

臺灣高等法院高雄分院民事裁定

108年度抗字第75號

抗 告 人 金城營造股份有限公司

法定代理人 蔡欣達

抗 告 人 邱麗蓉

相 對 人 楊武郎

上列當事人間請求保全證據事件，抗告人對於民國108年3月7日臺灣高雄地方法院108年度全字第25號裁定提起抗告，本院裁定如下：

主 文

抗告駁回。

抗告訴訟費用由抗告人負擔。

理 由

一、抗告意旨略以：抗告人金城營造股份有限公司（下稱金城公司，原為「金橋營造股份有限公司」，於民國106年3月7日變更為金城公司）、邱麗蓉於105年11月16日分別與相對人簽訂工程契約，承攬興建高雄市○○區○○街○○號住宅（下稱系爭住宅）工程（下稱系爭工程），契約總價各為新臺幣（下同）7,900,000元、7,000,000元，並約定各付款期別及金額，復約定金城公司追加5樓鐵梯工程費用132,106元，以及金城公司辦理工程變更追減55,983元、邱麗蓉辦理工程變更追加473,533元。系爭工程開工後迄至第9期「使用執照取得」期款為止，相對人均按時付款，然其後抗告人完成「外水外電工程」，於107年11月9日向相對人請求支付期款各為395,000元、350,000元時，相對人竟未依約定期日付款，抗告人乃發函通知相對人依約暫時停工，迄於108年1月9日相對人仍拒絕支付，抗告人遂通知相對人終止契約。抗告人本於工程承攬之法律關係，得請求相對人給付已完成部分之工程款，惟因系爭工程尚有少部分未完成，恐相對人另委託第三人接續施作抗告人未完成之部分，破壞抗告人已完成及未完成工程之界面現況，現狀勢必因而改變，致無法釐清抗告人已完成工程之項目及價值，實有依現況調

查及囑託專業機關至施工現場實施鑑定，並予以拍照保全證據之必要，然原法院竟裁定駁回抗告人之聲請，顯有違誤。為此，提起抗告，求予廢棄原裁定，聲請准就系爭住宅如附件即附表A（金城公司與相對人之工程契約約定完成之工程項目及價格）、B（邱麗蓉與相對人之工程契約約定完成之工程項目及價格）、C（金城公司與相對人辦理追加鐵梯工程之工程項目及價格）、D（金城公司及邱麗蓉與相對人辦理追加之工程項目及價格）所示工程項目之施工現況，囑託高雄市土木技師公會鑑定完成項目、比例及金額，並將現況拍照，予以保全證據等語。

二、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。又所謂滅失，即毀滅喪失之意；所謂證據有礙難使用之虞，係指證據若不即為保全，將有不及調查使用之危險者而言（最高法院82年度台抗字第310號、85年度台抗字第305號裁定意旨參照）。另考諸民事訴訟法保全證據之立法意旨，係鑑於證據之調查，本應於訴訟繫屬後已達調查之程度，且有調查必要者，始得為之；但於此之前，如該證據有滅失或有礙難使用之虞，卻不能立即調查，將因證據之滅失或情事變更而礙難使用，致影響日後裁判之正確性，故特設此制以為預防。是倘本案訴訟已繫屬於法院，且已達可以調查證據之程度者，即無聲請保全證據之必要（最高法院101年度台抗字第851號、92年度台抗字第502號裁定意旨參照）。是以，證據保全之目的在於防止證據滅失或難以使用，或事物現狀變更，致影響裁判之正確；苟證據並非即將滅失或事物現狀即將變更，而得於調查證據程序中為調查，訴訟當事人原可於調查證據程序中聲請調查即可，無保全證據之必要。又此證據滅失或難以使用，或事物現狀變更，須依保全證據之程序預為調查者，必須有時間上之迫切性，否則於訴訟繫屬後之調查證據程序中即可為調查。

01 三、經查：

02 (一) 抗告人主張兩造訂定工程契約，由抗告人承攬系爭工程，
03 因相對人未依約付款，抗告人依約終止系爭工程契約，而
04 本於工程承攬之法律關係，請求相對人分別給付金城公司
05 、邱麗蓉已完成部分之工程款1,844,936元、1,858,968
06 元，抗告人已提起給付工程款訴訟事件，由原審法院以10
07 8年度審建字第17號審理中等事實，業據抗告人提出公司
08 變更登記表、系爭工程契約、律師函、回執等件為證（見
09 原審卷第9頁至第40頁、第57頁至第60頁），且經原審職
10 權調閱上開訴訟事件之卷宗查閱屬實。是兩造間既就本件
11 工程糾紛已有訴訟繫屬，若相對人爭執抗告人主張之完成
12 部分，抗告人本得透過該訴訟之調查證據程序，就系爭工
13 程之完成項目、未完成項目及其所占比例聲請進行鑑定。

14 (二) 抗告人固抗辯稱：抗告人於108年2月提起訴訟，仍未接
15 獲開庭通知，且相對人現已公告妨礙抗告人僱工進入完成
16 工程云云，並提出相對人張貼之公告為佐（見原審卷第99
17 頁）。惟證據保全之目的在於防止證據之滅失或難以使用
18 ，或就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要，苟證據
19 並非即將滅失或現狀即將變更，而無時間上之迫切性，即
20 無保全證據之必要。查，依抗告人提出之公告觀之，相對
21 人係要求須經其同意始得進入系爭住宅，然抗告人現已主
22 張終止系爭工程合約，即已無僱工進入施工之必要；況抗
23 告人是否得僱工進入施工，核與本件有無防止證據滅失或
24 現狀即將變更之情形，並無關聯，尚難以相對人張貼之公
25 告，遽認本件有保全證據之必要。又抗告人主張：工程界
26 面只要有其他第三人進場施作，即足破壞抗告人已完成及
27 未完成工程之界面狀況云云，然就此並未提出任何證據資
28 料加以釋明，核屬臆測之詞，尚不足採。況抗告人於提起
29 之給付工程款訴訟時，業已提出系爭工程已完成、未完成
30 工項之現況照片，亦經原法院職權調閱上開訴訟事件之卷
31 宗核閱無訛，足見就現況再予拍照，並無必要性與時間上

之急迫性。

(三) 至於抗告人辯稱：由第三方鑑定機關攝影存證，相對人於訴訟中較不會爭執現況照片，應可增加本案訴訟進行之流暢云云，惟證據保全之目的，在於防止證據之滅失或難以使用，或就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要。至於相對人是否會爭執及增加訴訟流暢度，並非保全證據必要性所應審酌事項。況觀諸抗告人所欲請求鑑定完成之工項，多為系爭工程之基礎結構，如混凝土、鋼筋、模版、石英磚等，縱使相對人另委由他人就抗告人未完成工項續作，應無打除之可能，無證據滅失之虞或確認現狀之必要，揆諸上開說明，抗告人於訴訟程序進行中請求調查即可，應無聲請保全證據之必要。

(四) 另聲請人請求鑑定其完成之金額部分，核與本件有無防止證據滅失或現狀即將變更之情形，並無關聯；且此鑑定之內容已然涉及本案訴訟核心之爭議，即抗告人所得請求工程款數額之判斷，除應賦予相對人表示意見之權利，兩造既就各工項單價有所約定，就此是否具有鑑定之必要及鑑定事項為何（亦即若兩造對完成之工項數量、比例有爭議，則鑑定完成工項數量、比例，再乘以兩造約定之單價即可），應於本案訴訟決定為宜，若有鑑定必要，再為請求。

四、綜上所述，兩造間系爭工程爭議之本案訴訟已繫屬於原審法院，抗告人所聲請保全之證據，可於該訴訟程序進行中請求調查，且抗告人聲請保全之證據，並未釋明有即將滅失或現狀即將變更之急迫情事，無保全證據之必要。是抗告人所為本件保全證據之聲請，不應准許。原裁定駁回其聲請，經核尚無不合。抗告意旨指摘原裁定不當，求予廢棄，並另為適法之裁定，為無理由，應予駁回。

五、據上論結，本件抗告為無理由，裁定如主文。

中華民國 108 年 4 月 10 日

民事第五庭

審判長法官 謝靜雯
法官 黃科瑜
法官 邱泰錄

以上正本證明與原本無異。

如不服本裁定應於送達後10日內向本院提出再抗告狀（須按他造當事人之人數附繕本），並繳納再抗告費新臺幣1,000元。再為抗告僅得以適用法規顯有錯誤為理由，並應委任律師為代理人。如委任律師提起再抗告者，應一併繳納再抗告費。

中 華 民 國 108 年 4 月 10 日

書記官 唐奇燕

附註：

再抗告人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或再抗告人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認適當者，亦得為第三審代理人。

再抗告人或其法定代理人具有律師資格者及前項情形，應於提起再抗告或委任時釋明之。