

臺灣新北地方法院民事判決

110年度訴字第544號

原告 余烈

訴訟代理人 彭子晴律師

王中平律師

被告 社團法人新北市土木技師公會

法定代理人 張錦峯

訴訟代理人 洪堯欽律師

劉健右律師

黃薌瑜律師

追加被告 冠能營造工程有限公司

法定代理人 林慶進

訴訟代理人 陳鳳暘律師

上列當事人間請求給付報酬事件，經本院於民國111年1月4日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第255條第1項第2款定有明文。所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求利益之主張在社會生活上可認為同一或關連，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭者，

01 即屬之，最高法院95年度台上字第1573號判決可資參照。經
02 查，本件原告原起訴時主張其所為臺灣臺東地方法院（下稱
03 臺東地院）105年度重訴字第38號給付工程款事件（下稱系
04 爭訴訟）進行鑑定（下稱系爭鑑定），係受被告社團法人新
05 北市土木技師公會（下稱被告公會）之委任，爰依委任關係
06 請求被告公會應給付其報酬新臺幣（下同）80萬元及法定遲
07 延利息（詳見本院卷(一)第9至13頁），嗣以民事追加被告暨
08 準備書二狀追加被告冠能營造工程有限公司（下稱被告冠能
09 公司）、日暉池上股份有限公司（下稱日暉公司），並變更
10 為先位主張就系爭鑑定依委任關係請求被告公會應給付其80
11 萬元及法定遲延利息，及備位主張就系爭鑑定依委任關係請
12 求被告冠能公司及日暉公司應給付其100萬元及法定遲延利
13 息（見本院卷(一)第225頁），及於被告已為本案之言詞辯論
14 後，以民事陳報暨撤回一部起訴狀撤回被告冠能公司及日暉
15 公司（見本院卷(三)第21頁）之起訴，以及以民事撤回起訴狀
16 撤回本件全部訴訟（見本院卷(三)第39頁），但被告公會及冠
17 能公司均不同意原告前開就其等部分撤回起訴（見本院卷(三)
18 第57、65至66頁），至日暉公司逾期未提出異議而視為同意
19 撤回，則原告撤回被告公會及冠能公司之起訴部分，既未經
20 渠等之同意，本件訴訟就渠等部分仍應續行訴訟，且核原告
21 所為上開訴之變更，揆諸上開法律規定，應予准許。

22 二、按言詞辯論期日，當事人之一造不到場者，得依到場當事人
23 之聲請，由其一造辯論而為判決，民事訴訟法第385 條第1
24 項前段定有明文。本件原告經合法通知，未於最後言詞辯論
25 期日到場，且核無同法第386 條所列各款情形，爰依被告之
26 聲請及上開規定，由其一造辯論而為判決。

27 貳、實體方面：

28 一、原告方面：

29 (一)、先位主張：原告任職被告公會理事長期間，臺東地院委由被
30 告公會針對系爭訴訟進行系爭鑑定，被告公會將此案委由原
31 告辦理，原告與被告公會間成立委任關係，且系爭鑑定於原

告卸任前之鑑定進度已完成80%，包括現場調查（含工程品質查核）、追加減工程丈量、拍照與紀錄之外業工作與工程契約、圖說等文件之閱讀並與現場作核對等工作，系爭訴訟因該案原告即本件被告冠能公司（下稱冠能公司）藉詞鑑定人偏頗聲請拒卻鑑定人而停止，停止期間原告針對是否繼續進行鑑定以書函向臺東地院詢問，決定俟該聲請拒卻鑑定人案件告一段落再繼續進行，嗣拒卻鑑定人案件遭法院駁回確定而重啟鑑定工作。詎料，被告公會竟無故改派其他技師進行系爭訴訟之鑑定，停止原告就系爭鑑定之續行，但原告既已完成委任工作並交付鑑定報告，依法得請求委任報酬，且被告公會依規定抽取鑑定費20%、支付鑑定技師鑑定費80%，而本件鑑定費為100萬元，爰依民法第528、548條規定及委任關係，請求被告公會應給付原告報酬即鑑定費用80%即80萬元。併聲明：1、被告應給付原告80萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。2、訴訟費用由被告公會負擔。3、原告願供擔保，請准宣告假執行。

(二)、備位主張：倘鈞院認被告公會抗辯「鑑定委任契約關係存在於鑑定技師與申請人之間」有理由者，則依民法第528、548條規定及委任關係，請求被告冠能公司應給付其委任報酬100萬元。併聲明：1、被告冠能公司應給付原告100萬元，及自民事追加被告暨準備書二狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。2、訴訟費用由被告冠能公司負擔。3、原告願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告方面：

(一)、被告公會部分：

1、依被告公會「鑑定業務範圍及鑑定收費標準」第1至4條「且全數之鑑定費用應由公會代收」，委任鑑定契約存在於原告與申請人之間，被告公會僅為中介及代收轉付，非委任鑑定契約之當事人，自無給付鑑定報酬之義務。

2、原告濫用理事長職權，違反被告公會「鑑定業務實施辦

01 法」，未按輪派順序、逕將系爭鑑定分配給自己鑑定，違反
02 民法第106條禁止「自己代理」規定，依民法第170條規定，
03 縱使兩造間存在委任契約，亦屬無效。又系爭鑑定相關函
04 稿，無從知悉原告未依規定從人力庫輪派，輪值理事或鑑定
05 委員會主委縱在相關函稿用印，亦不構成承認。

06 3、原告從未將鑑定費用呈報被告公會，原告主張系爭鑑定之鑑
07 定費為100萬元，全係原告之片面主張，非兩造合意之內容，
08 原告就系爭鑑定案，從未填寫鑑定費用之金額向被告公會報
09 備。至於原告主張鑑定費用為100萬元云云，純係原告之片面
10 主張。

11 4、被告公會終止原告辦理系爭鑑定而另派鑑定人，係為避免原
12 告擔任鑑定人之道德風險，維持被告公會之超然獨立，及鑑
13 定報告之客觀公正，不只有絕對之正當性，且有絕對之必要
14 性，而非恣意更換鑑定技師。

15 5、縱認原告與被告公會間就系爭鑑定存有委任契約，但被告公
16 會依民法第549條第1項規定得隨時終止契約，而原告前開不
17 當及違反被告公會上開辦法之行為，被告公會自得終止原告
18 之委任工作，依民法第548條第2項之反面解釋及類推適用民
19 法第549條第2項規定，被告公會亦無支付原告任何款項之義
20 務。

21 (二)、被告冠能公司部分：臺東地院囑託被告公會為系爭訴訟之鑑
22 定，定性為委任法律關係；被告公會指派原告擔任該案之鑑
23 定技師，定性為居間法律關係；指派之鑑定技師即原告與系
24 爭訴訟之當事人即被告冠能公司，定性為承攬法律關係。況
25 且，被告冠能公司於系爭訴訟提出聲請拒卻鑑定人，原告卻
26 未結案處理，且所用之人為技師助理，並非技師，則原告除
27 依法未踐行被告公會鑑定流程外，兩造間承攬契約已消滅，
28 其所施作承攬亦與被告冠能公司無涉。

29 (三)、均併聲明：

30 1、原告之訴及假執行之聲請均駁回。

31 2、訴訟費用由原告負擔。

01 3、如受不利之判決，被告願供擔保，請准宣告免為假執行。

02 三、本院得心證之理由：

03 (一)、經查：

04 1、原告於102 年7 月至108 年3 月間曾任被告公會第3 、4屆理
05 事長。

06 2、被告冠能公司（即系爭訴訟之原告）與日暉公司（即系爭訴
07 訟之被告）間因給付工程款事件，現由臺東地院以105年度重
08 訴字第38號（即系爭訴訟）審理中，並因有鑑定之必要，由
09 法院於107年4月20日發函囑託被告公會為該案之鑑定事項，
10 斯時原告為被告公會之理事長，經被告公會於同年5月2日函
11 通知法院及被告冠能公司與日暉公司訂於同年5月10日在被告
12 公會會議室召開鑑定說明會，嗣被告公會於同年5月10日函覆
13 法院及被告冠能公司與日暉公司稱該案鑑定經被告公會派原
14 告辦理該案之鑑定工作並訂同年6月7至14日現場進行會勘作
15 業；及於同年月30日函通知法院及被告冠能公司與日暉公司
16 訂同年6月12日在日暉渡假村會議室召開第2次鑑定說明會。
17 另被告冠能公司於107年6月6日向法院遞狀（法院於同年月7
18 日收狀）陳報解除委任鑑定，經法院於同年月12日函覆被告
19 冠能公司與日暉公司及被告公會，被告公會於同年月26日函
20 通知法院及被告冠能公司與日暉公司訂同年7月13日在被告公
21 會會議室召開第3次鑑定說明會，但經法院於同年7月6日通知
22 被告公會暫停後續鑑定工作，因被告冠能公司聲請拒卻鑑定
23 人，至109年4月22日法院函通知被告公會及被告冠能公司與
24 日暉公司，該聲請拒卻鑑定事件經最高法院裁定駁回確定在
25 案，本件鑑定即應續行，被告公會於109年4月23日函覆法院
26 因該案僅繳交初勘費用1萬元，尚未繳交後續鑑定費用，故本
27 會無法派員續行鑑定，經法院公務電話詢問可否續行鑑定，
28 被告公會答稱收到被告冠能公司陳報狀更換技師鑑定之請
29 求，須待公會討論後再決定是否續行鑑定，且於109年6月22
30 日函通知法院將依鑑定程序，重新輪派技師辦理鑑定，被告
31 公會於109年7月8日通知法院及被告冠能公司與日暉公司訂10

9年7月24日在被告公會會議室召開鑑定說明會，及於同年月29日函通知法院及被告冠能公司與日暉公司經核算被告冠能公司所需繳交鑑定費用80萬元（含已繳交初勘費用5,000元），其中795,000元尚未繳交，請速繳交，而被告冠能公司於同年8月4日繳交在案，但日暉公司應繳交之鑑定費用尚未核算，因其未出席並提供資料；日暉公司聲請拒卻鑑定人事件，經最高法院裁定駁回確定在案後，被告公會於110年4月9日通知法院及被告冠能公司與日暉公司訂110年4月29日召開第一次鑑定說明會，且於同年6月1日通知法院及被告冠能公司與日暉公司經核算日暉公司需繳交鑑定費用39萬元（含已繳交初勘費用5,000元），其中385,000元尚未繳交，請速繳交，而日暉公司於同年6月16日繳交，系爭訴訟迄今尚未審結，業經本院調閱系爭訴訟卷宗核閱屬實，並前開裁定（見本院卷(一)第31至59、105至118、319至337頁）及系爭訴訟卷宗影本可證。

3、被告冠能公司與日暉公司前開繳交之鑑定費用予被告公會，被告冠能公司、日暉公司初勘費各繳交5,000元，經被告公會開立收據4,000元予被告冠能公司、日暉公司，載明收入科目：「代收款項-鑑定費」，其餘1,000元開立發票（品名：鑑定收入）予被告冠能公司、日暉公司；被告冠能公司繳交795,000元，經被告公會開立收據636,000元予被告冠能公司，載明收入科目：「代收款項-鑑定費」，其餘159,000元開立發票（品名：鑑定收入）予被告冠能公司；日暉公司繳交385,000元，經被告公會開立收據308,000元予日暉公司，載明收入科目：「代收款項-鑑定費」，其餘77,000元開立發票（品名：鑑定收入）予日暉公司，此有收據列印暨統一發票、代收款統一收據暨電子發票證明聯（見本院卷(一)第191至193、393、415至417頁）可證。

4、前開事實，並為被告公會所不爭執（見本院卷(二)第544至546頁），且原告及被告冠能公司迄今並未為否認，則上開事實，洵堪採認無訛。

01 (二)、原告先位主張其就系爭訴訟所為之系爭鑑定，係受被告公會
02 委任，爰依委任關係，請求被告公會給付報酬80萬元；備位
03 主張其就系爭訴訟所為之系爭鑑定，係受被告冠能公司及日
04 暉公司委任，爰依委任關係，請求被告冠能公司給付報酬10
05 0萬元等語，為被告否認，並分別以前詞置辯。是以，本件
06 爭點在於：臺東地院就系爭訴訟囑託鑑定事項，原告與被告
07 公會間是否成立委任契約？苟成立委任契約者，該契約迄今
08 之效力？及原告依民法第528、548規定，請求被告公會給付
09 委任報酬，是否有理由暨所得請求之金額若干？臺東地院就
10 系爭訴訟囑託鑑定事項，原告與被告冠能公司間是否成立委
11 任契約？苟雙方成立委任契約者，原告依民法第528、548規
12 定，請求追加被告給付委任報酬，是否有理由暨所得請求之
13 金額若干？茲分別論述如下。

14 (三)、臺東地院就系爭訴訟囑託鑑定事項，原告與被告公會間是否
15 成立委任契約？苟成立委任契約者，該契約迄今之效力？及
16 原告依民法第528、548規定，請求被告公會給付委任報酬，
17 是否有理由暨所得請求之金額若干？

18 1、按稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方
19 允為處理之契約。民法第528條定有明文。又按當事人之任何
20 一方，得隨時終止委任契約，民法第549條第1項定有明文。
21 終止契約不失為當事人之權利，雖非不得由當事人就終止權
22 之行使另行特約，然委任契約，係以當事人之信賴關係為基
23 礎所成立之契約，如其信賴關係已動搖，而使委任人仍受限
24 於特約，無異違背委任契約成立之基本宗旨。是委任契約不
25 論有無報酬，或有無正當理由，均得隨時終止（最高法院98
26 年度台上字第218號判決意旨參照）。本件原告主張其就系爭
27 訴訟所為之系爭鑑定，係受被告公會之委任一節，既為被告
28 公會否認，依民事訴訟法第277條前段規定，自應由原告負舉
29 證之責。

30 2、次按以具有特別知識之第三人，在訴訟程序上陳述關於特別
31 法規或經驗定則之意見，而以其陳述，為證據之用者，謂之

01 鑑定。鑑定之性質，從鑑定人陳述特別法規或陳述經驗定則
02 之點觀之，固與證人陳述事實相同，而為證據方法，惟就鑑
03 定人應用特別知識觀察事實之後，並就事實加以判斷陳述鑑
04 定意見之點觀之，則為法院之輔助機關。又按鑑定人由受訴
05 法院選任，並定其人數；法院於選任鑑定人前，得命當事人
06 陳述意見；其經當事人合意指定鑑定人者，應從其合意選任
07 之。但法院認其人選顯不適當時，不在此限。已選任之鑑定
08 人，法院得撤換之。民事訴訟法第326條亦定有明文。是鑑定
09 人係由受訴法院選任，即以受訴法院名義為之，此與系爭訴
10 訟中係由臺東地院為前開發函囑託被告公會為鑑定（見本院
11 卷(一)第19至21頁）相合。

- 12 3、又鑑定依其性質與目的言之，並不以自然人為限，法人亦得
13 為鑑定人。是以民事訴訟法第340條第1項規定，法院認為必
14 要時，得囑託機關、團體或商請國外機關、團體為鑑定或審
15 查鑑定意見。其須說明者，由該機關或團體所指定之人為
16 之。此項被指定之人，並非鑑定人，乃係被囑託者之代表，
17 其意見為被囑託鑑定者意見之一部。關於鑑定人之規定，除
18 第334條及第339條外，於囑託機關鑑定之情形準用之，民事
19 訴訟法第340條第2項亦有明定。承上所述，臺東地院受理系
20 爭訴訟並囑託被告公會鑑定，被告公會指定土木技師即原告
21 進行鑑定（見本院卷(一)第23頁），是原告並非臺東地院受理
22 系爭訴訟所選任之鑑定人，而係臺東地院囑託被告公會鑑定
23 而經被告公會指定之人，且於原告允諾為系爭鑑定時，被告
24 公會與原告間成立委任契約甚明。至被告公會雖辯稱：被告
25 公會僅代收鑑定費，原告與被告公會間係類似居間契約，而
26 委任契約存在於訴訟當事人與原告間約云云，但徵諸臺東地
27 院上開函文，顯係囑託被告公會為鑑定，被告公會係受法院
28 委託為鑑定事務，被告公會再將該受託事務委由原告為之，
29 自與居間係為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，兩者要
30 件之相異，況苟原告與被告公會間為類似居間者，何以被告
31 公會主張依內部規定如「鑑定作業流程一覽表」、「鑑定業

務實施辦法」、「鑑定業務範圍及鑑定收費標準」、「鑑定業務輪派施行細則」（見本院卷(一)第181至186、209、421頁）等須就原告所為發函通知為核章、原告所開立之鑑定費用為報備核定、原告所出具之鑑定報告書為複審及「鑑定費用分配明細表」為核可？益徵雙方並非居間契約，而係委任契約無訛。則被告前開抗辯，即屬無據（有關原告與系爭訴訟當事人間並無委任契約關係之理由另詳如下述(四)）。

- 4、原告固主張其業已完成系爭鑑定，並提出鑑定報告書為憑，但被告辯稱：兩造間之委任契約因原告違反自己代理而依民法第170條第1項規定為無效等語。按代理人非經本人之許諾，不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，為本人與第三人之法律行為。此為民法第106條所規定。而民法第106條禁止自己代理之規定，旨在保護本人之利益，並非強行規定，代理人如事先經本人許諾，即得為雙方代理之法律行為，此觀該條前段規定自明。代理人縱未經本人許諾，而有自己代理之情形，其法律行為亦非當然無效，僅屬無權代理行為，依同法第170條第1項規定，如經本人事後承認，對於本人仍生效力（最高法院98年度台上字第1650號判決意旨參照）。亦即違反自己代理或雙方代理，並未經事前授權或許諾或事後承認者，其法律行為對本人不生效力。查，臺東地院於107年4月20日發函予被告公會囑託鑑定時，原告擔任被告公會之理事長，已如前述，是斯時原告依法為被告公會之法定代理人，其將系爭鑑定指定由其本人辦理，即屬代理被告公會與自己為委任契約行為。復參酌被告公會所制定之「鑑定業務實施辦法」（見本院卷(一)第185至186頁），其第6條明定法院委辦案件，除法院有指名技師辦理者外，其餘案件均由本會鑑定人力庫輪派技師辦理之，可見被告公會並未事前授權或許諾公會理事長有行政裁量權可指定技師辦理法院委託之鑑定案件。再者，原告自陳：鑑定案件的輪派指的是法院一般案件之輪派，但並非唯一方式，理事長有行政裁量權；本案因標的太遠，又是臺東地院案件，

01 光是初勘就要花費一、兩天，人力庫就卻步，我在花東有買
02 一些土地，必須經常往那裏跑，故本案由我親自辦理等語
03 （見本院卷(一)第248頁）及坦認系爭鑑定並未經人力庫輪派等
04 語（見本院卷(二)第69頁）至明，核與證人張晶姜證述：收到
05 系爭訴訟之前，原告有交辦這個案子進來要跟他說，這個案
06 子由他承辦，所以案子進來後通知當事人繳初勘費，第一次
07 是安排鑑定說明會，當時就已經是由原告擔任鑑定人；本件
08 未先作人力庫詢問，因為原告已經交辦這個案子是他做；原
09 告已經交辦是他承辦，就不會經過人力庫等語大致相合（見
10 本院卷(三)第85至88頁），且經被告公會事後不予承認並以109
11 年6月22日新北土技字第1090001444號函覆臺東地院稱因原告
12 未按公會程序辦理鑑定且未成案，且未按公會規定由兩位技
13 師共同鑑定，僅由原告一人執行鑑定，不符公會程序，故將
14 另派技師辦理鑑定等語（見本院卷(一)第385頁）明確。況查，
15 冠能公司前以原告涉犯詐欺罪嫌而提出刑事告訴，經臺灣新
16 北地方檢察署（下稱新北地檢署）檢察官偵查後以110年度偵
17 字第4124號為不起訴處分確定在案，業經本院依職權調閱該
18 卷宗核閱屬實，並有該不起訴處分書（見本院卷(一)63至77
19 頁）足證，而原告所提出前開鑑定報告，係於該案偵查中由
20 原告於109年11月12日答辯(三)狀所檢附並將該工程爭議整理成
21 鑑定報告向檢察官說明該案原委（見新北地檢署109年度他字
22 第5637號卷第242至246頁），且該鑑定報告係原告於109年11
23 月12日出具，斯時原告已非系爭鑑定之鑑定人，已如前述，
24 且兩造亦不爭執該鑑定報告未經被告公會複審核可，則該鑑
25 定報告自不足為有利於原告之認定。故揆諸上開規定及說
26 明，被告公會與原告間就系爭訴訟之鑑定委任契約，對被告
27 公會不生效力，被告前開抗辯，洵堪採認。

28 5、原告另主張系爭鑑定相關函稿有經被告公會輪值理監事承認
29 等語，但徵諸證人即被告公會鑑定委員會主委王庭華證稱：
30 系爭鑑定之相關函文（本院卷(二)第139至339頁）上有我的職
31 章，因為這些函稿要經過鑑定主委，有時候我輪值時去用

01 印，為何由原告為系爭鑑定之原因我不清楚等語（見本院卷
02 (三)第93頁），及證人即曾任被告公會理事曹福成證稱：上開
03 函稿（即本院卷(一)第143、185、187頁）上有我的職章，因為
04 該日是我輪值，我不知道原告為何擔任該案鑑定人，我蓋章
05 時並不知道該案原告沒有按人力庫輪派而委任自己擔任鑑定
06 工作等語（見本院卷(三)第95至96頁），足認證人王庭華、曹
07 福成於上開相關函稿上用印時並不知悉原告未依上開規定由
08 人力庫輪派而係逕行指派自己為系爭鑑定，自難認證人王庭
09 華、曹福成之簽章即係被告公會事後承認前開原告之自己代
10 理行為，則原告上開主張，即屬無據。

11 6、從而，原告先位主張系爭鑑定係原告與被告公會間成立委任
12 契約且其業已完成鑑定報告，依民法第528、548規定，請求
13 被告公會給付委任報酬等語，委無足採。

14 (四)、臺東地院就系爭訴訟囑託鑑定事項，原告與被告冠能公司間
15 是否成立委任契約？苟雙方成立委任契約者，原告依民法第
16 528、548規定，請求追加被告給付委任報酬，是否有理由暨
17 所得請求之金額若干？

18 1、按受訴法院於當事人合意指定鑑定人時，固應從其合意選任
19 之，惟受訴法院對於認其人選不適當時，尚得自行選任，足
20 見當事人合意指定之鑑定人，仍係受訴法院認為適當而選任
21 後始為鑑定人，並非當事人合意指定受訴法院即當然選任該
22 被指定之人即為鑑定人，自不得謂受訴法院係代理當事人選
23 任鑑定人。經查，系爭訴訟中，被告冠能公司與日暉公司合
24 意選任被告公會為該案之鑑定，並由臺東地院從其等之合意
25 囑託被告公會為鑑定，且經被告公會指派原告為該案之鑑定
26 技師，則該鑑定之委任契約自應認係臺東法院與被告公會、
27 被告公會與原告間，而非被告公會或原告與被告冠能公司間
28 成立委任關係。

29 2、另鑑定人之義務與證人之義務同，如到場之義務、陳述之義
30 務等，此等義務，係對於國家存在，即為公法上義務。又按
31 鑑定人於法定之日費、旅費外，得請求相當之報酬。鑑定所

需費用，得依鑑定人之請求預行酌給之。民事訴訟法第338條定有明文。報酬數額，解釋上應由選任之法院或法官定之，並非當事人定之。鑑定人請求報酬，係向法院為之，亦與委任之報酬，由受任人向委任人請求不同。是以，法院選任鑑定人之性質，並非代理當事人與鑑定人間成立委任關係。

3、鑑定依其性質與目的言之，並不以自然人為限，法人亦得為鑑定人。是以民事訴訟法第340條第1項規定，法院認為必要時，得囑託機關、團體或商請國外機關、團體為鑑定或審查鑑定意見。其須說明者，由該機關或團體所指定之人為之。此項被指定之人，並非鑑定人，乃係被囑託者之代表，其意見為被囑託鑑定者意見之一部。關於鑑定人之規定，除第334條及第339條外，於囑託機關鑑定之情形準用之，民事訴訟法第340條第2項，亦有明定。臺東地院受理系爭訴訟，囑託被告公會鑑定，被告公會指定土木技師即原告進行鑑定，已如前述，則原告並非臺東地院受理系爭訴訟選任之鑑定人，而係臺東地院囑託被告公會鑑定，經被告公會指定之人。

4、民事訴訟程序在保護當事人之私權，於國家之利益關係不大，為防止人民任意訴訟，故採有償主義，因訴訟程序支出之費用，由當事人負擔。惟民事訴訟程序必有對立之當事人存在，自應就此項費用之發生，與有責任之當事人負擔，方為平允。此項負擔訴訟費用之性質，係基於公法上之義務。鑑定費用乃進行訴訟之必要費用，為訴訟費用之一種。是以，被告冠能公司及日暉公司經臺東地院通知繳納鑑定費用，屬於負擔系爭訴訟之訴訟費用，乃負擔公法上義務，而被告公會受囑託鑑定，得請求之報酬，係公法上權利，並非對被告冠能公司與日暉公司之直接請求權，與被告冠能公司與日暉公司負擔訴訟費用之公法上義務，各自獨立。況原告對於當事人所繳納之鑑定費係屬訴訟費用之支出一節亦無爭執（見本院卷(一)第252頁），益徵原告主張其與被告冠能公司間成立委任契約而請求給付委任報酬，並無可採。

5、因此，臺東法院受理系爭訴訟而囑託被告公會鑑定，被告公

01 會指派原告進行鑑定，並非代理當事人選任鑑定人，原告自
02 與被告冠能公司間並無委任關係存在。則原告備位主張依民
03 法第528、548規定，請求被告公會給付委任報酬等語，即屬
04 無據。

05 四、綜上所述，原告先位主張系爭鑑定係原告與被告公會間成立
06 委任契約且其業已完成鑑定報告，依民法第528、548規定，
07 請求被告公會給付委任報酬80萬元及法定遲利息；備位主張
08 系爭鑑定係原告與被告冠能公司間成立委任契約，依民法第
09 528、548規定，請求被告公會給付委任報酬100萬元及法定
10 遲延利息等語，均為無理由，應予駁回。又原告之訴既經駁
11 回，其假執行之聲請即失所附麗，併駁回之。

12 五、本件事證已臻明確，至於兩造其餘之攻擊或防禦方法及所提
13 出之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結
14 果，自無一一詳予論駁之必要，併此敘明。

15 六、本件訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

16 中 華 民 國 111 年 1 月 26 日

17 民事第六庭 法 官 饒金鳳

18 以上正本係照原本作成

19 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
20 委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

21 中 華 民 國 111 年 1 月 26 日

22 書記官 賴麗莎