

國立政治大學法律學研究所碩士論文

論文題目：消費信用保護

指導教授：楊淑文博士

研究生：潘玥竹

2007年09月

謝辭

這本論文的完成，代表一個階段的結束，也是新的旅程的開始。

首先應感謝楊淑文老師、黃立老師、杜怡靜老師百忙中撥冗為我口試，口試老師的指教與建議，讓我明白學無止盡的道理，也了解到這本論文只是學習的起點。

從大學以來在指南山腳下的時光，為我往後的生涯，奠定了堅實的基礎。大學時在法治斌老師、董保成老師、陳敏老師的教導下，讓我領略了公法學的深奧；林鈺雄老師、朱石炎老師、林俊益老師則開啟了我對於刑事法律的認識。楊淑文老師的契約法實例研習、民事訴訟法課程中的實例解說，交織了民事實體法與程序法的各項爭議，發掘了我對民事法律的興趣。大學畢業後，有幸能成為法研所民法組的一員、受教於楊老師門下，並在黃立老師、楊芳賢老師、沈冠伶老師、陳自強老師、林秀雄老師、王千維老師、吳瑾瑜老師等諸多老師的言教身教下，學習更多法律知識，以及為人處事的道理，是我在指南山腳下的最大收穫。在此要特別感謝楊淑文老師的諄諄教誨、溫暖的鼓勵、關心和照顧，才有這本論文的誕生。黃立老師在民法中心的分享、建議和鼓勵，是我努力的目標和動力。

當然，大學生涯和研究所生活中，與同學朋友的相處、彼此在課

業上的切磋，也是令人難以忘懷的。在此感謝美纓、欣儀、彥彬、宗翰、怡寬、湘茹從大學以來的照顧；龍宗條讀書會的智潔、郁屏、政憲、柏淵、佩玲、靜瑜，那段讀書會的時光，是永遠難忘的；研究所生活與論文寫作期間，謝謝米蟲、欣惠、月秀、書帆、家暄、銀秋、維倩、佳原、創洲、張飛、韋淵、炳楠、阿泰、詩詩、天惠等的互相砥礪與歡樂。研三那年在金管會銀行局工作時，蕭長瑞組長、陸毓瑾科長、盧小玲、劉小華、葛映濤，開啟我對於金融領域的視野，他們的意見和資料，對這本論文的誕生有莫大的助益。

感謝智暉自大學以來的陪伴和鼓勵，不論前方的路有多難走，有你在身邊，相信我們都能克服。

感謝我的爸爸、媽媽、爺爺、奶奶，容忍我幾乎把家裏當旅館，以及我的壞脾氣，沒有你們也就沒有現在的我。

這本論文，為這段時間留下了一個青澀的紀錄，有許多的感謝和回憶，無法一一表達，我由衷地對所有關心我的人致上最深的謝意。

摘要

在現代社會中，信用交易普遍存在於每一個角落。急需現金之人，向銀行申辦貸款以應付生活所需；商品或服務提供人為增進消費者購買能力，同意以分期方式收取價金。利用不同形式的信用交易，可使個人之財務規劃有更佳之配置，對於企業經營者及金融機構而言，信用交易更是促進業績及繼續經營不可或缺之手法。然而，無論是消費者過度依賴信用交易、企業經營者或金融機構在定型化契約中設計不合理之約款，或為業績考量過度促銷信用交易，皆有可能對於整體經濟與社會造成傷害。我國在民國九十三年年底發生雙卡風暴後，社會各界對於信用交易多有檢討，本文則從定型化契約及現行法之規定，探討目前信用交易（以金錢借貸契約與分期付款交易為主）之法律問題。

關鍵字：

消費者信用、金錢借貸契約、分期付款買賣、定型化契約、信用交易、附條件買賣、融資性分期付款買賣、約定利率、費用、遲延利息、違約金、期限利益喪失約款、期前清償、解約扣價約款、抗辯延伸、經濟上一體性

簡目

第一章	緒論	1
第一節	從現金交易到信用交易.....	1
第二節	研究範圍與研究架構.....	3
第三節	研究方法.....	5
第二章	消費信用簡介	7
第一節	信用的分類.....	7
第二節	消費信用的發展.....	10
第三節	消費信用的法律規制.....	17
第三章	金錢借貸契約	25
第一節	金錢借貸之法律適用.....	26
第二節	金錢借貸契約之成立與生效.....	32
第三節	銀行金錢借貸定型化契約之效力.....	50
第四節	金錢借貸契約之債務不履行.....	71
第五節	金錢借貸契約之終止.....	88
第四章	分期付款買賣	101
第一節	分期付款買賣之發展及功能.....	101
第二節	分期付款買賣之類型.....	104
第三節	分期付款買賣契約之成立.....	109
第四節	分期付款買賣之擔保—附條件買賣.....	125
第五節	分期付款買賣契約常見爭議.....	139
第六節	融資性分期付款之特殊問題.....	154
第五章	結論	163



詳目

第一章 緒論	1
第一節 從現金交易到信用交易.....	1
第二節 研究範圍與研究架構.....	3
第一項 研究範圍.....	3
第二項 研究架構.....	3
第三節 研究方法.....	5
第二章 消費信用簡介	7
第一節 信用的分類.....	7
第一項 商業信用與消費信用.....	7
第二項 零售信用、現金信用與混合型信用.....	8
第二節 消費信用的發展.....	10
第一項 英國的發展.....	10
第二項 美國的發展.....	12
第三項 我國的發展.....	14
第三節 消費信用的法律規制.....	17
第一項 英國消費者信用法.....	18
第二項 美國消費者信用保護法.....	20
第三項 德國法.....	23
第三章 金錢借貸契約	25
第一節 金錢借貸之法律適用.....	26
第一項 我國現行法規定.....	26
第二項 外國立法例.....	27
壹、德國.....	27
貳、英國.....	28
第三項 小結.....	30
第二節 金錢借貸契約之成立與生效.....	32

第一項	銀行授信流程	32
第二項	民法消費借貸之規定	36
	壹、意思表示合致	36
	貳、貸與人移轉標的物所有權於借用人	37
	一、從寬解釋擔保權利之從屬性	38
	二、緩和「交付」之概念	40
第三項	消費借貸要物性之必要	41
	壹、要物性之由來	41
	貳、無償契約與要物性	42
	參、外國立法例	43
第四項	金錢借貸契約之成立時點	43
	壹、金錢借貸預約	44
	貳、諾成的金錢借貸契約	46
	參、小結	48
第三節	銀行金錢借貸定型化契約之效力	50
第一項	單務契約或雙務契約	50
第二項	貸與人之義務	52
	壹、提供金錢予借用人使用	52
	貳、容許借用人於借用期間內使用金錢	54
第三項	借用人之義務	55
	壹、支付利息	55
	一、約定利率之高低	56
	(一) 外國之利率管制	56
	1. 英國	56
	2. 美國	58
	3. 歐盟與德國、瑞士	59
	(二) 我國之利率管制	60
	二、銀行收取之各項「費用」	62
	(一) 利息與費用之關係	63
	(二) 費用之預扣	65

(三) 巧取利益之效果	66
貳、返還借款	68
一、抵充順序	68
第四節 金錢借貸契約之債務不履行	71
第一項 貸與人之債務不履行	71
第二項 借用人之債務不履行	73
壹、遲延利息	74
一、定型化契約約款內容	74
二、分析檢討	74
貳、違約金	77
一、定型化契約約款內容	77
二、系爭違約金約款之性質	78
(一) 損害賠償總額預定違約金說	79
(二) 懲罰性違約金說	79
(三) 本文見解	81
三、違約金過高之酌減	82
(一) 實務判決	83
(二) 分析檢討	85
第五節 金錢借貸契約之終止	88
第一項 貸與人之契約終止權—期限利益喪失條款	88
壹、定型化契約約款內容	89
貳、分析檢討	90
第二項 借用人之契約終止權—期前清償	95
壹、定型化契約約款內容	95
貳、分析檢討	96

第四章 分期付款買賣.....101

第一節 分期付款買賣之發展及功能.....	101
第二節 分期付款買賣之類型.....	104
第一項 單純分期付款買賣.....	104

壹、民法之分期付款買賣	104
貳、消費者保護法之分期付款買賣	105
參、分析檢討	106
第二項 融資性分期付款買賣	106
第三節 分期付款買賣契約之成立	109
第一項 意思表示合致	109
壹、案件事實概述	109
貳、判決理由	110
參、分析檢討	112
一、要約之認定	113
二、分期付款買賣契約之必要之點與 契約成立	115
第二項 以書面為之	116
壹、法定要式契約之目的	117
貳、違反法定要式規定之契約效力	119
參、消保法第二十一條應增訂違反法定要式 之契約效力	121
第三項 分期付款買賣為融資契約之一環	123
第四節 分期付款買賣之擔保—附條件買賣	125
第一項 我國附條件買賣制度之由來	125
第二項 附條件買賣之效力	126
壹、附條件買賣之定義	126
貳、對於出賣人之效力	127
一、所有權之保留	127
(一) 附條件所有權保留說	127
(二) 法定所有權說	127
(三) 擔保物權說	127
(四) 分析檢討	128
二、取回權之行使	129
參、對於買受人之效力	129

	一、期待權之取得	129
	二、保管標之物之義務	130
第三項	標的物的取回與再出賣	130
	壹、取回權之性質	131
	一、解除權效力說	131
	二、附法定期限解除權說	131
	三、就物求償說	132
	四、分析檢討	133
	貳、取回權之行使	134
	參、標的物取回後之處理	135
	一、買受人回贖	135
	二、出賣人再出賣標的物	136
	(一) 標的物經再出賣後，原本 契約之效力	136
	(二) 再出賣後，雙方權利義務之清算	137
	三、逾期未再出賣	138
第五節	分期付款買賣契約常見爭議	139
	第一項 期限利益喪失約款	139
	第一款 適用範圍	139
	第二款 解除契約之限制	142
	一、案件事實概述	143
	二、判決理由	143
	三、分析檢討	144
	(一) 系爭約款之性質	144
	1. 約定解除權說	145
	2. 契約附解除條件說	146
	3. 本文見解	147
	(二) 系爭約款之效力	147
	第二項 解約扣價約款	150
	壹、解約扣價之性質	150

貳、出賣人扣價範圍之計算與舉證責任·····	151
第六節 融資性分期付款之特殊問題·····	154
第一項 融資性分期付款之交易流程·····	154
第二項 問題之提出·····	155
第三項 抗辯延伸之理論基礎·····	155
壹、第三人清償說·····	155
貳、經濟上一體性說·····	157
參、小結·····	159

第五章 結論·····163



第一章 緒論

第一節 從現金交易到信用交易

曾經有人對於傳統東西方的理財觀念，做了一個很好的比喻：東方人辛苦工作一輩子，目的就是能在退休以後買個大房子享受享受；西方人則認為工作之餘應該有個舒適的空間可以好好休息，所以應該趁年輕就買個大房子，慰勞辛苦工作的自己。雖然比喻裡的「東西方」與現實社會不盡然吻合，但這兩種截然不同的想法的確代表不同觀念下的消費模式，從而在交易行為之法律基礎即產生不同之影響。前者所謂的「東方」理財觀念，可以說是現金交易、銀貨兩訖的寫照；後者所謂「西方」理財觀念，即為信用交易之模式。換言之，消費者在購買商品或服務前，無庸自備足夠之現金，而由商品或服務提供人容許消費者先取得商品或服務，再於一定期間內分次支付對價；或者消費者亦可能向其他人借取金錢以支付對價。

「信用」(credit)一詞在商業交易上的意義，指的是商品購買之延後付款或是貸款之提供¹。與現金一樣，信用也是一種交易媒介 (medium of exchange)，但兩者在本質上截然不同。現金 (貨幣) 為法定支付工具，具有無限法償的效力，為無條件的交易媒介，任何人以現金購買商品或服務，相對人不得拒絕接受。「信用」則不同，信用提供人必須信任 (trust) 或相信 (confidence) 買受人的支付能力及未來付款之意思，並將此等信任以無須即時付款即交付商品與買受人表現而外²。因此，是否先提供商品或服務予消費者，再按期向消費者收取對價，出賣人或服務提供人具有選擇之權利。

¹ Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Credit_%28finance%29. 上網日期：2007/6/10。

² Trust or confidence in a buyer's ability and intention to pay at some future time, exhibited by entrusting him with goods, etc. without present payment. Oxford English Dictionary, credit, http://dictionary.oed.com/cgi/entry/50053582?query_type=word&queryword=credit&first=1&max_to_show=10&sort_type=alpha&result_place=1&search_id=WA4i-BasUc3-687&hilite=50053582. 上網日期：2007/6/10。

對於個別消費者而言，信用交易的出現意指無庸等到存有足夠金錢時才可以消費。當消費者想要購買商品或接受服務，基於財務規劃之需求，消費者利用信用交易可以選擇向商店分期付款、向銀行借貸現金、以信用卡為支付工具或利用其他新型的融資交易滿足消費之需求，將大筆支出分散於一段期間分次支付，減輕個人或家庭的財務負擔。當個人或家庭遇有緊急事件，必須為某些緊急且必須之大筆支出，以信用方式取得現金以換取商品或服務，亦為一般無足夠現金之個人或家庭常用之應急方式。另外，信用支付工具之出現，亦使消費者出門無庸攜帶大量現金即可從事消費行為，增加消費之便利性³。消費者取得並利用信用從事消費行為之管道暢通，連帶使得生產者所生產之商品庫存減少、銷路更佳，對於整體經濟發展有相當助益⁴。

但以信用作為支付工具，並非毫無缺點。由於信用商品之產生使得消費者之消費能力大為擴張，如欠缺正確的財務規劃或自制力，很容易造成過度消費。再者，消費者利用信用交易將大筆的支出分散於數個月至數年償還，使得每月收入之固定部分必須用以還款。如在還款期間遭受失業、減薪、疾病或整體經濟環境改變，很有可能面臨無法還款之窘境而陷入債務泥沼。以美國為例，從1977年到1997年，消費者負債成長了近700%。個人破產問題嚴重，亦為美國消費信用市場尚待克服之問題。另外，以分期付款或借貸之方式購買商品或服務，由於業者或銀行在分期價中加收利息或手續費，最後支付之總金額將較以現金支付為高，若消費者貪求一時之小額負擔，則掉入商家促銷之圈套。況且，市場上存在的信用商品，不論是分期付款交易、銀行借貸、信用卡、融資性租賃或其他以不同形式、不同名稱出現的交易類型，其共同的特徵就是雙方當事人權利義務關係繁複，權利義務之內容多以企業經營者自行擬定之定型化契約約款規範。如消費者

³ William T. Vukowich, *Consumer Protection in the 21st Century—A Global Perspective*, p. 218, (2002).

⁴ 美國國家破產檢討委員會於1997年發表之「破產：未來二十年之發展」期末報告中指出，在1990年代，美國人對於消費信用產生空前的需求，在此等需求之刺激下，美國之經濟亦隨之成長。請參見 *Bankruptcy: The Next Twenty Years*, National Bankruptcy Review Commission Final Report, p. 84, October 20, 1997。

於利用信用交易之時未仔細研讀契約內容，或企業經營者自行擬定之定型化契約內容過於偏頗，事後很容易造成雙方糾紛⁵。

第二節 研究範圍與研究架構

第一項 研究範圍

信用交易之種類繁多，凡牽涉債務人將來還款承諾之法律行為，皆可涵蓋其中。為使焦點集中，本文選擇消費者信用交易市場上最常見之金錢借貸契約與分期付款買賣為研究範圍。此兩種信用交易，亦分別代表了由第三人及交易相對人處提供融資之交易類型。然而，除了單純的金錢借貸契約或單純的分期付款買賣契約，隨著信用交易之日新月異，混合型態之消費信用架構亦隨之產生。最具代表性者，如信用卡契約及融資性分期付款買賣。然信用卡交易之法律關係複雜，產生之爭議亦多，在此等混合型態之消費信用交易中，本文僅挑選融資性分期付款買賣為研究之對象。

第二項 研究架構

本文第二章，將從信用之分類、消費信用之不同類型、西方國家消費信用市場之發展狀態與相關法制之介紹出發，以求對於消費信用之全盤瞭解。

在現在經濟社會下，除了一般消費物和非消費物之借貸外，以金錢為借貸契約標的者，更屬常見。金錢在物之體系中，屬於動產，並為消費物。以金錢為標的之借貸契約，在體系劃分上屬於消費借貸契

⁵ William T. Vukowich, *Consumer Protection in the 21st Century—A Global Perspective*, p. 217, (2002).

約，民法第四百七十四條亦將金錢借貸劃歸為消費借貸之範疇。惟民法消費借貸契約規範之主要架構，係於民國十八年設計制訂，隨著時空環境變遷、信用市場規模增加，消費借貸契約之標的逐漸由早期的柴米油鹽等一般生活消費物轉變為以金錢為主。以金錢為標的之借貸契約，與傳統消費物借貸契約在雙方權利義務之表現實有差距。現今社會普遍存在之金錢借貸契約，貸與人將金錢提供借用人使用，承受借用人無法返還之風險，無非藉由此種交易獲取利益，借用人皆有支付利息之義務，為有償之消費借貸契約。在金錢借貸契約爭議最巨之利率約定、手續費之收取、借用人違約之處理等，民法四百七十四條以下消費借貸款中，皆未設有相切合可供遵循之規範。本文第三章將以金錢借貸契約為討論重心，以現行金融機構使用之金錢借貸定型化契約為起點，檢討現行法對於金錢借貸契約之規範缺漏，以及定型化契約約款之效力。

第四章有關分期付款買賣契約部分，在我國法律編排下，民法與消費者保護法對於分期付款買賣之適用範圍有所不同，從而在成立方式上亦有差異。此一差異，是否容易造成企業經營者之規避，無法達成保護消費者之目的，本文將提出疑問。另外，在民法之編排上，第三百八十九條及第三百九十條有關分期付款買賣之特殊規定係置於特種買賣中，此一編排方式是否即如傳統學說見解認為分期付款買賣為特種買賣之一環，本文將以分期付款買賣契約成立之必要之點加以檢討之。再者，關於動產擔保交易法之附條件買賣，出賣人取回標的物、買受人回贖與出賣人再出賣之意義為何，以及分期付款買賣中常見之期限利益喪失約款、解約扣價約款之相關爭議，本文亦於第四章第四節、第五節分別探討。最後，除了單純的金錢借貸契約與單純的分期付款買賣契約，目前實務上亦存有融合兩者的信用交易，即融資性分期付款交易。融資性分期付款交易之特殊性在於商品或服務提供者與金融機構具有經濟上之合作，此一交易模式造成買受人處於較單純分期付款買賣更為不利之狀態。在融資性分期付款交易中，如何克服債之相對性原則，使消費契約與金錢借貸契約同其命運，本文將於

第三章第六節參酌外國立法例，詳加探討之。

第五章結論，對上述論點做出總結，並提出心得。

第三節 研究方法

本文將蒐集與消費信用相關之書籍、論文、期刊專論、行政函釋、法院判決、業者所使用之定型化契約等文獻資料，介紹消費信用之概念及整理相關爭議。並參考就消費信用法律已有豐富經驗之德國、美國及英國法規及文獻，對於我國實務上所生爭議及法規有所缺漏部分，提出檢討與建議。



第二章 消費信用簡介

第一節 信用的分類

信用交易有許多不同的形式，從而可以由不同的分類方法，將信用交易區分為不同種類。以債務人之身分為分類，信用可概別為公共信用（public credit）與私人信用（private credit）。前者係指各級政府舉債的能力，為彌補行政機關的財政赤字，政府會發行或出售各種信用工具，代表政府對持有人於將來還款之承諾。後者則是個人或企業在經濟體系中用以進行商品或勞務交易之媒介，其可分為消費信用（consumer credit）與商業信用（business credit）兩大類。

第一項 商業信用與消費信用

消費信用與商業信用雖同為私人所使用，但其目的並不相同。商業信用為公司、合夥團體或獨資機構用以生產、製造或銷售商品，或為維持企業之營業活動所使用之信用。商業信用之使用範圍廣闊，舉凡製造商以信用為交易媒介，向原料供應商購買原料；製造商利用以信用換取而來之原料製成商品，再以信用為交易媒介銷售與批發商；零售商則以信用為交易媒介向批發商購貨等，每一階段所使用之信用，皆為商業信用¹。消費信用則係消費者從事消費活動，以其將來付款之承諾，購買所需的商品或服務為目的而動用之信用。

區分商業信用與消費信用，在法律上之實益為消費者保護法，特別是定型化契約一節之適用。我國消費者保護法定型化契約所規範之對象主要為消費者定型化契約約款²，即企業經營者為與不特定多數

¹ 葉秋南，美國消費者信用管理，頁 12，1996 年 6 月。

² 消費者保護法定型化契約一節對於商業性定型化契約約款有無適用餘地，仍有爭議。請參見詹森林，定型化契約之基本問題，載：民事法理與判決研究（三），頁 11，2003

消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款（消保法第二條第七款參照）。所謂「消費者」，依照消保法第二條第一款之定義，指以消費目的而為交易、使用商品或接受服務之人。消費者以消費目的向身為商品或服務提供人之企業經營者以延後付款之方式換取商品或服務，或向專業之金融機構申辦貸款以作消費之用，皆屬於「不再用於生產或銷售情形下所為之最終消費」³，應屬消費者保護法所保護之範圍。

第二項 零售信用、現金信用與混合型信用

消費者以消費為目的所動用之信用，依照授信人之不同，又可分為零售信用（vendor credit）、現金信用（lender credit）與介於兩者之間的混合交易（hybrid transaction）三種類型⁴。現金信用係指該交易的法律形式就是金錢借貸（loan），不論該金錢借貸是否與特定的消費有關；零售信用則指非以金錢借貸形式出現的信用交易，例如分期付款交易或信用買賣交易等。有些信用形式牽涉消費者、商品或服務提供人及金融機構等之三方關係，無法明確歸入現金信用或零售信用的分類中，則為混合信用之類型，例如信用卡、融資性分期付款等。零售信用、現金信用與混合信用在法律關係上，存有極大差異，從而可能出現之問題與爭議亦有所不同。

零售信用最典型的代表即為分期付款買賣。在分期付款買賣之契約關係中，雙方當事人除了典型買賣契約之權利義務關係外，買受人

年 8 月。

³ 行政院消費者保護委員會 84 年 4 月 6 日消保法字第 00351 號函：「查消費者與企業經營者間因商品或服務發生之法律關係，為消費關係；而消費者與企業經營者間因商品或服務所發生之爭議，是為消費爭議，消費者保護法（以下簡稱本法）第二條第三款、第四款定有明文，若因消費關係而與消費者發生消費爭議時，均有本法之適用。又所謂「消費者」，依本法第二條第一款規定，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務之人為限，至於其中所謂之「消費」，係指不再用於生產或銷售之情形下所為之「最終消費」而言，惟是否得適用於本法所定之一切商品或服務之消費，仍應就實際個案認定之。」

⁴ Aubrey L. Diamond, *Commercial and Consumer Credit: An Introductory*, p. 7 (1982).

價金債務之分期清償，表現出分期付款買賣為信用交易之特徵。由此可知，零售信用之信用交易特徵表現於消費者之分期清償或延後付款上，與單純的商品買賣或服務提供契約不同，因此契約性質多為兩種或多種典型契約之結合。雙方當事人之權利義務，不僅包含主要消費行為（即買賣契約或服務提供等相關契約），其後之消費者融資行為（即延後付款或分期付款）亦為當事人契約內容所著重之重點。在現金信用方面，則以金錢借貸契約為主，法律關係較零售信用單純。惟在我國現行法律之規範下，金錢借貸契約屬於消費借貸契約之一環，而民法消費借貸契約一節規範之重點，僅對於以一般消費物為借貸標的之借貸契約為主，對於以金錢為標的之借貸契約呈現規範不足之情形。因此在解釋我國銀行所使用之金錢借貸定型化契約約款時，尚必須藉助民法之其他類似規定、誠信原則及外國立法例。最後，混合型信用如信用卡、融資性分期付款等，由於整個交易行為的當事人通常為兩人以上（消費者、商品或服務提供者、金融機構），彼此之間的法律關係雖然各自獨立，但又互相牽連、錯綜複雜，容易發生之法律問題則更多。

第二節 消費信用的發展

第一項 英國的發展

根據英國工業貿易部 (Department of Trade & Industry, DTI) 於 2003 年 12 月出版之「公平、透明與競爭—21 世紀的消費信用市場」(Fair, Clear and Competitive. The Consumer Credit Market in the 21st Century) 白皮書⁵對於英國消費信用市場之敘述，英國的消費信用市場，由下列商品組成：

- **有擔保貸款 (secured loans)**。以消費者之房屋設定第二順位 (second charge) 抵押權之貸款，仍是一種相當普遍的融資方式。這種貸款通常透過電視媒體、貸款仲介銷售，有時亦負有整合負債之功能。但有擔保貸款不包括設定第一順位抵押權之有擔保貸款。依 2000 年的金融服務與市場法 (Financial Services and Markets Act 2000, FSMA)，金融服務局⁶ (Financial Service Authority, FSA) 自 2004 年 10 月 31 日起可對以借款人或其直系親屬以之為住所設定第一順位抵押權之貸款廣告及契約進行管制。此種抵押權約占所有設定第一順位抵押權之 40%。

- **信用卡 (credit card)**。1974 年的英國，僅有一種信用卡 (巴克萊信用卡 Barclaycard) 可供消費者使用；到了 2003 年，全英國約有 1300 種信用卡商品可供消費者選擇。前五大發卡銀行主宰了 64.1% 的信用卡市場，信用卡帳款由 1971 年的 3200 萬英鎊成長至 2003

⁵ 下載自 DTI 網站：<http://www.dti.gov.uk/files/file23663.pdf>。上網日期：2007/1/22。

⁶ FSA 為獨立之非政府機關，依據 FSMA 授權成立，由金融業者捐助成立之有限責任公司，為 FSMA 之執行機關。FSA 的委員會 (the FSA Board) 成員由英國財政部 (the Treasury) 指派，目前有主席 (the Chairman) 一名，執行長 (the Chief Executive Officer) 一名，管理委員 (Managing Director) 三名及包括副主席 (the Deputy Chairman) 在內之九名非管理委員 (non-executive director)。委員會制訂政策，日常事務則由執行處 (the Executive) 處理。請參照 FSA 網站：<http://www.fsa.gov.uk/Pages/index.shtml>。上網日期：2007/6/12。

年超過 490 億英鎊。依照 Cruickshank 報告，英國的信用卡市場是歐洲成長最快的市場，歐盟信用卡交易之三分之一皆來自英國。隨著電子商務的發展，信用卡也是許多消費者喜愛之支付工具。

- **貸款 (loans) 與小額短期貸款 (small-value short-term loans)**。非抵押貸款包括無擔保貸款或以非不動產為擔保之貸款。這種貸款往往利用電話、郵件或網路直接向消費者為銷售。市場的競爭者除了五大銀行外，還包括傳統銀行、新設銀行、部分建築建築貸款協會⁷(building society)及其他借款人例如：汽車協會(Automobile Association)、部分連鎖超市及民間借貸 (doorstep lender⁸) 等。小額短期貸款以各種不同的形式出現，但共同的特徵為借款期限在 12 個月以內。

- **郵購 (mail order)、租購 (hire purchase) 及商店卡 (store card)**。郵購提供了非常方便的消費管道，並且允許消費者在約定期限內每週支付價金。租購則提供了個人購買價值較高商品(例如汽車)之管道。這種融資方式通常使消費者先付頭期款，於依照契約將分期價金及尾款支付完畢後，取得所有權⁹。商店卡則為個別商店對消費者提供之流動帳戶信用 (running-account credit)。

- **信用合作社 (credit union)**。信用合作社在英國已經存在四十年了。目前約有 40 萬社員，20 萬借款人。相對於英格蘭及威爾斯，信用合作社在蘇格蘭最為興盛，存有 139 家，掌握了 45%的流動資產。

隨著消費信用市場的逐漸擴張，信用提供人彼此之市場占有率亦

⁷ 由協會成員的捐款形成股本或基金，其成員可以從中以抵押擔保的形式獲得貸款，參照元照英美法辭典，頁 178，2003 年 5 月。

⁸ Doorstep lender 係指對於某些信用評等較差，無法向銀行申辦貸款之人提供貸款服務之公司。這些公司收取之利率通常高於銀行貸款利率，造成英國社會之許多問題。參見 Doorstep lenders 'overcharging', BBC News, 2006.4.27. <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/4949544.stm>. 上網日期：2007/6/12。

⁹ 類似我國的附條件買賣，但略有不同。

互有消長—銀行、建築貸款協會在消費信用市場之市占率由 1993 年之 81.5% 降至 2003 年之 73.3%；同一時期零售商之消費信用市場市占率由 4.7% 降至 1.3%；保險公司之消費信用市場市占率由 2.7% 降至 0.7%。反觀專業貸款人（非銀行之信用提供者及特別抵押借款人）之占有率由 11.2% 上升至 24.6%。由於資訊科技與風險評估技術的進步，消費信用進入之市場門檻降低，因此取得執照的信用提供者數量急速上升¹⁰。專業貸款人將經營目標鎖定在消費市場之特定部分，透過媒體之廣告及創新的信用商品，使得消費者以信用作為交易媒介更為普遍及更具選擇性。

在使用信用為交易媒介之族群方面，對於信用交易需求最大者為有小孩的家庭，特別是單親家庭。小孩的誕生及購買房屋的需要，對於信用的需求遠高於一般平均值。獨立生活的年輕族群，也是信用的重度使用者。相對地，單身且領有年金之人（single pensioner）則較少使用信用。

第二項 美國的發展¹¹

以「信用」作為交易之媒介，自 20 世紀初期在美國快速發展。在二〇、三〇年代，福特汽車與通用汽車之市場競爭，使得分期付款在美國社會中迅速蔓延。當時，福特汽車憑藉其先進的技術與低廉的成本，在汽車市場中擁有高度之市佔率。雖然在其他商品買賣中，已有分期付款之交易方式，但福特汽車之創始人亨利福特始終堅持現金交易。在通用汽車逐漸掌握類似的生產技術後，首先在汽車業中大規模地採用分期付款為促銷手段。消費者透過這種財務負擔較小的信用交易，可以輕鬆的購買比福特汽車更為豪華的通用汽車，促使通用汽車的銷售量直線成長，福特汽車的市佔率及利潤因此受到沈重的打

¹⁰ 依照消費者信用法（Consumer Credit Act），英國提供消費者信用之企業經營者必須取得執照，詳後述。

¹¹ 本節主要參考鄒浩，美國消費信用體系初探，2006 年 1 月。

擊。即使福特汽車後來也被迫成立自己的融資公司，以分期付款方式面對競爭激烈的汽車市場，仍無法挽回頹勢。在這段時間內，美國主要的大型百貨公司，也如雨後春筍般開始由現金交易轉向接受消費者以分期方式支付價款。

二十世紀初期，美國信用市場的另一個顯著特徵為有錢人可以容易地在商業銀行等機構申辦貸款，但中產階級或低收入者，只能以相當大的利息成本向非法的小額貸款公司借貸。為了改善這種不正常的市場狀況，美國政府透過高利貸改革，使消費信貸機構的經營合法化與市場化。另外，小額貸款公司組成公會，制訂嚴格的自律規範，企圖改變以往貪婪、狡猾的形象。至三〇年代末期，嶄新的小額貸款行業形成，得到社會的普遍認可，成為消費者信貸和金融服務的重要來源，與分期付款信用交易共同拉開美國現代消費信用市場的序幕。

美國現代消費信用市場，有三個明顯的特徵：第一、消費信用的主要提供者，由早期提供零售分期付款和汽車銷售的零售商過度到以商業銀行為主的金融業。商業銀行以前的經營重點在於商業信貸，自三〇年代中期起，則開始向一般消費者提供信用商品，並成為最大的消費信用提供者。第二、在過去的五、六十年的發展過程中，無論是消費信用的市場規模，或是消費信用在個人收入之比例，都以驚人的速度成長。自從二次大戰以後，美國消費信用市場總值迅速膨脹，房屋貸款餘額從 1945 年之 1900 億美金成長至 2003 年之 6500 億美金；同時期不包括房屋貸款之消費信用餘額，則從 710 億美金成長至 2 兆美金。在收入負債比方面，由戰後的 4% 上升到目前的 25%，房屋貸款的比重更是由 11% 上升至 80%，成長速度相當驚人。第三、以信用卡為主的循環信用商品市場規模逐年擴大。在六〇年代之前，信用市場上幾乎沒有循環信用商品，經過四十年的發展，循環信用已占整個信用市場的 40%，其中又以信用卡為代表。在 1970 年代初期，只有 16% 的美國家庭擁有信用卡；到了 2001 年，已經有 73% 的家庭使用。消費者不僅將信用卡當成便利的支付工具，越來越多的持卡人開始依賴

信用卡的借貸功能。

第三項 我國的發展

消費信用在我國的發展，最早可追溯自民國五〇年代。民國五十四年六月，立法院通過由裕隆汽車創辦人嚴慶齡力推之「動產擔保交易法」後，分期付款交易自始在台灣迅速發展。以分期付款交易最常見的標的一汽車為例，民國五十五年自用小客車開始出現 23% 以上的年增量，較民國五十四年之前約 15% 的年增率，增加 8%；營業車的市場年需求量，也從五百輛躍增至二千輛。高價位的進口轎車透過低利率分期付款方式，亦多次在短期內達到高銷售量。例如 1993 年中華賓士的「菁英專案」、凱楠汽車的「入主 VOLVO 尊容專案」、1994 年汎德汽車 1.79% 低率促銷專案等，均在一個月不等的期間內，售出兩千多輛汽車。在我國加入 WTO 後，車商為爭取新車市場銷售，及車主第二輛汽車的品牌忠誠度，分期付款的購車方式將更為普遍，以分期付款方式購車之比例，將可達 50%，與歐美國家相近¹²。

另外，我國銀行業在消費信用市場之涉足，亦從民國七〇年代開始起步，至今已成為消費信用之最大提供者。銀行業在消費信用市場之業務發展，可分為以下四大階段¹³：

- **第一階段（民國七〇年代以前）：**銀行尚未重視消費者貸款市場，僅有少數行庫辦理消費者貸款，並以房屋貸款為主。此一時期資金之主要需求者為中、大型企業，一般消費大眾的信用融資，大多仰賴地下金融。

¹² 蔡炎暉，汽車分期付款買賣之研究，頁 1，政治大學法律學系碩士論文，2004 年 6 月。

¹³ 此部分引自簡啓鴻，銀行個人消費信用貸款授信風險評估模式與放款定價策略之分析—以國內某一銀行為例，頁 8-10，東華大學管理學院高階經營管理碩士在職專班碩士論文，2007 年 1 月。

• **第二階段（民國七〇年代）：**由於國內貨幣市場快速發展，大企業除向銀行融資外，亦可從貨幣市場取得資金；並受持續貿易順差之影響，國內銀行資金逐漸浮濫；一般中小企業因財務制度不健全、擔保品不足，銀行基於風險考量不願過度融資。在這些因素下，國內銀行開始推展個人消費性貸款業務，藉以消化過剩資金，並擴增放款業務獲取利潤。此段時期，本國銀行開始承作整批式的綜合消費性貸款，但仍以房屋貸款為主；外商銀行則已逐漸涉足汽車貸款、信用卡等業務。財政部亦著手修改金融法規，逐漸開放銀行業務種類，以降低日益嚴重的地下金融活動。我國消費金融至此跨入新的里程碑。

• **第三階段（民國八〇年代）：**開放新銀行是台灣金融史關鍵的一刻。國內公、民營銀行及老、新銀行的競爭激烈、勢力消長快速。銀行業者為有效運用資金，不但必須搶食既有貸款市場，更要擴大市場大餅。大部分新設銀行均以消費金融與企業金融並重為主要競爭策略。此一時期，大型企業直接金融¹⁴的籌資管道更加順暢，間接金融¹⁵之比重大幅萎縮。加上以花旗銀行為首的外商銀行大都以消費性貸款為主要業務推展目標，因此消費性貸款逐漸成為國內銀行貸款業務的主流。

• **第四階段（民國八〇年末期迄今）：**大型公營行庫陸續完成民營化，亦相繼投入風險分散、利潤較高之消費金融市場。這些行庫挾其龐大的客戶群，全力推動消費金融業務，使市場競爭更加白熱化。銀行間的激烈競爭，導致本國銀行淨值報酬率自民國八十二年的

¹⁴ 直接金融市場指資金需求之企業委託交易商直接向市場投資人公開發行憑證，以募集所需資金，資金需求者與投資人之皆發生法律上權利義務關係。直接金融市場依資金需求期間之長短，又分為長期的資本市場與短期的貨幣市場。資本市場依發行憑證所表彰的權利內容，又可分為債券市場、股票市場及共同基金市場；貨幣市場則分為金融同業拆放市場及票券市場等。請參見蕭長瑞，銀行法令實務（一），頁3，2006年3月增修訂6版。

¹⁵ 間接金融市場指資金需求者（授信戶或募集發行人）與資金供給者（存款人或投資人）間不直接發生法律上權利義務關係之金融市場。在間接金融市場內，身為資金供給者之存款人交寄款項予銀行業者，透過銀行業提供予有資金需求之授信戶。存款人與授信戶並不發生法律上權利義務關係，銀行業成為資金仲介之橋樑。請參見蕭長瑞，銀行法令實務（一），頁3，2006年3月增修訂6版。

14.7%，不斷下降至民國九十年之 7.55%。銀行在消費金融市場激烈競爭之同時，也刺激民眾對於信用交易的依賴程度，以致於在民國九十三年年底釀成雙卡債務風暴¹⁶。



¹⁶ 「金管會銀行局昨天統計，今年 5 月至 9 月短短四個月間，國人尚未清償的卡債遽增 970 億元。到 9 月底為止，國人累計已積欠下 7100 多億元的卡債。國人簽帳積欠的債務，已經超過我採購美國軍備的預算。銀行局昨天公布最新信用卡與現金卡統計資料顯示，9 月分發卡銀行逾放比率雖已見改善，但國人債台高築卻愈演愈烈。其中，信用卡循環信用餘額直逼 5000 億元大關，達到 4859 億元；預借現金餘額也增加至 186 億元，合計信用卡未清償卡債約 5046 億元。9 月分現金卡動用額度的卡數約 364 萬張，累計放款餘 2143 億元。信用卡加上現金卡，國人累計欠下高達 7189 億元的卡債；估計年底全體卡債餘額將突破 8000 億元。」參見全國卡債 4 個月暴增 970 億，行政院金融監督管理委員會銀行局新聞稿，2004 年 10 月 28 日。

第三節 消費信用的法律規制

在現金交易之法律關係上，雙方當事人銀貨兩訖，法律關係之重點在於商品或服務本身是否符合契約約定之內容，商品買受人如無法支付價金，出賣人得行使同時履行抗辯權拒絕交付商品。在以信用為交易媒介之法律關係上，契約性質則隨著新型融資方式而演化更新，從最原始之金錢借貸契約、分期付款買賣契約到混合買賣契約、委任契約或消費借貸契約等契約特徵之信用卡契約、融資性租賃契約等。隨著行銷手法日新月異、消費市場之變化，信用交易未來將以何種面貌出現，實無從預測。雖然信用交易之法律關係日漸複雜，但以信用為交易媒介之契約，無論是由商品或服務提供人為信用授與人之零售信用，或是由金融機構為消費者融資對象之現金信用，當事人所著重之契約重點除了商品或服務本身是否符合契約約定內容外，對於債務人金錢債務之還款能力及返還方式亦甚關心。從而在信用交易契約中，一套可以制衡雙方當事人權利義務，合理分配當事人違約責任之制度，實為必須。特別在現代消費者信用市場上，債權人（即信用提供者）往往為以提供商品或授與信用為營業之企業經營者，其與消費者之間之信用契約，多由企業經營者預先擬定，並設計各種確保金錢債權得以順利回收之約款，以減低債務人無法清償之風險。由於此等約款由信用提供者片面擬定，消費者對於約款內容並無談判之空間，導致某些約款過於保護信用提供者，使得債務人之權益遭受不當之侵害¹⁷。另外，在信用商品推陳出新、行銷手法日新月異的現代消費信用市場，業者為了吸引消費者利用信用進行交易，往往只針對信用商品的優點大作廣告，對於消費者所應付出之成本及違約之代價為何，多是簡單略過甚至避而不談，造成消費者於選擇信用商品時，因資訊不充分或不夠透明導致日後付款之爭議。

以下先就外國對於消費信用之法律制度及有關消費信用商品之

¹⁷ 對於信用契約（分期付款買賣與金錢借貸契約）雙方當事人權利義務應如何合理分配，將於本文第三章、第四章詳細探討之。

資訊揭露作一大略之介紹。至於當事人權利義務關係之分配、違約之處理等，將於本文第二章與第三章以我國現行法制所產生之問題，配合實務判決、學說，並參考外國立法例之規定詳細探討之。

第一項 英國消費者信用法

在消費信用方面，英國成文法的發展起初是零碎而片面的。在 1878 年至 1882 年的買賣法 (the Bills of Sale Acts) 中，規範借款人可占有抵押標的物之抵押權；1900 至 1927 年的金錢貸與人法 (the Moneylenders Acts) 對於部分金錢貸與人之行為設有管制規範 (不包括銀行)；1872 年至 1960 年的當舖業法 (the Pawnbrokers Acts) 管制當舖業者之行為；1965 年的租購法 (the Hire-Purchase Act) 則對於租購金額不超過 2000 英鎊，且承租人非公司之租購契約設有規範 (此一金額限制於 1983 年提高至 7500 英鎊)。這些片段而零散的立法方式所造成的缺失，可由金錢貸與人法之適用窺知一二：由於金錢貸與人法之適用主體不包括銀行，因此當金錢貸與人為銀行，縱使借款人為無經驗之個人，且金錢貸款契約之內容過於嚴苛偏頗時，亦無金錢貸與人法之適用餘地。反之，當借款人為大型上市公司，具有與金錢貸與人之談判能力時，則仍受有該法之保護。另外，當新型信用形式不斷發展與變化之同時，適用對象過於具體之特別法規無法將新型信用商品涵蓋其中，造成法律上之漏洞。¹⁸

為了解決上述特別法規繁複零散所造成之問題，1971 年的 Crowther 會議報告中，建議不區分各種信用交易之形式，設置單一之法規保障信用交易中之消費者權益。「消費者信用法」(Consumer Credit Act) 於 1974 年應運而生¹⁹，並於 2006 年配合消費信用市場的發展，做了全新修正。該法共分為 12 章 193 條及五個附則，主要規範授信額度達 25000 英鎊之消費信用及消費租賃契約，規範重點

¹⁸ Robert Lowe/ Geoffrey Woodroffe, *Consumer Law and Practice*, p. 327, 4th edition, 1999.

¹⁹ Aubrey L. Diamond, *Commercial and Consumer Credit: An Introductory*, p. 29, 1982.

為：

(1) **建立授信者之證照制**²⁰：依照消費者信用法第二十一條之規定，從事消費信用、消費租賃或相關行業之人，必須取得證照。該證照由公平交易局（the Director of Fair Trading, OFT）審酌申請人是否曾有詐欺、暴力、背信等犯罪前科，或曾經違反消費者信用法或其他消費者保護法規，或經營行為雖未違反法律，但有隱瞞、欺騙等行為後發給²¹。未取得證照而進行信用授與之行為或超出許可範圍之授信行為，皆構成犯罪（第三十九條），且該信用授與契約須取得發照機關之許可始可強制執行（第四十條）。發出的證照亦可被吊銷或收回。

(2) **消費信用廣告**：廣告（advertisement）的範圍非常廣泛，包括任何形式之宣傳，例如廣播、電視、影片、報章雜誌、店頭展示、標誌、宣傳卡、目錄、價目表、招牌等。如廣告之內容與事實不符或造成誤導，廣告刊登者（advertiser）構成犯罪（第四十六條）。廣告刊登者並非指實際刊登廣告之人，而指依廣告內容為將與消費者為信用交易之人。至於廣告內容與形式之細節規範，則由法律授權以法規命令（the Consumer Credit (Advertisements) Regulations 1989）定之。目的在於使消費信用之廣告能確實揭露信用之本質與價格，減少錯誤與誤導廣告之產生。另外，為使消費者得以利用業者刊登之廣告比較各種信用產品之優劣及利率，信用商品之年百分率（Annual Percentage Rate, APR）亦必須使消費者清楚得知²²。

(3) **規範契約形式及內容**：消費者信用法要求信用提供人於締約前向消費者為充分之資訊告知，信用契約須以書面訂之，並具備應記載之事項（第六十條）。信用提供人在各種情況下，皆必須給予消

²⁰ Aubrey L. Diamond, *Commercial and Consumer Credit: An Introductory*, p. 345, 1982.

²¹ DTI, *Fair, Clear and Competitive: The Consumer Credit Market in the 21st Century*, p.45, 2003.

²² DTI, *Fair, Clear and Competitive: The Consumer Credit Market in the 21st Century*, p.31, 2003.

費者信用契約之副本（第六十二條）。如信用契約係在消費者之營業場所或住處簽訂時，消費者於冷卻期（cooling-off period）之內（五日或十四日）享有無條件悔約權（第六十七條）。另外，消費者信用法賦予消費者之權利不得以特約排除（第一百十七條）。

（4）債務人發生違約、終止契約或提前清償之處理措施：關於消費者信用契約之債務不履行、雙方之契約終止權等，於第八十七條至第一百零四條中設有規範。相關規範將於本文第二章與第三章提及。

（5）授與法院權力：如果信用契約之對價顯不相當或違反誠信原則（Extortionate credit bargains），法院可裁定當事人重新議價（第一百三十七條）。另外，法院得延長消費者履行債務之期間，必要時，可免除消費者之債務。

第二項 美國消費者信用保護法

美國有關消費信用保護之法規，主要以美國法典第十五篇第四十一章消費者信用保護（U.S. Code, Title 15, Chapter 41 Consumer Credit Protection）²³為主，其中包括消費信用價格揭露（Consumer Credit Cost Disclosure）、禁止扣押債權（Restriction on Garnishment）、信用美化機構（Credit Repair Organization）、信用報告機構（Credit Reporting Agencies）、公平信用機會（Equal Credit Opportunity）、債務催收行為（Debt Collection Practices）及電子交易規範（Electronic Fund Transfers）等七大部分。以下將各該法規之規範重點作一簡單整理。

（1）消費信用價格揭露（第 1601 條至第 1667f 條）：此部分即所謂「信實貸款法」（Truth in Lending Act, Regulation Z）²⁴。本法之

²³ 請參見 http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sup_01_15_10_41.html。

²⁴ 金文悅，定型化消費者貸款契約之法律問題研究，頁 41，東吳大學法律學研究所碩

立法目的，主要係使消費者於選擇消費信用商品時，對於各種消費信用商品之成本與契約條件能有真實、可靠且一致性的比較標準。因此要求信用契約除應具備一定之形式與內容外，對於信用商品廣告應揭露之事項、內容、格式及語言，皆設有詳盡規定。例如：信用供給人必須清楚明白地（clear and conspicuously）為重要事項之揭露，對於年百分率（APR）或融資費用（finance charge）之揭露則必須較其他事項更為明確（第 1632 條）；對於消費信用商品之廣告，本法依照消費信用之類型為分期付款（installment）、開放式信用（open end credit plan）或其他信用類型，分別設有不同之廣告刊登規範（第 1662 條至第 1665b 條）。

（2）禁止扣押債權（第 1671 至第 1677 條）：為保護陷入還款困難債務人之生計，法律限制債權人得扣押之最高額不得超過債務人週薪之 25%（第 1673 條）。並規定雇主不得因受雇人之薪水被債權人扣押而解雇該受雇人（第 1674 條）。

（3）信用美化機構（第 1679 至第 1679j 條）：某些曾經經歷債務問題之消費者，為重新取得信用交易之機會，往往會尋求信用美化機構協助改善其信用記錄。惟部分從事信用美化之業者所刊登之廣告或經營手法，以利用消費者之經濟弱勢與缺乏經驗為主，為了使有此需求之消費者可充分了解信用美化業者之服務內容，避免社會大眾被不肖業者之不實欺瞞廣告所誤導，美國法在此設有對於信用美化業者廣告、經營手法及與消費者間訂定契約之規範。

（4）信用報告機構（第 1681 至第 1681x 條）：銀行體系有效運作的前提，有賴公允且正確之信用報告機制，不正確的信用報告將直接減損銀行體系之運作效率，且不公允的信用報告方法將破壞公眾對銀行體系之信心。因此，美國消費者信用保護法為確保信用報告之公允及正確，設有以消費者信用報告機構及消費信用報告使用者為規範

士論文，1990 年 6 月；台灣金融研訓院，銀行消費者保護工作成效評鑑專案期中報告，行政院金融監督管理委員會銀行局委託計畫，2006 年 1 月。

主體之法律。信用報告機構可提供調查及評估消費者信用評價、信用狀況、信用能力、個性及整體信譽。信用報告機構在彙整及評估消費者信用及其他有關消費者之資訊上，須採行合理程序，並遵守資訊之機密性、正確性、關連性及正當使用，秉持公允不偏頗之態度，尊重消費者隱私權，滿足商業界對消費者信用、人事、保險及其他方面資訊之需求²⁵。

(5) 公平信用機會 (第 1691 條至第 1691f 條)：歧視 (discrimination) 在美國社會仍為一大問題，少數民族、女性或年老者往往不易或無法取得信用。為彌補及匡正此一不公平之現象，法律禁止銀行對借款人之種族、膚色、國籍、性別、婚姻狀況或年齡等有所歧視。於駁回申請人之授信申請時，須向申請人提供特定理由之說明。此外，申請人提供補充資料時，銀行應重新考量其授信決定。

(6) 債務催收行為 (第 1692 條至第 1692o 條)：美國國會發現，無論是債權人或是債權人委託之第三人對於債務人為債務催收時，往往利用欺瞞、不公平之催收手法。這種不當催收手法之濫用，造成個人破產的增加、婚姻破裂、失業及隱私權遭侵害等負面結果。為了使消費者免於不當催收行為之恐懼，並使依照合法催收方式之債務催收業者在同業競爭下不致居於劣勢，法律設有對於催收行為之規範。例如債務催收人與消費者之一般通訊，非經消費者事先同意或經法院允許，不得在任何不尋常的時間、地點，或明知或可得知將對消費者造成不便之時間或地點為之。債務催收人應假設與消費者通訊之便利時間為消費者所在地時間上午八時後至下午九時前 (第 1692c 條)。凡催收行為使用污穢、褻瀆之言語，或其言語足以騷擾聽者或讀者；公佈拒絕還款之消費者名單；意圖打擾、侮辱或騷擾他人，而在所撥接之電話製造電話鈴聲，或使他人重複或持續的進行電話交談；所撥之電話為表明去電者之身份等，皆構成催收之濫用 (第 1692d 條)。濫用催收手段之業者須對其所造成之損害負賠償責任 (第 1692k 條)。

²⁵ 請參考台灣金融研訓院，銀行消費者保護工作成效評鑑專案期中報告，頁 14 以下，行政院金融監督管理委員會銀行局委託計畫，2006 年 1 月。

(7) 電子交易規範(第 1693 條至第 1693r 條): 隨著科技進步, 電腦線上信用交易越來越普遍。以電子設備為交易媒介之新型交易方式, 與傳統交易方式有所不同, 當事人責任之劃分在傳統法律規定下不甚明確, 造成企業經營者將風險轉由消費者負擔。為了在電子交易架構中, 建立一套清楚的權利義務關係, 美國法在此部分設有相關規範。

第三項 德國法

在 2001 年 12 月 31 日以前, 德國關於消費信用之規範, 為消費者貸款法 (Verbraucher Kreditgesetz)。該法對於分期付款 (延後付款) 契約、金錢借貸契約及信用居間契約之形式及內容設有補充民法一般規定之實體法上之規範²⁶。2002 年 1 月 1 日起, 德國民法債編修正公佈施行, 將消費者貸款法等特別法之規定納入民法, 使民法體系更透明清晰而可窺其全貌²⁷。有關德國信用契約之規範, 規定於民法第四百八十八條至第五百零七條。其中包括金錢借貸契約 (Darlehensvertrag) 及融資協助 (Finanzierungshilfen) 兩大部分。在金錢借貸契約中, 除基礎規範 (第四百八十八條至第四百九十條) 以外, 有關貸與人為企業經營者, 借用人為消費者之有償金錢借貸契約 (消費者金錢借貸契約 Verbraucher Darlehensvertrag), 第四百九十一條至第四百九十八條設有特別的法律規範。融資協助 (Finanzierungshilfen) 則包括企業經營者與消費者之間之延後付款 (Zahlungsaufschub)、融資性租賃契約 (Finanzierungsleasingverträge)、分期付款契約 (Teilzahlungsverträge), 以及分期供應契約 (Ratenlieferungsverträge) 等, 於第四百九十九條至第五百零五條設有相關規範。以上對於信用契約之消費者保護規定皆為半強制規範, 並且適用於淨借貸額或現金

²⁶ Ulmer, AGB-G, Anh. §310 BGB, Rn. 260.

²⁷ 楊淑文, 德國民法關於消費者契約之修正與我國消費者保護法相關規定之比較研究, 發表於政治大學法學院民法中心、行政院國家科學委員會社會科學研究中心主辦之德國民法債編修正研討會, 頁 6, 2003 年 11 月 1 日。

價不超過 50000 歐元之自然人非消費用途之金錢借貸（Existenzgründer）²⁸。



²⁸ Ulmer, AGB-B, Anh. §310 BGB, Rn. 260.

第三章 金錢借貸契約

當消費者手頭現金不足，但必須從事消費行為時，除了以分期付款之方式向商品出賣人或服務提供者換取商品或服務，尚可向他人借取金錢，以支付消費之對價。消費者有資金需求時，可能求助的對象範圍廣大，舉凡親朋好友、金融機構、甚至地下錢莊等皆可能成為消費者借款之對象。惟在資本主義社會下，銀行為專業的資金仲介機構，可向社會大眾吸收存款¹，並將眾人之存款以各種方式貸與資金需求者，藉此獲取利益²。絕大多數的消費者有周轉需要時，多會向銀行借款，金錢貸款對於銀行而言，亦為重要之業務。

但在民眾向銀行申辦貸款之流程中，由於不熟悉銀行貸款作業中之各種繁複手續，並因其申辦貸款時皆處於亟需金錢之狀態，為了得以快速並順利取得資金，多半對於銀行之要求不加思索而為同意。反觀銀行與消費者所締結之金錢借貸契約，皆為銀行所設計擬定之定型化契約。此種定型化契約在形式上除具備一般定型化契約常見之缺點—約款眾多且字體細小外，契約文件複雜多樣亦為銀行貸款定型化契約之特色。以國泰世華銀行消費者信用貸款契約為例，契約文件包括消費者貸款申請書、貸款申請暨個人資料表、本票、融資標的物使用切結書、貸款契約書、本息自動扣繳約定書、委託續保暨代繳保費授權書等。一般借款人看到一疊文字艱澀、複雜難懂的契約文件時，多半選擇聆聽銀行行員之指示於文件上簽名，並未細讀文件上之各項約款，更遑論就個別約款與銀行談判磋商。因此，借款人與貸款銀行發生糾紛，屢見不鮮。

收受存款為銀行之專屬業務，銀行法第二十九條第一項規定：「除法律另有規定者外，非銀行不得經營收受存款受託經理信託資金、公眾財產或辦理國內外匯兌業務。」違反者依同法第二十五條有刑事責任。

² 蕭長瑞，銀行法令實務（一），頁 17，2006 年 3 月，增修訂 6 版。

有關現金信用方面，本文將以銀行與消費者間之金錢借貸契約為中心，檢視銀行消費者貸款業務之現況以及檢討其所擬定之貸款定型化契約，並針對我國目前法令對於此部分之規範是否足夠加以檢討分析。

第一節 金錢借貸契約之法律適用

第一項 我國現行法規定

借貸契約與租賃契約在法律體系上皆屬於提供他人物之使用收益權之契約類型。借貸契約係指借用人向貸與人借用標的物使用之契約。依借貸標的物性質與使用目的之不同，可分為使用借貸與消費借貸。使用借貸之標的物多為非消費物，借用人使用標的物後，能以原物返還貸與人；消費借貸之標的物則為消費物，經借用人使用後，無法以原物返還貸與人，因此貸與人須使借用人取得標的物所有權，而借用人再以種類、品質、數量相同之物為返還。借貸契約與租賃契約不同之處在於，借用人使用貸與人提供之物，原則上無須支付對價，且消費借貸由於標的物之性質使然，借用人係取得標的物之所有權而為使用，與租賃契約之標的物所有權非由承租人取得不同。

在現在經濟社會下，除了一般消費物和非消費物之借貸外，以金錢為借貸契約標的者，更屬常見。金錢在物之體系中，屬於動產，並為消費物³。以金錢為標的之借貸契約，在體系劃分上屬於消費借貸契約，民法第四百七十四條亦將金錢借貸劃歸為消費借貸之範疇。惟民法消費借貸契約規範之主要架構，係於民國十八年設計制訂，隨著時空環境變遷、信用市場規模增加，消費借貸契約之標的逐漸由早期的柴米油鹽等一般生活消費物轉變為以金錢為主。以金錢為標的之借貸契約，與傳統

³ 王澤鑑，民法總則，頁 228，2000 年 9 月。

消費物借貸契約在雙方權利義務之表現實有差距。以民法第四百七十六條貸與人之瑕疵擔保責任為例，該條規定有償消費借貸之貸與人就借用物有瑕疵擔保之責。現今社會普遍存在之金錢借貸契約，貸與人將金錢提供借用人使用，承受借用人無法返還之風險，無非藉由此種交易獲取利益，借用人皆有支付利息之義務，為有償之消費借貸契約。惟發生貸與人提供之金錢存有瑕疵，借用人須依上開條文向貸與人主張亦以無瑕疵之金錢之情況，殊難想像。反之，目前金錢借貸契約爭議最巨之利率約定、手續費之收取、借用人違約之處理等，民法四百七十四條以下消費借貸款中，皆未設有相切合可供遵循之規範，而此等金錢借貸契約典型爭議，亦與消費物之借貸契約不同。

第二項 外國立法例

壹、德國

與我國同為大陸法體系之德國民法，於 2001 年 12 月 31 日以前第六百零七條有關消費借貸之規定，與我國現行規定相同，包括金錢及一般消費物之借貸。有關企業經營者與消費者之間的信用契約⁴，另有消費者信用法（VerbraucherKreditgesetz）為特別規範。2002 年 1 月 1 日起，德國民法債編修正公佈施行，此次債法修正目的之一，即是將特別法之規定納入民法，使民法體系更透明清晰而可窺其全貌⁵。有關德國民法借貸契約之體系，在此次債編修正中亦重新定位，並納入消費者信用

⁴ 德國消費者信用法（VerbKrG）第一條第三項對於信用契約之定義為：「信用供給者與消費者約定，提供有報酬之金錢借貸或延期付款或其他形式之融資」。原文如下：Kreditvertrag ist eine Vertrag, durch den ein Kreditgeber einem Verbraucher einen entgeltlichen Kredit in Form eines Darlehens, eines Zahlungsaufschubs oder einer sonstigen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht.。

⁵ 楊淑文，德國民法關於消費者契約之修正與我國消費者保護法相關規定之比較研究，發表於政治大學法學院民法中心、行政院國家科學委員會社會科學研究中心主辦之德國民法債編修正研討會，頁 6，2003 年 11 月 1 日。

法之規定，將借貸契約區分為金錢借貸 (Darlehensvertrag)⁶ 及消費物之借貸 (Sachdarlehensvertrag)，兩者皆以借用人必須支付對價⁷ 為類型特徵，分別規定於第四百八十八條以下及第六百零七條以下。其中金錢借貸部分除基礎規範 (第四百八十八條至第四百九十條)，有關貸與人為企業經營者，借用人為消費者之有償金錢借貸契約 (消費者金錢借貸契約 Verbraucherdarlehensvertrag)，第四百九十一條至第四百九十八條設有特別的法律規範。第四百九十九條至第五百零五條則對於企業經營者與消費者之間的融資協助 (Finanzierungshilfen)，特別是延後付款 (Zahlungsaufschub)、融資性租賃契約 (Finanzierungsleasingverträge)、分期付款契約 (Teilzahlungsverträge)，以及分期供應契約 (Ratenlieferungsverträge) 設有更進一步的消費者保護規範。以上的消費者保護規定皆為半強制規範，並且適用於淨借貸額或現金價不超過 50000 歐元之自然人非消費用途之金錢借貸 (Existenzgründer)⁸。

貳、英國

契約法在英國的發展，與大陸法體系差異甚大。大陸法系以成文法為主，以我國與德國為例，契約法為民法典之一部分，規範方式由抽象到具體，由契約基本原則之總論規定至各種不同類型契約之具體規範。英美法系則不然，有關契約法方面，並無一部整體性法典，法律規範主要由法院判例累積而成，但亦有成文之法律規定。但在看似毫無章法之法律體系中，英國法有關契約之規範，其實與大陸法系相同，區分為基本原則 (general principles) 與特別規範 (specialist rules)。前

⁶ 為了避免使用「信用契約」(Kreditvertrag) 一詞，條文將 Darlehensvertrag 專指以金錢為標的之消費借貸契約 (Gelddarlehensvertrag)，參閱 Ulmer, AGB-B, Anh. §310 BGB, Rn. 260.

⁷ 但無償借貸亦有適用，參照 Brox/ Walker, Besonderes Schuldrecht, 27. Aufl., 2002, 198, Rn. 21.

⁸ Ulmer, AGB-B, Anh. §310 BGB, Rn. 260.

者相當於我國債編總論有關契約之規定，大部分仍為法官造法之判例法；後者則為不同類型或不同範圍之規定，其表現形式除判例法外，自十九世紀以來，為因應工商業發達及各式交易的出現，特別對於勞工和消費者有關之契約制訂有成文法規範⁹。

在消費信用方面，英國成文法的發展起初是零碎而片面的。在 1878 年至 1882 年的買賣法 (the Bills of Sale Acts) 中，規範借款人可占有抵押標的物之抵押權；1900 至 1927 年的金錢貸與人法 (the Moneylenders Acts) 對於部分金錢貸與人之行為設有管制規範 (不包括銀行)；1872 年至 1960 年的當舖業法 (the Pawnbrokers Acts) 管制當舖業者之行為；1965 年的租購法 (the Hire-Purchase Act) 則對於租購金額不超過 2000 英鎊，且承租人非公司之租購契約設有規範 (此一金額限制於 1983 年提高至 7500 英鎊)。這些瑣碎的法律規範由於適用對象過於具體，不但容易造成適用上的漏洞，對於隨著市場變動而新發展出現之信用商品 (例如信用卡等)，亦無適用餘地。此等成文法律混亂無章之情況，直到 1974 年消費者信用法 (the Consumer Credit Act) 出現後，始獲解決。¹⁰

1971 年的 Crowther 會議 (Crowther Committee) 報告中，建議不區分各種信用交易之形式，設置單一之法規保障信用交易中之消費者權益。1974 年之消費者信用法及回應了此項建議，當消費者信用法全面施行後，即前述之金錢貸與人法、當舖業法、租購法及 1967 年之租購廣告法 (the Advertisements (Hire-Purchase) Act)¹¹。消費者信用法所涵蓋之契約，包括租購 (hire-purchase)、附條件買賣 (conditional sale)、信用買賣 (credit sale)、個人貸款 (personal loan)、透支 (overdraft)、抵押貸款 (loan secured by land mortgage)、信用卡

⁹ Linda Mulcahy/ John Tillotson, Contract Law in Perspective, p. 5, 4th Edition, 2004.

¹⁰ Robert Lowe/ Geoffrey Woodroffe, Consumer Law and Practice, p. 327, 4th edition, 1999.

¹¹ Aubrey L. Diamond, Commercial and Consumer Credit: An Introductory, p. 29, 1982.

(credit card)、擔保(pledge)及商店預付帳戶(budget accounts in shops)等¹²。該法之五大立法目的為：建立授信者之證照制；規範信用廣告；規範契約形式及內容；規範契約履行(enforcement)、擔保及授與法院調整契約內容之權力¹³。

第三項 小結

在物之分類上，消費物係指依其性質以使用一次，即為消耗，不能再用於同一目的之物¹⁴；換言之，消費物的正常使用方式為消費或付出¹⁵。依照學者通說，區分消費物及非消費物之實益在於法律上的使用收益關係，僅能以非消費物為標的¹⁶。因此，在以提供物之使用為目的之契約類型中，租賃契約與使用借貸契約之標的均為非消費物；兩者之差異在於前者為有償契約，而使用借貸則為無償。由於物之使用人是否支付報酬，關係雙方權利義務之分配¹⁷，因此租賃契約與使用借貸契約有關契約之終止、修繕義務、權利瑕疵等，皆設不同程度之規定，且租賃契約針對承租人租金之給付義務亦設有特別之規範。

¹² Robert Lowe/ Geoffrey Woodroffe, *Consumer Law and Practice*, p. 334, 4th edition, 1999.

¹³ Aubrey L. Diamond, *Commercial and Consumer Credit: An Introductory*, p. 29, 1982.

¹⁴ 王澤鑑，*民法總則*，頁 228，2000 年 9 月。

¹⁵ 黃立，*民法總則*，頁 165，2005 年 9 月修訂 4 版。

¹⁶ 黃立，*民法總則*，頁 165，2005 年 9 月修訂 4 版；王澤鑑，*民法總則*，頁 228，2000 年 9 月。

¹⁷ 在民法體系中，有償契約與無償契約有關雙方當事人權利義務如何分配，至為重要。以買賣契約與贈與契約為例，前者物之受讓人（買受人）有支付對價之義務，因此物之讓與人（出賣人）對於物之瑕疵負有擔保責任（民法第三百四十九條以下），且雙方意思表示合致後，不得任意撤銷或解除契約。惟在贈與契約中，受贈人取得標的物所有權無須支付對價，因此贈與人就物之瑕疵原則上不負擔保責任（民法第四百十一條），且在標的物未交付受贈人之前，可任意撤銷贈與契約（民法第四百零八條）。另外，委任契約之受任人是否受有報酬，亦影響其注意義務之程度。有償委任之受任人須負擔善良管理人之注意義務，而無償委任之受任人僅需負擔較低之與處理自己事務同一之注意義務（民法第五百三十五條）。另可參考陳自強，*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。

反之，當提供物之使用為目的之契約標的物為消費物者，由於物之性質使然，物之使用人必須取得物之所有權以為使用，再以同類型、同品質及同數量之物返還提供人，立法者將之劃歸為消費借貸契約。惟在消費借貸契約之設計上，雖然亦區分為有償之消費借貸與無償之消費借貸，但整體消費借貸契約之架構，仍以無償消費借貸為主¹⁸。今日社會下，消費借貸契約之標的多為金錢，而金錢借貸契約絕大多數均為借用人須支付利息之有償契約。以九十六年一月份之銀行消費者貸款為例，本國銀行加外國銀行之總放款餘額即高達 6,388,469 百萬元¹⁹，此一數據尚不包括銀行對法人之貸款及一般民間貸款數額。換言之，有償消費借貸契約，特別是以金錢為標的之有償消費借貸契約，已成為現今消費借貸之大宗。觀之外國立法例，無論大陸法系或是英美法系皆針對有償消費借貸，甚至將金錢借貸獨立為一契約類型，以法律加以規範。反觀我國民法，不但有關金錢借貸之規範嚴重欠缺，對於有償消費借貸之規定亦無法合乎當前社會需求。此一法律體系之缺漏，實應儘速透過立法修正，惟在修法之前，僅能透過現行消費借貸契約之規定、定型化契約條款之法律規制及民法誠信原則等，並參考國外立法例檢討現行金錢借貸定型化契約約款之公平性及有效性。

¹⁸ 此由消費借貸契約仍具要物性及欠缺借用人報酬支付義務之妥適規範即可得知，此部分詳後述。

¹⁹ 此一統計數字所稱之「消費者貸款」，包括購置住宅貸款、房屋修繕貸款、購置汽車貸款、機關團體職工福利貸款及其他個人消費貸款（不含信用卡循環信用）等五大類，參見行政院金融監督管理委員會金融業務統計輯要 5-6 一般銀行消費者貸款業務項目，<http://www.banking.gov.tw/public/data/boma/stat/abs/9601/5-6.xls>。餘額部分請參見 5-5 一般銀行消費者貸款餘額，<http://www.banking.gov.tw/public/data/boma/stat/abs/9601/5-5.xls>。上網日期：96 年 3 月 22 日。

第二節 金錢借貸契約之成立與生效

民法第四百七十四條規定消費借貸契約之成立，必須以貸款人將消費借貸物之所有權移轉至借用人為要件，即採取要物性理論。惟在銀行與消費者訂定之金錢借貸契約上，雙方當事人對於借貸契約成立時點之認知，多不以銀行撥款與消費者時為準，而係以借款契約簽訂之時為契約成立之時點²⁰。因此，若強調要物性理論，則有關銀行借款契約之成立時點、雙方之權利義務關係，甚至契約類型為何，即生爭議。以下將先從銀行放款流程觀察，再對照現行民法消費借貸契約之規定，檢討銀行金錢借貸契約之法律定位及現行法律是否有修正之必要。

第一項 銀行授信²¹流程

「授信」為銀行主要業務之一。本國銀行業之資產數額平均 70%至 90%為授信資產，而放款利息收入占營業收入 80%以上²²。因此，授信資產之健全與否，關係銀行經營之成敗甚大。為維持整體銀行業之良好經營，銀行公會對於徵授信作業設有標準作業流程（即中華民國銀行商業

²⁰ 銀行拒撥款 房貸爆爭議：「向銀行辦理房貸，別以為完成對保、簽定貸款合約，銀行就保證會撥款；日前就有位房貸族向大眾銀行申辦房貸，在辦完對保及抵押設定等簽約手續後，約定撥款當天，竟遭到銀行片面通知拒絕撥款，由於銀行對解約理由始終交代不清，該貸款人在不明就裏的情況下，形同遭到銀行封殺，成為業界議論紛紛的特殊案例。……。」銀行簽約拒撥款 民眾可申訴：「買房子辦房貸，最讓房貸族擔心的，莫過於在審核過程中遭到銀行拒絕貸款；不過，銀行業者指出，一般而言，在對保及簽約前，銀行就必須對申貸戶做完整的徵信、擔保品鑑價等審核作業，因此，若已完成簽約及對保，甚至是抵押設定，銀行通常必須依約撥款給貸款人，否則有違約之嫌。一位銀行房貸主管表示，依照一般銀行的核貸流程，在進行對保及簽約前，銀行通常就已經完成對申貸人的各種查核工作，一旦到對保、簽約階段，就代表銀行端已經認可這項申貸案，在簽約後，銀行就要依照合約內容進行後續核貸動作。……。」摘錄自 2006 年 9 月 19 日，自由時報財經焦點。

²¹ 銀行授信業務之範圍包括放款、透支、貼現、保證、承兌及其他經中央主管機關指定之業務項目（銀行法第五條之二），在法律性質上，則有消費借貸、保證及委任等契約類型。本文雖以消費借貸契約為討論重心，但由於銀行之授信流程似未區分種類，因此本項論述以所有授信種類為主，特此敘明。

²² 蕭長瑞，銀行法令實務（二），頁 160，2006 年 4 月增修訂 6 版。

同業公會全國聯合會會員授信準則)。縱然個別銀行之授信政策不盡相同，標準亦寬嚴不一，但在授信作業程序上，實為大同小異，以下分述之²³。

壹、洽談

洽談為授信人員與客戶之口頭交談，藉以初步了解客戶向銀行申請授信之資金用途、金額、期限、償還來源、償還方式與擔保條件等事項²⁴。與客戶洽談之方式，通常有三種，即客戶親自來行洽談、以電話洽談或銀行外勤人員拜訪客戶時之洽談等。不管以何種方式洽談，通常會根據洽談內容填寫洽談記錄表，必要時可徵取部分徵信資料如證照影本、財務報表等。

貳、受理申請、徵提資料

借戶須以本行存款往來之存戶為原則。各營業單位受理新客戶申請授信案件，應立即做本行授信「歸戶查詢」，以了解該客戶在本行往來之借款關係。如已在本行聯行有往來，則不得對該客戶重複授信或洽商集中同一營業單位往來為原則。授信申請書各欄及有關徵信調查各欄，均應請借戶詳實填寫，不應有所遺漏，並請其簽章。另外，應檢視客戶所提之各項資料是否齊全。資料經檢視無誤後，於授信申請書上加蓋收到日期戳記，依序編號登記於「授信申請案件登記簿」。

在個人授信方面，借款人應提供之資料包括借款人及保證人個人資

²³ 以下有關銀行授信流程，係整理自李青楸，授信受理及審查要領，台灣金融研訓院授信業務訓練班講義，2002年11月。並請參考玉山銀行房屋貸款申辦流程說明：<https://www.esunbank.com.tw/b2c/housecourse.info>，上網日期：2007年2月13日。

²⁴ 「洽談」此一程序在銀行授信流程上，又稱為「照會」，即確認申請書上所填資料是否為借款人本人所填及資料之正確性。

料表。如在金融機構授信(含本次申請額度)超過新台幣二千萬元以上，或在本行授信額度達一千萬元以上者，應提供借戶申報年度綜合所得稅相關資料，以資核對。如提供不動產為擔保時，客戶應向所轄地政事務所申請土地及建築物登記簿謄本、地籍圖、建物平面圖、地價證明(含前次移轉值及最近一期公告現值)及分區使用證明書等，於估價前送交銀行。除客戶提供之資料外，授信人員亦可透過票據交換所、各地政事務所、銀行公會聯合徵信中心、其他金融機構等單位，蒐集借戶之資料²⁵。

參、徵信調查、擔保品鑑估

授信人員受理借款申請後，各項資料立即交由徵信人員進行調查。各單位應配置專人辦理徵信，徵信人員未能專任以前，同一放款申請案件之授信人員與徵信人員應由不同單位或不同人員分別辦理。對於個人借款戶及保證人之徵信調查，以了解其品格、家庭狀況、能力、所營事業、服務機構、收支情形與資產狀況為目的。各項信用調查結果，應依銀行信用調查表格做成調查表或另為詳盡之專案徵信報告，作為審核借款申請個案的准駁依據或參考。

有關擔保品鑑估方面，依照銀行法第十二條規定，銀行得接受各戶提供為授信之擔保包括不動產或動產抵押權、動產或權利質權、借款人營業交易所發生之應收票據及各級政府公庫主管機關、銀行或經政府核准設計之信用保證機構之保證。後兩者無須估價，但前兩者視情況應予

²⁵ 中國信託商業銀行網路版個人小額信用貸款申請書：「本人同意合於 貴行登記項目或章程所定業務之需要等特定目的，得將個人資料提供 貴行、聯合徵信中心及財政部指定機構蒐集、電腦處理或國際傳遞及利用(包括供 貴行作為內部行政研究或宣傳推廣或寄送消費資訊之用)。」
https://www.chinatrust.com.tw/cgi-bin/prod/jsp/ch/home/index.jsp?BV_SessionID=@@@@1293257698.1171371539@@@@&BV_EngineID=ccdcaddkefljjjgfcngcfkmdhghdfjo.0&content_item=MYACC_PL_PSL0051，上網日期：2007年2月13日。

估價。擔保品之鑑估工作，屬於銀行業務範圍事項，是項委託辦理，應由銀行自己決定。如有委託辦理之必要，可依據過去委託辦理之績效，委託信譽良好並具有專門鑑估人員之專業機構辦理。惟委託辦理結果應僅供參考，並依據銀行法第三十七條由銀行自行訂定擔保品鑑價標準，審慎評估委託鑑價結果之合理性，覈時決定擔保品放款值。

肆、分析審核、核定准駁

營業單位授信經辦及主辦人員應就借款人及保證人之信用調查表、擔保品鑑估表、財務報表等逐予審查，擬具建議承貸意見，供主管准駁之參考。授信案件之准駁，應依各級人員授信權責劃分辦法處理，除依規定事後加以覆審外，不得事前越級處理。

伍、通知客戶

客戶授信申請案件，經依授信權責劃分辦法規定核定准駁結果後，應儘速將核定內容通知客戶。如為准貸案件，即通知客戶來行辦理簽約對保等有關手續。如為婉拒承貸之案件，應將婉拒主要理由詳加說明答覆客戶。此種不與承作案件應於「授信申請案件登記簿」內詳載具貸理由，以備日後查考。

陸、簽約、對保、擔保物權設定登記

審核通過之准貸案件，即應開始進行簽約、對保及擔保物權設定登記程序。對於借款人及連帶保證人，應訂定約定書由授信經辦人員個別辦理對保工作。對保即再確認借款人或保證人借款或保證意願之程序，包括核對身分證、確認其資格、行為能力、現住址、戶籍地址等，對保

時並應由各立約定書人於對保欄內親自簽章確認之。簽約時，對於約據上金額、簽章及其他文字之填寫應審慎驗對。若有徵取擔保物提供證、授權書、切結書、拋棄書等其他憑證時，亦應於此階段完成。

柒、建檔及撥貸

授信經辦人核驗上述簽約、對保、擔保物權設定登記、保險等一切手續均辦妥無誤後，應於批覆書有效期間內撥貸。但撥貸時如客戶經營、財務等狀況有變動，至有影響銀行債權之虞時，應停止撥貸。除透支、保證及承兌案件外，應將核定之借款金額撥入借款人之存款帳戶內，或辦理授信文件之簽發手續（如簽發保證函等）。除特別核准者外，放款不得以現金支付，應以轉帳存入借款人之存戶為原則，必要時得約定逕撥給其借款計畫所預定之受款人。

第二項 民法消費借貸之規定

壹、意思表示合致

消費借貸契約如同一般債權契約，其成立必須當事人之意思表示合致。在金錢借貸方面，貸與人與借用人必須就一方移轉金錢之所有權予他方，他方於約定期日返還種類、品質、數量相同之金錢經互相表示意思而趨一致。

最高法院九十五年度台上字第一六九八號判決：「林○○主張溫○○分別於八十六年四月一日及同年七月三日向其借用一百萬元、五百五十萬元，均由伊匯入溫○○台北銀行文德分行上開帳號之事實，有匯出匯款單筆明細可證，該匯款之事實亦為溫○○所不否認，惟溫○○否認

有向林○○借用六百五十萬元，林○○亦未舉證證明其與溫○○間，就上開六百五十萬元有借貸意思表示合致之事實，自不能認林○○與溫○○間有該金錢借貸關係存在。」²⁶

至於借用人是否支付利息，利息之計算及利率高低等，有學者認為「雖亦金錢借貸之重要問題，但仍非金錢借貸契約之必要之點」²⁷。對此，雖然我國民法未將有償消費借貸契約與無償消費借貸契約分別獨立設有規範，但對於此兩種性質迥異之消費借貸契約仍設有規範之差異時，當事人間所成立之消費借貸是否為有償契約，亦即借用人是否有支付利息之義務，應認為係消費借貸契約之必要之點較為妥適。

貳、貸與人移轉標的物所有權於借用人

消費借貸契約與其他債權契約最大不同之處，在於消費借貸契約之成立須以貸與人移轉標的物所有權於借用人為成立要件，即採取要物性理論。在民國八十八年民法債編修正前，由於法條文字之關係²⁸，學者對於貸與人移轉標的物於借用人之性質究為消費借貸契約之成立要件或生效要件，屢生疑義，而通說亦主張我國消費借貸契約已非嚴格意義之要物契約²⁹。

²⁶ 其他相同意旨判決如最高法院九十五年度台上字第五五七號判決：「按當事人主張有金錢借貸關係存在，須就其發生所須具備之特別要件即金錢之交付與借貸意思表示相互一致負舉證責任。而交付金錢之原因多端，或為買賣，或為贈與，或因其他之法律關係而為交付，非謂一有金錢之交付，即得推論授受金錢之雙方即屬消費借貸關係。若僅證明有金錢之交付，未證明借貸意思表示互相一致者，尚不能認有金錢借貸關係存在。」

²⁷ 劉春堂，論金錢借貸之成立，建華金融季刊，20期，頁23，2002年12月。

²⁸ 修正前民法第四百七十四條規定：「稱消費借貸者，謂當事人約定，一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。」修正前第四百七十五條規定：「消費借貸，因金錢或其他代替物之交付而生效力。」

²⁹ 陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正（上），台灣本土法學雜誌，5期，頁4，1999年12月；並請參考鄭玉波，民法債編各論（上冊），頁315，1987年10月12版。

民法債編於八十八年修正後，由於「消費借貸，通說認係要物契約，惟依原條文及第四百七十五條合併觀察，易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³⁰」。為免疑義，立法者明確規定消費借貸契約為要物契約，消費借貸契約除雙方當事人之意思表示合致外，貸與人尚須將借貸標的物交付借用人，契約始成立。然而，消費借貸契約如採取嚴格要物性之原則，將對於現今普遍盛行之金錢借貸契約造成相當大之衝擊。為了減少要物性帶來之不便，法院實務藉由各種解釋方法，使法律規定得以配合實際金錢借貸交易之運作，以下分述之：

一、從寬解釋擔保權利之從屬性

金錢借貸之貸與人提供資金予借用人，為了確保借用人依約還款，除要求借用人提供保證人外，某些時候尚要求借用人提供土地以設定抵押權作為物之擔保。人之保證、抵押權、質權等擔保約定具有從屬性，亦即擔保約定必須從屬於債權而存在，其成立以債權成立為前提（成立上之從屬），並因債權之移轉而移轉（移轉上之從屬）、因債權之消滅而消滅（消滅上之從屬）³¹。因此，在金錢借貸契約方面，由於要物性之關係，若要嚴格貫徹擔保權利之從屬性，特別是成立上之從屬性時，保證、抵押權或質權必須於貸與人交付金錢與借用人時起，始得有效存在³²。

但是在銀行行之有年之授信流程上，銀行於審酌借用人所提供之擔保品、保證人之資力，並決定授信額度後，會先與借用人簽訂金錢借貸

³⁰ 民法第四百七十四條修正理由。

³¹ 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 149，1999 年 8 月 2 刷；謝在全，民法物權論（中冊），頁 356，2003 年 7 月修訂 2 版。

³² 最高法院七十年台上字第一四八八號判決：「消費借貸以金錢或其他代替物之交付而生效力，民法第四百七十五條定有明文。又設定抵押權，以債權之成立為前提，若其債權不成立或無效時，因抵押權之有從屬性，其抵押權應不生效力」。

契約，同時與保證人訂定保證契約及完成抵押權設定。所有簽約、設定工作完成後，始將約定金額撥入借用人之戶頭。在此情形下，抵押權設定或保證契約成立時，因借貸之金錢尚未交付，消費借貸契約根本尚未有效成立，基於擔保權利成立上之從屬性，抵押權或保證契約之有效性即成問題。為了避免堅持消費借貸要物性所帶來之不便，司法判例與學說乃從寬解釋抵押權之從屬性，認為抵押權既係在擔保債權之清償，縱使抵押權設定時被擔保之債權尚未發生，但只須實行抵押權、拍賣抵押物時有被擔保之債權存在即為已足³³。

最高法院四十七年度台上字第五三五號判例：「抵押權所擔保之債權，原可由契約當事人自行訂定，此觀民法第八百六十一條但書之規定自明。故契約當事人如訂定以將來可發生之債權為被擔保債權，自非法所不許。」

最高法院八十一年度台上字第一〇一一號判決：「保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人保證之契約，學說上稱為最高限額保證。此種保證，除訂約時已發生之債權外，即將來發生之債權，在約定限額之範圍內，亦為保證契約效力所及。」

最高法院八十五年度台上字第一四九六號判決：「抵押權所擔保之債權，原可由契約當事人自行訂定，此觀民法第八百六十一條但書之規定自明。故契約當事人如訂定以將來可發生之債權為被擔保債權，自非法所不許（本院四十七年台上字第五三五號判例參照）。消費借貸契約，如約定於抵押權設定後，交付借用物，則將來已有返還借用物之債權存在，故當事人就借用物尚未交付前之消費借貸契約，設定抵押權，自無不可。」

³³ 謝在全，民法物權論（中冊），頁379，2003年7月修訂2版。

二、緩和「交付」之概念

我國消費借貸契約之成立採取要物性理論，貸與人必須移轉標的物之所有權於借用人，契約始成立（民法第四百七十四條）。有關動產所有權移轉之方式，依照民法第七百六十一條之規定，須將動產交付始生效力。動產交付之方式，除了現實交付以外，尚有簡易交付、占有改定及指示交付等觀念交付，最高法院亦表示「消費借貸之成立，固以借用人收受標的物之交付為要件，惟此所謂標的物之交付，並不以現實交付為限，凡簡易交付、占有改定或依指示交付而為之占有移轉，均得以代標的物之交付³⁴」。

在現今社會中，由於金融機構之普遍存在，金錢借貸契約之貸與人無論是銀行或個人，交付金錢之方式鮮少直接將金錢交付借用人，反而係將約定之金錢匯入借用人之銀行帳戶內供借用人使用。為了從寬解釋消費借貸之「交付」，因應社會現實之運作，最高法院從而認為金錢借貸之交付，貸與人僅須將約定之金錢移入借用人之管領範圍內即可，不以現實交付為必要。

最高法院七十五年度台上字第一五八八號判決³⁵：「民法第四百七十五條固規定消費借貸因金錢或其他代替物之交付而生效力，然所謂交付，並不限於親手授受，若借用人與貸與人間另有合意，由貸款人將借款存入借用人之活期存款戶，並已存入時，即發生交付效力」。

最高法院八十四年度台上字第六七七號判決：「按消費借貸契約，

³⁴ 最高法院五十九年度台上字第八九號判決，轉引自蘇惠卿，借貸，載：民法債編各論（上），黃立主編，頁530，2002年7月。

³⁵ 最高法院八十七年度台上字第九三九號判決意旨相同：「按民法第四百七十五條規定之交付，並不限於親手授受，若借用人與貸與人另有合意，由貸與人將借款存入借用人之活期存款戶，並已存入時，固發生交付之效力」。

固為要物契約，但不以契約成立時現實之交付為必要。如借貸雙方約定以另一已移入一方管領之金錢，作為消費借貸所付之款，仍應發生交付之效力，仍無礙消費借貸契約之成立」。

最高法院八十八年度台上字第一八五八號判決：「按金錢借貸契約為要物契約，以貸與人『金錢之交付』為該消費借貸契約成立之要件。此所謂交付，指貸與人將其對為借貸標的款項之事實上管領力移轉與借用人而言。換言之，須借用人就貸與人所移轉之款項有自由支配之能力，始足當之」。

第三項 消費借貸要物性之必要

壹、要物性之由來

借貸契約之要物性，乃歐陸法繼受羅馬法下之產物。在羅馬法時代僅有買賣、租賃、承攬等少數契約類型僅須雙方合意即可成立，其他受到訴訟保護的契約，大多侷限於以特定方式成立，或因物之交付而發生返還義務者，借貸契約即為其一。在羅馬法下，惟有貸與人交付借用物於借用人後，始有借用物之返還請求權。換言之，消費借貸要物性之機能，僅在賦予貸與人返還借用物之訴權³⁶。此一觀念在大陸法系的發展下，為德國民法、瑞士債務法、日本民法所接受³⁷。惟在現代法律體系中，契約之拘束力係因雙方當事人意思表示一致而產生，除非法律另有規定或雙方另有約定外，契約無須具備一定形式或履行特定行為始能成立生效。在私法自治、契約自由的原則下，諾成契約為契約成立之主流。

³⁶ 楊淑文，2002年德國債法關於消費借貸契約之修正與我國相關規定之比較研究，頁7，行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，2005年10月；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。

³⁷ 史尚寬，債法各論（上冊），頁259，1986年11月6刷。

消費借貸契約當事人締約之目的，乃在於借用期間內獲得借用物之用益權能，貸與人對借用人之返還請求權，應於雙方合意時即發生，並於約定期滿後得以行使。若借用人否認收受標的物者，則應透過舉證責任分配，由主張權利之貸與人就以交付借用標的物於借用人此一事實負舉證責任，實無須透過要物性概念。此由租賃契約出租人對於承租人之租賃物返還請求權之行使亦可窺知。

貳、無償契約與要物性

羅馬法下消費借貸之要物性於現代法已無沿用必要，誠如上述。在現代法制下，若要為消費借貸之要物性在理論上尋求正當化依據，似僅能由無償契約之性質出發³⁸。在過去之時代，消費借貸一如使用借貸契約，往往發生於一定關係人間，無論是金錢或一般消費物之借用，基本上貸與人係出於好意之關係，借用人通常無須支付物之使用對價。為了使貸與人有充分審慎評估利害關係之機會，貫徹要物性之結果，使得雙方對於借用物之交付雖然已為合意，但契約尚未成立，借用人不得強制貸與人交付借用標的物。惟現代社會中，消費借貸契約之標的物若為一般消費物者，借用人無支付對價之義務尚屬可能；但牽涉金錢借貸時，貸與人絕大多數要求借用人支付利息等對價。換言之，有償契約為金錢借貸契約之常態。以消費借貸之無償性為要物理論之根據，已不符社會趨勢。退萬步言，在同為無償契約之贈與契約中，契約之成立亦不以贈與人交付贈與標的物於受贈人為必要。為了確保贈與人締約後之毀約權，民法賦予贈與人贈與物權利移轉前之撤銷權（民法第四百零八條參照）。由此可知，由借貸契約無償性之角度檢驗要物性之存在理由，並

³⁸ 黃茂榮，民法研究會「法律行為、法律性質與民法債編修正」發言紀錄，載：民法研究（四），頁314，2000年9月；楊淑文，2002年德國債法關於消費借貸契約之修正與我國相關規定之比較研究，頁13，行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，2005年10月；王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，頁138，2000年9月增定版；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15，2000年1月；蘇惠卿，借貸，載：民法債編各論（上），黃立主編，頁529，2002年7月。

無合理之基礎。

參、外國立法例

由羅馬法傳承下來的要物消費借貸契約，早期被德國、瑞士、日本等大陸法系國家之民法採行，我國民法亦不例外。惟現代社會的消費借貸契約，尤其是在金錢借貸方面，要物性存在之必要性屢遭檢討。德國民法於二〇〇二年修正時，揚棄以往要物性之理論，對於金錢借貸契約（Darlehensvertrag）及消費物借貸契約（Sachdarlehensvertrag）正式採納諾成契約說，在第四百八十八條第一項明文規定「金錢借貸契約之貸與人負有提供約定數額之金錢給借用人使用之義務。借用人有支付利息及於借貸期限屆滿時償還借款之義務³⁹」。反觀我國民法債編於民國八十八年修訂時，不但未拋棄消費借貸契約之要物性，反而將要物性更為明確地訂於條文文字中，實與現實社會及世界潮流相反。

第四項 金錢借貸契約之成立時點

民法第四百七十四條以下所規範的消費借貸契約，其成立須以貸與人將借貸標的物移轉於借用人為前提。若堅持消費借貸要物性理論，則現今社會普遍存在之金錢借貸契約之成立時點為何，即生爭議。由前述銀行授信流程可知，在銀行為金錢貸與人時，借用人取得約定借款金額係在於簽訂借貸契約以及設定擔保之後。此時採取要物性理論之結果，金錢借貸契約之成立時點為銀行將約定款項撥入借用人帳戶之時。因此縱使借貸契約已經簽訂、擔保業已設定完成，若銀行遲不將款項撥入，借用人似亦無請求權主張銀行依約撥款，蓋此時金錢借貸契約尚未成

³⁹ 德國民法第四百八十八條第一項原文為：Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuerstatten.

立，銀行並無撥款義務。惟此種解釋方式若能成立，對於交易安全之影響不言可喻。因此，對於雙方當事人所簽訂之「借貸契約」之定位為何，即有探討之必要。

壹、金錢借貸預約

民法第四百七十五條之一設有消費借貸預約之規範，若約定之消費借貸為有利息或其他報償者，當事人之一方於預約成立後成為無支付能力者，預約貸與人得撤銷預約。該條規定為民國八十八年民法債編修正時所增訂，立法理由為「消費借貸如為有償契約，預約借用人於預約成立後，成為無支付能力者，為免危及預約貸與人日後之返還請求權，自宜賦予預約貸與人撤銷預約之權，方符消費者借貸預約之旨趣，以及誠信之原則」。按消費借貸預約，係以將來成立消費借貸契約本約為標的之諾成契約。當事人基於消費借貸預約，僅能請求對方與之成立消費借貸契約，尚不能依預約主張消費借貸契約應有之權利⁴⁰。在契約自由原則下，對於任何債權契約原則上均得訂定預約。惟在要式或要物契約中，具備法定方式或債務人履行債務為契約之成立要件，其與一般諾成契約不同之處，在於立法者對該種契約之成立有慎重其事或留存證據等其他考量。因此，對於要式或要物契約訂立預約，則必須考慮該等預約是否有迂迴規避法定要式或要物之目的⁴¹。

以要物契約為例，創設要物契約之目的在於賦予無償契約之債務人悔約權。若肯認要物契約之預約，則形同規避法律設計要物契約之意

⁴⁰ 最高法院六十一年度台上字第九六四號判例：「契約有預約與本約之分，兩者異其性質及效力，預約權利人僅得請求對方履行訂立本約之義務，不得逕依預定之本約內容請求履行，又買賣預約，非不得就標的物及價金之範圍先為擬定，作為將來訂立本約之張本，但不能因此即認買賣本約業已成立」。

⁴¹ 黃立，民法債編總論，頁 27，2006 年 11 月修訂 3 版。

思，限制債務人之悔約權⁴²。但由於民法將消費借貸契約設計為要物契約，無法滿足社會交易之常態已如前述，為了避免消費借貸要物性對於交易安全之衝擊，在民法債編修正前學說及實務即承認消費借貸預約為有效⁴³，借用人得依據消費借貸預約，請求貸與人訂定本約。由於消費借貸契約要物性之要求，欲使消費借貸契約有效成立，必須貸與人交付消費標的物於借用人，從而借用人根據預約請求貸與人與之訂定本約時，實質上即為請求貸與人交付借用標的物。最高法院八十年台上字第三三二號判決更認為如貸與人與借用人間有消費借貸預約時，貸與人即對借用人負有交付貸款之義務⁴⁴。由此可知，承認消費借貸預約，係因解決消費借貸要物性於適用上造成不便之解決方式。惟民國八十八年民法債編修正時，立法者明文規定消費借貸要物性之同時，復承認為緩和要物性而存在之消費借貸預約，實為立法上之矛盾。學說因此有認為，此次債編修正的結果，反而是明確宣示消費借貸契約不具要物性⁴⁵。

在肯定消費借貸預約之有效性及其效力之後，銀行與借用人於撥款前所訂定金錢借貸契約，是否得認為係金錢借貸之預約，則為另一需要探討之問題。當事人不訂定本約，而先訂定預約之主要理由，多為法律上或事實上的事由，致本約之訂定時機尚未成熟。為使雙方受到拘束，故當事人先訂定預約以確保時機成熟時本約之訂立⁴⁶。因此，「當事人訂立之契約，究為本約或係預約，應就當事人之意思定之，當事人之意思不明或有爭執時，應通觀契約全體內容是否包含契約之要素，及得否依

⁴² 黃茂榮，債法總論（第一冊），頁 210，2002 年 6 月初版。

⁴³ 史尚寬，債法各論（上冊），頁 262，1986 年 11 月 6 刷；王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，頁 164，2000 年 9 月增定版；黃茂榮，債法總論（第一冊），頁 211，2002 年 6 月初版；陳自強，契約之成立與生效，頁 110，2002 年 3 月。

⁴⁴ 該判決文字為：「惟查消費借貸契約之貸與人，除與借用人成立預約者外，在消費借貸契約成立以前，不負交付貸款之義務」。

⁴⁵ 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 16，2000 年 1 月。

⁴⁶ 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，頁 164，2000 年 9 月增定版。

所訂之契約即可履行而無須另訂本約等情形決定之」⁴⁷，「倘當事人就契約之所有內容，已意思表示一致，不論冠以何名稱，均係契約本身（即本約），而非預約⁴⁸」。

在銀行放款實務中，於實際撥貸前與借用人簽訂之「借貸契約」，內容除借款金額、利率、還款方式外，尚包括違約之處理、擔保之約定、訴訟之管轄等詳細約定，若將此一與本約內容相一致之契約定位為金錢借貸之預約，與當事人之真意似有相當出入。最高法院八十一年度台上字第二六一號判決認為：「兩造既已就一方移轉財產權於他方，他方支付價金之買賣契約之必要之點達成合意，而訂立不動產買賣契約書，綜觀其內容，訂明付款方式、移轉所有權之時期、違約處罰及因不可歸責事故致給付不能之效果，其中別無將來另訂買賣契約之約定，自難指其為買賣契約之預約。」依照實務判決之認定標準而言，此一約定亦無法被認為係金錢借貸之預約。

貳、諾成的金錢借貸契約

諾成的消費借貸契約，係指僅依當事人合意即可成立之一種無名契約，而其內容類似民法規範之消費借貸契約。諾成的消費借貸契約成立後，貸與人負有移轉約定數量消費物所有權或金錢於借用人之義務，借用人則須在約定時期返還相同數量、種類之借用標的物於貸與人⁴⁹。在民法債編修正前，由於法條文字關係，貸與人交付標的物於借用人究為契約之成立要件或生效要件，無法直接由法律規定中窺知，從而消費借貸是否具有要物性，學說亦有爭執與批評。在消費借貸要物性定位不明之情況下，學說見解多認為基於契約自由原則，並無否定諾成消費借貸契

⁴⁷ 最高法院八十五年度台上字第二八九六號判決。

⁴⁸ 最高法院八十二年度台上字第二號判決。

⁴⁹ 蕭長瑞，銀行法令實務（二），頁 167，2006 年 3 月，增修訂 6 版。

約之理由⁵⁰。然在民國八十八年民法債編修正後，第四百七十四條已明文規定消費借貸契約為要物契約。立法者既已選擇交付借用物為消費借貸契約之成立要件，是否允許當事人於法定類型之外，依照契約自由原則自行創設「諾成消費借貸」此種無名契約，容有再討論之空間。若同意當事人可自行約定諾成消費借貸，則民法債編對於消費借貸要物性之要求，其地位如何？若對照同為法律行為特別成立要件之法定要式規定，是否可承認在法定要式契約外，當事人自行約定之非要式無名契約之效力⁵¹？

按契約自由為私法自治最重要的內容，為私法的基本原則。我國憲法對於人民的契約自由基本權雖未設明文規定，但從憲法第十四條、第十五條保障人民之集會結社權、生存權、工作權及財產權，及第二十三條所稱之自由權利，契約自由實為憲法保障之基本權⁵²。契約自由之理論基礎在於就一般情況而言，契約雙方當事人的利益關係是對立而相反的，在締約過程中，雙方無不為自己的利益爭取有利之條件。當雙方對於彼此的利益互相妥協折衷、對於彼此的權利義務產生共識時，契約即成立生效，當事人須受該契約之拘束⁵³。因此，當事人對於是否訂約、與誰訂約及契約內容等皆享有自主決定之權利。惟契約自由亦非毫無限制。為了實現某些社會或經濟目的，在符合憲法比例原則之前提下，法律得要求必須具備某些條件，當事人所合意之契約才能有效發生拘束力，或是規定在特定情況下，已合意之契約內容不生效力⁵⁴。民法第七十一條至七十三條、第二百四十七條之一等規定即為著例，而法定要式、要物之規定亦為法律對於契約自由之限制。

⁵⁰ 史尚寬，債法各論（上冊），頁 261，1986 年 11 月 6 刷；鄭玉波，民法債編各論（上冊），頁 319，1987 年 10 月 12 版。

⁵¹ 蘇永欽、陳聰富，民法研究會「法律行為、法律性質與民法債編修正」發言紀錄，載：民法研究（四），頁 304、344、347，2000 年 9 月。

⁵² 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，頁 80，2000 年 9 月增定版。

⁵³ Brox, Allgemeines Schuldrecht, 28. Aufl., 2002, 27, Rn. 1.

⁵⁴ 黃立，契約自由的限制，載：月旦法學，125 期，頁 7，2005 年 10 月。

在無償消費借貸中，借用人使用標的物無須支付對價，貸與人未因此取得報酬。如在借用物交付前，貸與人不欲繼續受到契約拘束，將借用物提供借用人使用，應肯認無償貸與人可獲得毀約之機會。此亦為法律對於有償契約與無償契約之規範密度差異所在。消費借貸契約之要物性，係為保障無償貸與人的毀約權，前已論及。雖然在立法技術上，無償貸與人之毀約權可藉由撤銷權等其他方式落實，無須藉助要物性，但立法者既已選擇以要物性為手段，當事人如約定一類似於無償消費借貸之諾成無名契約，將形同剝奪無償貸與人受法律保護之悔約權，似不應允許。反之，當借用人對標的物之使用須付出對價時，要物性之規定造成貸與人於合意後交付標的物之前尚有悔約權，對於有償借用人實造成不公平之負擔。換言之，在有償消費借貸中，立法者以要物性之要求保護貸與人之悔約權，並無合理性存在⁵⁵。因此，如當事人約定一類似於有償消費借貸之諾成無名契約，並不會將法律要求要物性所追求之保護目的架空，亦非規避法律之脫法行為，其效力應予以承認。

參、小結

當事人間訂定之消費物借用約定，其性質屬於典型消費借貸契約、消費借貸預約或諾成消費借貸契約，須探求當事人之真意而斷。銀行與借用人所締結之金錢借貸契約，由於契約內容已詳盡完備，且缺少將來訂定主約之約定，不能被認為係消費借貸之預約，應無疑義。有問題者，在於該等約定究為典型之要物消費借貸契約，抑或諾成之消費借貸。

⁵⁵ 惟民法第四百七十四條有關有償消費借貸契約要物性之規定，應無違憲之虞。蓋民法債編第二章各種之債中所規範之契約類型，為典型契約。在契約自由之原則下，債權契約之當事人對於契約之內容有形成的自由，不必受限於法律規定的契約類型（Brox, Allgemeines Schuldrecht, 28. Aufl., 2002, 31, Rn. 12.），因此民法債編之規定原則上為任意規定。而有關違反要物性之效力，民法未如要式規定一般，設計如同第七十三條之無效規定，更顯見有償消費借貸契約要物性之規範，並非法律對於契約自由之「限制」，而係立法者所認為消費借貸契約成立方式之「典型」。當事人若約定一非要式之有償消費借貸契約，並無民法第七十一條或第七十三條法律行為無效之適用。

從一般社會通念觀之，有資金需求之人欲向銀行申辦貸款，在銀行同意與其締結金錢借貸契約前，必須經過嚴格而冗長的信用調查程序。借款人在遞交貸款申請書時，亦知悉銀行將於審核後通知是否核貸。該貸款申請書，應可視為借貸契約之要約。如銀行同意借款人之申請，通知借款人可至銀行辦理簽約手續及擔保設定等程序時，銀行之意思表示應為對於借用人要約之承諾。在絕大多數的情況下對當事人（特別是借用人）而言即代表契約已經成立，銀行應依約撥款於借用人。借用人殊難想像在銀行經過一連串的徵信程序並與之簽約後，仍能主張因借款尚未交付，契約不成立。因此，銀行為貸與人之金錢借貸契約，除非當事人有特別約定，否則應認為係一諾成的消費借貸契約。

將銀行與借用人間之金錢借貸契約定性為諾成之消費借貸契約，於非一次動用貸款契約之解釋上，更為必要。銀行貸款依照動撥次數之不同，可分為一次動用貸款及分次動用貸款；依照借用人就借款額度是否可重複使用，可分為循環額度與非循環額度；依照償還之自由性，可分為隨時償還貸款或定期償還貸款⁵⁶。在循環可分次動用隨時償還貸款中，如不將該等契約解釋為諾成金錢借貸契約，則無法解釋為何銀行與借用人所約定之額度可隨時以借用人之意思循環動用，而非於每次動用前銀行皆須重新徵信、重新為承諾之表示。因此，對於銀行金錢借貸契約，銀行所做之放款承諾應認為係允諾借款人在特定期間內，得依約定之動用條件以一方之意思表示請求動撥，而銀行應即依已約定之條件提供貸款金額之繼續性諾成消費借貸契約⁵⁷。

⁵⁶ 蕭長瑞，銀行法令實務（二），頁 168，2006 年 3 月，增修訂 6 版。

⁵⁷ 蕭長瑞，銀行法令實務（二），頁 167，2006 年 3 月，增修訂 6 版。

第三節 銀行金錢借貸契約之效力

第一項 單務契約或雙務契約

金錢借貸契約之性質為單務契約或雙務契約，牽涉雙方當事人彼此給付之內容及對價性，對於契約類型之判定、定型化契約約款對於雙方權利義務之約定是否合理等，為重要之參考指標。單務契約，指僅一方當事人負擔給付義務的契約；雙務契約則為雙方當事人互負給付義務，且雙方互負之給付義務居於給付與對待給付關係之契約⁵⁸。民法各種之債所規範之典型消費借貸契約為要物契約，貸與人將借用物之所有權移轉於借用人時，契約始成立生效。因此，多數學者認為，在契約有效期間內，貸與人並無其他任何義務，待返還期限屆至時，借用人負有返還種類、品質、數量相同之物的義務。消費借貸僅借用人負返還義務，貸與人不負交付義務，因此消費借貸為單務契約⁵⁹。至於有償的消費借貸契約為單務契約或雙務契約，學說則有不同見解。主張有償消費借貸仍為單務契約者，有認為有償貸與人負有標的物瑕疵擔保責任，借用人則有支付利息之義務，兩者之間並非基於對價關係⁶⁰；亦有主張利息義務為從義務，無改於消費借貸為要物契約之性質⁶¹。主張有償消費借貸為雙務契約者，則認為借用人所以支付利息，乃在獲得金錢或其他借貸物的使用利益，論其實質，與承租人支付租金以獲得租賃物的使用收益，應屬相同。貸與人之讓借用人使用金錢或其他代替物債務，與借用人之支付利息債務，在雙方當事人之主觀上顯然具有兩足相償之性質，彼此

⁵⁸ 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，頁 161，2000 年 9 月增定版。

⁵⁹ 史尚寬，債法各論（上冊），頁 259，1986 年 11 月 6 刷；蘇惠卿，借貸，載：民法債編各論（上），黃立主編，頁 531，2002 年 7 月；劉春堂，民法債編各論（上），頁 449，2006 年 6 月初版 2 刷。

⁶⁰ 蘇惠卿，借貸，載：民法債編各論（上），黃立主編，頁 531，2002 年 7 月。

⁶¹ 史尚寬，債法各論（上冊），頁 259，1986 年 11 月 6 刷；鄭玉波，金錢借貸，頁 6，1979 年 6 月 3 版。

立於互為因果、互為代價之關係⁶²。

按消費借貸契約在分類上為使用權限讓與之契約類型，貸與人將金錢或其他消費物之使用權讓與借用人，借用人基於物之性質，無法返還原物於貸與人，但負有返還種類、品質、數量相同之物之義務。縱使我國民法將典型消費借貸契約設計為要物契約，貸與人交付借用物於借用人為契約之特別成立要件，但消費借貸之貸與人在約定期間內，並非無給付義務。如同租賃契約，消費借貸契約當事人之締約目的，在於使借用人於借貸期間內，取得借用物之使用權能。因此貸與人之給付義務，係為在借貸期間內對於借用人使用借用物具有容忍義務，而此義務亦反應當事人之締約目的，為貸與人之主要給付義務⁶³。反之，借用人於借用期滿之返還義務，係借貸契約為使用權限讓與契約類型之必然，但當事人締結契約之目的並非在於使借用人負擔返還義務。因此，借用人之返還義務與貸與人之容忍義務無對價關係，並非借用人之主給付義務。惟在現今大多數之消費借貸中，特別是金錢借貸，借用人為取得消費物或金錢之使用權，必須支付利息。此一利息支付義務，如同租賃契約之承租人之租金支付義務，為獲取物之使用權利之代價，與貸與人之容忍義務具有對價關係。綜上所述，無論消費借貸契約是否為要物契約，有償之消費借貸契約貸與人之容忍義務與借用人之利息支付義務，具有對價關係，為雙務契約。而無償消費借貸之借用人因不負支付對價之義務，但仍有返還義務，因此該等契約並非單務契約，而係不完全雙務契約⁶⁴。

⁶² 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，頁 162，2000 年 9 月增定版；劉春堂，民法債編各論（上），頁 450，2006 年 6 月初版 2 刷。

⁶³ 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，頁 16，發表於台灣法學會二〇〇六年年度法學會會議暨三十六屆會員大會，2006 年 12 月 23 日。

⁶⁴ 不完全雙務契約，係指契約當事人雙方各負有給付義務，惟雙方之給付義務間，並不如同雙務契約具有交換或對價關係。我國傳統見解認為此種不完全雙務契約仍為單務契約之一環。請參考陳自強，契約之內容與消滅，頁 41，2004 年 9 月。

第二項 貸與人之義務

壹、提供金錢予借用人使用

在典型消費借貸中，貸與人移轉借用物所有權於借用人，為契約之成立要件。因此，契約成立後，貸與人並無提供標的物予借用人使用之行為義務。惟銀行金錢借貸契約在成立上並非典型之要物消費借貸，而係無名之諾成金錢借貸契約。契約之成立並非於貸與人交付借用物時始成立生效，而係於雙方意思表示合致並訂定書面後即發生契約拘束力。因此，提供約定之金錢於借用人使用，為銀行之主要給付義務。

在消費借貸契約中，由於標的物為「消費物」，借用人使用該消費物後，無法以原物返還貸與人。因此，消費借貸之貸與人必須將約定消費物之所有權移轉予借用人，始能達契約目的。我國民法第四百七十四條乃以「所有權之移轉」為消費借貸契約借用人取得標的物使用權限之方式。而貸與人移轉借用物所有權之方式，依民法七百六十一條之規定，包括現實交付、簡易交付、占有改定及指示交付等四種方式。在一般消費物之借貸中，依照民法所設計之動產讓與方式，貸與人將借用物所有權移轉於借用人並不成問題。惟當消費借貸之借用物為金錢時，貸與人除了將金錢以現實交付之方式交由借用人使用外，以簡易交付、占有改定或指示交付等方式將金錢所有權移轉於借用人者，殊為少見。尤其在金融機構林立之現代社會，最為常見之金錢借貸貸與人提供金錢之方式，乃以匯款、轉帳等方式將約定數額之金錢存入借款人之帳戶。若銀行為金錢借貸之貸與人時，依銀行放款實務，客戶申辦之貸款除有特殊情形外，絕不可以現實交付金錢之方式交由客戶使用，而必須將款項撥入借款人或借款人指定之帳戶⁶⁵。此等常見而方便之金錢借貸交易方

⁶⁵ 消費性無擔保貸款定型化契約範本（草案）第二條（借款之交付方式及動用方式）：「本

式，在法律層面並不合於「金錢所有權移轉」之要件⁶⁶，然並不影響金錢貸與人之交付義務之履行。

金錢在物之分類上，雖為消費物之一種，但當金錢為借貸契約之標的時，其所顯現之功能，與以其他消費物為標的之借貸契約差異甚大。蓋金錢為經濟生活之交換工具，為社會上各種有償交易之基礎。金錢所著重者，與其說是金錢「所有權」，無寧謂其「流通價值」。因此，在金錢借貸契約中，借用人是否實際取得金錢之所有權，並非借用人之考量重點及締約目的。借用人所欲藉金錢借貸契約達成者，乃金錢之使用權利。換言之，當借用人取得利用貸與人提供之之金錢換取其他商品或服務之機會，即已達金錢借貸契約之目的，借用人是否取得金錢之「所有權」，並非所問。因此，貸與人之提供金錢義務之履行，並不限於將金錢所有權移轉於借用人之單一方式，只要將約定金額移轉至借用人可支配之處即為債務之履行。

我國民法第四百七十四條，不區分標的物為一般消費物或金錢，一律以所有權移轉為貸與人提供借用物於借用人使用之方式，將金錢與一般消費物同視。若貫徹本條之規定，貸與人主給付義務之履行，在現代社會下將遭受極大之挑戰，對於資金之流通亦生阻礙。最高法院體認到在金錢借貸契約，貸與人提供金錢予借用人使用之義務，無法以所有權

借款金額得依下列方式撥付，視為借款之交付：

(一) 於乙方撥入甲方在乙方開設之_____存款第_____號帳戶內，即視為乙方貸與款項之交付。

(二) 於借款期限內，甲方憑存摺及取款憑條、金融卡、電話語音轉帳、網路轉帳或其他經乙方認可之方式，在甲方於乙方開設之_____存款第_____號帳戶（以下簡稱「循環動用借款帳戶」）內由甲方以透支方式循環動用，並於甲方以透支方式提領時視為乙方貸與款項之交付；另甲方如依本契約授權乙方自前述帳戶扣償本借款利息而其帳戶內存款不足時，甲方並授權乙方以透支方式自動撥付本借款額度以償還尚欠之利息，於乙方依約撥付償還利息時即視為乙方貸與款項之交付。

(三) 按甲乙雙方約定之其他方式撥付：_____。」

⁶⁶ 資金在銀行帳戶間之流通，在法律意義上，僅帳戶所有人與銀行彼此或多方之債權關係。在帳戶所有人將金錢實際領出之前，並無金錢「所有權」之變動。

移轉之標準為定，因而以「緩和」交付概念之方式，認為「金錢借貸契約為要物契約，以貸與人『金錢之交付』為該消費借貸契約成立之要件。此所謂交付，指貸與人將其對為借貸標的款項之事實上管領力移轉與借用人而言。換言之，須借用人就貸與人所移轉之款項有自由支配之能力，始足當之⁶⁷」。

德國民法在 2002 年修正時，立法者了解到現實社會中金錢借貸契約有關金錢之移轉方式已經改變。順應社會之改變，返還借用物之方式不限於現實鈔票之交付，當事人間以借貸金額之財產價值移轉亦可。因此，金錢借貸契約已經完全「去實體化」(entmaterialisiert)，並與消費物之借貸脫鉤⁶⁸。在法條文字之表現上，則由舊法第二百零七條所稱之「金錢」(Geld)，轉變為現行德國民法第四百八十八條之抽象「金額」(Geldbetrag)，從而現行規定為「金錢借貸契約之貸與人負有提供約定數額之金錢予借用人使用之義務。借用人負有支付利息及於借貸期滿時償還供使用之借款之義務⁶⁹」。我國民法日後修正時，亦可做為借鏡。

貳、容許借用人於借用期間內使用借用物

金錢借貸之貸與人將約定之金錢提供借用人使用後，尚必須於借用期間內容忍借用人使用借用物。此一貸與人之容忍義務，為金錢借貸契約為使用權讓與契約類型之表現。但不同於租賃、使用借貸等使用權讓與契約，在一般消費物之借貸契約中，借用人不負返還原物之責任，貸與人將借用物之所有權移轉給借用人後，借用物之毀損與滅失的危險即轉由借用人承擔，貸與人對於標的物所享有之權益由物權性轉為

⁶⁷ 最高法院八十八年度台上字第一八五八號判決。

⁶⁸ Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, §§433-610, 4. Aufl., vor §488, Rn. 12.

⁶⁹ 德國民法第四百八十八條第一項原文為：「Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuerstatten.」

債權性，學說因而稱消費借貸契約具有「信用」之本質⁷⁰。而當金錢為消費借貸契約之標的時，其信用特性更加明顯：金錢為經濟生活基礎，在法律意義上則為債務人責任財產之主要部分。貸與人將約定之金額提供借用人使用後，貸與人之財產即因而減少，雖取得對於借用人之借款返還請求權，但必須承擔借用人清償困難之風險⁷¹。金錢借貸之貸與人，特別是金融機構，為了控制此一債權無法回收之風險，除在對於借款人之要約為承諾前，均做詳盡之信用調查外，以尋求擔保權利之方式確保其債權，即為最常見之風險控制方法。

第三項 借用人之義務

壹、支付利息

現代社會中，絕大多數的金錢借貸契約皆是有償契約，貸與人將金錢提供借用人使用，其目的在於賺取利息，銀行金錢借貸契約更是絕無例外。因此，借用人之利息支付義務，為使用金錢之代價，為借用人之主要給付義務。銀行推出之各種金錢借貸契約，約款皆由銀行單方面擬定，借用人對於契約內容，特別是利率之高低並無談判磋商之餘地。因此，在市場上眾多銀行金錢借貸商品中，借用人之契約自由僅能表現於是否締約及與誰締約上，從而利息之計算方式及利率高低，為借用人選擇金錢借貸商品之主要考量。有關借用人之利息支付義務，近來爭議較大者，為約定利率是否過高，以及銀行於利息之外，向借用人收取之「開辦費」、「手續費」等費用之性質等。以下將參考目前銀行所使用之定型化契約及貸款商品廣告，分別檢討上開爭議問題。

⁷⁰ 黃茂榮，債法各論，第一冊增訂版，頁 207，2006 年 9 月再版。

⁷¹ Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, §§433-610, 4. Aufl., vor §488, Rn. 13.

一、約定利率之高低

在有償的金錢借貸契約中，借用人之利息支付義務與貸與人提供約定金額予借用人使用之義務具有對價關係。在契約自由之原則下，當事人給付與對待給付是否等值，亦即借用人取得之金錢使用額度與其所須支付之利息是否合理，係由當事人主觀判斷。當雙方當事人就彼此之給付互為同意時，法律原則上並無干涉之權⁷²。但契約自由有其界線，特別在金錢借貸契約中，借用人相對於貸與人而言，為經濟上之弱勢，從而對於金錢借貸契約之締結，亦多聽命於貸與人。因此，關於金錢借貸之利率高低，自古以來皆為世界各國所關注之焦點。如何避免「高利貸」，利率應否管制，在不同社會、不同時空背景下，亦有不同之想法與對策。

(一)、外國之利率管制

1. 英國⁷³

在西方基督教社會中，長久以來具有「不能以錢賺錢」(money cannot beget money)之觀念，亞里斯多德亦曾寫到：「利息通常都是為人所惡的，因為它是利用金錢本身增加財富，而不是利用它原始的方式—交換—。在所有賺錢的方式之中，這種方式(收取利息)是最違反天性的⁷⁴」。因此，英國幾世紀以來的教會法及制定法都禁止金錢借貸之貸與人收取利息。在亨利八世在位的最後幾年，為了增加金錢，立法規定利息上限為年利率 10%。但七年以後，又回復禁止收取利息。然而，在依莉

⁷² 陳自強，契約之成立與生效，頁 155，2002 年 3 月。

⁷³ 本段整理自 Aubrey L. Diamond, Commercial and Consumer Credit: An Introduction, pp. 3, 1982.

⁷⁴ 'usury is most reasonably detested, as it is increasing our fortune by money itself, and not employing it for the purpose it was originally intended, namely exchange. Whence of all forms of money-making it is most against nature.'

莎白一世在位時，年利率 10% 又為合法。自此之後，在非宗教法中利息未被完全禁止，但利率上限從 8%（1623 年）一路降至 6%（1660 年）、5%（1713 年），直到 1845 年利率上限才被提升。

英國對於利息的管制，從培根到邊沁⁷⁵，一直以來都屢受批評。1854 年的利息廢除管制法案（Usury Laws Repeal Act 1854）終於解除了所有對於利率之管制。不令人驚訝地，這導致了金錢貸與人浮上臺面，並且利用法律的支持，進行苛刻的談判。這被描述為「維多利亞時代的眾生相多著重於尚未清償的貸款、未贖回的抵押物及貪婪的貸款人，讓我們一窺普遍扭曲但又真實的邪惡社會」。下議院的金錢借貸特別委員會於 1898 年的報告即指出，「專業的金錢貸與人收取高利息的借貸系統，製造了犯罪、破產，並自借款人處獲取不公平的利益，藉機勒索借款人的家庭及朋友，對社會造成嚴重的傷害」。

1974 年英國訂定消費者信用法（Consumer Credit Act），將所有信用交易重新規範於此一單獨法規，該法雖未設置法定最高利率，但在第一百三十七條至第一百四十條中，對於信用交易之暴利行為（extortionate credit bargains）設有規範。此一信用交易暴利行為之規範範圍，並無信用金額之限制，且信用提供人是否取得「暴利」，係以利息加計所有費用合計計算。法院應斟酌借款人之年齡、健康情形、交易經驗及是否處於高度財務壓力中等情況，判斷信用提供人是否藉該信用交易占借用人之便宜。如契約內容確有不公平情事，法院有調整契約之權力⁷⁶。

⁷⁵ Francis Bacon 'Of Usury' Essays (1625)XL I: 「借貸必須存在，但是人們卻很難分文未取地將（金錢）借出，利息應該被允許」。轉引自 Aubrey L. Diamond, *Commercial and Consumer Credit: An Introduction*, p. 5, 1982.

⁷⁶ Robert Lowe/ Geoffrey Woodroffe, *Consumer Law and Practice*, pp.392, 1999.

2. 美國⁷⁷

美國聯邦政府建立前之殖民時期，各殖民地遵循麻塞諸塞 (Massachusetts) 之腳步，於 1641 年採用了法定利率 8% 之限制。1867 年麻州廢除利息管制法規，但其他各州並未跟隨。時至今日，只有麻州和新罕布夏 (New Hampshire) 沒有利息管制之法規或憲法授權之最高利率規範，但兩地仍有針對特定形式之消費信用設有費用限制之規範，例如小額貸款法 (small loan laws)。

在法定利率及最高利率不得超過 6% 至 8% 之利率管制下，為了迂迴避開利率限制，產生了兩種交易方式。第一、「時間成本原則」(time-price doctrine) 之產生。商品或服務提供人可以在現金交易價以外，對於信用交易訂定另外之價格。基本上，這種交易模式是合法的，對於現金價與信用價格之差異在普通法下是被允許的。且現金價與信用價之差異，並非法定利率限制之規範範圍。在此種法律規範背景下，零售信用—與商品買賣有關之信用類型—因此造成大幅成長。1935 年之後，許多州對於汽車及其他消費物之信用交易定價設有法律限制。第二、許多無法被利息限制法規規範之現金信用，造成利息限制之例外。19 世紀末、20 世紀初，縱使利息限制法規仍為保護消費者而存在，但這些未被規範之非法借貸仍在美國猖獗。根據 1916 年芝加哥之調查報告，當時有 139 個貸款公司全為非法經營。1914 年 3 月 13 日第一個現代化的小額貸款法案在 Russell Sage Foundation 的支持下，在新澤西州 (New Jersey) 通過，該法案同意 300 美金之貸款最高年利率為 36%。類似的法案在絕大部分的州政府全數通過。

1968 年美國聯邦政府才涉入消費信用之法律規制，訂定所謂之「信

⁷⁷ 本段整理自 William T. Vukowich, *Consumer Protection in the 21st Century: A Global perspective*, pp. 241, 2002.

實貸款法」(The Truth in Lending Act)。該法案要求信用提供人對於消費者應為利息及信用內容之清楚詳實揭露，但未對於利率本身設有規範。有關利率上限之規制，則由各州政府加以立法管制。因此，有些州法規定信用交易完全不得收取利息；有些州則設有嚴格之利率上限；另外一些州則對於利息採取適度管制政策。

3. 歐盟與德國、瑞士

在歐盟指令方面，目前並無針對消費者交易之價格規制，然而對於是否管制最高利率、應對歐盟消費信用市場採取如何之規範，仍是歐盟各會員國研議之主題⁷⁸。在歐盟指令 87/102 中，雖然未對利率價格有所規範，但對於信用價格之揭露，指令設有詳盡之規定。

德國於 1867 年 10 月 12 日廢除利息之最高限度後，即無最高利率之限制⁷⁹。然德國民法雖無最高利率限制，但並非當事人自由約定之利率皆不受法律之管制。如約定利率過高，則可能構成違反公序良俗之暴利行為，導致利息約款甚至金錢借貸契約無效⁸⁰。德國聯邦法院判決指出，約定利息，尤其應精確地將以其他名稱附加於借款人上之費用併入利息後，與德國聯邦銀行提出之重點利息 (Schwerpunktzins) 比較，並參考市場金錢利息之狀況、擔保之有無、借款人之還款風險等，決定利率是否與借用人之金錢使用權具有對價性。如利率明顯過高，通常認為係違反善良風俗，依德國民法第一百三十八條規定應屬無效。另外，在與消費者訂定之金錢借貸契約中，客觀上實施違反善良風俗行為之人，只要輕率地不知借款人係因其經濟上弱勢地位，始接受該不相稱之

⁷⁸ William T. Vukowich, *Consumer Protection in the 21st Century: A Global perspective*, p. 241, 2002.

⁷⁹ 鄭玉山，*超過限定利息之法效*（上），*台灣本土法學雜誌*，44 期，頁 6，2003 年 3 月。

⁸⁰ 楊淑文，*消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能*，頁 8，發表於台灣法學會二〇〇六年年度法學會會議暨三十六屆會員大會，2006 年 12 月 23 日。

貸款條件之事實，即構成暴利行為⁸¹。

另外，在瑞士之消費者信用方面，瑞士消費貸款法（Bundesgesetz über den Konsumkredit）第十四條則設有最高利率之限制。該法規定聯邦政府應參考中央銀行對消費貸款業務轉融通之利率，最高利率原則上不得超過 15%。違反最高利率限制之消費信用契約無效⁸²。

（二）我國之利率管制

我國關於銀行利率之行政上管制，因涉及貨幣政策事項，係屬中央銀行之職權。依中央銀行法第二十二條，「本行得視金融及經濟狀況，隨時訂定銀行各種存款之最高利率，並核定銀行公會建議之各種放款利率之幅度」。在銀行實務上，授信利率原採基本放款制，中央銀行為導正銀行基本放款利率僵化，影響央行貨幣政策之傳遞效果，因此要求銀行改採「基準利率」制。在銀行房屋貸款之訂價上，即採取「指數型」利率計算方式，以「指標利率」加計「加碼幅度」計價。其中「指標利率」部分，大多數銀行係以「多家主要銀行之一年其定期（儲）存款平均利率」計算，每三個月調整一次。至於「加碼幅度」係考量客戶信用狀況、擔保品價值、風險貼水及合理利潤等因素，依客戶不同採級距加碼，加碼幅度約介於 2% 至 4.75% 之間⁸³。

對於利率除了行政管制之外，我國民法第二百零五條設有最高利率之限制，規定「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權」。其立法目的在於為防止資產階級之重利盤剝，

⁸¹ 鄭玉山，超過限定利息之法效（上），台灣本土法學雜誌，44 期，頁 8、9，2003 年 3 月；楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，頁 8，發表於台灣法學會二〇〇六年年法學會議暨三十六屆會員大會，2006 年 12 月 23 日。

⁸² 蕭長瑞，銀行法令實務（一），頁 300，2006 年 3 月 6 版。

⁸³ 蕭長瑞，銀行法令實務（一），頁 275，2006 年 3 月 6 版。

保護經濟弱者之債務人。對於此一最高利率限制規定，自民國九十五年雙卡風暴發生後，引發沸沸揚揚之爭論。有論者認為設置最高利率限制，將與利率自由化之政策產生扞格；另有論者主張應維持最高利率限制，但應由 20%調降至 10%-12%為宜⁸⁴。在雙卡風暴逐漸平息之今日，民法第二百零五條之規定仍繼續維持，並未修正。但是否意味立法者對於管制最高利率及 20%之上限規範於現今社會仍為適當之規定，則不得而知。

自民國七十四年廢除利率管理條例，改採利率自由化政策後，身為金錢借貸契約價格基礎之利率，即由雙方當事人自行約定。利率之高低，亦如同一般商品價格，受市場力量之影響而有波動。利率自由化，就法律意義而言，為契約自由之基本原則，在私法自治、契約自由下，契約雙方當事人給付與對待給付是否具有對價關係，本由當事人之主觀加以認定，法律並不加以干涉。惟當事人之給付或給付之約定顯失公平，或法律行為違反公序良俗時，為了維持契約正義，該等法律行為之效力即受影響，此即契約自由之界限所在，亦為民法第七十一條至七十四條等之規範目的。因此，「利率自由化」並非無上限，當約定利率過高，造成給付之不公平時，該等利率約款即有無效或被撤銷之可能。在同採利率自由化之西方國家中，對於約定利率之高低亦受一般法律原則規範。

但在利率自由化之想法下，我國民法第二百零五條又設有最高利率上限規定，是否意味只要在年利率 20%之範圍內，約定利率之高低即無構成暴利行為或違反公序良俗之可能？由於經濟情況之變遷，存款利率

⁸⁴ 法部修法：法定利率不逾 12%：「……金管會主委龔照勝、副主委張秀蓮均表明基於市場利率自由化的趨勢，不宜訂定約定利率上限。……台新銀認為調整雙卡利率會對金融業造成很大的衝擊，銀行經營更困難。他說，金融市場應該是個自由市場，金融不自由，會影響整個國家的經濟發展。……消基會董事長李鳳翽則表示，消基會主張信用卡利息應該依不同持卡人的信用紀錄採取浮動利率，但是如果考量現在定存的低利息，都不到百分之一點五，信用卡利息應該低於百分之十才合理。」自由時報頭版焦點，2006 年 3 月 14 日。

從民國七十一年第一季之 9.57% 降至民國九十五年第四季之 1.54%⁸⁵，堅持利率上限為 20% 似無法反應利率市場之變動情況。因此，多數學者認為在考量約定利率是否構成暴利行為或違反公序良俗時，應參考當時放款利率及一般貸款利率水準決定，年利率 20% 應為立法者所能容忍之最高利率限度。另外，參考民法第二百零四條賦予約定利率超過 12% 之債務人期前清償權可知，年息 12% 對於債務人而言已屬沈重負擔。因此，金錢借貸契約約定利率縱使低於年利率 20%，但仍有違反民法第七十二條、第一百八十四條有關公序良俗及誠信原則規定，或構成民法第七十四條、第二百零六條之暴利行為及巧取利益之可能⁸⁶。

二、銀行收取之各項「費用」

銀行貸款商品中，除了利息之外，向客戶收取之費用尚包括「開辦費」、「提領費」、「開立各項證明手續費」、「補發製卡費」、「額度調整費」⁸⁷、「帳戶管理費」⁸⁸、「風險管理費」⁸⁹、「信用維持費」⁹⁰等。其中「開

⁸⁵ 中央銀行存放款加權平均利率統計，2007 年 3 月 2 日，參見 http://www.cbc.gov.tw/total_index.asp。上網日期：2007/5/3。

⁸⁶ 詹森林，信用卡利息問題，載：民事法理與判決研究（三）消費者保護法專論，頁 274，2003 年 8 月；楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，頁 17，發表於台灣法學會二〇〇六年度法學會議暨三十六屆會員大會，2006 年 12 月 23 日；陳自強，卡債協商機制與卡債，月旦法學雜誌，134 期，頁 80，2006 年 7 月。

⁸⁷ 聯邦銀行「達文西 A+理財卡」各項費用收取說明：

達文西 A+理財卡

1.利率	年利率目前 8.88%（依本行基準利率加碼 5.14%計算）
2.開辦費	新台幣 3,000 元
3.提領費	每動用一次收新台幣 100 元
4.遲延利率	年利率 20%計算
5.開立各項證明手續費	新台幣 200 元/份
6.補發製卡費	新台幣 300 元/張
7.額度調整費	新台幣 300 元/張

辦費」、「帳戶管理費」、「風險管理費」、「信用維持費」等為銀行核貸撥款時先行從本金中扣除；「提領費」則於現金卡持卡人每次提領款項時發生，於借款繳款日應一併清償之費用；「開立各項證明手續費」、「補發製卡費」、「額度調整費」等則係借款人向銀行申辦該等業務時，所需繳交之費用。上述費用與借款人所負支付利息之義務有何關連，其繳付方式是否涉及民法第二百零六條禁止之巧取利益，值得深入探討。

(一) 利息與費用之關係

利息在法律意義上與租金相同，為法定孳息之一種（民法第六十九條第二項）。法定孳息之意義，除其係因法律關係所取得外，其收益之高低，尚繫於該法律關係存續期間之長短（民法第七十條第二項參照）。法定孳息收益之多寡，取決於該收益所由生之法律關係及存續期間，無法一概而論。利息，為貸與人依其與借用人所訂定之金錢借貸契約而生，利息之數額通常依一定比例（即利率）計算。此一比例，可以事先固定（固定利率），也可以繫於一定變動因素決定（浮動利率）。因此，金錢借貸契約之利息為比例原本數額及其存續期間，依一定比例以金錢為給付之法定孳息⁹¹。

銀行在利息外，向借款人收取之各項費用，並非按照借貸期間之長短決定其金額，而係固定金額之一次給付，與利息為法定孳息之特徵有所不同。典型有償金錢借貸契約之借用人，除借款返還義務外，僅有支付利息之義務，而利息支付義務，亦為借用人之主要給付義務。雖然在

摘錄自聯邦銀行網頁：<http://card.ubot.com.tw/personal/card-45.aspx>。上網日期：2007/4/26。

⁸⁸ 中國信託「中信便利金」收取之帳戶管理費 6 期為借款金額*4%、12 期為借款金額*7%。

⁸⁹ 新光銀行「個人信用貸款」每件收取 3000 元開辦費，如借款人未提供保證人，則收取「風險管理費」借款金額*3.5%。http://www.skbank.com.tw/2006_loan/loan_01.asp。上網日期：2007/4/26。

⁹⁰ 國泰世華銀行信用貸款約定事項五：信用維持費：依核貸金額 3.0%計算（不足 3000 元以 3000 元計）。

⁹¹ 陳自強，契約之內容與消滅，頁 194，2004 年 9 月。

私法領域中，當事人享有契約自由，可自行約定有別於民法典型契約之任意規範，但在定型化契約領域，該等任意規範如為一方當事人事先擬定者，則其效力須受到民法第二百四十七條之一及消費者保護法之檢驗。銀行在其使用之各種金錢借貸定型化契約中，約定借款人除利息支付義務以外，尚有各種不同之費用給付義務。此等費用之收取是否為銀行變相提高利率之手段，值得深究。

在銀行收取之費用中，可粗略區分為與金錢借用有直接關聯者與其他申辦費用。前者包括「開辦費」、「提領費」、「帳戶管理費」等；後者則為「開立各項證明手續費」、「補發製卡費」、「額度調整費」。其中較具爭議者，應為「開辦費」、「提領費」、「帳戶管理費」等與金錢借用有直接關聯之費用。按銀行金錢借貸契約中，利率之高低由銀行單方決定，借款人無議價之空間。而銀行決定利率之因素，包括銀行取得並提供予借款人至返還時之資金時間成本、違約風險、流動性、期間或匯率風險及服務成本或合理利潤等⁹²。惟銀行決定利率之考量因素，並無強制計算標準，而由銀行自行決定，因此銀行是否在利息之外收取費用，則視其利率決定之政策。如銀行之營運成本或作業費用不列為利率決定因素時，則可能在利息之外，向借款人收取相關費用⁹³。如銀行對於借款利率之計算，已涵蓋將款項撥貸至借用人帳戶之營運成本及借貸之風險，銀行在利息之外，收取「開辦費」、「提領費」及「帳戶管理費」等費用，似將銀行之作業成本重複計算，並再次轉嫁借用人。

然對於借用人及潛在之借用人而言，銀行計算借款利率之標準為何，並非公開透明。對此消費者保護法雖於第二十二條之一規定從事與信用有關交易之企業經營者有揭露年百分率之義務，然銀行向借用人收取利息之外之費用，是否重複計算作業成本而構成巧取利益行為，亦難

⁹² 蕭長瑞，銀行法令實務（一），頁 283，2006 年 3 月 6 版。

⁹³ 蕭長瑞，銀行法令實務（一），頁 283，2006 年 3 月 6 版。

以判斷。因此，為避免銀行巧立名目變相加收利息，在法制上應要求銀行說明其利率決定因素，並應統一銀行業授信市場利率之一致表達及顯示真實利率水準為宜⁹⁴。而在目前尚無此等利率一致表達機制之情形下，銀行收取之費用是否為巧取利益，尚須依個案判斷。

（二）費用之預扣

如前所述，銀行對於金錢借貸之借用人，除利息之外尚收取不同名目之費用。此等為數眾多之費用項目，銀行收取之時期依其名目有所不同。在各種費用中，除現金卡之提領費係於持卡人每次提領時產生，而借款人應於帳單結帳日時予以繳清外，其他諸如「開辦費」、「帳戶管理費」、「信用維持費」等，皆由銀行自借用人借款金額中先行扣除後，再將剩餘借款金額撥入借用人之帳戶⁹⁵。因此，在預先扣除銀行收取之各項費用後，借用人所取得之金額，將較約定金額為低。惟在計算借款利息時，為利息計算基礎之本金為約定之借款金額，而非扣除費用後借用人實際取得之金額。在典型之要物金錢借貸契約下，此種預扣利息或費用之方式，產生契約成立範圍之爭議。惟銀行金錢借貸契約為諾成契約已如前述，預扣利息或費用並不會影響契約之成立，然在利息之計算上，則變相提高約定利率，而有巧取利益之嫌。蓋以借用人向銀行借用 20 萬元，以年利率 5% 計算，借用五年，銀行於撥款前預扣 3000 元開辦費及 7000 元風險管理費，實際交付 19 萬元予借用人為例，依銀行之計算方式，借用人借貸期滿所須支付之利息為 $200000 \times 5\% \times 5 = 5$ 萬元。惟借用人實際所取得之金額為 19 萬，其實質利率約為 6.4%，與銀行之名目利率 5% 有所差異。

⁹⁴ 蕭長瑞，銀行法令實務（一），頁 284，2006 年 3 月 6 版。

⁹⁵ 國泰世華銀行信用貸款約定事項五、費用收取：「借用人同意依約繳納下列費用，借用人未於貴行撥款或代償同時給付者，即視為授權貴行得逕自約定帳戶中扣繳之」；中國信託商業銀行借用人同意書參、相關費用：「(5) 本借款收取 帳戶管理費.....、 信用查詢費.....、 動產擔保交易設定費.....、 其他.....，本人同意貴行由本借款金額逕行扣抵.....，收取後不予退還，絕無異議」。

最高法院二十九年度上字第一三〇六號判例指出：「據上訴人稱，借字上所載一千二百元之數額，實照八折扣算，祇收到九百六十元云云。如果屬實，自係民法第二百零六條所謂以折扣方法巧取利益」。學說亦認為當事人固得約定由借用人預付利息，惟因當事人約定於金錢借貸成立時即為付息期，而由貸與人於其所貸出之金額中，預扣借用人所應預付之利息，將其餘額交付借用人者，與民法第二百零六條所稱之「折扣」，有異曲同工之妙⁹⁶。在銀行金錢借貸契約中，銀行所預扣者雖非「利息」，而係各種名目之「費用」。此等費用在本質上若無巧立名目將銀行放款成本重複計算，則與利息相同，為借用人使用金錢之對價。身為貸與人之銀行於撥款前先將此等費用扣除，造成借用人對該部分金額無使用權，但卻必須依約支付該部分金額之使用對價，產生對價關係之不平衡，貸與人藉此獲取較高收益，構成巧取利益之行為。

(三) 巧取利益之效果

綜上所述，在銀行金錢借貸契約中可能產生巧取利益之處有二，其一為銀行將其授信成本重複計算於借款利率及收取之費用中；其二為銀行於撥款前預扣費用，並於計算借款利息時，以約定之借款金額為本金。在民法第二百零五條對於最高利率設有限制之前提下，債權人巧取利益之法律效果為何，學說之看法分歧。

有學者認為，年利率 20% 之最高利率限制，既係法律對取得利息所作之客觀禁止標準，本身已係立法者之評價。因此，探討利息約定是否悖於公序良俗，或顯不對稱有失公平，只可對超過法定最高利率限制之部分為之⁹⁷。換言之，貸與人縱有以折扣或其他方式收取利益，若未超

⁹⁶ 劉春堂，預扣利息與金錢借貸之成立—評最高法院八十七年度台上字第二二四四號判決，載：月旦法學雜誌，110 期，頁 181，2004 年 7 月。

⁹⁷ 鄭玉山，超過限定利息之法效（上），載：台灣本土法學雜誌，44 期，頁 17，2003 年 3 月。

過法定最高利率之限制，除所用之方法有悖公序良俗應屬無效者（民法第七十二條參照）外，仍非巧取利益，而無民法第二百零六條之適用⁹⁸。採此說之學者，對於貸與人違反民法第二百零六條規定而巧取利益之法律效果，亦有不同之見解。有學者認為關於巧取利益（即超過法定最高利率限制）之部分，並非無效，僅貸與人對之無請求權⁹⁹。惟多數學者認為巧取利益係違反第二百零六條本身之禁止規定，應屬無效¹⁰⁰。

另有學者不從最高利率限制之角度切入，認為銀行收取之各項費用之共同特徵，為不直接與借貸期間相連結，從而避開利息與借貸期間成比率之概念特徵，以規避關於利息之限制規定之適用。從而，其規範上的對策應從法律規避，亦即脫法行為之觀點出發，認定利息以外之費用係屬隱藏的利息，構成關於利息限制規定之脫法行為¹⁰¹。

對此，本文認為是否構成民法第二百零六條巧取利益之行為，不應受限於同法第二百零五條最高利率之限制，凡貸與人以違反公序良俗之手段獲取利息以外之收益者，皆構成法所禁止之巧取利益行為。按民法第二百零六條之立法理由，在於禁止債權人以擾亂社會經濟及破壞善良風俗之方法獲取不當之利益¹⁰²。而民法第二百零五條有關最高利率之限制規定，係避免資產階級重利盤剝，以保護經濟弱者之債務人，並非允許貸與人在最高利率之範圍內，可以各種方式獲取利潤。換言之，雖然貸與人巧取之利益未超過民法最高利率之限制，但由於利益取得之手段

⁹⁸ 史尚寬，債法總論，頁 248，1990 年 8 月 7 刷；劉春堂，預扣利息與金錢借貸之成立—評最高法院八十七年度台上字第二二四四號判決，載：月旦法學雜誌，110 期，頁 181，2004 年 7 月。

⁹⁹ 鄭玉波，金錢借貸，頁 33，1979 年 6 月 3 版。

¹⁰⁰ 史尚寬，債法總論，頁 248，1990 年 8 月 7 刷；鄭玉山，超過限定利息之法效（上），載：台灣本土法學雜誌，44 期，頁 17，2003 年 3 月。

¹⁰¹ 黃茂榮，債法各論，第一冊增訂版，頁 230，2006 年 9 月再版。

¹⁰² 民法第二百零六條立法理由：「謹按所謂債權人以折扣或其他方法巧取利益者，如借債時約定九五實收或預扣一年利息等情形是也。此種方法，殊有擾亂社會經濟及破壞善良風俗之嫌，自為法所不許，故本條特設禁止之規定」。

已違反公序良俗，該當第二百零六條之禁止規定，因此依照民法第七十二條，巧取利益之行為無效。

貳、返還借款

金錢借貸借用人所負之義務，除支付利息之主給付義務外，尚必須於約定期限內返還借用金額。由於金錢在經濟市場中之地位有別於其他消費物，為了使約定之金錢不因借用期間之時局變動產生價值之變化，民法第四百八十條因此對於金錢借貸之返還設有特別之規範¹⁰³。惟在現代社會中，關於金錢借貸借用人之還款義務，最易生爭執之部分並非該等金錢是否仍為通用貨幣，而係借款人無法於清償期屆至時將本金和利息一次清償，該一部清償之抵充順序為何。

一、抵充順序

當借款人於清償期屆至時，其所提出之給付無法一次還本付息；或在有擔保之金錢借貸契約中，債權人依法實行擔保物權後之所得無法完全清償所有債務時，銀行定型化金錢借貸契約通常約定「乙方受領之給付或受償（抵償）之價金（金額）或依約定自動轉帳取償之款項，不足清償甲方之全部債務時，除另有書面約定外，依各項費用（包括乙方代墊之擔保物保險費）、違約金、遲延利息、利息及本金之順序抵充」¹⁰⁴。關於債務人提出之給付不足清償全部債務時，抵充之順序依民法第三百二十三條之規定，應先抵充費用，次充利息，次充原本。上開銀行定型化契約約款之內容與民法之規定類似，在現行法律體制下，並無不足或

¹⁰³ 民法第四百八十條立法理由：「謹按金錢借貸，既以通用貨幣為標的，則因社會經濟之情況，貨幣價值，自必時有變動。有借用時之貨幣，至返還時已失其通用力者，有須折合通用貨幣計算者，有以特種貨幣計算者，究應以何種貨幣償還，自須明白規定，方足以免糾紛。故設本條以明示其旨」。

¹⁰⁴ 國泰世華銀行授信共通約定條款三。

違誤之處。最高法院九十一年度台上字第二四〇九號判決亦肯認「債務人對於同一債權人負有原本及利息數宗債務，苟其給付不足以清償全部債務，除經債權人同意得先抵充原本後抵充利息外，應先抵充利息後抵充原本，不許債務人僅以一己之意思予以變更抵充順序」¹⁰⁵。

惟在金錢借貸契約中，借款人若無法於清償期屆至時一次還本付息，未完全清償之本金將產生遲延利息，直到本金完全清償為止。而身為借用人使用金錢代價之利息，則因民法第二百三十三條第二項之規定，並不繼續之計算遲延利息。換言之，在民法三百二十三條之抵充順序下，借款人提出之部分給付無法使本金有效減少，反而增加遲延利息之產生。對於已發生清償困難之借款人而言，繼續產生之遲延利息將使借款人之財務狀況雪上加霜。如借款人之財務狀況長久無法改善，本金債務繼續存在，對於貸與人以致於其他債權人而言，亦非樂見之事。德國民法於 2002 年修正時，為減少「債務金字塔」之產生，對於金錢借貸契約之抵充順序，於第四百九十七條第三項設置不同於債編總論之特別規定。德國民法第四百九十七條第三項規定「當借款人之給付不足清償全部已屆清償期之債務時，抵充之順序有別於第三百七十六條第一項之規定，應先抵充權利行使之費用，次充本金，次充利息。貸與人不得拒絕一部之給付。……」¹⁰⁶。在我國法制尚未針對金錢借貸之抵充順序作特別規定之情況下，為減輕限於財務困難借款人之負擔，達成貸與人、借款人及其他債權人三贏之局面，主管機關似應於銀行金錢借貸有

¹⁰⁵ 最高法院四十三年度台上字第七六七號判例「民法第三百二十一條之規定，係指對於一人負擔數宗債務而其給付之種類相同者，如清償人所提出之給付不足清償全部債額時，由清償人於清償時指定其應抵充之債務，與上訴人係對於一人負擔一宗債務之情形不同。而清償人所提出之給付應先充費用，次充利息，次充原本，既為同法第三百二十三條所明定，則被上訴人謂上訴人所還之新台幣四千元應先充利息，次充原本，自非無據」。

¹⁰⁶ BGB§497 III "Zahlungen des Darlehensnehmers, die zur Tilgung der gesamten fälligen Schuld nicht ausreichen, werden abweichend von § 367 Abs. 1 zunächst auf die Kosten der Rechtsverfolgung, dann auf den übrigen geschuldeten Betrag (Absatz 1) und zuletzt auf die Zinsen (Absatz 2) angerechnet. Der Darlehensgeber darf Teilzahlungen nicht zurückweisen....."

關定型化契約範本及應記載事項中加入抵充順序之特別約定為宜¹⁰⁷。



¹⁰⁷ 楊淑文，2002 年德國債法關於消費借貸契約之修正與我國相關規定之比較研究，頁 39，行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，2005 年 10 月。

第四節 金錢借貸契約之債務不履行

第一項 貸與人之債務不履行

金錢借貸契約中，貸與人負有在約定期間內提供約定金額予借用人使用之義務，借用人則有支付利息及於約定期限返還借用金額之義務。一般而言，貸與人發生違反義務之情況，可能為構成巧取利益之預扣費用，造成貸與人提供予借用人之金額未達約定數額之情形。在民法第四百七十四條規範之典型要物金錢借貸契約中，貸與人將約定金額提供借用人使用時，契約始為成立。若貸與人未將約定之金額全數提供借用人使用，並非貸與人之債務不履行，而係金錢借貸契約成立範圍之問題。從而，借用人返還義務之範圍及利息之支付，係依照貸與人實際交付之金額計算。實務見解亦採相同看法：

最高法院九十三年度台上字第二〇五八號判決

利息先扣之消費借貸，其貸與之本金數額，當然應以利息預扣後實際交付借用人之金額為準。

最高法院八十七年度台上字第二二四四號判決

按金錢借貸之貸與人自貸與金額中預扣利息，該部分既未實際交付借用人，自不成立消費借貸，其貸與之本金額應以利息預扣後實際交付借用人之金額為準。

最高法院二十九年度上字第一三〇六號判例

據上訴人稱，借字上所載一千二百元之數額，實照八折扣算，祇收到九百六十元云云。如果屬實，自係民法第二百零六條所謂以折扣方法巧取利益，關於折扣之二百四十元，被上訴人既未實行交付，即不發生返還

請求權。

惟此一問題在銀行為貸與人之金錢借貸契約方面，由於該等契約為諾成之金錢借貸契約，貸與人負有提供約定金額予借用人使用之義務。如發生構成巧取利益之預扣費用，造成貸與人提供之金錢不足約定數額，則構成貸與人之給付遲延。在貸與人未補足約定金額前，依照民法第二百六十四條，借用人可對於不足數額部分之利息主張同時履行抗辯權。另外，依照民法第二百三十三條，借用人可請求遲延利息。至於借用人可請求之遲延利率為何，由於在銀行單方擬定之金錢借貸定型化契約約款中，僅針對借款人遲延還款時訂有遲延利率及違約金約款，對於貸與人之債務不履行，未設任何特別約定。因此，借用人僅能依照民法關於給付遲延之一般規定，請求法定利率 5% 之遲延利息，如能證明受有其他損害者，並得請求該部分之損害賠償。

從定型化契約之角度觀之，金錢借貸之貸與人及借用人都有債務不履行之可能，有關債務不履行之處理，不應區分債務人為借用人或貸與人而有不同之法律效果，而應以相同之標準為權利義務之分配。在現行銀行自行擬定使用之各種貸款定型化契約，甚至主管機關所公告之個人購車購屋貸款定型化契約範本，及正在草擬中之消費貸款定型化契約範本草案，有關遲延利率、違約金、終止契約等約款僅片面針對借用人債務不履行之法律效果而設，未將貸與人債務不履行之法律效果包含在內¹⁰⁸，造成雙方當事人之賠償責任不相當，似已構成消費者保護法施行細

¹⁰⁸ 個人購車及購屋貸款定型化契約範本第六條：「**甲方**如遲延還本或付息時，本金自到期日起，利息自付息日起，照應還款額，逾期在__個月（含）以內者，按本借款利率之百分之__，逾期__個月以上者，就超逾__個月之部分，按本借款利率百分之__計付違約金」；消費性貸款定型化契約範本（草案）第七條：「倘**甲方**遲延還本或付息時，本金自到期日起，利息自付息日起，照應還款額，依年利率__%計算遲延利息，並得收取違約金。倘有約定違約金者，該違約金之計算，在__個月以內部分，按本借款利率__%計收，超過__個月之部份，按本借款利率__%計收」。新光銀行借款契約書第七條（一）：「**甲方**如遲延還本或付息時，本金自到期日起，利息自應繳息日起，照應還款額，逾期在六個月以內部分，按約定利率 10%，逾期超過六個月部分，按約定利率 20%計付違約金」。

則第十四條「消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任」之要件，從而該等定型化契約約款依照消費者保護法第十二條規定，推定顯失公平應屬無效。

第二項 借用人之債務不履行

在多數的金錢借貸契約中，雙方當事人對於本息攤還方式之期限皆詳加約定，如借用人於約定期日未能清償，由於金錢債務人暫時之支付困難不影響給付遲延之發生¹⁰⁹，借用人自清償日起應負遲延責任。當債務人發生給付遲延時，債權人可請求債務人賠償因其給付遲延而生之損害（民法第二百三十一條參照）。另外，債權人亦可定相當期限催告債務人履行契約，如債權人催告無效果者，債權人亦可解除契約、請求回復原狀（民法第二百五十四條、第二百五十九條參照）。然在法律之基本規定下，銀行實際使用之金錢借貸契約對於借用人之給付遲延責任，除以定型化契約約款綜合上述各種債權人可能主張之權利外，尚包含違約金約款及「視為全部到期」之加速條款。此等針對借用人債務不履行所制定之約款在約定遲延利率之高低、違約金之計算及性質、期限利益喪失等方面之合理性及有效性，在學說上屢生爭議，而法院判決對此問題表示意見之機會亦不足。蓋銀行依照與借款人訂定之借貸定型化契約向法院起訴請求借款人支付已屆清償期之本金、利息、遲延利息及違約金時，由於借款人多不諳法律，在此等案件中多未出庭陳述，以致法院多依民事訴訟法第三百八十五條為一造辯論判決。縱使借款人於開庭時到場陳述意見，但一般未委任律師之借款人對於約款之合法性亦無法充分主張，法院囿於民事訴訟當事人進行原則，無法針對當事人為提出之主張進行判決。

綜上所述，為維護公平合理的金錢借貸制度，在民法尚未針對金錢

¹⁰⁹ 黃立，民法債編總論，頁481，2006年11月修訂3版。

借貸契約訂定合適規範之前，對於金錢借貸契約中爭議最大之借用人給付遲延責任，應先釐清貸與人及借用人間之權利義務關係。主管機關亦應儘速擬定金錢借貸定型化契約應記載及不得記載事項，並提供定型化契約範本供借款人締約時之參考。以下分別就借用人給付遲延時之遲延利息與違約金約款探討現行定型化契約約款之合理性。

壹、遲延利息

一、定型化契約約款內容

聯邦銀行消費性貸款專用借款契約書第五條

「借款人未依約清償本金或利息時，其未償還之本息應依本借款約定利率按月計付遲延利息」。

國泰世華銀行信用貸款約定事項第四條

「約定利率：自實際撥款日起依下列已勾選並填載之內容，按月計付：第一個月起，依貴行公告之定儲利率指數（目前年率 2.02%）加碼年率 1.45%或固定利率__%，按月計付。第 7 個月起按貴行公告之定儲利率指數加碼年率 6.45%或固定利率__%，按月計付。第__個月起按貴行公告之定儲利率指數加碼年率__%或固定利率__%，按月給付。以貴行公告之定儲利率指數為加碼標準者，嗣後隨貴行定儲利率指數調整而調整，並自調整後之第一個繳款日起，按調整後年率加碼計算」。第六條：「借款人未按期還本付息時，除按約定利率支付利息及遲延利息外，本金自到期日起……計付違約金」。

二、分析檢討

債務人給付遲延時，債權人對於契約本旨之給付仍有請求權，債務人仍有履行契約之責任¹¹⁰。至於債務人未依約定期限履行債務，造成債權人之損失，債權人得依照民法第二百三十一條之規定，請求債務人因給付遲延而生損害之賠償。債權人請求遲延損害者，須對損害之發生及範圍負舉證責任。但當該遲延給付之債務標的為金錢時，債權人對於是否因遲延而受有損害或損害之範圍難以舉證證明，且依照金錢之特性，債權人使用金錢通常可認為具有相當於法定利率或約定利率之利益¹¹¹。因此，立法者對於遲延債務之標的為金錢時，特別規定債權人得請求遲延利息。惟在銀行金錢借貸契約中，絕大部分之契約約款並未以明確約款載明「遲延利率」，而係於金錢借貸定型化契約中設有「約定利率」，以該約定利率為借款利率及遲延利率。對此即產生一問題，由於銀行金錢借貸契約之約定利率高低係隨貸款種類、期間及市場利率水準而有變動，當約定利率低於法定利率時¹¹²，遲延利息是否仍應依法定利率 5% 計算？

依照民法第二百三十三條之文字，遲延利息之計算，原則上應以法定利率為基礎，但約定利率較高時從其約定利率。最高法院二十八年上字第一九七七號判例亦稱「債權人所得請求之遲延利息，如無高於法定利率之約定利率，依民法第二百三十三條第一項之規定，祇能依法定利率計算」。以法定利息計算金錢債務之遲延損害，係因債權人對於金錢債務之遲延損害範圍難以證明，故以抽象之方式擬制債權人之遲延利息

¹¹⁰ 王澤鑑，法律思維與民法實例—請求權基礎理論體系，頁 110，1999 年 5 月出版；黃立，民法債編總論，頁 483，2006 年 11 月修訂 3 版。

¹¹¹ 史尚寬，債法總論，頁 390，1990 年 8 月 7 刷。

¹¹² 現行房屋貸款之利率約在 2%~4% 之間，參見中國信託商業銀行購物貸款網頁 https://www.chinatrust.com.tw/cgi-bin/prod/jsp/ch/home/index.jsp?BV_SessionID=@@@@1700497000.1179146564@@@&BV_EngineID=ccdgaddklljghmcfngcfkmdhghdfjo.0&content_it em=LOAN-01-0007；土地銀行房貸部落格 <http://tw.myblog.yahoo.com/consumer-lbot>；新竹國際商業銀行指數型房貸介紹 <http://www.hibank.com.tw/campaign/houseloan/inside01.htm>。上網日期：2007/5/14。

損失¹¹³。惟當事人之間如約定有別於法定利率之遲延利率時，應解為當事人（尤其是金錢債權人）已對遲延之損害有所估算。合併觀察民法第二百零三條之法定利率規定，其並未限制應負利息債務之約定利率必須高於法定利率。換言之，金錢借貸契約借用人使用金錢之對價（即約定利率）仍可能低於法定利率，因此債務人於遲延還本時，債權人所受之損害仍可能低於以法定利率計算之遲延利息。在以遲延利息之方式推估金錢債權人於債務人給付遲延時所生損害時，如當事人就遲延利率另有約定，不論該約定是否高於法定利率似應予以尊重，法定利率應僅為當事人未為遲延利率約定時之最低遲延利息計算標準而已。因此，若當事人間約定之遲延利率低於法定利率，應尊重當事人之約定，以約定利率計算債務人之遲延利息為宜。金錢債權人若可證明受有更高之損害時，仍可依照民法第二百三十三條第三項之規定，請求債務人賠償該部分之遲延損害。

另外，民法第二百零七條規定利息不得滾入原本再生利息，為貫徹複利禁止原則，第二百三十三條第二項規定對於利息無須支付遲延利息¹¹⁴。惟最高法院九十四年度台上字第五一八號判決謂「再按民法第二百三十三條第二項固規定對於利息，無須支付遲延利息，然查上開規定，乃指提起訴訟前，利息尚未確定，故不得再加計利息。惟本件被上訴人業於九十一年十一月四日追加請求上訴人給付上開遲延利息，且已屬定額之金錢債權，是被上訴人請求上訴人應再給付上開定額債權自起訴後之追加請求之日起至清償日止之法定遲延利息，亦屬有據」，認為只要利息數額確定後，即可對於利息加收遲延利息。此一見解似誤解民法第二百三十三條第二項之立法目的，認為之所以不對利息加收遲延利息，係因利息之數額尚不確定之故。然利息為使用金錢之對價，在複利禁止原則下，利息不得滾入原本再生利息。如認為對於利息可加收遲延利

¹¹³ 黃茂榮，債法總論第二冊，頁 223，2002 年 9 月。

¹¹⁴ 立法理由：「遲延利息，無論其按照法定利率計算，抑按照約定利率計算，均應依照本法第二百零七條之規定不許利上生利。故設第二項以明其旨。」

息，則形同將已發生之利息債務再滾入本金計算遲延利息，有違複利禁止原則。因此，銀行金錢借貸定型化約款有關「未償還之利息依約定利率計算遲延利息」之約定，應屬無效。

貳、違約金

依照銀行金錢借貸定型化契約，債務人遲延還本付息時，除須支付遲延利息外，尚有違約金約款。此一違約金約款之性質為損害賠償預定之違約金抑或懲罰性違約金，在實務判決上有不同之見解。另外，金錢債務之違約金約款與遲延利息間應如何競合，亦為學者及實務所關心。

一、定型化契約約款內容

中國信託商業銀行借據第五條

「立約人如未按期繳納利息或償還本金或攤還本息或未依約履行債務時，自違約日起算至償還日止計算違約金，其計算方式如下：

1. 延滯違約金：延滯 180 天（含）以內者，每期應繳約定款項（含每期約定攤還本金＋應繳利息）*約定利率*每期延滯天數/365 天*1.1。延滯 180 天以上者，每期應繳約定款項（含每期約定攤還本金＋應繳利息）*約定利率*每期延滯天數/365 天*1.2。
2. 逾期到日違約金：逾期 180 天（含）以內者，到期日未償還本金餘額*約定利率*每期延滯天數/365 天*0.1。逾期超過 180 天以上者，到期日未償還本金餘額*約定利率*每期延滯天數/365 天*0.2」。

新光銀行單筆一般借款借約書第七條

「甲方如遲延還本或付息時，本金自到期日起，利息自應繳息日

起，照應還款額，逾期六個月以內部分，按約定利率百分之十，逾期超過六個月部分，按約定利率百分之二十計付違約金」。

個人購車及購屋貸款定型化契約範本第六條

「甲方如遲延還本或付息時，本金自到期日起，利息自付息日起，照應還款額，逾期在___個月（含）以內者，按本借款利率之百分之___，逾期___個月以上者，就超逾___個月之部分，按本借款利率百分之___計付違約金」

二、系爭違約金約款之性質

違約金為當事人締約時，就契約債務人於債務不履行、給付遲延或違反其他契約上義務時，約定應以一定金額之給付，作為賠償額預定或處罰之承諾¹¹⁵。「違約金之性質，得區分為損害賠償預定性質之違約金及懲罰性違約金，前者乃將債務不履行債務人應賠償之數額予以約定，亦即一旦有債務不履行情事發生，債務人即不待舉證證明其所受損害係因債務不履行所致及損害額之多寡，均得按約定違約金請求債務人支付，此種違約金於債權人無損害時，不能請求。後者之違約金係以強制債務之履行為目的，確保債權效力所定之強制罰，故如債務人未依債之關係所定之債務履行時，債權人無論損害有無，皆得請求，且如有損害時，除懲罰性違約金，更得請求其他損害賠償。又所謂懲罰性（制裁性）之違約金，依民法第 250 條第 2 項規定，必須於契約中明定，如債務人不於適當時期或不以適當方法履行債務時，而須支付違約金者，始足當之，否則，契約縱有履行期或履行方法之約定，其所定違約金，仍應視為賠償總額之預定（最高法院 70 年度台上字第 4782 號判決參照）」¹¹⁶。關於銀行金錢借貸定型化契約之違約金約款之性質就屬損害賠償總額

¹¹⁵ 黃立，民法債編總論，頁 532，2006 年 11 月修訂 3 版。

¹¹⁶ 臺灣臺北地方法院 95 年度重訴字第 456 號判決。

預定性，抑或懲罰性違約金，法院見解有所不同。

(一) 損害賠償總額預定違約金說

1. 臺灣臺北地方法院八十九年度重訴字第一四八二號判決¹¹⁷

查兩造簽定之貸款契約約定如借款人有未依約履行時即喪失期限利益，全部債務視為到期，並約定債務遲延清償時，凡逾期清償在六個月以內者，按上開利率百分之十，超過六個月者，按上開利率百分之二十計付違約金。是系爭約定違約金之性質係屬損害賠償預定性違約金。

2. 臺灣高等法院九十二年度上字第一二一二號判決

本件系爭借款所約定之違約金，係約定「逾期付息或到期未履行債務時，除仍按上開利率計息外，逾期清償在六個月以內者，按上開利率百分之十，超過六個月者，按上開利率百分之二十計付違約金」，是本件系爭借款之違約金，為被上訴人除利息外請求賠償之唯一方式，應予屬損害賠償預定之性質

(二) 懲罰性違約金說

1. 最高法院九十五年度台上字第一七四二號判決

復按違約金，有屬於懲罰之性質者，有屬於損害賠償約定之性質者，如為懲罰之性質者，債權人除得請求違約金外，尚可依民法第二百二十三條規定，請求給付遲延利息及其他損害，如為損害賠償約定之性質者，則應視為因遲延所生之損害，業已依契約預定其賠償，不得更請

¹¹⁷ 臺灣臺北地方法院八十九年度重訴字第七五六號判決同旨。

求遲延利息賠償損害。究屬何種違約金，應視當事人之意思定之，如不能判別何種違約金，應視為損害賠償預定之違約金。經查冠容公司與被上訴人簽訂之「進口融資及委任承兌契約」第七條及第九條均約定債務人遲延履行時，除應按遲延利率給付遲延利息外，並應按遲延利率之10%（逾期六個月以內部分）及20%（逾期超過六個月部分）加計逾期違約金，亦即除遲延利息之賠償外，債權人尚可請求給付違約金，足證上開契約所約定者為懲罰性質之違約金，上訴人抗辯本件違約金為損害賠償預定性質之違約金，顯無可採。

2. 臺灣臺北地方法院九十三年度訴字第二三一六號判決

查本件二造於訂立契約當時，即約定如遲延給付時，除原約定之遲延利息外，另應加付依放款利率百分之二十之違約金，同時為消費借貸契約，與前述判例所示情況當事人未約定遲延利息而依二百三十三條前段給付法定遲延利息者不同，同時本件契約併將遲延利息及違約金併列，該違約金性質亦應屬懲罰性違約金，並非損害賠償預定性質之違約金，從而本件事與前開判例（按：最高法院六十二年台上一三九四號判例）不同，難予適用。

3. 臺灣臺北地方法院九十一年度訴字第四〇〇七號判決

本件依上開進口遠期信用狀借款契約第三條之約定，被告三獅公司未依約清償債務時，逾期清償在六個月以內者，按上開利率百分之十，超過六個月者，按上開利率百分之二十計付違約金。……。本件被告三獅公司向原告借貸之借，係屬金錢借貸，依上開進口遠期信用狀借款契約第三條，已約定被告三獅公司應自原告墊款之日起，按約定利息給付遲延利息，則上開進口遠期信用狀借款契約第三條所約定之違約金，雖未明定為該違約金之性質，然參酌前述最高法院六十八年度第九次民事

庭庭推總會議決議之見解，本件就上開信用狀借款逾期未清償所生之損害，已約定有遲延利息，是上開進口遠期信用狀借款契約第三條，就金錢借款之債務，於遲延利息外另行約定違約金，自應屬於懲罰性之違約金。

（三）本文見解

當事人約定之違約金，為損害賠償之預定抑或懲罰性違約金，首應探求當事人真意。如當事人未予訂定，則應視為以預定債務不履行之損害賠償為目的（民法第二百五十條參照）。蓋當事人約定懲罰性違約金，係以違約金為制裁債務不履行一方之手段，惟在民事法領域，以民事責任作為處罰、制裁之方式究屬例外。因此私人之間之「懲罰」規定應以契約明訂為原則¹¹⁸。上開銀行金錢借貸定型化契約之違約金約款，其約款文字並未言明為「懲罰性違約金」，而認為此等違約金約款為懲罰性違約金之判決，係以當事人在契約中除違約金約款外，尚有遲延利息之約定而為判斷。此等判斷基礎，似有倒果為因之嫌。蓋如當事人約定有懲罰性違約金，因違約金之目的在於制裁債務不履行之一方當事人，對於他方當事人債務不履行之損害賠償請求權本不生影響。因此，當事人約定有遲延利率時，並非代表契約之違約金約定即為懲罰性違約金，僅係損害賠償預定性違約金與債務不履行損害賠償請求權之競合¹¹⁹。如違約金約款本身未表明懲罰之目的，仍應將該違約金視為損害賠償之預定，從而上開銀行金錢借貸定型化契約之違約金約款，應認為係借用人遲延還本付息時，貸與人損害賠償總額之預定¹²⁰。

在認定銀行金錢借貸契約之違約金約款為損害賠償總額之預定之

¹¹⁸ 邱聰智，新訂民法債編通則（下），頁 157，2001 年 2 月新訂 1 版。

¹¹⁹ 黃立，民法債編總論，頁 535，2006 年 11 月修訂 3 版。

¹²⁰ 楊淑文，融資貸款與消費者保護，收錄於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 643。

後，即應探討借款人遲延還本付息時，貸與人之違約金請求權與遲延利息之請求應如何競合。按遲延利息為債權人於金錢債務人給付遲延時，法律抽象規範之最低損害賠償，而銀行金錢借貸契約之違約金約款，亦為借款人遲延還本付息時之損害賠償總額預定。此兩者之性質皆為填補貸與人於借用人給付遲延時所受之損害。因此，當借款人遲延付款時，貸與人之遲延利息請求權與違約金請求權只能擇一行使，因一請求權之滿足而他請求權亦隨之消滅。最高法院六十二年度台上字第一三九四號判例亦謂「違約金，有屬於懲罰之性質者，有屬於損害賠償約定之性質者，本件違約金如為懲罰之性質，於上訴人履行遲延時，被上訴人除請求違約金外，固得依民法第二百三十三條規定，請求給付遲延利息及賠償其他之損害，如為損害賠償約定之性質，則應視為就因遲延所生之損害，業已依契約預定其賠償，不得更請求遲延利息賠償損害」。

三、違約金過高之酌減

依照大多數銀行擬定之金錢借貸定型化契約，債務人給付遲延違約金之計算方式，係依照遲延期間長短，以遲延金額之一定比例按日計算。遲延在六個月以內者，通常以約定利率之 10% 計算違約金；遲延超過六個月者，則增加至約定利率之 20%。少數銀行則以固定公式計算違約金¹²¹，當約定利率為 5% 時，依該公式計算之違約金年利率約為 20%；若約定利率為 10% 時，違約金可高達年利率 43.8%。民法第二百五十二條規定，約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。最高法院四十九年台上字第八〇七號判例亦謂「當事人約定契約不履行之違約金過高者，法院固得依民法第二百五十二條以職權減至相當之數額，惟是否相當仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準，而債務已為一部履行者，亦得比照債權人所受利益減少其數額」。在金錢借貸契約方面，我國法院在判斷違約金金額是否過高時，

¹²¹ 詳前引中國信託商業銀行違約金計算方式。

往往不區分違約金之性質，而與遲延利息加總認定。如違約金加遲延利息未超過年利率 20%，法院多不為違約金酌減之裁判，但加總數額如超過年利率 20%，法院則多判決債權人可請求之遲延利息與違約金以年利率 20%為限。

(一) 實務判決

1. 最高法院八十九年度台上字第二〇二二號判決

其次，系爭借款之違約金約定，固與利息及遲延利息同，惟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，系爭借款已約定有利息及遲延利息，未如期清償，○○○已受有相當之補償對價，其違約金再約定與利息及遲延利息同，顯屬過高，應以約定利息之百分之二十為宜。

2. 臺灣臺北地方法院九十一年度訴字第四〇〇七號判決

本件依上開進口遠期信用狀借款契約第三條之約定，被告○○公司未依約清償債務時，逾期清償在六個月以內者，按上開利率百分之十，超過六個月者，按上開利率百分之二十計付違約金。而此約定，與一般金融行業就金錢借貸所約定之違約金比較，並無過高之情事。參以，本件被告○○公司向原告借貸之四筆借款，約定之違約金，係逾期清償在六個月以內者，按上開利率百分之十，超過六個月者，按上開利率百分之二十計付違約金。而上開四筆借款約定之遲延利息，分別為年息百分之九點三、八點九、八點四、七點六，加上違約金之部分，逾期清償在六個月以內者，按上開利率百分之十，分別為百分之零點九三、零點八九、零點八四、零點七六；超過六個月者，按上開利率百分之二十，分別為年息百分之一點八六、一點七八、一點六八、一點五二；該違約金

與遲延利息合計，均未超過民法第二百零五條所規定之法定最高利率，即年息百分二十。故被告○○○抗辯稱原告請求之違約金過高，應予酌減，自無足採。

3. 臺灣高等法院九十二年度上字第一二一二號判決

本件系爭借款所約定之違約金，係約定「逾期付息或到期未履行債務時，除仍按上開利率計息外，逾期清償在六個月以內者，按上開利率百分之十，超過六個月者，按上開利率百分之二十計付違約金」，是本件系爭借款之違約金，為被上訴人除利息外請求賠償之唯一方式，應予屬損害賠償預定之性質，本院審酌上訴人○○○除繳息至八十九年九月二十六日外，未再清償本息，及金融業違約金之標準，一般客觀事實，社會經濟狀況及被上訴人所受損害情形，被上訴人請求逾期在六個月以內者，按上開利率百分之十，超過六個月者，按上開利率百分之二十計付違約金，尚稱適當，上訴人請求酌減，核無可取。

4. 臺灣士林地方法院九十一年度重訴字第三四號判決

查債務人借款逾期不為清償，債權人因而須為之催討、訴追、甚至查封、拍賣等強制執程序，其中所須花費之時間、人力、物力，所須承擔之風險，均為債權人之損失，該損失自得約定違約金以賠償其損害，本件兩造所約定之違約金，依社會上通常滿足債權所須過程、心力、花費等情判斷，尚稱允當，且與目前多數金融機構與消費者所約定之違約金不相上下，並無過高之處，是被告所稱原告無損失及違約金過高云云，均不足採。

5. 臺灣臺北地方法院九十五年度訴字第五二〇六號判決

按「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額。」民法第 250 條定有明文。是違約金契約係在確保債務之履行，如債務履行，債務人即可免給付義務。再利息係原本債權之收益，依原本數額及債權人不能使用原本之期間，按一定比率計算之金錢或其他代替物，是利息係基於原本所生之收益，於每經過一定期間，債權人即得按期具體請求債務人履行給付利息之債務，與債務人履行債務與否無涉。經查，本件原告僅得請求自 90 年 5 月 1 日起算之違約金，已如前述，而該部分已逾期超過六個月，是原告僅得請求自 90 年 5 月 1 日，按約定利率 20% 之二成即百分之四計算之違約金，經核，依年息百分之四之違約金，審酌上開違約金利率並未逾民法第 205 條年利率 20% 之最高利率，被告辯稱違約金過高，應予酌減云云，亦尚不足採。

(二) 分析檢討

金錢借貸契約之違約金約款，若未表明其為懲罰性違約金者，應認為係損害賠償總額預定性質。由於損害賠償總額預定違約金與金錢債務之遲延利息，皆係為填補金錢債權人於債務人給付遲延時所受之損害，因此債權人僅能擇一請求，已如前述¹²²。當債權人選擇向債務人請求違約金時，法院在審理過程仍應衡量該等違約金是否有過高之情事。依照上開實務判決可知，法院對於違約金是否過高之認定，係以法定最高年利率 20% 為標準，只要約定之違約金未超過年利率 20%，法院多認為無

¹²² 然而由我國法院判決可觀察得知，在面對金錢債權人同時請求遲延利息及違約金時，大多數判決並未區分違約金之性質為何，而將違約金與遲延利息合計，只要未超過法定最高利率 20%，皆判決債權人勝訴。此種判決方式實未認清損害賠償總額預定違約金與遲延利息之目的實為相同。

酌減之必要。然當事人以違約金為金錢債務損害賠償額之預定時，在性質上與以約定遲延利率之方式為貸與人損害範圍之抽象規範相同，因此民法第二百零五條年利率 20%應為金錢債務違約責任之上限¹²³。因此，超過年利率 20%之違約金約定顯屬過高，法院應與酌減，並無問題。但在年利率 20%內之違約金約定是否皆為合理，則仍有探討之必要。如前所述，違約金原則上為損害賠償總額之預定，為法律允許債權人減輕其對於債務人遲延時所生損害之舉證責任方法。但違約金之目的仍為填補債權人所受之損害，約定之違約金如顯超過債權人所生之損害，縱然未超過最高法定利率 20%之範圍，法院仍應主動酌減違約金金額¹²⁴。

與我國民法相近之德國民法規定債務人給付遲延時，債權人可請求損害賠償（德國民法第二百八十條第二項、第二百八十六條）。消費者金錢借貸契約之借用人給付遲延時，則須負擔基礎利率¹²⁵加計 5%之遲延利息（第四百九十七條第一項），這包括通常的再融資成本（Refinanzierungskosten, 3%）及貸與人之處理費用（2%）。在設有物上擔保之消費者金錢借貸契約，其再融資成本平均低上 2-3%，因此遲延利率可加計之最高額為基礎利率加 2.5%（第四百九十七條第一項第一句、第二句）。在個案中，如貸與人可證明有更高之損害或借用人可證明損害較低，亦可增減遲延利息（第四百九十七條第一項第三句）¹²⁶。

¹²³ 詹森林，信用卡利息問題，載：民事法理與判決研究（三），頁 277，2003 年 8 月。

¹²⁴ 最高法院七十九年台上字第一六一二號判例：「民法第二百五十二條規定：『約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。』故約定之違約金苟有過高情事，法院即得依此規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後始得核減之限制。此項核減，法院得以職權為之，亦得由債務人訴請法院核減」。

¹²⁵ 依照德國民法第二百四十七條，基礎利率為年利率 3.62%。此一利率為浮動利率，於每年一月一日及七月一日隨歐洲中央銀行再融資業務利率變動。§ 247 Basiszinssatz (1) Der Basiszinssatz beträgt 3,62 Prozent. Er verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche die Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres.(2) Die Deutsche Bundesbank gibt den geltenden Basiszinssatz unverzüglich nach den in Absatz 1 Satz 2 genannten Zeitpunkten im Bundesanzeiger bekannt.

¹²⁶ Brox/ Walker, Besonderes Schuldrecht, S. 210, Rn. 57.

我國法院在判斷金錢借貸契約之違約金是否過高時，可參考德國立法例，依照當時之銀行再融資成本及合理利潤判斷借用人於給付遲延時銀行所受之損害，不應拘泥民法第二百零五條之法定最高利率限制。



第五節 金錢借貸契約之終止

在銀行推出之各種貸款商品中，除了現金卡以外，其他諸如房屋貸款、汽車貸款或信用貸款等，皆為設有固定之借貸期間。依照民法第四百七十八條之規定，未定期限之金錢借貸契約借用人得隨時返還標的物，貸與人亦得定一個月以上之相當期限催告返還；定有借貸期間之金錢借貸契約借用人則須於借貸期間屆至時須返還本金。惟在借貸期間尚未屆至之前，如當事人欲脫離金錢借貸契約之拘束，除了雙方合意終止契約外，銀行擬定之金錢借貸定型化契約多設有借用人之期限利益喪失約款及期前清償違約金等約款，使契約於約定期限屆至前提前終止。此等期限利益喪失約款及期前清償違約金，對於借款人之權益影響甚大，其法律效力亦有爭議。以下由貸與人之契約終止權—期限利益喪失條款及借用人之契約終止權—期前清償違約金分別檢討金錢借貸契約之終止方式及效果。

第一項 貸與人之契約終止權 —期限利益喪失條款—

債務人給付遲延時，債權人除依民法第二百三十三條得請求支付遲延利息外，尚得定期催告債務人履行契約。若債務人屆期不為履行，債權人得依民法第二百五十四條解除契約，請求回復原狀。由於金錢借貸契約之履行涉及時間因素，為繼續性契約類型之一。當金錢借貸契約之一方當事人有債務不履行之情事時，他方當事人若欲使契約解消，應依照民法第二百六十三條準用第二百五十四條行使終止權，使金錢借貸契約向後失其效力。惟在銀行預先擬定之金錢借貸定型化契約中，多設有期限利益喪失條款（或稱加速條款），於借用人符合條款所述之情事時，該借用人與銀行間所有之債務全部視為到期。此等期限利益喪失條款影

響借用人之權利甚巨，其效力為何值得深究。

壹、定型化契約約款內容

中國信託商業銀行貸款約定書第四條

「立約人對貴行所負一切債務，如有下列情形之一者，無須由貴行事先通知或催告，貴行得隨時停止或減少對立約人之授信額度，或縮短授信期限，或視為全部到期：

- (一) 任何一宗債務不依約清償或攤還本金時。
- (二) 依破產法聲請和解、聲請宣告破產、依公司法聲請公司重整、經票據交換所通知拒絕往來、停止營業、清理債務時。
- (三) 依約定原負有提供擔保之義務而不提供時。
- (四) 立約人死亡而其繼承人聲明為限定繼承或拋棄繼承時。
- (五) 因刑事而受沒收主要財產之宣告時。
- (六) 貴行因有保全債權之必要，經契約具體約定之情事，並明示發生加速期限到期（經通知或無須通知）之效果者。

立約人對貴行所負一切債務，如有下列情形之一者，經貴行事先定合理期間通知或催告後，貴行得停止或減少對立約人之授信額度，或縮短授信期限，或視為全部到期：

- (一) 任何一宗債務不依約付息時。
- (二) 擔保物被查封或擔保物滅失、價值減少或不敷擔保債權時。
- (三) 立約人對貴行所負債務，其實際資金用途與貴行核定用途不符時。
- (四) 受強制執行或假扣押、假處分或其他保全處分，致貴行有不能受償之虞者。
- (五) 所為陳述或提供之資料，如有虛偽不實或隱匿等違背誠信之行為，或違反約定或承諾之事項，或發生具體事實之其他信

用不良情事時。」¹²⁷

消費性貸款定型化契約範本（草案）第十條

「甲方對乙方任一借款所負之支付一切本息及費用之責，均應依約定期限如數清償。倘甲方有下列情形之一者，乙方得隨時縮短借款期限，或視為全部到期。倘乙方依第五款至第七款之任一事由為前揭主張時，應於合理期間以書面通知甲方後，始生縮短借款期限，或視為全部到期之效力：

- （一）任何一宗債務不依約清償本金時。
- （二）依破產法聲請和解、聲請宣告破產、或清理債務、或經票據交換所宣告拒絕往來時。
- （三）因死亡而其繼承人聲明為限定繼承或拋棄繼承時。
- （四）因刑事而受沒收主要財產之宣告時。
- （五）任何一宗債務不依約支付利息、費用、其他應付款項時。
- （六）甲方對乙方所負債務，其實際資金用途與乙方核定用途不符時。
- （七）受強制執行或假扣押、假處分或其他保全處分，致乙方有不能受償之虞時。
- （八）甲乙雙方約定之其他情形：_____。」

貳、分析檢討

銀行依照金錢借貸契約之期限利益喪失約款，主張借用人尚未屆期之債務提前到期，其法律上意義應屬終止契約之表示。蓋銀行推出之各種貸款商品，除現金卡為無限期之未定期間金錢借貸外，其餘房屋貸款、汽車貸款、信用貸款等金錢借貸契約皆設有借貸期間。在訂有借貸

¹²⁷ 其他銀行（如新光銀行、國泰世華銀行、中央信託局、聯邦銀行等）皆於金錢借貸契約訂有借用人期限利益喪失條款，條款內容均大同小異。

期間之金錢借貸契約中，借用人於約定期間內有使用金錢之權利，貸與人則對約定金額之金錢有忍受借用人使用之義務。因此，定型化約款約定某些情況下貸與人可主張尚未屆期之金錢借貸契約視為全部到期，將借用人原可享有之金錢使用期間縮短，應解為貸與人終止契約之意思表示，金錢借貸契約向未來失其效力。

有關銀行金錢借貸定型化契約之加速條款，行政院公平交易委員會曾訂有「行政院公平交易委員會對於金融業經營行為之規範說明」，其中規範「金融業者於借款人發生債信不足情形，而有加速債務期限到期等確保債權之必要者，宜事先與借款人議定債信不足之事由。如：1、任何一宗債務不依約清償本金時；2、依破產法聲請和解、聲請宣告破產、聲請公司重整、經票據交換所通知拒絕往來、停止營業，清理債務時；3、依約定原負有提供擔保之義務而不提供時；4、因死亡而其繼承人聲明為限定繼承或拋棄繼承時；5、因刑事而受沒收主要財產之宣告時；6、任何一宗債務不依約付息時；7、擔保物被查封或擔保物滅失、價值減少或不敷擔保債權時；8、立約人對金融業者所負債務，其實際資金用途與該業者核定用途不符時；9、受強制執行或假扣押、假處分或其他保全處分，致金融業者有不能受償之虞者。依第6至第9項事由行使加速條款，並應事先以合理期間通知或催告立約人。另，除前九種行使加速條款之事由外，業者倘確有保全債權之必要，得個別議定加列他種事由，並宜於契約中以粗字體或不同顏色之醒目方式記載之，同時明示發生加速期限到期（經通知或無須通知）之效果。金融業者未為本項資訊揭露，且足以影響交易秩序者，將有違反公平交易法第二十四條規定之虞」。依照此一規範說明，公平會自九十五年底至九十六年第一季依照公平交易法第二十四條，針對上開期限利益喪失條款第一項第六款之概括約定處罰 38 家金融業者¹²⁸。惟在契約法領域，並非符合公平會上開「規範說明」之期限利益約款即為合法有效，其有效性仍應深

¹²⁸ 孫中英，「加速條款」全面修正，聯合報 2007.04.10。

入探討之。

依照法定終止契約權之規定，契約當事人之一方給付不能時，他方當事人可終止契約（民法第二百五十六條）；一方當事人如給付遲延，則須視該給付是否為絕對定期行為，決定他方當事人是否須定期限催告，待債務人於期限內不履行時，取得契約終止權（民法第二百五十四條、第二百五十五條）。上開期限利益喪失條款所列舉貸與人可主張契約終止權之前提，除第一項第一款與第二項第一款有關不依約清償本金或利息外，其餘皆非借用人已實際發生給付遲延之情事。換言之，依照期限利益喪失約款，絕大部分貸與人取得終止權之前提係「銀行之債權有不能受償之虞」，而非借用人實際發生債務不履行。雖在契約自由原則下，當事人對於契約之結束擁有約定之自由，在法定終止權外仍可自由為契約終止權之約定¹²⁹。但以定型化契約約款為意定終止權之約定，須受到民法第二百四十七條之一及消費者保護法之檢驗。銀行為確保債權之回收，將借用人遲延還款之風險降至最低，在借用人尚未實際發生債務不履行之前，即賦予貸與人終止契約之權利，對於借用人原應享有之期限利益造成嚴重侵害。蓋契約之終止應為契約目的無法達成時，當事人用以脫離契約拘束之手段。如當事人尚未產生違約狀態，僅履約能力有減低「之虞」，在未發生給付遲延、給付不能或其他不完全給付前，尚難稱契約目的以無法達成。因此，上開期限利益喪失約款除本金或利息屆期未清償之情形外，其他借用人之債信有減損可能之各種情事作為貸與人取得終止權之前提，似構成民法第二百四十七條之一第四款定型化約款對他方當事人有重大不利益之顯失公平，應屬無效。

再者，縱使債務之清償訂有清償期，但該債務非屬須為一定時期為給付始能達契約目的之絕對定期行為時，債務人給付遲延後，債權人須

¹²⁹ 陳自強，契約之內容與消滅，頁 450，2004 年 9 月；陳猷龍，民法債編總論，頁 259，2003 年 9 月 3 版。

定相當期間催告債務人履行。債務人於期限內不為履行時，債權人始可行使終止權（民法第二百五十四條）。此係民法賦予債務人補正之機會，蓋債務人若能及時補正已經遲延之債務，達成契約訂定目的，將較當事人解除（終止）契約更符合經濟原則，此一規定亦隱含公平分配債權人與債務人利益之基本思想¹³⁰。上開期限利益喪失約款第一項第一款規定債務人有任何一宗債務遲延攤還本金時，貸與人可不定期催告，金錢借貸契約即為終止，係與定型化契約約款排除不予適用之任意規定（即民法第二百五十四條）立法意旨顯相矛盾。依照消費者保護法第十二條第二項第二款規定，該部分約款推定顯失公平，應屬無效。

另外，上開條款第二項第一款規定借用人任何一宗債務不依約付息時，貸與人定期催告仍不履行者契約即為終止。此一約款應類推適用民法第三百八十九條之規定，須待遲延給付之金額達約定數額之五分之一，貸與人始能終止契約。民法第三百八十九條關於期限利益喪失約款之規範，雖設於買賣一節中，但該條之立法目的係用以保護信用交易之經濟弱勢當事人。對於信用交易，我國民法並未特別設置專章規範，而分別於買賣契約中設有分期付款買賣之特別規定及消費借貸契約之金錢借貸規範。惟不論是由交易相對人對信用需求者為融資；抑或由交易相對人以外之第三人以提供金錢或其他服務為融資方式，對於處在經濟弱勢一方之融資人，均應有相同之保護。民法第三百八十九條有關期限利益喪失禁止之規定，係仿自德國一八九四年制訂之「分期付款交易法」（das Abzahlungsgesetz）第四條第二項，該法於一九九〇年為「消費者信用法」（das Verbraucherkreditgesetz）第十二條所取代。二〇〇一年德國民法債編修正時，將消費者信用法之規定納入民法，有關期限利益喪失之規範訂於民法第四百九十八條¹³¹，適用範圍包括金錢借貸契

¹³⁰ 楊淑文，融資貸款與消費者保護，收錄於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 641。

¹³¹ 德國民法第四百九十八條：「以分期方式為給付之消費者借貸契約，貸與人僅得於借用人有最少連續兩期全部或部分遲延，且至少須達借款金額或分期金額之 10%（契約期間超

約及其他分期償還之融資方式（德國民法第四百九十九條至第五百零一條參照）。由此可知，凡牽涉與「信用」有關之交易，為保護借用人（或分期付款買賣之買受人、融資租賃之承租人等信用需求者）不致因分期償還借款之任何一期借款未清償，即導致全部借款連同本金及利息一次均屆清償期，而陷入完全無法清償的危機，定型化契約有關借用人期限利益喪失之約定，皆應受民法第三百八十九條之規範¹³²。

綜上所述，依照現行絕大多數銀行所擬定使用之金錢借貸定型化契約及消費性貸款定型化契約範本（草案）之期限利益喪失約款，貸與人取得契約終止權之事由部分過於空泛，使借用人未具體違約事實之前即可能遭受契約終止之不利結果；部分事由則限制借用人補正之機會，與民法賦予非絕對定期行為之債務人於給付遲延後仍有補正機會之立法意旨顯相矛盾；部分事由則違反民法第三百八十九條對於信用需求者之特別保護，依照民法第二百四十七條之一第四款、消費者保護法第十二條第二項第二款及民法第三百八十九條，上開期限利益喪失約款應屬無效。惟如借款人遲延給付之金額逾借款金額之五分之一，或貸與人依民法規定行使法定終止權者，應扣除未到期部分之利息。蓋銀行貸款契約中，利息係與金錢使用構成對價關係，於銀行終止貸款契約後，借款人對於金錢並無使用，自無庸支付作為金錢使用對價之利息¹³³。

過三年者為 5%)，並給予借用人兩個禮拜的期間清償未付之價金，並告知借用人於期間內為清償者，將請求支付全部之價款，而借用人未為履行時，始可終止契約」。Wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers kann der Darlehensgeber den Verbraucherdarlehensvertrag bei einem Darlehen, das in Teilzahlungen zu tilgen ist, nur kündigen, wenn 1. der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mindestens zehn Prozent, bei einer Laufzeit des Verbraucherdarlehensvertrags über drei Jahre mit fünf Prozent des Nennbetrags des Darlehens oder des Teilzahlungspreises in Verzug ist und 2. der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer erfolglos eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags mit der Erklärung gesetzt hat, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange. Der Darlehensgeber soll dem Darlehensnehmer spätestens mit der Fristsetzung ein Gespräch über die Möglichkeiten einer einverständlichen Regelung anbieten.

¹³² 楊淑文，融資貸款與消費者保護，收錄於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 641。

¹³³ 楊淑文，2002 年德國債法關於消費借貸契約之修正與我國相關規定之比較研究，頁 32，

第二項 借用人之契約終止權一期前清償違約金

壹、定型化契約約款內容

新光銀行汽車貸款借款契約書第五條

(甲方及保證人確認內容並同意，特此簽章：_____)

提前清償本金方式，依下列第___款辦理：

- (一) 甲方得隨時清償本借款本金，惟另須給付借款金額___%之開辦費予乙方。
- (二) 甲方同意限制提前清償全部或部分借款本金期限，若於實際借用日起六個月內清償者，應按提前清償借款本金之___%計付違約金，超過六個月至一年內清償者，應按提前清償借款本金之___%計付違約金，但借款已屆滿一年且提前___日通知乙方，或因下列事由而提前還款者，免收提前清償違約金：
 1. 法令另有規定或應乙方之要求者。
 2. 提供本借款抵押之不動產遭政府徵收或天災毀損，並取得證明文件者。
 3. 甲方發生死亡或重大傷殘情事，並取得證明文件者。

聯邦銀行消費性貸款借款契約書第六條

(蓋章)

分期償還貸款部分，甲方如選擇依優惠利率計息時：(1) 於撥款後年內陸續或一次提前償還借款本金時，立約人願按提前償還借款本金之___%計付違約金；(2) 於撥款___年後未滿___年內陸續或一次提前償還借款本金時，立約人願按提前償還借款本金之___%計付違約金。但如甲方因「提供貸款抵押之不動產遭政府徵收或天災毀損並取得證明文

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，2005年10月；黃茂榮，債法各論，頁233，2006年9月再版。

件」、「借款人死亡或重大傷殘並取得證明文件」或應乙方之要求而提前還款者，不在此限。

貳、分析檢討

現今社會之金錢借貸契約多為有償契約，借用人使用貸與人提供之金錢必須支付利息。而借用人利息支付義務之多寡，又依借貸期間之長短而定，當借用期間越長，借用人必須負擔之利息總額越高。因此，如借用人於借貸期限屆至前已無使用金錢之必要，多欲提前將借用之本金返還貸與人，以減少利息之負擔。另外，在借貸期間中，如有其他利率較低之貸款方案，借用人為簡省利息支出，亦傾向終止原金錢借貸契約，轉貸他家金融機構之貸款。

依照民法第四百七十八條之規定，未定返還期限之消費借貸契約，借用人得隨時返還借用物。因此，如金錢借貸契約未約定返還期限，借用人無論基於何種考量，隨時清償本金並無問題。然而，絕大多數之銀行金錢借貸契約，當事人皆定有借款期限，借用人必須於約定期限內返還借款。此時，即產生借用人是否得於借貸期滿前清償原本之問題。依照民法第二百零四條規定，約定利率於週年百分之十二者，經一年後，債務人得於一個月前預告債權人，隨時清償原本。此項清償之權利，不得以契約除去或限制之，為立法者考量債務人之利息負擔，允許債務人得於約定期限屆至前清償本金之特別規定¹³⁴。惟若約定利率未超過年利率 12%之金錢借貸契約，借用人是否即無期前清償權，學說見解多採肯

¹³⁴ 民法第二百零四條立法理由謂：「查民律草案第三百三十一條理由謂約定之利率，應否全委諸當事人之自由契約，抑以法律定一最高限度，逾最高限度之部分，審判上即不許其請求，抑民事則採利率限制主義，商事則採利率無限制主義，關於此事，各國皆不一致，本法則在民法上採利息無限主義。夫遇經濟上有急迫情事，約明利率逾週年百分之十二者，為事所常有，法律為保護債務人起見，不問其債務有無期限，經過一年後，使債務人有隨時清償原本之權利，不得以契約除去或限制之。但須於一個月以前預告債權人，以隨時清償原本，於債權人誠有利害關係，故須使債務人負預告之責也」。

定見解。其所持理由在於若消費借貸契約負有利息或其他報償者，雙方當事人皆有期限利益，借用人不得主張於借貸期間屆至前清償所借本金，影響貸與人收取利息報償之權利¹³⁵。銀行金錢借貸定型化契約中，亦將借用人之期前清償視為違反契約約定，因而設有違約金約款以賠償貸與人之損害。關於提前清償違約金之收取原則，銀行公會所定之授信準則第九條規定會員辦理個人購屋貸款（含自建住宅）及各項消費性貸款，如約定收取提前清償違約金，應以特別條款方式約定，並按「提供消費者選擇權」及「違約金遞減」等兩項原則¹³⁶予以計收¹³⁷。

然而，在定有期限之金錢借貸契約中，以雙方皆有期限利益為由，禁止借用人期前清償，似有斟酌之處。按在我國民法尚未賦予金錢借用人之一般終止權之前，銀行多以民法第二百零四條賦予金錢債務人之期前終止權為基礎，當金錢借貸契約之利息未超過年利率 12% 或借貸期間尚不滿一年而借用人欲提前返還本金時，約定借用人必須支付一定比例之違約金。換言之，銀行金錢借貸定型化契約係以收取違約金之方式，減少借用人期前清償之可能。惟借用人期前清償雖可能造成銀行利息收入之損失，但此時銀行之債權實現風險已因借用人清償而消滅，且於借用人清償後，銀行更得將資金貸與第三人以獲取利潤¹³⁸。由此角度觀之，借用人期前清償對於以金錢借貸為業之銀行反而有利，阻止借用人於借貸期間屆至前清償本金應無必要。

¹³⁵ 蘇惠卿，借貸，載：民法債編各論（上），黃立主編，頁 546，2002 年 7 月；鄭玉波，金錢借貸，頁 152，1979 年 6 月 3 版；劉春堂，民法債編各論（上），頁 498，2006 年 6 月初版 2 刷；史尚寬，債法各論，頁 272。

¹³⁶ 此兩項原則似來自於行政院公平交易委員會對於金融業收取房屋貸款提前清償違約金案件之處理原則第五點「金融業者不得未經借款人同意，向借款人收取提前清償違約金。前項約定提前清償違約金者，應於貸款契約書中，以特別約款方式與借款人個別約定，並載明違約金之計收方式。」、第六點「提前清償違約金應考量借款人之清償時間、貸款餘額等因素，採遞減之方式計收」。違反上開原則之金融業者，構成公平交易法第二十四條之不公平競爭行為。

¹³⁷ 蕭長瑞，銀行法令實務（一），頁 265，2006 年 3 月，增修訂 6 版。

¹³⁸ 楊淑文，2002 年德國債法關於消費借貸契約之修正與我國相關規定之比較研究，頁 35，行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，2005 年 10 月。

再者，在採用機動利率之金錢借貸契約中，如借用人於借貸期限未屆前，發現市場上有較低利率之貸款方案，而欲終止原有之金錢借貸契約，向該提供較低利率之金融機構為轉貸，在利率自由化之現代信用市場，本為競爭下之常態。蓋利率自由化之真諦即在於各個資金擁有者以利率作為競爭之方法及手段。如謂貸與人於定有期限之金錢借貸契約中享有期限利益，禁止借用人期前清償、終止契約，則意味金融機構只要以優惠之利率吸引借款人締結金錢借貸契約後，即可依照契約約款調整利率，縱使該利率已偏離市場利率水準，法律仍保障貸與人收取利益之權利。如此一來，實施利率自由化之目的即已喪失，金錢借貸契約所定之期限，僅為保障處於經濟強勢之貸與人獲取利潤而設。然而，在使用權讓與之契約類型中，使用權需求者（承租人、借款人）皆為經濟上弱勢之一方，此等契約之約定期限，應在保護使用權需求者繼續使用標的物之權益，避免提供人隨時主張終止契約，收回標的物。此一基本原則在租賃契約中，表現在土地法第一百條，縱使租賃契約未定期限，承租人欲收回房屋、終止租賃契約時，必須具備法定事由始得為之。在金錢借貸契約，當事人約定之期限，應係借用人為財務上規劃還款之依據，避免貸與人隨時要求借用人為清償，並非確保貸與人得以收取該段時間之利息而設。因此，縱使金錢借貸契約定有期限，應肯認借用人得於期前清償。然為保障貸與人之權利，借用人欲期前清償時，應於一定期間前為預告，以便貸與人為將來轉貸他人、繼續賺取利息之規劃。

參照外國立法例，德國民法對於金錢借用人之契約終止權，設有特別之規定。依照德國民法第四百八十九條，定有借貸期間且為固定利率之金錢借貸契約借用人，在下列情形得於預告貸與人後終止部分或全部金錢借貸契約：1. 利息拘束於借貸期間屆滿前消滅，且未有新的利率約定，於利息拘束消滅之日起遵守一個月的預告期間；若約定逾一年內之一定期間得調整利率者，借用人僅得於每次利息拘束消滅之日終止契約。2. 若借用人係消費者且未以不動產或船舶抵押權擔保，受領全部借

款達六個月以上，遵守三個月的預告期間者。3. 受領全部借款達十年以上者，遵守六個月的預告期間；若於借款受領後另為借款期間或利率之約定者，則以約定時點取代支付借款之時點¹³⁹。若是以機動利率計息之金錢借貸契約，同條第二項規定借用人於遵守三個月的預告期間後，得隨時終止契約¹⁴⁰。英國消費者信用法第九十四條第一項亦賦予借用人隨時終止契約之權利：「借用人於通知貸與人，並清償所有款項（該款項應依第九十五條扣除因期前清償而減省之利息）後，終止信用契約¹⁴¹」。

自立法論而言，我國民法對於定有期間之金錢借貸契約，未設有借用人預告終止契約之規範，僅於民法第二百零四條設有金錢債務人期前清償之門檻，對於金錢借用人之保護實為不足。於將來修法時，應於民法中增列相關規定為宜。至於金錢借貸定型化契約之期前清償違約金約款，在利率自由化以及保護借用人之要求下，應認為該等約款不但有害借用人權益，亦對於自由市場之公平競爭秩序造成危害，因而違反誠信原則無效¹⁴²。

¹³⁹ BGB§489 I : Der Darlehensnehmer kann einen Darlehensvertrag, bei dem für einen bestimmten Zeitraum ein fester Zinssatz vereinbart ist, ganz oder teilweise kündigen,

1. wenn die Zinsbindung vor der für die Rückzahlung bestimmten Zeit endet und keine neue Vereinbarung über den Zinssatz getroffen ist, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat frühestens für den Ablauf des Tages, an dem die Zinsbindung endet; ist eine Anpassung des Zinssatzes in bestimmten Zeiträumen bis zu einem Jahr vereinbart, so kann der Darlehensnehmer jeweils nur für den Ablauf des Tages, an dem die Zinsbindung endet, kündigen;

2. wenn das Darlehen einem Verbraucher gewährt und nicht durch ein Grund oder Schiffspfandrecht gesichert ist, nach Ablauf von sechs Monaten nach dem vollständigen Empfang unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten;

3. in jedem Fall nach Ablauf von zehn Jahren nach dem vollständigen Empfang unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten; wird nach dem Empfang des Darlehens eine neue Vereinbarung über die Zeit der Rückzahlung oder den Zinssatz getroffen, so tritt der Zeitpunkt dieser Vereinbarung an die Stelle des Zeitpunkts der Auszahlung.

¹⁴⁰ BGB§489 II : Der Darlehensnehmer kann einen Darlehensvertrag mit veränderlichem Zinssatz jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen.

¹⁴¹ CCA§94 I : The debtor under a regulated consumer credit agreement is entitled at any time, by notice to the creditor and the payment to the creditor of all amounts payable by the debtor to him under the agreement (less any rebate allowable under section 95), to discharge the debtor's indebtedness under the agreement.

¹⁴² 楊淑文，2002年德國債法關於消費借貸契約之修正與我國相關規定之比較研究，頁35，行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，2005年10月。

第四章 分期付款買賣

第一節 分期付款買賣之發展及功能

自從工業革命開啟自動化生產線後，人類社會開始進入「大量生產、大量製造」的時代。商品供給因為生產技術進步而大量增加，消費者的需求亦隨著經濟情況的好轉而逐漸上升。在傳統「銀貨兩訖」的交易方式下，消費者必須一次支付所有價金。但是工業產品的價值高昂，若要求消費者一次付清所有價款，將減少商品的銷售。因此，如何增加消費者之消費能力，使大量生產的產品可快速銷售完畢，成為商品製造者及商品經銷者行銷時的最主要考量問題。從而，商品提供者同意消費者分期支付本應一次給付之價金（即分期付款買賣，installment sale），為有效提升消費者消費能力的方式之一。

分期付款買賣最早於羅馬法時代即已出現。羅馬法上所規定之買賣，原則上價金應於買賣成立時給付，但當事人間另有分期給付約定者，則依其約定¹。現代型分期付款買賣則於一八〇〇年第一次出現於法國。一八四九年在德國有漢堡商人Friedlander初次利用每週付款一次的方法，出售成衣予顧客²。自此之後，分期付款買賣之運用越來越廣，諸如汽車、家電用品、鋼琴、套書等，消費者皆可以分期方式消費。分期付款買賣有逐漸取代傳統買賣契約的趨勢。

分期付款買賣的出現，對於消費者及企業經營者皆有好處。對於消費者而言，其只需準備少額的現金（頭期款），即可開始使用較頭期款高出數倍或數十倍價值之商品。消費者以分期支付的方式，把一次性的的大筆支出轉化為分期性的小額支出，不僅可以提高購買能力，同時也使家庭預算開支平準化。對於企業經營者而言，因為消費者的

¹ 劉得寬，分期付款買賣，頁4，1976年11月。

² 劉得寬，分期付款買賣，頁5，1976年11月。

購買力提高，商品的銷路亦隨之擴張。當商品的市占率提高，企業經營者的收益增加，有利於增進生產技術及改善商品品質。由此角度觀之，分期付款交易對於經濟發展及促進社會進步甚有益處³。

隨著分期付款買賣的運用漸廣，弊端亦隨之浮現。選擇以分期方式購買商品之買受人，多為經濟情況較差，無法一次付清價金之人。相對於處於經濟、談判能力弱勢之買受人，分期付款買賣之出賣人則多為以銷售商品為營業之企業經營者。而分期付款買賣契約，出賣人同意買受人以延後付款的方式支付標的物價金，買受人無庸一次給付所有價金，出賣人因而必須承擔買受人價金不能清償之風險。此種交易已脫離傳統的買賣契約，而具有出賣人對買受人融資的性質⁴。由於出賣人對於買受人融通資金，擴張買受人的信用，為了降低價金債權無法回收之風險，出賣人往往於契約中設計多種確保債權回收之約款，例如買受人期限利益喪失約款、保留所有權約款、解約扣價約款等等。此類約款之出現，本為降低分期付款買賣中出賣人之風險，固然無可厚非。但出賣人身為締約能力較為強勢之一方，為期能更徹底保護自身權益，在其預先擬定的定型化契約中，往往過度濫用上開約款，破壞了契約雙方當事人的平衡關係，導致雙方當事人之權利義務過度向出賣人傾斜，有害買受人之利益。更有甚者，出賣人為了招攬客戶、增加商品的銷售，多利用廣告行銷。廣告上之字句誇張地強調利用分期付款購買商品之好處，但對於消費者因此所應多付之利息、手續費及違約責任等隻字未提，以致消費者無法獲得充分並客觀之資訊以為是否締約之考量。分期付款交易制度之良善美意，因出賣人之濫用而大打折扣，並產生許多糾紛。

分期付款買賣相較於一般買賣契約，多了買受人向出賣人融資的功能，此一融資功能在現代社會中，隨著行銷手法的進步及出賣人與

³ 劉得寬，分期付款買賣與法律問題—所有權保留買賣為中心—，載：現代私法學，頁306，1988年5月；劉得寬，分期付款買賣，頁3，1976年11月；李凌燕，消費信用法律研究，頁55，2000年5月。

⁴ 楊淑文，預售屋交易契約之法律性質及其相關問題之研究，載：新型契約與消費者保護法，頁7，1999年8月二刷。

買受人之資訊、締約能力不對稱，造成許多交易糾紛。在此等具有信用功能之分期付款法律關係中，雙方當事人之權利義務應如何分配，實為當今重要之課題。以下將分別介紹目前分期付款買賣之類型，再就分期付款買賣契約中常出現之爭議約款提出分析探討，並參考外國立法例，檢討目前我國法律規制之現況及不足之處。



第二節 分期付款買賣之類型

在我國私法體系下，針對「分期付款」或類似制度設有規範者，有民法第三百八十九條、同法第三百九十條、消費者保護法第二條第十二款、同法第二十一條及動產擔保交易法第二十六條至第三十一條。其中，民法及消保法係規範「分期付（價）款買賣」，而動產擔保交易法則係針對分期付款買賣之擔保方式，即附條件買賣設有規定。然除了現行法律制度可見之分期付款交易方式，市場上因行銷手法之改變、企業經營者間對於風險之分配等因素，另外發展出「融資性分期付款買賣」。這些以不同面貌出現之分期付款買賣，彼此之間是否有共通之處，與單純買賣契約之間有何區別，我國現行法律對於分期付款交易之規範是否妥善完備等，皆有深入探討之必要。

第一項 單純分期付款

壹、民法之分期付價買賣

有關分期付價買賣之意義，民法未如其他有名契約有定義或效果規定，僅於第三百八十九條及第三百九十條對當事人間約定之契約內容予以一定規制。依照傳統見解，分期付價買賣係指附有分期支付價金約款之特種買賣⁵。當事人間成立民法第三百四十五條以下之買賣契約，出賣人負有交付並移轉標的物所有權與買受人之義務，而買受人亦負有支付價金之義務，惟價金係劃分為數部分，按一定期間分為數期（通常以每月、每季或每年為一期），買受人逐次定期支付一部分之價金。至於價金究分幾期，每期之金額多少，皆由當事人自行合意定之。換言之，分期付價買賣之特殊性，僅在於買受人支付價金的時期有別於一般買賣而已，其他部分仍適用一般買賣之規定⁶。因此，

⁵ 劉春堂，民法債編各論（上），頁140，2004年6月。

⁶ 陳泱岳，分期付價買賣，載：民法債編各論（上），黃立主編，頁191，2002年7月；

分期付款買賣契約中，有關出賣人的瑕疵擔保責任、解除權之行使等，皆適用一般買賣之規定⁷。

由於在分期付款買賣中，買受人及出賣人給付義務之履行方式皆由雙方當事人約定，因此出賣人交付標之物之時點不一定為買受人給付第一期款之同時，雙方亦可約定由買受人支付一定期數價金後，出賣人始將標之物交付（預付式分期付款買賣）⁸。但通說認為，既稱分期付款，須於標之物交付後買受人仍有二期以上之價金給付義務始可，若標之物交付後，隔一定期間一次支付，或僅餘一期應支付之價金，均非分期付款買賣⁹。

貳、消費者保護法之分期付款買賣

由於分期付款買賣為新型的傳銷術，為保障分期付款交易中消費者之權益，消費者保護法將分期付款買賣列為特種買賣之一，設有相關規範¹⁰。有關分期付款買賣之定義，消保法第二條第十二款規定，分期付款指買賣契約約定消費者支付頭期款，餘款分期支付，而企業經營者於收受頭期款時，交付標之物與消費者之交易型態。依照上開規定，受到消保法規範之分期付款買賣必須符合：（一）契約主體為消費者與企業經營者、（二）付款方式為消費者支付頭期款，餘款分期支付、（三）標之物交付時期須為企業經營者於收受頭期款時，將標之物交付予消費者等三要件¹¹。在這三個要件下，若當事人約定，企業經營者於收受數期款後始交付標之物（即預付式分期付款），則非屬消保法第二條第十二款定義之分期付款買賣，而無消保法第二十

馮震宇、姜炳俊、謝穎青、姜志俊合著，消費者保護法解讀，頁 136，2005 年 5 月 3 版。

⁷ 宜蘭地方法院 93 年度簡上字第 16 號判決。

⁸ 陳洸岳，分期付款買賣，載：民法債編各論（上），黃立主編，頁 195，2002 年 7 月；劉春堂，民法債編各論（上），頁 145，2004 年 6 月。

⁹ 史尚寬，債法各論（上），頁 91，1986 年 11 月出版六刷；鄭玉波，債各（上），頁 101；劉春堂，民法債編各論（上），頁 141，2004 年 6 月。

¹⁰ 詹森林、馮震宇、林明珠合著，消費者保護法問答資料，頁 97，2005 年 8 月再版。

¹¹ 詹森林、馮震宇、林明珠合著，消費者保護法問答資料，頁 97，2005 年 8 月再版。

一條之適用¹²。因此，消保法上規範之分期付款買賣所涵蓋的範圍，較民法上的分期付價買賣小。

參、分析檢討

消保法對分期付款買賣之規範，在於課予企業經營者說明價款、費用及利率之義務，並以書面方式訂立契約（第二十一條），使消費者於決定以分期方式購買商品時，能明確認知契約內容，尤其是現金買賣之價格與分期付價價格總額之差距。消保法第二條第十二款將分期付款買賣之適用範圍限縮於頭期款與標的物同時交付之類型，可能產生企業經營者為規避消保法第二十一條所課予之說明義務，而利用對企業經營者更為有利的預付式分期付款。如此一來，消費者保護法保護消費者權益之立法目的即無法達成。因此，有學者認為一般消費者難以分辨「分期付款買賣」與「分期付價買賣」之差異，為實現保護消費者權益目的，消保法第二十一條之適用對象應及於分期付價買賣¹³。惟在消保法第二條第十二款已針對分期付款為明確定義下，是否仍可透過解釋擴大同法第二十一條之適用範圍，誠有疑問。較妥適之方式應以修正消保法之定義規定為宜。

第二項 融資性分期付款

在一般分期付款買賣中，出賣人同意以分期方式向買受人收取價金，買受人與出賣人之間為民法第三百八十九條所稱之分期付款買賣契約。隨著金融機構對於消費信用市場之介入，分期付款買賣的型式已從單純的兩方關係，變成牽涉商品或服務提供者、消費者與金融業

¹² 「預售屋分期付款買賣，雖然價金是分期給付，但是消費者在支付頭期款時，企業經營者尚無法將為買賣標的物之房屋立刻交付給消費者，與成屋買賣的情形不同，因而與消費者保護法有關分期付款買賣的定義不符。」詹森林、馮震宇、林明珠合著，消費者保護法問答資料，頁 98，2005 年 8 月再版；另請參考陳洸岳，分期付價買賣，載：民法債編各論（上），黃立主編，頁 197，2002 年 7 月；馮震宇、姜炳俊、謝穎青、姜志俊合著，消費者保護法解讀，頁 136，2005 年 5 月 3 版。

¹³ 林誠二，民法債編各論（上），頁 145。

者之三方關係。簡言之，商品或服務提供人提供商品或服務予消費者，消費者負有價金支付義務。在消費者無法或不願一次支付全部價金之情況下，商品或服務提供人與金融機構合作，由金融機構先代消費者將應付金額支付予商品或服務提供人，消費者再分期向金融業者償還。此種新型態的分期付款交易方式，學說上稱為「融資性分期付款」(Finanzierte Abzahlungsgeschäfte)¹⁴。以商品買賣為例，融資性分期付款的法律關係可分析為：出賣人與買受人之買賣契約、買受人與金融機構之金錢借貸契約，以及出賣人與金融機構之合作關係等。

此等融資性分期付款交易，係提供商品或服務之企業經營者將消費者清償不能之風險移轉由金融機構承擔之交易方式。詳言之，在單純分期付款買賣關係中，企業經營者容許消費者分期清償，其因無法一次取得價款而存在之經營成本，須自行向金融機構為融資周轉。另外，企業經營者亦須承擔消費者價金清償不能之風險。為了減輕財務負擔，又不影響消費者之消費意願，企業經營者與金融機構合作，於消費者消費之時，由金融機構先行墊付消費款項，消費者再按期將款項支付金融機構。如此交易模式下，企業經營者可直接由金融機構處一次獲取全部價金，無庸承擔消費者清償不能之風險；對金融機構而言，承擔金錢債務清償不能之風險本為其業務內容，此等合作交易可擴展消費貸款業務之市占率、創造營收，亦為金融機構所樂於從事。因此，目前市場上商品或服務提供人所廣告之「分期付款」，特別在汽(機)車買賣、套書買賣、健身房、度假村或補習班¹⁵等，絕大多數為此種融資性分期付款交易模式，以往單純之分期付款在現今社會已屬少見。

然而，對於消費者而言，利用融資性分期付款為消費行為，表面

¹⁴ 楊淑文，融資貸款與消費者保護，收錄於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 634，2002 年 9 月；Wolf/ Horn/ Lindacher, AGB-Gesetz Kommentar, 4. Aufl., § 9, Rn. F 21ff.。

¹⁵ 李靚慧，「假分期 真貸款 糾紛頻傳」，自由時報財經焦點，2006 年 10 月 25 日。

上與單純分期付款買賣相同，無庸一次清償全部價金，但由於金融機構之介入，消費者融資之對象由出賣人或服務提供者轉變為金融機構。由於消費者與金融機構之金錢借貸契約¹⁶與消費者與企業經營者之買賣契約或服務提供契約並立，如消費者買受之商品或服務有瑕疵或企業經營者債務不履行之時，消費者可否拒絕繼續向金融機構付款，即生疑問。再者，由於融資性分期付款與單純分期付款買賣之信用提供者不同，消費者所承受之風險因此而有差異，從而在消費者選擇以融資性分期付款方式交易時，企業經營者與金融機構之告知義務亦屬必要。本文於第六節將特別探討融資性分期付款易生之爭議，並參考國外立法例，提出解決之道¹⁷。



¹⁶ 一般百貨公司、大賣場、健身房等企業經營者亦多提供「分期付款」支付方式，此等分期付款交易之信用提供者亦非提供商品或服務之企業經營者，而係金融機構。惟與上述融資性分期付款不同者，此等分期付款多為「信用卡分期」，即在消費者與金融機構之間並非存有單純之金錢借貸契約，而係介入信用卡契約。此種「信用卡分期」可謂融資性分期付款之進階型態，法律關係因涉入信用卡交易而更形複雜。本文限於篇幅，本章僅針對單純分期付款與融資性分期付款之相關爭議進行探討，信用卡分期付款不在論述範圍之內，特此說明。

¹⁷ 融資性分期付款之信用融通關係，為消費者與金融機構之金錢借貸契約，而金錢借貸契約可能發生之爭議問題，於本文第二章已有深入檢討。本章關於融資性分期付款，主要欲討論消費者與企業經營者間之抗辯關係可否向金融機構主張之問題。為區隔單純分期付款買賣與融資性分期付款、避免混淆，本章所稱「分期付款（價）」皆指單純分期付款，併此說明。

第三節 分期付款買賣契約之成立

分期付款買賣契約之成立，如同一般債權契約，需要當事人雙方要約與承諾合致。惟在傳統見解下，分期付款買賣為「特種買賣契約」，其成立之必要之點是否與一般買賣契約相同，似有疑問。另外，消費者保護法對於分期付款買賣定有特別成立要件，此一特別成立要件係為維護消費者之資訊告知而設，惟當契約未依法定特別成立要件訂定時，法律效果為何，亦有討論之必要。

第一項 意思表示合致

分期付款買賣契約之成立，民法未有要式規定，只要當事人互相意思表示一致，契約即有效成立（民法第一百五十三條參照）。而所謂「意思表示一致」，依照民法第一百五十三條第二項之規定，原則上當事人只要對於契約必要之點合意，契約即推定成立。分期付款買賣契約與一般買賣契約之差異，為買受人之價金支付係依約定分期為之，其餘部分皆無不同，已如前述。然分期付款買賣契約之必要之點，是否與一般買賣契約相同，只要當事人針對標的物及價金合意，契約即推定成立，則有深入探究之必要。以下以最高法院九十一年度台上字第二〇七五號判決為例，分析分期付款買賣契約之成立。

壹、案件事實概述

上訴人於民國五十三年十一月三日向被上訴人（台北市政府）承租土地，並書立承購保證金申請書記載：「本公司承租……願繳納該地政府公佈地價百分之七十金額，作為承購基地保證金，請即核定繳納金額通知遵繳，並請發給使用證明書，以便申請建築，嗣後該地出售時，決照通知出售價格承購，……」並繳納新台幣四十六萬三千九百三十一元一角五分，作為承購上開土地（下稱系爭土地）之保證金。

被上訴人於七十四年一月十日通知上訴人系爭土地以每平方公尺一萬五千六百元出售，總價款一億五千二百二十二萬四千八百元，並請上訴人於同年二月二十五日以前提出申請，註明一次或分期付款，於同年二月二十八日繳清款項，逾期註銷申購案。

上訴人於同年一月二十一日提出分期付款購買系爭土地之申請書，惟該申請書僅記載承購標的物及願以分期付款方式承購，對於分期付款之具體內容未為表示。

被上訴人於同年二月五日函知上訴人同意購買申請，並於說明欄載明：「一、……應補繳一億五千一百七十六萬零八百六十八元九角。二、申請分期繳納，依規定應先繳三成款四千五百五十二萬八千二百六十六元七角，餘款一億零六百二十三萬二千六百零二元，分七期攤繳，每個月一期一千五百七十七萬六千零八十六元。三、茲開發繳款書請依所填限繳日期（七十四年三月十五日）以前逕向台北市銀行公庫部繳納後三十日內攜帶國民身分證、印章、繳款收據聯來本局第四科辦理訂立分期繳納契約手續（逾期本案註銷）……」等語。

上訴人於同年三月七日函覆：「……懇請准予展延土地款首款繳納期限一年，並准將分期付款期間變更為每六個月一期……」。被上訴人於繳款期限屆滿後之同年三月十八日函知上訴人不同意展延，該申購案應予註銷。上訴人因而起訴主張買賣契約成立，請求被上訴人於伊提出一億五千一百六十萬四千八百六十八元九角對待給付同時，將系爭土地所有權移轉登記並點交與伊。

貳、判決理由

查上訴人於五十三年十一月三日書立之承購保證金申請書記載：「本公司承租……願繳納該地政府公佈地價百分之七十金額，作為承購基地保證金，請即核定繳納金額通知遵繳，並請發給使用證明

書，以便申請建築，嗣後該地出售時，決照通知出售價格承購，……」等語，依其文義僅表明上訴人於被上訴人日後出售時，依通知出售之價格承購，並無於書立該申請書時即與被上訴人成立買賣契約之意。又被上訴人於接獲上訴人前開申請書後，內部之簽呈記載：「二、查該公司承租……依照市有房地出售辦法草案規定，屬於出售範圍內土地，在上開辦法未完成法定程序以前，擬遵照鈞長十月二十七日批示，預收承購基地保證金辦法收取七成承購保證金計新台幣四十六萬三千九百三十一元一角五分後，准予增建及拆除重建……」等語。是系爭土地出售案是否能經市議會通過並經行政院批准，於上訴人繳納保證金之時，尚屬未定，此觀台北市會議於五十六年間審議該出售案時予以保留即明；而被上訴人憑以計算保證金之「應繳承購保證金明細表」內雖載有每坪地價及總地價金額，其僅係列明計算保證金之方式，買賣價金仍須視核准出售年度之地價及核准計算之方式來核定，尚非上訴人繳納保證金之時可得確定，益見是時買賣契約之內容尚未確定。上訴人主張兩造於五十三年間已成立買賣契約，即非可採。

次按公產機關通知承租人辦理國有特種房地申購手續，其性質為要約之誘引，而非要約（最高法院五十一年台上字第三一二一號判例參照）。被上訴人於七十四年一月十日函知上訴人系爭土地以每平方公尺一萬五千六百元出售，總價款一億五千二百二十二萬四千八百元，並請上訴人於同年二月二十五日以前提出申請，註明一次或分期付款，於同年二月二十八日繳清款項，逾期註銷申購案等情。該函既要求上訴人提出購買之申請，足認係要約之誘引。上訴人於同年一月二十一日提出分期付款購買系爭土地之申請書，該申請應屬要約之意思表示。該申請書僅記載承購標的物及願以分期付款方式承購，對於分期付款之具體內容未為表示，被上訴人於同年二月五日以（七四）財四字第四二八八號函知上訴人同意購買申請，除於說明欄載明：「一、……應補繳一億五千一百七十六萬零八百六十八元九角。二、申請分期繳納，依規定應先繳三成款四千五百五十二萬八千二百六十六元七角，餘款一億零六百二十三萬二千六百零二元，分七期攤繳，

每個月一期一千五百十七萬六千零八十六元。三、茲開發繳款書請依所填限繳日期（七十四年三月十五日）以前逕向台北市銀行公庫部繳納後三十日內攜帶國民身分證、印章、繳款收據聯來本局第四科辦理訂立分期繳納契約手續（逾期本案註銷）……」等語，將上訴人之要約附加分期付款繳納之期限、金額及逾期未繳之效果而為承諾，已變更上訴人之要約，依民法第一百六十條第二項之規定，應視為拒絕原要約而為新要約，尚須經上訴人更為承諾，契約始能成立。而上訴人於同年三月七日以（七四）義芳化字第一六一號函覆：「……懇請准予展延土地款首款繳納期限一年，並准將分期付款期間變更為每六個月一期……」等語，請求被上訴人准予展延，並未就被上訴人之前開新要約為承諾，而係變更被上訴人之要約而另為新要約，亦須經被上訴人之承諾，買賣契約始能成立。被上訴人於原要約繳款期限屆滿後之同年三月十八日以（七四）財四字第六六一八號函知上訴人不同意展延，該申購案應予註銷。兩造之意思表示並未能合致，買賣契約即未成立。查兩造就系爭土地之買賣價金雖已合致，但被上訴人前述第四二八八號函中已明示上訴人分期支付價金之方式及期間，由函內註明「逾期本案註銷」等語，可知有將之作為契約必要之點之意，上訴人請求延期付款，即與被上訴人之要約內容不符，被上訴人以前述第六六一八號函知上訴人不同意展延，並註銷申購案，則兩造就此必要之點因未合致，而契約尚未成立，自不生被上訴人應催告上訴人繳款後再予解約之問題。是上訴人主張分期付款方式非契約之要素，不影響契約成立，被上訴人應催告始可解約云云，亦非可採。

綜上所述，兩造間並未就系爭土地成立買賣契約，上訴人主張買賣契約有效成立，並據以請求於其給付如聲明所示價金之同時，被上訴人應移轉登記並點交系爭土地予上訴人，自屬無理。

參、分析檢討

一、要約之認定

我國民法採取私法自治原則，契約是實現私法自治的基本工具。在不違反強行法規及公序良俗的範圍內，法律賦予個人自治的立法權，只要當事人互相表示意思一致，契約即為成立（民法第一百五十三條第一項），具有拘束當事人之效力。依照我國傳統見解，當事人互相表示意思一致的方式有三種，即要約與承諾合致、意思實現及交錯要約等¹⁸。惟無論契約以何種方式成立，均須先判斷是否存在有效的要約。要約係以訂立契約為目的之須受領的意思表示，其內容須確定或可得確定，得因相對人的承諾而使契約成立¹⁹。因此，通說認為要約須具備以下要件²⁰：（一）內容須確定或可得確定、（二）應有承諾能力、（三）受要約拘束之意思。在契約的締結過程中，雙方可能針對契約之內容有多次磋商談判，口頭意思表示及書面之表示亦不勝枚舉，在這些為數眾多的意思表示中，如何認定何一表示為要約，何一表示為承諾，在現實上有所困難。

以本案為例，上訴人與被上訴人就承購土地一事有五份文件往來，文件內容皆與系爭土地及價金有關。在這五份文件中，除了上訴人於民國五十三年書立之承購保證金申請書，內容僅為上訴人表明其於被上訴人日後出售系爭土地時，將依被上訴人通知之價格承購之意，就系爭土地之價格究為多少尚無從確定，不符合要約之內容必須確定或可得確定之要件，僅得認為係要約之引誘²¹外，其餘四份文件就買賣之標的及價金皆有明確之陳述。惟本案最高法院在判決理由中認為，被上訴人於七十四年一月十日函知上訴人系爭土地以每平方公尺一萬五千六百元出售，總價款一億五千二百二十二萬四千八百元，

¹⁸ 陳自強，契約之成立與生效，頁 86，2002 年 3 月；王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，頁 172，2000 年 9 月增定版。

¹⁹ 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，頁 173，2000 年 9 月增定版。

²⁰ 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，頁 173，2000 年 9 月增定版；黃立，民法債編總論，頁 58 以下，2006 年 11 月修正 3 版；陳自強，契約之成立與生效，頁 70 以下，2002 年 3 月。

²¹ 黃立，民法債編總論，頁 59，2006 年 11 月修正 3 版。

並請上訴人於同年月二十五日以前提出申請之文件，性質為要約之引誘。此一認定係參照最高法院五十一年台上字第三一二一號判例²²，並無其他更進一步之說明。參考學者對於要約與要約之引誘區別標準之論述，「要約係以訂立契約為目的，要約之引誘在於引誘他人向其為要約，本身並不發生法律上效果。兩者之差異，在理論上雖甚清楚，但實際頗難分辨，應解釋當事人的意思而定。……準此，公產機關通知承租人辦理國有土地特種房地申購手續，其性質亦為要約的引誘」²³。同樣未明確說明為何行政機關所發給承租人具有明確標的及價金之承購通知為要約之引誘，而非要約。

由上可知，判斷契約磋商階段之各項文件是否具有要約之性質，並無特定標準，而須依個案狀況「解釋當事人真意」。惟當事人之真意究竟為何，在訴訟過程雙方各執一詞之情況下，法院亦無從探知。因此，判斷契約是否成立，與其機械性地判斷締約過程中何一表示可認為要約，何一表示可認為承諾，不如注重當事人是否已對契約之必要之點合意，並有受契約拘束之意思。這在締約過程冗長，契約之締結對於雙方權利義務皆有重大影響時，尤有實益²⁴。

²² 最高法院 51 年台上字第 3121 號判例：「本件上訴人主張被上訴人前身臺灣土地銀行公產代管部，曾於民國四十一年十月十一日通知上訴人承購系爭坐落台北市昆明街一二七號新起段二小段四十七號之十一、四十七號之三，昆明街一三一號新起段二小段四十七號之十四、四十七號，昆明街一三七號新起段二小段四十七號之六、四十七號之一等筆土地，及其地上房屋，定明售價新台幣六萬七千九百二十元，因該通知未將上訴人三人個別應繳之價款指明，且樓上壁櫃交叉使用部分，又未為如何處理之指示，致未繳款，惟被上訴人既已通知承購，買賣契約業已成立，被上訴人應於收受上開價款後，將系爭土地及房屋分別移轉所有權登記與上訴人等情，固據提出通知書為證，惟經原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以該通知書係載「查台端現住國有特種房屋一棟，業經本部估定售價新台幣六萬七千九百二十元，希於接到本通知書日起攜帶私章戶籍證明，及租約來部辦理承購手續（下略）」附承購國有特種房屋申請書，暨國有特種房屋基地零存整付優利存款辦法各一份等字樣，此項附有申請書，使上訴人光為要約之意思表示，其性質為要約之誘引，上訴人既未依照通知提出承購申請書為要約之意思表示，被上訴人亦未為承諾之意思表示，兩造間之買賣契約，顯未合法成立，因認上訴人之請求為非正當，並據以維持第一審不利於上訴人之判決駁回上訴人之上訴，於法洵無違背，上訴論旨任意指摘原判決不當聲明廢棄，非有理由。」

²³ 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，頁 175，2000 年 9 月增定版。

²⁴ 陳自強，契約之成立與生效，頁 91，2002 年 3 月；黃立，民法債編總論，頁 58，2006 年 11 月修正 3 版。

二、分期付款買賣契約之必要之點與契約成立

民法第一百五十三條第二項規定，當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立。契約之必要之點，又稱為契約的常素 (essentialia negotii)，即構成契約類型特徵上不可欠缺的部分²⁵。所謂類型特徵上不可欠缺的部分，從契約類型論的觀點，就是契約的主要給付義務²⁶。在買賣契約中，出賣人負有交付及移轉標的物所有權之義務，買受人則有支付價金之義務，因此，「當事人締結不動產買賣之債權契約，固非要式行為，惟對於買賣契約必要之點，即價金與標的物之意思表示必須一致，否則其契約即難謂已成立」²⁷；「至其他非必要之點如付款方式、過戶程序、稅金負擔等兩造既無特別約定自應依法律規定為之，不能因此而謂買賣尚未成立」²⁸。

分期付款買賣契約在我國民法上未有獨立之契約類型規定，僅於特種買賣款中設有兩條規範（第三百八十九條、第三百九十條）；我國多數學者似亦認為分期付款買賣屬於買賣契約之一環，只是買受人的價金依約定分期給付而已²⁹。惟深入探究分期付款買賣之本質可發現，其關於出賣人義務之履行，例如標的物之交付、所有權之移轉及瑕疵擔保等方面，確與一般買賣契約並無不同；但關於買受人價金之給付方式，與一般買賣契約買賣標的物與價金之交付原則上應同時為之（民法第三百六十九條參照）有相當差異。此等價金給付時期之差異構成分期付款買賣之特殊性，在性質上屬於出賣人對買受人之融資，類似金錢借貸契約³⁰。因此，在判斷分期付款買賣是否成立時，除了一般買賣契約所應具備之必要之點一標的物及價金數額外，對於

²⁵ 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，頁 210，2000 年 9 月增定版。

²⁶ 陳自強，契約的成立與生效，頁 118，2002 年 3 月。

²⁷ 最高法院 69 年台上字第 1710 號判例。

²⁸ 最高法院 77 年台上字第 2479 號判決。

²⁹ 陳泐岳，分期付款買賣，載：民法債編各論（上），黃立主編，頁 191，2002 年 7 月。馮震宇、姜炳俊、謝穎青、姜志俊合著，消費者保護法解讀，頁 136，2005 年 5 月 3 版。

³⁰ Hans Brox, Besonderes Schuldrecht, 27. Aufl., 2002, 96, Rn. 36.

價金所分期數、利率等，雙方均應表示一致，分期付款買賣契約始能成立³¹。

本案兩造當事人之締約標的為土地，依照交易慣例，不動產買賣多以分期付款方式為之。當事人對於本件交易以分期付款買賣方式為之，早有共識，此由當事人往來之文件中可明顯觀之。因此，本案契約成立之前提要件，即雙方必須對於買賣標的物、價金總額及分期付款方式等達成合意。惟本案中雙方雖然已對標的物及總價達成合意，但對於頭期款之繳納期限、每期間隔期間多長等尚未合意。最高法院以必要之點尚未合致，認定契約尚未成立，誠屬合理。

第二項 以書面為之

消費者保護法對於「買賣契約約定消費者支付頭期款，餘款分期支付，而企業經營者於收受頭期款時，交付標的物與消費者」之交易類型設有相關規範，並將之名為分期付款交易（消保法第二條第十二款參照）。依照消保法第二十一條之規定，企業經營者與消費者分期付款買賣契約應以書面為之。並且該契約書應載明頭期款、各期價款與其他附加費用合計之總價款與現金交易價格之差額（價差）及利率等。消保法關於分期付款買賣契約須以書面做成，係為防範一般消費者不懂法律，或不明瞭交易價格之計算方式，為促使消費者在訂定分期付款買賣契約之時，能夠了解自己未來所可享受之權利與必須負擔之義務³²。規定書面契約必須載明特定內容，係由於分期付款的利率結構十分複雜，一般消費者難以明瞭，為避免企業經營者以簽約金、手續費等附加費用之名義，規避最高利率的限制或隱藏實質利率，混淆消費者之判斷³³。因此，當企業經營者未依規定記載頭期款或價差時，消費者不負現金交易價格以外價款之給付義務；若企業經營者未記載利率，其利率按現金交易價格週年利率百分之五計算之（消保法

³¹ 黃立，民法債編總論，頁 74，2006 年 11 月修正 3 版。

³² 詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，頁 138，2005 年 8 月。

³³ 詹森林、馮震宇、林明珠合著，消費者保護法問答資料，頁 99、101，2005 年 8 月。

第二十一條第三項、第四項參照)。

消保法第二十一條對於分期付款買賣契約之要式規定，係為保護居於締約地位及資訊弱勢之消費者，立意良善，值得稱許。但由於我國民法對於契約之締結，採取形式自由原則，除非法律或雙方當事人另有約定，契約不以訂立書面為成立要件³⁴。對照消保法第二十一條之規定，即產生一問題：若企業經營者與消費者間之分期付款買賣契約，未依消保法規定訂定書面，該分期付款買賣契約是否因民法第七十三條無效？針對此一問題，消費者保護法研討會第一期法律問題案號 6 曾做出以下結論：「參酌同條第四項（按：消保法第二十一條第四項）之規定及本法保護消費者之立法精神，似宜將之解為消費者不負現金交易價格以外價款之給付義務而非契約無效。」在消保法未對違反書面締約之分期付款買賣契約效力另作規範之前提下，上述結論是否合理，有再行檢討之必要。

壹、法定要式契約之目的

契約自由原則下，契約法律拘束力的基礎，是契約本身，即雙方當事人之意思表示合致，而不是方式。因此，契約原則上不以具備某種形式為成立要件。若法律要求特定契約之成立必須具備特定形式，必須有特別之理由。一般而言，以法律規定契約之成立必須遵循某種形式，可喚醒雙方當事人之法律意識，確保其所做決定之嚴肅性。此外，形式之要求可以使當事人之真意為更清楚之表達，減少日後錯誤之解釋。最後，遵守形式還可以永久保全法律行為之存在及內容之證據，減少或縮短、簡化訴訟之程序³⁵。

然而，法定要式之規定，亦賦予當事人反悔之機會。例如離婚之

³⁴ 黃立，民法債編總論，頁 45，2006 年 11 月修正 3 版；王澤鑑，民法總則，頁 327，2000 年 9 月。

³⁵ D. Medicus 著、邵建東譯，德國民法總論，頁 421，2002 年 9 月；王澤鑑，民法總則，頁 328，2000 年 9 月；陳自強，契約的成立與生效，頁 166，2002 年 3 月。

成立生效除須當事人雙方合意外，尚須以書面為之，並有兩人以上證人之簽名及至戶政機關辦理離婚登記。其中向戶政機關辦理登記之規定，係民國七十四年增訂，其立法意旨除將婚姻狀況公開化、保護第三人以外，尚給予夫妻一重新思考是否離婚之機會，使已簽訂離婚協議書之夫妻有反悔之空間³⁶。惟此一法定要式目的，多存於身分上之法定要式規定，於財產法中尚屬少見。

消保法第二十一條要求分期付款買賣契約應以書面為之，並於契約書上記載特定事項，其目的除了使消費者意識到自己將締結一個分期付款買賣契約以外，更重要的目的應該是使資訊公開透明。由於分期付款買賣之買受人得不一次給付全部價金，享有延後付款之利益，分期付款購買之總價款因此多較以現金一次給付之價款為高。為了使消費者清楚知悉現金價與分期價之差異，並了解以分期方式支付買賣價金必須負擔利率或其他費用，避免事後爭執之發生，消保法第二十一條規定在分期付款契約書上必須載明頭期款、分期價與現金價價差及利率，將有助於契約重要內容之公開透明。

但是以法律規定契約成立之形式，並非完全無缺點，特別在當事人地位不平等之情況下，法定要式之要求可能對於不熟悉相關交易之一方當事人不利³⁷。以分期付款買賣契約為例，企業經營者為擬定分期付款買賣定型化契約約款之人，契約書面多係由企業經營者準備。企業經營者既以從事分期付款買賣為營業，原則上對於分期付款買賣之相關法律規定，應瞭若指掌。相對而言，消費者使用分期方式購買商品，雖非少見，但終究並無如同企業經營者之專業，其對於分期付款買賣契約須以書面為之並記載特定事項之事，可能並無所悉。若企業經營者所擬定之契約書未記載法律規定之事項，甚或根本未提供書

³⁶ 有學者認為，現行離婚登記之規定對於夫妻離婚意思之確保仍有不足，而呼籲應考慮於夫妻兩願離婚向戶政機關申請離婚登記時，設若干時間之猶豫期間，使當事人於期間內得以撤回離婚之申請；抑或規定二階段程序，先為離婚申報，經過相當之猶豫期間後，當事人須再為離婚登記之申請者，戶政機關始予以登記。參照：鄧學仁，親屬法之變革與展望，頁 151，1997 年 6 月。

³⁷ D. Medicus 著、邵建東譯，德國民法總論，頁 421，2002 年 9 月。

面契約與消費者簽名，事後企業經營者或其他第三人再主張分期付款買賣契約欠缺法定方式無效，對於善意信賴契約為有效之消費者，並不公平。法定要式之規定在此種狀態下極可能成為陷阱。因此，在此種當事人地位不平等之交易類型中，立法者若認為契約仍有以法定方式為之之必要時，必須考量具優勢之一方濫用其地位所造成之不公平情況，另外訂定未依法定方式之契約效力。

貳、違反法定要式規定之契約效力

契約欠缺法定方式，依照民法第七十三條本文之規定，原則上無效。但法律另有規定時，契約之效力依法律之特別規定而定（民法第七十三條但書）。消保法第二十一條第三項及第四項即為民法第七十三條但書所稱之法律特別規定。因此，當分期付款契約書未記載利率、頭期款或現金價與分期價價差時，分期付款契約並不因欠缺法定應記載事項而無效，而是利率按現金價週年利率百分之五計算或消費者不負現金交易價格以外價款之給付義務。

消保法對於分期付款買賣契約之成立方式，除須在契約書上記載頭期款、現金價與分期價價差及利率外，尚必須以書面為之。但對於未以書面做成之分期付款契約，消保法並未特別規定其法律效力為何。因此，依照民法第七十三條本文之規定，該分期付款買賣契約應為無效。但是如前所述，法律未以特別規定規範欠缺法定要式之法律行為效果時，在當事人地位不平等之締約現實下，法定要式規定可能對不熟悉該交易之一方當事人產生陷阱。此時該方當事人可否依誠信原則對於濫用優勢地位之他方當事人主張該未依法定方式之法律行為為有效，對無效之法律行為進行校正，則有疑問。

依照德國通說，如果結果是不公平且完全無法忍受時（not only be unfair but totally unbearable / schlechthin untragbares Ergebnis），可主張德國民法第二百四十二條誠信原則。在主張誠信

原則使原本因欠缺法定要式而無效之契約變為有效時，法律必然會為嚴格之檢驗。對於「完全無法忍受結果」之適用，僅特別出現於兩種案例類型：當事人一方之生存將因契約未具法定要式無效而被摧毀或有實質之危險，或他方當事人主張形式瑕疵係嚴重違反誠信原則。一方故意的行為，可能構成對誠信原則的嚴重侵害，例如：明知契約必須公證，卻阻止他方完成法定要式程序，以確保自己日後得主張形式瑕疵³⁸。當一方當事人為對該交易有充足經驗及知識之企業經營者，而卻故意告知不熟悉該種交易之他方當事人契約並無法定形式之要求，則可能違反誠信原則而無法主張契約無效³⁹。

我國實務曾出現雙方當事人意思表示合致，但未依法定方式完成法律行為，事後一方當事人主張契約因不具法定方式無效之案例：最高法院九十三年度台上字第二五二九號判決。該判決節錄如下：

「按八十一年四月六日修正公布之國有財產法之第四十二條第三項明定：『依本條規定租用，應由承租人或使用人，逕向財政部國有財產局或所屬分支機構申請；其租賃契約以書面為之。』又依卷附被上訴人八十八年一月十三日台財產北花三字第八八六〇〇三五五號說明二亦載明：『茲檢送租賃契約一式二份及郵政劃撥單一份，請於租賃契約上填妥承租人、保證人資料，並蓋妥印章後，於民國八十八年二月十五日前選左列方式之一辦理訂約承租手續：攜帶左列證件及款項來本處辦理繳款訂約……利用所附郵政劃撥單至郵局辦理繳款後，將填妥之租賃契約及保證人身分證影本寄至本分處，俟蓋妥機

³⁸ 請參閱 Zimmermann and Whittaker, Good Faith in European Contract Law 259 (2000), 該書所舉案例為：「Paul 是一個對於商業交易無經驗的年金受領人，其想購買房地。他將畢生積蓄投入此一交易。Eric，一個企業經營者，與 Paul 締結了書面契約，並告訴 Paul 法律沒有其他對於契約的形式要求。當 Paul 支付了價金之後，Eric 拒絕移轉標的物。他主張契約因未依法律規定的公證而無效。依照德國民法§313，法律規定該契約必須經公證。」

³⁹ 若契約因形式欠缺無效係因一方之過失造成，則可能構成「締約上過失」責任。此時依照德國通說，他方當事人可請求履行利益之損害賠償。請參照 Zimmermann and Whittaker, Good Faith in European Contract Law 259 (2000)。惟針對此一結論，德國仍有不同見解，請參照 D. Medicus 著、邵建東譯，德國民法總論，頁 432，2002 年 9 月。

關印信完成訂約手續後再將契約寄發貴公司。」而卷附國有礦業用地租賃契約書，並無蓋用被上訴人機關之關防印信及日期，原審因認兩造尚未完成租賃契約之書面訂約手續，租賃契約尚未成立，因而為上訴人敗訴判決，難謂有何違背法令，至原判決贅論之其他理由，不論當否，要與判決結果不生影響。上訴論旨，復就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，指摘其為不當，並就原審已論斷者，泛言未論斷，聲明廢棄原判決，為無理由。」

本件雙方當事人就租賃已達成合意，但尚未完成法律要求之書面。此項書面契約之未簽訂，判決中並未明確交代原因為何，但由雙方之主張及判決理由似可推知係承租人未按時寄回出租人寄送之租賃契約書，致卷附國有礦業用地租賃契約書，並無蓋用被上訴人機關之關防印信及日期⁴⁰。由於本件租賃契約無法完成訂定書面之法定要式，係因可歸責於承租人之行為所致，並非熟習國有礦業用地租賃之出租人故意不告知承租人該契約須以書面為之，致承租人未與出租人簽訂租賃契約書。因此出租人事後主張租賃契約因未具法定要式，依民法第七十三條無效，無法認為係違反誠信原則。

參、消保法第 21 條應增訂違反法定要式之契約效力

上述案例雖無法窺知我國法院是否允許以誠信原則限制法律行為因不具法定要式而無效之結果，惟消費者保護法研討會第一期法律問題案號 6 曾針對未依消保法第二十一條第一項訂定書面之分期付款買賣效力做出以下結論：「參酌同條第四項（按：消保法第二十一條第四項）之規定及本法保護消費者之立法精神，似宜將之解為消費者不負現金交易價格以外價款之給付義務而非契約無效。」如前所述，在締約雙方對於該筆交易之嫻熟度不平等之狀況下，法定要式規定可能成為弱勢一方當事人之陷阱。分期付款買賣之企業經營者若未

⁴⁰ 另可參照最高法院九十二年度台上字第六五五號判決。該判決為同一事實之另一判決。

提供書面契約，事後該企業經營者再主張契約無效，似有違反誠信原則。此應為上開消保法研討會結論，認為契約有效，並視為未記載同條第四項之應記載事項，因而認為消費者不負現金交易價格以外價款之給付義務之考量。惟當事人主張契約因不具法定要式無效是否違反誠信原則，應依個案考量。在法律未明文規定違反消保法第二十一條第一項之特別法律效果前提下，以統一解釋認為分期付款買賣契約並非無效，可能在極端案例中造成不公平。

德國債法現代化法第五百零二條之規定：

「I. 分期付款交易，消費者簽署之契約必須記載：

1. 現金價；
2. 分期價（總價及消費者必須支付之分期價款，包括利息及其他費用）；
3. 每期應付價款及到期日；
4. 年百分率；
5. 與分期付款有關之保險費用；
6. 保留所有權約款或其他擔保約款。

如企業經營者僅以分期付款方式提供商品或服務，現金價及年百分率可無庸記載。

II. (略)

III. 未依第四百九十二條第一項第一句到第四句⁴¹及本條第一項第一句第一款至第五款要求之事項未記載，分期付款交易無效。但標的物已交付消費者，或已向消費者履行契約者，縱分期付款契約存有第一句之瑕疵，契約仍為有效。然而，如契約未記載分期價或年百分率，企業經營者可收取之最高利率為以現金價計算之法定利率。如未記載現金價而有爭議者，市場價格視為現金價。如

⁴¹ 德國債法現代化法第四百九十二條第一項第一句到第四句為：「除了法律對於形式有更嚴格的要求外，消費者貸款契約必須以書面為之。契約書面不得以電子形式為之。如果要約與承諾分別以書面為之者，亦符合書面之要求。貸與人之聲明如係以自動化儀器做成，無庸簽名。」

未記載擔保約款者，不得請求提供擔保。如記載之年百分率或最初年百分率較實際約定之利率為低者，分期給付之價款將依實際約定利率與記載之年百分率或最初年百分率之百分比降低。」

我國消保法第二十一條之現行規定，有關書面形式之要求及特定事項之記載，係促使交易資訊之透明化，使消費者於締約時對於契約內容能獲得充分之了解與認識。此一立法與世界各國對於分期付款等消費信用契約之規範潮流相一致⁴²。惟分期付款買賣契約若未以書面為之，如係以違反誠信原則之方法造成，雖於個案中得以解釋認為違反誠信原則之一方不得主張契約無效，但為避免個案之判斷及解釋上可能造成之不統一，並更加保護消費者之權益，應參考上開德國立法例，於修正消保法時斟酌增訂分期付款買賣契約未以書面為之，而已交付標的物或提供服務之法律效果為宜。

第三項 分期付款買賣為融資契約之一環

消費者以分期方式支付商品或服務之對價，為商品或服務提供人對消費者為融資之方式。企業經營者為刺激消費者之消費需求、提高消費者之購買力，此種融資方式在現今社會不獨附隨於商品買賣契約，在服務或勞務提供契約上，亦常見企業經營者提供消費者以分期方式支付對價。換言之，分期付款在任何一種法律關係中都可能出現，而不限於買賣契約的價金分期。只要金錢債權人同意債務人可在法定清償期後延期（分期）清償，而分期清償之總金額較消費者一次以現金支付之金額為高者，皆帶有授與金錢債務人以信用之特徵，為融資行為態樣之一。此等由商品或服務提供人授與信用予消費者之融資行為，在契約性質上，與買賣契約相異甚遠，而與消費借貸之性質

⁴² 除德國債法現代化法要求消費信用契約須以書面為之並記載特定事項外，英國消費者信用法（Consumer Credit Act 1974）第六十條、比利時消費者信用法（Consumer Credit Act 1991）第十七條等皆有相同規範。請參考 Aubrey L. Diamond, *Commercial and Consumer Credit: An Introduction* 29 (1982)；外國消費者保護法第七輯，行政院消費者保護委員會編印，頁 416，1997 年 5 月。

較接近。從而，在民法契約體系中，分期付款應歸屬於融資契約之一環，與所有權讓與類型之買賣契約為不同之契約類型。

觀察外國立法例對於分期付款交易之規範，德國債法於 2001 年修正時，融合消費者信用法 (VerbraucherKreditgesetz) 之相關規定，將債權人與債務人約定金錢債務之到期日延後至法律預定之到期日後之延後付款 (Zahlungsaufschub)、分期付款交易 (Teilzahlungsgeschäfte) 等，與金錢借貸契約 (Darlehensvertrag) 一併於民法第四百八十八條至第五百零五條設有完整規範⁴³，認為分期付款具有融資信用之特徵，為信用契約之一環。英國在 1974 年通過的消費者信用法 (Consumer Credit Act) 中，租購契約 (Hire-Purchase) 為規範之重點信用交易之一，而所稱「租購契約」係指承租人 (hirer) 於支付與物之價值相當之金額後，取得購買租賃物之選擇權⁴⁴，與我國附條件買賣及融資性租賃有某種程度之類似，皆以價金分期為類型特徵。

由上可知，分期付款交易本身具有融資信用之特徵，與金錢債務之所發生之法律關係，如買賣契約、委任契約或各式服務提供契約等可分離探討，並非「特種」之買賣契約、委任契約等。我國民法第三百八十九條與第三百九十條將分期付款買賣列為特種買賣類型之一，實有誤會。惟在我國民法尚未針對信用契約作一完整性規範之前，民法第三百八十九條、第三百九十條，與消費者保護法有關分期付款買賣之規定，應可類推適用於其他類似之「分期付款」交易。

⁴³ Brox/ Walker, Besonderes Schuldrecht, 27. Aufl., 2002, §18, S. 213, Rn. 1.

⁴⁴ Aubrey L. Diamond, Commercial and Consumer Credit: An Introductory, p. 29, 1982.

第四節 分期付款買賣之擔保

—附條件買賣—

第一項 我國附條件買賣制度之由來

依照民法原本之設計，債權人尋求擔保之方式可大別為人之保證及物之擔保兩類。物之擔保主要又可分為不動產之抵押及動產之設質。在各種不同的擔保方式中，對於債權人之債權確保最有利者，應為不動產之抵押。惟不動產之價值高昂，若債權金額不大，債權人要求設定不動產抵押權，並不符合債務人之利益。因此，動產質權及保證人成為債權人選擇之擔保方式。債權人要求債務人提供保證人者，係與保證人約定於債務人不履行債務時，由保證人代負履行責任。保證契約係以保證人之責任財產作為債權之擔保，責任財產變化不定，景氣無常，財產之散逸並非債務人或保證人所能預見或控制。況且，債權無論發生先後，均居於平等地位，責任財產縱能維持不減，眾人參與分配，亦難全獲清償⁴⁵。另外，若債權人要求債務人提供動產設定質權，依照民法第八百八十五條規定，債權人必須占有該動產，質權之設定始生效力。在質權設定必須移轉占有之前提下，造成該動產的用益權能不得不呈現休止的狀態，無法滿足動產作為重要生產財，既可用於擔保，又能同時用於生產之經濟上需要⁴⁶。

由於民法原先設定的擔保機制無法滿足融通資金和擔保之需求，為了適應工商業及農業融通資金及擔保的需要，保障動產擔保交易的安全，政府自民國四十七年參考美國相關法律，開始研擬制訂動產擔保交易法。該部法典於民國五十二年九月五日公布，並於民國五

⁴⁵ 王澤鑑，動產擔保交易法三十年，載：民法學說與判例研究（八），頁 304，2000 年 3 月。

⁴⁶ 李佳玲，動產擔保交易法施行四十年之檢證—兼論車輛擔保實務，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 2，2004 年 1 月。

十四年六月十日施行⁴⁷。動產擔保交易法中創設了動產抵押、附條件買賣及信託占有三種不占有標的物的擔保制度，其中附條件買賣主要係為分期付款而設⁴⁸。由於動產擔保交易法係參考美國法制，而我國既有之民法體系則多與歐陸相近，在兩種不同法律體系之思考下，動產擔保交易法中有關附條件買賣之規範如何與既有之民法體制融合，成為實務與學者共同關心之話題。

第二項 附條件買賣之效力

壹、附條件買賣之定義

動產擔保交易法第二十六條規定，稱附條件買賣者，謂買受人先占有動產之標的物，約定至支付一部或全部價金，或完成特定條件時，始取得標的物所有權之交易。在我國法制之解釋下，附條件買賣之當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金，契約即有效成立。買受人雖先占有使用標的物，但標的物所有權仍為出賣人保留，並未因出賣人之交付標的物於買受人而及時移轉標的物所有權於買受人。標的物所有權必須俟買受人依契約支付一部或全部價金，或完成特定條件時，始移轉於買受人⁴⁹。由此可知，所謂附條件買賣，買賣契約本身完全成立，並未附有條件，附條件者，係移轉所有權之物權契約。因此學者認為，附條件買賣宜改稱為「保留所有權買賣」⁵⁰。

⁴⁷ 96年7月11日立法院修正公布第5、6、8~11、16、21、27、28、33、34、43條條文；增訂第7-1條條文；刪除第25、38~41條條文及第五章章名；並自公布日施行。

⁴⁸ 王澤鑑，動產擔保交易法三十年，載：民法學說與判例研究（八），頁305，2000年3月。

⁴⁹ 劉春堂，論附條件買賣，載：動產擔保交易法研究，頁108，1990年10月初版；王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，載：民法學說與判例研究第一冊，頁172；楊淑文，融資貸款與消費者保護，載：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祝壽論文集，頁618，2002年9月；林咏榮，動產擔保交易法新詮，頁81；黃靜嘉，動產擔保交易法，頁35，1964年；梁松雄執筆，債之擔保之研究，頁145，交通銀行調查研究處編印，1977年8月。

⁵⁰ 王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，載：民法學說與判例研究第一冊，頁169。

貳、對於出賣人之效力

一、所有權之保留

附條件買賣與一般買賣最大不同之處，即在於出賣人於價金受償前仍保留標的物之所有權，前已論及。關於出賣人保留所有權之法律性質為何，在不同的法系下有不同的解讀。大體上可歸納為附條件所有權保留說、法定所有權說及擔保物權說三種。

(一) 附條件所有權保留說

此說認為出賣人保留所有權係一種附條件的所有權移轉，標的物雖已先移轉占有於買受人，但其所有權是否移轉，則繫於當事人所約定將來客觀上不確定事實之成就與否。

(二) 法定所有權說

此說為英美法「所有權區分理論」的見解。所稱「所有權區分理論」，係將所有權為質的區分，亦即將所有權區分為法定所有權(Legal title)與實益所有權(Beneficial title)⁵¹。在附條件買賣，買受人對標的物有占有、使用、收益等權利，為標的物之實益所有權人；出賣人享有者，僅標的物之法定所有權，換言之，即享有物之擔保權能。出賣人於買受人不履行債務時，可依其法定所有權取回該交易標的物⁵²。

(三) 擔保物權說

此說認為出賣人之所以保留該出賣標的物之所有權，其目的僅在確保其債權得以圓滿實現。故其性質與質權相同，為一種特別質權。

⁵¹ 林咏榮，動產擔保交易法新詮，頁 16。

⁵² 林咏榮，動產擔保交易法新詮，頁 84；劉春堂，論附條件買賣，收錄於動產擔保交易法研究，頁 131。

換言之，即把出賣人視為質權人，出賣人將標的物交付於買受人時，其所有權即由買受人取得，出賣人所保留者，實際上僅是一種不占有標的物而附有流質約款的質權，藉以擔保其未獲清償之價金債權⁵³。

（四）分析檢討

我國動產擔保交易法中附條件買賣一節，係移植美國統一附條件買賣法（Uniform Conditional Sales Act）而來，因此附條件買賣制度與我國採取大陸法之民法體系有若干無法契合之處。關於附條件買賣的解釋，固然應比較參考繼受國美國之法律適用，但不可拘泥於美國法之概念。對於兩種法系有所衝突之點，在解釋上應該盡求調和，不可將美國法的概念強加適用於我國法律體系。如此始能使整個法律體系具有一致性。關於出賣人保留所有權之性質，因為我國並未採取英美法系的區分所有權理論，若欲於附條件買賣中例外採取此一理論，將與現行民法之所有權概念有所扞格。

附條件所有權保留說為目前德、日通說，我國學者大多數亦採此說⁵⁴。從附條件買賣買受人須於一定條件完成後，始取得標的物所有權之觀點來看，出賣人保留的是一附條件的所有權。此一條件之成就，將導致物權行為發生效力，故為停止條件。但是動產擔保交易法裡設定的附條件買賣制度，出賣人在買受人有不依約償還價款、履行條件或有侵害出賣人權益之情事時，出賣人得取回標的物，並且將標的物再行出賣（動擔法第二十八條至第三十條）。由出賣人之取回權與再出賣制度可知，附條件買賣出賣人保留的所有權，除了是附有停止條件之所有權外，亦含有擔保對於買受人價金債權之目的⁵⁵。因此本文認為，出賣人保留所有權之法律性質，是兼含附條件所有權以及擔保權之雙重性質。這也是動產擔保交易法上附條件買賣制度之特色

⁵³ 劉春堂，論附條件買賣，收錄於動產擔保交易法研究，頁 132。

⁵⁴ 劉春堂，論附條件買賣，收錄於動產擔保交易法研究，頁 133。

⁵⁵ 此部分之詳細論述，請參閱下述出賣人取回權性質之探討。

二、取回權之行使

動產擔保交易法第二十八條規定「標的物所有權移轉於買受人前，買受人有下列情形之一，致妨害出賣人之權益者，出賣人得取回占有標的物。一、不依約定償還價款者。二、不依約定完成特定條件者。三、將標的物出賣、出質或為其他處分者。出賣人取回占有前項標的物，其價值顯有減少者，得向買受人請求損害賠償。」本條即為出賣人取回權之權利基礎。出賣人取回權之性質、應如何行使，以及與再出賣的關係為何，容後討論。

參、對於買受人之效力

一、期待權之取得

附條件買賣契約訂立後，買受人先取得標的物之占有，得對之使用收益。惟標的物之所有權人仍為出賣人，買受人必須俟停止條件成就（通常是買賣價金完全清償）後，始取得標的物之所有權。在停止條件尚未成就的這一段時間裡，買受人並非物之所有權人，因此對於第三人不得主張所有人之權利。並且當第三人故意或過失侵害標的物，致買受人無法在條件成就後取得物之所有權時，買受人亦無法對該第三人請求侵權行為之損害賠償。但是此一階段的買受人，已進入取得權利之過程，對於標的物所有權之取得有一期待。此一「期待」，隨著時間之經過、買賣價金之分期清償越來越大。另外，民法第一百零一條規定，因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件之成就者，視為條件已成就。由此可知，買受人於條件成就前之法律地位，當事人（出賣人）以不能以單方之行為予以損害，法律對

⁵⁶ 當出賣人保留所有權的標的並非動產擔保交易法所允許為附條件買賣之標的時，雙方當事人之權利義務即不能適用動產擔保交易法之規定。此時，出賣人保留之所有權性質即為單純的附停止條件所有權。因為除了雙方設有類似動擔法取回權與再出賣之約定，出賣人於買受人有不依約償還價款、履行條件或有侵害出賣人權益之情事時，出賣人並無取回權與再行出賣之必要。

此地位設有保護規定。學說因此認為，處於條件未成就階段之買受人，對於取得標的物所有權之「期待」已足以賦予其權利性質，稱為「期待權」⁵⁷。

二、保管標的物之義務

附條件買賣買受人在價金尚未付清，或條件未成就前，得先行占有使用收益標的物。而出賣人之所以保留標的物所有權，其目的亦在於確保價金之受償。因此，在條件未成就前，標的物的狀態對於出賣人而言，具有重要之意義。動產擔保交易法第十二條因此規定：動產擔保交易契約存續中，其標的物之占有人，應以善良管理人之注意，保管或使用標的物。換言之，買受人對於標的物之保管使用，須盡善良管理人之注意義務。當買受人未盡此一善良管理人之注意義務使用保管標的物時，出賣人可對買受人請求損害賠償⁵⁸。

第三項 標的物之取回與再出賣

在附條件買賣，出賣人於買受人未依約清償價金或完成其他條件前，保留標的物之所有權，藉之擔保其價金債權得以清償。買受人則先占有標的物，惟應以善良管理人之注意，保管或使用標的物。未經出賣人之同意，更不得擅自將標的物出賣、出質或為其他處分。如買受人在未取得標的物所有權以前，有不依約定償還價款，不依約定完成特定條件，將標的物出賣、出質或為其他處分等情事，致妨害出賣人之權益時，出賣人得如何行使其契約上及法律上之權利，以保全其

⁵⁷王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，收錄於民法學說與判例研究第一冊，頁 165 以下；王廷懋，動產擔保交易法—理論與實務，頁 93；黃靜嘉，動產擔保交易法，頁 44；林咏榮，動產擔保交易法新詮，頁 91；劉春堂，論附條件買賣，收錄於動產擔保交易法研究，頁 136。

⁵⁸ 依照 96 年 7 月 11 日修正前第三十九條之規定，動產擔保交易之債務人或第三人，故意使標的物減少或毀損，致生損害於債權人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科四千元以下之罰金。換言之，當附條件買賣之買受人未妥善保管標的物時，須負擔刑事責任。然此等糾紛，屬於民事債務不履行之性質，以刑罰作為嚇阻手段，徒浪費司法資源且無法達成目的。因此本次修正時將第三十九條刪除，將其回歸單純民事事件處理。

利益，為附條件買賣最重要之問題。關於此項問題，動產擔保交易法設有取回占有標的物及再出賣之制度，此為出賣人實現其權利之最重要方法。但取回權之性質、再出賣制度與買賣契約之關係、再出賣後雙方之清算、以及取回後未再出賣之效力為何，學說上多所爭執。以下對相關問題之學說見解加以整理並試提出心得。

壹、取回權之性質

動產擔保交易法第二十八條為出賣人取回權之規定：「標的物所有權移轉於買受人前，買受人有下列情形之一，致妨害出賣人之權益者，出賣人得取回占有標的物。一、不依約定償還價款者。二、不依約定完成特定條件者。三、將標的物出賣、出質或為其他處分者」。出賣人取回權之法律性質為何，將影響法律的適用。學說對此之見解可大別為解除權效力說及就物求償說。

一、解除權效力說

此說認為「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限，催告其履行；如於期限內仍不履行時，得解除契約，此為民法第二百五十四條所規定關於一般契約解除之原則。附條件買賣契約，亦為契約之一種，本條之規定，原可適用之。惟本法（動產擔保交易法）第二十八條第一項第一款對於買受人不依約定償還價款亦即遲延給付者，以另訂其行使物權與債權之方法；亦即取回其標的物，並以之再出賣，所訂附條件買賣契約，因之而失其效力（參照本法第二十九條）。此項契約之失效，乃基於取回權之行使，故取回權之行使，亦生解除契約之效力。基此，德國分期付款行為法第五條，直以標的物之取回權，視為解除權之行使也」⁵⁹。

二、附法定期限解除權說

⁵⁹ 林咏榮，動產擔保交易法新詮，頁 89、90。

此說認為取回係附有法定期間之解除契約。出賣人取回買賣標的物，契約尚未解除，須至回贖期間已過，買受人不為回贖時，契約始行解除。買受人不待回贖期間經過，即為在出賣之請求，或因有急迫情事，出賣人不待買受人回贖，逕行為再出賣者，亦生同樣效果。解除契約後，原則上雙方應負恢復原狀之義務，出賣人取回標的物，其所受領之價金應返還買受人，買受人對使用標的物之代價及所致之損害應負賠償責任。惟因使用標的物之代價及損害賠償，往往不易確定，故法律採用再出賣之方式以清算解約後雙方之權益關係。換言之，再出賣僅為確定請求範圍之方法，出賣人由自己受領再出賣所得之金額，但因契約解除而應返還之價金中，扣除經由再出賣所確定買受人使用標的物之代價及損害賠償，如有剩餘，應返還買受人，如有不足，出賣人仍得繼續追償。買受人不於一定期間內為再出賣之請求，而出賣人亦於取回標的物後之三十日內未為再出賣者，係雙方放棄清算，出賣人無償還買受人已付價金之義務，出賣人亦失其費用及損害賠償請求權⁶⁰。

三、就物求償說

此說認為「出賣人保留所有權之目的既在保留價金債權，故出賣人基於保留之所有權，取回標的物者，其目的亦在滿足未償之價金債權。再從整個取回制度以言，其內容與強制執行，基本上似無差異。動產擔保交易制度之取回，類似強制執行法之查封；買受人回贖標的物類似強制執行法之撤銷查封；出賣程序類似強制執行法之拍賣程序。至於動產擔保交易法第十九條第二項及第二十條規定，係分別參照強制執行法第七十二條及第七十四條擬定，立法理由書曾有說明。因此，無論從保留所有權之功能或制度內容以觀，動產擔保交易法關

⁶⁰ 黃靜嘉，動產擔保交易法，頁 45、50。

於附條件之出賣人取回標的物之規定，係實現價金債權之程序，應無疑義」⁶¹。

此一見解，容易讓人產生出賣人是否對自己所有物變價受償之疑問。然藉由解釋方法，此項疑問不足為慮，蓋「吾人可認為出賣人於取回後再出賣時，放棄保留之所有權，條件因而成就，買受人取得物之所有權。吾人亦可認為，動產擔保交易法既然規定出賣人得就自己之物變價求償，則法律擬制標的物之所有權已移轉於買受人。吾人更可認為此係法律規定之制度，而不必再為理論上之解釋。總之，無論如何說明，就現行動產擔保交易法規定之內容以言，取回制度，係出賣人就標的物求償其對買受人可主張價金債權之程序，實無庸疑」⁶²。

四、分析檢討

討論附條件買賣出賣人之取回權性質為何之前，應先探究出賣人保留所有權之目的為何。本文認為，在附條件買賣中，出賣人在未受領全部價金之前，願意將標的物交付與買受人，係以買受人如期給付價金為前提而暫時的不為同時履行抗辯之主張⁶³，其目的在於擔保價金債權之實現。而附條件買賣之出賣人雖係標的物之所有權人，但買受人對於標的物之占有，係基於彼此之買賣契約而來，為有權占有。因此當買受人不依約履行價金之給付，除非出賣人解除契約，否則出賣人並無法對買受人行使民法第七百六十七條之所有物返還請求權。所以為了保障出賣人價金之受償，發揮出賣人保留所有權之擔保功能，法律特別規定如買受人不依約給付價金或違反標的物之約定使用方法，出賣人即可取回其已交付買受人之標的物，以回復原先可以主張同時履行抗辯權之狀態，同時要求買受人給付買賣價金之情況下，始願交付標的物於買受人。由此可知，出賣人取回權之行使與解除契約無必然關係。況且，若認為出賣人取回標的物即為解除契約之

⁶¹ 王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，收錄於民法學說與判例研究第一冊，頁 212。

⁶² 王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，收錄於民法學說與判例研究第一冊，頁 212。

⁶³ 楊淑文，融資貸款與消費者保護，收錄於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祝壽論文集，頁 624。

表示，雙方權利義務之清算可依民法之規定處理，無庸透過動產擔保交易法之再出賣制度予以清算。況將出賣人取回標的物解釋為解除契約之意思表示，無法合理解釋動產擔保交易法之回贖制度，蓋契約若已解除，則買受人並無履行契約、回贖標的物之餘地。

貳、取回權之行使

當附條件買賣買受人不依約支付價款、完成一定條件或擅自處分標的物時，出賣人可行使取回權。取回權之行使方法，依動產擔保交易法第三十條之規定，應準用動產抵押權人實施占有抵押權之程序。亦即，出賣人取回標的物，應於三日前通知買受人（第十八條第一項）。如買受人拒絕交付者，出賣人得聲請法院假扣押。此外，經依動產擔保登記載明應逕受強制執行者，出賣人亦得依契約聲請法院強制執行之（第十七條第二項）。上述規定，皆為法律規定出賣人行使取回權之方法。

有疑義者，出賣人仍為標的物之所有權人，可否於買受人不知或不察之情形下自力救濟，而自行取回標的物⁶⁴？對於此問題，應認為出賣人依附條件買賣所為之交易行為，雖保留所有權，而仍為標的物所有權人。惟既已將標的物交付與買受人，使買受人取得直接占有地位，買受人對標的物即有直接管領的能力。出賣人雖享有動產擔保交易法上所定之取回權，其取回權之行使僅能由買受人和平自願的交付。如買受人拒絕履行其交付標的物之義務，則只能透過國家公權力強制行使之。此為法律保護之國家壟斷原則，亦即民法第一百五十一條自助行為禁止之目的所在⁶⁵。因此，出賣人不得在買受人不知或不察的情況下將標的物取回。

⁶⁴ 楊淑文，融資貸款與消費者保護，收錄於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祝壽論文集，頁 625。

⁶⁵ 楊淑文，融資貸款與消費者保護，收錄於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祝壽論文集，頁 626；劉春堂，論附條件買賣，收錄於動產擔保交易法研究，頁 163。

參、標的物取回後之處理

一、買受人之回贖

出賣人取回標的物後，買受人得於一定期限內履行契約，並負擔占有費用，回贖標的物。回贖之目的，在阻止出賣人就標的物實現債權。回贖之結果，在使買受人得一面依契約之約定履行債務，完成取得標的物所有權之條件，一面繼續占有使用標的物。

買受人得回贖之期間，分為指定期間與法定期間。動產擔保交易法第十八條第二項「出賣人得指定履行契約的期間」，此一期間即為回贖之指定期間。同條第三項則為法定回贖期間之規定，依該規定，買受人得於出賣人取回標的物後之十日內回贖標的物。至於買受人未於法定期間或指定期間回贖標的物，是否可於出賣人再出賣前回贖，法無明文。對於此一問題，我國學者大多持肯定說。認為參照強制執行法第五十八條定之立法意旨、回贖期限的主要目的在於限制出賣人提前再出賣標的物、以及出賣人再出賣標的物之目的，無非在於滿足其對買受人之價金債權，故應認為在標的物再出賣或拍賣終結前，買受人仍得回贖標的物⁶⁶。

買受人回贖標的物，依動產擔保交易法第三十條準用第十八條之規定，除負擔出賣人取回標的物之費用外，尚須履行契約。履行契約之內容為何，則因取回原因之不同而生差異。詳言之，當出賣人取回標的物，是因買受人不依約完成特定條件，或買受人將標的物出賣、

⁶⁶ 王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，收錄於民法學說與判例研究第一冊，頁 214；黃靜嘉，動產擔保交易法，頁 32；劉春堂，論附條件買賣，收錄於動產擔保交易法研究，頁 167。

出質或為其他處分者，買受人履行契約回贖標的物之內容，應為完成特定條件或改正其行為⁶⁷。

有疑義者，乃當出賣人取回標的物，是因買受人不依約定償還價款時，買受人履行契約之內容，究應給付全部價款，抑或清償屆期未付之價金。此一問題，涉及附條件買賣契約是否適用民法第三百八十九條期限利益喪失約款之限制，本文將於第五節第一項探討之。買賣標的物經買受人回贖之後，契約繼續有效，雙方仍應依契約內容履行義務，併此說明。

二、出賣人再出賣標的物

動產擔保交易法第二十九條第一項規定：買受人得於出賣人取回占有標的物後十日內，以書面請求出賣人將標的物再行出賣。出賣人縱無買受人之請求，亦得於取回占有標的物後三十日內將標的物再行出賣。再出賣係附條件買賣出賣人實施其擔保權利的方法，再出賣所得價金，依動產擔保交易法第三十條準用同法第二十條之規定，應先抵充費用，次充利息，再充原本，如有剩餘，應返還債務人，如有不足，抵押權人，得繼續追償。關於再出賣，應探討的重點有二：第一、標的物經再出賣，原本買賣契約之效力如何；第二、再出賣後雙方之權利義務應如何清算。以下就此兩點分述之：

（一）標的物經再出賣後，原本買賣契約之效力

標的物經再出賣後，原本買賣契約之效力如何，學者間有不同見解。有認為附條件買賣契約因出賣人行使取回權而解除，因此標的物再出賣僅為確定買受人使用代價及損害賠償範圍之方法⁶⁸。亦有認為買賣契約並未因出賣人取回標的物而解除，再出賣標的物係出賣人對

⁶⁷ 王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，收錄於民法學說與判例研究第一冊，頁 215。

⁶⁸ 黃靜嘉，動產擔保交易法，頁 45、50。

於買受人未依約支付價金就物求償之方法⁶⁹。後者之見解似認為標的物經再出賣，買賣契約仍繼續存在。

本文認為出賣人對於標的物的取回權，係法律特別賦予標的物所有人（出賣人）之特別權利，與契約之解除無必然關係，前已論及。附條件買賣出賣人保留所有權之目的，除了是對於同時履行抗辯的暫時不主張外，亦含有擔保對買受人價金債權之意義。再出賣制度即為出賣人實現其擔保權利之方式。若認為標的物經出賣人再出賣後，買賣契約並未解除，賣得之價金相當於買受人應付之價款，而出賣人必須履行給付標的物之義務。惟此時買賣標的物已因再出賣而使出賣人陷於給付不能，買受人則須另依民法給付不能之制度進行彼此權利義務之清算。如此一來，雙方當事人的關係將趨於複雜。因此本文認為，當出賣人再出賣標的物時，應認為買賣契約已經解除，雙方應依動產擔保交易法第二十條之規定，以及民法關於契約解除之規則進行清算⁷⁰。

（二）再出賣後雙方之權利義務之清算

動產擔保交易法第三十條準用同法第二十條之規定：抵押物賣得價金，應先抵充費用，次充利息，再充原本，如有剩餘，應返還債務人，如有不足，抵押權人，得繼續追償。本條所稱之「原本」，應指買受人屆期未償之價金債務。詳言之，當買受人遲延未逾全部價金五分之一之價金時，再出賣所得之金額應抵償屆期未付之價金債務。若買受人遲延未付之價金已超過全部價金之五分之一，依民法第三百八十九條規定，買受人喪失其期限利益，再出賣所得之金額應抵償其餘之全部價金債務。

⁶⁹ 王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，收錄於民法學說與判例研究第一冊，頁 217。

⁷⁰ 楊淑文，融資貸款與消費者保護，收錄於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祝壽論文集，頁 632。

另外，在依動產擔保交易法第二十條為價金之抵充後，應進行契約解除之清算。亦即，雙方當事人應依民法第二百五十九條規定互負回復原狀之義務。並且在分期付款之附條件買賣中，並須受民法第三百九十條出賣人解約扣價之拘束⁷¹。

三、逾期未再出賣

附條件買賣出賣人在取回標的物後，未受買受人再行出賣之請求，或於取回標的物後三十日之期間內未再出賣標的物者，出賣人無償還買受人已付價金之義務，所訂附條件買賣契約失其效力（動產擔保交易法第二十九條第二項）。有學者認為，出賣人逾期未再出賣標的物，根據該條規定，出賣人得保有業經附條件移轉所有權於買受人之標的物，不必再為給付，其所受領之價金亦不必返還，無向買受人計算之義務。反之，買受人亦免除繼續支付價金或履行其他契約上債務之義務，就標的物之損害不必負賠償責任，不必償還使用標的物之代價及取回占有標的物之費用⁷²。

依上述學說見解，出賣人逾期未再出賣標的物，雙方權利義務即處於「停止」狀態，並無互相清算之義務。如此一來，有可能造成買受人繳交之價金越多，損失越大的不公平情況。其實，依照本文前述之推論，出賣人行使取回權之目的，在於回復其與買受人的同時履行抗辯關係，買賣契約並未解除，因此買賣雙方應有繼續履行契約約定之義務。惟此時買受人已因分期價金之給付遲延，出賣人認為必要時，仍得依給付遲延之規定解除契約。至於動產擔保交易法第二十九條第二項設有出賣人逾期未出賣標的物之法律效果，該條規定此時附條件買賣契約「失其效力」，並且「出賣人無償還買受人已付價金之義務」。本文認為該條所稱「失其效力」，應指契約解除，因此雙方有互為清算之義務。而所稱「出賣人無償還買受人已付價金之義務」，

⁷¹ 楊淑文，融資貸款與消費者保護，收錄於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祝壽論文集，頁 631。

⁷² 王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，收錄於民法學說與判例研究第一冊，頁 217；劉春堂，論附條件買賣，收錄於動產擔保交易法研究，頁 178；王廷懋，動產擔保交易法—理論與實務，頁 102。

乃指出賣人於買受人使用標的物之代價及損害賠償範圍內，並無償還買受人已付價金之義務，亦即民法第三百九十條之規定。如此一來，始可避免買受人有付的越多、損失越大的情況發生。

第五節 分期付款買賣契約常見爭議

第一項 期限利益喪失約款

民法第三百十五條規定，「清償期，除法律另有規定或契約另有訂定，或得依債之性質或其他情形決定者外，債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時為清償」。依此規定，契約當事人對於因契約所負之債務可自行約定清償期。未屆清償期，債權人不得請求清償（民法第三百十六條）。在分期付款買賣中，買受人所負價金債務之清償期，原則上為雙方當事人約定之各期分期價金到期日，買受人無須於出賣人交付並移轉標的物所有權時給付價金，享有價金後付之期限利益。但在分期付款買賣契約中，出賣人往往又與買受人約定「買受人遲付一期價金者，全部價金視為到期」之類似約款。在契約自由原則下，雙方當事人本可約定清償期，亦可針對特定情況將清償期縮短或延後。但分期付款買賣原為買受人之利益而設⁷³，買受人選擇以總價通常較一次支付價金之買賣為高之分期方式購買商品，多係由於其無法一次付清全部款項。若約定買受人一有遲延，即喪失原本所得享有之期限利益，對於買受人而言，有過苛之嫌⁷⁴。因此，民法第三百八十九條規定，「分期付款之買賣，如約定買受人有遲延時，出賣人得即請求支付全部價金者，除買受人遲付之價額已達全部價金五分之一外，出賣人仍不得請求支付全部價金」，以保護買受人之期限利益。

壹、適用範圍

⁷³ 參見民法第三百八十九條立法理由。

⁷⁴ 陳光岳，分期付款買賣，載：民法債編各論（上），黃立主編，頁 192，2002 年 7 月。

民法第三百八十九條規定分期付款買賣契約所約定之期限利益喪失約款，必須在買受人遲付之價額已達全部價金之五分之一之前提下，出賣人始可請求支付全部價金。如前所述，此一規範係為給予利用分期付款方式購買商品之買受人有充足之期限利益而設。但在我國現行法律體制下，分期付款買賣除了在民法第三百八十九條、第三百九十條有規範外，尚於消費者保護法及動產擔保交易法中設有規定。其中，對於民法第三百八十九條之規定於消費者保護法上之分期付款買賣之適用，學者皆認為消保法第一條第二款已設有「有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律」之規定，因此當企業經營者於分期付款買賣定型化契約中設有買受人期限利益喪失約款時，須受民法第三百八十九條之規範⁷⁵。惟對於該法可否適用於動產擔保交易法上之附條件買賣，學說與實務之見解即生爭議。

附條件買賣契約中，如約定買受人一期價金遲付，出賣人得向買受人追繳全部貨款，多數學者皆認為出賣人在主張買受人之喪失期限利益時，須符合民法第三百八十九條期限利益喪失之限制，該條法律為強行規定，不容出賣人以特約予以排除⁷⁶。

惟實務對此問題，採取否定之見解，認為動產擔保交易法為民法之特別法，不適用民法第三百八十九條之規定。

司法院 (74) 廳民一字第 118 號法律問題：「甲向乙公司購買汽車一部，價款為新台幣（下同）三十萬元，約定以每月為一期分十五期給付，每期二萬元，如一期不履行時，則喪失期限之利益，視為全部到期，應立即全部償還，並訂立附條件買賣契約，經登記在案。嗣某甲僅繳納第一期款後，自第二期起即拒不繳納，問乙公司訴請某甲

⁷⁵ 馮震宇、姜炳俊、謝穎青、姜志俊合著，消費者保護法解讀，頁 140，2005 年 5 月 3 版；詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，頁 139，2005 年 8 月。

⁷⁶ 劉得寬，分期付款買賣，頁 170，1976 年 11 月；王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，載：民法學說與判例研究（一），頁 221，1998 年 9 月；劉春堂，附條件買賣，載動產擔保交易法研究，頁 161，1990 年 10 月；王廷懋，動產擔保交易法實務問題研究，頁 284，2000 年 5 月增修訂 7 版；游進發，動產擔保交易法第二八條第一項第一款釋義上之疑問，載：高大法學論叢，創刊號，頁 19，2005 年 7 月。

給付其餘所欠價金，是否仍須受民法第三百八十九條規定須買受人有連續兩期給付之遲延及遲付之金額已達全部價金五分之一之限制？」

討論意見：

甲說：按動產擔保交易法第三章附條件買賣中雖未如民法第三百八十九條規定期限利益喪失約款之限制，惟其性質亦屬買賣之一種，從而若附條件買賣契約中附有分期付款之約款時，依動產擔保交易法第三條之規定，自應適用民法之規定，因此乙公司訴請某甲給付其餘價金時，仍應受民法第三百八十九條規定之限制。

乙說：按動產擔保交易法為民法之特別法，該法第二十七條第六款規定「附條件買賣契約應載明買受人不履行契約時，出賣人行使物權及債權之方法。」甲、乙間之附條件買賣契約中既已載明如一方不履行時，即喪失期限利益，應即全部付款。即已依該條款之規定載明出賣人行使債權之方法，因此本題乙公司訴請某甲給付其餘全部價款，自得依動產擔保交易法第二十七條第六款之特別規定而優先適用，不受民法第三百八十九條規定之限制。

結論：採乙說。

按在法律解釋適用之順序上，特別法優先於普通法原則，係以兩法條處於同位階且無新舊法關係之前提。判斷何法為另一法之特別法，即其中之一之構成要件要素為另一法條所全部具備，且該另一法條進一步具有前一法條所無之構成要件要素，則該另一法條相對於前一法條具有特別性⁷⁷。但是在很多情況，兩法條之構成要件並非重合關係，而為交集關係。在構成要件交集的情形，本來從邏輯的觀點不能認為其中之一法條係另一法條的特別規定，蓋在交集的情形，系爭法條分別擁有另一法條所不具有之構成要件要素。因此，該兩法條並無絕對的普通與特別關係，而僅僅具有相對於某構成要件要素之特別與普通關係⁷⁸。

動產擔保交易法係為適應工商業及農業資金融通及動產用益之

⁷⁷ 黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 190，1993 年 7 月增訂 3 版。

⁷⁸ 黃茂榮，法學方法與現代民法，頁 193，1993 年 7 月增訂 3 版。

需要，並保障動產擔保交益之安全而制定（動擔法第一條）。在附條件買賣一章中，動產擔保交易法設計了保留所有權制度，出賣人保留所有權之目的為擔保對買受人之價金債權。為落實出賣人保留所有權之擔保功能，動產擔保交易法賦予出賣人於買受人債務不履行時有取回標的物並且再出賣之權利，並以再出賣之價金抵償其對買受人之債權。此一制度設計與民法規定之動產擔保（質權、留置權等）有所不同，亦與人之保證相異，就此點而言，動產擔保交易法具有特殊性。惟在附條件買賣中，當事人通常以分期付款買賣之形式訂定契約，有關分期付款買賣之權利義務關係，動產擔保交易法並未有特殊規定。因此，動產擔保交易法就分期付款買賣部分，與民法相較並不具有特殊性，並非民法之特別法。

再者，動產擔保交易法第二十七條係規定附條件買賣契約之應記載事項，其中第六款「買受人不履行契約時，出賣人行使物權及債權之方法」僅係附條件買賣契約應具備之約款。該記載於附條件買賣契約之約款是否生效，仍應受民法甚至消費者保護法有關法律行為及定型化契約約款相關規定之檢驗。若謂動產擔保交易法為民法之特別法，而認為附條件買賣契約應記載之約款無須受民法拘束，則誤解特別法優於普通法原則，而可能架空民法及其他相關法律有關此部分之規範，造成不當之後果。

民法第三百八十九條對於當事人於分期付款買賣契約中訂有買受人期限利益喪失約款者，限制出賣人得請求全部價金之要件，此一規定屬於強行法規。若附條件買賣契約中之期限利益喪失約款抵觸民法第三百八十九條，應解為出賣人於買受人遲付之價金已達全部價金之五分之一時，始可請求買受人支付全部價金。

貳、解除契約之限制

分期付款買賣契約中，出賣人除了與買受人約定請求全部分期價金之加速條款外，尚可能直接約定買受人一期價金遲付，出賣人即有

契約解除權或以之為契約之解除條件。此種解除契約約定之效力為何，值得深究。以下以最高法院九十五年度台上字第三七號判決為例，檢討出賣人於買受人分期價金遲付時之解除契約權。

一、案件事實概述

上訴人向被上訴人購買房屋及其基地所有權應有部分。上訴人主張被上訴人未依約移轉房地所有權，並將系爭房地再行出賣第三人且辦妥所有權移轉登記，構成給付不能，欲向被上訴人請求債務不履行之損害賠償。被上訴人則主張，依雙方約定，上訴人至第四期分期價金到期日應給付八十萬元，惟上訴人僅支付四十七萬五千元，尚不足三十二萬五千元。被上訴人依契約書第五條：「所定之總價款，非經雙方同意均不能要求對方增減，甲方（指買方）每期繳款時間應依本約所訂之繳款時間規定，或乙方（指賣方）將繳款通知發出後五天內，以現金或即期支票一次繳付給乙方或繳交乙方指定之人抑銀行帳號內，繳交銀行時，以銀行收款章代替正式收據，不能拖延，逾期每逾壹日甲方願意加付該期款繳滯納金仟分之參，上項滯納金在繳付該期款時一同繳清，絕無異議。但若逾期限二十天後經乙方正式函件通知一星期內仍未繳清當時之價款及滯納金時，視同甲方違約，乙方為顧及全部工程之進行，不再通知甲方，本契約自動解除……甲方預購之房地，完全無條件由乙方全權處理，所有進行之建物及移轉中之產權歸還乙方，甲方絕無異議」，主張已依契約約定方式催告上訴人，惟上訴人於指定期限內仍不履行，買賣契約業已自動解除。被上訴人將系爭房地再行出賣第三人，對於上訴人並無給付不能情事，故無須為債務不履行之損害賠償。

二、判決理由

系爭契約書第五條所謂之「契約自動解除」，究係「保留解除權」之特別約定？抑或是契約附解除條件？若為前者（即「保留解除權」之約定），依法仍應為解除契約之意思表示，始生解約之效力；若係

後者（即契約附解除條件），則無庸為解除之意思表示，於約定之解除條件成就時，即生解約之效力。乃原審未探求當事人之真意，審認明晰，一面稱前開契約約定係上訴人與被上訴人間保留解除權之特別約定，且未說明是否符合民法第二百五十五條規定「得不經催告解除契約」之要件，遽謂依該項約定「得不經催告逕行解除其契約」，被上訴人已合法解除其契約，一方面又稱「契約視為自動解除」，被上訴人無庸另為解除契約之意思表示，已不無前後矛盾之違法。

三、分析檢討

本案之爭點在於被上訴人依系爭預售屋分期付款買賣契約第五條主張契約已解消，是否有理。判斷系爭契約是否已合法解消，首須探討該契約第五條之性質究為本件預售屋分期付款買賣契約雙方當事人約定之解除權，抑或契約之解除條件。進而檢討此等約定是否侵害買受人之期限利益，而其效力須受民法第三百八十九條之影響，或係違反誠信原則而無效。以下將依序分析檢討之。

（一）系爭約款之性質

契約之解除，除行使法定解除權外，契約當事人尚可於契約中有保留解除權之約定⁷⁹。解除權之行使，應由解除權人向他方以意思表示為之（民法第二百五十八條第一項），解除權人之意思表示到達他方後，契約始告解除（民法第九十四條、第九十五條參照）。契約附解除條件者，則與解除權人行使解除權不同。解除條件係限制法律行為效力消滅之條件⁸⁰，乃當事人約定於一定事實之發生，契約則當然失效之謂⁸¹。解除條件一成就，法律行為即溯及地失其效力，無待當事人再以意思表示主張。

⁷⁹ 最高法院 23 年上字第 3968 號判例：「解除契約，除當事人間有保留解除權之特別約定外，非有法律所認之解除權不得為之。」

⁸⁰ 王澤鑑，民法總則，頁 453，2001 年 2 月。

⁸¹ 鄭玉波，民法債編總論，頁 349，1970 年 8 月 5 版。

本案系爭預售屋分期付款買賣契約第五條所謂之「契約自動解除」，究係保留解除權之特別約定，抑或是契約附解除條件，綜觀最高法院歷年裁判，似乎無一致見解，有認為係保留解除權之特別約定，亦有認為係契約之解除條件。

1. 約定解除權說

A. 最高法院五十年台上字第一八八三號判例

原訂買賣契約第四條雖有一造違反本契約時，他方不另催告本約視為解除之約定，然該條意旨在約定雙方任何一方違約時，他方得解除契約，並得按照價金請求賠償其損害，而解除權之行使屬於不違約一方，被上訴人既將價金全部交付清楚，自無違約情形，其不願解除契約而請求履行契約，自非不可准許。

B. 最高法院八十五年度台上字第六〇六號判決

給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起負遲延責任；又契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限，催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。民法第二百二十九條第二項前段及第二百五十四條分別定有明文。換言之，在給付無確定期限之情形，須契約當事人之一方遲延給付，經他方當事人定相當期限，催告其履行而不履行，始得解除其契約；非謂一方遲延給付，他方即得逕行解除契約。查本件買賣契約未約定開工及完工交屋日期，上訴人並自承所提前述「工程流程表」非契約之一部分，則其於八十三年八月三十一日催告被上訴人在文到二星期內鳩工興建（非催告交付房屋），並同時表示逾期即視為解除買賣契約，不另通知，依上開說明，尚不生解約之效力，自不得據以請求返還價金。

C. 最高法院八十六年度台上字第九五號判決

解釋當事人之契約，應以當事人立約當時之真意為準，而真意何在，又應以過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準，不能拘泥文字致失真意。查系爭買賣契約第十三條約定：倘買方違約不依約付款，已繳款項由賣方沒收抵償損失，契約自動解除，買方不得異議；倘賣方不賣時，應將所收款項加倍退與買方，各無異議云云。通觀其文義，似旨在約定契約當事人任何一方違約時，他方得解除契約，並得按照上開約定數額請求對方賠償損害，而非約定買方將所繳款項供賣方抵償損害或賣方加倍返還所收款項，即得隨時解除契約。

2. 契約附解除條件說

A. 最高法院六十年台上字第四〇〇一號判例

第查民法第二百五十八條第一項係指契約有法定之解除原因，而行使其解除權之情形而言，如契約附有解除條件，則條件成就時，契約當然失其效力，無待於當事人解除權之行使。上訴人與陳福來所訂合作建築房屋契約第九條載明：「前項新建樓房及其附屬工程之完成……屆滿一百八十個工作天不論晴雨逾期三個月或在規定工作天數內停工達於三個月本契約即自動解除」等字樣，如此項約定可視為附於契約之解除條件，……。

B. 最高法院九二年台上字第二一〇一號判決

依系爭土地買賣契約書第四條約定：「甲乙雙方應誠實履行訂立之條款，倘甲方（上訴人）不買或違約，本買賣契約自動解除，不另催告。」；另第八條約定：「乙方（被上訴人）通知甲方（上訴人）繳納土地增值稅，甲方應於接到通知十二天內繳清稅款，逾期不繳納，視同違約。」，該買賣契約書第四條有上訴人違約時「買賣契約自動解除」之約定，該約定係屬解除條件之約定，即兩造之土地買賣契約附有解除條件，於解除條件成就時，契約當然失其效力，無待於當事

人為解除權之行使。本件被上訴人已通知上訴人依約繳納上開土地增值稅，上訴人逾期不繳納，自屬違反系爭土地買賣契約第八條之約定，而視同違約。則被上訴人執系爭土地買賣契約第四條約定辯稱因上訴人違約，系爭土地買賣契約自動解除，洵屬有據。

3. 本文見解

原則上，解除權人為解除契約之意思表示前，須先給予相對人補正之期間，即民法第二百五十四條之催告。但如該給付依所締結之契約性質或內容，只有於特定之時間，或在極短時期內才可以履行，否則其契約所定之目的無法達成時，解除權人可省略催告之程序，直接為解除契約之意思表示，即民法第二百五十五條對於定期行為解除契約之規定。

本案系爭契約之約款「...但若逾期限二十天後經乙方正式函件通知一星期內仍未繳清當時之價款及滯納金時，視同甲方違約，乙方為顧及全部工程之進行，不再通知甲方，本契約自動解除」，若將之對照於法定解除權行使之程序，其原則上符合民法第二百五十四條之要求。惟依民法第二百五十八條，解除權之行使須以意思表示為之，系爭約款將解除之方法約定為「自動解除」，不符合民法對解約權行使之要求，因此應認為係契約之解除條件。蓋解除條件成就，契約無待任何一方當事人之意思表示即失其效力，符合契約文字「自動解除」之文義。若將之解釋為約定之解約權，解除權人依該約款主張契約「自動解除」者，將因違反民法第二百五十八條之規定，不生解除之效力，從而該約款之約定將形成具文，違反當事人約定該約款之真意。

(二) 系爭約款之效力

在肯認系爭約款係預售屋分期付款買賣契約之解除條件後，尚必須檢討該等解除條件之效力。基於私法自治，法律行為以得附條件為原則。但基於公益和私益之考量，通說認為某些法律行為不得附條

件，其中包括身分行為及單獨行為。惟在單獨行為所附加之條件，若經相對人同意或條件成就與否純由相對人決定者，通說則例外認為該條件係有效⁸²。此種單獨行為得附加條件之例外，最常被提出者，為解除權人依民法第二百五十四條催告相對人履行契約時，表示未於指定期限內履行者，契約即告解除。由於此種解除契約之意思表示是否因停止條件（即相對人不於期限內履行契約）成就而生效，全由相對人決定，縱然解除契約為單獨行為，仍可附加條件⁸³。

本案系爭條件，係附加於契約之解除條件，依照私法自治原則，並無禁止之理。惟該解除條件所附屬之契約為預售屋分期付款買賣契約，依照民法第三百八十九條之規定，出賣人於於特定狀況下始得剝奪買受人之期限利益，請求買受人給付全部價金。雖然上開民法規定並未明文限制出賣人行使解除權之時機，惟解釋上應認為出賣人僅能於買受人遲付之分期價金達全部價金之五分之一，並催告請求買受人於相當時間內履行而買受人不為履行，始得解除分期付款買賣契約，以貫徹民法保障分期付款買賣買受人之期限利益立法目的。此外，德國債法現代化法第四百九十八條第一項亦規定，以分期方式為給付之消費者借貸契約，貸與人僅得於借用人有最少連續兩期全部或部分遲延，且至少須達借款金額或分期金額之10%（契約期間超過三年者為5%），並給予借用人兩個禮拜的期間清償未付之價金，並告知借用人於期間內為清償者，將請求支付全部之價款，而借用人未為履行時，始可終止契約⁸⁴。

⁸² 王澤鑑，民法總則，頁458，2001年2月；陳自強，契約之成立與生效，頁376，2002年3月；黃立，民法總則，頁368，2005年9月修訂4版。

⁸³ 王澤鑑，民法總則，頁459，2001年2月；陳自強，契約之成立與生效，頁377，2002年3月；D. Medicus 著、邵建東譯，德國民法總論，頁580，2002年9月。

⁸⁴ BGB§ 498 I (1) Wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers kann der Darlehensgeber den Verbraucherdarlehensvertrag bei einem Darlehen, das in Teilzahlungen zu tilgen ist, nur kündigen, wenn 1. der Darlehensnehmer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise und mindestens zehn Prozent, bei einer Laufzeit des Verbraucherdarlehensvertrags über drei Jahre mit fünf Prozent des Nennbetrags des Darlehens oder des Teilzahlungspreises in Verzug ist und 2. der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer erfolglos eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags mit der Erklärung gesetzt hat, dass er bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange. Der Darlehensgeber soll dem Darlehensnehmer spätestens mit der Fristsetzung ein Gespräch über die Möglichkeiten einer einverständlichen

當分期付款買賣契約以買受人一期給付遲延，經催告而不履行為解除條件時，該解除條件應解為違反法律規範之意旨⁸⁵。蓋若無解除條件之約定，出賣人必須等待買受人遲延給付之分期價款達總價金之五分之一時，始得催告並行使解除權。而出賣人利用契約自由原則，以買受人一期價金遲延為契約之解除條件，迂迴規避民法第三百八十九條強制規定之立法意旨，應屬脫法行為。如果允許分期付款買賣契約附加限制買受人期限利益之解除條件，民法原先設計對於分期付款買受人保護之基本規定很大程度將無法落實。惟我國實務判決對於此種可能架空民法規定之解除條件，似乎肯認其效力：

最高法院四十年台上字第一六三六號判例

土地法第一百零三條之規定，並非禁止租用基地建築房屋之契約附有解除條件，亦不排除民法所定解除條件成就之效果，上訴人與某甲所訂如業主需要隨時可拆還基地之特約，自應解為附有解除條件。

最高法院四十八年台上字第二二八號判例

租賃契約定有存續期間，同時並訂有以出租人確需自住為收回之解除條件者，必於條件成就時，始得終止租約。所謂自住，係指客觀上有收回自住之正當理由及必要情形，並能為相當之證明者而言，不以主觀情事之發生為已足。

契約所附之解除條件不合法，不得一概認為其法律行為全部無效，而須視該解除條件與契約之關係為何而定⁸⁶（民法第一百十一條參照）。本案當事人對於分期付款買賣契約所附之解除條件，類似於法定解除權，只不過簡省以意思表示解除契約之程序。若因該解除條件不合法而認為整個分期付款買賣契約無效，似與當事人之締約目的有違。因此，該解除條件不合法之法律效果，應適用民法第一百十一

Regelung anbieten.

⁸⁵ 參考 D. Medicus 著、邵建東譯，德國民法總論，頁 581，2002 年 9 月。

⁸⁶ 王澤鑑，民法總則，頁 458，2001 年 2 月。

條但書，將不合法之解除條件部分除去，系爭分期付款買賣契約仍然有效成立⁸⁷。如此一來，出賣人於買受人遲付之分期價金超過總價金之五分之一時，仍可行使法定解約權，對於雙方權利義務之平衡應較為妥適。

第二項 解約扣價約款

壹、解約扣價之性質

分期付款買賣契約之一方當事人不履行契約時，他方可依法律規定或依契約之約定解除契約（民法第二百五十四條以下參照）。契約解除時，依民法第二百五十九條之規定，當事人雙方須負回復原狀之義務。如當事人就回復原狀之方式無特別約定時，分期付款買賣之買受人須返還買賣標的物與出賣人，並償還使用標的物之費用（民法第二百五十九條第一款、同條第三款）；出賣人則須返還買受人已支付之分期價金，並附加自受領時起之利息（民法第二百五十九條第二款）。由於在分期付款買賣中，買受人於解約前已支付部分費用，出賣人為避免金錢往來之麻煩，多會限制買受人取回已支付之價金。此種解約扣價之約定，可解釋為雙方當事人對於出賣人返還已受價金債務及買受人支付標的物使用費用債務之抵銷約款⁸⁸。惟出賣人限制買受人取回價金之範圍，須同於買受人應償還出賣人之物之使用代價及有損害時之賠償，始符合抵銷之本意。為免爭議，民法第三百九十條

⁸⁷ 參照 D. Medicus 著、邵建東譯，德國民法總論，頁 583，2002 年 9 月

⁸⁸ 依照民法第三百三十四條以下關於抵銷之規定，法定抵銷權之行使為單獨行為，於主動債權與被動債權之給付種類相同且均屆清償期，且無不得抵銷之情形時，抵銷權人抵銷之意思表示送達他方時，抵銷之效力即溯及最初得為抵銷時發生，無待他方當事人之同意。但「抵銷除法定抵銷之外，尚有約定抵銷，此項抵銷契約之成立及其效力，除法律另有規定（如民法第四百條以下交互計算之抵銷）外，無須受民法第三百三十四條所定抵銷要件之限制，即給付種類縱不相同或主張抵銷之主動債權已屆清償期，而被抵銷之被動債權雖未屆滿清償期，惟債務人就其所負擔之債務有期前清償之權利者，亦得於期前主張抵銷之。」（最高法院 50 年台上字第 1852 號判例），並請參考黃立，民法債編總論，頁 739，2006 年 11 月修正 3 版；陳自強，契約之內容與消滅，頁 441，2004 年 9 月 1 版；蔡炎暉，汽車分期付款買賣之研究，頁 34，政治大學法律學系碩士論文，2004 年 6 月。

乃將出賣人得扣留之價金範圍明文化⁸⁹。

貳、出賣人扣價範圍之計算與舉證責任

如雙方有解約扣價約款，出賣人得扣留所受領價金之數額不得超過物之使用代價及標的物受有損害之賠償額，民法第三百九十條定有明文。此所謂標的物使用之代價，一般情形為相當於租金之價額；無租金可以為衡量者，應依客觀情形酌定之。物之通常使用所發生之折耗（即物之折舊），應解為已包含在標的物使用之代價內，不得再行請求。所謂標的物受有損害，係指通常使用折耗以外之損害而言⁹⁰。另外，當事人解約扣價之約定與違約金約款係屬二事。前者為解除契約時，雙方對其回復原狀義務之約定抵銷約款；後者則係當事人約定契約不履行時，債務人應支付之懲罰金或損害賠償額之預定，以確保債務之履行為目的，兩者無論其要件、法律效果及目的均不相同，不得混為一談，比附援引⁹¹。

在分期付款買賣契約中，時常可見「乙方（按：買受人）於違約或中途解約時，其已繳納之價金，全部『視為』標的物之折舊及使用代價，不得要求退還」之約款⁹²，此等約款之效力為何，有加以討論之必要。由於解約扣價約款之本質，為雙方當事人之抵銷約定，依照民事訴訟法舉證責任分配通說及實務所採取之特別要件說，主張權利

⁸⁹ 民法第三百九十條立法理由：「謹按分期付款之買賣，當事人如約定於解除契約時，出賣人得扣留其所受領之價金者，其應扣留之數額，不可不加以限制，即不得超過標的物使用之代價，及標的物受有損害時之賠償額是。本條明為規定，蓋以防無益之爭議也。」

⁹⁰ 劉春堂，民法債編各論（上），頁 144，2006 年 2 月初版 2 刷；並請參照最高法院 87 年度台上字第 494 號判決：「民法第二百五十九條第六款所謂不能返還，係指依社會通常觀念其返還已屬不能者而言，倘應返還之原物本體，並無毀損、滅失或因其他事由所生變動，而致不能返還，僅因社會經濟狀況、科技發展等外在情事變遷，致其價值貶損，尚難謂為不能返還。」

⁹¹ 最高法院 82 年度台上字第 78 號判決。

⁹² 元隆汽車股份有限公司附條件買賣契約書第十六條，轉引自蔡炎嗽，汽車分期付款買賣之研究，頁 33，政治大學法律學系碩士論文，2004 年 6 月，並請參見楊淑文，融資貸款與消費者保護，載：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 632，2002 年 9 月。

消滅之人，應就權利消滅之事實負舉證責任⁹³。分期付款買賣契約解除後，出賣人扣留買受人已付之價金，若雙方就扣留價金之數額有所爭執，出賣人應就其對於買受人之標的物使用價額債權數額負舉證責任，在出賣人對買受人之債權範圍內，始可扣留買受人已付之價金。

雖有論者認為，舉證責任契約足以影響法官對於心證之自由形成，違反自由心證主義之原則，應不得允許⁹⁴，然本於辯論主義，當事人對於其得予以處份之標的，就事實、證據有處分之權限，在不侵害法官就證據予以評價之自由心證原則下，宜尊重當事人選擇追求訴訟經濟之程序利益，承認舉證責任契約之效力⁹⁵。但該等約款仍須受民法與消費者保護法等相關法律規範。上開免除出賣人舉證責任之約款所存在之分期付款買賣契約，多為企業經營者所預先擬定與不特定多數消費者訂立之定型化契約。身為企業經營者之出賣人以約款將買受人已付之價金直接作為買受人使用標的物之代價，免除自己之舉證責任，可能造成其所扣留之價金遠高於市場該款標的物於該段時間之使用代價，對於買受人並不公平。依照民法第二百四十七條之一第一款，並參考德國民法第三百零九條第十二款之規定，「縱然背離法律規範原被容許，在定型化契約條款中仍然無效：……經由約款，約款使用人將舉證責任為不利於相對人之變更，尤其是其 a) 就約款使用人應負責領域之情況，課相對人以舉證責任；b) 使相對人證實特定之事實……⁹⁶」此等約款免除預定契約條款之當事人之責任，應屬無效⁹⁷。因此，若買受人對出賣人所扣留之款項數額有爭議時，出賣人

⁹³ 陳計男，民事訴訟法論（上），頁 457，2004 年 10 月增訂 3 版。

⁹⁴ 陳計男，民事訴訟法論（上），頁 462，2004 年 10 月增訂 3 版。

⁹⁵ 沈冠伶，舉證責任與證據契約之基本問題—以作業系統裝置契約之給付不完全為例一，台灣本土法學雜誌第 36 期，頁 198，2002 年 7 月。

⁹⁶ 中文翻譯引自黃立，民法債編總論，頁 115，2006 年 11 月修正 3 版；原文如下：「Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam……12. (Beweislast) eine Bestimmung, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem er a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, oder b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt;……」。

⁹⁷ 蔡炎暉，汽車分期付款買賣之研究，頁 33，政治大學法律學系碩士論文，2004 年 6 月。

應就標的物於該段時間之使用代價負舉證責任，若所扣留之金額超過物之使用代價，應將超出部分返還買受人。



第六節 融資性分期付款之特殊問題

第一項 融資性分期付款之交易流程

融資性分期付款，係指商品或服務提供人與金融機構合作，於消費者於購買商品或接受服務時，由金融機構先代消費者將應付金額支付予商品或服務提供人，消費者再分期向金融業者償還之交易行為。融資性分期付款交易的法律架構，包括消費者與商品或服務提供人之消費關係（此一契約有可能是買賣契約，亦可能為各式混合性服務契約）、消費者與金融機構之資金關係，以及金融機構與出賣人之合作契約三方面⁹⁸。

以線上課程學習之融資性分期付款的運作流程為例，消費者與線上學習業者訂定線上課程學習服務契約時，如表示欲以分期方式支付款項，業者會將「分期付款申請書」附於線上課程學習服務契約中，一併使消費者於書面上簽名蓋章⁹⁹。而該「分期付款申請書」實際上乃金融機構之消費貸款申請書¹⁰⁰，且由申請書之聲明事項 8「聲明人同意並授權○○商業銀行，將該筆款項在扣除手續費及相關費用後，匯入所購買商品（標的物）之經銷商指定之戶頭，代替聲明人償付所購買商品之貨款，以代替所申貸款項交付本人，完成消費借貸交付之行為」可知，當金融機構核貸後，會把全部款項一次給付業者，以代消費者清償對業者之金錢債務，並履行自身對於消費者之提供金錢債務。而所謂「分期付款」則表現在消費者日後必須依照金錢借貸契約，分期向金融機構為借款之清償。

⁹⁸ Wolf/ Horn/ Lindacher, AGB-Gesetz Kommentar, 4. Aufl., §9, Rn. F 21.

⁹⁹ 假分期真貸款、假分期真辦卡，行政院消費者保護委員會新聞稿，2005 年 4 月 29 日。

¹⁰⁰ 由於此一向銀行申辦消費貸款之「分期付款申請書」，極易誤導買受人認為該筆交易為向出賣人為分期付款之單純分期付款買賣。為使消費者清楚了解該申請書係用以向銀行申辦消費性貸款以支付消費對價，金管會銀行局以金管銀（三）字第 0933000720 號函，要求銀行辦理類似業務時，應將分期清償之貸款契約與分期付款之買賣契約分離。

第二項 問題之提出

此種介入金融機構之分期付款交易，如消費者與商品或服務提供者及金融機構間未發生契約糾紛，在經濟效果上與單純分期付款買賣並無不同。但對消費者而言，由於整個交易過程存有消費契約與金錢借貸兩個契約，當其中之一契約發生糾紛時，三方當事人之權利義務應如何處理，屢生爭議。此一情況特別表現在消費者所受領之標的物有瑕疵，或企業經營者有債務不履行之情事發生時，消費者得否拒絕向金融機構繼續清償借款，或主張解除金錢借貸契約之問題上。

在單純的分期付款交易中，商品或服務提供者同意消費者以分期方式支付消費對價，如商品或服務提供者未依約提供商品或服務時，消費者可主張同時履行抗辯權，拒絕支付分期價金；消費者亦可解除契約，未屆清償期之分期價金亦無須繼續支付。但在融資性分期付款交易中，如發生上述商品或服務提供者債務不履行情況，或契約有無效、不成立或被撤銷等情形，由於消費者與金融機構之金錢借貸契約為獨立於消費契約之另一契約，買受人若欲將對於商品或服務提供者之抗辯向金融機構主張拒絕清償借款，在嚴格債之相對性之原則下，似有困難。此一情形即造成利用融資性分期付款之消費者承受較單純分期付款交易更大之價金風險¹⁰¹，這在預售屋買賣，買受人向銀行貸款繳付買賣價金，以及消費者使用信用卡支付消費價金等牽涉三方當事人之法律關係中，皆有類似之問題存在。如何克服債之相對性原則，使消費者對於商品或服務提供者之抗辯可向金融機構主張（即所謂「抗辯之延伸」），在我國近來成為討論之熱門主題，然在外國立法例上，已有明文規範。

第三項 抗辯延伸的理論基礎

壹、第三人清償說

¹⁰¹ Brox, Allgemeines Schuldrecht, 28. Aufl., 2002, §19, Rn. 43.

在我國目前民法規範下，如要使融資性分期付款買賣之買受人可對金融機構主張其基於買賣契約所生抗辯，拒絕繼續清償借款、解除金錢借貸契約，可能之途徑係將金融機構對出賣人之付款解為民法第三百十二條之第三人清償。依照民法第三百十二條規定，就債之履行有利害關係之第三人為清償者，於其清償之限度內承受債權人之權利，但不得有害於債權人之利益。同法第三百十三條復規定，第二百九十七條至第二百九十九條有關債權讓與之規定，於有利害關係之第三人承受權利時準用之。換言之，有利害關係之第三人為清償後，承受債權人之地位，可基於該承受權向債務人行使債權人之債權以及有關之一切權利，但原債權之瑕疵亦由承受人承受，債務人於受承受通知時所得對抗債權人之事由，均可以之對抗承受人¹⁰²。

惟對於融資性分期付款買賣之金融機構向出賣人墊付款項之行為，解為有利害關係之第三人清償，實有相當困難。蓋民法第三百十二條所稱「有利害關係」之第三人，係指因清償而當然受有法律上利益之人¹⁰³，如擔保物之所有人、次序在後之抵押權人清償次序在前之抵押權擔保之債權、無擔保債權人清償其債務人所負有擔保權之債務、合夥人清償合夥債務等¹⁰⁴。換言之，判斷該第三人是否對債之清償有利害關係之標準，應重於如未清償，其自身權益是否即有可能因債權人之強制執行而喪失¹⁰⁵。另外，有利害關係之第三人為債務人清償時，無須得到債務人之同意（民法第三百十一條第二項但書）。

在融資性分期付款買賣中，金融機構向出賣人之付款，係基於其與買受人付款之委託¹⁰⁶，履行其與買受人之金錢借貸契約，與有利害關係之第三人為清償時，無須取得債務人之同意不同。且買受人是否

¹⁰² 黃立，民法債編總論，頁 682，2006 年 11 月修正 3 版。

¹⁰³ 史尚寬，債法總論，頁 766，1990 年 8 月 7 刷。

¹⁰⁴ 孫森焱，民法債編總論，下冊，頁 1033，2006 年 1 月修訂版。

¹⁰⁵ 陳洸岳，信用卡交易之抗辯的接續，載：政大法學評論，65 期，頁 165，2001 年 3 月。

¹⁰⁶ 如萬泰商業銀行與階梯數位公司之融資性分期付款交易中，萬泰銀行之「分期付款申請書」聲明事項 8「聲明人同意並授權萬泰商業銀行，將該筆款項在扣除手續費及相關費用後，匯入所購買商品（標的物）之經銷商指定之戶頭，代替聲明人償付所購買商品之貨款，以代替所申貸款項交付本人，完成消費借貸交付之行為」。

清償買賣價金，並不影響金融機構之利益狀態，金融機構對於買受人之價金債務並無利害關係存在。綜上所述，將金融機構對出賣人之付款解為有利害關係之第三人清償，實有不妥¹⁰⁷。

貳、經濟上一體性說

德國聯邦最高法院依照誠信原則，表示在基礎關係與資金關係間存有經濟上一體性（wirtschaftliche Einheit）時，買受人得以其對出賣人主張之抗辯事由，對抗貸與人，即所謂抗辯之延伸（der Einwendungsdurchgriff）¹⁰⁸。之後在德國消費者信用法（Verbraucherkreditgesetz）第九條，以及2001年新修正之德國民法第三百五十八條、第三百五十九條對於經濟上一體性之認定及其法律效果，設有明文規定。

德國法在認定何種交易具有「經濟上一體性」時，依照德國民法第三百五十八條第三項之規定，「如消費者金錢借貸契約之全部或一部用於供應商品或其他給付之契約之之融資，此兩契約構成經濟上一體者，就物之交付或其他給付提供之契約與消費者金錢借貸契約為相關聯契約。如企業經營者自行對消費者之對待給付提供融資，或由第三人提供融資，而貸與人在準備或締結消費者金錢借貸契約時，需要企業經營者協力之情形，尤應認為具有經濟上一體性。¹⁰⁹」

德國聯邦最高法院認為在認定兩契約有相互連結，或其中一契約在本質上須依存於另一契約上時，須符合客觀與主觀的連結要件

¹⁰⁷陳洸岳，信用卡交易之抗辯的接續，載：政大法學評論，65期，頁165，2001年3月。

¹⁰⁸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172，1999年8月2刷。

¹⁰⁹ BGB §358 (3) : Ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung und ein Verbraucherdarlehensvertrag sind verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert, oder im Fall der Finanzierung durch einen Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient.

(objektiver und subjektiver Verbindungselemente)¹¹⁰。客觀的連結要件包括出賣人與金融機構間有無繼續性之交易關係、金融機構對標的物有無設定讓與擔保、出賣人是否對買受人之債務負擔連帶責任、出賣人有無介紹金融機構、金錢借貸申請書是否於事前交予出賣人、金錢借貸契約是否由出賣人與買受人進行交涉、是否將借款之用途限定於支付買賣契約的價金、借款是否未經買受人而直接交付予出賣人、兩契約之契約書內容是否載有他方之契約內容等綜合判斷¹¹¹。主觀的連結要件係指買受人是否抱持出賣人與金融機構為共通相對人之觀感。通常具備客觀連結要件後，主觀連結要件即被推定。因此，所謂經濟上一體性在實質上僅以客觀連結要素是否具備為判斷¹¹²。

在確認融資性分期付款交易之買賣契約與金錢借貸契約具有經濟上一體性後，基於經濟上之一體性（wirtschaftlichen Verbindung），產生法律之依賴關係與一致性（rechtliche Abhängigkeiten und Konsequenzen）¹¹³，亦即撤回之延伸（Widerrufsdurchgriff）與抗辯之延伸（Einwendungsdurchgriff）¹¹⁴。消費者如有效撤回其與企業經營者所締結之消費契約，其就與該消費契約相關聯之金錢借貸契約所為之意思表示，亦不受拘束（德國民法第三百五十八條第一項¹¹⁵），反之亦然（同法第二項¹¹⁶）。如消費

¹¹⁰ Wolf/ Horn/ Lindacher, AGB-Gesetz Kommentar, 4. Aufl. §9, Rn. F21.

¹¹¹ Wolf/ Horn/ Lindacher, AGB-Gesetz Kommentar, 4. Aufl. §9, Rn. F22; BGH 5.7.1971, NJW 1971, 2303, 轉引自陳洸岳，信用卡交易之抗辯的接續，載：政大法學評論，65期，頁203，2001年3月。

¹¹² 陳洸岳，信用卡交易之抗辯的接續，載：政大法學評論，65期，頁203，2001年3月。

¹¹³ Wolf/ Horn/ Lindacher, AGB-Gesetz Kommentar, 4. Aufl. §9, Rn. F21.

¹¹⁴ Brox, Allgemeines Schuldrecht, 28. Aufl., S. 182, Rn. 42, 2002.

¹¹⁵ BGB §358 (1) : Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung durch einen Unternehmer gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Vertrag verbundenen Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden.

¹¹⁶ BGB §358(2) : Hat der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen, so ist er auch an seine auf den Abschluss eines mit diesem Verbraucherdarlehensvertrag verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden. Kann der Verbraucher die auf den Abschluss des verbundenen Vertrags gerichtete Willenserklärung nach Maßgabe dieses Untertitels widerrufen, gilt allein Absatz 1 und sein Widerrufsrecht aus § 495 Abs. 1 ist ausgeschlossen. Erklärt der Verbraucher im Fall des Satzes 2 dennoch den Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrags, gilt dies als Widerruf des verbundenen Vertrags gegenüber dem Unternehmer gemäß Absatz 1.

者對於關聯契約的企業經營者有拒絕給付之抗辯權者，消費者得拒絕支付貸款之還款。如消費者可請求補為履行，如補為履行又告失敗時，消費者始得拒絕貸款之還款（德國民法第三百五十九條）。

參、小結

在我國現行法律下，將金融機構之付款解為有利害關係之第三人清償，使買受人得以向金融機構主張買賣契約之抗辯，實有相當困難，已如前述。但在民法第一百四十八條誠實信用原則之解釋下，以德國法之「經濟一體性」理論突破債之相對性原則，使融資性分期付款交易之買賣契約與金錢借貸契約同其命運，應屬可採之見解。

蓋在單純分期付款買賣與單純金錢借貸契約之外，商品或服務提供者與金融機構合作，創造出融資性分期付款買賣之交易類型，其本質為商品或服務提供者與金融機構分配風險之方式。如前所述，在單純分期付款買賣關係中，企業經營者容許消費者分期清償，其因無法一次取得價款而存在之經營成本，須自行向金融機構為融資周轉。另外，企業經營者亦須承擔消費者價金清償不能之風險。為了減輕財務負擔，又不影響消費者之消費意願，企業經營者與金融機構合作，於消費者消費之時，由金融機構先行墊付消費款項，消費者再按期將款項支付金融機構。如此交易模式下，企業經營者可直接由金融機構處一次獲取全部價金，無庸承擔消費者清償不能之風險；對金融機構而言，承擔金錢債務清償不能之風險本為其業務內容，此等合作交易可擴展消費貸款業務之市占率、創造營收，亦為金融機構所樂於從事。換言之，融資性分期付款交易之企業經營者與金融機構，雖為不同權利主體，與消費者分別成立契約關係，但具有經濟上一體性（wirtschaftlichen Verbindung）¹¹⁷。

¹¹⁷ Wolf/ Horn/ Lindacher, AGB-Gesetz Kommentar, 4. Aufl. §9, Rn. F21; Münchener Kommentar zum BGB, Band 2a, §§241-432, 4. Aufl. §358, Rn. 26.

從消費者之角度觀之，其與企業經營者締結消費契約時，由企業經營者處取得申辦分期貸款之機會，該筆貸款之用途係專門用來支付消費對價。換言之，對於消費者而言，為達到交易目的，消費契約與金錢借貸契約缺一不可。因此，當金錢借貸契約未獲核貸，消費者缺乏足夠資金清償消費價金，抑或消費契約有不成立、無效或債務不履行之情況發生，消費者易抱持整個交易（兩個契約）同一命運之想法。在單純分期付款買賣，出賣人債務不履行時，買受人解除契約、停止分期付款，為當然之結果。

為解決融資性分期付款交易之交易糾紛，行政院金融監督管理委員會自 96 年 7 月 1 日起，開始實施消費者貸款償還之抗辯權機制。該抗辯機制實施後，如銀行與商店合作辦理遞延（預付）型商品之消費性貸款，一旦該商店發生不能依約繼續提供商品或服務之事實時，借款人得檢具買賣契約（或發票）、商品或服務未獲提供之證明文件（例如：有使用紀錄收據、會員卡、晶片卡、上課證、電信帳單…等），及向商店催告商品或服務未獲提供之存證信函等證明文件，向貸款銀行提出停止繼續付款之申請。只要經銀行查證該商店確實有經法院宣告破產、主管機關撤銷登記、主管機關認定歇業或其他經法院確定判決書上敘明無法提供商品或服務等情形時，借款人即不需再繳納其申請停止繼續付款後各期未繳之貸款，或未獲提供商品或服務之比例金額。¹¹⁸

此一「抗辯機制」之實行，採納了德國法「經濟上一體」之抗辯延伸概念，甚值肯定。惟基於經濟上之一體性產生法律之依賴關係與一致性，除表現在抗辯之延伸外，撤回（銷）之延伸亦同等重要。如借款人依消保法第十九條解除與商店之消費契約，或行使民法上之撤銷權，借款人亦可向金融機構主張解除或撤銷與消費契約具有經濟上一體性之金錢借貸契約才是。另外，依照金管會之公告，此一抗辯機

¹¹⁸ 解決「假分期、真貸款」之機制自 96 年 7 月 1 日正式上路，行政院金管會銀行局新聞稿，2007 年 6 月 29 日。

制自民國 96 年 7 月 1 日起實施，無溯及既往之效力¹¹⁹。然在我國尚無經濟上一體之抗辯延伸與撤回（銷）延伸之立法前，消費者得向金融機構主張其基於消費契約之抗辯，係以民法第一百四十八條誠信原則為基礎。此一抗辯權利之行使，並不受行政機關之公告而有適用上之限制。因此，在解釋上，金管會與銀行公會所實行之「抗辯機制」，其效力應僅屬於當事人間之例示規定，而非因此即將消費者得對金融機構主張之抗辯限於該範圍內有效¹²⁰。為顧及法律安定性，欲終局解決此種在經濟上具有一體性之交易類型中，消費者抗辯延伸與撤回延伸之問題，實應以立法方式為之較為妥當¹²¹。



¹¹⁹ 解決「假分期、真貸款」之機制自 96 年 7 月 1 日正式上路，行政院金管會銀行局新聞稿，2007 年 6 月 29 日。

¹²⁰ 陳洸岳，信用卡交易之抗辯的接續，載：政大法學評論，65 期，頁 213，2001 年 3 月。

¹²¹ 陳洸岳，信用卡交易之抗辯的接續，載：政大法學評論，65 期，頁 211，2001 年 3 月。



第五章 結論

在現代社會中，信用交易普遍存在於每一個角落。急需現金之人，向銀行申辦貸款以應付生活所需；商品或服務提供人為增進消費者購買能力，同意以分期方式收取價金。利用不同形式的信用交易，可使個人之財務規劃有更佳之配置，對於企業經營者及金融機構而言，信用交易更是促進業績及繼續經營不可或缺之手法。然而，無論是消費者過度依賴信用交易、企業經營者或金融機構在定型化契約中設計不合理之約款，或為業績考量過度促銷信用交易，皆有可能對於整體經濟與社會造成傷害。我國在民國九十三年年底發生雙卡風暴後，社會各界對於信用交易多有檢討，本文則從定型化契約及現行法之規定，探討目前信用交易（以金錢借貸契約與分期付款交易為主）之法律問題。

壹、金錢借貸契約

一、當事人之權利義務

現今社會普遍存在之金錢借貸契約，貸與人將金錢提供借用人使用、承受借用人無法返還之風險，無非藉由此種交易獲取利益，借用人皆有支付利息之義務，為有償之雙務契約。因此，金錢借貸契約成立之後，貸與人負有提供約定數額金錢予借用人使用之義務，借用人則應支付利息以及按期還款。金錢借貸契約中之利率的高低，不分國內外，長久以來皆為社會關注之焦點。我國自民國七十四年廢除利率管理條例，改採利率自由化政策後，身為金錢借貸契約價格基礎之利率，即由雙方當事人自行約定。然而，民法第二百零五條設有最高年利率 20% 之限制，在利率自由化之想法下，是否意味只要在年利率 20% 之範圍內，約定利率之高低即無構成暴利行為或違反公序良俗之可能？本文係採否定見解，金錢借貸契約約定利率縱使低於年利率

20%，但仍有違反民法第七十二條、第一百八十四條有關公序良俗及誠信原則規定，或構成民法第七十四條、第二百零六條之暴利行為及巧取利益之可能。再者，在銀行為貸與人之金錢借貸契約中，借用人除須依約支付利息外，尚有各種費用之支付義務，此等費用於金融機構撥款予借用人之預先扣除。此等「費用」之收取，如與銀行決定利率之所計算考量之因素重複，則有巧立名目變相加收利息之虞，而構成民法第二百零六條所禁止之巧取利益。此外，以預先扣除之方式收取費用，使借用人得以自由支配使用之本金減少，計算利息之本金卻又為約定借款金額，使得實質利率較名目利率為高，亦構成以折扣方式巧取利益之行為。

二、債務不履行

在金錢借貸契約借用人之債務不履行方面，銀行使用之定型化契約除以約款綜合法律上賦予債權人之遲延利率外，尚包含違約金約款。依照民法第二百三十三條之文意，遲延利息之計算原則上應以法定利率 5% 為基礎，但約定利率較高時從其約定利率。在銀行金錢借貸契約中，絕大部分之契約約款並未以明確約款載明「遲延利率」，而係於金錢借貸定型化契約中設有「約定利率」，以該約定利率為借款利率及遲延利率。由於銀行金錢借貸契約之約定利率高低係隨貸款種類、期間及市場利率水準而有變動，當約定利率低於法定利率時，遲延利息是否仍應依法定利率 5% 計算？本文認為仍應依照約定利率計算遲延利率，蓋當事人（尤其是金錢債權人）已對遲延之損害有所估算，有意識地選擇較法定利率為低之利率為遲延利率。再者，針對銀行金錢借貸定型化契約之違約金約款，首應認為該等違約金之性質為損害賠償總額預定違約金。基於金錢債務之特性，遲延利息為填補金錢債權人所受損害之抽象計算方式，從而與損害賠償預定違約金之目的相同。因此，當借款人發生債務不履行，貸與人僅能在遲延利息或損害賠償總額預定違約金擇一請求。如損害賠償總額預定違約金過高，法院依民法第二百五十二條得予以酌減至相當金額。

三、契約之終止

在銀行使用之各種金錢借貸定型化契約中，皆有「期限利益喪失」約款，約定於借用人任何一宗債務不依約清償或履約能力有降低之虞時，銀行得主張借用人尚未屆期之債務視為全部到期。此等約款之法律意義，應屬貸與人終止契約之表示。雖在契約自由原則下，當事人對於契約之結束擁有約定之自由，在法定終止權外仍可自由為契約終止權之約定。但以定型化契約約款為意定終止權之約定，須受到民法第二百四十七條之一及消費者保護法之檢驗。銀行為確保債權之回收，將借用人遲延還款之風險降至最低，在借用人尚未實際發生債務不履行之前，即賦予貸與人終止契約之權利，對於借用人原應享有之期限利益造成嚴重侵害。再者，縱使借用人已實際發生債務不履行，約款約定貸與人得不經事先通知或催告終止契約，亦與民法第二百五十四條賦予債務人補正之機會，以公平分配債權人與債務人利益之立法意旨不符。最後，借用人本息未依約清償，須待遲延給付之金額達約定數額之五分之一，貸與人始能終止契約。換言之，應類推適用民法第三百八十九條之規定。

關於借用人之終止權，依照民法第二百零四條規定，約定利率於週年百分之十二者，經一年後，債務人得於一個月前預告債權人，隨時清償原本。惟若約定利率未超過年利率 12% 之金錢借貸契約，借用人是否即無期前清償權，學說見解多採肯定見解。其所持理由在於若消費借貸契約負有利息或其他報償者，雙方當事人皆有期限利益，借用人不得主張於借貸期間屆至前清償所借本金，影響貸與人收取利息報償之權利。銀行金錢借貸定型化契約中，亦將借用人之期前清償視為違反契約約定，因而設有違約金約款以賠償貸與人之損害。然而，定有借貸期間之金錢借貸契約，當事人約定之期限，應係借用人為財務上規劃還款之依據，避免貸與人隨時要求借用人為清償，並非確保貸與人得以收取該段時間之利息而設。在利率自由化之現代信用市場，各個資金擁有者以利率作為競爭之方法及手段，如借用人市場

上發現更優利率之貸款商品，並無限制其終止現有契約而為轉貸之必要。從而本文認為，應參考德國民法第四百八十九條，肯認借用人得於一定期間前預告貸與人後之期前清償權。

貳、分期付款買賣

一、分期付款交易之本質

關於分期付款交易，我國民法第三百八十九條以下，設有「分期付款買賣」之特別規定體系下；消費者保護法第二條第十二款，則對於「分期付款買賣契約」有定義性規範。在傳統學說見解下，分期付款買賣係指附有分期支付價金約款之特種買賣。當事人間成立民法第三百四十五條以下之買賣契約，出賣人負有交付並移轉標的物所有權與買受人之義務，而買受人亦負有支付價金之義務，惟價金係劃分為數部分，按一定期間分為數期（通常以每月、每季或每年為一期），買受人逐次定期支付一部分之價金。然而。消費者以分期方式支付商品或服務之對價，為商品或服務提供人對消費者為融資之方式。此種融資方式不獨附隨於商品買賣契約，在服務或勞務提供契約上，亦為常見。此等由商品或服務提供人授與信用予消費者之融資行為，在契約性質上，與買賣契約相異甚遠，而與消費借貸之性質較接近。從而，在民法契約體系中，分期付款應歸屬於融資契約之一環，與所有權讓與類型之買賣契約為不同之契約類型。在契約之成立上，當事人意思表示合致之必要之點，除價金、標的物外，尚必須對於價金所分期數、利率等接表示一致，契約始為成立。

二、民法與消費者保護法之相關規範

在消費者保護法第二條第十二款之明確定義下，消保法所稱之「分期付款買賣」，限縮於買受人頭期款與出賣人標的物同時交付之類型，不包括由買受人支付一定期數價金後，出賣人始將標的物交付

之預付式分期付款買賣，造成消保法之「分期付款買賣」較民法「分期付款買賣」涵攝範圍小之結果。此一結果，可能使企業經營者規避消保法第二十一條所課予之說明義務，造成消保法保護消費者之立法目的喪失。

消保法第二十一條規定企業經營者與消費者分期付款買賣契約應以書面為之，並且該契約書應載明頭期款、各期價款與其他附加費用合計之總價款與現金交易價格之差額（價差）及利率等。此一對於分期付款買賣契約之要式規定，係為保護居於締約地位及資訊弱勢之消費者而設，但是如果企業經營者與消費者間之分期付款買賣契約，未依消保法規定訂定書面，該分期付款買賣契約是否因民法第七十三條無效，則生疑問。對此，本文認為於一般情況下，消費者與企業經營者訂立之分期付款買賣契約未以書面為之，應仍適用民法第七十三條，但依個案如當事人主張形式瑕疵係嚴重違反誠信原則，例如對該交易有充足經驗及知識之企業經營者，故意告知不熟悉該種交易之消費者契約並無法定形式之要求，則無法主張契約無效。

三、附條件買賣

動產擔保交易法第二十六條以下規範之附條件買賣，謂買受人先占有動產之標的物，約定至支付一部或全部價金，或完成特定條件時，始取得標的物所有權之交易。附條件買賣之買賣契約本身完全成立，並未附有條件；附條件者，係移轉所有權之物權契約。因此附條件買賣宜改稱為「保留所有權買賣」。附條件買賣之出賣人保留所有權之目的，係為擔保其對買受人之價金債權，如買受人有債務不履行時，出賣人可藉由取回與再出賣之程序實現債權。附條件買賣之買受人在條件尚未成就前，取得對於標的物之占有及對所有權之期待權。

在附條件買賣制度中，最具爭議者，為出賣人取回權、買受人回贖與出賣人再出賣之法律上意義及與買賣契約之關係。關於出賣人之

取回權方面，學說有認為出賣人行使取回權，為解除買賣契約之意思表示，惟本文認為出賣人取回權之行使與解除契約無必然關係，而為法律特別規定允許出賣人取回其已交付買受人之標的物，以回復原先可以主張同時履行抗辯權之狀態，以達成出賣人保留所有權擔保價金債權之目的。如買受人於出賣人取回標的物後，未在指定期間內為回贖，出賣人可再出賣標的物。如標的物經出賣人再為出賣，買賣契約因此解除，雙方應依動產擔保交易法第二十條之規定，以及民法關於契約解除之規則進行清算。然應注意動擔法第二十條所稱「原本」，應指買受人屆期未償之價金債務。在適用民法第三百八十九條規定後，如買受人遲延未逾全部價金五分之一之價金時，再出賣所得之金額應抵償屆期未付之價金債務。若買受人遲延未付之價金已超過全部價金之五分之一，則買受人喪失其期限利益，再出賣所得之金額應抵償其餘之全部價金債務。最後，如出賣人逾期未再出賣標的物，動擔法第二十九條第二項規定此時附條件買賣契約「失其效力」，「出賣人無償還買受人已付價金之義務」。此應指契約解除，並依照民法第三百九十條出賣人於買受人使用標的物之代價及損害賠償範圍內，並無償還買受人已付價金之義務。

四、融資性分期付款買賣之抗辯延伸

融資性分期付款，係指商品或服務提供者與金融機構合作，於消費者於購買商品或接受服務時，由金融機構先代消費者將應付金額支付予商品或服務提供者，消費者再分期向金融業者償還之交易行為。此種介入金融機構之分期付款交易，如消費者與商品或服務提供者及金融機構間未發生契約糾紛，在經濟效果上與單純分期付款買賣並無不同。但對消費者而言，由於整個交易過程存有消費契約與金錢借貸兩個契約，當其中之一契約發生糾紛時，在債之相對性原則下，消費者可否主張兩契約同其命運，亦即將一契約之抗辯向第三人為主張，屢生爭議。對於此一問題，德國聯邦最高法院依照誠信原則，表示在基礎關係與資金關係間存有經濟上一體性時，買受人得以其對出賣人

主張之抗辯事由，對抗貸與人，即所謂抗辯之延伸。融資性分期付款交易之架構，商品或服務提供人與金融機構之關係不論在客觀或主觀上，皆符合「經濟上一體」之要件，因而本文認為消費者依照誠信原則，於基礎消費契約或金錢借貸契約任一相對人發生債務不履行或契約不成立之情況，至消費目的無法達成，得主張融資性分期付款交易之買賣契約與金錢借貸契約同其命運。然而，為顧及法律安定性，欲終局解決此種在經濟上具有一體性之交易類型，消費者抗辯延伸與撤回延伸之問題，實應以立法方式為之較為妥當。

參、總結

我國現行有關消費信用交易之法律體系，將消費借貸契約與分期付款買賣分別規範，未意識到此兩種看似不同的交易型態，在本質上皆具有信用融資之功能。在消費借貸之法律規範中，立法者係將所有以消費物為標的之使用權限讓與契約一併規範，未區分在本質上與其他消費物不同之「金錢借貸」，以致我國民法在金錢借貸契約方面之規範與現實生活中之交易行為產生落差（最明顯者為要物性之要求），並且現行條文在適用上亦有不足之處。在分期付款交易方面，民法與消費者保護法僅對於分期付款「買賣」設有相關規範，然而在不同契約類型下所產生之報酬、對價分期給付，亦帶有融資之特性。在德國債法之體系下，金錢借貸契約（Darlehensvertrag）與其他形式之融資協助（Finanzierungshilfe）係一併規範於第四百八十八條以下；英國消費者信用法（Consumer Credit Act）及美國消費者信用保護法（Consumer Credit Protection, USC, Title 15, Chapter 41）亦為針對金錢借貸契約、分期付款交易或其他融資交易之全面性規範。為了統整金錢借貸契約以及具有融資特徵之分期付款交易或其他與時俱進之新型融資交易，我國民法有必要以獨立之契約類型予以詳盡規範，以達公平分配融資信用交易雙方當事人權利義務之目的。



參考文獻

壹、中文部分（依姓名筆畫排列）

一、專書

1. 王澤鑑，法律思維與民法實例—請求權基礎理論體系，1999年5月出版。
2. 王澤鑑，民法總則，2000年9月。
3. 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，2000年9月增定版。
4. 王澤鑑，動產擔保交易法三十年，載：民法學說與判例研究（八），2000年3月。
5. 王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，載：民法學說與判例研究第一冊。
6. 王廷懋，動產擔保交易法實務問題研究，2000年5月增修訂7版。
7. 史尚寬，債法總論，1990年8月7刷。
8. 史尚寬，債法各論（上），1986年11月出版六刷。
9. 李凌燕，消費信用法律研究，2000年5月。
10. 邱聰智，新訂民法債編通則（下），2001年2月新訂1版。
11. 林咏榮，動產擔保交易法新詮，頁81。
12. 林誠二，民法債編各論（上）。
13. 邹浩，美国消費信用体系初探，2006年1月。
14. D. Medicus 著、邵建東譯，德國民法總論，2002年9月。
15. 陳洸岳，分期付款買賣，載：民法債編各論（上），黃立主編，2002年7月。
16. 陳自強，契約之成立與生效，2002年3月。
17. 陳自強，契約之內容與消滅，2004年9月1版。
18. 陳計男，民事訴訟法論（上），2004年10月增訂3版。
19. 陳聰富，民法研究會「法律行為、法律性質與民法債編修正」發

- 言紀錄，載：民法研究（四），2000年9月。
20. 陳猷龍，民法債編總論，2003年9月3版。
 21. 梁松雄執筆，債之擔保之研究，交通銀行調查研究處編印，1977年8月。
 22. 黃立，民法總則，2005年9月修訂4版。
 23. 黃立，民法債編總論，2006年11月修正3版。
 24. 黃茂榮，債法總論第一冊，2002年6月初版。
 25. 黃茂榮，債法總論第二冊，2002年9月。
 26. 黃茂榮，債法各論，第一冊增訂版，2006年9月再版。
 27. 黃茂榮，法學方法與現代民法，1993年7月增訂3版。
 28. 黃茂榮，民法研究會「法律行為、法律性質與民法債編修正」發言紀錄，載：民法研究（四），2000年9月。
 29. 黃靜嘉，動產擔保交易法，1964年。
 30. 馮震宇、姜炳俊、謝穎青、姜志俊合著，消費者保護法解讀，2005年5月3版。
 31. 楊淑文，預售屋交易契約之法律性質及其相關問題之研究，載：新型契約與消費者保護法，1999年8月二刷。
 32. 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，1999年8月2刷。
 33. 楊淑文，融資貸款與消費者保護，載：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祝壽論文集，2002年9月。
 34. 詹森林，定型化契約之基本問題，載：民事法理與判決研究（三），2003年8月。
 35. 詹森林，信用卡利息問題，載：民事法理與判決研究（三）消費者保護法專論，2003年8月。
 36. 詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，2005年8月。
 37. 詹森林、馮震宇、林明珠合著，消費者保護法問答資料，2005年8月再版。
 38. 葉秋南，美國消費者信用管理，1996年6月。
 39. 鄧學仁，親屬法之變革與展望，1997年6月。

40. 劉春堂，民法債編各論（上），2004年6月。
41. 劉春堂，論附條件買賣，載：動產擔保交易法研究，1990年10月初版。
42. 劉得寬，分期付款買賣，1976年11月。
43. 劉得寬，分期付款買賣與法律問題—所有權保留買賣為中心—，載：現代私法學，1988年5月。
44. 鄭玉波，金錢借貸，1979年6月3版。
45. 鄭玉波，民法債編總論，1970年8月5版。
46. 鄭玉波，債各（上），1987年10月12版。
47. 謝在全，民法物權論（中冊），2003年7月修訂2版。
48. 蕭長瑞，銀行法令實務（一），2006年3月增修訂6版。
49. 蕭長瑞，銀行法令實務（二），2006年4月增修訂6版。
50. 蘇惠卿，借貸，載：民法債編各論（上），黃立主編，2002年7月。
51. 蘇永欽，民法研究會「法律行為、法律性質與民法債編修正」發言紀錄，載：民法研究（四），2000年9月。

二、期刊論文

1. 沈冠伶，舉證責任與證據契約之基本問題—以作業系統裝置契約之給付不完全為例—，台灣本土法學雜誌第36期，2002年7月。
2. 徐壯圖，授信流程所出現之盲點，金融財務，第2期，1999年4月。
3. 陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正（上），台灣本土法學雜誌，5期，1999年12月。
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，2000年1月。
5. 陳自強，卡債協商機制與卡債，月旦法學雜誌，134期，2006年7月。
6. 陳洸岳，分期付款買賣之「期限利益喪失約款」與消滅時效，月

- 旦法學，第 87 期，2002 年 8 月。
7. 陳洸岳，信用卡交易之抗辯的接續，政大法學評論，65 期，2001 年 3 月。
 8. 黃立，契約自由的限制，月旦法學，125 期，2005 年 10 月。
 9. 游進發，動產擔保交易法第二八條第一項第一款釋義上之疑問，高大法學論叢，創刊號，2005 年 7 月。
 10. 劉春堂，論金錢借貸之成立，建華金融季刊，20 期，2002 年 12 月。
 11. 劉春堂，預扣利息與金錢借貸之成立—評最高法院八十七年度台上字第 2244 號判決，月旦法學雜誌，110 期，2004 年 7 月。
 12. 鄭玉山，超過限定利息之法效（上），台灣本土法學雜誌，44 期，2003 年 3 月。
 13. 錢國成，借貸之預約，法令月刊，第 46 卷第 10 期，1995 年 10 月。

三、碩士論文

1. 王偉光，由信用卡之使用論消費者信用保護，84 學年度，東吳大學法律研究所碩士論文。
2. 李佳玲，動產擔保交易法施行四十年之檢證—兼論車輛擔保實務，台灣大學法律學研究所碩士論文，2004 年 1 月。
3. 金文悅，定型化消費者貸款契約之法律問題研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，1990 年 6 月。
4. 符玉章，消費者信用保護之研究，82 學年度，輔仁大學法律研究所碩士論文。
5. 蔡炎暉，汽車分期付款買賣之研究，政治大學法律學系碩士論文，2004 年 6 月。
6. 簡啟鴻，銀行個人消費信用貸款授信風險評估模式與放款定價策略之分析—以國內某一銀行為例，東華大學管理學院高階經營管理碩士在職專班碩士論文，2007 年 1 月。

四、其他

1. 中央銀行存放款加權平均利率統計。
2. 元照英美法辭典，2003年5月。
3. 外國消費者保護法第七輯，行政院消費者保護委員會編印，1997年5月。
4. 台灣金融研訓院，銀行消費者保護工作成效評鑑專案期中報告，行政院金融監督管理委員會銀行局委託計畫，2006年1月。
5. 行政院金融監督管理委員會金融業務統計輯要。
6. 李青琳，授信受理及審查要領，台灣金融研訓院授信業務訓練班講義，2002年11月。
7. 孫中英，「加速條款」全面修正，聯合報2007.04.10。
8. 楊淑文，德國民法關於消費者契約之修正與我國消費者保護法相關規定之比較研究，發表於政治大學法學院民法中心、行政院國家科學委員會社會科學研究中心主辦之德國民法債編修正研討會，2003年11月1日。
9. 楊淑文，2002年德國債法關於消費借貸契約之修正與我國相關規定之比較研究，行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，2005年10月。
10. 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，發表於台灣法學會二〇〇六年年度法學會會議暨三十六屆會員大會，2006年12月23日。

貳、英文部分（依作者姓名字母排列）

一、專書

1. Aubrey L. Diamond, Commercial and Consumer Credit: An Introductory, 1982.

2. Linda Mulcahy/ John Tillotson, Contract Law in Perspective, 4th edition, 2004.
3. Robert Lowe/ Geoffrey Woodroffe, Consumer Law and Practice, 4th edition, 1999.
4. William T. Vukowich, Consumer Protection in the 21st Century—A Global Perspective, 2002.
5. Zimmermann and Whittaker, Good Faith in European Contract Law, 2000.

二、其他

1. Bankruptcy: The Next Twenty Years, National Bankruptcy Review Commission Final Report, October 20, 1997
2. DTI, Fair, Clear and Competitive: The Consumer Credit Market in the 21st Century, 2003.

參、德文部分（依作者姓名字母排列）

1. Brox, Allgemeines Schuldrecht, 28. Aufl., 2002.
2. Brox/ Walker, Besonderes Schuldrecht, 27. Aufl., 2002.
3. Münchener Kommentar zum BGB, Band 2a, §§241-432, 4. Aufl.
4. Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, §§433-610, 4. Aufl.
5. Ulmer, AGB-G.
6. Wolf/ Horn/ Lindacher, AGB-Gesetz Kommentar, 4. Aufl.

肆、網站資料

一、中文網站

1. 土地銀行房貸部落格，
<http://tw.myblog.yahoo.com/consumer-lbot>
2. 玉山銀行房屋貸款申辦流程說明，
<https://www.esunbank.com.tw/b2c/housecourse.info>
3. 行政院金融監督管理委員會銀行局，
<http://www.banking.gov.tw/>
4. 新竹國際商業銀行指數型房貸介紹，
<http://www.hibank.com.tw/campaign/houseloan/inside01.htm>
5. 聯邦銀行，<http://card.ubot.com.tw/personal/card-45.aspx>

二、英文網站

1. BBC News, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/business/4949544.stm>
2. DTI, <http://www.dti.gov.uk/files/file23663.pdf>
3. FSA, <http://www.fsa.gov.uk/Pages/index.shtml>
4. Oxford English Dictionary, <http://dictionary.oed.com>
5. U.S. Code Collection, <http://www.law.cornell.edu/uscode/>
6. Wikipedia, <http://en.wikipedia.org>