

【裁判字號】100,台上,1021

【裁判日期】1000630

【裁判案由】請求返還履約保證金

【裁判全文】

最高法院民事判決 一〇〇年度台上字第一〇二一號

上訴人 統帥營造工程股份有限公司

法定代理人 蔡美麗

訴訟代理人 蘇清文律師

邱晃泉律師

被上訴人 台灣高雄地方法院檢察署

法定代理人 邢泰釗

上列當事人間請求返還履約保證金事件，對於中華民國九十九年十二月三十日台灣高等法院高雄分院再審判決（九十九年度建再字第一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院高雄分院。

理 由

本件上訴人主張：前訴訟程序第二審確定判決（原法院九十八年度建上更(一)字第四號，下稱原確定判決），認定伊主張兩造間訂立之工程契約，若依建築師之設計，以鋼板樁施工，工程不能完成，需被上訴人變更設計始能完成，為不足採；故伊主張解除契約，請求返還履約保證金，為無理由確定。惟伊於提起再審之訴前，赴現場始發現竣工建物已變更原設計圖，有原判決附表（下稱附表）證據一之現場鳥瞰照片可證；又依附表證據二被上訴人民國八十二年八月十三日雄檢順總字第四二四四三號通知許仲川建築師函，及附表證據三許仲川建築師事務所會議記錄，可知有辦理變更設計；另依附表證據四被上訴人八十二年十月二十八日雄檢順總字第五七九六七號函，可知實際上已進場開工施作；依附表證據五上訴人八十二年七月七日（八二）統帥（帥）字第一九一號函暨附件，及附表證據六福帝工程顧問有限公司所為系爭工地地質鑽探報告，可知無法以鋼板樁工法施作。況依附表證據七高雄市土木技師公會之評估與建議報告書，及附表證據八擋土壁體之種類與特徵及打樁工法選定法等資料、附表證據九台北市建築工程基礎開挖安全措施管理作業要點，與附表證據十鑑定人李宗欣技師亦於前訴訟程序原審法院證述，均可證明系爭工程根本無法以鋼板樁施作。再依附表證據十一許仲川建築師事務所曾於八十二年六月二十六日以許（八二）總字第〇六三五號函表示擬變更部分設計等語，詎被上訴人未為准駁之審核，亦未交付上訴人變更設計後之設計圖說，上訴人根本無法施作。復依附表證

據十二上訴人曾於九十九年十一月十日以九十九統字第〇〇一號函詢問高雄市政府工務局系爭建案之第一次變更設計內容，附表證據十三高雄市政府工務局於九十九年十一月十九日高市工務建字第〇九九〇〇四八一六〇號函覆說明系爭建案確實進行A B棟配置移位及安全措施鋼板樁變更爲預壘樁之變更設計。A B棟配置移位變更設計將原設計圖中A B棟間網球場部分取消，拉近A B棟間之距離，且依附表證據十四高雄市工建築字第A三八〇〇一〇基地山坡地之擋土牆工程根本未申請雜項執照，上訴人無法施作。以附表十五網球場規格雙打底線長三六呎計算，A B棟距離至少拉近十・九七公尺，可證變更前之設計圖確有侵越民宅無法施作之情形。原確定判決漏未斟酌上開證據，如斟酌上開證據，可獲系爭工程確經變更設計，變更設計前之設計圖說有侵越民宅無法施作之情事，被上訴人未提供變更設計圖說，亦未申請雜項執照，伊無法施作等較有利之裁判。爰依民事訴訟法第四百九十六條第一項第十三款之規定，提起本件再審之訴，求爲判決：(一)原確定判決廢棄。(二)被上訴人應給付上訴人一千八百萬元及自八十九年十月二十六日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。原審不經言詞辯論，逕以顯無理由判決駁回上訴人再審之訴，無非以：原確定判決前訴訟程序綜合各項證據資料，乃認定本件系爭工程依原設計以鋼板樁工法施作擋土牆工程，並非不能施作完成。此外，上訴人據以爲再審事由之上開證據五、六、七均爲前訴訟程序事實審言詞辯論終結前即已存在，並經原確定判決予以審酌，尙非當事人不知有此，致未經斟酌，現始知之，或雖知有此而不能使用，現始得使用者，是以上訴人以系爭證據五、六、七爲新證物，主張原確定判決有民事訴訟法第四百九十六條第一項第十三款之再審事由，即不足採，應予駁回。至上訴人所提出之上開證據一、二、三、四、八、九、十一、十四、十五，均爲原確定判決前訴訟程序事實審言詞辯論終結前已存在者，惟上訴人並未具體指出上開證物是否爲其不知有此存在，致未經斟酌，而現始知之，或雖知有此而不能使用，現始得使用之情形，自不得據此爲民事訴訟法第四百九十六條第一項第十三款之再審事由。又上訴人所提之系爭證據十乃爲證言，並非證物，非屬民事訴訟法第四百九十六條第一項第十三款之再審事由。另系爭證據十二、十三乃於原確定判決前訴訟程序事實審言詞辯論終結後始存在，亦非屬本款所稱之證物。是以，上訴人以有民事訴訟法第四百九十六條第一項第十三款再審事由提起本件再審之訴，顯無理由，應予駁回等詞，爲其判斷之基礎。

按再審之訴顯無理由者，依民事訴訟法第五百零二條第二項之規定，雖得不經言詞辯論，以判決駁回之。惟所謂顯無理由，必須

再審原告所主張之再審理由，在法律上顯不得據為對於確定判決聲明不服之理由者，始足當之。倘法院顯已踐行調查證據認定事實之程序，或依再審原告主張之原因事實，僅據訴狀之記載，倘有不明瞭或有其他情形，必須調查證據後，方能認定再審理由之有無者，即與法律上顯不得據為再審理由之情形有間，自仍應為必要之言詞辯論，不得遽指再審之訴顯無理由，不經言詞辯論，逕以判決駁回。又按同法第四百九十六條第一項第十三款所謂當事人發現未經斟酌之證物，係指前訴訟程序事實審言詞辯論終結前已存在之證物，因當事人不知有此，致未經斟酌，現始知之或雖知有此而不能使用，現始得使用而言。原法院既已調取前訴訟程序全案卷證，並據以調查審認附表證據一、二、三、四、八、九、十一、十四、十五係前訴訟程序事實審言詞辯論終結前即已存在之證物，或係未於前訴訟程序事實審言詞辯論終結前提出，非上訴人所不知，而現始知之，亦非知有此而不能使用，現始得使用，而為判斷再審之訴有無理由之依據，揆之首開說明，自無適用上開條項規定，不經言詞辯論駁回再審之訴之餘地，原法院遽以再審之訴顯無理由，不經言詞辯論，駁回上訴人再審之訴，於法難謂為合。上訴論旨，指摘原判決為不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 一〇〇 年 六 月 三十 日

最高法院民事第四庭

審判長法官 劉 福 來

法官 陳 重 瑜

法官 吳 麗 女

法官 鄭 雅 萍

法官 劉 靜 嫻

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇〇 年 七 月 十二 日

V