臺灣臺中地方法院民事判決

109年度訴字第1111號

原　　告　余烈
訴訟代理人　劉航昆
　　何國榮律師
被　　告　坤福營造股份有限公司
法定代理人　張異昌
訴訟代理人　涂榆政律師
　　黃聖棻律師
　　陳庭安律師
複　代理人　林子晴

上列當事人間請求損害賠償事件，本院於民國110年2月8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

甲、程序事項：

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。本件原告訴之聲明第1項原為：被告應給付原告新臺幣（下同）108萬元暨支付命令狀送達翌日起至清償之日止，按年息5%計之利息等語（見本院司促卷第5頁）。嗣變更為：被告應給付社團法人新北市土木技師公會（下稱新北土木技師公會）108萬元，及自民事變更訴之聲明狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，並由原告代為受領等語；另追加第3項：願供擔保，請准宣告假執行等語（見本院卷第51頁至第54頁）。核原告所為乃係將被告給付之對象由原告變更為新北土木技師公會，並由原告代為受領，該基礎事實均屬被告有無給付義務、原告是否有權受領而生之同一紛爭，且得否供擔保為假執行，本院核上開訴之變更及追加之基礎事實與原起訴事實具有同一性，應認

請求之基礎事實同一，揆諸前揭說明，應予准許。

乙、實體事項：

壹、原告主張：被告因其建造之103年建字第0288號建築執照工程（下稱系爭工程）涉及損害鄰房即臺北市○○區○○街○○○巷○○號至28號1樓至5樓及136巷30弄2號至10號1樓至5樓之林天送、林俊廷等31戶住戶（下稱系爭鄰損住戶）之房屋（下稱系爭鄰損事件），而由訴外人新北土木技師公會指派伊承作鄰損鑑定（下稱系爭鄰損鑑定）。新北土木技師公會業於民國107年7月2日、107年10月24日出具鑑定報告書及補充鑑定報告書（下合稱系爭鑑定報告）結論為被告應負鄰損責任，系爭鄰損鑑定費用共108萬元。依據臺北市建築施工鄰損事件爭議處理規則第7條第2項：「前項鑑定認受損房屋之損害確係因施工所致者，鑑定費用應由起造人、拆除執照申請人或承造人負擔。」之規定（下稱系爭鄰損規則），被告既為承造人，且應負鄰損責任，故系爭鄰損鑑定費用應由被告負擔。又依新北土木技師公會之鑑定業務範圍及鑑定收費標準第2條之規定，本件新北土木技師公會得收取系爭鑑定費用108萬元之20%即216,000元，另80%金額即864,000元則應由新北土木技師公會向被告收取後交付予伊。詎新北土木技師公會怠於向被告請求系爭鄰損鑑定費用，且迄未向伊給付系爭鄰損鑑定80%之費用，另新北土木技師公會尚積欠伊216,000元，爰依系爭鄰損規則之規定及代位訴訟法律關係，提起本件訴訟等語。並聲明：一、被告應給付新北土木技師公會108萬元，及自民事變更訴之聲明狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，並由原告代為受領。二、願供擔保，請准宣告假執行。

貳、被告則以：系爭鄰損住戶方為系爭鄰損鑑定之委任人，故系爭鄰損住戶自有給付系爭鄰損鑑定費用之義務。且新北土木技師公會已函請系爭鄰損住戶支付系爭鄰損鑑定費用，並未怠於行使權利，至系爭鄰損住戶是否有權向伊請求系爭鄰損鑑定費用，則屬另事，與本案無涉。又原告並未舉證證明其

對於新北土木技師公會有何債權存在，亦未證明有何保全債權而須代位之必要，原告主張自不符合民法第242條規定之要件。況縱認原告對新北土木技師公會有債權存在，然新北土木技師公會之財產甚多，遠大於原告對於新北土木技師公會之債權，原告之債權既未受到任何危害，原告自無權利保護必要等語，資為抗辯。並聲明：如主文第1項所示。

參、兩造經本院整理並簡化爭點（配合判決書之製作，於不影響爭點要旨下，依爭點論述順序整理內容或調整部分文字用語），其結果如下（見本院第227頁至第228頁）：

一、不爭執事項：

（一）被告因系爭工程與系爭鄰損住戶有系爭鄰損糾紛。

（二）系爭鄰損住戶委請新北土木技師公會為系爭鄰損鑑定責任歸屬，並指定原告為鑑定技師，鑑定費用為108萬元，並出具系爭鑑定報告（兩造對於新北土木技師公會或原告名義出具有爭執）。

（三）依新北土木技師公會之鑑定費用分配，本件由新北土木技師公會取得鑑定費用之20%即216,000元，其餘之864,000元由鑑定技師即原告取得。

（四）系爭鑑定報告之鑑定意見為被告應就系爭鄰損事件負損害賠償責任。

（五）臺北市政府都市發展局就系爭鄰損事件，採納系爭鑑定報告之結論，被告不服並將各項損害賠償金額辦理提存後，提起確認系爭鄰損事件損害賠償債權不存在訴訟，現經臺灣士林地方法院109年度訴字第1678號返還不當得利事件審理中（被告提存之金額細項如該事件卷宗第24頁至第26頁）。

（六）新北土木技師公會向原告請求系爭鄰損鑑定之行政費用216,000元，經臺灣新北地方法院109年度板簡字第123號給付行政費用判決勝訴確定。

（七）原告向新北土木技師公會請求系爭鄰損鑑定之服務費，現由臺灣新北地方法院109年度訴字第2468號事件審理中。

（八）新北土木技師公會已以存證信函要求系爭鄰損鑑定之申請人即系爭鄰損住戶繳納系爭鄰損鑑定費用。

（九）新北土木技師公會就系爭鄰損鑑定費用扣除原告已給付之行政費用剩餘864,000元。

二、爭點：

（一）新北土木技師公會就系爭鄰損鑑定費用請求被告支付有無理由？即系爭鄰損鑑定費用應由被告支付或系爭鄰損住戶支付？

（二）若上開（一）原告主張有理由，則新北土木技師公會有無怠於行使系爭鄰損鑑定費用之債權？

（三）上開（一）（二）均有理由原告對於新北土木技師公會有無債權存在？

（四）本件原告代位新北土木技師公會請求被告給付系爭鄰損鑑定費用有無理由？

肆、得心證之理由：

一、按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限，民事訴訟法第277條定有明文。故主張權利存在之人，應就權利發生要件事實負舉證責任，如主張權利存在之人就該事實已負舉證之責，始由抗辯權利不存在之人就權利障礙、排除或消滅之要件事實負舉證之責，此乃舉證責任分配之一般原則。次按稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約；報酬縱未約定，如依習慣或依委任事務之性質，應給與報酬者，受任人得請求報酬，民法第528條、第547條分別定有明文。本件原告主張被告應給付系爭鄰損鑑定之委任報酬，既經被告所否認，並以前詞置辯，是原告應就兩造間成立委任契約，並得向被告主張委任報酬之有利於己之事實負舉證責任。

二、經查，被告與系爭鄰損住戶因產生系爭鄰損事件，故系爭鄰損住戶委請新北土木技師公會就系爭鄰損事件鑑定鄰損責任歸屬，而系爭鄰損鑑定費用為108萬元等情，此為兩造所不

爭執（見不爭執事項一、二），顯然系爭鄰損鑑定為系爭鄰損住戶委任新北土木技師公會為之，該委任契約自存在於系爭鄰損住戶與新北土木技師公會之間，故系爭鄰損住戶自負有系爭鄰損鑑定費用之給付義務明確。原告固以系爭鄰損規則之規定，並以系爭鑑定報告結論為被告應負鄰損責任為請求依據，然細究系爭鄰損規則：「前項鑑定認受損房屋之損害確係因施工所致者，鑑定費用應由起造人、拆除執照申請人或承造人負擔。」之規定，此乃將鑑定費用明文於鄰損事件確定責任歸屬後之負擔對象，待鄰損責任終局判斷結果明確後，負有鄰損責任之人同時應負擔此費用，並得於鄰損事件為請求之依據，故於確定終局責任歸屬前，自應由委任契約之委任人即系爭鄰損住戶先行繳納系爭鄰損鑑定之費用。本件被告對於系爭鑑定報告結論有所不服，業已將各項損害賠償金額辦理提存後，並提起確認系爭鄰損事件損害賠償債權不存在訴訟，現於臺灣士林地方法院109年度訴字第1678號返還不當得利事件審理中，此為兩造所不爭執（見不爭執事項五），並經本院調取該卷宗核閱無訛，顯然被告是否為系爭鄰損事件之損害賠償義務人，尚屬不明，系爭鄰損鑑定費用仍應由系爭鄰損住戶先行負擔無訛。系爭鄰損住戶對於被告既尚不得請求系爭鄰損鑑定之費用，原告亦未自系爭鄰損住戶取得系爭鄰損鑑定費用之債權，原告自無從請求被告給付系爭鄰損鑑定之費用，原告主張，自非可採。

三、原告另主張：新北土木技師公會怠於向被告請求系爭鄰損鑑定費用，已危害其得對新北土木技師公會請領系爭鄰損鑑定費用之80％數額云云。然查，系爭鄰損鑑定費用之委任契約存在於系爭鄰損住戶與新北土木技師公會間，被告並非此費用給付之義務人，已如前述，況經本院函詢新北土木技師公會，關於系爭鄰損鑑定費用催繳狀況，經該會於109年10月22日函覆本院內容略以：「原告曾就本案要求本屆理事會發函要求催討鑑定費，經本會查原始鑑定申請書，其申請人為林天送、林素美等18人（即系爭鄰損住戶），因此本會就本

會章程規定，故本會發函向申請人林俊廷等18人催討繳交鑑定費用108萬，惟至今未獲申請人繳交鑑定費。」、「本案在出具報告前，余烈技師應向本會繳交20%行政費貳拾壹萬陸仟元，惟其未繳交。即利用職權，逕行發出報告書，故本會向余烈技師催討其應付20%之公會行政費，但其拒繳。又余烈技師要求本會去函催繳鑑定費，本會即依當時鑑定申請書上之申請人，向林天送先生等催繳鑑定費，惟至今未獲申請人繳交鑑定費。」等語，並檢附向系爭鄰損住戶催繳系爭鄰損鑑定費用之函文在卷可憑（見本院卷第103頁至第105頁）。而新北土木技師公會業已寄發存證信函要求系爭鄰損住戶繳納系爭鄰損鑑定費用等情，亦為兩造所不爭執（見不爭執事項八），顯然新北土木技師公會並無原告所稱怠於行使權利情形，原告主張，亦無可採。

伍、綜上所述，系爭鄰損鑑定費用於系爭鄰損事件終局責任明確前，系爭鄰損住戶既為系爭鄰損鑑定之委任人，自有繳納系爭鄰損鑑定費用之義務，原告主張被告應負擔此費用，已無所憑，又新北土木技師公會業已向系爭鄰損住戶請求系爭鄰損鑑定之費用，並無怠於行使債權之情事，原告代位新北土木技師公會請求被告給付系爭鑑定費用之必要性，並為如聲明所示之請求，亦無所據，原告主張，為無理由，應予駁回。原告假執行之聲請，因訴之駁回，而失所附麗，併予駁回。又原告主張既無理由，則上開爭點（三）部分，本院即無審究之必要，附此說明。

陸、本件事證已臻明確，兩造其餘提出之攻擊防禦方法及證據，經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，毋庸逐一論列，併此敘明。

柒、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　19　　日

民事第三庭　法　官　劉承翰

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　　3　　月　　22　　日

書記官　劉桉珍