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。