

## 臺灣高等法院函

受文者：司法院

主 旨：轉陳臺灣高雄地方法院家事法庭法官陳業鑫釋憲聲請書一份，謹請 鑒核。

說 明：依臺灣高雄地方法院九十一年六月十三日九十一高貴民金九十一家護三六五字第二八五一○號函辦理。

院 長 曾 有 田

## 聲 請 書

受文者：司法院

主 旨：為本院於審理本院九十一年度家護字第三六五號通常保護令事件時，適用家庭暴力防治法第二十條第一項及第五十二條規定，發生牴觸憲法之疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第二項及司法院釋字第三七一號解釋，聲請解釋，請鑒核。

說 明：

### 一、聲請解釋憲法之目的

依家庭暴力防治法第二十條第一項規定，金錢給付以外內容保護令之執行，由警察機關為之。家庭暴力防治法就此僅規定警察機關為執行主體，執行程序、方法均未明文規定，亦未明文規定準用強制執行法或行政執行法，同法第五十二條規定雖授權中央主管機關訂定警察機關執行保護令及處理家庭暴力案件辦法，惟並未就授權目的、內容及範圍具體明確規定，有牴觸憲法之虞。

## 二、本件事實經過及涉及之憲法條文、司法院大法官解釋

(一) 事實經過：本院受理家庭暴力被害人曾○美對相對人伍○勇聲請核發暫時保護令，經本院於民國九十一年三月二十九日准許以九十一年度暫家護字第九○號民事暫時保護令核發(附件一)，依家庭暴力防治法第十五條第四項規定，視為已有通常保護令之聲請。本院於審理九十一年度家護字第三六五號通常保護令時，因被害人曾○美聲請命相對人接受處遇計畫鑑定，經本院於九十一年四月二十三日准許以九十一年度暫家護字第一一二號民事暫時保護令核發(附件二)，本院並依職權於主文第四項諭知相對人伍○勇應交付兩造所生未成年之子伍○賢予被害人曾○美，惟該管警察機關即高雄市政府警察局前鎮分局於九十一年四月二十四日十九時許及同年四月二十五日十二時三十分許，兩度前往相對人住所欲執行前開命相對人交付子女之保護令時，均遭相對人拒絕，無法執行(附件三)。本院為免再於九十一年度家護字第三六五號通常保護令中諭知相對人交付兩造所生之子伍○賢於被害人，而仍無法執行，有損司法威信，爰依司法院大法官審理案件法第五條第二項及司法院釋字第三七一號解釋，裁定本件九十一

年度家護字第三六五號通常保護令事件審理程序停止（附件四），提出本件聲請。

（二）涉及之憲法條文及司法院大法官解釋

憲法第二十三條及司法院釋字第五一四號、第五二二號及第五三五號解釋。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場及見解

（一）憲法第二十三條及司法院釋字第五一四號、第五二二號及第五三五號解釋意旨：

按憲法第七條至第十七條、第二十一條、第二十二條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。憲法第二十三條定有明文。又按人民營業之自由為憲法上工作權及財產權所保障。有關營業許可之條件，營業應遵守之義務及違反義務應受之制裁，依憲法第二十三條規定，均應以法律定之，其內容更須符合該條規定之要件。若其限制，於性質上得由法律授權以命令補充規定時，授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令；對證券負責人及業務人員違反其業務上禁止、停止或限制命令之行為科處刑罰，涉及人民權利之限制，其刑罰之構成要件，應由法律定之；若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，其授權之目的、內容

及範圍應具體明確，而自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則；警察勤務條例規定警察機關執行勤務之編組及分工，並對執行勤務得採取之方式加以列舉，已非單純之組織法，實兼有行為法之性質。依該條例第十一條第三款，臨檢自屬警察執行勤務方式之一種。臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，應恪遵法治國家警察執勤之原則。實施臨檢之要件、程序及對違法臨檢行為之救濟，均應有法律之明確規範，方符憲法保障人民自由權利之意旨。司法院釋字第五一四號、第五二二號及第五三五號解釋著有明文。依前開憲法及司法院大法官解釋意旨，公權力行為如涉及侵害人民在憲法上保障之基本自由權利，其執行公權力行為之要件、程序及救濟方式，均應由法律規定，或由法律授權行政機關以命令規定，其授權之目的、內容及範圍應具體明確。

- (二) 金錢給付以外內容保護令之執行，執行程序及方法均未以法律明文規定，授權主管機關訂定行政命令之法律條文，亦未就授權目的、內容及範圍具體明確規定：

依家庭暴力防治法第二十條第一項、第

三項及第四項規定觀之，保護令之執行，除關於金錢給付部分外，均由警察機關擔任執行主體，惟關於金錢給付部分以外保護令，除同法第二項規定外，其執行程序、方法均未規定，僅規定關於警察機關執行保護令內容有異議時，當事人或利害關係人得向原核發保護令之法院聲明異議，其程序準用強制執行法。如引起本件聲請之事實所示，警察機關欲以直接強制方法將該子女取交家庭暴力被害人，涉及侵害相對人基本權利(如人身自由、居住自由等基本權)，而家庭暴力防治法就此僅規定警察機關為執行主體，執行程序、方法均未明文規定，亦未明文規定準用強制執行法或行政執行法，同法第五十二條雖規定授權中央主管機關訂定警察機關執行保護令及處理家庭暴力案件辦法，惟並未就授權目的、內容及範圍具體明確規定。正如警察勤務條例第十一條第三款僅規定臨檢為警察執行勤務方式之一種，臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，實施臨檢之要件、程序均應有法律之明確規範，方符憲法保障人民自由權利之意旨，為司法院大法官以釋字第五三五號解釋在案，是家庭暴力防治法第二十條及第五十

二條規定，有違前開憲法及司法院大法官解釋意旨。

(三) 金錢給付以外內容保護令之執行，無強制執行法之適用：

按保護令之執行，由警察機關為之。但關於金錢給付之保護令，得為執行名義，向法院聲請強制執行。家庭暴力防治法第二十條定有明文。又按民事強制執行事務，於地方法院及其分院設民事執行處辦理之。強制執行法第一條亦定有明文。是警察執行民事保護令，除法律有特別規定外，並無強制執行法之適用。而家庭暴力防治法僅於第二十條第三項規定：「當事人或利害關係人對於警察機關執行保護令之內容有異議時，得於保護令失效前，向原核發保護令之法院聲明異議」，同條第四項規定：「關於聲明異議之程序，準用強制執行法之規定」，因此，警察機關執行民事保護令時，除聲明異議程序外，並無強制執行法之適用（參見附件五，高鳳仙法官著，我國民事保護令制度之分析研究，臺灣高等法院九十年度研究發展項目研究報告，九十年十二月，第二二一頁）。

(四) 金錢給付以外內容保護令之執行，無行政執行法之適用：

按行政執行係指公法上金錢給付義務、行為或不行為義務之強制執行及即時強制。

行政執行法第二條定有明文。學說上亦指出行政執行係指行政機關或受其委託之高權主體，對於不履行行政上具體義務之人民或其他主體，以自己本身力量及法定程序，不必向法院聲請，強制地要求其履行公法上義務，或產生與義務已履行之相同狀態（參見附件六，蔡震榮教授著，行政執行法，收錄於翁岳生院長編「行政法」下冊一書，二〇〇〇年七月二版二刷，第九六〇頁至第九六一頁）。而民事保護令之強制執行，係私法性質之強制權，與行政執行之公法性質強制權不同，應無適用行政執行法餘地。

- (五) 綜上所述，家庭暴力防治法就金錢給付以外內容保護令之執行，除同法第二十條第二項外，僅規定警察機關為執行主體及異議程序，執行程序、方法均未明文規定，亦未明文規定準用強制執行法或行政執行法，同法第五十二條規定雖授權中央主管機關訂定警察機關執行保護令及處理家庭暴力案件辦法，惟並未就授權目的、內容及範圍具體明確規定，違反憲法第二十三條及司法院釋字第五一四號、第五二二號及第五三五號解釋揭示之「法律保留原則」意旨，爰聲請宣告家庭暴力防治法第二十條第一項及第五十二條規定違憲，或依司法院釋字第五三五號解釋之例，就金錢給付以外內容保護令之

執行程序、方法作成補充性之形成解釋，填補立法不完備之法律漏洞。

四、附件名稱及件數：

- (一) 本院九十一年度暫家護字第九〇號民事暫時保護令一件。
- (二) 本院九十一年度暫家護字第一一二號民事暫時保護令一件。
- (三) 高雄市政府警察局前鎮分局高市警前分刑字第〇九一〇〇〇七一四六號函一件。
- (四) 本院九十一年度家護字第三六五號民事裁定一件。
- (五) 高鳳仙法官著，我國民事保護令制度之分析研究，臺灣高等法院九十年度研究發展項目研究報告，九十年十二月，第二二一頁，一件。
- (六) 蔡震榮教授著，行政執行法，收錄於翁岳生院長編「行政法」下冊一書，二〇〇〇年七月二版二刷，第九六〇頁至第九六一頁，一件。

聲請人：臺灣高雄地方法院家事法庭法官 陳業鑫

中華民國九十一年六月十日

(本聲請書附件略)