

레이와¹⁾3년 3월 17일 판결 선고 같은 날 원본영수 재판소서기관

헤이세이²⁾ 31년 (와) 제267호 손해배상청구사건

구두변론종결일 레이와²⁾년 10월 29일

판 결

당사자 목록은 별지 1과 같다. 또한, 별지에서 정의된 용어는 본문에서도 사용한다.

주 문

1. 원고들의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고들의 부담으로 한다.

1) 2019년부터의 일본 연호

2) 1989년부터 2019년까지 사용된 일본 연호

사 실 및 이 유

1. 청구

피고는 원고들에게 각 100만 엔 및 이에 대한 2019년³⁾(헤이세이 31년) 2월 28일부터 다 갚을 때까지 연 5퍼센트 비율에 의한 금원을 지급하라.

2. 사안의 개요 등

가. 사안의 개요

이 사건은 원고들이 동성끼리의 혼인을 인정하지 않는 민법 및 호적법의 규정이 헌법 제13조, 제14조 제1항 및 제24조 위반임에도 불구하고, 국가가 필요한 입법적 조치를 취하지 않는 것은 국가배상법 제1조 제1항에 반한다고 주장하며, 위자료로서 각 100만 엔 및 이에 대한 헤이세이 29년 법률 제44호에 따라 개정되기 전의 민법 제404조 소정의 연 5퍼센트 비율에 의한 지연배상금의 지급을 구하는 사안이다.

나. 전제사실 (양 당사자 사이에 다툼이 없음)

1) 성적지향

3) 연호에 관하여 서기를 먼저 쓰고, 괄호 안에 일본연호를 적어 넣는 형식을 원칙으로 하되, 법률 제·개정 연도와 판례의 경우에는 원문대로 일본연호에 의한다. (이하 각주는 모두 번역자 주)

성적지향이란 사람이 정서적, 감정적, 성적 의미에서 다른 사람에게 매력을 느끼는 성향으로, 이러한 연애와 성애의 대상이 이성으로 향하면 이성애, 동성으로 향하면 동성애이다(이하, 성적지향이 이성애인 사람을 ‘이성애자’, 성적 지향이 동성애인 사람을 ‘동성애자’라고 함).

2) 원고들의 관계 등

가) 원고1과 원고2는 모두 남성이며 동성애자이다. 2019년 1월 원고1과 원고2는 거주지에서 혼인신고서를 제출하였으나, 양 당사자가 동성이라는 이유로 불수리 되었다.

나) 원고3과 원고4는 모두 남성이며 동성애자이다. 2019년 1월 원고3과 원고4는 거주지에서 혼인신고서를 제출하였으나, 양 당사자가 동성이라는 이유로 불수리 되었다.

다) 원고5와 원고6은 모두 여성이며 동성애자이다. 2019년 1월 원고5와 원고6은 거주지에서 혼인신고서를 제출하였으나, 양 당사자가 동성이라는 이유로 불수리 되었다.

다. 민법 및 호적법의 관련규정

민법 제739조 제1항에서 혼인은 호적법이 정하는 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 발생한다고 규정하고 호적법 제74조 제1호는 혼인을 하려는 사람은 부부가 함께 성씨를 신고하여야 한다고 규정하여, 혼인제도를 규율하는 민법 및 호적법의 법률조항

은 전반적으로 이성 간의 혼인(이하 ‘이성혼’이라고 함)만을 인정하며, 동성 간의 혼인(이하 ‘동성혼’이라고 함)을 인정하는 규정을 두고 있지 않고, 이러한 민법 및 호적법의 혼인 관련 규정(이하 총칭하여 ‘이 사건 법률조항’이라고 함)은 이성끼리가 아니면 혼인할 수 없다는 취지로 규정하고 있다.

라. 쟁점 및 이에 대한 당사자 주장의 요지

이 사건의 쟁점은 다음과 같으며, 쟁점에 대한 당사자 주장의 요지는 별지 2와 같다. 또한, 별지에서 정의된 용어는 본문에서도 사용한다.

(1) 이 사건 법률조항은 헌법 제13조, 제14조 제1항 또는 제24조에 위반하는 것인지 여부

(2) 이 사건 법률조항을 개폐(改廢⁴⁾하지 않는 것이 국가배상법 제1조 제1항의 적용 대상인 위법인지 여부

(3) 원고들의 손해액

3. 법원의 판단

4) 필요하다고 판단되는 경우에는 한자를 병기한다.

가. 인정사실

후술하는 증거 등에 의하면, 다음의 사실을 인정할 수 있다.

1) 성적지향 등

가) 성적지향

성적지향이란 사람이 정서적, 감정적, 성적 의미에서 다른 사람에게 매력을 느끼는 성향으로, 이러한 연애와 성애의 대상이 이성으로 향하면 이성애, 동성으로 향하면 동성애이다. 성적지향이 결정되는 원인, 또는 동성애의 원인은 밝혀지지 않고, 유전적 요인, 성장 환경 등 여러 가지 요인이 어우러져 작용하고 있을 가능성이 제기되고 있으나, 정신 의학과 관련된 대부분의 전문가 집단은 대다수의 경우 성적지향이 출생 전이나 인생의 초기 단계에 결정되고 스스로 선택하는 것은 아니라고 하며, 심리학의 주된 견해도 성적지향은 생각에 따라 선택하거나 바꿀 수 있는 것이 아니라고 한다. 동성애자 중 성행동을 바꾸는 사람도 있으나, 이는 성적지향 자체를 변화시킨 것이 아니라 행동을 바꾼 것에 지나지 않으며 자신의 의지나 정신의학적인 치료로도 성적지향은 바뀌지 않는다.

나) 성적지향별 인구

일본⁵⁾에서 이성애 이외의 성적지향을 가진 사람의 숫자는 분명하지 않지만, 이른바 LGBT(남성과 여성 각 동성애자, 동성애와 이성애 양쪽의 성적지향을 가진 양성애자 및 마음의 성과 몸의 성이 일치하지 않는 트랜스젠더의 총칭)에 해당하는 사람이 인구 7.6%, 5.9%, 또는 8%로 조사된 결과가 있으며, 어느 조사에서든 이성애자의 비율은 90%를 웃돌고 있다(갑 A350).

2) 메이지⁶⁾ 시대의 동성애에 관한 인식

메이지 시대에 동성애는 건강한 사람과 정신이상자의 중간 즈음에 있는 변질광의 하나로 성적욕구이상(색정감각이상)이나 선천성 질병이라고 여겨졌다. 성적욕구이상의 현저한 증상은 성적으로 음란하거나 동성으로의 성욕이며, 남성은 어린 남성에게 성욕을 느껴 “계간(남성 간의 성적 행위)”을 하는 것이고, 여성은 같은 여성과 사랑에 빠지게 되는 것으로 이들이 변태적 징후 중에서 제일로 여겨졌다. 이러한 성적욕구이상에 대한 치료로써 최면을 걸거나 취소제(臭素劑, 브롬)를 투여하거나 육체노동을 시키고 냉수욕을 시키는 등 외부환경에 변화를 주었다. (갑 A187, 189)

또한, 청소년기의 동성애는 애정에 대한 욕구가 매우 강하기 때문에 생기는 것이며, 어느 정도를 넘지 않으면 걱정할 필요가 없지만, 동성끼리의 애정이 깊어지면 자칫 불순한 동성애로 기울 수 있어 이러한 경우를 대단히 주의하여야 하며, 절대로 금지해야 하는 것으로 여겨졌다. (갑 A190)

5) 원문에 우리나라(我が国)로 되어 있는 것은 모두 일본이라고 씀.

6) 1868년부터 1912년까지 사용된 일본 연호

3) 소와⁷⁾ 22년 법률 제222조의 개정(이하 「소와22년 민법개정」이라고 함) 이전의 민법 중 가족법(이하 「메이지민법」이라고 함)의 혼인제도 등

가) 메이지민법의 기초

메이지민법의 초안은 프랑스 민법, 이탈리아 민법, 벨기에 민법 등 8개국의 외국법을 참조하는 것에서부터 시작되었지만, 기초 과정에서 혼인은 당연히 남녀사이에 하는 것이라는 사실이 전제되어, 동성혼을 허용할 것인지에 관하여 논의된 흔적은 보이지 않는다. 당시 외국법에는 동성혼을 명시적으로 금지하는 경우도 눈에 띄었으나, 초안 작성자는 동성혼이 인정되지 않는 것이 당연하므로 굳이 민법에 규정을 둘 필요가 없다고 생각했다.

나) 메이지민법상 혼인

메이지민법이 제정되기 이전부터 혼인은 한 사람의 인생에 있어 중요한 사건의 하나로 여겨져 이미 일정한 관습이 존재했다. 메이지민법은 이러한 관습을 바로 고치는 것이 아니라 이를 답습하면서도 그 중 그대로 인정하면 폐단이 생길 우려가 있거나 관습에 의하여 결정할 수 없는 사항도 있었으므로 이러한 부분을 법에 따라 규율하는 방향으로 제정되었다.

7) 1926년부터 1989년까지 사용된 일본 연호

메이지민법에서는 가정을 중심으로 하는 가족주의 관념에서 가장인 호주에게 가정을 통솔하는 호주권을 부여하였고, 혼인은 가정을 위한 것이므로 호주나 부모의 동의를 요건으로 하여 당사자 사이의 합의만으로 할 수 없었으며 남편이 아내보다 우월적 지위에 있었다. 이러한 메이지민법 당시의 혼인이란 평생의 공동생활을 목적으로 하는 남녀의 도덕적 및 풍속적 요구에 부합하는 결합 관계이며, 남녀 간의 생존 결합이 법률로써 공인된 것이었다. 따라서 혼인은 두말할 것 없이 남녀사이에 하는 것이라고 생각했고 그 결과로 동성혼을 금지하는 규정을 두지 않았다. 동성혼이라는 것은 “학문을 아내로 삼는다”거나 “책이 배우자다”라는 등의 비유처럼 혼인의사가 완전히 결여되었으므로 부인되어 마땅한 것으로 여겨졌다.

다) 메이지민법상 혼인제도의 목적

메이지민법의 초안 작성 시부터 아이를 만드는 능력을 가지지 못한 남녀도 혼인할 수 있는가에 대한 검토·논의가 이루어졌다. 혼인의 본질을 남녀가 종족을 보존하는 동시에 인생의 고난을 공유하며 함께 생활하는 것으로 이해해야 한다는 견해가 있는 반면, 남녀가 종족을 보존한다는 정의는 노령 등의 이유로 아이를 낳을 수 없는 부부가 실재하는 것에 대하여 설명할 수 없다는 반대 견해가 제시되었다. 또한 아이를 만드는 능력이 없는 남녀는 혼인의 요소를 결하였고 그 목적을 달성할 수 없으므로 혼인하지 못한다는 견해가 있는 반면, 이는 메이지민법의 취지에 따른 것이 아니고 혼인의 본질은 양 당사자의 화합에 있으므로 아이를 만드는 능력이 혼인의 필수불가결의 조건은 아니라는 반대의 견해가 제시되었다.

이러한 논의를 거쳐, 메이지민법은 혼인이 남녀가 부부로서 공동생활을 하는 것으로, 반드시 아이를 낳거나 후세를 남기는 것만이 목적은 아니라고 생각하기에 이르렀고, 그 결과 노령자나 생식불능자의 혼인도 유효하게 성립한다는 견해가 확립되었다.

4) 전후 초기(1945년경)부터 쇼와 1980년경까지의 동성애에 관한 인식 등

가) 의학, 심리학 영역에서의 동성애에 관한 인식

전후 초기에도 계간 또는 여자상간(여성 간 성행위)은 변태 성욕 중 하나로 취급되었다. 다시 말해 계간과 여자상간은 음부노출증 등과 함께 정신이상자나 성도착자에게 많이 나타는 것으로 병리(病理)로 여겨졌다.

심리학 분야에서도 동성애는 예로부터 있어왔고 인종이나 계급 등과 관계없이 존재하는 성욕의 질적 이상으로 여겨졌다. 동성애는 이성애에 대한 심리적 성숙 이전에 정신적 또는 육체적인 동성애를 경험하고 그것이 정착한 경우에 생길 수 있다고 보아, 이후에 이성애자가 되어 건강한 혼인생활을 꾸리게 되는 경우가 일반적이지만, 외부 요인으로 의하여 동성애가 병적으로 정착될 수 있고, 이는 일반적인 건강한 사랑과는 다르게 성적 부적응의 일종으로 보았다. 병적으로 동성애가 정착해 버린 경우에는 심리 치료로써 자기 암시, 자기 관찰, 원인의 탐구 등을 실시하였고 이성애에 대한 장애 요인을 제거하는 것이 근본적인 대책이라고 보았다.

나) 외국의 동성애에 관한 인식

미국 정신 의학회가 1952년(쇼와 27년)에 간행한 정신장애 진단과 통계 안내서 제1판(DSM-I) 및 1968년(쇼와 43년)에 간행한 위 안내서 제2판(DSM-II)에서 동성애는 병리적 섹슈얼리티를 수반한 정신병질 인격 및 인격장애로 되어 있었다(갑 A48, 215).

또한 세계보건기구가 공표한 국제질병분류(ICD)에서도 1992년(헤이세이 4년)에 개정 제10판(ICD-10)이 공표되기 이전의 개정 제9판(ICD-9)까지는 동성애를 성적변이와 성적장애 항목에 위치해 두었다(갑 A29).

다) 교육영역에서의 동성애의 취급

1979년(쇼와 54년) 1월, 당시 문부성이 발행한 중·고등학교의 학생지도를 위한 자료인 ‘학생의 문제 행동에 관한 기초 자료’에는, 성 비행 중 도착(倒錯)형 성 비행으로 동성애가 나타나 정상적인 이성애가 어떠한 원인으로 인하여 이성애에 대한 혐오감으로 변하면, 대부분 나이가 들에 따라 정상적인 이성애로 돌아가지만 성인이 된 이후까지 계속되는 경우도 있으므로, 이는 일반적으로 건전한 이성애의 발달을 저해할 우려가 있고 사회적으로도 건전한 사회도덕에 반하며 성적 질서를 어지럽히는 행위가 될 수 있으므로, 현대 사회에서도 용인되지 않는다고 되어 있었다(갑 A26).

5) 쇼와22년 민법개정 후의 민법의 가족법(이하「현행민법」이라고 함)상의 혼인

가) 쇼와22년 민법개정

쇼와22년 민법개정은 메이지민법을 개정하는 것이었는데 다음과 같은 이유에서였다.

헌법 제13조와 제14조는 모든 국민은 개인으로서 존중되고, 법 앞에 평등하며, 성별 등에 의해 경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 않는다는 것을 밝히며, 헌법 제24조는 혼인은 양성의 합의에 의하여만 성립되고 부부가 동등한 권리를 가지는 것을 기본으로 상호 협력에 의하여 유지되어야 한다는 것과 그 외 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼이나 혼인 및 가족에 관한 기타 사항에 관하여는 법률이 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여 제정되어야 한다는 것을 선언하고 있으나, 메이지민법에는 이러한 헌법의 기본 원칙에 저촉되는 규정이 있으므로 이를 개정 할 필요가 있었다. 즉 메이지민법에서는 가정을 중심으로 하는 가족주의 관념에서 가장인 호주에게 가정을 통솔하는 호주권을 부여하였고, 혼인은 가정을 위한 것이므로 호주나 부모의 동의를 요건으로 하여 당사자 사이의 합의만으로 할 수 없었으며 남편이 아내보다 우월적 지위에 있었기 때문에, 이를 혼인의 자주성을 선언하고 자기목적을 위한 개인주의적 가족관에 기초한 가족기반의 법률규정으로 개정하기 위함이었다.

무엇보다 쇼와22년 민법개정은 메이지민법 중에서 헌법에 저촉되는 규정을 중심으로 이루어졌고, 헌법에 저촉되지 아니하는 규정은 그대로 두었으며, 이 때 동성혼에 대해서는 논의한 흔적이 없다(이상에 대해서는 갑 A19, 142, 143, 145, 146, 152, 177, 을6,

7, 변론 전체의 취지)

나) 쇼와22년 민법개정 당시에 생각했던 혼인

쇼와22년 민법개정 이후에도 혼인은 계속해서 남녀끼리만 할 수 있는 것으로, 부부 관계는 사회에서 일반적으로 부부라고 생각하는 대로 사회 통념에 따른 관계를 쌓은 남녀의 정신적·육체적 결합이었다. 또한 혼인 의사는 당사자들이 사회풍습에 의하여 정해진 부부라는 신분을 얻고, 장차 그 사이에 태어나는 아이에게 사회풍습에 의하여 정해진 자녀라는 신분을 취득시키려는 의사, 또는 그 시대의 사회통념에 따라 혼인으로 보이는 관계를 형성하려는 의사 등으로 해석되었다(갑 A206, 207, 을8, 9).

다) 동성혼에 대한 이해

쇼와22년 민법개정이 이루어진 무렵에는 위 나)항목과 같이 부부관계를 사회에서 일반적으로 부부라고 생각하는 대로 사회 통념에 따른 관계를 쌓은 남녀의 정신적·육체적 결합이라고 보았기 때문에, 동성혼은 그런 의미에서 혼인이 아니라고 여겨졌다. 또한 메이지민법 하에서와 마찬가지로 “학문을 아내로 삼는다”거나 “책이 배우자다”라는 등의 비유처럼 혼인의사가 완전히 결여되었으므로 부인되어 마땅한 것으로 여겨졌다(갑 A206, 207, 을9).

6) 쇼와48년(1973년)경 이후의 동성애에 관한 인식

가) 외국의 동성애에 대한 인식의 변화

미국 정신의학회는 1973년(쇼와 48년), 동성애를 학회의 정신장애 목록에서 삭제하는 결의를 하였고, 미국 심리학회도 1975년(쇼와 50년)에 위 결의를 지지하며 동성애 그 자체는 판단력, 안정성, 신뢰성, 일반적인 사회적 능력 또는 직업 수행의 장애를 의미하지 않는다는 결의를 채택하였다(갑 A1 [가지번호를 포함], 3[가지번호를 포함]).

미국 정신의학회는 1980년(쇼와 55년) 정신장애 진단과 통계 안내서 제3판(DSM-III)을 간행하면서, 동성애자인 환자가 동성애적 흥분이 지속되는 패턴이 싫어서 지속적인 괴로움이 있다고 호소하는 경우에만 동성애가 정신질환에 해당하는 것으로 개정하였지만, 이것도 1987년(쇼와 62년)에 간행된 제3판 개정판(DSM-III-R)에서는 삭제하였고, 더 이상 동성애는 정신질환이 아니게 되었다(갑 A27-1 내지 28-2, 48, 215, 217).

세계보건기구는 1992년(헤이세이 4년), 동성애를 질병분류에서 삭제한 국제질병분류 개정 제10판(ICD-10)을 발표하였고, 아울러 세계보건기구는 동성애가 어떤 의미로도 치료의 대상이 되지 않는다는 뜻을 밝혔다.

나) 일본의 동성애에 대한 인식의 변화

일본에서도 1981년(쇼와 56년)경 동성애는 당사자가 평범하게 사회생활을 하고 있는 한 정신의학적으로 문제시해야 할 것이 아니고 당사자 스스로 정신적 고통을 호소하는

경우에만 치료 대상으로 삼으면 족하다는 인식이 퍼져, 이후 일본 정신의학계에서 정신질환으로 간주하지 않게 되었다(갑 A48, 216, 217).

7) 외국 및 해외지역의 동성혼 등에 관한 상황

가) 외국 및 해외지역의 법적 제도 등

(1) 1989년(헤이세이 원년), 덴마크는 동성혼과는 다르게 동성의 두 사람의 관계를 공증하거나 일정한 지위를 부여하는 등록제도(도입한 주체에 따라 제도의 내용은 다르나 이하 총칭하여 ‘등록 파트너십 제도’라고 함)를 도입하고, 2001년(헤이세이 13년)에는 독일과 핀란드, 2004년(헤이세이 16년)에는 룩셈부르크, 2010년(헤이세이 22년)에는 아일랜드가 등록 파트너십 제도를 도입하였다(갑 A141).

(2) 또한 세계 각국이 동성혼 제도를 도입한 연도는 다음과 같다(갑 A141).

2000년 (헤이세이 12년) 네덜란드

2003년 (헤이세이 15년) 벨기에

2005년 (헤이세이 17년) 스페인, 캐나다

2006년 (헤이세이 18년) 남아프리카 공화국

2008년 (헤이세이 20년) 노르웨이

2009년 (헤이세이 21년) 스웨덴

2010년 (헤이세이 22년) 포르투갈, 아이슬란드, 아르헨티나

2012년 (헤이세이 24년) 덴마크

2013년 (헤이세이 25년) 우루과이, 뉴질랜드, 프랑스, 브라질, 영국(잉글랜드 및 웨일즈)

2015년 (헤이세이 27년) 룩셈부르크, 아일랜드

2017년 (헤이세이 29년) 핀란드, 몰타, 독일, 호주

(3) 미국 연방대법원은 2015년(헤이세이 27년) 6월 25일 이른바 Obergefell사건에서 혼인 요건을 이성 커플에 한정하여 동성혼을 인정하지 않는 주법의 규정이 적법절차의 원칙 및 평등 보호를 규정한 수정헌법 제14조에 위반한다는 취지의 판결을 선고하였다(갑 A155).

대만에서는 2017년(헤이세이 29년) 헌법재판소에 해당하는 사법원이 동성혼을 인정하지 않는 민법 규정이 자국 헌법에 위반한다는 해석을 관시하여, 이에 따라 동성혼이 가능하도록 민법을 개정하였다(갑 A101 (가지번호 포함), 135).

또한 이탈리아에서는 2010년(헤이세이 22년) 헌법재판소가 혼인은 이성간의 결합을 의미한다는 취지의 판단을 한 후, 2014년(헤이세이 26년)에도 같은 판단을 하였지만, 법적으로 동성 당사자 간의 권리의무를 적절히 정한 혼인과는 다른 형태의 제도가 존재하지 않는 것은 자국 헌법에 위반한다는 판단을 하였고, 그 결과 2016년(헤이세이 28년)에 등록 파트너십 제도를 인정하는 법률이 성립되었다(갑 A141).

(4) 러시아는 2013년(헤이세이 25년) 동성애 행위는 금지하지 않지만, 동성애를 선전하는 행위를 금지하는 법 개정을 하였고, 2014년(헤이세이 26년) 헌법재판소도 동성애 행위가 자국 헌법에 위반하지 않는다는 취지의 판단을 하였다.

베트남은 2014년(헤이세이 26년), 그때까지 금지의 대상이었던 동성끼리의 결혼식을 금지사항에서 제외하는 법 개정을 하였지만, 동시에 혼인은 남성과 여성이 하는 것으로 명기하고 법률은 동성혼에 대한 법적 승인과 보호를 제공하지 않는다고 하였다.

또한 한국은 2016년(헤이세이 28년), 지방재판소에 해당하는 지방법원에서 동성혼을 인정할 것인가의 문제는 입법적인 판단에 의하여 해결되어야 하며, 사법에 의해 해결할 수 있는 것이 아니라고 판단하였고, 한국의 2013년(헤이세이 25년) 설문조사에서는 동성혼을 법적으로 인정해야 한다는 사람이 25%였던 반면, 인정해서는 안 된다는 사람은 67%를 웃돌았다.

(이상 갑 A141)

나) 일본 소재 해외 단체의 동향

재일미국상공회의소는 2018년(헤이세이 30년) 9월, 일본을 제외한 G7 참가국이 동성혼 또는 등록 파트너십 제도를 인정하고 있음에도 불구하고 일본은 이를 인정하지 않는 것을 지적하며, 외국에서 혼인한 동성 커플이 일본에서 배우자 비자를 얻을 수 없

는 등 해외 동성애자 인재의 국내 활동이 제약되는 것에 관하여, LGBT 커플에게도 혼인의 자유를 인정할 것을 요구하는 의견서를 공표하였다. 또한 같은 달, 재일호주·뉴질랜드상공회의소, 재일영국상공회의소, 재일캐나다상공회의소 및 재일아일랜드상공회의소도 위 의견서를 지지하였고, 이후 재일덴마크상공회의소도 지지를 표명하였다(갑 A122, 131, 132).

8) 일본의 상황

가) 일본에서는 2015년(헤이세이 27년) 10월 도쿄도 시부야구가, 같은 해 11월 도쿄도 세타가야구가 등록 파트너십 제도를 도입한 것을 시작으로 이를 도입하는 지방자치단체가 증가하여 현재는 그 수가 60곳이 되었고, 등록 파트너십 제도가 있는 지방자치단체에 거주하는 인구는 총 약3700만 명을 넘어섰다(갑 A75 내지 91, 98, 119 내지 129, 164 내지 170, 271 내지 292, 311 내지 322, 325).

나) 일본의 권리 존중 및 차별 금지 등 LGBT에 관한 기본 방침을 정하고 있는 기업의 수를 조사한 결과, 2016년(헤이세이 28년)에는 173개였지만, 2019년(레이와 원년)에는 364개 회사에 이르렀다(갑 A387, 388).

9) 혼인(결혼)에 관한 통계

가) 혼인에 대한 의식조사 결과

(1) 내각부가 발간한 2005년(헤이세이 17년)판 국민생활백서에 따르면, 독신일 때 아이가 생긴다면 결혼을 하는 편이 좋을지를 묻는 질문에 18~49세 사이는 어느 연령층이든 대체로 60%이상이 “그렇다”고 대답하였고, “그렇지 않다”는 대답은 10%에 못 미쳤다. 또한 어쨌든 결혼은 할 생각이라고 대답한 남녀는 1982년(쇼와 57년)부터 2002년(헤이세이 14년)까지 매년 조사할 때마다 각 90%를 웃돌았다.

(2) 후생노동성이 실시한 2009년(헤이세이 21년) 조사에서는, “결혼은 개인의 자유이기 때문에 결혼을 하든지 안 하든지 상관없다”는 생각에 찬성 또는 거의 찬성한다는 의견이 70%였지만, 2010년(헤이세이 22년)에 20~49세를 대상으로 실시한 조사에 따르면 “결혼은 반드시 해야 한다”와 “결혼은 하는 편이 좋다”는 의견을 가진 사람의 합이 64.5 %에 달해, 미국(53.4%), 프랑스(33.6%), 스웨덴(37.2%)보다 많았다(갑 A238).

(3) 국립사회보장·인구문제연구소가 실시한 2015년(헤이세이27년) 조사에 따르면, 혼인하지 않은 사람 중에서 “결혼을 하는 것에 이점이 있다”고 생각하는 남성은 64.3%, 여성이 77.8%이며, 그 이유로 다음과 같은 선택지(2개까지 선택 가능)를 골랐다(갑 A345).

“아이와 가족을 만들 수 있다”(남성 35.8%, 여성 49.8%)

“정서적인 안식처를 얻을 수 있다”(남성 31.1%, 여성 28.1%)

“부모나 주위 사람들의 기대에 부응할 수 있다”(남성 15.9%, 여성 21.9%)

“애정을 느끼는 사람과 함께 살 수 있다”(남성 13.3%, 여성 14%)

“사회적으로 신용과 대등한 지위를 얻을 수 있다”(남성 12.2%, 여성 7%)

(4) 국립사회보장·인구문제연구소가 실시한 2015년(헤이세이 27년) 조사에 따르면, 혼인하지 않은 사람 중에서 “평생 독신으로 사는 것은 바람직한 생활방식이 아니다”라는 질문에 남성의 64.7%, 여성의 58.2%가 찬성하고, “남녀가 같이 산다면 결혼을 해야 한다”는 질문에는 남성의 74.8%, 여성의 70.5%가 찬성한다는 대답을 하였다(갑 A345).

나) 혼인에 관한 통계

(1) 후생노동성이 2018년(헤이세이 30년)에 실시한 일본의 인구 동태에 관한 조사에 따르면, 2016년(헤이세이 28년)은 역대 혼인한 부부의 수가 가장 많았던 1972년(쇼와 47년)의 110만 쌍과 비교하여 거의 절반에 가깝게 줄어든 62만 521쌍이었다(갑 A239).

(2) 위 조사에 따르면, 일본의 혼인율(연간 혼인 건수를 총 인구로 나눈 수에서 1000을 곱한 비율)은 1997년(헤이세이 9년) 이후로 증감이 있지만 대체로 감소하는 추세에 있으며, 2016년(헤이세이 28년)에는 5%까지 내려갔으나 이는 이탈리아(3.2%), 독일(4.9%), 프랑스(3.6%), 네덜란드(3.8%) 등 유럽 국가들보다는 높으며, 전체 출생 중에서 친생자가 아닌 아이의 비율은 2.3%로 미국(40.3%), 프랑스(59.1%), 독일(35%), 이탈리아(30%), 영국(47.9%) 등 보다 훨씬 낮게 나타나고 있다.

(3) 후생노동성이 1986년(쇼와 61년)부터 2018년(헤이세이 30년)까지 실시한 조사에

따르면, 1986년 이후로 아동이 있는 가구가 전체 가구에서 차지하는 비율은 해마다 줄어 1986년에는 46.2%였던 것이 2018년에는 22.1%까지 감소하였다(갑 A240).

10) 동성혼의 찬반 등에 관한 의식조사 통계

가) 가와구치 카즈야(河口和也) 히로시마 슈도대학 교수를 연구대표자로 하는 그룹이 실시한 2015년(헤이세이 27년) 조사에 따르면, 동성혼에 대한 질문에 남성의 44.8%, 여성의 56.7%가 찬성 또는 다소 찬성한다고 응답하였으나 남성의 50%, 여성의 33.8%는 반대 또는 다소 반대한다고 응답하였다. 그리고 20~30대의 72.3%, 40~50대의 55.1%가 찬성 또는 다소 찬성한다고 응답한 반면에 60~70에서는 찬성 또는 다소 찬성한다는 응답이 32.3%에 그치고 반대 또는 다소 반대라는 응답이 56.2%로 나타났다(갑 A104-2).

나) 마이니치 신문사가 2015년(헤이세이 27년)에 실시한 조사에 따르면, 동성혼에 대하여 남성의 38%, 여성의 50%가 찬성한다고 응답한 반면, 남성의 49%, 여성의 30%가 반대한다고 응답하였다(갑 A105).

다) 일본방송협회가 2015년(헤이세이 27년)에 실시한 조사에 따르면, “동성끼리 결혼하는 것을 인정해야 하느냐”는 질문에 대하여 51%가 “그렇다”고 응답하였으며 41%는 “그렇지 않다”고 응답하였다(갑 A107).

라) 아사히신문사가 2015년(헤이세이 27년)에 실시한 조사에 따르면, “동성혼을 법적

으로 인정해야 하느냐”는 질문에 49%가 “인정해야 한다”고 응답했으며 39%는 “인정하지 말아야 한다”고 응답했다. 연령별 분포를 보면 18~29세와 30대에서는 “인정해야 한다”는 응답이 70%에 달하였지만 60대에서는 “인정해야 한다”와 “인정하지 말아야 한다”는 응답 모두 각 42%로 나타났고, 70세 이상은 “인정 말아야 한다”는 응답이 63%를 차지하였다(갑 A109).

마) 국립사회보장·인구문제연구소가 2018년(헤이세이 30년)에 실시한 전국 가정 동향 조사에 따르면, “동성 커플에게도 어떠한 법적 보장이 인정되어야 한다”는 조사 항목에 대하여 매우 동의 또는 다소 동의라고 응답한 사람은 75.1%이며, 매우 반대 또는 다소 반대라고 응답한 사람은 25.0%였다. 또한 “동성혼을 법적으로 인정해야 한다”는 조사 항목에 대하여는 매우 동의 또는 다소 동의라고 응답한 사람은 69.5%이며, 매우 반대 또는 다소 반대라고 응답한 사람은 30.5%였다(갑 A174).

나. 이 사건 법률조항이 헌법 제24조 및 제13조에 위반하는지 여부(쟁점 1 관련)

1) 혼인과 가족에 관한 사항은 국가전통과 국민감정을 포함한 사회상황에서 여러 가지 요인에 입각한 각 시대의 부부나 부모자식 관계에 대한 전체적 규율을 면밀히 관찰하여 종합적인 판단을 함으로써 결정되어야 할 것이고, 따라서 세부적인 내용은 헌법이 일의적으로 정하는 것이 아니라 법률에 의해 이를 구체화하는 것이 마땅하다. 헌법 제24조 제2항은 이러한 관점에서 혼인과 가족에 관한 사항에 관한 구체적인 제도 마련을 일차적으로 국회의 합리적인 입법 재량에 맡기는 동시에, 입법을 할 때 개인의 존

엄과 양성의 본질적 평등에 입각하여야 한다는 요청을 지침으로 두어 재량의 한계를 분명히 한 것이라고 할 수 있다. 또한 동조 제1항은 「혼인은 양성의 합의에만 기초하여 성립하고, 부부가 동등한 권리를 갖는 것을 기본으로 상호 협력에 의해 유지되어야 한다.」고 규정하고 있으며, 혼인을 할 것인지, 언제 누구와 할 것인지는 당사자 간의 자유롭고 평등한 의사 결정에 맡겨야 한다는 뜻을 밝힌 것으로 해석된다. 혼인을 통하여 배우자의 상속권(민법 제890조)과 부부 사이의 자녀가 친생자가 되는 것(동법 제772조 제1항 등) 등의 중요한 법적 효과를 주는 것 외에, 최근에는 가족 등에 관한 국민의식이 다양화된 점을 지적하면서도 여전히 법률혼을 존중하는 의식이 깊게 스며들어 있는 점도 아울러 고려하면, 혼인 할 자유는 헌법 제24조 제1항의 규정의 취지에 비추어 충분히 존중할 만한 것으로 해석 할 수 있다{최고재 헤이세이 25년(오)제1079호 헤이세이 27년 12월 16일 대법정 판결·민집 제69권 제8호 제2427쪽 (이하 "재혼금지기간 위헌소송 대법정판결"이라고 함)}).

그런데 헌법 제24조 제1항은 ‘양성(兩性)의 합의’와 ‘부부(夫婦)’라는 문언을, 동조 제2항은 ‘양성(兩性)의 본질적 평등’이라는 문언을 사용하고 있기 때문에, 위 조항들이 이성 간의 혼인에 대하여 규정하고 있는 것으로 문리해석 할 수 있다. 그래서 위와 같은 혼인의 자유가 동성 간에도 미치는 것인지 검토할 필요가 있다.

2) 동성애는 메이지민법이 제정 된 당시는 정신질환의 일종으로 취급되어 이성애로 바뀌게끔 치료하여야 하고 금지되어야 할 것이었다{인정사실 2}. 메이지민법에서 동성혼을 금지하는 규정은 두지 않았지만 이는 혼인이 이성 간에 이루어지는 것이 당연한

해석이였기 때문이며, 동성혼은 규정할 필요도 없이 부정되었다(인정사실 3)의 가), 나}). 또한 전후 초기 무렵에도 동성애는 변태성욕의 하나 정도로 여겨져, 동성애자는 정신이상자로 생각되었으며(인정사실 4)의 가}), 이는 외국에서도 마찬가지였다(인정사실 4) 나}). 1947년(쇼와22년) 5월 3일에 시행된 헌법은 동성혼을 언급하지 않았고, 쇼와 22년 민법개정에 있어서도 동성혼에 관하여 논의된 흔적은 없지만, 동성혼은 당연히 허용되지 않는 것으로 해석되었다(인정사실 5)의 가) 내지 다}).

위와 같은 사실에서 미루어 볼 때 우선 메이지민법 당시에 동성애가 정신질환임을 이유로 동성혼도 인정되지 않고 관련된 규정을 명문화할 필요도 없었던 것으로 해석된다. 그리고 쇼와22년 민법개정 시기에도 동성애를 정신질환으로 보는 인식에는 아무런 변화가 없었고, 메이지민법과 같은 시각으로 동성혼을 당연히 허용되지 않는 것으로 이해하고 있었다는 점에서 보면, 쇼와21년에 공포된 헌법에서도 이와 비슷한 이해를 바탕으로 헌법 제24조 제1항 및 제2항과 제13조가 규정된 것이며, 따라서 헌법 제24조는 동성혼을 다룬 적이 없는 것으로 해석할 수 있다. 이와 같은 위 헌법 규정의 제정 당시의 경위 외에도 “양성”, “부부”라는 이성의 남녀 사이를 상기시키는 문언을 사용하는 것으로 비추어 보면 위 규정은 이성혼에 대하여 정한 것이며 동성혼에 대하여 정한 것은 아니라고 해석하는 것이 타당하다. 그렇다면 위 헌법 제24조 제1항의 “혼인”이란 이성 간 혼인을 말하고, 혼인의 자유도 이성혼에 대하여 미치는 것으로 해석하는 것이 타당하기 때문에, 이 사건 법률 조항이 동성혼을 인정하지 않는 것이 헌법 제24조 제1항 및 제2항에 위반된다고 해석할 수는 없다.

3) 또한 헌법 제24조 제2항이 혼인과 가족에 관한 사항에 대하여 구체적인 제도의

마련을 일차적으로 국회의 합리적인 입법 재량에 맡기고, 동조 제1항에서 그 재량권의 한계를 분명히 한 것으로 해석할 수 있다는 점은 위 목차 1)에서 설명한 바와 같고, 그렇다면 위 헌법 조항에 의하여 혼인과 가족에 관한 특정 제도를 요구할 권리를 도출할 수는 없다. 그리고 동성혼도 혼인과 가족에 관한 사항에 해당하는 것은 분명하기 때문에, 혼인과 가족에 관한 개별 규정인 위 헌법 조항을 두고 포괄적인 인권 규정인 헌법 제13조에 의하여 동성혼을 포함한 동성 간 혼인과 가족에 관한 특정 제도를 요구할 권리가 보장되는 것으로 해석하는 것도 곤란하다.

실질적인 측면을 보아도 다음의 목차 다. 2) (1)에 설명하는 바와 마찬가지로, 혼인은 혼인 당사자와 그 가족의 신분 관계를 형성하고 호적에 의해 공증하며, 그러한 신분에 따라 다양한 권리의무를 수반하는 법적 지위가 부여되어 신분 관계와 결부된 복합적인 법적 효과를 동시 또는 이시에 발생시키는 법률 행위라고 해석되는바, 생식을 전제로 한 규정(민법 제733조 이하)과 친생자에 관한 규정(민법 772조 이하) 등과 같이 동성혼의 경우에는 이성혼의 경우와는 다르게 신분관계나 법적지위의 발생을 검토할 필요가 있다는 점을 생각하면, 동성혼이라는 제도를 헌법 제13조의 해석만으로 직접 도출하는 것은 곤란하다.

따라서 동성혼을 인정하지 않는 이 사건 법률조항이 헌법 제13조에 위반된다고 볼 수는 없다.

다. 이 사건 법률조항이 헌법 제14조 제1항에 위반하는지 여부(쟁점(1)관계)

1) 헌법 제14조 제1항은 법 앞의 평등을 규정하고 있으며, 이는 구체적 사안에 따라서 합리적인 근거에 기초하지 않고 법적으로 다르게 취급해서는 안 된다는 취지라고 해석하여야 한다(최고재 쇼와37년 (오) 제1472호 쇼와39년 5월 27일 대법정판결·민집 제18권 제4호 제676쪽, 최고재 쇼와45년 (아) 제1310호 쇼와48년 4월 4일 대법정 판결·형집 제27권 제3호 제265쪽 재혼금지기간 위헌소송 대법정 판결 등 참조).

위 목차 나. 의 1) 에서와 같이, 혼인과 가족에 관한 사항은 국가전통과 국민감정을 포함한 사회상황에서 여러 가지 요인에 입각한 각 시대의 부부나 부모자식 관계에 대한 전체적 규율을 면밀히 관찰하여 종합적인 판단을 함으로써 결정되어야 할 것이기 때문에 헌법 제24조 제2항은 혼인과 가족에 관한 사항에 대하여 구체적인 제도 마련을 일차적으로는 국회의 합리적인 입법재량에 맡긴 것이다. 게다가 위 목차 나. 의 2) 및 3) 과 같이 헌법 제24조 및 제13조에 따라 동성 간 혼인의 자유와 동성혼에 관한 구체적인 제도의 마련을 요구할 권리가 보장되는 것은 아니라고 해석된다는 점에서 볼 때, 입법부는 동성 간 혼인과 가족에 관한 사항을 정함에 있어서 광범위한 입법재량을 가지고 있다고 해석하는 것이 타당하다.

2) 가) 호적법은 혼인은 신고로 이루어지는 것으로(호적법 제74조), 혼인 신고가 있을 때는 해당 부부의 새로운 호적을 편제하고(동법 제16조 제1항), 당해 호적에는 각자 남편 또는 아내라는 뜻이 기재되고(동법 제13조 제1호, 제6호), 그 사이에 자녀가 출생한 경우에는 이를 신고하여야 하며(동법 제49조 제1항), 자녀는 부모의 호적에 들어가게

되고(동법 제18조), 호적의 정본은 시청 등에 배치해 두며(동법 제8조 제2항), 호적에 의해 혼인한 남녀와 그 사이 자녀의 신분 관계를 공증하고 있다.

또한, 민법은 혼인에 관한 규정을 마련하여(민법 제731조 이하), 혼인은 호적법이 정하는 바에 의하여 신고함으로써 그 효력이 발생한다고 하였다(동법 제739조 제1항). 3촌 이내의 인척도 친족으로 하고(동법 제725조 제3호), 동거 친족 상호 간의 의무(동법 제730조), 부부간 부부 재산제(동법 제755조 이하), 부부 상호 간 동거·협력·부양의무(동법 제752조), 부부의 자에 관한 친생 추정(동법 제772조), 부부의 자에 대한 친권(동법 제8180조 이하), 배우자의 상속권(동법 제890조) 등 혼인 당사자와 그 가족에 대하여 신분에 따른 권리의무를 수반하는 법적 지위를 부여하고 있다.

위에서 본 바와 같이, 혼인은 혼인 당사자와 그 가족의 신분 관계를 형성하고 호적에 의해 공증하여 이러한 신분에 따라 다양한 권리의무를 수반하는 법적 지위가 부여되어 신분 관계와 결부된 복합적인 법적 효과를 동시 또는 이시에 발생시키는 법률 행위라고 해석할 수 있다(이하 위 법적 효과를 아울러 “혼인으로 발생하는 법적 효과”라고 함).

나) 그런데 이 사건 법률조항은 이성혼에 관하여만 규정하고 있는 바, 이성 커플은 혼인을 하여 혼인으로 발생하는 법적 효과를 얻거나, 혼인하지 않고 이러한 법적 효과를 받지 않도록 선택할 수 있지만, 동성 커플은 혼인을 바라더라도 혼인할 수가 없고 혼인으로 발생하는 법적 효과도 얻을 수가 없다. 그렇다면 이성애자와 동성애자는 이

러한 점에서 다르게 취급되고 있다고 할 수 있다(이하 “이 사건 구별 취급”이라고 함).

입법부가 동성 간 혼인과 가족에 관한 사항에 관하여 광범위한 입법재량을 가지고 있음은 위 목차 1)에서 설명한 대로지만, 이 사건 구별 취급이 합리적인 근거에 기반한 것이고 그것이 입법부의 재량권 범위 내의 것인지를 검토할 필요가 있다.

다) 이에 대해 피고는 동성애자도 이성과 혼인하는 것은 가능하므로 성적지향에 의한 구별 취급이 아니라고 주장한다.

물론 이 사건 법률조항 하에서도 동성애자도 이성과 혼인을 할 수 있다. 그러나 성적지향은 사람이 감정적, 정서적, 성적 의미에서 다른 사람에게 매력을 느끼는 것으로, 이러한 연애·성애의 대상이 이성을 향하는 것을 이성애, 동성을 향하는 것을 동성애라고 한다. 그리고 혼인의 본질은 양성이 지속적인 정신적 및 육체적 결합을 목적으로 진지한 의사로써 공동생활을 영위하는 데 있다고 해석된다(최고재 쇼와61년 (오) 제260호 쇼와62년 9월 2일 대법정 판결 · 민집 제41권 제6호 제1423쪽 참조). 이러한 점에서 보면 동성애자가 성적지향에 합치하지 않는 이성과 그 사이에서 혼인이 가능하다고 하더라도, 해당 동성애자에게 있어서 이러한 혼인은 그 본질에 부합하지 않는 경우가 많으리라 생각되며, 이러한 혼인을 헌법 제24조 및 이 사건 법률조항이 예정하고 있는 혼인이라고 해석하기는 어렵다. 게다가 혼인의사(민법 제742조 제1호)는 당사자 사이에 진정으로 사회관념 상 부부라고 인정되는 관계의 설정을 바라는 효과의사라고 해석된다(최고재 쇼와42년 (오) 제1108호 쇼와44년 10월 31일 제2소법정 판결 · 민집 제23권

제10호 제1894쪽 참조). 결과적으로 동성애자가 연애나 성애의 대상이 되지 않는 이성
과 혼인하더라도 혼인의사를 수반한다고 인정하기 어려운 경우가 있을 것이며, 이러한
혼인이 항상 유효한 혼인이 되는지 의문을 가지지 않을 수 없다.

위와 같은 성적지향과 혼인의 본질에 비추어 보면, 동성애자가 성적지향에 합치되지
않는 이성과의 사이에서 혼인할 수 있다고 해도, 이러한 사실을 가지고 이성애자와 동
등한 법적 이익이 있다고 볼 수 없는 것은 분명하며 성적지향에 의한 구별 취급이 없
다는 피고의 주장은 받아들일 수 없다.

**3) 따라서 이 사건 구별 취급이 합리적인 근거를 가진다고 할 수 있는지에 대해 검토
한다.**

가) 현재 동성애는 정신 질환으로 간주되지 않으며, 성적지향을 결정하는 요인은 밝
혀지지 않았지만, 스스로 의사로써 결정하는 것이 아니고 더욱이 의지나 치료 등에 의
하여 변경하기 어렵다는 인식이 확립되었다{인정사실 (1) 아 (6)}. 그렇다면 성적지향은
스스로의 의사와 관계없이 결정되는 개인의 성질로서 성별, 인종 등과 같은 것이라 할
수 있다.

이렇게 사람의 의사에 따라 선택·변경할 수 없는 것에 기반하여 다르게 취급하는
것에 합리적인 근거가 있는지를 검토할 때에는 이러한 입법 사실의 유무·내용, 입법
목적, 제한되는 법적이익의 내용 등에 비추어 진정으로 부득이한 경우인지의 관점에서

신중하게 살펴야 한다.

나) 현재에도 법률혼을 존중하는 의식이 널리 퍼져 있는 것으로 보이는데(최고재 헤이세이24년 (쿠) 제984호, 배985호 헤이세이 25년 9월 4일 대법정 결정·민집 제67권 제6호 제1320쪽 참조), 이는 ① 메이지민법에서 현행 민법에 이르기까지 일관되게 혼인 제도가 유지되어 온 점, ② 혼인하는 커플이 해마다 감소하고 있다고는 하지만 아직도 매년 약 60만 쌍의 커플이 혼인하여, 외국과 비교해도 혼인율이 높으며 혼인 외 출생자의 비율은 낮다는 점(인정사실 9)의 나)의 (1)내지 (3)), ③ 각종 국민에 대한 의식 조사에서도 혼인(결혼)을 하는 것에 대한 긍정적인 의견이 과반수를 크게 웃돌고 있는 점(인정사실 9)의 가)의 (1) 내지 (4)), ④ 내각도 법률혼을 존중하는 의식이 국민들 사이에 널리 퍼져 있다고 알고 있는 점(갑 A261), ⑤ 법령이 혼인신고는 하지 않았지만 사실상 혼인 관계와 같은 상태에 있는 자를 혼인한 자와 동등하게 취급한 사례가 다수 있는 점(아동수당법 제3조 제2항, 범죄피해자등 보상금 지급 등에 의한 범죄피해자등의 지원에 관한 법률 제5조 제1항 제1호, 아동부양수당법 제3조 제3항, 모자 및 부자 기타 한부모복지법 제6조 제1항, 후생연금보험법 제3조 제2항, 국민연금법 제5조 제7항 등), 사실상 혼인 관계와 같은 상태에 있는 자에 대하여 혼인한 자와 같은 권리의무를 부여하는 것이 법 기술적으로 가능한데도 불구하고 혼인이라는 제도가 유지되고 있다는 점의 각 사정에서도 엿볼 수 있다.

이러한 점에서 보면, 혼인하는 그 자체보다는 혼인으로 발생하는 법적 효과를 누리려는 것이 곧 법적인 이익이라고 해석하는 것이 타당하다.

그리고 헌법 제24조가 혼인으로 발생하는 법적 효과를 누리는 이익의 실현을 위하여 이성 간 혼인을 제도적으로 보장하고 있는 것에 비추어 보면, 이성애자에게도 중요한 법적 이익이라고 할 수 있다. 이성애자와 동성애자는 성적지향이 다를 뿐이며, 성적지향은 사람의 의사에 따라 선택·변경할 수 있는 것이 아니므로 이성애자와 동성애자 사이에 혼인으로 발생하는 법적 효과를 누리는 이익의 가치에 있어 차이가 있다고 볼 이유가 없으며, 이러한 법적 이익은 동성애자도 이성애자도 동등하게 향유할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

따라서 이 사건 구별 취급은 이러한 이성애자도 동성애자도 동등하게 향유할 수 있는 중요한 법적 이익인, 혼인으로 발생하는 법적 효과를 누리는 이익에 관하여, 다르게 취급하는 것이라고 볼 수 있다.

다) 메이지민법 하에서 혼인은 일생의 공동생활을 목적으로 하는 남녀의 도덕상 또는 풍속상 요구에 따른 결합 관계 등으로 여겨져(인정사실 3)의 나), 쇼와22년 민법개정 당시에도 부부 관계는 사회에서 일반적으로 부부라고 생각하는 대로 사회 통념에 따른 관계를 꾸리는 남녀의 정신적·육체적 결합으로서(인정사실 5)의 나), 일본에서 동성혼은 명문의 규정을 두지 않아도 사회 통념에 비추어 당연히 인정되지 않는 걸로 해석되어 왔다(인정사실 3)의 나), 5)의 나) 및 다)).

이러한 이유에 대하여 검토하면, 메이지민법 당시 동성애는 정신 질환의 일종으로 여겨져, 치료 대상이자 금지해야 할 것이었고(인정사실 2)), 쇼와22년 민법개정 이후에

도 마찬가지로였다는 점{인정 사실 4)의 가) 내지 다})에서 볼 때, 동성애는 정신 질환에 걸린 상태이며, 동성애자가 혼인하고 싶어 하더라도 이는 정신 질환으로 인한 것이며, 동성애자 사이에서는 사회 통념에 부합하는 정상적인 혼인 관계를 영위할 수가 없다고 생각했기 때문에, 법령으로 금지할 필요도 없다고 생각한 것으로 해석된다.

그러나 1992년(헤이세이 4년)경까지 외국과 일본에서 동성애가 정신 질환이 아니라는 인식이 확립되었고{인정사실 6)의 가) 및 나}), 성적지향이 사람의 의사에 의해 선택·변경할 수 있는 것이 아니며, 후천적으로 변경 가능한 것이 아니라는 사실이 밝혀진 점{인정사실 1)의 가), 6)의 가) 및 나})에서 보면, 동성애가 정신 질환임을 전제로 동성 혼을 부정할 과학·의학적 근거를 잃어버린 것이라고 할 수 있다.

라) (1) 현행 민법에서는 혼인 당사자인 부부만을 규율하는 규정뿐만 아니라 친생자에 관한 규정(민법 제772조 이하), 친권에 관한 규정(동법 제818조 이하) 등이 있고, 혼인한 부부와 그 사이의 자⁸⁾(子)에 대하여 특히 규정하고 있는 점, 호적법이 자의 출생 신고(호적법 제49조 제1항)와 자의 부모의 호적에의 입적(동법 제18조) 등을 규정하고 있는 점으로 보아, 이 사건 법률조항은 부부가 아이를 낳고 기르는 공동생활이라는 관계에 대하여 법적인 보호를 제공하는 것을 주요 목적으로 하고 있다고 해석할 수 있다.

그러나 현행 민법은 아이가 있는 부부와 아이가 없는 부부, 생식 능력의 유무, 아이

8) 우리 민법도 유사한 규정들을 두고 있으므로, 우리 민법에서 사용하는 용어를 씀.

를 낳을 의사의 유무에 따라서 부부의 법적 지위의 구별하지 않고, 아이를 낳고 기르는 것은 개인의 자기 결정에 맡겨야 할 사항이며, 아이를 낳지 않는다는 부부의 선택도 존중되어야 한다는 점, 메이지민법에서도 아이를 낳고 기르는 것이 혼인제도의 주된 목적이 아니라 부부 공동생활에 대한 법적인 보호가 주된 목적이었으며{인정사실 3}의 다}}, 쇼와22년 민법개정에서 이러한 부분에 대한 개정은 엿보이지 않는다는 점{인정사실 5}의 가}}에 비추어 보면, 자녀의 유무, 아이를 만들 의사나 능력과 관계없이 부부 공동생활 자체의 보호도 이 사건 법률조항의 중요한 목적이라고 해석하는 것이 타당하다. 특히 최근에는 아이를 가지는 것 이외에 혼인의 목적의 중요성이 강조되고 있다고 볼 수 있으며, 자녀가 있는 세대 수는 해마다 감소하고 있음에도{인정사실 9}의 나)의 (3)}, 여전히 혼인 건수는 매년 60만 건을 넘어 혼인율도 외국에 비하여 상대적으로 높고{인정사실 9}의 나)의 (1) 및 (2)}, 아이를 가지는 것 이외에 혼인(결혼)의 좋은 점을 느끼는 사람이 많은 것으로 보인다는 점에서{인정사실 9}의 가)의 (3)) 이러한 해석을 뒷받침한다고 할 수 있다.

(2) 이와 같이, 이 사건 법률조항의 목적은 정당하나 동성 커플이 혼인으로 발생하는 법적 효과를 전혀 누릴 수 없도록 하는 이유가 될 수는 없다.

즉 혼인의 본질은 양성이 지속적인 정신적 및 육체적 결합을 목적으로 진지한 의사로써 공동생활을 영위하는 데 있지만, 이성애와 동성애의 차이는 성적지향이 다르다는 것뿐이라는 점에서 혼인하고 있는 이성애자와 마찬가지로 동성애자도 그 성적지향에 맞는 동성과 혼인의 본질에 따른 공동생활을 영위할 수 있다. 위 목차 다)에서 말한 대

로, 이 사건 법률조항이 동성혼에 관하여 정하지 아니한 것은 쇼와22년 민법개정 당시 동성애는 정신 질환으로 인식되어 동성애자는 사회 통념에 합치하는 정상적인 혼인 관계를 쌓아 올릴 수 없다고 생각했기 때문일 뿐이라는 사실로 미루어 보면, 이러한 인식이 완전히 부정되기에 이른 현재로서는 동성애자가 이성애자와 마찬가지로 위 혼인의 본질에 따른 공동생활을 영위하고 있는 경우, 이에 대한 일체의 법적 보호를 부정하는 취지·목적까지 이 사건 법률조항이 포함하고 있는 것으로 해석하는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면, 만일 그러한 해석을 하게 된다면 이 사건 법률조항이 그릇된 인식에 기초하여 동성애자의 이익을 부정하는 규정이라고 볼 수밖에 없기 때문이다.

(3) 이는 헌법 제24조의 취지에 비추어도 마찬가지이며, 헌법 제24조가 이성 간 혼인만을 예정한 이유는 바로 위에서 이 사건 법률조항에 대하여 설명한 것과 마찬가지라는 것은 위 목차 나. 의 2)에서 설명한 바 있다. 애초에 헌법 제24조가 동성혼에 관하여 다루지 않았다는 점을 고려하면 동성애자가 이성애자와 마찬가지로 혼인의 본질에 따른 공동생활을 꾸려가는 경우, 위 헌법 조항이 이에 대한 일체의 법적 보호를 부정하는 취지를 가진다고 해석할 수는 없다.

(4) 지금까지 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 목적과 헌법 제24조의 취지에 비추어 보면, 이러한 규정은 동성 커플에 대한 일체의 법적 보호를 부정하는 이유가 될 수는 없다.

마) 일본에서는 2015. 10. 도쿄도 시부야 구에 시작한 등록 파트너십 제도를 도입하

는 지방자치단체가 증가하여 현재는 약 60곳이 되었고, 이러한 지방자치단체에 거주하는 주민 수는 약 3700만 명을 넘어섰다{인정사실 8)의 가)}. 또한 연령에 따른 차이가 있기는 하지만 동성혼을 법적으로 인정하여야 한다는 국민의 의견이 2015년(헤이세이 27년)과 비교하여 2018년(헤이세이 30년)에는 증가하고 있는 모습을 볼 수 있으며, 2015년(헤이세이 27년) 조사 당시부터 대체로 절반에 달하였고 특히 비교적 젊은 세대에 긍정적인 의견이 많은 것으로 보인다{인정사실 10)의 가) 내지 라)}.

게다가 동성 커플에게 어떠한 법적 보장이 인정되어야 한다는 의견에 긍정적인 답변은 75%에 달하여{인정사실 10)의 마)}, 일본의 기업 중 권리의 존중과 차별 금지 등 LGBT에 대한 기본 방침을 정하고 있는 기업의 수가 2016년도(헤이세이 28년)부터 2018년도(헤이세이 30년)까지 사이에 약 2배가 되었다{인정사실 8)의 나)}.

위 각 사실이 국민 모두의 의사를 대표하는 것이라고는 할 수 없지만, 성적지향에 따른 차별 취급의 해소를 요청하는 국민 의식이 높아지고 있어, 앞으로도 이러한 국민의 요구가 계속 커지리라는 것을 보여주고 있으며, 이는 이 사건 구별 취급이 합리적인 근거를 가지는지를 검토할 때 고려하여야 할 사정이다.

바) 동성애가 정신 질환의 일종이 아니라는 인식이 확립된 이후 외국에서는 동성혼 또는 동성 간 등록 파트너십 제도를 도입하는 입법이 다수 있었고, 혼인을 이성혼에 한정하는 사법적 판단이 있었던 반면에 동성혼을 인정하지 않는 법제는 헌법에 위반된다는 사법적 판단도 있었으며, 이러한 사례는 이른바 G7 회원국 등 선진국에서 많이

볼 수 있다(인정사실 7)의 가)). 또한 일본에 소재한 해외 단체들도 국내에서 외국인 인재의 활동이 제약되고 있다는 우려를 표명하기에 이르고 있다(인정사실 7)의 나)).

위와 같은 외국 및 관련 단체의 동향은, 혼인과 커플의 바람직한 자세에 관한 문화, 가치관, 종교관 등이 일본과 다르므로, 이를 곧바로 일본의 동성 커플에 대한 법적 보호의 바람직한 자세에 영향을 주는 사정으로 삼을 수 있는 것은 아니다. 그러나 외국과 해외지역에서 동성애가 정신 질환이 아니라는 인식이 확립된 이후로 동성 커플과 이성 커플 사이의 차별 취급을 해소하여야 한다는 목소리가 높아지고 있음을 보여주는 것이므로, 이는 이 사건 구별 취급이 합리적인 근거를 가진다고 할 수 있는지 검토할 때 고려해야 할 사정이다.

사) (1) 동성애를 정신 질환의 하나로 보고 금지해야 한다는 인식은 1930년(쇼와 55년)경까지는 국제적으로나 일본에서도 통용되고 있던 것이며, 교육의 영역에서도 널리 퍼져 있었다(인정사실 4)의 다)). 최근 조사에 따르면 동성혼을 법적으로 인정해야 한다는 국민의 의견이 다수가 되고는 있으나, 60세 이상의 비교적 높은 연령층에서는 동성혼을 법적으로 인정하는 것에 대한 부정적 의견이 다수를 차지하고 있다(인정사실 10)의 가) 및 라)). 이처럼 국민의 공통된 의견이 동성혼에 긍정적이라고 하기에는 이르며, 메이지 시대부터 최근에 이르기까지 동성애는 정신 질환이며 이를 치료하거나 금지해야 한다는 인식이 통용된 결과로, 동성혼을 법적으로 인정하는 것에 대한 부정적인 의견이나 가치관이 국민 사이에서 형성되어 왔다고 생각된다. 현재로서는 동성애를 정신 질환으로 보는 견해가 과학적·의학적으로는 부정되지만, 위와 같은 시대의 흐름으로

동성혼에 대한 부정적인 의견이나 가치관이 형성되고 계속되어 온 것에 미루어 볼 때, 이러한 의견이나 가치관을 가진 국민이 적지 않다는 사실도 고려하여야 한다. 특히 혼인은 메이지민법 이후 사회의 풍속이나 사회 통념에 의하여 정의되는 것이라고 해석되기 때문에{인정사실 3)의 나), 5)의 나}), 입법부는 이성간 혼인과 같은 동성혼을 인정하는 것에 관한 재량권을 행사할 때 위와 같은 부정적인 의견이나 가치관을 가진 국민이 적지 않다는 사실을 참작할 수 있다.

(2) 그렇지만 거듭하여 말한 대로 동성애는 어떤 의미에서도 정신 질환이라고 할 수 없으며, 사람의 의사에 따라 선택·변경할 수 있는 것도 아니라는 사실이 현재 확립된 인식이다. 동성애자는 일본에서는 극소수이며, 이성애자가 인구의 90% 이상을 차지하는 것으로 추정된다는 사실을 고려하면{인정사실 1)의 나}), 압도적 다수인 이성애자의 이해와 허용이 없이는 동성 커플이 중요한 법적 이익인 혼인으로 발생하는 법적 효과를 누리는 이익을 일부조차 가질 수 없다고 하는 것은, 동성 커플을 보호함으로써 인하여 일본의 전통적인 가족관에 다소 변화를 초래하게 된다는 점을 고려하더라도, 이성애자에 비해 자신의 의사로 동성애를 선택한 것도 아닌, 동성애자의 보호에 있어 지나치게 흠결이 있다고 하지 않을 수 없다.

위 목차 마)에서 말한 대로 성적지향에 의한 차별 취급을 해소할 것을 요청하는 국민 목소리가 높아지고 있어, 앞으로도 이러한 국민 의식은 계속하여 강해질 것이고, 외국도 비슷한 상황에 있는 것을 고려하면, 위 목차 (1)에서 기술한 사정은 입법부가 재량권을 행사할 때 참작할 수 있는 사정이라고 할 수는 있으나, 동성애자가 혼인으로

발생하는 법적 효과의 일부라도 누릴 수 있는 법적 수단을 제공하지 않는 것이 합리적이라고 볼 것인지 검토할 때에는 제한적으로 참작되어야 할 것이다.

아) 피고는 동성 커플도 계약이나 유언에 따라 혼인과 같은 법적 효과를 누릴 수 있으므로 불이익은 없다고 주장한다.

그러나 혼인은 혼인 당사자와 그 가족의 신분 관계를 형성하고 호적에 의하여 공증하여 이러한 신분에 따라 다양한 권리의무를 수반하는 법적 지위가 부여되어 신분 관계와 결부된 복합적인 법적 효과를 동시 또는 이시에 발생시키는 법률 행위임은 위 목차 2)의 가)에서 말한 바와 같고, 혼인으로 발생하는 법적 효과의 본질은 신분 관계의 창설·공증 및 그 신분 관계에 따라 법적 지위를 부여하는 점에 있다고 할 수 있다. 그렇다면 혼인은 계약이나 유언 등 신분 관계와 관련되지 않은 개별 채권 채무 관계를 발생시키는 법률행위를 가지고 대체할 수 있는 것이 아니다. 애초에 민법은 계약이나 유언을 혼인의 대체 수단으로 규정하고 있지 않고, 이성애자라면 혼인 이외에도 계약이나 유언 등을 이용하여 당사자 간의 권리의무 관계를 거듭 형성할 수 있으나, 동성애자에게는 원래부터 혼인이라는 수단이 없으므로 똑같은 법적 수단이 제공된다고 말할 수 없는 것은 분명하다. 게다가 혼인으로 발생하는 법적 효과의 한 가지인 배우자의 상속권(민법 제890조)에 관하여 말하자면, 동성 커플도 유증 또는 사인 증여를 통하여 재산을 이전시킬 수는 있지만, 상속과는 달리 유류분 반환 청구(동법 제1046조)를 당할 가능성이 있고, 배우자 단기 거주권(동법 제1037조)에 관하여 말하자면, 당사자 간의 계약만으로는 제3자에게 대항할 수 없어서, 계약이나 유언에 의하여 어느 정도

대체할 수 있는 법적 효과조차 혼인으로 발생하는 법적 효과에 비하면 부족하다.

결과적으로 혼인과 계약이나 유언은 그 목적과 법적 효과가 다르므로 계약이나 유언을 하여 개별 채권·채무 관계를 발생시키는 것은 혼인으로 발생하는 법적 효과의 대안이 될 수 있는 것이 아니며, 피고의 주장은 받아들일 수 없다.

4) 위 목차 3)에서 내건 여러 가지 사정을 종합하여 이 사건 구별 취급에 합리적 근거가 있는지를 검토한다.

위 목차 3)의 가)에서 말한 대로 이 사건 구별 취급은 사람의 의사에 의해 선택·변경할 수 없는 성적지향에 근거한 구별 취급이므로 이에 합리적인 근거가 있는지에 판단할 때는 신중하여야 하며, 위 목차 3)의 나)에서 말한 대로 혼인으로 발생하는 법적 효과를 누리는 것은 법적 이익으로서 동성애자도 이성애자도 동등하게 향유할 수 있는 수 있는 이익이라고 해석하여야 하고, 이 사건 구별 취급은 이러한 성격의 이익에 대한 구별 취급이다. 이 사건 구별 취급은 이 사건 법률조항으로부터 초래된 결과이고, 위 목차 3)의 다)와 라)에서 말한 대로 이 사건 법률조항의 목적 자체는 정당하나, 소와22년 민법개정 당시는 옳다고 생각했던 동성애를 정신 질환으로 보고 이를 금지해야 한다는 인식이 1992년(헤이세이 4년)경에는 완전히 부정된 것에 비추어 보면, 동성혼에 관하여 정하지 아니한 이 사건 법률조항과 헌법 제24조의 존재가 동성 커플에 대한 일체의 법적 보호를 부정하는 이유가 되는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항에 의하여 동성애자와 이성애자 사이에 그 성적지향과 합치하는 사람과 혼인할

수 있는지 없는지의 구별이 생기는 결과가 되어 버렸다.

무엇보다 동성 간 혼인과 가족에 관한 제도는 그 내용이 일의적이지 않고 동성끼리 이기 때문에 필연적으로 이성 간 혼인과 가족에 관한 제도와 완전히 똑같은 제도가 될 수 없기에, 위 목차 나.의 3)에서 설명한 대로 헌법에서 동성혼이라는 구체적인 제도를 해석으로 도출할 수는 없고 입법부의 재량 판단을 기다릴 수밖에 없다. 그리고 일본은 동성혼에 대한 부정적인 의견이나 가치관을 가진 국민이 적지 않으며, 메이지민법 이후 혼인이란 사회의 풍속과 사회 통념에 의하여 정의되어 온 것으로서 혼인과 가족에 관한 사항은 국가의 전통과 국민감정을 포함한 여러 가지 사회적 요인을 고려하면서 각 시대의 부부나 부모 자식 관계에 대한 전체적인 규율을 고려하여 종합적인 판단을 함으로써 결정되어야 하므로(위 목차 나. 의 1)), 입법부가 동성 간 혼인과 가족에 관한 사항을 정할 때 갖는 넓은 입법 재량의 범위 내에서 위와 같은 사정을 고려하면, 이 사건 법률조항을 동성 간에도 적용하도록 하지 않는 것이 곧바로 합리적 근거를 결여한 것이라고 해석할 수는 없다.

그러나 이성애자와 동성애자의 차이는 자신의 의사에 따라 선택·변경할 수 없는 성적지향의 차이일 뿐이므로, 어떠한 성적지향을 가진 사람이든지 누릴 수 있는 법적 이익의 차이는 없어야 한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항 하에서 동성애자에게는 혼인으로 발생하는 법적 효과의 일부라도 누릴 수 있는 법적 수단조차 제공되지 않는다. 그리고 위 목차 3)의 마) 내지 사)에서 논한 바와 같이, 이 사건 구별 취급의 합리성을 검토할 때에는, 일본에서 동성 커플에 대한 법적 보호에 긍정적인 국민이 늘어

나고 동성애자와 이성애자 사이의 차별을 해소해야 한다는 목소리가 높아지고, 외국에서도 성적지향에 따른 차별 취급을 해소해야 한다는 목소리가 높아지고 있다는 것은 고려하여야 할 사정인 반면에, 동성혼에 대한 부정적인 의견이나 가치관을 가진 국민이 적지 않다는 사실은 제한적으로 참작하여야 할 것이다.

이 사건 법률조항이 이성애자에게는 혼인제도를 이용할 기회를 제공하고 있음에도 불구하고, 동성애자에게 혼인으로 발생하는 법적 효과의 일부조차 누릴 수 있는 법적 수단을 제공하고 있지 않은 것은 입법부가 광범위한 입법 재량을 갖는 것을 전제로 하여도 재량권의 범위를 벗어난 것이라고 하지 않을 수 없고, 이 사건 구별 취급은 합리적인 근거를 결여한 차별 취급에 해당한다고 해석할 수밖에 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 이러한 한도 내에서 헌법 제14조 제1항에 위반된다고 인정하는 것이 타당하다.

다. 쟁점(2) (이 사건 법률조항을 개폐하지 않는 것이 국가배상법 제1조 제1항 적용상 위반인지)에 대하여

1) 국가배상법 제1조 제1항은 국가 또는 공공 단체의 공권력 행사에 수행하는 공무원이 개별 국민에 대하여 부담하는 직무상 법적 의무를 위반하여 당해 국민에게 손해를 입힌 경우, 국가 또는 공공 단체가 이를 배상할 책임을 질 것을 규정하는 것으로, 국회의원의 입법 행위 또는 입법 부작위가 위 조항의 적용상 위법인지 여부는 국회의

원의 입법 과정에서의 행위가 개별 국민에게 부담하는 직무상 법적 의무를 위반했는가의 문제이며, 입법 내용의 위헌성의 문제와는 구별되어야 할 것이다. 그리고 위 행위에 대한 평가는 원칙적으로 국민의 정치적 판단에 맡겨야 하고 만일 이러한 입법 내용이 헌법의 규정을 위반하는 것이라고 할지라도 그 때문에 국회의원의 입법 행위 또는 입법 부작위가 곧바로 위 조항의 적용을 받아 위법하다고 평가되는 것은 아니다.

무엇보다 법률의 규정이 헌법상 보장되거나 보호되는 권리·이익을 합리적인 이유 없이 제한하는 것으로서 헌법의 규정을 위반하는 것이 명백하다고 하더라도 국회가 정당 이유 없이 장기간에 걸쳐 그 개폐 등의 입법적 조치를 게을리하는 경우에는 국회의원의 입법 과정에서의 행위가 위 직무상 법적 의무를 위반한 것으로 보아 예외적으로 이러한 입법 부작위를 국가배상법 제1조 제1항의 규정에서 말하는 위법이라고 평가할 수 있다. (최고재 쇼와 53년 (오) 제1240호 쇼와 60년 11월 21일 제1소법정 판결·민집 제39권 제7호 제1512쪽, 최고재 헤이세이 13년 (행츠) 제82호, 제83호, 헤이세이 13년 (행히) 제76호, 제77호 헤이세이 17년 9월 14일 대법정 판결·민집 제59권 제7호 제2087쪽 참조)

2) 그러므로 이사건 법률조항을 개폐하지 않는 것이 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법의 평가를 받는지 검토한다.

이사건 법률조항은 쇼와 22년 민법 개정 당시 동성애를 정신 질환으로 보는 인식(인정사실 2)}을 전제하면 이러한 동성 커플에 대한 법적 보호를 특별히 두지 않았다고 하

더라도 합리성이 없다고 할 수는 없다.

이 점에 있어서 이러한 인식이 1980년(쇼와 55년)경에는 미국에서 부정되고 1992년(헤이세이 4년)경에는 세계보건기구에 의하여 부정되었으며, 그 무렵에는 일본에서도 동성애를 정신 질환으로 보는 인식은 부정되었다고 인정할 수 있다(인정사실 6)의 가), 나}).

그러나 과학적·의학적으로 동성애를 정신 질환으로 보는 시각이 부정되었더라도 외국에서 등록 파트너십 제도 또는 동성혼 제도를 도입하는 국가가 늘기 시작한 것은 네덜란드가 2000년도(헤이세이 12년)에 동성혼 제도를 도입한 이후라고 볼 수 있고(인정사실 7)의 가) (2)}, 일본의 지방자치단체에 의한 등록 파트너십 제도의 확산은 더욱 늦어 도쿄도 시부야구가 (헤이세이 27년) 10월에 도입한 이후라고 할 수 있다(인정사실 8)의 가)}.

또한 최근의 조사에 따르면 20대와 30대 등 젊은 층에서는 동성혼 또는 동성 커플에 대한 법적 보호에 긍정적인 의견이 다수를 차지하지만 60세 이상의 비교적 높은 연령층에서는 부정적인 의견이 다수를 차지하고 있으며(인정사실 10)의 가), 라)}, 국민 의식의 다수가 동성혼 또는 동성 커플에 대한 법적 보호에 긍정적으로 된 것은 비교적 최근의 일임을 확인할 수 있다.

게다가 동성 커플에게 혼인으로 발생하는 법적 효과를 부여하는 법적 수단은 다양하게 생각할 수 있으며, 일의적으로 제도 내용이 명확하다고 하기는 어렵고 어떤 제도를

마련할 것인지는 위 목차 다. 의 1) 에서와 같이 국회에 부여된 합리적인 입법 재량에 맡겨져 있다. 그런데 이 사건 증거에 확인할 수 있는 대로 국회에서 처음으로 동성혼이 언급된 것은 2004. 11. 17.경의 참의원 헌법 조사회에서 참고인의 답변에서였으나, 위 조사회에서는 동성혼에 관하여 논의된 흔적은 없으며(갑 A260), 국회에서 논의가 이루어진 것은 2015년(헤이세이 27년)에 이르러서였다(갑 A11, 12, 60 내지 62, 261, 267).

또한, 위 목차 다. 의 3) 사)에서 말한 대로 동성혼과 동성 커플에 대한 법적 보호에 부정적인 의견이나 가치관을 갖는 국민이 적지 않게 존재한다.

이외에도 쇼와 22년 민법 개정 이후 현재에 이르기까지 동성혼에 관한 제도가 없는 것에 대한 위헌 여부를 사법부가 판단한 적이 없다는 사실로 미루어 보면 이 사건 법률조항이 헌법 제14조 제1항에 위반한 상태에 이르고 있다는 것을 국회에서 바로 인식하는 것이 쉬운 일이 아니었다고 이해할 수 있다.

그렇다면 이 사건 법률조항은 위 목차 다. 의 4)에서 말한 한도 내에서 헌법에 위반되는 것이라고 볼 수 있지만, 이를 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 관점에서 본 경우에는 헌법상 보장되거나 보호되는 권리 이익을 합리적 이유 없이 제한하는 것으로서 헌법의 규정을 위반하는 것이 명백함에도 불구하고 국회가 정당한 이유 없이 장기간에 걸쳐 개폐 등의 입법적 조치를 게을리한 것이라고 평가할 수는 없다.

따라서 이 사건 법률조항을 개폐하지 않는 것을 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법으로 평가할 수는 없다.

4. 결론

이상에서 본 바와 같이, 나머지 쟁점에 대하여 판단할 필요도 없이 원고들의 청구는 전부 이유가 없기 때문에 이를 기각하기로 한다.

따라서 주문과 같이 판시한다.

삿포로 지방재판소 민사 제 2부

재판장 재판관

재판관

재판관

(별지1) 당사자목록

원고 개인 정보 삭제

위 원고들의 소송대리인 변호사

도쿄도

피고 국가

위 피고 대표자 법무대신

위 피고 지정대리인

(별지2) 쟁점에 대한 당사자 주장의 요지

1. 쟁점(1) (이 사건 법률조항이 헌법 제13조, 제14조 제1항 및 제24조에 위반하는지)에 대하여

가. 원고들 주장의 요지

1) 이 사건 법률조항은 헌법 제24조 및 제13조에 위반한다

헌법 제24조 1항은 혼인의 자유를 보장하고 있고, 이러한 혼인의 자유 보장은 동성끼리의 혼인에도 미치는 것이다. 혼인의 자유가 보장되는 것은 그것이 헌법의 기본적 가치이고 개인의 존엄이 불가결하며, 보다 구체적으로는 개인의 자기실현의 가치, 민주제의 기반의 중요성, 공정한 사회기반의 중요성을 가지고 있기 때문이다. 즉, 현대 사회에서는 국가가 법을 가지고 혼인의 요건을 정하고 효과를 부여하는 역할을 하고 있다. 이처럼 사람과 사람의 지속성 있는 공동생활에 관한 법률이 요건과 효과를 정하여 승인·공증하는 제도가 법률혼이라고 말할 수 있다. 헌법도 법률혼의 존재를 예정하여(헌법 제24조 제1항 내지 제2항) 민법은 당사자 상호 간의 협력 의무(민법 제760조), 재산권의 공정한 평등실현을 위한 제도(민법 제882조 이하) 및 재산 분할(민법 제768조) 등 친밀한 관계를 기초로 하는 공동생활이라는 혼인의 특성에 따라 다양한 법적·경제적 이익을 집합적으로 부여하고 당사자의 관계는 이러한 이익과 의무에 의하여 강화되고 있다. 또한 법률혼에는 당사자의 결합이 법적·사회적으로 가족으로 승인되어 이를 통하여 강화되는 중요한 역할이 있다. 이러한 가치와 중요성은 이성끼리뿐만 아니라 동성 간에도 정확하게 들어맞는 것이다.

또한 헌법 제24조는 법률상 동성 간의 혼인을 금지하고 있지 않다. 즉, 위 규정의 제정 취지는 전쟁 이전의 민법 아래에서의 제도를 부정하고 혼인에 개인 존중의 이념을 미치도록 하는 것이라는 점에서 해당 제정 취지는 동성혼에도 미치는 것이다.

위와 같이 보면 동성혼을 인정하지 않는 이 사건 법률조항은 혼인의 자유를 부당하게 침해하는 것으로 헌법 제24조 제1항과 제2항 및 제13조에 위반한다.

2) 이 사건 법률조항이 헌법 제14조 제1항에 위반하는지에 대하여

가) 성적지향은 스스로의 의사로 컨트롤 할 수 있는 것이 아니므로 성적지향에 따라 혼인을 할 수 있는지를 다르게 취급하는 것은 헌법 제14조 제1항 후단에서 규정하는 성별 또는 사회적 신분에 의한 차별이라고 해야 하며, 이러한 차별 취급의 합리성은 엄격하게 심사되어야 한다. 이러한 차별 취급에 의하여 제약을 받는 동성애자의 이익은 혼인의 자유라는 헌법상 권리이며, 이것이 직접적으로 제약되는 것인데다가, 동성애자는 사회에서 압도적인 소수자이며, 민주주의의 과정에서 구제되지 않기 때문에 역시 이러한 차별 취급의 합리성은 엄격하게 심사되어야 한다.

나) 이 사건 법률조항은 이성애자라면 그 성적지향에 따라 혼인할 수 있는 반면에 동성애자에 대하여는 그 성적지향에 따라 혼인하는 것을 인정하지 않는 것이다. 혼인의 자유는 위 목차 1)에서와 같이 동성 간의 혼인도 포함하며, 위 차별취급은 성적지향

에 의하여 혼인할 수 있는지 여부에 관하여 다르게 취급하는 것이라고 할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 헌법 제14조 제1항에 반하는 것이다.

다) 또한 혼인 제도에 친생자관계를 법적으로 확정하고자 하는 목적이 포함되어 있다고 하더라도 그것이 유일한 목적이 아닌 것은 분명하고, 오히려 당사자 간의 정신적 결합에 기반한 지속적인 공동생활 관계가 혼인의 중심에 있는 것이며 이러한 관계를 공식적으로 승인하고 법적으로 규율하여 보호하는 것이 혼인의 주된 목적이라고 해석된다.

국민에게는 법률혼을 존중하는 의식이 널리 침투되어 있으며, 일본에서는 법률상의 혼인을 한 커플이 정식으로 커플로서 인식되고 사회적으로 승인받고 있다고 할 수 있지만, 커플 관계를 공시하고 그 신분 관계를 분명히 하는 것 자체에도 사회적 의의와 필요성이 존재하는 것이다. 그러나 일본에서는 동성애자 커플은 공증을 받을 수 없고 정식 커플이라는 사회적 인식을 얻을 수 없는 결과로 사회적 승인도 받을 수가 없다. 또한 이성애자 커플이라면 혼인에 수반하는 각종 법령상의 권리·이익뿐만 아니라 파트너의 의료 행위에 관하여 동의를 하는 등 사실상의 이익도 누릴 수 있지만, 동성애자 커플에게는 이러한 권리·이익이 전혀 부여되지 않는다.

헌법과 이 사건 법률조항의 제정 초기에는 동성애는 정신 질환이며, 윤리적으로도 허용되지 아니한다는 사회 통념이 존재하였지만, 현재에 이르기까지의 사이에 동성애 성적지향을 갖는 것은 정신 질환이 아닌 것이 분명해졌으며, 성적지향이 결정되는 원

인에 대하여 다양한 논의가 있으나 적어도 개인의 의사에 따라 결정되는 것은 아니라고 밝혀졌고, 그렇다면 위와 같은 공인을 받고 그에 따른 권리·이익이 주어지는 혜택을 이성애자 커플에게만 부여하고, 동성애자 커플이 누릴 수 없는 것으로 할 합리적인 이유가 없다.

그리고 외국에서는 동성혼과 동성 간의 등록 파트너십 제도를 법제화하는 국가들이 속속 나타나, 국외로부터 성적지향 등으로 인한 차별에 대한 우려가 나타나고 있으며, 국내에서도 동성애자 커플의 관계를 인증하는 등록 파트너십 제도를 도입하는 지방자치단체(보통 지방자치단체 및 특별구를 가리키는 것으로 하며, 이하 같음)가 다수 나타나고 있어 동성혼을 인정하는 의식이 널리 퍼져왔다고 할 수 있다. 현재 사회에서는 이성애 외에도 동성애를 비롯한 다양한 성적지향을 가진 사람들이 존재하는 것이 분명해지고, 위 지방자치단체가 도입한 등록 파트너십 제도를 이용할 동성애자 커플도 증가하고 있다.

이상과 같이, 이 사건 법률조항은 이성애자 커플이라면 신고를 하여 공증받고 이에 수반하는 심리적·사회적 이익과 법적·경제적 이익 및 사실상 이익을 부여하고 있지만, 동성애자 커플에게는 이러한 공증이나 이익을 부여하지 않는다고 할 것이며, 이는 합리적 근거도 없으므로 헌법 제14조 제1항을 위반하는 것이다.

나. 피고 주장의 요지

1) 혼인제도의 목적

일본의 혼인 제도는 메이지 시대부터 생식과 결부되어 남녀 간의 결합을 법적으로 공인하는 제도로서 발달하였고 현행 헌법이 성립된 이후에도 이를 답습하며 혼인은 남녀가 아이를 낳고 키우는 공동생활 관계를 보호하는 것으로 창설된 것이다.

2) 이 사건 법률조항은 헌법 제24조 제1항 내지 제2항 및 제13조에 위반하지 않는다

헌법 제24조 제1항은 ‘양성’, ‘부부’라는 문언을 사용하고 있어 혼인이 남녀 간의 것임을 전제로 하는 것이 분명하고, 성별이 같은 당사자 간에 혼인을 상정하지 않은 것이 분명하여 위 조항은 동성혼에 대하여 이성혼과 같은 정도로 보장해야 한다는 것을 명령하고 있지는 않다고 해석하여야 한다.

또한 헌법 제13조가 자기결정권을 보장하고 있는지 여부나 그 구체적인 내용은 확실하지 않고, 만일 혼인에 관하여 일종의 자기결정권이라는 관념이 있다고 할지라도 현행 법률상 혼인제도는 헌법 제24조 제1항을 전제로 한 남녀 간의 결합으로써의 혼인 제도를 구성할 것을 요청하는 동조 제2항에 따라서 그대로 구성된 것으로 이러한 법 제도의 틀을 넘어서는 동성의 사람을 혼인 상대로 선택할 수 있는 새로운 법 제도의 창설을 요구할 권리가 자기결정권에 포함되지 않는 것은 분명하다. 이 사건 법률조항에 의한 현행 혼인제도는 헌법의 요청에 따라 구축된 것이며, 이를 넘어 새로운 혼인 제도의 창설을 요구할 권리가 헌법 제13조에 의하여 보장되고 있다고 해석할 수는 없

다.

따라서 이 사건 법률조항은 헌법 제24조 제1항 내지 제2항 및 제13조에 위반되지 않는다.

3) 이 사건 법률조항은 헌법 제14조 제1항에 위반하지 않는다

헌법 제24조 제1항이 동성혼을 보장하는 게 아님은 위와 같고, 그렇게 해석하는 이상 동성혼을 인정하지 않는 것이 헌법 제14조 제1항을 위반하는 것으로 해석할 여지가 없다.

이 사건 법률조항은 혼인제도를 이용하는 것이 가능한지 여부의 기준을 당사자의 성적지향에 두는 것이 아니라 이성애자인지 동성애자인지를 불문하고 국민은 혼인제도를 이용할 수 있는 것이며, 동성애자도 이성과 혼인할 수가 있는 것이므로 동성애자를 특히 차별하는 것이라고는 할 수 없다.

위에서와 같이, 혼인제도는 부부가 그 사이에서 아이를 낳아 기르며 공동생활을 하는 관계에 대하여 법적 보호를 제공하는 것이 목적이며, 현재에도 혼인 당사자는 남녀라는 이해에 변화가 있다고 볼 수 있는 상황이 아니고, 혼인의 의의와 목적에 대하여 생식 및 자녀 양육의 중요성이 감소하여 파트너와의 인격적 결합의 안정화가 중요해지고 있다고는 말할 수 없다. 혼인에 따른 법적 효과에 관한 각 규정은 이러한 혼인제도

의 취지나 목적에 따라 마련되어 있는 것이므로, 이 사건 법률조항이 아이를 만들 수 있는 이성 부부 관계를 보호하도록 되어있는 것은 합리적이다.

또한, 혼인한 당사자에서 발생하는 각종 권리와 의무는 동성애자 커플은 법령에서 곧바로 발생하지 않지만, 당사자 간의 계약으로 발생시킬 수 있다.

이상을 종합하여 보면, 이 사건 법률조항은 동성애자 커플과 이성애자 커플을 불합리하게 차별 취급하는 것이 아니고 헌법 제14조 제1항에 위반되지 않는다.

2. 쟁점(2) (이 사건 법률조항을 개폐하지 않는 것이 국가배상법 제1조 제1항 적용상 위법인지에 대하여)

가. 원고들 주장의 요지

법률의 규정이 헌법상 보장되거나 보호되는 권리·이익을 합리적 이유 없이 제한하는 것으로서, 헌법의 규정을 위반하는 것임이 분명한데도 불구하고 국회가 정당한 이유 없이 장기간에 걸쳐 개폐 등의 입법적 조치를 게을리하는 경우 등에 있어서는 국회의원의 입법 과정에서의 행동이 직무상 법적 의무를 위반한 것으로 예외적으로 이러한 입법 부작위는 국가배상법 제1조 제1항의 적용에 있어 위법으로 평가받는다.

이 사건 법률조항은 구체적인 제도의 구성이 일차적으로는 국회의 합리적인 입법재

량에 맡겨져 있는 혼인에 관한 것이지만, 혼인제도에 관하여 입법 시 고려되어야 할 여러 가지 사정이나 요인은 시대에 따라 변천하는 것이므로, 법규의 합리성은 개인의 존엄과 법 앞의 평등을 정한 헌법에 비추어 끊임없이 검토되고 고찰될 필요가 있다. 이 사건 법률조항이 성적지향에 따른 차별 취급을 초래할 것이라는 점에서 국회의원에 게는 그 직무를 행함에 있어 소수자인 동성애자에게 눈을 돌려 세심하고 빈틈없이 배려할 필요가 있으며, 동성애자의 권리·이익을 충분히 옹호해야 할 요청이 있다고 본다. 이러한 점에서 볼 때, 이 사건 법률조항에 관하여 국회의원이 개별 국민에 대하여 부담하는 직무상 법적 의무는 이 사건 법률조항이 위헌이라고 하는 사법 판단 등을 받은 다음 이어서 입법적 조치를 강구하면 족하다는 수동적인 것에 그치는 것이 아니라, 이 사건 법률조항의 합리성에 관한 여러 가지 사정 등에 관해 스스로 조사하고 검토하는 것을 통하여 개인의 존엄과 법 앞의 평등을 정한 헌법에 비추어 스스로 주체적으로 이 사건 법률조항의 합리성을 부단히 검토하고 고찰해야 할 능동적인 의무를 포함하는 것으로 해석하여야 한다.

그러나 원고들이 혼인신고서를 제출한 2019. 1.경보다 꽤 오래전의 시점에서 입법부의 재량권을 고려하더라도 이 사건 법률조항에 대한 합리적인 근거가 없어지고 있었다. 이 사건 법률조항은 원고들의 혼인을 할 자유를 침해하고 동성애자 커플인 원고들을 혼인에 있어서 합리적 이유 없이 차별 취급한 것으로 원고들은 동성애자 커플이 법률상 혼인에 있어 이성애자 커플과 동등한 취급을 받을 권리·이익을 침해하는 것이므로 헌법 제24조 제1항 내지 제2항, 제13조 및 제14조 제1항에 위반되는 것이다.

이와 같이 이 사건 법률조항의 위헌성은 늦어도 원고들이 혼인신고서를 제출하기 상당 기간 이전부터 국회에 있어 명백한 것이었다고 해야 함에도 불구하고 국회는 정당한 이유 없이 장기간에 걸쳐 그 개폐 등의 입법적 조치를 게을리하였기 때문에, 이 사건 법률조항의 개폐 등을 하지 않은 국회의 입법 부작위는 국가배상법 제1조 제1항의 적용에 있어 위법이라고 해야 한다.

나. 피고 주장의 요지

국가배상법 제1조 제1항에서 말하는 “위법”이란 국가 또는 공공단체의 공권력 행사를 담당하는 공무원이 개별 국민에 대하여 부담하는 직무상 법적 의무에 위반하는 것을 말하는 것으로 국회의원의 입법 행위 또는 입법 부작위가 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법이 되는지 여부는 국회의원의 입법 과정에서의 행위가 개별 국민에게 부담하는 직무상 법적 의무를 위반했는지 여부의 문제이며, 입법 내용의 위헌성의 문제와는 구별되어야 할 것이다. 그리고 이러한 행위에 대한 평가는 원칙적으로 국민의 정치적 판단에 맡겨야 할 일이고 만일 해당 입법의 내용이 헌법의 규정을 위반하는 것이라 하더라도 이로 인해 국회의원의 입법 행위 또는 입법 부작위가 곧바로 국가배상법 제1조 제1항의 적용을 받아 위법하다 평가를 받는 것은 아니다.

무엇보다 법률의 규정이 헌법상 보장되거나 보호되는 권리·이익을 합리적인 이유 없이 제한하는 것으로서 헌법의 규정을 위반하는 것이 명백하다고 하더라도, 국회가 정당한 이유 없이 장기간에 걸쳐 법률의 개폐 등 입법적 조치를 게을리한 경우 등에

있어서는 국회의원의 입법 과정에서의 행위가 직무상 법적 의무를 위반한 것으로 예외적으로 이러한 입법 부작위는 국가배상법 제1조 제1항의 규정의 적용을 받아 위법하다는 평가를 받을 수 있다고 해석하는 것이 타당하다.

그러나 이 사건 법률조항은 헌법 제24조 제1항 내지 제2항, 제13조 및 제14조 제1항을 위반하는 것이 아니므로 애초에 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법이라는 평가를 받을 여지가 없다.

3. 쟁점 (3) (원고들의 손해액)에 대하여

가. 원고들 주장의 요지

원고들은 법률상 동성과의 혼인을 인정하는 입법을 게을리 한 피고의 입법 부작위에 의하여 헌법 상 보장되는 혼인의 자유를 침해받고 혼인에 의해 생기는 사회적 승인에 따른 심리적·사회적 이익, 법적·경제적 권리·이익 및 사실상의 이익을 받을 수 없으며, 또한 사회가 승인하지 않는 관계라는 낙인이 찍혀 개인의 존엄이 심각하게 손상될 수 있다는 중대한 손해를 입었으며, 이로 인해 상당한 정신적 고통을 겪고 있다.

이러한 정신적 고통을 회복하기에 충분한 위자료는 원고들 각각에 대하여 적어도 100만 엔은 된다고 본다.

나. 피고 주장의 요지

원고들의 손해의 발생은 부인한다.