臺灣臺北地方法院民事判決

108年度建字第24號

原　　告　旭耀資產管理有限公司
法定代理人　林益如
訴訟代理人　吳存富律師
　　史庭竹律師
　　許永昌律師
被　　告　交通部高速公路局
法定代理人　趙興華
訴訟代理人　孔繁琦律師
　　林俊宏律師
　　侯旻伸律師

上列當事人間確認工程款債權存在等事件，本院於民國108年8月16日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

確認興松有限公司對被告有新臺幣貳仟壹佰壹拾肆萬柒仟貳佰捌拾元之工程款債權存在。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔二分之一，餘由原告負擔。

原告假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序部分：

一、按被告不抗辯法院無管轄權，而為本案之言詞辯論者，以其法院為有管轄權之法院，民事訴訟法第25條定有明文。查原告依強制執行法第120條第2項提起本訴，依首揭說明及民事訴訟第2條第1項之規定，應由被告機關所在地（新北市泰山區）即臺灣新北地方法院管轄，惟被告不抗辯本院無管轄權，而為本案之言詞辯論，且本件亦非民事訴訟法定有專屬管轄之訴訟，依上揭規定，本院自為有管轄權之法院，合先敘明。

二、次按訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一，或擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在

此限，民事訴訟法第255條第1項第2款、第3款分別定有明文。又「請求之基礎事實同一」者，係指變更或追加之訴與原訴之主要爭點有其共同性，各請求所主張之利益在社會生活上可認係屬同一或關連之紛爭，而就原請求之訴訟及證據資料，於審理繼續進行時，在相當程度範圍內具有同一性或一體性，得期待於後請求之審理予以利用，且無害於他造當事人程序權之保障，俾先後兩請求在同一程序得加以解決，避免重複審理，進而為統一解決紛爭（最高法院91年度台抗字第552號、第648號裁定意旨參照）。經查，本件原告起訴時訴之聲明為：「㈠被告應給付興松有限公司（下稱興松公司）新臺幣（下同）2114萬7280元，並由原告代位受領；㈡願供擔保，請准宣告假執行」（見本院卷一第11頁）。嗣於民國108年5月15日擴張應受判決事項之聲明，追加「確認興松公司對被告有2114萬7280元之工程款債權存在」（見本院卷一第309 頁）。該追加聲明係以興松公司與被告間之工程款債權是否存在加以認定，前後聲明間之訴訟及證據資料有事實上之共通性與關聯性，原訴訟與證據資料於追加之訴有繼續使用之可能性與價值，宜利用同一訴訟程序審理，藉以一次解決紛爭，俾符訴訟經濟之要求，且對於被告程序權之保障無不利影響，揆之前揭說明，原告追加之訴與原訴間之基礎事實即屬同一，無庸經被告同意，應予准許，附此敘明。

三、再按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之，民事訴訟法第247條第1項定有明文。又按民事訴訟法第247 條所謂即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言，故確認法律關係成立或不成立之訴，苟具備前開要件，即得謂有即受確認判決之法律上利益，縱其所求確認者為他人間之法律關係，亦非不得提起，此最高法院42年台上字第1031號判例意旨可供參照。查原告主張其為訴外人興松公司之債權人，並因興松公司承攬被告「北宜高速公路第二標石

碇至彭山段工程」（下稱系爭工程），興松公司對被告有得收取之工程款，原告因而就該等工程款債權聲請強制執行。惟被告於強制執行程序中聲明異議否認與興松公司有上開工程款之債權存在，有被告民國107年11月21日工字第1070044687號函附卷可稽（見本院卷一第23頁），是原告得予強制執行興松公司對於被告上開工程款等債權之權利，即因被告聲明異議，致其在私法上之地位有受侵害之危險，揆諸上開判例意旨，原告請求確認興松公司對被告有2114萬7280萬元之工程款債權（下稱系爭債權）存在，自有受確認判決之法律上利益。

貳、實體部分：

一、原告主張：

㈠興松公司前向原告借款並起訟爭，嗣雙方於鈞院102年度重訴字第284號案件和解成立，興松公司、其法定代理人及訴外人世仁營造有限公司同意連帶給付2億8804萬0388元予伊。伊遂於107年9月7日持前揭和解筆錄向鈞院民事執行處（下稱執行處）聲請強制執行興松公司因承攬被告之系爭工程所生之系爭債權，並經鈞院以107年度司執字第91509號案件受理在案，詎被告卻以業經法院確定判決債權不存在定讞，故未保留該筆款項為由而聲明異議。

㈡被告雖稱系爭債權係經鈞院87年度重訴字第1070號判決、臺灣高等法院88年度重上字第281號判決、最高法院93年度台上字第1570號裁定（下合稱另案判決）認定不存在確定在案，然伊非另案判決之當事人，自非既判力所能及。且事實審法院僅說明「因長暐公司無法證明其對興松公司之工程款債權存在，故就興松公司對被告有無工程款債權存在，難認長暐公司有確認利益」，並未就興松公司對被告有無工程款債權此一爭點為實質認定，亦無爭點效之適用，被告執另案判決主張系爭債權不存在，顯無可採。又興松公司前於中華民國仲裁協會95年仲聲孝字第91號仲裁（下稱另案仲裁，現於鈞院以107年度仲訴字第11號撤銷仲裁判斷之訴審理中）程

序中曾以書狀列載系爭債權為請求項目之一，惟於另案仲裁判斷書之實體事項中已未見系爭債權之請求，足見興松公司撤除請求系爭債權，且迄未向被告請求，有怠於行使權利之情事。此外，興松公司所有之不動產均已設定高額抵押權，且因無資力繳付稅款，而遭國稅局為查封登記及禁止處分登記，應得認興松公司已無資力。

㈢再者，興松公司於86年1 月間承攬系爭工程，約定由興松公司提供材料，並負責設計施工，顯見系爭工程為具有買賣及承攬混合契約性質之「不動產買賣承攬」，與民法第127 條第7款規定之一般承攬有間，是系爭債權應適用民法第125條規定之15年消滅時效，此情並經另案仲裁判斷書論斷在案，被告自當受拘束不容再行爭執本件應適用2 年之短期時效。且依系爭工程合約書一般規範第9.2（7）、8.10（7） 節之約定可知，估驗付款不能視為對已估驗之工程驗收及接受，須待工程完工及養護期滿，經被告核定所有施工及養護、延期損失及其他一切開支之費用並簽證總額後，始得請求。則系爭債權之請求權應自另案仲裁判斷書作成之日（107年8月28日）起算，故本件並未罹於時效。至興松公司於另案仲裁程序中請求者為系爭工程第43至49期之工程估驗款，而系爭債權為系爭工程第17期應付估驗款之差額，兩者實不相同，被告稱系爭債權為另案仲裁判斷所涵蓋，實有謬誤。

㈣系爭債權前經長暐營造有限公司（下稱長暐公司）於87年5月14日就2100萬元之範圍向執行處聲請假扣押被告應給付予興松公司之工程款，業經執行處准予並核發87年度執全字第1077號執行命令（下稱系爭執行命令）予被告，業經被告假扣押執行在案，且被告分別於87年6月22日、87年8月13日函知興松公司，並說明於系爭執行命令撤銷前，無法退還遭扣押之款項，顯見被告對系爭債權存在確無爭執，系爭執行命令嗣後亦因長暐公司未就被告之異議起訴而撤銷，則被告已無原因保留興松公司得請求之系爭債權，是被告就系爭執行命令聲明異議，顯有不實，為此，爰依強制執行法第120 條

第2項請求確認興松公司對被告有工程款債權存在，並應給付該等款項由原告代位受領等語。並聲明：㈠確認興松公司對被告有系爭債權存在；㈡被告應給付興松公司2114萬7280元，並由原告代位受領；㈢第2項聲明，願供擔保請准宣告假執行。

二、被告則以：原告依民法第242條之規定，代位興松公司向被告請求給付系爭工程第17期之工程估驗款，然原告未符合代位權之下列要件，其請求自無理由：㈠興松公司對被告有系爭債權存在：被告自另案判決確定後，即無保留該等工程款，是興松公司對被告無系爭債權存在。㈡興松公司有怠於向被告行使系爭工程款債權：原告雖主張興松公司於另案仲裁程序中曾向被告主張系爭債權，惟另案仲裁判斷書卻無系爭債權之記載，顯有怠於行使權利云云，然判斷書未提及之原因眾多，不代表興松公司怠於主張，況仲裁金額涉及仲裁費用，興松公司並無理由提起仲裁後消極不主張。㈢興松公司有陷於無資力或資力不足以清償對原告之債務，致原告對興松公司債權有不能受完全滿足清償之虞：據原告所提興松公司財產清單尚有其他未設定抵押或查封登記之財產，原告遽以興松公司所有之不動產均已設定抵押權或遭查封、禁止處分登記為由，主張興松公司無資力，尚嫌速斷，遑論興松公司甚於107年9月4日將其於另案仲裁對被告高達5億8569萬888元之債權讓與予原告，是原告主張興松公司已無資力，顯有不實。退步言，縱認系爭債權存在且興松公司怠於行使，然依系爭工程契約條款及工程標的觀之，系爭工程之契約要素明顯係以「工作物交付」為主要目的，不生不動產移轉之問題，是系爭工程確屬典型之承攬契約，而應適用民法第127條第7款之2年時效，且系爭債權時效起算點應為承包商「得為請求時」，而非原告主張一般條款第8.10（7） 節規定之「承包商得支領時」，故系爭債權早已罹於時效。況興松公司已於另案仲裁程序中提出包括系爭債權之請求，業經另案仲裁判斷准許並為另案仲裁判斷主文所涵蓋，原告自不得

於本件再行請求等語。並聲明：㈠原告之訴及假執行之聲請均駁回：㈡如受不利之判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、原告因興松公司積欠借款，而於本院102年度重訴字第284號事件中以興松公司願給付其2億8804萬388元暨相關利息達成和解，原告遂持該和解筆錄為執行名義，向本院執行處聲請向興松公司對被告之系爭債權為強制執行（即本院107 年度司執字第91509號強制執行事件），本院執行處於107年11月5日通知被告，經被告收受後，於107年11月21日聲明異議等情，有本院102年度重訴字第284號案件和解筆錄、民事強制執行聲請狀、被告異議函文等件在卷可稽（見本院卷一第15至24頁），堪信為真。而原告主張被告仍積欠興松公司系爭債權未為給付，且無其他不得請求或債權消滅原因，其自得代位請求被告給付2114萬7280元予興松公司，並由原告代為受領，為被告所否認，並以前揭情詞置辯。經查：

㈠興松公司對被告確有系爭債權存在：

1.被告之前身即交通部台灣區國道新建工程局（下稱國工局）第三區工程處於87年6 月22日以國工三(87)工字第2689號函文通知興松公司系爭工程第17期（87年4月26日至87年5月31日止）之工程估驗計價款共3226萬5360元，並告稱「因貴結合成員與協力廠商有債務糾紛，故導致工程款遭台灣台北地方法院扣押；因此本處依令（按，即系爭執行命令）需自本期實付工程款中保留該扣押金額共計新台幣2114萬7280元整（扣押金額2100萬及執行費14萬7280元），並俟扣押命令撤銷後再行撥付」，是僅給付興松公司1111萬8080元等情，有該局函文可查（見本院卷一第31至35頁），再於87年8 月13日以國工三八七工字第3500號函覆興松公司稱：「因截至目前並未接獲法院撤銷該執行命令，本處依法無法退還該筆仍遭扣押中之款項」乙節，亦有上開函文可稽（見本院卷一第151頁），被告尚於89年12月15日陳報本院執行處：「...第三人（按，即被告）業已依鈞處八十七年五月十六日執行命

令保留新台幣貳仟壹佰壹拾肆萬柒仟貳佰捌拾元之工程款，將依法俟債權人（按，即長暐公司）所提相關確認債權訴訟臺灣高等法院八十八年重上字第二八一號之最後確定判決結果，再憑以處理」等語，有該民事陳報狀附卷可稽（見本院卷一第445至447頁）。而另案判決關於確認興松公司對被告有無系爭債權存在部分，業於93年7 月29日經最高法院裁定上訴駁回確定（另案判決結果對於系爭債權之效力為何，詳後2.所述），為兩造所不爭執，至系爭執行命令有無經撤銷，並無礙於系爭債權之存在與否。惟被告迄今均未提出曾支付上開原保留款或為其他處理之證據，是以，本件堪信被告並未給付興松公司系爭債權款項。

2.次按訴訟標的於確定之終局判決中經裁判者，除法律別有規定外，有既判力，當事人不得就該法律關係，更行起訴，此觀民事訴訟法第249 條第1項第7款及第400條第1項規定自明。又民事訴訟法第400條第1項所定之一事不再理原則，乃指同一事件已有確定之終局判決者而言。所謂同一事件，必須同一當事人就同一法律關係而為同一之請求，始為相當，倘此三者有一不同，即不得謂為同一事件，自不受確定判決之拘束（最高法院19年上字第278 號判決及最高法院85年度台抗字第595 號裁定意旨參照）。再按法院於前訴訟程序，就訴訟標的以外當事人所主張或抗辯而列為足以影響判決結果之重要爭點，經兩造各為充分之舉證，一如訴訟標的極盡其攻擊、防禦之能事，並使當事人適當而完全之辯論，本於兩造辯論之結果，於確定判決理由所為實質上之判斷，除有顯然違背法令，或當事人提出新訴訟資料足以推翻原判斷之情形外，於同一當事人間，就與該重要爭點有關之他訴訟，不得再為相反之主張，法院亦不得作相異之判斷，此源於訴訟上之誠信原則及當事人公平之訴訟法理，避免紛爭反覆發生，以達「一次解決紛爭」所生之一種判決效力（拘束力），即所謂爭點效（最高法院103年度台上字第378號判決參照）。查被告雖抗辯系爭債權業經另案判決認定不存在確定在案

，應逕予駁回云云，然另案判決之原告為長暐公司，顯與本件之原告不同，自非同一事件，興松公司不受該確定判決之拘束；又另案判決理由之認定僅係說明：因長暐公司無法證明其對興松公司之工程款債權存在，故就興松公司對被告有無工程款債權存在，難認長暐公司有即受確認判決之法律上利益，則長暐公司請求確認興松公司對國工局有系爭債權存在，即屬不應准許等語（見本院卷一第123、136頁），而自始未論述興松公司對被告之系爭債權是否存在，顯未就此為實質之判斷，未生爭點效力。是揆諸前揭判決意旨，被告辯稱系爭債權為另案判決既判力效力所及、及有爭點效之適用云云，並無可採。

3. 又興松公司於另案仲裁中，其原請求範圍雖包括系爭債權，惟業經其於98年1月5日撤回該項仲裁請求，有仲裁聲請縮減聲明書可證（見本院卷一第365 頁），復經本院函詢興松公司經其覆以：「…後來經本公司發現，該部分係經交通部高速公路局已核定之第17期工程估驗，並在本公司依契約開立發票後，確定要給付予本公司之款項，惟須待扣押另撤銷後方可撥付、退還予本公司，並非交通部高速公路局逕行認定並剋扣之款項，不是不當扣款。」、「因該部分雙方並無爭議，依仲裁法第1 條規定，並非屬現在或將來有爭議之事項，只是交通部高速公路局須待扣押命令撤銷，另於仲裁判斷工程違約之責任非屬本公司後，方依法、依約將該部分交付予本公司，故本公司便於中華民國仲裁協會95仲聲孝字第91號事件中，撤回該部分之請求。」等語，有興松公司108 年7月10日興總字第1080710號函足憑（見本院卷一第417 頁），均已明確表示系爭債權於另案仲裁請求中業經撤回。至另案仲裁中，興松公司所請求之工程估驗款為系爭工程自89年3 月1日至89年9月21日間之退場前已施作部分，此有該仲裁判斷書可考（見本院卷二第260 頁），顯未含本件第17期即估驗期間為87年4月26日至87年5月31日之系爭債權在內，雖被告辯稱系爭債權應已併入另案仲裁判斷書所認定之「至第

42期累計之『工程估驗保留款』1億717萬4459元」，惟估驗款及估驗保留款實係不同概念，可觀諸系爭工程合約一般規範9.2⑺ｇ「每期估驗付款時，應保留該估驗款額10％」之規定（見本院卷一第390頁），及興松公司於另案據以請求之國工局89年3月3日工程估驗單中（見本院卷一第416 頁），亦僅係以至第42期止累計估驗金額10億7174萬4597元之10％保留上開「工程估驗保留款」，顯未包括系爭債權等其他款項。從而，本件與另案仲裁判斷間自無一事不再理及有何重複請求之情形。

4.再按稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。約定由承攬人供給材料者，其材料之價額，推定為報酬之一部。民法第490 條定有明文。次按所謂製造物供給契約，乃當事人之一方專以或主要以自己之材料，製成物品供給他方，而由他方給付報酬之契約。此種契約之性質，究係買賣抑或承攬，仍應探求當事人之真意釋之。如當事人之意思，重在工作之完成，應定性為承攬契約；如當事人之意思，重在財產權之移轉，即應解釋為買賣契約；兩者無所偏重或輕重不分時，則為承攬與買賣之混合契約，並非凡工作物供給契約即屬承攬與買賣之混合契約。是承攬關係重在勞務之給付及工作之完成，與著重在財產權之移轉之買賣關係不同，至承攬關係中，材料究應由何方當事人供給，通常係依契約之約定或參酌交易慣例定之，其材料可能由定作人提供，亦可能由承攬人自備。是工程合約究為「承攬契約」抑或「製造物供給契約」，關鍵應在於「是否移轉工作物所有權」而定（最高法院102 年度台上字第1468號判決意旨參照）。查系爭工程名稱為北宜高速公路第二標石碇至彭山段工程，乃土地上定著物之建置，其完成之工作物高速公路、橋樑、隧道等，自屬不動產之性質至明。而依系爭工程合約第4條第2項：「詳細價目表附後。工程結算時除另有規定之項目外，按照實際數量及合約單價結算，工作項目以投標書中所列及合約變更書所載為準。

」、第9條付款辦法：「國工局應按工程施工與養護之進度，依合約文件所訂之付款方式、時間與金額，給付承包商。給付金額除另有規定之項目外，應依合約文件所訂之項目，按實際完成之工程數量及詳細價目表中之單價計算，以新台幣給付。」之約定，及工程合約單價分析表中明確列出所有系爭工程所需工料名稱、規格、數量及單價的內容等情，均有另案仲裁判斷書理由可參（見本院卷二第237頁），足見興松公司乃包工包料負責完成系爭工程並經驗收後，將該工作物交付被告，被告則依上揭約定依進度給付各期工程款。是依雙方合約內容，興松公司除應將工作物所有權移轉外，尚需將其提供需用之材料裝設完成，被告亦得檢查該等工作物是否有瑕疵，並於估驗後取得該等工作物之所有權，故財產權之移轉及工作之完成缺一不可，二者並無輕重之分，依前揭說明，該合約性質應屬買賣與承攬之混合契約。從而，該買賣與承攬混合契約之價金與報酬請求權，應適用民法第125條規定15年消滅時效期間，而無民法第127條第7款2年短期消滅時效規定之適用（最高法院88年度台上字第156號判決意旨亦可資參照）。至被告雖辯以系爭債權之時效起算點，應自興松公司申請核發系爭工程第17期工程估驗款，經被告辦理付款，因收受系爭執行命令而於87年6月22日發函通知興松公司將保留第17期估驗款差額即系爭債權之時起，即處於得行使時起算，非承包商得支領時起算、亦與被告實際上能否給付無關云云。惟查現今工程實務雖多採用分期估驗付款及結算工程款給付方式，惟承攬契約之工程款債權仍為一體，僅係其付款方式為可分期給付而已。蓋所謂工程估驗款，係指按工程完成之數量、進度付款之方式，施工期間，承包商得定期以書面申請估驗計價，經業主核實後付給該期內完成工程數量之一定比例金額，其餘則為保留款。究其目的，無非係對於承包商財務上之融資。蓋公共工程承攬契約，一般規模均甚龐大，牽涉鉅額交易金額，冗長之施工期間，若定作人於承攬人完成全部工程後始給付報酬，則承攬人

之財務負擔勢將十分沉重，容易產生違約事項；然若定作人於工程進行期間即全部付款，定作人又須負擔承攬人將來不履約之所有風險，是以乃有所謂就承攬人已施作未經正式驗收之工作先為估驗計價，經點驗合格後，分期請求估驗計價款之設計。估驗款不涉及工程驗收交付，僅在確認估驗期內已完成工程之數量與價值，如估驗計價已有爭議，各期估驗工程款數額即無法確定，承攬人自無從行使其請求權，其消滅時效即不能起算（參臺灣高等法院97年度重上更(一)字第28號判決意旨）。因此，被告對系爭工程估驗款之付款或通知保留不視為工程之驗收，且嗣後發現錯誤得更正之，甚而在驗收時扣減等，則興松公司於含系爭工程第17期在內之各期所領估驗款，僅係對已完成工程數量確認，與受領工程部分之價值。依前揭說明，尚不得認為係消滅時效起算之時點，仍應以系爭工程經驗收時起算消滅時效。而系爭工程於興松公司退場後之接續工程，係由訴外人華升上大營造事業股份有限公司承攬，並於94年6月30日經驗收合格等情，為被告於另案仲裁反請求書所自陳在卷（見本院卷一第345頁），是依前揭說明，應自該日起算15年消滅時效，是本件時效期間應於109年6月30日始屆至。從而，系爭債權尚無罹於時效而消滅之情事。

5.綜上，系爭債權並無不得請求或時效消滅情事，而被告亦始終無法提出已給付系爭債權款項予興松公司或其他債之消滅原因等之證據，則原告訴請確認興松公司對被告有系爭債權存在，為有理由。

㈡原告未能舉證興松公司已陷於無資力或資力不足，尚難認得代位行使興松公司對被告之系爭債權：

1.按代位權係債權人代行債務人之權利，代行者與被代行者之間，必須有債權債務關係之存在，否則即無行使代位權之可言，並以「債權人如不代位行使債務人之權利，其債權即有不能受完全滿足清償之虞而有保全債權之必要」始得為之。倘債之標的與債務人之資力有關，如金錢之債，其債務人應

就債務之履行負無限責任時，代位權之行使自「以債務人陷於無資力或資力不足」為要件。若債務人未陷於無資力或資力不足者，即無行使代位權以保全債權之必要。且債權人之權利，非於債務人負遲延責任時，不得行使，此觀民法第242條、第243條規定自明（最高法院94年度台上字第301號判決意旨參照）。是代位權行使必須具備上開要件，方為適法。而依民事訴訟法第277 條前段規定，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，是「興松公司已陷於無資力或資力不足」之代位要件，自應由代行之原告率先舉證以明其實。

2.查原告雖主張興松公司對其負有鉅額之系爭債務，已陷於無資力或資力不足償還狀態云云，然興松公司現仍正常營運中，並無辦理停業或解散登記之情，且其登記資本總額為2 億3500萬元，遠逾於系爭債權數額乙節，有經濟部商工登記公示資料查詢服務可證（見本院卷一第451 頁），形式上觀之已難認興松公司有何陷於無資力或與原告債權相差懸殊而難以清償系爭債務之情。雖原告復提出興松公司之全國財產稅總歸戶財產查詢清單、土地登記第二類謄本、建物第二類謄本（見本院卷一第253至277頁），稱興松公司所有之不動產均皆設定高額抵押權，該等不動產亦分別遭查封登記及禁止處分登記云云，惟衡諸上開設定者均為最高限額抵押權，係抵押權人就抵押物所得優先受償債權之最高限額度，未等同實際債權額，則難逕認該等抵押物價值不足擔保債務之清償，並進而推論興松公司有何資力不足之情。且再勾稽原告提出之上開興松公司財產清單，雖有相當部分不動產業經設定抵押、遭查封或禁止處分，然興松公司仍有坐落雲林縣○○鎮○○里○○路○號（面積401.3平方公尺）之房屋未經設定抵押、遭查封或禁止登記，及另擁有動產車輛2 部之財產，此均得佐憑興松公司尚得以之清償系爭債權。此外，興松公司已將另案仲裁對被告5億8569萬888元之債權轉讓予原告，有被告提出之債權讓與通知函及債權讓與契約書可查（本院

卷一第299至301頁），原告復無其他舉證對興松公司有何經強制執行無效果、或興松公司既有財產不足以清償債權人之證明，自難僅憑原告主觀上之疑慮，即認本件客觀上已符「興松公司已陷於於無資力或資力不足」之代位要件，是原告此部分所請，為無理由。至興松公司有無怠於對被告行使系爭債權之代位要件，即無庸再事審究有無理由，併此敘明。

四、綜上所述，原告訴請確認興松公司之系爭債權存在，為有理由，應予准許。至其依民法第242 條、第490條、第491條代位興松公司請求被告給付2114萬7280元及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止按年息5 %計算之利息，由原告代為受領，則無理由，應予駁回。又原告行使代位權並請求由其代位受領部分既經駁回，其假執行之聲請失所附麗，應並予駁回。

五、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所提之證據，經本院審酌後認對判決結果不生影響，爰不一一論述，附此敘明。

六、末按攻擊或防禦方法，除別有規定外，應依訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前適當時期提出之。當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結者，法院得駁回之，民事訴訟法第196 條定有明文。原告於本件言詞辯論終結後之108年8月23日，始再提出興松公司105年度至107年度損益及稅額計算損益及稅額計算表，欲證明興松公司已陷於無資力（見本院卷第463至467頁），然本件自原告於107年12月7日起訴迄至108年8月16日言詞辯論終結止，該爭點業經本院闡明及雙方於書狀、言詞辯論程序充分攻防，應已足敷原告及時提出全部攻擊方法，況最後言詞辯論期日本院當庭與兩造確認有無其他主張，兩造均已表示無其他主張及舉證（見本院卷第457至458頁），是原告前揭新攻擊方法之提出，顯未依本件訴訟進行之程度，於言詞辯論終結前之適當時期提出，應屬逾時提出之攻擊方法，有礙訴訟之終結，爰無審酌之必要，並此敘明。

七、據上論結，本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　30　　日

工程法庭　　法　官　　楊承翰

以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　　108　　年　　8　　月　　30　　日

書記官　　蕭欣怡