

檔 號：

保存年限：

司法院秘書長 函（稿）

地址：10048台北市中正區重慶南路1段
124號

承辦人：

電話：



總發文

G09809146

受文者：如正本欄所載

發文日期：中華民國九十六年十二月十五日

發文字號：秘台大一字第0980009146號

速別：最速件

密等及解密條件或保密期限：普通

附件：

主旨：本院大法官為審理兆豐證券股份有限公司認所適用之 貴部
86年12月11日台財稅字第861922464號函有違憲疑義之聲請
解釋案，惠請 貴部就說明欄所列事項，詳予表示意見並檢
附相關資料，於一週內惠復，俾供審理之參考。

說明：

- 一、依司法院大法官審理案件法第13條第1項規定辦理。
- 二、貴部96年12月19日台財稅字第09600461850號函說明二、（四）部分提及：「經統計，87年度至94年度發行認購（售）權證之證券商，其權證損益經稽徵機關核定而尚未確定之案件共44件，調整所得額合計434億8,268萬2,962元，調整稅額合計108億9,921萬8,709元。」關於上揭調整稅額部分：
 - （一）該108億餘元之調整稅額中，已徵收完畢之稅額為若干？
 - （二）該108億餘元之調整稅額係統計至94年度之數字。惟現已為98年度， 貴部是否可提供較具時效性（例如統計至民國96年度）之統計資料（請分別註記調整稅額及已徵收完畢之稅額）？

正本：財政部

副本：本院大法官書記處



大法官書記處

Q09800337

校對 林惠珍

監印 印武業貴 發文 吳宗舜

秘書長 謝 ○ ○

第二層決行
承辦單位

已用印信

裝

訂

線

正本

財政部 函

機關地址：臺北市中正區(10066)愛國西路2號

聯絡方式：李鳳美 02-23228432

受文者：司法院秘書長

發文日期：中華民國98年4月30日

發文字號：台財稅字第09800168780號

速別：

密等及解密條件或保密期限：普通

附件：如說明三

主旨：有關大院大法官為審理兆豐證券股份有限公司聲請解釋本部86年12月11日台財稅第861922464號函有違憲疑義，囑本部就稽徵機關調整稅額相關資料表示意見乙案，復請查照。

說明：

- 一、復 貴秘書長98年4月15日秘台大一字第0980009146號函。
- 二、本部96年12月19日台財稅字第09600461850號函說明二、(四)有關87年度至94年度發行認購(售)權證之證券商，其權證損益經稽徵機關核定而尚未確定之案件共44件，調整稅額合計108億9,921萬8,709元中，截至98年4月20日止已繳納金額為31億583萬6,418元(其中已核課確定案件計10件，已繳納稅額為13億8,610萬8,118元)。
- 三、證券商發行之認購(售)權證於96年度(含)以後到期者，其發行權證之避險損益課稅應依96年7月11日修正公布之所得稅法第24條之2規定辦理；於95年度(含)以前年度到期者，仍應依所得稅法第4條之1及本部86年12月11日台財稅第861922464號函辦理。因此，有關提供較具時



效性之統計資料乙節，謹提供截至 98 年 4 月 20 日止，發行認購(售)權證之證券商 87 年度至 95 年度營利事業所得稅結算申報案件，其權證損益業經稽徵機關核定而尚未確定之案件統計資料：核定件數 75 件，調整所得額合計 745 億 7,865 萬 4,897 元，調整稅額合計 186 億 1,787 萬 5,067 元，已繳納金額合計為 22 億 4,272 萬 7,143 元(本件統計資料，並未包含前開 10 件核課確定案件)，隨文檢送該統計資料 3 紙供參。

正本：司法院秘書長

副本：

部長 李述德

依分層負責規定授權單位主管決行



發行認購(售)權證券商各年度未確定案件調整統計表

券商名稱(統一編號)	87年度				88年度				89年度			
	案況	調整所得額	調整稅額	已繳稅金額	案況	調整所得額	調整稅額	已繳稅金額	案況	調整所得額	調整稅額	已繳稅金額
1	一審撤銷 本局上訴	1,092,149,700	273,037,425	258,996,411	一審駁回 券商上訴	568,592,539	142,148,135	84,095,055	一審駁回 券商上訴	14,751,275,705	3,687,818,926	215,077,685
2												
3					一審駁回 券商上訴	376,153,673	94,038,418	0	一審駁回 本局上訴	445,160,163	111,290,040	0
4												
5												
6												
7												
8					一審部分撤銷 本局上訴	2,436,273,578	609,068,395	83,963,359				
9					一審撤銷 本局上訴	62,624,700	15,656,175	15,656,175	一審部分撤銷 本局上訴	162,192,020	40,548,005	0
10					復查中	262,272,679	65,568,169	0				
11	一審駁回 券商上訴	135,123,627	33,780,907	0					一審撤銷 本局上訴	283,901,752	70,975,438	0
12									訴願中	429,595,720	107,398,930	0
13					一審撤銷 本局上訴	192,695,657	48,173,914	0				
14					一審駁回 券商上訴	407,585,566	101,896,391	68,473,005	訴願駁回	344,029,597	86,007,399	43,003,700
15												
16												
17												
18												
19												
20												
21												
22												
23												
24												
合計												

備註：一、92年度以後核定之案件，多於98年始核定，迄今尚未屆復查申請期限。惟渠等案件雖尚未申請復查，然仍屬未核課確定案件。

二、案況如屬訴願以上階段，已繳稅金額為0者係指依法提供擔保案件。

三、空白部分為當年度案件已核課並未提起行政救濟、或雖提起行政救濟，惟系爭事項非權證損益課稅問題、或就權證損益課稅事項提起行政救濟，但屬已確定案件、或公司因合併而消滅，故無結算申報案件。

[illegible]

券商名稱(統一編號)	93年度				94年度				95年度				調整所得額合 計	調整稅額 合計	已繳稅金額合 計
	案況	調整所得額	調整稅額	已繳稅金額	案況	調整所得額	調整稅額	已繳稅金額	案況	調整所得額	調整稅額	已繳稅金額			
1	復查中	1,906,658,952	476,664,738	0	復查中	1,834,258,638	458,564,659	0	未核定				22,352,834,428	5,588,208,605	612,374,406
2													201,295,210	50,323,803	0
3	未核定				未核定				未核定				1,913,732,702	478,433,174	154,681,100
4	未核定				未核定				未核定				1,096,729,210	274,182,303	0
5													462,331,910	115,582,977	41,443,210
6													0	0	0
7	復查中	687,217,865	171,804,486	0	復查中	1,499,481,721	374,870,430	0	未核定				4,136,158,066	1,036,289,516	219,036,952
8	復查中	7,076,183,986	1,769,045,996	0	未核定				未核定				16,820,566,668	4,205,141,663	609,982,393
9	復查中	2,822,654,077	705,663,519	0	未核定				未核定				5,315,903,476	1,328,975,868	15,656,175
10	未核定				未核定				未核定				1,741,378,692	332,558,055	76,423,883
11	已核定	1,397,951,630	349,487,907	0	未核定				未核定				3,647,437,191	911,859,296	0
12	一審中	541,803,558	209,198,867	0	復查中	657,462,113	164,365,528	0	復查中	442,056,263	110,514,065	0	3,362,857,591	914,462,374	154,067,321
13													192,695,657	48,173,914	0
14	未核定				未核定				未核定				2,024,386,429	506,096,605	111,476,705
15	未核定				未核定				未核定				775,818,608	193,954,652	59,441,912
16	未核定				未核定				未核定				2,287,959,818	571,989,954	188,143,086
17	未核定				未核定				未核定				1,066,878,675	266,719,668	0
18	未核定				未核定				未核定				1,597,072,196	399,268,049	0
19	未核定				未核定				未核定				217,707,016	54,426,754	0
20	未核定				未核定				未核定				49,622,327	12,405,582	0
21	復查中	737,412,395	184,853,098	0	復查中	619,095,786	154,773,946	0	復查中	1,036,088,485	259,022,121	0	2,495,464,845	623,866,209	0
22	訴願中	427,300,000	106,825,000	0	復查中	460,046,085	115,011,509	0	訴願中	544,200,000	136,050,000	0	1,431,546,035	357,886,509	0
23	復查中	122,332,490	30,583,122	0	已核定	1,253,605,886	313,401,347	0	未核定				1,375,937,876	343,984,469	0
24	已核定	12,340,271	3,085,068	0	未核定				未核定				12,340,271	3,085,068	0
合計													74,578,654,897	18,617,875,067	2,242,727,143

司法院秘書長 函

地址：10048台北市中正區重慶南路1段
124號

聯絡人：涂人蓉

電話：(02)23618-577轉196

受文者：財政部等

發文日期：中華民國96年10月24日

發文字號：秘台大一字第0960022208號

速別：最速件

密等及解密條件或保密期限：普通

附件：如文

主旨：本院大法官為審理元大京華證券股份有限公司代表人杜麗莊聲請解釋所得稅法第4條之1規定及 貴部86年12月1日台財稅第861922464號函，有違憲疑義乙案，需瞭解說明欄所列事項疑義，請 貴部就釋憲聲請書所載各項疑義，逐項詳予表示意見並檢附相關資料，於二週內惠復，俾供審理之參考。

說明：

一、依司法院大法官審理案件法第13條第1項規定辦理。

二、關於釋憲聲請書所指， 貴部86年12月1日台財稅第861922464號函後段「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4條之1規定辦理。」部分（以下簡稱系爭函釋），以及所得稅法第4條之1之適用對象包含認售（購）權證之發行所得計算，與平等課稅原則、實質課稅原則及量能課稅原則是否違背：

（一）實質課稅原則（量能課稅原則）：

1、系爭函釋之規範意旨及理由？

2、系爭函釋適用之結果，該稅課方法是否均足以導致發行認售（購）權證之券商，其營利事業所得之實質稅賦，將如聲請意旨所載高達139%或甚至更高，抑或存有其

他課稅結果可能性？此種情形是否合理？理由何在？

3、系爭函釋所涉之課稅方式是否違反實質課稅原則（量能課稅原則）？

（二）平等課稅原則：

系爭函釋是否將國內證券發行業者與外資券商於認售（購）權證課稅上作不同之差別待遇？請說明並分析外資券商於發行認購權證，以及其相關稅賦所應適用之法令。又其差別待遇之理由及合理基礎為何？是否違反平等課稅原則？理由何在？

三、另查，所得稅法已於中華民國96年7月11日修正公布，增訂第24條之2規定，是新法已增訂有關認購（售）權證之課稅規定，則：

（一）所得稅法增訂第24條之2之立法目的為何？何以要增訂？是否與實質課稅原則（量能課稅原則）有關？

（二）系爭函釋是否因上述增訂而停止適用？

四、目前已適用系爭函釋尚未確定之案件件數有多少？其所涉及之金額若干，亦請提供相關數據資料。

五、對於釋憲理由書中所提憲法疑義如有其他說明亦請詳述意見。

六、檢附前開解釋憲法聲請書影本乙份。

正本：財政部

副本：本院大法官書記處

郵 寄：財政部

紙本遞送：本院大法官書記處

財政部 函

機關地址：臺北市中正區(10066)愛國西路2
號

聯絡方式：李鳳美 0223228120

受文者：司法院秘書長

發文日期：中華民國96年12月19日

發文字號：台財稅字第09600461850號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：普通

附件：

主旨：有關 大院大法官為審理元大京華證券股份有限公司代表人杜麗莊聲請解釋所得稅法第4條之1規定及本部86年12月1日台財稅第861922464號函有違憲疑義，囑本部就釋憲聲請書所載各項疑義表示意見乙案，復請 查照。

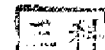
說明：

一、復 貴秘書長96年10月24日秘台大一字第0960022208號函。

二、有關上開釋憲聲請書所指，本部86年12月1日台財稅第861922464號函後段「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4條之1規定辦理。」部分，以及所得稅法第4條之1之適用對象包含認購(售)權證之發行所得計算，與實質課稅原則(量能課稅原則)及平等課稅原則是否違背乙節，謹依來函逐項說明如次：

(一)實質課稅原則部分

1、本部上開函釋規範意旨及理由：本部上開函釋之背景，係因本部86年5月23日(86)台財證(5)第03037號公告，依證券交易法規定，核定「認購(售)權證」為其他有價證券。又依本部前證券暨期貨管理委員會訂定之原「發行人申請發行認購(售)權證處理要點」第3點規定，認購(售)權證係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。準此，本部爰核釋認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款係屬權利金收入，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，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，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，該函釋乃一併重申認購（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。

2、本部上開函釋是否符合實質課稅原則（量能課稅原則）部分

- (1)就依法行政原則而言：為解決證券交易所得之課稅爭議，78年12月30日修正公布所得稅法第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。」上開所稱證券，依本部83年1月12日台財稅第821506281號函規定，以我國證券交易稅條例所稱有價證券為限，亦即包括各級政府發行之債券、公司發行之股票、公司債及經政府核准得公開募銷之其他有價證券在內。本案系爭之「認購（售）權證」，既經核定為其他有價證券，依所得稅法第4條之1規定，其交易所得應停徵所得稅，其交易損失亦不得減除。至於該證券交易係屬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，則在所不問。蓋此等交易，僅係內部關係不同，外觀及實質並無不同。為避免影響證券交易之安定性及課稅之一致性，其課稅宜依同一原則處理。故證券商發行認購（售）權證從事避險操作之證券交易損失，其性質乃所得稅法第4條之1規定之證券

交易損失，在無另對該交易特別立法情形下，自應適用所得稅法第4條之1規定，方符租稅法律主義及依法行政之原則。

(2)就收入成本費用配合原則而言：所得稅法第4條之1有關證券交易所停徵所得稅，證券交易損失不得自所得額中減除之規定，並未排除收入成本費用配合原則之適用。因此，免稅收入與應稅收入之相關成本費用，應個別歸屬認列，前經 大院釋字第493號解釋在案。因此，應歸屬於免稅收入項下之成本費用，不得自應稅收入項下減除。本案發行認購(售)權證之證券商因避險需要買賣有價證券之所得，依所得稅法第4條之1規定，既停徵所得稅，則其對應之相關成本費用，包括其避險交易損失，亦不得自應稅之發行認購(售)權證權利金收入項下減除，否則即有侵蝕應稅所得之情形，而與量能課稅之精神不符。

(3)就所得之計算而言：依所得稅法第24條第1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。」營利事業於依上開規定計算課稅所得額時，可否扣除成本費用及可扣除何種成本費用，仍應依所得稅法及其他相關規定辦理，例如建商購地建屋出售，其屬土地交易之損益部分，所得稅法第4條第1項第16款規定出售土地之所得免納所得稅，故該項土地交易損益應獨立認列，不得併計出售房屋之所得。因此，本案業者尚不能援引所得法第24條規定，主張當然扣除避險交易之損失。此係因法律有明文規定，依法行政之結果，並非割裂適用法律。如因適用該法律結果，可能產生實際淨所得低於課稅所得之不合理情形，亦屬修正相關法律問題，於法律修正前，行政機關仍應依法適用。

(4)就避險交易之特性而言，其避險損益未必屬成本費用性質；發行認購(售)權證之證券商，為減輕經營風險，在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，是證券商對標的股票漲即買、跌即賣之避險交易行為，係為其履約之準備。按該項避險交易之結果可能產生損失，亦可能產生利益。如避險交易產生利益而非損失時，該證券交易利益，如何能認列為認購(售)權證收入之成本費用？足見避險損益未必屬成本費用性質。

- (5) 綜上，本案之避險交易損益，既屬所得稅法第4條之1規定證券交易所得之一種，則當避險交易有所得時，可依法停徵所得稅；當避險交易有損失時，不得自所得額中減除，此不僅符合租稅法律主義及租稅公平原則，亦與量能課稅之基本原則相符。如稽徵機關違反上開法律明文規定，准許將避險損益自發行認購(售)權證之權利金收入中扣除，即有違憲法第19條租稅法律主義及 大院釋字第369號解釋有關「憲法第19規定『人民有依法律納稅之義務』，係指人民有依法律所定要件負繳納稅捐之義務或享減免納稅之優惠而言，至法律所定之內容於合理範圍內，本屬立法裁量事項。」之意旨。

3、有關上開函釋適用之結果，該稅課方法是否足以導致發行認購(售)權證之券商，其實質稅負如聲請釋憲書所指高達139%或甚至更高部分：

- (1) 依釋憲聲請書所指，本部86年12月1日台財稅第861922464號函釋適用結果，京華證券股份有限公司(合併後更名為元大京華證券股份有限公司)88年度營利事業所得實質稅負高達139%或依國立臺灣大學財務金融系李存修教授所著「證券商發行認購(售)權證之定價策略及各項相關成本分析」報告，就86年開放權證業務迄至93年7月底止，按18家券商權證稅額之估算結果，平均實質稅負高達144.74%乙節，查各該實質稅負之計算，係以權利金收入乘上25%稅率計算出之稅額，除以依財務會計基礎計算之發行權證淨損益所得出之比率。

- (2) 上開計算式之分子，有關權證損益稅額計算部分，

係以權利金收入乘上25%稅率計算。惟依上開本部函釋，發行人發行認購（售）權證所取得之權利金收入，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。是以，權證損益稅額計算，應以權利金收入減除相關應稅之直接及間接成本後之餘額為基礎，尚非逕按權利金收入計算。

(3)又上開計算式之分母，係以權利金收入減除包括避險損益之直接成本及間接成本後之發行權證淨損益為準，惟如前所述，該避險損益中如有屬所得稅法第4條之1規定之免稅證券交易損失者，依法不得自權利金收入項下減除。

(4)是以聲請人所指權證損益平均實質稅負高達139%或144.74%乙節，經研析其原因，主要係財務會計與稅法對計算稅額之基準及避險成本規範不同所致。

(二)平等課稅原則部分：有關國內證券業者與外資證券商於認購（售）權證課稅上是否有差別待遇而違反平等課稅原則乙節，說明如下：

- 1、依所得稅法第24條第1項前段規定，營利事業所得額之計算，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。同法第25條規定，總機構在中華民國境外之營利事業，在我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，其成本費用分攤計算困難者，得向本部申請核准，或由本部核定，國際運輸業務按其在中華民國境內之營業收入之10%，其餘業務按其在中華民國境內之營業收入之15%為中華民國境內之營利事業所得額。亦即總機構在中華民國境外之營利事業在我國境內提供技術服務等，如其國內外成本分攤計算困難者，得依規定申請按推計所得課稅。
- 2、依「發行人申請發行認購（售）權證處理準則」第3條規定，發行人為外國機構者，得由中華民國境內之分支機構或子公司，以該外國機構之名義負責辦理權證之發行、履約及資訊揭露相關事宜。另依「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4條及第6條規定，權證發行人不論係國內券商或外資券商，均得委託其他機構從事避險操作。查現行在臺唯一發行認購（售）權證之外資機構為美商美林證券股份有限公司（以下簡稱美商美林公司），其由在臺美商美林證券股份有限公司臺灣分公司（以下簡稱美林臺灣分公司）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（以下簡稱瑞士商美林公司）辦理。即美商美林公司支付技術服務報酬予瑞士商美林公司，而將避險風險轉予瑞士商美林公司，瑞士商美林公司自行承擔所有避險操作所發生之損益。

- 3、按瑞士商美林公司係依瑞士法律成立之公司，配合美林集團全球之組織架構，並以其對全球證券市場相關資訊之掌握與研究，進而提供跨國聯屬公司認購（售）權證、選擇權、股票等有價證券相關之避險操作技術。瑞士商美林公司提供是項避險服務，自美商美林公司所取得之報酬，因國內外成本分攤計算困難，爰向本部申請依所得稅法第25條規定課稅。
- 4、本部囿於瑞士商美林公司提供是項避險操作服務所取得之報酬，因有國內外成本費用分攤困難之事實，尚難依所得稅法第24條規定，按其取得之收入核實減除相關成本、費用後計算所得額，乃核准其依所取得之全部技術服務報酬，按15%計算所得，並依25%之稅率課稅。由於其係按推定所得課稅，其所得中是否有屬所得稅法第4條之1或第4條之2免稅之證券（或期貨）交易所得或損失，均非所問。
- 5、美商美林公司在臺發行認購（售）權證所取得之權利金收入，依所得稅法第41條及第71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，並依規定之累進稅率繳納營利事業所得稅；而瑞士商美林公司在臺並未發行認購（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。是以，發行認購(售)權證損益之課稅，尚無釋憲聲請人所稱國內證券商與外資證券商有差別待遇之情事。

(三)有關所得稅法增訂第24條之2發行權證之收入及避險損益得以併計課稅，其立法目的為何？是否與實質課稅原則(量能課稅原則)有關？上開函釋是否因所得稅法第24條之2修正公布而停止適用乙節，說明如次：

- 1、權證課稅之問題主要導因於所得稅法第4條之1證券交易所所得停徵所得稅與證券交易損失不得減除之規定。
- 2、為因應國際間金融商品之發展，證券商之主管機關陸續開放渠等得發行認購(售)權證、兼營與證券有關之期貨業務或得經核准兼營期貨商業業務，故證券商從事之業務已非侷限於傳統經營證券經紀、證券承銷、證券自營等業務。
- 3、按證券商經營之業務中，舉凡發行認購(售)權證、結構型商品等衍生性金融商品及配合上開商品從事之避險交易，涉及證券交易之損益及課徵期貨交易稅之期貨交易損益部分，依所得稅法第4條之1及第4條之2規定，其所得停徵所得稅，損失亦不得減除。
- 4、認購(售)權證發行人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，係發行認購(售)權證之必要避險措施，且為發行權證所衍生之交易，交易損失依法不可減除，致證券商依商業會計法及財務會計準則公報計算之「財務會計所得」與依稅法規定計算之「課稅所得」間發生相當程度之差異。
- 5、權證課稅之問題既導因於所得稅法第4條之1證券交易所所得免稅與證券交易損失不得減除之規定，且證券商主要經營之業務均與證券或期貨交易相關，為根本解決權證課稅爭議，爰增訂所得稅法第24條之2，明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，不適用所得稅法第4條之1及第4條之2規定。

- 6、證券商發行之認購（售）權證於96年度到期者，其避險損益之課稅，應依96年7月11日修正公布之所得稅法第24條之2規定辦理。至於業者發行之認購（售）權證於95年度及以前年度到期者，仍應依所得稅法第4條之1及本部86年12月1日台財稅第861922464號函規定辦理。

(四)有關目前已適用上開函釋而尚未確定之案件件數及所涉金額乙節，經統計，87年度至94年度發行認購（售）權證之證券商，其權證損益經稽徵機關核定而尚未確定之案件共44件，調整所得額合計434億8,268萬2,962元，調整稅額合計108億9,921萬8,709元。

正本：司法院秘書長

副本：2007/12/20
15:59:45

陳報狀

(聲請釋憲案由：最高行政法院 95 年判字第 2206 號確定判決)

陳報人：元大證券股份有限公司

(即聲請人)

法定代理人：杜麗莊

送達代收人：鍾文卿

為依法陳報事：

經查元大京華證券股份有限公司前與聲請人合併而消滅，聲請人為合併後之存續公司，並依公司法第七十五條之規定概括承受原元大京華證券股份有限公司之權利義務，聲請人之公司名稱並由復華綜合證券股份有限公司，變更為元大證券股份有限公司（詳附件一、二）。

謹 狀

司法院大法官書記處 公鑒

附件一：行政院金融監督管理委員會核准函影本乙份。

附件二：經濟部核准函影本乙份。

中 華 民 國 九 十 八 年 三 月 六 日

聲請人：元大證券股份有限公司

法定代理人：杜麗莊



總收文 03/16

G09806312

函

受文者：司法院

發文日期：99年5月31日

發文字號：

主旨：為聲請人因最高行政法院 95 年判字第 2206 號、96 年判字第 1937 號確定判決所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函，有牴觸憲法第 7 條平等原則、第 15 條財產權保障及職業自由之保障、第 19 條租稅法律主義、第 23 條比例原則與第 172 條命令不得違法違憲等規定，以及 鈞院歷年來之釋字第 385 號、第 420 號、第 493 號、第 597 號、第 622 號、第 625 號、第 635 號及第 661 號等多號解釋先例，已分別於 96 年 3 月 28 日及 97 年 1 月 17 日向 鈞院聲請憲法解釋在案，新代表人申鼎錢謹再聲明承受釋憲程序，並提出補充理由如后，謹請 鈞院鑒察。

說明：檢附「解釋憲法補充理由書」乙份。

聲請人：元大證券股份有限公司

代表人：申鼎錢



解釋憲法補充理由書

聲請人 聲請代理人	姓名及身分證統一編號(如係法人團體或政請記明其名稱代表人姓名)	住居所、營業所、主事務所及電話號碼	送達代收人姓名、住址及電話號碼
聲請人	元大證券股份有限公司		
代表人	申鼎錢		

緣最高法院 95 年判字第 2206 號、96 年判字第 1937 號確定判決所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函（註：財政部對於台財稅第 861922464 號函，收錄於所得稅法令彙編、營業稅及證券交易法法令彙編之日期分別為 86 年 12 月 1 日其 86 年 12 月 11 日，故實務上提及此號函釋時，或有引用 86 年 12 月 1 日台財稅第 861922464 號函，或有引用 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函，惟均屬同一函釋，附件 1，下稱「財政部 86 年函釋」），有抵觸憲法之情，聲請人前已於 96 年 3 月 28 日及 97 年 1 月 17 日向 鈞院聲請憲法解釋在案，茲因聲請人之代表人已變更為申鼎錢（附件 2），爰聲明承受系爭釋憲程序，並補充本件釋憲理由如后，謹請 鈞院鑒察，以釋憲機關之高度糾正財政部 86 年函釋違反實質法治國原則之重大謬誤，端正實務上財政部函釋反客為主超越法律、憲法規範之稅捐法制亂象，使得課稅符合實質正義與租稅法律、租稅公平原則。

一、認購權證商品性質之再釐清

- （一）按民國 86 年 5 月 31 日財政部證券暨期貨管理委員會（現行政院金融監督管理委員會證券期貨局）核准國內券商發行新金融商品-認購（售）權證，所謂「認購權證」係指投資人支付一定數額之權利金買發行人發行之認購權證，而該權證係表彰投資人有「依其設定之條件，於到期日內或約定之到期日，向權證發行人按約定價格認購一定數量之標的股票」之權利。亦即，投資人得依其對該標的股票未來市場價格之預期而決定購買該認購權證，致不論認購權證到期日當天標的股票股價如何，均享有得以約定價格向權證發行人購買約定數量標的股票之權利，如此便可在標的股票股價如其所預期上漲至高於約定認購價格時，選擇認購並享有該等價差之利益，並將最大風險鎖定在認購權證時給付予券商之權利金（亦即當標的股票股價低於約定認購價格

時可選擇不執行履約，便只有損失認購權證之權利金），其餘風險則轉由發行券商負擔。權證發行者（即券商），雖因認購者購入權證而可向其收取權利金，但相對該發行者亦負擔一契約上之義務，即購入權證者在契約約定之一定期間內，一旦行使其依約定價格向發行權證者購入（售出）標的股票時，發行者即有義務依該約定價格出售（買入）；抑或該購入權證者在契約約定期間內放棄行使，致逾期而失效。此時該權證交易之權利義務關係方為終結，進而權證發行者方能正確計算該次發行權證之真正損益。

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

（三）認購權證發行人，向證券交易所申請就其擬發行之認購權證上市時，依行為時發行人申請發行認購（售）權證處理準則（詳附件 3）第 10 條規定，俟證券主管機關核給其發行認購權證之資格後，向證券交易所申請同意其發行計畫後，始得辦理發行及銷售，依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 7 條第 8 款之規定，發行人應有適

當風險管理措施，如有違反將可能依同準則第 11 條規定撤銷或廢止權證上市之核准。又臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（以下簡稱審查準則，詳附件 4）第 4 條第 2 項第 5 款、第 8 條第 1 項第 5 款及第 7 款、第 10 條第 1 項第 5 款第 9 目分別規定，「發行人申請認購（售）權證發行人資格之認可…應提出預定之風險沖銷策略。」、「發行人申請發行認購（售）權證資格者，如有下列各款情事之一者，本公司得不予同意其資格之認可：…五、發行人無適當之風險管理措施者…七、發行人於最近一年內未能依本公司認購（售）權證相關規定辦理，且無法於限期內改善者」、「申請本公司同意上市之認購（售）權證，應符合下列各款規定：…五、發行計畫內容須包括下列條款：…（九）預定之風險沖銷策略。…」故不論認購權證到期履約之方式為何，投資人按約定履約價格向發行人購入標的股票或投資人以現金結算方式收取差價，皆必須有風險沖銷策略之訂定，發行券商應於公開說明書載明風險沖銷策略，若無適當風險管理策略則將不予同意或請主管機關撤銷其資格之認可。券商則會於公開說明書上載明風險沖銷策略包括買賣標的股票以及買賣該檔權證或其他發行人之同一標的股票權證或衍生性金融商品，且依前開上市審查準則在 91 年修正時增訂第 15 條規定券商應設立避險專戶，進行風險管理措施。

（四）而風險沖銷之避險方式，可分委外避險及自行避險。自行避險之風險沖銷策略係指認購權證發行人，為避免因標的股票價格大幅上揚或下跌，致認購權證到期履約時所產生鉅額虧損或避險標的股票產生鉅額虧損之風險，所採取自行買進或賣出標的股票（或稱避險部位）之相對應措施。認購權證發行人若無適當之風險管理措施者，依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 8 條第五款之規定，

證期會得不認可其發行資格，是以，因此等認購權證避險措施所發生之損益，實屬原告營業上所必須負擔之成本，與證券交易或投資確有不同。

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

(六) 故於經濟上完全無法想像避險損失竟無法自權利金收入項下抵扣之可能，是以在財務會計上，因權證權利金收入仍負有購買權證者可依履約價格要求購入或售出標的股票而相應發生可能損失之負擔，故在收取權利金時係貸記發行認購權證之負債（負債增加），並非真正收入（因大部分賺取收入的義務尚未履行），在權證流通期間，當標的股票上漲，權證價值增加時，除一方面增加已持有標的股票之評價利益外，另一方面亦同時增加發行認購權證之負債，是以避險部位項目（標的股票及該認購權證）所產生之損益，兩者價值變動損益合併認列，方得正確計算權證交易正確損益，此觀證券交易法授權訂定之「證券商財務報告編制準則」（附件5）第17條有關損益表之規範，同條第1款第3目「認購（售）權證發行利益：證券商發行認購（售）權證所獲得之利益屬之，包括認購（售）權證

負債公平價值變動利益、認購（售）權證到期前履約利益、認購（售）權證再買回公平價值變動利益及認購（售）權證逾期失效利益等。」及同條第 2 款第 6 目「認購（售）權證發行損失：證券商發行之認購（售）權證所發生之損失，包括認購（售）權證負債公平價值變動損失、認購（售）權證再買回公平價值變動損失。」自明，以認購權證逾期失效利益為例，其計算方式是以權證負債（亦即當初收取權證權利金收入的貸方科目）減除權證負債減項（權證再買回金額），財務會計上之權證逾期失效利益應將系爭權證再買回之損益與權利金收入併計，是以權證損益在財務會計上包括基於風險管理措施所為之買賣權證之再買回部分損益。是以，由經濟實質面觀察，權證發行所收取之權利金收入，其最主要之成本，或說影響本檔次權證交易獲利與否最重要的關鍵實繫於其避險損失是否控制得宜，蓋權證價值主要取決於時間價值，權利金之設定亦是本於對權證時間價值及內涵價值之評估而精算出來，實必須以一個整體權證發行期間來觀察權證交易之獲利狀況；另由法規面觀察，權證發行必須有避險交易之配套措施，否則主管機關根本不准其發行。

（七）以另聲請人 89 年營所稅案件（最高行政法院 96 年判字第 1937 號判決）為例，就爭執部分的權證實際淨利為 404,537,044 元，其損益詳參附件 9，89 年爭執部分權證損益表，其計算方式為權證權利金收入 2,527,384,000 元-標的股票避險損失 1,402,581,924 元-權證再買回損失 399,010,248 元（自留額度 321,188,348 元+權證買進金額 2,155,225,400 元-權證賣出金額 2,077,403,500 元）-權證履約應付金額 8,570,308 元-權證之營業費用 312,684,476 元。

（八）然查，最高行政法院確定判決卻以財政部 86 年函釋認定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之所得，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，查財政部 86 年函釋，以及行為時所得稅法第 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 年函釋自應予以適用云云。故釋憲標的之違憲爭議乃在於券商發行認購權證得否併計基於風險管理措施之避險交易損益？聲請人認為基於租稅法律主義、實質法治國原則、租稅公平原則、平等原則與比例原則，財政部 86 年函釋並無任何合憲之餘地存在。除聲請人先前釋憲聲請書及 98 年 8 月 24 日、99 年 5 月 6 日送件之他案釋憲聲請書所述理由外，謹再就實質法治國原則與租稅公平原則部分補充理由如下，望請 鈞院明鑒。

二、從實質法治國原則而論，國家應實現正義，在稅法領域即為租稅公平原則之展現，是以量能課稅原則乃是財稅目的稅捐上為衡量公平的重要標準，解釋函令如未有正當理由而違反量能課稅進行解釋，難謂符合法律之實質正當意義，自與租稅公平原則相違

(一) 按「法治」最深根之意義乃是所有國家公權力的作用，皆須納入一定之軌範，其所要求為「國家知法守法」，非「人民知法守法」。在法治國家原則下，國家不得以不正當違憲、違法之公權力作用對待人民（附件 6，李惠宗，憲法要義，第 2 版，第 48 頁）。

(二) 次按 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，亦即一個租稅法律不是只是符合形式意義的法律外觀，即可得到合憲的結論，而係法律內容的正當性亦應符合實質原則，換言之，鈞院已將憲法第 19 條人民依法律納稅之規定，依照實質法治國原則推衍出租稅公平原則，亦屬於租稅法律之內涵中。依前述實質意義法治國原則及租稅公平原則以觀，財政部對於稅法作成解釋函令時，絕對不只是考慮法律條文本身形式意義的解釋而已，因為行政機關僅有一個正確解釋法律的義務，尤其租稅行政係屬於羈束行政，對於法規構成要件的解釋並不享有任何判斷餘地，故財政部之行政釋示不可能在解釋法律時有一個見仁見智的空間，所以縱算財政部解釋令在法律文義的可能範圍內，仍不應當然享有合法之推定，蓋此際應認為僅有符合租稅公平原則之解釋方屬適法，否則依法行政原則與實質意義的法治國原則就會被空洞化、形骸化。

（三）再按，為達成平等原則必須有一事務本質所訂之衡量標準，在財政目的稅法上即是量能課稅原則，故量能課稅原則幾乎是立於實現租稅上平等原則的一個最重要衡量標準，德國 1919 年威瑪憲法第 134 條規定「所有國民均應依照法律，按其資力之關係，對公負擔做出貢獻」量能課稅原則作為具有憲法位階之稅法原則，德國聯邦憲法雖無相似規定，德國稅法學者訴諸平等原則或正義演繹出量能課稅原則（附件 7，柯格鐘，柯格鐘，憲法解釋與量能課稅及實質課稅原則，司法院大法官九十八年度學術研討會（上）冊，第 18、19 頁）。

（四）以上開學者對於量能課稅原則之說明可知，在財政目的的稅法體系下，量能課稅原則即係實現租稅公平的原則的具體化標準，故量能課稅原則乃一具有憲法位階的財稅憲法原則，鈞院亦著有釋字第 597 號解釋「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。」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。從而財政部解釋函令如對財政目的之稅法進行解釋時，必須符合量能課稅原則，否則即不能認為是一個合憲、合法之行政釋示。

- (五) 又按，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。
- (六) 查聲請人身為證券商，在財務會計的處理上本應依照證券商財務報告編制準則及財務會計處理準則公報第 34 號辦理，對於認購權證之損益，如同前述必須將發行權證之權利金收入與基於風險管理措施所為之購買標的股票及買賣該檔認購權證之損益併計，此觀 96 年修正之所得稅法第 24 條之 2「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，基於風險管理目的所買賣之標的股票與權證損益應併計入發

行權證損益中。

(七)次查 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，亦即立法者依照促進經濟目的而予以正當化，亦即在一般賺取免稅證券交易所對應之證券交易損失不得自應稅收入中減除，立法者為求經濟政策目的而使量能課稅原則退讓，形成客觀淨所得原則之例外。然而該正當化之理由並不得作為立法者有意對認購（售）權證案件加以規範，是以縱 鈞院認為財政部 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仍在法律可能文義之內，但依照法律體系規範解釋，就所得稅法第 4 條之 1 的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，不可能依所得稅法第 4 條之 1 作成排除所得稅法第 24 條第 1 項收入配合原則之解釋。況且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。

(八)是以，聲請人在原京華證券公司 88 年營所稅案件（最高行政法院 95 年判字第 2206 號判決）在財務會計上的權證淨利為新台幣（下同）77,362,687 元（詳參附件 8，88 年原京華公司權證損益表），惟財政部台北市國稅局不准扣除買賣標的股票之損失 261,307,739 元及再買回權證之損失 92,197,250 元，故認定權證之課稅所得為 430,867,676 元，課稅額高達 107,716,919 元，實質稅率高達 139%（詳參 96 年 3 月 28 日釋憲聲請書第 3 頁所載）；另聲請人 89 年營

所稅案件（最高行政法院 96 年判字第 1937 號判決），就爭執部分的權證實際淨利為 404,537,044 元（詳參附件 9，89 年爭執部分權證損益表，97 年 1 月 17 日送件之釋憲聲請書第 18 頁所載數字有誤，應予更正），財政部台北市國稅局核定聲請人之權證課稅所得為 2,527,384,000 元，課稅所得高達 631,846,000 元，實質稅率高達 156%（631,846,000 元÷404,537,044 元=156%，97 年 1 月 17 日送件之釋憲聲請書第 18 頁所載數字有誤，應予更正）。

三、實質課稅原則亦為租稅公平原則之內涵，財政部 86 年函釋未本於實質課稅之租稅公平原則對權證課稅進行解釋，以致誤認風險管理措施為法律上應獨立評價之行為，其函釋本身自屬違反實質法治國原則而應宣告違憲

（一）按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，頁 405）。而所謂之「定性」係指事實關係的定性，由於法律之適用並不僅限於法規範解釋之問題，單純對於系爭法規範進行解釋，並無法獲得裁判規範，且小前提（亦即事實）之處理也絕不是毫無問題，所以事實關係之認定並不是單純的程序法的事務，對事實關係的定性，都應考慮法規範的意旨及目的，如對於事實關係的特徵，按照規範的意旨與任務，以合乎事理的方式，加以評價時，亦即針對構成要件的標準，對於事實關係的相關聯部分，加以評價時，則小前提（事實）即可正確的加以建立。是以德國稅法碩儒 Tipke 認為在稅法上，事實關係的定性，必須以經濟觀察法為之

（附件 11，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。

（二）實質課稅原則雖然屬於稅法上一個特殊目的解釋方法，然而其目的乃為達成量能課稅原則或負擔公平原則，為實現稅捐正義所必要之手段，所以學者認為 鈞院釋字第 420 號承認實質課稅原則也是基於公平課稅原則所為之解釋（附件 11，陳清秀，稅法總論，第 209、210 頁）。

（三）除前揭 鈞院釋字第 625 號解釋及一般耳熟能詳的釋字第 420 號解釋外， 鈞院亦有多號解釋文或解釋理由書中將實質課稅原則作為租稅公平原則之內涵者，例如：

- 1、釋字第 620 號「生存配偶依法行使剩餘財產差額分配請求權者，依遺產及贈與稅法之立法目的，以及實質課稅原則，該被請求之部分即非屬遺產稅之課徵範圍，故得自遺產總額中扣除，免徵遺產稅。」
- 2、釋字第 500 號「又涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之，亦經本院釋字第四二〇號解釋在案。…財政部七十九年六月四日台財稅字第七九〇六六一三〇三號函釋示：…係就實質上屬於銷售貨物或勞務代價性質之「入會費」或「保證金」如何課稅所為之釋示，並未逾越營業稅法第一條課稅之範圍，符合課稅公平原則，與上開解釋意旨無違」
- 3、釋字第 496 號「上開財政部令函說明固謂：計算公式中「非營業收入」減「非營業損失」之餘額，若「非營業損失」大於「非營業收入」而發生營業外虧損時，應視為零處理。惟查相關之非營業損失項目繁多，如利息支出、兌換損失、免稅產品盤損或發生災害之損失等皆屬

之。故與營業項目相關之非營業損失，如可直接合理明確定其歸屬者，應具體定其歸屬外，倘難以區分時，則依免稅產品銷貨（業務）收入與應稅產品銷貨（業務）收入之比例予以推估，始符合租稅公平原則（參照本院釋字第四九三號解釋）。」

- 4、與本件最有相關的釋字第 493 號解釋「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…則其相關成本費用，按諸收入與成本費用配合之上揭法律規定意旨及公平原則，自亦不得歸由其他應稅之收入項下減除。至應稅收入及免稅收入應分攤之相關成本費用，除可直接合理明確歸屬者得個別歸屬，應自有價證券出售收入項下減除外，因投資收益及證券交易收入源自同一投入成本，難以投入成本比例作為分攤基準。財政部八十三年二月八日台財稅第八三一五八二四七二號函說明三，採以收入比例作為分攤基準之計算方式，符合上開法條規定意旨，與憲法尚無抵觸。」

- （四）上開諸號解釋在在可以看出稅捐解釋函令對某一種案型之租稅事實予以定性，並適用至相關稅法之規定，均應符合實質課稅原則，否此種法律解釋即非一個正確的法律解釋，是以 鈞院在釋憲實務上亦採取解釋令函違反實質課稅原則即等同違反租稅公平原則，對行政機關而言稅捐法律僅能正確解釋，洵無任何判斷餘地可資游移。特別是釋字第 493 號解釋已經揭示應免稅所得所對應之成本費用必須依照租稅公平原則予以對應歸屬，易言之，對於成本、費用的事實關係必須依照實質課稅原則適用至正確的稅法上，此即 98 年新修訂之稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 2 項：「稅捐稽徵機關認定課徵租稅之構成要件事實時，應以實質經濟事實關係及其所生實質經濟利益之歸屬與享有為依據。」之規定意旨，立法者亦賦予實質課稅原則一個法律上的位階，財政部的函釋自應遵守實質課稅原則，否則即

屬一違反法律優先原則及實質法治國原則之行政釋示。

(五) 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，發行人本應從事依公開說明書及適當風險管理措施從事避險交易，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基於風險管理措施而買賣該認購權證與標的股票及權利人執行權利時將標的股票轉讓與伊等整體交易，均屬一行為，對於此種一行為自不能為相矛盾之評價。是故認購權證屬於一種具「時間價值」的「備」「兌」契約，對於權證發行人而言，該交易既然須待整體交易完結後始有結算損益之可能，而其間因避險交易所產生之損失又屬不能事先精確預測，僅能依前述避險公式推算並進行避險操作。準此，在權證交易中所採取之買賣該認購權證與標的股票的避險部位交易，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，當然構成權證交易本質之一部分。

(六) 惟最高行政法院確定判決卻認為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；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；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云云，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是基於風險管理措施而買賣該認購權證與標的股票，上開行為應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，否則就會如同財政部 86 年函釋獨立就風險管理措施獨立評價，造成一個行為卻被適用二個歧異的法律效果，形成所得稅法第 4 條之 1 與第 24 條之規範競合假象，況且原京華證券公司 88 年營所稅案件（最高行政法院 95

年判字第 2206 號判決)、聲請人 89 年營所稅案件(最高行政法院 96 年判字第 1937 號判決)之實質稅率高達 139%、156%，此種作為絕非符合認購權證課稅的經濟實質，本於前述說明，即能瞭解財政部 86 年函釋違反實質課稅原則，形同對租稅公平原則之違反，如容認財政部可任意以違反實質課稅原則之方式制定解釋性行政規則，造成納稅義務人之真實損益無法表達之違反量能課稅原則之現象，於本案類型，即形式因實質上權利金收入已被避險損失抵扣殆盡，證券公司實質稅負遠高於因避險措施發生之收益，自屬違反憲法及法律之實質正義。

四、綜上，本案確定判決所適用之財政部 86 年函釋，違憲情節甚明，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、財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函

附件 2、聲請人公司登記資料

附件 3、行為時發行人申請發行認購(售)權證處理準則

附件 4、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 5、證券商財務報告編制準則

附件 6、李惠宗，憲法要義，第 2 版，第 48 頁

附件 7、柯格鐘，柯格鐘，憲法解釋與量能課稅及實質課稅原則，司法院大法官九十八年度學術研討會(上)冊，第 18、19 頁

附件 8、88 年原京華公司權證損益表

附件 9、89 年爭執部分權證損益表

附件 10、黃茂榮，稅法總論第一冊，頁 405

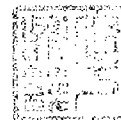
附件 11、陳清秀，稅法總論，第 196、209、210 頁

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



中 華 民 國 9 9 年 5 月 日

函

受文者：司法院

發文日期：民國97年6月9日

發文字號：勤眾稅務9706008號

主 旨：聲請人前已於民國96年10月26日向 鈞院遞送解釋憲法聲請書乙份，爰再檢附學者張永明及黃耀輝針對本釋憲聲請案之鑑定意見各乙份，另聲請人之新代表人並聲明承受本釋憲聲請案件，尚祈 鑒察。

說 明：檢附學者張永明出具之「大華證券股份有限公司發行認購（售）權證聲請釋憲案鑑定意見」乙份（附件1）及學者黃耀輝出具之「關於認購權證課稅的鑑定意見」乙份（附件2）如後，尚祈 鈞院參酌。另聲請人之代表人已變更為許道義，有公司登記資料可證（附件3），爰向 鈞院聲明承受釋憲聲請案件。

聲 請 人：大華證券股份有限公司

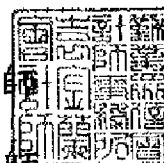
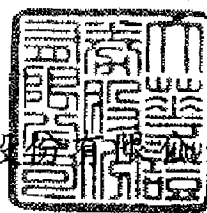
代 表 人：許道義

聲請代理人：袁金蘭

林瑞彬

會計師

律師



編收文 06/10

G09712668

司法院大法官書記處收文
98年3月16日
會台字第8721-1號

陳報狀

(聲請釋憲案由：最高行政法院96年判字第1937號確定判決)

陳報人：元大證券股份有限公司

(即聲請人)

法定代理人：杜麗莊

送達代收人：鍾文卿

為依法陳報事：

經查元大京華證券股份有限公司前與聲請人合併而消滅，聲請人為合併後之存續公司，並依公司法第七十五條之規定概括承受原元大京華證券股份有限公司之權利義務，聲請人之公司名稱並由復華綜合證券股份有限公司，變更為元大證券股份有限公司（詳附件一、二）。

謹 狀

司法院大法官書記處 公鑒

附件一：行政院金融監督管理委員會核准函影本乙份。

附件二：經濟部核准函影本乙份。

中 華 民 國 九 十 八 年 三 月 六 日

聲請人：元大證券股份有限公司

法定代理人：杜麗莊



總收文 03716

G09806311

正
本

司法院大法官書記處收文
97年 8 月 19 日
會台字第 8889-1 號

函

受文者：司法院
速 別：最速件
發文日期：中華民國 97 年 8 月 18 日
附 件：如說明

主 旨：聲請人因最高行政法院 97 年度判字第 89 號及同院 97 年度判字第 293 號確定判決所適用之所得稅法第四條之一、財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函及同部 86 年 12 月 1 日台財稅第 861922464 號函，有牴觸憲法第七條、第十五條、第二十三條及第一百七十二條關於命令不得牴觸憲法之禁止規定，以及大院歷年關於量能課稅原則（實質課稅原則）、平等原則及司法院大法官釋字第三八五號解釋關於法律所定之事項若權利義務相關連者，不得任意割裂適用等解釋先例，侵害聲請人之基本權利，業依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款聲請 大院大法官解釋。為進一步說明，爰再提呈釋憲補充說明書。

說 明：檢附釋憲補充說明書乙份。

正 本：司法院

聲 請 人：金鼎綜合證券股份有限公司
代 表 人：張元銘

代 理 人：蔡朝安律師



G09717913

三利

釋 憲 補 充 說 明 書

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

緣聲請人因最高行政法院 97 年度判字第 89 號及同院 97 年度判字第 293 號確定判決所適用所得稅法第四條之一、財政部 86.7.31 臺財稅字第八六一九 0 九三一—號函及同部 86.12.01 臺財稅字第八六一九二二四六四號函，有牴觸憲法，致侵害聲請人之基本權利之疑義，業依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款聲請 大院大法官解釋，爰再補充說明如后：

壹、聲請釋憲之目的

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，聲請大院解釋，並為如下之宣告：

財政部 86.7.31 臺財稅字第八六一九 0 九三一—號函「發行後買賣該認購權證，依所得稅法第 4 條之 1 規定，停止課徵證券交易所得稅」之部分於發行人因進行避險交易而買賣認購權證之情形、財政部 86.12.01 臺財稅字第八六一九二二四六四號函「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」之部分，以及所得稅法第四條之一之適用對象包含認購（售）權證之發行所得之計算部分，有違反憲法保障之平等課稅原則、實質課稅原則及

量能課稅原則，使聲請人及其同業經營之認購（售）權證之選擇權交易業務不但不能與外國證券業在台灣公平競爭，而且因課徵之所得稅大於權利金所得，有甚至不能生存等情事。爰依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款，聲請 大院大法官宣告財政部上開二函釋以及所得稅法第四條之一之適用對象包含認購（售）權證之發行所得的計算部分，無效。在認購（售）權證之發行所得的計算，應依所得稅法第二十四條第一項規定，准許發行人得自其權利金收入減除其依法從事之避險交易的損失及其因履行或準備履行認購（售）權證債務所生之成本與費用。又聲請人就據以聲請解釋之案件，並得依釋字第177、185及193號解釋與行政訴訟法第273條第2項之規定，聲請再審。

貳、疑義之經過與性質及所涉之憲法條文

一、疑義之經過與性質

關於本件疑義之經過與性質，聲請人業於釋憲聲請書中陳述甚詳。惟本件所涉之最高行政法院判決，理由構成謬誤甚多，為正視聽，聲請人特將判決評述另檢陳如附， 謹請 大院參考。

二、本案涉及之憲法條文

（一）程序部分

依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款，「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。該款所稱法律或命令，「並不以形式意義之命令或使用法定名稱（如中央法規標準法第三條之規定）者為限，凡中央或地方機關依其職權所發布之規章或對法規適用所表示之見解（如主管機

關就法規所為之函釋)，雖對於獨立審判之法官並無法律上之拘束力，若經法官於確定終局裁判所引用者，即屬前開法條所指之命令，得為違憲審查之對象，迭經本院著有解釋在案（釋字第二一六號、第二三八號、第三三六號等號解釋）」（司法院大法官釋字第三七四號解釋理由書）。財政部 86.7.31 台財稅字第八六一九 0 九三一號函及同部 86.12.11 台財稅字第八六一九二二四六四號函及所得稅法第四條之一為最高行政法院在關於本案之確定終局判決中所引用，做為廢棄台北高等行政法院 94 年度訴字第 1124 號及 94 年度訴字 1125 號判決的規範依據。該判決亦維持原處分機關關於聲請人本案發行權證權利金收入之所得的計算，不准減除避險損失之決定。上述判決及決定皆有違反憲法第七條、第十五條及第二十三條規定之情事，侵害聲請人之營業生存權、財產權、平等權等。故除所得稅法第四條之一外，財政部 86.7.31 台財稅字第八六一九 0 九三一號函及同部 86.12.11 台財稅字第八六一九二二四六四號函亦得為 大法院大法官解釋憲法上審查之客體。

（二）實體部分

聲請人 88 年度營利事業所得稅結算申報，原申報營業收入淨額為 439,972,230,075 元，上訴人（財政部台北市國稅局）初查以被上訴人發行之認購權證中『金鼎 01』已於 88 年 1 月到期，其到期履約之發行價款為 390,765,600 元（按：此即認購權證之發行權利金收入），乃依財政部 86 年 12 月 1 日臺財稅第 861922464 號函釋（下稱財政部 86 年 12 月函釋）意旨，認列為權利金收入，調增營業收入 390,765,600 元，核定營業收入淨額為 440,362,995,675 元，全年所得額為虧損 89,020,946 元，出售證券免稅所得額為虧損 1,132,906,749 元，課稅所得額為 1,043,885,803 元。最高行政法院 97 年度第 89 號判決依據所得稅法第 4 條之 1、財政部 86.7.31 台財稅字第八六一九 0 九三一號函及同部 86.12.11 台財稅字第八六一九二二四六四號函，認為「認購(售)權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購(售)權證...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」、「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。」依該見解課稅的結果，因原處分機關核定聲請人之出售證券免稅所得額為虧損1,132,906,749元，不得自其權利金收入390,765,600元減除，而發生有虧損卻應繳納所得稅的不公平情形；聲請人89年度營利事業所得稅結算申報，所涉之認購權證權利金收入有兩筆，分別為175,969,560元及281,820,000元，相關避險交易損失（原判決稱之為核減營業成本）為52,559,630元，亦遭最高行政法院97年度第293號判決以前揭規定否准認列。這在國內證券商必須面對外國同業在台灣從事相同業務時，其所得之計算，容許依所得稅法第二十五條第一項以推計的方法承認其費用率百分之八十五之不公平競爭，使聲請人之認購（售）權證業務無以為繼，必須退出市場。這嚴重侵害聲請人之平等權、營業生存權，牴觸憲法第七條、第十五條、第二十三條、第一七二條，以及大院歷年關於量能課稅原則（實質課稅原則）（司法院大法官釋字第四二〇號、釋字第四三八號、釋字第四六〇號、釋字第四九三號、釋字第四九六號、釋字第五〇〇號、釋字第六二〇號解釋）、平等原則（司法院大法官釋字第四三八號、釋字第四九三號、釋字第五〇〇號、釋字第五〇八號、釋字第六〇七號解釋）及司法院大法官釋字第三八五號解釋關於法律所定之事項若權利義務相關連者，不得任意割裂適用等解釋先例等牴觸憲法之疑義。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場與見解

一、聲請解釋憲法之理由

（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¹。

（二）有價證券性質在稅法上的意義

有價證券為財產的一種，在稅捐法對於有價證券有特別規定時，如一筆財產經定性為有價證券，則與之有關之交易或因其交易產生之所得皆可能因此應適用關於有價證券之特別規定。現行法中最为凸顯之情形為：關於有價證券之交易原則上課徵證券交易稅（證券交易稅條例第一條），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。

然何謂證券交易？證券之買賣、互易屬之，固不待言。惟證券交易是否含虛擬之交易？關於認購（售）權證之標的股票的交易，在其持有人按約定之履約價格向發行人購入或售出標的股票的情形，其交易與一般之證券交易無異²。反之，認購（售）權證持有人採以現金方式結算

¹財政部 86.7.31.臺財稅第八六一九〇九三一號函「（一）財政部 86.5.23.臺財證（五）第 03037 號公告，已依證券交易法第六條規定，核定認購（售）權證為其他有價證券，則發行後買賣該認購（售）權證，應依證券交易稅條例第二條第二款規定，按買賣經政府核准之其他有價證券，依每次交易成交價格課徵千分之一證券交易稅，並依現行所得稅法第四條之一規定，停止課徵證券交易所得稅。」

²財政部 86.7.31.臺財稅第八六一九〇九三一號函「（二）認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，按約定行使價格向發行人購入（售出）標的股票者，係屬發行人（持有人）出賣標的股票之行爲，應就所出售之標的股票，依證券交易稅條例第二條規定，按履約價格課徵千分之三證券交易稅。」然在認購（售）權證之發行人藉助風險轉嫁機構避險的情形，財政部 86.10.16. 臺財稅字第八六一九二〇四〇二號函認為，認購（售）權證如為證券給付之履約方式，在其「認購（售）權證投資人要求履約時，接受發行人風險轉嫁之機構（投資人）將履約標的有價證券轉讓予發行人後，再由發行人轉讓予投資人（受託之風險轉嫁機構），二階段皆屬買賣有價證券之行爲，均應依法

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。

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

課徵證券交易稅。」該函顯示，為避險之目的，會增加一個證券交易。該增加出來之證券交易，在認購權證其實也就是發行人為準備履行必須從事在先的交易；在認售權證是在履行後，必須出清在後的交易，以了結各該認購（售）權證的業務。

³財政部 86.7.31.臺財稅字第八六一九〇九三一一號函「（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。」

(92.12.01.臺財稅字第0九二0四五七二二三號函)。

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

（三）認購（售）權證之所得稅的稅制盲點

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。

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

⁴財政部 86.7.31.臺財稅字第八六一九0九三一號函「（一）本部八十六年五月二十三日（86）臺財證（五）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。」

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。

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。

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，便應容許與之相關聯之證券交易

損失自該課以一般所得稅之發行收入扣除。是故，如果自始不容許，將與特定認購（售）權證之發行相聯繫之避險證券交易的盈虧與認購（售）權證之發行收入合計其損益，便應該同時免徵認購（售）權證之發行收入（權利金）的所得稅。蓋正如自免徵證券交易所得稅，導出證券交易損失不得自所得額中減除一樣，應可反面解釋導出：不准減除標的證券（股票）交易之損失者，應免徵與之密切相關之認購（售）權證發行收入（權利金）之所得稅。至少應回歸其為選擇權交易之權利金收入的本質，對之採較為緩和的規定：容許將與特定認購（售）權證之發行相聯繫之避險證券交易的盈虧，與認購（售）權證之發行權利金收入合計其發行損益。

（四）以發行為來自自有價證券之所得種類的分界點

在所得稅制的規劃上常以發行為來自自有價證券之所得，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，論為證券交易所所得。

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。但目前實務上因為沒有認識到：在發行人與持有人間，認購（售）權證之發行本身內在之交易性質，而非投資性質，以致無視於認購（售）權證之發行本身即是一個以權利金交換購（售）標的證券（股票）之選擇權的雙務契約。是故，並未因將認購（售）權證核定為有價證券，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。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

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。

上述問題，如渾沌的從整個證券交易或股票市場的交易觀之，不但一時必然難以見其端覓，而且與股票交易所得之稽徵的疑難一時也會糾纏不清，受到不當有的牽累。

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。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

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。

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？

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97年判字第89號及該院97年判字第293號判決）所持的見解。

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於86.6.12.曾以(86)臺財證(二)字第0三二九四號函)⁵。基於該「避險需要而持有所發行認購(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

⁵針對上述避險或履約準備的操作，財政部證券暨期貨管理委員會於86.6.12.曾以(86)臺財證(二)字第0三二九四號函規定：「二、茲依『證券商管理規則』第十九條第一項但書規定，訂定證券商因發行認購(售)權證避險需要而持有所發行認購(售)權證標的股票之數額限制如下：(一)證券商發行認購(售)權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購(售)權證之標的股票，不受『證券商管理規則』第十九條第一項後段『其持有任一公司所發行有價證券之成本總額，並不得超過其資本淨值之百分之二十』限制。惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購(售)權證發行單位所代表之標的股票股數。(二)前述證券商因發行認購(售)權證持有之標的股票，仍應受證券商管理規則第十九條第一項前段『證券商除由金融機構兼營者依銀行法規定外，其經營自行買賣有價證券業務者，持有任一公司股份之總額不得超過該公司已發行股份總額之百分之十』限制。(三)發行認購(售)權證之證券商，於該認購(售)權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算。」「證券商因發行認購(售)權證避險需要而持有所發行認購(售)權證標的股票之數額限制，仍應依本會八十六年六月十二日(八六)台財證(二)第0三二九四號函辦理」(財政部證券暨期貨管理委員會92.06.03.臺財證二字第0九二0一二四二七四號函)。

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。

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。

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

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。

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。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。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。

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。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。

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）。

為防止認購（售）權證發行人操縱標的證券（股票）的行情，財政部證券暨期貨管理委員會就標的證券（股票），除規定發行人「持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購（售）權證發行單位所代表之標的股票股數」外，「發行認購（售）權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算⁶。」

⁶針對上述避險或履約準備的操作，財政部證券暨期貨管理委員會於 86.6.12 曾以（86）臺財證（二）

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

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。如有違反量能課稅原則（實質課稅原則）（司法院大法官釋字第四二〇號、釋字第四三八號、釋字第四六〇號、釋字第四九三號、釋字第四九六號、釋字第五〇〇號、釋字第六二〇號解釋）或平等原則（司法院大法官釋字第四三八號、釋字第四九三號、釋字第五〇〇號、釋字第五〇八號、釋字第六〇七號。），則縱使其課徵有法律為其依據，其課徵亦因所依據者為惡法，而構成違憲。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：司法院大法官釋字第五九七號解釋明白釋示：「憲法第十九

字第〇三二九四號函規定：「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。」

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。是故，當稅捐法之內容違反量能課稅或公平原則時，稅捐稽徵機關即不再得以有法律依據為理由，課徵稅捐。而應經由解釋，在現行稅捐法中另外尋找符合量能課稅及公平原則的規定，做為課徵的依據。特別是在稅捐法的例外規定由於類型化不充分，而有部分違憲的情形，應當回復適用原則的規定課稅。要之，人民雖然有依法律納稅之義務，但稅捐稽徵機關依據來課徵稅捐之法律必須是符合量能課稅及公平原則的法律。違反量能課稅原則（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。

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。

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。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、聲請人對本案所持立場與見解：本案判決所依法令違憲亟需宣告為無效，以使聲請人就本案可據以提起再審，尋求救濟

本案所涉者為：被誤為所得稅法第二十四條之例外規定的同法第四條之一⁷，未區分認購（售）權證發行權利金收入與系爭證券交易間是否有銷貨（收入）與進貨（成本）之關聯，並將其適用範圍限於無銷貨與進貨關聯之證券交易，以致發生：依所得稅法第二十四條，對於銷貨收入（權利金收入）課徵所得稅；依同法第四條之一，就其進貨成本不准減除，造成就銷貨收入所課之所得稅大於銷貨收入減除進貨成本後之餘額（實際所得）的情事。這顯然違反量能課稅原則。如聲請人（該判決之被上訴人）88年度營利事業所得稅結算申報，原申報營業收入淨額為439,972,230,075元，上訴人（財政部台北市國稅局）初查以被上訴人發行之認購權證中『金鼎01』已於88年1月到期，其到期履約之發行價款為390,765,600元（按：此即認購權證之發行權利金收入），乃依財政部86年12月1日臺財稅第861922464號函釋（下稱財政部86年12月函釋）意旨，認列為權利金收入，調增營業收入390,765,600元，核定營業收入淨額為440,362,995,675元。本案聲請人之權利金收入未減除發行費用時為新台幣（以下同）390,765,600元，再減除進貨成本（習稱避險費用或損失）1,132,906,749元後之營利事業所得事實上為負742,141,149元。而原處分機關因不准減除進貨成本，其結果等於按前述

⁷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。」此為關於營利事業所得之計算的原則規定。同法第四條之一規定：「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。」在結果上，此為前條規定之例外規定。

權利金收入 390,765,600 元乘以 25%課徵 97,691,400 元之營利事業所得稅。該課徵結果明白顯示：所得稅法第四條之一之例外規定有未予必要的類型化，導致適用範圍過廣，引起違反量能課稅原則的情事。

本案除有上述因為所得稅法第四條之一就其規範對象，未經必要的類型化，以致有對於不同案件給予相同規定之違反平等原則的情事外，還有關於本國事業與外國事業間之不平等待遇的情形。按所得稅法第二十五條第一項規定，「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。」該條規定亦為所得稅法第二十四條之例外規定。雖然認購（售）權證之權利金收入是否該當所得稅法第二十五條第一項容有疑問，但財政部顯然還是以其成本費用分攤計算困難為理由，依該項規定核准總機構在中華民國境外，而從事與本案聲請人相同業務之營利事業依該項規定核課其發行認購（售）權證之權利金的營利事業所得稅。其結果，就發行認購（售）權證之權利金，該外國事業的營利事業所得稅之有效稅率為其權利金收入之 3.75%（15%*25%）。而本國事業如按同等基礎來比較，其應適用之稅率為其權利金收入之 25%，而聲請人實際如上所述並無所得，發生無所得而應繳納所得稅之課稅不公平的情事。該不平等待遇使本國事業在自己國家不能與外國事業從事公平競爭，而被迫必須退出認購（售）權證的發行市場。根留台灣，在台灣設置營運總部，以促進我國經濟發展及金融市場國際化是政府的重要政策，然在這同時，如果不但不致力於與之有關之所得稅法的合憲化，而還在違憲法律的基礎上，進一步對於本國與外國金融事業進行差別待遇，使本國金融事業依違憲的規定，負擔較外國金融事業為重的營利事業所得稅，以致必須退出市場，則這不但已明顯違反司法院大法官上引解釋所一再昭示之公平原則，而且已對於聲請人

及國內同業造成極大損害。

以上說明已充分顯示，最高行政法院 97 年度判字第 89 號及同院 97 年度判字第 293 號確定判決所適用之所得稅法第四條之一、財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函及同部 86 年 12 月 1 日台財稅第 861922464 號函，有牴觸憲法第七條關於平等原則、第十五條關於生存權及財產權之保障、第二十三條關於人民自由權利之限制不得逾越比例原則之禁止規定及第一百七十二條關於命令不得牴觸憲法之禁止規定，以及大院歷年關於量能課稅原則（實質課稅原則）（司法院大法官釋字第四二〇號、釋字第四三八號、釋字第四六〇號、釋字第四九三號、釋字第四九六號、釋字第五〇〇號、釋字第六二〇號解釋）、平等原則（司法院大法官釋字第四三八號、釋字第四九三號、釋字第五〇〇號、釋字第五〇八號、釋字第六〇七號解釋）及司法院大法官釋字第三八五號解釋關於法律所定之事項若權利義務相關連者，不得任意割裂適用等解釋先例，侵害聲請人之基本權利等情形。在行政機關、各級行政法院及立法機關未能迅速給予聲請人符合量能課稅及公平課稅原則之待遇與救濟的情勢下，特懇請 大院大法官透過違憲審查，依憲法第一百七十一條第一項、第一百七十二條迅賜解釋，宣告財政部 86.7.31 臺財稅字第八六一九〇九三一號函、同部 86.12.01 臺財稅字第八六一九二二四六四號函以及所得稅法第四條之一對於認購（售）權證之發行所得之課稅，無效；在認購（售）權證之發行所得的計算，容許適用所得稅法第二十四條第一項之一般規定，減除發行人為履行或準備履行該權利金收入之對待給付所發生的避險損失（進貨成本）。

三、請准 聲請人到場說明，並行言詞辯論

為求審議程序及其結果之周全，爰依同法第 13 條規定聲請 大院惠予通知聲請人到場說明，並准行言詞辯論，以保障聲請人及人民權益，至感德便。

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



【附件】

附件 14: 最高行政法院 97 年度判字第 89 號判決之核心事實及對於該判決之簡評

司法院大法官書記處收文
100年 11 月 23 日
會台字第 8889-2 號

正本

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國 99 年 11 月 22 日

發文字號：(100)普字第 11008086 號

附 件：如說明。

主 旨：為最高行政法院 97 年度判字第 89 號及同院 97 年度判字第 293 號確定判決所適用之所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函及同年 12 月 11 日台財稅字第 861922464 號函，有牴觸憲法第 7 條、第 15 條、第 23 條及第 172 條之疑義，業依司法院大法官審理案件法向鈞院聲請解釋，謹提呈聲明承受釋憲狀。

說 明：檢附聲明承受釋憲狀暨委任狀。

正 本：司法院

聲 請 人：群益金鼎證券股份有限公司

代 表 人：劉敬村

代 理 人：蔡朝安律師



聯 絡 人：黃琦嫻律師



總收文 11/22

G10029314

11/23
2011

聲明承受釋憲 狀

聲 明 人 群 益 金 鼎 證 券 股 份
有 限 公 司
劉 敬 村 (董 事 長)

代 理 人 蔡 朝 安 律 師

送達代收人 黃琦嫻律師

為聲明承受釋憲事：

緣聲請人前身之金鼎綜合證券股份有限公司與群益證券股份有限公司雙方董事會於民國 100 年 3 月 9 日決議通過合併案，合併後金鼎綜合證券股份有限公司為消滅公司，群益證券股份有限公司為存續公司，嗣後更名為群益金鼎證券股份有限公司，代表人並變更為劉敬村，爰檢附經濟部變更登記核准函及公司變更登記表(附件 15)，向 鈞院聲明承受釋憲。

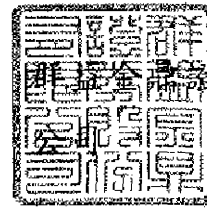
謹 狀
司 法 院 公 鑒

【附件】

委任狀正本乙件。

附件 15：經濟部 100 年 10 月 14 日經授商字第 10001238550 號
函影本乙份。

聲 請 人



祥發證券股份有限公司

代 表 人

劉敬村



代 理 人

蔡朝安律師



中 華 民 國 1 0 0 年 1 1 月 22 日

司法院大法官書記處收文
100年11月23日
會台字第9397-1號

正本

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國100年11月22日

發文字號：(100)普字第11008091號

附 件：如說明。

主 旨：為最高行政法院98年度判字第563號確定判決所適用之法律或命令有牴觸憲法之疑義，業依司法院大法官審理案件法向鈞院聲請解釋，謹提呈聲明承受釋憲狀。

說 明：檢附聲明承受釋憲狀暨委任狀。

正 本：司法院

聲 請 人：群益金鼎證券股份有限公司

代 表 人：劉敬村

代 理 人：蔡朝安



聯 絡 人：黃琦娛律師



總收文 11/22

G10029311



聲明承受釋憲 狀

聲 明 人 群益金鼎證券股份
有限公司
劉敬村(董事長)

代 理 人 蔡朝安律師

送達代收人 黃琦娛律師

為聲明承受釋憲事：

緣聲請人前身之金鼎綜合證券股份有限公司與群益證券股份有限公司雙方董事會於民國 100 年 3 月 9 日決議通過合併案，合併後金鼎綜合證券股份有限公司為消滅公司，群益證券股份有限公司為存續公司，嗣後更名為群益金鼎證券股份有限公司，代表人並變更為劉敬村，爰檢附經濟部變更登記核准函及公司變更登記表(附件 17)，向 鈞院聲明承受釋憲。

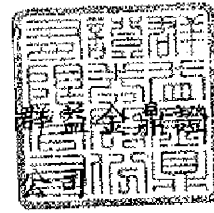
謹 狀
司法院 公鑒

【附件】

委任狀正本乙件。

附件 17：經濟部 100 年 10 月 14 日經授商字第 10001238550 號
函影本乙份。

聲 請 人



券股份有限

代 表 人

劉敬村



代 理 人

蔡朝安律師



中 華 民 國 1 0 0 年 1 1 月 22 日

函

受文者：司法院

發文日期：99年2月6日

發文字號：

主旨：為聲請人因最高行政法院 97 年判字第 838 號確定判決及台北高等行政法院 96 年度訴字第 2705 號確定判決均實體適用之財政部 86 年 12 月 1 日台財稅第 861922464 號函及最高行政法院判字第 838 號確定判決適用之爭點主義援用改制前行政法院 62 年度判字第 96 號判例，前已於 98 年 8 月 24 日依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款聲請 鈞院大法官解釋，並於 98 年 9 月 10 日補呈張桐銳助理教授之鑑定意見書、98 年 10 月 21 日補呈張文郁副教授及林明昕助理教授之鑑定意見書，謹再就改制前行政法院 62 年度判字第 96 號判例之違憲部分提出補充理由書，敬請 鈞院鑒核。

說明：檢附「釋憲補充理由書」乙份。

聲請人：元大證券股份有限公司

代表人：申鼎錢

聲請代理人：勤業眾信會計師事務所 袁金蘭會計師

德勤商務法律事務所 林瑞彬律師



解 釋 憲 法 補 充 理 由 書

聲請人 聲請代理人	姓名及身分證統一編號(如係法人團體或政請記明其名稱代表人姓名)	住居所、營業所、主事務所及電話號碼	送達代收人姓名、住址及電話號碼
聲請人	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		

緣最高行政法院 97 年判字第 838 號判決適用之爭點主義係援用 62 年判例，在無正當之訴訟法理支持下，對人民訴訟權形成過苛侵害，有違憲法第 16 條訴訟權保障及第 23 條法律保留原則、比例原則。聲請人前已於 98 年 8 月 24 日提出釋憲聲請書主張 62 年判例之違憲，並於 98 年 10 月 21 日檢附台北大學法律系張文郁教授與台灣大學法律系林明昕教授所共同出具之鑑定意見書，爰續提聲請人對於 62 年判例違反憲法之主張，謹請 鈞院鑒核，保障人民基本權。

一、爭點主義既定位為訴訟標的理論，惟尋無行政訴訟之訴訟標的理論可資支持，德國、日本之通說實務亦採取總額主義而非爭點主義，即可知悉爭點主義並無其理論上之正當性，當難作為限制人民訴訟權之正當理由

（一）按「稅捐稽徵法第十九條第三項規定，為稽徵稅捐所發之各種文書，「對公同共有人中之一人為送達者，其效力及於全體。」…該項立法之目的旨在減少稽徵成本、提升行政效率等公共利益。惟基於法治國家正當行政程序之要求，稅捐稽徵機關應依職權調查證據，以探求個案事實及查明處分相對人，並據以作成行政處分（行政程序法第三十六條參照），且應以送達或其他適當方法，使已查得之行政處分相對人知悉或可得知悉該項行政處分，俾得據以提起行政爭訟。…縱使考量上開應受送達之已查得之處分相對人中，或有應受送達之處所不明等情形，稅捐稽徵機關不得已時，仍非不能採用公示送達，或其他不致產生過高行政成本，而有利於相對人知悉處分內容之送達方法，以達成送達核定稅捐通知書之目的，故系爭規定剝奪該等相對人應受送達之程序，對人民訴願、訴訟權之限制，已逾必要之程度。」有 鈞院釋字第 663 號解釋理由書可參，訴訟權固然可依法律或法律明確授權之法規命令加以限制，惟其限制仍應本於訴訟法理為之，且不得逾越必要程度，此即 鈞院在訴訟權限制的判準上，建立了一個比例原

則的具體適用方法，亦即先檢討限制訴訟權之法令是否有正當公益目的，接著檢討人民訴訟權所受侵害之程度，檢驗是否其他替代手段，亦即必要性原則之檢驗。簡而言之，限制訴訟權之正當公益理由，應是先需檢視的。

(二) 爭點主義係指一種在稅務訴訟上審理範圍之認定原則，應定位為訴訟標的之理論，經查行政訴訟之訴訟標的理論有行政處分說、舊實體法說、新實體法說、行政處分違法說、一分肢說、二分肢說、三分肢說、訴訟上之行政處分撤銷請求權說、相對之訴訟標的說等理論，相關理論基礎可參前揭鑑定意見書之介紹，然爭點主義之訴訟標的判準係以課稅基礎或處分理由作為區分單位，自然與以行政處分為訴訟標的之行政處分說相左，亦與以行政處分整體違法性為訴訟標的之行政處分違法說不同，至於行政處分撤銷請求權說則係以行政處分撤銷請求權作為訴訟標的，此種訴訟標的當與單獨以處分理由作為訴訟標的之爭點主義有所扞格。

(三) 再進一步檢視新舊實體法說理論，實體法說均係以權利或法律關係作為訴訟標的之判斷標準，新舊二說雖然寬嚴標準不同，但相同的是，必須以實體法上已構成法律關係者始能作為訴訟標的，否則如為公法上稅捐債權債務關係下之個別課稅基礎，從該單一課稅基礎中，根本無法確定課稅法律關係，舉例而言，如 62 年判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折舊部分，惟所得稅法之課稅客體係收入減除成本費用後始屬課稅所得，課稅所得乘以稅率始能計算正確之應納稅額，所以稅法上之實體法律關係為應納稅額之核課，並非其中某一課稅基礎獨立構成一個稅法上的法律關係，是以不論採取新實體法說或就實體法說，均無從獲致以課稅基礎或處分理由作為訴訟標的之依據，此所以前揭鑑定意見書第 30 頁認為爭點主義實與我國民事實務上採取之舊

實體法說（舊訴訟標的理論）有別。是以 62 年判例與最高行政法院諸多採取爭點主義之判決如係基於舊訴訟標的理論而生之誤解，即屬誤會舊實體法說之理論基礎。

（四）另就訴訟法面向之一分肢說、二分肢說、三分肢說進行探討，該三說共同均採取原告訴之聲明作為決定訴訟標的之範圍，只不過二分肢說增加以訴訟基礎生活事實加入限制訴訟標的之範圍，而三分肢說則在二分肢說之基礎上增加實體法之權利保護請求[或稱之為實體之權利保護目的(materielle Rechtsschutzziel)，即個案中應適用之實體法規]，經由此項實體法規而確定、限制所謂之生活事實之範圍。亦即在訴訟標的之範圍上，採三分肢說者應屬範圍最狹者，依前揭鑑定意見書第 18 頁之分析，實體法之權利保護請求在實際案件適用上，對於前後兩訴適用之實體法規(請求權規範)屬於同一類別(Kategorie)，即屬同一訴訟標的，所謂「同一類別」係指作用上同值，意義上同一(funktionelle Gleichwertigkeit, Sinneinheit)而言，故其基礎仍在於請求權規範本身，而非個別課稅基礎，換言之，三分肢說亦是以請求權規範是否屬於同一種類作為判斷訴訟標的之依據，稅法上的法律關係相較於民事法律關係係屬相當單純的，稅捐債務關係重點在於稅額之確定，而非如民事法律關係有侵權行為請求權、契約關係、不當得利等請求權基礎，稅捐債務關係則係以課稅基礎計算出稅額，國家對於人民之稅捐請求權僅有一個，自三分肢說亦不能導出以各個課稅基礎或理由作為單獨之訴訟標的。

（五）末就德國法通說與我國行政訴訟學者通說之二分肢說以言，係採原告訴之聲明與基礎生活事實作為訴訟標的之標準，行政訴訟之撤銷訴訟之聲明乃係對於違法侵害人民權利之行政處分加以撤銷，如果允許個別課稅處分理由可構成訴訟標的，即無法正確判斷是否課稅處分的結果真有侵害人民權利，蓋稅額乃係各個課稅基礎通算之結果，如僅以

一個課稅基礎作為訴訟標的，當無從確認課稅處分結果是否真有侵害人民權利。再者基礎生活事實係指行政處分所規範之生活事實為範圍，既然課稅處分是就全年度各項課稅基礎事實作為處分基礎，自然不能將某一課稅基礎即等同基礎生活事實。準此，二分肢說所採取之聲明與基礎生活事實共同判定訴訟標的之理論，實無從推導應採爭點主義之理論。

- (六) 是以爭點主義既無行政訴訟之訴訟標的理論之依據，德國、日本實務均採取總額主義而非爭點主義（詳後說明），在訴訟法理上實難尋得一個正當化之理論基礎，誠如前揭鑑定意見書第 30 頁所言「提出與眾不同之見解並非不可，但須明白說明其論據，何以採此見解，究係依稅法之規定或係依稅法之何種理論，認為應以個別事實作為訴訟標的，並可導出原告之聲明，亦即撤銷整個課稅處分。此外，並應說明何以現存之各種學說皆不完善，而爭點主義較之更加優良因而可採。但觀察行政法院之判決和財政部之函釋，皆未對此提出詳細論述，著實令人遺憾。」，行政訴訟法之學理會有各項下位原則之探討，即係在落實憲法上訴訟權保障與公益（特別是訴訟經濟原則）間的法益權衡，而後才會由憲法角度審視該等下位原則之適用是否有違憲法原則，如果在具體行政訴訟法理論均找不出爭點主義之正當理論基礎，而且爭點主義之適用又係限制人民訴訟權，最高行政法院採取爭點主義之理論依據並不成立，已為前次提出之釋憲聲請書所敘明，是應可以推定 62 年判例之違憲性。

二、62 年判例造成訴之客觀合併成為常態，除增加訴訟實務處理之複雜度，且無助於紛爭之迅速解決，更無以爭點確定法律關係之功能

- (一) 學者批評爭點主義會造成訴之客觀合併判斷上之困擾，例如原告對於課稅處分提起訴訟，而爭執原處分關於租賃所得之認定與財產交易所

得之認定，於此情形，究為單一的訴訟標的或數個訴訟標的，究竟有無訴之客觀合併，並不明瞭，故爭點主義不能確切劃定訴之理由之界限（附件 53，陳清秀，行政訴訟法，第 406 頁）。是故，一般稅務訴訟之爭點常有二個爭點以上，爭點主義會迫使納稅義務人在稅務訴訟上經常性採取訴之客觀合併之方式起訴，使得一般訴訟程序上以單一訴訟標的為多的情形，變為以訴之客觀合併為常態之情形，是否反而增加法院訴訟程序上處理之複雜度，亦是 鈞院可併予斟酌者。

（二）承上，由於 62 年判例採取爭點主義，使得實務上就原告對二個以上之爭點爭執者，應以訴之客觀合併處置，但究竟為何種訴之客觀合併類型，實務上並無特別探究，如屬訴之客觀合併，原告就 A、B、C 為單純合併之請求，法院判決 A、B 部分原告勝訴，C 部分原告敗訴，原告僅就 C 提起上訴，在民事訴訟上 A、B、C 均發生移審之效力，遮斷各該部分之確定，只不過基於不利益變更禁止原則，法院僅能就上訴聲明部分進行審判（附件 54，駱永家，民事法研究二，第 84、85 頁）。然而爭點主義所造成的現行實務，法院就 A、B 爭點判決原告無理由，C 爭點則有理由，會以原處分全部撤銷之方式處理（附件 55，台北高等行政法院 96 年度訴字第 1778 號判決、96 年度訴字第 731 號判決參照），如此即會與訴之客觀合併本質產生嚴重齟齬。蓋訴之客觀合併判決仍應就每一訴訟標的分別判決，如法院認 A、B 標的部分無理由，C 標的部分有理由，不應將原處分全部撤銷，否則即屬非認定該案有訴之客觀合併。復基於上訴應採形式不服說，對於此種判決原告無從上訴，稅捐稽徵機關如未提起上訴，該判決即告確定，惟法院對於各課稅基礎分別判斷的理由又屬於訴訟標的而發生既判力時，原告豈不因此無從就 A、B 部分提起上訴而無法獲得審級救濟？

（三）站在邏輯一致的立場而論，如採爭點主義，對原告爭執爭點在二個以上者，應採訴之客觀合併方式處理，故判決就應分別就各爭點加以判

決，以利原告有就敗訴之訴訟標的提起上訴之機會，如法院不以訴之客觀合併方式處理，復又採取上開原處分全部撤銷之方式處置，因爭點主義仍認為 A、B 部分構成單一訴訟標的，反而使得原判決就 A、B 部分之判斷因原告不得上訴而產生既判力，此種處置方式豈不荒謬？關於此乃實務上對於爭點主義之採用並非真的貫徹訴之合併之觀點，反而使納稅義務人遭受喪失審級救濟之不利益，益證爭點主義並非真有助於法院審判，反係製造問題的來源。

- (四)縱在審判實務上真的完全貫徹爭點主義，惟稅捐實體法上有需要視以前年度稅額或所得決定以後年度之稅捐法律效果者，例如所得稅法第 39 條第 1 項但書盈虧互抵之規定，營利事業得將經稽徵機關核定之以前年度虧損額作為扣減以後年度之所得額，在實務上因某一費用科目（課稅所得之減項）遭國稅局核定剔除，致使核定虧損額減少，對於後一年度之核定累積虧損額必然相對應減少，如營利事業對後一年度提起行政救濟，國稅局及法院均會以倘以前年度行政救濟結果有變更情事，稅捐稽徵機關自當依職權更正，且納稅義務人亦可循更正程序辦理等語駁回此種行政救濟案件。

是此種依以前年度虧損額作為以後年度應納稅額之法律效果案件，縱貫徹爭點主義之運作模式，設納稅義務人就 91 年度營所稅案件申報虧損，國稅局將 A、B、C 費用科目金額剔除而使課稅所得為 0 元，如納稅義務人就 A、B、C 爭點均提起救濟，如高等行政法院就 A、B 爭點判決原告無理由，C 爭點則有理由，原告就 A、B 爭點上訴，如國稅局不就 C 爭點上訴，雖 C 爭點歸於確定，依前揭訴訟處理方式，A、B、C 爭點均移審至最高行政法院，只不過法院應基於上訴聲明範圍內審判，稽徵機關就核定 92 年度營所稅之以前年度虧損額亦未確定，是如採爭點主義並無從達到紛爭迅速解決。縱然採取 C 爭點先獨立確定之見解，在結果上稽徵機關就 92 年案件之以前年度核定累積

虧損額，仍可能受到 91 年度營所稅案件確定判決而變更，故採爭點主義亦仍使累積虧損部分懸而未決。

更何況縱最高行政法院就 91 年度案件判決 A 爭點無理由，B 爭點有理由，A 爭點部分固然確定，但 B、C 爭點部分仍須由國稅局作成復查決定，如納稅義務人又對重核之復查決定不服者，又需再進行行政救濟程序，是 A 爭點之確定對於累積虧損額之確定並無特別實益。

- (五) 故此種區分爭點作為訴訟標的之爭點主義，實際上各訴訟標的並無法獨立確定所得額，在實務上縱算貫徹爭點主義應有之訴訟處理，亦無從達成其在租稅實體法上稅基及稅額之確定效果，以致在盈虧互抵等案件無其實體法上之確定效果，故爭點主義在此面向並無優於總額主義之處。況訴訟標的如不能發生相對應確定社會生活事實之法律效果，顯然與訴訟標的理論概念之創設本旨有違，質言之，訴訟上不可能需要一個不能確定生活事實或法律關係之訴訟標的理論，單純讓課稅基礎與其他爭點割離確定，也無法有效藉認其理論有效確定租稅實體法上的稅基、稅額，由上例以觀亦至為明白。

三、如以爭點主義限制人民在行政救濟程序上對課稅基礎或處分理由之主張，納稅義務人僅能以申請退稅方式提起新訴，對人民訴訟權限制實屬過苛

- (一) 依現行實務之爭點主義處理方式，爭點主義係限制人民在行政救濟程序對課稅基礎或處分理由之主張，亦即在爭點以外不得在主張其他課稅基礎或處分理由，人民唯一能尋求補救之方式僅餘稅捐稽徵法第 28 條申請退稅或行政程序法第 128 條程序重開一途，因行政程序重開乃係類似再審之程序，屬於特別例外狀態暫且不論，稅捐稽徵法第 28 條第 1 項、第 2 項固然規定：「納稅義務人自行適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退

還；屆期未申請者，不得再行申請。納稅義務人因稅捐稽徵機關適用法令錯誤、計算錯誤或其他可歸責於政府機關之錯誤，致溢繳稅款者，稅捐稽徵機關應自知有錯誤原因之日起二年內查明退還，其退還之稅款不以五年內溢繳者為限。」，納稅義務人依此條文享有5年內或甚至更長時間之退稅請求權，看似屬納稅義務人可提起新訴之規定，但實務上其實對於新訴（退稅請求）之提起係有相當嚴格之限制：

- 1、實務判決有認為如稅捐稽徵機關未明示爭點時，納稅義務人始得依稅捐稽徵法第28條請求退稅，如屬稅捐稽徵機關已明示之處分理由，即可能受到爭點主義之影響而不得再聲請退稅（提起新訴），例如最高行政法院96年度判字第1933號判決：「稅捐稽徵法第28條之請求退還範圍，解釋上應限於稅捐稽徵機關未明示其認定及所適用法令見解之事項（爭點），上開事項（爭點）稅捐稽徵機關既未明示其認定及見解，則納稅義務人較難以發現核定稅捐之處分有無適用法令錯誤或計算錯誤，稅捐稽徵法乃特別規定准許納稅義務人申請退還。如稅捐稽徵機關已明示其認定及所適用法令見解，納稅義務人已可得知核定稅捐之處分是否適用法令錯誤或計算錯誤，自應於法定救濟期間提起救濟，不得任令救濟期間經過後，再請求退還，否則行政救濟期間規定將形同具文，當非稅捐稽徵法第28條規定之立法本旨。至於稅捐稽徵機關未明示其認定及所適用法令之見解之事項（爭點），納稅義務人如曾提起行政救濟爭執，亦無許再就同一事項（爭點）復依稅捐稽徵法第28條請求之理，否則無異許其為二次救濟，有違救濟制度原則，亦非稅捐稽徵法第28條立法本旨。」，另外同院96年度判字第312號判決亦同此意旨。
- 2、依各級行政法院94年度行政訴訟法律座談會提案第7號會議（附件56）多數說所採之乙說略以：「查納稅義務人如對核課稅捐之行政處分不服，應依稅捐稽徵法第三十五條、訴願法第一條及行政訴訟法第

四條規定，依循提起復查、訴願及撤銷訴訟之程序為之。又此等行政救濟規定所稱行政處分之「違法」，包含行政處分之作成不適用法規或適用不當，而認定事實正確但適用法規錯誤，即所謂涵攝錯誤，或認定事實關係違背經驗法則與論理法則，均屬之（吳庚著行政爭訟法論增訂版第一〇一頁參照）。至於稅捐稽徵法第二十八條則為關於退還已繳納稅捐之規定；並該條所稱之「適用法令錯誤」，就其法條文義及立法目的觀之，應認與前述「違法」含義不同；而自法條之用字觀之，應認其是指事實之認定不變，而就此確定之事實卻發生適用法律錯誤之情事而言（改制前行政法院七十一年度判字第一一六〇號判決謂：「此種課稅原因事實之爭執，並非本於確定之事實適用法令有無錯誤之爭議，亦非單純數額計算錯誤問題，故不適用稅捐稽徵法第二十八條規定。」即採此見解。）且再就稅捐稽徵法第三十五條、訴願法第一條及行政訴訟法第四條規定之救濟程序及稅捐稽徵法第二十八條規定之請求程序觀之，可知稅捐稽徵法第三十五條等行政救濟程序規定有嚴格之法定救濟期間，其目的即為使因行政處分未能確定造成權利義務關係不明確之狀態，能儘快確定；至於稅捐稽徵法第二十八條之請求則僅有五年期間之限制，若謂稅捐稽徵法第二十八條規定之請求與稅捐稽徵法第三十五條規定之行政救濟程序關於違法與適用法令錯誤之解釋相同，豈非於一般行政救濟程序外，又設第二次要件相同之行政救濟程序，而此究非立法之原意；且若謂稅捐稽徵法第二十八條所稱之適用法令錯誤與「違法」之含義相同，則其範圍即包含認定事實關係違背經驗法則與論理法則之違法，然此種違法，距離事實發生之時點愈久，認定即愈困難，而課稅事實之是否存在又為納稅義務人所最知悉，且與納稅義務人關係最密切，是立法者當無使納稅義務人於一般救濟程序得為主張而不主張，卻容許其得於五年內再為主張之理；是稅捐稽徵法第二十八條規定所稱之「適用法令錯

誤」是指本於確定之事實所為單純適用法令有無錯誤之爭執，至於主張原處分認定事實錯誤，進而為適用法令錯誤之爭執，則非屬得依稅捐稽徵法第二十八條規定請求退稅之範疇。本件原告係提出新證據藉以否定原核課處分之基礎事實，故其應非稅捐稽徵法第二十八條所稱適用法令錯誤事項，應認原告請求與稅捐稽徵法第二十八條規定之要件不合，予以駁回。」。此一見解即可清楚瞭解法院實務對於稅捐稽徵法第 28 條母寧係採取一個嚴格之標準，並非納稅義務人得享有自由提起新訴之權利，而係一個例外之救濟程序，雖要件仍寬於行政程序重開，但絕非係復查之行政救濟程序以外之爭點均可自由提起退稅申請，僅能限於法律適用有無錯誤本身，至於事實部分之爭執是不得以退稅方式提起新訴。

(二) 總額主義不得在未變更同一課稅處分所核定之稅額下，單獨以某一課稅基礎作為訴訟標的而提起，爭點主義則係各課稅基礎（理由）所關連之稅額均構成訴訟標的，基此理論上爭點主義應允許納稅義務人在爭點外部分以提起新訴之方式另行爭訟，惟依前開座談會多數說見解，提起新訴僅能限於法律適用而不及於事實認定部分，如此納稅義務人如欲就爭點外事項提起新訴時，即會受到相當之限制，是以我國制度設計上仍認為退稅請求權的地位與爭點主義上所認提起新訴是不可等量齊觀的，我國行政訴訟及稅務制度上並沒有一個真的與傳統學理上的爭點主義討論新訴提起所應有的配套措施，亦即對於新訴提起並非可充分行使其訴訟權，故我國法下是否應採取一個毫無立法明文之爭點主義，實已不無疑問。

(三) 再者，對於爭點內事項是否貫徹爭點主義觀點不得再提起新訴？前揭座談會並不採取上開最高行政法院判決見解（與甲說相同），而係認為爭點內與爭點外之事項均得以適用法律違誤為由，提出退稅請求，只不過此種請求仍應受確定判決之既判力所拘束，參諸最高行政法院

95 年度 2 月份庭長法官聯席會議決議：「本件納稅義務人依稅捐稽徵法第 28 條規定請求退稅被駁回，而提起行政訴訟，其主張核課處分適用法令錯誤或計算錯誤之部分屬原確定判決意旨範圍，納稅義務人自不得為相反主張而請求退稅，行政法院亦不得為相反之裁判，故納稅義務人以與原確定判決確定力範圍相反之理由，請求退稅為無理由，高等行政法院應判決駁回。」，對於既判力所及之爭點，自應受其拘束不得再提起退稅申請。是以實務上亦有認為如經訴願決定或行政法院判決實體審理確定之案件，不可再循稅捐稽徵法第 28 條程序退稅，以免違反訴願決定之拘束力（訴願法第 95 條參照）及判決既判力（行政訴訟法第 216 條參照），至於僅經復查決定確定之案件，並不與焉（附件 57，最高行政法院 93 年判字第 783 號判決參照）。

（四）準此，退稅請求權之行使上的限制既然與爭點內、外事項無涉時，採取總額主義或爭點主義，退稅請求權亦均不受影響，如此爭點主義在強調人民得提起新訴之運作，在我國法制下並無成立之餘地，而係在另外符合退稅請求權之情形下，均得申請退稅，但因退稅請求權不得就事實認定違誤部分指摘稅捐課徵之違法，如不許人民在訴訟程序上主張爭點以外之處分理由時，反而會過度限制人民訴訟權，無法充分就作訴訟上攻防主張，如無法律明文限制訴訟權規定下，而使非爭點事項（理由）成為訴訟權遭到限制之對象，復因退稅請求權不能與新訴同視，如屬事實認定之爭點，如未於復查上主張，並無其他補救之制度可資救濟，自屬過苛。

（五）末就爭點內外之判斷標準，實務上亦無一個明確之標準，究竟應以課稅處分調整之理由為準，或以納稅義務人提起復查之理由為準，抑或以二者均該當者始屬爭點內事項？致使本案聲請人雖在結算申報暫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，惟經財政部台北市國稅局將權利金收入調至應稅營業收入時，聲請人即於復

查程序中即主張權證之避險損失亦應列為應稅項下，然最高行政法院確定判決乃以財政部台北市國稅局在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，顯係採取僅有課稅處分調整之理由始為爭點，如核定數與申報數相同，即無從於行政救濟程序中爭執。而此一不明白之遊戲規則，迄至上訴階段始由最高行政法院判決所指出，聲請人如欲改依退稅申請，亦因已逾越 5 年之退稅時效而無從救濟，如此在無法律或明確授權之法規命令規定下，採行一個不甚明確之遊戲規則，對於與爭點有密切相關之事項（即權利金收入如為免稅，避險損失依配合原則則應列入免稅項下，權利金收入如調整為應稅，避險損失亦應依配合原則列入應稅項下），反而成為爭點外事項，並因行政救濟過程中均實體審理該案，致使聲請人根本無從意識到本件會因爭點主義而不得主張避險損失部分的實體受理。最高行政法院確定判決以一個說不出正當公益理由及難以預測其規則之爭點主義，實無公益侵害之急迫性與重大性，以此作為限制人民爭點外事項不得作為訴訟審理範圍之理由，顯然過於牽強，其違反比例原則之處，已昭然若揭。

四、實務上以復查決定作為原處分之見解，並不能成為支持爭點主義之正當理由

- （一）按行政訴訟上有程序標的之概念與訴訟標的理論應予區辨，撤銷訴訟的程序標的（Verfahrensgegenstand）係指系爭被爭執的處分，而訴訟標的則如同前開鑑定意見書所述，依各該訴訟標的理論決定訴訟標的，除行政處分說以行政處分為訴訟標的外，其他訴訟標的理論均非完全等同系爭行政處分，惟我國法院實務可能一直未能釐清程序標的與訴訟標的之差異，再誤認課稅處分可分，從而實務上既認為稅務訴

訟所撤銷之處分為復查決定，例如改制前行政法院 45 年度判字第 7 號判例：「再訴願官署認為原告繳款申請復查，未逾限期，原徵收機關拒絕復查及訴願決定駁回，均有未合，因將訴願決定及原處分均撤銷，並於主文揭載「其補徵稅額，應准依法復查，另為處分」。其「處分」之用語，顯即指營業稅法第十四條之「復查決定」而言。此項再訴願決定，不獨無損於原告之權利，且符合於原告當初因受拒絕復查之處分而請求救濟之本旨。原告對此率行提起行政訴訟，攻擊被告官署（亦即再訴願官署）「不應再行決定令其復查」，尤屬無理由。」及同院 48 年裁字第 40 號判例「查關於再審原告所得稅部分之原處分及訴願再訴願決定，並經本院原判決予以撤銷，應由再審被告官署依復查程序另為處分。」，故財政部 67 年 7 月 29 日台財稅第 35047 號函「…至於判決主文「原處分撤銷」一語，係指撤銷原處分機關所為之處分，復查決定既被撤銷，則原處分機關依照行政法院判決意旨所重為之查核，應屬另一復查程序。貴公司仍有不服，毋庸再經復查程序，可逕行依法提起訴願。」亦認定原處分為復查決定而非原本之核課處分。

（二）我國法上是否應採取復查決定作為程序標的，容有相當之討論空間，惟即便採取以復查決定作為程序標的之見解，亦不當然等同訴訟標的應採取爭點主義而非總額主義，我國法院實務將二者予以連結之思考背景並非經過縝密的邏輯論理過程，僅是認為復查決定所審理之課稅基礎（不論係因未提起復查或因核定並無調整之科目而不得提起復查）作為原處分之內容，故僅有原處分之內容始得成為行政訴訟審理之對象。

（三）上開法院實務可能之論理實與程序標的上採取之裁決主義不同，蓋程序標的理論有所謂原處分主義與裁決主義，德國、日本之通說均是採取原處分主義（附件 58，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 37、38、

44、45 頁），日本僅在例外情形例外的不許對於原處分提起訴訟而僅得對裁決提起訴訟，此即所稱「裁決主義」，在採取裁決主義的情形，雖不得對於原處分提起訴訟，但原處分之違法仍得於裁決之撤銷訴訟中加以爭執，原告於裁決之撤銷訴訟上，除裁決之固有瑕疵外，即使原處分之瑕疵亦當然得主張之，且裁決因違法被撤銷之同時，當然原處分亦被撤銷，日本最高法院 1975 年 11 月 28 日第三小法庭判決即揭示此旨（附件 58，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 58 至 60 頁）。

（四）我國法院實務之所以採取一個較國外裁決主義更嚴格之標準，可能基於擔心如將原處分撤銷，因核課期間之經過將造成此部分已核課稅捐全數歸於消滅而無法再行核課，然此種論理在現行法制下應係不能成立，蓋參照行政訴訟法第 216 條第 2 項之規定：「原處分或決定經判決撤銷後，機關須重為處分或決定者，應依判決意旨為之。」，如稽徵機關依照法院判決重為適法之處分，並不會因為稅捐稽徵法第 21 條 5 年期間之經過而不得依判決意旨重為適法處分，蓋稅捐稽徵法第 21 條係規定：「稅捐之核課期間，依左列規定：一、依法應由納稅義務人申報繳納之稅捐，已在規定期間內申報，且無故意以詐欺或其他不正當方法逃漏稅捐者，其核課期間為五年。……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。」，其第 1 項乃指核課稅捐之期間限制，並非指經行政救濟重為適法處分之期間，至於第 2 項則係先前核定未發現之其他另應課徵之稅捐，亦應受 5 年核課期間之限制，並非限制稽徵機關不能依確定判決之既判力重為適法之處分，故縱我國實務採行裁決主義，亦不能推論屬原核課處分瑕疵如未在復查審理者，亦不得於後續行政救濟程序上主張。

（五）縱然認為我國仍有採取嚴格的裁決主義之正當性，亦甚難推論因此就

必須採取爭點主義。參考學者之見，如採裁決主義，復查決定乃具有本來處分之意義，復查審理機關不問申請人之主張為何，均應對於課稅處分之當否進行審理，如課稅處分違法而復查決定予以忽略時，則復查決定即屬違法，應由法院判決撤銷之，故原告於復查決定之撤銷訴訟上，亦得主張原課稅處分之瑕疵（附件 58，陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 452、453 頁）。職是以言，稅捐稽徵機關負有依法課稅及職權探知之義務，如因裁決主義而限制納稅義務人就未提起復查或不得提起復查之課稅基礎，於後續行政救濟程序中提出，反而產生稅捐稽徵機關違反公益目的之副作用，委無足取。

- （六）是以，如因我國實務採取裁決主義而作為支持爭點主義之正當理由時，在合憲性檢驗上，首先就會遇到形式合憲性上欠缺任何明確之法源依據，自不可能以實務上的判例或解釋函令作為採取裁決主義之法源，更遑論作為限制人民提起爭訟之爭點主義的法源；再者，裁決主義本身並非必然與爭點主義相連結，僅是我國法院實務可能基於上開誤解而為錯誤之推論，在訴訟法理上究竟有無因復查決定作為撤銷訴訟的程序標的而可限制人民就核課處分本身之違法加以主張之理？亦即有無一個可以支持的公益理由存在，實在值得懷疑；況且我國實務採取德日等法學繼受國所無之嚴格的裁決主義，不能撤銷核課處分，不僅係誤解稅捐稽徵法第 21 條之規定，更是尋無一個理論正當化基礎；而且裁決主義並不能解除稽徵機關依法課稅之法定義務，對於人民有利不利事項亦應一併注意（行政程序法第 9 條參照），所以基此推論人民不得於訴訟程序上主張，反而是使稅捐稽徵機關怠於職守，正確的解釋應為，縱撤銷訴訟僅能撤銷復查決定，但對於核課處分本身之違法事由，稅捐稽徵機關亦負有義務依法正確作成復查決定，以更正違法之核課處分，自無因裁決主義而限制納稅義務人於訴訟程序上主張非爭點事項。

五、日本學說雖有對爭點主義加以討論，惟係立基於限制稅捐機關追補理由之觀點，然德國通說認為追補理由應採實體法之觀點而非訴訟法之觀點，且日本法院實務判決係採總額主義

(一)按德國對於行政處分理由如果錯誤時，是否允許行政機關在行政訴訟以其他正確理由進行追補，以支持處分之合法性乙事，通說實務係採取肯定說之見解，德國法上的否定說乃是基於行政程序法第 39 條第 1 項規定：「在以書面作成或以書面確認之行政處分，必須以書面說明理由。理由中必須包含在作成決定時所考慮的重要的事實上及法律上的理由。在說明裁量決定的理由時，必須使人得以認識行政機關行使裁量的基準。」（相當於我國行政程序法第 96 條第 1 項第 2 款）之規定，從而行政機關作成處分必須說明理由，在說理瑕疵之情況下，亦屬處分實體上之違法，是有關處分理由追補問題係屬實體法上之問題，而非訴訟標的理論之問題（附件 59，盛子龍，行政訴訟程序中行政處分理由追補之研究，中原財經法學第九期，2002 年 12 月，頁 22 至 24 參照）。

(二)日本法上主張爭點主義之學者多在藍色申報處分之案件中主張，對於白色申報處分主張採取爭點主義者甚少，而二者之差別在於前者在核課處分應記載理由，後者則無此規範，故爭點主義在日本法上其實是相當程度地與處分理由追補議題混同討論，所以才會有學者立於限制處分理由追補及人民權益保護之立場，採取爭點主義。然而如同先前釋憲理由書援用金子宏教授之見解，實際上採取限制處分理由追補並非真的對人民權益有所保障，而僅有糾正租稅行政的功能爾。

(三)是以此種並無真正實益之爭點主義與處分理由追補之限制學說，並不為日本實務通說所採，法院實務對於稅務訴訟之訴訟標的係採總額主義，已如前次釋憲聲請書所述，茲補充近年來日本法院實務判決供鈞院參考：

- 1、神戶地方法院 2001 年（行ウ）第 9 號判決（判決日 2002 年 10 月 7 日，附件 60）：「課稅處分的訴訟標的係指關於處分的主體、內容、程序、方式所有面向的違法，亦即係指處分的整體違法性，如課稅機關在處分時認定的理由有誤，依課稅處分所確定之稅額不超過處分時客觀存在之稅額時，應認為課稅處分仍屬適法（即總額主義）」
 - 2、神戶地方法院 2000 年（行ウ）第 45 號判決（判決日 2002 年 9 月 12 日，附件 61）：「原本對核課處分（對於申報稅額變更之處分，日本法稱為「更正處分」）撤銷訴訟之訴訟標的係該處分所確定之稅額適當與否，是以核課處分所確定之稅額作為總額，不超過依租稅法規所決定之客觀稅額以上者，核課處分係屬適法。在稅務訴訟上不採取爭點主義而係採取總額主義。」
 - 3、大阪高等法院 2000 年（行コ）第 13 號判決（判決日 2001 年 12 月 19 日，附件 62）：「核課處分適法性之判斷係以總額主義的立場作為前提（最高法院 1961 年 12 月 1 日判決及 1992 年 2 月 18 日判決參照）。亦即一般課稅處分之訴訟標的係指處分的整體違法性，如課稅機關在處分時認定的理由有誤，依課稅處分所確定之稅額不超過處分時客觀存在之稅額時，應認為課稅處分仍屬適法。從而，課稅處分的審理對象係以課稅處分所確定之稅額不超過客觀上存在之稅額作為適法與否之判斷，故前者若不超過後者時，課稅處分並無違法，不應予以撤銷。」
 - 4、東京地方法院 1990 年（行ウ）第 120 號判決（判決日 1993 年 3 月 26 日，附件 63）：「自總額主義的立場而論，多數處分理由中有一個不充分時，並不能得到處分整體違法的結論，在事實層面上應非以處分理由部分作為違法，而係整體判斷。」
- （四）日本法院實務雖未將訴訟標的理論與理由追補之間的關係予以釐清，惟對於爭點主義所援用之藍色申報處分應附記理由乙節，在具體個案

中納稅義務人亦會援引爭執，法院作成判決時亦非無考量過該因素，然實務上仍採取總額主義之立場，即可知悉爭點主義在實務上有其窒礙難行之處，而未被採納。

六、爭點主義既無行政訴訟法理論或稅務法規、理論之正當化依據，其唯一可被採認之規範效果僅有限制人民訴訟權，以利國家財政收入，在比例原則之檢視下應屬違憲

(一) 比例原則下的適合性原則、必要性原則與狹義比例原則，均要求國家機關限制人民權利應有其所欲達成之公益目的，然而爭點主義既無任何行政訴訟法理或稅捐法規、原則可資支持，可以想像的公益目的僅有一點，亦即限制人民訴訟權以達成財政收入之目的。易言之，人民因為對於課稅處分基礎或理由怠於提起救濟，故應給予失權效果，依照前述的實務操作模式：

- 1、 稅捐稽徵機關核課處分如已調整的科目或課稅基礎，人民僅能依法提起復查，並應於復查程序中敘明，否則亦不得再以退稅方式加以主張；
- 2、 如稅捐稽徵機關未調整的科目或課稅基礎，納稅義務人是否僅能提起退稅申請，抑或得於復查程序上主張，實務上對此問題並非明瞭，惟聲請人本件受最高行政法院確定判決卻認為此種情形不得於復查程序上主張，等同僅得以退稅方式處理，然因判示此種見解之時點距聲請人 91 年結算申報時點已逾 5 年，聲請人亦無從再以退稅方式辦理。

(二) 上開實務基因於爭點主義操作之結果，實過於技術性，不僅一般人民難以瞭解，甚至法律專業之律師、在稅務訴訟上得為訴訟代理人之會計師均難以明白，要就這樣複雜的遊戲規則賦予一個失權的效果，此唯一的公益理由是否正當已不無疑問，人民既然已對核課處分進行爭

執，有無必要以復查申請應敘明理由之規定作為限縮人民主張之範圍？復查申請敘明理由之規定僅是審理上之便利性，並不因此產生失權效果或反而使稅捐稽徵機關脫免依法課稅之義務，在無法律明文規範限制下，且遊戲規則欠缺明確性下，率然賦予其失權效果，實無法支持國家無端獲利之不當結論。況且賦予訴訟權利僅是對實體權利給與一個爭訟的權利，並非必然導致國家財政收入損失，故財政收入絕非一個限制人民權利之正當理由。

（三）復參以上開說明，爭點主義乃平添實務運作上之困難，不僅使行政訴訟標的理論陷於混淆，在訴訟處理上亦需以訴之客觀合併方式為之，增加實務運作矛盾之副作用，納稅義務人亦無法以退稅方式獲得爭點外事項之完整的權利保護，是爭點主義對人民訴訟權之影響甚鉅。準此，爭點主義在其公益目的甚有疑問下，卻產生對人民訴訟權之限制與對其他公益影響之副作用，絕對屬於手段與目的顯失均衡，自己逾越限制訴訟權之必要限度，其違反比例原則之情至為明白。

關係文件之名稱及件數

附件 53、陳清秀，行政訴訟法，第 406 頁

附件 54、駱永家，民事法研究二，第 84、85 頁

附件 55、台北高等行政法院 96 年度訴字第 1778 號判決、96 年度訴字第 731 號判決

附件 56、各級行政法院 94 年度行政訴訟法律座談會提案第 7 號會議

附件 57、最高行政法院 93 年判字第 783 號判決參照

附件 58、陳清秀，稅務訴訟之訴訟標的，第 37、38、44、45、58～60、452、453 頁

附件 59、盛子龍，行政訴訟程序中行政處分理由追補之研究，中原財經法

學第九期，2002 年 12 月，頁 22 至 24

附件 60、神戶地方法院 2001 年（行ウ）第 9 號判決

附件 61、神戶地方法院 2000 年（行ウ）第 45 號判決

附件 62、大阪高等法院 2000 年（行コ）第 13 號判決

附件 63、東京地方法院 1990 年（行ウ）第 120 號判決

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 九 年

月

日

函

受文者：司法院

發文日期：99年8月30日

發文字號：

主 旨：為聲請人因最高行政法院 97 年判字第 838 號確定判決及台北高等行政法院 96 年度訴字第 2705 號確定判決所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函，及最高行政法院判字第 838 號確定判決適用之爭點主義援用改制前行政法院 62 年度判字第 96 號判例，有抵觸憲法第 7 條平等原則、第 15 條財產權保障及職業自由之保障、第 19 條租稅法律主義、第 23 條比例原則與第 172 條命令不得違法等規定，以及 鈞院歷年來之釋字第 385 號、第 420 號、第 493 號、第 597 號、第 622 號、第 625 號、第 635 號及第 661 號等多號解釋先例，前已於 98 年 8 月 24 日依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款聲請 鈞院大法官解釋，並於 98 年 9 月 10 日補呈張桐銳助理教授之鑑定意見書、98 年 10 月 21 日補呈張文郁副教授及林明昕助理教授之鑑定意見書、99 年 2 月 9 日就改制前行政法院 62 年度判字第 96 號判例違憲部分補呈補充理由書，謹再就財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函違憲部分，提出補充理由（二）如后，謹請 鈞院鑒察。

說 明：檢附「解釋憲法補充理由書（二）」乙份。



聲請人：元大證券股份有限公司

代表人：申鼎錢

聲請代理人：勤業眾信聯合會計師事務所

袁金蘭會計師

德勤商務法律事務所

林瑞彬律師

解釋憲法補充理由書(二)

聲請人 聲請代理人	姓名及身分證統一編號(如係法人團體或政請記明其名稱代表人姓名)	住居所、營業所、主事務所及電話號碼	送達代收人姓名、住址及電話號碼
聲請人	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		

緣最高法院 97 年判字第 838 號確定判決及台北高等行政法院 96 年度訴字第 2705 號確定判決所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函所適用之財政部 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函（註：財政部對於台財稅第 861922464 號函，收錄於所得稅法令彙編、營業稅及證券交易法法令彙編之日期分別為 86 年 12 月 1 日其 86 年 12 月 11 日，故實務上提及此號函釋時，或有引用 86 年 12 月 1 日台財稅第 861922464 號函，或有引用 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函，惟均屬同一函釋，下稱「財政部 86 年函釋」），有牴觸憲法之情，申請人已於 98 年 8 月 24 日依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款聲請 鈞院大法官解釋，爰補充本件釋憲理由如后，謹請 鈞院鑒察，以釋憲機關之高度糾正財政部 86 年函釋違反實質法治國原則之重大謬誤，端正實務上財政部函釋反客為主超越法律、憲法規範之稅捐法制亂象，使得課稅符合實質正義與租稅法律、租稅公平原則。

一、認購權證商品性質之再釐清

- （一）按民國 86 年 5 月 31 日財政部證券暨期貨管理委員會（現行政院金融監督管理委員會證券期貨局）核准國內券商發行新金融商品-認購（售）權證，所謂「認購權證」係指投資人支付一定數額之權利金，購買發行人發行之認購權證，而該權證係表彰投資人有「依其設定之條件，於到期日內或約定之到期日，向權證發行人按約定價格認購一定數量之標的股票」之權利。亦即，投資人得依其對該標的股票未來市場價格之預期而決定購買該認購權證，致不論認購權證到期日當天標的股票股價如何，均享有得以約定價格向權證發行人購買約定數量標的股票之權利，如此便可在標的股票股價如其所預期上漲至高於約定認購價格時，選擇認購並享有該等價差之利益，並將最大風險鎖定在認購權證時給付予券商之權利金（亦即當標的股票股價低於約定認購

價格時可選擇不執行履約，便只有損失認購權證之權利金），其餘風險則轉由發行券商負擔。權證發行者（即券商），雖因認購者購入權證而可向其收取權利金，但相對該發行者亦負擔一契約上之義務，即購入權證者在契約約定之一定期間內，一旦行使其依約定價格向發行權證者購入（售出）標的股票時，發行者即有義務依該約定價格出售（買入）；抑或該購入權證者在契約約定期間內放棄行使，致逾期而失效。此時該權證交易之權利義務關係方為終結，進而權證發行者方能正確計算該次發行權證之真正損益。

（二）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型態係以一段期間來決定其取得成本，並非如一般股票在購入當時成本已經決定。是故，1997 年經濟學諾貝爾獎得主 Scholes 對權證之評價認為係「時間價值」加上「內含價值」，所謂「內含價值」即為標的股票價格與履約價格間之差價，至於時間價值係依照股價超越履約價格的可能性加以評價，蓋只要到期日尚未到臨，股價仍有可能超越履約價格，而且到期日愈長，或是股票波動程度愈大，則時間價值可能愈高。從而，權證交易相當重視發行日至到期日之期間可能發生之標的股票價值變動，券商為避免時間價值產生之不利益，乃須進行避險操作，以控制前述風險。

（三）認購權證發行人，向證券交易所申請就其擬發行之認購權證上市時，依行為時發行人申請發行認購（售）權證處理準則（詳附件 1）第 10 條規定，俟證券主管機關核給其發行認購權證之資格後，向證券交易所申請同意其發行計畫後，始得辦理發行及銷售，依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 7 條第 8 款之規定，發行人應有適

當風險管理措施，如有違反將可能依同準則第 11 條規定撤銷或廢止權證上市之核准。又臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（以下簡稱審查準則，詳附件 2）第 4 條第 2 項第 5 款、第 8 條第 1 項第 5 款及第 7 款、第 10 條第 1 項第 5 款第 9 目分別規定，「發行人申請認購（售）權證發行人資格之認可…應提出預定之風險沖銷策略。」、「發行人申請發行認購（售）權證資格者，如有下列各款情事之一者，本公司得不予同意其資格之認可：…五、發行人無適當之風險管理措施者…七、發行人於最近一年內未能依本公司認購（售）權證相關規定辦理，且無法於限期內改善者」、「申請本公司同意上市之認購（售）權證，應符合下列各款規定：…五、發行計畫內容須包括下列條款：…（九）預定之風險沖銷策略。…」故不論認購權證到期履約之方式為何，投資人按約定履約價格向發行人購入標的股票或投資人以現金結算方式收取差價，皆必須有風險沖銷策略之訂定，發行券商應於公開說明書載明風險沖銷策略，若無適當風險管理策略則將不予同意或請主管機關撤銷其資格之認可。券商則會於公開說明書上載明風險沖銷策略包括買賣標的股票以及買賣該檔權證或其他發行人之同一標的股票權證或衍生性金融商品，且依前開上市審查準則在 91 年修正時增訂第 15 條規定券商應設立避險專戶，進行風險管理措施。

（四）而風險沖銷之避險方式，可分委外避險及自行避險。自行避險之風險沖銷策略係指認購權證發行人，為避免因標的股票價格大幅上揚或下跌，致認購權證到期履約時所產生鉅額虧損或避險標的股票產生鉅額虧損之風險，所採取自行買進或賣出標的股票（或稱避險部位）之相對應措施。認購權證發行人若無適當之風險管理措施者，依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 8 條第五款之規定，

證期會得不認可其發行資格，是以，因此等認購權證避險措施所發生之損益，實屬原告營業上所必須負擔之成本，與證券交易或投資確有不同。

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

(六) 故於經濟上完全無法想像避險損失竟無法自權利金收入項下抵扣之可能，是以在財務會計上，因權證權利金收入仍負有購買權證者可依履約價格要求購入或售出標的股票而相應發生可能損失之負擔，故在收取權利金時係貸記發行認購權證之負債（負債增加），並非真正收入（因大部分賺取收入的義務尚未履行），在權證流通期間，當標的股票上漲，權證價值增加時，除一方面增加已持有標的股票之評價利益外，另一方面亦同時增加發行認購權證之負債，是以避險部位項目（標的股票及該認購權證）所產生之損益，兩者價值變動損益合併認列，方得正確計算權證交易正確損益，此觀證券交易法授權訂定之「證券商財務報告編制準則」（附件3）第17條有關損益表之規範，同條第1款第3目「認購（售）權證發行利益：證券商發行認購（售）權證所獲得之利益屬之，包括認購（售）權證

負債公平價值變動利益、認購（售）權證到期前履約利益、認購（售）權證再買回公平價值變動利益及認購（售）權證逾期失效利益等。」及同條第 2 款第 6 目「認購（售）權證發行損失：證券商發行之認購（售）權證所發生之損失，包括認購（售）權證負債公平價值變動損失、認購（售）權證再買回公平價值變動損失。」自明，以認購權證逾期失效利益為例，其計算方式是以權證負債（亦即當初收取權證權利金收入的貸方科目）減除權證負債減項（權證再買回金額），財務會計上之權證逾期失效利益應將系爭權證再買回之損益與權利金收入併計，是以權證損益在財務會計上包括基於風險管理措施所為之買賣權證之再買回部分損益。是以，由經濟實質面觀察，權證發行所收取之權利金收入，其最主要之成本，或說影響本檔次權證交易獲利與否最重要的關鍵實繫於其避險損失是否控制得宜，蓋權證價值主要取決於時間價值，權利金之設定亦是本於對權證時間價值及內涵價值之評估而精算出來，實必須以一個整體權證發行期間來觀察權證交易之獲利狀況；另由法規範面觀察，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。

- （七）然查，最高行政法院確定判決卻以財政部 86 年函釋認定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之所得，依行為時所得稅法第 4 條之 1 規定，停止課徵證券交易所稅，則依損益配合原則，證券交易損失自亦不得從所得額中減除，查財政部 86 年函釋，以及行為時所得稅法第 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 年函釋自應予以適用云云。故釋憲標的之違憲爭議乃在於券商發行認購權證得否併計基於風險管理措施之避險交易損益？聲請人認為基於租稅法律主義、實質法治國原則、租稅公平原則、平等原則與比例原則，財政部 86 年函釋並無任何合憲之餘地存在。除聲請人先前釋憲聲請書及補充理由書所述理由外，謹再就實質法治國原則與租稅公平原則部分補充理由如下，望請 鈞院明鑒。

二、從實質法治國原則而論，國家應實現正義，在稅法領域即為租稅公平原則之展現，是以量能課稅原則乃是財稅目的稅捐上為衡量公平的重要標準，解釋函令如未有正當理由而違反量能課稅進行解釋，難謂符合法律之實質正當意義，自與租稅公平原則相違

（一）按「法治」最深根之意義乃是所有國家公權力的作用，皆須納入一定之軌範，其所要求為「國家知法守法」，非「人民知法守法」。在法治國家原則下，國家不得以不正當違憲、違法之公權力作用對待人民（附件 4，李惠宗，憲法要義，第 2 版，第 48 頁）。

（二）次按 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，亦即一個租稅法律不是只是符合形式意義的法律外觀，即可得到合憲的結論，而係法律內容的正當性亦應符合實質原則，換言之，鈞院已將憲法第 19 條人民依法律納稅之規定，依照實質法治國原則推衍出租稅公平原則，亦屬於租稅法律之內涵中。依前述實質意義法治國原則及租稅公平原則以觀，財政部對於稅法作成解釋函令時，絕對不只是考慮法律條文本形式意義的解釋而已，因為行政機關僅有一個正確解釋法律的義務，

尤其租稅行政係屬於羈束行政，對於法規構成要件的解釋並不享有任何判斷餘地，故財政部之行政釋示不可能在解釋法律時有一個見仁見智的空間，所以縱算財政部解釋令在法律文義的可能範圍內，仍不應當然享有合法之推定，蓋此際應認為僅有符合租稅公平原則之解釋方屬適法，否則依法行政原則與實質意義的法治國原則就會被空洞化、形骸化。

（三）再按，為達成平等原則必須有一事務本質所訂之衡量標準，在財政目的稅法上即是量能課稅原則，故量能課稅原則幾乎是立於實現租稅上平等原則的一個最重要衡量標準，德國 1919 年威瑪憲法第 134 條規定「所有國民均應依照法律，按其資力之關係，對公負擔做出貢獻」量能課稅原則作為具有憲法位階之稅法原則，德國聯邦憲法雖無相似規定，德國稅法學者訴諸平等原則或正義演繹出量能課稅原則（附件 5，柯格鐘，柯格鐘，憲法解釋與量能課稅及實質課稅原則，司法院大法官九十八年度學術研討會（上）冊，第 18、19 頁）。

（四）以上開學者對於量能課稅原則之說明可知，在財政目的的稅法體系下，量能課稅原則即係實現租稅公平的原則的具體化標準，故量能課稅原則乃一具有憲法位階的財稅憲法原則，鈞院亦著有釋字第 597 號解釋「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。」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。從而財政部解釋函令如對財政目的之稅法進行解釋時，必須符合量能課稅原則，否則即不能認為是一個合憲、合法之行政釋示。

（五）又按，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，在課稅所得中，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。

(六) 查聲請人身為證券商，在財務會計的處理上本應依照證券商財務報告編制準則及財務會計處理準則公報第 34 號辦理，對於認購權證之損益，如同前述必須將發行權證之權利金收入與基於風險管理措施所為之購買標的股票及買賣該檔認購權證之損益併計，此觀 96 年修正之所得稅法第 24 條之 2「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，基於風險管理目的所買賣之標的股票與權證損益應併計入發行權證損益中。

(七) 又查，聲請人 91 年度到期權證於財上之實際利得，應減除因權證風險管理措施所生避險損失（含標的股票損益及再買回損益）及相關成本費用後之淨損係 252,264,587 元，如以現金流方式表達，即係權證成本應包含權證自留額度 192,414,228 元+權證買入金額 2,516,440,500 元-賣出金額 1,964,291,750 元+履約應付金額 50,002,121 元。然財政部臺北市國稅局因適用財政部 86 年函釋而計算聲請人 91 年度之權證所得為 1,342,892,755 元（權利金收入

1,352,592,500 元-權證費用 9,699,745 元=1,342,892,755 元)，再依 25% 稅率計算後之權證所得稅額為 335,723,189 元，故聲請人就 91 年度到期權證須負擔之「實質稅率」竟高達 133%，已將權證利潤全數剝奪，更進一步無理徵收聲請人之其他所得，顯已實際上對於聲請人產生極為嚴重之「絞殺課稅」效果。從而最高行政法院確定判決支持不准券商就發行權證之避險損益認列為權利金收入之減項，顯然已嚴重侵害聲請人受憲法上保護之財產權，且對於財產權所侵害之程度亦業已超出財產權所應負擔之社會義務範圍。

(七)另查 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，亦即立法者依照促進經濟目的而予以正當化，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，是以縱 鈞院認為財政部 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仍在法律可能文義之內，但依照法律體系規範解釋，就所得稅法第 4 條之 1 的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，不可能依所得稅法第 4 條之 1 作成排除所得稅法第 24 條第 1 項收入配合原則之解釋。況且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。

三、實質課稅原則亦為租稅公平原則之內涵，財政部 86 年函釋未本於實質課稅之租稅公平原則對權證課稅進行解釋，以致誤認風險管理措施為法律上應獨立評價之行為，其函釋本身自屬違反實質法治國原則而應宣告違憲

- (一) 按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 6，黃茂榮，稅法總論第一冊，頁 405）。而所謂之「定性」係指事實關係的定性，由於法律之適用並不僅限於法規範解釋之問題，單純對於系爭法規範進行解釋，並無法獲得裁判規範，且小前提（亦即事實）之處理也絕不是毫無問題，所以事實關係之認定並不是單純的程序法的事務，對事實關係的定性，都應考慮法規範的意旨及目的，如對於事實關係的特徵，按照規範的意旨與任務，以合乎事理的方式，加以評價時，亦即針對構成要件的標準，對於事實關係的相關聯部分，加以評價時，則小前提（事實）即可正確的加以建立。是以德國稅法碩儒 Tipke 認為在稅法上，事實關係的定性，必須以經濟觀察法為之（附件 7，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。
- (二) 實質課稅原則雖然屬於稅法上一個特殊目的解釋方法，然而其目的乃為達成量能課稅原則或負擔公平原則，為實現稅捐正義所必要之手段，所以學者認為 鈞院釋字第 420 號承認實質課稅原則也是基

於公平課稅原則所為之解釋（附件 8，陳清秀，稅法總論，第 209、210 頁）。

（三）除前揭 鈞院釋字 625 號解釋及一般耳熟能詳的釋字第 420 號解釋外，鈞院亦有多號解釋文或解釋理由書中將實質課稅原則作為租稅公平原則之內涵者，例如：

1、釋字第 620 號「生存配偶依法行使剩餘財產差額分配請求權者，依遺產及贈與稅法之立法目的，以及實質課稅原則，該被請求之部分即非屬遺產稅之課徵範圍，故得自遺產總額中扣除，免徵遺產稅。」

2、釋字第 500 號「又涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之，亦經本院釋字第四二〇號解釋在案。…財政部七十九年六月四日台財稅字第七九〇六六一三〇三號函釋示：…係就實質上屬於銷售貨物或勞務代價性質之「入會費」或「保證金」如何課稅所為之釋示，並未逾越營業稅法第一條課稅之範圍，符合課稅公平原則，與上開解釋意旨無違」

3、釋字第 496 號「上開財政部令函說明固謂：計算公式中「非營業收入」減「非營業損失」之餘額，若「非營業損失」大於「非營業收入」而發生營業外虧損時，應視為零處理。惟查相關之非營業損失項目繁多，如利息支出、兌換損失、免稅產品盤損或發生災害之損失等皆屬之。故與營業項目相關之非營業損失，如可直接合理明確確定其歸屬者，應具體定其歸屬外，倘難以區分時，則依免稅產品銷貨（業務）收入與應稅產品銷貨（業務）收入之比例予以推估，始符合租稅公平原則（參照本院釋字第四九三號解釋）。」

4、與本件最有相關的釋字第 493 號解釋「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…則其相關成本費用，按諸收入與成本費用配合之上揭法律規定意

旨及公平原則，自亦不得歸由其他應稅之收入項下減除。至應稅收入及免稅收入應分攤之相關成本費用，除可直接合理明確歸屬者得個別歸屬，應自有價證券出售收入項下減除外，因投資收益及證券交易收入源自同一投入成本，難以投入成本比例作為分攤基準。財政部八十三年二月八日台財稅第八三一五八二四七二號函說明三，採以收入比例作為分攤基準之計算方式，符合上開法條規定意旨，與憲法尚無牴觸。」

（四）按實質課稅原則本係源自德國租稅法制上之「經濟觀察法」，鈞院大法官自釋字第 420 號解釋開始，即明確宣示「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之」。其後並一再以實質課稅原則作為解釋性行政規則之規範違憲審查準則（例如釋字第 496 號解釋、釋字第 500 號解釋均屬適例），故就解釋性行政規則而言，「實質課稅原則」在我國法制上業已跳脫租稅法適用之目的論方法層次，而與具有憲法位階之租稅法律主義（憲法第 19 條）及租稅公平原則（憲法第 7 條）聯結，具有作為規範違憲審查準則之規範意義。申言之，倘有一解釋性行政規則忽略租稅法客觀目的下所要掌握之經濟實質，而將雖於法律形式上相同，但經濟實質上有別於租稅法真正所欲掌握之租稅客體，一併納入租稅課徵之範圍，即已抵觸租稅法律主義下之依法課稅原則，且此種解釋性行政規則對於法律形式上相同但經濟實質上有重要差別之事物給予相同對待，亦有違租稅法上公平課稅原則，故在此限度內，「實質課稅原則」毋寧使具有憲法位階之「依法課稅原則」及「公平課稅原則」在稅法上具有可操作性之具體化準則，亦屬鈞院可資適用之規範違憲審查準則。申言之，倘某一解釋性行政規則違背「實質課稅原則」，無疑亦已違背具憲法位階之依法課稅及公平課稅（量能課稅）

原則，而將「實質課稅原則」定位為租稅法上之目的論方法，與將某一違背「實質課稅原則」之下位規範評價為抵觸憲法，兩者並不生衝突，鈞院大法官上開解釋將「經濟觀察法」以「實質課稅原則」之概念呈現，正是彰顯解釋性行政規則違背「經濟觀察法」之結果於實體法上之憲法意義，並使之具有開啟違憲審查之憲法訴訟上意義，吾人自不能以「經濟觀察法」或是「實質課稅原則」屬於租稅法上目的論方法，即否定實質課稅原則於我國實體法上之憲法意義及憲法訴訟上之功能。至稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 1 項規定：「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之。」亦是將租稅法律主義及租稅公平原則視為實質課稅原則之規範根源。是故這個規定雖僅是普通法律位階，但正如同行政程序法將比例原則明文化一般，並無損其仍得作為規範違憲審查準則之功能，併此敘明。

- (五) 上開諸號解釋在在可以看出稅捐解釋函令對某一種案型之租稅事實予以定性，並適用至相關稅法之規定，均應符合實質課稅原則，否則此種法律解釋即非一個正確的法律解釋，是以鈞院在釋憲實務上亦採取解釋令函違反實質課稅原則即等同違反租稅公平原則，對行政機關而言稅捐法律僅能正確解釋，洵無任何判斷餘地可資游移。特別是釋字第 493 號解釋已經揭示應免稅所得所對應之成本費用必須依照租稅公平原則予以對應歸屬，易言之，對於成本、費用的事實關係必須依照實質課稅原則適用至正確的稅法上，此即 98 年新修訂之稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 2 項：「稅捐稽徵機關認定課徵租稅之構成要件事實時，應以實質經濟事實關係及其所生實質經濟利益之歸屬與享有為依據。」之規定意旨，立法者亦賦予實質課稅原則一個法律上的位階，財政部的函釋自應遵守實質課稅原則，

否則即屬一違反法律優先原則及實質法治國原則之行政釋示。

(六) 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，發行人本應從事依公開說明書及適當風險管理措施從事避險交易，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基於風險管理措施而買賣該認購權證與標的股票及權利人執行權利時將標的股票轉讓與伊等整體交易，均屬一行為，對於此種一行為自不能為相矛盾之評價。是故認購權證屬於一種具「時間價值」的「備」「兌」契約，對於權證發行人而言，該交易既然須待整體交易完結後始有結算損益之可能，而其間因避險交易所產生之損失又屬不能事先精確預測，僅能依前述避險公式推算並進行避險操作。準此，在權證交易中所採取之買賣該認購權證與標的股票之避險部位交易，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，當然構成權證交易本質之一部分。

(七) 惟最高行政法院確定判決卻認為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；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；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云云，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是基於風險管理措施而買賣該認購權證與標的股票，上開行為應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，否則就會如同財政部 86 年函釋獨立就風險管理措施獨立評價，造成一個行為卻被適用二個歧異的法律效果，形成所得稅法第 4 條之 1 與第 24 條之規範競合假象，此種作為絕非符合認購權證課稅的經濟實質，本於前述說

明，即能瞭解財政部 86 年函釋違反實質課稅原則，形同對租稅公平原則之違反，如容認財政部可任意以違反實質課稅原則之方式制定解釋性行政規則，造成納稅義務人之真實損益無法表達之違反量能課稅原則之現象，於本案類型，即形式因實質上權利金收入已被避險損失抵扣殆盡，證券公司實質稅負遠高於因避險措施發生之收益，自屬違反憲法及法律之實質正義。

四、發行認購權證之證券商基於避險目的而購入及賣出有價證券之行為，僅係其為履行認購權證契約之一部所踐行，本非所得稅法第 4 條之 1 所規範之證券交易，故財政部 86 年函釋將所得稅法第 4 條之 1 適用於權證避險損益，實已逾越所得稅法第 4 條之 1 規範意旨，增加法律所無之限制，而有違租稅法定主義之疑義：

（一）按所得稅法第 4 條之 1 停徵證券交易所稅之立法目的，係為鼓勵投資大眾進行證券交易，以活絡證券市場，故所得稅法第 4 條之 1 所稱證券交易，除指客觀上之證券買入及賣出行為外，主觀上應具有「透過證券交易而獲利」此一正向目的，亦即證券之買入或賣出對行為人本身具有主觀上獲利之獨立意義，故倘某一客觀上之證券買入或賣出，並非基於上開主觀上之獨立獲利目的，而僅係為履行另一契約上或法律上義務所必須於客觀上踐行之附隨行為，則應非所得稅法第 4 條之 1 規範意旨所能涵蓋之證券交易行為。

（二）查發行權證之證券商，基於避險目的而買入或賣出標的證券，乃係證券商為履行權證契約之必要配套行為，亦即證券商客觀上固有證券買入及賣出之行為，然此買入或賣出並非證券商出於自己獲利之主觀目的所進行之獨立性交易，而係附隨於權證契約內容。易言之，證券商就避險部分買入或賣出之決策，乃取決於其所銷售權證契約之內容，而非取決於證券商基於自身獲利考量之決定，是此權證避

險操作之行為內涵，實與上開所得稅法第 4 條之 1 規範之證券交易行為相異甚遠，故財政部 86 年函釋將所得稅法第 4 條之 1 適用於權證避險操作，而限制證券商將相關避險損益列入所得額計算，實已逾越所得稅法第 4 條之 1 規範意旨，增加法律所無之限制，應有違反租稅法定主義之疑義。

五、綜上，本案確定判決所適用之財政部 86 年函釋，違憲情節甚明，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、行為時發行人申請發行認購（售）權證處理準則

附件 2、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 3、證券商財務報告編制準則

附件 4、李惠宗，憲法要義，第 2 版，第 48 頁

附件 5、柯格鐘，柯格鐘，憲法解釋與量能課稅及實質課稅原則，司法院大法官九十八年度學術研討會（上）冊，第 18、19 頁

附件 6、黃茂榮，稅法總論第一冊，頁 405

附件 7、陳清秀，稅法總論，頁 196

附件 8、陳清秀，稅法總論，第 209、210 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：勤業眾信聯合會計師事務所

袁金蘭會計師

德勤商務法律事務所

林瑞彬律師

中 華 民 國 9 9 年 8 月 3 0 日

釋憲陳報狀

聲 請 人：凱基證券股份有限公司

代 表 人：魏寶生(董事長)

代 理 人：周黎芳 會計師

為聲請人 89 年度及 87 年度營利事業所得稅事件，不服經最高行政法院以 98 年度判字第 422 號及 98 年度判字第 552 號判決，認適用法令有抵觸憲法之疑義，聲請 貴院解釋憲法，經 貴院審理在案，聲請人於 99 年 3 月 26 日召開董事會推選魏寶生為新任董事長，有董事會議事錄(附件 2)可證，懇請 貴院准予聲請人更換法定代表人為魏寶生。

謹 呈

司法院 鈞鑒

具狀人即

聲 請 人：凱基證券股份有限公司

代 表 人：魏寶生

撰狀人即

代 理 人：周黎芳 會計師



大法官書記處

中 華 民 國 1 0 0 年 1 1 月 2 日





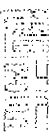
司法院大法官書記處收文
100年 11 月 8 日
會台字第 9807-1 號

解釋憲法聲請 陳報狀

聲 請 人：群益金鼎證券股份有限公司

代表人：劉敬村

代 理 人：卓隆燁（安侯建業聯合會計師事務所 會計師）



總收文 11/07

G10027939

三科

安建(100)稅(一)字第01234M號

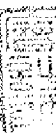
為陳報聲請人公司名稱及代表人變更乙事：

- 一、聲請人因最高行政法院 98 年度判字第 1358 號判決及最高行政法院 98 年度判字第 1525 號判決於 99 年 5 月 4 日向 鈞院聲請解釋憲法在案。
- 二、陳報聲請人更名前群益證券股份有限公司，於 100 年 7 月 12 日申請公司名稱變更登記，為經濟部 100 年 7 月 13 日經授商字第 10001156620 號函（附件一），核准變更新公司名稱：群益金鼎證券股份有限公司。
- 三、陳報聲請人代表人變更前為陳田文君，於 100 年 9 月 6 日申請改選董事長、法人股東改派代表人為董事變更登記，為經濟部 100 年 9 月 7 日經授商字第 10001209080 號函（附件二），核准變更新代表人姓名：劉敬村，特此陳報。

附 件：

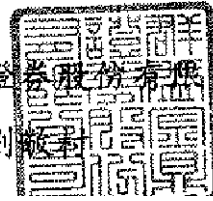
- 一、經濟部 100 年 7 月 13 日經授商字第 10001156620 號函影本。
- 二、經濟部 100 年 9 月 7 日經授商字第 10001209080 號函暨公司變更登記表影本。
- 三、釋憲委任書正本乙份。

謹 狀
司法院 公鑒



聲 請 人：群益金鼎證券股份有限公司

代表人：劉敬

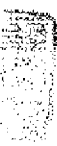


代 理 人：安侯建業聯合會計師事務所

卓隆燁 會計師



中 華 民 國 1 0 0 年 1 1 月 4 日



正本

司法院大法官書記處收文
99年 6 月 22 日
會台字第 9845-1 號

解釋憲法聲請理由補充書

聲 請 人 宏遠證券股份

有限公司

代 表 人 柳漢宗

代 理 人 林石猛律師

邱基峻律師

吳惠娟律師

戴敬哲律師

王彥凱會計師

為聲請人受最高行政法院 99 年度判字第 277 號確定終局判決，適用財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函釋（下稱釋憲標的之一）、同年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函釋（下稱釋憲標的之二）作為判決基礎，致聲請人於憲法上所保障之權利遭受不法侵害，發生抵觸憲法規定與基本價值之疑義，業已於 99 年 5 月 20 日提出解釋憲法聲請書，茲謹提出解釋憲法聲請補充理由事：

一、現行法制關於認購（售）權證課稅規範之源由



(一)民國 96 年 7 月 10 日以前，就認購（售）權證所得稅之租稅構成要件，僅由財政部以函釋規範

1、 整理我國有關認購（售）權證課稅的相關法令規範，即可知稅捐實務上，係由財政部依其職權，以認購（售）權證的生命週期為基礎，切割成「發行權證時點」、「權利存續期間」與「到期履約時點」三個階段，分別發布下述之數個行政規則（含解釋函令在內）所構成，詳述如次。

2、 發行權證時點：係指證券商正式發行認購（售）權證的時間點。在此之前均為證券商發行權證前的準備階段，即為俗稱的造市階段。

(1) 依據財政部 86 年 5 月 23 日(86)台財證(五)字第 03037 號函見解：非由標的證券發行公司所發行之認購（售）權證，其募集、發行與交易等相關事項均應受我國證券管理法令之規範，從而財政部係將認購（售）權證視為「其他有價證券」，其相關稅捐的核課亦係依據有價證券的課稅規範為之。亦即，有關認購（售）權證之交易行為，原則上即應依據證券交易稅條例課徵證券交易稅，但依所得稅法第四條之一的規定，相關所得停止徵

收所得稅，其交易損失亦不得自所得額中減除。

- (2) 惟財政部另於 86 年 12 月 11 日台財稅第 861922464 號函中表示：依證券交易稅實施注意事項第二點之規定，發行認購（售）權證之行為並不屬交易行為，應免徵證券交易稅，自亦非屬營業稅之課稅範圍。換言之，依據上述規定，因「發行」非屬「交易」行為，故營利事業發行有價證券的行為，若因此一發行行為而有所獲得者，仍屬營利事業之應稅所得。在本件中，證券商因發行認購（售）權證所獲得的對價，主要為其所收取的權利金收入，在實務上即因此全部認列為證券商應稅之營利事業所得。而本件釋憲標的之二，亦即財政部 86 年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函即係以此見解為前提，直指認購（售）權證發行人於發行時所取得的發行價款，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的規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。

- 3、權利存續期間：此一期間係指證券商發行認購（售）權證後，一直到該權證到期進行結算之間的期間，即為兩個時點中間的存續期間。

依據上述釋憲標的之一，亦即財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函之說明一指出：「發行」後「買賣」認購（售）權證者，應依證券交易稅條例第二條第二款之規定，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。換言之，證券商在發行權證後之權利存續期間中，其無論買進或賣出自己所發行之認購（售）權證者，因權證係屬「其他有價證券」，故僅依據證券交易稅條例上開規定課徵證券交易稅，並依所得稅法上開規定，免課徵因交易證券所獲所得之所得稅。

4、到期履約時點：權證到期之時點，購買認購（售）權證的投資人，將會依據權證標的股票與市場價格的差異，決定其是否對於發行權證的證券商行使履約的權利，此一階段因此稱為到期履約時點。

(1) 依據上述釋憲標的之一，亦即財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函之說明二與說明三指出：認購（售）權證持有人於到期日時，行使其履約權利者，其係向發行人要求購買或賣出標的股票者（亦即現物交

割)，係屬發行人或標的股票持有人出賣標的股票之行為，應依證券交易稅條例第二條的規定，按履約價格課徵千分之三證券交易稅；若係向發行人請求以現金方式結算價差者（亦即現金交割），亦屬認購（售）權證標的股票之交易行為，應對認購（售）權證的發行人（或持有人），依標的股票之履約價格按千分之三課徵證券交易稅，及對認購（售）權證的持有人（或發行人）依標的股票之市場價格按千分之三課徵證券交易稅，並依所得稅法第四條之一規定停止課徵所得稅。

- (2) 此一見解，在本件釋憲標的之二，亦即財政部 86 年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函中，亦重申相同意旨：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所產生的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。

(二)民國 96 年 7 月 11 日以後，就認購（售）權證所得稅之租稅構成要件，方於所得稅法有所規定

- 1、民國 96 年 7 月 11 日，公布施行所得稅法，新增第 24 條之 2 的規定，對於認購（售）權證之所得課稅有明確

之規範。依據該條第 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，不適用第四條之一及第四條之二規定。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。」

- 2、在此新法之下，吾人可以得知現行有關權證之課稅規範，原則上仍維持財政部上述之前後二個時點與其中一個期間的三個階段課稅架構，但對於上述第二個階段亦即在權證發行後到期前之權利存續期間中，基於風險管理而買賣經目的事業主管機關核可之交易所得或損失，可與第一階段亦即權證發行時點所發生的損益，主要為權利金之收入併計損益。財政部為避免發生誤解，乃於 98 年 12 月的所得稅法令彙編中，函令將本件釋憲

標的之一的文字內容作局部刪除，亦即函示最末一句的「並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅」加以刪除，並將本件釋憲標的之二免列，蓋因所得稅法第 24 條之 2 條文已另有規定。

二、釋憲標的之一與釋憲標的之二所存有之重大抵觸憲法疑義：

(一)全由財政部之解釋函令所構成的權證課稅規範，完全抵觸依法課稅原則

- 1、本件釋憲之聲請，緣起聲請人於 88 年度營利事業所得稅的結算申報，財政部台北市國稅局核定聲請人之應納稅額時，以本件釋憲標的所適用的兩件解釋函令，否定聲請人申報的認購權證之交易損益與結算損益作為減項而生。攸關證券商發行認購（售）權證之應稅或免稅所得事項的法律規範，在民國 96 年 7 月 10 日以前，竟然完全由財政部依職權所發布的幾個行政規則或解釋函令，包括本件釋憲標的之一（86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函）與釋憲標的之二（86 年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函）在內的函令所建構而

成，完全無視於我國憲法第 19 條之規定：「人民有依法
律納稅之義務」，及歷年來 大院對於上述依法課稅原
則，在 367、443、496、566、620、622、640 等多號解
釋中所闡釋的意旨：「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」。財政部上述針對認購（售）權證所
作的解釋函令，均屬對於該認購（售）權證之稅捐客體
與稅基計算等稅捐構成要件的主要事項所作規範，絕非
僅屬執行法律之細節性、技術性等次要事項而已。

- 2、即便是在 96 年 7 月 11 日，修正公布所得稅法第二十四
條之二以後，上述全由財政部之解釋函令所構成的權證
課稅規範情況，並未因此獲得改善。蓋若未藉助財政部
在此之前所發布，亦即於 86 年間（包括本次釋憲標的
之一與釋憲標的之二在內）的數個解釋函令與行政規
則，吾人光從上開所得稅法第 24 條之 2 的規定，根本

無法得悉我國稅捐實務上有關權證的課稅，係以前述所謂前後二個時點與其中一個期間的三階段方式，分別作應稅或免稅的判斷。從而，與其說是財政部上開 86 年間的兩號解釋函令是在補充現行所得稅法第 24 條之 2 的法律規定，毋寧應說是由立法者以上開法條規定補充、並肯定財政部所作上述解釋函令的內容而作部分的修正。作為行政機關，我國財政部竟可有如此大的權限，訂立與稅捐構成要件有關的主要事項。財政部甚至也可藉由重編稅捐法令彙編的方式（如前所述），逕行修改或刪除部分函令之內容，直接決定或影響對於人民課稅有關的主要事項，從而使得我國憲法所規定之依法課稅原則，在此範圍內蕩然無存，人民的財產權與工作權也因此而受到行政機關缺乏法律明文規定作為依據的違憲侵犯。

- 3、財政部於 86 年間開始，一面以主管機關之地位，允許證券業者對於廣大的投資人發行股票之認購（售）權證，另一面卻於 96 年 7 月前，皆怠於向立法院提出相對應之課稅草案。故而，就認購（售）權證所得稅之租稅構成要件，未能經由立法審查以合乎憲法依法課稅原

則之要求，財政部則趁機藉由發布解釋函令的方式，對於人民之間有關權證交易事項的課稅進行實質的規範。此種作法不僅是僭越與藐視立法機關的地位（這其實也是我國立法者的縱容與怠忽職守），也充滿著便宜行政與自恃專業的本位心態（蓋若無財政部等主管部會的提案，以立法院的專業水準，似亦無法提出完整的課稅草案），實應由 大院藉由憲法解釋之機會加以糾正，蓋在我國憲法體制中，除了 大院有此權限與可能，糾正行政機關的不當心態，並同時藉此保護人民受憲法保障的基本權利以外，人民亦將別無其他方法可為救濟。

(二)任意切割整體課稅事件的部分事實，進而決定其應稅或免稅者，既屬財政部的恣意，亦違反核實課稅、客觀淨值與量能而平等課稅之原則

1、承前所述，我國有關認購（售）權證課稅的相關法令規範，係由財政部以認購（售）權證的生命週期為基礎，切割成前後兩個時點與其中一個期間的三個階段，分別作應稅與免稅的認定。此一情形，在 96 年 7 月 11 日，修正公布所得稅法第 24 條之 2 以後，仍為如此。

2、惟財政部所持之見解，顯然是切割有關權證之整體課稅

事件的部分事實，進行其分離式的法規範之涵攝適用，絕對無法得出正確的稅捐法律適用結果，蓋吾人皆知在法律三段論法的邏輯結構下，無論是大前提的法律解釋或小前提的事實認定，只要有任一錯誤或產生偏差者，其法律適用的結果即不可能為正確，而財政部在本件釋憲標的之解釋函令中所表現出來的作法，即是切割事實的認定，只挑對國庫有利的事實作認定，其適用之結果自無可能為正確。再者，財政部是恣意地挑出對國庫，亦即對於課稅非常有利的發行權證階段，運用舉世所無之所謂「發行非屬交易行為」，此種不合事實的概念邏輯，看似給予發行權證之證券商相關免去交易稅或營業稅的利益，其背後目的卻在欲藉由此等方式，將證券商因發行權證而收取的權利金收入，以違背所得稅法第四條之一規定價值的方式，重新列入我國所得稅課徵的範圍。換言之，財政部在 86 年間所發布包含本件兩個釋憲標的在內之解釋函令，純粹是基於國庫自私之目的，陰謀以免去交易稅的方式，換取將證券商發行認購（售）權證所獲得之相關收入，重新列入所得稅的課徵範圍。此舉是既不尊重，也是刻意地忽略我國立法者自民國 79

年以後，有關證券交易所得免稅、改課證券交易稅的立法選擇。其藉由切割事實而作階段式的分別認定應稅與免稅的方式，既屬恣意也完全違反核實課稅的基本精神，蓋稅捐機關就稅基與稅額的決定，若非以真實且完整的稅捐事實為基準，即無法正確計算足以反應聲請人等基於認購（售）權證之交易所取得的稅捐負擔能力。

- 3、本件聲請人聲請 大院釋憲的事件，係聲請人於 88 年的營利事業所得稅結算申報事件，適用民國 96 年 7 月 11 日修正公布所得稅法第 24 條之 2 以前的稅捐法令規範。在當時，財政部對於發行權證業者所收取的權利金，依據上開解釋函令，既不允其以權證發行準備階段與發行權證後，基於履約準備與避險目的所作之有關衍生性商品（例如選擇權）、權證或其標的證券買賣之交易損失作為減項加以扣除，彷彿證券商在發行認購（售）權證之稅務帳上，只有權利金之加項收入以茲課稅，其餘較大宗的成本費用例如履約準備與避險行為之交易，均不認列為成本費用，可為減項而加以減除。如此一來，發行認購（售）權證的證券商在稅務上必然只有淨額的正所得可供課稅。全世界若有如此好的生意，則

國內外的證券商，何不爭相到我國，請求財政部（現為金管會所主管）准許在本地盡量地發行認購（售）權證？這既是違背一般所公認之「高報酬亦伴隨高風險」的基本常識以外，財政部在有關權證的課稅事項上，只允加項的收入計入稅基，不允其相關連的成本費用加以減除者，在會計學上即認為違反收入與成本費用配合原則，稅法學者即稱之為違反客觀淨值原則，也就因此而違背量能課稅的稅法基本原則，即係違反憲法第 7 條所規定的平等原則。上述客觀淨值原則、量能課稅原則與憲法之平等原則三者間的關係，早經我國稅法學者討論之相關文獻加以闡明（附件：柯格鐘，論量能課稅原則，成大法學第 14 期，2007 年 12 月，第 55 至 120 頁），可提供為 大院釋憲時之參考。

三、綜上所述，本件聲請人聲請釋憲標的之財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函與同年 12 月 1 日台財稅字第 861922464 號函等兩件解釋函令，雖屬行政機關依職權所發布之行政規則，卻係僭越並取代立法者的地位，針對人民有關權證交易之課稅事項所作的實質規

範，既違反憲法第 19 條所規定之依法課稅原則，亦係違背 大院歷年來在數號解釋中所闡明，有關稅捐構成要件，包括稅捐客體與稅基，均應由法律或法律所授權的法規命令訂定的意旨，本即可議。在上述兩件解釋函令中，財政部又以違背事實本應整體觀察評價的方式，恣意地切割專對國庫課稅有利的權證發行階段，以不合事實並違反常情的概念邏輯，誣稱「發行非屬交易行為」，即將發行權證之證券商因發行權證所收取的權利金收入，違反我國立法者在民國 79 年以後，在所得稅法第 4 條之 1 規定中所宣示的立法價值；不僅將其重新列入應稅所得的課稅範圍，財政部且在民國 96 年 7 月 11 日現行所得稅法第 24 條之 2 修正之前（此為本件聲請人聲請釋憲前，於本案訴訟中法院所適用的規範），對於聲請人基於避險目的所作的各項準備或交易行為，一概不允認列為成本費用的減項，形同實務上發行權證的證券商，將只有收入加項卻無相對應之成本費用減項的稅務結果，不僅違反核實課稅之原則，也是違反會計學上所稱的收入與成本費用配合原則、稅法學所稱的客觀淨值原則，從而違反量能課稅之稅法基本原則，

與憲法第 7 條所規定的平等原則，並同時侵害聲請人受
憲法保護之基本權，應給予違憲結果之認定，並由 大
院宣告該等命令立即失效的意旨。如蒙所允，甚感德澤。

謹 狀

司法院

公鑒

附件：柯格鐘，論量能課稅原則，成大法學第 14 期，2007
年 12 月，第 55 至 120 頁。

中 華 民 國 9 9 年 6 月 2 2 日

具狀人即聲請人 宏遠證券股份
有限公司

代 表 人 柳漢宗

撰狀人即代理人 林石猛律師

邱基峻律師

吳惠娟律師

戴敬哲律師

王彥凱會計師

司法院大法官書記處收文
99年 12月 13日
會台字第10145-1號

正本

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國 99 年 12 月 10 日

發文字號：普字第 10008578 號

附 件：如說明。

主 旨：為聲請人業於民國 99 年 12 月 1 日聲請釋憲乙案，依法陳報更正事。

說 明：檢附釋憲聲請書更正陳報狀乙份。

正 本：司法院

聲 請 人：金鼎綜合證券股份有限公司

代 表 人：林樹源

代 理 人：普華商務法律事務所

蔡朝安律師



聯 絡 人：黃琦嫻律師



釋憲聲請書更正陳報狀

聲 請 人 金鼎綜合證券股份有限
公 司

代 表 人 林樹源（董事長）

代 理 人 蔡朝安律師

為聲請人就最高行政法院 99 年度判字第 1077 號確定終局裁判，所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者請釋憲乙案，業於民國 99 年 12 月 1 日聲請釋憲，依法陳報更正事：

緣聲請人於本案釋憲聲請書就上訴人核定補徵稅額原記載新台幣「139,796,268元」（詳聲請書頁2，第7行），係屬誤植；本案正確核定補徵稅額為新台幣「139,796,801元」，特具狀更正之，敬請鑒察。

謹 狀

司法院 公鑒

【附件】

附件：原聲請書影本乙份。

聲 請 人 金鼎綜合證券股份有限公司

代 表 人 林樹源

代 理 人 蔡朝安律師



中 華 民 國 9 9 年 1 2 月 1 0 日

一、疑義之經過

- (一) 緣聲請人於 91 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台幣（下同）284,139,811,008 元及呆帳損失 47,959,977 元。嗣遭臺北市國稅局就營業收入（認購權證發行價款）調增 465,660,000 元；呆帳損失調減 1,828,268 元等項目並核定補徵稅額共 139,796,268 元。
- (二) 聲請人以自留額度不應列入權利金收入，避險交易損失應屬權利金收入之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；嗣後，就訴願決定及原處分（含復查決定）關於營業收入超過 284,620,506,285 元（即自留額度 12,776,326 元）部分提起訴訟，亦經台北高等行政法院以 97 年度訴字第 2145 號判決駁回聲請人所提訴訟。聲請人就前揭判決仍有不服，提起上訴，最高行政法院以 99 年度判字第 1077 號判決駁回聲請人第一審之訴。本案因依法不得再上訴，而告確定。

二、疑義之性質及所涉憲法條文

- (一) 按「自中華民國七十九年一月一日起，證券交易所所得稅停止課徵所得稅，證券交易損失亦不得自所得額中減除。」所得稅法第 4 條之 1 定有明文。而財政部 86 年 7 月函釋示認購（售）權證為其他有價證券，財政部 86 年 12 月函復釋示，「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第 22 條有關公司

司法院大法官書記處收文
100 年 11 月 23 日
會台字第 10145-2 號

正本

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國 100 年 11 月 22 日

發文字號：(100)普字第 11008088 號

附 件：如說明。

主 旨：為最高行政法院 99 年度判字第 1077 號確定判決所適用之法律或命令有抵觸憲法之疑義，業依司法院大法官審理案件法向 鈞院聲請解釋，謹提呈聲明承受釋憲狀。

說 明：檢附聲明承受釋憲狀暨委任狀。

正 本：司法院

聲 請 人：群益金鼎證券股份有限公司

代 表 人：劉敬村

代 理 人：蔡朝安



聯 絡 人：黃琦嫻律師

大法官書記處



總收文 11/22

G10029313

三科

聲明承受釋憲 狀

聲 明 人 群 益 金 鼎 證 券 股 份
有 限 公 司
劉 敬 村 (董 事 長)

代 理 人 蔡 朝 安 律 師

送達代收人 黃琦嫻律師

為聲明承受釋憲事：

緣聲請人前身之金鼎綜合證券股份有限公司與群益證券股份有限公司雙方董事會於民國 100 年 3 月 9 日決議通過合併案，合併後金鼎綜合證券股份有限公司為消滅公司，群益證券股份有限公司為存續公司，嗣後更名為群益金鼎證券股份有限公司，代表人並變更為劉敬村，爰檢附經濟部變更登記核准函及公司變更登記表(附件 9)，向 鈞院聲明承受釋憲。

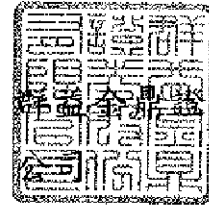
謹 狀
司 法 院 公 鑒

【附件】

委任狀正本乙件。

附件 9： 經濟部 100 年 10 月 14 日經授商字第 10001238550 號
函影本乙份。

聲 請 人



祥益證券股份有限公司

代 表 人

劉敬村



代 理 人

蔡朝安律師



中 華 民 國 1 0 0 年 1 1 月 22 日

司法院大法官書記處收文
100年 11 月 23 日
會台字第 10202-1 號

正本

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國 100 年 11 月 22 日

發文字號：(100)普字第 11008087 號

附 件：如說明。

主 旨：為最高行政法院 99 年度判字第 1263 號確定判決所適用之所得稅法第 4 條之 1、財政部 86 年 7 月 31 日台財稅字第 861909311 號函及同年 12 月 11 日台財稅字第 861922464 號函，有抵觸憲法第 7 條、第 15 條、第 19 條及第 23 條之疑義，業依司法院大法官審理案件法向 鈞院聲請解釋，謹提呈聲明承受釋憲狀。

說 明：檢附聲明承受釋憲狀暨委任狀。

正 本：司法院

聲 請 人： 群益金鼎證券股份有限公司

代 表 人： 劉敬村

代 理 人： 蔡朝安律師



聯 絡 人： 黃琦嫻律師

大法官書記處



總收文 11/22
G10029312

三科

聲明承受釋憲 狀

聲 明 人 群益金鼎證券股份
有限公司
劉敬村(董事長)

代 理 人 蔡朝安律師

送達代收人 黃琦嫻律師

為聲明承受釋憲事：

緣聲請人前身之金鼎綜合證券股份有限公司與群益證券股份有限公司雙方董事會於民國 100 年 3 月 9 日決議通過合併案，合併後金鼎綜合證券股份有限公司為消滅公司，群益證券股份有限公司為存續公司，嗣後更名為群益金鼎證券股份有限公司，代表人並變更為劉敬村，爰檢附經濟部變更登記核准函及公司變更登記表(附件 17)，向 鈞院聲明承受釋憲。

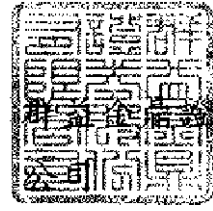
謹 狀
司法院 公鑒

【附件】

委任狀正本乙件。

附件 17：經濟部 100 年 10 月 14 日經授商字第 10001238550 號
函影本乙份。

聲 請 人



券股份有限

代 表 人

劉敬村



代 理 人

蔡朝安律師



中 華 民 國 1 0 0 年 1 1 月 22 日

司法院大法官書記處收文
100年 5 月 23 日
會台字第10343-1 號

正本

函

受文者：司法院

速 別：最速件

發文日期：中華民國100年5月20日

發文字號：普字第11002903號

附 件：如說明。

主 旨：為最高行政法院99年度判字第813號判決所適用之所得稅法第4條之1、財政部86年7月31日台財稅字第861909311號函及同年12月11日台財稅字第861922464號函，有抵觸憲法第7條、第15條、第19條及第23條之疑義，侵害聲請人受憲法保障之基本權利，業依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款聲請 鈞院解釋，提呈釋憲補充說明書如附，謹請查收惠辦。

說 明：檢附釋憲補充說明書乙份。

正 本：司法院

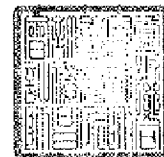
聲 請 人：元富證券股份有限公司

代 表 人：陳俊宏

代 理 人：許祺昌會計師

李益甄律師

蘇偉哲律師



聯 絡 人：李益甄律師

大法官書記處



總收文 05/20

G10012478



釋憲補充說明書

聲 請 人 元富證券股份有限公司

代 表 人 陳俊宏

代 理 人 許祺昌會計師

李益甄律師

蘇偉哲律師

緣聲請人為最高行政法院99年度判字第813號判決所適用之所得稅法第4條之1、財政部86年7月31日台財稅字第861909311號函及同年12月11日台財稅字第861922464號函，有牴觸憲法第7條、第15條、第19條及第23條之疑義，業於100年4月18日呈送釋憲聲請書向鈞院大法官會議聲請解釋憲法，爰再補充聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解如后：

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

(一) 96年7月11日增訂之所得稅法第24條之2規定，係為填補所得稅法第4條之1因避險交易而產生之隱藏性法律漏洞：

- 1、所謂「法律漏洞」，係用以指稱「法律體系上之違反計畫的不圓滿狀態」，依其產生之類型又可區分「明顯的漏洞」(offene Lucken)與「隱藏的漏洞」(verdeckte Lucken)，前者係指法律對應予規範之案型，未加以規範(亦即有規範不足的現象)，後者則係指法律對應予規範之案

型，雖已加以規範，但未對該案型之特別情形在規範上給予考慮，並相應地以一個特別規定加以規定（亦即有規範太過的現象），對於這種一般規定應有特別限制規定之欠缺，便構成了「隱藏的漏洞」。而無論係明顯的或隱藏的法律漏洞，其態樣均構成法律價值體系的違反，基於平等原則之要求，法律漏洞應予補充（以上請參見，黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法，收於氏著法學方法與現代民法，第559頁至第560頁、第646頁至第653頁及第659頁至第698頁，附件13）。據此，對於隱藏的法律漏洞，其構成要件為：法律對應予規範之案型加以規範，卻未對該案型之特別情形為特別規定，其法律效果則為依平等原則對法律漏洞予以補充。

- 2、從歷史因素解構，所得稅法第4條之1係於78年12月30日公布，認購（售）權證此一新型態金融商品則係於86年始經核准上市，是立法者於制定所得稅法第4條之1當時，可想見並未預想到會有以避險為目的（而非獲利）之特殊證券交易型態，自無從就此特殊交易型態訂定例外排除所得稅法第4條之1之適用，易言之，避險交易之產生，與當時立法者制定所得稅法第4條之1之立法目的及規範計畫已有出入，使所得稅法第4條之1產生違反計畫之不圓滿性，而符合隱藏性法律漏洞之構成要件。
- 3、次就經濟實質而言，券商因發行認購（售）權證而從事之避險交易，雖然有證券交易之外觀，但在經濟實質上與一般證券交易卻有天壤之別（避險交易與一般證券交易之區別，請參見釋憲聲請書第9頁倒數第5行以下），基於「不等者，不等之」之平等原則要求，本不應與一般

證券交易等同適用所得稅法第4條之1，惟所得稅法第4條之1於立法當時未對此例外情形而為特別規定，因此形成了「隱藏性法律漏洞」，而此法律漏洞因違反憲法上量能課稅原則、實質課稅原則及平等原則所建構之價值體系，自應由 鈞院以合憲性解釋之方式予以填補。

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

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

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

- 1、依前所述，所得稅法第4條之1因避險交易所產生之隱藏性法律漏洞，在96年7月11日增訂所得稅法第24條之2後已獲得解決，然該條文並未明定得溯及適用於修法前到期之認購（售）權證事件，使所得稅法第4條之1在所得稅法第24條之2增訂前之法律漏洞是否應予填補，存有疑義。由於立法者之模糊留白，致可能有論者謂：立法者既已明確不賦予該條文溯及適用效力，則為尊重立法者之決定，則所得稅法第4條之1在96年修法前之法律漏洞，自無須予以填補。
- 2、惟觀諸所得稅法第24條之2立法當時之立法院院會討論發言記錄，可知立法委員多數贊成該條文應溯及適用，將所得稅法第4條之1之法律漏洞透過修法一次圓滿解決，然此所以未採此方式，主要係立法者擔憂引致「圖利財團」惡名，絕無承認所得稅法第4條之1於修法前法律漏洞無庸填補之意，此可見當時參與該條文立法之委員發言：

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

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

	表決經過	要，當時民進黨的立法是贊成不溯及既往，而當天會場的氣氛是打算不讓主張不溯及既往的第一案通過，<u>然後要通過贊成溯及既往的第二案，也就是說，從87年之後的稅就全部要退還給券商</u>。本來有182人支持第2案，卻在重付投票時，因為聽到吳敦義委員喊出「圖利財團」，大家立即反對該案。由此可知，有時立法院進行表決是不太用大腦的，<u>本席當初好像也是反對，只因為本席害怕被冠上「圖利財團」的標籤</u>，現在這個社會是不是講真理、講實話的社會，而是只講表象，所以這是一個裝斯文、裝形象的社會，一旦被冠上「圖利財團」的標籤就不得了了。	319頁
蔡其昌	質詢財政部長林全	我記得在財經研究所的時候，衍生性金融商品的老師跟我們討論過這個問題，在討論過程中，這個案例讓我們覺得政府在整個法令制訂上有嚴重的疏失，而且很不合理。權證所得應將避險成本拿掉之後計算，比較合理。	附件 15 項次3第 324頁

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

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

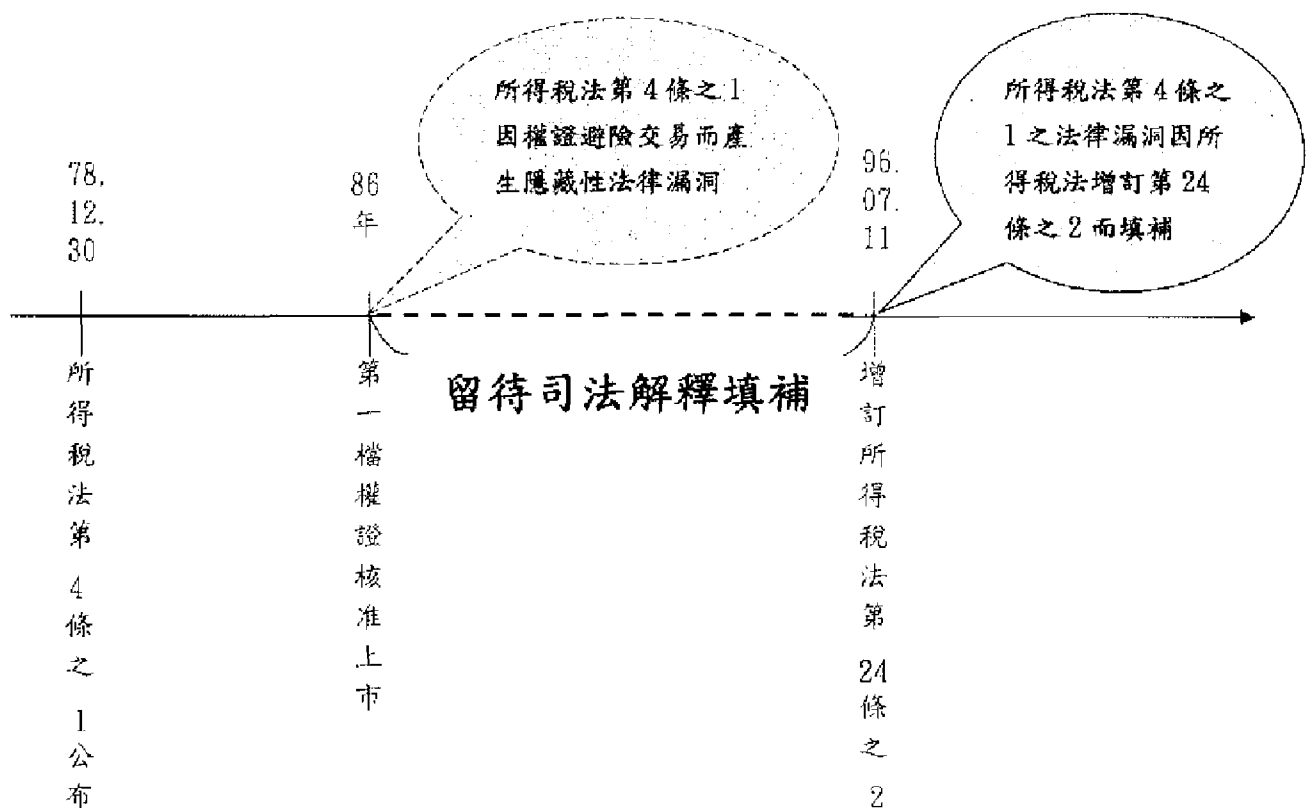
明確表態本條不得溯及既往云云，恐非實然，事實上，正確的解讀應是：立法者當時因政治考量不能通過溯及既往條款，而將此修法前之法律漏洞填補工作，留待司法解釋進一步圓滿解決。

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

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

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

(四) 謹就聲請人上開所述圖示如下，俾供 鈞院參酌：



二、綜上所陳，所得稅法第24條之2雖非聲請人本案聲請解釋之對象，然從所得稅法第24條之2之增訂，可見所得稅法第4條之1確有應填補之隱藏性法律漏洞存在，且因此造成人民基本權利受到侵害，自屬違憲，懇請 鈞院審酌，惠予核示。

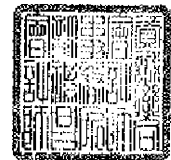
三、關係文件之名稱及件數

- 附件 13：黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法，收於氏著法學方法與現代民法，2009 年 8 月增訂第 6 版，第 559 頁至第 560 頁、第 646 頁至第 653 頁及第 659 頁至第 698 頁影本乙份。
- 附件 14：所得稅法第 24 條之 2 立法理由影本乙份。
- 附件 15：所得稅法第 24 條之 2 修法過程歷次立法院會議紀錄影本乙份。

謹 狀

司 法 院 公 鑒

聲 請 人 元富證券股份有限公司
代 表 人 陳俊宏
代 理 人 許祺昌會計師
李益甄律師
蘇偉哲律師



中 華 民 國 1 0 0 年 5 月 2 0 日