臺灣高等法院民事判決

110年度上更一字第210號

上　訴　人　曹昌鈴
000000000000000000
000000000000000000
訴訟代理人　詹順發律師
被　上訴人　佳緯建設股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　陳建陽
訴訟代理人　曾大中律師

上列當事人間請求清償債務事件，上訴人對於中華民國107年10月26日臺灣臺北地方法院105年度重訴更一字第14號第一審判決提起上訴，經最高法院發回更審，本院於111年3月30日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴人應再給付被上訴人新臺幣264萬4,696元及自民國103年11月1日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。

被上訴人其餘之訴駁回。

第二審及發回前第三審（除確定部分外）訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：兩造於民國99年10月22日簽訂合作興建房屋契約書（下稱系爭契約），約定上訴人、訴外人曹蒲（嗣由上訴人為契約承擔）提供共有土地，交由伊連同其他相鄰土地興建房屋（下稱系爭合建案）。伊就上訴人選配之臺北市○○區○○○路000巷00號1、2樓C戶（應有部分1/2）、3樓B戶、5樓B戶及8樓B戶房屋（後者下稱8樓房屋）共3.5戶及6個車位（合稱系爭房屋），已點交移轉其中2.5戶及5個車位。因上訴人係選擇系爭契約第4條第2項第1款第2目約定之分配方案（下稱方案二），經計算後，尚欠如原判決附表一

所示款項；若認上訴人係選擇同條款第1目之分配方案（下稱方案一），則仍欠原判決附表二所示款項。本院前審已認上訴人應依方案一給付伊新臺幣（下同）5,100萬1,070元，並經最高法院駁回上訴人之上訴而告確定。而兩造基於系爭契約第6條第10項約定所分得之房地為等值互易，各無交易所得，雙方應參照稅法互開以他方為抬頭之憑證交付對方，並依稅法規定由領受人負擔稅費等語，上訴人受領合建房屋及買受人發票，自應依系爭契約負擔營業稅。且依財政部函示，建設公司與地主合建分屋，建設公司依加值型及非加值型營業稅法第32條第2項規定開立統一發票，營業稅由建設公司向買受人（土地所有人）收取。伊所開立予上訴人之統一發票（下稱系爭發票）金額為5,553萬8,579元，故營業稅金應為264萬4,694元（下稱系爭營業稅）應由上訴人負擔。

二、上訴人則以：兩造所簽訂之系爭契約為合建互易，依系爭契約第6條第10項之約定，營業稅應由被上訴人負擔，且被上訴人所計算營業稅金額不實，應以系爭房屋之工程造價計算營業稅。又被上訴人拒不過戶8樓房屋及00號停車位，致伊受有相當於租金之損害1,171萬8,000元及其違反100年9月21日之房屋分配明細同意書（下稱系爭分配同意書），故意少分配房屋坪數116.28坪，應依該分配同意書之「背面附註」第2點之約定，就不足部分按銷售底價金額之兩倍賠償違約金計2億7,221萬1,480元，伊得以上開損害賠償及違約金主張抵銷系爭營業稅。被上訴人以虛假證據、訴訟詐欺手段致本件訴訟纏訟至今致其受有損害，不得請求5%遲延利息。

三、原判決以先位請求即原判決附表一判決被上訴人勝訴，上訴人聲明不服提起上訴，本院前審廢棄原判決，駁回被上訴人先位請求，改依備位請求即原判決附表二，為被上訴人一部勝訴及一部敗訴之判決【即判決上訴人應給付5,100萬1,070元及其法定遲延利息，並駁回被上訴人其餘請求（含系爭營業稅264萬4,694元本息部分）】，兩造均聲明不服提起上訴，除系爭營業稅外，其餘均經最高法院駁回兩造之上訴而

告確定，不在本院審理範圍，本院審理範圍為備位請求之系爭營業稅部分。又上訴人之聲明雖為「一、原判決除已確定部分外廢棄。二、上開廢棄部分，被上訴人第一審之訴及假執行之聲請均駁回」，被上訴人之聲明則為「上訴駁回」。然原判決既經本院前審廢棄，並經最高法院就此部分駁回上訴而告確定，是原判決以先位請求判決被上訴人勝訴部分已不存在，縱兩造之聲明有誤，惟兩造均以最高法院發回部分即系爭營業稅為攻防，亦不影響本件審理範圍為系爭營業稅，核先敘明。

四、被上訴人主張上訴人依合建契約第6條第10項約定應負擔系爭營業稅一節，已提出統一發票為佐（見原法院105年度重訴更一字第14號卷《下稱一審更一卷》㈢第23頁），為上訴人否認，經查：

㈠按解釋契約，固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。次按銷售貨物或勞務之營業人，應依法課徵加值型或非加值型之營業稅，除別有規定外，營業人（納稅義務人）應就銷售額，分別計算「銷項稅額」（指營業人銷售貨物或勞務時，依規定應收取之營業稅額），營業人對於應稅貨物或勞務之定價，應內含營業稅，買受人為非營業人者，則以定價開立統一發票。此觀加值型及非加值型營業稅法第1條、第2條第1款及第14條第1項、第2項、第32條第2項、第3項後段等規定即明。可見營業人固為營業稅之繳稅義務人，然營業稅額係營業人向買受人收取，買受人始為營業稅之負擔者。換言之，營業稅係對買受貨物或勞務之人，藉由消費所表彰之租稅負擔能力課徵之稅捐，稽徵技術上雖以營業人為納稅義務人，但經由後續之交易轉嫁於最終之買受人，亦即由消費者負擔（最高法院110年度台上字第692號判決參照）。

㈡查系爭契約第6條第10項約定兩造分得之房地，為上訴人土地與被上訴人房屋等值互易，各無交易所得，雙方應參照稅

法互開以他方為抬頭之憑證交付對方，並依稅法規定由領受人負擔稅費等語（見原法院104年度重訴字第18號卷《下稱一審重訴卷》㈠第20頁背面），堪信兩造已合意由「領受人」負擔稅費，而上訴人為合建房屋及發票之領受人，依契約自由原則，自應依系爭契約之協議負擔系爭營業稅，至為明確。上訴人雖抗辯：被上訴人亦為領受人，應由被上訴人負擔營業稅云云；然查：

1.按銷項稅額，指營業人銷售貨物或勞務時，依規定應收取之營業稅額，加值型及非加值型營業稅法第14條第2項定有明文。復依財政部台稅二發字第09404052670號函示「建設公司與地主合建分屋，建設公司應依加值型及非加值型營業稅法第32條第2項規定開立統一發票，營業稅由建設公司向買受人（土地所有人）收取」（見本院107年度重上字第919號卷《下稱本院前審卷》㈡第81頁），暨修正後財政部75年10月1日台財稅第0000000號函釋（下稱財政部0000000號函釋）：「主旨：依照營業稅法施行細則第18條及第25條規定，合建分屋之銷售額，應按該項土地及房屋當地同時期市場銷售價格從高認定，並依統一發票使用辦法12條規定，於換出房屋或土地時開立統一發票。說明：二稽徵機關如未查得合建分屋時價，則應以房屋評定價值與土地公告現值，兩者從高認定，並按較高之價格等額『對開』發票，土地價款之發票（所有人如為個人者，可開立收據）免徵營業稅，房屋價款之發票，應加5%營業稅。」等語（見本院卷第373頁）。可知合建分屋，受分配房屋之營業稅額係由建設公司向合建地主收取，並於房屋價款外加5%營業稅，由合建地主負擔。查系爭契約為合建互易，上訴人為地主，依加值型及非加值型營業稅法第8條第1項規定，出售土地免徵營業稅，並應開立收據。被上訴人為建設公司之營業人，揆諸前開說明，出售房屋應開立發票。上訴人受領被上訴人所開之發票及合建房屋，被上訴人則受領上訴人之收據及土地，兩造互為受領人。再觀諸上開財政部0000000號函釋所載之

「並按較高之價格等額『對開』發票」等語觀之，可知營業稅之負擔為交易雙方交錯負擔，各自負擔對造之營業稅甚明。上訴人以被上訴人亦受領其所開立之收據及土地而抗辯被上訴人應依系爭契約負擔系爭營業稅，核屬無稽。

2.再依財政部84年1月14日台財稅字第000000000號函釋（下稱財政部000000000號函釋）內容固謂：「主旨：建設公司出資與地主合建分屋，雙方互易房屋及土地時，其銷售額之計算及憑證之開立，仍應依本部台財稅0000000號函之規定辦理。惟自77年7月1日營業稅法第32條修正施行日起，地主如非屬營業人者，建設公司應按銷項稅額與銷售額合計開立統一發票予地主。說明：…因此，合建分屋互易之房屋及土地之『銷售額』應屬相等，亦即不含營業稅之房屋價格應等於土地之價格（土地免營業稅）。」（見本院105年度重上字第19號卷《下稱本院19號卷》第112頁、本院前審卷㈡第155頁）。然該函釋僅在說明稅捐稽徵機關對於建設公司出資與地主合建分屋時營業稅之核課依據，並非如上訴人所辯另行就營業稅約定實質負擔者之行為加以規範。是兩造既已於系爭契約第6條第10項明定雙方如何負擔系爭營業稅，且被上訴人亦依約開立發票並由上訴人受領，被上訴人自得依前揭約定，請求上訴人給付系爭營業稅264萬4,694元。

3.至於上訴人抗辯其至今未受領被上訴人之系爭發票正本，故系爭營業稅清償期未至，其得拒絕清償，並主張同時履行抗辯云云；按所謂同時履行之抗辯，乃係基於雙務契約而發生，倘雙方之債務，非本於同一之雙務契約而發生，縱令雙方債務在事實上有密切之關係，或雙方之債務雖因同一之雙務契約而發生，然其一方之給付，與他方之給付，並非立於互為對待給付之關係者，均不能發生同時履行之抗辯（最高法院59年台上字第850號判例意旨參照）。又所謂對待給付，係指雙務契約之當事人所應為之相互給付而言，否則縱於為法律行為當時附帶約定，亦非對待給付。查兩造合建分屋，互易房屋及土地，上訴人依約出售土地，並支付找補款

買受被上訴人之房屋，被上訴人則負有交付完工之房屋予上訴人之義務，系爭契約之經濟目的即為合建分屋，是兩造所應為之對待給付核屬土地、房屋及其約定之款項。而稅賦憑證（即發票正本）並非系爭契約主要經濟目的之給付。又依系爭契約之協議，系爭營業稅應由上訴人支付，已如前述，被上訴人已代墊先行支付，有財政部函在卷可按（見一審更一卷㈢第21頁），當無上訴人所辯清償期未至之情；況縱上訴人未取得系爭發票正本，亦得以發票影本蓋上原銷售營業人證明章以取代正本，對上訴人權益並無影響。上訴人抗辯系爭發票正本之交付與系爭營業稅立於互為對待給付之關係，並主張其得同時履行抗辯，委無足採。

㈢上訴人雖辯稱：營業稅法第32條第2項規定於77年5月27日修正「…買受人為非營業人者，應與銷售額合計開立統一發票」等語，意即發票金額已含營業稅，不能再額外收取營業稅，故財政部0000000號函釋刪除關於「房屋價款發票稅額應向買受人（土地所有人）收取」之文義，是依修正後之規定，營業稅非必由買受人負擔云云；惟查：

1.財政部0000000號函釋主要在闡釋合建分屋之銷售額如何認定，已如前㈡1.所述。嗣因營業稅法第32條第2項規定於77年5月27日修正，將買受人為非營業人者之營業稅稽徵，由稅額外加改為內含，亦即買受人為非營業人者之營業稅內含於定價中，不另加徵，並於同年7月1日起公布施行，財政部0000000號函釋乃分別刪除「外」加、「向買受人…收取」等字（見本院卷第373頁）；而修正後說明欄為「稽徵機關如未查得合建分屋時價，則應以房屋評定價格與土地公告現值，兩者從高認定，並按較高之價格等額對開發票，土地價款之發票（所有人如為個人者，可開立收據）免徵營業稅，房屋價款之發票，應加5%營業稅。」等語，觀其內容僅剩發票應如何開立之解釋，而無營業稅如何收取負擔之相關記載，則該函釋之修正僅因稅額由「外加」改為「內含」，而配合修正部分文字，並闡釋合建分屋時之銷售額按時價從高

認定，及稽徵機關於未能查得合建房屋時價時所應採取之價值認定標準，並未就涉及合建房屋營業稅應由何人負擔之問題。上訴人以營業稅法第32條第2項之修正抗辯房屋買受人不需負擔營業稅，亦無可採。

2.上訴人雖以：土地作價額即為發票金額上之定價，已含營業稅在內，被上訴人不得再另外要求上訴人支付5%營業稅云云；查依財政部000000000號函釋「主旨：建設公司出資與地主合建分屋，雙方互易房屋及土地時，…地主如非屬營業人者，建設公司應按銷項稅額與銷售額合計開立統一發票予地主。說明：…合建分屋互易之房屋及土地之『銷售額』應屬相等，亦即不含營業稅之房屋價格應等於土地之價格（土地免營業稅）」（見本院19號卷第112頁、本院前審卷㈡第155頁），並非如上訴人所辯發票上之定價（含稅價）等同土地作價額。又依財政部臺北國稅局就另案本院107年度重上字第40號請求損害賠償事件函詢內容，於108年8月27日以財北國稅中北營業一字第1080655470號函覆「說明：…二…㈢…統一發票之開立計算原則，不會因開立發票為二聯式（以定價開立）或三聯式（銷售額、銷項稅額分列）而有不同，差別僅在於銷售額與稅額分別載明或以定價合計開立。」等語（見本院前審卷㈡第119-121頁）。是以營業稅由「外加」改為「內含」僅為發票金額呈現之差異，並不影響實際應由何人負擔之認定；上訴人為非營業人，被上訴人乃開立二聯式系爭發票，其金額載明「5,553萬8,579元，應稅」（見一審更一卷㈢第23頁），亦即銷售額加上5%營業稅即為發票之定價，依法並無不合。上訴人此部分所辯，亦無足採。

㈣上訴人再以：被上訴人於103年6月19日開立之交屋費用結算清單（下稱系爭結算清單）於「項次4」列載發票金額為7,408萬元、營業稅369萬6,423元，其算法記載為「（6,061萬+1,347萬）×5%＝370萬元」，然被上訴人於103年5月8日開立之營業稅發票記載金額為5,553萬8,579元，則其營業稅應為

264萬6,026元，惟卻向國稅局申報系爭營業稅為264萬4,694元，被上訴人對於營業稅之計算及請求均為騙局。伊認為系爭營業稅依財政部函釋所示，應以房屋評定價格與土地公告現值之兩者中從高認定，而房屋評定價格為1,304萬9,215元，以土地公告現值計算之土地價值則為560萬6,880元，是依前揭財政部解釋從高以房屋評定現值1,304萬9,215元作為等值互易標準，5%營業稅應為65萬2,460元（見本院卷第55頁）；嗣又改稱：系爭建物1、2樓之房屋現值為471萬5,950元，土地公告現值計算則為560萬6,880元，依財政部函釋從高認定被上訴人之營業額應為560萬6,880元，5%營業稅應為28萬0,344元云云（見本院卷第108頁）；惟查：

1.依財政部0000000號函釋意旨：「依照營業稅法施行細則第18條及第25條規定，合建分屋之銷售額，應按該項土地及房屋當地同時期市場銷售價格從高認定，…。說明：二稽徵機關如未查得合建分屋時價，則應以房屋評定價值與土地公告現值，兩者從高認定，…」等語。復依財政部84年5月24日台財稅第000000000號函：「主旨：關於建方（提供資金）與地主（提供土地）合建分屋，建方換出房屋之時點應如何認定，及雙方換出房屋與土地之時點如不一致，應如何開立憑證乙案，核釋如說明。說明：…二地主與建方合建分屋，除地主自始至終均未曾列名為起造人，且建方於房屋興建完成辦理總登記後，始將地主應分得房屋之所有權移轉與地主者，應以房屋所有權移轉與地主之登記日為房屋換出日外，其餘均應以房屋使用執照核發日為房屋換出日。建方應於上述換出日起3日內開立統一發票」等語（見一審更一卷㈢第212頁）。可知系爭合建房地互易之銷售額，應以房屋及土地之「時價」即「市場價格」從高認定，僅於查無時價之狀況下，始例外以房屋評定價格與土地公告現值從高認定之。

2.被上訴人就上開營業稅之估算，於土地價值部分係以公告現值之1.6倍估算每坪為160萬元，總計21.3坪為3,408萬元；另就房屋及車位部分則分別以房屋每坪24萬元（含土地為每

坪80萬元，房屋部分占比30％即24萬元），共203.55坪即4,885萬2,000元，及4.78個車位占54.98坪，以每坪7萬4,000元，共406萬8,520元，相當於每車位約85萬元估算，以上房屋及車位合計為5,292萬0,520元（計算式：48,852,000元＋4,068,520元＝52,920,520元），較土地價值3,408萬元高，據上開「從高認定」之規定，自應以房屋及車位價值認定為銷售額。被上訴人雖未於房屋換出日起3日內開立統一發票，惟已於103年5月8日補開，並據此繳納5％營業稅264萬4,694元，有財政部臺北國稅局106年4月21日財北國稅中北營業一字第1060653169號函、統一發票、曹昌鈴營業稅計算書附卷可稽（見一審更一卷㈢第21-24頁），核屬有據，並無上訴人抗辯計算不實之情。況且系爭建案完工後，自100年10月至103年10月已有多筆成交紀錄而有市場價格，有時價登錄資料及房屋預定買賣契約書在卷可按（見本院卷第293-321頁、一審更一卷㈢第72-74頁），每筆成交坪數價格落於99萬元至105萬元間不等，每位車位價值落於240萬元至300萬元之間，可見系爭建物已於市場有相當時價，被上訴人就車位以每位85萬元計，系爭建物之房地以每坪80萬元計算，不論以房地比30％、70％或是35％、65％計算，其所計算系爭營業稅時均已低估房屋價值，對上訴人並無不利。上訴人主張以工程造價或土地公告現值計算營業稅，先稱系爭營業稅應為65萬2,460元，嗣又改稱系爭營業稅應為28萬0,344元，相差甚遠，難以憑採。

3.至於上訴人抗辯系爭結算清單所列載發票金額為7,408萬元、營業稅369萬6,423元，與實際向國稅局申報金額不符云云（見一審重訴卷㈡第14頁）；然上開清單未經兩造簽名確認，尚屬雙方初步核算階段，最終未達兩造之共識，難以上開清單之彙算與申報金額不符，即認被上訴人就系爭營業稅之計算有造假之舉。況上訴人一方面援引系爭結算清單，辯稱其金額與該發票所載之內容不符，另一方面復否認其應依該清單所載內容負擔營業稅，其說理顯自相矛盾。又被上訴

人已過戶與上訴人之2.5戶房屋面積實際上為211.52坪，營業稅申報僅以203.55坪計算；被上訴人已過戶予被告之車位數量為5個，其僅申報為4.78個，然此等情形均屬低報；再者，銷售額應為5,292萬0,520元，其5%營業稅即為264萬6,026元，被上訴人雖將上開兩金額誤算為5,289萬元及2,644,694元，惟此誤算之金額仍係低於正確金額。綜上可知，被上訴人就上開計算雖有部分誤差，然此情形係有利於上訴人，對於被上訴人請求之金額自無影響。

4.上訴人雖辯稱：被上訴人提供國稅局之營業稅計算記載「地主房屋平均市值(自估)每坪80萬元」，土地部分則係記載地主土地平均市值(自估)每坪160萬元」，而表格中建物實價卻係記載「每坪24萬元」等語（見一審更一卷㈢第24頁），另一底價表則又記載每坪117.05萬元（見一審重訴18號卷第57頁），顯見被上訴人無論在本案或係於國稅局所提出之「每坪房價」均前後不一，自相矛盾云云；然觀諸背上訴人供作營業稅申報用之曹昌鈴營業稅計算表內容(見一審更一卷㈢第24頁)，其最上方業已載明：「 地主房屋平均市價(自估)80.0萬/坪市價土房比：30%」，足證被上訴人確已表明其自估房屋每坪80萬元係包括房屋之土地持分在內，其拆分比例為房屋30%、土地70%，依此比例計算房屋之估計價格，即為每坪24萬元(計算式：800,000元x30%=240,000元)甚明。至於底價表則係做為兩造合意作為計算增購面積找補價格之基礎，而與合建分屋申報營業稅之自估金額無關。

5.又本件並非工程契約，且上訴人亦自承係比較包括華固建設等其他建商之條件後，始決定與被上訴人簽約等語，有北投明德郵局第13號存證信函在卷可參（見一審重訴卷㈠第162頁），上訴人可自行選擇簽約對象，非處於絕對弱勢之方。且系爭契約第6條第10項亦無條款內容不明確之情事，則上訴人辯稱倘認前揭契約內容約定模糊，依法理應適用「對契約作成者不利解釋原則」約定，由被上訴人負擔營業稅云云，亦無可取。

6.綜上所述，上訴人抗辯系爭營業稅之計算方式不實，難認有據，為無理由。

㈤至於上訴人抗辯：縱認伊需負擔系爭營業稅，然被上訴人不過戶系爭房屋8樓B棟及00號車位致其受有相當於租金之損害1,171萬8,000元及被上訴人應依100年9月21日房屋分配說明同意書之附註2給付違約金，伊得以上開損害賠償及違約金主張抵銷云云；經查：

1.依系爭契約第4條第4項第2款約定，上訴人增購房屋面積之價款，應於「產權過戶前」以現金繳清；另契約第10條亦約定：「乙方（即被上訴人）應於甲方（即上訴人）履行下列各條款義務『後』，即行交屋…二付清本約稅捐處理及負擔所列之款項或憑證、依甲方之需而變更設計之工程追加款以及與本約有關之一切稅捐。」，可證在上訴人付清其應負擔之一切款項稅費前，被上訴人尚無過戶交屋之義務。而上訴人在本件其餘部分（即被上訴人請求給付如本院前審判決附表三所示追加款、找補款及其相關稅費）判決確定前，非但拒絕支付任何款項，且其屢以被上訴人迄未辦理前述房屋、車位之過戶及交屋為由，主張同時履行抗辯，亦經本院前審判決認定：「合建契約第4條第4項第2款…既已明文記載增購找補款應於『產權過戶前』以現金繳清，可見在被上訴人將8樓房屋及00號車位所有權移轉前，上訴人即有先為給付增購找補款之義務，故上訴人以8樓房屋及00號車位尚未辦理產權過戶為由，主張同時履行抗辯，亦不足採。此外合建契約第10條第2項約定被上訴人應於上訴人履行付清本約稅捐處理及負擔所列之款項後，即行交屋，係規範被上訴人交屋期限，而非約定被上訴人於全部交屋時方得請求上訴人給付依約應負擔之各筆款項，是以上訴人以被上訴人尚未交付8樓房屋及00號車位而為同時履行抗辯，拒絕給付，或抗辯只需於交屋時交付該款項云云，均非可採」、「上訴人給付購買容積移轉面積款與被上訴人移轉登記8樓房屋及00號車位所有權之間，並非立於互為對待給付之關係者；…故上訴

人以被上訴人尚未過戶並交付8樓房屋及00號車位為由，主張同時履行抗辯，並不可採。」（見本院前審判決書第17頁及第20頁），而此部分判決業經最高法院駁回上訴人之上訴而告確定。足認係上訴人無故遲延給付房屋增購找補款及容積移轉面積款等所有費用，而非被上訴人有何遲延，則依前述系爭契約第4條第4項第2款及第10條第2項之約定，在上訴人尚未付清款項前，被上訴人並無須將前開8樓房屋及00號車位移轉交付予上訴人之義務。況損害賠償在於填補債權人所受損害及所失利益，民法第216條第1項定有明文。上訴人主張8樓房屋及00號車位自103年3月25日起至110年12月25日止共計7年9月可收取租金1,171萬8,000元，然並未舉證對該房屋及車位有何出租計畫或特別情事，而認其必能收取該數額之租金收益，難認可採。

2.上訴人固辯稱：被上訴人故意少算其依約需分配予上訴人之房屋坪數，應依系爭分配同意書之「背面附註」第2點之約定，就不足部分按銷售底價金額之兩倍賠償違約金計2億7,221萬1,480元，並以之對系爭營業稅主張抵銷等語。然查：系爭分配同意書正面記載「日後建物興建完成後，依上述戶別辦理產權移轉登記並依合建合約相關權益負擔賦稅、管理等相關費用；有關房屋面積登記坪數依地政機關最後登記為準，面積若有誤差依『背面附註』原則找補」，其「背面附註」則手寫記載「2.地主分配之建坪由建方依合建合約精算，誤差超過1%時，建方須賠償地主不足部分底價2倍之金額，作為違約金」（見一審重訴卷㈠第25-26頁），可見「背面附註」僅係正面條款之補充說明，並非獨立存在，則上開違約金條款應僅在建物興建完成後，依分屋協議登記取得房屋實際坪數，與原約定應受配坪數誤差超過1％之情形，始有適用。而系爭分配同意書上雖誤算上訴人應受配房屋面積為150.62坪，惟被上訴人已以100年11月28日建北郵局第1169號存證信函更正為212.88坪（因上訴人尚未選擇方案一購買容積移轉面積，被上訴人即以方案二不購買容積移

轉面積而為計算，見一審重訴卷㈠第141-143頁），且斯時尚未完工，自無移轉房屋所有權登記之可能，顯非前揭違約金條款所約定登記取得房屋實際坪數與原約定應受配面積發生誤差之情形甚明。況系爭合建案完工後，被上訴人已移轉登記予上訴人之1、2樓C戶面積為61.56坪【計算式：257.97+15.57+998.61×70030/0000000+2195.45×（00000-00000-00000）/0000000=407.01平方公尺即123.12坪，上訴人權利範圍1/2，故取得61.56坪】，大於系爭分配同意書所載61.4坪；移轉登記予上訴人之3樓B戶及5樓B戶面積各為74.98坪【146.99+14.70+4.31+998.61×41907/0000000+2195.45×（00000-00000-00000）/0000000=247.87平方公尺，即74.98坪】，亦均大於系爭分配同意書所載之74.83坪，有建物謄本在卷可按（見一審重訴卷㈠第34-39頁），足見並無面積短少逾1%之情形。從而，上訴人以系爭分配同意書附註欄第2點主張對被上訴人有違約金債權並以之抵銷系爭營業稅云云，顯屬無據，為無理由。

3.綜上所述，上訴人以8樓房屋及00號車位尚未辦理產權過戶致其受有損害及被上訴人違反系爭分配同意書「背面附註」第2點之約定，得請求支付違約金，而主張以損害賠償及違約金抵銷系爭營業稅部分，均不足採。

㈥按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀者，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力，民法第229條第2項定有明文。而遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5%，民法第233條第1項、第203條規定甚明。查：

1.本件被上訴人依系爭契約第6條第10項約定，請求上訴人給付系爭營業稅264萬4,694元，而系爭契約並未約定給付系爭營業稅之清償期，該給付核屬無確定期限、無從另為約定利

率之債務。又本件起訴狀繕本於103年10月30日送達上訴人（見一審重訴卷㈠第85頁），被上訴人復同意以103年10月31日作為起訴狀繕本送達上訴人之日（見本院前審卷㈢第113頁），是被上訴人請求上訴人自103年11月1日起清償日止，按週年利率5%計算之法定遲延利息，亦屬有據。逾此範圍之利息請求，為無理由。

2.上訴人雖以：被上訴人以虛假證據主張不實債權，對伊為訴訟詐欺手段致纏訟至今致其受有損害，被上訴人不得請求5%之遲延利息云云；經查：

⑴查被上訴人於提起本件訴訟前，已多次和上訴人溝通欲尋求解決方案，此可由被上訴人101年2月16日至101年2月23日兩造透過訴外人粘水溪協商之電子郵件（見一審重訴卷㈡第59-60頁）、101年4月10日至101年4月17日兩造往來之電子郵件（見一審更一卷㈠第99-100頁）及101年4月18日被上訴人訴訟代理人寄發之電子郵件（見一審重訴卷㈠第146-147頁）等往來資料觀之。而系爭建物1、2樓C戶（應有部分1/2）、3樓B戶及5樓B戶於103年4月24日過戶後，被上訴人亦於103年6月19日提出系爭結算清單（見一審重訴卷㈡第14-15頁）之和解要約條件；惟上訴人於103年9月24日透過律師發函主張，因被上訴人未依約過戶系爭7、8樓，應賠償3億5,621萬5,900元，並主張以此抵銷被上訴人請求之債權（見本院19號卷第55-59頁），至此被上訴人始起訴請求給付。另查被上訴人提出之系爭結算清單，上訴人應給付之金額總計5,435萬6,791元（見一審重訴卷㈡第14頁），而經本院前審判決確定上訴人應給付之本利和（即本院前審判決附表三所示本金5,100萬1,070元及自依該附表所計算之遲延利息）遠高於被上訴人起訴前所提出之和解條件。縱以原確定判決之應給付本金5,100萬1,079元計，亦高於被上訴人自行計算之清單金額【54,356,791-3,696,423（被上訴人自行預估營業稅部分）=50,660,368】，兩造最終無法自行協議，被上訴人起訴以求公斷，難認有何詐欺之情。

⑵本件歷審訴訟中，兩造對於提出證據之真實性應依舉證責任分配原則由主張者或反對者負舉證責任，影響法院對該證據之心證，始符民事訴訟採辯論主義之意旨。而兩造所提出證據資料均已充分辯論，法院亦已為實質審認，未盡舉證責任之一方自須承擔敗訴之不利益，自無以法院未採納己方主張之事實及理由即認為對造以假證據誤導法院取得勝訴判決，或以對造之請求未全額獲勝（即先位請求敗訴，備位請求部分勝訴）即認對造係將「非法請求綑綁在若干合法請求項目中一併請求」為訴訟詐欺，上訴人此部分所辯，難認公允。

⑶綜上所述，上訴人主張被上訴人於訴訟上以詐欺手段主張假債權，被上訴人與有過失，上訴人不負擔5%遲延利息，為無理由。

五、綜上所述，被上訴人依系爭契約第6條第10項約定，請求上訴人給付系爭營業稅264萬4,694元，及自103年11月1日起至清償日止，按年息5%計算之利息，自屬正當，應予准許，逾此範圍之請求（即103年10月30日至同年月31日之法定遲延利息部分），為無理由，應予駁回。並依民事訴訟法第79條規定，為訴訟費用負擔之判決。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

七、據上論結，本件備位之訴關於系爭營業稅之請求為一部有理由，一部無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　4　　月　　20　　日

民事第二十二庭

審判長法　官　張靜女

法　官　范明達

法　官　葉珊谷

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀

（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2項所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　4　　月　　21　　日

書記官　陳玉敏