# 부부에게 같은 성(姓)을 강제하는 민법조항의 위헌성
# (2015년 12월 16일 최고재판소 대법정 판결)[1]

## 1. 사건개요

### (1) 사실관계

원고(항소인, 상고인)들은 부부가 혼인 시의 결정으로 남편 또는 부인의 성을 따른다고 정한 민법 제750조의 규정[2](이하, '본건 규정'이라 함)이 헌법 제13조[3], 제14조 제1항[4], 제24조[5], 또는 '여자에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 조약'[6](이하, '여성차별철폐조약'이라 함) 등에 위반하는 것이고, 이러한 민법 규정을 개폐하는 입법조치를 취하지 않은 입법부작위는 위법하다는 것을 이유로 피고(피항소인, 피상고인) 국가에 대해 국가배상법 제1조 제1항[7]에 근거하여 각각 정신적 손해의 배상금 150만 엔 또는 100만 엔의 손해배상을 청구하였다.

### (2) 재판경과

1심[8], 원심[9] 모두 본건 규정이 헌법 제13조와 제24조, 여성차별철폐조약에 위반한다고 인정하지 않았고, 본건 입법부작위가 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법이라고 할 수도 없다고 하여 청구를 기각하였고, 이에 원고들이 상고한바 최고재판소 대법정에서 판결이 내려졌다.

---

1) 平成27年(2015年)12月16日、最高裁判所大法廷、平成26年(オ)第1023号、損害賠償請求事件.
2) **민법 제750조** (1947년 법률 제22호에 의한 개정 후의 것, 1948년 1월 1일 시행) 부부는 혼인 시에 정하는 바에 따라, 남편 또는 부인의 성을 칭한다.
3) **헌법 제13조** 모든 국민은 개인으로서 존중받는다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리에 대해서는 공공의 복지에 반하지 않는 한, 입법 그 밖의 국정에서 최대의 존중을 필요로 한다.
4) **헌법 제14조** ① 모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신조(信條), 성별, 사회적 신분 또는 문벌(門閥)에 의해 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 아니한다.
5) **헌법 제24조** ① 혼인은 양성의 합의에 의해서만 성립하고 부부가 동등한 권리를 가지는 것을 기본으로 하여 상호협력에 의하여 유지되어야 한다. ② 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼과 혼인 및 가족에 관한 그 밖의 사항에 관해서는 법률은 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다.
6) **여성차별철폐조약** (女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約, 1985년 조약 제7호)
7) **국가배상법** (国家賠償法, 1947년 10월 27일, 법률 제125호) **제1조** ① 국가 또는 공공단체의 공권력행사를 맡는 공무원이, 그 직무를 행함에 대해, 고의 또는 과실에 의해 위법하게 타인에게 손해를 가한 때는, 국가 또는 공공단체가 이것을 배상할 책임을 진다.
8) 平成25年(2013年)5月29日、東京地方裁判所、平成23年(ワ)第6049号、損害賠償請求事件.
9) 平成26年(2014年)3月28日、東京高等裁判所、平成25年(ネ)第3821号、損害賠償請求控訴事件. 원심판결은 본 연구원의 2015년 8월 제14호 세계헌법재판동향 뉴스레터에 소개, 사실관계의 상세에 대해서는 이를 참조.

## 2. 본 판결

### (1) 재판결과

상고기각(1인의 보충의견, 4인의 별개의견, 1인의 반대의견 있음)

### (2) 사안의 쟁점

**1) 쟁점1** 본건 규정이 헌법상의 권리로서 보장되는 인격권의 한 내용인 '성의 변경을 강제당하지 않을 자유'를 부당하게 침해하여 헌법 제13조에 위반하는지 여부

**2) 쟁점2** 본건 규정이 96%이상의 부부에게 남편의 성(姓)을 선택한다고 하는 성(性)차별을 발생시켜 거의 여성에게만 불이익을 입히는 것으로 헌법 제14조 제1항에 위반하는지 여부

**3) 쟁점3** 본건 규정이 부부가 되고자 하는 자 중 한 쪽만 성을 바꾸는 것을 혼인신고의 요건으로 함으로써 실질적으로 혼인의 자유를 침해하는 것이고, 국회의 입법재량이라는 점을 고려한다고 해도 개인의 존엄을 침해하는 것으로서 헌법 제24조에 위반하는 것인지 여부

### (3) 판결이유

#### 1) 법정의견

**① 본건 규정의 헌법 제13조 위반여부(쟁점1)**

성명은 사회적으로 보면 개인을 타인으로부터 식별하여 특정하는 기능을 가지는 것이나, 동시에 사람이 개인으로서 존중되는 기초이고 그 개인의 인격의 상징으로 인격권의 한 내용을 구성하는 것이라고 할 수 있다(最高裁昭和58年(オ)第1311号同63年2月16日第三小法廷判決·民集42巻2号27頁參照). 그러나 성은 혼인 및 가족에 관한 법제도의 일부로서 법률이 그 구체적인 내용을 규율하고 있는 것이므로, 성에 관한 상기 인격권의 내용도 헌법상 일의적으로 파악할 수 있는 것은 아니고 헌법취지를 바탕으로 정해지는 법제도에서

비로소 구체적으로 파악되는 것이다. 따라서, 구체적인 법제도를 떠나 성의 변경만으로 바로 인격권을 침해하는 위헌인지를 논하는 것은 맞지 않다.

민법의 이러한 규정은 성의 성질에 관하여 이름과 마찬가지로 개인의 호칭으로서 의미도 있지만 이름과는 분리된 존재로서 부부 및 그 미혼자녀나 양부모와 양자가 동일한 성을 사용함으로써, 사회 구성요소인 가족의 호칭으로서 의의가 있다고 이해한 것이라고 할 수 있다. 그리고 가족은 사회의 자연적이고 기초적인 집단의 단위이므로 이렇게 개인 호칭의 일부인 성을 그 개인이 속한 집단을 상기시키는 것으로서 하나로 정하는 것에도 합리성이 있다고 할 수 있다.

본건에서 문제되고 있는 것은 혼인이라는 신분관계의 변동을 자신의 의사로 선택하고 부부 중 한 쪽이 성을 바꾼다는 점으로, 자신의 의사와 상관없이 성을 정하도록 강제당하는 것은 아니다. 성은 가족의 호칭으로서 의의가 있다는 점에서 성이 친자관계 등 일정한 신분관계를 반영하고 혼인을 포함한 신분관계의 변동에 따라 고쳐질 수 있음은 그 성질상 예정되어 있다고 할 수 있다.

이상과 같은 현행 법제도 하에서의 성의 성질 등에 비춰보면, 혼인 시에 '성의 변경을 강제받지 않을 자유'가 헌법상의 권리로서 보장되는 인격권의 한 내용이라고는 할 수 없다. 본건 규정은 헌법 제13조에 위반하는 것은 아니다.(원문 하선)

**② 본건 규정의 헌법 제14조 제1항 위반여부(쟁점2)**

헌법 제14조 제1항은 법 아래의 평등을 정하고 있고 이 규정이 사안의 성질에 따른 합리적인 근거에 기반하는 것이 아닌 한, 법적인 차별 취급을 금지하는 취지의 것이라고 해석하는 것이 본 재판소의 판례이다(最高裁昭和37年(オ)第1472号同39年5月27日大法廷判決·民集18巻4号676頁、最高裁昭和45年(あ)第1310号同48年4月4日大法廷判決·刑集27巻3号265頁等).

본건 규정은 부부가 남편 또는 부인의 성을 따르는 것이라고 해도, 부부

가 어떤 성을 사용할 것인지를 그들의 협의에 맡기고 있는 것이고, 그 문언상 성별에 근거하는 법적인 차별 취급을 규정하고 있는 것은 아니므로 본건 규정이 정하는 부부동성제 그 자체에 남녀 간의 형식적인 불평등이 존재하는 것은 아니다. 우리나라에서 부부가 되고자 하는 자 개개의 협의결과로서 남편의 성을 선택하는 부부가 압도적 다수를 차지하는 것이 인정된다고 해도, 그것이 본건 규정의 규정방식 자체에서 발생한 결과라고는 할 수 없다. 따라서 본건 규정이 헌법 제14조 제1항에 위반하는 것은 아니다.(원문 하선)

**③ 본건 규정의 헌법 제24조 위반여부(쟁점3)**

헌법 제24조는 제1항은 혼인할 것인가 아닌가, 언제 누구와 혼인할 것인가에 대해서는 당사자 간의 자유롭고 평등한 의사결정에 맡겨져야 한다는 취지를 분명히 한 것으로 이해된다. 본건 규정은 혼인의 효력 중 하나로서 부부가 남편 또는 아내의 성을 사용할 것을 정한 것이고, 혼인하는 것에 대한 직접적인 제약을 정한 것은 아니다. 가령, 혼인 및 가족에 관한 법제도 내용에 본인의 의사와 맞지 않는 바가 있어 혼인을 하지 않는 자가 있다고 해도 이것으로 바로 상기 법제도를 정한 법률이 헌법 제24조 제1항의 취지에 맞지 않는 제약을 부과한 것이라고 평가할 수는 없다.

혼인 및 가족에 관한 사항은 관련 법제도에서 그 내용이 구체화되어 가는 것이라는 점에서 해당 법제도의 제도설계가 중요한 의미를 가지는 것인바, 헌법 제24조 제2항은 구체적인 제도의 구축을 일차적으로 국회의 합리적인 입법재량에 위임함과 더불어, 그 입법은 동조 제1항도 전제로 두면서 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해야 한다는 요청과 지침을 나타냄으로써 그 재량의 한계를 획정한 것이라고 할 수 있다. 그 요청과 지침은 단순히 헌법상의 권리로서 보장되는 인격권을 부당하게 침해하는 것은 아니고, 또 양성의 형식적인 평등을 보호하는 법률이 제정되면 그것으로 충분하다는 것이 아니다. 헌법상 직접 보장된 권리라고까지는 할 수 없는 인격적 이익도 존중해야 할 것, 양성의 실질적인 평등이 보호되도록 도모할 것, 혼인제도의 내

용에 따른 혼인이 사실상 부당하게 제약되는 일이 없도록 도모할 것 등에 대해서도 충분히 배려한 법률의 제정을 요구하는 것이며, 이 점에서도 입법재량에 한정적인 지침을 주는 것이라고 할 수 있다.

헌법 제24조의 요청과 지침에 따라 구체적으로 어떤 입법조치를 강구할 것인가의 선택결정이 국회의 다방면에 걸친 검토와 판단에 맡겨지고 있는 점에서 보면, 혼인 및 가족에 관한 법제도를 정한 법률의 규정이 헌법 제13조, 제14조 제1항에 위반하지 않는 경우에 다시 헌법 제24조에도 적합한 것으로 볼 것인지는, 국회의 입법재량의 범위를 넘는 것으로 봐야하는 경우인가 아닌가라는 관점에서 판단해야 함이 상당하다.

이상의 관점에서 본건 규정의 헌법 제24조 적합성에 대해 검토하면, 부부동성제는 구 민법(1947년 법률 제222호에 의한 개정 전의 1898년 법률 제9호)이 시행되면서 정착해온 것으로 성은 가족의 호칭으로서의 의의가 있는 바, 현행 민법 하에서도 가족은 사회의 자연적이고 기초적인 집단단위로 이해되며 그 호칭을 하나로 정하는 것에는 합리성이 인정된다.

그리고, 부부가 같은 성을 사용하는 것은 가족이라는 하나의 집단을 구성하는 일원이라는 것을 대외적으로 공시하고 식별시키는 기능을 가지고 있다. 특히, 자녀가 부부의 공동친권에 의한 적출자가 된다는 것은 혼인의 중요한 효과로서, 적출자임을 나타내기 위해 자녀가 부모와 동성이라는 구조를 확보하는 것에도 일정한 의의가 있다고 생각된다. 또, 가족을 구성하는 개인이 동성을 사용함으로써 한 가족의 일원이라는 것을 실감하는데 의의를 발견하는 사고방식도 이해할 수 있는 바이다. 또, 자녀의 입장에서도 부모와 동성인데 따른 이익을 향유하기 쉽다고 할 수 있다.

이에 대해, 부부동성제 하에서 혼인함으로써 부부 중 한 쪽은 반드시 성을 바꾸게 되는 것이고 그로 인해 이른바 아이덴티티의 상실감을 느끼거나, 혼인 전의 성을 사용하여 형성해온 사회적 신용, 평가, 명예감정 등의 유지가 곤란하게 되는 것과 같은 불이익을 받는 경우가 있음은 부정할 수 없다. 그리고 성의 선택에 관해 남편의 성을 선택하는 부부가 압도적인 다수를 차

지하고 있는 현상황에서 보면 아내가 되는 여성이 상기의 불이익을 받는 경우가 많은 것도 인정할 수 있고, 어느 한 쪽이 이러한 불이익을 받는 것을 피하기 위해 일부러 혼인하지 않는다는 선택을 하는 자도 볼 수 있다.

그러나 부부동성제는 혼인 전의 성을 통칭[10]하여 사용하는 것까지 허용하지 않는 것은 아니고, 최근 혼인 전의 성을 통칭으로 사용하는 것이 사회적으로 퍼져나가고 있는바, 상기의 불이익은 이러한 성의 통칭사용이 확산함으로써 일정 정도 완화될 수 있는 것이다.

이상의 점을 종합적으로 고려하면, 본건 규정이 채용한 부부동성제가 부부가 다른 성을 사용하는 것을 인정하지 않는 것이라고 해도, 상기와 같은 상황 하에서 바로 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 요청에 비추어 합리성을 결여하는 제도라고는 인정할 수 없다. 따라서, 본건 규정은 헌법 제24조에 위반하는 것이 아니다.(원문 하선)

**④ 나머지 상고이유 및 결론**

상고인은 원판결이 여성차별철폐조약에 관한 해석을 잘못하여 헌법 제98조 제2항[11] 위반 및 이유의 미비를 주장하나, 그 실질은 단순한 법령위반을 말하는 것으로 적법한 상고이유에는 해당하지 않는다.

이상에 따르면 본건규정을 개폐하는 입법조치를 취하지 않은 입법부작위는 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법하지 않고, 상고인들의 청구를 기각한 원심의 판단은 인정되며 상고인의 주장은 인용할 수 없다.

**2) 보충의견, 별개의견 및 반대의견**

**① 보충의견**

**- 寺田逸郎 재판관**

岡部재판관 및 木內재판관의 각 의견에서의 헌법적합성의 논의에 비추어,

---

10) 정식 이름이 아니라 일반적으로 통용되는 이름을 말하는데, 여기서는 특히 부부 중 혼인으로 성을 바꾼 쪽이 직업상의 이유 등으로 혼인 전의 성을 사용하는 것을 가리킴.

11) **헌법 제98조** ② 일본국이 체결한 조약 및 확립된 국제법규는 이를 성실하게 준수할 필요가 있다.

다수의견의 본건 규정에 대한 헌법 제24조 적합성에 대한 기술을 부연하는 취지로 보충적으로 서술해 두고자 한다.

현행 민법에서의 혼인은 상속관계(제890조, 제900조 등), 일상생활에서 발생하는 거래관계(제761조) 등, 당사자 상호관계에 그치지 않는 의의·효력을 가진다. 남녀 간에 인정되는 제도로서의 혼인의 특징은 바로 적출자 구조(제772조 이하)라고 할 수 있고, 부부 성에 관한 규정은 적출자 구조와의 정합성을 추구하여 구성된 것이다. 이러한 부부 성의 구조를 사회 다수가 받아들인다면 그 원칙으로서의 합리성을 의심할 여지는 그다지 없다고 생각한다.

법적으로는 부부관계, 친자관계가 규격화되고 있고, 어디까지 유연화하는 것이 상당한가는 그 사회의 인정방식의 평가에 따른다. 선택지를 두지 않는 것이 불합리한지에 대해서는 제도 전체와의 정합성이나 현실적 타당성을 고려한 다음 선택지가 정해져야 하는 것으로, 현행 제도의 적출자와의 결부를 전제로 하면서 성을 달리 하는 부부관계를 어떻게 구성할 것인지는 논의의 폭이 남아 있다. 성의 합리적인 존재방식에 대해서는 그 사회생활상의 의의를 감안하여 넓게 검토해 가는 것으로 사회생활에 관한 여러 사정의 관점을 묻는 정책적인 성격을 강화시킨 것이 되지 않을 수 없을 것이다. 여러 조건에 대해 객관적으로 아주 분명하다고 할 수 있는 상황에 있는 경우는 별론으로 하더라도, 그렇다고 할 수 없는 상황 하에서는 선택지가 주어져 있지 않은 것의 불합리를 재판의 틀 내에서 발견하는 것은 곤란하다. 오히려 이것을 국민적 논의, 즉 민주주의적인 프로세스에 맡김으로써 합리적인 구조의 존재방식을 폭넓게 검토하여 결정하는 것이야 말로, 사안의 성격에 어울리는 해결이라 생각한다.

**② 별개의견**

**- 岡部喜代子 재판관(동조 櫻井龍子, 鬼丸かおる재판관)**

나는 본건 상고를 기각해야 한다고 하는 다수의견의 결론에는 찬성하나, 본건 규정이 헌법에 위반하는 것은 아니라고 하는 설시에는 동조할 수 없어

그 점에 관해 의견을 쓰고자 한다.

부부동성제도는 메이지(明治) 민법(1947년 법률 제222호에 의한 개정 전의 1898년 법률 제9호) 하에서 많은 경우 부인이 혼인으로 남편의 집에 들어가 가문(家)의 이름인 남편의 성을 따르는 것이었다. 본건 규정은 부부 각자가 독립된 법주체로서 협의하여 어느 쪽 성을 사용할 것인지를 결정하는 형식적 평등을 규정한 점에 의의가 있고, 1947년 제정 당시로서는 합리성이 있는 규정이었다. 한편, 제정 후 장기간이 경과하여 최근 여성의 사회진출은 눈에 띄게 진행되고 있다. 성의 첫 번째 기능은 동일성 식별이고, 이러한 동일성 식별을 위한 혼인 전 성의 사용은 여성의 사회진출, 일과 가정의 양립 등에 의해 혼인 전부터 사회생활을 계속하는 여성이 증가함에 따라 그 합리성과 필요성도 증가하고 있다. 현재, 사회의 글로벌화나 인터넷 등으로 성명이 검색되는 경우 등, 이른바 성명 자체가 세계적인 확장을 하게 된 사회에서는 성에 의한 개인식별성의 중요성은 더 커졌고 혼인 전 성 사용의 유용성, 필요성은 더욱 높아지고 있다고 하지 않을 수 없다. 우리나라가 1985년에 비준한 '여성차별철폐조약'으로 설치된 여성차별철폐위원회로부터도 2003년 이후, 우리나라의 민법에 부부의 성선택에 관한 차별적인 법규정이 포함되고 있음에 대해 반복적으로 우려가 표명되었고, 그 폐지가 요청되고 있는 바이다.

남편의 성을 따르는 것이 부인의 의사에 근거하는 것이라고 해도 그 의사결정과정에 현실적으로 불평등과 역학관계가 작용하고 있는 것이다. 그러면 그 점을 배려하지 않은 채 부부동성에 예외를 두지 않는 것은 많은 경우 부인만 개인존엄의 기초인 개인식별 기능을 손상받고, 또 자아상실감이라고 하는 부담을 지는 것이 되어 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각한 제도라고는 할 수 없다. 따라서, 현시점에서는 부부의 성을 선택하지 않으면 안된다는 것은 혼인성립에 불합리한 요건을 부과한 것으로서 혼인의 자유를 제약하는 것이라 하지 않을 수 없다.

하지만, 지금까지 본 재판소나 하급심에서 본건 규정이 헌법 제24조에 적합하지 않다는 판단이 내려진 경우도 찾아볼 수 없다. 1996년 법제심의회가

법무대신에 답한 '민법의 일부를 개정하는 법률안요강'의 이른바 선택적 부부별성제라는 개정안에는 개인의 성에 대한 인격적 이익을 법제도상 보호해야할 시기가 도래했다는 설명이 있지만, 본건 규정이 위헌이라는 것을 전제로 한 결과로 작성된 것이라고는 볼 수 없다. 본건 규정에 위헌문제가 발생했다는 사법판단이 이루어지지 않은 상황에서 본건 규정이 헌법 제24조에 위반함이 명백하다고 할 수는 없고, 국회가 정당한 이유없이 장기에 걸쳐 개폐 등의 입법조치를 해태하고 있었다고 평가할 수도 없다. 따라서, 본건 입법부작위는 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법의 평가를 받는 것은 아니고, 본건 상고를 기각해야 한다고 생각한다.

**- 木內道祥 재판관**

민법 제750조의 헌법적합성이라는 점에서는 혼인에서의 부부동성제는 헌법 제24조에서 말하는 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 위반한다고 해석된다. 내가 다수의견과 달리하는 것은 이 점이고 이에 대해 서술한다.

**성변경에 따른 이익침해 -** 성변경은 본래적인 개별인식의 표상이라고 할 수 있는 성명 가운데 성만 변경하는 것이라고 해도, 변경전 성의 인물과 다른 사람으로 생각될지도 모른다. 사람에게 있어서 그 존재의 사회적 인식은 지켜져야 할 중요한 이익이고 그것이 상실되는 것은 중대한 이익침해이다.

**부부동성제도의 합리성 -** 문제가 되는 합리성은 부부동성의 합리성이 아니라 부부동성에 예외를 허용하지 않는 것의 합리성이고, 입법재량의 합리성은 단순히 부부동성에 합리성이 있다는 것만으로는 부족하고, 부부동성에 예외를 허용하지 않는 것에 합리성이 있다고 할 수 있어야 하는 것이다.

**신분관계의 변동과 성 -** 신분관계의 변동에 따라 성이 변한다는 원칙이 민법상 일관적인 것은 아니다. 이혼 시의 성의 속칭(婚姓續称)[12]은 1976년 개정, 양자 파양 시의 성의 속칭은 1987년 개정에 따라 두어진 것인데, 이혼, 이연(離緣)이라는 신분관계의 변동이 있어도 그 선택에 따라 종래의 성을 계

12) 혼인으로 성을 변경한 자가 이혼 후에도 혼인 전의 성이 아니라, 혼인 시의 성을 계속해서 사용하는 것을 말함. (민법 제767조 [이혼에 의한 복성], 호적법 제77조의2)

속해서 사용하는 것이 인정되는 등의 예외가 존재한다.

**성의 법률적인 의미와 효용 -** 부부동성(나아가서는 부모자녀의 동성)은 제3자에게 부부자식 관계가 아닐까라는 인상을 주는, 즉 그 실감에 기여할 가능성이 있다고는 할 수 있고 부부동성이 가지는 이익은 이러한 것에 그친다. 반면, 동성이 아닌 부부는 파탄하기 쉽다, 혹은 자녀의 양육이 잘 되지 않다는 것에 근거는 없으므로, 부부동성의 효용이라는 점에서 동성에 예외를 허용하지 않는 것에 합리성이 있다고는 할 수 없다.

**입법재량권과의 관계 -** 입법부에 재량권이 있지만 이 재량권의 범위는 합리성을 가진 제도가 다수 있을 때 어떤 것을 선택할 것인가라는 것이다. 중대한 불이익을 입는 것을 완화하는 선택지로서 다수의견은 통칭을 든다. 그러나 통칭은 법제화된 것이 아니고 부부동성의 합리성의 근거가 될 수 없음은 당연하다. 국회의 입법재량권을 고려해도 부부동성제도에 예외를 허용하지 않은 것에 합리성이 있다고는 할 수 없고, 재량의 범위를 넘는 것이다.

**자녀양육과 부부동성 -** 다수의견은 부부동성에 의해 적출자라는 것이 드러나는 것, 양친과 동일하게 성을 같게 하는 것이 자녀의 이익이라고 한다. 미성숙 자녀양육의 책임과 의무라고 하는 점에서 부부인가 아닌가, 동성인가 아닌가는 관련이 없는 것이고, 오늘날에는 실질적으로 자녀양육을 충분히 행하기 위한 짜임새를 갖추는 것이 필요한 것으로, 부부가 동성인 것이 미성숙 자녀의 양육에 역할을 하는 것은 아니다.

본건 규정은 헌법 제24조에 위반하는 것이나, 국회가 정당한 이유없이 장기에 걸쳐 개폐 등의 입법조치를 해태하고 있었다고 평가할 수는 없으며 위법성이 있다고 할 수는 없다.

### ③ 반대의견

**- 山浦善樹 재판관**

나는 다수의견과 달리 본건 규정은 헌법 제24조에 위반된 것이고, 본건 규정을 개폐하는 입법조치를 취하지 않은 입법부작위는 국가배상법 제1조

제1항의 적용상 위법의 평가를 받아야하는 것이므로 원판결을 파기하여 손해액의 산정을 위해 본건을 환송하는 것이 상당하다고 생각한다.

岡部재판관의 의견에도 있는 것처럼, 성을 바꾸는 것에 의해 발생하는 불이익은 매우 큰 것이 되었다. 적어도 법제심의회가 법무대신에게 '민법의 일부를 개정하는 법률안요강'을 제출한 1996년 이후 상당기간을 경과한 시점에서는 본건 규정이 헌법에 위반하는 것이 국회에 있어서도 명백하게 되고 있었다고 할 수 있다. 또, 현시점에서 예외를 허용하지 않는 부부동성제를 채용하고 있는 것은 우리나라 이외에 거의 발견되지 않는다. 우리나라가 1985년에 비준한 '여성차별철폐조약'으로 설치된 여성차별철폐위원회로부터는 2003년 이후, 우려를 표명했고 그 폐지가 요청되기에까지 이르고 있다. 따라서 본건 입법부작위는 현시점에서는 헌법상 보장되거나 또는 보호되고 있는 권리이익을 합리적인 이유없이 제약하는 것으로서 헌법에 위반하는 것이 명백함에도 불구하고, 국회가 정당한 이유없이 장기에 걸쳐 개폐 등의 입법조치를 해태하고 있었던 것으로서, 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법의 평가를 받는 것이다. 그리고 본건 입법부작위에 대해서는 과실의 존재도 부정할 수는 없다. 이러한 본건 입법부작위의 결과, 상고인들은 정신적 고통을 입은 것이라고 할 수 있으므로, 본건에서는 상기의 위법한 본건 입법부작위를 이유로 하는 국가배상청구를 인용해야 한다고 생각한다.