臺灣高等法院臺中分院民事判決

108年度重上字第130號

上　訴　人　興塑利建設有限公司
法定代理人　陳優利
訴訟代理人　張慶達律師
被上訴人　黃書堂
訴訟代理人　黃勝雄律師
參　加　人　劉月
訴訟代理人　曾彥錚律師
複代理人　廖偉辰律師

上列當事人間請求履約等事件，上訴人對於中華民國108年6月4日臺灣臺中地方法院第一審判決（107年度訴字第3851號），提起上訴，本院於108年10月15日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：

(一)兩造與劉月於民國104年間原同意在南投縣○○鎮○○段○○○○○號土地（下稱系爭土地）合建，並同意上訴人在系爭土地上先行搭設8呎高之甲種安全圍籬，為合建做準備。嗣被上訴人、劉月要求出售系爭土地，但因價格一夕數變，未能談成，被上訴人同意先將其所有系爭土地應有部分10分之3出售與上訴人，兩造即於107年9月18日簽訂不動產買賣契約書（下稱系爭買賣契約），被上訴人於簽約當日將土地所有權狀交付與代書，並收取簽約款新臺幣（下同）72萬元。兩造於系爭買賣契約附註條款載明「若共有人劉月主張需和黃書堂辦理分割，則劉月及黃書堂可先行辦理共有分割，但辦理共有物分割，黃書堂必需跟買方徵求同意分割方案，方可執行，不可擅自主張自行同意處理。」嗣劉月知悉被上訴人已將系爭土地應有部分出售與上訴人，劉月篤定不買被上訴人之系爭土地應有部分10分之3，言明自行放棄優先購買權

，主張系爭土地以分割方式將被上訴人分得土地移轉登記與上訴人，被上訴人即毋須通知劉月優先購買系爭土地應有部分，劉月亦不得再主張優先購買權。詎料被上訴人與劉月未能合意具體之分割方案，於簽約後近1個月，被上訴人企圖毀約而與劉月通謀，於107年10月16日寄發台中漢口路郵局第457號存證信函（下稱457號存證信函）通知劉月是否行使優先購買權，劉月亦以107年10月19日竹山郵局第143號存證信函（下稱143號存證信函）虛應表示行使優先購買權，被上訴人再以107年11月19日台中漢口路郵局第508號存證信函（下稱508號存證信函）通知上訴人撤銷系爭買賣契約，被上訴人與劉月通謀虛偽表示自屬無效，被上訴人仍應依約將系爭土地應有部分10分之3移轉登記與上訴人。

(二)參證人吳○○於原審之證詞，可知兩造簽立系爭買賣契約時已合意分割系爭土地，但因分割條件位置尚待被上訴人與劉月討論，劉月亦表示不行使優先購買權，且被上訴人與劉月就分割後由被上訴人取得「角間位置」，顯見渠等間就分割系爭土地已達成共識；再參證人賴○○於本院之證詞可知劉月確已表示預先拋棄優先購買權，而證人林○○所證均係迴護被上訴人及劉月之詞，並非實在。是被上訴人自107年10月16日發函給上訴人之日起，已明顯違約，依系爭買賣契約第8條第2項、第3項約定，被上訴人至履約為止，每日應給付7208元之遲延罰金。

(三)爰求為命被上訴人應將系爭土地應有部分10分之3移轉登記與上訴人；被上訴人並應自107年10月16日起迄履約之日止，每日支付上訴人遲延罰金7208元之判決。

二、被上訴人則以：

(一)系爭土地係被上訴人與劉月所共有，被上訴人於107年9月18日與上訴人簽訂系爭買賣契約，以總價720萬7500元將系爭土地應有部分10分之3出售與上訴人，並收到簽約款72萬元。惟系爭買賣契約第14條第2項約定：「賣方負責通知共有人，優先購買權人放棄優先購買權，則繼續進行本買賣契約

。若主張優先購買權，則撤銷本買賣契約，無息退回已付價款。」嗣經被上訴人於107年10月16日以457號存證信函，通知劉月於文到7日內，以書面向被上訴人表示是否願以相同價金優先購買系爭土地應有部分，劉月於107年10月19日即以143號存證信函回覆，聲明願以相同價金行使優先承購權，並與被上訴人於107年12月7日簽訂不動產買賣契約書，且給付簽約款72萬元。被上訴人即於107年11月19日以508號存證信函將劉月主張願以同一價金優先承購系爭土地應有部分之事告知上訴人，並聲明依系爭買賣契約第14條第2項之約定，撤銷系爭買賣契約，請上訴人前來取回簽約金72萬元，惟上訴人不願取回。兩造間系爭買賣契約因撤銷而消滅，上訴人再依買賣之法律關係，請求辦理移轉登記，於法無據。

(二)系爭買賣契約，約定買賣價金為720萬7500元，並於第3條定有付款方法。上訴人僅給付簽約金72萬元，其餘價金均未依約給付。上訴人在未依約付清價金之情形下，請求被上訴人辦理移轉登記，與民法第369條規定有違，亦無理由。被上訴人未辦理系爭土地應有部分10分之3移轉登記，於法並無不當，亦無違約遲延可言。上訴人請求被上訴人應依系爭買賣契約第8條第2項、第3項約定給付每日7208元之遲延罰金，並無理由。

(三)優先承購權之法律關係，係存在於出賣之共有人與有優先購買權之他共有人之間，為維護他共有人之權益，故於土地法第34條之1第2項、第4項規定，應由出賣之共有人以書面通知詢問他共有人是否行使優先承購權，始為合法之通知，如未以書面通知，而僅以口頭通知，並不發生通知之法效，對於他共有人而言為無效，他共有人不受其拘束，自不待言。吳○○並非共有關係之當事人，縱其有以口頭或電話詢問劉月是否主張優先承購權之情事，其身分不符法律規定，與法定程式不合，不發生通知之法效，且吳○○證稱：「我有告訴她已經簽了合約，但是沒有跟她講買賣契約的價錢，因為她連聽都懶的聽」，不合通知之要件。況依證人賴○○之證

詞僅能證明兩造曾與劉月談論系爭土地分割事宜，劉月並未表示拋棄優先購買權；再參證人林○○之證詞，足證劉月並未於107年10月5日向兩造表示不會主張優先購買權等語，資為抗辯。

三、參加人劉月主張：

(一)劉月為系爭土地共有人，依土地法第34條之1第4項規定，劉月有優先購買權，經被上訴人以107年10月16日457號存證信函通知，劉月旋以同月19日以143號存證信函回覆，表示願行使優先購買權之意，劉月並與被上訴人簽立不動產買賣契約書，上訴人不得再請求被上訴人依買賣契約為土地所有權移轉登記甚明。

(二)被上訴人與吳○○於107年10月5日來劉月家中，當時劉月在住家廳外看店，被上訴人與吳○○則入廳內與劉月兒子商談，劉月並未與吳○○直接對談，且由劉月在廳外店內之聽聞，當時彼等所談內容係被上訴人欲與劉月協議分割系爭土地，完全未提及被上訴人之應有部分已立約出售與上訴人，又何來劉月表示放棄優先購買權之餘地？上訴人書狀所述「劉月向吳○○表示不主張優先購買」等語，顯然不實，劉月否認之。

(三)依系爭買賣契約附註條款可知，兩造當時顯係欲先以被上訴人與劉月辦理共有物分割方式，以隱瞞、規避劉月主張優先購買之權利，故吳○○與被上訴人於107年10月5日前來時，均隻字未提彼等已就被上訴人名下系爭土地應有部分10分之3立約買賣之事，僅就分割土地事宜為商討。至於上訴人所提出107年10月12日訊息，並稱劉月與被上訴人已達成協議，同意辦理系爭土地分割，更係子虛烏有；該訊息內容為「依吳董意思，我已告知對方選角間位置，對方也已同意」，足見「選角間位置」乃被上訴人轉述吳○○之話而來，縱認劉月就此表示同意，然兩造對於系爭土地實際如何分割，其細節如分割土地形狀、面寬、甚至相關費用等，均尚未達成合意，最終因被上訴人與劉月就分割土地事宜遲遲無法達成

共識，劉月乃決定不同意分割，此由被上訴人所提出通話訊息內容即得知悉。上訴人徒以劉月與被上訴人間正在討論分割土地事宜，即逕認劉月已不主張優先購買，實屬過度之臆測，自不可採。

四、以下之事實為兩造所不爭執：

(一)系爭土地為被上訴人、劉月共有，應有部分各為10分之3、10分之7。

(二)兩造於107年9月18日簽訂系爭買賣契約，約定上訴人以720萬7500元之價格，向被上訴人買受系爭土地應有部分10分之3，被上訴人於簽約當日將土地所有權狀交付與代書，並向上訴人收取簽約款72萬元。

(三)系爭買賣契約第14條第2、3項約定：「賣方（即被上訴人）負責通知共有人（即劉月），優先購買權人放棄優先購買權，則繼續進行本買賣契約，若主張優先購買權，則撤銷本買賣契約，則無息退回已付價款。」、「以上依照土地法第34條之1執行要點時間完成後，共有人未提出優先購買權等，即為雙方用印日，完稅日為用印日之後一個月支付，尾款為完稅之後一個月支付。」

(四)系爭買賣契約附註條款約定：「雙方就系爭土地持分10分之3，買賣契約，若共有人劉月主張需和黃書堂辦理分割，則劉月及黃書堂可先行辦理共有分割，但辦理共有物分割，黃書堂必需跟買方徵求同意分割方案，方可執行，不可擅自主張自行同意處理。」

(五)被上訴人於107年10月16日寄發457號存證信函詢問劉月是否行使優先購買權，劉月以107年10月19日143號存證信函表示行使優先購買權，被上訴人再以107年11月19日508號存證信函通知上訴人撤銷系爭買賣契約。

(六)被上訴人及劉月於107年12月7日就系爭土地應有部分10分之3簽立不動產買賣契約書，並由劉月給付簽約款72萬元與被上訴人。

五、本件兩造爭執之重點：

(一)被上訴人與劉月有無達成分割系爭土地之協議？
(二)劉月有無拋棄系爭土地應有部分10分之3之優先購買權？
(三)上訴人請求被上訴人移轉系爭土地應有部分10分之3，及給付每日遲延罰金7208元，有無理由？

六、本院得心證之理由：

(一)被上訴人與劉月有無達成分割系爭土地之協議？

1.系爭土地為被上訴人、劉月共有，應有部分各為10分之3、10分之7，兩造於107年9月18日簽訂系爭買賣契約，約定上訴人以720萬7500元之價格，向被上訴人買受系爭土地應有部分10分之3等情，為兩造所不爭執之事實。按共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購，土地法第34條之1第4項定有明文。是被上訴人將系爭土地應有部分出賣與上訴人，劉月依法有優先購買權。而被上訴人於簽訂系爭買賣契約時，有意與劉月協議分割系爭土地，若系爭土地能完成分割，被上訴人就其分得之土地已特定位置，並取得單獨所有權，此時被上訴人將所分得土地移轉登記與上訴人，即非移轉登記系爭土地應有部分，劉月對被上訴人所移轉登記之分得土地自無優先購買權可言，被上訴人自可不負通知劉月行使優先購買權，系爭買賣契約附註條款約定：「雙方就系爭土地持分10分之3，買賣契約，若共有人劉月主張需和黃書堂辦理分割，則劉月及黃書堂可先行辦理共有分割，但辦理共有物分割，黃書堂必需跟買方徵求同意分割方案，方可執行，不可擅自主張自行同意處理。」可見兩造簽訂系爭買賣契約，係約定先由被上訴人與劉月辦理系爭土地之分割事宜，由被上訴人將分得之土地移轉登記與上訴人，待被上訴人與劉月無法達成系爭土地之分割協議，始由被上訴人踐行出售系爭土地應有部分10分之3之程序。

2.被上訴人係與上訴人公司顧問吳○○於107年10月5日前往劉月家談論系爭土地分割事宜，此經吳○○於原審108年3月19日審理時，及證人林○○即劉月之子於本院108年9月18日準備程序時證述屬實（見原審卷第154頁、本院卷第113、114

頁），證人賴○○即承辦系爭土地應有部分10分之3買賣之代書亦於本院108年9月18日準備程序時證稱：「代書知道是共有土地，所以要通知優先購買權人放棄之後才能買賣。被上訴人說他們會去談，等他們去談，我才沒有寄，所以備註說如果談的了分割，就不用通知。雙方要先辦理共有物的協議分割，協議分割談不成才辦理應有部分的買賣。」等語（見本院卷第109、110頁），足見被上訴人在系爭買賣契約簽訂之後與劉月所談論者係系爭土地之分割事宜，而非劉月是否要行使系爭土地應有部分10分之3之優先購買權，此正如林○○所證根本未提到被上訴人應有部分之出售事宜，係至收到457號存證信函後始知被上訴人已將應有部分出售給上訴人等語相符（見本院卷第113至115頁）。又被上訴人於107年9月20日、10月1日、10月12日、10月14日先後傳送簡訊與吳○○，此有兩造所提出之簡訊內容（見原審卷第99至101、141至143頁）可佐，且為兩造所不爭執，固堪信為真正。然觀其簡訊內容分別為：被上訴人將劉月聯絡電話告知吳○○；被上訴人詢問吳○○可否於107年10月5日前往劉月家中與劉月商討事宜；被上訴人告知吳○○經與對方確認後，選擇角間位置，且獲對方同意，並安排於同月15日至代書處辦理；被上訴人告知吳○○因三方互相尚存某些疑慮，原定同月15日行程中止。又被上訴人傳送與吳○○之上開簡訊內容，係有關被上訴人與劉月商談系爭土地分割事宜，此經吳○○於原審證述明確（見原審卷第154頁）。亦即上開簡訊至多僅能證明被上訴人與吳○○曾於107年10月間與劉月商談系爭土地分割事宜。依被上訴人107年10月12日簡訊內容，劉月已就系爭土地之分割，同意被上訴人優先選擇角間位置之土地，但雙方對分得土地之面積、面臨道路之寬度均尚未談論，難認被上訴人已與劉月達成分割系爭土地之協議，之後被上訴人即於同月14日再傳簡訊與吳○○，表示因三方互相之間都尚有某些疑慮，原定明天行程中止，取消同月15日在曾○○代書辦理系爭土地之分割，因此系爭土地迄未辦

理共有物分割。吳○○以被上訴人同月12日之簡訊內容證稱：「（兩造與劉月就分割的事情，有無達成共識？）有，不但達成共識，且還建議他們直接到地政事務所找公設辦，他們雙方同意讓被上訴人選角地，也不要求被上訴人補償。」等語（見原審卷第154頁），所證兩造與劉月有達成分割系爭土地之共識，明顯與事實不符，要無可採。吳○○再證稱：「被上訴人要向上訴人表示他已經與劉月談好分割的事，要我去旁邊確認，當天在到劉月家前，劉月與被上訴人、上訴人間，就分割方案已經有共識了。」等語（見原審卷第157頁），依上訴人所主張兩造於簽立買賣契約時合意說好分割系爭土地，但因分割條件、位置尚待被上訴人與劉月討論等情（見原審卷第187頁），吳○○所謂已經與劉月有共識，僅係系爭土地要辦理分割事宜，而非雙方就系爭土地之分割方案已有共識。本件被上訴人與劉月尚未就系爭土地之分割達成協議，此再觀上訴人於起訴狀主張「系爭土地以分割方法將被上訴人割出之土地出售給上訴人，分割後再將被上訴人持有部分移轉登記與上訴人。詎料被上訴人與劉月未能合意具體之分割方案，……」等語自明（見原審卷第13頁）。

3.系爭土地未能辦妥共有物之分割，被上訴人係待未能分割系爭土地確定後，始於107年10月16日以457號存證信函通知劉月行使系爭土地應有部分10分之3之優先購買權，此復經證人賴○○證述屬實（見本院卷第160頁）。被上訴人在未能與劉月達成分割系爭土地之協議後，通知劉月行使優先購買權，自無不合。

(二)劉月有無拋棄系爭土地應有部分10分之3之優先購買權？

1.劉月係系爭土地之共有人，就被上訴人出售系爭土地應有部分10分之3與上訴人有優先購買權，依系爭買賣契約第14條第2、3項約定：「賣方（即被上訴人）負責通知共有人（即劉月），優先購買權人放棄優先購買權，則繼續進行本買賣契約，若主張優先購買權，則撤銷本買賣契約，則無息退回

已付價款。」、「以上依照土地法第34條之1執行要點時間完成後，共有人未提出優先購買權等，即為雙方用印日，完稅日為用印日之後一個月支付，尾款為完稅之後一個月支付。」足見兩造於簽訂系爭買賣契約時均認為劉月並未放棄優先購買權，始會有上開若劉月不行使優先購買權，系爭土地應有部分10分之3之買賣始繼續進行，苟劉月行使優先購買權，則撤銷系爭買賣契約，故吳○○所證「大約是簽約前的一個月，劉月就直接跟我回答他不會行使優先承買權。」（見原審卷第153頁），及賴○○所證「簽約時被上訴人跟我說有去找過共有人劉月很多次，但劉月沒有要買，劉月不想買，才賣給上訴人。」（見本院卷第103頁），是否指劉月不願購買被上訴人之應有部分，即有可疑。再觀上訴人於原審108年1月22日審理時係指稱：「（劉月曾經有跟上訴人直接表示要拋棄優先購買權的情形嗎？）有，被上訴人、劉月及吳○○曾經共同去商討土地的分割事宜。」、「（上訴人主張劉月有表示拋棄優先承買權的時間點？）買賣契約成立後，107年9、10月間。」等語（見原審卷第82、83頁），上訴人言下之意係指劉月於系爭買賣契約簽訂後之107年9、10月間商議辦理系爭土地之分割事宜始拋棄優先購買權（此部分劉月亦非拋棄優先購買權，詳後述），上訴人原亦未主張劉月於系爭買賣契約簽訂之前即已拋棄優先購買權，劉月是否有在系爭買賣契約簽訂之前即有對被上訴人及吳○○表示不願購買被上訴人之應有部分，自屬不明。

2.劉月有意辦理系爭土地之分割，據吳○○所證「他們兩個（指被上訴人及劉月）對於要賣土地或是合建的意思不一致，所以才開始協議要分割，被上訴人也與劉月談了兩年多的分割，中間也有談買賣（指整筆系爭土地之出售）。劉月在系爭買賣契約簽訂前有畫一張圖，把土地分成三塊，要被上訴人去選擇。」等語（見原審卷第151頁），則吳○○及賴○○所謂劉月不要購買，即應係指劉月要辦理系爭土地之分割，不願購買被上訴人所分得之土地，況縱劉月在系爭買賣契

約簽訂之前有表示不願購買被上訴人之應有部分，其不願購買被上訴人之應有部分，或係基於被上訴人之出價過高或劉月資力不足無法購買，與優先購買權之拋棄尚有間，劉月不願購買被上訴人之應有部分，尚非等同拋棄優先購買權，待被上訴人將系爭土地應有部分出售上訴人，劉月仍得行使優先購買權。

3.共有人之優先購買權係他共有人出售其應有部分時，共有人有依同一條件優先購買之權利，故共有人之優先購買權應係於他共有人就其應有部分與第三人成立有效之買賣時始發生。最高法院65年台上字第2113號判決意旨認「土地法第34條之1第4項所定共有土地優先購買權之行使，須以共有人有效出賣其應有部分與第三人為基礎，苟共有人與第三人間之出賣行為根本無效，亦即自始不存在，則所謂優先購買權即無從發生。」，最高法院88年度台上字第2167號判決意旨謂「土地法第104條第1項規定基地出賣時，承租人有依同樣條件優先購買之權，故承租人放棄優先購買權，必於其知悉買賣條件後，始能為之。倘其僅知出賣之事實，不知買賣之條件，尚無從決定是否依同樣條件優先購買，自無放棄優先購買權之可言。」，最高法院101年度台上字第841號判決意旨曰「優先購買權人，於接到出賣人以與買賣契約內容，如買賣標的、範圍、價金及付款方法等同條件之通知後，而於10日內不表示者，其優先購買權始得視為放棄。」是本院認得行使優先購買權之人如欲放棄優先購買權，必於其知悉買賣條件後，始能為之，倘僅知悉出賣之事實，而不知買賣之條件，尚無從決定是否依同樣條件行使優先購買權，自無放棄優先購買權之可言。本件在被上訴人將系爭土地出售與上訴人之前，劉月不知被上訴人買賣之事實，遑論將來知悉買賣之條件，根本無有效之買賣契約存在，劉月自無拋棄優先購買權之餘地。至系爭買賣契約成立後，據吳○○證稱：「我有告訴她（指劉月）已經簽了合約，但是沒有跟她講買賣契約的價錢，因為她連聽都懶的聽。」、「（107年10月5日你們

去劉月家，你說當著她全家的面說她不行使優先承買權，那時候有無告訴劉月買賣契約的價錢、交款的條件？）沒有。」等語（見原審卷第155頁），另賴○○證稱系爭買賣契約簽訂之後，被上訴人有去劉月家談共有物分割，但談不攏，不知優先購買之詳情（見本院卷第106、107頁），則劉月頂多知悉被上訴人有將系爭土地應有部分10分之3出售與上訴人，對系爭買賣契約之買賣價金及付款之方式均不知情，劉月不之買賣條件，亦無拋棄優先購買權之可言，且當時被上訴人係至劉月家與劉月談論系爭土地分割事宜，非詢問劉月是否要行使優先購買權，劉月自不會無端向被上訴人表示不願購買其應有部分。至上訴人所援引最高法院86年度台上字第2707號判決意旨「若基地承租人於知悉土地買賣之條件後，曾明示或默示表示拋棄該優先購買權者，自仍生權利拋棄之效力。」與本院前揭見解並無兩樣，另最高法院80年度台上字第2529號判決意旨「共有人於他共有人即將成立買賣之際，預先拋棄其即可取得之優先承買權，尚非法之所禁。」與大多數最高法院之實務見解不符，自為本院所不採。

4.兩造簽訂系爭買賣契約後，係要先由被上訴人與劉月辦理系爭土地之共有物分割，即系爭土地以分割方式將被上訴人割出之土地出售給上訴人，分割後再將被上訴人持有部分移轉登記給上訴人，此時被上訴人所出售者係特定位置由被上訴人取得單獨所有權之土地，即非系爭土地應有部分之買賣，劉月就被上訴人分割系爭土地所分得之土地自無優先購買權存在，被上訴人即無通知劉月是否行使優先購買權之義務，此正是被上訴人在系爭土地談論分割事宜時，暫緩通知劉月行使優先購買權，待確定無法辦理分割後，始通知劉月之原因所在。是系爭土地之辦妥共有物分割，劉月當無優先購買權存在，系爭土地之辦理共有物分割，即與劉月拋棄優先購買權有別，劉月同意辦理系爭土地之分割，自非拋棄優先購買權，吳○○證稱：「雙方簽完約後，我打電話給劉月，劉月很清楚的跟我告知，他不會優先購買，他已經說好要分割

，沒有優先購買的問題。」（見原審卷第152頁），故劉月要辦理系爭土地之分割，係根本無劉月優先購買之問題，而非劉月放棄優先購買權，吳○○將兩者混為一談，證稱劉月不會行使優先購買權，委無可採。上訴人亦將劉月同意辦理系爭土地之分割，誤為劉月拋棄優先購買權，故其主張「劉月言明自行放棄系爭土地之優先購買權，主張系爭土地以分割方法將被上訴人割出之土地出售給上訴人。」、「劉月早經洽商協議分割後，同意取得角間位置，顯已放棄優先購買權。」、「被上訴人與劉月合意以分割方式解除系爭土地共有關係，各自處分分割後之土地。是以劉月顯已放棄優先購買被上訴人之應有部分土地。」等語（原審卷第13、85、187頁），均核無足取。

5.土地法第34條之1第2項所定應事先以書面通知他共有人，係指辦理共有土地應有部分移轉登記之前應事先以書面通知他共有人，非共有人與第三人簽訂買賣契約之前即應通知他共有人，而他共有人在收到共有人書面通知後逾期不行使優先購買權，始有拋棄之可言，本件被上訴人在系爭買賣契約107年9月18日簽訂後於107年10月16日以457號存證信函通知劉月行使優先購買權，劉月即於同月19日以143號存證信函表示行使優先購買權，被上訴人所為並未違背土地法第34條之1第2項之規定，劉月即係合法行使系爭土地應有部分10分之3之優先購買權，自無上訴人所主張被上訴人簽約後，隔一個月之久，始以書面通知劉月，顯未依土地法第34條之1事先以書面通知他共有人等情。又最高法院68年台上字第2857號判決意旨「土地法第34條之1第5項、第2項所規定之通知義務，純屬公同共有人間之內部關係，公同共有人未踐行此項通知義務，僅生應否負損害賠償責任之問題，對於出賣處分之效力，尚無影響。」係針對共有人將應有部分出售第三人，未通知他共有人行使優先購買權，即逕將應有部分移轉登記與第三人，共有人不得以其對應有部分有優先購買權對抗第三人而論，此與本件系爭土地應有部分10分之3尚未辦

理移轉登記，上訴人非登記名義人不同，最高法院68年台上字第2857號判決之見解於本件自無適用之餘地，上訴人謂劉月與上訴人之系爭土地內部關係，不能對抗善意之上訴人，自非的論。

(三)上訴人請求被上訴人移轉系爭土地應有部分10分之3，及給付每日遲延罰金7208元，有無理由？

1.劉月並未拋棄優先購買權，被上訴人於107年10月16日以457號存證信函，通知劉月於文到7日內，向被上訴人表示是否願以相同價金優先購買系爭土地應有部分10分之3，劉月於107年10月19日以143號存證信函回覆，聲明願以相同價金行使優先購買權，嗣劉月與被上訴人於107年12月7日簽訂不動產買賣契約書，劉月並給付簽約款72萬元，此有存證信函、不動產買賣契約書、支票（附原審卷第59至69頁）為證，且為兩造所不爭執，可見劉月對被上訴人聲明行使優先購買權後，確實以同一價格與被上訴人成立買賣契約，並已依約給付簽約款。

2.上訴人雖主張：劉月係虛應表示購買系爭土地應有部分10分之3，被上訴人與劉月通謀虛偽表示自屬無效等語，然為被上訴人及劉月所否認。按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。又第三人主張表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，該第三人應負舉證之責（最高法院48年台上字第29號判決意旨參照）。上訴人就劉月對被上訴人所為系爭土地應有部分10分之3優先購買之意思表示屬通謀虛偽之事實，既未能提出任何證據以實其說，則上訴人此部分主張，即不可採。

3.系爭買賣契約第14條第2項約定：「賣方負責通知共有人，優先購買權人放棄優先購買權，則繼續進行本買賣契約，若主張優先購買權，則撤銷本買賣契約，則無息退回已付價款。」本件劉月已對被上訴人合法行使系爭土地應有部分10分之3之優先購買權，被上訴人於107年11月19日以508號存證信函向上訴人表示撤銷系爭買賣契約，尚無不合，系爭買賣

契約已失其效力，上訴人自不得再本於已失效之系爭買賣契約，請求被上訴人辦理系爭土地應有部分10分之3移轉登記及給付遲延罰金。又優先購買權人一經表示以同一條件優先購買，則該共有土地或建築改良物之買賣契約即當然於出賣之共有人與優先購買之共有人間成立，且為實現應由優先購買之共有人優先購買之立法目的，於該共有人行使優先購買權之後，原購買人自不得請求出賣之共有人移轉所有權。被上訴人因劉月合法行使優先購買權，致無法繼續履行系爭買賣契約，亦無違約之可言，上訴人請求被上訴人移轉系爭土地應有部分10分之3，及給付每日遲延罰金7208元，殊屬無據。

七、綜上所述，本件上訴人請求被上訴人移轉系爭土地應有部分10分之3，及給付每日遲延罰金7208元，均不能准許。原審為上訴人敗訴之判決，核無違誤，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，經核均不影響本判決之結果，爰不逐一論述，上訴人聲請勘驗系爭土地內之墓穴位置及土地邊之圍牆，此與劉月有無拋棄優先購買權毫無關係，自無調查之必要，均併予敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　10　　月　　29　　日

民事第一庭　審判長法　官　謝說容

法　官　葛永輝

法　官　陳蘇宗

正本係照原本作成。

上訴人得上訴。

如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十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四百六十六條之一第一項但書或第二項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴裁判費。

書記官 盧威在

中 華 民 國 108 年 10 月 29 日