臺灣彰化地方法院民事判決

108年度重訴字第205號

原　　告　明華建築開發股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　蕭國華

訴訟代理人　宋永祥律師

複代理人　　鄭志誠律師

被　　告　公業蕭深泉

000000000000000000

法定代理人　蕭啟男

　　蕭仁貴

　　蕭平益

訴訟代理人　黃勝雄律師

上列當事人間請求所有權移轉登記事件，本院於民國110年7月29日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

壹、原告先位之訴駁回。

貳、被告應給付原告新臺幣543萬7,836元，及自民國110年5月7日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

參、訴訟費用由被告負擔百分之十七，餘由原告負擔。

肆、本判決原告以新台幣181萬,2612元為被告供擔保後得假執行；但被告如以新台幣543萬7,836元為原告預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

壹、程序事項：

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但被告同意或請求之基礎事實同一者，均不在此限，民事訴訟法第 255 條第 1 項第 1、2 款定有明文。

二、經查：

㈠原告原起訴主張：

1.被告應將彰化縣○○鄉○○段○ 000○000○000 地號

土地之所有權移轉登記予原告。

2.訴訟費用由被告負擔。

3.原告願供擔保，請准宣告假執行。

㈡原告嗣追加及變更其訴之聲明為（見本院卷第323頁）：

1.先位：

⑴被告應將彰化縣○○鄉○○段○ 000○000○000 地號土地之所有權移轉登記予原告。

⑵訴訟費用由被告負擔。

⑶原告願供擔保，請准宣告假執行。

2.備位：

⑴被告應給付原告新臺幣伍佰肆拾參萬柒仟捌佰參拾陸元，及自民事追加聲明狀送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

⑵訴訟費用由被告負擔。

⑶原告願供擔保，請准宣告假執行。

㈢經核原告追加之訴與原訴主要爭點共通，請求利益在社會生活上乃屬同一，就原訴之相關事證於追加之訴可得利用，自屬基礎事實同一之情形，又經被告同意之（見本院卷第354頁），而與上開規定相符，應予准許。

貳、原告起訴主張：

一、原告明華建築開發股份有限公司（下稱明華公司）於民國（下同）106 年 3 月 29 日與被告公業蕭深泉、訴外人公業蕭德儀及公業蕭光孕，共同訂立不動產買賣契約書（下稱系爭買賣契約，參原證1），由明華公司向各祭祀公業購買土地，其中向被告購買之土地為彰化縣○○鄉○○段○ 000○000○000 地號土地共三宗（下稱系爭土地，參原證2），約定價金共新臺幣（下同）3,121 萬 8,665 元。而原告已依約於 106 年 3 月 29 日簽約當日即給付第一期款完畢，則依買賣契約第二條第(二)項約定，被告應於 106 年 4 月 28 日前移轉系爭土地之所有權予原告。

二、訴外人公業蕭德儀與公業蕭光孕，業已依買賣契約履行義務完畢，唯獨被告公業蕭深泉於收受上開第一期款後，迄今已逾二年有餘，仍未依約移轉系爭土地之所有權，顯已違反買賣契約之約定。嗣經原告以社頭郵局存證號碼78號存證信函催告被告限期履行，惟被告於 108 年 9 月 6 日收受送達後（參原證3，卷第41頁），仍然遲未履行，原告迫於無奈始提起本件訴訟，以維權益。

三、按「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約」、「物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務。」民法第 345 條第 1 項、第 348 條第 1 項分別定有明文。本件系爭土地雖經原告依買賣契約給付買賣價金第一期款完畢，惟被告仍未依約移轉所有權予原告，此有土地登記謄本可證。職是，原告基於買賣法律關係及系爭買賣契約第 6 條第 1 項聲明：

㈠先位：

1.被告應將彰化縣○○鄉○○段○ 000○000○000 地號土地之所有權移轉登記予原告。

2.訴訟費用由被告負擔。

3.原告願供擔保，請准宣告假執行。

㈡備位：

1.被告應給付原告新臺幣伍佰肆拾參萬柒仟捌佰參拾陸元，及自民事追加聲明狀送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

2.訴訟費用由被告負擔。

3.原告願供擔保，請准宣告假執行。

參、原告對被告答辯之陳述：

一、按「本條例施行前已存在之祭祀公業，其依本條例申報，並向直轄市、縣（市）主管機關登記後，為祭祀公業法人。」「祭祀公業法人派下員大會就財產之處分及設定負擔之決議，應有派下現員三分之二以上之出席，出席人數

超過四分之三之同意；依第32條規定取得同意書者，應取得派下現員三分之二以上書面之同意。」祭祀公業條例第21 條第 1 項、第 33 條第 1 項第 2 款分別定有明文。可知祭祀公業條例第 33 條第 1 項之規定，併其所屬之祭祀公業條例第四章「祭祀公業法人之監督」等規定，僅適用於已向主管機關登記之「祭祀公業法人」，而不適用於未經登記為法人之「祭祀公業」。次按處分行為係指直接使權利移轉、變更、增加負擔及消滅之行為而言，故一般負擔行為（債權行為）不包括在內，從而買賣非屬處分行為；買賣行為，僅足使當事人之一方對他方負擔給付義務，係負擔行為而非處分行為（最高法院88年度台上字第2859號、83年度台上字第1138號民事判決意旨參照）。本件原告本於兩造簽訂之買賣契約而請求被告履行義務，所涉買賣契約係「負擔行為」，並非祭祀公業條例第 33 條第 1 項第 2 款規定之「處分及設定負擔」行為；且被告「公業蕭深泉」並非「祭祀公業法人」，更與祭祀公業條例第 33 條規定無涉。

二、系爭買賣契約業經被告公業派下員過半數及其權利（潛在應有部分）合計過半數之同意成立生效：

㈠按臺灣之祭祀公業並非法人，僅屬於其死亡者後裔公同共有祭產之總稱，其本身無權利能力，不能為權利之主體，其財產為祭祀公業派下公同共有，不因土地登記簿記載其所有名義為祭祀公業而異其性質，故該不動產仍應認為其派下公同共有（本院39年台上字第364號判例及65年度第二次民事庭會議決議(三)參照）。依民法第828條第2項規定，公同共有物之處分，固應得公同共有人之全體之同意，但公同共有土地之處分，依土地法第34條之1第5項準用同條第1項之規定，祇須共有人過半數及其權利（潛在應有部分）合計過半數之同意，即可為之。此為民法之特別法，自應優先適用，故關於祭祀公業土地之處分，依上規定，非不可由該公業派下員逾二分之一同意授與代理權

予管理人為之，則其以公同共有祭產管理人之名義，所為之處分行為，即不得謂對派下各員不生效力。而所謂『同意』者，並不於行為當時者為限，即於事前之允許或事後之追認，或以明示或默示方式為之，均無不可，更不以文書證之為必要，不論以任何方法，凡能證明公同共有人已為同意即可（最高法院92年度台上字第2054號民事判決參照）。

㈡又上開最高法院判決進而認定「查原審既認定上訴人買受系爭公業全體派下公同共有之系爭如附圖甲、乙部分土地，被上訴人以公業管理人之名義與之簽訂買賣契約，且上訴人主張系爭公業派下員周天送等497人除於78年11月26日決議同意授權被上訴人與上訴人簽訂買賣契約外，其他派下周清枝等151人另於82年12月一致同意承認上開之決議，除周正元等57人外，其餘周天送等591人均經確認為系爭公業之派下員，已逾全體派下員937人二分之一，被上訴人仍得依土地法第35條之1第5項準用同條第1項之規定出賣系爭土地云云。果爾，則被上訴人以公業管理人之名義與上訴人簽訂系爭買賣契約，若事後經公業派下員過半數及其權利（潛在應有部分）合計過半數之承認，能否謂該契約自始無效？尚非無疑。原審未詳予審究，遽以上開理由，為上訴人敗訴之判決，自嫌速斷。」則由此最高法院判決可知，祭祀公業依土地法第34條之1第5項準用同條第1項之規定，經祭祀公業派下員過半數及其權利（潛在應有部分）合計過半數之同意，公業管理人得以公業名義訂立買賣契約，出賣祭祀公業派下員公同共有之土地，則該買賣契約為合法有效。

㈢系爭買賣契約由原告與被告公業蕭深泉、訴外公業蕭德儀及公業蕭光孕所共同簽訂，有不動產買賣契約書在卷可稽（參原證1）。而被告公業蕭深泉之派下員，相較於訴外公業蕭德儀及公業蕭光孕，除缺少派下員蕭崇宏及蕭鉦東二人外，其餘派下員之成員全數相同，亦即公業蕭德儀與

公業蕭光孕之137名派下員中，包含有公業蕭深泉之135名派下員，分別有彰化縣社頭鄉公所105年11月2日社鄉民字第1050018143、0000000000及0000000000號函及其所附「派下員同意書」可稽（參原證5）。且訴外人公業蕭德儀及公業蕭光孕，於本件買賣契約訂立後，均業已依約移轉所有權完畢，亦經被告表明不爭執在卷可稽（見卷第144頁第3行）。是以，系爭買賣契約既經地政事務所就訴外公業蕭德儀及公業蕭光孕之土地移轉登記申請案，審核訴外二公業派下員過半數及其權利（潛在應有部分）合計過半數之同意無誤，並已辦畢土地所有權移轉登記在案，則本件被告公業相較上開訴外二公業之派下員更少二人，其餘成員全數相同，可見系爭買賣契約必然業經被告公業派下員過半數及其權利（潛在應有部分）合計過半數之同意，則依前揭最高法院判決意旨，系爭買賣契約依法已成立且生效，故被告辯稱「買賣契約未經派下員二分之一以上同意，所以對被告無效」云云，顯非事實。

㈣本件公業之買賣土地之價金應如何分配使用，於 107 年間該三個公業之派下員看法不一，進而引發更換管理人之爭議，而被告公業蕭深泉所出售之系爭土地，於前任管理蕭協春將出售之土地所有權狀三紙及供移轉用之派下員印鑑證明等，均轉交訴外人即代書黃鈁淇辦理時，為繼任之被告公業管理人蕭竹、蕭啟男、蕭仁貴及蕭平益等人提出刑事侵占告訴而中斷。而上開供移轉登記所用之土地權狀、印鑑證明及支票等文件資料，則由訴外人即代書黃鈁淇於108年1月24日在鈞院第一調解室當場點交與告訴人等（參原證6），亦可認為前管理人蕭協春已得到公業蕭深泉全體派下員過半數及其權利（潛在應有部分）之同意，並已提供係爭土地所有權移轉所需文件交與代書黃鈁淇。

三、縱認本件被告公業之前管理人蕭協春，並未經派下員大會決議而與原告簽訂系爭買賣契約，則應認公業蕭深泉有以自己之行為表示以代理權授與前管理人蕭協春之情形，應

依表見代理規定，負授權人責任：

㈠按由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。民法第 169 條定有明文。是無權代理之法律行為未經本人承認前固然效力未定，惟代理制度乃本人透過代理人擴大其參與社會經濟活動之範圍，該法律行為效力及於本人，在意定代理之類型下，代理人之選擇由本人決之，利益當歸屬本人，基於損益同歸之思想，代理人為代理行為之風險，除相對人明知外，應由本人承擔。是以，倘代理人逾越授權範圍或無代理權限而為代理行為，惟仍有權限外觀時，即客觀上仍以有權代理之外觀而與相對人為法律行為，從減少相對人查證、交易成本及交易安全保障之考量，縱本人未授權或授權有瑕疵，因權限外觀已經形成，仍應由本人負授權人責任。

㈡系爭買賣契約書係由前管理人蕭協春代表祭祀公業簽約，除蓋有「公業蕭深泉」之印章外，另蓋有「蕭協春」之印章，依一般常理判斷，祭祀公業中「祭祀公業蕭深泉」、管理人「蕭協春」之印章，均應由管理人保管，且祭祀公業派下者眾，是否有權代理祭祀公業為法律行為，實難要求非公業派下員所得知悉。再者，前管理人蕭協春於買賣契約和土地使用權同意書載明「土地所有權人公業蕭深泉」、「管理人蕭協春」，且簽約時亦有其他派下員即訴外人蕭建忠擔任系爭買賣契約之見證人，以及其他派下員即訴外人蕭仁鶴擔任介紹人（參原證1），此一表見事實，依客觀情形判斷，足使原告相信蕭協春確為祭祀公業派下全體之代理人，有權代理祭祀公業派下全體與原告訂立系爭契約，原告自無從質疑管理人之權限或代理權之欠缺。故依民法第一百六十九條前段表示授權之規定，祭祀公業自應負授權之責。

㈢又系爭買賣契約既經地政事務所就訴外公業蕭德儀及公業

蕭光孕之土地移轉登記申請案，審核訴外二個公業派下員過半數及其權利（潛在應有部分）合計過半數之同意無誤，並已辦畢土地所有權移轉登記在案，則本件被告公業相較上開訴外二個公業之派下員更少二人，其餘成員全數相同，足使原告相信系爭買賣契約必然業經被告公業派下員過半數及其權利（潛在應有部分）合計過半數之同意始簽訂，否則為何訴外二個公業已辦畢土地所有權移轉？為何無任何派下員出面異議？且系爭買賣契約簽定後，被告公業蕭深泉收受原告交付之 2,718,918 訂金，亦未有任何派下員出面異議，足見被告公業已知他人表示為其代理人而不為反對表示（容忍授權），亦應依民法第 169 條後段表見代理之規定，負授權人之責任。

四、倘認系爭買賣契約未經被告公業派下員過半數及其權利（潛在應有部分）合計過半數之同意，然此應屬被告公業之內部事務，本與原告無關，並非原告可得而知之事項，被告既與原告簽訂系爭買賣契約，並收受出售系爭土地之第一期款 271 萬 8,918 元，此為被告所不爭執（見卷第227頁），足使原告信任被告公業確可合法出售係爭土地與原告。而在簽訂系爭買賣契約並收取第一期款後，被告公業之管理人始變更，新管理人竟主張系爭買賣契約未經派下員過半數之同意，對被告公業不生效力云云，拒絕依約履行將系爭土地所有權移轉登記予原告之給付義務，此確係全可歸責於被告之事由致系爭買賣契約有債務不履行之情事，原告自得依系爭契約第 6 條第 1 項之約定，以被告無故不履行契約為由，主張解除系爭買賣契約(見卷第 328 頁)，並請求被告應加倍返還原告已支付之訂金及買賣價金，以為違約賠償金（見卷第21頁），金額總計為 543 萬 7,836 元（ 2,718,918×2＝5,437,836 ），適法有據。

肆、被告則辯以：

一、原告提出原證一之不動產買賣契約書(下稱系爭買賣契

約)，關於被告部分與法定要件不符，依法無效，原告自無請求被告履行契約之權利：

㈠按祭祀公業法人派下員大會之決議，應有派下現員過半數之出席，出席人數過半數之同意行之；依前條規定取得同意書者，應取得派下現員二分之一以上書面之同意。但下列事項之決議，應有派下現員三分之二以上之出席，出席人數超過四分之三之同意；依前條規定取得同意書者，應取得派下現員三分之二以上書面之同意：一、章程之訂定及變更。二、財產之處分及設定負擔。三、解散。祭祀公業法人之章程定有高於前項規定之決數者，從其章程之規定。祭祀公業條例第 33 條第 1、2 項分別定有明文。

㈡被告公業蕭深泉，向管轄彰化縣社頭鄉公所申報核准後，並未申請登記為法人，故並無章程，申報時亦無原始規約。亦即在 106 年 3 月 29 日簽訂爭買賣契約時，被告系公業並無章程或規約。故欲為財產之處分，即應依前述祭祀公業條例第 33 條規定之要件辦理，始為有效。被告公業之前管理人蕭協春(已於 108 年 9 月 1 日死亡)，於 106 年 3 月 29 日擅自與原告簽訂系爭買賣契約，並未獲得派下員大會之決議通過授權，亦未獲得派下現員三分之二以上之書面同意（當時之派下員人數為152人），因而違反祭祀公業條例第 33 條第 1 項第 2 款所規定之法定要件，則系爭契約依法係屬無效，對於被告並無拘束力，被告自無履行該無效買賣契約所約定之義務。

㈢次按共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。前四項規定，於公同共有準用之。土地法第 34 條之 1 第 1 、5 項分別定有明文。

㈣原告所提出之原證五即社頭鄉公所函及其所附「派下員同意書」，該「派下員同意書」之內容，係解任管理人蕭瑞彬之同意書，並非出售系爭土地之同意書，從而不能證明

系爭土地出售予原告之系爭買賣契約，有獲得全體派下員二分之一以上之同意，而與土地法規定之要件不符。原告主張系爭買賣契約，有獲得全體派下員過半數之同意，為有效等語，顯屬不實，不足採信。又被告公業之原管理人蕭協春因涉嫌侵占出售土地之價金，因此被解任並被告訴侵占，應係其無法獲得二分之一以上派下員同意其出售係爭土地之原因。

二、原告主張系爭買賣契約成立表見代理之法律關係存在，認為系爭買賣契約曾獲派下員過半數之同意而有效云云，應無理由：依土地法第 34 條之 1 第 5 項準用同條第 1、2 項之規定，祭祀公業不動產之處分，得以派下員過半數之同意行之。此項之同意方式，實務上均以由派下員出具同意處分之同意書為憑。訴外人蕭協春，係被告之前管理人，對外有權代表被告為意思表示及受意思表示。惟其為出售土地之行為，並無代理全體派下員二分之一以上為表示同意出售之權，此項同意之方式，應以派下員各別之出售同意書為據，此乃在不動產交易事務中眾所週知之事實，原告係專業不動產開發之建商，焉有不知之理。被告公業前管理人蕭協春在未得全體派下員二分之一之同意，即擅自於簽訂系爭買賣契約，但蕭協春並未表示伊已有獲得全體派下員二分之一以上之同意，亦未提出派下員同意書為證，原告當知其所簽訂之系爭買賣契約，尚無獲得全體派下員二分之一以上之同意，為原告所明知之事實。是關於被告公業前管理人蕭協春獲得全體派下員二分之一以上同意出售，並獲得派下員授權代為表示同意之權限等問題，俱無事實，顯無足以成立表見代理之餘地。

三、系爭買賣契約對於被告既屬無效，自無解除契約之問題。原告以被告對於係爭無效之買賣契約有債務不履行之情事為由，主張解除係爭買賣契約，並請求被告應加倍返還原告已支付之訂金及買賣價金，以為違約賠償金云云，於法洵屬無據。

伍、兩造不爭執事項：

一、系爭買賣契約由原告、被告及其前管理人、訴外公業蕭德儀與訴外公業蕭光孕共同簽訂之。

二、原告已交付訂金及買賣價金共 2,718,918 元與被告。

陸、兩造爭執事項：

一、被告之前管理人是否取得派下員過半數之同意而出賣系爭土地？

二、被告是否成立民法第 169 條之表見代理？

三、系爭買賣契約是否有效？

四、原告可否解除系爭買賣契約，而請求加倍返還已交付之訂金及買賣價金？

柒、本院之判斷：

甲、先位之訴：

一、原告提出原證一之係爭買賣契約，關於被告部分與法定要件不符，就請求不動產物權移轉部分依法為效力未定，非經有權利人承認不生效力，此觀民法第118條第1項規定即明，原告自無請求被告履行契約之權利：

㈠按祭祀公業法人派下員大會之決議，應有派下現員過半數之出席，出席人數過半數之同意行之；依前條規定取得同意書者，應取得派下現員二分之一以上書面之同意。但下列事項之決議，應有派下現員三分之二以上之出席，出席人數超過四分之三之同意；依前條規定取得同意書者，應取得派下現員三分之二以上書面之同意：一、章程之訂定及變更。二、財產之處分及設定負擔。三、解散。祭祀公業法人之章程定有高於前項規定之決數者，從其章程之規定。祭祀公業條例第 33 條第 1、2 項分別定有明文。㈡被告公業蕭深泉，向管轄彰化縣社頭鄉公所申報核准後，並未申請登記為法人，故並無章程，申報時亦無原始規約。亦即在 106 年 3 月 29 日簽訂系爭買賣契約時，被告公業並無章程或規約。故欲為財產之處分，即應依前述祭祀公業條例第 33 條規定之要件辦理，始為有效。被告

公業之前管理人蕭協春(已於 108 年 9 月 1 日死亡)，於 106 年 3 月 29 日擅自與原告簽訂系爭買賣契約，並未獲得派下員大會之決議通過授權，亦未獲得派下現員三分之二以上之書面同意（當時之派下員人數為152人），因而違反祭祀公業條例第 33 條第 1 項第 2 款所規定之法定要件，則係爭契約物權移轉部分依法係屬效力未定，如前所述對於被告並無拘束力，被告自無履行該無效買賣契約所約定之義務。此由證人即辦理移轉系爭土地之代書黃鈳淇之下列證言即可證明， 「（法官問：）提示原證一不動產買賣契約書，這份是否你幫兩造訂立的？」「（證人黃鈳淇：）對。」「（法官問：）祭祀公業要準備的文件你是否有審核過？」「（證人黃鈳淇：）之前是另一個代書辦得，解約後才由我辦，文件在那個代書那邊，有部分是另一個代書審核，他交給我的文件有部分過期沒有辦法用。」「（法官問：）758、760、824三筆土地你是否有經手？（提示並告以要旨）」「（證人黃鈳淇：）有訂這份契約，三份契約一起打。」「（法官問：）證人是否知道有沒有履行？」「（證人黃鈳淇：）蕭光孕、蕭德儀祭祀公業的派下員是完全一樣，蕭深泉派下員是不一樣，潛在持分還沒有足夠，必須要拆成二個案件，就是後來潛在持分沒有過的話，沒有辦法去地政事務所登記，潛在持分、面積要過半才能辦。」「（法官問：）何謂潛在持分？」「（證人黃鈳淇：）按照派下員的系統表去計算每個人應有部分，要經過公所認定核發下來。」「（法官問：）這份不動產買賣契約相關資料現在在誰那裡？」「（證人黃鈳淇：）我不知道。」「（法官問：）證人有幫忙過戶嗎？」「（證人黃鈳淇：）蕭德儀、蕭光孕都過戶完了，蕭深泉部分沒有辦，潛在持分不一樣。」「（法官問：）有人提出異議嗎？」「（證人黃鈳淇：）沒有人提出異議，是因為有部分派下員沒有蓋章，要他們同意。我沒有辦，我審核沒有過就沒有辦

了。」「（法官問：）潛在部分、面積沒有解決前就先訂立不動產契約書？不動產買賣契約書是誰代表訂立？」「（證人黃鈉淇：）公業管理人蕭協春。」「（法官問：）假設要審核的話，為什麼沒有審核就訂立？」「（證人黃鈉淇：）打契約書時我不知道他們可以提供到什麼樣的資料，他們叫我打契約這樣子，事後才知道有另外的代書。」「（法官問：）原證六108年度偵字第10482、10483、10484號，偵查是不起訴，不起訴處分書好像沒有爭執蕭深泉盜賣土地？（提示並告以要旨）潛在持分沒有過去訂契約是否涉及盜賣土地？」「（證人黃鈉淇：）只是要我把祭祀公業部分還給祭祀公業，我也不想保管這些東西。」「（法官問：）證人不能回答我的問題，沒有人講說是盜賣土地？」「（原告訴訟代理人：）證人剛剛說蕭德儀、蕭光孕派下員一致，蕭深泉派下員不一樣，據社頭鄉公所105年10月17日名冊，蕭深泉派下員共135人，蕭德儀、蕭光孕派下員共137人，其中135人完全一樣，蕭德儀、蕭光孕多二人，證人是否知道？」「（證人黃鈉淇：）時間太久我要回想，有差一、二個人不一樣，因為時間太久了。」「（原告訴訟代理人：）蕭德儀、蕭光孕的派下員超過半數可以出售土地，為何蕭深泉沒有過半數可以出售土地？」「（證人黃鈉淇：）因為蕭深泉的派下員潛在持分不一樣，跟蕭德儀、蕭光孕的不一樣，差很多，其他的人沒有蓋章同意，所以沒有過戶完成。」「（原告訴訟代理人：）潛在持分差異部分有與蕭協春確認過嗎？」「（證人黃鈉淇：）有。」「（原告訴訟代理人：）訂立契約時是否知道潛在持分有差異？」「（證人黃鈉淇：）不知道。」「（原告訴訟代理人：）當時蕭協春是否知道這件事？」「（證人黃鈉淇：）他叫我去打契約是很匆忙很急處理這件事，他們基本私底下的部分我不清楚，對於對方代書掌握的東西我沒有辦法去判別。」「（原告訴訟代理人：）證人簽約前或簽約後有無

告訴原告潛在持分不夠不能過？」「（證人黃鈁淇：）簽約後有，簽約前他們的資料不在我手上，簽約前沒有辦法判斷等，我沒有任何資料。」「（原告訴訟代理人：）是否知悉蕭協春簽約前有沒有告訴原告，他出售土地有沒有取得派下員過半數同意？」「（證人黃鈁淇：）我不在場，我不清楚。」「（原告訴訟代理人：）簽約後蕭協春有無告訴原告沒有過半數同意沒有辦法取得土地？」「（證人黃鈁淇：）有另一個代書掌握所有的文件，是認為和解後相關文件要拿回來，就像之前告我侵占必須返還給公業的意思是一樣的。重要文件如處分同意書，要他拿回來，他也不拿回，那個代書認為那是智慧財產權，另一位代書叫劉木卿，只有交給我權狀、印鑑證明書，處分同意書沒有交給我，要過戶的資料都沒有交出來。」「（法官問：所謂沒有交出來是指？）」「（證人黃鈁淇：）都沒有交出來，都是我重新找地主辦。」「（法官問：）證人重新找過地主辦，蕭深泉部分辦不出來嗎？」「（證人黃鈁淇：）是，有差幾個。因為劉木卿不願意交相關過戶文件出來，所以我才一一找派下員蓋章拿資料。」「（法官問：）資料給誰？」「（證人黃鈁淇：）資料給我，資料現在都在地政，其他資料都交給對方律師，相關祭祀公業人員，是三個管理人都到場。」「（原告訴訟代理人：）就劉木卿代書去取得的同意書潛在持分有過半數，證人是否知悉？」「（證人黃鈁淇：）我不清楚。」「（原告訴訟代理人：）劉木卿代書的聯絡方式是否知道？」「（證人黃鈁淇：）還要查代書公會資料。」（110年4月15日言詞辯論筆錄），細繹該證詞系爭土地無法辦理過戶確因派下員人數無法湊齊法定人數，且被告已就此抗辯，舉證之責在原告，原告無法提出派下員同意資料，，僅以另2筆派下員即蕭光德、蕭光孕都已辦理移轉，系爭公業土地亦可推論得到同意，此種證據取捨方式不可採信。

㈢次按共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。前四項規定，於公同共有準用之。土地法第 34 條之 1 第 1 、5 項分別定有明文。

㈣原告所提出之原證五即社頭鄉公所函及其所附「派下員同意書」，該「派下員同意書」之內容，係解任管理人蕭瑞彬之同意書，並非出售系爭土地之同意書，從而不能證明系爭土地出售予原告之系爭買賣契約，有獲得全體派下員二分之一以上之同意，而與土地法規定之要件不符。原告主張系爭買賣契約，有獲得全體派下員過半數之同意，為有效等語，顯屬不實，不足採信。又被告公業之原管理人蕭協春因涉嫌侵占出售土地之價金，因此被解任並被告訴侵占，亦可能係其無法獲得二分之一以上派下員同意其出售系爭土地之原因。

二、原告主張係爭買賣契約成立表見代理之法律關係存在，認為係爭買賣契約曾獲派下員過半數之同意而有效云云，應無理由：

依土地法第 34 條之 1 第 5 項準用同條第 1、2 項之規定，祭祀公業不動產之處分，得以派下員過半數之同意行之。此項之同意方式，實務上均以由派下員出具同意處分之同意書為憑。訴外人蕭協春，係被告之前管理人，對外有權代表被告為意思表示及受意思表示。惟其為出售土地之行為，並無代理全體派下員二分之一以上為表示同意出售之權，此項同意之方式，應以派下員各別之出售同意書為據，此乃在不動產交易事務中眾所週知之事實，原告係專業不動產開發之建商，焉有不知之理。被告公業前管理人蕭協春在未得全體派下員二分之一之同意，即擅自於簽訂系爭買賣契約，但蕭協春並未表示伊已有獲得全體派下員二分之一以上之同意，亦未提出派下員同意書為證，原告當知其所簽訂之系爭買賣契約，尚無獲得全體派下員二

分之一以上之同意，為原告所明知之事實。是關於被告公業前管理人蕭協春獲得全體派下員二分之一以上同意出售，並獲得派下員授權代為表示同意之權限等問題，俱無事實，顯無足以成立表見代理之餘地。

三、按「無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效力。」為民法第118條第1項所定，準此，系爭土地既未得到相關派下員同意，原告請求為所有權移轉登記為無理由。

乙、備位之訴：

一、按物之出賣人，負交付其物於買受人並使其取得該物所有權之義務，民法第348條第1項定有明文。買賣並非處分行為，故共有物之出賣，縱未經全體共有人同意，亦僅對他共有人不生效力而已，於訂約出賣之共有人仍具有債權效力。此有最高法院三十三年上字二四八九號、七十一年台上字第五〇五一號判例可循。

二、系爭買賣契約未經被告公業派下員過半數及其權利（潛在應有部分）合計過半數之同意，然此應屬被告公業之內部事務，本與原告無關，並非原告可得而知之事項，被告既與原告簽訂系爭買賣契約，並收受出售系爭土地之第一期款 271 萬 8,918 元，此為被告所不爭執（見卷第227頁），足使原告信任被告公業確可合法出售系爭土地與原告。而在簽訂係爭買賣契約並收取第一期款後，被告公業之管理人始變更，新管理人竟主張系爭買賣契約未經派下員過半數之同意，對被告公業不生效力云云，拒絕依約履行將系爭土地所有權移轉登記予原告之給付義務，此確係全可歸責於被告之事由致係爭買賣契約有債務不履行之情事，原告自得依系爭契約第 6 條第 1 項之約定，以被告無故不履行契約為由，主張解除系爭買賣契約(見卷第 328 頁)，並請求被告應加倍返還原告已支付之訂金及買賣價金，以為違約賠償金（見卷第21頁），金額總計為 543 萬 7,836 元（ 2,718,918×2＝5,437,836 ），適法有據。

丙、綜上，原告依據土地買賣契約，先位之訴請求移轉系爭土地，因被告派下員法定同意人數無法湊齊，其物權移轉請求為無理由，應予駁回。至備位之訴請求被告給付解約後之違約金 543 萬 7,836 元及自民事追加聲明狀送達翌日即110年5月7日起清償日止，按週年利率百分之五計算之利息為有理由，應予准許。本件備位之訴原告聲明願供擔保請求宣告假執行，依法准予，被告部分職權宣告預供擔保免為假執行之金額。

丁、因本案事證已臻明確，兩造其餘主張陳述及所提之證據，均毋庸再予審酌，附此敘明。

結論：本件原告先位之訴無理由，備位之訴有理由，依民事訴訟法第79條、第390條第2項、第392條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　30　　日

民事第一庭　　法 官　李言孫

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　30　　日

書記官　梁永慶