轉載

司法院　令

發文日期：中 華 民 國 100年 12月 9日
發文字號：院台大二字第1000031159號

公布本院大法官議決釋字第六九三號解釋
　附釋字第六九三號解釋
院長　賴　浩　敏

司法院釋字第六九三號解釋

解　釋　文

財政部中華民國八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函前段謂：「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」，意指該發行價款係權利金收入，而非屬證券交易收入，無所得稅法第四條之一之適用，與憲法第十九條之租稅法律主義尚無違背。

同函中段謂：「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，並依所得稅法第四條之一規定辦理。」及財政部八十六年七月三十一日台財稅第八六一九０九三一一號函稱：「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……並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」與憲法第十九條之租稅法律主義並無牴觸，亦不生違反憲法第七條平等原則之問題。

解釋理由書

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、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律定之。惟主管機關於職權範圍內適用之法律條文，本於法定職權就相關規定予以闡釋，如係秉持憲法原則及相關之立法意旨，遵守一般法律解釋方法為之，即與租稅法律主義無違（本院釋字第六二二號、第六六０號、第六八五號解釋參照）。

主管機關核准發行之認購（售）權證，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（發行人申請發行認購（售）權證處理準則第二點第二項）。是認購（售）權證係表彰證券買賣選擇權之有價證券，其發行人將該權證交付後尚負有履行該權證所載選擇權債務之義務，此與發行後之權證持有人賣出該權證，僅負將該權證交付買受人之義務不同。

發行認購（售）權證之收入是否課徵所得稅，關鍵在於該發行交易是否為所得稅法第四條之一：「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」所稱之「證券交易」。查所得稅法第四條之一停徵證券交易所得稅之立法理由，係為簡化證券交易所得之稽徵手續並予合理課徵，以修正證券交易稅條例提高證券交易稅稅率方式，將原應併入所得總額課徵所得稅之證券交易所得稅停止課

徵。而依證券交易稅條例第一條第一項規定，僅就買賣已發行之有價證券課徵證券交易稅，足見所得稅法第四條之一所稱之證券交易，亦應限於買賣已發行之有價證券，始符合該條以證券交易稅取代證券交易所得稅之意旨。發行認購（售）權證之交易與買賣認購（售）權證不同，自無庸課徵證券交易稅（證券交易稅條例實施注意事項第二點參照），若因發行交易而有收入，則應依所得稅法其他規定計算其所得並課徵所得稅。財政部八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函（下稱系爭函一）前段謂：「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」，意指該發行價款係權利金收入，而非屬證券交易收入，無所得稅法第四條之一之適用，符合一般法律解釋方法，並未增加法律所未規定之租稅義務，與憲法第十九條之租稅法律主義尚無違背。

至認購（售）權證發行後，發行人為履行或為準備履行（避險）約定之權證債務所為之相關證券交易（以下簡稱履約或避險交易），其所得如何課徵所得稅，則應依所得稅法之規定辦理。所得稅法第二十四條第一項前段規定：「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。」是認購（售）權證發行人履約或避險交易之收入或支出，原應依前開規定合併其他收入支出計算營利事業全年課稅所得。惟七十八年十二月三十日增訂同法第四條之一規定，既就證券交易之所得已另設特別規定，停止課徵證券交易所得稅，則認購（售）權證發行後相關之證券交易所得，即不得列為應稅所得課徵所得稅；相應於此，與發行認購（售）權證後履約或避險交易之相關證券交易損失，亦不得將其自應稅所得中減除。此亦即

須俟九十六年七月十一日增訂所得稅法第二十四條之二第一項前段，排除同法第四條之一特別規定之適用，發行認購（售）權證始得回歸同法第二十四條第一項前段，其相關證券買賣之收入均應併計課稅、損失亦均應減除之常態規定之故。系爭函一中段：「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，並依所得稅法第四條之一規定辦理。」及財政部八十六年七月三十一日台財稅第八六一九０九三一一號函（下稱系爭函二）：「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……並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」（後函業經財政部一００年十一月十六日台財稅字第一０００００四００二六０號令廢止）均核與所得稅法增訂第二十四條之二以前之相關規定之意旨無違，符合一般法律解釋方法，亦未增加法律所無之租稅義務，無違憲法第十九條之租稅法律主義。

有證券交易所得而不課徵所得稅，為有所得即應課徵所得稅之例外，其目的為以稅代稅業如前述，非在實現量能課稅。系爭函一中段及系爭函二闡明認購（售）權證之發行人，應依所得稅法第四條之一規定，免徵證券交易所得稅，亦不得減除證券交易損失。而所有其他有證券交易所得之個人及營利事業，適用所得稅法第四條之一時，並未規定得為不同之處理，故亦不生該二函違反量能課稅致牴觸憲法上平等原則之問題。

本件聲請人聲請意旨另認為，關於認購（售）權證發行人於發行時自行認購其發行之權證，並無系爭函一前段所稱權利金收入，以及認為所得稅法第四條之一規定、行政法院（現改制為最高行政法院）六十二年判字第九六號判例亦有違憲疑義等語。查

其所陳，僅係爭執法院認事用法之不當，並未具體指摘前開函釋、規定及判例究有如何牴觸憲法之疑義。依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第三項之規定，此等部分之聲請，均應不受理，併此指明。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏
大法官　蘇永欽
林錫堯
池啟明
蔡清遊
黃茂榮
陳　敏
葉百修
陳春生
陳新民
陳碧玉
黃璽君
羅昌發

協同意見書　　大法官　蘇永欽

本案所涉認購(售)權證交易所得如何課徵營業所得稅的問題，在中華民國九十六年修改所得稅法增列第二十四條之二（下稱所得稅法第二十四條之二）以前，一直適用的財政部行政解釋八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函及同年的台財稅第八六一九０九三一一號函(下併稱系爭函釋)，引發是否違

憲的爭議，共合併了四十件聲請案作成本解釋，本席對於多數意見認定系爭函釋均未違反租稅法律主義及平等原則的結論敬表贊同，但解釋理由的論述較為簡略，特從方法上對本席所以贊同的主要考量作一說明。

一、從租稅法律主義的憲政意義定位稅法的司法審查

憲法第十九條一方面把納稅規定為人民的基本義務，一如基本權利，皆為共營國家生活所訂「社會契約」的一部分，另一方面明定納稅應「依法律」，其目的即在確保國家實現國民意志所需的財源，取之於民並用之於民。簡言之，國民意志的形成必經由國民定期改選的國會，先以法律為對政府長期的指示及授權，再由政府制定政策及預算為短期的優先次序分配，政府不僅須就其政策及預算報告國會並對國會負責（憲法第五十七條），法律案及預算案更要經過國會議決（憲法第六十三條）。但凡百施政如逐一籌措財源，顯然無法達到國家財政所要求的最低效率，只有以經常、無對價稽徵方式收取的租稅為支應施政的主要、穩定財源，此所以我國憲法特將納稅定為人民的基本義務，以與一般法律創設的義務區隔。而強調納稅必須依法，其意義即在確保監督政府政策及預算的國會，在此一主要財源的開闢和關閉上也要有完整的管控權，任何稅捐只要未經國會以法律議決，都不可向人民開徵。只要國會能控制財源，並在政策與預算上反映多數民意，防止行政部門濫權或浪費，應該就可以大體落實取之於民用之於民的理想。

租稅法律主義所依存的民主憲政體制是司法機關審查租稅法制時必須正確認知的前提。此所以司法審查的首要任務即在拴緊此一行政立法互動的紐帶，使形成租稅義務的主要

決定必須由國會自己作成，而不能輕易委諸行政部門，或聽任行政部門便宜行事，掏空納稅人的荷包。惟此時尚應視審查標的，注意司法權的內部分權，使大法官與普通法院的分工達到功能最適。在租稅法律主義這樣形式的、程序的管控之外，如何基於憲法其他規範原則對稅法作進一步的、實質的審查，自然也是司法機關無可迴避的任務，但此時仍應從前述憲政體制的宏觀理解去尋找合理的切入點，避免打亂了司法與立法、行政權的基本分工。

二、從司法權的內部分權看租稅法律主義的審查方法

租稅法律主義的控制，有其宏觀與微觀的面向。宏觀控制的重點在於防止行政權對於立法權的侵蝕，或立法權不當地委託行政權決定稅法的核心事項，以確保前述國會保留的憲法意旨。後者為對立法權的控制，依憲法第一百七十一條僅能由本院來作認定。前者為對行政權的控制，一方面行政部門依法律授權所作補充（法規命令）不得逾越授權範圍，另一方面行政部門基於職權對於法律的解釋（行政規則）也必須符合穩妥的解釋方法。就此部分，在現行法制下不僅本院得依聲請以該行政命令為本案的解釋標的（如釋字第四一五號、第六一五號解釋對法規命令的審查，釋字第六四０號、第六八五號解釋對行政規則的審查），行政法院也可以在審判中以其為先決問題為附帶地審查認定，而於確認已逾越法律或違反法律解釋方法時，在該案件中不予適用，本院和行政法院的審查可說處於競合的狀態，僅效力不同而已。惟法規命令在立法院職權行使法建立國會強制事後審查制度（第六十條至第六十三條）後，司法審查認定違憲的正當性已大幅降低，在立法審查不認為該法規命令逾越授權或牴觸母法

的情形，本院僅得再就該法規命令是否實質上已經逾越立法院「得授權」的範圍加以審查，在確認已經逾越的情形，仍可不受立法院審查結果的拘束，認定違反法律保留原則（在稅法則為違反租稅法律主義）。而行政規則有無違反解釋方法的審查，其性質又屬單純合法性的審查，與有無違反平等原則、比例原則等實質憲法原則的審查不同，本院原則上即應尊重有最終釋法權的終審法院。在終審法院未認定其違反解釋方法的情形，除非可從特殊憲法觀點發現解釋上的瑕疵，不應輕易作相反的認定。至於微觀的控制，則指具體行政行為有無違法的審查，應由行政法院獨占，非本院所能置喙。

本案並無所得稅法應規定而不當委諸行政命令補充的問題，系爭函釋不論就認購（售）權證發行的交易性質上是否屬於證券交易，而應免徵證券交易所得稅，或不屬於證券交易，其對價屬權利金性質而應課徵所得稅的部分；或就其發行後發行人所為避險性證券交易，其損益的認列是否應依所得稅法第四條之一一併排除，或仍應回歸同法第二十四條認列損益的部分，都屬法律適用的爭議，不僅非本院獨占審查的事項，且本院也只能為單純解釋方法的審查，既經最高行政法院認定並無違反母法之處而予適用，本院除非能論證該解釋方法明顯忽略了某些憲法觀點，原則上即應尊重最高行政法院的見解。故多數意見認定函釋符合一般法律解釋方法而未違反租稅法律原則，結論可說十分穩妥。

三、租稅法制核心的審查無關基本權限制與比例原則

本席在本院釋字第六八八號解釋所提協同意見書已就基本義務的具體化邏輯上應不等同於基本權的限制，從而也無

比例原則適用的看法有所論述，如果進一步認知租稅乃為支應整體施政的主要財源，如有不足，國會只有另闢稅種以為支應，負擔者仍為所有納稅人，而其背後也仍然是支應施政的「整體」目的，無特定可對應的使用目的，即知其妥適與否的管控，主要應由行政、立法部門通過對話與妥協去作政治的決定，從而與憲法第二十三條是從保障特定基本權的角度去管控「個別」公權力行為，無法相提並論。就特定稅法開闢的稅種，及其所定稅基、稅率或免稅事項，去用特定基本權限制的觀點，如財產權或營業自由，作比例原則的審查，如果不是太寬—因為一律都可以用整體施政需要來合理化，就是太嚴—除了特別公課性質的稅種外，都無可用以合理化的具體公共利益；這樣的審查可說無任何實益，徒然降低了比例原則操作的嚴謹性。適合從基本權限制的角度去作審查的，應僅限於租稅法制中不屬於納稅義務核心內涵而僅為配套或技術性規定的部分，如罰則或其他不在狹義租稅法律主義指涉範疇，但仍屬一般法律保留原則所及的法律規定，或補充性的行政命令。由此可知，司法機關縱使有意在租稅法律主義以外，另覓比較實質的憲法規範來管控租稅法制的發展，方法上仍不能任意假借，過去偶見以比例原則作虛應故事的審查之例，即值得深思。

從這個角度來看本案，系爭函釋都是有關營業所得稅課稅範圍的行政解釋，屬於對特定租稅義務的再具體化，原則上即不能認其為基本權的限制。因此本件解釋未從財產權或營業自由限制的觀點對系爭函釋作比例原則的審查，不僅符合我國憲法將基本義務與基本權並列的意旨，也可避免以空泛、不對稱的比例權衡淆亂了司法與行政、立法的分權，十

分正確。

四、如何引進財政學的公平理論以合理強化司法控制

在租稅法律主義和比例原則的審查空間都有其分權上的限制時，本院面對眾多名目的稅捐能否在憲法上找到其他穩妥的審查基礎，攸關現代租稅國家的建構甚鉅。財政學對於租稅公平本有豐富的討論，如何將財政學上得到普遍認同的規範性原則，在與憲法文本相容、且無淆亂民主分權體制之虞的情形下，轉化為憲法規範的內涵，正是本席提出部門憲法理論所推廣的一種思維。本院的解釋實務，曾兩度把財政學上認同的量能課稅原則當成審查稅法的憲法原則（本院釋字第五六五號、第五九七號解釋參照），但都只是附帶地提及，而未對其內涵作深入闡述，本號解釋再度提及量能課稅原則，有必要對其意義略作說明。

財政學在探討租稅公平時，先區分絕對與相對公平，前者僅在每人繳納同額稅款的人頭稅（poll tax）庶幾近乎，後者則把納稅人的差異性納入考量而定其稅額，一如憲法上平等原則所區分的形式與實質平等，而正如憲法上一貫本於實質平等，財政學一般也是從相對公平出發，進一步探討其內涵。最主要的兩個標準，就是受益原則（benefit-received principle）與量能原則（ability-to-pay principle），前者衡量的是納稅人負擔的稅捐和從政府分配到的利益，是不是相當；後者衡量的是納稅人負擔的稅捐和其納稅的條件、經濟能力是不是相當；一著眼於施與受之間的公平，一著眼於不同納稅人間負擔的公平。由於租稅的稽徵原則上不與國家施政的支出對應，已如前述，受益原則只在例外情形可以操作（特別公課），量能課稅轉化為憲法上的一般課稅原則，就比較

值得探討，憲法文本提供的基礎，最接近者自然就是第七條的平等原則。

五、以平等原則為基礎可能發展的兩種量能課稅類型

本院過去解釋所闡釋的平等原則，本來即要求相同者相同對待，不同者不同對待，而對於法律規範呈現的任何形式上的差別待遇，必須審究其區隔因素與該規範所考量的公共利益有何關聯，並依規範目的在憲法上的重要性而定該關聯性的審查標準（合理還是實質關連）。反之，對於形式尚未呈現差別待遇，而主張實質上受到不公平對待的人民，也應審究憲法上有無課予積極區隔的義務。財政學上所探討的量能，通常是以所得為衡量的能，但也有加上「工資率」或「效用」來衡量其能者，對於公平的實現自然更為周延。以所得來衡量納稅的能力，又可分為水平和垂直的兩種量能，前者其實指的就是相同者相同待之，對於沒有區分必要者，比如境內所得和境外所得，應以相同方式課稅，才算公平。後者則指不同者不同待之，所得既有明顯的高低差別，即應對高所得者課以較高稅率的稅，才算公平。至於垂直公平的實現，又有線型累進所得稅、負所得稅以及邊際稅率累進的所得稅等不同的課徵方式。但垂直的量能，其實已在追求某種合理的所得重分配，而與我國憲法宣示的民生主義理想若合符節，是社會的平等，而非個人的平等。如何建立操作的標準，顯然要複雜得多。足見財政學上所稱的量能原則和本院從憲法第七條平等原則規定發展出來的操作方式，確有其暗相契合之處。

本件解釋理由書第五段認為系爭函釋「闡明認購（售）權證之發行人，應依所得稅法第四條之一規定，免徵證券交易

所得稅，亦不得減除證券交易損失。而所有其他有證券交易所得之個人及營利事業，適用所得稅法第四條之一時，並未規定得為不同之處理，故亦不生該二函違反量能課稅致牴觸憲法上平等原則之問題。」是從平等原則引申出量能課稅原則而用之於所得稅法。這裡所稱的量能是前述水平的量能—相同所得應納相同的稅，和垂直的量能無關，得到無違的結論，道理也很清楚。未來可否以憲法第七條為依據，至少就直接稅性質的所得稅，再引進垂直的量能原則，以建立最低的累進課稅要求，應視理論發展的成熟度而定，但此時需另覓積極區隔的憲法義務作為基礎，可能就是憲法第一百四十二條宣示的民生主義經濟體制。

六、有無可能在平等原則外發展獨立的量能課稅原則

從納稅人負擔切入的量能課稅原則，除了通過納稅人間納稅能力的比較而和憲法上的平等原則結合外，單從個別納稅人負擔的限度，能不能和其他的憲法規範結合，轉化財政學上的應然為憲法上的應然，在我國稅法學者中也已有若干討論。本席認為，在憲法上討論國家對人民的社會給付義務，也就是第十五條宣示的人民生存權時，常有所謂財政能力保留的說法，本院釋字第四八五號解釋即明確指出：「鑒於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況。」便是指對國家的「量能」。相對於此，人民對國家負擔的租稅給付義務，應該也有納稅能力的保留，才是合理的租稅國家。國家的能與人民的能之間，本來就有微妙的牽連關係。推到極致，國家若要近於無限地提供各種福利，如果憲法不是採高度社會主義的體制，非藉租稅上的「橫徵暴斂」實不可能竟功，其結果是一進一出，擴大一能必以

逾越另一能的界線為代價，人民未必能得到較多的實質福利，只會造成大量財產利益在國家和人民之間移動，徒然製造極龐大的稽徵和分配成本，在利益移動過程浪費了大量資源而已，應該不符合憲法的意旨。反之亦然，過度限制人民納稅的上限也可能使國家的施政能力萎縮，而造成憲法照顧義務的給付不能。所以在解釋提到國家的量能時，此一針對人民納稅能力的量能原則也就不遠了，只是其具體內涵，仍有待就憲法條文作更細緻的爬梳，並與財政學上的公平理論來回比對。

從憲法對於經濟─社會基本權的保障（憲法第十五條），以及經濟─社會基本國策的規定（憲法第一百四十二條至第一百五十七條）綜合而觀，與我國憲法比較相容的社會市場經濟體制，應使人民保有基本生活的所需，乃至維繫市場動能的必要利得。從這個角度思考，則量能課稅原則確有可能跳出平等原則的框架，而在人民納稅義務和生存權、經濟社會基本體制的調和上，找到另一個轉化為憲法應然的理論基礎。比如針對個人綜合所得稅設計的免稅額與扣除額，至少就其反映生活必需的部分，可認為有從生存權引申的量能課稅原則，在憲法的解釋上，不啻以量能課稅為調和人民納稅義務（國家的課稅高權）與生存權（國家的給付生存保障義務）的原則，這也是財政學上有關所得稅理論最有共識的部分，不論重視經濟發展、排斥以稅來實現所得重分配的 John S. Mill，或主張高度累進、重課財產所得的 A. Wagner，就此都持相同的看法。又譬如在充分考量相關因素後，對某些直接影響市場經濟發展的稅種，從憲法有關社會經濟體制的規定引申出不得扼殺市場生機的課稅界線（Verbot der

Erdrosselungssteuer）。財政學上自以 Mill 的理論較能支持這樣的原則，但在可操作性上，還遠不如基本生活所需的界線那樣明確，則不待言。

從單純負擔能力角度理解的量能原則來看本案，當然還有一些可作延伸性思考之處。認購（售）權證發行後，發行人必須作的避險性證券交易，其交易所生成本、費用和損失，在財務上當然要認列，才能正確評估權證交易整體的盈虧，企業的會計部門絕對不會因為所得稅法第四條之一的排除認列而有不同的作法。此一稅務會計的特別處理造成其與財務會計上的不一致（前者將避險交易的損益歸零，後者則如實認列），可否認為已「違反」所得稅法第二十四條，方法上其實僅有特別法優於普通法的問題，最多只是法律解釋上的不同而已。此處值得討論的是，所得稅法第二十四條的以淨額應稅規定，是否寓有前述意義的量能原則，從而其違反已不只是法律解釋問題，而有立法裁量界線的問題。淨額原則可以作為計算實際納稅能力的基礎，尚不等同於納稅能力，這一點應無可置疑，因此從法律位階的淨額原則的違反，當然還不能跳到量能原則的違反。又此處所說的量能原則，如果是建立在生存權保障的基礎上，就必須考量我國所得稅法的一個特色，即把個人所得稅和營業（公司）所得稅一併規定，後者沒有憲法生存權保障的問題。比較可能找到的規範基礎，反而是為保障市場經濟體制而禁止扼殺市場生機的原則。但此一原則到目前為止不僅欠缺可操作的標準，尤其不能不考慮的是，市場的生機之維持在於市場參與者回應市場變化的能力，包括政府為引導市場而介入的各種政策措施，企業的對策也是此一能力的表現，只有當企業毫無迴

旋空間而只能接受課稅，以致市場奄奄一息時，才可能認定此一租稅介入有扼殺市場生機之虞，而違反了量能課稅原則。系爭函釋原為落實所得稅法第四條之一免徵證券交易所得稅的規定，該規定原本正好是為了避免扼殺證券交易市場的生機，才在當時的經濟情勢下選擇以證券交易稅來替代證券交易所得稅，沒有任何事實顯示相關規定產生了扼殺證券交易市場生機的反效果（有爭議的是租稅公平的問題）。至於認購（售）權證交易的市場，同樣沒有任何事實顯示因為此一落實所得稅法第四條之一的系爭函釋，而產生市場生機受到扼殺的結果。道理其實不難明瞭，就是市場參與者仍有足夠回應此一租稅介入的空間。證券公司經營權證交易的營業模式，主要在安排權利金（x）、履約價（y）與避險損益（z）這三個變項，以調配收入、成本與風險，使利益最大化。在國家管制的方式為所得稅法第二十四條連結第四條之一的規範模式時，因為避險的證券交易損益都不能併計，證券公司應該會發展出一套風險最小的營業模式（x, y, z），比如降低 z 而提高 x 與 y 的操作，儘量使 z=0。同樣的，當政府決定針對認購（售）權證市場排除避險性證券交易免徵所得稅的規定（增訂所得稅法第二十四條之二），以激勵避險交易的操作，便於勾稽財務與稅務會計時，發行公司也當然會改採更為積極的避險措施，即使因此使 z<0 的機會大增。足見上有政策（規範模式），下就有對策（營業模式），對於市場參與者而言，課稅方式縱有不利，因避稅（不能與逃稅或節稅混為一談）彈性非常大，仍然不會發生違反量能課稅的問題。

所得稅法的淨額原則也會讓人聯想到租稅理論中的樹果

原則（fruit and tree doctrine），也就是課稅應該摘果不伐樹，其內涵應包括兩點：一、僅以源源不息的產出為稅基；二、不摘他樹之果（美國最高法院的著名案例 LUCAS v. EARL, 281 U.S. 111(1930)）。但不僅樹果原則要轉化為憲法的應然—另一種意義的量能課稅，還需要相當嚴謹的憲法論證，淨額原則本身離樹果原則也有不小的距離。更不要說在所得稅法的領域，樹果原則用在個人所得稅時，碰到採綜合而非分離所得稅制的國家，樹和果都不容易認定。用在營業所得稅，技術的困難度更高。

綜上所述，本案不是不能從量能課稅的角度作更深入的思考，但可能的審查基礎都還不成熟，因此本件解釋僅駐足於平等原則的水平量能，實在是良有以也。

部分協同意見書　　大法官　蔡清遊

本號解釋認為，財政部中華民國八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函前段謂，認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入部分，與憲法第十九條之租稅法律主義尚無違背；上開函中段謂，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，並依所得稅法第四條之一規定辦理部分（下稱系爭函一中段），及財政部八十六年七月三十一日台財稅第八六一九０九三一一號函謂，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……並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅部分（下稱系爭函二），與憲法第十九條之租稅法律主義並無牴觸，亦不生違反憲法第七條平等原則之問題，本席敬表同意，惟關於系爭函一中段及系爭函二不

生違反平等原則部分，本席認為理由尚有待補充之處，爰提出部分協同意見書。

一、本號解釋之聲請件數（包括首案及併案件數）共計四十件，大部分之聲請人主張系爭函一中段及系爭函二違反憲法第七條平等原則，其理由除謂系爭函一中段及系爭函二認購（售）權證發行後之避險交易，其交易損失不得依所得稅法第二十四條第一項前段規定，作為權利金收入之減項，致使權證發行人負有更重之租稅負擔，有違量能課稅及實質課稅之租稅公平原則外，另主張國內權證發行人不得將避險損失列為權證發行之成本費用，僅得減除少量之權證銷售管理費用，導致權證之課稅稅基幾乎為全數之發行價金，此與外資券商發行認購（售）權證所須避險部位之操作，財政部同意外資券商適用所得稅法第二十五條第一項規定，僅須依其收入之百分之十五推計課稅，致外資券商僅須負擔權證交易毛收入百分之三點七五，對於性質相同之權證交易，外資券商與國內券商竟負擔顯不相稱之稅負，違反憲法第七條之平等原則等語。

二、誠如多數意見所認，認購（售）權證發行人履約或避險交易之收入或支出，本應依所得稅法第二十四條第一項前段之規定，合併其他收入支出計算營利事業全年課稅所得，惟在九十六年七月十一日增訂所得稅法第二十四條之二第一項前段前，因同法第四條之一既就證券交易所得已另設特別規定，停止課徵證券交易所得稅，則發行認購（售）權證後履約或避險交易之所得或損失，即不得列為應稅所得，或自應稅所得中減除。亦即上述履約或避險所得或損失部分，因適用所得稅法第四條之一之特別規定，而排除適用同法第二十

四條第一項前段，故不生違反同法第二十四條第一項前段之問題，惟此尚難謂核與所得稅法增訂第二十四條之二以前之同法第二十四條第一項前段規定之意旨無違。

三、至是否違反平等原則部分，多數意見僅說明有證券交易所得而不課徵所得稅，為有所得即應課徵所得稅之例外，其目的為以稅代稅，非在實現量能課稅，而所有其他有證券交易所得之個人及營利事業，適用所得稅法第四條之一時，並未規定得為不同之處理，故亦不生上開二函（指系爭規定一中段及系爭規定二）違反量能課稅致牴觸憲法上平等原則之問題。惟就聲請人等所指摘本國券商與外資券商發行認購（售）權證之權利金收入所負擔之稅捐不同，是否違反平等原則，則未置一詞。查依財政部九十六年十二月十九日台財稅字第０九六００四六一八五０號函所示，在我國唯一發行認購（售）權證之外資機構為美商美林證券股份有限公司（下稱美商美林公司），由在臺美商美林公司臺灣分公司（下稱美林臺灣分公司）以其名義發行認購（售）權證，而依規定須從事之避險操作則委由瑞士商美林資本市場公司（下稱瑞士商美林公司）（註一）辦理，美商美林公司在我國發行認購權證所取得之權利金收入，依所得稅法第四十一條及第七十一條規定，於減除發行權證之成本（包含委外避險所支付與瑞士商美林公司之技術服務報酬）後之淨所得，由美林臺灣分公司合併辦理營利事業所得稅結算申報，而瑞士商美林公司在我國並未發行認購（售）權證，僅係提供避險操作技術服務，其取得之技術服務報酬，因國內外成本費用分攤困難，而採推定所得方式課稅。依財政部上開函文所示，美林臺灣分公司之權利金收入，應係適用所得稅法第二十四條之規定計算

所得額，而瑞士商美林公司從事避險操作之所得或損失，則自行承擔所有避險操作所發生之損益，其取得之技術服務報酬，則適用所得稅法第二十五條，採推計所得方式課稅。是對上開外資券商在我國發行認購（售）權證之課稅，係分二階段對二獨立之公司為之，此與國內券商發行認購（售）權證之權利金收入課徵營利事業所得，二者情形尚有不同，並無違反平等原則可言。解釋理由書對聲請人此部分違憲之指摘棄置不論，尚嫌不足。

註一：惟依財政部賦稅署一００年十月十七日台稅一發字第一０００四一二二０二０號函所附資料，係美林國際股份有限公司（Merrill Lynch International, 簡稱美林國際，MLI）與美林臺灣分公司簽訂合約書，由美林國際為美林臺灣分公司從事避險操作，而美林國際乃係依英國公司法成立之公司。

部分不同意見書　　大法官　羅昌發

財政部中華民國八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函（以下簡稱「系爭函一」）所載「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……依所得稅法第四條之一規定辦理」以及財政部八十六年七月三十一日台財稅第八六一九０九三一一號函所載「認購（售）權證持有人……以現金方式結算者……依前開所得稅法規定停止課徵所得稅」（以下簡稱「系爭函二」），均認為認購（售）權證之發行人為履約及避險之目的而買賣股票（以下簡稱避險操作），仍應適用所得稅法第四條之一之規定。亦即發行人不得依所得稅法第二十四條第一項「營利事業所得之計算，以其本年度總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益為所得

額」之規定，將避險操作之損失，由年度所得總額中減除。多數意見認為此二函釋並未違反租稅法律主義以及量能課稅原則，本席敬表同意。惟就部分聲請人所引財政部九十年一月十六日台財稅第０九０００００一一五九號函（以下簡稱「系爭函三」）使外資操作者得就其為外資發行人進行避險操作之代價，依所得稅法第二十五條規定推計課徵，以其在中華民國境內之營業收入之百分之十五為中華民國境內之營利事業所得額，亦即擬制或推定其有百分之八十五之營業成本，間接使國內認購（售）權證發行人受到差別待遇而造成「超國民待遇」部分，多數意見認為未牴觸平等原則。本席認頗有斟酌餘地。爰對此提出部分不同意見書。

一、憲法禁止無正當理由差別待遇之意旨：

憲法第七條規定：「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。」此條規定，一方面可以作為一項憲法上的重要原則，以確保人民所應擁有之其他憲法上權利，可以平等的方式享有。另一方面，該條雖未使用「權利」一詞，然其規定在憲法第二章「人民之權利義務」中的第一個條文，顯然憲法亦承認其為一項獨立且重要的權利。憲法第七條之規定除可確保人民以平等之基礎享有「憲法上其他基本權利」之外，如涉及「非憲法上的權利或利益」，該條規定亦可使人民獲得憲法上平等權的保障。故承認其為獨立的權利，有其實質功能（參見本席於釋字第六九二號解釋所提出之協同意見書之闡述）。本件情形，財政部在「系爭函一」及「系爭函二」之下之課稅措施，雖未必直接侵害聲請人憲法上之其他自由權利，然此二函釋並未賦予聲請人（即國內認購（售）權證發行人）如同外資發行人得「間接」享受「系爭函三」之下將營業收入之百分之八十五

擬制或推定為其營業成本之利益，造成差別待遇，仍應認為有憲法第七條平等權規定之適用。

二、不違背「量能課稅」情形下，仍有可能違反平等原則：

（一）政府支出之主要財源係來自人民所繳納的各種稅捐。國家為合理徵收各種稅捐以獲取財源，必須基於若干考量或原則。其中一項重要原則即為量能課稅原則（the principle of ability-to-pay; the principle of contribution capability）。其主要意旨在於稅捐之繳納義務及其內容，係將納稅義務人的「經濟能力」（economic strength）或「相對的經濟福祉」（comparative economic well-being）納入考量。（註一）亦即，允許國家在適當情形下，使「經濟能力」較強或「相對經濟福祉」較高者負擔較高比例或較高程度的納稅義務。此種差別之稅負，在適當情形下，應不至於侵害人民之平等權。此項「量能課稅」原則與租稅公平原則、平等權保障有關，已為大法官解釋所承認（本院釋字第五九七號解釋參照）。

（二）在適當情形下，對於不同「經濟能力」或不同「相對經濟福祉」者課以不同比例或不同程度的稅負，固然為憲法所允許，然其並非謂所有的稅捐差別待遇情形均可因「量能課稅」原則而正當化。如課稅的差別待遇所依據者，與納稅義務人之「經濟能力」或「相對的經濟福祉」無合理關聯時，即與「量能課稅」無關；其差別待遇自須受平等權之檢視。

（三）本件情形，本席同意多數意見，認為「系爭函一」及「系爭函二」並不違背「量能課稅」原則。然由於財政部另以「系爭函三」使外資發行人「間接」享有較優惠之稅

捐待遇（詳如後述），導致「系爭函一」及「系爭函二」之適用，對聲請人產生歧視性稅捐待遇之結果。財政部系爭各函所形成之此種歧視性之稅捐規範，係基於納稅義務人為國內業者或為外資業者而為區別，而與納稅義務人之「經濟能力」或「相對的經濟福祉」毫無關連，故其措施與「量能課稅」原則無關，而有依平等權檢視之必要。

三、本件財政部依系爭各函所形成之租稅規範確有差別待遇，並直接違反憲法第七條所規定平等權之情形：

（一）憲法第七條所要求的平等權，目的在禁止對相同或類似情形，而給予差別的待遇而言。故該規定所規範的差別待遇，應包括二要件：其一，必須被比較的情形為「相同」或「類似」。其二，必須人民所受之待遇有所差異（亦即有法令上之差別待遇或有事實上之差別待遇）。

（二）本件涉及被比較的兩種情形顯然「類似」：

本件被比較的對象有二。其一為在「系爭函一」及「系爭函二」之下，國內發行人為避險操作而買賣股票所產生之損失，不得作為成本費用或損失，自年度所得總額（包括權利金）中扣除。其二為在「系爭函三」之下，外資證券發行人發行認購（售）權證，就其收入，得「間接」享受擬制或推定百分之八十五之營業成本。「系爭函三」允許「美林國際股份有限公司」（以下簡稱「美林國際」）就其為「美商美林證券股份有限公司臺灣分公司」（以下簡稱「美商美林」）發行之認購（售）權證提供避險操作之技術服務所取得之收入（以下簡稱「外資情形」），適用所得稅法第二十五條第一項規定；亦

即，使其服務收入享受擬制或推定百分之八十五之營業成本。其外觀上「似」與國內認購（售）權證發行人係自行（而非委託他人）進行避險操作之情形（以下簡稱「國內發行人情形」）不同。亦即，在形式上，「系爭函三」係針對外資情形，允許避險之「代為操作者」（即「美林國際」），而非允許認購（售）權證之「發行人」（即「美商美林」），適用擬制或推定百分之八十五之營業成本；且其適用此種擬制或推定成本者，為「代為避險操作之代價」，而非發行人所獲得之「權利金」。而國內發行人情形，則係使認購（售）權證之「發行人」適用所得稅法第四條之一之規定，致不得將為避險操作目的所買賣股票之損失，自年度所得總額中減除；且其不得適用擬制或推定成本者為發行人之「權利金」，而非「操作之代價」。然在實質上，外資情形與國內發行人情形，並無差異：其一，兩種情形均涉及為認購（售）權證將來之履約而進行之避險操作，並因而在國內買賣股票。其二，為自己或為他人進行避險操作均可能造成損失。其三，為自己或為他人進行避險操作均受相同之規範。其四，美林國際（操作人）如可將避險操作損失作為成本，則其無庸將此成本納入其為美商美林（權證發行人）進行避險操作之代價中；換言之，美商美林將因「系爭函三」，而減少其支付予美林國際之對價，使美商美林「間接」免於因適用所得稅法第四條之一所導致不得將為避險操作目的所買賣股票之損失自年度總額中減除的結果；並使美商美林於國內認購（售）權證之發行市場，相較於國內發行人，立於競爭成本上之優

勢地位。外資與國內發行人兩種情形，在避險操作是否得作為成本的實質問題上，本應無差異，故屬檢視憲法平等權時，可資比較之「類似」情況。

（三）本件聲請人所受之待遇確有所差異（亦即有事實上之差別待遇）：

1.蓋如前所述，依「系爭函一」及「系爭函二」之下，國內證券發行人發行認購（售）權證時，係適用所得稅法第四條之一之規定，故不得依所得稅法第二十四條第一項「營利事業所得之計算，以其本年度總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益為所得額」之規定，將為避險操作目的所買賣股票之損失，自年度總額中減除。然「系爭函三」使外資證券發行人，就其權利金收入，得「間接」享受其操作者收入依所得稅法第二十五條規定推計課徵以其在中華民國境內之營業收入之百分之十五為中華民國境內之營利事業所得額（亦即擬制或推定其有百分之八十五之營業成本）之利益。財政部認定認購（售）權證之發行人是否可以享受扣除成本費用或損失之利益，「實質上」係基於發行人是否為國內業者或外資業者，而有差別之處理方式。

2.此項措施，屬「事實上之差別待遇」（*de facto* discrimination），而非「法律上之差別待遇」（*de jure* discrimination）。蓋所得稅法第四條之一（以及「系爭函一」與「系爭函二」），針對國內與外資認購（售）權證發行人有關避險操作損失之適用，原無差別之規範。然由於「系爭函三」的結果，使外資發行人得以

透過所得稅法第二十五條第一項「技術服務所取得之收入，其成本費用分攤計算既有困難，可依所得稅法第二十五條第一項規定，以該收入之百分之十五核計營利事業所得額」之規定，而間接規避適用第四條之一有關避險操作損失無法列為發行人權利金收入之成本之不利情形。此種情形，顯屬「事實上之差別待遇」。另所得稅法第二十五條第一項係規定：「總機構在中華民國境外之營利事業，在中華民國境內經營國際運輸、承包營建工程、提供技術服務或出租機器設備等業務，其成本費用分攤計算困難者，不論其在中華民國境內是否設有分支機構或代理人，得向財政部申請核准，或由財政部核定，國際運輸業務按其在中華民國境內之營業收入之百分之十，其餘業務按其在中華民國境內之營業收入之百分之十五為中華民國境內之營利事業所得額。但不適用第三十九條關於虧損扣除之規定。」本條適用於外資企業之條件有二，其一為必須該外資企業在中華民國境內經營國際運輸、承包營建工程、提供技術服務或出租機器設備等業務；其二為必須其成本費用分攤計算困難。為權證發行人進行避險操作，明顯不符合第二個條件(即「成本費用分攤計算困難」之條件)。蓋依該條文義，所謂「成本費用分攤計算困難」，係指「在中華民國境外之總機構」與「在中華民國境內經營之國際運輸、承包營建工程、提供技術服務或出租機器設備等業務」間，成本費用分攤計算困難而言。本件情形，避險操作者在我國境內進行操作所買賣之權證標的，為

我國境內發行之股票；其操作之損失金額客觀而明確，與其境外之總機構營運，顯可截然劃分。避險操作者在中華民國境內為進行避險操作之買賣股票行為所產生之損失或成本費用，與其在中華民國境外之總機構之間，在分攤計算上並無困難可言。應無適用所得稅法第二十五條第一項之餘地。換言之，所得稅法對為認購（售）權證發行人進行避險操作之損失是否可以作為成本與費用，並由營利事業所得額中扣除，本無明文承認。造成國內發行人與外資發行人稅捐待遇上之差異，係財政部系爭各函所導致的結果。故由此而言，財政部系爭各函所造成者，亦屬「事實上之差別待遇」。此種差別待遇係優惠外資業者，歧視國內發行人，屬俗稱之「超國民待遇」。

四、本件並不符合憲法第二十三條所規定「以法律限制之」之要件：

（一）前述差別待遇固然違反憲法第七條之規定，但此種差別待遇究竟有無正當理由，仍應依憲法第二十三條檢視。憲法第二十三條規定：「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。」本條所規定限制自由權利之前提為須以法律為之（某些情況下，亦得以法律明確授權之命令為之）。如非以法律為之，無論其理由如何正當，均無法通過憲法第二十三條之檢視。在確定有法律作為基礎之前提下，尚須進一步檢視本條所列舉「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」之要件，以及本條

之「必要」的要件。針對必要性及所列舉之要件，本席認為，在憲法第二十三條之下，任何限制或影響憲法權利的措施，應先確認有無「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」之情形。如其情形非為此等目的之一，則顯然無法通過憲法第二十三條的檢視。在通過此項檢視之後，則應再進一步依該條所規定「必要」之要件，進行檢視。故憲法第二十三條屬兩階段的檢視過程。而「必要」與否的認定，係一種衡量與平衡各種相關因素的過程（a process of weighing and balancing a series of factors），包括某種規範「所欲防止妨礙的他人自由」、「所欲避免的緊急危難」、「所欲維持的社會秩序」或「所欲增進的公共利益」的相對重要性、該規範對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度。在權衡與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在（參見本席於釋字第六九二號解釋所提出之協同意見書之闡述）。

（二）本件情形，財政部透過系爭各函所形成之差別待遇規範，並不符合「以法律限制之」之要件：

蓋如前所述，「系爭函三」雖引所得稅法第二十五條第一項規定為其依據，然所涉及之外資操作人在中華民國境內進行之避險操作，與其在中華民國境外之總機構之間，有關避險操作所產生之損失或成本費用，在分攤計算上並無困難可言，故應不符合該條項規定。亦即，財政部對國內及外資業者之差別待遇，並無法律規定作為

其依據。是該租稅上之差別待遇（優惠外資發行人而歧視國內發行人），不符合憲法第二十三條「以法律限制之」之要件。

（三）退一步言，縱使所得稅法第二十五條得作為直接賦予外資避險操作人並間接使外資發行人享受特定租稅優惠措施之依據，則「該條規定適用於代外資認購（售）權證發行人進行避險操作之情形」亦須符合憲法第七條平等權之意旨（亦即，該條規定「本身」（as such）未必全面違反平等權之規定，而係該條規定適用於為外資證券發行人操作者的情形，可能違反平等權之規定）。蓋憲法禁止無正當理由差別待遇之範圍，顯包括立法行為與執行法律之行為。憲法第七條所規定「在法律上一律平等」，應不限於執行法律時必須避免無正當理由之差別待遇；而應包括立法時亦必須避免無正當理由之差別待遇。此可由憲法使用「法律上」一律平等，而非使用「法律之前」一律平等得知，憲法文義所保障平等權的範圍，顯然不限於法律制定後的執行層面；而包括法律規定本身必須符合平等原則之要求。換言之，立法機關與行政機關行使職權均應符合憲法平等原則的要求，避免無正當理由的差別待遇；不論租稅立法及租稅措施，如有違反平等權之情形，均有憲法上疑義。

五、本件「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」之情形並不明顯：

系爭各函所形成歧視國內證券發行人之結果，其目的應與「防止妨礙他人自由」、「避免緊急危難」或「維持社會秩序」無直接關聯。比較相關者應為有無「增進公共利益」的目的。

惟由系爭課稅之性質而言，此種差別待遇是否有「增進公共利益」的目的，並不明顯；縱使具備「增進公共利益」的目的，較可想像者，僅有增加國庫收入、減少課徵困難、履行國際義務（詳如後述）。較難確定者，財政部在此是否有減低證券發行人投入發行衍生性金融商品行列之意願。然由財政部允許為外資發行人進行避險操作之人將收入之百分之八十五列為成本可知，減低發行認購（售）權證之意願並非財政部相關措施之目的。

六、本件情形，是否符合「必要」要件，亦值得懷疑：

（一）財政部此種差別待遇之措施縱有增加國庫收入、減少課徵困難，此種公共利益，在量上（quantitatively）可能巨大（例如本件所有聲請人因此種差別待遇總共被課稅之金額達一百餘億元），但在質上（qualitatively），此種差別待遇是否係為重要之權益保障，尚有疑問。並且，此種差別待遇固然可以增加國庫收入，然其對作為憲法重要權利的平等權造成的侵害，極為明顯、直接而重大。在檢視憲法第二十三條規定時，自應權衡與平衡此等因素。並且，財政部如欲增加國庫收入，為何非以將外資發行人一體適用課稅之方式達成；如欲減少課稅困難，又為何非以使國內發行人一體享受推計百分之八十五作為成本之利益之方式達成？此亦顯示財政部如為達成增加國庫收入或減少課稅困難，客觀上均有其他「較不侵害憲法權利」的方法存在。本席認為，在權衡與平衡相關因素，並在客觀上有其他「較不侵害憲法權利」的方法存在的情形下，甚難認為財政部系爭函間所形成之差別待遇，符合憲法第二十三條之必要性要件。

（二）如前所述，財政部此種差別待遇另一項「可能」「增進公共利益」的理由，為履行我國之國際義務。我國為世界貿易組織（World Trade Organization；簡稱 WTO）之會員。在 WTO 之下，我國必須遵守服務貿易總協定（General Agreement on Trade in Services；簡稱 GATS）之規定以及我國在 GATS 下的市場開放承諾。外資業者在國內發行權證以及外資業者在國內代他人進行避險操作而買賣股票，均屬金融服務的一種類型；我國針對外資業者在我國發行證券及為他人進行證券買賣，亦曾在 GATS 之下承諾開放市場。(註二) GATS 第六條第一項規定：「就會員已經作成特定承諾之部門，該會員應確保影響服務貿易之所有一般性適用之措施，均以合理、客觀且公正之方式實施。」(註三) 由於本件涉及證券（認購（售）權證）之發行及證券（避險操作之標的股票）之買賣，屬我國已經作成特定承諾之金融服務部門，而租稅規範又屬於影響服務貿易之一般性適用的措施，故將租稅規範適用於外資業者時，自亦應以合理、客觀且公正之方式實施。倘若財政部完全不許外資發行人或避險操作者將其在我國發行認購（售）權證或進行避險操作的一切成本與損失，作為得在所得總額中扣除之成本與損失，固然「有可能」被認為有違合理性，進而影響服務貿易，並「有可能」被認為違反 GATS 第六條第一項之規定（惟是否確有違背該條規定，並非本意見書主要意旨）；然縱使如此，亦不能合理化對於國內發行人所造成之歧視性差別待遇。蓋為符合 GATS 第六條第一項之規定，並非必須以歧視國內業者之方式達成不可。

財政部如使國內業者亦適用與外資發行人所可間接享受之推計成本之處理方式，不但不違背 GATS 第六條第一項之規定，反而更符合該條「合理、客觀且公正」之意旨。換言之，財政部如為符合我國在 WTO 下之國際義務，客觀上尚有其他「較不侵害憲法權利」的方法存在。故本席認為，在客觀上有其他「較不侵害憲法權利」的方法存在的情形下，縱使系爭差別待遇之目的係為符合我國之國際義務，亦難認其符合憲法第二十三條之必要性要件。

七、本席有關系爭各函間所形成之差別待遇違反憲法平等權之見解，雖未為多數意見所採納，但仍期相關機關將來在制定相關規範及採行相關租稅措施時，將憲法平等權規範之意旨以及憲法第二十三條保護公共利益之必要性，納為基本原則及重要考量，避免以提供外資業者之待遇優於國內業者之方式，造成對國內業者不利之結果，而引起憲法上權利遭受侵害之疑慮。

註一：Marco Venuti, *Measuring Company Income Tax on the Basis of the International Accounting Standards/International Financial Reporting Standards (IAS/IFRS): the Italian Case*, B.T.R. 2010, 4, 361-375, at 363 (2010); J. Clifton Fleming, Jr. Robert J. Peroni, and Stephen E. Shay, *Fairness in International Taxation: The Ability-To-Pay Case for Taxing Worldwide Income*, 5 Fla. Tax Rev. 299, at 307 (2001).

註二：我國在 WTO 下之服務貿易特定承諾表，請見經濟部國際貿易局網站 http://cwto.trade.gov.tw/kmi.asp?xdurl=kmif.asp&cat=CAT313。

註三：Article VI, para. 1 of the GATS: "In sectors where specific

commitments are undertaken, each Member shall ensure that all measures of general application affecting trade in services are administered in a reasonable, objective and impartial manner."

不同意見書　　大法官　黃茂榮
葉百修
陳碧玉

本號解釋多數意見認為財政部中華民國八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函及財政部八十六年七月三十一日台財稅第八六一九０九三一一號函均合憲，符合一般法律解釋方法、租稅法律主義及量能課稅原則。然因財政部上開二函之見解根本違反所得稅法建制之基礎原則：淨額原則及費用損失與收入之配合原則，使得依該函釋計算之結果不能正確表現認購（售）權證發行人自其權利金收入取得之所得，爰提出不同意見書，以供為往後國人檢討所得稅法建制原則之立法及其實踐的參考。

本號解釋涉及下列四個問題：（1）發行認購（售）權證之收入（權利金收入）應依所得稅法第四條之一停徵所得稅，或依所得稅法其他規定課徵營利事業所得稅？（2）發行認購（售）權證之收入（權利金收入）如適用所得稅法其他規定，課徵營利事業所得稅，其營利事業所得之計算？（3）發行人於發行時因未能完全賣出其預計發行之認購（售）權證，而依法自己購入該剩餘權證者，就該自己購入之權證，發行人有無因發行而取得之發行收入（權利金收入）？（4）關於認購（售）權證之發行收入的營利事業所得稅，其稽徵方法及稅基之計算，有無違反平等原則之情事？歸納上開問題，其共同的焦點為：包含營利事業收入及所得之有無及範圍等事項，與淨額原則及費用損失與收入之配合原則有關

的問題。

壹、釋憲解釋之理由曾肯認淨額原則及費用損失與收入之配合原則：營利事業所得來源，如於扣減相關之成本費用、損失後仍有餘額，即有稅負能力，就該筆所得核實課徵稅捐，與租稅公平原則並無不符

司法院釋字第四二０號解釋文釋稱：「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。」該號解釋後，上述意旨不但常受明白引用（例如司法院釋字第四三八號、第四六０號、第四九六號、第五００號、第五九七號、第六二五號解釋），而且於中華民國九十八年五月十三日明文增訂於稅捐稽徵法第十二條之一第一項。其意旨主要為：稅法之解釋不得拘泥於文字。其中司法院釋字第五九七號解釋文並釋稱：「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。」該號解釋明白昭示：據以課稅之「各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則」。其所稱「公平原則」，從同院其他關於租稅公平原則的闡釋，可謂是稅捐正義在量能課稅的基礎上之進一步的要求。例如司法院釋字第六０七號解釋，除在解釋文重申下述原則外：「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，以法律明定之。各該法律規定之內容且應符合租稅公平原則。」並在解釋理由書闡述：「營利事業所得來源，如

於扣減相關之成本費用、損失後仍有餘額，即有稅負能力，就該筆所得核實課徵稅捐，與租稅公平原則並無不符。」歸納之，營利事業收入扣減相關之成本費用、損失後仍有餘額，營利事業始有稅負能力。實質課稅與量能課稅同被引為課稅公平原則應具備的屬性。兩者相較，量能課稅可謂為實質課稅之具體原則。蓋如營利事業無負擔稅捐之能力，不應課以稅捐乃自明的道理。然上述原則之適用與闡揚，在本號解釋顯然有退轉的情形。

貳、發行認購（售）權證之收入（權利金收入）應依所得稅法第四條之一停徵所得稅，或依所得稅法其他規定課徵營利事業所得稅？

這個問題涉及下列子題：一、認購（售）權證之法律性質；二、股票與認購（售）權證之證券化時點的比較；三、發行認購（售）權證之原因關係的法律性質；四、發行認購（售）權證之代價及其法律性質；五、發行認購（售）權證之證券交易與買賣認購（售）權證之證券交易的差別；六、在證券交易稅及證券交易所得稅之課徵上，該差別是否足為其差別待遇之正當理由；七、對於特定種類之證券交易不課徵證券交易稅是否為應對其課徵營利事業所得稅的充分理由。

一、認購（售）權證之法律性質

認購(售)權證為認購權證與認售權證之合稱。認購(售)權證之法律性質為經證券化之選擇權。認購權證，指權證持有人有權利，但無義務，依權證所載價格，在約定期日或期間，向發行人購買約定數量之約定標的；認售權證，指權證持有人有權利，但無義務，依權證所載價格，在約定期日或期間，向發行人售出約定數量之約定標的（發行

人申請發行認購（售）權證處理準則第二點第二項規定參照）。

上述認購（售）權證持有人有權利，而無義務行使其選擇權之法律地位，使權證發行人負擔其權證標的之行情漲落的風險。該標的證券之市價漲跌無上限，故權證持有人之潛在獲利無上限，發行人之潛在虧損亦無上限。由於該風險之存在，使選擇權具有經濟價值，可為交易之標的。

二、股票與認購（售）權證之證券化時點的比較

在股票之發行，其股東要先認股並繳清股款，而後該股東所投資之公司才製作表彰該股東權之股票，並交付予該股東。亦即股東之認股及繳納股款發生在其股東權證券化為股票之前。反之，在認購（售）權證之「發行」，其製作人係先將該權證表彰之選擇權證券化為認購（售）權證後，始就該權證，取得約定代價交付他人。顯然以股票之發行流程為其藍本，證券交易法第八條第一項規定：「本法所稱發行，謂發行人於募集後製作並交付，或以帳簿劃撥方式交付有價證券之行為。」該項規定所定之發行並未涵蓋認購（售）權證這種在發行前已證券化的態樣。

三、發行認購（售）權證之原因關係的法律性質

發行股票之公司所以交付經其證券化之股票給該股東的原因關係是股東對其認股及繳股款所構成之投資關係。該股票之交付單純地只是要以證券表彰一個已存在之投資關係，以方便其表彰之股東權的行使與流通。

認購（售）權證之製作人所以將該權證交付他人的原因關係是因為取得約定代價，而負擔該權證所載之選擇權債務的關係。以雙方約定之給付與對待給付所構成之對價關

係的內容為基礎，認購（售）權證之製作人第一次就該權證，與他人成立之法律關係，實與民法所定權利買賣的特徵相當，應論為以權利為標的之買賣契約。將交易之選擇權預先證券化之目的，在於創設該選擇權，並將其有體化，以方便其買賣及流通。

實務上將以認購（售）權證為標的之第一次權利買賣定性為發行，在法律事實之認定上，該定性與實際存在者有所不同。將製作該權證以證券化其所載選擇權之人，稱為該權證之發行人，並將其就該權證所從事之第一次交易，稱為該權證之發行，純係借用股票之發行的習慣用語。按諸認購（售）權證與股票之證券化時點，以及其所以為交付之原因關係，一為選擇權買賣關係，一為投資關係，認購（售）權證並不具備股票之發行的類型特徵。

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，以法律明定之（司法院釋字第六０七號、第六三五號解釋參照）。認購（售）權證的發行所指者其實是認購（售）權證之第一次買賣。其買賣標的為業經證券化的選擇權。此為權利的買賣。因此，其發行具有證券交易的特徵，依證券交易稅條例第一條應課徵證券交易稅，如有所得，並依所得稅法第四條之一停止課徵所得稅。然財政部八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函釋:「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，……依證券交易稅實施注意事項第二點規定，發行認購（售）權證，不屬於交易之行為，應免徵證券交

易稅，自亦非屬營業稅之課稅範圍。」該函首先將發行權證所取得之發行價款定性為權利金收入，然後再以證券交易稅實施注意事項第二點為依據，認定發行認購（售）權證構成之選擇權的買賣，不屬於交易之行為。該認定固然使發行認購（售）權證免徵證券交易稅，但卻同時使該權證之發行收入成為非證券交易收入，應課一般的所得稅。如該發行行為非為交易行為，權證購買人如何取得該權證？由是可見，不論認購（售）權證之發行的免徵證券交易稅，或就其權利金之應徵所得稅，該函釋皆顯然欠缺法律或法律授權訂定之法規命令為其依據，有違租稅法律主義。

四、發行認購（售）權證之代價及其法律性質

在所謂認購（售）權證之發行，製作人係取得代價，將該權證交付於其相對人。該交換關係之特徵與權利的買賣關係相同；而與權利之使用與收益的授權關係不同。是故，該代價之正確稱呼應當是價金（民法第三百四十五條），而不是權利金收入。依所得稅法第八條第六款，權利金指「專利權、商標權、著作權、秘密方法及各種特許權利，因在中華民國境內供他人使用所取得」之代價。在所得稅法上，權利金從來就沒有用來指稱選擇權之使用代價。財政部八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函將認購（售）權證之製作人於交付該權證給相對人時，取得之代價定性為權利金收入，進一步誤導對於認購（售）權證之第一次交易的認識：權利買賣是讓與之債；而專利權、商標權、著作權、秘密方法及各種特許權利之授權使用是用益之債。

五、發行認購（售）權證之證券交易與買賣認購（售）權證之證券交易的異同

股票之發行，是確認已存在之投資關係；而認購（售）權證之所謂的發行，是成立及履行權利之買賣關係。因此，在股票之發行，無證券交易關係發生，不能也不得對其課徵證券交易稅；而在認購（售）權證之所謂的發行，則有已製作之權證的證券交易關係。不對認購（售）權證之第一次交易課徵證券交易稅，是誤將其等同於無交易關係之股票發行的結果。

認購（售）權證之所謂的發行是權利之買賣關係。其所謂之發行後的買賣關係亦是權利之買賣關係。認購（售）權證之發行或買賣所交換之標的內容都是「以約定之代價交換選擇權」。不同者，只是在已發行之認購（售）權證的買賣，因買賣標的是一以他人（即發行人）為債務人之選擇權，所以其出賣人（即該權證之現時持有人），對於債務人之支付能力，除契約另有訂定外，不負擔保責任（民法第三百五十二條前段）。除此而外，認購（售）權證之所謂的發行及發行後之買賣，無疑問地，其交易標的不但在存在形式上沒有區別：同樣是證券交易，而且其交易之選擇權亦相同。尚須注意者為，關於權證之買賣，出賣人僅負交付該權證之義務；相對地，關於權證之發行，發行人因係該權證之製作人，所以除負該權證之交付義務外，並負履行該權證所載之選擇權債務的義務。該義務範圍的差別並不使其發行行為成為非證券交易行為。

六、在證券交易稅及證券交易所得稅之課徵上，該差別是否足為差別待遇的正當理由

在股票之發行，所以不對其發行人課徵證券交易稅的真正理由是：發行公司與其股東間並無證券交易。而在發行認購（售）權證之所謂的發行，其發行人係因取得代價，而交付已證券化之認購（售）權證，所以發行人與其所向之交付該權證的相對人間有證券交易關係。是故，不能以不對股票之發行課徵證券交易稅，作為也不對認購（售）權證之發行課徵證券交易稅的理由；更不得以不就認購（售）權證之發行，課徵證券交易稅為理由，認為得就認購（售）權證之發行收入，對發行人課徵所得稅。如果可為如是之推論，豈非得就發行股票之股款收入，對發行公司課徵所得稅？

在發行認購（售）權證之證券交易與買賣認購（售）權證之證券交易，因為其發行人與出賣人所負義務之上述差別，並不使認購（售）權證之發行喪失證券交易之性質。所以，在證券交易稅及證券交易所得稅之課徵上，該差別尚不足為對於「發行認購（售）權證之證券交易」與「買賣認購（售）權證之證券交易」為差別待遇的正當理由。

七、對於證券交易不課徵證券交易稅，是否為應課徵營利事業所得稅的充分理由

由於發行認購（售）權證是證券交易，所以本來即可對之課徵證券交易稅。政策上，在規範規劃上，固得決定不對發行人課徵證券交易稅，但不得因為決定不對之課徵證券交易稅，而以之為理由，否認其因發行而取得之收入為證券交易收入，或認為該證券交易收入無所得稅法第四條之一的適用，應依所得稅法其他規定課徵營利事業所得稅。何況，財政部八十六年十二月十一日台財稅第八六一

九二二四六四號函規定，發行認購（售）權證之證券交易不課徵證券交易稅，並無法律或法律授權訂定之法規命令為其依據，不符憲法第十九條所定之租稅法律主義。

如無其他充分理由，對於發行認購（售）權證是證券交易收入的正確處理應當是：對於發行認購（售）權證之證券交易課徵證券交易稅，並依所得稅法第四條之一，就其證券交易所得停徵證券交易所得稅。

叁、認購（售）權證發行人須開立履約及避險專戶

認購（售）權證業經主管機關核定為有價證券（註一），其發行與交易均應依證券交易相關法規辦理。由於認購（售）權證交易風險甚高，為維護交易安全及建立認購（售）權證發行之風險管理法制，財政部證券暨期貨管理委員會（現改制為行政院金融監督管理委員會證券期貨局）乃於 86 年 5 月 31 日訂定發布發行人申請發行認購（售）權證處理要點規定，(1）認購（售）權證之發行主體資格、(2）發行人應向證期會申請該資格之認可，以及（3）提出預定風險沖銷之策略等，向臺灣證券交易所申請其同意擬發行之權證上市。證期會後來於八十九年十一月三日廢止該權證處理要點，改依證券交易法（八十九年七月十九日修正公布）第二十二條第一項之授權（註二），訂定發行人申請發行認購（售）權證處理準則，但仍沿用前開權證處理要點之風險管理法制架構。關於發行人向證券交易所申請權證上市之相關規範，證券交易所依證券交易法第一百四十條之授權，訂定臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查基準（註三）。該審查基準中亦規定發行人應提出預定之風險沖銷策略，始可取得發行人資格之認可。再者，認購（售）權證於發行後，其避

險交易之操作亦應在主管機關之監督下執行。以下簡介上開認購（售）權證之風險管理法制：

一、避險操作為發行人向主管機關申請發行權證之要件

認購權證發行人向臺灣證券交易所股份有限公司申請同意其擬發行之認購權證上市時，依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第四條及第十條規定，須待證期會核給其發行認購（售）權證之資格，且向證券交易所申請同意其擬發行之認購（售）權證上市或上櫃，並俟證券交易所同意其發行計畫後，始得辦理發行及銷售。其中，向證期會提出適當之風險管理措施為發行人申請發行權證之資格認可的要件（註四），亦為發行人向證券交易所申請權證上市上櫃之要件（註五）。倘發行人無適當之風險管理措施時，證期會及證券交易所得不同意發行人資格之認可（註六）。

再者，依臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則第三條第二項授權臺灣證券交易所訂定之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（九十三年一月二日修正發布之）第五點及第六點規定，證券交易所於審查認購權證發行人之申請書件時，須審核發行人填具之「認購（售）權證發行人風險管理制度及預定之風險沖銷策略檢查表」及「認購（售）權證預定之風險沖銷策略檢查表」。表中並要求發行人填報其風險管理之定價模式是否參考 Black & Scholes 或 Cox, Ross & Rubinstein 之選擇權定價模式，以及要求發行人填具其風險管理之決策程序，每檔認購權證避險部位之管理上限，實際與預計持有部位差異不得逾百分之二十，亦即發行人就避險部位，僅有百分之二十之自行決策的空間。

此外，證交所配合主管機關之要求，尚規定認購（售）權證發行人之避險操作必須於「避險專戶」內為之。發行人之避險專戶必須先向證交所申報，並只得買賣其所發行之認購權證及標的證券（註七）。依目前證交所規定，該避險專戶之帳號一律為「八八八八八八—八」（註八）。

二、認購權證發行後，避險操作須於主管機關監督下執行

證期會八十六年六月十二日台財證（二）字第三二九四號函說明二規定，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；發行認購（售）權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算。該函釋見解並落實於九十年九月十九日修正發布之臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則第十七條規定中（註九）。

因為權證標的應於避險專戶內進行相關操作及管理，其基於風險管理而買賣權證標的證券，與基於自營目的而買賣之同一標的證券，能明確區分。所以主管機關後來漸次放寬，容許權證發行人於避險專戶外經營同一標的證券之業務。首先，九十三年六月十四日修正發布之臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則第十七條規定，權證發行人之自營部門亦得經營標的證券之買賣，僅於該認購（售）權證核准發行後一個月內及到期前一個

月內，除基於風險沖銷之需求或本公司另為規定之情事者外，不得自行買進賣出該標的證券（註十）。其後於九十五年一月二十日復修正該條，規定在認購（售）權證存續期間內，發行人自營部門與避險專戶部位之同一標的證券，除另有規定之情形外，原則上均不得辦理相互轉撥（註十一）。要之，雖然現行法目前不禁止權證發行人之自營部門為權證標的證券之買賣，但因避險交易應於避險專戶內為之，所以在此截然可分之規劃下，不會產生權證發行人可任意將自營部門證券交易損失轉入避險損失內之情事。於九十七年十月三十一日以前，發行人並應逐日向證交所申報避險專戶內之避險操作情形（註十二），以利風險之控管。

三、小結

避險交易為權證發行人因發行權證而依法負擔之義務。權證發行人自申請發行開始至上市上櫃後，其風險沖銷計畫之提出、執行及檢討，均受嚴格之審核及監督。除其避險交易僅得在避險專戶內為之外，權證發行人因風險沖銷策略之需求而持有之標的股票數額，主管機關亦訂有限制。標的股票之買賣時點、數量、價格等均須嚴格依照 Black & Scholes 或 Cox, Ross & Rubinstein 所建立之公式為之，發行人就避險部位僅於百分之二十之限度內有自行決定的空間，以避免標的股票價格變動引起之風險（即 Delta 風險）。

肆、發行認購（售）權證之權利金收入，適用所得稅法其他規定課徵營利事業所得稅時，其營利事業所得之計算

一、選擇權的買賣與期貨買賣不同而與保險的買賣類似

選擇權的買賣與期貨買賣雖同樣具有將來給付之交易的

特徵，但並不屬於相同類型。在選擇權的買賣，選擇權人有權利，但無義務為買賣；而在期貨的買賣，雙方在約定期間屆至時，皆有為買賣的義務。反之，選擇權的買賣與保險的買賣類似。在一定之停止條件成就時，認購（售）權證之發行人或保險人，始負對待給付的給付義務。在保險，其停止條件為保險事故發生；在選擇權的買賣，其停止條件為認購權證之選擇權標的市價高於約定價格，或認售權證之選擇權標的市價低於約定價格，從而選擇權人決定行使選擇權。在上述停止條件成就時，保險人對於購買保險之被保險人或其指定之受益人，負保險金之給付義務；認購（售）權證之發行人對於權證持有人，負按相對於市場價格不利於發行人之約定價格賣出或購進約定數量之權證標的之義務。該給付義務雖因附有停止條件，而具有或有債務的性質。但不因此使認購（售）權證之發行或保險喪失雙務契約之性質。停止條件成就時，發行人即因權證持有人行使選擇權，而負有履行相對於市場價格對自己不利之選擇權債務的義務。

二、購買選擇權者行使選擇權必使出售選擇權者遭受履行損失

由於在選擇權交易，購買選擇權者只有在市場行情對其有利時，始行使其選擇權，而且只要其行使選擇權，一定可以獲得市場行情與約定價格之差價乘以約定數量之價差利益，而該價差利益正由出售選擇權者負擔。出售選擇權者在選擇權期限屆至前，如果不預為選擇權標的之融資買進或融券賣出的避險交易，則在選擇權人依約行使其選擇權時，出售選擇權者必然遭受等於該價差利益之履行損失。如不為避險交易，該履行損失之有無及大小完全射倖

地取決於權證標的之行情。在對自選擇權買賣之雙務契約中取得之前開權利金課徵所得稅時，為該權利金之營利事業所得的計算，依所得稅法第二十四條第一項所定之淨額原則，應容許選擇權之出賣人減除該價差利益構成之履行損失。這不因選擇權標的為證券或為其他財產而有差異。

三、出售選擇權者有義務從事避險交易以防止或減少該履行損失

關於上述履行損失，出售選擇權者如果真是聽天由命，放任其依市場行情之漲落而發生，則選擇權之買賣便等於是法律禁止之買空賣空的賭博行為（最高法院八十三年度台非字第六五號刑事判決），可能引發大量之違約行為，影響金融市場之交易安全。當年，證期會（行政院金管會之前身）為確保認購（售）權證之發行的交易安全，除規定發行人應開立避險專戶，從事避險交易，以避免該損失外，並禁止就權證標的從事避險以外之證券交易（證期會八十六年六月十二日台財證（二）字第三二九四號函參照（註十三））。此外，並應分別記帳，管理因避險而融資買進之證券或融券賣出之現金。所以該避險交易之證券交易與其他證券交易不但能按交易之經濟目的的關聯予以區分，而且其會計紀錄及證券管理是完全區隔的。

四、準備履行損失與履行損失皆應為權利金所得之計算上的減項

為避免上述履行損失，出售選擇權者必須就選擇權標的預為準備履行的交易。實務上稱該準備履行的交易為避險交易，已如前述。其目的在於控制因出售選擇權而負擔之履約風險可能造成之損失的範圍。以選擇權標的是證券為

例，為認購權證或認售權證從事避險交易，除分別會有融資或融券之利息、證券交易手續費、證券交易稅構成之成本費用及稅捐負擔外，其為避險而短線進出調節標的證券或現金的準備部位，亦可能有損益發生。以上成本、費用、稅捐及損益之加總即是出售選擇權者為準備履行所遭受之避險損益。然依大數法則，在大多數的情形，發行人會遭受證券交易損失。其中道理為：在認購權證之避險方法為融資買進，其高於約定價格之漲價利益，因權證持有人行使選擇權而歸屬於持有人；其低於約定價格之跌價損失，因權證持有人不行使選擇權而基本上歸屬於權證發行人。在認售權證之避險方法為融券賣出，其低於約定價格之跌價利益，因權證持有人行使選擇權而歸屬於權證持有人；其高於約定價格之漲價損失，因權證持有人不行使選擇權而基本上歸屬於權證發行人。避險交易的功能為：以較低之準備履行的避險損失，防止或減少權證發行人放任權證購買人行使選擇權時可能遭受之難以預測的較高履行損失。在出售選擇權者之損益的計算上，該準備履行損失與履行損失間有替代關係。履行損失本來既是出售選擇權者之損益計算上的減項，則與其具有替代關係之準備履行損失自當亦為其減項。

中華民國九十六年七月十一日修正公布之所得稅法第二十四條之二第一項前段規定:「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。」該項規定肯認所得稅法第四條之一規定之適用範圍過廣，超出其目的所需之規範對象，不當排擠同法第二十四條第一項之淨額原則的適用範圍，造成不符合實質課稅原則之課徵結果。因此，予以修正，限縮所得稅法第四條之一在實務上認定之適用範圍，使認購（售）權證之發行權利金之所得的計算，符合淨額原則。

所得稅法第二十四條之二第一項前段規定之增訂的功能在於：修正實務上在前開函釋對於所得稅法第二十四條第一項與第四條之一之體系關係的解釋，以使第四條之一的適用不產生違反淨額原則及費用損失與收入配合原則的結果。所以該增訂之意義應定性為：確認同法第二十四條第一項本來當有之適用範圍，而非引入新的規範內容。

五、所得的計算不得背離淨額原則及費用損失與收入配合原則

所得的計算不得背離淨額原則及費用損失與收入配合原則。背離該等原則，將產生以收入毛額為所得，對之課徵所得稅的結果，根本牴觸所得與收入之概念的分野，違反無所得即無所得稅的原則。由於各人對於所得稅之建制原則的信念不同，可能在量能課稅原則的適用，有不同的看法。例如為淨額之計算，對於收入得減除之成本、費用、損失及稅捐等項目，得減除之百分比及絕對數額等，或許在數量或程度上，有應予如何限制的不同政策或看法。但對於為履行或為準備履行債務而發生之費用、損失或稅捐，如根本不許減除，或在形式上准許減除，而實際上不准許減除，以致在結果上，等於以因負擔該債務而取得之收入的毛額為所得，對之課徵所得稅，則該政策或看法違

反量能課稅原則不再有任何疑問。

不論以什麼理由，認為發行認購（售）權證之權利金收入，應依所得稅法第四條之一以外之其他規定，課徵營利事業所得稅時，在與該權利金收入有關之所得的計算，即應遵守所得稅法第二十四條第一項所定之淨額原則，容許減除其發行人為履行及為準備履行該權證所載之選擇權債務所發生之費用、損失及稅捐（例如證券交易手續費、證券交易損失及證券交易稅），而不得因該權證之標的為證券，而認為發行人為履行及為準備履行該權證所載之選擇權債務所從事之證券交易的所得與損失，應適用所得稅法第四條之一，不再得認列其損益，以與該權利金收入加總計算其所得。

由於為履行及為準備履行權證債務而從事證券交易，對於發行人而言，有證券交易所得的或然率及數額，遠低於有證券交易損失的或然率及數額。是故，主張以證券交易所得之免稅，交換證券交易損失之減除的排除，對於納稅義務人不利。以自民國八十七年至九十三年七月底之前到期之認購（售）權證的避險交易為例（註十四），發生證券交易所得之檔數為 179 檔，盈餘金額為新臺幣（下略）2,838,487,023.00 元；發生證券交易損失之檔數為 341 檔，虧損金額為 12,903,175,148.00 元。上引證券交易所得與證券交易損失之總數額的比值大約是：「證券交易所得：證券交易損失＝1：4.6」（請參見李存修，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，九十三年八月）。

將為履行及為準備履行權證債務所從事之證券交易的所

得或損失與發行權利金收入併計損益，不但符合淨額原則，而且亦公平處理徵納雙方的利益。如依所得稅法第四條之一，將該為履行及為準備履行權證債務而發生之證券交易損益，自該權利金收入之所得的計算分離出來，並與其他無關之證券交易所得及損失一體適用該條規定。則關於同一交易，就其認購（售）權證之交易的權利金收入，適用所得稅法第二十四條第一項計為營利事業收入；而就其費用損失，不准適用同項規定，而認為應適用所得稅法第四條之一，不得自該營利事業收入減除，以計算自該權利金收入獲得之營利事業所得。該偏頗於國庫利益之見解與司法院釋字第三八五號解釋禁止割裂適用法律之解釋意旨不符。

認購（售）權證發行人為履行及為準備履行該權證所載之選擇權債務所從事之交易固為證券交易，但該證券交易與發行人為其他目的所從事之證券交易，在會計紀錄及財務管理上，依法皆應完全獨立，無混淆之虞。是故，為履行及為準備履行所發生之費用及損失可明確歸屬於其發行之認購（售）權證的權利金收入。因此從其事務上之合理關聯，沒有理由僅因所得稅法第四條之一在文字上未將《為履行及為準備履行選擇權債務之證券交易》及《非為履行及非為準備履行選擇權債務之證券交易》加以區別，並將《為履行及為準備履行選擇權債務之證券交易》排除在該條之適用範圍外，即可認為《為履行及為準備履行選擇權債務之證券交易》亦應有該條之適用。蓋拘泥於該條文字之適用結果，將引起在該權證權利金收入之所得的計算，完全不容許減除為該權證所載選擇權債務之履行或為準備

履行所發生之費用、稅捐或遭受之損失，以致在結果上以該權利金之收入的毛額全部為其所得額之完全不符合淨額原則的情事。

因為稅捐稽徵機關透過符合事理之解釋，本來得將為履行及為準備履行權證債務而獲得之證券交易所得計入該認購（售）權證之發行所得中，併同課徵營利事業所得稅，所以稅捐稽徵機關如捨此而不為，並不得以發行人為履行及為準備履行權證所載選擇權債務，有時亦可能發生證券交易所得，且就證券交易所得，依所得稅法第四條之一，亦不對發行人課徵所得稅為理由，不容許發行人在為履行及為準備履行權證債務而有費用、稅捐及損失時，將之自其權利金收入中減除，以計算其自權利金收入取得之所得。

伍、發行人依規定自行購買其於發行時未能對外發行之認購(售）權證時，該發行權利金收入的擬制

所得稅法第二十四條第一項前段規定：「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。」然後才按計得之所得額適用該當稅率計算其應納所得稅額。今倘根本無收入，其計算之結果當即無所得額。在事實上無收入的情形，該項規定並無授權稅捐稽徵機關得擬制營利事業有該收入。

按中華民國八十八年十一月十六日修正通過之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七點第一項規定：「七、發行公司應依下列規定辦理並檢送相關資料予本公司：(一）本公司出具同意其認購（售）權證發行計畫之文件後，發行人應將認購（售）權證銷售之公告報紙三份於公告後二日內檢送本公司，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三個營業日以前，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十個營業日。」故發行人發行認購（售）權證須「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣。復按中華民國九十二年五月二十三日修正通過之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十條第二款第二目規定，發行人於不超過上市單位30%內，得持有其發行之權證。從而，發行人於未能將其所發行之權證全額銷售完畢時，應自行認購之。

發行人於發行時未能將預定發行之認購（售）權證完全對外發行者，依規定應全部自行購買其餘額。實務上並對該自行購買之認購（售）權證，擬制有發行權利金之收入，並就該擬制發行之權利金收入課徵營利事業所得稅。然縱使與認購（售）權證之發行有關之金融法規有規定發行人應自己購買其未能完全發行之認購（售）權證。但因其係自己購買，就該自己購買的部分，其價金之收入與支出相減的結果必然是零，發行人不可能有權利金收入發生。該權利金之收入僅是擬制，而實際上並未發生。以擬制發生之權利金收入為所得稅之課徵標的，違反所得稅法第二十四條第一項前段關於所得額之計算應以營利事業之收入為基礎的規定，顯然違反租稅法律主義。

陸、關於認購（售）權證之發行收入的營利事業所得稅，其稽徵方法及稅基之計算結果，有無違反平等原則之情事

在這裡所稱稽徵方法，指推計課稅或核實課徵；所稱稅基之計算結果，指淨額或毛額。

在來自發行認購（售）權證之發行權利金收入之所得的計算，對於發行認購（售）權證之本國證券商，一概採核實課徵，但又以所得稅法第四條之一為依據，完全不准本國證券商自該權利金收入減除其為履行或為準備履行權證所載選擇權債務所發生之費用或遭受之損失，以致其稅基最後以該權利金收入之毛額全部為其計算結果。反之，對於發行認購（售）權證之外國證券商，實務上卻有容許依所得稅法第二十五條的規定，推計其發行人為履行及為準備履行權證所載選擇權債務所發生之費用或遭受之損失為其收入之 85%的情形。其結果，以外國證券商權利金收入之 15%推計其營利事業所得稅稅基。該推計的見解，含肯認發行人可能有為履行及為準備履行權證所載選擇權債務而發生證券交易損失，且不因其為履行及為準備履行亦有可能發生證券交易所得，而否認其如有證券交易損失亦得自其權利金收入減除。然該見解對於聲請案為何不能適用？

其實，即便是外國證券商，當其發現依我國財稅實務，該特殊待遇終非永制，亦在忽而容許其全身而退後，即不再進場。不知該不再進場的現象給主管機關多少啟示？不能一體對待之難以預測法律效力的稅法環境，縱使是外國證券商有例外可全身而退的可能性，亦不敢冒然一再嘗試。這應已明白顯示，難以預測法律效力之稅法環境，將有礙於亞太金融中心之營造。

柒、所得稅法第四條之一之解釋與適用問題

一、所得稅法第四條之一的規定引起疑義

認購（售）權證的發行係以選擇權為標的之權利買賣。雙方互負有對價關係之給付與對待給付的義務：購買人負

給付價金（權利金），發行人負履行選擇權的債務。因此，在認購（售）權證的發行，發行人固有權利金收入，但該收入必須減除其為發行及為履行或為準備履行所負擔之各項成本費用、損失及稅捐後，始有以其純益額為範圍之發行所得額。在認購（售）權證的發行，發行人為發行及為履行或為準備履行可能負擔具有選擇權買賣之特徵的各項成本費用、損失及稅捐。例如在以證券為權證標的之情形，發行人為履行或為準備履行其選擇權債務，必須先後與第三人及認購(售)權證的持有人從事權證標的之證券交易。因此，首先至少會發生證券交易稅及證券交易手續費等費用。其次，發行人如自第三人融資或融券，以遵守主管機關的法令，從事避險交易，則除上述費用外還會有利息費用。更重要的是：發行人所從事之履行交易或避險交易如果發生損失，同樣會減少發行人可能自其發行權利金獲得之盈餘。該等費用、損失及稅捐之減除為所得稅法第二十四條第一項前段所定之自明的道理，不因權證標的究為大麥、玉米、黃豆、黃金、外匯或證券而有差別。然由於所得稅法第四條之一規定：「自中華民國七十九年一月一日起，關於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。」引起發行人上述避險交易損益是否得與其權利金收入併計，以計算其認購（售）權證之發行損益的疑義。

二、財政部八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函對該疑義的解釋

對該疑義，財政部八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函釋：「認購（售）權證發行人於發行時

所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第二十二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，並依所得稅法第四條之一規定辦理。……」該函釋雖首先肯認所得稅法第二十四條第一項前段的規定意旨，釋稱：「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。」但緊接著矛盾地指示：「並依所得稅法第四條之一規定辦理。」蓋既然規定「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」於先，如何又可規定「依所得稅法第四條之一規定辦理」一概不准減除於後？當其形式上各有法律依據，而前後矛盾構成規範衝突時，究竟應依所得稅法第二十四條第一項前段，容許認列損益，或主張所得稅法第四條之一是第二十四條第一項前段的特別規定，應依第四條之一，不准認列損益？

三、所得稅法第二十四條第一項前段與第四條之一的規範衝突

按「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之」（司法院釋字第四二０號解釋參照）。且「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」（司法院釋字第五九七號解

釋文)。要之，稅捐稽徵機關不但解釋稅法應「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」，而且其所據以課稅之「法律之內容且應符合量能課稅及公平原則」。

在立法機關未明白肯認其中一個條文是特別規定的情形，要透過解釋化解所得稅法第二十四條第一項前段與第四條之一間之規範衝突，應視二者中，哪一個規定較「符合量能課稅及公平原則」而定。

四、所得稅法第四條之一的適用範圍

所得稅法第四條之一就其適用對象雖僅規定「證券交易所得」及「證券交易損失」，未對於證券交易加以分類。但與聲請案件有關者，實務上已有二對分類：(1)《發行認購（售）權證之證券交易》與《買賣認購（售）權證之證券交易》，(2)《為履行及為準備履行權證債務而為之證券交易》與《非為履行及非為準備履行權證債務而為之證券交易》。此外，還認為《發行認購（售）權證之證券交易》與《買賣認購（售）權證之證券交易》應予區別，並將《發行認購（售）權證之證券交易》排除在所得稅法第四條之一的適用外；反之，認為《為履行及為準備履行權證債務而為之證券交易》與《非為履行及非為準備履行權證債務而為之證券交易》應不予區別，並從而應一概適用所得稅法第四條之一。

實務上無視於《發行認購(售)權證》確實是證券交易，與股票之發行非屬於證券交易之不同，而卻因其同是第一次製作後交付於相對人，即認為皆應無所得稅法第四條之一的適用。反之，《為履行及為準備履行權證債務而為之證

券交易》雖僅與其所為之權證債務的履行有關，而與《非為履行及非為準備履行權證債務而為之證券交易》無關，但財政部卻因其同係證券交易，而認為應一概適用所得稅法第四條之一。同樣是二個不同類型之證券交易，無視於其實質，而在第一個情形，認為《發行認購（售）權證之證券交易》無所得稅法第四條之一的適用；在第二個情形，認為《為履行及為準備履行權證債務而為之證券交易》與《非為履行及非為準備履行權證債務而為之證券交易》應不予區別，一概適用所得稅法第四條之一。其法律解釋除朝向有利於國庫而為解釋外，所依據的方法並不一貫。

基於分離課徵之特別規定，所得稅法將一個人當成以證券之買賣為其業務之人，將其全部證券交易集中為一個損益的計算中心，以結算其損益，且該損益因分離課徵，而皆不與該人之其他可稅所得或損失併計。在此情形下，所得稅法第四條之一的規定固可言之成理。但特定範圍之證券交易，如係為履行或為準備履行因取得其他可稅所得（例如權利金）而負擔之債務，則該特定範圍之證券交易因與第四條之一所定免稅之證券交易無經濟目的上之關聯，所以依該條意旨，應不在其適用範圍之內。蓋該條規定之意旨為：全部證券交易之結算結果，有所得時，既對之停止課徵所得稅；則結算結果有損失時，證券交易損失也就不得自其他可稅所得減除。然為履行或為準備履行因取得可稅之選擇權權利金收入而負擔之債務，而為證券交易時，債務人因此所遭受之證券交易損失係為其應課所得稅之選擇權權利金收入而負擔之損失。因此，除非免除選擇權權利金收入之所得稅義務，否則即應容許自該權利金收入減

除為履行或為準備履行該選擇權交易的債務所遭受之證券交易損失，以計算該選擇權交易之權利金收入的所得。

五、避險之證券交易能與所得稅法第四條之一所定之證券交易明確劃分

為防止發行人買空賣空及操縱證券市場，認購（售）權證之發行的主管機關除規定其發行人應從事避險交易外，並禁止其就權證標的，從事避險以外之證券交易。因此，認購（售）權證之發行人為從事相關避險證券交易所引起的損益，與其他證券交易之損益在計算上無混淆之虞。是故，容許發行人將其在發行後，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損失，於履約時認列損益，自其權利金收入減除，不致於發生容許免稅所得之證券交易損失自應稅之權利金收入減除的情形。反之，如依所得稅法第四條之一，一概不容許將避險交易之損失自其相關之權利金收入減除，則有要求將屬於應稅之權利金收入的履行或避險（準備履行之）證券交易損失，與其他無經濟目的之關聯之證券交易的免稅所得併計其損益之不合理情形，違反成本費用損失與收入之配合原則（司法院釋字第四九三號解釋參照）。因此，就避險交易損失，在前述函釋所示的規範衝突，應解釋為：依所得稅法第二十四條第一項前段，容許認列損益，始符合司法院釋字第四二0號、第五九七號及第四九三號解釋所昭示：稅捐稽徵機關不但解釋稅法應「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」，而且其所據以課稅之「法律之內容且應符合量能課稅及公平原則」的意旨。

六、雙務契約之所得的計算應准減除履行或準備履行之費用及

損失以符淨額原則

認購（售）權證的發行為一種選擇權的交易行為。雙方互負有對價關係之給付與對待給付的義務。發行人是否因該權證的發行而獲得盈餘，視其為履行該選擇權債務所發生之成本費用及損失是否大於其權利金收入而定。該選擇權交易之損益的結算方式，不因選擇權標的是否為股票或為其他停徵證券交易所得稅之證券而異。財政部八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函：……應於履約時認列損益，並依所得稅法第四條之一規定辦理。……」及財政部八十六年七月三十一日台財稅第八六一九０九三一一號函：「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……並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」實務上依上開二函釋認為，發行人為履行或為準備履行認購（售）權證之選擇權債務，從事權證標的股票之交易所發生的損失，不得自權利金收入減除，而應與跟該選擇權債務之履行或準備履行之無經濟目的之關連的其他證券交易一體適用所得稅法第四條之一的規定辦理，以致在認購（售）權證之選擇權交易所得的計算，實際上等於不准核實減除發行人之對待給付的費用。這顯然違反所得稅法第二十四條第一項規定之淨額原則，除不符憲法第十九條關於租稅法律主義的規定外，並造成在營利事業所得稅稅基之計算上，就履行損失及避險交易損失之減除，未「衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則」而為認定，違反量能課稅原則的結果（司法院釋字第五九七號解釋參照），牴觸憲法第十五條關於財產權之保障規定。

捌、所得稅法第四條之一的檢討

所得稅法第四條之一在立法時未周全考量各種證券交易之規範上的需要，以致有規定範圍過大的情形。未區別：(1)「發行認購（售）權證之證券交易」及「買賣認購（售）權證或其權證標的之證券交易」,(2)「為履行及為準備履行權證所載選擇權債務所從事之證券交易」及「非為履行及非為準備履行權證所載選擇權債務所從事之證券交易」。沒有妥適按該區別為規範規劃，導致（1）在要對於證券商之發行的「業務收入」課徵營利事業所得稅時遭遇說明上的困難，（2）在對該業務收入課徵營利事業所得稅時，不准減除「為履行及為準備履行權證所載選擇權債務所從事之證券交易」的費用及損失。

當發現由於立法不周全而產生遵守淨額原則及費用損失與收入配合原則，以量能課稅之困難時，應在立法上及執法上儘速謀求公平的解決。而不是依靠解釋權之優勢，可以時而在發行之業務收入的課稅，例外於所得稅法第四條之一，時而在該發行之業務收入之所得的計算，緊抓該條規定之文字不放，縱使緊抓的結果係以該發行之業務收入的毛額為其所得稅之稅基，亦不改其志，儘往對於國庫有利的方向解釋。這不是現代實質法治國家應有的現象。

當法律規定有不周全時，執行法律的機關應當力圖補救，使法律之規定內容經補救後，還是符合其應遵守的法律原則。

由於稅捐法是由國家機關研擬制定，如有疑義，即使不要求應作有利於納稅義務人之解釋，至少其解釋的結果應當公允地符合事務法則，不得有所偏頗。在聲請案所涉法律事

實，其最根本的問題是：在選擇權之買賣的雙務契約，當財政部解釋，要對其權利金收入課徵營利事業所得稅時，便必須力求遵守淨額原則及費用損失與收入之配合原則，計算發行人自該權利金收入取得之所得。不可執任何所得稅法或其他與證券交易有關之規定為依據，試圖背離淨額原則及費用損失與收入之配合原則，強勢主張以該權利金收入之毛額全部為其所得，對發行人課徵營利事業所得稅。否則，不論所涉聲請案之稅額的大小，將使有權機關的解釋失去以理服人，領導群倫的權威地位。結果將是：稅法規定之法律效力的可預測性下降至不能忍受的程度。如果因此使國內外企業選擇離開或尋求特殊待遇，以免除不當稅法規定形塑之營運障礙，則將煩不勝煩，面子裡子皆輸，得不償失。外國證券商淺嚐之後，即全面退出認購（售）權證之發行市場，應已可以給我們足夠清楚的警示。

因為認購（售）權證之履約及避險專戶的管理不成問題，所以只要有公平量能課稅的心志，要規劃認購（售）權證之公平的所得稅制並不困難。然對於認購（售）權證之所得稅的課徵之實踐情形，為何不但事先不能規劃能夠圓滿達到稽徵目的之相關規定，而且事後耗費十年以上的時間才能立法解決。此外，至今尚有後遺問題。這不是單純之法律釋義學的問題，需要從政治、社會及文化面相，澈底省思，才能理性認識事實真相及其中的事務法則，以走出柳暗，進入花明的境地。

金融市場是一個高度國際化的市場，如不努力使其相關稅捐法制接近於進步國家所要求之建制及執法原則與標準，則本國金融事業將只能試圖以走偏鋒的方法，在國內有限之夾

縫中求生存，而不容易鍛鍊出必要的氣魄與能力，力爭在國際市場出人頭地。

註一：86 年 05 月 23 日 86 台財證（五）第 03037 號函參照。

註二：證券交易法第 22 條第 1 項規定：「有價證券之募集與發行，除政府債券或經財政部核定之其他有價證券外，非經主管機關核准或向主管機關申報生效後，不得為之；其處理準則，由主管機關定之。」

註三：證券交易法第 140 條規定：「證券交易所應訂定有價證券上市審查準則及上市契約準則，申請主管機關核定之。」

註四：發行人申請發行認購(售)權證處理準則第 7 條第 8 款規定參照。

註五：臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（86.6.4）第 5 條第 2 項第 3 款、第 6 條第 6 款第 7 目規定；財團法人中華民國證券櫃臺買賣中心證券商營業處所買賣認購(售)權證審查準則第 4 條 2 項第 4 款、第 8 條第 7 款規定參照。

註六：發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 7 條第 8 款、臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（86.6.4）第 8 條第 11 款規定參照。

註七：證交所(86)台證上字第 29888 號函(86.9.18)：「要旨：認購(售)權證發行人避險專戶之設立。主旨：為符合主管機關對發行人風險控管應予逐日控管之要求，本公司已研擬有關認購（售）權證發行人整體風險之控管措施如說明，請　查照。說明：一、依據主管機關 86 年 9 月 3 日（86）台財證（五）第 04401 號函辦理。二、發行人如為自行避險或部分自行避險，應另設避險專戶，作為發行人發行認購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。上開由發行人開設之帳戶須先向本公司申報，並只得買賣其所發行之認購權證及標的證券，帳戶中

之股票並不得申請領回。發行人於其避險沖銷專戶買賣標的證券時可不受開盤前申報買進（賣出）價格不得高於（低於）前一營業日收盤價，及漲停不得買進、跌停不得賣出之限制。三、發行人如全數委託其他金融機構避險，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。另其委託之金融機構亦須於發行人處開設帳戶，作為其發行認購權證之後建立避險部位之用。」

註八：證交所 90 年 9 月 24 日修正認購（售）權證上市審查準則時，已在其第 14 條第 2 項規定：「發行人前項專戶戶號一律為自營商帳號下之八八八八八–八，（後略）。」現行認購（售）權證上市審查準則（100.9.28）第 14 條則規定：「（1）發行人應於初次發行國內及以國內證券為標的證券發行海外認購（售）權證時向本公司申請設立專戶，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。發行人如全數委託其他機構避險，該專戶則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專戶，作為其發行認購（售）權證之後建立避險部位之用。（2）前項發行人專戶一律設於自營商帳號下，惟外國發行人係透過直接或間接持股百分之百之子公司在中華民國境內設立分支機構提出申請者，該外國發行人應於該分支機構證券經紀商部門設立避險專戶；風險管理機構於發行人處開設之避險專戶，應設於證券經紀商部門。上開避險專戶帳號一律為八八八八八八–八，均須先向本公司申報，並只得買賣因避險所採之避險金融工具，另於該避險專戶內之有價證券一律不得辦理質押。」櫃買中心 92 年 3 月 26 日發布之證券商營業處所買賣認購（售）權證審查準則第 14 條，亦設

有與證交所認購（售）權證上市審查準則相同之避險專戶帳號之規定。

註九：臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（90.9.19）第 17 條：「發行認購（售）權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的證券外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的證券；發行前自營部門已持有之標的證券，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算，如係採委外避險者，受委託之風險管理機構亦不得另外自行買進賣出該標的證券。」

註十：臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（93.6.14）第 17 條：「發行人自營部門於該認購（售）權證核准發行後一個月內及到期前一個月內，除基於風險沖銷之需求或本公司另為規定之情事者外，不得自行買進賣出該標的證券。但上（下）限型認購（售）權證有提前到期之情形者，不在此限（第一項）。發行人應於每月五日前，將前月份其自營部門自行買進賣出所發行權證之標的證券相關資料（含交易日期、標的證券名稱及數量等）函報本公司。發行人如係採委外避險者，其受委託之風險管理機構，或發行人為外國機構者，其在中華民國境內之分支機構或直接或間接持股百分之百之子公司在中華民國境內設立之分支機構所屬之自營部門，準用第一、二項之規定（第二項）。認購（售）權證存續期間內，發行人自營部門與避險專戶部位之同一標的證券，除另有規定之情形外，不得辦理相互轉撥（第三項）。」

註十一：臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（95.1.20）第 17 條：「發行人自營部門之自行買賣及就所發行認購（售）權證之避險買賣，不得有影響市場價格公平性及損

及投資人權益之情事，並應配合訂定及執行有效之內部控制制度（第一項）。發行人應於每月五日前，將前月份其自營部門自行買進賣出所發行權證之標的證券相關資料（含交易日期、標的證券名稱及數量等）函報本公司（第二項）。發行人如係採委外避險者，其受委託之風險管理機構，或發行人為外國機構者，其在中華民國境內之分支機構或直接或間接持股百分之百之子公司在中華民國境內設立之分支機構所屬之自營部門，準用前二項之規定（第三項）。認購（售）權證存續期間內，發行人自營部門與避險專戶部位之同一標的證券，除另有規定之情形外，不得辦理相互轉撥（第四項）。前四項所稱自營部門，包含相當於自營部門之單位或買賣帳戶（第五項）。」

註十二：97 年 10 月 31 日刪除之證交所認購（售）權證上市審查準則第 18 條原規定：「（1）發行人應於權證上市存續期間逐日將預計避險部位與實際避險部位等資訊輸入本公司指定網際網路資訊申報系統，發行人採委外避險者，仍應依規定申報風險管理機構之避險資訊。（2）發行人申報之預計避險部位與實際避險部位連續三個營業日，或最近六個營業日內有三個營業日差異逾正負百分之二十時，本公司應即要求發行人說明原因並得進行實地瞭解，如發現其說明顯欠合理時，得予計點乙次，計點累計達三次者，限制其未來一個月內不得申請發行權證。若差異逾正負百分之五十者，本公司得強制發行人執行避險沖銷策略。（3）發行人為外國機構者，依第一項申報之避險部位，如實際避險部位小於預計避險部位時，應於避險專戶中補足上開差異部位表彰標的證券市值之金額。（4）發行人發行以國內證券為標的之海外認購（售）權證之避險操作，準用本條各項規定。」97 年 10 月 31 日刪除之櫃買中心證券商營業處所買賣認

購（售）權證審查準則第 24 條，原本亦有與當時證交所認購（售）權證上市審查準則相同之逐日申報之規定（請詳上註）。

註十三：證期會 86.6.12 台財證（二）字第 03294 號函說明二認為，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；發行認購（售）權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算。

註十四：該統計資料乃係針對金鼎證券及亞東證券以外之十八家證券商，自 87 年至 93 年 7 月底之前到期之認購（售）權證作相關分析。蓋金鼎證券所提供之資料不足以進行成本估算，而亞東證券所發行之權證皆尚未到期，無確切之成本數據。請參照李存修，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。

抄兆豐證券股份有限公司代表人簡鴻文釋憲聲請書

緣最高行政法院 97 年度判字第 00183 號判決（附件 1）所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函（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、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 635 號等多號解

釋先例，而有牴觸憲法之疑義，爰聲請　鈞院大法官會議解釋，以保障人民基本權。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。

壹、聲請解釋憲法之目的

聲請人依司法院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，依現行所得稅法第二十二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，並依所得稅法第四條之一規定辦理』，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，卻認因發行權證須避險操作標的股票以便投資人行使權利，證券商就該等售出或購入標的股票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避險交易所生之損失不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 號解釋『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。設所得稅法第 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原則、實質課稅原則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，已逾其因該交易所生之所得，違反憲法第 15 條對人民財產權、工作權之保障，及憲法第 23 條比例原則。且前揭釋示對權證避險措施之定性，與本院釋字第 420 號、第 625 號解釋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，第 3、4 頁）。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 號、第 185 號、第 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

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，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 號函「就認購權證及其標的股票之交易所得停徵所得稅」（附件 4）及 12 月 11 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」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。

本件系爭之「權證」，係金融市場中之衍生性金融商品的一種。其操作方式乃以少許金額購買某一檔特定標的股票，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，係用槓桿方式以小博大的金融商品。故權證本身（以認購權證為例）價格會隨其標的股票價格漲跌呈正向或反向變動。

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。權證發行者依權證發行契約，既有依契約約定價格出售（買入）標的股票之義務，因無法預測標的股票未來可能之漲跌幅度，為確保將來有履約能力，必須事先精算相對應持有一定數量之標的股票，備供權證持有人要求履約時得以履行股票交付之義務，而非待權證持有人要求時再從證券市場買入，蓋此時標的股票價格已過高，權證發行者可能無力負擔此一價差。故而，權證發行者乃採取其在可能承擔價差之範圍內，事先依標的股票價格之漲跌，依據國際通用之避險交易公式(Black and Scholes Model)及避險交易實務(delta hedge)，計算標的股票高於或低於履約價格之可能性，同步買進或賣出一定之標的股票。避險操作原則（以認購權證為例）是：若標的股票股價下跌，則權證持有人履約可能性降低（即購入標的股票之動機下降，因價差小獲利期待亦小），權證發行者必須持有之標的股票應減少，因此應出售標的股票；反之，若標的股票股價上漲，則權證持有人履約可能性升高（即購入標的股票之動機高，因價差大獲利期待亦大），權證發行者必須持有之標的股票應增加，因此應購入標的股票，以準備投資人行使認購權時，可以履約使用。因此，標的股票如有漲價，其漲價利益實質係歸屬於投資人享有，而非聲請人證券商享有。其結果，權證發行者為了避險，將永遠在「追漲殺跌」，在高價時更買進，在低價時更賣出，其依國際通用之避險交易公式(Black and Scholes Model) 及避險交易實務(delta hedge)從事避險行為，其最終結果實難有任何利得。而是以「減少損失」為目的，但此實為「斷臂求生」策略，證券公司必須藉由避險損失控制，始不致

於因向權證購買者收取權利金而承擔無限制風險。

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 Black-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。

證券交易主管機關自然深知權證交易之特性，為了維持證券市場穩定，避免權證發行券商無法履約，遂以行政命令，強制要求發行權證之券商必須有避險配套措施方能發行，並透過行政權，嚴密監督發行權證券商是否切實執行避險措施，輕為記點，重則停止券商發行權證。此有發行人申請發行認購（售）權證處理要點及臺灣證券交易所股份有限公司認購(售)權證上市審查準則有關規定可稽(附件 5 及 6)。

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；另由法規範面觀察，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。從而，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，與其相關必要之避險損失，實係互為條件，具有直接因果關係。故於經濟實質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。

權證課稅爭議自民國 86 年權證此一新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，原本權證案件於臺北高等行政法院獲得為數甚多之實體上有利納稅義務人之判決，豈料經稽徵機關上訴至最高行政法院後，目前已獲確定判決之案件均逆轉為納稅義務人敗訴（附件 7、截至聲請日行政法院權證交易相關判決一覽），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。本案聲請人 90 年營利事業所得稅核定事件，經最高行政法院 97 年度判字第 183 號判決逕依財政部 86 年函釋，廢棄聲請人於臺北高等行政法院 94 年度訴字第 1669 號之勝訴判決，並駁回聲請人在第一審之訴，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）本件最高行政法院確定判決以下述數點理由廢棄原對聲請人有利之判決並駁回聲請人在第一審之訴：

1. 財政部 86 年函釋對避險而買賣標的股票所生之損失，依行為時所得稅法第 4 條之 1 規定，停止課徵證券交易所得稅，則依損益配合原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除。且行為時所得稅法第 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，財政部 86 年函釋符合所得稅法第 4 條之 1 規定意旨，自應予以適用。

2. 券商對標的股票漲即買、跌即賣之「追漲殺跌」避險交易行為，為其履約之準備，而其避險交易可能產生損失，亦可能產生利益，難認為發行權證之成本或費用。

3. 況個別之收入有其對應之成本費用，所產生個別之損益，不能成為他項收入之成本費用，此觀行為時所得稅法施行細則第 31 條規定自明，故行為時所得稅法第 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。如准減除則會侵蝕應稅之認購權證權利金所得。

4. 券商發行權證前已知悉避險交易可能發生損失，經充分衡量其發行該認購權證之利潤後，再行決定該

權利金之金額，以作為發行最符合其經濟效益之商品，自不得僅因其依照於發行認購權證時約定應買進或賣出股票時之證券交易，即謂該種證券交易，係出於強制而與一般消費者為證券交易有所不同，因而於稅收上異其計算，否則自有違反租稅法律主義及租稅公平原則。

5. 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。

6. 縱然發行權證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 於此種情形應否作例外規定或修法之問題。例如受捐贈收入、補償費收入、利息收入及認購權證之權利金收入等，其收入性質本無成本費用，或費用金額相對微小，形成收入與所得金額相近或對毛收入課稅之結果，此係依所得稅法第 24 條實質課稅原則計算所得之結果，難謂違反實質課稅之公平原則。

7. 縱系爭避險損失會計上可認為本件權證權利金收入之成本，亦因行為時所得稅法第 4 條之 1 有明文規定，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，即當然於本件可將避險措施所造成證券交易之損失作為成本費用予以扣除，本件原處分係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律。

8. 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。是觀之所得稅法第 36 條（捐贈）、第 37 條（交際費）、第 43 條之 1（不合營業常規之調整）、第 49 條（壞帳）、第 51 條之 1（折舊）等之規定，二者範圍自非完全相同。
9. 按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。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。
10. 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類中扣除，如獨對權證發行者之特別待遇，亦有違反平等原則。
11. 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，並無違反量能課稅原則。
12. 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。

原審判決竟稱行為時所得稅法第 24 條第 1 項規定為所得稅之核心價值，應優先於其他規定適用，認同將避險股票交易損失列報為發行認購權證之成本，形成有所得無法課稅，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。

（二）綜觀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 及其施行細則第 31 條所為之合法解釋，抑或違反行為時所得稅法第 24 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 條為所得稅法第 4 條之 1 之特別規定；又或應採法律體系一致性之合理解釋？何種論點始與　鈞院釋字第 493 號解釋意旨相符？此問題即是針對本件確定判決所持之上開理由之 1.、3.、4.、5.及 12.部分。
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？此問題即是針對本件確定判決所持之上開理由之 2.、3.、7.、12.部分。
3. 從量能課稅原則而論，成本費用之認列是否得有無

限制之立法形成自由？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？此部分即是針對前開判決理由 6.、9.及 11.部分。

4. 依平等原則以言，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？其界限何在？此部分即是針對前開判決理由 7.、8.、9.部分。

三、本案之疑義與涉及之憲法條文

（一）程序部分

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，對於確定終局裁判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 97 年度判字第 183 號確定終局判決，其適用財政部 86 年函釋規定「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。」廢棄聲請人於臺北高等行政法院獲得勝訴之判決，並維持原核定對於聲請人發行權證之權利金收入，其相關必要之避險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。依　鈞院釋字 374 號解釋理由書，行政機關之釋示，若為最終確定判決之裁判依據，亦得為解釋憲法之審查客體。故前揭財政部 86 年函釋屬　鈞院大法官解釋憲法與審查之客體。

（二）實體部分

本案確定終局判決適用財政部 86 年函釋，廢棄原審關於權證交易之相關避險成本可認列為發行權利金收入之成本減項，駁回聲請人請求撤銷財政部臺北市國稅局否准認列系爭權證交易之相關必要之避險損失部分。然而財政部 86 年函釋有違量能課稅原則、客觀淨額所得原則，且對於權證交易之認定即屬對一交易事實、法律行為給予矛盾的法律評價，當屬違反體系正義、租稅正義及割裂適用禁止原則；另從租稅法律主義之觀點而論，財政部 86 年函釋顯然違反行為時所得稅法第 4 條之 1 及第 24 條之應有的合法解釋，有違租稅法律主義及法律保留原則；復以財政部 86 年函釋以權利金毛所得課稅之觀點而論，有違量能課稅原則，並非屬立法者有意形成量能課稅原則例外或進行財稅差

異，且立法者亦不得為此種裁量，否則與平等原則相左。是財政部 86 年函釋有違反憲法第 7 條平等原則、第 15 條財產權保障、第 19 條租稅法律主義及租稅公平原則、第 23 條比例原則、第 172 條等規定，以及鈞院歷年來之釋字第 385 號、第 420 號、第 493 號、第 597 號、第 607 號、第 625 號與第 635 號等解釋先例，而有牴觸憲法之疑義。

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，第 39 頁以下）。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

法律之規定不能鉅細靡遺，有關課稅之技術性及細節性事項，尚非不得以行政命令為必要之釋示。故主管機關於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（本院釋字第四二０號、第四六０號、第四九六號、第五一九號、第五九七號、第六０七號、第六二二號、第六二五號解釋參照）。」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體系相符合，而無增加法律所無之限制；另從實質合憲性而言，自前揭　鈞院釋字第 635 號解釋可知，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 年函釋主要標準，又一般實質合憲性檢驗最主要者即為比例原則(Grundsatz der Verhaltnismaßigkeit)與平等原則所構成之違憲審查基準，故聲請人亦於本案一併檢討。

本於前述，認財政部 86 年函釋有以下涉及牴觸憲法之疑義：

（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、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律明文規定。是應以法律明定之租稅構成要件，自不得以命令為不同規定，或逾越法律，增加法律所無之要件或限制，而課人民以法律所未規定之租稅義務，否則即有違租稅法律主義。最高行政法院以決議之方式表示法律見解者，亦須遵守一般法律解釋方法，秉持立法意旨暨相關憲法原則為之；逾越法律解釋之範圍，而增減法律所定租稅義務者，自非憲法第十九條規定之租稅法律主義所許」，　鈞院著有釋字第 622 號解釋理由書在案，可供參憑。

2. 次按行為時所得稅法第 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。」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。按所得稅法第二十四條第一項規定：『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委由同法施行細則第三十一條規定為營業淨利＋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四

條，觀諸所得稅法第三條、第四條及第二十四條第一項規定之立法目的及其整體規定之關聯意義，尚未違背憲法第十九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，亦即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：「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」其構成要件係證券交易所得免稅，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）對應之成本費用、損失均不得於稅上認列，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。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，為所得稅法第二十四條第一項所明定。依所得稅法第四條之一前段規定，自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得停止課徵所得稅；公司投資收益部分，依六十九年十二月三十日修正公布之所得稅法第四十二條，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，不能僅執所得稅法第 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。

4. 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 9，黃茂榮，法學方法與現代民法，第 185 至 188 頁）。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。

5. 是以，本案確定判決顯誤以為所得稅法第 4 條之 1 為所得稅法第 24 條第 1 項之特別規定，故應排除所得稅法第 24 條之 1 而單獨依所得稅法第 4 條之 1 後段之規定作為本案之法律依據，進而的法律效果，不許認列權證避險交易之損失。惟查，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 9，黃茂榮，法學方法與現代民法，第 75 至 77 頁）。所得稅第 4 條之 1 規範對象（目的）係證券交易所得免稅，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）對應之成本費用、損失均不得於稅上認列，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 4 條之 1 對於應稅收入部分對應

之成本費用並無規範，其對於所得稅法第 24 條第 1 項規範之構成要件要素，並無完全包含（亦即所得稅法第 4 條之 1 構成要件要素並無特別明示其係免稅收入對應之成本費用進行規範，所得稅法第 24 條第 1 項卻有就應稅收入對應之成本費用進行規範，二者在邏輯上就不會有完全重合之情形），在此處當不能構成所得稅法第 24 條第 1 項之特別規定，如真採特別規定之看法，即屬同一法律事實（行為）有規範適用上之矛盾。即所得稅法第 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，準此，除非有足夠之證據認立法者制定所得稅法第 4 條之 1 時，有意創設收入成本配合原則應於證券交易所得計算時排除適用之規定，否則規範免稅收入項下可歸屬於免稅項下之成本必須計入，此種見解顯然過度擴張所得稅法第 4 條之 1 之適用範圍。

6. 經查，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，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 及其施行細則第 31 條規定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避險部位之證券交易損失，認為應依照所得稅法第 4 條之 1 規定不准減除應稅收入，其既誤解所得稅法第 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 號解釋之租稅法律主義、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。

7. 再查，本案聲請人在臺北高等行政院法獲判勝訴之主要關鍵即在於，權證之避險交易與一般消費者購買之證券交易性質有異，雖最高行政法院確定判決以券商發行權證前已知悉避險交易可能發生損失，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，據此駁斥臺北高等行政法院判決之見解。上開司法機關間之所以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 之適用範圍確實有著重大爭議。聲請人以為，如堅持就所得稅法第 4 條之 1 後段「證券交易損失亦不得自所得額中減

除」之規定可孤立解釋時，當然會發生上開實務對於證券交易行為認定之爭議，惟如果正確的理解所得稅法第 4 條之 1 之適用範圍，再釐清實務上對證券交易是否以形式外觀論斷或顧及主觀交易目的之爭議，而將問題聚焦回到證券交易法第 4 條之 1 是否僅就免稅收入對應之費用、損失予以規範，即能論斷財政部 86 年函釋是否依照所得稅法第 4 條之 1 進行符合租稅法律主義、法律保留原則之解釋，抑或超越所得稅法第 4 條之 1、第 24 條及其施行細則第 31 條之可能文義，增加法律所無之限制，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，以致誤認避險部分之證券交易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. 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二十八條所規定之『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，亦即實質課稅原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 10，黃茂榮，稅法總論第一冊，第 405 頁）。

(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連部分，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 11，陳清秀，稅法總論，第 196 頁）。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　釣院釋字第 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。

2. 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

有關權證案件之法院判決中，臺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避險交易所從事證券交易之事實，在法律上以一行為評價，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。不過在實質課稅原則之層次上要討論的是，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）。

3. 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 9，黃茂榮，法學方法與現代民法，第 219 至 222 頁）。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、三種本非自然意義的一行為，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 12，林明昕，論行政罰中單一行為之概念，第 21、22 頁）。

(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，發行人本應從事避險交易，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、投資人執行權利時將標的股票轉讓予伊等整體交易，均屬一行為，對於此種一行為自不能為相互矛盾之評價。易言之，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避險操作。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，如不進行相關避險操作，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，可以想見不進行避險交易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，避險交易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 規範證券交易損益在稅上不認列後，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。矧權證發行人採取避險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，屬其成本之避險交易

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。

4. 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 13，金子宏，租稅法，第 13 版，第 262 至 265 頁）。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。

5. 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、第 607 號、第 625 號、第 635 號解釋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，始不致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，必須為獲得該收入之相關成本已支付或大部分已支付之「已賺得」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聯性，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製財務報表注意要點中察悉。（附件 14、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 15、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。

6. 自實質課稅原則以觀，財政部 86 年函釋就避險交易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)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，就無特別探究避險交易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，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，誤認避險交易損失為證券交易所得對應之費用、損失，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

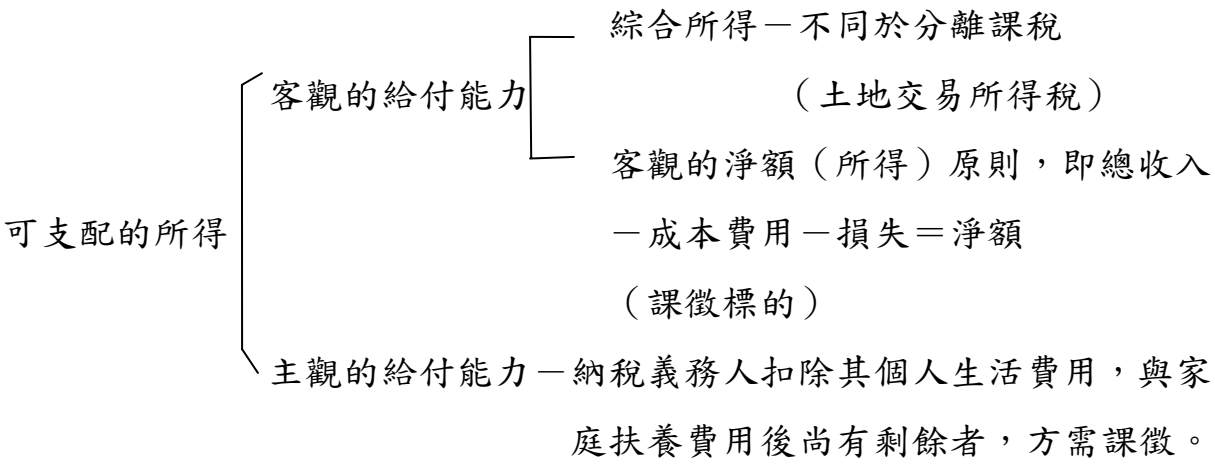
損失作課稅評價，同有與實質課稅原則意旨不符，其理由並不足以支持財政部 86 年函釋違反實質課稅之公平原則。

（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」(sog. objectives Nettoprinzip)，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的要求。一般而言，必要經費應為通常且必要的經費。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 號解釋參照)。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 16，陳清秀，量能課稅原則在所得稅法上之實踐）。

(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，第 89、90 頁）。

(4)末按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，應以該項支出與獲得收入之經濟活動間有無「因果關係」而

定，亦即必須具備所謂「業務活動的關聯性」，或實質上的、經濟上關聯性，始得認定為營業費用或必要費用（附件 17 趙彥強，認購權證課稅爭議之研究---兼評臺北高等行政法院 94 年度訴字第 924 號判決及最高行政法院 95 年度判字第 2206 號判決，財稅研究，第 39 卷第 5 期，2007 年 5 月，頁 198）。亦即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 18，陳清秀，論客觀的淨額所得原則）。

(5)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 19，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，第 14 頁以下）。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。

(6)又查，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

(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 11，陳清秀，稅法總論，第 32 頁）。

(2)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，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，第 122 至 132 頁）。

(3)是以，所得稅法第 4 條之 1 之所以合憲，乃係其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得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以未有意對認購（售）權證案件規範所制定之所得稅法第 4 條之 1 後段為據，是以　大院縱認為所得稅法第 4 條之 1 後段適用於權證之避險交易（聲請人認為不可適用之理由已如前述），則此種解釋亦已違反量能課稅原則，並不能以所得稅法第 4 條之 1 後段之租稅政策目的予以正當化，在應稅收入對應之成本費用、損失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，本無所謂立法裁量之可言，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。

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

(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 號解釋所示，不准列舉減除非課稅所得或免稅所得之必要費用（附件 18，陳清秀，論客觀的淨額所得原則）。

(2)除上揭客觀淨所得原則之例外，一般而言立法者應有遵守量能課稅原則、客觀淨所得原則之必要。吾人認為前開客觀淨所得原則之例外是建構在公益目的之考量上，在法益衝突時以比例原則

加以調和，故在法益權衡下確立客觀淨所得原則必須退讓之例外。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。

(3)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 日後的技術作價案件，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 20）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訂定此等設算準則，在實務上應命行政機關訂定，再為本案之審理。(2)另外目前稅捐稽徵機關所訂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 日作成台財稅字第 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。

(4)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、經濟上關聯性而定。準此見解，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。在此涉及所得稅法第 24 條之客觀的淨額所得原則與第4條之1免稅交易損失不准扣除規定發生規範衝突，應如何適用之問題，本文認為在此類有疑義之案件，應取向於量能課稅原則，因此應優先適用所得稅法第 24 條之客觀的淨額所得原則，而不適用第4條之1規定，亦即在發行權證納稅人所為避險證券交易的類型情形，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 18，陳清秀，論客觀的淨額所得原則）。

(5)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 9，黃茂榮，法學方法與現代民法，第 385 至 387 頁)。所得稅法第 4 條之 1 停徵證券交易所得稅以及免稅損失不得減除之規定，據稱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，停徵證券交易所得稅之政策，加上證券交易所得稅稽徵困難、股票族強力反對以及幾次復徵失敗的慘痛教訓等原因，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，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。

(6)是以權證交易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用、損失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？毋寧是立法者基於促進投資目的而獎勵證券交易所得免稅，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用、損失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。

(7)詎料，本案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　鈞院釋字第 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。

(8)附帶一言者，如承認避險交易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，矧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。且其避險措施方案係在國際通行避險標準（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。

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 21，黃士洲，權證官司二審敗訴簡評---最高行政法院 95 年度判字第 2206 號判決評析，稅務旬刊，第 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扣除應稅收入，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，竟以立法形成自由為詞，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，況且財政部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七八0四三二七七二號函『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，合理關聯性之審查；第四係追求無實質平等之政策目的，必須從嚴審查（附件 22，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），民國八十八年，第 85 頁以下）。

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避險交易成本，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？良以所得稅法第 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，自不能僅以避險證券交易損失單獨評價，而係以所得稅法第 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 23）。

(2)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」。

(3)從而永久性差異與暫時性差異係以對稅負效果之影響而論，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 18，陳清秀，論客觀的淨額所得原則），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得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。

(4)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權證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　大院未能獲致財政部 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 號解釋割裂適用禁止原則，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十二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施行期間屆滿後，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 號解釋意旨，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。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進行歷史解釋之觀察，立法委員蔡豪等人提案之立法理由指出：「認購（售）權證發行人，因從事避險操作而於認購（售）權證發行日至到期日期間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，係發行認購（售）權證之重要配套措施，且為發行權證所衍生之交易所得或損失，應併計發行認購（售）權證損益課稅之規定，並自目的事業主管機關首次核准發行之日起適用，以維課稅一致並期公平合理。」（附件 24）其中也注意到避險交易所發生之損失，應作為發行權證之成本費用扣除，以符合課稅公平合理之原則。而前財政部長林全於 92 年 5 月 8 日立法院財政委員會會議上也表示：「基於認購（售）權證發行人，因從事避險操作而於認購（售）權證存續期間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，係發行認購（售）權證之重要配套措施，且為發行權證所衍生之交易，為符合收入與成本費用配合原則及合理計算發行人發行認購（售）權證之損益

計算，本次委員會提案修正所得稅法第 24 條之 1，明定認購（售）權證發行人，買賣上開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，使課稅更為公平合理，本部敬表支持與贊同。」（參見附件 25），亦承認避險交易損失應與發行權證收入相配合，自所得中減除，較為公平合理。

(3) 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「避險」（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，且避險行為通常均會產生損失，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，因此其避險行為所生之「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。

(4)是故，如果認購（售）權證中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之避險成本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 年函釋相異之處遇，權證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，因不准扣除權證交易之避險成本，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x25%)，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x15%x25%)。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，故我國學者及　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（附件 26，許

宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於「戰鬥的法律人」，第 214、215 頁）。

(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. 財政部 86 年函釋課稅之結果將造成對聲請人權證利益之嚴重限制，有違狹義比例原則

(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 27，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，78 年台大法研所碩士論文，第 133 至 143 頁）。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)次按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，第 11-12 頁），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課徵稅捐，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。

(3)至於對於財產權介入的上限，德國聯邦憲法法院

於 1995 年採納的「半數原則」(Halbteilungsgrundsatz)，即「對財產權課稅只有在下列情況之下可接受，亦即對於應有收益的整體負擔，在減除……成本費用及其他負擔後，應接近但尚未到達一半的地步。亦即對財產收益，國家之手與私人之手最多各取一半。」(BVerfGE93,121.)（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，2004 年 1 月，第 161 頁）可資參考。

(4)然不論是否採取德國之「半數原則」，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。

(5)本案權證交易若依財政部函釋不准減除避險費用損失，而僅就發行權證收入計算課稅所得時，則將產生「虛盈實虧」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，針對全國十八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，年度淨獲利占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，約占權利金總收入之 16.37%。」「全體權證市場之 volatility markup 平均為 17.60%，淨獲利占權利金總收入之 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占權利金總收入之 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 19，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，第 19 頁、第 29 頁）。又依據本件確定判決廢棄第一審判決，維持國稅局原核定結果，聲請人實際利得（減除避險損失及相關成本費用後之所得）係虧損新臺幣（下同）59,718,087 元（附件 28，權證損益計算表），惟財政部臺北市國稅局之核定不准減除避險損失 441,868,801 元，並同額調增為營業收入，致核定權證之利益為 382,150,714 元（權證實際利得 -59,718,087 元＋441,868,801 元），是聲請人在 90 年度權證交易之實際損益屬虧損 59,718,087 元之狀態，卻因適用財政部 86 年函釋而核定增加此等高額之課稅所得，而就此權證交易課徵約 9

千 5 百萬元之營利事業所得稅，較諸前引報告所指券商在適用財政部 86 年函釋後會造成權證實際利得尚不足以繳納所得稅情形，更形嚴重，就一個未有實際利得之交易課徵所得稅，嚴重侵蝕聲請人其他之固有財產，要非不得謂有課稅極苛及達到對財產權產生剝奪之情形。

(6)承上，財政部 86 年函釋既尋無一個正當化之公益理由，如僅以財政考量為依據，似又非其訂定時之本意。退萬步言，縱認為財政部 86 年函釋帶有增加財政收入之公益目的，其對財產基本權幾近形成剝奪之效果，更變相沒收人民財產，進一步損害人民之財產權本體，對聲請人等券商所造成之損害，要難謂其侵害之基本權價值及對人民所生之損害非不重大，並且產生阻礙新投資商品發行、活絡金融市場之副作用，顯然與狹義比例原則嚴重背離，至為明顯。

（六）憲法第 15 條所保障之營業自由權，國家不得以稅捐絞殺券商發行權證的營業自由，本件財政部函釋違反憲法第 15 條規定

1. 按「憲法第 15 條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由，發展人格及維護尊嚴。」 釣院釋字第 400 號解釋著有解釋。從而，財產權之保障並為人民發展人格及維護尊嚴之基本權，其重要性並不因係經濟物質性而低於其他諸

如人身自由及生命權等基本權，蓋均為保障人性尊嚴所不可或缺。人民受憲法保障有從事經濟活動的自由，此不僅是財產權與人身自由權的延伸，亦為憲法第 15 條工作權的重要內涵，　鈞院釋字 584 號解釋亦本此意旨解釋。

2. 財產權僅能限制不能剝奪，如對財產權造成剝奪效果之課稅形同殺雞取卵，亦即德國法上之絞殺課稅禁止或半數原則之法理。否則形同營業自由權在不違反憲法第 23 條之限制下，人民可自由決定營業項目、營業方式，此為人民在經濟領域之自主決定空間，國家不得以任何方式直接或間接地干預，即使國家得以法規範合理介入限制，亦不得專門具體的針對特定人的經濟活動，否則有違國家在營業活動應保持中立者的角色。租稅本身為經濟活動重要交易成本，不可避免的會直接或間接影響營業活動，但稅捐不管如何不能成為市場競爭工具，形成或阻礙特定營業活動的手段，甚而代替市場，規制經濟活動，違背租稅競爭中立性原則。當稅捐制度持續過度干預市場，使市場無利可圖而難以維繫，或過重的稅負，讓參與市場者無力負擔時，市場將奄奄一息無法存續，則已構成對市場之絞殺行為，違反財產權及營業自由之保障。

3. 又按　鈞院釋字第 607 號解釋理由書之反面推論，如有違反租稅公平原則，則有牴觸憲法第 15 條之財產權保護規定，而財政部 86 年函釋牴觸租稅公平原則之情形已如前述，自有違反憲法第 15 條之

情。

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避險之標的股票交易，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 號、第 622 號、第 625 號與第 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、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 97 年度判字第 183 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，第 3、4 頁、第 11-12 頁、第 122 至 132 頁。

附件 4　財政部 86 年 7 月 31 日發布台財稅第 861909311 號函。

附件 5　發行人申請發行認購（售）權證處理要點。

附件 6　臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則有關規定。

附件 7　截至聲請日行政法院權證交易相關判決一覽。

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，第 39 頁以下。

附件 9　黃茂榮，法學方法與現代民法，第 75 至 77 頁、第 185 至 188 頁、第 219 至 222 頁、第 385 至 387 頁。

附件 10　黃茂榮，稅法總論第一冊，第 405 頁。

附件 11　陳清秀，稅法總論，第 32 頁、第 196 頁。

附件 12　林明昕，論行政罰中單一行為之概念，第 21、22 頁。

附件 13　金子宏，租稅法，第 13 版，第 262 至 265 頁。

附件 14　財務會計準則第 34 號「金融商品之會計處理準則」公報。

附件 15　證券商財務報告編製準則。

附件 16　陳清秀，量能課稅原則在所得稅法上之實踐，網址：http://blog.rootlaw.com.tw/cpa/2008/05/14/%e9%87%8f%e8%83%bd%e8%aa%b2%e7%a8%85%e5%8e%9f%e5%89%87%e5%9c%a8%e6%89%80%e5%be%97%e7%a8%85%e6%b3%95%e4%b8%8a%e4%b9%8b%e5%af%a6%e8%b8%90/。

附件 17　趙彥強，認購權證課稅爭議之研究---兼評臺北高等行政法院 94 年度訴字第 924 號判決及最高行政法院 95 年度判字第 2206 號判決，財稅研究，39 卷 5 期，2007 年 5 月，頁 198。

附件 18　陳清秀，論客觀的淨額所得原則，網址：http://www.rootlaw.com.tw/blog/cpa/?p=14。

附件 19　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 20　最高行政法院 96 年度判字第 406 號判決。

附件 21　黃士洲，權證官司二審敗訴簡評---最高行政法院 95 年度判字第 2206 號判決評析，稅務旬刊，1994 期，2007 年 2 月，頁 7 以下。

附件 22　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），民國八十八年，第 85 頁以下影本乙份。

附件 23　臺北高等行政法院 92 年度訴字第 4555 號判決。

附件 24　權證課稅研議過程及立法院公報相關立法理由。

附件 25　前財政部長林全於立法院發言紀錄，立法院公報。

附件 26　許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於「戰鬥的法律人」，第 214、215 頁。

附件 27　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，78 年台大法研所碩士論文，第 133 至 143 頁。

附件 28　權證損益明細表。

謹　狀

司法院　公鑒

聲　請　人：兆豐證券股份有限公司

代　表　人：簡　鴻　文

聲請代理人：袁　金　蘭　會計師

林　瑞　彬　律　師

中　華　民　國　九　十　七　年　十　月　　日

（附件一）

最高行政法院判決　　97 年度判字第 183 號

上　訴　人　財政部臺北市國稅局

代　表　人　凌　忠　嫄（局長）

被上訴人　兆豐證券股份有限公司

（原名:倍利國際綜合證券股份有限公司）

代　表　人　簡　鴻　文

訴訟代理人　許　祺　昌

利　浩　廷

上列當事人間營利事業所得稅事件，上訴人對於中華民國 95 年 4 月 27 日臺北高等行政法院 94 年度訴字第 1669 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴駁回。

第一審及上訴審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人 90 年度營利事業所得稅結算申報，原列報營業收入新臺幣（下同）62,567,647,830 元，其中 15,870,074 元為本期到期之華碩電腦及中國國際商銀組合式普通股認購權證，上訴人初查以上開認購權證發行總額為 528,750,000 元，依財政部中華民國 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）意旨，係屬應稅之權利金收入，減除未出售部分 71,011,125 元，而調增營業收入 441,868,801 元；另將處分短期投資損失 67,078,523 元改以總額法表達（收入 1,742,921,477 元、成本 1,810,000,000 元），核定營業收入為 64,752,438,108 元。被上訴人不服，申請復查，未獲變更，提起訴願亦經決定駁回後，遂提起本件行政訴訟。

二、被上訴人在原審起訴主張：認購權證之實際運作方式，係認購權證投資人在付出一定價金（權利金）後，即有權利在認購權證之存續期間內或特定時點上，決定是否以事先約定之價格（即履約價格），向發行券商買進該權證可認購之標的股票。觀其「經濟實質」，履約損益係為履行權利金收入之義務所產生，縱履約損益於法律形式上屬免稅之證券交易所得，亦應與權利金收入併同課稅，方符「實質課稅原則」之意涵。按「發行人申請發行認購（售）權證處理要點」、「臺灣證券交易所股份有限公司(下稱證交所)認購（售）權證上

市審查準則」及「證交所審查認購（售）權證上市作業程序」等規定，可知券商發行認購權證依主管機關規定應有適當之避險措施，發行認購權證所產生之避險損失依「實質課稅原則」不應適用財政部 86 年 12 月函釋予以免稅，自應回歸所得稅法第 24 條第 1 項所揭櫫之「成本收入配合原則」於權利金項下減除，上訴人依司法院釋字第 493 號解釋主張免稅所得並未排除收入成本配合原則之適用，其免稅與應稅之成本應個別歸屬認定，是權利金收入與避險損失應分別適用應、免稅之規定，顯有誤解。另所得稅法第 4 條之 1 之立法意旨為鼓勵人民參與資本市場，活絡證券交易，然該條文早於 79 年 1 月 1 日起即開始適用，當時並無認購權證等相關金融商品之問市，是於立法之初未針對經主管機關強制避險之情形，亦未考慮認購權證之稅賦議題，今認購權證亦屬其他有價證券，有別於一般證券交易，然上訴人就其發行之收入課稅，因發行義務衍生之履約或避險損益卻予以免稅，即與所得稅法第 4 條之 1 立法意旨有違。又揆諸發行認購（售）權證之相關法令規範可知，認購權證發行時已同時產生權利（權利金收入）與義務（避險），依前揭財政部 86 年 12 月函釋，發行權證之損益應採權責發生制於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益，又向投資人收取權利金與操作避險分別為發行認購權證之權利及義務，無從獨立分割，依司法院釋字第 385 號解釋，是其避險損失應依權責發生制與權利金收入併計，方能維持其整體性與權利義務之平衡，被上訴人本期因發行認購權證避險部分出售損失為 135,123,627 元，不適用所得稅法第 4 條之 1 規定，全數轉列為免稅之證券交易所得項下扣除，而應與發行權利金收入併

同課稅等語，求為判決訴願決定、原處分（復查決定）均撤銷。

三、上訴人則以：依 86 年 12 月函釋規定，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。至於認購（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，因所得稅法第 4 條之 1 規定，爰於該函重申認購（售）權證發行人於發行後，如因投資人行使權利而出售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。而該條所稱證券交易所得或證券交易損失並不區分適用前提，不論獨立交易或非獨立交易、主要交易或附屬交易、投資行為或避險行為，凡屬「證券」，其交易之損益皆有其適用，財政部所為之核釋不得超越上開條文規定，而對避險操作之證券交易損益有不同規範。又發行認購（售）權證處理要點第 14 點及證交所認購（售）權證上市審查準則（下稱上市審查準則）第 5 條第 2 項第 3 款規定，認購（售）權證發行計畫應載明「預定之風險沖銷策略」，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，至於風險沖銷策略之內容、程度與操作方向等，則無強制規範。發行人依其預定之風險沖銷策略，於認購（售）權證存續期間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，所進行之避險操作，依其與投資人之約定，仍可自由判斷避險股票之最佳買賣時點，並未喪失其自主性。被上訴人無由主張避險交易結果為負數時，認為其性質為「成本費用」項目，

避險交易結果為正數時，卻又主張變更其性質為「所得」。且因營業所為支出，不必然為可依所得稅法第 24 條第 1 項規定減除的項目，被上訴人發行認購權證所產生之避險證券交易損失，即令是業務上之支出，仍屬所得稅法第 4 條之 1 規定證券交易損益之性質，在無特別立法之下，自應適用所得稅法第 4 條之 1 規定。本件被上訴人避險交易所得之性質，無論在形式或實質上，均屬證券交易所得無疑，依所得稅法第 4 條之 1 規定及租稅法定原則，上訴人無法向被上訴人課徵該部分避險股票交易所得，因而被上訴人訴稱避險股票交易有損失可扣減，避險股票交易有所得應納稅等語，於現行法令之規範架構下，並無法實現。從而被上訴人主張將避險股票交易損失列報為發行認購權證之成本，將形成「有所得無法課稅，但有損失可以列報」之現象，對於租稅公平、租稅正義之維護尤有嚴重之傷害，自不足採等語，資為抗辯，求為判決駁回被上訴人之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：按認購權證係屬衍生性金融商品之一種，依證券商與投資客戶間之約定，針對某一股票（即所謂標的股票），當客戶付出一定數額之權利金後，證券商則承諾在一定期間經過後的特定日期或者是一段期間內，客戶可以固定價位之價格向證券商買入一定數量之標的股票，而認購權證之發行，則是證券商先將上開契約內容予以證券化，提供社會大眾投資，投資人買入上開證券後，亦可以背書轉讓方式，將上開證券（認購權證）移轉予不特定之第三人，屆期履約時，則由認購權證持有人向證券商行使認購權。因此，證券商因第一次發行認購權證而取得之權利金，基於權責發生制之精神，其成本費用尚未發

生，應列為「預收收入」，須於履約結算時始列為該時點之收入。而第一次購買認購權證者如轉讓該權證予第三人，依財政部 86 年 5 月 23 日(86)台財證（五）第 03037 號公告，核定認購權證為其他有價證券，此等交易所生之所得為免稅之證券交易所得。至履約階段，若當時持有權證之投資人行使該認購權證之認購權時，投資人因非買入證券復行出賣，並非屬證券交易，是其行使認購權所獲致之利益，即非因證券交易所生之免稅所得。次依上市審查準則第 6 條第 6 款第 7 目、第 8 條第 11 款、第 9 條第 1 項、證交所 86 年 9 月 18 日台證上字第 29888 號函、行政院金融監督管理委員會證券期貨局(下稱證期局)86 年 6 月 12 日台財證(二)字第 03294 號函及證交所 86 年 8 月 9 日台證上字第 23090 號函可知，證券商所預計採行之風險沖銷策略，須於申請發行認購權證時提出予證交所審查，且證期局要求證券商發行權證時因避險持有之標的股票須設專戶處理，並指示證交所須逐日控管，再者，避險持有之部位亦不得超過認購權證發行數量所表彰之標的股票股數。證交所如對證券商之風險沖銷策略認不適當或有不實，則證交所可否准證券商發行認購權證及上市。再者，發行證券商如欲承作認購權證，自發行之日起，其自營部門即不能再買入標的股票，自營部門已有標的股票要全數轉結到權證部門，即所有標的股票均是為投資人而持有，因此，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係可清楚區別。故上訴人既承認證券商發行認購權證而取得權利金時，其收入尚未實現，應列為負債欄下之「預收收入」，而須至履約結算完畢後，因取得權利金所對應之成本費用發生，始

符合認列收入之已實現之要件，惟上訴人於計算前開收入所對應之成本費用時，卻不將被上訴人為賺取權利金而依法令強制避險操作所生之損失認列為成本費用，顯違反前揭權責發生制及收入成本費用配合原則。且如未予減除標的股票及認購權證買賣所生之避險成本，亦無法算出發行權證之證券商最後實際賺得之所得為若干，因此，如將避險成本認定為獨立之證券交易損失，須獨立計算其損益，而不得列為課稅之權證權利金收入項下之成本，則在不考慮銷售認購權證過程所生少量行銷及管理費用之情況下，幾乎會使權證權利金收入，即等於權證權利金所得，亦與事實大相背離。另一般正常證券交易者買賣股票係為獲利而「低價買入，高價賣出」，然認購權證發行者購買標的股票（或認購權證），係為避險減少日後履約之損失，而須「高價買入，低價賣出」，二者考量之目的不同，且避險操作本身尚須受到證券商依國際通用標準模式預擬且由證期局隨時監控之避險策略公式之限制，而僅在有限範圍內享有自由決定權。再參諸所得稅法第 4 條之 1 之立法目的，無非為促進資本市場活絡，讓自由參與資本市場者享有證券交易所得免稅之優惠，則其證券交易損失自須自行承當。是以，如參與者本身在買賣決策上無絕對自由，且決策目的係在避險減少損失，而決策本身又與先前取得之權證權利金具有連動性者，即與所得稅法第 4 條之 1 所欲達成之立法目的無涉，自應不在所得稅法第 4 條之 1 之適用範圍內至明。故被上訴人主張上訴人割裂適用法律，而違反實質課稅原則，洵屬有據，從而，上訴人依財政部 86 年 12 月函釋，將認購權證發行時所取得之價款，於履約時認列為應稅之權利金收入，於法有據；至上訴人依財政

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）規定，以認購權證係證券交易法第 6 條所稱之其他有價證券，則發行後買賣認購權證及其標的股票之交易，係屬買賣有價證券行為，依所得稅法第 4 條之 1 後段規定，認避險操作而為買賣有價證券所生之損失亦不得自應稅所得額中減除，而否准該部分營業成本之認列，尚有未洽，原處分（復查決定）關於課稅所得項下否准認列發行認購權證營業成本部分，尚有疏誤，訴願決定未予糾正，亦有未洽，被上訴人之訴，為有理由，因將訴願決定及原處分均予撤銷，由上訴人依本判決之法律意見重為處分（復查決定）等詞，為其判決之基礎。

五、上訴意旨略謂：按凡符合所得稅法第 4 條之 1 規定之證券交易所得，依法即享有免徵證券交易所得稅之優惠，而證券交易損失即不得自所得額中減除。如行政機關違反法律明文規定，限縮解釋所得稅法第 4 條之 1 免徵證券交易所得稅之範圍，即屬違反憲法第 19 條租稅法律原則及司法院釋字第 369 號解釋，侵害人民僅須依法律納稅之憲法上權利。惟原審判決背離文義解釋，限縮所得稅法第 4 條之 1 證券交易之定義，將證券商為「避險」、「履約」買賣標的股票之行為認定為非所得稅法第 4 條之 1 之「證券交易」，顯然違背文義解釋之方法。且就立法解釋而言，所得稅法第 4 條之 1 之立法目的為「簡化稽徵手續」，且為合理課徵，另一方面並提高證交稅稅率，非如原審所稱「為了促進資本市場之活絡，讓自由參與資本市場者在證券交易中之獲利能獲得免稅優惠，而證券交易之損失也須自行承當」。況若依原審之解釋適用所得稅法第 4 條之 1，雖於本件得遂被上訴人將標的股

票買賣損失於發行權證所得中扣除之目的；惟如發行權證公司因標的股票買賣而有任何所得，依該解釋，亦將不得適用所得稅法第 4 條之 1 免徵證所稅之優惠。次查系爭審查準則，係 93 年 6 月 14 日修正，非行為時有效之審查準則。依行為時審查準則之規定，並無「標的股票價格變動範圍在正負 20%間」有關限制，原審卻依據非行為時有效之法規而為不利於上訴人之判決，有適用法規不當之違法。且實質課稅與租稅公平原則均應秉持租稅法律主義之精神而為之，所得稅法有關應稅與免稅之規範，向來不針對內在決策之不同及有無絕對自由而為不同之對待，納稅人及稅務機關均應依法律明文規定決定是否課稅，方符合租稅公平原則，原審就此部分之見解亦有違誤。另原審以被上訴人發行認購權證而取得權利金時，其收入尚未實現，一直要等到履約結算完畢後，才因取得權利金所對應的成本費用「發生」，符合認列收入之「已賺得」要件，而認列「收入」實現，惟為何在計算收入所對應的成本費用時，卻不予認列為賺取權利金而依法令強制避險操作所生之成本？況若少了標的股票及認購權證買賣所生之避險成本，發行權證的證券商所最後賺得之「所得」，根本無法計算出來，且在不考慮銷售認購權證過程所生少量行銷及管理費用的情況下，幾乎會使權利金「收入」，即等於權證權利金「所得」。至營利事業依所得稅法第 24 條規定，採收入減除成本費用為所得之認定，惟當無成本費用發生或成本費用相對微小時，形同對毛收入課稅，乃屬當然，自難謂與營業活動事務本質不符，而容許改採不依法律規定之所得計算方式。發行認購權證與事後權證或標的股票交易係二項交易，既係二項交易，則其交易性質應分

別定性，並分別衡量損益，即發行認購權證之權利金為應稅所得，權證發行後在市場上交易及避險部位標的股票之交易所得均為證券交易所得。原審對「形式上」與「實質上」均屬「證券交易所得」之避險股票交易所得，逕行判決准許被上訴人將避險股票交易損失列報為發行認購權證之成本，惟基於「租稅法定原則」，勢將形成「有所得無法課稅」，但卻必須准予「有損失可以列報自應稅所得中扣除」之現象，顯有判決割裂法律適用之違法等語，求為判決廢棄原判決。

六、被上訴人則以：依認購權證之交易流程，係發行券商收取權利金後，因收入尚未實現，依財務會計準則應帳列負債欄下「預收收入」，俟履約結算完畢後，再將權利金收入、履約損失及避險損益等併同計算損益，此方為發行認購權證之真正所得，且以此真正所得計算應納稅額，方符司法院釋字第420 號解釋所揭櫫之實質課稅原則。又被上訴人發行認購權證收取權利金當然為營利之目的，採取避險措施除為主管機關要求外，於標的股票市價上漲而投資人履約時，發行券商因避險所持有之標的股票亦有上漲利益，此上漲利益與履約損失合計使總損失降低，甚至可能產生利得，是上開降低損失之行為當然符合營利之目的，況原審亦未認發行認購權證所獲得之權利金與避險部位標的股票之買賣必然產生損失，亦無闡明避險交易若有所得時不應課稅。又系爭履約損失與避險損失為證券商發行認購權證收取權利金後所應盡之義務，依司法院釋字第 385 號解釋及所得稅法第 24 條第 1 項所揭櫫之成本收入配合原則，應與權利金收入併計課稅，而不應歸由免稅所得吸收。且原審亦認定避險損益應併同權利金收入計算，方為其實際所得，絕非獨以毛利率之高低來

判別避險損益是否應免稅。再者，證券商發行認購權證須依法從事避險操作，且操作之範圍受相當之限制，是避險操作於法律形式上雖屬有價證券交易，然衡量經濟實質應非屬所得稅法第 4 條之 1 之適用範圍，況所得稅法對於符合證券交易形式外觀者，並非皆適用所得稅法第 4 條之 1，而是依營利事業所得稅查核準則第 2 條第 2 項，以商業會計法及財務會計準則公報等相關規範為計算基礎，此依庫藏股票交易亦可為證，故系爭認購權證之避險損失與一般證券交易之性質有別，應列於權利金收入項下，上訴人所主張平等原則之適用，顯對實質課稅原則之意涵有所誤解。而所得稅法第 4 條之 1 所規範證券交易所得免稅，其立法目的本為促進資本市場之發展，非上訴人所稱「簡化稽徵程序」，故系爭避險之證券交易係以避險為交易目的，與所得稅法第 4 條之 1 之立法目的迥不相同，上訴人之論述過程與本件待證事項顯不相干，殊不足採等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴。

七、本院查：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。」及「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。」分別為行為時所得稅法第 24 條第 1 項及第 4 條之 1 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）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，依每次交易成交價格課徵千分之一證券交易

稅，並依現行所得稅法第 4 條之 1 規定，停止課徵證券交易所得稅。（二）認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，按約定行使價格向發行人購入（售出）標的股票者，係屬發行人（持有人）出賣標的股票之行為，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）依標的股東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）依標的股東之市場價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」及「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第 22 條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購（售）權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益，並依所得稅法第 4 條之 1 規定辦理……。」前述財政部 86 年 7 月函及財政部 86 年 12 月函分別釋示在案。查財政部 86 年 12 月函釋，以證券商發行權證收取之發行價款為權利金收入，屬「應稅所得」，應依行為時所得稅法第 24 條規定課徵稅款；至於系爭認購權證業經財政部於 86 年 5 月 23 日以（86）台財證（五）第 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 月函釋意旨，發行後買賣該認購權證，及避險而買賣標的股票所生之損失，依行為時所得稅法第 4 條之 1 規定，停止課徵證券交

易所得稅，則依損益配合原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除。且行為時所得稅法第 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，財政部上開 86 年 12 月函釋符合所得稅法第 4 條之 1 規定意旨，自應予以適用。本件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。雖原判決依被上訴人主張，以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，不論就自由決定買賣證券種類及時點、操作策略、獲利機會、持有部位及期間、是否專戶控管及買賣證券目的而論，均截然不同，證券商因避險操作而買入或賣出標的股票之盈虧，及因避險而買回（或再賣出）所發行認購權證之損失，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，或所發行之認購權證，非屬行為時所得稅法第 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，上訴人既將權證權利金收入定性為應稅收入，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應予認列為成本費用云云。惟查證券商發行權證，依主管機關前財政部證券暨期貨管理委員會 86 年 5 月 31 日發布之「發行人申請發行認購（售）權證處理要點」第 8 點第 11 款規定與第 11 點規定〔註：89 年 11 月 3 日證期會另發布「發行人申請發行認購（售）權證處理準則」取代之，惟必須避險之基本精神一致〕，及 88 年 8 月 6 日「臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則」第 6 條第 7 款、第 8 條第 11 款規定（註：93 年 6 月 14 日修正條文第 8 條第 1 項第

5 款、第 10 條第 6 款第 8 目規定同此精神），固規定證券商應進行避險交易，且該避險交易之特性，在於股價上漲時買進標的股票以履行權證持有人履約要求、股價下跌時賣出標的股票以防權證持有人棄權時發生巨額跌價損失，然依上開事實可知，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，此觀行為時所得稅法施行細則第 31 條規定自明，故行為時所得稅法第 4 條之 1 之規定，係因證券交易之收入不課稅，所對應之成本費用亦不准自應稅項下認定，導致損失亦不得自所得額中減除。若採被上訴人主張將避險證券交易損失認定為認購權證之成本費用減除，則侵蝕了應稅之認購權證權利金所得。又查證券商於發行認購權證時，因前開法規規定證券商須為避險交易，而該避險交易復基於保護投資者及維持金融秩序，證券商須於股價上漲時買進標的股票，股價下跌時賣出標的股票，證券商可能因避險交易行為而造成損失，復為證券商於發行該認購權證所知悉，財政部上開 86 年 12 月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，應依行為時所得稅法第 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，否則自有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。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。原判決以被上訴人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，非屬行為時所得稅法第 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，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。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，為行為時所得稅法第 4 條之 1 所明定，被上訴人所為之避險措施既係因證券交易所致而依法無法認列為成本作為應稅收入之減項，被上訴人稱如此作法即有違反會計權責發生制之認列規定，顯亦無可採。縱然發行權證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 於此種情形應否作例外規定或修法之問題，於所得稅法第 4 條之 1 修正前，仍應受該法條之拘束。另查就營利事業體所獲得之各項收入而言，因性質

之不同，可能產生成本費用比例差距情形，例如受捐贈收入、補償費收入、利息收入及認購權證之權利金收入等，其收入性質本無成本費用，或費用金額相對微小，形成收入與所得金額相近或對毛收入課稅之結果，此係依所得稅法第 24 條實質課稅原則計算所得之結果，難謂違反實質課稅之公平原則。且各種收入可否扣除成本費用及何種支出始得作為成本費用自收入項下減除，於稅法上各有規定，縱系爭避險損失會計上可認為本件權證權利金收入之成本，亦因行為時所得稅法第 4 條之 1 有明文規定，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，即當然於本件可將避險措施所造成證券交易之損失作為成本費用予以扣除，本件原處分係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律，被上訴人此部分之答辯，尚不足採。系爭認購權證既經主管機關公告認定為其他有價證券，在法令未修改之前，上訴人認被上訴人因避險措施之證券交易之損失，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）。惟查，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。是觀之所得稅法第 36 條（捐贈）、

第 37 條（交際費）、第 43 條之 1（不合營業常規之調整）、第 49 條（壞帳）、第 51 條之 1（折舊）等之規定，二者範圍自非完全相同。原判決卻逕將「會計學上」收入成本配合原則下之成本、費用，視為「所得稅法上」得列報之成本、費用，無視立法者對於個別成本、費用所為之目的及政策考量，自有違誤。又按收入成本配合原則並非不允許例外之定律，立法者基於整體租稅正義、課稅公平的考量，對於何項收入為應稅收入，何項支出或損失得列報為成本、費用、或於何限度內得列報為成本、費用，應有形成的自由。若法律定有明文不得列報，即屬收入費用配合之例外，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制定「損失不得列報」之規定，這在立法論與解釋論均不具說服力。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，租稅法定原則始可確立而貫徹。所得稅法第 4 條之 1 已明文規定證券交易所得停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得類中扣除，如獨對權證發行者之特別待遇，亦有違反平等原則。又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，原審判決以為將標的股票交易所得及損失列為發生權證盈虧，始符合「量能課稅原則」，有判決不依法之違法。另行為時所得稅法第 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。原審判決竟稱行為時所得稅法第 24 條第 1 項規定為所得稅之核心價值，應優

先於其他規定適用，認同將避險股票交易損失列報為發行認購權證之成本，形成有所得無法課稅，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。綜上所述，上訴人對系爭避險損失否准被上訴人認列為發行認購權證之營業成本，於法尚無不合，訴願決定予以維持亦無違誤，原判決將訴願決定及原處分(復查決定)關於課稅所得項下否准認列發行認購權證營業成本部分均撤銷，既有違誤，上訴人執以指摘，為有理由，且本件事證已明確，爰將原判決廢棄，並判決駁回被上訴人在第一審之訴。

八、據上論結，本件上訴為有理由，依行政訴訟法第 256 條第 1 項、第 259 條第 1 款、第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中　華　民　國　9　7　年　3　月　2　7　日

（本件聲請書其餘附件略）

抄元大證券股份有限公司代表人申鼎錢釋憲聲請書

緣最高行政法院 97 年度判字第 838 號判決（附件 1，下稱「最高行政法院確定判決」）及臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2705 號確定判決（附件 2，下稱「臺北高等行政法院確定判決」）均實體適用財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函(附件 3，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、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 635 號等多號解釋先例，而有牴觸憲法之疑義，又最高行政法院確定判決適用之爭點主義係實質援用改制前行政法院 62 年判字第 96 號判例（下稱「62 年判例」)，致使人

民訴訟權遭過度之影響，有違憲法第 16 條訴訟權保障及第 23 條比例原則。因確定判決適用之法令有上開違憲之情節，爰聲請　鈞院大法官解釋，以保障人民基本權。

壹、聲請解釋憲法之目的

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 4，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及臺北高等行政法院確定判決實體援用財政部 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，另對最高行政法院確定判決適用之爭點主義係實質援用 62 年判例，違反憲法亦應不予援用。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 號、第 185 號、第 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、釋憲程序問題之爭議部分

（一）事實及行政救濟程序

1. 聲請人經會計師簽證之 91 年度營利事業所得稅結算申報書中，將認購權證之評價利益 1,884,821,718 元（包括本年度已到期及未到期之權證在財務會計上之評價）自「1 營業收入」項中進行帳外調整，改列至「99 停徵之證券、期貨交易所得」項下，其理由為因稅法並無明確規定，暫依所得稅法第 4 條之 1 規定，全數視為證券交易所得，同時在「5 營業成本」項下，因權證收入認列至證券交易所得中，亦將買賣認購權證之損失及費用帳外調整至「99 停徵之證券、期貨交易所得」項下。是以就聲請人之營利事業所得稅結算申報而言，乃已揭明聲請人因法令適用上仍有疑問，聲請人暫時將權證之收入與成本費用均暫列於免稅之證券交易所得項下，故收入與成本費用在聲請之結算申報書上以觀，自屬緊密不可分割之相關連部分，合先敘明。另外聲請人結算申報書係將財務會計上之權證評價利益作帳外調整，所以其作法並非如同財政部 86 年函釋以履約時（亦即到期之權證）認列權證之權利金收入，故在數字上會有財稅上差異，特予敘明。
2. 惟財政部臺北市國稅局已於 91 年度營利事業所得稅核定通知書暨調整法令及依據說明書上已認定到期之權證權利金收入為 1,352,592,500 元，並將之調整至營業收入總額中。財政部臺北市國稅局調整 91 年度到期權證之權利金收入至營業收入，因聲請人結算申報將權證之成本列於證券交易所得

項下，與財政部 86 年函釋將避險部位損失作為證券交易損失之規定相符，故不進行調整。

3. 在行政救濟程序中，聲請人已於復查程序主張權證避險損失屬應稅權利金之成本，應自應稅收入中減除，案經復查決定、訴願決定及臺北高等行政法院均實體加以審理而駁回聲請人之請求，僅在最高行政法院確定判決突然提到爭點主義之問題，其判決理由略以：「至上訴人主張對於『避險交易損失不予認列』不服，被上訴人未將因發行認購權證所生為避險而買賣標的股票之證券交易損失 274,733,338 元及認購權證再買回出售損失 677,966,397 元列為權利金收入之成本，有違收入與費用配合原則等語。經查，原核定並未將上開避險交易損失予以調整，此有原處分卷第 373 頁所附「91 年度營利事業所得稅申報核定通知書調整法令及依據說明書」可稽，該調整說明書經核亦與原核定即原處分卷第 379 頁卷附之「91 年度營利事業所得稅申報核定通知書」無不相符；且依原處分卷第 58 頁所附稅務簽證會計師之查核報告書亦有記載「發行認購權證產生之損益、再買回認購權證處分損益，暫依所得稅法第 4 條之 1 規定，以視同證券交易所得停止課徵所得稅方式辦理，俟相關法令修正後，……，再自行補正之。」云云，是依上開卷證資料所示，應可認此部分係如申報數核定，依稅捐訴訟實務係採爭點主義以觀，自非得於稅捐稽徵法第 35 條所定復查程序加以主張變更或救

濟。是復查決定、訴願決定及原審判決就此部分均以實體無理由加以駁回，理由雖異，惟查其結果並無不同，此部分上訴仍為無理由，附此敘明。」綜觀其判決理由究竟有無實體上就權證避險損失部分予以審理並適用財政部 86 年函釋乙節，可能存有相當之疑義，依照司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款人民聲請憲法解釋之程序中，聲請客體為「確定終局裁判所適用之法律或命令」，究竟聲請人得否以最高行政法院確定判決實體適用財政部 86 年函釋或臺北高等行政法院確定判決援用財政部 86 年函釋進行釋憲聲請？本聲請書在文後會敘明聲請人之主張。

（二）此部分程序上所生之疑義與涉及之憲法條文

1. 最高行政法院確定判決係增加「爭點主義」之理由用以支持該確定判決之適法性，並認為此部分聲請人之上訴為無理由，從而權證避險損失部分究竟有無實體上經最高行政法院審理而生既判力？抑或屬違反爭點主義僅生行政處分之實質確定力？
2. 如最高行政法院確定判決在實體上確有審理權證避險損失部分，其雖未在權證避險損失部分就財政部 86 年函釋之適用予以說明，然其追加爭點主義作為上訴無理由之論據，是否致使財政部 86 年函釋屬於最高行政法院確定判決所未適用之法令且無法自重要關聯性作為釋憲標的？
3. 如最高行政法院實體上未審理權證避險損失部分，僅以爭點主義作為駁回上訴之依據，得否認為

本件仍屬已窮盡救濟手段，而聲請人得以臺北高等行政法院確定判決所適用之財政部 86 年函釋聲請釋憲？

二、有關認購權證相關法令之簡介與財政部 86 年函釋之違憲爭議

（一）認購權證之簡介

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，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 號函「就認購權證及其標的股票之交易所得停徵所得稅」（附件 5）及財政部 86 年函釋「認購權證發行人取得發行價款何時認列損益釋疑」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。

本件系爭之「權證」，係金融市場中之衍生性金融商品的一種。權證之操作方式乃由符合資格之金融機構（如券商）發行權證，投資人則支付少許金額（即權利金）購買該權證，其中約定投資人享有以約定之特定價格買入（認購權證）或賣出（認售權證）一定數量之特定股票（即標的股票）的權利（非義務），故權證本身係投資人用槓桿方式以小博大的金融商品，其價格會隨其標的股票價格漲跌呈正向或反向變動。

權證發行者（即券商），雖因投資人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。權證發行者依權證發行契約，既有依契約約定價格出售（買入）標的股票之義務，因無法預測標的股票未來可能之漲跌幅度，為確保將來有履約能力，必須事先依法規規定精算相對應持有一定數量之標的股票，備供權證持有人要求履約時得以履行股票交付之義務，而非待權證持有人要求時再從證券市場買入，蓋此時標的股票價格已過高，權證發行者可能無力負擔此一價差。故而，權證發行者乃採取其在可能承擔價差之範圍內，事先依標的股票價格之漲跌，依據國際通用之避險交易公式(Black and Scholes Model)及避險交易實務(delta hedge)，計算標的股票高於或低於履約價格之可能性，同步買進或賣出一定數量之標的股票。避險操作原則（以認購權證為例）是：若標的股票股價下跌，則權證持有人要求履約購買股票之可能性降低（即購入標的股票之動機下降，因價差小獲利期待亦小），權證發行者必須持有之標的股票應減少，因此應出售標的股票；反之，若標的股票股價上漲，則權證持有人要求履約購買股票之可能性升高（即購入標的股票之動機高，因價差大獲利期待亦大），權證發行者必須持有之標的股票應增加，因此應購入標的股票，以準備投資人行使認購權時，可以供履

約使用。因此，標的股票之市場價格若上漲，其漲價利益實質係歸屬於投資人享有，而非聲請人證券商享有。其結果，權證發行者為了避險，將永遠在「追漲殺跌」，在高價時更買進，在低價時更賣出，其依國際通用之避險交易公式(Black and Scholes Model)及避險交易實務(delta hedge)從事避險行為其最終結果實難有任何利得。而是以「減少損失」為目的，但此實為「斷臂求生」策略，證券公司必須藉由避險損失控制，始不至於因向權證購買者收取權證之對價（即權利金）卻須承擔無限制風險。

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，依前揭由著名經濟學家 Fischer Black 及 1997 年經濟學諾貝爾獎得主 Myron Scholes 所發明之避險交易公式(Black and Scholes Model)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。

證券交易主管機關自然深知權證交易之特性，為了維持證券市場穩定，避免權證發行券商無法履約，遂以行政命令，強制要求發行權證之券商必須有避險配套措施方能發行，並透過行政權，嚴密監督發行權證券商是否確實執行避險措施，輕為記點，重則停止券商發行權證。此有發行人申請發行認購（售）權證處理要點及臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則有關規定可稽（附件 6 及 7）。

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含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；另由法規範面觀察，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。從而，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，與其相關必要之避險損失，實係互為條件，具有直接因果關係。故於經濟實質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。

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，原本權證案件於臺北高等行政法院獲得為數甚多之實體上有利納稅義務人之判決，豈料經稽徵機關上訴至最高行政法院後，目前已獲確定判決之案件均逆轉為納稅義務人敗訴（附件 8，截至聲請日行政法院權證交易相關判決一覽），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。本案聲請人 91 年營利事業所得稅核定事件，經臺北高等行政法院確定判決逕依財政部 86 年函釋駁回聲請人之起訴，最高行政法院確定判決則維持臺北高等行政法院確定判決。

（二）財政部 86 年函釋之解釋內容涉有下列數點違憲疑義：

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 條為所得稅法第 4 條之 1 之特別規定？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？

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 明確表達權證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避險成本之認列，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？

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？有無其他副作用之產生？應如何以違憲審查基準加以審查。

三、62 年判例（爭點主義）部分

按 62 年判例略以：「按行為時適用之所得稅法第八十二條第一項及第三項規定，納稅義務人對於稽徵機關調查核定之應納稅額，應依規定程序於法定期限內申請復查，對於復查決定稅額仍有不服時，始得依法提起訴願及行政訴訟。是為提起訴願以前必先踐行之特定程序，若不經過復查而逕為行政爭訟，即非法之所許。本件原告五十六年度營利事業所得稅為結算申報經被告官署調查核定後，僅以原料耗用部分申請復查，對於折舊部分並無異議之事實，為原告所不否認，是其以未經過復查決定之事由而逕將原料耗用部分與添列之折舊部分，一併提起訴願，自非法之所許。訴願決定就折舊部分不予受理，再訴願決定仍予維

持，俱屬正當。原告遽行提起本件訴訟，難謂有理。」在實務上既將課稅處分每個課稅基礎或甚至科目作為可分處分之基礎，本件最高行政法院確定判決所適用之爭點主義係實質援用 62 年判例，似在營利事業所得稅上以核定通知書上每一個科目分別作為一個訴訟標的，在實體法上亦尋無課稅處分可分性之依據，在無法律或明確授權之法規命令規定下嚴重侵害人民之訴訟權，不准於行政救濟程序中針對原處分所得稅核定對象——課稅處分（即核定通知書）加以合目的性之審理變更追加審理之科目，並無任何正當目的，有違憲法第 16 條及第 23 條。

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時，即將之視為一種違憲徵兆，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 9，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）。在方法論上本聲請書擬採取前述的違憲審查流程作為論證基礎。

聲請人擬就本件聲請釋憲之標的分別論證其違憲狀態，亦即以下將以財政部 86 年函釋及改制前行政法院 62 年判字第 96 號判例分別論述聲請人認其違憲之主張，並在有關財政部 86 年函釋部分說明本件該當適用司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款人民聲請憲法解釋之要件。

（一）有關財政部 86 年函釋部分

1. 本件符合司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款人民聲請憲法解釋之要件

(1)最高行政法院確定判決已實體審理權證避險部位損失，亦未依行政訴訟法第 255 條第 2 項變更為其他理由，仍應認最高行政法院確定判決實體上適用財政部 86 年函釋

A、按行政訴訟上訴審係審查高等行政法院判決是否違背法令，亦即行政訴訟上訴審之程序標的並不是案件本身，而是系爭原審的裁判（附件 10，陳清秀，行政訴訟法，第 526 頁），因此除了上訴合法要件有所欠缺之情形而以裁定駁回外，一般係以上訴有理由或無理由作為判決主文。所以最高行政法院判決之主文若為上訴無理由時，其既判力與實體審理範圍仍應參照高等行政法院判決內容始能確定。

B、經查最高行政法院確定判決雖就權證避險損失部分提出爭點主義之理由，然亦係以上訴無理由駁回聲請人之上訴，是臺北高等行政法院確定判決將權證避險損失納入實體審判範圍部分，亦經最高行政法院確定判決所維持，故就判決主文而論，權證避險損失部分確屬既判力所及之範圍。

C、再查，最高行政法院確定判決並非認為臺北高等行政法院確定判決就權證避險損失部分

之判決理由不當，而適用行政訴訟法第 255 條第 2 項：「原判決依其理由雖屬不當，而依其他理由認為正當者，應以上訴為無理由。」從而最高行政法院確定判決僅稱復查決定、訴願決定及臺北高等行政法院確定判決實體上援用財政部 86 年函釋，與其所採之爭點主義之理由雖異，惟查其結果並無不同，據此認為上訴無理由，並非真指摘臺北高等行政法院確定判決之理由不當，而改依其他理由支持臺北高等行政法院確定判決之合法性，充其量僅能認為係追加理由來支持臺北高等行政法院之判決主文，此觀最高行政法院確定判決適用行政訴訟法第 255 條第 1 項駁回聲請人本件上訴，此即表示其支持臺北高等行政法院確定判決之法令適用，故最高行政法院確定判決雖未明白適用財政部 86 年函釋，亦不能謂其非屬司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之確定終局裁判所適用之法令。

D、又查，最高行政法院就權證避險損失部分適用財政部 86 年函釋，已屬通案一致性之見解，業有十餘件判決在案可查，而臺北高等行政法院確定判決既係採取與最高行政法院相同之見解，最高行政法院確定判決理應不會認定臺北高等行政法院之判決理由不當，此觀最高行政法院確定判決理由僅謂理由有

異，而非稱臺北高等行政法院判決理由不當等語自明。

E、雖然最高行政法院確定判決並未明文就權證避險損失部分特別適用財政部 86 年函釋，惟從上述說明而言，最高行政法院確定判決既然實體審理權證避險損失部分，僅係追加爭點主義之理由，以無理由駁回上訴，並未因此排除財政部 86 年函釋之適用，而改依行政訴訟法第 255 條第 2 項以爭點主義作為支持臺北高等行政法院確定判決主文駁回上訴。

F、況且爭點主義乃係對納稅義務人請求審理範圍之限制，稅務救濟實務上依照 62 年判例，確實得依爭點主義作為訴訟審理範圍之界定，但如已經一審判決進行實體審理者，判決效力已涵蓋至該等經實體審理之事項，上訴審僅係審查一審判決是否違法，必須就上訴人所受不利判決之部分審查，如同本案之情形，臺北高等行政法院確定判決係實體無理由駁回聲請人之起訴，最高行政法院確定判決基於上訴審查範圍及不利益變更禁止之訴訟法理，不得認為爭點主義作為訴訟審理範圍之界定，將本已經實體判決駁回起訴之案件，改按裁定或訴訟判決駁回起訴。是以最高行政法院確定判決仍維持臺北高等行政法院確定判決，亦即既判力及實體審判範圍應及於權證避險損失部分。準此，最高行政

法院確定判決並非真引用爭點主義代替臺北高等行政法院確定判決所援用之財政部86年函釋，僅係用來加強聲請人提起上訴屬無理由之依據爾。

(2)縱認為最高行政法院確定判決未明確適用財政部 86 年函釋，惟依重要關聯性理論，得以財政部 86 年函釋作為本件對最高行政法院確定判決聲請釋憲案之釋憲客體

A、按聲請釋憲客體重要關聯性，乃指大法官於釋憲實務中認定，與聲請人聲請釋憲之法令具有重要或密切關聯者，不論是否為確定終局裁判援引為裁判基礎之法令，得於受理人民聲請釋憲程序之同時，決定將之納入大法官解釋之客體，對確定終局裁判未適用的聲請釋憲客體，依重要關聯性將之納為釋憲標的（附件 11，楊子慧，憲法訴訟，第 278 頁），此觀　鈞院釋字第 569 號解釋理由書：「本件聲請人因妨害婚姻案件，認系爭確定終局判決所適用之最高法院二十九年上字第二三三三號及二十九年非字第一五號判例有牴觸憲法之疑義，聲請解釋。按上開判例係以告訴不可分之原則限制人民不得對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人提起自訴，其意旨與本院院字第三六四號及院字第一八四四號解釋之有關部分相同。上開解釋雖非本件聲請解釋之標的，惟與系爭判例關聯密切，為貫徹釋

憲意旨，應一併納入審查範圍，合先說明。」自明。故縱認最高行政法院確定判決未適用財政部 86 年函釋，然權證避險損失部分已為最高行政法院確定判決所實體審理，已如前述，最高行政法院實務上就權證避險損失之審理，均會援用財政部 86 年函釋，依照重要關聯性理論，財政部 86 年函釋與權證避險損失部分密切相關，仍宜認為司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款確定終局裁判所適用之法令。

B、況在訴訟實務上，最高行政法院判決亦有不特別表示其法律見解，而認為高等行政法院判決均已對人民上訴理由詳為論斷，據此駁回人民之上訴（例如最高行政法院 94 年度判字第 1986 號判決參照），如該案爭執之法規並未特別由最高行政法院所適用時，亦應認為此等法規亦為最高行政法院判決所援引，符合司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款確定終局裁判所適用之法令。故縱認本件最高行政法院確定判決未特別說明如何適用財政部 86 年函釋，惟亦可認為其採納臺北高等行政法院確定判決適用財政部 86 年函釋之意旨，在人民聲請釋憲案件上，得就財政部 86 年函釋作為確定終局裁判所適用之法令，聲請本件釋憲。

(3)本件已經窮盡救濟途徑，縱不認為最高行政法院

確定判決有適用財政部 86 年函釋，亦應得以臺北高等行政法院確定判決適用之財政部 86 年函釋作為本件釋憲標的

A、按司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所稱「確定終局裁判」，在德國聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項第 1 句有相類似之規定，其係指基本權利受侵害之當事人須先依據法律所規定之一般法院審級救濟途徑提起訴訟救濟，於窮盡所有審級救濟程序後，認其基本權利受侵害仍無法獲得充分完整的救濟，始得提起。（附件 12，楊子慧，憲法訴訟，第 284 頁）所以　鈞院大法官第 1125 次會議決議亦對於確定終局裁判闡釋為聲請人已依法定程序盡其審級救濟之最終裁判。

B、次按案件經上訴第三審，經審理結果認為第二審判決並無違誤之處，而駁回上訴，但第三審的判決未必引用被指摘為牴觸憲法的法規，遇此情形，第二審判決所適用的法規，仍然是確定終局裁判所適用之法規。（附件 13，吳庚，憲法的解釋與適用，93 年 6 月第 3 版，第 387 頁）職是，對於「確定終局裁判」一詞之重點應在於用盡審級程序，而非僅能以最終審之裁判所適用之法令為釋憲標的，以本件而言，臺北高等行政法院確定判決以財政部 86 年函釋判決聲請人對權證避險損失之主張無理由，最高行政法院確定判決雖未

就財政部 86 年函釋特別說明如何適用，但其並未認定臺北高等行政法院確定判決有所違誤，已詳如前述，故縱認最高行政法院確定判決未適用財政部 86 年函釋，自本件已用盡審級救濟途徑及學者見解，亦應認為臺北高等行政法院確定判決所適用之財政部 86 年函釋為本釋憲聲請案之釋憲標的。

C、又按，參照　鈞院對適用簡易程序之裁判提起上訴，經最高行政法院不許可而駁回上訴之案件，均允許以臺北高等行政法院判決所適用之法令作為釋憲標的，例如　鈞院釋字第 615 號解釋理由書略以：「本件聲請人就臺北高等行政法院九十二年度簡字第七三三號判決及最高行政法院九十四年度裁字第０一三六五號裁定所適用之所得稅法施行細則第二十五條（第二項）規定及財政部八十一年二月十一日台財稅第八０一七九九九七三號、八十七年三月十九日台財稅第八七一九三四六０六號函釋，聲請解釋憲法。查上開最高行政法院裁定係以聲請人對上開臺北高等行政法院適用簡易程序之判決提起上訴，不符合訴訟事件所涉及之法律見解具有原則性之要件，不予許可，並未適用上開法規及函釋，而以上訴不合法從程序上予以駁回。因聲請人已依法定程序盡其審級救濟，且非對裁判適用法律所表示之見解，而係對上開

法令是否違憲聲請解釋，故應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決，就其所適用之上開法規及函釋予以解釋，合先敘明。」鈞院釋字第649號解釋亦屬相同情形;另　鈞院對法律審法院以上訴理由未具體指摘原判決違法而裁定駁回之案件，亦准依高等法院或高等行政法院判決所適用之法規作為釋憲標的，可參諸釋字第 596 號、第 640 號、第 642 號、第 648 號、第 657 號解釋之案情。準此以言，　鈞院亦以是否用盡審級救濟作為確定終局裁判之判準，縱算因最高行政法院以上訴不合法裁定駁回案件，亦得以高等行政法院判決所適用之法規作為釋憲標的，循此，此種裁定駁回案件之實體既判力仍包括一審所實體審理部分，此點與最高行政法院以無理由駁回上訴之情形相同，均以一審判決實體審理部分作為既判力所及範圍，而與最高行政法院自為判決之情形有別，故依前揭學者之見，無庸區分第三審（法律審）以判決或裁定駁回上訴，如最高行政法院裁判未特別引用違憲之法規時，仍得以高等法院（高等行政法院）適用之法規為釋憲標的。

D、承上，本件釋憲聲請縱不能認為最高行政法院確有援用財政部 86 年函釋，惟臺北高等行政法院確定判決既已援用財政部 86 年函釋，衡諸上開對確定終局裁判之解釋，在本件已

盡審級救濟程序之情形下，應符合司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之聲請釋憲要件，得以財政部 86 年函釋作為釋憲標的。

2. 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；如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，始得由主管機關發布命令為必要之規範，迭經本院解釋在案……財政部八十一年一月十三日修正發布之營利事業所得稅查核準則第三十六條之一規定：『公司組織之股東、董事、監察人代收公司款項，不於相當期間照繳或挪用公司款項，應按當年一月一日所適用臺灣銀行之基本放款利率計算利息收入課稅。公司之資金貸與股東或任何他人未收取利息，或約定之利息偏低者，比照前項規定辦理。』稽徵機關依本條第二項規定得就公司資金貸與股東或他人而未收取利息等情形，逕予設算利息收入，據以課徵營利

事業所得稅。惟上開查核準則之訂定，並無所得稅法之明確授權；其第三十六條之一第二項擬制設算利息收入之規定，亦欠缺法律之依據，縱於實務上施行已久，或有助於增加國家財政收入、減少稽徵成本，甚或有防杜租稅規避之效果，惟此一規定擴張或擬制實際上並未收取之利息，涉及租稅客體之範圍，並非稽徵機關執行所得稅法之技術性或細節性事項，顯已逾越所得稅法之規定，增加納稅義務人法律所無之租稅義務，與憲法第十九條規定之意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。」有　鈞院釋字第 650 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。」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。按所得稅法第二十四條第一項規定：『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

三十一條規定為營業淨利＋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四條，觀諸所得稅法第三條、第四條及第二十四條第一項規定之立法目的及其整體規定之關聯意義，尚未違背憲法第十九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、損失及稅捐後之純益額為所得額，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 14），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，為所得稅法第二十四條第一項所明定。依所得稅法第四條之一前段規定，自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得停止課徵所得稅；公司投資收益部分，依六十九年十二月三十日修正公布之所得稅法第四十二條，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項下之成本費用。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 15，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)。所得稅法第 4 條之 1 規範對象（目的）係證券交易所得免稅，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，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得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，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避險部位之交易損失，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 號解釋之租稅法律主義、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 制定免稅規定，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避險交易部分單獨抽離，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 日台財稅字第 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 16）是以財政部 86 年函釋單獨抽離權證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事甚明。

(9)再詳言之，因與本案類似之他案中（臺北高等行政法院 92 年訴字第 157 號等，附件 17），納稅義

務人曾在臺北高等行政法院獲判勝訴，其主要關鍵即在於，該等他案判決認定權證之避險交易與一般消費者購買之證券交易性質有異，然而最高行政法院卻以券商發行權證前已知悉避險交易可能發生損失，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，據此駁斥臺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，當然就不會發生上開實務對於證券交易行為認定之爭議，而如　鈞院認為所得稅法第 4 條之 1 後段適用範圍仍應如最高行政法院確定判決之認定方式，所得稅法第 4 條之 1 後段即有違反量能課稅原則應予宣告部分違憲之可能。

3. 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)課稅事實關係定性問題與實質課稅原則之關係

A、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，亦即實質課稅原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。

B、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 18，黃茂榮，稅法總論第一冊，頁 405）。

C、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連部分，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 19，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。

(2)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

有關權證案件之法院判決中，臺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避險交易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。不過在實質課稅原則之層次上要討論的是，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）。

(3)權證交易屬於一個法律事實（法律行為）

A、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 20，黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 219 至 222)。依上可知，法律事實絕無可能以所含括之法條規定之個數作為行為個數之判斷標準。

B、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、三種本非自然意義的一行為，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 21，林明昕，論行政罰中單一行為之概念，頁 21 至 22）。

C、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。

D、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，發行人本應從事避險交易，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、投資人執行權利時將標的股票轉讓予伊等整體交易，均屬一行為，對於此種一行為自不能為相互矛盾之評價。易言之，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避險操作。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，如不進行相關避險操作，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，可以想見不進行避險交易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，避險交易當然構成權證交易本質之一部分。

E、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。權證發行人採取避險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。

F、職是，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，屬其成本之避險交易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。

G、小結：行政函釋如於事實定性（稅捐案件之通案性常會促使財稅主管機關對業者之通案事實統一定性）或法律構成要件之涵攝上違反實質課稅原則或核實課稅原則，依釋字第 420 號、第 625 號等解釋均可確認可作為違憲解釋之對象，本件財政部 86 年函釋正屬錯誤解釋所得稅法第 4 條之 1，造成嚴重背離實質課稅原則之結果，請　鈞院鑒核。

(4)就經濟實質而言，權證發行者之避險行為乃法令嚴格要求之必要事項，權證發行者幾無決定避險行為買賣股票之種類、價格、數量、時點的空間，其僅為法規要求控制風險而所不得不為之法令遵循事項，故當為發行認購權證之成本之一環，與一般自營買賣股票祈求買低賣高賺取經濟利益之情形有極大差異

針對金融機構發行權證並從事買賣股票之避險行為而言，避險股票之買賣，表面上雖與自營買賣股票之無異，惟其經濟實質與自營買賣股票迥然不同。自營買賣股票之操作，乃證券商基於股價起伏之研判，自行承擔風險以獲取價差為唯一之目的，故自營買賣股票當由自營

商根據財務學所闡釋之基本分析（總體經濟分析、產業分析、公司分析等）或技術分析等證券投資分析方法，並綜合過往操作股票之經驗而為之，從而決定欲自營買賣之股票為何檔股票、購買價格、數量、時點等，並期能在股票市場上買低賣高，而賺取經濟利益當為其唯一要務；然發行權證後所為之避險行為，乃權證獲准發行之法定必要條件，為金融監理機關之強制規定，且該等避險之部位尚須由證券商逐日上網公開申報相關操作情形，供證券交易所等相關監理機關予以查核檢視，又針對避險行為而言，券商僅得依前揭國際通用之 Black and Scholes 避險模式及避險交易實務 delta hedge 之方法為之，券商並無自由決定避險行為所買賣之股票之種類、價格、數量、時點，由於避險行為本身不是在追求價差等經濟利益，而係在遵守法令、控制風險，故券商根本不可能使用前揭自營買賣股票所用以賺取價差利得之證券投資分析方法進行避險行為。由此可證，避險行為之經濟實質與一般自營買賣股票有極大之差異，對於權證之發行，避險行為實乃法令嚴格要求之必要事項，權證發行者幾無決定避險行為所買賣股票之價格、數量、時點的空間，僅為法規要求控制風險而所不得不為之法令遵循事項，避險損失與權證發行在經濟實質上不可切割觀察，亦不可與自營買賣股票同視，故

避險損失當為發行認購權證之成本之一環。

(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 22，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

A、按　鈞院釋字第 420 號、第 607 號、第 625 號、第 635 號解釋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。

B、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，必須為獲得該收入之相關成本已支付或大部分已支付之「已賺得」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聯性，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製財務報表注意要點中察悉。（附件 23，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 24，證券商財務報告編製準則）。

C、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 年函釋就避險交易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

A、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。

B、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，必須在賣出後；在融券先賣後買時，必須在買進還券後，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 25，黃茂榮，不動產稅及其對不動產產業的經濟引導，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，絕無法從單筆的避險交易就認為得結算損益，原確定判決這種切割觀點如

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避險之整體交易行為，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。

C、再按，　鈞院自釋字第 420 號解釋以來，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 26），所以財稅主管機關適用實質課稅原則本為其法定義務，實難有脫免適用實質課稅原則之正當化理由。

D、另可能有的論點為避險交易因其可能獲益而在性質上不得為成本，惟新法允許此種扣減，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，因稽徵機關及法院判決誤解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

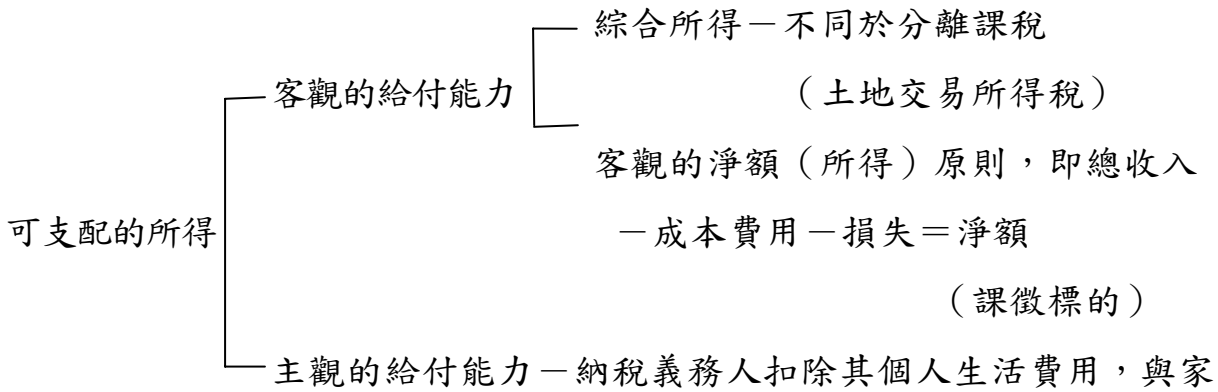
利益（得）之成本費用，仍是成本費用。

4. 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

A、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。

B、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27，陳清秀，量能課稅原則在所得稅法上之實踐，頁 47 至 48）。

C、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 4，葛克昌，所得稅與憲法，頁 121 至 123）。

D、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」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 28，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）。

E、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 29，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。

F、又查，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 年函釋之訂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

A、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 19，陳清秀，稅法總論，頁 32)。

B、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，只有當法律違反明顯憲法，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 30，陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法觀點出發）。

C、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 30，陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法觀點出發）。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 號解釋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。

D、然聲請人認為本件是否因最適功能理論而不

適用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 31，立法院公報第 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分止爭，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 32，96 年 4 月 3 日經濟日報，網址： 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。

E、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 4，葛克昌，所得稅與憲法，頁 156 至 158）。

F、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得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 後段適用於權證之避險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。

G、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，聲請人認即使應適用最嚴格之審查基準，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 後段可單獨適用至權證避險損失上，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 是否真有規範權證避險交易部分，亦未就可能獲得之資料予以詳考，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，亦應認為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者對此種財政部解釋有一個可以說得過去而可支持的理由，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

A、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 號解釋所示，不准列舉減除非課稅所得或免稅所得之必要費用（附件 28，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）。

B、除上揭客觀淨所得原則之例外，一般而言立法者如欲不遵循量能課稅原則、客觀淨所得原則時，應有重大公益理由，吾人認為上揭德國法制之例外，是建構在公益目的之考量

上，在法益衝突時以比例原則加以調和，故在法益權衡下確立客觀淨所得原則必須退讓之例外。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。

C、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 日後的技術作價案件，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 33）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 日作成台財稅字第 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。

D、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、經濟上關聯性而定。準此見解，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。是在發行權證納稅義務人所為避險證券交易的類

型情形，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 28，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）。

E、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 15，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 停徵證券交易所得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，停徵證券交易所得稅之政策，加上證券交易所得稅稽徵困難等原因（附件 34，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。

F、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？毋寧是立法者基於促進投資目的而獎勵證券交易所得免稅，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。

G、詎料，本案臺北高等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　鈞院釋字第 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。

H、附帶一言者，如承認避險交易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。且其避險措施方案係在國際通行避險標準（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。

I、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適當性

或目的性之限制，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 35，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，竟以立法形成自由為詞，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。

5. 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

A、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。

B、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，合理關聯性之審查；第四係追求無實質平等之政策目的，必須從嚴審查（附件 36，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

A、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。

B、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避險交易成本，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。

C、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

A、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。

B、惟查財政部 86 年函釋對權證交易拆解為數行為，並對其中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

A、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 37)。

B、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。

C、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」。

D、從而永久性差異與暫時性差異係以對稅負效果之影響而論，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 28，陳清秀，論客觀的淨額所得原則，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得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。

E、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權證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 號解釋割裂適用禁止原則，亦與平等原則有所齟齬

A、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十二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。

B、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 號解釋意旨，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

A、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。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。

B、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，委員會紀錄，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，讓臺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並沒有溯及既往，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 31，立法院公報第 94 卷第 62 期，頁 319 及 321）。

C、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，對此等解釋性質而非構成要件規定之法律，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，此參臺灣高等法院上字第 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。」信託法第一條定有明文。按信託法雖訂立於八十五年一月二十六日，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。

D、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「避險」(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，且避險行為通常均會產生損失，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，因此其避險行為所生之「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。

E、是故，如果認購（售）權證中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之避險成本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 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

A、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。

B、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 年函釋相異之處遇，權證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，因不准扣除權證交易之避險成本，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x25%)，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x15%x25%)。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。

6. 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

A、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，故我國學者及　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。

B、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)財政部 86 年函釋課稅之結果將造成對聲請人財產權及營業自由之嚴重限制，有違狹義比例原則

A、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 38，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，78 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。

B、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 38，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，78 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。

C、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 4，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。

D、經查，本案權證交易若依財政部函示不准減除避險費用損失，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，年度淨獲利占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，約占權利金

總收入之 16.37％。」「全體權證市場之 volatility markup 平均為 17.60％，淨獲利占權利金總收入之 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占權利金總收入之 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 28，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）。就聲請人本年度到期權證之實際利得（減除避險損失及相關成本費用後之所得）係新臺幣（下同）252,264,587 元（附件 39，權證損益計算表），惟查財政部臺北市國稅局將聲請人原列報為免稅之權利金收入 1,352,592,500 元部分調增至營業收入，卻不准權證避險損失列為應稅權利金收入之成本，其中有關避險損失金額部分，最高行政法院確定判決所載財政部臺北市國稅局主張不准避險損失為 952,699,735 元，係依聲請人財務報表上之避險損失核算之金額，包含未到期權證之避險損失，惟如僅以 91 年

度到期權證之避險損失計算 993,857,034 元（詳如附件 39)。是以聲請人因財政部臺北市國稅局所核定權證之利益為 1,352,592,500 元，應課稅額為 338,148,125 元，是聲請人在 91 年度權證交易之實際獲利 252,264,587 元之狀態，卻因適用財政部 86 年函釋而核定增加此等高額之課稅所得，而就此權證交易實質稅負為 338,148,125 元，高達權證交易所得 134.05%以上之租稅負擔，實際上確實產生了過度課稅的結果，對於憲法上保護之財產權，業已超出財產權社會義務所應負擔之範圍，這點應是可以確認的，從而從基本權侵害的嚴重性而言，要難謂不重大。

E、再審查是否因財政部 86 年函釋之適用結果，產生與結果無關之副作用乙節，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權證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。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 月中旬大華證券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 40，【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 41，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)。依上揭新聞事件可知，券商因權證課稅不公，剝奪其合理商業利潤，只好採用全體停發權證之激烈手段因應，顯見財政部 86 年函釋確實引發了一個規範制定者所未預期之基

本權侵害，亦即影響券商職業選擇自由之職業客觀要件。所謂職業客觀要件係指從事某一行業須符合特定之客觀經濟情況，而這些情況非行為人主觀能力所能遂行者（附件42，李惠宗，憲法要義第二版，頁176、177）。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占權利金總收入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，此點亦是　鈞院應仔細加以考量者。

F、財政部86年函釋導致券商發行權證產生無利可圖之結果，券商為因應此種稅負影響，可能有兩種解決方式，其一為將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，已如上述。

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。」此即第一種處理方式，將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（債券或定存）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。如排除 96 年之修法因素，而財政部 86 年函釋亦確實使券商停發權證，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確實會產生權證退出市場之結果，又挾對所得稅法第 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，實質導致無任何政策目的之寓禁於徵之效果，亦即 86 年函釋否認認購權證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，更重要的是，會形成過大之基本權侵害，而違反比例原則，相關影響鑒請　鈞院參酌。

b.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，牽涉到第三人之工作權或一般經濟上權利遭受侵害。況券商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，券商對於增訂權證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），亦請　鈞院斟酌。況且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 多億元，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 30，立法院公報第 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。

G、承上，財政部 86 年函釋既尋無一個正當化之公益理由，如僅以財政考量為依據，似又非其制定時之本意，縱有達成多課徵稅捐之結果，但考量前述反而產生權證停發之稅收減少的副作用，恐怕財政收入之公益正當性沒有如表面看來的那麼大，而且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。退萬步言，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、營業自由之侵害效果，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，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。

（二）62 年判例（爭點主義）違憲部分

1. 最高行政法院確定判決所採之爭點主義係實質援用 62 年判例

(1)依前述釋憲客體重要關聯性理論及　鈞院釋字第 569 號解釋理由書，最高行政法院確定判決既然將「爭點主義」作為法令加以援用，有關與爭點主義重要關聯性之 62 年判例，自得為本件之釋憲標的，蓋在我國法院審判實務上對爭點主義之適用係由來於該判例，例如：

A、最高行政法院 97 年度判字第 1075 號判決:「我國訴訟實務，就租稅行政救濟之訴訟標的係採爭點主義，不採總額主義（本院 62 年判字第 96 號判例參照）」。

B、最高行政法院 97 年度判字第 618 號判決:「至於其餘部分，查對於租稅爭訟事件係採爭點主義，業經本院著有 62 年判字第 96 號判例可參，而上訴理由狀所載，無非重述為原審所不採之主張，執其主觀歧異之見解，指摘原判決採用爭點主義為不適用法規或適用不當云云，請求廢棄原判決，其該部分上訴即為無理由，應予駁回。」

C、最高行政法院 97 年度判字第 391 號判決:「又「行為時適用之所得稅法第 82 條第 1 項規定之申請復查，為提起訴願以前必先踐行之程序。若不經過復查而逕為行政爭訟，即非法之所許。」(本院 62 年判字第 96 號判例參照)。是我國訴訟實務就租稅行政救濟之訴訟標的係採爭點主義，不採總額主義，即認各個課稅基礎具有可分性，故撤銷訴訟之爭點須經前置程序中主張，始可於行政訴訟程序中加以爭執。」

(2)依照　鈞院釋字第 582 號解釋所揭諸「實質援用」之釋憲客體判準，本件最高行政法院確定判決確有實質援用 62 年判例

按「按確定終局裁判援用判例以為裁判之依據，而該判例經人民指摘為違憲者，應視同命令予以審查，迭經本院解釋在案（釋字第一五四號、第二七一號、第三七四號、第五六九號等解釋參照)。本聲請案之確定終局判決最高法院八

十九年度台上字第二一九六號刑事判決，於形式上雖未明載聲請人聲請解釋之前揭該法院五判例之字號，但已於其理由內敘明其所維持之第二審判決（臺灣高等法院八十八年度上更五字第一四五號）認定聲請人之犯罪事實，係依據聲請人之共同被告分別於警檢偵查中之自白及於警訊之自白、於第二審之部分自白，核與擄人罪被害人之父母及竊盜罪被害人指證受勒贖及失竊汽車等情節相符，並經其他證人證述聲請人及共同被告共涉本件犯罪經過情形甚明，且有物證及書證扣案及附卷足資佐證，為其所憑之證據及認定之理由，該第二審法院，除上開共同被告之自白外，對於其他與聲請人被訴犯罪事實有關而應調查之證據，已盡其調查之能事等語；核與本件聲請書所引系爭五判例要旨之形式及內容，俱相符合，顯見上開判決實質上已經援用系爭判例，以為判決之依據。該等判例既經聲請人認有違憲疑義，自得為解釋之客體。依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，應予受理（本院釋字第三九九號解釋參照）。」、「最高行政法院決議如經法官於裁判上援用，應認其與命令相當，得為憲法解釋之對象（本院釋字第三七四號、第五一六號、第六二０號解釋參照）。本件據以聲請解釋之確定終局裁判中，最高行政法院九十二年度裁字第一五八九號裁定援用聲請人所指摘之同院九十二年九月十八日庭長法官聯

席會議決議，為其裁定駁回之理由。又最高行政法院九十二年度判字第一五四四號判決，形式上雖未載明援用上開決議，然其判決理由關於應以繼承人為納稅義務人，發單課徵贈與稅之論述及其所使用之文字，俱與該決議之內容相同，是該判決實質上係以該決議為判斷之基礎。而上開決議既經聲請人具體指摘其違憲之疑義及理由，自得為解釋之客體。依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，本件聲請應予以受理（本院釋字第三九九號、第五八二號解釋參照），合先敘明。」鈞院釋字第 582 號及第 622 號解釋之解釋理由書著有明文，故雖未援引判例字號，但實質上以其為裁判依據者，即屬實質援用。是以本件最高行政法院確定判決援用之爭點主義，在司法實務上即係指改制前行政法院 62 年判字第 96 號判例，自得作為本件釋憲標的。

2. 爭點主義與總額主義之簡介與其法理基礎

(1)有關課稅處分之可分性

A、在行政處分各個部分可獨立存在的情形，或者行政處分其中一部分消滅，而就其他部分之有效性不受影響者，該行政處分極具有可分性，反之，如行政處分是由單一部分組成，亦即規制內容上乃屬不可分割，或者其構成部分在法律上不具有可分性，即屬不可分之處分。所謂行政處分內容可分係指部分違法之行政處分，須內容可分，始得將違法之效

果限制於該有瑕疵部分，包括多數實質上獨立之要求及行政處分除去該有瑕疵之部分後其餘存之規制，能作為獨立之行政處分而繼續存在者，亦為可分之行政處分。（附件 43，陳敏，行政法總論，2 版，第 394、395 頁）

B、爭點主義認為所謂課稅基礎非單純的構成具體的生活事實之各種事實，而是與課稅相連結之法律上總括概念，如特定得所得種類、盈餘、收益、財產單位及其價值等，由於課稅處分對應於其具體的、按其價值可特定的課稅基礎並非不能分割，因此各個課稅基礎似得被核定作為具體案件之獨立規制，在此範圍內課稅處分具有可分性。至於總額主義認為，在稅法上原則上不許對於個別的課稅基礎以一個特別的行政處分加以獨立的確認，且在所得稅上，各個課稅基礎立於緊密的交替關係，故性質上對於所得不能以各別租賃所得或營利所得導出所得總額。（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 85 至 90 頁）

C、課稅基礎在概念上或邏輯上固然亦可能具有可分性，惟依稅捐稽徵法第 35 條之規定，納稅義務人得申請復查之對象為核定稅捐之處分，並未享有單獨就課稅基礎之認定各別提起行政救濟之權利，且不問課稅處分之基礎為何，人民僅因課稅處分之結果始蒙受損

害，亦即復查申請人指摘原處分有違法事由，但原處分另含有有利於復查申請人之違法瑕疵，兩相抵銷，課稅處分之結果（主文）並未對人民產生損害。學者進一步指出，基於稽徵程序之職權進行主義與職權探知主義，復查程序乃應就原處分全部範圍重新審查，爭訟標的亦不應以復查申請人所指摘之原處分具體違法事由相關連的稅額適否，而採取總額主義。（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 276、277 頁）

D、在我國審判實務上，確實因爭點主義而認為課稅處分可分，以 62 年判例為例，認為僅就原料耗用部分申請復查，對於折舊部分並無異議之事實者，即不可在訴訟程序上再行爭執，其將此二個在營利事業所得稅結算申報書及核定通知書上分屬不同科目（一為營業成本，一為費用類科目）而認定屬二個可分之課稅基礎，如最高行政法院 97 年度判字第 391 號判決即認定 62 年判例之爭點主義認為各個課稅基礎具有可分性。然而此一可分性之區分標準究竟有無任何實體法上之依據？抑或僅係其解讀稅捐稽徵法第 35 條或舊所得稅法第 82 條之程序法規定所得出之結論？（按在 62 年判例作成時僅有舊所得稅法第 82 條第 1 項規定:「凡經稽徵機關調查核定之案件，除依本法第七十九條之規定不得提出

異議者外，納稅義務人如有不服，應依規定格式敘明理由，連同證明文件，依左列規定申請復查」，後在 65 年制定稅捐稽徵法第 35 條第 1 項：「納稅義務人對於核定稅捐之處分如有不服，應依規定格式敘明理由，連同證明文件，依左列規定，申請復查」，並刪除舊所得稅法第 82 條之規定)62 年判例在論理基礎上已令人有所質疑（詳後）。況且依照行為時所得稅法第 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。是故在實體法上係要求納稅義務人計算出一個正確的所得，以確認可以課稅之稅基，收入本來就離不開成本費用，如將營業成本與營業費用之科目認為彼此可分時，此僅為邏輯上之可行而已，在實體法上應是不被允許的。

E、至於稅捐稽徵法第 35 條能否得出各個課稅基礎可分之結論？稅捐稽徵法第 35 條第 1 項規定：「納稅義務人對於核定稅捐之處分如有不服，應依規定格式敘明理由，連同證明文件，依左列規定，申請復查……」，該條規定意旨

即為復查前置程序，在復查申請書應載明理由，能否無限上綱至復查申請之理由作為支持課稅處分可分之理由？細繹 62 年判例意旨，其係以未經復查部分不得提起後續行政救濟程序之推論，其論證成立的前提係在於課稅處分各個課稅基礎或理由屬於可分的行政處分，而不是反過來因為稅捐稽徵法第 35 條第 1 項的規定，導致課稅處分具有可分性，故而稅捐稽徵法第 35 條第 1 項不足以支持課稅處分具有可分性，自不待言。是以 62 年判例是否係出於對舊所得稅法第 82 條規範效力之誤解，不無所疑，且此種作法顯係將風險全部歸於納稅義務人承擔，亦即如復查時未予敘明之理由，因課稅處分係針對營利事業所得稅結算申報之所有科目加以核定，依 62 年判例對於未提起復查部分即告確定，至多僅能尋求得否依稅捐稽徵法第 28 條尋求對有形式存續力之處分之案件申請退稅，在實務上亦不均被接受。惟稽徵機關如發現另應核課之稅捐，仍得依稅捐稽徵法第 21 條補徵，如此解釋屬嚴重失衡的制度設計，實在尋無稅捐稽徵法第 35 條可作為處分可分之依據。

F、更進一步言，62 年判例既係基於課稅處分可分性之前提，其可分性範圍是否受課稅處分調整理由限制，抑或以納稅義務人在復查程序所提之理由作為認定課稅處分之範疇？62

年判例並未釐清此一課稅處分可分性之拆分標準，苟稽徵機關就納稅義務人結算申報書上某一科目如申報數加以核定，但納稅義務人如欲於復查程序中加以主張時，是否得作為行政救濟程序所審理之範圍？如以課稅處分調整理由為判準，納稅義務人即不得在行政救濟程序中主張，如以納稅義務人復查程序中所主張之理由為準，似又可以對處分未調整之科目列為行政訴訟之審理範圍，惟此對於人民訴訟權範圍及得否爭訟乙事，竟無明確之適用標準，是 62 年判例本身有無理論基礎得支持己身結論之正當性，誠已令人懷疑。況且，如本件聲請人之情形，原將權證之權利金收入與避險損失均暫先申報為免稅證券交易損益，因聲請人在營利事業所得稅結算申報時主張權證之權利金收入與避險交易損失為收入成本必須相互配合，如權利金收入列為免稅收入，避險交易損失亦在免稅項下，如權利金收入為應稅收入，避險交易損失則在應稅項下。惟臺北市國稅局將 91 年到期權證之權利金調增至營業收入之科目中，且原查處分依據財政部 86 年函釋認定權證避險交易損失屬證券交易損失，故不調整聲請人有關避險交易損失之申報數，案經聲請人於復查等行政救濟程序中均主張避險交易損失應自應稅權利金收入扣除之爭點，亦

經復查決定、訴願決定及臺北高等行政法院確定判決所實體審理，詎料本件最高行政法院確定判決認為爭點主義所形成之審理範圍係指原處分之調整部分，而不包括原處分如申報數核定之部分，認定原處分未調整權證避險交易損失之申報，故聲請人不得就該部分提起復查申請云云，顯係採取以原處分調整理由作為爭點主義適用範圍之判準，然此種爭點主義之適用確實已產生對於人民最為不利之效果，蓋：本件聲請人本在結算申報即主張權利金收入與避險交易損失為相互配合之收入與成本，如均申報免稅項下時，即無課徵稅捐之可言，惟國稅局將權利金收入調整至營業收入項下，聲請人自然主張應將權利金收入之成本（即避險損失）自應稅收入中扣減，如採最高行政法院確定判決所持之爭點主義，即造成避險交易成本在權利金收入被調整為應稅收入時，竟可能無從受實體審理，如堅持課稅處分可分而且是以科目是否被調整作為行政訴訟審理範圍之標準時，此種見解顯然與爭點主義本立基於課稅基礎邏輯上可分之基調相矛盾，足見62年判例雖採取爭點主義，卻又未能釐清課稅基礎可分之前提，形成一個概念、內涵過於模糊之訴訟法上原則，卻賦予一個使人民喪失訴訟權的法律效果，其法令（判例）本身即非

允當。

G、回歸到行政處分可分性之本質而言，其係來自行政程序法第 112 條規定：「行政處分一部分無效者，其他部分仍為有效。但除去該無效部分，行政處分不能成立者，全部無效。」之相同意旨，行政處分可分係指除去該部分處分而能獨立存在者，始足當之。惟查，課稅處分僅係在處分書上分列不同細項，其處分規制內容並非可各別分為各加減項目。以營利事業所得稅之核定通知書為例，營業收入總額（01 項）、營業成本（05 項）各為一項科目，營業費用及損失總額（08 項）亦為一項科目，惟營業費用及損失係 10 項至 32 項及 72 項之加總，是否因此將之理解為每一費用科目均為個別之訴訟標的？抑或將營業收入、營業成本與營業費用分為三個不同之訴訟標的？然而營業收入、營業成本與營業費用僅為計算課稅所得及應納稅額之過程，亦即其為形成課稅所得額之加減項目而已，不可能除去其中某一科目的規制，使得課稅處分仍能維持。申言之，回到行政處分可分性的觀點係在討論行政處分一部分違法而無效或得撤銷時，除去該無效或得撤銷部分，其餘部分仍能獨立存在時，方有處分可分性之適用。然而在課稅處分的情形，如除去折舊費用之核定時，就會成為一個無法正確計

算所得稅額的規制內容，不會因為撤銷國稅局對於折舊費用的剔除數，就會使課稅處分回復到以申報數作為折舊費用的規制內容，所以在稅務實務上由法院判決撤銷復查決定及訴願決定時，是由稽徵機關就撤銷部分再作成復查決定，只是由新的復查決定去代替核定通知書相關部分的規制內容，根本無由將折舊費用部分規制內容單獨除去而使課稅處分的「其他」規制內容可獨自成立，所以課稅處分並不符合行政程序法上所討論之可分的行政處分，至為顯然。

H、或許改制前行政法院 62 年判字第 96 號判例採取折舊費用與原料耗用具有可分性之依據是來自所得稅法分別規範之狀態，亦即所得稅法第 28 條規定「製造業耗用之原料，超過各該業通常水準者，其超過部分非經提出正當理由，經稽徵機關查明屬實者不予減除。」而第 51 條則規定：「固定資產之折舊方法，以採用平均法、定率遞減法或工作時間法為準則，上項方法之採用及變換準用第四十四條第三項之規定，其未經申請者視為採用平均法。各種固定資產耐用年數，依固定資產耐用年數表之規定。各種固定資產計算折舊時，其耐用年數除經政府獎勵特予縮短者外，不得短於該表規定之最短年限。」所以依據實體法此為二個獨立的事由。惟此一論

點之盲點在於，如果在公務員懲戒的處分案件，不同法條規定的懲戒事由，可能相去甚遠，彼此之間並無密切關聯，如此似還有爭論除去該無效部分後，其他部分能獨立存在的理由，然而基於行政處分主文規制內容如無變更的情形，處分理由之追補在德國與我國之通說與實務均採取肯定說之見解（附件43，陳敏，行政法總論，2 版，第 1260、1261 頁；最高行政法院 91 年度判字第 694 號判決參照；臺北高等行政法院 90 年度訴字第 5857 號判決參照），準此以不同處分理由構成不同訴訟標的或不准行政機關為理由追補，亦非屬通說實務所採之見解。更何況如同課稅處分之各個科目彼此間緊密牽連之情形，在理論上本就非可分，不會因為不同法條對原料耗用與折舊費用之認定加以規範，就會構成行政處分可分的理由。

(2)爭點主義之理論依據

A、概說：爭點主義可分為「事實關係說」與「二分肢說」來探討，茲簡介如下：

(A)事實關係說：事實關係說係指稅務訴訟上撤銷之訴的訴訟標的，乃是原告所爭執之各別課稅基礎或原告所爭執之部分事實關係。惟論者認為此種觀點與行政訴訟法第 4 條第 1 項：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之

利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」之規定有所不符，蓋一般行政訴訟法上之訴訟標的依該條規定，以系爭處分違法且侵害人民權利為訴訟標的，又行政處分之規制效果在於主文而非理由，對於人民權益的損害是基於主文而發生，並非基於處分理由而發生（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 390 至 394 頁）。

(B)如採二分肢說來支持爭點主義之論點為：訴訟標的乃由稅額之爭執（撤銷變更稅捐核定之聲明）以及原告所爭執之事實關係或個別課稅基礎二者所構成；另有認為訴訟標的乃是課稅處分之理由有關之稅額的適否，亦即以處分理由的基礎生活事實關係，特定訴訟標的之範圍。學者認為因為撤銷訴訟之審理範圍為課稅處分的主文而非理由，所以即便法院不逾越人民訴之聲明為裁判，或者作成比原處分更不利之判決主文而違反不利益變更禁止原則，但此等限制僅限於訴之聲明的金額或是處分核定之稅額，並非個別的爭點與課稅基礎，所以不能因此成為支持爭點主義之理由（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標

的，第 433 至 440 頁）。

C、日本法制下的爭點主義論述

(A)因德國稅務訴訟上有關爭點主義的論述，僅為曇花一現的學說，故本聲請書乃以日本法制對於爭點主義之論述作為觀察爭點主義論據的參考依據。日本通說實務其實並非採行爭點主義，在課稅處分的審理上，仍以總額主義為決定審理範圍的判準。不過確實有些著名學者（如金子宏）傾向採取爭點主義，乃是有其法制發展背景由來。在日本稅務救濟程序之前置程序-國稅不服審判所的法源，國會曾經作成附帶決議「政府在營運國稅不服審判所時，其使命是給予納稅人權利之救濟，不應偏向於總額主義，而產生爭點主義的精神，應期待澈底貫徹該旨趣」,所以法制背景上會有學者質疑總額主義不能貫徹程序保障，如果容許無條件的追補課稅處分理由時，與行政處分未附記理由相同（附件 45，榎本恒男，〈爭点主義的運営〉，載於小松英明、松沢智編，裁判実務大系第 20 卷，租稅爭訟法，1992 年初版第 4 刷，頁 20、21）。

(B)稅務訴訟標的之觀點：日本法上的訴訟標的係指判決主文應判斷的事項的最小基本單位，或是可依該單位加以區別的具體事

項，具有在訴訟上得劃定審理對象之範圍的機能。通說認為撤銷核課處分的訴訟標的與其他行政處分的撤銷訴訟相同，亦即該處分的整體違法性，可以支持課稅處分核定稅額的一切處分理由，均可為課稅機關所主張。而爭點主義則主張課稅機關不能以處分時所依據的所得原因以外的所得原因在訴訟上主張。

(C)因處分理由附記的規定：因為課稅處分在某些情況下必須附記處分理由（例如藍色申報的核課處分，日本所得稅法第 155 條第 2 項參照），處分機關之處分理由應對納稅義務人開示的程序保障原則，所以爭點主義所採行的訴訟標的並非課稅處分的整體違法性，而是依課稅處分理由所特定的稅額本身適否，徵納雙方皆不能主張與處分理由無關係的課稅要件事實，審理的對象僅限於處分理由之適當與否，如追補將與處分理由基本課稅要件事實喪失同一性之理由，會構成另一課稅處分，所以撤銷訴訟的判決僅是使該課稅處分理由失其效力，如非因除斥期間經過，課稅機關仍可基於新的理由作成核課處分（附件 46，小川正雄，租稅訴訟における訴訟物，第 277 頁）。

(D)一般被認為支持爭點主義的日本稅法碩儒

金子宏教授認為，採取爭點主義的判決既判力僅及於處分理由，租稅機關可以在除斥期間經過前以新的理由作成核課處分，確實難以期待一次解決紛爭，但新的課稅要件事實發現而更改原確定處分時，結果上仍有督促租稅行政改善的功能（附件21，金子宏，租稅法，第 13 版，第 752 頁）。

(E)總括來講，日本法制下有部分學者主張之爭點主義有其前置審查程序之立法背景，再搭配課稅處分在某些情況下應附記理由，在行政手續法施行前，相較於其他行政處分有其特殊之處，惟行政手續法在西元 1994 年施行後，行政手續法第 8 條與第 14 條已經一般性地課予行政機關作成不利益處分之說理義務，過往爭點主義之重要論點似已失其依據，況且其對於訴訟經濟造成之違反，是否一定要以訴訟標的或審理範圍限縮之方式，限制訴訟審理範圍，是否因爭點主義之採行而真能保護人民權益？抑或滋生更多破壞訴訟法或侵害人民權益之疑慮？總之，從日本通說實務不採納爭點主義之立場，似可窺見其端倪。

D、我國實務所採行之爭點主義

就62年判例以納稅義務人對稽徵機關之調查核定必須提起復查，始能作為行政救濟之

審理範圍，此一判例意旨可再區分為二種情形：

(A)其一係必須經稽徵機關調查核定，理論上稽徵機關之調查核定應屬全部的課稅處分，以營利事業所得稅為例，即為營利事業所得稅核定通知書所核定之內容，但此判例之文義尚未明確，即可能產生核定通知書就某些科目未調整申報數，但其實維持該科目之原申報書係對納稅義務人不利，納稅義務人有可能不得就稽徵機關未調整之科目提起行政救濟；

(B)其二係必須在復查程序中所主張之理由（科目）始能繼續於後續行政救濟程序中審理。

62 年判例對於爭點主義之界定究竟以處分調整理由為據，抑或復查主張為準，其內涵不明之處已如前述；而其採行之爭點主義亦未如日本爭點主義理論基因於對納稅人程序權利保障之依據，其正當化理由是否係尚待補充，或是真的難以尋覓一個正當化理由加以支持？我國實務界雖普遍採用爭點主義，卻未能交代在其他行政處分領域法院均允許處分理由追補，何以在課稅處分必須限縮審判範圍之理由？是以至少從其主觀上重要理由之揭露而言，其實法院就已經違反說理義務在先，且第

三人亦難以從 62 年判例或其他行政法院判決之客觀文義得知其論理依據為何，頂多只能瞭解因課稅處分可分而產生未經提起復查者，不能成為行政訴訟審理對象之結論，但未能明瞭課稅處分可分性之操作標準為何，在明確性原則而言，人民既然難以預測爭點主義之適用範圍，如本件聲請人業已在復查程序中主張權證避險交易損失應自應稅權利金收入中扣除，卻仍遭最高行政法院確定判決仍屬爭點主義適用之範圍，而無從依稅捐稽徵法第 35 條提起復查，此種內涵及法律效果無法明確預見之爭點主義，乃成為我國法制上之特殊現象，其違憲狀態詳如後述。

(3)總額主義之理論依據

A、概說

行政法院即使業經查明原告所爭執之違法事由確屬正當，仍應進一步審查行政處分可否以其他事實上或法律上理由加以維持，反過來講，原告也可以擴張訴之聲明至原未主張之理由。況且既判力僅於被裁判標的被裁判的範圍內發生，訴訟標的被裁判者並未逾越系爭處分及其內容，但既判力之拘束力原則上並非及於該項行政處分之全部範圍，而毋寧僅止於該項訴訟標的已經「裁判」之範圍。從而雖採總額主義之訴訟標的概念，並

不會因此認為訴訟標的之全部範圍均發生既判力，毋寧是裁判標的發生既判力。（附件44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第548、549、582頁）另外行政訴訟法第213條規定：「訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，有確定力。」亦可作為既判力係經裁判者發生確定力，是參照故採取總額主義之訴訟標的觀念並不會因既判力而阻止稽徵機關就其他應核課稅捐加以核課，反而可更節省訴訟經濟同時於法院中追加理由進行審判。

B、職權探知主義作為支持總額主義之論據

總額主義見解認為行政法院即使查明原告所爭執之違法事由確屬正當，仍應進一步審查系爭行政處分可否以其他事實上或法律上的理由加以維持，亦即應審查課稅處分所核定之稅額總額，客觀上是否合法，因此行政法院應審查系爭課稅處分有關之稅捐事件整體一切事實上及法律上理由，在職權探知主義下，行政法院所應探知調查之範圍乃及於該稅捐事件整體。或有認為總額主義比爭點主義更加重法院之審理負擔，而無法獲得迅速裁判，惟按正確課稅不僅為課稅之合法性負擔與課稅平等所必需，且攸關公共利益，故自不能徒為減輕法院負擔，即捨棄總額主義不採，況為減輕行政法院負擔，採取總額主義者亦致力於緩和法院之職權查明義務，

認為職權查明義務有其界限（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 458、459 頁）。

C、總額主義是否影響當事人之程序保障

因總額主義得就當事人所謂爭執之事項加以審理，並據以為判斷原處分合法性或違法性之基礎，但法院欲就當事人所謂爭執之事實關係部分（個別的課稅基礎），行政法院應於裁判時給予當事人從事實上與法律上觀點表示意見之機會，亦即應給予法律上聽審，以避免當事人遭受不可預測之突襲性裁判，稅務訴訟標的即使不採爭點主義而採取總額主義之見解，亦不致使當事人蒙受不可預見之突襲性裁判（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 475 頁）。

D、復查前置主義是否可限制訴訟審理範圍

德國財務法院法第 44 條第 1 項規定，在有法院權利救濟的情形，原則上僅於法院外權利救濟之前置程序全部或部分無效果時，其訴訟始屬合法，亦即在前置程序之主文就全部或部分「無理由」及「不合法」駁回之情形，而復查程序乃採取職權探知主義，故復查決定係就原處分之全部範圍進行審查，不受當事人爭執事項之拘束，因此縱認為復查決定為稅務撤銷訴訟的原處分，此種裁決主義的見解亦不能成為原告於訴訟程序上主張復查程序未曾主張且復查決定未予判斷之理

由（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 448 至 457 頁）。

E、日本通說實務係採取總額主義

(A)日本最高法院西元 1974 年判例見解（附件 47）

日本最高法院在西元 1974 年 4 月 18 日判示「審查請求的範圍是及於對總所得金額之課稅妥當與否之整體必要事項，是故本件審查裁決所新認定之薪資所得金額來構成總所得金額，並駁回審查請求，其理由並無違法」。

(B)爭點主義論者所誤解之日本最高法院 1981 年判例（附件 48）

案例事實：緣上訴人 A 為住宅買賣業者，A 就系爭 64 坪木造三層樓店面申報：取得本件不動產之成本為七千六百萬九千六百日圓，而銷售價格是七千萬日圓。稅務署長 Y 認為本件不動產取得成本為六千萬日圓，並以此作成更正處分。之後原告提起撤銷之訴，至訴訟中稅務署長始察覺本件銷售價格應為九千四百五十萬日圓，便於訴訟中為此項理由之追加替換，雖取得價格如原告之申報，若法院能容許追加銷售價格之事實，仍可維持處分之適法。

日本最高法院判決理由：關於上訴人所指遲滯訴訟之情，對照原判決所示之證據

關係與記錄所展現的訴訟過程，二審判決所論無違法之處。本件的問題在於，原本申報認為取得價格比賣出價格更高，而後更正處分認為取得價格其實只有六千萬日圓，是以仍須課稅；惟之後發現賣出價格高達九千四百餘萬日圓，而依此在訴訟上主張原告有所得收入，究竟此種新的理由追加替換是否適法，便成為關鍵。就該項追加主張處分之理由根據，對於被告並未給予特別之不利益，故暫且不論一般性的在藍色申報之核課處分之撤銷訴訟中，得否主張與處分理由不同之其他事實，即本件稅務機關仍得於訴訟中追加新事實之主張，二審判決認為被上訴人可以提出本件追加主張，在結論上應可贊同。

學者金子宏就以此號日本最高法院判決認為在藍色申報案件中，日本最高法院並非明白採取總額主義，以「暫且不論」（ともかく）之用語解讀日本最高法院仍保留是否採取總額主義及允許處分理由的追補（附件 21，金子宏，租稅法，第 13 版，第 750 頁），然而在結論上日本最高法院既然允許課稅機關為處分理由之追補，至多僅能解讀「暫且不論」的論述屬於避開藍色申報核課處分應記載理由所生追補理由是否產生處分違法與否之爭議，並不能因

此導出在訴訟法上採取較限縮的訴訟標的理論，爭點主義論者援引藍色申報核課處分必須記載理由之規定，主張若無限制容許行政處分理由追加替換，將使「理由附記」之立法旨趣喪失，對此，通說並不贊同，由法院判決也可看出處分應附理由規定之射程範圍有限。

(C)東京高等法院昭和 57 年 8 月 10 日判決(附件 50)

判決意旨：日本所得稅法第 155 條第 2 項規定，對藍色申報作成更正處分，必須記載更正理由。該規定乃是為促使行政機關作成處分必須慎重、合理地判斷，作為抑制行政機關恣意之擔保，並使相對人知更正理由，以利其提起行政救濟。從而理由記載若未達到前述旨趣、目的，此種更正處分有瑕疵，得藉由訴訟撤銷之，惟超出上述情形者，要求處分機關不得在訴訟上程序上主張未載於處分書上之理由，著屬困難。就前述藍色申報之情形，基於申報人提供之帳簿文件及其說明，而由稅務署依此作成更正處分之建制原則思考，若不認為須限制處分理由追加替換，可以其他理由得到同一結果，在實體上或程序上，對藍色申報人的權利、利益並無不當之侵害。本件係對昭和 43 年所得申報更正

當否有所爭執，而前述 X 不能回收之債權是否應算入必要經費，係關於更正處分之主要爭點，至於上訴人為維持處分正當而提出有關利息 117 萬日圓不算入必要經費，並未給予被上訴人特別之不利益，是以難謂上訴人不得主張處分書所未載明之理由，應將利息 117 萬日圓部分排除在必要經費外。

(D)學說上總額主義之依據

課稅處分在納稅義務人未辦理申報時，課稅機關是對納稅義務人該年度之所得總金額及稅額之決定，在這種情況下，所得稅法規定各種所得細目（科目）之規範，不過為了規定稅額計算基礎之規定，不應解釋為每一所得種類均屬個別處分，而係一個行政處分。如對已申報案件核課處分，亦為對納稅義務人特定年度之總所得認定的一個處分，個別所得之認定並非不同之處分。作為課稅處分基礎的所得金額是依據法律而為客觀認定，課稅機關全無裁量空間，此與公務員懲戒處分有所不同（附件 50，宮崎直見，課税処分取消訴訟の訴訟物（審判の対象），載於小松英明、松沢智編，裁判実務大系第 20 巻，租税爭訟法，1992 年初版第 4 刷，頁 39、40）。

3. 爭點主義係屬法院在法律未明文規定且未明確授

權下所形成之判例，其規範者並非技術性、細節性事項，其對人民訴訟權之限制自屬違反法律保留原則

(1)按「刑事訴訟法第三百二十一條規定，對於配偶不得提起自訴，係為防止配偶間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，為維護人倫關係所為之合理限制，尚未逾越立法機關自由形成之範圍；且人民依刑事訴訟法第二百三十二條、第二百三十三條第一項、第二百三十四條第二項等規定，並非不得對其配偶提出告訴，其憲法所保障之訴訟權並未受到侵害，與憲法第十六條及第二十三條之意旨尚無牴觸。……然本院院字第三六四號解釋：「有夫之婦與人通姦，本夫對於姦婦既屬配偶，應受刑事訴訟法第三百三十九條之限制，不許自訴，僅得向檢察官告訴，依公訴程序辦理。（參照院字第四０號解釋）其對姦夫，依告訴乃論之罪告訴不可分之原則，亦僅得告訴，不適用自訴程序」，及院字第一八四四號解釋（三）後段：「戊自訴其妻己與庚通姦，或共同輕微傷害。戊與己係屬配偶，既受刑事訴訟法第三百十三條限制，不得提起自訴，依告訴不可分原則，戊對於庚之自訴，自應併予不受理」，亦均以告訴不可分原則，擴大對人民自訴權之限制。刑事訴訟法第二百三十九條前段規定：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴，其效力及於其他共犯」，此為就告訴乃論罪之告

訴，對人之效力，又稱為主觀之效力，亦即上開解釋及判例所稱之告訴不可分原則。惟所謂告訴係由犯罪被害人或其他有告訴權之人，向刑事司法偵查機關人員陳述犯罪嫌疑事實，請求追訴嫌疑人，其乃偵查起因之一（同法第二百二十八條第一項），於告訴乃論罪案件，並為訴訟之條件，非經合法告訴，不得提起公訴及為實體判決（同法第二百五十二條第五款、第三百零三條第三款參照）；而自訴則係由犯罪被害人或其他有自訴權之人自任當事人之原告，對被告犯罪案件向法院起訴，請求審判，其性質與告訴有別，而與公訴相似；故同法第三百四十三條規定：「自訴程序，除本章有特別規定外，準用第二百四十六條、第二百四十九條及前章第二節、第三節關於公訴之規定」，不惟不準用同法第二百三十九條告訴不可分原則，且自訴對人之效力（即主觀之效力）自應準用同法第二百六十六條「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人」之規定，亦即主觀上可分，從而同法第三百二十一條禁止人民對於配偶提起自訴之規定，自不應擴張解釋，使及於與其配偶共犯告訴乃論罪之人。況如夫妻之間為維持家庭和諧，不願對配偶進行追訴，在無法單獨對相姦人自訴之情形下，若提出告訴，依同法第二百三十九條前段之規定，其效力必及於其配偶，於人倫關係之維護，反有不利之影響。如必於告訴之後，再對配偶部分撤回告

訴（同法第二百三十九條後段），以勉力維持婚姻關係，則亦有虛耗司法資源之虞。是上開解釋相關部分對人民自訴權之限制，並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要，與憲法第二十三條規定之意旨不符，應予變更；最高法院二十九年上字第二三三三號判例前段及二十九年非字第一五號判例，對人民之自訴權增加法律所無之限制，應不再援用。」有　鈞院釋字第 569 號解釋理由書可考，故對訴訟權行使增加法律所無之限制，因法律並無限制對與配偶通姦之人提起自訴，僅係法院判解透過刑事訴訟法學說上之告訴不可分的理論加諸於自訴權利之行使，此種限制即是增加法律所無之限制。

(2)次按「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，迭經本院闡釋在案。最高行政法院以上開決議方式表示法律見解者，須遵守一般法律解釋方法，秉持立法意旨暨相關憲法原則為之；逾越法律解釋之範圍，而增減法律所定租稅義務者，自非憲法第十九條規定之租稅法律主義所許。」、「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、納稅方法及納稅期

間等租稅構成要件，以法律明文規定。是應以法律明定之租稅構成要件，自不得以命令為不同規定，或逾越法律，增加法律所無之要件或限制，而課人民以法律所未規定之租稅義務，否則即有違租稅法律主義。最高行政法院以決議之方式表示法律見解者，亦須遵守一般法律解釋方法，秉持立法意旨暨相關憲法原則為之；逾越法律解釋之範圍，而增減法律所定租稅義務者，自非憲法第十九條規定之租稅法律主義所許（本院釋字第六二０號解釋參照）。」分別為　鈞院釋字第 620 號及第 622 號解釋理由書所揭明，故最高行政法院判例或決議在解釋法律時，應遵守一般法律解釋方法，逾越法律之解釋屬增加法律所未規定之要件，自屬違反法律保留原則。

(3)經查 62 年判例係解釋舊所得稅法第 82 條，目前已由稅捐稽徵法第 35 條所取代，經查稅捐稽徵法第 35 條不過係復查前置程序之規定，復又規定復查提起並應載明復查理由，惟自前述課稅處分可分性部分之分析，爭點主義此種將課稅處分拆解的見解在實體法上是有所違誤的，在程序法上也難以就文義解釋得到這種限制人民訴訟權之結論，而且從行政處分可分性而論，是完全不成立的，亦即爭點主義原本立基於各個課稅基礎在事理上、邏輯上可以分割之觀點，仍必須視該國稅法及課稅處分之實務運作方式來決定是否有成立的可能性。以德國、日本及我國之稅法及

課稅實務，均是以一個課稅處分決定全年的所得與稅額，並不能透過除去該部分處分來繼續維持處分的存在，均已詳如前述。是以稅捐稽徵法第 35 條本來就非課稅處分可分性之法律規定依據，62 年判例的邏輯毋寧係先認為課稅處分可分，故未於復查程序中主張部分即不可在訴訟程序上主張，是以稅捐稽徵法第 35 條第 1 項之規定與爭點主義之內涵無關，其規定不服課稅處分應提起復查與復查應載明理由之規定，在可能文義內無法形成復查上所主張之理由與未主張之理由構成可以拆分的課稅處分，在法律未對未於復查程序所提理由不准於後續救濟程序中主張予以明文規定時，62 年判例增加法律所無之訴訟權限制，並有違反所得稅法第 24 條之規定亦無 62 年判例為解釋稅捐稽徵法第 35 條而可限制人民訴訟權之情。

(4) 查本件聲請人確實因為最高行政法院適用爭點主義之結果，導致最高行政法院確定判決就權證避險損失部分，未明文適用財政部 86 年函釋，亦致使　鈞院會台字第 9236 號不受理案執確定終局判決並未適用財政部 86 年函釋及所得稅法第 4 條之 1，上開法規自非得以之為聲請解釋之客體，據以不受理聲請人前次就最高行政法院確定判決提起之釋憲聲請案。該等誤會雖已在前述財政部 86 年函釋之釋憲程序部分予以澄清，但此一適用爭點主義造成聲請人之訴訟權遭受損

害，特別是聲請釋憲權利遭受損害乙事，影響至鉅。蓋聲請人前已有二年度營利事業所得稅之權證避險損失部分，遭最高行政法院判決確定，並依法向　鈞院聲請釋憲在案，如本件 91 年度營利事業所得稅案件，就同屬財政部 86 年函釋不准避險損失自應稅權利金收入中減除之違憲法令適用狀態，因最高行政法院確定判決適用爭點主義之結果，導致聲請人前次遭受　鈞院不受理乙節，可能使聲請人 91 年度營利事業所得稅案件未及成為財政部 86 年函釋之原因案件，可能無法受到有利釋憲效力所及，聲請人受權利侵害之情自不待言。

(5)又查，爭點主義固然在日本法上有學說支持，惟其畢竟非日本通說實務所採，相較於釋字第 569 號解釋針對告訴不可分之刑事訴訟法重要理論而言已相形見絀，既然告訴不可分理論亦無法支持法律未明文規定之自訴權限制時，爭點主義如何用來支持法律所無之訴訟權限制，特別是該理論尚有違反所得稅法第 24 條及行政程序法第 112 條意旨之疑慮，是 62 年判例違反法律保留原則乙節至灼。

3. 爭點主義並不符合行政訴訟法理論，自無訴訟權限制之正當性，並有違比例原則

(1)必要性原則之檢驗

A、相同有效性檢驗

(A)爭點主義與總額主義所處理者係訴訟審理

範圍及所連帶影響處分理由追補、訴訟上擴張與追加及既判力客觀範圍之判斷，既然在德國法及日本法通說實務均採取總額主義，對於以上相關問題與爭點主義之處理差異可知，其實總額主義亦有一套足以保障人民權益與法院審判之公益維護，如前所述，日本採取爭點主義學者主要亦是基於課稅處分附記理由的程序保障，然而此種程序保障本來就可以透過兩造充分辯論的方式或是認為行政機關違反正確說理義務可能構成賠償或補償責任（此即為德國法制上採取理由追補否定說論者，係以行政處分實體上的違法性作為論據，其討論的層次在於行政處分是否違法而構成賠償或補償人民提起訴訟之損害，而非限縮審理範圍，徒使爭訟程序再次進行）來處理，況且在我國爭點主義操作之模式並非著眼於納稅義務人的權利保障，而適用來限制人民訴訟上之主張，限縮訴訟標的範圍，是難認爭點主義真有總額主義所無從顧及之公共利益或當事人的權利保障。

(B)或有論者會以稽徵機關或行政法院之審查方便性或迅速審理作為支持爭點主義之理由，亦有學者指出爭點主義比較能顧及促進訴訟之要求，採取總額主義比較能顧及發現真實的要求，在採取二級二審之行政

法院制度建立後，更無違背促進訴訟與迅速裁判之要求，故應以追求實體正義為妥。（附件 44，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 480、481 頁）

(C)依稅捐稽徵法第 21 條第 3 項之規定：「在前項核課期間內，經另發現應徵之稅捐者，仍應依法補徵或並予處罰；在核課期間內未經發現者，以後不得再補稅處罰。」是稽徵機關得在核課期間內追徵其他稅捐，在實務上得無限制核發核定通知書之情況下，現行實務運作之結果使稅捐稽徵法第 21 條構成行政處分及判決確定後仍可變更處分之例外，並無須特別以信賴保護來限制其變更確定課稅處分之要件，縱採總額主義，如法院在審判程序上並未加以審理，亦不屬既判力之客觀範圍，仍無造成稽徵機關之不便。另從人民權益保護之角度，採取爭點主義是否可導出納稅義務人指摘之原處分理由之不當，並可限制稽徵機關不得以其他理由（課稅基礎）來課徵稅額呢？答案應該是否定的。如此而論，現行實務採取的爭點主義是屬於不利納稅義務人一方之見解，如果說真有什麼效果，那就是限制人民不得在原處分未調整或復查程序中未主張部分，再於行政訴訟程序上主張。

(D)爭點主義最大的錯誤是誤解稅捐行政處分的可分性，將每個課稅基礎都當成是可分者，此一誤解可能是基於以金錢為內容之行政處分原則上可分而來，惟以金錢為內容之行政處分其規制的主文即為金錢本身，金錢在性質上既無不可分之理，當然除去其中一部分的規制內容，其餘部分仍能獨立存在；至於課稅處分中每個科目或組成項目，是作為計算所得或稅額的一種計算基礎，欠缺其一即不能正確計算，課稅處分之可分性不是依照課稅基礎而可分，所以爭點主義並非達成行政處分可分性之必要手段，如從達成該公益作為相同有效性之考慮因素，反而應採行總額主義為是。

B、最小侵害性檢驗：如前所述，採取總額主義與爭點主義之差別在於人民會因爭點主義之適用造成喪失訴訟權的效果，而總額主義相較於爭點主義，對納稅義務人並無其他不利之影響，故總額主義為較小侵害之手段。

(2)狹義比例原則之檢驗

A、按「人民有請願、訴願及訴訟之權」憲法第16 條定有明文，訴訟權係「權利保護請求權」，德國憲法稱其為「程序基本權」，日本憲法則稱其為「接受審判的權利」。保障訴訟權目的在使實體權利可以於受侵害時，有回

復的可能性，亦即有權利即有救濟，訴訟權利範圍應大於實體權利對訴訟權之限制，否則對於實體權利之保障即會發生不夠周全之情，除需符合憲法第 23 條之公益原則（比例原則）外，尚須符合程序法理，而非可任意限制。例如　鈞院釋字第 160 號、第 170 號、第 179 號及第 416 號解釋均係以程序上事由，亦即訴訟經濟之法理而設之限制，始不至於侵害訴訟權（附件 42，李惠宗，憲法要義，第 2 版第 204 至 212 頁）。

B、次按訴訟權的核心為有權利即有救濟，訴訟權固然需要立法者之形成與建制，惟立法者之形成自由並非毫無限制，至少不能低於憲法保障訴訟權之核心領域所要求之基本內容，參照　鈞院釋字第 418 號解釋理由書指明「此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。」亦即（一）若人民接近使用憲法上法院的管道受到阻礙，甚至完全封鎖，以致無法獲得具體身分保障並獨立審判之法官依法審判之救濟，或（二）訴訟制度僅為形式上聊備一格之程序設置，實質上並不具備有效權利保護功能，則可認為不具備訴訟權必備之基本內容（附件 51，陳慈陽，憲法學，第 2 版，第 624 頁）。

C、如前揭　鈞院釋字第 569 號解釋之情形，由

立法者進行訴訟權限制固然有其自由形成空間，然而如由法院判解在無明確法律規定下所為之解釋，即無從單以訴訟法理即可加以支持。更何況其所使用之訴訟法理係屬誤用之時，如同該號解釋將告訴（主觀）不可分之刑事訴訟法理類推至自訴程序上，而未察應參照檢察官提起公訴之法理處置，顯然屬訴訟理論之錯誤，更無從支持此種訴訟權之限制。同理，爭點主義在訴訟法理上僅屬少數學說所支持，其學理正當性自不可與告訴不可分之理論不可等量齊觀，日本法院實務在有爭點主義論者爭論下仍採總額主義，即可知爭點主義在適用上有其未盡周全之處。如前所述，爭點主義所欲維護的公益或人民權利之保障，總額主義並非不能達成，況且62 年判例之初衷及適用之結果，均係用以限制納稅義務人在行政訴訟程序上之主張，使人民在爭點主義所界定之訴訟標的外，無從於訴訟程序上主張，阻卻爭點以外部分受憲法上法院審判之機會，違反有權利即有救濟之訴訟權核心，是 62 年判例屬訴訟權之限制與使法院減少實體審判之部分外，並無任何一個真正維持公益的規範目的，可以概見。

D、經查爭點主義乃係基於課稅處分可分之假設而發軔，其在實體法與程序法上均無可支持之基礎，且有違反所得稅法第 24 條之嫌疑，

固然在符合訴訟理論之前提下，只要不形成對於人民訴訟權核心之限制，其違憲情狀尚不至於明白可見。然而爭點主義在訴訟法理論上所根據的假設均屬錯誤，而形成對人民不利的影響又較總額主義為重，甚至限制人民不得在原處分未調整或復查程序中未主張部分，不得於行政訴訟程序上主張，此種幾近於對訴訟權核心之剝奪，全然尋無訴訟理論可資支持，從而在狹義比例原則之檢驗上，對於此種訴訟權之侵害尚難找到一個說得過去、合理的理由，且這種權利侵害並非基於法律而係基於判例，更無如同立法者有較廣泛的自由形成空間，法院判例既是解釋法律，理論上只有一個正確解釋法律的餘地，不容許以形成空間規避正確解釋法律之義務，是以 62 年判例當屬違反狹義比例原則而應遭違憲宣告之命運。

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避險之標的股票交易，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 號、第 622 號、第 625 號與第 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。

是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，再者，62 年判例所採之爭點主義，乃係增加法律所無之訴訟權限制，在無公益特殊目的下造成人民不必要之訴訟權限制，有違憲法第 16 條及第 23 條，就此尚請　鈞院大法官迅賜解釋宣告上開財政部函釋及 62 年判例，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 97 年度判字第 838 號確定判決。

附件 2　臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2705 號確定判決。

附件 3　財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函。

附件 4　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 5　財政部 86 年 7 月 31 日發布台財稅第 861909311 號函。

附件 6　發行人申請發行認購（售）權證處理要點。

附件 7　臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則有關規定。

附件 8　截至聲請日行政法院權證交易相關判決一覽。

附件 9　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 10　陳清秀，行政訴訟法，第 526 頁。

附件 11　楊子慧，憲法訴訟，第 278 頁。

附件 12　楊子慧，憲法訴訟，第 284 頁。

附件 13　吳庚，憲法的解釋與適用，93 年 6 月第 3 版，第 387 頁。

附件 14　所得稅法第 4 條之 1 立法理由。

附件 15　黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 385 至 387。

附件 16　財政部 91 年 12 月 26 日台財稅字第 0910455619 號函釋。

附件 17　臺北高等行政法院 92 年度訴字第 157 號判決。

附件 18　黃茂榮，稅法總論第一冊，頁 405。

附件 19　陳清秀，稅法總論，頁 32 及 196。

附件 20　黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 219 至 222。

附件 21　林明昕，論行政罰中單一行為之概念，頁 21 及 22。

附件 22　金子宏，租稅法，第 13 版，頁 262、265、頁 750、頁 752。

附件 23　財務會計準則第 34 號「金融商品之會計處理準則」公報。

附件 24　證券商財務報告編製準則。

附件 25　黃茂榮，不動產稅及其對不動產產業的經濟引導，註 5，頁 442。

附件 26　稅捐稽徵法第 12 條之 1 規定。

附件 27　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 28　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 29　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30　陳愛娥,大法官憲法解釋之界限—由功能法觀點出發。

附件 31　立法院公報第 94 卷第 62 期。

附件 32　96 年 4 月 3 日經濟日報，網址：http://pro.udnjob.com/mag2/fn/storypage.jsp?f_ART_ID=32465。

附件 33　最高行政法院 96 年度判字第 406 號判決。

附件 34　立法院公報第 79 卷第 59 期。

附件 35　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 36　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 37　臺北高等行政法院 92 年度訴字第 4555 號判決。

附件 38　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，78 年台大法研所碩士論文，第 133 至 143 頁。

附件 39　權證損益明細表。

附件 40　【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 41　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。

附件 42　李惠宗，憲法要義，第 2 版，第 176 至 177 頁、第 204 至 212 頁。

附件 43　陳敏，行政法總論，第 2 版，第 394 頁、第 395 頁、第 1260 頁、第 1261 頁。

附件 44　陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 85 至 90 頁、第 276、277 頁、第 390 至 394 頁、第 433 至 440 頁、第 448 至 457 頁、第 458、459 頁、第 475 頁、第 480、481 頁、第 548、549、582 頁。

附件 45　榎本恒男，〈爭点主義的運営〉，載於小松英明、松沢智編，裁判実務大系第 20 巻，租税爭訟法，1992 年初版第 4 刷，頁 20、21。

附件 46　小川正雄，租税訴訟における訴訟物，第 277 頁。

附件 47　日本最高法院西元 1974 年判例。

附件 48　日本最高法院 1981 年判例。

附件 49　東京高等法院昭和 57 年 8 月 10 日判決。

附件 50　宮崎直見，課税処分取消訴訟の訴訟物（審判の対象），

載於小松英明、松沢智編，裁判実務大系第 20 巻，租税爭訟法，1992 年初版第 4 刷，頁 39、40。

附件 51　陳慈陽，憲法學，第 2 版，第 624 頁。

謹　呈

司法院　公鑒

聲　請　人　元大證券股份有限公司

代　表　人　申　鼎　錢

聲請代理人　袁　金　蘭　會計師

林　瑞　彬　律　師

中　華　民　國　九　十　八　年　八　月　二　十　四　日

（附件一）

最高行政法院判決　　97 年度判字第 00838 號

上　訴　人　元大證券股份有限公司

代　表　人　杜　麗　莊

訴訟代理人　蔡　朝　安　律　師

被上訴人　財政部臺北市國稅局

代　表　人　凌　忠　媛

上列當事人間營利事業所得稅事件，上訴人對於中華民國 97 年 4 月 3 日臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2705 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。

事實及理由

一、上訴人辦理 91 年度營利事業所得稅結算申報，列報營業收

入新臺幣（下同）10,713,177,118 元及停徵之證券交易所得 416,365,574 元。經被上訴人原核定以：（一）上訴人發行 91 年度到期之元大 25-37 等 13 檔認購權證所取得之發行價款 1,352,592,500 元（按包括自留未由發行人以外之一般投資人購買之額度 192,414,228 元，下稱自留額度），屬應稅之權利金收入（下稱權利金收入），乃核定營業收入為 12,065,769,618 元（＝原申報數 10,713,177,118 元＋發行認購權證權利金收入 1,352,592,500 元）；（二）另核算上訴人應稅業務交際費及職工福利可列支限額分別為 58,172,625 元、17,571,656 元，乃將超限之交際費 127,045,920 元及職工福利 5,506,878 元列屬出售有價證券免稅業務部分之費用，扣除自營部門已列報交際費 662,422 元及職工福利 130,682 元，其餘交際費 126,383,498 元及職工福利 5,376,196 元轉自有價證券出售收入項下認列減除，暨將債券附買回交易前手息扣繳稅款 23,360,946 元、發行上開認購權證費用 9,699,745 元分別轉列為證券交易成本加項、自原申報為證券交易成本減除等由，乃核定停徵之證券交易所得為 270,944,679 元（＝原申報數 416,365,574 元－自交際費轉來 126,383,498 元－自職工福利轉來 5,376,196 元－前手息扣繳稅款 23,360,946 元＋發行認購權證費用 9,699,745 元）。上訴人不服，主張就「發行認購權證權利金收入、避險交易損失不予認列及交際費、職工福利金超出限額移入免稅收入應分攤之費用之部分」申請復查，未獲變更，提起訴願，亦遭決定駁回，遂提起行政訴訟。

二、上訴人起訴主張：（一）本件經核定之系爭權利金收入 1,352,592,500 元中，自投資人收取者僅 1,160,178,272 元，餘因未有投資人購買所生自留額度 192,414,228 元，並非財政

部民國 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函釋（下稱財政部 86 年函釋）所指「發行時發行人所取得之發行價款」，非屬權利金收入，且自留額度之發生並非發行人即上訴人所樂見，亦非一開始發行就保留，僅係為恐所發行權證失效，上訴人在發行時並非透過自留額度手段來爭取避稅或任何優惠，是應將自留額度自系爭權利金收入加予扣除。（二）營利事業交際費與職工福利費用應以整個營利事業為核算單位，按不同性質之營業活動分別計算限額，上訴人原申報數額未超過各限額總額，應准依法認列。（三）又上訴人因履行發行認購權證所附之公法負擔，而生之避險成本費用，並無負稅能力，是被上訴人未將因發行認購權證所生為避險而買賣標的股票之證券交易損失 274,733,338 元及認購權證再買回出售損失（按應係指自留額度嗣於次級市場出售損失）677,966,397 元轉列為權利金收入之成本，有違收入與費用配合原則、量能課稅原則、實質課稅精神，亦不符行為時（下同）所得稅法第 4 條之 1 意旨。原處分顯有違誤等語，求為判決訴願決定及原處分（復查決定）均撤銷。

三、被上訴人則以：（一）依行為時臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）審查認購（售）權證上市作業程序（下稱審查作業程序）第 7 點第 1 項規定可知，發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣，且自留並非法律或證交所強制規定，則系爭自留額度既係經上訴人選擇自行認購而完成發行銷售程序，亦可在市場上拋售而與一般持有人之權利並無二致，自應認列為發行階段之權利金收入，以符實質課稅並避免稅負規避；蓋如發行當下未將自留額度認定為應稅之權利金收入，則上訴人嗣將其於市場拋售時，將

轉化成免稅之證券交易所得。（二）上訴人為一綜合證券商而與一般投資公司之經營方式不同，其經紀、承銷、自營等各部門之組織架構及業務明確，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之營業費用認列，僅管理部分之損費因無法明確歸屬，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之分攤基礎。依所得稅法第 4 條之 1、第 24 條第 1 項、第 37 條第 1 項、營利事業所得稅查核準則（下稱查核準則）第 81 條、財政部 83 年 2 月 8 日台財稅第 831582472 號、83 年 11 月 23 日台財稅第 831620897 號（下稱財政部 83 年函釋）及 85 年 8 月 9 日台財稅第 851914404 號（下稱財政部 85 年函釋）函釋等規定意旨，將應稅及免稅部門分別核算交際費限額後，再將超過應稅部門可列支之交際費限額部分，移由免稅部門核認，此係採對上訴人最有利之計算方式，讓上訴人享受全部交際費限額。（三）不論是認購權證或標的股票之交易，縱使係為避險，依行為時法均符合形式上或實質上「有價證券交易」之定義，自有所得稅法第 4 條之 1 之適用而不得將相關交易損失自應稅項下認列。原處分並無違誤等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）營業收入項下認購權證權利金收入部分：依審查作業程序第 7 點規定可知，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣，本件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，即由上訴人認購自留。對自留部分而言，上訴人之法律地位係屬「持有人」身分，與一般持有人之權利並無二致，自應認列與一般持有人相同之發行階段

權利金，以符實質課稅並避免稅負規避。次查，依證交所認購（售）權證上市審查準則（權證上市審查準則）第 10 條第 2 項第 3 款所定「發行人及其關係人、受僱人持有單位數，不得逾上市單位 20%」之規定可知，認購權證之自留並非法律強制規定，發行人既選擇認購自留，其會計分錄為借：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。至上訴人主張系爭自留額度並非財政部 86 年函釋所稱「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，由上開會計分錄內容可知，實已轉換為「發行認購權證再買回」之權證資產，難謂無收入之產生。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

是上訴人上開主張自留額度 192,414,228 元非屬權利金收入云云，尚非可採。（二）證券交易免稅所得（分攤交際費、職工福利）部分：1.本件上訴人係以有價證券買賣為專業之綜合證券商，其所得實際上分為應稅所得與免稅所得，其因業務所支付之交際費，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限額，再據以分攤交際費，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；符合收入與費用配合原

則及量能課稅原則。是原核定為正確計算免稅所得，依所得稅法第 37 條及查核準則第 80 條暨上開財政部 83 年、85 年函釋，分別核算上訴人應稅業務部分之交際費可列支限額及出售有價證券免稅業務部分交際費可列支限額，再將超過應稅業務部門可列支交際費限額部分，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。亦即，將非屬出售有價證券之應稅業務部分，讓業者享受全部之交際費限額，再將超過應稅業務可列支之交際費限額部分歸屬為出售有價證券免稅業務部分之費用，轉自有價證券出售收入項下認列，並無違誤。是上訴人主張「關於營利事業申報交際費限額之計算數額，依所得稅法第 37 條、查核準則第 80 條、第 81 條規定,均未指出就應稅及免稅業務應分別計算限額。」「交際費用計算應以全公司為計算基礎，只要與業務相關且取據合法憑證而實際支出之交際費，在限額內者應均得認列為費用；而不宜於法條文義外，另行附加法律所無之限制，採用計算應稅『部門限額』，再以轉列應稅部門超過『部門限額』部分於免稅收入應分擔營業費用之方式，間接剔除該部分費用之作法。」「原處分對於本件交際費之核定違反所得稅法第 37 條規定，並增加法律所無之限制」云云，即非可採。2.同理，被上訴人先計算應稅業務部分可列支職工福利限額，再將超過可列支應稅限額部分轉分攤至免稅部分，亦無不合等由，因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

五、本院按：（一）系爭權利金收入 1,352,592,500 元應否扣除自留額度 192,414,228 元部分：1.按「會計基礎，凡屬公司組織者，應採用權責發生制……」、「營利事業所得之計算，以其

本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。」所得稅法第 22 條第 1 項前段、第 24 條第 1 項定有明文。次按「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第 22 條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。……」亦有財政部 86 年函釋在案，經核該函釋與上開母法並無相違而可於本件適用。2.再按審查作業程序第 7 點第 1 項規定「七、發行公司應依下列規定辦理並檢送相關資料予本公司：（一）本公司出具同意其認購（售）權證發行計畫之文件後，發行人應將認購（售）權證銷售之公告報紙 3 份於公告後 2 日內檢送本公司，並於銷售完成且其上市契約經主管機關核准後，於預定之上市買賣日至少 3 個營業日前，檢送認購（售）權證持有人分散情形檢查表及持有人名冊，向本公司辦理洽商預定上市買賣事宜，其預定上市買賣日並不得逾洽商日後 10 個營業日。」可知，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣。3.經查，本件上訴人就其發行系爭 13 檔認購權證時所取得之發行價款性質部分，依財政部 86 年函釋屬應稅權利金收入（列為營業收入項下）並不爭執，且不否認發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣，同時亦認同自留額度屬於「發行總金額」之一部（參原處分卷第 427 頁所附上訴人復查申請書所載），僅爭執自留額度 192,414,228 元「並沒有從（上訴人以外之）第三人取得任何價款，故根本沒有任何收入實現」，「自留額度之發生並非發行人即上訴人所樂見」，亦非「一開始發行就保留」（參原審卷第 114 頁言詞辯論筆錄），

因而主張非屬權利金收入，應自核定系爭權利金收入金額1,352,592,500元加予減列云云；業經原審論敘不採之心證理由，詳如上述，經核並無不合。且依原審卷第113頁言詞辯論筆錄所載，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，而系爭13檔認購權證既經「全額銷售完成」，系爭自留額度仍應屬於發行階段之權利金收入。上訴論旨，就此部分，除執前詞並主張：依財務會計準則公報第32號「收入認列之會計處理準則」第2段「本公報所稱之收入係指企業在一定期間內因銷售商品……而導致業主權益增加之經濟效益流入總額，業主投資雖亦能增加業主權益，但非屬收入。」之規定，系爭自留額度銷售之對象為上訴人本身，並未發生自外部取得而導致業主權益增加之經濟效益流入總額，難謂有收入之增加；原審認為自留額度應計入權利金收入課稅，係對於所得稅法第24條第1項所稱「收入」有所誤解而有判決適用法規不當之違法云云，自難認有理由。（二）證券交易免稅所得（分攤交際費、職工福利金）部分：按交際費與職工福利金之提撥，有其限額，原判決業已敘明，依所得稅法第24條之收入與成本費用配合原則，應稅部分可列報之費用，應以依應稅部分計算之最高額度為限，經核並無不合。是被上訴人分別計算應稅部分可列報之交際費及職工福利金，難謂違反所得稅法第37條第1項立法目的、例外從嚴法理、租稅法律主義、量能課稅原則、

平等原則或司法院釋字第 566 號、第 493 號解釋意旨。又查核準則第 80 條係對保險業交際費之規定，於本件並無適用餘地。上訴人復執陳詞，指摘原判決未當，為無理由。(三)綜上，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。至上訴人主張對於「避險交易損失不予認列」不服，被上訴人未將因發行認購權證所生為避險而買賣標的股票之證券交易損失 274,733,338 元及認購權證再買回出售損失 677,966,397 元列為權利金收入之成本，有違收入與費用配合原則等語。經查，原核定並未將上開避險交易損失予以調整，此有原處分卷第 373 頁所附「91 年度營利事業所得稅申報核定通知書調整法令及依據說明書」可稽，該調整說明書經核亦與原核定即原處分卷第 379 頁卷附之「91 年度營利事業所得稅申報核定通知書」無不相符；且依原處分卷第 58 頁所附稅務簽證會計師之查核報告書亦有記載「發行認購權證產生之損益、再買回認購權證處分損益，暫依所得稅法第 4 條之 1 規定，以視同證券交易所得停止課徵所得稅方式辦理，俟相關法令修正後，……，再自行補正之。」是依上開卷證資料所示，應可認此部分係如申報數核定，依稅捐訴訟我實務係採爭點主義以觀，自非得於稅捐稽徵法第 35 條所定復查程序加以主張變更或救濟。是復查決定、訴願決定及原審判決就此部分均以實體無理由加以駁回，理由雖異，惟查其結果並無不同，此部分上訴仍為無理由，附此敘明。

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　9　7　年　9　月　1　1　日

（本件聲請書其餘附件略）

抄金鼎綜合證券股份有限公司代表人張元銘釋憲聲請書

為最高行政法院98年度判字第563號判決所適用之所得稅法第4條之1、財政部86年7月31日台財稅第861909311號函及同年12月11日台財稅第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。

壹、聲請解釋憲法之目的

按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款定有明文。本案係因98年度判字第563號判決（附件1）以所得稅法第4條之1、財政部86年7月31日台財稅第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）92年度營利事業所得稅，於法有據，惟聲請人認所得稅法第4條之1、財政部86年7月函及86年12月函係屬違憲，故臺北市國稅局之補稅處分即屬不法侵害聲請人受憲法保障之財產權，且聲請人已用盡訴訟程序，乃向鈞院聲請解釋憲法，懇請　鈞院惠予宣告所得稅法第4條之1及上揭財政部二則函釋牴觸憲法而無效。

貳、疑義之經過與性質及涉及之憲法條文

一、疑義之經過

（一）緣聲請人於92年度營利事業所得稅（下稱「營所稅」）

結算申報時，原申報營業收入淨額為新臺幣（下同）438,146,058,260 元，全年所得額為 564,866,508 元，課稅所得額為 86,002,385 元。遭臺北市國稅局就營業收入（認購權證發行價款）、營業成本（調減債券前手息扣繳稅款）、呆帳損失、各項耗竭及攤提及本年度尚未抵繳之扣繳稅額（前手息扣繳稅款）等項目調整並核定補稅。

（二）聲請人以自留額度不應列入權利金收入，且避險交易為聲請人履行公法上義務所生之損失，屬權利金成本而得自權利金收入項下減除為理由，申請復查，遭復查駁回；聲請人仍不服，申經訴願仍遭駁回；提起訴訟後，亦經臺北高等行政法院以 97 年度訴字第 2129 號判決駁回聲請人所提訴訟。聲請人就前揭判決仍有不服，提起上訴，最高行政法院以 98 年度判字第 563 號判決駁回聲請人第一審之訴。本案因依法不得再上訴，而告確定。

二、疑義之性質及所涉憲法條文

（一）按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得稅停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」所得稅法第 4 條之 1 定有明文。而財政部 86 年 7 月函釋示認購（售）權證為其他有價證券，財政部 86 年 12 月函復釋示，「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第 22 條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購（售）權證發行人於發行後，因投

資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得稅或損失，……並依所得稅法第四條之一規定辦理。」最高行政法院前揭判決即適用上開規定，認聲請人本於證管法令要求，於發行階段以自有資金認購自身發行權證部分仍有權利金收入之產生；以及所從事之避險交易，交易標的既為認購權證及標的股票，形式上即屬證券交易，交易所生之損失即係證券交易損失，不得自應稅所得額中減除。

（二）惟按「人民之財產權應予保障。」「中華民國人民，無分男女，宗教，種族，階級，黨派，在法律上一律平等。」「人民有依法律納稅之義務。」「憲法所列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者，不得以法律限制之。」憲法第 15 條、第 7 條、第 19 條與第 23 條分別定有明文。

（三）聲請人本於證管法令全部銷售完畢方得上市之要求，所從事之自行認購自身發行權證部分，並未因此收受任何價款，竟遭最高行政法院以財政部 86 年 12 月函為依據，認定自行認購部分（下稱「自留額度部分」）外觀仍為發行價款，故有權利金收入產生。且財政部 86 年 12 月函將所有發行價款，不分是否為證券商自行出資或對外募集所生，而一併認定有權利金收入之產生，使聲請人於自行出資部分負擔其所無產生所得之稅捐負擔，實有違憲法上平等原則所導引之量能課稅原則及實質課稅原則甚明，並不法侵害聲請人憲法上之財產權，有違憲法保障人權之旨。

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

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

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

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

（一）認購（售）權證之概念與性質

所謂認購（售）權證，指「標的證券發行公司以外之第三者所發行表彰認購（售）權證持有人於履約期間內或特定到期日，有權按約定履約價格向發行人購入或售出標的證券，或以現金結算方式收取差價之有價證券」（發行人申請發行認購（售）權證處理準則第二條）。認購（售）權證業經財政部於該部 86 年 5 月 23 日 86 台財證（五）第 03037 號公告，核定其屬於證券交易稅條例第一條第二項所定之第三類有價證券：其他有價證

券（註一）。

（二）有價證券性質在稅法上的意義

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

2. 然何謂證券交易？證券之買賣、互易屬之，固不待言。惟證券交易是否含虛擬之交易？關於認購（售）權證之標的股票的交易，在其持有人按約定之履約價格向發行人購入或售出標的股票的情形，其交易與一般之證券交易無異（註二）。反之，認購（售）權證持有人採以現金方式結算其認購（售）權證之交易者，財政部按其交易結果，將該交易解析為：（1）認購權證之持有人自認購權證之發行人購入認購權證之標的股票；或認售權證之持有人對認售權證之發行人售出認售權證之標的股票。（2）依上述交易履行後，取得標的股票的一方隨即又按標的股票

之市場價格將之出售給對方，以達到以現金方式結算之目的。於是，財政部認為雙方有下述證券交易：認購權證之持有人將自認購權證之發行人購入之標的股票出售給發行人；或認售權證之發行人將自認售權證之持有人購入之標的股票出售給持有人。

3. 在第一種情形，因為上述交易，以約定之履約價格為交易價格，所以認為，在這種情形，應對認購權證之發行人或認售權證之持有人，亦即對該證券交易之出賣人，依標的股票之履約價格按千分之三稅率課徵證券交易稅。在第二種情形，因為上述交易，以市場價格為交易價格，所以認為，在這種情形，應對認購權證之持有人或對認售權證之發行人依標的股票之市場價格按千分之三稅率課徵證券交易稅(註三)。在這二種情形，顯然皆以虛擬為存在之證券交易為稅捐客體。這是否合法，值得商榷。蓋在以現金結算的情形，雙方真正之交易客體應當是該認購(售)權證的買回。是故，只可對認購(售)權證持有人就該認購（售）權證的市值按千分之三稅率課徵證券交易稅。該市值也就是其現金結算金額。對此，至目前尚無納稅義務人對之提起行政爭訟。在與之類似，「認購（售）權證發行人所發行之認購（售）權證，因權證標的股票發行公司合併消滅致權證提前到期，發行人以權證結算價格現金結算予未申請履約之權證持有人」的情形，財政部並不將權利金結算論為認購（售）權證之買回，而

認為「發行人給付之結算權利金，核非屬證券交易稅條例所稱有價證券之買賣行為，不發生課徵證券交易稅問題」(92.12.01.台財稅字第０九二０四五七二二三號函)。

4. 尚有疑問的是：認購（售）權證的發行在證券交易稅及所得稅上的地位。亦即對其發行是否認定為證券交易並對之課徵證券交易稅？對其發行收入應按證券交易所得或一般所得課徵所得稅？現行實務認為：不對其發行，而只對其發行後之交易課徵證券交易稅(註四)；不將其發行收入論為證券交易所得，從而對其發行收入之最後結算所得，按一般所得稅的規定課徵一般所得稅。然對於認購（售）權證及其標的股票之交易所得依然論為證券交易所得。於是，與認購(售)權證有關的所得稅，產生：在發行階段發生之收入，應依一般所得稅；在發行後的階段發生之收入，應依證券交易所得稅有關規定課徵之分歧的情形。該劃分是否正確？

（三）認購（售）權證之所得稅的稅制盲點

1. 認購（售）權證之發行的所得稅稅制盲點存在於：將認購（售）權證定性為有價證券時，並將其發行類比為股票或債券的發行。

2. 按認購（售）權證之發行是選擇權的買賣，而股票或債券的發行為股份或債權之認購。股票或債券交付後之風險純由股票或債券之購買人負擔。反之，在認購（售）權證之發行，其發行後之風險則由發行人負擔。購買人只支付權利金為對價交換選擇

權，而不負擔風險。由發行人負擔發行後之風險正是認購（售）權證之發行與購買之目的所在。正因為發行人負擔風險，所以購買人願意支付權利金。這當中，該權利金給付與該標的證券（股票）風險之負擔構成雙務契約之給付與對待給付的對價關係。因此，認購（售）權證之發行不應與股票或債券的發行適用相同的所得稅規定。這與認購（售）權證之交易可適用與股票或債券交易相同之所得稅規定者，不同。蓋在認購（售）權證發行後之交易已是單純的證券交易。其標的證券（股票）之漲跌的風險在發行時已歸屬於發行人負擔。認購(售)權證，亦即選擇權權證之購買人所博取者與一般證券之交易相同。發行後認購（售）權證之流通價格在市場，原則上在原來之發行權利金的基礎上，加減在交易時已可計算出來之標的證券（股票）的漲跌差額利益。這與發行人對於認購（售）權證持有人負擔標的證券（股票）之漲跌風險者不同。

3. 認購（售）權證之發行風險指其標的證券（股票）在發行後之漲跌可能引起之財產上的損失。該可能的財產上損失以標的證券（股票）在約定期日或期間之市場價格與約定價格之差額乘以約定之證券（股票）數量表現出來。由於在市場價格與約定價格有差額時，認購（售）權證之購買人只有按約定價格購買或出售的權利，並無購買或出售的義務，所以稱該購買人所購買者為選擇權，其支付之價金也因此稱為權利金。鑑於發行人因權利金之收受而

負擔上述風險，所以因該風險之負擔產生的費用自當容許從該權利金收入減除。實務上，發行人為將該風險控制在其權利金收入能支應之範圍，而有其標的證券（股票）之習稱的避險交易。該避險交易論諸實際是為履行或為準備履行該選擇權義務所從事之交易，以籌措持有人於到期日行使選擇權時，在認購權證所需之標的證券（股票），或在認售權證所需之現金。

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

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

（四）以「發行」為來自有價證券之所得種類的分界點

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

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

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

合因所得稅法第四條之一停止課徵所得稅於先，不准證券交易損失自所得額中減除於後的意旨。

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

（五）選擇權交易之所得稅

1. 基於該權利金與該選擇權間之對價關係的屬性，選擇權之可能行使構成的或有損失，在大數法則下即是該權利金收入之必然減項。在雙務契約之債權權值的計算上，不能將與之相隨之對待給付的成本分離，孤立觀察。如果基於稅捐稽徵經濟的考量，要像所得稅法第四條之一，因為規定「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得停止課徵所得稅」，所以也規定「證券交易損失亦不得自所得額中減除。」則當認為，為準備認購（售）權證之對待給付的履行，而從事之標的股票交易的損失不得認列為認購（售）權證之發行收入的成本時，應從反面解釋的觀點，認為對於「認購（售）權證之發行收入」（權利金收入）亦不得課徵所得稅。蓋正像「就收入不課其所得稅者，不承認其損失」;「不承認為獲取收入而發生之取得成本或損失者，自亦不得課徵該收入之所得稅」。這是財政部在規劃稅制時應有的認識與選擇；也是司法機關在對於稅法或其解釋從事司法審查時，應當提供之最後的補救。上述觀點，不當因為該選擇權是否經證券化而有所不同。

2. 基於該權利金與該選擇權間之對價關係的屬性，選擇權之可能行使上述問題，如渾沌的從整個證券交易或股票市場的交易觀之，不但一時必然難以見其端倪，而且與股票交易所得之稽徵的疑難一時也會糾纏不清，受到不當有的牽累。

3. 按與認購（售）權證之發行有關之所得稅的課徵問題，與一個人之一般的股票交易決然不同。首先是與認購（售）權證之發行有關之交易的發展，對於發行人而言有一個清楚的開端：認購（售）權證之發行。其次有一個記錄與該選擇權之履行準備有關之交易關係的明晰帳冊憑證，可以證明與各該認購（售）權證之對待給付的準備有關的股票交易。以該帳冊為基礎，計算各該認購（售）權證之發行的最後盈虧數額時，其準確可謂沒有任何其他行業之交易能夠與之比擬。關於證券交易所得稅，其實主要是股票交易所得稅的課徵，當年所以採所得稅法第四條之一的規範模式，其實是因納稅義務人不能配合稅捐稽徵機關掌握稅基時的不得已次佳選擇。

4. 今關於認購（售）權證之發行有關的所得稅，既無在其他證券交易所得稅之稽徵所存在的問題，即無捨核實課徵，而就臆測的道理，以符量能課稅原則的要求。或謂不准將證券交易損失自所得額中減除有所得稅法第四條之一為其依據。但必須注意，當稅捐法的規定與量能課稅原則明顯相違時，該稅捐法的規定，即屬違憲之惡法。原審法院如不能拒絕其適用，至少亦應裁定停止訴訟程序，儘速聲請大

法官解釋（司法院大法官審理案件法第五條第二項）。同理，如因原審法院誤引違憲法令致「人民……於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義」時，人民亦得聲請司法院大法官解釋憲法（司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款）。在違憲之稅捐法對於人民生活或營業的維繫構成立即之威脅時，司法院大法官應當透過違憲審查宣告其無效。

（六）收入成本費用配合原則及所得稅法第四條之一的規範事項

1. 按在所得的計算上，當將證券交易當成一種特別的財產交易，採分離課徵，而不綜合課徵時，究諸實際，係就個別財產或股票在完成先買後賣或先賣後買之進銷循環後，結算其財產或股票交易所得（盈餘）或損失（虧損），以計算其所得稅稅額。所得稅法第四條之一所規定者，應是所得（盈餘）與損失（虧損）之扣除的問題，而非自收入減除損失以計算其所得的問題。只是在證券交易所得停止課徵所得稅時期，因為粗略的籠統規定「證券交易損失亦不得自所得額中減除」，而使證券交易所得與損失間之盈餘與損失的扣除關係隱而不彰。從而誤以為其間的關係是自收入減除損失以籠統計算其所得的關係。是故，所得稅法第四條之一應當不是同法第二十四條關於營利事業所得之計算的特別規定。在所得稅法第四條之一的適用，必要時還是應

就個別證券交易間之進銷關聯，計算其證券交易所得或損失。而後才在該基礎上，不再具體就證券交易所得及證券交易損失為沖抵的計算。準此，在認購（售）權證發行權利金收入之所得的計算上，以所得稅法第四條之一為依據，限制其發行人自該權利金收入減除目的事業主管機關強制其從事之避險交易的損失，有適用法律錯誤的情事，違反稅捐法定主義。

2. 當在政策上決定對於證券交易所得停止課徵所得稅，將所得稅法第四條之一的籠統規定適用於全部的證券交易所得與損失是否有理由？

3. 認為有理由之肯定說可能認為，既對於全部證券交易所得停止課徵所得稅，在制度設計上無法將一部分之證券交易損失，例外規定其得自證券交易所得以外之所得減除。這是原處分機關所持，並為最高行政法院在本案確定終局判決（即該院 98 年度判字第 563 號判決）所持的見解。

4. 惟依法令應與認購（售）權證的發行，自成完全進銷循環的避險證券交易損失，是否有所得稅法第四條之一的適用，值得檢討。蓋在認購（售）權證的發行，為防止認購（售）權證之發行的金融風險，其目的事業主管機關命令，其發行人應從事其避險所必要之標的證券的避險交易，然不得從事其避險所不必要之標的證券的投資性或投機性交易：「……證券商因發行認購（售）權證避險需要而持有所發行認購（售）權證標的股票之數額限制如

下：(一）……持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購（售）權證發行單位所代表之標的股票股數。……（三）發行認購（售）權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算」(財政部證券暨期貨管理委員會 86.6.12.（86）台財證（二）字第０三二九四號函)(註五)。基於該「避險需要而持有所發行認購（售）權證標的股票之數額限制」，發行人從事之與權證標的股票有關之股票交易的進銷循環至避險交易所必要的程度即行完成，不再向將來發展。是故，其損失不能透過其他股票交易獲得沖銷的機會，從而成為終局之股票交易損失。而所得稅法第四條之一的適用是建立在先後證券交易損失與所得有沖銷機會的假設上。其假設既然與認購（售）權證避險交易的事實不一致，自然不應將所得稅法第四條之一適用至認購（售）權證的避險交易。

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

之假設前提的證券交易，不論是證券交易所得或損失，皆屬違憲。

6. 至於最高行政法院認為，聲請人可以利用其專業知識，調整權利金金額，轉嫁該所得稅風險的看法，與市場的形勢不符，蓋一方面權利金高至一定限度時，認購（售）權證之選擇權將因權利金太高而使購買人失去購買意願；另一方面外國證券商並無上述不合理規定之適用，再提高權利金金額，豈不雪上加霜，使本國證券商在認購（售）權證之發行市場更無競爭力。

（七）選擇權權利金之課稅與收入成本費用配合原則

1. 關於認購（售）權證發行收入之所得稅的課徵，歷來爭議集中在：其發行之權利金收入的定性及其成本費用之扣除的容許。

2. 按認購（售）權證是衍生性金融商品市場，而其標的證券（股票）則屬於傳統的資本市場。這兩種商品是分屬不同市場之不同商品。認購（售）權證的發行與股票的發行在事務的性質上有根本的不同。在股票的發行，認股人取得發行該股票之公司的股權。依該股權，認股人有含表決權、股利及公司解散時之剩餘財產之受分配權。反之，在認購（售）權證的發行，購買認購（售）權證者對其所支付之權利金不再享有權利。其因權利金之支付而取得之權利為以發行人之信用為基礎的選擇權：有權選擇是否在約定期日或期間，以約定價格向發行人購買（或售出）約定數量之標的證券，或請求以

現金的方式結算其選擇利益。

3. 該選擇利益的有無及大小取決於標的證券（股票）之市場行情，而不取決於發行人之經營能力。將認購（售）權證之發行與股票的發行混為一談，只是迷惑於二者皆是有價證券之存在形式的結果。是故，以認購（售）權證經核定為其他有價證券為基礎，將認購（售）權證之發行與股票之發行同視，有違反平等原則之錯誤類比的情事。

4. 另認購（售）權證之發行屬於初級市場，而發行後之認購（售）權證或股票的買賣屬於次級市場。其交易內容雖然皆與股票之交易有關，但論其業務性質及運轉機制事實上並不相同。其間有事務性質上的差異，因此，有疑義時，也應依循不同的事務法則尋找其適合的規範。

5. 基於上述認識，關於認購（售）權證之發行的課稅問題的規範規劃，應從證券化選擇權之買賣的雙務特徵出發。為正確掌握認購（售）權證之課稅事實及負稅能力，該雙務的對價關係要比其證券化重要許多。其證券化在課稅上的意義，極其量僅止於發行後之認購（售）權證的交易應依證券交易有關規定規範其證券交易稅及證券交易所得稅的課徵，不應影響到其發行權利金及該選擇權之履行準備有關之標的證券（股票）的交易所得稅。蓋該選擇權之履行準備屬於該權利金之對待給付的準備，因此所發生之費用正是該權利金之最為核心的取得費用，當然應容許其自該權利金收入扣除。收入成本

費用配合原則在證券化選擇權權利金之課稅的適用，應指限制締約費用及履約費用才可論為選擇權權利金之取得費用，得自後者扣除之。而不是將發生在先之選擇權權利金論為證券交易所得以外之一般所得，而後自認購（售）權證發行後開始，與股票一樣，將認購（售）權證及其標的證券（股票）之交易結果，視其盈虧，一概論為證券交易所得或損失，籠統適用所得稅法第四條之一，不准自權利金收入扣除為準備履行其對待給付（選擇權債務）而發生之標的證券（股票）交易損失。蓋若對於選擇權交易之權利金課徵所得稅，便應承認，為履行其對待給付所發生之費用是其取得費用，得自該權利金扣除之。為防止濫用只須將得扣除之取得費用的範圍限制在發行人為準備履行其對待給付所從事之標的證券（股票）的交易。這在稽徵技術上並無不能克服的困難。或謂認購（售）權證發行人從事標的證券（股票）的交易取得證券交易所得時，因為目前並無任何限制其依所得稅法第四條之一主張免稅的規定，所以，發行人如因從事標的證券（股票）的交易而有證券交易損失，其扣除自然也不應准許。這是一個似是而非的看法。蓋因沒有限制規定而構成的漏洞，在標的證券（股票）的交易，縱然可能使稅捐稽徵機關遭受，在有證券交易所得時，不得課稅，而在有證券交易損失時，應准許扣除的不利益。

6. 但因一方面，法律漏洞的不利益不應由納稅義務人

負擔，另一方面在認購（售）權證的發行，其標的證券（股票）的交易，發生證券交易損失的或然率大於發生證券交易所得的或然率。其理由為：當基本情勢為：市場行情看漲時，認購權證才有人買；市場行情看跌時，認售權證才有人買。而認購（售）權證權利金即是認購（售）權證發行人為購買人確保該情勢之判斷正確時可能獲得之利益的對價。

7. 這當中發行人必須在該權利金提供之價差空間，從事避險操作，以確保其履行選擇權義務後，最後還能獲利。其操作機制大致為：在認購權證的發行，在發行後，當標的證券（股票）漲價接近或超過約定之履約價格時，發行人必須（融資）買進取得標的證券（股票）備償；反之，跌價接近或超過約定之履約價格時，可以置之不理，蓋在這種情形，認購權證持有人不會行使選擇權，按約定之履約價格購入約定數量之標的證券（股票）。在認售權證的發行，在發行後，當標的證券（股票）跌價接近或超過約定之履約價格時，發行人必須融券賣出標的證券（股票）取得現金備償；反之，漲價接近或超過約定之履約價格時，可以置之不理，蓋在這種情形，認售權證持有人不會行使選擇權，按約定之履約價格售出約定數量之標的證券（股票）。

8. 為防止認購（售）權證發行人操縱標的證券（股票）的行情，財政部證券暨期貨管理委員會就標的證券（股票），除規定發行人「持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購（售）權證發

行單位所代表之標的股票股數」外，「發行認購(售)權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算(註六)。」基於該規定，就認購（售）權證之標的股票，發行人不能從事與準備履行其選擇權債務或避險所需以外的買賣。這在制度上，確保認購（售）權證之發行與發行人買賣標的證券(股票)間的事務關聯，彰顯標的證券(股票）之交易發生損失時，該損失構成認購（售）權證發行權利金之成本或費用的事實。

（八）受憲法保障之課稅原則

1. 在稅捐國家固容許國家在無對待給付的情形下，對人民課徵稅捐。但正因為稅捐之課徵必然侵入人民的基本權利，所以，其課徵除必須有法律為其依據外，所依據之法律亦不得違反量能課稅原則（實質課稅原則）或平等原則。

2. 如有違反量能課稅原則及實質課稅原則(司法院釋字第四二０號、釋字第四三八號、釋字第四六０號、釋字第四九三號、釋字第四九六號、釋字第五００號、釋字第六二０號解釋）或平等原則（司法院大法官釋字第四三八號、釋字第四九三號、釋字第五００號、釋字第五０八號、釋字第六０七號解釋)，則縱使其課徵有法律為其依據，其課徵亦因所依據者為惡法，而構成違憲。

3. 這已是司法院在其上引憲法解釋中一再重申的原則。只是職掌稅捐之稽徵的財政部時而不察而有違反該等原則之解釋函令，以致其下級稅捐稽徵機關一再有因此違憲課徵的情事。司法機關時而亦不疑有他誤信財政部函釋的正確性，而進一步誤判，以致人民的正當權益不能及時在行政訴訟中獲得保障。明確者為：司法院釋字第五九七號解釋明白釋示：「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則。」依該號解釋之意旨，稅捐法之內容不符合量能課稅及公平原則者，自屬違憲。
4. 是故，當稅捐法之內容違反量能課稅或公平原則時，稅捐稽徵機關即不再得以有法律依據為理由，課徵稅捐。而應經由解釋，在現行稅捐法中另外尋找符合量能課稅及公平原則的規定，作為課徵的依據。特別是在稅捐法的例外規定由於類型化不充分，而有部分違憲的情形，應當回復適用原則的規定課稅。要之，人民雖然有依法律納稅之義務，但稅捐稽徵機關依據來課徵稅捐之法律必須是符合量能課稅及公平原則的法律。違反量能課稅原則及實質課稅原則之顯著的情形為：納稅義務人無所得，而對其課以所得稅。至於違反公平原則當指違反平等原則的情形。
5. 正像「有所得就應課以所得稅」一樣；「無所得就

不應課以所得稅」是同等的自明道理或事務法則。任何與所得稅之課徵有關的規定，不論其存在於那一個位階，如有違反該道理或事務法則，當然因為違反量能課稅原則（實質課稅原則），而違反憲法。其實，這當中也同時違反稅捐法定主義。蓋所得稅的課徵，在綜合所得稅以有中華民國來源之所得；在營利事業所得稅，以有境內外之所得為要件。無論如何，皆必須有所得，始得課徵所得稅。

6. 在營利事業所得稅的課徵，實務上為何會發生，在無所得的情形，還是對於特定人課以所得稅？一般而言，這當然出自於法律規定之規範規劃上的錯誤。例如，進貨與銷貨容因業務之具體情況不同，而有先進後銷，或先銷後進之別，但按諸事務法則，永恆不變者為：有進無銷，或有銷無進者，不成商。是故，要對於任何交易課以所得稅，特別是營利事業所得稅，應該從進銷的完整流程觀察，不得有片面或割裂論斷的情事。否則，其法律上之形式論斷必然違反當為要求所應立基之存在基礎。

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

件。當所依據之法律違反量能課稅原則或平等原則時，不得不顧人民的基本權利，盲目課徵，造成苛政。

二、聲請人對自留額度部分所持見解：

依聲請人所受之最高行政法院 98 年度判字第 563 號判決之見解，聲請人發行金鼎 08、09 及 10 共三檔認購（售）權證，以自有資金支應發行價款之部分（即自留額度部分），其「所取得之發行價款性質，依財政部 86 年 12 月函，屬應稅之權利金收入。」且認為「聲請人與其他持有人得自由處分該認購權證之權利，並無二致，亦證聲請人認購自留額度部分，其相對之收入業已實現。」顯見其認為自留額度部分外觀上仍為發行價款，故有權利金收入產生。

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

（一）財政部 86 年 12 月函有違量能課稅原則

1. 按「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位實質平等。依租稅平等原則納稅義務人固應按其實質稅負能力，負擔應負之稅捐。」司法院釋字第 565 號解釋理由書，揭示量能課稅原則之內涵，亦即納稅義務人應按其實質稅負能力，負擔應負之稅捐。故如使納稅義務人負擔超過其實質稅負能力應負擔之稅捐，即有違量能課稅原則。

2. 次按，只有透過市場交易而使財產有所增益(孳息)部分，始為所得稅課稅對象，此為純資產增加說輔以市場所得理論下對所得概念之界定（參見附件4，頁 65 以下)。換言之，所得須符合「財產有所增益」且「透過市場交易」之要件。符合以上兩要件之所得，方可謂納稅義務人因參與市場而有收益；又所謂「財產有所增益」且「透過市場交易」，必然須有二個主體間之財產流動，始得構成。

3. 本件聲請人因發行認購權證時「臺灣證券交易所股份有限公司審查認購(售)權證上市作業程序」(下稱「上市作業程序」，附件 5）第 6 條第 2 款第 6 目及第 7 條第 1 款，皆規定須全部銷售完成方得核准上市，因而於無法對外銷售之認購權證部分，依「臺灣證券交易所股份有限公司認購(售)權證上市審查準則」(附件 6）第 10 條第 2 款第 2 目，於不超過上市單位 30%部分，以自有帳戶先行撥付相應金額至權利金專戶，使權利金專戶之餘額與權證發行總價款之金額相等，以符臺灣證交所稽核部年度查核對於上市之認購權證所為「權利金專戶之帳戶餘額必須與核准上市時權證發行價款總額相等」之要求，故自留部分實源自聲請人之自有資金，並非自外部取得資金而有經濟效益之流入，更未有不同主體間之財產流動。

4. 承上所述，聲請人於自留額度部分，係以自身資金支應發行價款，並未由外部留入資金，自無財產之增益，不符合所得須「財產有所增益」之要件。縱

然自留額度部分會產生「發行認購權證再買回」之會計科目，然此科目依證券商財務報告編製準則（下稱「編製準則」，附件 7）第 15 條第 1 項第 4 款之規定，該科目為負債之減項，意義為減少未來應履行之義務，而非有經濟收益之流入，實無資產增加之事實。

5. 再者，縱認聲請人於自留額度部分有資產之增益，然自留額度部分之資產增益，亦僅係由聲請人自身所支出之資金所換取，並未透過營業組織對外收取資金為對價而取得，更未有不同主體間之流動，係屬未透過市場交易所取得之所得，並非量能課稅原則下應課稅之對象。

6. 綜上所述，聲請人自留額度部分，既不符合財產增益之要件，亦非透過市場交易所取得，是非屬量能課稅原則下具有負稅能力之對象。因此，財政部 86 年 12 月函竟僅因此部分形式上有匯入權利金專戶，外觀上屬發行價款之一部分，即認聲請人有權利金收入之產生，使聲請人負擔超出其實質負稅能力之租稅負擔，顯違反憲法上量能課稅原則即明。

（二）財政部 86 年 12 月函有違實質課稅原則

1. 按「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則。惟法律之規定不能鉅細靡遺，有關課稅之技術性及細節性事項，尚非不得以行政命令為必要之釋示。故

主管機關於適用職權範圍內之法律條文發生疑義者，本於法定職權就相關規定為闡釋，如其解釋符合各該法律之立法目的、租稅之經濟意義及實質課稅之公平原則，即與租稅法律主義尚無違背」此有釣院釋字第 420 號、第 460 號、第 519 號及第 597 號解釋可資參照。實質課稅原則於稅制上之運用方法為經濟觀察法，此係指在稅捐法之解釋或課稅事實之認定，應以經濟的觀點或方法觀察、認定及判斷，以根據經濟過程或狀態的實質，平等掌握經濟上的給付能力，實現稅捐之課徵的平等性（參見附件 8，頁 397）。

2. 次按「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立。」民法第 345 條定有明文。是以，如欲以買賣為課稅之原因事實，應就是否有實際為買賣之經濟活動判斷，亦即須具備買賣雙方當事人，且雙方就價金與標的物有合意之意思表示，不應僅以形式上有金錢之流動，即謂已有買賣之事實。

3. 本件聲請人在認購（售）權證之發行階段，出售與一般投資人時，係將未來特定期限得以特定價格認購（售）特定股票之權利移轉予買方，並取得買方支付之對價；買方因此而取得請求賣方於未來特定期限交付特定價格股票之權利，故有買賣之經濟實質。相較於此，於自留額度部分，聲請人僅係將其自有資金從聲請人其他帳戶轉至聲請人權利金專

戶，以符合上市審查準則之規定，然實際上並未有交易相對人，亦未自他人取得任何相當之對價，從而根本無銷售之經濟實質可言。

4. 是以，於自留額度部分，雖有價金之流動，然此僅為聲請人資金內部之流轉。然從經濟實質觀察，買賣為一契約行為，須買賣雙方意思表示合致方成立，自不可能存在買賣雙方為同一人之情形，否則何以為意思表示合致？因此，聲請人於自留額度部分實無銷售之實質，既無銷售之交易實質，聲請人更無從因此產生所得。

5. 再者，聲請人雖於自留額度部分縱屬持有人身分，然因自身即為發行人，實與其他買方購得到期得以特定價格請求發行人移轉特定股票之權利不同，亦與其他買方得藉由到期履約之獲利目的及方式有別，難謂與一般持有人之權利相同。

6. 綜上所述，聲請人於自留額度部分並無銷售之經濟實質，且無取得與一般投資人相同之權利，依實質課稅原則，應無所得產生。惟財政部 86 年 12 月函卻將無銷售實質之自留額度部分包含在發行價款內，併同認定有權利金收入產生，顯牴觸實質課稅原則無疑。

三、聲請人對避險交易部分所持見解：

按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所得稅停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除」，所得稅法第 4 條之 1 定有明文。至所謂「證券交易」之定義，依聲請人所受之最高行政法院 98 年度判字第 563 號判決之

見解，僅泛認原審（即臺北高等行政法院）97 年度訴字第 2129 號判決，已對聲請人就避險交易損失所為主張詳述其得心證之理由，尚無判決不適用法規、適用不當及判決不備理由之情形，等同肯認原審法院（即臺北高等行政法院）「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」之見解可採，顯見其亦認該條客觀上之適用範圍，係及於一切具有證券形式外觀之交易。

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

（一）所得稅法第 4 條之 1 及財政部二函釋違反實質課稅原則

1. 聲請人申請發行認購權證，依法有進行避險交易之法律義務

(1)本件聲請人發行權證之主要相關法令為「發行人申請發行認購（售）權證處理要點」（下稱「處理要點」，附件 9）及「臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則」（下稱「審查準則」，附件 6）。聲請人於取得主管機關認購（售）權證發行人資格後，申請擬發行之認購權證，應檢附發行計畫等相關文件（審查準則第 4

條參照)，其中發行計畫應載明「預定之風險沖銷策略」等應記載事項（處理要點 14、審查準則第 6 條)，供主管機關審查證券商是否具備發行人資格及臺灣證券交易所股份有限公司(下稱臺灣證交所）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。」此亦有臺灣證交所 86 年 9 月

18 日台證上字第 29888 號函（附件 10）足資參照。

(4)再按「證券商發行認購（售）權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購（售）權證之標的股票……。惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購（售）權證發行單位所代表之標的股票股數。」（臺灣證交所 86 年 6 月 12 日台財證（二）字第 3294 號函，附件 11）、「證券商發行認購權證，如係全部自行避險操作者，其避險持有之部位，不得超過認購權證發行數量所表彰之標的股票股數；如係部分自行避險、部分委外避險者，其避險持有之部位，不得超過自行避險部分所表彰之標的股票股數；又如係全部委外避險者，發行人依規定仍須向本公司及主管機關申報委外風險管理機構之避險相關資料。」（臺灣證交所 86 年 6 月 12 日台證上字第 23090 號函，附件 12）。

(5)參諸前揭法令及主管機關解釋函令意旨，聲請人進行避險交易確係基於證管法令要求之義務，如無進行避險交易，聲請人即不得發行認購（售）權證，此一義務如同扣繳義務般皆為公法上之義務，亦即，聲請人進行避險交易，乃履行公法上之義務。

2. 為應相關證管法令所進行之避險交易，與一般證券交易在經濟實質上迥然有別

承上所述，聲請人係本於證管法令要求，而以買

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

(1)聲請人因避險所進行之證券交易行為，乃為履行證券主管機關核准發行權證所附之公法負擔，並非為從證券市場獲利。

(2)對聲請人而言，標的股票漲價時，不能出售手中持股獲利了結，反而須加碼購入，增加手中標的股票持股數量，以免履約時負擔太重，並確保收盤時實際避險部位與預定避險沖銷策略之差額在法令容許範圍之內；標的股票跌價時，不能加碼買入標的股票，反須認賠殺出，以確保收盤時實際避險部位與預定避險沖銷策略之差額在法令容許範圍之內，其避險操作策略須受證券商依國際通用標準模式預擬且受證管會證期局監控之避險策略公式之限制，僅於20%範圍內享有決策自由。換言之，聲請人以買賣標的股票或系爭權證之方式進行避險者，與一般「低買高賣」之市場投資決策有明顯差異。

(3)自權證履約日觀察，亦可發現其避險交易操作策略之不同：1.當履約日時，標的股票市價超過約定之履約價，聲請人為履約之故，必須以低於公開市場出售標的股票予持有權證之投資人，其間之差額可能會於結算後，高於其權利金數額，即

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

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

3. 所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部 86 年二函釋不問避險交易之經濟實質，而給予避險交易及一般證券交易相同課稅待遇，有違實質課稅原則

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

然聲請人從事避險交易所生之損失有一相對應之應稅收入，即發行權證權利金收入，兩者間有密不可分之連動關係，亦即，避險交易是認購權證發行整體行為中不可或缺之一環，兩者於經濟意義上具有緊密關聯，本質上即為「單一」事件。從而，避險交易本身不具獨立經濟目的，自應與一般具獨立經濟目的之證券交易為不同對待。本件最高行政法院判決據為判決基礎之所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部 86 年二函釋，竟一概以形式外觀為準，

認由於認購權證與標的股票均屬有價證券，故聲請人從事避險交易而買賣認購權證與標的股票，依所得稅法第 4 條之 1 規定，停課證券交易所得稅，證券交易損失自不得從所得額中減除，此顯與　鈞院釋字第 420 號等解釋揭櫫之實質課稅公平原則相違（附件 14，頁 13）。

（二）所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二則函釋違反比例原則

1. 所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二則函釋手段與目的間顯失均衡

(1)按限制人民權利須符合憲法第 23 條「比例原則」之精神，　鈞院釋字第 551、545、448 及 436 號等多則解釋闡釋在案，即國家惟有在「必要」之前提下，方得以法律限制人民之權利。鈞院釋字第 448 號解釋即謂：「憲法第 15 條規定，人民財產權應予保障。對人民財產權之限制，必須合於憲法第 23 條所定必要程度，並以法律定之，其由立法機關明確授權行政機關以命令訂定者，須據以發布之命令符合立法意旨且未逾越授權範圍時，始為憲法之所許，迭經本院解釋在案。」是以，由國家所發動之租稅課徵權力，涉及財產權利之拘束限制，應以比例原則作為合憲性之界限加以審查無疑。

(2)比例原則係由「適當性」、「必要性」及「衡平性」三項子原則所共同建構，其中「衡平性」係指公權力行為侵害之利益，不得與所欲達成之目的顯

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

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

(1)復從德國司法實務運作以觀，其經由比例原則之檢查導引出「絞殺性租稅禁止」（Verbot der Erdrosselungssteuer），亦即租稅課徵權力之行使，不得造成絞殺之效果。所謂「絞殺效果」，特別著重者為其在經濟上之意義，當租稅課徵所造成之效果，足以扼殺市場生機、使私領域中之經濟活動陷於停滯之時，即屬違反適當性及必要性之要求，構成對財產權利之絞殺。標準「絞殺」之典型，如：租稅制度過度干預市場，致使納稅人在私法上之營業狀態已無法持續，或者課徵過重之稅賦使得納稅人對於租稅之義務履行陷於客觀上不可能等（附件 15，頁 157）。於我國租

稅法制實務上，亦以絞殺性租稅之禁止為比例原則表現之型態：如　鈞院釋字第 286 號解釋指出，「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地增值稅就增值全額徵收、趨近於絞殺之情形；另於遺產及贈與稅法第 47 條規定：「前三條規定之罰鍰，連同應徵之稅額，最多不得超過遺產總額或贈與總額」，即罰鍰加計本稅不得超過納稅人原可取得之遺產或贈與總額，亦徵絞殺性租稅禁止已存在於我國法秩序中（附件 15，頁 169）。

(2)查權證發行實務上，據證券商統計數據，至 93 年 7 月底之前到期的所有權證，全部權證發行收入累計已達新臺幣（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 x25%），惟如將發行收入扣除避險交易損失及其他費用之後，券商發行權證的淨收益僅為 121.52 億元。換言之，券商發行權證不僅毫無利得，更須額外負擔約計 64 億餘元的所得稅（121.52 億元-185.56 億元=-64 億元）。如以憲法保障證券商得自由選擇、形成營業活動之角度以查，適用所得稅法第 4 條之 1 及財政部二則函釋課稅之結果，形同對權證發行收入課徵毛額型所得稅，導致實際淨所得低於應納稅額，券商越作越賠的窘境，逼使認購（售）權證此種衍生性金融商品，因無利可圖而於證券市場上消失，形成以稅捐干預國內券商權證業務之自由，

根本背離所得稅法第 4 條之 1 獎勵證券交易、促進資本市場形成的立法原意，對於權證發行產生「寓禁於徵」的效果。亦即，如避險交易損益不得併計權證發行收入之減項，無異等同藉由稅捐手段禁止一個合法的經濟活動，構成違憲之「絞殺」行為（附件 16，頁 10）。

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

綜上所陳，最高行政法院 98 年度判字第 563 號判決所適用之所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年 7 月 31 日台財稅第 861909311 號函及同年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函，違反憲法上「量能課稅原則」、「實質課稅之公平原則」及「比例原則」，懇請　鈞院惠予宣告所得稅法第 4 條之 1 及上揭財政部二則函釋牴觸憲法而無效。

肆、關係文件

附件　　委任書正本乙份。

附件 1　最高行政法院 98 年度判字第 563 號判決影本乙份。

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

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

附件 4　葛克昌，綜合所得稅與憲法，所得稅與憲法（三版），翰盧出版，2009 年 2 月，頁 91 至頁 95、頁 99 至頁 100 影本乙份。

附件 5　臺灣證券交易所股份有限公司審查認購（售）權證上

市作業程序影本乙份。

附件 6　臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則影本乙份。

附件 7　證券商財務報告編製準則影本乙份。

附件 8　黃茂榮，實質課稅原則，稅法總論－法學方法與現代稅法（第一冊增訂二版），植根出版，2005 年 9 月，頁 397 影本乙份。

附件 9　發行人申請發行認購（售）權證處理要點影本乙份。

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

附件 11　臺灣證交所 86 年 6 月 12 日台財證（二）字第 3294 號函影本乙份。

附件 12　臺灣證交所 86 年 6 月 12 日台證上字第 23090 號函影本乙份。

附件 13　關於所得稅法第 4 條之 1 與避險交易之本質之差異參照表乙份。

附件 14　黃士洲，權證官司二審敗訴簡評－最高行政法院 95 年度判字 2206 號判決評析，稅務旬刊第 1994 期，96 年 2 月 20 日影本乙份。

附件 15　黃源浩，從「絞殺禁止」到「半數原則」－比例原則在稅法領域之適用，財稅研究第 36 卷第 1 期，93 年 1 月影本乙份。

附件 16　黃士洲，從憲法角度談權證課稅修法應否溯及既往，稅務旬刊第 1954 期，95 年 1 月 10 日。

伍、註解

註一：財政部 86.7.31.台財稅第八六一九０九三一一號函「（一）財政部

86.5.23.台財證（五）第０三０三七號公告，已依證券交易法第六條規定，核定認購（售）權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購（售）權證，應依證券交易稅條例第二條第二款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交價格課徵千分之一證券交易稅，並依現行所得稅法第四條之一規定，停止課徵證券交易所得稅。」

註二：財政部 86.7.31.台財稅第八六一九０九三一一號函「（二）認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，按約定行使價格向發行人購入（售出）標的股票者，係屬發行人（持有人）出賣標的股票之行為，應就所出售之標的股票，依證券交易稅條例第二條規定，按履約價格課徵千分之三證券交易稅。」然在認購（售）權證之發行人藉助風險轉嫁機構避險的情形，財政部 86.10.16.台財稅第八六一九二０四０二號函認為，認購（售）權證如為證券給付之履約方式，在其「認購（售）權證投資人要求履約時，接受發行人風險轉嫁之機構（投資人）將履約標的有價證券轉讓予發行人後，再由發行人轉讓予投資人（受託之風險轉嫁機構），二階段皆屬買賣有價證券之行為，均應依法課徵證券交易稅。」該函顯示，為避險之目的，會增加一個證券交易。該增加出來之證券交易，在認購權證其實也就是發行人為準備履行必須從事在先的交易；在認售權證是在履行後，必須出清在後的交易，以了結各該認購（售）權證的業務。

註三：財政部 86.7.31.台財稅第八六一九０九三一一號函「（三）至認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，以現金方式結算者，係屬認購（售）權證之標的股票之交易，應對認購（售）權證之發行人（持有人）依標的股票之履約價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，及對認購（售）權證持有人（發行人）依標的股

票之市場價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」

註四：財政部 86.7.31.台財稅第八六一九０九三一一號函「（一）本部八十六年五月二十三日（86）台財證（五）第０三０三七號公告，已依證券交易法第六條規定，核定認購（售）權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購（售）權證，應依證券交易稅條例第二條第二款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交價格課徵千分之一證券交易稅，並依現行所得稅法第四條之一規定，停止課徵證券交易所得稅。」

註五：針對上述避險或履約準備的操作，財政部證券暨期貨管理委員會於 86.6.12.曾以(86)台財證(二)字第０三二九四號函規定:「二、茲依『證券商管理規則』第十九條第一項但書規定，訂定證券商因發行認購（售）權證避險需要而持有所發行認購（售）權證標的股票之數額限制如下：（一）證券商發行認購（售）權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購（售）權證之標的股票，不受『證券商管理規則』第十九條第一項後段『其持有任一公司所發行有價證券之成本總額，並不得超過其資本淨值之百分之二十』限制。惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購（售）權證發行單位所代表之標的股票股數。（二）前述證券商因發行認購（售）權證持有之標的股票，仍應受證券商管理規則第十九條第一項前段『證券商除由金融機構兼營者依銀行法規定外，其經營自行買賣有價證券業務者，持有任一公司股份之總額不得超過該公司已發行股份總額之百分之十』限制。（三）發行認購（售）權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；

發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算。」「證券商因發行認購（售）權證避險需要而持有所發行認購（售）權證標的股票之數額限制，仍應依本會八十六年六月十二日（八六）台財證（二）第０三二九四號函辦理」（財政部證券暨期貨管理委員會 92.06.03.台財證二字第０九二０一二四二七四號函）。

註六：針對上述避險或履約準備的操作，財政部證券暨期貨管理委員會於 86.6.12.曾以（86）台財證（二）字第０三二九四號函規定：「二、茲依『證券商管理規則』第十九條第一項但書規定，訂定證券商因發行認購（售）權證避險需要而持有所發行認購（售）權證標的股票之數額限制如下：（一）證券商發行認購（售）權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購（售）權證之標的股票，不受『證券商管理規則』第十九條第一項後段『其持有任一公司所發行有價證券之成本總額，並不得超過其資本淨值之百分之二十』限制。惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購（售）權證發行單位所代表之標的股票股數。（二）前述證券商因發行認購（售）權證持有之標的股票，仍應受證券商管理規則第十九條第一項前段『證券商除由金融機構兼營者依銀行法規定外，其經營自行買賣有價證券業務者，持有任一公司股份之總額不得超過該公司已發行股份總額之百分之十』限制。（三）發行認購（售）權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算。」

謹　狀

司法院　公鑒

聲　請　人：金鼎綜合證券股份有限公司

代　表　人：張　元　銘

代　理　人：蔡　朝　安　律　師

中　華　民　國　九　十　八　年　七　月　十　三　日

（附件一）

最高行政法院判決　　98 年度判字第 563 號

上　訴　人　金鼎綜合證券股份有限公司

代　表　人　張　元　銘

訴訟代理人　蔡　朝　安　律　師

送達代收人　陳　心　儀　律　師

被上訴人　財政部臺北市國稅局

代　表　人　凌　忠　嫄

上列當事人間營利事業所得稅事件，上訴人對於中華民國 97 年 12 月 4 日臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2129 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、上訴人辦理 92 年度營利事業所得稅結算申報，列報營業收入新臺幣（下同）438,146,058,260 元，被上訴人初查以其按「發行之認購權證負債」減「買回之未實現價值變動損益」及「已實現之發行損益」等之淨額 227,563,075 元，列報為認購權證發行利益，未列報 92 年度到期 3 檔認購權證所收

取之權利金價款合計 806,750,000 元，核定發行價款係屬應稅之權利金收入，核定營業收入 438,952,808,260 元，應補稅額 211,691,259 元。上訴人不服，申請復查，經被上訴人於民國(下同)97 年 3 月 12 日以財北國稅法一字第 0970203145 號復查決定（下稱原處分）駁回其復查之申請。上訴人仍不服，提起訴願，亦遭決定駁回，遂提起行政訴訟。

二、上訴人起訴主張：現行證券商基於權責發生制，於發行認購權證時，負有到期履約之義務，而認有「發行認購權證負債」之負債科目，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）將發行市場之結算損益列為應稅之權利金所得，與發行認購權證之經濟實質不符，悖離所得稅法第 22 條權責發生制之精神。上訴人係基於法律規定方為自留，自留額度並無交易相對人，亦未自他人取得任何對價，實無銷售之經濟實質，又自留之認購權證所認列「發行認購權證再買回」之會計科目，屬負債科目之減項而非資產科目，上訴人並未增加任何資產或收入，縱令就自留額部分認有權利金收入，上訴人買回認購權證所生之支出，依收入費用配合原則，全數抵銷權利金收入，上訴人並無所得。被上訴人將上訴人到期之認購權證發行價款列為應稅權利金收入，依收入費用配合原則，應將避險損失及相關費用列為成本費用，蓋避險交易係認購權證發行整體行為之一環，不應割裂觀察，基於實質課稅原則，避險所生之損失及費用，應自應稅權利金收入中扣除等語，求為判決撤銷訴願決定及原處分（即復查決定）。

三、被上訴人則以：依臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）審查認購（售）權證上市作業程序（下稱審查作業程序）

規定，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣，上訴人自留額度既經完成發行銷售程序，實為銷售與上訴人，即上訴人認購自留。依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（下稱審查準則）第 10 條第 2 款第 2 目及第 3 目規定，認購權證之自留並非法律強制規定，發行人既選擇自行認購自留，其會計分錄為「借：發行認購權證再買回」「貸：交易目的金融負債－發行認購權證負債」，其貸方科目與對外發行之貸方科目一致，顯已認定權證義務，即對應之權利金收入已實現，被上訴人將之核定為權利金收入自無違誤。財政部 83 年台財稅第 831582472 號函釋關於應稅收入應分攤相關成本費用，除可合理明確歸屬者得個別歸屬外，採以收入比例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，該解釋已明確揭櫫所得稅法第 4 條之 1 證券交易所得停止課徵所得稅，不僅未排除第 24 條第 1 項收入成本配合原則，且因適用之結果須對應稅與免稅之成本費用個別歸屬認定分攤，方符合法律規定及公平原則。是被上訴人將系爭認購權證權利金收入與避險交易所生之證券交易所得，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：本件爭執之重點在於：上訴人發行認購權證所得之權利金收入，是否包含發行人轉售予發行人本身之自留額度？系爭認購權證避險部位之出售損失，可否作為發行認購權證必要之成本費用？得否自權利金收入應稅項下扣除？被上訴人否准避險部位損失列為權利金收入之減項，有無違誤？是否違反所得稅法

第 24 條第 1 項、量能課稅原則及實質課稅原則？茲分述如下：(一)依審查作業程序規定，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣，上訴人自留額度既經完成發行銷售程序，實為銷售與上訴人，即上訴人認購自留。對自留部分而言，上訴人之法律地位係屬「持有人」身分，與一般持有人之權利並無二致，自應認列與一般持有人相同之發行階段權利金，以符實質課稅並避免稅負規避。次查，依行為時臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則第 10 條第 2 款第 3 目規定「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。至上訴人主張該自留額度並非財政部 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）所稱「發行時發行人取得之發行價款」，上訴人並未因此增加資產，其以自有資金購買權證即為前揭權利金之收入之相應成本費用乙節，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

上訴人之發行價款既已轉換增加資產，難謂無收入之產

生，而發行的費用在發行的成本及費用中已經認列，是上訴人主張其發行金鼎 08、09、10 之自留額度部分，並無銷售之實質可言，其會計分錄僅為內部資金帳戶間之沖轉，上訴人並未因此增加資產，亦非財政部 86 年 12 月函釋所稱之權利金收入云云，尚非可採。(二)查財政部 86 年 12 月函釋，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，再依財政部 86 年 7 月函釋意旨，發行後買賣該認購權證，及避險而買賣標的股票所生之損失，依行為時所得稅法第 4 條之 1 規定，停止課徵證券交易所得稅，則依損益配合原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除。又行為時所得稅法第 4 條之 1 證券交易免稅所得並無排除收入成本配合原則之適用，業經司法院釋字第 493 號解釋在案，上開財政部 86 年 12 月函釋符合所得稅法第 4 條之 1 規定意旨，且未違反收入成本費用配合原則，自應予以適用。故被上訴人將系爭認購權證權利金收入與避險交易所生之證券交易所得，個別認定成本費用及其損益，自屬於法有據。(三)上訴人雖主張其因履行發行認購（售）權證所附之公法負擔所生避險交易損失，並無負稅能力，基於實質課稅精神與配合原則，自應准自收入扣除云云。惟查，證券商發行權證，依主管機關前財政部證券暨期貨管理委員會（下稱證期會）86 年 5 月 31 日發布之「發行人申請發行認購(售)權證處理要點」第 8 點第 11 款規定與第 11 點規定【註：89 年 11 月 3 日證期會另發布「發行人申請發行認購（售）權證處理準則」取

代之，惟必須避險之基本精神一致】，及 88 年 8 月 6 日審查準則第 6 條第 7 款、第 8 條第 11 款規定（註：93 年 6 月 14 日修正條文第 8 條第 1 項第 5 款、第 10 條第 6 款第 8 目規定同此精神），固強制證券商應進行避險交易，且該避險交易之特性，在於股價上漲時買進標的股票以履行權證持有人履約要求、股價下跌時賣出標的股票以防權證持有人棄權時發生鉅額跌價損失，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，若採上訴人主張將避險證券交易損失認定為認購權證之成本減除，則將侵蝕應稅之權利金所得。再證券商於發行認購權證時，因前開法規規定證券商須強制為避險交易，而該避險交易復基於保護投資者及維持金融秩序，證券商須於股價上漲時買進標的股票、股價下跌時賣出標的股票，證券商可能因避險交易行為而造成損失，復為證券商於發行該認購權證所知悉；財政部 86 年 12 月函釋亦已指明認購權證發行人於發行後，因投資人行使權利，而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應依所得稅法第 4 條之 1 規定辦理，則證券商自得於發行時，自行斟酌其可能發生之損失成本費用，且依其從事證券業之專業知識，亦可知悉所得稅法第 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，否則有違反租稅法律主義及租稅公平原則。再者，所得稅法第4條之1所稱之證券交易，倘符合證券交易之形式外觀即屬之，並不問買賣雙方對該證券交易其動機及內在主觀意思為何，否則有違證券交易之安定性及國家稅收之一致性，況上訴人所為之避險交易表面觀之似有虧損，惟迄履約期間屆至亦非必然為虧損，且為避險交易亦為防止發行該認購權證者之證券商之經營風險，非全然對證券商為不利。是故，上訴人此部分之主張，尚非可採。（四）再按，會計學上「收入成本配合原則」，與稅法上成本費用之得否列報並非完全相同。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之規定未符者，均應於申報書內自行調整之，此觀諸所得稅法第36條（捐贈）、第37條（交際費）、第43條之1（不合營業常規之調整）、第49條（壞帳）、第51條之1（折舊）等規定均設有限制即可知，二者範圍並非完全相同。又即便認為上訴人所謂「標的股票買賣」避險手段，構成經營認購權證之一部分，因避險交易所生之成本得以明確計算，進而肯認「標的股票買賣」所生之損失，係屬經營認購權證之成本、費用，然此所謂之「成本、費用」充其量亦僅為「會計學」概念下之成本、費用而已，與上訴人是否得將之列為

認購權證課稅所得項下之營業成本，不能相提並論。上訴人逕將「會計學上」收入成本配合原則下之成本、費用，視為「所得稅法上」得列報之成本、費用，忽略立法者對於個別成本、費用所為之目的及政策考量，自有未洽。又收入成本配合原則並非不允許例外之定律，立法者基於整體租稅正義、課稅公平的考量，對於何項收入為應稅收入，何項支出或損失得列報為成本、費用，或於何限度內得列報為成本、費用，應有形成的自由。若法律定有明文不得列報，即屬收入成本配合原則之例外，依法決定得否列報成本費用，不生違反收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，上訴人前揭有關「上訴人因避險交易所生之成本得以明確計算，並可直接歸屬於權利金收入部分，自應依實質課稅精神與收入費用配合原則，於計算營利事業所得時予以扣除。吾人於適用所得稅法第 4 條之 1 規定時，自應斟酌法體系價值判斷、所得稅法規範體系、規範目的及立法意旨，作出目的性限縮解釋，將避險交易自所得稅法第 4 條之 1 所稱之「證券交易」排除等主張亦有所誤解，洵非可取。（五）再者，就營利事業體所獲得之各項收入而言，因性質之不同，可能產生成本費用比例差距情形，例如受捐贈收入、補償費收入、利息收入及認

購權證之權利金收入等，其收入性質本無成本費用，或費用金額相對微小，形成收入與所得金額相近或對毛收入課稅之結果，此係依所得稅法第 24 條實質課稅原則計算所得之結果，難謂違反實質課稅之公平原則。且各種收入可否扣除成本費用及何種支出始得作為成本費用自收入項下減除，於稅法上各有規定，縱系爭避險損失可認為本件權利金收入之成本，亦因所得稅法第 4 條之 1 規定而不得自所得額中減除，尚難以稅法承認於收入內扣除成本費用，即當然於本件可將上訴人避險措施所造成證券交易之損失作為成本費用予以扣除，此係依法律明文規定而為，並非割裂適用不同之法律。又本件爭執純係系爭認購權證避險部位之出售損失，究竟應作應稅項目之減項（即證券商發行權證收取之權利金之成本），抑或是作為免稅項目之減項（即售出或購入標的股票產生之成本）等有關成本歸屬與取捨之問題，亦非割裂法律適用之情形。雖證券主管機關證期會曾發布上開「發行人申請發行認購（售）權證處理要點」「臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則」等規定，要求權證發行人應就權證之標的證券建立避險部位，然此避險交易係基於保護投資者及維持金融秩序所必要，並非源自稅捐稽徵之考量。因此，關於「出售避險部位標的證券收入」及「出售避險部位標的證券成本」2 科目損益應如何申報，自當另依有關之所得稅法第 4 條之 1 規定辦理。（六）綜上，上訴人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，原處分以證券交易損失不得自所得額中減除，避險部位損失及認購權證再買回出售損失

均屬證券交易損失性質，應否准自應稅收入項下減除，核無違誤。至上訴人所引原審法院 96 年度訴字第 1067 號及 96 年度訴字第 52 號判決，係屬個案，並非判例，尚難拘束本案見解。（七）從而，本件上訴人 92 年度營利事業所得稅結算申報，列報營業收入 438,146,058,260 元，被上訴人以其將認購權證有關損益均列報於證券交易所得項下，未列報 92 年度到期 3 檔認購權證所收取之權利金價款合計 806,750,000 元，認定前開發行價款係屬應稅之權利金收入，核定營業收入 438,952,808,260 元，認事用法核無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合等由，乃駁回上訴人在原審之訴，並敘明本件事證已臻明確，兩造其餘主張陳述，於判決結果不生影響，無庸一一論列。

五、本院查：（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，其非公司組織者，得因原有習慣或因營業範圍狹小，申報該管稽徵機關採用現金收付制。」「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。」為行為時所得稅法第 4 條之 1、第 22 條第 1 項及第 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）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，依每次交易成交價格課徵千分之一證券交易稅，並

依現行所得稅法第 4 條之 1 規定，停止課徵證券交易所得稅。（二）認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，按約定行使價格向發行人購入（售出）標的股票者，係屬發行人（持有人）出賣標的股票之行為，應就所出售之標的股票，依證券交易稅條例第 2 條規定，按履約價格課徵千分之三證券交易稅。（三）至認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，以現金方式結算者，係屬認購（售）權證之標的股票之交易，應對認購（售）權證之發行人（持有人）依標的股票之履約價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，及對認購（售）權證持有人（發行人）依標的股票之市場價格按千分之三稅率課徵證券交易稅，並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」及「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第 22 條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購（售）權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益，並依所得稅法第 4 條之 1 規定辦理。……」復經財政部 86 年 7 月及 86 年 12 月函釋分別釋示在案。經核上開函釋符合所得稅法第 4 條之 1 規定意旨，且未違反收入成本費用配合原則，自可適用之。（二）關於上訴人發行認購權證自留額度之發行價款是否應計入權利金收入課稅部分：1.依審查作業程序第 6 條第 2 款第 6 目規定：「本公司承辦人員於受理發行人申請其擬發行之認購（售）權證上市案後，應就申請書件及其附件，進行審查，其審查要點、程序及期限如下：……（二）審查要點：……6.認購（售）權證分散情形：檢查發

行人所提供『銷售完畢後』認購（售）權證持有人分散情形是否符合『認購（售）權證上市審查準則』第 10 條及第 12 條相關規定標準並填具『認購（售）權證持有人分散情形檢查表』(附表 11)。」及第 7 條第 1 款規定：「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，向本公司辦理洽商預定上市買賣事宜，其預定上市買賣日並不得逾洽商日後 10 個營業日。……」可知發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣，因此上訴人自可選擇全數對外發行，或於規定限額內認購自留，以符合「銷售完成」之規定，上訴人既經選擇於規定限額內認購自留，雖其存入認購權證專戶之資金為其自有，但持有認購權證之事實，與其他持有人擁有認購權證所有權之事實一致，從而原判決以上訴人認購自留，已因此增加資產，進而認定收入已實現之事證已臻明確，並無判決不適用法規或適用不當之情形。上訴人主張原判決違反所得稅法第 24 條、財務會計準則公報第 32 號第 2 條規定云云，尚不足採。2.查上訴人發行系爭 3 檔認購權證所取得之發行價款性質，依財政部 86 年 12 月函釋，屬應稅權利金收入，而如前述，發行人發行認購權證需「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣，因此發行人認購自留額度，屬於「發行總金額」之一部，而悉屬應稅權利金收入，依法自應課稅。3.另買賣契約成立固為收入實現

之原因之一，但收入實現之原因並非以買賣契約成立為唯一原因，例如受捐贈收入、補償費收入及利息收入等，均為收入來源，依實質課稅原則，上訴人認購自留其所發行之認購權證，形式上雖無成立買賣契約，然不能否定上訴人擁有認購自留部分之所有權，且認購自留部分於認購權證上市後，上訴人與其他持有人得自由處分該認購權證之權利，並無二致，益證上訴人認購自留部分，其相對之收入業已實現，且原判決並非僅以認購自留之會計科目，與發行後再買回之科目相同為由，即認定上訴人收入已實現，則上訴人以其無法與自己成立買賣契約；認購自留部分與一般持有人權利不同；其於自留額度部分雖有「發行認購（售）權證再買回」之科目產生，惟其實質上並非於銷售後再買回，而係自始即未銷售予他人等由，指摘原判決違反司法院釋字第 420 號解釋所揭示之實質課稅原則、論理法則、證券商財務報告編製準則第 15 條第 1 款第 3 目及第 4 目（上訴人誤植為第 15 條第 1 項第 3 款及第 4 款）規定云云，核無足採。4.又上訴人認購自留，須將相當於對外發行之價金，存入權利金專戶，惟該存入之金額，仍屬上訴人之資金，上訴人並因此取得認購權證而增加資產，是上訴人主張存入之資金即為認購自留部分之相應成本費用而應予扣除乙節，並不足採。（三）關於發行認購權證之避險交易損失部分：本件原判決就系爭認購權證及標的股票交易，均符合「證券交易」定義，原處分以證券交易損失不得自所得額中減除，避險部位損失及認購權證再買回出售損失均屬證券交易損失性質，應否准自應稅收入項下減除等節，及上訴人就此部分在原審之主張如何不足採等事項，均已詳述其得心證之理由，尚無判決不適用法規、適用不當及判決不備理由之情形。上訴人仍執詞主張原

判決違反所得稅法第 4 條之 1 及第 24 條規定，並違反實質課稅原則、收入成本費用配合原則、量能課稅原則、平等原則及論理法則云云，均無可採。（四）綜上所述，原判決駁回上訴人在原審之訴，其所適用之法規與該案應適用之法規並無違背，與解釋判例，亦無牴觸，並無所謂原判決有違背法令之情形。上訴人對於業經原判決詳予論述不採之事由再予爭執，核屬法律上見解之歧異，要難謂為原判決有違背法令之情形。本件上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違誤，求予廢棄，難認有理由，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　9　8　年　5　月　2　1　日

（本件聲請書其餘附件略）

其餘 37 件聲請書及確定終局判決請參閱司法院大法官網站

http：//www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=693