오사카지방재판소의 동성혼 관련 입법부작위에 대한 합헌 판단

고베대학교 법학연구과 연구조수 서누리*

1. 일본에서 동성혼의 입법화를 위한 소송 중 두 번째 판결

2022년 6월 20일 오사카(大阪)지방재판소는 동성혼을 인정하지 않는 것은 합헌이라는 판결을 내렸다.[1] 필자가 소개했었던 작년 3월 17일 삿포로(札幌)지방재판소의 위헌 판결과는 상반된 결론을 내린 것이다.[2] 해당 소송들은 동성혼에 대한 입법운동의 일환으로 수행되고 있는 것으로, 일본 각지에서 동성커플들이 동성혼을 인정하지 않는 일본 민법과 호적법[3](이하 '본건제규정')이 위헌임을 주장하면서 제소한 사건이다.[4] 오사카지방재판소의 판결(이하 '본건 판결')은 작년의 삿포로지방재판소에 이은 두 번째 판결로, 원고 측은 즉시 항소할 의사를 표명하였다.[5]

이하에서는 작년의 삿포로지방재판소의 판결과의 비교를 염두에 두면서, 오사카지방재판소 판결의 내용을 소개한다.

2. 오사카지방재판소 판결이유의 요지

(1) 본건제규정이 헌법 제24조 제1항에 위반되는지 여부

원고들은 혼인을 할 자유(婚姻をするについての自由)는 헌법 제24조 제1

---

* 법학박사

1) 大阪地判令和 4年 6月 20日 公刊物未登載(平成31年 (ワ) 第1258号)

2) 서누리, 삿포로지방재판소의 동성혼의 입법부작위에 대한 위헌 판단, 세계헌법재판 조사연구보고서 2021 제4호, 헌법재판연구원, 2021, 151면 이하.

3) 일본 민법 제739조(혼인신고) ① 혼인은 호적법이 정하는 바에 의하여 신고를 함에 의하여 그 효력이 생긴다.
일본 호적법 제74조 혼인을 하려는 자는 다음의 사항을 신고서에 기재하여 그 취지를 신고해야 한다.
1. 부부를 칭하는 성씨
2. 그 외 법무성령으로 정하는 사항

4) 원고들은 입법부작위에 대하여 1인당 100만엔 국가배상을 청구하였으나, 삿포로지방재판소 판결과 마찬가지로 본건 판결에서도 인정되지 않았다. 그러나 이 소송들은 입법운동의 일환으로 수행되고 있는 것이라 해석되는바, 국가배상의 청구는 구체적 사건성의 성립을 위한 소송기술적인 청구로 해석된다.

5) MARRIAGE FOR ALL JAPAN 홈페이지 참고(https://www.marriageforall.jp/blog/20220620/).

항[6]에 근거하여 이성 간뿐만 아니라 동성 간의 혼인에 대하여도 보장되고 있는 것이어서, 혼인제도에서 동성 간의 혼인을 배제하고 있는 본건제규정이 헌법 제24조 제1항에 위반된다는 주장을 한다.

헌법 제24조 제1항에는 혼인은 '양성(兩性)의 합의'에 근거하여 성립한다는 취지가 정하여져 있고,[7] 혼인을 하는 당사자에 대하여는 '부부(夫婦)'라는 문언이 사용되고 있으며, 동조 제2항에서도 '양성의 본질적 평등'이라는 문구가 사용되고 있다. 이러한 '양성'이나 '부부'라는 문구는 혼인이 남녀로 이루어지는 것이라 해석하는 것이 통상의 해석이다.

1947년 헌법이 제정되어 개인의 존중과 양성의 본질적 평등에 입각한 혼인제도를 확립하기 위하여 헌법 제24조가 규정되었지만, 동조의 기안과정에서도 'both sexes'를 번역하여 '남녀 양성'이나 '남녀'라는 문구를 사용하게 되었다는 점 등에서도 이 시점에서 혼인은 남녀 간의 것이라는 것이 당연한 전제였다 사료된다.[8] 또한 1947년 민법개정에서도 그 기안과정에서 동성 간의 혼인에 대하여 논의된 흔적은 없다.

위와 같은 헌법 제24조의 문구와 제정경위 등에 비추어 보면, 동조 제1항에서 '혼인'은 이성 간의 혼인만을 나타내고 동성 간의 혼인은 포함하지 않는 것이라 인정하는 것이 상당하다. 헌법 제24조 제1항의 '혼인'은 이성혼을 말하는 것으로 혼인의 자유가 동성혼에 미치지 않는다고 해석하는 것이 상당하므로, 본건제규정이 동성혼을 인정하지 않는 것이 동항 및 동조 제2항에 위반되지 않는다고 해석할 수 있다.

---

6) **일본국헌법 제24조** ① 혼인은 양성의 합의에 의해서만 성립하고 부부가 동등한 권리를 가지는 것을 기본으로 하여 상호협력에 의하여 유지되어야 한다.

7) 다음은 본건 판결의 인정사실에서의 메이지민법에서의 혼인제도에 대한 서술이다.
"메이지민법에서 혼인은 특정의 의식을 요하지 않고 국가에 대한 신고에 의하여 성립하는 법률혼으로 정비되었다. 그러나 종래 가(家)를 중심으로 하는 가족주의의 개념을 답습하여 가장인 호주(戶主)에게 가를 통솔하기 위한 호주권을 부여하여, 혼인은 가를 위한 것으로서 호주나 부모의 동의를 요건으로 하여, 당사자 간의 합의만으로는 성립할 수 없는 것으로 되어 부(夫)의 처(妻)에 대한 우위가 인정되어 왔다. 또한 이러한 메이지민법에서의 혼인은 일생동안 공동생활을 하고자 하는 남녀의 도덕 및 풍속 상의 요구에 합치하는 결합관계, 또는 이성 간의 결합에 의하여 정해진 남녀 간의 생존결합을 법률에 의하여 공적으로 인증한 것으로, 혼인은 남녀 간의 것임이 당연한 것으로 되어 왔다. 따라서 동성 간의 혼인을 금지하는 규정을 두지 않았지만, 동성 간의 혼인은 혼인의사를 결하여 무효인 혼인으로 해석되었다. 또한 입법 당시에 입법담당자들이 동성애가 정신질환에 해당한다는 것을 특히 의논하였던 사실은 엿볼 수 없다."

8) 1946년 2월 13일의 GHQ(General Headquarters, 연합군 최고사령부)초안 참고, 출처: 일본국회 국립도서관 홈페이지(https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/076a_e/076a_e010l.html).

‘양성’이라는 문구가 있는 이상, 헌법 제24조 제1항이 이성 간의 혼인을 대상으로 하고 있는 것이라는 점은 부정할 수 없다. 그러나 이 점이 동항이 동성 간의 혼인을 적극적으로 금지하는 의미를 포함하고 있다고 해석해야 한다는 것은 아니다. 도리어 혼인의 본질은 영속적인 정신적·육체적인 결합에 공적 승인을 얻어 공동생활을 영위하는 것을 목적으로 하는 것이어서, 누구와 혼인할 것인가의 선택은 개인의 자아실현 그 자체라고 할 수 있는 점에서 동성애와 이성애는 단순한 성적 지향에 차이에 지나지 않는다는 것이 의학적으로 확실해진 오늘날 동성애자에게도 이성애자와 같이 혼인 또는 이에 준하는 제도를 인정하는 것은 헌법의 보편적인 가치인 개인의 존중이나 다양한 사람들의 공생의 이념에 따르는 것 그 자체라 할 수 있고, 이와 저촉되는 것이라 할 수 없다. 최근의 각종 조사결과에 의하면, 일본에서도 동성애에 대하여 이해가 진전되어 동성커플에 어떠한 법적 보호를 제공해야 한다는 견해를 지닌 국민이 상당한 수까지 증가하고 있다는 점을 엿볼 수 있다.

제24조 제1항이 이성간의 혼인만을 정하고 있는 것이라고 하여도 동성 간의 혼인에 있어 이에 준하는 제도를 구축하는 것을 금지하는 취지라고까지는 할 수 없다. 따라서 본건제규정이 헌법 제24조 제1항에 위반되지 않는다고 하여도, 제24조 제2항에 적합한지를 검토하는 것이 상당하다.

(2) 본건제규정이 헌법 제13조에 위반되는지 여부

원고들은 동성 간의 혼인을 할 자유가 헌법 제24조 제1항에서 규율되고 있는 것은 아니라 하여도, 이러한 자유는 자기결정권의 중요한 내용으로 헌법상의 권리로서 보장되어야만 하는 것으로 동성 간의 혼인이 인정되지 않는 것은 헌법 제13조[9]에 위반된다는 취지의 주장을 한다.

혼인 및 가족에 관한 사항은 헌법 제24조 제2항에 근거하는 법률에 의하여 구체적인 내용을 규율하는 것이어서, 혼인 및 가족에 관한 권리이익 등의 내용은 헌법상 일의적인 것이 아닌, 헌법의 취지에 근거하여 법률에 의하여 정

9) **일본국헌법 제13조** 모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법과 그 밖의 국정에서 최대한 존중되어야 한다.

해진 제도에 의해 구체적으로 정해지는 것이다. 그렇다고 한다면, 혼인을 할 자유는 헌법이 정하는 혼인을 구체화하는 법률에 의한 제도에 의하여 처음으로 개인에게 부여되는 것이고, 또한 그것을 전제로 하는 자유여서, 생래적, 자연권적인 권리 또는 이익이라 할 수 없다.

따라서 헌법 제24조가 이성 간의 혼인을 정하고 있어, 그것을 전제로 하는 혼인제도밖에 존재하지 않는 현행법에서는 동성 간의 혼인을 할 자유가 헌법 제13조에서 보장되는 인격권의 내용이라고는 할 수 없다.

따라서 동성혼을 인정하지 않는 본건제규정은 헌법 제13조에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 본건제규정이 헌법 제24조 제2항에 위반되는지 여부

1) 헌법 제24조 제2항의 의의

혼인 및 가족에 관한 사항은 관련 법제도에서 그 구체적인 내용이 정해지고 있는 것이다. 따라서 해당 법제도의 설계가 중요한 의미를 지니는 바, 헌법 제24조 제2항[10]은 구체적인 제도의 구축을 제1차적으로 국회의 합리적인 입법재량에 맡김과 동시에 그 입법에 있어서 동조 제1항도 전제로 하면서, 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해야만 한다는 요청, 지침을 나타내는 것에 의해 그 재량의 한계를 둔 것이라 할 수 있다.

2) 이성 간의 혼인만을 대상으로 하는 혼인제도의 취지

일본에서는 메이지시대 이전부터 공동체를 이루고 가족을 형성해 온 남녀관계가 존재해 왔고, 그 관계는 관습상으로도 결혼 내지 혼인으로서 사회에서 인정되어 왔다. 메이지민법에서 법제도의 근대화에 따라, 이와 같은 관습이 법률혼으로서 제도화되었다. 메이지민법에서 혼인은 남녀 간의 것이어서, 현행 민법에서도 헌법이 요청하는 개인의 존엄의 관점에서 필요한 개정이

10) **일본국헌법 제24조** ② 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼과 혼인 및 가족에 관한 그 밖의 사항에 관하여 법률은 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다.

행해지면서도, 혼인은 남녀 간의 것이라는 점에 대하여는 별다른 논의 없이 계승되어 현재의 혼인제도가 정비되었다.

이렇게 성립한 현재의 혼인제도는 민법에서 혼인당사자인 부부의 권리의무에 대하여 정하는 규정뿐만 아니라, 친생자추정제도 등 친자관계를 정하는 규정이나 친권을 정하는 규정 등 혼인한 부부와 그 사이의 아이에 대하여 정하는 규정을 두고 있다. 호적법에는 부부의 혼인신고 외에 아이의 출생신고나, 아이의 부모의 호적에의 입적 등에 대한 규정도 있다.

그렇다고 한다면 본건제규정이 이성 간의 혼인만을 대상으로 하고 있는 것은 혼인은 혼인한 양 당사자의 관계뿐만이 아닌, 공동생활을 하며 다음세대에 계승해 가는 관계라고 하여, 이러한 남녀가 공동생활을 영위하고 아이를 부양하는 관계를 사회의 자연·기초적인 집단단위로 식별, 공시하는 기능을 지니고, 법적 보호를 부여하려는 취지로 생각된다. 이러한 혼인의 취지는 일본에서 역사적, 전통적으로 사회에 정착되어, 사회적인 승인을 얻고 있다 할 수 있다.

3) 헌법 제24조 제2항에서 고려해야 하는 권리이익

애초에 혼인이란, 두 당사자가 영속적이고 진지한 정신적·육체적 결합관계에 대한 법적 승인을 부여받는 것과 동시에, 그 지위에 응하여 법률상의 효과가 생기는 것에 의하여 다양한 법적 보호 등의 이익을 향유할 수 있는 제도라는 점에서 혼인을 한 당사자가 향유할 수 있는 이익에는 상속이나 재산분할 등 경제적 이익뿐만 아니라, 해당 인적 결합관계에 대하여 공적 승인을 받아 공증되는 것에 의해 사회 안에서 커플로서 공적으로 인지되어 공동생활을 영위할 수 있는 것에 대한 이익(이하, '공적인증에 관한 이익') 등이 포함된다. 특히, 공적인증에 관한 이익은 혼인을 한 당사자가 생애에 걸쳐 안정된 공동생활을 안심하고 영위하는 것으로 이어진다. 일본에서 법률혼을 존중하는 의식이 침투하고 있다는 점, 근래 혼인에 관한 가치관이 다양화하고 있는 점 등을 검토하여도 공적인증에 관한 이익은 자기존중감이나 행복감의

원천인 인격적 존엄에 관한 중요한 인격적 이익이라 할 수 있다. 이러한 인격적 이익의 가치는 이성애자인지 동성애자인지에 따라 다른 것이 아니다. 그렇다고 한다면, 동성애자에 대하여 동성 간에 혼인을 할 것인지에 대한 자유가 헌법상 보장되고 있다고 할 수는 없지만, 해당 인적 결합관계에 대한 공적인증에 관한 이익은 그 인격적 존엄에 관련된 중요한 인격적 이익으로 존중되어야만 하는 것이라 할 수 있다. 이러한 인격적 이익은 본건제규정이 헌법 제24조 제2항에서 인정되고 있는 입법재량의 범위를 넘는 것인지 아닌지를 검토함에 있어 고려해야 하는 사항이다.

4) 공적인증에 관한 이익

가. 혼인 외의 민법상 제도의 활용 시 동성커플들이 받는 불이익

본건제규정이 이성 간의 혼인제도만을 규정하고, 동성 간의 혼인을 규정하고 있지 않기 때문에, 이성애자는 자유로이 이성과 혼인할 수 있으나 동성애자는 바람대로 동성과 혼인할 수 없다는 중대한 영향이 생기고 있다.

그러나 본건제규정에 의하여 동성애자가 바라는 동성파트너와 혼인과 유사한 결합관계를 구축, 유지하거나, 공동생활을 영위할 자유가 제약되는 것은 아니다. 게다가 혼인에 의하여 생기는 법률상의 효과에 대하여도 가령, 동거, 협력 및 부조의 의무에 대하여 계약에 의하여 동등한 효과를 발생시키는 것이 가능하고, 당사자 일방의 사후에 그 재산을 타방당사자에게 귀속시키는 것이 계약이나 유언에 의하여도 가능한 것 외에 포괄수증자가 되는 경우 상속인과 동등한 권리의무를 지니는 등 다른 민법상의 제도 등을 이용하여 일정한 범위에서는 혼인과 동등한 효과를 받는 것이 가능하다.

이러한 방법은 애초에 사전에 유언이나 계약 등을 하지 않는다면 그 효과를 향유할 수 없는 것이고, 세법상의 우대조치, 재류자격, 공영주택의 입주자격 등, 계약 등에 의하여도 향유하기 어려운 법적 지위도 상당수 존재한다는 점에서도 동성커플이 향유할 수 있는 이익이 이성커플이 혼인에 의하여 향

유할 수 있는 법률상의 효과에 미치지 않는 것은 확실하다.

또한 이러한 불이익이 개별적인 입법이나 운용의 개선 등에 의하여 해소될 수 있다고 하여도, 관련 개별 입법에 의해서는 동성커플이 사회 안에서 공적으로 인지되어 안심하고 안정된 공동생활을 영위하기 위하여 필요한 인격적 이익인 공적인증에 관한 이익을 충족시킬 수는 없다.

나. 공적인증에 관한 불이익 해소의 방법

본건제규정이 이성 간의 혼인만을 대상으로 하고 있는 것에 대하여는 그 취지에 합리성이 있으며, 그 영향에 있어서도 동성커플과 이성커플 간 향유할 수 있는 이익의 차이는 계약 등에 의하여 일정한 범위에서 완화할 수 있지만, 공적인증에 관한 이익과 같은 개인의 존엄과 관련된 중요한 이익을 동성커플이 향유할 수 없다는 문제가 존재한다고 할 수 있다.

그러나 동성커플에 대하여 공적인증에 관한 이익을 실현하는 방법은 현행의 혼인제도의 대상에 동성커플을 포함하는 방법에 한하는 것이 아닌, 이것과 별도의 새로운 혼인과 유사한 법적 승인 제도(이것은 '등록파트너쉽제도'라 할 수 있지만, '동성혼'이라고도 할 수 있다)를 창설하는 등의 방법에 의하여 가능하다. 그리고 현행의 혼인제도를 구성하고 있는 본건제규정은 단순히 이성 간의 혼인제도를 정한 것에 지나지 않는다는 점에서 동성 간에 있어서는 혼인 이외의 혼인과 유사한 공적 승인제도를 창설하는 것을 방해하는 것이 아니다. 일본에서도 이미 많은 지방자치단체에서는 동성커플에 대하여 등록파트너쉽제도라고 불리는 공적승인 및 부분적 보호제도가 도입되어, 많은 동성커플이 이를 공인의 방법으로서 희망하고 이용하고 있다는 점이 인정된다. 이것은 법률상의 제도는 아니지만, 국민들 사이에서도 하나의 사회제도로서 인지되고 있다고 할 수 있다.

이렇게 개인의 존엄의 관점에서 동성커플에 대하여도 공적인증에 관한 이익을 실현할 필요가 있다고 할 수 있지만, 그 방법으로는 다양한 방법을 생각할 수 있는 것이어서 그 가운데 어떠한 제도가 적절한가에 대하여는 현행

법상의 혼인제도뿐 아니라 혼인과 유사한 제도도 포함하여, 국가의 전통이나 국민감정을 포함한 다양한 요인과 각 시대에서 부부나 친자관계에 대한 전체적 규율에 입각하여 민주적인 과정에 의해 결정되어야 하는 것이다.[11][12]

5) 아이를 낳고 기르는 관계의 보호라는 혼인의 목적의 오늘날의 의의

---

11) 원고들은 혼인에 준하는 제도의 구축을 요구하고 있는 것이 아니다. 원고들은 본건제규정이 정하는 현행의 혼인제도에의 접근 외의 별도의 제도를 두는 것은 오히려 동성애자에 대한 차별을 조장하는 것이라 주장한다. 이에 대하여 오사카지방재판소는 다음과 같이 판시하고 있다.
"애초에 혼인을 할 자유는 언제 누구와 혼인을 할지를 자유로이 결정하는 것이 가능한 자유이어서, 혼인당사자에게 혼인제도의 내용을 자유로이 정할 권리가 보장되고 있는 것은 아니다. 동성커플을 위한 공적인증에 관한 이익을 실현하기 위한 제도에 있어서도 당사자가 그 내용을 자유로이 정하는 것은 아니다. 공적인증에 관한 이익을 실현하기 위해서는, 현행의 혼인제도, 혼인에 준하는 혼인 유사한 별개의 제도 그 외 어떠한 제도가 적절한가는 민주적 과정에서 논의되어 판단될 필요가 있다는 것은 전술한 바와 같다.
도리어 현행의 혼인제도에서는 친생추정의 규정 등 그 중요부분에서 부부의 자연생식이 가능한 것을 전제로 만들어진 규정도 있어, 이러한 규정의 존재는 혼인제도 전체와 밀접불가분하게 이어져 있는 것이라 생각해야 한다면, 본건제규정을 위헌무효로 하는 것에 의해, 현행의 혼인제도를 현상의 법제도 그대로 동성커플에게 개방하는 것이 상당하다고 하기 어렵다. 현재 '동성 사이의 결혼' 내지 '동성혼'에 찬성하는 국민의 의견이 비교적 다수가 되고 있다는 취지의 조사결과가 다양한 통계에서 나오고 있지만, 이러한 조사에서도 반드시 '동성 사이의 결혼'이나 '동성혼'의 의미내용이 일의적으로 정의되어 있다고 할 수 없는 이상, 찬성의견 가운데는 현행법상의 '혼인'제도 혹은 혼인과 유사한 제도인지가 엄밀하게 구분하지 않고 찬성답변에 포함되어 있을 가능성을 부정할 수 없다. 또한 동성애자나 LGBT를 대상으로 한 앙케이드조사에서도 법적보호의 모습에 대하여는 다양한 의견이 있다는 것이 인정된다. 게다가, 동성커플의 법적 승인이나 보호의 제도가 있는 외국이나 지역에서도 그 보호의 방법은 동성 간의 혼인제도를 채용한 국가도 있지만, 등록파트너쉽제도 등을 채용한 국가, 양자를 병용하는 국가 등 다양하다. 따라서 반드시 일률적이지 않다.
이에 더하여, 별도의 제도를 창설한다고 하여도 원고들이 주장하는 것과 같이 반드시 동성애자에의 차별이 조장되고 있다고 할 수 없다. 실제, 일본에서도 근년 지방자치단체의 등록파트너쉽제도가 증가하고 있지만, 원고들의 주장에 의하여도 이러한 제도에 의하여 동성커플에 대한 차별이나 편견이 해소되어가고 있다고 한다. 차별이나 편견의 진정한 의미에서의 해소는 오히려 민주적 과정에서 자유로운 논의를 거친 후에 제도가 구축되는 것에 의하여 실현되는 것이라 생각된다.
이상과 같은 점에서 동성커플의 공적인증에 관한 이익의 실현을 위해서는 현행법상의 혼인제도 그 자체를 적용하는 방법뿐만 아니라 혼인과 유사한 제도를 포함하여 폭넓은 검토가 필요하다. 동성애자들 안에서도 다양한 의견이 있다는 점에 비추어 원고들이 희망하지 않는다는 이유만으로 혼인과 유사한 제도를 구축한다는 선택지를 검토할 여지가 없어진다고는 할 수 없다."

12) 원고들은 동성애자는 소수여서, 그 보호를 위한 제도의 구축을 입법과정에서 기대할 수 없다고 주장한다. 이러한 경우에 사법은 소수자의 권리 보호의 관점에서 적극적으로 위헌심사를 하여 본건제규정이 위헌임을 선언하는 것에 의하여 동성애자를 구제해야 한다는 취지의 주장을 한다. 이 점은 삿포로지방재판소에서는 민주적 과정에 맡겨두는 것이 아닌 적극적으로 동성혼은 사법판단의 대상으로 해야하는 근거로 작용하였으나 오사카지방재판소는 다음과 같이 판단하고 있다.
"동성 간에 혼인을 할 자유가 헌법상 보장되고 있다고까지는 할 수 없는 이상, 동성 간의 혼인이 인정되지 않는 것이 헌법상 보장되는 소수자의 기본적 인권이 침해되고 있는 것과 동등하다 생각할 수는 없다. 더하여 동성커플의 혼인 또는 혼인과 유사한 제도를 구현하는 것과 이성커플이 혼인을 할 자유가 이익이 상반되는 관계도 아니라고 한다면, 다수결의 원리에 입각하더라도 동성 간의 혼인 등의 제도 구축을 전혀 기대할 수 없는 것은 아니다. 실제 근년의 조사에 의하면 동성커플에 혼인 등의 법적 보호의 제도를 인정해야 한다는 답변을 하고 있는 사람들이 상당 정도까지 증가하고 있는 취지의 결과도 나타나고 있다. 이렇게 민주적 과정에서의 논의의 여지가 있는 이상, 현시점에서 사법이 적극적으로 본건제규정에 대하여 위헌을 선언해야 하는 상황이라고는 할 수 없다."

원고들은 혼인의 목적은 부부의 공동생활의 법적 보호이고, 생식과는 관계가 없으며, 아이를 낳고 기르는 관계를 보호한다는 본건제규정의 취지에는 합리성이 없다는 취지의 주장을 한다.

분명히 부부가 아이를 둘 것인가는 본래 개인의 자기결정에 맡겨져야 하는 사항이고, 민법에서도 아이의 유무나 장래 아이를 둘 의사의 유무 등에 의하여 부부의 법적 지위를 구별하고 있지 않다(또한 메이지민법의 제정 경위에서의 논의에서도 혼인에 대하여 반드시 아이를 남기는 것만이 목적이 아니라고 되어 있다). 특히 근래 가족의 형태나 부부의 모습이 다양화되고, 사람들의 의식에서도 혼인을 아이의 양육을 위한 것이 아닌 개인의 자기실현 또는 행복추구에 이바지하기 위한 것으로 보는 경향이 증가하고 있다. 그러나 그러한 가치관의 변화가 있어도, 남녀가 안정된 관계에서 공동생활을 하며 그 사이에 태어난 아이를 양육하는 것을 보호하는 혼인의 목적의 의의가 현재 상실되는 것이 아니다. 이러한 목적과 개인의 자아실현 등의 수단으로서의 혼인은 모순되는 것이 아니라 서로 양립할 수 있는 것이다. 그렇다면, 이러한 취지나 목적 자체가 역사적·사회적 의미를 잃었다고 할 수 없다.

6) 소결: 동성혼제도의 불비는 입법재량의 범위

동성간의 혼인 등 제도의 도입에 있어 어떠한 법적 조치가 취해지지 않고 있다는 입법부작위가 앞으로의 사회상황의 변화에 의해 장래에 헌법 제24조 제2항에 위반되는 것으로 위헌이 될 가능성이 있다고 하여도, 본건제규정이 동항이 인정하고 있는 입법재량의 범위를 일탈하고 있다 할 수 없다.

(4) 본건제규정이 헌법 제14조 제1항에 위반되는지 여부

본건제규정은 이성 간의 혼인만을 정하여 동성 간의 혼인을 정하고 있지 않다. 원고들은 이성애자가 혼인을 할 수 있는 것에 비하여 동성애자는 혼인을 할 수가 없고, 혼인의 효과를 향유할 수 없다는 차별적 취급이 생기고 있는 것으로 헌법 제14조 제1항[13]에 위반된다는 취지의 주장을 한다.[14]

헌법 제14조 제1항은 법 앞에 평등을 정하는 것이어서 그 규정은 사안의 성징에 따라 합리적인 근거에 의하는 것이 아닌 한 법적인 차별적 취급을 금지하는 취지라고 해석해야 한다.

헌법 제24조 제2항은 혼인 및 가족에 관한 사항에 대하여 구체적인 제도의 구축을 제1차적으로는 국회의 합리적인 입법재량에 맡김과 동시에 그 입법에 있어서는 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해야 한다는 요청, 지침을 따르도록 함으로써 재량의 한계를 정하는 것이어서, 혼인제도에 관하여 본건제규정이 국회에 부여되어 있는 이러한 재량권을 고려하여도 그러한 구별을 하는 것은 합리적인 근거가 인정되지 않는 경우에 해당 차별적 취급은 헌법 제14조 제1항에 위반되는 것이라 해석하는 것이 상당하다고 해야 한다.

본건 차별적 취급은 이와 같이 성적지향이라는 본인의 의사나 노력에 의하여 바꿀 수 없는 사정에 의하여 혼인이라는 개인의 존엄과 관련된 제도를 실질적으로 이용할 수 있는가 아닌가에 대한 차별적 취급을 하는 것이어서, 본건 차별적 취급의 헌법적합성에 대하여는 이러한 사정의 성질을 고려하여 보다 신중하게 검토할 필요가 있다.

본건제규정은 헌법 제24조 제1항이 이성 간의 혼인에 대하여만 명문으로 혼인제도를 입법화하려는 요청에 응하여, 개인의 존엄이나 양성의 본질적 평등을 배려하여 이성 간의 혼인제도를 구축한 것이라는 점이 인정된다. 그 취지와 목적은 헌법이 예정하고 있는 질서에 따르는 것으로 합리성을 지니고 있다는 것은 전술한 바와 같다. 본건제규정이 동성 간의 혼인제도에 대하여

---

13) **일본국헌법 제14조** ①모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신조(信条), 성별, 사회적 신분 또는 문벌(門地)에 의해 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 아니한다.

14) 피고는 본건제규정은 객관적으로 동성애자인지 이성애자인지에 의하여 혼인제도의 이용할 수 있는지를 구별하는 것은 아니어서, 동성애자가 그 성적 지향에 합치하는 자과 혼인할 수 없는 결과가 생기고 있는 것은 본건제규정에 의해 생기는 사실상의 결과에 지나지 않고, 그러한 결과 입법재량이 보다 광범위해진다는 취지의 주장을 한다. 이에 대하여 오사카지방재판소는 다음과 같이 판시하고 있다.
"분명히 본건제규정은 그 문언상 혼인의 성립요건으로서 당사자에 특정한 성적 지향을 지닐 것을 요구하는 것이 아니고 당사자가 특정의 성적 지향을 지니고 있는 것을 이유로 혼인을 금지하는 것은 아니어서, 그 취지, 내용이 성적지향에 응하여 혼인제도의 이용의 가부를 정하고 있는 것이라 할 수는 없다. 그러나 혼인의 본질은 자신의 원하는 상대와 영속적인 인적 결합관계를 맺고, 공동생활을 영위하는 것인 이상, 동성애자에게 있어서는 이성과의 혼인제도를 형식적으로 이용할 수 있다고 하여도 그것이 혼인의 본질에 따르는 것이라 할 수 없다. 이것은 단순한 사실상의 결과가 아니고 실질적으로는 혼인을 할 수 없는 것과 같은 것으로, 본건제규정은 동성애자인가 이성애자인가에 의하여 혼인을 할 수 있는가에 대하여 차별적 취급을 하고 있다고 해야 한다."

는 아무것도 정하고 있는 것이 없기 때문에 본건 차별적 취급이 생기고 있지만, 이것도 동조 제1항은 이성 간의 혼인에 대하여 명문으로 혼인을 할 자유를 정하고 있는 한편, 동성 간의 혼인에 대하여는 이것을 금지하고 있는 것이 아니라 할 수 있지만, 어떠한 정함도 없는 이상, 이성 간의 혼인과 같은 정도로 보장하고 있다고까지는 할 수 없다. 상기 입법목적과의 관련에서 합리성을 결하였다고 할 수 없다. 따라서 본건제규정에 동성 간의 혼인제도가 규정되어 있지 않는 것 자체가 입법재량의 범위를 넘어 헌법 제14조 제1항에 반하는 것이라 할 수 없다.

분명히 현시점의 일본에서 동성애자에게는 동성 간의 혼인제도, 이와 유사한 법제도조차 존재하지 않는 것이 현실이다. 그 결과 동성애자는 전술한 바와 같이 혼인에 의하여 이성애자가 향유하고 있는 다양한 법적 보호, 특히 공적인증에 관한 이익과 같은 중요한 인격적 이익을 향유할 수 없다. 따라서 이러한 동성애자와 이성애자 사이에 존재하는 스스로 원하는 상대방과의 인격적 결합관계에 대하여 향유할 수 있는 이익의 차이의 정도가 헌법 제14조 제1항이 허용하는 합리적인 입법재량의 범위를 넘는 것이 아닌가에 대하여 신중한 검토를 해야만 한다.

그러나 전술한 바와 같이 이성 간의 혼인은 남녀가 아이를 낳고 기르는 관계를 사회가 보호한다는 합리적인 목적에 의하여 역사적, 전통적으로 완전히 사회에 정착된 제도인 것에 비하여, 동성 간의 인적 결합관계에 어떠한 보호를 제공할 것인가에 대하여는 전술할 바와 같이 논의의 과정에 있다는 점, 동성애자도 바라는 상대방과 밀접한 관계를 맺을 자유에 관하여는 어떠한 제약도 받지 않고, 그 이외의 불이익도 민법상의 다른 제도(계약, 유언 등)를 이용하는 것에 의하여 상당 정도 해소 내지 경감되고 있는 점, 법제도로서 존재하지는 않지만, 많은 지방자치단체에서 등록파트너쉽제도를 창설하는 움직임이 퍼지고 있고, 국민의 이해가 진전되고 있는 등 상기의 차이가 일정한 범위에서 완화되고 있다고 할 수 있는 점 등에서 현재의 차이가 바로 헌법 제14조 제1항이 허용하는 국회의 합리적인 입법재량의 범위를 넘는 것이라

하기 어렵다.

또한 가령 이러한 차이의 정도가 작다고 할 수 없다 하여도, 그 차이는 전술한 바와 같이 본건제규정이 아닌 혼인과 유사한 제도나 그 외의 개별입법을 통하여 더욱 완화하는 것이 가능하여, 국회에 부여된 재량권에 비추어도 이러한 차별적 취급에 바로 합리적인 근거가 인정되지 않는다고 할 수 없다.

(5) 오사카지방재판소의 판시의 요약

오사카지방재판소는 헌법 제24조 제1항의 '혼인'은 이성혼만을 지칭하는 것으로 해석하고, 동성혼이라는 제도를 구비해 두지 않는 것도 헌법 제24조 제2항에서의 입법재량의 범위 내이며, 성적 지향에 의하여 실질적으로 혼인이라는 제도의 이용 가부를 정하게 되는 동성애자에 대한 차별적 취급에는 합리적인 근거가 있어 법 앞에 평등을 정하는 제14조 제1항에 반하지 않는다고 판단하였다.

3. 본건 판결과 삿포로지방재판소 판결과의 비교

(1) 혼인을 할 자유와 공적인증에 관한 이익

오사카지방재판소는 혼인을 함에 의하여 얻게 되는 법적 효과나 일본에서 법률혼이 선호되는 경향이 있다는 것을 근거로 혼인을 할 자유를 보호할 가치가 있다는 것을 인정하고 있다. 그러나 헌법 제24조 제1항에서 정하는 혼인은 남녀 간의 혼인만을 의미하고 동성 간의 혼인까지 동조 동항에서 보장되는 것은 아니라고 해석하고 있다. 이 점은 삿포로지방재판소와 같다.

다만, 오사카지방재판소의 판결에서는 동성혼이라는 제도 구축에 있어서 혼인에 의하여 생기는 '공적인증에 관한 이익'이라는 새로운 쟁점이 부각되었다. 즉, 동성 간의 혼인을 할 자유가 헌법 제24조 제1항, 제13조에 의하여 직접 보장되는 것은 아니나, 개인의 존엄과 관련된 중요한 이익인 공적인증에 관한 이익은 헌법 제24조 제2항에 근거하여 혼인이라는 제도를 구축함에 있어서 고려해야만 하며, 동성커플에 있어서도 공적인증에 관한 이익이 실현

될 필요가 있음을 설시하고 있다.

그러나 본건 판결에서는 공적인증에 관한 이익을 실현하기 위한 방법은 다양하고 그러한 가운데 어떠한 방식을 택할 것인가는 “현행법상의 혼인제도뿐만 아니라, 혼인과 유사한 제도도 포함하여, 국가의 전통이나 국민감정을 포함한 다양한 요인과 각 시대에서 부부나 친자관계에 대한 전체적 규율에 입각하여 민주적인 과정에 의해 결정되어야 하는 것이다.”라고 하여 동성혼이라는 제도의 구축은 입법의 영역에 속하는 것으로 현시점에서 사법적 판단의 대상이 아니라 판시하고 있다.

이에 대하여 원고 측 변호인단은 사법부가 역할을 포기한 것이나 다름없다고 하면서 “동성커플에게는 공적인증에 관한 이익을 비롯한 혼인의 효과를 보장하지 않아도 된다고 판단하는 것으로 동성 간에 혼인할 수 없음으로 인해 입는 불이익의 크기를 경시하는 것으로 부당하다. 또한 동성애자와 이성애자 사이에는 차이가 있지만 다른 제도들에 의하여 그 차이가 해소되고 있어 국회의 입법재량의 범위 내라는 지적도 시시각각 침해되고 있는 동성애자들의 존엄이나 현실의 불이익을 문제로 삼고 있는 본건에서 국회에서 논의가 진전되기까지 이 사안을 방치하는 것을 재판소가 허용하는 것으로 인권보장을 무시한 논지이다.”[15]라고 강하게 비판하고 있다.

(2) 혼인의 본질과 생식관련규정

혼인의 본질을 남녀 간의 결합이 아닌 ‘공동생활의 보호’에서 구하고 있는 것은 오사카지방재판소와 삿포로지방재판소 모두 동일하다.

현재의 혼인제도 내에서 아이의 존재를 전제로 하는 생식관련규정은 동성혼와 이성혼의 질적인 차이라 할 것이다. 이러한 생식관련규정에 대하여 삿포로지방재판소는 아이의 출산·양육 그 자체보다 아이를 양육하며 형성되는 공동생활을 보호하는 것을 혼인제도의 주요한 목적으로 파악하여, 동성혼과 이성혼의 공통분모라 할 수 있는 공동생활의 보호에 보다 중점을 두었다.[16]

---

15) 오사카지방재판소 판결에 대한 변호인단의 성명 참조 (https://www.call4.jp/file/pdf/202206/2465bafe3b1008a63e4954eb44f898dd.pdf).

생식관련규정에 대하여 오사카지방재판소는 혼인을 아이의 양육을 위한 것이 아닌 개인의 자기실현 또는 행복추구를 위한 것으로 보는 가족상(橡)의 변화가 있으나, 이러한 혼인에 대한 인식의 변화는 남녀 사이에 태어난 아이의 양육의 보호라는 혼인의 목적과 양립 가능한 것으로서, 생식관련규정은 오늘날에도 그 의의를 유지하고 있음이 강조되고 있다.

(3) 제14조 제1항 위반의 심사기준

삿포로지방재판소에서 위헌판단의 근거가 된 것은 헌법 제14조 제1항의 '법 앞에 평등'에 반한다는 것이었다. 오사카지방재판소는 혼인이라는 제도에의 접근에 있어서 차별적 취급이 존재함을 인정하였지만, 합리적 근거가 있는 것으로 판단하고 있다.

좀 더 자세히 비교해 보면, 성적 지향은 본인의 의사에 의하여 바꿀 수 있는 것이 아니라는 점에서 보다 신중한 접근이 필요하다고 설시한 것은 삿포로지방재판소와 오사카지방재판소 모두 같다. 또한 오사카지방재판소에서는 동성애자가 공적인증에 관한 이익과 같은 중요한 인격적 이익을 향유할 수 없다는 점에서도 신중한 검토의 필요성을 인정하였지만, 필요성을 강조한 것과 별개로 이것이 심사기준에 영향을 미치고 있는가에 대하여는 의문이 있다.

혼인제도에서 동성애자와 이성애자의 차별적 취급에는 합리적 근거가 있으며, 동성혼에 대하여 국가적 차원에서 제도를 구비해 두지 않는 것이 국회의 입법재량의 범위 내의 것으로 판단되는 근거로서 ① 이성 간의 혼인은 역사적, 전통적으로 완전히 사회에 정착된 제도인 점 ② 동성 간의 인적 결합관계에 어떠한 법적 보호를 제공할 것인지 불분명하다는 점 ③ 동성애자도 바라는 상대방과 밀접한 관계를 맺을 자유에 관하여는 어떠한 제약도 받지 않으며 그 이외의 불이익도 민법상의 다른 제도를 이용하는 것에 의하여 상당정도 해소 내지 경감되고 있는 점 ④ 지방자치단체에서 등록파트너쉽제도를

16) 서누리, 전게주 2, 158-160면.

창설하고 있는 점 ⑤ 동성 간의 결합에 대하여 국민의 이해가 진전하고 있는 점을 들고 있다.

②와 관련하여, 동성혼과 이성혼에 있어서는 아이를 낳고 기른다는 간과할 수 없는 차이가 있다고 할 것이다. 때문에 본건 판결에서 적절하게 지적하는 바와 같이 동성혼을 제도화함에 있어서는 민법 및 호적법에 근거한 혼인 외에 혼인과 유사한 제도를 구축하는 것을 고려할 필요가 있다고 할 수 있다. 그러나 어떠한 제도를 선택할 것인지는 국회를 통하여 판단될 필요성이 있다는 것이 현상의 불이익한 상태를 그대로 유지하는 것을 지지하는 근거가 되기는 어렵다고 생각한다. 가령, 위헌 판단을 하더라도 추후에 국회에서 동성혼에 있어서 어떠한 법적 보호를 제도화할 것인지 논의를 해 나가는 것을 방해하지 않을 것이다.

③과 관련하여, 민법상의 혼인 외의 다른 제도의 이용에 의하여도 해소되지 않는 공적 인증에 관한 이익이 존재할 수 있다. ④와 관련하여, 원고들은 지방자치단체에서의 제도의 정비와는 별개로 국가 차원의 제도 정비를 구하고 있다는 점에서 이를 합리적 논거로 들기는 어렵다고 생각된다. ⑤와 관련하여, 일본에서 동성혼에 대하여 찬성하는 국민들이 늘고 있는 등 국민들의 이해가 진전되고 있다는 점은 삿포로지방재판소의 경우에는 오히려 위헌판단을 내리는 근거로 작용하였다.

4. 일본 전역에서 소송의 진행 상황

동성혼에 대한 제도적 불비에 대하여 삿포로지방재판소와 오사카지방재판소가 상반된 결론을 내린 가운데, 삿포로고등재판소, 도쿄지방재판소, 나고야지방재판소, 후쿠오카지방재판소에서 심리가 계속되고 있으며, 도쿄지방재판소에서는 올해 11월 30일에 판결의 선고가 예정되어 있는바, 앞으로의 판결의 추이가 주목된다.