

正本

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國 100 年 8 月 3 日

發文字號：普字第 11004947 號

附 件：如說明。

主 旨：為最高行政法院 100 年度判字第 1164 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：元富證券股份有限公司

代 表 人：陳俊宏

代 理 人：許祺昌會計師

李益甄律師

蘇偉哲律師

聯 絡 人：李益甄律師

大法官書記處



總收文 08/03

G10019291

釋憲聲請書

聲 請 人 元富證券股份有限公司

代 表 人 陳俊宏

代 理 人 許祺昌會計師

李益甄律師

蘇偉哲律師

壹、聲請解釋憲法之目的

按「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：…二、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。」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100年度判字第1164號判決(下稱「原確定判決」，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)89年度營利事業所得稅，於法有據，惟聲請人認所得稅法第4條之1、財政部86年7月函及86年12月函係屬違憲，故臺北市國稅局之補徵處分即屬不法侵害聲請人受憲法保障之財產權，且聲請人已用盡訴訟程序，乃向 鈞院聲請解釋憲法，懇請 鈞院惠予宣告所得稅法第4條之1及上揭財政部二則函釋牴觸憲法而無效。

貳、疑義之經過與性質及涉及之憲法條文

一、疑義之經過

緣聲請人 89 年度營利事業所得稅結算申報，原列報認購權證評價損益及避險證券交易損益新臺幣（下同）0 元，臺北市國稅局初查核定認購權證評價損益及避險交易損益為虧損 346,058,097 元，聲請人不服，申請復查結果，獲准追認認購權證評價損益及避險證券交易損益 2,028,500 元，變更核定認購權證評價損益及避險證券交易損益為虧損 344,029,597 元，聲請人仍表不服，經提起訴願遭決定駁回，聲請人續提起行政訴訟，後經臺北高等行政法院以 98 年度訴字第 910 號判決聲請人敗訴，聲請人不服，提起上訴，復經最高行政法院以原確定判決駁回上訴，本案依法不得再上訴而告確定。

二、疑義之性質及所涉憲法條文

按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所稅停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」所得稅法第 4 條之 1 定有明文。而財政部 86 年 7 月函釋示認購(售)權證為其他有價證券，財政部 86 年 12 月函復為釋示，「認購(售)權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所稅或損失，…並依所得稅法第四條之一規定辦理。」，是原確定判決即適用上開規定，認聲請人本於證管法令要求所從事之避險交易，交易標的既為認購權證及標的股票，形式上即屬證券交易，交易所生之損失即係證券交易損失，不得自應稅所得額中減除。

惟按，「人民之財產權應予保障。」、「中華民國人民，無分男女，宗教，種族，階級，黨派，在法律上一律平等。」、「人民有依法律納稅之義務。」、「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。聲請人本於證管法令要求所從事之避險交易，遭所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年 7 月函及 86 年 12 月函逕依交易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、平等原則及比例原則至明，並不法侵害聲請人憲法上之財產權，有違憲法保障人權之旨。是聲請人乃依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款：「按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法」之規定，向 鈞院聲請解釋憲法。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得稅停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除」，所得稅法第 4 條之 1 定有明文。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，已顯違 鈞院前於釋字第 420 號解釋中所昭示之「實質課稅之公平原則」；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自發行權證之權利金收入中扣除避險交易損失，而須承擔顯然過高之稅負，亦牴觸憲法第 23 條之比例原則，聲請人茲詳述其理由如下：

一、謹就聲請人認購權證之業務簡要說明如下：

查所謂認購權證依行為時「發行人申請發行認購（售）權證處理要點」（下稱「處理要點」，附件4）第3條第1項規定，係指「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」，亦即，為投資人在給付一定價金（權利金）後，即取得在認購權證存續期間內或特定時點上向發行券商請求履約之權利，其履約方式有實物（標的股票）交割及現金結算兩種。一認購權證於其發行至到期期間之各種交易活動簡述如下：

發行市場	發行：主管機關核准發行證券商得發行之認購權證總金額 銷售：發行證券商向投資人銷售經主管機關核准之認購權證 掛牌上市：發行證券商於銷售認購權證達主管機關要求之比例後，得申請掛牌上市於市場公開銷售
交易市場	造市：收回或釋出權證；提供投資人應買/應賣認購權證時之報價及被動收回或釋出避險：依權證流通在外數量調節避險部位，以達主管機關之要求
到期前履約	投資人要求履約，發行證券商得選擇交付證券或現金價差予投資人
權證到期	履約：認購權證具履約價值者，即將價差以現

	<p>金交付予投資人</p> <p>轉銷：認購權證收回後，至到期無履約價值後，於會計帳上自動轉銷為損失</p>
--	---

基於上述認購權證於其發行至到期期間之各種交易活動，可知發行認購權證之證券商於該期間負有以下二項義務：

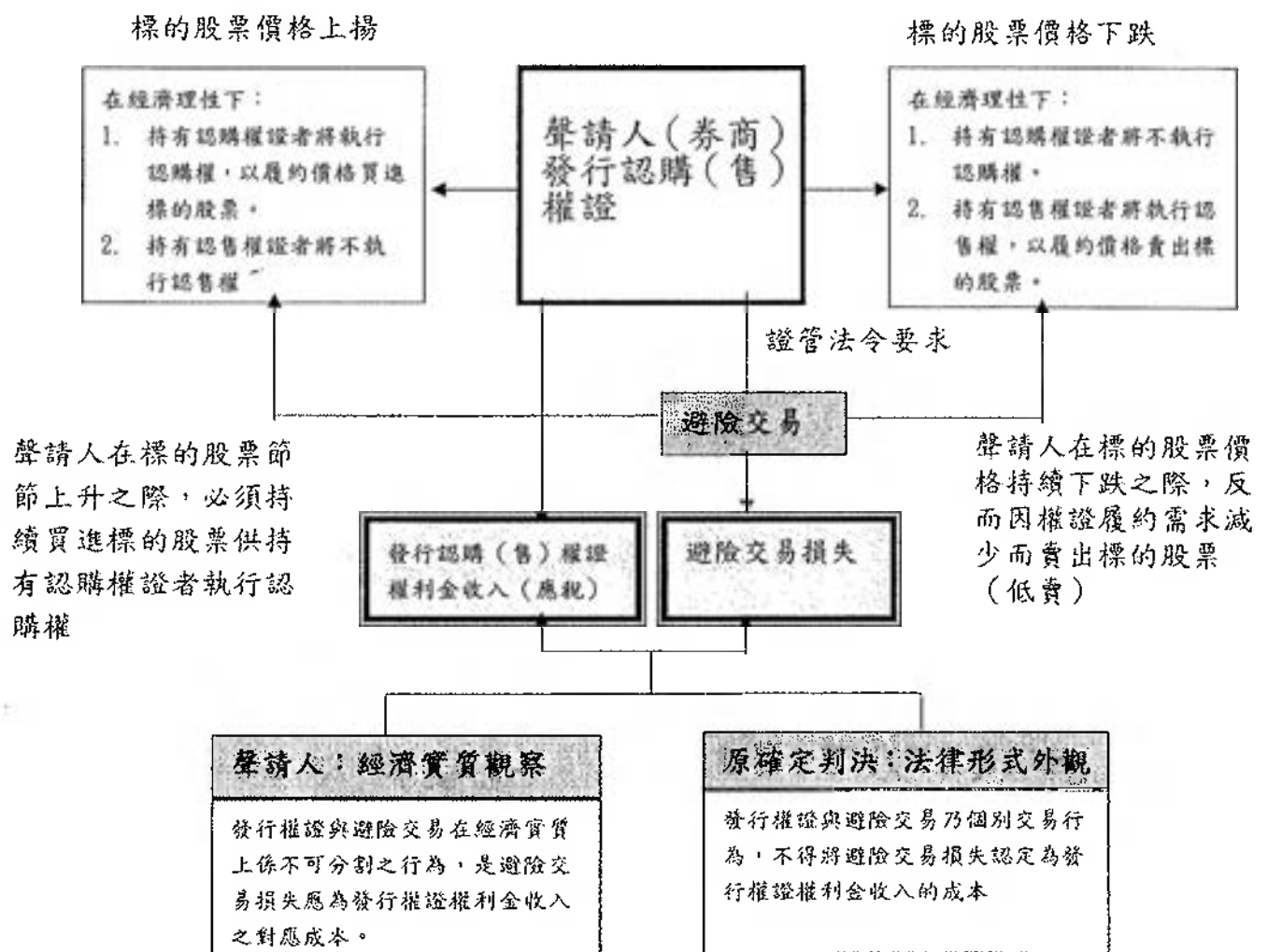
- 1、發行義務：包括 A. 發行銷售及掛牌、B. 基於造市義務於市場上被動收回或釋出該檔權證、C. 接受投資人履約。
- 2、避險義務：係為避免發行證券商於權證投資人要求履約時無法履行義務，故發行證券商須先購買一定數量之標的股票或採其他有效方式（如：買賣同一標的證券之衍生性金融商品）進行避險。

綜上所述，發行認購權證之證券商於發行認購權證期間所產生之損益包含：

- (1)銷售已發行認購權證之權利金；
- (2)申請掛牌之上市及行政費用；
- (3)市場收回及釋出認購權證之損益；
- (4)依主管機關之避險要求而買賣避險標的之損益；
- (5)認購權證經投資人履約而生之履約損益；及
- (6)發行證券商自交易市場收回認購權證之到期失效損失。

以上交易活動之損益均係因證券商發行認購權證而產生，應於認購權證到期時合併計算，以合理表達證券商發行認購權證之完整損益。

二、為使 鈞院瞭解本案爭點，聲請人謹以下圖說明原確定判決與聲請人對於避險交易損失認定見解之差異，爰請 鈞院參酌：



三、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、申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) 本件申請人發行權證之主要相關法令為前開處理要點(附件 4)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 5)。申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，如有下列情形之一者，本會(證期會)得不予認可：七、發行人無適當之風險管理措施者。」、「申請本公司同意上市之認購(售)權證，應符合下列各款規定：…五 發行內容須包括下列條款：…(七)預定之風險沖銷策略。…」處理要點14與審查準則第6條第5款第7目，分別定有明文。綜觀上揭法令規定，聲請人申請發行認購權證時，即有配套附隨進行避險交易之義務。

(3)次按「發行人如為自行避險或部分自行避險，該專戶應作為發行認購(售)權證之後建立避險部位及將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用，並只得買賣其所發行之認購權證及標的證券，帳戶中之股票不得申請領回。」、「發行人如全數委託其他機構避險，發行人亦須另設專戶，作為將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用，另其委託之風險管理機構亦須於發行人處開設帳戶，作為其發行認購(售)權證之後建立避險部位之用。」此亦有台灣證交所86年9月18日台證上字第29888號函(附件6)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 7）、「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 8 月 9 日台證上字第 23090 號函，附件 8）

- (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 9）。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)另以認購權證之發行為例，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 並屬割裂適用稅法規定

(1)按「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。」 鈞院釋字第 385 號解釋著有明文。

(2)經查，所得稅法第 4 條之 1 給予證券交易所免稅優惠之同時，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。然以認購權證之交易實務而言，聲請人與認購權證投資人間之契約行為並非僅指認購權證掛牌上市之銷售行為，權證掛牌上市後，聲請人基於造市義務而於市場上收回或再釋出該檔認購權證，係聲請人為確保權證投資人如期履約之權益，自屬聲請人因發行認購權證而應負之義務，本為發行認購權證完整營運活動之一環，而非可分別視之證券交易行為，此其一。

(3)次查，前開處理要點及審查準則等規定，亦對聲請人課以申請發行認購權證時，即須依主管機關要求建立標的股票之避險部位，且須維持一定之數量，非得任意變更之義務，是聲請人從事避險行為乃為確保權證

投資人得以如期履約，而為發行認購權證之經濟活動所不可或缺，此其二。

- (4)據此，聲請人基於造市義務而於市場上應買或應賣而被動收回或釋出該檔認購權證、於認購權證有履約價值時時進行履約及依主管機關要求進行之避險行為，皆屬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」之課稅事件。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，進而認定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 10，頁 13）；再者，前開見解亦未妥適考慮認購權證發行期間所有行為之關聯性及其權利義務關係，擅將發行認購權證之續後相關損益（包含認購權證評價損益、認購權證於次級市場上再買賣損益及認購權證履約損益等）及避險損益與權證發行之權利金收入分列，要求個別認定成本費用，顯已割裂適用稅法之權利與義務，而與前開 鈞院釋字第 385 號所示不符。

四、所得稅法第 4 條之 1 適用於避險交易違反平等原則

- 1、按「憲法第七條規定，中華民國人民在法律上一律平等，其內涵並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等。」鈞院釋字第 596 號及第 485 號解釋闡述甚明。據此，憲法平等原則係要求法律應對相同之事務，為相同處理；不相同之事務，應依其不同特性作不相同處理，簡言之，即為「等者等之，不等者不等之。」，如法律規範造成「等者不等之，不等者等之」之現象，即難謂與憲法第 7 條平等原則之要求相符。
- 2、查所得稅法第 4 條之 1 立法緣由，斯時獎勵投資條例即將於 79 年 12 月 31 日廢止，為鼓勵民間投資風氣，促進資本市場發展，立法者遂於 78 年 12 月 30 日公告增訂所得稅法第 4 條之 1，規定因證券交易獲利之人民得享有免稅優惠，但如有損失，基於收入成本配合原則與租稅公平原則，亦不得自所得額減除，故規定證券交易損失不予認列，此為證券交易收入免稅後之配套措施。在立法當時的時空背景下，本條文固無不當，惟隨著商業型態的發展與變遷，新型態金融商品不斷推陳出新，自國內第一檔權證於 86 年起核准發行後，證券市場上開始出現券商以避險為目的之證券交易，此非立法者制訂所得稅法第 4 條之 1 當時所能預見之證券交易型態，其性質亦與一般投資人以獲利為目的之證券交易型態截然不同，惟因所得稅法第 4 條之 1 未設例外規定，致產生避險交易仍必須適用所得稅法第 4 條之 1 不能列報損失之不合理現象，完全突顯出所得稅法第 4 條之 1 規範不足之窘境，其合憲性基礎亦因而開始產生鬆動。

3、進步言之，如前所述，聲請人因避險目的之證券交易與一般投資人為獲利所為之證券交易性質上完全迥異，雖然兩者在交易形式外觀上並無二致，但揆諸稅法「實質課稅原則」之確立，可知稅法所優先在乎者應係內在之經濟實質而非表象之交易外觀，是故，避險交易與一般證券交易既然在經濟實質層面上有截然不同之意義、目的及行為模式，兩者事物本質差異已構成稅法應為差別待遇之基礎，本於平等原則積極面上「不等者，應不等之」之要求，所得稅法第4條之1將兩者等同視之而為同一評價，已形成「不等者等之」之齊頭式平等，此顯與憲法第7條所要求之實質平等原則有違，而不能認為其合憲。

五、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11，頁157)。於我國

租稅法制實務上，亦以絞殺性租稅之禁止為比例原則表現之型態：如 鈞院釋字第 286 號指出，「土地增值稅並未就漲價部分全額徵收，已足以兼顧其利益」，即可導出憲法秩序不容土增稅就增值全額徵收、趨近於絞殺之情形；另於遺產贈與稅第 47 條規定：「前三條規定之罰鍰，連同應徵之稅額，最多不得超過遺產總額或贈與總額」，即罰鍰加計本稅不得超過納稅人原可取得之遺產或贈與總額，亦徵絞殺性租稅禁止已存在於我國法秩序中（附件 11，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 \times 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」的意外效果。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 12，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。

六、由所得稅法第 24 條之 2 第 1 項之增訂立法，可證所得稅法第 4 條之 1 確有違憲之瑕疵

1、96 年 7 月 11 日增訂之所得稅法第 24 條之 2 規定，係為填補所得稅法第 4 條之 1 因避險交易而產生之隱藏性法律漏洞：

(1)所謂「法律漏洞」，係用以指稱「法律體系上之違反計畫的不圓滿狀態」，依其產生之類型又可區分「明顯的漏洞」(offene Lucken)與「隱藏的漏洞」(verdeckte Lucken)，前者係指法律對應予規範之案型，未加以規範(亦即有規範不足的現象)，後者則係指法律對應予規範之案型，雖已加以規範，但未對該案型之特別情形在規範上給予考慮，並相應地以一個特別規定加以規定(亦即有規範太過的現象)，對於這種一般規定應有特別限制規定之欠缺，便構成了「隱藏的漏洞」。而無論係明顯的或隱藏的法律漏洞，其態樣均構成法律價值體系的違反，基於平等原則之要求，法律漏洞應予補充(以上請參見，黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法，收於氏著法學方法與現代民法，第 559 頁至第 560 頁、第 646 頁至第 653 頁及第 659 頁至第 698 頁，附件 13)。據此，對於隱藏的法律漏洞，其構成要件為：法律對應予規範之案型加以規範，卻未對該案型之特

別情形為特別規定，其法律效果則為依平等原則對法律漏洞予以補充。

- (2)從歷史因素解構，所得稅法第4條之1係於78年12月30日公布，認購（售）權證此一新型態金融商品則係於86年始經核准上市，是立法者於制定所得稅法第4條之1當時，可想見並未預想到會有以避險為目的（而非獲利）之特殊證券交易型態，自無從就此特殊交易型態訂定例外排除所得稅法第4條之1之適用，易言之，避險交易之產生，與當時立法者制定所得稅法第4條之1之立法目的及規範計畫已有出入，使所得稅法第4條之1產生違反計畫之不圓滿性，而符合隱藏性法律漏洞之構成要件。

- (3)次就經濟實質而言，券商因發行認購（售）權證而從事之避險交易，雖然有證券交易之外觀，但在經濟實質上與一般證券交易卻有天壤之別，基於「不等者，不等之」之平等原則要求，本不應與一般證券交易等同適用所得稅法第4條之1，惟所得稅法第4條之1於立法當時未對此例外情形而為特別規定，因此形成了「隱藏性法律漏洞」，而此法律漏洞因違反憲法上量能課稅原則、實質課稅原則及平等原則所建構之價值體系，自應由鈞院以合憲性解釋之方式予以填補。

- (4)再者，為系爭避險交易之損益應否併計於認購（售）權證發行損益中，立法院前於96年7月11日增訂所得稅法第24條之2，其第1項前段規定：「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，不適用第四條之一及第四條之二規定。」，其立法理由雖未明示該條文制定背景及考量（附件 14），惟自立法院歷次修法會議中主管機關財政部及立法委員發言記錄觀之，亦可證所得稅法第 24 條之 2 之增訂，正係為填補所得稅法第 4 條之 1 未針對避險交易另為排除適用規定之隱藏性法律漏洞（請參見附件 15）。

(5) 綜上，避險交易產生後，因其事物本質上與一般證券交易截然不同，使所得稅法第 4 條之 1 產生非立法者所能預期之法律漏洞，此法律漏洞自得經 鈞院解釋予以填補。

2、所得稅法第 24 條之 2 雖未溯及適用於 96 年 7 月 11 日修正前到期之認購（售）權證事件，然此實因立法者擔憂引致「圖利財團」惡名所為之決定，然此顯非法律增訂時所應考量之事項，不能因此謂所得稅法第 4 條之 1 在修法前之法律漏洞無須填補：

(1) 依前所述，所得稅法第 4 條之 1 因避險交易所產生之隱藏性法律漏洞，在 96 年 7 月 11 日增訂所得稅法第 24 條之 2 後已獲得解決，然該條文並未明定得溯及適用於修法前到期之認購（售）權證事件，使所得稅法第 4 條之 1 在所得稅法第 24 條之 2 增訂前之法律漏洞是否應予填補，存有疑義。由於立法者之模糊留白，致可能有論者謂：立法者既已明確不賦予該條文溯及適用效力，則為尊重立法者之決定，則所得稅法第 4

條之1在96年修法前之法律漏洞，自無須予以填補。

(2)惟觀諸所得稅法第24條之2立法當時之立法院院會討論發言記錄，可知立法委員多數贊成該條文應溯及適用，將所得稅法第4條之1之法律漏洞透過修法一次圓滿解決，然此所以未採此方式，主要係立法者擔憂引致「圖利財團」惡名，絕無承認所得稅法第4條之1於修法前法律漏洞無庸填補之意，此可見當時參與該條文立法之委員發言：

發言委員	發言時機	發言內容	出處
羅志明	質詢財政部長林全	追溯到92年就是小圖利，追溯到86年是大圖利，反正你們都是圖利。	附件15 項次3第 314頁
劉憶如	向諸位委員澄清溯及既往並無圖利業者之意圖	剛才提到為什麼立法院之中，有些委員是支持溯及既往的問題，本席必須在此先作一番澄清，希望大家在還沒討論清楚之後，先不要亂扣帽子， <u>指稱支持溯及既往的委員就是圖利券商</u> …事實上， <u>溯及既往的甲案後來表決時也通過了</u> ，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，讓台灣	附件15 項次3第 317頁、 第318頁

		<p>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。當時李委員桐豪因為是提案人，所以他背了黑鍋，甚至報上還說他可能得了什麼好處，於是本席和殷委員乃平只好勸他撤案，以免出師未捷身先死…當初推動這個案子，誰又拿過券商一毛錢？結果只因為券商比較有錢，社會形象比較不好，所以只要一提到這個問題，支持他們的人馬上就會被說成是「圖利」，但本席認為對的就是對的，錯的就是錯的，我們不能因人而異。</p>	
林重謨	說明本案於92年時表決經過	<p>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，當時民進黨的立法是贊成不溯及既往，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年之後的稅就全部要退還給券商。本來有182人支持第2案，卻在重付投票時，因為聽到吳敦義</p>	<p>附件 15 項次3第 319頁</p>

		<p>委員喊出「圖利財團」，大家立即反對該案。由此可知，有時立法院進行表決是不太用大腦的，<u>本席當初好像也是反對，只因為本席害怕被冠上「圖利財團」的標籤</u>，現在這個社會是不是講真理、講實話的社會，而是只講表象，所以這是一個裝斯文、裝形象的社會，一旦被冠上「圖利財團」的標籤就不得了了。</p>	
蔡其昌	質詢財政部長林全	<p>我記得在財經研究所的時候，衍生性金融商品的老師跟我們討論過這個問題，在討論過程中，這個案例讓我們覺得政府在整個法令制訂上有嚴重的疏失，而且很不合理。權證所得應將避險成本拿掉之後計算，比較合理。可是我今天來到立法院，才知道教我們衍生性金融商品的老師，只懂得財經學，不了解政治學，<u>因為如果你支持的話，可能就會圖利財團</u>，這部分屬於政治學，至於權證要不要退稅則是財經的問題。</p>	<p>附件 15 項次3第 324頁</p>
廖本煙	質詢財政	當然不可以溯及既往，那是絕對	附件 15

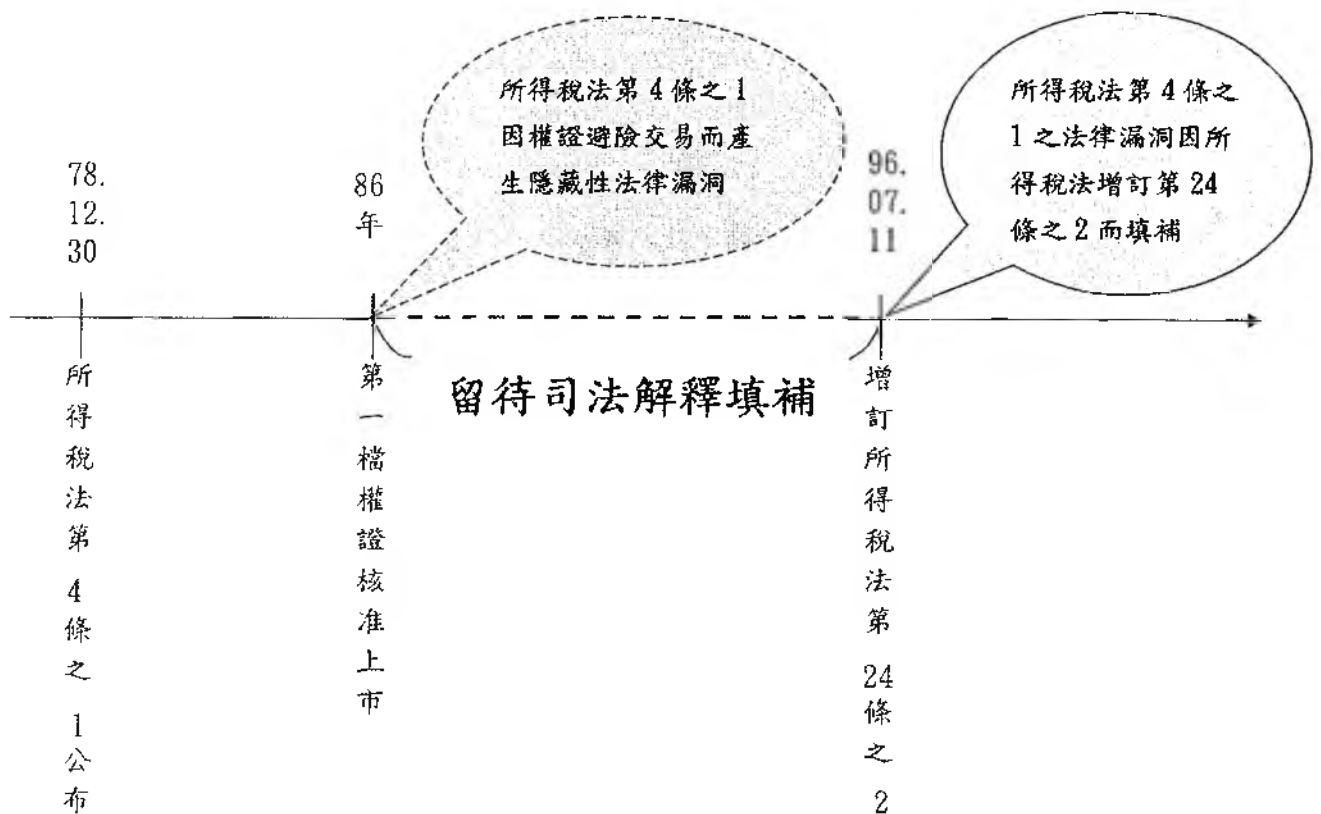
	部長林全	不公平的；尤其這裡面涉及10億元的利益。各位媒體記者請注意，到底有多少人拿到好處，一定要弄清楚。（按：廖委員此處所指之10億元利益，並非權證課稅所涉及稅額，而係當時報載券商提供10億元獻金給部分立法委員，力求通過溯及既往條款，故廖委員據此質疑贊成溯及既往條款的立法委員動機並不單純，涉嫌不法利益之輸送。）	項次3第336頁
--	------	--	----------

(3)我國當時恰逢二次金改，在一片風聲鶴唳之政治氛圍下，最後本條規定在交付黨團協商時，方通過不溯及適用於以前年度案件之版本，是立法者未賦予本條文得溯及適用之效力，論諸其實，僅係為避免瓜田李下之自保措施，此顯非立法於法律增訂時所應考量之事項，亦無堅強之法理基礎可供支持，非可證明立法者認為所得稅法第4條之1在修法前之漏洞無須填補，是所謂立法者已明確表態本條不得溯及既往云云，恐非實然，事實上，正確的解讀應是：立法者當時因政治考量不能通過溯及既往條款，而將此修法前之法律漏洞填補工作，留待司法解釋進一步圓滿解決。

- 3、所得稅法第24條之2乃是量能課稅原則之體現，避險交易之經濟實質於修法前後既無變動，則修法前後自不應作不同認定，方符一致

- (1)關於所得稅法第 24 條之 2 是否應溯及既往之爭議，主管機關財政部當時採取否定見解，其主要理由係為「維護稅法之安定性」(請參見當時財政部長林全之發言，附件 15 項次 3 第 322 頁、第 325 頁、第 332 頁及第 334 頁)，惟此立論基礎實不足採，詳言之，所得稅法第 24 條之 2 之增訂，係為填補所得稅法第 4 條之 1 之法律漏洞，方對權證發行與避險交易間具有緊密關連整體性之事實特徵作一法律上之宣示確認，此乃憲法上量能課稅原則及實質課稅原則之立法體現，並無創設或變更納稅義務人之權利義務，故論諸其實，所得稅法第 24 條之 2 係將財政部過往對避險交易性質之錯誤認定作一撥亂反正，根本與法安定性之考量無涉，財政部豈可以「維護稅法安定性」為由，堅詞修法前之錯誤無庸更正？事實上，觀諸財政部拒絕本條文溯及適用之理由，可見財政部所堅持者不過是惡法亦法之觀念—即便在修法前財政部對避險交易之認定用法錯誤，然既已形成新的法律秩序，則即便新法明示財政部過往見解錯誤，亦不應因此而改變既存現狀。然財政部如此見解實過分側重國庫之收益，而罔顧人民權利受有不當侵害之事實，不足為採。
- (2)承上，避險交易之經濟實質在修法前後均未有變更，而所得稅法第 24 條之 2 既已承認權證發行與避險交易間之緊密關連整體性，則在修法前之避險交易，亦應作相同認定，方為一致，否則對於同一事物，僅因修法與否而有不同之定性，並異其租稅待遇，實不符量能課稅原則及平等原則。

4、謹就聲請人上開所述圖示如下，俾供 鈞院參酌：



七、綜上所陳，最高行政法院100年度判字第1164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，違反憲法上「實質課稅之公平原則」、「不得任意割裂適用原則」、「平等原則」及「比例原則」；而所得稅法第24條之2雖非聲請人本案聲請解釋之對象，然從所得稅法第24條之2之增訂，亦可見所得稅法第4條之1確有應填補之隱藏性法律漏洞存在，並因此造成人民基本權利受到侵害，自應予宣告違憲無疑，是懇請 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。

八、茲有復言者，聲請人 88 年度營利事業所得稅事件與本案具有相同爭點（即關於認購權證避險交易損失是否得自權利金收入項下減除乙節），且該案件業經最高行政法院 99 年度判字第 813 號判決確定，聲請人前已於 100 年 4 月 18 日向 鈞院聲請釋憲（附件 16），謹請 鈞院合併審理，聲請人實感德便，無任感禱。

肆、關係文件之名稱及件數

附件：委任書正本乙份。

附件 1：最高行政法院 100 年度判字第 1164 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：發行人申請發行認購（售）權證處理要點影本乙份。

附件 5：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 6：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 7：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 8：台灣證交所 86 年 8 月 9 日台證上字第 23090 號函影本乙份。

附件 9：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 10：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 11：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 12：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。

附件 13：黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法，收於氏著法學方法與現代民法，2009 年 8 月增訂第 6 版，第 559 頁至第 560 頁、第 646 頁至第 653 頁及第 659 頁至第 698 頁影本乙份。

附件 14：所得稅法第 24 條之 2 立法理由影本乙份。

附件 15：所得稅法第 24 條之 2 修法過程歷次立法院會議紀錄影本乙份。

附件 16：元富證券股份有限公司 100 年 4 月 18 日釋憲聲請書收文章戳影本乙份。

謹 狀

司 法 院 公 鑒

聲 請 人 元富證券股份有限公司

代 表 人 陳俊宏

代 理 人 許祺昌會計師

李益甄律師

蘇偉哲律師

中 華 民 國 1 0 0 年 8 月 3 日

委任狀

	委 任 人	受 任 人
姓名或名稱	元富證券股份有限公司	許祺昌會計師 李益甄律師 蘇偉哲律師
法定代理人	陳俊宏	
住居所或營業所、郵遞區號及電話號碼		

委任人因 89 年度營利事業所得稅事件，經依法定程序提起訴訟，對於最高行政法院 100 年度判字第 1164 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 元富證券股份有限公司
代 表 人 陳俊宏

受 任 人 許祺昌會計師
李益甄律師
蘇偉哲律師

中 華 民 國 1 0 0 年 7 月 31 日

最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 100,判,1164
 【裁判日期】 1000707
 【裁判案由】 營利事業所得稅
 【裁判全文】

最 高 行 政 法 院 判 決

100年度判字第1164號

上 訴 人 元富證券股份有限公司

代 表 人 陳俊宏

被 上 訴 人 財政部臺北市國稅局

代 表 人 陳金鑑

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11月24日臺北高等行政法院98年度訴字第910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、本件上訴人元富證券股份有限公司代表人變更爲陳俊宏，業據其提出經濟部商工登記資料公示查詢單，並具狀聲明承受訴訟；另被上訴人財政部臺北市國稅局代表人自民國（下同）100年1月13日起變更爲陳金鑑，亦據其提出行政院100年1月13日院授人力字第1000021671號函，具狀聲明承受訴訟，經核均無不合，應予准許，合先敘明。
- 二、緣上訴人89年度營利事業所得稅結算申報，原列報認購權證評價損益及避險證券交易損益新臺幣（下同）0元，被上訴人初查核定認購權證評價損益及避險交易損益爲虧損346,058,097元，上訴人不服，申請復查結果，獲准追認認購權證評價損益及避險證券交易損益2,028,500元，變更核定認購權證評價損益及避險證券交易損益爲虧損344,029,597元，上訴人仍不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起行政訴訟，經原審法院判決駁回後，提起上訴。
- 三、上訴人起訴主張：（一）被上訴人依財政部86年12月1日台財稅第861922464號函釋意旨，認定系爭避險損失應屬免稅之證券交易性質，難認爲應稅發行權證之成本或費用等，否准避險損益自發行時所取得之權利金收入項下減除，亦即被上訴人將避險損益認定爲獨立之證券交易損益，而不得列入應稅之權證權利金收入項下之成本，致使認購權證交易取得之權利金「收入」即等於權證交易之「所得」（在不考慮銷售認

29

購權證所生之極少量管銷費用下），無法正確計算證券商之營利事業所得額，明顯有違所得稅法第24條第1項「成本收入配合原則」之精神。(二)被上訴人認定所得稅法有關應稅與免稅之規範，並不以交易內在決策之不同予以區分，即片面斷定系爭避險交易屬所得稅法第4條之1之證券交易型態，相關損益不得列於權證收取權利金收入之成本費用，全然不論系爭避險損失若適用所得稅法第4條之1是否符合其立法目的，亦未衡酌系爭避險損失之經濟實質與一般證券交易之差異及發行認購權證收入與避險損益間存在之高度關連性，明顯與司法院釋字第420號解釋所揭櫫「實質課稅原則」有違。(三)被上訴人逕將證券商認購權證發行之權利金收入認屬應稅收入，而將其相對應之避險損失視為純粹之證券交易損失，亦即將證券商認購權證發行與避險之標的資產的買賣行為，任意分割為不同法律所定事項，並分別適用不同之法令，此更足證原處分實與司法院釋字第385號解釋所揭示「不得任意割裂適用原則」之意旨相悖。(四)所得稅法對於符合證券交易形式外觀者，並非皆適用所得稅法第4條之1，而是依營利事業所得稅查核準則第2條第2項，以「商業會計法」及「財務會計準則公報」等相關規範為計算基礎。庫藏股票交易即為明例。是被上訴人認符合證券交易形式外觀者，即應適用所得稅法第4條之1，顯對所得稅法第4條之1所稱「證券交易損益」之意涵有所誤解。若此，則系爭認購權證之避險損失與一般證券交易之性質有別，依「商業會計法」及「財務會計準則公報」等相關規範應列於權利金收入項下，自非適用所得稅法第4條之1，應無疑義。(五)系爭避險交易之目的係為賺取權利金收入，理應循財政部98年1月7日台財稅第09704570360號函釋對經營納骨塔業者之操作，將系爭避險損失列於權利金收入項下認列；極少數避險利益，亦如同前揭函釋土地收回之情形，認列為應稅收入，而非免稅收入。被上訴人卻謂「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」，顯昧於前揭函釋所示，有所違誤等語，求為判決撤銷訴願決定、原處分（含復查決定）不利上訴人部分。

- 四、被上訴人則以：(一)系爭認購權證業經財政部86年5月23日以（86）台財證（五）第3037號公告，依證券交易法第6條規定，核定為其他有價證券，又財政部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，依所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所稅，則依損益衡平原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除。司法院釋字第493號解釋已明確揭櫫所得稅法第4條之1證券交易所稅停止課徵所得稅，不僅未排除第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。(二)財政部86年12月1日台財稅第861922464號函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，亦可知悉所得稅法第4條之1規定，其為避險之證券交易所得免稅，其因避險之證券交易損失亦不得自所得額中減除，自應充分衡量其發行該認購權證之利潤後，再行決定該權利金之金額，以作為發行最符合其經濟效益之商品，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。(三)會計學上之「收入成本配合原則」於稅法之適用上，尚須考量租稅政策與目的，於辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，其依商業會計法記載之會計事項，如與所得稅法等有關租稅法規規定未符者，均應於申報書內自行調整之，此觀諸所得稅法第36條、第37條、第43條之1、第49條、第51條之1等規定均設有限制即可知，二者範圍並非完全相同。再者，成本費用准否列報，並非以具備原因事實為已足，原因事實僅是列報成本費用之前提門檻，尚須依據法律對於具備原因事實關係之成本費用再為准駁。如法律已有明文排除之規範者，法律之規定更應優先於原因事實關係而被遵守，租稅法定原則始可確立而貫徹。所得稅法第4條之1已明文規定證券交易所得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中扣除，如獨對權證發行者之特別待遇，亦有違反平等原則。是發行認購權證不得減除避險證券交易損失，乃依所得稅法第4條之1規定之結果；行為時所得稅法第4條之1之規定與同法第24條第1項之規定相較，實屬特別規定，應優先適用，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。因而，倘將避險部位證券交易損失認屬認購權證之成本費用減除，無異准許免稅之證券交易損失侵蝕應稅之發行認購權證所得。(四)庫藏股票性質為公司收回自己發行之股票與本件上訴人持有他公司為避險標的股票之性質不同，不得比附援引。又上訴人88年度營利事業所得稅事件相同爭點，臺北高等行政法院已於97年11月27日以96年度訴字第2585號判決駁回上訴人之訴在案。其他券商相同爭點案件，有本院97年度判字第293號、97年度判字第183號、97年度判字第89號及96年度判字第1937號判決，可資參採等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人在原審之訴。

五、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：(一)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3037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。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得，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。(二)財政部86年12月11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，亦可知悉所得稅法第4條之1規定，其為避險之證券交易所得因免稅，其因避險之證券交易損失亦不得自所得額中減除，自應充分衡量其發行該認購權證之利潤後，再行決定該權利金之金額，以作為發行最符合其經濟效益之商品，自不得僅因其依照於發行認購權證時約定應買進或賣出股票時之證券交易，即謂該種證券交易，係出於強制而與一般消費者為證券交易有所不同，因而於稅收上異其計算，否則則有違反租稅法律主義及租稅公平原則。再者所得稅法第4條之1所稱之證券交易，倘符合證券交易之形式外觀即屬之，並不問買賣雙方對該證券交易其動機及內在主觀意思為何，否則自有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性，況上訴人所為之避險交易表面觀之似有虧損，惟迄履約期間屆至亦非必然為虧損，且為避險交易亦為防止發行該認購權證者之證券商之經營風險，非全然對證券商為不利。(三)會計學上之「收入成本配合原則」於稅法之適用上，尚須考量租稅政策與目的，於辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，其依商業會計法記載之會計事項，如與所得稅法等有關租稅法規規定未符者，均應於申報書內自行調整之，此觀諸所得稅法第36條、第37條、第43條之1、第49條、第51條之1等規定均設有限制即可知，二者範圍並非完全相同。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，因避險交易所生之成本得以明確計算，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。(四)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。雖證券主管機關財政部證期會曾發布上開「發行人申請發行認購（售）權證處理要點」「臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則」等規定，要求權證發行人應就權證之標的證券建立避險部位，然此避險交易係基於保護投資者及維持金融秩序所必要，並非源自稅捐稽徵之考量。因此，關於「出售避險部位標的的證券收入」及「出售避險部位標的證券成本」2科目損益應如何申報，自當另依有關之所得稅法第4條之1規定辦理等語，因將訴願決定及原處分不利上訴人部分均予維持，駁回上訴人之訴。

六、上訴意旨略以：(一)原審法院未究經濟行為之實質，僅以臆測避險操作可能產生利得或損失，即認為系爭避險損失為個別之損益，不應為發行權證之成本或費用；然此論理依據既非為租稅法令，亦未符合商業會計法及財務會計準則公報等相關規範，是原審判決違背營利事業所得稅查核準則第2條第2項，顯有行政訴訟法第243條第1項判決違背法令之誤。(二)原審判決引用財政部86年5月23日（86）台財證（五）第3037號公告及財政部台財稅86年7月31日第861909311號函，認定避險產生之證券交易損失，依所得稅法第4條之1停止課徵證券交易所所得稅，則依損益配合原則，證券交易損失亦不得自所得額中扣除；復再依財政部86年12月1日台財稅第861922464號函將權證發行收取權利金價款，全額認列應稅所得，造成權證發行業務（從發行到履約完成）之同一經濟事項，收入與成本割裂適用不同法律，進而產生如此課稅結果，悖離實質課稅及量能課稅之租稅原則，顯有行政訴訟法第243條之判決違背法令。(三)上訴人本案實質財務所得為56,130,403元（即預收權利金收入與避險損益併計後之會計所得），其依租稅法理之財產增額（所得稅稅基）即為56,130,403元；然而依被上訴人核定應稅所得高達400,160,000元，核定影響稅額為86,007,399元，均已遠超過前述實質所得（財產增額），不僅是對收益沒收，更形成對原有財產之侵蝕；縱然

行政單位有任何租稅政策考量，或追求租稅公平，都不應有此扼殺式課稅處分，顯而易見，其因租稅行政命令所造成結果，不僅不符合所得課稅原則，亦已牴觸憲法租稅公平及財產權保障等語。

六、本院查：

- (一) 按「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。」「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。」司法院釋字第385號、第420號解釋在案。又「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。」司法院釋字第597號解釋理由書第1段亦闡釋甚明。
- (二) 次按「(第1項)稽徵機關接到結算申報書後，應派員調查，核定其所得額及應納稅額。(第2項)．．．。(第5項)稽徵機關對所得稅案件進行書面審核、查帳審核與其他調查方式之辦法，及對影響所得額、應納稅額及稅額扣抵計算項目之查核準則，由財政部定之。」所得稅法第80條定有明文。依前揭所得稅法第80條第5項授權訂定之行為時營利事業所得稅查核準則第2條規定：「(第1項)營利事業所得稅之調查、審核，應依稅捐稽徵法、所得稅法及本準則之規定辦理，其未經規定者，依有關法令之規定辦理。(第2項)營利事業之會計事項，應參照商業會計法、商業會計處理準則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時，其帳載事項與所得稅法、所得稅法施行細則．．．營利事業所得稅不合常規移轉訂價查核準則、本準則及有關法令之規定未符者，應於申報書內自行調整之。(第3項)營利事業申報之所得額達各該業所得額標準或經會計師查核簽證申報之案件，稽徵機關應依本準則及營利事業所得稅結算申報書面審核案件抽查要點之規定辦理。」而財務報表之目的，係為真實報導企業之財務狀況、經營績效及財務狀況之變動，以幫助財務報表使用者之投資、授信及其他經濟決策

，其與依所得稅法規定計算課徵所得稅之目的本有不同；稅務會計與財務會計之計算依據與基礎原即有異，租稅之課徵，自應以租稅法之有關規定為準據。前揭查核準則第2條第2項規定，符合法律意旨，應予適用。

- (三) 末按，行為時所得稅法第4條之1、第22條第1項、第24條第1項及其施行細則第31條分別規定：「自中華民國七十九年一月一日起，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，．．．。」「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。」「本法第二十四條所稱之營利事業所得額，其計算公式舉例如下：一買賣業①銷貨－（銷貨退回＋銷貨折讓）＝銷貨淨額。②期初存貨＋〔進貨－（進貨退出＋進貨折讓）〕＋進貨費用－期末存貨＝銷貨成本。③銷貨淨額－銷貨成本＝銷貨毛利。④銷貨毛利－（銷售費用＋管理費用）＝營業淨利。⑤營業淨利＋非營業收益－非營業損失＝純益額（即所得額）。二製造業①（期初存料＋進料－期末存料）＋直接人工＋製造費用＝製造成本。②期初在製品盤存＋製造成本－期末在製品盤存＝製成品成本。③期初製成品盤存＋製成品成本－期末製成品盤存＝銷貨成本。④銷貨－銷貨成本＝銷貨毛利。⑤銷貨毛利－（銷售費用＋管理費用）＝營業淨利。⑥營業淨利＋非營業收益－非營業損失＝純益額（即所得額）。三其他供給勞務或信用各業①營業收益－營業成本＝營業利益。②營業利益－管理或事務費用＝營業淨利。③營業淨利＋非營業收益－非營業損失＝純益額（即所得額）。」又證券交易法第6條第1項規定：「本法所稱有價證券，指政府債券、公司股票、公司債券及經主管機關核定之其他有價證券。」財政部依此規定，以86年5月23日（86）台財證（五）第03037號公告認購權證為證券交易法第6條規定「其他有價證券」在案。再證券交易稅條例第2條規定：「證券交易稅向出賣有價證券人按每次交易成交價格依下列稅率課徵之：一公司發行之股票及表明股票權利之證書或憑證徵千分之三。二公司債及其他經政府核准之有價證券徵千分之一。」另司法院釋字第493號解釋：「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24條第1項所明定。依所得稅法第4條之1前段規定，自中華民國79年1月1日起，證券交易所停止課徵所得稅；公司投資收益部分，依69年12月30日修正公布之所得稅法第42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。財政部83年2月8日台財稅第831582472號函說明三，採以收入比例作為分攤基準之計算方式，符合上開法條規定意旨，與憲法尚無牴觸。．．．」等語甚詳。

- (四) 綜合上開司法院解釋及所得稅法、證券交易法、證券交易稅條例等規定整體觀察可知，憲法第十九條規定人民有依法律納稅之義務，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；而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。準此，實質課稅原則與租稅公平原則，均應秉持租稅法律主義之精神為之，亦即納稅義務人及稅捐稽徵機關均應依法律明文規定決定是否課稅。而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，不得任意割裂適用。又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。有關營利事業所得之計算，所得稅法已明定係「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」，即揭明收入與成本費用配合原則；當營利事業收入不只一項時，依前揭所得稅法施行細則第31條規定，是以營利事業各項收入總額，減除所認定各項成本費用後，認列為營業淨利或淨損，再加減非營業收益、損失，計算其所得額，故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相類別之成本。另依所得稅法第4條之1規定，自79年1月1日起，證券交易所得停止課徵所得稅，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。再認購權證，業經財政部以86年5月23日（86）台財證（五）第03037號公告屬證券交易法第6條第1項規定「其他有價證券」在案，又因發行後買賣該認股權證，依上開所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所稅，本諸損益配合原則，其證券交易損失自亦不得從所得額中減除。財政部86年7月31日台財稅第861909311號函釋：「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，依每次交易成交價格課徵千分之一證券交易稅，並依現行所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所得稅。（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）出賣標的股票之行爲，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。」86年12月1日台財稅第861922464號【按本函釋已免列在財政部98年編印之所得稅法令彙編，理由為：「（96年7月11日增訂）所得稅法第24條之2已另有規定」】函釋：「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。又依證券交易稅實施注意事項第2點規定，發行認購（售）權證，不屬於交易之行爲，應免徵證券交易稅，自亦非屬營業稅之課稅範圍。」乃中央財稅主管機關財政部對於認購（售）權證及其標的股票交易相關稅捐之核課於適用行爲時前揭所得稅法、證券交易法、證券交易稅條例等相關法律時，依其法定職權，本於該等法律適用之整體性及權利義務之平衡為闡釋，其解釋符合行爲時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，與租稅法律主義尚無違背，得予適用。

- （五）本件上訴人89年度營利事業所得稅結算申報，有關認購權證發行及其避險交易分別於一營業收入項下列報：1.避險證券出售收入3,737,425,616元；2.其他營業收入項下列報發行認購權證利益701,899,175元（元富02-08）、發行認購權證損失1,304,053,275元（元富02-08）、發行認購權證到期前履約利益虧損6,606,613元及發行認購權證逾期失效利益2,028,500元。二營業成本-進銷成本項下列報

37

避險證券出售成本3,074,563,000元。被上訴人以89年度到期之認購權證（元富02、03及04）權利金收入為400,160,000元，發行後該等認購權證評價損失1,008,920,713元（計算式：發行認購權證利益701,899,175元－核定認購權證權利金收入400,160,000元－發行認購權證損失1,304,053,275元－發行認購權證到期前履約損失6,606,613元），非屬認購權證權利金收入之成本費用，不得自應稅所得中減除，併同調整避險證券出售利益662,862,616元（避險證券出售收入3,737,425,616元－避險證券出售成本3,074,563,000元），乃核定「58欄」認購權證評價損益及避險交易損益為虧損346,058,097元（-1,008,920,713元+662,862,616元）。上訴人不服，申經復查結果，獲准追認認購權證評價損益及避險證券交易損益2,028,500元，變更核定認購權證評價損益及避險證券交易損益為虧損344,029,597元（346,058,097元－2,028,500元）之事實，業經原審認定明確。原審因斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，敘明：（一）證券商發行權證，依主管機關前財政部證期會86年5月31日發布之「發行人申請發行認購（售）權證處理要點」第8點第11款規定與第11點規定（89年11月3日證期會另發布「發行人申請發行認購（售）權證處理準則」取代之，惟必須避險之基本精神一致），及88年8月6日「臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則」第6條第7款、第8條第11款規定（註：93年6月14日修正條文第8條第1項第5款、第10條第6款第8目規定同此精神），固規定證券商應進行避險交易，且該避險交易之特性，在於股價上漲時買進標的股票以履行權證持有人履約要求、股價下跌時賣出標的股票以防權證持有人棄權時發生巨額跌價損失，惟依上開事實可知，券商對標的股票漲即買、跌即賣之避險交易行為，為其履約之準備，而其避險交易可能產生損失，亦可能產生利益，難認為發行權證之成本或費用。因此，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（5）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日台財稅策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。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得，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。(二)按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，若採被上訴人主張將避險證券交易損失認定為認購權證之成本減除，則將侵蝕應稅之權利金所得。再證券商於發行認購權證時，因前開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；財政部上開86年12月11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，亦可知悉所得稅法第4條之1規定，其為避險之證券交易所得因免稅，其因避險之證券交易損失亦不得自所得額中減除，自應充分衡量其發行該認購權證之利潤後，再行決定該權利金之金額，以作為發行最符合其經濟效益之商品，自不得僅因其依照於發行認購權證時約定應買進或賣出股票時之證券交易，即謂該種證券交易，係出於強制而與一般消費者為證券交易有所不同，因而於稅收上異其計算，否則則有違反租稅法律主義及租稅公平原則。(三)再按，會計學上「收入成本配合原則」，與稅法上成本費用之得否列報並非完全相同：所謂「收入成本配合原則」於會計學上係指「某項收益已經在某一會計期間認列時，所有與該收益之產生有關的成本均應在同一會計期間轉為費用，以便與收益配合而正確的計算損益」。上開會計學上之「收入成本配合原則」於稅法之適用上，尚須考量租稅政策與目的，於辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，其依商業會計法記載之會計事項，如與所得稅法等有關租稅法規規定未符者，均應於申報書內自行調整之，此觀諸所得稅法第36條（捐贈）、第37條（交際費）、第43條之1（不合營業常規之調整）、第49條（壞帳）、第51條之1（折舊）等規定均設有限制即可知，二者範圍並非完全相同。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，因避險交易所生之成本得以明確計算，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。上訴人逕將「會計學上」收入、成本配合原則下之成本、費用，視為「所得稅法上」得列報之成本、費用，忽略立法者對於個別成本、費用所為之目的及政策考量，自有未洽。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。若法律定有明文不得列報，即屬收入成本配合原則之例外，依法決定得否列報成本費用，不生違反收支成本配合原則問題。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得停止課徵所得稅，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。(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，例如受捐贈收入、補償費收入、利息收入及認購權證之權利金收入等，其收入性質本無成本費用，或費用金額相對微小，形成收入與所得金額相近或對毛收入課稅之結果，此係依所得稅法第24條實質課稅原則計算所得之結果，難謂違反實質課稅之公平原則。且各種收入可否扣除成本費用及何種支出始得作為成本費用自收入項下減除，於稅法上各有規定，縱系爭避險損失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。雖證券主管機關財政部證期會曾發布上開「發行人申請發行認購（售）權證處理要點」「臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則」等規定，要求權證發行人應就權證之標的證券建立避險部位，然此避險交易係基於保護投資者及維持金融秩序所必要，並非源自稅捐稽徵之考量。因此，關於「出售避險部位標的的證券收入」及「出售避險部位標的的證券成本」

2科目損益應如何申報，自當另依有關之所得稅法第4條之1規定辦理。(五)縱使96年7月11日增訂公布所得稅法第24條之2規定，認購(售)權證相關損益計算不適用所得稅法第4條之1規定，惟該條文並未訂立特定施行日期或授權以命令規定施行日期，依中央法規標準法規定應自公布日起算至第3日發生效力，而本案事實發生於上開法條生效日之前，自無該增訂公布所得稅法第24條之2規定之適用，故仍需受行為時所得稅法第4條之1規定之拘束等由為其論據，認訴願決定及原處分(復查決定)於法並無不合，均予維持，駁回上訴人之訴。揆諸上揭規定及說明，核無違誤。上訴論旨，仍執前詞，以其個人主觀見解，指摘原判決違背法令，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。

七、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 100 年 7 月 7 日

最高行政法院第五庭

審判長法官	藍	獻	林
法官	廖	宏	明
法官	姜	素	娥
法官	林	文	舟
法官	胡	國	棟

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 100 年 7 月 7 日

書記官 阮 思 瑩