

●弁護士（元高等検察庁検事）  
愛知学院大学法科大学院特任教授  
國田 武二郎（堀松出身）

東京地検、名古屋地検、横浜地検、岡山地検、福井地検等で捜査・公判検事として財政・経済事犯、公安・労働事犯、選挙事犯、暴力事犯、風紀・麻薬事犯、外国人犯罪、少年犯罪、交通事犯など数多くの事件を担当。仙台高等検察庁検事として若手検事の指導育成にもあたる。平成15年6月、愛知県弁護士会に弁護士登録。あすなる法律事務所という名称で法律事務所を開設し、弁護士として活動。また、愛知学院大学法科大学院特任教授として法科大学院で教鞭を取っている。平成20年から愛知・三重両県の産業保険推進センター産業保健相談員、年金記録確認愛知地方第三者委員に就任、その他、愛知県警察学校で講師。

# 法 相 談 律

## 離婚に伴う子どもを巡る諸問題（その1）

**Q1**：私は、夫と結婚して7年目で、5歳と3歳になる子どもがいます。いろいろな事情があり夫と離婚することを考えていますが、離婚したら子どもがどうなるのか心配です。離婚の際に法律上、子どもについてどのようなことが問題となりますか。

**A1**：親の離婚と子どもの現状

厚生労働省の統計（平成18年人口動態統計）によれば、2006年に我が国で離婚した夫婦は25万7475組でした。このうち、親権が問題となる20歳未満の子どもがいる夫婦は、約6割の15万50組で、子供の数は25万4982人になります。つまり、毎年大勢の子どもが両親の離婚に直面しているのです。

**2** 親の離婚と子ども

離婚の際には、①親権をどちらの夫婦がとるか、②養育費をどちらが支払うか、いくらか支払うか、③子どもを育てていない親に子どもとの面接交渉（面会交流）を認めるかが問題となります。これらの問題に関連して、実際に子どもを育てていく親からの子どもの引渡しや問題となることもあります。夫婦間で離婚が問題となるときに、子どものことを理由として、離婚の話し合いが難しくなったり、争いが深刻になることは少なくありません。離婚したくても、子どもの将来のこと、子どもを連れての生活のことを考えて離婚を思いとどまることも多いでしょうし、離婚したいと言われた相手も、親

が離婚した子どもの不憫を想い離婚を拒否するケースも頻繁に生じます。

まず、離婚することが決まったときには、法律上、離婚の際には子どもの親権を夫婦のどちらか一方に定めなければなりません。（民法819条1項）。実際にも夫婦が別れて別々の生活をするようになるのですから、どちらか一方が子どもを現実的に育ててゆかなければならず、子どもを育てていく親をどちらにするか決めなければなりません。そして、離婚する前に既に夫婦が別居していて、その際に子どもと別々になつていたりときには、子どもと一緒に暮らしている親に対して、他方の親から子どもを引き取りたいと言われることもあります。子どもの引渡しや問題となる事情は、①突然、子どもを連れて家を出た親に対し、残された親が子どもの引渡しを求める場合、②子どもをおいて家を出た親が、残された子どもの引渡しを求める場合、③別居して子どもと暮らしていたところ、他方の親が保育園などから勝手に連れて行った場合など、様々なケースが有ります。

子どもの引渡しの問題に決着がついたとしても、子どもをめぐつての両親の対立の第2ラウンドとして、子どもと別々に生活する親と子どもとの面接交渉の問題が生じます。

**Q2**：妻と離婚することになりましたが、子どもがまだ幼いことから妻を親権者と

しました。その場合、私と子どもとは法律関係がなくなるのですか。

A: 親であることの法律的な意味夫婦とその子どもの関係は、もともと基本的な法律関係であり、親子であることにより、次のような効果が認められます。

#### ①親権

未成年の子どもは、父母の親権に服することになります(民法870条1項)。親権は、親子関係でもっとも重要なものです。

#### ②相続人となる

親子であると、親が亡くなって相続が開始するとその子は、親の第1順位の相続人となり(民法887条1項)、子どもが亡くなると親は亡くなった子の第2順位の相続人となります(民法889条1項)。

したがって、父母が離婚して、親権者とならなかつた親が死亡したときも、たとえ何十年もの間一度もその亡くなった親と会うことも話すこともなかつたとしても、子どもは亡くなった親の財産の相続を受けることができます。

#### ③扶養の権利義務

実の親子のように血縁のつながっている者を血族といい、一方が他方の子孫にあたる関係を直系といいます。したがって、血のつながった親子は、直系血族となります。そして、直系血族は、互いに助け合わなければならない(民法730条)、お互いに扶養する義務があります(民法877条1項)。

#### ④親族関係の発生

親子は、血族として親族となります(民法730条)。親族であることにより、親や子どもの不適法な婚姻の取消しを家庭裁判所に請求することができます(民法744条)。

#### ⑤氏(名字)

親子の氏(名字)には、親子同士の原則があります。つまり、嫡出子(婚姻関係にある夫婦から生まれた子)は、父母の氏(名字)を称し(民法790条1項)、非嫡出子は、母の氏を称することになります(同条2項)。

#### ⑥生命侵害の不法行為の場合の慰謝料請求

他人の不法行為によって被害者が死亡したときは、被害者の父母、被害者の子は、加害者に対して、慰謝料請求をする権利が認められます(民法717条)。

#### ⑦その他

そのほか、未成年の子どもが結婚するには、父母の同意を得なければならず(民法737条)、直系血族である親子は、法律上も婚姻をすることができない(民法734条)などの制限があります。

### 2 離婚と親子の関係

夫婦が離婚する場合、未成年者の親権者は、父母のいずれか一方を親権者と定めなければならず、親権者とならなかつた父または母は当然親権を行使することはできません。しかし、親権以外の相続や扶養の権利義務などは、親権者とならなくても、親子の関係がなくなるわけではないので、離婚後も存続します。

Q: 離婚の際に3歳になる子どもの親権者となりました。親権者のもつ親権にはどのような意味があるのですか。

A: 1 責務としての親権

法律上、未成年の子は父母の親権に服することになり(民法870条1項)、親は子どもの親権者としての役割があります。親権とは、未成年の子どもを、独立の社会人として成長するために、肉体的に監護、保護したり、また精神的な発達を図るために教育し、さらに子どもの

財産を管理したり子どもの財産上の行為の代理人となるという、未成年の子どもに対する社会的な責務をいいます。親権といっても、一般の取引社会における債権債務のような権利義務の関係とは異なる面を有し、そのことが親権について争いになったときの解決の難しさの原因となつていきます。親権は、親の利益を図ることではなく、子どもの福祉をはかることを内容としており、いわば親の社会的な責務といふべきものです。したがって、親権を有しているといつても、子どもを親が自由に支配できるというものではないことを自覚する必要があります。

### 2 親権の内容

親権の法律上の具体的内容としては、①身上監護権(民法820条)と②財産管理権(民法824条)があります。身上監護権は、独立の社会人としての社会性を身につけるために、子どもを肉体的に監督保護し、また精神的な発達を図るために教育する責務です。この身上監護権には、居所指定権、懲戒権、職業許可権、第三者に対する妨害排除権、身分上の行為の代理権があります。このように法律は、親権の内容について具体的に規定を定めています。より一般的にいえば、身上監護権は、他人の干渉を受けることなく子どもの生活の面倒を見る権限です。親は、原則として子どもにどのような監護・教育をなすべきかの自由を有しています。財産管理権は、子どもが財産を持っていくときに、その財産の管理をし、また子どもの財産上の法律行為について、子どもを代理したり子どもが法律行為をすることに同意したりするものです。