

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國 99 年 12 月 1 日

發文字號：普字第 10008325 號

附 件：如說明。

主 旨：為最高行政法院 99 年度判字第 1077 號判決所適用之所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函及同年 12 月 11 日台財稅字第 861922464 號函，有牴觸憲法第 7 條、第 15 條、第 19 條及第 23 條之疑義，向 鈞院聲請解釋憲法。

說 明：檢附釋憲聲請書乙份。

正 本：司法院

聲 請 人：金鼎綜合證券股份有限公司

代 表 人：林樹源

代 理 人：普華商務法律事務所

蔡朝安律師

聯 絡 人：黃綺瑛律師

大法官書記處

釋憲聲請書

聲 請 人 金鼎綜合證券股份有限
公司

代 表 人 林樹源

代 理 人 蔡朝安律師

壹、聲請解釋憲法之目的

按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款定有明文。本案係因99年度判字第1077號判決(附件1)以所得稅法第4條之1、財政部86年7月31日台財稅字第861909311號函(下稱「財政部86年7月函」附件2)及同年12月11日台財稅字第861922464號函(下稱「財政部86年12月函」，附件3)，認財政部臺北市國稅局(下稱「臺北市國稅局」)補徵聲請人民國(下同)91年度營利事業所得稅，於法有據，惟聲請人認所得稅法第4條之1、財政部86年7月函及86年12月函係屬違憲，故臺北市國稅局之補稅處分即屬不法侵害聲請人受憲法保障之財產權，且聲請人已用盡訴訟程序，乃向 鈞院聲請解釋憲法，懇請 鈞院惠予宣告所得稅法第4條之1及上揭財政部二則函釋牴觸憲法而無效。

貳、疑義之經過與性質及涉及之憲法條文

一、疑義之經過

- (一) 緣聲請人於 91 年度營利事業所得稅（下稱「營所稅」）結算申報時，原申報營業收入淨額為新台幣（下同）284,139,811,008 元及呆帳損失 47,959,977 元。嗣遭臺北市國稅局就營業收入（認購權證發行價款）調增 465,660,000 元；呆帳損失調減 1,828,268 元等項目並核定補徵稅額共 139,796,268 元。
- (二) 聲請人以自留額度不應列入權利金收入，避險交易損失應屬權利金收入之成本而得自權利金收入項下減除為理由，申請復查，遭復查駁回；聲請人仍不服，申經訴願仍遭駁回；嗣後，就訴願決定及原處分（含復查決定）關於營業收入超過 284,620,506,285 元（即自留額度 12,776,326 元）部分提起訴訟，亦經台北高等行政法院以 97 年度訴字第 2145 號判決駁回聲請人所提訴訟。聲請人就前揭判決仍有不服，提起上訴，最高行政法院以 99 年度判字第 1077 號判決駁回聲請人第一審之訴。本案因依法不得再上訴，而告確定。

二、疑義之性質及所涉憲法條文

- (一) 按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得稅停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」所得稅法第 4 條之 1 定有明文。而財政部 86 年 7 月函釋示認購（售）權證為其他有價證券，財政部 86 年 12 月函復釋示，「認購（售）權證發行人於發行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稅或損失，...並依所得稅法第四條之一規定辦理。」最高行政法院前揭判決即適用上開規定，認聲請人本於證管法令要求，於發行階段以自有資金認購自身發行權證部分仍有權利金收入之產生；以及所從事之避險交易，交易標的既為認購權證及標的股票，形式上即屬證券交易，交易所生之損失即係證券交易損失，不得自應稅所得額中減除。

- (二) 惟按「人民之財產權應予保障。」、「中華民國人民，無分男女，宗教，種族，階級，黨派，在法律上一律平等。」、「人民有依法律納稅之義務。」、「憲法所列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利所必要者，不得以法律限制之。」憲法第15條、第7條、第19條與第23條分別定有明文。
- (三) 聲請人本於證管法令全部銷售完畢方得上市之要求，所從事之自行認購自身發行權證部分，並未因此收受任何價款，竟遭最高行政法院以財政部86年12月函為依據，認定自行認購部分（下稱「自留額度部分」）外觀仍為發行價款，故有權利金收入產生。且財政部86年12月函將所有發行價款，不分是否為證券商自行出資或對外募集所生，而一併認定有權利金收入之產生，使聲請人於自行出資部分負擔其所無產生所得之稅捐負擔，實有違憲法上平

等原則所導引之量能課稅原則及實質課稅原則甚明，並不
法侵害聲請人憲法上之財產權，有違憲法保障人權之旨。

(四) 又聲請人本於證管法令之要求，所從事之避險交易，遭最
高行政法院以所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年 7 月函及
86 年 12 月函逕依形式外觀認定為證券交易，致避險損失
不得自應稅所得額中減除，使聲請人負擔遠超過租稅負擔
能力之稅負，是前揭規定違反憲法上實質課稅之公平原則
及比例原則至明，並不法侵害聲請人憲法上之財產權，亦
有違憲法保障人權之旨。

(五) 承上，是聲請人乃依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1
項第 2 款：「按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權
利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終
局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得
聲請解釋憲法」之規定，向 鈞院聲請解釋憲法。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、本件乃涉及認購（售）權證在所得稅法制上如何加以課稅之
問題，茲先就認購（售）權證之性質與所得稅法之關連性加
以說明，以作為以下聲請人對本案所持見解之論據：

(一) 認購（售）權證之概念與性質

所謂認購（售）權證，指「標的證券發行公司以外之第三
者所發行表彰認購（售）權證持有人於履約期間內或特定
到期日，有權按約定履約價格向發行人購入或售出標的證
券，或以現金結算方式收取差價之有價證券」（發行人申
請發行認購（售）權證處理準則第二條）。認購（售）權

證業經財政部於該部 86 年 5 月 23 日 86 台財證（五）第 03037 號公告，核定其屬於證券交易稅條例第一條第二項所定之第三類有價證券：其他有價證券¹。

（二）有價證券性質在稅法上的意義

1、有價證券為財產的一種，在稅捐法對於有價證券有特別規定時，如一筆財產經定性為有價證券，則與之有關之交易或因其交易產生之所得皆可能因此應適用關於有價證券之特別規定。現行法中最为凸顯之情形為：關於有價證券之交易原則上課徵證券交易稅（證券交易稅條例第一條），而不課徵營業稅（營業稅法第八條第一項第二十四款）；關於證券交易所所得原則上不課徵所得稅（所得稅法第四條之一）。自有價證券取得孳息者，例如自股票取得股利，自債券取得利息，對之分別依所得稅法關於營利所得及利息所得的規定課徵所得稅。要之，現行稅捐法關於有價證券之稅捐客體主要為：證券交易及證券交易所所得。

2、然何謂證券交易？證券之買賣、互易屬之，固不待言。惟證券交易是否含虛擬之交易？關於認購（售）權證之標的股票的交易，在其持有人按約定之履約價格向發行人購入或售出標的股票的情形，其交易與一般之證券交易無異²。反之，認購（售）權證持有人採以現金方式結

¹財政部 86.7.31.臺財稅第八六一九〇九三一號函「（一）財政部 86.5.23.臺財證（五）第 03037 號公告，已依證券交易法第六條規定，核定認購（售）權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購（售）權證，應依證券交易稅條例第二條第二款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交价格課徵千分之一證券交易稅，並依現行所得稅法第四條之一規定，停止課徵證券交易所所得。」

²財政部 86.7.31.臺財稅字第八六一九〇九三一號函「（二）認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，按約定行使價格向發行人購入（售出）標的股票者，係屬發行人（持有人）出賣標的股票之行爲，應就所出售之標的股票，依證券交易稅條例第二條規定，按履約價格課徵千分之三證券交易稅。」然在認購（售）權證之發行人藉助風險轉嫁機構避險的情形，財政部 86.10.16.臺財稅字第八六一九二〇四〇二號函認為，認購（售）權證如為證券給付之履約方式，在其「認購（售）權證投

算其認購（售）權證之交易者，財政部按其交易結果，將該交易解析為：（1）認購權證之持有人自認購權證之發行人購入認購權證之標的股票；或認售權證之持有人對認售權證之發行人售出認售權證之標的股票。（2）依上述交易履行後，取得標的股票的一方隨即又按標的股票之市場價格將之出售給對方，以達到以現金方式結算之目的。於是，財政部認為雙方有下述證券交易：認購權證之持有人將自認購權證之發行人購入之標的股票出售給發行人；或認售權證之發行人將自認售權證之持有人購入之標的股票出售給持有人。

- 3、在第一種情形，因為上述交易，以約定之履約價格為交易價格，所以認為，在這種情形，應對認購權證之發行人或認售權證之持有人，亦即對該證券交易之出賣人，依標的股票之履約價格按千分之三稅率課徵證券交易稅。在第二種情形，因為上述交易，以市場價格為交易價格，所以認為，在這種情形，應對認購權證之持有人或對認售權證之發行人依標的股票之市場價格按千分之三稅率課徵證券交易稅³。在這二種情形，顯然皆以虛擬為存在之證券交易為稅捐客體。這是否合法，值得商榷。蓋在以現金結算的情形，雙方真正之交易客體應當是該認購（售）權證的買回。是故，只可對認購（售）權證

資人要求履約時，接受發行人風險轉嫁之機構（投資人）將履約標的有價證券轉讓予發行人後，再由發行人轉讓予投資人（受託之風險轉嫁機構），二階段皆屬買賣有價證券之行爲，均應依法課徵證券交易稅。」該函顯示，為避險之目的，會增加一個證券交易。該增加出來之證券交易，在認購權證其實也就是發行人為準備履行必須從事在先的交易；在認售權證是在履行後，必須出清在後的交易，以了結各該認購（售）權證的業務。

³財政部 86.7.31.臺財稅字第八六一九〇九三一號函「（三）至認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，以現金方式結算者，係屬認購（售）權證之標的股票之交易，應對認購（售）權證之發行人（持有人）依標的股票之履約價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，及對認購（售）權證持有人（發行人）依標的股票之市場價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，並依前開所得稅法規定停止徵所得稅。」

持有人就該認購（售）權證的市值按千分之三稅率課徵證券交易稅。該市值也就是其現金結算金額。對此，至目前尚無納稅義務人對之提起行政爭訟。在與之類似，「認購（售）權證發行人所發行之認購（售）權證，因權證標的股票發行公司合併消滅致權證提前到期，發行人以權證結算價格現金結算予未申請履約之權證持有人」的情形，財政部並不將權利金結算論為認購（售）權證之買回，而認為「發行人給付之結算權利金，核非屬證券交易稅條例所稱有價證券之買賣行為，不發生課徵證券交易稅問題」（92.12.01.臺財稅字第0九二0四五七二二三號函）。

- 4、尚有疑問的是：認購（售）權證的發行在證券交易稅及所得稅上的地位。亦即對其發行是否認定為證券交易並對之課徵證券交易稅？對其發行收入應按證券交易所得或一般所得課徵所得稅？現行實務認為：不對其發行，而只對其發行後之交易課徵證券交易稅⁴；不將其發行收入論為證券交易所得，從而對其發行收入之最後結算所得，按一般所得稅的規定課徵一般所得稅。然對於認購（售）權證及其標的股票之交易所得依然論為證券交易所得。於是，與認購（售）權證有關的所得稅，產生：在發行階段發生之收入，應依一般所得稅；在發行後的階段發生之收入，應依證券交易所得稅有關規定課徵之分歧的情形。該劃分是否正確？

⁴財政部 86.7.31.臺財稅字第八六一九0九三一號函「（一）本部八十六年五月二十三日（86）臺財證（五）0三0三七號公告，已依證券交易法第六條規定，核定認購（售）權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購（售）權證，應依證券交易稅條例第二條第二款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交价格課徵千分之一證券交易稅，並依現行所得稅法第四條之一規定，停止課徵證券交易所得稅。」

(三) 認購（售）權證之所得稅的稅制盲點

- 1、認購（售）權證之發行的所得稅稅制盲點存在於：將認購（售）權證定性為有價證券時，並將其發行類比為股票或債券的發行。
- 2、按認購（售）權證之發行是選擇權的買賣，而股票或債券的發行為股份或債權之認購。股票或債券交付後之風險純由股票或債券之購買人負擔。反之，在認購（售）權證之發行，其發行後之風險則由發行人負擔。購買人只支付權利金為對價交換選擇權，而不負擔風險。由發行人負擔發行後之風險正是認購（售）權證之發行與購買之目的所在。正因為發行人負擔風險，所以購買人願意支付權利金。這當中，該權利金給付與該標的證券（股票）風險之負擔構成雙務契約之給付與對待給付的對價關係。因此，認購（售）權證之發行不應與股票或債券的發行適用相同的所得稅規定。這與認購（售）權證之交易可適用與股票或債券交易相同之所得稅規定者，不同。蓋在認購（售）權證發行後之交易已是單純的證券交易。其標的證券（股票）之漲跌的風險在發行時已歸屬於發行人負擔。認購（售）權證，亦即選擇權權證之購買人所博取者與一般證券之交易相同。發行後認購（售）權證之流通價格在市場，原則上在原來之發行權利金的基礎上，加減在交易時已可計算出來之標的證券（股票）的漲跌差額利益。這與發行人對於認購（售）權證持有人負擔標的證券（股票）之漲跌風險者不同。
- 3、認購（售）權證之發行風險指其標的證券（股票）在發行後之漲跌可能引起之財產上的損失。該可能的財產上損失

以標的證券（股票）在約定期日或期間之市場價格與約定價格之差額乘以約定之證券（股票）數量表現出來。由於在市場價格與約定價格有差額時，認購（售）權證之購買人只有按約定價格購買或出售的權利，並無購買或出售的義務，所以稱該購買人所購買者為選擇權，其支付之價金也因此稱為權利金。鑑於發行人因權利金之收受而負擔上述風險，所以因該風險之負擔產生的費用自當容許從該權利金收入減除。實務上，發行人為將該風險控制在其權利金收入能支應之範圍，而有其標的證券（股票）之習稱的避險交易。該避險交易論諸實際是為履行或為準備履行該選擇權義務所從事之交易，以籌措持有人於到期日行使選擇權時，在認購權證所需之標的證券（股票），或在認售權證所需之現金。

- 4、按認購（售）權證發行權利金收入計得之所得為權利金所得。該權利金與選擇權間有對價關係，所以在認購（售）權證之交易所得稅制的規劃上，其發行損益的計算不得以所得稅法第四條之一為依據，不准發行人將為履行或為準備履行持有人行使該選擇權可能發生之債務，而從事之標的證券（股票）交易的損益與該權利金收入合併計算（所得稅法第十四條第五類關於權利金所得的計算，亦有減除必要損耗及費用後之餘額為其所得額的規定。）。另在將證券交易自其他財產交易分離出來，採證券交易所停止課徵所得稅的政策，並從而規定：「證券交易損失亦不得自所得額中減除」（所得稅法第四條之一）時，應另有配套規定：如對證券之發行收入課徵一般所得稅，便應容許與之相關聯之證券交易損失自該課以一般所得稅之發行

收入扣除。是故，如果自始不容許，將與特定認購（售）權證之發行相聯繫之避險證券交易的盈虧與認購（售）權證之發行收入合計其損益，便應該同時免徵認購（售）權證之發行收入（權利金）的所得稅。蓋正如自免徵證券交易所所得稅，導出證券交易損失不得自所得額中減除一樣，應可反面解釋導出：不准減除標的證券（股票）交易之損失者，應免徵與之密切相關之認購（售）權證發行收入（權利金）之所得稅。至少應回歸其為選擇權交易之權利金收入的本質，對之採較為緩和的規定：容許將與特定認購（售）權證之發行相聯繫之避險證券交易的盈虧，與認購（售）權證之發行權利金收入合計其發行損益。

（四）以「發行」為來自自有價證券之所得種類的分界點

- 1、在所得稅制的規劃上常以「發行」為來自自有價證券之所得，在類型化上的分界點。例如股票之發行，論為投資，不論為證券交易，公司取得股款也不論為構成所得之計算基礎的收入。來自股票之所得，其由於股利之分配者論為股東之營利所得，其由於股東在市場出售股票者，論為證券交易所所得。
- 2、然在認購（售）權證之發行，在發行者與購買者間究應論為投資或交易？按認購（售）權證持有人不因為購買認購（售）權證而對於一定的特別財產取得股份，而只是對於認購（售）權證之發行人取得該權證上所載之選擇權：認購（售）權證持有人於履約期間內或特定到期日，有權，但無義務，按約定履約價格向發行人購入或售出標的證券，或以現金結算方式收取差價（發行人申請發行認購（售）權證處理準則第二條第二項）。是否行使該選擇權，

認購（售）權證持有人有完全之自由決定權。認購（售）權證只是將該選擇權證券化。持有人為取得認購（售）權證對於發行人支付之權利金即是該選擇權之對價。二者之間有給付與對待給付的對價關係。是故，認購（售）權證經證券化的結果，固使發行後之認購（售）權證的交易成為證券交易，應適用證券交易稅及證券交易所得稅有關之規定規範其交易稅及交易所得稅固無疑義。但論諸實際，其發行顯然應論為交易而非投資，由之構成之課稅事實不應與股票之發行同論。

- 3、但目前實務上因為沒有認識到：在發行人與持有人間，認購（售）權證之發行本身內在之交易性質，而非投資性質，以致無視於認購（售）權證之發行本身即是一個以權利金交換購（售）標的證券（股票）之選擇權的雙務契約。是故，並未因將認購（售）權證核定為有價證券，而對其發行課徵證券交易稅。惟因認購（售）權證結算發生在發行後，且以其標的證券之實體的或虛擬的交易為其結算的計算基礎，所以，將其後來之結算結果，論為證券交易所得或損失，認為應適用所得稅法第四條之一：「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」由以上的說明可見，並不適合與股票之發行一樣看待認購（售）權證之發行。而應自始將認購（售）權證之發行論為證券交易。從而將其發行所得亦論為證券交易所得。最低限度，這樣才能符合因所得稅法第四條之一停止課徵所得稅於先，不准證券交易損失自所得額中減除於後的意旨。

- 4、然這種規定仍然不是最符合認購（售）權證之發行的事實特徵：以權利金交換在一定期日或期間，以預定價格，買賣一定數量之標的證券的選擇權。

(五) 選擇權交易之所得稅

- 1、基於該權利金與該選擇權間之對價關係的屬性，選擇權之可能行使構成的或有損失，在大數法則下即是該權利金收入之必然減項。在雙務契約之債權權值的計算上，不能將與之相隨之對待給付的成本分離，孤立觀察。如果基於稅捐稽徵經濟的考量，要像所得稅法第四條之一，因為規定，「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」，所以也規定「證券交易損失亦不得自所得額中減除。」則當認為，為準備認購（售）權證之對待給付的履行，而從事之標的股票交易的損失不得認列為認購（售）權證之發行收入的成本時，應從反面解釋的觀點，認為對於「認購（售）權證之發行收入」（權利金收入）亦不得課徵所得稅。蓋正像「就收入不課其所得稅者，不承認其損失」；「不承認為獲取收入而發生之取得成本或損失者，自亦不得課徵該收入之所得稅」。這是財政部在規劃稅制時應有的認識與選擇；也是司法機關在對於稅法或其解釋從事司法審查時，應當提供之最後的補救。上述觀點，不當因為該選擇權是否經證券化而有所不同。
- 2、基於該權利金與該選擇權間之對價關係的屬性，選擇權之可能行使上述問題，如渾沌的從整個證券交易或股票市場的交易觀之，不但一時必然難以見其端覓，而且與股票交易所得之稽徵的疑難一時也會糾纏不清，受到不當有的牽累。

- 3、按與認購（售）權證之發行有關之所得稅的課徵問題，與一個人之一般的股票交易決然不同。首先是與認購（售）權證之發行有關之交易的發展，對於發行人而言有一個清楚的開端：認購（售）權證之發行。其次有一個記錄與該選擇權之履行準備有關之交易關係的明晰帳冊憑證，可以證明與各該認購（售）權證之對待給付的準備有關的股票交易。以該帳冊為基礎，計算各該認購（售）權證之發行的最後盈虧數額時，其準確可謂沒有任何其他行業之交易能夠與之比擬。關於證券交易所稅，其實主要是股票交易所稅的課徵，當年所以採所得稅法第四條之一的規範模式，其實是因納稅義務人不能配合稅捐稽徵機關掌握稅基時的不得已次佳選擇。
- 4、今關於認購（售）權證之發行有關的所得稅，既無在其他證券交易所稅之稽徵所存在的問題，即無捨核實課徵，而就臆測的道理，以符量能課稅原則的要求。或謂不准將證券交易損失自所得額中減除有所得稅法第四條之一為其依據。但必須注意，當稅捐法的規定與量能課稅原則明顯相違時，該稅捐法的規定，即屬違憲之惡法。原審法院如不能拒絕其適用，至少亦應裁定停止訴訟程序，儘速聲請大法官解釋（司法院大法官審理案件法第五條第二項）。同理，如因原審法院誤引違憲法令致「人民……於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義」時，人民亦得聲請司法院大法官解釋憲法」（司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款）。在違

憲之稅捐法對於人民生活或營業的維繫構成立即之威脅時，司法院大法官應當透過違憲審查宣告其無效。

(六) 收入成本費用配合原則及所得稅法第四條之一的規範事項

- 1、按在所得的計算上，當將證券交易當成一種特別的財產交易，採分離課徵，而不綜合課徵時，究諸實際，係就個別財產或股票在完成先買後賣或先賣後買之進銷循環後，結算其財產或股票交易所得（盈餘）或損失（虧損），以計算其所得稅稅額。所得稅法第四條之一所規定者，應是所得（盈餘）與損失（虧損）之扣除的問題，而非自收入減除損失以計算其所得的問題。只是在證券交易所得停止課徵所得稅時期，因為粗略的籠統規定「證券交易損失亦不得自所得額中減除」，而使證券交易所得與損失間之盈餘與損失的扣除關係隱而不彰。從而誤以為其間的關係是自收入減除損失以籠統計算其所得的關係。是故，所得稅法第四條之一應當不是同法第二十四條關於營利事業所得之計算的特別規定。在所得稅法第四條之一的適用，必要時還是應就個別證券交易間之進銷關聯，計算其證券交易所得或損失。而後才在該基礎上，不再具體就證券交易所得及證券交易損失為沖抵的計算。準此，在認購（售）權證發行權利金收入之所得的計算上，以所得稅法第四條之一為依據，限制其發行人自該權利金收入減除目的事業主管機關強制其從事之避險交易的損失，有適用法律錯誤的情事，違反稅捐法定主義。

- 2、當在政策上決定對於證券交易所停止課徵所得稅，將所得稅法第四條之一的籠統規定適用於全部的證券交易所得與損失是否有理由？
- 3、認為有理由之肯定說可能認為，既對於全部證券交易所停止課徵所得稅，在制度設計上無法將一部分之證券交易損失，例外規定其得自證券交易所以外之所得減除。這是原處分機關所持，並為最高行政法院在本案確定終局判決(即該院 99 年判字第 1077 號判決)所持的見解。
- 4、惟依法令應與認購(售)權證的發行，自成完全進銷循環的避險證券交易損失，是否有所得稅法第四條之一的適用，值得檢討。蓋在認購(售)權證的發行，為防止認購(售)權證之發行的金融風險，其目的事業主管機關命令，其發行人應從事其避險所必要之標的證券的避險交易，然不得從事其避險所不必要之標的證券的投資性或投機性交易：「……證券商因發行認購(售)權證避險需要而持有所發行認購(售)權證標的股票之數額限制如下：
(一)……持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購(售)權證發行單位所代表之標的股票股數。……(三)發行認購(售)權證之證券商，於該認購(售)權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算」(財政部證券暨期貨管理委員會於 86.6.12.曾以(86)臺財證(二)字第 0 三二九四號函)⁵。基於該「避險需要而持有所發行認購(售)」

⁵針對上述避險或履約準備的操作，財政部證券暨期貨管理委員會於 86.6.12.曾以(86)臺財證(二)字第 0 三二九四號函規定：「二、茲依『證券商管理規則』第十九條第一項但書規定，訂定證券商因

權證標的股票之數額限制」，發行人從事之與權證標的股票有關之股票交易的進銷循環至避險交易所必要的程度即行完成，不再向將來發展。是故，其損失不能透過其他股票交易獲得沖銷的機會，從而成為終局之股票交易損失。而所得稅法第四條之一的適用是建立在先後證券交易損失與所得有沖銷機會的假設上。其假設既然與認購(售)權證避險交易的事實不一致，自然不應將所得稅法第四條之一適用至認購(售)權證的避險交易。

- 5、所得稅法第四條之一未明文排除其對於認購(售)權證之避險交易的適用性，既然與其規定的假設前提不一致，且已引起課稅大於所得之違反量能課稅原則的結果，而原處分機關及最高行政法院並未能適時矯正其缺失，自當由大法官透過憲法解釋，指出將所得稅法第四條之一適用於超出其立法定制之假設前提的證券交易，不論是證券交易所得或損失，皆屬違憲。

- 6、至於最高行政法院認為，聲請人可以利用其專業知識，調整權利金金額，轉嫁該所得稅風險的看法，與市場的形勢

發行認購(售)權證避險需要而持有所發行認購(售)權證標的股票之數額限制如下：(一)證券商發行認購(售)權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購(售)權證之標的股票，不受『證券商管理規則』第十九條第一項後段『其持有任一公司所發行有價證券之成本總額，並不得超過其資本淨值之百分之二十』限制。惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購(售)權證發行單位所代表之標的股票股數。(二)前述證券商因發行認購(售)權證持有之標的股票，仍應受證券商管理規則第十九條第一項前段『證券商除由金融機構兼營者依銀行法規定外，其經營自行買賣有價證券業務者，持有任一公司股份之總額不得超過該公司已發行股份總額之百分之十』限制。(三)發行認購(售)權證之證券商，於該認購(售)權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算。』證券商因發行認購(售)權證避險需要而持有所發行認購(售)權證標的股票之數額限制，仍應依本會八十六年六月十二日(八十六)台財證(二)第0三二九四號函辦理(財政部證券暨期貨管理委員會 92.06.03.臺財證二字第0九二0一二四二七四號函)。

不符，蓋一方面權利金高至一定限度時，認購（售）權證之選擇權將因權利金太高而使購買人失去購買意願；另一方面外國證券商並無上述不合理規定之適用，再提高權利金金額，豈不雪上加霜，使本國證券商在認購（售）權證之發行市場更無競爭力。

(七) 選擇權權利金之課稅與收入成本費用配合原則

- 1、關於認購（售）權證發行收入之所得稅的課徵，歷來爭議集中在：其發行之權利金收入的定性及其成本費用之扣除的容許。
- 2、按認購（售）權證是衍生性金融商品市場，而其標的證券（股票）則屬於傳統的資本市場。這兩種商品是分屬不同市場之不同商品。認購（售）權證的發行與股票的發行在事務的性質上有根本的不同。在股票的發行，認股人取得發行該股票之公司的股權。依該股權，認股人有含表決權、股利及公司解散時之剩餘財產之受分配權。反之，在認購（售）權證的發行，購買認購（售）權證者對其所支付之權利金不再享有權利。其因權利金之支付而取得之權利為以發行人之信用為基礎的選擇權：有權選擇是否，在約定期日或期間，以約定價格向發行人購買（或售出）約定數量之標的證券，或請求以現金的方式結算其選擇利益。
- 3、該選擇利益的有無及大小取決於標的證券（股票）之市場行情，而不取決於發行人之經營能力。將認購（售）權證之發行與股票的發行混為一談，只是迷惑於二者皆是有價證券之存在形式的結果。是故，以認購（售）權證經核定為其他有價證券為基礎，將認購（售）權證之

發行與股票之發行同視，有違反平等原則之錯誤類比的情事。

- 4、另認購（售）權證之發行屬於初級市場，而發行後之認購（售）權證或股票的買賣屬於次級市場。其交易內容雖然皆與股票之交易有關，但論其業務性質及運轉機制事實上並不相同。其間有事務性質上的差異，因此，有疑義時，也應依循不同的事務法則尋找其適合的規範。
- 5、基於上述認識，關於認購（售）權證之發行的課稅問題的規範規劃，應從證券化選擇權之買賣的雙務特徵出發。為正確掌握認購（售）權證之課稅事實及負稅能力，該雙務的對價關係要比其證券化重要許多。其證券化在課稅上的意義，極其量僅止於發行後之認購（售）權證的交易應依證券交易有關規定規範其證券交易稅及證券交易所得稅的課徵，不應影響到其發行權利金及該選擇權之履行準備有關之標的證券（股票）的交易所得稅。蓋該選擇權之履行準備屬於該權利金之對待給付的準備，因此所發生之費用正是該權利金之最為核心的取得費用，當然應容許其自該權利金收入扣除。收入成本費用配合原則在證券化選擇權權利金之課稅的適用，應指限制締約費用及履約費用才可論為選擇權權利金之取得費用，得自後者扣除之。而不是將發生在先之選擇權權利金論為證券交易所得以外之一般所得，而後自認購（售）權證發行後開始，與股票一樣，將認購（售）權證及其標的證券（股票）之交易結果，視其盈虧，一概論為證券交易所得或損失，籠統適用所得稅法第四條之一，不准自權利金收入扣除為準備履行其對待給付（選

擇權債務)而發生之標的證券(股票)交易損失。蓋若對於選擇權交易之權利金課徵所得稅，便應承認，為履行其對待給付所發生之費用是其取得費用，得自該權利金扣除之。為防止濫用只須將得扣除之取得費用的範圍限制在發行人為準備履行其對待給付所從事之標的證券(股票)的交易。這在稽徵技術上並無不能克服的困難。或謂認購(售)權證發行人從事標的證券(股票)的交易取得證券交易所得時，因為目前並無任何限制其依所得稅法第四條之一主張免稅的規定，所以，發行人如因從事標的證券(股票)的交易而有證券交易損失，其扣除自然也不應准許。這是一個似是而非的看法。蓋因沒有限制規定而構成的漏洞，在標的證券(股票)的交易，縱然可能使稅捐稽徵機關遭受，在有證券交易所得時，不得課稅，而在有證券交易損失時，應准許扣除的不利益。

- 6、但因一方面，法律漏洞的不利益不應由納稅義務人負擔，另一方面在認購(售)權證的發行，其標的證券(股票)的交易，發生證券交易損失的或然率大於發生證券交易所得的或然率。其理由為：當基本情勢為：市場行情看漲時，認購權證才有人買；市場行情看跌時，認售權證才有人買。而認購(售)權證權利金即是認購(售)權證發行人為購買人確保該情勢之判斷正確時可能獲得之利益的對價。
- 7、這當中發行人必須在該權利金提供之價差空間，從事避險操作，以確保其履行選擇權義務後，最後還能獲利。其操作機制大致為：在認購權證的發行，在發行後，當

標的證券（股票）漲價接近或超過約定之履約價格時，發行人必須（融資）買進取得標的證券（股票）備償；反之，跌價接近或超過約定之履約價格時，可以置之不理，蓋在這種情形，認購權證持有人不會行使選擇權，按約定之履約價格購入約定數量之標的證券（股票）。在認售權證的發行，在發行後，當標的證券（股票）跌價接近或超過約定之履約價格時，發行人必須融券賣出標的證券（股票）取得現金備償；反之，漲價接近或超過約定之履約價格時，可以置之不理，蓋在這種情形，認售權證持有人不會行使選擇權，按約定之履約價格售出約定數量之標的證券（股票）。

- 8、為防止認購（售）權證發行人操縱標的證券（股票）的行情，財政部證券暨期貨管理委員會就標的證券（股票），除規定發行人「持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購（售）權證發行單位所代表之標的股票股數」外，「發行認購（售）權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算⁶。」基於

⁶針對上述避險或履約準備的操作，財政部證券暨期貨管理委員會於86.6.12.曾以（86）臺財證（二）字第0三二九四號函規定：「二、茲依『證券商管理規則』第十九條第一項但書規定，訂定證券商因發行認購（售）權證避險需要而持有所發行認購（售）權證標的股票之數額限制如下：（一）證券商發行認購（售）權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購（售）權證之標的股票，不受『證券商管理規則』第十九條第一項後段『其持有任一公司所發行有價證券之成本總額，並不得超過其資本淨值之百分之二十』限制。惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購（售）權證發行單位所代表之標的股票股數。（二）前述證券商因發行認購（售）權證持有標的股票，仍應受證券商管理規則第十九條第一項前段『證券商除由金融機構兼營者依銀行法規定外，其經營自行買賣有價證券業務者，持有任一公司股份之總額不得超過該公司已發行股份總額之百分之十』限制。（三）發行認購（售）權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算。」

該規定，就認購（售）權證之標的股票，發行人不能從事與準備履行其選擇權債務或避險所需以外的買賣。這在制度上，確保認購（售）權證之發行與發行人買賣標的證券（股票）間的事務關聯，彰顯標的證券（股票）之交易發生損失時，該損失構成認購（售）權證發行權利金之成本或費用的事實。

(八) 受憲法保障之課稅原則

- 1、在稅捐國家固容許國家在無對待給付的情形下，對人民課徵稅捐。但正因為稅捐之課徵必然侵入人民的基本權利，所以，其課徵除必須有法律為其依據外，所依據之法律亦不得違反量能課稅原則（實質課稅原則）或平等原則。
- 2、如有違反量能課稅原則及實質課稅原則（司法院大法官釋字第四二〇號、釋字第四三八號、釋字第四六〇號、釋字第四九三號、釋字第四九六號、釋字第五〇〇號、釋字第六二〇號解釋）或平等原則（司法院大法官釋字第四三八號、釋字第四九三號、釋字第五〇〇號、釋字第五〇八號、釋字第六〇七號。），則縱使其課徵有法律為其依據，其課徵亦因所依據者為惡法，而構成違憲。
- 3、這已是司法院在其上引憲法解釋中一再重申的原則。只是職掌稅捐之稽徵的財政部時而不察而有違反該等原則之解釋函令，以致其下級稅捐稽徵機關一再有因此違憲課徵的情事。司法機關時而亦不疑有他誤信財政部函釋的正確性，而進一步誤判，以致人民的正當權益不能及時在行政訴訟中獲得保障。明確者為：司法院大法官釋字第五九七號解釋明白釋示：「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。」依該號解釋之意旨，稅捐法之內容不符合量能課稅及公平原則者，自屬違憲。

- 4、是故，當稅捐法之內容違反量能課稅或公平原則時，稅捐稽徵機關即不再得以有法律依據為理由，課徵稅捐。而應經由解釋，在現行稅捐法中另外尋找符合量能課稅及公平原則的規定，做為課徵的依據。特別是在稅捐法的例外規定由於類型化不充分，而有部分違憲的情形，應當回復適用原則的規定課稅。要之，人民雖然有依法律納稅之義務，但稅捐稽徵機關依據來課徵稅捐之法律必須是符合量能課稅及公平原則的法律。違反量能課稅原則及實質課稅原則之顯著的情形為：納稅義務人無所得，而對其課以所得稅。至於違反公平原則當指違反平等原則的情形。
- 5、正像「有所得就應課以所得稅」一樣；「無所得就不應課以所得稅」是同等的自明道理或事務法則。任何與所得稅之課徵有關的規定，不論其存在於那一個位階，如有違反該道理或事務法則，當然因為違反量能課稅原則（實質課稅原則），而違反憲法。其實，這當中也同時違反稅捐法定主義。蓋所得稅的課徵，在綜合所得稅以有中華民國來源之所得；在營利事業所得稅，以有境內外之所得為要件。無論如何，皆必須有所得，始得課徵所得稅。
- 6、在營利事業所得稅的課徵，實務上為何會發生，在無所得的情形，還是對於特定人課以所得稅？一般而言，這當然出自於法律規定之規範規劃上的錯誤。例如，進貨與銷貨容因業務之具體情況不同，而有先進後銷，或先銷後進之

別，但按諸事務法則，永恆不變者為：有進無銷，或有銷無進者，不成商。是故，要對於任何交易課以所得稅，特別是營利事業所得稅，應該從進銷的完整流程觀察，不得有片面或割裂論斷的情事。否則，其法律上之形式論斷必然違反當為要求所應立基之存在基礎。

- 7、這在稅捐之課徵上的表現為：在課徵上，違反憲法所保障之實質課稅原則（憲法第二十三條）；在課徵之結果上，不當侵害憲法保障之財產權（憲法第十五條），對於無負稅能力者，課以稅捐。當有此種錯誤，特別是在所得稅之稽徵，不得以惡法亦法視之，要納稅義務人期待來年之所得稅法的修正。要之，有稅捐法為依據，只是稅捐法定主義（租稅法律主義）所要求之課稅的必要條件，而非充分條件。當所依據之法律違反量能課稅原則或平等原則時，不得不顧人民的基本權利，盲目課徵，造成苛政。

二、聲請人對自留額度部分所持見解：

依聲請人所受之最高行政法院 99 年度判字第 1077 號判決之見解，聲請人發行金鼎 06 及 07 共二檔認購（售）權證，以自有資金支應發行價款之部分（即自留額度部分），其「所取得之發行價款性質，依財政部 86 年函釋（按，此函釋已經財政部 98 年 11 月 30 日臺財稅字第 09804580080 號令，以現行所得稅法第 24 條之 2 已另有規定為由，不再援用）意旨，本屬應稅權利金收入。」且認為「聲請人與其他持有人得自由處分該認購權證之權利，並無二致，益證聲請人認購自留額度部分，其相對之收入業已實現。」，顯見其認為自留額度部分外觀上仍為發行價款，故有權利金收入產生。

4

惟財政部 86 年 12 月函，不分發行價款是否為證券商自行出資或對外募集所生，而一併認定有權利金收入之產生，使聲請人於自行出資部分負擔其所未產生所得之稅捐負擔，是否有違憲法上量能課稅原則與實質課稅原則？聲請人茲詳述理由如下：

(一) 財政部 86 年 12 月函有違量能課稅原則

- 1、按「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位實質平等。依租稅平等原則納稅義務人固應按其實質稅負能力，負擔應負之稅捐。」大法官釋字第 565 號解釋理由書，揭示量能課稅原則之內涵，亦即納稅義務人應按其實質稅負能力，負擔應負之稅捐。故如使納稅義務人負擔超過其實質稅負能力應負擔之稅捐，即有違量能課稅原則。
- 2、次按，只有透過市場交易而使財產有所增益(孳息)部分，始為所得稅課稅對象，此為純資產增加說輔以市場所得理論下對所得概念之界定（參見附件 4，頁 65 以下）。換言之，所得須符合「財產有所增益」且「透過市場交易」之要件。符合以上兩要件之所得，方可謂納稅義務人因參與市場而有收益；又所謂「財產有所增益」且「透過市場交易」，必然須有二個主體間之財產流動，始得構成。
- 3、本件聲請人因發行認購權證時「台灣證券交易所股份有限公司審查認購（售）權證上市作業程序」（下稱「上市作業程序」附件 5）第 6 條第 2 款第 6 目及第 7 條第 1 款，皆規定須全部銷售完成方得核准上市，因而於無法對外銷售之認購權證部分，依「台灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則」（附件 6）第 10 條第 2 款第 2

目，於不超過上市單位 30% 部分，以自有帳戶先行撥付相應金額至權利金專戶，使權利金專戶之餘額與權證發行總價款之金額相等，以符台灣證交所稽核部年度查核對於上市之認購權證所為「權利金專戶之帳戶餘額必須與核准上市時權證發行價款總額相等」之要求，故自留部分實源自聲請人之自有資金，並非自外部取得資金而有經濟效益之流入，更未有不同主體間之財產流動。

- 4、承上所述，聲請人於自留額度部分，係以自身資金支應發行價款，並未由外部留入資金，自無財產之增益，不符合所得須「財產有所增益」之要件。縱然自留額度部分會產生「發行認購權證再買回」之會計科目，然此科目依證券商財務報告編製準則（下稱「編制準則」，附件 7）第 15 條第 1 項第 4 款之規定，該科目為負債之減項，意義為減少未來應履行之義務，而非有經濟收益之流入，實無資產增加之事實。
- 5、再者，縱認聲請人於自留額度部分有資產之增益，然自留額度部分之資產增益，亦僅係由聲請人自身所支出之資金所換取，並未透過營業組織對外收取資金為對價而取得，更未有不同主體間之流動，係屬未透過市場交易所取得之所得，並非量能課稅原則下應課稅之對象。
- 6、綜上所述，聲請人自留額度部分，既不符合財產增益之要件，亦非透過市場交易所取得，是非屬量能課稅原則下具有負稅能力之對象。因此，財政部 86 年 12 月函竟僅因此部分形式上有匯入專利金專戶，外觀上屬發行價款之一部份，即認聲請人有權利金收入之產生，使聲請人負擔超出

其實質負稅能力之租稅負擔，顯違反憲法上量能課稅原則即明。

(二) 財政部 86 年 12 月函有違實質課稅原則

- 1、按「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則。惟法律之規定不能鉅細靡遺，有關課稅之技術性及細節性事項，尚非不得以行政命令為必要之釋示。故主管機關於適用職權範圍內之法律條文發生疑義者，本於法定職權就相關規定為闡釋，如其解釋符合各該法律之立法目的、租稅之經濟意義及實質課稅之公平原則，即與租稅法律主義尚無違背」此有 鈞院釋字第 420 號、第 460 號、第 519 號及第 597 號解釋可資參照。實質課稅原則於稅制上之運用方法為經濟觀察法，此係指在稅捐法之解釋或課稅事實之認定，應以經濟的觀點或方法觀察、認定及判斷，以根據經濟過程或狀態的實質，平等掌握經濟上的給付能力，實現稅捐之課徵的平等性（參見附件 8，頁 397）。
- 2、次按「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立。」民法第 345 條定有明文。是以，如欲以買賣為課稅之原因事實，應就是否有實際為買賣之經濟活動判斷，亦即須具備買賣雙方當事人，且雙方就價金與標的物有合意之意思表示，不應僅以形式上有金錢之流動，即謂已有買賣之事實。

- 3、本件聲請人在認購（售）權證之發行階段，出售與一般投資人時，係將未來特定期限得以特定價格認購（售）特定股票之權利移轉予買方，並取得買方支付之對價；買方因此而取得請求賣方於未來特定期限交付特定價格股票之權利，故有買賣之經濟實質。相較於此，於自留額度部分，聲請人僅係將其自有資金從聲請人其他帳戶轉至聲請人權利金專戶，以符合上市審查準則之規定，然實際上並未有交易相對人，亦未自他人取得任何相當之對價，從而根本無銷售之經濟實質可言。
- 4、是以，於自留額度部分，雖有價金之流動，然此僅為聲請人資金內部之流轉。然從經濟實質觀察，買賣為一契約行為，須買賣雙方意思表示合致方成立，**自不可能存在買賣雙方為同一人之情形**，否則何以為**意思表示合致**？因此，聲請人於自留額度部分實無銷售之實質，既無銷售之交易實質，聲請人更無從因此產生所得。
- 5、再者，聲請人雖於自留額度部分縱屬持有人身份，然因自身即為發行人，實與其他買方購得到期得以特定價格請求發行人移轉特定股票之權利不同，亦與其他買方得藉由到期履約之獲利目的及方式有別，難謂與一般持有人之權利相同。
- 6、綜上所述，聲請人於自留額度部分並無銷售之經濟實質，且無取得與一般投資人相同之權利，依實質課稅原則，應無所得產生。惟財政部 86 年 12 月函卻將無銷售實質之自留額度部分包含在發行價款內，併同認定有權利金收入產生，顯牴觸實質課稅原則無疑。

綜上所陳，最高行政法院99年度判字第1077號判決所適用之適用所得稅法第4條之1、財政部86年7月31日台財稅字第861909311號函及同年12月11日台財稅字第861922464號函，違反憲法上「量能課稅原則」、「實質課稅之公平原則」及「比例原則」，懇請 鈞院惠予宣告所得稅法第4條之1及上揭財政部二則函釋牴觸憲法而無效。

肆、關係文件

- 附件： 委任書正本乙份。
- 附件 1： 最高行政法院 99 年度判字第 1077 號判決影本乙份。
- 附件 2： 財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函影本乙份。
- 附件 3： 財政部 86 年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函影本乙份。
- 附件 4： 葛克昌，綜合所得稅與憲法，所得稅與憲法（三版），翰廬出版，2009 年 2 月，頁 91 至頁 95、頁 99 至頁 100 影本乙份。
- 附件 5： 台灣證券交易所股份有限公司審查認購（售）權證上市作業程序影本乙份。
- 附件 6： 台灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則影本乙份。
- 附件 7： 證券商財務報告編製準則影本乙份。
- 附件 8： 黃茂榮，實質課稅原則，稅法總論—法學方法與現代稅法（第一冊增訂二版），植根出版，2005 年 9 月，頁 397 影本乙份。

謹 狀
司 法 院 公 鑒

聲 請 人 金鼎綜合證券股份有限公司
代 表 人 林樹源
代 理 人 蔡朝安律師

中 華 民 國 9 9 年 1 2 月 1 日

委任狀

	委 任 人	受 任 人
姓 名 或 名 稱	金鼎綜合證券股份有限公司	蔡朝安律師
法定代理人	林樹源	
住居所或營 業所、郵遞 區號及電話 號碼		

委任人因 91 年度營利事業所得稅事件，經依法定程序提起訴訟，對於最高行政法院 99 年度判字第 1077 號判決所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義，聲請解釋憲法。茲委任受任人為代理人，受任人並有為一切相關行為之權。

謹 狀

司法院 公鑒

委 任 人 金鼎綜合證券股份有限公

代 表 人 林樹源

受 任 人 蔡朝安律師

中 華 民 國 9 9 年 1 1 月 2 3 日

司法院大法官書記處收文

99年 12月 13日

會台字第10145-1號

正本

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國 99 年 12 月 10 日

發文字號：普字第 10008578 號

附 件：如說明。

主 旨：為聲請人業於民國 99 年 12 月 1 日聲請釋憲乙案，依法陳報更正事。

說 明：檢附釋憲聲請書更正陳報狀乙份。

正 本：司法院

聲 請 人：金鼎綜合證券股份有限公司

代 表 人：林樹源

代 理 人：普華商務法律事務所

蔡朝安律師

聯 絡 人：黃琦嫻律師



釋憲聲請書更正陳報狀

聲 請 人 金鼎綜合證券股份有限
公司

代 表 人 林樹源（董事長）

代 理 人 蔡朝安律師

為聲請人就最高行政法院 99 年度判字第 1077 號確定終局裁判，所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者請釋憲乙案，業於民國 99 年 12 月 1 日聲請釋憲，依法陳報更正事：

緣聲請人於本案釋憲聲請書就上訴人核定補徵稅額原記載新台幣「139,796,268元」（詳聲請書頁2，第7行），係屬誤植；本案正確核定補徵稅額為新台幣「139,796,801元」，特具狀更正之，敬請鑒察。

謹 狀
司法院 公鑒

【附件】

附件：原聲請書影本乙份。

聲 請 人 金鼎綜合證券股份有限公司
代 表 人 林樹源
代 理 人 蔡朝安律師

中 華 民 國 9 9 年 1 2 月 1 0 日

一、疑義之經過

(一) 緣聲請人於 91 年度營利事業所得稅（下稱「營所稅」）結算申報時，原申報營業收入淨額為新台幣（下同）284,139,811,008 元及呆帳損失 47,959,977 元。嗣遭臺北市國稅局就營業收入（認購權證發行價款）調增 465,660,000 元；呆帳損失調減 1,828,268 元等項目並核定補徵稅額共 139,796,268 元。

(二) 聲請人以自留額度不應列入權利金收入，避險交易損失應屬權利金收入之成本而得自權利金收入項下減除為理由，申請復查，遭復查駁回；聲請人仍不服，申經訴願仍遭駁回；嗣後，就訴願決定及原處分（含復查決定）關於營業收入超過 284,620,506,285 元（即自留額度 12,776,326 元）部分提起訴訟，亦經台北高等行政法院以 97 年度訴字第 2145 號判決駁回聲請人所提訴訟。聲請人就前揭判決仍有不服，提起上訴，最高行政法院以 99 年度判字第 1077 號判決駁回聲請人第一審之訴。本案因依法不得再上訴，而告確定。

二、疑義之性質及所涉憲法條文

(一) 按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所稅停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」所得稅法第 4 條之 1 定有明文。而財政部 86 年 7 月函釋示認購（售）權證為其他有價證券，財政部 86 年 12 月函復釋示，「認購（售）權證發行人於發行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

最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 99,判,1077
 【裁判日期】 991021
 【裁判案由】 營利事業所得稅
 【裁判全文】

最 高 行 政 法 院 判 決

99年度判字第1077號

上 訴 人 金鼎綜合證券股份有限公司

代 表 人 朱兆銓
 李新興
 吳文正

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98年1月13日臺北高等行政法院97年度訴字第2145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、緣上訴人民國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）284,139,811,008元及呆帳損失47,959,977元，被上訴人初查以（一）上訴人將認購權證有關損益均列報於證券交易所項下，未列報91年度到期之金鼎06、07認購權證所收取之權利金價款465,660,000元，核定發行價款係屬應稅之權利金收入，併同其餘調整，核定營業收入為284,633,282,611元（列報數284,139,811,008元＋權利金收入465,660,000元＋其餘調整27,811,603元）；（二）申報備抵呆帳期初餘額應為42,735,499元，提列備抵呆帳基礎6,742,321,745元中營業證券（債券）626,783,779元及應收利息204,885,428元係屬投資性質，非稅法規定得提列備抵呆帳範圍，核定備抵呆帳期末限額59,206,525元，期末餘額61,034,793元，剔除超限1,828,268元，核定呆帳損失為46,131,709元，並以95年6月21日91年度營利事業所得稅結算申報核定通知書補徵稅額139,796,801元。上訴人不服，申請復查，獲追認呆帳損失1,828,268元，其餘未獲變更。上訴人猶未甘服，就發行認購權證權利金收入與避險交易損失應認為發行認購權證權利金成本部分，提起訴願，經

35

遭駁回後，就訴願決定及原處分（含復查決定）關於營業收入超過284,620,506,285元（即自留額度12,776,326元）之部分，提起本件行政訴訟，經原審法院判決駁回後，提起上訴。

- 二、上訴人在原審起訴意旨略以：其於發行期間自留認購（售）權證之行爲，並無銷售之實質可言，其會計分錄僅爲內部資金帳戶間之沖轉，上訴人並未因此增加資產，亦非財政部86年12月11日臺財稅第861922464號函所稱「發行時發行人所取得之發行價款」（下稱財政部86年函釋），故非函令所稱之權利金收入。因此，被上訴人將上訴人二檔認購（售）權證自留額度均認列爲權利金收入，實有違誤。且縱令自留認購（售）權證之行爲可認爲有權利金收入產生，基於實質課稅精神與收入費用配合原則，上訴人買回認購（售）權證所生之支出亦應認列爲成本費用，而自權利金收入中扣除，始爲公允等語，爲此，請求撤銷訴願決定及原處分關於營業收入超過284,620,506,285元（即自留額度12,776,326元）之部分。
- 三、被上訴人則以：依臺灣證券交易所股份有限公司審查認購（售）權證上市作業程序（下稱審查作業程序）規定，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證券交易所公司申請上市買賣，上訴人自留額度既經完成發行銷售程序，實爲銷售與上訴人，即上訴人認購自留。故對自留部分而言，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。又系爭認購權證及標的股票交易，形式上及實質上均符合「證券交易」定義，自有所得稅法第4條之1之適用，亦無違反同法第24條第1項實質課稅原則，原處分並無違誤等語，資爲抗辯。
- 四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）上訴人自留額度權利金收入之部分，因按審查作業程序，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證券交易所公司申請上市買賣，上訴人自留額度既經完成發行銷售程序，實爲銷售與上訴人，故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；況依行爲時臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（下稱審查準則）第10條第3款規定，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，其會計分錄爲「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；且收入之實現創造資產的增加，本案自留額度之發行價款，實已轉換爲「發行認購權證再買回」之權證資產，難謂無收入之產生。

(二)另避險交易損失部分，按所得稅法第4條之1關於證券交易免稅之所得並無排除收入成本配合原則之適用，亦經司法院釋字第493號解釋在案，故被上訴人將系爭認購權證權利金收入與避險交易所生之證券交易損益，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。又證券商發行權證，固依規定應進行避險交易，惟券商對標的股票漲即買、跌即賣之避險交易行為，為其履約之準備，而其避險交易可能產生損失，亦可能產生利益，難認為發行權證之成本或費用。再證券商可能因避險交易行為而造成損失，為證券商於發行該認購權證所知悉，財政部86年函釋亦已指明系爭交易所得或損失，應依行為時所得稅法第4條之1規定辦理。則證券商於發行時，即得自行斟酌其可能發生之損失成本費用，再行決定該權利金之金額，以作為發行最符合其經濟效益之商品，自不得僅因其係依照於發行認購權證時之約定應買進或賣出股票，即謂該種證券交易，係出於強制而與一般消費者所為證券交易有所不同，否則有違租稅法律主義及租稅公平原則。又系爭避險損失縱會計上可認屬本件權證權利金收入之成本，亦因行為時所得稅法第4條之1之明文規定，而不得自所得額中減除。本件被上訴人係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律等語，因將訴願決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

五、本院按：

(一)、有關認購權證自留額度權利金收入部分：

1. 相關法令依據：

- (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。
- (2) 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。
- (3) 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。

2. 經查，本件上訴人就其發行系爭2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（按，此函釋已經財政部98年11月30日臺財稅字第09804580080號令，以現行所得稅法第24條之2已另有規定為由，不再援用）意旨，本屬應稅權利金收入，且按審查作業程序規定，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證券交易所公司申請上市買賣，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，自應認列與一般持有人相同之發行階段權利金，則上訴人復執主張其根本沒有任何收入實現，故系爭自留證券之部分，非屬權利金收入，而應自核定系爭權利金收入金額加以減列云云，業經原審論敘不採之心證理由，經核並無不合。且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，則原應有之收入已轉為權證再買回後之權證資產，是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，故系爭認購權證既經「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，除執前詞並主張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；原判決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。
3. 另買賣契約成立固為收入實現之原因之一，但收入實現之原因並非以買賣契約成立為唯一原因，例如受捐贈收入、補償費收入及利息收入等，均為收入來源，依實質課稅原則，上訴人認購自留其所發行之認購權證，形式上雖無成立買賣契約，然不能否定上訴人擁有認購自留部分之所有權，且認購自留部分於認購權證上市後，上訴人與其他持有人得自由處分該認購權證之權利，並無二致，益證上訴人認購自留部分，其相對之收入業已實現。原判決以上訴人認購自留，已因此增加資產，進而認定收入已實現，而屬應稅收入，即無不合。上訴人以其無法成立買賣契約、認購自留無法與一般持有人權利相同等由，指摘原判決有違反司法院釋字第420號解釋及違反推論論理法則，核無足採。
4. 再者，上訴人認購自留須將相當於對外發行之價金，存入權利金專戶，惟該存入之金額，仍屬上訴人所有，為上訴人所明知，即形成上訴人自左手存入右手般，均屬上訴人之資金，此部分並非認購自留之成本甚明，上訴人主張存入之資金即為認購自留部分之成本乙節，並無足採，原判決核無不備理由之情事。

(二)、有關避險損失之部分：上訴人雖主張其自起訴起即未就避險

交易損失部分為請求，詎原審竟仍就此部分為判決，顯有判決不適用行政訴訟法第218條及民事訴訟法第388條規定之違法云云。惟參本院62年判字第96號判例意旨，租稅行政救濟之訴訟標的乃採爭點主義，即限當事人於復查程序及訴願程序有所爭執者，始得提起行政訴訟而為法院之審理範圍，其係為免因當事人之爭訟權利是否行使長久陷於不確定狀態，而有礙法秩序之安定所設，是倘當事人就行政機關所為之處分，有部分之爭點已未再爭執，則該處分關於該部分之爭點即告確定，是縱當事人事後於訴訟中再為爭執，亦應受爭點主義之拘束，而不得再為爭執。準此，上訴人於原審起訴時既未就避險損失之部分為爭議，此觀上訴人之聲明為：「撤銷訴願決定及原處分關於營業收入超過284,620,506,285元（即自留額度12,776,326元）之部分」自明。則避險損失部分即已告確定，縱然原判決於理由中加以論述，實屬多餘而有未洽，惟該部分之論述既不影響行政處分之效力，原判決主文「原告之訴駁回」之效力範圍亦僅限於上訴人訴之聲明所包含之部分，原判決理由中多餘之說明並未使上訴人更為不利益，是上訴人主張原判決有不適用法規及適用法規不當之違法，洵屬無據。

(三)、綜上所述，原判決並無上訴人所指有違背法令之情形，上訴意旨指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

六、據上論結，本件上訴為無理由。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 99 年 10 月 21 日

最高行政法院第七庭

審判長法官	藍	獻	林
法官	廖	宏	明
法官	張	瓊	文
法官	姜	素	娥
法官	林	文	舟

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異
中 華 民 國 99 年 10 月 22 日
書記官 阮 思 瑩