

我國有關司法事務官處理程序之探討—兼論我國消費者保護官制度—

邱惠美*

壹、前言	肆、司法事務官所為處理程序之設計是否有違憲之虞
貳、德國法務官制度之淺介	一、我國憲法所保障之訴訟權
一、起源	二、司法事務官處理事項之性質
二、法務官之設置及職掌	三、司法事務官所為處理程序之設計是否有違憲之虞
三、法務官之任用及地位	
四、法務官與法官職務上之關係	伍、我國消費者保護官制度
五、法務官就個案所為處分之效力及其救濟	一、消費者保護官制度之引進
參、我國司法事務官之制度	二、消費者保護官之設置
一、司法事務官制度之引進	三、消費者保護官之任用
二、司法事務官之設置及職掌	四、消費者保護官之職掌
三、司法事務官之任用及地位	五、消費者保護官與行政機關間之關係
四、司法事務官與法官職務上之關係	六、北歐消費者保護官制度之啟示
五、司法事務官就個案所為處分之效力及其救濟	陸、建議（代結論）

壹、前言

司法院為減輕法官工作負擔，提昇裁判品質，爰參酌德、奧兩國非

*作者為日本東京大學法學碩士，目前就讀於政治大學法律學研究所博士班。現任行政院消費者保護委員會法制組組長。

訟法務官（Rechtspfleger）制度，將非訟事件中較具事務性之非訟事件交由非訟法務官集中迅速處理，俾使法官致力於審判工作，提高法官辦案績效，並配合法院組織法修正草案第二十三條規定，修正民事訴訟法相關條文，增訂第六節之一有關司法事務官之處理程序，以辦理提存或法人及夫妻財產制契約登記事項或其他依法律規定事項，於該法第二四〇條之一至第二四〇條之四分別規定司法事務官所作成文書之格式、所為處分之效力及其救濟程序，該修正條文於九十二年一月十四日經立法院第五屆第二會期第十七次會議通過，並於二月七日公布。

司法事務官之制度係為集中處理非訟事件，合理分配司法資源，落實憲法對人民訴訟權之保障，爰仿德國及奧國之法務官制度，於地方法院增設之，以兼辦前揭業務¹。而司法事務官之任用資格²，依司法人員人事條例修正草案第二十條之一規定，雖有多數進用管道，然而司法事務官畢竟不是法官，司法事務官處理原應由法官處理之非訟事件或其他事務，且於民事訴訟法中賦予與法官自行處理者相同之效力，對人民權益之保障是否充分？憲法第八十條規定法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。非訟事件法院除應依職權調查事實及證據外，亦得訊問關係人（非訟事件法第十六條及第十八條），故亦涉及審理或審判，如由非法官之司法事務官處理非訟事件，是否有違憲法前揭規定，不無疑問。

德國聯邦憲法法院就此問題並未採取肯定見解³，至於學界亦多持否定意見，但對於法務官參與司法工作並針對個案作成決定是否違憲，則又多所保留⁴。而日本由於並無類似之制度，故無相關判例或判決。然日本無論訴訟事件或非訟事件，均由法官審理，其最高法院曾對應依訴訟程序處理之事件，法院以非訟程序處理，而認定其違反日本憲法第八十

¹ 參閱法院組織法修正草案第二十三條之立法說明，司法院編印，91年10月，頁99。

² 參閱司法人員人事條例修正草案第二十條之一規定，司法院編印，91年10月，頁243。

³ BverfGE21, 139=Rpfleger 1967, 210=DriZ 1967, 164=NJW 1967, 1123; BverfGE56, 110。轉載自陳瑞基，德國法務官制度之淺介，立法院院聞，90年7月，頁86。

⁴ 參閱陳瑞基，同前註。

二條（裁判之公開）及第三十二條（接受裁判之權利）規定⁵。另對聲請夫妻同居事件，認有關夫妻間是否有同居義務存在，雖應依訴訟事件請求，但以有同居義務存在為前提而對有關同居義務之內容，諸如同居時間、地點及其他具體內容，認為以非訟事件程序處理，並不違反前述憲法之規定⁶。亦曾對生活費請求事件，認有關夫妻間是否有婚姻費用分擔義務存在，雖應依訴訟事件請求，但以有婚姻費用分擔義務存在為前提，而由非訟法院對有關婚姻費用之分擔所為之處分，並不違反前述憲法之規定⁷。又最高法院曾認為由候補法官參與地方法院事件之審理，並不違反裁判所法第二十六條地方法院應採獨任制審理之規定，亦不違反憲法第三十二條、七十六條（法官之獨立）及三十七條（刑事被告之權利）規定⁸。

由於司法事務官之制度為新創，而新修正民事訴訟法已於九十二年九月一日起施行，然而法院組織法修正草案及司法人員人事條例修正草案等相關之配套法案，並未能如期於該施行之日前修正通過並公布施行，故實務運作是否會有問題產生，亦不可知，本文擬從比較法之觀點，探討此一新制是否有違憲之虞。

⁵ 參閱日本最高法院昭和 35 年 7 月 6 日大法庭決定，民集第 14 卷 9 號，頁 1657；住吉博，純然たる訴訟事件につきなされた強制調解と公開審判の原則，憲法判例百選Ⅱ（第四版），ジュリスト別冊，No155，2000 年 10 月 30 日發行，頁 280-281；日本國最高法院裁判選譯，第一輯，司法院印行，91 年 12 月，頁 422-429。

⁶ 參閱日本最高法院昭和 40 年 6 月 30 日大法庭決定，民集第 19 卷 4 號，頁 1089；鈴木正裕，訴訟事件と非訟事件，收錄於新堂幸司、青山善充編，民事訴訟法判例百選（第二版），ジュリスト別冊，No76，1982 年 5 月，有斐閣，頁 12-15；林屋禮二，家事審判法による審判の合憲性，憲法判例百選Ⅱ（第四版），ジュリスト別冊，No155，2000 年 10 月 30 日發行，頁 282-283；日本國最高法院裁判選譯，第一輯，司法院印行，91 年 12 月，頁 430-439。

⁷ 參閱日本最高法院昭和 40 年 6 月 30 日大法庭決定，同前註。

⁸ 參閱日本最高法院昭和 54 年 6 月 13 日第二小法庭決定，民集第 33 卷 4 號，頁 348；井口文男，參與判事補制度，憲法判例百選Ⅱ（第四版），ジュリスト別冊，No155，2000 年 10 月 30 日發行，頁 390-391；大谷正義，參與判事補制度，憲法判例百選Ⅱ（第三版），ジュリスト別冊，No131，1994 年 10 月 10 日發行，頁 382-383。

貳、德國法務官制度之淺介

一、起源⁹

德國與奧國之法務官其實是其歷史發展之產物，原係由書記官中所產生，用以承擔一部分原應由法官處理之司法上簡易事件。在德國第三帝國時代，聯邦將各邦有關法務官任務之行政命令加以統一，明文規定法務官之地位、其職務行為的獨立性及其與法官間之關係。第二次世界大戰結束後，西德聯邦之法規整理法承認法務官在法院組織上之地位。聯邦政府於 1952 年首次提出「法務官法草案」，並於 1957 年通過施行，其後於 1969 年 11 月 5 日進行大翻修，擴大法務官之任務，最後一次修正為 1998 年 8 月 25 日¹⁰。以下即就最近一次修正之德國法務官法中有關法務官之設置及其職掌、任用資格、業務範圍、法務官與法官職務上之關係、法務官就個案所為處分之效力及其救濟等事項作一說明。

二、法務官之設置及職掌

德國法務官雖然在各級法院均有員額配置，但主要仍以區法院業務為主。在邦法院及高等邦法院所配置之法務官只有一項業務，即「確定訴訟費用」¹¹。

德國法務官之職務依該國法務官法¹²之規定，約可歸納如下：

(一)全部移轉由法務官承擔者：

1. 民法及非訟事件法規定之社團事件
2. 依非訟事件法規定之受領代宣誓擔保之程序、物品之檢查及保管，以及質物之變賣

⁹ 參閱劉初枝，論「非訟法務官」之制～評非訟法務官法草案，輔仁法學，11 期，81 年 6 月，頁 5。參閱陳瑞基，同註 3，頁 84-86。

¹⁰ 以下有關德國法務官法之條文請參閱公務人員出國考察報告，陳瑞基，法務官制度之研究附錄，90 年 2 月。

¹¹ 參閱陳瑞基，同註 3，頁 96。

¹² 參閱德國法務官法第三條條文。

3. 租佃授信法上之租佃授信事件
4. 民法及非訟事件法規定之夫妻財產權登記事件
5. 受領意思表示之公證事件
6. 失蹤事件
7. 土地登記事件、船舶登記事件、建造中船舶登記事件，以及航空器抵押登記事件
8. 依強制拍賣及強制管理法規定之程序
9. 依民事訴訟法規定所進行之分配程序
10. 依照對於分配盈餘而適用強制拍賣之規定所進行之分配程序
11. 依農地整理法、國防土地取得法、航空法、建築法及聯邦礦業法規定之分配程序

(二) 部分移轉由法務官承辦者¹³：

1. 非訟事件法規定之監護事件、家事事事件及輔佐事件，以及民法中規定由家事法院承辦之事件
2. 非訟事件法規定之遺產及遺產分割事件，及民法規定由公務機關保管遺囑及繼承契約之事件
3. 非訟事件法規定之商事事事件及合夥事件
4. 破產法上之程序
5. 1985.3.8 德奧破產條約施行法規定之程序
6. 依海商法有關分配規定之程序

(三) 依德國法務官法第二十條至第二十四條之一個別規定之業務：

1. 依民事訴訟法及保護承租人法之程序
2. 確定訴訟費用額之程序
3. 法院處理罰金及罰鍰之程序
4. 在專利法院之程序
5. 受領意思表示有關之事項
6. 訴訟輔導業務

(四) 依德國法務官法第二十九條至第三十一條個別規定之業務：

¹³ 例外由法官保留承辦者，請參閱德國法務官法第十四條至第十九條之二。

- 1.國際法律事件
- 2.提存事件
- 3.在刑事訴訟程序之檢察官業務，罰金事件及罰鍰事件之執行，秩序罰及強制罰之執行

德國法務官法第九條規定：「法務官獨立執行業務，僅受法律規定拘束。」由於該條規定清楚揭示法務官具備業務獨立性（*Sachliche Unabhängigkeit*），因此法務官獨立辦理業務，與法官之間並無隸屬關係，但所辦理之業務依通常訴訟程序法規規定之法院中由該職務上行為所配置之法官管轄之（德國法務官法第二十八條）。

三、法務官之任用及地位

依德國法務官法第二條規定，德國法務官遴選對象之來源有五：分別為（一）從事司法業務之公務員，已接受三年之預備性實習訓練，並通過法務官考試者。（二）具備大學院校就讀資格者，或證明或承認具同等學歷者，得許可其接受預備性實習訓練。（三）從事中等司法業務之公務員（例如書記官），於通過就業考試後，擔任三年以上之中等司法業務工作，且依其品格及其服務成績顯示擔任法務官之工作為合適者，得許可其接受法務官訓練。（四）依具有法官資格者之聲請任之。（五）參與第二次國家司法人員考試之實習人員得受任暫時處理法務官之業務。奧地利法務官法第一條¹⁴則規定，法務官乃法院職員，為聯邦之機關，基於該法處理移轉予其等之法院管轄事務。足見德國規定法務官除須具備一定資格外，並須經一定訓練及考試及格，且適於擔任法務官工作者，始得受任行使法務官之職權。至於原先擔任之工作與司法職務是否相關，在所不問。

¹⁴ § 1. (Begriff) Rechtspfleger sind Gerichtsbeamte, denen als Organen des Bundes auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes die Besorgung von Geschäften der Gerichtsbarkeit übertragen ist. 奧地利法務官法原文請參閱 <http://www.ris.bka.gv.at/bgbl/> 網站。中譯本請參閱許惠祐譯，奧地利非訟法務官法中譯文，收錄於非訟法務官法資料彙編，司法院印行，80年10月，頁7-26。

奧國則規定法務官須為法院職員，而後依其能力、業務熟悉等程度決定於何一法院，於何一時期，就何等工作範圍，受任並行使法務官之職權¹⁵。

至於德國法務官所接受之預備性實習訓練，包括法律課程及實務實習。法律課程指公務員曾參與專科學校或以同等學歷研讀有關法務官行使職權所必要之學術上知識、方法，期間不得少於十八個月；實務實習指職業上之執業能力及常識，以法務官職權之行使為訓練重點，期間不得少於一年（德國法務官法第二條）。法務官考試，筆試部分，一般舉行二星期，每星期四天，共為八個科目，每個科

¹⁵ 有關奧地利法務官之工作範圍及任用資格，請參閱奧地利法務官法第二條及第五條規定。

§ 2. (Arbeitsgebiete) Ein Gerichtsbeamter kann für eines oder mehrere der folgenden Arbeitsgebiete zum Rechtspfleger bestellt werden: 1. Zivilprozeß- und Exekutionssachen; 2. Verlassenschafts- und Pflugschaftssachen sowie Angelegenheiten des Gerichtserlages und der Einziehung gerichtlicher Verwahrnisse; 3. Grundbuchs- und Schiffsregistersachen; 4. Sachen des Handels- und des enossenschaftsregisters. § 5. (Verwendung) (1) Der Präsident des Oberlandesgerichtes hat nach dem gegebenen Bedarf zu bestimmen, bei welchem Gericht, in welchem zeitlichen Umfang und auf welchem Arbeitsgebiet ein Gerichtsbeamter als Rechtspfleger zu verwenden ist. (2) Der Rechtspfleger ist durch den Vorsteher des Bezirksgerichtes (Präsidenten des Gerichtshofes) einer Gerichtsabteilung oder mehreren Gerichtsabteilungen zuzuweisen. Wenn der Geschäftsumfang es erfordert, können einer erichtsabteilung mehrere Rechtspfleger zugewiesen werden. (3) Der als Rechtspfleger verwendete Gerichtsbeamte hat neben seinem Amtstitel die Funktionsbezeichnung „Rechtspfleger“ zu führen.

第二條（工作範圍）：「法院職員得就單一或多數專業類科任命為法務官：一、民事及執行事件；二、繼承及養護案件以及法院費用及保管品收受等事件；三、土地登記簿及船舶登記事件；四、商事及合作社登記事件。」第五條規定（任用）：「一、高等法院之院長應依實際需要決定、任命法院職員於何一法院，在何一時期，就何等工作範圍，擔任法務官。二、法務官由區法院之首長（法院院長）分配於單一或多數之法院科室。因業務範圍之需要，一科室亦得配置數法務官。三、經任用為法務官之法院職員除原有職稱外，應加『法務官』職銜。」

目五小時。筆試結束後，接者是準備口試，在專科學校裡也有訓練準備口試的課程，連同等候口試的期間共為三個月（九至十一月），一般口試在十一月舉行，每一組的應考人為五位，口試時間為四小時，通過者自十二月一日就會被分發任用，法務官訓練最終也授與法務官證書（Diplom-Rechtspfleger/ in FH）。

四、法務官與法官職務上之關係

（一）職務管轄關係

法務官獨立辦理業務，與法官之間並無隸屬關係，但所辦理之業務依通常訴訟程序法規定之法院中由該職務上行為所配置之法官管轄之（德國法務官法第二十八條）。

（二）辦理業務之呈交

依前述之管轄關係，法務官就辦理之業務，有法定原因應呈交法官者，有下列情形：

1. 就事件之處置措施，認為無權限者（同法第四條第三項）。
2. 所處理之事件，經請求由聯邦憲法法院或依基本法第一百條規定由邦主管憲法爭議事件之法院為裁判者（同法第五條第一項第一款）。
3. 所承擔業務與法官辦理之業務間有密切關聯，實質上不得分開辦理者（同法第五條第一項第二款）。
4. 所承擔之業務牽涉外國法者（同法第五條第二項）。
5. 法官認為必要時，應自行處理該受呈交之事件。亦得將該事件退還法務官。受退還之法務官應受法官所告知法律見解之拘束（同法第五條第三項）。
6. 移轉承擔之業務與法官辦理之業務間有密切之關聯性，且在實質上不得分別處理者，應將全案由法官併案辦理（同法第六條）。
7. 業務應由法官辦理，或應由法務官辦理，發生爭執或不明確時，其管轄權由法官以裁定行之。對此裁定不得聲明不服（同法第七條）。
8. 一般程序法關於不服決定之法律途徑未為規定者，異議之提起

適用立即抗告之期日規定。法務官就異議之提起，得自行更正。未為更正者，應呈交法官裁判之。其餘關於異議之提起，準用抗告相關規定（同法第十一條第二項）。

(三)辦理業務效力

依照德國從事司法或法務工作之分類，可分為四類：

1. 更高等職務（höherer Dienst），如法官所從事之審判工作。
2. 高等職務（gehobener Dienst），如法務官所從事之法務工作。
3. 中等職務（mittlerer Dienst），如書記官所從事之法務工作。
4. 簡易勤務（einfacher Dienst），如一般收發登記事務。

具備更高等職務資格者，得從事比其低等類別之工作職務。故具備法官資格者得依其聲請從事法務官之工作（法務官法第二條第三項）。具備低等法務工作資格者，不得從事比其高等類別之工作職務。故法務官不得經辦法官之業務，該業務未為承擔且亦不得為承擔者，該業務為無效（法務官法第八條第四項）。但以裁判指派法務官承擔者，不在此限（法務官法第七條）。

五、法務官就個案所為處分之效力及其救濟

德國法務官就個案所為決定，其用語為 **Beschluß** 或 **Verfügung** 而非 **Urteil**（判決），除此之外，法務官就個案所為處分或決定之效力依德國法務官法第八條規定：「法官經辦之業務，移轉由法務官承擔者，不影響該業務之效力。法務官經辦之業務，依本法規定，係得由法官移轉其承擔者，縱未為移轉，或在個案不備移轉要件時，不因之而無效。法務官未依第五條第一項規定，將業務呈交法官者，該業務不因之而無效。法務官經辦法官之業務，如該業務依本法規定，既未為承擔且亦不得為承擔者，該業務為無效。但該業務依第七條規定以裁判指派法務官承擔者，不在此限。法務官經辦法院書記處書記官之業務者，不影響該業務之效力。」換言之，法務官經辦之業務，係由法官移轉承擔者，不影響該業務之效力。法務官所作決定與法官之裁判對同一事件之當事人及其權利義務之繼受人，均有拘束力。

對於法務官所作決定不服，得依德國法務官法第十一條規定提出異議（Erinnerung¹⁶）：「不服法務官決定之法律途徑，依一般程序法規定許可者為之（第一項）。一般程序法關於不服決定之法律途徑未為規定者，異議之提起適用立即抗告之期日規定。法務官就異議之提起，得自行更正。未為更正者，應呈交法官裁判之。其餘關於異議之提起，準用抗告相關之規定（第二項）。依照土地登記法、船舶登記法、非訟事件法，以及關於繼承證書之法律規定，已生效且不得再加以變更之法院處分，亦不得以異議聲明不服。民事訴訟法第六九四條、第七〇〇條規定之情形，及關於准許行使投票權之裁判（破產法第七十七條、第二三七條、第二三八條），亦不得提起異議（第三項）。異議程序毋庸繳納訴訟費用（第四項）。」

參、我國司法事務官之制度

一、司法事務官制度之引進

司法院為減輕法官工作負擔，提昇裁判品質，除從法官增員計畫、司法業務資訊化及設立非訟事件處理中心，積極擘劃執行外，復以德、奧兩國實施非訟法務官（Rechtspfleger）制度有年，成效卓著，為期切實而有效引進該制度，俾使法官致力於審判工作，而將非訟事件中較具事務性之非訟事件交由非訟法務官集中迅速處理，以提高司法官辦案績效，乃自民國 80 年起蒐集有關資料，延攬學者專家，於民國 82 年初草擬完成非訟法務官法草案，就非訟法務官之任用地位、處理事務範圍、職務之執行、救濟程序暨其週邊相關程序作規定，期能據以設置法務官充分發揮該制度應有之功能，並曾分送各界廣徵意見¹⁷。然最後不知何故，放棄制定專法之方式，而分別於民事訴訟法、法院組織法及司法人員人事條例之修正草案中規

¹⁶ 德國法務官法對於法務官用語刻意與法官有所區別，提出異議用 Erinnerung，明顯與抗告（Beschwerde）或第二審上訴（Berufung）、第三審上訴（Revision）不同。

¹⁷ 非訟法務官法草案初稿條文，請參閱司法週刊第 612 期，82 年 3 月 10 日，第 3 版。

定相關事項¹⁸。其中民事訴訟法修正草案，增訂第六節之一有關司法事務官之處理程序，並於第二四〇條之一至第二四〇條之四分別規定司法事務官所作成文書之格式、所為處分之效力及其救濟程序，該等條文於九十二年一月十四日經立法院第五屆第二會期第十七次會議通過，並於二月七日公布，同年九月一日起施行。至於法院組織法及司法人員人事條例之修正草案則尚未完成立法程序。以下即針對新修正民事訴訟法中有關司法事務官之設置及職掌、任用及地位、其就個案所為處分之效力及其救濟等事項作說明。

二、司法事務官之設置及職掌

新修正民事訴訟法中為配合法院組織法之修正，雖增訂第六節之一有關司法事務官之處理程序，然並未規定何類事件得移由司法事務官處理，僅規定「依法律移由司法事務官處理者，除別有規定外，適用本節之規定」（第二百四十條之一），並於其立法總說明中說明該節係為配合法院組織法修正條文第二十三條增設司法事務官，辦理提存或法人及夫妻財產制契約登記事項或其他依法律規定事項¹⁹。然民事訴訟法第二百四十條之一之立法說明則謂：「本法所定事件，依法律移由司法事務官處理者（例如：法院組織法第十七條之二所列督促程序、公示催告裁定及確定訴訟費用額等事件），除別有規定外，應適用本節之規定，爰增訂本條。至於本節所未規定者，自仍應適用本法就各該事件原為法官處理而設之相關規定²⁰。」與立法總說明中所引法院組織法之條文規定不符，諒係於法院組織法修法過程中因條次變動，而未及修改該條立法說明之故。

由於提存或法人及夫妻財產制契約登記等事件日益增多，而部

¹⁸ 民事訴訟法規定有關司法事務官所作成文書之格式、所為處分之效力及其救濟程序（第二四〇條之一至第二四〇條之四）；法院組織法修正草案規定增設司法事務官及其職掌、官等、職等（第 23 條至第 25 條）；司法人員人事條例修正草案則規定有關其任用資格（第 20 條之 1）。

¹⁹ 參閱 92 年 2 月 7 日修正公布民事訴訟法之立法總說明。

²⁰ 參閱修 92 年 2 月 7 日正公布民事訴訟法第 420 條之 1 立法說明。

分地方法院囿於員額素質，多未設提存所主任或登記處主任，而由法官兼辦該類業務，增加法官工作負擔。為集中處理非訟事件，合理分配司法資源，落實憲法對人民訴訟權之保障，並減輕法官工作負擔，兼顧各地方法院業務之實際需求，法院組織法修正草案第二十三條，爰仿德、奧法務官制度，在地方法院設司法事務官室，置司法事務官，並明定其官職等，司法事務官在兩人以上者，置主任司法事務官²¹。

依法院組織法修正條文第二十三條第二項規定，地方法院院長得視業務需要，指派司法事務官兼辦提存或法人及夫妻財產制契約登記事項。提存事件與登記事件屬傳統非訟事件之範圍，最適合由司法事務官管轄。現行法院組織法第二十條及第二十一條所規定之佐理員制度，大部分即由司法事務官取代，而可達提昇司法品質之效果。

法院組織法草案第二十四條規定地方法院管轄之下列事項，由司法事務官處理：一、督促程序事件二、本票裁定強制執行事件三、公示催告裁定事件四、拍賣抵押物、質物及留置物裁定事件五、拋棄繼承事件六、確定非訟費用額事件七、確定訴訟費用額事件。此類事件與其他非訟事件相較，均屬較為簡易單純之非訟事件，並未涉及身分權利義務等重大事項。其中，督促程序之支付命令裁定，一經確定，雖與判決發生同一之效力，然債務人可不附理由異議，異議後即進入訴訟程序，由法官處理。至本票裁定強制執行事件，拍賣事件及拋棄繼承事件，均無實質確定力；公示催告程序僅係催告申報權利，如欲使利害關係人喪失權利，尚須另行聲請為除權判決；又確定非訟費用額、確定訴訟費用額之事件，其費用之負擔已於裁判中確定，此類事件，僅為費用之計算。由於上述事件均與實體之爭議無涉，故規定全部移由司法事務官處理，以減輕法官負擔，增進辦案績效。

法院組織法草案第二十五條規定司法事務官受法官之命，襄助

²¹ 參閱法院組織法修正草案第23條第1項立法說明。

處理下列事項：一、失蹤人財產管理事件二、無人承認繼承財產管理事件三、限定繼承事件四、選定遺產管理人事件五、指定遺囑執行事件六、假扣押裁定事件七、強制執行事件八、其他經司法院指定之非訟事件。此類事件多較具事務性或持續性，明定使司法事務官接受法官之命，切實為必要之襄助與處理，以應事實之需要。

由於增設司法事務官之主要目的在減輕法官負擔，故將非訟事件中較為簡易單純，未涉及身分權利義務等重大事項，移由司法事務官集中妥適處理，以增進法官辦案績效。另外，針對部分較具事務性或持續性之事件，亦使司法事務官接受法官之命，為必要之襄助及處理，並於第八款另訂授權司法院指定之其他事件，以應事實之需要。此處所謂襄助，應指承法官之命為法官草擬裁定及代為法律所規定之事實行為，如受領意思表示或檢查等監督行為²²。由司法事務官之職掌內容觀之，其任務可分為：（1）分擔或承擔法官之部分任務（第二十四條第一款至第四款、第六款、第七款，第二十五條第六款、第七款）（2）承擔書記官的部分任務（第二十四條第五款，第二十五條第一款至第五款）。

司法事務官所為之行為，雖屬司法領域之行為，但因其行為帶有濃厚之例行性，無一般行政行為自由裁量特徵之色彩，亦無須像法官一樣要作法益衡量，故司法事務官受理移轉管轄之事項，原則上必須無涉審判行為，因此，司法事務官在行使此類職務時，表現在程序上有下列特色²³：

1. 嚴格法定原則：司法事務官只能依法律有明文規定移轉司法事務官處理之事項，為許可與否之裁定。
2. 形式審查原則：司法事務官在裁定前，應就關係人之聲請，審查其形式的合法性，無實體認定之權限。其管轄事件個案中，如相對人有實體之爭執時，司法事務官即不得裁定許可聲請人

²² 參閱 78 年 12 月 20 日以前之舊法院組織法第 47 條（該條第 2 項規定：書記官於法院開庭審判時執行職務者，服從審判長之命令，其隨從推事執行職務者，服從該推事之命令）。

²³ 參閱劉初枝，同註 9，頁 12、42。

之聲請，換言之，僅得就無爭執之事件為裁定。

3. 無裁量性原則：移轉由司法事務官處理之事件，概屬呆板而例行性之事件。司法事務官之行為可說「千篇一律」，無裁量之餘地，目前多使用電子資料處理之方式（電腦）為之。
4. 獨立負責原則：司法事務官就移轉事件之處理上，係依據其良心獨自負責，不受法官之指揮與監督。關係人對司法事務官之處分或裁定提起異議時，先由原裁定之司法事務官自行審查處理，關係人對處理結果仍不滿意者，得提出抗告及再抗告。

三、司法事務官之任用及地位

司法事務官之任用資格，依司法人員人事條例修正草案第二十條之一規定，應就具有下列資格之一者，任用之：一、經公務人員高等考試或司法人員特種考試相當等級之司法事務官考試及格者。二、具有法官、檢察官、公設辯護人任用資格者。三、曾任司法事務官，經銓敘合格者。四、經律師考試及格，並執行律師職務二年以上，成績優良者。五、曾在公立或經立案之私立大學、獨立學院法律學系或法律研究所畢業，並任司法行政人員、法院或檢察署書記官辦理紀錄三年以上，成績優良，具有薦任職任用資格者。六、經公務人員普通考試或司法人員特種考試相當等級之法院書記官考試及格，任法院或檢察署書記官六年以上，成績優良，並具有薦任職任用資格者。主任司法事務官，應就具有司法事務官及擬任職等任用資格，並有領導才能者遴任之。具律師執業資格者任司法事務官期間，計入其律師執業年資²⁴。

司法事務官與法官之任用資格並不相同²⁵，司法事務官雖為司法人員之一，但無論就司法事務官之養成教育或任用資格，均將司法

²⁴依司法院組織法修正草案規定，執業一定年限之律師，得被遴選為大法官（第八條）或行政訴訟及懲戒庭法官（第二十條）。

²⁵依司法人員人事條例修正草案規定，所謂司法人員包括法官、檢察官、公設辯護人、公設輔佐人及其他司法人員。參閱司法人員人事條例第二條條文，至於法官之任用資格參閱同法第九條條文。

事務官定位為一般公務員，而非憲法上所稱之法官²⁶，兩者間最大之不同在於公務員有服從之義務，而法官則具備超然獨立的地位。司法事務官處理法官移轉之非訟事件或其他事務時，雖應依法自行為之²⁷，但是否有憲法第八十條應超出黨派，依據法律獨立審判，不受任何干涉規定之適用，法無明文。由於司法事務官係處理原由法官承辦之業務，故在職務執行上，司法事務官似仍應受法官之監督。

四、司法事務官與法官職務上之關係

在司法體系上，司法事務官屬輔助司法之法律專業人員，其地位居於法官與書記官之間。其職掌包括分擔或承擔法官之部分任務（法院組織法第二十四條第一款至第四款、第六款、第七款，第二十五條第六款、第七款）（2）承擔書記官的部分任務（第二十四條第五款，第二十五條第一款至第五款）。

（一）職務管轄關係

司法事務官處理法官移轉之非訟事件或其他事務時，依法應自行為之，與法官之間並無隸屬關係，但因司法事務官係處理原由法官承辦之業務，故在職務執行上，似仍應受法官之監督。

（二）辦理業務效力

司法事務官處理事件所為之處分，與法院所為者有同一之效力。當事人對其處理事件所為之終局處分不服，如司法事務官認為無理由時，應送請法院裁定之。

五、司法事務官就個案所為處分之效力及其救濟

在我國，司法事務官設置之目的，既在合理分配司法資源，減輕法官工作負擔，若其處理事件所為處分之效力與原由法官作成者

²⁶ 法官具有雙重之獨立性：（1）人身獨立性（personliche Unabhängigkeit）表現於非得其本人同意不得隨意調動其職務及行使職務之區域；（2）專業獨立性（sachliche Unabhängigkeit）表現於其完全憑藉良心依據法律而為審判，不受上級長官之指示為裁判。參閱劉初枝，同註9，頁6註5。

²⁷ 參閱司法人員人事條例第二十條之一之立法說明。

不同，將使程序繁複，影響當事人之權益，故規定司法事務官處理事件所為之處分，與法院所為者有同一之效力，以杜爭議（民事訴訟法第二四〇條之三）。

健全之司法體系，都應設有法律救濟之制度，一方面使行使國家主權之機關對其作用範圍內各下級機關所為之裁判或處分有重新審理的機會，另一方面來說，對受裁判之人或因處分而權利受侵害的人，亦可落實憲法上之程序保障權－訴訟權。對司法事務官行使受移轉執行之法官職務時，因其不具法官之身分，故其行為仍應受原審法院之事務管轄。正因司法事務官並非法官，故在民事訴訟法上對其所為處分之救濟制度，與對法官所為處分之救濟制度作不同之設計。對司法事務官之處分，當事人得提出異議²⁸；對法官之處分，則得提出抗告²⁹。依民事訴訟法第二四〇條之四規定，當事人不服司法事務官之處分而聲明異議者，由司法事務官先自為判斷，其判斷結果，認異議有理由時，應自為變更，以達妥當性目的。若司法事務官認異議為無理由，則應送請所屬法院之獨任法官裁定。此規定保留了法官對司法事務官處分之審查權。

肆、司法事務官所為處理程序之設計是否有違憲之虞

一、我國憲法上所保障之訴訟權

訴訟權為一程序權，其為所有基本權之保障規定，如無訴訟權限之賦予，則人民其他基本權僅為一紙空談，而訴訟權之最基本功能即為人民得就其損害訴請法院回復其權利。然憲法只籠統地表明

²⁸ 參閱民事訴訟法第二百四十條之四規定：當事人對於司法事務官處理事件所為之終局處分，得於處分送達後十日之不變期間內，以書狀向司法事務官提出異議。但支付命令之異議仍適用第五百十八條及第五百十九條之規定。司法事務官認前項異議有理由時，應另為適當之處分；認異議為無理由者，應送請法院裁定之。法院認第一項之異議為有理由時，應為適當之裁定，認異議為無理由者，應以裁定駁回之。前項裁定，應敘明理由，並送達於當事人。

²⁹ 參閱非訟事件法第二十四條規定：因裁定而權利受侵害者，得為抗告。駁回聲請之裁定，聲請人得為抗告。

人民有訴訟權，其餘則付之闕如。學理上對訴訟權建制之內涵通常列出³⁰：（一）接受裁判之請求權（二）接受公平法院之裁判（包括法定法官原則、訴訟武器平等原則、法官判決只受憲法與法律之拘束）（三）審理迴避原則（四）不得限制發動訴訟之權，限制訴訟權以程序事項為限。實務上則透過「制度性保障」之觀點闡釋憲法上關於訴訟權保障之內涵，認為憲法第十六條訴訟權之保障範圍，實涵蓋下列四項構成事實³¹：

- （一）凡憲法所保障之權利，遭受公權力或第三人之不法侵害，國家均應提供訴訟救濟之途徑並由司法機關作終局之裁判。享有此項權利之主體，並不限於本國國民，亦不限於自然人，並及於外國人及法人，蓋作為受益性質之訴訟權，本質上係人類的權利而非僅屬國民的權利，且亦非專屬於自然人，乃為兼屬法人（或團體）之權利。
- （二）訴訟救濟途徑係由各級法院構成之審級制度，雖不排除其他先行程序（訴願程序及行政訴訟之前置程序），但至少其最後之審級應屬法院，而所謂法院必須由憲法第八十一條之法官所組成，始足相當。此在若干國家之憲法，稱之為接受法律上之法官審判之權利。
- （三）法院所踐行之程序應符合一般民主法治國家所遵循之原則，諸如獨立審判、公開審理、言詞辯論、攻擊防禦方法之對等、審判與檢察部門之分離、不得強迫被告自認其罪，不得舉行群眾公審等；訴訟程序係法律保留事項，應以法律作明確之規定，其完備之程序且不得較憲法制定時已存在之訴訟制度為更低。
- （四）訴訟過程中之實際運作，固不得違反法定程序，倘實際運作受法律以外之成文或不成文例規之支配，致審級制度喪失功能、人民無法享有公平審判之權益或訴訟程序全程終了，仍無從獲得有效

³⁰ 參見李惠宗，憲法要義，敦煌書局，1998年1月第二版，頁204-212。

³¹ 參閱大法官釋字第368號解釋吳大法官之協同意見書。另參閱吳庚，憲法的解釋與適用，2003年4月初版，頁130-131。

救濟，亦與憲法本條保障訴訟權之意旨有違。基本權利之保障範圍既經確立，釋憲機關即應審查由法令或例規所形成制度保障，是否與各該權利之保障範圍相吻合，受保障之事項有無遭侵害之情事。

其中（二）所謂「法院」，應係指「公平法院」，即法院之組織及構成無偏頗或不公平之虞者而言，大法官於釋字第 378 號解釋理由書第一段，除重申訴訟權之意義外，亦對何謂法院作了詳盡的說明。大法官認為法院固係指由法官所組成之審判機關而言，惟若因事件性質在司法機關之中設置由法官與專業人員共同參與審理之法庭或類似組織，而其成員均屬獨立行使職權不受任何干涉，且審理程序所適用之法則，亦與法院訴訟程序所適用者類同，則應認其與法院相當。人民依法律之規定就其爭議事項，接受此等法庭或類似組織之審理，即難謂憲法上之訴訟權遭受侵害。由司法事務官處理原應由法官處理之業務，基於兩者間在人身獨立性及專業獨立性之不同（詳後述），在組織法上及審判上即有可能造成不公平。

二、司法事務官處理事項之性質

移由司法事務官辦理之案件，雖為非訟事件中較不具爭議性者，然而非訟事件亦非絕對無訟爭性，依據民事訴訟學者之見解，在非訟事件之前階段，訟爭性尚未顯現，適用非訟法理，固可滿足經濟迅速之要求，而非訟程序之後階段，訟爭性顯現後，則應併用訴訟法理，以滿足依嚴密的審判程序確定私權之基本要求³²。此時如仍由司法事務官審理，是否有違憲法所保障之訴訟權，影響人民之公正程序保障請求權。例如拍賣抵押物聲請事件³³，非於程序一開始即有訟爭性，而當事人就實體事項爭執，如於裁定前提出實體抗辯

³² 參閱邱聯恭著，「司法之現代化與程序法」，1992 年，頁 88。

³³ 拍賣抵押物事件可能有幾種情形：（1）有抵押權登記但無債權（2）已清償完畢但尚未塗銷抵押權（3）有法定抵押權存在。拍賣抵押物事件，如使債權人先有執行名義，往往可解決一大部分爭議。

(例如被擔保之債權已清償而有爭執),始生訟爭性,此時得否單純以其為非訟事件,即由司法事務官適用非訟法理加以處理,非無疑問。再者,由司法事務官發給執行名義³⁴,然後由法官據以執行,邏輯上亦有繆誤。

於現行非訴事件法中,有關本票准予強制執行事件(同法第一百條)、准予拍賣抵押物事件(同法第七十一條),即為具有訟爭性、對立性之非訟事件類型,此類非訟事件之特色,在於有相對立之他造,與典型之非訟事件不同³⁵。惟因其與訴訟事件於審理程序上具有不同特性,導致若干具有訟爭性質之事件因事件本質或程序上要求,不得不利用非訟事件審理程序上之特性,並進一步於立法論上加以涵蓋規範³⁶。

所謂具有訟爭性、對立性之非訟事件,乃係因有利用非訟程序之需求,始透過立法手段自訴訟事件「轉化」為非訟事件。於訴訟事件中,向來多承認除追求實體之真實外,亦應促進訴訟、追求訴訟經濟,對於此種認知的程序保障權認為係屬憲法上人民訴訟權之一種³⁷。而具有訟爭性、對立性之非訟事件固應適用非訟程序,而非訟程序係強調法院職權調查、進行並決定裁量內容,而非當事人之自主決定,然因審理程序之不同外,於非訟程序中仍不應忽略程序權保障之共通法理之適用。且基於平衡追求當事人之實體與程序利益,於非訟程序亦應「實質化」當事人之內涵,賦予其應有之程序權保障。

法院於處理非訟事件時,是否應賦予程序主體程序權之保障,

³⁴ 由司法事務官所發執行名義之種類及事項,應以法律明文規定。另外亦可設計成執行名義僅賦予執行力而無實質確定力,發生實質爭議時,可回歸訴訟審判之制度,如有此種配套設計,則司法事務官發給之執行名義,應無違憲之虞。

³⁵ 如法人登記事件、財產管理事件、繼承事件等,因不具訟爭性與對立性,學說上將之稱為「古典非訟事件」,參閱陳信旗,論非訟事件之相對人與程序保障權,全國律師,2002年9月,6卷9期,頁101。

³⁶ 參閱陳信旗,同前註。

³⁷ 參閱邱聯恭著,「司法之現代化與程序法」,1992年,頁111-155,對於程序權保障之概念有充分之說明。

使非訟程序主體除能獲得慎重而正確的裁判程序保障外，亦能獲迅速而經濟的裁判程序保障，否則是否違反憲法所保障之人民訴訟權？非訟事件之程序權保障³⁸之目的不僅在追求各該事件之權利義務真實性，以及法院發動職權所為裁定之內容妥適性；同時亦在追求如何兼顧程序主體所需求之程序上利益，避免非訟法院誤為裁定，使程序主體必須再予抗告；並且避免該程序主體之主張遭忽略，致延滯程序主體追求救濟而遭受執行之不利益。基於憲法明文保障人民訴訟權，即應肯認非訟事件之程序主體亦須受有上開內涵之程序權保障。非訟程序原則上固可採書面審理原則，惟若因聲請事項仍有疑義或不明確，為保障當事人程序主體之權利，即應賦予其聽審請求權，以兼顧實體及程序利益。

司法事務官依其遴選之背景，雖得稱專業人員，但畢竟非憲法上所稱之法官，其處理前述法院組織法所規定事件之程序，其名稱雖與原由法官處理者相同，以裁定或命令之形式為之，且對其救濟之程序，最終亦由法院為之，但兩者之養成教育畢竟不同。截至目前為止，無論訴訟事件或非訟事件，均由法官或由具有法官資格者辦理，法官在其養成教育上可以說是全方位的，其具有完整的法學素養及專業素養，俾處理包羅萬象之訴訟事件及非訟事件。又初任司法官候補期間為五年，期滿服務成績及格者，予以試署，試署一年後，服務成績及格者，予以實授³⁹。而司法事務官僅為一般公務員，是否具備足夠之法學素養及專業知識，以處理非訟事件中較具事務性者，仍非無疑問。是以，在決定移轉事項之範圍時，應有相當之限制⁴⁰，否則，使原於司法體系上未享有憲法上獨立性保障之司法事

³⁸ 所謂程序權保障，係指在起訴以後之訴訟程序上或特定非訟程序上，保障當事人或利害關係人，均有在法官面前充分陳述意見、辯論及提出攻擊防禦方法之機會。又程序權保障與程序的保障係屬不同概念，所謂程序的保障，係指：保障當事人或利害關係人走向法院、接近法官之機會、權利。為此應充實各種程序制度及其週邊制度，以賦予接近法院、使用司法制度之機會。參閱邱聯恭，同前註，頁 88。

³⁹ 參閱現行司法人員人事條例第十條規定。

⁴⁰ 應不得超出文書性、準備性及執行性事務之範疇。參閱劉初枝，同註 9，頁 44。

務官，由於法律之託付，侵害法官保留事項，行使專屬法官管轄之審判權，成為相當於審理簡易民事訴訟法官之「準法官」，將喪失關於較具事務性之非訟事件（無訟爭性之民事事件）移轉由司法事務官處理之立法者之原意。

三、司法事務官所為處理程序之設計是否有違憲之虞

依照憲法第七十七條規定，司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。第八十條規定，法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。由上述修正草案得知，司法事務官雖有各種不同之遴選管道，為一般司法人員，但並非職司審判工作之司法官。因而由司法事務官參與原屬法官之業務並針對個案作成決定，是否有違憲法上保障人民訴訟權之意旨？

此問題即或是在德國，亦爭論不休。依照德國基本法第九十二條規定：「司法權付託於法官；由聯邦憲法法院（Bundesverfassungsgericht）、本基本法所規定之各聯邦法院（Bundesgerichte）及各邦法院（Gerichte der Lander）分別行使之。」德國聯邦憲法法院曾於1967年6月6日表示：「基本法第九十二條之原則是，將司法權託付由法官來執行；換言之，其實質之意義是從事司法工作之人，便稱之為法官⁴¹。」然於1975年11月3日又稱：「法務官不是憲法、也不是法院組織法上所稱的法官，因為法務官從事受交付屬司法性質的任務只在侷限的範圍⁴²（beschränkte Umfang）」。足見聯邦憲法法院就此問題並未採取肯定見解。至於學界，多半持否定意見，但對於法務官參與司法工作並針對個案作成決定是否違憲，則又多所保留⁴³，究竟法務官參與司法工作並針對個案作成決定是否違憲，有加以深入探究之必要。

⁴¹ BverfGE21, 139=Rpfleger 1967, 210=DriZ 1967, 164=NJW 1967, 1123。轉載自陳瑞基，同註3，頁86。

⁴² BverfGE56, 110。參閱陳瑞基，同註3，頁86。

⁴³ 參閱陳瑞基，同註3，頁86。

法務官非基本法上規定之法官，因為基本法上、法院組織法上、德國法務官法上均有一致之法官概念，依此概念，僅以具有實質上及個人人身上獨立性之實質重要要素者，始得謂之為法官（基本法第九十七條第二項），法務官亦不行使基本法第九十二條所定意義之司法裁判權⁴⁴。

另一派見解則認為法務官亦屬憲法上所定意義之法官，蓋依現行法規定賦予法務官承擔維護法律範疇之處置及規則，亦屬廣義之司法裁判工作，但就法官獨立性而言，僅實質上獨立性始具有重要性，而個人之人身獨立性則不與焉⁴⁵。Eickmann（艾克曼）更主張修正基本法第九十二條之規定，明白規定司法裁判權由法官及法務官行使之⁴⁶。主張此等見解之學者亦認為繁雜且具有重大意義之業務，尤其是基本法第一〇四條規定剝奪自由之裁判自應保留予本質上之法官承辦。將法官之概念依兩分法分成「本質上之法官」與「非訟法務官」兩種，不但在基本法上且在一般法律上均乏依據，基本法第九十七條第二項規定，就實任法官之個人人身獨立性明示其不可停職性及不可轉調性。實質上之獨立性不僅非訟法務官有之，其他公務員亦有之（如審計單位之公務員）。司法裁判權在基本法上並未加以規定。依聯邦憲法法院之裁判上見解，認為基本法上所定之司法裁判權，除基本法本身賦予法院承擔之工作任務外，尤應包括傳統上有關民事審判及刑事審判之司法裁判核心範圍。在此等範疇中，法官之裁判縱屬前程序，亦不得由不具法官身分之機構進行⁴⁷。

在德國，無論就法務官之養成教育或任用資格，均將其定位為公務員。法官與公務員最大之不同在於公務員有服從之義務，而法

⁴⁴ Bauer, DriZ 71, 109. Bernhard, DriZ 81, 361/369. Blaesing, NJW 71, 1436. 參閱梁松雄，西德非訟法務官法條文釋義中譯文，摘自 C. F. Müller, Bassenge/ Herbst. FGG/ RPFLG. 5. Auflage. 收錄於非訟法務官法資料彙編，司法院印行，80 年 12 月，頁 119。

⁴⁵ Halbscheid, Rpfleger 68, 237. NJW 70, 1775. 參閱梁松雄，同前註，頁 120。

⁴⁶ Rpfleger 76, 153ff. 參閱梁松雄，同註 44，頁 121。

⁴⁷ BverfGE 22, 49. 參閱梁松雄，同註 44，頁 121。

官則具備超然獨立之地位。換言之，公務員對於職務之調動，並無拒絕之權利，而法官在憲法之保障下，除非有法律上原因被撤職、或因服務期間符合退休規定、或自願調任其他服務地點，否則任意之職務異動，法官得予以拒絕，此即為法官人身之獨立性⁴⁸。

法官所具備之獨立性，除前述人身獨立性之外，尚有專業獨立性。所謂專業獨立性，指業務上之獨立。即服從法律規定，依法裁判，不接受任何指示（*Freiheit von Weisungen*）⁴⁹。至於法務官在業務上是否有獨立性？依德國法務官法第九條規定：「法務官獨立執行業務，僅受法律規定拘束。」清楚揭示法務官具備業務之獨立性（*Sachliche Unabhängigkeit*）。因此，德國法務官法第九條規定之結果，法務官可謂具備業務獨立性。

我國司法事務官並非憲法上所稱之法官，因此不能享受人事上獨立性之保障，至於業務上之獨立性，司法事務官處理法官移轉之非訟事件或其他事務時，雖應依法自行為之⁵⁰，但是否有憲法第八十條應超出黨派，依據法律獨立審判，不受任何干涉規定之適用，法無明文。由於司法事務官係處理原由法官承辦之業務，故在職務執行上，司法事務官仍應受法官之監督。故本文以為法務官在業務執行上應無獨立性可言。

德國對法務官參與司法工作並針對個案作成決定是否違憲，意見呈現兩極，對於不違憲之理由，不外以下幾種見解：

(一)基本法第九十二條所謂之司法權並無明確定義，至目前為止無論是法院判決或是學術文獻上均無法具體加以定義。

(二)法務官參與司法工作並針對個案作成決定，是基於德國法務官法

⁴⁸ 法官個人之獨立性（*Persönliche Unabhängigkeit*），即是法官非因法律上原因不得任意將其撤職（*Unabsetzbarkeit*）或是調職（*Unversetzbarkeit*）。參閱陳瑞基，同註3，頁87。

⁴⁹ 參閱陳瑞基，同註3，頁87。

⁵⁰ 參閱司法人員人事條例第二十條之一之立法說明。另參閱司法院於民國82年間所草擬之非訟法務官法草案初稿第四條規定（非訟法務官……，依據法律自行處理受移轉之非訴事件），司法週刊，612期，82年3月10日，頁3。

授權規定，將職權賦予法務官據以執行，係依法行使職權⁵¹。

(三)法務官所受理之業務以非訟事件、土地登記事件、抵押權登記事件、強制執行事件、分配程序、監護事件、破產程序、確定訴訟費用之程序、法院處理罰金及罰緩之程序、專利法院審理之程序、紀錄意思表示業務、諮商協助業務、提存事件、罰金及罰緩事件之執行，秩序罰及強制罰之執行為範圍，並非全部之司法審判權。

(四)法務官所作出之決定，其後續之救濟程序，均由法官審理，對於人民的權利並無損害⁵²。

日本並無類似司法事務官之設計，僅於各法院設有調查官制度，但調查官多為法官⁵³，故較不會發生問題。日本最高法院曾對應依訴訟程序處理之事件，法院以非訟程序處理，而認定其違反日本憲法第八十二條（裁判之公開）及第三十二條（接受裁判之權利）規定⁵⁴。本案（一）事實：當事人之一方對於他方提起遷讓房屋之訴，而他方當事人就同一房屋又對之提起回復占有之訴，雙方因而發生爭執。昭和 22 年 6 月法院基於「借地借家調解法」及「戰時民事特別法」，依職權將兩事件移付調解，惟調解不成立。昭和 23 年 4 月法院依「戰時民事特別法」及借地借家調解法亦有準用之「金錢債務臨時調解法」第七條第一項、第八條規定，對於經合併之兩事件，為代替調解之裁判。對於此一代替調解之裁判不服之當事人，向東京地方法院提出即時抗告之結果，抗告審僅就原裁定之一部為變更，對重要部分則未變更而駁回抗告。抗告人雖向東京高等法院提起再抗告，惟亦被駁回。為此，當事人再向最高法院提起特別抗告。

⁵¹ 參閱陳瑞基，同註 3，頁 87。

⁵² 參閱陳瑞基，同註 3，頁 87。

⁵³ 最高法院之調查官，實務上均由曾任十年之裁判官擔任；高等法院之調查官，以東京高等法院為例，須在特許廳擔任審判官中，具有審判長經歷者擔任之；地方法院，僅於無體財產權（工業所有權）與租稅案件，始由調查官調查，無體財產權案件之調查官，由特許所（相當於我國之商標專利行政機關）資深審判官擔任，在租稅案件，則由稅務單位資深稅務員擔任。參閱日本法務官概述，收錄於非訟法務官法草案初稿條文暨說明，司法院印行，82 年元月，頁 95-108。

⁵⁴ 參閱日本最高法院昭和 35 年 7 月 6 日大法庭決定，同註 5。

抗告意旨主要係主張，依「金錢債務臨時調解法」第七條、第八條適用「非訟事件程序法」之規定，未經公開且利用裁定方法，就純訴訟事件為代替調解之裁判，係違背憲法第三十二條及第八十二條。(二) 判決要旨：依戰時民事特別法第十九條第二項，金錢債務臨時調解法第七條規定，就純訴訟事件為代替調解之裁判，不僅違反前述金錢債務臨時調解法第七條規定，亦有違反憲法第八十二條及第三十二條規定之虞。(三) 理由：依憲法第三十二條規定，任何人均有於法院接受裁判之權利，不得被剝奪，第八十二條更規定裁判之對審及判決，除同條第二項有關對審之例外情形外，應於公開法庭為之。亦即，憲法承認裁判請求權為基本人權，任何人均得請求法院就司法權之權利、利益之救濟為裁判。同時，另一方面，亦規定關於純訴訟事件之裁判，應依前述公開原則下之對審及判決為之，使近代民主社會之人權保障得以落實。又金錢債務臨時調解法第七條所規定代替調解之裁判，雖然對其有即時抗告之途徑，惟一旦裁判確定時，即與確定判決有同一之效力。結果不得不謂本件係不顧當事人之意思如何所為之終局裁判，且該裁判係未經公開法庭之對審及判決所為。就憲法第八十二條及第三十二條之意旨，考慮金錢債務臨時調解法第七條規定之法意，同條所規定代替調解之裁判，僅限於就既存債務關係有關利息、期限等事項之形成變更而已，亦即限於性質上屬於有關非訟事件之事項。而有關純訴訟事件，諸如確定事實或確定當事人所主張權利義務存在與否之裁判，則應解釋為不包括在前述得為代替調解之裁判範圍內。

另對聲請夫妻同居事件，日本最高法院認有關夫妻間是否有同居義務存在，雖應依訴訟事件請求，並依訴訟程序處理，但以有同居義務存在為前提而對有關同居義務之內容，諸如同居時間、地點及其他具體內容，認以非訟事件程序處理，並不違反前述憲法之規定⁵⁵。本案（一）事實：某女與某男經相親結婚後，感情日益不睦，婚後不到一年，妻回娘家居住。惟妻後來自我反省，希望回去與夫

⁵⁵ 參閱日本最高法院昭和 40 年 6 月 30 日大法庭決定，同註 6。

重歸和好共同生活。不意，夫主張要離婚而拒絕妻回來同居生活。為此事，妻向福岡家事法院聲請為同居之審判，該法院受理後，對夫命令同居之審判。夫不服此項審判而提起抗告，抗告審之福岡高等法院，將抗告駁回。夫遂以該駁回之裁定違反憲法第三十二條、第八十二條為理由，向最高法院提起特別抗告。本件即係最高法院對夫之特別抗告所為之裁定。（二）判決要旨：法院認為：一、家事審判法第九條第一項乙類第一款有關夫妻同居及其他夫妻間之協力扶助處分之審判規定，並未違反憲法第三十二條及第八十二條規定。二、以夫妻同居義務為前提之審判縱使確定，亦不妨礙對該同居義務本身另行提起別訴爭執。遂駁回夫之抗告。（三）理由：憲法第八十二條規定裁判之對審及判決，應於法庭公開為之。然何種事項應於法庭公開為對審及判決，憲法並無明文。因此，法律上之實體權利義務本身有爭執時，為確定該實體權利，應於公開法庭為對審及判決。法律上之實體權利義務本身為固有司法權之主要作用，如依非訟事件程序或以訴訟事件程序之裁定形式為裁判，等於迴避前揭憲法規定，縱使有立法亦不得允許之（法院似認屬憲法保留事項）。本案並非針對夫妻同居義務等之實體法上權利義務本身為裁判，而係以此等實體權利義務存在為前提，確定關於夫妻同居事項中有關其同居時期、場所、態樣等具體內容之處分，或於必要時基於前述義務，命其為給付之處分。民法對同居之時期、場所、態樣並未規定一定之基準，因此家庭裁判所有必要基於監護者之地位，從合目的性之觀點，行使裁量權，形成其具體內容，此類裁判本質上為非訟事件之裁判，無須於公開法庭為對審及判決。

日本最高法院亦曾對生活費請求事件，認有關夫妻間是否有婚姻費用分擔義務存在，雖應依訴訟事件請求，並依訴訟程序處理，但以有婚姻費用分擔義務存在為前提而對有關婚姻費用之分擔所為之處分，認以非訟事件程序處理，並不違反前述憲法之規定⁵⁶。本案（一）判決要旨：法院認一、家事審判法第九條第一項乙類第一款

⁵⁶ 參閱日本最高法院昭和 40 年 6 月 30 日大法庭決定，同註 6，頁 1114。

有關婚姻費用分擔處分之審判，並未違反憲法第三十二條及第八十二條規定。二、以婚姻費用分擔義務為前提之審判縱經確定，對該婚姻費用分擔義務是否存在，並不妨礙另行提起別訴。三、家事法院得自審判時溯及既往，為有關婚姻費用分擔之處分。(二)理由：純粹之訴訟事件，法院雖得不受當事人意見之拘束，終局地確定事實，並確定當事人所主張之實體上權利義務是否存在，然除憲法所定之例外情形外，須於公開法庭為對審及判決，如未於公開法庭為對審及判決，除違反憲法第八十二條外，亦應認為抹殺憲法第三十二條所承認之基本人權－裁判請求權⁵⁷。有關婚姻費用負擔之審判，夫妻一方應負擔由婚姻所生費用，以該費用負擔義務為前提決定其分擔額之裁判，並未終局地確定該費用負擔義務是否存在，故為非訟事件。而終局地確定該費用負擔義務是否存在者，即屬訴訟事件，須於憲法第八十二條所規定之公開法庭為對審及判決。家事審判法第九條乙類三款規定之婚姻費用負擔之處分，係接續民法第七六〇條規定，由婚姻所生費用之分擔義務，命當事人給付具體費用之裁判，家庭裁判所考慮夫妻之資產、收入及其他一切情事，自監護之立場，從合目的性之觀點，行使裁量權，決定具體之分擔額，其性質係非訟事件之裁判，而非純粹之訴訟事件。

又最高法院曾認為由候補法官參與地方法院事件之審理，並不違反裁判所法第二十六條地方法院應採獨任制審理之規定，亦不違反憲法第三十二條、第七十六條（法官之獨立）及第三十七條（刑事被告之權利）規定⁵⁷。本案（一）事實：於酒吧喧嘩吵鬧引發之傷害事件，第一審東京地方法院依「地方法院審理時承認候補法官參與之規則（以下簡稱參與規則）」（昭和 47 年最高裁判所規則第八號）使「未特例候補法官」參與審判而發生之憲法事件。裁判所法規定下級法院法官之認命資格須有 10 年以上之法曹經歷（第四十二條），由於承認候補法官之存在，在實際之運用上候補法官即成為法官之主要來源。候補法官係從司法研習所結業者中加以任命（第四

⁵⁷ 參閱日本最高法院昭和 54 年 6 月 13 日第二小法庭決定，同註 8。

十三條）。當然候補法官亦為法官（第五條第二項），但原則上不得為獨任制法官，於合議庭亦規定只能有一位候補法官，且不得為審判長（第二十七條），更不得成為法官會議之成員（第二十九條第三項）。然由於法院案件數增加，法官員額明顯不足，故於裁判所法施行（1947.5.3）之翌年，最高法院發布施行「有關候補法官職權特例之法律」，規定在職5年以上之候補法官，如由最高法院指定者，即不受職權行使之限制，得與地方法院或家事法院法官有同一之權限。「特例候補法官」之制度於是產生。又於1972年11月20日為充實強化獨任制法官之審理制度，使在職未滿五年之「未特例候補法官」亦得處理事件，故發布施行本案之繫爭「參與規則」。依該參與規則，「未特例候補法官」得依法院之裁定參與事件之審理，亦得於法官請求時陳述意見。本件第一審判決被告一年二個月之有期徒刑，上訴意旨指陳由「未特例候補法官」參與審理，等於採取「限制的二人合議制」方式審理，違反裁判所法第二十六條應採獨任制審理之規定，亦違反憲法第三十二條、七十六條及三十七條規定。東京高等法院認為「參與候補法官」並非以法院之構成員—法官之身分參與審理，故縱「參與候補法官」參與審理亦未改變法院採行獨任制之精神，故駁回被告上訴。被告上訴第三審，上訴意旨指陳：

（1）有法官身分者基於其身分及地位參與特定事件之審理本身即存有問題，依參與方式之不同，「參與候補法官」實質上等於構成合議制之陪席法官，使國民於「限制的二人合議制」法院接受裁判，違反憲法第七十六條及三十二條規定。（2）憲法第三十七條所稱之「公平法院」，係指「法院之組織及構成無偏頗或不公平之虞者」而言，「參與候補法官」之參與包含於法院之組織，則有其參與和無其參與，兩者間在組織法上及審判上即有可能造成不公平。（3）候補法官之參與，於該當事件之事實認定，法律之適用及刑之量定等包括所有審判之範疇，對被告之重要利害有關，應以法律而非以裁判所規則規定。（二）判決要旨：一、參與規則，係規定依裁判所法第二十六條第一項規定由獨任制法官處理事件時，如處理該當事件之裁判官為法官，得使候補法官（特例候補法官除外）參與，並透過候

補法官參與該當事件之審理，及針對案情陳述意見之方式，達到指導及養成將來負責審判之優良法官之目的。二、參與規則，無論從何觀點，均無採用二人合議制之意思。(三)理由：參與規則，係規定依裁判所法第二十六條第一項規定由獨任制法官處理事件時，如處理該當事件之裁判官為法官，得使候補法官（特例候補法官除外）參與，並透過候補法官參與該當事件之審理，及針對案情陳述意見之方式，以達指導及養成將來負責審判之優良法官之目的。參與候補法官除無評決權外，亦無訴訟指揮權或發問權，其意見對法官而言，亦無法律上或事實上之拘束力，又參與候補法官亦無除斥（自行迴避）或忌避（聲請迴避）規定之適用，參與候補法官如有變更亦無須更新辯論及公判程序，足見參與候補法官無論形式上或實質上均非裁判體之構成員，是以參與規則，無論從何觀點，均無採用二人合議制之意思。

在日本，無論訴訟事件或非訟事件，均由法官審理，其最高法院認為應以訴訟程序處理之事件不得以非訟程序處理，否則即有規避憲法第八十二條之嫌，縱使有立法亦不得允許之。又認為由候補法官參與地方法院事件之審理，並不違反裁判所法第二十六條地方法院應採獨任制審理之規定，亦不違反憲法第三十二條、七十六條及三十七條規定。姑不論候補法官之參與，是否使候補法官與獨任制法官間因相互交換意見，而影響法官獨立行使職權，但由一行政命令（參與規則）即變更法律（裁判所法）有關法院之組織，似仍無法完全解消是否有侵害人民接受裁判權之虞。則舉輕以明重，我國將一部分非訟事件交由非法官之司法事務官處理，是否有侵害人民之訴訟權？

伍、我國消費者保護官制度

消費者保護官之設置，係消費者保護法立法特色之一，亦為能否充分發揮保護消費者功能之主要關鍵所在。自第一位消費者保護官就任以來，至今已逾十年，究竟消費者保護官之制度與當初之設計是否吻合？

該制度是否有存在之必要？是否有未盡完善之處？又如有未盡完善之處，究應如何改善？均有待深入探討。惟限於篇幅，本文僅自比較司法事務官與消費者保護官兩者間職掌之差異，希企為消費者保護官制度尋出路，並走出迷思。

一、消費者保護官制度之引進

消費者保護官之設計，係消基會所提經立法委員連署草案中所訴求之重點之一，行政院所提草案原無此規定。按消費者保護官係參酌瑞典「消費者監督官」（Verbraucher-Ombudsman）制度之精神而設⁵⁸，立委連署所提草案原規定，消費者保護官由各級檢察署檢察官兼任之（草案第三十五條），其理由不外以檢察官代表國家從事犯罪行為之偵查、起訴，以維護國家社會之秩序，乃帶有「公益代表人」之色彩⁵⁹，任何侵害「公共利益」之行為，檢察官均有義務及權限加以排除，消費者權益既為公共利益的一種，已如前述，對於侵害消費者權益之行為，檢察官自應積極介入調查、予以排除，直接負起保護消費者之責任，論者甚至認為「沒有檢察官的參與，消費者即無法獲得真正的保護」⁶⁰。

誠然，由於消費者與企業經營者經濟地位的不平等，藉由公權力的參與以平衡兩者的地位，確有其必要，而傳統的官僚體系，能否兼負此一任務，扮演積極的角色？實非無疑。因此，構建一個新的、有效能的制度，一般並無太大的歧見。問題的癥結僅在於，消費者保護官是否應由檢察官兼任？在立法院審議本案過程中，就此一問題爭議頗大，眾說紛紜。

⁵⁸ Verbraucher-Ombudsman 係受國會之委託保護全體消費者，獨立行使職權對抗行政當局，防止行政權之專斷，參閱 Simitis Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip 1976, S. 294ff. 轉載自李伸一，消費者保護法論，凱倫出版社，84年4月，頁336。

⁵⁹ 參閱黃東熊，刑事訴訟法論，三民書局，78年4月，四版，頁98。

⁶⁰ 參閱立法院內政委員會編印，消費者保護法草案第二次聯席會議記錄，78年5月，頁20。

以美國法制為例，在消費者保護事務上，檢察官乃扮演主動積極的角色，對企業經營者每一樣商品的設計、生產製造、廣告及銷售等行為均隨時予以必要的監督，如發現有足以危害消費者權益時，即以行政命令警告或要求其改正。有不實廣告即禁止之，並令其為更正說明。有欺騙不實或危害性商品則令其收回。如已構成犯罪行為時，更主動偵查。必要時，檢察官亦得向法院聲請勒令停業，禁止企業經營者繼續其不法行為。消費者因購買或使用商品或服務，受到不法侵害而生損害時，檢察官可通知企業經營者出面負責。檢察官亦得向法院聲請就企業經營者之財產為免擔保之假扣押或假處分⁶¹。

由檢察官的屬性及比較制度的觀點論之，在我國建立由專業的檢察官，以消費者保護官的地位積極負起保護消費者之重任，或不失可行；再者，政府為防止經濟地位遭濫用、保障經濟上的弱者，對於私法關係的形成，加強監督、干預，將國家公權力的強制行使明定在各種私法法規中，使原為平等關係的私法規定，介入相當程度的公法色彩⁶²，如法人之目的或其行為，有違反法律、公共秩序或善良風俗者，法院亦得因檢察官之請求，宣告解散（民法第三十六條）。檢察官基於公益上之理由，得聲請死亡宣告、禁治產宣告（民法第八條、第十四條）；社團之事務無從依章程所定進行時，法院得因檢察官之聲請解散之（民法第五十八條）；財團捐助章程或遺囑所定之組織不完全或重要之管理方法不具備者，法院得因檢察官之聲請，為必要之處分（民法第六十二條）；為維持財團之目的或保存其財產，法院得因檢察官之聲請，變更其組織（民法第六十三條）；財團董事有違反捐助章程之行為時，法院得因檢察官之聲請，宣告其行為無效（民法第六十四條），在在顯示檢察官基於維護公益之需要，應使其積極介入司法關係，是學理上所稱「私法之公法化」，乃現代民法之重要思潮，更何況消費者保護法係兼具公法與私法雙重

⁶¹ 同前註。

⁶² 參閱施啟揚，民法總則，自刊，71年9月，初版，頁20-21。

性質的社會立法，由檢察官兼任消費者保護官，實甚相宜⁶³。

惟消費者保護法於立法院審議時，多數立法委員認為，如容許檢察官一方面以消費者保護官之身分參與消費爭議問題，另一方面又兼負偵查犯罪之重責，將造成角色衝突，影響其公正性；且將具司法性格之檢察官置於行政體系之下，依消費者保護法第四十一條第一項第六款規定（九十二年修正後為第七款），並受消費者保護委員會之指揮，將破壞檢查一體之司法體系。又檢察官為國家形式訴追權之代表人，不宜介入民事性質之消費訴訟案件，以免國家資源錯置之浪費。

最後經朝野協商，保留「消費者保護官」之制度，但刪除立委連署之草案第三十五條規定，即不由檢察官兼任，同時刪除草案第三十六條有關消費者保護官職權之規定⁶⁴，而將消費者保護官之任用及職掌，授權由行政院定之。（消費者保護法第三十九條第二項）。

二、消費者保護官之設置

依消費者保護法第三十九條規定，行政院消費者保護委員會（以下簡稱行政院消保會）、直轄市、縣（市）政府各應置消費者保護官若干名。消費者保護官之設置，主要在使地方有一專責保護消費者且熟諳法律之人員。消費者保護官之職掌，係處理消費者申訴、充當直轄市或縣（市）政府消費爭議調解委員會主席，調解消費爭議、

⁶³ 消費者保護法第十七條有關中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載事項，違反該公告之定型化契約條款無效之規定，以及消費者保護法施行細則第十五條第二項有關中央主管機關公告應記載之事項，未經記載於定型化契約者，仍構成契約內容之規定，即為公法強力介入私法之情形。

⁶⁴ 草案第三十五條原規定：「消費者保護委員會、省（市）、縣（市）政府各應置消費者保護官若干名。消費者保護官由各級檢察官兼任之。」第三十六條規定：「消費者保護官之職權如左：一、協助中央及地方主管機關執行消費者保護事宜。二、協助或處理消費爭議之申訴或調解。三、對於消費受害事件，必要時得向法院聲請就企業經營者之財產為免供擔保之假扣押、假處分。四、對於有關公益之消費事項，向法院提起不作為訴訟。五、其他依本法所規定之事項。」參閱立法院公報第 78 卷第 67 期，頁 32。

對消費者保護團體提起訴訟時行使同意權、對企業經營者重大違反消費者保護法有關保護消費者規定之行為，向法院訴請停止或禁止之（消費者保護法第四十三條第三項、第四十五條、第四十九條、第五十三條）。

賦予消費者保護官得向法院提起不作為訴訟，乃在彌補行政機關公權力不足之處。例如，特定企業經營者所使用之定型化契約條款顯失公平，或其採行之訪問買賣手段，嚴重侵害廣大消費者之權益時，地方政府因無法源依據，不能採行公權力措施加以禁止，此際，消費者保護官即可運用消費者保護法第五十三條規定，向法院訴請停止或禁止之。至於企業經營者所提供之商品或服務確有損害消費者生命、身體、健康或財產或有損害之虞者，因直轄市或縣（市）政府可依第三十六條命其限期改善、回收或銷毀等處分，則可不必由消費者保護官提起第五十三條之不作為訴訟⁶⁵。

消費者保護官在行政院消保會、直轄市、縣（市）政府設置，而未在中央各目的事業主管機關設置者，乃鑒於消費者交易都在地方進行，如因而發生消費爭議，也都在地方發生，從而有需消費者保護官協助處理者應在地方，而消費者保護官置於地方，亦最能就近協助消費者，對消費者亦最為有利與方便。準此而論，直轄市與縣（市）政府置消費者保護官，應無疑義。至於省政府當初所以亦置消費者保護官，乃鑒於企業經營者提供之商品或服務，涉及消費者範圍地區，可能跨越二縣市以上，因此，有必要由置於省政府之消費者保護官參與協助或主導地方處理。當然，精省後台灣省及福建省兩位消費者保護官已自九十四年元月起隸屬於行政院消保會，自此以後涉及跨越直轄市與縣（市）或二縣（市）以上之消費者權益事件，即由行政院消保會之消費者保護官參與協助或主導地方處理。除此之外，行政院消保會之消費者保護官，關於重大損害消費

⁶⁵ 廖義男，行政體系及監督與申訴及調解，「消費者保護法專案研究小組」專案報告，收錄於「消費者保護法專案研究實錄（84年11月至86年2月）」，行政院消費者保護委員會編印，頁15。

者權益之個案，可派赴地方協助處理；另各部會處局署關於具體個案之消費者保護措施執行之協調、分工與協助等，行政院消保會之消費者保護官亦可扮演重要角色功能⁶⁶。

消費者保護官建置初期，本精簡原則，除行政院消保會設置五名外，省（市）、縣（市）政府暫時置一名，由於精省，再加上各縣市消保業務日益繁重，除台灣省及福建省兩位消費者保護官已自九十四年元月起隸屬於行政院消保會，目前該會有十二位消費者保護官，各地方政府則編制有三十位消費者保護官，其中台北市三位、台北縣三位、桃園縣二位，其他直轄市、縣（市）政府各一位。目前行政院消保會僅遴用該會之消費者保護官，而各縣市政府之消費者保護官則由各該縣市政府自行遴用。

行政院消保會曾推動「五合一」制度，將地方政府消費者保護官、消費者保護委員會、綜合單位、消費爭議調解委員會及消費者服務中心等單位合而為「一」，此「一」乃非法定單位，仍是任務編組。惟自消費者保護官納入各縣市政府編制以來，在府內之隸屬單位不一，或直屬府本部，或隸屬法制室、行政室、建設局、計畫室等單位，綜合單位由建設局工商課兼辦，消費爭議調解由法制單位兼辦。因此，由任務編組合併成較大之「任務編組」，其實際之運作仍有困難，可能會使原先二任務編組單位，造成消極互推消保業務⁶⁷。再者，各縣市政府消費者保護官職等不一，其地位與一般中階職員無異，不僅其地位無法超然，執行職務時更不具權威性。

從消費者保護法第三十三條或第三十六條、第三十七條來看，消費者保護法並未賦予消費者保護官獨立行使行政監督之職權，而僅限於中央之目的事業主管機關與直轄市或縣（市）政府，故消費者保護官行使職權時，在行政院消保會之消費者保護官方面，並無法律直接授權行使行政監督，僅在法規命令中規定行使職權時得為

⁶⁶ 廖義男，同前註，頁 16。

⁶⁷ 消費者保護官第 22 次業務聯繫會報(94.11.29-30)綜合座談中，各縣市政府消費者保護官對「五合一」所表示之意見。

必要之調查⁶⁸；在直轄市、縣（市）政府之消費者保護官方面，須以直轄市、縣（市）政府名義進行之。又隸屬於直轄市或縣（市）政府之消費者保護官，得否以直轄市或縣（市）政府之名義來行使職權，牽涉到直轄市或縣（市）政府的內部分工問題。

消費者保護官制度之設計目的，有學者認為，乃在使行政院消保會除具有協調監督各主管機關之功能外，尚有手足可於主管機關無法或不能發揮其應有功能時，機動地介入幫助各主管機關以發揮其功能⁶⁹。消費者保護官目前定位為行政官，惟以其係屬針對民事案件由政府設置之保護官，與公設辯護人係針對刑事案件而設立，原因雖有不同，惟其性質相近，實具有「準司法權」之作用⁷⁰，將來宜定位為準司法官⁷¹，並得獨立行使法定職權。

三、消費者保護官之任用

消費者保護法第三十九條規定，行政院消保會及直轄市、縣（市）政府各應置消費者保護官若干人。又依同法第四十一條、行政院消保會組織規程第二條規定，行政院消保會對消費者保護主管機關有監督及指揮消費者保護官行使職權之責。行政院依據消費者保護法第三十九條第二項之授權，於民國八十四年十月十七日訂定發布「消費者保護官任用及職掌辦法」，明定消費者保護官之遴選資格、職掌範圍等事項。

依消費者保護官任用及職掌辦法第二條規定，消費者保護官應就具有左列資格之一者遴用之：

（一）經消費者保護官考試及格，並具有擬任職務任用資格者。

⁶⁸ 消費者保護官任用及職掌辦法第四條第三項。

⁶⁹ 請參閱「消費者保護法專案研究實錄（84年11月至86年2月）」，行政院消費者保護委員會編印，頁499有關廖義男教授之見解。

⁷⁰ 請參閱李伸一，同註58，頁339。著者認為就消費者保護官之職權觀之，實兼具有「準司法權」之作用，……不失其「準司法官」之特性。

⁷¹ 參閱黃明陽，「我國消費者保護官建制簡介」，刊於「消費者保護研究第二輯」，行政院消費者保護委員會編印，84年6月，頁245。

- (二)具有法官、檢察官資格，並具有擬任職務任用資格者。
- (三)經律師考試及格，並執行律師業務三年以上，成績優良並具有擬任職務任用資格者。
- (四)公立或經立案之私立大學、獨立學院法律學系或法律研究所畢業，經高等考試或相當高等考試之特種考試及格，並曾在行政機關從事消費者保護或法制工作三年以上，成績優良並具有擬任職務任用資格者。
- (五)曾在公立或經立案之私立大學、獨立學院法律學系或法律研究所畢業，而在公立或立案之私立大學、獨立學院任教授或副教授三年以上或助理教授四年或講師五年，講授主要法律科目二年以上，有法律專門著作，並具有擬任職務任用資格者。

前述任用資格規定方面，五款皆規定被遴用之人，皆須具有擬任消費者保護官職務任用資格者。而消費者保護官職等，依行政院消保會編制表，列為薦任第七職等至第九職等（九十二年四月二日修正為薦任第八職等至第九職等），其中半數之消費者保護官並得列簡任第十職等至第十一職等。從而第四款規定，公立或經立案之私立大學、獨立學院法律學系或法律研究所畢業，經高等考試或相當高等考試之特種考試及格，並曾在行政機關從事消費者保護或法制工作三年以上，成績優良並具有擬任職務任用資格者，事實上相當容易，換言之，大學法律系畢業，參加高等考試及格取得薦任六職等任用資格後，如在行政機關從事法制工作三年中，考績連續二年列甲等或一年列甲等二年列乙等，即可以考績升等取得薦任七職等之任用資格，即可被遴用為消費者保護官。反之，第五款規定，大學或獨立學院法律學系或法律研究所畢業，而在公立或立案之私立大學，獨立學院任教授或副教授三年或助理教授四年或講師五年，講授主要法律科目二年以上，有法律專門著作，並具有擬任職務任用資格者，始能被遴用為消費者保護官，與第四款規定相比較，則失之過嚴。按在大學任教，依目前趨勢，通常須具碩士或博士學位才有可能，如此已較一般大學畢業生考取高考者，多二年至五年之進修，然後又須再任教

三年、四年或五年，且須有專門著作，與高考及格之大學法律系畢業生，經考績升等取得薦任第七職等任用資格，並因而獲有被遴用為消費者保護官資格者相較，困難許多，兩者之遴用年資相差將近十年。換言之，第四款與第五款之規定並列，均可為消費者保護官之遴用條件，有失均衡⁷²。

有關上述第（四）款之任用資格，苗栗縣政府曾函詢行政院消保會，略以：該府擬遴選任職民政局戶政課之黃君擔任消費者保護官，但黃君從事法制工作未滿三年，現兼任消費者保護官工作亦未滿三年，然兩者合計已滿三年，是否符合第四款之資格要件？經行政院消保會消保法專案研究小組於民國九十一年九月十八日第四十二次會議討論後，決議：消費者保護官任用及職掌辦法第二條第四款有關從事消費者保護或法制工作三年，採嚴格解釋，即需從事二條件之一者達三年，不可將從事消費者保護與法制工作合併計算三年；另兼代消費者保護官職務，如實質上非從事消費者保護業務，不能解釋為從事消費者保護工作⁷³。

又苗栗縣政府曾來函詢問：該府秘書蘇君為大學戶政系畢業，但修習法律課程 49 學分，是否符合消費者保護官任用資格中之專業學歷？經行政院消保會消保法專案小組民國九十一年三月二十五日第四十次會議討論後決議：關於消費者保護官任用資格中之「法律學系或法律研究所畢業」要件，不宜放寬解釋，亦即非法律學系或非法律研究所畢業者，雖曾修習法律課程學分，亦不符合消費者保護官任用及職掌辦法第二條第五款之學歷資格要件⁷⁴。

截至目前為止，行政院消保會及各地方縣市政府所進用之消

⁷² 廖義男，同註 65，頁 27-28。

⁷³ 消費者保護法專案研究小組第四十二次會議記錄，行政院消費者保護委員會民國 91 年 11 月 18 日消保法字第 09100001261 號函，頁 3。

⁷⁴ 消費者保護法專案研究小組第四十次會議記錄，行政院消費者保護委員會民國 91 年 4 月 4 日消保法字第 09100000375 號函，頁 18。

費者保護官，多為前述第四款資格，僅有一位係由律師轉任⁷⁵。又依「指揮消費者保護官行使職權要點」第四點、第五點規定，各縣市政府所置之消費者保護官，由各縣市政府就具有前述消費者保護官任用及職掌辦法第二條規定之資格者自行辦理遴用，並於進用之日起 15 日內，以書面檢送該等消費者保護官之姓名、學歷、經歷等相關資料，函報行政院消保會備案。此備案似不具實質審查權，僅具備查之性質。

依司法院大法官釋字第 612 號解釋文及解釋理由書意旨，人民從事工作並有選擇職業之自由，如為增進公共利益，於符合憲法第二十三條規定之限度內，對於從事工作之方式及必備之資格或其他要件，得以法律或經法律授權之命令限制之。其以法律授權主管機關發布命令為補充規定者，內容須符合立法意旨，且不得逾越母法規定之範圍。其在母法概括授權下所發布者，是否超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及整體規定之關聯意義為綜合判斷。消費者保護官任用及職掌辦法雖有消費者保護法第三十九條第二項之授權，然該條僅規定「消費者保護官之任用及職掌，由行政院定之」，授權之內容及範圍不夠具體明確，而該辦法就消費者保護官之任用資格設有相關限制，似有超越母法授權之嫌，將來宜修法因應。消費者保護官之職權既具有準司法權之作用，且具有準司法權之性質，故其任用資格自宜參酌司法官及公設辯護人相關規定，於法律中明定消費者保護官之任用資格⁷⁶。

同辦法第三條規定，初任消費者保護官者，應施予職前訓練，自八十九年迄今，已辦理五次消費者保護官職前訓練。惟既名為職前訓練，理應於行使消費者保護官職權前受訓，然因消費者保護官人數本即有限，再加上行政院消保會人力不足，實務上多俟

⁷⁵ 截至目前為止有三位消費者保護官具有律師資格，惟其中二位另有其他公務人員之任用資格，僅有一位係以律師資格轉任。

⁷⁶ 有關消費者保護官之任用資格，計有五種遴用情形，請參閱消費者保護官任用及職掌辦法第二條規定。

初任消費者保護官人數已超過五人時，才辦理職前訓練，以免浪費行政資源，以致多數消費者保護官均已到任一段時間後才得以調訓，多少影響消費者保護官行使職權之品質，使該職前訓練之規定形同具文，且產生職前訓練前所行使之職務，是否有效或得撤銷之疑義？將來似應落實職前訓練之機制，明文規定消費者保護官未經職前訓練前不得行使職權。

消費者保護官之任用資格條件，雖不及法官、檢察官，然亦相去不遠，惟其待遇及保障，卻遠不及法官及檢察官，目前僅與一般法制人員支領相同之法制加給。另如前所述，消費者保護官目前定位為一般行政人員，原為法制職系，然考試院九十三年八月二十七日考試院考台組貳一字第○九三○○○七二八七一號令修正職系說明書及職組暨職系名稱一覽表中，於經建行政職組新增「消費者保護職系」，並自九十五年一月十六日施行，以致發生下列疑慮：

(一)消費者保護職系與消費者保護工作之內涵及現況不盡相同

依消費者保護職系說明書之內容可知，該職系「係基於消費者權益保護之知能，對消費者保護政策之擬訂、消費安全與公平之維護、消費者教育宣導之推動、消費諮詢服務及消費爭議處理等，從事計畫、研究、擬議、審核、督導及執行等工作」，然消費者保護工作有相當大之比重在處理消費爭議申訴、調解、專案查核、調查及訴訟同意權行使及不作為訴訟之提出等法制事項，足見該職系與消費者保護工作之內涵及現況不盡相同。故如將所有從事消費者保護工作人員之職系，強制改為消費者保護職系，不僅與事實不符，且將窒礙難行。

(二)消費者保護官之任用資格較一般法制人員者更為嚴格，將之改列消費者保護職系，似有混淆視聽之疑慮

依消費者保護官任用及職掌辦法第二條規定，消費者保護官應就具有下列資格之一者任用之：經消費者保護官考試及格；具法官、檢察官任用資格；執行律師業務三年以上；法律系所畢業，經高考及格，並具有從事消費者保護或法制工作行政經驗三年以

上；曾任法律系所教授或副教授三年或助理教授四年或講師五年，講授主要法律科目二年以上，有法律專門著作，並具有擬任資格者，始得進用之。足見消費者保護官之任用資格，較之一般法制人員之任用資格更為嚴格，如將其職系從現行之法制職系改為消費者保護職系，似有不妥。

(三)消費者保護官將無法進用由律師轉任者，實不合理

目前多數消費者保護官係以法律系所畢業，經高考及格，並具有從事消費者保護或法制工作行政經驗三年以上之資格進用，然仍有少數係以執行律師業務三年以上之資格進用，依目前法規規定，以律師資格轉任公務人員者，僅能以法制職系任用，故如將現行消費者保護官之法制職系修改為消費者保護職系，將來將無法進用由律師轉任者，實不合理，亦不利消費者保護工作之推動⁷⁷。

(四)影響消費者保護官幕僚人員之進用

依消費者保護法及消費者保護官任用及職掌辦法規定，消費者保護官之工作主要包括處理消費爭議申訴；擔任消費爭議調解委員會主席；就消費者保護團體提起之消費者損害賠償訴訟、不作為訴訟，行使同意權；向法院訴請停止或禁止企業經營者重大違反本法有關保護消費者規定之行為等，於消費者保護官行使職權時，得依消費者保護法規定，為必要之調查。以民國九十四年為例，各直轄市、縣（市）消費者服務中心、消費者保護官及消費爭議調解委員會，受理之書面申訴、調解案件高達 24,632 件。因此，為維護消費者之權益，幕僚人員協助消費者保護官處理各項業務，須進用具法制資格人員；惟如將此類人員強制歸系為消費者保護職系，將無法制加給，如何能吸引法制人員從事消費者保護工作，對消費者保護工作之推動，實為一大阻礙。

(五)如消費者保護官本身非法制職系，如何進用法制職系之幕僚人員

⁷⁷ 依 94 年 7 月 27 日修正發布之專門職業及技術人員考試及格人員得轉任公務人員考試類科適用職系對照表規定律師僅能轉任審檢職系。

又將消費者保護官之職系，從現行之法制職系修改為消費者保護職系，依行政院九十四年一月二十四日院授人給字第09400001001 號函隨同九十四年度全國軍公教人員待遇調整案訂頒之公務人員專業加給表（五）5-2 規定，雖不影響其專業加給之領取（領取與法制職系人員相同數額之專業加給），然消費者保護官本身從事前述申訴及調解等法制工作，都無法歸系為法制職系，如何進用法制職系之幕僚人員，將迫使消費者保護工作停滯甚至萎縮。

四、消費者保護官之職掌

按消費者保護官依消費者保護法之規定，職掌包括：一、依消費者保護法第四十三條第三項規定，處理消費爭議申訴事項；二、依消費者保護法第四十五條規定，擔任消費爭議調解委員會委員或主席；三、依消費者保護法第四十九條第一項規定，就消費者保護團體提起之消費損害賠償訴訟、不作為訴訟，行使同意權；四、依消費者保護法第五十三條第一項規定，向法院提起不作為訴訟；五、其他依消費者保護法及相關法規規定之職權。

消費者保護官具有前述五大職掌事項，惟為避免各級消費者保護官間之事權衝突，目前之分工原則如次：一、直轄市及縣（市）政府消費者保護官，原則上係以辦理申訴及調解業務為主。二、行政院消保會消費者保護官，原則上係以辦理消費者保護官之不作為訴訟為主。

前述職掌⁷⁸可分兩方面探討，直轄市、縣（市）政府消費者保護官之職掌包括處理消費爭議申訴事宜；擔任消費爭議調解委員會之主席，處理消費爭議調解事項；就消費者保護團體提起之消費者損害賠償訴訟、不作為訴訟，行使同意權；其他依消費者保護法及相關法規規定之職權。行政院消保會消費者保護官之職掌則包括協調

⁷⁸ 參照消費者保護官任用及職掌辦法第四條、行政院消費者保護委員會辦事細則第九條條文。

及處理重大消費事件，支援地方政府處理消費爭議申訴、調解業務事項，支援地方政府消費者保護官同意權行使事項，辦理消費者保護法規定之不作為訴訟事項，其他消費者保護法令規定（指揮、監督、協調、統合、訓練及考核全國消費者保護官）及該會長官交辦事項。足見行政院消保會消費者保護官之職掌不包括實際受理申訴及調解事件，扣除支援性業務，僅剩協調及處理重大消費事件及不作為訴訟，至於就消費者保護團體提起之消費者損害賠償訴訟、不作為訴訟之行使同意權事項，在消費者保護官任用及職掌辦法第五條中雖限於直轄市、縣（市）政府消費者保護官，但消費者保護法中並未作此限制，故行政院消保會消費者保護官應仍可行使此項權利。

又消費者保護官行使職權時，得依消費者保護法第三十三條第二項規定，為必要之調查（包括向企業經營者或關係人查詢，通知企業經營者或關係人到場陳述意見，通知企業經營者提出資料證明該商品或服務對於消費者生命、身體、健康或財產無損害之虞，派員前往企業經營者之事務所、營業所或其他有關場所進行調查，必要時，得就地抽樣商品，加以檢驗等）。向法院訴請停止或禁止企業經營者重大違反消費者保護法有關保護消費者規定之行為。此調查權是否包括所有消費者保護官抑僅及於直轄市或縣（市）政府消費者保護官？按消費者保護法第六條規定消費者保護法所稱之主管機關；在中央為目的事業主管機關；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。可見行政院消保會並非消費者保護法之主管機關。直轄市或縣（市）政府如認企業經營者提供之商品或服務有損害消費者生命、身體、健康或財產之虞者，應即進行調查；於調查完成後，得公開其經過及結果⁷⁹。而直轄市或縣（市）政府消費者保護官依附於直轄市或縣（市）政府下，固有調查權，於企業經營者拒絕、規避或阻撓調查者，並得處以罰鍰，但均係以直轄市或縣（市）政府之名義，而非以消費者保護官個人名義為之。行政院消保會既非

⁷⁹ 參照消費者保護法第三十三條規定。

消費者保護法之主管機關，則行政院消保會消費者保護官得否依前開規定進行調查並為處分，非無疑問。

以全國各地方政府消費者保護官為例，自民國九十年至九十四年間，受理第二次申訴之件數分別為：九十年 2731 件，九十一年 4124 件，九十二年 5035 件，九十三年 6282 件，九十四年 7357 件，件數逐年增加⁸⁰。於第二次申訴件數逐年增加之情形下，處理案件所需之工作天數可能超越上班天數。

消費者於向企業經營者、消費者保護團體、消費者服務中心或其分中心申訴，或向直轄市、縣（市）政府消費者保護官申訴未獲適當處理時，可再向直轄市、縣（市）政府消費爭議調解委員會聲請調解⁸¹。惟消費者亦可不經過消費者保護官受理之第二次申訴，而直接向直轄市、縣（市）政府消費爭議調解委員會聲請調解，故申訴為調解之先行程序，必須先經申訴程序未獲妥適處理後，始得申請調解。然所謂「未獲妥適處理」，是否包括有處理或雙方已達成協議，但消費者不滿意或事後反悔等情形？將來恐須明文規定，以杜爭議。

申請調解依消費者保護法第四十四條規定，以「消費者」主張因企業經營者所提供之商品或服務發生爭議者為限，企業經營者、消費者保護團體、消費者服務中心或其分中心均不得為之。消費者保護法第四十五條規定：「直轄市、縣（市）政府應設消費爭議調解委員會，置委員七至十五名。前項委員以直轄市、縣（市）政府代表、消費者保護官、消費者保護團體代表、企業經營者所屬或相關職業團體代表充任之，以消費者保護官為主席，其組織另定之。」是以，直轄市、縣（市）政府之消費爭議調解委員會受理爭議案件後，原則上由消費者保護官主導消費爭議之合理解決。惟消費爭議調解辦法第八條規定，調解委員會得經全體委員三分之二以上之出

⁸⁰ 參閱消費者保護官調查報告彙編（六）（七）（八）及 93 年度、94 年度消費者保護官查核報告彙編。

⁸¹ 消費者保護法第四十四條。

席，出席委員二分之一以上之同意，授權調解委員會主席指定一人或數人逕行調解。以全國各地方政府消費者保護官為例，自民國九十年至九十四年間，受理調解申請之件數，分別為九十年 853 件，九十一年 1106 件，九十二年 1171 件，九十三年 1315 件，九十四年 1725 件⁸²，亦有逐年增加之趨勢。前述二次申訴及調解業務，即佔了消費者保護官每日公務量之大半。

又依現行鄉鎮市調解條例第一條規定，鄉鎮市公所應依本條例之規定，設置調解委員會，辦理民事事件及告訴乃論之刑事事件等事項，此條例自民國四十四年一月二十二日公布施行以來，對紛爭之解決自有其功效。基於消費爭議本質上為民事事件，消費者本即得依上開條例向鄉鎮市公所申請調解，且其設置密度高，於全國每一鄉鎮市皆已依法成立，故以該會之組織來協助消費者處理消費爭議案件，可使民眾免於奔波之苦。如認該會成員對於消費者保護業務較為生疏，恐無法提供較完整之消費者保護機制，則可對之施以短期訓練，使辦理該項業務之人員，接受消費者保護法之專業訓練，以彌補此項不足，故各鄉鎮市調解委員會應可協助加強發揮消費爭議之調解功能，而無須疊床架屋於各縣市政府本部另設消費爭議調解委員會，不僅浪費行政資源，亦可免民眾往返奔波之苦。

消費者保護團體欲以自己之名義，提起消費者保護法第五十條消費者損害賠償訴訟或第五十三條不作為訴訟，除須具備其他法定資格、要件（如許可設立三年以上，經行政院消保會評定優良，置有消費者保護專門人員⁸³，且須為社員人數 500 人以上之社團法人，或登記財產總額新台幣 1000 萬元以上之財團法人等是）外，尚須經消費者保護官之同意，始得為之（消費者保護法第四十九條）。須

⁸² 同註 80。

⁸³ 所謂的消費者保護專門人員，依消費者保護法施行細則第三十七條規定，係指消保團體專任或兼任之有給職或無給職人員中，具有：a 曾任法官、檢察官或消保官 b 律師、醫師、建築師、會計師或其他執有全國專門職業證照之專業人士，且曾在消保團體服務一年以上 c 曾在消保團體擔任保護消費者工作三年以上之資格或經歷之一者。參閱李仲一，同註 58，頁 355-356。

得到消費者保護官之同意，其立法目的在防止消費者保護團體濫訴（消費者保護法第四十九條第一項）。由於消費者保護法並無明文規定消費者保護官同意與否的準據，因此如果消費者保護官「恣意性」的拒絕，則無補救方法，另一說法則認消費者保護官只能就消保團體之資格作形式上的審查，如果具備形式要件，消費者保護官便須予以同意。但如此一來消費者保護官缺乏實質審查之權限，有學者認為不妥⁸⁴。消費者保護官之同意，應係提起特定訴訟之同意，而非概括同意。依消費者保護官任用及職掌辦法第六條第一項規定，消費者保護官行使本法第四十九條第一項規定之同意權時，對於消費爭議的團體訴訟或維護公益的訴訟，不合該項所定要件或顯無理由，應為不同意之決定，此項同意權之行使，為行政權公權力之行使，故此項同意權之性質，多數學者認為係行政處分，少數人認為係司法處分⁸⁵。消費者保護團體對於消費者保護官所為不同意之處分不服時，應循訴願、再訴願之行政救濟途徑為之。在消費者保護團體提起消費者損害賠償訴訟或不作為訴訟後，法院於訴訟程序中，亦應審查其訴訟是否經消費者保護官行使同意權之訴訟要件。故同意權之性質不僅為行政處分，亦屬訴訟上合法與否之要件。

此處消費者保護官之同意，似僅係名義上之同意，消費者保護官同意之意思表示，仍須經行政程序簽准後，始得對外為之。此項同意權與不作為訴訟權行使，係消費者保護法賦予消費者保護官單獨行使之職權，其同意權之行使應以消費者保護官之名義作成。現行消費者保護官屬於機關內編制之人員，協助處理申訴等程序對外

⁸⁴ 李仲一，同註 58，頁 356。至目前為止，消費者保護官已針對博士的家、新坪生活公園、德昌新世界、東勢王朝一期、東高立體停車場、省自來水公司、台糖房屋、阿里山森林小火車事故等行使同意權。

⁸⁵ 參閱王甲乙，消費者保護爭議事件之處理—簡介消費者保護法第五章消費爭議之處理—刊於消費者保護法律問題研討會實錄，頁 258。楊建華等，消保團體為消費者提起損害賠償訴訟在訴訟實務上運作之研究，民事訴訟法研究會第五十二次研討紀錄，刊於法學叢刊第 156 期，頁 156。（另參詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會出版，94 年 8 月，頁 160。）

皆以行政機關之名義為之，消費者保護官多以代為決行之方式行文，對外多以各縣市政府而非以消費者保護官之名義行文，此種行文方式雖可用於消費者保護官處理第二次申訴或其他行政業務事項，但對於消費者保護法賦予消費者保護官單獨行使之同意權，消費者保護官似不應以代為決行之方式行文，而應以自己名義為之。

另依消費者保護官任用及職掌辦法第五條規定，消費者保護團體提起之損害賠償訴訟，其同意權由直轄市、縣（市）政府消費者保護官行使，如有爭議，則由行政院消保會依申請或依職權指定（第一項）；消費者保護團體提起之不作為訴訟，其同意權由行政院消保會消費者保護官行使（第二項），直轄市、縣（市）政府之消保官則不具此權限。同樣為消保官，卻因配置機關之不同，而有不同之權限，對消費者保護官之角色地位是否有影響？值得研究。且消費者保護法第四十九條第一項由消費者保護官行使同意權部分，並未區分中央或地方政府，解釋上，對消費者保護團體提起之損害賠償訴訟或不作為訴訟，行政院消費者保護委員會及地方政府之消費者保護官均應有此權限。消費者保護官任用及職掌辦法第五條似有不當限縮消費者保護法第四十九條之規定，增加法律所無之限制，有逾越母法之嫌。

依消費者保護法第四十九條第一項規定，就消費者保護團體提起之損害賠償訴訟、不作為訴訟，行使同意權。截至目前為止，行政院消保會消費者保護官已支援各縣市政府消保官針對博士的家、新坪生活公園、德昌新世界、東勢王朝一期、東高立體停車塔、省自來水公司、台糖房屋、阿里山森林小火車翻覆等事件行使同意權。

有關同意權之性質，理論上消費者保護法之規定應屬民事訴訟法之特別規定，因此消費者保護法之要件應認係訴訟要件，若未具備，應以裁定駁回之。消費者保護團體受讓實體權利原本即得以權利人之資格提起訴訟，卻又須取決於消費者保護官之同意始能起訴，理論上似有商榷之處。因消費者保護官並非行政機關，而係機關內部之公務員，亦非如檢察機關，其同意究係何人之意思表示，並不明確，此外，若消費者保護團體敗訴，消費者保護官有面臨國

家賠償之困擾，將妨礙其行使同意權。消費者保護官於起訴後撤銷同意，法院應認係欠缺訴訟要件而裁定駁回。消費者保護官不同意或撤銷同意之救濟，於消費者保護官不同意時，應提起課以義務訴訟，於消費者保護官撤銷同意時，則應對之提起撤銷訴訟，撤銷訴訟確定前，民事法院應停止訴訟程序，不得駁回其訴。撤銷許可有認為不應駁回訴訟，應當然停止訴訟，由其他消保團體或權利人自行承受訴訟（楊，駱），理論上撤銷許可將使法人格消滅，因欠缺權利能力，自無當事人能力，似應依民事訴訟法第一七一條當然停止訴訟，由為讓與權利之消費者承受訴訟，於此情形，不應允許其繼續以非法人團體進行訴訟⁸⁶。

另依消費者保護法第五十三條所規定，對於企業經營者有重大違反消費者保護法有關保護消費者規定之行為時，由消費者保護官或消費者保護團體（其資格亦須合於本法第四十九條資格之限制），以自己的名義獨立行使不作為請求權，訴請法院停止或禁止企業經營者之違法行為，即為不作為訴訟。此一條文所保護的客體為全體消費者之整體利益，而非消費者個人的利益⁸⁷。因此不須受害消費者讓與損害賠償請求權，而得由消費者保護官或消費者保護團體直接為不特定的社會大眾逕行提起訴訟⁸⁸，此亦為本條具有團體訴訟特色之處。換言之，本條之規定具有公益性的色彩。

至何謂企業經營者重大違反消費者保護法有關保護消費者規定之行為，消費者保護法施行細則第四十條明訂規範如下：「本法第五十三條第一項所稱企業經營者重大違反本法有關消費者規定之行為，指企業經營者違反本法有關保護消費者規定之行為，確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者。」而所謂「確有損害之虞」，是指侵害還沒有發生，但發生侵害的可能性已經非

⁸⁶ 參閱張文郁，消費者保護法 95 年度實務發展現況暨修法研討會中所發表之「消費者保護訴訟實務」一文。

⁸⁷ 李伸一，同註 58，頁 359。

⁸⁸ 李伸一，同註 58，頁 359。

常的高、非常逼近，達到刻不容緩的狀況⁸⁹。其次，早期之見解認為，基於侵權行為之不作為請求權，其加害人之行為必須滿足侵權行為之要件。但其後不久，德國判例即變更先前之見解，認為「過失作為損害賠償的成立要件是基於衡平的要求，但是，就客觀上違法而反覆進行之侵害，即使無過失也有必要基於正義的要求，賦予預防的權利保護」⁹⁰。因此，不作為請求權並不需以企業經營者之故意或過失為要件。

此項不作為訴訟權非專屬於消費者保護官，消費者保護團體亦可單獨提起之。至於此項制度的設計是否妥適，容有檢討之空間。該立意雖善，然依消費者保護法施行細則第四十條規範，合於行使不作為訴訟權之要件者，須企業經營者違反本法有關保護消費者規定之行為，確有導致消費者生命、身體、健康或財產損害，或確有損害之虞者，消費者保護主管機關與消費者保護官可依消費者保護法第三十六條或第三十七條規定迅速處理，如個案之事實發生，應依上開條文規定處理而未處理者，則顯然有應作為之義務而不作為，如此即有可能產生國家賠償之責任。是以，單純以訴訟程序要求企業經營者停止或禁止之處理方式顯然有緩不濟急之效果，而不若行政監督權應用得當所產生立即之效果，故此種引自瑞典之制度，對於民間消費者保護團體而言，固有其必要；然對消費者保護官而言，其運用範圍似只限於有無違反消費者保護法行為「有疑義」之案件類型以及防止未來從事違法行為之不作為請求權，才有實益。在此意義下，上述施行細則的規定，似應配合修正，較為妥適。

不作為訴訟屬民事救濟程序，而同法第三十六條規定：「直轄市或縣（市）政府對於企業經營者之商品或服務，經第三十三條之調查，認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷毀，必要時並得命企業經營者

⁸⁹ 陳石獅，「不作為請求權之特定」，載於民事訴訟法之探討（三），83年3月，頁47-48。

⁹⁰ 朱建文譯，「不作為請求訴訟的問題點」（上村明廣著），司法週刊第七六五期，83年3月6日，第三版。

立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施。」其性質屬於行政機關之行政處分，對之如有不服，應循行政救濟途徑。茲有疑問者，不作為訴訟與行政機關之處分間應如何分工，以避免民事法院與行政機關之間，產生積極之權限衝突或消極之權限衝突現象。

按消費者購買商品或接受服務，而與企業經營者為交易時，屬私法上之經濟活動，本應以民事規範定當事人間之權利義務關係。然於消費者保護法中，何以除民事規範外，亦規定公權力之介入，並透過調查等方式為適當之行政監督？此乃因消費者接受商品或服務，致其生命、身體、健康或財產受侵害時，雖可依民事規範求償，但事後之補救手段，常須經繁瑣費時之訴訟程序，始能獲得救濟。就法政策而言，此種事後補救方法，實不若設計一套事前的預防措施，由公權力介入作事前的監督，諸如訂立安全衛生之標準，調查檢驗可能危害健康或安全之商品或服務，確生損害者限制或禁止其設計、製造、販賣或提供，以防患於未然，較能迅速有效保障消費者之健康與安全。另一方面，由於受害者常是極多數的消費大眾，已不能再以單純私益受損視之，而是攸關公共利益之維護。故須有公權力的積極介入。因此，就不作為訴訟與行政監督之分工而言，應承認行政監督之事前、積極主動性，而認為消費者保護法賦予消費者保護團體及消費者保護官得向法院提起不作為訴訟，乃在彌補行政機關公權力之不足。例如，企業經營者所使用之定型化契約條款顯失公平時，行政機關因無法源依據，不能採行公權力措施禁止其使用。此時，消費者保護團體或消費者保護官即得提起不作為訴訟，訴請法院停止或禁止之。至於企業經營者所提供之商品或服務，確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，因直轄市或縣（市）政府可依消費者保護法第三十六條命其限期改善、回收、銷毀或停止製造、販賣等處分，無須再由消費者保護官或消費者保護團體提起不作為訴訟⁹¹。換言之，凡屬消費者保護法第三十

⁹¹ 廖義男，「消費者保護法之行政監督」，收錄於消費者保護研究第二輯，行政院消費

六條規定之範圍者，均屬行政機關之權限，不服行政處分者，應提起訴願、再訴願及行政訴訟。唯有超出消費者保護法第三十六條規定之範圍，且屬於重大違反消費者保護法有關保護消費者規定之行為，始得由消費者保護官或消費者保護團體提起不作為訴訟。而為避免行政機關怠於為第三十六條之行政處分，應賦予消費者保護官、消費者保護團體及消費者申請行政機關適時為行政處分之權利。亦即消費者保護官之設置目的，主要在使地方有一專責保護消費者之人，至賦予其得向法院提起不作為訴訟，乃在彌補行政機關公權力不足之處⁹²。行政權由行政機關行使公權力；消費者保護官則著重於私權救濟之協助。如行政機關之職掌功能不彰時，方得由消費者保護官於必要時介入⁹³。換句話說，具有一種補強作用之功能，而不具有取代作用之功能。

如企業經營者所使用之定型化契約條款，有嚴重侵害消費者權益之虞，而相關主管機關依其主管法規或消費者保護法第十七條第三項、第三十三條、第三十六條及第五十八條規定，進行「行政監督」之結果，並無實際具體效果；或主管機關礙於相關法規未規定，或無法依消費者保護法相關規定進行「行政監督」行使職權，對該公司進行查核與調查，如確有損害消費者財產之虞，應命其限期改善或採取其他必要改善措施，違反命令者，則依規定處予罰鍰，俾保障消費者權益。

至於在地方自治事項方面，行政院消保會可否干預？按地方自治團體在地方自治事項範圍內，就地方自治之本質以制度性保障觀點而言⁹⁴，係禁止以中央立法之形式來剝奪地方自治權，消費者保護法第四十一條第七款雖規定行政院消保會指揮消費者保護官行使職

者保護委員會編印，85年1月，頁21-43。

⁹² 請參閱廖義男，同註91，頁43。

⁹³ 請參閱「消費者保護法專案研究實錄（中華民國84年11月至86年2月）」，頁499及500。此為廖義男教授之見解。

⁹⁴ 參閱李惠宗，中央與地方權限劃分之標準，收錄於氏著權利分立與基本權保障，韋伯文化事業出版社，一九九九年三月，初版一刷，頁108。

權，然由於消費者保護屬於地方制度法明定之地方自治事項，即便行政院消保會負責全國消費者保護官業務之策劃、訓練、指揮、監督與考核，以現今法制面而言，行政院消保會對於地方政府之消費者保護自治事項，基於中央政府之立場，至多僅能扮演「法律監督機關」之角色，進行「合法性監督」，並對於地方政府執行消費者保護工作給予建議、行政指導或行政協調，而無指揮辦案之權限。若要指揮辦案，則除非採取委辦方式，由中央提供委辦經費與地方政府執行，始能享有指揮辦案之權限，並進行「合法性與合目的性監督」。否則，即難免發生違法干預或侵犯地方自治權之疑義。目前行政院消保會指揮地方消費者保護官辦案的實務上作法，只能理解為機關間相互尊重、職務上相互協助、分工合作，共同辦理消費者保護工作，以增進公共利益。⁹⁵

誠然以台灣之地小交通便捷之情形，消費者保護事項是否應屬於地方自治事項，容有爭執之空間，然正本清源之道，仍應修消費者保護法明文規定行政院消保會得指揮監督地方政府之消費者保護官，並於地方制度法中將消費者保護業務區分為屬中央及地方者，以杜爭議。又為使消保政策能事權統一，消費者保護官之編制似應採如人事、會計及統計之一條鞭形式。

消費者保護官之設置，經立法院審議後，雖排除原草案以檢察官兼任之規定，但依前述消費者保護官之職權觀之，實兼具有「準司法權」之作用，然依消費者保護法第四十一條規定，消費者保護官行使職權受行政院消保會之指揮，如何於兩者間求取平衡，將為消費者保護官制度何去何從之重心所在。

五、消費者保護官與行政機關間之關係

消費者保護法第五十三條有關消費者保護官提起不作為訴訟之規定，與同法第三十三條以下有關行政機關得為之行政監督二者間

⁹⁵ 陳清秀，張學文，我國消費者保護官制度之檢討，刊載於消費者保護法制論文集，93年7月出版，頁292-294。

有無權限重疊情形？又權限應如何協調、分工，始能畢其功於一役？由於消費者保護法並未明文規定，有待進一步研究。又如主管機關對業者依消費者保護法第三十三條以下及第五十六條以下規定，所為之行政規制措施，速度顯較消費者保護官向法院提起不作為訴訟為快，就此角度言，有關消費者保護官提起不作為訴訟之制度，似可評估其實益性⁹⁶。又企業經營者之同一重大違反消費者保護法有關保護消費者規定之行為，分別由主管機關加以處分及消費者保護官提起不作為訴訟，其結果不相同時，應如何處理？不無疑問⁹⁷。消費者保護官得提起不作為訴訟等職權，主要係依消費者保護法規定而來，與行政院消保會之職掌為何並無關聯。至消費者保護官訴請不作為訴訟過程中，有關事實、證據等調查問題，自有法院為之，應不生問題⁹⁸。另外，透過消費者保護官依消費者保護法第五十三條提起不作為訴訟，得彌補中央目的事業主管機關或地方政府行政監督之不足。當然，於考慮消費者保護官與各主管機關監督間權限及分工問題時，仍應考量二者權限如何劃分，始能較有效率地保障消費者之權益，以及何種情形消費者保護官始得為消費者保護法不作為訴訟之原告⁹⁹。

有關消費者保護官權限與各主管機關行政監督權限劃分與分工問題，消費者保護法雖未明文規定，似可建立如下之處理原則：亦即有關消費者保護法規定之特種買賣、定型化契約等其他主管機關較無法採取行政規制措施之部分，屬消費者保護官之職權範圍，至有關危險商品等問題，則由各主管機關進行行政監督¹⁰⁰。故於會議最後決議有關消費者保護官權限與各主管機關行政監督權限之劃分及分工問題，建議俟消費者保護官行使職權一段期間後，觀察其與

⁹⁶請參閱消費者保護法專案研究小組第十二次會議紀錄，學者劉春堂之發言，載於「消費者保護法專案研究實錄（中華民國84年11月至86年2月）」，頁332-333。

⁹⁷同前註，頁333。

⁹⁸同註96，頁333。

⁹⁹同註96，頁334。

¹⁰⁰同註96，頁332。

各主管機關行政監督權限發生之實際問題，再研議有無修正之必要。

從消費者保護法第三十三條或第三十六條、第三十七條來看，消費者保護法並無另外賦予消費者保護官獨立行使行政監督之職權，而僅限於中央之目的事業主管機關與直轄市或縣市政府，故消費者保護官職權行使時，在中央之消費者保護官方面，並無法律直接授權行使行政監督，僅在法規命令中規定行使職權時得為必要之調查¹⁰¹；在直轄市、縣市政府之消費者保護官方面，須以直轄市、縣市政府名義行之。

目前相關法規並未對消費者保護官與行政機關間之關係作規定，當重大消費事件發生時，行政院消保會除本諸監督權責，多立即指派該會消費者保護官前往實地瞭解，並請主管機關妥為處理。惟因現有各主管機關之分工方式，已難完全契合現行社會實際需要，導致新興的消費型態，無法找到明確的主管機關，各主管機關多秉持本位主義，未能積極主動協調解決，甚或互推責任。行政院消保會於消費者保護法公布施行後，雖多次呼籲各主管機關，於辦理消費者保護工作時，除依其主管之專業法規辦理外，可併依消費者保護法相關規定，為適當之處理，以維護消費者權益。惟各主管機關卻仍一如往例，僅負責執行其本身主管之專業法令，並常以其主管法令不足為由，不願積極處理相關消費問題，當然更甚少引用消費者保護法作為處理之法律依據，導致重大消費事件一再發生。

六、丹麥消費者保護官制度之啟示¹⁰²

我國消費者保護官為消費者保護法新設之制度，自民國八十五年進用以來，目前全國共有四十位消費者保護官，然有關消費者保護官之法規，除消費者保護法之外，僅有消費者保護官任用及職掌辦法、消費者保護官執行職務應行注意事項、指揮消費者保護官行使職權要點，是否符合行政程序法之規定，不無疑義。且其中有些

¹⁰¹ 消費者保護官任用及職掌辦法第四條第三項。

¹⁰² 有關丹麥消費者保護組織，請參閱拙著，丹麥消費者保護組織簡介－以消費者保護官為中心－，消費者保護研究(十二)，民國 95 年 12 月，頁 275-300。

規定，不無違反消費者保護法之嫌¹⁰³。而各地方政府消費者保護官之設置單位並不一致，有設於府本部，有設於法規會或法制室，亦有設於主秘室、建設局、企劃室或行政室等，此不僅反應消費者保護官之定位不明，且導致消費者保護官有將無兵，影響消費者保護工作之推展。

又我國消費者保護官自進用以來，多以處理個案申訴及調解為主，以致對真正具有一般共通性或有原則上之重要性之案件，因受限於人力，往往無法盡心處理，遑論發展成指導原則，引導整個國家之商業交易習慣，而有助優良交易習慣之形成。又直轄市或縣（市）政府消費者保護官依附於直轄市或縣（市）政府下，固有調查權，於企業經營者拒絕、規避或阻撓調查者，並得處以罰鍰，但均係以直轄市或縣（市）政府之名義，而非以消費者保護官個人名義為之。以消費者保護官名義為之者，僅有依消費者保護法第四十九條第一項規定，就消費者保護團體提起之消費者損害賠償訴訟、不作為訴訟，行使同意權，及依第五十三條第一項規定，向法院訴請停止或禁止企業經營者重大違反消費者保護法有關保護消費者規定之行為。

另有關發布強制命令、暫時性禁止命令、陳述進一步指示，則為我國所無之制度，至請求損害賠償訴訟，我國消費者保護官並無提起之權限，亦無刑事追訴權，足見我國消費者保護官對違反消費者保護法之企業經營者並無太大之對抗力量，遇相關主管機關軟弱無能時，消費者之權益即遭受相當大之威脅，故當務之急，實有必要就消費者保護官之定位、權限及職掌，予以法制化。

再者，丹麥消費者保護組織，主要雖包括國家消費者總署、消費者申訴委員會及消費者保護官等三機關，然彼此職權明確劃分，

¹⁰³如消費者保護官任用及職掌辦法第5條規定，消費者保護法第49條第1項就消費者保護團體提起之消費者損害賠償訴訟、不作為訴訟，限由直轄市、縣市政府消費者保護官行使同意權；第53條第1項向法院訴請停止或禁止企業經營者重大違反消費者保護法有關保護消費者規定之行為，限由行政院消費者保護委員會消費者保護官行使，似有違反消費者保護法之嫌。

不致重疊，非政府組織之消費者協會並不受理個案申訴，其他民間之各專門申訴委員會，亦各司其職，不致疊床架屋，更不致浪費國家及社會資源，且由於其採「使用者付費」制度，消費者於申訴前，勢必先評估其案件是否有成功之可能，不啻使消費申訴較具理性，就此而言，丹麥之消費者保護制度，實不無參採之處。

陸、檢討與建議（代結論）

如上所述，移由司法事務官辦理之案件，雖為非訟事件中較不具爭議性者，然而非訟事件亦非絕對無訟爭性，依據民事訴訟學者之見解，在非訟事件之前階段，訟爭性尚未顯現，適用非訟法理，可滿足經濟迅速之要求；而非訟程序之後階段，訟爭性顯現後，則應併用訴訟法理，以滿足依嚴密的審判程序確定私權之基本要求。此時如仍由司法事務官審理，是否有違憲法所保障之訴訟權，影響人民之公正程序保障請求權。

司法事務官依其遴選之背景，雖得稱專業人員，但畢竟非憲法上所稱之法官，其處理前述法院組織法所規定事件之程序，其名稱竟與原由法官處理者相同，以裁定或命令之形式為之，對其救濟之程序，最終雖由法院為之，然卻賦予其先行審查之權限。實則在法律救濟上應嚴守基於不同司法人員身分上所作之體系上設計，不服司法事務官之處分，經異議後應使其受所屬法院法官之審核，就像對受命法官或受託法官之裁定得向受訴法院提出異議一樣，讓原有管轄權之法官審核司法事務官依法受託而作之處分。又在決定移轉事項之範圍時，應有相當之限制，否則，使原於司法體系上未享有憲法上獨立性保障之司法事務官，由於法律之託付，行使專屬法官管轄之審判權，成為相當於審理簡易民事訴訟法官之「準法官」，將喪失關於較具事務性之非訟事件（無訟爭性之民事事件）移轉由司法事務官處理之立法者之原意。

若欲由非法官之司法事務官處理部分非訟業務，亦應有一套完整之規範，使司法事務官獨立行使職權，不受任何行政體系之干預；

後續之法律救濟亦應嚴守基於不同司法人員身分上所作之體系上設計，不服司法事務官之處分，經異議後應使其受所屬法院法官之審核；更應嚴格其養成教育，使其具備足夠之法學素養及專業知識，以處理原由法官處理之業務。

消費者保護官之遴選資格較司法事務官毫不遜色，甚至有過之而無不及，然此制度引進實施十年以來，消費者保護官卻因處理日益增多之二次申訴及調解案件而心力交瘁，對某些重要且攸關消費者利益之事項，無法透過與相關企業經營者及消費者組織間之協商，發布有關市場交易之指導原則，以尋求影響企業經營者之市場交易行為（參閱丹麥市場交易習慣法第十七條第一項），遑論引導整個國家之商業交易習慣，而有助優良交易習慣之形成。如業者無法遵守消費者保護官透過前述協商所為之聲明、建議或勸告（*statements, suggestions or recommendations*），消費者保護官於認有必要時，應使其得對企業經營者發布強制命令，以確保業者遵守前述原則（參閱丹麥市場交易習慣法第十六條第二項）。至於強制命令之種類、發布後之救濟程序以及業者不遵守時之後續處置，均應有完整之設計。

又如案件已進入司法程序，因等待法院判決，致禁止命令之目的，有無法達成之明顯危險時，消費者保護官應得為暫時性禁止命令，並應於一定期限前，向法院提出聲請，請求確認前述禁止命令（參閱丹麥市場交易習慣法第二十一條第一項前段）。聲請確認暫時性禁止命令之案件，法院應於提出聲請後一定期限前判決前述禁止命令繼續有效。此種情形，如有必要，法院得於為判決前，給予兩造當事人表達意見之機會。如該禁止命令未獲法院確認，則於該期限屆至時，該禁止命令即失其效力（參閱丹麥市場交易習慣法第二十一條第二項）。至於無法以禁止命令達到目的，卻又有明顯之危害時，應使消費者保護官得為暫時性禁止命令（參閱參閱丹麥市場交易習慣法第二十一條第一項前段）。暫時性禁止命令發布後，應於一定時間內聲請法院確認，經確認後，禁止命令繼續有效。

為免我國消費者保護官淪為一介申訴員或調解員，破壞好不容

易建立此制之美意，余意以為似應仿司法事務官之制度，將消費者保護官納入司法體系，於民事訴訟法中明訂其職掌，並得審理一定範圍內之消費爭議事件，其審理結果有一定之法律上效力，以減輕法官負荷，另仿丹麥國家制度，賦予消費者保護官發布強制命令、暫時性禁止命令之權限。

