

### 第三章 企業併購法租稅措施之規定

首先說明我國公司的財務報表係依商業會計法（下稱商會法）及一般公認會計原則所編製，其原理原則可稱為財務會計處理準則（下稱為「財會」），而報稅時則另須依照稅法規定在帳外作調整，其衡量方式可稱為稅務會計（下稱為「稅會」），兩者間差異是學習稅法與會計最感痛苦之處，也是最需加強注意之點。而企併法第四章章名之所以為『租稅措施』而非『租稅優惠』，其原因在於表彰企併法對租稅整體問題係採取中立立場，**希望透過租稅徵免的規定，排除企業併購活動時可能因稅捐造成的障礙，而這些相關租稅規定原則上僅止於清除併購阻礙，並不給予併購企業額外的租稅獎勵或節稅誘因**<sup>47</sup>。然徒法不足以自行，一旦立法實行後，法律即因為眾多使用者（包括政府機構、司法機關、公司法人以及大小股東）積極牟取己利（績效、虛名、獲利、報酬）的激烈競爭下完全擺脫立法者的預先設想，進而產生自我演化的生命型態，並可能與其他法律結合，繼續誕生新興規則，當然也有不合時宜的法條喪生在荒煙蔓草中<sup>48</sup>，這些千變萬化的法律適用也應是法律人役使法律的事前假設，不該被法條文字所惑而淪為法匠之流。本章將以透過簡介企併法租稅措施的立法理由，分析該條條文內容之適用範圍及自相矛盾之處，並探討實際運用上可能發生或已經出現之爭議。由於本人稅法所學未精，不敢如法學鴻儒一般，可針對總共十條的租稅措施進行兼具理論與實務的深入性檢討，僅先擷取與本文第四章將介紹之實例有關的五條條文略作蜻蜓點水式的討論，本文可謂為簡陋殘缺，尚待學貫法律、會計、稅法的學者專家共同合作，建立完整的學說體系。

---

<sup>47</sup> 參閱劉紹樑等人，同註 21 書，頁 307。

<sup>48</sup> 最著名的植物（人）法就是我國的土地法，幾乎被其他特別法架空，英雄無用武之地。

## 第一節 第三十四條稅捐減免<sup>49</sup>

### 第一項 立法說明簡述：

(一)、因併購而為財產或股份之移轉，如僅係形式上之轉移，與一般應稅交易之本質應有區別，故在一定條件下，給予適當之減免。爰於第一項明定公司依第二十七條至第二十九條規定收購財產或股份，而以有表決權之股份作為支付對價，且達全部對價的百分之六十五以上者<sup>50</sup>，或進行合併、分割者，認為達成形式移轉之門檻，應免徵其為辦理財產或股權而發生之稅捐，包括免徵印花稅、契稅、證券交易稅（下稱證交稅），同時得申請記存土增稅。並規定其移轉貨物或勞務，非屬加值型及非加值型營業稅（下稱營業稅）之課徵範圍<sup>51</sup>。

(二)、為防杜利用本條租稅優惠規定為收購行為之後，即出脫持股，實質上達到一般買賣實質移轉的目的，爰於第二項明定併購公司於合併、分割基準日或收購土地完成移轉登記日起三年內，轉讓該對價取得之股份時，被收購公司應補繳記存之土增稅，該補繳稅款未繳清者，應由該收購公司負責代繳<sup>52</sup>。

---

<sup>49</sup> 第 1 項：『公司依第 27 條至第 29 條規定收購財產或股份，而以有表決權之股份作為支付被併購公司之對價，並達全部對價百分之 65 以上，或進行合併、分割者，適用下列規定：』  
第 2 項：『依前項第 5 款規定記存土地增值稅後，被收購公司於收購土地完成移轉登記日起 3 年內，轉讓該對價取得之股份致持有股份低於原收購取得對價之百分之 65 時，被收購公司應補繳記存之土地增值稅；該補繳稅款未繳清者，應由收購公司負責代繳。』

<sup>50</sup> 本條實際條文文字安排與原先之立法理由顯有重大差異，導致當企業進行合併或分割時，即可適用租稅減免，若是以收購行之，則必須符合其他構成要件，方可適用本條（如下述）。

<sup>51</sup> 營業稅法第 3 條第 3 項第 2 款規定，營業人解散時所餘存之貨物或勞務，視為銷售。

<sup>52</sup> 參閱曾宛如編審，公司分割，頁 124-125，2002 年 6 月。該處敘述本條文有三大錯誤，一是分割並無 65% 股份對價之限制（分割對價本需 100% 股份），只有收購受限制，二是分割亦

## 第二項 條文內容分析：

(一) 企併法之併購主要分為三種型態，即合併、分割及收購，而收購又有兩大子型態，分別為資產收購及股權收購，這些分類係以進行併購之形式，及併購後的狀態，也是併購行為經濟上的意義和效果的分類<sup>53</sup>。本條第一項規定適用於合併、分割、二種類型的資產收購及特殊類型的股權收購，如下所述：

一、企併法之合併：

二、企併法之分割（如表 3.1 所示）：

三、企併法第二十七條的概括承受或概括讓與<sup>54</sup>：

四、企併法第二十八條的子公司收購母公司<sup>55</sup>：

五、企併法第二十九條的股份轉換<sup>56</sup>（如圖 3.1 所示）：

---

無為期 3 年的轉讓股份限制（雖然立法理由有提及），亦只有收購受限制（詳後文），三是記存之土地增稅先由被收購公司補繳，未繳清再由收購土地的承受公司代繳（該書所述恰好相反）。

<sup>53</sup> 參閱劉紹樑等人，同註 21 書，頁 306。

<sup>54</sup> 本條主要係指公司法第 185 條所規定之營業財產收購之行為，參閱陳春山，企業併購與控股公司法，頁 94，2005 年 11 月 2 版。另可參照經濟部 94/7/26 經商字第 09402095620 號函，意旨為公司進行收購依企併法之規定者，允屬第 2 章第 2 節之規定方式，如依公司法之規定者，允屬第 185 條第 2 款或第 3 款讓與或收受營業或財產之方式即屬企併法第 27 條之規定範圍。

<sup>55</sup> 本條適用要件有三，一是母公司持有子公司全部股份，二是子公司發行新股為全部對價以收購母公司資產，三是母子公司已按一般公認會計原則編製合併財務報表，另可參照經濟部 92/9/16 經商字第 0920218620 號函，針對合併報表之要件作出相關行政函釋。

<sup>56</sup> 即經由股東會，被收購公司之（除異議股東外）全部股東將股權全數轉讓，由收購公司發行新股作為交易對價，並成為控股公司而持有被收購公司 100% 股份。有論文誤解為少數股東有權不進行股份轉換，參閱何俞慧，我國企業併購租稅課徵之探討，頁 56，2007 年 5 月。

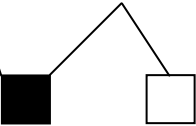
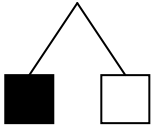
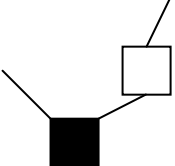
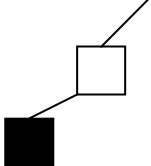
分割類型組合	吸收分割（由既存公司承受分割）	新設分割（由新設公司承受分割）
人之分割（由分割公司全體股東取得股份對價）	(a) 	(b) 
物之分割（由被分割公司取得既存公司之股份）	(c) 	(d) 

表 3.1 按企併法第四條第一項第六款分割定義圖（■：既存或新設之他公司 □：被分割公司）

（二）按第一項前段的文義解釋，如果企業進行合併（及分割）時，不管交易對價為何，即便是全以現金支付，亦可適用本項租稅減免規定（然目前分割之承受公司尚須全以發行新股為支付對價）。而若收購公司為適用該項規定，在進行上述的三種收購類型時，還須符合另一構成要件，即所支付被收購公司之全部對價<sup>57</sup>，其中有（收購公司）表決權之股份<sup>58</sup>的價值必須佔本次交易對價之總價的 65% 以上<sup>59</sup>，簡單舉例來看，當 X 公司願意以總價值 100 億的對價（股份及現金）去購買 Y 公司的全部或主要之營業或財產（即營業讓與）或是 Y 公司股東所持有之全部股權（非金控法的股份轉換之對價均需股份）時，其所支付之股份必須是 X 的普通股或有表決權的特別股（可轉換公司債 CB 或附認股權證之公司債 WB 等含權益性質的有價證券或是可交換公司債 EB 均不可計算在內），且合計市價必須為 65 億元以上，符合上述限制要件，兩家公司才可申

<sup>57</sup> 參閱經濟部 92/7/10 經商字第 09202139520 號函：『按企併法第 4 條有關對價之定義，係以受讓之資產減除承擔債務之淨資產價值作價，當作受讓公司以股份、現金或其他財產為收購之依據。』其中受讓公司如以發行新股為對價，性質上即為讓與公司以現物出資抵繳股款。

<sup>58</sup> 法條並未限定為收購公司之股份，然從立法理由、文義範圍以及目的性限縮解釋均可推論出該限定要件，應非增加（稅法）法律所無之限制，導致違反租稅法律主義之效果。

<sup>59</sup> 該股份對價門檻之要求係為表現出併購時財產移轉須非因實質移轉處分，但其實原來的立法理由及外國法例均要求 80% 以上，結果在最後的法條本文中，硬生生被降為 65% 以上。

請本條第一項的租稅減免(第三十九條的限制更嚴格,股份價值須佔 80%以上,第三十七條則無對價型態的限制,第四十條則非限制對價而係要求持股下限)。

(三)但是三種收購類型之特別對價限制其實只在第二十七條的營業讓與才有其特殊意義所在,因為到目前為止,適用第二十八條及第二十九條的情形均要求收購公司以發行新股為支付對價<sup>60</sup>,除非收購公司係為發行無表決權之特別股<sup>61</sup>,不然全部對價均應為(有表決權的)股份,必然符合法條構成要件。如進行股份轉換時(見圖 3.1 所示),由於交易雙方係為收購公司 g 與被收購公司 h 的股東 f,收購公司 g 支付 g 部分股份以交換被收購公司 h 的全部股權,被收購公司 h 並未涉入交易過程,當然非屬營業稅課稅範圍,且收購公司 g 及被收購公司 h 皆存續,無消滅公司故缺少土地移轉之行爲,亦無土增稅之記存可能性,唯一能適用該項範圍僅為第三款的免徵證交稅<sup>62</sup>,且只有在被收購公司之股東 f 移轉其股份給收購公司 g 時,因屬互易股票而有證交稅負擔<sup>63</sup>進而適用免徵,至於收購公司 g 係為換股而發行新股之行爲,本應非證交稅課徵客體<sup>64</sup>。

---

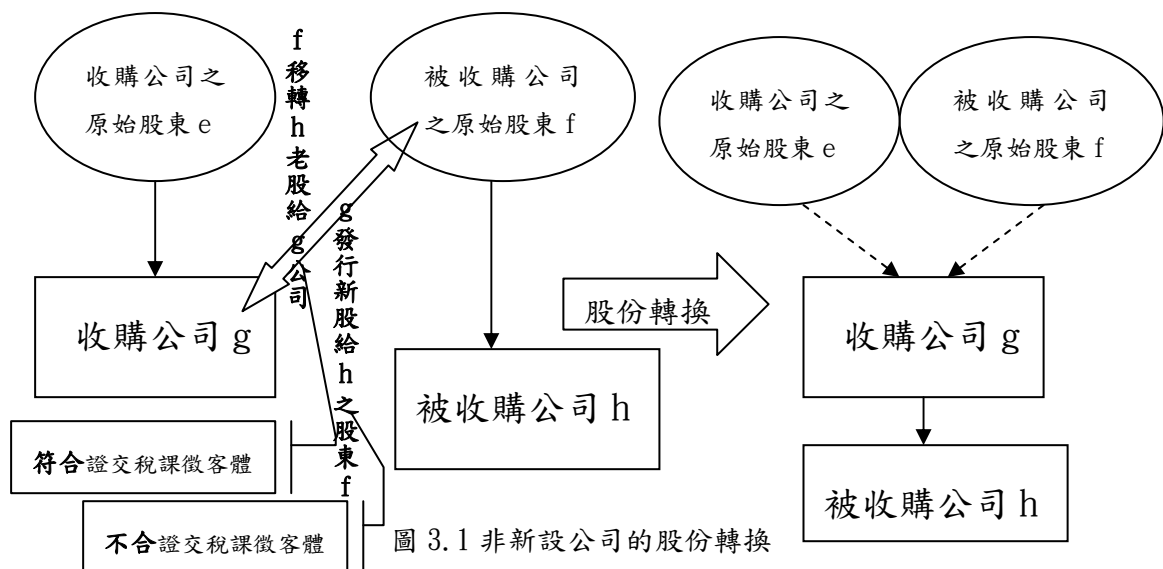
<sup>60</sup> 企併法第 28 條第 1 項第 2 款規定子公司發行新股予母公司作為受讓對價,以及同法第 4 條第 5 款定義下的股份轉換,被收購公司的全部股份作為對價,以繳足收購公司之股款。然金管會 2005/12/12 金管法字第 0940071097 號函:『金控公司依法辦理股份轉換,得以現金為對價,取得金融機構全部已發行股份』,故收購公司為金控時,似不受企併法第 29 條第 1 項限制?

<sup>61</sup> 該要件僅規定收購所支付之股份須有表決權,然股份價值多半繫諸於盈餘分配請求權(可從委託書的贈品價格得出該結論),且公司法第 157 條第 3 款規定特別股之股東行使表決權之順序、限制或無表決權,故可在買賣雙方的同意下,設計出低表決權而高股息之特別股為支付對價,即可在不稀釋收購公司之控制權的前提下,可適用該項規定而減免雙方交易稅捐。

<sup>62</sup> 財政部 96/2/7 台財稅字第 09604510610 號函指出,股東依企併法進行股份轉換時,超過其所讓與股份之原始取得成本部分,屬(停徵之)證券交易所所得。

<sup>63</sup> 財政部 91/6/6 台稅二發字第 0910453575 號函,股份交換不適用企併法之免徵證交稅,然矛盾的卻是 70/6/8 台財稅字第 34635 號函,以他公司之股票充抵投資股款,非買賣有價證券。

<sup>64</sup> 財政部 68/12/12 台財稅字第 38865 號函指出證交稅係針對次級市場交易課徵,首次發



(四) 本項規定係因財產形式移轉不課稅，因購併時難免書立各種移轉財產之契約，或收受標的物等契據憑證，而買賣動產、不動產及銀錢收據皆為印花稅的課稅憑證，故第一款予以免徵<sup>65</sup>。契稅條例第二條規定除已開徵土增稅之土地外，不動產之移轉均應繳納契稅，因台灣土地均已全部規定地價，故契稅的課稅客體僅對房屋之移轉課徵，第二款規定取得房屋所有權者免徵契稅<sup>66</sup>。

(五) 第三款規定係因排除證券交易稅條例（以下簡稱證交稅法）第一條第一項之適用，凡買賣<sup>67</sup>有價證券<sup>68</sup>應徵收證交稅，故在過去併購過程中，公司

行乃投入資本行為，非證交稅之課稅對象。若 g 為金控，或可適用金控法第 28 條免徵證交稅。

<sup>65</sup> 因印花稅法第 1 條明定『在中華民國領域內書立者』，故只要在國外書立憑證，可免除印花稅負擔，且為合法節稅範圍，台灣高鐵即前往日本訂約，省下數億元，財政部擬修法防範。

<sup>66</sup> 參閱劉紹樑等人，同註 21 書，頁 310-311。

<sup>67</sup> 證交稅法僅規範「買賣」應課徵證交稅顯有漏洞，而財政部 90/4/4 台財稅第 0900451026 號把股份交換行為納入證交稅的課稅客體，說理實有不足。按互易行為在經濟及民事關係上，即為兩買賣契約互為對價的聯立契約，秉此可將互易涵攝買賣之中，參閱黃士洲，稅法證券交易觀念須釐清，稅務旬刊第 2037 期，頁 10，2008 年 4 月。然此股份交換之課稅客體應侷限於（大股東）老股交易，不應包括公司為股份交換而發行新股，發行募資與買賣證券大不相同。

<sup>68</sup> 證交稅法第 2 項則將有價證券侷限在狹義的有價證券，如公司發行之股票和公司債以及經政府核准得公開募銷之其他有價證券，完全不包含廣義的有價證券。

間因有償移轉證券資產，原應有證交稅負，但依財政部 67 年台財稅第 38005 號函釋，公司合併而承受舊公司之有價證券，並非買賣應不課徵證交稅。而消滅公司收回其股東之股份並加以註銷進行解散，應與公司收回股票進行減資的情況相似<sup>69</sup>，本無證交稅負擔存在。即便如此，對於稅法原無明定的分割與收購等類型，因公司間有機會移轉證券資產，仍有課徵證交稅之可能性，直到企併法立法時明定方可合法免徵，但後續仍有不少爭議（見本節第三項之說明）！

（六）關於第四款規定，係因營業稅法第三條第三項第二款將營業人解散營業時所餘存之貨物或勞務視為銷售<sup>70</sup>，且財政部 79/3/28 台財稅第 780701651 號函明釋公司合併而消滅，其原材料、存貨及固定資產，**應視為銷售**。然消滅公司並非獲取對價或債務免除利益而移轉貨物予存續公司，**此種稅法上擬制將造成消滅公司負有繳納銷項稅額債務，而存續（新設）公司卻同時產生同等金額的進項稅額之權利，進銷項稅額本可互抵，差別只在先繳後抵，無端增加併購的資金負擔，對國庫亦無實質助益**，故本款將之歸為非屬營業稅之課徵範圍<sup>71</sup>，免開立統一發票<sup>72</sup>。至於消滅公司累積留抵稅額本應退還予存續公司受領<sup>73</sup>。

---

<sup>69</sup> 財政部 86/3/5 台財稅第 861886344 號函釋以現金實質減資，並不發生課徵證交稅問題。但收回庫藏股票註銷卻有證交稅負，參照財政部 92/12/4 台財稅第 0920456602 號函釋，**後函釋一方面將庫藏股註銷歸類為證券交易，另一方面又比照發行行為，溢價公積免課營所稅**。然究其實質，**公司買回庫藏股，應由出賣之股東繳納證交稅，但再發行則免徵證交稅為是**。相同見解可見許崇源，庫藏股票相關稅捐問題之探討，中國稅務旬刊第 1764 期，頁 11，2000 年 9 月。

<sup>70</sup> **其立法目的在於營業人將貨物抵償一般債務及對股東的剩餘財產分配請求權，為移轉貨物所有權並獲有債務免除之對價，視為銷售貨物，故仍應課徵營業稅。**

<sup>71</sup> 即規範因併購而移轉之貨物或勞務非營業稅法上的課稅客體，與營業稅之免稅銷售概念不同，更非適用零稅率，關於營業稅參閱王建煊，租稅法，頁 370-384，2006 年 8 月 30 版。

<sup>72</sup> 工業局 91/10/8 工策字第 09100325959 號函指出，無須事先報備即可適用。

<sup>73</sup> 財政部 93/1/14 台財稅字第 0920457423 號函，依營業稅法第 39 條第 1 項第 3 款規定。

(七) 至於第五款規定，主要是排除土地稅法在併購過程中的適用，因合併、分割及收購均可能變更土地所有權名義，按有償移轉行為之土增稅納稅義務人爲原所有權人<sup>74</sup>，故造成租稅負擔而成爲併購重大阻礙。故促產條例舊法、公司法舊法的第三一七條之三第三款<sup>75</sup>、金合第十七條第一項第二款、金控法第二十八條第二款等均允許原供消滅公司直接使用之土地<sup>76</sup>，及現行促產條例第十五條第二項亦規定經經濟部**專案核准合併者，事業所有之土地**隨同合併行為一併移轉時，均可由合併後之存續（新設）公司或事業記存土增稅。而本款類似規定則不但完全不限制被併購公司之土地種類與未來用途<sup>77</sup>，更進一步將記存土增稅措施從合併擴大到分割及收購，除消滅公司外，被分割及被收購公司移轉登記名下之土地給承受公司時，均不必立即繳納土增稅，先以當時的土增稅稅率計算應繳之稅款，然後記存在移轉後持有土地的承受公司名下，等到該土地再次移轉時，另行計算二次移轉間公告現值差額應繳之土增稅，二者加總後（由承受該土地且記存土增稅之公司<sup>78</sup>）一併繳納之，與土地稅法第二

<sup>74</sup> 土地稅法第 5 條第 1 項規定土增稅之納稅義務人，第 1 款的土地爲有償移轉者（如買賣），爲原所有權人（出賣人），第 2 款的土地爲無償移轉者（如贈與），爲取得所有權之人（受贈人），參照財政部 63/4/23 台財稅第 32656 號函釋即認爲公司因合併而承受他公司不動產應繳土增稅。當合併、分割或收購時，可視爲以股份（合併或收購可以其他財產）爲對價交易土地。

<sup>75</sup> 參照經濟部 89/4/25 經商字第 89204097 號函釋，原供該事業直接使用者之用地之認定，凡屬服務業者，經修正爲須同時符合下列要件：土地所有權登記爲該公司所有者、土地所在地爲該公司之公司執照或營利事業登記證所載地址（或有其他證據足以證明確係原供該事業直接使用者）以及土地於合併前一年內非出租或非供他人使用（存續公司先行租用者不在此限）。

<sup>76</sup> 本條的適用期間爲 2001/11/14 至 2005/6/24，因聲寶所持有之土地租賃給子公司，可能會被視爲非自用土地，無法適用該條而有土增稅負擔，導致與東元合併案破局，然 2002/2/1 生效可適用到 2009/12/31 的促產條例第 15 條並無該限制要件，只要經經濟部專案核准即可適用。

<sup>77</sup> 只要土地所有權屬於消滅公司「所有」即可，故於第 2 項設下轉讓股份限制，以防杜實質買賣假借併購行為進行，參閱梁秀芳，同註 12 文，頁 25-26。然有無防杜效果可見後述。

<sup>78</sup> 參照台北高等行政法院 96/5/24 判決 95 訴字 2856 號。但本款並不適用於私人間的土地



十八條之二規定（配偶間贈與土地得申請不課徵土增稅，但於再移轉第三人，按夫或妻取得時之移轉現值為原地價，計算漲價總數額）之計算方式完全不同。

（八）第二項規定收購公司依前項第五款記存土增稅後，三年內被收購（出售土地）公司仍可轉讓該併購交易所取得有收購公司表決權之股份，但不得使其持有股份低於原收購總對價的 65%，因為若是完全准許再移轉股份，被收購公司事實上已與該土地的實質利益脫離，不合乎當初假設繼續參與營運的前提而記存土增稅，如有違反持股轉讓限制年限，被收購公司必須**補繳**記存之土增稅，未繳清者，應由收購（持有土地）公司負責**代繳**<sup>79</sup>，以免有取巧之情事。惟須注意之處在於本項僅規定收購二字，似乎限於進行第二十七及二十八條的資產收購類型，不適用於合併、收購或第二十九條的股份轉換（見本節第三項之說明）。承上例所述，Y 公司出售土地後（並取得 65% 以上對價的 X 股份），原應立即申報繳納之土增稅（Y 公司帳上所提列土增稅準備之長期負債科目亦可沖銷），可因企併法先記存於 X 公司名下，故 X 公司同時承受該土地資產及記存土增稅債務（X 公司帳上亦須提列長期負債科目），然 Y 公司仍可合法出售 X 公司之股份，然若移轉該土地的三年內，Y 公司所持有 X 公司之股份價值

---

移轉（企業以股份收購私人土地並不能記存），參照最高行政法院 94/2/17 判決 94 判字 239 號。

<sup>79</sup> 企併法中的土增稅記存係屬公法上法定租稅債務之移轉，與私法上意定移轉有別，若被收購公司未能繼續持有收購公司之股份，再要求補繳或代繳，故該規定應屬公法上之擔保債務，但難以理解的是該記存租稅債務既已法定移轉於收購公司，在土地交易過程要求的對價必然降低（即便雙方為關係企業），但卻在被收購公司售股後要求補繳，此時，被收購公司係基於本身債務繳納呢？還是基於代繳義務人？能否再向收購公司請求返還稅款？（被收購公司可能已非股東身份）若不能的話，是否要課徵收購公司受贈所得稅？反之由收購公司負責代繳，根本就不是如條文所述的代繳地位，而是基於本身係租稅債務人繳納土增稅，故不應再向被收購公司請求返還（企併法第 11 條第 1 項第 6 款同意買賣雙方先以**契約**限制股份移轉期限，同條第 2 項允許未公開發行公司得直接於**章程**記載，然此均為私法自治事項，非必要限制規定）。有學者亦認為此規定不合理，應直接以收購公司為**代繳義務人**，優先於被收購公司，負**補繳**土增稅義務，參閱黃茂榮，稅法總論（第二冊），頁 220，2005 年 10 月。與本文推論略有不同。

降至 65 億以下（原先可記存的要件是 65 億元以上）時，Y 公司有義務補繳該記存土增稅稅款，未能準時如數繳清的話，X 公司將有代繳義務。（但企併法此時究竟是規定 Y 或 X 為真正納稅義務人尚有爭議？請參見本文註 79 之探討！）

### 第三項 文義適用爭議：

（一）、證交稅免徵範圍：因併購時的證券移轉可分為公司與公司間以及公司與股東間等狀態<sup>80</sup>，原始條文『應納之證交稅一律免徵』的含意似乎是指全免，是否涵蓋股東行使異議收買請求權？仍有待釐清<sup>81</sup>！修法後雖改為『其移轉之有價證券免徵證交稅』仍無法明確指稱免徵證交稅之範圍，只好放任由財政部依個案發布函釋<sup>82</sup>。嚴格來說，併購過程只要牽涉到公司發行新股及收回股份減資等股票移轉行為並非證交稅的課徵客體<sup>83</sup>，本無稅負可言，沒有免徵規定之適用餘地<sup>84</sup>！本款適用範圍應在公司間移轉證券資產（合併、分割及收購資產）、讓與或被分割公司取得股份對價轉予股東（收購資產及分割）以及被併購公司之股東移轉給收購公司時（股份轉換）或消滅公司註銷（合併）<sup>85</sup>，

---

<sup>80</sup> 這點暴露出企併法租稅措施的重大問題，並未仿照促產條例明白區別股東階段與公司階段的不同租稅減免規定，造成適用主體的公司稅負能否類推適用在參與股東身上即有疑義？

<sup>81</sup> 因證交稅的納稅義務人係為賣方（股東），公司向股東收買股票則有扣繳義務，依財政部 82/8/25 台財稅字 821495271 號意旨，股東請求公司收買以及公司嗣後再行出售均屬買賣有價證券之行為，仍須課徵證交稅，可否因本款而一律免徵？至於公開收購非本法適用範圍所及。

<sup>82</sup> 參照許崇源，同註 69 文，及黃士洲，同註 67 文。

<sup>83</sup> 美商花旗銀行購併本國華僑銀行時，在吸收合併階段，收回華僑銀行全數股份係為註銷並解散華僑銀行之用途，本應無證交稅負可言，詳情請參照本文第 4 章第 3 節的外銀案。

<sup>84</sup> 在稅法解釋上，必先合於稅法構成要件發生稅負時，再觀察是否另外符合減免要件，可另行減免稅捐，如果該行為從開始就不符稅捐主客觀要件，根本就無稅負可言，並非免稅。

<sup>85</sup> 然有論者認為按照法律條文的文義解釋，本款之適用主體似為「公司」，而非「股東」，

本屬有償移轉應課徵證交稅，為免造成併購阻礙（可能係為形式移轉），且當對價為他公司之股份時（非必要條件），並非實質移轉，故依法免徵。然股東依第十二條行使異議股東收買請求權，出售其股票給公司時，仍應負擔證交稅<sup>86</sup>，但該所得將被歸為證交所得<sup>87</sup>，股東本身將可免去併購對價超過出資額的現金部分被認定為股利所得的額外負擔（參見本章第三節及第四章第四節之討論）。

（二）、對價限制：相較於分割類型在企併法第四條第六款之定義，承受分割的既存或新設公司必定只能發行新股給進行分割之公司（或其股東）作為交易對價；合併類型則因同條第三款規定，所支付之對價只要為有價財產，則可百無禁忌<sup>88</sup>，不限為合併後存續（新設）公司之股份，其他公司之股份、現金或其他財產均可作為合併對價的一部或全部。然而有疑問處在於當合併之消滅公司股東取得現金、無表決權之股份或是其他財產時，即不再繼續參與存續（新設）公司之投資經營，消滅公司的股票進行註銷，其權利及義務由存續（新設）公司概括承受，故財產必須全數移轉給存續（新設）公司，此時還能如立法理

---

讓與公司之股東可能無法依本款免納證交稅，而依據財政部 70/6/8 台財稅字第 34635 號函令，以其持有之股票充抵股款，非屬有價證券之買賣，應免徵證交稅，參閱協合國際法律事務所編著，A+企業超群法律，頁 36-38，2008 年 1 月。然如此侷限解釋的話，股份轉換適用本條租稅措施的範圍將縮減至第 1 款的免徵印花稅（見表 3.2），幾乎可將第 29 條從第 34 條中移除。

<sup>86</sup> 財政部 82/8/25 台財稅第 821495271 號函，公司收買反對合併之股東所持股票及嗣後再行出售等二種行為均為證交稅課徵範圍。然學者認為行使異議股東收買請求權時，應視為股東出售股票，應課徵該股東證交稅，而非視為資本返還（如係資本返還，超過原始投資額部分應為投資利益課稅），參閱許崇源，同註 69 文，頁 11-12。至於該公司將該股票再發行，則屬股本維持，應非證交稅之課徵客體（公司本可註銷該股票，另行發行新股，即可免課證交稅）。

<sup>87</sup> 基本上證交稅與證所稅並非為依存互斥之稅捐（然期貨交易稅與期貨交易所稅則互斥），各有各的法定構成要件，有互相借用之觀念，但主管機關通常在解釋上多傾向認為無證所稅可課即有證交稅要繳，然觀所得稅法第 4 條之 1 及第 4 條之 2 之間的文義差異似非如此。

<sup>88</sup> 企併法之合併雖涵蓋公司法所稱之吸收及新設合併，但相較於公司法僅規定得以股份或不滿一股者支付現金，其特殊之處在於合併對價多元化，參閱王志誠，同註 3 書，頁 23 & 56。

由所述，單純視為形式上之轉移，與一般應稅買賣不同嗎<sup>89</sup>？這與消滅公司直接進行解散清算，出售資產歸還債務，並返還股款給股東有何差異？雖然在學說上對公司合併的法律性質，有所謂的人格合一（人格繼受）說及現物出資說<sup>90</sup>的爭議，然此為民商法體系之見解歧異，稅法未必要照單全收<sup>91</sup>，稅法基本原理應在租稅法律主義的限制下，儘量以經濟實質取代法律形式，合併在會計原理中被視為消滅公司出售全部資產給存續（新設）公司，並將交易對價按比例分配給股東<sup>92</sup>，如合併對價多為存續（新設）公司的有表決權之股份時，對消滅公司股東而言，僅是持有公司股票之名稱發生變更，但投資經營的實質不變，然若全部對價為現金時，實質與公司清算無異，不應任意免除交易稅捐，以免形成租稅漏洞<sup>93</sup>。故在立法政策的抉擇上，當合併的支付對價同時包含有表決權之股份以及其他財產時，其比例多寡方可適用租稅減免措施，才是重點所在。然因本項條文實際條文內容所致，實質上清算只要改用公司合併之法律名義，即使消滅公司股東不再成為存續（新設）公司股東，交易稅捐仍全數減免，土增稅亦記存，原則上消滅公司也不必再繳納清算所得<sup>94</sup>，然從股東角度

---

<sup>89</sup> 其實原草案第 36 條規定係將股份對價限制在購併五種類型，並佔總價值的 80% 以上。另外美國稅法上的 A 型免稅改組，亦要求一半以上對價為併購公司之股票，全部現金則不符。

<sup>90</sup> 參閱王志誠，同註 3 書，頁 58-62。然現物出資說的修正論點，係以消滅公司之全部股份（而非財產）為現物出資，在法律名義上已非合併之定義，應視為收購類型的股份轉換。

<sup>91</sup> 學者指稅法與私法關係既非相互獨立，亦非互相依存，固然稅法之構成要件多須借用民法概念，只適用於核心概念，其邊緣意義須視與核心事實，經濟意義是否相當。事實上，無論是稅法或民法，均應探求真意，參閱葛克昌，稅法基本問題，頁 11 & 211，2005 年 9 月 2 版。

<sup>92</sup> 參閱鄭丁旺與林美花合著，高級會計學（上），頁 34-35，2006 年 9 月 4 版。

<sup>93</sup> 未來公司準備解散清算時，均可設計為被另一家買方公司吸收合併，以節省交易稅捐。

<sup>94</sup> 依企併法第 39 條立法理由，合併之消滅公司依公司法第 24 條規定免除清算程序，並依所得稅法第 75 條第 2 項但書規定，無申報清算所得課徵營所稅問題。然財政部 97/1/4 台財稅字第 09604558950 號函釋將可能造成 2008 年的消滅公司須繳清算所得（見本章第 3 節）。

觀察，因取得現金合併對價以實現其投資損益，完全脫離對原有公司財產的利益及風險關係，並不符合財產形式移轉的立法假設<sup>95</sup>。故在併購行為適用該項條文時，行政機關是否應針對合併之特殊情形，認定係為（稅法）法律漏洞<sup>96</sup>，可依本條之規範意旨以類推適用收購類型予以補充，或直接參照本條其他四種類型作出目的性限縮解釋適用之合併定義<sup>97</sup>，只允許當消滅公司股東取得對價為包含 65% 以上的股份之合併類型方可依本項規定減免稅捐，現金合併則一律不予適用<sup>98</sup>。或者一勞永逸地尋求修法解決<sup>99</sup>，將課稅及免稅類型化並精緻化，

<sup>95</sup> 參閱理律法律事務所編著，理律稅法文集，頁 98，2006 年 7 月。

<sup>96</sup> 立法者已意識到形式移轉與實質移轉的區別，故訂立本項規定，希冀將併購過程中形式移轉的稅捐免除，然漏將以非股份為支付對價之合併視為實質移轉之範疇，排除租稅措施之適用，而一視同仁地給予免稅待遇，訂立法律所追求之目的在構成要件上並未加以涵蓋，學說上稱為「法律漏洞」，參閱黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 385-440，2004 年 9 月增訂 4 版。

<sup>97</sup> 同一法律中的同一規範名詞出現定義上的差異，當然不是良好的立法技術，但立法者難免有所疏漏，仍須仰賴行政函釋及司法裁決加以補充解釋，且對於企併法名詞作出目的性解釋，行政機關已有先例，針對『收購』之定義，因本法第 4 條所稱之企業併購行為包含合併（第 3 款）、分割（第 6 款）及收購（第 4、6 款）等三大類型，範圍過於廣泛，為避免金額甚小或股份不多的收購行為均可適用企併法進而利用租稅措施，違反立法目的，經濟部 91/4/1 經商字第 09102066430 號函規定，僅在符合企併法第 2 章第 2 節收購的三種型態（第 27 條至第 29 條）方可適用第 4 章的租稅措施並排除其他法律之適用。在適用稅捐減免要件上，稽徵機關以行政解釋將該當於減免規定（如合併）解釋為不該當（限縮範圍），縱使其附加要件有其實質上理由，仍構成目的性限縮解釋，行政機關有無此權限，非無疑問？參閱黃茂榮，同註 79 書，頁 195-196。大法官釋字第 337 號肯認條文中有隱藏之漏洞應予目的性限縮，然釋字第 210 號卻說不得以行政命令目的性限縮稅法範圍。另可參閱葉秋英及吳志光，論企業併購法下收購類型之適用，月旦法學雜誌第 94 期，頁 237，2003 年 3 月，亦同意以目的性限縮『收購』之適用範圍，主張分別以 20%（非公開發行公司）及 10%（公開發行公司）之股份為界線。

<sup>98</sup> 若純從文義解釋，只要是合併類型，無論對價為何均可適用該規定，稅法另有從立法理由的解釋方式，參閱黃茂榮，同註 79 書，頁 50-62 & 63-86。然行政機關的解釋權限能否逸脫文義範圍，而能順利通過租稅法律主義的檢驗，不無疑問？且大法官釋字第 151 號解釋已禁止行政機關將稅務法規明文規定的不課徵稅捐之類型，比照其他明文課稅類型課徵其稅捐。

<sup>99</sup> 最簡易的修法方式係仿照原草案第 36 條，將合併、分割直接移至三種收購類型之前，

求其形式與實質相近，以免稅捐機關解釋稅法時因增加法律所無之限制而有違憲之虞並被宣告函釋無效。倘若如學者建議，未來可放寬分割對價之限制<sup>100</sup>，甚至創造出所謂「現金分割」型態（即被分割公司取得之全部對價均為現金），應按上述法理增加一定股權比例之限制條件，方能適用企併法租稅措施規定。

**（三）、適用客體：**第二項的適用範圍則難以界定，按狹義的文義解釋，因條文明定規範主體為被收購公司，故工業局的函釋亦持類似見解<sup>101</sup>，導致該項規定僅能適用在三大收購類型而完全不涵蓋合併及分割二種類型，也就是說當公司將實際出售土地的併購行為設計成為合併（分割）時，消滅公司之股東（被分割公司）所取得存續（承受）公司之一定比例（全部）之股份可立即全數出脫，完全不必擔心補繳土增稅的問題。如此租稅待遇出現明顯差異之規定的理論基礎為何？雖說同樣規範土增稅記存的相關法規，如公司法舊法、促產條例<sup>102</sup>以及金合法<sup>103</sup>亦未就合併所取得的股份對價設定轉讓限制<sup>104</sup>，但回到企併法增

---

第 34 條第 1 項前段文字變為『公司進行**合併、分割**，或依第 27 條至第 29 條規定收購財產或**股份**，而以有表決權之股份作為支付被併購公司之對價，並達全部對價百分之 65 以上者』，即可順利排除現在的現金合併以及未來的現金分割（股份對價限制變成適用第 34 條的前提要件）。

<sup>100</sup> 從促進企業組織再造觀點而言，實有必要解除分割對價之管制，參閱王志誠，同註 3 書，頁 116。然以稅法觀點，公司分割取得非股份之對價，與出售或交換資產之行為有何差異？

<sup>101</sup> 參照工業局 91/7/29 經授工號字第 09121007740 號函意旨，認定企併法第 34 條第 2 項因明訂為『被收購公司』，故僅適用於收購類型，合併與分割等情況均排除該項之涵蓋範圍。

<sup>102</sup> 然企業以土地作新設分割成立子公司，與促產條例第 16 條規範土地作價轉投資情況相似，即 40% 以上股份對價並按股權比例記存土增稅，一旦持股低於 40%，則有補繳義務。

<sup>103</sup> 金合法第 17 條第 1 項第 3 款規定原供**消滅機構直接使用**之土地隨同移轉時准予**記存**土增稅，第 4 款更規定**消滅機構依銀行法第 76 條承受之土地**，因合併而隨同移轉時，**免徵**土增稅。基本上記存屬於租稅遞延，而免徵則屬租稅減免，未來出售時不須再補繳土增稅。前述措施亦無消滅機構之股東或社員不得移轉合併對價之股份的期間限制，然金合法的適用主體僅為金融機構，且係為健全國內金融環境之特殊目的所訂，與企併法的立法預設不應相提並論。

訂的立法理由來探討，立法者係因認定在併購過程中之土地移轉雖屬有償移轉行為的一種態樣，但並非真正所有權利益的實質移轉，僅為法律形式上的移轉，與土地稅法所欲規範之課稅客體有所不同，故企併法明文排除土地稅法之適用，而由收購公司先行記存土增稅，待未來該土地真正移轉實質利益時，再一併加以課徵。然此前提在於該土地的原持有人或實質利益所有人仍繼續擁有該土地，才能推論出形式移轉與實質移轉的區別，一旦併購過程採取現金合併或是換取股份後即可出售，脫離該土地的實質經濟利益，究其實質即與一般買賣土地行為無異，為何仍可適用土增稅記存措施，那豈不鼓勵公司少進行土地交易的法律行為，多利用形式上合併或分割的實質買賣來脫法避稅<sup>105</sup>？

(四)、租稅漏洞：行政機關應未考量第二項規定的持股三年期間已是相對寬鬆的限制(相較於重購退稅的五年內不得再移轉或改為其他用途)，故再以行政函釋(限縮)解釋該項之適用範圍，只涵蓋同條第一項的三種收購類型，雖不致於侵害人民之權利，但地方稅收卻因此大幅流失<sup>106</sup>，將來課徵企業土增稅的機會極為渺茫(或許亦降低公司過去以自然人股東之人頭持有土地避稅的誘因<sup>107</sup>)。因企併法實施後，只要資產收購與股權移轉交相運用，所有公司資產

---

<sup>104</sup> 基本上企併法並非對出售土地所取得之股份增加轉讓限制，而成爲公司法第 163 條第 1 項前段的特別規定，而係針對本法第 34 條第 1 項第 5 款土增稅記存措施設定 3 年期的解除條件，一旦滿足所持股份降至交易對價的 65% 以下，原土增稅記存措施失效，必須補繳或代繳。

<sup>105</sup> 因我國不課土所稅，轉而課徵土增稅，以致於即使實施兩稅合一制度，亦不能使土增稅款轉換爲股東可扣抵稅額，這應是稅制改革重點，然不應因此正當化企併法允許實質買賣轉爲形式併購即可免除土增稅負擔，明顯違反租稅中立性。另可參閱黃茂榮，稅法總論(第三冊)，頁 381，2008 年 2 月第 2 版，該處另論及在商業主體法人化，地價稅之累進稅率是否尚合時宜？

<sup>106</sup> 依財政收支劃分法第 4 條規定，土增稅歸屬地方政府所有，歸類爲地方稅。

<sup>107</sup> 企業改由自然人股東持有該土地，再以高價轉賣給建設公司，可墊高公告現值及交易市價，有效降低土增稅負擔(分配盈餘亦有綜所稅)。在 1986 年以前，營利事業出售土地還要繳納營所稅，更是造成企業借用人頭買地避稅的現象猖獗，參閱許崇源，同註 28 書，頁 380。

均可證券化，例如 Z 公司想出售土地給 A 公司，A 係上市櫃公司的話，只要以吸收分割<sup>108</sup>形式（土地資產設計成獨立營運之部門<sup>109</sup>），Z 即可取得 A 之股票在股市中再行售出，Z 公司因所得稅法規定免除土所稅及證所稅<sup>110</sup>，原應繳納之土增稅則記存於 A，Z 變成無稅（除 AMT）一身輕，嚴重凸顯出資本利得免稅的後遺症<sup>111</sup>。若是欲買地之 B 公司並非上市櫃公司，Z 恐取得 B 股份後出售困難，可改將該土地新設分割<sup>112</sup>成立子公司 C，這時 Z 可持有 C 之 100% 股權，再轉售 C 股份給 B（此為 Z 的證交所得）或是由 B 吸收合併 C（此係 Z 的股利所得），股權移轉或合併對價即可改以支付現金或其他易變現的財產，該土地仍歸於 B 公司控制，土增稅記存於 C（新設分割）或是 B（吸收合併）<sup>113</sup>名下，將來如果 B 公司想再出售該土地給其他公司，可如法炮製一番。上述兩例中的 Z 公司進行物之分割（圖 c&d）應不適用企併法第三十九條第三項進行人之分割<sup>114</sup>（圖 a&b）免徵營所稅規定，故分割資產時仍會有營所稅負擔，但若僅由

---

<sup>108</sup> 係指一既存公司吸收被分割公司之營運部門，與吸收合併相似，但無任何公司消滅，參照圖 a&d 所示，另可參閱劉連煜，同註 114 書，頁 142，及曾宛如編審，同註 50 書，頁 13。

<sup>109</sup> 實務上因土地稅減半徵收期間，已有多家公司趁機分割土地資產成立子公司，以獲取減半稅率的土增稅並記存於子公司的租稅利益，詳情請參考本文第 3 章第 2 節遠紡案之討論。

<sup>110</sup> 雖然所得基本稅額條例（以下簡稱 AMT）第 7 條已將營利事業的所有證交所得均納入最低稅負制，企業稅率僅有 10%，且土所稅因土增稅的存在仍然免稅並不納入 AMT 計算。

<sup>111</sup> 不同的稅法規定組合後極有可能出現事先難（早）已預料的租稅漏洞，如土地稅法第 33 條及企併法第 34 條的完美組合，請參考本文第 3 章第 2 節遠紡案之討論。

<sup>112</sup> 主要指被分割公司將其營運部門脫離，成立另外設立一家獨立公司，與新設合併的由多變一之觀念正好相反，新設分割係由一變多，並可參考圖 b&c 所示。

<sup>113</sup> 本例中的土增稅先因新設分割記存於 C，再因 B 吸收合併 C，可再次記存在 B，企併法似未禁止多次重複記存土增稅，行政機關並以函釋表示允許，並可參照財政部 75/8/28 台財稅第 7565136 號函釋意旨，自營工廠重購退稅後，5 年內又因合併而移轉該土地時，應優先適用獎投條例規定，而無追繳原退還稅款之適用，在稅法效果上等於是二（多）次記存土增稅。



土地資產進行分割時仍可免除處分收益，並無稅基可課徵。由此可窺見免徵土地交易所得（下稱土交所得）改以課徵特種所得稅之土增稅的後續影響，不單只是租稅法權威教科書所簡述脫法避稅的單純手法而已<sup>115</sup>。未來企業可將原免營所稅的土地交易，因本項第五款一而再，再而三地記存土增稅<sup>116</sup>，徹底免除土交所得<sup>117</sup>，並可輕易將土地資產包裝成證券資產的外觀形式<sup>118</sup>，土交所得（無 AMT）轉為證交所得（有 AMT），而該土地可不斷在企業間交易流通，更重要的是現階段（除 AMT 外）免繳稅金<sup>119</sup>（然目前土地移轉登記仍有規費<sup>120</sup>）。

---

<sup>114</sup> 指分割所獲得之全數股份對價轉讓予被分割公司之股東，兩公司成爲兄弟公司（圖 b）或關聯企業（圖 a），實務上多半係由被分割公司自行持有該股份，兩公司成爲母子公司（圖 c）或投資關係（圖 d），學說稱物之分割，參閱劉連煜，現代公司法，頁 141，2008 年 2 月 3 版。

<sup>115</sup> 例如土地增值漲價接近倍數，即先進行假買賣，參閱王建煊，同註 71 書，頁 301-302。

<sup>116</sup> 財政部 92/12/29 台財稅字第 0920457763 號函直接認定，如無違法逃稅之情況，企業合併取得土地記存土增稅後，再行分割或合併時，該土地移轉時仍有再次記存土增稅之適用。93/3/8 台財稅第 0930450123 號函認爲依企併法第 2 條規定，租稅措施將優先於其他法律，故如前函所示，應可再次記存。然此稅法解釋合理乎？「疑則有利國庫」是國稅局一向秉持的原則，像上述二函持「疑則有利於納稅義務人」，反倒是罕見見解，然第 5 款後段規定已明白指出該項土地「再轉讓時」，就該土地處分所得價款中，其記存之土增稅優先受償，爲何此處的「再轉讓」之定義卻不涵蓋該款前段的併購再移轉登記行爲（卻涵蓋因信託而再移轉土地，故須補繳併購記存土增稅，但不課徵信託移轉的土增稅）？且當土地可再次記存土增稅時，第 2 項規定是否改採分階段適用？即二家不同時點被收購土地的公司是否仍有 3 年內不得轉讓持股之限制？但土地都已移轉，爲何第一家被收購公司原持有第二家被收購公司之股份仍被限制轉讓？

<sup>117</sup> 契稅條例第 2 條但書規定，開徵土增稅區域免徵契稅。因土增稅記存故仍免徵契稅，且企併法第 34 條第 1 項亦免徵併購的契稅及印花稅。地價稅因屬財產稅非流通稅難以免徵。

<sup>118</sup> 實質而論，本例單純想買地而無買股之意思，應視在相當期間內該公司是否解散，方可論爲土地買賣，參閱黃茂榮，同註 79 書，頁 98。然此判斷標準的實用性不高，難免爭訟！

<sup>119</sup> 但分割移轉土地需注意企併法第 32 條第 6 項規定，除被分割業務所生之債務與分割前公司之債務可分外（土地之抵押債務），受讓營業之既存或新設公司應就分割前公司所負債務，於其受讓營業之出資範圍，負連帶清償責任（應屬不真正連帶債務），雖然債權人之債權請求權僅有 2 年時效，但仍較於純粹買賣土地而言，增加債務承擔風險（liability exposure）！

(五)、**適用爭議**：如果行政機關從善如流，按上述法理及立法意旨作出目的性擴張解釋<sup>121</sup>，將『合併』及『分割』二種類型均納入本條第二項明文規定『收購』類型的涵攝範圍時，僅能防範分割後立即售股的情況發生，因為目前合併對價並無任何限制條件，故可能一開始所給予股份價值低於總交易對價的 65%，便難以由消滅公司補繳土增稅。再退一步探討，即便合併對價係以股份為主，但因為合併本身的特性，必有一家公司以上的法人格消滅，所以原消滅公司持有之土地才必須移轉至存續（新設）公司，故有記存土增稅之需求，然此時除非消滅公司為一人公司<sup>122</sup>，不然合併對價將依股份比例發還給眾多股東手上，如何能確保三年內消滅公司股東仍持有股份佔合併對價的 65% 以上，到時候只能要求存續（新設）公司代繳（因被收購公司已經消滅而無補繳可能性）。不只有合併在解釋上難以自圓其說，收購及分割等類型亦有此困擾，因為企併法第三十九條允許讓與及被分割公司將取得之股份轉予其股東者免徵營所稅，雖說出售土地本無營所稅負擔，但企業在營業讓與或新設（吸收）分割可能不只是出售土地資產，可能包括其他類型資產，仍有適用第三十九條的可能性，屆時如依該條第一項及第三項將全部對價的股份全數轉予股東時，要如何確保股東手上仍繼續持有 65% 以上？目前似乎只有在物之分割（圖 c&d）、一人公司進行人之分割（圖 a&b）、第二十七條的營業讓與（且不將對價轉予股東<sup>123</sup>）

---

<sup>120</sup> 財政部 92/10/31 內授中辦地第 920018170 號函釋，依公司法第 317 條之 3 規定（已被刪除）得免繳納登記費僅限於「合併」情形，並無涵蓋「收購及分割」，自應繳納 0.1% 登記費。

<sup>121</sup> 此處與前文提及限縮減免稅要件（合併類型）之情況略有不同，係法令在減免要件上增加某限制條件，然文義僅適用於收購類型，行政機關能否依立法理由及經濟實質目的性擴張該限制適用之主體（收購類型）的涵攝範圍？以達成實質課稅原則又不違反租稅法律主義！

<sup>122</sup> 2001 年公司法大幅翻修後，修正第 2 條第 1 項第 4 款並增訂第 128 條之 1，已允許股份有限公司由法人股東一人所組織，一人公司為消滅公司時，其法人股東將全數擁有合併對價。

<sup>123</sup> 然參照財政部 94/12/8 台財稅 09404580530 號函意旨，公司被收購土地依法記存土增稅，因減資而將對價取得之股份移轉與其股東，該移轉即屬所謂「轉讓」，應依規定補徵稅款。

以及第二十八條的子公司收購母公司等幾種併購型態方須受本條第二項規定之限制，有義務繼續持有該對價取得之（65%以上）股份，違反者即有補繳責任。如此限制範圍似無法達成該法條原設計規範目的，只要想利用企併法出售土地而規避持有股份年限的公司，應該能輕易閃避該規定限制的文義射程範圍。

**（六）、問題癥結：**再更退一步來探討第二項規定的不足之處<sup>124</sup>，假設前例中的 Z 公司利用本身土地成立子公司 C 後，依第一項記存土增稅，因第二項規定及行政函釋所限制，無法在五年內出售 C 股份或將 C 併入 B 公司（二次記存）。只要 Z 經由股東會決議同意股份轉換而新設一家控股公司 D<sup>125</sup>，Z 之股東轉而持有 D 之股份，由 D 持有 Z 全部股權後，再將 Z 所擁有的「C 股份以外之資產」新設分割成立 E 公司<sup>126</sup>，並由 D 持有 E 及 Z 的全部股權（人之分割依企併法第三十九條第三項可免徵營所稅），最後 Z 所餘之資產僅為 C 股份，並由 C 公司持有該土地，此時 D 處分 Z 之股份時，並不違反本條第二項限制轉讓之規定。**其實使本項規定形同具文的癥結點，除前述行政函釋的扭曲外，最主要在於因目前我國的證所稅停徵（雖 AMT 第七條已納入營利事業最低稅負的計算範圍，但稅率目前僅為 10%），造成欲出售資產的公司只要先依企併法將有交易稅捐的資產轉成證券資產形式持有，再由併購公司以收購股份方式而**

---

<sup>124</sup> 參閱馮震宇，企業併購法制租稅優惠之檢討（上），頁 159，月旦民商法特刊號，2003 年 3 月，該學者指出原草案規定只要被收購公司轉讓該股份時，即應補繳土增稅，最後條文定稿卻擴大租稅優惠範圍。事實上原草案亦未有效徹底解決問題，真正癥結所在是我國適用稅法仍過度偏重法律形式，而無法純以經濟實質來論斷土地利益移轉與否，以決定實際所得歸屬。

<sup>125</sup> 企併法第 29 條第 1 項：『公司經股東會決議，得以**股份轉換**之方式，被他既存或**新設公司收購為其百分之百持股之子公司**，』依第 12 條第 1 項第 5 款，Z 股東將擁有異議股東收購請求權，如 Z 是一家上市櫃公司，依第 31 條可將 Z 下市，再由擔任控股公司的 D 替換上市。

<sup>126</sup> 如果是由 Z 的投資部門（持有 C 股份）新設分割的話，一方面能否符合獨立營運之定義？另一方面股份仍須由 Z 公司移轉至新設公司，還是可能違反 5 年內不得移轉的規定！

取得該資產的實質控制權後，之後亦可進行合併、分割、資產或股權收購等不同類型的資產結合方式以取得名義上所有權，依本條第一項規定即可免除二階段的相關稅捐，設計得當的話也不見得會違反第二項規定。故未來企業實質出售資產的行為可先經由企併法將資產包裝成證券資產，再依企併法以併購行為的法律形式「出售」，即可將相關稅負降至最低，形成巨大的稅法漏洞。然企併法租稅措施似乎又達成一種反向的租稅中立性，將其他資產的實質所得也能仿效證交所得一樣免稅，至於賦稅機關能否以實質課稅原則相繩，又不致違反租稅法律主義，此將成為整體企併稅制最重大的考驗。(表 3.2 為本條的整理分析)

併購五大類型 適用租稅減免	合併	分割	第二十七條 (營業讓與)	第二十八條 (子收購母)	第二十九條 (股份轉換)
第一項前段 (對價型態)	無(依法 理,合併 應有對 價限制)	無(但目前 任何分割 對價均為 100%股份)	有(有表決權之股 份作為支付對價 且須佔全部讓與 對價的 65%以上)	有(同法第二十八條 第一項第二款規定 全部對價均係為子 公司發行的新股)	有(金管會函釋 另同意金控得 以現金作為股 份轉換之對價)
第一款 (免印花稅)	有	有	有	有	有
第二款 (免契稅)	有	有	有	有	無(股份移轉非 契稅課徵範圍)
第三款 (免證交稅)	有(註銷 股份應 無稅)	有(發行、 移轉及減 資應無稅)	有(被收購公司移轉證券資產給收購公司 得適用本款免徵證交稅,但收購公司發行 新股作為收購對價並非證交稅課稅客體)	有(被收購公司 股東移轉股票 予收購公司?)	
第四款 (非營業稅)	有	有	有	有	無
第五款 (記存土增稅)	有	有	有	有	無(被收購公司 仍存續,僅移轉 股份,而不須移 轉土地所有權)
第二項 (股份轉讓限制)	無(消滅 公司之 股東可 取得現 金對價)	無(物之分 割或一人 公司進行 人之分割 應可適用)	有(若股份按同法 第三十九條全數 轉讓予股東,股東 持股應不受三年 內之轉讓限制?)	有(母公司將轉為子 公司之控股公司,故 三年內不得轉讓子 公司股份,不然須繳 納記存之土增稅)	無(僅股份移 轉,既無上述記 存土增稅之情 事,當然無補繳 或代繳之可能)

表 3.2 企併法第三十四條各種併購類型適用租稅減免之簡析

## 第二節 第三十八條盈虧互抵<sup>127</sup>

### 第一項 立法說明簡述：

(一)、公司併購前之虧損如一概不准扣除，將造成併購之租稅障礙，如完全許其扣除而不予限制，則又難以防杜專以享受虧損扣除而進行之併購。為配合公司藉併購提升經營績效之趨勢，與考量公司之盈虧係由各股東依其持有股份比例承受，及基於公司併購適用虧損扣除計算原則宜採一致性規範，於本條明定公司合併、公司與外國公司合併及公司分割得適用虧損扣除之規定。

(二)、外國公司與本國公司合併時，如係外國公司併入本國公司，該外國公司於合併前於我國設有分公司，且有累積虧損未扣除餘額，應准由合併後之本國公司申報扣除。反之，如係本國公司併入外國公司，無論該外國公司合併前於我國有無分公司，原本國公司均為外國公司之一部分，繼續於本國經營事業，原本國合併前之虧損，亦當許其合併後申報扣除。

### 第二項 條文內容分析：

(一)按營所稅計算上之虧損扣抵問題，乃因人為劃分會計年度之結果<sup>128</sup>，

---

<sup>127</sup> 第 1 項：『公司合併.....各該參與合併之公司於核定前 5 年內虧損，按各該公司股東因合併而持有合併後存續或新設公司股權之比例計算之金額，』第 2 項：『公司與外國公司合併者，合併後存續或新設之公司或外國公司在中華民國境內設立之分公司，得依前項規定扣除各參與合併之公司或外國公司在中華民國境內設立之分公司合併前尚未扣除之虧損額。』第 3 項：『公司分割時，既存或新設公司，得依第 1 項規定，將各參與分割公司分割前尚未扣除之虧損，按股權分割比例計算之金額，自其純益額中扣除。既存公司於計算可扣除之虧損時，應再按各參與分割公司之股東分割後持有既存公司之股權之比例計算之。』

<sup>128</sup> 參閱蔡朝安，存續合併與累積虧損之扣抵，頁 30，稅務旬刊第 1999 期，2007 年 4 月。

鑑於不同年度之間的互有盈虧卻不能扣抵，即不符合實質所得課稅或量能課稅原則之合理稅制，故所得稅法舊法第三十九條但書允許後抵（carryforward）三年，新法修改為後抵五年，亦有立委提案將修法延長為後抵十年<sup>129</sup>，該但書除要求公司組織之營利事業會計簿據完備，虧損及申報扣除年度均使用藍色申報書或經會計師查核簽證等適用要件外<sup>130</sup>，明顯緩和營所稅制不合理處<sup>131</sup>，其基本精神為租稅公平，但財政部在適用該條文時並非完全掌握此原則<sup>132</sup>，另外因其不同時期之函釋見解（見下述），導致公司進行合併後不得完全繼受合併前所發生之虧損，我國有關企業合併之盈虧互抵准否留用規定歷經下列三大階段<sup>133</sup>：

**第一時期：消滅公司**合併前未扣減虧損金額不得由**合併後公司**盈餘扣減：

依財政部發布有關合併後虧損繼受之函釋要旨<sup>134</sup>，似乎直接違反公司法第七十五條規定，因合併而消滅之公司，其權利義務（應涵蓋公法上之權利義務，當然包含其虧損的扣除權），應均由合併後存續（新設）公司所承受，其函釋的

---

<sup>129</sup> 所得稅法修正草案（已完成一讀）第 39 條但書將後抵 5 年的虧損扣除延至 10 年，參照陳美珍，企業盈虧互抵期延至十年，經濟日報，2007 年 7 月 23 日。但不准前抵（carryback）。

<sup>130</sup> 該但書要件請參閱吳金柱，所得稅法之理論與實用（下），頁 304-329，2008 年 4 月。

<sup>131</sup> 然自然人的綜所稅制，既不允許記帳據實損益互抵，各年度又設有累進稅率，似乎不利於人力資本之累積，使人民偏好平滑曲線的所得型態，避開冒險獲取暴利而被課重稅之風險。

<sup>132</sup> 如財政部 74/7/6 台財稅第 18503 號函規定證交所得與損失均不影響虧損核定額，而土地交易損益、分離課稅的短期票券所得亦同，但 66/3/9 台財稅 31580 號函卻認為轉投資收益的免稅所得應先抵減核定虧損，再由淨額列入本期純益扣除項目，與盈虧互抵本旨不符，參閱許崇源，談盈虧互抵是租稅公平還是租稅優惠，頁 8-9，中國稅務旬刊第 1771 期，1999 年 10 月。

<sup>133</sup> 參閱巫鑫，企業併購事典，頁 479-481，2004 年 7 月。

<sup>134</sup> 69/9/6 台財稅第 35995 號函釋，因吸收合併之存續公司與消滅公司並非同一公司，存續公司自然不得扣除消滅公司之虧損扣除。故企業多規劃以虧損（較多）公司作為存續公司。

形式拘束力應先受挑戰質疑<sup>135</sup>！但該函釋在未受違憲（法）審查前，卻已造成租稅實務上的實質拘束力<sup>136</sup>。在吸收合併時，E 公司如因合併而消滅，合併後存續公司為 F 公司，與消滅公司 E 並非同一公司，自不可扣除消滅公司 E 過去虧損金額，但基於法律形式上的主體同一性，存續公司 F 至少可扣除 F 在合併前已發生之虧損；在新設合併時，因參與合併的 E 及 F 全部消滅，而創設一家新公司 G<sup>137</sup>，與 E 及 F 均非同一公司，故一律不准扣除 E 及 F 的累積虧損。間接效應係為當企業去合併虧損公司時，如無其他更重要之商業考量下，多以虧損（較多）的公司為存續公司，獲利（虧損較少）的公司為消滅公司，再申請更名即輕易迴避該函釋不合理（甚至可能違法）之處<sup>138</sup>，實際繼續扣除虧損<sup>139</sup>。

**第二時期：合併後公司盈餘不得追溯扣抵合併前各公司之虧損：**

有企業認為財政部函釋不合法且違憲，故行政救濟到大法官會議卻換得更差的租稅待遇，由大法官釋字第四二七號解釋<sup>140</sup>得出，除認為該等函釋並不抵

<sup>135</sup> 參閱葛克昌，所得稅與憲法，頁 218-240，2003 年 2 月增訂版。

<sup>136</sup> 參閱吳金柱，公司合併適用所得稅法第 39 條盈虧互抵規定之探討，頁 12，會計師季刊第 232 期，2007 年 9 月。稽徵機關及行政法院過去持該見解，偶有認為存續公司之前期虧損亦不得於稅前扣除，然亦經行政法院判決不予採納，如台北高等行政法院 89 年訴字 2764 號。

<sup>137</sup> 參閱黃偉峰，企業併購法，頁 35，2007 年 10 月。

<sup>138</sup> 除非該消滅公司有為存續公司之必要，如有特許權，參閱方嘉麟，同註 16 書，頁 41。

<sup>139</sup> 然 90 年度台北高等行政法院訴字第 205 號及最高行政法院判字第 1889 號卻認為以虧損較多的公司作為存續公司且即刻進行更名，稽徵機關得按所得稅法第 43 條之 1 以該合併係不合營業常規安排並意圖規避稅負，而依法否准存續公司合併前的虧損金額之扣除，且其信賴不值得保護，可見我國行政法院眾多法官對「實質課稅原則」的巧妙運用已達隨心所欲的境界。

<sup>140</sup> 本解釋可與釋字第 315 號相互「媲美」，後解釋認為公司發行股票時，股價超過票面金額乃溢價所得，即「股本溢價公積」係屬所得稅課徵客體，至於應否免稅及免稅範圍得為立法裁量。任何修過中會的學生均難理解該論點，現因促產條例第 19 條免予課稅，但僅施行至 2009 年底。更有橫跨產官學界的稅法巨擘提出從『純資產增加說』及『交易所得說』肯認溢價

觸稅法及憲法外，更進一步指出所得稅法第三十九條但書僅能適用在可扣抵期間內未發生公司合併之情形（這是否為增加法律所無之限制，恣意限縮稅法適用範圍，違反租稅法律主義？<sup>141</sup>），將合併後存續的 F 或新設的 G 等公司與合併前各該公司 E&F 均視為不相同的公司，故應以合併基準時為準，E 及 G 更始計算合併後公司之盈虧，不得再追溯扣抵合併前各該公司之虧損<sup>142</sup>，但允許立法機關修法針對公司合併等特殊情形給予租稅優惠<sup>143144145</sup>。學問莫測高深的大法官們不但未從經濟實質著眼，來解釋盈虧互抵的稅法甚至是憲法精神<sup>146</sup>，連以純重形式的概念法學來分析盈虧互抵特質的任務也沒完成。故在法條完全

---

公積乃屬所得，依此邏輯繼續推論，為何要將面額視為成本？應將實收資本額亦視為公司所得才對，另外發行債券或銀行借貸也應造成純資產增加（淨資產不變）或是從市場交易之所得？

<sup>141</sup> 應不違反稅法，因為大法官的第 185 號解釋，已把自己解釋的效力提升到憲法位階。

<sup>142</sup> 令人好奇的是大法官解釋已明白指出不得扣除參與合併之各該公司之虧損金額，然有論文仍將之歸為經濟觀察法之肯認，與釋字第 420 號的實質課稅原則相符，**故為租稅利益而合併之公司不可適用盈虧互抵規定，而經濟實質上繼續經營之虧損公司（法律形式上已消滅）應可依大法官解釋精神准其扣抵**，參閱成介之，稅法上之類推適用，頁 123-128，1999 年 6 月。**似乎未能理解第 427 號解釋不但嚴重違反第 420 號精神外，在盈虧互抵制度上亦為一大退步。**

<sup>143</sup> 大法官把神聖任務謙讓於立法機關，並不符合實質法治國家精神，甚至是形式法治國家亦有疑問，參閱黃茂榮，同註 79 書，頁 222。蓋實際上無所得卻課予人民所得稅，並非依法課稅，仍是違反憲法第 19 條的租稅法律主義之精神。

<sup>144</sup> 盈虧互抵真屬租稅優惠嗎？還是量能課稅原則的具體實現？財政部 65/3/22 台財稅字第 31792 號函明確說明，**盈虧互抵乃營所稅之一般原理，並非特別優惠**，但註 134 函卻將租稅公平轉移至租稅優惠。**合併後留用抵減額限制則屬見仁見智之問題，應充分衡量租稅公平利益及脫法避稅弊害，更應進一步設想納稅義務人的因應之道**，請參閱許崇源，同註 132 文，頁 9-10。

<sup>145</sup> 以課徵客體角度，虧損扣除並非租稅優惠，係為正確衡量負擔能力，依客觀淨所得原則所為之調整。且盈虧之歸屬不能單就人格同一性之法律形式予以判斷，該號解釋所謂的更始計算已非法律形式主義，而將之視為租稅優惠，故須有法律保留之問題，不免與釋字 420 號解釋揭示的實質課稅原則相抵觸，參閱葛克昌，同註 135 書，頁 344-345。

<sup>146</sup> 參閱張清讚，大法官會議釋字第 427 號令人遺憾，頁 8-9，中國稅務旬刊第 1750 期。



未更動的情況下，財政部發布 89/6/5 台財稅第 0890454009 號函釋進一步明文規定，除原消滅公司 E 合併前未扣抵虧損額不得由合併後 F 公司盈餘抵減外，存續公司 F 於合併前未扣抵虧損額亦因大法官解釋而不得由 F 本身抵減<sup>147</sup>。間接效應為則使公司不採合併形式結合企業，改採收購虧損公司之股權或資產等方式規避，仍可利用關係企業間的非常規交易來抵減過去五年的虧損金額。

**第三時期：**按各該公司股東因合併持有存續（新設）公司股權比例計算：

依修正公布促產條例第十五條(只適用於經濟部專案核准合併之國內公司)暨企併法第三十八條(適用於所有國內的股份有限公司)之規定，公司合併時，得按各該參與合併之公司股東，因合併而持有存續（新設）公司股權之比例計算虧損扣除金額，企併法更不同於促產條例、金合法及金控法，特別加入『分割』類型亦可分配虧損扣抵權給新設公司或既存公司。然企併法之盈虧互抵規定係採「股權比例」或「股權分割比例」為基準，似乎必然減損消滅公司或被分割公司原有的虧損扣除權<sup>148</sup>，若純就資產重組的實質概念觀察，合併或分割

---

<sup>147</sup> 幸有法官認為合併後存續公司因此受有不利，當然有法規（86 年釋字 427 號解釋）不溯及既往原則之適用，並參酌釋字 188 號意旨，應自公布當日生效，請參照高雄高等行政法院 89 年度訴字 254 號判決及台北高等行政法院 89 年度訴字第 2764 號判決，雖明顯有利於納稅人，但是否為正確的認事用法之道？大法官作出所得稅法第 39 條但書的合憲解釋難道不應回溯至該法條生效日，並適用於未確定之課稅處分嗎？（當然已確定之稅捐減免應有信賴保護）且該租稅扣抵之生效要件並非於（83 年）合併基準日，應為（86 年）申報營所稅完成時，故此處係為不真正溯及效力，至於該個案不予扣減是否違反平等原則仍可爭辯。有學者則認為該號解釋並非該法條之統一解釋，僅係對該函釋是否違憲，然作出合憲解釋而為立法行為，不免有侵害立法權，自己立法之嫌，參閱葛克昌，同註 135 書，頁 346-347。且本案司法救濟期間，企併法已公布施行，雖無溯及規定，但非屬溯及禁止範圍，可主張實質課稅以適用企併法，保障納稅人基本權，參閱葛克昌，同註 91 書，頁 356。實務界人士則認為案件事實發生在本號解釋之前，當然適用原函釋，即使再退一步仍有信賴保護空間，參閱周竹君及張錦娥，公司合併及前五年核定虧損扣除額之扣除權相關疑義試釋，頁 274，月旦法學雜誌第 95 期，2003 年 4 月。

<sup>148</sup> 目前只有在新設分割時，因股權分割比例可將過去 5 年的虧損完全分配給母子公司(物之分割如圖 d) 或兄弟公司(人之分割如圖 b)，其餘類型均會因併購而或多或少減少扣除額。

時取得之資產所產生之盈餘，當然應該先和過去該資產所造成的虧損相抵銷後，尚有所得方為營所稅之課徵客體，不然即有侵入人民固有財產而產生租稅絞殺之虞。故目前以股權分配比例來預設資產組成比例，進而推計該資產所產生之盈餘比例，再來扣除各該公司過去虧損金額<sup>149</sup>，是否合乎公平可再思索？

(二) 企併法本條所規定併購公司適用盈虧互抵的主體只包含四種類型，一是二家以上的國內公司一同進行合併（第一項），二是國內公司與外國公司一起進行合併（第二項），三是國內公司自行新設分割（第三項前段），四是國內公司間(或與外國公司)一併進行吸收分割<sup>150</sup>（第三項後段），既然企併法明文<sup>151</sup>（特別法規定）中未提及包含三大收購類型<sup>152</sup>，故於收購時直接適用所得稅法第三十九條（普通法規定），且因收購公司與被收購公司僅為資產交換或收購公司與被收購公司之股東進行股權交易，參與收購之公司的法人格均存續並未

---

然虧損扣除權的除斥期間僅有 5 年，本來就有可能無用武之地，能否因此正當化該減損規定？

<sup>149</sup> 兩者主要區別在於企併法規定合併前之虧損只能按股權比例扣抵合併後公司之盈餘（必然呈現減損現象），而學者提出方案假設合併後公司之盈餘，係按股權比例分別扣除合併前之虧損，參閱許崇源，同註 132 文，頁 10-11，該文之設想顯然比現制條文更貼近立法理由，且更符合保障納稅人權利之理想，然法條文字既已明定，該制度陷入 path-depend，難以變動。

<sup>150</sup> 有會計師舉例，當分公司消滅而由本國公司繼受後，即可適用企併法第 38 條第 2 項，參閱陳志愷，稅務法規，頁 224，2007 年 1 月再版。或許在會計處理上極為類似，但這在法律形式認定上卻非吸收合併的態樣，而係吸收分割的型態，因該外國公司仍存續，而消滅之台灣分公司並無法人格，而該條文用字為合併而非分割，合併必有一家以上公司消滅（不同於金合法定義之合併），若只有分公司由本國公司吸收，應透過企併法第 41 條去適用第 38 條第 3 項有關吸收分割之規定才對，由此可見會計人遠比法律人重實質輕形式，但決定最後稅務爭訟之結果卻是重形式輕實質的法律人（行政法院之眾多法官或大法官會議）。

<sup>151</sup> 財政部 92/8/13 台財稅字第 0920454432 號函只提及公司合併或分割可適用盈虧互抵。

<sup>152</sup> 故本條完全不適用任何收購類型，包含任何型態的股權收購及資產收購，虧損扣除額將由交易股權或資產的目標公司自行享有，收購公司不能繼受，參閱馮震宇，同註 124 文，頁 148-149。反過來想，收購公司本身已有虧損，即使以股份進行收購，不受股權稀釋比例影響。

消滅，並無釋字四二七解釋及財政部函釋之適用餘地<sup>153</sup>，故收購與被收購公司如有虧損可繼續扣抵將完全不受收購行為之影響。然如果併購主體為金融控股公司（以下簡稱金控）或金融機構時，因金控法及金合法等特別規定，除合併外，分割、概括承受及概括讓與仍有相關特殊限制（參見第四章第三節外銀案）。

（三）至於本條第一項後段所謂的按股權之比例計算金額扣除，係指一旦本國公司間發生企併法規範下的合併行為，參與該合併之各公司中只要有一家以上公司在其「稅會」尚有累積虧損時，則應依該虧損（無論是存續或消滅）公司之股東因（本次）合併而持有合併後存續或新設公司之股權比例加以計算，所以說不只是消滅公司的累積虧損必須按照其原股東持有存續（新設）公司之股權來折算，即使是存續公司原有之虧損，亦因該項規定所致，必須按其股權之稀釋比例來計算未來可扣除金額，舉例來看，H 及 I 兩家公司過去五年各有 6 億及 8 億的「稅會」上累積虧損，雙方進行合併時，H 為存續公司，I 為消滅公司，I 原股東取得合併後 H 公司 40% 股權，H 原股東持有 H 公司之股權降至 60%，未來 H 公司因合併而能扣除之虧損金額將由兩部分組成，一部份係 I 公司虧損金額 8 億乘上由 I 股東因合併所持有 H 之股權比例 40% 得出 3.2 億，另一部份為 H 公司虧損金額 6 億乘上 H 股東持有合併後 H 之股權 60% 得出 3.6 億，故未來五年內<sup>154</sup>仍有 6.8 (3.2+3.6) 億之金額可扣除。並由此延伸推論該項規定另有須加注意之特點，因文義解釋上，當存續公司採取現金合併時，由於被消滅公司之股東所取得之對價均為現金，而存續公司原股東仍持有合併後公司 100% 之股權，所自然發生之稅法效果則為，被消滅公司前五年之虧損金額不得再加

---

<sup>153</sup> 不同觀點參照吳金柱，同註 136 文，頁 23，該會計師認定企併法並非所得稅法之特別規定，而係稅法對此本無規定，故無法條競合之問題，唯如不適用企併法之組織型態仍受釋字 427 解釋之拘束（雖該文認為實無適用餘地），與本文以併購行為作為推論基礎略有異同之處。

<sup>154</sup> 參照財政部 72/02/10 台財稅第 31000 號函，計算盈虧互抵時須採先進先出法 (FIFO)。

以稅前扣除（如同本文第四章第三節外銀案中被合併的華僑銀行），其虧損扣除權完全消滅，而存續公司本身過去之虧損金額則因其股權未遭任何稀釋，則可全數繼續扣除合併後之公司盈餘。上例改為現金合併後，H 股東仍持有合併後 H 公司 100% 股權，而 I 股東則取得現金對價，將使 H 公司僅能繼續扣除原有（不打折）的 6 億，I 公司之 8 億則消滅，不得由合併後之 H 公司繼受而扣除盈餘。

（四）本條第二項仍使用合併二字，依同法第四條第三項規定必須有公司消滅，故若是只有台灣分公司解散消滅，資產由本國公司繼受（而外國總公司亦在其母國存續！）的情況，並非本項規定所涵蓋之範圍，應屬分割類型直接適用本條第三項規定。本項規範之情況則應分為兩種類型，一為某家本國公司 J 直接「合併」一家擁有台灣分公司的外國公司 K（K 將在母國辦理消滅清算<sup>155</sup>），二是某家（可能已有台灣分公司的）外國公司 L 「合併」一家本國公司 M，將 M 轉變為外國公司 L 的台灣分公司型態。其計算虧損扣除金額方式亦分為兩部分，一部份係本國公司 J 原有虧損金額乘上稀釋後 J 股東持有 J 公司之股權比例，另一部份則為 K 之台灣分公司原有虧損金額（K 在其母國之虧損金額當然不算在內）乘上消滅之 K 原股東持有合併後 J 公司之股權比例，兩者相加即可得出金額大小；後者的本國公司 M 將消滅<sup>156</sup>，其資產負債將設立（併入）成為 L 之台灣分公司，M 之原股東若取得 L 之股份為對價，L 之台灣分公司可扣除金額將為 M 原有虧損金額乘上 M 股東因合併而持有該 L 股份之比例，若是 L 以非股份之財產為合併對價時，M 原有虧損金額將全數消滅，不得再為繼受。若 L 合併前已設立的台灣分公司亦有虧損金額時，是否應按 L 之股權稀釋比例

---

<sup>155</sup> 參照經濟部 91/5/2 經商字第 09102085661 號函頒布會議記錄，外國公司僅須依法向我國辦理撤回認許登記，免辦清算程序，至該在台分公司則可直接更名為本國公司之分公司。

<sup>156</sup> 同前註函，本國公司成為外國公司之台灣分公司時，應先辦理合併解散登記，不得直接更名為外國在台分公司，外國公司應另依法辦理認許及在台分公司設立登記程序。

作減損計算？按法條文字似應如此解釋，但卻不太符合稅法的真正精神<sup>157</sup>！

（五）本條第三項乃企併法在併購活動的盈虧互抵制度中，有別於促產條例第十五條第四項只規範合併類型，而金合第十七條第二項及第十八條第一項同時規範合併及概括承受（讓與）的特色，企併法單獨將分割增列為盈虧互抵的適用類型，文義略顯複雜，但從觀念上分析，必須掌握二階段原則，第一階段為按股權分割比例計算，第二階段則為按持有既存公司之股權之比例計算之。如新設分割（圖 b&d）在適用上僅須依照本項前段規定（第一階段）辦理即可，舉例來看，假設被分割公司 W 虧損達 10 億元，在圖 b 之情況時（人之分割），被分割公司 W<sup>158</sup>及新設公司成爲所謂的兄弟公司<sup>159</sup>，因此可按二公司的股權（淨資產）比例如 7 比 3，來分配未分割前尚未扣除之虧損，被分割公司 W 有 7 億元可扣除金額，新設公司則有 3 億元。但在圖 d 之情況時（物之分割），由於被分割公司 W 及新設公司成爲所謂的母子公司<sup>160</sup>，應先以新設公司淨資產佔被分割公司 W 總資產之比例，則爲 10 分之 3，計算新設公司可扣除之金額爲 3 億元，其餘金額的 7 億元可留給被分割公司 W 自用，然有疑問在於分割可

---

<sup>157</sup> 因爲 M 股東因合併而持有之 L 股份所表彰之股東權益已不只台灣分公司之淨資產，更包含 L 公司在母國之資產，似乎與企併法第 38 條的立法假設（以股權比例設算資產比例）有所出入，是否應將第 2 項的股權比例限縮至在台資產比例？由此特殊情形亦可窺見以股權比例來計算並非良好的計算方式。如果法條不加以改變的話，仍可先以現金收購股份方式再進行以股份爲對價的吸收合併，即能滿足不稀釋存續公司 L 之股權或消滅公司 M 之股東想取得現金等不同需求，並降低 L 虧損金額的稀釋比率！（但增加證交稅費用，卻可免除股利所得稅）

<sup>158</sup> 本項前段文字所述「既存公司」於圖 b 時，應非指承受公司，而係被分割公司才合理。

<sup>159</sup> 如 2003 年益鼎光電分割新設鴻益光電，由益鼎原股東依持股比例取得鴻益全部股份。

<sup>160</sup> 如 2007 年佳世達科技（原名爲明基電通）因併購西門子手機部門造成嚴重虧損後，先進行減資，後將品牌行銷部門分割成立子公司（取名爲明基電通），本身專注代工製造業務。

採用同法第四十條的連結稅制，應由被分割公司 W 全數扣除 10 億元較有利<sup>161</sup>，但依本項前段規定之文義解釋則應以上述股權比例（7 比 3）分配為是<sup>162</sup>。故亦有論者認為所謂的**股權分割比例**應指被分割公司的**股本減資比例**，所以圖 b 的被分割公司 W 減資 3 成則尚有 7 億元可扣除，新設公司獲得 3 億可扣除金額，如果是圖 d 的情況，被分割公司 W 股本不變，僅係資產科目轉列為股權投資科目，仍可保留 10 億元可扣除金額，新設公司則重新計算損益，無法取得累積虧損的扣抵權，另可透過連結稅制間接扣抵被分割公司 W 的累積虧損<sup>163</sup>。看似合理且有利納稅義務人，但為何原先的條文用字不以「股本減資比例」來代替「股權分割比例」，即無目前爭議？另外似亦違反以營運資產為一體而可盈虧互抵之上位概念，且本項條文將只適用於人之分割（圖 a&b）而不及於物之分割（圖 c&d），在搭配新設分割的圖 d 時，因可申請連結稅制或許反倒有利於被分割公司 W，但是若為吸收分割的圖 c，既存公司承受部分資產卻完全不能繼受虧損扣抵權，而本身的累積虧損卻可能因股權稀釋比例而減損（詳下文所述），此將造成實務上處理類似案例時，勢必棄分割而選收購，不符租稅中立之立法意旨！

（六）至於吸收分割（圖 a&c）因本項後段規定，須加採第二階段的計算方式，除應如上述新設分割（圖 b&d）先以第一階段的分割股權比例計算後，再按被分割公司 W（或其股東）因本次分割取得股份而佔既存公司之股權比例設算最終可用金額。再以上例說明，在圖 a 的情況時（人之分割），被分割公司 W 仍可留用 7 億扣除金額，但既存公司不能當然繼受其餘 3 億扣除金額，必須

---

<sup>161</sup> 雖然子公司的未來盈虧均可由母公司互抵後申報，但子公司之過去虧損卻不能由母公司合併申報，但反之亦然，參見本章第 4 節連結稅制之相關討論，並非留在控股公司才有利。

<sup>162</sup> 其實本條所述之股權比例實在難以套用在各式各樣的分割類型，應改以淨資產分割比例為較佳方式。如為免虧損扣除權由子公司繼受，可改由子公司概括承受資產的方法即可迴避。

<sup>163</sup> 參閱劉紹樑等人，同註 21 書，頁 322。

再以被分割公司 W 之全體股東（因本次分割）取得股份佔既存公司之股權比例計算，假如分割後僅佔 40%的話，既存公司可將未來五年稅前所得先扣除 1.2 億元（3 億×40%）後再計算其應付營所稅稅額<sup>164</sup>。如在圖 c 的情形時（物之分割），兩者差異只在於係由被分割公司 W 本身（而非股東）因本次分割取得既存公司 40%股份，兩家可扣除盈餘金額分別與圖 a 相同。而本項該段用字『各參與分割公司之股東分割後持有既存公司之股權之比例』應屬立法疏漏，不應按圖索驥而說文解字，變成當吸收分割時，只有並行人之分割（如圖 a 所示）才可適用本項後段規定，而進行物之分割（如圖 c 所示）時則不予適用，不然如何解釋圖 d（採新設分割且物之分割）卻可適用本項規定？如此將造成被分割公司 W 先行新設分割後，再由既存公司收購新設公司之股權（成為控股型態）或者是進行換股的吸收合併（重組結果同圖 c，適用本條第一項規定）即可分別留用 3 億或 1.2 億，應非企併法立法原意才對。不過按照企併法第三十九條第三項規定，被分割公司 W 採用人之分割（圖 a&b）形式時，仍與物之分割（圖 c&d）有所區別，前者之被分割公司將不必因分割而繳納營所稅，後者則

<sup>164</sup> 參與劉紹樑等人，同註 21 書，頁 323。因此時的「股本減資比例」與「股權分割比例」相同，故計算結果一樣。該頁另提出『收購』並不能適用本條規定虧損扣除，故建議增列『收購』使稅法效果相同，符合租稅中立原則，與本文持相同看法，但因行政機關研擬草案不加入收購類型，係認為資產收購為虧損後財產與虧損本身無關，而股權收購則因被收購公司營運未受影響，收購公司不應繼受，且收購達九成股權時即可申請連結稅制。該書則提出合併其實亦為虧損後財產，而連結稅制將使企業失去申報與否的選擇權。此處可見併購觀念容易發生混淆，可分兩點簡要說明，一是一旦完成企併法的資產收購（如第 27 及 28 條），被收購公司之主要營業或財產換成收購公司股權而將喪失實際營運能力，但卻仍擁有虧損扣除權有何作用？唯一可利用處為出售股權及增資，並收購營業資產以實現獲利與虧損相抵（另參閱方嘉麟，同註 16 書，頁 85-86）；二是企併法第 40 條的連結稅制並非單純購入九成股權即可申請，必須合乎第 27 至 29 條的收購類型方可，如公開收購則不屬之（參閱劉紹樑等人，同註 21 書，頁 331），以第 27 條為例，並不能繼受被收購公司本身的虧損扣抵權，收購公司只能因資產（包含股權投資）概括承受而申請與其子公司連結稅制，第 28 條則因母公司控股公司化當然必會申請連結稅制，而第 29 條股份轉換因必須取得被收購公司全數股權，如本章第 4 節所述，收購公司主要只能扣除未來虧損，難及於過去虧損，該書在此論點作出的分析似有誤解企併法。

可能與非聯屬公司交易而有交換損益，此為企併法租稅規劃應特別留意之處。

(七) 以本文第四章第一節美商案為例，被分割公司係外國公司，其台灣分公司在「財會」及「稅會」均有累積虧損，故若能順利適用企併法第三十八條第三項規定，將本身虧損扣除的權利先按股權分割比例再依持有股權比例計算後移轉給既存公司，該公司將可扣除獲利以減少未來稅負，故應在帳上認列遞延所得稅資產<sup>165</sup>，當然在支付對價上也會回饋給被分割公司（或其股東）。但是如果當既存公司本身就是一家有累積虧損的公司時，依照企併法第三十八條第三項的後段規定，既存公司應否按吸收分割後原股東之股權稀釋比例來減少本身原可扣除之虧損金額<sup>166</sup>？單從該條項文義內容觀之，似乎有必要按稀釋比例去計算扣除金額，但探究企併法之所以在該條增訂第三項加入分割亦能適用虧損扣除的目的，是為補充促產條例與金合法規範不足之處<sup>167</sup>，該項的立法假設在於被分割公司為虧損公司，而承受公司可因此繼受部分虧損扣除金額，且被分割公司亦能按股權分割比例留用部分扣除金額，並依分割後對承受公司持股比例間接享受虧損扣除權。但是當套用在兩家都是虧損公司或者是只有承受公司為虧損公司時，無論如何計算比例都將造成虧損扣除金額的減少，似乎又造成另一種企業併購的租稅障礙！然若不按稀釋比例計算，必重蹈概念法學的覆轍，企業必定逆向以虧損（金額較高）公司為承受公司，謀求最大租稅利益。

---

<sup>165</sup> 參閱鄭丁旺，中級會計學(下)，頁 393，2008 年 3 月 9 版。及鄭丁旺及林美花合著，同註 92 書，頁 40，美國現行會計處理，若該資產有 50%以上之機率無法實現時，應將該估計無法實現之部分以「備抵不可實現之所得稅資產」科目記錄之，作為遞延所得稅資產的減項。

<sup>166</sup> 有會計師舉例兩家虧損公司進行吸收分割如何設算，參閱陳志愷，同註 150 書，頁 225。

<sup>167</sup> 促產條例第 15 條第 4 項及金合法第 17 條第 2 項均只有規範合併可繼續適用虧損扣除（金合法第 18 條第 1 項設有概括承受或讓與以及跨國併購的準用規定）。



### 第三項 文義適用爭議：

(一) **制度分析**：單就所得稅法第三十九條所規定之盈虧互抵制度觀察，可知其絕非租稅優惠，而係維護租稅公平的合理稅制，然是否因此應全盤放寬企業併購後全數繼受虧損扣除權則有疑義？只要稍加思索即可發現，倘若法律允許概括承受虧損扣除權，在併購過程中勢將成爲虧損公司之股東所出售全體資產的一部分，如果是換股的交易模式（反映在換股比例），股東仍繼續持有部分股權，虧損扣除權將和另外的股東共享，如果是現金合併的話（直接反映在售價），即可視爲股東將虧損扣除權賣給他公司，原本該權利的價值將提高股東的證交所得（或其變形所得），所以國稅局失東隅收桑榆，但由於我國目前不課證所稅，以致變成平白無故送虧損公司股東一份大禮（政府同意盈虧互抵但並不保證可以任何方式實現），必然有高獲利的公司會善加利用這個租稅漏洞，大肆併購業務不相關的虧損公司以節省營所稅負，只享受其虧損扣除權而立即出售其餘資產殘值<sup>168</sup>。故企併法第三十八條針對併購行爲可繼受盈虧互抵權而給予適當的股權限制並不能視爲完全違反租稅公平<sup>169</sup>的制度，但該計算方式是否合理公平或有否租稅漏洞可鑽，則是企併稅制可再三思量且加以討論之重點！

---

<sup>168</sup> 有實務界人士認爲此租稅規避的可能性甚小，尤其是我國稅務法令不明時，且承受資產多帶來或有負債風險（不同意見參閱方嘉麟，同註 16 書，頁 40&86&101），企業通常避免因小失大（然行爲財務學認爲人有損失趨避的現象，公司採有限責任時應盡量冒險獲利才對！），本人則認爲如果一旦稅法漏洞大開，企業透過合法管道取得虧損扣抵權後，稅捐機關在依法行政前提下奉行租稅法律主義，難道每次均以例外的實質課稅原則來應付層出不窮的節稅之道？

<sup>169</sup> 例如美國內地稅法第 382 條規定當股權變動後即結束營利活動（或大多數資產不再使用）達 2 年以上，虧損則不得扣抵，反之，該虧損可扣抵原虧損公司所產生之盈餘，然區分特定資產之損益顯無可能，故運用法律擬制方法設定簡單計算公式求出該損益，採限額繼受方式承認盈虧互抵，美國每年限額爲虧損公司之價值乘於長期公債報酬率（主要反應該公司營運的最低機會成本）。參閱周竹君及張錦娥，同註 135 文，頁 273。中國採被併公司之市值乘以當年發行最長期限之國債利率爲限額，參閱陳櫻琴及顧海禎，兩岸稅法簡析，頁 69，2008 年 3 月。

(二) **租稅中立**：由於企併法第三十八條僅針對『合併』及『分割』等二種法律行為作出盈虧互抵之規範，但卻不納入『收購』等不同類型之適用！換句話說只要企業進行資產重組的併購行為，其法律形式符合企併法對合併及分割的定義，即適用本條效果，如果經濟實質相符但法律名詞叫做收購或其他行為，一律回歸所得稅法之規定，如讓與部分資產以換取受讓公司之股份，實質經濟效果與分割近似，若讓與全部資產後進行解散消滅，則與合併雷同，但盈虧互抵適用上則大不相同<sup>170</sup>。本條之立法考量可能在於企業間進行收購時，被收購公司與收購公司均繼續存續無一消滅，故本應由存續公司各自以過去虧損扣除其未來盈餘，所謂各人造業各人擔，並無理由因股權或資產移轉而導致虧損扣除權的繼受問題。如前述分析，盈虧互抵制度之所以成為租稅公平的配套措施，在於過去營運資產發生虧損並導致公司淨值減少，間接影響股東投資價值時，未來公司資產可能出現盈餘時，「稅會」應優先扣除虧損後仍有盈餘方有其租稅義務<sup>171</sup>，或者是直接透過減資彌補虧損使股東之投資損失實現而減少其稅負<sup>172</sup>，由此可知公司主要之股權或資產發生移轉時，當然應如合併或分割一般，影響到虧損扣除權的繼受與否，故企併法第三十八條不納入事實合併(分割)的收購類型，應屬嚴重的立法疏漏，必促使企業善用節稅最多的併購模式。

(三) **稀釋比例**：由於該條的立法假設在於避免獲利公司大量併購虧損公司來減低稅負，故設計出股份比例來扣除過去虧損金額，相反地為免虧損公司

---

<sup>170</sup> 參閱理律法律事務所編著，同註 95 書，頁 100，及馬嘉應及余景仁，企業併購之會計處理及相關租稅措施探討，頁 18，財稅研究第 38 卷第 4 期，2006 年 7 月。排除收購並不合理。

<sup>171</sup> 公司法亦要求以公積或盈餘彌補累積虧損後，「財會」上有保留盈餘時方可發放股利。

<sup>172</sup> 營所稅查核準則（以下稱查核準則）第 99 條規定，投資損失應以實現者為限，原出資額並未折減者不予認定，且因被投資事業減資而發生投資損失，其需經主管機關核准。然虧損公司採用「形式減資」，以實收資本額沖銷「財會」累積虧損，可使其法人股東認列投資虧損，卻不影響本身的「稅會」虧損，虧損公司可在期限內繼續扣除，似為一舉兩得的租稅漏洞。

在五年扣除期限截止前，採取併購獲利公司以實現虧損扣除權，故依本條規定，吸收合併或吸收分割時，存續公司或既存公司本身過去的虧損亦按股權稀釋比例減少<sup>173</sup>，立法意旨雖良善，但法條設計不良，導致當一家虧損連連的公司吸收合併另一家體質良好之公司時，若採換股的對價形式，按第一項規定應以**股權稀釋比例**計算本身過去五年虧損金額，若改為現金或其他財產為對價因無持股比例即免予稀釋，亦可不採合併改採收購方式，此時的對價無論是全部股份或全部現金均不影響其虧損扣除金額（但影響第三十四條、第三十九條的適用與否），此稅法明顯扭曲企業進行併購行為的選擇類型！但除非該併購行為已屬脫法避稅之行徑，不然該租稅漏洞即為合法租稅規劃之空間<sup>174</sup>，行政機關應不得任意以實質課稅原則填補。故未來修法除應儘速增列符合事實合併的收購類型，並以**淨資產承受比例**替代本條文所用之**持股比例**及**股權分割比例**等用語<sup>175</sup>。

**（四）租稅漏洞：**欲極大化租稅利益的企業，當然可善用企併法規範缺漏選擇不同方式規避稅負，如參與分割的兩家公司 N 及 P 均有虧損扣除金額時，可考慮由虧損較少的 N 公司先進行新設分割，將 Q 部門分割成 Q 公司，因 N 之原股東仍持股 100%的母子公司或兄弟公司（N 及 Q），被分割公司 N 的虧損金額將可按股權分割比例分配給兩家公司 N 及 Q，下一步再由（高虧損金額）既存公司 P 向所欲併購的目標公司 Q 進行股份轉換，N 之原股東即可換取 P 公

---

<sup>173</sup> 有關本條第 1、3 項的詳細計算方法請參閱宋義德編著，營利事業所得稅實務與規劃，頁 346-349，2005 年 9 月。然該書對分割股權比例的解讀，雖係仿照財政部 2003 年函釋（參照註 151）之例示而設計之例題，但似乎過度文義解釋，與會計原理及稅法法理不盡相符。

<sup>174</sup> 除非具備脫法避稅要件，稽徵機關得以按常規調整外，納稅義務人本有權利用立法目的以外之稅法效果，安排其私法交易所得取得租稅利益，參閱葛克昌，同註 91 書，頁 295。

<sup>175</sup> 企併法原草案第 41 條第 2 項後段即規定『**按分司分割出淨資產佔分割時全部淨資產之比例計算之**』，同條第 3 項亦為『依在我國境內之**淨資產比例**計算』。

司之部分股份<sup>176</sup>，其實與一開始就直接吸收分割（P 公司直接吸收 Q 部門）的經濟實質相同，此時既存公司 P 不直接擁有 Q 部門的目標資產轉而持有目標公司 Q 的全數股權，因法律型式的不同（由吸收分割改為新設分割加股份轉換），P、Q 及 N 原先虧損扣除金額因過程中並無合併或分割式的股權稀釋而僅有收購式的股權稀釋模式，故可保留全數金額，並可適用同法第四十條申請連結稅制<sup>177</sup>。另外若僅 R 公司原有虧損而擔任承受公司時，則不應直接採用吸收分割，可考慮改採第二十七條的營業讓與，被分割公司轉為被收購公司，支付全數對價仍為 R 公司（有表決權）的股份，除可適用多數租稅措施外，因第三十八條不能適用任何「收購」資產或股權的情況，故不因股權稀釋模式而影響 R 公司原有虧損扣除金額（而被收購公司因無第三十八條之適用，如有虧損亦可繼續全數扣除未來盈餘）。然國稅局能否採實質課稅原則或企併法第四十二條第二項依經濟實質按比例減少各該公司的虧損金額？將待行政實務與司法裁判解決。

**（五）重疊規定：**第三十七條第三項及第四項<sup>178</sup>鼓勵併購虧損公司並償還併購時隨同移轉積欠銀行之債務，明文授權行政院訂定辦法在一定時間內，就併購之財產或營業部分產生之所得免徵營所稅。此應係仿效促產條例第九條的免稅所得規定<sup>179</sup>，而後經行政院公布『企業併購償還積欠銀行債務免徵營所稅

---

<sup>176</sup> 若 N 及 Q 係為母子公司，應由 N 公司取得 P 之股權，全數轉讓給 N 之股東後，將可免徵營所稅。然新設分割時移轉土地資產先行記存土增稅，當股東 5 年內即轉讓分割取得之股份時，是否因第 34 條第 2 項要求補繳記存土增稅，仍有疑義？參照財政部 2005 年函釋（註 123）。

<sup>177</sup> 申報連結稅制並無法完全扣除母子公司過去 5 年的全部累積虧損，故母公司的未來獲利仍不得扣除子公司的過去虧損金額，另可參見本章第 4 節第 3 項有關連結稅制之深入討論。

<sup>178</sup> 企併法第 37 條第 3 項：『為加速產業結構調整，鼓勵有盈餘之公司併購虧損之公司，償還併購時隨同移轉積欠銀行之債務，行政院得訂定辦法在一定期間內，就併購之財產或營業部分產生之所得，免徵營所稅。』同條第 4 項：『虧損公司互為合併者，比照前項規定辦理。』

<sup>179</sup> 促產條例對原始認股或應募符合新興重要策略性產業適用範圍之公司，其股東得於開始繳納股票價款之當日起 2 年內，並放棄第 8 條的股東投資抵減，可適用營利所得（或其新增

辦法』<sup>180</sup>（以下簡稱免徵辦法），其施行期間為 2002 年 2 月 8 日至 2007 年 2 月 8 日，主要目的係設想經由併購虧損公司能趁機解決金融機構呆帳<sup>181</sup>問題，看似與企併法第三十八條虧損扣除規定有所重疊，但仍有諸多重大歧異，如下所述：

1. 該免徵辦法（及授權條文）規定有盈餘公司**併購**虧損公司及虧損公司**互為合併**，純依法條文義來看，是否意謂著兩家虧損公司僅於合併時方可適用，其他併購方式則不能適用，如係為有盈餘公司吸收合併、吸收分割、股權轉換或營業承受等不同併購方式，去承接虧損公司之資產或股權，進而償還銀行借款，均可適用該辦法，與第三十八條限定合併及分割似有不同。

2. 按免徵辦法第二條第一款定義，累積盈餘為負數的公司，且有逾期銀行債務未還，即為虧損公司（除此定義外均認定為有盈餘公司），係應指其「財會」上的股東權益之累積盈餘科目已因長期虧損而呈現負數，且之後公司尚未以股本、公積或盈餘彌補虧損，而第三十八條所指虧損公司係指五年內各年度「稅會」出現虧損即可，即便在「財會」的累積盈餘科目為正數仍為該條所稱之虧損公司<sup>182</sup>，亦可適用盈虧互抵<sup>183</sup>（但非「財會」虧損公司則不能適用該免徵辦法）。

3. 五年間合計免稅所得額並非指虧損公司原有財產或營業部分產生之總

---

所得）連續 5 年內免徵營所稅。（為防止營利事業延長固定資產耐用年數，以不當擴大 5 年內的總所得，故同法第 10 條規定在免稅期間，應按所得稅法規定逐年提列折舊。）

<sup>180</sup> 參照行政院 92/1/13 院臺經字第 0920080308 號，詳細條文內容列於本文附錄二。

<sup>181</sup> 該免徵辦法第 2 條第 3 款所定義的銀行，幾乎包括所有國內辦理授信貸款業務之金融機構。第 4 款則規定積欠債務為已逾清償期而為償還之債務，第 5 款則規定免稅所得額。

<sup>182</sup> 無論是先前虧損金額小於累積盈餘，或者是後來以公積或未分配盈餘彌補虧損均可，故第 37 條的虧損公司依公司法第 232 條第 1 項已不得發放股利，而第 38 條仍有機會發放股利。

<sup>183</sup> 參照財政部 71/10/14 台財稅第 37492 號函減資彌補虧損或是 66/05/27 台財稅第 33448 號函以現金或公積彌補者（如何以現金彌補虧損？？），雖無帳面虧損，仍可適用盈虧互抵。

所得全部免稅，僅係可扣除實際償還積欠銀行債務總額，與第三十八條規定的扣除實際虧損金額亦有不同<sup>184</sup>，且法條構成要件並無持股比例限制，故無論合併對價為何，只要有盈餘公司併購虧損公司一併償還逾期未還的銀行借款，全數借款均可作為扣除金額<sup>185</sup>，不必按虧損公司股東持股比例計算折減金額<sup>186</sup>。

4. 由於第三十七條第四項有比照辦理規定，但要求虧損公司互為合併，方可適用該辦法，其他併購方式應不得適用，故合併後之存續公司仍須按各方持股比例計算第三十八條第一項的虧損金額繼受比例(消滅公司)及稀釋比例(存續公司)，而該免徵辦法的免徵所得部分則不必加以稀釋。兩條的整體理論基礎及計算方式存有重大差異，前條是租稅優惠，後條為租稅公平，應可同時適用<sup>187</sup>。

5. 因本法第四十一條跨國併購明文規定，外國公司並不能適用第三十七條，故無論是本國公司合併外國公司(及台灣分公司)或是外國公司合併本國公司(轉為台灣分公司)，有盈餘之公司代替償還台灣分公司或本國公司積欠國內銀行之債務，似仍不得適用該免徵辦法，能否類推適用，尚待推求。

6. 由於財經兩部達成共識，為使併購公司償還銀行欠債後，仍應保持良好的財務狀況，以免因併購還債而導致本身發生經營困難，草案原規定得申請免徵營所稅的併購公司應符合兩項條件，一是不得以增加負債方式籌集資金償還

---

<sup>184</sup> 簡單來說，第 37 條及第 38 條之扣除權 (tax deduction)，均為 5 年期的稅前所得扣除項目，不同之處在於前條係以虧損公司產生所得扣除償還銀行之債務總額 (非原累積虧損總額)，而後條則為合併後之存續公司總所得扣除按虧損公司之股東持股比例計算之虧損金額，兩者亦與促產條例規定的投資抵減 (tax credit) 迥異，該抵減則可直接抵扣營所稅應繳稅額。

<sup>185</sup> 實務界人士有認為該規定係以償還銀行債務為前提，似有獨厚銀行之嫌，而有違債權人平等原則，參照梁秀芳，同註 12 文，頁 28。

<sup>186</sup> 如無其他因素影響，等於說償還 10 億銀行借款，總共能獲得價值 2.5 億的租稅利益。

<sup>187</sup> 如促產條例第 6 條 (購置設備) 及第 7 條 (區域發展) 投資抵減，可申請同時適用。

被併購公司積欠銀行債務，二是償還當年度或分年償還的實際償還年度，其流動比率不得小於 1 且總資產對總負債的比率不得小於 1.5。既然企併法已明文授權行政院訂立辦法施行，該免徵辦法未明定這二項條件，行政機關在申請適用上即不得自行增加法令所無之限制<sup>188</sup>，以免違反租稅法律主義之基本精神。

**(六)適用難題：**本條第一項合併按持股比例計算金額方式頗有爭議之處，表面上看來紓解企併法施行前虧損不得扣抵的窘況<sup>189</sup>，但可以想見實際操作的結果，除非是實質上由消滅公司主導整個併購案並因此取得存續公司大部分股權（如借殼上市）的特殊情形，不然就絕大多數的合併而言，消滅公司股東取得存續公司的股份必然少於五成以下，如果再搭配其他財產之對價可能降到更低比率，造成適用本項後僅能留抵極少部分的虧損<sup>190</sup>，本條第三項在進行吸收分割時將同樣遭遇相同困境，而企併法特別納入的簡易合併<sup>191</sup>及非對稱式合併<sup>192</sup>，多無適用本條之盈虧互抵的可能性，影響所及，當併購公司欲採用 LBO 時，第一階段公開收購（控制性）股權，第二階段進行（現金）吸收合併，因收購公司持有被收購公司大多數股權，只有少數股權係眾多小股東擁有，故進行合

---

<sup>188</sup> 實務界人士認為，由於現行法並未納入，恐發生公司藉由增加負債方式籌集資金償還被併購公司積欠銀行的債務，以適用免徵營所稅優惠之規定，參照梁秀芳，同註 12 文，頁 28。

<sup>189</sup> 參閱黃茂榮，稅法各論，頁 113-128，2007 年 11 月增訂 2 版。

<sup>190</sup> 參閱張清讚，再論合併公司之盈虧互抵，稅務旬刊第 1844 期，頁 9-11，2004 年 1 月。

<sup>191</sup> 第 19 條規定母公司與其持有 90% 股權的子公司進行合併可免雙方股東會決議，以雙方董事會特別決議即可，參閱黃偉峰，同註 137 書，頁 176-183。因子公司之股東多不因此合併取得母公司股份，故子公司之虧損金額可能全數消滅，參閱陳文宗，同註 24 論文，頁 125。

<sup>192</sup> 第 18 條第 6 項規定存續公司為合併發行低於 20% 的新股，且交付消滅公司股東之現金或財產價值總額低於存續公司淨值的 2%，存續公司可免股東會決議，以董事會特別決議行之，參閱黃偉峰，同註 137 書，頁 171-172。因消滅公司股東將取得低於 20% 的存續公司股份，故存續公司合併後盈餘依第 38 條第 1 項規定最多只能扣除消滅公司過去 5 年的 2 成虧損金額。

併時，收購公司發生資產形式轉換（原先的股權投資轉以實際資產負債承受），而小股東取得現金出場，按本條明文規定消滅公司股東（即收購公司與小股東）因（本次）合併而持有存續公司（即收購公司）股權比例計算，將導致被收購公司過去五年虧損全數消滅，不能由收購公司加以繼受，此應非本條立法原意。

（七）**修法建議**：雖有會計學者在該條立法前為文剖析疾呼，但仍未能及時改變法條內容，但採該學者見解，應以合併後之盈餘按被合併公司之股權比例計算，分別與該虧損互抵<sup>193</sup>，雖有機會保留所有虧損扣除金額，但如上述各種併購型態所述，純以股權比例的計算方式仍有其不足之處，因企併法稅制的基本精神應在於規範一套租稅措施，使參與併購的公司於併購前後均維持相等的租稅待遇，並使不同法律形式但經濟實質相似的併購型態的租稅負擔相同，亦同時避免過度租稅獎勵，以維持租稅中立的原則<sup>194</sup>。然觀乎本條的三項條文之設計，虧損金額卻仍隨同股權稀釋而減少<sup>195</sup>，明顯使合乎經濟效益的併購之虧損扣除金額或多或少地降低，另一方面卻難以避免有心人士單純利用併購獲取不當的虧損扣除權<sup>196</sup>。故應考慮如企併法原草案規定，**讓過去虧損金額的扣**

<sup>193</sup> 參閱許崇源，同註 132 文，頁 10-11。主要概念係假設合併後之盈餘按股權分配比例係為虧損公司之資產所生，該推計數將可扣除過去 5 年全數虧損，以本節第 2 項第 3 款的釋例，H 存續公司合併後盈餘為 10 億的話，因原股東持股降至 6 成，盈餘中的 6 億即先可扣除 H 公司合併前虧損的 6 億，另外 4 億將扣除 I 公司的 8 億虧損，故當年無盈餘可課稅，而隔年總盈餘仍按 4 成比例可再扣除 I 公司的 4 億剩餘虧損金額（如隔年總盈餘小於 10 億，後年仍留用）。

<sup>194</sup> 然有不同意見認為本條意旨即排除適用收購類型，並進一步推論不同法律行為之租稅負擔應不一致，以符合租稅公平原則，參閱何俞慧，同註 56 論文，頁 90。**然此推論繆誤之極，稅法應講究經濟實質，怎能以法律形式為主，該論文未說明為何相同稅負即違反租稅公平，且未顧及納稅人的自利心，必將設法迴避重稅負的法律行為，或者移轉給無力抵抗的利害相關人。**

<sup>195</sup> 如促產條例第 8 條第 1 項第 2 款股東持有股份的投資抵減，僅適用於**原始認購或應募**，不包括繼受股份，然有法律學者卻認為進行反向三角合併（reverse triangle merger）仍可維持目標公司法人格，故可繼受原股東享有的投資抵減優惠？參閱馮震宇，同註 124 文，頁 148。

<sup>196</sup> 可考慮以虧損公司為主體，大幅收購資產並變更營業項目，來實現過去虧損的扣除權。



除權隨著淨資產等比例同步移轉，並規定有表決權之股份占總併購對價比例之下限，以確保股東組成同一性並繼續參與經營，不因併購而出脫持股退場（喪失虧損繼受的本質）。而繼受計算公式應考量是否仿效本法第三十七條第一項及第二項的繼續承受租稅優惠方式<sup>197</sup>，來取代目前僅適用稀釋比例及持股比例的盈虧互抵制度<sup>198</sup>。只要經濟實質合於企併法的併購態樣，且併購後公司仍須符合相同的營運項目，併購前所取得租稅（公）法上之權利，均可由併購後存續公司繼續享有，不因併購採不同類型的法律行為而受影響，而所能繼續享有之範圍亦僅為原來併購前的總金額為上限<sup>199</sup>。或是如第三十七條第三項及第四項一樣，虧損公司過去五年之虧損金額僅能就「併購（虧損公司）之財產或營業部分產生之所得」（可採學界或實務人士的推計公式）先行扣除後，再併入存續公司其他所得一併計算營所稅，如此一來將更符合盈虧互抵制度之基本精神，即以該資產未來所生之所得先行扣除過去所生之虧損<sup>200</sup>，餘者方為真正所得。

<sup>197</sup> 企併法第 37 條第 1 項係以分別計算併購後的所得以抵減併購前公司之獎勵，雖可全數留用但抵減金額以部分計算之應納稅額為限。同條第 2 項規定併購後公司仍應符合消滅公司的獎勵條件及標準，如營運項目大幅變更不得繼續適用租稅獎勵。

<sup>198</sup> 如果完成修法後，本條將不以稀釋比例來計算存續公司本身的虧損扣除額，以及持股比例來計算消滅公司過去 5 年的虧損扣除額，而以各自所產生之所得扣除各自的虧損金額，且存續公司如果大幅變更營運項目，則不得再以併購後所得減除併購前的虧損金額，以免套利。

<sup>199</sup> 此即為企併法第 37 條第 1、2 項的立法模式，但目前適用客體僅限於合併、分割及企併法第 27、28 條的收購，不及於第 29 條的股份轉換，原因在於子公司仍存續營運，可自身繼續使用租稅獎勵，不須由收購公司繼受，與本條（第 38 條）情況極為類似，有可供參考之處，參閱劉紹樑等人，同註 21 書，頁 319。但難以理解的是該書認為一旦進行股份轉換後，子公司再進行解散，實質效果等於合併，但卻不能適用第 37 條。難道不能考慮不解散改採企併法第 19 條的簡易合併嗎？（股份轉換後持股必達 100%，符合 90% 以上之要件）仍可適用第 37 條。

<sup>200</sup> 然此方式遭遇最大阻礙是一旦合併完成後，組織可能重整，難以區別哪些所得是消滅公司部分所產生，不過此一問題同樣發生在第 37 條第 3、4 項，授權免徵辦法第 4 條雖要求單獨設立帳簿，但可能仍有困難，得由簽證會計師提出合理計算公式，然現已因落日條款而解套。

### 第三節 第三十九條免徵營所稅<sup>201</sup>

#### 第一項 立法說明簡述：

公司進行併購，除合併方式外，尚可選擇收購或分割方式。由於公司進行合併，其解散之公司，依現行公司法第二十四條規定，免除清算程序，並依所得稅法第七十五條第二項但書規定，依法免除清算程序者，尚無申報清算所得，課徵營所稅問題。基於租稅中立性，爰明定公司以收購或分割方式進行併購<sup>202</sup>，達一定條件，致其經濟效果與合併雷同者，其被收購公司或被分割公司，亦得免徵營所稅，俾與合併之消滅公司享有相同之租稅待遇。

#### 第二項 條文內容分析：

(一) 由於企併法租稅措施並非將所有的併購活動所涉及之租稅負擔全部另設特殊規範，只針對併購過程中的數項重要租稅議題訂立特別規定，但卻未仿效促產條例一併處理參與併購的公司股東之稅負輕重，導致由財政部按所得稅法精神發布函釋另予股東應稅或免稅的租稅待遇<sup>203</sup>，**無論是任意增加稅法所**

---

<sup>201</sup> 第 1 項：『公司讓與全部或主要之營業或財產予他公司，取得有表決權之股份達全部交易對價百分之 80 以上，並將取得之股份全數轉予股東者，其因而產生之所得，免徵營所稅；其因而產生之損失，亦不得自所得額中減除。』及第 3 項：『公司分割並將取得之股份全數轉予股東者，其因而產生之所得，免徵營所稅；其因而產生之損失，亦不得自所得額中減除。』

<sup>202</sup> 有學者認為本條其實係為分割規定，因營業讓與的交易對價如包括八成以上的股份，與分割以全部股份為對價無異，參閱王志誠，同註 3 書，頁 212。然從本條立法意旨可知本條適用情形侷限於(人之)分割類型及以 8 成股份作受讓對價且全數轉讓予股東的營業讓與類型。

<sup>203</sup> 此非僅為企併稅制問題而已，因所得稅法全體條文過於簡略，稽徵實務均極度仰賴為數眾多的行政函釋，但主管機關多流於「個案具體判斷」，而非「建立概念以為判斷基準」，導致所得稅制呈現極不安定狀態，參閱吳金柱，所得稅法理論與實用(上)，頁 i，2008 年 4 月。

無之限制要件以課徵稅捐，或者是變相擴大緩徵或免稅範圍以嘉惠納稅義務人，其實均有違反租稅法律主義之嫌，「增稅案件」將因行政救濟受司法機關審查，「減稅優惠」將形成租稅漏洞但因僅國家受損而無人申訴，未來應修法徹底杜絕徵納雙方爭執不休的稅負爭議。以現行規定不明的情況而言，二家公司進行資產收購或存續分割<sup>204</sup>時，讓與或被分割公司轉讓其資產或權利時，如轉讓價格高於其持有成本者，無論其交易對價係現金或股份，「財會」應認列收益，「稅會」亦有交換利益，出售資產之公司本身將被課徵營所稅。而股權收購時，股東出售股份因此有證券所得（目前停徵），只就證券交易總金額課徵 0.3% 的證交稅<sup>205</sup>，但採股份轉換時則可因企併法免徵證交稅<sup>206</sup>。至於吸收合併<sup>207</sup>或消滅分割，因公司法第二十四條免予辦理清算，僅須按所得稅法第七十五條辦理決算，故消滅公司本身應無清算所得之營所稅負擔，但其股東所獲之對價超過持股成本的部分（以現金或股票實現）究竟屬股利所得抑或證交所得尚有疑義？至於併購後之存續公司再另行辦理清算及分派剩餘財產予其股東時，其中屬與股本部分應視為投資退回不在課稅之列，其餘則視為股利發放，須另行由公司對外國人股東扣繳稅款，本國自然人股東必須自行申報綜所稅。本法僅以第三十五條至第四十條（及第四十三條）等七條實體條文來處理併購涉及營所

---

<sup>204</sup> 其與消滅分割為兩相對稱之觀念，差別在於被分割公司進行分割後，能否繼續存續營運或直接消滅解散，前者近似資產收購，後者類似吸收合併。參閱劉連煜，同註 114 書，頁 141。

<sup>205</sup> 參閱林進富，公司併購教戰守則，頁 101-103，1999 年 5 月。

<sup>206</sup> 股權收購除符合股份轉換得免徵證交稅外，無論成交數量多寡均有證交稅負擔，**但卻有稅務專家認為股份全部或部分收購可免徵印花稅及證交稅，似有誤解企併法租稅措施**，參閱吳金柱，同註 130 書，頁 448。**然亦有認為股東因股份轉換交易股票，不得適用免徵證交稅。**

<sup>207</sup> 有律師於企併法立法前即認為吸收合併若採換股方式，因消滅公司之股東變為存續公司之股東，並未因合併實現其投資收益，故不應課徵任何稅目；但若採其他對價時，亦即全部或一部投資收益因合併而實現者，宜類推適用有關股權收購之規定。參閱林進富，租稅法新論，頁 105，2002 年 2 月增訂 2 版。**然股權收購的證交所得目前停徵，故推導出「合併」均免稅負。**

稅之疑義，明顯力有未逮，亟待修正之處在於只規定併購公司階段的稅負，卻無相對應公司股東階段的課稅規定<sup>208</sup>，只好以模糊不清的所得稅法恣意解釋。

(二) 參照會計研究發展基金會財務會計準則委員會(以下簡稱會基會)函釋<sup>209</sup>，按會計學理重實質而輕形式而言，企併法分類的營業讓與及分割並無重大差異必須加以明確區別(法律形式則略有不同)，均係「持有資產公司」將其營業(財產)讓與「承受公司」並取得後者發行之股權(差異之一為分割對價必為股份)的經濟實質，故係以「讓與(被分割)公司」與「承受公司」是否為聯屬公司，來決定雙方公司以帳面價值或公平價值<sup>210</sup>為入帳基礎的判斷依據，又因人之分割可能牽涉公司減資程序，其會計處理另有不同之處：

1. 讓與公司與承受公司原為聯屬公司<sup>211</sup>，其營業讓與(分割)與承受將視

---

<sup>208</sup> 原草案第 42 條第 1 項第 1 款規定(公司)法人股東取得合併對價依所得稅法不課稅。參閱陳金妙，企業併購稅務案例之研究，東吳會計碩士論文，頁 58-59，2003 年。該論文指出不應因併購公司沖銷資本公積或保留盈餘而有不同的租稅效果，符合一定標準者可緩徵股東之所得稅，並增訂股東因讓與或分割取得超過原始投資之溢額，準用合併之消滅公司的股東稅負。

<sup>209</sup> 會基會 91/6/14 發布(91)基秘字第 128 號函解釋「分割所涉及之會計處理」。

<sup>210</sup> 參照經濟部 92/2/11 經商字第 09202018810 號函。公平價值是指在「正常交易」的情況下，市場參與者願意成交的價格，不包括被迫清算(forced liquidation)或困境出售(distress sale)。

<sup>211</sup> 會基會 91/2 發布(91)基秘字第 027 函說明企業分割時營業讓與型態可能分為：

(一) 長期投資型態分割(物之分割)：被分割公司營業讓與予承受公司而取得其股權

1.有控制關係(持股一半以上)企業，並繼續持有其股權。2.有重大影響但無控制關係(持股二成以上至一半以下)企業，並繼續持有其股權。3.無重大影響關係而後持有其股權。

(二) 股東權益型態分割(人之分割)：營業讓與而由股東取得新股，使變成兄弟公司

1.有投資關係之被投資公司(含母子公司、採權益法或成本法評價之被投資公司)，既存公司發行新股予投資公司之股東。2.無投資關係之企業，作為受讓企業發行新股之對價。

同「內部組織調整」，因此被分割公司「財會」上，應以原資產帳面價值（若有資產減損則以認列損失後之金額為基礎）減負債後之淨額，作為取得股權之成本，不認列交換損益，而承受公司則以讓與公司原資產及負債之帳面價值作為取得資產及負債之成本，並以該淨額為基礎，面額為股本，超過部分則為資本公積，且因相對科目在合併報表中相互沖銷，不承認交換損益，故應無營所稅，物之分割（圖 c&d），新設分割（圖 d）必屬之<sup>212</sup>，吸收分割（圖 c）則未必<sup>213</sup>。

2. 公司讓與其主要部分之營業時<sup>214</sup>，若二公司原非聯屬公司，讓與公司應以資產淨值之帳面價值作為股權成本，不認列交換損益，若讓與公司取得承受公司部分股權後，如雙方成為聯屬公司，承受公司應以所受資產及負債之帳面價值為取得成本，並以其淨額為基礎，面額為股本，超過部分為資本公積，若雙方仍非聯屬公司，承受公司則應改以公平價值作為取得資產淨值之持有成本。

3. 公司讓與非主要部分之營業時，雙方原非聯屬公司，但因讓與公司取得承受公司部分股權後成為聯屬公司，讓與公司應以原資產帳面價值減負債後之淨額為取得股權成本，不認列交換損益。若取得股權後仍非聯屬公司，僅成為轉投資關係，則視為讓與公司以其資產淨值作價投資承受公司，應依財會準則第五號「長期股權投資會計處理原則」第二十段規定，以資產淨值或該股權之公平價值，二者較客觀明確者<sup>215</sup>作為成交價格。若所讓與營業之風險報酬未完全移轉至承受公司（如讓與公司對該營業對承受公司進行擔保），則應將交換利

---

<sup>212</sup> 採物之分割，僅為資產形式變換，採人之分割，因公司的股東均相同，仍為聯屬公司。

<sup>213</sup> 將視被分割公司或其股東之持股佔既存公司已發行股份比例或控制從屬關係來區別。

<sup>214</sup> 函釋指讓與資產或營收，超過半數總資產或總營收，本法第 39 條第 1 項的營業讓與因第 2 項限制而必符合該定義，然第 3 項所稱分割只須符合獨立營運，未必是主要部分之營業。

<sup>215</sup> 如承受公司為上市櫃公司，則其股價客觀性較佳，否則資產有重置成本可客觀比較。

益全部消除<sup>216</sup>。

4. 依經濟部 92/2/11 經商字第 09202018810 號函意旨，與分割淨資產直接相關之股東權益調整科目，是否隨分割而移轉至受讓營業之新設或既存公司，就商業會計觀點而言，該部分既屬分割淨資產所直接相關者，應隨分割而移轉。由於營業讓與及分割在性質上傾向於資產交易行為，以處分長期投資或固定資產而言，與出售資產直接相關之股東權益科目，均應隨資產出售而沖銷<sup>217</sup>。故採物之分割時，被分割公司總資產不變，其會計分錄應為借記「長期投資」、「被分割之負債」及「與被分割資產淨值直接相關之股東權益科目」，而貸記「被分割之資產」，而採人之分割時（圖 a&b），因分割取得承受公司之股份轉予被分割公司之股東，故被分割公司因淨資產減少雖有減資的可能性（但無強制規定）。另因公司法嚴格限制各種公積的用途（如「法定盈餘公積」可用於分派股利、填補虧損及撥充資本，「特別盈餘公積」則視目的各有不同用途），「資本公積」則僅用於填補虧損及有限制之撥充資本，企併法並未特別加以放寬，僅允許分割時同時辦理減資或銷除股份<sup>218</sup>。故以稅法角度判斷人之分割，被分割公司之股東可取得承受公司之股份，被分割公司則減少資產項目，相對科目若為股本減少（即減資或銷除股份），似屬投資退回，其股東應免予列報所得稅<sup>219</sup>；如以保留盈餘沖銷的話，則相當於發放股利，其股東有所得稅負擔<sup>220</sup>。

<sup>216</sup> 另外若讓與公司所取得之股權，對承受公司具重大影響力，則於該營業之風險報酬完全移轉至承受公司後，仍應依公報相關規定，將交換損益視為未實現損益加以消除。

<sup>217</sup> 會計處理應可認為公司分割與營業讓與有其相仿之處，參閱梁秀芳，同註 12 文，頁 5。

<sup>218</sup> 參閱王文宇，同註 38 書，頁 375-383。企併法第 33 條第 1 項第 7 及 8 款有減資規定。

<sup>219</sup> 參閱曾宛如編審，同註 50 書，頁 128-129。然 95/6/29 台北高等行政法院 94 訴字第 2206 號判決認為所減之資本仍從事投資，係轉換為新設公司之股份，並由被分割公司股東繼續持有。

<sup>220</sup> 會基會則認為因分割而減資並設立一公司，全部由原股東按原持股比例持有時，應依

5. 對被分割公司而言，因原分割部門資產淨值之帳面價值與交易對價的股份市價有所差異而出現所得或損失，將可能產生營所稅負擔或虧損扣除權<sup>221</sup>。**按我國查核準則規定**<sup>222</sup>，在一般資產交易行為，當讓與公司出售資產所獲對價為現金時，即為處分行為而應繳營所稅稅負，然若承受（資產）公司係以股份為對價時，對讓與公司而言，可能同時發生不同種類（資產換股）及同種類（以股換股）的資產交換，前者按時價入帳認列全部損益（無論有無現金收付），後者必須先區分損益，有損失（因穩健原則）必須全部認列，有利益時如無現金則不認列利益，如收到部分現金則應按比例認列現金部分之利益<sup>223</sup>，故進行營業讓與或分割時，讓與公司須按查核準則判斷應否申報處分資產的營所稅。

（三）然本條第一項則規定當讓與公司出售資產，取得對價八成以上為承受公司（有表決權）之股份，且全數（股份）轉予（讓與公司）股東時，讓與公司本身將可免徵營所稅。其主要立法理由在於，因合併而消滅解散之公司免予清算，故不必申報清算所得而課徵營所稅<sup>224</sup>，基於租稅中立性，特將經濟效果與合併雷同的收購與分割類型（對價為股份且由股東取得），給予相同的稅法待遇。但本項規定卻未順勢處理下一階段的股東稅負，只能仰賴會計學理來探

---

**(92)基秘字第 106 及 107 號函釋，按減資比例沖減股本及溢價公積，如不足則沖減保留盈餘。**

<sup>221</sup> 公司依企併法規定進行分割，將其得獨立營運之一部或全部之營業讓與其 100% 持股之子公司，並取得子公司發行之新股者，在無不當規避或減少納稅義務之情況下，應以被分割資產之帳面價值作為實際成交價格，據以計算被分割公司轉讓資產之損益，依法課徵營所稅。參照財政部 96/10/3 台財稅字第 09604545320 號函意旨，**然兩者係為聯屬公司，不應有交換損益。**

<sup>222</sup> 會計原則已順應國際會計準則趨勢而改變資產交換的處理，然查核準則仍不動如山。

<sup>223</sup> 參閱張進德，租稅法與實例解說，頁 176-177，2007 年 7 月 6 版。

<sup>224</sup> 所得稅法第 75 條規定營利事業解散時應申報清算所得，但依**其他法律**得免除清算程序者，不適用之。而公司法第 24 條規定解散之公司**除因合併外**應行清算。故合併免予清算。

求，當公司因符合上述要件讓與資產並由其股東取得股份，讓與公司必須貸記「資產」，而借記股東權益科目若為「保留盈餘」時，股東因此取得承受公司之股份應視為財產股利<sup>225</sup>，公司本身因企併法不課稅，但股東有股利所得稅負擔，然若讓與公司係以減資或註銷股份方式，借記科目改為「股本」時，則應視為投資退回不予課稅，然卻變成公司與股東均不課稅，是否合理尚待推求？

（四）故第一項之適用客體範圍僅限為資產收購（營業讓與）的一種特殊型態，即當出售公司將其全部（主要）的營業（財產）讓與予收購公司，收購公司承受（出售公司）之營業（財產）所支付有（收購公司之）表決權之股份總市價必須佔總交易對價的八成價值，並且須將取得之股份全數轉予<sup>226</sup>股東。以本章第一節第二項第二款的第一個釋例為例，X 公司預備以總價 100 億元收購 Y 公司主要之營業或財產（帳面價值原為 70 億）時，支付總對價中必須包含市價 80 億元以上（有 X 公司表決權）的股份，且該交易之股份亦需全數轉讓給 Y 公司之股東（此時 Y 公司本身有減資的可能性<sup>227</sup>），其餘差額部分（可能為 0 至 20 億元）的支付對價可以現金或其他財產代替，並由 Y 公司本身持

---

<sup>225</sup> 雖然會計學說上的財產股利（Property Dividend），即公司雖有保留盈餘，但無現金可分配，乃以現金以外的資產作為股利，通常以公司握有其他公司的證券或商品存貨，此種股利屬非貨幣性資產的片面移轉，應以其公平價值作為入帳基礎並認列處分資產損益，實際上很少發生，參閱鄭丁旺，同註 165 書，頁 321-322。而我國過去實務尚無將子公司股票分給股東，參閱曾宛如編審，同註 50 書，頁 135。本條適用情況係因讓與資產時已依公平價值入帳，應依認列損益課稅，再將市價入帳的證券轉予股東時，應無損益可認列並因此免徵處分資產之營所稅（因為即便是公司將財產移轉給股東，若市價高出帳面價值，公司應認列資產溢額的營所稅）。

<sup>226</sup> 參照工業局 91/9/3 經授工字第 09121009120 號函，「轉予」按立法意旨觀之，係公司須將取得之股份全數「按持股比例分配」予股東，非以「出售」方式與股東或股東之一人。

<sup>227</sup> 公司將取得之股份，如全數無償轉予股東，而涉及資本減少時應辦理減資，參照經濟部 91/6/27 經商字第 09102132990 號函。並依公司法第 168 條規定，按股東持股比例消除股份。雖然人之分割將使資產實質減少，但公司法並不強制減少資本，參閱林仁光及林國全等人，新修正公司法解析，頁 486，2002 年 3 月 2 版。



有<sup>228</sup>。合於上述要件後，方可適用本項規定<sup>229</sup>，對於該讓與資產（作價出資）取得股份的處分收益<sup>230</sup>（本例中出售資產之公平價值與帳面價值之價差約為 30 億<sup>231</sup>）免予課徵相關之營所稅<sup>232</sup>。至於 Y 之股東取得 X 股份應否課徵股利所得稅，則視 Y 公司如何沖銷本身的股東權益科目（因 Y 資產減少的相對應科目）。

（五）而本條第二項規定係定義該第一項所謂的「主要」之營業或財產<sup>233</sup>，所稱主要之營業，指讓與營業之最近三年收入達各該年度全部營業收入之百分之五十以上者；所稱主要之財產，指讓與財產達移轉時全部財產之百分之五十以上者（比前述會基會函釋的主要部分定義嚴格）。故原則上有四種情況可適用

<sup>228</sup> 因我國公司法對股利的法定形式要求嚴格，並不涵蓋財產股利（見註 226）或清算股利（見註 265），公司能否任意在經營期間將出售資產所取得之財產按比例分配給股東？公司法未明文禁止，但經濟部 80/10/14 經商字第 225912 號函規定公司僅得就上年度盈餘為一次分派。

<sup>229</sup> 然須注意經濟部 91/5/2 經商字第 09102085661 號函，認為基於營業讓與係屬長期投資或處分營業行為，與盈餘分配係屬二事，是以，本國公司似不得將概括讓與而取得之外國公司股份以盈餘方式分配給其股東。然此係增加企併法所無之限制，應由法律明文訂立或明確授權。

<sup>230</sup> 查核準則第 32 條第 4 款規定，以應收債權、他公司股票或固定資產等作價抵充出資股款者，該資產所抵充出資股款之金額超過成本部分，應列為收益。

<sup>231</sup> 會基會 90/10/29 發布（90）基秘字第 182 號函「因應金控法施行所涉及之會計處理疑義」解釋若係營業讓與，應以原資產帳面價值（如有減損則應以認列損失後之金額為基礎）減負債後之淨額作為取得股權之成本，不認列交換損益。然此函係適用於母公司讓與營業給持股超過 50% 以上的子公司，若是由其他獨立之營業主體受讓，則可能要以轉讓之資產淨值或交換之公司股權價值。二者之公平價值較明確者為成交價格（同財會準則第 5 號第 20 段規定），讓與公司應以交易對價減去持有成本而認列交換損益。

<sup>232</sup> 本條規定將取得股份全數轉予股東，形同股東取得財產股利，與其先徵營所稅再給予股東可扣抵稅額以扣抵綜所稅，不如現階段直接免徵營所稅，再由股東申報股利所得而全額繳納綜所稅，故該免徵規定並非實質優惠，充其量為免除先課稅在給予扣抵權的稅務行政便利，參閱劉紹樑等人，同註 21 書，頁 324。但實際非屬發放股利，故可能無股東可扣抵稅額可分配。

<sup>233</sup> 然有學者認為本條第 2 項的狹隘定義僅能拘限適用在第 1 項要件，不應用來決定企併法其他提及全部或主要之營業或財產，更遑論是其他法律規定，參閱王志誠，同註 3 書，頁 197。

第一項規定，分別為「全部營業」、「全部財產」、「主要營業」、「主要財產」，但前二者應屬多餘之贅文，因為後二者的文義涵攝範圍即可完全涵蓋前二者<sup>234</sup>。若公司欲符合第一項的構成要件，而發生讓與之免稅效果，按第二項前段定義，其讓與營業之部門收入必須最近連續三年每年均達成各該年全部收入的一半以上，如其中有一年未達標準則不符合第二項之要件，即無第一項規定之適用<sup>235</sup>。因係以過去營運數字的百分比衡量，比較難以調整計算基礎，反觀第二項後段的解釋，必須在**移轉當時**，該次讓與財產佔（讓與）公司之全部財產的一半以上，可明顯發現該項的規劃空間，可於讓與前先進行現金減資<sup>236</sup>或償還債務<sup>237</sup>，順利降低原先的財產總額，以符合本項後段的規定。然相較第三項的分割定義並無第二項的營收或財產等最低限制，第一項讓與營業或財產的要件仍顯嚴格（或許係因第一項可搭配二成以下的非股份財產<sup>238</sup>，並由讓與公司本身持有）。

（六）一公司進行分割時，應將獨立營運之資產與負債一併轉讓予既存（吸收分割）或新設（新設分割）之他公司，再由上述分析可窺見本條第三項之規範客體並非涵蓋分割的所有類型，應僅限於公司進行吸收分割（分割前後均非聯屬公司，故承認交換利益而有營所稅負擔）且人之分割（法條構成要件之一）

---

<sup>234</sup> 50%以上必包括 100%，「全部營業」必屬「主要營業」，「全部財產」必屬「主要財產」。

<sup>235</sup> 參照財政部 91/8/28 台稅一發字 0910453964 號。

<sup>236</sup> 公司若非定期性現金減資，應不致被認定為發放現金股利，此為現行稅法可鑽營之處。

<sup>237</sup> 參閱劉紹樑等人，註 21 書，頁 97 & 332，該書提出為符合該項要件，可考慮先將閒置資產處分，降低總資產數額。然令人疑慮的是出售閒置資產轉為持有其他類型資產，應不能降低總資產數額，如果是新設分割的話，總資產應不變，如以遠低於帳面價值出售，一方面要承認鉅額損失（此時可與之後的讓與收益相抵），另一方面經營者有無估價不實掏空資產之虞？

<sup>238</sup> 美國一般公認會計原則認為，同種類資產交換若收受現金佔公平市價 25% 以上，即視為現金交易，雙方均應認列全部利益，參照梁秀芳，同註 12 文，頁 8-9。

的特殊情況（僅圖 a 符合）。由於企併法所謂的分割均要求對價為承受資產的他公司之股份<sup>239</sup>，故本項不須仿照第一項規定另設最低的股份對價門檻，且該分割之營運部門僅須符合企併法第四條第六款的『得獨立營運之一部或全部之營業』之定義，將不必如本條第二項規定一般限制該營運部門的最低營收比例或最少的財產比例，被分割公司即可適用本項免徵營所稅。前例可改為 Y 公司係以分割方式，將帳面 70 億的獨立營運部門分割由 X 公司承受，以交換市價 100 億的 X 公司股份（有無表決權均可），如果分割後 X 及 Y 係為聯屬公司的話，Y 必須將市價 100 億的 X 股份以 70 億的帳面價值入帳<sup>240</sup>，反過來 X 亦須依 Y 原先認列資產的帳面價值（70 億）入帳，未來 X 處分該資產時，則按當時市價減除帳面價值（70 億）認列損益。若是分割前後 X 及 Y 非為聯屬公司的話，Y 將依市價 100 億的 X 股份入帳，X 同時以該部門的公平價值入帳，差額即為商譽<sup>241</sup>，X 未來的折舊金額應較 Y 目前所提列的金額更高，故 Y 當年度必須認列 30 億的交換利益而於隔年申報營所稅<sup>242</sup>，若改由 Y 之股東取得價值 100 億之 X 股份後，所得稅負問題將移轉至股東本身，而 Y 公司並不持有任何分割對價（X

---

<sup>239</sup> 僅有在符合企併法第 33 條第 1 項第 5 款，對被分割公司或其股東配發之股份不滿一  
股應支付現金者，於分割計畫書記載明定支付現金為對價。

<sup>240</sup> 亦即每股持有成本為目前市價的 7 折，未來出售後超過持有成本部分歸入 AMT 計算。

<sup>241</sup> 指併購採用購買法時，會計處理把支付資產淨值市價（可辨認淨資產之公平價值）的交易對價（購買成本）之超過部分將認列為商譽（goodwill），企併法第 35 條雖允許十五年內平均攤銷，但因財會準則第 35 號『資產減損之會計處理準則』規定，因企業合併所取得之商譽應自取得日起分攤至現金產生單位，未來商譽已不再逐年攤銷，將每年定期進行減損測試，一旦認列商譽損失永遠不得迴轉（我國與國際會計準則接軌，其他資產仍可迴轉，惟不得超過未認列減損損失減除應提列折攤後之帳面價值。而美國規定所有資產認列損失一律不得迴轉）。

<sup>242</sup> 不同種類資產交換按時價入帳，因獲利過程已完成，無論有無現金交付，均應認列交換損益，參閱張進德，同註 222 書，頁 176。1973 年美國 FASB 發布第 29 號意見書（規定已更改），凡交換不同種類（相異）的資產，其換出資產之獲利應即認列，參閱馬嘉應及余景仁，同註 170 文，頁 4-5。

之股份)，故可依本項規定 Y 公司將不須針對該價差的 30 億繳納營所稅<sup>243</sup>。

(七) 當公司分割後由本身持有承受公司股份時，「財會」及「稅會」若承認為交換利益，應列為業外收益，營所稅率仍為 25%，如隔年度該所得並未全部分配給股東的話，則後年度尚須針對其未分配餘額加徵 10%，實際負擔稅率將增至 32.5%；如採全數分配給股東，將依股東本身的邊際稅率課徵股利（**總額**）所得稅，但同時按股利（**淨額**）可扣抵比率（最高 33.33%）分配股東可扣抵稅額（若加徵 10% 後發放股利最高比率為 48.15%），抵減應納稅額有不足者繳納差額或超過者退還稅金。若公司為符合本條規定而將分割所得之股份轉予其股東，公司本身將免繳營所稅，但必須觀察其帳上之股東權益科目的變化，來判別股東稅負的有無，如係分割時同步減少資本或註銷股份的話，應屬投資退回，股東亦無稅負，財政部 92/6/10 台稅一發字第 0920453014 號函釋<sup>244</sup>即認為公司進行人之分割（圖 a&b）時，必須依法辦理減資並轉讓對價之新股給股東，對股東而言，並無所得發生<sup>245</sup>。但如果是減少科目為保留盈餘時，股東將產生股利所得稅義務。加上分割配股實際並非係公司發放（現金或股票）股利之法定程序，公司不能按可扣抵比率來分配股東可扣抵稅額，故自然人股東將按本身的綜所稅率報繳所獲全部對價（承受公司股份）的稅款，且無任何股東

---

<sup>243</sup> 且形式上非屬 Y 發放股利，依所得稅法第 66 條之 4，Y 並不能分配股東可扣抵稅額。

<sup>244</sup> 關於分割後，其股東取得他公司所發行新股，同時減少其在被分割公司之股份（依公司法第 168 條規定辦理減資），係取回發還之股本，並無所得發生，應無歸課股東所得稅問題。

<sup>245</sup> 該（人之）分割即為減資換股交易，就股東而言，既非證券交易，亦不屬應稅之財產交易或股利所得，參閱黃士洲，同註 67 文，頁 11，然同頁另摘錄之 96 年函釋意旨似有誤解該函文義，見註 330 之解釋。被分割公司收回股份註銷股本，進行減資本非證交稅課徵客體，參照註 67 之函釋，**而股東取得對價之股份係由既存或新設公司發行之新股，被分割公司僅為轉手之導管，應視同直接發行新股給股東，亦無證交稅問題**。並可參照財政部 91/8/28 台稅一發第 0910453964 號函釋，指出公司將取得之股份轉予股東，非屬買賣行為，不發生課徵證交稅。

可扣抵稅額可抵減，須於報稅時繳納全數稅金，大股東邊際稅率如果高達 40%，可能須將分配所獲承受公司之股份出售四成來繳稅。可預見適用最高綜所稅率的大股東必然厭惡這種租稅規劃，進而要求公司避開以保留盈餘形式發放，改以減資或銷除股份方式進行（人之）分割，使股東與公司同時免除所得稅負擔。

### 第三項 文義適用爭議：

（一）**股東分配比例**：有學者認為在立法例上，人之分割（圖 a&b）的程序可分為「美國型」及「大陸法型」，前者指先由被分割公司取得股份後再轉交給其股東，後者指新設或既存公司直接發行新股給被分割公司之股東，而我國係採後者<sup>246</sup>。過去因企併法無明文，且有經濟部 91/3/11 經商字第 091002039640 號函明示『企併法第三十三條第一項第四款係承受營業之公司發行新股予被分割公司或其股東，尚無部分予被分割公司、部分予股東之情事』，故進行分割時，承受公司只能將股份配發給被分割公司及其股東的其中一方，然企併法修正後直接於第三十三條第一項第三款加入「或二者」，也就是修法後分割可同時採行人之分割及物之分割並行混用的方式<sup>247</sup>，未來可於分割計畫書載明，由被分割公司及其股東分別按比例取得承受公司之部分股份，即被分割公司及其股東於分割後均各自成為承受公司的股東之一<sup>248</sup>，如果採用此分割模式時，能否還能

---

<sup>246</sup> 因條文既已承認得直接配發股東，採取美國型兩階段配發模式，應無實益，參閱林仁光及林國全等人，同註 227 書，頁 483。兩者會計處理亦應相同，請參閱梁秀芳，同註 12 文，頁 5-6。但從目前稅法角度觀察，兩種模式的法律定性在台灣可能會產生不同稅負問題，但再從實質課稅及租稅中立等稅法基本原則分析，兩者稅法效果應解釋為一致，方合稅法基礎法理。

<sup>247</sup> 如同 HP 分割安捷倫一案，因分割而新成立的安捷倫公司，一部分股份由 HP 自行持有（並進行 IPO），其餘股份則轉讓給 HP 的股東持有，參閱曾宛如編審，同註 50 書，頁 201-208。

<sup>248</sup> 但我國目前理論上還不允許股東間不按原持股比例配發股份，參閱王志誠，同註 3 書，頁 118。然有學者認為公司法第 317 條之 2 第 4 款似可隱含允許所謂「不按比例分割」之意，

適用本條第三項，按其股東分配股份比例來免徵營所稅？抑或是依該項文字之反面解釋，一旦未將全數股份轉予股東者則不得免徵營所稅<sup>249</sup>（若依此解釋，公司將先對該交換利益有營所稅義務，之後股東對其以減少保留盈餘而取得之承受公司部分股份亦有綜所稅義務，甚至同時造成無股東可扣抵稅額可扣抵）。

（二）**重疊衝突規定**：本條由於免徵營所稅，故另規定其損失亦不得列報，但前述可知免徵規定其實並非真正免稅，只是於公司階段免稅而由股東自行繳稅（如採沖銷保留盈餘科目而非減資），故允許認列損失並無雙重利益可言<sup>250</sup>。故將本條第一、三項之後段『其因而產生之損失，亦不得自所得稅額中減除』，而與本法第四十三條<sup>251</sup>條文內容相較，解釋上似有重疊且衝突之處，反面似乎可推論，若公司讓與或分割資產以取得承受公司之股份，並合乎其他企併法條款規定而享有其他租稅措施，但卻偏不合第三十九條的其中一項構成要件時，譬如並非讓與主要（第三十九條第二項定義下）的營業或財產、分割部門不符獨立營運定義、交易對價中有二成以上非為有表決權之股份、股份對價未全數轉予股東等等法條構成要件不符之情事，即不適用第三十九條特別規定（所得免徵或損失免列），可回歸適用一般稅法規定，即所得稅法（承認所得或損失）

---

蓋若經股東全體同意，並無禁止之絕對必要性。參閱林仁光及林國全等人，同註 227 書，頁 484。

<sup>249</sup> 有學者認為按立法意旨必須**全數**股份轉予股東才適用本條稅法效果，參閱黃俊杰，企業併購之稅捐規範（上），頁 42，稅務旬刊第 2018 期，2007 年 10 月。此稅法解釋方式看似能強化稅法構成要件，但聰明的實務操作者均可反向運作而形成租稅漏洞（如第 38 條排除收購）。

<sup>250</sup> 參閱理律法律事務所編著，同註 95 書，頁 100。**此將造成公司進行併購時，有所得將全數轉讓股份給股東，有損失則改為自行持有股份對價以免不得列報損失，可減低營所稅負擔。**

<sup>251</sup> 『公司以營業或財產認購或交換他公司股票時，如所得股票之價值低於營業或財產帳面價值時，其交易損失，得於 15 年內認列』，惟以資產換股票時，資產帳面價值低於股票市價，可見其價值早已減損，有損失應立即認列，本條卻仿照銀行處理 NPL 模式，允許得於 15 年內認列，但該損失未來並無任何經濟效益，卻作遞延借項（資產）分年攤銷，明顯不符會計學理。

及企併法第四十三條（得分十五年內認列損失）。故一旦公司與非聯屬公司進行讓與或分割，因而產生損失時（即交易股份市價低於資產帳面價值），應可考慮直接適用第四十三條規定，將財產交換損失分十五年認列，如有交換所得時（即交易股份市價高於資產帳面價值），可將股份全數轉予股東以求公司階段免徵營所稅（但如不同時搭配減資，則可能將造成股東的股利所得稅負擔）。

### （三）合併稅負疑義：

1. 本條規範之適用客體為讓與及分割，除要求八成以上（全部）交易對價為有表決權之股份外，另規定必須將股份對價全數轉予股東，達到事實上合併之狀態（承受公司以股份交換資產，其角色就像是合併之存續公司，而讓與公司之股東取得股份對價，如同合併時消滅公司之股東）後，依本條立法目的所述，係給予事實合併如同形式上合併一樣的稅法效果，免徵讓與或被分割公司本次處分資產收益的營所稅（當然損失亦不得列報）。然依該立法理由的反面解釋，似可推論一旦符合「合併」的併購行為，消滅公司階段必可免徵營所稅，且按照公司法第二十四條<sup>252</sup>及所得稅法第七十五條第二項但書，依公司法得免除清算程序者，不適用所得稅法自行計算繳納清算所得之營所稅規定，依法進行合併（消滅分割）免行清算程序，當然即無清算所得可言，故合併損益雖仍須辦理決算，但應無申報納稅之負擔，由此可知本條係因維持租稅中立性所設。

2. 然究其經濟實質，消滅公司進行合併時，即將所有資產移轉給存續公司，以換取交易對價轉交給（消滅公司）股東，以收回（消滅公司）全數股份並註銷，另財政部在考量到合併後的存續公司承受資產後，倘依比原帳面價值

---

<sup>252</sup> 公司法修法後第 24 條增加（消滅）分割亦得免行清算，且因消滅分割時，其對價之承受公司新股必然全數轉予股東，故無論依所得稅法第 75 條第 2 項但書或企併法第 39 條第 3 項等規定，均可免除被分割公司解散清算所生之營所稅，由取得股份的股東自行申報綜所稅。

高出許多的公平價值入帳，導致未來折舊金額增加，可降低繳納營所稅之金額，明顯影響稅收<sup>253</sup>。且如合併即免繳清算所得的話，本欲解散清算之公司，可考慮設立一家新公司擔任存續公司來吸收合併舊公司後，再進行解散清算程序，由於前階段依法合併免除舊公司的清算所得，後階段則因資產出售價格與入帳價值幾乎相同，故新公司無清算所得產生。故財政部發布函釋<sup>254</sup>，若公司採取購買法辦理合併（合併基準日於 2008/1/1 後），合併存續公司取得消滅公司之固定資產，可依公平價值入帳（故存續公司得以該價格為準，依所得稅法規定提列折舊費用），合併之消滅公司移轉固定資產予存續公司時，應同樣依「公平價值」為時價而作為實際成交價格，其他類型之資產雖未規定，但按理均應依其公平價值入帳，雖大幅墊高合併後公司的資產帳面價值，因此卻造成消滅公司必須先行承認處分資產損益<sup>255</sup>，辦理合併當期決算申報，其實變相進行合併清算繳稅。財政部在實施不到一年即發布新函釋<sup>256</sup>，消滅公司（合併基準日於 2008/10/17 之後）又一律不必針對處分收益繳納所得稅，僅由其股東負擔稅負。

3. 故 2008 年進行兩階段購併（two-tier takeover）<sup>257</sup>，當併購公司先行收

---

<sup>253</sup> 原草案第 42 條第 2、3 項規定因合併而股東取得對價立即按溢額繳納股利所得者，消滅公司之資產可依公平市價入帳，反之不必全數申報者，應按原帳面價值入帳。

<sup>254</sup> 參照財政部 97/1/4 台財稅字第 09604558950 號。因 2007 年後的合併之會計處理應採「購買法」，如無形或遞耗資產等，似應類推適用固定資產，參閱吳金柱，同註 130 書，頁 445。

<sup>255</sup> 然會基會（91）基秘字第 027 函釋說明，參與合併之企業原係聯屬公司，其合併為組織重整者，不得適用購買法及權益結合法（我國於 2007 年起正式停用權益結合法），故其會計處理應以原資產及負債之帳面價值作為取得成本。反過來說，消滅公司因合併移轉固定（及其他）資產予聯屬公司時，即可免除以公平價值出售而產生處分收益。

<sup>256</sup> 參照財政部 97/10/17 台財稅字第 09704552910 號函（參見附錄五），並即日起廢止 97/1/4 台財稅字第 09604558950 號令，故合併基準日在 2008 年（1/1～10/17），消滅公司仍應繳所得稅，針對處分收益繳稅，但依稅捐稽徵法第 1 條之 1 但書，尙未核課確定案件仍適用有利之新函釋。

<sup>257</sup> 第一階段多為公開收購，係屬股權收購類型，現不適用企併法僅受證交法規範，第二



購消滅公司之股權，取得其控制權後透過股東會通過合併案，消滅公司若採公平價值出售而產生處分收益<sup>258</sup>，實際上對照併購公司的購股成本並無利得可言，該處分資產利益早已轉為證交所得，由前階段出售（消滅公司）股份的股東取得，卻無法課徵任何所得稅捐，反倒轉嫁給高價購股的併購公司，似未能貫徹「實質所得人課稅原則」<sup>259</sup>（當然吾人可期待因此函釋，市場交易機制將會壓抑第一階段的收購出價，反向課徵原股東隱形稅負！）。故財政部便宜行事之作法將造成法律上合併有清算所得稅的問題，而事實上合併（依本條規定的收購與分割）卻可免除該負擔，對換股合併的消滅公司而言並不公平（**如為現金合併，因其實質上等同解散清算，按舊函釋辦理仍屬適當，但新函釋並不設下合併對價限制，均免除相關稅捐**），故可知 2008 年進行併購時，若處分收益差價驚人，可考慮棄法律上合併而採事實上合併，以享受本條之免徵待遇，然未來新函釋將不課徵消滅公司所得稅捐（由股東繳納股利所得稅），已無此顧慮。

**（四）本條股東稅負：**按本條進行讓與或分割之公司，淨資產必然因此降低，會計處理上該相對科目係採減少保留盈餘、減資或註銷股本等不同方式，而影響其股東稅負多寡，當然不應由公司自行決定，而應按股東權益科目的股本及保留盈餘所佔比例，以等比例減少之，故一部分為資本減少，其餘部分為股利發放，以此合理模式判斷股東所得。然以股東角度而言，取得承受公司之

---

階段則由股東會通過合併或股份轉換案，由購併方設立之紙上公司（如億豐案的視景）來進行。

<sup>258</sup> 有實務界人士指出，不適用購買法之聯屬公司間合併或許可因此排除該函釋之適用。然參照財政部 97/6/19 台財稅字第 09704526820 號函，**公司與其 100% 持股之子公司合併**，其合併存續之母公司於合併時取得消滅子公司淨資產，超過其對消滅子公司出資額將視同股利。

<sup>259</sup> 實務上多將「實質所得人課稅原則」與「實質課稅原則」混為一談，參閱林進富，同註 207 書，頁 82-84。學術上有時亦難區辨兩者異同，甚至加入營業稅「實質行為者課稅原則」參閱陳櫻琴，實質課稅原則-以土地稅為例，頁 56-58，財稅研究第 31 卷第 1 期，1999 年 1 月。

股份均係以減少股東權益作為交換，經濟實質上即為股份交換或股份轉換（即全部營業讓與或進行消滅分割），僅其手中持有之股份標的發生名目變動，其投資收益並未真正實現，故股東階段本不應區分投資退回或財產股利，而決定不予課稅或立即課徵股利所得稅<sup>260</sup>，應考慮搭配所得緩課機制<sup>261</sup>，於股東取得股份時不課徵所得稅，在出售承受公司股票時，按其面額課徵即可<sup>262</sup>，售價超過面額部分則仍為證交所得<sup>263</sup>，另可規定股東繼續持有之緩課期間，表示該股東實際參與承受公司之經營，伺候處分原取得之所得，應全數認定為證交所得。

#### （五）合併股東稅負：

1. 企併法已放寬過去公司法的合併對價限制（參見圖 3.2 所示），均適用該法所有（租稅措施）規定，故（消滅公司）股東取得對價類型可涵蓋各種有價財產，並不限於存續公司之股份。按所得稅法規定，消滅公司雖可免予申報清算所得，但其帳列全部業主權益仍如解散清算一般必須返還其股東，故股東有自行申報股利所得稅義務<sup>264</sup>。如對價仍為存續公司之普通股或特別股，目前可

---

<sup>260</sup> 原草案第 44 條第 2 項、第 45 條、第 46 條第 2 項分別規定讓與營業（財產）、股份轉換及分割，其股東取得股票價值超過原始投資之溢額準用免徵、緩課或立即繳納股利所得稅。

<sup>261</sup> 參閱理律法律事務所編著，同註 95 書，頁 100。原草案第 42 條第 1 項第 2 款即規定有表決權之股份佔交易對價一半以上者，非公司之股東取得股票部分之合併對價免計入所得額，於股票轉讓時作轉讓年度之股利所得，取得其他對價部分，應作為取得年度之股利所得。第 3 款則規定未達前款要求者，非公司之股東應就全部合併溢價申報股利所得稅。

<sup>262</sup> 即可仿效 2000 年前促產條例舊法第 16 條、第 17 條後段和增資時獎投條例第 13 條規定，股份有限公司以未分配盈餘增資擴充的新發行記名股票，於出售後按面額課徵股份所得稅，超過面額部分以證交所得論，低於面額則直接以售價課徵股利所得稅。

<sup>263</sup> 然發放真正的股票股利除當年度課稅而無緩課外，如為資本公積轉增資則不予課稅，如以保留盈餘轉增資，則自然人股東按股票面額課徵股利所得稅，同時可扣抵股東可扣抵稅額。

<sup>264</sup> 此股利非為清算股利（Liquidating Dividend），後者在會計學說上係指當公司無盈餘而以現金或財產分配股利，並非真正股利而係資本退回，參閱鄭丁旺，同註 165 書，頁 322-323。

免繳納所得稅<sup>265</sup>，未來適用新函釋後則有爭議<sup>266</sup>（如圖 f 所示）；如對價全以現金實現的話，超過原始股東「出資額」（非股東個別持股成本，而係以消滅公司帳面上的股東權益科目衡量）之部分將有股利所得稅的負擔（如圖 h 所示），只有在合併對價低於「出資額」時，無論對價型態為何，其股東因無課稅所得而免稅（如圖 e 所示，合併對價高於持股成本部分為目前停徵的證交所得）。

2. 然而股東課稅問題歷經不斷轉折，首先 2004 年財政部針對遠傳電信兩階段購併和信電訊所發布之函釋<sup>267</sup>，認為當消滅公司所取得之全部合併對價已超過其全體股東之出資額（消滅公司帳上的股本、增資溢價及合併溢價<sup>268</sup>），該超過部分並全數以現金實現，其股東所獲分配該超過部分之金額，應視為股利所得（投資收益），依規定課徵所得稅（如圖 g 所示，然所獲股利所得大於

---

<sup>265</sup> 若消滅公司股東將其股票換取存續公司股票，其本質可視為有價證券交易，目前證交所得（用市價或面額衡量）停徵，參閱馮震宇，同註 124 文，頁 150。然財政部 70/5/23 台財稅第 34160 號函，認為消滅公司之淨值較大時，可換得存續公司較多之股數，其差額係存續公司因合併所產生所得之資本公積，（存續公司帳上）轉增資配發之股票，故股東取得免計入當年度所得，嗣後轉讓時按全部轉讓價格作為證交所得（停徵）。然此函釋繆誤之極，難以逐項駁斥，且因其所依據獎投條例已廢止，其他稅法法令彙編並未收納，已不可據以援引。事實上對股東而言，合併前後僅為持有不同股份，並非實現投資損益，應給予溢價部分緩課，以免增加併購負擔，但亦不應全數給予免徵待遇，不然合併容易變成替代真實處分公司資產之稅法漏洞。

<sup>266</sup> 財政部新舊函釋對合併之股份對價價值，均認為應依所得稅法第 65 條規定，以時價或實際成交价格為標準計算之，但舊函釋並不就股份對價課徵股利所得稅，而新函釋則不然。

<sup>267</sup> 參照財政部 93/9/21 台財稅字第 09304538300 號函（參見附錄五，目前已收入財政部 94 年版所得稅法法令彙編，將從個案效力擴展至通案效力），該案的遠傳先設立子公司遠和，由遠和以遠和股份加現金為對價，吸收合併和信，再將遠和更名為和信，並與遠傳進行股份轉換，原和信股東取得部分現金及部分遠傳股票，參閱方嘉麟與樓永堅審定，同註 15 書，頁 53-114。

<sup>268</sup> 「合併溢價公積」應指合併換發股票，因市價超過面額（列為股本）部分列為資本公積，亦屬發行新股的股票溢價，財政部卻認為此乃合併公司之所得應予課稅（學者反對），因促產條例第 19 條而免稅，參閱方嘉麟，同註 16 書，頁 37-38。該權益係和信合併東榮所產生。然有認為「合併溢價」係「合併公積」（見註 535），參閱理律法律事務所，同註 95 書，頁 106。

股東實際投資所得，勢將造成該課稅客體侵入固有財產本體)。該函認定實際合併價格減除原始出資額為消滅公司之股東的現金股利(因消滅公司之保留盈餘科目因合併而消滅，在存續公司帳上變成資本公積，視為該盈餘已分配)，卻直接造成實際上相同代價的合併對價，因給予不同財產型態而有完全不同租稅待遇，將只針對現金實現部分課稅，對股份對價不予課稅，間接導致後來企業進行合併時，多傾向於以股票作為對價<sup>269</sup>，亦可反向透過現金合併的聲明，利用不同稅負逼小股東於公開收購時參與應賣(參見本文第四章第四節的億豐案)。

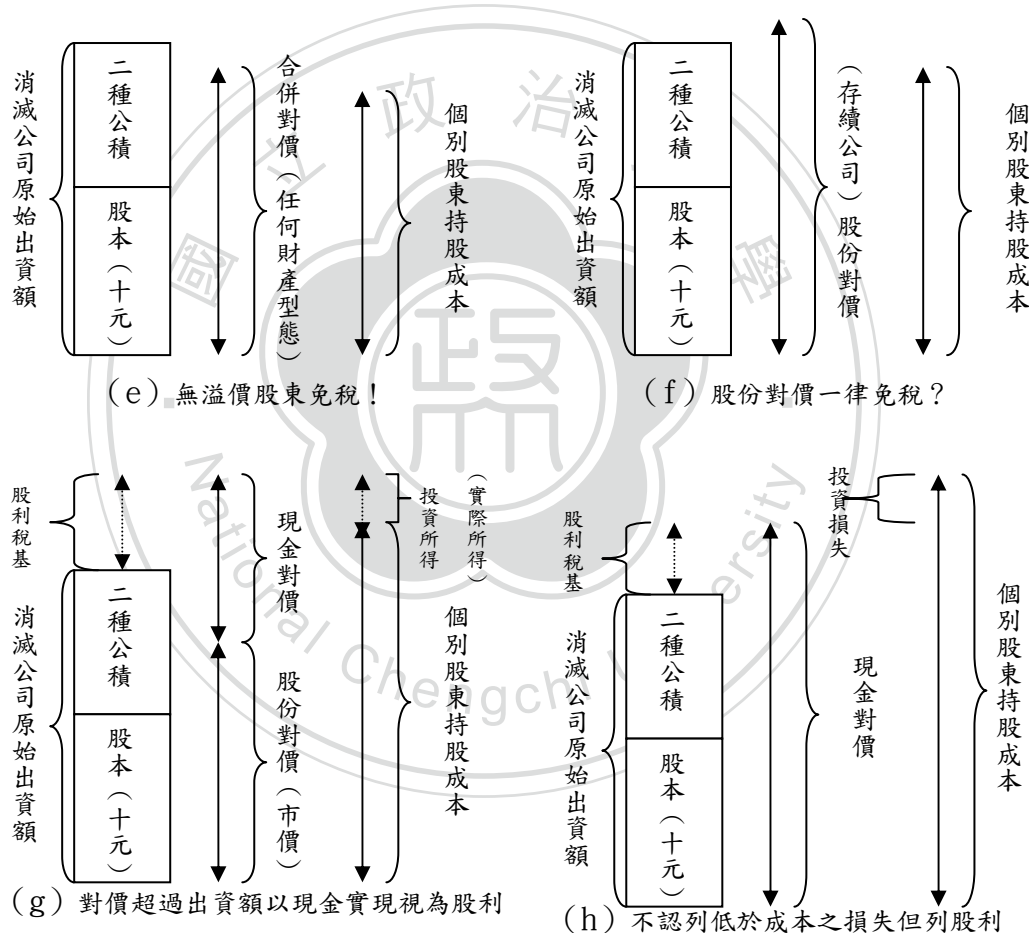


圖 3.2 財政部函釋造成合併對價不同的租稅差別待遇類型

<sup>269</sup> 若顧忌發行過多新股將稀釋每股盈餘或產生經營權異動的可能性時，可考慮改以可贖回特別股，並於發行條件中約定短期內(實務上約為3個月至半年)由存續公司再以現金贖回(類似本文第4章第3節外銀案的渣打銀作法，然該案為股份轉換而非吸收合併)，實質上與現金合併效果相仿，參閱協合國際法律事務所編著，同註85書，頁18-19。然按實質課稅原則基本精神，應將短期贖回之特別股視同為現金處理，相同見解參閱方嘉麟，同註16書，頁98-99。

2. 然一律以帳面出資額計算股利之方式來對待不同持股成本的股東，將使某些股東同時產生股利所得（現金對價超過出資額部分）與投資損失（持股成本高過合併對價部分）卻因所得稅法規定而無法加以扣除<sup>270</sup>（如圖 h 所示，然不同所得類型若准予扣除亦屬怪事）。在本身持股成本遠高於消滅公司原始出資額之情形，雖然股東取得合併對價高於或甚至低於持股成本，仍須按該合併對價超過出資額部分，課徵股利所得稅的不合理現象（如圖 g&h），例如某股東若以每股 100 元買股，當該公司因合併進行解散消滅時，所獲現金對價為每股 120 元或 80 元（20 元的證交所得或損失），由於帳上股本及公積為每股 20 元，故股東一律申報每股 80 元的股利所得，但 20 元的證交所得或損失則不予計算。

3. 財政部為避免爭訟不止，2008 年初再發布函釋<sup>271</sup>疊床架屋地增訂，僅消滅公司的個人股東可依個別辨認法提示取得成本之證明文件者，得主張其經收回註銷股票之取得成本（持股成本）高於依規定計算之出資額，不再以公司帳面價值決定出資額，改以個人持股成本為出資額計算股利所得。且若個人股東獲配現金未超過當初股票取得成本者（如圖 g 所示，將只針對現金對價部分與持股成本相比較，不考慮其他的合併對價價值），將不課徵股利所得，若現金對價高於持股成本者，將仍對超過部分課稅（另可參見圖 4.8 所示），但未能依個別辨認法提示取得成本者，仍按原計算方式視為消滅公司發放現金股利並課徵

---

<sup>270</sup> 參照財政部 66/7/8 台財稅第 34440 號函，納稅義務人買進股票後，因該發行公司宣告破產而使該股票變成無價值或分配剩餘財產價值低於原投資金額致發生損失者，該投資損失非屬財產交易損失，依法不得自財產交易所得中扣除。故因合併造成投資損失不得認列，如圖 h。故消滅公司之自然人股東或外國股東應考慮合併前出售持股或合併時行使收買請求權，但國內法人股東則須另外考慮，因股利所得不課稅且不計入 AMT，而證交所得雖停徵但計入 AMT。

<sup>271</sup> 參照財政部 97/2/20 台財稅第 09704510660 號函（參見附錄五），所謂個人股東獲配現金未超過股票取得成本者，其股利所得以 0 計算，故該函釋意旨為比較「合併現金對價」部分與股東持股成本，不再考慮其他對價（如股份或其他財產），與註 256 之函釋意義不同。

所得稅。(簡言之，財政部函釋由「擬制」股利所得，改為「推定」股利所得，再由個人股東舉反證推翻，然賦稅機關能否任意配置徵納雙方的舉證責任<sup>272</sup>?)

4. 然由於目前仍為「推定」合併對價超過出資額部分為股東之股利所得，必須由消滅公司先行就源扣繳該稅款，該函釋僅同意本國自然人身份之股東於申報時舉證降低股利金額(本國法人的股利所得則免列所得額)，對外國投資者顯有不公，故財政部允許在我國境內有固定營業場所<sup>273</sup>或營業代理人<sup>274</sup>的外國營利事業於申報營所稅可與國內營利事業相同，若其投資成本高於上述計算出資額時，可依查核準則第九十九條規定，核實認定其投資損失(然超過出資額部分仍為其股利所得<sup>275</sup>)。**然為解決在台無固定營業場所及營業代理人之外國營利事業持有消滅公司之股份，於合併取得對價時可能遭受扣繳股利所得及無法認列投資損失的雙重「租稅懲罰」**，財政部於 2008 年底再次發佈函釋<sup>276</sup>，其可委託代理人申請以先進先出法核實認定「取得成本」，得以所獲配總對價超過「取得成本」部分為其股利所得，並申請退還溢繳之扣繳稅款，以符租稅中立原則。

5. 財政部原仿照所得稅法舊法第七十六條之一強制未分配盈餘歸戶課稅

---

<sup>272</sup> 可參閱黃士洲博士所著二書，『稅務訴訟的舉證責任』及『掌握稅務官司的關鍵』。

<sup>273</sup> 所得稅法第 10 條第 1 項規定：『本法稱「固定營業場所」係指經營事業之固定場所，包括管理處、分支機構、事務所、工廠、工作場、棧房、礦場及建築工程場所。但專為採購貨品用之倉棧或保養場所，其非用以加工製造貨品者，不在此限。』

<sup>274</sup> 所得稅法第 10 條第 2 項規定：『本法稱「營業代理人」係指合於左列任一條件之代理人：一、除代理採購事務外，並有權經常代表其所代理之事業接洽業務，並簽訂契約者。二、經常儲備屬於其所代理之事業之產品，並代表其所代理之事業將此項貨品交付與他人者。三、經常為其所代理之事業接受訂貨者。』

<sup>275</sup> **此為極弔詭的所得稅法現象，既推定該外國企業持有國內公司股份因被合併而產生股利所得(合併對價高於出資額部分)，同時因持有成本低於推定出資額部分又可認列投資損失。**

<sup>276</sup> 參照財政部 97/12/8 台財稅字第 09700312710 號函，請參見附錄五。

而發布函釋，但卻未顧及消滅公司帳上盈餘多寡與發放股利全體總額的關連性，某些公司帳面甚至呈現累積虧損，按理並無分配股利之保留盈餘可言，此方法可謂為恣意創造稅捐客體，仍能通過租稅法律主義的嚴厲檢視嗎？在正常企業經營下，公司獲利經由盈餘分配給股東，並課徵股東營利（股利）所得，但等到公司結束清算時，仍歸課其超過原始投資額的營利所得，但在公司合併時，**72/3/23 台財稅字第 31904 號函**原規定消滅公司帳列未分配盈餘，應以原科目轉併存續公司（未分配盈餘），存續公司如利用該科目轉增資，其股東仍應以取得股權時列為當年度所得課稅<sup>277</sup>，故可得知此函釋適用範圍應為該合併之會計處理係採權益結合法（而非購買法），因採購買法者應僅列股本與資本公積二項股東權益科目，並無未分配盈餘科目可列。然 **92/6/10 台財稅字第 0920453015 號函**卻又特別註明不因會計方法不同，處理未分配盈餘科目而有所差異<sup>278</sup>，故目前折衷辦法可將其列入存續公司「**資本公積-消滅公司未分配盈餘**」科目<sup>279</sup>。以致於同一（消滅公司）盈餘出現兩種不同用途，第一種係於合併基準日以視為股利所得來源課徵第一次（消滅公司股東）現金股利所得稅，第二種係列入存續公司之權益科目，待轉增資發放股票股利，另按面額課徵第二次（存續公司股東）股票股利所得稅，可能就同一所得重複課徵所得稅問題，明顯有違稅法基本精神。而 2008 年函釋<sup>280</sup>頒布後，自 2009 年 1 月 1 日實施後，須將股份對

<sup>277</sup> 即將原消滅公司帳上未分配盈餘歸屬為股東之營利所得的時點，延緩至合併以後存續公司將其屬消滅公司帳上的未分配盈餘轉增資之時，參閱馬嘉應及余景仁，同註 170 文，頁 19。

<sup>278</sup> 因此函釋影響，過去換股合併的稅務考量，係以每股價值較高者為存續公司，以免因換股比例而被視為（消滅公司）盈餘轉增資（存續公司股本），變成消滅公司股東的股利所得。

<sup>279</sup> 參照財政部 91/08/19 台財稅字第 0910454466 號令，金控因股份轉換時所貸記之資本公積，來自金融機構轉換前之未分配盈餘，得依金控法第 47 條第 4 項分派現金股利或撥充資本。金控以該公積分派係屬盈餘分配，應依所得稅法相關規定課徵（金控）股東之所得稅。

<sup>280</sup> 參照註 256 函。72/3/23 台財稅字第 31904 號函及 92/6/10 台財稅字第 0920453015 號函，於合併基準日在 2009 年後之案件，不再適用。97/1/4 台財稅字第 09604558950 號令即日起廢止。

價以市價計算後加計現金及其他財產一併計算合併總對價之價值（故目前僅規範現金實現部分，未來將進一步包含以市價計算的股份對價<sup>281</sup>），故財政部發布新聞稿認為該函釋所核計消滅公司股東的股利所得(投資收益)，係包含消滅公司合併前帳列保留盈餘、合併淨資產之增值及合併商譽價值在內<sup>282</sup>，並課徵其股利所得稅，前述二函之規定於合併基準日在 2009 年 1 月 1 日後合併之案件，應不再適用，且免課消滅公司決算所得稅，課徵股東即可，以免一再重複課徵。

6. 如前所述，歷經一番波折與諸多函釋<sup>283</sup>共同影響所及，自 2009 年起合併之消滅公司股東取得「股份對價」計算股利所得時，將比照「現金對價」一同計算辦理，將導致未來只要是合併，全體股東均必須按合併對價之整體市價減除（消滅公司帳上）出資額以計算其股利所得。對個人股東（或外國股東）仍適用特別規定，針對「出資額」的計算，若其持股成本高於出資額者，得自行舉證改以持股成本為出資額基礎（係以圖 g 之真實所得視為股利所得）；針對「合併總對價」的計算，若其現金部分低於持股成本，雖加計股份市價後超過持股成本（出資額）者，仍不課徵股利所得稅<sup>284</sup>（故圖 g&h 的個人股東仍將免課股利所得稅）。對國內法人股東而言，當其持股由消滅公司股份轉為存續公

---

<sup>281</sup> 財政部認為合併如以「股份」為對價進行者，股東取得股份對價計算股利所得時，可比照現金對價辦理，以符公平，且依據所得稅法第 65 條規定，營利事業合併時，其資產之估價，以時價或實際成交之價格為標準。然該法所指以時價為準之資產估價，係只採購買法下，移轉給存續公司之資產並以公平價值入帳，而非合併對價之股份部分，本見解明顯混水摸魚。股份對價之股利所得按時價課稅，應按同法第 14 條第 2 項未經政府規定者，以當地時價計算。

<sup>282</sup> 所有函釋仍不改一貫「錯誤」見解，以合併對價（現金與股份時價）超過其全體股東之出資額（股本加部分公積），（消滅公司）股東所獲分配該超過部分之金額，應視為股利所得。

<sup>283</sup> 財政部針對合併之股東稅負發布各函釋，2009 年起仍有效力的有 93/9/21 台財稅字第 09304538300 號函、97/2/20 台財稅第 09704510660 號函及 97/10/17 台財稅字第 09704552910 號函。

<sup>284</sup> 由於最新函釋僅作出修正，並未停止適用註 271 函，故註 271 函所述計算標準仍不變。



司之股份（合併對價）時，應與股份轉換取得收購公司之新股一樣<sup>285</sup>，按查核準則規定，同種類資產交換有利益時，如無現金支付，因獲利過程未完成，不應認列利益，若取得現金，應按等比例認列現金部分之利益（「財會」認定為證交所得，不課徵營所稅，但計入 AMT），「稅會」上則因所得稅法第四十二條第一項規定，並不課徵股利所得稅。

7. 另外按兩稅合一法理，一旦要課徵股利所得稅，應同時按可扣抵比率設算股東可扣抵稅額分配才對<sup>286</sup>。對國內的公司法人股東而言，因不課股利所得稅且同時分配之股東可扣抵稅額可隨同歸入該公司的股東可扣抵稅額帳戶。但國外法人股東，由於不適用兩稅合一規定，獲配股利須就源扣繳 20% 稅率，由分配股利的公司代為扣繳，並無股東可扣抵稅額，但如分配盈餘有加徵 10% 部分仍可用以抵繳其扣繳稅額。由於我國施行兩稅合一後，各公司均另設有股東可扣抵稅額帳戶，如進行合併時，將由合併存續公司承受消滅公司帳上未分配盈餘，並同時繼受其股東可扣抵稅額帳戶餘額，但並非全額承受，係按消滅公司之帳上未分配盈餘餘額<sup>287</sup> 乘上公司本身之可扣抵比率比例繼受。未來亦因新函釋雖免將消滅公司帳上未分配盈餘再計入存續公司之權益科目（以免再出現

---

<sup>285</sup> 合併對價若全為股份，經濟實質同於股份轉換，被併購公司之股東均係以股易股，至於併購公司的組織架構係為存續公司或母子公司，與股東無涉，不應因此影響股東稅負。

<sup>286</sup> 財政部舊函釋（93/9/21 台財稅字第 09304538300 號函）僅擬制消滅公司之股東取得股利所得，卻不同時按可扣抵比率擬制分配股東可扣抵稅額，違反兩稅合一之基本精神。97/2/20 台財稅第 09704510660 號函（參見附錄五）則規定，得以獲配現金超過股票取得成本部分之金額為該個人股東之股利所得，並計算股利所得所適用之稅額扣抵比率，重行計算可扣抵稅額。

<sup>287</sup> 參照財政部 92/6/10 台財稅第 0920453015 號函，說明消滅公司之法定盈餘公積及特別盈餘公積，均屬未分配盈餘性質，應計入所得稅法第 66 條之 3 第 1 項第 5 款規定之消滅公司帳載累積未分配盈餘內；其於計算合併存續公司得承受之稅額上限時，亦應將各該公積原依所得稅法第 66 條之 4 第 1 項第 3 款規定，自當年度股東可扣抵稅額減除之稅額併入計算。簡言之，即將具有未分配盈餘性質的公積先加回盈餘科目，同時迴轉當初提列而減除之可扣除稅額。

一稅兩課現象)，但股東可扣抵稅額帳戶繼受仍應按可扣抵比率計算，故二種由消滅公司股東（股利分配）及存續公司（合併消滅）分別取得可扣抵稅額總金額，仍不應高於消滅公司在合併前該帳戶之總餘額（不然變成政府反向補貼）。

8. 併購股東稅負問題盤根錯節，如進行兩階段購併時，第一階段的公開收購應賣發生證交所得，而第二階段的吸收合併卻轉變為股利所得，造成併購稅負輕重不一（參見本文第四章第四節）。其癥結在於（合併）消滅公司之股東所取得超過其持股成本的合併對價溢額，究該所得之經濟本質應屬資本利得並非股利所得，尤其是相較於合併前出售股份取得現金即免稅，但合併取得現金對價卻推定為股利課稅最為明顯。在換股的合併時，消滅公司股東取得存續公司股份，享受部分合併溢價，亦應為證交所得，但因我國停徵證交所得，故財政部千方百計以鋸箭式函釋將該資本利得推定為股利所得<sup>288</sup>（相反地納稅義務人亦盡力將各種所得名目證券化）。對消滅公司資產以公平市價入帳而言，資產增值收益除實質資產通膨或重置成本上升外，最重要部分的便是承認無形資產及認列商譽，故勢必間接反應在合併對價溢額多寡，其實與消滅公司原股東權益科目的帳上金額關連不大。試舉一簡例說明，消滅公司帳面資產 20 億且無負債，股本及公積 15 億，保留盈餘 5 億，合併支付股份（時價）及現金之總對價為 40 億，因採購買法將資產按公平價值 30 億入帳（增值 10 億），故另認列商譽 10 億（未來不必逐年攤銷，僅需作減損測試），然財政部函釋卻將合併總對價超過出資額的 25 億，推定為盈餘分配，卻遠超過帳面上 5 億的保留盈餘，也較資產實際的 20 億增值為高。另外財政部硬是以原始出資額為準，卻不顧及多數股東並非原始股東，而是在次級市場購入股票，只想要賺取短期免稅的資本利得，想不到最後可能發生資本虧損之際，卻同時被課徵高額的股利所得稅，

---

<sup>288</sup> 未來股份對價將以時價計算，超過出資額部分為股利所得，然此應屬推定並非擬制，因消滅公司個人股東如主張其經收回註銷股票之取得成本高於上揭出資額標準，可舉證推翻。

真是情何以堪，一旦難以舉證或證據不足，勢必造成大量稅務行政救濟案件，恐非主管機關樂見。

(六) **租稅中立**：本條之立法理由雖在於租稅中立性，務求其經濟實質相同者給予同樣租稅待遇，但如上所述，似乎在法條規定不足、函釋片面解釋及學說眾說紛紜等混亂不清的租稅環境下，勢必造成企業併購的租稅風險大增，同時失去租稅中立的原意。先以（合併）消滅公司與（營業）讓與公司作對比，前者原依法無清算程序，但因舊函釋而造成決算所得稅負擔，新函釋卻又不課，後者卻可以將全部財產轉讓而取得承受公司股份轉予其股東（企併法第三十七條），最後即使進行解散清算仍無營所稅負擔；再以股東作對照，法律上合併之對價高於出資額部分列為股利所得，事實上合併則可因減資或註銷股本視為投資退回而無稅可課；以公司經營角度觀之，同樣是資產移轉收益，採解散清算者有清算所得（所得稅法第七十五條），採現金合併者卻無決算所得，採事實上合併者卻可依法免徵營利所得（企併法第三十七條）；對於自然人的小股東而言，一樣是實現投資利得，併購前於次級市場上出售持股或併購時請求公司收買均僅有證交稅負擔而無所得稅捐，進行事實上合併並減資（或註銷股本）所取得之股份或者是股份轉換後所取得收購公司之股份，取得股份並無所得稅，之後再出售該股份時亦僅有證交稅，而進行法律上合併，卻不以投資真實成本為準來課徵投資利得或股利所得，反倒以遠低於市價的原始出資額為衡量標準，過去可以短期可贖回特別股（redeemable preferred stock）取代現金而免稅，未來則一體適用以合併全體對價的時價為基礎計算消滅公司股東之股利所得（如個人股東的現金對價低於其持有成本仍不課稅），雖有可扣抵稅額可分配，但相較於證交所得完全免稅，仍屬繼續持股的不利誘因，相關函釋在可見的未來仍可替進行兩階段購併鋪路，併購公司將以完全相同價格之併購現金對價逼迫小股東於第一階段公開收購參與應賣，以免第二階段取得合併對價被課重稅。

## 第四節 第四十條連結稅制<sup>289</sup>

### 第一項 立法說明簡述：

公司併購形成完全控股關係時，通常於業務上係整體經營，實質上為同一公司，母公司如繼續持有 90% 股權達十二個月以上，許其選擇合併報繳營所稅，將更能符合經濟實質之課稅原則，亦可減少徵納雙方對有無非常規交易之爭議。

### 第二項 條文內容分析：

(一) 企業「財會」須與採權益法投資的子公司一同編製合併報表，以拋棄法律形式的外衣而顯露經濟實質的內涵<sup>290</sup>，故在租稅政策上引入連結稅制的理論基礎在於租稅中立性原則，不因同一企業主體設立不同公司架構而有差異的租稅待遇。本條第一項規定公司因進行合併、分割或依第二十七條至第二十九條規定收購，而持有子公司 90% 以上股權，得<sup>291</sup>自其持有期間在一課稅年度內滿十二個月的年度起<sup>292</sup>，因高度持股關係在經濟實質上為同一公司，該母子

---

<sup>289</sup> 公司進行合併、分割或依第 27 條至第 29 條規定收購，而持有其子公司股份或出資額達已發行股份總數或資本總額 90% 者，得自其持有期間在一個課稅年度內滿 12 個月之年度起，選擇以該公司依所得稅法合併辦理營所稅結算申報及未分配盈餘加徵 10% 營所稅申報；

<sup>290</sup> 會計處理請參閱林蕙真，高等會計學新論（上冊），頁 498-523，2006 年 8 月第 4 版。

<sup>291</sup> 美國僅規定持有 80% 以上普通股股權，即准予合併申報，連結稅制必須消除母子公司間交易所產生之未實現利潤，考慮將所得稅費用分攤給母公司及子公司（若分攤不合理，可能導致子公司之少數股東淨利變小，控股股東相對增加），故雖可降低整體稅負亦有其缺點存在，如須採用相同所得稅會計期間，若合併個體內有數家公司並交叉持股時，合併報稅將極為複雜，參閱鄭丁旺及林美花合著，同註 92 書，頁 474 & 491。因此不強制控股公司合併申報。

<sup>292</sup> 符合持有期間限制係指持股關係繼續存在於一整個課稅年度，簡單而言，即併購當年

公司得以母公司為納稅義務人，與子公司合併申報營所稅及未分配盈餘加徵 10% 之營所稅，使收入及成本、費用、損失得一起計算而達到（當年度）盈虧互抵的效果<sup>293</sup>。第二項規定係明定選擇合併申報者，其合於規定之本國子公司應全部納入，且選擇合併申報後，除因正當理由報經賦稅主管機關核准者外，不得變更。第三項亦為避免公司任意變更申報方式，明定經核准變更採分別申報者，自變更年度起連續五年，不得再選擇合併申報，並明定子公司因股權變動而個別申報者，亦連續五年不得在納入合併申報，以杜取巧。因此財政部依據本條及金控法第四十九條規定，特別訂定「營利事業依金控法第四十九條及企併法第四十條規定合併辦理營所稅申報處理原則」<sup>294</sup>（以下簡稱處理原則）。

（二）由金控法第四十九條及處理原則可先得出以下條件，（1）合併申報之納稅義務人為控股公司，（2）僅有持股達 90% 以上的本國子公司方可納入<sup>295</sup>，且持有期間滿一年以上（3）合於規定之各本國子公司應全部納入，並與母公司採同一會計年度（處理原則第四條），（4）符合申報要件即可適用，無須事前申請核准（處理原則第二條）。（5）連結稅制僅能適用於營所稅，其他稅種均由母子公司個別申報。由於原先企併各法均無特定授權條文，且所得稅法亦無連結稅制規定，而後企併法修法增訂本條第四項作為明文授權基礎，故該稅制的運

---

度不適用，明年度整年均持有 90% 後，必須等到後年度 5 月申報明年度營所稅時，方可選用。

<sup>293</sup> 參閱劉紹樑等人，同註 21 書，頁 326-327。整體而言連結稅制較分別申報有利企業，但整體有利不見得完全有利於母子公司個別主體，例如不利於少數股東權益，或如何分擔稅賦。

<sup>294</sup> 本條第 4 項則依據行政程序法第 151 條第 2 項，明定法律授權主管機關頒布法規命令。財政部 92/2/12 台財稅第 910458039 號函頒布該辦法，詳細條文內容列於本文附錄三。然該法修正生效於 2004/5/7，而該函發布於 2003/2/12，後來亦無重新發布，形同特地修法為其背書。

<sup>295</sup> 參閱許崇源，連結稅制初探—連結方式之探討，頁 9，中國稅務旬刊第 1825 期，2002 年 6 月。然目前規定僅強制納入本國子公司，而完全排除外國子公司之適用，未來配套實施外國受控公司 CFC（Controlled Foreign Corporation）制度，相關之連結稅制勢必作出重大修正。

作係以該處理原則為準，但觀察該處理原則第五至七條，似與美法二國採用「所得連結型」接近，而第八至十條，又較英德二國實施「個別損益扣抵制」近似，前制僅簡單由符合規定之聯屬公司個別計算其課稅所得及稅額，再由金控公司合併申報繳納，故當年度各公司本身的盈虧可互抵，以其餘額繳納營所稅；後制則回歸經濟實質，將母子公司視為一體，進而將聯屬公司的收入及費用合併申報，如屬公司間交易之損益尚未實現（交易標的物為移轉給第三者或消耗者）則應予以調整<sup>296</sup>，而企併法第四十條即仿照金控法規定而略有差異。

### 第三項 文義適用爭議：

（一）**適用要件**：然企併法第四十條第一項前段及處理原則前言可知，非金控之股份有限公司欲申請適用本條連結稅制除具備上述要件外，似乎必須因進行合併、分割或依同法第二十七條至第二十九條規定收購，而持有本國子公司股份達以發行股份總數 90% 以上的特殊要件，而金控法第四十九條無此限制，故金控公司以營業讓與（第二十四條）或股份轉換（第二十六條）成立後，無論再透過股份交換或公開收購等各種不同股權收購方式取得子公司股份，一旦滿足持股 90% 以上與其他要件即可納入連結稅制，而一般的股份有限公司因僅能適用企併法，如採文義解釋，欲納入適用該稅制的子公司，將皆須經由合於企併法五種主要併購模式而取得其股份<sup>297</sup>，並達持有 90% 股權比例以上<sup>298</sup>；

---

<sup>296</sup> 同前註文，頁 9。前制的會計作業較簡單，後制較複雜，但我國財會準則的母子公司之合併報表即採後制，甚至採權益法者，亦應調整聯屬公司間交易，故會計處理成本增加有限。

<sup>297</sup> 一般而言，合併可取得消滅公司之子公司股份；新設分割即創造出持股 100% 子公司或兄弟公司；吸收分割可能因此使既存公司成為被分割公司的子公司或兄弟公司，或者是分割資產包括子公司之股權；第 27 條近似吸收分割效果；第 28 條的母子公司必然適用本條，且子公司可取得母公司轉投資之全部股份；第 29 條收購公司將取得被購公司的全部股權，而被購公司之股東亦取得部分收購公司之股權（收購公司為新設公司時，則為全部股權）。

或者採限縮解釋，只要曾經進行過併購行爲且申請連結稅制的公司，未來無論以何種方式取得子公司 90% 股權均有強制適用餘地，如按連結稅制的基本精神及立法理由，應採後者的解釋方式爲是，由於母子公司申報連結稅制，稅負上爲利大於弊<sup>299</sup>，且處理原則強制一體適用應屬合理可接受之方式<sup>300</sup>，若改採前者的解釋模式，等於再給予控股公司自行判斷哪些子公司可以納入以及哪些子公司不須納入的選擇權<sup>301</sup>，可將連結稅制帶給整個集團公司的租稅利益極大化。

(二) **盈虧互抵**：盈虧互抵可謂本條申報連結稅制最主要的目的，然與本法第三十八條所稱盈虧互抵有所差異，前者指合併申報當年度各公司所發生的虧損可由當年度其他公司的盈餘先行扣減，後者指各公司過去（五年內）虧損經由併購行爲後能由併購公司繼受之金額，亦須等到合併或分割後所發生的盈餘方可抵減。然本條規定亦同時牽涉到母子公司本身過去五年內的虧損除與本身當年度的盈餘相抵外，能否進一步利用連結稅制與當年度合併申報的公司的盈餘相抵減後，再合併申報繳納營所稅，以擴大租稅利益<sup>302</sup>？處理原則第五條

---

<sup>298</sup> 參照經濟部 91/9/12 經工授字第 09121007140 號函，不論其收購前持有股份爲何，只要其收購後持有其子公司股份達已發行股份總數 90% 者，即符合該條有關收購型態之規定。參照黃俊杰，企業併購之稅捐規範（下），頁 37，稅務旬刊第 2019 期，2007 年 10 月。

<sup>299</sup> 如採用連結稅制無一般性的租稅利益的話，控股公司亦不會搬石頭砸腳申請該稅制。例如所得稅法第 42 條免稅收益的影響下，可能使某些子公司納入反而降低整體租稅利益。

<sup>300</sup> 參閱許崇源，同註 295 文，頁 10。

<sup>301</sup> 然有論者認爲可選擇性納入爲宜，因連結稅制爲一種租稅獎勵，故理應由控股公司及其子公司自行選擇各年是否一致採用，參閱黃金澤，談金融控股公司之稅務處理，頁 13，中國稅務旬刊第 1802 期，2001 年 10 月。

<sup>302</sup> 參閱馬嘉應及余景仁，金融控股公司或併購母公司採連結稅制申報之探討，頁 48-49，財稅研究第 36 卷第 5 期，2004 年 9 月。

第一項規定<sup>303</sup>，各公司當年度所產生之盈餘當然可先行扣除各自過去的虧損金額，同條第二項<sup>304</sup>則創造出「合併營業虧損」之名詞，得繼續扣除合併所得額，而各公司在合併申報前之虧損金額並非屬合併營業虧損的範圍中，應不得加以扣除合併所得額。即使無此準則可依循，按租稅中立原則<sup>305</sup>亦可得出此結論，否則按企併法第三十八條進行併購者，其原有虧損額必須按比例計算，反而以控股模式並申報本條之連結稅制者，卻可將各公司過去虧損金額流轉於整個集團全額扣減，勢必扭曲企業併購行為，也鼓勵收購虧損公司以抵減本身盈餘<sup>306</sup>。

(三)成立金控：因為依金控法成立金控公司的方式有「營業讓與」及「股份轉換」二種，雖然實質上僅屬將一家公司重組為二家公司或將分公司或部門予以子公司化，理論上應給予合併前虧損金額全額扣減之權利<sup>307</sup>，然法律形式上，兩者係屬「資產收購」及「股權收購」，兩者均非金合法（合併或概括承受）或企併法（合併或分割）所規範的虧損扣除繼受行為，故營業讓與（金控法第

---

<sup>303</sup> 合併申報前，各公司經稽徵機關核定尚未扣除之前 5 年內各期營業之虧損（以下稱個別營業虧損），得依所得稅法第 39 條但書規定，自各該公司當年度所得額中扣除。

<sup>304</sup> 自合併申報年度起，各公司當年度營業之所得額或虧損額，應相互抵銷，合併計算。其經合併計算抵銷之虧損額，不得再適用所得稅法第 39 條但書規定；其經合併計算後仍為虧損者（以下稱合併營業虧損），得依所得稅法第 39 條但書規定，自合併營業虧損發生年度起 5 年內，從當年度合併結算申報所得額中扣除。

<sup>305</sup> 參閱黃細綺，我國連結稅制合併申報之研究，頁 94-95，台大會計碩士論文，2002 年。該文認為可參考美國內地稅法，個別申報年度虧損後抵合併申報年度，其數額以該虧損公司對整個集團的累積所得為限，亦較符合企併法第 37、38 條的立法精神。

<sup>306</sup> 參閱張清讚，同註 191 文，頁 12-15。該文作者提出「以同一淨資產經營之盈餘，扣抵其前期經營之虧損」之上位準則，與本文見解相同，但與行政機關正式頒布的處理準則不符。

<sup>307</sup> 參閱許崇源，同註 290 文，頁 11。該文提及假如金控公司係多家公司股份轉讓成立，自應依金合法（企併法）按股權比例抵減，似有所誤解，其所指應屬金控法第 26 條的股份轉換，並不符合金合法的抵減規定，故不必按股權比例抵減，而由原虧損子公司本身申請抵減即可。



二十四條)後,原金融機構轉型為金控公司,過去虧損扣除金額仍留在金控公司本身扣除,承受營業之新設公司(現成為金控子公司)將重新計算損益<sup>308</sup>,若採股份轉換(金控法第二十六條),由於原金融機構的股份全數轉予新設的金控公司,其股東亦成為金控公司之股東,原虧損金額仍留在原金融機構(現成為金控子公司),新設成立的金控公司將重新計算損益,並無虧損金額可扣除<sup>309</sup>。由於金控公司唯一的經營業務項目即為持有股權,主要為投資利益,然「財會」雖可直接採權益法認列金控子公司損益,但「稅會」仍須按照查核準則第三十條及第九十九條按實際取得之股利或發生之損失來申報投資損益<sup>310</sup>,而按財政部 93/7/5 台財稅第 0930453061 號令,營利事業申報連結稅制,依規定扣除前五年核定合併營業虧損時,合併申報呈虧損之年度,合併申報各公司之投資收益合計數中,屬於獲配自合併申報公司間之投資收益部分,得免依同部 66 年 3 月 9 日台財稅第 31580 號函規定<sup>311</sup>,先行抵減各該年度之核定合併營業虧

---

<sup>308</sup> 由於金合法第 18 條設有準用規定,金控法的「營業讓與」應合乎「概括讓與」定義,可準用金合法第 17 條第 2 項的虧損扣除規定,將金控的虧損金額全數轉予持股 100%的子公司。另外金控子公司可進行金控法第 33 條的分割,亦可能適用概括讓與的虧損扣除繼受規定。

<sup>309</sup> 金控法第 47 條第 4 項規定,金融機構轉換為金控者,其未分配盈餘於轉換後,雖轉列為金控之資本公積,惟其分派不受公司法第 241 條第 1 項之限制。財政部 92/3/13 台財融(一)字第 0928010369 號函釋,未受限制之「資本公積」以原金融機構之「未分配盈餘」數額為限。

<sup>310</sup> 查核準則採成本法處理長期投資帳戶,與所得稅法第 63 條的權益法精神不符,有子法逾越母法之嫌,另外控股公司取得現金股利時,「財會」列為長投減項,而「稅會」則列為股利收入,而股票股利,「財會」僅註記股數增加,降低每股持有成本,但「稅會」將面額列為股利收入,查核準則第 30 條第 3 項雖不將股利列入所得,但應計入未分配盈餘(然目前的 10%加徵基礎已改為「財會」盈餘,「財會」既不將股利認列為收入,但查核準則卻仍未修正)。

<sup>311</sup> 因為現行投資收益全為免稅收益,故該函規定營利事業申報所得稅法第 39 條但書的盈虧互抵時,應先將各該年度依同法第 42 條規定免計入所得額之投資收益(不含土地、證交、短期票券所得),先行減除各該年度之核定虧損後,再以虧損之餘額自本年度純益額中扣除。

損<sup>312</sup>，再加上採用連結稅制後，依該處理原則第五條規定，母子公司以往的虧損金額只能由本身未來盈餘相抵，而不得與其他公司的盈餘相抵，綜上所述，因金控或控股公司在「財會」上雖依權益法認列投資收益，然在「稅會」上僅承認實際配發的股利所得，且因兩稅合一使該股利淨額不計入所得額，將使過去虧損扣除權多無用武之地（且使用虧損扣除權前必須先加回投資收益，不必加回免稅所得及分離課稅所得），在併購交易架構可調整的情況下，可考慮設計保留在被控股的子公司較為有利<sup>313</sup>。



---

<sup>312</sup> 簡言之，只有不屬合併申報公司間的投資收益，才有必要先扣除核定「合併營業虧損」。

<sup>313</sup> 故某些虧損嚴重的公司進行彌補「財會」虧損的形式減資（以股本沖銷）後，又採取控股化（股份轉換或營業讓與）時，應設計該過去 5 年的「稅會」虧損留存在被控股的子公司，而非擔任控股角色的母公司，以免申請本法第 40 條的連結稅制後，仍無「稅會」盈餘可扣減。

## 第五節 第四十一條跨國併購<sup>314</sup>

### 第一項 立法說明簡述：

為配合公司及外國公司依本法進行合併、概括承受（讓與）、股份轉換、分割，或公司依第二十八條第二項讓與其持股 100%的外國子公司，或者是外國公司讓與全部或主要部分之營業或財產予其持股 100%的（台灣子）公司等各種跨國併購行為，茲於本條明定跨國併購之稅負處理，公司得適用第三十四條至第四十條之規定，外國公司就其在台灣境內有關之租稅措施，則準用第三十四條及第三十八條之規定，以符租稅中立原則。

### 第二項 條文內容分析：

（一）各國民主政府由於選票因素多半有地域主義作祟的心態，係以保障本國人民為上位思想，即使連號稱最自由放任遵行市場經濟的美國，都難免以國家安全等各種藉口為名而保護主義為實，來橫加阻擾外國公司併購美國公司<sup>315</sup>，故全球各國立法上少見本國及外國企業均一體適用的優惠措施，然我國過

---

<sup>314</sup> 公司與外國公司進行合併、分割或依第 27 條、第 28 條及第 30 條第 3 項規定收購財產或股份者，第 34 條至第 40 條之規定，於該公司適用之；第 34 條及第 38 條之規定，於該外國公司亦適用之。

<sup>315</sup> 美國一向主張本國石油公司有權在全球各地收購，但卻插手封殺中國國營的中國海洋石油公司（CNOOC）競標加州聯合石油公司（UNOCAL），之後眾議院又以 62 票對 2 票一致激烈反對阿拉伯聯合大公國國營的杜拜港口世界公司（DPW）購買擁有幾座美國港口的英商半島東方航運（P&O），但諷刺的是 DPW 的副執行長亦為美國公民，最後 DPW 獲准收購 P&O，但必須將美國資產部分賣給美國公司，參閱馬凱碩，亞半球大國崛起，頁 63-64，2008 年 5 月。

去的促產條例舊法則舉世罕見地訂立第三條<sup>316</sup>，明文納入外國公司的台灣分公司為適用主體之一，然新近修訂的促產條例第三條或企併法第四條第一款，均限縮適用主體僅分別為依我國公司法設立之公司或股份有限公司，故企併法所有條文中未特別註明之「公司」二字，均指我國法下之股份有限公司，不及於其他公司型態，外國公司在台經認許<sup>317</sup>設立之分公司亦不包括在內，更不必說是依外國法例登記設立之公司法人（在我國傳統公司法制本無明確法源依據<sup>318</sup>，如未經認許程序，外國公司在我國法域係為無法人之權利能力）。

（二）故經濟部為保護投資人及股東權益，認為外國公司除有特別法外，並不當然可與依我國公司法設立之公司辦理合併<sup>319</sup>，因此過去實務上如擬辦理外國公司與我國公司合併者，必須將我國公司成為外國公司或為股份轉換，之後再由該新設之外國公司與他公司為合併，程序繁雜多有不便之處，亦嚴重妨害我國公司國際化之程度<sup>320</sup>。然近年來企業跨國併購風潮日盛，為免阻礙本國企業併購外國公司或鼓勵外國企業來台併購我國公司，金合法、金控法及企併法紛紛立法開放，在我國境內之跨國併購行為已有其法源遵循，企併法設計上多以準用條文<sup>321</sup>為主，並設有本條（第四十一條）條文可適用相關租稅措施<sup>322</sup>，

---

<sup>316</sup> 促產條例舊法第 3 條所稱之公司係指依公司法設立之股份有限公司，及經認許在本國設有分公司相當於我國股份有限公司之外國公司。

<sup>317</sup> 公司法（第 371 條以下）之認許是承認其外國法人格，並辦理分公司登記方可在台營業。未經認許之外國公司在我國法制下，無法律人格且無權利能力，公司法學者多著文批評，參閱劉連煜，同註 114 書，頁 62。及王文宇，同註 38 書，頁 659-669。

<sup>318</sup> 參閱王文宇，同註 38 書，頁 153。

<sup>319</sup> 參照經濟部 84/9/11 經商字第 84220963 號函釋意旨，兩者所依據之法律不同，自無我國公司法合併規定之適用。另可參照經濟部 88/11/23 經商字第 88034511 號函釋意旨。

<sup>320</sup> 參閱陳春山，同註 52 書，頁 235。

<sup>321</sup> 第 22 條第 2 項、第 27 條第 4 項、第 28 條第 2 項、第 30 條第 2 項、第 33 條第 3 項。

惟仍須特別注意該條規定本國公司與外國公司進行併購時，本國公司得適用第三十四條至第四十條等七條租稅措施，外國公司則僅能適用二條，即第三十四條的租稅減免及第三十八條的虧損扣減，故在規劃上務必以本國公司為主體，方能使整體享有最大的租稅利益。然就立法體系來看，該條與金控法第十八條第一項可準用金合法第十八條第一項『外國金融機構與本國金融機構合併、概括承受或概括讓與者，亦同（準用本法之規定）』相較，企併法對外國公司的限制較為嚴格，再就企併法制觀察，規範特許金融事業的特別法（金合法及金控法）反較位居普通法的企併法更優惠，可能係因鼓勵外國金融機構來台併購。

（三）外國公司本身不能適用的企併法租稅措施條文計有第三十五條商譽攤銷、第三十八條併購費用攤銷、第三十七條租稅獎勵之繼續及償還隨同移轉銀行債務免徵所得稅、第三十九條免徵營所稅以及第四十條連結稅制，主要理由有四：一是外國公司欲適用我國企併法租稅措施的主體係為其台灣分公司，事實上外國總公司或其他國家的分支機構多非我國租稅主權管轄範圍；二是台灣分公司在台僅須繳納營所稅後，其稅後盈餘匯回總公司與台灣子公司匯回母公司不同，不須扣繳盈餘所得稅<sup>323</sup>，故再予免徵營所稅則形同全面免稅；三是商譽及費用攤銷均為總公司之帳務事項，台灣分公司並無適用分攤餘地；四是租稅獎勵因促產條例修正後僅限本國公司申請，台灣分公司並不符合適用主體<sup>324</sup>。由此可知在台進行跨國併購時，存續公司的國籍對造成差別性的租稅待遇。

---

<sup>322</sup> 財政部 92/8/13 台稅一發字第 0920454434 號函：『經濟部 92/3/14 經商字第 09202049780 號函略以，依企併法，公司合併時，存續（新設）公司得全數以現金作為換發消滅公司股東所持有（消滅公司）股份之對價。依此，外國公司全數以現金作為對價吸收合併本國公司，如符合企併法第 21 及 22 條有關本國公司與外國公司合併之規定者，該外國公司與本國公司得依同法第 41 條規定，分別適用同法第 4 章「租稅措施」相關規定。』

<sup>323</sup> 參照財政部 60/3/5 台財稅第 31579 號函，分公司匯回盈餘非屬股利分配，免徵所得稅。

<sup>324</sup> 參照劉紹樑等人，同註 21 書，頁 328。

### 第三項 文義適用爭議：

(一) **適用主體**：若純從文義上來看，依本法第四條第一款所定義之公司，只指我國設立之股份有限公司，外國公司應不得適用企併法任何規定，增列第四十一條的特別規定後，在適用上也僅在於外國公司<sup>325</sup>與本國公司一同進行合併、分割<sup>326</sup>或收購時，並非能以外國公司單獨作為適用主體。舉例來看，如果美商微軟及雅虎在海外合併，兩家外國公司的台灣分公司在台申請合併，應該是不能當然適用企併法<sup>327</sup>（故移轉國內不動產或有價證券不能免稅）。吾人可設想一情境，**如有一天台灣的國籍法突然改採屬地主義**<sup>328</sup>，且為獎勵生育推出補貼方案，兩個本國人生小孩當然可以申請補貼，但是兩個外國人在台生育下一代，雖然小孩自動取得台灣國籍，但在生產後能否接受政府補助便有疑義？而若是一個外國人與一個本國人結合生下後代，應較無疑義！同此道理，企併法第四十一條的立法理由已註明是公司與外國公司一同進行併購行為，故進行併購時務必設法創造出一家本國公司參與，如果係外國公司在台灣單獨進行像是新設分割，或者兩家台灣分公司因總公司合併而申請合併，因不符企併法之法

---

<sup>325</sup> 企併法第 21 條第 1 款另有規範，該外國公司依其成立之準據法規定，係屬股份有限公司或有限公司之型態，且得與公司合併者。

<sup>326</sup> 然有學者認為企併法第 41 條所涵攝之法律事實範圍，**當然包括**外國公司在台分割成立新設（本國）公司之情形，參閱陳春山，同註 52 書，頁 139-140。但有疑處在於企併法規範主體原不涵蓋外國公司，即使有第 33 條及第 41 條等準用條文，然幾條條文的構成要件中，均有『**公司與外國公司進行……**』之要件，實難在法律解釋上由外國公司概括適用。

<sup>327</sup> 參照經濟部 91/4/16 經商字第 09102072930 號函，因法未明定經認許之兩家以上外國公司（在台分公司）間併購之相關規定，故無企併法之適用。另外有關適用主體可參照 91/4/8 經商字第 09100099560 號函，合併雙方皆為有限公司，即便係採新設合併成立股份有限公司，因原先併購主體非為企併法規範，故仍不得適用企併法任何條文。

<sup>328</sup> 目前國籍法係為屬人主義，第 2 條規定主要以父或母為中華民國國民者擁有我國國籍。

條文字的「公司與外國公司」，故既不得準用企併法相關條文<sup>329</sup>，亦不得當然適用本條，連帶使外國公司不能適用第三十四條租稅減免及第三十八條虧損扣除。

(二) **適用客體**：因本條係規範我國公司的跨國併購，故可能為我國公司在國內及國外併購外國公司，或是外國公司在我國境內併購我國公司及外國境內併購我國公司之外國分公司（如為外國子公司僅屬國外長期股權投資轉讓）。而合併與收購均應由兩家以上的公司共同進行，故結論為只要參與的一家公司為本國公司即可適用本條。在吸收分割的情況下，由外國公司分割台灣分公司由本國公司加以吸收或者是本國公司分割某獨立營運之營業部門給外國公司（設立台灣分公司）均為該條規範之射程範圍。然在新設分割的情況時，本國公司將國外營業部門分割成立外國子公司時，在台有關事項仍直接適用企併法租稅措施，如將分割取得之新設外國公司之股份全數轉予股東者（人之分割），本國公司仍可依本法第三十九條第三項免徵營所稅<sup>330</sup>。只有當外國公司在台分割其台灣分公司<sup>331</sup>而新設台灣子公司時，則有適用上的爭議！除非依目的性擴張解釋第四十一條文義，將（外國母公司）新設分割成立之台灣子公司視為企併法該條所謂的（本國）公司，方可使台灣（子）公司與外國（母）公司一同進行分割行為，符合本條構成要件，一併適用企併法租稅措施之規定。

(三) **適用效果**：本條規定深陷於法律形式中，完全不顧及稅法重視的經

<sup>329</sup> 因為註 314 所提之企併法相關條文，均有『公司與外國公司……』之主體構成要件。

<sup>330</sup> 參照財政部 96/10/3 台財稅字第 09604545320 號函意旨，公司依企併法規定進行分割，應以被分割資產之帳面價值作為實際成交價格，據以計算被分割公司轉讓資產之損益，依法課徵營所稅。且分割讓與之資產中，國外長期股權投資及國內長期股權投資之投資標的非屬證交稅法規定之有價證券者，應按分割時帳面價值(包括採權益法認列之投資收益)減除原始取得成本，計算財產交易所得課稅；國內長期股權投資之投資標的屬證交稅法規定之有價證券者，應按分割時帳面價值減除原始取得成本計算證券交易所得，依 AMT 規定，計入基本所得額。

<sup>331</sup> 參照經濟部 91/5/2 經商字第 09102085661 號函，分公司之營運資金轉為子公司之股本。

濟實質，以致於嚴重違反租稅中立性的上位概念，一旦以外國公司或其台灣分公司等主體名義進行併購，則一律不得適用或準用本條，但只要先設立一家台灣子公司則可全盤適用本法，即便由外國人持股 100%的外資公司亦同。可能造成形式上符合該條的跨國併購可適用本條，進而由本國公司適用第三十四條至第四十條，外國公司適用第三十四條及第三十八條，若是實質上屬於國內併購的範疇，因適用主體不合則構成要件不符，則一概不得適用或準用。然而有些外國公司的台灣分公司可能早已在台經營多年，過去均依所得稅法繳納稅捐，卻可能因為併購架構有誤而完全不能適用企併法；而從未在台負擔權利義務的外國公司只要巧妙地在併購前，依法認許登記後並設立最低資本額的台灣子公司參與併購過程，依企併法即有適用餘地，似乎不合本條或本法的立法意旨。

