財政部一方面既無法否認避險交易根本有別於所得稅法第 4 條之 1 之典型證券投資之經濟實質，另一方面卻又拘泥於證券交易之行為外觀，相形於前揭脫法避稅之防杜，不過是基於「國庫收入」，選擇性地操作實質課稅原則。該號函釋所持課稅立場，就此觀之，實有自相矛盾，並且違反「禁反言禁止原則」。甚者，為兼顧徵納雙方均得主張「實質課稅原則」之權利，98 年 5 月 13 日總統華總一義字第 09800118841 號令，已將「實質課稅原則」以法律條文加以明文規定，於公布修正之稅捐稽徵法第 12

條之 1 第 1 項及第 2 項：「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之」、「稅捐稽徵機關認定課徵租稅之構成要件事實時，應以實質經濟事實關係及其所生實質經濟利益之歸屬與享有為依據。」（附件七），並明財政部第 861922464 號函釋，係不具正當理由違背「實質課稅原則」。

#### 四、聲請人之請求

按現代法治國家並非僅在追求形式上合法，同時更講求法律之實質正義。現代法治國家之稅課，其目的非單為國庫收入而存在，毋寧是在維續市場經濟體制之前提下，體現憲法形式正義原則（依法課稅）與實質正義原則（平等課稅）。故單憑稅法表面規定，無法直接為課稅取得正當性基礎，稅捐之合法性尚取決於稅課行為必須符合憲法為稅捐設下之基本價值原則，如租稅法律主義、實質課稅、平等原則、公平原則及基本權之制度性保障等。以此檢視財政部第 861922464 號函釋，顯有違反所得稅法第 4 條之 1 立法目的、所得稅法第 24 條第 1 項所揭示所得稅以「成本費用與收入配合原則」下之「淨所得」為課稅客體之立法意旨、暨司法院釋字第 385 號解釋及第 420 號解釋意旨，致違反實質課稅、平等原則、公平原則並侵害聲請人憲法第 7 條、第 19 條及第 15 條所保障之權益，應屬無效，已如上述。爰請 大院大法官解釋其自始不生效力

#### 肆、關係文件之名稱及件數

附件一、財政部 86 年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函釋

附件二、財政部台北市國稅局 95 年 6 月 2 日財北國稅法字第  
0950205880 號復查決定書影本

附件三、財政部案號第 09503161 號訴願決定書影本

附件四、台北高等行政法院 95 年度訴字第 04479 號判決影本

附件五、最高行政法院 98 年度判字第 786 號確定判決影本

附件六、96 年 7 月 11 日總統華總一義字第 09600088001 號令增  
訂公布所得稅法第 24 之 2 條條文

附件七、98 年 5 月 13 日總統華總一義字第 09800118841 號令公  
布修正稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 1 項及第 2 項條文

此 致

司 法 院

聲請人：寶來證券股份有限公司

代表人：林孝達

中 華 民 國 98 年 9 月 7 日

最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 98,判,786

【裁判日期】 980723

【裁判案由】 營利事業所得稅

【裁判全文】

最 高 行 政 法 院 判 決

98年度判字第786號

上 訴 人 寶來證券股份有限公司

代 表 人 林孝達

訴訟代理人 楊淑卿

被 上 訴 人 財政部臺北市國稅局

代 表 人 凌忠嫻

上列當事人間營利事業所得稅事件，上訴人對於中華民國96年7月17日臺北高等行政法院95年度訴字第4479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。

理 由

- 一、上訴人民國89年度營利事業所得稅結算申報，被上訴人以上訴人申報之避險交易損益並非本件權證發行權利金收入相對應之成本費用，乃將上訴人本年度發行認購權證之權利金收入新臺幣（下同）1,727,888,360元，以應稅權利金收入轉列營業收入，並將其發行認購權證而建立之避險部位所列之證券成本15,618,331,515元及發行認購權證再買回價值變動損失860,832,550元轉營業成本項下核認（下稱原處分），上訴人不服，提起復查及訴願均遭駁回，遂提起本件訴訟（其餘未起訴部分不另贅述）。
- 二、上訴人起訴主張：相較於國外發行人之稅負僅占權利金收入之3.75%，國內發行人之稅負為權利金收入之25%，竟然是國外發行人的6倍多，被上訴人依「證券交易行為外觀」，認「避險交易損益」不應列為「權證發行收入」之減項，形同對「權證發行收入」課徵「毛額型」所得稅、以稅捐干預排除國內券商權證業務之自由、違反現行實務判解立場及執法之一致性及本院針對所得稅法第4條之1所稱之證券交易，一貫上均採取「實質說」之見解，顯然違反實質課稅及公平原則。權證發行收入依其交易性質，避險交易與權證發行互為因果及對價，存有事實及經濟上之關聯性，「避險交易損益」為「權證發行收入」相對應之成本費用，被上訴人亦違



反司法院釋字第385號解釋。財政部86年12月1日台財稅第861922464號函違反所得稅法第24條第1項「成本收入配合原則」及查核準則第1條、第2條第1項、第2項有關依商業會計法、商業會計處理準則及其他有關法令辦理之規定。被上訴人一方面既無法否認避險交易根本有別於所得稅法第4條之1之典型證券投資之經濟實質，另一方面卻又拘泥於證券交易之法律外觀，堅持發單補稅，相形於前揭脫法避稅之防杜，不過是基於「國庫收入」，選擇性地操作實質課稅原則，被上訴人所堅持權證課稅立場，就此觀之，實有自相矛盾，並且違反「禁反言禁止原則」，被上訴人所為核定顯有違反實質課稅、平等原則、公平原則及基本權之制度性保障之違法。求為判決訴願決定、原處分關於證券交易所得項下屬於認購權證必要成本費用部分均撤銷。

- 三、被上訴人則以：按認購權證業經原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。次按財政部86年7月31日台財稅第861909311號函釋規定，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。被上訴人初查依上開函釋規定，將上訴人本年度發行認購權證之權利金收入1,727,888,360元，以應稅權利金收入轉列營業收入，並將其發行認購權證而建立之避險部位所產生之證券成本15,618,331,515元及發行認購權證再買回價值變動損失860,832,550元轉營業成本項下核認，並無不合。又個別之收入有其對應之成本費用，所產生個別之損益，不能成為他項收入之成本費用，此觀所得稅法施行細則第31條規定自明，故所得稅法第4條之1之規定，係因證券交易之收入不課稅，所對應之成本費用亦不准自應稅項下認定，導致損失亦不得自所得額中減除，若採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所得；而若證券交易產生利益而非損失時，證券交易所得如何能認列為認購權證收入之成本費用，故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。本件系爭認購權證及標的股票交易，形式上及實質上均符合「證券交易」定義，自有所得稅法第4條之1之適用，縱認前揭條文有可斟酌之處，惟相關條文已於立法院修法解決中，在修法完成前，或經由大法官會議解釋法條違憲之前，自有完全之拘束效力，納稅義務人及稅務機關均不得任意曲解違背現行所得稅法之明文規定。原處分及訴願決定均無違誤等語，資為抗辯。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）查財政部86年12月1日台財稅第861922464號函，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）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，再依財政部86年7月31日台財稅第861909311號函釋意旨，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。又行為時所得稅法第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，上開財政部86年12月1日台財稅第861922464號函釋符合所得稅法第4條之1規定意旨，且未違反收入成本費用配合原則，自應予以適用。故被上訴人將系爭認購權證權利金收入與避險交易所生之證券交易所稅，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。（二）再證券商於發行認購權證時，因法規規定證券商須強制為避險交易，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86年12月1日台財稅第861922464號函亦已指明認購權證發行人於發行後，因投資人行使權利，而售出或購入標的股票產生之證券交易所稅或損失，應依所得稅法第4條之1規定辦理，則證券商自得於發行時，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，亦可知悉所得稅法第4條之1規定，其為避險之證券交易所稅因免稅，其因避險之證券交易所稅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，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，否則即違反租稅法律主義及租稅公平原則。因此，上訴人主張權證發行收入依其交易性質，避險交易與權證發行互為因果及對價，存有事實及經濟上之關聯性，「避險交易損益」為「權證發行收入」相對應之成本費用云云，即非可採。（三）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，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。即便認為上訴人所謂「標的股票買賣」避險手段，構成經營認購權證之一部分，進

而肯認「標的股票買賣」所生之損失，係屬經營認購權證之成本、費用，然此所謂之「成本、費用」充其量亦僅為「會計學」概念下之成本、費用而已，與上訴人是否得將之列為認購權證課稅所得項下之營業成本，不能相提並論。又收入成本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，不生違反收入成本配合原則問題。此外，成本費用准否列報，並非以具備原因事實為已足，原因事實僅是列報成本費用之前提門檻，尚須依據法律對於具備原因事實關係之成本費用再為准駁。如法律已有明文排除之規範者，法律之規定更應優先於原因事實關係而被遵守，租稅法定原則始可確立而貫徹。所得稅法第4條之1已明文規定證券交易所停止課徵所得稅，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，即有違反平等原則。從而，上訴人主張有關不准將避險成本認列為應稅權利金收入之成本，將有違所得稅法第24條第1項所揭櫫之「收入成本配合原則」相違一節，洵非可取。（四）再者，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。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，縱系爭避險損失可認為本件權利金收入之成本，亦因所得稅法第4條之1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，即當然於本件可將上訴人避險措施所造成證券交易之損失作為成本費用予以扣除，此係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律。又本件爭執純係系爭認購權證避險部位之出售損失，究竟應作應稅項目之減項（即證券商發行權證收取之權利金之成本），抑或是作為免稅項目之減項（即售出或購入標的股票產生之成本）等有關成本歸屬與取捨之問題，亦非割裂法律適用之情形，故與司法院釋字第385號所謂之「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。」無涉。綜上所述，原處分以系爭避險交易損益並非本件權證發行權利金收入相對應之成本費用，乃將上訴人本年度發行認購權證之權利金收入1,727,888,360元，以應稅權利金收入轉列營業收入，並將其發行認購權證而建立之避險部位所產生之證券成本15,618,331,515元及發行認購權證再買回價值變動損失860,832,550元轉營業成本項下核認，另按減除權利金收入應負擔費用後之營業費用，計算由應稅及免稅收入分攤，其認事用法均無違誤，因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

35

五、本院經查原判決並無違誤。上訴意旨指摘認購權證權利金收入之必要成本費用約為83%，原判決依證券交易行為外觀，認避險交易損益不應列為權證發行收入之減項，支持對該收入課毛額型所得稅，顯然違反實質課稅、量能課稅及租稅公平原則一節，查原判決業已敘明略以：國外證券商係依所得稅法第25條第1項規定辦理，而國內證券商發行系爭認購權證權利金收入，因適用所得稅法第4條之1規定，不能扣除避險措施所受之損失後，縱使實際可能產生淨所得低於課稅所得之結果，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，應循立法途徑救濟，尚非法院審判所得斟酌。是上訴人復稱因現行稅法對國內、國外券商之不同認購權證課稅方式，已造成稅制不公平現象，主張應許其減除避險證券交易之損失云云，亦無足取等情，經核並無不合；且查，量能課稅及租稅公平必需在合法適用法律之前提下進行，不能違背法律規定而主張量能課稅及租稅公平，此為依法行政之原則，是以如確有不符量能課稅及租稅公平之結果，惟係因法律規定所造成者，依立法、司法分權之原則，法院僅能執行法律，而無從變更法律規定，原判決亦已述明此係屬於修法問題，應循立法途徑，非法院審判所得依目的性解釋方式解決。此觀所得稅法於96年7月11日增訂第24條之2規定，並未否認認購權證為有價證券之屬性，僅為「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，不適用證券交易法第4條之1及第4條之2」之例外性之規定，且未規定得溯及既往適用，則本件自無其適用，上訴人就此所為之主張，要無可採。而財政部依行為時所得稅法第4條之1規定，業以財政部86年7月31日函釋釋明認購權證發行後，買賣認購權證及認購權證持有人行使權利而為標的股票之交易，停止課徵證券交易所得稅，則依損益配合原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除；此觀司法院釋字第493號解釋肯認所得稅法第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益明。核證券商對認購權證標的股票漲即買、跌即賣之避險交易行為，乃其履約之準備，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；由行為時所得稅法施行細則第31條規定亦可知，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，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，倘許將避險證券交易損失列為認購權證之成本費用，則侵蝕應稅之認購權證權利金所得，是財政部上開86年12月1日函釋依所得稅

法第4條之1規定，未准券商減除避險證券交易損失，符合所得稅法第4條之1規定意旨，並無違上開司法院解釋所揭示之實質課稅之公平原則或割裂適用不同法律等各情，均經原判決論述綦詳，要無違背法令情事；況於會計上，成本係指當期經濟效益減少之部分，包括以資產之流出、資產之耗用或負債之增加等方式，造成業主權益之減少者而言。是以歸屬為成本者，必需符合經濟效益減少之要件，而避險買賣標的股票，交易之結果可能產生收益（經濟效益增加），亦有可能造成損失（經濟效益減少）之情形，顯然該項與「成本」之要件不盡相符，自不合歸屬為另一項收入之「成本」。是以上訴人所稱避險交易損益為權證發行收入檔對應之成本費用，原判決違反司法院釋字第385號解釋、實質課稅原則、所得稅法第4條之1立法目的、違憲絞殺人民營業自由且違憲侵害財產權、有不公、違憲之虞云云，無非其主觀歧異之見解，並無可採；至於上訴人其餘述稱各節，無非重述為原審所不採之陳詞，以其對法律上見解之歧異，指摘原判決不當，惟原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷，並無違背論理法則或經驗法則。綜上所述，原判決所適用之法規與該案應適用之現行法規並無違背，與解釋判例，亦無牴觸，並無違背法令之情形，上訴意旨仍執前詞，指摘原判決違誤，求予廢棄，難認有理由；又其對87年度未分配盈餘加徵營所稅部分，並未提出上訴理由，均應駁回其上訴。

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 98 年 7 月 23 日

最高行政法院第二庭

審判長法官	鍾	耀	光
法官	鄭	忠	仁
法官	曹	瑞	卿
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 98 年 7 月 24 日

書記官 王 史 民