The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	行政機関の問題対応に関する一考察 : DV問題をたたき台として
Author(s)	澤田, 知樹
Citation	阪大法学. 2008, 58(3,4), p. 295-322
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54907
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

行政機関の問題対応に関する一考察

――DV問題をたたき台として――

澤田知樹

はじめに
第一章　刑事法システムの対応
一　DVの刑事犯化
二　刑事法の欠点
三　証明の困難性
四　児童虐待との関係
第二章　DV法の執行の困難性
一　司法関係者の消極性
二　DVの特殊性
三　逃げる機会の問題
四　他の専門家との連携
第三章　被害者の救済
一　被害者の保護
二　被害者の意思
三　公的機関の役割
四　小括
むすびにかえて

はじめに

社会には次々と新たな問題が生じてくる。それに対して政府は何をなし得るか、あるいは行政機関は何をなし得

るか、あるいは行政としてどのように対処すべきか、といった基本的な問題について今一度考察してみようと考える。そこで比較的近年になって採り上げられているＤＶについて、あるいはＤＶの問題を言わばたたき台として、行政の役割、行政機関がなし得ることについて考察を試みようと考える所存である。ＤＶの問題は家庭内の問題ではあるが放置することはもはや許容されないと考えられており、その問題に対応する者として何者が相応しいかを考えなければならない。

また、被害者の保護という観点からも新たなる思索が必要とされるのではないかと考えられる。被害者の保護といっても様々なタイプがあるであろう。一つは犯罪による被害者やその遺族に対する保護・救済として何らかの補償をすることであるが、具体的には金銭給付として実施されることとなる。だが、金銭給付だけで被害者の救済のすべてがはかれるわけではない状況もあろう。その例として顕著なのはＤＶや児童虐待における被害者の保護・救済であると考えられる。このような被害者の場合、たとえばＰＴＳＤを発症するなどして通常の社会生活に適応できない状態に陥っている人も少なからずいることが推察される。

このような被害者に対しては、金銭給付があまり意味をなさないことも考えられ、なんらかのケアが必要になってくると考えられる。そのような場合にどのようなケアが必要であるか、被害者に対してどのように対応するか、それを誰が行なうかという課題について考えていかなければならない。ＰＴＳＤについてのケアを行なうのは実際には医師やカウンセラーであろうが、それらのケアを受けるにあたって全く被害者の自主的な発意にまかせていいのであろうか。自主的な発意が期待できないような被害者の場合には、ずっとそのまま社会に適応できない状態で生涯を過ごすことになるかも知れない。

ではこのような被害者に対して、第三者が働きかけて、ケアを受けさせることを必要とするならば、それにはど

のような者が相応しいであろうか。ここで、そのようなケアは、個人的な問題であり、第三者が関与するとしても、それは家族・親戚等の親密な関係にある者が行なうべきであり、それ以外の者が関与する性質のものではないと考えるのであれば、これ以上論議を進めることはない。しかし、被害者の保護・救済の必要性を認めるのであれば、何らかの機関がその役割を担わなければならないであろう。

このような役割を担う機関としてはやはり公的な機関が適していると考えられる。このような思索に基づいて、虐待の被害者に対する保護・救済、特に金銭給付以外の救済方法やそれに関わる行政機関のなし得る働きについて考察してみようと考える所存である。なお、DVについては米国の例を用いる。

第一章　刑事法システムの対応

一　DVの刑事犯化

伝統的にDVは夫と妻の関係として考えられてきて、法的な強制力を執行しない領域であった。一九七〇年代になって、刑事法システムは、親密なパートナーによってなされた暴力行為を、他人による暴力行為を扱うのと同様の方法で対処し始めた。連邦レベルでDVを刑事犯として認識する動きが始まり、そして州においてDVを刑事犯として扱う法律が制定されていった。州によってはDVの刑罰を別のカテゴリーとして創設しているところもある。これらの条文はDVの定義の仕方や保護を受けるタイプの関係において異なるところが見られる。従来型の暴力行為とは異なったDV罪を創設することは、これらの新たな罪について注意を喚起し、そして州が被害者女性の保護にコミットしていることを強調するという意図もあった。(1)

さらに必要的逮捕（Mandatory Arrest）という手法も採られるようになった。必要的逮捕とは、DVの通報に

応じて逮捕を行なうか否かを決定するについての裁量の行使を、警察官から取り去ってしまうものである。これはＤＶが行なわれたと信じる相当な理由（Probable Cause）があるときには、警察官に対して逮捕を行なうことを要求するものである。[2] 必要的逮捕の法律は、多くの事例を刑事法システムへと導き、そして検事の注目を惹くことを確実にしている。だが多くの検事はしばしば、被害者は加害者に対して証言を行なうことついて消極的であることを知らされる。この消極性は多くの原因からきている。パートナーに対して法システムを用いることについての動揺や躊躇、司法システムへの不信そして被害者が参加することによって加害者は彼女に対してもっと危険な行動にでるのではないかという不安な思いからである。[3] ここで、逮捕することにより、将来のさらなる暴力を抑止できるかについて考えなければならない。

二　刑事法の欠点

被害者が虐待の被害の報告を撤回したり、訴追しないように願ったりあるいは裁判所において証言することを拒んだりする例は、大変多く見られる。このような問題に対処する方法として、八〇年代にいくつかの州の検察局ではノードロップ政策を始めた。[4] 十分な証拠がそろっている事例においては、検察官は訴追を遂行することを求められる。ノードロップ政策を採用する検察局では、被害者や加害者に対しＤＶの訴追の決定を行なうのは、政府であって被害者ではない事を説明している。

検察局は「ハード」なあるいは「ソフト」などちらかのノードロップ政策を採用している。ハードなノードロップ政策は被害者の意思に関わりなく事件の手続を推し進める。これらの裁決において、被害者の証言が不可欠であると考えられるときには、検察官は召喚を行ない、そして召喚に応じず出頭を拒否した被害者を逮捕したりあるい

は拘留を求めることもある。[5] ソフトなノードロップ政策は、被害者は刑事審判において証言を強制されず、刑事システムによりなじみやすいようにデザインされているサービスを提供され協力することについて助力を受ける。だが、被害者なしでは遂行が不能であるようなケースにおいて彼女が証言しないような場合には、検察はノードロップ政策にも拘らず、訴追を中止せざるを得なくなるであろう。[6] ハードなノードロップでは訴追は確実になるであろうが、一旦訴追が始まると被害者はその手続進行に関わることを強制され、それが被害者にとって物理的にも精神的にも負担となることもあろう。この負担に耐えることができずに訴追を撤回してしまう被害者も多く見られるようである。

被害者の支援を行なう者の中には、ノードロップ政策は協力することに消極的な被害者にとって有益であり、結果として暴力を受けている関係での力のバランスを変えることができると被害者に感じさせることができ、そして力づけることができ、将来の暴力発生の割合を低下させることができると主張する者もいる。[7] 反対に、多くの支援者達は法メカニズムがＤＶに対応するために過去三〇年にわたって開拓してきたことは完全なものからほど遠いことに同意し、法システムの能力がＤＶの被害者の保護や必要とするサポート、そして加害者たちのその行動について刑事上そして民事上の責任を追及することについて大幅に改善されたと主張するものはほとんどいないと述べる者もいる。[8]

また、ＤＶに対する法関係者の多く、そして実際の法律の対応は、被害者女性は加害者から離れることを望んでいるあるいはそう望むべきであるという考え方を前提としている。すべての被害者女性は加害者から離れることを望んでいるあるいは離れるべきであるという組み込まれた信念は、別の仮定でもある。つまり、すべての被害者女性は離れるについての助力を求めて法システムに頼るべきであるという仮定である。法システムの内部で働く者は、

次第にこの仮定にとりつかれてしまう。[9] 法システムに携わる人々は、被害者が求めるように改善を進めてきた、そして被害者が求めるような方法で法システムを運用してきたと考えている。だから、被害者がこれらのシステムを用いることを欲しない理由は何もないはずであると考えてしまう。このような考え方から、必要的逮捕やノードロップ政策の適用を熱心に進めてしまう。[10]

法システムに携わる者にとっては、民事上の保護命令を得ることは日常的であると考えられているため、彼らは、すべての被害者女性は保護命令を得るべきであると信じているようである。さらに被害者女性が加害者を逮捕しないように求めあるいは訴追に協力することを拒否するのは、彼女たちが無力であることを思い知らされているからであるとか、反抗的であるとか、あるいは不正直であると見ているようである。だが現実には、保護命令はさらにそれに続く厳しい訴訟を発生させることになる。保護命令を得るためには、弁護士なしではとても困難な幾日にも及ぶヒアリングが求められる。[11] それらの手続に対する煩わしさあるいは恐怖から保護命令を求めることを躊躇しさらに断念する被害者も多いであろう。

さらに児童保護との関係からも厄介な問題が生じてくる。子どもたちの面前でＤＶを行ないそれを見せることは児童虐待の一形態とされているため、彼女は児童保護サービスによって子どもから引き離されることも予想される。不適切に容疑をかけられ不当にも有罪判決を受け、そしてその逮捕や有罪になったことについての資料が、それに続く後見手続の進行にあたって用いられる。さらには職を失い、そして加害者が彼女を支配し続けるために刑事訴追を利用することにもなる。[12]

三　証明の困難性

一般的にＤＶには三つの時期からなるサイクルがあると言われている。緊張蓄積期、暴力行使期、ハネムーン期である。[13] 検察官がＤＶの事件に関与するときは、ほとんどがこのハネムーン期においてであるため、その調査を適切に行なうことが極度に難しいことになってしまうであろう。[14] ハネムーン期において加害者は平穏になり、被害者が傷つけられたことに気づき、そして関係から離脱するかも知れない。加害者は自責の念に駆られ、被害者に謝罪しそして虐待を再び行なわないことを誓う。加害者は被害者に贈り物をしたり優しく労ったりする。被害者にとっては安堵のときであり加害者が再び暴力行為を行なわないことを信じようと欲する。被害者はパートナーは自分を大切にしてくれると認識しているため、証人として証言することを拒否したり、警察官に対してなした発言のうちパートナーを有罪にするような発言を取消したりすることもあろう。また陪審が自分の証言を信じるかという不確定さに対する不安といった理由からも、証言することについて消極的になったりすることもある。[15] さらにＤＶの被害者は虐待を受け続けたことによる結果として Battered Women's Syndrome に悩まされていることもあり、トラウマとなるような出来事について詳細を忘れてしまっていることもあるかも知れない。[16]

そこで、ＤＶの加害者の人格を証拠として導入することを考えるべきであるという主張について考察する必要が生じてくるであろう。裁判の手続進行において、個人の人格を鑑みるかどうかの問題は、基本的に二つの方向に分かれる。一つは訴訟において個人の人格が、犯罪や主張・防禦の要素となるために問題となっているときには、個人の人格についての証拠は許容される。[17] いま一つは、個人がある行動ととった場合にその行動は彼の人格に一致して行なわれたものであるという推論を提示する目的で人格的証拠が提出されたときには、その証拠は状況的であり、連邦証拠規則（Federal Rule of Evidence）はそのような目的で人格的証拠を用いることを制限している。[18]

ＦＲＥ四一三、四一四そして四一五条は、性犯罪について以前に行なった犯罪行為の具体的事例を、性犯罪事件の被告人に対して人格的証拠として用いることを許容するものである。[19] これらによって検察官は、性犯罪や子どもに対する性的非行に関わる事件について非訴追となった過去の非行行為の証拠を、被告人はそのような犯罪を犯す性癖があるということを証明するのに用いることができるようになった。しかしこの規則に対しては賛否両論の白熱した論議が巻き起こった。[20]

そのような論議があるとはいえ、これらの規則は憲法違反の訴えを退けることができた。ＦＲＥ四一三条はデュープロセスにも平等な保護にも合致することが示された。[21] しかし、以前の非行行為の証拠を用いることについてはまだまだ慎重な姿勢が保持されているようである。

連邦証拠規則は性犯罪についてのみ、以前に行なった非行行為についての証拠を用いることができることを規定している。ＤＶに関してこのような証拠を用いることを許容しているものではない。一部の州、カリフォルニア州とアラスカ州では、ＤＶについても以前に行なった行為についての証拠を導入することを許容する法律や規則[22]が制定されているが、多くの州では連邦証拠規則に準じた規則を採用している。それらの規則に基づいて検察官がＤＶについて以前の行為の証拠を用いることが許容されるのは、動機、機会、意図、加害行為、計画、知識、同一性あるいは過失や偶然でなかったことを示すためであるとされている。[23]

性癖についての推論は、ＤＶの継続サイクルを考えるとき特にＤＶという領域に限っては適正であると考えられるかも知れない。性癖につての推論なくしては、エスカレートするＤＶの本質をベールに包んだままにしてしまうことになるかも知れない。性癖を示すという目的でＤＶについて以前の行為の証拠を許容することは、加害者のその行動についての責任を問うことによって、さらなる虐待行為を抑止するために必要であると考えられるかも知れ

ない。[24]

四　児童虐待との関係

ここ数年間、ＤＶが子どもにとって非常に害悪になるという研究成果に負うことにも大きく関わり、児童保護システムはＤＶのケースに関わるケースについて感心を高めてきた。[25] ここで被害者女性やその支援者たちは、児童保護システムが被害者女性とその子どもたちとの関係を保護することができるかどうかについて、懐疑的であり続けてきたとの主張[26]もある。

Nicholson v. Williams[27] において示されたニューヨーク市の児童サービス部の例では、市のその政策は、子どもたちの目前で暴力を受けることによってＤＶに「関与した」被害者女性から子どもを引き離すというものである。[28] ＤＶを受け負傷した女性が入院している間に、彼女の子どもたちは市のサービス部によって引き離され、子どもたちは数週間にわたって家に戻されず、さらにネグレクトによる訴追が彼女に対して行なわれた。それが撤回されたのは、最初の引き離しから七ヶ月後のことであった。

しばしば被害者女性は、児童保護サービスが関与したときには、彼女たちは子どもたちを虐待から守ることに失敗した母親と看做されることになることを知らされ、その結果に悩まされることになる。[29] 被害者女性にとってこれが現実である限り、法システムに頼ることは、それが児童保護システムと関わるときにはリスクがつきまとうこと[30]を念頭に置かなければならないかも知れない。

ここで日本における児童虐待防止法について少し見てみると、日本の児童虐待防止法では、被害児童の保護について規定されているものの加害者に対する処罰等の責任追及については規定されていない。したがって子どもの面

前でＤＶを見せることによって児童虐待についての責任を追及されることはない。児童虐待を刑事犯化していないことにより米国におけるような問題は生じることはない。児童虐待防止法・児童福祉法においては加害者に対する刑事責任の追及は規定されておらず、被害児童を加害者である親から引き離すことについてのみ規定されている。[31] そのために虐待が疑われる家庭への調査権限が認められており、さらに改正法では、それらの家庭への強制立入（臨検と記述されている）も、裁判所の許可を条件に、認めることが規定されている。[32] しかし被害児童を親から引き離すことだけでは、虐待そのものに対する抑止効果としては疑問が残るところである。

第二章　ＤＶ法の執行の困難性

一　司法関係者の消極性

アメリカの歴史の初期において、西洋社会は社会的にそして法律的に妻に対する虐待をその文化の一部として容認してきた。[33] 実際にＤＶは大目に見られていたのみならず、夫が妻を支配し懲罰するのは婚姻上の義務を遂行するのに必要な態様であり、そして物理的実力の行使は妻を懲罰するために必要なものであると考えられていた。[34] まれに州が介入することもあったが、それは暴力が行なわれたことによるものではなく、その暴力があまりにも過度の場合であったときである。つまり暴力を止めることは裁判所の役割ではなく、ただその行使が「適正」であるように制限することである。夫には度を超さない限りで彼の妻を殴打する権利が与えられていると考えられていた。[35]

二〇世紀に入った頃、妻への虐待はほとんどの州で非合法とされるようになったが、なおそれは「真の意味での犯罪」と見られていなかった。数十年後、一九六〇年代から七〇年代における被害者女性たちの運動が、再びＤＶに関する社会の関心を惹き付けた。これらの進展により人々は、ＤＶという新たな社会問題をより積極的に認識す

るようになった。[36] だが、DVに対する態度はすぐには変化しなかった。永年にわたってDVは家族問題でありそしてDVは被害者が惹き起こしたものであり、さらには被害者は虐待の関係から容易に逃れられるはずであるという典型的な神話がはびこっていた。[37] 女性を含め多くの人々が、DVは夫が彼の妻を殴打することについて許容できるものであり、むしろ正当化できるものであると信じていた。

七〇年代の半ばから後期にかけてDVを明記する法律が州議会を通り始めた。[38] しかし立法府がこの問題を明言し始めたとはいえ、被害者女性に対する誤った概念や家族構成を保護しようとする意図はそれらの法律の中に表されていた。そこでは被害者女性の運動によってもたらされた改革の効果を最小限にしようとしていた。[39]

次のような例がある。議会は、DVの加害者で有罪になった者や保護命令を求めて訴えられている者について、銃器の所持を禁止する制裁を課すという法律を通過させた。[40] ところが議会意図にも拘らず、多くの裁判官はそれを無視するかあるいは回避するための論を尽くしている。たとえば、警察官が銃を取ることができないならば職務を遂行できなくなるとか、さらにはハンティングのシーズンを逃してしまうといった理由から、被害者の安全よりも銃器所持を禁止することによる弊害を理由に所持を保護しているケースもある。[41]

これらの裁判官の行動は、法律がそれまで家庭内虐待を大目に見てきたこと自体が問題なのであるが、それと同様の偏向化した態度を反映している。被害者やその家族の安全よりも加害者の生計もしくは余暇の楽しみについて、より重い価値を置くような裁判官もいたのである。[42] これは法律を完全に無視するものであり、DVは深刻な罪ではなく強い処罰を課すに値するものではないというステレオタイプ的認識を繰り返すものである。[43]

二　DVの特殊性

民事上のシステムは双方が等しい交渉力を持つことを前提としている。しかし被害者が加害者と等しい交渉力を持っていることなどは稀である。DVでは本質的に、被害者と加害者の関係は等しくないのである。[44] さらに、言葉では表現できないような恐怖や支配関係から、加害者の言動がさらに被害者を脅えさせそして加害者を優位に立たせることもある。長年の関係から会話や争いが蓄積し、そこから僅かな言葉やフレーズが被害者を脅えさせるに十分となる。

このような場合に、弁護士にはプロセスが適正でない方向に進まないようになすべきことが多くある。弁護士は加害者と被害者との間のボディランゲージに常に注意を払わなければならない。被害者が加害者の行為によって動揺しているときには、弁護士はその審理を打ち切ることを提案すべきであり、他の期日を求めるか手続そのものを終了させるかするべきである。また被害者が加害者と同席することに非常に不安を覚えるときには、弁護士は別部屋における聴き取りを提案すべきである。そして双方の弁護士がこの方法に同意するときには、それぞれの弁護士は手続の進行状況について依頼者に詳しく知らせることが重要である。被害者がプロセスの進行は自分の手許にあると感じるようにすることが重要である。[45]

DVの審査について適正でない進行が起きることがあるとすれば、それは後見についての審査やその訴えについての後見人との接触のときである。加害者はとても利口に振舞い手続進行をうまく乗り切る。加害者はもの静かで繊細であり強圧的であることはほとんどなく、虐待について反省しているかのように見せかける。[46] 社会の人々は虐待者にうまく操られてしまう。

反対にDVの被害者はあまり平穏ではなく利口に振舞わない。彼女たちは感情的で怒りっぽくそしてPTSDに

関わる症状と類似の症状に悩まされていることもある。ＰＴＳＤは被害者の心情をゆがめ神経質にさせ、短気あるいは落ち着かなくさせる。これらの反応のすべては、ＤＶについての知識のある人々にとっては正常であり理解できることであるが、知識のない審査人たちはこれらを見て、被害者はウソを言っているとか親として相応しくないと考えてしまう。[47]

不運なことに、後見審査に携わる人の多くは、ＤＶのメカニズムについて十分な知識を有さず、そして加害者による誤魔化しの影響を受けてしまう。審査する人々はＤＶの被害者や加害者の関わる手続進行について十分な準備をしておらず、そしてＤＶが子どもたちにどのように影響するかいついて理解していない。そこでＤＶの件を扱う弁護士は、後見の審査人は被害者の味方ではないということを、被害者にたいして十分に警告しておくべきであり、被害者は審査人たちが有している情報について常に批判的に考えるべきであることを告げておくべきである。[48]

三　逃げる機会の問題

United States v. Dowd[49]において、被告人は八ヶ月に亘り被害者に対し身体的・精神的そして性的虐待を負わせ続け、同様に家族に対しても、被害者が逃げ出せば、暴行を加えると脅していた。法廷において被告人は、被害者は被告人のもとに留まることを強いられていたわけではない、なぜなら彼女には逃げ出すための様々な機会があったにも拘らずそうしなかったからだと、主張した。[50]この事例は、ＤＶのサイクルを理解するにあたっての複雑さと困難さとを反映している。ＤＶのダイナミクスにより、被害者が実際に「逃げる機会」を避けたのかどうかを適切に評価することはとても困難になっていることを理解しなければならないであろう。[51]

そこで裁判所は次のように判示した。陪審が被害者の逃げる機会について評価するにあたっては、被害者の視点

から総合的に勘案しなければならない。陪審は、被害者の立場にたって合理的な人間（reasonable person）であるならば効果的に逃げ出すことができたかどうかを審査しなければならない。状況を総合的に考慮して、被害者は被告人のもとを離れる機会を実際にもつことはできなかったと裁判所は判断した。その理由は、強制とは被告人が被害者に対し身体的支配や監視を続けることのみを意味するのではなく、精神的な圧迫や強迫、将来における報復の恐怖、心理的条件付け（Psychological Conditioning）なども含み、被害者が実際に被告人から逃げることができないと信じたことについて、十分に理由があれば足りるとした。[52]

幸運なことに Dowd 判決は「逃げる機会」による抗弁から惹き起こされる問題を十分に理解していたようである。事実関係そして家庭内虐待の被害者の体験を総合的に精査することをしなければ、裁判所は安易に被害者を非難する方向に流れてしまうかも知れない。この判決により「なぜ彼女は逃げないのか」のパラダイムから明確に訣別し、DVの被害者と加害者との関係についての従来からの認識を変えることを立法が推し進めていることが示された[53]と考えることもできるかも知れない。

だが、単に虐待の現場から逃げ出すことだけではなく、その後のことを考えると逃げ出すことができない状況であることが多いことも考慮しなければならない。これは米国のみならず日本においても共通する問題である。特に日本の方がこの問題は深刻であると考えられる。ある調査でDVの被害者に別居や離婚でパートナーとの関係を絶つことを考えたときに障害となることは何かとの質問に対し、五八・三％が経済的に自立できないからという理由を挙げている。またパートナーからの暴力による被害経験を有する女性からは、就職先が見つからない、どうやって生活していったらいいのか不安である、などの声が多く聴かされる。[54]

日本での雇用における賃金格差・雇用格差の現状は深刻であり、さらに貧困の女性化（ママ）が進展している

指摘されている。特に多くの困難を抱えているのは離婚を経験した女性であり、既婚女性のライフコースは離婚を境として激変し、そのインパクトは特に無職だった女性で大きいと述べられている。[55]

四　他の専門家との連携

比較的最近になって健康についての問題として、暴力の内容を明らかにするという新しいアイディアが出されてきている。伝統的には、暴力の状況に立ち向かうときには医療系の専門家は刑事法システムに謙譲してきた。だが今日、医療の専門家や健康に関わる社会サービスが前面に出てきてそして暴力を自分たちの分野の問題であると認識しなければならないという考え方が提唱されている。[56] 親密なパートナーからの暴力についての医療措置に関する研究によると、被害者たちは、日常において被害者が虐待を明かさないときでもその可能性の兆候が見られるときには、医者は虐待から女性をスクリーンすべきであると信じていることが示されている。[57]

Crawford v. Washington[58] の最高裁判決の結果、検察官は被害者の証言なしで事件を証明するにあたって困難な状況に立たされている。そして証拠に基づく訴訟が進行している。その結果として医療記録がより重要性を増し、検察官によって求められることになるかも知れない。伝統的に、連邦証拠規則のもと、医療機関での検査時における被害者の発言内容は証拠として許容されるとされてきた。[59] なぜなら、患者は、正しい指示と適切な措置を受けるために、医療機関に対しては正直であることが期待されるという仮定があるからである。連邦証拠規則八〇三条（四）項では、医療機関においてなされた対話や措置は伝聞証拠の例外として、患者自身の証言のあるなしに拘わらず、証拠として採用される。この考え方を採用するならば、ＤＶの被害者から証言を得られないときには、検察官はなお被害者がヘルスケア提供者に対して行なった発言内容を証拠として導入することが許されることになりそ

うである。[60]

医師が虐待を終わらせ被害者の健康を保護するためにできる最も重要な貢献の一つは、虐待を見定め認定することである。[61] DVの被害者と共同して活動する医療専門家や法律専門家は、暴力のサイクルを断ち切り被害者の安全をはかり、そして加害者の責任を追及するにあたって、中核となる役割を担うことができる。DVによる負傷を報告しないことは加害者を助けそして扇動することと同等であり、刑事法システムが機能する機会を被害者から奪うことになる。[62]

ここで、統合調整が重要になってくるであろう。統合調整なくしては、裁判所、被害者支援団体、社会福祉機関そして医療関係者はそれぞれバラバラにかつ無計画に動くことになってしまう。これから必要になってくることは、統合調整された包括的そして専門化されたシステムである。被害者は助けを求めていることは明らかである。そして私たちは然るべき職務を十分に遂行しなければならないと考えられる。[63]

日本においてはこの統合調整の役割を担うことができる可能性があるのは、市町村が設置するところの配偶者暴力相談支援センター[64]であるかも知れない。だがそのためにはDV法を改正しそのような権限を支援センターに付与することを明記しなければならないと考えられよう。医療関係者、司法関係者、社会福祉施設等にはそれぞれ守秘義務が課されており被害者のプライバシーや個人情報の保護が図られると考えられるが、被害者支援団体についてはボランティアも含め専門家ではない者も含まれるために、その責任関係が明確ではないこともあろう。被害者のプライバシーや個人情報の保護を考えなければならず、やはり何らかの公的な機関、あるいは少なくとも公的に認証された機関が、そのような統合調整機能を担うことが必要であると考えられる。そのための根拠法としてDV法を改正し、被害者保護について具体的な方策を創設することを考えなければならないであろう。

第三章　被害者の救済

一　被害者の保護

日本のＤＶ法は、その一〇条で保護命令について定め被害者を保護する方策を準備している。だが、日本ＤＶ法が強制力をもつのは、この保護命令のみであり、さらにこの保護命令はあくまで被害者の申立てによって審理が開始される。被害者が自分の意思で保護命令を申立てて初めて手続きが進行することになる。ここで被害者以外の第三者や公的機関が被害者に代わって保護命令を申立てることはできない。これは保護命令の申立てが民事上の手続きである以上当然のことであるが、はたしてそれで被害者の保護に十分であると言えるであろうか。

被害者が自分で保護命令を申立てるためには、その自由な意思決定に基づいて行なわれることになる。被害者の救済という観点からは、ＤＶの事実を発見したときには公的な機関が介入して被害者の保護を図ることも必要であると考えられるが、個人のプライバシーや個人的自由権に関わる問題には、公的機関の介入はできないのが原則である。被害者の保護・救済という観点と、個人の自由な意思決定という観点から、どちらを優先させるべきかを考えなければならない。この場合に、単に比較衡量というエクエーションでは対応できるものではないと考えられるかも知れない。

もし、被害者の生命が危険にさらされているのであれば、生命という重大な法益の保護は何ものにも優先されるべきであるから公的機関の介入も正当化されるであろうが、ＤＶの事実は認められるものの、生命の危険を生じる程度には至っていない場合には、個人の自由な意思決定のほうが優先されると考えることができよう。ここで、ＤＶの状況が被害者の生命に対して危険を及ぼす程度に至っているかどうかの判断が必要となってくるが、その判断

の前提として、DVが行なわれていると思われる夫婦間の関係を調査しなければならないこととなる。その調査はまさに個人の自由権や人格権に対する介入となるために、正当な根拠なしで行なうことはできないであろう。その正当な根拠を見つけるためにはやはり調査が必要ということになり、どうどう廻りを起こし論理は行き詰る。

そこで一つの仮定をもとに推論してみる。あるDVの被害者女性が配偶者暴力相談支援センターに相談に訪れたとする。彼女の歯は折れ、顔面は創傷だらけ、一見しただけでひどい暴力を受けていることが推察される。そのような状況にあってもなお彼女が「何とか話しあって解決の方法を探ります。」と言うのであれば、支援センターが彼女に代わって保護命令を申立てることはできない。このような場合、支援センターは必要なアドバイスをしたりシェルター等を紹介したりすることができるが、法的に強制力をもつ措置を採ることはできない。[65] そのまま彼女を帰してしまったら加害者の暴力を止めることはできず、被害者の保護という点ではなはだ不十分である。

このような場合、被害者が保護命令の申立てを見送ると申し出たことは、形式的には自由な意思によるものと言え、それに対して第三者や公的機関が介入することはできないというエクエーションが成り立ちそうである。だがここでその被害者の意思というのはほんとうに自由な意思であったといえるのであろうかが疑問となってくる。DVによる被害を現在進行形で受けている状況において、被害者が自由な意思決定をなし、権利を適切に行使できる状況にあるかどうかを考慮しなければならないと考えられよう。自由な意思決定をなし、適切に権利行使ができる状況にあって初めて、「本人の意思を尊重する」という原則が成り立ち得ると考えることができよう。そのような場合には、被疑者を、権利が適正に行為できる状況に遷移させる必要があり、そのためには第三者の介入も許容されると考えることができるかも知れない。DVを受けている被害者は適正に権利が行使できない言わば正常でない状況に置かれており、彼女を適正に権利が行使できる正常な状況に遷移させることが、被害者救済にあたってまず

なすべきことであるかも知れない。

二　被害者の意思

ＤＶ法と児童虐待防止法とを比較して、本人の意思と公的機関の介入について考えると、児童虐待防止法の場合は、行政機関である児童相談所に家庭に対する調査権限が認められている。さらに改正法では、家庭内への強制立入調査も、裁判所の許可を条件に認められている。[66] その調査において虐待の事実が発見された場合には、児童相談所は、被害者である児童の意思に関わりなく、必要な手続を進めることができる。その手続は施設入所や親権剥奪などによる被害児童の保護であり、[67] 加害者に対する処罰等の責任追及については規定されていない。親権剥奪の場合にはその最終判断をなすのは裁判所ではあるが、その申立て等の手続を進めるのは、行政機関である児童相談所の役割である。[68]

それに対してＤＶ法の場合は、支援センター等は被害を訴えてきた被害者に対応するものであり、家庭に対して調査を行なう等の権限は認められていない。また被害者保護の手法としてＤＶ法が規定しているものは保護命令の申立てであるが、[69] これは被害者の任意の意思によるものであり、被害者の意思を無視して支援センターが手続きを進めることはできない。支援センターに訪れて来た者が、ひどい暴力を受けていることが第三者にも認められる状況にあっても、なお被害者が保護命令の申し立てを見送るならば、支援センターは何もすることができない。

このような状況にあってもなお被害者の意思を尊重する必要があるのかについて少し考察を試みる。まず、被害者は暴力を受けているのであるからその意味では違法に法益を侵害されているのである。ここで夫婦間という理由でこの侵害を違法でないとすることができるであろうか。「合意は違法性を阻却する。」という法原則があるが、そ

の合意は任意かつ真摯に行なわれたものでなければならないはずである。しかるに、DVの状況下にあっては被害者の合意が任意かつ真摯であると言えるのかについて検討しなければならないが、それは任意かつ真摯からほど遠い状況にあると考えられよう。被害者は間断なき暴行・脅迫を受け続けており、さらなる暴行やあるいは報復に対する恐怖から、任意の意思決定ができるといえる状況である可能性は非常に低いと考えられよう。また暴行とは身体的物理的な直接的な侵害行為に限らず、精神的な暴行や脅迫さらには心理的条件付け（Psychological Conditioning）[70]も含まれるであろう。そのような状況下ではもはや任意性さらには真摯性を欠き、合意は無効であると考えられるため、「違法性を阻却する」ことはなくなると考えられよう。

次に、合意が違法性を阻却するにしても、個人が自由に処分できる法益は無制限というわけではない。たとえば生命といった重大な法益については個人が自由に処分しうる法益ではなく、いかに被害者が「合意」していようともその合意によって違法性が阻却されることはない。また社会的に保護されるべき法益については個人の自由な意思による処分の対象とならないため、DVが社会的に保護されるべき法益を侵害しているのであれば、被害者の自由な意思に任されることはできず、違法性は阻却されないことになると考えられよう。

ここで焦点となってくるのは、DVによる侵害が社会的法益を侵害すると言えるか否かである。DVが単に家庭内あるいは純粋に夫婦間の問題と位置付けることができるのであれば、「法律は家庭に入らず。」あるいは「婚姻は両性の合意のみにて成立する（憲法二四条）」の原則に従って、第三者が関与する性質のものではないであろう。しかし、ここで先ほどと同じ疑問が生じる。「両性の合意」の合意については、その内容が任意かつ真摯なものでなければならないはずである。一方の暴力による脅迫が始まれば、任意性の条件は崩れ、「成立する」の根拠は消失すると考えられるのではないか。また真摯性に関してであるが、この場合の真摯性の依拠するところは、やはり

互いの信頼関係であると考えられよう。

さらに信頼関係について考えてみると、信頼関係は大別して二つに分けることができるという論者もいる。[71] この論者によると二種類の信頼関係とは、一つは契約上の関係に基づく「薄い」信頼関係であり、いま一つはそれを超えて、家族・友人・夫婦間等の「厚い」信頼関係である。[72] ここで婚姻に必要とされる信頼関係は、後者の「厚い」信頼関係であると考えられる。この「厚い」信頼関係は単に契約関係や法律上の義務よりも重く、精神的・内心的信頼関係に達しているものである。このような「厚い」精神的信頼関係が婚姻成立には求められると考えられるならば、DVはその「厚い」信頼関係をすでに破壊しているのであると考えられるから、合意における真摯性はすでに失われていると考えることができよう。

従って、DVが単に家庭内の問題あるいは純粋に夫婦間の問題であると考えられたとしても、その信頼関係の破綻について見きわめたうえでなお夫婦関係を保護すべきかどうかを考えなければならないであろう。それに対して、DVが単に家庭内・夫婦間の問題ではなく、社会的問題として考えることはできるであろうか。それについての検証・考察は別の機会に譲るとして、DVが社会問題であると考えるのであるならば、保護されるべき法益は被害者が自由に処分できるような性質の法益ではなくなり、公的機関の介入が可能であると考えることができるかも知れない。

また、婚姻が憲法二四条によって保護されていると考えるのであれば、その内容は当然、適正で正義の理念に適うものでなければならないはずである。しかるにDVは婚姻の内容を不適正ならしめ正義の理念に反するものにならしめる。婚姻の内容がそのような不適正なものに変容するや否や、その婚姻関係はもはや憲法による保護の埒外に置かれると考えることができるかも知れない。さらに進んで、憲法は積極的に適正な婚姻関係の実現までを要求

しているかどうかであるが、これについてはさらなる精密な論議が必要であると考えられるので、ここでは検証を避け別の機会に譲るものとする。

三　公的機関の役割

前述のように被害者が支援センターに訪れ、そこの職員が虐待の事実を確認しているにも関わらず、本人が法的手続きの開始を拒否するような場合、公的な機関は何もしなくてもよいのであろうか。ここで必要なことは被害者を適正に権利行使ができる正常な状況に遷移させることである。そのために公的機関ができることは何であろうか。一つの仮定であり例に過ぎないが、被害者を一時的に保護施設に入所させたうえで、加害者に対しても事情の聴き取りを行ない、さらに被害者と加害者との仲裁を行なうといったことも考えられる。しかしこれを効果あるものにならしめるためには、法的拘束力を持たせなければならず、そのためには法律改正が必要になる。ただしこれはあくまで仮定であり一例に過ぎず、具体的な手法についてはさらに検証・考察を続けなければならない。

この仮定のようなことを行なうにしても、それを実施する機関はどこが適しているかをも考えなければならない。大別して行政機関かあるいは裁判所かである。この問題はＤＶ法が起草されるにあたっても、保護命令を発する機関をどこにするかという論議がなされた[73]。さらに、一時的な保護施設への入所といってもその間の被害者の安全をどのようにして確保するのか、加害者に対する事情の聴き取りは刑事手続として進められるのか、行政手続として進めることは可能か、被害者と加害者との仲裁というものについて裁判所による調停とどのような相違を持たせるのか、など解決しなければならない問題が山積している。

それらの役割を複数の機関がそれぞれ対応することになるとすれば、それらの進行を総合的に調整する機関も必

要になってくるであろう。先にも述べたように、統合調整なしでは、それぞれのアクターはバラバラかつ無計画に動くことになる。これから必要とされるのは、統合調整された包括的かつ専門化されたシステムである。被害者は助けを求めていることは明らかである。それに適切に応じることができるシステムを構築しなければならない。被害者が最初に助けを求めて訪れるところは、支援センターであろうから、支援センターにこの統合調整機能を持たせることが適切であると考えられるかも知れない。そこで支援センターは他のアクター、つまり裁判所や警察、保護施設、支援団体等に指示を発することになるが、このような指示を発する権限を支援センターに付与するためには、DV法を改正してそのような権限を明確に定めなければならないと考えられよう。その内容は如何なるものか、どのような記述の仕方が適切であるかはさらに検証・考察していく所存である。

四　小　括

被害者の保護・救済を図るためには総合的な調整機関が必要であると考えられる。そのような役割を担うのに適した存在はやはり公的な機関であろう。被害者の救済にまず必要なことは、適正に権利を行使できないような正常でない状況から適正な権利行使ができる正常な状況に被害者を遷移せしめることである。正常な状況に遷移せしめるために如何なる作為・措置が必要であるかはケースバイケースとなってくると考えられるが、そのように被害者それぞれに応じた救済方法を策定することが求められであろう。正常でない状況とは、物理的強制下におかれているのみならず、精神的に正常でない状況にある場合も含まれるであろう。そのような場合にその具体策をつくり上げるのは、医療関係者やセラピストやカウンセラーであるかも知れないが、それらのアクターの活動を統合調整する機能が行政機関に求められていると考えることができるのかも知れない。

むすびにかえて

被害者を正常な状況に遷移せしめる、適正に権利行使ができるようにならしめる、適正な権利行使ができない状況にあれば人権を享受することはできない。人権を享受できるような状況に遷すために公的機関が支援する。これは、公的機関による積極的な人権の実現と捉えることができるかも知れない。だが、そのように捉えることができたとしても、このような考え方は、憲法上重大な問題を生じるかも知れない。なぜなら、憲法の人権が意味するところは本来、国家や公権力の干渉を排除することあるいは国家や公権力による侵害から個人を保護・救済することである。しかるに公的機関による積極的な人権の実現という考え方は、従来の憲法の人権概念と真っ向から衝突することになると考えられよう。

虐待の被害者に対する救済は、金銭給付ではあまり意味をなさず、精神的なケアを必要とすることが多い。このような場合は被害者の人格に介入することになると推察されよう。それは個人のプライバシーや人格権を侵害することになり、人権侵害にあたるのではなかろうか。しかし、ケアを行なわずに放置するのであれば被害者は正常な状況にもどることが難しい。それならばやはり人格に介入してでも救済が必要といったどうどう廻りに行きあたる。だがこの問題の解決なしに被害者を救済する論理を進めることはできないのではなかろうか。人権の実現のために人権に介入するといった矛盾を解決することを模索しなければならないことなるかも知れない。

また、公的機関の積極的行為による人権の実現という課題について考えるとき、そこでは憲法と行政法との相克があるのではなかろうか。この問題に取り組むことによって憲法と行政法との融合とまではいかなくとも、憲法・行政法間の架橋もしくは橋渡しを構築するヒントを提示することができるかも知れないと思惟する所存である。

(1) N. J. Stat. Ann. 2C; 25–18.

(2) Linda G. Mills, *Intimate Abuse and the Violence State Intervention*, 113 **Harvard Law Review** 550, 558 (1999).

(3) Deborch Epsteib, *Prioritizing Victim's Long-Term Safety in Prosecution of Domestic Violence Cases*, 11 **America University Journal of Gender Social Policy & Law** 456 (2003).

(4) Barbara E. Smith, Two Central Value in Conflict (2001).

(5) Erin L. Han, *Mandatory Arrest and No-Drop Policies: Victim Empowerment in Domestic Violence Cases*, 23 BC. **Third World Law Journal** 159, 181 (2003).

(6) Cherry Hanna, *No Right to Choose: Mandate Victim's Participation in Domestic Violence Prosecutions*, 109 **Harvard Law Review** 1849, 1863 (1996).

(7) Jennice Vihauer, *Understanding the Victim: A Guide to Aid the Prosecution of Domestic Violence*, 27 **Fordham Law Journal** 953, 961 (2000).

(8) Leigh Goodmark, *Questioning the Legal Efficacy of Legal Intervention for Battered Women*, 23 **St. Louis Public law Review** 7, 19 (2004).

(9) Donna Coker, *Shifting Power for Battered Women: Law Material Resources and Poor Women of Color*, 33 **U. C. Davis Law Journal** 1009, 1018 (2000).

(10) Goodmark, *Supra* note 8, at 21.

(11) Amy Farmer & Jill Tiefenthaler, *The Recent Decline in Domestic Violence*, 21 **Contemporary Economic Policy** 158 (2003).

(12) Coker, *Supra* note 9, at 1044.

(13) Dawn Bradlly Berry, Domestic Violence Sourcebook: Everything You Need to Know 31 (1995).

(14) Jennice Vihauer, *Supra* note 7, at 953.

(15) *Id.*

(16) *Id.*

(17) Fed. R. Evid. 404.

(18) *Id.*

(19) FRE 413, 414 and 415.

(20) Pamela Vertabedian, *The Need to Hold Batterers Accountable : Admitting Prior Act of Abuse in Cases of Domestic Violence*, 47 **Santa Clara Law Review** 157, 167 (2007).

(21) *Id.* at 166.

(22) Cal. Evid. Code 1109 ; Alaska R. Evid. 404 (b) (4).

(23) Vertabedian, *Supra* note 20, at 174.

(24) *Id.*

(25) Jeffery Edlson, Children's Witnessing of Adult Domestic Violence (1999).

(26) Linda Spears, Building Bridge between Domestic Violence Organization ond Child Protective Services (2000).

(27) 203 F. Supp. 2d 153 (2002).

(28) *Id.* at 168.

(29) Jane C. Narphy, *Legal Images of Motherhood : Conflicting from Welfare "Reform", Family, and Criminal Law*, 83 **Cornell Law Review** 683, 745 (1998).

(30) Goodmark, *Supra* note 8, at 27.

(31) 児童福祉法二二三条の一。

(32) 児童虐待防止法九条の二。

(33) Gael B. Strack, *A Review of 300 Attempted Stranglation Cases*, 21 **J. Emergency Med.** 303 (2001).

(34) Emerson Dobash & Russel P. Dobash, *Wives : The "Aooropriate" Victims of Violence*, 2 **Victimology** 426 (1978).

(35) State v. Rhodes, 61 N. C. (Phil.) 453, 454 (1868).

(36) Archana Nath, *Survival or Suffocation : Can Minnesota's New Strangulation Law Overcome Implicit Biases in the Justice System ?*, 25 **Law $ Ineq Journal** 253 (2007).

(37) Angela Browne, *Violence against Women by Male Partners: Prevalence, Outcomes, and Policy Implications*, 48 **American Psychology** 1077.

(38) Elizabeth Pleck, Domestic Tyranny: The Making of Social Policy against Family Violence from Colonial Times to the Present 136 (1987).

(39) *Supra* note 37, at 52.

(40) 18 U. S. C. 922 (g) (8).

(41) *Supra* note 36, at 276.

(42) Lisa D. May, *The Backfiring of Domestic Violence Firearms*, 14 **Columbia Journal of Gender & Law** 1, 22 (2005).

(43) *Supra* note 36, at 276.

(44) Joan Zora, Protecting the Children in Custody: Disputes When One Parent Abuse the Other 1113 (1996).

(45) Rana Fuller, *How to Effictively Advocate for Battered Women When Systems Fail*, 33 **William Mitchell Law Review** 939, 949 (2007).

(46) Lundy Babcloft & Jav G. Silverman, The Batterer as Parent: Addressing the Impact of Domestic Violence on Family Dynamics, 122 (2002).

(47) Nancy Erickson, *Problems of Custody Evaluation*, 11 **Domestic Violence Representation** 67 (2006).

(48) Fuller, *Supra* note 45 at 945.

(49) 417 F. 3d 1080 (9th Cir. 2005)

(50) *Id.* at 1088.

(51) Leila Abolfazli, *Criminal Law Chapter: Violence against Women Act* (VAWA), 7 **Georgetown Journal of Gender and the Law** 863 (2006).

(52) Dowd, *Supra* note 49, at 1087.

(53) Abolfazli, *Supra* note 51, at 870.

(54) 小島妙子「ドメスティックバイオレンスをめぐる法政策」辻村みよ子編『ジェンダーの基礎理論と法』（東北大学出

版会：二〇〇七年）二五六、二八一頁。

(55) 同文献。

(56) Anne Filtcraft, *Physicians and Domestic Violence : Challenges for Prevention*, 12 **Health Aff.** 154, 155.

(57) Therese Zink, *Precpntemplation and Cpntemplation*, 2 **Annals Fam. Med.** 231 (2004).

(58) 541 U. S. 34 (2004).

(59) Fed, R. Evid. 803 (4).

(60) Allie Phllips, *National Center for Prosecution of Child Abuse*, 19 **American Prosecution Research Institute** 2 (2006).

(61) Janet Nudelman & Helen Rodriguez Trias, Building.

(62) Heidi M. Bauer, *Does the Law Go Too Far or Not Far Enough ?*, 171 **West. J. Med.** 118 (1999).

(63) Gael Struck, 11 DePaul Journal of Health Care Law 33 (2007).

(64) 配偶者からの暴力及び被害者の保護に関する法律（以下DV法と略す）第二条。

(65) DV法六条二項に「本人の意思を尊重する」という文言が見られる。

(66) 児童虐待防止法第九条の二。

(67) 児童福祉法三三条の一。

(68) 同三三条の六。

(69) DV法一〇条。

(70) Dawd, Supra note 49, at 1087.

(71) Orly Rachhmilovitz, *Bringing Down the Bedroom Walls : Emphasizing Substance over from in Personalizied Abuse*, 14 **Williamand Mary Journal of Women and the Law** 495, 539 (2008).

(72) *Id.*

(73) 吉川真美子『ドメスティック・バイオレンスとジェンダー』（世織書房二〇〇七年）七・八頁。