

訴 願 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，不服原處分機關所為之處分，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

緣訴願人未依規定申請營業登記，擅自以元和堂龜苓膏名義於八十五年十月至八十六年三月，銷售貨物計新臺幣（以下同）一、〇〇五、七一四元（不含稅），未報繳營業稅，案經臺北市政府警察局中山分局（以下簡稱中山分局）查獲後，函移原處分機關中南分處審理核定應補徵營業稅五〇、二八六元，並按所漏稅額處三倍罰鍰計一五〇、八〇〇元（計至百元為止），訴願人不服，申請復查，經原處分機關以八十七年一月二十三日北市稽法乙字第八六一六五五九九〇〇號復查決定：「原核定補徵稅額更正為新臺幣（以下同）七、五八〇元；原罰鍰處分併予更正為二二、七〇〇元。」上開決定書經原處分機關中南分處以八十七年二月六日北市稽中南（甲）字第八七〇〇二三二二〇〇號函送訴願人在案，訴願人仍表不服，於八十七年二月二十三日向本府提起訴願，並據原處分機關檢卷答辯到府。

理 由

一、按營業稅法第一條規定：「在中華民國境內銷售貨物或勞務，及進口貨物，均應依本法規定課徵營業稅。」第二條第一款規定：「營業稅之納稅義務人如左：一、銷售貨物或勞務之營業人。」第十三條第一項規定：「小規模營業人及其他經財政部規定免予申報銷售額之營業人，其營業稅稅率為百分之一。」第二十八條前段規定：「營業人之總機構及其他固定營業場所，應於開始營業前，分別向主管稽徵機關申請營業登記。」第四十三條第一項第三款規定：「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。……三、未辦妥營業登記，即行開始營業……而未依規定申報銷售額者。」第四十五條規定：「營業人未依規定申請營業登記者，除通知限期補辦外，處一千元以上一萬元以下罰鍰；逾期仍未補辦者，得連續處罰。」第五十一條第一款規定：「納稅義務人，有左列情形之一者，除追繳稅款外，按所漏稅額處一倍至十倍罰鍰，並得停止其營業：一、未依規定申請營業登記而營業者。」財政部七十五年八月十一日臺財稅第七五五四五六三號函釋：「營業人課徵營業稅之稅率，應按其業別或規模，分別適用營業稅法第十條至第十三條之規定；查獲未辦營業登

記擅自營業案件，補徵營業稅時亦同。」

八十六年八月十六日臺財稅第八六一九一二二八〇號函修正之稅務違章案件裁罰金額或倍數參考表規定，未依規定申請營業登記而營業經第一次查獲者，規定按所漏稅額處三倍罰鍰；但於裁罰處分核定前已補辦營業登記，並已補繳稅款及以書面承認違章事實者，處二倍罰鍰。

行政法院三十九年度判字第二號判例：「……又行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法之事實。倘不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法。」

二、本件訴願理由略謂：

本人所零售之龜苓膏係屬攤販性質之小本生意，每天實際之營業額扣除固定用來找零用之零用週轉金五千元外，實得大約只有五百元左右，尚且並非每天均有營業，期間必須扣除公休日在內，此部分有本人自行登記之流水日記帳可稽，並非如處分書及決定書內所言每日營業額為七、〇〇〇元。

三、卷查本件訴願人未依規定申請營業登記而擅自於系爭期間營業銷售貨物之事實，有中山分局八十六年二月二十七日北市警中分一字第八六六〇四六七九〇〇號函附之八十六年二月十二日臨檢紀錄表影本及八十六年三月五日北市警中分一字第八六六〇五〇〇七〇〇號函附之八十六年二月二十日臨檢紀錄表影本等附案可稽，且為訴願人所不爭執，是以本案訴願人違章事證明確，堪予認定。原處分機關遂按上開八十六年二月十二日臨檢紀錄表記載「該店於八十五年十月開始營業迄今，每日從十二時至凌晨一時，每日平均營業額約七、〇〇〇元……」及八十六年二月二十日臨檢紀錄表記載「該店自八十五年十一月開幕迄今，營業時間十四時到凌晨二時，每日營業額（營業額）約四千元左右……」等語，將八十五年十月之營業部分以每日銷售額七、〇〇〇元計算，另八十五年十一月至八十六年三月十七日部分則以每日銷售額四、〇〇〇元計算，重行核算訴願人自八十五年十月一日起至八十六年三月十七日止銷售貨物金額應為七五八、〇〇〇元，平均每月銷售額未逾二十萬元，係屬小規模營業人，而按營業稅法第十三條規定，其應適用之營業稅稅率為百分之一，乃認原核定補徵稅額按百分之五稅率核課容有未洽，而於復查決定時本於職權將原補徵稅額更正為七、五八〇元，原罰鍰處分併予更正為二二、七〇〇元，尚非無據。

四、惟訴願人辯稱其每天實際之營業額扣除固定用來找零用之零用週轉金五千元外，實得大約只有五百元左右，且尚須扣除公休日，並檢附流水日記帳影本佐證。而本案原處分機關徒憑臨檢紀錄表之記載率即認定訴願人於系爭期間之營業額，尚乏其他憑證資料或客觀可採之計算標準（例如同業利潤標準……）足憑，證據力仍嫌薄弱；況臨檢紀錄表所載訴願人開始營業時間（一為八十五年十月，另一為八十五年十一月）及每日營業額（一為七、〇〇〇元，另一為四、〇〇〇元）亦有頗大之差距，是在兩份臨檢紀錄同出於

一人（現場負責人○○）所陳之情形下，其可信度頗令人質疑；又原處分機關認定系爭違章期間係至八十六年三月十七日止，其依據為何？亦未見敘明；且訴願人主張尚須扣除公休日及檢附流水日記帳影本佐證，其真實性如何？亦應予以論究。爰參酌前揭行政法院判例意旨，將原處分撤銷，由原處分機關查明後另為處分。

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 張富美

委員 鄭傑夫

委員 楊松齡

委員 薛明玲

委員 王清峰

委員 黃昭元

委員 陳明進

委員 王惠光

中 華 民 國 八 十 七 年 七 月 一 日

市長 陳水扁

訴願審議委員會主任委員 張富美 決行