

臺灣高雄地方法院民事裁定

113年度全字第119號

聲 請 人 劉致毅 住○○市○○區○○路0000號

代 理 人 王伊忱律師

吳欣叡律師

相 對 人 陳文毅

代 理 人 包喬凡律師

上列當事人間聲請保全證據事件，本院裁定如下：

主 文

聲請駁回。

聲請程序費用由聲請人負擔。

理 由

一、聲請意旨略以：兩造於民國111年3月30日簽訂工程合約書，約定由相對人承攬施作聲請人位於高雄市○○區○○段00段0000地號土地上之住宅新建工程（下稱系爭工程）。惟相對人於施工期間未按圖施工，且多次遲延施作，導致目前僅完成灌漿，進度落後，經聲請人催告改善，均置之不理，對此，聲請人於113年4月10日寄發存證信函催告相對人於收受後7日內改善，如逾期不改善即終止兩造間之承攬契約，然相對人於同年4月24日收受後，迄同年5月1日仍未改善，應認兩造間之承攬契約已於113年5月1日終止。又系爭工程係為供聲請人及家人居住使用，聲請人有立即發包予他人繼續施作之必要，且今年夏季氣溫極端炎熱，復即將進入颱風季，系爭工程處於尚未粉光，且外牆、內部及地板均未施作磁磚、窗戶，多處鋼筋外露之狀況，亦隨時有因日曬雨淋或颱風以致現狀破壞之虞，另相對人於113年4月26日寄發存證信函要求聲請人結算承攬報酬，故為免現狀變更而生證據滅失或礙難使用，並確定事、物之現狀，爰依民事訴訟法第368條第1項規定，聲請囑託高雄市建築師公會（下稱建築師公會）就如附表所示鑑定事項，進行鑑定，以保全證據等語。

二、相對人則陳稱略以：系爭工程現狀迄未變動，尚無聲請人所

指因現狀變更而生證據滅失或礙難使用之可能。又系爭工程結構業經施作完成，且取得勘驗合格證明，應認相對人施作完成部分並無任何瑕疵，而無確定事、物現狀之必要。其次，聲請人聲請囑託建築師公會鑑定之事項，均屬系爭工程之施作現況，此對於相對人之權益影響甚大，應由受訴法院於訴訟程序進行中聽取兩造意見後，透過鑑定人或機關適格性調查及爭點整理，踐行選任及決定鑑定事項之程序，以保護相對人之聽審請求權，則聲請人於起訴前聲請保全證據，顯於法不合等語。

三、按證據有滅失或礙難使用之虞，或經他造同意者，得向法院聲請保全；就確定事、物之現狀有法律上之利益並有必要時，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全書證。民事訴訟法第368條第1項定有明文。又修正民事訴訟法之證據保全制度，基於當事人自行研判紛爭之實際狀況，可助於其尋求解決紛爭之手段，以消弭訴訟，乃擴大賦與當事人在起訴前蒐集事證資料之機會，而於同法第368條第1項後段增訂「就確定事、物之現狀」，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全書證之規定，不以證據有滅失或礙難使用之虞為限，然仍須於有法律上利益並有必要時，始得為之，以防止濫用而損及他造之權益，並避免司法資源之浪費。此項「就確定事、物之現狀」程序，一方面係為實現證據開示之機能，另一方面難免有摸索性證明之虞，如何避免二者間之衝突，應視紛爭之類型、聲請人與他造對事證之獨占程度，綜合接近證據程度、武器平等原則、利益權衡原則，予以平衡考量，以為「必要性」之判斷（最高法院105年度台抗字第774號裁判意旨參照）。其次，聲請保全證據，應由聲請人提出能即時調查可使法院信其主張為真實之證據，以釋明之，否則其聲請不應准許（民事訴訟法第370條第2項、第284條參照）。

四、經查：

(一)本件依兩造之陳述、往來之存證信函，固可見兩造對於系爭工程有無遲延完工及相對人已施作完成之項目、數量、有無

瑕疵等，有所爭執。然聲請人除能提出系爭工程現場照片外，尚能就系爭工程各處施工有何瑕疵，製表並以圖說詳加說明（見本院卷第117至317頁），可見聲請人可自由進出拍照、蒐證，應認其接近系爭工程之現況及相關事證等證據之程度優於相對人，自非不得自行採取適當措施以保全證據及確認事、物之現狀。聲請人雖謂：系爭工程係為供伊及家人居住使用，有立即發包予他人繼續施作之必要，且今年夏季氣溫炎熱，復即將進入颱風季，系爭工程亦隨時有因日曬雨淋或颱風以致現狀破壞之虞云云，惟依聲請人所述，兩造間之承攬契約早於113年5月1日即已終止，乃聲請人遲至本院於113年7月5日調查期日詢問其已否將系爭工程另行發包他人後，始於113年7月11日就系爭工程另與盛宇開發營造有限公司簽訂工程合約（見本院卷第319至323頁），此舉洵有可議，則系爭工程是否確有需立即發包他人施作之迫切性及必要性，即非無疑。況聲請人是否有尋求第三人接手處理後續施工之考量，與證據有無滅失或礙難使用之虞，或確定事、物現狀之必要，尚無必然之關聯，聲請人執此主張有保全證據或確定事、物現狀之必要，要無足取。又我國夏季氣溫是否炎熱或是否即將進入颱風季，與系爭工程現況是否有遭致破壞之可能，實屬二事，且系爭工程現經覆蓋紗網及帆布（見本院卷第313至317頁），於111年間開工後（見本院卷第19頁），至今已有2年之久，其間日曬雨淋、颱風來襲之情形所在多有，惟系爭工程之現狀仍未因此遭受破壞，何以唯獨今年有因日曬雨淋或颱風而遭破壞之可能？顯然不合常理。聲請人復未提出證據釋明系爭工程有因日曬雨淋以致現狀破壞之虞，則其徒憑主觀臆測，即遽謂本件有保全證據之急迫性云云，自無足取。

(二)其次，聲請人本件聲請保全證據之方法為就系爭工程施作之工項、數量、金額及有無瑕疵、瑕疵修補所需金額為何等，囑託建築師公會鑑定，然此涉及兩造間得否本於承攬契約向他方為請求、請求範圍為何等訴訟核心事項，對於當事人權

01 益影響重大，宜由受訴法院在訴訟進行中針對兩造之主張及
02 答辯行爭點整理程序，並聽取兩造就鑑定人專業、客觀、公
03 正性及鑑定事項等之意見後，透過鑑定人或機關之適格性調
04 查，踐行選任及決定鑑定事項之程序，以符合武器平等原則
05 及雙方利益衡平之要求，此項聽審請求權保護，應重於審理
06 集中化之促成可能。基此，本件倘遽依聲請人之聲請為保全
07 證據，將來恐因程序保障不足，仍須再次鑑定，反而造成司
08 法資源浪費，徒增當事人或法院之勞力、時間、費用，亦無
09 助於本案訴訟之爭點整理與簡化之機制，難達實體權利者之
10 迅速與經濟功能。再者，以聲請人就系爭工程相關事證之密
11 切接近性，亦非不得自行委託客觀、公正及專業之第三人，
12 就系爭工程進行檢驗並出具專業意見，再以所得結果作為日
13 後是否提起本案訴訟之考量依據，以達預防訴訟之目的，而
14 無於起訴前先行保全證據之必要。則聲請人猶以其聲請保全
15 證據，可作為日後進行訴訟之證據資料，且可促進審理集中
16 化，而謂本件有保全證據之必要云云，亦無可取。

17 (三)從而，聲請人既未提出證據釋明本件有於起訴前保全證據之
18 必要，則其聲請本院以囑託建築師公會鑑定如附表所示鑑定
19 事項之方式，為保全證據，於法即有未合，不應准許。

20 五、爰為裁定如主文所示。

21 中 華 民 國 113 年 7 月 16 日
22 民事第四庭 法 官 林婕妤

23 以上正本係照原本作成。

24 如對本裁定抗告須於裁定送達後10日內向本院提出抗告狀，並繳
25 納裁判費新台幣1,000元。

26 中 華 民 國 113 年 7 月 16 日
27 書記官 黃雅慧

28 附表：

編號	鑑定事項
1	相對人實際施作系爭工程完成之工項及數量為

	何？
2	承上，相對人實際施作完成工程之工項及數量，其合理金額為何？
3	相對人實際施作完成部分有無如本院卷第117至317頁附表及照片所示之瑕疵？若有瑕疵，合理之瑕疵修補金額若干？