도쿄지방재판소의 동성혼의 입법부작위에 대한 합헌판결

고베대학교 법학연구과 연구조수 서누리

1. 일본에서의 동성혼 관련 판결의 현황과 도쿄지방재판소 판결의 요지

일본 각지에서 동성혼의 입법부작위를 다투는 소송이 전개되고 있다. 삿포로지방재판소의 위헌판결, 오사카지방재판소의 합헌판결[1]에 이어서, 2022년 11월 30일에는 도쿄지방재판소의 합헌판결(이하 "본건 판결")이 선고되었다.[2] 그리고 2023년 5월 31일에는 나고야지방재판소에서 위헌판결, 2023년 6월 8일에는 후쿠오카지방재판소에서 합헌판결이 선고되었다.

본건 판결은 동성 간의 혼인을 희망하는 동성 커플 4쌍이 국가를 상대로, 동성혼을 인정하지 않는 민법 및 호적법 조항들(이하 "본건 제규정"[3])이 헌법 제14조 제1항, 제24조 제1항 및 제2항[4]에 위반되므로 국회가 동성 간의 혼인을 가능하게 하는 입법조치를 강구해야할 의무가 있음에도 불구하고, 이러한 입법을 하지 않는 것이 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법이라고 주장한 사안에 대한 것이다.[5]

소송을 주도한 단체와 대리인단은 본건 판결에서의 "동성 커플이 가족이 될 수 없는 현재의 상황은 위헌적인 상태이다."라는 설시를 인용하면서 본건

---

1) 札幌地判令和 3年 3月 17日 判例時報2487号3頁, 大阪地判令和 4年 6月 20日 判例時報2537号40頁.

2) 東京地判 令和 4年 11月 30日 判例時報2547号45頁.

3) 일본 민법에서 혼인에 대한 제규정에서(제731조 이하) 혼인은 호적법이 정하는 바에 의하여 신고를 함에 의하여 그 효력이 생긴다(제739조 제1항)는 규정과 혼인을 한 당사자를 부부(夫婦)라고 칭하고, 그 한쪽을 부(父) 또는 처(妻)로 칭하고 있다(제759, 767조). 호적법에서는 혼인하려는 자는 부부를 칭하는 성씨등을 혼인신고서에 기재하여 신고하도록 정하고 있지만(호적법 제74조), 혼인의 신고를 할 때 부부에게 새로운 호적을 만드는 규정(동법 제16조 제1항) 등의 위헌성이 다투어지고 있다.

4) **일본국헌법 제14조** ① 모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신조(信条), 성별, 사회적 신분 또는 문벌(門地)에 의해 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 아니한다.
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 관하여 법률은 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다.

5) 본건 판결에서 입법부작위에 대한 국가배상청구는 기각되었다. 입법부작위에 대한 국가배상청구는 구체적 사건성의 성립을 위한 소송기술적인 청구로 보이는바, 이하 본고에서는 헌법상의 쟁점만을 살펴본다.

판결을 ‘사실상 위헌판결’ 혹은 ‘실질적인 위헌판결’이라 평가하기도 한다.[6] 본건 판결이 위헌 상태를 지적하고 있는 것은 사실이나, 결론적으로는 동성애자가 파트너와 가족이 되기 위한 법제도의 도입은 입법재량에 맡겨져 있다는 판단을 내린 합헌판결이다.

이하 2장부터 4장까지는 도쿄지방재판소의 판결을 정리하고, 5장과 6장에서는 본건 판결에 대한 일본 내의 논의를 다룬다.

2. 본건 제규정이 헌법 제24조 제1항에 위반되는지 여부

1) 헌법 제24조의 혼인은 이성 간의 혼인을 의미

헌법 제24조 제2항은 혼인 및 가족에 관한 구체적인 제도의 구축을 국회의 합리적인 입법재량에 맡김과 동시에 그 입법에 있어서 개인의 존중과 양성의 본질적 평등에 입각해야 한다는 요청, 지침을 나타낸다. 이러한 입법재량에 한계를 두는 것으로, 동조 제1항은 그 가운데 혼인에 대한 입법, 즉 법률혼 제도의 구축에 있어서는 혼인을 할지 말지, 언제 누구와 혼인을 할지에 대하여 당사자 간의 자유 및 평등한 의사결정에 맡기도록 입법부에 요청하는 취지라고 해석된다.

헌법 제24조 제1항에서 법률혼 제도를 구축하도록 한 혼인에 이성 간의 혼인뿐만 아니라, 동성 간의 혼인도 포함되는 것이라 해석할 수 있는지 검토한다.

우선 헌법 제24조 제1항은 ‘양성(兩性)’, ‘부부(夫婦)’라는 남성과 여성을 나타내는 문언을 사용하고 있다. 이 점에 대하여 헌법 제24조의 제정경위를 보면, GHQ 초안 제23조에서는 ‘남녀양성’이라는 문언이, 이에 기초하여 일본측에서 작성한 ‘3월 2일안’ 제37조 및 ‘3월 5일안’ 제22조에서는 ‘남녀상호’라는 문언이 각각 사용되고 있는 등 일관하여 남성과 여성을 나타내는 문언이 사용되고 있다.[7] 최종적으로는 ‘남녀상호의 합의’를 대신하여 ‘양성의 합의’라

6) MARRIAGE FOR ALL JAPAN 홈페이지 참고(https://www.marriageforall.jp/blog/20221205/).

7) GHQ(General Headquarters, 연합군 최고사령부) 초안은 맥아더장군의 승인을 거쳐 일본정부에 1946년 2월 13일 제시되었다. 일본정부는 2월 22일 내각회의에서 GHQ 초안의 사실상 수용을 결정했다. 2월 26일 내각회의에서 GHQ 초안에 기초한 새로운 헌법 초안을 작성하여 3월 11일까지

는 문언이 사용되었다. 이러한 문언이 사용된 위 조항들에서의 '혼인'은 이성 간의 혼인을 나타내는 것이라 해석하는 것이 자연스럽다.

헌법 제정 시 제국의회에서의 심의 과정에서도 동성 간의 혼인에 대하여 논의가 이루어진 흔적이 보이지 않고, 혼인은 남녀 간의 것임이 당연한 전제로 되어 있다고 보인다. 이는 헌법 제24조 등의 제정에 따라 개정된 현행 민법의 심의 과정에서도 마찬가지이다.

그렇다고 한다면 헌법 제24조에서 말하는 '혼인'은 이성 간의 혼인을 칭하고, 동성 간의 혼인은 포함되지 않는 것이라 해석하는 것이 상당하다.

2) 헌법 제정 시와 현재의 사회상의 변화

원고들은 헌법 제정 당시 제24조의 '혼인'이 이성 간의 혼인을 지칭하는 것이었다 하여도 헌법의 원리 및 그 후의 사회의 변화에 따라서 오늘날의 해석으로서는 동성 간의 혼인을 포함하는 것이라 해석되어야 한다는 취지의 주장을 한다.

혼인은 당사자 간의 친밀한 인적결합 전반이 아닌, 그 시대의 사회통념에 따라 혼인으로 보이는 것과 같은 관계, 이른바 사회적인 승인을 받는 인적결합관계를 말하는 것으로 해석되어 온바, 헌법 제정 시에는 혼인이란 남녀 간의 것이라는 사고방식이 당연한 전제가 되어 동성 간의 인적결합관계에 대하여는 이것이 혼인에 포함되는지 아닌지의 의논조차 행해지지 않았다는 점이 인정된다. 또한, 당시 일본뿐만 아니라, 외국에서도 동성 간의 혼인을 인정하는 입법례가 존재하지 않았다는 점이 인정된다. 그렇다면, 헌법 제정 당시에는 일본에서 동성 간의 인적결합관계를 혼인으로 한다는 취지의 사회통념, 사회적인 승인은 존재하지 않고, 혼인은 남녀 간의 것이라는 사회통념에 따라 이성 간의 인적결합관계만을 '혼인'으로 하는 헌법이 제정되었다고 인

GHQ에 제출하기로 하였으며, 이에 작성된 것이 '3월 2일안'이다. 일본 측은 이를 3월 4일 오전 10시 GHQ에 제출하였다. GHQ는 일본 장교들과 함께 3월 2일안을 번역하기 시작하였고, 일본 제안서의 영문 번역이 완료된 저녁, GHQ는 최종 초안 작성 방침을 발표하고, 오후 8시 5분경부터 일본 정부 당사자들과 함께 밤샘 심의를 시작하였다. 심의가 완료된 초안은 차례차례 총리관저에 전달되었고, 3월 5일 내각회의에 제출됐다. 같은 날 오후 4시경에 GHQ에서의 모든 작업이 완료되었고 '3월 5일안'이 확정되었다(일본국회국립도서관 '일본국헌법의 탄생' 페이지 참조: https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/01shiryo.html).

정된다.

혼인이나 가족에 대한 사회통념이나 국민의 의식, 가치관은 변화할 수 있는 것이다. 근래 동성애자를 포함하여 성 소수자에 대한 사회 내에서의 이해가 진전되고, 정신의료 등의 전문가들도 동성애는 질병이라는 견해를 부정하기에 이르렀다는 점, 동성 간의 성교를 처벌하는 법률이 있던 국가에서도 해당 법률을 폐지하는 움직임이 있는 점, 많은 국가에서 동성 커플에 대하여 일정한 지위를 인정하고 이를 법적으로 보호하는 등록파트너쉽제도 등이 도입되었고, 나아가 2001년 이후 약 20개의 국가·지역에서 동성 간의 혼인을 인정하는 입법이 차례차례 만들어지고 있는 점, 일본에서도 많은 지방자치단체에서 파트너쉽증명제도가 도입되는 등 동성 커플에 대하여 일정한 법적 보호를 부여하려는 움직임이 있는 점 등의 사실을 인정할 수 있고, 많은 국가에서 동성애를 이상한 것, 병적인 것으로 보는 예전의 잘못된 인식이 개선되고 있으며, 동성애에 대한 차별, 편견을 탈피하려고 하는 움직임이 있다. 이렇게 동성애자 등을 둘러싼 사회 상황에 큰 변화가 있다는 점에서 오늘날 헌법 제24조의 '혼인'에 동성 간의 혼인이 포함되는 것으로 해석해야 한다는 원고들의 주장을 바로 부정할 수 없다.

그러나 역사적으로 인간은 남녀의 성적결합관계에 의하여 자손을 남기고, 종의 보존을 도모해 왔다. 이러한 전(前)국가적인 관계를 규범에 의하여 통제하기 위해 혼인제도(법률혼)가 생겼고, 혼인이란 전통적으로 남녀의 생활공동체로서 아이의 감호·양육이나 공동생활 등의 유지에 의하여 가족의 중핵을 형성하는 것으로 생각되어 왔다. 그리고 이러한 혼인에 대한 접근방식은 네덜란드에서 동성 간의 혼인제도가 도입된 2001년까지는 외국에서도 공통된 것으로 혼인은 남녀 간의 것으로 인정되어 온 것이다. 전통적으로 남녀 간의 인적결합에 대하여 혼인으로서의 사회적 승인을 부여해 온 배경에는 부부가 된 남녀가 아이를 낳고 기르며, 가족으로 공동생활을 보내면서, 다음 세대로 이어져 나아가는 것이 사회에 있어서 중요하고도 불가결한 역할을 해 왔다는 점이 있다는 사실을 부정할 수는 없을 것이다.

혼인이나 가족에 관한 사회통념이나 국민의 의식, 가치관은 시대, 사회에 의하여 변천하는 것으로, 일본에서도 종래와 비교하여 혼인에 대하여 다양한 사고방식이 존재하는 것과 같이, 혼인을 하지 않는 선택이나 혼인하여도 아이를 갖지 않는다는 선택을 하는 것도 해당 개인의 자유라는 점에 대하여는 이론이 없을 것이다. 그러나 혼인에 대한 의식을 조사한 결과 중에는 생애를 독신으로 지내는 것이 바람직한 것은 아니라는 응답이나 결혼을 할 이유로 아이를 가지고 싶다는 것을 드는 응답이 과반수를 점하는 조사 결과도 존재한다. 이렇게 법률혼을 존중하는 의식과 혼인을 아이를 갖는 것과 연결하는 사고방식을 지닌 사람이 오늘날에도 일정한 비율을 점하고 있다는 것이 인정된다.

그렇다고 한다면, 원고가 지적하는 바와 같이 동성애자 등을 둘러싼 사회상황의 변화나 동성애에 대한 차별, 편견의 해소의 중요성에 비추어 보아도, 당사자 간 자연 생식의 가능성이 없다는 것(이 점은 여성 동성 커플이 생식보조의료 등에 의하여 출산을 할 가능성이나 동성 커플이 아이를 양육할 가능성을 부정하는 것이 아니라, 오래전부터 이어져 온, 남녀가 공동생활을 하는 중에 아이를 낳고 기른다는 것이 동성 커플에게는 해당하지 않는다는 것이다)이 분명한 동성 커플의 인적결합관계에 대하여, 일정한 법적 보호를 제공하는 것을 넘어서, 본건 제규정이 대상으로 하고 있는 이성 간의 혼인과 같은 '혼인'으로 이를 승인해야 하는 것인지, 이에 대한 사회통념이나 사회적인 승인이 생기고 있는지에 대하여는 신중한 검토가 필요하다.

일본에서의 여론조사 결과에 의하면 동성 간 혼인의 도입에 대하여 반대의견을 지닌 자의 비율이 감소하고 있다는 것이 인정되지만, 여전히 일정한 비율을 점하고 있어 사회 내에서 가치관이 대립하고 있다는 점이 인정된다. 많은 반대의견에는 혼인을 남녀 간의 인적결합관계로 파악하는 전통적인 가치관이 뿌리내리고 있다고 생각되는바, 그러한 전통적인 가치가 남녀가 아이를 낳고 기르고, 가족으로 공동생활을 보내면서, 다음 세대로 이어진다는 예전부터의 인간의 삶에서 유래하는 것이라고 한다면, 이러한 가치관을 일방적으

로 배척하는 것은 곤란하다고 해야 한다.

이상에 의하면 일본에서도 동성애에 대한 차별·편견을 해소하고자 하는 움직임, 동성 커플에게 일정한 법적 보호를 제공하고자 하는 움직임이 있다는 것은 전술한 바와 같지만, 현 단계에서 동성 간의 인적결합관계를 이성 간의 부부와 같이 '혼인'으로 인정하는 것에 사회적 승인이 있다고 인정하기 어렵다고 보아야 한다.

따라서 헌법 제정 시부터의 사회상황의 변화 등을 고려하더라도, 현 단계에서 헌법 제24조의 '혼인'에 동성 간의 혼인이 포함되지 않는다는 해석이 부당하고 이를 변경해야만 하는 상태가 되었다고는 할 수 없다.

3) 혼인: 사회적 승인을 얻은 인적결합관계

또한, 원고들은 헌법이 혼인제도에 대하여 요청한 핵심부분은 원하는 상대를 선택하고 양 당사자 간의 합의에 의한 경우에만 혼인이 성립하도록 한 것에 있다는 점에서 혼인의 자유가 동성 간의 혼인에 대하여도 보장된다는 취지의 주장을 한다.

헌법 제정 시에 메이지민법에 의한 가(家)제도의 폐지가 논의되어 혼인에 대하여 호주 등에 의한 동의를 요하지 않고 양 당사자의 합의만 있으면 혼인이 성립하게 되었다는 것은 원고들의 주장대로다. 그러나 그 전제인 혼인은 그 사회에서 '혼인'으로 한다는 승인을 얻은 인적결합관계로 해석된다. 현 단계에서 동성 간의 혼인에 대하여 이러한 사회에서의 승인이 있다고까지 인정할 수는 없다. 따라서 원고들의 주장은 그 전제를 결하여 채택될 수 없다.

4) 소결

따라서 본건 제규정은 헌법 제24조 제1항에 위반되지 않는다.

3. 본건 제규정이 헌법 제14조 제1항에 위반되는지 여부

헌법 제14조 제1항은 법 앞에 평등을 규정하고 있다. 이는 사안의 성질에 따라 합리적인 근거에 의하지 않는 한, 법적인 차별적 취급을 금지하는 취지로 해석해야 한다.

또한 헌법 제24조 제2항은 혼인 및 가족에 관한 구체적인 제도의 구축을 일차적으로 국회의 합리적인 입법재량에 맡김과 동시에, 그 입법에 있어서는 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해야 한다는 요청, 지침을 나타내는 것으로, 그 재량의 한계를 긋고 있다.

(1) 성적 지향 또는 성별에 의한 차별적 취급의 존부

원고들은 본건 제규정이 성적 지향에 따라 혼인의 가부를 정하는 차별적인 취급을 하고 있다고 주장한다. 이에 대하여 피고 국가는 본건 제규정은 한 사람의 남성과 한 사람의 여성 사이의 혼인을 정하는 것에 지나지 않고, 본건 제규정의 문언상으로도 특정 성적 지향을 혼인의 요건 등으로 하는 것은 아니라는 점에서 성적 지향에 따른 형식적 불평등은 존재하지 않는다고 주장한다.

그러나 혼인의 본질은 당사자가 영속적인 정신적·육체적인 결합을 목적으로 진지한 의사를 지니고 공동생활을 영위하는 것인바, 동성애자에게 있어서도 혼인은 그러한 본질에 따르는 것이라 해야 한다. 그러므로 형식적으로는 동성애자가 이성과 혼인 제도를 이용하는 것이 가능하다고 하여도, 실질적으로는 혼인할 수 없는 것과 같다. 본건 제규정은 그 자체로는 성적 지향에 대하여 요건 등을 두지 않고, 성적 지향에 대하여 중립적인 제도로 되어 있지만, 동성애자가 혼인하는 것을 실질적으로 불가능하게 한다. 이러한 효과는 본건 제규정이 혼인을 이성 간의 것으로 한정하는 것에 의하여 생기는 결과라고 할 수 있으므로, 성적 지향에 의한 차별적 취급에 해당하는 것이라 인정된다.

한편, 원고들은 본건 제규정이 성별에 근거하는 차별적 취급이라는 점도 주장한다. 그러나 본건 제규정에 의하면 남성도 여성도 각각 이성과 혼인할

수 있고, 또한 각각 동성과 혼인을 할 수 없으므로, 성별을 이유로 불이익한 취급을 하고 있다고 할 수 없다. 따라서 본건 제규정이 성별에 근거하는 차별적 취급을 하고 있다 할 수 없다.

(2) 차별적 취급의 합리적 근거의 존재

헌법 제24조 제1항은 이성 간의 혼인을 법률혼으로 하는 입법을 요청하고 있는 것이라 해석해야 하는바, 이렇게 혼인을 이성 간의 것이라 하는 사회통념의 배경에는 부부가 되는 남녀가 아이를 낳고 기르며, 가족으로서의 공동생활을 보내면서, 다음 세대로 이어진다는 예전부터의 인간의 행위가 있다는 것은 전술한 바와 같다. 그렇다면, 본건 제규정이 혼인을 이성 간의 것으로 한정하고 동성 간의 혼인을 인정하지 않는 것은, 이러한 사회통념을 전제로 한 헌법 제24조 제1항의 법률혼 제도의 구축에 관한 요청에 근거한 것이어서, 차별적 취급에 대한 합리적인 근거가 존재한다고 인정된다.

따라서 본건 제규정이 혼인을 이성 간의 것이라 한정하고 동성 간의 혼인을 인정하고 있지 않는 것 자체가 성적 지향에 의한 차별에 해당한다고 하여도, 헌법 제14조 제1항에 위반된다고는 할 수 없다.

원고들은 차별적 취급에 합리적인 근거가 인정되는지에 대하여 심사를 엄격하게 할 필요가 있으며, 동성애자의 불이익이 막대한 점, 혼인제도의 목적이 친밀성에 입각한 공동생활을 보호하는 것이라는 점을 고려하면, 이러한 차별적 취급에는 합리적 근거가 존재하지 않음이 분명하다는 취지의 주장을 한다.

그러나 전술한 바와 같이 헌법 제24조의 '혼인'은 이성 간의 혼인을 지칭하는 것이고, 동조 제1항은 이성 간의 혼인에 대하여 법률혼 제도의 구축을 요청하고 있을 뿐 동성 간의 혼인에 대하여 이와 동등한 보장을 하고 있다고 해석되지 않는다. 그렇다면 혼인제도의 목적 중 하나는 인적결합관계에서 공동생활의 보호에 있다고 생각된다는 점 등을 고려하여도, 본건 제규정이 혼인을 이성 간의 것으로 한정하여 동성 간의 혼인을 인정하지 않는 것이 입

법재량을 넘어 헌법 제14조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.

(3) 소결

따라서 본전 제규정은 헌법 제14조 제1항에 위반되지 않는다.

3. 본건 제규정이 헌법 제24조 제2항에 위반되는지 여부

(1) 헌법에 동성 간의 혼인을 배제·금지하는 취지가 있는지

무엇보다도 헌법 제24조 제1항은 동조의 '혼인', 즉 이성 간의 혼인에 관한 입법 시 혼인을 할 것인지 안 할 것인지, 언제 누구와 할 것인지에 대하여는 당사자 간의 자유롭고 평등한 의사결정에 맡기도록 입법부에 대하여 요구하는 취지의 규정이고, 법률혼 제도에 동성 간의 혼인을 포함하는 것에 대하여는 어떠한 간섭도 하지 않는다. 그 제정 시의 의논을 보아도 동조는 메이지 민법에서의 가(家)제도에 부수하는 호주의 권한을 폐지하고, 당사자 쌍방의 합의만으로 혼인이 가능하게 하는 것에 주안을 둔 것으로, 혼인은 이성 간의 것이라는 전제 하에 있지만, 동성 간의 혼인을 적극적으로 배제, 금지하려고 한 사실은 보이지 않는다.

그리고 혼인의 본질은 당사자가 영속적인 정신적·육체적 결합을 목적으로 하는 진지한 의사를 지니고 공동생활을 영위하는 것에 있다고 해석되는바, 이러한 목적, 의사를 지니고 공동생활을 영위하는 것 자체는 동성 커플에게도 동등하게 해당하는 것이어서, 그 성적 지향과 관계없이 개인의 인격적 생존에 중요한 것이라 인정된다.

따라서 헌법 제24조는 본건 제규정이 인정하는 혼인을 동성 간에도 인정하는 입법을 하는 것 또는 동성 간의 인적결합관계에 대하여 혼인과 유사한 제도를 법률에 의해 구축하는 것 등을 금지하는 것이 아니다. 이러한 입법은 그 내용이 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 반하고 입법부에 부여된 재량권의 범위를 일탈하지 않는 한, 헌법 제24조에 반하지 않는다.

(2) 헌법 제24조 제2항의 의미: 혼인 및 가족관계를 정함에 있어 국회의 입법재량과 그 한계

성적 지향이라는 본인의 의사로 바꿀 수 없는 사유에 의하여, 동성애자는 혼인을 할 수 없는 상태에 놓여 있다. 일부 지방자치단체는 파트너쉽증명제도를 도입하고 동성 커플을 파트너, 즉 가족으로 증명하고 있지만, 이것은 지방자치단체에서의 조치이며, 국가적 차원에서는 이러한 제도가 존재하지 않는다. 그 결과, 동성애자는 그 파트너와의 공동생활에서 가족으로서의 법적 보호와 사회적 공증을 받을 수 없는 상태이다.

헌법 제24조 제2항은 구체적인 제도의 구축을 일차적으로 국회의 합리적인 입법재량에 맡김과 동시에, 그 입법에 있어서는 동조 제1항도 고려하여 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각해야 한다는 요청·지침으로서 재량에 한계를 두는 것이라 할 수 있다.

본질적으로 다양한 요소를 검토해야만 하는 입법재량에 대하여 헌법 제24조는 오히려 입법상의 요청, 지침을 명하고 있는 것이다. 그 요청·지침은 단순히 헌법상의 권리로서 보장되는 인격권을 부당하게 침해해서는 안 된다는 것 또는 양성의 형식적인 평등이 확보된 내용의 법률이 제정된다면 그것으로 충분하다는 것을 의미하는 것이 아니다. 헌법에서 직접 보장된 권리라고는 할 수 없는 인격적 이익을 존중해야 한다는 것, 양성의 실질적 평등이 확보되도록 도모하는 것, 혼인제도의 내용에 의하여 혼인을 하는 것이 사실상 부당하게 제약되지 않도록 노력하는 것 등에 대하여 충분히 배려하여 법률을 제정할 것이 요구되는바, 이 점에서도 입법재량에 한계를 두는 요청과 지침을 제시한다고 할 수 있다.

한편, 혼인 및 가족에 관한 사항은 국가의 전통이나 국민감정을 포함한, 사회상황에 있어 다양한 요인에 따라 각각의 시대에서의 가족관계에 대한 전체적인 규율을 고려한 종합적인 판단에 의하여 정해져야 하는 것이다. 특히 헌법상 직접 보장된 권리까지라고는 할 수 없는 인격적 이익이나 실질적 평등의 내용은 다양한 것으로 생각되고, 그 실현을 위한 바람직한 방법은 그

각각의 시대에서의 사회적 조건, 국민생활의 상황, 이상적인 가족상 등과의 관계에서 정해져야 한다.

따라서 혼인 및 가족에 관한 법제도를 정한 법률의 규정이 헌법 제14조 제1항에 위반하지 않는 경우라면, 그러한 규정이 헌법 제24조 제2항에 합치하는지 여부는 해당 법제도의 취지나 제도를 채용함에 따른 영향에 대하여 검토하고, 해당 규정이 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 요청에 비추어도 합리성을 결하고 국회의 입법재량의 범위를 넘는 경우에 해당하는지의 관점에서 판단해야 한다고 봄이 상당하다.

(3) 혼인의 인격적 이익과 효과

1) 혼인에는 중요한 인격적 이익이 존재

혼인의 효과는 법적 효과[8]에 한정되지 않는다. 혼인에 의하여 그 당사자가 사회 내에서 가족으로서 공적으로 인지됨에 따라 가족으로서 안정된 공동생활을 영위하는 것이 가능해진다는 효과도 생긴다.

이렇게 혼인은 밀접한 인적결합관계에 대하여 그 공동생활에 법적 보호를 부여하는 것과 더불어 사회적 승인을 부여하는 것이다. 밀접한 인적결합관계에서 일정한 영속성을 지닌 공동생활을 영위하고, 가족을 형성하는 것은 당사자의 인생을 충실하게 하는 매우 중요한 의의를 지니는 것이라고 할 수 있다.

미혼의 남녀를 대상으로 한 조사에서 “생애를 독신으로 보내는 것은 바람직한 방향이 아니다”라는 조사항목에 찬성한 자는 약 6할, “후에 결혼할 생

8) 혼인(법률혼)제도는 다양한 법제도의 패키지로서 구축되는 것이다. 혼인에 의하여 다양한 법적 효과가 발생한다. 가령, 민법에서 동거, 협력 및 부조의 의무(일본 민법 제752조), 혼인비용의 분담(동법 제760조), 재산의 공유추정(동법 제762조제2항), 이혼시 재산분할(동법 제768항), 친생자 추정(동법 제772조), 특별양자를 입양할 때 부부가 공동으로 입양하는 것(동법 제817조의3), 부부 공동친권(동법 제818조), 배우자의 상속권(동법 제890조)과 법적 상속분(동법 제900조), 배우자 거주권(동법 제1028조), 배우자의 단기거주권(동법 제1037조), 유류분(동법 제1024조) 등을 들 수 있다. 호적법에서도 혼인신고가 있을 때는 부부에 대하여 새로운 호적을 편성하고(호적법 제16조 제1항 본문), 아이가 출생한 경우에는 아이를 부부의 호적에 올리는 것(동법 제18조)등을 들 수 있다. 그 외에도 세금, 사회보장, 출입국관리 분야 등에서 혼인(배우자가 있다는 것)이 효과 발생을 위한 요건으로 되어 있는 법규가 다수 존재한다. 이러한 규정의 다수는 부부가 공동생활을 하고. 경우에 따라서는 아이를 낳고 기르는 것에 그 가족관계를 법적으로 보호하는 취지의 것이라 할 수 있다.

각이 있다"는 조사항목에 찬성을 한 자는 9할에 가깝다는 점이 인정된다. 혼인이나 가족에 관한 국민의 의식이나 가치관이 다양해지고 있는 가운데에도 법률혼을 존중하는 사고방식이 침투해 있다는 것도, 이러한 혼인에 의한 법적 효과나 사회적으로 공증을 받는 것에 대한 의의, 가치가 크다고 생각되고 있다는 점에 대한 증좌(證左)라고 할 수 있다.

그렇다고 한다면 혼인에 의하여 얻을 수 있는, 파트너와 가족이 되고, 공동생활을 보내는 것에 대하여 가족으로서의 법적 보호를 받고, 사회적인 공증을 받을 수 있는 이익은 개인의 존중에 관한 중요한 인격적 이익이라 할 수 있다.

그리고 원고들에 대한 본인심문의 결과 및 변론 전 취지에 의하면, 동성애자의 경우에도 친밀한 인적결합관계를 구축하고, 파트너와 공동생활을 보내는 실태는 남녀의 부부와 다른 점이 없다. 파트너와 법적인 가족이 되는 것은 그 인격적 생존에 있어서 매우 중요한 의의를 지닌 것이라 할 수 있다.

2) 혼인의 효과에서 대체할 수 있는 것과 대체할 수 없는 것

가. 계약 등에 의하여 대체할 수 있는 것과 아닌 것

혼인에 의한 법적 효과 가운데에는 동성 간의 인적결합관계에서도 당사자 간의 계약 등에 의해 일정 정도는 실현가능한 것도 존재한다. 예를 들어, 동거, 협력 등의 부조의 의무(민법 제752조)에 대하여는 계약에 의해 동등한 효과를 발생시킬 수 있고, 상속과 같이 당사자 일방의 사후에 그 재산을 타방에 귀속시키는 것은 계약이나 유언 등에 의하여도 가능한 등 계약이나 민법상의 다른 제도 등을 사용하는 것에 의하여 일정 정도 혼인에 의한 법적 효과를 실현할 수 있다.

그러나 공동 친권이나 세법상의 우대조치 등 계약 등에 의하여 실현하기 어려운 것이나 혼인제도에 의한 경우와 완전히 같은 효과를 얻을 수 없는 것도 존재하는 이상, 계약 등에 의한 경우는 혼인과는 다르고, 사전에 계약 등을 해 둘 필요가 있다는 차이도 있다.

나. 대체할 수 없는 것: 가족관계에 대한 사회적 공증

동성 커플도 공동생활을 하는 것 자체는 자유이고, 본건 제규정은 그 자체를 제약하는 것이 아니다. 그러나 일본에서 법률혼을 중시하는 사고방식이 뿌리깊이 존재한다는 것은 전술한 바와 같다. 혼인에 의하여 사회 안에서 가족으로서 인지, 승인되고 그에 의하여 안정된 사회생활을 영위할 수 있다는 점이 인정되는바, 동성 간의 인적결합관계에 대하여는 법률상 이와 같은 사회적 공증을 받을 수단이 없기 때문에, 사회 안에서 생활하는 가운데 가족으로 대우되지 않는다는 불이익을 받고 있다. 이 점에 관하여 원고들에 대하여 이루어진 본인심문의 결과에 따르면, 가령 파트너가 의료기관에서 진료를 받을 때 가족으로서 인정되지 않았기 때문에 병세에 대한 설명을 받아들여 주지 않았다든지, 입원 시의 보증인이 될 수 없었다든지 등의 불이익을 받은 경험을 한 사람이 있다는 것이 인정되었다.

그리고 성적 지향은 본인의 노력이나 치료에 의하여 바뀔 수 있는 것이 아니고, 현행법상 동성애자가 혼인하는 것이 현실적으로 곤란하다는 점은 전술한 바와 같다.

이와 같이, 현재 동성애자에게는 파트너와 가족이 되는 것을 가능하게 하는 법제도가 없고, 동성애자는 그 생애를 통하여 가족을 가지고, 가정을 이루는 것이 법률상 극도로 곤란한 상황에 놓여 있다. 가족을 가진다는 선택을 하는 것이 개인의 자유라는 점은 당연하지만, 특정한 파트너와 가족이 된다는 희망을 지니고 있어도 동성애자라는 이유만으로 이것이 생애에 걸쳐서 불가능해지는 것은 그 인격적 생존에 대한 중대한 위협, 장애라고 할 수 있다. 또한 동성 커플에게 혼인이 인정되지 않아 양자 결연을 통하여 친자관계가 되는 것은 다른 제도가 없으므로 어쩔 수 없이 하는 대체수단이고, 해당 인적결합관계는 본래의 실태, 실정에는 적합하지 않다고 해야 한다.

3) 위헌 '상태'의 인정

현행법상 동성애자가 파트너와 가족이 되기 위한 법제도가 존재하지 않는 것은 동성애자의 인격적 생존에 중대한 위협, 장애이고, 개인의 존중에 비추어 합리적인 이유가 있다고 할 수 없고, 헌법 제24조 제2항에 반하는 상태가 된다고 할 수 있다.

(4) 동성 간의 혼인은 이성 간의 혼인과 동일한 형태여야 하는가

본건 제규정을 포함한 현행법상 동성 간의 인적결합관계에서는 파트너와 공동생활을 보내는 것에 대하여 가족으로서의 법적 효과 및 사회적 공증을 받기 위한 제도가 구비되어 있지 않은 것이 개인의 존중에 비추어 합리성을 결하고, 국회의 입법재량의 범위를 넘는 것으로 보아야 하는 경우에 해당하는지, 본건 제규정이 헌법 제24조 제2항에 합치하는지에 대하여 검토한다.

근래 동성애자 등을 둘러싼 사회상황에는 큰 변화가 있고, 동성애를 이상한 것, 병적인 것이라 했던 예전의 인식이 변해가면서, 많은 국가에서 동성 간의 인적결합관계에 일정한 지위나 법적 효과를 부여하는 등록파트너쉽제도 등이 도입되었고, 게다가 2001년 이후 약 30개국·지역에서 동성 간의 혼인을 인정하는 입법이 차례차례 만들어 졌다는 것이 인정된다. 일본에서도 많은 지방자치단체에서 파트너쉽증명제도가 도입되어, 민간 기업에서도 동성 간의 인적결합관계를 부부와 동등하게 대우하는 예가 있는 등, 동성 커플에 대하여 일정한 보호를 하는 움직임이 있다.

또한 성 소수자에 대한 조사에 의하면 8~9할이 동성 간의 혼인제도 또는 국가 차원에서의 파트너쉽등록제도를 요망하고 있는 것이 인정된다.

게다가 여론조사 결과에 의하면, 2014년의 조사에서는 동성 간의 혼인을 법적으로 인정하는 것에 대하여 반대의견이 찬성의견을 상회하였지만, 2018년의 조사에서는 동성 커플에 대해서도 어떠한 법적 보장이 인정되어야 한다는 응답이 75%를 넘고 있다는 점이 인정된다.

현재 동성애자가 파트너와 가족이 되기 위한 법제도가 구비되어 있지 않은 이유 중에는 전술한 바와 같이 전통적인 혼인이 이성 간의 것이라 생각되어

온 점이 크다고 생각되지만, 파트너와 가족이 되기 위한 법제도로서는 동성 간의 혼인제도 이외에도 이탈리아 등의 외국에서 도입하고 있는 제도와 같이 혼인과 유사한 제도도 상정되는바, 적어도 이러한 혼인과 유사한 제도는 혼인에 대한 전통적인 가치관과도 양립할 수 있는 것이라 생각된다.

그리고 다수의 지방자치단체에서 파트너쉽증명제도가 도입되고 있으며, 이용의 확산세를 보이고 있다. 게다가 국가에서 동성 간의 인적결합관계에 대하여 혼인과 유사한 제도를 구축하는 것에 대하여 큰 장애가 되는 사유가 있다는 점은 엿보이지 않는다. 오히려 이러한 제도를 구축하는 것은 동성 간의 인적결합관계를 견고히 하고, 양육되는 아이를 포함한 공동생활의 안정에 이바지하는 것으로, 사회적 기반을 강화하여 이성애자도 포함하는 사회 전체의 안전으로 이어진다고 할 수 있다.

또한 동성 간에 파트너와 가족이 되기 위한 법제도를 어떻게 구축할 것인지에 대하여는 원고들이 주장하는 것과 같이 현행의 혼인제도에 동성 간의 혼인도 포함하는 방법 외에 외국에서 도입되고 있는 제도와 같이 파트너에게 혼인에서 배우자와 같은 법적보호를 부여하는 것도 상정될 수 있다.

동성 간의 혼인을 인정하는 외국의 입법례에서 이성 간의 '혼인'과 동성 간의 '혼인'의 법적 효과가 상이한 경우가 있는바, 그 법적 효과로는 주로 친생자추정규정의 적용 여부, 양자 결연의 가부, 생식보조의료 이용의 가부 등이 있다고 인정된다. 일본에서도 동성 간의 인적결합관계에 대하여 파트너와 가족이 되기 위한 법제도를 도입하는 경우에 어떠한 제도를 도입할 것인가에 대하여는 국가의 전통이나 국민감정을 포함한 상황에서 다양한 요인을 고려하면서도, 아이의 복지 등도 배려하면서, 입법부에서 충분히 논의와 검토를 할 필요가 있다.

(5) 소결: 동성혼의 도입 여부는 입법재량의 범위

혼인이나 가족에 관한 사항에 대하여는 국가의 전통이나 국민감정을 포함한 사회상황에서 다양한 요인을 고려하면서 각각의 시대의 가족관계에 대한

전체의 규율을 고려하여 종합적으로 판단하고 정해야만 하는 것이다. 이에 대하여는 입법부가 합리적인 입법재량을 지니고 있는 것이라 해석된다. 동성 간의 혼인제도를 도입한 국가에서도 그 도입에 선행하여 우선 등록파트너쉽 제도를 도입한 국가도 많으며, 그 도입 과정은 다양하다. 또한 동성 간의 혼인을 도입한 국가에서도 친생자추정규정의 적용 여부, 입양의 가부, 생식보조의료 이용의 가부 등에 대하여 논의되고 있다는 점이 인정되고, 일본에서도 이러한 점에 대하여 아이의 복지나 생명윤리의 관점에서의 검토, 다른 제도와의 정합성 검토를 행하는 것이 불가피하고, 이 점은 일차적으로 입법부의 입법재량에 맡겨져 있는 것이라고 해야 한다. 그리고 혼인제도에서 동성 간의 인적결합관계를 배제하는 것이 차별이나 편견을 조장한다는, 원고들이 지적하는 관점 또한 입법부의 검토 시 고려되어야 할 사항의 하나라고 할 수 있으나, 그에 의하여 입법부가 취할 수 있는 선택지가 현행 혼인제도에 동성 간의 혼인을 포함하는 입법이라는 하나의 방법에 수렴한다고 할 수는 없고, 동성 간의 혼인을 인정하지 않는 본건 제규정이 헌법 제24조 제2항에 위반되는 것이라 할 수 없다.

또한 동성 간의 혼인을 인정하는 것이나 동성 커플에 대한 법적 보장을 인정하는 것에 대하여 근래 긍정적인 여론이 확대되고 있다는 점 등에서 본다면 이러한 논의 및 검토를 일차적으로 입법부에 위임하는 것이 반드시 현실적이지 않다고는 할 수 없다.

따라서 혼인을 이성 간의 것으로 한정하고 동성 간의 혼인을 인정하지 않는 본건 제규정이 헌법 제24조 제2항에 위반된다고는 할 수 없다.

5. 본건 판결에 대한 평가

(1) 헌법 제24조에서의 혼인은 이성 간의 혼인에 한정

본건 판결에서 도쿄지방재판소는 헌법 제24조의 혼인은 이성 간의 혼인에 한정된다고 해석하고 있다. 이러한 해석은 이전의 판결들과 공통된다고 할 수 있다. 다만, 헌법에서 동성혼을 적극적으로 금지·배제하는 취지까지 있는

것은 아니라고 해석하고 있다.

또한 오늘날의 가족상에 헌법이 만들어질 당시와는 큰 변화가 있다는 점은 인정되지만, 오늘날 혼인의 의미와 관련하여 이러한 헌법 제정 시의 가족상에 기초한 헌법 해석을 수정·변경해야 할 정도는 아니라고 판단하고 있다.

(2) 차별적 취급의 합리적 근거로서 사회통념?

도쿄지방재판소가 본건 제규정이 헌법 제14조가 규정하고 있는 법 앞에 평등에 반하는지를 심사하면서 엄격심사방식을 취하지 않은 것은 삿포로지방재판소, 오사카지방재판소와 다른 점이다. 도쿄지방재판소는 헌법 제14조 위반 여부와 관련하여 차별적 취급에 합리적 근거가 있는가를 심사하고 있다.

"혼인을 이성 간의 것으로 한정하고, 동성 간의 혼인은 인정하지 않고 있는 것은, 이러한 사회통념을 전제로 한 헌법 제24조 제1항의 법률혼 제도의 구축에 관한 요청에 근거한 것이어서, 차별적 취급에 대하여는 합리적인 근거가 존재한다고 인정된다."

위와 같이 도쿄지방재판소에서 들고 있는 차별적 취급의 합리적 근거는 '사회통념'에 수렴하고 있다. 헌법 제24조 제1항의 혼인은 이성 간의 혼인을 의미한다는 해석의 근거는 전통적인 가치관에서 유래하는 사회통념이라 할 수 있고, 평등원칙 위반 여부를 판단함에 있어서도 다시 사회통념이 차별적 취급의 합리적인 근거가 되고 있다. 문제는 사회통념 외에 다른 근거가 없다는 것이다.

본건 판결에서는 혼인의 본질을 "당사자가 영속적으로 정신적·육체적인 결합을 목적으로 진지한 의사를 지니고 공동생활을 영위"하는 것으로 보고, 공동생활에 대한 법적 보호에 있어서 이성애자와 비교하여 동성애자에게 차별적 취급이 있음을 인정하고 있다. 그러나 차별적 취급이 있음을 인정하면서도 사회통념만을 차별적 취급의 합리적 근거로 하는 것은 오히려 사회통념

에 의한 차별을 정당화하고 있는 것이 아닌가 하는 의문이 있다. 특히 헌법 제24조 제2항 위반 여부에 대한 판단에서 동성애자들이 인격적 생존과 결부되는 불이익을 입고 있다는 위헌 상태에 놓여 있음을 인정하면서도, 그 어떠한 정책적 목적도 아닌 오로지 사회통념만을 차별적 취급의 정당화 근거로 들고 있음은 납득하기 어렵다.

(3) 헌법 제24조 제2항과 관련한 위헌적 상태의 인정 그러나 합헌판결?

1) 헌법 제24조 관련 위헌심사기준

도쿄지방재판소는 헌법 제24조 제2항 위반 여부의 판단에 있어서 2015년의 부부동성(同氏)제 합헌판결을 인용하면서,[9] "혼인 및 가족에 관한 법제도를 정한 법률의 규정이 헌법 제14조 제1항에 위반되지 않는 경우에, 헌법 제24조 제2항에 합치하는지 여부는 해당 법제도의 취지나 제도를 채용함에 따른 영향에 대하여 검토하고, 해당 규정이 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 요청에 비추어도 합리성을 결하고, 국회의 입법재량의 범위를 넘는 것인지의 관점에서 판단해야 한다고 해석함이 상당하다."라고 설시하고 있다.

헌법 제24조에 대하여 일본에서는 위 조항으로부터 구체적인 권리내용을 도출할 수는 없다는 입장이 주류를 이루었으나, 최근에 가족관계가 급격히 변화하는 가운데 제24조의 고유의 의의가 주목되고 있다.[10] 해당 설시는 헌법 제14조 법 앞에 평등에 반하지 않는다고 하더라도 다시 헌법 제24조에 반하는지 여부에 대한 심사가 행해질 필요가 있다는 의미로 해석된다.

그리고 그 위헌 여부의 심사기준에 대하여, 최고재판소 조사관인 畑(하타)

---

9) 2015년의 부부동성제 합헌판결에서 인용되고 있는 부분은 다음의 설시라고 생각된다.
"혼인 및 가족에 관한 법제도를 정한 법률의 규정이 헌법 제13조, 제14조 제1항에 위반하지 않는 경우에, 다시 헌법 제24조에 적합한 것으로 시인되는가 아닌가는 해당 법제도의 취지나 동제도를 채용하는 것에 의하여 생기는 영향을 검토하고 해당 규정이 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 요청에 비추어, 합리성을 결하여 국회의 입법재량의 범위를 넘었다고 해야 하는 경우에 해당하는가의 관점에서 판단하는 것이 상당하다."(最決 平成 27年 12月 16日 判決裁判所ウェブサイト)

10) 畑 佳秀, 最高裁大法廷 時の判例, ジュリスト1490号, 2016년 3월, 100-101면. 畑(하타)는 제24조의 고유의 의의에 주목하는 견해로서 "가족의 모습이 급격하는 다양화하고 있는 현재에는 헌법 제24조를 가족을 형성하는 원리의 일반적인 규정으로 다시 해석할 필요가 있다."(渋谷 秀樹, 憲法(第2版), 有斐閣, 2013년, 466면) "헌법 제24조는 견해에 따라서는 가족관계에서 자유와 평등을 실질적으로 확보해야한다는 입법의 요청, 사회적 보장규정으로도 볼 수 있고, 그렇게 해석하지 않으면 제24조는 현대적인 의의나 효과를 가질 수 없다." (小林 孝輔, 戦後憲法政治の軌跡, 勁草書房, 1995년, 123면)를 인용하고 있다.

에 의하면 “전형적인 의미에서 기본적 인권을 직접 제약하는 규정에 적용되는 심사기준이 문제되는 것은 아니다. 또한 검토해야 하는 대상은 헌법상 직접 보장된다고는 할 수 없는 인격적 이익이나 실질적인 평등이고, 그 내용은 다양한 것으로 그 실현을 위해서는 다방면에 걸친 검토가 필요하다.”[11]

2) 혼인과 유사한 제도를 고려할 필요성이 있으므로 입법재량의 범위

본건 판결이 ‘위헌상태 판결’ 등으로 보도되고 있는 것은 헌법 제24조 제2항 위반 여부에 관한 판시로 인한 것이다.

해당 부분의 판단 내용을 축약하면 다음과 같다.

① 해당 법제도의 취지나 제도를 채용함에 따른 영향에 있어서, 혼인에는 중대한 인격적 이익이 있으며, 혼인이라는 제도에는 계약 등의 다른 제도를 활용해도 얻을 수 없는, 사회적 공증과 같은 대체 불가능한 이익이 있다.

② 헌법 제24조 제2항의 요청이자 입법재량의 한계인 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 관점에서, 현재 동성 커플이 가족이 되기 위한 법제도가 없는 것은 인격적 생존에 중대한 위협이 되어 위헌적인 상태이다.

③ 그러나 혼인제도의 구축에 있어서 혼인뿐만 아니라 이성 간의 혼인과 완전히 동일한 형태가 아닌 제도도 고려할 필요가 있고, 이는 국회의 입법재량의 범위 내의 것이다.

위와 같이 본건 판결은 동성 간의 인적결합관계에 대하여 아무런 법적 보호 장치가 없는 것에 의하여 위헌적인 상태가 발생하고 있음을 인정하면서도, 동성혼 및 유사한 제도의 도입은 국회의 입법재량 내의 것이라고 판시하였다.

이에 일본에서 전국적으로 동성혼 관련 소송을 주도하고 있는 단체 Marriage For All Japan은 다음과 같이 밝히고 있다.

“이 판결에서 지적하는 동성 커플이 직면한 ‘인격적 생존에 대한 중대한 위협, 장애’를 제거하기 위해서는, 혼인을 이성·동성이든 상관없는 시스템으로 만들기 위해 법을 개정할 필요가 있습니다. 우리는 성적 지향이나 성 인

11) 畑 佳秀, 앞의 논문(11), 102면.

식과 같은 성별 정체성에 관계없이 모든 사람에게 혼인할 수 있는 자유가 동등하게 보장되기를 바랍니다. 동성 커플의 혼인을 인정하지 않고, 별도의 시스템을 구축하여 적당히 넘어가려는 것은 법이 동성 커플을 이성 커플보다 열등한 존재로 간주하고 사회의 차별에 근거를 제공하는 것을 의미합니다. '분리하지만 평등'이라는 사고방식에서는 아무리 혼인과 유사한 제도를 만들더라도 '본래의 혼인이 아니다'라는 차별은 사라지지 않을 것이며, 개인의 존엄에 대한 위협, 장애는 해소되지 않을 것입니다. 재판소가 한 걸음 더 나아가 동성 간의 혼인을 인정하지 않는 본건 제규정은 위헌이라는 결론을 명시했어야 한다고 생각합니다."[12]

6. 입법 추진 현황

본건 판결에서는 최근 일본의 국회에서도 점차 논의가 진전되고 있으므로, 국회에서의 제도 구축을 전혀 기대할 수 없는 것은 아니라고 한다.

실제로 일본의 야당인 입헌민주당이 '혼인평등법안'을 추진하고 있다. 입헌민주당은 2019년에도 민법을 일부개정하는 법안을 국민민주당, 일본공산당 등과 같이 제출한 바가 있으며,[13] 2023년 3월 6일에도 혼인평등법안을 중의원에 제출하였다.[14] 해당 법안의 주요내용은 민법을 일부 개정하여 혼인과 관련한 규정에서 "부부"를 "혼인당사자"로 변경하는 것이다. 입양에 관련된 규정도 정비하여 "부모"를 "양친"과 같은 표현으로 바꾸는 것을 내용으로 하고 있다.

그러나 일본의 여당인 자민당은 헌법 제24조의 문언에 근거하여 동성혼을 인정하지 않는 입장이며,[15][16] 기시다 총리는 동성혼에 대하여 2023년 2월 1

12) MARRIAGE FOR ALL JAPAN 홈페이지 참고(https://www.marriageforall.jp/blog/20221205/).
13) 일본 중의원 홈페이지 참조(https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/keika/1DCB32E.htm; https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/youkou/g19805015.htm).
14) 입헌민주당 홈페이지 참고(https://cdp-japan.jp/news/20230306_5554).
15) 자민당의 성적 지향·성동일성은?-자민당의 사고방식- 팜플렛, 2016년 6월 참고(https://storage.jimin.jp/pdf/pamphlet/20160616_pamphlet.pdf).
16) 또한 자민당의 '성 소수자 특명위원회'에서 2022년 7월 동성애는 치료할 수 있는 것이라는 견해를 지닌 헌법 교수를 초청한 것이 알려져 비판을 받았다. 아사히 신문 2022년 7월 28일자 기사 참고(https://www.asahi.com/articles/ASQ7X76WHQ7XUTFK00V.html).

일 중의원 예산위원회에서 “가족관이나 가치관 그리고 사회가 변하는 문제”이기 때문에, 사회 전체의 분위기를 고려하여 판단하여야 한다고 발언하여 비판을 받은 바가 있다.[17]

그러나 과반수 이상의 일본 국민이 동성혼 도입에 찬성하고 있으며, 또한 국회에서는 성 소수자를 차별로부터 보호하기 위한 법안과 더불어 동성혼 도입 여부가 현안으로 다루어지고 있다.[18]

17) 2023년 2월 1일 제211회 중의원 예산위원회 제4호 회의록 참조(https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=121105261X00420230201&current=46). 기시다 총리는 해당 발언 후인 2023년 2월 8일 중의원 예산위원회에서 부정적인 의미는 아니라고 해명하였으나, 다시 2월 28일의 중의원 예산위원회에서 “동성 커플에게 공적인 결혼을 인정하지 않는 것은 국가에 의한 부당한 차별이라고는 생각하지 않는다.”고 발언하여 비판받았다.

18) 2023년 4월 18일 제211회 중의원 법무위원회 제8호 회의록(https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=121115206X00820230418&current=1) 및 2023년 4월 5일 제211회 중의원 내각위원회 제11호 회의록 참조(https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=121104889X01120230407&current=3). 일본정부 측은 동성 간의 혼인이 인정되지 않는다는 입장이지만, 동성혼의 도입이 국회에서 공론화되고 있다고 사료된다.