

發文字號：法務部 100.10.07 法律字第 1000023308 號函

發文日期：民國 100 年 10 月 07 日

要旨：參照遺產及贈與稅法第 4 條、公司法第 267 條等規定，公司原有股東逾期未認購新股喪失認購權利，自無作為贈與標的可言，公司即得洽特定人認購，因並無身分限制，如該特定人以自有資金購買，即非屬贈與情形

主旨：有關未上市（櫃）公司股東依其原持股比例已取得公司增資新股認購權，是否屬有實質價值之財產權，以及該股東放棄認股而由公司董事會洽特定人認購之行為性質為何等疑義乙案，復如說明二至六，請查照參考。

說明：一、復貴部 100 年 8 月 22 日台財稅字第 10004526000 號函。
二、按公司法第 267 條第 3 項規定：「公司發行新股時，除依前二項保留者外，應公告及通知原有股東，按照原有股份比例儘先分認，並聲明逾期不認購者，喪失其權利；原有股東持有股份按比例不足分認一新股者，得合併共同認購或歸併一人認購；原有股東未認購者，得公開發行或洽由特定人認購。（第 3 項）」上開公司法第 267 條第 3 項前段之規定，乃股東依法享有之新股優先認購權；是以，公司於發行新股時已公告通知並聲明原股東逾期不認購者，喪失其權利，且股東未在新股認購期間內認購者，股東即喪失新股優先認購權（經濟部 80 年 4 月 1 日經商字第 206033 號函、貴部 100 年 9 月 28 日電子郵件所附臺灣南投地方法院 95 年訴字第 408 號判決理由三（三）、臺灣新竹地方法院 91 年重訴字第 85 號判決理由六（三）所載參照）。至上開公司法第 267 條第 3 項後段規定，原有股東未認購者，得公開發行或洽特定人認購，該特定人並無身分限制，亦不限於原有股東及員工，是以，該特定人之身分，應由公司自行認定，倘公司基於事實需要經董事會以特別決議授權董事長洽特定人認購者，似無不可（經濟部 79 年 4 月 2 日經臺商（五）發字第 204953 號函、經濟部 90 年 3 月 16 日（90）經商字第 09002047910 號函參照）。從而，於上述原有股東喪失認股權後，始依法洽特定人認購者，因法令對認購者並無明文限制或禁止規定，則貴部來函說明三援引上市（櫃）公司其他規範，認上述認購（不分上市（櫃）公司或非上市（櫃）公司）即屬損及股東權益乙節，該論斷方式及依據恐有違法理解釋方法。

三、次按民法第 406 條規定：「稱贈與者，謂當事人約定，一方以自己之財產無償給與他方，他方允受之契約。」遺產及贈與稅法第 4 條

第 1 項及第 2 項規定：「本法稱財產，指動產、不動產及其他一切有財產價值之權利。（第 1 項）本法稱贈與，指財產所有人以自己之財產無償給予他人，經他人允受而生效力之行為。（第 2 項）」是以，必須當事人一方有以財產為無償給與他方之要約，經他方承諾者，始足當之。又所稱「無償」者，係指無對價報償而給與財產，至所謂「給與財產」，則係贈與人減少財產，而直接使受贈人方面增加財產之行為，金錢、動產或不動產之交付、讓與固為通常可見之態樣，惟債權之讓與、債務之承擔等亦屬之（臺灣高等法院暨所屬法院 98 年 11 月 11 日 98 年法律座談會民事類提案第 9 號參照）。是以，公司原有股東如逾期未認購新股，如上所述，即已喪失認購之權利；則該原有股東已喪失之認股權利，因已非屬上開「遺產及贈與稅法」第 4 條第 1 項所稱之財產，自無可作為贈與之標的可言。況於此情況下，公司即得洽特定人認購，因該特定人並無身分限制，如該特定人以自有資金購買，即非屬贈與之情形。準此，本案來函說明四、五所指稽徵機關實際查獲案例，某家族公司之第 1 代家族成員股東，於公司兩次增資時，部分原有股東未參與認股，揆諸上開說明，既已喪失認購之權利，該公司即得洽特定人認購，該特定人雖為該公司第 2 代家族成員，如其係以自有資金購買，並無證據可認屬無償轉讓，即非屬贈與之情形。至貴部 99 年 9 月 2 日台財稅字第 09900208010 號函及過往之函釋，認課稅標的包含將增資新股認股權利「贈與」子女或他人乙節，似應指尚未喪失認股權利「以前」之作為，否則其既已喪失權利，何能再作為贈與之標的？此部分仍請參酌上開說明，依職權斟酌。

四、又查公司法第 140 條規定：「股票之發行價格，不得低於票面金額。...。」156 條第 1 項規定：「股份有限公司之資本，應分為股份，每股金額應歸一律，...。」「公開發行股票公司股務處理準則」第 14 條規定：「股票每股金額均為新臺幣壹拾元。」核其立法理由，雖係為維持資本充實原則及保障股東權益，不宜低價發行股票，是公開發行股票公司，股票每股金額均為新臺幣壹拾元。惟非公開發行股票公司之股票面額，則無每股金額為新臺幣壹拾元之限制，每股金額為壹元、貳元、... 均無不可（經濟部 93 年 9 月 7 日經商字第 09302147710 號函參照）。又公司於原有股東逾期未認購新股而喪失認購之權利後，既得洽特定人認購，惟對於認購之價格，公司法

第 267 條未為規定或作限制，亦未規定應依一定市場價格。是以，本案來函主旨及說明四所述稽徵機關實際查獲案例為未上市（櫃）公司於兩次增資時，部分原有股東未參與認股，經洽該公司第 2 代家族成員以面額每股 10 元認購股票，該未上市（櫃）公司程序上既已依公司法第 267 條新股認購順序之規定依序辦理，該公司發行新股之股票每股面額尚比照公開發行股票公司之股票每股面額 10 元，其認購價格以股票每股面額 10 元認購，與上開公司法第 267 條之規定即無不合。

五、復按司法院釋字第 420 號解釋及稅捐稽徵法第 12 條之 1 第 1 項，固揭諸租稅法律主義精神及實質課稅原則，惟同法第 3 項亦明定「前項課徵租稅構成要件事實之認定，稅捐稽徵機關就其事實有舉證之責任。」，其立法理由略以：「實質課稅原則是稅捐稽徵機關課稅的利器，納稅義務人往往質疑稅捐稽徵機關有濫用實質課稅原則，造成課稅爭訟事件日增，為紓減訟源。爰參照司法院釋字第 420 號解釋及最高行政法院 81 年判 2124 號、82 年判 2410 號判決意旨，增訂本條文，規範稅捐稽徵機關應就實質上經濟利益之歸屬與享有的要件事實，負舉證責任，方符租稅法律主義之要義。」行政程序法第 36 條規定：「行政機關應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意。」第 43 條規定：「行政機關為處分或其他行政行為，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告知當事人。」所謂論理法則，係指依立法意旨或法規之社會機能就法律事實所為價值判斷之法則而言。所謂經驗法則，係指由社會生活累積的經驗歸納所得之法則而言（最高法院 91 年度台上字第 741 號判決、本部 100 年 5 月 6 日法律決字第 1000011926 號函參照）。準此，行政機關依職權作成行政決定前之調查證據、認定事實，係採職權調查主義，故行政機關對於應依職權調查之事實，負有概括調查義務，且應依各種合法取得之證據資料認定事實、作成行政決定。至於與行政決定有關事實是否存在，行政機關應依各種合法取得之證據資料，本於其確信予以認定；而確信事實存在之標準，必須具有「高度之可能性」，亦即經合理之思維而無其他設想之可能（本部 93 年 8 月 17 日法律字第 0930032588 號函參照）。是以，本案來函說明四、五所指案例，僅以公司所洽特定人為該公司第 2 代家族成員，及

僅以股份淨值或股份市場價格高於 10 元之認購價格，即認定公司原有股東係以形式上放棄認股，藉由迂迴方式達到無償移轉新股認購權與特定人之目的乙節，惟就上市（櫃）公司在公開證券交易市場交易實務而言，市場成交價格常有低於股票淨值者；而在其洽特定人承購方面，股票承購價格低於市價者，亦多所存在，此乃股市交易存有風險性使然；故要求非上市（櫃）公司之洽特定人承購價須相同或高於市價，其法源或立論基礎何在？未見說明。從而，此項論斷係置法規所規範之法律行為構成要件、法規之立法意旨、法規主管機關所為之相關解釋、或股票交易實務於不論，亦未見稽徵機關就實質上經濟利益之歸屬與享有的要件事實，加以舉證。揆諸上開說明，自難單憑稽徵機關片面臆斷認定，否則即有違實質課稅原則之真諦。至於有無必要如來函說明五所指將「放棄認股」與「洽特定人認股」間之特別關連條件，循遺產及贈與稅法第 5 條之例，明定為「以贈與論」之範疇（即舉證責任之倒置，最高行政法院 99 年判字第 1022 號判決參照），俾符合租稅法律主義精神及法律明確性，仍請貴部本於職權研議是否修法，併予敘明。

六、另來函說明六所指民法第 244 條第 1 項規定：「債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。」因該撤銷權之行使，宜如何保全其債權乙節，請參酌民事訴訟法第 522 條以下保全程序有關假扣押、假處分規定為之。

正 本：財政部

副 本：本部資訊處（第 2 類）、本部法律事務司（3 份）