

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國 100 年 12 月 6 日

發文字號：資稅字第 11008531 號

附 件：如說明。

主 旨：為最高行政法院 100 年度判字第 2053 號判決所適用之所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函及同年 12 月 11 日台財稅字第 861922464 號函，有牴觸憲法第 7 條、第 15 條、第 19 條及第 23 條之疑義，向 鈞院聲請解釋憲法。

說 明：檢附釋憲聲請書乙份。

正 本：司法院

聲 請 人：元富證券股份有限公司

代 表 人：陳俊宏

代 理 人：許祺昌會計師

李益甄律師

蘇偉哲律師

聯 絡 人：李益甄律師

釋憲聲請書

聲 請 人 元富證券股份有限公司

代 表 人 陳俊宏

代 理 人 許祺昌會計師

李益甄律師

蘇偉哲律師

壹、聲請解釋憲法之目的

按「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：…二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款定有明文。本案係因最高行政法院100年度判字第2053號判決(下稱「原確定判決」，附件1)以所得稅法第4條之1、財政部86年7月31日台財稅字第861909311號函(下稱「財政部86年7月函」，附件2)及同年12月11日台財稅字第861922464號函(下稱「財政部86年12月函」，附件3)，認財政部臺北市國稅局(下稱「臺北市國稅局」)補徵聲請人民國(下同)90年度營利事業所得稅，於法有據，惟聲請人認所得稅法第4條之1、財政部86年7月函及86年12月函係屬違憲，故臺北市國稅局之補徵處分即屬不法侵害聲請人受憲法保障之財產權，且聲請人已用盡訴訟程序，乃向 鈞院聲請解釋憲法，懇請 鈞院惠予宣告所得稅法第4條之1及上揭財政部二則函釋牴觸憲法而無效。

貳、疑義之經過與性質及涉及之憲法條文

一、疑義之經過

緣聲請人 90 年度營利事業所得稅結算申報，原列報課稅所得新臺幣（下同）242,666,462 元，停徵之證券交易所得 823,621,067 元，臺北市國稅局初查時針對（1）認購權證損益、（2）交際費限額、（3）職工福利限額及（4）利息支出分攤逕予調整，核定課稅所得為 1,158,117,217 元，停徵之證券期貨交易所得為負 91,829,688 元。聲請人不服臺北市國稅局前開核定關於認購權證之相關損益及避險交易損失不予認列部分，交際費及職工福利費用超出限額移入免稅收入應分攤之費用及出售有價證券應分攤之利息支出部分，申請復查，其中利息支出分攤於復查階段已獲解決，其餘復查駁回。聲請人仍表不服，經提起訴願遭決定駁回，聲請人續提起行政訴訟，後經臺北高等行政法院以 99 年度訴字第 1711 號判決聲請人敗訴，聲請人不服，提起上訴，復經最高行政法院以原確定判決駁回上訴，本案依法不得再上訴而告確定。惟聲請人認原確定判決關於認購權證之相關損益及避險交易損失不予認列部分所適用之法令有違憲疑義，爰就此部分聲請鈞院解釋。

二、疑義之性質及所涉憲法條文

按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得稅停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」所得稅法第 4 條之 1 定有明文。而財政部 86 年 7 月函釋示認購（售）權證為其他有價證券，財政部 86 年 12 月函復為釋示，「認購（售）權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得稅或損失，…並依所得稅法

第四條之一規定辦理。」，是原確定判決即適用上開規定，認聲請人本於證管法令要求所從事之避險交易，交易標的既為認購權證及標的股票，形式上即屬證券交易，交易所生之損失即係證券交易損失，不得自應稅所得額中減除。

惟按，「人民之財產權應予保障。」、「中華民國人民，無分男女，宗教，種族，階級，黨派，在法律上一律平等。」、「人民有依法律納稅之義務。」、「憲法所列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利所必要者，不得以法律限制之。」憲法第15條、第7條、第19條與第23條分別定有明文。聲請人本於證管法令要求所從事之避險交易，遭所得稅法第4條之1、財政部86年7月函及86年12月函逕依交易形式外觀認定為證券交易，致避險損失不得自應稅所得額中減除，使聲請人負擔遠超過租稅負擔能力之稅負，是前揭規定違反憲法上實質課稅之公平原則、平等原則及比例原則至明，並不法侵害聲請人憲法上之財產權，有違憲法保障人權之旨。是聲請人乃依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款：「按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法」之規定，向鈞院聲請解釋憲法。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所所得稅停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除」，所得稅法第4條之1定有明文。惟所得稅法第4條之1及據以發佈之財

政部 86 年 7 月函及 86 年 12 月函，純以形式外觀認定「證券交易」，而不問各種證券交易之經濟實態，已顯違 鈞院前於釋字第 420 號解釋中所昭示之「實質課稅之公平原則」；其純以形式外觀認定「證券交易」，使依法從事避險交易如證券商者一概不得自發行權證之權利金收入中扣除避險交易損失，而須承擔顯然過高之稅負，亦抵觸憲法第 23 條之比例原則，聲請人茲詳述其理由如下：

一、謹就聲請人認購權證之業務簡要說明如下：

查所謂認購權證依行為時「發行人申請發行認購（售）權證處理要點」（下稱「處理要點」，附件 4）第 3 條第 1 項規定，係指「標的證券發行公司以外之第三者所發行表彰認購（售）權證持有人於履約期間內或特定到期日，有權按約定履約價格向發行人購入或售出標的證券，或以現金結算方式收取差價之有價證券」，亦即，為投資人在給付一定價金（權利金）後，即取得在認購權證存續期間內或特定時點上向發行券商請求履約之權利，其履約方式有實物（標的股票）交割及現金結算兩種。一認購權證於其發行至到期期間之各種交易活動簡述如下：

發行市場	發行：主管機關核准發行證券商得發行之認購權證總金額 銷售：發行證券商向投資人銷售經主管機關核准之認購權證 掛牌上市：發行證券商於銷售認購權證達主管機關要求之比例後，得申請掛牌上市於市場公開銷售
------	--

交易市場	造市：收回或釋出權證；提供投資人應買/應賣認購權證時之報價及被動收回或釋出避險：依權證流通在外數量調節避險部位，以達主管機關之要求
到期前履約	投資人要求履約，發行證券商得選擇交付證券或現金價差予投資人
權證到期	履約：認購權證具履約價值者，即將價差以現金交付予投資人 轉銷：認購權證收回後，至到期無履約價值後，於會計帳上自動轉銷為損失

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

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

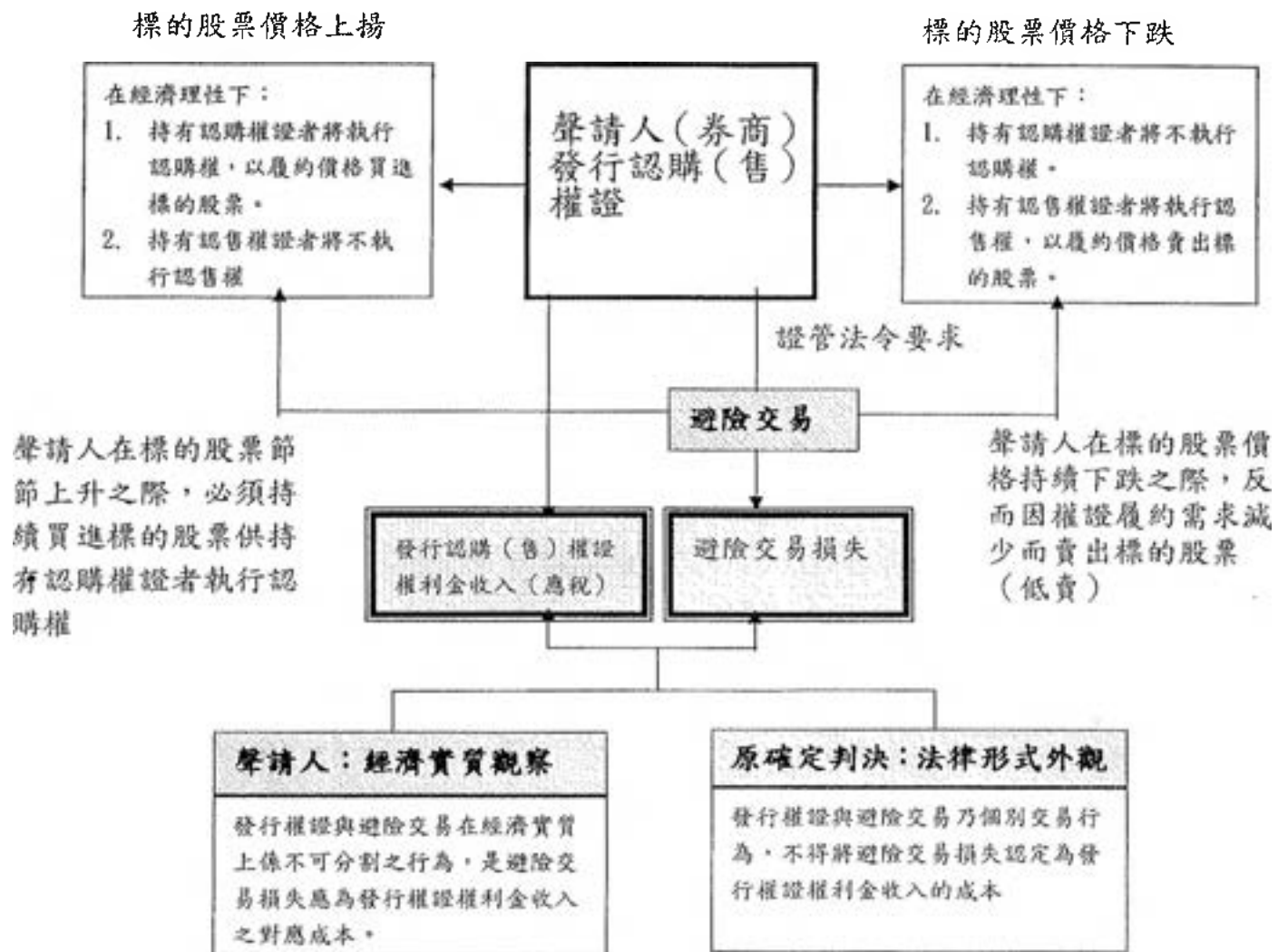
綜上所述，發行認購權證之證券商於發行認購權證期間所產生之損益包含：

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

(6)發行證券商自交易市場收回認購權證之到期失效損失。

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

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



三、所得稅法第 4 條之 1 及財政部二函釋違反實質課稅原則

1、聲請人申請發行認購權證，依法有進行避險交易之法律義務

- (1) 本件聲請人發行權證之主要相關法令為前開處理要點（附件 4）及「台灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則」（下稱「審查準則」，附件 5）。聲請人於取得主管機關認購（售）權證發行人資格後，申請擬發行之認購權證，應檢附發行計畫等相關文件（審查準則第 4 條參照），其中發行計畫應載明「預定之風險沖銷策略」等應記載事項（處理要點 14、審查準則第 6 條），供主管機關審查證券商是否具備發行人資格及台灣證券交易所股份有限公司（下稱台灣證交所）審查是否同意認購權證上市，合先敘明。
- (2) 而按「發行人申請發行認購（售）權證之資格認可者，如有下列情形之一者，本會（證期會）得不予認可：七、發行人無適當之風險管理措施者。」、「申請本公司同意上市之認購（售）權證，應符合下列各款規定：…五 發行內容須包括下列條款：…（七）預定之風險沖銷策略。…」處理要點 14 與審查準則第 6 條第 5 款第 7 目，分別定有明文。綜觀上揭法令規定，聲請人申請發行認購權證時，即有配套附隨進行避險交易之義務。
- (3) 次按「發行人如為自行避險或部分自行避險，該專戶應作為發行認購（售）權證之後建立避險部位及將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用，並只得買賣其所發行之認購權證及標的證券，帳戶中之股票不

得申請領回。」、「發行人如全數委託其他機構避險，發行人亦須另設專戶，作為將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用，另其委託之風險管理機構亦須於發行人處開設帳戶，作為其發行認購（售）權證之後建立避險部位之用。」此亦有台灣證交所 86 年 9 月 18 日台證上字第 29888 號函（附件 6）足資參照。

- (4)再按「證券商發行認購（售）權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購（售）權證之標的股票…。惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購（售）權證發行單位所代表之標的股票股數。」（台灣證交所 86 年 6 月 12 日台財證（二）字第 3294 號函，附件 7）、「證券商發行認購權證，如係全部自行避險操作者，其避險持有之部位，不得超過認購權證發行數量所表彰之標的股票股數；如係部分自行避險、部分委外避險者，其避險持有之部位，不得超過自行避險部分所表彰之標的股票股數；又如係全部委外避險者，發行人依規定仍須向本公司及主管機關申報委外風險管理機構之避險相關資料。」（台灣證交所 86 年 8 月 9 日台證上字第 23090 號函，附件 8）
- (5)參諸前揭法令及主管機關解釋函令意旨，聲請人進行避險交易確係基於證管法令要求之義務，如無進行避險交易，聲請人即不得發行認購（售）權證，此一義務如同扣繳義務般皆為公法上之義務，亦即，聲請人進行避險交易，乃履行公法上之義務。

2、為應相關證管法令所進行之避險交易，與一般證券交易在經濟實質上迥然有別

承上所述，聲請人係本於證管法令要求，而以買賣標的股票或系爭權證之方式進行避險交易。此等交易雖具有證券交易之形式外觀，然若與一般證券交易行為相較，其經濟實質有相當差異(按：關於一般證券交易與避險交易之本質差異，詳參附件9)。茲一一敘明如下：

- (1)聲請人因避險所進行之證券交易行為，乃為履行證券主管機關核准發行權證所附之公法負擔，並非為從證券市場獲利；
- (2)對聲請人而言，標的股票漲價時，不能出售手中持股獲利了結，反而須加碼購入，增加手中標的股票持股數量，以免履約時負擔太重，並確保收盤時實際避險部位與預定避險沖銷策略之差額在法令容許範圍之內；標的股票跌價時，不能加碼買入標的股票，反須認賠殺出，以確保收盤時實際避險部位與預定避險沖銷策略之差額在法令容許範圍之內，其避險操作策略須受證券商依國際通用標準模式預擬且受證管會證期局監控之避險策略公式之限制，僅於20%範圍內享有決策自由。換言之，聲請人以買賣標的股票或系爭權證之方式進行避險者，與一般「低買高賣」之市場投資決策有明顯差異。
- (3)另以認購權證之發行為例，自權證履約日觀察，亦可發現其避險交易操作策略之不同：1. 當履約日時，標的股票市價超過約定之履約價，聲請人為履約之故，必須以低於公開市場出售標的股票予持有權證之投資

人，其間之差額可能會於結算後，高於其權利金數額，即可能產生虧損；2. 當履約日時，標的股票市價低於約定之履約價，持有權證之投資人不會行使認購權而買入標的股票，聲請人即有可能於結算後，就發行權證取得獲利。簡言之，於權證避險交易下，標的股票市價越低，聲請人越易獲利；相反地，一般證券買賣，股價越低，則虧損隨之擴大，兩者正好相反。

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

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

- (1) 按「憲法第十九條規定人民有依法律納稅之義務，固係指人民有依據法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項而負納稅義務之意，然課人民以繳納租稅之法律，於適用時，該法律所定之事項若權利義務相關連者，本於法律適用之整體性及權利義務之平衡，當不得任意割裂適用。」 鈞院釋字第 385 號解釋著有明文。
- (2) 經查，所得稅法第 4 條之 1 給予證券交易所得免稅優惠之同時，亦否准證券交易損失之認列，此對於一般「低買高賣」之證券交易並無不妥。然以認購權證之交易實務而言，聲請人與認購權證投資人間之契約行為並非僅指認購權證掛牌上市之銷售行為，權證掛牌

上市後，聲請人基於造市義務而於市場上收回或再釋出該檔認購權證，係聲請人為確保權證投資人如期履約之權益，自屬聲請人因發行認購權證而應負之義務，本為發行認購權證完整營運活動之一環，而非可分別視之證券交易行為，此其一。

- (3)次查，前開處理要點及審查準則等規定，亦對聲請人課以申請發行認購權證時，即須依主管機關要求建立標的股票之避險部位，且須維持一定之數量，非得任意變更之義務，是聲請人從事避險行為乃為確保權證投資人得以如期履約，而為發行認購權證之經濟活動所不可或缺，此其二。

- (4)據此，聲請人基於造市義務而於市場上應買或應賣而被動收回或釋出該檔認購權證、於認購權證有履約價值時進行履約及依主管機關要求進行之避險行為，皆屬認購權證發行整體行為中不可或缺之一環，兩者於經濟意義上具有緊密關聯，本質上即為「單一」之課稅事件。從而，避險交易本身不具獨立經濟目的，自應與一般具獨立經濟目的之證券交易為不同對待。本件最高行政法院判決據為判決基礎之所得稅法第4條之1及上揭財政部86年二函釋，竟一概以形式外觀為準，認由於認購權證與標的股票均屬有價證券，進而認定聲請人從事避險交易而買賣認購權證與標的股票，依所得稅法第4條之1規定，停課證券交易所得稅，證券交易損失自不得從所得額中減除，此顯與鈞院釋字第420號等解釋揭櫫之實質課稅公平原則相違（附件10，頁13）；再者，前開見解亦未妥適考慮認

購權證發行期間所有行為之關聯性及其權利義務關係，擅將發行認購權證之續後相關損益（包含認購權證評價損益、認購權證於次級市場上再買賣損益及認購權證履約損益等）及避險損益與權證發行之權利金收入分列，要求個別認定成本費用，顯已割裂適用稅法之權利與義務，而與前開 鈞院釋字第 385 號所示不符。

四、所得稅法第 4 條之 1 適用於避險交易違反平等原則

- 1、按「憲法第七條規定，中華民國人民在法律上一律平等，其內涵並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等。」 鈞院釋字第 596 號及第 485 號解釋闡述甚明。據此，憲法平等原則係要求法律應對相同之事務，為相同處理；不相同之事務，應依其不同特性作不相同處理，簡言之，即為「等者等之，不等者不等之。」，如法律規範造成「等者不等之，不等者等之」之現象，即難謂與憲法第 7 條平等原則之要求相符。
- 2、查所得稅法第 4 條之 1 立法緣由，斯時獎勵投資條例即將於 79 年 12 月 31 日廢止，為鼓勵民間投資風氣，促進資本市場發展，立法者遂於 78 年 12 月 30 日公告增訂所得稅法第 4 條之 1，規定因證券交易獲利之人民得享有免稅優惠，但如有損失，基於收入成本配合原則與租稅公平原則，亦不得自所得額減除，故規定證券交易損失不予認列，此為證券交易收入免稅後之配套措施。在立法當時的時空背景下，本條文固無不當，惟隨著商業型態的發展與變遷，新型態金融商品不斷推陳出新，自國內第一檔權證於 86 年起核准發行後，證券市場上開始出現券商以避險

為目的之證券交易，此非立法者制訂所得稅法第 4 條之 1 當時所能預見之證券交易型態，其性質亦與一般投資人以獲利為目的之證券交易型態截然不同，惟因所得稅法第 4 條之 1 未設例外規定，致產生避險交易仍必須適用所得稅法第 4 條之 1 不能列報損失之不合理現象，完全突顯出所得稅法第 4 條之 1 規範不足之窘境，其合憲性基礎亦因而開始產生鬆動。

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

五、所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二則函釋違反比例原則

1、所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二則函釋手段與目的間顯失均衡

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

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

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

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

- (1)復從德國司法實務運作以觀，其經由比例原則之檢查導引出「**絞殺性租稅禁止**」(Verbot der Erdrösselungssteuer)，亦即租稅課徵權力之行使，不得造成絞殺之效果。所謂「絞殺效果」，特別著重者

為其在經濟上之意義，當租稅課徵所造成之效果，足以扼殺市場生機、使私領域中之經濟活動陷於停滯之時，即屬違反適當性及必要性之要求，構成對財產權利之絞殺。標準「絞殺」之典型，如：租稅制度過度干預市場，致使納稅人在私法上之營業狀態已無法持續，或者課徵過重之稅賦使得納稅人對於租稅之義務履行陷於客觀上不可能等(附件 11，頁 157)。於我國租稅法制實務上，亦以絞殺性租稅之禁止為比例原則表現之型態：如 鈞院釋字第 286 號指出，「土地增值稅並未就漲價部分全額徵收，已足以兼顧其利益」，即可導出憲法秩序不容土增稅就增值全額徵收、趨近於絞殺之情形；另於遺產贈與稅第 47 條規定：「前三條規定之罰鍰，連同應徵之稅額，最多不得超過遺產總額或贈與總額」，即罰鍰加計本稅不得超過納稅人原可取得之遺產或贈與總額，亦徵絞殺性租稅禁止已存在於我國法秩序中(附件 11，頁 169)。

- (2)查權證發行實務上，據證券商統計數據，至 93 年 7 月底之前到期的所有權證，全部權證發行收入累計已達新台幣(下同) 742.25 億元，如依上開財政部二則函釋計算之應納稅額即達 185.56 億元(742.25 億元 \times 25%)，惟如將發行收入扣除避險交易損失及其他費用之後，券商發行權證的淨收益僅為 121.52 億元。換言之，券商發行權證不僅毫無利得，更須額外負擔約計 64 億餘元的所得稅(121.52 億元-185.56 億元=-64 億元)。如以憲法保障證券商得自由選擇、形成營業活動之角度以查，適用所得稅法第 4 條之 1 及財政部二則

函釋課稅之結果，形同對權證發行收入課徵毛額型所得稅，導致實際淨所得低於應納稅額，券商越作越賠的窘境，逼使認購（售）權證此種衍生性金融商品，因無利可圖而於證券市場上消失，形成以稅捐干預國內券商權證業務之自由，根本背離所得稅法第4條之1獎勵證券交易、促進資本市場形成的立法原意，對於權證發行產生「寓禁於徵」的意外效果。亦即，如避險交易損益不得併計權證發行收入之減項，無異等同藉由稅捐手段禁止一個合法的經濟活動，構成違憲之「絞殺」行為。（附件12，頁10）

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

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

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

(1)所謂「法律漏洞」，係用以指稱「法律體系上之違反計畫的不圓滿狀態」，依其產生之類型又可區分「明顯的漏洞」(offene Lücken)與「隱藏的漏洞」(verdeckte Lücken)，前者係指法律對應予規範之案型，未加以規範（亦即有規範不足的現象），後者則係指法律對應予規範之案型，雖已加以規範，但未對該案型之特別情形在規範上給予考慮，並相應地以一個特別規定加以規定（亦即有規範太過的現象），對於這種一般規定應有特別限制規定之欠缺，便構成了「隱藏的漏洞」。而

無論係明顯的或隱藏的法律漏洞，其態樣均構成法律價值體系的違反，基於平等原則之要求，法律漏洞應予補充（以上請參見，黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法，收於氏著法學方法與現代民法，第 559 頁至第 560 頁、第 646 頁至第 653 頁及第 659 頁至第 698 頁，附件 13）。據此，對於隱藏的法律漏洞，其構成要件為：法律對應予規範之案型加以規範，卻未對該案型之特別情形為特別規定，其法律效果則為依平等原則對法律漏洞予以補充。

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

- (3)次就經濟實質而言，券商因發行認購（售）權證而從事之避險交易，雖然有證券交易之外觀，但在經濟實質上與一般證券交易卻有天壤之別，基於「不等者，不等之」之平等原則要求，本不應與一般證券交易等同適用所得稅法第 4 條之 1，惟所得稅法第 4 條之 1 於立法當時未對此例外情形而為特別規定，因此形成了「隱藏性法律漏洞」，而此法律漏洞因違反憲法上量能

課稅原則、實質課稅原則及平等原則所建構之價值體系，自應由 鈞院以合憲性解釋之方式予以填補。

- (4)再者，為系爭避險交易之損益應否併計於認購（售）權證發行損益中，立法院前於 96 年 7 月 11 日增訂所得稅法第 24 條之 2，其第 1 項前段規定：「經目的事業主管機關核准發行認購（售）權證者，發行人發行認購（售）權證，於該權證發行日至到期日期間，基於風險管理而買賣經目的事業主管機關核可之有價證券及衍生性金融商品之交易所得或損失，應併計發行認購（售）權證之損益課稅，不適用第四條之一及第四條之二規定。」，其立法理由雖未明示該條文制定背景及考量（附件 14），惟自立法院歷次修法會議中主管機關財政部及立法委員發言記錄觀之，亦可證所得稅法第 24 條之 2 之增訂，正係為填補所得稅法第 4 條之 1 未針對避險交易另為排除適用規定之隱藏性法律漏洞（請參見附件 15）。

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

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

- (1)依前所述，所得稅法第 4 條之 1 因避險交易所產生之

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

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

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

		<p>商…事實上，<u>溯及既往的甲案後來表決時也通過了</u>，結果因為吳委員敦義的關係，所以後來只好重付表決，最後變成只有89個人支持甲案，也因此後來兩個案子都沒有通過。其實支持從92年1月1日開始就更正錯誤，<u>讓台灣的資本市場步上正軌的人數共有182人</u>，但因為立法院的表決順序錯誤，所以造成了冤屈，隨著時間的累積，金額也越來越大。當時李委員桐豪因為是提案人，所以他揹了黑鍋，甚至報上還說他可能得了什麼好處，於是本席和殷委員乃平只好勸他撤案，以免出師未捷身先死…當初推動這個案子，誰又拿過券商一毛錢？結果只因為券商比較有錢，社會形象比較不好，所以只要一提到這個問題，<u>支持他們的人馬上就會被說成是「圖利」</u>，但本席認為對的就是對的，錯的就是錯的，我們不能因人而異。</p>	
林重謨	說明本案於92年時表決經過	<p>當初表決時，本席也在場，老實說，立法院表決時的程序很重要，當時民進黨的立法是贊成不</p>	<p>附件 15 項次3第 319頁</p>

		<p>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，<u>然後要通過贊成溯及既往的第二案，也就是說，從87年之後的稅就全部要退還給券商</u>。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」，大家立即反對該案。由此可知，有時立法院進行表決是不太用大腦的，<u>本席當初好像也是反對，只因為本席害怕被冠上「圖利財團」的標籤</u>，現在這個社會是不是講真理、講實話的社會，而是只講表象，所以這是一個裝斯文、裝形象的社會，一旦被冠上「圖利財團」的標籤就不得了了。</p>	
蔡其昌	質詢財政部長林全	<p>我記得在財經研究所的時候，衍生性金融商品的老師跟我們討論過這個問題，在討論過程中，這個案例讓我們覺得政府在整個法令制訂上有嚴重的疏失，而且很不合理。權證所得應將避險成本拿掉之後計算，比較合理。可是我今天來到立法院，才知道</p>	<p>附件 15 項次3第 324頁</p>

		教我們衍生性金融商品的老師，只懂得財經學，不了解政治學，因為如果你支持的話，可能就會圖利財團，這部分屬於政治學，至於權證要不要退稅則是財經的問題。	
廖本煙	質詢財政部長林全	當然不可以溯及既往，那是絕對不公平的；尤其這裡面涉及10億元的利益。各位媒體記者請注意，到底有多少人拿到好處，一定要弄清楚。（按：廖委員此處所指之10億元利益，並非權證課稅所涉及稅額，而係當時報載券商提供10億元獻金給部分立法委員，力求通過溯及既往條款，故廖委員據此質疑贊成溯及既往條款的立法委員動機並不單純，涉嫌不法利益之輸送。）	附件 15 項次3第 336頁

(3)我國當時恰逢二次金改，在一片風聲鶴唳之政治氛圍下，最後本條規定在交付黨團協商時，方通過不溯及適用於以前年度案件之版本，是立法者未賦予本條文得溯及適用之效力，論諸其實，僅係為避免瓜田李下之自保措施，此顯非立法於法律增訂時所應考量之事項，亦無堅強之法理基礎可供支持，非可證明立法者認為所得稅法第4條之1在修法前之漏洞無須填補，

是所謂立法者已明確表態本條不得溯及既往云云，恐非實然，事實上，正確的解讀應是：立法者當時因政治考量不能通過溯及既往條款，而將此修法前之法律漏洞填補工作，留待司法解釋進一步圓滿解決。

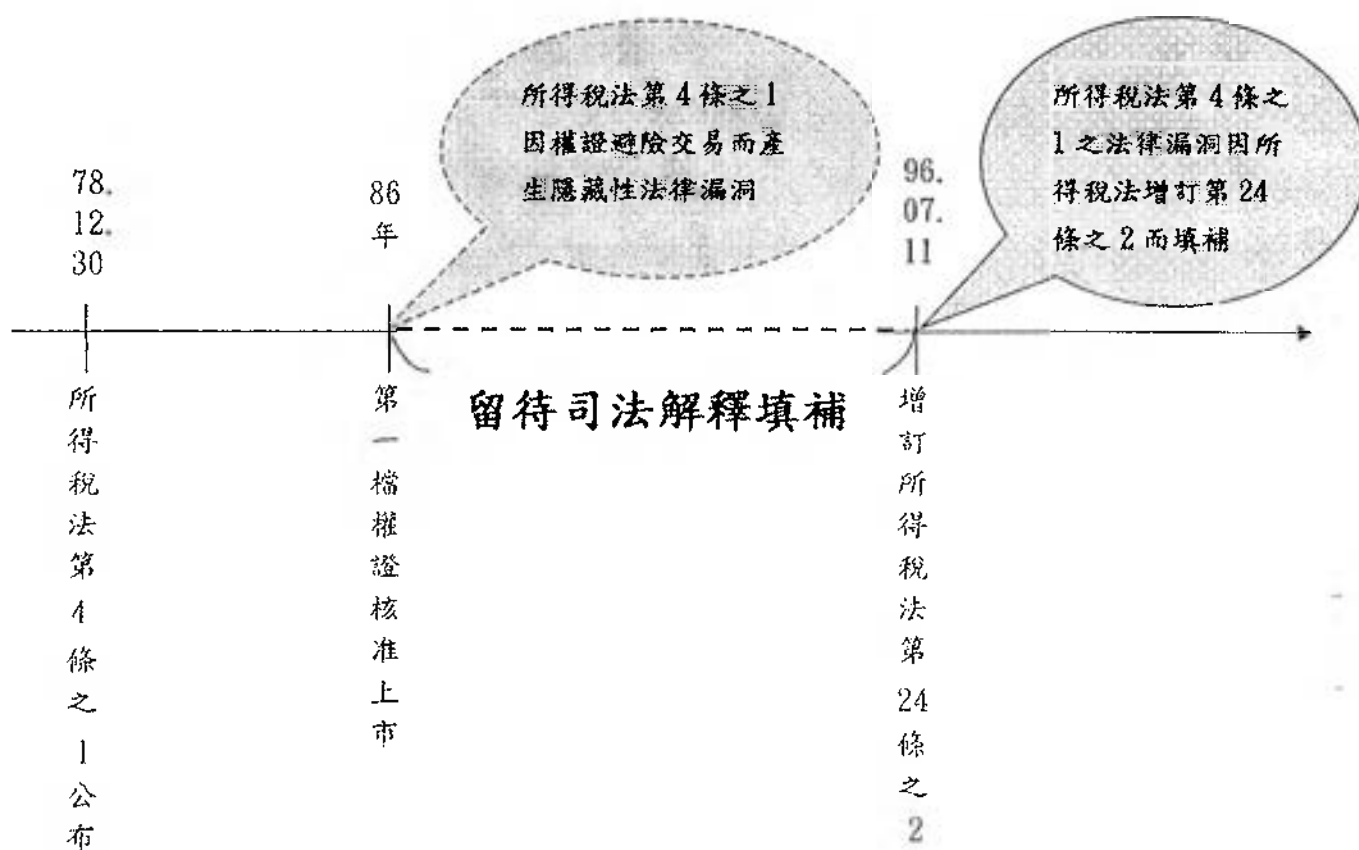
3、所得稅法第 24 條之 2 乃是量能課稅原則之體現，避險交易之經濟實質於修法前後既無變動，則修法前後自不應作不同認定，方符一致

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

利受有不當侵害之事實，不足為採。

(2)承上，避險交易之經濟實質在修法前後均未有變更，而所得稅法第 24 條之 2 既已承認權證發行與避險交易間之緊密關連整體性，則在修法前之避險交易，亦應作相同認定，方為一致，否則對於同一事物，僅因修法與否而有不同之定性，並異其租稅待遇，實不符量能課稅原則及平等原則。

4、謹就聲請人上開所述圖示如下，俾供 鈞院參酌：



七、綜上所陳，原確定判決所適用之所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年函及 12 月函，違反憲法上「實質課稅之公平原則」、「不得任意割裂適用原則」、「平等原則」及「比例原則」；而所得稅法第 24 條之 2 雖非聲請人本案聲請解釋之對象，然從所得

稅法第 24 條之 2 之增訂，亦可見所得稅法第 4 條之 1 確有應填補之隱藏性法律漏洞存在，並因此造成人民基本權利受到侵害，自應予宣告違憲無疑，是懇請 鈞院惠予宣告所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二則函釋牴觸憲法而無效。

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

肆、關係文件之名稱及件數

附件：委任書正本乙份。

附件 1：最高行政法院 100 年度判字第 2053 號判決影本乙份。

附件 2：財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函影本乙份。

附件 3：財政部 86 年 12 月 11 日台財稅字第 861922464 號函影本乙份。

附件 4：發行人申請發行認購（售）權證處理要點影本乙份。

附件 5：台灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則影本乙份。

附件 6：台灣證交所 86 年 9 月 18 日台證上字第 29888 號函影本乙份。

附件 7：台灣證交所 86 年 6 月 12 日台財證（二）字第 3294 號函影本乙份。

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

附件 9：關於所得稅法第 4 條之 1 與避險交易之本質之差異參照表乙份。

附件 10：黃士洲，權證官司二審敗訴簡評－最高行政法院 95 年判字 2206 號判決評析，稅務旬刊第 1994 期，96 年 2 月 20 日影本乙份。

附件 11：黃源浩，從「絞殺禁止」到「半數原則」－比例原則在稅法領域之適用，財稅研究第 36 卷第 1 期，93 年 1 月影本乙份。

附件 12：黃士洲，從憲法角度談權證課稅修法應否溯及既往，稅務旬刊第 1954 期，95 年 1 月 10 日。

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

附件 14：所得稅法第 24 條之 2 立法理由影本乙份。

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

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

謹 狀

司 法 院 公 鑒

聲 請 人 元富證券股份有限公司

代 表 人 陳俊宏

代 理 人 許祺昌會計師

李益甄律師

蘇偉哲律師

中 華 民 國 1 0 0 年 1 2 月 6 日

委任狀

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

委任人因 90 年度營利事業所得稅事件，經依法定程序提起訴訟，對於最高行政法院 100 年度判字第 2053 號判決所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義，聲請解釋憲法，茲委任受任人為代理人，受任人並有為一切相關行為之權。

謹狀

司法院 公鑒

委 任 人 元富證券股份有限公司

代 表 人 陳俊宏

受 任 人 許祺昌會計師

李益甄律師

蘇偉哲律師

中 華 民 國 1 0 0 年 1 2 月 / 日

最 高 行 政 法 院 判 決

100年度判字第2053號

上 訴 人 元富證券股份有限公司

代 表 人 陳俊宏

訴訟代理人 許祺昌

李益甄律師

被 上 訴 人 財政部臺北市國稅局

設臺北市中華路1段2號

代 表 人 陳金鑑

住同上

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12月30日臺北高等行政法院99年度訴字第1711號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、上訴人民國（下同）90年度營利事業所得稅結算申報，列報「第99欄」停徵之證券、期貨交易所得新臺幣（下同）165,594,287元及「第58欄」其他免稅所得658,026,780元，經被上訴人初查分別核定為負91,829,688元及0元，應補稅額86,315,762元。上訴人不服，申請復查，經被上訴人以98年12月21日財北國稅法一字第0980227472號復查決定，追認營業成本3,103,364元、「第99欄」停徵之證券、期貨交易所得59,022,793元及追減利息收入246,293,818元、利息支出212,159,827元、本年度尚未抵減之扣繳稅額3,103,364元，其餘復查駁回。上訴人對認購權證履約成本及避險損失、證券

交易所得分攤交際費及職工福利等項仍不服，提起訴願，遭決定駁回後，提起行政訴訟，經原審法院99年度訴字第1711號判決（下稱原判決）駁回。上訴人仍不服，提起本件上訴，求為判決廢棄原判決，並撤銷訴願決定及原處分不利上訴人部分（係指關於認購權證履約成本及避險損失、證券交易所得分攤交際費及職工福利部分）。

二、上訴人起訴主張略以：

- （一）、上訴人基於造市義務而於市場上應買或應賣而被動收回或釋出該檔認購權證、於認購權證有履約價值時進行履約及依主管機關要求進行之避險行為，皆屬認購權證發行整體行為中不可或缺之一環，係上訴人因發行認購權證而應負之義務，於經濟意義上並具有緊密結合不可分割之關係，故應將整體權證發行行為一併看待，而非將各該行為視為單獨交易，逕行認定部分交易應適用所得稅法第4條之1之規定。發行權證之權利金收入與認購權證收回及釋出之損益、履約損益及避險損益係屬因果關係直接配屬，意即須先有發行權證產生之權利金收入，才會衍生出續後相關損益；既權利金收入屬行為時（下同）所得稅法第24條規定之應稅所得，而非所得稅法第4條之1之證券交易所所得，無所得停徵之因，故上開發行認購權證之相關損益，自無不得自應稅權利金收入減除之果，應准列為權利金收入之減項，方符所得課稅之收入成本配合原則。又法律之適用應依先體系後政策原則，上訴人發行認購權證產生之所有相關損益，應優先考慮收入成本配合原則之體系歸屬，與發行權證之權利金收入一併計算損益，而非逕予適用所得稅法第4條之1之政策。權證發行之收回及釋出、履約及避險行為皆係發行權證整體交易之一環，倘逕以外觀形式要求

將其損益分列於權利金收入計算之外，有違實質課稅原則。否准認列認購權證發行之續後相關成本及避險行為產生之成本費用，相當於要求上訴人就收入毛額課稅，顯違反量能課稅原則。

- (二)、縱依被上訴人所言，避險股票操作符合證券交易之形式外觀，損益應屬證券交易性質，進而主張證券交易損失不得減除；然券商發行後，所發行權證以市價收回而持有至到期日之失效損失90,290,460元及投資人履約而支付之現金交割履約價款7,169,658元，合計97,460,118元，兩項實質損失其形式上與實質上均無證券出售之外觀，實與證券交易損益無涉，是為權證發行後之義務履行，自應列為上訴人之應稅權利金收入減項，方屬正確。所得稅法第4條之1係規定有價證券因「交易」行為所生之所得應予免稅，損失不得扣除，此例外免稅規定之規範效力僅及於證券「交易」階段所生之損益，而不及於證券在「持有」階段中所生之損益，是證券持有階段所生之損益，除另有規定外，仍應回歸所得稅法第24條之原則規定，係屬應稅損益而非免稅損益。被上訴人將權證、股票等有價證券「交易」與「持有」前後兩階段之法律關係混為一談，致生有價證券投資除法有明文外，均屬證券「交易」損益之嚴重誤解。從而本件逾期失效損失既非屬證券「交易」行為所生之損失，而係「持有」階段所生之損益，自不得以其為證券交易相關損益為由，而否准上訴人列報扣除。上訴人因投資人履約而支付之現金交割履約價款，係基於其發行認購權證所負有之義務，其形式外觀亦與證券交易無涉，縱依被上訴人對於所得稅法第4條之1之見解，其亦非證券交易損失之範圍，自應准上訴人列報損失予以扣除。所得稅

法第48條準用行為時（下同）同法第44條之結果，並未將短期投資有價證券之跌價損失論為免稅之證券交易損失，被上訴人援引上揭法條謂短期投資之有價證券於持有過程中之損益亦屬證券交易損益，並非可採。上訴人自市場上買回並持有至到期日之認購權證，依行為時證券商財務報告編製準則第15條第3項第1款第4目規定，其性質屬「發行認購權證負債」科目之減項，上訴人既未將其列入流動資產項下「公平價值變動列入損益之金融資產—流動」科目，則其種類即非短期投資有價證券，依財政部95年1月10日台財稅字第09504500480號令規定，無從認定其損失同屬證券交易損失而屬免稅損益。

- (三)、交際費及職工福利之限額計算基礎，應以各經營部門業務所發生之費用個別認定，實不應區分為應稅部門及免稅部門；若被上訴人仍以應稅部分及免稅部分區分該計算基礎，則依所得稅法第37條、行為時（下同）營利事業所得稅查核準則（下稱查核準則）第81條及財政部83年11月23日台財稅第831620897號函（下稱財政部83年11月23日函）釋規定，應稅之非營業收入亦應可計入收入總額計算之。
- (四)、綜上，被上訴人對於發行認購權證之相關損益及避險損益是否得予認列為上訴人發行權證之應稅收入項下，及交際費與職工福利費用應否按應稅及免稅部門分攤之認定，實有認事用法之違誤，復查決定及訴願決定竟予維持，亦有未合等語，爰求為判決撤銷訴願決定及原處分（含復查決定）不利於上訴人部分（係指關於認購權證之履約成本及避險損失、證券交易所得分攤交際費及職工福利部分）。

三、被上訴人答辯略以：

- (一)、關於認購權證履約成本及避險損失部分：

- (1)、系爭認購權證業經財政部以86年5月23日(86)台財證(五)第03037號公告，依證券交易法第6條規定，核定為其他有價證券，又財政部86年7月31日台財稅第861909311號函（下稱財政部86年7月31日函）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，停徵證券交易所得稅，則依損益配合原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除。司法院釋字第493號解釋已明揭所得稅法第4條之1證券交易所得停徵所得稅，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。
- (2)、財政部86年12月1日（原判決植為11日）台財稅第861922464號函（下稱財政部86年12月1日函）已指明認購權證發行人於發行後，因投資人行使權利，而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應依所得稅法第4條之1規定辦理，則證券商自得於發行時，自行斟酌其可能發生之損失成本費用，且依其從事證券業之專業知識，亦可知悉所得稅法第4條之1規定，其為避險之證券交易所得免稅，其因避險之證券交易損失亦不得自所得額中減除，自應充分衡量其發行該認購權證之利潤後，再行決定該權利金之金額，以作為發行最符合其經濟效益之商品，不得僅因其依照於發行認購權證時約定應買進或賣出股票時之證券交易，即謂該種證券交易，係出於強制而與一般消費者為證券交易有所不同，因而於稅收上異其計算，否則即違反租稅法律主義及租稅公平原則。
- (3)、會計學上之收入成本配合原則，與稅法上成本費用之得否列報並非完全相同，於稅法之適用上，尚須考量租稅政策與目的，於辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，其依商

業會計法記載之會計事項，如與所得稅法等有關租稅法規規定未符者，均應於申報書內自行調整之，此觀諸所得稅法第36條、第37條、第43條之1、第49條、第51條之1等規定均設有限制即可知，二者範圍並非完全相同。

- (4)、依90年9月24日修正發布之臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）認購（售）權證上市審查準則第10條第5款第12目、第15目、第16目及證交所辦理認購（售）權證履約應注意事項第壹點第8款規定，發行人、證券商及投資人均瞭解「證券給付」與「現金結算」具相同的經濟交易實質，應負擔相同稅負，方無違實質課稅原則。
- (5)、上訴人由市場「買回」認購權證，並非上訴人因投資人請求履約而以發行人身分「收回」持有，而係與一般投資人相同自次級市場買回系爭認購權證而持有，縱不論其買回系爭認購權證目的係為創造權證交易市場活絡與風險沖銷，依財政部86年7月31日函釋，系爭認購權證既屬有價證券性質，發行後買賣該認購權證，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，停徵證券交易所所得稅。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。
- (6)、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，其操作本質實為買賣有價證券，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其與證券交易無關，且其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，投資人所持有之認購（

售) 權證逾期時，投資者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，發行人收回所發行權證持有至到期日之逾期失效損失，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。

(7)、證券商發行認購(售) 權證損益如何適用96年7月13日增訂公布之所得稅法第24條之2規定，被上訴人前與中華民國證券商業同業公會、證交所、證券商業者代表及會計師代表進行研討，會議決議發行權證相關之避險損益、權證再買賣損益、履約損益及權證持有至到期日之逾期失效損失及到期前註銷之損失均屬買賣有價證券損益，決議亦已函報財政部以99年8月19日台財稅字第09900243390號函核備在案。

(8)、依財政部86年7月31日函釋，認購(售) 權證為其他有價證券，發行後買賣認購(售) 權證所得，依現行所得稅法第4條之1規定，停徵證券交易所得稅。認購(售) 權證發行後交易損益於適用所得稅法第4條之1規定並無疑義，其相關損益援引短期投資之有價證券規定，係採其應、免稅實質核認精神，尚非僅依財務會計科目歸屬為論斷依據。

(二)、關於證券交易所得分攤交際費及職工福利部分：

(1)、依所得稅法第37條規定，營利事業應以經營業務為計算基礎，同一事業體如經營兩項以上之業務時，即必須分別計算所得列支之交際費，從而被上訴人以應稅勞務收入計算應稅交際費限額，並就申報超限金額轉列證券交易收入項下減除，除係採對上訴人有利之計算方式外，並不違反所得稅法規定。又所得稅法第37條第1項第4款規定之供給勞務或信用，以成立交易為目的之交際費，顯與有價證券之出售無關，該部分始得自應稅收入項下減除；其餘所得稅

法第37條第1項第1款及第2款規定之以進貨及銷貨為目的，於進貨及銷貨時直接支付之交際費，係與出售有價證券收入有關，該部分係可明確歸屬免稅收入。

- (2)、依原審法院91年度訴字第631號及本院91年度判字第527號判決意旨，「來自營業收入之職工福利」，有類似交際費之「限額」法規範之適用，按查核準則第81條規定職工福利之列支係以營業收入為基礎，綜合證券商與一般投資公司之經營方式不同，依查核準則第81條規定及財政部83年11月23日函釋，應分別核算其非屬出售有價證券之應稅業務部分職工福利可列支之限額，及出售有價證券免稅業務部分職工福利可列支限額後，再將超過應稅業務部門可列支之職工福利限額部分，移由免稅部門核認，以正確計算其免稅所得並符合收入與費用配合原則，與所得稅法第24條所規定法意旨並無違背，亦非增加法律所無之限制，且與憲法尚無牴觸。

- (3)、所得稅法第37條交際費之列支係以與業務直接有關者為限，即僅限於「業務上直接支付」，而非營業收入既與業務無直接關係，自非交際費限額之計算基礎等語，爰求為判決駁回上訴人在第一審之訴。

四、原判決略以：

- (一)、關於認購權證履約成本及避險損失部分：

- (1)、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，亦即上訴人認購自留。且上訴人為符合「申請上市買賣」之前提要件「認購權證全額銷售完成」，而形成持有系爭自留認購權證部分之狀態，此係上訴人基於私益思考所為之經營業務之選擇行為，尚非法令之強制規定。

- (2)、上訴人系爭自留認購權證既經完成發行銷售程序，等同上

訴人認購銷售與自留，對該自留部分而言，上訴人之法律地位核屬「持有有價證券」之持有身分，除法令另有規定外，實與一般持有人之權利義務無異，上訴人亦可在市場上拋售而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。

- (3)、證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。又司法院釋字第493號解釋已明揭所得稅法第4條之1證券交易所得停徵所得稅，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。基此，被上訴人將系爭認購權證權利金收入與避險交易所生之證券交易所得，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。
- (4)、上訴人既得於發行認購權證時，自行斟酌其可能發生之損失成本費用，且依其從事證券業之專業知識，亦可知悉所得稅法第4條之1規定，其為避險之證券交易所得免稅，其因避險之證券交易損失亦不得自所得額中減除，自應充分衡量其發行該認購權證之利潤後，再行決定該權利金之金額，以作為發行最符合其經濟效益之商品，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，否則有違反租稅法律主義及租稅公平原則。再者，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，於稅法之適用上，尚須考量租稅政策與目的，於辦理所得稅

結算申報或核課所得稅時，其依商業會計法記載之會計事項，如與所得稅法等有關租稅法規規定未符者，均應於申報書內自行調整之，此觀諸所得稅法第36條、第37條、第43條之1、第49條、第51條之1等規定均設有限制即可知，二者範圍並非完全相同。

- (5)、依90年9月24日修正發布之證交所認購(售)權證上市審查準則第10條第5款第12目、第15目、第16目及證交所辦理認購(售)權證履約應注意事項第壹點第8款規定，發行人、證券商及投資人應均瞭解「證券給付」與「現金結算」具相同的經濟交易實質，應負擔相同稅負，始與實質課稅原則無違。
- (6)、上訴人由市場「買回」認購權證，並非上訴人因投資人請求履約而以發行人身分「收回」持有，而係與一般投資人相同自次級市場買回系爭認購權證而持有，故縱不論其買回系爭認購權證目的係為創造權證交易市場活絡與風險沖銷，系爭認購權證既屬有價證券性質，發行後買賣該認購權證，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。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。
- (7)、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，其操作本質實為買賣有價證券，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其與證券交易無關，且其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，投資人所持有之認購（售）權證逾期時，投資者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，發行人收回所發行權證持有至到期日之逾期失效損失，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。

(8)、據被上訴人陳明略以，證券商發行認購（售）權證損益如何適用96年7月13日增訂所得稅法第24條之2規定，被上訴人前與中華民國證券商業同業公會、證交所、證券商業者代表及會計師代表進行研討，會議決議發行權證相關之避險損益、權證再買賣損益、履約損益及權證持有至到期日之逾期失效損失及到期前註銷之損失均屬買賣有價證券損益，決議亦已函報財政部以99年8月19日台財稅字第09900243390號函核備在案。

(9)、依財政部86年7月31日函釋，認購（售）權證為其他有價證券，發行後買賣認購（售）權證所得，依現行所得稅法第4條之1規定，停徵證券交易所得稅。認購（售）權證發行後交易損益於適用所得稅法第4條之1規定並無疑義，其相關損益援引短期投資之有價證券規定，係採其應、免稅實質核認精神，尚非僅依財務會計科目歸屬為論斷依據。

(10)、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，否則自有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性。

(二)、關於證券交易所得分攤交際費及職工福利部分：

(1)、所得稅法第37條第1項第4款所指供給勞務或信用，係以成立交易為目的之交際費，顯與有價證券之出售無關，該部分得自應稅收入項下減除；至於該條第1項第1款及第2款

規定以進貨及銷貨為目的，於進貨及銷貨時支付之交際費，係與出售有價證券收入有關，該部分亦可明確歸屬免稅收入。又所得稅法第37條交際費之列支係以與業務直接有關者為限，即僅限於「業務上直接支付」，而非營業收入既與業務無直接關係，自非交際費限額之計算基礎。

- (2)、上訴人係以買賣有價證券為專業之營利事業，而綜合證券商之經紀、承銷及自營等各部門之組織架構及業務均甚為明確，各該部門因經營部門業務所發生之相關費用，自應個別歸屬於各該部門收支損益項下核實認列，僅管理部門（無營業收入）之損失費用因無法明確歸屬，始可按其費用性質，分別依部門薪資、員工人數或辦公室使用面積等作為合理歸屬之分攤基礎。查交際費依所得稅法第37條規定，係以事業體所經營之業務為計算基礎，該條各款定有明文，同一事業體如經營兩項以上之業務時，即必須分別計算得列支之交際費，始符合該法條規定。復以「來自營業收入之職工福利」，有類似交際費之「限額」法規範之適用，而查核準則第81條規定職工福利之列支係以營業收入為基礎，則綜合證券商之經紀、承銷、自營等各部門經營業務所發生之交際費及職工福利，自應依營業收入歸屬於各業務部門項下之營業費用（屬可明確歸屬之費用，應個別歸屬認列），並依所得稅法第37條、查核準則第81條及財政部83年11月23日函釋，分別核算其非屬出售有價證券之應稅業務部分交際費及職工福利可列支之限額，及出售有價證券免稅業務部分交際費及職工福利可列支限額後，再將超過應稅業務部門可列支之交際費及職工福利限額部分，移由免稅部門核認。茲因上訴人未依上揭規定列報計算，被上訴人乃採對上訴人最有利之計算方式，分別核

算上訴人應稅業務之交際費及職工福利限額，以上訴人列報數超過應稅業務可列支之交際費及職工福利限額部分，減除上訴人免稅所得申報分攤數後，計算差額移至免稅業務項下核認，以正確計算其免稅所得並符合收入與費用配合原則，核與所得稅法第24條規定之立法意旨並無違背，於法並無不合。

- (三)、綜上，原處分關於認購權證履約成本（原判決植為權利金收入）及避險損失、證交易所得分攤交際費及職工福利等不利上訴人部分，認事用法，並無違誤，訴願決定予以維持，亦無不合，乃判決駁回上訴人在第一審之訴。

五、本院查：

- (一)、關於認購權證履約成本及避險損失部分：

- (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。」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。」分別為行為時為所得稅法第4條之1及第24條第1項所明文。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。(一)本部86年5月23日(86)台財證(五)第03037號公告，已依證券交易法第6條規定，核定認購（售）權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購（售）權證，應依證券交易稅條例第2條第2款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交價格課徵千分之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。」及「認購(售)權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第22條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購(售)權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益，並依所得稅法第4條之1規定辦理。」分別為財政部86年7月31日函及86年12月1日函所明釋。依財政部86年12月1日函釋意旨，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；再依財政部86年7月31日函釋意旨，發行後買賣系爭認購權證，及因履約、避險而買賣標的股票所生之證券交易收益，依所得稅法第4條之1規定，停止課徵證券交易所得稅，則依損益配合原則，其所生之證券交易成本、損失亦不得從所得額中減除。且所得稅法第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，業經司法院釋字第493號解釋在案，是上揭函釋並未逾越所得稅法及證券交易稅條例等相關規定之範圍及目的，且未違反法律保留原則，自可適用之。故被上訴人將系爭認購權證權利金收入與履約、避險交易所生之證券交易所得，個別認定成本费用及其損益，自屬於法有據。再按主管機關前財政部證券暨期貨管理委員會於89年11月3日訂定發布之發行人申請發行認購（售）權證處理準則第7條第8款及第11條規定：「發行人申請發行認購（售）權證之資格認可者，如有下列情形之一，本會得不予認可：……八、發行人無適當之風險管理措施者。」及「發行人經本會核准其上市契約後，於認購（售）權證上市買賣前，經發現或經證券交易所函報其有本準則第7條各款所訂情事之一者，得撤銷或廢止其核准。」（90年9月19日修正發布之同處理準則第7條第7款及第11條之規定同此精神）暨89年6月29日證交所修正發布之證交所認購（售）權證上市審查準則第6條第5款第8目及第8條第1項第11款規定：「申請本公司同意上市之認購（售）權證，應符合下列各款規定：……五、發行內容須包括下列條款：……（八）預定之風險沖銷策略。」及「發行人有下列各款情事之一者，本公司得不予同意其資格之認可或報請主管機關撤銷其資格之認可：……十一、發行人無適當之風險管理措施者。」（89年11月10日修正發布之同審查準則第6條第5款第8目及第8條第1項第8款、90年9月24日修正發布之同審查準則第8條第1項第7款、第10條第5款第8目之規定同此精神）準此，證券商發行權證應進行避險交易，且該避險交易之特性，在於股價上漲時買進標的股票以履行權證持有人履約要求、股價下跌時

賣出標的股票以防權證持有人棄權時發生巨額跌價損失，然依此特性可知，證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，此觀諸行為時所得稅法施行細則第31條就所得稅法第24條所稱之營利事業所得額計算公式之舉例規定自明，故所得稅法第4條之1明定證券交易所得停徵所得稅，所對應之成本費用不准自應稅項下認列，導致損失亦不得自所得額中減除。倘採上訴人主張，將履約成本、避險損失認定為發行認購權證之成本費用，予以減除，則侵蝕應稅之發行認購權證之權利金收入等情，業經原判決剖析甚詳，經核於法並無不合。

- (2)、證券商於發行認購權證時，因相關法令規定，應強制為避險交易，而該等避險交易基於保護投資者及維持金融秩序，復規定證券商應於股價上漲時買進標的股票、股價下跌時賣出標的股票，則證券商可能因避險交易行為而造成損失，此為證券商於發行該認購權證所知悉；而財政部86年12月1日函釋亦已指明認購權證發行人於發行後，因投資人行使權利，而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應依所得稅法第4條之1規定辦理，則證券商自得於發行時，自行斟酌其可能發生之損失成本費用，且依其從事證券業之專業知識，亦知悉所得稅法第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

認購權證時之約定應買進或賣出股票時之證券交易，遽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，並要求於稅法上異其計算，以免違反租稅法律主義及租稅公平原則。另所得稅法第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，否則有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性。況證券商所為之避險交易，表面觀之似有虧損，惟迄履約期間屆至亦非必然為虧損，且係為防止證券商發行該認購權證之經營風險，非全然對證券商為不利。又證券交易所得既為免稅，其交易損失亦不得自所得額中減除，為所得稅法第4條之1所明定，上訴人所為之避險交易損失既係因證券交易所致，而依法不能作為應稅收入之減項，且縱使發行權證之權利金收入扣除避險措施所受之損失後，實際淨所得低於課稅所得，亦屬所得稅法第4條之1對於此種情形應否作例外規定之問題，於修法以前仍應受該法條之拘束。另就營利事業所獲得之各項收入而言，因性質之不同，可能存在無成本費用或其比例甚小情形，例如受捐贈收入、補償費收入、利息收入及認購權證之權利金收入等，其收入性質本無成本費用，或費用金額相對微小，形成收入與課稅所得金額相近或對毛收入課稅之結果，此係依所得稅法第24條計算所得之結果，難謂違反實質課稅之公平原則。且各種收入可否扣除成本費用，及何種支出始得作為成本費用，自收入項下減除，於稅法上各有規定，縱系爭避險損失於財務會計上可認列為系爭認購權證權利金收入之成本，亦因所得稅法第4條之1有明文規定，而不得自課稅所得額中減除，原處分係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律。

系爭認購權證既經主管機關公告認定為其他有價證券，而96年7月11日增訂公布之所得稅法第24條之2有關「認購（售）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，不適用同法第4條之1」之規定，並無溯及既往適用之規定，則被上訴人依行為時法，認上訴人因避險措施所生之證券交易損失，有所得稅法第4條之1之適用，而不得於應稅之權利金收入內認列為成本費用，於法自屬有據。次按會計學上「收入成本配合原則」，與稅法上成本費用之得否列報並非完全相同，所謂「收入成本配合原則」於會計學上係指「某項收益已經在某一會計期間認列時，所有與該收益之產生有關的成本均應在同一會計期間轉為費用，以便與收益配合而正確的計算損益」（商業會計法第60條參照）。而上開會計學上之「收入成本配合原則」於稅法之適用上，尚須考量租稅政策與目的，於辦理所得稅結算申報或核課所得稅時，其依商業會計法記載之會計事項，如與所得稅法等有關租稅法規規定未符者，均應於申報書內自行調整之。觀諸所得稅法第36條（捐贈）、第37條（交際費）、第43條之1（不合營業常規之調整）、第49條（壞帳）、第51條之1（折舊）等規定，二者範圍自非完全相同。又按收入成本費用配合原則並非不允許例外之規定，立法者基於整體租稅正義、課稅公平的考量，對於何項收入為應稅收入，何項支出或損失得列報為成本、費用，或於何限度內得列報為成本、費用，應有形成的自由。若法律定有明文不得列報，即屬收入費用配合之例外，依法決定得否列報成本費用，不生違反收支配合原則問題，否則

豈非法律完全不得訂定「損失不得列報」之規定，此於立法論及解釋論而言，均不具說服力。再者，成本費用准否列報，並非以具備原因事實為已足，原因事實僅是列報成本費用之前提門檻，尚須依據法律對於具備原因事實關係之成本費用再為准駁。如法律已有明文排除之規範者，法律之規定更應優先於原因事實關係而被遵守，以貫徹租稅法定原則。所得稅法第4條之1已明文規定證券交易所得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得中扣除，如獨對權證發行者給予特別待遇，亦違反平等原則等情，亦經原判決詳述其得心證之理由，經核於法並無不合。

- (3)、上訴人並未於訴願程序中爭議「認購權證逾期失效利益」係屬認購權證履約及避險損益一部分乙節，因我國稅務訴訟採爭點主義，上開爭點既未經訴願程序，如再於訴訟程序中加以主張，即難認為合法。
- (4)、是上訴意旨主張，原判決對系爭避險損失係採證券交易之形式外觀觀察，惟對現金履約結算則採經濟實質觀察，令人難以甘服，且其適用所得稅法第4條之1顯有不當，並有消極不適用稅捐稽徵法第12條之1第1項規定、司法院釋字第420號解釋及本院改制前81年判字第2124號判例之違法；又其割裂適用法律之情，亦牴觸司法院釋字第385號解釋；而財政部86年7月31日函釋及86年12月1日函釋均未就認購（售）權證發行人從事避險交易之課稅方式為任何闡釋，亦未將發行認購（售）權證及避險交易視為兩獨立交易，是原判決據為其判決基礎，並認同被上訴人將認購權證權利金收入及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，適用法規顯有錯誤；且避險損失所對應之收入係應稅之權利金收入，依收入成本費用配合原則

，自得於應稅所得中減除，惟原判決未具體指明系爭避險損失究係對應存在於何筆證券交易所得，竟將系爭避險損失與不存在之證券交易所得配合，除有判決不備理由之違法外，適用配合原則亦有錯誤；另原判決將「交易」階段與「持有」階段之法律關係混為一談，且誤認查核準則第99條規定係證券交易損益不得扣除之「例外規定」，況依所得稅法第48條準用第44條規定之結果，皆無法得出跌價損失為「免稅損益」之結論，則原判決逕認逾期失效損失為證券「交易」損益，顯不當擴張所得稅法第4條之1之適用範圍，其適用法規顯有違誤；又被上訴人與中華民國證券商業同業公會、證交所、證券商業者代表及會計師代表研討會議之決議，一旦脫離96年7月13日增訂公布之所得稅法第24條之2規定之框架，即無所附麗，而無援用之餘地，且原審就此未盡闡明義務，使上訴人得為必要之聲明及陳述，行適當完全之辯論，竟援引為其判決依據，顯有判決不適用行政訴訟法第125條之違法云云，或係重述其在原審業經主張而為原判決摒棄不採之陳詞，或係就原審所為論斷或駁斥其主張之理由，泛言原判決不適用法規、解釋、判例或適用不當或判決不備理由等，均難採信。另原判決縱有贅論上訴人所未爭執之系爭認購權證自留部分應否計入發行權利金收入部分，亦與判決結果不生影響，尚難遽謂原判決違背法令。

(二)、關於證券交易所得分攤交際費及職工福利部分：

- (1)、又按「業務上直接支付之交際應酬費用，其經取得確實單據者，得分別依左列之限度，列為費用或損失：一、以進貨為目的，於進貨時所直接支付之交際應酬費用：……全年進貨貨價超過6億元者，……經核准使用藍色申報書者

，以不超過千分之0.5為限。二、以銷貨為目的，於銷貨時直接所支付之交際應酬費用：……全年銷貨貨價超過6億元者，……經核准使用藍色申報書者，以不超過千分之1.5為限。……四、以供給勞務或信用為業者，以成立交易為目的，於成立交易時直接所支付之交際應酬費用：……全年營業收益額超過4,500萬元者，……經核准使用藍色申報書者，以不超過千分之6為限。」為所得稅法第37條第1項所明文。次按「職工福利：一、職工福利金之提撥，以已依職工福利金條例之規定，成立職工福利委員會者為限。二、合於前款規定者，其福利金不得超過左列標準：……(二)每月營業收入總額內提撥百分之0.05至0.15。」為行為時查核準則第81條第1款、第2款第2目所明定。再按「證券商財務報告之編製，應依本準則及有關法令辦理之；其未規定者，依財團法人中華民國會計研究發展基金會財務會計準則委員會發布之一般公認會計原則辦理之。」、「證券商依證券交易法第45條規定兼營同法第15條規定業務二種以上者，其會計事務應依其業務種類分別辦理。……」及「損益表之科目結構及其帳項內涵與應加註明事項如下：一、收入：……(十五)營業外收入及利益：凡營業外收入及不屬於以上各類之收入屬之。……二、費用：……(十七)營業外支出及損失：凡非因營業關係所發生之財務支出，處分固定資產損失、處分短期投資損失、及短期投資跌價損失等屬之。」分別為行為時編製準則第2條第1項、第3條前段及第17條第1款第15目、第2款第17目所規定。另按「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。」、「以買賣有價證券為專業之營利事業，因業務需要支付之交際費，其全年支付總額，以不超過左列標準為限：(一)買賣有價證券，依所得稅法第37條第1項第1款及第2款規定辦理。(二)因有價證券所取得之股息、紅利及利息（包括短期票券之利息收入）等投資收益，准併入營業收入總額，依所得稅法第37條第1項第4款規定辦理，但投資收益80%（現行法係全額免計）免計入所得額部分，因實質免稅，則不應併計。」及「……綜合證券商及……票券金融公司部分之分攤原則補充核釋如下：(一)綜合證券商：1、營業費用部分：其可明確歸屬者，得依個別歸屬認列；無法明確歸屬者，得依費用性質，分別選擇依部門薪資、員工人數或辦公室使用面積等作為合理歸屬之分攤基礎，計算有價證券出售部分應分攤之費用，不得在課稅所得項下減除。惟其分攤方式經選定後，前後期應一致，不得變更。」分別經財政部83年2月8日台財稅第831582472號函（下稱財政部83年2月8日函）、83年11月23日函及85年8月9日台財稅第851914404號函（下稱財政部85年8月9日函）釋示在案。又按「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；……則其相關成本費用，按諸收入與成本費用配合之上揭法律規定意旨及公平原則，自亦不得歸由其他應稅之收入項下減除。至應稅收入及免稅收入應分攤之相關成本費用，除可直接合理明確歸屬者得個別歸屬，

應自有價證券出售收入項下減除外，因投資收益及證券交易收入源自同一投入成本，難以投入成本比例作為分攤基準。財政部83年2月8日台財稅第831582472號函說明3，採以收入比例作為分攤基準之計算方式，符合上開法條規定意旨，與憲法尚無牴觸。……」業經司法院釋字第493號解釋在案。其餘函釋均係中央財稅主管機關財政部基於職權，依上開規定之立法意旨所作成之解釋，因屬簡化採認程序，統一認列標準，避免浮濫列報及不當分攤，以維繁實質課稅及稅制公平所必要，且未逾越法律規定之範圍及目的，亦未增加人民之負擔，自應於所解釋法律生效之日起，適用於與此有關之未確定案件。

- (2)、上訴人之所得實際上分為應稅所得與免稅所得，其交際費及職工福利金部分，應以其經營目的分別計算限額，因上訴人為綜合證券商，係以有價證券買賣為專業之營利事業，其因業務所支付之交際費及提撥之職工福利金，應按其經營之免稅業務及應稅業務兩部分，分別計算可列支交際費及職工福利金限額，再據以分攤其交際費及職工福利金，方能正確計算其證券交易免稅所得，並避免免稅部門之相關成本費用歸由應稅部門吸收，致營利事業雙重獲益，造成侵蝕稅源及課稅不公平與不合理之現象；是被上訴人為正確計算免稅所得，依所得稅法第37條、查核準則第81條規定及財政部83年2月8日函釋、83年11月23日函釋、85年8月9日函釋，分別核算上訴人非屬出售有價證券應稅業務部分之交際費及職工福利金可列支之限額，及出售有價證券免稅業務部分之交際費及職工福利金可列支之限額，再將超過應稅業務部門可列支之交際費及職工福利金限額部分，移由免稅部門核認。此係採對業者包括上訴人最有

利之計算方式，即將非屬出售有價證券應稅業務部分，讓業者享受全部之交際費及職工福利金限額，再將超過應稅業務可列支之交際費及職工福利金限額部分，歸屬為出售有價證券免稅業務部分之費用，轉至有價證券出售收入項下認列，並無違誤。且營利事業其應稅部分之所得收入應與該部分之費用配合，其免稅部分之所得收入亦應與該部分之費用配合，不容混淆而不相配合，以符合收入與費用配合原則及量能課稅原則。又業務上直接支付之交際應酬費用者，原則上係指營利事業與其業務有關而直接支付之交際應酬費用；職工福利金之列支係依據各營業部門收入所計算發生。綜合證券商之經紀、承銷、自營等各部門經營業務所支付之交際費及職工福利金，自應依交際對象或經紀、承銷、自營等各部門經營業務之營業收入歸屬於各業務部門項下之營業費用（屬可明確歸屬之費用，應個別歸屬認列），並分別依所得稅法第37條及查核準則第81條規定限額列報。而不計入應稅收入總額者，其業務上直接支付之交際應酬費用及提撥之職工福利金自不得自應稅收入總額減除之，以符合收入與費用配合原則，原審認本件與所得稅法第24條及第37條所規定之立法意旨並無違背，亦非增加法律所無之限制，且與憲法尚無牴觸，自無不符。是上訴意旨主張，交際費及職工福利限額之基礎縱需有應稅收入、免稅收入之區分，然現行法令均未就應稅收入再區分營業收入或非營業收入，而排除非營業收入之計入，原判決遽謂計入限額之基礎以營業收入為限乙節，於法無據，違反憲法第19條租稅法律主義云云，不足採信。

（一）綜上所述，原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以原處分及訴願決定均無違誤，予以維持，而駁回上訴人在第

一審之訴，核無違誤。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 11 月 24 日

最高行政法院第二庭

審判長法官 劉 鑫 楨

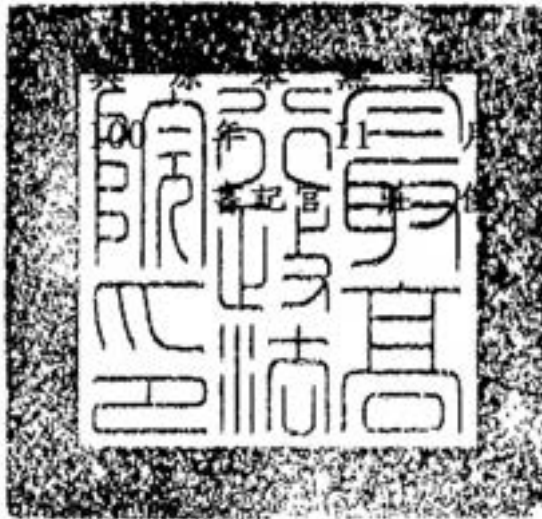
法官 姜 素 娥

法官 吳 慧 娟

法官 許 瑞 助

法官 李 玉 卿

以 上 正 本 證
中 華 民 國



24 日