

# 《民事訴訟法》

- 一、甲男、乙女夫妻兩人因感情破裂，甲乃在外結識丙女，進而發生姦情。乙風聞此事，乃委託徵信社進行竊聽、跟蹤，某日徵信社之人告知乙，甲和丙一起進入某汽車旅館，乙立即會同徵信社人員趕至旅館並撞開甲、丙投宿之房間門，果然甲、丙衣衫不整共處一室，徵信社人員立即拍照存證。乙稍後向該管檢察機關提出通姦告訴，並向民事法院提起離婚訴訟。試問：(25 分)
- (一)若檢察官認為甲、丙通姦之事因證據不足而作出不起訴處分，民事法院是否應依該不起訴處分駁回乙之離婚訴訟？
- (二)若乙提出徵信社竊錄所得之錄音帶，其內容可證明甲、丙曾發生性關係，乙並提出在汽車旅館拍攝之照片佐證，民事法院是否得依該等證據認定甲、丙確有通姦之事實？

命題意旨	第一小題在測驗同學對於刑事訴訟及民事訴訟之差異與影響，尤其係證明度之不同；第二小題則在測驗對於違法取證之證據能力的論述。
答題關鍵	第一小題應說明民事訴訟法與刑事訴訟法於目的上、程序上、尤其證據之證明度的不同；第二小題則應說明違法取證之證據，有無證據能力之學說見解，並針對通姦事件之特殊性加以說理、論述。
高分閱讀	《高點民事訴訟法(中)》，許律師編著，p.7-6~7-8。
參考資料	1.駱永家，「違法蒐集證據之證據能力」，月旦法學 72 期。 2.沈冠伶，「竊聽之第三人可否為證人」，月旦法學教室 24 期。 3.姜世明，「證明度之研究」，政大法學評論 98 期。 4.姜世明，「違法取得證據之可利用性」，台灣本土法學雜誌 69 期。 5.姜世明，「違法取得證據之可利用性：棉被下的秘密」，法學講座 18 期。 6.《高點民事訴訟法(中)》，許律師編著，p.7-6~7-8。

## 【擬答】

- (一)管見認為，雖檢察官認為甲、丙通姦之事因證據不足而做出不起訴處分，民事法院不應依不起訴處分而駁回乙之離婚訴訟。其理由如下：
- 1.雖本題關於甲丙通姦之事實同時涉及刑事與民事，且通姦事實之有無確為民事判決離婚請求有無理由之前提事實，惟確定該通姦事實之有無，刑事訴訟的認定不當然拘束民事訴訟之判決，蓋民事訴訟目的係為確定、保護私權，不同於刑事訴訟係以實行國家之刑罰權為目的，本題中通姦事實有無即分別於刑、民事訴訟有不同之意義，一者為通姦罪之刑罰權發動，一者為婚姻關係之消滅，而民事法院本於憲法所賦予之獨立審判權限，應得自行認定事實。
  - 2.基於民事訴訟與刑事訴訟不同之目的，於證明度上亦存有不同。關於本題通姦事實有無之認定，檢察官依刑事訴訟法第 251 條第 1 項之規定，檢察官依偵查所得之證據，需足認至被告「有犯罪嫌疑」(依偵查所得之事證，被告之犯行很可能獲致有罪判決)之程度，方得提起公訴，此與民事訴訟所採之「優勢證據」或「高度蓋然性」證明度並不相同，不應認檢察官對於此事實認定乃「證據不足」，其心證度未達提起公訴之證明度，即推認民事法院於該事實有無之認定亦須採同一判斷結果。質言之，刑事提起公訴與民事請求有無理由，證明度標準不同，不得逕行採用事實認定之結果。
  - 3.依刑事訴訟法第 500 條之規定，附帶民事訴訟之判決應以刑事訴訟判決所認定之事實為據，係以存有刑事附帶民事訴訟為前提，若僅為檢察官所為處分所認定之事實，仍得拘束民事訴訟判決，於法無據。
  - 4.實務見解認為，刑事訴訟所調查之證據，及刑事訴訟判決所認定之事實，非當然有拘束民事訴訟判決效力(三十八年穗上字第第八七號判例)。貫徹此實務見解，就檢察官所為之刑事調查證據與處分所認定之事實，亦應認為非當然有拘束民事訴訟判決之效力。
  - 5.檢察官雖亦為司法機關，但於刑事程序中，與民事審判程序有諸多不同，包括為確保偵查目的之落實與人權保障之「偵查不公開原則」，與為達成裁判之公正、透明的審判公開原則；檢察一體與法官之獨立審判

保障；尤其檢察機關於偵查階段審理中，得為較彈性之審理方式，其程序保障之程度不同於民事審判程序（如使兩造同時在場對於通姦有無一事為充分之辯論），縱然該不起訴處分發生確定力，亦非具有使民事法院應依不起訴處分而駁回原告請求的意涵，故刑事檢察官之處分，不得認有拘束民事法院所為判決之效力。

(二)民事法院得否依竊錄所得之錄音帶與於汽車旅館拍攝的照片認定事實，係以該等證據於本件訴訟中是否具有證據能力為斷。依序分別說明之：

1.本題竊錄之錄音帶與所拍攝之照片，因該蒐證之行爲係涉及侵害甲、丙隱私權、人格權等，可能構成民法上之侵權責任、刑法上之妨害秘密罪等或違反權利保護之相關規定，故係屬違法取得之證據，該等證據有無證據能力，學說有不同見解：

(1)甲說：認為違法蒐集證據方法、資料仍具有證據能力，蓋民事訴訟並無明文否定其證據能力，為發現真實，應容許斟酌一切證據方法、資料，並僅以民、刑法等相關法律制裁即可。乙說：在一定限度內，應限制違法蒐集之證據方法、資料等證據能力。亦即裁判上真實發現之要求，應與程序之公正、法秩序統一、基本權利之保障等並重。於判斷有無證據能力時，則提出不同標準：有認綜合比較衡量證據之必要性、收集行爲之樣態、行爲違法程度、被侵害之利益；有認為包括有無其他可代替措施可供使用，及證明困難之情形是否可歸責於舉證責任人所致等因素為判斷標準。

(2)上開二說管見認為應以乙說為妥，蓋從誠信原則於程序法適用、憲法規範保障權利出發，若無限制容許違法取證，無異形同對於違法行爲之鼓勵。應透過個案衡量兩造權利受保護之必要性，尤其是被違反法規所保護法益及舉證人於訴訟上之利益，並兼顧比例原則下具體衡量。其審查標準則主要為誠信原則與法規範目的，而利益衡量則為其方法。

(3)社會現實情況，妨害他人婚姻權益之不法行爲，常以隱密方式為之，並因隱私權受保護之故，被害人舉證極度不易（參台灣高等法院 94 年上易字第 243 號判決），且通姦事件中，涉及被害人之家庭圓滿期待權、配偶權及為實現其權利保護之證明權，及通姦人與相姦人隱私權、通訊自由、住宅自由等權力衝突之問題，具有特殊性，以下分別就錄音帶及拍照分別說明。

2.(1)竊錄所得錄音帶部分：

竊錄行爲已嚴重破壞甲丙之個人隱私權、人格發展自由權及人性尊嚴等基本權，而單純為實現被侵害配偶權之證明需要，並無法正當化違法取證之行爲，於利益衡量上，不當然可謂配偶權、證明權之實現高於一般人格權，而認得容許此嚴重破壞人格、隱私權之行爲，故應認為竊錄違法行爲所得之錄音帶不具有證據能力。

(2)汽車旅館拍攝照片部分：

實體法既承認配偶於婚姻有權利存在，基於自助行爲或類似正當防衛之原理可推得配偶一造於他方有出軌之重大可能性存在時，容許一定程度之不貞蒐證權；且基於貞操義務所衍生，於配偶一造進入「道德危險領域」時，若令其負有較高之清白義務，應屬不過苛之期待。故本題中，甲丙進入汽車旅館，若本案情形係由先經配偶或徵信人員之要求開門，拒不開門時撞開房門之拍攝行爲所得照片，基於被害人一定程度之不貞蒐證權或通姦人之清白義務，應可認為該照片得為證據而使用，具有證據能力；反之，若完全未經告知，逕行撞開房門，於手段上並非侵害最小而無其他替代方式，應屬踰越不貞蒐證權之容許範圍，該照片仍不得使用。

二、甲、乙為夫妻，同住於台北市中正區中華路五號，原告甲主張受被告乙不堪同居之虐待，乃向台灣台北地方法院（下稱台北地院）訴請判決離婚，經台北地院判決原告勝訴，准兩造離婚，惟對甲、乙送達判決書，均因住所無人受領，而於民國 96 年 7 月 2 日（星期一）寄存送達地之警察機關，並將送達通知書一份貼於住所門首，一份置於信箱。乙得知後於同年 7 月 11 日至警察機關領取，因不服判決結果，於同年 7 月 31 日（星期二）提出上訴狀於台北地院，復又於同年 8 月 6 日（星期一）提出撤回上訴狀於台北地院；甲收受撤回上訴狀繕本後，隨即於同年 8 月 7 日提出撤回起訴狀於台北地院。試問：台北地院所為之離婚判決是否確定？何時確定？（25 分）

命題意旨	本題在測驗同學送達之時間、因送達之問題直接影響到期間之計算及判決效力之問題，並應注意上訴撤回後之判決確定時點之不同見解。
答題關鍵	應說明民事訴訟法第 138 條寄存送達之適用及 92 年之修法理由；在撤回的部分則需注意自送達生效後起算上訴期間，及撤回上訴生一審判決確定之效力與時點。

高分閱讀	喬律師，《高點民事訴訟法〔I〕》，5-p.6：貳、送達；8-p.31：參、訴之撤回；11-p.26：判決之確定及效力。
參考資料	1.《民事訴訟法新論》，王甲乙、楊建華、鄭健才三人合著，p.158-160、p.547。 2.《民事訴訟法要論》，楊建華，p.345-346。 3.《民事訴訟法問題研析(二)》，楊建華，捨棄上訴權與撤回上訴之判決確定時期，p.216。 4.《既判力之研究》，駱永家，既判力之基準時，p.13。 5.《高點民事訴訟法〔I〕》，喬律師編著，5-p.14：寄存送達；8-p.38：訴之撤回與上訴之撤回；11-p.29：判決與既判力。 6.沈台大，民事訴訟法講義。

## 【擬答】

- (一)1.法院將原告勝訴之一審判決書於民國(下同)96年7月2日寄存送達地之警察機關，係依民事訴訟法(下稱本法)第138條之規定為寄存送達，依92年修法後新增該條第2項規定之立法理由可知，當事人因外出工作、旅遊或其他情事而臨時不在應送達處所之情形，時有所見，為避免其因於外出期間受寄存送達，不及知悉寄存文書之內容，致影響其權益，爰增訂第2項，明定寄存送達自寄存之日起，經十日發生效力，故該送達自寄存之日起經十日發生效力，自應於寄存當日起算第十日之翌日，即96年7月12日生效。
- 2.又依本條92年修法理由，應受送達人如於寄存送達發生效力前領取寄存文書者，應以實際領取之時為送達之時；故本題中乙既於同年7月11日即至警察機關領取，自應以96年7月11日為該送達生效之日，乃屬當然。
- (二)乙於同年7月31日提出上訴，係依同法第440條之規定於一審判決送達後之二十日不變期間內所為，自生上訴之效力。乙復又於同年8月6日撤回其上訴，係上訴人於終局判決前所為之上訴撤回(本法459條第1項)，則該上訴審之訴訟繫屬因該上訴之撤回消滅，該判決因而確定。
- (三)惟，該判決確定之時點為何，有甲乙二說：
- 1.甲說-於撤回上訴生效時確定：即判決確定於撤回上訴之時點。認當事人既已提起上訴，原判決已因合法上訴而阻其確定(本法第398條第1項但書)，該訴訟並因上訴而繫屬於二審法院，如嗣後撤回上訴者，其判決自應於撤回上訴生效時確定。
- 2.乙說-溯及於上訴期間屆滿時確定：學說通說採之。即確定於該判決上訴期間屆滿之點。認撤回上訴與未上訴之情形同：未上訴之判決，係於法定上訴期間屆滿時確定，故撤回上訴在法定上訴期間以後者，應溯及於上訴期間屆滿時確定。
- 就上開二說，管見以為，撤回上訴發生喪失上訴權之效果(本法第459條第3項)，而撤回上訴之效力等同於未上訴，故應以通說之溯及於上訴期間屆滿時確定說為可採。本題中，僅乙得就該一審離婚判決提起上訴(蓋甲勝訴)，於乙合法上訴後又撤回上訴以致判決確定，依上所述，該判決應溯及於96年7月31日確定。
- (四)該判決既於96年7月31日確定，依本法第262條第1項本文之規定：「原告於判決確定前，得撤回訴之全部或一部。」，故原告甲即不得於判決確定後撤回其訴，亦即甲於同年8月7日所為訴之撤回不生效力，本題台北地院所為離婚判決於96年7月31日確定。

三、甲將乙列為被告，於民國97年1月15日向該管法院起訴，請求法院判決命乙應給付甲新臺幣(以下同)二百萬元。其理由略為：甲於94年7月間承攬乙之新居裝潢，並已於94年12月底前依約完成，乙尚積欠甲裝潢工程款二百萬元。乙於第一審提出抗辯略如下：甲之工程有多項瑕疵，迄今未依約完成修補，且亦遲延完工，造成乙生活上重大不便，需另行租屋，故依約扣除二百萬元作為違約金。第一審法院審理後認違約金過高，依民法第252條規定酌減，判決命乙應給付甲一百萬元。乙就該判決不服，於法定期間內合法提起上訴，嗣於第二審之言詞辯論期日，提出時效抗辯。試問：

甲如未就時效抗辯提出異議，此屬新攻擊防禦方法，乙應不得再提出，而係爭執未罹於時效，且提出相關事、證。第二審法院應否就時效抗辯為審理？請依據民事訴訟法之相關規定及法理分析之。(25分)

命題意旨 本題旨在測驗同學對於新世紀民事訴訟法中有關於適時提出主義，如當事人逾時提出攻擊防禦方法

	時，法院應如何加以處理、以及因逾時提出攻擊防禦方法所生之失權效正當化依據為何等。
答題關鍵	首先說明適時審理主義與逾時提出攻擊防禦方法、審理集中化之關係，並從憲法保障當事人程序基本權之法理出發，說明逾時提出攻擊防禦方法之失權規定，法院應當如何適用，即可漂亮取分。
高分閱讀	喬律師，《民事訴訟法 I》，P5-11~12。
參考資料	1.許士宦，「逾時提出攻擊防禦方法之失權，程序保障與闡明義務，新民事訴訟法之理論與實務（一）」，台大法學叢書 143，2003 年 12 月初版，p.297-346。 2.沈冠伶，「訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，訴訟權保障與裁判外紛爭處理，民事程序法學與紛爭處理法則（一）」，台大法學叢書 152，2006 年 4 月初版，p.1-61。

## 【擬答】

第二審法院應就乙所提出之時效抗辯為審理，始符合民事訴訟法保障當事人程序基本權中聽審請求權之本旨。

## (一)審理集中化與適時審理主義：

自兩千年以後，新世紀民事訴訟法的全面修正，秉持著「審理集中化」的理念，藉「紛爭集中」與「爭點集中」的落實，賦予當事人衡平追求程序利益與實體利益之機會，以保障當事人系爭之權利與訴訟權利，避免遭受程序上之不利益，更有訴訟經濟的功能，以確保其他當事人平等使用及接近法院之機會。為貫徹審理集中化之理念，本法除就「紛爭集中」而設計相關制度外（如訴之變更追加、反訴之擴張，法院闡明義務之加強等），為促使「爭點集中」，新法不僅著重爭點整理程序，更改採「適時提出主義」。

## (二)逾時提出攻擊防禦方法之失權效：

為使系爭訴訟當事人得對所爭執之爭點能迅速提出，避免於審理過程中爭點之擴散，造成法院審理之延宕，且增加當事人程序上之不利益，新法改採適時提出主義，參照民事訴訟法第 196 條：「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。（第一項）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。攻擊或防禦方法之意旨不明瞭，經命其敘明而不為必要之敘明者，亦同。（第二項）」及民事訴訟法第 447 條：「當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。六、如不許其提出顯失公平者。（第一項）前項但書各款事由，當事人應釋明之。（第二項）違反前二項之規定者，第二審法院應駁回之。（第三項）」如當事人未於適當時期提出攻擊防禦方法者，將對其發生失權效力。意即，對當事人逾時提出之攻擊防禦方法，法院得對此加以駁回，以為制裁。

## (三)失權效正當化依據與聽審請求權之保障：

鑑於保障當事人之業，經大法官釋字第 482 號理由書所肯認之聽審請求權，對於當事人逾時提出攻擊防禦方法之失權效，其解釋亦需符合聽審請求權之要求，始能滿足對當事人憲法上程序基本權之保障。

依據學者通說見解，所謂「適當時期」，因其為不確定之法律概念，對於何謂攻擊防禦方法可提出之適當期間，法院應斟酌當事人於訴訟前階段未提出該攻擊防禦方法，是否應負行為責任，及應提出之行為規範是否已於當時達具體、明確化。是以，法院負有闡明義務並適當運用訴訟指揮權，提示當事人應為攻擊防禦方法提出之時期，始能保障當事人之聽審請求權，避免發生突襲性裁判。

## (四)本件，乙所提出之時效抗辯，並未逾時提出，屬於當事人可提出之新攻擊防禦方法，第二審法院應為審理：

## 1.被告乙得否提出時效抗辯之新攻擊防禦方法，涉及民事訴訟法第 447 條之解釋：

本件訴訟前階段，被告乙並未提出時效抗辯，其屬於新攻擊防禦方法應屬無疑。則新攻擊防禦方法得否提出，涉及本件有無民事訴訟法第 447 條之但書規定適用。

## 2.本件應屬第五款「其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者」，當事人得提出，二審法院應為審理：

## A.攻擊防禦方法可否提出，屬於職權調查事項，適用職權探知為審理：

因失權規定之適用，涉及合理分配司法資源之要求，具有強烈之公益維護性，非屬當事人得任意處分之範圍，故應屬於職權調查事項，適用職權探知為審理，意即，縱當事人未提出異議、或未請求法院調查，法院皆可自行斟酌並依職權調查。

本件，縱使甲未就時效抗辯屬新攻擊防禦方法，而提出乙應不得再主張之異議，惟法院仍可依職權加以審酌，該攻擊防禦方法是否受失權效之遮斷。

B.乙於二審始提出時效抗辯，應屬「非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者」：

依照題示，本件於第一審準備程序時，當事人於爭點整理過程中，並未認識到裝潢工程款給付請求權「是否罹於消滅時效」為本件之爭點，且第一審過程中，法院亦未履行闡明義務，使被告乙認識到時效抗辯之適時提出期間，預見如不提出時效抗辯，將發生失權之效力。是以，如認為時效抗辯為不得提出之新攻擊防禦方法，對當事人將造成突襲性裁判，有損當事人之聽審請求權。是以，因被告乙未能認識時效抗辯之適時提出期間，不僅於爭點整理程序未能認識、法院亦未對此加以闡明，故實為非可歸責於乙之事由，至其未能於第一審提出。是故，應當認為乙提出之時效抗辯，該當本法第 447 條第一項第五款「其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者」，當事人得提出，二審法院應為審理。

四、A（住所地台北）向甲（住所地台中）借用新臺幣（以下同）一千萬元，由 B（住所地台南）、C（住所地高雄）及 D（住所地台東）為連帶保證人，約定借用期限一年，債務履行地為債權人住所地，逾期未還應支付與債權相同之違約金。嗣因債務到期未清償，甲乃向台北地方法院聲請依督促程序對 A、B、C、D 發支付命令，命債務人 A、B、C、D 連帶給付借款及違約各一千萬元，試問：（25 分）

（一）台北地方法院對本件支付命令之聲請有無管轄權？

（二）台北地方法院如認其無管轄權時，得否依職權裁定移送有管轄權之法院？

（三）就違約金部分，受理支付命令聲請之有管轄權法院得否以其違約金額過高，依職權予以核減？

命題意旨	前二小題，旨在測驗同學對於「督促程序」之法條規定熟悉程度，難度不高，若對法條內容熟悉之同學，應可輕易得分。第三小題，則涉及「實體法上非訟化」與「辯論主義」之關連性，亦是考試重點之一。
答題關鍵	前二小題熟記法條即可；第三小題，從法理層面加以說明，應可取得高分。
高分閱讀	喬律師，《民事訴訟法 II》，P15-8（相似度 100%）
參考資料	1.邱聯恭，「工程承包契約所生違約金請求事件之爭點整理，爭點整理方法論，民事程序法之理論與實務（三）」，台大法學叢書 130，2001 年 11 月初版，p.135-177。 2.許士宦，「民事訴訟法修正後審判實務上處分權主義與辯論主義之新發展（上）—2005 年最高法院有關民事訴訟法裁判之進展」，本土法學雜誌第 90 期，2007 年 1 月，p.1-19。 3.許士宦，「民事訴訟法修正後審判實務上處分權主義與辯論主義之新發展（下）—2005 年最高法院有關民事訴訟法裁判之進展」，本土法學雜誌第 91 期，2007 年 2 月，p.9-32。

#### 【擬答】

（一）台北地方法院對本件支付命令之聲請應無管轄權：

1.督促程序之管轄屬於專屬管轄事件：

依照民事訴訟法第 510 條：「支付命令之聲請，專屬債務人為被告時，依第一條、第二條、第六條或第二十條規定有管轄權之法院管轄。」可知，督促程序之管轄屬於專屬管轄事件，當事人須向有管轄權之專屬管轄法院起訴，始為合法。

2.本件專屬管轄法院應為台中地方法院：

依照民事訴訟法第 510 條：「支付命令之聲請，專屬債務人為被告時，依第一條、第二條、第六條或第二十條規定有管轄權之法院管轄。」再參照民事訴訟法第 20 條：「共同訴訟之被告數人，其住所不在一法院管轄區域內者，各該住所在地之法院俱有管轄權。但依第四條至前條規定有共同管轄法院者，由該法院管轄。」與民事訴訟法第 12 條：「因契約涉訟者，如經當事人定有債務履行地，得由該履行地之法院管轄。」由是可知，因本件甲請求債務人 A、B、C、D 連帶給付借款及違約金各一千萬元，係本於契約而涉訟，且當事人約定以債務履行地為債權人住所地，則依據本法第 12 條、第 20 條但書規定，本件督促命令應以債務履行地之債權人甲之住所地，即台中地方法院為專屬管轄法院。

3.小結：

由是可知，本件甲乃向台北地方法院聲請依督促程序，因本件具有專屬管轄權之法院為台中地方法院，則

台北地方法院對本件支付命令之聲請應無管轄權。

(二)台北地方法院如認其無管轄權時，法院無庸依職權裁定移送有管轄權之法院，得逕依民事訴訟法第 513 條規定裁定駁回：

1.法院如對於支付命令之聲請，認為無管轄權時，應裁定駁回其聲請：

參照民事訴訟法第 513 條：「支付命令之聲請，不合於第五百零八條至第五百十一條之規定，或依聲請之意旨認債權人之請求為無理由者，法院應以裁定駁回之；就請求之一部不得發支付命令者，應僅就該部分之聲請駁回之。（第一項）前項裁定，不得聲明不服。（第二項）」可知，於督促程序中，如法院對於支付命令之聲請，認為無管轄權時，應裁定駁回其聲請，而不適用民事訴訟法第 28 條第 1 項：「訴訟之全部或一部，法院認為無管轄權者，依原告聲請或依職權以裁定移送於其管轄法院。」關於裁定移送之規定。亦即，督促程序本法第 513 條乃為第 28 條第 1 項之特別規定，法院對於無管轄權之聲請，得逕行裁定駁回。

2.小結：

本件因台北地方法院無管轄權已如前所述，則依據民事訴訟法第 513 條規定，法院無庸依職權裁定移送有管轄權之法院，得逕予以裁定駁回。

(三)就違約金部分，受理支付命令聲請之有管轄權法院得以其違約金過高，依職權予以核減：

1.對於違約金是否過高及如何酌減之事實，仍有辯論主義第一命題之適用：

由於本件所涉及之請求債務人連帶給付借款及違約金，屬於一般財產紛爭訴訟，有辯論主義之適用。辯論主義第一命題係指：當事人所未主張之事實，法院不得逕為裁判之基礎。是以，縱然本件涉及原告債權人請求違約金之給付，被告債務人主張違約金有過高之情形，仍有辯論主義之適用，並無例外。換言之，對於違約金是否有過高之事實，仍應待當事人主張以後，始得作為本案判決之基礎資料。

2.違約金過高，容許法院依職權酌減，屬於民法上擴大法官裁量權，屬「實體法上非訟化」之一種態樣：

民法第 252 條規定：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。」可知，對於違約金過高一事，容許法院得依職權酌減，乃屬於民法上擴大法官裁量權，屬「實體法上非訟化」之一種態樣。

惟違約金之酌減，只是實體法上就權利內容之形成賦予法官裁量權，並沒有從訴訟法上亦容許法官可以不適用辯論主義，非承認其有不待當事人提出事實、證據、並為充分辯論即可下裁判之權限。易言之，實體法上非訟化不當然導致程序法上非訟化。是以，縱然容許法院得依職權酌減過高之違約金，法院所得為裁判基礎之事實，仍須經當事人之提出，意即仍有辯論主義第一命題之適用，而非認為當然有非訟法理之適用，而排除辯論主義之第一命題。

我國實務同此見解，可參見，最高法院 92 年台上字第 2747 號民事判決：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第二百五十二條所明定，惟此規定乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非謂法院須依職權蒐集、調查有關當事人約定之違約金額是否有過高之事實，而因此排除債務人就違約金過高之利己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任。況違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。倘債務人於違約時，仍得任意指摘原約定之違約金額過高而要求核減，無異將債務人不履行契約之不利歸由債權人分攤，不僅對債權人難謂為公平，抑且有礙交易安全及私法秩序之維護。」

3.受理支付命令聲請之有管轄權法院得以其違約金過高，依職權予以核減：

本件，從原告甲所提出之原因事實中，即可知悉：雙方約定違約金數額為與逾期尚未還債權額相同金額。是以，對於違約金存在一事，及違約金是否過高之事實，已如當事人所提出之事實陳述，符合辯論主義之第一命題，法院自得以此為裁判之基礎。至於法院是否因此酌減其金額，因此部分屬於法院裁量之權限，故縱然當事人未請求法院酌減，法院自得依職權酌減其金額。惟為避免防止突襲性裁判，法院應適時公開其心證，賦予當事人有主張、辯論之機會，始能貫徹保障當事人聽審請求權之理念。