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