

# 婚姻契約書の解説（条解）

NPO法人EMA日本理事

早稲田リーガルコモンズ法律事務所

弁護士 原島 有史

\_\_\_\_\_（以下「甲」という。）及び\_\_\_\_\_（以下「乙」という。）は、双方の自由な意思決定に基づき、社会観念上の婚姻に相当する関係を築くことを目的として、本日、以下のとおり合意した。

## 【解説】

民法上の婚姻の要件としては、届出をするという形式的要件の他に、①婚姻意思の合致と②婚姻障碍（婚姻の成立を阻止する事由）の不存在という2つの実質的要件があります<sup>1</sup>。このうち、①の「婚姻意思」について、判例は「真に社会観念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する効果意思」とし、婚姻届出が他の目的を達成するための便法にすぎない場合は婚姻は無効としています<sup>2</sup>。

そのため、契約書の冒頭において、当事者間に実質的な婚姻意思があることを宣言しています。

## 第1条（相互の関係の確認及び誓約）

- 1 甲及び乙は、二人が愛情と信頼に基づく真摯な関係にあることを、相互に確認する。
- 2 甲及び乙は、互いに人生のパートナーとして、生涯にわたって助け合い、支えあって生きていくことを相互に誓約する。

## 【解説】

本条では、第1項で契約当事者の関係を確認するとともに、第2項では結婚式で一般的に述べられるような誓約文言を規定しています。第1項は、渋谷区のパートナーシップ証明を取得する際の合意契約書としても本契約書を使えるように、パートナーシップ条例で要求されている必須事項の一つを

<sup>1</sup> 窪田充見著『家族法（第2版）』（有斐閣・2013年）14頁等参照

<sup>2</sup> 最判昭和44年10月31日民集23巻10号1894頁

明記したものです<sup>3</sup>。また、第 2 項は本契約全体を通じた解釈の指針として規定しています。

2015 年 6 月 26 日のアメリカ合衆国連邦最高裁判所は、婚姻から同性カップルを排除することは憲法違反であるとした判決において、「婚姻ほど深遠な結び付きはない。なぜなら、婚姻は、愛、貞節、献身、犠牲及び家族の最高の理想を体現するものだからである。」と判示しています。また、2017 年 5 月 24 日に出された台湾司法院における同性間の婚姻を認めた判決では、「親密で、排他的な永続的結合関係を成立させる必要性、能力、意欲、渴望などの生理的、心理的要素について言うなら、その不可欠性は、同性に性指向が向かう人と異性に性指向が向かう人の間に何ら違いはなく、いずれも憲法第 22 条の結婚する自由を保障されるべきである。」と指摘しています。このように、二人の関係が（異性婚と変わらず）愛情に基づく永続的な結合関係であると宣言することは、今後、我が国で同性婚を実現していくうえでも（広く社会一般から支持を受けるうえでも）大切なことだと考えています。

## 第 2 条（婚姻等の禁止）

甲及び乙は、本契約の効力が存続する間は、他の者と婚姻し、又は本契約と同等若しくは類似の契約を締結しないことを誓約する。

### 【解説】

民法は、その 731 条（婚姻適齢）から 737 条（未成年者の婚姻についての父母の同意）において、婚姻障碍（婚姻の成立を阻止する事由）に関する規定を置いています。これらの婚姻障碍のうち、732 条（重婚の禁止）は、単に「既婚者は婚姻することができない」というだけでなく、婚姻する当事者の行為・行動を規律する面がありますので、本契約でも規定を設けました。この条文の存在により、本契約書が一夫多妻制などの複数婚（ポリガミー）を前提とした契約ではないことを明示しています。

異性間の法律婚の場合、重婚の禁止は、戸籍事務管掌者の形式審査により婚姻届自体を受理しないことである程度担保できますが、同性カップルの場合、このような担保がありません。もっとも、一方が本条に故意に違反したときは、他方は本契約を解除することができるとともに、本契約書第 16 条第 1 項後段及び民法 415 条・709 条に基づき、相手方に対して損害賠償の請

<sup>3</sup> 「渋谷区パートナーシップ証明任意後見契約・合意契約公正証書作成の手引き」  
(<https://www.city.shibuya.tokyo.jp/est/oowada/partnership.html>) 4 頁参照

求ができると考えられます。

なお、それ以外の婚姻障碍（近親者間の婚姻の禁止、直系姻族間の婚姻の禁止等）は、いずれも婚姻をする主体に関する規制であるところ、本契約書の目的は婚姻の主体ではなく婚姻の効果に重点がありますので、民法類似の規制は設けていません。

### 第3条（同居、協力及び扶助の義務）

- 1 甲及び乙は、正当な理由がない限り、同居し、互いに協力し扶助することを約する。
- 2 甲又は乙の一方が居住用不動産について所有権、賃借権その他の使用権限を有するときは、当該一方は、他方（以下「相手方」ともいう。）に対し、当該居住用不動産に居住する権限を与える。
- 3 甲及び乙は、第1項の扶助にあたっては、相互に相手方の生活を自己の生活と同一水準で維持するものとする。
- 4 甲及び乙は、互いに相手方以外の第三者と性的関係を持たないことを約する。ただし、甲及び乙との間の信頼関係及び実質的共同生活関係が既に破綻している場合はこの限りでない。

#### 【解説】

本条は、民法752条（同居、協力及び扶助の義務）の規定（「夫婦は同居し、互いに協力し扶助しなければならない。」）及びそれに関連する裁判例を条文として定めたものです。民法752条の義務は、夫婦が精神的・肉体的・経済的に終生の生活共同体であることから要請される夫婦間の本質的義務であるといわれています<sup>4</sup>。同居・協力・扶助義務の具体的な内容は、本契約当事者のライフスタイルにより異なり、また社会の変化に応じて変わっていくものですから、そのときどきに応じて、両当事者間で協議して決めていく必要があります。そのため、協力義務に基づいて直ちに具体的な義務の強制が可能というわけではありません<sup>5</sup>。

当事者間の同居義務は共同の住居を前提としていますが、裁判実務上、同居義務違反は形式的に判断すべきではなく、当事者の共同生活の維持向上という目的から弾力的に判断すべきとされています（そのため、契約書の文言

<sup>4</sup> 吉田恒雄・岩志和一郎著『親族法・相続法（第4版補訂）』（尚学社、2016年）49頁

<sup>5</sup> 犬伏由子・石井美智子・常岡史子・松尾知子著『親族・相続法第2版』（弘文堂・2016年）53頁

には「正当な理由がない限り」という限定を加えています。)。たとえば、職業上・健康上・子の教育・親の介護等の正当な理由で別居する場合は同居義務違反とはならず、また、個々の当事者が協力義務を果たし得る限りで別居を合意することも許されます。なお、判例上、当事者が同居義務に違反したとしても、同居を命じる審判の履行を強制することは、(直接強制・間接強制を問わず)できないとされています<sup>6</sup>。

第2項は、当事者間の同居・協力・扶助義務から派生する権利として、本契約当事者の一方が使用する権限を有する居住用不動産について、他方当事者も利用することができることを定めたものです。これは、「夫婦は同居し互に協力扶助する義務を負うものであるから、夫婦の一方は特段の事情のない限り他方の所有家屋につき当然に居住権を有するものと解すべきである」として、建物所有者である夫から妻への建物明渡請求を否定した裁判例<sup>7</sup>等を参考にしています。

第3項は、民法752条の扶助義務を具体化した規定で、次条の婚姻費用分担義務を考えるうえでの指針となるものです<sup>8</sup>。婚姻当事者間の扶助義務は、「親族一般の『扶け合い』というよりも、もっと強い切実なものであって、未成熟の子を含む夫婦一体としての共同生活に必要な衣食住の資を供与しあうことであり、相手の生活を自分の生活と同一の内容・程度のものとして保障するいわゆる生活保持の義務であるから、生活扶助義務といわれる親族間の扶養とは性質を異にするものである<sup>9</sup>。」とされています。当事者の一方が本項の義務に違反したときには、次条の婚姻費用分担請求によるほか、第15条1項4号に該当するとして契約の解除を主張することが考えられます。

第4項は、互いに第三者と不貞行為(浮気)をしないことを約束する条項です。このような義務は民法上明確に定められているわけではありませんが<sup>10</sup>、通説は、これを婚姻当事者間の「貞操義務」(または「守操義務」とし

---

<sup>6</sup> 大審院決定昭和5年9月30日民集9巻926号

<sup>7</sup> 東京地判昭和45年9月8日判時618号73頁。なお、東京地判平成3年3月6日判タ768号224頁は、同様の権利を認めつつ、居住権の主張は権利濫用として認められないと判示した。

<sup>8</sup> 大阪高決昭和44年5月23日家裁月報22巻2号45頁は、婚姻費用の負担について「夫婦間における扶助の内容は、原則として夫婦が互いに自己の生活を保持するのと同程度において相手方の生活を保持することにある」とし、また、婚姻費用の負担者は他方に対してその生活保持に必要な費用を支給する義務があると判示している。

<sup>9</sup> 青山道夫・有地亨編『新版注釈民法(21)親族(1)』(有斐閣・復刊版・平成22年)364頁

<sup>10</sup> 重婚が禁止され(民法732条)、また不貞行為が離婚原因とされている(民法770条1項1号)ことから、貞操義務が間接的に規定されていると説明されるのが一般的。

て、同居・協力・扶助義務の前後で言及しています<sup>11</sup>。歴史的には、「貞操義務」は妻の夫に対する義務とされていましたが、大正時代には夫もまた妻に対して貞操義務を負うとの判断が下され<sup>12</sup>、それ以降、婚姻当事者が相互に負う義務として定着してきました<sup>13</sup>。

法律婚をしている異性カップルの場合、配偶者本人とその浮気相手による不貞行為は、他方配偶者に対する共同不法行為になるとされています<sup>14</sup>。そして、「夫婦の一方の配偶者と肉体関係を持った第三者は、故意又は過失がある限り、右配偶者を誘惑するなどして肉体関係を持つに至らせたかどうか、両名の関係が自然の愛情によつて生じたかどうかにかかわらず、他方の配偶者の夫又は妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び、右他方の配偶者の被つた精神上的苦痛を慰謝すべき義務がある」というのが判例の考え方です<sup>15</sup>。判例の指摘する「夫又は妻としての権利」とは、「婚姻共同生活の平和の維持という権利又は法的保護に値する利益」とされているため、既に婚姻関係が破綻した後に行われた不貞行為の場合、第三者は不法行為責任を負わないこととなります<sup>16</sup>。

「婚姻共同生活の平和の維持」という利益は、法律婚をしている異性カップルに限らず、本契約を締結している同性カップルにも当てはまるでしょう。そのため、もし本契約当事者の一方が浮気をし、かつ、その浮気相手も本契約の存在及び内容を認識していたのであれば、浮気相手に対して慰謝料請求をすることも理論上は可能であると考えます。ただし、不貞の相手方の責任は副次的なものですので、浮気後も婚姻関係が破綻していないような場合には、慰謝料額は低額になる傾向にあります<sup>17</sup>。

#### 第4条（婚姻費用の分担）

- 1 甲及び乙は、その資産、収入その他一切の事情を考慮して、両者の共同生活から生ずる費用（居住費、食費、水道光熱費、医療費、教育費、保

<sup>11</sup>前掲吉田恒雄他著『親族法・相続法（第4版補訂）』51頁、前掲青山道夫他編『新版注釈民法（21）親族（1）』362頁、能見善久・加藤新太郎編『論点体系判例民法9親族』（第一法規・平成21年）74頁等多数

<sup>12</sup> 大決大正15年7月20日刑集5巻318頁

<sup>13</sup> もっとも、最近ではあえて「貞操義務」を觀念しなくてもよいのではないかという指摘もある。窪田充見著『家族法（第2版）』58頁参照

<sup>14</sup> 最判平成6年11月24日判時1514号82頁

<sup>15</sup> 最判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁

<sup>16</sup> 最判平成8年3月26日民集50巻4号993頁

<sup>17</sup> 東京地判平成4年12月10日判タ870号232頁参照

険料その他の生活上の費用をいい、以下「婚姻費用」という。)を分担することを約する。

- 2 前項の婚姻費用の分担は、本契約が解消されるまでの間とし、家庭裁判所の公表する養育費・婚姻費用算定表の額を基準として協議の上で定めるものとする。
- 3 前項の規定にかかわらず、本契約に違反し、かつ、甲及び乙の信頼関係及び実質的共同生活関係の破綻につき帰責性のある当事者は、相手方に対し、婚姻費用の分担金を請求することができない。

### 【解説】

婚姻費用とは、第1項で定義したとおり、夫婦間（本契約の場合には契約当事者間）で分担する家族の生活費のことです。この生活費の支払義務は、第3条の扶助義務に基づいて発生します。本契約当事者が円満に同居している場合には、これらの義務の存在や範囲が紛争として顕在化することはあまりありません。しかし、当事者の関係が悪化し別居に至ったような場合、これらの義務に基づき、誰から誰に、いつからいつまで、幾らが生活費として支払われるのかが問題になります。

法律婚をしている夫婦の場合、「過去には、別居し破綻した夫婦間では扶養義務はもはや存在しない、あるいは別居親・非親権者の扶養義務は監護親・親権者に劣後するといった議論もあった。だが、現在では、離婚までは婚姻費用支払義務が継続すること、別居親・非親権者も監護親・親権者と同様の生活保持義務を負うことが判例により定着している。そのため、別居から離婚までは婚姻費用、離婚後は養育費を、原則として収入の多い方から収入の少ない方に対して支払うことが求められる。」<sup>18</sup>とされています<sup>19</sup>。本契約の趣旨は「法律上の婚姻をしたカップルと同様の権利義務関係を設定すること」にありますから、仮に当事者の仲が悪くなって別居したとしても、本契約が解消されるまでの間は、法律婚の場合と同様の義務を負うよう規定しています。

もっとも、本契約の当事者は、法律婚をしている夫婦と異なり、家庭裁判所の家事調停（婚姻費用の分担請求調停）を利用することができません。そのため、第2項では、実務上利用されることの多い、東京家庭裁判所が公表

<sup>18</sup> 森公任・森元みのり編『簡易算定表だけでは解決できない 養育費・婚姻費用算定事例集』（新日本法規出版・平成27年）4頁

<sup>19</sup> 裁判例としては、「夫婦が別居している場合でも、いやしくも夫婦である限り、相互の扶助義務はなくなるのであるから、婚姻費用の負担者は他方に対してその生活保持に必要な費用を支給する義務がある」とした前掲大阪高決昭和44年5月23日などがある。

している「養育費・婚姻費用算定表」<sup>20</sup>の額を基準とし、双方の協議により定めるものとしています。このような書きぶりだと、当事者間の協議が整わなかった場合に困難な問題が生じるのですが、法律婚制度を利用できないことによる限界と考えざるを得ません。

権利者が婚姻関係破綻の主な原因を作った場合、自分が本契約の協力扶助義務に違反しておきながら相手にその履行を求めるのは信義に反します<sup>21</sup>。そのため、このような場合には婚姻費用の分担請求をすることはできないよう、第3項に明示しました。

#### 第5条（日常家事代理権の授与）

- 1 甲又は乙の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときは、他方は、これによって生じた債務について、連帯してその責任を負う。ただし、第三者に対し責任を負わない旨を予告した場合は、この限りでない。
- 2 甲及び乙は、相互に、相手方に対し、日常の家事に関する法律行為にかかる代理権を授与する。

#### 【解説】

第1項は、民法761条に規定されている日常の家事に関する債務の連帯責任について定めた規定です。ここでいう日常家事の範囲は、婚姻共同生活に必要なとされる一切の事務、具体的には、家族の食料、水道光熱費、医療などの買い入れ、保険・娯楽・医療・子の教育等に関する費用、家具・調度品の購入などが含まれるとされています。日常家事の範囲について判例は、婚姻当事者の社会的地位、職業、資産、収入、地域社会の慣行等により異なるとしています<sup>22</sup>。

第2項は、（民法761条が）「その実質においては、さらに、右のような効果の生じる前提として、夫婦は相互に日常の家事に関する法律行為につき他方を代理する権限を有することを規定しているものと解するのが相当である。」と判示した判例<sup>23</sup>を前提にしています。少しわかりにくいところですが、たとえば、本契約当事者の一方Aが自分名義で日常の家事に関する取

<sup>20</sup> [http://www.courts.go.jp/tokyo-f/saiban/tetuzuki/youikuhi\\_santei\\_hyou/](http://www.courts.go.jp/tokyo-f/saiban/tetuzuki/youikuhi_santei_hyou/)

<sup>21</sup> 裁判例としては、東京家審平成20年7月31日家月25巻11号98頁など

<sup>22</sup> 最判昭和44年12月18日民集23巻12号2476頁

<sup>23</sup> 前掲最判昭和44年12月18日

引をしたときは、第1項によりパートナーBも連帯して債務を負担します。また、Aが自分名義ではなくB名義で取引をしたときは、2項によりBが債務を負担し、Bの負担した債務をAも1項により連帯して負担するという法律構成です。

本来、民法上の任意代理（民法99条1項）は、取引の際に顕名（本人を代理して行為していることを相手方に示すこと。）をする必要があるのですが、代理人が自己の名を出さずに直接本人の名で法律行為をした場合にも、原則として本人に効果が帰属するとされています<sup>24</sup>（これを「署名代理」といいます。）。

#### 第6条（療養看護に関する委任等）

- 1 甲又は乙の一方が罹患し、医療機関において治療、療養、延命又は手術（以下「治療等」という。）を受ける場合に備え、甲及び乙は、相互に、相手方に対し、治療等の場面に立ち会い、本人と共に、又は本人に代わって、医師その他の医療関係者から、症状や治療等の方針・見通し等に関する説明（カルテの開示を含む。）を受けることを委任する。
- 2 前項の場合に加え、罹患した甲又は乙の一方は、その通院・入院・手術時並びに意識不明時及び危篤時において、相手方に対し、入院時の付き添い、面会謝絶時の面会、治療方針（延命の是非の判断を含む。）の決定及び手術に同意することを委任する。この場合、相手方の決定は、本人の最近親の親族（子・父母・兄弟姉妹その他本人の当該時点における最も近い親等の親族を指す。）に優先するものであることを相互に確認する。
- 3 甲及び乙は、前二項の受任事務を全うするため、平常時において、自己の治療等に関する希望、意向その他の意思を、あらかじめ相手方に説明するとともに、治療等に関する相手方の意思を常に確認し、理解するよう努める。

#### 【解説】

医療同意権（医的侵襲を伴う医療行為の同意の決定権）は、当該医療を受ける者本人が有しており、医師が患者に手術を行う場合には、「原則として患者の治療及び入院の申込とは別の当該手術の実施についての患者自身の

<sup>24</sup> 山本敬三『民法講義Ⅰ総則〔第3版〕』（有斐閣・2011年）356頁参照

承諾を得ることを要するものと解すべく、承諾を得ないでなされた手術は、患者の身体に対する違法な侵害となるものといわなければならない<sup>25</sup>」とされています。

これに対し、意識不明などにより同意する能力がない者について、現在の医療現場では、「患者に代わって同意するのに最も適当な最近親者、たとえば配偶者、父母、同居の子などに説明をして、本人に代わっての同意を求めることになる<sup>26</sup>」として、家族による医療同意の代行が行われています。

もっとも、このような家族による同意が許される根拠についてははっきりしておらず、家族であれば当然に代行決定権を持つわけではないという意見もあります<sup>27</sup>。ただし、この見解でも、「同意能力がない成年者に関し、治療の高度の必要性があるときに、本人の意思を推測しかつ本人の最善の利益を図り得る立場にある家族に説明してその同意を得るならば、社会的相当性ということから違法性がなくなる場合があることは肯定されて良い」と指摘しています。

家族による同意はあくまで本人の医療同意権を代行しているにすぎず、代行が許される根拠が「本人の意思を推測しかつ本人の最善の利益を図り得る立場にある」ことにあるのですから、法律上の婚姻関係にないとしても、法律婚夫婦と同等の関係にあり、かつ互いに普段から治療等に関する意向を確認しあっている（本条3項）当事者同士であれば、医療同意権の代行者としては適任ということが出来ます。そのため、本契約の当事者双方が互いに医療同意権を付与しあうこと、当事者の一方が緊急時に他方当事者の医療について同意することは、社会的相当性を十分認めることができるので、適法であると考えます。

#### 第7条（当事者間における財産の帰属）

- 1 甲又は乙の一方が本契約締結前から有する財産及び本契約の効力が存続する間に自己の名で得た財産は、その特有財産（本契約当事者の一方が単独で有する財産をいう。以下同じ。）とする。
- 2 甲又は乙のいずれに属するか明らかでない財産は、その共有に属するものと推定する。

<sup>25</sup> 札幌地判昭和53年9月29日判タ368号132頁

<sup>26</sup> 日本医師会生命倫理懇談会「説明と同意についての報告」（1990年1月9日）

<sup>27</sup> 日本弁護士連合会「医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱」（2011年12月15日）

## 【解説】

本条は、本契約当事者の財産関係を規律する原則的な規定で、民法の夫婦財産の帰属の規定（民法 762 条）を取り入れたものです。夫婦財産制に関する考え方としては、①完全別産制とみる説と、②実質的共有財産とみる説、という大きく 2 つの見解があります<sup>28</sup>。①完全別産制説は、夫婦の財産は「自分で取得したものは自分のもの」というのが原則で、長年の夫婦生活などにより誰が取得したのか明らかでない場合に限り、共有の推定を受ける、という考え方です（本契約書はこちらの見解を前提にしています）。これに対し②の実質的共有財産説は、婚姻中夫婦の協力により取得した財産は、夫婦の対内的関係では共有財産とされ、共有財産が夫婦財産の中心になるという考え方です。②の立場に立つ場合、契約書の文言としては、「甲及び乙の共同生活の期間中に取得した財産は、別意の合意がない限り、両者の共有に属するものとする。」といった表現になると思います。

これまでに公開されているパートナーシップ契約書などを見ると、②の立場から作成されたと思われる条項が散見されます。しかし、上記のように「両者の共有に属するものとする」とした場合、共同生活の期間中に契約当事者の一方が財産を取得したときにはその持分の半分をその都度贈与するという法律構成になると考えられますが、i) そもそもこのような対象物を限定しない贈与契約が有効なのか、ii) 仮に贈与契約が有効であったとしても、その額が 110 万円を超える場合には贈与税が生じるのではないかと、iii) 自分で買って自分で使っている物を自分で捨てても、（その半分はパートナーのものであるため）理屈上は器物損壊罪が成立してしまうのではないかと、といった疑義が生じ得ます。

このような複雑な法律問題が生じるのを避けるため、本契約書ではシンプルに、各自が取得したものは各自の所有に属するものとし、その清算は必要に応じて負担付死因贈与（死別時）または財産分与（離別時）で行うという建付けにしています。このような構成は、最高裁判所の見解にも沿うものだと考えます<sup>29</sup>。

### 第 8 条（判断能力低下時の療養看護）

甲及び乙は、生活又は財産の形成過程にあり、任意後見受任者に委託する事務の代理権の範囲を特定することが困難である事由があるところ、甲又

<sup>28</sup>前掲青山道夫外編『新版注釈民法(21)親族(1)』458頁以下参照

<sup>29</sup> 最大判昭和 36 年 9 月 6 日民集 15 卷 8 号 2047 頁参照

は乙の一方の身体能力又は判断能力が低下したときは、相手方は、身体能力又は判断能力が低下した者の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を可能な限り援助し、一方の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況を配慮すること及び甲乙で必要が生じたときは速やかに、任意後見契約に係る公正証書を作成することに合意する。

#### 【解説】

本条は、本契約書を渋谷区のパートナーシップ証明を取得する際の合意契約書としても使えるように、パートナーシップ条例で要求されている必須事項の一つを明記したものです<sup>30</sup>。

特に具体的な法的義務を課す条文ではありませんが、傷病や認知症等によりパートナーの心身の状態が低下したときも、他方当事者に対し、一定の配慮をするよう求めています。

#### 第9条（養子縁組）

甲又は乙の一方が養子縁組をするときは、あらかじめ相手方の同意を得るものとする。ただし、相手方がその意思を表示することができない場合は、この限りでない。

#### 【解説】

本条は、「配偶者のある者が縁組をするには、その配偶者の同意を得なければならない」とする民法796条の規定を取り入れたものです。法律上の婚姻をしているカップルの場合、成年を養子にするときは配偶者の同意が必要であり、未成年者を養子にするときは、配偶者と共に養子縁組をし（民法795条）、配偶者と共に親権を行使する必要があります（民法818条3項）。これに対し、本契約当事者が養子縁組をする場合、法律上の「配偶者のある者」ではないため、単独で養子縁組をすることが法律上は可能です（もっとも、未成年者を養子縁組する場合には家庭裁判所の許可が必要です）。

しかし、縁組は当事者の身分関係に重大な変化を生じさせるものですので、法律婚をしているカップルと同様、パートナーの同意が必要としています。

<sup>30</sup> 前掲「渋谷区パートナーシップ証明任意後見契約・合意契約公正証書作成の手引き」（<https://www.city.shibuya.tokyo.jp/est/oowada/partnership.html>）5頁参照

## 第 10 条（子の教育監護）

- 1 甲又は乙の一方が、未成年者の親権者であるとき又は未成年者の親権者となったときは、当該一方は、相手方に対し、当該未成年者の教育監護を委託するものとする。この場合、甲及び乙は、当該未成年者の福祉を第一に考えて、子の教育監護につき相互に協力することを約する。
- 2 甲及び乙は、前項の権限には、当該未成年者に医療行為が必要であると医師が認めるとき、その医療行為について医師から説明（カルテの開示を含む。）を受け、手術その他の医療侵襲の同意をし、又は治療方針の決定に同意することを含むことを確認する。

### 【解説】

法律婚をしているカップルの場合、未成年の子に対する親権は共同して行うとされています（民法 818 条 3 項）。これに対し、法律婚をしていない同性カップルの場合、共同親権が認められていません。また、もし親権者でない方と未成年の子が養子縁組をした場合、未成年の子の苗字は養親の苗字になり（民法 810 条本文）、親権も養親に移ってしまいます（民法 818 条 2 項）。そのため、現行制度では、同性カップルの両者が未成年の子の共同親権者になることはできません。

もっとも、親権者が子の教育監護について、親権者の責任の下に、他の者に委任（準委任）することは一般におこなわれています（保育所や学校も、その機能の一部を担っているといえるでしょう）。本条は、このような親権者による教育監護の権利義務（民法 820 条）の委任を定めたものと構成することができます（もちろん親権者が教育監護権をパートナーに丸投げするという意味ではありません）。

なお、本条第 1 項の「未成年者の親権者であるとき」とは、既に未成年の子を養育している人が本契約を締結する場合を、「未成年者の親権者となったとき」とは、本契約を締結したカップルが、生殖補助医療や養子縁組などにより新たに未成年の子を養育するようになった場合を、それぞれ念頭に置いています。

## 第 11 条（死後事務の委任等）

- 1 甲又は乙の一方の死亡を停止条件として、本契約当事者は、相互に、死亡した一方（以下「死亡当事者」という。）の死亡後における次の事務（以下「本件死後事務」という。）を、他方当事者（以下「生存当事者」

という。)に委任する。

- ① 親族等の関係者への連絡
  - ② 葬儀、納骨、埋葬、永代供養
  - ③ 未払の租税公課、医療費、入院費用、福祉施設利用料その他一切の債務の弁済
  - ④ 家財道具、生活用品の処分
  - ⑤ 行政官庁等への諸届出
  - ⑥ 死亡当事者が当事者となっている契約の全部又は一部の解約及び清算
  - ⑦ 以上の各事務に関する費用の支払
- 2 甲及び乙は、本件死後事務を処理するにあたり、生存当事者が復代理人を選任することを相互に承諾する。
- 3 死亡当事者の葬儀、納骨及び埋葬は、死亡当事者の生前の希望や資力等を考慮して、生存当事者が決定するものとする。
- 4 葬儀、納骨、埋葬その他本件死後事務を遂行するために必要な費用は、すべて死亡当事者の負担とし、生存当事者は、その管理する死亡当事者の財産の中から支出することができる。
- 5 死亡当事者の法定相続人その他の死亡当事者の地位の承継者は、生存当事者の承諾がない限り、本件死後事務の委任を解除することができない。

#### 【解説】

死後事務委任契約とは、委任者が受任者に対して自分の死後の葬儀や埋葬等に関する事務を委任し、その委任に係る事務について代理権を付与することにより、本人死亡後にこれを実現しようとする委任契約です。簡単にいうと、自分が死んだ後の葬儀等の手続をパートナーにお願いする条項です。委任契約は本来、委任者又は受任者の死亡によって終了しますが（民法 653 条 1 号）、現在の通説・判例<sup>31</sup>は、この条文を任意規定と解釈しており、委任者の死亡によっても委任契約が終了しない旨の死後事務委任契約を有効としています<sup>32</sup>。

また、委任者の死亡後に、委任契約を相続人が自由に解除できるとすると、死後事務委任契約を当事者間で定めた意義が失われてしまいます。そのため、本条第 5 項には、相続人による一方的な解除を認めない条項をいれています。

<sup>31</sup>最判平成 4 年 9 月 22 日金融法務 1358 号 55 頁

<sup>32</sup>一般社団法人日本財産管理協会編『Q&A 成年被後見人死亡後の実務と書式』（新日本法規出版・平成 25 年）79 頁参照。

これは、「委任者の死亡後における事務処理を依頼する旨の委任契約においては、委任者は、自己の死亡後に契約に従って事務が履行がされることを想定して契約を締結しているのであるから、その契約内容が不明確又は実現困難であったり、委任者の地位を承継した者にとって履行負担が加重であるなど契約を履行させることが不合理と認められる特段の事情がない限り、委任者の地位の承継者が委任契約を解除して終了させることを許さない合意をも包含する趣旨と解することが相当である」という裁判例<sup>33</sup>を参考にしています。

もともと、本条は突然の交通事故など予想外の死亡に対処するための応急処置的な条文ですので、契約当事者が高齢化するなどして死後事務委任が現実的になってきた段階で、再度正式な「死後事務委任契約」を締結することをお勧めします。

#### 第 12 条（負担付死因贈与及び祭祀主催者の指定）

- 1 甲及び乙の一方が先に死亡した場合、死亡した者が死亡時に有する一切の財産を、死亡と同時に他方に贈与する。
- 2 甲及び乙は、前項の死因贈与につき、相互に承諾した。
- 3 甲及び乙は、相互に、相手方を自己及び自己の祖先の祭祀を主催すべき者として指定する。
- 4 甲及び乙は、第 1 項の死因贈与につき、他方を相互に執行者とする。
- 5 第 1 項の死因贈与は、本契約の継続を前提とする負担付死因贈与であり、本契約が解除されない限り、一方的に取り消すことはできないものとする。
- 6 甲又は乙の一方が先に死亡した場合、他方から当該死亡者に対する第 1 項の死因贈与はその効力を失う。

#### 【解説】

死因贈与契約は、贈与者の死亡によって効力を生ずる贈与契約であり、その性質に反しない限り、「遺贈に関する規定を準用する」とされています（民法 554 条）。判例・通説は、準用されるのは執行に関する規定等に限られ、遺言の方式（民法 967 条以下）等の規定は準用されないと解しています<sup>34</sup>。つまり、遺言書であれば遺言者が単独で作成しないと効力がありませんが

<sup>33</sup> 東京高判平成 21 年 12 月 21 日判時 2073 号 32 頁

<sup>34</sup> 奥田晶道・池田真朗編『法学講義民法 5 契約』（悠々社・2008 年）124 頁

(共同遺言の禁止・民法 975 条)、死因贈与であれば、当事者双方が署名する本契約でも有効に結ぶことができます。

この条文は、当事者間に相続権がないことから生ずる不都合を補うための規定ですが、「包括的死因贈与契約に関しては、他に法定相続人がいる場合に、この契約の義務負担者がどうなるのかなど種々の問題があることから、当分の間は、将来、双方の遺言をすることを推奨しておくようにするのが実務的な解決方法であろう。<sup>35)</sup>」との指摘もあります。

本契約書を締結する当事者の一方又は双方が不動産などの大きな資産を有する場合には、相互に遺言書を作成しておくことを強くお勧めします。

#### 第 13 条 (死亡による契約の終了)

- 1 甲又は乙のいずれかが死亡したときは、本契約は当然に終了する。
- 2 前項の規定にかかわらず、第 11 条 (死後事務の委任等) 及び第 12 条 (負担付死因贈与及び祭祀主催者の指定) の規定は、前項による本契約終了後においても有効に存続する。

#### 【解説】

本契約書では、死別による契約終了の場合と、離別 (契約解除) による契約終了の場合とで、終了後の効力を分けて規定しています。

本契約は「愛情と信頼に基づく真摯な関係」(本契約 1 条 1 項) にある二人の間だからこそ認められる権利義務関係を定めたものですので、当事者の一方が死亡した場合には、(法定相続人に当事者の権利義務が相続されることなく) 契約が当然に終了することが原則です。もっとも、本条 2 項に規定した各条文は、当事者が死亡した後も効力を否定すべきではありません。そのため、これらの義務は、死亡した当事者の法定相続人に承継され、生存当事者は死亡当事者の法定相続人に対して、これら各条項の効力を主張することができるようにしています。

#### 第 14 条 (合意による契約解除)

- 1 甲及び乙は、当事者双方の合意により、本契約を解除することができる。
- 2 前項の解除は、当事者双方及び成年の証人二人以上が署名した書面で行なければならない。

<sup>35)</sup> 日本公証人連合会編『新版 証書の作成と文例 家事関係編 (改訂版)』(立花書房・平成 29 年) 255 頁

### 【解説】

本条は、当事者の協議による離婚について定めた規定です。民法上も、協議離婚（民法 763 条）をする際には、「当事者双方及び成年の証人二人以上が署名した書面で、又はこれらの者から口頭で、」届出をしなければならないとされており（民法 764 条・739 条 2 項）、本条はこのような民法の規定にならったものです。

本契約において離婚の際に 2 人以上の成年の証人を要求した趣旨は、一時の感情にまかせて安易な離婚をしてしまうことを防止するとともに、第三者を交えて話し合いをすることで、二人の仲が回復する可能性があることに期待したものです。

### 第 15 条（合意によらない契約解除）

- 1 甲又は乙の一方は、次に掲げる場合に限り、書面による一方的な意思表示により本契約を解除することができる。
  - ① 相手方に不貞な行為（自由な意思に基づいて本契約当事者以外の者と性的関係を持つことをいう。）があったとき。
  - ② 相手方から悪意で遺棄（第 3 条第 1 項に違反し、かつ、その違反の程度が甚だしいことをいう。）されたとき。
  - ③ 双方の合意によらずに相手方が別居し、その期間が 5 年を経過したとき。
  - ④ その他本契約を継続し難い重大な事由があるとき。
- 2 甲又は乙の一方の生死が 3 年以上明らかでないときは、本契約は当然に終了する。

### 【解説】

当事者間で離婚協議がまとまらなかった場合、つまり一方の当事者が離婚をすることに反対している場合に、他方当事者が一方的に離婚をすることができる場合を定めたものです。基本的には法定の離婚原因（民法 770 条 1 項）に準拠していますが、次の 3 点だけ違いがあります。

まず、法定の離婚原因のうち、「配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき。」（民法 770 条 1 項 4 号）を除いています。これは、4 号の精神病離婚の規定が精神障害者に対する差別につながると批判されていること、実際にも 4 号が適用されるのは「回復の見込みがない」強度の精神病に限られ、この程度に至らない精神障害の場合には 5 号（婚姻を継続し難

い重大な事由) 該当性が問題となること<sup>36</sup>、4号により離婚が認められるためには、離婚請求者の側で4号該当事実の存在だけではなく、患者の今後の療養・生活などについて「具体的方途」を講じたことを主張立証しなければならないとされているところ<sup>37</sup>、その該当性を判断する契機が本契約当事者にはないこと、が理由です。

2つ目の相違点は、本契約書では合意なき別居5年で離婚を認めていることです(1項3号)。一定期間の別居をもって離婚を認めるという制度は、諸外国では明文がありますが<sup>38</sup>、日本の民法にはこのような規定はありません。しかし、一定期間の別居は過去の裁判例においても婚姻破綻の重要な徴表とされていること、本契約当事者は法律婚夫婦と違い離婚調停が利用できないため、婚姻破綻に関する明確な指標があったほうが良いこと、1996年(平成8年)の民法改正案要綱においても、「夫婦が五年以上継続して婚姻の本旨に反する別居をしているとき」を離婚原因とする旨提言がなされていること<sup>39</sup>、などの理由から、このような定めを置いています。本契約当事者双方に不貞行為などの明確な離婚原因がなく、かつ一方が離婚に反対しているときは、5年間別居しない限り契約を解除することができないということですから、相当厳しい契約であるということが出来ます。

3つ目の相違点は、3年以上の生死不明のときには、契約の解除原因ではなく、契約が「当然に終了する」としていることです(2項)。法律上は3年以上の生死不明も離婚原因の一つとされていますが(民法770条1項3号)、契約の場合、解除は相手方当事者に対する意思表示で行う必要があるところ、相手の生死が3年以上も不明なのであれば相手方に対する解除の通知ができないからです。なお、この条項による契約の終了は、相当の調査を尽くしたにもかかわらず相手の生死が不明である場合を念頭に置いています。単に相手方が出て行ってしまっただけで引越先がわからないというときは、弁護士等に依頼して住民票や戸籍の附票から現在の所在を割り出し、本条第1項第2号～第4号の規定に基づき契約を解除する(そのうえで財産分与等を請求する。)ことを想定しています。

---

<sup>36</sup> 最判昭和36年4月25日民集15巻4号891頁

<sup>37</sup> 最判昭和33年7月25日民集12巻12号1823頁、最判昭和45年11月24日民集24巻12号1943頁

<sup>38</sup> 例えばイギリスでは5年、ドイツでは3年の別居期間を定めているとの指摘がある。前掲犬伏由子等著『親族・相続法(第2版)』85頁

<sup>39</sup> 平成8年2月26日法制審議会総会決定「民法の一部を改正する法律案要綱」  
([http://www.moj.go.jp/shingil/shingi\\_960226-1.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingi_960226-1.html))

## 第 16 条（解除の効力）

- 1 本契約の解除をした場合には、その解除は、将来に向かってのみその効力を生ずる。この場合において、当事者の一方に帰責性があつたときは、その者に対する慰謝料その他の損害賠償の請求を妨げない。
- 2 前項の規定にかかわらず、第 17 条（未成年の子がいる場合の監護に関する事項の定め等）及び第 18 条（財産分与）の規定は、本契約終了後においても有効に存続する。

### 【解説】

本条による解除は、法律上の婚姻でいうところの「離婚」に相当するものです。そのため、民法上の離婚に類似した清算方法を採用しています。

通常の契約の場合、契約を解除したときには、契約当事者はお互いにその相手方を契約締結前の原状に戻す義務を負うのが原則です（原状回復義務。民法 545 条 1 項）。しかし、本契約のような長期間にわたる契約の場合、別れるまでに二人で行った生活のすべてを無かつたことにすることはできません。たとえば、契約解除までに一方が負担した婚姻費用や、一方当事者名義の住居の使用料などをすべて清算するよう請求するというのは、認めるべきではありません。そのため、本条第 1 項で、本契約の解除には遡及効（さかのぼって効力が生じること）がないことを規定しています。

法律上の離婚と同様、本契約を解除して二人が別れるときには、それまでに蓄積した財産を当事者間で公平に分ける必要があります。また、仮に二人の間に子どもがいるときには、その子をどちらが引き取るかを定める必要があります。そのため、これらの事項について本契約書で定めたルールは、本契約を解除した後にも適用されることを明示しています。

## 第 17 条（未成年の子がいる場合の監護に関する事項の定め等）

第 14 条又は第 15 条により本契約を解除する場合において、本契約当事者が未成年者を養育しているときは、甲及び乙は、当該未成年者との面会及びその他の交流、当該未成年者の監護に要する費用の分担その他の監護について必要な事項を、その協議で定める。この場合においては、当該未成年者の利益を最も優先して考慮しなければならない。

### 【解説】

本条は、両者が合意のうえで子どもを養育していたときには、子をもうけ

た異性カップル（父母）と同様、その子どもが成人するまでしっかりと責任を持つということを規定しています。

第 10 条の解説でも述べたとおり、同性カップルの場合、未成年の子に対して共同親権を持つことはできません。そのため、婚姻共同生活が続いている間も、当事者のうちどちらか一方は親権者にはなれませんし<sup>40</sup>、本契約解除後（離婚後）は法律上は赤の他人となってしまいます。

しかし、仮に法律上の親ではないとしても、それまで事実上の親として共同生活を送ってきた者が、契約解除（離婚）を機に子どもに対する責任を放棄することは認めるべきではありませんし、また、契約解除（離婚）を機に親子の面会交流が一切否定されるという事態も通常は望ましくありません。そのため、本条では、契約解除後（離婚後）の面会交流及び養育費の支払いについて民法上の制度に類似する規定を設けました。

もっとも、親子関係については、法律上の制度を契約で実現することに伴う限界があります。法律婚の場合との最大の相違点は、本契約当事者は、（現時点では）家事事件手続法に基づく家事調停及び家事審判の制度を利用できないということです。

法律婚をしている父母の場合、離婚後の親権者や面会交流、養育費等についての協議が調わないときは、家庭裁判所の調停及び審判の手続を利用することができます<sup>41</sup>（民法 766 条 2 項等）。この場合、家庭裁判所の調停委員や調査官、裁判官などが、子の最善の利益の観点から、これらの事項の決定に関与してくれるので、最終的には何らかの形で決着をつけることができます。これに対し、本契約当事者の場合、両当事者の協議がまとまらなかったときに、これを当事者に代わって決定してくれる機関がありません。そのため、第 4 条の婚姻費用と同様の限界を認めざるを得ません。

#### 第 18 条（契約解消時の財産分与）

- 1 第 14 条又は第 15 条により本契約を解除する場合、甲又は乙の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる。ただし、本契約の解除のときから 2 年を経過したときは、この限りでない。
- 2 前項の規定による財産の分与について、当事者間に協議が調わないとき、

<sup>40</sup> 子どもが二人以上いるときは、当事者双方ともに（子のうちの誰か一人の）親権者という事態も生じ得る。そのため、第 1 項では本契約当事者の「一方又は双方が未成年者の親権者と」なったときと規定している。

<sup>41</sup> 東京家庭裁判所のホームページにも、各手続の書式や説明が掲載されている。  
(<http://www.courts.go.jp/tokyo-f/saiban/tetuzuki/syosiki02/index.html>)

又は協議をすることができないときは、本項第1号に掲げる財産の総額から、第2号及び第3号に掲げる財産並びに第4号に掲げる債務の額の合計額を減じて得た額を、双方に等分に分与する。

- ① 本契約解除時において甲及び乙が有する動産、不動産、預貯金その他一切の財産（取得又は稼得した際の名義、資金拠出者及び現在の名義の如何を問わず、本契約当事者の一方の特有財産も含む。）
  - ② 甲及び乙が本契約締結時において有していた財産、及び本契約の効力存続中に相続その他の事由により自己の名義で無償取得した財産
  - ③ 甲及び乙との間の信頼関係及び実質的共同生活関係が破綻した後に、甲又は乙の一方が自己の名義で取得した財産
  - ④ 甲及び乙の一方又は双方が、本契約の効力存続中に、婚姻費用に充当するために負担した債務（住宅ローンを含む。）
- 3 前項に規定する財産分与の請求は、自己名義の財産が前項の計算により算出された分与額よりも少ない当事者から、他方当事者に対して、当該差額分の支払いを請求する方法により行う。この場合、甲及び乙は、互いに相手方に対して、その有する財産の情報を開示するよう請求することができる。

#### 【解説】

本条は、民法768条1項「協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる。」を具体化した規定です。民法上の財産分与では、「家庭裁判所は、当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮して、分与をさせるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定める。」と規定されていますが（民法768条3項）、本契約当事者は家庭裁判所の財産分与に関する調停及び審判の手続を利用することができません。そのため、本条では、現在の離婚実務における運用を参考に、できる限り請求金額の算定が明確になるように規定しました。

一般に、財産分与には i . 夫婦の実質的共有財産の清算、ii . 離婚後の扶養、iii . 慰謝料、という3つの要素があると考えられています<sup>42</sup>。法律婚をしている異性カップルの場合には、これら3つの要素を考慮したうえで、家庭裁判所が事案に応じて柔軟にその金額を定めることができるようになっていますが、本契約の当事者の場合、このような柔軟な判断を家庭裁判所に求めることができません。そのため、本条では、上記 i の「実質的共有財産の清

<sup>42</sup> 梶村太市著『第4版 離婚調停ガイドブック』（日本加除出版・平成25年）200頁以下

算」に絞って財産分与を規定しました（不貞行為等をおこなった有責配偶者には、別途債務不履行に基づく損害賠償請求をすることを想定しています。）。

近時の調停実務では、夫婦の協力によって得た財産は、名義のいかんにかかわらず寄与の程度によって清算されるとされており、また、一方当事者の特有財産に該当するものでも、その特有財産の「維持増加について寄与があった場合には、その維持増加部分を財産分与の対象とするのが一般的である。」とされています。さらに、「寄与の程度は、原則として夫婦が協力して形成したのであるから、夫婦の一方が特別の才能等により特に資産を増大させた場合のような特段の事情がない限り、夫婦平等の見地から相等しいものとするのが一般的である（いわゆる 2 分の 1 ルール）」とされており<sup>43</sup>、婚姻期間中（別居後を除く。）に双方で形成・増加した財産については、双方が等分に取得するのが原則とされています。

なお、本条の定めにかかわらず、本契約当事者が協議をして、本条とは異なる内容で財産分与をすることも可能です。

#### 第 19 条（解釈の指針及び協議事項）

本契約に定めのない事項又は疑義が生じた事項については、婚姻に関する民法その他の日本法（ただし、民法 754 条を除く。）及び当該法令に係る過去の裁判例の判断に準拠して解釈するものとし、当事者双方が誠実に協議してこれを解決する。

#### 【解説】

本条は、本契約書の文言や合意内容の解釈に争いが生じたときには、婚姻に関する法令や裁判例と同様に解釈すべきことを定めたものです。具体的には、当事者の一方が浮気やDV等をして離婚になった場合において、他方が一方に対して損害賠償請求をするときは、過去の裁判例を参考にその賠償額を認定すべきとしたり、財産分与や養育費請求の際にも離婚に関する過去の裁判例を参考に認定すべきことなどを想定しています。ただし、民法 754 条<sup>44</sup>が適用されるとすると、本契約もいつでも解除できると誤解する方がいるかもしれないので、念のため本条で適用を排除しています。

<sup>43</sup> 家事調停ハンドブック改訂特別委員会『新・家事調停ハンドブック』（東京家事調停協会・平成 25 年）83 頁

<sup>44</sup> 民法 754 条（夫婦間の契約の取消権）「夫婦間でした契約は、婚姻中、いつでも、夫婦の一方からこれを取り消すことができる。ただし、第三者の権利を害することはできない。」

当事者間で協議して解決するのが理想ですが、話し合いでは埒が明かない場合、裁判所に訴えを提起する必要があります。その場合には、本契約書だけではなく、この解説文も証拠として提出したうえで、両当事者は契約締結の際このような意図で合意をしたのだと裁判所に説明するようにしてください。

以上