

刊登於月旦法學雜誌第 76 期，2009 年 2 月，第 109-118 頁。

信稅法適用：第四講 脫法避稅與法律補充

葛克昌

臺灣大學法律學系教授

德國租稅通則第四二條規範（避稅一般防杜條款），不外乎法律之類推適用，即填補法律漏洞。是以該規範並未授權（稽徵機關），得以對一切非漏洞之非常規交易予以調整。K.Tipke 1993¹

壹、問題概說

在二〇〇八年一月一日施行之中國企業所得稅法，首度在第六章專章規範反避稅條款，除個別防杜條款如轉讓訂價（第四一至四四條）、避稅港避稅（第四五條）、資本弱化（第四六條），並有一般防杜條款（第四七條）²。此種個別防杜條款與一般防杜條款並立之制度，為各國所少見。此不僅可見對反避稅政策之堅定，亦可見對反避稅法律建制之積極。惟該法未施行前，即有學者擔心此種反避稅條款賦予稽徵機關過大權限³。無獨有偶，台灣行政院賦稅改革委員會研究報告中，其中一項委託台北市國稅局之「所得稅反避稅制度之研究」期中報告（二〇〇八年十月），較之前述企業所得稅法更為嚴厲，並建議對避稅行為除予調整外並增訂漏稅罰。按脫法避稅行為何以須予調整？其法律定性及法律效果，為稅法中永恆之難題，卻為稅法學者不得不面對之當前挑戰⁴。如僅有個別防杜條款之立法模式，對法律規範以外其他脫法避稅行為是否即無須調整？亦即一般防杜條款係宣示規定或形成規範？如無明文是否即不得適用？就一般防杜條款，其憲法上問題，是否與法治國家明確性原則相違？其為立法授權條款或僅有宣示效果？一般防杜條款究竟係類推適用或事實之擬制？脫法避稅行為與違法逃稅行為有何區別？可否同時存在？就既有之個別防杜條款，又有一般防杜條款之立法模式，如不符某個特別防杜條款之要件，可否另以一般防杜條款予以調整？吾人先由稅法不容規避性【月旦法學雜誌第 76 期，2009 年 2 月，第 109 頁】予以探討。

* 本文承臺大法律研究所財稅組研究生黃詠婕、陳怡璇蒐集文獻整理文稿，並此致謝。

1 K..Tipke, StRO. III, 1993, S. 1329

2 劉劍文主編，新企業所得稅法十八講，2007 年，432 頁以下；劉劍文主編，中華人民共和國企業所得稅法條文適用，2007 年，259 頁以下。

3 熊偉，中國大陸企業所得稅法新視野，月旦財經法雜誌，8 期，2007 年 3 月，59 頁以下。

4 C. Glorius-Rose, Gestaltungsmissbrauch und Steuerberatung, 2005, S. 25; P. Fisher, in: Hiibschmann/ Hepp/ Spitaler, § 42AO, Rz 79; Kruse/Driien, in: Tipke/Kruse, § 42AO, Tz. 9-11.

貳、稅捐債務法之不容規避性

首先，吾人針對未有脫法避稅一般防杜條款之立法模式，不論其是否有個別防杜條款，凡法無明文調整避稅類型，可否以脫法行為不容規避為由予以按常規調整？按避稅行為一般通說認為係脫法避稅之下位概念，且為脫法行為最常見之典型類型。但脫法行為之前提，為強制禁止規範，吾人首先需探究者，即為稅捐債務法是否有不容規避性。

稅捐債務法同時具有三種特性：一為對納稅人自由財產之干預法；二為人民公負擔之負擔分配法（Lastenverteilungsgesetz）；三為誘導管制法⁵。作為納稅人自由財產限制之干預法，當然須有法律保留之適用，而依稅捐法定主義，課稅要件更進一步要求，須有國會保留之適用。但稅捐債務法不僅為干預法，同時亦為負擔分配法，須受量能平等負擔原則拘束⁶。亦即課稅前後之市場競爭能力應相同，使租稅國家之公權力不僅不干擾市場經濟之競爭秩序，並以基本權保障之。是以德國租稅通則第四二條第一項首句明示：「稅法不容規避，不得藉由濫用法律之形成自由，以規避稅法。」問題是該條規範是否具有創設或形成效力，因該規定之立法，稅法始具不容規避性（外部理論）或該規定原本多餘，稅法內在原本具有不容規避性，不因有無立法而有所不同⁷。德國租稅通則第四二條之立法目的在於實現稅法作為負擔分配法之稅法目的，得以藉由稅法之目的論解釋或對稅法漏洞之法律補充以達稅法目的⁸。許多國家並無德國租稅通則第四二條之立法，例如美國，則由法院判例發展出“substance-over-form-doctrine”原則⁹。以對抗脫法避稅行為。

稅捐債務法之不容規避性，亦可由稅法，與民法關係。按稅法為達到負擔公平，掌握個人或企業之經濟給付能力，須針對經濟過程或狀態作為課稅要件。稅法所規範之經濟生活事實，首先在私法當事人間應先受民法規範。是以同一事件，先後受民法及稅法規範¹⁰。問題在自由市場經濟國家，民法受私法自治契約自由原則所拘束，當事人有權依經濟理性或其偏好，選擇非典型與民法所未規範之契約類型，只要雙方合意，民法承認其私法效果從而法律保障之。此種非常規交易，可能有合理商業目的，亦可能主要為減低稅捐負擔而欠缺合理商業目的。稅法立法者，自然得對常見之脫法避稅之類型予以抽象立法賦予與常規交易相同之稅捐負擔（避稅個別防杜條款）。但在契約自由原則拘束下，此種脫法漏洞實難由個別防杜規範所得防止。惟脫法避稅行為在稅法上既是脫法行為【月旦法學雜誌第 76 期，2009 年 2 月，第 110 頁】為，在司法上得利用稅法實質解釋方法或利用法律補充方式予以填補，在立法上得利用避稅一般防杜條款予以防杜，此本

5 Weber-Grellet, *Steuern im modernen Verfassungsstaat*, 2001, S. 192.

6 釋字第 597 號解釋，除稅捐法定主義外，各該稅捐法律之「內容且應符合量能平等原則」。

7 討論此種爭論最為詳盡者，為 2001 年 Sieker 之專書 *Umgebungsgeschäft*（論脫法行為），特別是 58 頁以下。

8 進一步討論，參見葛克昌，租稅規避與法學方法，收錄於：稅法基本問題，元照，增訂版，2005 年，15 頁以下。

9 K. Tipke, aao. (Fn. 1), S. B47 ff.

10 黃士洲，稅法對民法之承接與調整，臺灣大學法律研究所博士論文，2007 年。

為稅法獨立於民法之表現。尤其是德國聯邦法院一九九一年十二月二十七日判決，改變原先「除非有堅強理由，否則不應偏離民法之結構，以免有害平等原則。」（BVerfGE 13, 331, 340）見解，明白否認民法規定有優先於稅法效力，從而強調稅法借用民法概念應斟酌稅法之自主性¹¹。其後，稅法獨立說又取得通說地位。是以為維護契約自由之統一法律秩序，除非稅法另有明文，避稅行為不宜輕予否認之見解逐漸消沉。基於量能平等負擔，稅法具有不容規避性，也逐漸取得通說地位。雖然如此，但類似德國租稅通則第四二條規範，有無違反法治國明確性要求？是否為立法者概括授權條款？法學方法上究竟係事實擬制或類推適用？均有很大爭議。

參、法治國明確性要求

一般避稅防杜條款之立法，如德國租稅通則第四二條¹²或大陸企業所得稅法第四七條，不論法律條文或法律解釋，均不能免於不清晰之質疑。司法裁判亦面臨其是否符合法治國要求之挑戰。此一般防杜之概括條款，與法治國家明確性要求是否符合，不無疑義。稅法規範課稅要件之內容、對象、範圍、目的均須具體明確而有界限，始符法治國要求（BVerfGE 13, 153 (160)）；且應為網稅人事前所能理解，對納稅負擔得予預見、預為計算，並可經由司法審查加以確認。一般防杜條款，不論「非常規交易」、「無合理商業目的」、「濫用法律形成自由」等均包含許多不確定法律概念，須予以具體化或加以解釋。且不論判決或學說，對此均有分歧之法律見解，此種不確定性不僅在法律要件中，且及於法律效果。

雖避稅防杜一般條款充滿不確定法律概念，但該概括條款之合憲性，幾乎受到壓倒性肯認¹³。稅法學者以量能平等負擔為稅法之結構性原則，脫法避稅行為如不能予以否認，則量能原則即無法貫徹，市場經濟與競爭秩序同受破壞。實質法治國家，特別是社會法治國家，不能僅以遵守形式之稅捐法定主義為已足，更應實踐量能平等負擔¹⁴。防杜脫法避稅，並闡明量能原則，為立法機關、行政機關及司法機關之憲法任務。至於憲法學者，則基於「法律明確性要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法時，需衡酌法律所規範事實之複雜性及適用個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款為相應之規定」（釋五二一）脫法避稅不僅涉及所規範事實之複雜性，且涉及重大稅課及其公平之重大漏洞【月旦法學雜誌第 76 期，2009 年 2 月，第 111

11 BStBl, 1992H,212; StuW 1992, 186 ff. (J.P. Meincke 評註)

12 F. Roser, Die Auslegung sog. "Alternative Missbrauchsbestimmungen". FR 2005, 178

13 Kruse/Driren in: Tipke/Kruse, Kommentar, § 42AO, Tz. 15 ff.; P. Fisher, aaO. (Fn. 4), § 42AO, Rz 22; C. Glorius-Rose, aaO. (Fn. 1), S. 34.

14 形式法治國與實質法治國對量能原則要求不同，參見葛克昌，量能原則為稅法結構性原則，收錄於：稅法基本問題，元照，增訂版一刷，2005 年，321 頁以下；陳清秀，量能原則在所得稅法上實踐，法令月刊，58 卷 5 期，2007 年 5 月，664 頁以下；柯格鐘，量能原則作為稅法之基本原則，月旦法學雜誌，136 期，2006 年 9 月，101 頁以下。

頁】，只要行政機關及最高司法機關能對其不明確予以闡明，即無違法治國家明確性要求¹⁵。

本文見解，防杜避稅一般條款，雖使用不確定法律概念或概括條款，仍不足以構成違反明確性要求。因此種條款，通說認為僅為對抗稅法上權利濫用之宣示性規定，納稅人及其代理人本有預見可能，脫法避稅之否定，本為合憲解釋及對稅法漏洞之類推適用，不論合憲解釋及類推適用，均有嚴格之法學方法要求，且與違法逃漏稅嚴加區分¹⁶，並不違反明確性要求。但如將避稅之一般防杜條款，誤解為立法機關概括授權稽徵機關對抗取得稅捐利益，或授權稽徵機關裁量者，則此種概括之授權，因其不具體明確，則有違權力分立原則。中國大陸之企業所得稅法第四七條，為避免條文之抽象化，未將權利濫用概念列入條文，更容易引起誤解。是以一般避稅防杜條款之法律定位，值得進一步分析。

肆、一般防杜條款之法律性質

在有避稅一般防杜條款之國家，或雖無立法但司法判例承認脫法避稅應予否認之國家，均面臨一難題：某一脫法避稅行為，其予以否認之法律是否僅及於該稅目，例如規避所得稅法之避稅行為，其法律效果是否及於遺產稅？與此有密切關聯，有兩基本爭論須予克服：

一、避稅一般防杜條款，係對事實之擬制規定或為類推適用？

二、避稅行為之評價，是否及於其他稅法而增加其稅負？

一、事實擬制或類推適用

第一個問題，主張事實擬制說代表學者為 R Fischer¹⁷，其法律依據為德國租稅通則第四二條第一項第二句¹⁸：稅課非依民事法上法律事實，而依（量能負擔）經濟上相當之事件，亦即擬制之（未發生）事實（法律形成）課徵。至於類推適用說，則以 Kmse/Drüen 為代表¹⁹，認為稅法漏洞產生於法律之內涵與文義間差異，法律適用者應利法律補充，類推適用於符合法律內涵與目的之課稅要件²⁰。

認一般防杜條款非事實之擬制者，通說均認為租稅規避行為，係利用法律漏洞，而

15 Jarass/Pieroth, Kommentar, Art. 20, Rn. 39, 43; Leibholz/Rinck/Hesselberger, Kommentar, Art. 20, Rz. 682, 684; Herzog, in Maunz/Dürig, Komm. Art. 20, VII Rn. 63.

16 違法逃漏稅之處罰，不論為稅捐行政罰或稅捐刑罰，均有罪刑法定主義之適用，即「疑則推定無罪」與「禁止類推適用」原則之適用。

17 P. Fischer, aao. (Fn. 4), § 42 AO, Rz. 79.

18 德國租稅通則第 42 條第一項第 2 句：「如有濫用情事，一與其經濟事件相當之法律形成，產生稅捐請求權。」

19 Kruse/Drüen, aao. (Fn. 13), § 42 AO Tz. 9-11.

20 此說又稱「內部理論」（innentheorie），認為實體稅法自有其強制力，得以對抗脫法行為。無須仰賴外部之立法。

法律漏洞發生於法律解釋窮盡之處，故無法以解釋方法解決²¹。但亦有反對者，據德國【月旦法學雜誌第 76 期，2009 年 2 月，第 112 頁】Tipke 教授之分析，對租稅通則第四二條之一般防杜規定之法律性質，究竟係法律漏洞之填補或法律解釋，可區分為通說及少數說，通說認為係法律補充。又因對稅法可否類推見解不同，對該條或認係宣示性質，或認為係類推禁止之例外規定，少數說則認為法律解釋。其區分如下²²：

（一）通說見解認為第四二條係對法律漏洞之法定類推適用。此說嚴格區分法律解釋與類推適用，其楚河漢界即在「可能文義」。第四二條規定將法律構成要件延伸至法律漏洞部分。其中又可區分為二說：

甲說：此說認為稅法不得類推或至少稅法禁止不利納稅義務人之類推，故第四二條規定為「創設性規範」，藉此規定對類推禁止原則允許在特定條件下予以例外不禁止。也正因為稅法不容類推，第四二條之規定才有意義。此說以 Friauf、Kruse、Felix 為代表。事實上早期 Tipke 之見解亦與此說類似²³。

乙說：此說認為稅法亦得類推適用；蓋一般行政法中所有干預行政均不禁止類推，稅法亦無例外之理。因此第四二條規定僅具「宣示性」，宣示稅法在可能文義之外，得因立法意旨予以類推適用，租稅規避僅其例示而已。此說以晚期 Tipke、Herzog、Tanzer 學者為代表。

（二）少數說則認為第四二條係不必要之贅文之規定，因法律解釋並不止於可能文義；立法意旨應藉法律解釋予以貫徹。欲規避租稅者，試圖藉玩弄法律文字以掙脫法律意旨束縛，吾人則藉由法律解釋使其徒勞無功。故第四二條徒為具文，而實務上法院判決亦絕少運用該規定。此說以 Becker Spitaler、Thiel、Pauick、Kirchhof 為代表。

Tipke 雖作此分類，但也承認少數說與通說在結果上並無多大差異，其主要差別只在可能文義可否作為法律解釋界限。要之，認租稅規避一般防杜規定為宣示也好，創設也好，具文也好，其共識即在於租稅規避行為應予否認。德國學者無人認為租稅規避僅特殊類型應予否認，其餘則予容認。正由於德國法有一般防杜規定，故結果可能無何差異，但對缺乏此一防杜規定之立法模式，則依通說之甲說，未予個別禁止之租稅規避行為，因原則上稅法係類推禁止法域，則不能否認其行為。如採乙說，Tipke 自己即認為納稅義務人實際上所信賴者不在個別法律之「可能文義」，而係法律狀態，稅法類推禁止原則既已動搖，而「可能文義」之堅持，可能為時亦不遠²⁴。反之，少數說反漸得支持，

21 Tipke/Kruse, AO § 42 RdNr. 5; Papier, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalt und grundsätzliche Demokratieprinzip, 1973, S. 187 f; Danzer, Die Steuerrumgebung, 1981, S. 87.

22 Tipke/Kruse, AO T23 § 42; Tipke, aao. (Fn. 1), S. 1326; 葛克昌，同註 8，23 頁以下；王晶，一班法避稅條款制定的必要性，財稅法論叢，6 卷，2005 年 10 月，320 頁以下。

23 Tipke, An den Grenzen der Steuerrumgebung: Steuervermeidung, Steuerumgehung, Steuerhinterziehung, StbJb 1972/73, S. 509 ff.

24 以「可能文義」作為法律解釋與補充之界限，近年來在德國遭受強力質疑，改孤立於上文集體系之外，而具有客觀之可能文義，此種界限只有一種假象（Scheingrenze）事實並無存在可能。參照 Hegenbarth, Juristische Hermeneutik

其中尤以 Kirchhof 教授見解最值重視。Kirchhoff 忍為問題並非如是簡單，吾人為法律解釋之際須將與個別課稅要件有關之文【**月旦法學雜誌第 76 期，2009 年 2 月，第 113 頁**】義解釋，與體系及目的解釋相區別²⁵。稅法行為問題，始於與個別法定構成要件相關之文義解釋窮盡之處，吾人所要從事者，即涉及整體法律之體系與目的解釋。從德國聯邦財務法庭之判決中，亦可看出其就德國租稅通則第四二條之觀點，在於斟酌法秩序之意旨、目的所為之法律解釋，對不合常規之法律事實形成，否認當事人所欲達成之租稅效果²⁶。吾人不能拘泥於課稅要件文義，而須從法律意旨中尋得更寬廣的法律思維。

二、避稅行為否認效力是否及於他稅

避稅行為否認效力不論因一般防杜條款²⁷，或因權利濫用禁止予以否認，其效力是否及於他稅，有不同見解。德國財務法院判決，曾將濫用之法律效果，限於其所規避之稅種²⁸。學者主張此說，以 P.Fischer²⁹與 Cosch 為代表，但 Rosel GloriusRose 反對此種見解，其主要係以事實擬制說立場，納稅人之避稅行為既擬制為與其經濟相當之事實，則其法律效果，不應限於所規避之稅種³⁰。

伍、行政法院判決類型

台灣各級行政法院，從二〇〇五年至二〇〇七年三年間有關脫法避稅案件，計達五百七十九件，平均每年一百九十三件，不可不謂眾多。其中僅八件未調整課稅，顯示各級行政法院，雖在立法上缺乏脫法避稅一般防杜規定，但大多數仍支持稽徵機關以實質課稅原則或脫法行為應予否認之見解。其中調整未予處罰案件又略多於調整並處罰。未處罰者有原案稽徵機關僅調整未處罰，亦有不少原調整並處罰案件法院判決認為不應處罰³¹。亦有高等行政法院以脫法避稅並加以處罰，最高行政法院以「逃稅與避稅二者有別」，而糾正原審「並非避稅」而為「逃稅」者（最高行政法院九十六年判字第八二三號判決）。其中主要脫法避稅類型如下：

一、資本公積轉增資復減資³²

公司名下固定資產之不動產出售取得溢價收入，本應列入資本公積，藉先行轉增資再行減資程序，並發放減資款給股東，性質上應屬股東之投資所得，用以規避本應課股

und Lingulstische Pragmatik,1982,S.101.

25 Tipke/Kruse,AO Tz3§42.

26 BFH. BStBl.1985,97(99);1964,667(669);1965,697;1966,148(150)BStBL 1970,675,971,721 f.;1972,322(324).

27 避稅個別防杜條款，因法定要件與法定效果大多較為明確，並無否認效力及於他稅問題。

28 BFH vom 5. 10. 83; 10. 12. 92;19,8,99.

29 P.Fischer,aoo.(Fn.4), §42 AO,Rz. 111 ff.

30 ROSE/Glorius-Rose,Missbrauchsrechtsprechung,S.1637 f.

31 詳見柯格鐘主持，稅捐規避案件中補稅與裁罰問題研究，司法院，2008 年 2 月，27 頁以下。

32 同前註，103 頁以下。

東個人所得稅（營利所得）。此類案件³³，行政法院以脫法避稅而予否認，但常誤以為【月旦法學雜誌第 76 期，2009 年 2 月，第 114 頁】納稅人「蓄意」安排，而有逃漏稅之「故意」或「縱無故意難謂無過失」予以處罰³⁴。

按脫法避稅之構成，是否須有規避意圖，雖有爭議，但此種知情與逃漏稅之故意過失完全不同。因稅捐規避者，對其刻意安排之法律事實，主張歸攝在某一對其稅負有利之法律要件之下，此種歸攝主張得一切公開於稽徵及救濟程序中（充分揭露），其與已具被課稅要件，隱藏或違反真實義務之逃漏稅「故意」完全不同³⁵。但高雄高等行政法院九十五年訴字第 622、669、六七五、六七八、六七九、七三二、七六三、七六四、一〇七三號判決，以「依目前司法實務上並無區分『稅捐規避』與『稅捐逃漏』」而予處罰，則係對「脫法行為」法律效果之誤解。

二、將營利所得規劃為證券交易所得

由於所得稅法第四條之一規定，證券交易所得，自一九八〇年一月一日起停止課徵所得稅³⁶。從此此種所得稅法最大缺口，即為租稅規避所利用之主要對象。其中納稅義務人在被投資公司發放股利前，先將所持公司股份，高價轉售其另外成立、完全控制股份之新投資公司，先行取回其投資之收益，再由新公司參與原投資公司分配股利，企圖規避個人所得稅之營利所得³⁷。

按稅捐規避行為係利用稅法之法律漏洞，稅捐規避之否認係以法律補充填補法律漏洞。但法律未有明文，不盡為法律漏洞，亦可能為立法者有意不規範。證券交易所得無條件無期限全數免稅，原難以通過違憲審查，但釋字第五六五號解釋反認其符合實質平等原則。惟法律漏洞之認定，法律補充有其嚴格之方法論，須探究客觀之立法意旨³⁸。部分法院裁判，以此類所得多為高所得者，其所得為資本利得作為認定規避稅捐之理由，而實務又未區分稅捐規避與稅捐逃漏，部分法官不僅不能依法審判，反以此理由支持否

33 參見最高行政法院 95 年判字第 1249 號、96 年判字第 180 號；台北高等行政法院 93 年訴字第 968、1985、2201、2499、2550、2881、3642、4087 號判決；台中高等行政法院 93 年訴字第 465、533、534、555、557 號判決。

34 例如最高行政法院 95 年判字第 1333 號判決認為：「上訴人配偶係公司之董事及股東，並直接參與公司增減資之會議決議，…其應申報而漏報係爭營利所得，縱無故意，亦難謂無過失。」

35 亦有該類型案件就調整就營利所得課個人所得稅，而不處罰，如最高行政法院 95 年判字第 1828 號判決；更有明白指出，原告曾發函詢問，經答非屬盈餘分配或非董、監、未參與決策，未開立扣繳憑證，難謂故意過失；因稽徵機關實質核認歸課，原告無從得知所得性質，不應處罰。參見台北高等行政法院 93 年訴字第 968、1985、2201、2500、2667、2881、3642、4087 號判決。

36 停徵證券交易所得稅，所涉及之憲法問題，參見葛克昌，租稅優惠、平等原則與違憲審查—釋字第 565 號解釋評析，收錄於：稅法基本問題，元照，增訂版，2005 年，269 頁以下。

37 如最高行政法院 95 年裁字第 2253 號判決、96 年判字第 51 號判決；高雄高等行政法院 93 年訴字第 923、974、975 號判決，94 年訴字第 179、180、簡字第 51、68、67 號判決，95 年訴字第 1 號判決。柯格鐘，同註 31，105 頁以下。

38 稅法漏洞之認定與類推適用之討論，參見葛克昌，人民有依法律繳納稅之義務—以大法官解釋為中心，收錄於：稅法基本問題，元照，增訂版，2005 年，109-122 頁。

認其安排，並加以處罰³⁹⁴⁰。【月旦法學雜誌第 76 期，2009 年 2 月，第 115 頁】

三、利用公設地案件

由於公共設施保留地土地所有權之使用收益依法受有相當限制，將來又難免徵收命運，故稅法考慮此點，在稅法上予以特別待遇，如依都市計畫法第五十條之一第二段，因繼承或因配偶、直系血親間贈與而移轉者，免徵遺產稅或贈與稅；公設地尚未徵收前移轉依土地法第三九條免徵土地增值稅。在各級行政法院判決中有由父母先將系爭公共設施保留地贈與子女，再由被繼承人之祖父母買回，使部分遺產留有免徵遺產稅之公共設施保留地（高雄高等行政法院九十四年訴字第一九四號判決），或利用公設地贈與子女，再以公設地與父母相鄰之非公設地申請合併後，復申請分割，將非公設地登記為子女單獨所有（最高行政法院九十六年判字第一九七一號判決、高雄高等行政法院九十四年訴字第六一九號判決）。此類案例，各級行政法院均認屬脫法避稅予以調整（不免稅），但均未處罰。

四、躉繳保險案例

（一）問題概說

本案例為典型以脫法避稅行為為租稅規劃法律案件，為租稅國家常見之稅法案例類型。並涉及稅法與民商法不同價值衝突與統一法秩序基本問題。又契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制；且人身無價，人身保險契約，並非填補被保險人之財產損害，亦不生類如財產保險之保險金額是否超過保險標的價值之問題。因此強調以保障人權為任務之實質憲政國家，此類問題亦成為重要之憲法問題（釋五六七參照）。

本案係利用生前病危時投繳巨額保險費，以達減少其死亡時遺有之財產。並將受益人設定為其孫，約定於被繼承人給付其所指定受益人之人壽保險金額，在公法上不計入遺產總額（遺產及贈與稅法十六 I ⑨），在私法上其金額不得作為被保險人之遺產（保險法一一二）以達死亡時移轉財產目的。問題是此種規劃行為，究竟係合法之節稅行為，或是規避租稅行為？規避租稅行為【月旦法學雜誌第 76 期，2009 年 2 月，第 116 頁】

39 高雄高等行政法院 95 年訴字第 622、669、675、678、679、732、763、764、1073 號判決；96 年訴字第 548、562、598、599、600、601 號判決，簡字第 247、248 號判決。

40 各級行政法院亦有對脫法避稅與違法逃稅應嚴予區分者，實務見解中最足代表此觀點，為法務部 95 年 6 月 28 日法律字第 0950018449 號函，對實質課稅原則之運用，可否處罰之見解：「說明：三、所得稅法第 66 條之 8 之規定，係為正確計算相關納稅義務人之應納稅金額，於個人或營利事業與國內外其他個人或營利事業、教育、文化、公益、慈善機關或團體相互間，以股權之移轉或其他虛偽之安排等手段，不當規避或減少納稅義務時，賦予稅捐稽徵機關經財政部核准，依查得資料，按實際應分配或應獲配之股利、盈餘或可扣抵稅額予以調整之權限與法律依據，而據此要求納稅人義務補稅，藉以防堵納稅義務人假借法律形式要件隱藏實質交易關係以規避稅負之行為（葛克昌，稅法基本問題，增訂版，2005 年 9 月，344 頁；陳清秀，稅法總論，三版，2004 年 9 月，255 頁均同此意旨，請參照），至於納稅義務人利用上述方法為手段規避或減少納稅義務時，如該行為手段經主管機關依其職權調查認定後經涵攝結果，已符合各該相關法律（如所得稅法、稅捐稽徵法）處罰規定之構成要件，自當以該法律為處罰之明文依據（陳清秀，稅法總論，三版，2004 年 9 月，236 頁參照）。惟若與各相關稅法處罰規定之構成要件不符，稅捐稽徵機關倘僅以抽象之實質課稅原則加以處罰，即與前開處罰法定原則相違，難認適法。」

是否即為利用稅法上法律漏洞？此種漏洞是否有「不利類推禁止原則」之適用？此種法律性質未能究明，始終困擾納稅人與稽徵機關。

（二）租稅規劃為納稅人基本權利

現代租稅國家將生產工具歸私人所有（私有財產制），再由私有財產收益之一部分藉租稅負擔由國家分享。故私經濟自由性與積極性，為租稅國家前提。而個人在私法上有權依財產存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴（釋四〇〇）。在稅法上亦有權藉此為法律上規劃，以減輕租稅負擔。其憲法上依據即為憲法第二二條：「凡人民之其他自由及權利，不妨礙社會秩序公共利益者，均受憲法之保障⁴¹。」事實上非以財政收入為主要目的的租稅，如經濟政策目的租稅、社會政策目的租稅，所以能達成其政策目的，基本前提亦在人民能從事理性之租稅規劃。國家亦無權對私有財產，指定納稅義務人應按有利稅課方式使用。

（三）避稅為脫法行為應予調整

惟利用私法上契約自由以從事租稅規劃，並非無法律上界限，例如對私法自治，亦因公益之必要，而在私法上強制禁止之立法，如物權、票據、親屬行為之法定主義，從而限制了財產自由。凡強行法均有不容規避性，以迂迴方式意圖規避強行法法定要件，謂之脫法行為。脫法行為仍賦予其未規避前相同之法律效果，以維持強行法之效力。公法方面，行政法更進一步藉由營業法、建築法、土地法、都市計畫法予以契約自由限制，此種強行規定亦不容規避。其中最重要者，為對公共支出之負擔分配，即為人民之納稅義務。此種強行規定，原則上納稅前後之人民在市場競爭力上不予改變，使市場法則不受干擾，以維持租稅中立原則。

由於經濟活動複雜多變，稅法通常只就常規交易設定課稅要件，按其負擔能力賦予其稅捐債務。惟納稅義務人為規避租稅，選擇了偏離常規之法律安排時，私法上雖依契約自由承認其所意欲之私法效果；在稅法上則不免仍為脫法行為，應依常規交易成立相同之稅捐債務。避稅行為既為脫法行為，其違反立法意旨，不論依合憲解釋（依憲法平等原則量能課稅）予以為規避相同法律效果，或依法律漏洞予以常規交易相同之法律效果類推適用，因納稅人規避租稅其信賴不值得保護。故德國租稅通則第四二條雖有租稅規避一般防杜條款，但通說逐漸傾向為該規定為宣示條款，縱無該規定解釋適用亦無不同⁴²。

（四）本案之遺產稅效果

41 進一步分析，參見葛克昌，遺產稅規劃與法治國理念，收錄於：稅法基本問題，元照，1997年，221頁以下。

42 進一步討論，參見葛克昌，同註8，23頁以下。

本案外在形式之法律行為，雖為人身保險契約，實際經濟效果在於兩代間財產移轉。原告之主要主張有二：系爭保單為財政部所核准，其保險契約仍應有效；保險費甲生前已支付非遺產不應課繳遺產稅。就前者而言，稽徵機關亦應尊重保險契約當事人私法約定承認其私法效力，亦不得視之虛偽行為而予處罰。惟就遺產稅而言，解釋適用稅【**月旦法學雜誌第 76 期，2009 年 2 月，第 117 頁**】法，所重者為實質之經濟，而非表面之法律形式，須就實質經濟利益之享用者予以課稅，始符合實質課稅公平負擔原則（釋四二〇、四九六、五〇〇）。本件被繼承人生前投保巨額保險，並支付巨額保費，依其投保動機、時程、金額及健康狀況判斷，顯係蓄意規劃以脫法行為規避遺產稅。按繼承人及其扶養親屬所獲經濟利益，在遺產稅成立時，被繼承人生前支付保險所交換之利益仍存在於繼承人及其扶養親屬。以其相當之經濟利益，得徵遺產稅，符合量能平等負擔實質課稅原則⁴³。

（五）比例原則

惟部分案例對此種躉繳保險案例，另行處以一倍之罰鍰，則不僅將脫法避稅與違法逃稅混為一談，且侵害保險契約自由之核心領域，特別此類保險既經保險局事前許可，又通常許可之副本送達關係人住所之各區國稅局，不可能有故意逃漏稅可能。又被繼承人生前向銀行借款以躉繳保險費，除非高過所繳保險金額，亦不宜一面否認借款，一面否認保險利益，造成雙重不利，有違比例原則。

陸、結論

稅法係公共支出於國民間公平負擔之法律，特別強調量能平等負擔，自身具有不容規避性。對個別典型類型予以立法，否認其私法上安排在稅法上效果，在不違反比例原則可得肯認。所謂不違反比例原則，指私法上效果公權力不輕予干預，保障契約自由；如須處罰，須嚴守罪刑法定主義，不得以符合避稅要件即予處罰。至於一般防杜條款，如認其為立法機關概括授權稽徵機關予以調整，則不免有違法治國家明確要求與權力分立原則。但如將該條款視為權利濫用禁止之特別宣示條款，對濫用私法契約自由，在無合理商業目的之非常規交易，所企圖之租稅利益，依脫法行為之法律效果，使其與常規交易相同之稅法效果，雖該宣示條款使用不確定法律概念，仍具合憲性。其法律性質為，類推適用，用以填補稅法之漏洞，而脫法避稅者信賴不值得保護，破壞市場經濟競爭秩序應予否認稅法效果，為實質法治國家立法、行政、司法機關之憲法任務，然其行使亦自有憲法界限，此為稅法結構性原則——量能原則面對最大之考驗。！【**月旦法學雜誌第 76 期，2009 年 2 月，第 118 頁**】

43 最高行政法院 95 年判字第 934 號判決；台中高等行政法院 94 年訴字第 537 號判決，95 年訴字第 51、217、408 號判決，95 年訴字第 304 號判決，96 年訴字第 295 號判決；高雄高等行政法院 96 年訴字第 466、470 號判決。