

釋字第 693 號解釋不同意見書

大法官 黃茂榮
葉百修
陳碧玉

本號解釋多數意見認為財政部中華民國八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函及財政部八十六年七月三十一日台財稅第八六一九〇九三一號函均合憲，符合一般法律解釋方法、租稅法律主義及量能課稅原則。然因財政部上開二函之見解根本違反所得稅法建制之基礎原則：淨額原則及費用損失與收入之配合原則，使得依該函釋計算之結果不能正確表現認購（售）權證發行人自其權利金收入取得之所得，爰提出不同意見書，以供為往後國人檢討所得稅法建制原則之立法及其實踐的參考。

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

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

司法院釋字第四二〇號解釋文釋稱：「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之。」該號解釋後，上述意旨不但常受明白引用（例如司法院釋字第四三八號、第四六〇號、第四九六號、第五〇〇號、第五九七號、第六二五號解釋），而且於中華民國九十八年五月十三日明文增訂於稅捐稽徵法第十二條之一第一項。其意旨主要為：稅法之解釋不得拘泥於文字。其中司法院釋字第五九七號解釋文並釋稱：「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則。」該號解釋明白昭示：據以課稅之「各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則」。其所稱「公平原則」，從同院其他關於租稅公平原則的闡釋，可謂是稅捐正義在量能課稅的基礎上之進一步的要求。例如司法院釋字第六〇七號解釋，除在解釋文重申下述原則外：「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，以法律明定之。各該法律規定之內容且應符合租稅公平原則。」並在解釋理由書闡述：「營利事業所得來源，如

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

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

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

一、認購（售）權證之法律性質

認購（售）權證為認購權證與認售權證之合稱。認購（售）權證之法律性質為經證券化之選擇權。認購權證，指權證持

有人有權利，但無義務，依權證所載價格，在約定期日或期間，向發行人購買約定數量之約定標的；認售權證，指權證持有人有權利，但無義務，依權證所載價格，在約定期日或期間，向發行人售出約定數量之約定標的（發行人申請發行認購（售）權證處理準則第二點第二項規定參照）。

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

二、股票與認購（售）權證之證券化時點的比較

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

三、發行認購（售）權證之原因關係的法律性質

發行股票之公司所以交付經其證券化之股票給該股東

的原因關係是股東對其認股及繳股款所構成之投資關係。該股票之交付單純的，只是要以證券表彰一個已存在之投資關係，以方便其表彰之股東權的行使與流通。

認購（售）權證之製作人所以將該權證交付他人的原因關係是因為取得約定代價，而負擔該權證所載之選擇權債務的關係。以雙方約定之給付與對待給付所構成之對價關係的內容為基礎，認購（售）權證之製作人第一次就該權證，與他人成立之法律關係，實與民法所定權利買賣的特徵相當，應論為以權利為標的之買賣契約。將交易之選擇權預先證券化之目的，在於創設該選擇權，並將其有體化，以方便其買賣及流通。

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

憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，以法律明定之（司法院釋字第607號、釋字第635號解釋參照）。認購（售）權證的發行所指者其實是認購（售）權證之第一次的買賣。其買賣標的為業經證券化的選擇權。此為權利的買賣。因此，其發行具有證券交易的特徵，依證券交易稅條例第一條應課徵證券交易稅，如有所得，並依所

得稅法第四條之一停止課徵所得稅。然財政部八十六年十二月一日台財稅字第八六一九二二四六四號函釋：「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，……依證券交易稅實施注意事項第二點規定，發行認購（售）權證，不屬於交易之行為，應免徵證券交易稅，自亦非屬營業稅之課稅範圍。」該函首先將發行權證所取得之發行價款定性為權利金收入，然後再以證券交易稅實施注意事項第二點為依據，認定發行認購（售）權證構成之選擇權的買賣，不屬於交易之行為。該認定固然使發行認購（售）權證免徵證券交易稅，但卻同時使該權證之發行收入成為非證券交易收入，應課一般的所得稅。如該發行行為非為交易行為，權證購買人如何取得該權證。由是可見，不論認購（售）權證之發行的免徵證券交易稅，或就其權利金之應徵所得稅，該函釋皆顯然欠缺法律或法律授權制定之法規命令為其依據，有違租稅法律主義。

四、發行認購（售）權證之代價及其法律性質

在所謂認購（售）權證之發行，製作人係取得代價，將該權證交付於其相對人。該交換關係之特徵與權利的買賣關係，相同；而與權利之使用與收益的授權關係，不同。是故，該代價之正確稱呼應當是價金（民法第三百四十五條），而不是權利金收入。依所得稅法第八條第六款，權利金指「專利權、商標權、著作權、秘密方法及各種特許權利，因在中華民國境內供他人使用所取得」之代價。在所得稅法上，權利金從來就沒有用來指稱選擇權之使用代價。財政部八十六年十二月一日台財稅字第八六一九二二四六四號函將認購

(售) 權證之製作人於交付該權證給相對人時，取得之代價定性為權利金收入，進一步誤導對於認購(售) 權證之第一次交易的認識：權利買賣是讓與之債；而專利權、商標權、著作權、秘密方法及各種特許權利之授權使用是用益之債。

五、發行認購(售) 權證之證券交易與買賣認購(售) 權證之證券交易的異同

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

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

人，所以除負該權證之交付義務外，並負履行該權證所載之選擇權債務的義務。該義務範圍的差別並不使其發行行為成為非證券交易行為。

六、在證券交易稅及證券交易所得稅之課徵上，該差別是否足為差別待遇的正當理由

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

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

七、對於證券交易不課徵證券交易稅，是否為應課徵營利事業所得稅的充分理由

由於發行認購（售）權證是證券交易，所以本來即可對之課徵證券交易稅。政策上，在規範規劃上，固得決定不對發行人課徵證券交易稅，但不得因為決定不對之課徵證券交易稅，而以之為理由，否認其因發行而取得之收入為證券交易收入，或認為該證券交易收入無所得稅法第四條之一的適用，應依所得稅法其他規定課徵營利事業所得稅。何況，財政部八十六年十二月一日台財稅字第八六一九二二四六四號函規定，發行認購（售）權證之證券交易不課徵證券交易稅，並無法律或法律授權制定之法規命令為其依據，不符憲法第十九條所定之租稅法律主義。

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

參、認購（售）權證發行人須開立履約及避險專戶

認購（售）權證業經主管機關核定為有價證券¹，其發行與交易均應依證券交易相關法規辦理。由於認購（售）權證交易風險甚高，為維護交易安全，為建立認購（售）權證發行之風險管理法制，財政部證券暨期貨管理委員會（現改制為行政院金融監督管理委員會證券期貨局）乃於86年5月31日制訂公布發行人申請發行認購（售）權證處理要點規定，（1）認購（售）權證之發行主體資格、（2）發行人應向證期會申請該資格之認可，以及（3）提出預定風險沖銷之策略等，向台灣證券交易所申請其同意擬發行之權證上市。證期會後來於八十九年十一月三日廢止該權證處理要點，改依

¹ 86年05月23日86台財證（五）第03037號參照。

證券交易法（八十九年七月十九日修正公布）第二十二條第一項之授權²，制定發行人申請發行認購（售）權證處理準則，但仍沿用前開權證處理要點之風險管理法制架構。關於發行人向證券交易所申請權證上市之相關規範，證券交易所依證券交易法第一百四十四條之授權，制定臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查基準³。該審查基準中亦規定發行人應提出預定之風險沖銷策略，始可取得發行人資格之認可。再者，認購（售）權證於發行後，其避險交易之操作亦應在主管機關之監督下執行。以下簡介上開認購（售）權證之風險管理法制：

一、避險操作為發行人向主管機關申請發行權證之要件

認購權證發行人向臺灣證券交易所股份有限公司申請同意其擬發行之認購權證上市時，依發行人申請發行認購（售）權證處理準則第四條及第十條規定，須待證期會核給其發行認購（售）權證之資格，且向證券交易所申請同意其擬發行之認購（售）權證上市或上櫃，並俟證券交易所同意其發行計畫後，始得辦理發行及銷售。其中，向證期會提出適當之風險管理措施為發行人申請發行權證之資格認可的要件⁴，亦為發行人向證券交易所申請權證上市上櫃之要件⁵。倘發行人無適當之風險管理措施時，證期會及證券交易所

² 證券交易法第 22 條第 1 項規定：「有價證券之募集與發行，除政府債券或經財政部核定之其他有價證券外，非經主管機關核准或向主管機關申報生效後，不得為之；其處理準則，由主管機關定之。」

³ 證券交易法第 140 條規定：「證券交易所應訂定有價證券上市審查準則及上市契約準則，申請主管機關核定之。」

⁴ 發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 7 條第 8 款規定參照。

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

得不同意發行人資格之認可⁶。

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

此外，證交所配合主管機關之要求，尚規定認購（售）權證發行人之避險操作必須於「避險專戶」內為之。發行人之避險專戶必須先向證交所申報，並只得買賣其所發行之認購權證及標的證券⁷。依目前證交所規定，該避險專戶之帳號一律為「八八八八八八—八」⁸。

⁶ 發行人申請發行認購（售）權證處理準則第 7 條字 8 日、臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（86.6.4）第 8 條第 11 款規定參照。

⁷ 證交所（86）台證上字第 29888 號函（86.9.18）：「要旨：認購（售）權證發行人避險專戶之設立。主旨：為符合主管機關對發行人風險控管應予逐日控管之要求，本公司已研擬有關認購（售）權證發行人整體風險之控管措施如說明，請 查照。說明：一、依據主管機關 86 年 9 月 3 日（86）台財證（五）第 04401 號函辦理。二、發行人如為自行避險或部分自行避險，應另設避險專戶，作為發行人發行認購權證之後建立避險部位及將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用。上開由發行人開設之帳戶須先向本公司申報，並只得買賣其所發行之認購權證及標的證券，帳戶中之股票並不得申請領回。發行人於其避險沖銷專戶買賣標的證券時可不受開盤前申報買進（賣出）價格不得高於（低於）前一營業日收盤價，及漲停不得買進、跌停不得賣出之限制。三、發行人如全數委託其他金融機構避險，發行人亦須另設專戶，作為將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用。另其委託之金融機構亦須於發行人處開設帳戶，作為其發行認購權證之後建立避險部位之用。」

⁸ 證交所 90 年 9 月 24 日修正認購（售）權證上市審查準則時，已在其第 14 條第 2 項規定：「發行人前項專戶戶號一律為自營商帳號下之八八八八八—八，（後略）。」現行認購（售）權證上

二、認購權證發行後，避險操作須於主管機關監督下執行

證期會八十六年六月十二日台財證(二)字第三二九四號函說明二規定，證券商發行認購(售)權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購(售)權證之標的股票，惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購(售)權證發行單位所代表之標的股票股數；發行認購(售)權證之證券商，於該認購(售)權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算。該函釋見解並落實於九十年九月十九日修訂公布之臺灣證券交易所股份有限公司認購(售)權證上市審查準則第十七條規定中⁹。

因為權證標的應於避險專戶內進行相關操作及管理，其基於風險管理而買賣權證標的證券，與基於自營目的而買賣之同一標的證券，能明確區分。所以主管機關後來漸次放寬，容許權證發行人於避險專戶外經營同一標的證券之業

市審查準則(100.9.28)第14條則規定：「(1)發行人應於初次發行國內及以國內證券為標的證券發行海外認購(售)權證時向本公司申請設立專戶，發行人如為自行避險或部分自行避險，該專戶應作為發行認購(售)權證之後建立避險部位及將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用。發行人如全數委託其他機構避險，該專戶則作為將來投資人要求履約時提供作為履約專戶之用，另其委託之風險管理機構亦須於發行人處開設專戶，作為其發行認購(售)權證之後建立避險部位之用。(2)前項發行人專戶一律設於自營商帳號下，惟外國發行人係透過直接或間接持股百分之百之子公司在中華民國境內設立分支機構提出申請者，該外國發行人應於該分支機構證券經紀商部門設立避險專戶；風險管理機構於發行人處開設之避險專戶，應設於證券經紀商部門。上開避險專戶帳號一律為八八八八八八-八，均須先向本公司申報，並只得買賣因避險所採之避險金融工具，另於該避險專戶內之有價證券一律不得辦理質押。」櫃買中心92年3月26日公布之證券商營業處所買賣認購(售)權證審查準則第14條，亦設有與證交所認購(售)權證上市審查準則相同之避險專戶帳號之規定。

⁹ 臺灣證券交易所股份有限公司認購(售)權證上市審查準則(90.9.19)第17條：「發行認購(售)權證之證券商，於該認購(售)權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的證券外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的證券；發行前自營部門已持有之標的證券，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算，如係採委外避險者，受委託之風險管理機構亦不得另外自行買進賣出該標的證券。」

務。首先，九十三年六月十四日修正公布之臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則第十七條規定，權證發行人之自營部門亦得經營標的證券之買賣，僅於該認購（售）權證核准發行後一個月內及到期前一個月內，除基於風險沖銷之需求或本公司另為規定之情事者外，不得自行買進賣出該標的證券¹⁰。其後於九十五年一月二十復修正該條，規定在認購（售）權證存續期間內，發行人自營部門與避險專戶部位之同一標的證券，除另有規定之情形外，原則上均不得辦理相互轉撥¹¹。要之，雖然現行法目前不禁止權證發行人之自營部門為權證標的證券之買賣，但因避險交易應於避險專戶內為之，所以在此截然可分之規劃下，不會產生權證發行人可任意將自營部門證券交易損失轉入避險損失內之情事。於九十七年十月三十一日以前，發行人並應逐日向證交所申報避險專戶內之避險操作情形¹²，以利風險之控

¹⁰臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（93.6.14）第 17 條：「發行人自營部門於該認購（售）權證核准發行後一個月內及到期前一個月內，除基於風險沖銷之需求或本公司另為規定之情事者外，不得自行買進賣出該標的證券。但上（下）限型認購（售）權證有提前到期之情形者，不在此限（第一項）。發行人應於每月五日前，將前月份其自營部門自行買進賣出所發行權證之標的證券相關資料（含交易日期、標的證券名稱及數量等）函報本公司。發行人如係採委外避險者，其受委託之風險管理機構，或發行人為外國機構者，其在中華民國境內之分支機構或直接或間接持股百分之百之子公司在中華民國境內設立之分支機構所屬之自營部門，準用第一、二項之規定（第二項）。認購（售）權證存續期間內，發行人自營部門與避險專戶部位之同一標的證券，除另有規定之情形外，不得辦理相互轉撥（第三項）。」

¹¹臺灣證券交易所股份有限公司認購（售）權證上市審查準則（95.1.20）第 17 條：「發行人自營部門之自行買賣及就所發行認購（售）權證之避險買賣，不得有影響市場價格公平性及損及投資人權益之情事，並應配合訂定及執行有效之內部控制制度（第一項）。發行人應於每月五日前，將前月份其自營部門自行買進賣出所發行權證之標的證券相關資料（含交易日期、標的證券名稱及數量等）函報本公司（第二項）。發行人如係採委外避險者，其受委託之風險管理機構，或發行人為外國機構者，其在中華民國境內之分支機構或直接或間接持股百分之百之子公司在中華民國境內設立之分支機構所屬之自營部門，準用前二項之規定（第三項）。認購（售）權證存續期間內，發行人自營部門與避險專戶部位之同一標的證券，除另有規定之情形外，不得辦理相互轉撥（第四項）。前四項所稱自營部門，包含相當於自營部門之單位或買賣帳戶（第五項）。」

¹² 97 年 10 月 31 日刪除之證交所認購（售）權證上市審查準則第 18 條原規定：「（1）發行人應於權證上市存續期間逐日將預計避險部位與實際避險部位等資訊輸入本公司指定網際網路資訊申報系統，發行人採委外避險者，仍應依規定申報風險管理機構之避險資訊。（2）發行人申報之預計避險部位與實際避險部位連續三個營業日，或最近六個營業日內有三個營業日差異逾正負百分之二十時，本公司應即要求發行人說明原因並得進行實地瞭解，如發現其說明顯欠合理時，得予計點乙次，計點累計達三次者，限制其未來一個月內不得申請發行權證。若差異逾

管。

三、小結

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

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

一、選擇權的買賣與期貨買賣不同而與保險的買賣類似

選擇權的買賣與期貨買賣雖同樣具有將來給付之交易的特徵，但並不屬於相同類型。在選擇權的買賣，選擇權人有權利，但無義務為買賣；而在期貨的買賣，雙方在約定期間屆至時，皆有為買賣的義務。反之，選擇權的買賣與保險的買賣類似。在一定之停止條件成就時，認購（售）權證之發行人或保險人，始負對待給付的給付義務。在保險，其停

正負百分之五十者，本公司得強制發行人執行避險沖銷策略。(3) 發行人為外國機構者，依第一項申報之避險部位，如實際避險部位小於預計避險部位時，應於避險專戶中補足上開差異部位表彰標的證券市值之金額。(4) 發行人發行以國內證券為標的之海外認購（售）權證之避險操作，準用本條各項規定。」97年10月31日刪除之櫃買中心證券商營業處所買賣認購（售）權證審查準則第24條，原本亦有與當時證交所認購（售）權證上市審查準則相同之逐日申報之規定（請詳上註）。

止條件為保險事故發生；在選擇權的買賣，其停止條件為認購權證之選擇權標的市價高於約定價格，或認售權證之選擇權標的市價低於約定價格，從而選擇權人決定行使選擇權。在上述停止條件成就時，保險人對於購買保險之被保險人或其指定之受益人，負保險金之給付義務；認購（售）權證之發行人對於權證持有人，負按相對於市場價格不利於發行人之約定價格賣出或購進約定數量之權證標的之義務。該給付義務雖因附有停止條件，而具有或有債務的性質。但不因此使認購（售）權證之發行或保險喪失雙務契約之性質。停止條件成就時，發行人即因權證持有人行使選擇權，而負有履行相對於市場價格對自己不利之選擇權債務的義務。

二、購買選擇權者行使選擇權必使出售選擇權者遭受履行損失

由於在選擇權交易，購買選擇權者只有在市場行情對其有利時，始行使其選擇權，而且只要其行使選擇權，一定可以獲得市場行情與約定價格之差價乘以約定數量之價差利益，而該價差利益正由出售選擇權者負擔。出售選擇權者在選擇權期限屆至前，如果不預為選擇權標的之融資買進或融券賣出的避險交易，則在選擇權人依約行使其選擇權時，出售選擇權者必然遭受等於該價差利益之履行損失。如不為避險交易，該履行損失之有無及大小完全射倖的取決於權證標的之行情。在對自選擇權買賣之雙務契約中取得之前開權利金課徵所得稅時，為該權利金之營利事業所得的計算，依所得稅法第二十四條第一項所定之淨額原則，應容許選擇權之出賣人減除該價差利益構成之履行損失。這不因選擇權標的

之為證券或為其他財產而有差異。

三、出售選擇權者有義務從事避險交易以防止或減少該履行損失

關於上述履行損失，出售選擇權者如果真是聽天由命，放任其依市場行情之漲落而發生，則選擇權之買賣便等於是法律禁止之買空賣空的賭博行為（最高法院八十三年度臺非字第第六五號刑事判決），可能引發大量之違約行為，影響金融市場之交易安全。當年，證期會（行政院金管會之前身）為確保認購（售）權證之發行的交易安全，除規定發行人應開立避險專戶，從事避險交易，以避免該損失外，並禁止就權證標的從事避險以外之證券交易（證期會八十六年六月十二日台財證（二）字第三二九四號函參照¹³）。此外，並應分別記帳，管理因避險而（融資）買進之證券或融券賣出之現金。所以該避險交易之證券交易與其他證券交易不但能按交易之經濟目的的關聯予以區分，而且其會計記錄及證券管理是完全區隔的。

四、準備履行損失與履行損失皆應為權利金所得之計算上的減項

為避免上述履行損失，出售選擇權者必須就選擇權標的

¹³ 證期會 86.6.12 台財證（二）字第 03294 號函說明二認為，證券商發行認購（售）權證並自行從事風險管理者，得依風險沖銷策略之需求持有所發行認購（售）權證之標的股票，惟其持有數額以風險沖銷策略所需者為限，至多並不得超過認購（售）權證發行單位所代表之標的股票股數；發行認購（售）權證之證券商，於該認購（售）權證存續期間內，除基於風險沖銷之需求而買賣之標的股票外，其自營部門不得另外自行買進賣出該標的股票；發行前自營部門已持有之標的股票，亦應轉入風險沖銷策略之持有數額內一併計算。

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

中華民國九十六年七月十一日修正公布之所得稅法第二十四條之二第一項前段規定：「經目的事業主管機關核准發行認購（售）權證者，發行人發行認購（售）權證，於該權證發行日至到期日期間，基於風險管理而買賣經目的事業主管機關核可之有價證券及衍生性金融商品之交易所得或

損失，應併計發行認購（售）權證之損益課稅，不適用第四條之一及第四條之二規定。」該項規定肯認所得稅法第四條之一規定之適用範圍過廣，超出其目的所需之規範對象，不當排擠同法第二十四條第一項之淨額原則的適用範圍，造成不符合實質課稅原則之課徵結果。因此，予以修定，限縮所得稅法第四條之一在實務上認定之適用範圍，使認購（售）權證之發行權利金之所得的計算，符合淨額原則。

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

五、所得的計算不得背離淨額原則及費用損失與收入配合原則

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

對之課徵所得稅，則該政策或看法違反量能課稅原則不再有任何疑問。

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

由於為履行及為準備履行權證債務而從事證券交易，對於發行人而言，有證券交易所得的或然率及數額，遠低於有證券交易損失的或然率及數額。是故，主張以證券交易所得之免稅，交換證券交易損失之減除的排除，對於納稅義務人不利。以自民國 87 年至 93 年 7 月底之前到期之認購（售）權證的避險交易為例¹⁴，發生證券交易所得之檔數為 179 檔，盈餘金額為新台幣（下略）2,838,487,023.00 元；發生證券交易損失之檔數為 341 檔，虧損金額為 12,903,175,148.00 元。上引證券交易所得與證券交易損失之總數額的比值大約是：「證券交易所得：證券交易損失=1：4.6」（請參見李存修，證券商發行認購（售）權證之定價策略及各項相關成本分析研究報告，93 年 8 月）。

將為履行及為準備履行權證債務所從事之證券交易的

¹⁴ 該統計資料乃係針對金鼎證券及亞東證券以外之十八家證券商，自 87 年至 93 年 7 月底之前到期之認購（售）權證作相關分析。蓋金鼎證券所提供之資料不足以進行成本估算，而亞東證券所發行之權證皆尚未到期，無確切之成本數據。請參照李存修，證券商發行認購（售）權證之定價策略及各項相關成本分析研究報告，93 年 8 月。

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

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

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

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

所得稅法第二十四條第一項前段規定，「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。」然後才按計得之所得額適用該當稅率計算其應納所得稅額。今倘根本無收入，其計算之結果當即無所得額。在事實上無收入的情形，該項規定並無授權稅捐稽徵機關得擬制營利事業有該收入。

按中華民國八十八年十一月十六日修正通過之臺灣證券交易所股份有限公司審查認購（售）權證上市作業程序第七點第一項規定：「七、發行公司應依下列規定辦理並檢送相關資料予本公司：（一）本公司出具同意其認購（售）權證發行計畫之文件後，發行人應將認購（售）權證銷售之公告報紙三份於公告後二日內檢送本公司，並於銷售完成且其上市契約經主管機關核准後，於預定之上市買賣日至少三個營業日以前，檢送認購（售）權證持有人分散檢查表及持有

人名冊，向本公司辦理洽商預定上市買賣事宜，其預定上市買賣日並不得逾洽商日後十個營業日。」故發行人發行認購權證須「全額銷售完成」始能向證交所申請上市買賣。復按中華民國九十二年五月二十三日修正通過之臺灣證券交易所股份有限公司審查認購（售）權證上市作業程序第十條第二款第二目規定，發行人於不超過上市單位 30% 內，得持有其發行之權證。從而，發行人於未能將其所發行之權證全額銷售完畢時，應自行認購之。

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

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

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

在來自發行認購（售）權證之發行權利金收入之所得的

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

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

柒、所得稅法第四條之一之解釋與適用問題

一、所得稅法第四條之一的規定引起疑義

認購（售）權證的發行係以選擇權為標的之權利買賣。

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

二、財政部八十六年十二月一日台財稅字第八六一九二二 四六四號函對該疑義的解釋

對該疑義，財政部八十六年十二月十一日台財稅第八六

一九二二四六四號函釋：「認購（售）權證發行人於發行時所取得之發行價款，係屬權利金收入，依現行所得稅法第二十二條有關公司組織之會計基礎應採權責發生制之規定，應於發行期間內分期計算損益或於履約時認列損益。認購（售）權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益，並依所得稅法第四條之一規定辦理。……」該函釋雖首先肯認所得稅法第二十四條第一項前段的規定意旨，釋稱：「認購（售）權證發行人於發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益。」但緊接著矛盾的指示：「並依所得稅法第四條之一規定辦理。」蓋既然規定「發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易所得或損失，應於履約時認列損益」於先，如何又可規定「依所得稅法第四條之一規定辦理」，一概不准減除於後？當其形式上各有法律依據，而前後矛盾構成規範衝突時，究竟應依所得稅法第二十四條第一項前段，容許認列損益，或主張所得稅法第四條之一是第二十四條第一項前段的特別規定，應依第四條之一，不准認列損益？

三、所得稅法第二十四條第一項前段與第四條之一的規範衝突

按「涉及租稅事項之法律，其解釋應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之」（司法院釋字第四二〇號解釋參照）。且「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依

法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則」(司法院釋字第五九七號解釋文)。要之，稅捐稽徵機關不但解釋稅法應「依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之」，而且其所據以課稅之「法律之內容且應符合量能課稅及公平原則」。

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

四、所得稅法第四條之一的適用範圍

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

實務上無視於《發行認購(售)權證》確實是證券交易，與股票之發行非屬於證券交易之不同。而卻因其同是第一次

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

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

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

五、避險之證券交易能與所得稅法第四條之一所定之證券交易明確劃分

為防止發行人買空賣空及操縱證券市場，認購（售）權證之發行的主管機關除規定其發行人應從事避險交易外，並禁止其就權證標的，從事避險以外之證券交易。因此，認購（售）權證之發行人為從事相關避險證券交易所引起的損益，與其他證券交易之損益在計算上無混淆之虞。是故，容許發行人將其在發行後，因投資人行使權利而售出或購入標的股票產生之證券交易損失，於履約時認列損益，自其權利金收入減除，不致於發生容許免稅所得之證券交易損失自應稅之權利金收入減除的情形。反之，如依所得稅法第四條之一，一概不容許將避險交易之損失自其相關之權利金收入減除，則有要求將屬於應稅之權利金收入的履行或避險（準備履行之）證券交易損失，與其他無經濟目的之關聯之證券交易的免稅所得併計其損益之不合理情形，違反成本費用損失與收入之配合原則（司法院釋字第四九三號解釋參照）。因此，就避險交易損失，在前述函釋所示的規範衝突，應解釋為：依所得稅法第二十四條第一項前段，容許認列損益，始符合司法院釋字第四二〇號、第五九七號及第四九三號解釋所昭示：稅捐稽徵機關不但解釋稅法應「依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則為之」，而且其所據以課稅之「法律之內容且應符合量能課稅及公平原

則」的意旨。

六、雙務契約之所得的計算應准減除履行或準備履行之費用及損失以符淨額原則

認購（售）權證的發行為一種選擇權的交易行為。雙方互負有對價關係之給付與對待給付的義務。發行人是否因該權證的發行而獲得盈餘，視其為履行該選擇權債務所發生之成本費用及損失是否大於其權利金收入而定。該選擇權交易之損益的結算方式，不因選擇權標的是否為股票或為其他停徵證券交易所稅之證券而異。財政部八十六年十二月十一日台財稅第八六一九二二四六四號函：「……應於履約時認列損益，並依所得稅法第四條之一規定辦理。……」及財政部八十六年七月三十一日台財稅第八六一九〇九三一號函：「認購（售）權證持有人如於某一時間或特定到期日，以現金方式結算者……並依前開所得稅法規定停止課徵所得稅。」實務上依上開二函釋認為，發行人為履行或為準備履行認購（售）權證之選擇權債務，從事權證標的股票之交易所發生的損失，不得自權利金收入減除，而應與跟該選擇權債務之履行或準備履行之無經濟目的之關聯的其他證券交易一體適用所得稅法第四條之一的規定辦理，以致在認購（售）權證之選擇權交易所得的計算，實際上等於不准核實減除發行人之對待給付的費用。這顯然違反所得稅法第二十四條第一項規定之淨額原則，除不符憲法第十九條關於租稅法律主義的規定外，並造成在營利事業所得稅稅基之計算上，就履行損失及避險交易損失之減除，未「衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則」而為認定，違反量能課稅原則

的結果（司法院釋字第五九七號解釋參照），牴觸憲法第十五條關於財產權之保障規定。

捌、所得稅法第四條之一的檢討

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

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

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

由於稅捐法是由國家機關研擬制定，如有疑義，即使不要求應做有利於納稅義務人之解釋，至少其解釋的結果應當公允的符合事務法則，不得有所偏頗。在聲請案所涉法律事實，其最根本的問題是：在選擇權之買賣的雙務契約，當財政部解釋，要對其權利金收入課徵營利事業所得稅時，便必須力求遵守淨額原則及費用損失與收入之配合原則，計算發行人自該權利金收入取得之所得。不可執任何所得稅法或其他與證券交易有關之規定為依據，試圖背離淨額原則及費用損失與收入之配合原則，強勢主張以該權利金收入之毛額全部為其所得，對發行人課徵營利事業所得稅。否則，不論所涉聲請案之稅額的大小，將使有權機關的解釋失去以理服人，領導群倫的權威地位。結果將是：稅法規定之法律效力的可預測性下降至不能忍受的程度。如果因此使國內外企業，選擇離開，或尋求特殊待遇，以免除不當稅法規定形塑之營運障礙，則將煩不勝煩，面子裡子皆輸，得不償失。外國證券商淺償之後，即全面退出認購(售)權證之發行市場，應已可以給我們足夠清楚的警示。

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

金融市場是一個高度國際化的市場，如不努力使其相關

稅捐法制接近於進步國家所要求之建制及執法原則與標準，則本國金融事業將只能試圖以走偏鋒的方法，在國內有限之夾縫中，求生存，而不容易鍛鍊出必要的氣魄與能力，力爭在國際市場出人頭地。