부부동성제의 합헌성[1)]

1. 사건개요

(1) 사건배경

일본민법 제750조는[2)] 부부는 혼인 시에 정하는 바에 따라 남편 또는 부인의 성(姓)을 칭하도록 하는 이른바 부부동성제를 규정하고 있다.

과거 일본에서는 부부별성제를 채택하던 시대도 있었으나 구 민법에[3)] 의한 가문(家) 제도의 채택에 따라 성을 가문의 호칭으로 칭하는 부부동성제로 변경되었다. 이후 가문 제도는 현행헌법의 제정과 함께 폐지되었으나, 부부동성제는 여전히 유지되고 있어 동 조항과 가문 제도를 전제로 하지 않는 현행헌법과의 적합성 문제가 꾸준히 제기되어 왔다.

특히 일본이 1985년에 비준한 '여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 조약'(이하 '여성차별철폐조약'이라 한다)에[4)] 의해 설치된 여성차별철폐위원회가 2003년 처음으로 일본민법에 부부의 성 선택에 관한 차별적인 법규정이 있음에 우려를 표명하며, 폐지를 권고하기에 이르렀다.

(2) 2015년 판결

이러한 배경하에 민법 제750조의 헌법적합성이 정면에서 다투어진 첫 최고재판소 판결이 2015년 12월 16일 최고재판소 대법정 판결(이하 '2015년 판결'이라 한다)이다.[5)] 2015년 판결은 부부에게 동일한 성을 강제하는 동조의

---

1) 2021년 6월 23일 최고재판소 대법정 결정(令和3年6月23日 令和2年(ク)第102号).
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) 1947년 법률 제222호에 의한 개정 전의 1898년 법률 제9호.
4) 女子に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.
5) 最高裁平成26年(オ)第1023号同27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2586頁.

규정이 헌법 제13조,[6] 제14조 제1항,[7] 제24조[8] 및 여성차별철폐조약에 위반하고, 이러한 민법 규정을 개폐하는 입법조치를 강구하지 않은 입법부작위는 위법하다는 이유로 국가에 손해배상을[9] 청구하는 소를 제기한 사안이다.

2015년 판결은 동조의 헌법 제13조, 헌법 제14조 제1항, 헌법 제24조의 위반 여부를 법정의견에서 다음과 같이 판시하였다.[10]

1) 헌법 제13조(인격권) 위반 여부

성은 혼인 및 가족에 관한 법제도의 일부로서 법률에서 구체적인 내용을 규율하기 때문에, 성에 관한 인격권의 내용은 헌법에서 일의적으로 파악할 수 없고, 법제도에서 구체적으로 파악된다. 따라서 구체적인 법제도를 떠나 성의 변경만으로 바로 인격권을 침해하는 위헌인지를 논하는 것은 맞지 않다.

성은 명(名)과는 분리된 존재로서 부부 및 미혼자녀나 양부모와 양자가 동일한 성을 사용함으로써 사회 구성요소인 가족의 호칭으로서 의의가 있고, 친자관계 등 일정한 신분관계를 반영한다. 가족은 사회의 자연적이고 기초적인 집단의 단위이므로 개인 호칭의 일부인 성을 그 개인이 속한 집단을 상기시키기 위해 하나로 정하는 것에도 합리성이 있다고 할 수 있다.

혼인이라는 신분관계의 변동을 자신의 의사로 선택하고 부부 중 일방이 성을 변경한다는 점에서 자신의 의사와 상관없이 성을 정하도록 강제당하는 것은 아니며, 혼인 시에 성의 변경을 강제받지 않을 자유가 헌법상의 권리로서 보장되는 인격권의 한 내용이라고는 할 수 없으므로, 헌법 제13조에 위반하지 않는다.(원문 하선)

---

6) **헌법 제13조** 모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유와 행복추구에 대한 국민의 권리는 공공복지에 반하지 않는 한 입법과 그 밖의 국정에서 존중된다.

7) **헌법 제14조** ① 모든 국민은 법 앞에 평등하고, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 또는 가문을 이유로 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 아니한다.

8) **헌법 제24조** ① 혼인은 양성의 합의에 의해서만 성립하고 부부가 동등한 권리를 가지는 것을 기본으로 하여 상호협력에 의하여 유지되어야 한다. ② 배우자 선택, 재산권, 상속, 주거 선정, 이혼과 혼인 및 가족에 관한 그 밖의 사항에 관하여 법률은 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다.

9) **국가배상법**(1947년 10월 27일, 법률 제125호) 제1조 ① 국가 또는 공공단체의 공권력 행사를 맡는 공무원이 그 직무를 행함에 있어 고의 또는 과실로 위법하게 타인에게 손해를 가한 때에는 국가 또는 공공단체가 이를 배상할 책임을 진다.

10) 판결에서는 법정의견 외에 본건 규정이 헌법 제24조에 위반한다고 판단한 반대의견(1인)이 있었다.

2) 헌법 제14조 제1항(평등원칙) 위반 여부

민법 제750조는 부부가 남편 또는 부인의 성을 따르는 것이라 해도, 부부가 어떤 성을 사용할 것인지를 그들의 협의에 맡기고 있고, 그 문언상 성별에 근거하는 법적인 차별 취급을 규정하고 있는 것은 아니므로, 동조가 정하는 부부동성제 그 자체에 남녀 간의 형식적인 불평등이 존재하는 것은 아니다. 우리나라에서 부부가 되고자 하는 사람 개개의 협의결과로서 남편의 성을 선택하는 부부가 압도적으로 다수를 차지하는 점이 인정된다고 하더라도, 본건 규정 방식 자체에서 발생한 결과라고는 할 수 없으므로, 헌법 제14조 제1항에 위반하지 않는다.(원문하선)

3) 헌법 제24조(혼인의 자유 및 혼인제도 보호) 위반 여부

헌법 제24조 제1항은 혼인할 것인가 하지 않을 것인가, 언제 누구와 혼인할 것인가는 당사자 간의 자유롭고 평등한 의사결정에 맡겨져야 한다는 취지를 분명히 한 것이다. 민법 제750조는 혼인의 효력 중 하나로서 부부가 남편 또는 부인의 성을 사용할 것을 정한 것이고, 혼인에 있어 직접적인 제약을 정한 것은 아니다. 가령, 혼인 및 가족에 관한 법제도 내용에 본인의 의사와 합치하지 않는 바가 있어 혼인하지 않는 사람이 있다고 하더라도 이를 곧 상기 법제도를 정한 법률이 헌법 제24조 제1항의 취지에 맞지 않는 제약을 가한 것이라고 평가할 수는 없다.

또한 헌법 제24조 제2항은 혼인 및 가족에 관한 사항은 관련된 법제도에서 구체적인 내용이 정해지므로 해당 법제도의 제도설계가 중요한 의미를 지니는바, 구체적인 제도 구축을 1차적으로는 국회의 합리적인 입법 재량에 맡김과 동시에, 입법에 있어서는 동조 제1항도 전제로 하면서 개인의 존엄성과 양성의 본질적 평등에 입각해야 한다는 요청, 지침을 제시함으로써 재량의 한계를 획정한 것이라 할 수 있다.

이러한 헌법 제24조 제2항의 요청과 지침에 따라 혼인 및 가족에 관한

법제도를 정한 법률의 규정이 헌법 제13조, 제14조 제1항에 위반하지 않고, 나아가 헌법 제24조에도 적합한지 여부는 국회의 입법재량의 범위를 넘는 경우인가 아닌가라는 관점에서 판단해야 함이 상당하다.

부부동성제는 구 민법이 시행되면서 우리나라의 법제도로 채택되어 정착해온 것으로, 성은 가족의 호칭으로 의의가 있으며, 그 호칭을 하나로 정하는 것에는 합리성이 인정된다. 부부가 동일한 성을 사용하는 것은 가족이라는 하나의 집단을 구성하는 일원이라는 것을 대외적으로 공시하고 식별하는 기능을 가지고 있다. 특히, 자녀가 부부의 공동친권에 의한 적출자가 된다는 것은 혼인의 중요한 효과로서 적출자임을 나타내기 위해 자녀가 부모와 동성이라는 구조를 확보하는 점에도 일정한 의의가 있다. 또한 자녀 입장에서도 부모와 동성임에 따른 이익을 향유하기 쉽다.

부부동성제는 혼인 전의 성과 부부의 성을 통칭하여 사용(이하 '통칭사용'이라 한다)하는 것까지 허용하지 않는 것은 아니고, 최근 통칭사용이 사회적으로 확산되고 있는바, 성의 변경으로 인해 발생하는 불이익은 통칭사용의 확산으로 일정 정도 완화될 수 있다. 부부동성제가 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등 요청에 비추어 합리성을 결여하는 제도라고 인정할 수 없으므로, 헌법 제24조에 위반하지 않는다.(원문 하선)

(3) 2015년 판결 이후 전개상황

최고재판소가 2015년 판결을 통하여 민법 제750조가 헌법 제13조, 헌법 제14조 제1항, 헌법 제24조에 위반하지 않는다고 판단했음에도 불구하고, 여성취업률의 상승, 맞벌이 세대수의 변화, 가족형태의 다양화 등의 이유로 선택적 부부별성제를[11] 요구하는 목소리는 점점 더 높아졌다.

특히 2015년 판결 이후, 2016년에 또다시 여성차별철폐위원회로부터 일본

11) 일본 법무성은 선택적 부부별성제를 "부부가 원하는 경우에는 혼인 이후에도 혼인 전의 성을 각각 칭하는 것을 인정하는 제도, 즉, 부부 쌍방이 성을 변경하지 않고 결혼할 수 있는 제도"라고 정의하고 있다. 성은 어디까지나 당사자 간의 선택사항이기 때문에 부부가 동일한 성을 칭하거나 각각 다른 성을 칭해도 무방하다.

정부에 의무이행을 요청하는 3번째 권고가 있었으며, 2017년 내각부가 실시한 여론조사 결과 등에서도 선택적 부부별성제 도입에 찬성하는 비율이 증가하는 등 국민의식의 변화가 나타나고 있었다. 또한 전국 지방의회로부터 정부와 관계 행정청에 선택적 부부별성제의 도입 또는 국회심의의 촉진을 요구하는 의견서가 제출되었으며, 통칭사용이 공적문서까지 포함하여 더욱 확산되고 있었다. 본 결정은 이러한 상황 하에서 다시 부부동성제에 근거한 법률이 문제시되어 헌법적합성을 다툰 사안이다.

2. 본 결정

(1) 사실관계

항고인들은 혼인신고서에 '남편은 남편의 성, 부인은 부인의 성을 칭한다.'는 사실을 기재하여 혼인신고를 하였는데 시장은 이를 불수리처분(이하 '본건 처분'이라 한다) 하였다. 본건 처분은 상기 신고서가 민법 제750조의 규정 및 '부부가 칭하는 성'을 기재사항으로 하는 호적법 제74조 제1호의[12] 규정(이하 '본건 각 규정'이라 한다) 위반을 이유로 이루어졌다. 이에 항고인은 본건 처분이 부당하다며 호적법 122조에[13] 근거하여 시장에게 상기 신고의 수리를 명할 것을 제기하고, 본건 각 규정은 헌법 제14조 제1항, 제24조, 제98조 제2항에[14] 위반하여 무효라고 주장한 사안이다.

(2) 주문

1) 본건 항고를 기각한다.

---

12) **호적법 제74조** 혼인하려는 자는 아래 사항을 신고서에 기재하여 그 취지를 신고해야 한다.
1호 부부가 칭하는 성.

13) **호적법 제122조** 호적사건(제1제24조에서 규정하는 청구에 관한 것을 제외한다.)에 대해 시정촌장의 처분이 부당하다고 하는 자는 가정재판소에 불복신청을 할 수 있다.

14) **헌법 제98조** ② 일본국이 체결한 조약과 확립된 국제법규는 성실하게 준수하여야 한다.

2) 항고비용은 항고인들의 부담으로 한다.

(3) 결정이유

[법정의견(재판관 12인)]

민법 제750조의 규정이 헌법 제24조에 위반하지 않음은 본 재판소의 판례로 하는 바이며, 상기 규정에 근거하여 부부가 칭하는 성을 혼인신고서의 필수 기재사항으로 정한 호적법 제74조 제1호의 규정 또한 헌법 제24조에 위반하지 않음은 2015년 판결의 취지에 비추어 명백하다.(원문하선)

2015년 판결 이후에 볼 수 있는 여성취업률의 상승, 관리직 여성 비율의 증가, 그 외의 사회변화와 이른바 선택적 부부별성제의 도입에 찬성하는 사람의 비율 증가, 기타 국민의식의 변화라고 하는 원결정이 인정하는 여러 사정 등을 감안하더라도 2015년 판결의 판단을 변경해야 한다고는 인정되지 않는다. 헌법 제24조 위반이라는 항고인의 주장은 인용할 수 없다.

또한 부부의 성에 어떠한 제도를 채택하는 것이 입법정책으로서 상당한가 하는 문제와 부부동성제를 정하는 현행법의 규정이 헌법 제24조에 위반하여 무효인가 아닌가 하는 헌법적합성 심사 문제와는 차원을 달리하는 것이다. 본건 처분 시점에서 본건 각 규정이 헌법 제24조를 위반하여 무효라고 할 수 없는 것은 상기와 같으며 이러한 유형의 제도의 기본방향은 2015년 판결이 지적하는 대로 국회에서 논의되고 판단되어야 하는 사항이다.

그 외의 주장은 위헌이라 하지만, 그 실질은 단순한 법령 위반을 주장하거나 그 전제가 결여된 것으로 특별항고의 사유에 해당하지 않는다.

[보충의견(재판관 3인)]

우리는 본건 각 규정이 헌법 제24조에 위반한다고는 할 수 없으며, 2015년 판결의 판단을 변경할 필요는 없다는 다수의견에 찬성하지만, 그 취지 등을

보충하고자 한다.

본건 각 규정은 부부동성을 혼인의 요건으로 하고 있어 혼인에 제약을 가할 수 있으나, 여기서 말하는 혼인은 법률혼이며, 그 내용은 헌법 제24조 제2항에 따라 혼인 및 가족에 관한 사항은 법률로 규정하도록 예정되어 있는바, 민법 제750조는 혼인의 효력, 즉, 법률혼 제도의 내용 중 하나로서 부부동성제를 채택하고 있으며 이를 칭하는 성을 혼인 시에 정하도록 하고 있다.

한편 일본에서는 성명을 포함한 신분사항을 호적에 기재하여 공증하는 법제도와 신고혼주의를 채택하고 있으며, 이러한 규율에 따라 호적법 제74조 제1호는 혼인 후에 부부가 칭하는 성을 혼인신고서의 필수 기재사항으로 하고 있는 것이다.

민법 및 호적법이 법률혼의 내용과 성립 구조를 이와 같이 한 결과, 혼인의 성립 단계에서 부부동성이라는 요건을 부과하게 된 것으로 위 제약은 혼인의 효력으로부터 도출된 간접적인 제약이라고 평가해야 하기 때문에 혼인하는 것 자체를 직접 제약하는 것은 아니다.

상기 법제도의 합리성에 관한 국민의식 변화나 사회변화 등의 상황은 본래 입법기관인 국회에서 끊임없이 주시하고 대응해야 할 사항이며, 선택적 부부별성제 도입에 관한 최근 논의의 고조도 국회에서 먼저 받아들여야 할 것이다. 이 점에 관해서는 2015년 판결 및 본 결정 다수의견도 선택적 부부별성제의 채택 여부를 포함한 부부의 성에 관한 제도의 바람직한 방향은 국회에서 논의되고 판단되어야 할 사안에 지나지 않다.

[별개의견(재판관 1인)]

나는 결론에 있어서 다수의견에 찬성하지만, 본건 각 규정에 관한 혼인의 요건에 대해 법이 부부별성의 선택지를 두지 않은 것은 헌법 제24조에 위반한다고 생각한다.

이 사건은 각 규정에 따른 혼인의 요건에 법이 부부별성의 선택지를 마련하지 않고 혼인의 자유를 제약하는 합리성이 문제된 것이고, 이는 인격권 및

평등권과 마찬가지로 헌법상의 보장에 관한 법적 문제로 민주주의적인 절차에 맡기는 것이 적절하다고 판단할 문제는 아니다. 본건 각 규정은 문언상 성별에 근거한 차별적인 취급을 정하고 있는 것은 아니지만, 부부동성제는 현실적인 문제로서 분명히 여성에게 불이익을 주는 효과를 동반하고 있어 양성의 실질적 평등이라는 점에서 현저한 불균형이 발생하고 있다. 이는 혼인 시 성의 변경을 원치 않는 여성에게 있어서, 혼인의 자유 제약은 보다 강제에 가까운 부담이 되고 있다고 하지 않을 수 없다.

여성차별철폐조약의 가맹국에서는 부부에게 동일한 성을 의무화하는 제도를 채택하고 있는 나라는 우리나라 외에는 찾아볼 수 없다. 1996년에 법제심의회가 '민법 일부를 개정하는 법률안 요강'에 대한 답신을 한 후 25년이 경과한 그 동안에도 다양한 논의와 권고 등이 이루어지는 가운데 국회에서는 구체적인 검토와 논의가 거의 이루어지지 않았던 것으로 판단된다. 본건 각 규정이 부부별성의 선택사항을 마련하지 않은 채 혼인의 자유를 제약하는 상황은 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 요청에 비추어 볼 때 본건 처분 시점에서 이미 합리성을 결여하기에 이르렀다고 하지 않을 수 없으며, 국회가 선택사항을 정하기 위해 필요한 조치를 취하지 않았다는 점은 헌법 제24조의 규정에 위반한다.

[반대의견1(재판관 2인)]

우리는 다수의견과 달리 이 사건 각 규정은 헌법 제24조에 위반하므로 원결정을 파기하고 항고인들의 혼인신고를 수리하도록 명해야 한다고 생각한다.

항고인들과 같이 혼인 전 성명에 관한 인격적 이익의 상실을 회피하고 부부가 동등한 인격적 이익을 누릴 것을 희망하는 사람에게 부부동성을 혼인 성립의 요건으로서 당사자의 혼인에 있어 의사결정을 억압하고 자유롭고 평등한 의사결정을 침해하는 것은 공공복지의 관점에서 합리성을 결여한다고 생각한다. 본건 각 규정은 항고인 등과 같이 혼인하고자 하는 당사자 쌍방이 혼인 전 성을 칭하기를 희망하는 사람에게 부부에게 동성을 강제하여 혼인

신고서에 동일한 성을 의무적으로 기재하도록 하는 점에서 헌법 제24조 제1항의 취지에 반한다고 해야 할 것이다.

부부동성제를 규정하는 민법 제750조를 포함한 본건 각 규정을 당사자 쌍방이 혼인 전 성을 변경하지 않기를 희망하는 경우에도 적용하여 동일한 성의 기재를 혼인신고의 수리 요건으로 하고, 이를 부부동성을 혼인 성립의 요건으로 하는 것은 당사자 간의 혼인의 의사결정에 대한 부당한 국가 개입에 해당한다. 따라서, 본건 각 규정은 그러한 한도에서 헌법 제24조 제1항의 취지에 반하고, 헌법 제24조 제2항의 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각한 법률이라고는 할 수 없으며, 입법재량을 벗어나 위헌이라 하지 않을 수 없다.

또한 일본이 여성차별철폐조약에 의거하여 부부동성제의 법개정을 요청하는 세 번째 정식권고를 2016년에 받았다는 사실은 부부동성제가 국회의 입법재량을 넘는 것임을 강하게 추인하는 것이라 할 수 있다.

[반대의견2(재판관 1인)]

나는 다수의견과는 달리 본건 각 규정은 헌법 제24조에 위반하므로, 원결정은 파기하고 항고인들의 혼인신고서의 수리를 명해야 한다고 생각한다.

부부동성제를 정한 본건 각 규정이 상기와 같이 국회의 입법재량 범위를 넘을 정도로 합리성이 결여되어 있다고 할 수 있는지 여부를 판단함에 있어서는 현행의 부부동성제를 대신하는 것으로 가장 유력하게 주창되는 법제도인 선택적 부부별성제를 도입함으로써 향상되는 국민 각각의 복리와 그로 인해 감소하는 국민 각각의 복리를 비교형량하는 것이 유용하다고 생각한다.

부부동성제는 혼인에 의해 성을 변경하는 혼인 당사자에게 적지 않은 복리 감소를 초래하는바, 이를 불식시킬 수 있는 선택적 부부별성제는 확실하고 현저하게 국민의 복리를 향상시키는 것이다. 또한 부부동성제하에서 성을 변경하는 혼인 당사자가 입는 복리의 감소 중 하나로서 '혼인 사실을 은닉할 이익'의 확보가 곤란해진다는 점이 있다. 혼인 여부의 사실은 연령, 출신지,

학력 등과 함께 중요한 개인정보로서 혼인 사실을 은닉하고 싶은 사람이 있다면 그러한 요구는 존중할 가치가 있다.

선택적 부부별성제를 도입함으로써 향상되는 국민 복리는 동 제도를 도입함으로써 감소하는 국민 복리보다 훨씬 큰 것이 명백하며 또한 감소하는 어떠한 복리도 인권 또는 이에 준하는 이익이라고는 할 수 없다. 그러한 이상 선택적 부부별성제를 도입하지 않는 것은 지나치게 개인의 존엄을 소홀히 하는 것으로, 이미 국회의 입법 재량의 범위를 넘을 정도로 합리성이 결여되어 있다고 하지 않을 수 없으며, 본건 각 규정은 헌법 제24조를 위반한다고 판단할 수밖에 없다.

3. 본 결정의 의의

본 결정은 2015년 판결 이후 또 다시 부부동성제의 위헌성이 다투어진 사건으로서 법정의견은 별다른 의견 없이 2015년 판결의 취지를 인용하며, 여러 사정을 감안하더라도 2015년 판결의 판단을 변경하기에는 이르지 않았다고 판단했다. 이에 별개의견과 반대의견에는 법정의견이 인용한 2015년의 판시를 조목조목 비판하며, 여성철폐위원회의 3번째 권고, 사회 사정의 변화, 입법부작위 등을 근거로 하여 판례의 사정변경을 해야 하기에 이르렀다고 주장하였다.

2015년 판결과 본 결정의 차이점은 2015년 판결에서는 헌법 제13조(인격권), 제14조 제1항(평등원칙), 제24조(혼인의 자유 및 혼인제도의 보호)의 위반 여부가 쟁점이 되어 이에 대한 각각의 판단을 내리고 있으나, 본 결정에서는 제13조는 제외되고, 제14조 제1항, 제24조에 더하여 제98조(조약 준수의무) 위반여부가 쟁점이 되었다.

그러나 본 결정의 법정의견은 제24조에 대한 판단만 2015년 판결을 인용하고 있을 뿐, 제14조 제1항과 제98조에 대해서는 어떠한 판시도 나타내지 않고 있다. 반면, 별개의견과 반대의견은 본건 각 규정이 제24조 뿐만 아니라

제13조, 제14조 제1항에도 위반한다고 판단하고 있다. 이에 더해 혼인 및 가족제도에 관한 법제도의 구축의 1차적인 판단은 입법부의 재량이라 하더라도, 장기간 국회에서 구체적인 검토와 논의가 이루어지지 않았다는 점은 입법부 작위에 해당한다고 비판하며 헌법 제98조에 위반한다고 판단했다. 비록 반대의견이긴 하나 제98조에 따른 조약 및 국제법규의 준수의무 이행을 최고재판소가 국회에 직접적으로 촉구했다는 점에서 국회는 향후 이를 어떻게 받아들이고, 어떠한 차원에서 이를 풀어나갈지 귀추가 주목되는 사건이라 할 수 있다.