



上海交通大学凯原法学院 主办

上海交通大学企业法务研究中心 编辑出版

2015年

第1辑
总第1卷

SJTU International Business Law Review

国际商事法务评论

编委会主任 季卫东
主 编 杨 力
本期执行主编 李 剑



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

2015年第1辑 总第1卷

上海交通大学凯原法学院主办

上海交通大学企业法务研究中心编辑出版

国际商事法务评论

编委会主任 季卫东

主 编 杨 力

本期执行主编 李 剑



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

随着中国改革迈向深水区而带来的商事简政放权、接轨国际规则两大主线,尤其是围绕 2015 年迎来 WTO 所承诺的面向国际进一步推动包括法律服务业在内的全面开放,以及 TPP 给中国所带来的新一轮挑战,开始更多强调以问题为导向,推动横断交叉于商事与法律、理论与实务以及具有强烈的现实针对性的深度研究,已成为当下中国和地方政府更为科学合理决策的迫在眉捷的重要任务。《国际商事法务评论》由上海交通大学凯原法学院正式推出的国内为数不多的连续性学术辑刊,旨在为专门指向国际商事法务领域涉及的学术和实务问题,提供特色化鲜明的新平台。

图书在版编目(CIP)数据

国际商事法务评论.第1卷/杨力主编. —上海:
上海交通大学出版社, 2015
ISBN 978-7-313-13730-2

I. ①国… II. ①杨… III. ①国际商法—从刊 IV.
①D996.1-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 209853 号

国际商事法务评论

2015 年第 1 辑 总第 1 卷

特别支持机构:(按首字拼音排序)

邦信阳中建中汇律师事务所

国浩律师事务所

海华永泰律师事务所

上海合勤律师事务所

盈科律师事务所

主 编:杨 力

出版发行:上海交通大学出版社

邮政编码:200030

出 版 人:韩建民

印 制:上海天地海设计印刷有限公司

开 本:710 mm×1000 mm 1/16

字 数:273 千字

版 次:2015 年 10 月第 1 版

书 号:ISBN 978-7-313-13730-2/D

定 价:38.00 元

地 址:上海市番禺路 951 号

电 话:021-64071208

经 销:全国新华书店

印 张:16

印 次:2015 年 10 月第 1 次印刷

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:021-64366274

编辑委员会

主 任 季卫东

委 员 (按姓氏拼音排列)

郭俊秀 中国东方航空集团总法律顾问

韩长印 上海交通大学凯原特聘教授

胡加祥 上海交通大学凯原法学院教授

季卫东 上海交通大学凯原讲席教授

蒋惠岭 最高人民法院应用法学所所长

李 剑 上海交通大学凯原法学院教授

刘 本 美国加州大学尔湾分校教授

秦学棠 复星集团执行董事、高级副总裁

沈 伟 上海交通大学凯原特聘教授

王 杰 上海市产权交易管理办公室主任

王雪珍 荷兰帝斯曼(中国)公司总法律顾问

徐景德 上海交通大学凯原法学院教授

杨 力 上海交通大学凯原法学院教授

俞卫锋 上海市律师协会会长

张绍谦 上海交通大学凯原法学院教授

赵 宾 爱生雅集团(亚太区)法务总监

主 编: 杨 力

本期执行主编: 李 剑

责任编辑: (按姓氏拼音排列)

崔香梅 高 薇 刘永沛 翁小川 朱 军

助理编辑: 曾彩婷 钟 媛

卷 首 语

2015年是一个重要的转折点,中国经济发展进入创新驱动、内需导向的新常态和依法治理的新阶段。企业在“一路一带”战略的指引下大举进军海外、精心布局国际化经营,互联网金融与商业场景、供应链以及大数据等密切结合,积极促进民间创业并使资金合理配置更加精准化。不言而喻,随着人口红利递减、产能和设备过剩、世界资本回报率下降等问题的凸显,市场竞争势必日益激化,因而将会带来更多的经贸摩擦、法律纠纷以及更大的不确定性和风险性。自2012年国资委颁布国家标准、把法律风险纳入企业管理体系开始,有关部门就在陆续推出企业法务更上一层楼的举措,最近还加强了金融机构的保障机制。在这样的大转换过程中,各类公司 and 经济组织对合规经营的要求越来越高。在这个意义上也可以说,企业法务以及国际商事法务正在成为经营决策的重要指南针。

事实表明,企业从来没有像今天这样迫切需要更多的具有全球视野和高超专业技能的法律顾问参与直接投资、商业贸易以及经营现代化。如何培养适应新格局的企业法务人才和公司律师,以确保在国际制度竞争和法律技巧格斗中胜出,是时代赋予法学院的紧迫任务和重大使命。如何对投融资决策、契约谈判、经营合规性、知识产权保护、劳动纠纷解决、内控制度建设、并购攻防、环保责任履行、诉讼对策等各类涉及投资、贸易、工程、治理的法律实务进行问题导向的跨学科研究和多视角教育,如何加强围绕企业法务以及国际商事法务的跨界对话,成为法学界以及法律实务界非常重要而迫切的崭新课题。

在这样的背景下,上海交通大学凯原法学院创办《国际商事法务评论》,为各界提供一个开放的、自由的交流平台,旨在深入探讨预防法学和战略诉讼的各种原理、制度以及技术,研析典型案例和新型问题,交流实务经验和相关的信息,对主要经贸对象国的法律与纠纷解决制度进行比较分析。我们还希望通过这个媒介,进一步加强与政府主管部门、企业界、商业界、法律界、学界的密切合作,为立

法以及解决实际问题提供助力,为企业法务部门与国际商务律师事务所开拓沟通渠道,在理论与实践相结合的基础上推动高端专业人才的教学和研修。鉴于本院在全国开风气之先设立“企业法务研究中心”,与日本经济团体联合会长期合作举办企业法务系列讲座,携手法制日报社共同举办中国企业法务年会和编辑相关杂志、受上海市经济和法律的主管部门委托开展各种高端培训、与海外一流法学院和法律家协会联合召开讨论企业涉法涉诉问题的国际讲坛等深厚积淀,我们有充分的信心把《国际商事法务评论》办成国内外一流的法律专业交流平台。

从宏观视角来看,人类正处在数百年一次的世界结构大转型的过程中,旧的范式正在失灵,新的范式尚未确立。因此,市场经济活动的相对性和不确定性空前增大了。全球化则鼓励甚至迫使企业在疆界消失的状况中进行各种风险性较强的选择。一旦从国际风险性的视角来观察企业法务,人们就会发现经营者与利益相关者的背离正在变得更加显著,并对公共事务决策产生深远影响。无论是政府还是个人,都不得不以瞬息万变、藩篱突破为前提来进行各种各样的选择与判断,不得不面对所谓“有组织的不负责任”的局面,从而不得不采取未雨绸缪的举措,并直面事后的纠纷、问责、起诉以及司法救济。无论如何,中国的确进入了一个前所未有的语境。站在企业和律师的立场上,不妨称之为“国际商事法务”时代。

季卫东

2015年5月6日

目 录

论 文

客观净额原则与认购(售)权证之发行所得 黄茂荣 • 1 •

反垄断执行中的标准和 FRAND 问题浅析

黄 勇 王晓茹

[美] 海瑞·福斯特(Harry Foster) • 43 •

英美律师费规则的比较研究

——基于公众持股公司合同中律师费条款的实证分析

[美] 西奥多·艾森伯格(Theodore Eisenberg)

杰弗里·米勒(Geoffrey P. Miller)

黄勇升 高文超 蓝江山译 翁小川审校 • 61 •

银团贷款交易中牵头行及代理行的信息提供义务

[日] 森下哲朗

崔香梅 崔 文译 • 104 •

风口的猪：企业社会责任立法的矩阵思路

杨 力 • 123 •

评 论

国家治理语境中中国式多元纠纷解决机制研究 蒋惠岭 龙 飞 • 162 •

• 1 •

从欧洲股份公司看中国公司治理模式的选择

[德] 菲利普·巴施(Philipp Basch)

汪 磊 · 181 ·

首席法务官制度与现代公司治理

郭建军 · 187 ·

实 务

假如电视变成只是应用程序将会如何

——从媒体融合重新构思影音媒体服务的法律理念

[比] 佩吉·瓦尔克(Peggy Valcke)

杰夫·奥斯鲁斯(Jef Ausloos)

金 妮译 侯利阳审校 · 197 ·

从中行纽约案分析“律师—当事人特权”对中国企业的影响 杨挽涛 · 214 ·

中国的反腐败合规制度

——在华跨国企业的法律新挑战

[德] 尼古拉斯·施密特(Nicolaus · H · Schmidt)

郝 慧 · 232 ·

稿约 · 246 ·

客观净额原则与认购(售) 权证之发行所得

黄茂荣*

目次

- 一、净额原则及收入与成本费用配合原则
- 二、选择权债务之或有性、双务性及其风险
 - (一) 选择权债务之概念及其证券化
 - (二) 选择权债务之或有性及双务性
 - (三) 选择权债务目标之市场敏感性及其风险
 - (四) 选择权债务人之避险交易及其履行准备
 - (五) 初级(发行)与次级(买卖)之债务不同
 - (六) 双务契约与客观净额原则
 - (七) 认购(售)权证发行所得之综合课征
- 三、认购(售)权证之发行收入的课税依据
 - (一) 认购(售)权证之法律性质
 - (二) 发行认购(售)权证之原因关系的法律性质
 - (三) 发行认购(售)权证之对价的法律性质
 - (四) 认购(售)权证之发行与交易之异同
 - (五) 认购(售)权证之发行与交易的税捐义务
 - (六) 证券交易税与营利事业所得税的替代关系
 - (七) 股票与认购(售)权证之证券化时点

* 台湾大学法律学院兼任教授,德国杜宾根大学法学博士。

四、认购(售)权证发行人须开立履约及避险专户

(一) 避险操作作为发行权证之要件

(二) 避险操作应受主管机关之监督

(三) 小结

五、发行认购(售)权证之所得税的税捐客体与税基

(一) 发行认购(售)权证之所得税的税捐客体

(二) 所得之计算与净额原则及费用损失与收入配合原则

(三) 选择权发行人应为避险交易

(四) 发行认购(售)权证之所得税的税基

(五) 履行损失及避险损失皆应是发行所得之减项

六、发行不出之认购(售)权证的课税

七、台湾与外国发行人分别按毛额及净额课税之问题

八、“所得税法”第四条之一的解释与适用问题

(一) “所得税法”第四条之一的释义

(二) “财政部”函释对该疑义的解释

(三) 双务契约之所得的计算应符合净额原则

(四) 避险之证券交易与“所得税法”第四条之一所定证券交易能明确划分

(五) “所得税法”第二十四条第一项前段与第四条之一的规范冲突

(六) “所得税法”第四条之一的适用范围

九、“所得税法”第四条之一的检讨：税捐法定主义与量能课税原则之冲突

关键词 客观净额原则 认购(售)权证之发行所得 “所得税法”

认购(售)权证之发行所得的课税,在中国台湾地区,对全体证券商引起大量税务争讼,除外国证券商外,台湾证券商无一幸免。^{〔1〕}其所涉所得税总额最大,可谓空前,^{〔2〕}影响金融产业中之选择权权证发行的全部业务,使其几乎停摆。其相关争议,主要为客观净额原则在其所得税税基之适用的疑问。该疑问

〔1〕 参“最高行政法院”对于兆丰证券股份有限公司有关认购权证声请释宪案所提出之意见,附件一中共列举 21 间证券商于 2000—2004 年间有发行认购(售)权证;另参“司法院”大法官释字第 693 号解释抄本数据,有元大、大华、兆丰、康和、统一、亚东、宝来、永丰金、凯基、宏远、元富、群益金鼎等证券股份有限公司就认购权证问题提起行政救济并据确定终局判决声请宪法解释。

〔2〕 笔者针对“最高行政法院”97 判字第 838 号判决、98 判字第 957 号判决、97 判字第 899 号判决、98 判字第 1523 号判决、99 判字第 341 号判决、99 判字第 325 号判决、99 判字第 511 号判决、99 判字第 21 号判决、99 判字第 423 号、99 判字第 899 号、100 判字第 6 号判决、100 判字第 970 号判决、100 判字第 972 号、100 判字第 974 号、100 判字第 768 号判决等 15 件判决加以分析,发现仅上开 15 件案件,其所涉及之权利金收入总额已达 267 亿余元,税捐稽征机关未减除券商避险损失而核定之所得税额约 66 亿余元,此与券商主张应减除避险损失后计算所得之所得税额(约 11 亿元)间,有高达 55 亿之税额差异。

虽经向“司法院”申请释宪解释,并经作成释字第 693 号解释。但因释宪解释认为,系争“财政部”1997 年 12 月 11 日台财税第 861922464 号函^{〔3〕}及“财政部”1997 年 7 月 31 日台“财税”第 861909311 号函^{〔4〕}均合宪,符合一般法律解释方法、租税法律主义及量能课税原则。其相关争讼并没有在司法程序获得圆满解决。由于“财政部”上开二函之见解根本违反“所得税法”建制之基础原则:净额原则及收入与费用损失之配合原则,使得依该函计算之结果,不能正确呈现认购(售)权证发行人,自其“发行权利金收入”取得之真实的所得。所以各方锲而不舍地努力,改寻立法的解决途径。最后终于由“立法院”制定所得税法第二十四条之二,专条规定认购(售)权证之发行所得的课税。基此因缘,其相关问题,值得深入探讨。

本号解释涉及下列四个问题:① 发行认购(售)权证之收入(权利金收入)有“所得税法”第四条之一的适用,应依该条规定,停征所得税,或本无该条之适用,应依“所得税法”其他规定课征营利事业所得税?② 发行认购(售)权证之收入(权利金收入)如适用所得税法其他规定,课征营利事业所得税,其营利事业所得之计算?③ 发行人于发行时,因未能完全卖出其预计发行之认购(售)权证,而依法自己购入其剩余权证者,就该自己购入之权证,发行人有无因发行而取得之发行收入(权利金收入)?④ 关于认购(售)权证之发行收入的营利事业所得税,其稽征方法及税基之计算,有无违反平等原则之情事?

归纳上开问题,其共同的焦点固为:包含营利事业收入及所得之有无及范围等事项,有净额原则及收入与费用损失配合原则之遵守的适用问题。然更根

〔3〕“财政部”1997 年 12 月 11 日台财税第 861922464 号函:“认购(售)权证发行人于发行时所取得之发行价款,系属权利金收入,依现行所得税法第二十二条有关公司组织之会计基础应采权责发生制之规定,应于发行期间内分期计算损益或于履约时认列损益。认购(售)权证发行人于发行后,因投资人行使权利而售出或购入标的股票产生之证券交易所得或损失,应于履约时认列损益,并依所得税法第四条之一规定办理。又依证券交易税实施注意事项第二点规定,发行认购(售)权证,不属于交易之行为,应免征证券交易税,自亦非属营业税之课税范围。”

〔4〕“财政部”1997 年 7 月 31 日台财税第 861909311 号函:“说明:一、依据本部 1997 年 7 月 24 日(86)台财证(五)第 04022 公告暨本部赋税署案陈本部证券暨期货管理委员会 1997 年 7 月 18 日(86)台财证(五)第 03952 号函办理。二、有关认购(售)权证及其标的股票交易之相关税捐之核课,应依下列规定办理。(一)本部 1997 年 5 月 23 日(86)台财证(五)03037 号公告,已依‘证券交易法’第六条规定,核定认购(售)权证为其他有价证券,则发行后买卖该认购(售)权证,应依证券交易税条例第二条第二款规定,按买卖经政府核准之其他有价证券,依每次交易成交价格课征千分之一证券交易税,并依现行‘所得税法’第四条之一规定,停止课征证券交易所得税。(二)认购(售)权证持有人如于某一时间或特定到期日,按约定行使价格向发行人购入(售出)标的股票者,系属发行人(持有人)出卖标的股票之行为,应就所出售之标的股票,依证券交易税条例第二条规定,按履约价格课征千分之三证券交易税。(三)至认购(售)权证持有人如于某一时间或特定到期日,以现金方式结算者,系属认购(售)权证之标的股票之交易,应对认购(售)权证之发行人(持有人)依标的股票之履约价格按千分之三税率课征证券交易税,及对认购(售)权证持有人(发行人)依标的股票之市场价格按千分之三税率课征证券交易税,并依前开‘所得税法’规定停止课征所得税。”本号函释已于 100.11.16 以“财政部”台“财税”字第 10000400260 号令废止。

本的是：对于认购(售)权证及其发行之法律性质的认识失真，导致不能正确归属其发行收入所属之类型，从而波及净额原则在其税基之计算的适用。

一、净额原则及收入与 成本费用配合原则

为取得收入，除通常会有成本、费用及税捐之支出外，有时还可能遭受损失。法律对于取得收入之事件课征交易税，或对于产生所得之财产课征财产税者，为取得收入，还可能缴纳所得税以外之税捐。因此，关于营利事业所得税之税基，“所得税法”第二十四条第一项前段规定：“营利事业所得之计算，以其本年度收入总额减除各项成本费用、损失及税捐后之纯益额为所得额。”关于个人综合所得税，其个人之综合所得总额，依“所得税法”第十四条，由营利所得、执行业务所得、薪资所得、利息所得、租赁所得及权利金所得、自力耕作、渔、牧、林、矿之所得、财产交易所得、竞技、竞赛及机会中奖之奖金或给与、退職所得及其他所得构成。其中营利所得、利息所得，无投资之费用及损失之减除的规定；薪资所得亦无其取得成本、费用及损失之减除规定。但“所得税法”第十七条第一项第二款第三目规定，纳税义务人、配偶及受扶养亲属，其于金融机构之存款利息、储蓄性质信托资金之收益及公司公开发行并上市之记名股票之股利，有合计全年扣除数额以二十七万元为限之储蓄投资特别扣除；其薪资，有每人每年扣除数额以十二万八千元为限之薪资所得特别扣除。退職所得，虽亦无成本费用及损失之减除，但有定额范围内免税的规定（“所得税法”第四条第一项第四款、第十四条第一项第九类）。归纳之，就营利所得、利息所得、薪资所得及退職所得，实际上皆采定额范围内免予计入税基之免税的方式（税基扣除法），衡平其取得费用。这属于客观净额原则在个人所得税之适用。另“所得税法”第十七条第一项规定：“按前四条规定计得之个人综合所得总额，减除下列免税额及扣除额后之余额，为个人之综合所得净额。”这属于主观净额原则在个人所得税之适用。^{〔5〕} 依该

〔5〕 就个人所得税采综合累进课征制度时，其税基之计算，在台湾地区，先后依“所得税法”第十四条，计算个人之综合所得总额；依第十七条，计算个人之综合所得净额，而后以综合所得净额为其税基。学说上称其为个人所得税税基之二重构造。在个人之综合所得总额的计算，所应依循之原则为客观净额原则。其应减除之项目，为纳税义务人为获取应税收入，而支出之成本、费用、税捐或遭受之损失。在个人之综合所得净额的计算，所应依循之原则为主观净额原则。其应减除之项目，为基于纳税义务人及其家庭或受扶养亲属，与其主观因素所引起之生活需要。请参考 Hey in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 3 Rz. 72; § 8 Rz. 41 und 70ff. 依主观净额原则，主要考虑纳税义务人受其主（转下页）

等规定，营利事业所得税及个人所得税之税基的计算，皆应依循净额原则，以量能课税原则。^{〔6〕}即使如此，“司法院”在历来之释宪解释，不论在解释文或在解释理由书中，皆吝于明文宣示净额原则。倒是由净额原则引申之收入与成本费用配合原则^{〔7〕}一再被重申。^{〔8〕}

实质课税之公平原则及法律之内容应符合量能课税及公平原则在实务上之贯彻虽不尽理想，但在释宪解释中还是常被提及。例如“司法院”释字第420号解释文释称：“涉及租税事项之法律，其解释应本于租税法律主义之精神，依各该法律之立法目的，衡酌经济上之意义及实质课税之公平原则为之。”该号解释后，

(接上页)观因素减损之可支配性所得。关于客观净额原则的适用，成本费用税捐及损失等之减除的容许，系于客观上其是否与收入间有因果关系，亦即因该收入所引起(因果式：kausale Formel)；或系于主观上纳税义务人是否有为一定之收入，而为支出之目的(目的式：finale Formel)。由于因果式及目的式所界定之得减除支出的范围互有出入，所以，不论单纯采哪一式，在实务上，其认定结果皆不一定，趋近于圆满。例如：鉴于研发不一定会成功，所以其费用之扣除，不能严格要求到只有成功之研发费用，才得自收入减除。在这种情形，并行肯认目的亦为其减除之充分条件，有其必要性。不过，实务上在有些情形，仍有因担心浮滥，而按收入之百分比或按绝对数额，予以限制的必要，例如佣金、交际费及广告费。关于主观净额原则的适用，有纳税义务人及其受扶养亲属或家属主观之最低生活需要，应以何为标准的问题。德国联邦宪法法院第一庭首创以德国社会救助给付的金额为其最低标准(BverfGE 82, 60 [94ff.])，该见解后来并为其第二庭所支持(BverfGE 87, 153)。至于超过该标准，其减除适合到何种程度，德国联邦宪法法院尚未厘清(Hey in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 8 Rz. 72ff.)。最低生活保障之免税额，在德国以其基本法第一条第一项之人性尊严的保障，连结第二十条第一项之社会国家原则为其宪法上之基础。“依该宪法上的规定，国家有义务，在必要时透过社会给付，确保无资力者之最低生存条件。至少就该最低生存所需之数额，国家不得自国民剥夺其自己赚取之所得(BverfGE 82, 85)。”德国学说与实务，将最低生存所需之所得，定性为纳税义务人不能任意支配之所得，并认为因此应将其自个人所得税之税基排除。其余部分才可适用该当税率，对其课征所得税。关于个人所得税之课征，在此，应将税基之量度功能(Messfunktion)及税率之负担功能(Belastungsfunktion)清楚划分(Hey in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 8 Rz. 74)。

〔6〕 Tipke, Die Steuerrechtsordnung Band II, 2. Aufl., 2003, S. 762; Joachim Lang, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1981/88, S. 183ff.; Hey in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 8 Rz. 54ff. 关于净额原则，请参考葛克昌，所得税与宪法，2009/02 三版，台北，页91以下；陈清秀，现代税法原理与国际税法，2010/01，二版，页369以下；柯格钟，论量能课税原则，收录于成大法学，第14期，页55—120。

〔7〕 Hey in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 8 Rz. 213.

〔8〕 “司法院”释字第657号解释：“‘所得税法’第二十二条第一项前段规定：‘会计基础，凡属公司组织者，应采用权责发生制’，1977年1月30日修正公布之同法第二十四条第一项规定：‘营利事业所得之计算，以其本年度收入总额减除各项成本费用、损失及税捐后之纯益额为所得额。’系就公司组织之营利事业，应采用之会计基础及收入与成本费用配合原则之所得额计算方式，以法律明定之，并未规定营利事业账载应付未付之费用，倘经过一定期间未为给付，不问债务是否消灭，即一律应转列营利事业之其他收入，而费用转列收入涉及所得税税基之构成要件，应有租税法律主义之适用。”释字第703号解释：“‘所得税法’第二十四条第一项前段规定：‘营利事业所得之计算，以其本年度收入总额减除各项成本费用、损失及税捐后之纯益额为所得额。’(本条项于2006年5月30日修正增订后段规定，其修正前第一项之规定即为修正后第一项前段之规定)亦即营利事业之收入，于减除各项成本费用、损失及税捐后之纯益额，始为营利事业所得额。依收入与成本费用配合原则，得自收入减除之各项成本费用、损失及税捐，应以为取得该收入所发生者为限。耐用年数二年以上之固定资产应以其逐年折旧数认列为成本(所得税法第五十一条规定参照)，以正确反映固定资产之采购使用在各年度之成本费用。要之，成本费用如可直接合理明确归属于应税所得及免税所得，即应依其实际之归属核实认列，始符合‘所得税法’第二十四条第一项之规定。”

上述意旨不但常受明白引用(例如“司法院”释字第438号、第460号、第496号、第500号、第597号、第625号解释),而且于2009年5月13日明文增订于“税捐稽征法”第十二条之一:“涉及租税事项之法律,其解释应本于租税法律主义之精神,依各该法律之立法目的,衡酌经济上之意义及实质课税之公平原则为之(第一项)。税捐稽征机关认定课征租税之构成要件事实时,应以实质经济事实关系及其所生实质经济利益之归属与享有为依据(第二项)。”而后在2013年5月29日增订第三项规定:“纳税义务人基于获得租税利益,违背税法之立法目的,滥用法律形式,规避租税构成要件之该当,以达成与交易常规相当之经济效果,为租税规避(第三项)。”其中第一项关于税捐法之解释,第二项关于课税事实之认定,第三项关于滥用私法关系之形成自由地调整。这三者习称为“实质课税原则”。〔9〕其意旨主要为:税法之解释不得拘泥于文字。其中“司法院”释字第597号解释文并释称:“‘宪法’第十九条规定,人民有依法律纳税之义务。所谓依法律纳税,系指租税主体、租税客体、税基、税率等租税构成要件,均应依法律明定之。各该法律之内容且应符合量能课税及公平原则。”该号解释除要求“租税构成要件,均应依法律明定”以符税捐法定主义外,并明白昭示:据以课税之“各该法律之内容且应符合量能课税及公平原则”。其所称“公平原则”,从同院其他关于租税公平原则的阐释,可谓是税捐正义在量能课税的基础上之进一步的要求。〔10〕其意义为:税捐之课征应遵守税捐中立,对于纳税义务人按其负税能力,平等课征。例如“司法院”释字第607号解释,除在解释文重申下述原则外:“‘宪法’第十九条规定,人民有依法律纳税之义务,系指‘国家’课人民以缴纳税捐之义务或给予人民减免税捐之优惠时,应就租税主体、租税客体、税基、税率等租税构成要件,以法律明定之。各该法律规定之内容且应符合租税公平原则。”并在解释理由书中阐述:“营利事业所得来源,如于扣减相关之成本费用、损失后仍有余额,即有税负能力,就该笔所得核实课征税捐,与租税公平原则并无不符。”

归纳之,营利事业收入扣减相关之成本、费用、税捐、损失后仍有余额,营利事业始有税负能力。此为净额原则之适用。实质课税与量能课税固同被引为课税公

〔9〕“司法院”释字第620号解释:“生存配偶依法行使剩余财产差额分配请求权者,依遗产及赠与税法之立法目的,以及实质课税原则,该被请求之部分即非属遗产税之课征范围,故得自遗产总额中扣除,免征遗产税。”

〔10〕关于公平课税,日本学者金子宏认为租税法之基本原则由租税法律主义、租税公平主义及自主财政主义组成。其中租税公平主义,指依负担税捐之能力课税及租税之中立性构成。租税公平主义在日本宪法虽无明文规定,但他认为能够由日本宪法第十四条关于平等权之保障的规定直接导出(金子宏:《租税法》(第十版),东京弘文堂株式会社2005年版,第十版,第87页)。

平原则应具备的前提。但两者相较,量能课税可谓为实质课税之具体原则。盖如营利事业无负担税捐之能力,不应课以税捐乃自明的道理。然解释中所提“租税公平原则”所意指者,在释宪解释上,尚未具体化为平等原则所要求之税捐中立。^{〔11〕}因此,在实务上的实践上,租税公平原则尚未与量能课税原则联系起来。而似如“司法院”释字第 597 号解释文所示,量能课税与公平原则是两个并立而无联系之原则。

这是现行释宪实务尚未准备好,依“宪法”第七条所定平等原则,或“宪法”第十五条所定财产权之保障,明白将量能课税原则宣示为“宪法”层级之税捐法的建制原则前,^{〔12〕}所为之一一种含蓄的表达方式。核其内容,已有可税所得额之计算应符合“净额原则”,以核实课征的意旨。只是因尚未意识到其内容即为“净额原则”之要求,因此未能将之归纳为一个较诸租税公平原则,或甚至较诸量能课税原则,更为具体之法律原则,以引领税捐法更确实的由“具体”而“抽象”,从“净额原则”,经“量能课税原则”,朝向公平课征原则发展;反倒越过量能课税,直接向莫测高深之实质课税原则跃进,以致量能课税原则在宪法层次之肯认与实践,反而有退转的情形,少有引用。其具体表现为,“税捐稽征法”第十二条之一,宁可规定:“涉及租税事项之法律,其解释应本于租税法律主义之精神,依各该法律之立法目的,衡酌经济上之意义及实质课税之公平原则为之(第一项)。税捐稽征机关认定课征租税之构成要件事实时,应以实质经济事实关系及其所生实质经济利益之归属与享有为依据(第二项)。”而不肯同时将“司法院”释字第 597 号解释文中之下引文字,定为其中一项:“人民有依法律纳税之义务。所谓依法律纳税,系指租税主体、租税客体、税基、税率等租税构成要件,均应依法律明定之。各该法律之内容且应符合量能课税及公平原则。”以明白肯认较为具体之“量能课税原则”。而宁可流连于较为抽象之“实质课税原则”。其结果,所得税法上之“净额原则”亦从来不曾在释宪解释中受到引用。

二、选择权债务之或有性、 双务性及其风险

关于认购(售)权证之发行的所得税,其课征所以引起诸多问题的缘由为实

〔11〕 Hey in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., 2013, § 13 Rz. 169:“按经济上之给付能力,平等课税的要求,表现在对事业组织形式之中立性上。”

〔12〕 关于量能课税原则之详细讨论,请参考 Tipke, Die Steuerrechtsordnung Band I, 2. Aufl., 2000, S. 479ff. .

务上对下列事实的认识未尽透彻：

(一) 选择权债务之概念及其证券化

由于证券行情涨跌难测,其投资有一定的风险,所以证券投资人有将该风险框限在一定限度下的需求。其框限的工具即是:将其为投资证券所需从事之交易,规划为选择权的交易,以使投资人取得权利,而无义务,在约定之期日或期间内,得向选择权的债务人,按约定价格买进或卖出,约定数量之约定目标。该权利义务关系之特征虽与受要约人之权利相同,^[13]但因将之称为选择权,而使其带有现代的神秘性。该神秘性一时对其理解构成障碍。为方便该选择权之行使及流通,选择权债务人可能自动,或可能因其债权人之请求,而将该选择权证券化,而使其有进一步之理解上的疑惑。其疑惑存在于:选择权债务之或有性,以及选择权证券之初级发行与次级买卖的债务不同。认购(售)权证即为经证券化之选择权。

(二) 选择权债务之或有性及双务性

选择权债务在履行上与保险类似,为一种或有债务。在保险系于保险事故是否发生;在选择权,最后其债务人是否负有履行义务,形式上系于其债权人是否行使选择权,实质上系于在约定期日或期间,其约定价格相对于其行情价格,是否有利于选择权人。由于选择权债务在履行上之或有性格,模糊债权人为取得该选择权而对债务人支付拘束金(权利金)与债务人负担选择权债务间,在其发生之原因关系上的双务性。二者之间具有对价关系:债权人“支付拘束金”为取得“选择权”之对价。因此,在源自拘束金(权利金)之所得的计算上,应减除债务人为履行或为准备履行其对待给付(选择权债务),所支出或负担之成本、费

[13] 选择权契约之债务客体为选择权债务。该债务与其债权人行使选择权后,发生之债权债务关系不同。在选择权契约,与要约的情形相同,选择权人只能就选择权契约中约定之内容与条件,行使其选择权,缔结以该约定之内容与条件,为内容与条件之契约。不得为限制、扩张或变更。此与预约不同。在预约,双方之法律地位类似于民法第一百五十三条第二项所定,当事人对于必要之点,意思一致,而对于非必要之点,未经表示意思,而契约已经推定为成立的情形。关于该非必要之点,双方尚须协商约定,以缔结本约。最后,当事人如不能获致一致之意思,得诉请“法院”依其事件之性质定之。选择权债权人之权利与优先购买权,亦不相同。在优先购买权,就系争目标,除必须其债务人有先与第三人达成买卖之一致的意思表示外,优先购买权人并无权利,参与该买卖契约之内容的议定。请参见 *Enneccerus-Nipperdey*, *Lehrbuch des des Bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., Tübingen, 1960, § 162 Anm. 28. 因优先购买权并非形成权,所以优先购买权人就系争目标,尚须基于该优先购买权与其出卖人为买卖契约之缔结,始能取得买受人之权利。依现行法与优先购买权相关之规定,优先购买权有物权效力,可对抗第三人者;有只具债权效力,就其违反,仅得对出卖人请求损害赔偿,而不得对受让人,主张其与出卖人缔结之买卖契约或履行行为,无效。请参见黄茂荣, *买卖法*, 增订七版, 2015/03, 第二章第四节。选择权则是一种形成权。其延伸的影响为:选择权无消灭时效之适用,而有除斥期间之适用。请参见 *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., Heidelberg 1983, S. 426f.

用、损失及税捐,以符客观净额原则。因为没有无本的生意,所以在对当事人之一方受领之给付课征所得税时,应准其减除其为履行或为准备履行该给付之对待给付,所支出或负担之成本、费用、损失及税捐,是自明的道理。

(三) 选择权债务目标之市场敏感性及其风险

选择权目标得为证券、外汇、债券、大宗物资或各种衍生性金融商品。选择权目标不论为何,通常会被证券化。是故,认购(售)权证及其权证目标,通常都是证券。其共同特征为:其行情特别具有市场敏感性,易涨易跌,难以预测。当买入选择权之债权人,在目标行情价格高于约定价格时,会行使买入选择权,按约定价格,向选择权债务人,买入约定数量之约定目标;当售出选择权之债权人,在目标行情价格低于约定价格时,会行使售出选择权,按约定价格,向选择权债务人,售出约定数量之约定目标。所以,如果选择权债务人不预为约定目标之避险交易,为买入选择权债务,事先融资,(作多)买入约定目标;为售出选择权债务,事先融券,(放空)售出约定目标,必然会因选择权人届时行使选择权,而在交易费用之外,另遭受行情价格与约定价格之差额,乘以约定目标数量之履约的交易损失。要之,在选择权人视情形行使选择权时,发行人必然因为权证目标行情之涨落,而遭受履约损失。是故,发行认购(售)权证,创设选择权,而为交易,负担之选择权债务,具有风险性。

(四) 选择权债务人之避险交易及其履行准备

为控管选择权债务人所负前述履约损失的风险,并在金融监理上防止金融风暴,发行人除有经济上之必要性,并有金融监理法上之义务,为准备履行选择权债务,而预为避险交易。因而有避险费用、损失及税捐之支出。其避险之证券交易,有时固可能会有证券交易所得,但大多数情形,会有证券交易损失(以下合称为避险损益)。该以避险为目的之证券交易,与以证券投资为目的之证券交易,纵使同以证券为交易目标,但为计算其盈亏,类似于一个金融事业同时为数个信托财产之受托人时,其损益在归属上,不但在证券交易之金融监理、在所得之有无及数额的计算,而且在民事强制执行上,每一个认购(售)权证之发行人,就其各个认购(售)权证之发行权利金、交易费用及避险费用或损益等,皆应予严格区分,独立计算,以确保各个认购(售)权证之发行权利金及其为避险交易取得之现金及证券,分别供为各该认购(售)权证之选择权债务的履行准备。不得互相干扰、混淆。各该认购(售)权证之持有人,分别对属于其认购(售)权证之履行准备,有优先受偿权。在发行人所发行之认购(售)权证中,有因未为充分避险,而发生亏损时,该履行准备之划分,可以使有充分避险之认购(售)权证持有人的