HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドメスティック・バイオレンス保護命令の実効性
Author(s)	町村, 泰貴
Citation	北大法学論集, 61(6), 364[63]-347[80]
Issue Date	2011-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45127
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-6_014.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

ドメスティック・バイオレンス保護命令の実効性

町　村　泰　貴

1．問題の所在

わが国のドメスティック・バイオレンス（以下ＤＶと略す）対策は、2001年の「配偶者からの暴力防止及び被害者保護に関する法律」[1]が総合的な対策を定め、特にその中で新設された保護命令が個別の被害者の救済につながる重要な存在となっている。

この保護命令は、いわゆるストーカー防止法[2]上の禁止命令と異なり、裁判所が被害者の申立てに基づいて発令する民事手続であるが、その命令は執行力を持たず、強制力は刑事罰により担保されるという独特の構造[3]を有する。本稿はこの保護命令の実効性を検討しようとするものである。

保護命令が備えるべき実効性とは、直接的には被害者の安全確保にほかならない。それは被害者が婚姻関係を整理してその後の生活再建を果たし、あるいは未成熟子の養育においても安全かつ安心できる環境を獲得するというトータルな解決の中では、ごく一部を担うに過ぎないかも

[1] 平成13年法律第31号。以下、ＤＶ防止法と略し、法律名を略して条文を引用する場合は現行ＤＶ防止法を指す。

[2] ストーカー行為等の規制等に関する法律（平成12年法律第81号）

[3] これと同様の構造を持つ例としては、特許法第105条の４などに規定された秘密保持命令が挙げられる。

しれない。しかし現に生命身体の危険が存在する段階での安全確保は、被害者救済の重要な局面であり、それが実際に安全確保に結びつくという意味での実効性は極めて重要である。

加えて、保護命令は被害者のその後の生活再建も含めたトータルな解決とも密接に関係する。保護命令の効果は婚姻上の実体的法律関係や財産上の法律関係に影響するし、離婚等の手続の進行にも影響がありうる。例えば配偶者間の同居・扶助義務や子の親権監護権に対して、保護命令は事実上それらを一時的に停止したり変更したりする効果を持たざるを得ないし、配偶者間の財産権についても、退去命令は退去を命じられた者の占有権限を一時的に剥奪することになる。そうした効果と、離婚手続に付随する暫定的な処分との関係は明らかでない。また逆に、婚姻関係や財産関係が保護命令の発令の当否や内容の選択に影響を及ぼすこともありうる。例えば退去命令に対して所有権を根拠として対抗することも考えられないではない。住居が事業所を兼ねている場合に退去命令を発すると営業妨害となるとして、裁判所が躊躇することもありうる。

わが国では、これまでこうした問題について理論的に検討されることがなかった。保護命令と身分関係・財産関係をめぐる実体関係および手続との関係は、保護命令が実際上機能するかどうかにも関係してくるので、理論的な整理は実務上も重要である。

本稿はこのような問題意識から、保護命令それ自体の実効性とともに、被害者と加害者との関係の整理と被害者の生活再建という文脈で、保護命令が実効的となるための方策を検討する。

以下では、ＤＶ防止法の現状を観察し、その問題点を明らかにした上で、将来の方向性についての私見を提示したい。

２．ＤＶ防止法の規定

Ａ．立法小史

（１）配偶者からの暴力防止及び被害者保護に関する法律

配偶者間の暴力について保護命令を含む被害者救済のための立法がなされたのは、2001年で、議員立法により立法された[4]。

この最初の立法でも既に、保護命令には接近禁止命令と退去命令とが

含まれていたが、その要件効果ともに、現行規定よりも狭かった。すなわち、現配偶者間であることと、身体的暴力が加えられたこと、さらなる暴力により生命または身体に重大な危害を受けるおそれが大きいことを要件とし、その効果として６ヶ月の接近禁止命令が原則的な内容となる。その上、被害者と相手方配偶者とが生活の本拠を共にするという要件が加わると、２週間の退去命令が発令されることとなっていた。

（２）第一次改正ＤＶ法

ＤＶ防止法附則（平成13年）第３条に定められた３年を目途とした見直し規定に基づき、2004年にＤＶ防止法の最初の改正がなされた[5]。

この改正により、子どもへの接近禁止命令（現第10条第３項）が創設されたほか、離婚後（現第10条第１項柱書括弧書き）も保護命令を求めることができ、退去命令の期間も２ヶ月に伸ばし、再度の退去命令も可能となった。

（３）第二次改正ＤＶ法＝現行法

現行法は、同様に附則（平成16年）第３条に定められた３年を目途とした見直し規定に基づき、2007年に成立した改正法であり、翌年施行された[6]。

---

[4] 立法の経緯については、南野知恵子ほか監修『詳解ＤＶ防止法［2008年版］』（ぎょうせい・2008）４頁以下、戒能民江編著『ドメスティック・バイオレンス防止法』（尚学社・2001）14頁以下など参照。またこの法律に関する裁判所側の解説として、堂薗幹一郎「『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2851頁以下がある。また同年に制定された配偶者暴力に関する保護命令手続規則（平成13年最高裁判所規則第７号）に関する解説として、菅野雅之「保護命令手続のイメージとして―配偶者暴力に関する保護命令手続規則の解説を中心に」判タ1067号４頁がある。

[5] この改正について、裁判所における運用を検討したものとして、鬼澤友直＝福田修久「東京地裁及び大阪地裁における平成16年改正ＤＶ防止法に基づく保護命令手続の運用」判タ1157号12頁。

[6] この改正について、裁判所における運用を検討したものとして、石橋俊一＝川畑正文「東京地裁及び大阪地裁における平成19年改正ＤＶ防止法に基づく保

そこでは、親族等に対する接近禁止命令（第10条第４項）が創設されたほか、電話等を禁止する命令（第10条第２項）も創設された。要件面では、過去の身体的暴力がなくとも、生命または身体に対する脅迫があって、今後身体に対する暴力で重大な危害を受けるおそれがあれば（第10条第１項柱書後段）発令可能となった。

このように、法律上は徐々に保護命令制度が強化されてきた[7]。

また、ＤＶ防止法は、保護命令の他に行政的な被害者救済方策として、配偶者暴力相談支援センター（第３条）、いわゆるＤＶセンターを設けて被害者の相談窓口とし、シェルターなどへのアクセスにもつなげていくことを予定し、国や自治体は基本方針（第２条の２）や基本計画（第２条の３）を立てて暴力防止と被害者保護のための行政的な措置を進めることとし、警察や裁判所等の職務関係者に対する研修啓発を行うこととする（第23条）など、多方面の施策を用意している。その中には民間団体に対する援助も予定されている[8]。

Ｂ．保護命令の性格

（１）民事事件と刑事事件の狭間

保護命令は、私人間の紛争について、私人の申立てに基づき、裁判所が判断を下す制度であるから、基本的には民事手続と位置づけることができる。このことは、ＤＶ防止法第21条において「…保護命令に関する手続に関しては、その性質に反しない限り、民事訴訟法…の規定を準用する」と規定されていることからも明らかである。

もとより実体法上の権利義務を終局的に確定することを目的とする訴訟事件ではなく、後見的な見地から緊急かつ一時的な措置を命じるものであって、性質上は非訟事件に属する。にもかかわらず民事訴訟法が準

護命令手続の運用」判タ1259号５頁。

[7] 現行法の附則には、見直し規定がおかれていない。ただし、所管官庁も含め、改正を求める動きはなお続いている。以上の改正の経緯・内容、および今後の展望については筒井隆志「配偶者暴力防止法の今後～制定後10年目を迎えて～」立法と調査310号73頁以下が詳しい。

[8] 第26条。ただし、努力義務にとどまり、第27条以下に見られるような具体的な支出を定めた規定はおかれていない。

用されているのは、手続の基本ルールが非訟事件訴訟法ではなく民事訴訟法に整備されているからという法技術的な理由による。

ただし、申立人と被申立人（相手方）とは、対等な立場の当事者ではない。このことは、ＤＶ防止法第１条第２項で「配偶者からの暴力を受けた者」と定義されている「被害者」と、その暴力を加えている配偶者（事実婚・元配偶者を含む）との間の手続となっていることからも明らかである。しかも、ＤＶ防止法第１条の暴力の定義は「配偶者からの身体に対する暴力（身体に対する不法な攻撃であって生命または身体に危害を及ぼすもの）」または「これに準じる心身に有害な影響を及ぼす言動」とされており、保護命令の発令要件としての「被害者」の意義よりも広いことに注意すべきである。このことは、保護命令の手続運用にあっても考慮されるべき点である。

他方、保護命令には執行力がなく（第15条第５項）、その違反行為について「１年以下の懲役又は100万円以下の罰金」という刑事罰が用意されている（第29条）。

このように民事裁判所の裁判の履行を刑罰によって担保する制度は、英米法の裁判所侮辱にならったもので、ＤＶ防止法制定当時は我が法制に類例を見ないとも言われた[9]が、その後、やはり英米法の裁判所侮辱に範を得て立法された知的財産法上の秘密保持命令[10]とその違反が、民事裁判所の裁判の履行を刑罰によって担保する制度として挙げられる。この他、民事訴訟法第193条（証人の不出頭、宣誓拒絶、証言拒絶）や倒産処理法上の罰則[11]も、類例といえるかもしれない。

これらの規定はいずれも、裁判手続進行上の裁判所命令と、これに対する制裁という性質を有する。ＤＶ保護命令はそれ自体として独立した裁判のように見えるが、ＤＶ被害者の救済と生活再建という全体の過程に付随する裁判であり、その救済プロセス全体の進行に関わる裁判所命令と再定義すべきことを示唆するものである。

---

[9] 堂薗・前掲論文（注四）2852頁。

[10] 例えば特許法第105条の４（秘密保持命令）及び同法第200条の２（罰則規定）。

[11] 例えば破産法第268条など。

（2）手続の特徴

保護命令は、民事保全手続に近い。特に仮の地位を定める仮処分との類似性は明らかである[12]。その主な点は①決定手続で、迅速な審理・裁判が要請されていること（第13条）、②保護命令の決定理由についての要旨で足りるとする規定（第15条第１項）[13]、③必要的審尋とその例外（第14条第１項）[14]、④事後的な取消の存在（第17条）、⑤決定の告知と同時に効力が生じるとされていること（第15条第２項）[15]が挙げられる。

これに対して保護命令が民事保全と異なる点は、①疎明で足りるとの規定はないので、証明が必要であること[16]、②資料収集に関する特則が認められていること（第14条第３項）、③執行力がなく（第15条第４項）、④刑罰をもって担保される（第29条）、⑤和解はできない[17]、⑥刑罰を科す命令なので、取下げも命令が発令された後はできなくなる[18]、⑦本案訴訟に相当するものがないなどの諸点がある。

要するに保護命令は、その緊急性や暫定性という点では民事保全に酷似するし、手続モデルとして仮の地位を定める仮処分の規定を参照していることから手続構造も近いが、民事保全のように民事上の権利義務の争いを本体として、これに付随的な処分という性格を有するわけではないという特徴がある。裁判資料収集や和解の可否の局面で当事者主義が後退しており、また強制執行という私人のイニシアティブによる裁判の実現ではなく刑罰によることで、私益の追及よりも公的色彩が前面に出ている。

---

[12] この点を検討したものとして、長谷部由起子「保護命令制度の課題」民事研修639号35頁以下。

[13] 民事保全法第16条参照。

[14] 民事保全法第23条第４項参照。

[15] 民事保全法には規定がないが、民事訴訟法第119条参照。ただし、ＤＶ防止法は相手方に対する送達または相手方の出頭した期日における言い渡しとしているが、民事保全では債務者に送達される前に効力が生じる点で異なる。民事保全法第43条第３項参照。

[16] ＤＶ防止法第21条による民事訴訟法の準用。

[17] この点は疑問の余地がないわけではない。

[18] 堂薗・前掲論文（注４）2884頁以下。

このことは、保護命令の実際の発動において一種のねじれをもたらす。すなわち保護命令申立てはあくまで被害者の意思に委ねられているので、被害者の自己決定がスタート時点では尊重されている。ところがこの自己決定の尊重は審理中の資料収集や保護命令発令後の実行段階では貫徹されない。この段階では、被害者の意思よりも後見的な配慮や公的な秩序形成に重点がおかれている。こうしたアンビバレンツな性格を持つ手続を機械的に運用したのでは、能動的に保護命令を利用しようとする被害者にとってはその意思が十分貫徹できず、逆に暴力により主体的判断力を奪われた被害者にとっては、自己責任の名の下に救済を与えないということにもなりかねない。

現実には、被害者も一様ではなく、同一の被害者の精神的な状態も一様でなく、さらに公的にも私的にも支援の程度により保護命令の利用可能性が左右されるので、上記のような能動的な被害者とそうでない被害者とは理念形に過ぎない。重要なことは、保護命令制度が被害者救済のための制度であると同時に私人のイニシアティブによる民事手続の一つでもあり、その二つの性格を事案の特性に応じて適切に運用することである。

（3）保護命令が関係する実体私法

（a）離婚とこれに伴う財産関係の処理および子供の処遇との関係[19]

保護命令はあくまで被害者の一時的な保護・安全確保のための処分であり、離婚手続との直接の関連性はない。しかし事実婚も含め、配偶者間の暴力に対する措置である以上、婚姻関係・男女関係の解消または再建の手続と密接に関連せざるを得ない。

例えば、被害者が子供を連れて逃げているとか、あるいは子供を連れ出すことが困難であるために逃げられないというような場合に、子供の従前の生活の本拠に被害者の居場所を設けることが望ましいといえるが、そのことと離婚後の親権監護権の帰属の問題とを統一的に解決する

[19] 保護命令と離婚手続との関係に着目した文献として、伊達聡子「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離婚事件手続への影響について」青山善充古稀祝賀『民事手続法学の新たな地平』（有斐閣・2009）1113頁

のは困難である。理想的には、親権監護権を被害者に帰属させるようなケースにおいて退去命令により被害者がもともとの住居で安全に暮らし続ける環境を確保することが望ましい。しかし現行法の保護命令が、今まさに暴力にさらされている状態を想定して、迅速に救済を実現する制度であるとすれば、その審理過程において将来の離婚後の子の処遇を考慮して発令の有無を決めるとすることは困難であろう。

要するに、離婚手続の一つのモジュールでありながら、緊急時において暫定的かつ迅速に救済をはかるためには離婚の際の条件と切り離すことが必要な法技術だといえるが、そのことから保護命令発令においては両当事者の利害や実情に即した解決を図ることに限界が生じているわけである。

（b）（当面の）建物占有権限

退去命令は、加害者の住居の占有を奪うという効果を持つので、これと財産関係に関する実体法秩序との関係が問題となる。加害者が家屋の所有者である場合に特に問題となるが、配偶者双方が家屋共有者である場合、あるいは婚姻中に形成した財産として実質的に共有と解される場合、借家であって賃借人名義が加害者にある、または共同賃借人である場合など、それぞれ問題となりうる。

退去命令を発令する時点での権利関係についていえば、被害者が住居に何らかの権利を有する場合と有しない場合とで結論が変わることもあり得る。また退去命令後の事情、例えば離婚時の財産分与も考慮に入れるならば、住居が被害者に帰属されうる場合に、これを先取りして退去命令を発令し、その後の財産分与処分とが連続的になされることが望ましいといえる。逆に、加害者側の親の住居に被害者が同居しているケースなどは、退去命令により加害者を追い出して被害者に占有させるということは不自然な結果をもたらすことになる。後者の場合は、現行法が想定している引越しに必要な期間だけ安全を確保するという退去命令がフィットする。

また、こうした権利関係を判断した上でないと保護命令が出せないということであれば、これまた被害者救済がかえって後退する可能性もある一方、財産の帰属との関係を全く切り離した保護命令は、被害者救済の手段として実情にそぐわないものとなる可能性もある。

3．現状に対する検討

A．ＤＶ被害の現状

（表）離婚申立ての際の動機として暴力を挙げる数の推移

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
妻	13002	13611	14148	14588	14531	13781	13041	13394	14136
夫	882	983	1010	1096	1358	1270	1260	1377	1378

司法統計年報（家事編）第18表より作成

司法統計年報の離婚を求める当事者がその動機として暴力を挙げている件数を、2000年以降、表に示した。少なくとも妻の側では、2000年から2008年まで増減はあれどもほとんど横ばいとなっている。

夫の方は、顕著な増加傾向を見せており、これが妻の暴力の増加を反映したものなのか、離婚申立て時に妻の暴力を記載することに心理的抵抗がなくなったのか、あるいは戦略的にそのような行動に出るようになった現れなのか、いずれかは不明であるものの、社会学的には興味深い。

この数字から、妻が暴力被害者となっている場合は夫が暴力被害者となっている場合の10倍と結論づけることも留保が必要である。というのも、内閣府による「男女間における暴力に関する調査」（平成20年）[20]では、配偶者からの「身体的暴行」「心理的攻撃」「性的強要」のいずれかを一つでも受けたことがあると答えた割合が、男性で約17％であったのに対して女性は約33％であり、10倍もの開きがあるわけではない。他方、配偶者間で行われた殺人、傷害、暴行の検挙件数（平成21年）[21]は、女性を被害者とするものが92.4％であるのに対して男性を被害者とするものが7.6％と、ここでは10倍以上の開きがある。

その他、男女共同参画局「配偶者からの暴力に関するデータ」[22]からは、

[20] 内閣府男女共同参画局「配偶者からの暴力に関するデータ」（平成22年５月更新分）＜ http://www.gender.go.jp/e-vaw/data/dv_dataH2205.pdf ＞参照。
[21] 同前
[22] 同前

保護命令既済件数が明らかに増加傾向にあることが読みとれる。これは被害者救済の過程において保護命令の役割が大きくなってきていることを意味するのであろう。

また配偶者暴力相談支援センター等への相談も増加傾向が顕著であり、センターの認知度の向上がうかがわれる。

警察への相談対応件数も顕著に増加傾向を示している。ＤＶセンターと違って警察は認知度が上がったということはないので、単純に被害が増大しているということのほかに、被害者が警察沙汰にすることをためらわなくなってきたとか、医療機関等からの通報が行くようになってきたとか、あるいは警察が被害者の相談や被害届にきちんと対応するようになってきたという要素が考えられる。

以上のように、ＤＶ防止法施行後、ＤＶ被害は減少する傾向はみられず、かえって増加している可能性もある。ＤＶ防止法制定とその広報の成果として事件が掘り起こされてきたということや、ＤＶが事件として重要だという認識が深まってきたということもあって、顕在化するケースが増加してきたという要素はあるにしても、ＤＶ防止の実を挙げたというにはまだ十分ではない。ＤＶ対策法制度は、なお一層の被害者救済の実効性を上げるために改善が迫られているといえよう。

Ｂ．保護命令の検討

（１）対等な当事者間の手続か？

保護命令は被害者の救済を目的とする手続であり、もともと非対称的な当事者関係を前提としている[23]。にもかかわらず、対等な二当事者を前提とする民事手続と位置づけられている点に、混乱と実効性を阻害する要因がありそうである。

当事者間の非対称性は、もちろん暴力の加害者と被害者という立場の違いに基づいているが、当事者主義を基調とする民事手続の中では、特

[23] ここでいう非対称性とは、労働者と使用者のような構造的なものではなく、個別的に生じる非対称性であり、可変的なものであることにつき、井上匡子「ＤＶ防止法・ＤＶ問題の理論的検討のために――親密圏における当事者と法との新しい関係に向けて」ジェンダーと法６号１頁以下、特に12頁参照。

に被害者の意思形成の前提となる精神状態に着目する必要がある。ＤＶ被害者の精神的ダメージについては、夙に指摘されている[24]ところだが、被害者が沈黙に追い込まれて助けを求められない状況にあることは一般に認められている。医学分野における研究[25]でも、暴力に曝されている同居時には、その恐怖から暴力被害を申告できないところまで追い込まれており、また離別後もその恐怖はすぐに解消されることはないことが明らかにされている。逃げてきた被害者は「不眠、暴力の夢、フラッシュバックなどPTSD様症状や抑うつ感、罪責感などの精神状態」にありながら、「転居、様々な手続き、就職、裁判、子どもの転校など、様々な課題をこなしてゆかなくてはならない」状態におかれている[26]。保護命令の申立てと審尋に直面する被害者は、こういう精神状態にあるということを十分にふまえて、制度設計やその運用を行う必要がある。

暴力の加害者と被害者という立場の非対称性は、保護命令の結果に対する評価に際しても考慮する必要がある。すなわち、保護命令の認容または棄却が正しく行われた場合は問題がないとして、間違って認容または棄却してしまった場合の不当な結果を比較してみよう。間違った棄却の場合は被害者が暴力から逃れる手段を封じられ、生命身体に対する危険にさらされ、最悪の場合は生命を奪われる可能性すらある。対して間違って保護命令を発令された相手方は、暴力を振るわないにもかかわらず、被害申立人等への接近を妨げられ、一時的に住居を奪われる。この加害者でなかった相手方への不利益は、保護命令の効果を法律上調整することにより小さくすることもできるし、金銭的な事後的救済も可能である。これに対して暴力被害に曝され、場合により生命を奪われた被害者は、事後的救済を受けることはほとんど不可能である。

このような非対称性は、民事保全の構造にも見られるもので、申立人

---

[24] 内山絢子「ドメスティック・バイオレンスの現状分析」岩井宣子編『ファミリー・バイオレンス』（尚学社・2008）21頁以下。

[25] 例えば澤田いずみ研究代表者による平成15年度～17年度科学研究費補助金（基盤研究（ｃ））研究成果報告書『夫婦間暴力における夫と離別した女性の健康状態と暴力の長期的影響に関する研究』（2006）19頁以下参照。

[26] 澤田・同前

を債権者、相手方を債務者と称していることに象徴的に現れているが、保全命令を不当に発令執行した場合の債務者の不利益はある程度犠牲にしてでも、それを不当に発令しなかった場合の債権者の不利益を回避するべきとの前提のもとで、とりあえず申立人の言い分から権利の存在と緊急性を認めて処分を下し、その後に異議があればゆっくり審理するという構造を有している。そしてその安全装置として、疎明と担保、および過失の証明責任を事実上転換した損害賠償責任[27]が用意されている。

保護命令は、現行法の下でも非対称性に対する一定の配慮は見られる。要件の立証は疎明ではなく証明とされているが、その証拠方法にＤＶセンターや警察署の相談記録等を予定し、証拠調べとも釈明処分ともつかない書面提出や説明要求を付け加えており、原則としてそれ以上の証拠調べをしないでの判断を予定している[28]。保護命令に対する担保も要求されていない。この背景には生命身体に対する侵害を防止することを優先するという理念がある。誤って下された保護命令に対する救済は、事後的な即時抗告や取消申立て制度、あるいは離婚手続の中での財産的調整で十分尽くされている[29]。

このような非対称性の中で組み立てられた保護命令制度に、対等当事者間であることを前提とした審理判断で臨むなら、制度の趣旨を見誤ることとなる。

（2）退去命令に対する躊躇

退去命令は一般に発令されにくいと言われている。このことは統計的にも明らかであり、法律上はほぼ同一の要件でセットとなっている退去命令と接近禁止命令だが、平成19年５月までの全国の累計では退去命令と接近禁止命令との双方が発令された件数が1740件であったのに対し、

---

[27] いわゆる過失の一応の推定法理と呼ばれる判例理論により、仮処分が実体的に不当であった場合は債権者に一応過失があると推認され、無過失の反証が債務者に求められる。最判昭和43年12月24日民集22巻13号3428頁参照。

[28] 第12条から第15条までを参照。もちろん裁判所の自由心証主義を排除する規定はない。

[29] なお、子どもに対する接近禁止については、誤って発令された場合の結果が離婚時の子どもの処遇を左右する可能性を否定できないので、別論としたい。

接近禁止命令のみの発令件数が4718件となっている。ここからは、接近禁止命令に対して退去命令を発令するのに、より慎重であること、あるいは退去命令を発することに対しての躊躇が看取できる。

その原因は、一つには接近禁止命令に対して退去命令の方が相手方に対する不利益の度合いが高いということに起因しているが、もう一つは現行の退去命令の欠陥にも起因している。以下、分説する。

（ａ）退去命令の不利益に対する危惧

退去命令の不利益の最たるものが、相手方の住居に対する所有権や占有権に対する侵害となりうることだが、これはさらに居住の自由や生存権侵害といった憲法上の人権侵害にならないかという危惧につながる。

特に平成16年改正により退去の期間が２ヶ月に伸ばされ、かつ平成19年改正により再度の退去命令も可能であることが明文化された（第18条）ため、理論上は半永久的に加害者を住居から退去させることが可能になったと評されている[30]。再度の退去命令の要件は「配偶者と共に生活の本拠としている住居から転居しようとする被害者がその責めに帰することのできない事由により当該発せられた命令の効力が生ずる日から起算して２月を経過する日までに当該住居からの転居を完了することができないことその他の同号の規定による命令を再度発する必要があると認めるべき事情があるとき」に限るとされており、また「当該命令を発することにより当該配偶者の生活に特に著しい支障を生ずると認めるときは、当該命令を発しないことができる」との但書きも付されているので、半永久的な退去が可能になったというのはやや過剰な表現だが、ともかく２ヶ月にはとどまらない退去が刑事罰をもって強制される可能性がある。この点をとらえて、退去命令は憲法第22条第１項（居住の自由）、第29条（財産権）、そして第25条第１項（生存権）に反する疑いがあるとの指摘も、裁判官からなされている[31]。

その結果、本来は現に暴力に曝されている被害者の生存も含めて安全確保のために緊急かつ暫定的な措置として発令が予定されているにもか

[30] 筒井・前掲論文（注７）81頁。

[31] 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59頁以下、特に62頁以下。

かわらず、「一定の暴力の存在が認められれば、接近禁止命令については比較的容易に発令できるものの、退去命令については、より程度の高い暴力の存在と、退去命令の必要性を慎重に勘案した上で発令の可否を決定している」[32]との運用につながっているものと思われる。

しかしながら、少なくとも生存権という観点でいうならば、前述したように、暴力の存在がないのに退去命令が発令された場合の生存権侵害と、暴力が存在するのに退去命令が発令されなかった場合の生存権侵害とを比較して考えることが必要である。真偽不明となった場合に、退去命令を不当に発令したときのデメリットと不当に発令しなかった時のデメリットは明らかに後者の方が大きいことを想起すべきであろう。

（b）２ヶ月という期間の中途半端さとリジッドさ

憲法違反との主張の当否はともかくとして、退去命令の期間が２ヶ月というのは確かに中途半端に長すぎ、逆に中途半端に短かすぎる。しかもその短縮や伸長は裁判官の裁量によっても当事者の申立てによってもできないことと解されている。このことが退去命令を使いにくくしているものと思われる。

退去命令は加害者を現在の住居から追い出して、被害者の安全を確保するものであるが、その目的は二種類のものが混在していた。立法段階での説明では、加害者を生活の本拠としている住宅から一定期間退去させることにより、被害者を保護することが主目的とされ、被害者が引っ越すためということは明示されていない[33]。ところがその期間を２ヶ月に伸長した平成16年改正においては、被害者の引っ越しのための期間と説明され、それが２週間では短すぎるとの指摘が改正の根拠とされている[34]。

---

[32] 常磐・同前62頁。

[33] 南野知恵子ほか監修『詳解ＤＶ防止法』（ぎょうせい・2001）87頁。同書には、少なくとも退去命令の目的を引越目的とする記述は見られない。もっとも、制定当初から引越を可能にする期間という解釈はとられていた。戒能民江編著『ドメスティック・バイオレンス防止法』（尚学社・2001）42頁参照。

[34] 第159回国会衆議院法務委員会会議録第30号における南野議員答弁。また再度の退去命令を認めた第18条の要件でも、転居目的が明示されている。ただし、南野議員は「２週間という現行法の退去命令の期間では、被害者は住居から転

具体的な利用の事例を想定して考えるならば、まずシェルターやステップハウスに逃げた被害者が引っ越しをするために家財道具を運び出すのであれば、一律に２ヶ月間加害者を退去させるというのは長すぎる。むしろ短期の退去を数度にわたって命じて、引っ越しの準備から実行までを可能にすることが必要である。他方、被害者が当該住宅に住み続けて安全な生活を再建するのであれば、２ヶ月というのは短すぎる。

従って、現行法の一律２ヶ月という規定には、立法として欠陥があると言わざるを得ない。

（３）窓口指導の存在と被害者支援の困難

退去命令に対する裁判実務の躊躇は、裁判官による発令の前に、担当書記官の申立受付段階でも現れる。

地方裁判所の書記官が一般にＤＶ問題についてどのような知見を有し、あるいは研修の機会を有しているか、明らかではないが、多くの場合は執行保全を担当する部において保護命令申立ても取り扱うものとされているようである[35]。そしてＤＶ被害者にとって法的救済を求めて訪れるファーストコンタクトの場が裁判所窓口であり、担当書記官である。被害者の申立てを受け付け、それも完成した申立書を受け取るだけではなく被害者と面談して事実上の指導を行う機能も担う担当者としては、特にＤＶに曝された被害者の医学的・精神的な状態に専門知識と、その応対についてのスキルを持つことそしてその修得に適した研修が必要である[36]。

保全部の書記官がＤＶ事件の専門的研修を受けるわけではない現状で

居せざるを得ず、かつ、その期間は身辺整理、転居先の確保などを行うための期間としては十分ではない」としており、必ずしも退去命令が被害者の引越を可能にする制度との理解には立っていないことがうかがわれる。

[35] 東京大阪ではいわゆる保全部がＤＶ事件の保護命令も扱っている。石橋＝川畑・前掲論文（注６）５頁参照。

[36] 弁護士を対象としたものだが、ＤＶ被害者の支援団体が中心となって考案した法律実務家向け研修プログラムとして、井上匡子ほか「ドメスティックバイオレンス対応に関する弁護士向け研修プログラムの作成」法と実務７号235頁以下参照。

は、そのような知識・スキルを有するとは限らない書記官が被害者からの申立てを受け付けて、事実上の指導も行っているのだと考えられ、このことが保護命令の実効性を妨げている可能性がある。

なお、弁護士が代理人として保護命令を申し立て、あるいは当事者に同行する場合には、窓口の対応に関わらず、適切な保護命令の申立てが可能となるかもしれない。しかし保護命令の制度設計は弁護士の代理を予定していないものと解されるし、実際にも弁護士に依頼する資力のある被害者はごく少数であろう。そこで、民間のＤＶ被害者支援団体が被害者の申立てに付き添い、書記官の下での面接や裁判官との審尋にも立ち会うことが必要だが、同行支援が行われても面接や審尋に立ち会わせることは裁判所が認めないと思われる。

前述した被害者の精神状態を想起するならば、また申立てを受け付ける窓口に被害者対応の専門的スキルが十分あるとは限らないことから、被害者に支援者が付き添うことを認めない実務は適切な保護命令申立てへのアクセスを妨げている一因である。

４．今後の方向性

以上の検討から、保護命令による被害者救済の実効性を上げるには、以下のような立法および運用での改革が必要と考えられる。

第一に、保護命令のうち特に退去命令について、その目的を明確化するとともに、目的に沿った多様化が必要である。すなわち、加害者を退去させる目的が被害者の安全を確保しながら転居することにあるのであれば、２ヶ月という一律の期間を定めるのは明らかに過剰であり、それがかえって退去命令を利用しにくい、発令されにくいものとしている可能性がある。立法論としては、接近禁止命令が発令されていることを前提として、被害者が住居に立ち入る必要が生じた場合ごとに短期間の退去を命じ、その履行確保のための監視を警察官が行うといった制度が考えられる。身の回りの品々を運び出すだけであれば一度の立ち入りで十分かもしれないが、家財道具の運び出しを伴う転居であれば、引越業者の見積もり、事前準備、引越実施、後片付けなど、複数回、複数日にわたっての退去命令が必要となる。このような必要がある限りで発令され

るのであれば、回数や期間の制限は定める必要がない。

解釈運用論としても、被害者の引越を可能にするための退去命令として手続を工夫すれば、より積極的な発令が可能となりうる。例えば、退去命令自体は２ヶ月であっても、引越が完了した後はこれを取り消すことで、相手方の不利益を最小限に留めることが可能であり、また取消後に立ち入る必要が生じた場合は再度の申立てを柔軟に認めることで、現実の必要に応えることが可能となろう。

第二に、被害者が従前の居住を安全に続けるために、加害者を退去させる目的の退去命令も考えられる。本来であれば、暴力の被害者が出ていかなければならないということ自体、不当なことであり、また未成熟子がいる場合は、子どもの就学機会を奪わないためにも、被害者が自分の住居を取り返すための退去命令が認められるべきである。ただし、この場合は加害者の実体的な権利との衝突が生じる可能性があり、また離婚時の財産清算および子の処遇の問題との接合性を考える必要もある。加えて、加害者の親族と同居している場合や自営業の場合など、被害者が離婚後も従前の居住を継続することが事実上無理な場合もあろう。従って、この目的での退去命令は離婚手続と連携しながら、慎重な手続をもって発令する制度とすべきである。

第三に、担当裁判官および申請を受け付ける書記官等の職員に対する研修が必要である。このことは現行のＤＶ防止法第23条においても義務づけられている課題であり、直ちに実行するべきである。

なお、本稿では検討を民事手続としての保護命令を中心にしたため、多くの論ずべきポイントを省くことになった。被害者の安全安心な生活再建という点では、加害者との婚姻を清算する離婚手続との関係が不可避であり、保護命令も離婚手続の一つの付随的な手段という見方も可能である。退去命令と離婚手続との連携の必要については部分的に本稿でも触れたが、財産の清算や子の処遇との関係、離婚手続中の婚姻費用分担との関係や保全処分[37]との異同など法的にも検討が必要な問題が残されている。その他、裁判所の実務としてもＤＶ対応に関係する他機関との連携協力のあり方や刑事罰のあり方、刑事手続上の保釈や仮釈放など

[37] 人事訴訟法第30条、家事審判法第15条の３など参照。

加害者処遇と被害者保護との関係など、ＤＶ対策全体の中での保護命令の位置づけや機能については、別稿で改めて論じたい。

最後に、瀬川信久教授と道幸哲哉教授には筆者が学部生だった頃から指導を受ける機会に恵まれ、ご退職まで同僚としても教えを乞う機会を得た。両教授のご退職に献じるにははなはだ不十分な内容にとどまってしまったことを恥じ入るばかりだが、謹んでご退職のお祝いとすることをお許しいただきたい。

（付記）

本稿は、㈶民事紛争処理基金の平成20年度共同研究助成「法執行における民事、刑事、行政の交錯」および㈶日弁連法務研究財団の法務研究基金による研究助成「ドメスティック・バイオレンス問題に対する行政・司法の対策・比較法研究」（平成21年度）による研究助成を得て行った研究の一部である。

また、本稿は平成21年度札幌民事実務研究会にて行った報告「ドメスティック・バイオレンス保護命令の実効性」（平成22年２月・札幌地裁）を元にしている。同報告で貴重なご意見を賜ったことに、この場を借りてお礼を申し上げる。