

# 評財政部有關贈與稅之解釋數則

劉 興 源\*

## 目 次

- 一、遺產及贈與稅法第廿一條之涵義—兼評財政部第三五七九四號解釋
- 二、民法第四〇七條在贈與稅上之適用—  
兼評財政部第三三五九一號及三〇四三〇號解釋

### 一、遺產及贈與稅法第廿一條之涵義——兼評財政部第三五七九四號解釋

#### (一)、問 題

父親甲將其座落台北市之某棟房屋（市價新台幣一百五十萬元）於向某銀行（簡稱“乙”）貸得一百一十萬元並以該筆不動產設定抵押權給乙後，將該棟房屋贈給其子丙。於此情形，甲應否以依遺產及贈與稅法於贈與時繳納贈與稅，換言之，該法第廿一條規定，贈與附有負擔者，由受贈人負擔部分應自贈與額中扣除。贈與抵押物時，其上所設定之抵押債權是否屬本條所稱之「負擔」，不無疑問。茲析論如次。

#### (二)、附負擔贈與之意義

附負擔之贈與規定於我民法第四百十二條。一般贈與，受贈人不負任何義務，屬於純粹的無償、片務契約；但附負擔之贈與，受贈人卻負有一定給付義務。此一

定給付義務，即所謂負擔。如學校對於畢業生贈與留學費用，約明學成後回校服務兩年，又如贈與土地一筆，約明闢為公園並免費供公眾遊玩五年。前者為為贈與人自己利益之計，後者則以第三人（不特定的大眾）為受益人。唯不論何者，負擔係一種附款，乃贈與契約之一部，並非贈與契約與負擔契約之結合，尤為要者，附負擔之贈與仍不失其無償之本質，贈與為主，負擔為從，雙方之給付有主從關係，並無兩相報償互為對價之關係，從而無互為條件，彼此立於同時履行之地位，否則將與買賣，互易等有償契約及雙務契約無所區別。然而民法第四一二條規定受贈人如不履行其負擔時，贈與人得請求受贈人履行其負擔，或逕撤銷業已生效且履行完畢（至少就贈與人而言，應屬履行完畢，而且負擔係附屬於贈與人之給付，故贈與

\*本文作者為本系副教授，美國杜蘭（Tulane）大學法學博士

之履行與否，應以贈與人是否業已給付爲斷）之贈與而使之溯及地失其效力。由此可見，負擔雖不與贈與人之給付立於對等之地位；但是負擔之履行與否往往動搖贈與之效力，其對於贈與人無償給付之原因或目的頗具重要性，乃不難想見。

在某些有償的雙務契約，依其契約之本質（如租賃）或依當事人之約定，一方有先爲給付之義務而拒爲給付者，他方得請求履行或據以解除契約（民法第二五四條以下參照）。此類情形與附負擔贈與不無相似之處。此外，民法第四一三條祇規定附有負擔之贈與，其贈與不足償其負擔者，受贈人僅於贈與之價值限度內，有履行其負擔之責任。本條並未規定贈與人之給付與受贈人之負擔在價值上必須顯不相當者爲限。因此，判斷附負擔贈與以別於一般有償契約之標準無法求諸於契約雙方當事人之給付客觀是否價值相當成立於同時履行之地位，相反地，似能應觀察雙方當事人在主觀上是否以對方之給付爲本身給付之條件或原因（即互爲對待給付）。具體而言，受贈人之負擔之所以別於一般有償契約之債務在於其給付係出自於贈與人之所贈，所謂「取之於他人（贈與人），而用之於他人（贈與人本人或第三人），名爲負擔，實爲「慷他人之慨」，借花獻佛，受贈人本身始終無損失可言，充其量僅爲其受贈範圍有所減縮而已，故仍不失其無償性。

民法第四一二條所定負擔之內容本無任何明文之限制，不論是否具有財產價值均

可，又其履行已否設有擔保亦在所不問，祇是贈與人於受贈人不履行時得撤銷其贈與而已，又負擔之受益人亦無任何限制。然而在遺產及贈與稅法施行細則第十八條第一項則規定贈與所附之負擔以具有財產價值，業經履行或能確保其履行者爲限。此所謂「能確保其履行」究何所指，是否指業經設定抵押權等擔保物權，抑另有保證人訂有保證契約，從而受贈人不履行時，可就擔保物變價以履行其負擔或命保證人代負履行之責，不甚明瞭。財政部六十二年六月二日（62）台財稅第三五四〇七號函謂：「依遺產及贈與稅法第廿一條規定，在贈與額中扣除之負擔，以具有財產價值，業經履行或能確保其履行者爲限，本案贈與契約書中所列應負扶養費乙節，如無法確保其履行，應不准自贈與額中扣除。」如何始能謂其履行業經確保，本函亦未明示，在適用上易啓爭執。

財政部六十四年八月十六日（64）台財稅字第三五九七四號函重申依遺產及贈與稅第廿一條自贈與額中扣除扣除之負擔，以具有財產價值，業經履行或能確保其履行者爲限。本函所得之事實爲贈與人陳○○向曾○○購買價值五四二五〇〇元之不動產房屋一棟贈與其子陳○○及陳○○二人，約定由承買人負擔償還出賣人之未償抵押借款五〇〇，〇〇〇元，該受贈之陳○○尚未成年，另一受贈人陳○○業已成年尚在求學中，既據稱未具足以履行償還此項未償借款之能力，則此項依契約由承買人償還之借款必由贈與人（亦即原承

買人)陳○○負擔償還。據此,該函認為於核課贈與稅時,對該項抵押權擔保之債務不得扣除。本案衡量受贈人履行負擔能力乃以贈與時為準,本案受贈人於受贈時無置產能力,從而認受贈人之負擔未能確保其履行。依此,如果受贈人於受贈人如有置產能力,則其履行負擔即已受確保,似不以該項負擔具備物的或人的擔保為必要。換言之,本案之受贈人為已成年且從事工作(而非未成年或在學中),則應做相反之認定。在理論上,以是否有置產能力或是否成年且擔任工作判斷贈與所附之負擔是否已受到履行之確保,實屬不通。蓋如前所述,贈與所附之負擔不外出身於贈與物本身,所謂「羊毛出在羊身上」,因此,只要負擔之價值不超過贈與物之價值(超過部分,無履行之義務),難謂受贈人無履行之能力。換言之,受贈人履行其負擔,不為外物,不待另外提出其本身自有之財物,因此,負擔能否確保履行應與受贈人有無工作或已否成年無必然關聯。癥結應在於負擔之受益人是否得依法請求受贈人履行其負擔,換言之,在於受益人是否得據以取得執行名義聲請法院對受贈人強制執行其負擔。本解釋函所課之事實與本文所欲加討論之問題相似,以下將依據上開原則分別說明如下:

### (三)、受贈人承擔抵押債務者

上開財政部第三五九七四號函所課之贈與人所承擔之五十萬元抵押債務以及本

文欲加討論之問題中贈與人申貸之一百一十萬元抵押債務如於贈與時約明由受贈人承擔,此項受贈人之負擔具財產價值自無問題。依上開解釋函之見解,此項負擔能否確保其履行應求諸於受贈人本身之資力而非抵押權人得否依法聲請法院為強制執行(即拍賣抵押物一贈與物)以滿足其債權,實有誤解。蓋贈與人依其與受贈人間之贈與契約當能請求受贈人履行其負擔(於此為清償其所承擔之抵押債務),受贈人如不履行,贈與人得以撤銷贈與為強制其履行之手段,故對贈與人而言,贈與所附之負擔,無不確保之情形。而對負擔之第三受益人而言,民法第二六九條第一項規定,以契約訂定向第三人為給付者,其第三人對於債務人亦有直接請求給付之權,故第三人請求受贈人履行負擔之權當無問題。所不問者,第三人不得以撤銷贈與強制受贈人履行,但是不妨對債務人(受贈人)起訴請求給付,於取得確定判決(執行名義)後聲請法院強制執行。如負擔乃以公益為目的者,該條第二項進而規定,於贈與人死亡後,主管官署得命受贈人履行其負擔。良以以公益為目的之負擔,其受益人乃不特定的大眾,應有代表機關請來受贈人履行。主管官署命受贈人履行之行政命令在解釋上應有行政執行法之適用,從而受贈人之履行受到確保。

因此,遺產及贈與稅法施行細則第十八條第一項所謂負擔能確保其履行為如非指人或物的擔保,實即無實質上的意義。縱使其意指人或物的擔保,於系爭的問題中

，受贈人因承擔抵押債務而成變新債務人，贈與人（原債務人）已脫離債權債務關係，而另一方面，抵押權人於受贈人不履行其負擔（即不清償抵押債務）時，得聲請法院裁定後對抵押物（贈與標的物—不動產）拍賣，就其價金取償。由此可觀，財政部第三五九七四號函否認此項負擔之履行不能確保，難予維持。

於此有一問題頗值一提，遺產及贈與稅法第五條第一款規定，在請求權時效內無償承擔債務者，其所承擔之債務以贈與論，從而應依本法課征贈與稅。上開受贈人分別承擔五十萬元及一百一十萬元之抵押債務是否構成此所謂無償承擔債務，不無疑問。為前所述，附負擔贈與之本質仍不失其無償性，如是，則受贈人承擔之債務難謂有償，從而理應核課贈與稅，而另一方面，贈與人是否仍應分別就其所贈與之不動產時價全部（一百五十萬元與五十四萬二千五百元）繳納贈與稅，有待商榷。若然，則就抵押債務部份發生實質的雙重課稅現象，蓋受贈人於承擔債務之後，實際上財產上之增值僅止於抵押物之價值扣除抵押債務之餘額，而此亦贈與人之財產減少之部分，對贈與人而言，毫無受贈之結果可言，然而稽征機關卻分別對贈與雙方課以贈與稅。如對贈與人課征贈與稅時，僅就扣除抵押債務之餘額（另當可依該法第廿二條扣除四十五萬元之免稅額，自無問題）為之，而對受贈人所承擔之抵押債務部分仍課征贈與稅，則贈與人所繳之贈與稅卻不如受贈人之多。本法第七條規定

，贈與稅之納稅義務人為贈與人，僅於贈與人行踪不明或逾期不繳而又無財產可供執行時，始對受贈人課征。同時同法第廿一條對贈與附負擔者，於核課贈與稅時，在先扣除由受贈人負擔之部分。本條之立法原意似無對受贈人就其負擔部分另行課征贈與稅之意。而另一方面，附負擔之贈與如以互易視之，則無贈與稅之問題。系爭問題所課之不動產時價，如考慮其起伏波動之因素，其與抵押債務差距並非甚大，如認定為互易，亦無不當。茲以贈與論征贈與稅，其稅負不應驟然鉅增，影響所及納稅義務人勢必競相以互易代替贈與，其結果反不利贈與稅之稅收並有背贈與稅之本意。綜上而言，負擔之履行既出身於贈與物本身，與一般互易在本質上亦不可同日而語。吾人以為於此情形應僅就贈與之不動產時價扣除抵押債務及免稅額之餘額課征贈與稅，其結果於系爭問題均為免納贈與稅。

#### （四）、受贈人未承擔抵押債務者

系爭贈與標的物—不動產之受贈人如未承擔其所設定之抵押債務，贈與人仍為債務人自屬無疑，而抵押權設定後不因抵押物所有權之移轉而受影響（民法第八六七條之參照），從而受贈人所受贈之不動產存有抵押權致受贈人處於一般所謂物上保證人之地位，將來抵押借款清償期屆立而贈與人（債務人）未清償時，抵押權人仍得聲請法院拍賣抵押物（贈與物），

就其賣得價金受償。於此情形，抵押物之贈與，其上所設定之抵押權是否屬遺產及贈與稅法第二十一條得自贈與額（贈與物之時價）扣除之負擔，頗值深究。

不動產設定抵押權之後，抵押物設定人並不喪失其占有及使用收益之權限，甚至其處分權亦不受影響，所不同者，其交換價值在抵押權塗銷前受有限制，如欲以之再提供擔保申貸借款，則授信之額度囿於抵押物之價值扣除業已設定之抵押債務後的餘額，而且在抵押債務給付遲延時，設定人（債務人本人或第三人）則有喪失其所有權之虞。綜合而觀，凡對所有權使用，收益或處分之權限有所限制均不失為一種負擔，而依上開施行細則第十八條第一項之規定，抵押債務乃具財產價值而且其履行已受有確保，故亦不失為負擔之一種。問題在於此項負擔是否最後應由受贈人承受損失。如受贈人於贈與時業已約明承擔抵押債務者，則受贈人乃最後的且唯一的債務人，清償之損失責無旁貸；然而為受贈人未承擔抵押債務，贈與人仍屬債務人，因清償所致之損失，最後仍應由其承受。申言之，如在清償期屆至時，贈與人居於債務人之地位，清償其贈與前所生之債務，贈與物之抵押權因而消滅，從而對受贈人要無任何負擔可言。如贈與人遲延時，受贈人因抵押權人實行抵押權而喪失其受贈不動產之所有權，或受贈人代為清償債務，依民法第八七九條之規定，受贈人依關於保證之規定，對於債務人（即贈與人）有求償權。而民法第七四九條之

規定，受贈人向債權人為清償後，債權人對於主債務人之債權，於其清償之限度內，移轉給受贈人（原條文為“保證人”），此為法定的債權移轉，不待通知即對債務人（於此為贈與人）生效。

據此，如受贈人（於此為物上保證人）代贈與人清償抵押債務後，取得抵押權人之原來債權，得以債權人之身分請求贈與人（主債務人）清償上開抵押借款（於此分別為一百一十萬元及五十萬元）。最後贈與人仍不免清償之責，而受贈人之損失亦因民法第八七九、七四九條之規定而受到彌補。縱使受贈人不代為清償抵押債務而任抵押權人拍賣抵押物就其價金受償，受贈人之損失亦可依上開規定而轉嫁給贈與人負擔，換言之，抵押債權不啻贈與物之變形，不動產之贈與轉換為金錢（債權）之贈與，贈與之範圍大致相當，所謂「失之東隅，收之桑榆」，並無實質上的減損。一般附負擔之贈與往往因負擔之履行而減損，已如前所述，然而於此並不見之。故如受贈人未承擔抵押債務，於核課贈與稅時，似無該法第二十一條之適用。既非該條所稱之負擔，遑論其是否與財產價值或其履行是否已受確保（即是否符合該法施行細則第十八條第一項所定之要件）。於此應附言者，如果受贈人代為清償或聽任抵押權人拍賣抵押物受償後，而放棄對贈與人行使求償之權利，在理論上似有遺產及贈與稅法第五條第一款之適用，從而受贈人應就抵押債權額之部份負繳納贈與稅之義務，然而在稽征實務上，贈與人業

不得主張該法第二十一條之扣除額在先，復對受贈人就抵押債務核課贈與稅在後，事實上，受贈人事後拋棄求償之權利與事先在贈與時承擔債務，並無二改，何以二者之稅負相法如此之遠，不妥之處，昭然若揭。吾人以爲至少受贈人事後放棄對贈與人求償之權利，應再無該法第五條第一款之適用，以免重複課征之嫌。

## (五)、結 論

由上而觀，上揭財政部第三五九七四號函解釋遺產及贈與稅法第二十一條准予扣除之負擔乃以受贈人是否成年且有工作（即有置產能力）爲斷。因此，受贈人是否承擔抵押債務（即有負擔之約定）與第二十一條之適用並無關係。如上所述，固然受贈人於贈與時即已約明承擔抵押債務與抵押權人於債權清償期屆滿時實行抵押權，乍觀之下似乎二者相同；但應予區別者，後者之受贈人依民法第八七九、七四九條取得抵押權人之債權而得對贈與人（原債務人）求償。其結果，受贈人爲未承擔債務，實質上並無負擔可言，從而應否與受贈人於贈與時業已承擔債務一併處理，不無問題。而如以抵押權人（贈與所附負擔之受益人）之債權是否獲得履行之確保爲判斷基準，則受贈人是否於贈與時承擔債務又與認定之結論無影響，蓋受贈人從未承擔債務，抵押權人仍得就抵押物拍賣受償。一般而言，受贈人履行負擔之義務因民法第二六九條及第四一二條之規定，而

受確保，故遺產及贈與稅法施行細則第十八條所定之要件究何所指，亦有待商榷。職是而觀，稅法上得扣除之負擔不宜以受贈人有無資力或受益人得否依法強制履行為據，而應觀察該項負擔除受贈人外，是否最後尚有其他他人（如贈與人）應承擔損失而定。據此，如受贈人已承擔債務，則得主張扣除，反之則否。上開第三五九七四號函謂受贈人於抵押債務清償期屆至時，該筆借款勢必由贈與人償還。殊不知如受贈人業先承擔債務於贈與時，贈與人享受第二十一條之扣除額後而代受贈人清償債務，則有第五條第一款之適用。換言之，贈與人應就其代受贈人清償之債務報繳贈與稅。如於抵押物贈與時，縱受贈人承擔債務亦不准依第二十一條扣除，相形之下，就抵押債務部分核課贈與稅，不無預繳之嫌，蓋事後受贈人縱無力清償，抵押權人亦可就贈與物拍賣受償並不以贈與人代爲清償爲唯一途徑。本函不無對尚未發生之贈與預加課征之嫌。

依前段之見解，受贈人於贈與時承擔債務而後於清償屆至時由贈與人代爲清償，就抵押債務部分之贈與稅即達緩征之效果，影響所及，受贈人競相於贈與時先承擔債務以達緩繳贈與稅（甚至逃避贈與稅）之目的。簡便之道有二：一爲一律不准依第二十一條於贈與時扣除抵押債務，祇是當受贈人自行清償債務時有退還贈與稅之問題；另一方法爲一律准予扣除，唯於贈與人代爲清償時稽征機關就其清償之部分繳納贈與稅。退稅與補退之間，納稅義務

人當然選擇後者，而稽征機關欲執前者，祇是上開第三五九七四函是否承認退稅，

未曾昭示，有待日後補充之必要。

## 二、民法第四〇七條在贈與稅上之適用——兼評財政部第三三五九一號及三〇四三〇號解釋

### (一)、前 言

財政部曾於六十六年六月二日及六十七年一月廿日先後以台財稅第三三五九一號函及第三〇四三〇號函釋示：「贈與人將不動產贈與他人，在未辦妥產權移轉登記前，因撤銷贈與，請求撤回贈與稅之申報或請求退還其已繳納之贈與稅款時，應予照准。」此二號解釋既言「撤銷贈與」，當然指贈與行為業已生效，而贈與能生效於所有權移轉登記之前，本法（指遺產及贈與稅法，以下同）很明顯地認贈與係不要物行為或諾成行為（本法第四條第二項參照）。然而何以贈與既已生效，贈與人得於移轉登記前，請求退還已繳納之贈與稅或撤回贈與稅之申報，其據以撤銷之理由不甚明瞭。是否鑒於我民法第四〇七條規定「以非經登記不得移轉之財產為贈與者，在未為移轉登記前，其贈與不生效力」，上開解釋亦未明示。稅法上贈與之涵義是否應與民法上的概念相一致？應予課稅之贈與行為應以權責發生為基礎抑以現實交付為基礎？又上開解釋並未區別撤銷贈與之原因，因此是否以民法第四一二及四一六條所列表定撤銷贈與之原因為限抑及於任意撤銷（同法第四〇八條），有

待商榷。至於動產贈與之撤銷，是否可比照不動產贈與之撤銷，申請退還其已繳納之贈與稅或撤回贈與稅之申報；以及本法第四十四、四十五條所課之行政罰（就未依限辦理贈與稅申報或漏報、短報所處之罰鍰，均易生滋議，茲加以析論如后。

### (二)、民法上與贈與稅法上贈與之概念

依據民法第四〇六條之規定，贈與乃當事人一方以自己之財產為無償給與他方之意思表示，經他方允受即生效力。由此可見，民法上贈與因當事人意思表示之合致而成立（通常由贈與人要約，受贈人承諾，但相反為之亦無不可），其為不要式契約，而非要式契約。又無須於契約成立時現實履行（交付或為移轉登記），故為諾成契約，而非要物契約。實務上，有贈與契約成立之同時即已履行者，此即所謂現實贈與。在一般贈與係先成立贈與契約，而後履行，亦即先有債權行為，而後有物權行為；而現實贈與恰與現實買賣（一手交錢，一手交貨）之情形同，債權契約與物權行為一舉完成；但是贈與之性質不因而變為踐成契約（要物契約）。

然而民法第四〇七條却規定，以非經登記不得移轉之財產為贈與者，在未為移轉登記前，其贈與不生效力。故此種贈與乃成為要物契約。唯最高法院四十年台上字第一四九六號判例謂：「贈與契約之成立，以當事人以自己之財產，為無償給與於他方之意思表示，經他方允受為要件。此項成立要件，不因其贈與標的之為動產或不動產而有差異。惟以動產為贈與標的者，其成立要件具備時，即生效力。以不動產為贈與標的者，除成立要件具備外，並須登記始生效力。此就民法第四百零六條，與第四百零七條之各規定對照觀之甚明。故民法第四百零七條關於登記之規定，屬於不動產贈與之特別生效要件，而非成立要件，其贈與契約，首具備上開成立要件時，除其一般生效要件尚有欠缺外，贈與人應即受其契約之拘束，就贈與之不動產，負為補正移轉登記之義務，受贈人自有此項請求權。」首先，此項判例未注意及所謂法律行為成立，實即生效，二者乃二而一，否則承認法律行為成立而不生效，在法律上實無任何意義，蓋成立與生效並非法律行為發生法律上意義的兩個先後階段，換言之，二者名異而實同。其次，吾人判斷一個契約是否生效，應將其一般生效要件（如當事人有行為能力，標的合法、可能與確定等）及特別生效要件（如遵照法定之方式訂立書面，為移轉登記等）合併以觀。如其中之一不備，則雖謂該特定契約業已生效，從而得據以請求為某種行為或不行為。

益有進者，最高法院復以四十一年台上字第一七五號判例繼蹈錯誤之轍謂：「以非經登記不得移轉之財產為贈與者，在未為移轉登記前，其贈與不生效力，固為民法第四百零七條所明定。惟當事人間對於無償贈與不動產之約定，如已互相表示意思一致，依同法第一五三條第一項之規定，其契約即為成立，縱未具備贈與契約特別生效之要件，要雖謂其一般契約之效力未發生，債務人自應受此契約之拘束，負移轉登記，使生贈與效力之義務。」同院四十四年台上字第一二八七號判例亦同趣旨，並進而認贈與人之繼承人亦負此項「移轉登記使生贈與效力之義務」。所謂「一般契約之效力」，究何所謂，其間當事人權利義務之內容究如何亦欠明瞭。事實上，契約或有一部或全部有效者，然此乃指其所涉之標的可分，從而該契約就某部分標的為有效，而就另一部分無效（民法第二四七條第二項參照）。凡法律行為（契約即其一）生效與否，二者必居其一，除非該項契約係限制行為能力人所訂而屬於效力未定之狀態（民法第七九條以下參照）。至該行為於成立上縱有瑕疵（為錯誤、詐欺、脅迫等原因），其生效後經當事人予以撤銷，乃另一回事。如硬將具一體性的契約效力分裂為二，一為一般契約之效力，另一為特別契約（於此為贈與契約）之效力，從而當事人得依據空洞莫須有的一般契約效力有所請求。縱然如此，其所得請求之事項亦空無一物或任由其單方隨意地加以補充或主張。準此，任何法



律明文規定應踐行一定的手續、方式或訂定書面者，均可依此見解主張民法第一五三條一般契約之效力，而遭破壞無遺。民法第四〇七條之規定及其他要式行爲（如民法第七五八條）或要物行爲（如民法第四六五、四七五條）將因同法第一五三條之存在而毫無意義。依此類推，任何不構成刑法分則所明定之犯罪乃實是否亦構成總則上所謂「一般犯罪行爲」，從而應加處罰？果若如此，罪刑法定主義盪然無存矣！

竊按上開第一七五號判例所稱之「一般契約之效力」，似指第一四九六號判例之一般生效要件，但二者均將一個契約的效力，一分爲二，進而以諾成契約取代任何法定之方式或書面。考其原因，或因「君子重然諾」，古有明訓，贈與人口頭答應或已立書面在先，豈能反悔在後；但是贈與行爲，對受贈人而言，乃百利而無一害，贈與人事後不爲移轉登記，固不無失信之處，而受贈人如據以訴求移轉登記，在道德評價上，揆諸古人不食嗟來食之義，亦令人不敢苟同。另有學者主張任何契約（包括要式或要物契約）均得成立預約，因此，就非經登記不得移轉之財產爲口頭之贈與在解釋上不妨成立贈與之預約，從而受贈人得據以要求贈與人訂立本契約並爲第四〇七條之移轉登記（如鄭玉波著民法債編各論第廿二～廿五頁及第一四九頁）。依此見解，其結果，民法第四〇七條之規定形同虛設。（關於民法第四〇七條規定移轉登記爲不動產贈與之特別生效要件

，李模論不動產贈與契約之生效要件一文有精闢立論，請逕參閱中興法學第十一期第一～十三頁）

反觀我現行遺產及贈與稅法第四條第二項規定贈與乃指財產所有人以自己之財產無償給與他人，經他人允受而生效力之行爲。很明顯地，本法對贈與乃採諾成契約，即民法第四〇六條之原則，殊不因其贈與標的物爲動產抑不動產而異。換言之，本法似排除民法第四〇七條之適用，否則依本法第八條第一項之規定，贈與稅未繳清前，不得辦理贈與移轉登記，而依民法第四〇七條之規定，未移轉登記之贈與尚未生效，贈與既然尚未生效，依理無庸繳納贈與稅。因此，本法猶如對民法第四〇七條之贈與預約或尚未生效之贈與課稅，在時間上具提前之效果。其目的當在於掌握稅源，否則必待移轉登記後始能課稅，則爲時已晚矣！財政部曾於六十七年十二月十四日以(67)台財稅第三八二八八號函就民法上贈與及贈與稅法上贈與所採之定義不必一致加予闡釋。該函謂：「按稅法係國家爲征收租稅所制定之法律，而民法則係規定私權關係之法律，兩者性質本有不同，故遺產與贈與稅法之適用並不當然受民法規定之拘束，……。」此就稅源之掌握，誠非無的；但是民法與贈與稅法同係立法院通過之法律，對同一名詞而爲不一致之規定，宜儘量避免。解決之道在於民法第四〇七條之贈與於將來修正時，宜採書面之訂定爲生效要件，如此則上開判例即無存在之必要，而民法與稅法之歧異

亦將消弭。

### (三)、贈與撤銷與贈與稅

1. 贈與撤銷之原因 贈與之撤銷，依其原因可分為任意撤銷及法定撤銷兩種。前者乃贈與人撤銷贈與得不拘理由甚至不備理由，民法第四〇八條第一項對任意撤銷限制贈與物於交付前始得為之，其已一部交付者，僅得就未交付之部分撤銷之。在解釋上，不動產之贈與有移轉登記及移轉占有（交付）兩項手續，其中移轉登記依第四〇七條乃贈與之生效條件，交付則否。因此，受贈人在移轉登記後，得依其所取得之所有權請求贈與人交付贈與物，亦得依據業已生效之贈與契約請求交付，其情形與動產之贈與雷同。故不動產之贈與似亦有第四〇八條之適用。然而動產之交付乃受贈人取得所有權之要件（民法第七六一條參照），與不動產所有權之取得以移轉登記為要件者大異其趣。因此，如果以受贈人是否業已取得贈與標的物所有權為是否得撤銷之依據，則民法第四〇八條於不動產之贈與無適用之餘地。另一方面，動產之贈與，有第四〇六條之適用，雙方當事人口頭之約定即生贈與之效用；而不動產之贈與縱有口頭之約定，甚且有書面之訂立以及贈與標的物之移轉占有，其贈與尚未生效，贈與人逕不移轉登記或依其仍保有之所有權請求受贈人返還占有即達動產贈與撤銷之目的，故不必另外賦予不動產之贈與人第四〇八條撤銷權之必要。此外，動產之受贈人在取得占有或

所有權之前，第三人無善意受讓該贈與標的物之可能性，故贈與人撤銷贈與於交易安全無不良影響；但是在不動產贈與，如業已移轉登記，雖然尚未交付，第三人即有信賴登記而善意受讓之機會，如准許贈與人行使第四〇八條之撤銷權，則有害於交易之安全。

至於法定撤銷之原因，分別規定於民法第四一二條及第四一六條。細言之，第一、附負擔之贈與，如受贈人不履行其負擔者；第二、受贈人對於贈與人或其最近親屬，有故意侵害之行爲，依刑法有處罰之明文者；第三、受贈人對於贈與人有扶養義務而不履行者，贈與人或其繼承人或主管官署均得撤銷業已生效而且履行完畢之贈與。上開規定，乃適用於不動產移轉登記或動產交付之後，如有所列舉之事由時，贈與人在法定期間內得溯及地使贈與失其效力。

2. 不動產贈與之撤銷 上開財政部第三三五九一號等函謂贈與人在未辦妥產權移轉登記前，為「撤銷」贈與，得請求撤回贈與稅之申報或請求退還其已繳納之贈與稅款。該函既稱「撤銷」二字，則贈與當已生效，換言之，稅法上贈與乃採諾成契約之見解。既然贈與業已生效，何以得於乃後撤銷並據以請退贈與稅？其撤銷之原因應否加以限制？本函鑑於民法第四〇七條規定，不動產之贈與在移轉登記前，贈與尚未生效，從而對民法上尚未生效的贈與或贈與預約課稅，不無過苛之嫌，果若如此，則贈與人不為移轉登記（就民法

之規定而言)或撤銷贈與(就稅法之定義而言)乃不拘理由或不備理由即得爲之,從而得請退贈與稅。而另一方面,站在贈與稅法的立場而言,贈與人得單方撤銷已生效之贈與應以具備法定原因爲限始不致浮濫。上開民法第四一二、四一六條所列之事由乃對不動產贈與於移轉登記後或動產贈與於交付後之撤銷加以限制,此類限制是否亦一併適用於上開財政部解釋函所稱之撤銷,不無疑問。抑且本函所稱之撤銷乃指贈與行爲本身有瑕疵(如錯誤、被詐欺或被脅迫而爲贈與)而撤銷者爲限?基本上,吾人以爲該函在適用上,撤銷之原因應有所限制始當。

③.動產贈與之撤銷 上揭解釋函並未提及動產贈與在交付之前,如經撤銷,是否得撤回贈與稅之申報或請退贈與稅,不無疑問。又如得撤回申報或申請退稅,其撤銷之原因應否加以限制,亦值考慮。如謂不動產之贈與於產權移轉登記前得於撤銷贈與後撤回申報或申請退稅乃基於民法第四〇七條之規定所致,則動產之贈與亦應鑑於第四〇八條之規定而准予撤回申報或請退稅款。實務上,所以欠缺解釋,可能係由於動產贈與在事實上避漏贈與稅之例所在多有,少有申報贈與稅之情事,從而申請撤回申報或請退贈與稅之事則鮮有發生。蓋財政部之解釋乃因應適用法律有疑義時而產生者,如實際上無疑義發生,當無解釋之必要。吾人以爲,如果上揭第三三五九一號等函應予維持,則動產贈與之撤銷亦應准予撤回贈與稅之申報或請退

已繳納之贈與稅款,唯撤銷之事由及時期在解釋上應有所限制始妥當。

#### (四)、贈與之撤銷與行政罰

本法第廿四條第一項規定贈與人在一年內贈與他人之財產總值超過贈與稅免稅額時,應於超過免稅額之贈與行爲發生後三十日內,向主管稽徵機關依本法辦理贈與稅之申報。納稅義務人(原則上爲贈與人)如未依限辦理贈與稅之申報或漏報、短報者,同法第四十四及四十五條規定得按核定應納稅額加處一倍至二倍之罰鍰。據此,如果納稅義務人見於贈與稅之申報期限已過或有漏報、短報,爲了避免此項罰鍰之科處,往往先撤銷既存之贈與而後重新訂立贈與契約或書面。蓋贈與一經撤銷,即溯及地失其效力,其已申報或已繳納贈與稅者尚且可依上開解釋函撤回申報或申請退稅,如始終未申報者,似可免於申報,從而免於罰鍰之科處。爲此一來,本法第四十四及四十五條對贈與稅之申報、漏報或短報將無適用之餘地。此豈爲財政部第三三五九一號等函始料所及?進一步而言,如果納稅義務人於撤銷贈與並申請退還贈與稅之前,業因未依限申報贈與稅或有漏報、短報而遭罰鍰之處分,於此情形,是否得因贈與之撤銷而請退已繳之罰鍰?該函亦未對此有所明示。

固然撤銷贈與之原因如加以限制,則上開免罰或請退罰鍰之事相形爲之減少;但是在理論上如准予免罰或退還已繳之罰鍰似有商榷之餘地。蓋贈與一經撤銷,在

私法上贈與雙方當事人之權利義務關係自始失其存在，但是贈與人在公法上（遺產及贈與稅法上）未依限申報贈與稅或漏報、短報之違法乃實是否亦因而視同自始不存在，或從未發生過，不無疑問。如謂不能免罰或不准退還罰鍰但却准予退稅或撤回申報，在邏輯上及技術上，無核定應納稅額，其應處之罰鍰將據何而定，令人有進退維谷之感。

## （五）、結 語

綜上而觀，前揭財政部第三三五九一號及第三〇四三〇號函可能緣於民法第四〇七條有關贈與之生效要件與遺產及贈與稅法第四條第二項之定義不相一致，乃有所發。另一方面，亦可能顧慮到民法第四〇八條對無償行為的贈與承認任意撤銷，乃特殊地准許撤回申報或請退已繳之稅款。然而此類解釋對稅法上贈與撤銷之原因未加限制，而且對動產贈與之撤銷未置一詞，又其相牽連的行政罰亦加明示，致在適用上易啓爭執。吾人以爲撤銷之原因似應有所限制，至是否以贈與行為本身有瑕疵所生之撤銷事由抑另及於民法第四一二、四一六條之事由應予明示。又動產贈與在交付前如有撤銷，似得比照不動產贈與撤銷亦得撤回申報或請退已繳稅款。至撤銷前如有本法第四十四、四十五之情事，如准予免罰或請退已繳之罰鍰，殊屬不妥。基本上，如能修正民法第四〇七條，改以書面之訂定爲生效要件，並於贈與稅法第四條第二項增訂不動產之贈與應以書

面之訂立始爲生效（即重申民法第七六〇條之規定，使法律之適用趨於明確），則上開解釋函及其附帶所生之疑義均可一掃而空。

稅捐稽征法第廿八條規定納稅義務人對於因適用法會錯誤或計算錯誤溢繳之稅款得於五年內申請退還。其退還之原因並未及於課稅之標的（如贈與行為）乃後經撤銷而不存在。而贈與稅法亦無准予撤回申報或退還已繳稅款之明文，財政部逕以行政命令（解釋函）准予退稅，在體制上是否妥當，不無疑問。推而廣之，納稅義務人所繳之契稅、印花稅、土地增值稅是否亦因撤銷贈與而比附援引，從而准予退稅。又其他法律行為（如買賣）如經撤銷，是否亦可比照辦理，亦非無疑，影響所及，流弊甚大。主管機關於適用稅法時，如有疑義，固得爲有權解釋；但如法無明定，則不宜以解釋之名而行立法之實。