

司法院大法官書記處收文
100年 1 月 13 日
會台字第10202 號

正本

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國 100 年 1 月 12 日

發文字號：普字第 11000264 號

附 件：如說明。

主 旨：為最高行政法院 99 年度判字第 1263 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： 陳雨琮

大法官書記處

4



總收文 01/12

G10001246

三科

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抵觸憲法之疑義者，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。本案係因最高行政法院99年度判字第1263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)90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抵觸憲法而無效。

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90年度營利事業所得稅(下稱「營所稅」)結算申報時，原申報營業收入為新台幣(下同)625,850,252,228元，經臺北市國稅局初查以其按「發行之認購權證負債」減

「買回之未實現價值變動損益」及「已實現之發行損益」等之淨額 74,799,894 元列報為認購權證發行利益，未列報 90 年度到期二檔認購權證所收取之權利金價款合計 866,350,000 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 626,806,803,165 元（列報數 625,850,252,228 元＋權利金收入 866,350,000 元＋其餘調整 90,200,937 元），應補稅額 87,042,910 元。

- (二) 聲請人以自留額度不應認列為權利金收入，且避險交易為聲請人履行公法上義務所生之損失，屬權利金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；提起訴訟後，亦經台北高等行政法院以 97 年度訴字第 2130 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 1263 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所得稅或損失，…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，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。惟財政部 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2條第2項）。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1條第2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1條），而不課徵營業稅（營業稅法第8條第1項第24款）；關於證券交易所得原則上不課徵所得稅（所得稅法第4條之1）。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得。

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，依每次交易成交價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。」

- 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

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）出賣標的股票之行為，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），二階段皆屬實質有價證券之行為，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課徵所得稅。」

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，至目前尚無其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」（財政部 92 年 12 月 1 日台財稅字第 0920457223 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？

（三）認購（售）權證之所得稅的稅制盲點

⁴財政部 86.7.31.臺財稅字第八六一九〇九三一號函「（一）本部八十六年五月二十三日（86）臺財證（五）〇三〇三七號公告，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，依每次交易成交價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。

- 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，而從事避險交易。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4條之1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14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，採證券交易所得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4條之1）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」為來自有限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」為來自有限價證券之所得，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 2 條第 2 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所得稅有關之規定規範其交易稅及交易所所得稅固無疑義。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）權證核定為有限價證券，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4條之1：「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4條之1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4條之1，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。關於證券交易所得稅，其實主要是股票交易所得稅的課徵，當年所以採所得稅法第 4 條之 1 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得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 4 條之 1 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 5 條第 2 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 5 條第 1 項第 2 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 4 條之 1 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 4 條之 1 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 4 條之 1 應當不是同法第 24 條關於營利事業所得之計算的特別規定。在所得稅法第 4 條之 1 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 4 條之 1 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得停止課徵所得稅，將所得稅法第 4 條之 1 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得停止課徵所得稅，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得以外之所得減除。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 1263 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 4 條之 1 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

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(八六)台財證(二)第 0 三二九四號函辦理」(財

（售）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 4 條之 1 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 4 條之 1 適用至認購（售）權證的避險交易。

- 5、所得稅法第 4 條之 1 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 4 條之 1 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。

（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4條之1，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所得時，因為目前並無任何限制其依所得稅法第4條之1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

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。」

- 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時及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 23 條）；在課徵之結果上，不當侵害憲法保障之財產權（憲法第 15 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 1263 號判決之見解，聲請人發行金鼎 04 及 05 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），其認「原判決就上訴人發行系爭二檔認購權證所取得之發行價款性質，依財政部 86 年 12 月函釋，屬應稅權利金收入乙節，業已論述甚明，核無判決不備理由之違法。又如前所述，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，因此發行人認購自留額度，屬於「發行總金額」之一部，而悉屬應稅權利金收入，依法自應課稅。」且認為「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。」，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。

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，故附有社會義務，須依負擔能力分攤公共支出，形成量能課稅原則之主要內涵。

- 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6條第2款第3目，於不超過上市單位20%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，以符合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，故自留部分實源自上訴人之自有資金，並非自外部取得資金而有經濟效益之流入。
- 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，並未由外部流入資金，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款第4目之規定，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，乃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募集資金為對價而取得，應屬未透過市場交易所取得之所得，亦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，出售予一般投資人時，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，上訴人僅係將其自有資金從上訴人其他帳戶轉至上訴人權利金專戶，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，然此僅為上訴人資金內部之流轉。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。

三、聲請人對避險交易部分所持見解：

按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得稅停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除」，所得稅法第 4 條之 1 定有明文。至所謂「證券交易」之定義，依聲請人所受之最高行政法院 99 年度判字第 1263 號判決之見解，僅泛認原審（即台北高等行政法院）97 年度訴字第 2130 號判決，已對聲請人就避險交易損失所為主張詳述其得心證之理由，尚無判決不適用法規、適用不當或判決不備理由之情形，等同肯認原審法院（即台北高等行政法院）認所得稅法第 4 條之 1 之適用範圍，係及於一

切具有證券形式外觀交易之見解。

惟所得稅法第4條之1及據以發佈之財政部86年7月函及86年12月函，純以形式外觀認定「證券交易」，而不問各種證券交易之經濟實態，是否有違鈞院再三肯認之量能課稅原則（實質課稅原則）？其純以形式外觀認定「證券交易」，使依法從事避險交易如證券商者一概不得扣除避險交易損失，而須承擔顯然過高之稅負，是否有違比例原則？聲請人茲詳述理由如下：

（一）所得稅法第4條之1及財政部二函釋違反實質課稅原則

1、聲請人申請發行認購權證，依法有進行避險交易之法律義務

（1）本件聲請人發行權證之主要相關法令為「發行人申請發行認購（售）權證處理要點」（下稱「處理要點」，附件9）及「台灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則」（下稱「審查準則」，附件6）。聲請人於取得主管機關認購（售）權證發行人資格後，申請擬發行之認購權證，應檢附發行計畫等相關文件（審查準則第4條參照），其中發行計畫應載明「預定之風險沖銷策略」等應記載事項（處理要點14、審查準則第6條），供主管機關審查證券商是否具備發行人資格及台灣證券交易所股份有限公司（下稱台灣證交所）審查是否同意認購權證上市，合先敘明。

（2）而按「發行人申請發行認購（售）權證之資格認可者，如有下列情形之一，本會（證期會）得不予認可：七、發行人無適當之風險管理措施者。」、「申請本公司同意上市之認購（售）權證，應符合下列各款規定：…五 發行計畫內容須包括下列條款：…（八）預定之風險沖銷策略。…」處理要點14與審查準則第6條第5款第8目，分別定有明文。綜觀上揭法令規定，聲請人申請發行認購權證時，即有配套附隨進行避險交易之義務。

（3）次按「發行人如為自行避險或部分自行避險，該專戶應作

為發行認購（售）權證之後建立避險部位及將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用，並只得買賣其所發行之認購權證及標的證券，帳戶中之股票不得申請領回。」、「發行人如全數委託其他機構避險，發行人亦須另設專戶，作為將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用，另其委託之風險管理機構亦須於發行人處開設帳戶，作為其發行認購（售）權證之後建立避險部位之用。」此亦有台灣證交所 86 年 9 月 18 日台證上字第 29888 號函（附件 10）足資參照。

- (4) 再按「證券商發行認購（售）權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購（售）權證之標的股票…。惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購（售）權證發行單位所代表之標的股票股數。」（台灣證交所 86 年 6 月 12 日台財證（二）字第 3294 號函，附件 11）、「證券商發行認購權證，如係全部自行避險操作者，其避險持有之部位，不得超過認購權證發行數量所表彰之標的股票股數；如係部分自行避險、部分委外避險者，其避險持有之部位，不得超過自行避險部分所表彰之標的股票股數；又如係全部委外避險者，發行人依規定仍須向本公司及主管機關申報委外風險管理機構之避險相關資料。」（台灣證交所 86 年 6 月 12 日台證上字第 23090 號函，附件 12）
- (5) 參諸前揭法令及主管機關解釋函令意旨，聲請人進行避險交易確係基於證管法令要求之義務，如無進行避險交易，聲請人即不得發行認購（售）權證，此一義務如同扣繳義務般皆為公法上之義務，亦即，聲請人進行避險交易，乃履行公法上之義務。

2、為應相關證管法令所進行之避險交易，與一般證券交易在經濟實質上迥然有別

承上所述，聲請人係本於證管法令要求，而以買賣標的股票或系爭權證之方式進行避險交易。此等交易雖具有證券交易之形式外觀，然若與一般證券交易行為相較，其經濟實質有相當差異(按：關於一般證券交易與避險交易之本質差異，詳參附件13)。茲一一敘明如下：

- (1) 聲請人因避險所進行之證券交易行為，乃為履行證券主管機關核准發行權證所附之公法負擔，並非為從證券市場獲利；
- (2) 對聲請人而言，標的股票漲價時，不能出售手中持股獲利了結，反而須加碼購入，增加手中標的股票持股數量，以免履約時負擔太重，並確保收盤時實際避險部位與預定避險沖銷策略之差額在法令容許範圍之內；標的股票跌價時，不能加碼買入標的股票，反須認賠殺出，以確保收盤時實際避險部位與預定避險沖銷策略之差額在法令容許範圍之內，其避險操作策略須受證券商依國際通用標準模式預擬且受證管會證期局監控之避險策略公式之限制，僅於20%範圍內享有決策自由。換言之，聲請人以買賣標的股票或系爭權證之方式進行避險者，與一般「低買高賣」之市場投資決策有明顯差異。
- (3) 自權證履約日觀察，亦可發現其避險交易操作策略之不同：1. 當履約日時，標的股票市價超過約定之履約價，聲請人為履約之故，必須以低於公開市場出售標的股票予持有權證之投資人，其間之差額可能會於結算後，高於其權利金數額，即可能產生虧損；2. 當履約日時，標的股票市價低於約定之履約價，持有權證之投資人不會行使認購權而買入標的股票，聲請人即有可能於結算後，就發行權證取得獲利。簡言之，於權證避險交易下，標的股票市價越低，聲請人越易獲利；相反地，一般證券買賣，股價越低，則虧損隨之擴大，兩者正好相反。

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

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

所得稅法第 4 條之 1 給予證券交易所得免稅優惠之同時，亦否准證券交易損失之認列，此對於一般「低買高賣」之證券交易並無不妥。

然聲請人從事避險交易所生之損失有一相對應之應稅收入，即發行權證權利金收入，兩者間有密不可分之連動關係，亦即，避險交易是認購權證發行整體行為中不可或缺之一環，兩者於經濟意義上具有緊密關聯，本質上即為「單一」事件。從而，避險交易本身不具獨立經濟目的，自應與一般具獨立經濟目的之證券交易為不同對待。本件最高行政法院判決據為判決基礎之所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部 86 年二函釋，竟一概以形式外觀為準，認由於認購權證與標的股票均屬有價證券，故聲請人從事避險交易而買賣認購權證與標的股票，依所得稅法第 4 條之 1 規定，停課證券交易所得稅，證券交易損失自不得從所得額中減除，此顯與 鈞院釋字第 420 號等解釋揭櫫之實質課稅公平原則相違(附件 14, 頁 13)。

(二) 所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二則函釋違反比例原則

1、所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二則函釋手段與目的間顯失均衡

- (1) 按限制人民權利須符合憲法第 23 條「比例原則」之精神，鈞院釋字第 551、545、448 及 436 號等多則解釋闡釋在案，即國家惟有在「必要」之前提下，方得以法律限制人民之權利。鈞院釋字第 448 號解釋即謂：「憲法第 15 條規定，

人民財產權應予保障。對人民財產權之限制，必須合於憲法第 23 條所定必要程度，並以法律定之，其由立法機關明確授權行政機關以命令訂定者，須據以發布之命令符合立法意旨且未逾越授權範圍時，始為憲法之所許，迭經本院解釋在案。」是以，由國家所發動之租稅課徵權力，涉及財產權利之拘束限制，應以比例原則作為合憲性之界限加以審查無疑。

- (2) 比例原則係由「適當性」、「必要性」及「衡平性」三項子原則所共同建構，其中「衡平性」係指公權力行為侵害之利益，不得與所欲達成之目的顯失均衡。依所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年 7 月函及 86 年 12 月函規定，認購(售)權證發行人依證管法令從事避險交易所生之損失，不得自所得額中減除，其目的係為達成證券交易行為於客觀上適用法律之公平一致，否則即有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性。然其為達此目的，而令避險交易損失不得扣除，導致認購(售)權證發行人之應納稅額遠大於實際發行權證之淨收益，造成侵害納稅人固有財產權之結果，手段與目的間已失均衡，故所得稅法第 4 條之 1 及財政部二則函釋違反比例原則甚為灼然。

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

- (1) 復從德國司法實務運作以觀，其經由比例原則之檢查導引出「絞殺性租稅禁止」(Verbot der Erdrösselungssteuer)，亦即租稅課徵權力之行使，不得造成絞殺之效果。所謂「絞殺效果」，特別著重者為其在經濟上之意義，當租稅課徵所造成之效果，足以扼殺市場生機、使私領域中之經濟活動陷於停滯之時，即屬違反適當性及必要性之要求，構成對財產權利之絞殺。標準「絞殺」之典型，如：租稅制度過度干預市場，致使納稅人在私法

上之營業狀態已無法持續，或者課徵過重之稅賦使得納稅人對於租稅之義務履行陷於客觀上不可能等(附件 15，頁 157)。於我國租稅法制實務上，亦以絞殺性租稅之禁止為比例原則表現之型態：如 鈞院釋字第 286 號指出，「土地增值稅並未就漲價部分全額徵收，已足以兼顧其利益」，即可導出憲法秩序不容土增稅就增值全額徵收、趨近於絞殺之情形；另於遺產及贈與稅法第 47 條規定：「前三條規定之罰鍰，連同應徵之稅額，最多不得超過遺產總額或贈與總額」，即罰鍰加計本稅不得超過納稅人原可取得之遺產或贈與總額，亦徵絞殺性租稅禁止已存在於我國法秩序中(附件 15，頁 169)。

- (2) 查權證發行實務上，據證券商統計數據，至 93 年 7 月底之前到期的所有權證，全部權證發行收入累計已達新台幣(下同) 742.25 億元，如依上開財政部二則函釋計算之應納稅額即達 185.56 億元(742.25 億元 x 25%)，惟如將發行收入扣除避險交易損失及其他費用之後，券商發行權證的淨收益僅為 121.52 億元。換言之，券商發行權證不僅毫無利得，更須額外負擔約計 64 億餘元的所得稅(121.52 億元 - 185.56 億元 = -64 億元)。如以憲法保障證券商得自由選擇、形成營業活動之角度以查，適用所得稅法第 4 條之 1 及財政部二則函釋課稅之結果，形同對權證發行收入課徵毛額型所得稅，導致實際淨所得低於應納稅額，券商越作越賠的窘境，逼使認購(售)權證此種衍生性金融商品，因無利可圖而於證券市場上消失，形成以稅捐干預國內券商權證業務之自由，根本背離所得稅法第 4 條之 1 獎勵證券交易、促進資本市場形成的立法原意，對於權證發行產生「寓禁於徵」的效果。亦即，如避險交易損益不得併計權證發行收入之減項，無異等同藉由稅捐手段禁止一個合法的經濟活動，構成違憲之「絞殺」行為。(附件 16，頁

10)

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

綜上所陳，最高行政法院 99 年度判字第 1263 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 1263 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 11 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 65 以下影本乙份。

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。

附件 9： 發行人申請發行認購（售）權證處理要點影本乙份。

附件 10： 台灣證交所 86 年 9 月 18 日台證上字第 29888 號函影本乙份。

- 附件 11：台灣證交所 86 年 6 月 12 日台財證(二)字第 3294 號函影本乙份。
- 附件 12：台灣證交所 86 年 6 月 12 日台證上字第 23090 號函影本乙份。
- 附件 13：關於所得稅法第 4 條之 1 與避險交易之本質之差異參照表乙份。
- 附件 14：黃士洲，權證官司二審敗訴簡評—最高行政法院 95 年判字 2206 號判決評析，稅務旬刊第 1994 期，96 年 2 月 20 日影本乙份。
- 附件 15：黃源浩，從「絞殺禁止」到「半數原則」—比例原則在稅法領域之適用，財稅研究第 36 卷第 1 期，93 年 1 月影本乙份。
- 附件 16：黃士洲，從憲法角度談權證課稅修法應否溯及既往，稅務旬刊第 1954 期，95 年 1 月 10 日。

此致

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 1 0 0 年 1 月 1 2 日

委任狀

	委任人	受任人
姓名或稱名	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 90 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 1263 號判決所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義，聲請解釋憲法。茲委任受任人為代理人，受任人並有為一切相關行為之權。

謹 狀

司法院 公鑒

委任人 金鼎綜合證券股份有限公司
 代表人 林樹源
 受任人 蔡朝安律師

中 華 民 國 9 9 年 1 2 月 3 0 日

最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 99,判,1263
 【裁判日期】 991125
 【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1263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

送達代收人 黃琦嫻律師

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3月5日臺北高等行政法院97年度訴字第2130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（下同）90年度營利事業所得稅結算申報，列報營業收入新臺幣（下同）625,850,252,228元，經被上訴人初查以其按「發行之認購權證負債」減「買回之未實現價值變動損益」及「已實現之發行損益」等之淨額74,799,894元列報為認購權證發行利益，未列報90年度到期二檔認購權證所收取之權利金價款合計866,350,000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626,806,803,165元（列報數625,850,252,228元+權利金收入866,350,000元+其餘調整90,200,937元），應補稅額87,042,910元。上訴人不服，以其自留認購權證部分不應認列為權利金收入，避險損失部分應認定為發行認購權證權利金收入之成本等為由，申請復查，未獲變更，提起訴願，遭決定駁回後，提起行政訴訟，案經原審法院以97年度訴字第2130號判決（下稱原判決）駁回。上訴人不服，向本院提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張略以：

（一）、依財政部86年12月1日台財稅第861922464號函釋（下稱財政部86年12月函釋）意旨，認購（售）權證之市場，可區

分爲認購（售）權證之發行市場與認購（售）權證上市後之次級市場，並應分別於各階段完成時結算損益。發行市場之結算損益列入應稅之權利金所得；而次級市場之結算利益因屬證券交易所依法免稅，如有損失亦不得自應稅所得下減除。此種強行將損益劃歸發行階段與次級市場階段之所得認定方式，與現行證券商發行認購（售）權證之經濟實質有莫大差異。蓋現行證券商基於權責發生制之精神，於發行市場並未認列收入，反因發行認購（售）權證負有到期履約之義務，而認列有「發行認購（售）權證負債」之負債科目；而在次級市場，於認購（售）權證之買賣、每期對認購（售）權證評價與認購（售）權證之持有人履約時，才認列損益。是以，稽徵機關依財政部86年12月函釋於認購（售）權證發行階段完成時，將發行價款全部認列爲權利金收入，雖其係於權證到期屆至時方爲核課，惟其仍將發行階段所收受之全部發行價款所收現款認列爲權利金收入，顯係採現金收付制爲帳務處理方式，除悖離所得稅法第22條所揭示權責發生制之精神外，其未將證券商發行認購（售）權證之必要成本於結算發行階段損益時納入考量，亦違反行爲時所得稅法第24條所揭示之收入成本配合原則。

- (二)、被上訴人將上訴人發行認購（售）權證後自留之額度88,240,700元全數認定爲上訴人之權利金收入，認事用法均有違誤：
 - (1)、上訴人係基於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（下稱上市審查準則）及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（下稱上市作業程序）規定發行認購（售）權證須銷售完畢方得上市，方爲自留，並非自願性自留。
 - (2)、就自留額度部分，上訴人爲符臺灣證券交易所稽核部年度查核對權利金專戶之帳戶餘額必須與權證發行價款總額相等之要求，須先行撥付相應金額於權利金專戶，使權利金專戶之餘額與權證發行總價款之金額相等，故實際上上訴人並未有交易相對人，亦未自他人取得任何相當之對價，實無銷售之經濟實質可言，更無從因此產生所得。上訴人雖於自留部分縱有形式上持有人之身分，然因自身即爲發行人，自不可能於權證到期日向自己請求履約，故與對外銷售權證之一般投資人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，亦與一般投資人得藉由到期履約之獲利目的及方式有別，完全不符合發行銷售階段認購（售）權證之買賣契約中，賣方須移轉財產權予買方之要件，益證上訴人於自留部分並無銷售之實質，自無從因此產生所得。
 - (3)、上訴人自留之認購（售）權證部分所認列「發行認購（售

「售權證再買回」之會計科目，僅係會計實務比照認購（售）權證再買回情形之處理，且屬負債科目之減項而非資產科目，故上訴人並未增加任何資產或收入。是以，倘將自留部分之價款計為權利金收入，將嚴重高估上訴人之租稅負擔能力，而違反核實課稅原則。又關於權利金收入，財政部86年12月函釋所揭示者為「發行時所取得之發行價款」，不及於發行人內部資金帳戶間沖轉之自留部分，被上訴人將上訴人二檔認購（售）權證自留額度均認列為權利金收入，實有違誤。

- (4)、縱認上訴人發行二檔認購（售）權證之自留額度共計88,240,700元，依財政部86年12月函釋意旨，應認列為權利金收入，則上訴人於發行期間以自有資金匯入權利金專戶購買金鼎04、05權證金額共計88,240,700元，即為前揭權利金收入之相應成本費用，應自權利金收入中扣除，上訴人就自留部分仍無所得。
- (三)、被上訴人將上訴人認購（售）權證金鼎04、05之發行價款，共計866,350,000元，轉列為應稅權利金收入，卻未一併將避險損失及相關費用部分共計769,986,316元轉列為相應之成本費用，自權利金收入扣除，實悖離權責發生制之實質課稅精神，適用稅法不無違誤：
 - (1)、「收入費用配合原則」非僅會計學原理，而係源自於憲法上平等原則所衍生之「量能課稅原則」，並為所得稅法上明文要求之原理原則。
 - (2)、上訴人因履行發行認購（售）權證所附之公法負擔，於權證存續期間，進行避險操作所生之損失、費用，不僅與認購（售）權證之發行有直接因果關係，於客觀上亦欠缺負稅能力，基於實質課稅精神及收入費用配合原則，自應准自收入扣除。
 - (3)、避險交易係認購（售）權證發行整體行為中不可或缺之一環，兩者於經濟意義上具有緊密關聯，本質上即為「單一」應稅事件，不應割裂觀察，從而避險所生之損失、費用，基於實質課稅原則，應排除所得稅法第4條之1規定之適用，而得自應稅權利金收入中扣除之。
 - (4)、與本案相類似之訴訟案件，臺北高等行政法院96年度訴字第1067號、96年度訴字第52號判決意旨與上訴人法律見解相同。
 - (5)、依行為時所得稅法第24條所揭示收入成本配合原則及司法院釋字第493號解釋意旨，系爭發行價款既全數轉列為權利金收入（屬課稅收入），則上訴人相關費用無法直接歸屬費用158,004,709元，性質上屬權證部門之營業管銷費用，應得列於權利金收入下減除。縱認權證部門經營業務，尚包含出售有價證券收入，惟依財政部83年2月8日台財稅第831582472函釋（下稱財政部83年函釋）意旨，尚應

依權證部門所生應稅收入與免稅收入之比例，計算歸屬於應稅收入項下之費用，共計56,628,888元，作為權利金收入之減項扣除等語，爰求為判決撤銷訴願決定及原處分（含復查決定）。

三、被上訴人答辯略以：

(一)、主張發行認購權證收入，不應認列為權利金收入：

財政部86年7月31日台財稅第861909311號函釋（下稱財政部86年7月函釋）及財政部86年12月函釋規定，係財政部基於法律授權及財稅主管機關立場，為執行行為時所得稅法第24條第1項及證券交易稅條例規定，針對發行認購權證及發行認購權證後投資人行使權利購入標的股票，二者在所得性質之認定與證券交易稅條例事務等所為技術性、細節性事項之規定，並未逾越所得稅法等相關規定之範圍及目的，被上訴人據以辦理案件，自屬有據。又證券商發行認購權證時，係與第一次購買認購權證者訂立一個契約，而於訂約時自投資人處取得購買之對價，依財政部86年12月函釋，係屬應稅之權利金收入。從而，被上訴人初查以上訴人未列報90年度1月到期二檔認購權證（金鼎04及05）所收取之權利金價款，按該二檔認購權證單位發行價格及發行單位數核算發行價款866,350,000元，核定發行價款為應稅之權利金收入，並無不合。

(二)、主張自留認購權證部分，不應認列為權利金收入：

(1)、依上市作業程序規定，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向臺灣證券交易所股份有限公司申請上市買賣，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，即上訴人認購自留。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。又認購權證之自留並非法律強制規定，發行人既選擇自行認購自留，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，被上訴人將之核定為權利金收入自無違誤。

(2)、收入之實現係創造資產的增加，本案自留額度之發行價款，實已轉換為「發行認購權證再買回」之權證資產，易言之，其交易分錄可解析為「借：銀行存款，貸：交易目的金融負債－發行認購權證負債」及「借：發行認購權證再買回，貸：銀行存款」。上訴人之發行價款既已轉換增加資產，即已取得自留之認購權證，難謂無收入之產生。

(三)、主張避險損失應認定為發行認購權證權利金收入之成本：

(1)、所得稅法有關免稅所得並無排除收入成本配合原則之適用，其適用之結果導致免稅與應稅之成本費用應個別歸屬認

定。司法院釋字第493號解釋明確揭櫫所得稅法第4條之1證券交易所停止課徵所得稅，不僅未排除行為時同法第24條第1項收入成本配合原則之適用，且因適用之結果須對應稅與免稅之成本費用個別歸屬認定分攤，方符合法律規定及公平原則。是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所得，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。

- (2)、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。「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」，其計算方式，當收入不只一項時，係以各項收入總額，分別認定各項收入之成本後減除各項費用，為其營業淨利或淨損，再加非營業收益、減非營業損失後為所得額，於行為時所得稅法施行細則第31條規定至明。準此，稅法上營利事業之各項收入均有其對應之成本，不同的收入類別分別對應不同類別之成本，倘涉及免稅收入類別時，其成本之對應歸屬尤其重要，為避免免稅項目侵蝕應稅部分之成本費用，所得稅法第4條之1明定，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減除；乃因其收入不課稅，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。當營利事業之收入不只一項時，其個別之收入減其成本費用產生個別損益；而該個別收入所生之損益並不能再成為他項收入之成本費用。倘將避險部位證券交易損失認定為認購權證之成本費用減除，即准許免稅之證券交易損失，侵蝕了應稅的認購權證所得；反之，當證券交易產生利益而非損失時，證券交易所所得無從認列為認購權證收入之成本費用，除非當成認購權證收入之加項，此時免稅之證券交易所所得可否成為應稅權利金收入之加項？稅法不容許，被上訴人也無權為此等違法之處分行為。否則稅法所明定之應稅、免稅規範豈非形同具文？本案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，亦無違反行為時同法第24條第1項實質課稅原則，被上訴人原核定並無違誤。

- (四)、上訴人88及89年度營利事業所得稅相同案件，業經本院97年度判字第89號及第293號判決廢棄原判決，並逕為判決被上訴人勝訴等語，爰求為判決駁回上訴人在第一審之訴。

四、原判決係以：

- (一)、上訴人主張系爭自留認購權證部分，不應認列為權利金收入部分：
- (1)、按認購權證係屬衍生性金融商品之一種，係證券商與客戶約定，針對標的股票，當客戶付出一定數額後，證券商向

該客戶承諾，在一定期間經過後，客戶可以特定價格向證券商買入一定數量之標的股票。因此，證券商發行認購權證時，係與第一次購買認購權證者訂立契約，而於訂約當時自投資人取得對價。

- (2)、依上市作業程序第7點第1項規定，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」，始能向臺灣證券交易所股份有限公司申請上市買賣。系爭自留認購權證，係上訴人爲符合上開「申請上市買賣」要件，基於私益思考所爲之經營業務之選擇行爲，尚非法令之強制規定。上訴人主張其係基於法律規定方爲自留認購權證，既與查證之事實有忤，自屬無法採信。
 - (3)、依上市審查準則第6條第2款第3目規定，益見法令並未強制規定上訴人必須持有所發行之認購權證，若持有時，始有不得逾上市單位20%之限制。本件上訴人系爭自留認購權證既經完成發行銷售程序，等同上訴人認購銷售與自己自留，對該自留部分而言，上訴人之法律地位核屬「持有有價證券」之持有身分，除法令另有規定外，實與一般持有人之權利義務無異，仍應認與一般持有人性質相同發行階段之權利金無二致，始符實質課稅並避免稅負規避。又「收入之實現」係創造「資產之增加」，系爭自留認購權證之發行價款，既經轉換爲「發行認購權證再買回」之權證資產，則其交易分錄可解爲「借：銀行存款，貸：交易目的金融負債－發行認購權證負債」及「借：發行認購權證再買回，貸：銀行存款」，上訴人之發行價款既已轉換增加資產，難謂無收入之產生。
 - (4)、系爭自留認購權證係由上訴人認購自留，且上訴人之營業性質，本具備自行承擔持有或買賣有價證券之風險；又系爭自留認購權證之會計分錄借方科目爲發行認購權證「再買回」，則系爭認購權證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，而系爭自留認購權證既經「全額銷售完成」，自應屬於發行階段之權利金收入，始符實質課稅原則。
- (二)、上訴人主張避險部位應認定爲發行認購權證權利金收入之成本部分：
- (1)、依財政部86年12月函釋意旨，證券商發行權證收取之發行價款爲權利金收入，屬「應稅所得」，應依行爲時所得稅法第24條規定課徵稅款；至於系爭認購權證業經財政部於86年5月23日以(86)臺財證(五)第03037號公告，依證券交易法第6條規定，核定爲其他有價證券，再依財政部86年7月函釋意旨，發行後買賣該認購權證，及避險而買賣標的股票所生之損失，依所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所所得稅，則依損益配合原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除。且所得稅法第4條之1證券交易免稅所

得並無排除收入成本配合原則之適用，業經司法院釋字第493號解釋在案，財政部86年12月函釋符合所得稅法第4條之1規定意旨，自應予以適用。本件被上訴人將系爭認購權證權利金收入與系爭避險交易所生之證券交易所得，個別認定成本費用及其損益，於法自屬有據。

- (2)、證券商依規定應進行避險交易，且該避險交易之特性，在於股價上漲時買進標的股票以履行權證持有人履約要求、股價下跌時賣出標的股票以防權證持有人棄權時發生巨額跌價損失，然依上開事實可知，證券商對標的股票漲即買、跌即賣之「追漲殺跌」避險交易行為，為其履約之準備，而其避險交易可能產生損失，亦可能產生利益，難認為發行權證之成本或費用。況個別之收入有其對應之成本費用，所產生個別之損益，不能成為他項收入之成本費用，此觀行為時所得稅法施行細則第31條規定自明，故所得稅法第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權利金所得。
- (3)、證券商於發行認購權證時應知悉其可能因避險交易行為而造成損失，財政部86年12月函釋亦已指明認購權證發行人於發行後，因投資人行使權利，而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應依所得稅法第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，亦可知悉依所得稅法第4條之1規定，其為系爭避險部位之證券交易所得免稅，其因系爭避險部位之證券交易損失亦不得自所得額中減除，自應充分衡量其發行該認購權證之利潤後，再行決定該權利金之金額，以作為發行最符合其經濟效益之商品，自不得僅因其依照於發行認購權證時約定應買進或賣出股票時之證券交易，即謂該種證券交易，係出於強制而與一般消費者為證券交易有所不同，因而於稅收上異其計算，否則自有違反租稅法律主義及租稅公平原則。
- (4)、證券交易所既為免稅，其交易損失亦不得自所得額中減除，為所得稅法第4條之1所明定，上訴人所為之系爭避險部位措施既係因證券交易所致，依法無法認列為成本作為應稅收入之減項，縱然發行權證權利金收入扣除系爭避險部位措施所受之損失後，實際淨所得低於課稅所得，亦屬所得稅法第4條之1於此種情形應否作例外規定或修法之問題，於所得稅法第4條之1修正前，仍應受該法條之拘束。
- (5)、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，縱系爭避險部位損失會計上可認為本件權證權利金收入之成本，亦因所得稅

法第4條之1有明文規定，而不得自所得額中減除，尙難以稅法承認於收入內扣除成本費用，即當然於本件可將系爭避險部位措施所造成證券交易之損失作為成本費用予以扣除，本件原處分係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律。系爭認購權證既經主管機關公告認定為其他有價證券，在法令未修改之前，被上訴人認上訴人因系爭避險部位措施之證券交易之損失、費用，有所得稅法第4條之1之適用而不得於應稅之權利金收入內認列為成本費用，於法自屬有據。

- (6)、會計學上之「收入成本配合原則」（商業會計法第60條參照）於稅法之適用上，尙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（所得稅法第36條《捐贈》、第37條《交際費》、第43條之1《不合營業常規之調整》、第49條《壞帳》、第51條之1《折舊》參照），二者範圍自非完全相同。
- (7)、收入費用配合原則並非不允許例外之定律，若法律定有明文不得列報，即屬收入費用配合之例外，依法決定得否列報成本費用，不生違反收支配合原則問題。再者，成本費用准否列報，並非以具備原因事實為已足，尙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，如獨對權證發行者予以特別待遇，有違平等原則。
- (8)、發行認購權證不得減除避險證券交易損失，乃係所得稅法第4條之1規定之結果；又該規定與行為時同法第24條第1項規定相較，實屬特別規定，應優先適用，未能相反，否則將發生有所得無法課稅，但有損失可以列報之現象，有割裂法律之適用及違反租稅公平情事。
- (三)、上訴人主張應依權證部門所生應稅收入與免稅收入之比例，計算歸屬於應稅收入項下之費用部分：

上訴人94年5月11日復查申請書係以被上訴人「核定發行認購權證權利金收入部分」申請復查，再對照該復查申請書之理由四及五，另述及發行認購權證之避險所生之損失、費用（即系爭避險部位），非屬證券交易損失乙節，可知上訴人於復查階段係對「系爭自留認購權證」及「避險部位之損失、費用」兩部分為復查申請範圍，並不及於「營業費用歸屬分攤問題」。是上訴人於原審所提出之言詞辯論意旨狀補充理由二所述：「縱認購權證部門經營業務，尙包含有價證券收入，…尙應依權證部門所生應稅收入

與免稅收入之比例，計算歸屬於應稅收入項下之費用，共計56,628,888元，作為權利金收入之減項扣除…」，核屬營業費用歸屬分攤問題，尚非原復查申請之項目，亦未經復查及訴願程序，自非原審所得審究範圍，爰不予審究。

- (四)、綜上，被上訴人以上訴人90年度營利事業所得稅結算申報，列報營業收入625,850,252,228元，經被上訴人初查以其按「發行之認購權證負債」減「買回之未實現價值變動損益」及「已實現之發行損益」等之淨額74,799,894元列報為認購權證發行利益，未列報90年度到期二檔認購權證所收取之權利金價款合計866,350,000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626,806,803,165元，應補稅額87,042,910元，並無違誤，復查及訴願決定予以維持，亦無不合，乃駁回上訴人在第一審之訴。

五、本院查：

- (一)、按「自中華民國79年1月1日起，證券交易所停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」、「會計基礎，凡屬公司組織者，應採用權責發生制…」及「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。」分別為所得稅法第4條之1、第22條第1項前段及行為時同法第24條第1項所明定。次按「有關認購（售）權證及其標的股票交易之相關稅捐之核課，應依下列規定辦理。(一)本部86年5月23日(86)台財證(五)第03037號公告，已依證券交易法第6條規定，核定認購（售）權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購（售）權證，應依證券交易稅條例第2條第2款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交价格課徵千分之一證券交易稅，並依現行所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所所得稅。(二)認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，按約定行使價格向發行人購入（售出）標的股票者，係屬發行人（持有人）出賣標的股票之行為，應就所出售之標的股票，依證券交易稅條例第2條規定，按履約價格課徵千分之三證券交易稅。(三)至認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，以現金方式結算者，係屬認購（售）權證之標的股票之交易，應對認購（售）權證之發行人（持有人）依標的股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課徵所得稅。」及「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第22條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購（

售)權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益，並依所得稅法第4條之1規定辦理。…」分別為財政部86年7月函釋及86年12月函釋在案，經核上開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，自可適用之。

(二)、關於上訴人發行認購權證自留額度之發行價款是否應計入權利金收入課稅部分：

(1)、依行為時上市作業程序第6條第2款第6目及第7條第1款分別規定：「本公司承辦人員於受理發行人申請其擬發行之認購(售)權證上市案後，應就申請書件及其附件，進行審查，其審查要點、程序及期限如下：…(二)審查要點：…6、認購(售)權證分散情形：檢查發行人所提供銷售完畢後認購(售)權證持有人分散情形是否符合『認購(售)權證上市審查準則』第6條及第9條相關規定標準並填具『認購(售)權證持有人分散情形檢查表』…。」及「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個營業日以前，檢送認購(售)權證持有人分散檢查表…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，因此上訴人自可選擇全數對外發行，或於規定限額內認購自留，以符合「銷售完成」之規定，上訴人既經選擇於規定限額內認購自留，雖其存入認購權證專戶之資金為其自有，但持有認購權證之事實，與其他持有人擁有認購權證所有權之事實一致，從而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之事證已臻明確，並無判決不適用法規或適用不當之情形。上訴人主張原判決違反行為時所得稅法第24條、行為時上市作業程序第6條第2款第6目、第7條第1款及財務會計準則公報第32號第2條規定云云，尚不足採。

(2)、原判決就上訴人發行系爭二檔認購權證所取得之發行價款性質，依財政部86年12月函釋，屬應稅權利金收入乙節，業已論述甚明，核無判決不備理由之違法。又如前所述，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，因此發行人認購自留額度，屬於「發行總金額」之一部，而悉屬應稅權利金收入，依法自應課稅。

(3)、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，且原判決並非僅以認購自留之會計科目，與發行後再買回之科目相同為由，遽認上訴人收入已實現，則上訴人以其無法與自己成立買賣契約；認購自留部分與一般持有人權利不同；其於自留額度部分雖有「發行認購（售）權證再買回」之科目產生，惟其實質上並非於銷售後再買回，而係自始即未銷售予他人等由，指摘原判決違反司法院釋字第420號解釋所揭示之實質課稅原則、論理法則、民法第153條、第345條及行為時證券商財務報告編製準則第15條第1款第3目、第4目（上訴人誤植為第15條第1項第3款及第4款）規定云云，核無足採。

(4)、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，仍屬上訴人之資金，上訴人並因此取得認購權證而增加資產，是上訴人主張存入之資金即為認購自留部分之相應成本費用而應予扣除乙節，並不足採。

(三)、關於發行認購權證之避險交易損失部分：

本件原判決就系爭認購權證及標的股票交易，均符合「證券交易」定義，原處分以證券交易損失不得自所得額中減除，避險部位損失及認購權證再買回出售損失均屬證券交易損失性質，應否准自應稅收入項下減除等節，及上訴人就此部分在原審之主張如何不足採等事項，均已詳述其得心證之理由，尚無判決不適用法規、適用不當或判決不備理由之情形。上訴人仍執詞主張原判決違反所得稅法第4條之1及行為時同法第24條規定，並違反實質課稅原則、收入成本費用配合原則、量能課稅原則、平等原則及論理法則云云，均無可採。

(四)、關於權利金收入減項之營業費用部分：

按改制前本院62年判字第96號判例意旨：「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。本件原告56年度營利事業所得稅結算申報，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，是其就折舊部分，一併提起訴願，自非法之所許。」可知，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行政法院之審理範圍，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，是以，縱當事人事後於行政訴訟中再為爭執，亦應受爭點主義之拘束，而不得再為爭執。本件原判決就上訴人於復查程序及訴願程序並未對於系爭權利金收入減項之營業費用共計56,628,888元部分有所爭執，亦未經復查程序及訴願程序，並非原審法院所得審究範圍，爰不予審究乙節，業已詳述其得心證之理由，核係適用改制前本院62年判字第96號判例意旨之結果，尚無上訴人所主張之判決不適用該判例意旨之違法。

- (五)、另核上訴狀所載其餘內容，或係重述其在原審業經主張而為原判決摒棄不採之陳詞，或係就原審取捨證據、認定事實之職權行使事項，任加指摘違誤，或係就原審所為論斷或駁斥其主張之理由，泛言原判決不適用法規、法則或適用不當或判決不備理由或理由矛盾等，均非合法之上訴理由。
- (六)、綜上所述，原判決並無上訴人主張之違背法令之情形，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。

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 11 月 25 日

最高行政法院第四庭

審判長法官	劉	鑫	楨
法官	楊	惠	欽
法官	吳	慧	娟
法官	曹	瑞	卿
法官	林	金	本

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 99 年 11 月 26 日

書記官 莊 俊 亨