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。