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。

⑶　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。