

第四章 金錢債務之違約金

第一節 條款法律性質

壹、實務見解

一、法律性質之定性

1. 最高法院 62 台上 1394 號判例

「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。」

2. 最高法院 95 台上 1742 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。」

3. 台北地院 90 訴 815 號判決

「揆諸本件有關原告其遲延利息之請求，係本於兩造約定之『擔保放款借據』第三條『利息及違約金』欄所載明文，上開約定，顯係兩造事先合意締結所擬制債權人所受最低損害賠償額之預定，而觀之上開契約條文既會同時約定有前揭違約金罰款，顯見兩造有意併存前開違約之處罰條件，是甚明顯，故該等違約金雖無『懲罰性違約金』之明文，然核其性質當屬懲罰性違約金，並非損害賠償額之預定至明。因此本件兩造所約定之違約金既屬懲罰性違約金之內容，則被告既有遲延履行之情事，債權人即

原告除前述違約金之請求外，並得請求遲延利息。」

4. 台北地院 95 訴 844 號判決

發卡機構之信用卡約定條款規定：「如未依約繳納最低金額或遲延繳納者，應就該帳款餘額自結帳日起至清償日止按年息 17% 計付利息，延滯第 1 個月當月計付逾期手續費 100 元，延滯第 2 個月當月計付手續費 300 元，延滯第 3 個月以上按月計付手續費 600 元。」

台北地院表示：「經查，本件原告就系爭信用卡消費款請求被告自延滯繳款日起至清償日止按年息 17% 計付利息，已相當接近法定年息 20%，而本件依信用卡約定條款第 15 條約定，被告如未於每月繳款截止日前付清當期最低應繳款金額或遲誤繳款期限者，固需支付逾期手續費，惟核其性質屬懲罰性質之違約金，其標準自應依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人尤其是債務人之財產狀況，以及債務人若能如期履行時，債權人可得享受之利益即原告之實際損失為衡量，以求公平。」

5. 台北簡易庭 94 北簡 23323 號判決

發卡機構之信用卡約定條款規定：「(遲延) 利息按年利率 18.25% 採固定利率計付，每月結息一次同時滾入原本，遲延履行給付本金或利息時，除仍按上開利率計息外，逾期 6 個月以內者，按上開利率 10%，逾期 6 個月以上者，超過部分，加倍計付違約金，並約定如有停止付款或拒絕承兌或付款者，或任何一宗債務不依約清償本金或付息者，債務視為全部到期。」

台北簡易庭表示：「經查，本件原告請求被告自延滯繳款日起至清償日止，按年利率 18.25% 計付利息，已相當接近法定年利率 20%，而本件原告以約款約定被告如未於每月繳款截止日前付清當期應繳款金額或遲誤繳款期限者，即需支付違約金，其性質屬懲罰性質之違約金，其標準應依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人尤其是債務人之財產狀況，以及債務人若能如期履行時，債權人可得享受之利益即原告之實際損失為衡量，以求公平。」

二、督促性違約金之效力

台北地院 95 簡上 525 號判決

「至上訴人另辯稱上開違約金之約定乃被上訴人所擬定之定型化契約，而加重他方當事人之責任或於他方當事人有大不利益，故顯失公平而無效云云。經查，……本件被上訴人向上訴人申請本件簡易通信貸款，既不須提供擔保品，亦不須提供連帶保證人，銀行僅憑貸款申請人之信用情況而決定是否核貸，此種無擔保借款之情形，由於被上訴人須承擔貸款申

請人無力償債時並無擔保品及連帶保證人可供追償之呆帳風險，從而通常會約定高額之利息及違約金以降低其風險，反之，倘係有擔保品之借款，則其利息及違約金之約定利率通常較低，本件上訴人既認識此種風險，而選擇以通信貸款之方式向被上訴人借款，自應負擔高額之利息及違約金，經權衡兩造利益，難認有何不利消費者或違反誠信之情事，是上訴人辯稱上開約定違約金之約定依民法第 247 條之 1 規定應為無效云云，洵不足採。」

貳、分析檢討

一、法律性質之認定

遲延之債務係以金錢為標的者，依民法第二百三十三條規定，債權人得依法定利率或依較高之約定利率請求遲延利息，若債權人證明有其他損害者，並得請求損害賠償。由於債務人對金錢債務負無限責任，金錢債務在法律上並無給付不能之問題¹，而且不完全給付在金錢債務中亦難以想像，因此金錢債務之違約與金錢債務之遲延並無不同²。由於金錢債務之遲延損害往往難以證明，當事人經常於契約中約定遲延利息或違約金條款，藉以簡化損害計算並確保債務人能夠依約履行。

實務上最常在契約中明定金錢債務之違約責任者為金融機構。無論在銀行貸款契約還是在信用卡使用契約中，金融機構的定型化契約條款均規定債務人遲延時有支付遲延利息及違約金之義務。一般而言，違約金條款均是以附加於利息上之方式規範，在形式上與遲延利息條款分離。至於在條款內容上，違約金數額通常與債務金額成正比，但在無擔保之債務關係（例如雙卡債務）中亦有以一定金額方式規範者。在金融機構之契約條款中，遲延利息與附加之違約金條款共同構成債務人違約責任之具體內容。

問題在於，此種附加於遲延利息上之違約金條款法律性質究竟為何？一般而言，實務見解原則上是以債權人是否得依系爭條款同時請求違約金及遲延利息認定條款之法律性質。最高法院 62 台上 1394 號判例表示，如違約金之法律性質屬「懲罰性違約金」者，債權人除違約金外，尚可依民法第二百三十三條規定請求遲延利息及損害賠償；反之若屬「損害賠償預定性違約金」者，則不得請求遲延利息之損害賠償。在此一判例之基礎上，最高法院 95 台上 1742 號判決認為「遲延六個月以內之部分，依照約定利率之百分之十，遲延超過六個月之部分，依約定利率之百分之二十」條款之法律性質屬於「懲罰性違約金」。蓋依此一條款，銀行除得請求遲延利息作為賠償外，尚得請求給付違約金，足證此一條款法律性質為「懲罰性

¹ 史尚寬，債法總論，第 244 頁；黃立，民法債編總論，第 358 頁。

² 詹森林，民事法理與判決研究（三），第 261 頁以下，第 276 頁至第 277 頁。

違約金」³。

此外，台北地院 90 訴字 815 號判決更指出，在契約同時規定遲延利息及違約金之情況下，當事人顯然有意以遲延利息預定損害賠償之最低額，而以違約金制裁債務人之違約行為。縱然條款中並無「懲罰性違約金」之明文，惟其法律性質仍屬「懲罰性違約金」而非「損害賠償額之預定」。

由前述實務見解不難發現我國實務仍然不改其一貫作風，純粹的以條款之結構認定違約金條款之法律性質。由於金融機構之違約金條款在架構上通常與遲延利息條款分立，實務見解據此認為違約金為損害賠償外之獨立規定，應屬不具損害填補作用之懲罰性違約金 (reine Strafe)⁴。然而金融機構於債務人遲延時，除了因利息損失而受有相當於利息之損害外⁵，通常亦因行政費用增加而遭受損害。金融機構得依民法第二百三十三條第三項規定就增加之行政成本請求損害賠償。實務上金融機構大多援用借款利率計算遲延利息，遲延利息條款通常未就因遲延而生之各項行政成本為任何的規劃。實務見解率以違約金與遲延利息條款並列為由，逕行認定條款法律性質屬於「懲罰性違約金」，似乎過於武斷。

民法第九十八條規定，解釋意思表示應探求當事人真意，不得拘泥於當事人所用之辭句。法院在認定條款法律性質時，應斟酌條款全盤規範內容以及雙方當事人在系爭案例類型中所享有之正當利益。在給付以勞務或特定物為標的時，債權人因債務人違約除了受有財產上損害外，通常亦在公益或情感方面遭受無形之損害。在金錢債務則不然，債權人之損害均可透過損害賠償制度完全獲得填補⁶。尤其金錢具有強大的流通性，得於資金市場中輕易取得，其損害範圍均得於事前以客觀之標準估算，損害控制並無困難。債權人原則上並無於損害賠償外額外取得履約擔保之正當利益⁷。因此基於誠信原則善意的解釋當事人意思，在認定條款法律性質時原則上應由損害賠償預定 (Schadenspauschale) 出發，除條款規範內容 (尤其是違約金計算方式) 顯然可認為與損害無關者外，不宜認為債權人有以系爭條款督促債務人履行之意思⁸。

³ 相同見解：台北地院 90 訴字 815 號判決。至於其他類型之違約金條款：「遲延第 1 個月計付 100 元，第 2 個月計付 300 元，第 3 個月以上按月計付 600 元」條款：台北地院 94 訴字 5025 號判決、95 訴字 844 號判決、95 訴字 2684 號判決；「按月給付當期末繳清金額 2.5% (或其他數額) 之違約金，但同一筆簽帳款違約金之計收最高以 3 期為限 (或未設限制)」條款：台北地院 92 簡上 112 號判決、93 簡上 642 號判決。

⁴ 相反的若非以獨立條款方式呈現者則定性為「損害賠償額預定性之違約金」，例如：最高法院 94 台上 2325 號判決。

⁵ 在債權人為金融機構之情況下，相當於利息之損害原則上為資金取得成本。至於契約約定之借款利率，非屬金融機構之損害。詳見本章第 3 節之討論。

⁶ AGB-Gesetz / Wolf, §11 Nr.6 Rn.15; Staudinger / Coester-Waltjen, §309 Nr.6 Rn.13.

⁷ AGB-Gesetz / Wolf, §11 Nr.6 Rn.1; AGB-Recht / Hensen, §309 Nr.6 Rn.9; MünchKomm / Basedow, §309 Nr.6 Rn.2; Staudinger / Coester-Waltjen, §309 Nr.6 Rn.1; Stoffels, AGB-Recht, Rn.901.

⁸ 德國民法第 309 條第 6 款明文禁止以定型化契約條款使相對人就其支付遲延負擔違約金給付義務。德國實務上在認定條款法律性質時，原則上亦由損害總額預定條款出發。Vgl. AGB-Recht / Hensen, §309 Nr.6 Rn.1; MünchKomm / Basedow, §309 Nr.6 Rn.2.

在國內金融業所使用之違約金條款中，最常見的就是「遲延六個月以內之部分，依照約定利率之百分之十，遲延超過六個月之部分，依約定利率之百分之二十」條款。若由條款規範內容觀之，違約金數額並非與債務金額毫無關聯。雖然在契約中違約金條款與遲延利息並列，但這何嘗不是一種計算損害數額之便宜措施。尤其國內金融機構大多援用借款利率（或循環信用利率）計算遲延利息⁹，遲延利息條款通常未就其他遲延損害為規劃之情況下，更有理由認為附加之違約金條款係以預定其他損害為目的。同樣的在其他型態之違約金條款中，若違約金數額與債務金額成正比時，原則上亦應將之解釋為損害賠償預定。

然而若依條款規範內容，違約金數額與債務金額及遲延期間無關，或其數額雖與債務金額成正比，惟其數額顯然逾越市場利率頗多而難以認為與損害賠償有關時，此時即無法將之解釋為損害賠償預定，而應認為系爭條款為帶有督促性質之違約金（Vertragsstrafe）條款。例如在信用卡使用契約及小額信用貸款契約中經常可見到之「延滯第一個月計付一百五十元、第二個月計付三百元、第三個月以上六百元手續費（違約金）」條款，違約金之數額與債權人之損害額無關，此時即可將之解釋為帶有督促性質之違約金條款¹⁰。

此外，若當事人於系爭條款中使用「懲罰」之類之辭句者¹¹，仍不宜將之解釋為債權人之損害賠償完全不受影響。如同先前在工程契約所探討者，「懲罰」之文義僅得解為當事人強調違約金作為壓力工具之特性，並無排除民法第二百五十條第二項規定適用之意，仍具有典型違約金所具有之損害填補作用。系爭條款法律性質原則為「督促性」之違約金條款，惟於損害發生時，作為壓力工具之違約金仍應用於填補損害。然而文義解釋並非條款法律性質定性之唯一標準，於個案中仍應斟酌各種要素綜合判斷。若約定之違約責任與通常損害尚無顯不相當之處，仍得將之解釋為損害賠償預定。當事人在條款中使用「懲罰」之文字，應解釋為當事人法律適用錯誤，法院基於其適用法律之職權，自不受當事人之錯誤定性拘束。

應特別注意的是，無論系爭條款法律性質定性為「損害賠償預定」或「督促性質之違約金」，仍不代表債權人當然得按約定內容請求債務人給付。若系爭條款以定型化契約條款方式訂定者，仍應適用民法第二百四十七條之一或消保法第十二條規定審核條款效力。唯有在條款規範內容對相對人並無顯失公平之處者，始能認為係有效條款。

⁹ 關於繼續計息條款之效力，詳見本章第3節。

¹⁰ BGH NJW 1994, 1532, 1533. vgl. AGB-Gesetz / Wolf, §11 Nr.6 Rn.17.

¹¹ 參見：最高法院 93 台上 695 號判決。

二、督促性質違約金之效力¹²

若給付義務係以支付金錢為標的時，條款使用人除民法第二百三十三條之損害賠償外，是否有取得額外履約擔保之正當利益，此一問題涉及到條款使用人是否得於定型化契約中就相對人支付遲延規定帶有督促性質之違約金條款（Vertragsstrafe）。尤其在消費者金融之法律關係中，相對人係支付能力較為薄弱之消費者，金融機構是否有使用督促性質之違約金條款之正當理由，在消費者破產事件層出不窮之時，已然成為目前實務應立即解決之重要課題。

關於此一問題，實務上有判決認為於金融機構未有確實擔保之情況下，其有轉嫁徵信失誤及呆帳風險之需要，而有使用高額之利息及違約金條款之利益。台北地院 95 簡上 525 號判決指出，在小額信用貸款契約中，借款人無庸提供任何擔保品及保證人，金融機構全憑借款人之信用狀況決定是否核貸。於借款人無力清償時，金融機構將無擔保品或保證人可供追償，通常均以高額利息及違約金降低呆帳風險。借款人既然深知其將承擔沉重之違約責任仍選擇締結系爭契約，自應受利息及違約金條款拘束。因而法院在「衡酌」兩造當事人之利益後，認為系爭條款並未抵觸民法第二百四十七條之一，應屬有效之定型化契約條款。

然而若由金錢債務之性質出發，條款使用人應無以督促性之違約金條款獲得履約擔保之需要。金錢係交易上之支付工具，並且具有強大的流通性，債權人因遲延而生之損害均為財產上損害，皆可依民法第二百三十三條獲得適當之賠償¹³。而且金錢債務違約之損害範圍，通常皆可透過客觀標準預先估算，尚不至於對債權人（尤其是金融機構）造成事前難以預測之重大損害，亦無以高於損害賠償之違約責任預防損害發生之必要¹⁴。雖然金錢債務遲延之損害往往難以個別證明，但條款使用人仍得以損害賠償預定（Schadenspauschale）簡化損害賠償請求權之行使¹⁵。由損害填補及損害預防之觀點出發，尚難認為條款使用人有除損害賠償外額外取得履約擔保之需要¹⁶。德國民法第三百零九條第六款明文規定，若以定型化契約條款使相對人就其支付遲延負擔（督促性）違約金支付義務者，則該條款為

¹² 違約金（Vertragsstrafe）與損害賠償預定（Schadenspauschale）之界限在於，違約金除填補損害外亦兼具有獨立的履約擔保作用（督促目的），而損害賠償預定僅用於簡化損害賠償請求權之行使，因此凡違約金均具有督促性質（詳見第 2 章第 1 節第 3 款）。惟國內實務及傳統見解均將損害賠償預定性為「違約金」（損害賠償預定性違約金）。為了清楚界定兩者間之不同，並且強調違約金之督促特性，於本章中若專指違約金時係以「督促性違約金」稱之，若專指損害賠償預定則以「損害賠償預定」或「損害賠償預定性違約金」稱之；若僅以「違約金」稱呼時，則不強調在兩者間在概念上之差異。

¹³ AGB-Recht / Hensen, §309 Nr.6 Rn.9.

¹⁴ AGB-Gesetz / Wolf, §11 Nr.6 Rn.15.

¹⁵ AGB-Gesetz / Wolf, §11 Nr.6 Rn.15; AGB-Recht / Hensen, §309 Nr.6 Rn.1; MünchKomm / Basedow, §309 Nr.6 Rn.2; Stoffels, AGB-Recht, Rn.901.

¹⁶ AGB-Recht / Hensen, §309 Nr.6 Rn.9; MünchKomm / Basedow, §309 Nr.6 Rn.2; Staudinger / Coester-Waltjen, §309 Nr.6 Rn.1; Stoffels, AGB-Recht, Rn.901.

當然無效。

在消費者金融之法律關係中更是如此。利用消費者金融服務之人通常屬於支付能力較為薄弱之消費者，尤其使用無擔保消費金融服務之消費者，其支付能力更為薄弱¹⁷。消費者一般而言是以自己將來可預期之收入作為擔保，利用金融機構強大之支付能力從事消費行為。此種支付能力較為薄弱之消費者，其清償能力容易受到諸如無預警失業、傷病或遭遇重大變故等外在因素影響。故於消費者金融之法律關係中，消費者違約通常肇因於不可歸責之因素¹⁸。在消費者違約時，通常也代表著消費者之清償能力陷於困難。此時若以督促性質之違約金條款對其施壓，將使債務金額如同滾雪球一般的增加，不但無助於預防違約行為之發生，反而加速削弱消費者之清償能力。甚至可能由於違約金的持續累積，造成消費者之債務越還越多，使其終身難以擺脫債務之陰影¹⁹。

況且，金融機構轉嫁並控制呆帳及徵信失誤風險之需求，亦不足以作為加重消費者違約責任之正當理由。貸款契約係藉由金錢所有權移轉達成使用權限讓與之目的，具有授信之本質²⁰。風險控制成為金融機構是否得以獲利之重要因素。一般而言金融機構是以徵信及擔保控制並轉嫁授信風險，在無擔保之放款中更是完全仰賴締約前之徵信。在前述風險控管工具失靈之時，金融機構即有以其他適當方式轉嫁風險之正當需要²¹。然而如前所述，高額的違約責任並無法有效預防違約行為發生，反而有礙於違約行為之終結與排除，並非適當的風險控制工具。相較之下，保險制度（信用保險）則為有效且對消費者侵害較低之工具²²。在依比例原則進行為利益衡量之後，金融機構風險控制之需求仍不足以作為其使用督促性違約金條款之正當理由。

由以上理由可得知，若相對人之給付義務為金錢支付義務時，條款使用人並無以督促性質之違約金條款確保義務履行之正當利益。在履約擔保作用無法作為正當化之依據時，督促性質之違約金條款將淪為條款使用人

¹⁷ 一般而言，無擔保放款之利率通常較高，若消費者有能力提供擔保時，必然不會選擇以無擔保借貸方式締結契約。顯見在無擔保之借貸契約中，借款人必然為支付能力最為薄弱之消費者，更有加強保護之必要。台北地院 95 簡上 525 號判決理由認為，借款人明知無擔保借貸利率較高，仍然選擇以小額信用貸款之方式締約，自應受到系爭利息及違約金條款拘束。前開判決之見解顯然與一般人之經驗法則（常識）不符。

¹⁸ 黃茂榮，債法各論：第一冊，第 172 頁，註 39。

¹⁹ 因而德國民法第 497 條規定，在消費者借貸契約中，消費者之違約責任限於基礎利率（Basiszinsatz）加計 5% 之範圍內。同時依照德國民法第 506 條規定，此一規定不得以契約（包含個別磋商條款）做不利於消費者之變更。

²⁰ 黃茂榮，債法各論：第一冊，第 151 頁。

²¹ 金融機構轉嫁風險之前提在於，其就風險控管工具失靈並無可歸責之事由。若金融機構為了搶佔市場，在未經確實徵信以前即任意（甚至是濫行）核貸借款或核發信用卡，無異於自甘冒險並自陷於債權無法回收之危機中。依照誠信原則並參酌民法第 217 條之精神，金融機構不能將自己之重大疏失任意轉嫁由消費者承擔。

²² 應注意的是，個人購屋及購車貸款定型化契約不得記載事項第 9 點規定：「不得約定借款人僅得向特定之保險公司投保，或禁止、限制借款人自由投保之權利。」

掠奪經濟利益之工具。因此若條款使用人以定型化契約條款規定，相對人於支付遲延時應支付督促性質之違約金者，其條款違反誠信原則並對相對人顯失公平，依消保法第十二條規定或民法第二百四十七條之一規定應為無效之定型化契約條款²³。



²³ 參見德國民法第 309 條第 6 款規定。

第二節 違約金條款

壹、契約條款及實務見解

一、契約條款

(一) 定型化契約範本

財政部頒佈¹之信用卡定型化契約範本第十五條第四項規定：「持卡人如未於每月繳款截止日前付清當期最低應繳金額或遲誤繳款期限者，應依第三項約定計付循環信用利息，並同意貴行得依本約款收取違約金或催收費用，各帳單週期之違約金或催收費用之計算方式為__。（各銀行得自行決定是否收取違約金或催收費用以及收取標準。但擬收取者應明定於契約，並應注意符合衡平原則）。」

信用卡定型化契約範本第十五條附註記載：「各銀行就『得計入循環信用本金之帳款』、循環信用利息及違約金或催收費用之計算方式，應於實際契約及持卡人手冊中以淺顯文字輔以案例具體說明其範圍、計息方式、起訖期間及利率，又各銀行計收之循環信用利息與違約金，若兩者合計實質之利率逾年利率百分之二十，各銀行應於契約中舉例計算公式，並以顯著方式標示，以利持卡人瞭解。」

說明：依照信用卡定型化契約範本規定，持卡人未於約定期限繳納最低應繳金額時，除應依約定利率計付循環信用利息外，亦應繳交違約金或催收費用。至於違約金及催收費用條款規範形式，定型化契約範本並未為任何具體指示，僅以「衡平原則」作為基本指導原則。

此外，信用卡定型化契約範本亦規定，若違約金與循環利息合計超過年利率百分之二十以上者，應以顯著方式標示，並列舉計算公式。在實務上循環信用利率與違約金合計經常超過本金之年利率百分之二十。中華民國消費者文教基金會（消基會）質疑此種規範方式顯然默許發卡機構收取不合理之循環利息，並有規避民法第二百零五條及第二百零六條規定之虞²。

¹ 目前主管機關為行政院金融監督管理委員會。

² 參見：中華民國消費者文教基金會「循環利息起息日有玄機」發布會（2006年7月4日）新聞稿，資料來源：<http://www.consumers.org.tw/unit412.aspx?id=689>，附件（銀行起息日期統計表）：<http://www.consumers.org.tw/attachfile/20060704151218968.doc>。

(二) 金融業之條款

(1) 循環信用利率之 10% 至 20%³

上海銀行信用卡約定條款⁴第十六條（循環信用）第四項規定：「持卡人如未於每月繳款截止日前付清本期最低應繳款金額或遲誤繳款期限者，應依第三項約定計付循環信用利息，並同意貴行得依循環信用利息總額百分之二十計收逾期處理手續費。」

台中商業銀行信用卡約定條款⁵第十五條（循環信用）第二項規定：「持卡人如未於每月繳款截止日前付清當期最低應繳金額或遲誤繳款期限者，應依第三項約定計付循環信用利息，並依該循環信用利息，在逾期六個月（含）以下者，加收百分之十滯納金，逾期六個月以上者，加收百分之二十滯納金。」

說明：在此類條款中，持卡人除應支付循環信用利息外，並應按循環信用利率之 10% 至 20% 加計違約金。此類條款係參酌國內銀行放款實務所慣用之違約金（遲延利息）條款而擬定⁶。違約金額度與循環利息間有連動關係，循環利率越高則違約金額度越高。例如上海商業儲蓄銀行信用卡循環利息利率在年息 6.71% 至 19.71% 之間⁷，則依循環信用利率之 20% 計算違約金在年息 1.342% 至 3.942% 之間，若與循環利息合計時則在年息 8.052% 至 23.625% 之間。由於此一計算標準為一般銀行放款遲延利息（違約金）所使用，因此實務見解亦曾以此作為金錢債務違約金酌減之標準⁸。

³ 此類違約金條款可分為兩類：1. 依照遲延期間長短（通常以 6 個月為界），先以循環信用利率之 10% 計算，嗣後增加為循環信用利率之 20%：三信商業銀行、寶華商業銀行；2. 無論遲延期間長短，均按循環信用利率之一定成數計算者：上海商業儲蓄銀行（20%）、台中商業銀行（20%）、台灣土地銀行（10%）、台灣新光商業銀行（10%）、台灣銀行（10%）、合作金庫銀行（10%）、華泰商業銀行（10%）、華僑商業銀行（10%）。資料來源：http://www.ba.org.tw/CreditCardData_File/96年度第2季信用卡發卡機構各項費用及收取方式彙整表.xls。至於現金卡及小額信用貸款採取此一方式計算違約金的有：1. 遲延 6 個月內按借款利率之 10%，6 個月以上按借款利率之 20% 計算者：中央信託局、玉山銀行、高雄銀行、三信商銀、土地銀行、國泰世華銀行、寶華銀行、台北國際商業銀行。2. 無論遲延期間長短，均按借款利率之一定成數計算：華泰商業銀行（10%）。資料來源：[http://www.ba.org.tw/CashCardData_File/現金卡發卡銀行收取利息、各項費用及其\(利\)費率調查表.doc](http://www.ba.org.tw/CashCardData_File/現金卡發卡銀行收取利息、各項費用及其(利)費率調查表.doc)。

⁴ 資料來源：http://www.scsb.com.tw/src/card_contract.pdf。（2007.1.23 版契約書）

⁵ 資料來源：<http://www.tcbbank.com.tw/paper/Pcredit.html>。

⁶ 於國內銀行放款實務中，遲延還款之違約金通常在 6 個月以內按約定利率之 10%，超過 6 個月則按約定利率 20% 計算。

⁷ 參見：信用卡發卡機構採取差別循環信用利率彙整表。

⁸ 最高法院 90 台上 1452 號判決、台北地院 91 簡上 524 號判決、93 訴 1202 號判決、板橋地院 94 訴 1935 號判決。

(2) 每期債務金額之 2% 至 3.5%⁹

友邦國際信用卡股份有限公司信用卡約定條款¹⁰第十七條（逾期違約金）：「若持卡人未能於繳款截止日前付清當期最低應繳金額，除應依前條規定計付循環信用利息之外，另應付當期應付帳款總額扣除已付金額後之未付款部份百分之二的逾期違約金，違約金收取上限新台幣 5,000 元。」

說明：在實務上，使用此種違約金條款之銀行通常將違約金額度訂在當期（月）積欠金額之 2% 至 3.5% 之間¹¹，而且違約金通常設有總額或期數¹²之上限。然而違約金額度以年利率呈現時則在年息 24% 至 42% 之間，與循環利息合計甚至可能高達年息 62%。

(3) 按債務金額分級規範¹³

台北富邦銀行信用卡約定條款¹⁴第十四條第七項規定：「各期帳單週期之違約金計算係自逾期之日起以 3 期為計算上限，逾期應按月繳付違約金，該違約金係以當其應付帳款扣除循環信用利息、違約金、各項應繳手續費及甲方至當期繳款截止日止已償付漲款後之未繳清金額，按下列方式計收：1. 甲方每月帳單未繳清金額在新台幣 1,000 元（不含）以下者，無須繳納違約金。2. 甲方每月帳單未繳清金額在新台幣 1,000 元（含）至 10,000 元之間者，應繳納違約金新台幣 150 元。3. 甲方每月帳單未繳金額在新台幣 10,001 元（含）至 50,000 元（含）之間者，應繳納違約金新台幣 300 元。4. 甲方每月帳單未繳清金額在新台幣 50,001 元（含）至 80,000 元（含）之間者，應繳納違約金新台幣 600 元。5. 甲方每月帳單未繳清金額在新台幣 80,001 元（含）至 100,000 元（含）之間者，應繳納違約金新台幣 900 元。6. 甲方每月帳單未繳清金額在新台幣 100,001 元（含）至 150,000 元（含）之間者，應繳納違約金新台幣 1250 元。7. 甲方每月帳單未繳清金額在新台幣 150,001 元（含）至 200,000 元（含）之間者，應繳

⁹ 採取此種違約金條款者：中華商業銀行、友邦國際信用卡公司、京城銀行、國泰世華商業銀行、華南商業銀行、華信商業銀行、萬泰商業銀行。資料來源：http://www.ba.org.tw/CreditCardData_File/96年度第2季信用卡發卡機構各項費用及收取方式彙整表.xls。

¹⁰ 資料來源：<http://www.aigcard.com.tw/feature/feature4.htm>。

¹¹ 例如國泰世華銀行為 2.5%（台北地院 93 簡上 642 號判決）、台新銀行為 3%（台北地院 92 訴 4058 號判決、92 訴 5688 號判決）、花旗銀行 3%（台北地院 91 簡上 524 號判決）、美國運通 3.5%（惟遲延利息為年息 5%；台北地院 92 簡上 112 號判決）。

¹² 例如國泰世華銀行及台新銀行對於同一筆帳款之違約金以 3 期為上限。惟花旗銀行於第 4 期開始每月加計 600 元之違約金。（附註：通常於期限屆滿時銀行即會起訴請求帳款）

¹³ 採取此種違約金計罰方式者亦有：大眾商業銀行、中國信託商業銀行、日盛商業銀行、台北富邦商業銀行、台灣大來國際信用卡股份有限公司、台灣永旺信用卡公司、永豐信用卡公司、美商花旗銀行、英商渣打銀行（僅 3 級，折合利率約年息 7%~12%）、香港上海匯豐銀行、遠東國際商業銀行、慶豐商業銀行、聯邦商業銀行。資料來源：http://www.ba.org.tw/CreditCardData_File/96年度第2季信用卡發卡機構各項費用及收取方式彙整表.xls。

¹⁴ 資料來源：<https://ebank.taifeifubon.com.tw/Download/Card/Card01.pdf>。

納違約金新台幣 1500 元。8. 甲方每月帳單未繳清金額在新台幣 200,001 元（含）以上者，應繳納違約金新台幣 2,000 元。」

說明：此種條款之違約金額度雖然亦與持卡人未繳納金額有關，然而並未如同前兩者一般以百分率之方式計算，而是以「階層」方式分級規定持卡人之違約金責任。亦即，此一條款依照持卡人未繳納金額多寡劃分為數個等級，每一等級均計罰固定金額之違約金。違約金金額雖然隨未繳納金額而增加，惟其年利率卻因而遞減。例如在台北富邦銀行之違約金條款中，未繳納金額在 1,000 元至 10,000 元時，違約金在年息 180% 至 18% 之間；而在 200,000 以上時，違約金則在年息 10% 以下。

此外，此種條款計算違約金之方式為信用卡違約金條款中最为複雜且最欠缺透明度者。持卡人雖可由條款得知其應負違約金之確切金額，然而卻難以透過條款規範內容立即得知其所負責任之年百分率。例如在前述案例中，若持卡人未付金額在 10,000 元以下者，則持卡人將以為其所負之違約金只有區區 150 元，而不知其年利率在 18% 至 180% 之間。

（4）與債務金額無關¹⁵

第一銀行信用卡約定條款¹⁶第十六條（循環信用）第四項規定：「持卡人如未於每月繳款截止日前付清當期最低應繳金額或遲誤繳款期限者，仍應依第三項約定計付循環信用利息，並同意貴行得依本約款收取違約金，各帳單週期之違約金之計算方式為按月計付逾期手續費（即違約金）：1. 延滯第 1 個月當月計付逾期手續費 150 元。2. 延滯第 2 個月當月計付逾期手續費 300 元。3. 延滯第 3 個月（含）以上者每月計付逾期手續費 600 元。」

說明：此一條款之違約金額度雖然通常以「階層」方式規定，然而與前述三種條款不同的是，違約金額度完全不受持卡人未繳納金額影響，而是隨同遲延期間增加而遞增。部分銀行對於違約金計罰期間設有六個月之上限。除了以階層方式計算外，亦有部分銀行之契約條款規定，持卡人於陷於遲延時，無論其未繳納金額多寡均按同一額度按月（期）計罰違約金者¹⁷。由於此類條款之違約金額度與持卡人未繳納金額無關，因此在持卡人積欠金額較低之情況下，往往將使違約金之年百分率過高¹⁸。

¹⁵ 採取此種違約金條款者有：兆豐國際商業銀行、台新國際商業銀行、台灣中小企業銀行、玉山商業銀行、安泰商業銀行、美國運通國際股份有限公司、第一商業銀行、荷蘭銀行、復華商業銀行、彰化商業銀行。資料來源：http://www.ba.org.tw/CreditCardData_File/96年度第2季信用卡發卡機構各項費用及收取方式彙整表.xls。現金卡及小額信用貸款採取此種違約金條款者有：香港上海匯豐銀行（200 元）。資料來源：[http://www.ba.org.tw/CashCardData_File/「現金卡發卡銀行收取利息、各項費用及其\(利\)費率調查表」.doc](http://www.ba.org.tw/CashCardData_File/「現金卡發卡銀行收取利息、各項費用及其(利)費率調查表」.doc)。

¹⁶ 資料來源：<http://www.firstcard.com.tw/newentry/cyclop-10.htm>。

¹⁷ 參見：台北地院 94 訴 3615 號判決（自延滯日起 6 個月內每月 1500 元）。

¹⁸ 參見：台北地院 94 訴 5025 號判決、板橋地院 94 訴 917 號判決、94 訴 1110 號判決、94 訴 1935 號判決。

二、實務見解

(一) 違約金條款之效力

台北地院 95 簡上 525 號判決

「至上訴人另辯稱上開違約金之約定乃被上訴人所擬定之定型化契約，而加重他方當事人之責任或於他方當事人有大不利益，故顯失公平而無效云云。經查，……茲一般民眾向金融機構申辦小額信用貸款，申請者可自行選擇比較各家金融機構約款內容，自行抉擇符合需求之信用貸款條件締約，申請者有選擇締約之權利及自由，並非完全受制之金融機構，倘認契約條款有違民法保護債務人之任意規定，自可不簽訂貸款契約，並不會因此成為小額信貸申請人而生不利益，更無受制於金融機構而不得不簽訂信用貸款契約。再者，金融機構對於其核准無擔保之小額信用貸款戶，必須廣設營業櫃員機及及全天候便利貸款服務，付出相當營運成本後，但對於貸款者日後消費額度及償債能力，皆處於不確定之狀態，金融機構本身承擔極大呆帳風險，故徒以經濟實力而謂金融機構係締約之強者，貸款者則係居於經濟弱勢云云，有失偏狹。本件被上訴人向上訴人申請本件簡易通信貸款，既不須提供擔保品，亦不須提供連帶保證人，銀行僅憑貸款申請人之信用情況而決定是否核貸，此種無擔保借款之情形，由於被上訴人須承擔貸款申請人無力償債時並無擔保品及連帶保證人可供追償之呆帳風險，從而通常會約定高額之利息及違約金以降低其風險，反之，倘係有擔保品之借款，則其利息及違約金之約定利率通常較低，本件上訴人既認識此種風險，而選擇以通信貸款之方式向被上訴人借款，自應負擔高額之利息及違約金，經權衡兩造利益，難認有何不利消費者或違反誠信之情事，是上訴人辯稱上開約定違約金之約定依民法第 247 條之 1 規定應為無效云云，洵不足採。」

(二) 不予酌減

1. 台北地院 92 簡上 13 號判決

兩造信用卡約定條款第十六條及第十八條約定：「各筆循環信用利息之計算，係將每筆得計入循環本金之帳款，自各筆帳款入帳日（實際墊款日）起，就該帳款之金額以年息百分之二十（日息萬分之五點四七九）逐日計算至該筆帳款結清之日止；且持卡人如未於當期繳款日前付清當期最低應繳金額，原告除得依約計付循環信用利息外，並得請求懲罰性違約金，該違約金係以當期帳單累積金額中之消費金額及預借現金金額扣除持卡人於當期繳款截止日止已償付之帳款後之金額，按百分之三計算。惟持卡人違反前開付清當期最低應繳金額之約定連續三期以上者，其應付之違

約金，以三期為上限。」

合議庭判決表示：「另查目前銀行關於違約金通行之計算方式，係以逾期在六個月以內者，按利息之百分之十（在本件即為年息百分之二）計算，逾期在六個月以上者，按利息之百分之二十（在本件即年息百分之四）計算，並未限制僅收取違約金三期。則依此計算本件上訴人自九十一年二月三日積欠本金三十四萬七千零三十八元至本院言詞辯論期日即九十二年八月六日止，所應給付之違約金至少已達十九萬四千三百四十二元（ $347038 \times 2 / 100 \times 6 + 347038 \times 4 / 100 \times 11 = 194342$ ）。惟本件被上訴人僅係請求按上訴人積欠本金之百分之三，逐月計算違約金，並以三期為限，即三萬一千二百三十三元（ $347038 \times 3 / 100 \times 3 = 31233$ ），與上開銀行違約金計算通例相較，並未過高，是上訴人主張違約金過高云云，亦不足取。」

2. 台北地院 92 簡上 191 號判決

本案原審判決（91 年度北簡字第 20086 號）見解認為違約金額度過高，應酌減至年息 2% 始為適當。原告不服提起上訴，並於上訴理由中主張持卡人為全額繳清戶，並未對其收取遲延利息。且相較於同業（中國信託商業銀行）之計算方式，持卡人之責任顯然較低。違約金並無過高，原審判斷顯有不當。

合議庭判決認為：「按契約自由乃私法上之大原則，在私法關係中，個人之取得權利，負擔義務，純由個人之自由意志，基此自由意思所締結之任何契約，除違反公序良俗及強制或禁止規定外，國家原不得任意干涉。……再參之銀行實務界請求年息百分之二十計算之利息及按上開利息百分之二十計算之違約金時，因尚未超過法定最高利率之限制且違約金之請求尚屬合理，慣例上均為法之所許，而本件上訴人並未請求利息，其請求之違約金合計亦僅有年息百分之二十點零七五，尚未超過前開年息百分之二十二之銀行實務界慣例，尚非過高；此外，關於系爭違約金之約定，本院又查無違反任何公序良俗及強制或禁止規定，是參之首揭契約自由原則，本件上訴請求被上訴人給付……至清償日止按日息萬分之五點五計算之違約金，核屬有據，應予准許。」廢棄簡易庭酌減違約金之判決。

3. 台北地院 93 簡上 312 號判決

於本案中信用卡定型化契約條款規定，持卡人未於當期繳款截止日前繳納最低應繳金額者，則以各筆帳款入帳日為起息日，依日息萬分之五點四（折合年息 19.71%）計算循環利息，並按延滯第 1 個月當月計付 150 元，延滯第 2 個月當月計付 300 元，延滯第 3 個月（含）以上者計付逾期手續費 600 元，超過 6 個月（含）以上則不收違約金。

台北地方法院判決認為：「而違約金係債務人不履行債務時應付之懲罰金或損害賠償額之預定，非屬民法第二百零五條所規定利息之範疇，況

本件兩造約定之利息及違約金合計為百分之十九點七，亦未逾民法第二百零五條年息百分之二十之限制，本件被上訴人以雙方約定之利息及延滯罰金等合計超過年息百分之二十，抗辯違反民法第二百零五條之規定，亦非可取。」並以「惟違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。……被上訴人（持卡人）未據舉證證明此項違約金如何過高，其主張違約金過高應予酌減，即非可取」為由，駁回持卡人違約金酌減之主張。

4. 台北地院 93 簡上 508 號判決¹⁹

「至上訴人辯稱逾期處理費過高云云，按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第二百五十二條定有明文。至於是否相當，即須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為斟酌之標準。最高法院著有七十九年台上字第一九一五號判例可資參照。本件兩造約定之逾期處理費，性質上屬違約金，為兩造所不爭執。然查上訴人自九十二年五月十日起至同年七月二十八日止以系爭信用卡簽帳消費、預借現金共計二十二萬二千一百零二元未依約清償，且自同年九月二日未繳足當期最低應繳金額後，即未為任何清償之行為，上訴人違約之情節自非輕微，本院並斟酌社會經濟狀況及被上訴人所受損害情形，認被上訴人主張至同年十二月二十八日止上訴人應依約給付逾期處理費三千零二十四元，應屬相當，尚難認有過高之情形。另自同年十二月二十九日起至清償日止之逾期處理費部分，被上訴人已減縮為請求按年息百分之一·九七一計算，亦顯無違約金過高之情形。是上訴人辯稱逾期處理費過高云云，亦非可取。」

（三）酌減但維持利率效力²⁰

1. 台北地院 93 簡上 642 號判決（酌減至 300 元）

「末按約定利率，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；且除上述限定之利息外，債權人不得以折扣或其他方法，巧取利益；又約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第 205

¹⁹ 上海銀行信用卡約定條款第 16 條第 4 項：「持卡人如未於每月繳款截止日前付清本期最低應繳款金額或遲誤繳款期限者，應依第三項約定計付循環還信用利息，並同意貴行得依循環還信用利息總額百分之二十計收逾期處理手續費。」

²⁰ 相關判決要旨亦可參見：詹森林，月旦法學雜誌，第 135 期，第 42 頁至第 44 頁。

條、第 206 條、第 252 條分別定有明文。本件被上訴人請求上訴人自延滯繳款日起至清償日止，按年息 19.7% 計付利息，已相當接近法定年息 20%，而被上訴人以信用卡約款約定上訴人如未於每月繳款截止日前付清當期最低應繳款金額或遲誤繳款期限者，即需支付違約金，其性質屬懲罰性質之違約金，其標準應依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人尤其是債務人之財產狀況，以及債務人若能如期履行時，債權人可得享受之利益及其實際損失為衡量，以求公平。查本件被上訴人因上訴人遲延給付，除受有利息損失外，尚難認有其他損害，且參酌國內貨幣市場利率已大幅調降，**被上訴人猶以單方擬定之定型化約款**，向消費者即上訴人收取年息 19.7% 計算之循環信用利息，已因此獲取大量之經濟利益，若再課予上訴人給付如約款所示之違約金義務，即按月給付當期未繳清金額 2.5% 之違約金（但同一筆簽帳款違約金之計收最高以 3 期為限），如合併上述循環信用利息計算，則上訴人因違約所負之賠償責任，前三個月將高達年息 49.7%（ $2.5\% \times 12 + 19.7\% = 49.7\%$ ），明顯偏高，**且有規避法定利率上限予以巧取利益之嫌**。從而，依首揭規定，本院認被上訴人請求之違約金 5,910 元之金額過高，對上訴人有失公平，爰予酌減至 300 元為適當。」

2. 台北地院 94 訴 1245 號判決²¹（酌減至 1 元）

「惟按金錢債務之遲延利息，如其約定利率較法定利率為高者，依民法第 233 條第 1 項但書之規定第，固應仍從其約定，但此項遲延利息，除當事人係約定債務人不履行債務時支付違約金，應依同法第 250 條、第 233 條第 3 項請求賠償外，其約定利率，仍應受法定最高額之限制。最高法院 41 年台上字第 1547 號著有明文。同時遲延利息原有違約金之性質，如該項契約當事人之真意，其約定債務人給付遲延時應支付遲延利息，即係關於違約金之訂定，最高法院早亦著有 43 年台上字第 576 號判例可資參照。是有關消費借貸之法律關係約定遲延利率及違約金時，**若違約金及遲延利息合計超過週年利率百分之二十者，法院自應依法核減並認超過部分無請求權**，亦應敘明。……又本件原告請求遲延利息之利率已高達百分之十九點七一，接近百分之二十之最高利率，同時本件原告請求部分本金又已加計違約金 5,000 元，是以被告積欠消費款 84,266 元、預借現金 375,762 元而言，違約金加計遲延利息本逾年息百之二十，是參照前開說明及類推違約金過高法院得予酌減之法文，本件違約金應予酌減至 1 元為當。」

²¹ 遠東銀行信用卡約定條款第 16 條第 1 項之規定：「持卡人未於當期繳款截止日前付清當期最低應繳金額或遲延付款者，除應計付遲延利息外，另應按下列方式計付違約金：應繳總金額壹千元正以下者不收違約金；應繳總金額壹仟零壹元正至壹萬元正者，收取壹佰伍拾元正；應繳總金額壹萬零壹元正至陸萬元正者，收取參佰元正，應繳總金額陸萬零壹元正至壹拾萬元正，收取陸佰元正；應繳總金額壹拾萬零壹元以上者，收取壹仟元正。」

3. 台北地院 94 訴 3615 號判決（酌減至 1 元）

「四、按利息不得滾入原本再生利息。但當事人以書面約定，利息遲付逾一年後，經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定。前項規定，如商業上另有習慣者，不適用之，民法第 207 條定有明文。本件原告聲明第 1 項請求被告連帶給付原告 43,649 元，及自 94 年 3 月 31 日起至清償日止，按週年利率 19.7% 計算之利息部分，原告已陳明其中，其中 43,261 元為消費款，388 元為循環利息等語，則依此其中 388 元即不得再滾入原本再生利息，原告就此部分亦請求依週年利率 19.71% 計算之利息，即屬無據。五、按約定利率，超過週年 20% 者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。債權人除前條限定之利息外，不得以折扣或其他方法，巧取利益。又約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第 205 條、第 206 條及第 252 條定有明文。是如約定利率及違約金總額超過法定利率 20% 者，超過部分應屬巧取利益，本院自得予以酌減。經查，本件原告請求之約定利率已達 19.71%，已甚為接近法定週年利率 20% 之上限，如再加上約定之違約金，利率總和超過法定年息甚多，其名雖為違約金亦應係利息之延伸，債權人為規避法定利率上限，往往從高約定違約金之金額，成為巧取重利之途徑，故民法第 252 條規定約定之違約金過高者，法律賦予法院核減之職權，而不待債務人之聲請。又查近年來國內貨幣市場之利率已大幅調降，相較於作為政府各項政策性貸款貸放利率計算基準之中華郵政股份有限公司二年定期儲金機動利率年息 1.55%，本件原告請求之利息及違約金總額亦顯為偏高，殊非公允，故本院認為原告請求之違約金應酌減為新臺幣 1 元為適當。」

貳、學說實務現況

國內金融機構所使用之違約金條款大多記載，債務人陷於支付遲延時，除應按約定利率繼續計算利息外，並應依約定方式計付違約金。債務人之違約責任必須合計違約金與遲延利息。然而在信用卡使用及小額信用貸款（現金卡）契約中，約定利率往往高達百分之十七以上，甚至逼近年息百分之二十。此時若再加計違約金，債務人之違約責任往往將超過本金之年息百分之二十以上，往往對債務人造成沈重的負擔。

由於金融機構之違約金條款通常與遲延利息分離規定，因此實務見解大多認為其法律性質屬於不具損害填補功能之「懲罰性違約金」²²。至於違約金條款之效力，法院見解早期或以違約金與利息合計未逾銀行實務慣

²² 參見：約定利率之 10%~20% 之違約金：最高法院 95 台上 1742 號判決；每月依債務金額 2% 至 3.5% 之違約金：台北地院 92 簡上 13 號判決、92 簡上 112 號判決、93 簡上 642 號判決；與債務金額無關之違約金：台北地院 94 訴 5025 號判決、95 訴 844 號判決、95 訴 2684 號判決、95 訴 2875 號判決。

例²³、或消費者未能證明違約金額度如何過高²⁴、或其未為任何清償行為違約情節重大²⁵為由拒絕違約金酌減，甚至泛稱違約金數額合乎公平²⁶而不予酌減者²⁷。

此外，台北地院 95 簡上 525 號判決更指出，在小額信用貸款契約中，借款人無庸提供任何擔保品及保證人，金融機構全憑借款人之信用狀況決定是否核貸。於借款人無力清償時，金融機構將無擔保品或保證人可供追償，通常均以高額利息及違約金降低呆帳風險。借款人既然深知其將承擔沈重之違約責任仍選擇以「通信貸款」之方式借款，自應受利息及違約金條款拘束。因而法院在「衡酌」兩造當事人之利益後，認為帶有督促目的之違約金條款並未抵觸民法第二百四十七條之一²⁸規定，應屬有效之定型化契約條款²⁹。

然而近年來已有判決表示，金錢債務之違約金實為利息之延伸，若兩者合計逾法定利率上限者，則超過部分應屬巧取利益，違反民法第二百零五條及第二百零六條之規定。而且國內貨幣市場利率已大幅調降，金融機構仍以定型化契約條款奪取大量經濟利益，若再課予消費者約款所載之違約金義務，將使持卡人負擔過重之賠償責任，違約金額度顯然過高。因此判決在維持循環信用利息效力之同時（利率仍然接近年息百分之二十），依民法第二百五十二條規定將違約金酌減至一元³⁰、一定金額³¹或一定百分率³²。

學說亦持相同見解，認為債務人之違約責任應受民法第二百零五條限

²³ 台北地院 92 簡上 13 號判決、92 簡上 191 號判決。

²⁴ 台北地院 93 簡上 312 號判決。

²⁵ 台北地院 93 簡上 508 號判決。

²⁶ 台北地院 92 簡上 643 號判決。

²⁷ 此外，亦有判決係因法院違約金數額計算錯誤，誤認違約金額度不高而不予酌減者。參見：台北地院 92 簡上 112 號判決。

²⁸ 本案法院適用民法第 247 條之 1 而非消保法第 12 條規定檢驗條款效力。然而在本案上訴人(借款人)係非基於營業目的締約之自然人(參照德國民法第 13 條)，通常欠缺交易相關之知識經驗，而且經濟能力亦處於弱勢，應為消費者而有適用消費者保護法之必要。我國消費者保護法係以「商品」及「服務」定義消費關係，非以當事人是否從事營業活動定義消費關係，必有掛一漏萬之憾。例如在金融借貸法律關係中，金融機構之給付義務乃「金錢之使用」，在嚴格解釋「商品」及「服務」概念之情況下，將無法適用消費者保護法。由台北地院 95 簡上 525 號判決更可顯示出以「商品」及「服務」定義消費關係所產生之侷限。

²⁹ 本判決之評釋詳見本章第 1 節。

³⁰ 台北地院 94 訴 1245 號判決、94 訴 3615 號判決、94 訴 5025 號判決、95 訴 844 號判決、95 訴 2684 號判決、95 訴 9135 號判決、95 重訴 6 號判決。此外在現金卡之違約金條款中則有台北簡易庭 94 北簡 23323 號判決、94 北簡 26974 號判決、94 北簡 23487 號判決、94 北簡 23488 號判決採取相同見解。

³¹ 台北地院 92 訴 4058 號判決(3000 元)、92 訴 5688 號判決(2300 元)、93 簡上 642 號判決(300 元)

³² 台北地院 93 訴 2527 號判決(2%)、91 簡上 524 號判決(利率之 10%，下同)、板橋地院 94 訴 917 號判決、94 訴 1110 號判決、94 訴 1935 號判決(6 個月內利率之 10%、超過 6 個月則為利率之 20%)。至於在現金卡之違約金條款中，則有：台北簡易庭 94 北簡 25088 號判決(1.75%，與遲延利息合計為 20%)。

制，金融機構亦不得有民法第二百零六條所定巧取利益之情事。金融機構以定型化契約條款使消費者負擔接近年息百分之二十之遲延利息，顯然逾越通常損害甚多而亟待檢討，若再以違約金條款將消費者之違約責任加重至年息百分之二十以上時，顯有違背民法第二百零六條規定之嫌，不應承認其效力³³。

此外，前述判決以國內貨幣市場利率已大幅調降等理由，將（懲罰性）違約金酌減至一元，實具有劃時代之意義。蓋金融機構因消費者支付遲延除遲延利息外，尚難認為有其他損害。因此前述判決宣示了金錢債務之違約金性質是除了遲延損害之填補與回復外，不應具有懲罰之性質，而金錢債務之清償困難或不能，不應予以懲罰之重要意旨³⁴。

然而在法律效果上，學說見解則持與實務不同之意見。學說見解認為，若由相對人保護之觀點出發，前述判決似有為德不足之憾。蓋法院係以「效力保留之減縮（geltungserhaltende Reduktion）」之方式控制定型化契約條款之效力，將促使條款使用人在僥倖之心態下繼續使用對相對人顯失公平之定型化契約條款，無法根絕不當條款之使用。如此情形，無異於保障違反誠信原則之條款使用人，並使法院免費成為金融機構之法律顧問，似欠妥當³⁵。因而主張法院應援引消保法第十二條規定宣告條款無效，而不得再援引民法第二百五十二條規定維持不當條款之效力。

參、違約金條款之效力

在國內各金融機構之定型化契約條款中，無不規定債務人未於償還債務時，除應約定利率計算遲延利息外，並應繳納違約金。尤其在信用卡契約與小額信用貸款（現金卡）契約中，違約金條款之型態更是五花八門。這些條款往往由於規避法定利率上限、計算方式無法一目了然、規定數額與損害額度無關或顯不相當等因素，在實務上已經造成不少問題。實務雖有部分判決以違約金酌減控制條款之效力，惟酌減「效力保留之減縮」之效力不但無法杜絕不當條款之濫用，反而挑起條款使用人投機之心態繼續濫用不當條款³⁶。因此金融機構之違約金條款仍應適用消保法第十二條控制其效力。

一、規避利率上限

民法第二百零五條規定，約定利率不得超過年息百分之二十。此一規

³³ 詹森林，民事法理與判決研究（三），第261頁以下，第276頁；氏著，月旦法學雜誌，第135期，第41頁。

³⁴ 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第7頁。

³⁵ 詹森林，月旦法學雜誌，第135期，第44頁。

³⁶ 詹森林，月旦法學雜誌，第135期，第44頁。

定不僅構成契約利息之上限，同時也構成金錢債務遲延損害賠償預定之絕對上限³⁷。又依民法第二百零六條規定，債權人亦不得以其他方式規避利率上限之規範。依照學說見解，若當事人之約定違反民法第二百零五條及第二百零六條規定時，並不會導致約款全部無效，而是將條款之效力限縮至合法範圍內³⁸（效力保留之減縮）。

然而於民法第二百零五條及第二百零六條制定之時，定型化契約條款之使用在市場上尚未普及，上述規定係以債權人與債務人詳細磋商契約內容作為立法背景，與現代社會以定型化契約條款締約為典型顯然不同³⁹。在定型化契約條款之情況下，條款內容係由條款使用人單方擬定，相對人無從透過磋商過程防衛自己之正當利益，法律自應賦予相對人更多之保障。此外，宣告條款全部無效亦可遏止條款使用人任意訂定違反法令規定之定型化契約條款。因此在定型化契約條款違反民法第二百零五條及第二百零六條規定時，似應承認法院得適用消保法第十二條規定宣告條款全部無效。

消保法第十二條第二項第二款規定，定型化契約條款與其所排除不適用之任意規定立法意旨顯相矛盾時，推定為顯失公平。雖然該款規定在文義上僅包含任意規定，而不及於強行規定或禁止規定。然而任何法規，不論其為強行規定還是任意規定，均係立法者在綜合比較衡量當事人之利益並為適當調節後所為之價值判斷。此一利益衡量及價值判斷係維持契約正義之具體表現⁴⁰。因此，在定型化契約條款與強行禁止規定之立法意旨顯相矛盾時，應得參酌消保法第十二條第二項第二款規定推定為顯失公平⁴¹。這在強行禁止規定之法律效果並非全部無效時更能彰顯其實益。

在幾乎所有的信用卡定型化契約條款中，持卡人未於繳款期限繳交最低繳款金額時，除應按約定利率計付循環利息（遲延利息）外，並應繳交違約金。雖然目前信用卡循環信用利率已採差別利率計算，然而大多數發卡機構之最高利率等級仍然接近年息百分之二十，若再與違約金合計，債務人之遲延責任往往超過未付帳款之年息百分之二十。亦即違約金條款儼然成為發卡機構規避民法第二百零五條利率上限之工具，顯然違反民法第二百零六條巧取利益禁止之規定⁴²。此時應參酌民法第二百零六條之規定，將「違約金」之假象剝除，並以之為遲延利息之延伸，依民法第二百零五條及消保法第十二條規定評價條款效力。

³⁷ 詹森林，民事法理與判決研究（三），第 261 頁以下，第 276 頁至第 277 頁；氏著，月旦法學雜誌，第 135 期，第 41 頁至第 42 頁。

³⁸ 鄭玉山，台灣本土法學雜誌，第 44 期，第 15 頁至第 18 頁。

³⁹ 詹森林，民事法理與判決研究（三），第 261 頁以下，第 273 頁；氏著，月旦法學雜誌，第 135 期，第 39 頁。

⁴⁰ 詹森林，民事法理與判決研究（三），第 29 頁以下，第 63 頁。

⁴¹ AGB-Gesetz / Wolf, §9 Rn.68.

⁴² 詹森林，民事法理與判決研究（三），第 261 頁以下，第 276 頁；氏著，月旦法學雜誌，第 135 期，第 41 頁。

因此，若定型化契約條款規定相對人於遲延時應同時計付遲延利息及違約金，致兩者合計逾越年息百分之二十以上者，則該條款顯然抵觸民法第二百零五條及第二百零六條立法意旨，進而導致違約金及遲延利息條款對相對人違反誠信原則顯失公平。由於無效原因是由違約金及遲延利息條款共同構成，因此兩者均應依消保法第十二條規定宣告無效（全部無效），金融機構即不得再援引兩者之一向消費者主張權利。

應注意的是，縱使違約金與遲延利息合計低於年息百分之二十，仍然不得認為系爭條款為當然有效。亦即金錢債務損害賠償預定合乎民法第二百零五條及第二百零六條之要求，係條款有效之必要條件（notwendige Bedingung）而非充分條件（hinreichende Bedingung），因此仍應檢驗條款所規定之損害數額是否與發卡機構之通常損害相當。

援引民法第二百零五條及第二百零六條作為檢驗定型化損害賠償預定條款效力標準之實益在於，一旦相對人所負擔之遲延責任逾越債務金額之年息百分之二十時，即無庸再於個案中調查約定數額是否與通常損害相當，逕依消保法第十二條宣告該條款無效。尤其在國內金融機構廣泛濫用違約金條款規避利率上限之情況下，更能彰顯其實益。

二、規範內容不透明

在國內發卡機構所使用之信用卡約定條款中，其中有不少條款並非以（年）利率方式規範持卡人遲誤繳款期限時之違約金責任。例如依照持卡人債務金額多寡劃分為數個等級（例如台北富邦銀行即劃分為八個等級），每一等級應支付一定金額之違約金（例如：債務金額在一千元至一萬元間為時一百五十元，在一萬元至五萬元間為三百元……）。在此種違約金條款中，違約金數額雖然與持卡人遲付金額多寡有關，然而持卡人卻無法透過條款規範內容立即得知遲付金額與違約金數額間之比例關係。而且條款所規定之違約金數額大多在新台幣數百元之間，持卡人往往因此低估伴隨違約金條款而生之風險。

定型化契約條款係由條款使用人單方擬定，為了使相對人能夠明確知悉其因契約而生之各項權利義務，基於誠信原則其規範內容應對一般相對人為清晰可理解（Klarheit und Verständlichkeit）。尤其在消費性定型化契約條款中，相對人均為欠缺交易相關知識經驗之消費者，在規範內容上更應滿足透明化要求（Transparenzgebot）。否則相對人在不理解條款內容之情況下，不但妨礙其契約正當權利之行使，而且無法適切的遵守其義務，並且更進一步的導致條款使用人利用規範模糊之空間牟取（甚至是詐取）不正利益。因此規範內容不明確之定型化契約條款將對相對人顯失公平⁴³。

⁴³ AGB-Gesetz / Wolf, §9 Rn.143; A. Fuchs, in Ulmer / Brandner / Hensen, AGB-Recht, §307 Rn.11; MünchKomm / Basedow, §307 Rn.50; 詹森林，月旦法學雜誌，第135期，第37頁。

企業經營者對消費者從事信用有關之交易（消費金融）時，更應遵守透明化義務之要求。消保法第二十二條之一及第二十一條分別規範企業經營者於締約前及契約條款之透明化義務⁴⁴。這兩條規定共同勾畫出在信用有關之交易中透明化義務之具體內容—尤其在消保法第二十二條之一之中更明文要求企業經營者在廣告中以年百分率之方式表示各項費用⁴⁵。參酌消保法第二十二條規定，消保法第二十二條之一應類推適用於契約書記載內容之中，甚至在企業經營者與消費者透過個別磋商條款締約時亦應適用之⁴⁶。因此，在消費者金融之契約中，若消費者之違約責任⁴⁷非以年利率方式規範時，原則上應認為違反消保法第二十二條之一之立法意旨，推定系爭條款對消費者顯失公平。

由此觀之，按照持卡人債務金額劃分等級，並於每一等級支付一定金額之違約金條款，應認為其規範內容對通常持卡人而言並非清晰可理解，並使持卡人低估其違約責任，進而導致條款內容違反誠信原則對持卡人顯失公平。雖然消費者得自行參酌條款規範內容及其所附之範例計算違約金數額與未繳納金額之比例關係，但仍無法排除條款顯失公平之情形。因為在分級規範違約責任之情況下，違約金條款之內容將顯得特別繁雜，根本不能期待一般消費者在審閱條款時逐一計算每一等級之違約金數額與債務金額間之比例關係。因此依照持卡人未繳納金額多寡分級規範違約金數額之條款，由於欠缺適當之透明度，違反誠信原則並對相對人顯失公平，依消保法第十二條規定應屬無效。

三、督促性質之違約金

在實務上亦有違約金條款規定，無論持卡人未繳納金額多寡，均應按同一金額繳納違約金。例如規定持卡人延滯第一個月當月計付一百五十元、第二個月當月計付三百元、自第三個月起每月計付六百元之手續費（違約金）。在此種違約金條款中，違約金數額完全不受持卡人未繳納之金額

⁴⁴ 參見：黃茂榮，債法各論：第一冊，第 172 頁至第 173 頁，註 40；詹森林，消費者保護法上特種買賣之實務與立法問題，收錄於：民事法理與判決研究（三），第 141 頁以下，第 163 頁。

⁴⁵ 另參見銀行法第 41 條（年率之揭示）：「銀行利率應以年率為準，並於營業場所揭示。」

⁴⁶ 理由在於消費者保護法第 21 條之適用並不限於定型化契約條款，而且消保法第 22 條具有強行規定之性質，因此消保法第 22 條之 1 類推適用之對象應擴及所有消費者，而不限於以定型化契約締約之情形。另一方面，就比較法之觀點而言，德國民法第 506 條規定，德國民法關於消費者借貸契約之規定，不得以任何方式為不利於消費者之約定，同時也包含以個別磋商條款排除之情形。

⁴⁷ 然而在行政院金融監督管理委員會所公布之「銀行業暨保險業辦理消費者信用交易廣告應揭示總費用範圍及年百分率計算方式標準」第 7 條第 1 款卻將消費者違約金責任摒除在廣告資訊揭露義務範圍之外，似乎與消保法第 22 條之 1 揭露消費資訊，使消費者可以作為比較分析各家業者交易條件優劣之參考（參見立法理由）之立法精神不符。本文姑且推論，這或許是主管機關考量受限於廣告文宣之篇幅，事實上無法要求企業經營者就所有消費資訊均為揭露所為之折衷。因此，至少在將消保法第 22 條之 1 擴張適用於契約書內容之情況下，企業經營者亦應以年百分率方式揭示消費者之違約金責任。

影響。因此在持卡人未繳納金額愈低時，違約金折算為年利率之數值將會愈高。

由於金錢債務遲延所生之損害通常均得透過客觀標準事前估算，而且亦得透過損害賠償制度獲得補償，因此規定債務人於遲延時應為一定給付之條款，原則上應理解為以簡化損害計算為目的之損害賠償預定條款（Schadenspauschale），而非帶有履約擔保作用之（督促性）違約金條款（Vertragsstrafe）⁴⁸。然而在此種條款中，持卡人之違約責任完全與遲延金額不具任何比例關係。因此在解釋上，除非發卡機構能夠證明規定數額與其因遲延而生之行政費用（例如遲延後寄發催繳通知書所生費用）有關，否則尚難將之理解為損害賠償預定，而係（兼具）履約擔保為目的之違約金條款⁴⁹。

然而依照金錢債務之性質，債權人並無除法定損害賠償請求權外額外獲得履約擔保之需要，債權人得以損害賠償預定條款簡化其損害賠償請求權之行使⁵⁰。條款使用人並無正當利益以定型化契約條款使相對人負擔損害賠償外之違約責任。尤其在消費者負有金錢給付義務之情況下，條款使用人更無使用違約金條款督促履行之利益。因此德國民法第二百零九條第六款明定，若以定型化契約條款使相對人就金錢債務遲延支付違約金者，則該條款為當然無效。

在持卡人遲誤繳款期限之案例中，其發生原因不是由於持卡人一時疏忽，就是因為持卡人喪失支付能力。尤其在持卡人喪失支付能力之情況下，更將造成信用卡帳款之長期拖欠。督促性質之違約金條款不僅無法促使持卡人早日清償帳款，反而加速削弱持卡人之清償能力，使其陷於終身無法清償（永無翻身餘地）之窘境之中⁵¹。在違約金數額隨著持卡人延滯期間逐漸增加之條款中更是如此，因為在持卡人之清償能力越薄弱之情況下，其所應繳納之違約金數額越高。此時違約金條款將對持卡人造成經濟上壓迫，並成為發卡機構掠奪經濟利益之工具。因此，在持卡人遲誤繳款期限中，發卡機構並無額外獲得履約擔保之正當利益，此一違約金條款因違反誠信原則對相對人顯失公平而依消保法第十二條規定無效。

此外，由於違約金數額與持卡人遲誤繳納之金額無關，在持卡人只有少數帳款陷於遲延之情況下，違約金之數額換算為年利率時將得出極高之數值。如此將使持卡人負擔與其違約情節顯不相當之違約責任。此一條款依消保法第十二條規定應屬無效。

⁴⁸ MünchKomm / Basedow, §309 Nr.5 Rn.6.

⁴⁹ BGH NJW 1994, 1532 I. 2.

⁵⁰ AGB-Gesetz / Wolf, §11 Nr.6 Rn.15; AGB-Recht / Hensen, §309 Nr.6 Rn.1; MünchKomm / Basedow, §309 Nr.6 Rn.2; Staudinger / Coester-Waltjen, §309 Nr.6 Rn.13.

⁵¹ 因而現今社會泛稱難以結清卡債（信用卡及現金卡）之人為「卡奴」。



第三節 遲延利息條款

壹、契約條款與實務見解

一、信用卡使用契約

(一) 循環信用利率

信用卡定型化契約範本第十五條第四項規定：「持卡人如未於每月繳款截止日前付清當期最低應繳金額或遲誤繳款期限者，應依第三項約定計付循環信用利息，……」

過去，國內信用卡發卡機構均不問個別持卡人之信用狀況差異，均按同一利率計算循環信用利息。除少數公營行庫外，幾乎所有的發卡機構均以接近甚至等於年息 20% 計息。由於過高的違約責任造成不少社會問題，因此在雙卡債務風暴爆發後，於社會輿論及立法壓力下，金融主管機關始以行政指導¹之方式要求各發卡機構按持卡人信用等級差異，依不同利率計算循環利息。

由銀行公會發佈的統計資料²可得知，全國發卡機構之循環信用利率雖有低至年息 3.65%³者，惟一般均分佈在 6.5% 至 20% 之間。於不少金融機構之利率等級表中，可能除了最低與次低之利率等級外，均在 12% 以上；甚至某家金融機構均在 18% 以上⁴。此外，除了少數公營行庫外，最高利率仍然逼近或等於 20%。

(二) 利息起算時點

(1) 定型化契約範本

信用卡定型化契約範本第十五條第三項則規定：「各筆循環信用利息之計算，係將每筆『得計入循環信用本金之帳款』，自

- 各筆帳款入帳日起
- 各筆帳款結帳日起
- 各筆帳款當期繳款截止日起

(但不得早於實際撥款日)，就該帳款之餘額以年息百分之__ (日息萬分之

¹ 行政院金融監督管理委員會 94 年 12 月 19 日金管銀 (四) 字第 09440010950 號函。

² 信用卡發卡機構採取差別循環信用利率彙整表 (96 年第 2 季)，資料來源：http://www.ba.org.tw/CreditCardData_File/96年度第2季信用卡發卡機構各項費用及收取方式彙整表.xls。

³ 遠東國際商業銀行 (共分 6 級，最低等級為 3.65%，最高等級為 19.71%)。

⁴ 台新國際商業銀行之信用卡 (除代償卡、八八卡)。利率等級如下：8.00%、11.00%、18.25%、18.50%、18.75%、19.00%、19.25%、19.50%、19.75%、20.00%。此種規範方式顯然難以令人認為其有以差別利率計價之意思。

—) 計算至該筆帳款結清之日止(元以下四捨五入)；持卡人於當期繳款截止日前結清全部應付帳款，或繳款後剩餘未付款項不足新臺幣壹仟元，則當期結帳日後發生之循環信用利息，不予計收。(註：銀行對同時持有貴行兩張以上信用卡之持卡人，其循環信用之使用及「得計入循環信用本金之帳款」之計算，如採持卡人歸戶合併處理者(非依卡片類別分開處理者)，應明定於契約。)」

第一條(定義)第七項、第九項及第十項分別規定：「本契約所用名詞定義如下：(7)『入帳日』：指貴行代持卡人給付款項予收單機構或特約商店或為持卡人負擔墊款義務，並登錄於持卡人帳上之日。(9)『結帳日』：係指貴行按期結算持卡人應付帳款之截止日。超過結帳日後始入帳之應付帳款列入次期計算之。(10)『繳款截止日』：指持卡人每期繳納應付帳款最後期限之日。」

(2) 金融業之條款

關於循環信用利息起算時點，信用卡定型化契約範本提供「入帳日」、「結帳日」以及「當期繳款截止日」三種日期供發卡機構選擇。然而根據消基會公布之資料⁵，在50家發卡機構中，有41家以「各筆帳款入帳日」為起息日，佔82%⁶；「自各筆帳款結帳日」為起息日的有4家，佔8%⁷；「自各筆帳款結帳日之次日起」為起息日的有3家，佔6%⁸；自「帳單列印日起」、「自各筆帳款當期繳款截止日起」為起息日的各1家，佔2%⁹。由此可見，實務上銀行多以日期最早之「入帳日」(發卡機構撥款至特約商店之日)為利息起算時點，其中不乏發卡數量較高之銀行。而以「當期繳款截止日」(持卡人之清償期)為起息日者，於市場上僅亞洲信託公司一家。

二、消費性融資貸款

(一) 定型化契約範本

財政部所頒佈之個人購車及購屋貸款定型化契約範本第六條規定：

⁵ 參見：中華民國消費者文教基金會「循環利息起息日有玄機」發布會新聞稿，及信用卡起息日統計表。資料來源：<http://www.consumers.org.tw/attachfile/20060704151218968.doc>。

⁶ 三信商銀、上海商銀、大眾銀行、中國信託、中國國際商銀(現：兆豐國際商業銀行)、中華銀行、日盛銀行、台北國際商銀、台新銀行、台灣大來卡、台灣企銀、玉山銀行、安泰銀行、復華商銀、寶華銀行、花旗銀行、美國運通、第一銀行、荷蘭銀行、台北富邦、安信信用卡公司(現：永豐信用卡公司)、華南銀行、華泰商銀、華僑銀行、陽信商銀、國泰世華、新竹商銀、萬泰銀行、彰化銀行、慶豐銀行、聯邦銀行、台灣新光銀行、渣打銀行、匯豐銀行、友邦國際信用卡公司、遠東銀行、法商佳信銀行、基隆二信、台灣永旺信用卡、高雄三信、奇異信用卡公司。

⁷ 土地銀行、中央信託局、台灣銀行、高雄銀行。

⁸ 中國農民銀行(現：併入合作金庫)、台南企銀(現：京城銀行)、合作金庫。

⁹ 分別為台中商銀(帳單列印日)及亞洲信託(各筆帳款當期繳款截止日)。

「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¹⁰，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。（上述空格處由乙方與甲方自行約定之。惟約定時，利率部分應注意民法第二百零四條及同法第二百零五條等相關規定。）」

至於約定利率則依範本第四條（同應記載事項第四點）規定，金融機構得選擇以基準利率（或其他指標利率）計算，並隨同基準利率變動而調整，或選擇以固定利率計算，當事人並得為其他不同之約定，在未有任何約定之情況下按年息百分之五計算。此外，基準利率應按中央銀行重貼現率、主要銀行定儲平均利率、金融業隔夜拆款平均利率、貨幣市場利率或其他具市場性、代表性、透明化之利率指標加一定比率訂之。

（二）金融業之條款

（1）個人購車購屋貸款

中央信託局個人購置房屋借款契約¹¹第六條規定：「複利及違約金：利息遲付逾一年後經乙方催告不還時，甲方、連帶債務人同意乙方得將遲付之利息滾入原本計算複利。甲方、連帶債務人未依本契約規定期限清償本息時，乙方得自遲延日起至清償日止對遲延本金及利息計收違約金，其逾期在六個月以內者應按第四條所定利率之一成計收逾期違約金，逾期在六個月以上者其超過六個月部分按第四條所定利率之二成計收逾期違約金，至全部借款清償為止。」第四條之約定利率則以定儲利率指數加碼計算，並隨同利率指數變動而調整。

聯邦商業銀行股份有限公司借款契約書（汽車貸款專用）¹²第五條規定：「甲方如遲延還本或付息時，本金自到期日起，利息自繳息日起，逾期在六個月以內部分，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。」依照契約書第四條規定，約定利率原則上按固定利率計算，未約定時依年息百分之五計算。

（2）就學貸款

台北富邦銀行高級中等以上學校學生就學貸款借據¹³第五條規定：「遲延利息及違約金之計付方式：（一）借款人不依約還本或付息時，應按第

¹⁰ 此一條款將本金及利息一併作為計罰違約金之本金，是否構成違反民法第 233 條第 2 項、民法第 207 條規定之立法意旨，似有檢討之空間。不過此時仍不排除貸與人依民法第 233 條第 3 項證明損害後就利息遲延請求損害賠償。Vgl. Medicus, SchR AT, Rn.406.

¹¹ 資料來源：http://www.ctoc.com.tw/internetdata/bank/form_bankcln1201d.doc。

¹² 資料來源：http://www.ubot.com.tw/a/download/a07_01.doc。

¹³ 資料來源：https://ebank.taifeifubon.com.tw/ibank/html/pages/jsp/home_school.jsp?onlink=ibank。
（本文作者個人申請資料）

四條第(二)款約定利率計付遲延利息，但經 貴行轉列為催收款者，利息自轉列催收款之日起改依當時 貴行牌告基準利率加碼年息百分之一計算，嗣後 貴行調整上開基準利率時，自調整日起按新利率加原碼距計息。

(二) 借款人遲延還本或付息時，本金自到期日起，利息自應付息日起，照未還本金餘額，其逾期在六個月以內部分，按本借款利率百分之十，逾期超過六個月部分，按本借款利率百分之二十計付違約金。」

三、小額信用貸款（現金卡）

（一）契約條款

台新銀行 Story 生活故事現金卡信用貸款約定書¹⁴第九條規定：「立約人同意如遲延還本或付息時，自應付還本日或付息日之翌日起算至清償日止，依年利率 20% 計算遲延利息。倘有債務視為全部到期時，立約人同意自債務全部之應付還款日（到期日）起至清償日止，按年利率 20% 計算遲延利息¹⁵。」第二條規定：「現金卡利率及各項費用：……3. 遲延利率：延滯期間年利率 20%。……7. 違約金：無。……」

此外，在某些金融機構之小額信用貸款契約中係以借款利率附加違約金之方式規範借款人之違約責任。在實務上有如同普通銀行貸款契約一般依照「遲延六個月以內之部分，依照約定利率之 10%，遲延超過六個月之部分，依約定利率之 20%」之標準計算者¹⁶，亦有如同部分信用卡使用契約一般，無論借款人遲延金額多寡均依同一金額（通常為新台幣 200 元）按月計付違約金者¹⁷。至於借款利率之等級，依照銀行公會之統計資料¹⁸，則散佈在年息 3.99% 至 20% 之間，原則上均在年息 10% 以上。

（二）實務見解

台北地院 95 簡上 525 號判決

「況違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損

¹⁴ 資料來源：<https://my.taishinbank.com.tw/RB53/RB53020100.jsp?vc=08>。

¹⁵ 採取此種規範模式者：大眾銀行、台北富邦銀行、日盛銀行、第一銀行、萬泰銀行、新光銀行、華南銀行、中華商業銀行、中國信託、台新銀行。均按年息 20% 計算遲延利息。

¹⁶ 採取此種規範模式者：中央信託局、玉山銀行、高雄銀行、三信商銀、土地銀行、國泰世華銀行、寶華銀行、台北國際商業銀行。此外，華泰商業銀行則不論遲延期間長短，均按約定利率之 10% 計算違約金。

¹⁷ 採取此種規範模式的有：香港上海匯豐銀行。曾經採取此種規範模式者：大眾銀行（Much 現金卡）、慶豐銀行（Holy 現金卡）。

¹⁸ 參見：「現金卡發卡銀行收取利息、各項費用及其(利)費率調查表」（95 年 9 月 12 日版），資料來源：資料來源：http://www.ba.org.tw/CashCardData_File/「現金卡發卡銀行收取利息、各項費用及其(利)費率調查表」.doc。

害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。倘債務人於違約時，仍得任意指摘原約定之違約金額過高而要求核減，無異將債務人不履行契約之不利益歸由債權人分攤，不僅對債權人難謂為公平，抑且有礙交易安全及私法秩序之維護（最高法院 92 年度台上字第 2747 號判決要旨參照）。經查，依兩造間所簽立之借據第 4 條明文約定：『借款人如未按期攤還本息時，自當期帳單次日起算至償還日止，依當時累計應償還本金餘額按年利率 20% 加付違約金。』，是以兩造於訂約時，上訴人既已衡量其履約之能力，本諸自由意志而與被上訴人訂約，除非上訴人舉證證明違約金確有過高而顯失公平，否則上訴人即應受上開約定之拘束。上訴人雖辯稱目前銀行業對無擔保放款之平均年息為 6.672%，因認違約金過高，並提出網路公告之金融機構基本放款利率表一份為據，惟所謂基本放款利率表係指銀行對其最優良之客戶的短期放款利率，至於實際貸放利率必須再根據客戶信用狀況、存款實績、貸款金額、貸款期限、是否提供擔保品、市場競爭狀況，以及市場利率水準後，再加減碼後才是真正的放款利率，況該放款利率係屬利息之性質，而違約金不論為懲罰性或損害賠償之性質，均與利息之性質不同（最高法院 84 年台上字第 1632 號判決要旨參照），是以上訴人以上揭情詞辯稱本件違約金過高，核非有據，而本件所約定之違約金，並未逾民法第 205 條最高週年利率 20%，而未違反任何強制或禁止規定，難認該違約金約定有何過高情事，上訴人請求酌減，尚非可採。」

四、違約責任型態

債務人陷於支付遲延時，依照民法第二百三十三條第一項規定，債務人有依法定利率或約定利率支付遲延利息之義務。遲延利息之目的在於填補貸與人因遲延而生之損害，具有損害賠償之性質。然而由於金錢債務之遲延損害往往難以證明，而且法定利率之往往較低，因此在實務上金融機構無不於條款中明定借款人遲延時有按約定利率計算利息及違約金之義務。

在金融機構之定型化契約條款中，一般而言大多以遲延利息附加違約金條款之方式規範債務人之違約責任。遲延利息之利率，在銀行貸款契約中—無論條款是否明確規定—通常是援用原訂貸款利率計算，而在信用卡使用契約中則參酌循環信用利率計息。至於違約金條款則以「於逾期六個月以內時應按約定利率之百分之十，逾期六個月以上者應按約定利率之百分之二十加計違約金」之條款最為常見，在雙卡契約（信用卡及現金卡）

中還有許多不同型態之違約金條款。

至於利率計算方式，在一般消費性融資貸款中有以浮動利率計算者，亦有採取固定利率計息。約定利率數額通常與市場利率差距不大。至於在雙卡契約中則一概的以固定利率方式計息，惟金融機構可依債務人之信用狀況調整其利率等級¹⁹。其利率數額則與市場利率差距較大，利率等級一般均在年息百分之十二以上，最高利率大多逼近或等於年息百分之二十。此外，在小額信用貸款契約中，亦有部分金融機構未援用貸款利率計息，而直接規定按年息百分之二十之利率計算遲延利息。

貳、較高之「約定利率」

民法第二百三十三條第一項規定：「遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。但約定利率較高者，仍從其約定利率。」依照該條規定，若約定利率較法定利率為高時，則按約定利率計算遲延利息²⁰。實務上於契約中約定利率之情形頗為常見，除了專門針對遲延利息所約定者外，更常見的是僅就借款使用約定利息者。民法第二百三十三條第一項之「約定利率」究竟僅包含前者，或者同時兼顧後者，在學說上有不同的意見²¹。

有見解認為，民法第二百三十三條第一項之「約定利率」應採廣義解釋，除了專門針對遲延利息所訂定者外，亦應包含遲延前所適用之利率。否則，一旦債務人陷於遲延，即應改用較低之法定利率計息，將造成債務人之責任因遲延而減輕，造成債務人處境因違約而改善之不合理情形²²。最高法院 22 年上字 3536 號判例指出：「遲延之債務以支付金錢為標的者，不問其債務是否原應支付利息，債權人均得請求依法定利率計算之遲延利息，不過『應付利息之債務』，有較高之約定利率時，從其約定利率計算遲延利息，……」，似乎採取此一見解²³。

然而另有見解認為，在分期償付之貸款法律關係中，若金融機構已經依「期限利益喪失條款（Verfalligkeitsklauseln）」請求債務人提前請求剩餘之全部款項時，應認為分期償付之貸款契約已經歸於終止，債務人已無使

¹⁹ 此種條款授權條款使用人單方的調整對價數額，一定程度上將對相對人造成不利。尤其利率之變動完全與市場利率及經營成本變動無關，完全取決於發卡銀行對持卡人之信用評等。如此將使持卡人遭受締約時所無法預見之對價調整。因此，此種條款之效力及對相對人利益之補救，將成為重要課題。對此，德國民法第 308 條第 4 款規定，係以系爭條款是否在考量條款使用人正當利益之情況下為相對人可期待為其判斷標準。

²⁰ 惟若約定遲延利息之利率低於法定利率時，例如生前殯葬服務定型化契約範本（自用型第 13 條、家用型第 11 條）規定按年息 3.65% 計算遲延利息時，債權人是否亦得援引民法第 233 條第 1 項規定按較高之法定利率計息，在解釋上即產生疑問。

²¹ Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.1f; MünchKomm / Ernst, §288 Rn.22ff.; Medicus, SchR AT, Rn.406; 黃茂榮，債法各論：第一冊，第 176 頁，註 48。

²² 孫森焱，民法債編總論，第 553 頁；胡長清，中國民法債篇總論，第 310 頁。

²³ 另參見：最高法院 80 台上 2848 號判決。

用借款之權限²⁴。在契約終止後，除契約曾就個別事項為保留外，原則上自終止時起向後失其效力。因此，除契約條款就終止後之遲延約定利率外，原則上應按法定利率計算遲延利息²⁵。惟此時金融機構仍得援引民法第二百十六條第二項規定，選擇以抽象方式（die abstrakte Berechnung）計算其因遲延而生之損害，並依民法第二百三十三條第三項及第二百三十一條第一項規定請求賠償²⁶。

前者之見解似乎得以立法理由作為依據。民法第二百三十三條第一項之立法理由²⁷指出，金錢債權本有約定利率，其利率超過法定利率者，應按約定利率計算遲延利息。此外，若由比較法之觀點出發，修正前之德國民法第二百八十八條第一項第二句²⁸，無論在條文文義、立法沿革及規範目的，均以債權人得按遲延前之約定利率繼續計算利息為規範前提²⁹。

然而後者之見解則由契約終止之效力及損害賠償制度之目的出發，認為債權人就終止後之約定利率並無期待利益，自無請求賠償之權利。德國實務見解則認為，於分期攤還之貸款契約因消費者遲延而提前終止時，金融機構不得毫無限制的按貸款利率繼續計算利息。金融機構得以市場通常應得之毛利率（die marktüblichen Bruttosollzinsen）計算遲延損害，或者準用德國民法第六百二十八條第二項³⁰規定，繼續請求貸款利息至利息總額達原定貸款利息總額為止³¹。德國民法第四百九十七條第一項³²亦不允許貸與人得按貸款利率繼續計息³³，僅得按抽象或具體之損害方式所得出之損害數額請求賠償³⁴。

²⁴ 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第9頁及第18頁。

²⁵ 黃茂榮，債法各論：第一冊，第176頁。

²⁶ Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.39 ff; 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第9頁。

²⁷ 民法第233條第1項立法理由：「查民律草案第371條理由謂金錢債權，債權人於清償期仍未受給付者，債務人當然任遲延之責，應使債權人得依法定利率（第203條），請求遲延利息。但其金錢債權本有約定利率，而其約定利率，超過法定利率者，應依約定利率計算遲延利息。故設第一項以明其旨。」

²⁸ 修正前之德國民法第288條第1項第2句：「債權人得依其他法律基礎請求較高利息者，則應繼續繳納。」

²⁹ MünchKomm / Ernst, §288 Rn.22.

³⁰ 德國民法第628條第2項：「契約終止係因一方違約行為而生者，應賠償因僱傭關係消滅而生之損害。」該條規定相當於我國民法第489條第2項。

³¹ BGH NJW 1988, 1967 (= BGHZ 104, 377 = WM1988, 929); Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.3; Staudinger / Sibylle Kessal-Wulf §497 Rn.10; MünchKomm / Habersack, §497 Rn.11; Medicus, SchR AT, Rn.406.

³² 德國民法第497條（遲延利息與一部抵充之處置）第1項：「借用人基於消費者借貸契約所負擔之支付義務陷於遲延者，其應依民法第288條第1項規定就其債務金額計付利息；不動產擔保之金錢借貸契約亦同。在此種契約中遲延利息利率數額為基礎利率加計年息2.5%。在個案中貸與人可以證明較高或借用人可以證明較低之損害。」該條規定之前身為消費者借貸法第11條第1項。

³³ Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.46.

³⁴ 至於債權人是否得按現行德國民法第288條第3項（前身為修正前之第288條第1項第2句）規定繼續計算利息，至今學說上仍存有爭議。蓋現行德國民法第288條第3項規定債權人得按「其他法律基礎（aus einem anderen Rechtsgrund）」請求較高之利息，並未明確表示「其他法律基礎」是否包含遲延前所適用之約定利率。Vgl. MünchKomm / Ernst, §288 Rn.24.

對此，本文認為遲延利息之法律性質為金錢債務遲延之損害賠償，此一問題之解答自應由損害賠償制度之觀點出發。在銀行貸款契約中，借款利息係作為貸與人容忍借款人自由使用借款之對價。於借款因還款期限屆至或於餘額借款提前到期而應返還者，貸與人即無容忍借款人繼續使用借款之義務，當無請求借款人繼續支付利息之權利³⁵。況且在貸款契約締結之時，貸與人僅就借貸期限之利息有期待利益³⁶。在分期攤還之借款契約中，縱然參酌原定貸款利率計算所失利益，亦不得逾越各期分期款之清償期。因此就填補損害之角度而言，法律並無將遲延前之借款利率擬制為遲延損害之實質上正當理由。

另一方面，損害賠償制度雖然可透過賠償責任達成一定之預防效力，然而這只是因填補損害而生之反射效力，並非損害賠償制度固有之作用³⁷。因此在解釋損害賠償之規範時，不宜考量填補損害以外之其他要素。部分學說見解認為民法第二百三十三條第一項但書之「約定利率」應包含遲延前所適用之利率，其理由不外乎為債務人之處境將因違約而獲得改善，將造成道德風險³⁸。依此見解，遲延利息除用於填補遲延損害外，同時帶有獨立的預防作用，難以在損害賠償制度中取得適當之立足點。

況且，前述學說見解所稱之稱之道德風險實際上並不存在。蓋於借款人陷於遲延時，貸與人得於滿足民法第三百八十九條之要件下，類推適用民法第二百五十四條或第四百四十條規定提前終止貸款契約³⁹。此時借款人於必須立即償還全部借款，且必須隨時顧慮擔保喪失或其責任財產遭受強制執行。借款人尚不致於為了適用較低之利率，甘冒契約終止之重大風險。在銀行貸款契約中，金融機構甚至可將其遲延還款之情事通知財團法人金融聯合徵信中心⁴⁰，因違約行為所伴隨之信用破產將使其留下不良紀錄，其嗣後向貸與人或其他金融機構申辦融資貸款或其他金融服務將更為困難。因此，借款人為了貪圖蠅頭小利而刻意違約，其結果往往是得不償失⁴¹。預防道德風險尚不足以作為繼續適用貸款利率之理由⁴²。

據此，本文認為，民法第二百三十三條第一項但書所稱之「約定利

³⁵ BGH NJW 1988, 1967 (=BGHZ 104, 377) .

³⁶ BGH NJW 1987, 184 (= WM 1986, 1466) ; Medicus, SchR AT, Rn.406.

³⁷ Steltmann, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, S.66.

³⁸ 孫森焱，民法債編總論，第 553 頁；胡長清，中國民法債篇總論，第 310 頁。

³⁹ 楊淑文，民事實體法與程序法爭議問題，第 85 頁以下，第 108 頁至第 111 頁。

⁴⁰ 參見：信用卡定型化契約範本第 4 條、個人購車及購屋貸款定型化契約應記載事項第 7 點第 1 項、個人購車及購屋貸款定型化契約範本第 9 條第 1 項。

⁴¹ Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.20; Staudinger / Sibylle Kessal-Wulf, §497 Rn.1.

⁴² Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.20.然而 Sibylle Kessal-Wulf 則認為，「精心算計」之債務人實際上未必會將前述不利益納入考量。其可透過遲延付款誘使貸與人提前終止貸款契約（或其他消費者融資契約），並適用利率較低之遲延利息。消費者借貸法草案第 11 條（相當於消費者借貸法第 12 條、現行德國民法第 498 條之規定）第 3 項規定貸與人得繼續請求貸款利息，直到締約時所核算之利息總額為止。惟上述規定並未通過成為法律（BT-Drucks 11 / 8274, S.22.），因而現行德國民法並無任何規定可反制借款人為此種投機取巧之行為。Vgl. Staudinger / Sibylle Kessal-Wulf, §497 Rn.1.

率」，應專指當事人於契約中專門針對債務人遲延所約定之遲延利息利率（die Verzugszinsenspauschale）。同時亦可推知，民法第二百三十三條第一項但書並未擔保貸與人至少可獲得相當於原定貸款利率之賠償。因此，法律並未賦予債權人繼續按約定利率請求利息之權限⁴³。若條款使用人以定型化契約條款規定援用原定貸款利率計算遲延利息者，仍應於個案中檢驗其數額是否與貸與人之損害相當。

參、遲延利息之效力

一、總說

於金錢債務陷於遲延時，債務人有依法定利率或約定利率支付遲延利息之義務。於金融交易實務上大多援引約定利率計算遲延利息。然而實際上約定利率數額未必均與債權人之損害數額相當。尤其在雙卡契約中，遲延利息利率往往超過市場利率水平甚多，因而造成對債務人造成沈重的負擔。雖然法院實務有不少判決以附加之違約金條款係規避利率限制規範之規定，法院得依民法第二百五十二條規定核減之。惟於上述判決中，縱然利率高達年息百分之十七，甚至是逼近年息百分之二十，法院均未就其效力為任何指摘。實務見解似乎認為，凡約定利率未逾越民法第二百零五條之限度，無論數額是否與損害相當，均屬有效約定，任何人均不得指摘其效力⁴⁴。

然而，遲延利息係金錢債務遲延之損害賠償，與民法第二百三十一條第一項之遲延損害賠償並無不同。民法雖允許債權人以較高之約定利率計算遲延利息，惟此時仍應受到損害賠償制度之原則限制。損害賠償制度之目的在於填補債權人之損害，而非使其除填補損害外更受有利益。於金錢債務遲延之情況下，債權人之損害係無法回收資本轉貸第三人之利息損失。國內目前市場利率低靡之情況下⁴⁵，逼近年息百分之二十之遲延利息利率，顯然與金融機構之遲延損害顯不相當。其條款之效力應值得商榷⁴⁶。

由於金錢債務具有難以證明之特性，而且法定利率之數額通常較低，在實務上金融機構均按約定利率計算遲延利息。然而民法第二百三十三條第一項但書之「約定利率」是否包含遲延前所適用之利率，以及凡利率數額未超過年息百分之二十是否均一概有效，這些在學說及實務中均有爭議。遲延利息之法律性質應為金錢債務遲延而生之損害賠償，因此在探討此一議題以前，應先釐清在金融機構於消費者遲延時通常發生之損害數

⁴³ Staudinger / Sibylle Kessal-Wulf, §497 Rn.11.

⁴⁴ 台北地院 92 簡上 191 號、93 簡上 312 號判決、95 簡上 525 號判決。

⁴⁵ 國內金融機構 96 年第 1 季放款加權平均利率約在 2.78% 至 3.52% 之間。

⁴⁶ 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第 5 頁及第 19 頁；氏著，民事實體法與程序法爭議問題，第 85 頁以下，第 112 頁。

額。此時必須分析金融機構於遲延時之損害項目，並透過抽象之損害計算方式估算其數額。

二、遲延損害之數額

民法第二百十六條第一項規定，損害賠償原則上以賠償債權人所受損害及所失利益為限。於金錢債務遲延之案例中，債權人將無法回收資金從事其他投資獲利，因而受有所失利益之損害；於債權人有其他融資管道可資利用時，則得以替代資金從事其他融資活動，其損害將轉為因取得替代資金所支付之利息⁴⁷。在此一基礎上，分別由所失利益及所受損害出發，金融機構遲延損害之抽象計算有兩種不同的計算方式⁴⁸。

其中一種方式是由所失利益之觀點出發，認為金融機構得請求再投資利息（der Wiederanlagezins）作為損害賠償。金融機構主要是以辦理放款及從事各項投資活動獲取利潤⁴⁹。借款人未按時清償借款，金融機構將無法收回資金繼續投資收取利潤，因而受有所失利益之損害。依民法第二百十六條第二項規定，金融機構得以從事投資通常可取得之利息作為遲延損害。依此，金融機構得以市場上通常可取得之毛利率（die marktüblichen Bruttosollzinsen）作為其損害數額之計算標準，亦即以金融機構全部運作中之貸款交易為基礎所得出之平均值為準⁵⁰。

另一種觀點則由所受損害之角度出發，認為金融機構僅因負擔資金取得成本（Refinanzierungskost）及支出行政費用（Verwaltungsaufwand）而受有損害。雖然借款人遲延償還借款將使金融機構無法利用該筆資金，然而金融機構擁有相當廣泛之融資管道，可以由資金市場或者透過中央銀行及同業間之短期融通取得資金，並以之替代遲延之借款從事各項投資活動。因而除非金融機構之放款總額已達法定上限⁵¹，否則其將不因債務人遲延而錯失任何投資機會，並不因此受有所失利益之損害⁵²。取而代之的是，取得替代資金之費用以及因遲延所增加之行政成本。於分析多年之統計資料後，德國民法認為其數額為基礎利率（Basiszinsatz）⁵³加計百分之

⁴⁷ 黃茂榮，債法總論：第二冊（增訂版），第109頁至第110頁，註8。

⁴⁸ Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.11ff.

⁴⁹ 關於銀行經營業務，參見銀行法第3條規定。

⁵⁰ Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.12; Staudinger / Sibylle Kessal-Wulf, §497 Rn.10; MünchKomm / Habersack, §497 Rn.11.

⁵¹ 銀行法第72條規定：「商業銀行辦理中期放款之總餘額，不得超過其所收定期存款總餘額。」第72條之2規定：「(1) 商業銀行辦理住宅建築及企業建築放款之總額，不得超過放款時所收存款總餘額及金融債券發售額之和之百分之三十。但下列情形不在此限……（節錄）。(2) 主管機關於必要時，得規定銀行辦理前項但書放款之最高額度。」

⁵² Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.2; MünchKomm / Habersack, §497 Rn.19; Martis / Meinhof, Verbraucherschutzrecht, S.481 (M. Rn.41).

⁵³ 在1999年1月1日以前為重貼現率（Diskontsatz）。德國於1999年1月1日適用歐元時起，即依重貼現率銜接法（DÜG）以基礎利率取代重貼現率。目前依德國民法第247條規定，基礎利率應於每年1月1日及7月1日調整。自2007年7月1日起為3.19%。資料來源：維基百科

五，其中包含基礎利率加計百分之三⁵⁴之資金取得成本以及額外百分之二⁵⁵之行政費用⁵⁶。

無論是由資金取得成本還是由投資可預期之利益出發，透過抽象損害計算所得出之損害數額均非固定數值，而是與當時資金市場供需狀況有密切的關係。由此可推知，金融機構在以定型化契約條款規範債務人違約責任時，應將市場利率納入考量。亦即，於定型化契約條款中規定遲延利息之利率者，應參酌具有市場代表性之指標利率⁵⁷，並隨之機動調整。否則在利率下降時，將使遲延利息利率與實際損害脫節，進而導致條款無效⁵⁸。學說上亦有認為得參考德國民法第四百九十七條第一項規定，以央行重貼現率（Diskontsatz）加計百分之五⁵⁹為標準抽象的計算遲延損害，並以之作爲檢驗定型化契約條款是否有效之依據⁶⁰。若以民國九十六年六月份之央行重貼現率（3.125%）作為基礎時，其數額應為年息 8.125%⁶¹。此外，在契約中訂有遲延損害數額之約定者，若貸與人能證明有其他損害存在時，自得援依民法第二百三十三條第三項規定主張之⁶²。

除了前述兩種損害計算方式外，於貸與人類推適用民法第三百八十九條及第四百四十條規定提前終止貸款契約時，金融機構亦得請求因貸款提

（德文）：<http://de.wikipedia.org/wiki/Basiszins>。

⁵⁴ 再融資費用（Refinanzierungskosten）係以 1971 年至 1986 年 5 月間，以 3 個月為期之同業融通利率（Zinse für Dreimoatsgelder im Interbankengeschäft）為基礎，與同時期之聯邦銀行之重貼現率相互比較之結果。經計算後其數值約略超過重貼現率 2%，在考量政策因素（例如：銀行有提列準備金之義務、重貼現率與貨幣政策之關連）以及資金市場之成本之後，立法理由將其數額訂為重貼現率+3%。Vgl. Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.15.

⁵⁵ 作業費用（Bearbeitungsaufwand）則是以 1968 年至 1984 年間所有貸款業務之一般行政費用（Verwaltungsaufwand）為基礎，其平均值約為借款總額之 1.5%。在考量貸款方面合理所增加之費用後，立法理由將之訂為 2%。Vgl. Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.16.

⁵⁶ BT Drucks 11 / 5462, S.25; Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.15; Staudinger / Sibylle Kessal-Wulf, §497 Rn.1; AGB-Gesetz / Wolf, §9 D33.

⁵⁷ 例如：中央銀行貼放利率、台北金融業拆款定盤利率（TAIBOR）、存放款加權平均利率、五大銀行（台銀、合庫、三商銀）新承作放款利率等。

⁵⁸ AGB-Gesetz / Wolf, §11 Nr.5 Rn.19; BGH NJW 1987, 184 II. 2.

⁵⁹ 此外，德國民法第 497 條第 1 項對於不動產抵押之借貸契約（Immobilienkreditverträge）設有特別規定，其遲延利息依照基礎利率加計 2.5%之標準計算。此一規定乃消費者借貸法第 11 條所無。vgl. Martis / Meinhof, aaO., S.472 (M. Rn.1).

⁶⁰ 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第 20 頁。德國民法第 506 條規定，德國民法第 497 條第 1 項所規定之遲延利息利率，不得為不利於消費者之變更，縱使貸與人以個別磋商條款約定者，亦同。因此，對於損害總額預定條款之效力，於消費者貸款契約中，德國民法第 497 條與第 506 條規定之標準較德國民法第 309 條第 5 款更為嚴格，若遲延利息超過通常損害者，無論以定型化契約條款或個別磋商條款訂定者，均為無效。Vgl. Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.36; Staudinger / Sibylle Kessal-Wulf, §497 Rn.16; MünchKomm / Habersack, §497 Rn.23.

⁶¹ 由德國民法第 497 條第 1 項之立法理由可得知，損害抽象計算之標準係以金融業同業短期融通利率（基於規範上便利與重貼現率聯繫）外加平均行政成本為準（Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.15f.）。我國金融業同業拆款利率（3 個月期）之數額通常與央行重貼現率相當，目前甚至低於央行重貼現率（2.073%：3.125%）（2007 年 6 月 22 日央行重貼現率調整之時）。因此，適用「重貼現率+5%」之標準所得出之數值事實上已經大於其損害數額，以之作爲審核條款效力之標準對金融業已屬特別優待。

⁶² Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.51.

前到期所未能獲得之利息收益作為不履行之損害賠償⁶³。蓋依民法第二百十六條第二項規定，債權人依既定計畫可預期之利益得作為所失利益請求損害賠償。惟此一損害賠償應以契約約定之利息收益總額為限，蓋於借款人信守契約時，金融機構亦僅得請求貸款利息至各期借款清償期為止，在此之後之利息尚非貸與人依約可預期之利益，自不得以之為所失利益請求損害賠償⁶⁴。

此外，貸與人請求依貸款契約可預期之利息收益，損害之數額在個案中受到契約約定利率與借款分期攤還方式影響⁶⁵，故其計算方式屬於具體之損害計算方式，不適合以定型化契約條款抽象的規定。因此貸與人在類推適用民法第四百八十九條第二項規定主張此項損害時⁶⁶，應主張並證明個案所得請求之利息總額。若貸與人之債權於原定還款期限屆滿前因借款人清償或藉由強制執行程序獲得滿足者，依損益相抵原則自應將其免除給付之利益自其中扣除，亦即應將貸與人收回借款轉貸他人可獲取之利息收益予以扣除⁶⁷。

三、遲延利息條款

(一) 消費性融資貸款

(1) 附加之違約金條款

金錢債務陷於遲延時，依照民法第二百三十三條第一項規定，債務人應依法定利率向債權人支付遲延利息。此一遲延利息之目的在於填補債權人因遲延而生之損害，具有損害賠償之性質。在實務上，金融機構均在定型化契約條款中明定借款人遲延還款之違約責任，藉以簡化損害賠償請求權之行使，其法律性質原則上應理解為簡化賠償額計算之損害賠償預定 (Schadenspauschale)。

損害賠償依民法第二百十六條第一項規定，原則上以填補債權人所受損害及所失利益為限。由此一規定可以推論出損害賠償制度之基本原則，亦即損害賠償之目的在於填補債權人因損害事件而生之損害。在金錢債務遲延之情況下自無例外之理。金融機構以定型化契約條款規範借款人之遲延責任時，原則上亦應符合損害賠償制度之基本目的，在條款中所規範之

⁶³ Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.3; Staudinger / Sibylle Kessal-Wulf, §497 Rn.11.

⁶⁴ BGH NJW 1987, 184; Staudinger / Sibylle Kessal-Wulf §497 Rn.10; MünchKomm / Habersack, §497 Rn.11.

⁶⁵ 由於依照契約借款原本係分期到期，且僅有未到期之借款始應按借款利率計息。因此在損害計算時，必須考量每期借款之到期日、金額以及剩餘借款之數額等因素。

⁶⁶ BGH NJW 1988, 1967 (= BGHZ 104, 377 = WM1988, 929); Bülow, VerbrKrG, §11 Rn.3; Staudinger / Sibylle Kessal-Wulf §497 Rn.10; MünchKomm / Habersack, §497 Rn.11; Medicus, SchR AT, Rn.406.

⁶⁷ 反之，於貸與人實現其債權以前，由於其應繼續支付資金取得成本與行政費用，故無庸扣除「節省」之費用。Vgl. Staudinger / Sibylle Kessal-Wulf, §497 Rn.11.

違約責任必須與其通常因遲延而生之損害相當⁶⁸。否則該條款將使相對人負擔顯不相當之賠償責任，並同時抵觸民法第二百十六條之立法意旨，依照消保法第十二條第二項第一款、第二款及其施行細則第十四條第三款規定，因違反誠信原則對相對人顯失公平而無效。

於國內金融實務中，借款人之違約責任通常是以遲延利息外加違約金方式規範。其中最為常見的是，金融機構於借款人遲延後除繼續援用貸款利率計算遲延利息外，並按「遲延六個月以內之部分，依照約定利率之百分之十，遲延超過六個月之部分，依約定利率之百分之二十」之標準計算違約金。此種條款在外觀上雖與遲延利息分離規定，但在解釋上仍不得認為其為「懲罰性違約金」。蓋於借款人遲延時，金融機構除受有利息損失外，亦因行政費用增加而受有損害。在金融機構援用貸款利率計算遲延利息之情況下，應可推知其有意以附加之違約金條款預定行政費用之損失，其法律性質仍屬損害賠償預定。因此，於檢驗條款之效力時，仍應斟酌違約金數額與金融機構之一般損害是否相當，必要時應將遲延利息與違約金合併計算。

(2) 繼續計息條款

於國內金融實務中，若借款人遲延還款時，金融機構一般均按原定貸款利率繼續計算遲延利息。惟於實務上所使用之貸款契約書中，甚至在主管機關公告之定型化契約範本中，多未規定金融機構是否得按原定利率繼續計息。如前所述，民法第二百三十三條第一項但書之「約定利率」專指損害總額預定之約定（損害賠償預定性違約金），並未涵蓋原定貸款利率。金融機構自不得援引該條規定填補條款規範之空白。

由於實務上借款人之違約責任均以遲延利息附加違約金之方式規範，而違約金之數額通常是以貸款利率之一定成數計算。若遲延利息非以貸款利率計算時，在條款架構上將呈現不自然之狀態；惟條款亦未明文規定援用貸款利率計算遲延利息，似應回歸適用法定利率計息。在解釋上，金融機構是否得以貸款利率計算遲延利息在即產生疑義。此時，依消保法第十一條第二項規定，於條款內容有疑義時，應為有利於相對人之解釋。據此，原則上⁶⁹應認為上述條款並未規定貸與人得按貸款利率計算遲延利

⁶⁸ 楊淑文，民事實體法與程序法爭議問題，第 85 頁以下，第 112 頁；氏著，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第 19 頁。

⁶⁹ 惟應注意的是，按約定利率計算遲延利息並非均對借款人不利。尤其在放款利率低於法定利率之時期，依照約定利率計算遲延利息反較適用法定利率更為有利。此時，若認為於約定利率較低時按約定利率計息，而於法定利率較低時應按法定利率計息，將有割裂解釋契約條款之疑慮。蓋依消保法第 11 條第 2 項為有利於相對人之解釋，係針對抽象一般之情形認定，難以得出割裂適用之結果。此一問題應歸咎於我國民法係以固定之法定利率計算遲延利息。依定額之法定利率計息在計算上雖然較為簡便，然而也無法反應市場利率之變動。於實際案例中，縱然契約並未明定應按約定利率計息，如金融機構已按較低之約定利率計算遲延利息者，似應解為其已默示拋棄約定利率與法定利率間之差額。

息⁷⁰。

此外，實務上亦有部分契約明文規定，於借款人遲延償還本息時，應按原定貸款利率（繼續）計算遲延利息⁷¹。亦即於定型化契約條款中規定以原定貸款利率計算遲延損害。然而，民法第二百三十三條並未確保貸與人至少可獲得與原定貸款利率相同之損害賠償，因此「繼續計息條款」並非當然有效，仍應於個案中檢驗其約定利率是否與金融機構之通常損害數額相當⁷²。

在貸款契約約定以固定利率方式計息之情況下，貸款利率並不隨同市場利率變動而調整。若繼續援用原定貸款利率計算遲延利息，於市場利率大幅下滑之時，將使借款人負擔與損害數額顯不相當之賠償責任。此時，繼續計息條款將違反誠信原則對相對人顯失公平而無效⁷³。惟若契約約定以伴隨一定市場指標利率調整之機動利率計息時，且最初約定之貸款利率並未逾越合理限度時，則援用貸款利率計算遲延利息，尚不至於造成約定賠償數額與實際損害顯不相當之情形，尚屬有效之規定⁷⁴。

（二）雙卡契約⁷⁵

在遲延利息之法律問題中，近年來在實務上最為重要且最具爭議的是，信用卡使用契約及小額信用貸款（現金卡）契約之遲延利息。由於雙卡契約屬於無擔保授信⁷⁶，金融機構大多收取高額利息作為承擔風險之對價⁷⁷，並於消費者遲延繳款時課與沈重之違約責任。與其他消費性貸款契約相同的是，雙卡契約之違約責任大多以遲延利息附加違約金之方式規範。然而違約金條款之形式卻呈現多樣化，並且約定利率之數額往往超出市場利率頗多。雖然在主管機關之行政指導下，許多金融機構已經改依差別利率計算雙卡利息。然而在多數金融機構之利率分級表中，利率等級普遍高於年息百分之十二以上，最高等級甚至逼近或等於年息百分之二十。

姑且不論附加之違約金條款之效力，高額之遲延利息往往已經造成消費者之沈重負擔。雖說利率並未直接牴觸民法第二百零五條規定，然而不

⁷⁰ 於「約定利率」無法作為計算遲延利息之標準時，債權人仍得依民法第 216 條第 2 項規定，改以「抽象的損害計算方式」計算貸與人之損害數額。此時，「央行重貼現率+5%」應得作為債權人抽象損害之計算標準。

⁷¹ 參見台北富邦銀行高級中等以上學校學生就學貸款借據第 5 條第 1 款。

⁷² BGH NJW 1988, 1967 (=BGHZ 104, 337)。

⁷³ AGB-Gesetz / Wolf, §11 Nr.5 Rn.19; BGH NJW 1987, 184 II. 2.

⁷⁴ AGB-Gesetz / Wolf, §11 Nr.5 Rn.19.

⁷⁵ 相關問題另參見：楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第 18 頁至第 19 頁。

⁷⁶ 銀行法第 13 條：「本法稱無擔保授信，謂無前條（按：第 13 條之前條係第 12 條之 1，惟此處所指者乃第 12 條規定）各款擔保之授信。」第 12 條：「本法稱擔保授信，謂對銀行之授信，提供左列之一為擔保者：一 不動產或動產抵押權。二 動產或權利質權。三 借款人營業交易所發生之應收票據。四 各級政府公庫主管機關、銀行或經政府核准設立之信用保證機構之保證。」

⁷⁷ 關於在信用卡及現金卡高額利率在規範倫理面之問題，參見：黃茂榮，債法各論：第一冊，第 172 頁，註 39；楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第 16 頁至第 18 頁。

得據此斷定系爭利率當然有效。遲延利息性質上為金錢債務遲延之損害賠償⁷⁸，在誠信原則之要求下，其利率應與金融機構通常因遲延而生之損害相當。在目前市場利率低靡之情況下，高達年息百分之十二以上之利率顯然金融機構之損害顯不相當。此時，若參酌央行重貼現率加計百分之五之標準，以抽象之計算方式估算金融機構之遲延損害（現為 8.125%），更可突顯出約定利率與遲延損害間之差距。

若參酌胎死腹中之銀行法第四十七條之一修正草案⁷⁹，以存款利率加計百分之十作為消費者在雙卡契約中違約責任之上限，則在存款加權平均利率只有 0.91% 至 2.14% 左右⁸⁰，高達年息百分之十二以上之違約責任顯然逾越此一標準。由此推知，系爭利率顯然逾越損害賠償之必要限度，已然成為金融機構賺取額外利潤之工具。

因此，前述遲延利息條款所規定之損害數額遠超過金融機構通常因遲延而生之損害數額，使相對人負擔顯不相當之賠償責任（消保法細則第十四條第三款、消保法第十二條第二項第一款），並使條款使用人獲得超過填補所受損害及所失利益所需之賠償（民法第二百十六條、消保法第十二條第二項第二款），因此其規範內容對相對人（借款人及持卡人）違反誠信原則顯失公平，應屬無效之契約條款。

四、回溯計息條款

（一）循環信用法律性質

信用卡定型化契約範本第十五條規定，若持卡人選擇以循環信用方式繳款者（第一項），或其未於當期繳款截止日前繳交最低應繳金額或遲誤繳款期限者（第四項），均應按約定利率計算循環信用利息。持卡人未於

⁷⁸ 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第 5 頁；史尚寬，債法總論，第 389 頁；黃立，民法債編總論，第 484 頁至第 485 頁；孫森焱，民法債編總論，第 553 頁；曾世雄，損害賠償法原理，第 210 頁。

⁷⁹ 銀行法第 47 條之 1 第 2 項草案規定：「銀行各項信用卡、現金卡循環利率不得有聯合壟斷之行為，其與一般存款年利率差，不得高於百分之十。」立法說明：「一、依據中央銀行及金管會資料，目前國內各加銀行發行信用卡及現金卡金額逼近新台幣八億元。又信用卡及現金卡循環利息多逼近民法第 205 條所定 20% 之法定利率上限，足見目前國內消費性貸款之資金需給予適當規範。二、信用卡及現金卡之循環利率與存款利率之差距，實已超出合理利差範圍，從民法規定法定利率上限以避免重利剝削之立法目的觀之，目前信用卡及現金卡之循環利率實有加以檢討之必要。三、目前國內各銀行所定信用卡及現金卡循環利率，均維持在 17% 至 20% 間，另如此逼近法定利率上限之循環利率，相較於銀行一般存款利率僅為 1% 至 2%，利差達十數倍之多，不惟使銀行背負牟取暴利之惡名，更使一般人民背負沉重卡債，甚而以債養債，如此惡性循環，不僅個人債信破產，進而影響家庭生計，衍生嚴重社會問題。四、基此，爰提案修正銀行法第 47 條之 1，將現金卡列入銀行許可經營之範圍，並增列第 2 項，以解決目前因利率過高造成之社會問題。」參見：立法院公報，第 94 卷第 76 期，第 33 頁至第 34 頁。就限制消費者（借款人及持卡人）違約責任而言，此一規定在某程度可媲美德國民法第 497 條第 1 項規定（雖然標準較德國民法規定寬鬆），然而此一深具意義之規定卻在業者及主管機關之反對下胎死腹中。

⁸⁰ 96 年第 1 季統計資料。

當期繳款日前繳清全部應付帳款者，即應按該條規定計算循環信用利息。惟於條款中依持卡人是否按期繳交最低金額而有不同的規定。

若持卡人於當期繳款日前繳交最低繳款金額者，則依第一項規定，持卡人「選擇」（實為依條款當然轉換）以循環信用方式繳款，發卡機構與持卡人間成立消費貸款關係⁸¹。亦即，持卡人透過請求權轉換（Umwandlung）之方式，以未繳清之信用卡帳款作為借款金額成立貸款契約（民法第四百七十四條第二項）。此時循環信用利息即為持卡人（借貸人）借款使用之對價⁸²。

另一方面，若持卡人遲誤繳款期限或未繳納最低應繳金額時，除仍應依約定利率計算循環信用利息外，並應計罰違約金。亦即在持卡人陷於遲延時，發卡機構亦得請求循環信用利息。此時循環信用利息法律性質應為民法第二百三十三條第一項之遲延利息（Verzugszinsen）⁸³。此時，契約條款所規定之循環信用利率即為債權人因遲延而生損害之賠償額預定（Schadenspauschale）⁸⁴。

（二）回溯計息條款之效力

在國內各發卡機構之信用卡約定條款均記載，持卡人未於繳款期限截止前繳清帳款者，應按約定利率計付循環信用利息。至於循環利息起算之時點，國內大多數發卡機構係自「入帳日」起算—亦即以發卡機構實際付款於特約商店並登錄於持卡人帳務之日開始計息；另外有少部分銀行則是以「結帳日」或「帳單列印日」作為計息之基準時點。也就是說，一旦持卡人未於繳款期限截止前繳清全部帳款，應溯及自「入帳日」或「結帳日」開始起算利息。

關於此一問題，學說上有見解認為，入帳日係銀行實際支付消費帳款與特約商店之日，若持卡人未使用信用卡時即應以現金支付消費帳款，因

⁸¹ 信用卡使用契約之目的係發卡機構為持卡人處理因刷卡消費而生之債務，其法律性質應屬於委任契約（Auftragsvertrag），原則上並不具有貸款契約（Darlehensvertrag）之性質。信用卡使用（委任）與循環信用（貸款）結合，係發卡機構使用定型化契約條款之結果。若發卡機構於締約時並未以勾選之方式賦予持卡人選擇是否使用循環信用之機會，透過定型化契約條款將委任與貸款強制結合，則循環信用條款之效力將產生疑義。學說上有認為，信用卡在台灣已成為慣用之支付工具，持卡人應普遍認知循環信用之法律關係，因此並未構成「異常條款」。參見：詹森林，民事法理與判決研究（三），第261頁以下，第268頁至第269頁。然而亦有見解認為，在持卡人未有明確之意思表示之前提下，不宜認定當事人間有貸款之合意。參見：楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第4頁。此外，此一條款強迫持卡人與金融機構發生貸款關係，並以高額的利率計算借款利息，是否合乎誠信原則，亦有疑義。

⁸² BGH NJW 1994, 1532 II 2. b); 詹森林，民事法理與判決研究（三），第261頁以下，第267頁；氏著，月旦法學雜誌，第135期，第34頁至第35頁；楊淑文，消費者保護法關於定型化契約之規定在實務上之適用與評析，新型契約與消費者保護法，1999年8月，初版二刷，第83頁以下，第91頁；氏著，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第4頁。

⁸³ 詹森林，民事法理與判決研究（三），第261頁以下，第275頁。

⁸⁴ 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第4頁至第5頁。

此若持卡人使用循環信用方式付款者，使其負擔自入帳日起之利息應屬合理，亦與循環信用乃消費貸款之法律性質相符⁸⁵。

依信用卡使用契約，發卡機構有為持卡人處理清償刷卡消費所生帳款之義務，契約法律性質應屬委任契約。依照民法第五百四十六條第一項規定，受任人得向委任人請求自支出必要費用時起所生之利息（墊費利息）⁸⁶。依民法第五百四十六條第一項規定，持卡人一旦刷卡消費經發卡機構代為清償者，發卡機構本得就該筆帳款請求自支付時起之利息，不受持卡人嗣後是否使用循環信用或是否陷於支付遲延影響。

然而由發卡機構之定型化契約條款中可以發現，循環信用利息計付係以持卡人未於規定期限內繳清帳款為要件，亦即以持卡人使用循環信用繳款或者陷於支付遲延為利息義務發生之要件。因此在解釋上循環信用利息尚難認為具有民法第五百四十六條第一項墊費利息之性質，而應屬於借款利息或遲延利息。另一方面，縱使契約條款在文義上以免除持卡人利息義務之形式規範⁸⁷，只要利息收取與持卡人是否繳清帳款掛勾，均應理解為契約利息或遲延利息，而非附（解除）條件的免除原先因墊款所生之利息義務。

依照各發卡機構之信用卡約定條款，若持卡人欲以循環信用方式繳款者，必須於繳款期限截止前繳交最低繳款金額。因此必須直到繳款期限截止時始能確定持卡人與發卡機構是否就未付帳款發生貸款關係。在此之前，貸款關係尚未因請求權轉換而發生，系爭帳款之法律性質仍屬於處理委任事務所生之必要費用，發卡機構不得援引貸款關係請求借款利息。縱使持卡人在繳款截止日以前實際上亦享有金錢使用之利益，然而這必須透過委任關係加以處理。而且在繳款期限截止前持卡人對於帳款享有期限利益之情況下，發卡機構自不得以回溯計息之方式剝奪持卡人依契約所享有之期限利益，否則將與誠信原則有違⁸⁸。

另一方面，在持卡人未於約定期限內繳交最低繳款金額時，發卡機構不欲就未繳納之帳款與持卡人成立貸款契約⁸⁹，因此持卡人就其未繳納帳款陷於支付遲延，並自遲延時起負有支付遲延利息之義務。而「繳款截止日」為持卡人繳交信用卡帳款之清償期⁹⁰，依法持卡人並無就「繳款截止日」以前之期間支付遲延利息之義務。然而回溯計息條款卻將債務人原本不應計息之期間算入，將導致利息數額向上攀升，並使持卡人在稍微遲延

⁸⁵ 詹森林，民事法理與判決研究（三），第 261 頁以下，第 272 頁。

⁸⁶ 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第 17 頁。

⁸⁷ 例如：台中商業銀行信用卡約定條款第 15 條第 4 項：「持卡人於當期繳款截止日前依當期信用卡交易明細暨繳款通知書所列帳款結清全部應付帳款者，該應付帳款自當期帳單列印日起至當期繳款截止日止之循環信用利息，不予計收。」

⁸⁸ BGH NJW 1994, 1532, II 2. b); 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第 18 頁。

⁸⁹ BGH NJW 1994, 1532 I 2.

⁹⁰ BGH NJW 1994, 1532 II 2. b); 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，第 18 頁。

之情況下支付顯不相當之遲延利息⁹¹。因此回溯計息條款將構成巧取利益，不但違反民法第二百零六條之規範意旨，並與發卡機構通常損害顯不相當，因此該條款依消保法第十二條第二項第一款、第二款及施行細則第十四條第三款規定，推定為對持卡人違反誠信原則顯失公平。此外，該條款使持卡人就繳款期限屆至前之期間計付循環利息，亦與一般持卡人依其日常生活之經驗法則所無法預見，因而構成異常條款（消保法第十四條），無法納入發卡機構與持卡人間之契約內容之中。

債務人僅就遲延所生之損害負賠償責任。債權人於遲延前之損失，基本上與債務人遲延並無因果關係，並不得透過損害賠償轉嫁由債務人承擔。發卡機構雖因墊付帳款而受有利息損失，然而此一損失係因處理委任事務而生，不受嗣後持卡人是否遲付帳款影響。因此在法理上不得將之視為遲延損害，而應依委任費用補償之法律關係處理。雖然發卡機構未曾透過費用補償之法律關係向持卡人直接收取，然而發卡機構並非平白承擔此一損失，而是將之納入經營成本，再透過年費或手續費轉嫁由持卡人與特約商店負擔，自不得於嗣後假借循環利息之名義重複獲得補償。因此，發卡機構以定型化契約條款使持卡人自「入帳日」或「結帳日」起之帳款支付遲延利息，無異於使持卡人就無因果關係之損害負賠償責任，因而對持卡人違反誠信原則顯失公平⁹²。

由於利息起算時點與利息條款在結構上不可分離，因此回溯計息條款無效時將導致循環信用利息（遲延利息）條款全部無效，發卡機構將不得再援引循環信用條款之約定利率計算遲延利息⁹³，而應回歸適用法定利率計算遲延利息，或依民法第二百三十三條第三項規定於證明具體損害後請求損害賠償。

最後，發卡機構為了鼓勵持卡人刷卡消費，使其得向特約商店收取手續費賺取利潤，於信用卡使用契約中以明示或默示之方式免除持卡人就其墊付帳款支付利息之義務⁹⁴。另一方面卻於持卡人因消費過度致未能清償全部帳款時，假借「循環信用」之名義實質上使先前免除之墊款利息敗部復活，並據以向無能力清償卡債之持卡人收取。此種極不誠實且形同敲詐之經營手法，主管機關不應繼續視而不見（甚至默許之嫌），而應以取締或行政指導之方式予以導正，否則將與銀行法及消費者保護法所賦予之管理監督職責有違。

⁹¹ BGH NJW 1994, 1532 II 2. b).

⁹² Staudinger / Coester-Waltjen, §309 Nr.6 Rn.13 則將「回溯計息條款」評價為依德國民法第 309 條第 6 款無效之違約金條款。

⁹³ BGH NJW 1994, 1532 II 2. b).

⁹⁴ BGH NJW 1994, 1532, II 2. b).

第四節 預售屋交易¹

第一款 遲延利息條款

壹、契約條款與實務見解

一、應記載及不得記載事項

內政部所頒佈之預售屋買賣定型化契約應記載事項²第八點(逾期付款之處理方式)規定：「買方如逾期達五日仍未繳清期款或已繳之票據無法兌現時，買方應加付按逾期期款部分每日萬分之五單利計算之遲延利息，於補繳期款時一併繳付賣方，如逾期二個月或逾使用執照核發後一個月不繳期款或遲延利息，經賣方以存證信函或其他書面催繳，經送達七日內仍未繳者，雙方同意依違約之處罰規定處理。但賣方同意緩期支付者，不在此限³。」預售屋買賣契約書範本第八條之規定內容則與應記載事項完全相同。

不得記載事項第五點規定：「不得約定請求超過民法第二百零五條所訂百分之二十年利率之利息。」

說明：預售屋買賣契約應記載事項規定之遲付價款違約金為日息萬分之五，折合年利率為 18.25%。

二、實務見解

1. 最高法院 89 台上 486 號判決(核減至年息 20%⁴)

本案土地預定買賣契約書第九條第一款、房屋預定買賣契約書第十四條第一款均約定：「違約處罰：甲方(買受人)應於接到乙方(出賣人)每期繳款通知後五日內，以現金或當日支票至乙方公司繳付，如逾期時，每逾一日應加付千分之一滯納金，於補交時一併繳清。如逾期達十五日以上經乙方催告，甲方仍不履行時，乙方得不另行通知，逕自片面解除本約，除本戶之建物土地收回另行處理外，並沒收甲方已繳之所有款項，甲方絕無異議⁵。」

¹ 關於預售屋「買賣」契約之法律性質，詳見：楊淑文，預售屋交易契約之法律性質及其相關問題之研究，收錄於：新型契約與消費者保護法，1999年5月，初版1刷，第1頁以下。

² 民國90年9月3日內政部台(90)內中地字第9083626號公告，依台(90)內中地字第9083627號函，本應記載不得記載事項自公告6個月後生效。

³ 在實務上亦有部分契約以「當時中央銀行信用放款利率上限」作為計算違約金之標準者，參見：最高法院93台上2346號判決。

⁴ 類似見解：最高法院89台上1579號判決、94台上2352號判決。此外，最高法院89台上30號判決則酌減至每日遲付價款之0.5‰(折合年息18.25%)。

⁵ 在系爭條款中，建商得不經催告逕行解除契約，顯與民法第254條之立法意旨不符，依消保法

本案原審見解認為：「被上訴人遲延給付，應支付之遲延利息或滯納金，原屬被上訴人履行契約，上訴人得享受之利益。……，被上訴人依約即應繳納相當數額而屬違約金性質之滯納金，酌情應仍不逾依該每逾一日應加付千分之一滯納金列算而非公允之金額，蓋苟依此約定方式計算而未核減，……，顯屬過高，難謂允當，衡酌被上訴人繳付期款三百十一萬元，將及總價金一半，為數不少，遲未受領系爭攤位之交付，迄無收益，上訴人於解約前，尚難謂無受有被上訴人繳付該期款為一部履行之利益，此項滯納金原亟應酌減，以資衡平。參酌約定遲延利息應不逾民法第二百零五條所定法定最高限額利率即週年百分之二十之旨，益證其然。……。至解除契約後，被上訴人已無遲延給付價款可言，自無從計算其遲延利息⁶。」

2. 最高法院 93 台上 695 號判決（懲罰性違約金之核減）

兩造契約條款規定，買受人未於約定期限繳清買賣價金應按日加付逾期款之千分之一之「懲罰性違約金」。建商依此起訴主張約定之「違約金」及年息 5% 之「遲延利息」。

本案原審法院認為：「至於被上訴人請求之違約金部分，……斟酌目前銀行放款利率不高，被上訴人已得請求法定遲延利息以彌補所受租金及利息損害之一部，該懲罰性違約金之約定尚嫌過高，應減至自八十八年十二月二十一日起按日以未付價款萬分之一計算為適當。……因而就上訴人應給付龍振公司三百九十九萬元及自八十八年十二月二十一日起按年息百分之五計算利息暨按日以未付價款萬分之一即每日以三百九十九元計算懲罰性違約金⁷。」違約金經酌減後，與遲延利息合計為逾期價款之年息 8.65%。

貳、分析檢討

一、不得記載事項之適用

在預售屋交易之法律關係中，承購戶（買受人）通常應按建商之施工進度繳交應付價款。若承購戶遲誤繳款期限，或用於支付價款之票據不能如期兌現，在建商之定型化契約條款中均規定承購戶應按約定利率繳交遲延利息或滯納金（違約金）。在主管機關公告預售屋買賣契約書範本以前，

第 12 條第 2 項第 2 款規定應屬無效條款。預售屋買賣定型化契約應記載事項第 8 點要求解除契約應以書面催告方式為之，即在杜絕此種不當條款之效力。相關問題詳見：詹森林，民事法理與判決研究（三），第 87 頁以下，第 104 頁至第 105 頁。

⁶ 最高法院認為，違約金是否過高應由債務人（承購戶）負舉證責任，且原審並未調查再行出售之差價損失數額，故認為原審就解約扣價條款之判斷不當。然而最高法院判決並未直接指摘原審關於「滯納金」之認定。

⁷ 本案以「締約前已存在之瑕疵」不得依民法第 227 條規定補正，認為承購戶不得準用民法第 254 條解除契約並拒付價金為由，駁回承購戶之上訴。

實務上一般均以遲付金額千分之一之標準按日計算遲延利息（或違約金）⁸。若將之折算為年利率時，承購戶之違約責任將高達年息 36.5%，不但與建商之遲延損害顯不相當，同時也抵觸了民法第二百零五條之規定。我國實務通常適用違約金酌減之規定控制系爭條款之效力⁹。

預售屋買賣定型化契約不得記載事項第五點規定，建商不得約定請求超過年息百分之二十之利息。依照消保法第十七條第二項規定，與之牴觸之定型化契約條款無效。因此在不得記載事項公告後，建商即不得繼續援用「按日加付千分之一」之標準計算遲延利息（及違約金）。雖然不得記載事項並無溯及既往之效力，不能對其公告前所使用之條款援引消保法第十七條第二項規定無效，然而這並不排除消保法第十二條之適用。不得記載事項所欲禁止之條款，係主管機關價值斟酌雙方利益後認為對消費者顯失公平之條款，此一價值判斷應可作為適用消保法第十二條之參考。因此，前述條款縱使訂定於不得記載事項公告前，仍屬無效之條款¹⁰。

二、損害數額與約定利率

在金錢之債之債權人為金融機構之情況下，債權人因遲延而生之損害通常在資金取得成本以及行政作業成本，損害平均數額大約在中央銀行重貼現率加計年息百分之五上下¹¹。然而在不同行業類別或者在不同的交易型態中，債權人通常因遲延而生之損害亦將有所不同。因此在認定總額預定條款所規定之損害數額是否與通常損害相當時，必須將不同行業及交易型態之差異納入考量¹²。

在預售屋交易之法律關係中，建商興建房屋之資金來源除了來自於承購戶預付之部分價款外，有不少資金是以基地設定擔保申貸營建融資貸款支應。一般而言，建商是透過完工後之成屋銷售之收入以及承購戶繳交餘額價款清償營建融資貸款。於承購戶遲延繳納價款時，建商將無法以其所繳納之價款償還借款，必須延期清償或由其他管道抽調資金清償，因而受有利息損失。此一利息損失與建商向金融機構融資（例如營建融資貸款或企業一般營運周轉）所應支付之利息相當，並構成建商之遲延損害。若遲

⁸ 例如在最高法院 88 台上 1723 號判決、89 台上 30 號判決、89 台上 486 號判決、89 台上 1579 號判決、89 台上 2732 號判決、91 台上 1211 號判決、93 台上 695 號判決、93 台上 779 號判決、93 台上 2221 號判決、94 台上 2352 號判決中，建商所使用之定型化契約條款均規定按日計罰 1% 之違約金。

⁹ 在預售屋買賣契約中，遲延利息（滯納金）條款通常伴隨著解約扣價條款，因而在實務上專門探討遲延利息條款之判決並不常見。

¹⁰ 此外，系爭條款亦得認為違反民法第 205 條立法意旨，依消保法第 12 條規定（參酌該條第 2 項第 2 款規定）為無效，詳見本章第 2 節。

¹¹ 參見德國民法第 497 條第 1 項規定。

¹² AGB-Gesetz / Wolf, §11 Nr.5 Rn.17; AGB-Recht / Hensen, §309 Nr.5 Rn.15; MünchKomm / Basedow, §309 Nr.5 Rn.10 ff.; Staudinger / Coester-Waltjen, §309 Nr.5 Rn.14; Stoffels, AGB-Recht, Rn.890.

延利息之利率超過此一限度，將使條款使用人獲得超過填補損害所必要之賠償，進而違反損害賠償制度之基本原則，並對相對人顯失公平。

然而，內政部公告之預售屋買賣契約應記載事項第八點卻規定，買方（承購戶）逾期五日未繳清期款或票據無法兌現時，應按逾期期款之部分每日萬分之五之單利計算遲延利息。但在目前市場利率低迷之情況下¹³，建商之遲延損害無論如何均不可能高達年息 18.25%。若按此一利率計算遲延利息，將使相對人負擔顯不相當之賠償責任，其規範內容顯然應與誠信原則之要求不符。所幸消保法施行細則第十五條第一項規定，定型化契約縱然記載主管機關公告之應記載事項，仍有本法關於定型化契約規定之適用。應記載事項第八點規定之遲延利息，由於違反消保法施行細則第十四條第三款規定，並與民法第二百十六條第一項之立法意旨不符，依消保法第十二條第二項第一款及第二款規定，系爭條款應推定為顯失公平。

雖然應記載事項第十六點第一款第四目規定，建商未於約定期限履行其交屋義務時，亦應按日依房屋價款之萬分之五計算「遲延利息」¹⁴。建商對承購戶所負之給付義務乃特定物交付義務，與承購戶之金錢支付義務性質不同，因違約而生損害之性質與數額自不可能完全相同。建商違約對承購戶所造成之影響並非均可透過損害賠償加以評價，自有透過督促性質之違約金條款（Vertragsstrafe）提供履約擔保之需要¹⁵。反之，建商因承購戶遲延付款而生之損害完全可透過損害賠償制度獲得賠償，僅有使用損害賠償預定（Schadenspauschale）之利益¹⁶。縱使建商於違約時亦應按同一標準計算「遲延利息」，仍然無法推翻系爭條款對承購戶顯失公平之推定。因此應記載事項第八點規定由於違反誠信原則，對相對人顯失公平，法院應依消保法第十二條規定宣告該條款無效。

第二款 解約扣價條款

壹、契約條款及實務見解

一、應記載及不得記載事項

內政部所頒佈之預售屋買賣契約應記載事項第二十四點（違約之處

¹³ 國內各金融機構 96 年第 1 季放款加權平均利率約在年息 2.78% 至 3.52% 之間。

¹⁴ 預售屋買賣契約應記載事項第 16 點（通知交屋期限）：「（一）賣方應於領得使用執照六個月內，通知買方進行交屋。於交屋時雙方應履行下列各項義務：4、賣方如未於領得使用執照六個月內通知買方進行交屋，每逾一日應按已繳房地價款依萬分之五單利計算遲延利息予買方。」另參見預售屋買賣契約範本第 17 條第 1 款第 4 目規定。由於建商所負義務並非金錢或替代物給付義務，因此系爭「遲延利息」並非真正的「利息」，而係「（督促性）違約金」或「損害賠償預定（損害賠償預定性違約金）」。

¹⁵ 詳見第 3 章第 1 節。

¹⁶ 詳見本章第 1 節。

罰)第二款規定:「買方違反有關『付款條件及方式』之規定者,賣方得沒收依房地總價款百分之____(最高不得超過百分之十五)計算之金額。但該沒收之金額超過已繳價款者,則以已繳價款為限,買賣雙方並得解除本契約。」第三款規定:「買賣雙方當事人除依前二款之請求外,不得另行請求損害賠償¹⁷。」

至於在預售屋買賣契約範本中,民國八十五年版之第二十二條第二項之扣留價款上限為房地總價款之百分之二十¹⁸,於民國八十九年以後之版本則向下修正至房地總價款之百分之十五(範本第二十七條第二款)。

二、實務見解

1. 最高法院 89 台上 2053 號判決

本案原審判決表示:「違約金是否過高,應就債務人若能如期履行契約,債權人所得享受之一切利益,並依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形,以為衡量之標準。又依民法第二百六十條規定意旨推之,違約金之約定,雖不因契約之解除而隨同消滅,但其因契約解除所生之損害,則不在斟酌之列。依系爭買賣合約之約定,買受人違約時由出賣人沒收已繳價款,則買受人繳款少,縱違約情節嚴重,沒收之違約金亦少;反之繳款逾多,縱違約情節輕微,被沒收之違約金反而增多,顯失公平。且上訴人係屬中華民國稅務行業標準分類之房屋興建投資業,其於八十四年間銷售系爭房屋予被上訴人時,當年度同業所得額標準為百分之八、利潤標準淨利率為百分之十,有財政部賦稅署公佈之八十四年度房屋建築營造業同業利潤標準表影本附卷可稽,該利潤標準乃依一般同業之收入支出成本為據,並已涵蓋同業客觀事實、社會經濟情況在內,自得為本件核減違約金之標準。……況上訴人仍得再將系爭房屋出售,取得相當之利益,尚難認已受有銷售利潤之損失,至內政部依公平交易法所公佈之預售屋買賣契約範本第二十二條雖訂定『於買方違約不買時,賣方得沒收房地總價百分之二十之金額,並得解除契約』,但此契約範本僅供買賣雙方訂約時參考之用,違約金之約定是否過高,仍應按各具體契約分別審核。……況被上訴人係因財務困難致無力繼續繳款,違約情節並非嚴重……以酌減為一百零八萬元為相當。」

最高法院則以:「原審將違約金減為一百零八萬元,係扣除系爭房地應分攤之廣告公司銷售佣金九十八萬九千元,及計算上訴人因被上訴人遲

¹⁷ 此一條款之目的應在於避免建商以「懲罰性違約金」之名義,重複收取違約金與損害賠償,具有保障消費者權益之作用。然而在建商應加倍返還價款之情況下,該條款之規定未必適當。蓋於消費者(承購戶)之實際損害超過已付價款時,仍不得具體證明實際損害高於約定數額,繼續請求損害賠償,如此將限制消費者損害賠償請求權之行使。就這點而言,該條款是否合乎誠信原則,似有重新探究之餘地。

¹⁸ 內容參見:詹森林,民事法理與判決研究(三),第87頁以下,第106頁至第107頁。

延給付價金所受利息之損失不及二萬元之結果，且上訴人無息使用二百零八萬元至今亦受有利益等，則上訴人預期可得之淨利，為七萬一千元以下。倘上訴人就系爭房地已交付應分攤之廣告公司銷售佣金九十八萬九千元無誤，而其就原審核減之違約金一百零八萬元，實際可得之淨利又祇有七萬一千元以下，則依前揭判例意旨，原審將違約金核減為一百零八萬元，是否相當，自非無斟酌餘地。」為由，將原審判決撤銷發回。

2. 最高法院 93 台上 1857 號判決¹⁹

本案原審判決表示：「系爭契約業於八十三年七月二十二日經建峰公司解除而不存在，建峰公司沒收胡吳○蓮已付之價款以為違約金及損害之賠償，胡吳○蓮指其違約金過高。經查系爭契約將違約金及損害賠償並列，其違約金應屬懲罰性之違約金。本件買賣價金，自備款部分共二十五期，胡吳○蓮業已繳納十九期，如依系爭契約第四條第(二)款後段之約定，建峰公司得沒收胡吳○蓮已付之全部價金，將形成依約履行之程度愈高，所應給付之違約金愈多之情形，其約定顯違背公平原則，依民法第二百五十二條規定，法院自得依職權減至相當之數額。……審酌胡吳○蓮未付價款三百六十二萬一千一百四十五元之清償日為八十三年二月十九日，逾期一百五十三天未繳，且系爭契約第四條第一款約定滯納金之性質為懲罰性違約金，胡吳○蓮惡意違約不給付剩餘約百分之六十九價款，以及營建業同業利潤標準為百分之十三，暨建峰公司受有利息損失七萬六千九百四十九元各情，此部分違約金應以契約總價款百分之十即五十三萬元為適當。」

最高法院則以：「又違約金如屬懲罰性質者，債務人不履行債務時，債權人除得請求債務人給付此違約金外，尚得請求履行或不履行之損害賠償；而損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應填補債權人所受損害及所失利益，並為民法第一百六條第一項所明定。本件違約金之約定，屬懲罰性質，建峰公司（營建業）之同業利潤標準為百分之十三，乃原判決所是認。原審未就建峰公司銷售系爭房地之費用、再出售該房地之價差及其利潤若干等（所受損害及所失利益），詳加調查審認明晰，徒以前揭情詞，遽認本件違約金以買賣總價款百分之十為適當，亦欠允洽。」為由，將原審判決廢棄發回。

¹⁹ 本案契約條款約定，建商變更設計未經承購戶同意時，契約視為合意解除。本件訴訟主要爭點在於，建商變更設計至何種程度時，契約始依系爭條款規定視為解除而免除承購戶之價金支付義務。

貳、解約扣價條款之效力

一、總說

在預售屋交易中，建商所擬定之定型化契約條款均規定，若承購戶遲誤約定繳款期限時，建商得定相當期限催告承購戶繳款；若承購戶逾期仍未繳清當期價款及遲延利息者，建商得解除契約，並沒收已付價款充作違約金或損害賠償。上開條款一般稱為「解約扣價條款」，在國內不動產交易實務中頗為常見，並與規範建商違約責任之「加倍返還價金條款」相互搭配，共同建構預售屋交易雙方之違約責任²⁰。

解約扣價條款係以承購戶違反價款給付義務，經建商催告解除契約為其要件。實務上，承購戶未按時繳納價款之原因，主要在於其與建商因契約履行發生糾紛，尤其預售屋具有物之瑕疵及權利瑕疵更是承購戶拒付價款之主因²¹。於建商並無違約情事時，承購戶故無正當理由拒付價款；然而縱使於建商違約之案例中，承購戶亦非均得以同時履行抗辯或解除契約抗辯為由，拒付當期全部價款²²。於上述案例中，建商均於催告承購戶付款未果後，解除契約並依約扣留已付價款。

由於在預售屋交易實務中，房屋價款係按工程進度進展分期繳納²³，

²⁰ 在國內不動產交易實務中，「解約扣價條款」通常與「加倍返還價金條款」相互搭配，構成交易雙方之「恐怖平衡」。依照上述條款，於買受人違約時，出賣人得沒收買受人已付全部價款，契約歸於解除；反之，若出賣人違約時，則於加倍返還買受人已付之全部價款後，契約歸於解除。類似條款配對亦存在於內政部公告之成屋買賣契約書範本（第8條）、預售停車位買賣定型化契約應記載及不得記載事項（應記載事項第20點）、預售停車位買賣契約書範本（第13條）之中。就其法律效果而言，與民法第249條第2款及第3款定金之效力類似。此一不動產交易慣例似乎是受到日本民法第557條（解約）定金之規定影響（孫森焱，法學叢刊，第167期，第117頁）。關於前述條款之法律性質之討論，詳見：孫森焱，法令月刊，第47卷，第12期，第3頁以下；孫森焱等，民法研究會第7次學術研討會紀錄，法學叢刊，第167期，第117頁以下。實務見解，參見：司法院第1期司法業務研究會，收錄於：民事法律專題研究（一），第27頁至第28頁。上述條款使交易雙方負擔同一數額之違約責任，在外觀上看似不偏不倚，然而在實際情況中則未必如此。建商通常以定型化契約條款排除自己違約之可能，而且縱使建商違約，亦未必均可構成承購戶拒絕繳納價款之事由，因此承購戶往往較建商容易滿足違約責任之構成要件。

²¹ 例如：最高法院89台上408號判決、89台上807號判決、89台上902號判決、89台上1579號判決、90台上752號判決、90台上823號判決、90台上1373號判決、90台上1723號判決、91台上2583號判決、92台上1641號判決、92台上1750號判決、92台上2177號判決、93台上369號判決、93台上779號判決、93台上1857號判決、93台上2221號判決、94台上1874號判決、94台上1961號判決等。其他亦有因建商陷於財務危機主張不安抗辯拒付價款者（93台上291號判決）。

²² 例如：最高法院92台上1641號判決。該判決認為系爭瑕疵減損價值僅數十萬元，買受人不得以此為由拒付一千多萬元之價款。於實際案例中預售屋是否具有物或權利瑕疵，以及系爭瑕疵是否構成解除契約或拒付價款之事由，在實務上經常產生爭議。惟上開問題涉及買賣或承攬瑕疵擔保問題，尚非本文討論重點，相關問題，詳見：詹森林，危險負擔移轉前出賣人物之瑕疵擔保責任及買受人拒絕受領標之物之權利，民事法理與判決研究（二），2003年4月，初版第1刷，第243頁以下；氏著，消費者保護法與預售屋買賣定型化契約，民事法理與判決研究（三），第87頁以下。

²³ 預售屋買賣定型化契約範本第7點：「付款應依已完成之工程進度所定之付款明細表之規定繳

扣留價款之數額未必與債務人違約情節及債權人之實際損害有關，因而解約扣價條款之效力經常產生爭議。本文擬就系爭條款是否就扣留價款數額設定責任限制，分別探討解約扣價條款之效力。

二、無責任限制之條款

於國內不動產交易習慣中，在契約中通常約定「解約扣價條款」與「加倍返還價金條款」，用以確保買賣雙方遵守契約。在預售屋交易中建商通常亦遵循此一慣例，於契約書中訂定上述條款以規範雙方之違約責任。於主管機關公告預售屋買賣契約書範本以前，解約扣價條款通常規定以承購戶已付價款之全部為標的，通常並未約定任何責任限制。

依據上述條款，一旦承購戶逾期繳納當期價款並經建商催告解除契約後，除因契約解除喪失請求建商履行契約之權利外，其依民法第二百五十九條第二款規定請求返還已付價款之權利亦將完全喪失。而且由於在交易習慣中，預售屋價款係按工程施作進度分期繳納，因而解約扣價條款將造成承購戶遵守契約時間逾久、繳納價款數額愈多，其所負擔之違約責任反而逾重，造成違約責任與違約情節顯不相當之不合理情形²⁴。因此，無責任限制之解約扣價條款不但違反民法第二百五十九條第二款之立法意旨，亦與違約金確保義務履行及填補損害之制度目的不符，該條款對相對人顯失公平²⁵。

至於在契約中規定，於建商違約時亦應按「加倍返還價金條款」負擔同額之違約責任，如此仍然無法改變未設責任限制之解約扣價條款顯失公平之情形。蓋使相對人於條款使用人違約時取得同額之違約金請求權，無法彌補其於違約時所遭受之重大經濟損失，尚難認為係相對人權益侵害之適當補償措施。況且，實務上滿足「加倍返還價金條款」要件通常較「解約扣價條款」為困難；而且承購戶主張「加倍返還價金條款」時，亦應承擔建商清償不能之風險，這在建商行使解約扣價權利時並不存在。因此，縱使契約中規定「加倍返還價金條款」，仍然不得承認無責任限制之解約扣價條款合乎誠信與公平。

我國實務已有不少判決注意到此種解約扣價條款之不當，於判決中屢屢對此提出指摘。實務見解認為，依系爭條款規定，「買受人違約時由出賣人沒收已繳價款，則買受人繳款少，縱違約情節嚴重，沒收之違約金亦少；反之繳款逾多，縱違約情節輕微，被沒收之違約金反而增多，顯失公

款，如賣方未依已完成之工程進度定付款明細表者，買方得於工程全部完工時一次支付之。」參見預售屋買賣契約書範本第7條。

²⁴ Steltmann, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, S.113; 詹森林，民事法理與判決研究（三），第87頁以下，第105頁。

²⁵ BGH NJW-RR 1993, 243, 247 則認為此種條款違反善良風俗無效。

平²⁶」，法院得依民法第二百五十二條規定，按照建商實際損害數額，核減違約金之數額²⁷。

實務見解一方面認定系爭條款對相對人顯失公平，另一方面卻未宣告條款無效，僅依職權將條款效力限縮在合理限度範圍內，為學說上所稱之「效力保留之減縮（geltungserhaltende Reduktion）」²⁸。然而，效力保留之減縮並不可採。蓋於效力保留之減縮之中，條款使用人不因條款濫用而承擔任何風險，將使其在「穩賺不賠」之僥倖心態下，繼續濫用不當的定型化契約條款²⁹。況且，違約金酌減並非定型化契約條款效力控制之特別規定，法院自無遷就民法第二百五十二條而捨棄消保法第十二條不用之理。據此，法院應適用消保法第十二條規定，宣告系爭條款無效，不得再依民法第二百五十二條規定維持條款之效力。

解約扣價條款因違反消保法第十二條規定無效時，承購戶依法仍應負損害賠償責任。由於我國實務一般均按債權人實際損害核減違約金數額，就結論而言，適用違約金酌減與宣告條款無效似乎並無不同³⁰。然而兩者舉證責任分配卻有顯著差異。建商在依債務不履行規定請求損害賠償時，應就其損害發生及損害數額負擔舉證責任，惟於適用違約金酌減之情況下，此一舉證責任則轉由承購戶負擔。法諺謂：「舉證之所在，敗訴之所在」，宣告條款無效無疑的可為相對人提供較多之保障。

預售屋買賣契約應記載事項第二十四點規定，建商依解約扣價條款所得沒收之金額不得超過房地總價款之百分之十五。於應記載事項公告以後，建商即不得繼續使用無責任限制之解約扣價條款，否則該條款將依消保法第十七條第二項規定無效。至於應記載事項公告前之條款，除援引前述條款無效之理由外，亦得參酌應記載事項第二十四點之價值判斷，依照消保法第十二條規定，宣告無責任限制之解約扣價條款違反誠信原則無效。

三、附責任限制之條款

（一）總說

自從主管機關公告預售屋買賣契約書範本以來，建商已經開始參酌範

²⁶ 最高法院 89 台上 2053 號判決。

²⁷ 參見：最高法院 83 台上 229 號判決、85 台上 2995 號判決、88 台上 1968 號判決、88 台上 2260 號判決、89 台上 486 號判決、89 台上 2053 號判決、89 台再 68 號判決、93 台上 1857 號判決。

²⁸ 詹森林教授稱之為「定型化契約條款效力之減縮」。詳見：氏著，民事法理與判決研究（三），第 87 頁以下，第 106 頁。

²⁹ 詹森林，民事法理與判決研究（三），第 87 頁以下，第 105 頁至第 106 頁。

³⁰ MünchKomm / Basedow, §309 Nr.5 Rn.24 認為在德國民法第 252 條第 2 句（我國民法第 216 條第 2 項）之作用下，適用德國民法第 309 條第 5 款 a 目（超過通常損害數額之損害總額預定條款）宣告條款無效，與適用效力保留之減縮間並無顯著差異。

本之規範內容，在解約扣價條款中附加房地總價之百分之十五或百分之二十之責任上限。由此可見，預售屋買賣契約書範本已經發揮一定導正市場交易秩序，保障消費者權益之效力。於預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項公告後，更將建商扣留價款之數額限定在房地總價之百分之十五以下，並藉由應記載事項之強制效力，發揮更為強大之保護及市場規制作用。

然而無論從事學術研究或是實務工作，均不能在毫無理由之情況下為主管機關歌功頌德，亦不得在未經理性及科學之論證以前，憑藉著直觀及情感恣意的認定百分之十五或百分之二十之限額合乎誠信。另一方面，科學的論證亦可為主管機關之規定建立穩固的理論基礎及正當化依據，使其更能承受來自各方面之挑戰。因此本文擬就解約扣價案例中，建商因承購戶不履行而生之損害項目及損害數額等問題予以探討，論證上述限額是否合乎誠信原則。

（二）民法第三百九十條規定

民法第三百九十條規定，分期付款買賣之出賣人依解約扣價條款所得扣留之價金數額，不得超過標的物之使用代價及其損害之賠償額。民法分期付款買賣之規定，係以企業經營者提供融資之案例型態為其規範對象³¹。惟預售屋交易恰好與之相反，則是消費者先為對價給付之方式為企業經營者提供融資。對此，我國實務認為預售屋交易之解約扣價條款並無民法第三百九十條規定之適用³²。

然而，以分期付款方式從事消費行為之消費者，通常均為支付能力較為薄弱且無法一次付清價款之人，不因繳納價款是以預付或後付方式為之而有所不同³³。若於契約解除或終止時課與其過重之違約責任，將使其經濟能力受到重大打擊。民法第三百九十條之規範目的即在兼顧企業經營者之正當權益前提下，將消費者之責任限於法定回復原狀及損害賠償義務，藉以減輕消費者之經濟負擔³⁴。此一立法精神及價值衡量，應可擴及其他消費者負金錢支付義務之案例中，並可作為檢驗定型化契約條款效力之基準。據此，在預售屋買賣定型化契約中之解約扣價條款，亦不得使建商扣

³¹ 因而民法關於分期付款買賣之規定，得廣泛的類推適用於其他企業經營者為消費者提供融資之案例型態，例如：消費者貸款契約、消費者融資租賃契約以及信用卡循環信用等法律關係。關於民法第 389 條之類推適用，參見：楊淑文，民事實體法與程序法爭議問題，第 85 頁以下，第 108 頁至第 111 頁。

³² 參見：最高法院 82 台上 78 號判決。該判決認為違約金（即預售屋之解約扣價條款）與民法第 390 條之解約扣價條款，「無論其要件、法律效果及目的均不相同，不得混為一談，比附援用」。

³³ 在預售屋交易中，承購戶（買受人）通常以申辦貸款之方式繳納價款，正可證明在預付之案例中，消費者亦為支付能力薄弱之人。

³⁴ 此外，消費者之給付義務為金錢支付義務，企業經營者之損害均屬財產上損害，原則上可透過損害賠償獲得賠償，並無額外取得履約擔保之需要。無論違約責任發生要件為「遲延」或「不履行」，並無不同。

留超過損害賠償數額之價款。鑑於簡化損害清算之正當需求，定型化契約條款雖可規定扣留價款之比例，惟其數額不得超過抽象損害計算所得出之賠償數額，而且不得排除相對人具體證明實際損害數額較低之機會³⁵。

(三) 損害賠償之請求權基礎

民法第二百十六條第一項規定，損害賠償之填補對象涵蓋債權人之所受損害及所失利益。所受損害係指現存財產因損害事故而減損，而所失利益則指新財產之增加受到損害事實妨礙³⁶。因而，並非債權人所有財產減損或利益喪失均可獲得損害賠償，仍應視系爭損害項目是否為損害賠償請求權所包含，以及與損害事故發生是否存有（責任範圍）因果關係³⁷而定。

在預售屋解約扣價之案例中，建商可獲得賠償之損害項目為何？我國實務見解認為，發生時點在解除契約前之損害，例如建商第一次出售所支出之廣告及銷售成本³⁸、第一次銷售可預期之銷售利潤³⁹以及契約解除前因房價下跌之損失⁴⁰，均得獲得損害賠償。至於發生時點於解除契約後之損害，例如契約解除後房價下跌之損失⁴¹以及第二次出售所支出之廣告及銷售成本⁴²，實務見解較不一致。有判決認為建商得就上述損害項目請求賠償，惟亦有判決認為上述損害項目屬於「因解除契約而生之損害」，依民法第二百六十條規定，不在違約金核減之「斟酌之列」。此外，學說上亦有見解認為，「因解除契約而生之損害」雖依民法第二百六十條規定不得請求賠償，惟當事人仍得就此一損害另行約定違約金，不動產交易中常見

³⁵ 參見：德國民法第 309 條第 5 款 a 目及 b 目，以及廢止前之定型化契約條款法第 11 條第 5 款之規定。國內實務均普遍認為「損害賠償預定性違約金」得按實際損害數額核減，且實務上運作中之條款均無明文訂定相對人得舉證免責。因而我國目前尚無可能參酌德國民法第 309 條第 5 款 b 目規定，宣告「未記載相對人得舉證免責」之條款無效之客觀條件與迫切性。惟不可否認的是，條款中記載相對人之法定權利具有一定教示作用，有利於消費者主張其正當權益，同時這亦與消保法第 4 條之企業經營者提供消費資訊之義務精神相符。

³⁶ 孫森焱，民法債編總論，第 442 頁；史尚寬，債法總論，第 290 頁。實務見解，參見：最高法院 48 台上 1934 號判例、54 台上 2526 號判決、69 台上 352 號判決、77 台上 2455 號判決、80 台上 448 號判決、88 台上 1967 號判決、94 台上 1505 號判決。

³⁷ 最高法院 95 台上 2895 號判決。

³⁸ 參見：最高法院 89 台上 2053 號判決、90 台上 569 號判決、92 台上 2177 號判決。

³⁹ 參見：最高法院 89 台上 807 號判決、89 台上 2053 號判決、90 台上 823 號判決、94 台上 1961 號判決。

⁴⁰ 參見：最高法院 89 台上 902 號判決、89 台上 807 號判決、92 台上 1641 號判決、92 台上 2177 號判決、93 台上 1616 號判決、94 台上 1961 號判決。

⁴¹ 認為得請求賠償者：最高法院 89 台上 486 號判決、91 台上 128 號判決、93 台上 1857 號判決、94 台上 174 號判決；認為不得請求賠償者：最高法院 89 台上 1579 號判決、92 台上 1641 號判決、93 台上 291 號判決、94 台上 913 號判決。此外，最高法院 88 台上 2206 號判決則認為：「房價下跌之原因乃受到房屋市場供需失衡、股票指數急遽下降所致，不可歸責於雙方當事人，應由雙方當事人共同承擔。」

⁴² 認為得請求賠償者：最高法院 88 台上 2206 號判決、93 台上 1857 號判決、94 台上 174 號判決；認為不得請求賠償者：最高法院 89 台上 1579 號判決、93 台上 291 號判決。

之解約扣價條款即為其實例⁴³。

在契約因債務人遲延而催告解除之案例中，實務見解向來否定債權人得請求不履行損害賠償（替代給付之損害賠償）之權利。其論據在於，於契約解除以前，債權人尚不得就該項損害請求賠償，若其得於契約解除後主張之，無異於承認新發生之損害賠償請求權，屬於契約消滅所生之損害賠償，與民法第二百六十條之「履行利益賠償主義」相距甚遠⁴⁴。因此，實務上有不少判決依照損害發生時點於解約前或解約後而為不同之處置⁴⁵。

然而，由債權人保障之角度觀之，我國實務之見解卻有商榷之處。於債權人援引民法第二百五十五條及第二百五十六條解除契約時，得請求不履行損害之賠償；但其循第二百五十四條之程序催告解除契約時，卻不得主張之，此一差別待遇是否具有實質正當理由，並非無疑。況且，「銷售利潤」及「解約前之房價下跌」等實務允許請求賠償之損害，並非於債務人遲延時即已發生，而是伴隨雙方履行義務消滅而發生⁴⁶，其法律性質應屬於不履行之損害賠償，亦即實務見解所稱之「因解除契約而生之損害」。由此可見，實務見解為了保障債權人之正當權益，並未終局的貫徹「因解除契約而生之損害」不得請求賠償之見解⁴⁷。實務見解區分發生時點於解除契約前後作為系爭損害是否可請求損害賠償之標準，誠屬在判例文字限制下⁴⁸所為之解套措施。

因此，學說上有見解認為，此時應放寬民法第二百三十二條「遲延之給付已無利益」之要件，使之不限於給付對債權人已無用途之情形，同時也包含債權人對債務人之給付已無期待之情形，藉此授予債權人於催告期限屆滿後請求不履行損害賠償之權利。依其見解，債權人於催告期限屆滿後已依法取得契約解除權，因而處於得拒絕原定給付之法律地位⁴⁹。此時，債權人即可本於已取得之解約權（雖然尚未行使）主張遲延之給付對其已

⁴³ 孫森焱，法令月刊，第 47 卷第 12 期，第 3 頁以下，第 4 頁；氏著，民法債編總論，第 733 頁。惟最高法院 94 台上 913 號判決似乎否定此一見解。

⁴⁴ 孫森焱，民法債編總論，第 782 頁。

⁴⁵ 例如：最高法院 89 台上 807 號判決、89 台上 902 號判決、92 台上 2177 號判決、93 台上 1616 號判決、94 台上 1961 號判決。

⁴⁶ 於雙方履行義務消滅（契約依第 254 條解除或建商依第 232 條拒絕買受人之給付）以前，買受人負有繳納房屋價款之義務。此時，建商可由房屋價款實現其銷售利潤，因而不發生銷售利潤及房價下跌之損害。

⁴⁷ 另一種可能的解釋是，實務見解雖然承認債權解除契約時得就「不履行之損害」請求賠償，但僅得針對發生於解除以前之損害請求賠償。此時即與請求權基礎之問題無關，而是涉及責任範圍因果關係之問題。亦即，債務人之「停損點」應如何訂定之問題。

⁴⁸ 最高法院 55 台上 1818 號判例、55 台上 2727 號判例。實則，前者涉及民法第 226 條損害賠償請求權消滅時效之起算時點；後者則表示合意解約時，並無債務不履行之損害賠償請求權。兩者均未涉及債權人依民法第 254 條催告解約時，是否得請求「不履行之損害賠償」之問題。

⁴⁹ 在此之前已付與債務人補正給付之機會，債務人已不值得再受保護，故應允許債權人於行使解約權以前，拒絕受領債務人提出之給付。另一方面，債務人不得於催告期限屆滿後提出給付妨礙債權人解約權之行使。詳見：楊芳賢，政大法學評論，第 58 期，第 167 頁以下，第 199 頁。

無利益，援依民法第二百三十二條規定請求不履行之損害賠償⁵⁰。因此，債權人於解除契約後所主張之不履行損害賠償請求權，於取得解約權之同時即已取得，並非因契約解除後新發生之損害賠償，故依民法第二百六十條規定，不受契約解除影響⁵¹。此一見解應可作為於契約解除後，建商請求不履行損害賠償之法律依據⁵²。

（四）建商之損害項目

於建商不履行之損害賠償請求權確立後，何種損害項目得於何等之範圍內請求損害賠償，亦即哪些「所受損害」及「所失利益」可以獲得賠償，則應取決於責任範圍因果關係。此外，由於在解約扣價之案例中，建商得將標的物重新出賣獲取價金，依照民法第二百十六條之一所規定之損益相抵原則，在計算損害數額時自不得將此一利得摒除在外。

在實務見解中，有許多判決以第二百六十條為基礎，根據損害發生時點決定該項損害是否得請求賠償。由於在解約扣價之案例中，建商實際上所主張者均為不履行之損害賠償⁵³，因而實務見解在結果上構成損害賠償範圍在時間上之限制⁵⁴。然而，民法第二百六十條之規範目的在於宣示已成立之損害賠償請求權不受契約解除影響，並非在於限縮債務人損害賠償責任之範圍。一旦債權人之損害賠償請求權確立後，一切具有因果關係之損害均可獲得賠償，無論其發生時點在解約前或解約後均無不同。否則，損害賠償將無法達成其回復如同損害未發生時之應有狀態之終局目標。因此，基於損害賠償之目的，契約解除之時點並非適當之「停損點」，於損害計算時仍應考量發生於契約解除後之損害與利益。

如前所述，實務見解於判決中承認之損害項目有第一次銷售費用、第一次銷售利潤以及解約前房價下跌之損失，至於解約後房價下跌之損失與第二次銷售費用則未有一致見解。關於建商第一次銷售所支出之費用，最高法院 92 台上 2177 號判決表示，銷售佣金「不因嗣後系爭買賣契約之解除而得請求返還，能否謂此非東雲公司（建商）因肯友公司（承購戶）違約所受之損害，尚非無疑」，認為該項損失得請求損害賠償。實則不然，蓋建商必須於支出銷售費用後始能取得銷售利潤，因而若其可就銷售利潤

⁵⁰ 黃茂榮，債法總論：第二冊（增訂版），第 313 頁；楊芳賢，政大法學評論，第 58 期，第 167 頁以下，第 198 頁。

⁵¹ 楊芳賢，政大法學評論，第 58 期，第 167 頁以下，第 199 頁。

⁵² 關於此一問題史尚寬先生則表示，若無民法第 232 條之事由時，債權人僅得於契約解除時請求替代履行之損害賠償。惟其並未明確說明債權人所依據之請求權基礎。參見：史尚寬，債法總論，第 539 頁至第 540 頁。

⁵³ 至於遲延損害已透過遲延利息（滯納金）獲得評價，無庸於解約扣價條款中納入考量，否則將造成同一損害重複獲得賠償之不當狀況。惟我國實務仍有判決於解約扣價條款中重複評價者，參見：最高法院 91 台上 128 號判決、94 台上 174 號判決、94 台上 1874 號判決。

⁵⁴ 其中最明顯的就是房價下跌之損害（轉售差價），發生在解約前之房價下跌可請求損害賠償，發生在解約後之部分則否定之。

請求賠償時，應不得就該費用再行主張之。況且，縱然承購戶無任何違約情事，建商仍不得免其銷售費用之支出，因而與承購戶之違約行為間並不存有任何因果關係。就這方面而言，銷售費用與為興建房屋所支付之土木營建等成本並無不同，自不得以之作為所受損害請求承購戶賠償。前述判決認為該項損害可獲得損害賠償，似有誤會⁵⁵。

在建商解除預售屋買賣契約時，買受人亦免其價金給付義務，建商無法實現其依契約可預期之銷售利潤，因而第一次銷售利潤應可作為所失利益請求損害賠償。然而不可忽視的是，建商亦因契約解除而免除其交屋義務，因而得將房屋轉賣於第三人並賺取利潤。依照損益相抵原則，此一銷售利潤應自賠償數額中扣除⁵⁶。惟建商於解除契約後仍應再次支出廣告及行銷費用，始能因轉賣房屋獲得銷售利潤。建商因損害事故所獲得之利益自應扣除第二次銷售所支出之費用。因此，於解約扣價條款之案例中，建商之損害項目應為兩次交易之價差（轉售差價）損失加上第二次銷售之費用，其中價差部分屬於所失利益，第二次銷售費用則屬於所受損害⁵⁷。其計算式如下⁵⁸：

$$\begin{aligned}\text{損害數額} &= \text{第一次銷售利潤} - (\text{第二次銷售利潤} - \text{第二次銷售費用}) \\ &= (\text{第一次銷售利潤} - \text{第二次銷售利潤}) + \text{第二次銷售費用} \\ &= \text{轉售差價} + \text{第二次銷售費用}\end{aligned}$$

（五）損害抽象計算與條款之效力

依照市場行情，建商委託廣告公司銷售預售屋之佣金通常為售價之百分之五⁵⁹，此一標準應可作為抽象計算第二次銷售費用之標準。然而房價是否上漲或下跌則完全取決於景氣及市場供需狀況，通常無法於事前以客觀標準預先估算。由於轉售差價之損失欠缺可資遵循之抽象計算標準，預售屋買賣契約書範本及定型化契約應記載事項則不得以建商之營業利潤作為損害抽象計算之標準。根據民國九十三年至九十五年營利事業各業所得暨同業利潤標準⁶⁰，不動產投資興建業⁶¹之淨利率均為百分之十，此一

⁵⁵ 惟此一見解亦可能為我國實務在民法第 260 條之「限制」（實際上乃就損害賠償範圍之劃地自限）下所為之解套措施。蓋依實務見解，解除契約後再次銷售之費用屬於「因解除契約而生之損害」，依民法第 260 條規定不在賠償範圍之內。惟其數額與第一次銷售之費用大致相近，故假借「第一次銷售費用」之名義，使債權人之損害實質上獲得填補。

⁵⁶ 參見：最高法院 93 台上 779 號判決。

⁵⁷ 黃茂榮，債法總論：第二冊（增訂版），第 109 頁，註 7。

⁵⁸ 此外，活用損益相抵原則將「轉售差價」及「第二次銷售利潤」納入考量，或許可以對於「解除契約後之損害」不在「補償之列」之實務見解提供一項解套措施。

⁵⁹ 參見：最高法院 89 台上 2053 號判決。

⁶⁰ 資料來源：台北市國稅局網站：http://www.ntat.gov.tw/county/ntat_ch/file/tax-2_3_95.xls；http://www.ntat.gov.tw/county/ntat_ch/download/94年度營利事業各業所得額暨同業利潤標準.xls；

數值為當年度該行業所有交易（淨）利潤之平均值，應可作為抽象計算建商銷售利潤之標準。第二次銷售費用與建商銷售利潤合計為房地總價款百分之十五。由此觀之，範本及應記載事項對於扣留價款數額設定之百分之十五之限額，與誠信原則之要求尚無不符之處，應屬於有效之條款。

然而此一標準亦非完美而無懈可擊。由於轉售差價無法事前以客觀標準預先估算，範本及應記載事項不得不以房屋銷售利潤作為損害抽象計算之基礎，此種作法必然無法將建商嗣後再行出售之利潤納入考量。如此將無異於假設建商通常係以成本價將房屋轉賣於第三人，未必與一般經驗法則完全相符，甚至可以認為是一種偶發現象。根據此一標準所得出之損害額，與解約扣價案例中建商之平均損害間有一定之差距。另一方面，依照現行條款，無論房價上漲或下跌，承購戶均應就其數額負擔舉證責任，始能減免其損害賠償責任⁶²。因而透過損害賠償預定將損害數額之舉證責任完全轉嫁由相對人負擔，其合理性並非堅若磐石。況且建商掌握著銷售帳目而且較能取得房地市場之資訊，往往較承購戶更能於個案中具體證明差價損害之數額。

在此，本文提供另一種可行之規範模式：建商依解約扣價條款扣留之價款原則上以房地總價款之百分之五為準，惟於個案中若建商及承購戶能證明實際損害較高或較低者，其損害賠償之請求不受此一限額限制。據此，解約扣價條款僅用於預定第二次銷售費用之損害，至於轉售差價之損害則回歸具體之損害計算。依照此一方案，房價下跌之損失由建商舉證主張，而房價上漲之利益則劃歸承購戶證明，或許較現行規定更能平均分配雙方當事人之風險。

參、損害數額之核減

範本及應記載事項規定之扣留價款數額，係以抽象損害計算方式得出之數額為基準。然而在具體個案中，受到個案特殊性以及嗣後外在環境變遷影響，尤其房價漲跌與景氣及市場供需等不確定因素有關，因而造成實際損害數額往往與預定額大相逕庭。由於損害賠償預定係以簡化損害清算為目的，依照約定之方式抽象的計算損害數額，然而為了貫徹損害賠償法之禁止得利原則，應允許相對人於證明損害數額較低後，依照實際損害數額計算之。

http://www.ntat.gov.tw/county/ntat_ch/download/93年度營利事業各業所得額暨同業利潤標準.xls。

⁶¹ 依照中華民國稅務行業標準分類，建設公司屬於不動產投資業中之不動產投資興建業。根據稅務行業標準分類對不動產投資業之說明，「凡從事不動產開發、住宅、大樓及其他建設投資興建、租售業務等行業均屬之。」參見：財政部中華民國稅務行業標準分類(第五次修訂)，資料來源：<http://www.mof.gov.tw/public/data/statistic/class/J大類.doc>。

⁶² 依照目前範本及應記載事項之規定，由於建商除房地總價15%之金額外，不得另行請求損害賠償。因此，於房價下跌至低於成本價之程度時，建商縱使能夠證明損害存在，亦不得改依具體損害計算方式請求承購戶賠償。

對此，我國實務向來認為損害賠償預定係違約金之一種（損害賠償額預定性違約金），多以民法第二百五十二條為依據核減其數額。本文則認為損害總額預定應無違約金酌減之適用，惟債務人得直接援引具體損害計算方式為抗辯，依照實際損害數額計算。兩者之差別僅在於法院對於損害數額之核減究竟屬於法院形成權行使或者僅具確認效力，以及債務人任意清償是否發生失權效力。至於債務人（相對人）應就損害數額負擔舉證責任這點，兩者未有任何實質上差異。

除了先前所提到的「轉售差價」及「第二次銷售費用」之損害外，於具體損害計算時，承購戶亦得主張下列事項以減免其損害賠償責任：

1. 預售屋雖存有物或權利瑕疵，惟經法院認定瑕疵尚屬輕微，致承購戶不得援引同時履行抗辯或解除契約抗辯拒付價款者⁶³，或者瑕疵雖非輕微，惟承購戶因不知法律漏未援引上述抗辯為理由者⁶⁴，建商即得援引民法第二百五十四條規定催告解除契約，並按約定數額扣留已付之房地價款。然而在此種案例中，房價下跌之損失有一定比例是肇因於物或權利瑕疵，與承購戶之違約行為間並無因果關係存在。若許建商就此一部分之損失請求損害賠償，無異於免除其物或權利瑕疵擔保責任。因此在計算房價下跌之損失時，應將因瑕疵而生價值減損自其中扣除。

2. 民法第二百五十九條第二款規定，若當事人所受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。因而建商有義務就承購戶已付之全部價款（而非依解約扣價條款不得扣留之價款），自各期受領之時起依法定利率計算利息。承購戶得主張將該項利息自損害賠償數額之中扣除⁶⁵。惟應注意的是，扣除利息與損害賠償計算無關，而係承購戶行使抵銷權之結果。

⁶³ 參見：最高法院 90 台上 1231 號判例、82 台上 359 號判決、92 台上 1641 號判決、94 台上 1861 號判決、94 台上 2352 號判決。

⁶⁴ 參見：最高法院 89 台上 2849 號判決。

⁶⁵ 參見：最高法院 92 台上 752 號判決、93 台上 779 號判決、94 台上 174 號判決。