

消費者借款債務（雙卡債務） 之清償不能

楊 淑 文*

要 目

- | | |
|------------------|-----------------------------------|
| 壹、消費金融服務與雙卡風暴 | 參、德國之學說與實務發展 |
| 一、消費行為與消費金融 | 一、從分期付款買賣到融資型之分期付款 |
| 二、消費融資債權之風險 | 二、現代型債務金字塔之出現 |
| 三、雙卡之盛行 | (一)消費借貸與公序良俗之違反 |
| 貳、雙卡之循環利息與遲延損害 | (二)金錢債務之遲延損害 |
| 一、信用卡與現金卡之循環借款契約 | 三、一九九〇消費者借款法 |
| (一)定型化契約範本第十五條 | 四、德國現代化債法 |
| (二)應付帳款與循環信用 | (一)修法前 |
| 二、金錢債務之遲延損害 | (二)金錢借貸（das Gelddarlehen）與物之借貸之區分 |
| (一)範本第二十一條 | (三)消費者不附理由之撤回權 |
| (二)民法之規定 | (四)企業經營者解除契約之限制 |
| 三、實務見解 | (五)遲延利息及損害賠償上限 |
| (一)定型化循環利息條款 | (六)消費借貸契約與基礎原因關係之關聯性 |
| (二)定型化違約金條款 | |

* 政治大學法律學院教授；德國法蘭克福大學法學博士。

投稿日期：九十五年十二月二十二日；接受刊登日期：九十六年五月二十八日

責任校對：王純逸

(七)消費者借貸法——半強行法性質	二、約定利率
肆、我國法之困境與突破	(一)利率自由化之迷思
一、民法上之消費借貸與金錢借貸	(二)民法第二〇五條之上限
(一)無主給付義務之要物契約	三、信用卡契約之終止與遲延損害
(二)金錢借貸規範空白	(一)約定利率與使用之權限之對價關係
(三)金錢借貸之法律性質	(二)遲延損害之定型化契約條款
	伍、結論與建議

摘 要

隨著信用卡使用之盛行與現金卡之發行，金融機構無擔保之融資貸款日漸盛行。惟融資行為之類型先天上即存在無法回收之風險，而各銀行以定型化契約條款約定之循環利息通常高達年息百分之二十，致借款債務人紛紛陷入無力清償之困境，因而在我國亦衍生如同國外信用卡大量持卡人清償困難之「現代型債務金字塔」之社會問題。面對此項新興問題，我國民法基本法律體系層面對於「金錢借貸」與「定型化契約條款」之規範不足，甚而消費者借款部分是否屬消費者保護法所適用之消費關係，在實務之解釋與適用仍有爭議。本篇論文除探討上述問題與爭議外，關於銀行可否於借款人無力清償時繼續保有循環利息等約定利率之請求權，或僅得依債務不履行中金錢債務給付遲延之規定請求遲延之損害；銀行可否以定型化約款約定與實際損害顯不相當之數額等等重要實務爭議案例均有詳細之分析與檢討。此外司法實務上就定型化契約條款在民法之解釋與適用上所帶來之全面性之影響，應如何予以正確回應，以解決此項重大新興民法之爭議問題，或如何於民法與消保法中為妥適之立法等等問題，本文中均有詳細之剖析。

關鍵詞：信用卡、現金卡、金錢借貸、定型化契約條款、循環利息

壹、消費金融服務與雙卡風暴

一、消費行為與消費融資

由於工業生產技術之進步與市場經濟之蓬勃發展，企業經營者更採行各式型態之促銷活動以求更大之利潤。消費者自有資金不足以支付商品或服務之對價時，不僅企業經營者得以分期付款之方式允許消費者延後付款，而金融業者亦介入傳統之消費關係提供資金以代消費者支付對價，再由消費者於事後分期償還借款，並取得借款之利息以賺取利潤。此種消費金融業務之推展，外觀上似乎可以達到三贏之結果，亦即企業經營者經由促銷而擴大銷售量與利潤，金融業者亦可取得消費者嗣後支付之利息收入，而消費者更可「先享受後付款」。因此，消費金融服務之種類由有擔保之購屋、購車、居家修繕，逐漸擴展及於無擔保之消費貸款，以供個人購買財貨、勞務、支付醫藥費、教育費、旅遊、娛樂或其他緊急需要等一般消費。

二、消費融資債權之風險

惟上述消費者、企業經營者與金融業者三贏之結果乃建立於同一之前提，即消費者自有資金不足係屬暫時之狀態，日後消費者可藉由投資或勞務之提供而增進其償債能力。如消費者日後之清償能力不足，金融業者所提供之融資即有無法回收之風險，而產生呆帳之累積、進而影響金融業者整體之財務狀況而有發生金融風暴之危機。

融資行為之類型往往先天上即存在無法回收之風險，故具有專業能力之金融業者往往要求融資需求者須提供一定之擔保權利，以確保日後融資債權之清償。因此，金融業者對於有擔保之放款，較毋庸顧慮無法回收之風險。反之，無擔保之放款先天上即可能存在

更大無法回收之風險。一方面借款人本身即存在自有資金不足之情形，另一方面借款人借款之目的不明，有可能係因遭逢經濟上、身體上或家庭之重大變故，亦有可能係為投資創業之需求或單純擴大消費之範圍或不當提昇消費物品之水準，甚至是奢華物品之消費等原因不一而足。此種情形下，融資需求者本身之清償能力甚難在短期內獲得改善，金融業者鑑於融資之風險，往往對於此類無擔保之消費金融採取限縮之政策，以避免消費融資債權無法回收之風險。此外，此類型融資債權無法回收之呆帳問題亦無法藉由保險方式以分擔其風險，蓋債權無法實現之風險繫於債務人之清償能力與意願，保險公司欲承擔此類風險之意願恐微乎其微或保費亦恐非金融業者所能承擔。

三、雙卡之盛行

金融機構無擔保之融資貸款則因信用卡之發行應運而生，隨著信用卡使用之盛行與現金卡之發行而日漸盛行。信用卡使用之契約為新型契約之一，源於美國。其制度與當事人之法律關係係由發卡銀行一手設計，一方面由發卡銀行先行墊付消費者消費金額，嗣後再由發卡銀行向消費者請求消費簽帳款之返還，而使持卡人可以以信用卡取代現金為付款工具。持卡人依信用卡定型化契約條款於繳交最低繳款金額後，即須就應付而未繳交之金額給付循環利息，而各銀行以定型化契約條款約定之循環利息通常高達年息20%，與一般銀行之其他有擔保之融資放款（例如房屋貸款），利息通常為3%，相差為六、七倍之多。此種先享受後付款之特性，使得信用卡業務由民國八十年之流通卡數九十二萬張急速擴張至民國九十四年九月之四五七九萬四千張，十五年內共增加將近五千倍。此外，民國八十五年，發卡銀行亦對信用卡持卡人開始提供預借現金之服務，持卡人總計之循環信用餘額由民國八十七年為一二四九億八百

萬元，至民國九十四年十一月為四九五二億八千九百萬元¹。另據金管會發布之資料顯示，民國九十五年二月我國之信用卡循環信用餘額為四八四〇億元，現金卡餘額為二八〇九億元，合計七六四九億元。而逾放金額二八四億元，共計五十二萬人（即逾期繳款三個月以上），平均每人逾期金額三十萬元。而僅繳交利息未逾期繳款之金額則為逾放金額之二十六倍²，此即所謂之雙卡風暴。如以五百二十萬人使用循環利息計算，則每人借款金額為十四萬七〇九六元。而此五百二十萬人之借款債務又因通常高達百分之二十之循環利息、違約金等不斷墊高，致其愈來愈無力清償，而在我國亦衍生如同國外信用卡效應之「現代型債務金字塔」，即債台高築之窮人輓歌。

雙卡風暴所衍生之層面既深且廣，不僅持卡人陷於卡奴之無力清償之情況，更由於銀行對於卡債之委外催收往往涉及不當手段與犯罪行為，致使債務人陷於走投無路發生各式社會悲劇之結果。另外，民法基本法律體系層面，對於「金錢借貸」與「定型化契約條款」之規範不足，甚而消費者借款部分是否屬消費者保護法所適用之消費關係仍有爭議。而金錢借貸屬繼續性契約，銀行可否於借款人無力清償時繼續保有循環利息等約定利率之請求權，或僅得依債務不履行中金錢債務給付遲延之規定請求遲延之損害？此項遲延損害之計算是否允許銀行個別依其具體之情況計算之，或僅得請求依抽象之方法計算之，另外，可否以定型化約款約定與實際損害顯不相當之數額，亦值商榷。

此外，司法實務上就定型化契約條款在民法之解釋與適用上所帶來之全面性之影響，是否可能予以正確回應？而面對此種「現代

¹ 財政部金管會發布之信用卡業務統計。

² 行政院金管會之「處理卡債問題報告」，2006年4月10日。

型債務金字塔」之法律問題，應如何於民法與消保法為妥適之立法，亦須一併予以探討。

貳、雙卡之循環利息與遲延損害

一、信用卡與現金卡之循環借款契約

(一) 定型化契約範本第十五條

依行政院金管會公布之「信用卡定型化契約範本」第十四條載明：「持卡人同意當期之應付帳款，應於當期繳款截止日前全數繳付貴行。」而第十五條「循環信用」載明：「持卡人得選擇以循環信用方式繳款，於當期繳款截止日前將最低應繳金額以上（或等於最低應繳金額）款項繳付貴行，不適用前條第一項當期清償全部之應付帳款約定。持卡人就剩餘未付款項得延後付款，並依第三項計付循環信用利息，且得隨時清償原延後付款金額之全部或一部。」

(二) 應付帳款與循環信用

上開定型化契約條款，在解釋適用上實有下列疑義：1. 持卡人委任發卡銀行處理信用卡簽帳款之清償事宜，依民法第五四六條第一項之規定，自有於繳款截止日前償還發卡銀行必要費用（即持卡人消費簽帳款）之義務，亦符合信用卡由發卡銀行處理信用卡消費簽帳款之委任契約之本質。2. 第十五條則載明持卡人得選擇以循環信用方式繳款，此項條款乃額外由持卡人與發卡銀行就剩餘未付款項成立消費借貸，而就剩餘未付款項延後付款。惟上開範本未如外國之信用卡定型化契約條款明訂持卡人得以勾選就一定金額合意成立消費借貸之可能，且定型化契約條款既係由發卡銀行事先擬定，在未有持卡人明確之意思表示時，如何認定雙方已就一定金額成立消費借貸之合意？因此，本條款應係發卡銀行能舉證證明持卡人已

與發卡銀行為消費借貸之合意時，始有其適用。反之，縱持卡人無力繳交任何款項，或僅繳交最低繳款金額時，尚不得因持卡人無法清償應付帳款，即率以認定持卡人願意以20%之循環利息與發卡銀行成立消費借貸契約。

二、金錢債務之遲延損害

(一) 範本第二十一條

依前開範本第十五條第三項之約定，持卡人如未於每月繳款截止日前付清當期最低應繳金額或遲誤繳款期限者，應依第三項約定計付循環信用利息，並同意貴行得依本約款收取違約金或催收費用。

實際上，各發卡銀行以定型化契約條款約定於持卡人遲延付款時，應給付之循環信用利息通常高達20%，此外復有違約金與催收費用，而兩者合計實質之利率亦可能逾年利率20%。

另依上開範本第二十一條條款之約定：「持卡人如有下列事由之一者，經貴行通知或催告後，得降低持卡人信用額度、調整循環信用最低應繳比例或暫時停止持卡人使用信用卡之權利：……2. 持卡人有一期未繳付最低應繳金額或所繳付款項未達貴行所定最低應繳金額者。」第二十二條條款亦載明：「持卡人如有前條第一項各款事由之一或本契約終止者，貴行無需事先通知或催告，得隨時縮短持卡人延後付款期限或視為全部到期。」

(二) 民法之規定

上開範本之條款對眾多雙卡債務人清償困難時更生推波助瀾之效果，使雙卡債務人本即因經濟上之困難而生無法清償之債務外，再加上20%之循環利息與違約金、催收費用等債務不斷累加而發生現代型債務金字塔之情況。

實則，當債務人陷於無法清償應付帳款時，依民法第二三三條第一項及第三項規定，債權人得請求依約定利率計算遲延利息，並得就其他之損害一併請求賠償。金錢債務通常雖不生給付不能之情形，因此債務人無依民法第二二五條而免給付金錢債務之可能。債務人一有遲延給付金錢債務時，亦無法依民法第二三〇條之規定，舉證自己不可歸責而免除遲延責任。惟金錢債務之遲延利息或約定利率仍具填補債權人因遲延所受損害之本質，與民法第二三一條第一項並無不同。如銀行以預先擬定之定型化契約條款，約定之遲延利息與通常所受之損害顯不相當時，該遲延利息之條款已嚴重偏離損害賠償總額預定相當性之原則，其效力應否予以維持，顯值得商榷。

其次，持卡人如與發卡銀行合意為循環信用之約定，而一期帳款未付時，依上開範本第二十二條之約定，即生全部債務屆期之效力，持卡人即無法享受毋庸立即付款之契約目的，此時能否認為發卡銀行得繼續主張循環信用契約仍未終止，主張繼續請求循環信用之約定利率，或主張於循環信用契約已終止時，仍繼續為循環利息之請求，亦值探討。

三、實務見解

(一) 定型化循環利息條款

實務上關於持卡人於使用信用卡簽帳消費而未於繳款期限內繳交全部金額時，是否即屬與發卡銀行成立使用循環信用之消費借貸契約，均未予以斟酌。實則消費借貸之成立仍以雙方之合意為基礎。持卡人向發卡銀行申請核發信用卡使用時，通常僅有委任發卡銀行處理墊付簽帳款事宜，不應假設每一持卡人均有向發卡銀行借款之意思表示。持卡人單方無法償還簽帳款，亦不能認定其有與發

卡銀行成立消費借貸之合意。

其次，發卡機構之定型化契約條款所約定之循環利率實際上通常達到20%之年利率，卻常以日息方式表示，如日息萬分之五點四等，顯與消費者保護法第四條及第五條所明定，應提供消費者充分之資訊，以為正確合理之消費行為之「資訊透明化」之意旨相違，應認有無效之理由³。

此外，發卡銀行請求持卡人支付依定型化契約條款約定之循環利息，實務上大都採取肯認之見解，其主要理由在於發卡機構之循環利息定型化契約條款，並未違反民法第二〇五條之規定，故為有效。

實則，定型化契約條款既屬約款擬定人單方預先擬定一定之契約內容，實質上無異剝奪他方決定契約內容之自由權，而無法決定契約主要權利義務內容，已違反契約自由私法自治之真諦。故剝奪他方決定契約之內容，如果在手段上無必要性，在結果上不符比例原則，即不能認為有效。至於在結果上是否不符比例原則侵害他方之權利，則須視該約款與任意規定之立法意旨是否顯有不符，即與任意規定之偏離程度是否過大而決定。

令人欣慰者，實務上曙光乍現，漸漸出現認為前開定型化契約條款所約定之循環利息顯然過高之判決，認為應參酌銀行業對於無擔保借款之利率水準，以年息15%較適宜，超過此部分之利率約定應認顯失公平而無效⁴。

³ 詹森林，信用卡定型化契約與卡債風暴，月旦法學雜誌，135期，頁39，2006年8月。

⁴ 台北地院94年北簡字第31414號判決、台北地院94年北簡字第31666號判決、台北地院94年北簡字第33647號判決。

（二）定型化違約金條款

此外，亦有發卡銀行以定型化契約條款約定持卡人遲延繳款時，除應支付20%之遲延利息外，仍應支付該遲延利息部分以10%或20%計算之違約金，或在現金卡中約定，應給付固定金額之違約金。

上開定型化違約金約款亦漸漸有實務見解，援引民法第二五二條之規定而予以酌減。其中，有將現金卡定額違約金，以其加計循環利息17%後，超過20%顯屬過高，而認應以約定遲延利息17%加計10%之違約金為妥適⁵。

尤值注意者，乃台北地院九十五年訴字第八四四號判決對於持卡人依定型化契約條款約定應支付逾期手續費，依民法第二五二條規定將其酌減至一元，其理由則認：「按約定利率，超過週年20%者，債權人對於超過部分之利息，無請求權；且除上述限定之利息外，債權人不得以折扣或其他方法，巧取利益；又約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第二〇五條、第二〇六條及第二五二條分別定有明文。經查，本件原告就系爭信用卡消費款請求被告自延滯繳款日起至清償日止按年息17%計付利息，已相當接近法定年息20%，而本件依信用卡約定條款第十五條約定，被告如未於每月繳款截止日前付清當期最低應繳款金額或遲誤繳款期限者，固需支付逾期手續費，惟核其性質屬懲罰性質之違約金，其標準自應依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人尤其是債務人之財產狀況，以及債務人若能如期履行時，債權人可得享受之利益即原告之實際損失為衡量，以求公平。又本件原告因被告遲延給付，除受有利息損失外，尚難認有其他損害，且參酌國內貨幣市場利率已大幅調降，原告猶以單方擬定之定型化約款，向消費者即被告收取

⁵ 板橋地院94年第917號判決、第1110號判決。詳見詹森林，同註3，頁39。

年息17%計算之循環信用利息，已因此獲取大量之經濟利益，若再課予被告給付如約款所示之違約金義務，則合併上述循環信用利息計算，被告因違約所負之賠償責任，將高達年息30%，明顯偏高，且有規避民法第二〇五條法定利率上限予以巧取利益之嫌，是原告請求之違約金金額過高，對被告有失公平，爰依民法第二五二條規定予以酌減至一元為適當。」

其後，台北地方法院即陸續有其他之判決援引相同之意旨，認定銀行因持卡人遲延給付除遲延利息外，尚難認為有其他損害，且國內貨幣市場利率已大幅調降，銀行實已受有大量經濟利益為其理由而酌減違約金至一元，例如台北地院九十五年重訴字第六號、訴字第二六八四號、訴字第二八七五號、訴字第九一三五號等判決均採取相同之見解，實具有劃時代之意義，宣示了金錢債務之違約金性質是除了遲延損害之填補與回復外，不應具有懲罰之性質，而金錢債務之清償困難或不能，不應予以懲罰之重要意旨，實值欽佩。

參、德國之學說與實務發展

一、從分期付款買賣到融資型之分期付款

德國關於消費者融資保護之立法首見於一八九四年之分期付款買賣法（*das Abzahlungsgesetz*），其立法目的原在於保護分期付款之買受人於價金給付遲延而買受之物品為出賣人依法取回時（例如約定保留所有權約款之情形），仍須繼續給付價金之不公平情形。因此在分期付款買賣法第五條規定，出賣人如因買受人價金給付遲延而收回買賣標的物時，即視為解除原買賣契約，而買受人僅負回復原狀之義務⁶，即相當我國民法第三九〇條所定之解約扣價之限制。

⁶ Martis/Maeinof, Verbraucherschutzrecht, 2. Aufl., 2005, S. 1.

第一次大戰後，第三人融資（即金融機構）提供買受人購買物品之情形日益普及，此種情形於分期付款買賣法並未予以特別規定，且該法就契約成立要件亦未予以規定，因此分期付款買賣法中僅就解除契約予以規定，對買受人之保護顯有不足。五〇年代後德國亦有修正分期付款買賣法之芻議，於一九六九年第二次修正會議通過之條文則包括(一)書面要式契約方式之採取，書面要式契約應包括應記載告知之事項；(二)避免草率決定之撤回權（*das Widerrufsrecht*），但分期付款買賣法仍屬買賣之特別規定，而未有消費者借款契約之特別規定。僅承認金融業者以第三人地位提供買受人借款，並以之支付賣人價金之「融資型分期付款買賣」，對於金融業者與借用人之間成立之消費者借款，則並未予以特別規定，仍回歸（舊）德國民法第六〇七條所定之消費借貸相關規定之適用。直到一九九〇年始制定消費者借款法（*das Verbraucherkreditgesetz*）以取代前述分期付款買賣法。

二、現代型債務金字塔之出現

一九八〇年代後，德國之消費者借用人無法如期清償借款之情形持續擴大及惡化。而金融機構一方面對借用人課以高利率，另一方面對於借用人於無法清償時，往往以定型化契約條款主張過高之遲延利息與違約金或損害賠償。使得借用人往往面對如滾雪球般之債務增加，甚至終其一生亦無法清償，而產生了現代型債務金字塔之嚴重社會問題（*die moderne Schuldturmproblematik*）。依統計德國銀行之消費性借款金額於一九五〇年為一億八一〇〇萬馬克，至一九八〇年已增至一三一〇億馬克，平均每人債務已占國民生產毛額之10.9%。其中借用人年齡層以二十五歲至二十九歲者為最多⁷。

⁷ Staudinger/Sibylle Kessal-Wulf, Einl zu § 491 ff. Rn. 6.

關於如何減輕借款債務人之沉重負擔，德國學說與實務除了致力於消費者借款法之立法外，亦透過司法實務之判決，發展出對於金錢債務給付遲延之相關創設性之解決途徑。

(一)消費借貸與公序良俗之違反

首先，在一連串之判決中，德國聯邦最高法院認為如金融機構貸款之利息過高時，應認係重利行為，違反公序良俗，依德國民法第一三八條之規定應屬無效。而消費借貸契約乃使借款人支付一定對價（利息），而取得一定時間使用金錢之權限，並於期限屆滿後返還同數額之義務，因此金錢之使用與利息之支付具有對價關係，如果給付與對待給付之對價關係嚴重失衡時（das Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung），例如約定利率高於市場通常利率100%以上時（合計為22.65%或23.61%時⁸），而且貸與人利用借款人處於經濟上之困境或不知相關市場利息資訊時，應認為其消費借貸契約無效⁹。

(二)金錢債務之遲延損害

1. 二〇〇〇年之第二八八條

依二〇〇〇年修正前之德國民法第二八八條¹⁰之規定，債務人

⁸ NJW1980, 2074; NJW1987, 944.

⁹ Wolf/Horn/Lindacher, AGB-G § 9 D3.

¹⁰ 德國民法第288條於2000年修正為：「(1)金錢債務於遲延時應依一九九八年七月九日之重貼現率過渡法第一條所規定之基礎利率加計每年五個百分點計息。債權人得依其他法律理由請求較高利息者，則應繼續繳納。(2)進一步損害之主張不受排除。」嗣後又於2002年根據德國債法現代化法修正為現行條文：「(1)金錢之債於遲延時應計算利息。遲延利息利率數額為基礎利率加計年息5%。(2)在消費者未參與之法律行為中對價請求權之利率數額為基礎利率加計8%。(3)債權人可以由其他法律基礎請求較高之利息。(4)進一步損害之主張不受排除。」資料來源：Beck Online，網址：<http://rsw.beck.de/bib/default.asp>，查詢

金錢債務遲延給付時，債權人可請求依4%計算之法定利率，債權人之約定利率較高者，從其約定。此外，債權人受有其他損害時，仍得請求損害賠償¹¹。

上開規定，確保債權人在債務人於金錢債務給付遲延時，可請求以4%計算之法定利率，即「最低限度之損害（die Mindestschaden）」，而不論債權人實質上是否確實受有因債務人遲延清償金錢，致債權人喪失依具體情況或已定計畫可得而未得之利益。此外，債權人亦可約定高達14%之約定利率，或請求依其具體投資計畫而可得之利益，或實際取得金錢之成本（例如定存利息）等¹²。

2. 遲延損害之規定與法律安定性

借款人於預定之借貸期間對於金融機構仍應依契約約定之利率給付之，惟借款人於逾付借款時，是否仍應繼續給付約定利率，則在德國實務與學說上產生不同見解。基於契約應予信守之契約法觀點，或有主張借款人於清償期限屆至而無法清償時，消費借貸契約仍繼續存在，因此遲延利息條款應視為消費借貸之使用對價之約定利息。

此外，則另有見解認為如金融機構與借款人約定一期未付全部屆期之條款，則金融機構固得請求償還屆期之款項，惟借款人既已喪失得延後付款之利益，雖有給付遲延利息之義務，其所負之約定利息之給付義務則已歸於消滅¹³。

日期：2007年6月6日。

¹¹ 此部分相當於我國民法第233條第1項、第3項之規定。

¹² Palandt/Heinrich, BGB 58. Aufl., 1999, § 288 Rn. 2; 65. Aufl., 2006, § 288 Rn. 6. 7.

¹³ Bülow, Verbraucherkreditgesetz, 4 Neub. Aufl., S. 378.

聯邦最高法院於BGHZ 62, 103¹⁴一案中首先肯認於借款人有一期逾期未付時，金融機構得選擇以抽象方式（die abstrakte Berechnung）計算其所受之遲延損害，亦即以同種類借款業務之一般同業間之放款利率為計算基準，而毋庸舉證具體所受之損害。

另外，在BGH NJW 1988, 1971一案中，原告給予被告三萬馬克之貸款，而由被告分一百二十期償還合計五七五三八·九〇馬克之金額，其約定利率為年息18%。高等法院廢棄地方法院所為之一審判決，聯邦法院則駁回原告所提之第三審上訴。高等法院認為如貸款銀行已依「一期未付，視為全部債務到期」之期限利益喪失條款，請求借款人返還剩餘之全部款項時，應認上開分期償付之消費借款契約已歸於終止，因借款人已不再享有延遲付款之履行。此外，貸款銀行亦不得援引定型化約定利率條款請求約定利率。蓋終止後借款人即無法繼續使用借款款項，自無支付利息之義務，而貸款銀行請求依約定利率合併違約金為年息21.6%之定型化條款，應認其屬損害賠償總額之預定（die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen），如以定型化條款約定之數額與通常情形下所生之損害額不相當時，該定型化契約條款應為無效。據此，原審法院認定貸款銀行僅得請求其得另行轉貸之通常利率，即年息6%為其遲延損害之金額。

此外，聯邦最高法院於BGH NJW 1991, 2842一案中，認定如貸款銀行以定型化條款約定高於貸款利率5%以上之損害賠償之預定，即認定其與損害賠償顯不相當，而認定為無效之條款¹⁵。

¹⁴ NJW1974, 895.

¹⁵ Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Kreditkartenvertrag § 11 Nr.5 Rn. 88.

三、一九九〇消費者借款法

德國之消費者借款法之制定乃起源於一九八六年¹⁶歐洲聯盟議會所通過而於一九九〇年¹⁷修正之統合歐盟國家關於消費者借貸之法令與行政規章之指令（die Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft zur Angleichung der Rechts-und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit）。此項指令統合歐盟國家關於消費性貸款之消費者保護規定，其目的在使消費者於歐盟國家境內之全部市場享有可以自由選擇且均受到平等法律保障之機會。此項目標之達成，必須消費者在選擇時關於借貸契約之重要條款內容享有充分之資訊，且就「定型化契約條款」之濫用亦受到充分之保護。因此，歐盟指令首在保障消費者就其訂約後應負之給付義務（例如各項費用、實際支出之利息等）被充分告知且瞭解。歐盟指令依當時有效之歐盟契約第一八九條第三項之規定，僅歐盟國家有義務將之內化為本國法規定，歐盟指令在未經歐盟國家內化為法律規定時，對其國民並無直接拘束力。

其次，基於歐洲聯盟契約第一〇〇條a所宣示之擴大整合歐盟國家法律之規定，於一九九〇年通過之變更指令（zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts-und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit），其目的乃在透過借貸契約條款之透明化（die Transparenz der Kreditbedingungen）以增加消費者所能掌握之資訊。依變更指令第一〇〇條a之內容，歐洲聯盟國家應在一九九五年底將各國之實際年利率依國際貨幣基金之計算方式決定之。惟德國之立法者於時限經過後仍未立法改採國際貨幣基金之計算方式，而係依價格標示命令

¹⁶ 87/102/EWG.

¹⁷ 90/88/EWG.

(*die Preisangabenverordnung*) 第四條第二項之規定，以三百六十天之方式計算實際年利率。

一九九一年施行之消費借款法，就全部之消費者融資行為借貸關係設有規定（例如金錢借貸、分期付款、融資性之買賣、承攬或勞務契約）。因本法之施行亦使原先有效且施行多年之分期付款買賣法於一九九〇年十二月三十一日失效。

消費者借貸法關於消費者之保護措施計有下列各項規定：要式規定與對消費者之報告義務（本法第四條）、消費者之撤回權（本法第七條）、消費者於消費關係之相對人與貸款人具有經濟上同一性時，基於民法之誠信原則就其與消費關係之相對人之抗辯事由亦可對貸款人主張抗辯之延伸（本法第九條）、排除抗辯延伸條款之無效、禁止就消費者借貸關係另行成立支票或本票債務（本法第十條）、利率之限制與抵充條款之禁止（本法第十一條）、分期付款買賣出賣人取回標之物之擬制解除契約條款（本法第十二條）、就一期不付款之遲延損害法定利率之統一規定（本法第十三條）、分期付款交易之無條件期前清償權（本法第十四條）。

四、德國現代化債法

(一) 修法前

二〇〇二年施行之德國現代化債法則將原先單獨立法之消費性借貸法，統一規定納入德國現代化債法當中。在債編各論第三節四八八條以下規範關於「借貸契約（*der Darlehensvertrag*）」企業經營者對於消費者為提供融資之方法（*Finanzierungshilfen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher*），企業經營者與消費者間之分次交付貨物或分期付款之交易行為。修正前之德國民法於第六〇七條至第六一〇條原設有消費借貸之規定，惟銀行之金錢借貸

契約均以定型化契約條款制定，因此須受德國民法修正前之「定型化契約條款規制法」之規範，而消費者與金融機構之消費性借貸契約則另有「消費者借貸法」之保護，因此修正前之第六〇七條至第六一〇條幾乎無適用之可能。上開條文修正之急切性不言可喻。

（二）金錢借貸（das Gelddarlehen）與物之借貸之區分

二〇〇二年德國現代化債法關於金錢之消費借貸契約，係規定於第四八八條至第五〇四條。依德國民法第四八八條之規定，消費借貸契約係屬諾成契約而非屬要物契約，蓋羅馬法時代，僅有少數因雙方當事人之合意而成立之契約類型，消費借貸並非其一，因而貸與人欲請求返還借貸物，必須實際上貸與人已為物之交付始得為之。因此羅馬法及普通法均認消費借貸為要物契約，以物之交付為成立要件。惟時至今日消費借貸的型態逐漸轉變為取得從事經濟活動資金之重要方法，當事人間往往並無特定之關係，好意施惠的情形逐漸消失，契約的性質亦多屬有償，貸與人可以藉由消費借貸契約取得一定之報酬，其要物性已失其存在之意義，故德國通說見解亦認消費借貸契約為諾成契約¹⁸。

尤值注意者，德國現代化債法將消費借貸區分為雙務、有償以支付利息為對價之「金錢之借貸」（das Gelddarlehen），包含第四八八條至第四九〇條之一般金錢借貸，與第四九一條至第四九八條之消費者借貸，第四九九條至第五〇四條則規定融資性租賃與分期付款交易行為。另外則於第六〇七條保留物之消費借貸契約（der Sachdarlehensvertrag）¹⁹。

依新法第四八八條之規定，借款人有支付利息之主要給付義

¹⁸ Martis/Maehof, Verbraucherschutzrecht, 2. Aufl., 2005, S. 129 ff.

¹⁹ Palandt/Putzo, BGB Einf v § 607 Rn. 1 59. Aufl., 1999.

務，及屆期償還本金之義務，惟借款償還義務與利息給付義務不同的是，借款償還亦僅為從給付義務而非主給付義務。

第四九〇條則規定借款人之終止權，尤其是約定以浮動利率訂定契約者，得於訂約三個月期間後終止契約。

第四九二條以下所規定者包括貸與人對借用人之告知義務，借款人之撤回權，禁止借用人開立票據以為借款之擔保，遲延利息之最高限額，部分清償之抵充順序，借款人之期前清償權，貸與人之終止權等均設有規定，以期為現代社會所生之金錢消費借貸爭議問題提供更妥當之解決途徑。

(三)消費者不附理由之撤回權

德國民法第四九五條規定，消費者可依據第三五五條規定，不附理由在兩週內向企業經營者表示撤回其締約之意思表示以廢止契約。但在消費者已領取貸款之情形下，如果消費者未於表示行使撤回權或給付貸款後兩週內，將款項返還予貸與人，將視為未行使撤回權。

此種允許消費者得不附理由撤回契約規定之目的，在於保護消費者，當其因輕率或契約內容之繁雜而無法於締約時周延考慮清楚以致締結契約時，能夠任意撤回契約，免於債務之負擔。消費者撤回契約之後，即不受其意思表示之拘束，但在行使撤回權之前，該意思表示以及契約仍處於暫時有效之狀態，契約雙方當事人均可請求履行契約，消費者必須透過撤回權之行使，才能夠使之終局的無效²⁰。

²⁰ Palandt/Putzo, BGB Einf v § 488 Rn. 7 65. Aufl., 2006.

④企業經營者解除契約之限制

自從一九八〇年代產生「債務金字塔」之社會問題，德國實務上即發展出限制貸款銀行僅得請求與遲延損害相當之金額，亦即基礎利率外加3%之轉貸收入與2%之營業利潤之適用結果，其目的乃在避免遲延利息過高時，造成借款人債務迅速累加必須再借款而發生以債養債之困境，形成強迫性借貸（das Zwangdarlehen）危險。因此，此項原則即首先訂入一九九〇年消費者借款法第十三條之中。並於二〇〇二年債法修正時，一併納入現代化債法中。

依德國民法第四九八條規定，消費者借貸契約（包含消費借貸契約以及同意遲延清償等情形）如係約定分期償還者，貸與人僅在其限期催告履行仍無效果，且借用人全部或部分遲延清償至少連續兩期以上，而遲延清償的款項總額達到消費借貸總額或分期付款價額的10%，如消費者借貸契約的期限超過三年，則應達到5%，始得解除契約，並請求借用人清償所有剩餘未償借款及利息與費用，此即所謂屆期條款之限制。而在分期付款交易之情形，德國民法將之與消費者借貸契約等同視之，因此，依德國民法第五〇一條規定，分期付款交易契約亦僅有在符合上開要件之情形下，企業經營者才得以解除契約，並請求消費者賠償企業經營者因此所生之損害。如企業經營者將前所交付之物品取回時，則視為行使解除權。

⑤遲延利息及損害賠償上限

德國民法第二八八條第一項規定，在遲延期間應對於金錢債務給付利息，其利率原則上為基準利率（依據德國民法第二四七條第一項規定，二〇〇七年一月一日公告數值為2.7%²¹，但為浮動利

²¹ 資料來源：維基百科（德文），網址：<http://de.wikipedia.org/wiki/Basiszins>，查詢日期：2007年6月6日。

率²²) 加計五個百分點。如該行為與消費者無關，則為基準利率加計八個百分點。此外，德國民法第四九七條規定，在有擔保物權之消費者借貸契約當中，如借用人遲延清償，其遲延利息原則上為基準利率加計二點五個百分點，但貸與人如能證明有更高的損害，或借用人能證明較低的損害者，不在此限。此外如貸與人另有損害，則可依據德國民法第二八九條後段規定加以請求，但其請求上限則為第二四六條規定之法定週年利率4%。

(六)消費借貸契約與基礎原因關係之關聯性

消費借貸契約（給付關係）與其所連結之基礎原因關係，例如買賣契約，是否會相互影響，致使其中一個契約所生的抗辯，得延伸至另一契約加以主張，該問題對於消費者權益影響重大。結合契約（*die Verbundeneverträge*）依德國民法第三五八條第一項規定，如果消費者有效的撤回其與企業經營者締結提供商品或他種給付契約之意思表示，其同時也不受與該提供商品或他種給付契約相連結之消費者借貸契約之意思表示的拘束。反之，依同條第二項前段規定，如果消費者有效的撤回其締結消費者借貸契約之意思表示，同樣也不受其與企業經營者締結提供商品或他種給付契約之意思表示的拘束。亦即消費者借貸契約與其所連結之消費者契約其中任何一者有得撤回意思表示之事由，消費者即可執同樣的理由撤回另一契約之意思表示，而不受拘束。

前開結合契約，係指消費者依同條第三項之規定締結借款契約之目的，乃在以其所獲得資金之全部或一部，向企業經營者清償其取得商品或其他給付之消費者契約而生之對價，而此消費者契約與消費者借款契約具有經濟上之同一性（*eine wirtschaftliche Einheit*）

²² Palandt/Heinrichs, BGB 65. Aufl., 2006, § 288 Rn. 14.

始稱之。此經濟上之同一性係指企業經營者自己對於消費者應給付之對價提供融資，或第三人提供融資與消費者時，因企業經營者參與貸與人與消費者間準備或訂立消費者借款契約之過程。

(七)消費者借貸法——半強行法性質

依德國民法第五〇六條之規定，第四九一條至第五〇五條有關消費者借款法之相關規定，不允許為不利於消費者之變更。此項規定之目的乃在避免法律規定本身所內含公平之目的為經濟上、專業上強勢之一方任意予以變更致法律規範目的不達，以重新導正契約法相關規定被一方挾著契約自由之外衣任意予以排除，而導致一方權益被嚴重侵害之現象。此項契約法之立法原則開創了二十一世紀新思維，賦予私法自治新面貌。私法自治原則原在令私法關係之雙方當事人享有意思決定之自由，以追求對其最有利之結果，故賦予雙方當事人決定是否締約、決定相對人以及最重要的，即為契約內容決定之自由。因此，除非當事人合意之行為在法律上評價上應認為無效，否則原則上均承認其效力。

惟定型化契約條款之大量使用為現代契約法注入了許多新型之典型契約，其內含之權利義務大都是為約款擬定人依其單方之交易需求，而變更原先法律之任意規定，此種單方擬定，創設，改變法律任意規定之現象，使司法體系須疲於奔命不斷地檢驗每一條款對於約款相對人是否有嚴重權益損害之情形，惟司法審查亦僅有其侷限性——即判決效力通常只及於該個案之當事人，對其他約款相對人並不直接擴展。因此，司法救濟對此顯屬緩不濟急。亦即，當五百萬張持卡人僅有一持卡人主張銀行定型化契約無效而勝訴確定時，其餘持卡人仍受該約款效力之拘束。縱使大量宣告定型化契約條款無效，仍使契約法之適用現況越來越偏離契約法任意規定之原貌，使任意規定立法意旨完全被破壞。因此，德國二〇〇二年現代

化債法即納入此種半強行法性質之條款，在消費性契約中予以規範，此項立法原則對於契約法之發展將有其深遠之影響。

肆、我國法之困境與突破

一、民法上之消費借貸與金錢借貸

(一)無主給付義務之要物契約

我國民法之消費借貸契約係規定於第四七四條至第四八一條，而在民國八十八年之修正中，第四七四條之修正理由指出消費借貸契約係要物契約，消費借貸契約係指當事人一方移轉金錢或其他替代物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約²³。

亦即，除雙方當事人合意外，尚須以借貸物之交付為成立要件。因此，縱當事人已有消費借貸之合意，於借貸物交付前，契約仍未成立，借用人尚不得據此請求貸與人交付借貸物。而貸與人將借貸物交付借用人，貸與人對借用人即不再有主給付義務。此外，借用人依上開規定，亦無支付對價之對待給付義務，僅於消費借貸契約借貸期限屆至時，負有返還同種類、品質、數量相同之物之義務。據此，典型有名之消費借貸契約非有償，亦非雙務，甚至雙方都無任何契約成立後之主要給付義務²⁴。

²³ 民法第474條立法理由：「消費借貸，通說認係要物契約，惟依原條文及第四七五條合併觀察，亦使人誤為消費借貸為諾成契約，而以物之交付為其生效要件。為免疑義，爰予修正。」

²⁴ 楊淑文，融資貸款與消費者保護，新世紀經濟法制之建構與挑戰——廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集，頁635、636，2002年9月。

實則，消費借貸契約之要物性質乃源於羅馬法之制度，斯時經由雙方合意成立契約之原則尚未萌芽，消費借貸契約於貸與人將借用物交付於借用人後，方得享有借用物之返還請求權，故為要物契約²⁵。因此，於現代諾成契約概念產生後，要物契約之概念實已無保留之必要。將消費借貸契約修正為要物契約，不但與社會現實脫節，更在法律適用上造成困擾。國內學說早有主張將消費借貸規定為要物契約早已不合時宜，並認為在現行法制規定下，應儘量緩和其要物性²⁶，亦有主張於立法政策上應直接將有償的消費借貸明訂為諾成契約²⁷。國外學說與立法例，亦多認為要物契約為法制史上之遺物，透過法律明文規定與學說解釋將消費借貸規定為諾成契約，只要當事人意思表示一致即已成立²⁸。

此外，增訂民法第四七五條之一之規定亦對消費借貸之預約撤銷予以明文規定，賦予消費借貸預約在法律上之地位，此項規定不僅架空要物契約，使其規範目的不達，亦造成疊床架屋之法律解釋與適用之困境，在體系上產生矛盾與混亂，迭為國內學說所批判²⁹。

²⁵ 陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正（下），台灣本土法學雜誌，6期，頁14，2000年1月。

²⁶ 史尚寬，債法各論，頁268-269；鄭玉波，民法債編各論，頁315；鄭玉波，金錢借貸，頁8。

²⁷ 黃茂榮，債法各論第1冊，頁163，2003年8月初版。

²⁸ 例如修正前之德國民法消費借貸（第607條）規定內容與我國民法債編修正前第474條類似（惟德國民法並無類似我國民法債編修正前之第475條之規定），但學說透過解釋方式認為消費借貸為諾成契約。德國民法2002年債編修正時，將舊法之消費借貸分別規定為金錢借貸（第488條）與物之消費借貸（第607條），並明確規定為雙務的諾成契約。瑞士債務法於制訂時，即已揚棄要物性理論，而明文規定消費借貸契約為諾成契約。

²⁹ 王澤鑑，債法原理第1冊，頁138-139；陳自強，同註5，頁14-16；黃茂榮，同

(二)金錢借貸規範空白

除了前述民法第四七四條以下關於消費借貸契約之相關規範外，我國並未針對金錢借貸予以任何基本性之規範。惟金融實務上，民國八十年後政府開放銀行新設，國內銀行長期處於家數過多之狀況。且銀行資金超額準備自九十一年起均超過20%，為法定準備率（7%）之三倍，超額流動準備金額為四·二三兆元。因此，金融機構為充分運用其資金，乃朝向消費金融，即個人消費借貸方向拓展貸款業務。時至九十四年底消費者貸款總額包括購屋住宅貸款、房屋修繕貸款、汽車貸款、機關職工福利貸款及其他信用卡、現金卡等合計為六六兆一四八九億九千萬元³⁰。上開消費性貸款之種類、件數、金額不斷創新高，甚至衍生雙卡風暴之經濟、法律、社會全面之問題，而現行私法體系之基本規定除了前述之消費借貸契約及消費者保護法之相關規定外，均付之闕如，無法於爭議發生時提供最低公平合理之保障，反而因為規範之空白提供金融業者濫用契約自由原則，依其單方之交易需求，創設符合其單方利益之契約內容³¹。

首先，銀行實務上之消費性借貸與傳統消費不同的是，通常銀行提供資金之目的在於換取利息之收入，而為金錢之借貸，此種銀行之借款契約是否應符合民法第四七四條要物契約之成立要件，在立法者「抉擇」消費借貸契約之要物性下，可否毫無疑問承認無名的、諾成的金錢借貸契約之效力實有疑義，更可見「要物契約」概念之不合時宜。

註27，頁163-165；黃立主編，民法債編各論（上），頁535。

³⁰ 行政院金管會，處理卡債問題報告，頁5，2006年4月10日。

³¹ 相同意見者，參照黃茂榮，同註27，頁157。

（三）金錢借貸之法律性質

其次，銀行借款契約是否屬「使用權限讓與」之契約類型，亦值探討。在傳統消費借貸契約中，縱有利息之約定，亦非屬雙務契約，而僅為其從給付義務³²。惟銀行之借貸契約，當事人締約之目的無非在於一定期間內取得融資，亦即使用他人金錢之權利，貸與銀行則收取利息，而可稱為使用權限之讓與之契約類型，在利息與金錢之使用中具有給付與對待給付之對價關係³³。

在金錢借貸契約中，貸與人有交付金錢供借款人使用之義務，而借款人於借款期限屆滿後始負有返還借款之義務，因此借款人嗣後是否清償困難，即成為「融資業務」通常潛藏之風險，因此貸與人訂立金錢借貸契約後，其財產即因交付借款與借款人而減少，而僅取得返還請求之債權。貸與人為避免其事後無法受償之風險，以尋求擔保權利之方式確保其債權，即屬具有正當理由³⁴。因為，金融機構如於融資業務不審核借款人之信用而任意核貸借款，則無異自甘風險自願陷於無法回收債權之重大財產損失之危機中。

二、約定利率

（一）利率自由化之迷思

如前所述，附有利息之消費借貸契約為雙務契約，利息與借用物之使用（資金使用）間具有對價關係。至於貸與人與借人間之約定利率，我國民法本於契約自由原則，原則上係由當事人自由約定。銀行基於營利之目的，放款利率通常為存款利率（取得資金之

³² 史尚寬，同註26，頁259；黃立主編，同註29，頁531-532。

³³ 王澤鑑，同註29，頁162；黃茂榮，同註27，頁154；陳自強，同註25，頁14；楊淑文，新型契約與消費者保護法，頁189-190。

³⁴ Münchkomm/K. P. Berg, BGB. Vor § 488 Rn. 13.

風險)加上費用、利潤而為計算。此外，於個案中亦受到授信風險影響，例如放款種類、放款期間、擔保有無與種類、借款人之償還能力等標準決定之。於一般放款中大多以基本放款利率為基礎，再依照各種影響放款風險因素所製作之加減碼基準計算個別之放款利率。因此，約定利率一方面反應銀行取得資金之成本(定存之利率)，一方面亦反應借款人之償債風險。在購屋貸款中因銀行通常可取得以不動產設定抵押權之擔保物權，其風險相對較低，故約定利率通常在年息3%左右，如借款人債信不良，已無清償能力時，銀行之借款利率是否可以一律約定為20%？亦即清償不能之風險完全於約定利率中予以考量並呈現，則約定利率實已與使用金錢之對價顯不相當。而在現金卡之申請更講求方便與迅速，銀行亦未加嚴格審核，惟每一持卡人之清償能力不同，銀行在現金卡業務中勢必將單一持卡人無法回收債權之風險，歸由其他正常繳款之持卡人身上，此種無擔保放款之類型將無異於由全體持卡人以繳交高額約定利率之方式承擔其他清償困難持卡人之債信風險。

而雙卡債務人較多係屬無穩定收入之邊際客戶，風險較高，惟金管會卻認為此乃因雙卡符合短期周轉之市場機能，不宜因噎廢食³⁵。實則，無資力之人應如何維持其生活所需，此乃屬社會救助層面之問題，例如給予小額微利息之貸款或社會救濟金之發放以解決其問題，如利用其無資力而要求其應繳交高額之利率，持卡人更無法償還債務，銀行亦將蒙受呆帳擴大之危機。

(二)民法第二〇五條之上限

民法第二〇五條之規定將約定利率限於20%，在民國二〇年時，社會之貸款利息動輒30%或40%之資金短缺年代有其時空背

³⁵ 金管會，同註30，頁16。

景。數十年來亦扮演重要角色，設若當時未有如此之規定，則銀行在利率自由化之思潮之下，其約定利率亦可能如同印尼之35%或印度之無上限規範，我們不禁要感激，「還好我們並未享有如同印度、印尼所享有之利率自由化」³⁶。

惟時空更迭，在現代低利率時代通常定存僅有2%以下之利率水準，將近八十年前之利率上限是否仍應固守城門，或形成對於其他法律規定之「特別法」，排除約定利率依民法第七十二條公序良俗，第七十四條暴利行為，民法第一四八條誠信原則，民法第二〇六條巧取利益禁止等規定適用之可能性，實值吾人深思。蓋民法第二〇五條之核心價值在於「為防止資產階級之重利盤剝起見，特設最高利率之限制」之規範目的³⁷。如20%之利率上限顯與此項規定之法理重大違背時，仍應考量其他相關規定適用之餘地³⁸。

本文認為，前開見解殊值贊同，其理由如下：

1. 信用卡之制度設計乃為持卡人提供非現金之支付工具之功能，其性質屬委任契約，係屬發卡銀行為持卡人處理消費簽帳款之清償事宜，其代墊款項或必要費用之支出，惟本質上應依民法第五四六條第一項墊付利息，不得推定每一持卡人於申請信用卡之同時均有與發卡銀行成立循環信用契約之合意。除非有雙方明確之合意（如勾選循環信用契約，並同時簽名），尚難因持卡人無法繳交消費簽帳款，或僅繳交部分款項，即認定持卡人與發卡銀行除委任發卡銀行處理信用卡消費款項之清償外，亦有消費借貸之合意。此項合意應由發卡銀行負舉證之責。同樣，信用卡之使用亦不應同時包

³⁶ 參考金管會所公布之「世界各國信用卡循環信用利率之調查表」。

³⁷ 1929年11月22日立法理由。

³⁸ 詹森林，同註3，頁40；台北地院94年北簡字第31414、31666、33647號判決，認超過15%為顯失公平。

含預借現金之功能，而應令持卡人有選擇且合意之機會，而不能預設持卡人申請核發信用卡即同時亦有預借現金之合意。

2.如持卡人與信用卡之發卡銀行業已另行成立消費借貸之合意，發卡銀行與持卡人通常有長期繼續性之合作關係，發卡銀行對持卡人消費情形，繳款是否正常均知之較稔，就原本於繳款不正常僅得請求遲延損害之金額，竟利用此機會，以定型化契約條款約定與對價顯不相當之對價（超過擔保放款利率五倍以上，超過定存利率十倍以上），亦顯高於其他無擔保之放款利息。亦即無信用卡之使用時，持卡人另行借款時通常毋庸負擔此高額之金額，顯見其對價不相當且失衡，故應認循環利息超過15%以上為無效之約定。

3.此外，持卡人之繳款（亦即消費簽帳款之償還），依信用卡定型化契約範本第十四條規定，應於當期繳款截止日前全數繳清，亦即繳款期限為民法第五四六條第一項必要費用之清償期。惟如持卡人未繳清時，各發卡銀行大都約定以帳款入帳日或結帳日（發卡銀行向特約廠商清償之日）起，持卡人就該筆帳款即被計入循環信用本金而支付循環利息，令持卡人於「當期繳款期限」前即須支付循環利息，顯然存在隱藏的對價關係之不當轉換，亦應認為係屬無效之約款。

三、信用卡契約之終止與遲延損害

(一)約定利率與使用之權限之對價關係

金錢借貸契約如因借款人無法清償任一期款項時，貸與人對於未到期之借款以約款約定可繼續請求支付對價（即利息），其效力即值商榷，亦即享有使用權限之人在已無使用可能時，如仍須繼續支付使用之對價，即屬嚴重破壞有償契約之對價關係，亦即限制契約之主要權利或義務致目的不達。故如契約終止時，金錢之貸與人

僅生遲延之損害，不得再繼續請求約定利率之對價。而金錢借貸契約如有約定屆期條款時（die Verfallsklausel）（期限利益喪失條款），則借款人之全部債務一次到期，債務人即不再享有延後付款之循環信用之履約利益，應視為契約已終止，此時發卡銀行不得再就持卡人未付款項請求繼續支付約定利率。

依信用卡定型化契約範本第二十二條之約定，持卡人如有前條第一項及第二項事由（包含第二項第二款所定持卡人有一期未繳付最低應繳金額者，或所繳付款項未達貴行所定最低應繳金額者）或本契約終止者，貴行無須事先通知或催告，得隨時縮短持卡人延後付款期限或視為全部到期。上開約款即屬屆期條款（即債權人單方變更債務人清償期之約款），依前所述，應視為持卡人無法再享有循環信用延後付款之利益，應視為契約已終止。終止後發卡銀行僅得依民法第二三三條請求遲延損害。

（二）遲延損害之定型化契約條款

遲延損害乃指債務人無法於債權清償期限屆至時如期清償，致債權人所受之不利益。在金錢債務之給付遲延，雖然債權人不一定有再利用之具體計畫，惟由於債權人之損害可能難以證明，因此民法第二三三條規定，債權人無須證明損害之發生及數額，即得請求遲延損害賠償，因為金錢之使用通常可視為有相當於法定利率之利益。惟如債權人能證明另受有法定利率以外之損害者，仍得請求³⁹。

惟如銀行以定型化契約條款約定遠高於法定5%之利率，而幾乎達到法定利率四倍之高額遲延損害，從客觀上顯可確定其與損害數額顯不相當。亦即一般人於金錢債務遲延時，法律為安定之考

³⁹ 史尚寬，同註26，頁390；黃立，民法債編總論，頁485。

量，而賦予一般債權人得請求5%之法定利率以填補其遲延損害，如無定型化契約條款之擬定，金融業者僅能取得5%之法定利率，而僅有依憑單方預先擬定之條款始能攫取相較其他債權人高達四倍之利益，此與我國民法第二一三條所明示回復原狀填補損害之任意規定立法意旨顯有不符。

值得注意者為損害賠償總額之預定與違約金之區別何在。損害總額預定之目的在於避免損害舉證之困難，以及損害賠償數額計算之簡化（eine vereinfachte Abwicklung von Schadensersatzansprüchen durch Berechnungserleichterungen）。反之，違約金之約定則在督促債務人之履行債務（der Druck zur ordnungsgemäßen Erfüllung）⁴⁰，惟定型化契約條款上如使用損害賠償，遲延總額等文義即應認為係屬損害賠償之預定，而如約款擬定人使用違約金之賠償等文義時，依我民法第二五〇條第二項前段之規定，仍應認為係屬損害賠償總額之預定。在約定督促性質之違約金，則債權人仍享有履約請求權，依同條第二項後段，並得請求督促性質之違約金。

而一般所謂「懲罰性違約金」之約款，於文義解釋上應認違反民法第七十二條之公序良俗而為無效。因為，民法上債務不履行之責任僅有損害賠償回復原狀之規範（即民法第二一三條以下之規定），「懲罰」文義所包含之制裁功能與現行債務不履行制度之任意規定之立法意旨完全悖離，應認與公共秩序不符。其次，「懲罰」可否解釋為民法第二五〇條第二項後段「督促性質」之違約金，文義上顯有重大疑義，依消保法第十一條第二項之規定，無法為有利於約款擬定人之解釋。

此外，損害賠償總額之預定，乃在減輕債權人在個案中之舉證困難以及必須花費之費用，而大量抽象齊一旦與損害相當之定型化

⁴⁰ Wolf/Horn/Lindacher, AGB-G § 11 Nr. 5 Rn. 7.

損害賠償總額預定條款亦將為約款相對人帶來節省費用之利益而符合效率之要求。惟如債權人以定型化契約條款約定與損害顯不相當之數額，即已逾越法律所欲保護之範圍⁴¹。

因此定型化損害賠償總額預定之條款即可能對相對人隱藏不合理過高數額損害之危險（*die Gefahr ungerechtfertigter Schadenshöhen*），在此種情況下，仍應保護約款相對人不受與損害顯不相當數額之請求，另外，亦應容許約款相對人可舉證較低之損害數額之可能性。而金錢債務之遲延損害通常為銀行轉貸可得之利益而因持卡人遲延返還致無法取得所受之損害。因此，定型化條款如約定遲延損害為年息20%應認無效，且應以通常市場之放款利率為其損害計算標準。

伍、結論與建議

金融機構之無擔保融資先天上即存在較高之債權回收風險，惟由於金融機構之游資浮濫，加上現代社會「先享受後付款」之消費觀念與消費型態日漸盛行，金融機構雙卡業務之放款亦日漸擴張，而未嚴格審查持卡人債信，終至「雙卡風暴」之產生。

金融機構在無擔保放款業務應如何建立完整之債信審查程序以確保其債權回收，並避免損及銀行債權人等投資大眾之損失，乃屬金融主管機關之行政管制之職責。

惟金融機構與持卡人之間關於無擔保放款之金錢借款契約，則因私法體系之任意規定規範不足，解釋適用上對持卡人產生侵害權利之結果，在社會每日上演身穿防彈衣帽手持利劍之銀行與赤手空拳之持卡人肉身與利劍相搏之悲慘結果，正是現代契約法所應避免

⁴¹ Wolf/Horn/Lindacher, AGB-G § 11 Nr. 5 Rn. 1.

形式自由下因武器不平等而產生之嚴重損害一方權益之後果。據此，本文以為：

一、在信用卡與現金卡約定之循環利息，係以定型化契約條款者，仍應考量是否有對價關係顯不相當之情形，如已高於該銀行一般無擔保信用放款之利息，即可依民法第二四七條之一第四款，或依消保法第十二條第二項第三款認定為無效。

二、信用卡與現金卡或其他金錢借貸，如約定「屆期條款」，首先應視是否與民法第三八九條之任意規定意旨不符，其次則應於期限屆至時視為金錢借貸關係已當然終止，終止後貸與人即不得再請求約定利率，蓋使用權限之契約類型以使用人仍繼續使用，享有延後付款之權利時，始有繼續支付利息之義務。

三、持卡人於借貸契約終止後，雖有依民法第二三三條就貸與人之遲延損害給付法定利率或約定利率之義務，惟如貸與銀行以定型化契約條款約定與損害賠償額不相當之總額時（如與一般放款利息總額相較），德國實務認為超過其基礎利率（即二〇〇七年一月一日為2.7%⁴²）5%以上時為無效，亦即僅得包括3%轉貸利息與2%之營業費用。此項判決並成為一九九〇年消費者借款法與二〇〇二年現代化債法之新規定，足供我國實務參考。

四、尤值贊同者，乃台北地方法院出現一連串之判決意旨將現金卡或信用卡之逾期違約金酌減為一元，足見我國實務亦認同金錢債務之不履行僅有回復原狀填補損害之問題，而難以金錢督促其履行，亦不應成為被懲罰之對象，畢竟銀行不是刑事庭之法官，無法清償不足之債務人亦非刑事罪犯。

⁴² 資料來源：維基百科（德文），網址：<http://de.wikipedia.org/wiki/Basiszins>，查詢日期：2007年6月6日。

五、定型化契約之管制規範應予全面立法

企業經營者大量運用定型化契約條款，單方預先就交易行為之條件或內容事先予以型塑，以達對自己最大利益而締約之情形乃現代契約法之常態。德國實務上自一九六〇年代即以誠信原則為評價定型化契約條款是否有效之主臬。一九七六年並隨之制訂完整之定型化契約條款規制法，在第十三條中則賦予消保法團體之不作為訴訟提訴權，而開啓了消保團體與銀行間各式各樣「定型化契約條款無效」之消費訴訟。

惟司法救濟宣告定型化契約條款之無效，判決效力僅及於相對人，未主張援引而提起訴訟之消費者仍有被主張條款有效之可能，亦即司法救濟對於定型化契約條款之審查難以發生全面性之效力，因此乃有二〇〇二年德國現代化債法第五〇六條半強行法性質之規定，此項二十一世紀立法殊值我國注意與借鏡。

其次，我國雖於民國八十三年另訂有消費者保護法之相關規定，惟應予保護者為約款之相對人，不應限於接受商品或提供服務之單純消費關係之消費者，而應包括為消費關係融通資金之需求者，以及為資金融通關係而提供擔保之情形（如保證人）等，消保法第二條第一款之定義顯然過窄，應予檢討，其適用範圍應予立法修正。

另外，消保法上第十一條以下關於定型化契約條款之規範，為現代型契約法關於定型化契約之核心與完整規範，僅因當初民法債編尚未修正，而先行納入消保法中。如謂該核心規範不適用非消費關係之金錢借貸之借款人或保證人，顯使定型化契約條款之發展完全脫離於法律規範之外。

六、金管會應儘速公告雙卡應記載及不得記載事項

信用卡之發行至今已逾二、三十年，發卡量更高達四千五百多萬張，平均每人人手二張卡，而信用卡與現金卡之法律關係由金融

機構單方形成，權利義務之遊戲規則掌握於金融機構手上，主管機關金管會依消保法第十七條之規定，實無任何不公告應記載與不得記載事項之藉口。

七、消費者借貸之法律關係應儘速催生立法

我國民法新修正之消費借貸契約，不僅未針對金錢借貸予以特別立法，復又回歸羅馬法時代之要物性規定，與現代消費者之金錢借貸類型扞格不入。因此，對於金錢借貸是否應具備要式性（德國民法第四九二條），金錢使用與支付利息之對價關係（德國民法第四九一條），循環信用契約之具體內容（德國民法第四九三條），借款人不附理由之撤回權（德國民法第四九五條），借款人之票據債務無效，抗辯放棄無效之規範（德國民法第四九六條），借款人給付遲延之遲延損害規定（德國民法第四九七條），借款人之債務屆期與期前任意終止規定（德國民法第四九八條）。此外，其他融資契約之規範，如分期付款交易、融資租賃等均應儘速全面立法，以提供現代各類型金錢借款或融資行為之基本規範，避免金融機構自居立法者地位單方操控遊戲規則之不公平不合理之情形繼續發生，身為民法主管機關之法務部責無旁貸。

參考文獻

一、中 文

1. 王澤鑑，債法原理第一冊：基本理論·債之發生，增訂版2刷，1999。
2. 史尚寬，債法各論，台北5刷，1981。
3. 史尚寬，債法總論，台北7刷，1990。
4. 陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正（下），台灣本土法學雜誌，6期，頁1-16，2000。
5. 黃立，民法債編總論，修正2版2刷，2000。
6. 黃茂榮，債法各論第一冊，2003。
7. 楊淑文，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，載：新型契約與消費者保護法，頁83-218，1999。
8. 楊淑文，融資貸款與消費者保護，載：民事實體法與程序法爭議問題，頁85-115，2006。
9. 詹森林，信用卡定型化契約與卡債風暴，月旦法學雜誌，135期，頁29-45，2006。
10. 鄭玉波，民法債編各論，12版，1987。
11. 鄭玉波，金錢借貸，3版，1979。
12. 蘇惠卿，借貸，載：黃立主編，民法債編各論（上），2002。

二、外文專書、專書論文、期刊論文

1. Bülow, Heidelberger Kommentar zum Verbraucherkreditgesetz, 4 Neubearb., Heidelberg (2001).
2. Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 19. Aufl. (2006).
3. Martis/Maeinhof, Verbraucherschutzrecht, 2. Aufl. (2005).
4. Münchener Kommentar zum BGB, Bd3, SBT I, 4. Aufl., München (2004).
5. Palandt/Heinrich, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Aufl., München (1999).
6. Palandt/Heinrich, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., München (2006).

7. Palandt/Putzo, BGB Einf v § 607 Rn. 1 59. Aufl. (1999).
8. Palandt/Putzo, BGB Einf v § 488 Rn. 7 65. Aufl. (2006).
9. Staudinger/Sibylle Kessal-Wulf: Kommentar zum BGB, §§ 491-507, Neubearb., Berlin (2004).
10. Wolf/Horn/Lindacher: AGB-Gesetz Kommentar, 4. Aufl., München (1999).

Failure Performance of Customer Loans (Credit Card and Loan Card)

Shwu-Wen Yang *

Abstract

For the prevalence of credit card using and loan card releasing, financial entities recently make more non-collateral financing loans and use standard form contract with revolving interests up to 20% to avoid high risk nature of such financing loans. As the stipulated interest of revolving credit is too high for debtors to pay off, many creditcardholders fall into financial difficulties, and such phenomenon in Taiwan also induces a social problem called ‘modern debt pyramid’ as happened in foreign countries. In the course of resolving the social problem, it reflects that the civil law existed many deficiencies about ‘loan’ and ‘standard form contract’, even judicial practices have no unified answer to decide whether customer loans apply Customers Protection Act.

This article not only discusses several issues, for example, whether customer loans apply customer protection act, whether banks could keep the right of interest of revolving credit while cardholders in financial difficulties or only have the right of damage for delayed payment,

* Professor, College of Law, National Changchi University. Dr. Jur., University of Frankfurt am Main (Germany).

Received: December 22, 2006 ; accepted: May 28, 2007

whether banks could stipulate a fixed sum payment greater than the actual loss by using ‘liquidated damages clause’ , but also analyzes adjudications relevant to above issues. Besides, this article provides certain legal suggestions for judges how to interpret and apply civil regulations in ‘standard form contract’, and for legislators how to make appropriate regulations between civil law and Customer Protection Act to resolve this serious social problem.

Keywords: Credit Card, Loan Card, Loan, Standard Form Contract, Revolving Interests