

〔「女性に対する暴力」の研究〕

ドメスティック・バイオレンス  
防止法と日本国憲法

松 田 聰 子

はじめに

第1章 ドメスティック・バイオレンス防止法制定の経緯

- 1 ドメスティック・バイオレンスに対する政府の対応
- 2 参議院共生社会に関する調査会による法案提出
- 3 参議院共生社会に関する調査会による改政法案提出

第2章 ドメスティック・バイオレンス防止法制定の意義

- 1 「民事不介入」「法は家庭に入らず」とドメスティック・バイオレンス
- 2 ドメスティック・バイオレンス防止法制定の意義

第3章 保護命令制度の憲法問題

- 1 保護命令制度について
- 2 退去命令制度の憲法上の問題

おわりに

## はじめに

いわゆるドメスティック・バイオレンス防止法（「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」）は、「女性に対する暴力」という世界規模の課題<sup>(1)</sup>の一つを解消する施策として、平成13年に成立した。同法は、3年後に見直す旨の規定（附則第3条）に基づいて平成16年に改正されたが、改正法はさらに3年後に見直す旨の規定（改正附則第3条）をおき、施行状況等を勘案し検討を加えたうえ必要な措置を講じるよう定めている。おそらく平成18年の早い時期に改正作業が始まるのであろうが、見直しに関するこのようなプロセスは他に例をみない。

ドメスティック・バイオレンス防止法（以下、DV防止法という。）は、保護命令制度というわが国法制史上画期的といふべき制度を導入したが、一方で、被害者保護の観点から決して十分な法とはいえずなお多くの課題がある（見直し規定があるように）と指摘されている。また、保護命令制度のうち、とくに退去命令については、憲法上の問題点が制定当初から指摘されてきた。一体どのような憲法問題が指摘されているのか。本稿では、DV防止法の憲法問題を検証していく。

## 第1章 ドメスティック・バイオレンス防止法制定の経緯

### 1 ドメスティック・バイオレンスに対する政府の対応

日本政府は、平成7（1995）年世界女性会議（北京）のあと、平成8年、「男女共同参画2000年プラン」のなかで「女性に対するあらゆる暴力の根絶」を重点目標の一つにかかげ、暴力に対する厳正な対処や被害者のための救済策の充実などを具体的課題とし、そのための施策の実行に着手した。しかし、ドメスティック・バイオレンス<sup>(2)</sup>については、刑法等関連法規の適用と警察による相談体制の整備を施策の柱と考えていて、新たな法制の必要性を認識していたわけではない。

## 4 (桃山法学 第7号 '06)

一方、研究者を中心にした、「夫（恋人）からの暴力」調査研究会は、平成4年、DVの実態調査を行った。そこで得られたデータはきわめてショッキングな内容であり、わが国においてもドメスティック・バイオレンスの被害が深刻であり看過できない社会問題であることを明らかにした<sup>(3)</sup>。同調査研究会は、このような実態調査をもとに、①「ドメスティック・バイオレンスは性差別社会が構造的に生み出すものである」という理解に達し、②「自分の生命や身体を誰からも侵害されることなく生活する権利—安全に暮らす権利は、基本的な人権」と位置づけたうえで、③ドメスティック・バイオレンスをなくすために、現行法制の活用だけでは不十分であり、保護命令制度の創設など総合的な施策が必要であることを提言している<sup>(4)</sup>。

政府は、平成9年、男女共同参画審議会に「女性に対する暴力部会」を設置し、平成11年9月、初めての全国規模の実態調査「男女間における暴力に関する調査」を実施した<sup>(5)</sup>。その結果をふまえて、男女共同参画会議は、平成12年7月、「女性に対する暴力に関する基本的方策について」と題する答申を発表した。同答申は、ドメスティック・バイオレンスについて、①被害者も加害者も年齢・学歴・職種・年収に関わりなく存在していて、一部の人の問題ではないこと、②暴力は潜在化していて社会的な問題であること、③それはわが国の男女が置かれている状況や過去からの女性差別意識の残存に根ざした構造的な問題である、と指摘した。しかし、被害者の安全を確保するための暴力行為の禁止や接近の禁止について、①民事保全法に基づく仮処分や家事審判規則による調停前の仮処分などの制度を活用すること、②場合によってはストーカー規制法によって対応することを提言し、新たな法制度や方策は「早急に幅広く検討することが必要である」とするにとどまっていた<sup>(6)</sup>。

## 2 参議院共生社会に関する調査会による法案提出

## (1) プロジェクトチームによる立法化作業

平成10年8月に設置された参議院共生社会に関する調査会（以下、調査

会とい<sup>(8)</sup>う。)は、DVを中心にした「女性に対する暴力」をまずとり組むべき課題とした。そして、参考人から意見聴取を行うなどその調査の結果を2度の間接報告(平成11年6月・平成12年6月)と最終報告(平成13年6月)とにまとめた。

平成11年6月の中間報告において、調査会は、DVについて全国的な実態調査を行うよう提言するとともに、DV対策の特別法の制定に関しては、DVについて現行法で対応できるもの、現行法の改正を要するもの、新規の立法が必要なものを区分して検討を重ねるべきであるとして明言は避けた。そして、この中間報告に関する理事会協議の結果、平成12年4月、調査会理事会のもとに「女性に対する暴力に関するプロジェクトチーム」(以下、プロジェクトチームという。)を設置することが合意され、5月、調査会にその旨報告されて超党派の議員からなるチームが発足した。プロジェクトチームは、「女性に対する暴力に関する法的対応策等について検討する<sup>(9)</sup>ため」設置され、「立法化の作業<sup>(10)</sup>」にあたった。

このように、「参議院の正規の機関である委員会や調査会のもとに、プロジェクトチームという協議の場を設け、立法化の作業に当たった例はこれまで<sup>(11)</sup>」ない。プロジェクトチームは、各省庁や現場関係者などからのヒアリングを含む30回におよぶ協議・討議<sup>(12)</sup>を経て、平成13年4月2日、DV法案(「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」案)を調査会に提出した。法案は直ちに可決され、4月4日、参議院本会議で調査会提出法案として趣旨説明が行われたのち直ちに採決に入り、全会一致で可決された。そして、4月6日、衆議院法務委員会において法案の趣旨説明と審査(警察庁・法務省・厚生労働省から政府参考人が出席し約3時間)が行われたあと可決され、同日午後の衆議院本会議に緊急上程され全会一致で可決成立した。法案の提案後成立までの時間をみれば、スピード可決である。

プロジェクトチームによる立法作業は、公開されている議事録がないため、その具体的な過程を国民は知ることができない<sup>(13)</sup>。したがって、上記平成11年調査会中間報告において「DVについて現行法で対応できるもの、

## 6 (桃山法学 第7号 '06)

現行法の改正を要するもの、新規の立法が必要なものを区分して検討」することになっていたことについて、どのような検討が重ねられ、また、どのような議論がたたかわされたか、判明しない。この点はおそらく、プロジェクトチームのメンバーが上梓した『詳解DV防止法』のなかの「法律の制定経緯」<sup>(14)</sup>と題する記述からしか知ることができない。

プロジェクトチームによるこのような立法作業は、いわゆる超党派の議員による立法である。したがって、一つの方向性のもと党派的な対立がないのであるから、議案は異論もなくスムーズに成立する。また、国民の代表者である議員自身の立法なのであるから、民意を十分に反映していると評価することもできる。

しかし、DV防止法に関していえば、すでに述べたように、第一に、DV防止法で創設された保護命令制度は、わが国の法制度にとって例のない画期的な制度であること、第二に、DV防止法はその一方で、3年後の見直し規定をおこなわなければならない内容であり、実は多くの課題を抱えていたのである。これらのことを考慮すれば、とくに保護命令制度についてその立案過程は途中何らかの方法で公開の場に明らかにして制度趣旨を明確にすべきであったし、また、先送りにしなければならない課題についても、むしろ公開してより多くの国民の声を直接に反映させて解決する途もあったのではないかと思われる。<sup>(15)</sup>

## (2) ドメスティック・バイオレンス防止法の成立と課題

ともあれ、成立したDV防止法は、その前文において、第一に、配偶者からの暴力が犯罪となる行為であるにもかかわらず、従来、被害者に対する救済が十分でなかったこと、第二に、とくに経済的に自立していない女性に対する暴力は、その人格を否定し夫に対する従属的な関係を強要するものであり、個人の尊厳を害し男女平等の実現を妨げるものであること、第三に、DV防止と被害者の保護が、女性に対する暴力を根絶しようと努めている国際社会の取組にそうものであることを宣言したうえで、国および地方公共団体がDV防止と被害者保護の責務を負う旨明記した(第2条)。そして、その具体的な制度として、①被害者発見にかかる通報、②配偶者

暴力相談支援センターによる保護、③警察官による保護、④裁判所による保護命令（6月間の接近禁止命令・2週間の退去命令<sup>(16)</sup>）を定めた。

しかし同法について、たとえば、暴力の主体に元配偶者も含めるべきであること、暴力の範囲には身体的暴力のみならず精神的暴力や性的暴力まで含めることが国際基準であること、子どもや外国人にまつわる問題が解消されていないこと、保護命令制度がなお不十分であること、また、民間シェルターに対する支援が不十分であること等々、多くの課題が多方面から指摘されていた。

### 3 参議院共生社会に関する調査会による改正当案提出

#### (1) 政府の対応

DV防止法が平成13年に成立した（以下、13年法という。）のち、政府は、男女共同参画会議の「女性に対する暴力に関する専門調査会」においてDVを含む各分野における施策の調査と検討を開始した。その報告書『「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」の円滑な施行について』（平成13年10月）、『「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」の円滑な施行について（その2）』（平成14年4月）、『配偶者暴力防止法の施行状況等について』（平成15年6月）は、男女共同参画会議の決定として発表された。

「女性に対する暴力に関する専門調査会」は上記平成15年6月報告書のなかで、13年法について「当面の課題」「中期的課題」「長期的課題」を分け、「当面の課題」として、①保護命令制度の対象を拡大して元配偶者を含めること、②接近禁止命令の保護対象に子どもを含めること、③退去命令期間を2週間から1か月に延長すること、④保護命令の再度申立てに警察等での相談の事実を活用できるようにすること、⑤退去命令に住居へのはいかいを含めること、⑥暴力の定義（第1条）に精神的暴力を含めること、⑦被害者の自立支援について明文化することの7点にわたる見直しを提言した<sup>(17)</sup>。

#### (2) 参議院共生社会調査会による改正作業

## 8 (桃山法学 第7号 '06)

一方、すでに述べたように13年法には3年後の見直し規定もあり、参議院共生社会に関する調査会は、平成15年2月、再び、「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律の見直しに関するプロジェクトチーム」を立ち上げることにした。その調査・検討の概要は、「共生社会に関する調査報告（最終報告）」（平成16年6月16日）に、「改正案要綱」とともに「活動経緯」一覧として記載されているが、その詳細は、13年法同様、プロジェクトチームのメンバーが上梓した『詳解改正DV防止法<sup>(18)</sup>』で知ることができるにすぎない。プロジェクトチームによる検討の結果、平成16年3月25日、改正案が調査会に提出された。関係省庁に対する質問を経て可決され、翌26日、参議院本会議で調査会提出法案として趣旨説明が行われて直ちに可決、平成16年5月26日、衆議院法務委員会で政府委員からの説明聴取を経て可決、翌27日、衆議院本会議において全会一致で可決された。再び、スピード可決であった。

DV改正法（以下、16年法という。）は、保護命令制度の拡充など、前記男女共同参画会議「女性に対する暴力に関する専門調査会」による見直し提案をほぼ取り入れた内容で成立した。

なお、参議院共生社会調査会は、平成16年7月に活動を終了している<sup>(19)</sup>。改正DV防止法におかれた3年後の見直し規定に基づいて、これからの再改正がどのような立法過程を経て、どのように改正されるか注目される。

## 第2章 ドメスティック・バイオレンス防止法制定の意義

### 1 「民事不介入」「法は家庭に入らず」とドメスティック・バイオレンス

#### (1) ドメスティック・バイオレンスの犯罪性

DVが特異な人による行為でないことは、すでにみたまざまな実態調査からも（また筆者が受けた相談事例などからも）明らかであるし、その暴力が一般人に対してであれば暴行罪や傷害罪などを構成する場合があることも、また、明らかである。

しかし、DVに対して国は、従来、「法は家庭に入らず」または「民事



不介入」を理由に関与に消極的であったと指摘されてきた。たとえば、警察官はDVの現場に呼ばれても「民事不介入」を理由に加害者を逮捕し連行することもなく立ち去り、告発告訴のない限り刑事事件として立件することもないことなどが、救済を求める側から指摘されてきたし、一方、警察の立場からすれば、かりに告発があっても被害者からの取り下げが多いので介入に一層消極的にならざるをえないとか、修復可能な家族を介入によってかえって崩してしまうことがあるという事情があるといわれてきた<sup>(20)</sup>。

## (2) 「民事不介入」とドメスティック・バイオレンス

そもそも、「民事不介入」というとき、介入・不介入の主体は警察権を指している。「警察による民事不介入」という言い方で表されるこの原則は、わが国の行政法とくに警察行政の分野で用いられてきた講学上の概念である。すなわち、①警察権の行使について、わが国には条理上あるいは不文の法理に基づく限界（「警察権の限界」）が存在し、②それは「警察消極目的」「警察公共」「警察比例」「警察責任」の4原則を指し、③「警察公共の原則」すなわち警察権は社会の安全と秩序を維持するための作用であるという原則からは「民事不介入の原則」が導き出されるのであり、④したがって、「民事上の争いを背景とする事案」や「民事上の特別の関係にある者の間における事案」など、民事関係に係る問題について、警察権の介入は消極的でなければならない、というものである。

しかし、「警察権の限界」原則について、それは、法律の規制を受けなかった戦前の警察活動に対して条理上の制約を課すために案出された概念にすぎず、現行憲法の法治主義のもとではもはやその意味を失っているのではないかと、すなわち、法律の根拠以外の条理上の原則を考える必要はないのではないかと、指摘されている<sup>(21)</sup>。さらに、「民事不介入の原則」について、関根謙一「警察権の限界についての覚え書き」は、この原則が戦後の警察制度改革の際の混乱から生まれた原則にすぎず、「警察権の限界」原則とは発生的にも内容的にもまったく別のものであるとする。すなわち、戦後の制度改革によって新たに犯罪捜査と犯人逮捕などの司法事務を負うことになった警察機関が、債権取り立てなどの単純な民事事件を犯罪であ

ると誤解して逮捕する例などが生じたため、それを回避するのに「民事上の法律関係不関与の原則」あるいは「民事不介入の原則」を適正捜査のスローガンとして使用したにすぎないと指摘する<sup>(22)</sup>。

しかしそうであっても、民事不介入の原則のもと、債権の取り立てを典型とする「民事上の争いを背景とする事案」だけではなく、夫婦など「民事上の特別の関係にある者の間における事案」についてまでも警察権が及ばないとされてきた理由は判然としない。刑法は親族相盗例や犯人蔵匿の特例などを設けているが、暴行罪や傷害罪などについて家族の特例を設けていない。それにもかかわらず、なぜ、家庭内でおきた刑事事案について警察権は介入しない—家庭内刑事不介入—とされてきたのであろうか。

たとえば、それが私的空間のできごとであり、他者の介入はプライバシーの権利にかかわると考えられていたからだとしても、そもそもプライバシーというだけで刑法上の罪が放置されるわけではない。むしろ、夫婦間の暴力はもたらす害悪がそれほど大きくないとか、被害届はいずれ取り下げられるにちがいないから介入するのは無駄であるとか、あるいは、警察官（検察官や裁判官）を始め誰にも多少の暴力の経験があるなど、DVが社会的に許容されてきた側面も見逃せない<sup>(23)</sup>。家庭内刑事不介入とでもいうべきものについて、家庭内での暴力の許容さらに「法は家庭に入らず」という伝統的考え方の意味も検証されなければならない。

### (3) 「法は家庭に入らず」とドメスティック・バイオレンス

「法は家庭に入らず」の法諺は、古代ギリシャ以降、家長の絶対的な家内支配を表すことばであった。山畠正男「法は家庭に入らず」によれば<sup>(24)</sup>、古代ギリシャやローマの国々はそもそも家長による共同体であり、法は家長相互を規律するものであった。したがって、家長の支配する家に対して法が介入することは限定的であった。もちろんその後のどの国家も家族政策に無縁であったわけではないが、その際法の介入に対して家長の側から主張されたのが「法は家庭に入らず」であった。

妻に対する暴力が「法は家庭に入らず」として容認されるのは、夫の妻に対する懲戒権が認められてからである。小林寿一「夫婦間暴力に対する

警察の対応」によれば、<sup>(25)</sup>一夫一婦制と家父長制の社会経済システムが確立して以降女性は夫の財産となり、中世後期までには妻に対する懲戒権が確立した。<sup>(26)</sup>イギリスでは、17世紀に入るといわゆる「親指のルール」（親指よりも太くない鞭で妻を懲戒する権利）が夫の懲戒権を制限するルールとしてコモンロー上確立する。この伝統を継承したアメリカにおいても、判例は、夫は自分の家庭を治める義務があり妻が適切な行動をするように必要な程度の力を行使することを認め、「法は家庭に介入しないで、カーテンの外にとどまる。法は両者にその解決をゆだねる。」という、いわゆる「カーテン・ルール」を確立させた。

英米と異なりわが国に、このような夫の懲戒権を認める規定も判例法もない。しかし、日本国憲法が制定される前まで、明治民法の「家」制度において家長の権限が定められ、かつ、妻の行為無能力が定められていたこと、また、現在においては夫婦間強姦の法理が、婚姻が性の包括的同意契約であることを理由に、姦淫にいたる、夫の「暴行または脅迫」行為を容認する法理であることをあげておかなければならないだろう。<sup>(27)</sup>

「法は家庭に入らず」は、法（法律）と家庭、司法と家庭、警察権と家庭など様々な諸相のなかで語られる、きわめて漠然とした包括的な「格言」であり、また、いわゆる公私二元論と重ねて語られもする。「法は家庭に入らず」が、家庭という私生活上の空間についてその運営は構成員の自律性に委ねられるということを指すのであれば、それ自体何の問題もなく、家庭以外の人的団体に認められる自律性尊重とかわるところはない。しかし、一般市民社会であれば許されない暴力が家庭のなかでは許され、救済を求めても放置されることを合理的に説明するには、法の支配のもと、<sup>(28)</sup>「法は家庭に入らず」のみをもって説明することは困難である。

## 2 ドメスティック・バイオレンス防止法制定の意義

DV防止法は、1980年代以降、すでに多くの国々で立法化されているのであり、13年法の成立によってわが国もようやくその水準に達したということができる。

## 12 (桃山法学 第7号 '06)

DV法は、DVの防止と被害者の保護を目的に、すでに述べたように、DVという犯罪となる行為に対して、警察が適切に対応する根拠を与え、妻が夫から逃れるための場を自治体が用意することとし、さらに、裁判所に保護命令をだす権限を与えた。「民事不介入」「法は家庭に入らず」の名のもと温存されてきた領域に法が立入った意義はきわめて大きい。

### 第3章 保護命令制度の憲法問題

#### 1 保護命令制度について

##### (1) 保護命令制度の概要

保護命令制度はDV防止法の中核的制度である。保護命令は、裁判所による退去命令と接近禁止命令からなる。その要件と内容は概ね次の通りである(法第10条から第22条)。

裁判所は、①被害者が更なる配偶者からの暴力によりその生命又は身体に重大な危害を受けるおそれ大きいとき、②被害者の申立てにより、③退去命令(加害者に対して、被害者と共に生活の本拠としている住居から2か月間退去することを命令)、④接近禁止命令(加害者が被害者の身辺をつきまとい、住居、勤務先等の付近をはいかいすることを6か月間禁止する命令)、⑤子どもに対する接近禁止命令を下すことができる。

被害者は、保護命令を申し立てる場合、申立書に⑥身体に対する暴力を受けた状況などのほか、⑦配偶者暴力相談支援センターや警察職員に相談した事実を記載するか、⑧それらを利用していない場合、公証人役場で認証を受けた書類を添付しなければならない。

保護命令は、⑨口頭弁論または審尋の期日を経なければならないが、期日を経ては申立ての目的を達成できない事情があるときには、審尋を行わずに保護命令を発することもできる。

保護命令に違反した者は、⑩1年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処せられる。

##### (2) 保護命令の立法趣旨

### ア プロテクション・オーダー制度

保護命令制度は、諸外国のDV防止法で採用されているプロテクション・オーダー（protection order）にならったものである。

アメリカでは、<sup>(29)</sup>70年代、「殴られた女性のための運動（battered women's movement）」が高まり、DVの被害女性のためのシェルター（一時避難場所）が全米各地に設立され、さらに、裁判所が加害者に対して、さまざまな内容の命令（プロテクション・オーダー）を発する権限を認める州法が次々に制定された。そして、80年代には、DVに対する警察による逮捕権限を強化する立法がなされた。

プロテクション・オーダーの内容は、州法によって異なるが、たとえば、①住居からの退去、②被害者の住居や職場への接近禁止、③暴行、傷害などの暴力行為の禁止、④身体的威嚇の禁止、⑤武器の購入や所有の禁止、⑥申立人の引っ越しの妨害禁止、⑦ストーキング行為の禁止、⑧更生カウンセリングへの参加、⑨被害者への経済的支援や子どもに対する養育費の支払い命令など多様であり、申立人は複数の内容の命令を得ることができる。

プロテクション・オーダーには、「緊急保護命令または一時的保護命令」と「保護命令」があり、前者は、とりあえず身体の保護や財産の保全のために、相手方へのヒアリング（審尋）を経ずに被害者からの申立てだけで発する命令である。これらのプロテクション・オーダーに違反した場合、民事法廷侮辱罪（Civil Contempt）または刑事法廷侮辱罪（Criminal Contempt）に問われることになるが、実際には刑事罰を科す刑事法廷侮辱罪に問われるか、特別法による刑事罰が科される。また、プロテクション・オーダー違反の罪については、必要的逮捕制度をとる州が多く、警察は、逮捕に合理的理由があれば逮捕しなければならず、そのことについて民事上の責任は負わない。

プロテクション・オーダーは、以上のように、デュー・プロセスの原則の下、DVの防止と被害者の保護を図る法制の中核的<sup>(30)</sup>制度と理解していい。

### イ 保護命令制度の導入

## 14 (桃山法学 第7号 '06)

わが国に保護命令制度を導入するにあたって、当初、政府が消極的であり従来の仮処分制度の活用で足りると考えていたことはすでに述べたとおりである。したがって、参議院プロジェクトチームによる立案作業において、保護命令制度をわが国の法制度に組み入れること自体をめぐって、それに積極的なプロジェクトチームと消極的な政府諸機関との間で激論になったであろうことは容易に推測できる<sup>(31)</sup>。

保護命令制度の導入に消極的な立場によれば、第一に、そもそもわが国とアメリカでは法体系が異なっているのであり、アメリカのプロテクション・オーダー制度は法廷侮辱罪によって担保されているが、わが国には法廷侮辱罪が存在しないこと<sup>(32)</sup>、第二に、わが国では民事・刑事の各法体系は厳然と峻別されていて、民事上の請求権の履行を担保するのに刑罰を科す制度がないこと、第三に、裁判所は、権利義務の存否に関する争いを最終的に解決することを任務としているのであるから、民事行政作用にすぎない保護命令を裁判所が決定することはできないこと、第四に、また、そのような任務を裁判所に負わせることは裁判所に過重な任務を強いるものであること、第五に、保護命令には財産権の制限等憲法上の疑義があることを考慮すれば、DV被害者保護は従来の仮処分やストーカー規制法による解決で足りる。

しかし、このような主張に対して、第一に、裁判所による従来の仮処分では、迅速性と強制力に欠け、また、損害賠償請求訴訟に備えて保証金を担保しなければならぬこともあって被害者の保護に不十分であることはつとに指摘されていきこと、第二に、英米法体系に属さない国々でも保護命令制度が創設されていること、第三に、ストーカー規制法には警察権濫用の懸念があり、むしろ、公平な裁判所による保護命令制度こそ適正手続の要請をみたくこと、第四に、保護命令に類似の制度としてすでに独禁法の緊急命令制度などが存在することなどが反論の根拠となった。

このような対立のもと、いわば妥協の結果として、アメリカにおける保護命令制度とは異なる「多少使い勝手の悪い<sup>(33)</sup>」制度が作られた。

すなわち、保護命令違反が罰則を伴うことから、刑罰法規の明確性と手

続の適正性を求める罪刑法定主義（憲法第31条）のもと、①審尋を経ない緊急保護命令制度の創設が見送られ、②したがって、保護命令制度は双方の審尋を前提にする命令のみとしたが、ただし、「期日を経ることにより保護命令の申立ての目的を達することができない事情があるときは、この限りでない」（法第14条）として、緊急性の高い場合には、審尋を経ることなく保護命令を発する余地を認めた。また、③保護命令は、精神的暴力や性的暴力以外の「更なる」配偶者からの暴力によって生命や身体に「重大な危害を受けるおそれ大きいとき」にのみ発せられこととして、その要件を嚴重化し、かつ、申立書には警察や公的機関（配偶者暴力相談支援センターや公証人）による被害に係る文書を添付させることとなった。さらに、④保護命令は、接近禁止命令と退去命令に限定された。

アメリカの保護命令制度と異なること、したがって、「使い勝手」の問題があることはひとまずおくとして、わが国が、民事上の仮処分についてその違反者に罰則を設けるという保護命令制度を創設したことは、民・刑事法制峻別が建前の法制上、きわめて画期的というべきである<sup>(35)</sup>。しかし、保護命令制度は、被害者保護の緊要性と適正手続の要請との調整を図ったものの、とくに退去命令に関して憲法上の疑義が指摘されてきた。項を改めてこの点を検証する。

## 2 退去命令制度の憲法上の問題

### (1) 退去命令と財産権・居住の自由

#### ア 13年法における議論

加害者（夫）に対して一定期間自身の家から退去させること（退去命令）は、憲法第29条で保障された財産権および憲法第22条で保障された居住の自由に対する侵害ではないかは、13年法の立案過程においても問題となった<sup>(36)</sup>。

しかし、プロジェクトチームでは、第一に、「憲法29条（財産権）等も憲法13条（人格権）との調整の問題であり、保護命令による加害者の不利益と被害者の法益とを比較すれば、被害者の生命・身体の安全は加害者の

## 16 (桃山法学 第7号 '06)

財産権に優先される」, 第二に, 「退去命令は実体上の権利に影響を及ぼすものではないので, 被害者の生命・身体の安全を守るため, 一定期間に限って暫定的に加害者を住居から退去させることは, 憲法に抵触しない」, 第三に, しかし, 退去命令が長期に及んだ場合, 「財産権や居住の自由等加害者の権利の制約に係る憲法上の問題が生じる懸念があり」, また, 退去命令を受けた加害者が逆上する場合もあるなど保護命令が必ずしも有効な方法でないなど, 両者の権利利益について「ぎりぎりの調整を図った結果, 最終的に期間を2週間に限定すること」になった。

すなわち, 退去命令によって実現される保護法益(被害者の生命・身体の安全)の重要性と, それによって侵害される権利の内容(加害者の財産権・居住の自由)と侵害の程度(実体的権利に変動がない)を考量した結果, 2週間の退去命令であれば必要最小限度の制約であり憲法違反ではないとの結論に至ったこととなる。<sup>(37)</sup>

## イ 16年法における議論

しかし, 16年法によって, 退去命令期間は2週間から2か月間に延長され, また, 再度の発令(再発)が可能となった。

退去命令期間については, すでに政府の男女共同参画会議「女性に対する暴力に関する専門調査会」においても, 期間延長の必要性がしばしば指摘されていたし, その報告書では「1か月」の延長が必要であると明記された。<sup>(38)</sup>そこで, プロジェクトチームによる改正立案過程において,<sup>(39)</sup>①退去期間が2週間では被害者が住居から退去するための準備期間でしかなく, 被害者が住居を追われることなく生活ができるようにしようという退去命令制度の当初の意図から乖離してしまっていること, ②退去命令期間は被害者が転居するための準備期間であるとしても, 2週間では不十分であることから, 「これを拡大し, かつ, 再度の申立てもできるようにすべきである」という意見がメンバーから大変強く出された」。

このような意見に対して具体的にどのような議論が行われたか, その内容を知ることはできないが, 結局, ①「被害者の実情を慮れば, 退去命令の実効性を確保するため, その期間を拡大することはもはや不可欠」であ



ること、②「2か月程度の期間があれば、その期間内に身辺整理や転居先の確保等の準備作業を行うことが可能」であること、③被害者がその住居に引き続き居住する必要性が高い場合もあり、他方、退去命令を受けている相手方の生活に「特に著しい支障を生じないような場合もあり得る」ので、退去命令について再度の申立てを認めることとし、③しかし、当初の退去命令とは異なり再発については、裁判所が「当事者双方の事情を考慮した上で、なお配偶者の居住の自由や財産権の合理的な制限として許容され得る限りにおいて」退去命令の再発を認めることとした。

16年法を審議した国会において、2か月延長について異論はでなかったが、退去命令の再発によって退去期間が最大4か月となる点について、加害者が「4か月間自分の住んでいた家に入れられないこと」の負担が質問されたものの、提案者からは、命令の再発には制限もあるので加害者および被害者の双方の事情を考慮した「ぎりぎりのところ」との答弁がなされた。<sup>(40)</sup>

## (2) 退去命令と生存権

13年法を改正する作業段階の時期に発表された常盤紀之「『配偶者からの防止及び被害者の保護に関する法律』における保護命令制度についての問題点」<sup>(41)</sup>は、退去命令期間の延長は以下の点で憲法違反であると主張して、バランスのとれた法改正を求めた。

すなわち、①加害者に対して住居からの退去を命じる退去命令は、刑罰による受刑者の収容や患者の強制入院（伝染病予防法など）などと異なり、その後の住居所については全く配慮、関知しない制度としても、従来の法制度にはない制度である。退去命令について、諸外国に同様の制度があるとしても、制度の正当性は、あくまでわが国の法体系、社会通念に照らして判断されるべきである。②このように住居所がない状況での生活を強いられることが憲法第25条第1項の「健康で文化的な最低限度の生活」に反することは、現在の社会通念に照らして明白である。③退去命令制度を設けた政策判断の妥当性・裁量の範囲が問題となるが、2週間の範囲であれば、立法裁量の範囲である。④しかし、期間を2か月に延長した場合、当該期間の短縮を認めず、かつ、相手方の住居所に対する配慮がないことは、居

住の自由および財産権という憲法上の規定に抵触するのみならず、第25条第1項にも抵触することは否定できない。⑤とくに、申立人がその後一切の連絡を絶った場合には取消の手續（法第17条）を開始することもできないから、退去命令の実質的必要性がなくなったにもかかわらず効力が継続することとなり「違憲と判断されるのは避けられない」とする。

論者は、さらに、退去命令期間を2か月に延長する法改正を行うのであれば、第一に、裁判所に退去命令期間の裁量権を与えること、第二に、退去命令の必要性がなくなったと判断した場合には、申立人からの申立て・同意の有無にかかわらず取り消すことができるようにすること、第三に、退去期間における相手方の居所の確保について何らかの措置を講じるべきである、とする。

以上の主張について思うに、退去命令制度の憲法問題は、生存権を持ち出すまでもなく、居住の自由や財産権の制限を論ずれば足りるであろう。そもそも生存権は国家に対する請求権としての法的性格を有する権利であるのに対して、退去命令が加害者に居所のない状態を強いることは、端的な、国家による居住の自由ないし財産権の制限である。しかも、その居所の所有権は加害者（夫）に属するとは限らないし、また、かりに夫の所有物であるとしても、退去命令は財産権そのものを奪うものではないことを考えれば、退去命令違憲論は、居住の自由の制限を主な理由とする違憲論であり、そのことを、居所のない状態を強いることは憲法上問題だと言い換えているにすぎない。

なるほど、論者が指摘するように、退去命令は「立法目的達成の手段として均衡を失っている」かどうか検証されなければならない。とくに13年法において均衡の限度「ぎりぎり」であった2週間が、16年法で再び「ぎりぎり」2か月に変更されたことについて、その理由は必ずしも明らかとはいえない。しかし、もともと2週間自体、保護命令制度の制度設計のなかで十分な根拠をもって設定されたとは思えないのであって、むしろ16年法において転居のための期間という明確な理由に基づいて期間が考慮されたことは、均衡の限度を確定するのに資する要素といえる。

加害者は退去命令によって、その居住の自由が制限されるとしても失業するわけではなく（犯罪にあたる行為があったにもかかわらず逮捕されない）、他方、被害者の生命・安全を確保するという重大な利益を考量すれば、保護命令自体に厳格な要件（手続上・実体上）が課され、かつ、取消制度もあるのであるから、その期間を2か月としたことをもって立法裁量の範囲を著しく超えているとはいえないであろう。<sup>(42)</sup>

退去命令に対するこのような違憲論は、たとえばアメリカにおいても同様にあるが、すでにみた適正手続の問題のなかで、申立人の生命・安全の確保という利益のもと、財産権侵害の程度を考量することで憲法上の問題をクリアしている。州法による違いはあるが、プロテクション・オーダーの期間は概ね3か月から6か月であり、その前段階としての緊急プロテクション・オーダーが2～3週間の有効期間で発令される。なお、退去命令は申立人の転居を確保する制度との考えから、裁判官がそれに必要な時間を尋ねたうえ、また、所有権の有無も配慮して、3か月から6か月の間で決定する州もある。<sup>(43)</sup>

わが国の場合、緊急保護命令制度の導入を見送った関係で、保護命令制度のみで被害者保護のすべてを図らなければならない。したがって、保護命令による被害者の生命・安全の保全さらに自立への準備ということを考えれば、退去命令期間の2か月が不当に長いとはいえない。

## お わ り に

DV防止法は、加害者（夫）に制裁を加えることではなく、救済と自立を求める被害者（妻）のために制定された法である。保護命令制度という画期的制度を導入したものの、緊急保護命令制度を欠くことや保護命令に執行力がないなど、全体の制度設計に不完全さを感じないわけではない。<sup>(44)</sup> また、課題も残されている。男女雇用機会均等法がそうであったように、DV防止法も「小さく作って大きく育てる」ということであろうか。諸外国の立法例をみれば、DV法制は、警察制度、加害者更生制度、被害者支

援制度、さらに、女性に対する暴力に関わる司法制度全般に変化をもたらしている。わが国も、DV防止法を嚆矢にそのような方向性をとれるか、注視したい。

(なお、本稿は、桃山学院大学共同研究『「女性に対する暴力」の研究』の成果の一部である。)

## 〔注〕

- (1) 1993(平5)年の世界人権会議(ウィーン)で採択された「ウィーン宣言および行動計画」は、「女性の権利は普遍的な人権」であり、女性に対する暴力が人間個人の尊厳と価値を害するものであり除去すべきことを明記した。これを受けた国連は、同年第48回総会において、「女性に対する暴力の撤廃宣言」を採択した。さらに1995(平7)年の世界女性会議(北京)では、「女性の人権」が最重要課題と位置付けられ、2000(平12)年までに国連および各国政府が取り組むべき「行動要領」が採択された。その「女性に対する暴力」に関する章では、ドメスティック・バイオレンス、セクシュアル・ハラスメント、レイプ、人身売買、女子割礼などの女性に対する暴力を根絶するために各国政府のとるべき行動が列記された。そして、2000年の国連特別総会女性2000年会議(ニューヨーク)は、各国に対してドメスティック・バイオレンス防止法の整備を求めたいわゆる「成果文書」(「北京宣言及び行動要領実施のための更なる行動とイニシアティブ」)を採択した。
- (2) 本稿ではDV防止法を検証対象とするので、とくに断らない限り、ドメスティック・バイオレンスまたはDVという場合、配偶者からの暴力をいう。
- (3) 回答者の6割弱が夫または恋人から身体的暴力を受けたことがあり、その90%弱が平手打ちやげんこつで殴られ、60%弱が物を投げつけられ、30%強が首を絞められたり絞められそうになり、13%が刃物を突きつけられたり切りつけられたりしている。同調査は、女性たちが受けた身体的、心理的、経済的、性的暴力の具体的内容を明らかにした。調査中間報告として「夫(恋人)からの暴力」調査研究会「夫からの暴力—婚姻関係の内外で—女性学研究第3号(平6)122頁以下、最終報告として同『「夫(恋人)からの暴力」についての調査研究報告書』(平7)。
- (4) 「夫(恋人)からの暴力」調査研究会『ドメスティック・バイオレン

ス』(有斐閣, 平10) 192頁以下。

なお, 保護命令制度を含むDV法制に関する先駆的な研究業績として, 戒能民江「イギリスにおける夫婦間暴力と法 [序説]」黒木古稀『現代法社会学の諸問題(上)』(民事法研究会, 平4) 163頁以下, 小島妙子『『妻に対する暴力』の現状と法的規制—アメリカの事例を中心に—』労旬1339号(平6) 19頁以下, 角田由紀子「夫(恋人)からの暴力に対する法的措置—日本の現状とアメリカの模範法典について—」横浜市女性協会『民間女性シェルター調査報告書Ⅱ』(平7) 35頁以下, 吉浜美恵子「アメリカにおけるドメスティック・バイオレンスへの取り組み—The Battered Women's Movement—」同上54頁以下がある。その後, 戒能民江『ドメスティック・バイオレンス』(不磨書房, 平14), 小島妙子『ドメスティック・バイオレンスの法—アメリカ法と日本法の挑戦』(信山社, 平14)が著されている。また, 小林寿一「夫婦間暴力に対する警察の対応—アメリカ合衆国における動向について—(一)~(五)」警察研究60巻(平元) 8号17頁以下・9号20頁以下・10号29頁以下・11号23頁以下・12号15頁以下も重要である。

- (5) 同調査によれば, 生命の危険を感じるくらいの暴行を受けた経験が一度でもある女性は, 5%弱(20人に一人)を占めた。総理府(当時)によるこの調査以前に行われた, いわゆる官製の実態調査として, 東京都生活文化局が実施した『『女性に対する暴力』調査報告書』(平10)がある。それによれば, 刑法の傷害罪や暴行罪に当たる暴力を1度は受けたことがある女性は3%などという結果がでていいる。また, 内閣府男女共同参画局が平成12年に実施した事例調査として, 『配偶者等からの暴力に関する事例調査』(平14)がある。なお, DVが多重債務事件や自己破産事件に関連している点について, 小牧美江「ドメスティック・バイオレンス被害者の救済現場から学んだこと—司法書士は何をすべきか—」月刊司法書士2004年8月号46頁以下, 角田由紀子「DV防止に向けて」ジュリ1210号(平13)2頁。
- (6) ストーカー規制法(ストーカー行為等の規制等に関する法律)は平成12年5月24日に制定され, 同年11月24日に施行された。また, 埼玉県桶川事件をきっかけに, ストーカー事件等に対する警察の対応が問題化したため, 国家公安委員会および警察庁は, 平成12年8月, 「警察行政の透明化の確保と自浄機能の強化」「国民のための警察の確立」「新たな時代の要請にこたえる警察の構築」などを柱とする「警察改革要綱」を発表していた。

## 22 (桃山法学 第7号 '06)

- (7) DV防止法制とくに保護命令制度の必要性について法曹界からは、DV防止法研究会 in 神戸『DV防止法提言2000』（日本DV防止・情報センター，平12），自由人権協会「ドメスティック・バイオレンス禁止法案」（平12），日弁連両性平等委員会「ドメスティック・バイオレンス防止法案」（平13）が提言していた。
- (8) 国会法第54の2条が「参議院の調査会」について定める。同条によれば、「参議院は、国政の基本的事項に関し、長期的かつ総合的な調査を行うため、調査会を設けることができる。」また、調査会の活動は、参議院議員の半数の任期満了日までである。参議院調査会制度は、昭和61年5月、参議院制度改革の一つとして法制化されたもので、第5期が始まる平成10年には、国際問題に関する調査会、国民生活・経済に関する調査会に加えて、共生社会に関する調査会が設置された。共生社会に関する調査会が対象としたのは、男性と女性、健常者と障害者、日本人と外国人、現役世代と年金世代など多様な社会を構成する人々相互の共生の問題である。
- (9) 第147回国会参・共生社会に関する調査会会議録第7号（平成12年5月10日）。
- (10) 南野知恵子他『詳解DV防止法』（ぎょうせい，平13）15頁。
- (11) 南野他・前出注（10）15頁。
- (12) 南野他・前出注（10）17頁に「活動経過」として30回の協議・討議の日程と内容が一覧表にまとめられている。最終30回目は平成13年3月28日に開催され、その内容は「草案趣旨説明の討議等」であった。
- (13) 「『配偶者からの暴力防止及び被害者の保護に関する法律』についての考察」女性法律家協会会報39号（平13）30頁（無署名）によれば、法案の内容は事前に公開されず、その全体像が明らかになったのは、法案可決直前の3月30日であったし、その国会審議は異例の早さであった。戒能民江「ジェンダー法学と暴力の再解釈」F-GENS J.3号（平17）29頁は、DV法は議員立法であるが、「保守派の反対を受けて法案がつぶされることを回避するために、国会での正面からの議論を避ける手法」が用いられたし、また、立法過程における行政官僚の優位も揺らぐことはなかったと評する。
- (14) 南野他・前出注（10）11頁-53頁以下。
- (15) 大山礼子『国会学入門』（三省堂，平9）87頁以下は、超党派による議員立法について、①国民の側からみれば、法案の是非をめぐる議論を聞く機会が失われてしまい、とくに「最近はその法案起草のために小委

- 員会が設置されることもなく、法案作成の経緯はほとんど明らかにされていない」し、②国会での議論を封じ込めてしまう危険性があるから、③政府提出法案以上に民意の反映を心がけることが重要であり、立法過程を国会での審議の場に持ちだし透明性を確保したり、公聴会などを通じて国民の意見具申の機会を設けるべきであると指摘する。
- (16) プロジェクトチームの中心メンバーであった南野知恵子議員は、法案趣旨を尋ねた質問に対して、「女性に対する暴力、特に配偶者からの暴力は、犯罪行為であるにもかかわらず、配偶者間の問題であるがゆえに外部から発見しにくい、そして被害者である多くの女性が暴力を忍受せざるを得ない状況であったということから、人権の擁護と男女平等の観点から法律化を図ったところでございます。この法律によりまして、配偶者、とりわけ夫からの暴力の被害を受けている妻たちの生命と身体の安全が守られることを祈念いたしまして提出した」と答弁。第151回国会衆・法務委員会議録第8号（平13年4月6日）。
- (17) 「当面の課題」のほか、同報告書は、「中期的課題」として、①接近禁止命令の対象範囲を被害者の親族等に拡大すること、②DVに脅迫的行為を含めること、③接近禁止命令によって禁止される行為として、電話、ファックスやメール等による接触を含めること、④保護命令の延長制度を設けること、⑤被害者の利便性を考慮して身近な相談窓口を設置すること、⑥外国人被害者の保護を明記することを掲げ、また、「長期的課題」として、①緊急保護命令の創設、②接近禁止命令の期間延長、③加害者更正への取り組み、④恋人等の保護についてのシステム整理、⑤DVと子どもの問題の検討を掲げた。
- (18) 南野知恵子他『詳解改正DV防止法』（ぎょうせい、平16）
- (19) 平成18年1月現在設置されている参議院調査会は、国際問題に関する調査会（5期目）、経済・産業・雇用に関する調査会（1期目）、少子高齢社会に関する調査会（1期目）である。
- (20) 警察の対応が不十分である点について、たとえば、男女共同参画審議会女性に対する暴力部会第3回議事録（平成9年11月7日）における民間シェルター代表者の発言。一方、同第6回議事録（平成10年4月17日）によれば警察庁は、「被害調書を取っても被害を取り下げられて、あげくの果てには警察の不当な介入だとか民事介入だとさんざんいわれて、はっきりいって踏んだり蹴ったりになってしまう事例がありまして、そういうことがあって引いてしまうことは残念ながらあるかと思いますが」と発言し、被害者が婚姻の継続を望むことが被害取消の要因であるとも

## 24 (桃山法学 第7号 '06)

回答している。また、警察の介入が夫婦の修復可能性を害する点について、第145回国会参・労働社会政策委員会会議録第3号(平11年3月15日)における政府(警察庁)委員答弁。

- (21) 田村正博「警察行政法の基本的な考え方1」警察公論54巻10号(平11)19頁以下。田村によれば、「警察権の限界」はもはや警察法のテキストであつかう事項ではない。また、成田頼明「社会の安全と法政策」警察政策1号(平11)1頁以下は、この「不文の法理は、成文法の規定によって修正されている」とする。
- (22) 関根謙一「警察権の限界についての覚え書き」『行政の変容と公法の展望』(行政の変容と公法の展望刊行会, 平11)244頁以下。同旨、田村正博「警察行政法の基本的な考え方3」警察公論54巻12号(平11)54頁以下。
- (23) 小林・前出注(4)60巻9号22頁は、アメリカの警察がかつてDV加害者の逮捕に消極的であった理由として、①被害者が加害者を驚かせて改心させるために警察を呼ぶことがある。②加害者が逮捕されて失業すれば被害者が経済的に困る。③暴力が当事者間で許容されていて被害者にそれほど害悪性がない。④逮捕は加害者を激高させる。⑤逮捕は家族間を分断してしまう。⑥被害者は心変わりをする。⑦検察が立件に消極的である。⑧被害者が起訴しないことを希望すると裁判所は容易に訴訟を打ち切る。⑨裁判所の量刑が軽い。⑩警察官等に家庭内紛争の経験があり家庭は男の城という信念をもっているからという分析結果を紹介している。
- (24) 山島正男「法は家庭に入らず」山島正男他『法のことわざと民法』(北海道大学図書刊行会, 昭60)159頁以下。
- (25) 小林・前出注(4)60巻8号23頁以下。
- (26) 床谷文雄「序—『法は家庭に入らず』の再考」民商129巻4・5号(平16)1頁以下によれば、中世における夫の懲戒権と監禁権を基礎付けていたのは、カバーチュアの法理(doctrine of coverture), すなわち、婚姻によって夫婦は法律上一体になり、妻は法的存在として夫に組み込まれてしまうという法理による。婚姻による夫婦一体観は、不法行為法上の婚姻免責原則さらに刑法にも及び、夫婦間強姦の不成立を導いた。
- (27) 角田・前出注(4)同旨。また、道垣内弘人・佐伯仁志「対談民法と刑法第16回」法教238号(平12)65頁において、佐伯は、夫婦に性行を求める権利があるとしても「そのような権利は、例えば強制執行をすることができるような性質の権利ではないわけですから、夫が暴行・脅迫



を用いて権利を行使していい、ということにはならない」と述べる。

- (28) 「法は家庭に入らず」について、岡田久美子「ドメスティック・バイオレンスに関する刑事法的问题」アディクションと家族15巻3号(平10)265頁以下は、①この概念が絶対的なものであればDVによる死亡についても警察は介入できないことになるが、死亡事件に介入するのであれば、保護法益としての生命と身体との間に境界線を設ける合理的理由がなければならない。②DVによる死亡に介入し、DVによる暴行・傷害に介入しないなら、死という結果が生じたかどうかによって暴行・傷害そのものが刑事事件になったりならなかったりすることになり、法の適用に問題が生じる。③他人間と違って夫婦間であれば傷害・暴行事件が不問に付されることは、憲法14条の法適用の平等に違反する。④警察は個人の生命・身体の保護、犯罪の予防・鎮圧を責務とする(警察法2条)にもかかわらず、DV加害者を放任した結果被害者の生命・身体が侵害されれば、国家賠償法上、不作為の違法を構成する。⑤「法は家庭に入らず」がいつ、どのようにして形成されたものか根源が不明であるとして、「法は家庭に入らず」の不合理性を説く。なお、アメリカにおけるDV法制の嚆矢となった、DVに対する警察の不作為責任をめぐる判決例について、福岡久美子「ドメスティック・バイオレンスと合衆国(1)(2)」阪法49巻(平12)5号39頁以下・6号53頁以下。また、「法は家庭に入らず」と刑事司法について、宮園久栄「刑事司法とジェンダー」国立婦人教育会館研究紀要4号(平12)53頁以下。
- (29) アメリカにおけるDV防止法制について、前出注(4)に掲げたもののほか、年代の新しい順に以下のとおり。マージョリー・D・フィールズ「DV加害者男性から妻子を守るためのアメリカの施策」民商129巻4・5号(平16)132頁以下、同「アメリカにおけるジェンダーと法」FGENS J.3号(平16)39頁以下、吉川真美子「ドメスティック・バイオレンスの保護命令制度と法のジェンダー化」女性学11号(平15)123頁以下、土谷裕子「米国におけるドメスティック・バイオレンス(DV)の保護命令の実情及びわが国への示唆について」家月54巻6号(平14)1頁以下、坂田威一郎「アメリカ合衆国ミシガン州における保護命令制度とその運用」世界の司法3号(平14)26頁以下、宮田敬子「ドメスティック・バイオレンスに対する保護命令」世界の司法3号(平14)92頁以下、加澤正樹・徳田祐子「家庭内暴力(DV)を取り巻く状況—米国サンタクララ郡の実情」罪罰39巻4号(平14)22頁以下、吉川真美子「アメリカ刑事司法におけるDV加害者逮捕政策」法社55号(平13)159

頁以下, 西岡繁靖「ジョージア州フルトン郡における家庭内暴力の被害者保護」判時1757号(平13)21頁以下, MMP研究会・大西祥世『ドメスティック・バイオレンスと裁判 日米の実践』(現代人文社, 平13)42頁以下, 青山彩子『『刑事司法におけるドメスティック・バイオレンス及び児童虐待対策～米国での取組み』の概要について』警論53巻7号(平12)1頁以下, エリザベス・シャイベル「ドメスティック・バイオレンスとの闘い及び被害者支援」同上25頁, スーザン・ローン「ドメスティック・バイオレンス事件と検察及び警察の職責」同上40頁以下, 酒巻匡「米国のDV対策法制」同上55頁以下, 増田生成「諸外国における女性に対する暴力関連立法(2)」調査と情報339号(平12)1頁以下, 青山彩子「米国におけるドメスティック・バイオレンスへの対応(上)(下)」警論52巻(平11)1号100頁以下・2号143頁以下, 同「アメリカにおけるドメスティック・バイオレンスへの対応」警察政策研究3号(平11)115頁以下, 戒能民江『『配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律』と諸外国のDV対応』アディクションと家族18巻3号(平11)295頁以下, 大西祥世「ワシントンD.C. ドメスティック・バイオレンス法廷の現状と課題」女性法律家協会会報39号(平11)19頁以下など。

- (30) 小島・前出注(4)113頁は, プロテクション・オーダーの利点として, ①プロテクション・オーダーはエクイティ上の救済手段であるから, 裁判所の裁量の余地が大きいこと, ②民事手続であるから, 刑事手続に比べて立証責任が軽減されること, ③既に起こった暴力を問題にする刑事手続と異なり, 将来に起こりうる暴力を防止することができること, ④加害者が収監されて失業するおそれはないなど, 刑事事件手続に比べてはるかに少ないコストですむこと, ⑤警察の介入が容易になること, ⑥被害者をエンパワーメントできることをあげる。
- (31) 南野他・前出注(10)32頁の「今回の立法化に当たり, 最も時間をかけたのが保護命令制度の創設についてです。」という記述は, その後, 南野他・前出注(18)20頁では「最も議論に時間がかかったのが保護命令制度の創設についてです。」と表現を変えたことで, 議論が沸騰したことがわかる。以下, 議論の引用は南野他・前出注(10)による。
- (32) 酒巻・前出注(29)もこの点を強調していた。
- (33) 第154回国会参・共生調査会会議録第2号(平14年2月27日)小宮山洋子議員の発言。
- (34) 緊急保護命令と適正手続に関して, 小島・前出注(4)98頁によれば,

たとえばミズーリー州最高裁は、①相手方の利益（財産権と子の監護）に比して州の利益は市民の生命・安全の確保であること、②緊急保護命令は、申立人に対する「差し迫り、かつ、現在の暴力」の危険があるときに限り発せられること、③相手方に異議申立の機会が与えられること、④緊急保護命令はその異議申立後の審尋期日まで有効であることを理由に合憲判決を下しているが、現実には、緊急保護命令が適正手続に反する疑いがなお払拭されないため、裁判所は緊急保護命令による退去命令に消極的であると指摘する。一方、土谷・前出注（29）18頁によれば、緊急保護命令が短期間の効力しか有さず、かつ、相手方を審尋する期日において緊急保護命令に反論する機会が与えられているので憲法に違反しない旨の判決が下されており、この点の議論は一応落ち着いているとする。

- (35) 最高裁事務局・菅野雅之「保護命令手続のイメージについて一手続規則の解説を中心に」判タ1067号（平13）4頁以下は、諸外国の制度とわが国の法文化を適合させるため関係者の英知が結集した「ハイブリッド型の新しい制度」と評価する。弁護士としてDVの現場と法制化運動にかかわってきた長谷川京子「被害者の立場にたった改正案はたくさんある」社会主義490号（平15）113頁は、DV防止法によって、裁判所が被害者保護の役割を与えられ、配偶者暴力相談支援センターなど外部の機関と関係をもたざるをえなくなるなど、裁判所が変わりつつあると述べる。
- (36) 以下、立案過程における議論は、前出注（10）33頁以下による。
- (37) 堂園幹一郎『「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」における保護命令制度の解説』曹時53巻10号（平13）105頁以下も、①保護命令が保護しようとしている法益の内容が重要であること、②発令要件が限定されていること、③所有権等の実体的権利に変動がないこと、④転居などの必要性からする居住移転の自由や財産権に対する必要最小限度の制約であり、⑤審尋を経るなど手続上の保障があることから、憲法上の問題はないとする。
- (38) 男女共同参画会議・女性に対する暴力に関する専門調査会第19回会議に出席した京都府保健福祉部児童保健福祉課長は、京都府がとりまとめた「平成14年度11都道府県婦人保護主管課長及び婦人相談所長会議要望書」を示して、接近禁止命令期間を「1年間程度」に延長するとともに退去命令期間を「1か月程度」大幅延長するよう要望した。その理由として、被害者が法定の2週間内に新たな住居を見つけ、荷物を持ち出し、

生活保護や就学児童の学籍異動のために必要な手続きをとるのは困難であることをあげた。同専門調査会議事録(平15年3月18日)および資料。また、内閣府男女共同参画局が実施した調査によっても18都道府県が延長を希望する回答をしていた。同専門調査会第20回会議議事録(平15年4月18日)資料。このような要請に対して検討を重ねた結果、同専門調査会は、前出注(17)の「配偶者暴力防止法の見直しに関する論点」をとりまとめ、退去命令については「1か月に延長すること」を求めたのであった。

- (39) 以下、退去命令に関する立案過程の議論は、前出注(18)48頁以下。
- (40) 第159回国会衆・法務委員会議録第30号(平16年5月26日)小林千代美委員(衆)の質問に対して吉川春子議員(参)が回答。
- (41) 常盤紀之『『配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律』における保護命令制度についての問題点』判タ1146号(平16年)59号以下。千葉地裁判事補(当時)として保護命令の発令に携わる常盤は、従来のDV法に対する論考は、「専ら配偶者間暴力の背景、被害の深刻さといった社会学的視点からのものが圧倒的に多数を占めており、法律実務の観点から論じたものは限られていたから、あえて一石を投じたい」とする。しかし、立法論からみれば、被害の現状を把握しその背景を探求することは、立法事実の検証に不可欠な要素であるし、また、先行する多くの比較法的考察・論文も立法作業に無縁ではないだろう。
- (42) 高原知明『『配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律の一部を改正する法律』における保護命令制度の改正の概要』民月59巻9号(平16)9頁以下も同旨。また、退去命令後申立人が連絡を絶った場合取消手続が開始できないという点について、改正法第17条第1項後段の合理的解釈によって、そのことを理由として退去命令を取り消す余地は残されているとする。
- (43) ジョージア州の例について、坂田・前出注(29)28頁。また、土谷・前出注(29)46頁以下は、カリフォルニア州の場合にもふれているが、保護命令期間は3年間であり、その要件は厳重で、かつ、申立書に、その住居の権利関係、その住居に居住する必要性、相手方が退去すべき必要性、退去後の相手方の居住地を記載する指導が行われることになっているという。長期にわたる命令の場合この種の考慮は必要になるであろう。
- (44) 小島・前出注(4)419頁は、わが国もアメリカ法にならひ、緊急保護命令制度を別に設けて、相手方への審尋なしで保護命令を発令するこ

とができることとし、そして、発令後速やかに相手方への審尋を実施して反論の機会を与える等手続を用意して手当をすることを提案する。

- (45) 前出注(17)に掲げた課題のほか、保護命令の執行力付与や友人などへの接近禁止などがある。今後の立法課題について、福島瑞穂「改正DV防止法がめざすもの」部落解放538号(平16年)78頁以下、青木勢津子「DV防止法のパワーアップ改正」立調242号(平16年)11頁以下など。