臺灣高等法院民事裁定

108年度國抗字第3號

抗　告　人　亞新工程顧問股份有限公司
法定代理人　莫若楫
代　理　人　劉雅洳律師
　　余振國律師
相　對　人　陳蘇萬足

上列當事人間國家賠償事件，抗告人聲明拒卻鑑定人，對於中華民國107年11月29日臺灣新北地方法院106年度國更(一)字第1號裁定提起抗告，本院裁定如下：

主　文

原裁定廢棄。

抗告費用由相對人負擔。

理　由

一、本件抗告人聲明及抗告意旨略以：

（一）本案訴訟中，門牌新北市○○區○○路○○○巷○○號1至4樓（下稱系爭建物）之污水下水道用戶接管工程（下稱本件工程），辦理現場會勘五次，第一次至第三次會勘僅在相對人房屋後巷防火巷履勘，第四次會勘始由鑑定人吳世欽及相對人入屋履勘，第五次會勘時，鑑定人吳世欽始以雷射水平儀進行測量。依伊所提第四次、第五次會勘之錄音光碟及譯文，足以證明鑑定人吳世欽就原法院囑託鑑定事項，於進行調查前即已存在有利相對人之定見，在會勘現場之指揮上亦不斷偏向相對人，甚至拒絕翔實記錄會勘過程，客觀上足認鑑定人吳世欽未能公正執行職務。鑑定人吳世欽執行職務，有下列偏頗情事，伊得依民事訴訟法第331條第1項、第33條第1項第2款規定，聲明拒卻鑑定人：

1.鑑定人吳世欽於民國107年10月11日進行第四次會勘時，逾越原法院囑託鑑定範圍，貿然指控共同被告得洲工程有限公司（下稱得洲公司）違法轉包本件工程；又無端指控有里、鄰長介入或公然炒作，使本件汙水下水道設置在目前位置，造成相對人所有建物受損害；復逾越鑑定人職權

，要求得洲公司先為相對人拆換馬桶。相對人則以家中遭竊、對案件無幫助為由拒絕伊入屋會勘，致伊無法確認鑑定人履勘之地點、範圍；鑑定人並刻意曲解伊之意思，未將相對人拒絕伊會同履勘之事實記載於會勘紀錄。

2.鑑定人吳世欽於107年10月19日辦理第五次會勘時，亦逾越原法院囑託鑑定範圍，貿然指控係因「里、鄰長關說、施壓」，使本件污水下水道設置在目前位置，造成相對人所有建物受損害。另鑑定人於該次會勘時，偏頗相對人之到場人員無需查驗身分，於伊之訴訟代理人異議後，要求伊之訴訟代理人將簽名劃掉並禁止表示意見，足證鑑定人未公正進行鑑定程序。

3.鑑定人吳世欽率認本件污水管線僅能於地界線各75公分之範圍內設置，且認本件工程應以建築法、建築技術規則為據，排除下水道法、新北市○○道管理規則之適用。鑑定人一再表明欲調查與原法院囑託事項無關之事實，欠缺公正性；並在未參酌契約文件、圖說下，即認伊未依設計圖施工、下水道設置位置與設計圖不符、伊未辦理變更設計導致系爭建物受有損害，或影射共同被告新北市政府水利局及伊指示得洲公司不按設計圖施工，足認鑑定人已有定見，未能公正執行職務。。

（二）鑑定人吳世欽不適合擔任本件工程之鑑定人，伊得依民事訴訟法第326條第3項規定，聲請撤換鑑定人吳世欽，理由如下：

1.污水下水道之規劃、設計及監造，依法僅得由環工技師、土木技師或水利技師為之，吳世欽不具上開技師資格，欠缺專業。

2.吳世欽未使用正確測量方式，率認系爭建物有傾斜、沉陷情形，若由其辦理本件鑑定，無法釐清爭議。

3.吳世欽辦理鑑定程序粗糙、混亂，耗費伊及其他共同被告甚多無謂之訴訟成本，不適於繼續擔任鑑定人。

（三）爰依民事訴訟法第331條第1項、第33條第1項第2款規定，

聲明拒卻鑑定人吳世欽，並依同法第326條第3項規定，聲請撤換鑑定人吳世欽。原法院裁定駁回伊聲明拒卻鑑定人，就伊聲請撤換鑑定人吳世欽，未予審酌，顯有違誤，爰提起抗告，聲明廢棄原裁定等語。

二、按依民事訴訟法第331條第1項前段及第332條規定，當事人得依聲請法官迴避之原因拒卻鑑定人；聲明拒卻鑑定人，應舉其原因，向選任鑑定人之法院或法官為之，並應釋明之。另依同法第33條第1項第2款規定，法官有前條（即法官應自行迴避之情形）所定以外之情形，足認其執行職務有偏頗之虞者，當事人得聲請法官迴避。又稱釋明者，僅係法院就某項事實之存否，得到大致為正當之心證，即為已足，此與證明須就當事人所提證據資料，足使法院產生堅強心證，可確信其主張為真實者，尚有不同（最高法院98年度台抗字第807號裁定意旨參照）。又依同法第326條規定：「鑑定人由受訴法院選任，並定其人數。法院於選任鑑定人前，得命當事人陳述意見；其經當事人合意指定鑑定人者，應從其合意選任之。但法院認其人選顯不適當時，不在此限。已選任之鑑定人，法院得撤換之。」

三、查本件工程於相對人起訴前，業已經臺灣省土木技師公會鑑定在案，有該公會民國103年4月8日(103)省土技字第北0677號鑑定書可參（見原法院卷一第198-211頁）；抗告人在原法院本案訴訟進行中亦一再表明倘有再鑑定必要，應囑託臺灣省土木技師公會補充鑑定，或囑託臺北市土木技師公會或新北市土木技師公會鑑定為適當，不同意相對人建議之建築師公會等單位（見原法院卷二第34頁、卷三第50頁言詞辯論筆錄）；原法院於107年5月17日以新北院輝民弘106國更(一)1字第29422號函囑託臺北市建築師公會為鑑定，亦指示：請該會優先指定兼具土木技師或環境（衛生）工程技師或水利技師資格之會員為鑑定（見原法院卷三第91頁），足認原法院亦認本件工程之鑑定人應具備土木技師或環境（衛生）工程技師或水利技師之資格。惟依之行政院公共工程委員會

「技師與工程技術顧問公司管理資訊系統」查詢網頁所示，臺北市建築師公會指派之鑑定人吳世欽建築師應不具備上開資格（見原法院卷七第59頁），原法院未予審酌，所進行之本案訴訟程序應難認允當。

四、次查依抗告人所提出第四次及第五次現場會勘之錄音光碟及譯文所示，鑑定人吳世欽在鑑定現場曾為下述言語：

1.107年10月11日第四次現場會勘之言語及譯文（見本院抗證2）：

⑴「我現在一直懷疑為什麼已經拆除違建以後，剩下空間為什麼不取中間，為什麼偏一邊做，後來我大概瞭解是里長介入和鄰長介入，是不是？」（譯文第1頁）。

⑵「啊拆這邊以後靠單邊收，這就是我現在追究的，誰決定的？聽說里長介入、鄰長介入，鄰長是前面那戶，啊里長也介入…」「排水不良絕對是坡度問題啦。」（譯文第3頁）。

⑶「…我後來發現這個工程，有另外一個工程叫做什麼華介入，就是證明你後來轉包，確實又轉包了」「但是在工程上我認定是轉包了」「我認定是轉包行為，為什麼你自己來的人不講報你們的廠商名號，為什麼報另外一個廠商名號…」（譯文第6頁）。

⑷「房子設計等等防火巷為什麼只拆單邊，為什麼這邊不強制拆除，既然是違建為什麼不全部拆除，這也是我報告上會寫的，不公道啊，工務局為什麼這邊不拆，不拆不好做事啊，你公然炒作啊，這個案子很有趣就是說，犯了很多毛病，拆單邊違建，為什麼這邊不拆，啊還有你拆了這邊違建，這邊靠這邊做，是哪個外力，為什麼亞新不敢講，亞新圖畫是畫走中間喔。」（譯文第8頁）。

⑸「你們律師這樣強悍，這個案子都是律師在介入、在講話，那麼強悍，我跟你講這個報告我一定會寫。」（譯文第9頁）。

⑹「…現在來的就是亞新設計監造現場誰決定靠這邊做，是不是水利局同意的，還是亞新提出來的…我問過設計那個林先

生，他也不曉得，監造回來沒有報告，他也不知道，這個管理失散…我打到設計部去問這個設計的，他也講不了，他是職位很小的，上面還有組長上去啦，大老闆嘛誰決定還有法務部等等，我都知道啦，莫先生早期很早就跟我們認識了啦，我不想去扯到那些啦，亞新是非常龐大啦，政府很多官員退休都在那邊當顧問，勢大財大勢大…」（譯文第10頁）。

⑺「…房子要討論這戶沒有需要這個，整棟房子它的駐土結構是怎樣，土木技師那本是什麼報告，根本不值得連看都看不懂，誰看的懂，…」「你不要拜託，我會寫，沒有讓你們進去嘛，當然阿，理所當然阿，李永然還不是一樣，派來的律師還不是一樣就被趕到外面，不要這樣特別，我覺得你這樣特別，你律師吼我不想再講下去，不敢指教。」（譯文第13頁）。

⑻「你不要這樣強勢，太強勢了吧，亞新出來的還有一個律師跑掉了。」「我不要寫，你特別講我就不寫啦。」（譯文第14頁）。

⑼「…會弄成這樣施工有問題，他是轉包，另一個公司出現，叫做什麼華，我忘了是永華還是什麼華，就是轉包對不對，我今天可以咬死啊，根本沒有自己做，今天造成這樣，我跟你講搞不好哪一次會勘我就開挖，我絕對會開挖，但是挖開了，不動，統統不動，挖開管線跡象明確，因為不動馬桶不能使用，挖開好好挖好好挖，這叫做開棺驗屍啦，套句實話叫做開棺驗屍，你們越對我不信任的話，我就來做給大家更信任的作為就是開棺驗屍，對不對？你說是不是？」（譯文第15頁）。

⑽「…對我越不信任我就開棺驗屍嘛，開棺驗屍找答案嘛…」（譯文第16頁）。

2.107年10月19日第五次現場會勘之言語及譯文（見本院抗證5）：

⑴「為什麼說靠邊做，等於是挖牆腳，那邊還有1公尺半，你監造啊，你們上次那個高主任來，也講不出來啊，沒辦法給

我答案啊，我知道暗樁聽說有跟里長、鄰長，鄰長住後面那戶，說暗中協商，道聽塗說，啊我也是猜測合理的懷疑是不是那個里長、鄰長去說靠邊做，這個是我今天最大的懷疑，那個鄰長後排最邊那戶編號3，…」（譯文第4頁）。

⑵「…啊你有沒有轉包什麼華？」「好啦，你那個你有轉包另外一個叫做林的，人家也有給我名片啦，華豐是不是？」（譯文第4頁）。

⑶「還有這邊後排沒有得到土地使用權同意書，這個土地是這邊前排所有，後面防火巷的土地通通是前排的，土地所有權，啊有沒有人家的土地使用權同意書，你今天做照我建築師執業要有土地使用權同意書才能夠後排那邊排進來，不能夠今天污水重做以前怎麼樣，以前錯就是錯錯到現在就是這樣，但是現在就是要有土地使用權同意書，你說這個申請書住戶申請書，這個是污水接管嘛，還有一個土地使用權同意書嘛，土地使用權這個都沒有做，硬是硬幹，硬說偉大的中華民國有污水下水道接管工程等等等等就這樣做，偉大的中華民國新北市市政府，配合亞新工程部…」（譯文第5頁）。

⑷「你假如每一次都要這樣對我的話，幾乎齁，每一次亞新偉大的靠山，法務部…。」「你硬要這樣強辯你偉大的律師，我暫時沒有…偉大的律師。」「律師，你等等吼，你不要跑。」（譯文第7頁）。

⑸「來來來，劃掉劃掉，你不要簽。」「你劃掉啦，我既然同意你，你今天給我兇…我就給你…。」「劃掉！你劃掉！要不然你不要走，不要給我走。」「沒關係，他這大律師吼，沒有一次不槓的。」（譯文第8頁）。

⑹「啊你不要就不要，你不要劃掉，你給我閉嘴在這裡等。」「閉嘴！閉嘴！上去，你給我閉嘴！沒關係。」「要說你就繼續說啊，你就錄音嘛。」（譯文第9頁）。

⑺「沒一次不這樣跳啦，沒一次不跳，他們亞新想說很大，有靠山，吃遍天下。」（譯文第10頁）。

3.依上開鑑定人吳世欽在鑑定現場所為之言語內容，部分言語

顯有不妥，抗告人主張鑑定人吳世欽在鑑定過程中立場偏頗，並非全然無據，堪認抗告人就所主張其有拒卻鑑定人吳世欽之原因事實，已為釋明。另因鑑定人吳世欽難認符合原法院指定鑑定人所應具備之資格，顯難認係適當之鑑定人，業如前述（詳「三」），抗告人為保護自身權益，於進行三次現場會勘後，於第四次及第五次現場會勘時，予以錄音，應認係屬可容許之行為，附此敘明。

五、依上所述，本件抗告人主張鑑定人吳世欽執行職務有偏頗之虞，客觀上難期其可為公正之鑑定，就所主張其有拒卻鑑定人吳世欽之原因事實，堪認已為釋明。而原法院囑託鑑定之臺北市建築師公會會員人數眾多，應無非由吳世欽建築師為鑑定之必要，原法院未說明必須由吳世欽建築師進行鑑定之理由，遽然裁定駁回抗告人聲明拒卻鑑定人吳世欽，尚嫌速斷；另就抗告人依民事訴訟法第326條第3項規定聲請撤換鑑定人吳世欽（見原法院卷7第215-269頁），漏未審酌，亦有未合。抗告意旨指摘原裁定不當，聲明廢棄，非無理由，爰廢棄原裁定廢棄，應由原法院另為適法處置。

六、據上論結，本件抗告為有理由，爰裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　27　　日

民事第一庭

審判長法　官　林陳松

法　官　曾錦昌

法　官　鄭威莉

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，應於收受後10日內委任律師為代理人向本院提出再抗告狀。並繳納再抗告費新臺幣1千元。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　4　　日

書記官　楊璧華