

医療と法律

Q&A

第32回

「離婚後の共同親権と医療同意」

弁護士法人 杜協同法律事務所

弁護士 長谷川雄大

相談者：先日「子どもと医療同意」というテーマでも相談に来ました、仙台のとあるクリニックで小児科の医師として勤務しているものです。お久しぶりです。

弁護士：お久しぶりです。今日はこういった内容の相談になりますか？

相談者：はい。テレビを見ていたら、令和8年4月1日から改正された家族法が施行され、これまではなかった離婚後の選択的共同親権が導入されたとのニュースを目にしました。前回の相談で、理屈的な説明は一度置いておくとしても、親権者であれば、子どもの医療に関する同意を親権の行使として行えると理解していました。この離婚後の選択的共同親権が導入されることで、われわれの医療現場に何か影響はあるのでしょうか。

弁護士：今回施行される改正家族法は、共同親権のほかにも重要な改正が多く、弁護士のみならず、一般の皆さまにも大きな影響を与える内容となっています。その中でも、離婚時（離婚後）の子どもの親権に関する規律の見直しは、特に大きな改正ポイントであり、今後実務でどう運用されていくのか注視が必要な分野といえます。

相談者：どういった点が大きな改正といえるのでしょうか。

弁護士：はい。従来は、未成年の子どもがいる夫婦が離婚する場合、父と母のいずれかを親権者に決めなければならず、両者が親権者となることが出来ませんでした。このため、親権の奪い合いにより、離婚が成立するまでに長期間を要する事案が少なからず存在していたのです。今回の家族法改正で共同親権という新しい選択肢が導入され、離婚する際に、夫婦が合意できるのであれば、従来の単独親権ではなく、離婚後も婚姻時と変わらずに共同親権とすることが可能になったのです。もちろん、従来通り、単独親権を選択することも可能です。

相談者：なるほど。見方によっては、共同親権の導入により、親権の奪い合いという争いを減らし、早期に離婚が成立し得るようになったのですね。素朴な疑問なのですが、これは子どもにとって良いことなのでしょうか。

弁護士：するどい指摘ですね。DV等の理由を典型に早く離婚したいにもかかわらず、相手方が親権をかたくなに譲らない場合に、早期に離婚するために共同親権を強いられるような場面も想定されるところです。

また、重要な点は、子どもと同居しない親権者が適切に親権を共同行使できるか疑問がある点です。すなわち、事実婚やパートナー婚のように離婚前後で生活環境があまり変化しない一部の例を除いて、通常、離婚した場合には、「同居する親」と「別居する親」とに分かれることになります。婚姻期間中は、夫婦には同居義務があり（民法752条）、同居している夫婦であれば、同じく同居している子どもに対して、共同で適切に親権を行使できると考えられてきました。離婚後の共同親権を導入するということは、その多くは、離婚後も、子どもと「別居する親」と「同居する親」が、共同して親権を行使しなければならないことを意味します。別居する親による適切な親権行使が難しいことが多いだけでなく、共同親権をやむを得ず強いられた場合に、子どもの利益のために、適切に共同して親権行使ができるのかは疑問があるところです。

相談者：共同親権という形で離婚後も親子の関係が続くことは、一般には子どもにとって望ましい場合もあるのでしょうか、先生がおっしゃるようなDVなどの悪い関係が続く場合にはかえって、子どもの不利益にもなりかねないですね。

弁護士：上記の問題点について改正法では対応策も導入されているのですが、本題から外れてしまうので、また今度ご説明します。

相談者：わかりました。これまで患者である子どものご両親が離婚された場合には、親権者となる親の同意を得て、医療行為を行ってき

ましたが、今後は、少なくとも患者の親が離婚したことが分かった場合には、常に共同親権者がいないかどうか確認しなければならないのでしょうか？

弁護士：問いに対して質問で恐縮ですが、先生は、これまで両親の片方が子どもを連れて来院し医療行為を行う場合、その場にはいないもう一方の親に対して、常に同意を求めていますか？

相談者：確かに、風邪といった軽微な侵襲しか伴わない治療を行う場合には、わざわざその場にいない親権者の同意を得ることはないですね。他方で、入院を伴うような重大な医療行為の場合には、ご両親に説明し、連名で同意書などに署名をいただくことが通常だと思います。

弁護士：そうですね。実は、改正前の民法は、「親権は、婚姻中は、父母が共同して行う。」とのみ定め、単独で親権を行使できる場合について十分な規定がありませんでした。

他方で、今回の改正では、共同親権であっても、①他の一方が親権を行うことが出来ないとき、②子の利益のため急迫の事情があるとき、③監護及び教育に関する日常の行為に関与するときには、単独で親権を行使することを明文化しました（民法824条の2）。

先生の例ですと、風邪のような場合には、③監護に関する日常の行為であるため、もう一方の親権者の意向を確認する必要がなかったと説明することになります。

相談者：当たり前のように、親権者が片方しか来院されていない場合にも治療行為を行っていましたが、今までは単独で行使できる場合について民法上規定がなかったのは驚きです。

新しい規定を前提にすると、医療行為が「日常行為」の範囲に含まれるのであれば、従来通りの医療行為を行う方法でよさそうですね。

他方で、「日常行為」には含まれない重大な医療行為については、親権者双方の同意が必要となるため、場合によっては、離婚や共同親権者の有無等の事情を確認して、同意を得るべき親権者を把握する必要があるそうですね。

弁護士：とはいえ、何が「日常行為」といえるかは実は難しい問題です。

国が公表している「Q&A形式の解説資料（民法編）」¹⁾によると、「子の心身に重大な影響を与えないような治療（例えば、風邪、ぜんそくやアレルギー等の治療などのように、日々の生活の中で生ずるもの）の決定は、「監護及び教育に関する日常の行為」に該当する。

他方で、生命に関わる医療行為等、子の心身に重大な影響を与えるものは、「監護及び教育に関する日常の行為」に該当しない。」とされています。

相談者：分かったような、分からないような……。現場の限界事例では、判断に悩むこともありそうですね。

弁護士：そうですね。その際には、先ほど見た「Q&A形式の解説資料（民法編）」の中にさまざまな事例が紹介されていますので、それを参考にするのが有益です。

相談者：では、「日常行為」には含まれない重大な医療行為に当たる場合で、医療機関が当事者の苗字が変わった等、離婚したことがうかがえる事情を認識した場合、われわれは当事者に対するヒアリングのほかに、共同親権、単独親権のいずれを選択したのか把握する手段はあるのですか。

弁護士：そうですね。まず、前提としてですが、共同親権者のうち1人が手術の同意を行ったが、もう一方の親権者が同意をしていなかった場合には、親権者の有効な同意は存在しないとする裁判例があります（横浜地判昭和54年2月8日判タ382号127頁）。

そして、有効な同意を欠く医療行為は、刑法上傷害罪にもなりうる違法な行為です。この点からも、医療機関としては、離婚後の共同親権の有無も含めて、同意を得るべき親権者の範囲を適切に確認する必要があります。

その一方で、医療機関が患者に対して戸籍などの身分関係が分かる資料の提供を求める法的根拠がないのが悩みどころです。

まだ明確に議論されていないと思われますが、現実問題としては確実な調査方法がないため、次善策として、各種同意書・問診票の書式改定を行い、親権者2名分の署名欄に「☒単独親権者であり、他に親権者がいないことを確認します。」といったチェック欄を設けて、自己申告してもらう等の対応が考えられるところです。

相談者：仮に、親権者が、離婚後の共同親権を選択したにもかかわらず、単独親権であると虚偽の申告をした場合に、同意を得ていな

い親権者から責任追及されることはないのですか。

弁護士：医療機関は、必ずしも親権に関する情報を知り得る立場にはありませんので、先ほど提案したような手術同意書等があれば、これが証拠となって、法的責任は否定されとて考えられます。

もっとも、それが虚偽の申告であると気付くことが出来る特段の事情がある場合には、不法行為責任が認められる可能性があるので注意してください。

また、今すぐにも治療を行わなければ、生命の危険がある、障害が残ってしまうといった、子の利益のために急迫の事情がある場合には、共同親権であっても、単独で親権を行使することができますので、他方の親権者から責任追及されることはありません。

相談者：では、次の問題として、手術同意書の記載などから、共同親権者の存在が明らかとなった場合、医療機関としては、その親権者に連絡を取る必要があると思います。この場合の注意点などはありますか。

弁護士：連絡をとること自体に問題はありませんが、(1)連絡が取れない場合や(2)連絡が取れても医療行為に同意いただけない場合には検討が必要です。(2)の場合は、先日の法律相談でお話した医療ネグレクトの問題ですので、今日は省略しますね。

(1)の問題ですが、共同親権者の存在が分かっても、そもそも、連絡が取れず、行方も分からないような場合には、民法824条の2第1項1号により、「他の一方が親権を行うことがで

きないとき」に該当すると評価して、医療行為を行ってよいでしょう。

他方で、連絡は取れたものの、相当な期間内に反応がなかったり、同意・不同意の態度を示さないような場合には、相手方から黙示的な同意があったと評価することができる場面も多いと考えられます(Q&A形式の解説資料(民法編)Q4-4)。

◆ このQ&Aから何を学ぶか ◆

- ①令和8年4月1日より改正民法が施行され、離婚後の選択的共同親権制度が導入された。これにより、次の②の場合を除いて、子どもに対する医療行為の同意主体が、離婚後であっても、離婚した元夫婦「双方」となる場合がある。
- ②共同親権であっても、(1)他の一方が親権を行うことが出来ないとき、(2)子の利益のため急迫の事情があるとき、(3)監護及び教育に関する日常の行為に関するときのいずれかに該当する場合には、単独で親権を行使できるため、医療同意もいずれか一方の親権者のみで行える。
- ③侵襲性の高い重大な医療行為を行う場合には、医療機関のリスクマネジメントとして、親権者の範囲を確認する必要があり、手術同意書等の署名欄等を改定し、親権者に単独親権者が否かを自己申告させるとともにその申告を記録化する等の方策を検討することが望ましい。

1) https://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00377.html