

児童虐待に対する民事法的対応

-児童虐待犯罪処罰に関する特例法を中心に-

Countermeasures about Child Abuse in Private Law

-Focusing on Special Act on the Punishment on Child Abuse Crimes-

鄭 求 兌*
Chung, Ku-tae

目次

- I. 序言
- II. 現行法の問題点および解決案
- III. 児童虐待犯罪の処罰等に関する特例法の制定
- IV. 結語

국문초록

우리나라의 공적인 학대 피해아동 보호체계가 마련된 지 십여 년이 지났음에도 그간의 법·제도적 보완 노력은 매우 미흡하였으며, 법·제도의 미비는 많은 아동들을 학대 속에 방치하는 결과를 초래하였다는 점에서 적극적인 개선 노력이 요망되어 왔다. 현행 한국의 아동학대와 관련한 법·제도의 가장 큰 문제점으로는 피해아동 보호조치가 긴급하게 행해지고 있지 못하고, 보호조치가 학대행위자의 친권과 충돌하는 문제가 법률적으로 해결되지 못하고 있다는 점을 들 수 있다.

논문접수일 : 2014.03.12

심사완료일 : 2014.04.30

게재확정일 : 2014.05.01

* 법학박사·조선대학교 법과대학 조교수

이러한 문제를 해결하기 위하여 2014년 1월 28일 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 제정되었다. 특례법은 아동학대범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례와 피해아동에 대한 보호절차 및 아동학대행위자에 대한 보호처분을 규정함으로써 아동이 건강한 사회 구성원으로 성장하도록 함을 목적으로 한다. 특례법의 가장 큰 특징은 기존의 행정처분이 아닌 사법체계(법원) 내에서 신속한 판결을 통해 피해아동 보호에 만전을 기하고 있다는 점이다.

한편, 이와 별개로 부모의 부당한 친권행사로부터 아동을 보호하기 위하여, 2년 이내 기간 동안 친권을 '정지'하거나 구체적 사안에 대하여 친권을 일부 '제한'하는 것을 주된 내용으로 하는 「민법」 일부개정법률안이 법무부 주도로 마련되어 조만간 국회에 제출될 예정이다.

위와 같은 법제도적 개선이 실효를 거두기 위해서는 근본적으로 우리 사회에 여전히 잔존하는 가부장적 의식("내 子女는 내 마음대로 할 수 있다")과 고정관념("법은 가정 내에 들어가지 않는다")이 반드시 타파되어야 한다. 친권은 자녀의 복리를 위하여 부모에게 인정되는 의무권에 다름 아니며, 가정은 법이 개입할 수 없는 성역이 결코 아니라는 인식이 사회 저변에 강고하게 뿌리내리기를 바라는 바이다.

주제어 : 아동학대, 친권, 미성년후견, 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 자녀의 최대한의 복리

1. 序言

1. 児童虐待の概念

児童虐待とは、保護者を含む成人により児童の健康もしくは福祉を害し、または正常な發達を阻害する身体的・精神的・性的な暴力行爲または苛酷行爲および児童の保護者による遺棄と放任行爲を指す（児童福祉法第3條第7号）。

児童虐待の類型は次のとおりである。第一に、身体的虐待とは、保護者を

含む成人が児童に故意に負傷を負わせまたは負傷を負うことを認めるなどの行為である。第二に、情緒的虐待とは、保護者を含む成人が児童に行う言葉による侮辱、情緒的な威嚇、監禁または抑制、その他加虐的な行為を指す。第三に、性的虐待とは、保護者を含む成人が自己の性的な欲求を充足する目的で18歳未満の児童に行う一切の性的行為を指す。第四に、放任とは、保護者が児童に対し反復継続的な養育と保護を疎かにすることにより、児童の正常な発達を阻害する一切の行為として、物理的な放任、教育的な放任、医療的な放任等がある。最後に、遺棄とは、保護者が児童を保護せず、捨てる行為である。

2. 児童虐待の発生状況

児童保護専門機関の相談通報を通じて分析された児童虐待の発生状況を見ると、虐待が疑われる事例が2005年の5761件から2011年には8325件と1.4倍増加するなど、年々増加の傾向にあり、児童保護専門機関の實地調査の結果、実際に児童虐待事例と認められた事例は2011年の8325件のうちの6085件（72.8%）であり、潜在的な危険があると認められた事例は745件（8.9%）であった。

【年度別児童虐待予防センター通報件数】

	'05	'06	'07	'08	'09	'10	'11
虐待が疑われる事例 (%)	5,761 (72.0)	6,452 (72.5)	7,083 (74.7)	7,219 (75.4)	7,354 (79.0)	7,406 (80.5)	8,325 (82.1)
重複通告	-	-	-	77	101 (1.1)	89 (1.0)	84 (0.4)
一般相談件数	2,239 (28.0)	2,451 (27.5)	2,395 (25.3)	2,351 (24.6)	1,854 (19.9)	1,704 (18.5)	1,737 (17.1)
合計	8,000	8,903	9,478	9,570	9,309	9,199	10,146

出典：「全国児童虐待現況報告書（2005-2011）」

【2011年度における事例判定】

児童虐待事例	潜在的危険事例	一般事例	合計
6,058(72.8)	745(8.9)	1,522(18.3)	8,325(100)

出典：「2011年全国児童虐待現況報告書」

児童虐待の状況を類型別にみると、重複虐待と放任が最も多く、次に多いのが情緒的な虐待と身体的な虐待であった。2011年度は、重複虐待が2621件（43.3%）、次が放任1783件（29.4%）、情緒的な虐待が909件（15.0%）、身体的な虐待が466件（7.7%）の順であった。

【児童虐待類型別発生状況】

	合計 (%)	身体的虐待	情緒的虐待	性的虐待	放任	遺棄	重複虐待
'05	4.633	423 (9.1)	512 (11.1)	206 (4.4)	1,635 (35.3)	147 (3.2)	1,710 (36.9)
'06	5.202	439 (8.4)	604 (11.6)	249 (4.8)	2,035 (39.1)	76 (1.5)	1,799 (34.6)
'07	5.581	473 (8.5)	589 (10.6)	266 (4.8)	2,107 (37.7)	59 (1.0)	2,087 (37.4)
'08	5.578	422 (7.6)	683 (12.2)	284 (5.1)	2,237 (40.1)	57 (1.0)	1,895 (34.0)
'09	5.685	338 (5.9)	778 (13.7)	274 (4.8)	2,025 (35.6)	32 (0.6)	2,238 (39.4)
'10	5.657	348 (6.1)	773 (13.7)	258 (4.6)	1,870 (33.1)	14 (0.2)	2,394 (42.3)
'11	6.058	466 (7.7)	909 (15.0)	226 (3.7)	1,783 (29.4)	53 (0.9)	2,621 (43.3)

出典：「全国児童虐待現況報告書（2005-2011）」

児童虐待の行為者と被害児童との関係をみると、2011年度に養父母、養父母および継父母を含む父母による児童虐待事件は5039件で83.1%を占め、父母による虐待がほとんどであることがうかがえる。これは、児童虐待事件10件あたり8件以上の加害者が、まさに子を保護し養育すべき責任を有する父母であるとい

う事実を物語っている。このような現状は、子に対する父母の虐待が典型的な親権濫用事由であるにもかかわらず、我が國の法制度全般において、家族に対する法的介入を躊躇し、家族内の弱者である児童を無關心の中に放置してきた結果であるといえる。

【虐待行為者と被害児童との関係】

	父母	親族・姻族	第三者	その他 / 不詳	合計 (%)
'10	4,709 (83.2)	337 (6.0)	534 (9.4)	77 (1.4)	5,657
'11	5,039 (83.1)	349 (5.8)	574 (9.5)	96 (1.6)	6,058

出典：「全國児童虐待現況報告書（2010-2011）」

II. 現行法の問題点および解決案

1. 親権制限手続の非適時性および親権喪失制度の非実効性

児童虐待のほとんどが父母による虐待であり、児童を父母から隔離して保護するためには親権に対する法的な制限が必要であるところ、児童福祉法第18條¹⁾

1) 児童福祉法第18條（親権喪失宣告等の請求）

- ①市・道の知事、市長・郡主・區廳長又は檢事は、児童の親権者がその親権を濫用し、著しい非行を行い、児童虐待その他親権を行使することのできない重大な事由があることを発見した場合、児童の福祉のために必要と認めたときは、法院に親権行使の制限又は親権喪失の宣告を請求しなければならない。
- ②児童福祉専門機關の長、児童福祉施設の長及び「初・中等教育法」による學校の長(以下、「學校の長」という。)は、前項の事由に該当する場合、市・道の知事、市長・郡主・區廳長又は檢事に對し、法院に親権行使の制限又は親権喪失の宣告をするよう要請することができる。
- ③市・道の知事、市長・郡主・區廳長又は檢事は、前二項の規定により親権行使の制限又は親権喪失の宣告の請求をする場合、当該児童の意見を尊重しなければならない。
- ④市・道の知事、市長・郡主・區廳長又は檢事は、第2項の規定により親権行使の制限又は親権喪失宣告請求の要請を受けたときは、要請を受けた日から30日以内に、請求の可否を決定

によっては、最長5日²⁾であるとされている応急措置隔離期間内に適切な措置をとることが困難である。同法第27條第3項による隔離期間は最長で5日である反面、同法18條の規定によって児童保護専門機關が行政機關または検事から虐待行為者である父母の親權行使の制限または喪失の宣告の申立ての有無の通知を受ける期間は30日であり、通知後児童保護専門機關の長等が法院に親權行使の制限または喪失の宣告を申し立て、法院がその当否を判断するまではさらに時間を要する。

したがって、児童福祉法第27條の規定する隔離期間内に法院が迅速に虐待行為者である父母の親權行使を停止させる臨時措置（事前處分）をすることができるようにする必要がある。具体的には、児童保護専門機關の長が申し立てられた事件を調査した結果、父母の親權行使を停止させる必要があると判断したときは、家庭法院に直接親權行使の停止を求めることができるものとするとともに、家庭法院は、隔離期間内に親權行使を停止させる臨時措置をとることができるものとし、このような臨時措置に執行力を付与する根據規定を置く必要がある³⁾。家庭法院による迅速な處理を保障するためには、児童保護専門機關と家庭法院との間で緊密な協力体制が構築される必要もあろう⁴⁾。

ところで、児童福祉法第18條第5項は、「親權喪失の制限または親權喪失の宣告を請求することができる」と定めているが、これは、「親權行使の制限または親權喪失の宣告を請求することができる」とすべきところの誤りであると思

し、当該要請機關に對し、請求又は不請求の旨及びその理由を書面で知らせなければならない。

- ⑤前項の規定により處理結果の通知を受けた児童福祉専門機關の長、児童福祉施設の長及び學校の長は、その處理結果に對して異議があるときは、通知を受けた日から30日以内に、直接に法院に對し、親權行使の制限又は親權喪失の宣告を請求することができる。
- 2) やむを得ない事由のある場合には、72時間の隔離保護措置期間に追加して、地方自治団体の長の承認を得て48時間を限度に延長することができるから、最長5日以内ということになる。
 - 3) 金相瑒, “児童虐待防止と被害児童保護のための新しい法體系の構築のための研究”, 「法學論文集」第36輯 3号, 中央大學校 法學研究所, 2012, 77, 113頁; 金相瑒・金南澈, “児童虐待防止體系の問題點 -現場調査に發生する問題とその解決案の探索を中心に-”, 「法學論文集」第36輯 1號, 中央大學校 法學研究所, 2012, 78頁。
 - 4) 金相瑒, “2011年の家族法の改正動向 -親權・後見を中心に-”, 「法曹」第663號, 法曹協會, 2011, 364頁。

われ、このような誤りが修正されなかったことは、この條項が實務上用いられない死文化した條項であることの傍証であるといえる⁵⁾。さらに、親権喪失制度は、親権者の親権を剝奪する役割のみならず積極的に子の利益を保護するための児童福祉的援助と措置をとることをその効果と内容としていないために、實質的に子の保護とはほど遠い制度となっている⁶⁾。なによりも、親権喪失制度は無期限に親権の全部を喪失させる強力な効果が親子関係に及ぼす影響、親権の濫用または著しい非行等親権者に對する非難を含める申立ての要件、親権喪失宣告後の未成年後見人選任の困難等の限界があり、その請求や宣告が容易ではないことから、實際に活用するのに困難が伴う⁷⁾。

したがって、親権喪失制度は、その効果の重大性に照らし、法院が考慮する最後の手段として残し、その前段階として、具体的な状況に合わせた親権制限措置を通じて児童の家庭への復歸と家族の統合を図るべきである。具体的には、親権喪失の前段階として活用できる柔軟な親権制限措置の多様な類型（親権喪失、一時的な親権制限、管理権喪失等）を民法に規定し、児童虐待事例に對応するために法院がとりうる保護措置とこれに對する司法判斷に關する具体的な規定を児童福祉法におくべきである⁸⁾。法院は、親権制限措置を決定すに際し、親権者に制限される権利および親権者に代わって親権を行使するものの権限を明らかにしなければならない⁹⁾。

法院に親権喪失を請求する際には、同時にあるいはその後に親権喪失が認容された場合に備えて児童の今後の養育に關する計畫をあらかじめ提出させるこ

5) 實際に児童保護専門機關が虐待行爲者である父母に對して親権行使の制限または喪失の請求を地方自治体の長に要請した場合、当該要請が受け入れられたのは2001年から2010年8月までの間にたったの1件であり、これも含めて同期間に親権の制限または親権喪失の宣告がなされたのは9件に過ぎなかった。

6) 朴姝映, “米國の親権喪失制度に關する検討 - 児童虐待事例に對する對応を中心に -”, 「比較私法」 第16卷 1號, 韓國比較私法學會, 2009, 2頁。

7) 朴姝映, “最近の日本における親権制限に關する改正論議の紹介およびその示唆点”, 「家族法研究」 第24卷 3號, 韓國家族法學會, 2010, 364頁。

8) 朴姝映, “ドイツとフランスの親権制限制度に關する考察”, 「安岩法學」 第33號, 安岩法學會, 2010, 172頁。

9) 朴姝映, 前掲 “最近の日本における親権制限に關する改正論議の紹介およびその示唆点”, 396頁。

とを義務化すべきである。とりわけ、市・道知事等または児童保護専門機関の請求による親権喪失の場合には、請求と同時に親権喪失宣告後に児童を養育する方法、たとえば入養、家庭委託、未成年後見人選任のような児童に対する後續措置に関する計画の提出を義務化すべきである。そして、法院は親権喪失後においても児童に対する永續的な養育計画が實行されているかについて、積極的に管理・監督しなければならない¹⁰⁾。

2. 虐待行為者に拘束力が及ばない保護措置

被害児童を家庭委託または児童福祉施設に入所させて虐待行為者から隔離する保護措置は、法院の判決ではなく地方自治団体の長が承認した行政処分によりなされることから、被害児童の保護に困難が伴う。被害児童を保護するための保護措置を地方自治団体の長がとらない場合、児童保護専門機関は被害児童を親権者である児童虐待行為者に戻さざるを得ず、被害児童の保護に限界がある。また、法院の判決でない行政処分による保護措置の担い手は、保護措置を履行する児童保護専門機関であって、被害児童や虐待行為者でないため、親権者たる虐待行為者が児童の隔離保護に協力せず、子の引渡しを求めてきた場合には、児童を保護している施設や委託父母は、これを拒む法的な根拠を持たない。

このように、児童保護措置に法院の介入を通じた親権制限が伴わないことから、親権者である虐待行為者の意思に反する隔離保護がなされた後、虐待行為者である父母の子の引渡しの要求に対応できないという問題点がある¹¹⁾。つまり、市・道知事等による保護措置あるいは児童保護専門機関等の隔離措置がとられている状況において、虐待父母が親権を楯に子の引渡しを求める場合、このような請求は子の安全と利益を大きく害する不肖なものであるにもかかわらず、当該機関は、被害児童を親権者たる虐待行為者に戻さざるを得ず、これは子に対する再虐待につながる可能性がある¹²⁾。

10) 朴株映, 前掲“米國の親権喪失制度に関する検討 - 児童虐待事例に対する対応を中心に-”, 32頁。

11) 朴株映, 前掲“ドイツとフランスの親権制限制度に関する考察”, 144頁; 金相塔, 前掲“児童虐待防止と被害児童保護のための新しい法體系の構築のための研究”, 75-76頁。

児童虐待により児童を保護者から隔離するのは、親権の一時的制限（子の居所指定等）に関連する制裁であるから、保護措置処分を現行法のように行政処分として行うのではなく、司法体系の中における児童に対する保護措置として効力を認める必要がある。司法体系（家庭法院）を通じて児童保護措置を行うことによって、虐待行為者に法院の判断の拘束力を及ぼす必要があり、また、その際には司法の判断が迅速になされるように制度的装置を設ける必要がある。

Ⅲ. 児童虐待犯罪の処罰等に関する特例法の制定

2014年1月28日、「児童虐待犯罪の処罰等に関する特例法」（以下、「特例法」と略する。）が成立した。特例法は2014年9月29日に施行される予定である。特例法は、近年における児童虐待の根絶を求める国民の要求を反映し、2012年に發議された議員立法の案に、法務部・保健福祉部等の関連部處が協力して調律したものとして、従来「家庭内の訓育」とされていた児童虐待を「重大な犯罪」として認識し、「國家が積極的に介入する」途を切り開いた点で高く評価される。なによりも特例法は、後述のように、Ⅱで述べた現行法の問題点を相当解決している点で大きな意義がある。以下、親権に関連して特例法の主要な内容を概観する。

1. 児童虐待行為者に対する臨時措置

児童虐待犯罪を通報を受けて現場に臨み、または児童虐待犯罪の現場を發見した司法警察管理または児童保護専門機關の長は、被害児童のために直ちに、①児童虐待犯罪行為の制止、②児童虐待行為者の被害児童からの隔離、③被害児童の児童虐待関連施設への引渡し¹³⁾、④応急手当が必要な被害児童の医療機

12) 再虐待事例とは、児童保護専門機關の介入が終了した後に再通報があった事例のうち、児童虐待と判定された事例をいう。2011年に再虐待事例と認定されたのは563件であり、全体の9.3%を占めた。

關への引渡し等の応急措置をとらなければならない(特例法 第12條)。司法警察官は、このような応急措置をしても児童虐待犯罪が再發するおそれがあり、緊急を要するために法院の臨時措置決定を受けることができないときは、職權でまたは被害児童、その法定代理人(児童虐待行爲者を除く。)、弁護士もしくは児童保護専門機關の長の申請により、㉠被害児童または家族構成員の住居からの退去等の隔離、㉡被害児童または家族構成員の住居、學校または保護施設等から100メートル以内の接近禁止、㉢被害児童または家族構成員に對する「電氣通信基本法」第2條第1号による電氣通信を利用した接近の禁止等の緊急臨時措置をすることができる(特例法 第13條)。

檢事は、児童虐待の再發の恐れがあると認められる場合は、職權で、または、司法警察官、保護觀察官の申請により、法院に對して、その臨時措置を請求することができる。被害児童・その法定代理人・弁護士、または、児童保護専門機關の長は、檢事、または、司法警察官に、臨時措置の請求またはその申請を要請したりこれに關して意見を陳述することができる(特例法 第14條)。臨時措置の請求の申請を受けた檢事がその臨時措置を請求する時は、応急措置があった時から72時間以内に、緊急臨時措置があった時から48時間以内にしなければならない(特例法 第15條)。

判事¹⁴⁾は、児童虐待犯罪の円滑な調査・審理または被害児童の保護のために必要と認めるときは、決定により、児童虐待行爲者に對し、①被害児童または家族構成員の住居からの退去等の隔離、②被害児童または家族構成員の住居、學校または保護施設等から100メートル以内の接近禁止、③被害児童または家族構成員に對する「電氣通信基本法」第2條第1号による電氣通信を利用した接近の禁止、④親權または後見人の權限行使の制限または停止、⑤児童保護専門機關等への相談および教育の委託、⑥医療機關やその他療養施設への委託、⑦警察署の留置場または拘置所への留置等の臨時措置をすることができ、また、こ

13) この措置をするときは、被害児童の意見を尊重しなければならない。

14) 児童保護事件の管轄は、児童虐待行爲者の行爲地、居住地または現在地を管轄する家庭法院とするが、家庭法院が設置されていない地域においては、当該地域の地方法院(支院を含む。)とする。児童保護事件の審理と決定は、單獨法廷で行う(特例法 第18條)。

これらの處分を併科することができる(特例法 第19條)。

児童虐待行為者を被害児童から隔離し、あるいは被害児童を児童虐待関連施設に引き渡した場合、または応急手当が必要な児童を医療機関に引き渡すなどの応急措置がなされた場合、判事は、臨時措置が請求されたときから24時間以内に臨時措置の可否を判断しなければならない。このとき、臨時措置の期間は2か月を超えることができない。ただし、被害児童の保護のためにその期間を延長する必要があると認められる場合には、決定により、上記①から③までの臨時措置は2回、④から⑦までの臨時措置は1回に限り、各期間の範囲内において延長することができる¹⁵⁾。

判事が臨時措置を決定した場合には、検事および被害児童、その法定代理人、弁護士または被害児童を保護している機関の長に通知しなければならない。上記⑤の臨時措置による相談および教育を実施した児童保護専門機関の長等は、その結果報告書を検事または法院に提出しなければならない(特例法 第19條)。判事が臨時措置の決定をした場合には、家庭保護事件の調査官、法院公務員、司法警察官または拘留所所屬の矯正職公務員に執行させることができ、被害児童または家族構成員は、上記①および②の臨時措置後、住居、学校または保護施設等に移ったときは、管轄法院に臨時措置決定の変更を求めることができる(特例法 第21條)。

判事は、正当な理由があると認めるときは、職権でまたは児童虐待行為者、その法定代理人、補助人の申請により、決定により、当該臨時措置を取り消し、あるいはその種類を変更することができる。判事は、臨時措置を受けた児童虐待行為者が上記⑤および⑥の臨時措置決定を履行しないときまたはその執行に従わないときは、職権でまたは検事、被害児童、その法定代理人、補助人、上記臨時措置により委託先となる機関の長の請求により、決定で、その臨時措置を変更することができる(特例法 第22條)。

判事は、上記④の臨時措置により被害児童に親権を行使する者または後見人の任務を遂行する者がいないときは、その臨時措置が効力を有する間、特別市

15) したがって、親権行使の制限は最長4か月まで可能である。

長・廣域市長・道知事、特別自治道知事・市長・特別自治市長・郡首・區廳長および兒童福祉専門機關の長に臨時に後見人の任務を遂行させまたはその任務を遂行する者を選任しなければならない。この場合、判事は、当該被害兒童の意見を尊重しなければならない。被害兒童、弁護士および兒童福祉担当機關の長等被害兒童を保護している者はその選任に関する意見を述べることができる。判事がこのような措置をとった場合には、その事實を被害兒童、弁護士または兒童福祉専門機關の長等被害兒童を保護している者に告知しなければならない。これにより臨時に後見人の任務を遂行する者は、被害兒童所有の財産の保存および被害兒童の保護のための範囲内においてのみ、後見人としての任務を遂行する(特例法 第23條)。

2. 被害兒童に対する保護命令

判事¹⁶⁾は、被害兒童の保護のため、職權でまたは被害兒童、その法定代理人、弁護士、兒童保護専門機關の長の請求により、決定で、㉠兒童虐待行爲者を被害兒童の居住地または占有する房室からの退去等の隔離、㉡兒童虐待行爲者が被害兒童または家族構成員に接近する行爲の制限、㉢兒童虐待行爲者が被害兒童または家族構成員に「電気通信基本法」第2條第1号による電気通信を用いて接近する行爲の制限、㉣被害兒童の兒童福祉施設または障害者福祉施設への保護委託、㉤被害兒童の医療機關への治療委託、㉥被害兒童の縁故者等への家庭委託、㉦親權者である兒童虐待行爲者の被害兒童への親權行使の制限または停止、㉧後見人である兒童虐待行爲者の被害兒童への後見人の權限の制限または停止¹⁷⁾、㉨親權者または後見人の意思表示に代わる決定等の被害兒童保護命令をすることができ、これらの命令は併科することができる。判事が被害兒

16) 被害兒童保護命令事件の管轄は、兒童虐待行爲者の行爲地、居住地または現在地および被害兒童の居住地または現在地を管轄する家庭法院とするが、家庭法院が設置されていない地域においては、当該地域の地方法院とする。被害兒童保護命令事件の審理と決定は、單獨法廷で行う(特例法 第46條)。

17) 判事が、上記㉢および㉣の被害兒童保護命令をする場合、被害兒童保護命令の期間中に臨時に後見人の任務を遂行する者の選任手續は、Ⅲ.1で述べたのと同様である。

童保護命令を發令するときは、被害児童、その法定代理人、弁護士または児童保護専門機関の長は、管轄の法院に對し、必要な意見を述べることができる(特例法 第47條)。

とりわけ、上記⑦に關連して、親權者が宗教上の理由等により児童に對する手術に同意しないことにより児童が必要な医療を受けることができなくなる場合、従來は、民法上親權喪失以外に解決策が存在しなかった。この点、ソウル東部地方法院2010年10月21日決定は、親權喪失によらず、仮の地位を定める仮處分制度を活用して、医師の診療妨害禁止仮處分を認容することにより、この問題の解決を図った¹⁸⁾。とはいえ、このような解決は、その結果の妥当性にもかかわらず、請求權者が限られている点、執行力が制限される点、即時の救済を与えることができない点で、限界があった¹⁹⁾。しかし、特例法により、今後

18) この決定の要旨は次のとおりである。「(1) 新生児は、自己決定權を有するものの、問題となる診療行為を受けるか否かを判断し、その意思を表示する能力を有しない。このような場合、親權者が子に代わって診療行為に對する同意をすることになるところ、この親權者の同意は、自己決定權が一身専屬的な性格を有することに鑑みると、子の自己決定權を代理行使するのではなく、自己の親權から派生するものといえる。民法第912條は、「親權の行使に当たっては、子の福利を優先的に考慮しなければならない。」と定め、「子の福利」が親權行使の基準となることを明示しており、民法第913條は、「親權者は子を保護し教養する權利義務を有する。」と定めることから、親權は子を養育し、保護しおよび監護することによって子の福利を實現するための權利であると同時に義務であるという性格を有する。したがって、親權者の親權行使が子の生命・身体の維持、發達に付合するものでない場合は、そのような内容の親權行使は尊重されるべきものではなく、このことは、民法が親權の喪失を認めていることから明白である。また、意思能力を有しない子に對する診療行為が緊急かつ必須とされる状況において、親權者のいない場合または親權者が親權を濫用してそのような診療行為を拒否する場合には、例外的に、医療側は客觀的・合理的な基準に基づき、意思能力を有しない子の診療行為に對する意思を推定し、制限的かつ必須の範囲内において、必要な診療行為を行うことができるというべきである。(2) 父母が自己の宗教的信念に基づいて新生児である子の手術に伴う輸血を拒否している事案において、上記患者の生命を維持するために現在行い得る最も適切で必須の治療方法が輸血を伴う手術であるにもかかわらず、親權者が自己の信じる宗教の教理に反するという理由で輸血を拒否する行為は、父母を子の親權者と定めた趣旨および親權行使の基準に照らすと、正当な親權行使の範囲を超えるものであるから、その輸血拒否の意思に効力を認めることはできず、輸血を伴う手術が施されるべき必要性が差し迫っているので、病院側は患者に對して輸血を行うことができ、親權者がこれに同意しないときは、このような診療行為に對する妨害の排除を求めることができる。」

19) 本決定に關する評釋として、李鳳敏，“子に對する医療行為に關する親權濫用の統制”，「法曹」第668號，法曹協會，2012，233-280頁參照。本決定を契機として、立法論として、治療に關する父母の同意に代わる法院の許可制度および親權の一時制限または親權の一部制限の導入を主

は法院が親權者の意思表示に代わる決定により手術同意をすることができるようになった。

管轄法院の判事は、上記㉗から㉚までの被害兒童保護命令をする場合には、家庭保護事件調査官、法院公務員、司法警察官または拘留所所屬の矯正職公務員に執行させることができ、特別市長・廣域市長・道知事、特別自治道知事・市長・特別自治市長・郡首・區廳長にその執行を委任することができる。判事は、正当な理由があると認めるときは、職權でまたは被害兒童、その法定代理人、弁護士または兒童保護専門機關の長の申請により、決定により、当該臨時措置を取り消し、あるいはその種類を変更することができる(特例法 第50條)。

上記㉗から㉚までの被害兒童保護命令の期間は1年を超えることができないが、管轄法院の判事は、被害兒童の保護のためにその期間の延長が必要であると認められるときは、職權でまたは被害兒童、その法定代理人、弁護士の請求により、決定で、3か月単位でその期間を延長することができる。これにより期間を延長する場合にも、被害兒童保護命令の期間は全部で4年を超えることができない(特例法 第51條)。管轄法院の判事は、被害兒童保護命令の請求があった場合、被害兒童の保護のために必要があると認められるときは、決定で、臨時に㉗から㉚のいずれかの措置(以下、「臨時保護命令」という。)をすることができる。臨時保護命令の期間は被害兒童保護命令の決定時までとするが、判事は、必要と認められるときは、その期間を制限することができる(特例法 第52條)²⁰⁾。

IV. 結語

韓國においては、公的な虐待被害兒童の保護体系が設けられてから十余年が経過したにもかかわらず、その間の補完のための努力は非常に乏しく、このよ

張する研究として、尹眞秀・玄昭恵，“父母による子の治療拒否問題の解決のための立法論”，「法曹」第680號，法曹協會，2013，40-98頁がある。

20) 判事が、上記㉗および㉚の臨時保護命令をする場合、臨時保護命令の期間中に臨時に後見人の任務を遂行する者の選任手続は、Ⅲ1で述べたのと同様である。また、臨時保護命令の執行、取消し、変更手続は、被害兒童保護命令の場合と同様である。

うな法制度の不備は多くの児童を虐待に放置する結果を招来したという反省から積極的な改善が求められてきた。児童虐待に関する韓国の現行法制度の最も大きな問題点は、被害児童の保護措置が緊急に行われていないところにあり、保護措置が虐待行為者の親権と衝突する問題を法的に解決できていない点を挙げることができる。

このような問題を解決するために、2014年1月28日児童虐待犯罪の處罰等に関する特例法が成立した(特例法は2014年9月29日に施行される予定である)。特例法は、児童虐待犯罪の處罰およびその手続に関する特例と被害児童に対する保護手続および児童虐待者に對する保護處分を規定することにより、児童が健康な社會構成員として成長することを目的とするものである。特例法の最たる特徴は、既存の行政處分ではない、司法体系(法院)の中での迅速な手続を通して被害児童保護に万全を期する点にある。

一方、これとは別に父母の不当な親権の行使から児童を保護するために、2年以内の範囲で親権を「停止」し、または具体的な事案に応じて親権の一部を「制限」することを主たる内容とする「民法」改正案が法務部の主導で用意されそうばん國會に提出される予定である。

このような法制度的改善が實効性のあるものとなるためには、韓國社會に依然として存在する家父長的意識(我が子をどうするかは私の勝手である。)と固定觀念(法は家庭に入らず。)を必ず打ち破らなければならない。親権は子の福利のために父母に認められた義務であり、家庭は決して法の介入できない聖域ではないという認識が社會の底辺に深く根ざすことを望んでやまない。

参考文献

金相瑢, “2011年の家族法の改正動向 -親権・後見を中心に-”, 「法曹」 第663号, 法曹協会, 2011.

_____・金南澈, “児童虐待防止体系の問題点 -現場調査に発生する問題とその解決案の摸索を中心に-”, 「法学論文集」 第36輯 1号, 中央大学校 法学研

- 究所, 2012.
- _____, “児童虐待防止と被害児童保護のための新しい法体系の構築のための研究”, 「法学論文集」 第36輯 3号, 中央大学校 法学研究所, 2012.
- 朴姝映, “米国の親権喪失制度に関する検討 -児童虐待事例に対する対応を中心に-”, 「比較私法」 第16卷 1号, 韓国比較私法学会, 2009.
- _____, “ドイツとフランスの親権制限制度に関する考察”, 「安岩法学」 第33号, 安岩法学会, 2010.
- _____, “最近の日本における親権制限に関する改正論議の紹介およびその示唆点”, 「家族法研究」 第24卷 3号, 韓国家族法学会, 2010.
- 尹真秀・玄昭恵, “父母による子の治療拒否問題の解決のための立法論”, 「法曹」 第680号, 法曹協会, 2013.
- 李鳳敏, “子に対する医療行為に関する親権濫用の統制”, 「法曹」 第668号, 法曹協会, 2012.

[Abstract]

Countermeasures about Child Abuse in Private Law
-Focusing on Special Act on the Punishment on Child Abuse Crimes-

Chung, Ku-tae
Assistant Professor, College of Law, Chosun University, Ph.D.

The biggest problem with the current law related to child abuse in Korea is that the protective measure of victim children is not enforced urgently and the confliction between the protective measure and the parental authority is not solved legally. To solve the problem, the Special Act on the Punishment on Child Abuse Crimes was legislated on January 28, 2014.

This Special Act will be enforced on September 29, 2014. The purpose of this special act is to stipulate the special provisions for the punishment and procedures for child abuse crimes, the protection procedures for victim children, and the protection provision for child abusers so that children can grow as members of a wholesome society.

The special act is fully enforced to protect victim children through the rapid judicial decision in the judicial system. On the other hand, to protect children from the improper exercise of parental authority, a revision of the related civil law to limit part of parental authority about certain matters or to suspend the parental authority for up to two years is soon to be submitted to the national assembly.

To make the revision of the legal system effective, the family head's consciousness, "I can do on my own for my children" and the conventional concept, "the law does not work in the family", that are still remaining, should be broken. The recognition that the parental authority is the duty given to the parents for the sake of children's welfare and that the family is not a sanctuary that cannot be penetrated by law should be deeply rooted in people's minds and the society.

Key words : Child Abuse, Parental Authority, Minor Guardianship, the Special Act on the Punishment on Child Abuse Crimes, the Best Welfare of Children