

釋字第六九三號解釋部分不同意見書

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八六一九〇九三一號函所載「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〇九〇〇〇〇一一五九號函（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。¹ 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「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「經濟能力」或「相對的經濟福祉」毫無關聯，故其措施與「量能課稅」原則無

¹ 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).

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台灣分公司」（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,在避險操作是否得做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)，而以非「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「以法律定之」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之情形，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。² 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。」³ 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

² 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>。

³ 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."

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、本席有關係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。