

# 違約金過高及與有過失抗辯 辯論主義與法院闡明義務 適用之爭議

——評最高法院109年度台上字第497號民事判決  
與110年度台上字第1785號民事裁定



劉明生  
政治大學法學院副教授

## 摘要

本文主要探討如下民事訴訟重要之爭議問題：違約金過高之事實當事人未主張法院可否依職權斟酌？當事人完全未提及違約金過高之事實，法院可否依據職權酌減違約金？法院就違約金過高之抗辯是否負闡明義務？與有過失成立之要件事實當事人未主張法院得否依職權斟酌？當事人完全未提及與有過失成立之事實，法院可否依據職權適用與有過失之效果？法院就與有過失之抗辯是否負闡明義務？與有過失成立之事實是否應適用原則性證明度？有無證明度降低之適用？與有過失之比例與數額之認定是否有民事訴訟法第222條第2項證明度降低至優越蓋然性之適用？

## 目次

壹、最高法院109年度台上字第497號民事判決

貳、最高法院110年度台上字第1785號民事裁定

參、爭點

肆、本文之評析

### 壹、最高法院109年度台上字第497號民事判決

上訴人主張：伊及訴外人范○○、何○○（下合稱「陳○○等3人」）於102年4月30日，與對造上訴人林○○以次6人（下合稱「林○○等6人」）簽訂股份讓渡協議書（下稱「系爭協議書」），以新臺幣（下同）4,200萬元向林○○等6人購買訴外人A有限公司（下稱「中○公司」，嗣變更公司名稱為吉○營造有限公司）全部出資。林○○等6人雖將中○公司股權移轉登記陳○○等3人名下，惟簽立系爭協議書時，隱瞞中○公司因違反貪污治罪條例及政府採購法遭檢察官偵辦及接獲債權人訴追貨款，公司財產淨值減損等情，簽立系爭協議書後，復未清償中○公司積欠之債務，違反系爭協議書第5條、第6條約定。又臺中市政府依臺灣臺中地方法院105年度審簡字第27號刑事判決（下稱「第27號判決」），塗銷陳○○等3人出資額之登記，中○公司出資額回復登記林○○等6人名下，詎林○○及上訴人張○雪、林○裕、林○麗將其出資額移轉登記與上訴人林○盛、黃○傑，另違反系爭協議書第1條約定。林○○等6人依系爭協議書第8條約定，應賠償8,400萬元之違約金，伊已受讓范○○、何○○之違約金債權等情，爰先位依系爭協議書之約定；如認系爭協議書無效，則備位依民法第113條規定，求為命林○○等6人如數給付，並加付自起訴狀繕本送達翌日起算法定遲延利息之判決（陳○○迨於原審始追加備位之請求）。

對造上訴人林○○等6人則以：林○○於102年5月10日偽以上訴人張○雪、林○裕、林○盛、林○麗、黃○傑（下稱「張○雪等5人」）代理人名義簽立系爭協議書，所涉偽造文書犯行經第27號判決罪刑確定，張○雪等5人未授權林○○簽署系爭協議書，事後拒絕承認林○○無權代理行為，復無表見代理情形，系爭協議書對張○雪等5人無效。陳○○實以1,000萬元向林○○購買中○公司牌照，林○○配合陳○○作帳，方於系爭協議書通謀虛偽記載價金4,200萬元。系爭協議書第5條約定保證負擔債務不及刑事罰、行政罰，陳○○等3人出資額登記遭塗銷，非林○○發動，

自無違約情形。縱認林○○違反系爭協議書約定，陳○○未代表中○公司就所涉訴訟盡救濟能事，致諸多訴訟確定，刻意製造違約事由以請求鉅額違約金，且林○○已返還1,000萬元價金，並賠償陳○○代墊款項，陳○○等3人無損害，違約金應酌減為0元等語，資為抗辯。

按民事訴訟採辯論主義，除法律別有規定外，不得斟酌當事人未提出之事實，此為辯論主義之當然結果。倘法院就當事人未主張之事實依職權斟酌，即有認作主張之違法。又抵銷須由債務人之一方向他方以意思表示為之（民法第335條第1項前段參照）。本件原審認定陳○○依系爭協議書第8條約定，得請求林○○等6人給付違約金8,400萬元，林○○業已返還陳○○1,000萬元，應予扣除。惟林○○返還陳○○之1,000萬元為系爭協議書之價金，林○○等6人並未向陳○○為抵銷之意思表示，乃原審竟認陳○○請求違約金應予扣除該價金，自有認作主張事實之違法。

次按當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。惟約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第250條第1項、第252條定有明文。當事人約定之違約金是否過高，須依一般客觀事實，社會經濟狀況，當事人所受損害情形及債務人如能依約履行時，債權人可享受之一切利益為衡量標準；債務已為一部履行者，亦得比照債權人所受之利益減少其數額。倘違約金係損害賠償總額預定性質者，尤應衡酌債權人實際上所受之積極損害及消極損害，以決定其約定之違約金是否過高。又違約金過高之事實，依辯論主義之原則，固應由債務人主張之，惟在訴訟中，若當事人主張其所約定之違約金過高，而所提出之訴訟資料不能使法院明瞭該約定之違約金是否過高時，法院應運用訴訟指揮權與闡明權，令當事人為必要之陳述及聲明證據〔民事訴訟法（下稱「民訴法」）第198條第1項、第199條第2項參照〕，再經由調查證據之程序將調查證據之結果，依同法第297條第1項及第199條第1項之規定，命兩造為充分完全之辯論，以確定當事人間所約定之違約金是否過高，有無酌減之必要。系爭協議書第8條約定：「本契約簽訂後，任一方有違背本契約同所列各條之一者，即作違約論。如甲方（即林○○等6人）不履行本約時，應加倍返還所收之款項與乙方，以賠償乙方之損失；……」，查林○○等6人隱瞞中○公司因違反貪污治罪條例及政府採購法遭檢察官偵查之情，中○公司經政府機關列為拒絕往來廠商3年，並刊登於政府採購公報，無法參與公共工程之招標，林○○等6人將中○公司之出資額移轉登記陳○○等3人後，臺中市政府依第27號判決塗銷該登記，回復為林○○等6人出資額登記，林○

○、張○雪、林○裕、林○麗將其出資額移轉登記林○盛、黃○傑，而有違反系爭協議書第5條、第1條約定情形，應賠償所收價金加倍之違約金，屬損害賠償總額預定性質，為原審確定之事實，則林○○等6人非完全未履行系爭協議書，原審認定該違約金未過高，就林○○等6人履行系爭協議書部分，陳○○等3人所受利益為何？未併予審酌，亦屬可議。次查中○公司之股東、出資額於102年8月7日變更登記為陳○○等3人，依系爭協議書第5條、第6條約定，簽立系爭協議書前所生負債均由林○○等6人負責清償，陳○○等3人因林○○等6人違約是否受有損害？實際受損害情形？倘林○○等6人未隱瞞上情，陳○○等3人可享受之利益為何？此與違約金認定所關頗切，原審未遑令兩造就此為必要之陳述及聲明證據，將調查證據之結果命兩造為充分完全之辯論，再參酌一般客觀事實、社會經濟狀況及陳○○等3人所受損害情形，並審酌林○○等6人已履行部分陳○○等3人所受利益，以認定關於約定之違約金是否過高？遽認林○○等6人隱瞞上情，嚴重影響陳○○權益，林○○等6人未能舉證證明約定違約金有何過高而顯失公平情事，應尊重系爭協議書第8條約定，而為兩造不利之判決，不免速斷，且有判決不備理由之違法。兩造上訴論旨，各就原審不利於己部分之判決分別指摘其為不當，求予廢棄，均非無理由。

## 貳、最高法院110年度台上字第1785號民事裁定

被上訴人於103年2月16日起受僱於上訴人，中間未有離職再回任之情事。雖上訴人以被上訴人多次在公司櫃檯與員工發生爭吵，屢經勸阻未改善；及於106年4月7日與訴外人張○政發生吵架毆打時，上訴人之法定代理人陳○玲介入協調，被上訴人出口辱罵，有重大侮辱情事為由，主張終止兩造勞動契約，然未舉證證明，該終止並不合法。因上訴人有未依約給付加班費、未按月提繳退休金於被上訴人之退休金專戶，及未依法為被上訴人投保勞工保險、健康保險等事實，被上訴人乃於106年5月19日向臺北市政府勞動局，申請勞資爭議調解，並以該事由為終止兩造勞動契約之意思表示，該意思表示經該局以寄送開會通知單方式，於同年月31日送達上訴人，發生終止契約之效力。依兩造勞動契約終止日前6個月之平均工資，按被上訴人工作年資計算，被上訴人得請求給付5萬5,378元資遣費。被上訴人關於105年2月16日起至106年2月15日止於各該年度終結而未休之特別休假日數，得依106年1月1日修正施行之勞動基準法（下稱「勞基法」）第38條第4項規定，請求發給工資1萬8,662元。又被上訴人在職期

間，每週工作6日，每日工時8小時，每月休假4日。總計之工時，於每月總工時超過法定工時部分，屬勞基法第24條之「延長工作時間」，上訴人未舉證證明兩造所約定之工資已包含前開延長工時之加班費，被上訴人得請求上訴人給付9萬9,278元之加班費。上訴人於被上訴人任職期間，僅於103年7月22日起至同年9月22日止，及106年4月6日起至同年月10日止，為被上訴人投保勞工保險，且上開後段投保期間未依被上訴人實際薪資，按規定之投保級距投保，而以較低之投保級距投保，亦未為被上訴人投保就業保險。因勞工保險、就業保險屬強制規定，被上訴人得請求上訴人賠償其6個月之失業給付。另上訴人亦僅於上開兩時段為被上訴人投保健康保險，並由上訴人負擔健保費之70%，被上訴人負擔30%，其餘期間，未依法為被上訴人投保健康保險，致被上訴人以臺北市大同區公所或台北市旅館業職業工會為投保單位投保。被上訴人請求上訴人賠償其6個月之失業給付12萬2,400元，及健保費差額3,660元，均有理由。上訴人應按被上訴人受僱期間之每月薪資額，依102年7月1日、103年7月1日、104年7月1日、106年1月1日施行之勞工退休金月提繳工資分級表所示之月提繳工資計算，為被上訴人提繳勞工退休金，卻僅為被上訴人提繳退休金計4,370元，尚應補提繳7萬5,022元至被上訴人之勞工退休金專戶。

兩造間勞動契約業經被上訴人依勞基法第14條第1項第5款、第6款規定合法終止，屬就業保險法第11條第3項所定之非自願離職，被上訴人請求上訴人開立離職原因勾選「勞基法第14條第1項第5款、第6款」之非自願離職證明書，即屬有據等情，指摘為不當，並就原審已論斷，或其他與判決結果無礙事項，泛言未論斷或論斷不完備、違法錯誤，或違反證據法則、闡明義務，而非表明依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。末按民訴法第199條規定審判長之闡明義務或闡明權之行使，應限於辯論主義範疇，審判長並無闡明令當事人提出新訴訟資料之義務。上訴人於事實審並未主張有抵銷或被上訴人與有過失之情事，並聲請調查證據。審判長就此本無闡明、調查及審酌之義務。上訴人就此部分之指摘，不無誤會，附此敘明。

## 參、爭 點

一、違約金過高之事實當事人未主張法院可否依職權斟酌？有無辯論主義之適用？當事人完全未提及違約金過高之事實，法院可否依據職權酌

減違約金？法院就違約金過高之抗辯是否負闡明義務？

二、與有過失成立之要件事實當事人未主張法院得否依職權斟酌？有無辯論主義之適用？當事人完全未提及與有過失成立之事實，法院可否依據職權適用與有過失之效果？法院就與有過失之抗辯是否負闡明義務？

三、與有過失成立之事實是否應適用原則性證明度？有無證明度降低之適用？與有過失之比例與數額之認定是否有我國民訴法第222條第2項證明度降低至優越蓋然性之適用？

## 肆、本文之評析

### 一、違約金過高之事實是否有辯論主義之適用？

最高法院109年度台上字第497號民事判決明確指出：「違約金過高之事實，依辯論主義之原則，固應由債務人主張之，惟在訴訟中，若當事人主張其所約定之違約金過高，而所提出之訴訟資料不能使法院明瞭該約定之違約金是否過高時，法院應運用訴訟指揮權與闡明權，令當事人為必要之陳述及聲明證據（民訴法第198條第1項、第199條第2項參照），再經由調查證據之程序將調查證據之結果，依同法第297條第1項及第199條第1項之規定，命兩造為充分完全之辯論，以確定當事人間所約定之違約金是否過高，有無酌減之必要。」最高法院106年度台上字第2095號民事判決特別指出：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第252條所明定，此規定乃係賦予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。又當事人所約定之違約金，如屬損害賠償預定性質者，該違約金即係作為債務人於債務不履行時之損害賠償預定之總額，其目的旨在填補債權人因其債權不能實現而受之損害。約定之違約金是否過高，應就債務人若能如期履行債務時，債權人可得享受之一切利益為衡量之標準，而非以僅約定一日之違約金額若干為衡量之標準。」最高法院93年度台上字第909號與臺灣高等法院109年度上字第251號民事判決明確指出：「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，此規定乃係賦予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。」基於私法自治原則，民事訴訟乃採取辯論主義，尊重當事人事實主張方面之主導權並使其擔負主張事實之責任。違約金過高之事實乃屬於辯論主義適用之事實，債務人享有決定是否主張之主導權並擔負主張之責任。最高法院109年度台上字第497號判決明白揭示基於辯論主義之原則，違約金過高之事實須當事人主張法院始得加以斟酌，實屬妥適。於德國法之下，僅於債務人提出聲請時法院始能將過高之違約金酌減，法院不能依據職權啟動違約金之酌減。此項聲請可透過訴訟或反訴（形成訴訟）之方式為之，亦可透過提出抗辯（Einrede）之方式為之。倘若債務人未提出違約金過高之主張，法院不得依據職權加以審酌<sup>1</sup>。部分學者主張從卷宗證據資料中出現之事實（例如違約金之約定是否過高而應予以酌減之事實）屬於法院職務上已知之事實，法院即應加以斟酌，以發現真實與促進訴訟。若第一審法院漏未盡其蒐集該事實之責任，應容許當事人在第二審提出<sup>2</sup>。如此之立場並未充分顧慮我國民訴法第278條第2項法院職務上已知事實並未包含從本案證據資料得知之事實，其乃指從其他訴訟事件同一法官透過證據調查已獲證明之事實（民訴法第278條第1項始規範此種事實無庸舉證）。上開立場並未顧慮現今民事訴訟乃採取修正辯論主義之立場，而非協同主義之立場。

## 二、違約金過高抗辯法院闡明義務之問題？

最高法院109年度台上字第497號民事判決認為，若當事人主張其所約定之違約金過高，而所提出之訴訟資料不能使法院明瞭該約定之違約金是否過高時，法院應運用訴訟指揮權與闡明權，令當事人為必要之陳述及聲明證據（民訴法第198條第1項、第199條第2項參照）。最高法院所提及之情形乃當事人已有主張違約金過高，但其所提出之訴訟資料不能使法院明

<sup>1</sup> Münchener Kommentar zum BGB/Gootwald, § 343 Rn. 13.

<sup>2</sup> 許士宦，離婚請求之訴訟標的選定及其裁判上基礎之事實證據蒐集（下），月旦法學教室，138期，2014年4月，42頁。

瞭該約定之違約金是否過高，法院負有闡明義務。倘若債務人完全未提及與有過失過高相關之事實或抗辯，法院就此是否負有闡明義務，則產生其疑問之處，本文認為違約金過高為一種需要當事人表達行使形成權意思表示之主張，因債務人提起核減違約金之訴訟乃一種形成訴訟，債務人乃透過訴訟之方式行使其形成權，請求法院以形成判決核減違約金之數額。因此為維持權利性質與效果上之一致性，宜認為債務人於訴訟中提出核減違約金之抗辯乃涉及核減違約金形成權之行使。就當事人完全未提及違約金過高事實之情形，為維持法官之中立性，法院就此核減違約金形成權行使之主張，法院不負闡明義務且無闡明權限。於我國法之下即使將債務人提出違約金過高請求法院核減之抗辯理解為一種抗辯（Einwendung），就被告完全未提及違約金過高事實之新抗辯，為維持法官之中立性，法院就此抗辯之提出，亦不負闡明義務。法院亦不能基於法院知法原則直接適用我國民法第252條之規定酌減違約金，因法院酌減違約金之前提要事件事實為當事人已主張違約金過高之事實。倘若當事人並未主張違約金過高之事實，法院不得依據職權加以酌減。

### 三、違約金過高事實之主張責任與舉證責任

我國民法第252條構成要件事實「約定之違約金額過高者」，仍須當事主張法院始得加以斟酌，且當事人就此負有主張責任（主觀主張責任與客觀主張責任），以及舉證責任（主觀舉證責任與客觀舉證責任）<sup>3</sup>。唯有當事人所主張違約金過高之事實已主張，且提出證據加以證明後，法院始得適用我國民法第252條之法律效果：「酌減違約金之數額」。

### 四、與有過失事實是否有辯論主義適用之問題？

我國民法第217條規定，損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失。部分學者主張法院闡明與有過失之事實後，兩造當事人均不表示意見，此際法院仍可斟酌，因同法第278條第2項亦要求法院迅速發現真實而為正確之裁判<sup>4</sup>。從卷宗證據資料中出現之事實（例如就事實之發生是否與有過失）屬於法院職務上已知之事實，法院即應加以斟酌，以發現真實與促進訴訟。若第一審

<sup>3</sup> Münchener Kommentar zum BGB/Oetker, § 254 Rn. 146.

<sup>4</sup> 許士宦，集中審理制度之新審理原則，收錄於：集中審理與審理原則，2009年4月，104頁。

法院漏未盡其蒐集該事實之責任，應容許當事人在第二審提出<sup>5</sup>。反之，部分學者主張，被害人與有過失之事實應適用辯論主義，非經當事人主張，法院不得依職權探知；過失相抵之效果，法院可依職權斟酌<sup>6</sup>。本文認為被告有過失之事實需由原告主張，何以原告與有過失之事實無須由被告主張法院即可加以斟酌，如此解釋之立場顯然違背兩造當事人平等對待之原則。基於辯論主義第一命題之要求，是否產生與有過失效果之事實有辯論主義適用，當事人未主張該等事實，法院不得依據職權加以斟酌。與有過失雖為一種抗辯而非抗辯權（Einrede），但關於成立與有過失之事實仍須由當事人主張法院始得斟酌，就此有辯論主義之適用<sup>7</sup>。從本案證據資料得知與有過失成立之事實，並非我國民訴法第278條第2項法院職務上已知之事實，法院不得依據職權加以斟酌，不能基此認為我國民事訴訟係採取所謂協同主義。

### 五、與有過失抗辯法院闡明義務之問題？

最高法院110年度台上字第1785號民事裁定明白揭示：「民事訴訟法第199條規定審判長之闡明義務或闡明權之行使，應限於辯論主義範疇，審判長並無闡明令當事人提出新訴訟資料之義務。上訴人於事實審並未主張有抵銷或被上訴人與有過失之情事，並聲請調查證據。審判長就此本無闡明、調查及審酌之義務。」與有過失主張雖為一種抗辯，就被告完全未提及與有過失事實之新的抗辯，為維持法官之中立性，法院就此抗辯之提出，亦不負闡明義務且無闡明權限。法院不得依據職權導出與有過失之法律效果。

### 六、與有過失成立事實主張責任、舉證責任與證明度之問題

關於受害人與有過失（Mitverschulden）存在之舉證責任，則由加害人擔負。此不僅適用於與有過失之原因（Grund），且適用於該原因之重要性。法院於衡量與有過失狀況時所應顧慮狀況存在之認定，乃適用德國民訴法第286條之原則性證明度（非常高蓋然性），並無德國民訴法第287條證明度降低至優越蓋然性之適用<sup>8</sup>。關於與有過失成立事實乃適用我國民訴

<sup>5</sup> 許士宦，離婚請求之訴訟標的選定及其裁判上基礎之事實證據蒐集（下），月旦法學教室，138期，2014年4月，42頁。

<sup>6</sup> 呂太郎，法院依職權適用過失相抵之商權——最高法院八十五年台上字第一七五六號判例評釋，收錄於：民事訴訟之基本理論（二），2009年6月，119頁。

<sup>7</sup> Münchener Kommentar zum BGB/Oetker, § 254 Rn. 144.

<sup>8</sup> Münchener Kommentar zum BGB/Oetker, § 254 Rn. 146.

法第222條第1項原則性證明度（非常高蓋然性），而無我國民訴法第222條第2項法定證明度降低至優越蓋然性之適用。關於與有過失效果之決定，則適用德國民訴法第287條法定證明度降低至優越蓋然性。其有我國民訴法第222條第2項法定證明度降低至優越蓋然性之適用。倘若法院於衡量時並未顧慮所有之狀況、將不重要之狀況列入考慮，或者對於一項狀況之重要性有所誤認（實際上該原因其並不重要），則存在一項可被最高法院審查之法律瑕疵<sup>9</sup>。♣

#### 訴訟法抗辯、實體法抗辯、抗辯權及辯論主義適用、法院闡明義務關係表

訴訟法意義之抗辯	權利阻止抗辯（權利障礙抗辯）	權利受制抗辯	權利消滅抗辯	權利消滅抗辯
實體法意義之抗辯（Einwendungen）與抗辯權（Einrede）	權利阻止抗辯	權利受制抗辯（拒絕給付抗辯權）（須當事人有行使該反對權利之意思表示）	權利消滅抗辯	權利消滅權利之行使
前提要件事實是否有辯論主義之適用？	○	○	○	○
是否要求當事人行使權利意思之表達？	×	○（有辯論主義之適用）	×	○（有辯論主義之適用）
如當事人已主張前提要件事實，但漏未表達行使權利之意思，法院就此是否負闡明義務？	無此問題	○（我國民訴法第199條第2項後段）	無此問題	○（我國民訴法第199條第2項後段）
當事人未主張前提要件事實，法院是否有新抗辯提出之闡明義務？	×	×	×	×
具體事例	(1) 法律行為無效之抗辯 (2) 與有過失之抗辯	(1) 消滅時效完全抗辯權之行使 (2) 同時履行抗辯權之行使	(1) 清償 (2) 提存 (3) 混同 (4) 代物清償	形成權之行使。例如撤銷權之行使、契約解除權之行使、終止權之行使、減少價金權之行使、債務免除與抵銷權之行使、違約金過高酌減權之行使（妥適理解）



相關文獻 ◀ 月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)，更多裁判分析 ▶ 月旦法律分析庫 [lawwise.com.tw](http://lawwise.com.tw)

<sup>9</sup> Münchener Kommentar zum BGB/Oetker, § 254 Rn. 118.