

Sexual Orientation and Gender Identity

제5회 SOGI 콜로키움

성전환자 성별정정 10년
- 의미와 과제 -

2016.11.19.(토) 오후3시

광화문 변호사회관 조영래홀

SOGI법정책연구회

제5회 SOGI콜로키움 “성전환자 성별정정 10년-의미와 과제”

주최 SOGI법정책연구회
발행일 2016.11.19.
인쇄 한울타리

SOGI법정책연구회는 성적지향(sexual orientation), 성별정체성(gender identity)과 관련된 인권 신장 및 차별 시정을 위한 법제도?정책 분석과 대안마련을 위해 2011. 8. 발족한 연구회입니다. 우리 연구회는 국내외 변호사와 연구자로 구성되어 있습니다. SOGI콜로키움, SOGI인권아카데미, 연간 보고서 『한국 LGBTI 인권 현황』 발간, LGBTI 관련 조사연구 등을 수행하고 있습니다.

홈페이지 sogilaw.org
연간보고서 웹페이지 annual.sogilaw.org
메일 sogilip.ks@gmail.com
전화 0505.300.0517
SNS www.facebook.com/sogilaw.org
후원 국민 069102-04-178209 정현희(소지법연구회)

순서

사 회	정현희 (SOGI법정책연구회 상임연구원)	
제1발제	법원의 성전환자 성별정정 결정례의 변화와 동향 _하정훈 판사 (전주지방법원 군산지원)	----- pp.1-24
제2발제	성전환자 성별정정 요건의 국내외 현황 및 문제점 _이승현 박사 (연세대학교)	----- pp.25-48
제3발제	성전환자 성별정정 절차에서의 실무상 문제 _한가람 변호사 (공익인권변호사모임 희망을만드는법)	----- pp.49-62

법원의 성전환자 성별정정 결정례의 변화와 동향

하 정 훈

전주지방법원 군산지원 판사

I. 들어가며

대법원은 10년 전 2006. 6. 20. 처음으로 성전환자가 구 호적법(2008. 1. 1. 법률 제8435호로 폐지되었고, 구 호적법의 내용은 가족관계등록법에 규정되었다) 제120조에 따라 호적(구 호적법에 규정된 ‘호적’은 호적법이 폐지되고 가족관계등록법이 제정됨에 따라 ‘가족관계등록부’로 변경되었다. 이하에는 법률 폐지 전후를 불문하고 모두 ‘가족관계등록부’로 부르기로 한다)에 기재된 성별을 정정할 수 있다는 결정을 하였다.¹⁾ 위 대법원 결정(이하 ‘대법원 2006년 결정’이라 한다)이 나오기 전에도 우리나라에는 가족관계등록부상 기재된 성전환자의 성별 정정을 허가하는 하급심 결정례가 상당히 축적되어 있기는 하였으나,²⁾ 동시에 성전환자의 성별 정정을 불허한 하급심 결정례도 있어서³⁾ 성전환자로서는 법원으로부터 자신의 가족관계등록부상 성별 정정을 허가받을 수 있는지에 관하여 예측가능성이 대단히 떨어지는 상황에 처했었다. 이와 같은 상황에서 대법원은 10년 전에 가족관계등록부상 성전환

1) 대법원 2006. 6. 20.자 2004스42 전원합의체 결정

2) 대전지방법원 천안지원 1990. 4. 19.자 90호파71 결정, 부산지방법원 가정지원 2002. 7. 3.자 2001호파997, 998 결정, 전주지방법원 정읍지원 2003. 2. 27.자 2002호파288, 289 결정, 광주지방법원 가정지원 2003. 7. 31.자 2003호파708, 709 결정, 광주지방법원 2004. 12. 15.자 2003브20 결정, 대구지방법원 2005. 2. 17.자 2004브3 결정 등.

3) 서울가정법원 1987. 10. 12.자 87호파3275 결정, 수원지방법원 여주지원 1990. 6. 7.자 90호파98 결정, 서울지방법원 북부지원 1990. 6. 29.자 90호파451 결정, 광주지방법원 1995. 10. 5. 95브10 결정, 대구지방법원 가정지원 2001. 4. 24.자 2001호파643 결정, 대전지방법원 2004. 12. 4.자 2004브32 결정 등.

자의 성별 정정이 가능하다고 결정함으로써 성별 정정 가부에 관한 혼란은 최소한 해결되었다. 이는 대법원이 개인의 ‘성별’을 평가하는 기준으로 단지 생물학적인 요소뿐만 아니라 사회적, 규범적 요소를 받아들인 최초의 결정이었다는 점에서 대단히 의미 있는 결정이었다.⁴⁾

그러나 대법원이 10년 전에 성전환자의 가족관계등록부상 성별 정정이 가능하다고 결정하였다고 하여 성전환자의 성별 정정에 관한 법적 난제가 전부 해결된 것은 아니었다. 성전환자의 성별 정정이 가능하다고 한다면 그 요건은 어떻게 될 것인지, 그 요건을 입증하기 위해 제출해야 하는 입증자료의 수준은 어느 정도인지, 성전환자의 가족관계등록부상의 성별 정정은 어떤 효과를 갖는지에 관한 문제는 위 결정 이후 꾸준히 탐색, 발전되어야 할 문제로 남았다. 본고는 대법원이 성전환자의 성별 정정을 최초로 허가한 2006년의 결정 이후 10년간 위와 같은 문제들에 관한 우리나라의 발전 상황을 검토하고, 이를 토대로 법률이 ‘성’을 바라보는 방식에 관하여 고찰하고자 한다.

II. 성별 정정의 요건에 관한 결정례의 분석 및 변화

1. 대법원 2006년 결정에서 정한 요건 및 그 의미

대법원 2006년 결정의 다수의견은 해당 사안의 성전환자가 아래와 같은 사정에 처해 있으므로 성별 정정이 허용되어야 한다고 하였다(괄호 속 내용은 필자가 편의상 부가하였다).

- ① 출생 후의 성장에 따라 일관되게 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로의 역할을 수행하며 성기를 포함한 신체 외관 역시 반대의 성으로서 형성하기를 강력히 원하고 있다(이하 ‘성전환자의 주관적 사정’이라 한다).
- ② 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 정신과적 치료나 호르몬 치료 등을 실시하여도 여전히 위 증세가 치유되지 않았다(이하 ‘성전환증에 대한 치료 사정’이라 한다).
- ③ 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추었다(이하

4) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결 또한 ‘성별’을 판단할 때에 “심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 한다”고 판단함으로써 성별 판단에 사회통념설을 취한 최초의 판례로 평가되기도 한다. 그러나 위 판결은 위와 같이 사회통념설을 따르면서도 남성으로 여성으로 성전환 수술을 받은 사람이 ‘여성’으로 평가되기 어렵다고 판결함으로써 한계를 보였다. 위 판결이 실질적으로 성전환자의 성별 정정을 부정한 것과 마찬가지로는 평석에 관하여는 문유석, “성전환수술을 받은 자의 성별”, 「인권과 정의」제311호, 2002년 참조.

‘성전환수술 사정’이라 한다).

- ④ 전환된 신체에 따른 성을 가진 사람으로서 만족감을 느끼고 공고한 성정체성의 인식 아래 그 성에 맞춘 의복, 두발 등의 외관을 하고 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함으로써 주위 사람들로 부터 그 성으로서 인식되고 있다(이하 ‘반대 성으로의 정착 사정’이라 한다).
- ⑤ 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니한다(이하 ‘부정적 영향 사정’이라 한다).

대법원 2006년 결정이 실시한 위 다섯 가지 사정은 우리나라에서 성전환자의 성별 정정에 관한 일종의 ‘요건’으로 받아들여졌다.⁵⁾ 이 중 ①부터 ④까지의 요건은 성별을 판단하는 기준인 ‘사회통념설’에 따라 성전환자의 성별을 전환된 성별로 판단할 수 있는지에 관한 기준을 제시한 것이고, ⑤ 요건은 성전환자의 성별이 전환된 성별로 판단된다 하더라도 그/녀의 성별을 전환된 성별로 정정할 수 없는 소극적 요건을 제시한 것으로 해석되고 있다.

그러나 대법원 2006년 결정이 나열한 위 사정들이 성별 정정의 ‘요건’으로 해석됨에 따라 위 결정은 10년이 지난 현재에 이르러서는 성전환자의 성별 정정 요구권의 충실한 실현에 일부 장애 사유로 작용하기에 이르렀다.

우선 ① 성전환자가 사회통념상 반대의 성으로 전환되었는지를 판단하는 기준과 관련하여, 대법원 2006년 결정은 ‘성전환자의 주관적 사정’ 및 ‘성전환수술 사정’으로 성전환자가 ‘외부적 성기’를 반대의 성으로 형성하고자 적극적으로 의욕하고, 실제로 외부적 성기가 반대의 성으로 형성되었다는 점을 나열하였다. 이는 후술할 바와 같이 성전환자가 성별 정정을 받기 위해 ‘외부성기’에 대한 외과적 수술을 요구하는 일련의 관행으로 굳어졌고, 그 결과 반대 성으로의 외부성기를 형성하지 않은 성전환자에 대하여 성별 정정이 허용되지 않는 결과를 초래하였다.

또한, ② 성별 정정 허가의 소극적 요건으로 해석되고 있는 ‘부정적 영향 사정’은 그 문구가 대단히 추상적이어서 예측가능성을 떨어뜨리고, 이를 구체화하는 과정에서 성전환자의 성별 정정의 요건이 필요 이상으로 엄격해지는 결과를 초래하였다. 실제로 대법원 2006년 결정의 반대의견은 다수의견이 성별 정정의 ‘요건’으로 “다른 사람들과의 신분관계에 중대한

5) 서울서부지방법원 2013. 11. 19.자 2013호파1406 결정은 이를 명시적으로 성전환자에 대한 성별 정정 허가 요건이라고 실시하였다(위 결정 4면 참조). 또한, 이승현, “성전환자의 법적 지위에 대한 국내 논의 동향 및 제언”, 「법과 사회」제44호(2013년 6월), 255면에서도 위 다섯 가지 기준에 해당하는 경우만 성별 정정 허가의 대상이 된다고 하여 이를 성별 정정의 ‘요건’으로 인식하고 있다.

변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니한다”는 매우 추상적인 요건을 부가하여 성전환자가 성전환수술을 했다가 성별이 정정되지 않은 경우가 생겨 혼란이 초래될 수 있다며 다수의견을 비판하기도 하였다.

그러나 대법원 2006년 결정이 나열한 위 ‘사정’들을 성별 정정의 ‘요건’으로 확대하여 해석하는 것은 옳지 않다. 위 결정의 다수의견에 대한 보충의견(김지형 대법관)은 다수의견이 문제된 구체적 사안에서 성별 정정을 허가하기에 이르게 된 근거로 나열한 사정을 성별 정정의 허가 ‘요건’으로 해석할 수 없다고 명시적으로 설시하였다. 즉, 김지형 대법관은 앞서 본 반대의견의 비판에 대하여, 다수의견이 해당 사안에서 성별 정정을 허가하면서 성별 정정이 “다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니한다”는 사정을 부가한 것과 관련하여서 이는 성별 정정 허가의 ‘소극적 요건’으로 해석될 것이 아니라 “진정한 의미에서의 성전환자로 확인되고 더 나아가 그에 따라 호적정정을 하더라도 그 효력이 소급하여 기존의 신분관계 등에 중대한 영향을 주지 않아 제한적인 범위 안에서만 그 효력이 미친다고 볼 수 있다면 호적정정을 허용할 수 있다는 의미”에 불과하다고 하였다.

대법원 2006년 결정의 다수의견을 위 보충의견과 함께 해석할 경우, 다수의견이 실시한 각종 사정은 해당 사안에서 성별 정정 허가를 신청한 성전환자가 처해 있던 고유한 사정을 나열한 것으로 제한적으로 해석되어야 한다. 즉, 대법원 2006년 결정은 스스로 나열한 각 사정들에 비추어 해당 사안의 성전환자에 대하여 성별 정정을 허가한다고 결정한 것이므로 그 각 사정이 성별 정정의 요건으로 해석될 수는 없다.⁶⁾ 그러지 않고 위 구체적 사안에 고유했던 각 ‘사정’을 성별 정정의 ‘요건’으로 해석하는 순간 앞에서 본 바와 같이 성전환자의 성별 정정의 요건이 지나치게 엄격해지는 부당한 결과를 초래한다.

한편 대법원 2006년 결정이 나열한 사정 중 ‘성전환증에 대한 치료 사정’은 현재 성전환자의 성별 정정에 특별한 장애로 작용하고 있지는 않으나, 성전환증을 하나의 질병으로 파악하고 이것이 정신과적, 호르몬적 치료로 ‘치유’될 수 있다는 전제로 나열된 사정이어서 언급을 필요로 한다. 대법원 2006년 결정 당시 미국 정신과 학회의 정신장애의 진단 및 통계 편람(Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder, 이하 ‘DSM’이라 한다) 제4판에서는 성전환증(transsexualism)을 하나의 정신질병으로 기재하고, 국제보건기구의 제10차

6) 이는 외부성기 형성 없이도 성별 정정을 허가한 서울서부지방법원 2013. 11. 19.자 2013호파1406 결정에서도 동일하게 지적된 부분이다. 그러나 반대로 대법원 2006년 결정에서 나열한 위 각 사정이 ‘요건’이 아니라고 해석한다면 오히려 성전환자의 성별 정정에 대한 예측가능성이 떨어질 수도 있다는 단점도 있다.

국제질환분류(International Classification of Disease, 이하 'ICD'라 한다)도 성전환증을 정신질환인 성별 정체성 장애(gender identity disorder)의 하나로 규정하고 있었다.⁷⁾ 이는 자신이 태어난 생물학적인 성으로 귀속감을 느끼는 것이 정상임을 전제로 성전환증이 '치료'되어야 하는 정신질환으로 규정한 것이다. 그러나 2013년에 개정된 DSM 제5편에서는 성전환증이 정신질환 목록에서 삭제되었고,⁸⁾ 성전환자 인권 단체들은 2017년에 개정을 준비 중인 ICD에서도 성전환증을 정신질환으로 규정하는 부분의 삭제를 요구하고 있다.⁹⁾

대법원 2006년 결정도 당시 정신의학계에서 성전환증을 정신질환의 하나로 분류한 것을 전제로 한 것으로 보인다.¹⁰⁾ 그러나 현대 정신의학의 발전에 따라 자신의 생물학적 성과 다른 성별로 귀속감을 느끼는 것은 개인의 '정체성'이지 질병이 아니고, 단지 그와 같이 다른 성별로 귀속감을 느끼는 현상으로 인해 일상생활에 고통을 느끼는 경우 그 고통을 치유하기 위한 한도 내에서만 이를 질병으로 보는 것이 주류적인 견해로 자리잡고 있다. 그리고 이와 같이 반대의 성으로 귀속감을 느끼는 정체성으로 인해 고통을 느끼는 경우에도 자신이 귀속감을 느끼는 성별로 성전환수술을 하는 것이 아니라, 생물학적 성으로 귀속감을 느끼도록 유도하는 것이 우선적인 치료방법이라고 단정할 수도 없다. 무엇보다 대법원이 성전환증을 치료를 요하는 정신병이라고 규정하는 순간 성전환자에 대한 낙인효과가 발생한다. 이와 같은 이유에서 대법원 2006년 결정의 '성전환증에 대한 치료 사정'에 관한 설시는 문제적이다. 대법원 2006년 결정 중 '성전환증에 대한 치료 사정'은 비록 현재 우리나라의 성별 정정 허가 재판에 큰 영향을 미치는 요소는 아니나 장래에 대법원이 성전환자에 대한 결정이나 판결을 선고할 때에 주의가 요구되는 부분이다.

7) 민유숙, “성전환자에 대한 호적정정의 가부”, 「대법원판례해설」통권 제60호, 2006년, 575-576면.

8) American Psychiatric Association (2013). Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition. American Psychiatric Publishing. ISBN 978-0-89042-554-1 참조. 성전환증이 삭제되는 대신 '성별 불쾌감'(gender dysphoria)라는 개념이 포함되었다. 이는 생물학적 성과 다른 성에 귀속감을 느끼는 것 자체는 질병이 아니라는 전제에서, 그와 같이 자신의 생물학적 성별과 다른 성별에 귀속감을 느낌으로써 불쾌감 고통을 느끼는 경우에만 진단 대상인 질병으로 규정하였다.

9)

http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/ICD%20Meeting%20Packet-Report-Final-sm.pdf 참조.

10) 대법원 2006년 판결에 관한 당시 재판연구관의 평석인 민유숙, 앞의 논문에서는 성전환증의 의학적 의미에 대해 상세하게 설명하고 있다.

2. 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」의 제정 및 의미

대법원은 2006. 6. 20. 성전환자의 성별 정정이 허용되어야 한다는 결정을 내린 후 2006. 9. 6. 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」을 호적예규 제716호로 제정함으로써 성전환자의 성별 정정의 요건 및 절차를 마련하였다. 위 호적예규는 구 호적법이 폐지됨에 따라 2007. 12. 10. 가족관계등록예규 제256호로 다시 제정되었고, 그 후로부터 현재까지 위 가족관계등록예규(이하 위 예규의 개정 전후를 불문하고 ‘예규’로 통칭한다)는 성전환자의 성별 정정의 요건 및 절차를 규정한 유일한 규정으로 기능하고 있다.

국민의 권리·의무에 영향을 미치는 법령은 국민으로부터 선출됨으로써 민주적 정당성을 가진 국회, 또는 그 국회에서 위임을 받은 기관이 제정하여야만 국민에 대하여 구속력을 발휘할 수 있음은 근대 국가의 기본 원리 중 하나이다.¹¹⁾ 성별 정정이 어떤 요건 아래에서 가능한지는 국민의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 사안이므로 이를 규정한 법령이 구속력을 갖기 위해서는 당연히 국회에서 제정된 법률 또는 그 법률로부터 적법한 위임을 받은 행정입법의 형식을 갖추어야 할 것이다. 그러나 우리나라는 성별 정정을 국회를 통한 입법이 아닌, 대법원 결정을 통해 허가하였고, 위와 같은 결정이 이루어진 후에도 국회는 성별 정정의 요건과 절차를 규정한 그 어떤 법령을 제정하지 않았다. 대법원이 제정한 예규는 국회로부터 그 어떤 위임을 받지 않고 제정된 규정으로서, 단순히 내부적 지침으로서의 효력만 가질 뿐이지 대외적으로 국민을 구속할 수 없다.¹²⁾ 결국, 우리나라는 대법원이 2006. 6. 20. 성전환자의 성별 정정이 가능하다고 결정한 이후 10년이 지나도록 성별 정정의 요건과 절차에 관하여 대외적 구속력을 갖는 규정조차 존재하지 않는 상태에 있다.¹³⁾¹⁴⁾

이처럼 성별 정정의 요건과 절차에 관하여 대외적 구속력 있는 규정이 없는 상황은 성전환자의 법적 지위를 불안정하게 할 뿐이다. 성전환자는 자신의 성별이 정정될 수 있는지를 명확한 규정을 통해 예측할 수 있어야 이를 토대로 자신의 삶을 계획할 수 있다. 이와 같은

11) 김동희, 「행정법」제21판, 2015년, 137면.

12) 김종권, “성전환자의 성별정정허가신청사건등사무처리지침의 문제점”, 법률신문 제3492호, 2006. 9. 25.

13) 국회는 대법원 2006년 결정이 있기 전인 2002년에 한 차례, 대법원 2006년 결정이 있은 후 2006. 10. 한 차례 성전환자의 성별 정정의 요건 및 절차를 규정하기 위한 입법을 시도하였으나 실패하였다. 국회의 위와 같은 입법안에 관하여는, 김선일, “미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정신청을 허용할 것인지 여부”, 「사법논집」 제19호, 2012년, 195-196면 참조.

14) 국가인권위원회는 이와 같이 성전환자의 성별 정정에 관한 입법이 부재하는 상황이 성전환자의 인권을 침해할 소지가 있다면서 국회의장에 대하여 이에 관한 특별법 제정을 권고하였다. 국가인권위원회 2008. 8. 25.자 06진차525, 06진차673 결정 참조.

상황에서 대법원이 제정한 예규는 비록 대외적 효력은 없다고 하지만, 성별 정정을 허가하는 재판에서 일응의 기준으로 사용된다는 점에서 성전환자에게는 자신의 성별이 어떤 요건과 절차를 통해 정정되는지에 관한 최소한의 예측가능성을 부여하고 있다. 그리고 실제로 예규는 성별 정정을 허가하는 재판에서 법관이 1차적으로 판단의 근거로 삼는 기준이 된다는 점에서 성별 정정의 요건과 절차를 논의하는 데에 있어 필수적인 규정으로 자리 잡았다.¹⁵⁾

3. 최초 예규상 성별 정정 요건 및 문제점

가. 최초 제정된 예규상 요건

대법원이 처음 제정한 예규 제6조는 “성별정정의 허가기준”이라는 제목 아래 성별 정정의 요건으로 아래와 같은 사항들을 규정하였다.

제6조(성별정정의 허가기준)

1. 신청인이 대한민국 국적자로서 만 20세 이상의 행위능력자이고 혼인한 사실이 없으며, 신청인에게 자녀가 없음이 인정되어야 한다.
2. 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴온 사정이 인정되어야 한다.
3. 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였으나 신청인이 여전히 수술적 처치를 희망하여, 자격있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었음이 인정되어야 한다.
4. 성전환수술의 결과 신청인이 현재 반대의 성으로서의 삶을 성공적으로 영위하고 있으며, 생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재 전환할 개연성이 없거나 극히 희박하다고 인정되어야 한다.
5. 남자에서 여자로의 성전환(MTF)인 경우에는 신청인이 「병역법」 제3조에 따른 병역의무를 이행하였거나 면제받았어야 한다.
6. 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 없다고 인정되어야 한다.
7. 그 밖의 신청인의 성별정정이 신청인의 신분관계에 중대한 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정되어야 한다.

위 예규의 내용에서 볼 수 있듯이 예규는 대법원 2006년 결정의 다수의견이 실시한 각

15) 이승현, 앞의 논문, 254-255면은 대법원 2006년 결정 이후 예규가 실질적인 강제력을 가진 기준으로 활용되고 있음을 지적하고 있다.

중 ‘사정’을 성별 정정의 허가 ‘요건’으로 해석하여 규정하였다. 위 요건을 크게 나누어 보면, 2, 3, 4호에 규정된 요건은 성전환자가 사회통념상 전환된 성으로 인식되는지에 관한 요건을 규정한 것으로서 대법원 2006년 결정의 문구와 상당히 유사하다. 또한, 1, 5, 6, 7호 규정은 대법원 2006년 결정이 거시한 ‘부정적 영향 사정’을 소극적 요건으로 해석하여 구체화하였다.

그러나 전술하였듯이 대법원 2006년 결정의 다수의견이 실시한 각종 사정은 그 구체적 사안에서 성별 정정을 허가할 수밖에 없던, 해당 사안에 고유했던 사정에 불과하였으므로 이를 예규상 ‘요건’의 형태로 규정하였던 것이 대법원 2006년 결정을 정확하게 반영한 것인지는 의문이다(게다가 그 ‘요건’을 ‘구체화’하는 과정에서 불필요하게 엄격한 요건이 규정되기도 하였다). 이와 같은 이유로 예규상 규정된 성별 정정 허가 요건에 관하여 아래와 같은 논쟁과 변화가 촉발되었다.

나. 국가인권위원회의 권고결정

국가인권위원회는 예규상 규정된 성별 정정 요건에 인권침해적인 요소가 있다는 진정을 받고 2008. 8. 25. 예규상 요건 중 사회통념상 반대의 성으로 인식될 수 있는 기준과 관련하여서는, ① 최종적인 외과수술(성기수술)을 요구하는 것, ② 반대 성으로서의 삶을 성공적으로 영위하고 있을 것을 조건으로 하는 것이 지나치게 엄격하거나 추상적인 요건이므로 인권 침해의 소지가 있다고 결정하였다. 또한, 예규상 규정된 성별 정정의 소극적 요건에 대해서는 전부(구체적으로는, ① 만 20세 미만인 자에게 예외 규정 없이 성별 변경을 불허하도록 하는 요건, ② 과거에 혼인한 경력이 있는 자까지 성별 정정을 불허하는 요건, ③ 자녀가 있는 경우 그 자녀의 의사를 확인하는 절차를 거치지 않고 언제나 성별 정정을 불허하는 요건, ④ 병역의무를 이행하였거나 면제받았음을 요구하는 요건, ⑤ 범죄 또는 탈법행위의 의도나 목적이 없음을 요구하는 요건, ⑥ 신분관계에 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정되어야 한다는 요건) 성전환자의 인권을 침해할 소지가 있다고 결정하였다.¹⁶⁾

이에 대법원은 2009. 1. 20. 예규를 개정면서 개정 전 예규상 요구되던 요건 중 “신청인이 현재 반대의 성으로서의 삶을 성공적으로 영위하고 있을 것”(제4호 중 일부), “병역의무를 이행하였거나 면제받았을 것”(제6호), “그 밖의 신청인의 성별정정이 신청인의 신분관계에 중대한 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정될 것”(제7호)의 요건을 삭제하기에 이른다.

16) 국가인권위원회 2008. 8. 25.자 06진차525, 06진차673 결정.

그러나 대법원은 국가인권위원회의 결정에도 불구하고 성별 정정의 적극적 요건으로 외과적 성기 수술을 요구하는 규정과, 소극적 요건으로 혼인 경력의 없고 자녀가 없으며 미성년자가 아닐 것을 요구하는 규정은 그대로 유지하면서 그 이유를 “우리나라 신분법질서와 양립하기 어려운 권고사항”이기 때문이라고 밝혔다.¹⁷⁾

4. 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 결정을 통한 요건의 변화

가. 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 결정

그로부터 2년 후인 2011. 9. 2. 대법원은 당시 시행 중이던 예규보다 완화된 요건 아래에서도 성별 정정이 허용되어야 한다는 결정(이하 ‘대법원 2011년 결정’이라 한다)을 내렸다.¹⁸⁾ 위 결정은 미성년 자녀가 있는 성전환자의 성별 정정을 허가할 것인지에 관한 결정으로 대법원은 ‘미성년’ 자녀가 있는 성전환자의 경우 성별 정정이 허용되지 않는다고 하면서 신청인의 성별 정정 허가 신청을 기각하였다. 위 결정은 당장 미성년 자녀가 있는 성전환자의 성별 정정 허가 신청을 기각한 결정이기는 하지만, 그 이유 중에는 당시 시행 중이던 예규에 규정된 요건에 비해 보다 완화된 요건으로 성별 정정을 허가해야 한다는 내용이 있다.

즉, 당시 시행 중이던 예규에 따르면 성전환자가 과거에 혼인한 경력이 있는 경우에도 성별 정정이 허용되지 않는다고 하였으나 대법원 2011년 결정은 “원심이 과거의 혼인경력을 들어 성별정정을 불허한 것처럼 판시한 것은 잘못”이라고 명시적으로 판단하여 과거의 혼인 경력만을 이유로 성별 정정을 불허할 수는 없다고 하였다. 그러나 위 결정은 동시에 ‘혼인 중’에 있는 성전환자에 대하여는 성별 정정이 허용될 수 없다고 명시적으로 판단하였다.

또한, 대법원 2011년 결정은 자녀가 있는 성전환자의 성별 정정이 허용되어서는 안 된다는 이유로, 반복적으로 ‘미성년’ 자녀의 복리를 언급함으로써 반대해석상 자녀가 있는 성전환자라 하더라도 자녀가 성년에 이른 경우에는 성별 정정이 허용될 수 있다는 해석이 가능하게 하였다. 당시 시행 중이던 예규에 따르면 성전환자에게 자녀가 있는 경우 자녀가 성년에 이르렀는지 여부를 불문하고 성별 정정이 가능하지 않았다.

앞서 본 국가인권위원회의 결정 또한 과거에 혼인한 경력을 성별 정정의 소극적 요건으로 두는 것은 인권침해 요소가 있으므로 이를 현재 혼인 중인 경우로 개정할 것과, ‘자녀가 있는 것’을 소극적 요건으로 두는 것 또한 인권침해의 우려가 있으므로 이를 ‘미성년 자녀’가 있는 경우로 제한하고, 미성년 자녀가 있는 경우에도 미성년 자녀의 의사를 확인하는 절

17) 이승현, 앞의 논문, 249면.

18) 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 결정

차를 마련하여 성별 정정이 허가될 가능성을 열어둘 것을 권고하였다. 대법원 2011년 결정은 이와 같은 국가인권위원회의 결정을 뒤늦게라도 일부 수용한 결정이라는 점에서 긍정적으로 평가할 부분이 있다.

나아가, 앞서 본 대법원 2006년 결정이 성별 정정의 허가 '요건'을 구체적으로 판시한 것이 아니라고 본다면 대법원 2011년 결정은 대법원이 최초로 성별 정정 허가의 '소극적 요건'(혼인 중이거나 미성년 자녀가 있으면 안 된다는 요건)을 판시한 결정으로 평가할 수 있다. 그러나 대법원 2011년 결정은 성별 정정의 '소극적 요건'을 처음으로 명시적으로 내세움으로써 위 결정으로 인해 '혼인 중'이거나 '미성년 자녀가 있는' 성전환자는 성별을 정정할 가능성이 차단되어버렸다. 이에 대해서는 항을 나누어 살펴보기로 한다.

나. 혼인 중인 성전환자의 성별 정정 문제

혼인 중인 성전환자에 대하여 성별 정정을 허가할 것인지에 관하여 대법원 2011년 결정의 다수의견은 혼인 중인 성전환자의 성별 정정을 허가할 경우 우리나라가 허용하지 않는 동성혼의 결과를 초래할 수 있으므로 이를 허용할 수 없다는 것을 주된 근거로 제시하였다. 대법원 2011년 결정이 나올 때까지만 해도 우리나라에서는 동성혼이 허용되는지를 정면으로 판단한 결정이 없었는데, 위 결정은 우리나라에서 동성혼이 허용되지 않는다고 간접적으로 판단한 예가 되었다.

동성혼이 허용되어야 하는지에 대한 논의는 별론으로 하고, 현재 우리나라 법상 동성혼이 허용되지 않는다는 것을 전제로 한다면 혼인 중의 성전환자에 대하여 성별을 정정할 경우 법률상 허용되지 않는 혼인이 허용되는 결과가 초래되기 때문에 이를 불허할 목적의 정당성 자체는 인정된다고 하겠다.

또한, 생물학적 성과 반대의 성으로 귀속감을 느끼던 사람이 반대의 성으로 생활하기로 결심하고, 이를 위한 의학적 조치를 받는 정도에 이르면 대부분의 혼인관계는 실질적 파탄 및 이혼에 이른다는 점에서 위 요건으로 인해 가족관계등록부상 성별 정정을 받지 못하여 고통받는 성전환자를 쉽게 상정할 수 없기는 하다. 비교법적으로도 성별 정정의 요건으로 현재 혼인하지 않고 있을 것을 요건으로 하는 국가들도 있다.¹⁹⁾

그러나 우리나라가 이혼 사유에 있어 유책주의를 삼는 이상 성전환자의 배우자가 이혼

19) 2012년 기준으로 성별 기재의 정정을 위해 현재 혼인 중이지 않을 것을 요구하는 국가는 스웨덴, 일본이 있고, 미국도 대체로 이혼을 요구한다고 한다. 영국은 혼인한 성전환자도 성별 정정을 승인하되, 혼인이 해소된 후에 그 효력이 발생하도록 한다. 독일도 미혼일 것을 요구하였으나 그와 같은 규정은 2008. 5. 27. 연방헌법재판소에 의해 헌법불합치로 결정이 내려졌다. 이와 같은 각국의 입법례에 관해서는 김선일, 앞의 논문, 179-189 참조.

에 동의하지 않는다면 성전환자가 배우자를 상대로 제기한 이혼청구는 받아들여질 수 없어서 성전환자로서는 원하지 않는 혼인생활을 계속해야 할 뿐만 아니라 이로 인해 성별의 정정까지 못 받는 결과가 발생하는 점은 여전히 문제로 남는다.

대법원 2011년 결정의 반대의견 중에서도 혼인 중의 성전환자라는 이유만으로 성별 정정이 불허되어서는 안 된다는 의견(박시환, 김지형, 전수안 대법관)이 있었다. 위 반대의견은 가족관계등록부상 성별 정정 신청을 하는 성전환자라면, 장래에 이혼할 것이거나, 기존의 혼인관계가 사실상 파탄 났을 것임을 전제로, 이와 같은 경우에는 성별 정정을 하더라도 동성혼을 용인하는 것처럼 신분질서에 중대한 변화가 초래되는 것이 아니므로 성별 정정이 허용되어야 한다는 취지였다.

혼인 중인 성전환자가 성별을 정정하면 국가가 허용하지 않는 동성혼이 발생하는 결과가 발생한다고는 하나, 이를 방지하기 위해 성전환자의 성별 정정 자체를 막는 것이 얼마나 적절한 수단인지는 의문이다. 성별이 정정되어 동성 사이의 혼인의 결과가 발생한다면 그 혼인에 대하여 무효 선언을 구하는 절차를 거치는 방법으로 국가가 허용하지 않는 동성혼의 결과를 충분히 피할 수 있는데,²⁰⁾ 이를 넘어 이미 사회통념상 전환된 성으로 인식되고 활동하고 있는 사람에 대하여 성별 정정을 불허하는 것은, 기본권에 대한 제한이 필요최소한도에 그쳐야 한다는 비례성의 원칙에도 어긋나는 것일뿐더러, 가족관계등록부가 현실을 반영하지 못하는 결과를 초래하여 오히려 혼란을 일으킨다.

한편 혼인 후 성전환자로서의 정체성을 뒤늦게 깨달아 반대의 성으로의 삶을 영위한다고 하더라도, (특히 자녀가 있는 경우) 기존의 배우자와 생활공동체를 유지하고자 하는 경우도 있을 수 있다.²¹⁾ 이 같은 경우 당사자들이 성별 정정을 받음과 동시에 기존의 생활공동체를 유지하고자 하는 욕구를 어떻게 법적으로 반영할 것인지는, 혼인 개념의 변화 또는 대안적 생활공동체 제도의 마련과 같은 방향으로 해결되어야 할 것으로 보이고, 그와 같은 제도에 대한 논의 없이 곧바로 혼인 중인 성전환자에 대한 성별 정정을 허가하고, 그 혼인을 그

20) 혼인의 무효는 원시적 사유로만 선언될 수 있으므로 성별 정정과 같은 후발적 사유로 혼인의 무효를 주장할 수 없다고 주장할 수 있을 것이다. 그러나 가족관계등록부의 정정 또한 원시적인 사유만을 이유로 가능하였으나 우리는 성전환과 같은 후발적 사유를 이유로 가족관계등록부상의 성별 기재 정정을 허가하는 유연성을 발휘한 적이 있다. 그와 같은 유연성이 혼인 무효에도 동일하게 적용하지 못할 이유가 없다.

21) 미국의 드라마 “Orange is the new black”을 보면 생물학적 남성으로 여성으로 성전환술을 받은 흑인 여성이 등장한다. 그녀는 여성으로 성별 정정을 받아 여성 교도소에 수감되어 있으나, 기존의 배우자와 자녀가 있는 관계로 기존의 배우자와 여전히 ‘가족’으로서 관계를 맺으며 그 배우자는 여성 교도소에 수감된, 과거에는 남편이었던 그녀를 면회하며, 자녀의 양육에 관하여 상담하는 모습을 보인다.

대로 유지하게 하는 것은 타당하다고 보이지 않는다.

다. 미성년 자녀가 있는 성전환자의 성별 정정²²⁾

대법원 2011년 결정이 비판 받는다면 이는 주로 미성년 자녀가 있는 성전환자의 성별 정정을 일률적으로 불허했다는 데에 있다. 앞서 본 바와 같이 국가인권위원회는 미성년 자녀가 있는 경우라 하더라도 미성년자의 의사를 확인하는 절차를 마련하여 일정한 경우 성별 정정이 허용되어야 한다고 권고하였다.

대법원 2011년 결정의 다수의견이 미성년 자녀가 있는 성전환자의 성별 정정이 허용될 수 없다고 한 주된 논거는 이를 허용할 경우 미성년 자녀가 “정신적 혼란과 충격”에 노출되고, 가족관계증명서를 제출할 때에 “사회적 차별과 편견에 무방비하게 노출되도록 방치”된다는 데에 있다.

그러나 성전환자가 성별 정정을 신청할 때에는 이미 개인적인 영역은 물론, 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행하고 있고, 단지 가족관계등록부상 성별이 정정되지 않았을 뿐인 경우가 대부분이다. 그렇다면 성별 정정 신청을 하는 성전환자의 자녀는 자신의 부모의 성별이 변한 데에 따른 “혼란과 충격”에 이미 노출되었다고 보아야 한다. 이와 같은 상황에서 성전환자 부모의 가족관계등록부상 성별을 정정하는 것은, 그 자녀가 과거에 이미 겪은 “혼란과 충격”을 단순히 가족관계등록부에 반영한다는 의미밖에 없으므로 그와 같은 성별 기재의 정정이 미성년 자녀에게 어떤 추가적인 “혼란과 충격”을 가하는지 알 수 없다.

나아가 대법원 2011년 결정의 다수의견은 미성년자 본인이 자신의 가족관계등록부를 학교 등에 제출할 때에 각종 “사회적 편견에 무방비하게 노출”될 수 있다고 하나, 이는 가족관계등록부상의 “부” 또는 “모”의 기재에 성별이 노출되지 않도록 하는 방법 등 미성년 자녀의 부모가 성전환을 거쳤음을 드러나지 않도록 하는 장치를 마련함으로써 해결할 일이다.²³⁾ 또한, 그와 같은 “사회적 편견”이 있다면 그 사회적 편견을 감소시키기 위해 노력할 일이지 이를 이유로 성전환자의 성별 정정을 불허하는 것은 오히려 사회적 편견을 강화시키는 방향으로 나아갈 뿐이어서 바람직한지 의문이다(이혼한 가정의 자녀에 대한 사회적 편견이 있다는 이유만으로 이혼을 불허하지 않는 것과 마찬가지로).

실제로 미성년 자녀가 있다는 이유를 성별 정정의 소극적 요건으로 삼는 예는 우리나라와 일본이 유일하다.²⁴⁾ 이런 비교법적인 예에 비추어 봐도 미성년 자녀가 있다는 이유만으

22) 미성년자가 있는 성전환자에 대한 성별 정정을 접근하는 다양한 방법에 관하여는 김선일, 앞의 논문, 213-217면 참조.

23) 김선일, 앞의 논문, 220-225면 참조.

로 성별 정정을 불허하는 것은 납득하기 어렵다.

라. 대법원 2011년 결정에 따른 예규의 개정

예규는 그 후 2011. 12. 5. 대법원 2011년 결정이 제시한 요건에 따라 개정되었다. 즉, 성별 정정 허가의 소극적 요건으로 과거에 혼인하였는지는 더 이상 문제되지 않고 단지 현재 혼인 중인지 여부만 문제되었으며, 과거에 ‘자녀’가 있으면 언제나 성별 정정이 불허되도록 한 규정을 ‘미성년인 자녀’가 있는 경우로 제한하였다.

또한, 기존의 예규는 위와 같은 사항들을 제6조에서 ‘성별정정의 허가기준’이라는 제목 하에 규정하였으나 2011. 12. 5.자 개정에 따라 해당 조항의 제목을 ‘조사사항’으로 변경하였다. 이로써 성별 정정 허가 재판을 담당하는 법관으로서는 대외적 구속력이 없는 예규 제6조에 규정된 사항들을 마치 성별 정정 허가의 ‘기준’ 또는 ‘요건’인 것처럼 받아들이지 않고, 예규에 정한 사항들을 ‘조사’함으로써 그 조사 결과를 종합적으로 고려하여 성별 정정을 허가함이 정당한지를 판단할 여지가 생겼다. 이와 같이 개정된 예규는 국민의 권리·의무에 그 어떤 효력을 가질 수 없는 예규의 성질에 보다 부합하게 개정되었을 뿐만 아니라, 당시 나열했던 사항들이 ‘요건’으로 해석될 수 없다고 본 대법원 2006년 결정에도 보다 충실한 예규로 개정되었다고 평가할 수 있다.

5. 서울서부지방법원 2013. 11. 19.자 2013호파1406 결정 - 외부성기 요건

가. 국가인권위원회 권고결정의 반영과 외부성기 형성 요건

이로써 예규가 최초로 규정한 요건 중 국가인권위원회가 폐지 또는 개정을 요구한 요건 중에서 변동 없이 유지된 것은, ① 외부성기가 반대의 성으로 바뀔 것을 요구하는 요건, ② 미성년자에게 예외 없이 성별 정정을 불허하는 요건, ③ 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적이 없을 요건이다. 그리고 예규의 개정에 따라 위 사항들도 성별 정정의 허가 요건 또는 기준이 아니라, 성별 정정을 허가하기 위한 조사사항에 불과하게 되었다.

이 중 ‘범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적이 없을 것’이라는 요건은, 성전환자가 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴왔다는 요건(예규 제6조 제2호)이 충족되는 이상, 성별 정정의 목적이 ‘범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적’이 있다고 보기 어려울 것이므로 큰 의미가 없다.

미성년자에게 성별 정정을 불허하는 요건의 경우 우리나라에서는 아직 본격적인 논의가

24) 김선일, 앞의 논문, 187-188면의 표 참조.

이루어지지 않고, 이에 관한 법원의 결정례도 찾아보기 어렵다. 그러나 성별 정정의 역사가 보다 오래되고, 성전환자에 대한 논의가 보다 활발한 외국의 사례에 비추어 보면 미성년자에 대한 성별 정정을 일괄적으로 불허하는 것 또한 앞으로 논쟁의 대상이 될 것으로 예상된다.²⁵⁾

마지막으로 성별 정정의 요건으로 “외부성기가 반대의 성으로 바뀌었을 것”을 요건으로 삼는 관행을 살펴본다. 대법원이 2006. 6. 20. 최초로 성전환자에 대한 성별 정정이 허용된다고 결정한 후 2006. 9. 6. 이를 반영한 예규를 제정하기 하루 전에 선고된 인천지방법원 부천지원 2006. 9. 5.자 2006호파1746 결정은 외부성기를 반대의 성으로 형성하지 않은 성전환자에 대한 성별 정정을 허용하기도 하였다.²⁶⁾ 그러나 예규가 제정된 후에는 그와 같은 결정이 한동안 보이지 않다가 2013년부터 외부성기가 반대의 성으로 형성되지 않았음에도 성별 정정을 허용하는 하급심 판례가 축적되고 있다.²⁷⁾

그 중 서울서부지방법원 2013. 11. 19.자 2013호파1406 결정은 반대 성의 외부 성기를 형성하기 위한 외과적 수술을 성별 정정의 요건으로 요구하는 것은 위헌이라는 이유를 자세하게 설시하여 더욱 의미 있다.²⁸⁾ 특히, 위 결정은 대법원 2006년 결정이 외부성기를 반대의 성으로 형성할 것을 성별 정정의 ‘요건’으로 보았다고 해석할 수 없다고 명시적으로 판단하였고, 예규상 성별 정정 허가를 위한 조사사항으로 “외부성기가 반대의 성으로 바뀌었

25) 최근에 미국 플로리다의 법원은 미성년자의 경우에도 출생증명서상의 성별 정정을 허가해야 한다고 판단하였다. 플로리다 법원의 결정문은 <http://www.miamiherald.com/latest-news/article104688771.ece/binary/Final-Order.pdf> 참조. 성전환 청소년들은 학교를 다니면서 교복, 화장실의 사용, 학교 및 반의 배정(남녀 분반 또는 남녀공학이 아닌 학교 등)에 있어 생물학적으로 남성인지 여성인지에 따라 이분법적인 성역할을 강요받을 수밖에 없다. 이런 환경에서 청소년 성전환자에 대한 성별 정정이 이루어지지 않을 경우 자신이 귀속감을 느끼는 성과 반대의 성으로 학교 생활을 강제당하는 문제가 발생한다. 이와 관련하여 미국 캘리포니아주는 2013. 8. 성전환자 학생이 자신이 귀속감을 느끼는 성으로 학교생활을 요구할 수 있는 권리를 부여하기도 하였다(<https://rewire.news/article/2013/09/10/being-a-transgender-student-in-the-united-states-an-uneven-landscape/> 참조)

26) 국가인권위원회 2008. 8. 25.자 06진차525, 06진차673 결정.

27) 서울서부지방법원은 2013. 3. 15. 남성의 외관과 확고한 정체성을 가지고 남성으로 사회생활을 하고 있으나 남기성형수술을 받지 못한 성전환자 5명에 대한 성별정정을 허가하였다. 이를 시작으로 서울서부지방법원 외에도 인천지방법원 부천지원, 수원지방법원 평택지원에서 외부성기에 대한 외과적 수술을 시행하지 않은 성전환자에 대한 성별 정정을 허가하였다. 오미영, “성전환자의 성별정정 허가에 관한 고찰 - 각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로”, 「미국헌법연구」제24권 제3호, 2013. 12., 171면. 참조.

28) 위 결정의 자세한 평석에 관하여는 한가람, “성전환자의 성별정정과 ‘외부성기’ 요건 - 서울서부지방법원 2013. 11. 19.자 2013호파406 결정을 중심으로-”, 「인권법평론」제12호, 2014년 참조.

을 것”을 규정한 것 또한 단순히 ‘조사사항’에 불과하므로 이를 성별 정정의 요건으로 볼 수 없다고 하였다.

그러나 위 서울서부지방법원 결정 이후에도 부산가정법원에서 외부성기가 반대의 성으로 형성되지 않은 성전환자의 성별 정정을 불허하는 결정이²⁹⁾ 최근까지도 이어지고 있어서 대법원이 이 요건에 관하여 혼란스러운 양상을 보이는 하급심 결정을 정리할 필요가 있다.

나. 서울서부지방법원 결정의 해석 범위

다만 위 서울서부지방법원 결정은, 판단의 대상을 ① ‘여성에서 남성으로의 성전환자’(Female to Male, 이하 ‘FTM 성전환자’라 한다)에 대한 성별을 정정할 때에 ② ‘반대의 성으로의 외부성기 형성 요부’에 대해서만 판단한 것이라는 점은 유념할 필요가 있다.

서울서부지방법원의 위 결정은 이유의 상당 부분을 FTM 성전환자가 반대의 성으로 외부성기를 형성하는 수술에 소요되는 비용 및 그 수술의 실효성, 그리고 FTM 성전환자에 대한 건강상 위험 등을 분석하는 데에 할애하였다. 구체적으로 보면, 위 결정문의 7면 4줄부터 9면 8줄까지가 FTM 성전환자의 외부성기 형성 수술에 관한 기초사실을 정리한 내용이고, 이를 근거로 13면에서 외부성기 형성수술을 요건으로 하는 것은 FTM 성전환자에게 “건강에 대한 위험과 과도한 경제적 비용을 감내하도록 하는 것”이라고 기재하였다. 이런 점에 비추어 보면 현재는 남성에서 여성으로의 성전환자(Male to Female, 이하 ‘MTF 성전환자’라 한다)가 외부성기를 반대의 성으로 형성하는 외과적 수술을 하지 않은 경우에 관하여는 아직 성별 정정을 허용한다는 결정이 명시적으로 존재하지는 않는다고 보아야 한다.

또한 서울서부지방법원 결정 중에는 외부성기 형성 요구의 위험성을 논증하면서, FTM 성전환자의 경우 “호르몬 요법, 외과적 수술의 각 단계를 거치는 동안 ... 생식능력 등의 특성을 불가역적으로 상실한다. ... 따라서 성정체성의 확인이나 신분관계의 안정이라는 목적을 달성하기 위하여 외부성기의 형성을 필수적으로 요구할 필요성은 없다.”라고 실시한 부분이 주목된다.

성전환 수술은 정신과, 내과, 외과 진료로 이어지며, 외과 진료는 가슴, 둔부 등 사회생활을 하는 과정에서도 쉽게 확인할 수 있는 부분에 대한 시술, 전환되기 전의 성의 성기를 제거하는 수술, 전환된 성의 성기를 형성하는 수술 등으로 단계가 나누어져 있다.³⁰⁾ 위 서울서부지방법원의 결정 중 해당 성전환자가 생식능력을 불가역적으로 상실하였기 때문에 반

29) 부산가정법원 2015. 4. 22.자 2015호파2133 결정, 그 항고심인 부산가정법원 2015브11 결정 참조.

30) 성전환수술의 구체적 단계에 관하여는, 김경애, “성별정정신청 허가요건으로서의 ‘성전환 수술’에 대한 비판적 고찰”, 「인권법평론」제12호, 2014년, 14-15면 참조.

대의 성으로 외부성기를 형성할 것까지 요구할 필요가 없다고 실시한 부분은 자칫하면 성전환자가 성별 정정을 받기 위해서는 외부 성기를 반대의 성으로 형성할 필요는 없으나 성정체성의 확인이나 신분관계의 안정이라는 측면에서 “생식능력 등의 특성을 불가역적으로 상실”할 것을 요구하는 것으로 해석될 수도 있다.

특히 우리 예규는 현재 성별 정정을 위한 조사사항을 규정한 제6조 제3호에서 “외부성기가 반대의 성으로 바뀌었는지 여부”를 조사할 것을 규정함과 동시에 별도로 제4호에서 신청인이 “생식능력을 상실”할 것을 요구하고 있다는 점에서 서울서부지방법원의 결정만으로 생식능력을 상실하지 않은 성전환자의 경우 성별 정정의 대상이 될 것인지는 여전히 불분명한 상태에 있다고 할 수 있다.

더욱 근본적인 문제는, 현재 성전환자가 성별 정정을 받기 위해 어떤 수준의 성전환 수술을 받아야 하는지에 관하여 명확한 법리가 형성된 것이 없다는 데에 있다. 서울서부지방법원 결정은 외부성기가 반대의 성으로 형성될 필요까지는 없다고 결정하였으나 그조차도 하급심에서 통일된 결정이 나오지 않고 있고, 앞서 본 바와 같이 생식능력의 상실이 요구되는지, 호르몬 치료가 완결되지 않은 성전환자의 경우는 어떠한지 등 각 수술의 단계에 있는 성전환자의 성별 정정에 관하여 명확한 결정이 없고, 단지 앞서 본 바와 같이 외부성기의 형성과 생식능력의 제거를 요구하는 예규상의 규정만이 있을 뿐이다.

다만 서울서부지방법원의 결정의 이유 중에는 이와 같은 상황에서 하나의 판단기준이 될 만한 단초가 보인다. 위 결정은 성별 정정의 기준으로, 신청인이 사회관계에서 전환된 성으로 평가받을 정도로의 전환이 이루어졌는지를 제시하였다. 즉, 서울서부지방법원 결정은 성전환자가 “일반적인 타인과의 관계에서” 전환된 성으로 평가받는다면 가족관계등록부상 성별을 전환된 성으로 정정하는 것이 타당하다고 하였다. 이와 같은 맥락에서 외부성기의 형성이라는 요건은 “일반적인 타인과의 관계”보다 내밀한 “이성관계, 혼인관계”에서 성전환자를 전환된 성으로 인식할 것인지의 문제인데, 이는 개인의 내밀한 영역에 속한 문제이므로 “국가가 간섭할 대상”이 아니라고 하였다.³¹⁾

위 논증은 전환 전의 성별의 성기를 제거하지 않았거나, 생식능력을 유지하는 성전환자, 나아가 외부성기를 형성하지 않은 MTF 성전환자의 성별 정정에도 마찬가지로 적용될 수 있다. 성전환자가 생식능력을 유지하는지, 전환되기 전의 성별의 성기를 유지하는지는 “일반적인 타인과의 관계”에서 성별을 판단하는 기준으로 기능하지 못하고 “이성관계, 혼인관계”

31) 호주최고법원 또한 성별 정정의 허가의 기준으로 “사회구성원이 일상생활에서 어떻게 인지하는지”를 기준으로 판단하고 신체적 상태에 대한 자세한 정보를 요구하는 것은 아니라고 하면서 생식능력제거를 거치지 않은 신청인의 성별변경을 허용하였다. 오미영, 앞의 논문, 159-160면 참조.

와 같이 국가가 간섭할 권한이 없는 내밀한 영역에서만 문제된다는 점에서 외부성기의 형성 요건과 동일하며, 이는 FTM 성전환자, MTF 성전환자를 불문하고 마찬가지이다. 위 서울서부지방법원의 논증을 확장한다면 결국 이처럼 생식능력을 유지하는 성전환자, 전환되기 전의 성별의 성기를 유지하는 성전환자, 외부성기를 형성하지 않은 MTF 성전환자에 대하여도 마찬가지로 성별 정정을 허가하여야 한다는 해석이 가능하다. 서울서부지방법원의 위 논증 부분은 이처럼 위 결정의 취지를 다른 분야에도 유연하게 적용할 수 있는 단초를 제공했다는 점에서 대단히 고무적이다.

언급해둘 점은, 국제인권법전문가들이 성적지향과 성별정체성과 관련하여 선언한 원칙인 요그야카르타 원칙은 성별 정정을 받기 위한 요건으로 의료적 시술, 예컨대 성전환수술이나 불임, 호르몬 요법 등이 강제되어서는 안 된다고 명시했다는 점이다.³²⁾ 서울서부지방법원의 결정이 제시한 기준에 따라 ‘일반적인 타인과의 관계’에서 신청인이 전환된 성으로 인식되는지를 기준으로만 성별 정정이 이루어지고, 별도의 수술적 조치를 요구하지 않는다면, 우리나라의 성별 정정 허가의 기준은 위 요그야카르타 원칙에 보다 근접할 것이다.

6. 소결 - 판결을 통한 요건 형성의 장단점과 소극적 대처의 극복

우리나라는 대륙법계 국가 중에 프랑스와 더불어 입법이 아닌 판례를 통해 성전환자의 성별 정정을 허용하는 국가이다.³³⁾ 판례는 구체적 사건에 대하여 타당한 결론을 도출하는 것을 목적으로 하고 있고, 구체적 사건과 무관하게 일반적으로 적용될 수 있는 법리를 설정하지 않는다. 이런 특성으로 인해 우리나라는 대법원 2006년 결정 이후 10년이라는 세월이 경과하였음에도 성전환자가 어떤 요건 하에서 가족관계등록부상 성별을 정정할 수 있는지에 관해 일반적으로 적용되는 명확한 법리가 존재하지 않는 특수한 상황에 처하게 되었다.

이러한 상황은 성전환자의 예측가능성을 떨어트리는 단점으로 작용할 수 있기는 하지만, 다른 한편으로는 법이 변화된 상황에 보다 유연하게 대처할 수 있는 가능성을 열어두기도 한다. 성전환자의 성별 정정에 관한 요건이 법령으로 정해지고, 이것이 과도하게 엄격하였다면 그 요건은 법령의 개정 또는 헌법재판소의 위헌 선언을 통하지 않고서는 바꿀 수 없기 때문에, 우리나라와 같이 성소수자의 인권에 관한 논의를 시도하려는 순간 과민한 종교적,

32) 요그야카르타 제3원칙 중 위 내용에 관한 영어 원문은 다음과 같다. “No one shall be forced to undergo medical procedures, including sex reassignment surgery, sterilisation or hormonal therapy, as a requirement for legal recognition of their gender identity. No status, such as marriage or parenthood, may be invoked as such to prevent the legal recognition of a person’s gender identity.”

33) 각국의 입법례에 관하여는 오미영, 앞의 논문, 152-163면 참조.

정치적 반응이 나오는 환경에서는 진전된 성과를 이루기가 더욱 어려웠을 것이다.

성전환자의 성별 정정 요건이 법령으로 규정되지 않음으로써 오히려 법원은 개별 사안에서 구체적 타당성을 도모하기 위한 결정을 할 수 있었다. 법원이 예규의 형태로 성전환자의 성별 정정 요건을 규정하였다가 10년이라는 세월을 거쳐 점진적으로 그 요건을 완화하고, 최근에는 드디어 외부성기를 반대의 성으로 형성할 것을 요구하였던 관행마저 재고하고 있는 흐름을 보이는 것도 판례로 형성되는 법에 유연성이 있기 때문에 가능하였을 것이다.

최초에 대법원이 성전환자의 성별 정정을 허가하였을 때 이는 법문이 허용하는 해석의 범위를 벗어나는 결정이라거나 입법권을 침해하는 결정이라는 비판도 받았다.³⁴⁾ 법원이 성전환자의 성별 정정을 전면적으로 인정하는 데에 다소 소극적인 태도를 취하고 있는 것 또한 이와 같은 비판을 의식해서 나온 태도라고 선해할 수도 있다. 그러나 이와 같은 소극성은 사법부가 인권 보장을 위하여 헌법상 부여된 재량을 충분히 발휘하지 않았다는 비판에서 완전히 자유로울 수는 없을 것이다.

우선 우리 입법자는 ‘성별’을 어떤 기준으로 판단할 것인지에 관하여 아무런 규정을 두지 않았으므로 어떤 기준으로 ‘성별’을 판단할 것인지는 전적으로 사법부의 해석과 판단의 영역으로 남아 있다. 이 영역에서 사법부가 전향적인 해석을 한다고 하여 입법권을 침해한다고 볼 수 없다. 따라서 사법부로서는 성전환자의 성별을 판단하는 데에 헌법상 부여된 해석권을 충분히 발휘할 수 있다. 이와 더불어 가족관계등록부는 언제나 진실을 반영해야 한다는 진실주의의 원칙이 지배하므로,³⁵⁾ 일단 법원이 성전환자의 성별을 전환된 성별로 판단하였다면 이를 가족관계등록부에 반영하는 것이 가족관계등록부의 진실주의 원칙상 당연한 귀결이다. 이처럼 현행법상 어떤 요건 아래에서 가족관계등록부상 성전환자의 성별 정정을 허가하여 그들의 인권을 보장할 것인지에 관한 문제는, 결국 성별을 어떤 기준으로 판단할 것인지에 관한 문제로서, 사법부가 성별의 판단 기준을 적극적으로 해석함으로써 해결될 문제이다. 그럼에도 사법부가 입법의 부재를 이유로 소극적으로만 대처할 경우 성전환자의 인권

34) 윤진수, “성전환자의 인권 보호에 있어서 법원의 역할 - 한국과 독일·영국의 비교-”, 『서울대학교 법학』제52권 제1호, 2011. 3., 313면.

35) 가족관계등록부는 언제나 현실을 반영해야 한다는 ‘진실주의의 원칙’을 갖고 있다. 법원행정처, 가족관계등록실무[III], 2012년, 180면. 따라서 대법원이 성별을 판단하는 기준인 사회통념설에 따라 성전환자가 전환된 성별로 인정될 수밖에 없는데도 그를 가족관계등록부상 전환된 성별로 기재하지 않는 것은 이와 같은 진실주의라는 근본 원칙에 반하는 것으로 허용되기 어렵다. 이런 점에서 성전환자의 가족관계등록부상 성별 정정에 소극적 요건을 두는 것은 사회통념설에 따라 전환된 성으로 평가받는 성전환자가 혼인 중이거나 미성년자 자녀가 있다는 이유만으로 가족관계등록부상 자신의 진정한 성별로 표시되지 않기 때문에 가족관계등록부의 진실주의 원칙을 크게 훼손한다. 이에 대해서는 III.에서 상술.

을 앞에 두고 과도하게 사법 소극주의적인 태도를 취하는 것이라는 비판에서 자유로울 수 있을지 의문이다.

이와 같은 맥락에서, 성전환자가 “일반적인 타인과의 관계에서” 전환된 성으로 인식된다면 가족관계등록부상 성별도 정정되어야 한다고 결정한 서울서부지방법원 결정은, 사법부가 성별을 보다 전향적인 기준을 통해 판단함으로써 입법을 통하지 않고도 성전환자의 성별 정정에 관한 권리를 충실히 보장할 수 있는 가능성을 보여주었다. 이처럼 성별의 판단 기준에 관한 사법부의 해석이 입법권을 침해할 여지가 적다는 점에서, 사법부가 장래에 ‘성별’을 판단하는 기준에 관한 사회학적 논의를 충분히 수렴하여 이를 가족관계등록부상의 성별 정정 결정에도 반영하기를 기대한다.

III. 성별 정정의 효과에 관한 판례의 태도 및 모순

대법원 2006년 결정은 성별 정정을 허가하면서 성별 정정의 효과는 “기존의 신분관계 및 권리의무에 영향을 미치지 않는다”고 하였다. 위 다수의견에 대한 보충의견은 다수의견 중 ‘다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 미치지 않는다는 사정’을 고려하여 성별 정정을 허가한다는 실시 부분과 관련하여, 이를 성별 정정의 소극적 요건으로 해석되는 것을 경계하면서, 이는 성별 정정의 “효력이 소급하여 기존의 신분관계 등에 중대한 영향을 주지 않아 제한적인 범위 안에서만 그 효력이 미친다고 볼 수 있다면 호적정정을 허용할 수 있다는 의미로 이해”되어야 한다고 설명함으로써 성별 정정 허가 결정은 장래효만 있는 것임을 명확히 하였다.³⁶⁾ 이에 따라 현재 법원의 실무는 성별 정정 허가 결정이 ‘고지’됨으로써 효력이 발생한다고 보고 있다.³⁷⁾

그러나 성전환자에 대한 성별 정정을 최초로 허용한 대법원 2006년 결정 이후에 선고된 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결은 성전환자의 성별 정정 결정이 성전환자의 성별을 판단하는 데에 창설적 효력, 즉 장래효를 가질 수 없음을 명확히 보여준다. 위 판결은 성전환수술을 거친 MTF 성전환자가 가족관계등록부상 성별 정정 허가 결정을 받지 않았는데도 강간죄의 객체가 될 수 있다고 판단함으로써 성별 정정 허가 결정을 받았는지에 관계 없이 성전환자가 사회통념상 반대의 성으로 인식될 수 있을 경우 그/녀를 전환된 성으로 봐야 함을 명백히 밝혔다. 이에 따라 대법원이 성별 정정 허가 결정이 ‘장래효’를 갖는다는 것의 정확한 의미가 무엇인지 모호한 상태에 남아 있다.

36) 법원행정처, 가족관계등록실무[II], 2012년, 498면에도 장래효를 명시적으로 규정한다.

37) 법원행정처, 가족관계등록실무[II], 2012년, 498면.

또한, 성별 정정 결정의 효력이 장래효만 발생한다는 설시가 가족관계등록부의 법적 성질에 부합하는지도 의문이다. 우리의 친족관계·성별은 공부상 기재에 무관하게 이미 존재하는 것이고 가족관계등록부의 기재는 그러한 현실을 공시·공증하는 수단에 불과하다.³⁸⁾ 이러한 가족관계등록부의 기재는 언제나 진실한 신분관계와 일치되어야 하는데 이를 가족관계등록부 진실주의라고 한다. 가족관계등록부의 ‘정정’ 제도는 진실주의의 원칙상 가족관계등록부를 진실과 일치시키려는 일환에서 인정되는 제도이다.³⁹⁾ 이에 따라 법원의 허가 결정으로 가족관계등록부를 정정하는 경우(연령, 이중가족관계등록부, 부모성명, 성과 본, 사망기록, 한자 성의 한글표기가 이에 속한다) 법원의 허가 결정은 가족관계등록부상의 기재가 진실과 불일치한다는 것을 확인하는 의미밖에 없다.

가족관계등록부상의 성별 정정을 인정하는 이유 또한 이처럼 성전환자가 사회통념상 인식되는 성별과 가족관계등록부상 기재된 성별이 불일치하여 가족관계등록부의 기재가 진실에 반하는 결과가 발생하므로 이를 바로잡아야 한다는 데에 있다.⁴⁰⁾ 그렇다면 성별 정정 결정 또한 다른 가족관계등록부의 정정 결정과 마찬가지로 확인적 의미만 가지면 될 텐데 법원은 유독 성별 정정을 허가하는 결정에 대하여만 그와 같은 확인을 넘어 신분관계의 변동을 초래하는 장래효, 즉 창설적 효력을 부여함으로써 가족관계등록부 정정 허가라는 동일한 행위에 전혀 다른 효력을 부여하고 있다.⁴¹⁾

이처럼 가족관계등록부의 정정이라는 동일한 절차임에도 불구하고 성별 정정의 허가 결정

38) 법원행정처, 가족관계등록실무II, 2012년, 3면.

39) 법원행정처, 가족관계등록실무III, 2012년, 180면. 이런 점에서 가족관계등록부는 등기부등본에 기재되어야만 물건 변동의 효력이 발생하는 부동산등기부등본과 그 성질을 달리한다.

40) 대법원 2006년 결정도 가족관계등록부상 성별란 기재를 정정하는 것이 가족관계등록부에 “진정한 신분관계를 반영”하기 위한 것이라고 실시하기도 하였다.

41) 한편, 이와 같이 가족관계등록부상 성별 정정 기재의 효력에 관한 논의가 우리나라에서 특별히 의미가 있는 것은, 우리나라에서는 사회생활에서 대단히 많은 행위는 물론 신분법적 법률행위(결혼, 입양 등)에 가족관계등록부상의 성별을 확인하는 경우가 많은 등 가족관계등록부상의 성별의 기재가 갖는 의미가 크기 때문이다. 그 반면 영미법 국가들은 이와 같은 공부상의 증명 제도를 갖추는 경우가 드물어 이처럼 가족관계등록부상의 성별 정정의 ‘효력’에 관한 논의가 부차적이다. 예컨대, 영국의 Corbett v. Cobett 판결이나, 호주 대법원의 AB v. Western Australia, AH v Australia (2011) 판결을 보더라도 성전환자와 이성애자 사이의 혼인이 동성혼으로서 무효인지를 심리한 사례로서, 우리나라처럼 혼인 전에 공부상 기재를 확인하는 경우라면 혼인 신고 자체가 거부당했을 사안이다. 이들 국가에서는 이처럼 공식적으로 성별을 공시하는 제도가 없는 관계로 주로 ‘출생증명서’(birth certificate)의 성별 정정이 논의의 대상이 되기도 한다. 성별 기재의 정정이 ‘소급효’를 갖지 않는다는 우리나라 법원의 입장에서 보면, ‘출생증명서’의 성별을 정정하는 것은 성별 정정의 효력을 ‘출생’ 당시로 소급하는 것으로 볼 가능성이 크다.

에만 ‘장래효’를 부여하는 이유는 우리나라에서 성별 정정 재판이 다른 가족관계등록부 정정 재판과는 달리 가족관계등록부의 성별 기재가 현실과 불일치하는지(즉, 성전환자가 사회통념상 전환된 성으로 인식될 수 있는지)만을 심리하는 것이 아니고 별도의 소극적 요건에 대하여도 심리하기 때문이다.

대법원은 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결을 시작으로 성별 판단에 관한 사회통념설을 채택해왔다. 따라서 성전환자가 사회통념상 전환된 성으로 평가받을 수 있다면(물론, 이때 ‘사회통념상 전환된 성으로 평가될 수 있는 기준’에 외부성기 형성 등 너무 높은 기준이 요구되는지는 별론으로 한다) 그 사람은 그 자체로 이미 전환된 성별을 갖는 사람이고, 가족관계등록부가 이를 반영하지 못하고 있다면 가족관계등록부는 그 자체로 진실에 어긋난 기재를 한 것으로서 진실주의의 원칙상 정정되어야 한다.

그러나 현재 우리 법원의 관행은 성별 정정 허가 여부를 판단하면서 이처럼 신청인이 사회통념상 전환된 성으로 인식될 수 있는지를 심리하는 것을 넘어 신청인의 혼인 상태, 미성년 자녀 유무와 같은 사항을 조사하고 있다. 이에 따라 성전환자가 아무리 사회통념상 전환된 성으로 받아들여진다 하더라도 위 소극적 요건을 충족하지 않으면 성별 정정을 받지 못하게 된다.

위와 같은 소극적 요건이 없었다면, 법원의 성별 정정 허가 결정 또한 다른 가족관계등록부의 정정과 마찬가지로, 사회통념상 전환된 성별로 인식되는 성전환자에 대하여, 이미 이루어진 성별 정정이라는 현실을 가족관계등록부에 반영하는 확인적 의미밖에 없을 것이다. 그러나 성별 정정에 소극적 요건이 있는 이상 성전환자가 아무리 사회통념상 전환된 성별로 인정된다 하더라도 소극적 요건의 존재로 인해 가족관계등록부상 전환된 성별로 기재될 수 없는 경우(이는 가족관계등록부가 스스로 진실주의의 원칙을 포기하는 기이한 결과를 초래한다)가 있을 수밖에 없고, 결국 가족관계등록부상 성별의 정정은 단순히 성전환자가 전환된 성으로 받아들여지는지를 넘어 성별 정정의 소극적 요건이 없음을 증빙하는 법원의 결정이 있어야만 가능하다는 결론에 이르게 된다. 바로 이러한 점 때문에 현재 우리나라 법원의 성별 정정 허가 결정은 장래효 또는 창설효가 있다고 해석되는 것으로 보인다.

이처럼 대법원이 가족관계등록부상 성별 정정 재판을 함에 있어, 가족관계등록부가 진실과 불일치하는지를 심리하는 것을 넘어 각종 소극적 요건을 부과하는 것은, 성전환자의 성별 정정에 관한 권리를 중대하게 제한하는 것은 물론, 대법원 스스로 가족관계등록부의 진실주의 원칙을 위반하는 결과를 초래한다. 그 결과 형법상 강간죄에서의 성별의 판단 기준과 가족관계등록부의 기재가 불일치하게 되는 혼란스러운 모습마저 상정할 수 있게 된다.⁴²⁾

42) 이런 의문도 가져볼 수 있다. 만약 대법원 2006. 9. 10. 선고 2009도3580 판결에서의 강간 피해자

성별 정정 결정의 효과를 둘러싼 이와 같은 혼란은, 앞서 본 바와 같이 성별 정정의 요건을 단지 신청인이 사회통념상 전환된 성으로 인식되는지 여부(즉, 가족관계등록부와 현실이 불일치하는지 여부)만으로 단일화시킴으로써 해결할 수 있다. 그리고 이처럼 성별 정정 절차를, 신청인이 사회통념상 인식되는 성으로 전환되었는지 여부만을 확인하는 절차로 자리잡도록 하는 것이 앞서 본 요그야카르타 원칙에도 부합하는 성별 정정 방식이라고 본다.

IV. 결 론

대법원이 2006년에 최초로 가족관계등록부상 성별의 정정을 허가한 뒤에도 법원이 성별 정정을 지나치게 엄격한 요건 아래에서 허가한다는 비판에 따라 그 요건이 점진적으로 완화되었다. 성별 정정 허가의 요건에 대한 비판은 크게 두 가지 유형으로 분류할 수 있다. 첫 번째는 ‘사회통념상 전환된 성으로 판단’되는데도 불구하고 전환된 성으로의 정정을 불허하는 각종 소극적 요건(혼인 및 미성년 자녀에 관한 요건)에 대한 비판이다. 사회통념상 전환된 성으로 판단되는데 가족관계등록부상 성별 정정을 허용하지 않는 것은 성전환자가 전환된 성으로 활동하고 인식되는데도 각종 신분증상 기재된 성별이 전환 전의 성별로 유지되어 실질적인 사회생활을 불가능하게 만드는 문제를 일으킨다. 또한, 이는 가족관계등록부의 진실주의 원칙과도 부합할 수 없는 요건이고, 성별 정정 결정의 효력이 다른 가족관계등록부 정정의 효력과 달리 창설적인 효력을 갖게 하는 모순된 결과도 초래한다. 이런 점에서 혼인 중인 성전환자 와 미성년자 자녀가 있는 성전환자에 대하여 성별 정정을 불허한 대법원 2011년 결정은 재검토가 요구된다.

두 번째는 ‘사회통념상 전환된 성으로 판단하는 기준’에 지나치게 엄격한 기준을 요구해서는 안 된다는 것으로서 전환된 성으로의 외부성기 형성 또는 생식능력의 제거 등의 수술적 조치를 요구하는 요건에 대한 비판이다. 이러한 비판은 반대의 성에 귀속감을 느끼는 성전환자가 가족관계등록부상 자신이 귀속감을 느끼는 성으로 성별을 정정할 것을 요구하는 것이 헌법상 기본권 중 하나라는 전제에서 출발하여, 이와 같은 기본권을 행사하는 데에 가해지는 제약(즉, 요구되는 수술)은 필요한 범위 내에서 최소한으로 이루어져야 한다는 헌법상 요청에서 출발한다. 다행히 서울서부지방법원에서의 결정을 중심으로 외부성기의 형성과

가 미성년 자녀가 있는, 또는 혼인 중이었던 성전환자였다면 대법원은 그녀가 어차피 성별 정정을 받을 수 없던 성전환자라는 이유로 강간죄의 성립을 부정하였을까? 이처럼 성별 정정의 요건으로 그녀가 수행하는 성별 역할 외에 외부적인 요소를 계속 고려하는 것이야말로 오히려 불필요한 법적 혼란을 초래한다.

같은 과도한 요건을 요구하지 않는 결정들이 하급심에서 축적되고 있으나, 여전히 외부성기의 형성을 요구하는 결정들도 있어 대법원에서 이를 정리할 필요가 있다. 또한, 외부성기 형성 외에도 성별 정정을 받기 위해 어느 정도의 수술이 요구되는지에 대한 명확한 기준이 정립될 필요도 있다.

입법이 아니라 사법부의 결정을 통해 가족관계등록부상의 성별 정정이 허용되고, 그 요건 또한 입법이 아니라 판례를 통해서 형성되고 있는 특수한 상황에서 사법부가 비록 점진적으로나마 성별 정정의 요건을 완화해나가는 것은 대단히 의미 있다. 입법이 이루어지지 않은 상태에서 민주적 정당성을 지니지 않은 사법부의 결정만으로 전면적으로 성별 정정을 허용하는 것이 부담스러울 수 있다는 점에서 현재 사법부의 소극적인 입장도 이해 못할 바는 아니나, 앞서 지적한 바와 같이 성별의 판단 기준은 현재 전적으로 사법부의 해석에 맡겨져 있는 영역이므로 보다 적극적인 해석을 기대해도 되지 않나 싶다.

V. 토론 - 남성과 여성의 이분법을 넘어서는 성별 기재

현재 우리의 가족관계등록부상 성별은 ‘남성’ 또는 ‘여성’의 이분법으로 구성되어 있고, 이와 같은 한도 내에서는 성별 정정의 요건에 관한 비판점을 전부 개선한다고 하더라도 성전환자로서는 사회통념상 반대의 성으로 인식될 수 있는 경우에 한하여 비로소 성별 정정이 허용될 것이다. 이러한 이분법적 성별 기재는 오로지 성전환수술을 마친 성전환자에 대한 성별 정정을 허용하는 관행으로 정착될 가능성이 높고, 성전환수술을 받지 않았으나 반대의 성으로 귀속감을 느끼는 사람들은 물론, 장기간의 성전환수술을 받는 과정 중에 있는 사람들에게 대하여는 성별 정정이 허용되지 않는 결과를 초래한다.⁴³⁾ 특히 더 이상 자신의 생물학적 성과 반대되는 성에 귀속감을 느끼는 것이 질환이나 장애로 분류되지 않는다는 점에서 이들에 대한 성별 기재를 어떻게 할 것인지에 대한 문제는 앞으로 더욱 대두될 것으로 보인다. 이와 같은 현실을 반영하여 일부 국가에서는 성별에 제3의 성을 추가하는 방법으로 남성/여성의 이분법이 초래하는 한계를 극복하고자 한다.⁴⁴⁾

43) 특히, 앞서 본 바와 같이 자신의 생물학적 성과 반대되는 성으로 귀속감을 느끼는 것 자체가 질병으로 분류될 수 없고, 그 중 불쾌감, 고통을 느끼는 경우에만 질병으로 분류된다는 점에서, 자신의 생물학적 성과 반대되는 성으로 귀속감을 느끼면서도, 성전환수술을 거치지 않는 사람들을 충분히 상정할 수 있다. 이와 같은 사람들의 경우 생물학적 성과 사회학적 성이 불일치하는데 그 경우 사회통념설에 따라 성별을 남성 또는 여성으로 선택하기 어렵다. 이와 같은 이분법적 성별의 한계는 간성(intersex)의 경우 더 심하게 나타난다.

44) 독일에서는 2013. 11.부터 출생증명서에 제3의 성을 기재하는 것이 가능하게 되었다(<http://www.d>

우리나라는 여전히 성전환자의 성별 정정마저 상당히 엄격한 요건 아래에서 허용되는 국가로서, 위와 같은 논의는 너무 먼 미래의 일로 보일 수 있다. 그러나 성별 정정을 허용하는 취지나 제3의 성을 도입하는 취지는 모두 누구나 자신이 느끼는 성별 정체성으로 스스로를 표현할 기본권을 갖는다는 동일한 인식에서 출발한다. 비교적 새로운 유형의 기본권으로 떠오르는 위 권리를 앞으로 법원이 어떻게 수용하고 대응할지 기대해본다.

[w.com/en/third-sex-option-on-birth-certificates/a-17193869](http://www.com/en/third-sex-option-on-birth-certificates/a-17193869) 참조). 이는 간성으로 태어난 사람들을 위하여 성별 기재란을 추가한 것이다. 뉴질랜드 또한 성별을 'X'로 표시하는 여권 발급이 가능한데, 성전환수술을 거치고 있는 사람들 또한 위와 같은 성별로 기재할 수 있다(http://www.nzherald.co.nz/nz/news/article.cfm?c_id=1&objectid=10852012 참조). 네팔 대법원은 2007. 12. 27. 정부에 대하여 제3의 성을 표시할 수 있는 신분증을 만들 것을 명령하기도 하였다(http://www.huffingtonpost.com/kyle-knight/nepal-third-gender_b_1447982.html 참조).

성전환자 성별정정 요건의 국내의 현황 및 문제점 *

이 승 현

연세대학교 법학연구원, 법학박사

1. 들어가며: 성전환자 성별정정의 필요성

많은 성전환자들은 자신의 성별 정체성에 따라 사회적 삶을 영위하기를 바라며, 이를 위해 일정한 시점에서 성별 이행(transition)의 과정에 들어간다. 복장을 포함하여 외형적인 모습을 바꾸거나, 호르몬 요법을 통하여 2차 성징을 변화시키거나, 혹은 외과적 수술로 신체적인 전환을 하고자 한다. 어떠한 선택을 하는가는 각자의 성별 위화감(gender dysphoria) 정도 등에 따라 다르다. 성별 이행을 한 성전환자는 여성 또는 남성으로 통하는(passing) 모습을 가지기도 하지만, 때로는 어느 한 쪽으로도 보이지 않는 중성적인 모습을 가지게 되기도 한다.

성전환여성이 여성으로 통하거나 성전환남성이 남성으로 통하는 성별 이행을 거치면서 사회관계에서 기존의 신분증상 성별과 외모가 불일치하는 문제가 발생할 수 있다. 동시에 법적으로 남성과 여성을 다르게 취급하는 경우 법적 성별이 자신의 성별 정체성 및 현재 살고 있는 사회적 성별과 불일치하는 문제도 생긴다.

먼저, 신분증이나 여권 등 공문서상의 성별 표기가 자신의 성별 정체성과 일치하지 않아 생기는 가장 큰 문제 중 하나는 기본 신분증으로 신분 확인이 어려워진다는 점이다. 이로 인

* 이승현(2013), “성전환자의 법적 지위에 대한 국내 논의 동향 및 제언: 2006년 대법원 성별정정 허가 결정 이후 국내 법학계 논의를 중심으로”, 법과사회 제44호, 법과사회이론학회; 홍성필·이승현(2013), “성전환자의 법적 성별 변경허용시 의료조치 강제에 대한 국제법적 평가 - 서울서부지방법원 2013.3.15. 2012호파4225등 결정을 계기로-”, 국제법학회논총 제58권 제2호; 이승현(2007), 성별의 법적 결정에 대한 헌법적 고찰-성전환자의 경우를 중심으로-, 연세대학교 석사학위논문의 내용을 중심으로 일부 수정·보완한 글임을 밝혀둔다.

해 신분증 제시가 필요한 모든 상황에서 신분증을 제시하기 어려워지거나 제시하여도 본인 여부를 의심받게 되어서 일상생활에 많은 제약을 받는다. 예를 들어, 구청이나 주민 센터 등의 행정기관 및 법원, 경찰서와 같은 공공 기관을 이용하기 어려워지고, 보험회사나 은행 같은 금융 기관을 이용할 때, 구직 활동이나 취업 등을 위해 노동 현장을 찾을 때, 병원에 갈 때, 선거를 위해 투표할 때, 자격증을 취득하거나 학교 진학 등을 위해 교육 기관을 이용할 때, 해외 출입국 시 심사를 받을 때, 주류나 담배를 구입하거나 음주운전 단속 등에 걸렸을 때처럼 일상에서 신분증 확인이 필요한 모든 순간, 모든 상황이 문제시된다.

우리나라는 성별 정보가 포함된 주민등록번호를 공공 영역과 민간 영역에서 일상적으로 사용하고 있기 때문에¹⁾ 더욱 큰 제약을 받는다. 특히 생계에 필수적인 취업 과정에서 외모와 일치하지 않는 주민등록번호를 가지고 있는 것은 치명적이다. 면접에서 성별에 대한 해명을 요구받으며, 그 과정에서 차별적인 취급을 당하거나 채용이 거부되기도 한다. 취업에 성공한 경우라도 정체성으로 인해 해고되거나 사직을 종용받는 등 비자발적으로 직장을 그만두는 경우도 많다. 성전환자 취업자의 고용 형태가 열악할 수밖에 없는 이유를 여기서 찾을 수 있다.²⁾

또한 법적으로 성별에 따라 다른 취급이 이루어지는 경우도 문제로 남는다. 공적 영역에서의 각종 여성 할당제나 고용 할당제 등 여성 차별 철폐를 위한 정책, 유치장·교도소 수용을 비롯한 형사법상 문제나 근로관계상 여성 근로자 보호 등 법적 성별을 기준으로 판단될 가능성이 높은 영역에서 법적 성별이 남성으로 되어 있는 성전환여성은 남성으로 취급될 가능성이 높다. 한편, 법적 혼인이 이성 간의 관계에 한정되는 한, 이성애자 성전환자는 법적 성별을 변경하지 않을 경우 혼인이 불가능하게 된다.³⁾

이와 같이 성전환자의 성별정정은 자신의 성별정체성에 따라 삶을 영위할 기본적인 인권의 측면, 또한 이성애주의적 성별이분법의 젠더 패러다임에 문제 제기를 한다는 측면에서 중요한 이슈 중에 하나일 뿐만 아니라, 성전환자 개인이 많은 생활영역에서 그 자유를 현실적으로 제약받게 만드는 원인을 제공한다는 점에서 이를 허용해야 할 필요성이 있다. 이 글에서는

1) 한상희 외 (2005). 주민등록번호 사용현황 실태조사. 국가인권위원회.

2) 전체 경제활동인구에서 수입이 있는 일에 종사하는 임금 근로자 중 정규직 비율을 살펴보면 20대가 65.5퍼센트로 나타나는데, 20대 성전환자 취업자의 경우 정규직 비율은 약 3분의 1 수준인 23.1퍼센트이다. 30대도 크게 다르지 않아서, 30대 취업자 중 정규직이 66.7퍼센트인 반면, 30대 성전환자 취업자 중 정규직 비율은 31.3퍼센트에 그치고 있다. 장서연 외 (2014). 성적지향·성별정체성에 따른 차별 실태조사. 국가인권위원회, pp.139-147.

3) 이승현(2016), “트랜스젠더는 왜 법적으로 성별을 변경하려고 하나요?”, 『성소수자에 대한 12가지 질문』, 한국성소수자연구회(준).

성전환자의 성별정정의 국내외 주요 요건을 살펴보고 그 문제점을 정리하고자 한다.⁴⁾

2. 국제사회 기준 및 해외 각국의 성별정정 요건

(1) UN

2011년 제17차 유엔인권이사회가 채택한 ‘인권, 성적지향과 성별정체성’ 결의안은 성적지향 및 성별정체성에 대한 폭력과 차별에 대한 심각한 우려를 공식적으로 표명하였으며, 국가 차원에서 더 나아간 행동이 필요하다고 하였다.

본 결의안에 따라 유엔인권이사회에 제출된 유엔인권고등판무관의 보고서는 성별변경을 인정하는 각국의 규정에서 생식능력제거 수술을 요구하는 것에 대해 문제시하고 있다. 즉, ‘성별변경을 인정하는 규정에서 종종 암시적 또는 명시적으로 그 인정의 요건으로 생식능력 제거 수술을 받을 것을 요하고 있다.’⁵⁾고 지적하는 한편, ‘유엔인권위원회는 성전환자의 신분증명에 대한 법적 인정을 허가하는 절차가 존재하지 않는 것에 대해 우려를 표명해 왔다. 위원회는 국가가 새로운 출생증명서의 발급을 허용함으로써 성별을 변경할 성전환자의 권리를 인정하도록 촉구하였으며, 성별변경의 법적 승인을 용이하게 하는 입법을 승인하는 것에 주목하였다.’⁶⁾고 언급하였다. 이어서 인권고등판무관은 회원국에 대해 ‘성전환자가 변경하고자 하는 성별로의 법적 인정을 용이하게 하고, 변경하고자 하는 성별과 성명이 반영되도록 관련 신분증명서를 재발급받을 수 있게 허용하는 절차를 마련하라’⁷⁾고 권고하였다.

한편, 유엔고문특별조사위원(UN Special Rapporteur on Torture)의 2013년 2월 1일 보고서에서는 성전환자에 대한 강제적 불임 요구가 고문(torture)에 해당한다고 판단하였다. 보고서에서는 ‘정당한 이유 없이 심각한 고통을 주는 의료는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌이며, 국가가 이에 개입되어 있고 특별한 의도를 가지고 있다면, 그것은 고문

4) 이 글에서는 법학계에서 빈번하게 사용되는 성전환자라는 용어를 트랜스젠더 대신 채택하여 쓰고 있음을 밝혀둔다. 또한, 현행법상 성전환자의 법적 성별 변경이 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제104조 등록부의 정정에 법적 근거를 두고 이루어지고 있기 때문에 성별‘정정’을 사용하고 있다. 특히 등록부의 정정을 통하여 주민등록증을 비롯한 각종 공적 문서와 신분증의 성별표기가 변경되는데, 동시에 판례 및 실무상으로도 법적 성별 역시 변경되는 것으로 이해되고 있다는 점에서 이 글에서는 양자의 차이를 두지 않고 논의를 전개하고 있음을 밝혀둔다. 국제사회에서는 주로 ‘legal gender recognition’으로 표현하고 있다.

5) UN Doc. A/HRC/19/41, para. 72

6) UN Doc. A/HRC/19/41, para. 73

7) UN Doc. A/HRC/19/41, para. 84(h)

에 해당한다⁸⁾고 하면서 동성애자, 양성애자, 성전환자, 인터섹스(LGBTI)에 대하여 ‘언어적 폭력과 공개적인 수치를 받으며 의료적 조치를 거부당하거나, 정신 감정을 받거나, 의료인에 의해 불임상태가 되거나 혹은 동성간 성행위를 기소하기 위한 국가 지원의 강제 항문 검사나 침습적인 처녀성 검사가 행해지거나, “회복 요법(reparative therapies)”이라고 불리는 호르몬 요법과 성기정상화수술이 행해지는 사례⁹⁾가 보고되고 있다고 언급하고 있다. 그리고 이러한 행위를 가능하게 하는 모든 법률을 폐지하도록 권고하고 있다.¹⁰⁾ 이는 동성애자나 양성애자를 ‘치료’하거나 성적지향을 ‘수정’하기 위한 의료행위, 성전환자에게 원하지 않는 불임이나 기타의 외과적 조치를 강요하는 법적 성별 변경의 요건들, 인터섹스에 대한 동의 없는 성기정상화수술이 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌이라고 본 것이다. 이는 개인의 진정한 의사에 반하는 형태로 심신에 가해지는 의료행위를 국가가 강제하거나 그러한 제도 및 절차를 규정하고 있는 것이 조약상 고문금지에 대한 위반이라고 인식한 것이며, 이러한 사건들이 성전환자를 비롯한 성적소수자에게 종종 일어나고 있다는 사실을 인지한 것이라고 할 수 있다.

(2) EU

유럽평의회는 성전환자가 자신의 필요와 의사의 진단에 의해 거치게 되는 다양한 의료적 조치 중 일부를 법적 성별변경의 요건으로 하고 있는 것에 대한 문제점을 제기하고 회원국에 대해 이를 개선할 것을 요구하였다. 2010년 유럽평의회 각료이사회는 성별변경에 대한 법적 인정에서 ‘본연의 신체에 대한 변경(changes of physical nature)을 포함한 법적 성별변경의 사전적인 요구들(prior requirements)에 대해 정기적으로 검토해야 한다¹¹⁾고 권고하였으며, 이는 같은 해 유럽평의회 의원총회 결의안 1728호로 구체화된다. 의원총회 결의안 1728호에 따르면 회원국은 성전환자에 대해 그 개인의 성별정체성에 부합하는 공문서를 변경할 권리를 입법적(legislation)이며 실질적인(in practice) 방법으로 보장할 것을 요구하면서, 이에

8) Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Mendez, A/HRC/22/53, 1 February 2013, para. 39.

9) A/HRC/22/53, para. 76.

10) A/HRC/22/53, para. 88.

11) Committee of Ministers Recommendation of the Council of Europe, Appendix to CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31 March 2010, para.20.

는 ‘불임을 비롯하여 성전환수술이나 호르몬 요법과 같은 기타 다른 의료적 절차를 그 선행 조건(prior obligation)으로 요구해서는 안 된다’고 명시하고 있다.¹²⁾

이에 앞서 2009년 유럽평의회 인권고등판무관이 제출한 이슈페이퍼 ‘인권과 성별정체성’에서는 다음과 같이 언급하고 있다.¹³⁾

유럽국가들은 성전환자의 성별변경에 대하여 대략 세 가지 입장을 취하고 있다. 첫 번째는 성별변경에 대한 아무런 규정이 없는 경우로 이는 유럽인권재판소의 법리상 명백한 불법행위이다. 두 번째, 성별정정을 위해 호르몬 치료나 수술 등을 요구하지 않으며, 다만 권한 있는 기관으로부터 성별위화감을 가지고 있다는 증명을 받은 것으로 족한 경우이다. 세 번째, 가장 많은 국가들이 채택하고 있는 방법으로, 1) 성전환(gender reassignment)에 대한 의료적인 감독을 따랐을 것, 2) 외과적으로 비가역적인 불임일 것, 그리고/또는 3) 호르몬 요법과 같은 의료적 조치들을 받았을 것을 요구하고 있다.

이와 같은 요구는 개인의 신체적 온전성(physical integrity)에 대한 존중에 명백히 어긋난다. 법적인 성별변경의 전제조건으로 불임이나 기타 수술을 요구하는 것은 종종 이러한 조치들을 원하는 성전환자도 있지만, 모두가 그렇지는 않다는 사실을 무시한 것이다. 더욱이 이러한 수술이 언제나 의료적으로 가능하거나, 이용할 수 있거나, 혹은 의료보험 없이 감당할 수 있는 것이 아니라는 점이다. 이러한 조치들은 환자의 희망이나 필요, 의료인의 처방에 부합하지 않기도 한다. ...결국 성전환자는, 유럽에서 법적으로 규정된, 국가의 강요에 의해 불임을 요구받는 유일한 집단이라는 점은 중요하게 고려할 점이다.

의료적 조치는 언제나 개인의 최고의 이익에 기해 진행되어야 하고, 각 개인의 특정한 필요와 상황에 따라 조정되어야 한다. 국가가 ‘하나로 획일화된(one size fits all)’ 방법으로 취급되도록 규정하는 것은 부적절하다. 여기서 고려되어야 하는 기본적인 인권은, 개인의 사적인 인생을 국가에 의해 적극적으로 방해받는 것이 어디까지 정당화되는가와, 개인의 성별을 분류하기 위해 불임이나 기타 다른 의료적 개입(medical intervention)이 어디까지 요구될 수 있는가이다.

12) Parliamentary Assembly of Council of Europe, Resolution 1728 (2010): Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity, 29 April 2010, para. 16.11.2.

13) Commissioner For Human Rights of the Council of Europe, *Human Rights and Gender Identity*, Issue Paper, July 2009. pp.18-19.

(3) 해외 입법례 및 판례¹⁴⁾

1) 독일

1978년 독일 연방헌법재판소는 ‘인간의 존엄(서독기본법 제1조 제1항)과 인격의 자유로운 발현에 대한 기본권(동법 제2조 제1항)에 비추어...(중략)...수술이 의학적으로 적합했다면, 그와 같이(성별을) 정정하였다고 양속규범에 반하는 것이 아니다’라고 하여 성전환수술을 마친 신청인의 법적 성별변경을 허가하였다.¹⁵⁾ 이 판결의 취지를 반영하여 1980년 ‘성전환법’¹⁶⁾이 제정되었다. 동법은 남성과 여성의 이름이 구분되어 있는 사회환경을 고려하여, 이름을 변경하는 ‘소해결방안’과 법적인 성별을 변경하는 ‘대해결방안’을 구분하고 있다. ‘소해결방안’은 신청인이 다른 성에 속한다고 느끼고, 그 성에 따라 살려고 한 기간이 3년 이상일 것을 요구하며 의학적 조치를 요구하지 않는다. 이에 비해 ‘대해결방안’은 ‘소해결방안’에서 요구한 요건과 더불어 의료적 요건으로서 1) 계속적으로 생식능력이 없고(8(1)4) 2) 외부적 성징을 변경하는 수술을 받아 반대의 성별이 가지는 외관에 명백하게 근접해 있을 것(8(1)4)¹⁷⁾을 요한다.

독일의 성전환법에서의 의료적 요건 이외의 요건들은 이후 연방헌법재판소에 의해 상당부분 위헌결정을 받게 된다. 이로 인해 25세 이상이어야 한다는 나이요건¹⁸⁾, 혼인의 사유로 ‘소해결방식’으로 변경한 이름을 되돌아가게 하는 규정¹⁹⁾, 혼인중이 아닐 것을 요구하는 규정²⁰⁾이 헌법불합치 또는 위헌결정을 받았다.²¹⁾

14) 성전환자의 법적 성별변경은 입법, 법원의 결정, 행정절차를 통해 상당수의 국가에서 인정되고 있다. 이하에서는 의료적 조치에 대한 요건을 중심으로 주요 해외 입법례 및 판례를 살펴본다.

15) BVerfGE 49, 286(1978.10.11). 허영, 性轉換者(Transsexuelle)의 法的地位, 공법연구 8('80.7), 1980.

16) Das Transsexuellengesetz(TSG: Gesetz über Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen) Vom 10. September 1980.

17) 다만 이 조항은 지방법원의 결정을 통해 그 해석에 있어서 성전환남성의 경우에 자궁난소적출까지를 요구하고, 외부성기재건은 요구하고 있지 않아 왔다.(BVerfGE 3295/07, OLG Zweibrücken 3 W 17/91 vom 24. 6. 1991; OLG Zweibrücken 3 W5/93 vom 07. 5. 1993; BayOblG 1 Z BR 95/94 vom 14. 6. 1995)

18) 1BvR 938/81(1982.3.16).

19) 1BvL 3/03(2005.12.6). 대상조항은 동성애의 성적지향을 가진 성전환자의 혼인을 제한하는 결과를 낳는다.

20) 1BvL 10/05(2008.5.27). 대상조항은 기존의 성으로 혼인 중인 성전환자에 대한 성별변경을 제한하는 결과를 낳는다.

21) 자세한 결정 내용은 이준일, 『섹슈얼리티와 법』, 세창출판사, 2009, pp.50-56 참고

2011년 1월 11일 독일연방재판소는 생식능력 결여 요건을 규정한 8(1)3호와 성적외관 변화를 규정한 8(1)4호에 대해 헌법불합치결정을 내렸다.²²⁾ 신청인은 ‘소해결방식’으로 여성의 이름으로 변경하여 살고 있는 62세의 성전환여성이었다. 신청인은 동성애의 성적지향을 가지고 여성과 동반자관계를 유지하고 있었으며, 동반자등록을 신청하였다. 그러나 독일의 생활동반자법(Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft)은 동성 파트너 간에만 허용되어 있어서, 신청이 거부되었다. 신청인이 파트너와 법적인 결합을 하기 위해서는 ‘성전환법’이 요구하는 생식능력 제거 및 성적외관변경을 위한 수술 후 여성으로 법적 성별을 변경하여 동반자등록을 하거나, 법적으로 남성으로 취급되는 동시에 성전환자임이 드러나는 위험성을 감수하고²³⁾ 법적으로 이성 간에만 허용되는 혼인신청을 하는 두 가지 방법만이 가능한 상태가 되는 것이다. 신청인은 전자의 방법을 선택하기 위해 외과적 수술을 받는 것은 건강상의 위험이 동반되며, 후자의 방법을 선택하는 경우에는 성전환자임이 드러나게 되어 차별 없이 여성으로 삶을 사는 것이 불가능해진다고 하여 동법의 조항이 헌법상 일반적 인격권을 침해한다고 주장하였다.

법원은 파트너관계의 법적인 결합을 위해 자신이 인지하는 성별로 생활하지 못하게 하는 방법이 부여되는 경우 독일기본법 제1조 제1항과 제2조 제1항에서 도출되는 성적 자기결정권을 침해한다고 판단하였다. 그리고 이러한 상태를 조장하는 수술에 대한 요건이 ‘신분법적인 승인을 위해 무조건적으로 요구된다면, 수술에 대한 (의료적) 지시도 없고 자신의 성전환성의 지속성을 위해 필요하지 않음에도 불구하고 신체적 침해를 유발하고 건강상 훼손을 감수하도록 요구하는 것이다. 이는 입법자가 성전환성의 지속성에 대한 증명을 과도하게 요구하고 있는 것이다.’고 밝히고 있다. 또한 불임을 위한 수술을 받도록 강요하는 것은 ‘이를 행하지 않는 경우 자신이 인지하는 성별에 대한 신분법적 승인을 포기하게 하여 자신의 법적 성별과는 모순된 상태에서 지속적으로 생활해야 하거나, 또는 신체적 변경과 기능의 손실을 초래[함에도 불구하고 그 모순된 상태를 해소하기 위하여] 유일하게 남아 있는 방법을 선택함으로써 인해 자신의 인간으로서 자존감에 저촉될 수 있는 중대한 수술을 받게 하는 강제상황이 초래된다. 당사자가 어떠한 결정을 내리든지 그는 항상 자신의 심리적 또는 신체적 완전성에 관련된 중대한 기본권을 침해받게 된다.’고 판단하였다.

법원은 성전환법 제8조 제1항 3호의 생식능력 결여에 대한 입법목적이 법적인 남성이 아이

22) 1BvL BVerfGE 3295/07(2011.1.11).

23) 1BvL 3/03(2005.12.6)결정에 의해 혼인할 후에도 여성의 이름이 유지되는데, 여성의 이름을 가진 두 명의 파트너가 동반자관계가 아닌 혼인관계로 등록되는 것은 양자 중 한 명이 성전환자인 경우라고 쉽게 유추될 수 있기 때문이다.

를 낳거나, 법적인 여성이 아이를 낳게 하는 것이 성별의 개념과 모순되며 법적 질서를 벗어나는 결과를 초래하는 것을 금지하기 위한 정당한 목적을 가지고 있다고 보고 있다. 그러나 이러한 상황이 발생하는 경우는 매우 희귀하게 일어난다는 점을 언급하는 한편, 이러한 입법목적 실현하기 위해 성전환자의 성적 자기결정권과 이로부터 보호되는 신체적 온전성(körperliche Unversehrtheit)이라는 기본권에 중대한 손상을 초래하게 되어 정당화될 수 없다는 점을 명확히 하고 있다.

2) 영국

영국은 1970년 Corbett v. Corbett²⁴⁾을 통해 법적 성별은 성염색체, 생식선, 성기와 같은 생물학적 요소로 결정된다고 하며 성전환수술을 받은 성전환자에 대한 성별변경을 부인하였다. 이후 성전환자에 대한 출생등록부상 성별 변경이나 결혼의 유효성이 부정되었다²⁵⁾.

2002년도 유럽인권재판소는 Goodwin v. UK²⁶⁾, I v. UK²⁷⁾ 결정에서 성염색체가 성별결정에 있어 가장 결정적인 요소라고 판단되지 않으며, 성전환자의 수술 후의 성별에 따른 법적 승인에 호의적인 태도를 취하는 것이 국제적 조류임이 명백하다고 하며 국가가 성전환수술 후에도 성전환자에게 원래의 성별을 고수하도록 한다면 국가는 사생활의 존중에 관한 권리(유럽인권협약 제8조)를 침해하며, 성전환자에게 성전환수술 후에 다른 성별을 가진 사람과의 혼인허가를 거부한다면 국가는 혼인의 자유에 대한 권리(유럽인권협약 제12조)를 침해한다고 결정하였다.

2003년 영국최고법원은 Bellinger v. Bellinger²⁸⁾ 결정에서 여전히 성전환자의 성별변경을 인정하지 않았으나, 유럽인권재판소의 결정을 존중하여 이에 부합하도록 법률을 제정할 것을 권고하였고 2004년 7월 1일 ‘성별승인법’²⁹⁾이 제정되었다.

동법 제2조는 성별변경의 요건을 정리하면 1) 18세 이상 2) 혼인관계에 있지 않음 3) 2년 이상 변경하고자 하는 성별로 산 내력이 있을 것 4) 성별위화감이 있고 이에 대해 전문가의 인정을 받을 것이라고 요약할 수 있다.³⁰⁾ 즉 의학적 요건으로서 정신과적 진단 이외에 생식

24) Corbett v. Corbett, 2 All E.R. 33, 1970.

25) 그러나 의료계에서 합법적으로 시술이 이루어지고 있었으며, 의료보험 혜택도 제공되고 있었다. 한편 성전환자에 대한 고용 등에 있어서의 차별금지는 유럽재판소의 P v. S (1999) ECR I-623 판결 후 Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999의 제정을 통해 보장되어 있다.

26) Goodwin v. United Kingdom App. No. 28957/95 July 11, 2002.

27) I. v. United Kingdom. App. No. 25680/94. July 11, 2002.

28) Bellinger v. Bellinger, 2 All E.R. 593, 2003.

29) Gender Recognition Act 2004(2004 CHAPTER 7), 1st July 2004.

능력 제거를 포함한 외과적 조치를 요구하고 있지 않다.

3) 호주

호주는 1995년 뉴사우스웨일즈주를 시작으로 각주의 ‘출생·사망·혼인등록법’³¹⁾ 개정을 통해 성전환자의 성별변경을 인정해왔다. 서오스트레일리아주의 경우 ‘(성별)전환의 절차 (reassignment procedure)’를 거친 사람으로 1) 자신의 진정한 성별이 전환된(reassigned) 성별이라고 믿고, 2) 전환하고자 하는 성별로서 생활양식(lifestyle)을 채택하고, 성적 특징 (gender characteristics)을 가지고 있으며, 3) 자신의 성별정체성과 관련한 적절한 카운슬링을 받은 경우 성별변경을 인정하고 있다.³²⁾ 그런데 이에 대해 2009년 8월 14일 성주체성장애의 정신과 진단을 받고, 호르몬 요법과 가슴제거수술을 거치고 남성으로 생활하고 있는 두 명의 성전환남성이 성별변경을 신청하였다. 생식능력제거 수술 및 외부성기제거 수술을 하지 않은 26세, 32세의 두 신청인은 법률에서 요구하는 요건을 모두 만족하였다고 주장하였으며, 주행정재판소(State Administrative Tribunal)는 이를 인용하였다. 법원은 ‘신청인은 표면적인 수단을 통해서 외양만을 변경한 것이 아니다. 그들이 행한 의료적·외과적 절차는 그들의 성기 및 다른 성적 특징을 크게 바꾸었다. 신청인은 음핵 비대, 음성, 체형, 근육계, 체모 분포, 남성으로 인식되는 모습과 태도를 가지고 있다. 그들은 남성으로서 일관되고, 여성으로서는 불일치하는 특징들을 획득하였는데, 오직 내부적인 의학적 검사(internal medical examination)로만이 그들의 여성의 성적 특징의 잔재를 드러낼 수 있다. 그들의 여성의 성적 특징의 잔재는 더 이상 기능하지 않아서 더 이상 여성의 성적 특징이라고 볼 수 없다.’³³⁾고 보았다.

30) Gender Recognition Act 2004, art.2.

31) Births, Deaths and Marriages Registration Act 1995 (NSW), s 32B; Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996 (Vic), s 30A; Sexual Reassignment Act 1988 (SA), s 7; Births, Deaths and Marriages Registration Act 2003 (Q), s 23; Gender Reassignment Act 2000 (WA), s 17; Births, Deaths and Marriages Registration Act 1999 (Tas), s 28A; Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996 (NT), s 28B; Births, Deaths and Marriages Registration Act 1997 (ACT), s 24.

32) Gender Reassignment Act 2000 s14(1), s15(1)

33) AB & AH and Gender Reassignment Board of Western Australia [2009] WASAT 152 14 August 2009 GRA 1 of 2008 GRA 2 of 2008. 성전환남성의 경우 남성호르몬 요법에 의하여 위에서 열거한 성적 특징이 변화하며, 음핵 비대는 작은 음경과 유사한 형태를 띠게 되어 종종 남성 성기의 외형을 갖추는 것으로 이해되곤 한다. 또한 지속적인 남성호르몬 주입으로 인해 여성으로서의 생식능력이 점차적으로 상실된다.

그러나 2심인 서오스트레일리아최고법원(Supreme Court of Western Australia)에서는 이를 2:1로 이를 기각한다. 다수의견은 신청인이 “남성으로서의 성기와 생식적 특성을 가지고 있지 않으며, 사실상 외부성기의 특징과 내부 생식기관을 여성으로 유지하고 있다...그들은 공동체의 기준과 기대 하에서 남성으로 인식될 수 없다.”고 보았다.³⁴⁾ 그 후 이 사건은 최종적으로 호주최고법원에서 판단하게 되었다.

일련의 과정에서 논쟁이 되었던 것은 법률에서 명시하고 있는 “(성별)전환의 절차(reassignment procedure)”(s14(1))와 “성적 특징(gender characteristics)”(15(1)(b)(ii))의 의미에 대한 해석이었다. 호주최고법원은 ‘(성별)전환의 절차’가 ‘의학적 혹은 외과적 절차’라고 보았으며, 신청인이 거친 호르몬 요법 역시 의료적 절차를 의미한다고 보았다. 나아가 ‘s14(1)의 규정이 가지는 분명한 목적 하에서 s14(1)와 15(1)(b)(ii)를 보다 조화로운 방향으로 읽어야 할 것’이라고 언급하는 한편, 의회에서 본 조항의 입법취지가 ‘남성이나 여성으로 인식되는 성적 특징을 획득하기 위해 필요한 단계로서 수술을 상정하고 있지 않[으며], 사회에서 살아가는 개인이 처해지는 장애를 제거’하기 위한 것이라고 보았다. 또한 신체적 특징(physical characteristics)이라함은 ‘크게 보아 하나의 사회적 인식(largely one of social recognition)’으로서 ‘개인의 신체가 얼마나 남성이나 여성인가’를 평가하는 것이 아니라, ‘사회 구성원이 일상생활에서 어떻게 인지하고 있는지’를 의미한다고 보았다. 즉, ‘현재 가지고 있는 성적 특징과 생활양식과 관련하여, 그들이 다른 사회구성원에게 보여지는 성별이 무엇인가를 질문해야 할 것[이며], 이는 다른 어떤 것보다도 개인의 모습과 행동을 의미한다. 그들의 신체적 상태에 대한 자세한 정보를 요구하는 것이 아니다’는 점을 명확히 하였다. 이에 호주최고법원은 생식능력 제거를 거치지 않은 신청인의 성별변경을 허용하였다.³⁵⁾

4) 미국

2011년 1월 기준, 미국에서 14개 주가 성전환자에 대한 차별금지를 법률에 명시하고 있으며, 7개 주는 행정명령으로 이를 금지하고 있다³⁶⁾ 미국의 대부분의 주³⁷⁾에서 출생증명서상

34) The State of Western Australia v. AH [2010] WASCA172, 2 September 2010 CACV 113 of 2009.

35) AB v Western Australia AH v Western Australia [2011] HCA 42 6 October 2011 P15/2011 & P16/2011.

36) William N. Eskridge Jr.; Nan D. Hunter, *Sexuality, Gender and the Law*, Foundation Press, 2011, p.631.

37) 2009년 기준으로 50개 주 중 48개 주가 출생증명서상 성별변경을 허용하고 있으며, 이 중 17개주는 법 문언상 외과적 조치(surgical procedure)를 요구함을 명시하고 있다.(이준일, 『섹슈얼리티와 법』,

성별변경을 허용하고 있으며, 외과적 조치가 구체적으로 어떠한 종류의 성전환 관련 수술을 진행해야 하는지에 대해서는 법률에 명시되어 있지 않으나, 주로 의료적 혹은 외과적 조치를 행한 의사의 판단을 따르는 등 각 주별 실무에 따라 다르다.³⁸⁾

한편, 성전환자의 신분증서상 성별변경은 운전면허증, 사회보장카드, 출생증명서, 금융기관 기록, 건강보험, 여권, 선발병역등록(Selective Service Registration), 외국인 및 이민 관련 서류 상 변경과 관련된 각각의 법률 및 행정절차로 진행된다. 특히 법원의 판례로서 다루어지는 성전환자 관련 사안은 주로 혼인의 유효성³⁹⁾, 고용 등에 있어서의 차별금지 위반 여부⁴⁰⁾ 등이다.

연방정부 차원에서는 여권 혹은 이민관련 서류상 성전환자의 성별변경에 대해 자격있는 의사(physician)의 진단서 제출을 요구하며 성전환수술이 전제조건으로 요구되지 않음을 명시하고 있다.⁴¹⁾ 이러한 정책은 미국의학협회(American Medical Association)에 의해 이 분야 권위있는 기관으로 인정받고 있는 성전환자의료전문가협회(WAPTH)의 기준과 권고를 따른 것임을 언급하고 있다. 구체적으로는 ‘성별전환을 위한 적절한 임상적 치료(appropriate clinical treatment for gender transition)’를 받았다는 자격 있는 의사의 진단서를 제출하는 것으로 여권 상 성별변경이 가능하다.⁴²⁾

5) 아르헨티나

아르헨티나 가정법원은 2001년 가슴 및 외부성기성형 수술을 마친 성전환남성에 대한 성명 및 출생증명서상 성별 변경을 허용하였다.⁴³⁾ 그리고 11년 후인 2012년 11월 30일 의료적 및 외과적 조치 없이 성별변경을 허용하는 ‘성별정체성법’⁴⁴⁾을 제정하였다. 동법 제1조(성별

세창출판사, 2009 참고)

38) Transgender Law and Policy Center<<http://www.transgenderlaw.org/>>.

39) M. T. v. J. T., 355 A.2d 204 (1976); In re Ladrach 513 N.E.2d 828 (1987); Littleton v. Prange, 9 S.W.3d 223 (1999); In re Marriage License for Nash, 2003 WL 23097095 (2003); Kantaras v. Kantaras, 884 So.2d 155 (2004) 등.

40) Ulane v. Eastern Airlines Inc., 742 F.2d 1081(1984); Etsitty v. Utah Transit Auth., 502 F.3d 1215(2007); Schroer v. Billington F.Supp. 2d 293(2008) 등.

41) 7FAM1310 Appendix M summary(CR:CON-351, 2011.1.20.), b; d.

42) 7FAM1320 Appendix M Documents to be submitted with Passport Application(CT:CON-407, 2012.6.29), b(1).

43) In re KFB, Family Tribunal No 1 of Quilmes, Argentina, 30 April 2001(International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and Justice, A Comparative Law Casebook*, 2011.9.)

정체성에 대한 권리)에서 모든 사람은 a) 자신의 성별정체성에 대해 승인받을 권리(right to recognition), b) 자신의 성별정체성을 자유롭게 발현할 권리(right to the free development), c) 자신의 성별정체성에 따라 대우받을 권리, 특히 성명, 사진, 성별이 기재되어 정체성을 증명하는 문서에 그러한 성별정체성이 반영될 권리를 가진다고 규정하고 있다. 특히 성별변경에 대한 요건에는 ‘전체 혹은 부분적 성기재건(genital reassignment)에 대한 외과적 절차, 호르몬 요법, 또는 다른 정신과적 혹은 의료적 조치를 거쳤다는 증명이 필요없다’(제3조)고 명시하고 있다.⁴⁵⁾

이는 생식능력 결여를 요구하거나, 혹은 생식능력 결여를 요구하지 않더라도 일정한 의료적 조치(호르몬 요법)나 최소한 정신과 진단을 요구하는 여타의 입법례에 비해 비교법적으로 가장 성별정체성을 존중한 법률이라고 평가되었다. 이와 같이 외과적 조치⁴⁶⁾뿐만 아니라 의료적 조치 전체를 요구하지 않는 국가는 계속 확대되는 추세이며, 특히 아르헨티나와 같이 정신과 진단까지 요구하지 않는 국가로는 아일랜드, 노르웨이⁴⁷⁾ 등이 있다.

6) 일본

일본은 2001년 2월 9일 도쿄고등재판소결정⁴⁸⁾에서는 입법에 유보해야할 사항이라고 하여 호적상 성별정정 신청을 불허하였다. 이에 따라 2004년 7월 16일 ‘성동일성장애인의 성별취급특례에 관한 법률’이 제정·공포되기에 이른다.⁴⁹⁾ 특별법의 성별변경 기준은 다음과 같다. 정의에 제시된 성동일성장애인으로서 의사에 의해 진단된 자로서 1) 20세 이상 일 것 2) 현재 혼인하고 있지 않을 것 3) 현재 미성년자 자녀가 없을 것⁵⁰⁾ 4) 생식선이 없을 것 혹은 생식선의 기능이 영속적으로 결여된 상태에 있을 것 5) 그 신체가 다른 성별의 신체의 성기에 관한 부분에 근사한 외관을 갖추고 있을 것이라고 제시하고 있다.

44) Ley de identidad de género, Ley 26.743.

45) 영문번역본 출처: GATE(Global Action for Trans* Equality)<<http://transactivists.org/>>

46) 현재 의료적 요건으로 외과적 수술을 요구하지 않는 국가로 각주 58 참조.

47) 예를 들어 2016년 6월 개정된 노르웨이 법에서는 공적 문서에 반영되는 성별 변경이 이루어지기 위해 (정신과) 진단, 강제적 불임, 외과적 조치를 요구하지 않는다.

(<http://tgeu.org/norwegian-law-amending-the-legal-gender>)

48) 東京高等裁判所平成12年2月9日決定 平成11年(ウ)1979号.

49) 性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律(平成十五年七月十六日法律第百十一号) 最終改正 : 平成二三年五月二五日法律第五三号

50) 제정 당시에는 ‘자녀가 없을 것’이었으나, 이후 개정을 통하여 ‘미성년자 자녀가 없을 것’을 바뀌었다. 자녀가 존재하는가 여부에 따라 성별변경을 제한하는 입법례로는 비교법상 유일한 사례로 평가되고 있다.

성기근사요건을 규정하고 있는 제3조 제1항 제5호에 대해 이 조항이 성기재건수술을 요구하는 것으로 보고 있는가에 대해서 현재 일본 법원에서 공개되어 있는 판례는 없는 상태이다. 그러나 실무상 성전환남성에 대해서는 자궁난소 적출을 통한 생식능력 제거를 요구하고 외부성기재건은 요구하지 않은 호적정정허가결정들이 보고되고 있다. 이에 대해서는 ‘호르몬 요법에 의해 음핵이 단소음경과 같은 외관을 드러내고 있다는 점에서 해당 조항을 만족하고 있다고 판단한 것으로 보인다’는 견해가 제시되고 있다.⁵¹⁾ 그러나 불임 등 외과수술이 요구된다는 점에서 재생산권 및 프라이버시권을 침해한다는 비판을 받고 있다.⁵²⁾

7) 기타 국가

뉴질랜드의 오클랜드가정법원은 2008년 7월 가슴제거수술과 호르몬 요법을 받고 남성으로 살아가고 있는 성전환남성에 대해 ‘출생·사망·혼인등록법’⁵³⁾에 따라 성별변경을 허가하였다.⁵⁴⁾ 법원은 해당 규정⁵⁵⁾은 신청인이 모든 가능한 수술을 행해야 한다고 요구하고 있지 않고, 다만 ‘일정 수준의 영구적인 신체의 변화(some degree of permanent change)’를 요구하는 것이라고 해석하면서 ‘어느 정도의 수술이 필요한가는 의료전문가를 포함하여 개별 사건에서 제시되는 증거에 따라 판단[되어야 하지] 모든 성전환수술을 행해야 한다는 것이 아니다’라고 하고 있다. 또한 ‘호르몬 요법은 개인의 2차 성징을 바꿀 수 있다. 비가역적인 외과수술은 성기를 조정하거나 제거할 수 있다. 이 수단으로 한 사람의 신체를 다른 성의 신체의 외관에 가까워지도록 변환하는 것이다. 그러나 이러한 조치에도 분명 한계가 있다. 성기는 만들어질 수 없다. 모조 성기의 생성은 특히 여성에서 남성으로의 성전환수술에서 매우 힘들다. 염색체 나열은 여전히 같다. 신체의 변환이라는 것은 절대 완전할 수 없는 것이다.’고 하면서 ‘법원은 어떠한 종류의 외과적 개입이 성공적으로 완료되는 것이 성별변경의

51) 針間克己「性同一性障害特例法と戸籍変更者の臨床的特徴」『精神科(9巻3号)』(2006), pp. 246-250.

52) Laura H. Norton, “Neutering the Transgendered: Human Rights and Japan’s Law No.111”, *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, vol. 187, 2006, p.205.

53) Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Act 1995, 1995 No 16.

54) Michael v. Registrar-General of Births, Family Court of Auckland, 9 July 2008.(International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and Justice, A Comparative Law Casebook*, 2011.9, p.188)

55) Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Act 1995

28.(1)(c)(B) has undergone such medical treatment as is usually regarded by medical experts as desirable to enable persons of the genetic and physical conformation of the applicant at birth to acquire a physical conformation that accords with the gender identity of a person of the nominated sex

인정에 필수적인 전제조건이라고 보는 것에 회의적이다. 만약 그렇게 보아야 한다면, 다른 경우라면 하지 않았을 큰 외과수술을 강제적으로 행해야만 하는 상황이 발생한다. 외과수술의 목적은 성전환자가 자신의 신체에 대한 편안함을 가질 수 있게 해야 하는 것이지, 남성을 여성으로 변환시킨다거나 그 반대여야 한다는 것이 아니다'고 언급하고 있다.

브라질의 리오데자네이로 법원은 2010년 8월 가슴제거수술과 호르몬 요법을 받고 남성으로 살아가고 있는 성전환남성에 대해 신분등록상 성명과 성별의 변경을 허용하였다.⁵⁶⁾ 법원은 신청인은 가슴제거, 수염, 낮은 음성과 다른 남성적인 특징을 갖추고 있어서 그 모습이 여성의 성명과 신분증서상 성별표기와는 부조화하며, 이러한 상황은 일상에서 차별에 노출하게 된다고 언급하면서, 이러한 경우 신청인의 성별변경을 인정하지 않는 것은 차별금지를 규정한 헌법 제3조에 위반한다고 설시하고 있다.

이 외에도 2009년 2월 27일 오스트리아 행정최고법원, 2011년 3월 11일 이탈리아 로마항소법원, 2012년 9월 3일 스위스 주라칸톤법원, 2012년 12월 19일 스웨덴 스톡홀름항소행정법원 등에서 성전환자의 성별변경을 위한 생식능력 제거 또는 성기재건 등의 외과적 수술을 요구하지 않고 허가 결정을 내리거나, 이와 같은 요구가 위법 혹은 위헌이라는 이유로, 호르몬 요법 혹은 호르몬요법과 가슴제거(성전환남성)/확대(성전환여성) 수술을 받은 신청인의 성별변경을 허가하였다.⁵⁷⁾

한편, 그 외에도 덴마크, 스웨덴, 노르웨이, 네덜란드, 스페인, 포르투갈, 폴란드, 벨라루스, 크로아티아, 아이슬란드, 우루과이, 헝가리, 아르헨티나, 콜롬비아, 에스토니아, 리히텐슈타인, 그리고 미국, 캐나다, 오스트레일리아, 뉴질랜드의 일부 주에서 의료적 요건으로 외과적 수술을 요구하지 않도록 법률을 개정 혹은 제정하였다.⁵⁸⁾ 예를 들어 스페인 법률은 성별위화감의 진단, 2년 이상의 의료적 조치를 요구하면서, 생식능력 결여나 성전환수술은 요구하지 않음을 명시하고 있다. 단, 건강이나 연령상 적절하지 않는 경우는 2년 이상의 의료적 조치를 요구하지 않는다. 우루과이 법률은 자신의 성별정체성과 신분증서상 성별의 불일치가 2년 이상 지속되고 있다는 사실을 공인된 여러 분야 전문가의 의견서로 입증하는 것으로

56) In re Gesa no.0162607, 4 August 2010.(International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and Justice, A Comparative Law Casebook*, 2011.9, p.195)

57) ICJ(International Commission of Jurists)<<http://www.icj.org>>

58) Open Society Foundations (2015). *License To Be Yourself: Forced Sterilization*, Open Society Foundations; Transgender Europe, *Trans Rights Europe Map & Index 2015*. <http://tgeu.org/trans-rights-europe-map-2015>; 이준일 (2008). 트랜스젠더(transgender)의 헌법적 문제. *고려법학* 50, pp.39-75; 오미영 (2013). 성전환자의 성별정정 허가에 관한 고찰: 각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로. *미국헌법연구* 24(3), pp.143-177.

성별변경이 가능하도록 하고 있으며, 마찬가지로 성전환수술이 요구되지 않음을 명시하고 있다. 포르투갈 법률은 성주체성장에 진단서 제출만으로 성별변경이 가능하다.⁵⁹⁾

3. 국내의 성별정정 요건과 문제점

1) 헌법상 권리로서의 성전환자 성별정정 및 현행 규범형태의 문제점

자신의 성별 정체성에 따른 삶을 영위할 권리는 헌법상 자기결정권에 의해 보장된다. 성별이란 개인이 자기 자신을 인식하는 정체성의 일부이자, 사회에서 타인이 그 개인을 인지하고 그와 관계 맺는 방식의 일부이기도 하다. 따라서 자신의 성별 정체성에 따라 스스로의 삶을 살아가고 사회적 관계를 맺으려고 하는 것은 자연스러운 일이다. 이것은 그 개인이 자신의 성별 정체성에 따른 삶을 영위하고자 하는 의지의 표출이자 자기 삶에 대한 결정이다. 자기 자신이 누구인지 스스로를 인지하는 방식인 정체성은 인격의 일부이다. 그리고 이러한 인격을 자유롭게 발현할 수 있는 사회에서는 개개인이 자기 삶에 대한 의지를 가지고 자기 삶의 방향을 결정할 때 국가 공권력에 의해 방해받아선 안 된다. 따라서 신분증상 성별 표기와 법적 성별을 변경하지 못하게 함으로써 성전환자들이 일상생활 전반과 법적 영역에서 정당한 권리를 행사하지 못하게 막는다면 성별 정체성에 따라 삶을 영위할 자기결정권을 침해하는 것이다.

현재 국내에서 성전환자 성별정정의 요건을 규정한 법률은 없으며, 2006년 대법원 결정과 이에 대한 후속조치로서 제정된 호적예규 제716호 ‘성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침’(현재 가족관계등록예규 제435호(개정 2015.01.08.))에 기준을 두고 개별 법원의 판단에 맡겨져 있다.⁶⁰⁾ 예규 제2조(첨부서류)와 제6조(조사사항)을 통해 확인할 수 있는 구체적인 판단기준들을 정리해보자면, 1) 대한민국 국적자, 2) 만20세, 3) 행위능력자, 4) 현재 혼인 중 여부, 5) 미성년자 자녀 존재 여부, 6) 성전환증, 7) 정신과 치료 혹은 호르몬요법, 성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관 변경, 8) 성전환수술의 결과 생식능력 상실, 재전환 가능성 없거나 희박, 9) 범죄 또는 탈법행위 등에 대한 이용 의도·목적 여부, 그리고 10) 부모 동의(첨부서류로 부모 동의서가 명시되어 있다)이다.

59) Human Rights Watch, *Controlling Bodies, Denying Identities: Human Rights Violations against Trans People in the Netherlands*, Human Rights Watch, 2011, pp. 59-61.

60) 과거 2002년 “성전환자의 성별 변경에 관한 특례 법안”(2002.11.4. 김홍신 의원 대표 발의)과 2006년 “성전환자의 성별 변경 등에 관한 특별 법안”(2006.10.12. 노회찬 의원 대표 발의)이라는 이름으로 법률 제정 시도가 있었으나 두 차례 모두 통과되지 않았다.

구체적인 요구기준에 앞서 지적되는 것은 현행의 규범형태이다. 성별정정을 곧 법적 성별 변경으로 이해하고 있는 판례의 입장에서 비추어 보더라도 이는 법적인 신분관계에 변동을 주는 것으로 본질적인 입법사항에 해당한다. 이러한 법적 성격으로 인하여 본 대법원 예규는 그 형식에도 불구하고 법규명령에 해당하기 때문에, 법률의 위임없이 사법부가 새로운 입법사항을 정하였다는 점에서 위헌을 면하기 어렵다.⁶¹⁾ 이러한 점에서 궁극적으로 입법적 해결이 필요하다는 지적이 2006년 대법원 결정 당시의 반대의견, 보충의견을 비롯하여, 2008년 국가인권위원회의 권고⁶²⁾ 등에서도 지속적으로 언급되고 있다. 뿐만 아니라 국민의 사법부에 대한 예측가능성과 신뢰를 저해하고, 이해당사자인 성전환자의 현실에 대한 이해와 합의를 이끌어내는 과정 없이 성별정정의 기준이 설정되고 ‘실질적인’ 강제력을 가진 기준으로 작용하고 있다는 문제점이 있다.

2) 개별 요건이 가진 문제점

① 외과적 조치를 포함한 의료적 조치의 요구

성전환자에게 필요한 의료적 조치들은 개인에 따라 다르다. 그러나 현행 기준은 이를 고려하지 않고 되도록 최대한의 의료적 조치를 모두 했을 경우에만 성별 정정을 허용하고 있다. 즉, 정신과 진단, 생식능력 제거, 외부성기성형⁶³⁾의 모든 의료적 조치를 요구하고 있다. 성전환자 중에는 수술을 포함한 외과적 조치가 필요한 사람도 있지만 그렇지 않은 사람도 있으며, 특히 외과적 수술을 동반하는 생식기 수술은 가장 마지막으로 고려되는 사항이다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾ 그럼에도 사실상 가능한 모든 외과적 조치를 요구하는 것은 그 개인에게 필요하지

61) 김종권, “성전환자의 성별정정허가신청사건등사무처리지침의 문제점”, 법률신문 제3492호, 2006.9.25.

62) 국가인권위원회위원장. 성전환자 성별 변경에 대한 요건 및 절차 규정한 특별법 제정 권고 결정문 (2008.11.13. 제안). 2008.11.14. 국회 법제사법위원회 송부되었다.

63) 단, 2013년 3월 15일 서울서부지법 결정 이후 성전환남성에게 외부 성기 성형 수술을 요구하지 않는 추세가 다른 지방 법원에까지 확산되고 있다. 성적지향·성별정체성 법정책연구회 (2013. 6. 29.) 성전환자 성별정정의 요건과 쟁점: 성기성형 없이 성별정정허가한 서울서부지방법원 결정을 중심으로 (제1회 SOGI 콜로키움 자료집). <http://www.sogilaw.org> 참조. 구체적인 결정이유를 명시한 서울서부지방법원 2013.11.19. 2013호파1406 등.

64) 세계트랜스젠더보건의료전문가협회(WPATH) (2011). 트랜스섹슈얼·트랜스젠더·성별비순응자를 위한 건강관리실무표준 제7판 (한국어판 번역본 http://www.wpath.org/site_page.cfm?pk_association_webpage_menu=1351&pk_association_webpage=8223); Teich, N. M. (2012), Transgender 101: A Simple Guide to a Complex Issue, Columbia University Press, 45-55.

65) WPATH Board of Directors, June 16, 2010. <http://www.wpath.org>.

않은 수술을 강요하는 결과를 낳는다. 또한 외과적 조치를 필요로 하지만, 건강상 이유나 경제상의 이유로 수술이 어려운 사람에 대해 사실상 성별 정정을 불가능하게 만드는 결과를 가져온다.

많은 성전환자들은 국민건강보험 및 사보험의 적용을 받지 못함으로써 막대한 수술비용을 마련해야 하는 문제, 수술 합병증과 부작용을 감내해야 하는 문제, 그리고 신분증상 성별과 외모가 일치하지 않고 사회적 차별이 만연하여 취업과 직장생활이 쉽지 않은 문제에 직면해 악순환의 고리에 빠진다. 결국 위와 같은 기준을 요구하는 것은 자신의 성별 정체성에 따른 삶을 영위할 권리를 포함하여 헌법상 인간 존엄성에 대한 침해로 이어질 가능성이 크다.

또한 강요된 외과적 수술은 개인의 신체에 대한 자기결정권을 침해하고, 강요된 생식능력 제거수술은 재생산권이라는 자기결정권의 침해로 이어진다.

② 연령 제한

미성년인 성전환자가 자신의 성별정체성의 확신 하에서 그에 따른 삶을 영위하고 있다면 역시 그 의지에 대한 자기결정은 최대한 존중되어야 할 것이다. 미성년자에 대한 성별정정을 허용하지 않는다면, 그것은 의학계에서 아직 신체와 정신이 자라는 중인 미성년자에 대해서는 호르몬 등 성전환 관련 의료적 시술을 시행하더라도 외과적 수술은 자제하고 있기 때문이기도 하며, 자신의 성별정체성에 대한 확신과 그에 따른 사회생활을 하고 있는 경우가 상대적으로 적기 때문일 것이다. 그러나 일차적으로 의료적 조치가 성별정정의 요건으로 요구되는 것은 국제기준 및 의료적 기준에서도 비판받고 있으며, 나아가 의학적으로 수술의 연령대를 조정하는 것은 건강상태 등의 의학적 판단의 부분이므로 청소년 성전환자가 자신의 성별정체성에 따라 삶을 살고 있는 상태와는 분리해서 생각해야 한다. 또한 2차 성징이 일어나는 청소년기에 이미 자신의 성별정체성의 확신을 가지게 되는 성전환자들도 상당수 존재하는 현실에 비추어 보면⁶⁶⁾ 미성년자에 대해 아무런 보호 없이 일방적이고 일률적으로 성별의 법적 변경을 금지하는 것은 과도한 기본권 침해가 될 가능성이 크다. 미성년자의 중대한 결정에 대한 보호라는 공익을 지나치게 강조하면 미성년자의 성별정체성과 자기결정권을 제한하게 되며, 자신의 성별정체성에 따라 사회생활을 하고 있는 미성년 성전환자의 경우 오히려 열악한 사회여건에 놓일 가능성이 있다는 점을 고려한다면, 미성년자에게 전면적

66) 의학적 연구결과 사춘기 이전 아동기에 성별위화감을 가진 경우에 비해 청소년기에 성별위화감을 느끼는 경우에는 성인기까지 지속되는 비율이 훨씬 높다. 세계트랜스젠더보건의료전문가협회(WPATH) (2011). 트랜스섹슈얼·트랜스젠더·성별비순응자를 위한 건강관리실무표준 제7판, 한국어판 번역본 p.12.

으로 성별의 법적변경을 금지하는 것이 미성년자의 자기결정권의 침해에 해당 할 가능성이 크다.

③ 자녀유무에 따른 제한

대법원은 미성년자 자녀를 가지고 있는 성전환자의 가족관계등록부상 성별 정정을 불허하였다. 대법원은 2011년 9월 2일 미성년자 ‘자녀의 복리’를 이유로 가능한 모든 의료적 조치를 마친 성전환자의 성별 정정을 불허하였다(2009스117). 이에 따라 예규의 해당 조항도 개정되었다.

그러나 자녀가 성장할 때까지 성전환자인 부모의 성별 정정을 막는 것은 성전환자 본인의 온전한 일상생활을 불가능하게 만들 뿐만 아니라 보호를 받아야 하는 자녀에게까지 불이익을 전가시킨다. 성전환자는 어느 순간 갑자기 만들어지는 것이 아니라 자신의 성별정체성이 자연스럽게 발현되는 과정에서 가족을 포함하여 가장 가까운 주위 사람들에게 조금씩 인지되어져 간다. 법적으로 성별을 변경하는 것으로 인하여 자녀가 성전환자인 부모의 존재를 알게 되는 것이 아니다. 자녀의 복지에 해가 될 것이라는 막연한 우려로 인해 자녀의 복지와 성전환자의 성별의 법적 변경을 대립하는 것으로 단정하고 있는 것은 성전환자의 삶의 과정성을 간과한 판단이다. 이미 자신의 성별 정체성에 따라 사회생활을 영위하고 있는 성전환자가 최대 20여 년간 성별 정정을 하지 못하고 외모와 신분증이 불일치한 상태를 지속적으로 감내해야 하는 것이다.⁶⁷⁾

이는 성전환자 개인의 기본권을 심각하게 침해하는 판결일 뿐만 아니라, 자녀를 부양하는 성전환자 부모로서 자녀 양육의 문제를 해결하기 어렵게 만들어 미성년자 자녀를 그 부모가 겪고 있는 사회적 차별과 편견에 무방비하게 노출시키는 결과를 낳는다는 점에서 오히려 자녀의 복리에 반한다. 해외의 연구에서도 부모가 성전환자라는 사실이 자녀의 복리나 정체성 형성에 부정적인 영향을 미치지 않는다고 나타난다.⁶⁸⁾ 이 요건은 비교법적으로 일본 외의 다른 나라에서는 요구하지 않는 요건이기도 하며, 일본 내에서도 지속적인 비판을 받아 개정의 움직임이 있다는 점도 상기해야 할 것이다.⁶⁹⁾

67) (동지) 최성경 (2013). 성전환자의 성별정정 허가기준과 그 입법적 제안-대상결정: 대법원 2011.9.2. 자 2009스117 전원합의체 결정. 가족법연구, 27(1): pp.373-412.

68) Green, R. (1978). Sexual identity of 37 children raised by homosexual or transsexual parents, *American Journal of Psychiatry* 135, pp.692-697; McGuinness, S., & Alghrani, A. (2008). Gender and parenthood: The case for realignment. *Medical Law Review* 16(2), pp.261-283; White, T. & Ettner, R. (2006). Adaptation and adjustment in children of transsexual parents. *European Child and Adolescent Psychiatry* 16, pp.215-221.

④ 기타 요건

이외에도 혼인여부에 따른 제한은 동성혼을 도입하고 있지 않는 국가에서 나타나는 한계이다. 혼인 중 법적으로 성별을 변경하면 동성혼이 자동으로 인정되기 때문이다.⁷⁰⁾ 나아가, 서류 제출의 형태로 요구되고 있는 부모 동의서는 부모의 지지가 없는 성년자인 성전환자의 성별 정정을 어렵게 한다. 최근 성전환자 자녀를 가진 부모 모임이 만들어지는 등 성전환자에 대한 이해도가 높아지고 있으나, 여전히 자녀가 성전환자인 것을 받아들이지 못하는 부모도 있다. 그로 인해 가족과 절연하거나, 더 나아가 가정 폭력의 위험에 노출되는 경우도 있다. 이는 성년자의 자기결정권을 침해할 뿐만 아니라, 성전환자가 처한 현실을 이해하지 못하고 있는 기준이기도 하다. 이 기준은 최소한 성별 정정이 법제화되어 있는 국가에서는 찾아볼 수 없는 이례적인 요건이다.

3) 현행의 요건들이 가지는 사회적 효과와 문제점

예규 제정의 기초가 된 2006년 대법원 결정에서는 성별정정 허가 여부의 판단대상인 성전환자의 정의를 ‘① 출생 후의 성장에 따라 일관되게 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로서의 역할을 수행하며, ② 성기를 포함한 신체 외관 역시 반대의 성으로서 형성하기를 강력히 원하여, 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 상당기간 정신과적 치료나 호르몬치료 등을 실시하여도 여전히 위 증세가 치유되지 않고 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라 ③ 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추고, ④ 나아가 전환된 신체에 따른 성을 가진 사람으로서 만족감을 느끼고 공고한 성정체성의 인식 아래 그 성에 맞춘 의복, 두발 등의 외관을 하고 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함으로써 주위사람들로부터도 그 성으로서 인식되고 있으며, ⑤ 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다

69) 김선일 (2012). 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정신청을 허용할 것인지 여부. 사법, 19: 179-189; 南野知恵子(監修) (2004). 解説 性同一性障害者性別取扱特例法. 日本加除出版: 11; 竹田香織 (2009). 性同一性障害者特例法をめぐる現代的状況: 政治学の視点から. GEMC journal 1. 東北大学グローバルCOE「グローバル時代の男女共同参画と多文化共生: 98-102; “性別変更の要件緩和 超党派の議連が検討開始”, <朝日新聞>, 2016.1.28.

70) 그러나 동성혼을 전면적으로 금지하는 경우 법적으로 성별을 변경하지 않은 동성애자 성전환자는 사실상 동성혼의 형태로 혼인관계를 이룰 수 있으며 이는 동일한 조건하에 있는 이성애자 성전환자와의 평등권 문제를 유발하게 된다.

른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니'한 경우(번호는 필자가 분류한 것임)라고 명시하며 이에 해당하는 경우가 성별정정 허가의 대상이 됨을 명확히 하고 있다. 이는 성전환자의 정의를 성별정정 허가 대상과 일치시키고 그 범위를 매우 협소하고 전형적으로 설정하고 있음을 보여준다.

국제 의학계의 변화는 별론으로 하더라도, 최소한 아직까지 국내 의학계에서는 일반적으로 성전환자를 성별위화감(gender dysphoria)을 가지고 있는 성주체성장에 혹은 나아가 성전환증이라는 정신장애의 일종으로 이해하고 있다. 의료적인 차원에서 성전환(transition)은 통상적으로는 정신과 상담-호르몬 요법-생식능력 제거-외부성기성형의 순서로 진행되며, 그 단계 중 자신의 성별위화감이 해소되었거나 경제적·환경적인 이유로 더 이상의 의료적 조치가 불가능하거나 필요하지 않게 되었을 때 그 다음의 의료적 조치는 진행하지 않는다. 따라서 대법원이 제시하고 있는 기준에 부합하는 성전환자는 일부에 불과하다.⁷¹⁾ 이는 설사 대법원이 요구하는 외과적 수술을 모두 필요로 하는 성전환자의 경우라도 의료보험이 적용되지 않는 고액의 수술비용 마련을 위한 기간동안 본인 및 주변 사람들에게 인식되고 있는 성별과 불일치하는 신분증을 수년 혹은 수십 년 가지고 살아가야 하는 상황을 야기한다.

대법원과 예규가 제시하고 있는 성전환자의 기준은 성전환자에 대한 전형성(stereotype)을 제시하고, 성별정정 기준으로 적용함으로써 이를 스스로 공고히 하는 효과를 불러일으킨다. 한 집단에 대한 전형성(stereotype)이 형성되면, 대상을 단순화시키고 일반화를 통하여 집단 내에 고정관념으로 자리잡게 되는데 이는 대상을 가치중립적이고 객관적으로 있는 그대로를 설명하기 보다는 대상을 왜곡하고 굴절시킨다는 문제점을 가진다. 나아가 전형성은 편견으로 발전된다.⁷²⁾ 대법원이 제시하고 있는 기준에는 외부성기를 기준으로 여성이나 남성의 몸의 전형성을 전제하는 한편, 여성과 남성의 성역할과 성별표현(gender expression)에 대한 전형성을 제시하도록 요구하고 있다.⁷³⁾ 여기에는 각종 외과수술을 통하여 전형적인 여성과

71) 성전환자 중 법적 성별 변경을 한 경우는 13.2퍼센트에 그치며, 특히 58퍼센트가 외부 성기 성형 수술, 31.3퍼센트가 생식 능력 제거 수술, 28.4퍼센트가 성년에 대한 부모 동의서 요구로 인해 법적 성별 변경에 어려움을 느낀다고 답했다(전수조사는 아님). 성적지향·성별정체성 법정정책연구회 (2014). 한국 LGBTI 커뮤니티 사회적 욕구조사 보고서. 한국게이인권운동단체 친구사이, p.74.

72) 박재영, “역사적 스테레오타입의 현황과 전망”, 「역사학보」 제198집, 2008, pp. 352-353, 이미나, “사회과 태도변화 연구결과에 대한 의문-스테레오타입에서 오는 편견의 사례를 중심으로”, 「시민교육 연구」 제40권 제1호, 2008, pp.74-75.

73) 예규 제5조(첨부서류) 중 신청인의 성장환경진술서 및 2명 이상 인우인의 보증서에 대해 ‘(i) 신청인의 유아기, 소년기, 청년기, 성년기 등 각 시기별로 이성관계를 포함한 대인관계와 사회생활에 대한 구체적인 진술과 (ii) 신청인이 성전환수술을 받기 전부터 일정기간 이상 지속적으로 생물학적인 성과는 반대되는 성적 주체성과 자아를 가지고 생활하였으며, 그러한 성적 주체성 내지는 자아의 발로로 성전

남성의 몸에 자신을 맞추었음을 증명함과 동시에 자신이 ‘천상 여자(남자)’로서 행동하고 살아가고 있으며 여자(남자)로서 남자(여자)를 좋아하는 이성애자라고 증언하게 한다. 또한 성별위화감의 정도가 개인에 따라 다른 만큼 그 ‘시기’와 ‘고통’ 역시 정도를 달리하며 필요로 하는 의료적 조치가 달라짐에도 불구하고 ‘어릴 때부터 고통받아서 수술을 감행할 수 밖에 없다’는 증언을 요구하며 성전환자의 상에 대한 전형성을 구축하고 있다.

이와 같은 전형성은 성별에 대한 사회상의 전형성을 법원이 무비판적으로 수용한 태도인 동시에 그것이 ‘법원이 인정하는 성전환자의 상’를 재생산하여 다시 성전환자의 전형적인 상을 사회 내에 강화시킨다. 이는 성전환자 집단의 외부에도 영향을 미치지만, 동시에 성전환자 집단에도 내면화되면서(‘내가 더 진짜 여자(남자)이다’라는) 상호간의 줄세우기와 성별정체성에 대한 진위성 증명 및 집단 내 배제를 야기하기도 한다.

한편 전형성은 계속해서 전형성을 재생산해낸다. 전술하였듯이 예규의 기준에 부합하지 않는 경우 성전환자는 성별정정 신청을 하기 쉽지 않을뿐더러, 실제로도 기각결정이 나고 있다. 성별정정을 신청한 성전환자의 진술 역시 예규에서 요구하는 기준으로 자신의 성장환경 진술서를 작성하기 때문에, 법원은 예규가 제시하는 기준에 끼워 맞춘 성전환자의 상을 접하게 된다. 이렇게 축적되고 있는 현재의 성전환자 성별정정판례들은 이후 대법원 예규의 개정 혹은 법률 제정에 있어서 성전환자의 성별정정 요건의 검토를 위한 논의를 협소하게 만들거나, 성별정정이 인정되어야 할 성전환자의 범주를 축소하여 이해할 위험성을 내포하고 있다.⁷⁴⁾

4. 평가 및 제언

(1) 국내 논의 동향에 대한 평가

법률이 집행되고 적용되는 사회영역에서 성전환자의 법적 지위의 문제는 복장의 변경이나 의료적 조치의 시작을 통하여 사람들이 인식하는 외형이 변화하기 시작하는 시점에서부터 본격적으로 발생한다. 의료적 조치 역시 ‘성전환수술’이라는 하나의 사건으로 시작되거나 완료되는 것이 아니라 장시간의 다양한 방법을 통해 진행된다. 이러한 상태에서 외과적인 수술로 이행하는 것은 개인의 성별위화감의 정도의 차이와 개인의 희망에 따라 개별적으로 모

환수술을 받았고, 신청인이 성전환수술을 받은 이후부터 현재까지 확립된 성적 주체성과 자아에 지금
히 만족하면서 사회생활을 하고 있다는 취지의 진술이 기재되어야 한다’고 명시하고 있다.

74) 이승현(2016), “트랜스젠더는 왜 법적으로 성별을 변경하려고 하나요?”, 『성소수자에 대한 12가지 질문』, 한국성소수자연구회(준).

두 다르며, 수술로 이행하는 단계에서도 수술비용과 건강상태에 따라 수년 혹은 수십년에 걸쳐 진행된다.⁷⁵⁾ 그만큼 성전환자는 다양한 몸의 형태를 가지고 살아가고 있다. 이러한 현실상황과 성전환의 과정에 대한 이해가 결여된다면, 성전환자의 법적 지위에 대한 논의는 피상적으로 다루어질 수밖에 없을 것이다.

국내에서 성전환자의 법적 지위에 대한 국내의 논의는 법원의 판례에 대한 논의를 중심으로 이루어지고 있으며, 학계에서는 양적으로는 많은 논문이 나와 있으나 성전환자의 개념과 현실에 대한 충분한 이해가 전제된 법적 논의가 이루어지고 있다고 보기는 어렵다. 동시에 논의의 대상인 성전환자에 대한 이해도 협소하다. ‘성전환증으로 고통받아 ‘성전환수술’을 완료한 사람’만이 논의 대상으로 다루어지면서, 성전환자의 전형적인 상이 구축되고 있다는 점은 전술한 바와 같다. 성전환자의 법적 지위에 대해 법학계, 의료계, 성전환자 당사자들과 함께 국내의 현실이 적극적으로 검토되고 논의될 수 있는 장이 미흡한 상태에서 앞으로 논의가 이대로 고착화된다면, 입법을 비롯한 이후의 논의에서 현실과 괴리되는 법해석과 적용이 자리잡을 수 있는 지점에서 있는 것이다.

(2) 논의의 발전을 위한 제언

현시점에서 피상적인 논의를 보다 심화시키기 위해서는 법·정책에 있어서의 개략적으로 다음과 같은 연구와 관심이 필요할 것이라고 본다.

첫째, 논의 대상에 대한 구체화이다.

전술하였듯이 성전환자는 의료적 조치의 정도에 따라 신체적 상황이 다양하며, 때로는 일상 생활 영역별로 인식되고 있는 성별이 각기 다른 경우도 있다. 현재 의료기술로 가능한 모든 외과적 수술을 행한 자만을 성전환자의 법적 지위 상의 논의에 한정하기는 어렵다. 또한 성적지향이 동성애 혹은 양성애인 성전환자에 대한 염두도 필요하며, 청소년 성전환자에 대한 의료적 지원과 성별정정에 대한 논의도 제기되어야 한다. 나아가 국내 논의 자체가 전무한 간성(인터섹스)에 대한 법적 지위도 다루어져야 한다.

둘째, 실정법학상 논의의 다양화이다.

국내외에서 성전환자와 관련되어 제기되는 법적인 문제는 성별이 다루어지는 모든 사회영역

75) 2006년 대법원의 호적정정 결정의 보충의견에서는 이러한 점을 인식하고 있는 것으로 보인다. ‘성전환자의 성 결정에 관한 위의 역동적 과정을 사상한 채 단지 성전환자가 성기수술을 통하여 성을 변경한 사람이라고 해석하는 방법은 문제의 핵심을 지나치게 단순화한 데에서 나온 것으로 옳지 않다.’

에서 나타난다. 가족관계와 관련하여 혼인·출산·입양의 문제⁷⁶⁾, 노동현장에서의 진입차단·해고·차별의 문제⁷⁷⁾, 교육현장에서의 배제⁷⁸⁾, 병역문제⁷⁹⁾, 사보험 및 국민건강보험 상 성전환 관련 의료적 비용에 대한 지원문제와 성전환을 이유로 한 사보험의 가입거부 문제⁸⁰⁾, 유치장 및 교도소에서의 수감·처우·차별 문제가 존재한다. 또한 주민센터·경찰서 등 공공서비스의 접근의 어려움, 노숙·폭력피해 시 보호소 수용의 어려움, 성매매 성전환여성의 보호와 보건 정책의 부재, 성전환 관련 의료사고에 대한 실태파악과 소송지원 부재, 성전환자 가족들에 대한 정보제공과 지원, 성전환자에 대한 의료적·법적 대응에 대한 정보 제공 등의 문제가 앞으로 다루어져야 할 사안이다. 법적 성별변경의 절차(관련 학제간 전문가로 이루어진 기관에서 담당할 것인지 등)에 대해서도 논의되어야 한다. 이와 함께 가족관계등록부가 정정되어 있지 않은 성전환자의 경우 신분확인이 필요한 금융기관(은행·보험)·투표장·공항 출입국장·운전면허자격시험을 포함한 각종 시험장이나 연령제한을 확인하기 위한 주류·담배 구입이나 연극·영화관람 등에서 차별 문제, 가족관계등록부 정정 이후의 정정사실 비공개 및 관련 공무원과 의료인에 대한 비밀유지 의무에 대해서도 논의되어야 할 것이다.

셋째, 학제간 연구를 포함하여 법리의 심화와 발전의 필요성이다.

성전환자의 법적 지위를 논하는 관점은 이를 소수자 문제로써 다룰 수도 있으나, 장애의 문제나 젠더의 문제로도 접근이 가능하다. 현대의 의학에서는 성별위화감에 대한 완화를 목적

76) 현소혜, “성전환자의 민사상 법적 지위”, 『가족법연구』16권 2호, 2002에서 일부 논의되고 있다.

77) 전윤구, “트랜스젠더를 이유로 한 해고와 차별금지”, 『안암법학』 25권, 2007에서 일부 논의되고 있다.

78) 성전환자를 비롯한 성소수자에 대한 학생과 교사에 대한 인식 부족으로 이에 대한 차별상황에 대처할 수 있는 정책이 부재한 상황이며, 교복, 화장실, 탈의실, 교실수용에 있어서 성별이 구분되는 경우 성별위화감을 가지고 있는 청소년은 적응에 어려움을 느끼거나 학교를 그만둔다.

79) 성전환여성의 경우 면제판정을 위해 때로는 의료적 조치를 서둘러야하는 입장에 있으며, 병역기피 등의 문제로 비추어져서 병역의무를 이행하게 되는 경우도 있다. 성전환남성의 경우 가족관계등록부 정정 이후 현행 징병 신체검사 등 검사규칙에 의해 성전환을 사유로 면제된다. 이는 해당 규칙 별표2 394. 음경절단 항목에 삽입되어 있다. 성전환자가 가족관계등록부 정정을 한 후 해당 성별로 직업군인으로서 지원하는 경우의 문제도 상정할 수 있다. 특히 2014년 이후로 불거진 일련의 성전환여성에 대한 병무청의 병역면제처분취소 사건은 병역문제에서 발생할 수 있는 성전환여성의 인권 침해와 행정청의 무지를 확인시켜준다. 위 사건들에 대한 자세한 내용으로 박한희(2016), “트랜스젠더와 병역의 의무”, 2016 제8회 LGBTI 인권포럼 자료집 참조.

80) 현재 정신과 상담, 호르몬 요법과 모든 외과적 수술에 대한 국민건강보험이 적용되지 않는다. 또한 성전환 관련 의료와 무관한 일반 사보험회사의 가입거부 및 가족관계등록부 정정 후의 보험 해지나 추가 보험료 납부 요구 등이 문제되고 있다.

으로 성전환자에 대한 의료적 시술의 필요성을 인정하고 있으며, 우리나라에서도 정신과 진단을 받고 질병분류기호를 부여받고 있으나 의료보험의 혜택은 없으며 적절한 의료정책이 부재하는 등 의료문제와의 밀접한 관계를 맺고 있다. 성전환자가 겪고 있는 의료문제가 정신장애인가 신체장애인가 혹은 장애로 다루어서는 안되는가에 대해서 여러 가지 입장이 있을 수 있으나 이러한 논의들이 국내에서는 구체적으로 제기되고 있지 않다. 한편, 이성애주의적 성별이분법의 패러다임에 대한 문제제기를 바탕으로 젠더의 문제로 접근할 수도 있다.⁸¹⁾ 또한 성전환자에 대한 차별을 다루는 데 있어서, 이를 성별에 포함되거나 혹은 독자적인 개념으로써의 성별정체성에 대한 차별로 볼 것인지, 성적지향과 연결하여 해석할 것인지, 성별표현의 문제로 볼 것인지에 대한 법리 연구와 발전이 필요할 것이다.⁸²⁾

81) 특히 ‘트랜스젠더 연구’(transgender studies)는 1990년대 들어서 젠더(gender) 및 섹슈얼리티(sexuality)와 관련된 사회적 규범에 대해 성전환자의 경험을 바탕으로 한 비판적인 목소리와 트랜스젠더리즘(transgenderism)에 대한 학문적 욕구가 높아짐에 따라 서구를 중심으로 1990년대 후반부터 학술적 논의로 자리잡아가고 있는데, 성(sex)이 정체성의 엄격한 표지라는 가정을 문제시하는 비판적 접근을 취하고 있다.(Tom Sanger, *Beyond Gender and Sexuality Binaries in Sociological Theory in Transgender Identities*(Sally Hines and Tam Sanger ed.), New York: Routledge, 2010, pp.261-262.) 현재 논의의 전반을 파악하고자 한다면 Susan Stryker: Stephen Whittle(Editor), *The Transgender Studies Reader*, Routledge, June 9, 2006; Susan Stryker: Aren Z. Aizura(Editor), *The Transgender Studies Reader 2*, Routledge, February 14, 2013 참고.

82) 예를 들어 자신의 성별정체성에 따른 성별로 주위 모든 주변인들에게 완벽하게 인식.통과(passing)되고 있지 않은 성전환여성에 대한 고용상 차별이 발생하였을 경우, 이를 성전환자로 인식하였기 때문에 차별행위가 발생한 것인지(성별정체성에 대한 차별), 남성이 여성적이 행동과 모습을 하고 있기 때문에 차별행위가 이루어진 것인지(성별표현에 대한 차별), 여성적인 동성애자라고 생각하고 차별행위가 발생한 것인지(성적지향에 대한 차별)에 대해 관점과 상황상 차이가 발생하게 된다.

성전환자 성별정정 절차에서의 실무상 문제

한 가 람

공익인권변호사모임 희망을만드는법 변호사

1. 들어가며

이 발표문은 발표자가 속해 있는 공익인권변호사모임 희망을만드는법으로 트랜스젠더들이 성전환자 성별정정 허가와 관련하여 조력이나 상담을 요청하였던 사례들을 중심으로, 성전환자 성별정정 허가신청 절차에서 발생하는 실무상 문제점을 정리하고 이에 대한 개선방안을 제시하기 위한 것이다.

2006년 6월 대법원이 전원합의체 결정으로 성전환자 성별정정을 허가한 이후,¹⁾ 대법원은 같은 해 9월 호적예규 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(이하 ‘대법원 예규’)을 제정하여 성전환자 성별정정 허가의 절차와 기준을 마련하였다. 위 예규는 국가인권위원회의 권고,²⁾ 성년의 기준을 20세에서 19세로 하향한 민법의 개정, 2011년 대법원 전원합의체 결정³⁾ 등에 따라 수차례 개정되어 왔으나 성별정정 허가신청 사건의 처리 절차나 신청인이 제출하여야 하는 서류의 목록 등의 큰 틀은 유지되어 왔다. 이 대법원 예규가 일선 법원의 판사나 실무자들에게 성전환자 성별정정 사건의 진행과 처리의 기준이 됨은 물론이었다.

그러나 이 대법원 예규는 첨부서류나 조사사항을 중심으로만 상세한 내용을 제시하고 있을 뿐이고⁴⁾ 법령으로서의 구속력도 없는 것으로서, 일선 법원에서는 법원마다 예규에 규정

1) 대법원 2006. 6. 20.자 2004스42 전원합의체 결정

2) 국가인권위원회 2008. 8. 25.자 06진차525.06진차673 병합 결정

3) 대법원 2011. 9. 2.자 2009스119 전원합의체 결정

4) 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침[가족관계등록예규 제435호, 시행 2015. 2. 1]의 조문은 제1조(목적), 제2조(적용범위), 제3조(첨부서류), 제4조(사실조회), 제5조(법원의 심리), 제6조

되지 아니한 추가적인 서류를 요구하거나 허가기준(조사사항)보다 더욱 엄격하게 성별정정의 요건을 설정하는 등의 관행들이 자리 잡고 있다. 나아가 사건을 담당하는 판사 개인이나 법원 공무원의 경험과 인식의 차이로 성별정정을 신청한 성전환자에게 과도한 부담을 지우거나, 대법원 결정이나 예규에서 정한 기준보다 엄격한 기준을 적용하여 신청을 기각하거나, 심지어 인권침해적인 보정명령 또는 보정권고를 내리는 사건도 발생하고 있는 실정이다.

이러한 실무상 문제들은 엄격한 성별정정의 요건과 더불어 성별정정을 신청하려는 성전환자들에게 실질적인 장벽이자 부담으로 작용한다. 무엇보다 법원의 이러한 관행은 성별정정을 신청한 성전환자의 기본권을 침해할 소지 역시 크다. 이 때문에 사법부가 성전환자의 기본권을 보장하기 위하여 성전환자의 성별정정을 허가한다는 취지 역시 퇴색하는 결과로 이어진다. 이 발표문에서는 이와 같은 실무상 문제점들을 중심으로, 실무적인 차원에서 개선이 필요한 사항들을 차례로 짚어본다.

2. 성별정정 허가신청 절차에서의 실무상 문제점

가. 탈의 사진 또는 성기 사진의 요구

2012년 9월 대구가정법원은 성전환자 성별정정의 요건을 갖추고 성별정정허가를 신청한 FTM(female to male, 출생시 성별이 여성이었으나 남성의 성별정체성을 가진 트랜스젠더) 성전환자에 대하여 “탈의한 상태의 전신을 찍은 사진을 제출할 것”이라는 보정명령을 내린 바 있다.⁵⁾ 신청인은 생식능력 제거, 남성성기 성형수술까지 마친 사람으로서 특별히 성별정정을 불허할 사유가 있지는 않았다. 그럼에도 법원은 보정명령을 통하여 탈의 사진을 요구하였고, 신청인은 이러한 사진 요구에 대한 부당함과 함께 인격적 모멸감을 호소하였다.

2013년 9월에도 유사한 사건이 발생하였다. 서울남부지방법원은 마찬가지로 성별정정의 요건을 갖추고 성별정정허가를 신청한 MTF(male to female, 출생시 성별이 남성이었으나 여성의 성별정체성을 가진 트랜스젠더) 성전환자에 대하여 “사건본인이 MTF 성전환자로서 여성으로서의 외부성기를 갖추었음을 소명하는 사진(2장 이상으로서 식별이 가능하여야

(조사사항), 제7조(성별정정의 허가와 그 효력), 제8조(개명허가신청), 제9조(가족관계등록부 기록)으로 구성하고 있다.

5) 대구가정법원 2012. 9. 13.자 2012호파**** 사건에 관한 보정명령(내담자 보호를 위해 사건번호 미표기. 이하 동일.)

함)을 “보정할 사항”으로 하여 보정명령을 하였다.⁶⁾ 이 사건은 국정감사⁷⁾와 보정명령을 내린 판사에 대한 국회 인사청문회⁸⁾ 과정에서 알려져 크게 보도가 되기도 하였다.

이러한 전신 탈의 사진 또는 성기 사진 제출 요구는 그 자체로 인격권을 침해하는 것일뿐더러, 촬영과 인화, 제출에 있어 수치심을 크게 일으킬 수 있다.⁹⁾ 전신 탈의 사진은 법원사무관 등 타인 역시 보게 될 수 있다는 점, 그 사진이 기록으로서 일정 기간 보존될 수밖에 없어 당사자로서는 자신의 전신 탈의 사진 또는 성기 사진이 존재하고 있다는 것을 인식하며 지낼 수밖에 없다는 점 등을 고려하면 인격권 침해의 소지는 매우 클 수밖에 없다. 또한 전신 탈의 사진 등은 대법원 예규에서도 요구하는 소명자료가 아니고, 대법원 예규에서 필수적인 첨부서류로 정하고 있는 “성전환시술 의사의 소견서”로도 충분히 신체외관을 확인할 수 있으며, 의심이 가는 사정이 있는 경우 마찬가지로 대법원 예규에 따라 감정 촉탁 역시 가능하다는 점(대법원 예규 제5조제2항) 등을 고려할 때, 이러한 사진을 요구하는 것은 불필요하고 오히려 신청인의 기본권을 침해한다는 점에서 문제적이다.

이전부터 트랜스젠더들 사이에서 성별정정 신청 절차에서 이러한 사진을 요구한다거나 판사가 심문기일 도중 성기를 확인하려고 하였다는 사례가 소문처럼 알려진 바가 있다. 위와 같이 최근 공식적으로 확인되었던 사건들 이외에도 유사한 사건들이 있었을 가능성은 적지 않다.

6) 서울남부지방법원 2013. 9. 13.자 2013호파**** 사건에 관한 보정명령

7) 「법원, 성전환 신청자에 ‘성기 사진’ 요구», <한국방송> 2013. 10. 13.자

8) 「이성호 인권위원장 후보자, 성전환자한테 “성기 사진 제출하라”」, <한겨레>, 2015. 7. 30.자

9) 국가인권위원회는 여성에서 남성으로 성별을 정정한 성전환자 진정인이 병역신체검사를 받는 데 있어 군의관이 육안으로 외부성기를 확인한 데 대해 인권침해로 진정한 사건에 관하여, 의사의 진단을 위해 서라고 하지만 자신의 은밀한 신체부위를 노출하는 것은 상당한 수치심을 불러일으킬 수 있는 행위이고, 특히 일반적인 병역의무자들과 달리 특수한 병력 및 신체를 가진 진정인에게 있어 이는 더욱 큰 수치심을 불러일으킬 수 있으며, 성별을 정정하여 징병신체검사를 받은 다른 병역의무자들의 징병신체검사 사례에서 눈으로 확인한 사례가 없고 진단서 등 참고자료 또는 CT촬영 영상을 참조하여 판정할 수 있다는 점에서 위와 같은 군의관의 행위는 헌법 제10조가 정한 인격권을 침해한 것이라고 결정한 바 있다. 국가인권위원회 2007. 7. 20.자 07진인533 결정 참조. 헌법재판소 역시 유치장에 수용된 자에 대한 알몸 정밀신체검사에 관한 헌법소원 사건에서, 공권력의 행사에 있어서 알몸을 드러내도록 하는 행위에 관하여 명예나 수치심을 포함한 기본권이 침해될 여지를 최소화하는 수단과 방법으로 실시되어야 한다고 하고 있다. 헌법재판소 2002. 7. 18. 선고 2000헌마327 결정 참조

나. '생식능력 없음'에 대한 지나치고 형식적인 판단

2006년의 위 대법원 전원합의체 결정에서는 성전환자의 법률적 성을 판단함에 있어 '성전환수술'을 언급하는 외에 생식능력에 대한 명시적인 언급은 없었다. 그러나 대법원 예규 제3조제1항제4호에서는 “신청인에게 현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서”를 첨부서류로 요구하고 있고, 제6조제4호에서는 “성전환수술의 결과 신청인이 생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재전환할 개연성이 없거나 극히 희박한지 여부”를 조사사항으로 정하고 있다.¹⁰⁾

이러한 생식능력 상실 요건을 정당하다고 할 수 있는지는 별론으로 하더라도, 실무상 이에 대한 입증에 있어서도 지나치게 형식적이거나 엄격하게 소명자료를 요구하는 사례들이 다수 보고되고 있다.

2015년 청주지방법원은 장기간 남성호르몬 요법을 받았고 여성의 신체로서도 완경기에 달하여 “폐경기 상태로 난소의 생식능력이 소멸한 상태로 자궁절제술은 의미가 없다”는 대학병원의 진단서를 제출한 50대 후반의 두 FTM 성전환자에 대해서 성별정정 허가신청을 기각하는 결정을 내렸다.¹¹⁾ 기각이유를 설시하지 않아 구체적인 기각이유를 알 수는 없으나, 법원이 위의 진단서를 작성한 병원에 신청인의 생식능력에 관한 사실조회를 요청하는 등의 사정을 미루어보았을 때 대법원 예규상 생식능력 상실에 관한 요건을 충족하지 못하였다고 판단하였기 때문인 것으로 보인다. 신청인들은 결국 다른 법원에서 별다른 장애 없이 성별정정허가를 받았다.

다른 법원에서는 충분히 성별정정을 허가할 수 있었음에도, 자궁적출수술 등이 없었다는 이유로 성별정정을 기각하는 것은 이미 생식능력을 상실한 신청인들에게 신체에 대한 침습적인 외과수술을 강요하는 것으로서 자기결정권과 신체의 자유 등을 침해하는 것으로 평가할 여지가 있다. 물론 법원으로서 대법원 예규에서 “성전환수술의 결과”라는 문구(제6조제4호)에 따라 외과적 수술을 통해 생식능력을 상실하여야 한다고 볼 수는 있으나, 예규로서의 성격이나 전체 맥락, 대법원 결정의 취지 등을 고려한다면 이미 생식능력을 상실한 신청인들에게도 이러한 수술을 요구하는 것은 신청인에게 건강상 위험과 경제적 부담을 부당하게 지우는 것으로 판단된다.

10) 대법원 예규의 이와 같은 명문규정은 일본의 「성동일성장애자의 성별 취급의 특례에 관한 법률」을 참고한 것으로 보이는데, 위 법률은 성별정정의 요건으로서 제3조제4호에서 “생식선이 없거나 생식선의 기능이 영구적으로 부족한 상태에 있을 것”을 요구하고 있다.

11) 신청인들 요청으로 사건번호 비공개

한편, 다수의 법원에서는 고환적출을 시행하였다거나 자궁·난소적출술을 시술하였다는 시술의사의 수술확인서가 있음에도 불구하고 “현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음”이라는 문구가 명시된 수술확인서를 재차 제출할 것을 요구하는 사례들이 계속해서 발생하고 있다. 2015년 9월 서울가정법원에서는 해외에서 자궁·난소적출술을 행하였다는 시술병원의 수술확인서와 함께 국내 산부인과에서 자궁·난소가 적출된 상태임을 확인한 진단서를 제출한 FTM 성전환자에 대하여 위와 같은 문구가 삽입된 수술확인서 제출을 요구하고, 신청인이 이러한 수술확인서를 시술병원에서 발급받아 제출하였음에도 재차 위 국내 병원에 사실조회를 요청하여 사실조회 회신이 올 때까지 허가결정을 하지 아니한 사건이 보고되었다.¹²⁾ 해당 사건의 재판부는 심문기일에서 신청인에게 “자궁과 난소가 없으면 생식이 불가능한 것은 당연하나 그것은 상식적인 선에서 그러한 것이고 전문가의 명시적 진단이 필요하다”면서 이를 요구하였다.

이러한 사례들은 실제로 자주 등장하는데, 위에서 언급한 서울남부지방법원의 성기 사진 요구 사건에서도, 신청인이 수술확인서를 제출하였음에도 수술을 시행한 의사 외에 다른 의사로부터 위와 같은 예규상 문구가 삽입된 진단서를 발급받아 추가로 제출하라고 한 바 있다.

이러한 이유는 법원이 대법원 예규를 지나치게 형식적으로 해석하여, 대법원 예규 제3조 제1항제4호에서 정하고 있는 “신청인에게 현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서”의 문구 그대로의 진단서를 요구하는 것으로 보인다.

일부 법원의 이와 같은 관행은 성전환자들에게 성별정정 절차를 어렵고 까다롭게 할뿐만 아니라, 진단서 발급 비용, 사실조회 비용, 진단서 재발급을 위한 기회비용의 지출 등 신청에 관한 비용을 불필요하게 상승하게 하는 결과를 낳는다. 이미 상당한 비용을 들여 마련하여야 하는 소명자료가 다양하게 있음에도 불구하고, 이에 더하여 이미 소명된 내용에 대한 동어반복에 불과한 추가적인 소명을 요구하는 것은 객관적으로 부당하다고 할 것이다. 일부 병원에서는 이러한 사실을 알고 “자신들의 병원에서 수술을 받으면 성별정정을 쉽게 할 수 있는 진단서를 발급하여 준다”라면서 성별정정 절차에 대하여 충분한 정보를 가지기 어려운 성전환자들을 상대로 홍보를 하면서, 타 병원보다 고가로 생식능력 제거 수술을 하는 경우도 있는 실정이다.

성전환자 당사자들로서 “생식선을 제거하였다는 것을 소명하였다고 하더라도 생식능력이

12) 서울가정법원 2015호기**** 사건에 관한 사건검색 내용 및 상담문건(공익인권변호사모임 희망을만드는법 내부자료)

없다는 추가적인 소명”을 요구하는 법원에 대하여 답답함과 실망감을 호소할 수밖에 없다. 이러한 일부 법원의 관행은 성전환자 성별정정 허가절차에서뿐만 아니라 사법 전체에 대한 불신으로 이어질 수 있다는 점에서 개선이 시급하다.

다. 수술 시기를 이유로 한 성별정정의 기각

성전환자 성별정정의 실질적 요건을 모두 충족하였음에도 불구하고 법원이 성별정정을 기각하는 사례가 종종 발생하고 있다. 이러한 사례들은 한 법원에 집중되어 있어, 해당 법원 내에 대법원 결정과 예규와는 다른 관행이 자리 잡고 있는 것으로 보인다.

부산가정법원은 성별정정 허가에 있어서 생식능력을 제거하고 성기성형까지 마쳤음에도 이른바 ‘성전환 수술’¹³⁾ 시기를 이유로 “중전의 성으로 재전환할 개연성”이 있다는 이유로 성별정정 허가신청을 기각해 왔다. 2013년 부산지방법원은 ‘성전환증’¹⁴⁾ 진단을 받은 때로부터는 약 1년 6개월, ‘성전환 수술’을 시술받은 때로부터는 약 3개월이 경과한 MTF 성전환자에 대하여 “성전환증 진단과 수술이 얼마 되지 아니하여 향후 중전의 성으로 재전환할 개연성도 없다고 할 수 없다”라는 이유로 성별정정 허가신청을 기각하였다.¹⁵⁾ 2014년에도 성별정정 요건을 갖춘 다른 성전환자에 대하여 역시 아무런 기각의 이유를 제시함 없이 “이유 없으므로” 성별정정을 기각한 사례도 있었다. 이러한 관행으로 인하여 부산가정법원이 관할법원인 경우에도 위 법원에 성별정정 허가의 신청을 꺼리는 일 역시 발생하고 있다.

그러나 “중전의 성으로 재전환할 개연성”을 ‘성전환증 진단’과 ‘성전환 수술’의 시기로 판단하는 것은 부당하다.

‘성전환증’ 진단에 관하여 살펴보면, 성전환자의 경우 정신의학적 진단과 무관하게 성전환

13) 성전환과 관련한 수술은 생식능력 제거 수술(불임수술), 외부성기 성형수술 외에도 남성형/여성형 가슴 성형 수술, 안면 여성화/남성화 수술 등 다양한데, 이 글에서 ‘성전환 수술’이라 함은 대법원 예규에서 의미하는 것으로 보이는 생식기와 관련한 외과수술을 말한다. 성전환과 관련한 의료적 조치와 외과수술에 관하여는 The World Professional Association for Transgender Health(WPATH), *Standard of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People*, the 7th Version(2012. 7.) 참조.

14) 과거에는 트랜스젠더와 관련하여 정신의학에서 ‘성전환증(transsexualism)’이라는 용어로 진단을 하였으나, 미국 정신의학회는 세계적으로 활용되고 있는 「정신질환 진단 및 통계 편람」의 개정을 통해 이 편람의 제4판(DSM-IV)에서는 ‘성별정체성장애(성주체성성애, gender identity disorder)’라는 진단명으로, 제5판(DSM-V)에서는 비병리화의 과정으로서 ‘성별위화감(gender dysphoria)’라는 진단명으로 변경되었다.

15) 부산지방법원 2013호파*** 결정

자가 현재 살아가고 있는 성별을 성장환경진술서와 심문기일을 통해 직접 확인할 수 있을뿐 더러, 이와 같은 진단은 성별정체성이 출생시 성과 다르다는 것을 확인하는 정도이지 어떠한 증세가 심해지거나 하였다고 해서 내려지는 것이 아니며, 이에 따라 많은 경우 자신의 출생시 성별이 아닌 자신의 성별정체성에 따른 성별로 살아가다가 성별정정 허가신청을 위하여 신청 하기 직전에 진단을 받게 되는 경우도 있고, 이미 대법원 예규는 2인 이상의 정신건강의학과 전문의의 성전환증 진단을 요구하는 등(복수의 진단서를 요구하는 것이 정당한지는 별론으로 한다) 진단의 객관성을 확인하고자 하는 장치도 이미 마련되어 있기 때문이다.

또한 ‘성전환증 수술’ 시기와 관련하여서도, 생식기 관련한 외과수술은 비가역적일 뿐만 아니라 신체에 상당한 부담을 가하는 침습적인 수술로서, 이를 시술받았다는 것은 이미 현재 공고한 성별정체성을 가지고 있다는 점을 보여주는 것이고, 생식기 관련한 외과수술을 하는 의료진 역시 그 필요성 판단에서도 이러한 점들을 고려하고 있는바, 이러한 수술을 한 지 3개월가량이 지났다는 것이 ‘향후 종전의 성으로 재전환할 가능성’을 판단하는 기준이 될 수는 없다.

뿐만 아니라 다른 법원에서는 ‘성전환증 진단’ 또는 ‘성전환 수술’의 시기를 성별정정의 기준으로 삼고 있다. 그럼에도 특정 법원만 대법원 예규에도 규정되지 않고, ‘종전의 성으로 재전환할 가능성’의 판단 기준으로도 부적절하며, 공개되지도 아니한 내부적 기준을 세우는 것이 정당한지는 의문이다. 무엇보다 이러한 특정 법원의 엄격한 기준은 특별한 근거가 없이 자의적으로 설정된 것으로서, 사법의 객관성과 합리성, 통일성을 해치게 될 뿐이다.

이처럼 자의적이고 추가적인 엄격한 기준의 설정은 성전환자 성별정정의 취지를 몰각하고, 장기간 성전환자 성별정정의 기준을 충족하기 위하여 상당한 비용과 시간을 들인 이후에 성별정정 허가를 신청한 당사자들에게 큰 고통을 초래하게 되는바, 시급하게 개선하여야 할 부분이다.

라. 부모동의서에 관한 과도한 보정명령

법원이 성별정정 허가절차에서 부모동의서에 대하여 엄격한 기준을 적용함으로써 과도한 보정명령을 내리는 사례들 역시 지속적으로 발생하고 있다. 성전환자 성별정정을 성년에게만 가능하게 하는 동시에 부모의 동의를 요구하는 입법례는 세계적으로 찾아보기 어렵고, 대법원 역시 전원합의체 결정에서 이를 요구한 바는 없으며, 성전환자들이 성전환자에 대한 사회적 편견으로 인하여 가족과의 관계가 단절되거나 성별정정에 대한 부모의 동의를 얻기

어려운 때가 있다는 점에 비추어 보면 이러한 서류를 요구하는 것 자체가 실무적으로 큰 문제이나, 설령 이를 요구한다 하더라도 이에 대한 과도한 강조는 성전환자들에게 성별정정의 큰 장벽으로 작용한다.

서울가정법원의 경우 부모동의서를 진술서 형태로 제출을 하더라도 법원 사무관 차원에서 부, 모의 동의서를 각각 받아올 것과 부, 모 각각 주민등록등본을 첨부하고 이에 더하여 인감증명서를 첨부하도록 하는 보정권고를 계속해서 내리고 있다.¹⁶⁾

한편, 서울가정법원을 포함한 상당수의 법원에서는 실무적으로 부, 모 모두의 동의가 있어야만 성별정정을 허가하는 것은 아니고, 가족관계 단절 등 부모동의서를 제출하지 못하는 사정을 소명하는 사유서를 제출하는 경우 성별정정을 허가하고 있다. 그럼에도 일부 법원에서는 신청인이 성별정정을 신청하며 부모 중 일방의 동의서만 제출하거나 위와 같은 사유서를 제출하더라도, 부모동의서에 관한 보정권고를 내림으로써 보정서의 형태로 다시 동의서 미제출 사유서를 재제출하도록 하고 있다. 이와 같이 이미 부모동의서 미제출 사유서를 제출하였음도 다시 한 번 보정서의 형태로 이를 제출하게 하는 것은 성별정정 허가절차를 지연시키고 부모의 동의를 얻지 못하는 성전환자에게 심적인 고통을 재차 가할 뿐, 그 외에 실무상 실익도 찾기 어렵다.

성별정정을 한다 하더라도 친자관계나 상속관계의 변동이 없고, 부모의 가족관계등록부에 전후의 변동사항이 기재되는 것도 아니며, 대법원 전원합의체 결정에서도 부모의 동의를 요구한 바가 없고, 해외 입법례에서도 이러한 요건을 찾아볼 수 없으며, 오히려 성전환자에 대한 편견이 큰 사회환경에서 이를 제출하기가 어려운 사람들이 존재하고, 성별정정의 취지가 성전환자 개인의 기본권을 보장한다는 것이라는 점 등을 고려하였을 때 성별정정의 필수적인 첨부서류에서 삭제하는 것이 우선적으로 필요한 것으로 보이나, 그렇지 않더라도 신청 단계에서 부모동의서 미제출 사유서를 제출하는 경우 별도의 보정권고나 보정명령 없이 다른 성별정정 허가의 조사사항을 중심으로 판단하는 것이 필요할 것이다.

마. 기타

1) 심문기일에서의 문제

심문기일에서 법원이 성전환자에 대한 편견이나 호기심을 바탕으로 부적절한 질문을 하는 등의 사례도 보고된다. 성별정정 허가신청 사건의 신청인에 대하여 성관계 등 개인의 내밀

16) 서울가정법원 2012. 10. 5.자 2012호파**** 사건에 관한 보정명령 등

한 사생활을 확인한다거나, 성별정정을 하지 못한 상태에서의 사회생활상 문제를 사소하게 치부하거나, 성전환자에 대한 이해 부족으로 MTF 성전환자와 FTM 성전환자를 혼동하거나,¹⁷⁾ 이미 신청인이 본인의 성별정체성에 따라 사회생활을 하고 있음에 따라 공부상의 성별과 외관을 비롯한 사회생활상 성별이 불일치하여 혼란이 있는 것을 해소하고자 한 것에 대해 반대로 성별정정을 허가하는 것이 사회적 혼란을 일으키는 것이라는 등의 모습을 법원이 보인다는 것이다.

대법원 예규가 심문기일을 필수적으로 하고 있는 이유는 예규의 구조 등을 보건대 법원이 신청인의 모습을 직접 확인하고 당사자의 진술을 통하여 소명자료의 진실성을 확인하고자 한 것으로 파악된다. 법원이 이러한 취지를 넘어 심문기일에서 성전환자에 대한 편견을 표현하고 불필요하거나 현실과 동떨어진 질문, 인격적인 수치심이 드는 질문 등을 하는 점은 지양하여야 할 것이다.

2) 불필요한 추가 소명자료의 요구

이미 대법원 예규와 성별정정 허가신청서 양식 등을 통하여 성별정정 허가신청에 있어 신용정보조회서 등 다수의 첨부서류를 요구하고 있음에도, 일선 법원에서는 이를 넘어 불필요하고 과도하게 추가 소명자료의 제출을 요구하는 때가 많다. 전신탈의 사진, 부모의 인감증명서 등 앞서 제시한 것 외에도, 일률적으로 초, 중, 고등학교 생활기록부를 요구하는 사례도 발견된다.

학교 생활기록부의 경우에도 현재에는 타 교육기관에서 발급받을 수 있는 등 발급이 과거보다 용이해졌다 하더라도, FTM 성전환자가 여학교의 생활기록부를 발급받으러 간다거나 MTF 성전환자가 남학교의 생활기록부를 발급받고자 할 때, 당사자로서는 호기심 어린 눈초리를 받거나 본인 확인에 어려움을 겪을 수 있음은 능히 예상할 수 있다. 이러한 생활기록부의 요구와 같은 추가적인 소명자료에 대한 보정 요구는 신중할 필요가 있다.

3) 성별정정 허가절차의 지연

많은 경우 위에서 서술한 보정권고 또는 보정명령의 결과 성전환자 성별정정 허가신청 후 결정이 이루어지는 기간은 지연되는 때가 많다. 보정권고 등이 없다 하더라도 심문기일 지정과 결정을 거치는 시간은 빠른 경우에 3개월 정도로 보인다. 법원마다 사건의 양 등에 따

17) MTF 트랜스젠더에게 유방적출 수술 경험을 소명하라고 하는 등의 사례도 보고된 바 있다.

라 다를 수밖에 없으나 대법원 예규가 첨부서류와 조사사항을 정하고 있는 등 정형화된 사건 절차로서는 절차가 지연되는 것으로 보이고, 신청인들이 법원으로부터의 연락을 지나치게 오래 기다리게 하는 결과를 초래하고 있다. 길어지는 경우 6개월에서 1년이 걸리는 사례들도 실제로 발생하고 있고, 기각결정이 있는 경우 항고심은 그보다 더 오래 걸리는 때가 많다.

한국과 성별정정 허가 요건과 절차가 거의 유사한 일본의 경우 허가신청서 제출일로부터 결정문을 송달받는 날까지 통상 2주 정도가 소요되고, 지연되는 경우에도 1개월이면 허가결정문을 받아볼 수 있다고 한다.¹⁸⁾ 한국 역시도 성전환자 성별정정 허가신청 절차의 정형화된 특성과 신청인의 기대, 지연될 때의 고통 등을 고려하여 사건의 처리 기간을 단축할 필요가 있는 것으로 보인다.

바. 소결

성전환자 성별정정 허가신청의 절차와 관련하여 발생하고 있는 실무상 문제점들을 살펴보면, 이와 같은 법원의 사건 처리나 관행은 성전환자의 기본권을 침해하거나 신청인들에게 고통을 가하고, 불필요하게 경제적·신체적·시간적 부담을 지우고 있다. 이러한 문제들은 성전환자의 기본권을 보장하기 위한 성별정정 허가의 취지를 자칫 몰각시키고 사법의 신뢰성 역시 해할 수 있는바, 시급하게 이를 개선할 필요성이 크다.

3. 개선 방안

가. 대법원 예규의 개정

이상의 문제점을 개선하기 위하여 먼저 필요한 것은 대법원 예규의 개정이다. 현재 대법원 예규는 일본의 「성동일성장애자의 성별 취급의 특례에 관한 법률」의 형태와 유사하면서도 실무적인 내용 역시 담고 있다. 그러나 이 대법원 예규는 법관이나 법원 사무관 등이

18) 일본의 성전환자들의 성별정정 신청 경험을 수기로 남긴 기록들을 살펴보면 2주 정도 걸렸다는 경험담이 상당수이고, 연말의 경우 등 지연되더라도 1개월을 넘지 않는 것으로 보인다. 이러한 경험담에 따르면 빠른 경우 1주일만에 허가결정을 받는 경우도 있는데, 이 경우는 심문기일 당일에 허가결정문까지 받았다고 한다.

성전환자/트랜스젠더에 관하여 편견을 갖고 있거나 이해를 갖지 못하는 경우에 대한 대비책을 마련하고 있지 못하고, 법원에 의한 인권침해나 편견을 담은 소명(입증)의 요구를 막기 위한 지침을 제공하지 못하며, 법관과 법원 사무관 등이 지나치게 형식적으로 판단하도록 할 가능성을 내포하고 있다.

따라서 자주 발생하는 문제점과 실태를 파악하여, 대법원 예규에서 생식능력 제거와 관련하여 환경 등을 이유로 실질적으로 생식능력을 상실한 경우 역시도 포함되도록 문구를 보다 구체적이고 현실적으로 대체하고,¹⁹⁾ 신청인의 인격권을 침해하고 신청인에게 수치심을 가할 수 있는 소명 요구나 질문을 삼가는 등 성별정정 허가절차에서 인권침해적 요소가 없도록 주의하여야 한다는 내용을 명시하고, 소명자료에 특별히 신빙성을 의심할 만한 사정이 없는데도 추가적인 소명자료를 요구하여 신청인에게 고통을 주어서는 안 된다는 주의사항을 삽입할 필요가 있다.

또한 사건처리절차의 기간을 3개월 등으로 명시하여 신청인들에게 예측가능성을 부여하고, 이를 넘길 때에는 이에 대한 통지를 하도록 하는 방안 마련도 필요할 것으로 보인다. 수술 시기를 이유로 재전환 가능성을 판단하도록 하지 못하도록 하거나, 재전환 가능성에 대해서는 특별한 사유가 없는 한 이를 자의적으로 해석하지 못하도록 하는 장치를 마련하거나, 재전환 가능성이라는 것 자체가 사실상 요건으로 하기 어려운 내용으로서 조사사항에서 이를 삭제하는 등의 개선 역시도 요청된다.

부모동의서의 경우도 첨부서류로 하는 근거를 찾기 어려운 만큼 첨부서류에서 삭제하거나, 부모동의서 미제출 사유로서 갈음할 수 있다는 문구를 삽입한다면, 부모동의서에 대한 현재와 같은 엄격하고도 과도한 보정 요구는 방지할 수 있을 것이다.

나. 담당 법관에 대한 교육

성별정정 허가절차에서 발생하는 인격권 침해 등은 대법원 예규 등 성별정정과 관련한 제도의 문제이기도 하지만, 성별정정 허가신청 사건을 처리하는 법관과 법원 사무관 등 법원 공무원 개인의 성전환자/트랜스젠더에 대한 이해의 정도, 성별정정 허가의 취지와 성격에 대한 인식 등에서도 기인한다. 대법원 예규 자체가 성전환자에 대한 편견 또는 오해를 담고 있는 소지도 있지만, 실무상 벌어지는 사례들을 살펴보면 법관이나 법원 사무관 등이 성전

19) 일본 「성동일성장애자의 성별 취급의 특례에 관한 법률」에서는 생식능력 상실과 관련하여 “생식선이 없거나 생식선의 기능이 영구적으로 부족한 상태에 있을 것”이라고 표현하고 있다. 동법 제3조제4호 참조.

환자에게 성별정정을 허가하는 취지와 성별정정을 하지 못하였을 때의 문제점을 제대로 이해하지 못하거나 성전환자에 대한 호기심이나 편견, 성전환자가 성별정정을 하려는 목적에 대한 오해나 의심 등을 가지고 있음을 미루어 짐작할 수 있다.

따라서 법원 자체적으로 성전환자를 비롯한 성소수자에 대한 이해를 증진하기 위한 연수나 교육이 이루어질 필요가 있다. 나아가 성별정정을 담당하는 법관들에 대해서도 성전환자/트랜스젠더에 대한 기본적인 이해 및 성별정정 허가절차 진행의 방법과 유의점 등을 연수를 통해 자세히 알릴 수 있어야 한다. 이를 통해 담당 법관들이 요건과 절차를 간략하게 정한 대법원 예규만을 참고하는 것이 아니라, 성전환자/트랜스젠더와 성별정체성에 대한 이해를 바탕으로 성별정정 허가의 취지를 보다 살리는 방향으로 절차를 진행할 수 있을 것이다. 또한 각 법원의 담당 법관들이 모여 성별정정 절차에 관한 세미나를 개최하여 경험을 나누고, 보다 이를 개선하기 위하여 머리를 맞대는 기회도 필요하다.

다. 사건의 독립적 분류와 성별정정 통계의 작성

성별정정 절차를 성별정정을 허가하는 취지에 맞고 합리적으로 개선하기 위해서는 지금보다 체계를 수립하고 관련 추이를 분석하는 것 역시 필요가 있다. 현실과 통계를 분석하지 아니한 채로 절차를 개선하기는 어렵다. 또한 해외와 같이 향후 성별정정에 관한 특별법 등을 마련함으로써 법원의 부담을 줄이는 데에도 성별정정에 관한 체계적인 실태 파악은 중요한 근거로서 필요할 수 있다.

현재 성전환자의 성별정정허가신청사건은 사건번호로 분류될 때 가족관계등록비송(과거 호적 비송)의 기타 사건으로서 ‘호기’의 사건번호가 부여되고 있다. 그러나 ‘호기’ 사건은 개명 사건을 제외한 가족관계등록비송 사건을 아우르는 것으로, 현재의 사건번호 분류를 통해서는 성별정정 사건에 대하여 독자적으로 분류하거나 사법통계를 작성하기는 어려운 실정이다. 따라서 정확하고 체계적인 통계나 실태 파악을 위해서는 성별정정 허가신청 사건에 사건번호를 따로 부여하는 것이 필요하다. 이러한 사건분류와 통계는 법원 실무에서도 참고할 수 있는 자료가 될 것이고 정책적인 변화에 있어서도 그 근거가 될 것이다.

이미 일본은 성전환자의 성별 변경에 관하여 사법부가 독립적으로 통계를 내고 있고 이를 정책 자료로 삼을 수 있도록 하고 있다. 참고로, 일본에서 2004년부터 2014년까지 성별변경을 한 사람은 5,166명(2005년 229명, 2014년 813명)이고 신청건수는 매년 증가하고 있다. 2014년까지 각하한 사건은 총 33건으로서 각하율은 매우 낮다. 이러한 통계를 통해 일본에서는 성별정정 신청의 추이뿐만 아니라 대도시와 지역의 차이 등 지역별 차이 역시도 살펴

볼 수 있다.²⁰⁾

4. 나가며

2015년 11월 유엔 시민적, 정치적 권리규약위원회(자유권위원회, UN Human Rights Committee)는 대한민국의 인권 상황을 심의한 후 작성한 최종권고문에서 “성별정정을 하기 위해 요구되는 과도한 제한”에 대해 우려를 표명하면서, “트랜스젠더 성별정정을 용이하게 할 것”을 권고하는 동시에 대한민국에 이에 대한 이행에 관하여 1년 이내에 자유권위원회에 그 이행사항을 보고하도록 한 바 있다.²¹⁾ 이러한 권고의 수범자는 국가이고, 사법부 역시 이에 대해 응답할 책무가 있다. 위와 같은 “성별정정을 용이하게 할 것”의 내용은 단지 성별정정의 요건에서뿐만 아니라, 실질적으로 성별정정의 장벽이 되는 실무상의 문제들 역시 포함된다 할 것이다.

아르헨티나의 「성별정체성법」 제1조는 “모든 사람들”이 자신의 성별정체성에 대한 인식, 성별정체성에 따른 자유로운 인격의 발달, 자신의 성별정체성에 따른 대우, 특히 이름, 사진, 성별기록 등이 담긴 서류상에서의 성별정체성에 따른 확인 등의 권리를 갖는다고 하고 있다. 이와 같은 명문의 조항이 없다 하더라도, 우리 헌법 전문과 헌법 제10조, 제11조 등을 통하여도 이러한 “모든 사람”들의 권리는 도출된다. 그러나 이러한 “모든 사람”의 권리를 어떤 사람들에게는 자연스러운 것처럼 부여하고 인정하는 반면, 성전환자들에게는 이러한 권리를 박탈해 온 것이 2006년 이전까지의 한국의 법제도적 현실이었다. 이러한 권리의 박탈은 성전환자/트랜스젠더에게 헌법이 보장하는 인간으로서의 존엄과 가치, 평등원칙 등을 부정하는 것이었다. 대법원이 2006년 성전환자의 성별정정을 허가한 것은 바로 이러한 모든 사람의 권리를 확인함에 따른 것이었다.

그러나 실제의 성별정정에 관한 법원 실무에서는 성전환자들의 인권을 침해하거나, 특별히 신빙성에 의심이 갈 만한 사정이 발견되지 않는데도 이미 제출된 서류들을 지나치게 보완하도록 하여 성별정정의 문턱을 높이는 일들이 지속적으로 발생하고 있다. 이는 2006년 대법원 결정의 의미를 퇴색시키고 신청인들에게 고통을 가하는 일일 뿐이다. 이러한 일을 직간접적으로 경험할 때, 성전환자로서는 불안감과 불신감을 크게 가질 수밖에 없다. 무엇보다

20) 일본의 성별변경 통계는 다음의 사이트 등을 참조. http://www.gid.jp/html/GID_law/index.html

21) Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea, CCPR/C/KOR/CO/4, 14문단, 15문단, 59문단 참조

다 이러한 법원의 요구나 관행은 성전환자들이 성별정정을 신청하거나 허가를 받는 데 높은 장벽이 되고 있다. 이는 성전환자 인권 보장의 측면에서도, 사법의 합리성과 신뢰성을 확보함에 있어서도 바람직하지 않다.

이러한 문제들을 해결하기 위해서는 우선적으로 법원의 노력이 절실하게 요청된다. 앞으로 이에 대하여 사법부 안팎과 공론의 장에서 해결방안과 이행방안을 활발하게 모색하기를 기대한다.