

特別養子縁組における実父母の同意について

—東京高裁平成14年12月16日決定
(家裁月報55巻6号112頁)を担当して—

高橋 聖 明

1 はじめに

特別養子縁組が成立すると、特別養子となった子とその父母との親子関係が終了して（民法817条の9）、養親がその子の唯一の父母となり、子及びその父母の法律上、事実上の地位に重大な変更が生じるので、子及びその父母の利益を保護するため、民法817条の6は、特別養子縁組の成立には原則として養子となる者の実父母の同意が必要であると定め、例外的に、同条但書は、「父母がその意思を表示することができない場合、又は父母による虐待、悪意の遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」はこの限りでないとしている。

ところで、この民法817条の6但書にいう「父母による虐待、悪意の遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」の適用が問題となる事例が多い。

大阪高裁昭和63年10月27日決定¹は、いわゆる普通養子から特別養子への転換の事案について、養子となる者の母の同意が無く、かつ、民法817条の6但書に該当する事由がある場合と認めることはできないとして特別養子縁組成立の申立を却下した原審判に対する即時抗告審において、養子となる者の母が養子となる者を悪意で遺棄しているものとは認め難く、また、その不同意にも、肉親の情としてやむを得ないものがあり、これをもつて権利の濫用ということとはできないとして、即時抗告を棄却し、原審判を維持している。

他方、福岡高裁平成3年12月27日決定²は、特別養子縁組成立についての実母の同意とその撤回をめぐる事実関係を詳細に認定したうえで、民法817

条の6但書後段の「その他養子となる者の利益を著しく害する事由」がある場合に該当するとして、実母の同意なしに特別養子縁組を成立させるのを相当としている。

東京高裁平成14年12月16日決定³は、未成年者の母が一旦特別養子縁組の同意をした後、これを撤回した事案において、未成年者の母の同意はないものの、未成年者の母が安定した監護環境を用意せず、かつ明確な将来計画を示せないまま、将来の未成年者の引取りを求め続けることは、いたずらに未成年者の生活を不安定にし、未成年者の健全な成長に多大な悪影響を及ぼすなどとして特別養子縁組の申立てを認めた原審判に対する即時抗告審において、右の理由では、民法817条の6の但書の事由及び民法817条の7の要件を満たしているとはいえず、各要件につき更に審理を尽くす必要があるものとして、原審判を取り消し、原審に差し戻した事案である。

本事案は、主に民法817条の6但書後段の「その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」の適用が問題となった事案であるが、私は、申立人（養親となる者）の代理人として、本事案の原審から前記決定のなされた抗告審、その後の差戻審、差戻審の決定に対する抗告審を担当したことから、本事案の経過等を紹介し、特別養子縁組における実父母の同意の例外としての民法817条の6但書後段の解釈について実務上の検討をするものである。

2 事案の概要

抗告人（養子となる者の実母）（昭和39年生）は、平成2年12月、事件本人の戸籍上の父（昭和32年生）と婚姻し、平成3年11月長女が出生し、平成10年5月二女が出生したが、事件本人（養子となる者）の実母と戸籍上の父は二女出生前から不仲になり、実母は、事件本人の血縁上の父（昭和33年生）と情交関係を結ぶようになって、平成12年1月1日事件本人を出産した。

戸籍上の父は、事件本人が実母と第三者との間の子であるとして、事件本人を特別養子に出すことに積極的であった。他方、実母は、事件本人を特別

養子に出すことには消極的ではあったが、父母の説得もあってこれを承諾し、特別養子縁組の同意書を作成交付した。

こうして事件本人は、平成12年1月24日、里親会の仲介でキリスト教の牧師・教会教師である夫婦（夫昭和25年生・妻昭和33年生）のもとに預けられた。夫婦は、事件本人の名付け親になり、同年2月、本件特別養子縁組審判の申立をした。

その後、事件本人は、申立人夫婦のもとで順調に監護養育され、今日まで養親となる者の夫婦とその子2人及び夫婦のそれぞれの母とともに安定した生活をおくってきた。

一方、事件本人の実母と戸籍上の父は、事件本人が出生した当時から事実上の別居状態になり、戸籍上の父は会社員として他県に単身赴任をし、他方、実母は、長女及び二女と同居し、音楽教師等として稼働していたが、戸籍上の父が帰宅した際には一人で実家に帰るとい生活をしていた。

実母は、戸籍上の父と離婚したうえで、事件本人を引き取って血縁上の父と再婚したいと考えており、このため、戸籍上の父と離婚するまでの間は、申立人夫婦に事件本人を養育してもらいたいと考え、特別養子縁組の同意の撤回を先延ばししてきたところ、実母は、平成13年9月になって家庭裁判所調査官に特別養子縁組に対する同意を撤回する旨伝えとともに、同年12月には家庭裁判所に同意撤回書を作成送付した。

3 原審（長野家庭裁判所松本支部平成12年（家）第5007号）

原審は、平成14年9月27日、本件について基礎的な事実を認定し、事件本人の父、事件本人の父母による監護の可否、事件本人の実母による監護の適否等について検討した上、本件特別養子縁組について実母の同意はないものの、現在2歳9か月になり申立人夫婦の監護養育の元で物心付いて順調に成長している未成年者を、未成年者の母が引き取って適切な監護養育を行うのは現実的にはかなり難しい状況があるとみられる中で、実母が、安定した監護環境を用意せず、かつ明確な将来計画を示せないまま、将来の事件本人の

引取りを求めることは、いたずらに事件本人の生活を不安定にし、事件本人の健全な成長に多大な悪影響を及ぼすものといえるから、本件については民法817条の6但書の事由があり、さらに、同法817条の7等の要件も満たしているとして、特別養子縁組の申立てを認容した。

4 即時抗告審（東京高等裁判所平成14年(ワ)第1980号）

これに対して、即時抗告審は、平成14年12月16日、「(1)養子縁組の成立には、原則として養子となる者の父母の同意を要することとした趣旨は、特別養子縁組が成立すれば、特別養子となった子とその父母との法的親子関係は終了し（民法817条の9）、養親がその子の唯一の父母となり、子及びその父母の法律上及び事実上の地位に重大な変更が生ずることから、子及びその父母の利益を保護することにあると解される。したがって、民法817条の6の但書にいう「その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」とは、父母に虐待、悪意の遺棄に比肩するような事情がある場合、すなわち、父母の存在自体が子の利益を著しく害する場合をいうものと解すべきであり、原審が説示するところの、安定した監護環境を用意せず、かつ明確な将来計画を示せないまま、将来の事件本人の引取りを求めることをもって直ちに、上記但書の事由に当たるものと結論付けることはできないというべきである。そうすると、原審において、上記事情の有無につき更に審理を尽くす必要があるといわざるを得ない。(2)また、民法817条の7は、「特別養子縁組は、父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情がある場合において、子の利益のため特に必要があると認めるときに、これを成立させるものとする。」と規定しているところ、ここにいう「父母による養子となる者の監護が著しく困難」である場合とは、貧困その他客観的な事情によって子の適切な監護ができない場合をいい、また「不適當である場合」とは、父母による虐待や著しく偏った養育をしている場合を指し、「その他特別の事情がある場合」とは、これらに準じる事情のある場合をいうものと解すべきである。したがって、原審が説示するところの、安定した

監護環境を用意せず、かつ明確な将来計画を示せないまま、将来の事件本人の引取りを求めることが、上記必要性の要件を満たしているということではできない。かえて、一件記録によれば、抗告人は、現在長女及び二女を監護養育しており、今後実家に転居した上で、実父母等の援助を受けることができる可能性も否定し得ないこと、抗告人は、原審判後の平成14年10月11日、熊本家庭裁判所に戸籍上の父と事件本人の親子関係不存在確認の調停を申し立てており、時間の経過はあるにしても、現在法的手続を進めていること、今後の同調停事件等の推移いかんによっては、本件にも重大な影響が生ずるおそれがあること、抗告人は、原審において一貫して事件本人を監護養育する意思があることを表明していることが認められるのであって、これらの事実によれば、本件において上記必要性の要件が満たされていると判断するには躊躇せざるを得ない。したがって、この点につき更に審理を尽くす必要がある。(3)以上のとおりであるから、原審の審理は、不十分であるというほかない。」として、原審判を取り消した上、長野家庭裁判所松本支部に差し戻した。

なお、抗告審は、「差し戻し後の原審における審理の結果、仮に本件特別養子縁組が認められないと判断される場合において、事件本人が相手方らのもので3年近く監護され、既に心理的な親子関係が成立している事実があることから、事件本人の監護環境を急激に変化させることが福祉上好ましくないことは明らかであり、事件本人の監護養育を抗告人に移行するに当たっては、関係者全員が一致協力し、事件本人の福祉が損なわれることのないよう適切な方策が講じられなければならない。」と付言している。

5 差戻審（長野家庭裁判所松本支部平成15年（家）第11号）

差戻審は、調査官調査や当事者審問を経て、実母ら及び申立人らのそれぞれの生活状況を詳細に認定した上で、民法817条の6に定める要件について、本件においては、戸籍上の父の同意はあるものの、実母は、当初の同意を撤回しているが、「①申立人らの養親としての適格性に問題はなく、申立人ら

と事件本人との関係は、事件本人の出生直後から今日に至るまでの申立人らによる監護養育を通じて実親子と同視することができる程度に至っているものといえる。そして、このような安定した生活環境から事件本人を離脱させて、実母が事件本人を引き取るとなると、事件本人の福祉に照らして極めて重大な影響を及ぼすものである上、そのためには申立人らの協力を得ることが不可欠であると考えられるが、実母は、同意を撤回したことについて、申立人らの納得が行くような説明をしていないから、実母が事件本人を引き取るに当たっては、申立人らの協力を得ることは難しい状況にある。

②確かに、(ア)実母は、現在、実家で長女及び二女を離護養育している上、実母が事件本人を引き取った場合には、実母の両親がその監護養育に協力する意向を示していること、(イ)実母は、戸籍上の父を相手方とする親子関係不存在の確認を求める調停を申し立てるなど、養育環境を整備するために法的手続を進めており、その推移いかんによっては、本件にも重大な影響が生ずるおそれがあること、(ウ)実母は、本件において、一貫して事件本人を監護養育する意思があることを表明していること、などの事情があり、これらの事情に照らすと、民法817条の6但書の事由があるとはいえないとも考えられる。

③しかし、(ア)戸籍上の父は、事件本人が自分の子でないとして、特別養子縁組の成立に同意しているから、戸籍上の父が事件本人の監護養育に当たることはおよそ考えられず、したがって、実母が事件本人を引き取った場合においては、実母が単独で事件本人の監護養育に当たらざるを得ない。ところで、実母と戸籍上の父は、調停により、現在は別居し、実母が長女及び二女の監護養育に当たっているが、今後、婚姻関係がどのようになるかは必ずしも明らかでない上、仮に離婚するとしても、それがいつになるのか、長女及び二女の監護養育にはどちらが当たるのか、その後実母と血縁上の父との関係はどうなるのか、などが明らかでなく、その進展いかんによっては、実母の両親の協力が期待できない事態に至ることもないとはいえない。(イ)実母は、平成14年10月に、事件本人の法定代理人として、戸籍上の父を相手方とする親子関係不存在の確認を求める調停を申し立てたが、これは実母が家庭裁判所

調査官に対して事件本人を引き取りたい旨を告げた平成13年9月27日から約1年を経過した後であり、この間、実母が養育環境の整備のためにしたことといえば、実家に戻り、戸籍上の父が申し立てた夫婦関係調整調停事件において、別居する旨の調停を成立させたということくらいである。しかも、親子関係不存在の確認を求める調停は、調停が成立しないものとして終了したので、実母が戸籍上の父と事件本人との親子関係の不存在の確認を求めらるれば、戸籍上の父を相手方とする訴えを提起しなければならないが、仮に実母が事件本人の法定代理人として訴えを提起したとしても、事件本人が実質的に民法772条の推定を受けない嫡出子といえるかどうかは判然としないから、その請求が認容されるとは限らないし、仮に請求が認容されるとしても、そのためには、なお、相当の時間を要するものである。そして、その推移いかんによっては、本件にも重大な影響が生ずるおそれがあるといわなければならないが、他方において、これを待っていると、申立人らと事件本人との関係が今以上に強固なものとなることは推測に難くないから、いたずらにその推移を待つのも相当でない。(ウ)また、実母は、戸籍上の父が申し立てた夫婦関係調整調停事件の調停期日において、申立人らと事件本人との特別養子縁組が成立していないことを知るまでは、特別養子縁組を成立させることに同意していたのであり、事件本人を引き取りたいと考えるようになった後も、戸籍上の父との離婚が成立するまでは、申立人らに監護養育をしてもらい、離婚が成立したときに事件本人を引き取りたいと考えていたのであって、結果として、申立人らによる監護養育を是認してきたことができる。④以上の事情に照らすならば、実母の事件本人に対する愛情に欠けるところはないとしても、養育環境を整備しようとする意欲は十分でなく、現に、監護養育の客観的態勢は未だ調っていないし、その整備には、なお、相当の時間を要する状態にあるから、現在の安定した生活環境から事件本人を離脱させて、実母がこれを引き取ることにしても、そのこと自体が事件本人の福祉に照らして極めて重大な影響を及ぼすものであるばかりか、現在の実母の生活環境が未整備である以上、実母が事件本人との円満な親子関係を形

特別養子縁組における実父母の同意について

成することは著しく困難であると考えざるを得ない。そうであれば、実母による虐待や悪意の遺棄があるとは認められないとしても、実母の監護のもとに置くことは、もはや、事件本人の幸福の観点から著しく不当であって、その健全な成長の著しい妨げとなるものと認められる。したがって、民法817条の6但書の事由があると認めるのが相当である。」とした。

また、民法817条の7に定める要件についても、「実母の監護のもとに置くことは、もはや、事件本人の幸福の観点から著しく不当であって、その健全な成長の著しい妨げとなるものと認められるから、実母による監護は、著しく不相当であると認められる。そして、申立人らの愛情のもとにその監護が長期間続き、事件本人が現在の生活環境に慣れ、安定した生活をしていること等の事情があるから、特別養子縁組を成立させることが、事件本人の利益のために特に必要であると認めるのが相当であるとして、民法817条の7に定める要件がある。」とした。

以上を判示して、差戻審は、平成15年5月27日、特別養子縁組の申立を認容した。

6 抗告審（東京高等裁判所平成15年(ワ)第1169号）

差戻審の決定に対する抗告審は、平成15年11月28日、特に理由を示さずに差戻審の判断を維持し、特別養子縁組の成立が確定した。

7 特別養子縁組における父母の同意について

民法817条の6は、特別養子縁組の成立には、原則として養子となる者の実父母の同意が必要であると定め、例外的に、同条但書は、「父母がその意思を表示することができない場合、又は父母による虐待、悪意の遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」はこの限りでないとしている。

特別養子縁組の成立について実父母の同意を必要とするのは、特別養子縁組が成立すると、養子となった者とその実父母との法律上の親子関係が終了

して（民法817条の9）、養親がその子の唯一の父母となり、子及びその父母の法律上、事実上の地位に重大な変更が生じるので、子及びその父母の利益を保護するためであるとされている⁴。

なお、この同意権を有するのは、法律上の父母であり、本事案における血縁上の父は、事件本人と法律上の親子関係が生じない限り、特別養子縁組について同意権を有しない。

8 同意の撤回について

ところで、同意の撤回については、特別養子縁組の確定までの間はいつでも許されると解されており、同様の裁判例がある⁵。

これは、民法が父母の同意を要するとした前記趣旨に鑑み、同意は可能な限り父母の自由意思に委ねるべきであって、現行法では同意時期の制限制度がないことから不用意な同意を防止するためにも同意の撤回を認めるのが相当であること、同意の撤回が権利濫用に当たる場合には、民法817条の6但書によって個別に子どもの福祉のために特別養子縁組を成立させることが可能であること、試験養育期間中に撤回されても審判前の保全処分（家事審判規則64条の5）により試験養育の継続が可能であることなどを理由とする。

しかしながら、子が養親となる者のもとで監護養育されてから相当期間経過後の同意の撤回は子の福祉を著しく害するという観点から、同意の撤回を認めない法制や撤回に期間制限を設ける法制もあり、我が国の特別養子制度を実質的な児童福祉型の養子制度とするために、特別養子縁組の父母の同意時期の制限及び同意撤回時期の制限についての法改正の必要性も指摘されている⁶。

9 同意不要の場合について

民法817条の6但書は、「父母がその意思を表示することができない場合、又は父母による虐待、悪意の遺棄その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」は、特別養子縁組について父母の同意は不要であるとして

いる。父母の同意権は、この利益の保護及び父母としての地位を保護するために与えられたものであるが、このような事情がある場合には、父母は消極的又は積極的に子の利益を害しているといえるので、このような場合にまで父母の同意を縁組成立の要件とすると、かえって、子の利益を侵害する結果となるし、また、このような場合には、父母自身の利益よりも子の利益の保護を重視して差し支えないと考えられると説明されている。

そして、同条但書後段の「その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」とは、父母に虐待、悪意の遺棄に比肩するような不当な事情がある場合、換言すれば、父母の存在自体が子の利益を著しく害する場合であると解されている⁷。本事案の抗告審（東京高等裁判所平成14年(ワ)第1980号）もこの見解である。

そして、「父母による」虐待、悪意の遺棄との例示から、子の利益を著しく害する事由がある場合においても、それが父母の作為・不作為に起因しないときは、本条但書には該当しないとされ、「その他養子となる者の利益を著しく害する事由がある場合」とは、父母が同意しないこと（父母が同意を撤回したこと）が同意権の濫用と認められる場合、すなわち、一種の権利濫用の場合であると解されている⁸。

前記福岡高裁平成3年12月27日決定は、特別養子縁組成立についての実母の同意とその撤回をめぐる事実関係を詳細に認定したうえで、民法817条の6但書後段の「その他養子となる者の利益を著しく害する事由」がある場合に該当するとして、実母の同意なしに特別養子縁組を成立させるのを相当としたが、事実関係の認定において、「抗告人は相手方が嫌気がさして未成年者（養子となる者）太郎（仮名）を手放してくれるかも知れないと思ったなどと事後釈明しているが、相手方らに電話で、抗告人から特別養子縁組についての同意を得るには、金銭の貸与ないし支払が必要であるかに受けとれる趣旨を申しむけ、その拒否にあった後同意の撤回の意思を明確にしている」ことなどを指摘しており、金品の要求のために同意を拒絶する場合、すなわち権利濫用の場合であると認定しているものと解される⁹。

10 実務上の検討

民法817条の6但書後段の「その他養子となる者の利益を著しく害する事由」という要件は、民法817条の7前段「父母による養子となる者の監護が著しく困難又は不適當であることその他特別の事情がある場合」の要件に比してより厳格であるから、民法817条の6但書後段の要件がある場合には、民法817条の7前段の要件が満たされることになるとされている¹⁰。

したがって、本事案のように、里親のもとで養育監護された後に実父母の同意が撤回された特別養子縁組の成立については、民法817条の6但書後段の「その他養子となる者の利益を著しく害する事由」という要件の該当性が主要な問題となる。

ところで、乳幼児期の母子関係が人格の発達に決定的な役割を果たすことは、ジョン・ボウルビイらによって実証的に研究され、母子関係の理論として確立されている¹¹。

ジョン・ボウルビイによれば、愛情遮断症候群（母子分離が引き起こすさまざまな心身発達上の障害）について、愛情遮断が早期に起こるほど、また、分離以前の母親との関係が良好であるほど、母子分離が長引くほど、その影響（精神発達遅滞、身体的成長の障害、性格障害、非行などの反社会的傾向や社会的不適応など）は深刻化しやすいという。そして、母親あるいはその代理者と乳児との関係が、親密で持続的であること、しかも両者が満足と幸福感に充たされていることこそ、健全な精神の発達の基本であるとしている。

本事案における未成年者も、平成12年1月1日出生し、同月24日から申立人夫婦により養育されており、特別養子縁組が認められなければ母子分離（母親代理者との分離）が長期化（永続化）することになって、愛情遮断が未成年者の心身に及ぼす影響は極めて深刻と考えられるところであった。

本事案の抗告審（東京高等裁判所平成14年(ワ)第1980号）も、未成年者が申立人兩名のもとで3年近く監護され、既に心理的な親子関係が成立している事実があることから、事件本人の監護環境を急激に変化させることが福祉上好ましくないことは明らかであると付言しているのである。

しかしながら、民法817条の6但書後段の「その他養子となる者の利益を著しく害する事由」という要件を、「父母による」虐待、悪意の遺棄との例示から、父母が同意しないこと（父母が同意を撤回したこと）が同意権の濫用と認められる場合、すなわち、一種の権利濫用の場合であると解するとすると、長期間里親のもとで養育された後に実父母が同意を撤回した場合には、実父母の同意撤回が権利濫用であるという具体的な事実（金品の要求目的や嫌がらせ目的など）の立証が必要とならざるをえない。しかし、この立証は必ずしも容易ではないし、そもそも、当初の同意について実父母が単に慎重を欠いていたということで、権利濫用であるという具体的な事実がない場合もありうるのである。

ところで、親権を子に対する義務として構成し、親権濫用は財産法上の権利についていわれる権利濫用とは別種のもの扱い、親権濫用にもとづく親権喪失宣告を、親権者の子に対する債務不履行にもとづく解任ととらえ、要件としての親の故意・過失を不要とし、不可抗力も免責事由とならないとして、効果として、親権喪失宣言の弾力化を図るべきであるとする見解がある¹²。

民法817条の6但書後段の「その他養子となる者の利益を著しく害する事由」という要件該当性の判断についても、いわゆる権利濫用論にいうところの親の故意・過失は不要とし、未成年者と実父母との愛着関係の形成が困難であって、実父母に未成年者の養育を委ねた場合には、愛情遮断が未成年者の心身に及ぼす影響が極めて深刻であると認められる場合には、特別養子縁組が児童福祉型の養育制度である以上、「養子となる者の利益を著しく害する事由」に該当するものと緩やかに解するべきであると思われる。

本事案の差戻審（長野家庭裁判所松本支部平成15年（家）第11号）は、「実母の事件本人に対する愛情に欠けるところはないとしても、養育環境を整備しようとする意欲は十分でなく、現に、監護養育の客観的態勢は未だ調っていないし、その整備には、なお、相当の時間を要する状態にあるから、現在の安定した生活環境から事件本人を離脱させて、実母がこれを引き取る

ことにしても、そのこと自体が事件本人の福祉に照らして極めて重大な影響を及ぼすものであるばかりか、現在の実母の生活環境が未整備である以上、実母が事件本人との円満な親子関係を形成することは著しく困難であると考えざるを得ない。そうであれば、実母による虐待や悪意の遺棄があるとは認められないとしても、実母の監護のもとに置くことは、もはや、事件本人の幸福の観点から著しく不当であって、その健全な成長の著しい妨げとなるものと認められる。したがって、民法817条の6但書の事由があると認めるのが相当である。」としており、民法817条の6但書後段の要件を従来よりも緩和して判断しているものと解される。

したがって、本事案のように、里親のもとでの監護養育が長期間経過した後の実父母の同意の撤回の場合においては、実父母のもとで監護養育されることになる未成年者の心身への影響の検討を第一として、子の福祉の観点から、「養子となる者の利益を著しく害する」かどうかを客観的に比較検討して、民法817条の6但書後段の要件該当性を判断すべきものと解される。そして、未成年者の心身への影響の検討については、児童福祉の専門家の意見が必要と思われる。

なお、前述のとおり乳幼児期の母子関係は人格の発達に決定的な役割を果たすのであるから、特別養子縁組申立事件における手続については、6か月以上の試験養育期間（民法817条の8）経過後に可及的速やかに審判がなされるよう実務担当者は格別の配慮をすべきである。

本事案については、早期に審判手続がなされていれば、実母が同意を撤回することもなかったのではないかと考えられるところがあり、また、早期の審判であれば、仮に特別養子縁組が認められないと判断された場合においても、未成年者の心身への影響が比較的少ないなかで、その監護養育を実母に移行することが可能であったとも解されるところである。

〈注〉

- 1 家月41巻3号164頁，判タ684号224頁
- 2 家月45巻6号62頁，判タ786号253頁

特別養子縁組における実父母の同意について

- 3 家月55巻6号112頁
- 4 細川清『改正養子法の解説』法曹会（平5）86頁
- 5 細川前掲93頁，東京高裁平成元年3月27日決定（家月41巻9号110頁），東京高裁平成2年1月30日決定（家月42巻6号47頁）
- 6 鈴木博人は，ドイツ民法との比較研究などから，わが国の特別養子制度は，実父母（とりわけ実母）の自己決定権が実質的に保障されていないが故に，同意も，同意撤回も家裁の審判の時まで，同意撤回に関していえば，正確には家裁の縁組成立審判の確定するときまで父母に認められているのである。その結果，「子どもの福祉」が判断基準だといいつながら，子どもはきわめて不安定な状態に置かれ続けることになる。この状態は，親の権利の侵害でもあるし，子どもの権利の侵害でもあると指摘している「福祉制度としての養子制度—特別養子縁組の父母の同意を手がかりにして—」（法學新報104巻8/9号371頁～421頁）。
- 7 細川前掲96頁
- 8 細川前掲96頁
- 9 相澤眞木は，前掲福岡高裁平成3年12月27日決定の解説として，民法817条の6但書後段の「その他養子となるものの利益を著しく害する場合」とは，「父母が同意しないこと（撤回を含む）が同意権の濫用と認められるような場合（一種の権利濫用）であると解されている」として，これを「個々のケースごとに具体的に判断することになるが，親子関係の断絶という効果に鑑み，慎重にならざるを得ないので（手続上も家審規64条の7で不同意の父母を直接審問することとしている），親権喪失事由の判断より厳格になるものと思われる。」としている「平成4年度主要民事判例解説」判タ821号116頁。
- 10 細川前掲100頁
- 11 ジョン・ボウルヴィ『母子関係の理論』新版I「愛着行動」II「分離不安」III「対象喪失」岩崎学術出版社（平3）
- 12 米倉明「親権概念の転換の必要性—親権は権利なのか義務なのか—」『家族法の研究（民法研究第5巻）』新青出版（平11）156頁～205頁