

司法院大法官書記處收文  
100年8月9日  
會台字第10503號

函

受文者：司法院

發文日期：100年8月 日

主旨：為聲請人因最高行政法院 100 年度判字第 970 號確定判決所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函，有牴觸憲法第 7 條平等原則、第 15 條財產權保障及職業自由之保障、第 19 條租稅法律主義、第 23 條比例原則與第 172 條命令不得違法違憲等規定，以及 鈞院歷年來之釋字第 385 號、第 420 號、第 493 號、第 597 號、第 622 號、第 625 號及第 661 號等多號解釋先例，侵害聲請人基本權，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款聲請 鈞院大法官解釋，以維憲政秩序。另聲請人為求審議程序及結果之周延審慎，爰依司法院大法官審理案件法第 13 條規定聲請 鈞院惠准行言詞辯論程序，同意到場說明，保障人民權益，至感德便。

說明：檢附「解釋憲法聲請書」乙份。

聲請人：~~亞東證券股份有限公司~~

代表人：張學林

聲請代理人：勤業眾信聯合會計師事務所

林宜信會計師

德勤商務法律事務所

林瑞彬律師

大法官書記處



解 釋 憲 法 聲 請 書

聲請人 聲請代理人	姓名及身分證統一編號(如係法人團體或政請記明其名稱代表人姓名)	住居所、營業所、主事務所及電話號碼	送達代收人姓名、住址及電話號碼
聲請人	亞東證券股份有限公司		
代表人	張學林		
聲請代理人	林宜信會計師  林瑞彬 律師	勤業眾信聯合會計師事務所  德勤商務法律事務所	送達代收人： 勤業眾信聯合會計師事務所 林宜信會計師 送達處所：

緣最高行政法院 100 年判字第 970 號確定判決（附件 1）所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函（註：財政部對於台財稅第 861922464 號函，收錄於所得稅法令彙編、營業稅及證券交易法法令彙編之日期分別為 86 年 12 月 1 日其 86 年 12 月 11 日，故實務上提及此號函釋時，或有引用 86 年 12 月 1 日台財稅第 861922464 號函，或有引用 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函，惟均屬同一函釋，附件 2，下稱「財政部 86 年函釋」），有牴觸憲法第 7 條平等原則、第 15 條財產權保障及職業自由之保障、第 19 條租稅法律主義、量能課稅原則、租稅公平原則、第 23 條比例原則與第 172 條命令不得違法違憲等規定，以及 鈞院歷年來之釋字第 385 號、第 400 號、第 420 號、第 493 號、第 597 號、第 607 號、第 622 號、第 625 號及第 661 號等多號解釋先例，而有牴觸憲法之疑義，爰向聲請 鈞院大法官會議解釋，以保障人民基本權。

#### 壹、聲請解釋憲法之目的

聲請人依大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，聲請 鈞院解釋，並為如下之宣告：

「憲法第 19 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、實質課稅原則及租稅公平原則。財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函：「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」，認定證券商發行權證收取之發行價款為應稅之權利金所得在先，卻認證券商發行權證依法應有

風險管理措施避險以便投資人行使權利，證券商就該等買賣標的股票及權證（包括自己及他家券商發行同一標的股票之權證）所產生之交易所得或損失，雖應於履約時認列損益，但該損益卻須依所得稅法第 4 條之 1 規定辦理，並依所得稅法第 4 條之 1 規定不得自當年度應稅所得額中扣除，形同否准發行該等權證風險管理措施（或稱避險交易）所生之損失得自該權證之應稅權利金收入中減除，前揭行政釋示已違反所得稅法第 24 條淨額所得課稅原則及收入與成本費用配合原則及依本院釋字第 493 號「免稅成本費用，應於免稅收入項下減除」之反面解釋所導出「應稅成本費用，應於應稅收入項下減除」之旨。經查所得稅法第 4 條之 1 並不包括對應稅收入對應之成本費用不准減除之意旨，故前揭行政釋示與首揭憲法第 19 條租稅法律主義及量能課稅、實質課稅之租稅公平原則意旨不符。況前揭釋示對權證交易發行者產生之稅負結果甚苛，並有影響券商營業自由、國家財政收入減少等與結果無關之副作用，顯與憲法第 15 條對人民財產權、工作權（職業自由）之保障及憲法第 23 條比例原則相違。且前揭釋示對權證風險管理措施（或避險交易）之定性，與大法官釋字第 420 號、625 號所揭櫫之實質課稅原則亦有相悖，亦有違憲法第 7 條平等原則，自本解釋公布之日起，應不予援用。」

按現代實質意義之法治國家，以追求人性尊嚴為中心，亦即德國基本法第 1 條第 1 項所言之「人之尊嚴不可侵犯，尊重及保護此項尊嚴為所有國家機關之義務。」。本於上開實質正義之信念，國家透過公平正當之稅捐負擔，實現其作為給付國家所擔當之任務。亦基於正義國家之概念，稅法規定必須與憲法之價值體系相協調一致，立法者於所得稅法上之裁量空間必須予以限制，亦即應受憲法價值觀之拘束，厥為重要者乃憲法上基本權之拘束，故人民基本權遭受國家租稅立法權侵害時，必須由 鈞院大法官會議以租稅正義與憲法基本權為審查之標準，保障人民之權利（附件 3，葛克昌，所得稅與憲法，頁 29 至 30）。聲請人前因最高行政法院確定判

決援用財政部 86 年函釋，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定，請求 鈞院大法官宣告財政部 86 年函釋應不予適用，如蒙 鈞院作成違憲解釋時，聲請人並得就據以聲請解釋之案件依釋字第 177、185、193 號解釋及行政訴訟法第 273 條第 2 項之規定，聲請再審。

## 貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

### 一、本案之背景事實

按民國 86 年 5 月 31 日財政部證券暨期貨管理委員會(現行政院金融監督管理委員會證券期貨局)核准國內券商發行新金融商品-認購(售)權證，所謂「認購權證」係指投資人支付一定數額之權利金買發行人發行之認購權證，而該權證係表彰投資人有「依其設定之條件，於到期日內或約定之到期日，向權證發行人按約定價格認購一定數量之標的股票」之權利。亦即，投資人得依其對該標的股票未來市場價格之預期而決定購買該認購權證，致不論認購權證到期日當天標的股票股價如何，均享有得以約定價格向權證發行人購買約定數量標的股票之權利，如此便可在標的股票股價如其所預期上漲至高於約定認購價格時，選擇認購並享有該等價差之利益，並將最大風險鎖定在認購權證時給付予券商之權利金(亦即當標的股票股價低於約定認購價格時可選擇不執行履約，便只有損失認購權證之權利金)，其餘風險則轉由發行券商負擔。權證發行者(即券商)，雖因認購者購入權證而可向其收取權利金，但相對該發行者亦負擔一契約上之義務，即購入權證者在契約約定之一定期間內，一旦行使其依約定價格向發行權證者購入(售出)標的股票時，發行者即有義務依該約定價格出售(買入);抑或該購入權證者在契約約定期間內放棄行使，致逾期而失效。此時該權證交易之權利義務關係方為終結，進而權證發行者方能正確計算該次發行權證之真正損益。

申言之，權證本身價格會與其標的股票之價格，具有直接連動之關係，

認購權證與一般股票不同的是，它具有「時間價值」，並非由單一時點決定其價值，因此發行人和投資人最後誰賺誰虧，都必須至履約時才能確定，故其與一般股票不同之處即在於其交易實態係以一段期間來決定其取得成本，並非如一般股票在購入當時成本已經決定。是故，1997 年經濟學諾貝爾獎得主 Scholes 對權證之評價認為係「時間價值」加上「內含價值」，所謂「內含價值」即為標的股票價格與履約價格間之差價，至於時間價值係依照股價超越履約價格的可能性加以評價，蓋只要到期日尚未到臨，股價仍有可能超越履約價格，而且到期日愈長，或是股票波動程度愈大，則時間價值可能愈高。從而，權證交易相當重視發行日至到期日之期間可能發生之標的股票價值變動，券商為避免時間價值產生之不利益，乃須進行避險操作，以控制前述風險。

認購權證發行人，向證券交易所申請就其擬發行之認購權證上市時，依行為時發行人申請發行認購（售）權證處理要點（附件 4）第 10 條規定，俟證券主管機關核給其發行認購權證之資格後，向證券交易所申請同意其發行計畫後，始得辦理發行及銷售，依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 7 條第 8 款之規定，發行人應有適當風險管理措施，如有違反將可能依同準則第 11 條規定撤銷或廢止權證上市之核准。又臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（以下簡稱審查準則，附件 5）第 4 條第 2 項第 5 款、第 8 條第 1 項第 5 款及第 7 款、第 10 條第 1 項第 5 款第 9 目分別規定，「發行人申請認購（售）權證發行人資格之認可…應提出預定之風險沖銷策略。」、「發行人申請發行認購（售）權證資格者，如有下列各款情事之一者，本公司得不予同意其資格之認可：…五、發行人無適當之風險管理措施者…七、發行人於最近一年內未能依本公司認購（售）權證相關規定辦理，且無法於限期內改善者」、「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：…（九）預定之風險沖銷策略。…」故不論認購權證到期

履約之方式為何，投資人按約定履約價格向發行人購入標的股票或投資人以現金結算方式收取差價，皆必須有風險沖銷策略之訂定，發行券商應於公開說明書載明風險沖銷策略，若無適當風險管理策略則將不予同意或請主管機關撤銷其資格之認可。券商則會於公開說明書上載明風險沖銷策略包括買賣標的股票以及買賣該檔權證或其他發行人之同一標的股票權證或衍生性金融商品，且依前開上市審查準則在 91 年修正時增訂第 15 條規定券商應設立避險專戶，進行風險管理措施。

而風險沖銷之避險方式，可分委外避險及自行避險。自行避險之風險沖銷策略係指認購權證發行人，為避免因標的股票價格大幅上揚或下跌，致認購權證到期履約時所產生鉅額虧損或避險標的股票產生鉅額虧損之風險，所採取自行買進或賣出標的股票（或稱避險部位）之相對應措施。認購權證發行人若無適當之風險管理措施者，依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 8 條第五款之規定，證期會得不認可其發行資格，是以，因此等認購權證避險措施所發生之損益，實屬原告營業上所必須負擔之成本，與證券交易或投資確有不同。

是以，權證商品的損益計算應以權證整體生命週期作為觀察面向，除了券商所有發行的權證認列權利金收入外，為了風險管理措施必須進行標的股票的買賣、買賣該檔權證或其他發行人之同一標的股票權證或衍生性金融商品等避險措施（下稱風險管理措施或避險交易）之損益，以及認購權證履約及到期之損益。風險管理措施、履約損益與賺取權利金收入的營業活動間具有相當因果關係，除依照一般商業判斷本屬賺取應稅權利金收入之成本費用外，更屬基於主管機關法令所要求之必要行為。不管由發行權證之經濟活動實質面向觀察，或由法規範強制面向觀察，權證發行所收取之權利金收入，與因履行風險管理措施而產生相關必要之避險部位損失，實係互為條件，具有直接因果關係。

故於經濟上完全無法想像避險損失竟無法自權利金收入項下抵扣之可

能，是以在財務會計上，因權證權利金收入仍負有購買權證者可依履約價格要求購入或售出標的股票而相應發生可能損失之負擔，故在收取權利金時係貸記發行認購權證之負債（負債增加），並非真正收入（因大部分賺取收入的義務尚未履行），在權證流通期間，當標的股票上漲，權證價值增加時，除一方面增加已持有標的股票之評價利益外，另一方面亦同時增加發行認購權證之負債，是以避險部位項目（標的股票及該認購權證）所產生之損益，兩者價值變動損益合併認列，方得正確計算權證交易正確損益，此觀證券交易法授權訂定之「證券商財務報告編制準則」（附件 6）第 17 條有關損益表之規範，同條第 1 款第 3 目「認購（售）權證發行利益：證券商發行認購（售）權證所獲得之利益屬之，包括認購（售）權證負債公平價值變動利益、認購（售）權證到期前履約利益、認購（售）權證再買回公平價值變動利益及認購（售）權證逾期失效利益等。」及同條第 2 款第 6 目「認購（售）權證發行損失：證券商發行之認購（售）權證所發生之損失，包括認購（售）權證負債公平價值變動損失、認購（售）權證再買回公平價值變動損失。」自明，以認購權證逾期失效利益為例，其計算方式是以權證負債（亦即當初收取權證權利金收入的貸方科目）減除權證負債減項（權證再買回金額），財務會計上之權證逾期失效利益應將系爭權證再買回之損益與權利金收入併計，是以權證損益在財務會計上包括基於風險管理措施所為之買賣權證之再買回部分損益。是以，由經濟實質面觀察，權證發行所收取之權利金收入，其最主要之成本，或說影響本檔次權證交易獲利與否最重要的關鍵實繫於其避險損失是否控制得宜，蓋權證價值主要取決於時間價值，權利金之設定亦是本於對權證時間價值及內涵價值之評估而精算出來，實必須以一個整體權證發行期間來觀察權證交易之獲利狀況；另由法規面觀察，權證發行必須有避險交易之配套措施，否則主管機關根本不准其發行。

權證課稅爭議自民國 86 年權證此一金融商品在我國上市買賣後，因



實質造成租稅不公，財稅實務界、業者及學界爭論不休，相關文獻亦汗牛充棟，財稅主管機關雖知財政部 86 年函釋可能有錯誤課稅之情事，惟其未能勇於任事，僅同意以修法且不溯及既往之方式解決權證案件爭議，修法之前之爭議案件則推諉予司法機關，近年已獲確定判決之案件均為納稅義務人敗訴（附件 7），此種會產生上下審級法院判決歧異之有重大爭議案件，實有賴 鈞院以憲法解釋之角度，對於確定判決所援用之財政部 86 年函釋進行解釋。

聲請人 93 年度營利事業所得稅核定事件經最高行政法院 100 年度判字第 970 號確定判決逕依財政部 86 年函釋，駁回聲請人上訴，聲請人遂針對該確定判決所適用之財政部 86 年函釋，依法聲請本件解釋。

## 二、最高行政法院判決見解

- （一）系爭認購權證業經財政部核定為其他有價證券，而所得稅法第 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。另證券商發行權證，固應依規定進行避險交易，惟其避險交易可能產生損失，可能產生利益，難認為發行權證之成本或費用。
- （二）況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，且財政部 86 年函釋已指明系爭交易所得獲損失，應依所得稅法第 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，自不得僅因其係依於發行認購權證時之約定應買進或賣出股票，即謂該證券交易係出於強制而與一般消費者所為證券交易不同，否則即有違租稅法律主義及租稅公平原則。
- （三）96 年 7 月 11 日增訂公布之所得稅法第 24 條之 2 規定，並無應溯及適用之條款，且自其內容亦無從推論財政部 86 年 12 月函釋係屬錯誤，故聲請人員引實質課稅原則及所得稅法第 24 條規定指摘原判決

違法，並無可採。

### 三、本案之疑義與涉及之憲法條文

依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定，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，對於確定終局所適用之法律或命令，發生有牴觸憲法疑義者，得聲請解釋憲法。所謂「所適用法律或命令」包括經立法院三讀通過，總統公布之法律，或由法律授權行政機關訂定之法規命令，及行政機關本於職權所發布之解釋性或裁量性行政規則(釋字第 374 號解釋理由書參照)。經查聲請人因最高行政法院 100 年度判字第 970 號確定終局判決，其適用財政部 86 年函釋規定肯認國稅局核定對於聲請人發行權證之權利金收入，其相關基於風險管理措施而買賣該認購權證與標的股票，其避險部位損失否准認列為權證權利金收入之減項，係忽視憲法第 7 條、第 15 條、第 19 條與第 23 條之憲法規定及憲法原則，涉及侵害聲請人受憲法所保障之財產權。

本件最高行政法院確定判決之理由，可知本件釋憲標的（亦即財政部 86 年函釋）之解釋內容涉有下列數點問題：

- 1、財政部 86 年函釋有無違反上位階之法律或法規命令？亦即從租稅法律主義及法律保留原則角度觀察，財政部 86 年函釋係依所得稅法第 4 條之 1 所為之合法解釋，抑或違反行為時所得稅法第 24 條及其施行細則第 31 條之違法解釋？又所得稅法第 4 條之 1 之規定範圍是否有如最高行政法院所理解地那麼廣，並且構成行為時所得稅法第 24 條之特別規定；抑或應理解所得稅法第 24 條與同法第 4 條之 1 應作合體系之一致解釋？何種論點始與 鈞院釋字第 493 號解釋意旨相符？自所得稅法第 4 條之 1 之客觀解釋，是否可得出立法者採取財政部 86 年函釋之見解；抑或屬於立法者無明文規範者？

2、從實質課稅原則之角度觀察避險交易是否屬於整體權證交易之一部分？亦即在法律上應以一個法律事實（行為）看待或以數個法律行為看待？財稅稽徵機關是否有適用實質課稅原則之義務？如財政部 86 年函釋未適用實質課稅原則時，得否以其係解釋所得稅法第 4 條之 1 之理由來脫免違憲情狀？

3、從量能課稅原則而論：

- (1) 財政部 86 年函釋是否構成量能課稅原則之違反？立法者是否在所得稅法第 4 條之 1 明確表達因權證風險管理措施所生之避險損失成本費用認列加以限制？
- (2) 如在欠缺立法者明確規範意思之情況下，財政部 86 年函釋是否為貫徹立法者在所得稅法第 4 條之 1 形成之量能課稅原則之例外？財政部 86 年函釋對於違反量能課稅原則之形成空間為何？有無可支持之理由可支持其違反量能課稅原則？
- (3) 如所得稅法第 4 條之 1 規範意旨真屬限制權證因風險管理措施所生避險損失之認列，有無任何支持其違反量能課稅原則之理由？對於租稅法律內容之違憲審查標準為何？而以財政部解釋所形成之形成空間又如何？

4、依平等原則以言：

- (1) 本件是否因租稅侵害人民權利甚鉅而應適用較高標準之違憲審查基準？本件是否有應尊重政治部門之裁量而予採取寬鬆審查標準之可能性？租稅法規之違憲審查標準，是否應與經濟及社會權利之立法同視？
- (2) 在所得稅法第 4 條之 1 的適用上，立法者在制定所得稅法第 4 條之 1 時有無預見權證交易所生之課稅爭議，是否屬於「法律漏洞」？如有法律漏洞是否應有相對應之法律補充方法？是否可將立法者對所得稅法第 4 條之 1 之意旨理解為進行財稅差異之依

據？財政部 86 年函釋有何實質追求平等之理由？如何合憲地形成差別待遇？對於新所得稅法第 24 條之 2 之立法過程，是否未能有空間適用於修法前案件？

5、比例原則部分：財政部 86 年函釋之規範目的何在？公益理由為何？其對於人民權利構成如何之侵害？是否已造成財產權以外之工作權、職業自由之不合理侵害？有無其他副作用之產生？應如何以違憲審查基準加以審查？

### 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、聲請解釋憲法之理由

在探討基本權利違憲審查時，應分基本權利保障範圍之詮釋、基本權利是否受限與限制基本權利之憲法上合法化理由之審查三個層次思考。當立法機關之立法行為如侵及人民基本權利之基礎範圍（Reichweite）時，即將之視為一種違憲徵兆（Indiz），在第二層次上，即須檢視國家行為限制基本權之合憲性（即有無阻卻違憲事由）（附件 8，李建良，基本權利理論之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊，第九卷第一期，頁 39 以下）。又按 鈞院對於租稅法令之審查向採取綜合審查標準，申言之，鈞院近來之憲法解釋係以憲法第 19 條規定之「人民有依法律納稅之義務」之文義出發，除包含租稅法律主義之形式合憲性審查標準外，亦就租稅公平原則、量能課稅原則、實質課稅原則及財產權保護等實質違憲性檢驗標準一併納入，此觀 鈞院釋字第 635 號解釋理由書所揭櫫：「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，以法律定之。惟主管機關於職權範圍內適用之法律條文發生疑義者，本於法定職權就相關規定予以闡釋，如係秉持一般法律解釋方法，且符合相關憲法原則，即與租稅法律主義無違。」自明。是聲請人就本件釋

憲標的如何違反上開憲法原則，循上揭先形式後實質之合憲性檢驗標準，作為撰寫本聲請書之方法論，合先敘明。

由於本案聲請之釋憲標的係屬財政部行政釋示，就形式合憲性之檢驗上，必須遵守租稅法律主義及法律保留原則，故其問題之爭點在於其解釋是否與所得稅法之法律相符合，而無增加法律所無之限制；另從實質合憲性或是說內容之違憲審查標準而言，自前揭鈞院釋字第 635 號解釋理由書可知，應以租稅公平原則、量能課稅原則、實質課稅原則作為檢驗財政部 86 年函釋之主要標準，又一般實質合憲性檢驗最主要者即為比例原則與平等原則所構成之違憲審查基準，涉及命令或行政規則之違憲審查密度，行政機關之形成空間如何，聲請人亦請鈞院於本案一併檢討。另外有關本聲請書對於財政部 86 年函釋是否違憲之問題脈絡已於前敘明，茲不再贅述，以下謹直接針對財政部 86 年函釋涉及牴觸憲法之疑義，加以詳述：

（一）依形式合憲性檢驗標準，財政部 86 年函釋有違修正前所得稅法第 24 條第 1 項之規定，且逾越所得稅法第 4 條之 1 的可能文義範圍，增加法律所無之課稅要件

- 1、按「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，以法律或法律明確授權之命令定之，迭經本院解釋在案。七十四年十一月十五日修正公布之營業稅法（下稱舊營業稅法）第一條規定：『在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。』（嗣該法於九十年七月九日修正公布名稱為加值型及非加值型營業稅法，該條亦修正為：『在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵加值型或非加值型之營業稅。』）同法第三條第二項前段規定：『提供勞務予他人，或提供貨物與他人使用、收

益，以取得代價者，為銷售勞務。』準此，所謂銷售收入，就銷售勞務而言，係指營業人提供勞務予他人，或提供貨物與他人使用、收益，所取得之代價。財政部八十六年四月十九日台財稅字第八六一八九二三一一號函說明二釋稱：「汽車及船舶客運業係以旅客運輸服務收取代價為業，其因行駛偏遠或服務性路線，致營運量不足發生虧損，所領受政府按行車（船）次數及里（湮）程計算核發之補貼收入，係基於提供運輸勞務而產生，核屬具有客票收入之性質，……應依法報繳營業稅。」此一函釋將上述補貼收入，認係銷售勞務之代價，應依法報繳營業稅。惟依交通部八十七年二月四日發布之大眾運輸補貼辦法（已廢止）第十二條第一項規定：「現有路（航）線別基本營運補貼之最高金額計算公式如下：現有路（航）線別基本營運補貼之最高金額＝（每車公里或每船湮合理營運成本－每車公里或每船湮實際營運收入）×（班或航次數）×（路或航線里、湮程）」；同條第四項並規定，該公式中之合理營運成本不得包括利潤。是依該公式核給之補貼，係交通主管機關為促進大眾運輸發展之公共利益，對行駛偏遠或服務性路線之交通事業，彌補其客票收入不敷營運成本之虧損，所為之行政給付。依上開規定受補助之交通事業，並無舊營業稅法第三條第二項前段所定銷售勞務予交通主管機關之情事。是交通事業所領取之補助款，並非舊營業稅法第十六條第一項前段所稱應計入同法第十四條銷售額之代價，從而亦不屬於同法第一條規定之課稅範圍。系爭函釋逾越舊營業稅法第一條及第三條第二項前段之規定，對受領偏遠或服務性路線營運虧損補貼之汽車及船舶客運業者，就該補貼收入，課以法律上未規定之營業稅納稅義務，與憲法第十九條規定之意旨不符，應不予適用。」有鈞院釋字第661號解釋理由書可考，是對於租稅客體必須以法律或明確授權之法規命令定之，始得防免

對租稅法律主義之違反，而不得概括授權行政機關制定子法或甚至解釋令函之方式加以規範。

- 2、次按行為時第 24 條第 1 項規定：「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。」依 鈞院釋字第 607 號解釋理由書闡釋「所得稅法關於營利事業所得稅之課徵客體，為營利事業之收益，包括營業增益及非營業增益，除具有法定減免事由外，均應予以課稅。按所得稅法第 24 條第 1 項規定：「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額」。所謂「年度收入總額」及供計算所得額之項目則由同法施行細則第 31 條規定為營業淨利 + 非營業收益 - 非營業損失 = 純益額（即所得額），至於免稅項目則列舉規定於所得稅法第 4 條，觀諸所得稅法第 3 條、第 4 條及第 24 條第 1 項規定之立法目的及其整體規定之關聯意義，尚未違背憲法第 19 條規定之租稅法律主義。」，準此，行為時所得稅法第 24 條第 1 項之文義係規定收入應減除成本費用、損失及稅捐之純益額為所得額，以該淨所得額作為營利事業所得稅之稅捐客體，此即量能課稅原則之客觀淨所得原則；而所得稅法施行細則第 31 條第 3 款規定其他供給勞務或信用各業之營利事業所得額計算，亦應扣除必要之成本費用，亦屬客觀淨所得原則之具體規範。
- 3、又按所得稅法第 4 條之 1 規定：「自中華民國 79 年 1 月 1 日起，證券交易所得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」其立法理由略謂：「明定證券交易所得不課徵所得稅，其損失亦不得自所得額中減除。」（附件 9），故所得稅法第 4 條之 1 之構成要件係證券交易所得免稅，故其損失亦不得自應稅所得中扣減，亦即法律規定之「證券交易損失」為證券交易所得相對應之同一種類交易（亦即均為有價證券之交易），是其構成要件要素必須

整體以觀，亦即證券交易收入（免稅收入）對應之成本、損費均不得於稅上認列，至於應稅收入對應之成本費用並不在其構成要件要素所規範，自立法理由即可確知。

- 4、復從 鈞院釋字第 493 號解釋以言，「營利事業所得之計算，係以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額，為所得稅法第 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，證券交易所得停止課徵所得稅；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。」，因為券商同時有免稅收入及應稅收入，故在利息支出如無法明確歸屬，就必須有部分分攤至免稅收入項下，不得用以扣減應稅收入，是應以收入之應免稅性質決定對應之成本費用能否扣除應稅收入。所得稅法第 4 條之 1 構成要件為免稅收入對應之成本費用、損失而言，僅為所得稅法第 24 條第 1 項之意旨重申，惟在應稅收入所對應之成本費用部分，所得稅法第 4 條之 1 在規範意旨上並未包括到如果證券交易損失屬於應稅收入對應之成本費用時，亦不得自應稅收入扣除之意思，換言之，如僅執所得稅法第 4 條之 1 後段「證券交易損失亦不得自所得額中減除」之規定單獨適用，認為證券交易損失無論是否得對應到證券交易收入均不得自所得額減除，此種解釋方法即是以陷所得稅法第 4 條之 1 後段為違憲之境，蓋 鈞院



既依釋字第 493 號解釋闡明所得稅法第 4 條之 1 前段之旨為應免稅收入應各自合理分攤各自向下之成本費用。如後段可解為但免稅損失應例外於前開原則而無論如何均無自所得額減除之餘地，顯然即違反量能課稅及租稅公平，依釋字第 493 號解釋之意旨即足以宣告所得稅法第 4 條之 1 後段違憲。

- 5、末按在法律體系上，假使有二個以上的法條的構成要件互相重合或交集，則便可能發生同一法律事實同時為它們所規範的情形，於是相對於該法律事實的這些法條便處於競合的狀態。若系爭法條所規定之法律效果並不相同，則就系爭法條之一是否排除另一法條之適用，便會構成問題，假若系爭不同之法律效果在性質上不能並存時，便只有一個能夠受到適用，蓋認為法規範同時要求 A 與非 A 之法律效果，是不能被理解的（附件 10，黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 185 至 188）。所以本於體系貫徹法律價值之觀點，對一個法律事實作成無矛盾之法律評價，其本身即為實現正義原則，從憲法上之原則而論，即是平等原則、體系正義之展現。
- 6、是以，就法學方法論以言，特別法優於普通法必須是，其中之一的構成要件要素為另一法條所全部具備，且該法條進一步具有前一法條所無之構成要件要素，則該另一法條相對於前一法條便具有特別性（附件 10，黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 75 至 77）。所得稅第 4 條之 1 規範對象（目的）係證券交易所免稅，故證券交易損失亦不得自應稅所得中扣減，其構成要件要素必須整體以觀，亦即證券交易收入（免稅收入）對應之成本、損費均不得於稅上認列，至於所得稅法第 24 條第 1 項之構成要件係每一項成本、費用應對應其收入，是故從規範無矛盾之角度解釋，所得稅法第 4 條之 1 不可能作成排除所得稅法第 24 條第 1 項收入配合原則之解釋。準此，所得稅法第 24 條第 1 項同意應稅收入項下屬可歸屬為免稅成本均得計

入免稅損益，卻於所得稅法第 4 條之 1 規範免稅收入項下之成本均必須計入免稅損益，使得其中可歸屬應稅項下之成本不得計入應稅損益，是如相關損益係可歸屬於應稅項下之成本，自應適用所得稅法第 24 條第 1 項規定，自應稅收入中予以扣除，準此，除非有足夠之證據認立法者制定之所得稅法第 4 條之 1 時有意創設收入成本配合原則應於證券交易所計算時排除適用之規定，否則此種見解顯然過度擴張所得稅法第 4 條之 1 後段之適用範圍，對母法所未規範之稅基、租稅客體事項予以規範，自屬違反租稅法律主義與法律保留原則。況且對法律文義違反一般法律解釋方法，依 鈞院釋字第 635 號解釋意旨，當屬違反租稅法律主義至明。

- 7、經查，財政部 86 年函釋僅以所得稅法第 4 條之 1 後段「證券交易損失亦不得自所得額中減除」之規定孤立解釋，而認定避險部分所生之證券交易損失屬於所得稅法第 4 條之 1 之規範範疇，未整體解釋所得稅法第 4 條之 1 適用範圍係以免稅收入對應之成本費用、損失為前提，故財政部 86 年函釋表面上係依據所得稅法第 4 條之 1 所為之法律意旨闡釋，惟其增加所得稅法第 4 條之 1 所無規範之應稅收入對應成本費用如為證券交易損失時，不得自應稅收入扣除。又查所得稅法第 4 條之 1 成本費用應得減除收入之意旨，財政部 86 年函釋對於權證交易採取風險管理措施之避險部位交易損失，認為應依照所得稅法第 4 條之 1 規定不准減除應稅收入，財政部 86 年函釋既誤解所得稅法第 4 條之 1 規範要件之可能文義在先，復在無法律或法規命令依據下增加所得稅法第 24 條第 1 項及其施行細則第 31 條所無規定之要件，對於課稅客體（亦即稅基之計算）增加法律所無之要件，屬以行政釋示就不得減除之成本費用增加法律所無之要件，洵有違反憲法第 19 條及前開 鈞院釋字第 622 號之租稅法律主義、中央法規標準法第 5 條之法律保留原則及憲法第 172 條命令不

得違法、違憲之規定。

8、再查，立法者於制定所得稅法第4條之1時，依照主客觀的立法事實，主要乃是對股票之證券市場加以規範，對於另一金融商品期貨，則以所得稅法第4條之2訂定免稅規定，論其實際，權證僅是以股票作為購買人認購之標的，認購人可以約定之特定價格買入(認購權證)或賣出(認售權證)該標的股票之權利證書，此亦為財政部86年函釋解釋發行券商取得之權利金收入應稅，並非屬於所得稅法第4條之1之證券交易所得，惟財政部86年函釋仍執意將權證交易中之風險管理措施單獨抽離，顯然與立法者在87年增訂之所得稅法第4條之2意旨有違，蓋客觀上可推知立法者認為期貨交易與證券交易係屬二事，而權證交易其實是比較類似於股票選擇權之期貨交易，可參考財政部91年12月26日台財稅第0910455619號函釋「臺灣期貨交易所股份有限公司擬推出「股票選擇權契約」，交易人買賣該項契約或於到期時結算差價者，均應依「期貨交易稅條例」第二條規定課徵期貨交易稅；至到期履約採股票實物交割者，應依證券交易稅條例規定課徵證券交易稅，由期貨商於每次結算交割之當日代徵後，填具「期貨商代徵期貨交易稅稅額繳款書」，並於項目欄內載明「股票選擇權履約證券交易稅」，應於代徵之次日向國庫繳納之。」(附件11)是以財政部86年函釋單獨抽離權證因風險管理措施所生之避險損失作為所得稅法第4條之1規範之客體，顯已超越立法者制定法律之初所預定規範之對象，形成上述違反租稅法律主義與法律保留原則之情。

9、基因於上開所得稅法第4條之1之適用範圍爭議，迭生徵納雙方之訟爭，例如與本案類似之他案中，納稅義務人曾有在台北高等行政法院法院獲判勝訴之主要關鍵即在於，權證避險交易與一般投資者購買之證券交易性質有異，然而最高行政法院確定判決卻以券商發行

權證前已知悉風險管理措施可能發生損失，及證券交易只問有證券交易之形式外觀，而不問買賣雙方對該證券交易其動機及內在主觀意思為何，否則亦有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性，據此駁斥台北高等行政法院判決之見解。上開司法機關間對證券交易之範圍有不同之見解，足見所得稅法第 4 條之 1 之適用範圍確實因新金融商品之出現及財政部 86 年函釋之認定，導致上述重大爭議。聲請人以為，其實只要釐清所得稅法第 4 條之 1 規範對象不包括權證避險交易，或不就所得稅法第 4 條之 1 後段「證券交易損失亦不得自所得額中減除」之規定孤立解釋適用時，當然就不會發生上開實務對於證券交易行為認定之爭議，併此敘明。

(二) 依實質課稅原則，權證課稅案件之爭議在於財政部 86 年函釋對於課稅事實關係之定性問題未予釐清，以致誤認避險交易部分為法律上應獨立評價之行為，有違實質課稅之租稅公平原則

1、實質課稅原則得作為次於法律之下位規範之規範違憲審查準則

(1) 按實質課稅原則本係源自德國租稅法制上之「經濟觀察法」，鈞院大法官自釋字第 420 號解釋開始，即明確宣示「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」。其後並一再以實質課稅原則作為解釋性行政規則之規範違憲審查準則（例如釋字第 496 號解釋、釋字第 500 號解釋均屬適例），故就解釋性行政規則而言，「實質課稅原則」在我國法制上業已跳脫租稅法適用之目的論方法層次，而與具有憲法位階之租稅法律主義（憲法第 19 條）及租稅公平原則（憲法第 7 條）聯結，具有作為規範違憲審查準則之規範意義。申言之，倘有一解釋性行政規則忽略租稅法客觀目的下所要掌握之經濟實質，而將雖於法律形式上相同，但經濟實質上有

別於租稅法真正所欲掌握之租稅客體，一併納入租稅課徵之範圍，即已抵觸租稅法律主義下之依法課稅原則，且此種解釋性行政規則對於法律形式上相同但經濟實質上有重要差別之事物給予相同對待，亦有違租稅法上公平課稅原則，故在此限度內，「實質課稅原則」毋寧使具有憲法位階之「依法課稅原則」及「公平課稅原則」在稅法上具有可操作性之具體化準則，亦屬鈞院可資適用之規範違憲審查準則。申言之，倘某一解釋性行政規則違背「實質課稅原則」，無疑亦已違背具憲法位階之依法課稅及公平課稅（量能課稅）原則，而將「實質課稅原則」定位為租稅法上之目的論方法，與將某一違背「實質課稅原則」之下位規範評價為抵觸憲法，兩者並不生衝突，鈞院大法官上開解釋將「經濟觀察法」以「實質課稅原則」之概念呈現，正是彰顯解釋性行政規則違背「經濟觀察法」之結果於實體法上之憲法意義，並使之具有開啟違憲審查之憲法訴訟上意義，吾人自不能以「經濟觀察法」或是「實質課稅原則」屬於租稅法上目的論方法，即否定實質課稅原則於我國實體法上之憲法意義及憲法訴訟上之功能。

- (2) 至稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 1 項規定：「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。」亦是將租稅法律主義及租稅公平原則視為實質課稅原則之規範根源。是故這個規定雖僅是普通法律位階，但正如同行政程序法將比例原則明文化一般，並無損其仍得作為規範違憲審查準則之功能，併此敘明。

## 2、課稅事實關係定性問題與實質課稅原則之關係

- (1) 按「地價稅之稽徵，係以土地所有權人在同一直轄市或縣（市）所有之土地之地價及面積所計算之地價總額為課稅基礎，並按照地政

機關編送之地價歸戶冊及地籍異動通知資料核定之。因地籍依法重測之結果，如與重測前之土地登記標示之面積有出入者，除非否定重測之結果或確認實施重測時作業有瑕疵，否則，即應以重測確定後所為土地標示變更登記所記載之土地面積為準。而同一土地如經地政機關於實施重測時發現與鄰地有界址重疊之情形而經重測後面積減少者，即表示依重測前之土地登記標示之面積為計算基礎而核列歸戶冊之地價總額並不正確，其致土地所有權人因而負擔更多稅負者，亦應解為係屬稅捐稽徵法第 28 條所規定之「因計算錯誤溢繳之稅款」，方與實質課稅之公平原則無違。」有 鈞院釋字第 625 號解釋可資參照。是以土地面積錯誤造成地價稅計算錯誤之情形，鈞院亦認為此與實質課稅原則相違背，亦即實質課稅則對於租稅法令及課稅事實（課稅事實關係定性）均有其適用，應無疑義。

- (2) 故學者認為實質課稅原則對於稅捐客體之有無之適用上，係包括定性之問題，這影響到其是否該當應稅的構成要件，及其應適用之稅基的計算規定和稅率對於納稅義務人之實質稅捐利益自有重大影響。例如一棟建築是否被定性為自用住宅，不但影響其房屋稅，而且影響其基地之地價稅、土地增值稅之應適用稅率（附件 12，黃茂榮，稅法總論第一冊，頁 405）。
- (3) 而所謂之「定性」係指事實關係的定性，由於法律之適用並不僅限於法規範解釋之問題，單純對於系爭法規範進行解釋，並無法獲得裁判規範，且小前提（亦即事實）之處理也絕不是毫無問題，所以事實關係之認定並不是單純的程序法的事務，對事實關係的定性，都應考慮法規範的意旨及目的，如對於事實關係的特徵，按照規範的意旨與任務，以合乎事理的方式，加以評價時，亦即針對構成要件的標準，對於事實關係的相關聯部分，加以評價時，則小前提（事實）即可正確的加以建立。是以德國稅法碩儒 Tipke 認為在稅法上，

事實關係的定性，必須以經濟觀察法為之（附件 13，陳清秀，稅法總論，頁 196）。有關實質課稅原則之適用包含課稅事實關係（亦即稅捐客體之有無），在我國憲法上、稅法上應為相同解釋，此觀鈞院釋字第 625 號解釋亦針對稅捐客體有無及事實關係之認定予以涵蓋自明。

### 3、權證課稅案件其關鍵問題之一亦在於課稅事實關係定性問題

（1）有關權證案件之法院判決中，台北高等行政法院率先於 92 年度訴字第 157 號判決表示此課稅問題與定性間之關係，該號判決略謂：「法律的實踐，「定性」先於「適用」，事實定性清楚後，才能按照定性結果去尋找對應之法規範，進而形成法律效果。……所得稅法制下的稅捐規避理論，是以「承認收入定性主要要用民商法因素來衡量」為其理論背景。（債券買賣價金中相當於出賣人持有期間票面利率之金額被認定為「利息所得」也可視為稅捐規避理論之一般化，或從稅捐規避理論法理所延伸出的觀點。）……事實上本院已用了極大的篇幅來說明，認購權證交易活動之全部流程，早在民商法層次上即被認定為一個單一的收入形成活動，而應一體看待，無從獨立分割，因此活動過程中之成本費用當然也可以認列。」，其實其判決意旨可以簡明地被解析為，究竟應將權證發行而收取權利金之事實與風險管理措施所從事證券交易之事實，在法律上應以一行為評價，抑或以多個行為評價？此問題除了課稅事實定性本身之問題外，更衍生出一個法律適用一致性的平等原則問題，此部分將待文後平等原則之檢討，再行論述。

（2）另按「實務上有些案件的討論，其性質剛好介於實質課稅原則與核實課稅原則的適用之間，有時難以正確判斷。例如，有關於認購（售）權證課稅案之相關爭議，稅捐主管機關對於發行認購（售）權證之券商所收取的權利金收入之外，不許其認列專為避險而買賣之有價

證券列為必要費用之案例，實務上多以實質課稅原則為由加以調整。此類案件，姑且不論稅捐機關之調整是否有理由，其本質上係屬收入與成本費用關聯性的事實問題，係屬事實認定的問題範疇，非關法律解釋適用的問題，亦即屬有無違反核實課稅原則之爭議，與實質課稅原則較無關聯。以前述之發行認購（售）權證之券商所收取的權利金收入，是否可以減除專為避險而買賣之有價證券為例，是否為必要費用係屬事實之評價，為事實認定的問題，與法律解釋適用無關。一旦評價判斷其屬必要費用以後，倘若稅捐機關仍不允許其加以減除，即屬違反量能課稅原則所衍生之客觀淨值原則的問題，仍與所述之實質課稅原則無關，兩者應予區別。」（附件 14，柯格鐘，憲法解釋與量能課稅及實質課稅原則，司法院大法官九十八年度學術研討會（上）冊，頁 33）。由上開學者見解可知，券商可否將風險管理措施所生避險損失自權利金收入中減除仍屬於事實認定之問題，故無論自實質課稅原則或核實課稅原則之層次探討權證課稅問題，本案之關鍵乃係在於，如何判斷權證交易之避險交易操作構成一個權證交易之整體行為（或事實）。

#### 4、權證交易屬於一個法律事實（法律行為）

- （1）按法律事實為生活事實中之為法律所規範者，且因其為法律所規範，故可被定性為法律事實之生活事實是否存在，便具有規範上的意義。法律事實之主要特徵應在：（1）具體性，（2）事實性，若將法律事實同一化為（抽象的）構成要件，首先只有使人們喪失描述本來意義之法律事實這個用語，並使之混淆，要之，法律事實並不是構成要件，它祇是充分了構成要件要素而已，所以法律事實只要簡單地將之瞭解成法律所規範之生活事實（附件 10，黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 219 至 222）。故學者理解之法律事實是不以法條規定之構成要件作為行為個數之判斷標準。



- (2) 至於是否屬於一個法律事實或法律行為之判斷，在各個法律體系都有其判斷之標準，例如在民法上即有「法律行為」之概念（法律行為為法律事實之一），即以意思表示為核心，所謂意思表示不僅要看客觀的表示行為，亦要由客觀行為狀態推論效果意思為何。另在刑法及行政罰法上之「行為單數」包括自然意義之一行為、構成要件之行為單數及自然之行為單數，其中第二、三種本非自然意義之一行為，是經法學評價後始承認為行為單數之態樣，在刑法及行政罰法上，對於一行為就不可以為雙重評價，所以自然意義之一行為不會因為該當數個構成要件而被給予法律的雙重評價。又自然意義之一行為係指以身體動作實現的「一個意思活動」，是以在法律的評價上恆為一個行為，並無再割裂、支解觀察之可能（附件 15，林明昕，論行政罰中單一行為之概念，頁 21 至 22）。
- (3) 回到稅法角度觀察，權證交易行為在稅法上究竟屬於一行為或二個以上之行為？吾人可先參考 鈞院釋字第 503 號解釋理由書，其略謂：「違反租稅義務之行為，涉及數處罰規定時可否併合處罰，因行為之態樣、處罰之種類及處罰之目的不同而有異，如係實質上之數行為違反數法條而處罰結果不一者，其得併合處罰，固不待言。惟納稅義務人對於同一違反租稅義務之行為，同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件者，例如營利事業依法律規定應給與他人憑證而未給與，致短報或漏報銷售額者，就納稅義務人違反作為義務而被處行為罰與因逃漏稅捐而被處漏稅罰而言，其處罰目的及處罰要件，雖有不同，前者係以有違反作為義務之行為即應受處罰，後者則須有處罰法定要件之漏稅事實始屬相當，除二者處罰之性質與種類不同，例如一為罰鍰、一為沒入，或一為罰鍰、一為停止營業處分等情形，必須採用不同方法而為併合處罰，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。從而，違反作為

義務之行為，如同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，則從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨。」，如果單純從外觀上或以不同法條構成要件作為行為個數之認定標準時，納稅義務人取得或開立憑證之義務與申報營業稅之行為，似屬於二個構成要件所定之行為，然而該二行為間具有方法與結果之關連，在營業人之意思上取得、開立憑證僅為申報營業稅之過程，就客觀狀態觀察營業人之主觀意思活動，應屬基於一個意思所為之整體行為，不能僅以法律上有對憑證開立、取得或保存行為設有特別規定，即將之論為二個行為，給予二罰之法律評價，此觀前揭 鈞院釋字第503號解釋自明。

- (4) 經查，權證交易之發行人之所以會從事避險交易，此乃權證交易契約性質所使然，發行人本應從事風險管理措施，詳如前述，就本件聲請人之客觀狀態觀察其主觀意思，當應將簽訂權證契約收取權利金及之後避險交易、權利人執行權利時將標的股票轉讓與伊等整體交易，均屬一行為，對於此種一行為自不能為相矛盾之評價。是故認購權證屬於一種具「時間價值」的「備」「兌」契約，對於權證發行人而言，該交易既然須待整體交易完結後始有結算損益之可能，而其間因避險交易所產生之損失又屬不能事先精確預測，僅能依前述避險公式推算並進行風險管理措施。從契約的權利義務關係以觀，權證發行人必須在履約時將標的股票依約定價格出售予行使買權之投資人，如不進行相關風險管理措施，有一種可能是在發行權證之際，即購入同等數量之標的股票；或者另一種可能是在投資人要求履約時再從市場上購入標的股票，可以想見不進行風險管理措施而採取上開二種作法，其可能造成之損失更大，前者是一開始購入股票量太大，不一定至履約時可全數出售予投資人，且要承擔

長期持有股票之價格波動風險，後者雖不必一開始購入大量標的股票，然標的股票市價高於履約價格時，權證發行人勢必會承受遭投資人大量行使買權而生之鉅額損失。準此，在權證交易中所採取之避險交易，乃權證發行人不得不採取之措施，並藉由避險交易賺取權證商品之利潤，風險管理措施當然構成權證交易本質之一部分。

- (5) 最後從法律事實判斷之角度觀察，法律事實之主要特徵應在具體性及事實性，亦即行為數的認定不可能以不同法令規定之構成要件，判斷同時該當二法條構成要件之事實即屬於二行為，仍然應該本於具體事實之狀態加以認定，是故，在法律事實之一環之法律行為，應依照當事人之意思表示活動加以認定，具體言之，聲請人在從事權證交易時，依照交易當事人之真意，避險交易本來就是權證交易行為之一環，或者說是其中的過程，絕對不因所得稅法第 4 條之 1 後段規範證券交易損失在稅上不認列後（假設語氣，即假設 鈞院認同此種所得稅法第 4 條之 1 之解釋方法），權證交易行為中之避險交易就應該被拆解出來，只能說此處會有對同一法律事實之不並存的規範間有如何競合之問題。權證發行人採取風險管理措施亦為主管機關所要求，亦即法令上亦將權證交易發行及避險交易作為一行為。

- (6) 職是，本案確定判決肯認財政部 86 年函釋之合法性，乃是基於因有證券交易損失不能扣減應稅收入之規定，將自然意義的一個法律事實（行為）誤認為有二個法律行為，所以才會建立出避險交易部分損失不與權利金收入併計之不同法律評價。然而聲請人必須指明者為，一個法律行為不得為互相矛盾之法律評價，此即屬正義原則及平等原則之內涵，否則一個法律行為該當數個法律之構成要件，是否就因此成為數行為？如有矛盾產生時，豈非對於一個行為各部分給予歧異之評價，就會如同財政部 86 年函釋所犯之錯誤，就權利金

收入以毛所得課稅，屬其成本之風險管理措施反而被認定為另一證券交易行為而不得認列應稅收入之成本費用，而對此部分是否應以規範競合方式加以處理，不加以討論。

**5、從日本立法例而論，避險交易必須與其對象合併計算損益，足見避險交易成本為認購（售）權證交易之一環**

日本稅法原本對資產的評價損益並不認為屬於所得稅（法人稅）上之損益，然而近年來企業會計的領域朝向市場價格會計之方向，對於衍生性金融商品部分有所調整，並於 2000 年、2007 年進行法人稅法修正，其中在有關有價證券避險交易部分之規定為法人稅法第 61 條之 7 第 1 項，有關減少有價證券價格變動之避險交易所產生之損益金額，在避險交易對於避險對象之有價證券損失額減少可被認為有效時，對有價證券市價與帳載價格之差額中，於避險交易損益可對應部分之金額，算入該年度所得金額內（附件 16，金子宏，租稅法，第 13 版，頁 262 至 265）。縱日本法制原則上不以資產之市價與其取得成本間之評價損益作為稅上已實現之損益，但在避險交易有效用時仍將該部分損益算入，足見避險交易損益屬於其避險對象之必要成本，可以概見。

**6、實質課稅原則應顧慮租稅之經濟實質，財務會計對於權證交易之處理當足供 鈞院參考**

- (1) 按 鈞院釋字第 420 號、607 號、625 號、635 號均揭示實質課稅原則，尤其釋字第 635 號解釋理由書更謂：「主管機關於職權範圍內適用之法律條文發生疑義者，本於法定職權就相關規定予以闡釋，如係秉持相關憲法原則，無違於一般法律解釋方法，且符合各該法律之立法目的、租稅之經濟意義，即與租稅法律主義、租稅公平原則無違」，對於稅法解釋函令本於應參照租稅之經濟意義並依照一般法律解釋方法妥為解釋，始不至違反實質課稅之租稅公平原則。

- (2) 次按財務會計的目標是期能透過財務報表，公允表達所報導之會計個體真正財務狀況。申言之，即以公允表達營利事業(會計個體)之資產、負債、業主權益及其損益結果為終極目標。財務會計對於營利事業經濟交易事項之會計處理，為達該目標自以經濟事物本質入帳。亦即，對券商權證交易事項之會計處理如下：當券商發行權證雖獲得權利金收入，但該筆收入因仍負有購買權證者可依履約價格要求購入或售出標的股票而相應發生可能損失之負擔，故在收取權利金時，權證發行者雖收到現金，會計帳上借記現金(現金增加)，但同時貸記發行認購權證之負債(負債增加)，認為所收取之現金，其實為公司之債務，並非真正收入。蓋該筆「收入」(現金)，並不符合會計學上收入實現原則中，必須於獲得該收入之相關成本已支付或大部分已支付始符合「已賺得」之條件。而在權證流通期間，當標的股票上漲，權證價值增加時，除一方面增加已持有標的股票之評價利益外，另一方面亦同時增加發行認購權證之負債，是以避險項目(標的股票)之上升利益及被避險項目(權證)負債之增加，兩者價值變動損益合併認列，方得正確計算權證交易正確損益。由此一公認會計處理原則清楚說明，發行權證之負債與其相關之避險交易，具有不可分離的密切關連性，應一併考量不得切割。此可由我國財務會計準則第 34 號「金融商品之會計處理準則」公報證實，亦可由證期局發布之證券商編制財務報表注意要點中察悉。(附件 17，財務會計準則第 34 號「金融商品之會計處理準則」公報及附件 18，證券商財務報告編製準則)。
- (3) 是以，本於對權證商品會計處理之經濟實質，可以進一步確認權證課稅之經濟意義，權利金收入必須配合避險項目之負債始能正確計算損益，權利金在收取時並不符合已賺得之要件，自不得能於收取時認列收入，亦即避險交易損失與權利金收入有密不可分之關係，在課稅上自不能個別孤立觀察並個別評價權利金收入與避險交易損失，否則當

屬嚴重背離租稅之經濟意義，有違實質課稅原則。

7、自實質課稅原則以觀，財政部 86 年函釋就因風險管理措施而生避險損失部分單獨適用所得稅法第 4 條之 1，實屬對權證交易整體行為之不當評價

- (1) 實質課稅原則既要求依課稅客體之有無及其量化而核實課徵，應以實質之經濟活動認定稅捐客體之有無及範圍。權證交易之經濟實質是發行權證之行為與後續避險交易乃至於投資人行使買權而依履約價格交付標的股票，均屬一個權證交易之整體行為，依照實質課稅原則應以整體權證交易行為進行課稅客體之法律評價，財政部 86 年函釋將權證交易拆解為二種稅上評價，一係權利金收入屬應稅收入，二係因風險管理措施而生避險交易損益屬證券交易損益，此種對權證交易之拆解方式而得出避險交易不得扣減應稅權利金收入之結論，誠與權證交易之經濟實質相去甚遠，有違實質課稅原則對於課稅事實關係之定性，甚且對於一般法律解釋原則上對於一個法律行為、法律事實，不得給予相互矛盾之評價，亦有未符，參諸前揭 鈞院釋字第 635 號解釋理由書對於行政釋示違反一般法律解釋原則亦屬有違反實質課稅之租稅公平原則，可以確認財政部 86 年函釋洵有悖於實質課稅原則。
- (2) 又按學者認為：「在所得稅法第 4 條之 1 及之 2 的適用，容易只是想當然認為，只要把證券交易及期貨交易一概論為非課稅事實即可，不需要再去考量各筆交易究竟如何計算其所得或損失。其實，單獨一筆證券交易或期貨交易並不能結算其所得或損失。在原始認購及其他先買後賣的情形，必需在賣出後；在融券先賣後買時，必需在買進還券後，才能結算其交易究竟有所得或有損失。在認購（售）權證所表彰之選擇權的發行，其損益應將其發行權利金收入及其權證標的之避險交易的損益合併計算，始能結算出損益。為釐清該疑義，增訂所得稅法第 24 條之 2 第 1 項規定：『經目的事業主管機關核准發行認購（售）

權證者，發行人發行認購（售）權證，於該權證發行日至到期日期間，基於風險管理而買賣經目的事業主管機關核可之有價證券及衍生性金融商品之交易所得或損失，應併計發行認購（售）權證之損益課稅，不適用第 4 條之 1 及第 4 條之 2 規定。但基於風險管理而買賣經目的事業主管機關核可之認購（售）權證與標的有價證券之交易損失及買賣依期貨交易稅條例課徵期貨交易稅之期貨之交易損失，超過發行認購（售）權證權利金收入減除各項相關發行成本與費用後之餘額部分，不得減除。』。（附件 19，黃茂榮，不動產稅及其對不動產業的經濟引導，收錄於稅法總論第三冊，頁 471 至 472，註 5）從實質課稅原則觀察，認購權證之發行與其因避險交易所產生之損益本即應合併予以觀察，絕無法從風險管理措施就認為得結算損益，財政部 86 年函釋這種切割觀點如屬應免稅收入及損失應如何分別認列之一般原則，顯然不能真正因應變種或更為複雜之交易模式，反而更無從達成依經濟實質課稅之效果，徒留納稅義務人依樣畫葫蘆地以複雜之法律形式規避實質稅負之空間。是避險交易損失應准從認購權證權利金收入中扣除，而非割裂權證發行及其風險管理措施之整體交易行為，另將避險交易視為獨立之一行為，對避險交易損失當作證券交易所所得之損失而不准扣除。是以所得稅法第 24 條之 2 第 1 項之增訂，充其量僅係為謀減少爭議，將發行認購權證及其從事之避險交易應依實質課稅原則合併觀察透過立法予以宣示確認而已，絕不可能係認為權證發行人有給予租稅優惠必要之立法，該條規定之增列毋寧係更加確認在認購權證交易之情形下，應將發行認購權證及其避險交易當作整體交易觀察，依前揭學者之見，應不待新法規定即應如此解釋。

- （3）再按，鈞院自釋字第 420 號以來，一向揭示租稅法律之解釋應遵循實質課稅之租稅公平原則，尤觀鈞院釋字第 635 號解釋理由書之意旨更甚明顯，亦即財稅主管機關本有義務依照實質課稅原則進行法律

解釋，而非在形式課稅對國庫有利時，改採形式課稅之方式辦理，否則此種僅以國庫財政之租稅政策，斷無足成為違反實質課稅原則之正當理由。復參諸立法院近來三讀通過之稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 2 項規定，稽徵機關應適用實質課稅原則之認定租稅構成要件事實（附件 20），所以財稅主管機關適用實質課稅原則本為其法定義務，實難有拒絕適用實質課稅原則之正當化理由。

（4）附帶說明最高行政法院確定判決理由對於權證交易行為數之誤認，以致出現下列數種不同之理由論證，以合理化財政部 86 年函釋之實質適法性：

- A、避險交易可能產生利益，故非屬成本費用。
- B、證券交易損益成為他項收入之成本費用，會侵蝕應稅之認購權證權利金所得。
- C、財政部 86 年函釋依所得稅法第 4 條之 1 不准避險交易損失減除權利金收入，並無割裂適用法律。
- D、證券交易所得不課稅，卻准避險交易損失列報，有割裂適用法律之情。

上開質疑均是將權證交易拆解為二，始會產生之誤解。事實上避險交易既然構成一個法律行為而應給予一個法律評價時，就無特別探究風險管理措施可能獲利而在性質上不屬於成本費用之必要，因為一個法律行為我們必須給予一個法律上評價，所以 96 年新修正之所得稅法第 24 條之 2 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。」，將避險交易之所得與損失併計權利金而予以課稅，並無真有單獨將避險部分證券交易損失扣減



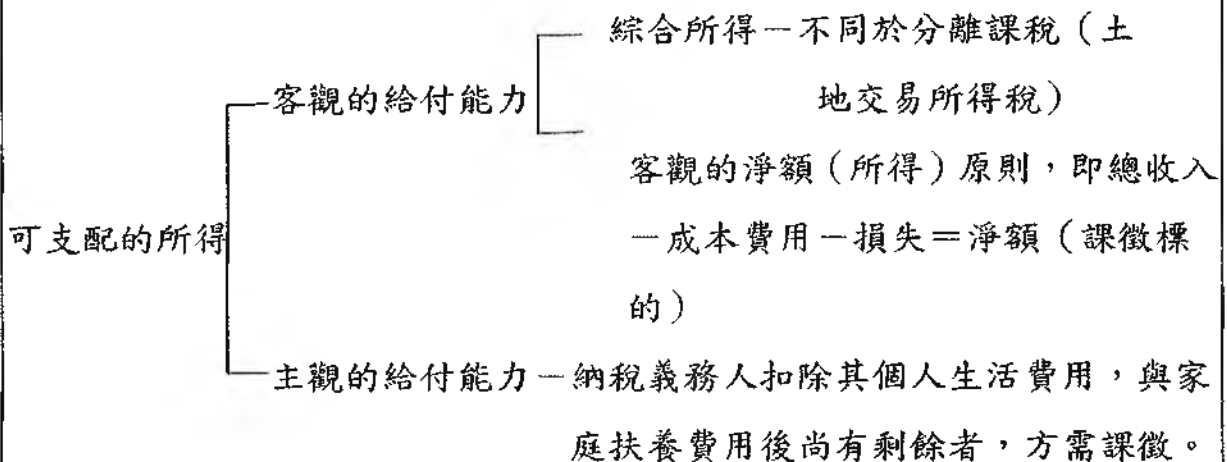
權利金收入而主張證券交易所得免稅之情，苟真如最高行政法院確定判決所言，風險管理措施因其可能獲益而在性質上不得為成本，豈非新法又成為租稅優惠之特別規定，吾人認為從新法之立法背景觀察，應非如此，詳後述。

茲再舉一例說明，如購買已有建物之土地，其目的係為拆除該舊建物，利用該地重新蓋新建物，則拆除該建物之支出固應為購地之成本加項，然將拆舊建物所得之廢鋼筋加以變賣所得「利益」，會計上則應列為該購地成本之減項。難道僅因拆舊建物所得之廢鋼筋因有變賣「利益」，則該拆除成本即不准列入購地成本乎？實則，最高行政法院確定判決因被上訴人之誤導，而認為權證避險交易既可能有「利益」，即不可能是該權證發行之成本費用，以上揭購地之例即可知為錯誤。正確說法應是該權證之變態「收益」，應是該權證交易之必要成本之減項，即是「負成本」。因果關係上仍是權證交易之成本費用，僅是因加計該「負成本」後，會增加權證交易之所得。準此，最高行政法院確定判決顯因未了解即使發生利益(得)之成本費用，仍是成本費用。是最高行政法院確定判決理由顯然未基於實質課稅原則理解權證課稅事實關係之定性，並進而誤解有依所得稅法第4條之1評價之情，誤認因權證風險管理措施所生避險交易損失為證券交易所得對應之費損，而非權利金之成本費用，此與財政部86年函釋誤解權證交易之行為數，而有分別以所得稅法第24條及第4條之1對權利金及避險交易損失作課稅評價，同有與實質課稅原則意旨不符，其理由並不足以支持財政部86年函釋違反實質課稅之公平原則。

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

# 1、營業成本費用之認列必須符合量能課稅原則、客觀營業保障淨所得原則

- (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。」 鈞院著有釋字第 597 號解釋在案。此號解釋乃 鈞院第一次將量能課稅原則明確揭示，確立量能課稅原則屬於依法律納稅之實質內涵，並與租稅公平原則、實質課稅原則共同成為租稅上之憲法原則。
- (2) 次按所得稅法乃是針對納稅義務人的「可支配的所得」為對象來加以課徵，可支配的所得，乃是作為判斷納稅義務人是否有客觀的及主觀的給付能力的標準。故必須是個人的可支配的所得，方需要予以課稅。如果是不可支配的所得，則應自課稅所得中扣除。而可支配的所得，可分析如下



各項收入應先減除為獲得收入所支出之必要費用及損失，以其餘額為淨額所得額。此即所謂「客觀的淨額所得原則」，表彰客觀的給付能力。在此所謂必要費用（necessary expense），是指為了取得所得所必要的支出。承認必要費用的扣除，是為避免對於投入資本的回收部分加以課稅，以維持原來的資本，擴大再生產的資本主義的經濟要

求。一般而言，必要費用應指通常且必要的經費，即有關必要性的認定，並非以關係人的主觀判斷為基準，而毋寧應以客觀的基準作為標準。為正確計算出繼續性事業的所得，必要費用應與其有助於產生所得的收入相對應，並從該項收入中扣除。此即是「費用收入對應原則」或「收入與成本費用配合原則」（鈞院釋字第493號解釋）。商業會計法第60條亦規定：「營業成本及費用，應與所由獲得之營業收入相配合，同期認列。損失應於發生之當期認列。」。從事營業或收益活動必須冒著損失的風險，此為其活動之成本，因此營業損失加以減除才屬於淨所得。又損失減少納稅人的納稅能力，如不准減除，則所得稅對於風險將構成差別待遇。因此，如要維持所得稅對於風險及投資決定的中立性，則應准許減除在收益活動或交易中之損失（附件21，陳清秀，量能課稅原則在所得稅法上之實踐，現代稅法原理與國際稅法，頁47至48）。

- (3) 第按所謂客觀營業保障淨所得原則，就毛所得部分應減去保障營業存續發展之營業支出而後計算其營業所得，亦即收入額必須減除成本及必要費用之餘額，始為所得額。所以承認必要費用減除之理由，乃避免對投入資本之回收部分課稅，以維持原有資本以擴大再生產。凡與營業活動具有直接關聯，且為營業施行所必要之支出，始視為必要費用予以減除。換言之，納稅義務人在利用營業基礎所支出者，為確保營業之費用，在可稅所得中，得予減除。營業資產之損失，以特定期供營業使用者為限，亦得減除。為正確表現出客觀之納稅能力，在收入須減除為保障營業所為必要費用支出，如收入或成本、必要費用不易確知時，有以百分比或定型化公式進行推計課稅之必要（附件3，葛克昌，所得稅與憲法，頁121至123）。

- (4) 末按以事業活動為原因所為支出，才可認為事業支出，此種原因的事業支出概念，即德國學說上所謂「原因原則」（das

Veranlassungsprinzip)或可稱為因果關係說。根據上述原因原則，收入與費用支出之範圍，乃是以目的為取向的、以獲得所得為目的之經濟活動之結果加以決定。依客觀的淨所得原則，應完全的考量獲得所得的經濟活動之各項風險損失，亦即其承認非自願的支出及強制性的支出費用扣除，即表示完全考慮到風險範圍。有關獲得所得活動之風險範圍內之損失支出，雖與納稅義務人之意思無關，但因為與業務活動有關，屬於業務活動範圍內之風險費用，原則上應得認列必要費用，納入扣除（附件 22，陳清秀，論客觀的淨額所得原則，現代稅法原理與國際稅法，頁 265）。

- (5) 又按財政部 83 年 2 月 8 日台財稅第 831582472 號函：「三、以有價證券買賣為專業之營利事業，其營業費用及借款利息，除可合理明確歸屬者得個別歸屬認列外，應按核定有價證券出售收入、投資收益、債券利息收入及其他營業收入比例，計算有價證券出售部分應分攤之費用及利息，自有價證券出售收入項下減除」，而經 鈞院釋字第 493 號解釋，上開函釋乃係符合所得稅法第 24 條之「收入成本配合原則」，故由此可證所得稅法第 4 條之 1 規定本身即不可能成為「收入成本配合原則」之例外規定。
- (6) 再查，權證交易之損益計算部分，可參考國內財經學者李存修教授之研究認為：「券商發行權證所獲取的權利金收入，並非券商之淨獲利」、為瞭解券商發行權證之實際獲利，應扣除直接成本與間接成本，其中「與權證之發行、交易、履約與避險操作直接相關之成本與費用，稱為直接成本，包括發行權證負債價值變動損益、營業證券---避險損益、發行權證再買回價值變動損益、發行權證到期前履約損益、現金股利收入、交易稅與經手費等八項。」「其他應攤提之費用稱為間接成本，包括權證發行費用、人事費用、其他費用。」
- 「三、淨獲利 即券商發行權證實際獲得之利潤，權利金總收入扣

除各項成本後之獲利。公式如下：淨獲利＝權利金總收入－直接成本－間接成本。」（附件 23，李存修教授主持，證券商發行認購（售）權證之定價策略及各項相關成本分析研究報告，93 年 8 月，頁 14 以下）。因此，避險操作之損益如不納入成本費用扣除，則無法正確計算發行權證之經濟活動實際上所獲得之淨利。

- (7) 末查，企業會計為正確把握課稅年度期間損益，要求將收益與產生收益所必要的成本費用，在同一年度中列報。此即所謂「收入與成本費用配合原則」(principle of matching costs with revenues)，商業會計法第 60 條規定：「營業成本及費用，應與所由獲得之營業收入相配合，同期認列。損失應於發生之當期認列。」也表明此一意旨。所得稅法第 24 條也規定對於營利事業所得之計算，必須以收入減成本、費用及損失後之「純益額」(即淨額所得額)為課稅標準，此為財務會計之收入成本費用配合原則及所得稅法量能課稅原則之法條具體規範。該法條體系上位於所得稅法第三章第三節營利事業所得額，為計算營利事業所得的首條，實寓有原則性之意義。蓋租稅課徵最基本原則乃量能課稅，有所得方有納稅能力，否則即對人民財產權本體的根本性剝奪，當為現代法治國、租稅國所摒棄。本件避險交易費用支出，係出於確保履約能力，分散經營損失風險所採取之措施，乃是發行權證交易過程中必要之一環，屬於證券商為取得、確保及維持發行權證收益的費用支出，不僅具有主觀上的動機目的，而且也是法令強制要求必要辦理之事項，屬於必要合理費用性質，准認列費用扣除，始符合收入與成本費用配合原則。

- 2、量能課稅原則拘束立法者之形成自由，政治部門理應提出可支持性的理由，更何況財政部 86 年函釋之制定並非本於清楚無疑之立法者意思，自應有更合理之規範理由

- (1) 按量能課稅原則的破壞，必須經由另一個合乎事理的原則，例如需

要原則或功績原則(Bedürfnis-oder Verdienstprinzip)加以正當化，否則即存在著不正當的體系違反。此種量能課稅原則的違反，必須直接或間接為維護公共利益或簡化稽徵程序的目的，倘若其違反則構成憲法第 7 條平等原則的違反（附件 13，陳清秀，稅法總論，頁 32）。

(2) 次按，德國聯邦憲法法院對於立法行為之審查密度，大略可分為三個審查標準：明顯性（最寬鬆）審查、可支持性（中度）審查與強烈內容（最嚴格）審查。當釋憲機關採取明顯性審查時，立法者享有最大之決定空間，只有當法律明顯違反憲法，已經達到顯然、清楚、無疑義、任何人都可目睹時，它才會被宣告違憲；至於可支持性審查標準要求，對於可獲得的事實資料，立法者都必須作合乎事理、可支持之判斷，在此範圍內，釋憲機關將尊重立法者所為之決定；強烈內容審查則是德國聯邦憲法法院可對立法行為作廣泛之實質正確性審查。一般在經濟政策方面，如人民權利僅受輕微侵害，德國聯邦憲法法院會採取明顯性審查標準，但涉及稅法領域，德國聯邦憲法法院會比較傾向採取比較嚴格的審查標準，因為租稅義務對於人民權利構成相當嚴重的限制，基於租稅公平原則的考量，租稅的立法者要特別審慎考量平等的要求（附件 24，陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法觀點出發，收錄於大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄，頁 342 至 346）。

(3) 承上，基於最適功能理論，釋憲機關因有限之資源與處理能力，可能並不比立法機關更適合作出實質決定，所以德國聯邦憲法法院會傾向作可支持性審查，立法者如對於基本權核心作侵犯時，此際違憲審查標準就可能會上升至強烈內容審查（附件 24，陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法觀點出發，收錄於大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄，頁 342 至 346）。德國法上此種基於最適功能理論所建

立之標準，在 鈞院憲法解釋之協同意見書亦屬常見，例如釋字第 578 號許宗力大法官之協同意見書：「至於本件，本件立法因涉及國家整體資源的配置與運用、社會環境、經濟結構及勞雇關係等複雜政策性問題，基於功能最適之考量，不可能採嚴格審查標準，而應留給政治部門較廣泛之政策形成空間。惟承認政治部門享有廣泛之政策形成空間，是否就表示司法者只能採最寬鬆審查標準？多數意見之解釋理由書提到系爭「手段仍在合理範圍內」，似隱含採美國寬鬆之合理審查標準之意。對於涉及經濟與社會政策立法，縱使本席同意從寬審查，也不必然意謂著一律採最寬鬆的審查標準，至少就本件而言，由於系爭規定也涉及限制廣大中小企業主之財產權與契約自由，而民國八十六年七月二十一日修正憲法增修條文第十條第三項恰凸顯國家對中小企業的照顧發展義務，要求「國家對於人民興辦之中小型經濟事業，應扶助並保護其生存與發展」，基於對此由修憲者特別揭示之憲法價值之尊重，本席因而認為本件應提升至中度審查基準，就立法事實的認定與預測，審查是否合乎事理、說得過去，而非僅止於審查是否明顯錯誤、明顯恣意。」等語。

- (4) 進一步考量本件釋憲標的為財政部 86 年函釋而非法律或經法律授權之法規命令，因此立即衍生出一個問題：行政機關所訂定之命令，其審查密度應如何決定？是否應同立法行為為相同之判斷？就此乃係涉及命令裁量之根本性質為何之問題，亦即命令裁量自不同於立法裁量，然其空間為何？是否定性為行政裁量？或為另一種獨立之裁量之類型？然學者則認為應將命令裁量當作一種獨立、特殊之裁量類型來理解。蓋從功能面觀察，命令為一種兼具法制定與法適用功能之特殊立法程序，有別於立法裁量；其次，命令之制定為一般、抽象法規之創設，可說是一種實質意義之立法，亦有別於行政裁量或適用不確定法律概念所為之個案決定；最後，就行為主體之屬性觀察，訂定命令

是行政機關所為之實質意義立法。雖我們不否認行政權同樣具有民主正當性，有權作政策決定，但與國會相較，其民意基礎畢竟較為間接。如果國會的直接民主正當性基礎可作為要求法院對立法裁量從寬審查的正當理由，我們自有充分理由要求對訂定命令之裁量適用較為嚴格的審查準則（附件 25，整理自許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，收錄於憲法與法治國行政，頁 218 至 219）。

- (5) 此外，在法律保留原則的適用範圍內，法規命令之訂定理論上原一律須經法律的授權，並無例外。惟過往實務見解則不一樣，以中央法規標準法第 7 條之「職權命令」為護符，大幅縮減法律保留範圍，以致造成實務上未經法律授權的法規命令大量充斥的局面。理論上這些「應領而未領通行證」之「事實上」（de facto）獨立的法規命令，應以牴觸憲法而無效視之，但既然實務界不能貫徹法律保留的要求，猶視其合法、有效，我們只能退而求其次，要求法院直接根據憲法上保障人民基本權利的相關規定，採審查密度最高之標準從嚴審查之，或稍能彌補因法律「缺席」所造成在命令監督上的漏洞。且針對原屬法律保留範圍，應經卻未經法律授權之「事實上」獨立命令以及根據空白授權條款訂定之命令，因根本為經立法者第一層監督，或即使有監督，卻若有似無，開啟行政權僭越立法者地位以命令代替法律的不當機會，法院就應單挑「守門者」大任，適用強烈的內容審查標準，以補立法者監督之不足。（附件 25，整理自許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，收錄於憲法與法治國行政，頁 225 至 226 及 244）職是，依上開學者採取之命令裁量為一種獨立之特殊裁量的見解，行政機關之民主正當性既相較於立法機關具有較為間接之民主正當性，則其所訂定之命令裁量是否合法、合憲，自應適用比立法行為更為嚴格之審查密度。

- (6) 查財政部就租稅事項所制定之諸多函釋，乃係財政部依其職權，為



執行法令，就一般性、抽象性之租稅事項所為之行政命令，其性質上係屬於「職權命令」。且由於此類職權命令事實上少有法律之授權，因此在行政程序法頒佈後，職權命令之法位階充其量只得為行政規則之性質（附件 26，蔡茂寅等四人合著，行政程序法實用，頁 305）。而行政規則（職權命令）既係未有法律之授權，未經立法者就規範內容予以第一層之審查及監督，其合法性及合憲性與否自應接受司法機關最嚴格之審查，以防行政權之行使有不當僭越立法權之嫌。就本件之釋憲標的而言，財政部 86 年函釋之內容乃係就「認購權證發行人取得發行價款何時認列損益」所為之解釋，認為「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。」換言之，即財政部 86 年函釋在未經任何法律授權之情形下，即以法規範效力有爭議之職權命令，規範認購權證於發行後如有因避險操作而所產生任何損失，均不得認列為權利金之減項，等於以函釋將本非所得稅法第 4 條之 1 之規範事項任意命稅捐稽徵機關予以適用，則此增加法律未規範之部分，其內涵是否符合實質課稅原則、量能課稅原則、平等原則及比例原則而具有實質合憲性？凡此均應採取最嚴格之審查密度加以審查，以彌補職權命令因本質上欠缺具有直接民主正當性之立法機關授權的落差，依功能最適理論由司法機關扮演第一道且最後一道之合憲性與否的審查防線，以確立憲法所揭諸之權力分立原則。

- (7) 次查，然系爭釋憲標的財政部 86 年函釋是否得通過最嚴格審查基準乙事，必須考慮立法院、財政部對於權證課稅案件解決之背景，亦即立法院、財政部在 96 年間制定所得稅法第 24 條之 2 規定來解決 96 年以後之權證課稅案件，至於新法制定前所發生之權證課稅案件，依前任財政部長在立法院審查會之發言：「我們希望司法能夠

歸司法，其實我們不知道立法院什麼時候會通過相關法令，如果屆時法律真的規定要溯及既往的話，當然就必須依照法律辦理」「如果要從行政救濟來處理的話，過去也有很多類似的案例，每個案件可能有輸有贏；但是如果要早一點讓事情得到澄清，假若行政部門敗訴的話，我們就會直接訴請大法官會議解釋，大法官會議解釋我們是正確的，我們就照此方向來作；如果大法官解釋我們不對，我們就會按照那個法理去處理，但是那個法理處理對券商也不見得是好的，這部分我們要特別講清楚。」「財政部如果全輸了的話，這個訴訟帶給雙方的傷害會是很大的，我們不希望這個案子打到最後，全部都輸。所以，如果這個案子到最高行政法院我們還是輸了的話，我們就會直接提請大法官解釋。」（附件 27，立法院公報 94 卷第 62 期，頁 316、324 至 325）。亦即財政部欲將修法前爭議交由司法機關定紛止爭，況且財政部與立法院在當初係採立法院修法方式或財政部再行解釋之方式，即有不小爭執（附件 28，96 年 4 月 3 日經濟日報，網址：

[http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f\\_ART\\_ID=32465](http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f_ART_ID=32465)

），最後才得出修訂所得稅法第 24 條之 2 未特別規定得溯及既往之結果，此種將修法前之爭議交由鈞院處理之方式，鈞院應具有最適功能解決本件爭議，應無疑問。特別是鈞院為全國最高之司法機關，職司憲法之解釋與法秩序統一之維護，在政治部門已完全將爭議委交由鈞院大法官解釋時，是 96 年以前權證課稅案件之最後主戰場乃在鈞院，應無特別考慮須由立法者作成決定之顧慮，至於財政部解釋函令之決定餘地，理應不如同立法者享有甚高之形成空間，而應以最嚴格審查基準審查。

（8）再按，鈞院釋字第 218、221、224、248、257、281、327、397、506、607 等號解釋，均提出「租稅公平」作為稅法上之憲法原則，

學者提出以量能原則作為租稅合理正當性標準，就一般以財政收入為目的策略，則就租稅負擔觀點而言，即具正當合理性。吾人不得不就各別稅法，依憲法要求，探尋合理正當性，否則憲法上精神，特別是實質憲政國家，在具體之負擔正義即無法落實。德國聯邦憲法法院判決即曾多次指出，立法者單以財政需求或課徵技術上要求，仍不具有稅法所需正當性要求，只因財政需求、或不顯著、徵收方便即予課徵，亦即租稅正當性考量，應優先於財政需求或課徵技術，惟有符合租稅正當性之租稅有多種，吾人加以選擇時，始斟酌財政需求及課徵技術（附件 3，葛克昌，所得稅與憲法，頁 156 至 158）。

(9)是以，鈞院釋字第 565 號解釋認定所得稅法第 4 條之 1 之所以合憲，乃係基於其規範之公益目的，亦即立法者依照需要原則或功績原則予以正當化，亦即在一般賺取免稅證券交易所對應之證券交易損失不得自應稅收入中減除，立法者為求經濟政策目的而使量能課稅原則退讓，形成客觀淨所得原則之例外。然而該正當化之理由並不得作為立法者有意對認購（售）權證案件加以規範，是以鈞院縱認為財政部 86 年函釋將所得稅法第 4 條之 1 後段適用於因權證風險管理措施所生之避險部位交易並無違反租稅法律主義（聲請人認為不可適用之理由已如前述），則此種解釋已有違反量能課稅原則，並不能以所得稅法第 4 條之 1 後段之立法者有明示之租稅政策目的予以正當化，在應稅收入對應之成本費損不得扣減應稅收入之觀點而論，其並無任何欲達成之公益目的，並非立法者真有意識加以裁量，自不得以所得稅法第 4 條之 1 之規定為立法裁量，藉以合理化財政部 86 年函釋。

(10)縱認為財政部 86 年函釋對於所得稅法第 4 條之 1 之解釋尚無違反租稅法律主義，然此一非立法者明確意思之解釋，聲請人認依最嚴格之審查基準，進一步實質檢驗財政部函釋仍足以違反量能課稅及實質課

稅原則。蓋解讀財政部 86 年函釋之客觀文義即可發現，其實財政部 86 年函釋僅是主觀地認為所得稅法第 4 條之 1 後段可單獨適用至因權證風險管理措施所生之避險部位交易損失上，並認為其所為之行政釋示為法律文義之解釋，並未充分考慮到如此適用會造成之後果，對於實質課稅原則、量能課稅原則違反之衝擊，完全未予以考慮，對於立法者在所得稅法第 4 條之 1 是否真有規範風險管理措施，亦未就可能獲得之資料予以詳考。退步言之，縱然不採取強烈內容審查基準，而改採一般租稅法律所應適用之可支持性審查基準，在制定所得稅法第 4 條之 1 之立法事實及財政部 86 年函釋之解釋背景而論，財政部根本就沒有一個實質上違反實質課稅原則與量能課稅原則而可說得過之理由，也無法舉證證明立法意旨可支持對此種財政部解釋最高行政法院確定判決所持所得稅法第 4 條之 1 作為財政部 86 年函釋正當化之基礎，簡而言之即是立法裁量得作為量能課稅原則、實質課稅原則違反之正當理由，然此一見解僅是出於誤解立法意旨之觀點，而非真有其他正當理由，是財政部 86 年函釋違憲之狀態應屬可以確認。

3、客觀淨所得原則僅有在立法者有其他重大公益目的之考量下，始有退讓之可能性，亦即德國法制上所建立之量能課稅原則例外情形，立法者既無明確規範目的，財政部就必須證明其除了解釋法律文義外尚有其他重大之規範目的

(1) 量能課稅原則為稅法上之基本決定，原則上對立法者有所拘束，但客觀淨所得原則亦非不准許有例外情事，客觀淨所得原則之例外情事主要是維持整體法律秩序的統一性，不准扣除違反法律禁止規定或違反善良風俗的行為所生之費用，如其他構成刑罰或秩序罰處罰對象行為之支出、逃漏稅行為之支出或稅捐規避、賄賂等支出；另外，基於簡化稽徵程序規定，例如以往德國所得稅法對於公私混合使用之個人工作室（例如個人律師在自己住宅執行律師業務）的費用，不准全部列

舉扣除，而僅准予在每年 2,400 馬克的範圍內扣除。其理由是由於個人工作室涉及私人的生活領域，而且容易產生高度複雜的及有爭議的法律狀態，因此為避免法律上爭議，基於簡化稽徵程序的考量，而不准全部列舉扣除，具有正當性；再者如 鈞院釋字第 493 號所示，不准列舉減除非課稅所得或免稅所得之必要費用（附件 22，陳清秀，論客觀的淨額所得原則，現代稅法原理與國際稅法，頁 297 至 303）。

(2) 除上揭客觀淨所得原則之例外，若是立法者針對成本、費用之扣除或損失減除採取類型化或總額化規定方式（例如規定其得扣除、減除之上限）而捨棄個案查核，即與客觀淨值原則有所悖離。客觀淨值原則是否具有憲法位階雖仍有爭議，但是無論如何其作為建構所得稅法體系之基本建制原則，則無疑義。依據聯邦憲法法院的審查公式，立法者若是違背了自己在所得稅法體系所設立的客觀淨值原則時，即必須有「重大之理由」方得正當化這個體系規則之悖離而不至於違反平等原則（附件 29，盛子龍，憲法解釋與稅捐稽徵經濟原則—租稅法上類型化立法之正當性與平等原則初探，司法院大法官九十八年度學術研討會（下冊），頁 17）。依上開德國聯邦憲法法院見解，一般而言在立法者在類型化稅務案件中，亦必須具有重大之公益理由始得不遵循客觀淨所得原則，僅是因類型化規範本身即為稽徵經濟原則及維持法律適用之平等，是以立法者享有較高程度之形成自由，所以採寬鬆審查乃是比例原則之具體結果，如無說得上之正當理由並不得任意違反客觀淨所得原則。

(3) 查認購（售）權證金融商品之發展，乃係於立法者制訂所得稅法後，始出現之新興衍生性金融產品，立法者於立法當時並無法預見該項金融商品之存在，財政部訂立權證課稅有關之立法，亦非考量稅務大量行政特性所制訂，自非屬於類型化規範，因財政部並未享有較寬廣之形成自由，是如相關立法有違反客觀淨所得原則之可能時，司法違憲

審查之標準即不應採取較寬鬆之審查標準，而仍回歸應建構在公益目的之考量上，在法益衝突時經由比例原則來加以調和，故就本案權證課稅是否得成為量能課稅原則、客觀淨所得原則之例外，必須具有重大公益理由，亦即必須在法益權衡下，始得確立客觀淨所得原則退讓之例外。換言之，上開例外係量能課稅原則因公益目的或稽徵經濟而退讓之具體化，所以本件權證課稅是否亦構成量能課稅原則、客觀淨所得原則之例外，而屬於立法者之自由形成空間乙事？仍必須再予精密檢討，絕非如本案最高行政法院確定判決輕鬆一語帶過，此點應該完全無疑的。

- (4) 再按，營業成本屬於最重要也最基礎之營業收入減項，其本身即與業務有必要關聯，依量能課稅原則及客觀營業保障淨所得原則，一項收入之成本除事實上真無成本，否則即便納稅義務人無法證明該項收入之成本若干，亦應以推計課稅方式推定成本，不可能以收入（毛所得）全額課稅，乃屬當然。例如財政部 94 年 10 月 6 日台財稅字第 09404571980 號函：「核釋公司之個人股東以專門技術作價投資之財產交易所得計算規定：一、92 年 12 月 31 日以前以專門技術作價投資之案件，該專門技術財產交易所得之計算，應依本部 75 年 9 月 12 日台財稅第 7564235 號函規定辦理；至該專門技術之成本及必要費用，納稅義務人未申報或未能提出成本、費用之證明文件者，得按股票面額之 30 % 計算。二、93 年 1 月 1 日起以專門技術作價投資之案件，依本部 92 年 10 月 1 日台財稅字第 0920455312 號令規定計算該專門技術之財產交易所得時，其屬未申報案件或未能提出成本、費用之證明文件者，該專門技術之成本及必要費用，得按作價抵充出資股款之 30 % 計算。」所以在無法證明取得成本時，屬 92 年 12 月 31 日以前的技術作價案件，取得成本為股票面額之 30%，屬 93 年 1 月 1 日後的技术作價案件，其取得成本為抵充股款的 30%，最高行

政法院 96 年度判字第 406 號判決（附件 30）認為：「最後當上訴人不能證明上開成本費用之支出時，被上訴人是否有強制其設算之義務產生，及其設算方式為何之爭議，則本院認為：(1)此點雖然所得稅法沒有通案性之規定，但依相關之法規命令或行政規則與以往之行政先例，原則上認為稅捐稽徵機關有此義務。但因社會變遷而發生的新交易案型中，如果行政機關未能適時擬定此等設算準則，在實務上應命行政機關擬定，再為本案之審理。(2)另外目前稅捐稽徵機關所擬定之準則均過於齊一、僵化，未能斟酌個案之差異性，在立法論上，宜以通案式之抽象準則劃定固定範圍，但留給承辦公務員個案調整之機會，此等設算規則方屬適當。(3)而針對類似本案事實，以技術換得股份之案例，財政部曾於 94 年 10 月 6 日作成台財稅第 09404571980 號函，其函釋意旨已指明：專門技術之成本及必要費用，納稅義務人未申報或未能提出成本、費用之證明文件者，得按股票面額之 30% 計算。」，足見在技術作價案例中，亦不能認為技術人無償取得股票而全額加以課稅，即便納稅義務人無法證明取得成本，稽徵機關亦必須以推計課稅方式扣除其取得成本，此乃本於客觀營業保障淨所得原則所當然。

- (5) 在權證課稅案件之爭議中，是否立法者真有意以所得稅法第 4 條之 1 後段之單獨適用而作為量能課稅原則之例外？學者陳清秀認為有關一項成本費用是否得認為係為獲得收入的經濟活動而為支出之成本費用，應依據實質課稅原則，以經濟觀察法加以判斷，亦即該項支出與獲得收入之經濟活動間有無實質上的、經濟上關連性而定。準此見解，因權證風險管理措施所生之避險交易損失，依據其經濟實質，應為發行權證活動業務所為避免風險之成本費用，其證券交易損失屬於發行權證之業務風險範圍內所發生者，依據前述風險負擔應認列必要費用之法理，應准予列報必要費用扣除。故以整體觀察法較能掌握發

行權證之經濟活動之內涵，並按照其實質淨額所得課稅，也較為符合量能課稅原則，其貫徹收入與成本費用配合原則，以實現客觀淨額所得課稅原則，應屬於較符合事件本質的合理性的觀點。是在發行權證納稅人所為買賣標的股票及權證的情形，應就所得稅法第4條之1規定的適用範圍進行目的性限縮，排除不適用之（附件22，陳清秀，論客觀的淨額所得原則，現代稅法原理與國際稅法，頁303至306）。

- (6) 末按「演變式的體系違反」是指那種由社會的、經濟的、科技的變遷，所產生的新事務所引起之矛盾。這些事務由於並未為當時立法者所預見，而未被規範，這種立法者在制定法律時未出現的生活事實，在規範上需要不被滿足時，即會構成法律漏洞。此種事後法律體系違反，仍構成平等原則之違背，必須進行適當之法律補充（附件10，黃茂榮，法學方法與現代民法，頁385至387）。所得稅法第4條之1停徵證券交易所稅以及免稅損失不得減除之規定，當時之財政部長郭婉容主要係因立法院考量延續獎勵投資條例時代，為健全資本市場之發展，停徵證券交易所稅之政策，加上證券交易所稅稽徵困難等原因（附件31，立法院公報第79卷第59期，頁30至31），始在所得稅法增訂停徵之法源依據，此一例外規定應作嚴格解釋，不論其適用對人民或國庫有利或不利。所得稅法第4條之1停徵證券交易所稅之例外規定是為健全資本市場發展之目的（鈞院釋字第565號解釋參照），就權證課稅的時點而言，認購權證此種金融商品的創新乃至於獲得准許發行已是民國86年，也就是所得稅法第4條之1增訂8年之後的事。故而自所得稅法第4條之1規定稅上免計證券交易損益乃係基於股票市場之規範，在立法者之主觀認識（歷史解釋）及自客觀意義認識其立法目的而言，立法者並未料想到未來發展出之衍生性金融商品，此亦為所得稅法提案者財政部所自承（請參考前財政部長林全之發言），然而此一新金融商品之發展對社會經濟影響卻是與日俱



增，當有規範上之需要，此即屬於演變式之體系違反，如以既有所得稅法第4條之1加以規範，不僅所得稅法第4條之1之規定應以例外規定從嚴解釋之原則認定，其意旨僅限於對免稅收入之成本費用部分，在適用上已不包含權證交易，詳如前述。

- (7) 是以權證交易十分明確地並非立法者於制定所得稅法第4條之1時，即已預料到有此種與一般證券交易型態迥異之金融商品，所得稅法第4條之1之立法目的僅在對於免稅所得所對應之費損不得自應稅收入扣減，其構成前述不准列舉減除非課稅所得或免稅所得之必要費用之客觀淨所得原則例外情形，除此而外，並無就應稅收入對應之避險損失亦否准扣減應稅收入之規範意旨。從而，財政部86年函釋認為權證避險交易損失部分應適用所得稅法第4條之1之規定，此絕非有一正當公益目的或稽徵經濟原則可排除客觀淨所得原則之適用。惟查最高行政法院確定判決未詳細審究所得稅法第4條之1究竟有何規範目的，逕行認為立法者對於何項費用應予認列有其形成空間，忽略量能課稅之違反必須要有比其更堅強之公益目的，始能構成量能課稅原則、客觀淨所得原則之例外。敢問所得稅法第4條之1能夠找出應稅收入對應之成本費用不准認列之規範目的乎？財政部86年函釋又如何能依所得稅法第4條之1形成違反量能課稅原則之規範？毋寧是立法者基於促進投資目的而獎勵證券交易所免稅，惟基於所得稅法第24條之配合原則規定，於後段增加免稅收入對應之費損不得自應稅收入中扣除，豈有反而要求屬應稅收入成本費用之避險損失不得自權利金中扣除，造成阻礙金融投資市場發展之副作用？是財政部86年函釋並尋無任何公益目的可作為違反量能課稅原則、客觀淨所得原則之正當化依據。

- (8) 詎料，本案最高行政法院確定判決以如受捐贈收入、補償費收入、利息收入及認購權證之權利金收入等，其收入性質本無成本費用，或費

用金額相對微小，形成收入與所得金額相近或對毛收入課稅之結果云云，支持適用財政部 86 年函釋結果雖造成權利金毛所得課稅現象，仍無違法、違憲，然而此一見解顯將本質上無成本費用之捐贈收入一併納入討論，已不足取；又補償費收入得扣減取得成本，此觀 鈞院第 607 號解釋合憲之財政部 84 年 8 月 16 日台財稅第 841641639 號函「營利事業因政府舉辦公共工程或市地重劃，依拆遷補償辦法規定領取之各項補償費應列為其他收入，其必要成本及相關費用准予一併核實認定」自明，並無本質上真有成本而不准認列之立法規定，是以本案確定判決用以支持財政部 86 年函釋之論據，當屬無稽，亦見其違反量能課稅原則、客觀營業保障淨所得原則。

- (9) 附帶一言者，如承認因權證風險管理措施所生之避險部位損失得自權利金中扣除時，是否有租稅規避情事，而構成客觀淨所得原則之例外？避險交易既然屬於證券主管機關所發布之法令強行規定要求，並非得任由券商為一般以獲利為目的之證券交易操作，況且避險交易亦須顧慮投資人於到期時請求交付標的股票，亦不可能不維持一定數量之標的股票，故在事實上亦不太可能發生藉避險操作之名，行證券交易獲利之實。且其風險管理措施方案係在國際通用之避險交易公式(Black and Scholes Model)及避險交易實務(delta hedge)之範圍內為之，並經證券主管機關核准後始得辦理，並非可由證券商任意浮濫為之，因此，從經濟上觀點而論，也具有經濟上之合理性與必要性，並不必擔心發生稅捐規避之流弊。
- (10) 倘若仍擔心證券商透過避險交易損失費用之扣除，有可能發生浮濫規避稅捐情事，亦即如考量「發行人雖設立避險專戶，惟其自營部門仍可買賣與避險標的相同之有價證券或期貨；為避免發行人透過交易安排，將自營部門依法不可扣除之證券交易損失或期貨交易損失，轉換為認購（售）權證避險交易之損失而得以減除」之稅捐規

避情事，亦可透過稽徵機關進行查核勾稽以核實確認屬於因權證風險管理措施所生之避險交易之損失，始准扣除。又在本案中，因為當時法令規定，從事認購權證之證券商，其自營部門在發行認購權證之期間，不得買賣標的股票，故在發行認購權證之始，所有自營部門之股票都要結轉至認購權證發行部門。所以本來不會發生二部門間費用帳目不清之問題。此外，縱然認為有稅捐規避之顧慮，亦可參考修正後之所得稅法第 24 條之 2 第 1 項但書規定：「但基於風險管理而買賣經目的事業主管機關核可之認購（售）權證與標的有價證券之交易損失及買賣依期貨交易稅條例課徵期貨交易稅之期貨之交易損失，超過發行認購（售）權證權利金收入減除各項相關發行成本與費用後之餘額部分，不得減除。」對於避險交易損失的扣除加以總額管制，即足以達到目的。而不得因噎廢食，完全禁止避險交易損失作為費用扣除。故以整體觀察較能掌握發行權證之經濟活動之內涵，並按照其實質淨額所得課稅，以實現客觀淨額所得課稅原則，應屬於較符合事件本質的合理性的觀點（附件 32、黃士洲，權證官司二審敗訴簡評——最高行政法院 95 年判字第 2206 號判決評析，稅務旬刊，1994 期，2007 年 2 月，頁 7 以下。）。

#### 4、財政部 86 年函釋未遵守合憲性解釋選取適當之解釋，有違量能課稅原則、租稅公平原則

當法律解釋有二個以上可能性者，應選擇不違反憲法之解釋，此即為法學方法中之合憲性解釋原則，依前揭 鈞院釋字第 635 號解釋理由書意旨，如違反一般法律解釋原則難謂與租稅法律主義、租稅公平原則相符。退步而言，如認為所得稅法第 4 條之 1 之可能解釋有二時（聲請人認為所得稅法第 4 條之 1 之可能文義僅有一種，如前所述），一係合併前後段為整體構成要件，亦即證券交易收入免稅，故相對應之證券交易損失亦不得自應稅收入扣除，至於應稅收入對應之成本費用

即非其規範之範圍；二係以所得稅法第4條之1後段孤立作為一有效構成要件，證券交易損失均不得自應稅收入減除，無論其是否為應稅收入之成本費用。由於後者之解釋有上開違反量能課稅原則、客觀營業保障淨所得原則，在合憲性解釋原則下，僅得選擇前者作為所得稅法第4條之1之唯一解釋。本案確定判決誤認所得稅法第4條之1之適用範圍，對財政部86年函釋對毛所得課稅及剔除必要營業成本之違憲狀態，不思以合憲性解釋方法妥適解釋所得稅法第4條之1，其理由當不足以維持財政部86年函釋之合憲、合法性，亦可見財政部於作成86年函釋時，未本於憲法精神進行解釋，要難謂與憲政秩序相符。

(四) 財政部86年函釋未依平等原則解釋所得稅法，有違一般法律解釋原則及割裂適用法律，況亦財政部86年函釋亦非得以財稅差別而在本質上給予權證避險損失給予差別待遇，否則有違平等原則

#### 1、平等原則之內涵及違憲檢驗方法

(1) 按「至八十四年八月十六日台財稅第八四一六四一六三九號函說明二所引用之七十九年四月七日台財稅第七八〇四三二七七二號函「因政府舉辦公共工程或市地重劃而徵收土地，依拆遷補償辦法規定發給之建築改良物或農作改良物補償費、自行拆遷獎勵金及人口搬遷補助費，核屬損害補償，應准免納所得稅」，對個人與營利事業所領取之地上物拆遷補償費，如何繳納所得稅，為不同之處理……，乃因個人與營利事業二者之稅率、所得結構、課稅基礎、應否設帳及得否攤提折舊等均有不同，稽徵機關對於個人領取之地上物拆遷補償費，依職權就其拆遷成本採取不同之認定方式，而非將個人拆遷補償費認定為非所得，亦非對個人拆遷補償費給予法律所未規定之免稅優惠，並未針對相同規範對象給予不合理之差別待遇，核與憲法第七條規定之平等原則尚無不符。」、「七十八年十

月三十日修正公布之土地稅法第三十九條之二第一項爰明定：「農業用地在依法作農業使用時，移轉與自行耕作之農民繼續耕作者，免徵土地增值稅。」可知此係就自行耕作之農民取得農業用地者，予以免徵土地增值稅之獎勵。此乃立法者為確保農業之永續發展，促進農地合理利用與調整農業產業結構所為之租稅優惠措施，其租稅優惠之目的甚為明確，亦有助於實現憲法第一百四十三條第四項規定之意旨。立法者就自行耕作之農民取得農業用地，與非自行耕作者取得農業用地間，為租稅之差別對待，具有正當理由，與目的之達成並有合理關聯，符合憲法平等原則之要求。」鈞院分別著有釋字第 607 號解釋理由書、釋字第 635 號解釋理由書在案可考，可知平等原則之檢驗標準有二，一係合目的性之審查基準，二係符合事物本質或者說是體系正義之審查基準，前者乃針對規範目的之審查，後者則依照法律體系所訂定之事務本質（基本價值決定），予以判斷是否屬同一事物之不合理差別待遇。

- (2) 學者指出，在判斷平等原則之流程上，先判斷系爭法規範有無存在差別待遇之問題，亦即比較二者間是否具有可相提並論性；第二要確定差別待遇之目的，判斷其係追求實質平等的目的或無涉實質平等的政策目的；第三係追求實質平等之合目的性審查，合理關連性之審查；第四係追求無實質平等之政策目的，必須從嚴審查（附件 33，許宗力，從憲法解釋看待平等原則與違憲審查，收錄於中央研究院舉辦第二屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會，會議論文（一），民國 88 年，頁 120 以下）。

2、從一法律事實、法律行為避免矛盾評價，對於權證交易之權利金成本（避險交易損失）不准扣除，有違體系正義、平等原則，財政部 86 年函釋並有未依適當法律解釋方法解釋所得稅法第 4 條之 1，亦有違租稅法律主義及租稅公平原則

- (1) 如前述一個法律行為不得歧異評價之法學方法觀點，本於體系貫徹法律價值之觀點，對一個法律事實作成無矛盾之法律評價，其本身即為實現正義原則，從憲法上之原則而論，即是平等原則之展現。
- (2) 一個法律事實如果同時滿足二個法律規定之構成要件時，此際應如何進行法律適用？由於權證交易應屬一個整體法律事實、法律行為，是以適用所得稅法第 24 條第 1 項之規範收入成本配合原則，即權利金收入當可扣除因權證風險管理措施所生之避險交易損失，而所得稅法第 4 條之 1 規定證券交易損失不得扣除應稅收入，如在權證交易案中同時適用所得稅法第 4 條之 1 及第 24 條第 1 項，將會產生不能並存之法律效果，此際就必須討論哪一條規定必須退讓。從前面討論之所得稅法第 4 條之 1 規範意旨及其正確解釋而論，應不包括權證避險交易之規範，本無規範競合問題，設若真有競合問題，就應進一步探討何者為特別規定？所得稅法第 4 條之 1 在應稅收入對應之成本費用問題上，顯然無明示其係所得稅法第 24 條第 1 項之特別規定，故自評價整體權證交易僅能有一個法律評價之觀點，自不能僅以因權證風險管理措施所生之避險證券交易損失單獨評價，而應係以所得稅法第 24 條第 1 項規定加以整體評價，方為正辦。
- (3) 承上，財政部 86 年函釋即是僅以所得稅法第 4 條之 1 後段「證券交易損失亦不得自所得額中減除」之規定孤立解釋，先未整體解釋所得稅法第 4 條之 1 適用範圍係以免稅收入對應之成本費用為前提，又未顧慮此一解釋造成同一法律事實不同評價之狀態，復未檢討所得稅法第 4 條之 1 何以在本案中形成對第 24 條第 1 項之特別規定，實有未依法律妥適解釋並有違反法律意旨，當有違反體系正義、稅捐正義、平等原則。

### 3、財政部 86 年函釋未依體系正義進行適當之法律補充

- (1) 立法者在制定所得稅法第 4 條之 1 時，未能預見權證商品之出現，縱

所得稅法第 4 條之 1 後段之文義可單獨適用於權證避險交易損失，亦有形成演變式體系違反之法律漏洞，本於上開認識，行為時法令對於權證交易實未有妥適規範，且所得稅法第 4 條之 1 並不構成法律依據，此際即有賴財稅主管機關或法院本於憲法及法律意旨進行適當之法律補充，始符合體系正義。

- (2) 惟查財政部 86 年函釋對權證交易拆解為數行為，並對其中因權證風險管理措施所生之避險交易認屬證券交易行為，誤認立法者對權證交易已有意識加以規範，引用所得稅法第 4 條之 1 作為法律依據，誠已誤認無法律漏洞在先，所為解釋之妥當性自有所疑。縱然以所得稅法第 4 條之 1 後段文義孤立觀察時，似乎對所有證券交易損失均不得扣除應稅收入，但基於對不同案件為不同處理之要求，對於所得稅法第 4 條之 1 亦有作成限縮解釋或目的性限縮之必要，但正本清源之道在於，所得稅法第 4 條之 1 之構成要件係針對免稅證券交易收入對應之成本費用不得扣減應稅收入，至於對於應稅權利金收入之避險交易損失，絕不是屬於所得稅法第 4 條之 1 規範範圍。如真顧慮所得稅法第 4 條之 1 後段之可能文義包含避險交易時，亦應依照平等原則、體系正義作成適當之補充，從而，財政部 86 年函釋未作適當處理，當有違反平等原則之疑慮。

#### 4、財政部 86 年函釋非得基於財稅差異而給予差別待遇

- (1) 按「A、按現行所得稅法在營利事業所得稅之課徵上，其稅基之計算，是建立在財務會計上，只有在所得稅法令有特別規定時（例如交際費支出在財務會計上雖予承認，但在稅法上有限額限制，因此必須剔除超限部分，如此一來會造成稅基增加之結果）才進行「帳外調整」，故稅捐稽徵實務上常言及「稅上或財上」間之調整，其道理即在於此，而其相關之法規範有：1、商業會計法第一條第一項：商業會計事務之處理依本法之規定。2、商業會計法第二條第

一項：本法所稱之商業謂以營利為目的之事業，其範圍依商業登記法、公司法及其他法律之規定。3、營利事業所得稅查核準則第二條第二項：營利事業之會計事項，應參照商業會計法及財務會計準則公報等據實記載，產生其財務報表。至辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，其帳載事項與所得稅法、所得稅法施行細則、促進產業升級條例、促進產業升級條例施行細則、中小企業發展條例，本準則暨有關法令之規定未符者，均應於申報書內自行調整之。4、商業會計處理準則第二條：商業會計事務之處理，應依本法、本準則及有關法令辦理；其未規定者，依照一般公認會計原則辦理。B、在此法理基礎下，現行營利事業所得稅結算申報書上，其左側之「帳載結算金額」乃是財務會計下之稅前盈餘，右側之「自行依法調整後金額」則是依稅法「帳外調整」後之課稅所得稅基。」此有臺北高等行政法院 92 年度訴字第 4555 號判決可稽（附件 34）。

- (2) 次按租稅法規之平等原則審查，理論上仍應遵循上開平等原則的審查標準，先判斷有無形成差別待遇之相提並論性，就一般應稅收入之成本與避險損失予以差別待遇時，均屬於應稅收入之成本，應有相提並論性；再者就必須審查財政部 86 年函釋是基於實質平等或政策目的所為之差別待遇，然財政部 86 年函釋本身既違反實質課稅原則、量能課稅原則，又無任何追求實質平等之目的，僅是單純地以為權證避險損失為證券交易損失，復因所得稅法第 4 條之 1 本身為政策目的之規定，故可認定應該從嚴審查。
- (3) 是所謂財稅差異係指在所得稅法等法律或法規命令有相關規定下，才與財務會計異其處理，類型上包括永久性差異與暫時性差異。其中「永久性差異」100 元，乃是指「財務會計」認列之交際費，其中之 100 元超過了稅法所定之限額，而遭剔除，因此納稅義務人多出了 100 元之盈餘。此項費用遭剔除，對其往後之財務也不生任何影



響，因此為「永久性差異」；其中之「暫時性差異」100元，乃是指「財務會計」規定之「固定資產攤提年限」較「稅務會計」規定之「固定資產攤提年限」為短（每一年度攤提之金額較高），因此當年度攤提折舊之金額有100元在稅務會計不予承認，因此納稅義務人在當年度多出了100元之盈餘，但是此項攤提之費用雖在本年度不被認列，但在往後年度仍可認列，因此對應於此筆費用而繳納之所得稅負在將來仍可享受少繳之利益，所以列為「暫時性差異」。

(4) 從而永久性差異與暫時性差異係以對稅賦效果之影響而論，對於暫時性差異最終對納稅義務人並無特別不利益，立法者似乎有著更多租稅政策考量之空間，然而對於永久性差異之影響，必須尋求一個正當化之基礎，不論是基於立法之公益目的（亦即合目的性）之觀點，抑或基於事物本質之差異而予以差別待遇。自永久性財稅差異之規定而論，通常基於該等費用之認列已超過必要費用認列之要件，始給予剔除（如交際費超限時，違反必要費用認列之相當性原則，本非必要費用，可參考附件22，陳清秀，論客觀的淨額所得原則，現代稅法原理與國際稅法，頁271至272），或者立法者本於公益目的所為之財稅差異特別處理（例如一般賺取免稅證券交易所行為所發生之證券交易損失不得扣減應稅收入），其立法形成空間應如同前述量能課稅原則在例外情形下退讓相同。

(5) 自所得稅法第4條之1規範目的而論，其為促進投資市場活絡，復為符合租稅公平及配合原則，乃規定證券交易損失不得自應稅收入中扣減，然而財政部86年函釋對其誤解而認定因權證風險管理措施所生之避險交易損失不得自應稅權利金收入中扣除，其僅係誤解權證交易課稅關係之定性所為錯誤之課稅處置，並非已確認權證避險交易損失與其他應稅收入對應之成本有何本質上不同，即該函釋並非從體系正義觀點追求實質上平等，且亦非符合所得稅法第4條之1

之立法目的（詳如前述），亦無符合目的性可言，從而依上開檢驗標準，如 鈞院未能獲致財政部 86 年函釋確係符合所得稅法第 4 條之 1 之應有法律解釋原則之確信，實應從嚴審查，並對之宣告違反平等原則。

5、財政部 86 年函釋有違 鈞院釋字第 385 號割裂適用禁止原則，亦與平等原則有所齟齬

- (1) 按 鈞院釋字第 385 號解釋理由書略謂：「憲法第十九條規定人民有依法律納稅之義務，固係指人民有依據法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項而負納稅義務之意，然課人民以繳納租稅之法律，於適用時，該法律所定之事項若權利義務相關連者，本於法律適用之整體性及權利義務之平衡，當不得任意割裂適用。中華民國七十六年一月二十六日修正公布之獎勵投資條例第三條核准獎勵之外國公司，依同條例第十六條第三項規定，其所設分公司之所得，於繳納營利事業所得後，將其稅後盈餘給付總公司時，應按其給付額扣繳百分之二十所得稅，立法意旨係因外國公司在我國境內之分公司既享受租稅減免之優惠，則其稅後盈餘欲給付總公司時，自應負擔上述所得稅扣繳義務，否則，外國公司即得以成立分公司之方式規避我國稅負。故兩者係相互關連之規定，要不得割裂適用。茲前述獎勵投資條例雖於七十九年二月三十一日施行期間屆滿而失效，惟在該條例施行期間內核准之案件（五年或四年免稅），就該個案言，尚不因該條例施行期間屆滿而失效，仍繼續適用該條例予以獎勵，俾保障投資人之權益。是經核准獎勵投資之外國公司於獎勵投資條例適行期間屆滿後，既仍得享受免稅優惠，其與此相關連之總公司稅負，自應併依同條例第十六條第三項扣繳所得稅，方符原立法意旨。」。該解釋所謂權利義務相關連是基於同一法律事實（亦即外國公司營利事業所得稅），法律給予相對應

之二個規定，如一規定適用時另一規定也必須加以適用。從抽象上而言，割裂適用禁止原則乃為求法律適用整體性與權利義務之平衡，亦即此屬於體系正義之展現，對於同一法律事實得並存之法律效果應予一併適用，對於同一法律事實規範之不並存的法律效果則必須予以調和，有關財政部 86 年函釋對權證交易稅上規範競合處理之謬誤，已如上述。

- (2) 另從應稅收入既然應予課稅，相對應之成本費用自得予以扣減，此乃行為時所得稅法第 24 條第 1 項所給予之配套措施，財政部 86 年函釋立基於所得稅法第 4 條之 1 後段之規定，將原屬於免稅收入對應之費損不得自應稅收入扣減之規定，使證券交易損失單獨成為絕對不可扣減應稅收入，先將一法律行為割裂為二個以上之法律行為，並排除原應適用之所得稅法第 24 條第 1 項規定，反而適用針對免稅收入對應之成本費用之規定，對聲請人等發行權證人形成權利義務之不平衡，不符合法律適用之整體性，違背體系正義之要求。簡言之，財政部 86 年函釋對權證發行收取之權利金認屬應稅收入，卻對權利金對應之因權證風險管理措施所生避險交易損失認屬不得扣減應稅收入，對同一法律事實之整體法律規定予以割裂適用，有違 鈞院釋字第 385 號意旨，至為明顯。

6、允許權證避險損失不適用所得稅法第 4 條之 1，乃係為符合其交易本質所為之法律評價，並無產生與其他證券交易之差別待遇

- (1) 按行政院在 96 年提案增訂所得稅法第 24 條之 2 第 1 項本文規定承認應作為費用扣除：「經目的事業主管機關核准發行認購（售）權證者，發行人發行認購（售）權證，於該權證發行日至到期日期間，基於風險管理而買賣經目的事業主管機關核可之有價證券及衍生性金融商品之交易所得或損失，應併計發行認購（售）權證之損益課稅，不適用第 4 條之 1 及第 4 條之 2 規定。」明確表達修法前不讓

權證交易之相關避險損失併計權證發行損益課稅之函釋係錯誤見解。並於 96 年 6 月 15 日經立法院通過，7 月 11 日施行。依本條立法體系位於所得稅法第 24 條客觀淨額所得原則之後，顯係補充上述原則之立法。證諸聲請人一再重申，權證發行者因風險管理措施所生之避險交易損失實應優先適用所得稅法第 24 條規定，而排除所得稅法第 4 條之 1 規定之適用，乃係符合稅法精神的當然解釋之論據獲得立法確認。雖然立法院在增修上述條文時，並未規定得追溯既往，但該立法確認客觀淨所得原則，並釐清新法非屬租稅優惠規定，對於修正前權證課稅案件自具有解釋上之指標意義。

- (2) 再按自法律制定過程觀察，原本立法院在 92 年曾有立法修正權證課稅，但因表決程序有發生立法未能成立之情形，所以財政部才有一個就算新法溯及既往也只能至 92 年 1 月 1 日的底限，有人稱之為「92 共識」。以下謹節錄立法委員與前財政部長林全之發言立法院公報第 94 卷，第 62 期，委員會記錄，頁 318 至 319，謹供 鈞院參酌：
- A、劉憶如委員：「其實 92 年時立法院發生了一項很明顯的錯誤，這項錯誤是因為排案所造成的，當時有甲案和乙案兩個案子，甲案是主張溯及既往的版本，乙案是財政部所提不溯及既往的版本。包括本席在內的 3 位財經委員從 87 年開始就一直支持要溯及既往，而國、親當時也決定要支持溯及既往的甲案，本席敢保證所有教授衍生性商品的財經學者都會支持券商是對的，而行政院是錯的。照理說，當時應該是先表決甲案，如果這個案子遭否決的話，那麼我們也能接受行政院的版本，也就是從 92 年 1 月 1 日起開始適用溯及既往。可是表決的順序卻錯了，當時竟然是先表決乙案，計有民進黨與台聯黨同仁 93 人支持，而國、親兩黨並不支持不溯及既往的乙案，事實上，溯及既往的甲案後來表決時也通過了，結果因為吳委員敦義的關係，所

以後來只好重付表決，最後變成只有 89 個人支持甲案，也因此後來兩個案子都沒有通過。其實支持從 92 年 1 月 1 日開始就更正錯誤，讓台灣的資本市場步上正軌的人數共有 182 人，但因為立法院的表決順序錯誤，所以造成了冤屈，隨著時間的累積，金額也越來越大。……據本席所知，針對 92 年 1 月 1 日之後的部分，你們已經和券商達成協議，因為上回立法院表決順序錯誤，不然應該從 92 年 1 月 1 日就可以開始適用了，因此這部分財政部是可以接受的，至於 92 年 1 月 1 日之前的部分，就必須逐件打官司。」

B、林重謨委員：「當初表決時，本席也在場，老實說，立法院表決時的程序很重要，當時民進黨的立場是贊成不溯及既往，而當天會場的氣氛是打算不讓主張不溯及既往的第一案通過，然後要通過贊成溯及既往的第二案，也就是說，從 87 年之後的稅全部要退還給券商。本來有 182 人支持第 2 案，卻在重付投票時，因為聽到吳敦義委員喊出『圖利財團』，大家立刻反對該案。」

C、前財政部長林全備詢時亦表示：「原本財政部所提的版本必沒有溯及既往，但如果券商公會有這樣的要求，那我們認為起碼 92 年 1 月 1 日之前不能溯及既往，不過，前提還是要尊重大院最後的決定。……劉委員剛剛已經很清楚的把這個問題的背景講出來了，雖然委員對於財政部的責備較為嚴苛一點，但我們希望在兩者之間達成平衡，所以券商公會提出這樣的要求時，我們才會說如果立法院同意的話，財政部就不會反對。」「原則上我們希望不溯及既往，也就是法律何時通過就何時生效，但如果我們接受了券商公會的看法，就可以從 92 年 1 月 1 日開始。」（附件 27，立法院公報 94 卷第 62 期，頁 319 及 321。）。

- (3) 承上，自立法院修訂所得稅法第 24 條之 2 之立法過程而言，其實立法委員與財政部均確認新法為一正確之立法，只是對於是否溯及既往及應溯及自 87 年抑或 92 年有所爭議。法律溯及既往與否確實涉及到法治國家基本原則之判斷，本非可輕易動搖，不過既然權證課稅問題可以確認是一個法律漏洞，而新法又為正確之立法，在新法施行前之案件亦應在未侵害人民權利之情形下，亦無妨比照新法意旨處理，亦即如同信託法雖在 85 年施行，但對施行前成立之信託契約，亦得以法理方式適用信託法之規定，此參台灣高等法院上字第 1686 號民事判決：「再，「稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。」信託法第 1 條定有明文。按信託法雖訂立於 85 年 1 月 26 日，而本件上訴人主張之有關信託關係之事實發生於信託法訂立前，惟因有關「信託」之概念及行為於信託法訂立前即已存在，信託法堪認係將原已存在之信託概念予以明文化，故有關信託之意義堪以現行信託法第一條之規定為據，合予說明。」，故財政部 86 年函釋之實質上違誤狀態，亦應可獲得確認。
- (4) 查一般證券交易行為係人民本於自由意志決定，從事以獲得收入所得為目的之經濟活動，其所得免稅，因此基於收入與成本費用配合原則，相對的發生費用損失也不准自其他課稅所得中減除。反之，發行權證交易而進行之避險行為，乃是法規強行規定要求，納稅人並無意思決定自由，加上其係以「風險管理」（減少損失）為目的，其避險交易只是「從屬性」之手段，最終目的乃是為獲得發行權證收益（權利金收入）為目的，因此避險交易並非以獲得證券交易「所得」為目的，且風險管理措施通常均會產生損失，此與一般證券交易活動係以獲得證券交易所得之目的，明顯不同。就此根據李存修教授之研究報告，全國發行權證之券商多年來從事避險交易之統

計，絕大多數均呈現虧損結果，可以證明。亦即避險交易行為乃是發行權證之券商為獲得發行權證收入所得之目的而投入之成本費用交易性質，因此其風險管理措施所生之「形式上為證券之交易損失」，性質上應歸屬於發行權證收入之成本費用性質，而不應歸屬於一般證券交易損失性質，不應適用所得稅法第4條之1規定。

- (5) 是故，如果認購（售）權證中因風險管理措施所生之避險交易部分真應以證券交易作稅上處理，新法之規定豈非又造成差別待遇？蓋立法者不得恣意為差別待遇，必須本於事物本質或公益目的之正當理由為合理差別待遇，新法所顯示之立法意旨係權證交易因風險管理措施所生之避險損失扣除應稅權利金收入屬於配合原則之規定，是以立法者亦明示其並非可割裂評價為證券交易之本質，故屬於對不同事物為不同處遇之差別規範，並不違反平等原則。是以財政部86年函釋顧慮所得稅法第4條之1對於權證交易課稅之處理，似有以為對權證交易避險損失之特別處理，對其他證券交易為差別待遇之疑慮，應屬多餘。

7、財政部86年函釋與財政部83年函釋財政部83年2月8日台財稅第831582472號函就同屬配合原則之情形予以差別對待，並非有堅強之公益目的，自有違反平等原則之情

- (1) 按財政部83年2月8日台財稅第831582472號函：「三、以有價證券買賣為專業之營利事業，其營業費用及借款利息，除可合理明確歸屬者得個別歸屬認列外，應按核定有價證券出售收入、投資收益、債券利息收入及其他營業收入比例，計算有價證券出售部分應分攤之費用及利息，自有價證券出售收入項下減除」，其經由鈞院釋字第493號解釋乃依所得稅法第24條之配合原則規定肯認該函釋之合憲性，亦即可合理明確歸屬於應稅收入及免稅收入之費用即應個別歸屬，此乃配合原則之意旨。

- (2) 惟財政部86年函釋對於同屬配合原則應適用之情形，採取與財政部

83 年函釋相異之處過，因權證風險管理措施所生之避險損失在事物本質上係可明確歸屬應稅收入成本費用，卻不准依證券買賣為專業之營利事業之一般費用認列標準，將可明確歸屬應稅收入之成本費用併計於應稅收入，又財政部 86 年函釋並無配合原則之正當公益目的已如前述，在此亦有財政部 86 年函釋與財政部 83 年函釋相較所顯示之不合理差別待遇。

#### 8、財政部 86 年函釋對國內外券商有產生無正當理由之差別待遇

財政部 86 年函釋適用之結果，於國內券商核課其權證交易所得，因不准扣除因權證風險管理措施所生之避險損失，僅得減除少量之權證銷售管理費用，導致幾近是對其毛收入課稅，券商實質稅負約占權證發行權利金收入 25%(毛收入乘以 25%)，卻對從事相同權證交易之外資券商，准其適用所得稅法第 25 條，依其收入之 15%核課所得稅，致外資券商僅須負擔權證交易毛收入 3.75%(收入乘以 15%乘以 25%)。亦即，對於權證交易國內內資券商之稅負竟僅是國內之外資券商的 6.67 倍(25%/3.75%)。對於性質相同之權證交易，外資與內資券商竟負擔顯不相稱之稅負，此種差別待遇顯不符分配正義，衡諸於稅捐正義，財稅主管機關既無法律依據，亦無合理正當理由特別優惠於外資券商，相較於對內資券商卻課予特別租稅負擔，違反稅制競爭中立性原則，損害公平競爭環境，不利於我國本土產業之發展，顯已侵害人民受憲法保障之平等權，違反憲法第 7 條平等原則。

(五) 財政部 86 年函釋並無法有助於其行政目的，且對券商形成過於苛刻之課稅結果，有違比例原則

##### 1、比例原則之意涵

(1) 按憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益所必要者



外，不得以法律限制之。」，故限制人民權利自由應基於「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、或增進公共利益」之目的，此即手段必須有助於目的之達成之適合性原則，在必要限度內限制人民自由權利，所稱之「必要」包括最小侵害性及合比例性，故 鈞院解釋大多將憲法第 23 條作為比例原則之規範，適合性原則要求限制人權之手段必須適合公益目的之達成；其次，必要原則要求所有符合適合性原則之限制人權手段中，只能選擇其中對人權限制最小的手段，故又稱為最小侵害原則或不得已原則；最後，狹義比例原則要求不能用犧牲過大人民私益之手段，追求一個較小的公益。

- (2) 次按行政程序法第 7 條將上開憲法第 23 條比例原則予以更具體化規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」，第一款即為適合性原則，第二款為必要原則（最小侵害原則），第三款為狹義比例原則。

## 2、財政部 86 年函釋無助於所得稅法第 4 條之 1 規範目的之達成，不符合適合性原則

財政部 86 年函釋其主要意旨係為依照所得稅法第 4 條之 1 之規定，針對避險交易部分切割出來適用所得稅法第 4 條之 1 之規定。然而其超出所得稅法第 4 條之 1 之文義及規範目的已如前述，從適合性原則之角度而言，此種行政作為亦無從達成所得稅法第 4 條之 1 之規範目的，且自財政部 86 年函釋之規範意旨，可能找不出除為達成所得稅法第 4 條之 1 規範目的外之其他公益上目的，從而可以確認財政部 86 年函釋與適合性原則不符。

## 3、狹義比例原則之內涵

- (1) 憲法第 23 條之比例原則包括適合性原則、最小侵害原則及狹義比例原則。所稱狹義比例原則係手段不得與欲追求之目的不成比例，德國聯邦憲法法院提出一公式「愈如何，則愈如何」的比較性命題，亦即手段侵害愈嚴重，其正當化之理由便必須愈重要。其衡量因素包括基本權本身之抽象價值、受侵害之具體程度、公益之重要性、公益所面臨之迫切性、相關副作用（附件 35，盛子龍，比例原則作為規範違憲審查之準則—西德聯邦憲法法院判決及學說之研究—，七十八年台大法研所碩士論文，頁 133 至 143）。財政部 86 年函釋自上開因素衡量時，均有手段與目的顯失均衡之現象，且其並非追求比量能課稅原則更堅強之公益。
- (2) 所以簡單地說，狹義比例原則在權衡的是受法規侵害之人民權益與規範欲達成之公益，在人民權益部分係考量受侵害人民之基本權價值及侵害程度，也應考慮與結果無關之副作用等因素，例如德國學者 Gentz 認為在比例原則上比較基本權侵害的嚴重程度，與結果無關的副作用也需一併考慮，所謂結果為立法者所預期產生之結果（附件 35，盛子龍，比例原則作為規範違憲審查之準則—西德聯邦憲法法院判決及學說之研究—，七十八年台大法研所碩士論文，頁 91。），故如因規範之侵害效果產生規範制定者所無預期之效果，應屬與結果無關之副作用，與結果無關之副作用應加入人民權益侵害之一方，共同對抗公益之理由之正當性。

#### 4、財政部 86 年函釋課稅之結果將造成對聲請人財產權之嚴重限制

- (1) 稅捐的課徵是對所有權不同階段表彰的經濟給付能力加以掌握，稅捐課徵理論上不及財產所有權本體，而係對所有權之收益參與分配，故現行稅法主要就是針對財產所有權的變動加以課稅，亦即對於所得階段與支出階段加以課稅。所得階段課稅是就一定期間內所有權增長，及個人財產增加為負擔對象，換言之，所得稅是國家對

財產增長參與分配。（附件 3，葛克昌，所得稅法與憲法，頁 37 至 38），故在於依其一定期間內所有權增長所生之私人利用性在私有財產受憲法之制度性保障下，國家只能透過法律規定之徵課稅捐，分享人民對經濟財產之使用、收益及處分之經濟成果，且其應有適當比例，不得侵犯經濟財產本體，否則即違反比例原則。依憲法比例原則，至少稅捐對於財產權之介入，僅能及於財產之收益（孳息）成果，不能及於經濟財產權本體則可確立，否則將變成變相沒收人民之財產，嚴重破壞憲法保障人民擁有私有財產權之制度，自與憲法保障人民之財產權之精神有違。

- (2) 經查，本案權證交易若依財政部函示不准減除因權證風險管理措施所生之避險損失，而僅就發行權證收入計算課稅所得時，則將產生過度課稅之現象，導致虛增大量所得，而虛增所得稅負擔。是以依據證券商業同業公會委託台大財務金融系李存修教授研究結果，針對全國 18 家發行權證之券商統計 87 年至 93 年 7 月底止，「由表五及表五（續）可知，年度淨獲利佔權利金總收入百分比之平均在 4.77% 至 21.35% 之間，皆未超過 25%，以 93 年 7 月底之前到期的所有權證來看，總權利金累計已達 742.25 億元，淨收益僅為 121.52 億元，約佔權利金總收入之 16.37%。」「全體權證市場之 volatility markup 平均為 17.60%，淨獲利佔權利金總收入之 16.37%，未達 25%，若要課徵 25% 的營利事業所得稅，則會產生 8.63% 之虧損。」
- 「依表三與表四之估算，全體權證市場避險操作之成本加上其他直接相關成本約為權利金收入之 78.42%，而券商發行權證之管銷費用及其他固定費用約佔權利金總收入之 5.21%。兩者合計，成本高達權利金總收入之 83.63%。若權利金收入被課徵 25% 之所得稅，全體發行人即產生 8.63% 之稅後損失，形成做愈多虧愈多之現象。」
- （附件 23，李存修教授，證券商發行認購（售）權證之定價策略及

各項相關成本分析研究報告，93 年 8 月頁 19、29）。

- (3) 又查，聲請人 93 年度到期權證之實際利得（權利金收入減除因權證風險管理措施所生避險損失及相關成本費用後之淨損益）係 37,692,510 元，然財政部臺北市國稅局因適用財政部 86 年函釋，不准聲請人扣減避險損失及相關費用 115,081,761 元，而核定聲請人 93 年度之權證所得為 152,774,271 元，再依 25% 稅率計算後之權證所得稅額為 38,193,567 元，故聲請人 93 年度到期權證須負擔之「實質稅率」高達 101%，故國稅局上開課稅結果，已將聲請人之權證利潤全數剝奪，更進一步無理徵收聲請人之其他利得，顯已實際上對於聲請人實際權證利得進行剝奪，而產生「絞殺課稅」的結果。從而最高行政法院確定判決支持不准券商就發行權證之避險損益認列為權利金收入之減項，顯然已嚴重侵害聲請人受憲法上保護之財產權，且對於財產權所侵害之程度亦業已超出財產權所應負擔之社會義務範圍。

5、依職業自由三階段理論，財政部 86 年函釋對聲請人等券商之職業客觀要件之限制，縱以立法規定尚須受嚴格審查，況乎財政部 86 年函釋，更應接受嚴格審查標準之檢驗：

- (1) 「又按憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，業經本院釋字第 404 號、第 510 號、第 584 號、第 612 號、第 634 號與第 637 號解釋在案。對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民

選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」為鈞院釋字第649號解釋所明揭。

- (2) 由鈞院上開釋字意旨可知，對於憲法第15條所保障職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。規範強度有三階理論為判斷標準，也就是職業行為、主觀要件及客觀要件審查作為逐步侵入強度之階段。首先規範密度較弱的則是職業選擇階段，也就是只有在為了保護特殊重要之公益時，才有強制限制之必要。此時區分為主觀及客觀許可要件。前者係將職業選擇與個人之特性、能力、知識及經驗結合，如特定年齡限制、能力資格審查等，例如特定技師或專業人士，如律師、會計師等資格取得，須得資格審查、考試或鑑定等。後者則是指個人無法影響之要件，如該項職業之需求性，但仍須以保護特殊重要公益所必要者使受允許。換言之，客觀要件存在前提在於有保護特殊重要公益所必要者，否則是不可以以此作為限制要件的，例如為公眾健康之必要，計程車司機須為胸部 X 光檢查通過設定為取得執照營業要件之一、為交通秩序順暢所為交通容量限制，如對計程車執照額度限制等（附件 36，陳慈陽，憲法學，頁 591）。

- (3) 據新聞資料「為了抗議權證稅率不公與法案審理之延宕，券商決議於 2004 年 7 月 7 日起罷發權證，後在 11 月中旬大華證行政訴訟暫時勝訴而同意重發權證。停發影響在於，權證發行市場因只出不進，發行停頓加上自然到期，權證市場急遽萎縮，在 7 月 9 日停發權證前，上市掛牌的權證檔數為 296 檔、上櫃掛牌檔數 13 檔，合計共 309 檔；但 4 個月後，上市掛牌權證僅餘 101 檔、上櫃權證只剩 1 檔，發行市場縮水近 7 成；另外，因權證可供現貨交易避險之用，

停發對市場成交值有負面影響，2004 年 7 至 11 月，股市成交量僅約 480 至 750 億元之間，遠低於上半年平均 1030 億元之成交量」，「因立法院、財政部漠視“九二共識”，券商自 2006 年 1 月 1 日起二度停發權證」（附件 37，【月報】專題評析：權證退稅爭議之演進與影響，網址：

<http://stock.yam.com/rsh/article.php/350945>）「券商估計，停發權證後，政府每年將減少 50 億元稅收，對券商來說，不但少了權證生意可做，現有的大批權證部門人力如何善後，更是個頭痛的大問題。面對眼前僵局，券商也很無奈，只能希望立法院趕緊通過修法，讓避險損失可以扣除，如此一來，券商便會恢復發行權證，讓投資人重新擁抱權證市場。」（附件 38

<http://fn.yam.com/fninfo/php/article.php/384618>）。因權證交易之稅前實際獲利雖是可以預期，但因為財政部 86 年函釋課稅之結果，產生券商之實質淨獲利佔權利金總收入 25% 以上者，才有獲利之空間，此種獲利要求絕非任何一家券商有主觀能力所能達成。如採用此種課稅方式，自然形成強迫券商退出權證市場之副作用，僅以鞏固國家財稅收入係不足以作為職業選擇客觀要件限制之例外，是財政部 86 年函釋否准券商將發行權證採取風險管理措施之避險損失自權利金收入中扣除，顯然係犧牲券商受憲法保障之財產權及職業自由較大的公益，而達成增加國庫收入較小之利益，其所採取之手段與目的間顯失均衡，違反狹義比例原則，此點亦是 鈞院應仔細加以考量者。

- (4) 復查，財政部 86 年函釋之適用結果，已產生與結果無關之副作用，可先確定的是，財政部 86 年函釋之規範制定者所預期之法律效果為因權證風險管理措施所生之避險交易損失應單獨適用證券交易損失不得自應稅所得中扣除之法律效果，如因該規範效果以外之侵害，即

為與結果無關之副作用。然財政部 86 年函釋之適用，實際上已使券商發行權證金融商品之券商發行權證產生無利可圖之結果，此種稅負之影響係屬券商客觀上無法影響之要件，已實質上侵害到券商之職業選擇自由，應從嚴審查是否違憲。事實上，券商為因應財政部 86 年函釋只好發展出兩種可能有解決方式，其一為將因權證風險管理措施所生之避險損失無法自權利金收入項下扣除所增加之租稅成本，反映於向投資人收取之權利金，來決定該權利金之金額，換言之，即券商在發行權證時，向投資人收取較高之權利金而將租稅成本實際轉嫁予投資人；其二則為，採取停發權證之手段，事實上券商為表達對該函釋之不滿曾二度停發權證。以下分別說明之：

**A. 就第一種方式（轉嫁租稅成本）而言：**

將財政部 86 年函釋之權利金毛額課稅因素，以提高權利金方式處理，此即為最高行政法院判決所言：「依其從事證券業之專業知識，亦知悉行為時所得稅法第 4 條之 1 規定，其為避險之證券交易所得既可免稅，其因避險之證券交易損失即不得自所得額中減除，理應充分衡量其發行該認購權證之利潤與風險後，再行決定該權利金之金額，以發行最符合其經濟效益之商品，自不得僅因其係依照於發行認購權證時之規定買進或賣出股票之證券交易，即主張該種證券交易係出於強制而與一般消費者為證券交易有所不同，並要求於稅法上異其計算。」將因權證風險管理措施所生之避險損失無法自權利金收入項下扣除所增加之租稅成本，轉嫁至投資人。然而，身為投資人在面對各種不同類型之金融商品時，勢必以其投入成本及其可能回收之獲利程度作為衡量投資標的之主要因素，尤其認購權證所實際投資之標的亦為特定股票，僅係認購權證以選擇權之方式發行，投資人有權利在未來一定期間內，依事先約定價格購買一定數量之標的股票。是如券商將發行權證所增加之租稅成本轉嫁至向投

資人所收取之權利金，即係增加投資人之投資成本，此即與權證購買人僅以相對標的股票之極小價值購買權證以取得選擇權之原始商品設計模式相違背，因為投資人得否因權證購買而就能以較市價為低之價格承購標的股票，本就處於非確定狀態，權證商品之推出就是使投資人以極小之權利金取得可低價購買標的股票之機會，如因稅負因素而提高權利金，將相當程度減低投資人之購買意願，蓋在投資人仍有其他種類之金融商品可供選擇時，必然促使投資人轉為投資其他具有替代性質之金融商品，導致認購權證在投資市場上遭到排擠，因對於投資人而言如有對其效用相等、價格不同之多種金融商品可選擇時，自然不會選擇一個已經與其設計初衷有重大變更之商品，而會趨向選擇價格較低或較無風險之金融商品，例如：以個股股票或股價連動之相關金融商品，除了認購權證以外，尚有一般股票、股票型基金或股權連結型結構型商品等投資工具，如認購權證之權利金過高，導致投資成本已超過投資人合理之期待利潤時，投資人勢必選擇放棄投資成本較高之認購權證，而改為投資其他具有替代性質之金融商品，最終將使此種認購權證之金融商品失去競爭力，甚至因而被迫退出市場。

B: 而就第二種方式（停發權證）而言：

如前所述，最高行政法院確定判決所提出之第一種因應財政部 86 年函釋課稅方式，並無實行可行性，因提高權利金方式仍是使得權證商品在客觀上退出市場，所以券商因應財政部 86 年函釋之方式（如排除前述對修法溯及既往之期待或行政救濟會獲有利結果之因素）僅有選擇不發行權證一途。然券商因抗議權證課稅不公所爆發之權證市場停發事件，其影響可能不能僅單純從券商從事權證交易獲利之觀點來看，而是權證停發後所衍生之投資人、廠商無法使用權證市場避險或藉由權證以小博大之特性獲利，並進而引發證券市場的



萎縮；又據報載衍生性金融商品之人才培養不易，因權證停發而導致不少菁英轉至他國尋覓舞台，產生國內人才流失之情形。這些非財政部 86 年函釋之預定影響，甚至牽涉到第三人之工作權或一般經濟上權利遭受侵害。

- (5) 由上述說明可知，券商無論係採取第一種或第二種之解決方法，均係因財政部 86 年函釋否准券商將發行權證採取風險管理措施所產生之避險損失作為權利金收入之減項扣除所相應發展出來之解決方法，可見財政部 86 年函釋已實質上影響券商在職業發展上之自由，申言之，即財政部 86 年函釋已建立了一個券商無法透過自身努力而可改變之客觀職業自由之限制，導致券商不得不提高發行成本或停發權證，顯已對於券商發行權證之職業客觀選擇要件進行了限制，在現行採取職業自由之三階段理論下，當應從嚴加以審查，除非可知財政部 86 年函釋有任何保護特殊重要公益之必要，否則根本無法通過嚴格之客觀要件審查。細究財政部 86 年函釋可能主張之公益理由，莫過於國庫稅收之考量，惟國家財政收入之目的實乃難以國家安全、國民生命或健康等重要公益相互比擬，實難稱得上一個「特殊重要」公益之理由。更何況財政收入之鞏固似又非該函釋當時所制定時之本意，縱有達成多課徵稅捐之結果，財政部當初底限係願意放棄財政部 86 年函釋多課徵稅收之半數以上，所以財政部 86 年函釋如真有增加財政收入之公益理由，其正當性亦不甚堅強，也是因此之故，財政部與立法院才會將此課稅爭議，亦即財政部與立法院放棄對修法前之權證課稅之法秩序予以決策，而係交由 鈞院定奪。

- (6) 再查，券商雖二度停發權證後又恢復權證之發行，並非意味券商從事權證交易仍有獲利之可能性，毋寧是在當時財政部及立法院已積極著手所得稅法修正案的氛圍中，券商對於增訂因權證風險管理措

施所生之避險損失可列於權利金收入項下扣除之規定及其溯及適用已具有合理正當之期待，蓋所得稅法第 24 條之 2 修正草案早於 92 年即已提案送立法院審查，即使後來因緣際會沒有通過，96 年時立法院增訂所得稅法第 24 條之 2 規定時，在審查會中亦曾討論溯及適用所得稅法第 24 條之 2 之可能性。而券商一方面為了留住人才、維持正常營運，一方面對於即將修正通過之所得稅法及其溯及適用有所期待，是以恢復權證之發行對券商而言乃是不得不為之選擇。再者，所得稅法第 24 條之 2 嗣後於 96 年 6 月 22 日增訂，96 年 7 月 11 日施行，最後並未有溯及適用之條款，因此在所得稅法第 24 條之 2 規定修正前，財政部 86 年函釋對券商產生之衝擊及影響仍然存在，吾人即不得藉口所得稅第 24 條之 2 已然修正，而忽視財政部 86 年函釋在客觀上會形成強迫券商退出權證市場之副作用（亦即應排除修法等其他因素之考量）。

- (7) 姑且不論 96 年所得稅法之修法因素，財政部 86 年函釋確實已使券商停發權證，只不過 92 年以來一直有修法溯及既往的有利因素，及券商因衍生性金融商品之人才養成不易，是券商仍相信修法前案件之因權證風險管理措施所生之避險損失仍有尋得救濟之機會，使券商能等待至 96 年修法時點，惟財政部 86 年函釋之見解客觀上已確實將產生券商退出市場之副作用。

#### 6、狹義比例原則對財政部 86 年函釋之檢驗

- (1) 查財政部 86 年函釋挾對所得稅法第 4 條之 1 之錯誤解讀，將認購權證之商品認定為應予毛額課稅之商品，實無任何特殊重大公益之目的而導致寓禁於徵之效果，亦即 86 年函釋否認認購權證採取風險管理措施所生之避險交易損失可於權利金收入中扣除，乃係透過租稅手段介入金融市場之自由發展，形成與其他具有替代性質之金融商品之租稅上差別待遇，並無任何合理正當理由，不僅違反租稅中立

性原則，亦與平等原則相違。退步言之，縱認為財政部 86 年函釋帶有增加財政收入之公益目的，但其對財產基本權、職業自由之侵害效果，誠難謂不重大，更變相發生阻礙新投資商品發行、活絡金融市場、衍生性金融商品人才在國內之工作權受限及產生停發權證之相關副作用等。是該函釋採取犧牲券商財產權及職業自由之手段，追求增加國庫收益之目的，係以為過度侵害基本權之方式達成增加國家稅收之目的，顯然可以認定財政部 86 年函釋之公益理由絕對不足以支持其手段所生之損害，其與狹義比例原則嚴重背離，至為明顯。

(2) 況權證繼續發售才是對國家稅收有正面之助益，而非以財政部 86 年函釋方式課徵稅負真的會有利國庫收入，據前開新聞資料顯示，權證停發將影響國家每年 50 億元之稅收，而財政部統計 96 年修法前之權證案件，以財政部 86 年函釋所能多課徵之稅捐為 100 億多元，當初財政部底限為同意 92 年以後之權證案件追溯適用，亦即願意放棄 6、70 億元之稅收（附件 27，立法院公報 94 卷第 62 期，頁 313），可見財政部 86 年函釋不必然能帶來如其所預定之稅收效果，如因此引發券商停發權證之稅額影響數，恐怕此種副作用不得不加以納入考量，請 鈞院斟酌。

(3) 綜上所述，增加國庫收入並不足以作為一個特殊重要之公益目的，本件在狹義比例原則上自應予以從嚴審查。查財政部 86 年函釋侵害聲請人之財產權及職業客觀選擇自由甚鉅，且亦已形成與結果無關的副作用，即可能造成強迫券商退出市場，進而阻礙金融市場之發展之副作用，已如上文所述。該函釋以犧牲聲請人之財產權及職業自由之方式，而追求增加國家稅收之目的，顯然係以犧牲較大之公益來達成較小之公益，其所採取之手段與目的間顯然已失之平衡，與憲法第 23 條規定之違狹義比例原則相違，自無法通過狹義比例原

則之考驗。

## 二、聲請人對本案所持之立場與見解

租稅法律主義與租稅公平原則為憲法原則在稅法上之二大支柱，本案依財政部 86 年函釋核課稅捐之結果，聲請人受憲法第 7 條、第 15 條、第 19 條及第 23 條保障之基本權顯然已受到侵害。

依形式上及實質上合憲性檢驗之觀點，應綜觀法律整體外部體系，及稅法內部體系，透過一般法律解釋對於所得稅法第 4 條之 1 作成與同法第 24 條無矛盾之解釋，即同意應（免）稅收入項下可歸屬之成本費用縱使包括形式上為證券（非證券）形式，亦應予以認定為應稅或免稅項下成本費用，始不破壞法律體系。退步言之，本案因發行權證所從事採取風險管理措施之有價證券交易，縱其外觀具證券交易形式，亦應得依前揭之法學方法，透過目的性限縮，使其排除適用所得稅法第 4 條之 1。循此，不但符合「量能課稅與實質課稅原則」之精神，亦與 鈞院第 420 號、第 493 號、第 597 號、第 607、第 622 號、第 625 號、第 635 號等解釋先例一致。

從法律體系整體諧和一致性觀察，在出現法規競合之場合，若須有所抉擇時，亦應取向於法律之公平正義。準此，本案權證課稅爭議，出現所得稅法 24 條第 1 項與同法第 4 條之 1 競合衝突，依前揭論述可知，擇前者較選後者之結果更能符合公平正義法則，則本案答案顯然應優先選擇適用所得稅法第 24 條第 1 項，而非財政部 86 年函釋認定之所得稅法第 4 條之 1。本論據亦獲得 96 年增訂之所得稅法第 24 條之 2 之立法確認。

綜上，本案確定判決所適用之財政部 86 年函釋，已違反憲法第 7 條平等原則、第 15 條工作權、體系正義、第 19 條租稅法律主義及量能課稅、實質課稅之租稅公平原則、第 23 條比例原則及第 172 條命令不得違法違憲等規定，就此尚請 鈞院大法官迅賜解釋宣告上開財政部函釋，違反所得稅法及憲法相關規定無效，以維聲請人權益。

**肆、關係文件之名稱及件數**

附件 1、最高行政法院 100 年判字第 970 號確定判決

附件 2、財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函

附件 3、葛克昌，所得稅與憲法，頁 29 至 30、頁 37 至 38、頁 121 至 123、  
頁 156 至 158

附件 4、發行人申請發行認購(售)權證處理要點

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

附件 6、證券商財務報告編制準則

附件 7、近年行政法院權證相關判決一覽表

附件 8、李建良，基本權利理論之構成及其思考層次，人文及社會科學集  
刊，第九卷第一期，頁 39 以下

附件 9、所得稅法第 4 條之 1 立法理由

附件 10、黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 75 至 77、頁 185 至 188、頁  
219 至 222、頁 385 至 387

附件 11、財政部 91 年 12 月 26 日台財稅第 0910455619 號函釋

附件 12、黃茂榮，稅法總論第一冊，頁 405

附件 13、陳清秀，稅法總論，頁 32 及 196

附件 14、柯格鐘，憲法解釋與量能課稅及實質課稅原則，司法院大法官九  
十八年度學術研討會(上)冊，頁 33

附件 15、林明昕，論行政罰中單一行為之概念，頁 21 及 22

附件 16、金子宏，租稅法，第 13 版，頁 262 及 265

附件 17、財務會計準則第 34 號「金融商品之會計處理準則」公報

附件 18、證券商財務報告編製準則

附件 19、黃茂榮，不動產稅及其對不動產產業的經濟引導，收錄於稅法總  
論第三冊，註 5，頁 471 至 472

- 附件 20、稅捐稽徵法第 12 條之 1 規定
- 附件 21、陳清秀，量能課稅原則在所得稅法上之實踐，現代稅法原理與國際稅法，頁 47 至 48
- 附件 22、陳清秀，論客觀的淨額所得原則，現代稅法原理與國際稅法，頁 265、271 至 272、297 至 306
- 附件 23、李存修教授主持，證券商發行認購（售）權證之定價策略及各項相關成本分析研究報告，93 年 8 月
- 附件 24、陳愛娥，大法官憲法解釋之界限—由功能法觀點出發，收錄於大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄，頁 342 至 346
- 附件 25、許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，收錄於憲法與法治國行政，頁 212 至 219、225 至 226 及 244
- 附件 26、蔡茂寅等四人合著，行政程序法實用，頁 305
- 附件 27、立法院公報第 94 卷第 62 期
- 附件 28、96 年 4 月 3 日經濟日報，網址：  
[http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f\\_ART\\_ID=32465](http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f_ART_ID=32465)
- 附件 29、盛子龍，憲法解釋與稅捐稽徵經濟原則—租稅法上類型化立法之正當性與平等原則初探，司法院大法官九十八年度學術研討會（下冊），頁 17
- 附件 30、最高行政法院 96 年度判字第 406 號判決
- 附件 31、立法院公報第 79 卷第 59 期
- 附件 32、黃士洲，權證官司二審敗訴簡評——最高行政法院 95 年判字第 2206 號判決評析，稅務旬刊，1994 期，2007 年 2 月，頁 7 以下。
- 附件 33、許宗力，從憲法解釋看待平等原則與違憲審查，收錄於中央研究院舉辦第二屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會，會議論文（一），民國 88 年，第 85 頁以下影本乙份。

附件 34、臺北高等行政法院 92 年度訴字第 4555 號判決

附件 35、盛子龍，比例原則作為規範違憲審查之準則—西德聯邦憲法法院判決及學說之研究—，七十八年台大法研所碩士論文，頁 91、133 至 143

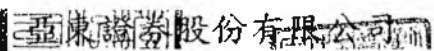
附件 36、陳慈陽，憲法學，頁 591

附件 37、【月報】專題評析：權證退稅爭議之演進與影響，網址：  
<http://stock.yam.com/rsh/article.php/350945>

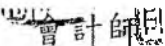
附件 38、權證最快年底在台股消失，理財週刊第 301 期，網址：  
<http://fn.yam.com/fninfo/php/article.php/384618>


謹 呈

司 法 院 公 鑒

聲 請 人 

代 表 人：張學林

聲請代理人：林宜信 

林瑞彬 律 師 

中 華 民 國 1 0 0 年 月 日

## 委任書

稱謂	姓名或名稱	職業	住居所或營業所、郵遞區號及電話號碼
委任人	亞東證券 股份有限公司  代表人：張學林		
受任人	姓名或名稱	職業	住居所或營業所、郵遞區號及電話號碼
	勤業眾信聯合會計師事務所 林宜信會計師	執業會計師	
	德勤商務法律事務所 林瑞彬 律師	執業律師	
			送達代收人姓名、住址、郵遞區號及電話號碼
			送達代收人： 勤業眾信聯合會計師事務所 林宜信會計師  送達處所：



## 為 委 任 釋 憲 聲 請 代 理 人 事

委任人茲委任受任人為代理人，為最高行政法院 100 年判字第 970 號確定判決所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函，有牴觸憲法之疑義，爰聲請司法院大法官解釋憲法，並授權受任人就本事件有為一切法律行為之權，提出委任書如上。

謹 呈  
司法院 公鑒

委任人：藍東陽股份有限公司  
代表人：張學林

受任人：勤業眾信聯合會計師事務所林國瑞會計師

受任人：德勤商務法律事務所 林瑞彬律師

中 華 民 國 1 0 0 年 8 月 日

## 最高行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 100,判,970  
 【裁判日期】 1000616  
 【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970號

上 訴 人 亞東證券股份有限公司

代 表 人 張學林  
 訴訟代理人 林宜信  
 林瑞彬 律師

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99年2月4日臺北高等行政法院98年度訴字第2172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93年度營利事業所得稅結算申報，列報營業收入淨額新臺幣（下同）153,766,860,977元、營業成本152,830,016,801元、停徵之證券、期貨交易所得423,188,873元及申報書第58欄（課稅所得減項）43,049,616元，經被上訴人分別核定為152,736,957,847元、151,579,293,447、357,436,244元及201,403,843元，並補徵稅額32,346,123元。上訴人對營業收入－利息收入及認購權證交易所得部分不服，申請復查，獲追認營業收入淨額909,110,821元、營業成本1,214,571,213元，追減停徵之證券、期貨交易所得305,460,392元，其餘復查駁回，復提起訴願及行政訴訟均遭駁回，遂提起本件上訴。
- 二、上訴人起訴主張：（一）債券溢價攤銷之利息收入，應依營利事業所得稅查核準則（下稱查核準則）第2條第2項規定，按財務會計準則公報第21號第26條規定計算利息收入，被上訴人以所得稅法第62條規定之原利率認應依債券票面利率計算利息收入有誤，且違反所得稅法第22條規定之權責發生制，又財政部75年7月6日台財稅第7541416號函釋（下稱財政部75年函釋）非現行被上訴人計算債券利息收入之唯一方式，其就同一事項於不同案件採不同之處理（零息債券以債券折價

金額作為利息收入，附息債券溢價攤銷卻不准自利息收入中扣除），有違平等原則。(二)被上訴人認定認購權證避險損失屬應稅或免稅項下損失之方式與其他成本費用項目不一致，且所得稅應對「所得」課稅，被上訴人未將發行認購權證之相關成本費用自認購權證收入中扣除，顯不符實質課稅原則。又所得稅法第24條之2已於96年7月11日公布施行，明定權證發行人避險損失得於權利金收入項下減除以計算損益課稅，足證權證發行權利金收入與避險損益間有收入成本配合原則之適用，原核定顯有應適用而未適用所得稅法第24條收入成本配合原則之違誤。再系爭避險成本屬上訴人於認購權證上市後，基於促進權證流通性目的再買回而持有至到期，按認購權證買回成本所認列之損失，非屬證券交易損失，應得自認購權證權利金收入項下減除。又上訴人原申報之權利金收入中屬認購權證上市、上櫃前未銷售額單位（即自留額度）部分，上訴人於發行時未實際銷售予第三人而取得任何價款，應無須申報權利金收入，求為訴願決定、原處分（含復查決定）不利於上訴人部分均撤銷。

三、被上訴人則以：(一)財務會計與稅務會計之計算依據與基礎原即有異，租稅之課徵係以租稅法之有關規定為準據，而依所得稅法第62條規定及財政部75年函釋意旨，營利事業應按債券之面值及票面利率計算利息收入，並以原始購價為出售債券之成本，故於稅務會計上，債券持有期間並不認列溢、折價攤銷，債券之溢、折價應俟最後處分時再一併認列處分損益。(二)系爭認購權證經財政部公告，依證券交易法第6條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（下稱財政部86年7月函釋）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所得稅，則依衡平原則，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規定並無排除收入成本配合原則之適用，故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；又證券商於發行時，得自行斟酌其可能發生之損失成本費用，且依其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，如於稅收上異其計算，有違租稅法律主義及租稅公平原則；再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，即上訴人認購自留額度之法律地位係屬「持有人」身分，自應認列與一般持有人相同之發行階段權利金等語，茲為抗辯。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：(一)債券溢價攤銷數部分：上訴人所稱之系爭差額乃與投資市場利率比較後之金額，究其本質係屬利息收入之一部分即仍屬收益，並非

為獲致系爭利息收入所耗用之成本，自非權責發生基礎所遵循之收益原則及配合原則範疇，參以投資債券盈虧係以買入債券當時與嗣後出售債券時之市場利率利差為斷，與票面利率並無關連。又營利事業辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，應依所得稅法及相關規定辦理，營利事業買賣債券不論是否係到期兌領，均應按債券持有期間依票面利率計算利息收入，並按債券出售價格或期滿兌領面額與購進價格計算證券交易損益，至所得稅法第62條係規範長期投資之存款、放款或債券之估價，非列報利息收入得減除債券溢價攤銷數之規定，而債券溢折價係因購進成本不等於面值，該債券溢折價於續後評價按財務會計準則公報第21號第26條規定固應攤銷，惟因其屬該有價證券之購入成本之一，依所得稅法第62條及財政部75年函釋意旨營利事業應按債券之面值及票面利率計算利息收入，並以原始購入價格為出售債券之成本。本件債券並非零息票債券，兩者本質不同，自無從為相同之處理。再按所得稅法第62條規定之長期投資除債券外，尚包括存款及放款，所稱「原利率」係指債權人與債務人約定之利率，就存款及放款而言，係指一般之存放款利率，而就債券而言即為「票面利率」，故其每期利息收入，仍應按票面利率計算申報利息收入，非上訴人主張之「市場利率」。至增訂之所得稅法第24條之1規定，並無追溯適用之條款，要難逆推財政部75年函釋承認溢價攤銷應作為利息收入之減項。

(二)認購權證交易所得部分：按收入成本費用配合之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。而司法院釋字第493號解釋揭櫫所得稅法第4條之1證券交易所得停止課徵所得稅，不僅未排除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；又上訴人認購權證發行後再買回損失及避險部位交易損失，係屬免稅之證券交易損失，不得自應稅所得中減除。而證券商發行權證，係依主管機關相關規定強制進行避險交易，且券商對標的股票漲即買、跌即賣之避險交易行為可能產生損失，亦可能產生利益，難認為發行權證之成本或費用；況依所得稅法施行細則第31條規定，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，上訴人所為之避險交易迄履約期間屆至亦非必然為虧損，且為避險交易非全然對證券商為不利。至96年7月11日增訂所得稅法第24條之2之規定，並未否認認購權證為有價證券之屬性且未規定得溯及適用。而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，即上訴人認購自留額度之法律地位係屬「持有人」身分，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。故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。

五、上訴意旨略以：(一)所得稅法第62條所指之「原利率」並非原判決及被上訴人所稱之「票面利率」，原判決認債券之原始取得成本應為固定，上訴人不應就折溢價部分攤銷，此理論有擴張解釋所得稅法第62條及相關所得稅法規定，且違背查核準則第2條第2項、經驗法則及量能課稅原則之違法。原判決援引未明文解釋何謂原利率之財政部75年函釋，有不應適用而適用、適用不當情事、判決不備理由、違背司法院釋字第216號解釋意旨及司法院釋字第586號解釋理由書等違法。又所得稅法第24條之1與所得稅法施行細則第31條之1之目的在解決債券折溢價案件長久之爭議，自應得追溯適用於本案，原判決不予適用，有違平等原則。再本案買賣債券交易並無「利息所得」與「證券交易所得」無法明確劃分情形，原判決既肯認債券之對價包括取得有價證券所支付之對價（成本）及為該債券所代表之資金關係而可於未來取得之利息所得等二部分，卻又主張其溢價部分為購入債券之成本，不應於債券持有期間每年自利息收入減除，顯構成判決理由矛盾。且原判決以是否支付現金做為判斷成本收入配合原則之標準，有違背所得稅法第22條及商業會計法第10條規定之顯然錯誤。(二)原判決稱上訴人認購自留額度之法律地位與一般持有人之權利並無二致之論理，顯有判決理由矛盾之違法，且原判決稱上訴人有出賣認購權證予自己之買賣交易發生，並進而認定上訴人之自留額度有取得權利金收入之事實，顯違反量能課稅原則，而上訴人未曾發行權證自無任何權利金收入，被上訴人並未舉證上訴人有因此而增加淨資產，自有適用行政訴訟法第136條準用民事訴訟法第277條之違法。又原判決未論述本案何以應優先適用所得稅法第4條之1之理由及心證形成過程，亦未就系爭認購權證買回成本所認列之損失非屬證券交易損失，應得自認購權證權利金收入項下減除乙節加以論述，而有關「營利事業所得」之法律適用上，亦未優先適用所得稅法第24條，有應適用所得稅法第24條第1項而不適用、有違司法院釋字第493號及第385號解釋、經驗法則、論理法則、租稅公平法則、租稅法律主義及判決不備理由、判決理由矛盾等違法。再所得稅法第24條之2於96年7月11日公布施行，明定權證發行人避險損失得於權利金收入項下減除以計算損益課稅，原判決有應適用而未適用所得稅法第24條收入成本配合原則、適用所得稅法第4條之1錯誤及判決理由矛盾之違誤。

六、本院查：

甲、關於債券溢價攤銷數部分：

(一)按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，應以租稅法之有關規定為準據。次按「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。」、「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。」、「長期投資之存款、放款或債券，按其攤還期限計算現價為估價標準。現價之計算，其債權有利息者，按原利率計算，無利息者，按當地銀錢業定期1年存款之平均利率計算之。前項債權於到期收回時，其超過現價之利息部分，應列為收回年度之收益。」行為時所得稅法第4條之1、第24條第1項、第62條定有明文。再按「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或核課所得稅時，其帳載事項與所得稅法、所得稅法施行細則、促進產業升級條例、促進產業升級條例施行細則、中小企業發展條例、企業併購法、本準則暨有關法令之規定未符者，均應於申報書內自行調整之。」行為時查核準則第2條第2項定有明文。又「營利事業或個人買賣國內發行之公債、公司債及金融債券，買受人若為營利事業，可由該事業按債券持有期間，依債券之面值及利率計算『利息收入』，如其係於兩付息日間購入債券並於取息前出售者，則以售價減除其購進該債券之價格及依上述計算之利息收入後之餘額作為其證券交易損益。買受人若為個人，因個人一般多未設帳，應一律以其兌領之利息金額併入其當期綜合所得稅課徵。」亦經財政部75年函釋在案，經核上開函釋，係財政部本於主管機關地位，就債券利息所得之計算方式所為釋示，未牴觸所得稅法令等相關規定，且與法律保留原則無違，自可適用。

- (二)營利事業為債券之投資，該債券於評價上係屬營利事業之資產，至營利事業因長期投資而購入債券者，關於該債券之成本，參諸所得稅法第62條規定，自係指債券之原始取得成本，故不論營利事業就該債券是高於或低於票面價格取得，均不影響其原始取得成本金額之認定。是以，長期投資之債券有利息者，按原票面利率計算利息收入，列報為當期收入，債券溢折價部分，列為收回年度之損益。又債券因屬證券交易法所稱有價證券，是其買賣有所得稅法第4條之1停徵證券交易所得稅規定之適用，故營利事業為債券之買賣，若賣出時（含持有至到期日）之價格低於原始取得成本者，固有損失，惟因其屬證券交易損失，自不得於當年度營利事業所得稅結算申報時予以列報減除；若尚未賣出，則營利事業為該債券投資之損益因尚未實現，自亦不得於持有期間之年度營利事業所得稅結算中予以列報。另財務會計準則公報第21號第26條及第26號第22條雖有關於長期投資之公司債，應按溢折價攤銷作為利息收入之調整，惟此乃基於財務會計之穩健原則，為允當表達營利事業財務情形所為之規範。而稅務會



計與財務會計因規範依據及目的有所不同，本即會有所差異，此在所得稅法雖未加以明文，惟在所得稅法第80條第5項明確授權訂定之查核準則第2條第2項則明文規定，該規範之效果即與所得稅法之規定無異。關於債券之溢折價，前開所述乃基於其為資產之本質，依相關法律規定所為之當然解釋，是於稅法並無明文其溢折價得為攤銷之情況下，營利事業之財務報表雖依前述財務會計準則公報規定為攤銷，然於營利事業所得稅結算申報時，即屬應依查核準則第2條第2項規定為調整之事項。

- (三)系爭溢價債券係以長期持有為目的之投資證券，其損益難以短期浮動之市場價格正確評估，故未實現之跌價損失，與損益表無關，不得列在當年度（期）盈餘項下，應在資產負債表股東權益項下列為減項，且依所得稅法第62條有關長期股權投資之估價，亦無「成本與時價」孰低法規定之適用。長期債券投資於滿期時支付之利息，係按票面之固定利率計算，故無法於購入債券後，單獨將「債券利息收入」於各年度與市價比較評量，預作損益評估。又上訴人在第1年支付現金買進系爭溢價債券時，將該債券帳列「資產項下」長期投資科目，並無再改列其他科目或有其他相對應成本產生，其利息收入則係因約定利率產生，未因此另行支付現金，故在債券持有期間並無所謂與成本配合之問題，且因證券長期投資「未實現跌價損失」，不列入當期盈餘，對損益表並無影響，故無將債券割裂後單獨將債券利息收入部分計算損益之理。至於因債券之溢價購入，或將形成營利事業終局利益低於按債券面額依約定利率計算之利息金額，而此差額，縱營利事業於購入時在整體評價上係以利息收入之層面予以考量，然尚不得因此影響該行為於稅法上之評價。又自營利事業權責發生基礎制言，收益係營業活動之結果，費用則為營業活動所耗用之成本，前開債券溢價差額係與投資市場利率比較後之金額，究其本質係屬利息收入之一部分即仍屬收益，並非為獲致系爭利息收入所耗用之成本，自非權責發生基礎所遵循之成本收益配合原則範疇。參以投資債券之盈虧，係以買入債券當時與事後出售債券時之市場利率利差為斷，亦與票面利率無關。又財政部75年函釋明示：「依債券之面值及利率計算利息收入」，則無論從文義或論理解釋，該利率自係指票面利率而言，應無解釋為市場利率之餘地，此即財政部對於所得稅法第62條「原利率」之解釋，上訴意旨指稱財政部75年函釋並未對所得稅法第62條之「原利率」明文解釋，原判決逕予援引，有違司法院釋字第216號解釋之意旨云云，顯非事實。是上訴意旨指摘原判決適用財政部75年函釋及所得稅法第62條規定，有不適用法規及不備理由之違誤，並違反所得稅法第22條權責發生制、同法第24條及成本收入配合原則、查核準則第2條第2項、商業會計法第10條、司

法院釋字第216號解釋及第586號解釋理由書之意旨云云，均無足採。又所得稅法第62條固係規定於所得稅法第3章「營利事業所得稅」第4節「資產估價」，然上訴人主張應予扣除系爭債券溢價攤銷後之金額一節，非但乏其依據，復違會計原理原則，從而被上訴人將系爭債券利息收入加回原減除之債券溢價攤銷數，即無不合。

(四)再者，上訴人主張本件可適用96年7月11日總統令增訂公布之所得稅法第24條之1規定，暨97年2月21日財政部令增訂所得稅法施行細則第31條之1規定乙節。惟上開法規並無溯及既往規定，且未特定有施行日期，依中央法規標準法第13條規定，應自公布或發布之日起算至第3日起發生效力。是本件並無上開法規之適用，亦不生上訴人所述法令溯及適用之問題，原判決此項認定亦無違誤，

(五)又查被上訴人認利息所得與證券交易所得如未明確劃分，將造成課稅錯誤，在目前證券交易所得免稅之情形下，其立論並無謬誤。至上訴人主張其均依法申報二項所得，並無不能明確劃分之情形，惟本件爭點在於上訴人短報利息所得，與是否能明確劃分二項所得並無直接關聯，原判決核無違誤。再上訴人援引之原審96年度訴字第2251號判決，業經本院以99年度判字第245號判決廢棄在案；另援引之原審98年度訴字第2022號判決、本院96年度判字第834號判決、96年度判字第834號判決，係個案法律見解，並非判例，自不能拘束本案，附此敘明。

乙、關於認購權證交易所得部分：

(一)按「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。」、「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。」行為時所得稅法第4條之1、第22條第1項前段、第24條第1項定有明文。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。(1)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1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。(2)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3證券交易稅。(3)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3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3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。……」為財政部86年7月函釋及財政部86年12月11日台財稅第861922464號函釋（下稱財政部86年12月函釋，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）在案。又「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。」及「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。」有司法院釋字第420號及第493號解釋可資參照。是行為時所得稅法第4條之1既已明定證券交易所得停徵、其損失亦不得自所得額中減除，且其時無其他例外規定，則不問證券買賣交易之動機及內在主觀意思為何，倘有證券交易之行為發生，即應依其買賣收入減除成本費用計算所得或損失，並應自所得額中調整以計算課稅所得額課稅，尚不得將免稅所得之相關成本費用，歸於其他應稅收入項下減除，而違反租稅法律主義、公平及配合原則。

- (二)次查依行為時臺灣證券交易所股份有限公司審查認購（售）權證上市作業程序第7點規定：「發行公司應依下列規定辦理並檢送相關資料予本公司：(1)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，益證上訴人認購自留部分，其相對之收入業已實現，上

訴人主張其根本沒有任何收入實現云云，顯不足採。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，因認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，業已敘明得心證理由甚詳，經核並無不合，亦無判決理由矛盾及上訴人指摘適用行政訴訟法第136條準用民事訴訟法第277條之違法及違反量能課稅原則。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，此核與所得稅法第24條第1項所稱「收入」並無違背或有何矛盾之情，亦無違反該條規定之收入成本配合之實質課稅原則，上訴人指摘原判決有應適用而未適用所得稅法第24條第1項規定云云，乃有誤解。

- (三)再查系爭認購權證業經財政部公告核定為其他有價證券。而所得稅法第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。另證券商發行權證，固應依規定進行避險交易，惟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，且財政部86年12月函釋亦已指明系爭交易所得或損失，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，否則即有違租稅法律主義及租稅公平原則。並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，亦因所得稅法第4條之1之明文規定，而不得自所得額中減除。故本件被上訴人係依法律明文規定而為，並無錯誤適用所得稅法第4條之1之違法。又修正後所得稅法第24條之2雖明文規定，權證發行人之避險交易損失，應與權證發行之權利金收入併計發行權證損益，然該規定經總統於96年7月11日始增訂公布，且未訂立特定施行日期或授權以命令規定施行日期，自應自公布後始發生效力。茲以本案事實發生於上開法條生效日之前，自無所得稅法第24條之2規定之適用。另有關認購權證之損益應否適用所得稅法第4條

之1規定，在所得稅法第24條之2規定增訂前後，即有不同之適用，此屬立法之考量，難謂所得稅法第24條之2規定係屬未修法前所應遵行之法理，更無從自事後之修法而推論財政部86年12月函釋有誤，上訴人此項主張核屬一己主觀見解，不足採信。原判決就此部分亦論述甚詳，經核並無違誤，上訴人指摘原判決有應適用而未適用所得稅法第24條收入成本配合原則、適用所得稅法第4條之1錯誤及有違司法院釋字第493號及第385號解釋並違反經驗法則、論理法則、租稅公平法則、租稅法律主義及判決不備理由、判決理由矛盾等違法云云，均不足採。

(四)至上訴人指摘原判決就其於原審主張「系爭避險成本中屬其於認購權證上市後，再買回而持有至到期，按認購權證買回成本所認列之損失非屬證券交易損失，應得自認購權證權利金收入項下減除」乙節漏未論述，然查發行人（即上訴人）於次級市場參與其所發行之認購權證交易目的，一為造市需求，提供市場合理之委買（賣）價，吸引投資人入場買賣，增加其流動性，以活絡權證市場。一為調節避險部位，即藉由交易市場買回自行發行之認購（售）權證，調節流通在外之權證數量，並同步調減避險部位。是權證發行人於權證發行後參與交易，除基於配合主管機關對權證發行人造市要求外，尚兼具有避險目的。發行人於權證發行後，於次級市場收回（買）自行發行之權證，投資人即為賣出權證，而發行人即與一般投資人身分相同買入權證，非因投資人請求履約而以發行人身分「收回」持有，其操作本質實為買賣有價證券，故縱上訴人買回系爭認購權證目的如上，但認購權證性質既屬有價證券，發行後之買賣，即應依證券交易稅條例規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依所得稅法第4條之1規定，停徵證券交易所得稅自明。又認購權證投資除有一定之存續期間外，餘者均與一般股票投資相同，而一般股票投資者除符合查核準則第99條之例外規定得認列投資損失外，餘均屬證券交易相關之損益。縱其因收回而持有至到期日產生逾期失效損失，所產生之損益亦難謂與證券交易無關，且上訴人與投資人持有權證至到期日未執行履約之損益核認應屬相同，投資人就此部分之損失，並不會將其列為投資損失，而係歸屬所得稅法第4條之1規定者，發行人就此部分之損失，於所得稅法第24條之2增訂前適用法規與投資人並無不同。原判決就此雖未論述，然於結論已論述此部分損失，係證券交易損失性質，核無違誤。上訴人據此指摘原判決不備理由、違反租稅法律主義云云，亦係誤解，委不足採。

丙、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。

丁、綜上所述，原判決並無上訴人主張之違背法令情形，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。

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 6 月 16 日

最高行政法院第一庭

審判長法官 鍾 耀 光

法官 黃 淑 玲

法官 鄭 小 康

法官 林 樹 埔

法官 陳 秀 嫻

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

中 華 民 國 100 年 6 月 16 日

書記官 賀 瑞 鸞

# 台北高等行政法院 裁判書 -- 行政類

【裁判字號】 98,訴,2172  
 【裁判日期】 990204  
 【裁判案由】 營利事業所得稅  
 【裁判全文】

臺北高等行政法院判決

98年度訴字第2172號  
 99年1月21日辯論終結

原 告 亞東證券股份有限公司

代 表 人 張學林  
 訴訟代理人 林宜信 會計師  
 林瑞彬 律師

被 告 財政部臺北市國稅局

代 表 人 凌忠嫻（局長）住同上  
 訴訟代理人 張淑真

上列當事人間營利事業所得稅事件，原告不服財政部中華民國98年8月24日台財訴字第09800376640號（案號：第09802269號）訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

## 主 文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

## 事 實

### 一、事實概要：

緣原告民國（下同）93年度營利事業所得稅結算申報，列報營業收入淨額新臺幣（下同）153,766,860,977 元、營業成本152,830,016,801元、停徵之證券、期貨交易所得423,188,873元及申報書第58欄（課稅所得減項）43,049,616元，經被告機關分別核定為152,736,957,847元、151,579,293,447、357,436,244元及201,403,843元，並補徵稅額32,346,123元。原告對營業收入－利息收入及認購權證交易所得部分不服，申請復查，獲追認營業收入淨額909,110,821 元、營業成本1,214,571,213元，追減停徵之證券、期貨交易所得305,460,392元，其餘復查駁回。原告不服，提起訴願遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

### 二、兩造聲明：

（一）原告聲明求為判決：1.訴願決定、原處分（含復查決定）不利於原告部分，均撤銷。

2.訴訟費用由被告負擔。

（二）被告聲明求為判決：1.駁回原告之訴。

## 2. 訴訟費用由原告負擔。

### 三、兩造之爭點：

#### (一)原告主張之理由：

1. 被告核定原告原申報自利息收入項下減除之溢價攤銷數 13,136,865 元應調增為利息收入

(1) 被告以所得稅法第 62 條規定之原利率認原告應依債券票面利率計算利息收入顯有違誤，且違反所得稅法第 22 條所規定之權責發生制

① 所得稅法第 62 條第 1 項之規定：「長期投資之存款、放款、或債券，按其攤還期限計算現價為估價標準。現價之計算，其債權有利息者，按『原利率』計算。無利息者，按當地銀錢業定期一年存款之平均利率計算之。」惟其所稱「原利率」究係指債券之票面利率抑或購買債券當時市場之公平利率，並不明確。如依被告之見解將上開「原利率」一詞解釋為「票面利率」，將面臨下列不合理情形：

(甲) 債券現值按「現值折算法」計算一定與票面金額相同，如此一來根本沒有再採「現值折算法」來計算之必要，且如原告溢價購買債權（例如以 110 萬元購買面額 100 萬元之債券），因債券之現值與票面金額相同，原告以 110 萬元購買該債券而僅能入帳 100 萬元，將產生原告於購買債券當時即產生證券交易損失 10 萬元此種違反論理法則之情事。

(乙) 因債券之市場價值係以債券未來之現金流量（每期按票面利率領取之利息及到期返還之面額）以市場利率折算現值得來，如按票面利率估價，並無法允當表達該債券之實際價值。

(丙) 依被告目前之核定，將債券溢價攤銷作為購買債券之成本，如原告將債券持有至到期，該溢價差額可於到期時一次足額認列損失（證券交易損失），惟債券到期時取回之票面金額等於被告認定之債券成本（依原利率估價之成本），應無損失可言，被告之核定顯係前後矛盾。

② 是應將所得稅法第 62 條第 1 項規定之「原利率」解為「投資購入當時」之「市場利率」，不僅能與歷史成本法相搭配，而且也能針對往後每期債券付息後之債券價格精準評估，應屬最妥釋之法律見解，台北高等行政法院 96 年度訴字第 2251 號判決（原證一）亦持相同見解。因此原告以溢價買入債券，並按債券付息日每期調整債券溢價攤銷，以市場利率認列利息收入，實符合所得稅法第 62 條之規定。

(甲) 查財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心證券商營

業處所買賣有價證券業務規則第50條規定「政府債券、金融債券或公司債之最低成交單位為面額新台幣壹萬元，買賣申報以殖利率、百元價格或附條件交易利率為之，其升降單位為萬分之一個百分點或萬分之一元。本規則所稱之殖利率，係指將債券剩餘到期期限（不含成交當日）內各還本付息日之本息予以折現，並採現值相加法換算為成交當日該債券對應價格之折現利率。」次查財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心債券等殖成交系統買賣辦法第6條規定「證券商之買賣斷與附條件交易應分別採『殖利率』及利率申報……。」可知債券之買賣斷交易係以「殖利率」計算現價。

(乙)再由財團法人櫃檯買賣中心之等殖系統「債券殖利率/百元價格」換算畫面，以94年中央債券甲二（代號A94102）為例，面額5,000萬元，票面利率1.875%，發行期間5年，94年1月24日發行，99年1月24日到期，每年付息乙次之債券，輸入「殖利率」1%，系統將自動計算該債券於民國95年1月24日之現值為51,707,110元，與前述債券現值計算公式所計算之結果相同（原證2），可知債券實務交易確係以「殖利率」計算成交現價；如以被告之認定按票面利率計算現價，輸入財團法人櫃檯買賣中心之等殖系統「債券殖利率/百元價格」換算畫面後，系統計算出債券之現價為50,000,000元（與面額相同）（原證3），與市場上實際成交金額51,707,110元完全不符。是以，計算債券現價應以「殖利率」（即市場利率）計算，並非被告主張之「票面利率」計算。

(丙)當債券係以溢價方式購入時，因溢價購入債券之成本已隨債券每次兌息返還本金予投資人，此部份將不再反映於剩餘債券之現價，是以該債券之帳面價值將隨持有期間而呈現遞減之變化，證明依債券溢價攤銷，將債券之帳面價值隨攤還期限反映其剩餘之現價，並取代原始購入之成本，始符合所得稅法第62條資產估價之規定及立法意旨。且此種方式將已無未來經濟效益之已兌領溢價本金自資產價值中逐期減少，實符合所得稅法規定之「權責發生制」。

(丁)綜上，債券持有人將債券溢價依財務會計準則規定以利息法或直線法攤銷作為利息收入之減項、債券折價以利息法或直線法攤銷作為利息收入之加項，且按攤還期限反映現價（債券帳面價值，



溢價攤銷時逐期遞減、折價攤銷時逐期遞增），實符合所得稅法第62條規定，反而依被告主張之方式所計算出之市價顯與真正市價不符，且債券實務交易確係以「殖利率」計算成交現價，故所得稅法第62條規定之原利率實為債券發行時之「殖利率」，而非「票面利率」。依被告之意旨將溢價（折價）於最後一期兌息時一次認列為損失（利得）之做法，才是應適用「權責發生制」而未適用之適用法令顯然錯誤，且與債券「到期還本」之經濟實質不符。

(2)以所得稅法第64條之規定即可知被告之論理有誤

①所得稅法第64條第1項後段規定「公司債之發行費及折價發行之差額金，有償還期限之規定者，應按其償還期限分期攤提。」是以就公司債之發行人，其依發行之折價得以攤銷，而購買債券之投資人卻不得就折價攤銷，顯然不合最基本之稅法原理－「收入成本配合原則」，即任何政府絕無判定一個稅捐制度可將一項直接交易之收入認定為應稅，其直接相對之支出卻為免稅不得扣抵之理。

②謹舉例說明如下：假設甲公司發行面額100萬元之公司債，發行期間為5年，每年年底付息乙次，票面利率為1%，發行日之市場利率為3%，依前揭債券訂價公式計算，則：

(甲)就甲公司而言

A. 甲公司發行債券時之公平市價為908,406元

借方：現金 908,406

債券折價 91,594

貸方：應付公司債 1,000,000

B. 甲公司每年年底給付利息時（僅以第一年年底為例，以後年度類推）：

借方：利息費用 27,252

貸方：現金 10,000

債券折價攤銷 17,252

C. 債券期滿還本：

借方：應付公司債 1,000,000

貸方：現金 1,000,000

(乙)就債券投資人而言（如以被告之論理）

A. 甲公司發行債券時之公平市價為908,406元

借方：長期債券投資 908,406

貸方：現金 908,406

B. 甲公司每年年底給付利息時（僅以第一年年底為例，以後年度類推）：

借方：現金 10,000



貸方：利息收入 10,000

C. 債券期滿還本：

借方：現金 1,000,000

貸方：長期債權投資 908,406

證券交易所得 91,594

(丙)就債券投資人而言（如以原告之主張）

A. 甲公司發行債券時之公平市價為908,406元

借方：長期債券投資 908,406

貸方：現金 908,406

B. 甲公司每年年底給付利息時（僅以第一年年底為例，以後年度類推）：

借方：現金 10,000

債券折價攤銷 17,252

貸方：利息收入 27,252

a. 債券利息收入 = 債券帳面價值 X 市場利率  
= 908,406, X 3% = 27,252

b. 現金 = 面額 X 票面利率 = 1,000,000 X 1% = 10,000

c. 債券折價攤銷 = 債券利息收入 - 票面利息  
= 27,252 - 10,000 = 17,252

A. 債券期滿還本：

借方：現金 1,000,000

貸方：長期債權投資 1,000,000

(丁)由上例可知，如依被告之見解，發行債券之公司

於第一年付息時可認列利息費用27,252元，而投資債券之投資人只須認列利息收入10,000元，且折價之部份於到期時將變成免稅之證券交易所得91,594元，等於鼓勵市場以折價方式發行債券，並違反租稅中立原則。反觀以原告之主張，購入債券後以有系統之方式攤銷折價金額，使得債券發行人認列之利息費用等於債券投資人認列之利息收入，實符合經濟實質。是以依所得稅法第64條規定，即可證被告之論理顯有違誤，所得稅法第62條所稱之原利率，應係原告主張之殖利率（即市場利率）。

(3)財政部75年7月6日台財稅第7541416 號函亦非現行被告計算債券利息收入之唯一方式

①財政部75年7月6日台財稅第7541416 號函（以下簡稱75年函釋）規定「營利事業或個人買賣國內發行之公債、公司債及金融債券，買受人若為營利事業，可由該事業按債券持有期間，依債券之面值及利率計算『利息收入』，如其係於兩付息日間購入債券並於取息前出售者，則以售價減除其購進該債券

之價格及依上述計算之利息收入後之餘額作為其證券交易損益。買受人若為個人，因個人一般多未設帳，應一律以其兌領之利息金額併入其當期綜合所得稅課徵。」為財政部75年函釋之規定，亦為被告否准原告於利息收入項下扣除債券溢價攤銷之主要法令依據之一。惟查：

(甲)「以折價方式發行『零息票債券』，應於到期按面額支付時，以該債券折價發行之金額與面額之價差，作為該債券之利息，並以到期時之持有人為扣繳對象，依各類所得扣繳率標準辦理扣繳」及「說明：二、營利事業所得稅方面：依據本部81年5月28日台財稅第810792353號函規定，無息票公債發售價格與面額之差額為利息，營利事業持有是類債券，應將上開利息於公債償還期間平均分攤計算每日應攤計之利息，並按每日應攤計之利息乘以其於該課稅年度之持有天數，計算該課稅年度應申報之利息收入。」分別為財政部81年5月28日台財稅第810792353號函釋（原證4）及85年10月21日台財稅第851910621 號函釋（原證5）所明定。

(乙)依前開函釋，如原告所購買之債券係為無息債券，則依上述函釋應按該債券折價發行之金額與面額之價差，作為該債券之利息，即債券折價部份仍應作為債券之利息，而被告認定按債券面額及「票面利率」計算利息收入；亦即如原告以90萬元購入二年期且票面金額為100 萬元之零息債券並持有至到期日，則依前開財政部81年5 月28日台財稅第810792353 號函釋及85年10月21日台財稅第851910621 號函釋，原告於持有債券期間之債券利息收入每年為50,000元，而非如被告所稱以票面利率0%計算利息收入，是以既原告於購買零息債券時應以實質課稅原則申報債券利息收入，而不依財政部75年函釋按債券面額及票面利率計算利息收入，顯見財政部75年函釋以債券面額及票面利率計算利息收入並非唯一之方式，且顯係就同一事項於不同案件採截然不同之處理（零息債券以債券折價金額作為利息收入，付息債券溢價攤銷卻不准自利息收入中扣除），實有違平等原則。

(丙)會計師公會與被告舉辦之「93年度國稅法規暨稽徵實務座談會」提案十中（原證6），會計師公會向被告表示財政部75年函釋於計算實際債券利息時可能因債券溢價或折價發行而高估或低估債

券利息收入，是以建請被告轉呈財政部修正此函釋，惟當時被告審查一科表示財政部75年函釋當債券「約定利率」與「市場利率」相同時（即平價發行債券），仍有其適用，故建議保留。是證，被告亦同意財政部75年函釋僅有在債券「平價發行」時有其適用（按債券面額及票面利率計算利息收入），於計算溢價或折價發行之債券時，應不適用財政部75年函釋之規定。

- ②綜上，財政部75年函釋規定以面額及票面利率計算利息收入，絕非唯一計算債券利息收入之方法，被告於「93年度國稅法規暨稽徵實務座談會」中亦表示財政部75年函釋僅於債券平價發行之狀況下有其適用，財政部75年函釋於本案適用之結果又會造成相同之債券投資成本於計算利息收入（依面額計算）與計算買賣有價證券損益時（依購入債券金額）採取不同數字之矛盾現象。又依據96年6月三讀通過所得稅法第14條之1及第24條之1修正條文的立法意旨，「有關公債、公司債及金融債券之利息，非僅依約定票面利率計算。實務上，票面利率已不能代表債券之真正利率，故計算債券利息之利率，應將發行時影響利息給付之各項約定條款及發行價格等因素調整併計該票面利率；舉凡折價發行之折價金額或約定有溢價贖回之利息補償金等亦屬利息所得，均應於給付時依規定辦理扣繳。上開利息所得之計算方式，將俟本修正案通過後，於本法施行細則中詳細列舉明定之，以利適用，並杜爭議。」明確表達修法前財政部75年函釋，僅將債券票面利率作為計算利息金額之唯一依據，而刻意忽略債券溢折價的部分，甚且將該等部分作為證券交易之損益，明顯割裂一經濟事實之法律適用，違反司法院第385號適用法律不得任意割裂適用之解釋意旨。而增訂之所得稅法第14條之1及第24條之1並未明文如何計算而委諸於施行細則，該施行細則迄今亦尚未公布，是以本增訂條文得否適用於本案尚乏明確依據，然基於租稅公平正義的基本要求，若仍維持一種已變更的法律，尤其是確認錯誤而變更之法律，是不符合司法正義原則。由此出發則應慎重考量於未確定之案件上，對於明顯係因行政機關就過去因引其他法律錯誤解讀滋生爭議所需修正，而顯非給予納稅義務人租稅優惠之法律修正，即使法未明文得追溯，只要法未明文禁止或標明係適用於何年月起之事件，則基於正義之本質，折衝於法之安定性考量，則應讓尚未確定之案件，得以援引。即使無

法直接適用，亦應得以法理方式引用。於本案中，原核定之法令依據不外是所得稅法第62條規定及財政部75年7月16日台財稅第7541416號之函釋。詳查所得稅法第62條所謂「原利率」之意義，原核定將其解為「原票面利率」，然依文意解釋，亦非不得解釋為「原發生交易時之市場利率」，又依目的解釋，後者之解釋較前者更能說明債券交易之本質，也真正能達成本條真正立法目的，計算出真正之利息收入或費用，從而自當擇後者而棄前者。準此，財政部75年函釋誤將「原利率」解為「原票面利率」其不僅使經濟本質盡失，尚有任意切割法律適用之疑，絕非智者所採。如今修法增訂所得稅法第24條之1，依本條立法體系位於所得稅法第24條客觀淨額所得原則之後，顯係補充明確上述原則之立法。證諸聲請人一再重申，債券之利息收入（費用）之計算，絕不應採「原票面利率」之觀點，而應採「原交易時之市場利率」之觀點。申言之，即應加計債券溢折價攤銷部分，方可計算出正確之利息收益（費用），此一符合稅法精神的當然解釋之論據已獲得立法確認。又觀諸稅捐稽徵法第1之1條但書新發布之解釋函令，有利於納稅義務人者，對於尚未核課確定之案件適用之。本次增訂之所得稅法第24條之1當然不是解釋函令，然考諸財政部之解釋函令，不管前之解釋對或錯甚至不當，只要新發布者有利納稅人者，對尚未確定之案件即有適用，則今以立法方式確認財政部75年函釋有誤，則依舉輕明重之法理，更應准許本案得以適用新增訂之所得稅法第24條之1的規定。況且所得稅法第24條之1這事實與財政部75年函釋相差無幾，稽徵實務乃係基於所得稅法施行細則第31條之1規定，按有效利率為債券溢折價之攤折，因所得稅法施行細則第31條之1僅係對所得稅法第24條之1所定「面值」進行解釋，理論上法律解釋僅有一種正確法律解釋一途，故財政部75年函釋之解釋亦理應以新所得稅法施行細則第31條之1加以解釋，而非徒以新法向後施行之理由，拒絕正確之法律解釋。財政部日前亦表示，公司持有債券的利息收入，應同時考量市場利率，並將研商所得稅法施行細則的修正原則，明令債券溢折價發行時利息收入，准予按財務會計之原則攤銷，以解決過去債券溢折價發行的利息損益之課稅爭議，顯亦承認過去核課之方式不當。

- (4)債券溢價攤銷之利息收入處理應依營利事業所得稅查核準則第2條第2項之規定，按財務會計準則公報第21

號第26條規定計算利息收入

①按營利事業所得稅查核準則第2條第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或核課所得稅時，其帳載事項與所得稅法、所得稅法施行細則、促進產業升級條例、促進產業升級條例施行細則、中小企業發展條例、企業併購法、本準則暨有關法令之規定未符者，均應於申報書內自行調整之」規定，營利事業之會計事項係按商業會計法、商業會計處理準則及財務會計準則公報等規定記載入帳，並依據所得稅法、所得稅法施行細則及營利事業所得稅查核準則等相關法令調整財稅差異後申報或核課所得稅；換言之，如所得稅法等相關稅法中無規定時，即無需加以調整，亦即應按商業會計法、商業會計處理準則及財務會計準則公報之規定辦理相關會計事項之記載入帳及申報所得稅。

②次按財務會計準則公報第21號第26條規定（原證7）：「長期投資之轉換公司債，不論是否附有溢價賣回條款，均應按面額調整未攤銷折溢價評價。未攤銷折溢價應按合理而有系統之方法於購買日至到期日間攤銷，作為利息收入之調整。」復按財務會計準則公報第26號第22條（原證8）亦同斯旨：「長期投資公司債之評價，應按面額調整未攤銷折溢價評價。未攤銷折溢價應於購買日至到期日間按利息法攤銷，作為利息收入之調整，但如按直線法攤銷結果差異不大時，亦得採用直線法。」

③如前所述，將所得稅法第62條之「原利率」解釋為「票面利率」並非妥適，且財政部75年函釋規定以票面利率計算利息收入並非計算債券利息所得之唯一方式，況最高行政法院於債券前手息案件判決後，被告已選擇不採用財政部75年函釋之規定，而採實質課稅精神按市場利率計算附買回交易之利息收入，是以於債券折價或溢價發行情形下，既然已不適合採用「票面利率」計算利息所得，在稅法及相關解釋令無其他規定之情形下，依前述營利事業所得稅查核準則第2條第2項規定，即應採前述二財務會計準則公報作為稅法上計算債券利息收入之依據。被告否准原告依此會計原則辦理營利事業所得稅結算申報，實有不符所得稅法量能課稅原則及營利事業所得稅查核準則第2條第2項規定之違誤。

(5)退步言之，如被告堅持原告應以高於債券面額之購入價格作為債券成本計算損益，而不得將溢價攤銷減少

持有期間之利息收入，則原告持有該債券至到期按面額兌領本金，購入價格超過面額部分12,706,546元應認屬營利事業之投資損失，被告應准原告於債券到期兌領面額本金年度（96年度）認列投資損失12,706,546元；被告主張該等投資損失應屬所得稅法第4條之1所定之證券交易損失，顯屬認事用法錯誤：

①公司債係指發行公司約定於一定日期支付一定本金，及按期支付一定利息予投資人之書面承諾。原告購入債券並持有至到期日，債券期滿後由發行公司支付一定本金予原告，探其本質係為到期本金之償還，非屬債券之買賣，故原告投資債券持有至到期，如獲兌付之本金小於原告購入價格時，原告應得按認列投資損失。依被告之見解，本案原告溢價購入債券，應以購入價格作為債券之稅務成本，不得將溢價攤銷而減少該稅務成本，亦不得減少按債券票面利率應計之利息收入，則本案係爭債券溢價攤銷金額13,136,865元應於債券處分年度認為證券交易損失或於到期年度認列為投資損失。依證物9原告93年度債券溢價攤銷明細表，本年度溢價攤銷430,319元所屬債券於96年度中出售，應轉列96年度證券交易損失，餘額12,706,546元所屬債券係96年度到期，則被告應同意調增原告96年度投資損失12,706,546元。

②訴願決定理由四（第4項）辯稱「至訴願人主張持有債券至到期按面額兌領本金，購入債券價格超過面額部分應認為投資損失乙節，經查債券係屬證券交易法規定之有價證券，持有債券到期兌領面額本金，其購入債券價格超過面額部分即屬證券交易損失，非如訴願人所稱屬投資損失，所訴洵無足採」。惟所得稅法第4條之1所稱之出售有價證券利益或損失，係指有價證券於存續期間因所有權移轉所產生之利益或損失，至有價證券於到期（如債券或有特定發行期間之特別股到期清償）或發行人收回註銷（如普通股減資退還股款），其性質係屬有價證券發行人退還（清償）有價證券持有人投資款，非屬轉讓有價證券之行為，此有財政部96年2月7日台財稅第09604510610號函（原證10）明確指明公司贖回特別股，本質為股本的返還，非屬證券交易稅課稅範圍，其特別股股東取得之對價，超過原始繳納特別股股款金額部分，應屬投資收益，股東應依規定課徵所得稅；同理，其特別股股東取得之對價，低於原始繳納特別股股款金額部分，應屬投資損失而非證券交易損失，故原告持有債券到期因兌償

金額小於投資成本之損失應屬投資損失，被告主張該等損失屬證券交易損失顯不符所得稅法第4條之1規定。

(6)綜上所陳，所得稅法第62條之原利率應指市場利率並非票面利率，且財政部75年函釋並非計算債券利息收入之唯一方法，原告依照財務會計處理準則及一般公認會計原則之規定，將債券溢折價攤銷金額作為利息收入之調整項目，才是符合所得稅法權責基礎及量能課稅原則之方式，請撤銷原處分、復查決定及訴願決定。

2. 被告否准原告將認購權證避險損失共計115,081,761 元列為應稅權利金收入之減項，亦未准減除認購權證上市買賣前未實際出售予第三方投資人之認購權證（即發行人自留額度）之權利金收入36,129,700元。

(1)有關認購權證避險損失部分：原告於系爭年度所申報之應稅認購權證所得37,692,510元，係包括發行認購權證權利金收入總額160,025,000 元減除認購權證避險損失115,081,761 元（包括認購權證避險部位股票出售損失65,742,511元及權證再買回價值變動損失49,339,250元）及減除相關費用7,250,729 元後（發行權證間接歸屬營業費用7,000,729 元加上發行權證直接歸屬營業費用250,000 元）之餘額，然被告核定否准原告將發行認購權證損益中之避險損失115,081,761 元列為應稅權利金收入之減項，如原告起訴狀第15頁至第16頁附表所示。

(2)被告僅核認原告之權利金收入160,025,000 元及93年度發行認購權證發行費用7,250,729 元為應稅項目，卻未將原告發行認購權證損益中之避險部位損失115,081,761 元，依照收入成本配合原則一併列為應稅收入之減項，依被告核定結果，原告發行權證交易須負擔之實質稅負38,193,568元竟逾實質所得37,692,510元，明顯違反量能課稅原則而課以原告過重之租稅負擔，被告核定顯有下列諸多與法理不合之處。茲析述如下：

①「認購權證」之基本介紹、相關風險沖銷規定及其所生之結果

(甲)認購權證基本介紹：

A. 按現行證管法令規定，符合證券交易法第15、16條綜合證券商之資格者，得於法令授權下，針對已在證券交易所上市之公司股票發行認購權證。所謂「認購權證」係指投資人支付一定數額之權利金購買發行人所發行之認購權證，而該權證係表彰投資人有「依其設定之條件，



於到期日內或約定之到期日，向權證發行人按約定價格認購一定數量之標的股票」之權利。亦即，投資人得依其對該標的股票未來市場價格之預期而決定購買該認購權證，致不論認購權證到期日當天標的股票股價如何，均享有得以約定價格向權證發行人購買約定數量標的股票之權利，如此便可在標的股票股價如其所預期上漲至高於約定認購價格時，選擇認購並享有該等價差之利益，並將最大風險鎖定在認購權證之權利金（亦即當標的股票股價低於約定認購價格時可選擇不執行履約，便只有損失認購權證之權利金），其餘風險則轉由發行券商負擔。

- B. 由上可知，認購權證之價值隨標的股票價格而變動：當標的股票價格上漲，因認購權證持有人享有以相對較低價格認購標的股票之權利，故對認購權證投資者有利（其向發行券商買得約定之標的股票後，得至證券市場出售並賺取套利空間），但對發行券商不利（其必須先持有標的股票，並以低於目前市場價格之約定價格出售之）。反之，當標的股票價格下跌時，則持有認購權證之投資者得以特定價格認購而獲益之空間變小甚至無認購之利益（當標的股票實際價格跌至低於約定價格時，認購權證投資人將選擇認賠已付出之權利金，而不要求履約），故對權證投資者不利，但對發行券商有利。因此，認購權證之價值與標的股票價格係呈同向之變動，而該變動對於投資人及發行券商之影響恰好是相反的，惟雙方均負有一定之風險，投資人所負之最大風險可以預知（即已付出之權利金），然發行券商雖取得權利金收入，但其最大之履約成本及風險卻無法預測，故進行避險策略實有其必要性及正當性，是以，主管機關方制定下段之風險沖銷規定以供遵循。

(乙)相對風險沖銷規定

- A. 認購權證發行人，向臺灣證券交易所股份有限公司（以下簡稱證交所）申請同意其擬發行之認購權證上市時，依行為時發行人申請發行認購（售）權證處理準則（原證11）第10條規定，俟證交所期貨委員會（現已改制為行政院金融監督委員會證交所期貨管理局）核給其發行認購權證之資格，再向證交所申請同



意其發行計畫後，始得辦理發行及銷售。又行為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（以下簡稱審查準則，詳證物十二）第5條、第8條第1項第8款亦分別規定，「發行人申請認購（售）權證發行人資格之認可，應符合下列各款之規定：…四、提出預定之風險沖銷策略。」、「發行人申請發行認購（售）權證資格者，有下列各款情事之一者，本公司得不予同意：…八、發行人無適當之風險管理策略者…」故不論認購權證到期履約之方式，投資人按約定履約價格向發行人購入標的股票，或投資人以現金結算方式收取差價，皆必須有風險沖銷策略之訂定。

- B. 而風險沖銷之避險方式，可分委外避險及自行避險。其中自行避險之風險沖銷策略係指認購權證發行人，為避免因標的股票價格大幅上揚或下跌，致認購權證（或稱被避險部位）到期履約時產生鉅額虧損或避險標的股票產生鉅額虧損之風險，所採取自行買進或賣出標的股票（或稱避險部位）或權證之相對應措施。認購權證發行人無適當之風險管理措施者，依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第7條第8款之規定，證期會得不認可其發行資格。

(丙)風險沖銷規定產生之結果

- A. 根據前述認購權證風險沖銷之規定，原告所進行風險沖銷之交易，實係主管機關規範其得以發行認購權證所不可或缺之合法要件，並非獨立之「證券交易」，被告不得將其逕行涵攝成所得稅法第4條之1之證券交易損失，鈞院並已有支持前述見解之判決可證。查認購權證之發行人依法須於向主管機關申請發行認購權證時，檢具載明其預定風險沖銷策略之發行計畫，向證券交易所遞送申請書。故預定風險沖銷策略自屬需經主管機關規範且審核之發行認購權證不可或缺之合法要件，應可由此確認。
- B. 另依金管會證券期貨局（前為財政部證券暨期貨管理委員會，以下簡稱證期局）86年6月12日(86)台財證（二）第03294號函（原證13）之規定，證券商發行認購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權證發行單位所代表之標的股票股數。故發行認購

權證之證券商，於該認購權證存續期間內，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。是以，認購權證發行人依法必須從事前述認購權證之避險操作，否則主管機關得依法撤銷認購權證發行人發行資格之認可，不得發行認購權證。此外，為認購權證避險目的所持有之標的股票之買賣及持有數額，概依發行計畫之風險沖銷策略及相關法令而定，並列入避險專戶內，其買賣損益之計算，均有資料可證。

- C. 前述要求權證發行者需有風險沖銷策略並進行避險之規定，目的係在降低證券商之整體經營風險，進而保護證券市場及廣大投資人。原告發行認購權證所必要執行之避險措施，確係其基於證券交易所事前核准、事後審核之行爲暨國際性選擇權定價模型之學理而必須採行者，故足認實係屬發行認購權證之合法要件及實際上之必要條件，而非真有獨立意思表示之證券交易行爲，此等行爲絕非立法者於74年間制訂所得稅法第4條之1時所能慮及，故被告於本案中適用該條文實有錯誤，自不容被告於無法律依據下任意創設如原處分所示之課稅規定。
- D. 次按法律之實踐，「定性」必先於「適用」，俟事實定性清楚，方能按照定性之結果尋找出相對應之法規範，進而形成法律效果。定性本身，分別有「事實認定」與「法律涵攝」二個過程。而「事實認定」必須符合事務本質，才不致產生「偏見」，法律涵攝則須從外觀上多數可供涵攝之數個法規範中選取其中「實質上正確」之單一法規範以符合立法意旨。且所得稅法制本身與民商法制間之關連密切，亦即所得稅法制上「收入」之定性，須考究其經濟上之實質，而其定性標準實際上係以民商法爲主要衡量因素，而非僅由稅法單獨決定，上述見解爲法學上之重要概念。又，被告亦經常以稅法上之「實質課稅原則」來核定納稅義務人各項稅捐，如躉繳保險費案，依遺產及贈與稅法第16條第9款「約定於被繼承人死亡時，給付其所指定受益人之人壽保險金額、軍、公教人員、勞工或農民保險之保險金額及互助金」並不計入遺產總額，而被告一向不以納稅義務人

所收到之金錢形式上是否係保險金為論斷，而係以該躉繳保險費之實質是否符合保險目的為判斷，即採事實定性優先於法律適用之論證方式，鈞院亦一向認同此看法。是就本案言，發行認購權證之證券商為避險目的而買賣標的股票或認購權證，係為建立避險部位，以有效降低發行認購權證之損失風險，此一避險操作為發行認購權證所不可或缺之一部，故發行認購權證所採取之必要避險措施之成本、損失實為發行認購權證收取權利金之必要成本，被告卻僅以外在形式即認定原告之避險交易必屬所得稅法上之「證券交易」，否准原告認列避險交易之損益，顯係將事實定性與法律適用混為一談而不足採。

- ②權證發行人雖因發行而收取權利金，惟亦因發行權證而負有須接受投資人履約之法律責任，是不論就經濟實質上、法律關係上或會計上，發行人因履約所付代價均應與權利金收入併計損益，而發行人之避險操作僅係試圖降低履約損失之手段，其損益當然為履約代價之一部分，而應與權利金收入併計損益。本案之爭點係為原告發行權證之所得之多寡，查認購權證首次發行時，立法者並未針對發行權證之課稅有任何法律公布，自不能謂法律已對此爭點已有明訂，否則日後即無須針對此另行修法；而從法律權利義務之觀點觀之，認購權證發行人（即原告）雖因發行而可向購買權證之投資人收取發行權利金，惟同時亦因而負擔須應投資人要求而須以應賣股票或結算現金方式履約之義務，亦即發行券商雖一開始可收取一筆發行權利金，卻必須俟該權證到期時對行使履約權利之投資人完成履約，或是投資人屆時確定放棄履約權利，發行人之義務了結時該權利金方為「賺得」，發行權利金收入與履約義務二者之因果關係顯屬不可切割，而也必須俟權證到期履約時，將發行人所收之權利金收入扣除其因履行義務所付代價（即履約價格與其成本之差額），亦方能得知發行人因「發行行為」產生之淨所得究為多少。次依經濟實質之觀點，如認發行權證賺取權利金之行為與避險措施為獨立之二行為，顯與經濟實質不符，蓋絕無任何一投資人會採取「股價上漲，就一定會繼續漲；股價下跌，就一定會繼續跌」之操作策略，因此避險措施絕不能稱為一獨立之經濟行為；末依會計上之觀點，任何會計上之所得均應以其收入減除其相關成本費用，且為貫徹該

等收入與成本收入費用之配合以正確計算損益，會計上避險行為與被避險行為亦應併計損益。由上述可知，無論就經濟實質上、法律關係上或是會計上，發行人因履約所付代價均應與發行權證所收權利金收入合併計算損益，該等權利金如為應課稅收入，則發行人因履約所付代價自應由該項應稅收入下減除後課稅。而權證發行人所為之避險措施，係權證發行人為控制風險使屆時履約代價不致過大而無法承受之手段，並係基於主管機關之強制要求而必須進行者，如無避險措施，則亦無主管機關對該權證發行之核准，二者互為條件；而避險行為之目的係將屆時履約發行人所須負擔之代價控制在一定範圍內，因此避險措施之損益本即履約所付代價之一部，因此自亦應與發行權利金收入合併計算損益，方能反映權證發行人真正之損益情況，達到實質課稅之目的。被告之核定係將權證發行人（本案原告）所收取之收入，與其因發行而負擔之履約義務單獨觀察，而將其收入視作應課稅收入，但其履約所付代價卻為免稅，不僅與經濟實質、法律關係及會計處理方式全然不符，亦顯違反收入成本配合原則，更違反被告於所有案件上均一再宣示須貫徹，且為司法院大法官會議釋字第420號所揭櫫之實質課稅原則。

- ③避險交易並非證券交易損失，被告之核定忽略認購權證交易之經濟實質及量能課稅原則，並就原告權利義務相關聯事項割裂為不同認定，顯違反司法院大法官會議釋字第420號解釋之實質課稅原則及釋字第385號解釋之權利義務不得割裂適用之原則

(甲)查司法院大法官會議釋字第420號解釋之「實質課稅原則」，近年來常為稅捐稽徵機關及行政法院於稅務行政救濟案件中所引用，以防納稅義務人利用法律條文之解釋空間，而任意規避其依法應履行之納稅義務。所謂「實質課稅原則」，即課稅與否之認定，如發生『形式上存在之事實』與『事實上存在之事實』不同時，租稅之課徵基礎應基於『事實上存在之事實』，以免納稅義務人濫用私法上之法律形成自由規避租稅。故「實質課稅原則」亦可解為，既租稅之課徵基礎應基於『事實上存在之事實』，於發生『形式上存在之事實』與『事實上存在之事實』不同時，稅捐稽徵機關自不應侷限於『形式上存在之事實』去判斷納稅義務人是否有納稅義務，而應先行查明『事實上存在之事實』為何，再決定是否納稅義

務人確實有應課予納稅義務之情事。因此，如在必須經由兩個法律上之行爲才可被認定屬一個經濟上之行爲時，自應將該兩個法律行爲結合觀察，才可能獲得稅捐課徵之正確性。

(乙)揆諸本案，原告於發行認購權證後依法進行避險交易而所爲之標的股票買賣，其與原告僅單純爲賺取證券交易之價差而所爲之有價證券買賣，其交易目的、持有期間、是否得自由買賣、有無特殊限制…等，均有所不同，故避險交易顯非一個「獨立經濟目的之行爲」，而係附屬於爲賺取認購權證之權利金或爲符合認購權證發行之事前承諾而必須進行之措施。被告枉顧認購權證依法所必須進行之避險交易之實質，僅一再拘泥於該避險措施之形式爲證券交易，顯違反釋字第420號解釋所表彰之「實質課稅原則」甚明。

(丙)再者，被告就同一認購權證交易有關聯之權利義務相關事項爲不同認定，於原告發行認購權證時，認爲其取得之權利金爲營利事業所得稅之課稅範圍（即應稅收入），但自其發行後之標的股票買賣，均爲證券交易所得，故其損失不得於應稅權利金項下扣除以併計損益課稅。原告一個完整之交易行爲，被告卻予以割裂適用，顯然違反司法院大法官會議釋字第三八五號解釋「然課人民以繳納租稅之法律，於適用時，該法律所訂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」之意涵。

④被告認定認購權證避險損失究屬應稅或免稅項下損失之方式顯與其他成本費用項目不一致，且所得稅應對「所得」課稅，如被告未將發行認購權證之相關成本費用自認購權證收入中扣除，而就收入毛額課稅，顯不符實質課稅原則

(甲)被告認定各項成本或費用應歸屬於應稅或免稅收入項下減除，均應以該成本費用項目係爲何項業務而發生，亦即該成本費用係與何項收入之產生具有直接關係而定。營利事業所有成本費用項目各應歸屬於應稅亦或免稅收入項下減除均係依該等認定方式爲之，而不以發生該成本費用本身之行爲外觀作爲判斷，如此方符合一般公認會計原則之收入與成本配合原則，並達到量能課稅之目的。對於權證發行人從事避險而產生損失，當然亦應以與其他成本費用項目相同之認定方式，以辨認其究屬應稅或免稅收入項下之成本費用。避

險操作既為證券主管機關強制以法令要求權證發行人所從事之行爲，當然應屬發行權證所收取權利金收入項下得減除之成本，而不應以避險操作行爲本身是否為買賣有價證券作為判斷準據，被告對於權證發行人從事避險行爲所發生之損失，與其他成本費用項目歸屬予應免稅項下之判斷方式顯不一致，使原告應稅權利金收入直接且大部分之成本（避險產生之損失）未於權利金收入項下減除，實有矛盾及違誤。

(乙)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。」所得稅法第24條第1項訂有明文，是營利事業所得稅係針對所得額課稅而非收入課稅其義甚明，而也唯有針對所得額課稅方能真正達到量能課稅之目的。雖目前證券交易所得停徵，同法第4條之1為明確區分應課稅部份之所得，訂有「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。」之規定，亦為前述「成本收入配合原則」之體現。

(丙)今原告發行認購權證之收入係屬應稅收入業已由財政部發布函令規定，則依所得稅法第4條之1意旨及精神，應准營利事業將產生該發行認購權證收入之相關成本費用於發行收入項下減除，以發行淨所得課徵營利事業所得稅。原告為發行認購權證而依循證交所強制規定進行避險交易而買賣有價證券之損益，與原告以獲利為目的之有價證券投資行為完全不同，前者須受諸多限制而非得自行買賣，然被告之核定顯違反所得稅法第24條及量能課稅原則，亦幾等於將認購權證權利金所得稅之課徵方式扭曲為以交易毛額課稅之方式（即縱使原告因避險操作而使其權利金收入全數賠光仍要就權利金收入之大多數金額繳納所得稅），原告由前述理由一、之比較表可顯見原告本年度發行認購權證實際獲利37,692,510元，惟被告之復查決定否准減除避險損失115,081,761元，致權證淨利為152,774,271元，租稅負擔為38,193,568元，為權證實質所得之101.33%之租稅負擔，顯嚴重違反比例原則，被告此等破壞所得稅制度及精神之核定方式，顯不當加重原告之所得稅負。

⑤所得稅法第4條之1後段須在符合收入成本配合原則之要件下才可適用：所得稅法第4條之1後段「證券

交易損失亦不得自所得額中減除」，係基於同條前段「自中華民國79年1月1日起，證券交易所停止課徵所得稅」之規定而存在，故該條規定顯屬「收入成本配合原則」概念之具體化。換言之，就法律形式上為「證券交易損失」要適用所得稅法第4條之1後段，自必須在不予認列損失將能達到「收入成本配合原則」之功能，才可能符合該條之立法目的。揆諸前述，系爭避險措施所造成之具有「證券交易」外觀之損失，非常明確的可以認定係原告為獲取「應稅」之「認購權證發行權利金」所不可或缺之成本，甚至不能認為該避險措施為一具有獨立經濟目的之行爲，因此「收入成本配合原則」如不能在此處適用，絕對與租稅公平原則及所得稅法第4條之1之目的解釋不符，造成錯誤適用所得稅法第4條之1之結果。

- ⑥所得稅法第24條之2已於96年7月11日公佈施行，明定權證發行人避險損失得於權利金收入項下減除以計算損益課稅，顯見財政部亦認其86年12月11日台財稅第861922464號函不符收入成本配合原則，方增訂該法條，足證權證發行權利金收入與避險損益間有收入成本配合原則之適用，原核定顯有應適用而未適用所得稅法第24條收入成本配合原則之違誤（甲）86年5月31日財政部證券暨期貨管理委員會（現行政院金融監督管理委員會證券期貨局）核准國內券商發行新金融商品－認購（售）權證，財政部為因應此一金融商品出現，即分別於同年7月31日發布台財稅第861909311號「認購權證及其標的股票之交易所得停徵所得稅」（原證14）及12月1日台財稅第861922464號函「認購權證發行人取得發行價款何時認列損益釋疑」（原證15）兩號解釋函令。惟稽徵實務適用該兩函釋，核定發行權證之券商所得稅結果，其因發行權證交易須負擔之實質稅負竟逾其實質所得，是以權證課稅爭議聲浪不斷。財政部及立法院亦知該等稅負違反收入成本費用配合原則，因此前揭所得稅法就認購權證課稅事宜修法，顯為確認本項課稅有所得稅法第24條第1項之收入成本配合原則之適用，非給予租稅減免之創設性立法。
- （乙）經主管機關數次研擬所得稅法修正案後，行政院在96年提案增訂所得稅法第24條之2第1項本文規定承認應作為費用扣除：「經目的事業主管機關核准發行認購（售）權證者，發行人發行認購（售）權證，於該權證發行日至到期日期間，基於



風險管理而買賣經目的事業主管機關核可之有價證券及衍生性金融商品之交易所得或損失，應併計發行認購（售）權證之損益課稅，不適用第4條之1及第4條之2規定。」明確表達修法前不讓權證交易之相關避險損失及相關成本費用併計權證發行損益課稅之函釋係錯誤見解。並於96年6月15日經立法院通過並於7月11日施行（原證16）。

(丙)按司法係維護人民權益的最後一道防線，而於政府不法行政處分之救濟中，行政法院更是確保人民不被行政機關不當或不合法侵害其權益的最後希望，所得稅法第24條之2之立法確認上揭財政部86年函釋係屬違法違憲的命令，請鈞院以司法機關之立場拒絕適用本案：蓋基於租稅公平正義的基本要求，若仍維持一種已變更的法律，尤其是確認錯誤而變更之法律，是不符合司法正義原則。由此出發則應慎重考量於未確定之案件上，對於明顯係因行政機關就過去因其錯誤援引或解讀法律所滋生爭議而為之，顯非給予納稅義務人租稅優惠之，即使法未明文得追溯，只要法未明文禁止或標明係適用於何年月起之事件，則基於正義之本質，折衝於法之安定性考量，則應讓尚未確定之案件，得以援引。即使無法直接適用，亦應得以法理方式引用；且租稅法定主義賦予給立法者租稅立法形成自由，但並非絕對之自由，則當租稅立法是驟然改變稅捐課徵之情形，形成有利納稅義務人之結果時，即要非創設一個新的租稅優惠規定，而是立法機關為求杜絕爭議，以立法之方式矯正之前行政機關對於法律之錯誤解釋。於本案中即為立法者要求稅務機關對於營利事業發行認購權證相關避險損失併計發行損益課稅之行爲正確認定，係屬依實質課稅原則對同一營利行爲正確計算淨所得額之立法矯正作為，即此之認定絕非屬廣義行政行爲（包括行政機關解釋法律及立法機關制定法律）之裁量自由範疇，因此所得稅法增訂之第24條之2係確認性之立法，而非創設新租稅規定，故中央法規標準法第13條所規定之法律不溯及既往原則，並非應考量之重點，而係應考慮參照新法之正確法律之解釋意旨，對於過去違憲違法之財政部86年函釋應以司法機關之立場拒絕援用。

(丁)次按，依本條立法體系位於所得稅法第24條客觀淨額所得原則之後，顯係補充上述原則之立法，



故權證發行者相關之避險交易損失實應優先適用所得稅法第24條規定，而排除所得稅法第4條之1規定之適用，乃係符合稅法精神的當然解釋之論據獲得立法確認。故雖然立法院在增修上述條文時，並未規定得追溯既往，但該立法原則所表彰之淨額所得課稅之法理，仍應有其適用。

- ⑦系爭避險成本中5,093,725 元屬原告於認購權證上市後，基於促進權證流通性目的再買回而持有至到期，按認購權證買回成本所認列之損失，該損失非屬證券交易損失，應得自認購權證權利金收入項下減除

(甲)依87年1月5日台稅二發第871923108 號及92年12月1日台財稅第0920457223 號函（原證17），投資人持有認購權證向發行人申請履約或提前結算取得發行人給付結算權利金，均非投資人出賣認購權證之行爲，准此，投資人持有認購權證至到期因無履約價值而未申請履約，因認購權證已無任何價值，其取得認購權證投資成本應得認列爲投資損失，而非證券交易損失，合先敘明。

(乙)本案系爭避險成本115,081,761元，其中65,742,511元爲避險部位股票出售損失，餘額49,339,250 元爲認購權證再買回價值變動損失，認購權證再買回價值變動損失包括原告於認購權證上市後，基於促進權證流通性目的再買回而持有至到期，按認購權證買回成本所認列之損失5,093,725 元（原證18），如上述說明，原告再買回持有本身發行認購權證至到期之損失，非屬證券交易損失，而屬投資損失性質，被告應准自權利金收入項下減除該投資損失5,093,725 元，被告訴願決定並未說明未准原告減除之理由。

(3)有關認購權證自留額度部分

- ①退萬步言，被告否准原告認購權證再買回變動損失49,339,250元作爲認購權證權利金收入之減項，致虛增原告發行認購權證之所得額，則原告原申報之權利金收入中36,129,700元屬認購權證上市、上櫃前未銷售額單位（即自留額度）按發行價格計算之權利金收入36,129,700元，原告於發行時未實際銷售予第三人而取得任何價款，應無須申報權利金收入課稅，復查決定否准核減權利金收入36,129,700元，顯屬認事用法錯誤

- ②原告發行認購權證，於初次發行銷售期間屆滿後，原告即得向台灣證券交易所股份有限公司或財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心申請上市、上櫃買賣

，故原告於初次發行銷售期間未銷售之單位（即自留額度）得於該認購權證存續期間於上市、上櫃市場賣出。惟如遇上股市或標的證券表現不佳，則將降低投資人投資認購權證之意願，致原告於認購權證存續期間可能無法將自留額度數量全數銷售，合先敘明。

- ③原告申報之認購權證權利金收入160,025,000 元係以主管機關核准發行單位數量 x 每單位銷售價格計算，而非以認購權證存續期間實際銷售予第三人單位數計算，雖有高列權利金收入，惟因為原告對於未銷售單位之權利金（自留額度部分之權利金）同額認列再買回成本，暨於認購權證上市、上櫃後自行買賣認購權證之損益均列入避險成本（即再買回價值變動損益）計算，故不影響原告申報發行認購權證所得之正確性。惟，被告既認定原告買賣自己發行之認購權證之損益屬證券交易損益，則原告於認購權證上市、上櫃後始出售自留額度部分之認購權證之收入應屬處分證券收入而非屬權利金收入，復查決定應調減自留額度部分之權利金收入36,129,700元（原證19），變更核定認購權證權利金收入為123,895,300元。
- ④復查決定理由四主張，依台灣證券交易所股份有限公司（以下簡稱台灣證交所）審查認購（售）權證上市作業程序（以下簡稱審查作業程序）第7 點規定，發行人應將申請核准發行單位數「全額銷售完成」始能向台灣證交所申請權證上市買賣，故原告於發行時之自留額度應視同原告先行認購，因此，該自留額度部分權利金收入36,129,700元應比照銷售予一般持有人之權利金收入申報課稅。
- ⑤訴願決定認為本案有「原告認購自己發行之認購權證」之法律行為而認定自留額度部分原告有權利金收入，然認購權證之發行人與投資人間之法律行為應為「買賣」，即發行人出賣一定權利給投資人而取得價金，而所稱「買賣」，依民法345條第1項規定「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。」故買賣行為之構成要件應有二個以上當事人，並有移轉財產權之事實，但於本案原告於發行階段持有本身發行之認購權證，僅有原告一個當事人，亦無任何財產權移轉之事實，實無任何買賣交易發生，惟且依量能課稅原則，所得稅之課稅客體為納稅義務人之資產增益，如無資產增加者，並無所得可資課徵。訴願決定卻認定原告有出賣認購權證予自己之買賣交易發生，並

進而認定原告有取得權利金收入36,129,700元之事實，訴願決定之見解顯與法律事實不符。

- ⑥按財政部86年12月1日台財稅第861922464號函（原證15）核釋「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，……」綜上說明，上述認購權證發行階段之自留額度部分，原告並未實際取得任何價款，應無須申報權利金收入課稅，訴願決定否准核減權利金收入36,129,700元，顯屬認事用法錯誤，並有違上揭函釋規定。

3. 綜上所述，原處分、復查決定及訴願決定有關債券溢價攤銷不得調減利息收入、認購權證避險成本不得自權利金收入項下減除，暨權利金收入不得減除原告自留額度部分之權利金收入等部分，顯屬適用法令錯誤，請撤銷原處分、復查決定及訴願決定不利原告部分。

(二)被告主張之理由：

1. 債券溢價攤銷數

- (1)按「長期投資之存款、放款、或債券，按其攤還期限計算現價為估價標準。現價之計算，其債權有利息者，按原利率計算。無利息者，按當地銀錢業定期1年存款之平均利率計算之。前項債權於到期收回時，其超過現價之利息部分，應列為收回年度之收益。」為所得稅法第62條所明定。次按「營利事業之會計事項，應參照商業會計法及財務會計準則公報等據實記載，產生其財務報表。至辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，其帳載事項與所得稅法、……本準則暨有關法令之規定未符者，均應於申報書內自行調整之。」為行為時營利事業所得稅查核準則（以下簡稱查核準則）第2條第2項所規定。又「營利事業或個人買賣國內發行之公債、公司債及金融債券，買受人若為營利事業，可由該事業按債券持有期間，依債券之面值及利率計算『利息收入』，如其係於兩付息日間購入債券並於取息前出售者，則以售價減除其購進該債券之價格及依上述計算之利息收入後之餘額作為其證券交易損益。」為財政部75年7月16日台財稅第7541416號函所明釋。

- (2)本件原告93年度列報營業收入淨額153,766,860,977元，被告初查以其中債券利息收入不應減除債券溢價攤銷數13,136,865元，併同其餘調整，核定152,736,957,847元。原告主張債券溢折價經攤銷而調整利息收入之帳務處理，符合商業會計法及財務會計準則公報之規定，原查認定方式，有違量能課稅原則，所得稅法第24條之1已修正，將市場利率納入考量云云。申經被告復查決定略以查債券之本質為債權，即資金

需求者發行債務憑證予資金供給者，兼具證券交易法規定之有價證券性質，買入債券時即發生資金借貸及持有有價證券，其對價係取得有價證券所支付之成本，並可於未來取得利息收入，是以債券持有期間所獲得之應稅利息收入，與處分債券產生停徵之證券交易損益，應明確劃分，首揭函釋乃明定營利事業應按債券持有期間，依債券之面值及利率計算利息收入，處分債券超過購進價格及利息收入後之餘額為證券交易損益，又債券溢、折價攤銷固符合一般公認會計原則，惟依首揭規定，營利事業所得稅結算申報，應依所得稅法及相關規定辦理，買賣債券不論是否係到期兌領，首揭函釋既已規定應按債券持有期間依面值及利率計算利息收入，原核定將原告列報減除系爭債券溢價攤銷數調增營業收入13,136,865元，並無不合。原告不服，申經被告復查決定未獲變更，提起訴願遞遭決定駁回。

- (3)按財務會計與稅務會計之計算依據與基礎原即有異，租稅之課徵，係以租稅法之有關規定為準據，此觀查核準則第2條第1項規定：「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。」甚明。而依首揭所得稅法第62條規定及財政部75年7月16日台財稅第7541416號函釋意旨，營利事業應按債券之面值及票面利率計算利息收入，並以原始購價為出售債券之成本，故於稅務會計上，債券持有期間並不認列溢、折價攤銷，債券之溢、折價應俟最後處分時再一併認列處分損益。是原告之會計師於查核簽證時，將公債溢價攤銷數13,136,865元予以帳外調減列報並無違誤，被告依其申報數調增營業收入13,136,865元，揆諸首揭規定及函釋意旨，並無不合。
- (4)至原告主張93年度債券溢價攤銷明細表，系爭債券於96年度到期，購入成本大於債券到期兌領面額部分應轉列96年度，被告應同意調增原告96年度投資損失12,706,546元乙節，與本案無涉併予敘明。
- (5)原告相同案情之遠東國際商業銀行股份有限公司（95年度判字第00899號及96年度判字第00727號）、蘇黎世保險股份有限公司（95年度判字第01076號及96年度判字第00310號）、國際紐約人壽保險股份有限公司（97年度判字第506號）等營利事業所得稅行政訴訟案，亦經最高行政法院判決駁回在案，是被告將原告列報減除系爭債券溢價攤銷數調增營業收入13,136,865元並無違誤，原告所訴核無足採，請續予維持。

2.認購權證交易所得：

- (1)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。」、「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。」分別為行為時所得稅法第4條之1及第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1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3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3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3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。」、「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，應於履約時認列損益，並依所得稅法第4條之1規定辦理。」為財政部86年7月31日台財稅第861909311號及86年12月1日台財稅第861922464號函所明釋。
- (2)本件原告93年度採到期履約計算損益方式列報認購權證（亞東01-03及P1）利益37,692,510元（發行認購權證權利金收入160,025,000元－發行認購權證再買回價值變動損失49,339,250元（變動利益9,800,324元－變動損失59,139,574元）－避險部位股票出售損失65,742,511元（出售收入706,657,478元－出售成本772,399,989元）－發行認購權證費用250,000元－新金融商品部營業費用分攤數7,000,729元），因帳載認購權證所得80,855,221元中包括93年度未到期之

認購權證（亞東04-13）利益43,162,711 元，遂以全年所得額項下減項「第58欄」申報43,049,616元（亞東04-13利益43,162,711元－亞東14發行費用75,000 元－股利收入分攤營業費用38,095元）方式調整列報呈現93年度到期之認購權證利益為37,692,510 元（80,855,221元－未到期之認購權證利益43,162,711元），被告以（一）發行認購權證再買回價值變動損失49,339,250元屬未實現損益，於營業收入、營業成本項下分別調減；（二）93年度到期認購權證避險部位股票出售損失65,742,511元屬證券交易損失，應轉列停徵之證券、期貨交易所得項下調減，併同其餘調整，核定營業收入淨額152,736,957,847 元、營業成本151,579,293,447元及停徵之證券、期貨交易所得357,436,244元；（三）將不計入所得課稅之投資收益209,900,826 元轉列營業收入後，於「第58欄」核定投資收益淨額為209,862,731元（209,900,826元－投資收益應分攤之營業費用38,095元）及遞延可歸屬於亞東04-13未到期認購權證直接及間接分攤營業費用8,458,888元。

- (3)證券商發行權證收取之發行價款依財政部86年12月1日台財稅第861922464 號函為權利金收入，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，依所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所得稅，則依衡平原則，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，業經司法院大法官議決釋字第493 號解釋在案，故被告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。
- (4)原告主張認購權證避險損失係發行認購權證必然之結果，然避險交易之特性，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。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。若採原告主張將避險證券交易損失認定為發行認購權證權利金收入之成本減除，則侵蝕了應稅之認購權證所得；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。

(5)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，況原告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。原告稱其發行認購權證避險需要而買賣標的股票，與一般投資者自行決定買賣股票之交易屬性，截然不同，故證券商因避險操作而買入或賣出標的股票之盈虧，與非出於避險操作所為之股票交易之損益自有區別，故發行認購權證避險需要而買賣標的股票，非屬所得稅法第4條之1所規範單純買賣有價證券之證券交易損益之範圍，為發行權證避險而買賣標的股票之損益及權證再買回損失，此為發行認購權證之成本，自應作為應稅收入之減項云云，尚不可採。

(6)依據「台灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則」之規定，認購權證發行人須進行風險沖銷交易，可自行或委託風險管理人進行避險，該預

定之風險沖銷策略係發行人對投資人之一項承諾與約定，就避險觀點而言，其目的並非在獲利，另權利金之支付，對投資人而言，亦存有某種程度的避險成本（一旦標的股票市價低於約定價格，投資人選擇不履約，權利金全數遭沒入），若券商的避險成本可以列為課稅所得減項，則券商與投資人之風險與報酬顯不對稱，券商獨占優勢，面對過去投資風險所造成的損失，力求要在租稅上求取彌補，然對相對弱勢的投資人而言，反倒受限於所得稅法第4條之1證券交易損失不得自所得額中減除之規定，毫無補救之道，同一經濟行為卻對券商與投資人產生迥然不同之租稅效果，實有違租稅公平與租稅中立。又依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第3條之規定，須同時經營有價證券承銷、自行買賣及行紀或居間等3種業務者（即一般所稱綜合證券商），方具有發行人資格，既為綜合證券商，應足能調整選擇最適宜之避險策略以求取最大之利益，非必然產生鉅額避險損失，自無稅負不合理之虞。

- (7)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。即便認為被告所謂「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得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自課稅所得額中扣除，如獨對權證發行者之特別待遇，即有違反平等原則。從而，原告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。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，即當然於本件可將原告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，故與司法院大法官議決釋字第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。

- (8) 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，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。至原告主張96年7月11日增訂公布所得稅法第24之2條顯見財政部86年函釋不符收入成本配合原則乙節，惟該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，原告就此所為之主張，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；此觀司法院大法官議決釋字第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，相似案件有最高行政法院98年度判字第580、786、801、957號判決可資參照。

(9)原告主張原申報之權利金收入160,025,000 元，應減除未實際發行並未取得之權利金收入36,129,700 元，重核為123,895,300 元乙節，依臺灣證券交易所股份有限公司審查認購（售）權證上市作業程序第7 點規定：「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……。」，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證券交易所股份有限公司申請上市買賣，原告自留額度既經完成發行銷售程序，實為銷售與原告，即原告認購自留額度之法律地位係屬「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，相似案情亦有最高行政法院98年度判字第563、838號判決可資參採。

(3)據上論述，本件原處分、訴願決定均無違誤，為此請求判決如被告答辯之聲明。

#### 理 由

一、按「長期投資之存款、放款、或債券，按其攤還期限計算現價為估價標準。現價之計算，其債權有利息者，按原利率計算。無利息者，按當地銀錢業定期1 年存款之平均利率計算之。前項債權於到期收回時，其超過現價之利息部分，應列為收回年度之收益。」為所得稅法第62條所明定。次按「營利事業之會計事項，應參照商業會計法及財務會計準則公報等據實記載，產生其財務報表。至辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，其帳載事項與所得稅法、所得稅法施行細則、促進產業升級條例、促進產業升級條例施行細則、中小企業發展條例、本準則暨有關法令之規定未符者，均應於申報書內自行調整之。」為行為時營利事業所得稅查核準則（下稱查核準則）第2條第2項所規定。又「營利事業或個人買賣國內發行之公債、公司債及金融債券，買受人若為營利事業，可由該事業按債券持有期間，依債券之面值及利率計算『利息收入』，如其係於兩付息日間購入債券並於取息前出售者，則以售價減除其購進該債券之價格及依上述計算之利息收入後之餘額作為其證券交易損益。……。」亦經財政部75年7月16日台財稅第7541416號函釋在案。

二、次按「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。」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。」分別為行為時所得稅法第4條之1及第24條第1項所明定。又「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）財政部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。」、「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。」亦分別經財政部86年7月31日台財稅第861909311號及86年12月1日台財稅第861922464號函釋在案。

- 三、本件原告93年度列報（一）營業收入—利息收入156,233,330元，（二）採到期履約計算損益方式列報「亞東01」、「亞東02」、「亞東03」及「亞東P1」等4檔已到期認購權證利益37,692,510元【發行認購權證權利金收入160,025,000元—發行認購權證再買回價值變動淨損失49,339,250元（變動利益9,800,324元—變動損失59,139,574元）—避險部位股票出售損失65,742,511元（出售收入706,657,478元—出售成本772,399,989元）—發行認購權證費用250,000元—新金融商品部營業費用分攤數7,000,729元】，且因全年所得額已包含93年度發行之所有認購權證損益80,855,221元（已到期「亞東01」等4檔認購權證利益37,692,510元+未到期「亞東04」至「亞東13」等10檔認購權證利益43,162,711元），乃於申報書「第58欄」列報課稅所得減項43,049,616

元（「亞東04」等10檔認購權證利益43,162,711元－「亞東14」發行費用75,000元－股利收入分攤營業費用38,095元）。經被告機關初查（一）利息收入部分，其中債券利息收入不應減除債券溢價攤銷數13,136,865元，乃核定調增營業收入－利息收入13,136,865元。（二）認購權證交易所得：1.發行認購權證再買回價值變動淨損失49,339,250元（發行認購權證再買回價值變動利益9,800,324元－發行認購權證再買回價值變動損失59,139,574元）屬未實現損益，於營業收入、營業成本項下分別調減9,800,324元及59,139,574元。2.93年度到期認購權證避險部位股票出售損失65,742,511元（出售收入706,657,478元－出售成本772,399,989元）屬證券交易損失，應轉列停徵之證券、期貨交易所得項下調減，乃併同其餘調整，核定營業收入淨額為152,736,957,847元、營業成本為151,579,293,447元及停徵之證券、期貨交易所得為357,436,244元。3.將不計入所得課稅之投資收益209,900,826元轉列營業收入後，於「第58欄」核定投資收益淨額為209,862,731元（209,900,826元－投資收益應分攤之營業費用38,095元）及遞延可歸屬於「亞東04」等10檔未到期認購權證直接及間接分攤營業費用8,458,888元。原告對營業收入－利息收入及認購權證交易所得部分不服，申請復查，獲追認營業收入淨額909,110,821元、營業成本1,214,571,213元，追減停徵之證券、期貨交易所得305,460,392元，其餘復查駁回。原告不服，提起訴願遭決定駁回各情，有長期投資變動明細表、資產負債表、財產目錄、年度損益比較分析表、未分配盈餘申報書、營利事業所得稅暫繳稅額繳款書、營利事業所得稅暫繳稅額申報書、股東可扣抵稅額帳戶變動明細申報表、各類所得扣繳暨免扣繳憑單、各類所得扣繳暨免扣繳憑單申報書、營利事業所得稅暫繳稅額繳款書、股利憑單、營利事業所得稅結算申報書、營利事業所得稅結算申報核定通知書、股東可扣抵稅額帳戶變動明細申報表核定通知書、股東可扣抵稅額帳戶變動明細申報表核定通知書、未分配盈餘申報核定通知書、復查及訴願決定書等附原處分卷及訴願卷內可稽。

- 四、原告循序起訴意旨略以：被告以所得稅法第62條規定之原利率認原告應依債券票面利率計算利息收入顯有違誤，且違反所得稅法第22條所規定之權責發生制；所得稅法第64條第1項後段規定「公司債之發行費及折價發行之差額金，有償還期限之規定者，應按其償還期限分期攤提。」是以就公司債之發行人，其依發行之折價得以攤銷，而購買債券之投資人卻不得就折價攤銷，顯然不合最基本之稅法原理－「收入成本配合原則」，即任何政府絕無判定一個稅捐制度可將一項直接交易之收入認定為應稅，其直接相對之支出卻為免稅不得扣抵之理；財政部75年7月6日台財稅第7541416號函亦

非現行被告計算債券利息收入之唯一方式；債券溢價攤銷之利息收入處理應依營利事業所得稅查核準則第2 條第2 項之規定，按財務會計準則公報第21號第26條規定計算利息收入；退步言之，如被告堅持原告應以高於債券面額之購入價格作為債券成本計算損益，而不得將溢價攤銷減少持有期間之利息收入，則原告持有該債券至到期按面額兌領本金，購入價格超過面額部分12,706,546元應認屬營利事業之投資損失，被告應准原告於債券到期兌領面額本金年度（96年度）認列投資損失12,706,546元；被告主張該等投資損失應屬所得稅法第4 條之1 所定之證券交易損失，顯屬認事用法錯誤；原告依照財務會計處理準則及一般公認會計原則之規定，將債券溢折價攤銷金額作為利息收入之調整項目，才是符合所得稅法權責基礎及量能課稅原則之方式。又有關認購權證避險損失部分，被告僅核認原告之權利金收入160,025,000 元及93年度發行認購權證發行費用7,250,729 元為應稅項目，卻未將原告發行認購權證損益中之避險部位損失115,081,761 元，依照收入成本配合原則一併列為應稅收入之減項，依被告核定結果，原告發行權證交易須負擔之實質稅負38,193,568元竟逾實質所得37,692,510元，明顯違反量能課稅原則而課以原告過重之租稅負擔；又系爭避險成本中5,093,725 元屬原告於認購權證上市後，基於促進權證流通性目的再買回而持有至到期，按認購權證買回成本所認列之損失，該損失非屬證券交易損失，應得自認購權證權利金收入項下減除。又有關認購權證自留額度部分，買賣行為之構成要件應有二個以上當事人，並有移轉財產權之事實，但於本案原告於發行階段持有本身發行之認購權證，僅有原告一個當事人，亦無任何財產權移轉之事實，實無任何買賣交易發生，認購權證發行階段之自留額度部分，原告並未實際取得任何價款，應無須申報權利金收入課稅，且依量能課稅原則，所得稅之課稅客體為納稅義務人之資產增益，如無資產增加者，並無所得可資課徵，原告於發行時未實際銷售予第三人而取得任何價款，應無須申報權利金收入課稅，復查決定否准核減權利金收入36,129,700元，顯屬認事用法錯誤；綜上，原處分、復查決定及訴願決定有關債券溢價攤銷不得調減利息收入、認購權證避險成本不得自權利金收入項下減除，暨權利金收入不得減除原告自留額度部分之權利金收入等部分，顯屬適用法令錯誤，爰請判決如聲明所示云云。

五、本件兩造爭點為：債券溢折價攤銷數應否自利息收入項下減除？又發行認購權證避險部位標的股票出售損失及認購權證發行後再買回出售損失，應否列為發行認購權證權利金收入之必要成本？得否自權利金收入應稅項下扣除？又原告發行購權證所得之權利金收入，是否包含發行人本身之自留額度部分？經查：

## 甲、關於債券溢價攤銷數：

- (一) 原告93年度列報營業收入淨額153,766,860,977 元，被告初查以其中債券利息收入不應減除債券溢價攤銷數13,136,865元，併同其餘調整，核定152,736,957,847元。原告主張債券溢折價經攤銷而調整利息收入之帳務處理，符合商業會計法及財務會計準則公報之規定，原核定認定方式，有違量能課稅原則，所得稅法第24條之1 已修正，將市場利率納入考量云云。
- (二) 「本法所稱有價證券，謂政府債券、公司股票、公司債券及經財政部核定之其他有價證券。新股認購權利證書、新股權利證書及前項各種有價證券之價款繳納憑證或表明其權利之證書，視為有價證券。前二項規定之有價證券，未印製表示其權利之實體有價證券者，亦視為有價證券。」、「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。」、「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。」及「長期投資之存款、放款、或債券，按其攤還期限計算現價為估價標準。現價之計算，其債權有利息者，按原利率計算。無利息者按當地銀錢業定期一年期存款之平均利率計算之。前項債權於到期收回時，其超過現價之利息部分，應列為收回年度之收益。」行為時證券交易法第6 條、所得稅法第4 條之1 、第24條第1 項及第62條分別定有明文。查營利事業為債券之投資，該債券於評價上係屬營利事業之資產，至營利事業因長期投資而購入債券者，關於該債券之成本，參諸上述所得稅法第62條規定，自係指債券之原始取得成本，故不論營利事業就該債券是以高於或低於票面價格取得，均不影響其原始取得成本金額之認定。是原告主張系爭債券之利息所得，應以購入債券時之市場利率，而非票面利率為計算基準；票面利息在「債券溢價攤銷數」金額範圍內僅為投資成本之回收，依量能課稅原則並非所得云云，尚非可採。又債券因屬證券交易法所稱有價證券，是其買賣有行為時所得稅法第4 條之1 停徵證券交易所稅規定之適用，故營利事業為債券之買賣，若賣出時（含持有至到期日）之價格低於原始取得成本者，固有損失，惟因其屬證券交易損失，自不得於當年度營利事業所得稅結算申報時予以列報減除；若尚未賣出，則營利事業為該債券投資之損益因尚未實現，自亦不得於持有期間之年度營利事業所得稅結算中予以列報。
- (三) 復按成本收益配合原則係指當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。原告既係採長期債券投資，其在第一年支付現金買進債券之



同時，即將債券帳列資產項下長期投資科目，當無於購入後之第二年度以後帳列其他科目及另有相對應之成本產生之可能，其利息收入雖係因一定之約定利率所產生，惟因並未再行支付現金，自無在債券持有期間內有所謂與成本配合之問題，且因長期投資未實現跌價損失並不放入當期盈餘，於損益表並無影響，故無將債券割裂後單獨將債券利息收入部分計算損益之理；又自營利事業權責發生基礎制言，收益係營業活動之結果，費用則為營業活動所耗用之成本（付出的代價），原告所稱之系爭差額乃與投資市場利率比較後之金額，究其本質係屬利息收入之一部分即仍係屬收益，並非為獲致系爭利息收入所耗用之成本，自非權責發生基礎所遵循之收益原則及配合原則範疇，參以投資債券盈虧係以買入債券當時與嗣後出售債券時之市場利率利差為斷，與票面利率並無關連等情，故原告主張應將系爭長期債券溢價攤銷數列為債券利息收入之減項云云，即無可取。又營利事業辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，應依所得稅法及相關規定辦理，營利事業買賣債券不論是否係到期兌領，均應按債券持有期間依票面利率計算利息收入，並按債券出售價格或期滿兌領面額與購進價格計算證券交易損益，至所得稅法第62條係規範長期投資之存款、放款或債券之估價，非列報利息收入得減除債券溢價攤銷數之規定，被告依首揭規定，否准原告將溢價攤銷數列利息收入項下減除，並無不合。

- （四）所得稅法關於營利事業所得稅之課徵客體，為營利事業之收益，包括營業增益及非營業增益，除具有法定減免事由外，均應予以課稅。觀諸所得稅法第3條、第4條及第24條第1項規定之立法目的及其整體規定之關聯意義，尚未違背憲法第19條規定之租稅法律主義。復按營利事業係以營利為目的，投入勞務及資本從事經濟活動之經濟主體，不問係營業或非營業之增益，皆屬於營利事業追求營利目的所欲實現之利益，為營利事業之所得來源，而得成為租稅客體。又「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、促進產業升級條例、促進產業升級條例施行細則、中小企業發展條例、企業併購法、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。」為行為時查核準則第2條第2項所明定。而上開查核準則係所得稅法第80條第3項授權財政部就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所制定之準則，並未逾越所得稅法等相關之規定，自可適用。又「

營利事業或個人買賣國內發行之公債、公司債及金融債券，買受人若為營利事業，可由該事業按債券持有期間，依債券之面值及利率計算之利息收入，如其係於兩付息日間購入債券並於取息前出售者，則以售價減除其購進該債券之價格及依上述計算之利息收入後之餘額作為其證券交易損益。買受人若為個人，因個人一般多未設帳，應一律以其兌領之利息金額併入其當期綜合所得稅課徵。」為財政部75年7月16日函釋明揭，上開函釋係財政部為達成租稅之課徵及考量財稅實務之運作，依職權所為必要之釋示，未逾越法律規定，自可適用。又稅務會計與財務會計之計算依據與基礎原即有別，租稅之課徵，自應以租稅法之有關規定為準據。至於企業考慮行業特性、產品性質、經濟情況等因素，自由選擇會計原則及採行的方法，惟必須注意前後年度應一致採用相同的方法，不得任意變更，以符合一般公認會計原則中一致性的要求。同理，企業為債券之投資，不論係長期抑短期投資，其債券之資產估價與利息認列標準等，自應依其性質而前後一致。是原告主張財政部75年函釋於投資人溢價或折價取得債券之情形，均有違量能課稅原則與所得稅法第62條第1項規定，被告以之為據，調增原告之利息收入，認事用法即有違誤云云，亦非可採。

- (五) 次查債券之買賣，其買賣價格中實包括兩部分，一為取得債券所支付之對價，另一為未屆付息日該債券法定利息請求權之讓與對價。是以，債券買入同時，發生資金之借貸及持有有價證券，其實質意義具有一為取得有價證券所支付之對價（成本），另一為該債券所代表之資金借貸關係而可於未來取得利息所得。而債券之本質為債權，即資金需求者發行債務憑證予資金供給者，兼具證券交易法規定之有價證券性質，營利事業買賣債券產生之收益或損失可能為利息收入及有價證券所得或損失，而依所得稅法第4條之1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減除，惟債券之利息所得並無免稅規定。由於買賣債券之交易所得停止課徵所得稅，若債券持有期間所獲得之「利息所得」與債券處分時之「證券交易所得」未明確劃分，將造成課稅計算上之爭議，財政部乃以75年7月16日台財稅第7541416號函釋，闡明營利事業應按債券持有期間，依債券之面值及利率計算之「利息收入」列報利息收入，其債券賣出時超過購進價格及利息收入後之餘額為證券交易損益。至債權於到期收回時，其超過現價之利息部分，應列為收回年度之收益。投資人溢價購入債券，其溢價部分為購入債券之成本，不應於債券持有期間每年自利息收入減除。如准予減除即發生原屬免稅證券交易損益項目之成本轉換於每年之應稅利息收入項下減



除之情事，不符所得稅法第4條之1及第62條第2項之規定，有違租稅法律主義。故所得稅法第24條之1修正生效前，營利事業持有國內發行之公債、公司債及金融債券，應按債券持有期間，依債券之面值及票面利率計算利息收入。

(六) 債券為具廣大流通性之有價證券，其持有目的因人而異，縱使同一投資人，亦可能因經濟環境、資金運用情形或持有政策變更，而改變其持有期間，是以債券持有期間之長短，完全取決於投資人本身之意圖及能力。而債券獲利來源包括：價格上揚的資本利得、持有期間的債息收入及再投資收益三部分。由於利率波動對債券價格影響很大，因此，投資人持有債券，首先面臨的是利率風險。若市場利率上揚，投資人所持有的債券可能產生帳面上的虧損或獲利縮水；若市場利率下滑，投資人所持有的債券可能產生帳面上的盈益或獲利增加，及再投資收益減少的風險。課稅基礎應有其確定性與公平性，方符合租稅法律主義之精神；又所得稅法第62條規定之長期投資除債券外，尚包括存款及放款，所稱「原利率」係指債權人與債務人約定之利率，就存款及放款而言，係指一般之存放款利率，而就債券而言即為「票面利率」，故其每期利息收入，仍應按票面利率計算申報利息收入，並非原告所主張之「市場利率」。至財務報表之目的，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。原告一概以財務會計之處理論斷，亦有違誤。稅務會計與財務會計之計算依據與基礎原則即有異，租稅之課徵，自應以租稅之有關規定為準據；依營利事業所得稅查核準則第2條第2項規定財稅會差異於辦理結算申報時，仍應依稅法規定於申報書內自行調整（及帳外調整申報）。茲查債券溢折價係因購進成本不等於面值，該債券溢折價於續後評價按財務會計準則公報第21號第26條規定固應攤銷，惟因其屬該有價證券之購入成本之一，依首揭所得稅法第62條及財政部75年7月16日台財稅第7541416號函釋意旨營利事業應按債券之面值及票面利率計算利息收入，並以原始購入價格為出售債券之成本，被告否准原告將溢價攤銷數列利息收入項下減除，將系爭債券溢折價攤銷淨額加回利息收入，洵屬有據。

(七) 原告另主張財政部85年10月21日台財稅第851910621號函釋規定零息債券得以債券折價金額作為利息收入，卻不准附息債券溢價攤銷自利息收入中扣除，有違平等原則與行政程序法第6條云云；惟本件系爭債券並非零息票債券，兩者本質不同，自無從為相同之處理。再按，所得稅法第62條規定之長期投資除債券外，尚包括存款及放款，所稱

「原利率」係指債權人與債務人約定之利率，就存款及放款而言，係指一般之存放款利率，而就債券而言即為「票面利率」，故其每期利息收入，仍應按票面利率計算申報利息收入，非原告所主張之「市場利率」。

(八) 所得稅法第24條之1 於96年7月13日修正生效，為計算營利事業持有債券之實質利息收入，並縮小債券利息收入依商業會計法及財務會計準則公報計算「財務會計所得」與依所得稅法規定計算「課稅所得」間之差異，爰於同法第14條之1 立法說明第4點指出，計算債券利息之利率應將發行時影響利息給付之各項約定條款及發行價格等因素調整併計該票面利率，亦即營利事業持有債券利息收入應按溢折價攤銷計算，而債券利息收入計算方式，財政部亦於所得稅法施行細則部分修正條文草案第31條之4之說明欄，明白舉例增訂所得稅法第24條之1 修法前係按債券面額及票面利率計算利息收入；修法後則按取得成本及有效利率計算利息收入。換言之，財政部基於財稅主管機關，對於修法前、後有關債券利息收入應否考量溢、折價攤銷之立場，昭然若揭。從而所得稅法第24條之1 內容雖與財政部75年7月16日台財稅字第7541416號函類似，所得稅法第24條之1 於96年7月13日修正生效後，營利事業持有債券之利息收入，始應按溢折價攤銷計算。增訂所得稅法第24條之1 規定，並無追溯適用之條款，依據中央法規標準法第13條規定，生效日應為96年7月13日，是以96年7月11日公布增訂所得稅法第24條之1 規定，要難逆推75年函釋承認溢價攤銷應作為利息收入之減項。是被告否准原告計算本件債券利息收入減（增）溢（折）價攤銷，並無違誤。

(九) 所得稅法第24條之1 有關營利事業持有債券利息收入，按溢折價攤銷計算之規定，並未明定切割之時點，則所得稅法第24條之1 修正施行前取得，而於修正施行後繼續持有之債券，其自96年7月13日起取得之利息收入，應否按溢折價攤銷計算，納稅義務人恐無所適從，且易產生徵納雙方對於債券利息收入計算見解之歧異，致爭訟案件不斷。故財政部召集相關業者及機關研商時，絕大多數業者均認為所得稅法第24條之1 修正施行前取得，而於修正施行後仍繼續持有之債券，應明定按新修正之規定辦理溢折價攤銷，以免爭議，並避免業者於該條文修正施行前後取得之債券，其利息收入計算方式不一，影響市場交易秩序。財政部乃研酌上開細則草案第31條之4條文明定計算方式，以杜爭議。然而，所得稅法第24條之1 既無溯及既往之規定，依法自公布日施行，是以修正公布生效前取得之債券，於修正公布生效日前之利息收入計算，基於法律不溯既往原則，本應依票面金額及票面利率按持有期間計算，

是以所得稅法施行細則部分條文修正草案第31條之4 之內容是否增訂，對本法第24條之1 之施行，並不產生影響其既有之法令規範（最高行政法院96年判字第01845 號、96年判字第01889 號判決意旨，亦採相同見解）。另所得稅法第24條之1 規定，並非稅捐稽徵法第1 條之1 規定所指之解釋函令，於本件亦無適用餘地。

- (十) 從而，被告機關依首揭所得稅法第62條規定及財政部75年7 月16日台財稅第7541416 號函釋意旨，認營利事業應按債券之面值及票面利率計算利息收入，並以原始購價為出售債券之成本，於稅務會計上，債券持有期間並不認列溢、折價攤銷，債券之溢、折價應俟最後處分時再一併認列處分損益。原告之會計師於查核簽證時，將公債溢價攤銷數13,136,865元予以帳外調減列報並無違誤，被告機關依其申報數調增營業收入13,136,865元，揆諸首揭規定及函釋意旨，並無不合。至原告主張93年度債券溢價攤銷明細表，系爭債券於96年度到期，購入成本大於債券到期兌領面額部分應轉列96年度，被告應同意調增原告96年度投資損失12,706,546元乙節，與本案爭點無涉，併予敘明。

乙：關於認購權證交易所得：

- (一) 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，而因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，故營利事業課稅所得額之計算，如有證券交易所所得或損失時，須自所得額項下調整後方可得之，此為行為時所得稅法第24條第1 項及第4 條之1 所明定。又「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。」及「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；…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。」有司法院釋字第420 號及第493 號解釋可資參照。行為時所得稅法第4 條之1 既已明定證券交易所所得停徵、其損失亦不得自所得額中減除，且其時無其他例外規定，則不問證券買賣交易之動機及內在主觀意思為何，倘有證券交易之行為發生，即應依其買賣收入減除成本費用計算所得或損失，並應自所得額中調整以計算課稅所得額課稅，尚不得將免稅所得之相關成本費用，歸於其他應稅收入項下減除，而違反租稅法律主義、公平及配合原則。
- (二) 次查認購權證業經財政部86年5 月23日（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，依行為時所得稅法第4 條之1 規定及財政部本於中央財稅主管機關為執行稅法規定所為之旨揭函釋意

旨，認購權證既為其他有價證券，則發行後買賣該認購權證及標的股票所生之所得，應停止課徵所得稅；如為損失，亦不得自所得額中減除。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所得稅，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，針對所得稅法第4條之1證券交易所所得停止課徵所得稅及同法第42條公司組織之營利事業，投資於國內其他營利事業所獲配股利不計入所得課稅；其相關之成本費用，按收入成本費用配合之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。該解釋已明確揭櫫所得稅法第4條之1證券交易所所得停止課徵所得稅，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。被告機關認定原告認購權證發行後再買回損失及避險部位交易損失，係屬免稅之證券交易損失，不得自應稅所得中減除，尚無不合。

(三) 又查財政部86年12月1日臺財稅第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)臺財證(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日臺財稅策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日臺財稅第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。故被告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。

(四) 原告雖主張認購權證發行人發行權證時依主管機關要求須建立標的股票之避險部位，須維持一定數量，無任意變更權利，是其履約及避險損益應依權責發生制與權利金收入併計云云。惟查，證券商發行權證，依主管機關相關規定固強制應進行避險交易，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，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。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，若採原告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。又證券商於發行認購權證時須強制為避險交易，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，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。再者行為時所得稅法第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，否則亦有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性。

- (五) 又所得稅法第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之動機及內在主觀意思為何，況原告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。原告稱其發行認購權證避險需要而買賣標的股票，與一般投資者自行決定買賣股票之交易屬性，截然不同，故證券商因避險操作而買入或賣出標的股票之盈虧，與非出於避險操作所為之股票交易之損益自有區別，故發行認購權證避險需要而買賣標的股票，非屬所得稅法第4條之1所規範單純買賣有價證券之證券交易損益之範圍，為發行權證避險而買賣標的股票之損益及權證再買回損失，此為發行認購權證之成本，自應作為應稅收入之減項云云，尚非可採。

(六) 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。即便認為原告所謂「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，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，倘將認購權證再買回及避險標的股票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。從而，原告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」一節，尚難採據。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，即當然於本件可將原告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。又本件爭點涉及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（即證券發行人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之判斷，已如前述，並非割裂法律適用之情形，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。

(七) 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，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。至96年7月11日增訂公布所得稅法第24之2條之規定，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。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所得稅，則依衡平原則，證券交易損失自亦不得從課稅所得額中減除。

(八) 至原告主張原申報之權利金收入160,025,000元，應減除未實際發行並未取得之權利金收入36,129,700元乙節；依臺灣證券交易所股份有限公司審查認購（售）權證上市作業程序第7點規定：「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……。」，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證券交易所股份有限公司申請上市買賣，原告自留額度既經完成發行銷售程序，實為銷售與原告，即原告認購自留額度之法律地位係屬「持有人」身分，與一般持有人之權利並無二致，自應認列與一般持有人相同之發行階段權利金，以符實質課稅並避免稅負規避。次查，依行為時證券交易所公司認購（售）權證上市審查準則第10條第3款規定「發行人及其關係人、受僱人持有單位數，不得逾上市單位20%」故

認購權證之自留並非法律強制規定，發行人既選擇認購自留，其會計分錄為借：發行認購權證再買回，貸：交易目的金融負債－發行認購權證負債，其貸方科目與對外發行之貸方科目一致，顯已認定權證義務，即對應之權利金收入已實現。至原告主張該自留額度並非上開函釋所稱「發行時發行人取得之發行價款」乙節，查收入之實現創造資產的增加，本案自留額度之發行價款，實已轉換為「發行認購權證再買回」之權證資產，申言之，其交易分錄可解析為：

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

原告之發行價款既已轉換增加資產，難謂無收入之產生，是原告主張發行認購權證系爭自留額度部分，並非「發行時發行人所取得之發行價款」，應非屬權利金收入云云，尚非可採。（相似案情最高行政法院98年度判字第563、838號判決意旨，亦採相同見解。）

（九）綜上，原告發行認購權證所得之權利金收入，應包含發行人轉售予發行人本身之自留額度。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，被告機關以原告因避險措施之證券交易之損失，應屬所得稅法第4條之1所規定之適用範圍，不得於收入內認列為成本费用，而應轉列為證券交易所得之出售避險證券損失，核無違誤。

六、綜上論述，原告起訴論旨，並非足採。被告機關否准原告將溢價攤銷數列利息收入項下減除，並核定原告原申報自利息收入項下減除之溢價攤銷數13,136,865元應調增為利息收入，尚無不合。又以認購權證發行時所取得之發行價款，自應包含發行人轉售予發行人本身之自留額度。又認購權證為其他有價證券，依現行所得稅法第4條之1規定，買賣認購權證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。避險部位損失及認購權證再買回出售損失，係證券交易損失性質，否准自應稅收入項下減除；復查決定予以追認營業收入淨額909,110,821元、營業成本1,214,571,213元，追減停徵之證券、期貨交易所得305,460,392元，並駁回其餘復查之申請，並無違誤。訴願決定，遞予維持，亦無不合，原告徒執前詞，就不利部分，訴請撤銷，為無理由，應予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘主張及證據，核與本判決得心證及結果不生影響，毋庸逐一論述，附此敘明。



八、據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 99 年 2 月 4 日

臺北高等行政法院第六庭

審判長法 官 關銘富

法 官 帥嘉寶

法 官 許瑞助

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

中 華 民 國 99 年 2 月 4 日

書記官 吳芳靜