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（ワ）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。