臺灣高等法院花蓮分院民事裁定

110年度抗字第2號

抗　告　人　日暉池上股份有限公司
法定代理人　鄭越才
訴訟代理人　湯文章律師
相　對　人　冠能營造工程有限公司
法定代理人　林慶進

上列抗告人因與相對人冠能營造工程有限公司間請求給付工程款事件，對於臺灣臺東地方法院中華民國109年11月30日105年度重訴字第38號所為裁定提起抗告，本院裁定如下：

主　文

抗告駁回。

抗告費用由抗告人負擔。

理　由

一、原裁定意旨略以：

(一)兩造係於民國106年11月7日原審準備程序期日合意指定由社團法人新北市土木技師公會(下稱系爭鑑定團體)為本件鑑定單位，嗣於107年2月6日準備程序期日由兩造確認鑑定項目，原審於107年4月20日函請系爭鑑定團體鑑定，期間相對人雖曾質疑原指派之鑑定技師余烈難期公正而聲明拒卻鑑定，然案經原審裁定駁回後，相對人不服提起抗告，先後經本院以107年度抗字第32號裁定駁回其抗告、最高法院以109年度臺抗字第96號裁定駁回其再抗告而確定。是本件仍應由原鑑定單位即系爭鑑定團體進行鑑定。

(二)原審於相對人聲明拒卻事件確定後，於109年4月22日函請系爭鑑定團體續行鑑定。嗣系爭鑑定團體乃於同年6月22日函知原審將另行派員鑑定，並於說明欄說明：因原輪派技師未按該會程序進行鑑定，且未獲囑託雙方之一繳交鑑定費，依該會鑑定程序視為未成案。又依該會規定，法院鑑定案需由兩位技師共同鑑定。前鑑定技師自己一人執行鑑定，不符該會程序，且易引致不公正之爭執，故該會就本案將重新輪派技師辦理鑑定事宜。茲因本件鑑定係由兩造

於訴訟中協議指定系爭鑑定團體進行鑑定，非指定余烈為鑑定人，且相對人前雖聲明拒卻，然業經法院駁回確定在案，是本件仍應由系爭鑑定團體進行鑑定，且非必由原鑑定技師余烈進行鑑定要屬當然。而系爭鑑定團體另指派賴建宏、吳昌祥為本件鑑定技師，並於109年7月24日進行鑑定說明會，相對人業已繳納鑑定費，吳昌祥技師亦於109年9月9日就本件鑑定之相關事宜到庭進行說明。是本件鑑定自應由系爭鑑定團體續行鑑定。

(三)抗告人雖一再指稱本件鑑定已完成80%之鑑定工作，相對人前聲明拒卻業經法院駁回確定，應由系爭鑑定團體原指派之鑑定技師余烈進行鑑定，然相對人聲明拒卻經法院裁定駁回確定，僅係確定本件仍應由系爭鑑定團體為鑑定，非能憑此逕認應由余烈技師續為鑑定人。又系爭鑑定團體因內部規範或其他原因事由而變更或新增鑑定人，核屬其內部事務事宜，非屬本院權限，更非本院所能干預，且據系爭鑑定團體上揭函之說明欄所載，本件前雖指派余烈為鑑定技師，惟依該會程序視為未成案，況余烈現已非系爭鑑定團體就本件鑑定所指定之人，本件自無一定要由余烈技師續為鑑定之必要。再者抗告人未就系爭鑑定團體或其所指派之兩位技師有何難期公允之情事另有所釋明，無從認以其等客觀上有難期公正、誠實之鑑定之情事。

(四)綜合上述，抗告人主張系爭鑑定團體另行指定之鑑定技師有所偏頗，並無所據，應係其主觀臆測，自難僅憑其之主觀臆測，遽謂系爭鑑定團體或其指定之技師有何偏頗不公之情，難認其聲明拒卻鑑定有何正當之事由。從而，抗告人聲明拒卻鑑定，難謂有據，不應准許。

(五)本件事實需透過鑑定方得加以釐清，兩造如有任何疑義，得於鑑定會議請系爭鑑定團體或指定之鑑定技師進行釋疑。倘有鑑定結果而對於鑑定結果有所爭執，亦可於審理時進行攻防，甚可進行補充鑑定或另為鑑定等，如一再就程序事項爭執，顯不利訴訟之進行，併此敘明。

二、抗告意旨略以：

(一)依前揭最高法院109年度臺抗字第96號裁定駁回相對人之再抗告，業已確定系爭鑑定團體指派余烈為本件鑑定技師合法妥適，無從認為鑑定不公，然系爭鑑定團體卻無視前揭最高法院裁定，無端變更鑑定技師，視該裁定為兒戲，浪費抗告程序。

(二)系爭鑑定團體雖謂案件鑑定依該公會程序須由2位技師共同鑑定，此係該公會改選理監事後，新任理事長之要求，是否得回溯已開始進行之鑑定案件？然余烈鑑定技師仍尊重新任理事長決定，簽請增加技師共同辦理本件鑑定，系爭鑑定團體則函覆：「由貴技師自行決定」，現系爭鑑定團體又一改前詞謂須重新輪派鑑定技師，難昭公信。且依系爭鑑團體108年4月2日函說明三略以「鑑定費用應於初勘作業完成後...並繳交初勘紀錄表由本會發繳費通知函文至申請單位或當事人，繳費後始正式成案」，附件鑑定作業一覽表略以「公會函請申請單位繳交鑑定費(十日內)──〉繳費──〉否──〉結案」是依系爭鑑定團體內部規範，本件鑑定案件已視為結案，如何能重新輪派鑑定技師？且未繳納鑑定費用係相對人故意行為所致，卻反因可歸責於相對人未繳納鑑定費用，致原應視為結案之案件，又突然成案並更換鑑定技師，豈可謂系爭鑑定團體無偏頗？以此種方式更換鑑定人是否符合系爭鑑定團體規範、前揭最高法院裁定意旨及法規意旨？系爭鑑定團體為相對人量身打造一場更換鑑定人之戲碼，司馬昭之心路人皆知。

(三)系爭鑑定團體既經兩造先後聲明拒卻，可見兩造皆無法信賴鑑定人及其鑑定報告書，繼續由系爭鑑定團體鑑定，兩造勢必未能甘服，僅徒增程序浪費資源，為此提起抗告，請廢棄原審裁定，准予拒卻系爭鑑定團體等語。

三、法律依據：

(一)按有第32條第1款至第5款情形之一者，不得為鑑定人。但無其他適當之人可為選任或經當事人合意指定時，不在此

限。民事訴訟法第330條第1項定有明文。又當事人得依聲請法官迴避之原因拒卻鑑定人，同法第331條第1項本文亦定有明文。再法院認為必要時，得囑託機關、團體或商請外國機關、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；本目關於鑑定人之規定，除第334條及第339條外，於前項情形準用之；同法第340條第1、2項亦定有明文。

(二)次按法官有下列各款情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：一、法官或其配偶、前配偶或未婚配偶，為該訴訟事件當事人者。二、法官為該訴訟事件當事人八親等內之血親或五親等內之姻親，或曾有此親屬關係者。三、法官或其配偶、前配偶或未婚配偶，就該訴訟事件與當事人有共同權利人、共同義務人或償還義務人之關係者。四、法官現為或曾為該訴訟事件當事人之法定代理人或家長、家屬者。五、法官於該訴訟事件，現為或曾為當事人之訴訟代理人或輔佐人者。六、法官於該訴訟事件，曾為證人或鑑定人者。七、法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或仲裁者；民事訴訟法第32條定有明文。又遇有下列各款情形，當事人得聲請法官迴避：一、法官有前條所定之情形而不自行迴避者。二、法官有前條所定以外之情形，足認其執行職務有偏頗之虞者；同法第33條第1項亦有明文規定。

(三)又按鑑定人是否具鑑定能力，屬法院職權審酌事項，非拒卻鑑定人之法定事由。是當事人固得依上述民事訴訟法規定，以足認鑑定人執行鑑定職務有偏頗之虞而聲明拒卻鑑定人，惟應以鑑定人對於該訴訟事件之訴訟標的有特別利害關係，或與當事人之一造有密切之交誼或嫌怨，或基於其他情形，客觀上難期鑑定人為公正、誠實之鑑定者為其原因事實，若僅憑當事人之主觀臆測，則不得謂鑑定人有偏頗之虞(最高法院103年度臺抗字第761號、102年度臺抗字第1019號裁定意旨參照)。再民事訴訟法第340條第1項所謂「為鑑定」，係指囑託機關或團體就鑑定事項為鑑定，

亦即使機關或團體執行鑑定人之職務而言，至受被囑託之機關或團體委任為實際執行鑑定事務之自然人，係依其與該機關或團體之內部關係提出其工作報告，由被囑託之機關或團體審酌後，向法院提出鑑定書，該執行鑑定事務之自然人無向法院提出鑑定書之權利義務，非本法所謂之鑑定人(最高法院109年度臺抗字第456號、108年度臺抗字第963號裁定參照)。

(四)再按聲明拒卻鑑定人，應舉其拒卻原因向選任鑑定人之法院或法官為之，並應釋明之，民事訴訟法第332條第1、2項分別定有明文。又釋明事實上之主張者，得用可使法院信其主張為真實之一切證據。但依證據之性質不能即時調查者，不在此限，同法第284條亦有明文規定。

四、經查：

(一)兩造主張均未就系爭鑑定團體於本件鑑定項目有無鑑定能力予以爭執，細繹卷證資料亦無系爭鑑定團體不得且不能為本件鑑定項目之專業能力，又無民事訴訟法第32條所列各情形，是原審依兩造合意指定由系爭鑑定團體為本件鑑定單位(見原審卷四第5頁反面)，並確認鑑定項目(見同上卷第205頁)，於107年4月20日以東院義民真105重訴38字第1070006818號函請系爭鑑定團體鑑定(見原審卷五第5頁)，所為囑託系爭鑑定團體為本件鑑定，於法尚無不合。

(二)抗告意旨(一)(二)欄所示請求拒卻鑑定團體，然就系爭鑑定團體改選後之理監事組成能否為相對人操控，而於本件鑑定有偏頗之虞，已非無疑；又系爭鑑定團體改選後新任理事長對法院鑑定案件要求2位鑑定技師、不再委派余烈技師而另行委派賴建宏技師及吳昌祥技師續行本件鑑定，以及依系爭鑑定團體內部規範就法院囑託鑑定有無成案及結案等，係其內部事務，能否據此即謂與系爭鑑定團體執行本件鑑定會有偏頗之虞具有關聯性，亦非無疑；再本件囑託鑑定，鑑定技師僅係受系爭鑑定團體委任為實際執行鑑定事務之自然人，依其內部關係提出其工作報告，由系爭

鑑定團體審酌後，向法院提出鑑定書，該執行鑑定事務之自然人無向法院提出鑑定書之權利義務，並非鑑定人，而抗告人未釋明系爭鑑定團體另行委派之賴建宏技師及吳昌祥技師，對於本件訴訟標的有特別利害關係，或與相對人有密切之交誼或嫌怨，或其他執行本件鑑定有何偏頗之虞，則抗告人以余烈技師與系爭鑑定團間之往來函文，執為聲明拒卻系爭鑑定團體，難謂有理由。

(三)且查：

1、系爭鑑定團體原委派其理事長余烈為本件鑑定技師(見原審卷五第73至76頁)，相對人即以理事長委派自家事務所承包本件鑑定、余烈前曾參與之其他仲裁案件涉及不公而遭臺灣高等法院撤銷仲裁判斷、系爭鑑定團體迄今不願報價及告知所使用測量方法等而將造成本件鑑定費用無限上綱、余烈與抗告人負責人私交甚密等為由，聲明解除(拒卻)系爭鑑定團體為本件鑑定人(見原審卷五第77、78、97、98、137、138頁)，經原審裁定駁回聲明後(見原審卷五第143、144頁)，相對人不服提起抗告，先後經本院以107年度抗字第32號裁定駁回其抗告、最高法院以109年度臺抗字第96號裁定駁回其再抗告而確定(見本院及最高法院上開案號卷宗)。細繹上開本院及最高法院駁回裁定，固認相對人主張系爭鑑定團體委派實際執行本件鑑定之余烈，尚無事證釋明其有偏頗之虞等情，僅係原鑑定單位即系爭鑑定團體並無相對人所主張之拒卻事由，本件仍應由系爭鑑定團體進行鑑定，並非要求原審或系爭鑑定團體不得更換為實際執行鑑定事務之人。抗告意旨認前揭最高法院裁定認定原鑑定技師余烈並無偏頗之虞，自應由其續行鑑定等語，容有誤會，亦混淆本件鑑定人係系爭鑑定團體，余烈僅係受系爭鑑定團體委派為實際執行本件鑑定事務之人，並非鑑定人。

2、原審依前揭確定裁定，於109年4月22日以東院宜民愛105重訴38字第1090005463號函請兩造合意選任之系爭鑑定團體

續行本件鑑定(見原審卷六第22頁)，並就余烈所陳報其與系爭鑑定團體間是否繼續委派為本件鑑定技師之書狀等資料(見原審卷六第36至53頁)，轉請系爭鑑定團體處理(見原審卷六第57頁)，系爭鑑定團體於109年6月22日以新北土技字第1090001444號函回覆載稱：「...因原輪派技師未按公會程序進行鑑定，且未獲囑託雙方之一方繳交鑑定費，故在本會鑑定之程序，視為未成案。...又按本會規定，法院鑑定案需由兩位技師共同鑑定，前鑑定技師自己一人執行鑑定，不符本會程序，且易引致不公正之爭議...本案本會將依鑑定程序，重新輪派技師前往辦理鑑定事宜。」(見原審卷六第60頁)，再以109年7月8日新北土技字第1090001585號函委派賴建宏技師、吳昌祥技師為本件鑑定(見原審卷六第69頁)，抗告人具狀表示不同意系爭鑑定團體上開指派(見原審卷六第70至72頁)，原審即請吳昌祥技師到庭，就兩造所詢問題，就系爭鑑定團體更換鑑定技師及鑑定標的現場變更等問題，說明略以：「我們是以單位為主，至於內部單位如何換人我們鑑定人無從置喙，前面余技師的資料提供給我們，我們也會發文請他提供資料，之前配合余技師鑑定的那兩位不是公會的成員，目前資料也沒有提供給我們，按正常程序開會都會錄影、錄音，以免資料流失而且無從替代。正常的程序是要先進行初勘，初勘有兩種，一種是到現場，一種是到公會開會，本件就只能收到的資料了解，公會有把歷次的資料傳給我們，目前看到的是初勘是到公會開會，沒有到現場，初勘時要宣達我們要怎麼進行鑑定，鑑定的方法引用資料，估價基準說明，讓繳費的人知道我們要做什麼，這些都做了，初勘會議有說明，進行報價，請當事人繳費。本件余技師的部分沒有經過這個錄音、錄影程序，而且沒有請當事人繳費，必須要確定當事人繳完費後才做鑑定，但余技師就先做了。鑑定的部分現場變更這種情形常常發生，庭呈相關資料請參考。如果現場已經變更了，可以從兩造提供的照片及往來的函

文去做判讀。」就原委派余烈技師勘查資料可否引用及可否由余烈技師與系爭鑑定團體另指派之技師組成鑑定等問題，說明略以「只要證據力夠我們就要採用，我們就從蒐集的資料做判定，不會因人而異。我是受公會指派，至於余技師跟公會的爭議，我沒有辦法介入。」「所有證據都不能帶離開公會，如果要指派余技師鑑定就不需要由我鑑定了，同樣的東西來鑑定是基於同樣的基礎事實。」(見原審卷六第108、109頁)。業已就抗告人所擔心系爭鑑定團體更換原鑑定技師後續事項等予以釋疑，而抗告人未主張或釋明系爭鑑定團體另行委派之賴建宏技師及吳昌祥技師，於本件鑑定有何偏頗之虞，徒以系爭鑑定團體改選理監事後而生余烈與新任理事長間糾紛、本件鑑定依其內部規範是否已成案等，遽謂系爭鑑定團體係為相對人量身打造更換鑑定人等語，自非可採。

3、相對人於其聲明拒卻鑑定事件受駁回裁定確定後，即已繳納鑑定費(見原審卷六第99至103頁)，復於吳昌祥技師到庭說明後，遵依兩造前揭合意選任系爭鑑定團體為本件鑑定人而不再爭執，並對抗告人所為本件聲明拒卻鑑定事件而聲明駁回抗告人之請求(見原審卷六第158至163頁)，並無抗告人所稱兩造皆無法信賴系爭鑑定團體為本件鑑定人之情，是其此部分主張，亦非可採。

五、又稱「釋明」者，應提出得即時調查之證據，使法院就某事實之存否，得到「大致為正當」之心證，與「證明」係當事人提出之證據方法，足使法院產生堅強心證可以確信其主張為真實者，雖稍有不同；惟釋明之內容及證據，仍應針對其應釋明之事實是否存在或不存在為之，而不得以空泛之臆測代替，倘釋明之證據及內容無法依經驗法則或論理法則而推論出之其應釋明之事實，即難認已盡釋明之責。是聲明人拒卻鑑定人，應釋明鑑定人對於鑑定事件，與當事人之一造有特別利害關係，或有密切之交誼或嫌怨，或基於其他情形，客觀上足疑其為不公平之鑑定，而有偏頗之虞之原因事實；

若僅憑當事人之主觀臆測，則不得謂鑑定人有偏頗之虞，詳如前述。查抗告人僅以空泛臆測之詞，認本件有拒卻之事由，未就應釋明之事實存在與否，恪盡釋明之責，不符民事訴訟法第332條第2項規定。原裁定駁回抗告人之聲請，於法並無不合，抗告意旨仍執前詞指摘原裁定不當，求予廢棄，非有理由，應予駁回。

六、據上論結，本件抗告為無理由，爰裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　1　　月　　12　　日

民事庭　審判長法　官　林信旭

法　官　廖曉萍

法　官　顏維助

以上正本係照原本作成。

本裁定除以適用法規顯有錯誤為理由外，不得再抗告。如提起再抗告，應於收受送達後10日內委任律師為訴訟代理人向本院提出再抗告狀（均須按他造當事人之人數附繕本）。並繳納再抗告費新台幣1千元。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　1　　月　　12　　日

書記官　秦巧穎