

最 高 行 政 法 院 判 決

108年度判字第72號

上 訴 人 復盛應用科技股份有限公司

代 表 人 李亮箴

訴訟代理人 陳志愷 會計師

被 上 訴 人 財政部臺北國稅局

代 表 人 許慈美

上列當事人間營利事業所得稅事件，上訴人對於中華民國107年1月18日臺北高等行政法院105年度訴更二字第67號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、緣(一)訴外人荷蘭商Cooperatieve Valiant APO Global U.A. (下稱荷商Valiant公司)於民國96年5月間設立訴外人勇德國際股份有限公司(下稱勇德公司)，於97年間合併吸收復盛股份有限公司(下稱原復盛公司)，並同時更名為復盛股份有限公司(下稱新復盛公司)。(二)其後，上訴人於99年11月1日受讓自新復盛公司分割運動器材與精製品事業部門等現金產生單位，其中所受讓之商譽帳列數新臺幣(下同)2,496,655,672元，係新復盛公司主張於97年度吸收合併原復盛公司產生之商譽7,640,725,120元，以原復盛公司購買價格分攤報告列示各營運部門之人力資源分配數與交易當時之未來5年稅後淨現金流量折現值，計算應分攤至各營運部門之商譽價值。嗣上訴人99年度營利事業所得稅結算申報，列報各項耗竭及攤提29,609,026元，被上訴人以其中27,740,619元有關前述99年間受讓新復盛公司分割之營業而取得之商譽攤折數，其鑑價報告不足採證、且商譽具有與企業不可分之特性、及新復盛公司系爭合併案實係組織內部調整，無產生商譽可能等由，而否准認列上訴人99年度辦理營利事業所得稅申報認列之商譽攤提數，核定上訴人99年度各項耗竭

01 及攤提為1,868,407元，併同其餘調整，補徵稅額2,744,062
02 元。(三)上訴人不服，循序提起行政訴訟，經原審103年度訴
03 字第1323號判決駁回，上訴人上訴後，經本院104年度判字
04 第211號判決廢棄發回，原審再以104年度訴更一字第51號判
05 決駁回，經上訴人上訴後，為本院以105年度判字第412號判
06 決廢棄，發回原審更為審理，經原審法院105年度訴更二字
07 第67號判決（下稱原判決）駁回後，乃提起本件上訴。

08 二、上訴人於原審起訴意旨略謂：（一）本案上級審廢棄判決已
09 認定，會計研究發展基金會（下稱會研基金會）101年2月9
10 日（101）基秘字第024號函不得追溯適用於本件，且被上訴
11 人如以原復盛公司原經營管理階層對新復盛公司仍有控制能
12 力，僅係重新調整股權架構安排，藉由併購之形式以規避減
13 少納稅義務為由，否認商譽之存在，則係屬企業併購法第42
14 條第1項第2款規範之範圍，須報經財政部核准，方得按交易
15 常規或依查得資料予以調整，被上訴人未補正此法定程序，
16 即應認新復盛公司之合併交易確實存在商譽。並依上級審廢
17 棄判決「企業因併購而取得之商譽，尚非不得因企業分割而
18 併同分割至既存或新設之他公司」之法律見解，得由上訴人
19 依據行為時企業併購法第35條及營利事業所得稅查核準則（
20 下稱查核準則）第96條第3款第4目規定，認列因分割受讓新
21 復盛公司運動器材與精製品部門所受讓之商譽及相關攤折數
22 。（二）原復盛公司經營管理階層對於新復盛公司已不具有
23 實質控制力，此由新復盛公司之章程第10.2條規定，董事會
24 決議須一致決，而該公司4席董事中，原復盛公司經管理階
25 層僅佔1席可證，原復盛公司經營管理階層對於新復盛公司
26 董事會決策、財務、營運、人事方針均已不具控制能力。再
27 者，新復盛公司之另一大股東即訴外人橡樹資本管理有限公
28 司（下稱橡樹公司），與原復盛公司非屬同一集團，橡樹公
29 司於103年欲行使強賣權，致使原復盛公司經營管理階層為
30 避免被迫出賣持股而需退出經營之困境，不得不就橡樹公司
31 出售持股程序召開協商會議以進行防禦，足證原復盛公司經

營管理階層於本件合併後已不具對復盛集團之實質控制力。原復盛公司與新復盛公司既非屬財務會計準則公報（下稱財會公報）第7號所稱之聯屬公司，則渠等併購交易即應適用財會公報第25號規定之購買法，而有商譽存在，上訴人得分割受讓之。（三）新復盛公司97年度合併舊復盛公司產生7,640,726仟元之商譽。新復盛公司於99年11月1日將該商譽以其運動器材與精製品部門之現金產生單位使用價值之比例分割予上訴人，金額計為2,496,655,672元，故依企業併購法第35條規定攤折，並無不合等語，為此請求判決撤銷訴願決定及原處分（含復查決定）。

三、被上訴人於原審答辯意旨略謂：（一）新復盛公司97年1月1日成立時，4席董事席次中有2席為原復盛公司經營團隊擔任，2席監察人席次中有1席為原復盛公司經營團隊擔任，且新復盛公司吸收合併原復盛公司後，營業項目並無重大差異，原復盛公司之部分董事、監察人係以股權轉換投資之方式投資國外控股公司而間接持有新復盛公司股權，復擔任新復盛公司之董監事，原經營團隊仍被任用，執行長直接向董事長報告，並依董事會決議管理公司事務，依財會公報第7號第16段第1項規定，應認原復盛公司股東持股過半，對新復盛公司具有控制能力，堪認原復盛公司實質上並未消滅，新復盛公司並非實質收購公司，其取得原復盛公司之可辨認淨資產及承擔之負債，會計處理並無財會公報第25號購買法之適用，而應依其所吸收之原復盛公司原財務報表帳列數入帳。（二）至上訴人主張橡樹公司加入新復盛公司後，原復盛公司經營團隊已不具控制能力云云，惟上訴人提出之橡樹公司併購交易方案、執行步驟及未來經營藍圖等等，僅屬橡樹公司與原復盛公司間收購計畫案之往來資料及併購決策作成前討論過程文件，與併購後橡樹公司是否實際參與新復盛公司之經營或取得新復盛公司控制能力，係屬二事；至於強賣權之行使約定，係為保障投資人，使投資人於一定條件下，得行使強賣權，於其將股份出售予第三人時，一併要求原股東

出賣持股，故難僅以有強賣權約定之存在，即謂原復盛公司經營團隊持有新復盛公司股份縱超過50%仍無控制能力；況橡樹公司於最初契約中即約定強賣權等售股機制，益見其原意即在於出售股票獲利，而非參與新復盛公司經營。（三）是以，原復盛公司經營團隊仍間接持有新復盛公司股權過半數，依財會公報第7號第16段規定，除有證據顯示其持股過半卻不具控制能力之例外情形，否則縱使形式為合併，原復盛公司經營團隊對新復盛公司仍屬具有控制能力，從而不能適用財會公報第25號購買法之會計處理，即無從產生商譽，上訴人亦無商譽可自新復盛公司分割受讓等語，為此請求判決駁回上訴人在原審之訴。

四、原判決駁回上訴人之訴，其理由略謂：（一）勇德公司係於96年5月8日設立，唯一股東為荷商Valiant公司，而荷商Valiant公司係由英屬蓋曼群島商Valiant APO Holdings Ltd.（下稱蓋曼控股公司）及英屬蓋曼群島商Valiant APO Investments Ltd.（下稱蓋曼投資公司）各持有其50%股份，蓋曼投資公司又為蓋曼控股公司100%持股之子公司。而原復盛公司經營股東即李後藤與其家族成員27人，與其等成立之聯盛投資股份有限公司（下稱聯盛公司）等5家投資公司（下稱李後藤家族），於96年5月間投資薩摩亞High Asia Holdings Limited.（持股100%，下稱薩摩亞控股公司），李後藤家族並與金融機構協商，為薩摩亞控股公司辦理過渡性融資，貸得346,000,000美元，薩摩亞控股公司於取得該貸款後，全額轉投資英屬維京群島First Euro Limited.公司（下稱BVI控股公司），再由BVI控股公司全額轉投資蓋曼控股公司，取得其51.8%之股權，其餘48.2%之股權則為橡樹公司持有。其後，勇德公司於96年7月24日經董事會決議由股東荷商Valiant公司增資，增資用於收購原復盛公司之股份，李後藤家族亦參與勇德公司公開收購之應賣，惟荷商Valiant公司用以收購股權資金之來源，其中匯款346,000,000美元（折合新臺幣11,331,500,000元），實係由原復盛

01 公司經營股東（即李後藤家族）透過前述國外轉投資及過渡
02 性融資貸款，由蓋曼控股公司匯予荷商Valiant公司。故於
03 97年1月1日勇德公司吸收合併原復盛公司，原復盛公司經營
04 股東透過前開轉投資架構，由持有原復盛公司46.8%股權，
05 轉變為間接持有新復盛公司51.8%股權，另48.2%股權則由
06 橡樹公司持有。至於李後藤家族因出售原復盛公司股份321,
07 637,759股予勇德公司，得款約12,025,231,722元，於96年8
08 月1日由原股東聯盛公司為代表，將所得款項之一部，以347
09 ,591,517.40美元（折合新臺幣11,381,536,720元）匯款至
10 薩摩亞控股公司設於香港之銀行帳戶，清償前由李後藤家族
11 貸得之過渡性融資346,000,000美元。（二）依前述勇德公
12 司收購原復盛公司之資金來源及合併前後公司營業情形觀察
13 ：1.本件勇德公司雖為合併後之存續公司，惟勇德公司於96
14 年5月8日為荷商Valiant公司設立後，自96年5月8日至合併
15 基準日前之同年12月31日間，其董事會主要係就系爭合併案
16 之進行，而從事財務規劃、資金籌措等活動，依勇德公司創
17 業期間財務報表附註記載，勇德公司主要的經營項目雖有鋼
18 鐵鑄造業及機械設備、電子零組件、體育用品、模具等製造
19 業、國際貿易業等項，然該期間公司主要營業活動尚未開始
20 ，且96年12月31日該公司員工人數為0人，故勇德公司並無
21 實質重大營運，堪以採認。2.而原復盛公司依合併契約雖為
22 消滅公司，惟公開收購說明書已揭示合併後原復盛公司之經
23 營團隊將被留用之條款，而合併契約亦明定原復盛公司代表
24 人李後藤為存續公司之首任董事長；員工亦由存續公司依原
25 聘僱條件繼續聘僱留用並承認其任職年資，另原復盛公司經
26 營股東即李後藤家族，亦經由前述海外轉投資架構，由持有
27 原復盛公司46.8%股權，轉變為間接持有新復盛公司51.8%
28 股權。3.是依前開說明，勇德公司於合併前並無實質重要營
29 運，合併後改以消滅公司為名，並留用消滅公司經營管理階
30 層及員工而從事相類之營業項目，且消滅公司經營股東李後
31 藤家族，由持有消滅公司即原復盛公司46.8%股權，藉由轉

01 投資荷商 Valiant 公司而變為間接持有新復盛公司 51.8% 股
02 權，是被上訴人認定勇德公司係為系爭合併案而設立之公司
03 ，原復盛公司並未因合併而消滅，實係原復盛公司之經營股
04 東，經由股權結構之調整，而以間接持有過半數股權之方式
05 繼續經營，對新復盛公司仍具有控制能力，尚屬有據。從而
06 被上訴人以源於新復盛公司合併產生之商譽，既因系爭合併
07 案之經濟實質應為股東結構之調整，而無商譽之產生，則上
08 訴人主張因受讓分割新復盛公司營業而取得之商譽，即失所
09 附麗，故否准上訴人認列，即無不合。（三）另董監席次之
10 設計亦可能係出於確保投資之目的，故尚難僅以原復盛公司
11 經營股東與國外控股公司投資人之董監席次人數均未過半，
12 即無視過半股權所表彰之股東表決權數。又強賣權一般係約
13 定投資人得在特定條件下，於其將股份出售第三人時，得併
14 予要求原股東一併出賣股份，而此特定條件多係關於投資人
15 重大權益保障之目的，與公司一般財務營運及人事決定有別
16 ，如未就契約結構及約定內容全面觀察，尚難徒以強賣權約
17 定之存在，即可逕執以作為認定持有過半股份之經營團隊不
18 具控制力之證據。本件依上訴人所提部分協議節本，僅得認
19 定橡樹公司確擁有強賣權，惟難據此逕為認定原復盛公司經
20 營股東因此而喪失對新復盛公司之控制能力。（四）本件被
21 上訴人係以勇德公司成立目的，在於合併收購原復盛公司，
22 本身並無其他業務，雖形式上吸收合併原復盛公司，惟經濟
23 實質上僅係股東結構之調整，既經原審調查認定如前，則被
24 上訴人既非認定系爭合併案收購成本、合併價值或商譽計算
25 有何非常規交易之安排；亦非認定股權之收購相關主體間有
26 何名不符實或虛偽，並無涉及不同主體之調整情事，依上述
27 規定及說明，核非行為時企業併購法第 42 條第 1 項規範之範
28 疇，上訴人主張本件應有同條項第 2 款規定之適用，需報經
29 賦稅主管機關財政部核准後始得調整有關新復盛公司之商譽
30 云云，亦無足採等語。

31 五、上訴意旨略謂：（一）行為時企業併購法第 42 條第 1 項所規

01 定「調整」之適用，除第1款「有以不合交易常規之安排」
02 屬交易金額多寡之調整外，並包含第2款「有藉由股權之收
03 購、財產之移轉或其他虛偽之安排」屬經濟實質之調整。是
04 縱如原判決所指「原則上會涉及形式上移轉者、受移轉者與
05 實質上移轉者、受移轉者歧異，故為本條項規定該2款情形
06 之調整時，多會含主體之調整」之情形，因所為原復盛公司
07 之原經營股東有藉由成立新復盛公司，透過新復盛公司對其
08 及其他股東所持有原復盛公司之股權收購方式，以併購原復
09 盛公司，屬與經濟實質不符之股權架構調整下原復盛公司實
10 質未消滅之認定，亦涉及收購之股權為虛偽安排之主體調整
11 ，仍為上開法條規定之範圍所及。而原判決未能正確適用，
12 亦未以上級審廢棄判決之法律上判斷為其判決基礎，自己構
13 成判決不適用法規或適用不當、違反論理法則及理由矛盾等
14 違背法令之上訴理由。（二）原復盛公司為一股票上市公司
15 ，其原經營股東持有該公司46.8%股權，雖未超過半數，然
16 因其他投資人難以凝聚超過該股權比例之表決權與之抗衡，
17 故具有對原復盛公司之控制能力。而在新投資方橡樹公司加
18 入後，原復盛公司之原經營股東雖間接持有新復盛公司51.8
19 %股權，惟其餘48.2%股權則全數由有意參與公司經營並能
20 影響公司重大議決事項之新投資方橡樹公司所持有，致原經
21 營股東於併購後公司投資股權及經營管理架構之客觀條件下
22 擔任新復盛公司之董事席次未能過半、董事會議案須於原經
23 營股東與橡樹公司雙方無異議下始能通過，及伴隨橡樹公司
24 能在未來於符合一定條件下之售股機制擁有股份之強賣權，
25 致使原經營股東持股事物本質於橡樹公司參與投資經營後已
26 發生實質改變。原審判決任意截取片斷證據而未究明本件完
27 整事實全貌，僅以合併後原復盛公司之原經營股東仍間接持
28 有新復盛公司51.8%股份，作為判斷其對新復盛公司仍掌有
29 「控制能力」之依據，進而認定本案併購交易之經濟實質自
30 始均未改變，其會計處理不適用屬稅務行政法源之財會公報
31 第25號「企業合併-購買法之會計處理」而無商譽等無形資

01 產產生之餘地，卻刻意省略財會公報第7號「合併財務報表
02 」第16段第1項但書「有證據顯示其持股未具有控制能力者
03 ，不在此限」規定涵攝於本件事實之應有法律效果之情，亦
04 構成判決不適用法規或適用不當、違反論理法則、經驗法則
05 、證據法則及不備理由等違背法令之上訴事由。（三）本院
06 107年3月份第1次庭長法官聯席會議決議，已載明其適用之
07 前提事實為：「本件設題，依經濟觀察法，利用股權移轉而
08 為併購之一連串法律形式的安排，合併後存續之新A公司僅
09 為舊A公司股東結構之轉換，舊A公司實質上未消滅，並無
10 併購之經濟實質」。據此，本案原復盛公司之原經營股東在
11 新投資方橡樹公司加入後，已不具有對新復盛公司之控制能
12 力，致使原復盛公司因非聯屬之新復盛公司對其併購取得控
13 制能力而消滅，自無本院107年3月份第1次庭長法官聯席會
14 議決議之適用等語，為此請求廢棄原判決，並撤銷訴願決定
15 及原處分（即復查決定）。

16 六、本院查：

17 (一)行為時（即於104年7月8日修正公布全文54條、105年1月8日
18 施行前）企業併購法第4條規定：「本法用詞定義如下：一
19 、公司：指依公司法設立之股份有限公司。二、併購：指公
20 司之合併、收購及分割。三、合併：指依本法或其他法律規
21 定參與之公司全部消滅，由新成立之公司概括承受消滅公司
22 之全部權利義務；或參與之其中一公司存續，由存續公司概
23 括承受消滅公司之全部權利義務，並以存續或新設公司之股
24 份、或其他公司之股份、現金或其他財產作為對價之行為。
25 四、收購：指公司依本法、公司法、證券交易法、金融機構
26 合併法或金融控股公司法規定取得他公司之股份、營業或財
27 產，並以股份、現金或其他財產作為對價之行為。五、股份
28 轉換：指公司經股東會決議，讓與全部已發行股份予他公司
29 作為對價，以繳足公司股東承購他公司所發行之新股或發起
30 設立所需之股款之行為。六、分割：指公司依本法或其他法
31 律規定將其得獨立營運之一部或全部之營業讓與既存或新設

之他公司，作為既存公司或新設公司發行新股予該公司或該公司股東對價之行為。七、母、子公司：直接或間接持有他公司已發行有表決權之股份總數或資本總額超過半數之公司，為母公司；被持有者，為子公司。八、外國公司：指以營利為目的，依照外國法律組織登記之公司。」第35條規定：「公司進行併購而產生之商譽，得於十五年內平均攤銷。」第42條第1項規定：「公司與其子公司相互間、公司或其子公司與國內、外其他個人、營利事業或教育、文化、公益、慈善機關或團體相互間有下列情形之一者，稽徵機關為正確計算相關納稅義務人之所得額及應納稅額，得報經賦稅主管機關核准，按交易常規或依查得資料予以調整：一、有關收入、成本、費用及損益之攤計，有以不合交易常規之安排，規避或減少納稅義務者。二、有藉由股權之收購、財產之轉移或其他虛偽之安排，不當為他人或自己規避或減少納稅義務者。」

(二)行為時（98年9月14日修正發布）營利事業所得稅查核準則第2條第1項、第2項規定：「（第1項）營利事業所得稅之調查、審核，應依稅捐稽徵法、所得稅法、所得基本稅額條例及本準則之規定辦理，其未經規定者，依有關法令規定辦理。（第2項）營利事業之會計事項，應參照商業會計法、商業會計處理準則及財務會計準則公報等據實記載，產生其財務報表。至辦理所得稅結算申報時，其帳載事項與所得稅法、所得稅法施行細則、促進產業升級條例、促進產業升級條例施行細則、營利事業所得稅不合常規移轉訂價查核準則、本準則及有關法令規定未符者，應於申報書內自行調整之。」第96條第3款規定：「各項耗竭及攤折：……三、無形資產應以出價取得者為限，其計算攤折之標準如下：（一）營業權為10年。（二）著作權為15年。（三）商標權、專利權及其他特許權為取得後法定享有之年數。（四）商譽最低為5年。」行為時財務會計準則公報第25號「企業合併－購買法之會計處理準則」（財團法人會計研究發展基金會於85年

3月7日發布、94年12月22日第一次修訂、95年11月30日第二次修訂)第1段規定：「本公報係規範企業合併採購法之會計處理準則。」第2段規定：「本公報之適用範圍，包括一公司取得一家或多家公司之控制能力，或一新成立之公司同時取得多家公司之控制能力等情況。」第3段規定：「...由一家公司移轉其全部資產及負債予該公司新設立之子公司及聯屬公司間（如母公司與子公司或子公司間）全部資產及負債之移轉或股份之交換，不適用本公報。」第4段規定：「本公報用語定義如下：(1)企業合併：係指一個公司取得一個以上公司之控制能力而合併為一個經濟個體。(2)購買法：係將企業合併視為一個公司收購另一個公司之交易。收購公司將收購之淨資產按成本入帳，其收購成本超過有形及可辨認無形資產之公平價值扣除承擔之負債後淨額部分，應列為商譽。取得年度之合併損益，包括收購公司當年度全年損益及被收購公司於收購日後扣除少數股東所享權益之損益。(3)收購：係指購買法下，一公司（收購公司）以發行證券、支付現金、交付其他資產或承擔負債等方式取得他公司（被收購公司）股權之交易。...」第17段規定：「收購公司應按第10段之規定，將收購成本分攤至取得之資產與承擔之負債，其步驟如下：(1)因收購而取得之可辨認資產與承擔之負債，不論是否列示於被收購公司之財務報表上，均應按收購日之公平價值衡量。(2)將所取得可辨認淨資產之公平價值與收購成本比較，若收購成本超過所取得可辨認淨資產公平價值，應將超過部分列為商譽；若所取得可辨認淨資產公平價值超過收購成本，則其差額應就非流動資產（非採權益法評價之金融產、待出售非流動資產、遞延所得稅資產及預付退休金或其他退休給付除外）分別將其公平價值等比例減少之，若減少至零仍有差額時，應將該差額列為非常利益。資產與負債之公平價值，得依據獨立專家之估價報告，或參考資產於收購價格分攤期間出售之價格衡量之。至於資產或負債之課稅基礎則不影響其公平價值之衡量。」行為

時財務會計準則公報第7號第16段規定：「（第1項）投資公司直接或間接持有被投資公司有表決權之股份超過50%者，即對被投資公司有控制能力，但有證據顯示其持股未具有控制能力者，不在此限。（第2項）投資公司直接或間接持有被投資公司有表決權之股份雖未超過50%，但若有下列情況之一者，仍視為對被投資公司有控制能力：（1）與其他投資人約定下，具超過半數之有表決權股份之能力。（2）依法令或約約定，可操控公司之財務、營運及人事方針。（3）有權任免董事會（或約當組織）超過半數之主要成員，且公司之控制操控於該董事會（或約當組織）。（4）有權主導董事會（或約當組織）超過半數之投票權，且公司之控制操控於該董事會（或約當組織）。（5）其他具有控制能力者。」

(三) 原判決依前揭理由，認被上訴人以新復盛公司於系爭合併案並未產生商譽，上訴人主張因受讓該公司分割之相關營業而繼受之商譽，即失其依據，而否准上訴人99年度營利事業所得稅結算申報列報關於99年11月1日受讓自新復盛公司分割運動器材事業部及精製品事業部之相關營業所取得商譽之本年度攤折數27,740,619元，並核定上訴人99年度各項耗竭及攤提為1,868,407元，併同其餘調整，補徵稅額2,744,062元，尚無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合，上訴人訴請撤銷訴願決定及原處分，為無理由，應予駁回。經核其認事用法均無不合。

(四) 上訴意旨雖再以前詞爭執，惟按行為時財務會計準則公報第37號「無形資產之會計處理準則」（財團法人會計研究發展基金會於95年7月20日發布）第45段、第48段及第80段分別規定：「內部產生無形資產之成本為該資產首次同時符合第64及78段所述認列條件之日起，所發生之支出總和。企業已認列為費用之支出不宜再資本化。」「……內部產生之商譽因非屬企業所能控制之可辨認資源（無法與其他資產分離，或非合約或其他法定權利而產生），且其成本無法可靠衡量，故不宜認列為資產。」及「內部產生之商譽不得認列為資

01 產。」而本院判決先例曾就法律問題：〈A公司原為國內上
02 市公司，其管理階層（亦為大股東）與海外私募基金經由境
03 外資產管理公司共同投資國內之B公司，由B公司於民國96年
04 間在公開市場陸續以現金收購A公司原管理階層及其他散戶
05 持有之全部股權，俟A公司下市後，B公司即於97年初將A公
06 司（下稱舊A公司）吸收合併，B公司為存續公司，並更名為
07 A公司（下稱新A公司）。新A公司乃將其收購成本超過其所
08 取得舊A公司可辨認淨資產公平價值之部分，列為商譽，再
09 從97年度開始以其攤折數作為費用，申報營利事業所得稅。
10 稽徵機關審查後認為B公司成立的目的即在收購舊A公司之股
11 份，本身並無其他業務，合併後新A公司之經營仍由舊A公司
12 原管理階層掌控，主要營業項目亦無改變，股權結構僅由原
13 管理階層與散戶直接持有舊A公司的股份，調整為原管理階
14 層與海外私募基金間接持有新A公司之股份，故B公司僅係形
15 式上收購舊A公司之股份及加以吸收合併，舊A公司實質上並
16 未消滅，其內部產生的商譽非屬企業所能控制之可辨認資產
17 ，且其成本無法可靠衡量，不得認列為資產，新A公司應依
18 其所吸收合併之舊A公司原財務報表帳列相關科目之帳面金
19 額為入帳基礎，不得認列商譽。問：稽徵機關於剔除新A公
20 司申報的商譽攤折數，調增其課稅所得額時，是否有行為時
21 （民國104年7月8日修正公布前，下同）企業併購法第42條
22 第1項第2款規定「報經賦稅主管機關核准」程序之適用？〉
23 存有歧異見解，經提交本院庭長法官聯席會議討論後，於10
24 7年3月13日表決結果，多數採否定說之結論，並作成決議文
25 如下：「行為時企業併購法第42條第1項第2款係規範如有藉
26 股權收購，財產轉移或其他虛偽安排，不當規避或減少納稅
27 義務之情形，發生形式所得人與實質所得人之歧異，涉及所
28 得主體之調整，故為本款規定調整時，乃為茲慎重，特別明
29 定須為『報經賦稅主管機關核准』之程序。本件設題，依經
30 濟觀察法，利用股權移轉而為併購之一連串法律形式的安排
31 ，合併後存續之新A公司僅為舊A公司股東結構之轉換，舊A

01 公司實質上未消滅，並無併購之經濟實質，舊A公司內部產
02 生之商譽不得認列為資產，新A公司應依舊A公司之資產負債
03 按原有帳面金額衡量，當無商譽攤銷之問題。故新A公司並
04 無行為時企業併購法第35條規定併購商譽攤銷而認列費用之
05 適用。因並未發生商譽的法律上歸屬名義人與經濟上實質享
06 有人歧異而須為所得主體之調整，稽徵機關依實質課稅原則
07 （司法院釋字第420號解釋、稅捐稽徵法第12條之1第2項規
08 定參照；另106年12月28日施行之納稅者權利保護法第7條規
09 定亦同此旨），剔除新A公司列報商譽之攤銷，係本於防杜
10 租稅規避之結果，並非行為時企業併購法第42條第1項第2款
11 規範之範疇，自無須『報經賦稅主管機關核准』程序之適用
12 。」（肯定說與否定說及其研究意見之詳細內容，請參見本
13 院107年3月份第1次庭長法官聯席會議決議公告）準此，原
14 判決以勇德公司成立目的，在於合併收購原復盛公司，本身
15 並無其他業務，雖形式上吸收合併原復盛公司，惟經濟實質
16 上僅係股東結構之調整，應依經濟實質認定原復盛公司並未
17 消滅，內部產生之商譽不得認列為資產，亦不生商譽之無形
18 資產及其攤銷問題；被上訴人既非認定系爭合併案收購成本
19 、合併價值或商譽計算有何非常規交易之安排，亦非認定股
20 權之收購相關主體間有何名不符實或虛偽，並無涉及不同主
21 體之調整情事，核非行為時企業併購法第42條第1項規範之
22 範疇等語為由，論斷「原告主張本件應有企業併購法第42條
23 第1項第2款規定之適用，需報經賦稅主管機關財政部核准後
24 始得調整有關新復盛公司之商譽云云，亦無足採」、「被告
25 認定新復盛公司於97年之系爭合併案，並未產生商譽，原告
26 亦無從於99年因受讓該公司分割之營業而繼受商譽，即無違
27 誤」，核與上開決議意旨尚無牴觸。上訴意旨主張行為時企
28 業併購法第42條第1項所規定「調整」之適用，除第1款「有
29 以不合交易常規之安排」屬交易金額多寡之調整外，並包含
30 第2款「有藉由股權之收購、財產之移轉或其他虛偽之安排
31 」屬經濟實質之調整，是縱如原判決所指「原則上會涉及形

式上移轉者、受移轉者與實質上移轉者、受移轉者歧異，故為本條項規定該2款情形之調整時，多會含主體之調整」之情形，因所為原復盛公司之原經營股東有藉由成立新復盛公司，透過新復盛公司對其及其他股東所持有原復盛公司之股權收購方式以併購原復盛公司，屬與經濟實質不符之股權架構調整下原復盛公司實質未消滅之認定，亦涉及收購之股權為虛偽安排之主體調整，仍為上開法條規定之範圍所及，而原判決未能正確適用，亦未以上級審廢棄判決之法律上判斷為其判決基礎，自己構成判決不適用法規或適用不當、違反論理法則及理由矛盾云云，乃以其主觀歧異之見解，對原審認定事實、適用法律職權之正當行使，指摘為不當，已不足採。至於企業是否因併購而提升經營效率或產生綜效，與收購公司是否因併購而取得被收購公司既有的商譽，本屬兩件事情，原判決理由所謂「新復盛公司於97年之系爭合併案，並未產生商譽」等語，其真意應係指「新復盛形式上雖有併購行為，惟實質上僅屬股權結構之調整或重組，被併購之原復盛公司縱使原有內部商譽，亦不會移轉至新復盛公司」，併此敘明。

(五)上訴人重複其於原審之主張：原復盛公司為一股票上市公司，其原經營股東持有該公司46.8%股權，雖未超過半數，然因其他投資人難以凝聚超過該股權比例之表決權與之抗衡，故具有對原復盛公司之控制能力；而在新投資方橡樹公司加入後，原復盛公司之原經營股東雖間接持有新復盛公司51.8%股權，惟其餘48.2%股權則全數由有意參與公司經營並能影響公司重大議決事項之新投資方橡樹公司所持有，致原經營股東於併購後公司投資股權及經營管理架構之客觀條件下擔任新復盛公司之董事席次未能過半、董事會議案須於原經營股東與橡樹公司雙方無異議下始能通過，及伴隨橡樹公司能在未來於符合一定條件下之售股機制擁有股份之強賣權，致使原經營股東持股事物本質於橡樹公司參與投資經營後已發生實質改變云云，揆諸原判決已論明依系爭合併案之公開

收購說明可知，系爭合併案之國外控股公司投資人橡樹公司，自始即約定留用原復盛公司經營股東，並預為約定未來售股機制及具體期程，則被上訴人認定橡樹公司並非以參與新復盛公司經營為主要投資目的，尚非全然無據，且董監席次之設計亦可能係出於確保投資之目的，故尚難僅以原復盛公司經營股東與國外控股公司投資人之董監席次人數均未過半，即無視過半股權所表彰之股東表決權數，而得認有確切證據可證原復盛公司經營股東對新復盛公司之財務營運及人事並無控制力；至於強賣權一般係約定投資人得在特定條件下，於其將股份出售第三人時，得併予要求原股東一併出賣股份，而此特定條件多係關於投資人重大權益保障之目的，與公司一般財務營運及人事決定有別，如未就契約結構及約定內容全面觀察，尚難徒以強賣權約定之存在，即可逕執以作為認定持有過半股份之經營團隊不具控制力之證據，本件依上訴人所提部分協議節本，僅得認定橡樹公司確擁有強賣權，惟難據此逕為認定原復盛公司經營股東因此而喪失對新復盛公司之控制能力等語，被上訴人於原審答辯意旨並說明橡樹公司於最初契約中即約定強賣權等售股機制，益見其原意即在於出售股票獲利，而非參與新復盛公司經營等語，透過以上之客觀事實可知，新復盛公司之日常經營活動，實質上仍由原復盛公司之經營股東控管（所以董事長及總經理仍由原經營股東擔任）；橡樹公司僅擔任「經營監督者」之角色，並無法在「未得原經營股東同意」之情況下，因不滿意經營股東之表現，單方置換新復盛公司之實際經營團隊成員；而「強賣權」之實質功能，亦屬對新復盛公司實際經營團隊成員（即原復盛公司之經營股東）之一種「最後」監督手段（即若協商更換新復盛公司經營團隊不成功，即將新復盛公司股份全部出售）。從而，原判決認定原復盛公司之經營股東，對新復盛公司仍具控制能力，尚無違論理與經驗法則，符合行為時財務會計準則公報第7號第16段第1項前段之規定，上訴人前開主張，實不具客觀說服力，無從推翻原判決之

01 判斷。

02 (六)上訴意旨雖另主張原復盛公司之經營股東在新投資方橡樹公
03 司加入後，已不具有對新復盛公司之控制能力，致使原復盛
04 公司因非聯屬之新復盛公司對其併購取得控制能力而消滅，
05 自無本院107年3月份第1次庭長法官聯席會議決議之適用云
06 云，惟原判決既已認定勇德公司成立目的，在於合併收購原
07 復盛公司，本身並無其他業務，雖形式上吸收合併原復盛公
08 司，惟經濟實質上僅係股東結構之調整，原復盛公司之經營
09 股東仍然繼續對新復盛公司有控制能力，原復盛公司實質上
10 並未消滅等情屬實，核與本院107年3月份第1次庭長法官聯
11 席會議決議文之前提事實「B公司成立的目的即在收購舊A公
12 司之股份，本身並無其他業務，合併後新A公司之經營仍由
13 舊A公司原管理階層掌控，主要營業項目亦無改變，股權結
14 構僅由原管理階層與散戶直接持有舊A公司的股份，調整為
15 原管理階層與海外私募基金間接持有新A公司之股份，故B公
16 司僅係形式上收購舊A公司之股份及加以吸收合併，舊A公司
17 實質上並未消滅」相符，自有該決議文之適用，上訴意旨此
18 部分主張亦不足採。

19 (七)綜上所述，原審並無判決不適用法規、適用不當、不備理由
20 或理由矛盾等違背法令情形。上訴論旨，仍執前詞，指摘原
21 判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

22 據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第
23 98條第1項前段，判決如主文。

24 中 華 民 國 108 年 2 月 21 日

25 最高行政法院第四庭

26 審判長法官 鄭 小 康

27 法官 劉 介 中

28 法官 帥 嘉 寶

29 法官 林 樹 埔

30 法官 林 文 舟

31 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

01 中 華 民 國 108 年 2 月 21 日
02 書記官 徐 子 嵐