平成２５年（オ）第１０７９号　損害賠償請求事件
平成２７年１２月１６日　大法廷判決

主　　文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理　　由

上告代理人作花知志の上告理由について

第１　事案の概要等

１　本件は，上告人が，女性について６箇月の再婚禁止期間を定める民法７３３条１項の規定（以下「本件規定」という。）は憲法１４条１項及び２４条２項に違反すると主張し，本件規定を改廃する立法措置をとらなかった立法不作為（以下「本件立法不作為」という。）の違法を理由に，被上告人に対し，国家賠償法１条１項に基づき損害賠償を求める事案である。

原審の適法に確定した事実関係によれば，上告人は，平成２０年３月▲▲日に前夫と離婚をし，同年１０月▲▲日に後夫と再婚をしたが，同再婚は，本件規定があるために望んだ時期から遅れて成立したものであったというのである。上告人は，これにより被った精神的損害等の賠償として，被上告人に対し，１６５万円及びこれに対する遅延損害金の支払を求めている。

２　原審において，上告人は，本件規定が合理的な根拠なく女性を差別的に取り扱うものであるから憲法１４条１項及び２４条２項に違反し，本件立法不作為は国家賠償法１条１項の適用上違法の評価を受ける旨を主張した。その趣旨は，次のよ

うなものと解される。

⑴　本件規定は，道徳的な理由に基づいて寡婦に対し一定の服喪を強制するという不当な趣旨を含むものである。また，本件規定の立法目的が父性の推定の重複を回避することにあるとしても，ＤＮＡ検査等によって父子関係を確定することが容易になっているなどの近年の状況に鑑みれば，父を定めることを目的とする訴え（民法７７３条）の適用対象を広げることなどによって子の父を確定することでも足りるはずであり，あえて再婚禁止期間を設けて女性の婚姻の自由を制約することに合理性は認められない。

⑵　また，民法７７２条は，婚姻の成立の日から２００日を経過した後又は婚姻の解消等の日から３００日以内に生まれた子を当該婚姻に係る夫の子と推定していることから，前婚の解消等の日から３００日以内で，かつ，後婚の成立から２００日の経過後に子が生まれる事態を避ければ父性の推定の重複を回避することができる。そのためには，１００日の再婚禁止期間を設ければ足りるから，少なくとも，本件規定のうち１００日を超えて再婚禁止期間を設ける部分（以下「１００日超過部分」という。）は，女性に対し婚姻の自由の過剰な制約を課すものであり，合理性がない。

３　これに対し，原判決は，本件規定の立法目的は父性の推定の重複を回避し，父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解されるところ，その立法目的には合理性があり，これを達成するために再婚禁止期間を具体的にどの程度の期間とするかは，上記立法目的と女性の婚姻の自由との調整を図りつつ国会において決定されるべき問題であるから，これを６箇月とした本件規定が直ちに過剰な制約であるとはいえず，本件立法不作為は国家賠償法１条１項の適用上違法の評価を

受けるものではないと判断して，上告人の請求を棄却すべきものとした。

所論は，要するに，原判決には憲法１４条１項及び２４条２項の解釈の誤りがあるというものである。

第２　本件規定の憲法適合性について

１　憲法１４条１項は，法の下の平等を定めており，この規定が，事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り，法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきことは，当裁判所の判例とするところである（最高裁昭和３７年（オ）第１４７２号同３９年５月２７日大法廷判決・民集１８巻４号６７６頁，最高裁昭和４５年（あ）第１３１０号同４８年４月４日大法廷判決・刑集２７巻３号２６５頁等）。そして，本件規定は，女性についてのみ前婚の解消又は取消しの日から６箇月の再婚禁止期間を定めており，これによって，再婚をする際の要件に関し男性と女性とを区別しているから，このような区別をすることが事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものと認められない場合には，本件規定は憲法１４条１項に違反することになると解するのが相当である。

ところで，婚姻及び家族に関する事項は，国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ，それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断を行うことによって定められるべきものである。したがって，その内容の詳細については，憲法が一義的に定めるのではなく，法律によってこれを具体化することがふさわしいものと考えられる。憲法２４条２項は，このような観点から，婚姻及び家族に関する事項について，具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに，その立法に当たっては，個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請，指針を

示すことによって，その裁量の限界を画したものといえる。また，同条１項は，「婚姻は，両性の合意のみに基いて成立し，夫婦が同等の権利を有することを基本として，相互の協力により，維持されなければならない。」と規定しており，婚姻をするかどうか，いつ誰と婚姻をするかについては，当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される。婚姻は，これにより，配偶者の相続権（民法８９０条）や夫婦間の子が嫡出子となること（同法７７２条１項等）などの重要な法律上の効果が与えられるものとされているほか，近年家族等に関する国民の意識の多様化が指摘されつつも，国民の中にはなお法律婚を尊重する意識が幅広く浸透していると考えられることをも併せ考慮すると，上記のような婚姻をするについての自由は，憲法２４条１項の規定の趣旨に照らし，十分尊重に値するものと解することができる。

そうすると，婚姻制度に関わる立法として，婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については，その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である。

そこで，本件においては，上記の考え方に基づき，本件規定が再婚をする際の要件に関し男女の区別をしていることにつき，そのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠があり，かつ，その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において合理性を有するものであるかどうかという観点から憲法適合性の審査を行うのが相当である。以下，このような観点から検討する。

２　本件規定の立法目的について

⑴　昭和２２年法律第２２２号による民法の一部改正（以下「昭和２２年民法改正」という。）により，旧民法（昭和２２年民法改正前の明治３１年法律第９号を

いう。以下同じ。）における婚姻及び家族に関する規定は，憲法２４条２項で婚姻及び家族に関する事項について法律が個人の尊厳及び両性の本質的平等に立脚して制定されるべきことが示されたことに伴って大幅に変更され，憲法の趣旨に沿わない「家」制度が廃止されるとともに，上記の立法上の指針に沿うように，妻の無能力の規定の廃止など夫婦の平等を図り，父母が対等な立場から共同で親権を行使することを認めるなどの内容に改められた。

その中で，女性についてのみ再婚禁止期間を定めた旧民法７６７条１項の「女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六个月ヲ経過シタル後ニ非サレハ再婚ヲ為スコトヲ得ス」との規定及び同条２項の「女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ前ヨリ懐胎シタル場合ニ於テハ其分娩ノ日ヨリ前項ノ規定ヲ適用セス」との規定は，父性の推定に関する旧民法８２０条１項の「妻カ婚姻中ニ懐胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス」との規定及び同条２項の「婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懐胎シタルモノト推定ス」との規定と共に，現行の民法にそのまま引き継がれた。

⑵ 現行の民法は，嫡出親子関係について，妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定し（民法７７２条１項），夫において子が嫡出であることを否認するためには嫡出否認の訴えによらなければならず（同法７７５条），この訴えは夫が子の出生を知った時から１年以内に提起しなければならない（同法７７７条）と規定して，父性の推定の仕組みを設けており，これによって法律上の父子関係を早期に定めることが可能となっている。しかるところ，上記の仕組みの下において，女性が前婚の解消等の日から間もなく再婚をし，子を出産した場合においては，その子の父が前夫であるか後夫であるかが直ちに定まらない事態が生じ得るのであって，そのた

めに父子関係をめぐる紛争が生ずるとすれば，そのことが子の利益に反するものであることはいうまでもない。

民法７３３条２項は，女性が前婚の解消等の前から懐胎していた場合には，その出産の日から本件規定の適用がない旨を規定して，再婚後に前夫の子との推定が働く子が生まれない場合を再婚禁止の除外事由として定めており，また，同法７７３条は，本件規定に違反して再婚をした女性が出産した場合において，同法７７２条の父性の推定の規定によりその子の父を定めることができないときは裁判所がこれを定めることを規定して，父性の推定が重複した場合の父子関係確定のための手続を設けている。これらの民法の規定は，本件規定が父性の推定の重複を避けるために規定されたものであることを前提にしたものと解される。

⑶ 以上のような立法の経緯及び嫡出親子関係等に関する民法の規定中における本件規定の位置付けからすると，本件規定の立法目的は，女性の再婚後に生まれた子につき父性の推定の重複を回避し，もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解するのが相当であり（最高裁平成４年（オ）第２５５号同７年１２月５日第三小法廷判決・裁判集民事１７７号２４３頁（以下「平成７年判決」という。）参照），父子関係が早期に明確となることの重要性に鑑みると，このような立法目的には合理性を認めることができる。

⑷ これに対し，仮に父性の推定が重複しても，父を定めることを目的とする訴え（民法７７３条）の適用対象を広げることにより，子の父を確定することは容易にできるから，必ずしも女性に対する再婚の禁止によって父性の推定の重複を回避する必要性はないという指摘があるところである。

確かに，近年の医療や科学技術の発達により，ＤＮＡ検査技術が進歩し，安価

に，身体に対する侵襲を伴うこともなく，極めて高い確率で生物学上の親子関係を肯定し，又は否定することができるようになったことは公知の事実である。

しかし，そのように父子関係の確定を科学的な判定に委ねることとする場合には，父性の推定が重複する期間内に生まれた子は，一定の裁判手続等を経るまで法律上の父が未定の子として取り扱わざるを得ず，その手続を経なければ法律上の父を確定できない状態に置かれることになる。生まれてくる子にとって，法律上の父を確定できない状態が一定期間継続することにより種々の影響が生じ得ることを考慮すれば，子の利益の観点から，上記のような法律上の父を確定するための裁判手続等を経るまでもなく，そもそも父性の推定が重複することを回避するための制度を維持することに合理性が認められるというべきである。

３　そうすると，次に，女性についてのみ６箇月の再婚禁止期間を設けている本件規定が立法目的との関連において上記の趣旨にかなう合理性を有すると評価できるものであるか否かが問題となる。以下，この点につき検討する。

⑴　上記のとおり，本件規定の立法目的は，父性の推定の重複を回避し，もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解されるところ，民法７７２条２項は，「婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は，婚姻中に懐胎したものと推定する。」と規定して，出産の時期から逆算して懐胎の時期を推定し，その結果婚姻中に懐胎したものと推定される子について，同条１項が「妻が婚姻中に懐胎した子は，夫の子と推定する。」と規定している。そうすると，女性の再婚後に生まれる子については，計算上１００日の再婚禁止期間を設けることによって，父性の推定の重複が回避されることになる。夫婦間の子が嫡出子となることは婚姻による重要な効果であ

るところ，嫡出子について出産の時期を起点とする明確で画一的な基準から父性を推定し，父子関係を早期に定めて子の身分関係の法的安定を図る仕組みが設けられた趣旨に鑑みれば，父性の推定の重複を避けるため上記の１００日について一律に女性の再婚を制約することは，婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものではなく，上記立法目的との関連において合理性を有するものということができる。

よって，本件規定のうち１００日の再婚禁止期間を設ける部分は，憲法１４条１項にも，憲法２４条２項にも違反するものではない。

⑵ これに対し，本件規定のうち１００日超過部分については，民法７７２条の定める父性の推定の重複を回避するために必要な期間ということはできない。

旧民法７６７条１項において再婚禁止期間が６箇月と定められたことの根拠について，旧民法起草時の立案担当者の説明等からすると，その当時は，専門家でも懐胎後６箇月程度経たないと懐胎の有無を確定することが困難であり，父子関係を確定するための医療や科学技術も未発達であった状況の下において，再婚後に前夫の子が生まれる可能性をできるだけ少なくして家庭の不和を避けるという観点や，再婚後に生まれる子の父子関係が争われる事態を減らすことによって，父性の判定を誤り血統に混乱が生ずることを避けるという観点から，再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず，一定の期間の幅を設けようとしたものであったことがうかがわれる。また，諸外国の法律において１０箇月の再婚禁止期間を定める例がみられたという事情も影響している可能性がある。上記のような旧民法起草時における諸事情に鑑みると，再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず，一定の期間の幅を設けるこ

とが父子関係をめぐる紛争を未然に防止することにつながるという考え方にも理解し得る面があり，このような考え方に基づき再婚禁止期間を６箇月と定めたことが不合理であったとはいい難い。このことは，再婚禁止期間の規定が旧民法から現行の民法に引き継がれた後においても同様であり，その当時においては，国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものであったとまでいうことはできない。

しかし，その後，医療や科学技術が発達した今日においては，上記のような各観点から，再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず，一定の期間の幅を設けることを正当化することは困難になったといわざるを得ない。

加えて，昭和２２年民法改正以降，我が国においては，社会状況及び経済状況の変化に伴い婚姻及び家族の実態が変化し，特に平成期に入った後においては，晩婚化が進む一方で，離婚件数及び再婚件数が増加するなど，再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高まっている事情も認めることができる。また，かつては再婚禁止期間を定めていた諸外国が徐々にこれを廃止する立法をする傾向にあり，ドイツにおいては１９９８年（平成１０年）施行の「親子法改革法」により，フランスにおいては２００５年（平成１７年）施行の「離婚に関する２００４年5月２６日の法律」により，いずれも再婚禁止期間の制度を廃止するに至っており，世界的には再婚禁止期間を設けない国が多くなっていることも公知の事実である。それぞれの国において婚姻の解消や父子関係の確定等に係る制度が異なるものである以上，その一部である再婚禁止期間に係る諸外国の立法の動向は，我が国における再婚禁止期間の制度の評価に直ちに影響を及ぼすものとはいえないが，再婚をすることについての制約をできる限り少なくするという要請が高ま

っていることを示す事情の一つとなり得るものである。

そして，上記のとおり，婚姻をするについての自由が憲法２４条１項の規定の趣旨に照らし十分尊重されるべきものであることや妻が婚姻前から懐胎していた子を産むことは再婚の場合に限られないことをも考慮すれば，再婚の場合に限って，前夫の子が生まれる可能性をできるだけ少なくして家庭の不和を避けるという観点や，婚姻後に生まれる子の父子関係が争われる事態を減らすことによって，父性の判定を誤り血統に混乱が生ずることを避けるという観点から，厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間を超えて婚姻を禁止する期間を設けることを正当化することは困難である。他にこれを正当化し得る根拠を見いだすこともできないことからすれば，本件規定のうち１００日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものとなっているというべきである。

以上を総合すると，本件規定のうち１００日超過部分は，遅くとも上告人が前婚を解消した日から１００日を経過した時点までには，婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものとして，その立法目的との関連において合理性を欠くものになっていたと解される。

⑶ 以上の次第で，本件規定のうち１００日超過部分が憲法２４条２項にいう両性の本質的平等に立脚したものでなくなっていたことも明らかであり，上記当時において，同部分は，憲法１４条１項に違反するとともに，憲法２４条２項にも違反するに至っていたというべきである。

第３　本件立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無について

１　国家賠償法１条１項は，国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個々の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反して当該国民に損害を加えたと

きに，国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものであるところ，国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは，国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり，立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。そして，上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄であって，仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても，そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法１条１項の適用上違法の評価を受けるものではない。

もっとも，法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず，国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては，国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして，例外的に，その立法不作為は，国家賠償法１条１項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである（最高裁昭和５３年（オ）第１２４０号同６０年１１月２１日第一小法廷判決・民集３９巻７号１５１２頁，最高裁平成１３年（行ツ）第８２号，第８３号，同年（行ヒ）第７６号，第７７号同１７年９月１４日大法廷判決・民集５９巻７号２０８７頁参照）。

２　そこで，本件立法不作為が国家賠償法１条１項の適用上違法の評価を受けるか否かについて検討する。

⑴　本件規定は，前記のとおり，昭和２２年民法改正当時においては１００日超過部分を含め一定の合理性を有していたと考えられるものであるが，その後の我が国における医療や科学技術の発達及び社会状況の変化等に伴い，再婚後に前夫の子

が生まれる可能性をできるだけ少なくして家庭の不和を避けるという観点や，父性の判定に誤りが生ずる事態を減らすという観点からは，本件規定のうち１００日超過部分についてその合理性を説明することが困難になったものということができる。

⑵ 平成７年には，当裁判所第三小法廷が，再婚禁止期間を廃止し又は短縮しない国会の立法不作為が国家賠償法１条１項の適用上違法の評価を受けるかが争われた事案において，国会が民法７３３条を改廃しなかったことにつき直ちにその立法不作為が違法となる例外的な場合に当たると解する余地のないことは明らかであるとの判断を示していた（平成７年判決）。これを受けた国会議員としては，平成７年判決が同条を違憲とは判示していないことから，本件規定を改廃するか否かについては，平成７年の時点においても，基本的に立法政策に委ねるのが相当であるとする司法判断が示されたと受け止めたとしてもやむを得ないということができる。

また，平成６年に法制審議会民法部会身分法小委員会の審議に基づくものとして法務省民事局参事官室により公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」及びこれを更に検討した上で平成８年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」においては，再婚禁止期間を１００日に短縮するという本件規定の改正案が示されていたが，同改正案は，現行の嫡出推定の制度の範囲内で禁止期間の短縮を図るもの等の説明が付され，１００日超過部分が違憲であることを前提とした議論がされた結果作成されたものとはうかがわれない。

⑶ 婚姻及び家族に関する事項については，その具体的な制度の構築が第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられる事柄であることに照らせば，平成７年判決がされた後も，本件規定のうち１００日超過部分については違憲の問題が生ずる

との司法判断がされてこなかった状況の下において，我が国における医療や科学技術の発達及び社会状況の変化等に伴い，平成２０年当時において，本件規定のうち１００日超過部分が憲法１４条１項及び２４条２項に違反するものとなっていたことが，国会にとって明白であったということは困難である。

３　以上によれば，上記当時においては本件規定のうち１００日超過部分が憲法に違反するものとなってはいたものの，これを国家賠償法１条１項の適用の観点からみた場合には，憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない。したがって，本件立法不作為は，国家賠償法１条１項の適用上違法の評価を受けるものではないというべきである。

第４　結論

以上のとおりであるから，上告人の請求を棄却すべきものとした原審の判断は，結論において是認することができる。

よって，裁判官山浦善樹の反対意見があるほか，裁判官全員一致の意見で，主文のとおり判決する。なお，裁判官櫻井龍子，同千葉勝美，同大谷剛彦，同小貫芳信，同山本庸幸，同大谷直人の補足意見，裁判官千葉勝美，同木内道祥の各補足意見，裁判官鬼丸かおるの意見がある。

裁判官櫻井龍子，同千葉勝美，同大谷剛彦，同小貫芳信，同山本庸幸，同大谷直人の補足意見は，次のとおりである。

私たちは，本件規定のうち１００日の再婚禁止期間を設ける部分（以下「１００日以内部分」という。）について憲法１４条１項又は２４条２項に違反するもので

はないとする多数意見に賛同するものであるが，再婚禁止による支障をできる限り少なくすべきとの観点から，上記１００日の期間内であっても，女性が再婚をすることが禁止されない場合を認める余地が少なくないのではないかと考えており，１００日以内部分の適用除外に関する法令解釈上の問題について補足しておきたい。

多数意見が判示するとおり，本件規定の立法目的は，父性の推定の重複を回避し，もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解され，女性の再婚後に生まれた子につき民法７７２条の規定による父性の推定の重複を避けるため１００日の再婚禁止期間を設けることは，国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものではなく，上記立法目的との関連において合理性を有するということができる。

ところで，１００日以内部分の適用を除外する場合に関する民法７３３条２項は，除外する事由として，女性が前婚の解消等の後にその前から懐胎していた子を出産した場合を挙げているところ，これは，その出産後に懐胎した子については，当然に前夫との婚姻中に懐胎したものではないから，同法７７２条の規定による父性の推定を及ぼす必要がないとの理由によるものであると思われる。そうすると，女性にのみ再婚禁止期間が設けられた立法目的が上記のとおり父性の推定の重複を回避することにあることからすれば，民法７３３条２項は，上記の場合以外であっても，およそ父性の推定の重複を回避する必要がない場合には同条１項の規定の適用除外を認めることを許容しているものと解するのが相当であろう。また，そのように解することは，婚姻をするについての自由を尊重する多数意見の立場にも沿うものということができる。

具体的には，女性に子が生まれないことが生物学上確実であるなど父性の推定の

重複が生じ得ない場合，離婚した前配偶者と再婚するなど父性の推定が重複しても差し支えない場合及び一定の事由により父性の推定が及ばないと解される場合（最高裁昭和４３年（オ）第１１８４号同４４年５月２９日第一小法廷判決・民集２３巻６号１０６４頁，最高裁昭和４３年（オ）第１３１０号同４４年９月４日第一小法廷判決・裁判集民事９６号４８５頁，最高裁平成７年（オ）第２１７８号同１０年８月３１日第二小法廷判決・裁判集民事１８９号４９７頁等参照）には，民法７３３条１項の規定の適用がないというべきである。

従来の戸籍実務においても，前婚の夫との再婚の場合（大正元年１１月２５日民事第７０８号民事局長回答），夫の３年以上の生死不明を理由とする離婚判決によって前婚を解消した場合（大正７年９月１３日民第１７３５号法務局長回答，昭和２５年１月６日民事甲第２号民事局長回答），女性が懐胎することのできない年齢（６７歳）である場合（昭和３９年５月２７日民事甲第１９５１号民事局長回答）及び３年前から音信不通状態にあり悪意の遺棄を理由とする離婚判決によって前婚を解消した場合（昭和４０年３月１６日民事甲第５４０号民事局長回答）などにおいて，再婚禁止期間内の婚姻届を受理してよい旨の取扱いがされており，このような取扱いは，民法７３３条１項の規定の適用除外についての上記のような理解に沿ったものと思われる。

以上の理解に立つと，女性がいわゆる不妊手術を受けている場合についても，これをもって当該女性に子が生まれないことが生物学上確実であるときは，上記の各場合と同等に取り扱って差し支えないものと解されるであろう。また，前婚の解消等の時点で懐胎していない女性については，民法７３３条２項に規定する前婚の解消等の後にその前から懐胎していた子を出産した場合と客観的な状況は異ならない

のであるから，１００日以内部分の適用除外の事由があるとしても不相当とはいえないであろう。

このように，本件規定の立法目的との関連において考えれば，１００日以内部分の適用除外の事由に当たると解される場合は，民法７３３条２項に直接規定されている場合や従来の戸籍実務において認められてきた場合に限られるものではないということができるのである。

もとより，婚姻届の提出の場面においては，戸籍事務管掌者が行う形式的審査の限界から，その届出の時点で民法７３３条１項の規定の適用除外とされる事由の範囲に影響があること自体はやむを得ず，上記のように前婚の解消等の時点で懐胎していないという事由は，医師の作成した証明書など明確性・客観性の上で確実な証明手段による認定を要するという制約は受け入れなければならないであろう。

裁判官千葉勝美の補足意見は，次のとおりである。

私は，再婚禁止期間を定める民法７３３条１項（本件規定）の合憲性審査についての考え方と違憲の法律の改正等を怠った立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無についての判断の枠組みに関して，次のとおり多数意見に付加して私見を補足しておきたい。

１　再婚禁止期間を定める本件規定の合憲性審査についての考え方

⑴　多数意見は，今回，本件規定の立法目的について，「父性の推定の重複を回避し，もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにある」としているが，これは，父性の推定の重複を回避することを直接的な立法目的であることを明確に示し，これによって紛争の未然防止が図られる関係にあることを判示したものと解される。ところで，旧民法７６７条１項においては，理論的には推定の重複を

回避するのに必要な期間を超えて再婚禁止期間が６箇月と定められており，それは，多数意見の述べるとおり，当時の医療や科学技術の未発達であった状況を前提にし，現実的に父子関係をめぐる紛争を防止するためにある程度の期間の幅が必要であるという見解によるものであろうが，今回，多数意見は，本件規定の立法目的を上記のとおり明確に整理して判示したため，再婚禁止期間のうち１００日を超える部分は，医療等の進歩により妊娠の時期が容易に明らかになる今日，もはや推定重複を回避するために必要な期間とはいえず，立法目的との関連でいわゆる合理的な関連性を有しないことが明らかであり，事柄の性質上，超過部分について国会の合理的な立法裁量の範囲内であると認めることはできないとしたものである。

⑵ 今回，６箇月間のうち１００日の女性の再婚を禁止する期間を設ける部分については，父性の推定の重複を回避するという立法目的が明確に整理されてその合理性が是認された以上，それとの関連において目的達成の手段としての合理性は理論的には当然に認められるところである。ところで，従前，当審は，法律上の不平等状態を生じさせている法令の合憲性審査においては，このように，立法目的の正当性・合理性とその手段の合理的な関連性の有無を審査し，これがいずれも認められる場合には，基本的にはそのまま合憲性を肯定してきている。これは，不平等状態を生じさせている法令の合憲性の審査基準としては，いわゆる精神的自由を制限する法令の合憲性審査のように，厳格な判断基準を用いて制限することにより得られる利益と失われる利益とを衡量して審査するなどの方法ではなく，そもそも国会によって制定された一つの法制度の中における不平等状態であって，当該法制度の制定自体は立法裁量に属し，その範囲は広いため，理論的形式的な意味合いの強い上記の立法目的の正当性・合理性とその手段の合理的関連性の有無を審査する方法

を採ることで通常は足りるはずだからである。

しかしながら，立法目的が正当なものでも，その達成手段として設定された再婚禁止期間の措置は，それが１００日間であっても，女性にとってその間は再婚ができないという意味で，憲法上の保護に値する婚姻をするについての自由に関する利益を損なうことになり，しかも，多数意見の指摘するとおり，今日，晩婚化が進む一方で，離婚件数及び再婚件数が増加する状況があり，再婚への制約をできる限り少なくするという要請が高まっている事情の下で，形式的な意味で上記の手段に合理的な関連性さえ肯定できれば足りるとしてよいかは問題であろう。このような場合，立法目的を達成する手段それ自体が実質的に不相当でないかどうか（この手段の採用自体が立法裁量の範囲内といえるかどうか）も更に検討する必要があるといえよう。多数意見が，「婚姻に対する直接的な制約を課すことが内容となっている本件規定については，その合理的な根拠の有無について以上のような事柄の性質を十分考慮に入れた上で検討をすることが必要である。」としているのは，この趣旨をも含めた説示であろう。

⑶　ところで，このように，上記の立法目的・手段の合理性等を審査する際に，採用した手段自体の実質的な相当性の有無の判断をも行う必要があるのであれば，合憲性審査においては，平成２５年の嫡出でない子の相続分に関する最高裁大法廷の違憲決定（最高裁平成２４年（ク）第９８４号，第９８５号同２５年９月４日大法廷決定・民集６７巻６号１３２０頁）が説示したように，最初から，女性に対してのみ再婚を禁止するという差別的取扱いを端的に問題にして，それに関連する諸事情すべてを総合考慮した上で合理的な根拠を有するものといえるか否かを判断するという説示の仕方をすべきであるとする見解もあり得よう。しかしながら，上記

の平成２５年大法廷決定が対象とした民法９００条４号ただし書前段については，その立法理由について法律婚の尊重と嫡出でない子の保護の調整を図ったものとする平成７年の大法廷決定（最高裁平成３年（ク）第１４３号同７年７月５日大法廷決定・民集４９巻７号１７８９頁）の判示があり，その趣旨をどのように理解するかということも検討した上での平成２５年大法廷決定の説示があるのである。ところが，本件規定については，多数意見は，前記のとおり，その立法目的を，直接的には「父性の推定の重複を回避する」と明示しており，立法目的が単一で明確になっているため，本件については，正に，立法目的・手段の合理性等の有無を明示的に審査するのにふさわしいケースであるから，全体的な諸事情の総合判断という説示ではなく，そのような明示的な審査を行っており，「手段として不相当でないかどうか」（手段の相当性の有無）の点も，その際に，事柄の性質を十分考慮に入れた上で，合理的な立法裁量権の行使といえるか否かという観点から検討しているものといえる。

⑷ 以上を前提に，手段の相当性の有無について更に付言すると，女性に対し再婚禁止期間を設けることについては，たとえ１００日間であっても女性が被る不利益は重大であり，再婚禁止期間の設定自体が手段として不相当であり，女性に対する不合理な差別的内容となっているとした上，再婚禁止期間を設けるのではなく，父性の推定の重複する事態が生じた場合には，子と後夫ないし前夫らのＤＮＡ検査の実施や，父を定めることを目的とする訴えの提起，その制度の拡充等の方法で対処すべきであるとする見解があろう。多数意見でも触れているとおり，諸外国においても，このような再婚禁止期間の制度を設けていない国は少なくなく，立法政策としてはあり得るところである。

もっとも，これによると，推定の重複が生ずると，子が出生した時点では法律上の父が定まらないため，ＤＮＡ検査の実施や父を定めることを目的とする訴え等によることになるが，これでは法律上の父の決定がかなり遅れる事態も想定される（女性と後夫との関係がその後に悪化し，協力が得にくくなっていたり，訴訟が遅延する事態もあり得よう。）。この点は，正に，多数意見が指摘するように，生まれた子の福祉の観点から不都合な事態が起こることも想定され，子の利益に反するものである。

以上によれば，どちらの制度にも，一方は女性の自由な婚姻の利益を一定程度損なうこととなり，他方は生まれた子の利益に反する事態が生ずるという問題があり，いずれも利害得失があって，当然に一方が他方を凌駕する合理性を有するものと評価することはできない。そうであれば，前者の制度，すなわち，本件規定のうちの１００日の再婚禁止期間を定めるという手段が不相当で国会の立法裁量を逸脱・濫用し違憲であると評価することはできない。

⑸ なお，前者の制度については，次のような懸念が生じかねない。すなわち，女性が不妊手術を受けていたり，あるいは，具体的な状況において前婚の解消等の時点で懐胎がないことが客観的に明確となる場合があり，そのような場合には，民法７７２条２項が定める妊娠の時期の推定を問題とする余地はなく，前婚の解消後に出生した子の父性の推定の制度を前提にその推定の重複を回避することを直接の目的とした本件規定による再婚禁止の措置をとる必要はないはずであるが，多数意見は，一律に１００日間の再婚を禁止する限度で立法裁量の範囲内であるとしている。これは，自由な結婚を必要以上に規制することになって，やはり手段として不相当であるというものである。

しかし，このような場合には，共同補足意見が説示するとおり，１００日以内であっても，本件規定の適用が否定されることになると解されるので，上記の懸念には及ばないと思われる。

２　違憲の法律の改正等を怠った立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無についての判断の枠組み

⑴　この点について判示した当審先例としては，最高裁昭和５３年（オ）第１２４０号同６０年１１月２１日第一小法廷判決・民集３９巻７号１５１２頁（以下「昭和６０年判決」という。）及び最高裁平成１３年（行ツ）第８２号，第８３号，同年（行ヒ）第７６号，第７７号同１７年９月１４日大法廷判決・民集５９巻７号２０８７頁（以下「平成１７年判決」という。）がある。

昭和６０年判決の事案は，在宅投票制度を廃止しこれを復活しなかった国会議員の立法行為について国家賠償法上の違法が問題になったものであるが，判決では，「国会議員は，立法に関しては，原則として，国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり，個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではない」とした上，「国会議員の立法行為は，立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき，容易に想定し難いような例外的な場合でない限り，国家賠償法１条１項の規定の適用上，違法の評価を受けない」旨を判示している。この判示は，国会議員の行為が国家賠償法上の違法となり得るすべての場合につき一般論を展開したものではなく，違法となり得る場合は極めて限定的にとらえるべきであるという見解を強調する趣旨で，当然にあるいは即時違法となるような典型的なしかも極端な場合を示したものである。したがって，この判示は，国会議員の立法行為につき，これ以外はおよそ違法

とはならないとまでいったわけではなく，違法となるすべての場合に言及したものではないと解するべきである（この判示は，本件と同じ本件規定を改廃しない国会議員の立法行為（不作為）の違法に関する最高裁平成４年（オ）第２５５号同７年１２月５日第三小法廷判決・裁判集民事１７７号２４３頁にそのまま踏襲されている。）。

次に，平成１７年判決の事案は，衆議院議員選挙について在外国民に投票する機会を確保する立法措置をとらなかったという点についてのものであるが，「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や，国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり，それが明白であるにもかかわらず，国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには，例外的に，国会議員の立法行為又は立法不作為は，国家賠償法１条１項の規定の適用上，違法の評価を受けるものというべきである」とした上，「昭和６０年判決は，以上と異なる趣旨をいうものではない」と付言している。

ところで，平成１７年判決は，前記のとおり，前段部分と後段部分から成っており，前段部分は，昭和６０年判決の事案と同様の違憲の立法を行った国会議員の立法行為又は立法不作為の違法性が問題になったケースについてのものである（本件もこの前段部分が問題になるケースである。）。前段部分の判示の内容は，昭和６０年判決とは表現が異なる点はあるが，それと異なる判断内容を示したものではなく，単に従前の判断を踏襲する趣旨で表現を簡潔にして述べたもの，すなわち，昭和６０年判決と同様に，当然に違法となる極端な場合を示したものにすぎないと解すべきである。

他方，平成１７年判決の後段部分の判示の内容は，正に当該事案で問題になった，国会議員が憲法上の権利行使の機会を確保する立法措置をとることについて，一般論として，「必要不可欠であり，それが明白であるにもかかわらず，国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など」には，例外的に違法となるという判断基準を説示したものである。

⑵ 本件と平成１７年判決の判示との関係については，本件は，平成１７年判決の判示のうち前段部分と同様のケースであるところ，前段部分の判示のような憲法上の権利侵害が一義的な文言に違反しているような極端な場合ではないので，多数意見は，今回，改めて，これらの従前の当審の判示をも包摂するものとして，一般論的な判断基準を整理して示したものであり，平成１７年判決を変更するものではない。

また，本件は，平成１７年判決中の前段部分の違憲の立法の改正を怠るという立法不作為の違法性に関する事件ではあるが，多数意見で示された一般論は，その判示内容からして，前段の場合に限らず，後段の場合をも含め，国会議員の職務行為である立法的対応がどのような場合に国家賠償法上違法になるのかについての全体的な判断の枠組みを示したものと解することができる（なお，昭和６０年判決が挙げた極端な例は，多数意見中の「国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては」とされた「など」に含まれるという見方もあろう。）。

⑶ ところで，平成１７年判決は，後段部分で，違法とされる場合の判断基準について，一般に，憲法で保障されている権利行使の機会を確保する立法措置をとることが必要不可欠でそれが明白であることを要求しているが，これに当該事案を当

てはめた結論としては，上記の明白性を充たすとして国家賠償法上違法と評価した上，国家賠償請求を一部認める判断をしている。ところが，この判決においては，在外国民に選挙権の行使の機会を与える選挙制度を創設しなくとも立法裁量の逸脱・濫用で違憲であるとはいえないという２名の裁判官の反対意見が付されており，この反対意見は上記の立法措置をとることがそもそも必要不可欠ではないという趣旨の見解である。一般的な用いられ方からすると，「明白である」というのは，通常は異論を生じない場合を意味するものであるが，ここでは，このような一般的な用法とは異なり，もっと緩い程度を指すものとして用いられているのではないか，例えば，「多数」が必要不可欠であると考えた場合はこれを「明白」としているのではないかという疑義が生じかねず，同判決の前段部分でいう「明白な場合」という表現との関係も気になるところであった。

いずれにせよ，私の理解としては，平成１７年判決の判示する判断基準は，このような点も踏まえて，前段部分及び後段部分を含め，今回整理し直されたものということになる。今後は，この点の判断基準は，本件の多数意見の示すところによることとなろう。

裁判官木内道祥の補足意見は，次のとおりである。

第１　１００日の再婚禁止期間を設けることの合理性

現行の父性の推定の規定を前提とすると，１００日の再婚禁止期間を設けなければ父性の推定の重複が生じる状態での子の出生があり得る。この場合，子の法律上の父は，父を定めることを目的とする訴え（ないし家事事件手続法２７７条の合意に相当する審判）を経ない限り決定できない。

近時のＤＮＡ検査など，生物学上の父子関係の有無を確認する技法の発達によ

り，父を定めることが困難であることはほとんどないものの，上記の法的手続をとらなければならないという負担は軽視できない。

父を定めることを目的とする訴えでは，前夫は生存している限り当事者とする必要があり（人事訴訟法４３条），前夫の嫡出推定が及んでいる以上，後夫による認知はできない。母，後夫，前夫のいずれもが法的手続をとろうとしない場合，子は，訴訟能力の制限は受けない（人事訴訟法１３条）ものの，意思能力が備わらない限り自ら提訴はできず，意思能力のある年齢に達したからといって，実際上，自分で父を定めることを目的とする訴えを提起することは期待し難い。

すると，前夫はもちろん，母ないし後夫が法的手続をとらないままにするケースが多数生じることが予想される。そのような場合，出産の時点で父が定まらないだけにとどまらず，父が決まらないままの状態に子が長期間置かれることになるが，これは，子の利益を著しく損なうものである。

なお，私も，本件規定のうち１００日の再婚禁止期間を設ける部分の適用除外については共同補足意見のような解釈が妥当であると考えており，それを前提とすると，１００日の再婚禁止期間が設けられても，その適用を受ける事案は限られてくる。

このように，生まれてくる子の利益と再婚する女性にとっての不利益の双方を考えれば，１００日の再婚禁止期間を設ける部分は，憲法１４条１項及び２４条２項に違反するものでないということができる。

第２　１００日を超える再婚禁止期間を設けることの合理性

多数意見は，本件規定のうち１００日超過部分の合理性を検討するについて，婚姻後に前夫の子が生まれる可能性を減らすという観点，婚姻後に生まれる子の父子

関係が争われる事態を減らすという観点からも正当化し得ないとしている。

これを具体的に考えると，１００日の再婚禁止期間を維持して嫡出推定の重複が生じないことが前提となるので，次のような事態が考えられる。

①　前夫の子と推定され，それが事実であるが，婚姻後に前夫の子が出生すること自体により家庭の不和（紛争）が生じる。

②　前夫の子と推定されるが事実は後夫の子なので，紛争を生じる。

③　後夫の子と推定されるが事実は前夫の子なので，紛争を生じる。

①についていえば，これを回避するためには再婚禁止期間は６箇月では足りず３００日とする必要がある。また，これは，妻が再婚かどうかにかかわらず，夫の子と推定されない子（婚姻後２００日以内に生まれた子）が婚姻後に出生して，事実としても夫の子でない場合に生じ得る紛争の一類型であり，妻が再婚の場合に限って回避しようとすることになる。つまり，本件規定のうち１００日超過部分は，再婚でなくても生じ得る紛争について，それを防止するために，再婚する女性に限って，紛争回避のために不十分な措置を設けたものであり，紛争防止のためとはいえ，これに合理性を認めることはできない。

②としては，前夫と事実上の離婚をし，その後，後夫との事実婚が始まり，その後に前夫との離婚が成立し，後夫との婚姻届という事案が想定され，実際上も例が多いと思われる。再婚禁止期間を設けることは，後夫との事実婚を阻止できるものではなく，この類型の紛争防止に無力である。

③としては，前夫との交際が，離婚後も後夫との婚姻に近い時期以降まで続いていたという事案が想定される。実際上は，まれなものと思われるが，前夫との交際が続くことと再婚禁止期間を設けることは無関係である。

②③のいずれも，父性の推定とそれを覆す方法の合理性の問題であって，再婚禁止期間を１００日を超えて設けることによって紛争を回避できるものではない。

このように，再婚禁止期間を設けるについて，１００日間については，父性の推定の重複を回避するという合理性があるが，１００日を超える部分については，父子関係をめぐる紛争の防止の方策としては合理性が認められないのである。

裁判官鬼丸かおるの意見は，次のとおりである。

私は，上告人の国家賠償請求については，これを棄却すべきものとした原判決は結論において是認できるとするものであるが，多数意見と異なり，本件規定が女性について６箇月の再婚禁止期間を定めていることは，性別による不合理な差別であって憲法１４条１項に違反し，また立法の指針である両性の本質的平等に立脚していないことから憲法２４条２項にも違反するものであって，その全部が無効であると考えるものである。

１　私は，本件規定の立法目的について，父性の推定の重複を回避し，もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解されるとする多数意見の判示は正当であると考える。また，民法７３３条２項は，前婚の解消等の前から懐胎していた子を出産した場合以外であっても，女性に子が生まれないことが生物学上確実な場合や前婚の解消等の時点で女性が懐胎していない場合など，およそ父性の推定の重複を回避する必要がない場合には本件規定の適用の除外を認めることを許容しているものと解するのが相当であるとする共同補足意見にも賛同するものである。

もっとも，これらの多数意見及び共同補足意見を前提にするならば，共同補足意見がその意見の中で指摘するように，民法７３３条２項が本件規定の適用を除外す

る事由として挙げる上記の場合や従来の戸籍実務において再婚禁止期間内の婚姻届を受理してよい旨の取扱いがされている場合のほかにも，当審の判例により父性の推定が及ばないと解されている場合を含め，およそ父性の推定の重複を回避する必要がない場合は本件規定の適用除外として認められるのであるから，その適用除外の範囲は，多様かつ広汎なものとなる。その結果，これらの適用除外には該当しないとされる場合，すなわち再婚の禁止によって父性の推定の重複を回避する必要があるとされる場合とは，結局，前婚の解消等の時から１００日が経過していない女性が前婚中に懐胎したけれども（前婚中に懐胎したか否かが客観的に明らかにされない場合を含む。）まだ出産していない場合というごく例外的な場合に限定されることとなる。

本件規定は，婚姻の要件を定める極めて重要な規定であり，いずれの国民にも一義的に明確であることが望ましい。しかしながら，父性の推定の重複回避のために再婚禁止期間を設ける必要のある場合はごく例外的であるのに，本件規定は，文理上は，前婚の解消等をした全ての女性（ただし，民法７３３条２項に規定する出産の場合を除く。）に対して一律に再婚禁止期間を設けているように読めるものである。このような，実際には上記のように適用除外が認められる場合が多く存在するという本件規定の解釈等をめぐる状況を，一般国民が的確に知ることは困難であり，再婚を考える者に混乱を生じさせ，ひいては婚姻をするについての自由を不必要に制約するおそれもないとはいえないであろう。また，共同補足意見に述べられた民法７３３条１項の適用除外事由についての法律解釈は正当であると考えるが，婚姻届の提出の場面では戸籍事務管掌者が形式的審査権限しか有していないため，適用除外事由の証明が不十分等の理由で婚姻届が受理されない場合も起こり得るこ

とから，個別の婚姻届受理事務に差異が生じ得る不安定さが残ることは否めない。形式的審査により不受理となった場合についてみれば，法律解釈上は可能であるはずの再婚が，形式的審査権に阻まれるという事態を生ずることとなり，不相当な結果を招くことになる。

以上のとおり，父性の推定の重複回避のために再婚禁止期間を設ける必要のある場合は極めて例外的であるのに，文理上は前婚の解消等をした全ての女性（ただし，民法７３３条２項に規定する出産の場合を除く。）に対して一律に再婚禁止期間を設けているように読める本件規定を前婚の解消等の後１００日以内といえども残しておくことについては，婚姻をするについての自由の重要性や後記のように父を定めることを目的とする訴え（同法７７３条）の規定が類推適用できることに鑑みると，国会の立法裁量を考慮しても疑問である。多数意見のように再婚禁止期間の一部の期間を違憲無効とすることによっては，結果的には父性の推定の重複回避の必要のない多数の女性に対し再婚を制約することになりかねない状況を除去できるものではないと考える。また，共同補足意見のような法律解釈や戸籍実務等による個別救済に依拠することは，個別事案によって取扱いに差異が生ずる等の問題を生ずるおそれもあり，また限界もあるであろう。よって，男性の取扱いとの間に差別を設けた本件規定には合理的な根拠はないというべきである。

したがって，本件規定はその全部が国会の立法裁量を逸脱するものとして，憲法１４条１項及び２４条２項の規定に違反し無効であると解するものである。

２　上記１のように本件規定の全部を無効と解すると，ごく例外的ではあるが，父性の推定が重複する場合を生ずることがある。この場合には，民法７７３条（父を定めることを目的とする訴え）を類推適用することにより，子の父を定めること

となろう。そうすると，子の法律上の父は，子の出生後判決等が確定するまでの間は未定であることになる。

ところで，父性の推定により法律上の父が確定することの法的効果は，飽くまで法律の上での身分関係や扶養義務等が定まるということにすぎないのであって，実際にその子が法律上の父から扶養を受けられる等の利益や福祉が実現することとは別の問題であるともいえる。父性の推定により法律上の父が確定したとしても，推定される父である前夫と後夫との間で紛争が生ずることは少なくなく，出産した女性が前夫の父性推定を回避するため子の出生届を提出しないといった対応をすることにより子が無戸籍者となることもあり得ることを勘案すれば，上記のように父性の推定が重複することにより，これを解消する手続をとる間一時的に（科学技術，特にＤＮＡ検査技術の進歩によりその期間は短縮されている。）子の法律上の父が存在しない状態が生ずるとしても，これが，父性の推定により父が定まることと比較して，子の利益や福祉を大きく損なうとまでいうことは困難であろう。

多数意見は，法律上の父を確定できない状態が一定期間継続することにより，子には種々の影響が生じ得ると指摘するが，法律上の父が確定していない子も，社会生活は支障なく送れ，また，行政サービスも受けられるのであって，法的効果以外の場面においても，法律上の父が確定していないことによって子の利益や福祉が損なわれるような社会的状況はないと思料される。

３　仮に共同補足意見のような法律解釈をとらず，民法７３３条２項を文理どおりに解釈して，本件規定の適用除外となるべき例外的な場合を認めないとすれば，本件規定は，父性の推定の重複を回避する必要の全くない極めて多数の女性に対し，再婚禁止期間を設けていると解さざるを得ないことなる。そうであれば，本

件規定は，違憲性の度合いが一層強くなるものといえよう。

また，本件規定のうち父性の推定の重複回避のために必要でない部分は違憲であるとして，本件規定の意味的な一部を違憲とするという考えもあり得るところではあるが，「父性の推定の重複回避のために必要でない部分」の解釈をめぐる考え方に統一がとりにくい可能性も存するところであり，戸籍事務管掌者の形式的審査権による婚姻届受理の可否の問題が前記のとおり存在することにも鑑みると，このような一部違憲の考え方は実際的ではないであろう。

以上のとおりであるから，本件規定は全部違憲であると考えるものである。

裁判官山浦善樹の反対意見は，次のとおりである。

私は，多数意見と異なり，女性について６箇月の再婚禁止期間を定める本件規定の全部が憲法１４条１項及び２４条２項に違反し，上告人が前夫と離婚をした平成２０年３月までの時点において本件規定を廃止する立法措置をとらなかった立法不作為は国家賠償法１条１項の適用上違法の評価を受けるべきものであるから，原判決を破棄して損害額の算定のため本件を原審に差し戻すのが相当と考える。以下においてその理由を述べる。

第１　本件規定の憲法適合性について

１　昭和２２年施行の日本国憲法２４条は，婚姻及び家族に関する事項について，従前の大日本帝国憲法（明治２３年施行）における男性優位の思想とその下で制定された旧民法の家制度における封建的・性差別的な考えを完全に廃し，個人の尊厳と両性の本質的平等の理念を普遍的な価値であると宣言したものと解される。私は，婚姻の自由が，このようにして定められた憲法２４条とその基礎にある憲法１４条１項により，合理性のない性差別が排除された婚姻制度を利用し，そこから

得られる様々な効果を享受することができる憲法上の重要な権利ないし利益になっていると考える。したがって，女性にのみ婚姻の制約を課す本件規定の憲法適合性を判断するに当たっては，国会の立法裁量の幅は相応の限定を加えたものとして捉えるべきであり，このような見地から，立法目的を正確に見定め，制定後１世紀以上を経過した現代においてもその目的に合理性があるか否かを検討するとともに，これを達成するための手段として必要性・相当性があるか否かをも検討し，他により影響の少ない方法がある場合には，本件規定は違憲の評価を帯びることになると解するのが相当である。

２　私は，本件規定の本来の趣旨は「血統の混乱を防止する」という目的を達成するための手段として離婚した女性に対し再婚を禁止するというものであるから，父性推定の重複回避の問題として単にその期間の長短を検討するだけではなく，再婚禁止の制度それ自体が男女平等と婚姻の自由を定めた憲法の趣旨に適合するか否かを正面から判断すべきであると考える。

本件規定と同旨の規定が導入された旧民法制定当時の法典調査会や帝国議会における政府説明によると，再婚禁止期間の制度は血統の混乱を防止するためであるとされていた。例えば旧民法の立案に関わった梅謙次郎起草委員も，旧民法７６７条１項（現行民法７３３条１項と同旨）について，「本條ノ規定ハ血統ノ混亂ヲ避ケンカ爲メニ設ケタルモノナリ」とし，（生まれた子の父はどちらの男かの）「判断ヲ誤レハ竟ニ血統ヲ混亂スルニ至ルヘシ」（『民法要義巻之四』９１頁（明治３２年））とする。そこでは，男性にとって再婚した女性が産んだ子の生物学上の父が誰かが重要で，前夫の遺胎に気付かず離婚直後の女性と結婚すると，生まれてきた子が自分と血縁がないのにこれを知らずに自分の法律上の子としてしまう場合が生

じ得るため，これを避ける（つまりは，血統の混乱を防止する）という生物学的な視点が強く意識されていた。しかし，当時は血縁関係の有無について科学的な証明手段が存在しなかった（「造化ノ天秘ニ屬セリ」ともいわれた。）ため，立法者は，筋違いではあるがその代替措置として一定期間，離婚等をした全ての女性の再婚を禁止するという手段をとることにしたのである。禁止期間については，懐胎の有無が女の体型から分かるのは６箇月であるとの片山国嘉医学博士（東京帝国大学教授）の意見を参考にして６箇月とされた（旧民法７６７条１項）。

したがって，その論理に従えば，離婚後に出産した女性等は再婚禁止の規制を受けないが（旧民法７６７条２項），それは父性の推定の重複がないからではなく，血統の混乱があり得ないからである。ほかに婚姻障害の規定としては，重婚の禁止，近親婚の禁止，姦通者と相姦者の再婚禁止（旧民法７６８条）などがあるが，再婚禁止もこれらと同じレベルで規制されていた（姦通罪は，家の血統や父権の維持のために認められた封建的色彩の強い規制であったのであり，再婚禁止ともその趣旨を共通にする部分がある。）。このような著しく性差別的な制度が成り立ったのは，当時は血縁の有無を判断する科学的な手段が存在しなかったことに加えて，旧憲法下においては家制度を中心とした男性優位の社会が国体の基本とされていたという二つの歴史的・社会的な背景があったからである。

３　多数意見は，本件規定の立法目的について，「父性の推定の重複を回避し，もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐこと」であるとするが，これは，血縁判定に関する科学技術の確立と家制度等の廃止という社会事情の変化により血統の混乱防止という古色蒼然とした目的では制度を維持し得なくなっていることから，立法目的を差し替えたもののように思える。確かに，推定期間の重複回避とい

うレベルの問題ならば，単純計算で，再婚禁止期間を約８０日短縮して１００日にすれば重複を回避できるから合憲であるという結論になる。しかし，単に推定期間の重複を避けるだけであれば，重複も切れ目もない日数にすれば済むことは既に帝国議会でも明らかにされており，６箇月は熟慮の結果であって，正すべき計算違いではない。学説が父性推定の重複を取り上げるときには，再婚禁止期間の６箇月は計算上長期に過ぎるから１００日に短縮すべし等という民法改正論の文脈で述べられていることが多いが，本件は，再婚禁止の制度それ自体の憲法適合性の裁判であり，その期間の長短の如何ではなく，他により影響の少ない手段があるにもかかわらず，再婚禁止という厳しい規制をすることの憲法的な存在意義が問われていることを見落としてはならない。

また，再婚禁止の制度により血縁をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことが「子の利益」にかなうか否かについては，旧民法の立案者は妻を迎える側の立場に立って前夫の遺胎を心配していたのであって，生まれてくる子の利益を確保するなどということは，帝国議会や法典調査会等においても全く述べられていない。明治３１年当時は女性は選挙権も与えられず，相当額の納税をしている一部の男性のみが立法に参加しているにすぎない。そういう帝国議会において旧民法が制定されており，旧憲法や旧民法には，子は男それも長男（嫡男）が重視され，二男や女児に至ってはその福祉を考える姿勢はなく，保護の対象から除外されていたといえる。このような時代において，離婚した女の再婚を禁じた旧民法に，生まれてくる子の利益の確保という視点があったとするのは余りにも歴史を無視したものと思われる。

４　そうはいっても，生物学上の父子関係の有無と法律上のそれとの食違いをできるだけ避けるということの合理性を否定することはできないから，このような意

味においては，血統の混乱を防止するという立法目的もそれなりの合理性を有しているといえるであろう。したがって，血縁関係を正確に判定できる証明手段がなかった当時においては，後夫と血縁のない子が生まれることを防止するため再婚禁止期間を設けるという考え方も理解できないものではない。しかし，梅も「苟モ其（血統の）混亂ノ虞ナキ以上ハ可ナリトスルヲ妥當トス」（梅・前掲９２頁）としているように，血縁を科学的に証明する手段があれば，再婚禁止という手段を設ける必要はなかったのである。

旧民法が施行された明治３１年頃とそれ以降の医科学の水準の変化についてみると，例えば，ＡＢＯ式血液型が発見されたのは１９００年（明治３３年），産婦人科医荻野久作が排卵，受胎，妊娠に関するいわゆるオギノ理論を発表したのは大正１３年（１９２４年），それが学会で受け入れられるに至ったのは昭和５年以降であり，いずれも旧民法制定より後のことである。ＤＮＡ検査に関していえば，１９５３年（昭和２８年）にＤＮＡの二重らせん構造が発見され，１９８５年（昭和６０年）に至ってＤＮＡフィンガー・プリント法という検査手法が確立され，我が国においてＤＮＡ検査が実用化されたのは平成３年頃のことである。その後，裁判実務等におけるＤＮＡ検査の利用も一般的なものとなり，近年では，簡易に，低額の費用で正確な父子判定を行うことができるようになっている。このように，旧民法制定から約１００年余の間に科学的・医学的研究は急速な発展を遂げており，生物学上の親子関係の証明は「造化ノ天秘ニ屬」することで不可能という前提の下に，離婚した全ての女性に対して再婚禁止を課すなどという手荒な手段をとらなくても，血統の混乱を防止することが可能になった。

以上のように，ＤＮＡ検査技術の進歩により生物学上の父子関係を科学的かつ客

観的に明らかにすることができるようになった段階においては，血統の混乱防止という立法目的を達成するための手段として，再婚禁止期間を設ける必要性は完全に失われているというべきであり，本件規定はその全部が違憲であると考える。

５　もっとも，本件規定の全部を違憲無効とした場合には，まれには父性の推定が重複する子が生まれる可能性がある。多数意見は，そういう「子の利益を守る」という視点からも，本件規定のうち離婚直後の１００日の再婚禁止については合憲であるとする。しかし，この考え方は，次のように，再婚禁止の規制とそれにより保護しようとする価値とを比較考量すると，その必要性・相当性に疑問が残り，かねて「父性推定の衝突を避けるという法技術的な理由に名を借りて女性を規制している」と批判されているが，私も，これと同じ考えから，多数意見には賛同できない。

⑴　本件規定がないとしても，父性の推定が重複する子を出産する女性の割合はごく僅かである。例えば，民法７７２条２項に関する法務省民事局の調査結果（平成１９年５月１日読売新聞）によると，平成１８年の１１月と１２月に提出された出生届の一部についての調査（無作為抽出の６４９３通）の結果，その中に離婚後３００日以内に出産した女性のケースが１７件あったという（出生届に対する割合は約０．２６％である。）。同年の出生届は全国で１０９万２６７４件であるから，離婚後３００日以内に出産した女性の概算は２８６０人となり，そのうち出産時に再婚していた女性の数は更に少ないものとなる。同年に離婚した女性（２５万７４７５人）ないし同年に再婚した女性（１１万８８３８人）の数と比較すると，結局，離婚した女性の大多数に対する再婚禁止は客観的には無意味で必要がなかったことになる。私は，離婚した女性の全員に対して婚姻の自由を制限するのではな

く，たまたま父性の推定が重複する期間に生まれた例外中の例外の子に対しては，父が定まるまでの手続的に要する期間等のためにその子の利益にならない等と突き放すのではなく，国としてはその子の父を判定するために個別的な救済手続を設けるべきであり，もしその子に不都合が生ずるというのであれば，推定規定の合理化など必要な法改正・法解釈あるいは実務改善など，より影響の少ない方法のために知恵を出し合うことが肝要で，それにより十分に立法目的を達成することができると思う。このように本件規定は，生まれてくるかどうか分からない子のために離婚等をした全ての女性に対して再婚禁止という過剰な制約を課すものであり，旧憲法から新憲法に改正がされ，しかも他の効果的な解決方法が実用化された現在においては，その全部につき違憲の評価を免れるものではない。

⑵ 多数意見によれば，再婚を１００日間禁止すると，離婚届の後３００日以内に生まれた子は全て前夫の法律上の子とすることが可能となり，それが子の利益になるというが，私は，それではむしろ離婚と再婚が接近している事例では血縁のない父子関係となる可能性が高まるので，信頼できる法的手続において科学的・客観的な判定を行い，父子関係を形成する方法をとるべきであると思う。近年の医療や科学水準を前提にすれば，生物学上の父子関係の判定は容易にできるのであって，民法７７３条（父を定めることを目的とする訴え）の類推適用によることに，それほど大きな負担が伴うわけではない。裁判での争点は血縁の有無だけであり，関係者の性生活などのプライバシーをさらけ出す必要性はなく，当事者らが自ら血縁ありと主張していながらその証明のための科学的鑑定に協力しないという状況は考えにくい。私は，この子にとって最初で最後となるこの機会に，最高の科学技術を活用して真実の父を定めることこそが本当の子の利益になるものと思う。

(3) さらに，多数意見のいう生まれた子にとって法律上の父を確定できない状態がしばらく続くことによる不利益も，少なくとも近年においてはそれほど重大なものとはいえなくなっている。実際には，裁判手続等が行われている間であっても，住民票への記載が可能であり，旅券の交付を受けることもでき，児童手当，保育所への受入れ，保健指導，健康診査等の各種の行政サービスを受けることも可能なのである。父子関係の早期確定という名目で再婚禁止期間を設けて，出産の時期という形式的な基準で法律上の父を前夫と決めてしまうことが，しばらくの間，父未定とされるけれどもその子にとって合理的な手続によって真実の父を定めることに比して，どれだけ子の利益になるのか疑問である。

6　共同補足意見は，本件規定の立法目的が父性の推定の重複を回避することであることを前提に，本件規定は前婚の解消等の時点で懐胎していない女性には適用されないと解している。しかし，それでも再婚しようとする女性は産婦人科に行き閉経により受胎能力がない旨の医師の診断書を入手するか，又は検査を受けて妊娠していない旨の証明書の交付を受けねばならないなどの事実上の負担を強いられることになる。それよりも端的に，１００日の再婚禁止期間を設ける部分についてもその規定自体を違憲無効とし，例外中の例外として父性の推定が重複する子が生まれたときには，事後的，個別的な救済手続に委ねることの方が，婚姻の自由を確保するという見地からも妥当性を有するものと考える。

7　私は，ＤＮＡ検査等による父子の血縁関係の証明に関し，父子関係の推定が及ぶ男性に対して父子関係不存在確認訴訟を提起する場合（最高裁平成２４年（受）第１４０２号同２６年７月１７日第一小法廷判決・民集６８巻６号５４７頁参照）は，既に法律上の父子関係が確定しているにもかかわらず，その後の訴訟に

おいて法律上の父を変更できるかという問題であるから，上記のように父を定めることを目的とする訴えの場合とは問題状況を異にするものと考える。すなわち，前者の場合は，一旦確定した法律上の父子関係を安定したものとして維持する必要があるから，その後にＤＮＡ検査の結果など確実な証拠によっても，血縁関係を証明して父子関係を覆すことが必ずしも子の利益にかなうとはいえないのに対し，後者の場合は，子の誕生の瞬間は二人の父（前夫・後夫ともに父性の推定を受けているから形式的には法律上の父になり得る資格を有している。）がいることになり，正に血縁がある父を判定しなければならないのであるから，子の将来にとって，科学技術を有効に利用して生物学上の父を正確に判定し，法律的な父を確定することが必要であると思うからである。

８　本件規定が全部違憲であるとすることは，諸外国における再婚禁止の制度の全面廃止の流れにも沿うものといえよう。すなわち，かつては，世界的にも，父子の血縁を証明する科学的手段がないため，再婚禁止が男女平等原則に反するという明確な主張はなかった。その後，大きく流れが変わったのは，ＤＮＡの二重らせん構造が発見された１９５３年（昭和２８年）からＤＮＡの実用化に成功した１９８５年（昭和６０年）にかけてのことであり，諸外国において次々と再婚禁止制度が廃止され，現在では，主要国で我が国のような再婚禁止の制度を残している国はほとんどないという状況である。例えば，最近の例として，我が国とよく似た法制を採っていた大韓民国の場合について一瞥すると，親生否認の訴え（日本の嫡出否認の訴えに相当する。）について，１９９７年（平成９年），憲法裁判所は，真実の血縁関係に反する親子関係を否認する機会を極端に制限したものであり立法裁量の限界を超えたものであるというという理由で憲法違反と判断した。そこで２００５

年（平成１７年）の法改正で，親生否認の訴えについて，出訴権者を夫又は母とし，出訴期間をその事由を知った日から２年に拡大した（高翔龍「韓国家族法の大改革」ジュリスト１２９４号８４頁以下）。それと同時に，韓国民法８１１条の女性に対する６箇月の再婚禁止規定について，「婚姻が婚姻申告の受理によって成立する国では，この制度は実際上何の役割も果たさないことは明白である。かえって，その違反を婚姻の取消原因にしたために，女性に過酷な結果をもたらす危険性さえ内包している。そこで，２００５年の民法一部改正によって削除された。」（金疇洙＝金相瑢『注釈大韓民国親族法』２８頁（日本加除出版，平成１９年））。そして，仮に父性の推定が重複する子が生まれた場合には「法院による父の決定」（韓国民法８４５条）（日本の父を定めることを目的とする訴えに相当する。）により家庭法院において科学的判断に基づいて解決すれば足りるとし，一定の場合には検査を受ける者の健康と人格の尊厳を害しない範囲内で，当事者又は関係人の血液検査及びＤＮＡ検査を利用することができるとした（韓国家事訴訟法２９条）（在日コリアン弁護士協会編『Ｑ＆Ａ新・韓国家族法第２版』５１頁，１３５頁（日本加除出版，平成２７年））。

このほか，国連の自由権規約委員会や女子差別撤廃委員会から我が国に対し，再婚禁止期間の制度が国際条約における男女平等や自由に婚姻をすることができる旨の規定に違反するものとされ，１９９８年（平成１０年）以降，廃止すべきことの要請ないし勧告が繰り返しなされていることも重要な事実である。

以上の事実は，我が国における憲法解釈に関して直接の根拠となるものでないものとしても，再婚禁止期間の制度が憲法２４条２項に規定する夫婦及び家族に関する男女平等の理念に反していることを基礎付けることとなる社会状況の変化を示す

重要な事実ということができるであろう。

第２　本件立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無について

１　本件規定が違憲になった時期

本件規定について，憲法違反という評価がされるに至ったのは，一つは科学技術の発展により生物学上の父子関係を容易かつ正確に判定することが可能となったことであるが，それだけではなく，第２次世界大戦後の国際的な人権活動や差別反対運動などにより地球規模で男女平等・性差別の撤廃をめざす大きな潮流があったことも影響している。したがって，再婚禁止の制度が違憲となった時期は上記の２つの要素があいまって，その成果が結実した時点であるといって差し支えない。私は，遅くとも２１世紀に入った段階（平成１３年）ではこれらの要素が備えられ，この時点では既に違憲になっていたと考える。

２　本件立法不作為の違法性

私は，立法不作為の国家賠償法上の違法性を判断する基準については，多数意見第３の１に示されたところに異論を唱えるものではない。しかしながら，その基準を本件に適用した結論については賛同することができない。その理由は，以下のとおりである。

本件規定を改廃しない立法不作為の違法性については，これを否定した先例である平成７年判決における立法不作為の判断基準時が平成元年であったのに対し，本件では上告人が前婚を解消した平成２０年の時点における立法不作為の違法性が問題とされているのであって，その間には２０年近くという長い期間が経過しており，妨げにはならない。平成３年以降，ＤＮＡ検査技術が発達し，生物学上の父子関係を容易かつ正確に判定することができるようになったことは公知の事実であ

る。また，その間，婚姻や家族をめぐる国民の意識や社会状況はかなり変化しており，再婚禁止期間の制度を廃止する諸外国の傾向が明らかになり，国連の委員会からも繰り返し本件規定の廃止勧告等がされているのである。

そうすると，本件規定が，離婚等により前婚を解消した女性に一律に６箇月間再婚を禁止していることが婚姻の自由の過剰な制約であって憲法に違反するに至っていたことは，上告人が離婚をした平成２０年より相当前の時点において，国会にとっては明白になっていたというべきである（なお，多数意見のように本件規定のうち１００日超過部分に限って違憲であると考えるとしても，平成８年に法制審議会が法務大臣に答申した「民法の一部を改正する法律案要綱」において再婚禁止期間を１００日に短縮する改正案が示されており，その際の議論において，１００日超過部分を存続する必要性があることを合理的に説明できる理由が挙げられておらず，加えて憲法及び民法の研究者の本件規定についての研究をも参照すれば，その頃以降は，国会にとって，父性の推定の重複を回避するためには再婚禁止期間が１００日で足りることが明白になっていたということができよう。）。

そして，本件規定につき国会が正当な理由なく長期にわたってその廃止の立法措置を怠ったか否かについては，本件規定を改廃することについて立法技術的には困難を伴うものではないから，遅くとも平成２０年の時点においては，正当な理由なく立法措置を怠ったと評価するに足りる期間が経過していたというべきである。

以上の検討によれば，本件立法不作為は，国家賠償法１条１項の適用上違法の評価を受けるとともに，過失の存在も否定することはできない。このような本件立法不作為の結果，上告人は，前婚を解消した後，直ちに再婚をすることができなかったことによる精神的苦痛を被ったものというべきである。

したがって，本件においては，上記の違法な本件立法不作為を理由とする上告人の国家賠償請求を認容すべきであると考える。

（裁判長裁判官　寺田逸郎　裁判官　櫻井龍子　裁判官　千葉勝美　裁判官　岡部喜代子　裁判官　大谷剛彦　裁判官　大橋正春　裁判官　山浦善樹　裁判官　小貫芳信　裁判官　鬼丸かおる　裁判官　木内道祥　裁判官　山本庸幸　裁判官　山崎敏充　裁判官　池上政幸　裁判官　大谷直人　裁判官　小池　裕）