臺北市政府 88.06.16. 府訴字第八八０二０九二一０一號訴願決定書

訴　願　人　○○有限公司

代　表　人　○○○

原處分機關　臺北市稅捐稽徵處

右訴願人因違反營業稅法事件，不服原處分機關八十八年二月九日北市稽法乙字第八七一六九０三八００號復查決定，提起訴願，本府依法決定如左：

主　　文

原處分撤銷，由原處分機關另為處分。

事　　實

一、緣訴願人經人檢舉假借○○○等人名義與地主○○○及○○○等二人合建房屋（臺北縣蘆洲鄉○○路○○巷○○號、○○號、○○號及○○弄○○號、○○號）出售，於七十九年十二月起銷售房屋，未依規定開立統一發票並申報銷售額，金額計新臺幣（以下同）一一八、九七九、四九八元（不含稅），案經原處分機關查獲，依法審理核定應補徵營業稅五、九四八、九七五元，並按所漏稅額處五倍罰鍰計二九、七四四、八００元（計至百元為止）。

二、訴願人不服，申請復查，未獲變更，提起訴願，經本府以八十七年十月十二日府訴字第八七０三七四五五０一號訴願決定：「原處分撤銷，由原處分機關另為處分。」嗣經原處分機關以八十八年二月九日北市稽法乙字第八七一六九０三八００號重為復查決定：「維持原核定補徵稅額及罰鍰處分。」上開決定書於八十八年二月二十五日送達，訴願人仍不服，於八十八年三月十九日向本府提起訴願，並據原處分機關檢卷答辯到府。

理　　由

一、按營業稅法第三十二條第一項前段規定：「營業人銷售貨物或勞務，應依本法營業人開立銷售憑證時限表規定之時限，開立統一發票交付買受人。」第三十五條第一項規定：「營業人除本法另有規定外，不論有無銷售額，應以每二月為一期，於次期開始十五日內，填具規定格式之申報書，檢附退抵稅款及其他有關文件，向主管稽徵機關申報銷售額、應納或溢付營業稅額。其有應納營業稅額者，應先向公庫繳納後，檢同繳納收據一併申報。」第四十三條第一項第四款、第五款規定：「營業人有左列情形之一者，主管稽徵機關得依照查得之資料，核定其銷售額及應納稅額並補徵之.....四、短報、漏報銷售額者。五、漏開統一發票.....者。」（行為時）第五十一條第三款規定：「納稅義務人，有左列情形之一者，除追繳稅款外，按所漏稅額處（五倍至二十倍）一倍至十倍罰鍰，並得停止其營業.....三、短報或漏報銷售額者。」第五十三條之一規定：「

營業人違反本法後，法律有變更者，適用裁處時之罰則規定。但裁處前之法律有利於營業人者，適用有利於營業人之規定。」

財政部（六三）臺財稅第三七七０一號函釋：「個人在一年內（一年期間依曆年為準），出售以自己名義建築之房屋在四戶以上者，應依照一般規定辦理營利事業登記，並依法課徵營業稅。但個人以原供自用住宅用地.....拆除興建公寓在八戶以內者，如於自留自用住宅外，將餘屋出售者，應免徵營業稅及營利事業所得稅。」

六十五年九月六日臺財稅第三六０三二號函釋：「個人建屋出租或出售，.....不必責令辦理營利事業登記，並免課徵營業稅及營利事業所得稅。」

七十三年五月二十八日臺財稅第五三八七五號函釋：「.....三、個人出資建屋出售，而以他人名義為起造人者，應將財產交易所得歸併出資建屋者之所得課稅.....。」

七十九年十二月三日臺財稅第七九０三０五一０八號函釋：「××建設事業股份有限公司負責人０００以個人名義申請建造執照，對外以建設公司名義推出乙案，請依說明二、三查明事實本於權責辦理。說明：二、.....惟如查明係合夥或公司等營利事業出資興建房屋出售，如規避稅負，取巧利用個人名義申請建造執照與銷售之事實者，仍應依法對該營利事業課徵營業稅及營利事業所得稅。四、０００君如確係個人出資興建房屋出售，應依前開七十三年函釋辦理，惟如經查明係建設事業股份有限公司利用其負責人之名義建屋出售，則仍屬該公司之營業行為，應依前項說明查照核實辦理。」

八十年七月十日臺財稅第八０一二五０七四二號函釋：「營業人假借（利用）個人名義建屋出售逃漏稅情形迭有發生，允應加強查核嚴課稅，以杜取巧而維護租稅公平。說明.....二、凡具有營利事業型態之營業人，假借（利用）個人名義建屋出售者，應根據事實認定，依法課徵營業稅及營利事業所得稅，並依法處罰，其有涉及刑責者，並應依法究辦，不得適用本部六十五年九月六日臺財稅第三六０三二號函有關個人建屋出售課徵綜合所得稅之規定。」

八十一年四月十三日臺財稅第八一一六六三一八二號函釋：「檢送『檢討查緝營業人假借（利用）個人名義建屋出售逃漏稅作業執行績效及會商第二階段應繼續加強辦理事宜』會議紀錄乙份。請照決議事項辦理。（二）檢討及建議改進事項：２．本項作業之查核對象為營業人假借（利用）個人名義建屋出售者，故如建造執照核發日在八十一年一月三十日之前，經依本部八十年八月三日臺財稅第八０一二五二八一八號函說明三之規定篩選查核之對象，查係個人建造出售，仍應准其適用本部七十三年五月二十八日臺財稅第五三八七五號函將其所得直接歸戶課徵綜合所得稅。至於自八十一年一月三十一日起取得建造執照者，則應依本部八十一年一月三十一日臺財稅第八一一六五七九五六號函規定之原則辦理營業登記及課稅。.....。」

八十六年八月十六日修正稅務違章案件裁罰金額或倍數參考表有關營業稅法第五十一條

第三款短報或漏報銷售額者，銷貨時未依法開立發票，且於申報當期銷售額時亦未列入申報，按所漏稅額處五倍罰鍰。但於裁罰處分核定前已補報補繳稅款及以書面承認違章事實者，處三倍罰鍰。

二、本件訴願理由略謂：

市府訴願決定後，原處分機關重為復查決定，迄未有人通知我們說明或提示資料，如果行政機關都採書面審查決定之，先核定課稅再說，重核時仍維持原處分，那受理行政救濟的機關，豈不成為聊備一格的機關？

三、卷查本件前經本府八十七年十月十二日府訴字第八七０三七四五五０一號訴願決定：「原處分撤銷，由原處分機關另為處分。」並於理由載明：「.....三、.....原處分機關認定訴願人之違章事實，有.....等影本附案可稽。又系爭土地係於七十九年十二月七日核發建造執照，八十二年七月二日申請使用執照，起造人為訴願人，土地所有權人為○○○及○○○二人。且依卷附『房屋及基地預定買賣契約書』影本所載，賣方立契約書人分為房屋及土地部分，土地部分均係○○○及○○○二人，房屋部分計有○○○等十多人，其中○○○、○○○及○○○係訴願人股東，訴願人並列為買賣合約之履約保證人。另買主等依合約工程進度繳付之工程款均匯至訴願人負責人○○○○○銀行蘆洲分行帳戶內。另經查核訴願人之貸款資料，依○○銀行蘆洲分行上開函復，訴願人於八十年間提供系爭土地向該行貸款四五、二九０、０００元，而該筆貸款係由房屋購買人分戶貸款清償。是認訴願人有未依規定開立統一發票並申報銷售額之違章事實，乃予以補稅裁罰，尚非無據。惟查現今社會存在之建築經理公司係以第三人身分為履約保證人，是原處分機關以訴願人並列為買賣合約之履約保證人為違章之據，尚嫌率斷。又本件合建房屋究動用多少資金？訴願人股東○○○、○○○及○○○等人於本案之出資情形如何？房屋出售後利益如何分配？原處分機關對上開事項並未釋明。況本件違章時間係七十九年，據知當時營業人假借個人名義建屋出售情形所在多有，而財政部則於八十年七月十日始為應依法課徵營業稅及營利事業所得稅之函釋，明確指明該情形應處以漏稅罰，則原處分機關對訴願人裁處前，是否曾進行輔導？否則逕處以五倍漏稅罰，似過嚴苛。爰將原處分撤銷，由原處分機關究明上開疑點後，另為處分。」

四、依前開本府訴願決定意旨，原處分機關應查明本件合建房屋究動用多少資金？訴願人股東○○○、○○○及○○○等人於本案之出資情形如何？房屋出售後利益如何分配？原處分機關重為復查決定，對上開事項仍未釋明。按行政法院三十九年度判字第二號判例：「行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法事實之存在，否則其處罰即不能認為合法。」是倘原處分機關認本案係訴願人假借個人名義建屋出售，自應查明上開相關事證，以資證明，原處分機關雖以訴願人迄未提示具體事證供核，以及經查○○○帳戶鉅額資金提領，皆係以現金方式提領，並無轉帳支出各起造人之記錄等云云，惟查原

處分機關於八十五年四月及八月間函請願人及其負責人○○○提示資料供核，係於本府前次訴願決定之前所為，之後並無再予調查之行為，原處分機關顯未依本府前次訴願決定意旨查證上開事實，即遽認本案確屬假借個人名義建屋出售，其理由殊嫌薄弱，又本件如未經輔導，按所漏稅額處五倍罰鍰是否過重，不無斟酌餘地。爰將原處分撤銷，由原處分機關究明上開疑義後，另為處分。

五、綜上論結，本件訴願為有理由，爰依訴願法第十九條前段之規定，決定如主文。

訴願審議委員會主任委員　張明珠

委員　黃茂榮

委員　楊松齡

委員　薛明玲

委員　王惠光

委員　陳　敏

委員　曾巨威

委員　黃旭田

委員　劉興源

委員　曾忠己

中　華　民　國　八十八　年　六　月　十六　日

市長　馬英九

訴願審議委員會主任委員　張明珠　決行