

제1회 **SOGI** 콜로키움
Sexual Orientation
Gender Identity

성전환자 성별정정의 요건과 쟁점

-성기성형 없이 성별정정허가한
서울서부지방법원 결정을 중심으로



-
- | **일시** | 2013년 6월 29일 (토) 15시-17시
 - | **장소** | 민주화운동기념사업회 교육장
 - | **주최** | 성적지향.성별정체성 법정책연구회
Korean Society of Law and Policy on
Sexual Orientation and Gender Identity
-

<프로그램>

14:40 등록

15:00 인사 : 장서연 회장 사회 : 나영정 상임연구원

15:10 **발제 1** : 성전환자 성별정정의 ‘외부성기’ 요건 : 서울서부지방법원 성전환자 성별정정허가결정의 취지와 의미_ **한가람** 변호사(공익인권변호사모임 희망을만드는법)5p

15:30 **발제 2** : 성전환자 성별정정 요건에 관한 검토_ **한현희** 판사(청주지방법원)37p

15:50 **발제 3** : 성전환자 성별변경 제도에 관한 비교법적 고찰_ **이준일** 교수(고려대학교 법학전문대학원)47p

16:10 종합토론

성전환자 성별정정의 ‘외부성기’ 요건

- 서울서부지방법원의 성전환자 성별정정허가 결정의 취지와 의미¹⁾

한가람(공익인권변호사모임 희망을만드는법 변호사)

1. 들어가며

성전환자의 가족관계등록상 성별의 정정 허가와 관련하여 대법원 판례와 예규는 신체 외관 요건으로서 “외부성기를 포함한 신체외관”을 생물학적 성별과 반대의 성으로 바꿀 것을 요구하고 있다.²⁾ 그러나 이러한 요구는 많은 성전환자에게 성별정정허가를 신청하는데 있어 실질적인 장벽으로 작용한다는 지적이 이어져 오고 있다. 이 때문에 많은 성전환자들이 성별을 정정하지 못해 자신의 외관과 가족관계등록부상 성별의 불일치로 일상생활뿐만 아니라 취업, 의료, 혼인 등의 공적 관계에서까지 큰 어려움을 겪게 되는 것이 현실이었다.

이와 같은 문제의식을 가지고 ‘성적지향성별정체성 법정책연구회’에서는 위와 같은 ‘외부성기’를 요구하는 신체외관 요건을 완화하기 위하여 남성성기 성형수술을 받지 않은 5명의 FTM³⁾ 당사자와 함께 성별정정허가 신청을 준비하여 진행하였다.⁴⁾ 이에 대해 서울서부지방법원은 위 성전환자 다섯 명의 성별정정을 허가하는 결정을 내림으로써 성전환자 성별정정허가에 있어 상당한 변화가 이루어질 것으로 기대되고 있다.

이미 과거에도 건강상의 이유로 외과수술을 거치지 않은 성전환남성에게 성별정정을 허가한 사례가 있었다.⁵⁾ 그러나 위 서울서부지방법원의 결정은 신청인들의 신청이유에 비추어 보면 성별정정허가를 위해 성기성형을 요구하는 것이 가혹하다는 취지로 보이는 데, 이러한 취지의 결정은 처음이다. 서울서부지방법원의 결정에 뒤이어 인천지방법원 부천지원에서도 위 ‘성적지향성별정체성 법정책연구회’ 소속 변호사들이 마찬가지로 신청대

1) 이 발제문은 서울서부지방법원 2013. 3. 15.자 2012호파4225 결정 등 사건에서 제출한 등록부 정정허가신청서의 내용 일부를 발제문의 형식으로 변경한 것입니다. 이 신청서는 ‘성적지향성별정체성 법정책연구회’의 공동저작물임을 밝혀 둡니다.

2) 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정, 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정 및 가족관계등록예규 제346호 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」 참조

3) Female to Male, 생물학적으로는 여성이나 남성 성별정체성을 지니는 사람

4) 서울서부지방법원 2013. 3. 15.자 2012호파4225 결정 등

5) 인천지방법원 2006. 9. 5.자 2006호파1746 결정

리한 사건에서 성별정정을 허가하는 결정이 내려졌다.⁶⁾

그러나 여전히 대법원 판례와 예규에서는 ‘외부성기를 포함한 신체외관’을 변경할 것을 요구하고 있어, 전반적인 범위에서는 여전히 ‘외부성기’를 요구하고 있다는 점에서 여전히 문제는 남는다.

이 발제문은 위 서울서부지방법원 사건의 신청서를 바탕으로 성전환자 성별정정허가에 있어 생물학적 성별과 다른 성의 ‘외부성기’를 요구하는 것의 문제점을 짚어보면서 위 법원 결정의 의미를 살펴보고, 이와 관련하여 이 문제를 해결하기 위해 제언하고자 하는 글이다.

2. ‘외부성기’ 요구의 문제점 개관

1) 성전환자의 성별정정에 있어 가장 큰 장벽으로 작용

일반적으로 ‘성전환 수술’이라고 알려진, ‘전환’된 성에 부합하는 외부성기를 형성하는 수술은 대다수 성전환자들이 보통으로 거치는 수술로서 성전환자들이 거치는 거의 유일한 의료적 조치라는 생각이 널리 퍼져 있다. 그러나 성전환과 관련한 의료적 조치는 매우 긴 시간 동안 복잡한 과정을 거쳐 이루어지는 것으로서, 성기성형은 가슴수술 등 ‘성전환 수술’ 과정의 일부이다. 또한 성기성형은 모든 성전환자에게 의료적으로 필요한 것은 아니고, 필요한 경우 성전환과 관련한 의료적 조치 중에서 보통 마지막에 이루어진다.

성기성형이 필요한 경우라 하더라도 경제적 또는 의료적 문제로 인해 이를 하지 못하거나 꺼리는 상황이 발생한다.

외부성기 수술의 비용을 살펴보면, 시술받은 연도를 평균 1997.으로 하였을 때에도 평균 1,390만 원 정도의 비용이 들고 있다.⁷⁾ 남성으로 성전환한 자의 경우 질제거, 요도성형, 음낭성형, 고환보형물 삽입술, 음경성형(피부이식 등), 귀두성형, 음경보형물 삽입술 등 각 수술은 여러 차례에 걸쳐 단계적으로 이루어지고 그 수술 난이도가 높아 비용도 매우 높다. 이러한 수술비용은 성전환과 관련한 의료적 조치에 대해 건강보험이 적용되지 않는 국내 현실, 그리고 성별정정이 되지 않은 상태에서 외관과 법적 성별의 불일치로 취업이 힘들으로써 상당수가 빈곤한 처지에 놓여 있는 성전환자의 현실과 결합하면 더욱

6) 인천지방법원 부친지원 2013. 3. 26.자 2012호파2612 결정

7) 성전환자 인권실태조사 기획단, 『성전환자 인권실태조사』, 2006, 133쪽

큰 부담으로 작용한다.

외부성기 수술의 의료적인 문제 역시 성전환자가 외부성기 수술을 하지 못하는 중요한 이유이다. 그 부작용의 빈도와 정도, 재수술 가능성 역시 상당할 뿐만 아니라 신체에 치명적인 후유증을 낳을 수 있기 때문이다. 또한 지병이 있는 경우나 고령인 경우에는 이러한 수술 자체가 생명에 위협이 될 수 있어 아예 수술을 받지 못하기도 한다. 이에 더하여 현재의 의료기술 수준에서 외부성기 수술의 결과가 형태나 기능에 있어서 만족감을 주기 어렵다는 문제도 있다. 그리고 호르몬 요법, 그리고 외부성기 성형수술에 비해서 위험성이 덜한 외과 수술 등을 통해서 전환된 신체외관에 상당한 만족감을 가지고, 더 나아가 외부성기를 형성하는 수술까지는 굳이 원하지 않는 경우도 많다.

그럼에도 성별정정허가에서 '외부성기'를 요구하는 것은 이미 성전환과 관련한 의료적 조치로 인해 상당한 경제적 또는 건강상 부담을 지고 있는 성전환자에게 과도한 경제적·신체적 부담을 지도록 하여 성별정정허가신청을 가로막게 하는 장벽으로 작용한다. 이 때문에 성전환자들은 젊은 나이에 성별정정을 하여 자신의 능력대로 학업이나 취업을 제대로 이어나가는 것이 사실상 불가능한 결과가 초래되는 것이 현실이다.

2) 과도한 의료적 개입의 확실적 요구

의료의 목적은 개인이 도달 가능한 최고 수준의 건강을 유지하는 것이다. 의료적 시술은 개인의 최선의 이익에 따라 결정되어야 하고, 개인의 특정 상황에 따라 이루어질 수 있어야 한다. 의료시술 제공에 있어 환자에게 최선의 이익을 보장해야 한다는 것은 의사의 기본적인 윤리규범이기도 하다.

따라서 '성주체성 장애' 등의 진단을 받은 경우에도 외부성기 성형수술의 의료적 필요성은 개인에 따라 다르며, 개인의 의료적 상황에 따라 그 필요성은 개별적으로 심사되어야 한다. 그럼에도 일률적으로 이러한 의료시술을 강제하는 것은 개인의 건강을 해치는 일일 수 있고, 이는 의료 윤리의 차원에서도 어긋난다.

물론 법적 성별을 정정하지 않겠다고 한다면 이러한 외부성기 성형수술은 성전환자 개인의 판단과 의사의 전문적 진단에 따라 이루어질 것이다. 그러나 성전환자의 법적 성별을 정정하는 것은 '선택'의 문제가 아니라 '생존과 존엄성'의 문제이다. 자신이 원하는 성을 법적으로 인정받고 이를 기본으로 하여 삶을 영위하는 것은 자신의 행복 추구에 있어서 본질적인 의미를 가지는 것이기 때문이다. 이와 같이 성전환자가 인간으로서의 존엄성을 가지고 행복을 추구하면서 살기 위하여 등록된 성별을 정정하고자 하는 사람에게

의료적으로 수술이 반드시 요구되지 않음에도 특정한 의료적 시술을 받도록 강제하는 것은 사실상 “국가가 법적인 이유로 의료시술을 처방한다는 것”과 마찬가지로이다. 이는 도달 가능한 최고 수준의 건강을 유지한다는 의료의 취지에 반하는 일임은 물론이다.

위와 같이 ‘외부성기’의 요구하는 것은 의료적으로 필요하지 않거나 부적합한 경우에 까지 신체침해를 수반하는 외과수술을 하도록 하는 것으로서, 성별을 정정하고자 하는 성전환자에게 과도한 의료적 개입을 획일적으로 요구한다.

3) 성전환자 기본권 보장 취지에 반함

성전환자의 성별정정은 성전환자의 가장 기초적인 기본권을 보장하기 위한 것이다. 이미 대법원은 성전환자에 대하여 가족관계등록부상 성별란 기재는 물론 이에 따라 부여된 주민등록번호가 종전의 성을 따라야 한다면 헌법상 기본권이 침해될 우려가 있다고 하여 성전환자의 성별정정허가가 성전환자의 기본권 보장을 위해 필요하다는 것을 실시한 바 있다.⁸⁾ 그러나 위와 같이 과도한 경제적, 신체적 부담을 부과한다는 점, 또한 이 때문에 실질적으로 성별정정이 어렵게 된다는 점에서 성별정정허가를 통하여 성전환자의 기본권을 보장한다는 취지에 반할 우려가 크다.

헌법 전문과 헌법 제10조는 모든 국민은 인간의 존엄과 가치, 행복추구권 및 능력을 최고도로 발휘할 권리를 가진다고 선언하고 있다. 각자가 현재의 성별에 부합하도록 자신의 성별을 공적으로 확인받아 공시하는 것은 이러한 기본적인 권리를 실현하는 데 있어 필수적 요소이다.⁹⁾ 따라서 성별정체성은 개인의 존재 그 자체를 구성하는 것으로서 이를 법적으로 인정받지 못하는 것은 인간의 존엄을 유지하고 스스로 선택한 가치관에 따라 행복을 추구한다는 가장 기본적인 권리를 부정당하는 것이나 다름없다. 그러므로 성전환자의 성별정정은 성전환자 역시 이 사회에서 인간으로서 누릴 수 있는 행복의 추구를 가능하게 하기 위한 기반이라 할 것이다.¹⁰⁾

성별정정의 취지가 이러함에도 ‘외부성기’의 요구는 이러한 기본권 실현을 가로막고 있는 것이 현실이다. ‘외부성기’를 요구하는 것은 성전환자로 하여금 실질적으로 성별정정 허가를 받기 어렵게 함으로써 성전환자 역시 누려야 하는 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 능력을 최고도로 발휘할 권리를 누리지 못하게 하는 결과를 초래하고 있는

8) 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정 참조

9) 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 전수안 의견 참조

10) 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정 대법관 양창수, 대법관 이인복 의견 참조

것이다.

뿐만 아니라 성전환자 당사자의 의사나 판단, 건강이나 연령과 관계없이 전환된 성에 부합하는 ‘외부성기’를 요구함으로써 위험한 외과수술을 받도록 하는 것은 오히려 신체의 완전성을 침해하고 도달 가능한 최고 수준의 건강을 누릴 성전환자의 권리와 인간으로서의 존엄성을 침해하는 결과를 낳고 있다.

따라서 성전환자의 성별정정허가에 있어 ‘외부성기’를 요구하는 것은 성전환자의 기본권을 보장한다는 성전환자의 성별정정허가의 취지를 상당 부분 몰각시키거나 오히려 성전환자의 기본권을 침해하는 결과를 낳음으로써, 성별정정허가의 성전환자 기본권 보장 취지에 반하는 결과를 초래하고 있다.

이하에서는 위와 같은 문제점을 보다 상세하게 풀어 살펴본다.

3. ‘외부성기’에 대한 필수적 요구의 법적 필요성 부재

성전환자의 성별정정허가의 요건은 성전환자의 법적 성별을 확인함에 있어 성전환자가 확고하게 전환된 성에 귀속감을 느끼고 그 성에 부합하게 살아가는 것이 안정적이고 불가역적이라는 것을 판단하는 기준이라 할 것이다. 그러나 이러한 ‘전환된 성에 대한 귀속감, 전환된 성으로서의 삶의 안정성과 불가역성’ 및 성별정정으로 인해 신분관계 변동에 영향을 미치는지 여부 등을 판단하기 위하여 전환된 성에 부합하는 ‘외부성기’까지 반드시 요구된다고 하기는 어렵다.

1) 성전환자 성별판단에서 ‘반대의 성에 부합하는 외부성기’ 유무는 핵심적 요소가 아님

대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정에서 실시하는 바와 같이 사람의 성별은 염색체나 해부학적 생식기 구조와 같은 생물학적 요소에 의해 결정되는 것이 아닌 것으로, 스스로 인식하는 성별과 생물학적 성별은 다를 수 있다. 자신에게 음경과 고환이 없다 하더라도 스스로의 진정한 성별을 남성이라고 인식하고 남성으로서 사회적 생활관계를 맺을 수 있으며, 반대로 자신에게 음문과 음순 등이 없다 하더라도 스스로의 진정한 성별을 여성이라고 인식하면서 여성으로서 사회적 생활관계를 맺을 수 있다.

한편, 성전환자가 아닌 자라 하더라도 선천적인 문제나 후천적인 사고, 생식기 암의

제거 등 의료적인 이유 등으로 인해 외부성기의 결손 내지 훼손, 절제 등이 일어날 수 있는데, 그렇다 하더라도 그 사람의 성별을 확인할 수 없다 하거나 이미 형성된 스스로의 성별정체성에 대한 변화가 일어난다고는 할 수 없다.

무엇보다, 누군가의 성별을 그 사람이 가지고 있는 외부성기를 보면서 파악할 수 있게 되는 일은 흔치 않다. 오히려 성전환자에 대한 성별 판단에 있어서는 ‘외관’의 측면에서 외부성기보다는 유방 등 신체윤곽, 수염, 근육, 피부, 음성 등의 성별 특징이 사회생활상으로 일상적으로 드러나므로 이러한 성징이 더욱 중요하다. 따라서 법원의 심문, 전문의료인의 진단, 일상생활을 담은 사진, 인우보증 등을 통하여 이러한 신체외관을 확인하면 족하지 전환된 성에 부합하는 외부성기까지를 요구할 필요는 없다 할 것이다.

이처럼 사람의 확고한 성별 인식과 귀속감은 외부성기와 무관한 것이다. 또한 사회적인 성별 인식에 있어서도 외부성기보다는 사회생활상 드러나는 다른 성별 특징에 의해 이루어진다. 따라서 외부성기를 중심으로 사람의 성별을 판단할 수는 없고, 오히려 외부성기를 기준으로 한 성별 판단은 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다는 위 대법원 판례들의 취지에 어긋나는 일이라 할 수 있다.

2) 다른 비가역적 의료적 조치를 통한 신체외관의 전환으로도 반대의 성에 대한 귀속감 및 종전의 성으로의 비가역성을 확인할 수 있음

성전환자가 생물학적 성별과 다른 성으로 확고하게 귀속감을 가지고 있다는 것을 객관적으로 확인하기 위하여 이미 대법원 예규는 2명 이상의 정신과 전문의의 진단을 요구할 뿐만 아니라 신체외관이 반대의 성으로 바뀔 것을 요구함으로써, ‘신체외관’에 있어 기존 성별의 성적 특징을 제거하거나 전환된 성에 부합하는 성적 특징을 새로 형성하도록 하는 호르몬 요법 및 외과적 수술 등 의료적 조치의 과정을 통하여 전환된 성으로서의 모습을 상당히 확득하도록 하고 있다.

이러한 의료적 조치로서 호르몬 요법을 통하여, 여성으로 성전환한 자의 경우 유방을 자라게 하거나 남성으로 성전환한 자의 경우 목소리를 굵게 하고 수염 등의 체모가 나게 하는 등의 변화를 가져올 수 있다. 또한 호르몬 요법으로 형성된 유방을 보다 여성형으로 만들기 위한 외과수술을 하거나 반대로 유방을 제거하고 유두를 축소시키는 등의 방법으로 남성형 가슴을 형성하는 수술을 받는 경우가 많다. 또한 생식능력이 없을 것을 요건으로 하여 비가역적인 불임수술을 요구하고 있기도 하다.

이와 같이 외부성기를 형성하는 수술이 없다 하더라도, 이러한 의료적 조치만으로도 성전환자의 법적 성별을 판단하는 데 있어 성전환자가 생물학적 성별과 다른 성별에 대한 확고한 귀속감을 가지고, 사회생활상으로도 반대의 성별로 파악되어 그 성별로서 관계를 형성하고 있으며, 다시 종전의 성으로 재전환할 개연성이 없거나 극히 희박하다는 것을 충분히 확인할 수가 있다.

3) 사회생활상 ‘외부성기’가 드러나는 경우는 극히 드물고, ‘외부성기’ 성형으로 인한 사회생활상 이익도 크지 않음

일반적으로 사회생활 중 성기 주변의 하반신 부분이 드러나게 되는 경우는 공중목욕탕을 이용하는 때, 그리고 여성에서 남성으로 성전환한 자의 경우 공중화장실에서 남성용 입식 소변기를 이용하는 때 정도이다. 그러나 이러한 문제는 사회생활에 필수적인 영역이 아닌 개인의 선택에 의한 내밀한 사적 영역에 속하는 문제이다. 즉, 성기 성형을 하지 않은 성전환자의 경우 공중목욕탕을 이용하지 않거나 좌식 변기를 사용함으로써 이러한 문제를 얼마든지 피할 수 있다.

뿐만 아니라 외부성기를 성형하지 아니한 여성에서 남성으로 성전환한 자들은 유방절제술을 받고 나서는 수건으로 앞을 가리는 등의 방법으로 공중목욕탕이나 샤워실을 이용하는 등, 몸을 적절하게 가림으로써 공중목욕탕이나 공중화장실을 아무런 문제없이 이용하고 있는 경우도 많다. 또한 여성에서 남성으로 성전환한 많은 사람들의 경우 입식 소변기를 이용할 수 있도록 하는 성전환자 전용의 보조용품의 도움을 받아 남성용 입식 소변기를 이용하고 있기도 하다. 성생활의 측면 역시도 개인의 가장 내밀한 사적인 영역으로서, 많은 성전환자들이 외부성기의 유무와 관계없이 안정적으로 애인을 사귀거나 동거하고 있고 실질적인 배우자 관계를 유지하는 경우가 많다.

이처럼 외부성기를 타인에게 드러내야 하는 경우는 극히 드물거나 스스로의 선택에 의해서 피할 수 있고, 외부성기 성형 없이도 전환된 성별로서 사회생활 등을 하는 데에 큰 어려움이 없으며, 외부성기 성형으로 인한 사회생활상 이익도 크지 않은 이상, 전환된 성에 부합하는 ‘외부성기’를 갖출 것을 성전환자의 진정한 성별을 판단하는 필수적이고 일률적인 기준으로 삼을 수는 없다 할 것이다.

4) ‘외부성기’ 요구는 성전환자에게 과도한 부담을 부과함

‘외부성기’ 요구가 성전환자 당사자에게 지나친 부담을 지움으로써 성별정정을 실질적으로 어렵게 한다면, 이 역시 그 필요성을 인정하기 어려운 하나의 근거라 할 것이다. 그

런데 ‘외부성기’ 요구는 경제적으로도 성전환자에게 큰 부담을 부과할 뿐만 아니라, 이 비용을 마련하기 위해 투자해야 하는 시간도 상당하고, 수술 자체로 인해서 병원에 입원하고 안정을 취해야 하는 기간 동안의 시간을 요구하며, 그 의료적 위험성으로 인한 건강상의 부담을 지우고 있다.

2006년 실시한 <성전환자 인권실태조사>(이하 ‘실태조사’)에 따르면 외부성기 성형수술에 든 비용은 1,000만 원 이하가 55%, 1,000만 원에서 1,500만 원 사이가 20%, 1,500만 원에서 2,500만 원 사이가 15%로 나타났고, 2,500만 원을 초과한 경우도 10%에 이르렀으며, 평균적으로 1,390만 원 정도의 비용을 지출한 것으로 나타났다.¹¹⁾ 특히 재수술을 받아야 하는 경우가 많아 그 비용은 더욱 높은 수준에 이르게 된다. 또한 가슴수술의 비용이 평균 503만 원, 생식능력 제거수술의 비용이 평균 333만 원이라는 것에 비추어보면, 외부성기 수술로 인한 경제적 부담이 가장 크다는 것을 알 수 있다.¹²⁾ 한편, 경험이 많고 의료기술이 좋은 해외병원에서 수술을 받기 위해서는 비행기요금과 체류비, 부작용이 나타났을 때 다시 방문해야 하는 비용이 드는 것까지 고려한다면, 그 비용은 더욱 올라간다.

이러한 비용은 성전환자의 경제적인 상황, 그리고 이미 다른 수술을 거쳐야 하는 상황과 맞물려 더욱 큰 부담이 되고 있다. 성전환자의 경우 성별정정이 되지 않은 상태에서는 주민등록상 성별과 외관의 불일치로 취업을 할 수 있는 곳이 많지 않다. 위 실태조사에 따르면 ‘현재의 일자리를 선택한 이유’에 대해서 전체 응답자 중 가장 많은 수인 37.7%가 ‘현재 할 수 있는 일이 이것뿐이라서’라고 답하고 있고, 두 번째로 응답자의 13.1%가 ‘채용과정에서 굳이 호적이나 신분증 제시를 요구하지 않기 때문’이라고 답하였는데,¹³⁾ 이처럼 성전환자들이 취업할 수 있는 일자리는 매우 제한적이다. 이에 따라 대다수의 성전환자의 경우 저임금의 직종에 종사하게 되는 것이 현실이다.

이렇게 저임금을 모아서 가슴수술을 받고, 또 그 다음 돈을 모아서 생식능력을 제거하는 수술을 받고, 또 그 이후에야 다시 돈을 모아서 외부성기를 형성하는 수술을 받게 되는 현실을 고려해 보면, ‘외부성기’ 요구가 성전환자에게 매우 가혹함을 알 수 있다. 실제로 성전환자들은 부담이 되는 지출항목으로 전체 응답자 중 가장 많은 수인 28.9%가 ‘성전환수술을 위한 수술비용’을 꼽고 있다.¹⁴⁾

11) 성전환자 인권실태조사 기획단, 앞의 책, 133쪽

12) 위의 책, 131-132쪽 참조

13) 위의 책, 141쪽

14) 위의 책, 118쪽

그렇다고 가족의 도움을 얻기도 쉽지가 않다. 위 실태조사에 따르면 가족들이 성전환 자로서의 성별정체성을 지지해 주는 편인지 묻는 질문에서 26.8%가 부정적으로 답변하였고 ‘철저히 반대하거나 무시하고 있다’는 비율도 7%에 이른다.¹⁵⁾ 이러한 상황에서 가족으로부터 외부성기 수술에 대한 비용을 지원받기도 어렵고, 설사 가족이 자신의 성별정체성을 지지해준다 하더라도 가족의 경제적 형편이 어렵다면 이마저도 어려운 것이 현실이다.

특히 젊은 성전환자의 입장에서는 성별정정 허가가 되지 못해 가족관계등록부상의 성별과 자신의 신체외관의 괴리로 좋은 일자리를 구하지 못하고, 이에 따라 수술비 마련에 어려움을 겪어 외부성기 수술을 하는 데에 상당한 시간이 걸리고, 결국 ‘외부성기’를 요구하는 성별정정 허가를 매우 늦게 받을 수밖에 없게 되는 악순환이 지속되게 된다. 이는 인생 중 노동이 가능한 기간의 대부분을 수술비용 마련에 저당 잡히는 꼴이고, 사실상 ‘성별정정을 위해 현재를 저당 잡힌 삶’을 살아가도록 하는 것이다.

이는 성전환자에게 정신적인 고통을 가중시키고 개인의 자아실현을 가로막는 결과를 초래하기도 한다. 성별정정에 반드시 요구되는 수술의 비용을 마련하기 위해 긴 시간이 소요된다는 것 때문에 많은 성전환자들은 그 과정에서 깊은 정신적 무력감을 느끼게 된다. 또 이 때문에 자아실현을 비롯하여 개인의 삶을 온전히 실현할 다른 기회들 역시 모두 박탈될 수밖에 없다. 이에 따라 수술비용을 모으는 것을 인생의 최우선순위로 삼아 오랜 기간의 노력으로 돈을 모아 성기 성형을 하고 성공적으로 성별정정을 마친 이후, 주민등록번호 하나를 바꾸는 데 인생의 대부분의 시간을 보냈다는 생각에 오히려 허탈감과 우울감에 시달리게 되는 일도 적지가 않다.

국가인권위원회 역시 지난 2008년 이러한 점들을 고려하여 성전환을 위한 불가역적 의료조치를 행한 사람에게 성기 성형수술까지 요구하는 것은 과도하여 인권침해 요소가 있다면서 이를 요하지 않도록 대법원 예규를 개정할 것을 권고한 바 있다.¹⁶⁾

이와 같이 성전환자 성별정정허가에 있어 ‘외부성기’를 요구하는 것은 성전환자가 자신의 진정한 성별이 가족관계등록부에 기재된 채로 살아갈 수 있도록 하는 데 있어 지나치게 가혹한 부담을 부과하고, 인간으로서의 자아실현의 기회를 사실상 박탈하는 것으로서, 이를 성별정정 허가에 있어서 반드시 필요하다고 보기는 어렵다.

5) 소결

15) 위의 책, 144쪽

16) 국가인권위원회 2008. 8. 25.자 06진차525-06진차673 병합 결정 참조

따라서 성전환자 성별정정허가를 신청한 자가 확고한 자신의 성별 정체성을 확립하고 그 성에 부합하는 성역할을 수행하고 있는 여부, 그리고 향후 종전의 성으로 전환하거나 전환할 개연성이 극히 희박한지 여부를 판단하는 데 있어 반대의 성에 부합하는 ‘외부성기’까지를 요구할 법적 필요성을 인정하기는 어렵다. 오히려 외부성기는 일차적인 성징으로서 대법원이 실시한 성별 판단 기준 중에서 생물학적 성별 판단의 요소인 것으로, 이를 일률적으로 필수적인 것으로 요구하는 것은 부당하다.

결국 성전환자의 성별정정을 허가함에 있어 전환된 성에 부합하는 ‘외부성기’를 요구하는 것은 성전환자 성별정정허가 및 그 요건의 취지에 비추어 법적 필요성이 크지 않은 요소를 일률적·필수적으로 요구하는 것이고, 이에 따라 오히려 성전환자의 성별정정을 가로막고 성전환자에게 가혹한 부담을 부과하는 것으로서, 성전환자가 전환된 성으로서의 ‘외부성기’를 성형하지 못하였다 하더라도 스스로의 진정한 성별로 인정되는 성전환자에 대하여 가족관계등록부상 성별정정을 허가하는 것이 타당하다고 할 것이다.

4. ‘외부성기’에 대한 필수적 요구의 의료적 필요성 부재

성별정정허가에 있어 생물학적 성별과 다른 성에 부합하는 ‘외부성기’를 형성하는 외과수술 등은 의료적으로도 필수적으로 요구되는 것이 아니다. 이하에서는 이를 살펴보기 위하여 먼저 성전환과 관련한 의료적 조치의 과정을 개관하고, 외부성기 성형을 위한 수술이 가지는 의료적 의미를 구체적으로 살펴본다.

1) 성전환과 관련한 의료적 조치의 과정

현재 성전환자에 관한 의료지침으로 세계적으로 통용되고 있는 기준은 여러 전문 의료인의 경험과 연구에 근거하여 합의한 기준으로서 “세계성전환자보건전문가협회(The World Professional Association for Transgender Health)”에서 발간하는 <트랜스섹슈얼, 트랜스젠더, 성별 비순응자의 건강에 대한 표준의료기준(Standard of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People)>(이하 “표준의료기준”)이다. 위 협회는 “해리 벤자민 국제성별위화감협회(The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association)”의 후신으로서, 위 국제성별위화감협회는 1978. 설립되어 2년에 한 번씩 학술대회를 열고 있으며, 1979.부터 1980., 1981., 1990., 1998., 2001., 2012.에 걸쳐 위 표준의료기준의 개정판을 낸 바 있다. 위 표준의료기준은 성별위화감에 관한 정신의학적, 심리학적, 의학적, 외과적 관리를 위한 전문가들의 합의사항을 정리한 것이다.¹⁷⁾ 아래에서는 2012. 7.에 발간된 위 표준의료기준의 7번

제 개정판을 중심으로 성전환과 관련한 의료적 조치의 과정을 개관한다.

위 표준의료기준에서는 성별 위화감(gender dysphoria)¹⁸⁾을 완화하기 위한 조치로서 크게 성역할과 성별표현의 변화, 호르몬요법 및 외과적 수술을 제시하고 있다. 위 표준의료기준은 의료인들에 대해 성전환자가 자신의 성별 정체성을 긍정하도록 하고, 그 정체성을 표현하기 위한 다양한 선택지를 설명함으로써 각 성전환자가 자신의 성별 위화감에 관하여 의료적 조치의 선택지(options)에 대해 결정할 수 있도록 도울 것을 지시하고 있다.

위 표준의료기준에서 제시하는 의료적 조치의 선택지로는 ① 성별 표현(자신의 진정한 성별에 맞는 여성성 또는 남성성의 표현) 및 성역할의 변화, ② 신체를 여성화 또는 남성화하는 호르몬 요법, ③ 일차성징 내지 이차성징을 변경시키기 위한 외과적 수술로서, 유방을 제거하고 남성형 가슴을 형성하거나 여성형 유방을 형성하는 가슴 수술, 필요한 경우 난소와 정소 등을 제거하는 생식능력 제거 수술, 안면 특징을 여성화 또는 남성화 하는 수술, 둔부 등 신체윤곽을 여성화 또는 남성화 하는 수술, 여성으로 성전환하는 자의 경우 갑상연골(Adam's Apple)을 제거하는 수술, 외부성기를 성형하는 등의 수술, ④ 성별 위화감 및 낙인으로 인한 부정적 효과 등을 다루는 심리요법 등이 있다.¹⁹⁾

위와 같은 표준의료기준 등에 따라 성전환자는 일반적으로 다음과 같은 의료적 조치의 과정을 밟고 있다.

가) 성전환과 관련한 의료적 조치는 보통 신체의 남성화 또는 여성화를 위한 호르몬 요법으로 시작한다. 위 표준의료기준에 따르면 호르몬 요법을 통해 다음과 같은 변화가 일어난다. 남성으로 성전환하는 사람의 경우 목소리가 굵어지고, 음핵이 커지며, 얼굴과 신체에 수염 등 체모가 발달하고, 생리가 중지되며, 유방 조직이 퇴화하고, 근육량에 비해 체지방률이 감소하며, 피부에 유분이 증가하고, 근육량이 증가하고 근력이 강해지며, 질이 위축된다. 여성으로 성전환하는 사람의 경우 유방이 발달하고, 발기 기능이 감소하며, 고

17) The World Professional Association for Transgender Health(WPATH), *WPATH Clarification on Medical Necessity of Treatment, Sex Reassignment, and Insurance Coverage for Transgender and Transsexual People Worldwide*, June 17, 2008

18) 성별위화감(gender dysphoria)은 개인의 성별정체성과 출생시에 부여받은 성(그리고 이와 관련된 성역할 및/또는 일차이차 성징)의 불일치로 인한 불편함 또는 고통을 의미한다. 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.), 5쪽 참조

19) WPATH(2012), 9-10쪽 참조

환 크기가 작아지고, 근육량에 비해 체지방률이 증가하며, 피부의 유분이 감소하고, 피부가 부드러워지며, 성욕이 감소하고, 수염과 체모가 얇아지고 그 성장이 지연된다.²⁰⁾

나) 외과적 수술에 이르러서는 보통 신체 외관에서 가슴의 윤곽이 성징으로서 잘 드러나므로 남성으로 성전환하는 자의 경우에는 유방절제수술을, 여성으로 성전환하는 자의 경우는 여성 호르몬 요법으로 충분히 발달하지 않은 경우 유방 확대수술을 받는 등 가슴 수술을 먼저 받게 된다.

다) 외과적 수술에서 더 나아가서는, 남성으로 성전환하는 자는 둔부 등에 대한 지방 흡입수술, 유두축소 등 남성형 가슴을 형성하기 위한 성형수술을 하는 경우가 있고, 여성으로 성전환하는 자는 안면 여성화 수술, 지방충진수술, 여성적인 목소리를 내기 위한 성대 수술, 갑상연골(Adam's apple) 제거 수술, 둔부 확대수술, 수염 제거 수술, 모발 수술 등을 하는 경우가 있다. 이러한 수술을 통해 호르몬 요법으로도 변화되지 않은 성별 특징들을 얻을 수 있어 더욱 사회생활상 전환된 성으로 인식되기가 쉽게 된다.

라) 거의 최후의 단계로서 외부성기 수술은 이루어지게 된다. 이러한 외부성기수술의 과정은 매우 복잡하다. 남성으로 성전환하는 경우에는 보통 자궁적출과 난소절제수술을 1차적으로 받는다. 이후에 질을 제거하는 수술을 거치고, 피부이식 등을 통한 음경성형수술을 받는다. 음경성형을 하면서 보통 요도를 형성하고 음경으로 연장하는 수술을 함께하게 된다. 음경성형수술 이후에 또 음낭 성형수술을 먼저 하고 난 후 또다시 고환 보형을 삽입하는 수술을 받게 된다. 또 음경성형 이후에도 귀두성형은 별도로 이루어지기도 한다. 그밖에도 형성된 음경에 보형물을 넣는 수술이 이루어진다. 이러한 수술은 1회에 가능하지 않고 각 수술을 단계적으로 실시해야 하고, 수술의 위험성과 후유증 때문에 재수술을 받아야 하는 경우도 많다. 여성으로 성전환하는 경우 음경을 절제하고, 고환을 절제한 후, 질과 음핵을 형성하고, 대음순 등 외음부 성형을 하게 된다. 이러한 수술은 남성화 수술에 비해서 단계를 적게 밟는 편이지만, 이 역시 수술의 위험성과 후유증은 큰 편이다 (이에 관하여는 후술).

2) 외부성기 수술의 확실적 필요성 부재

위와 같은 의료적 조치의 과정에서 외부성기 수술은 의료적으로 반드시 필요한 것은 아니다. 위 표준의료기준 역시 위와 같은 치료방법들이 “선택지”라는 것을 강조하고 있다. 즉 성별 위화감에 관한 의료적 개입은 성전환자 전체에게 일률적인 방법으로 이루어

20) 위의 책, 36-38쪽 참조

질 수는 없고 사람들마다 다르게 개인별 특성에 따라 개별화되어야 한다는 것이다²¹⁾ 표준의료기준뿐만 아니라 2008년도에 펴낸 위 협회의 <전세계 성전환자에 대한 치료의 의학적 필요성, 성전환, 그리고 보험 적용에 관한 세계성전환자보건전문가협회의 설명(WPATH Clarification on Medical Necessity of Treatment, Sex Reassignment, and Insurance Coverage for Transgender and Transsexual People Worldwide)>에서도 모든 성전환자가 획일적 의학적 조치를 받아야 하는 것이 아니라는 점이 강조되고 있다.²²⁾

이러한 의학적 조치의 과정에 있어서는, 각각 성전환자의 특성에 따라 성역할과 성별 표현의 변화만으로도 성별 위화감이 완화되기도 하고, 호르몬요법 단계에서 의학적 성과가 달성되기도 하며, 외과적 수술을 통해야만 성별 위화감이 완화될 수도 있다. 특히 호르몬 요법만으로도 성별 위화감이 감소되고 전환된 성으로서의 생활이 충분히 가능한 경우가 많고, 성별 위화감이 외부성기 수술 없이 가슴수술 등으로 충분히 완화되는 경우가 많아 외부성기 수술을 필요로 하지 않은 성전환자가 많기 때문에, 모든 성전환자가 이러한 외부성기 수술을 하게 되는 것은 아니다.

위 <세계성전환자보건전문가협회의 의학적 필요성 등에 관한 설명>에서도 생식기의 의 수술(Non-genital surgical procedures)이 환자의 일상에 전환된 성으로의 생식기의 형성보다 더 큰 중요성을 지니는 경우가 흔하다면서, 외부성기 수술이 반드시 필요하지는 않다고 하고 있다.

위와 같이 외부성기 수술은 성전환과 관련한 의학적 조치에 있어서 최후적으로 시행되는 것이고, 이는 성별 위화감의 완화에 필수적인 요소가 아니다. 위 표준의료기준은 외과 수술 일반에 관하여 다음과 같이 설명하고 있다.

"Surgery – particularly genital surgery – is often the last and the most considered step in the treatment process for gender dysphoria. While many transsexual, transgender, and gender nonconforming individuals find comfort with their gender identity, role, and expression without surgery, for many others surgery is essential and medically necessary to alleviate their gender dysphoria."(표준의료기준 54쪽 참조).

“외과수술 – 특히 생식기 수술 – 은 성별 위화감에 대한 치료 절차에서 가장 최후의,

21) 위의 책, 9-10쪽 참조

22) WPATH(2008) 참조

그리고 가장 신중히 고려되어야 하는 단계이다. 많은 트랜스섹슈얼, 트랜스젠더, 그리고 성별비순응자들은 외과수술을 거치지 않더라도 자신의 성별 정체성, 성역할, 그리고 성별 표현에 편안함을 확보할 수 있다. 반면 성별 위화감을 완화하기 위해서 외과수술이 필수적이고 의료적으로도 필요한 많은 경우도 많다.”

즉 위 표준의료기준에서는 외과적 수술, 특히 성기와 관련한 수술은 성별 위화감의 치료 과정에서 가장 마지막으로 고려되어야 하는 단계로서, 많은 성전환자들은 이러한 외과적 수술을 받지 않는다 하더라도 자신의 성별 정체성과 성역할, 그리고 성별 표현에 있어서 편안함을 느낄 수 있고, 일률적으로 외부성기 수술을 할 필요는 없다고 하고 있다. 특히 위 표준의료기준은 남성으로 성전환하는 자의 경우 외부성기 수술을 하는 경우는 많지 않고, 많은 경우 유방절제수술 및 유두 축소 등 남성형기슴성형수술이 유일하게 거치는 외과수술이라고 하고 있다.²³⁾

3) 외부성기 수술의 의료적 위험성

외부성기 수술이 필요한 경우에도 그 수술의 위험성은 대단히 크다. 위 표준의료기준에 따르면 여성으로 성전환하는 자의 생식기 관련한 외과수술의 경우 질과 음순의 완전 또는 부분 괴사, 방광의 누관 또는 질로 이어지는 장기의 누관, 요도의 협착, 성교를 하기에 너무 작거나 짧은 질 등의 결과가 나올 수 있고, 성불감증이 발생할 수 있다고 한다.²⁴⁾

남성으로 성전환하는 경우에는 생식기 관련한 외과수술의 과정은 매우 복잡하고 기술적으로도 난이도가 매우 높다. 이러한 음경 형성 수술은 여러 차례의 단계별 개별적 수술이 필요하고, 기술적 어려움이 자주 발생하며, 이에 따라 추가적인 재수술이 필요한 경우가 많다. 가장 간단한 수술로 알려진 음핵을 확장시켜 작은 음경(microphallus 또는 mini-penis)을 형성하는 남성성기지방성형술마저도 여러 번의 수술이 필요한 경우가 많다. 또한 그 결과로서도 위험성이 큰데, 소변관의 누공과 협착이 빈번하게 발생하고, 새로 만들어진 음경의 괴사도 자주 발생한다. 위 남성성기지방성형술의 경우도 형성된 음경이 작아 소음경증의 결과가 발생하고, 서서 배뇨할 수 없게 된다.

이밖에도 음경성형수술은 비뇨기의 합병증이 발생할 가능성이 매우 높고, 광범위한 상처치국(이는 신체의 상당한 부분에서 피부를 떼어내게 되는 등의 결과로 발생한다)이 남게 된다. 이에 따라 여러 수술들을 감내해야 하고, 그 수술들을 마치기 위해서 매우 긴

23) WPATH(2012), 62-63쪽 참조

24) 위의 책, 63-64쪽 참조

기간이 걸리게 된다. 위 표준의료기준은 이러한 이유 때문에 남성으로 성전환하는 자들은 많은 경우 생식기 수술로는 자궁절제술과 난소난관절제술 이외에는 다른 수술을 절대로 하지 않는다고 하고 있다.²⁵⁾

실제로 위 실태조사에서도 성전환과 관련한 수술에서 부작용이 있었는지의 여부에 대한 질문에 43.6%가 수술 부작용이 있었다고 응답하였고, 그 부작용으로는 질협착, 가려움증, 부어오름 등의 부작용이 있어 재수술을 여러 번 거치기도 한다고 하고 있다.²⁶⁾

한편, 외부성기 수술은 수술 자체로 인한 위험뿐만 아니라 의료진의 기술수준이나 이해도에 따라 위험도가 증가한다는 문제 역시 안고 있다. 2012. 유엔인권최고대표부(UN Humanrights office of the High Commissioner)에서 펴낸 보고서 <자유롭고 평등하게 태어난 - 국제 인권법에서의 성적 지향 및 성별 정체성(Born Free and Equal - Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law)>는 다음과 같이 지적하고 있다.

"In many countries, transgender persons face particular difficulties in accessing health care. Gender reassignment therapy, where available, is often prohibitively expensive and State funding or insurance coverage is rarely available. Healthcare professionals are often insensitive to the needs of transgender persons and lack the necessary professional training."

“많은 나라에서, 성전환자들은 의료 접근에 있어 특수한 어려움에 맞닥뜨린다. 성전환과 관련한 의료적 조치가 가능한 곳이라고 하더라도 종종 그 비용이 엄청나게 비싸고 국가의 재정지원이나 보험 적용이 거의 불가능하다. 의료 전문가들은 종종 성전환자의 욕구에 둔감하고 필수적인 전문적 훈련이 부족한 경우가 많다.”

이렇게 성전환자에 대한 이해도나 성전환과 관련한 의료적인 높은 기술 수준을 가지지 못하는 의료 환경 속에서는 외부성기 수술의 위험성은 더욱 클 것이다. 그런데 위 실태조사에서도 ‘희망하는 성전환자 관련 정책안’으로 응답자의 11.5%가 ‘단일한 의료체계의 확립과 기초의료가이드라인의 설정’이 필요하다고 꼽았고,²⁷⁾ 보건복지부 역시 국내 성전환과 관련한 의료조치의 통계를 확보하지도 못하고 있고 의료 가이드라인 내지 지침은 없다고 하고 있으며 34개 지방의료원 중에도 성주체성장에·성전환증 및 성전환수술 관련

25) 위의 책, 63-63쪽 참조

26) 성전환자 인권실태조사 기획단, 앞의 책, 136-137쪽

27) 위의 책, 188-189쪽

가이드라인이 없다고 하고 있다.²⁸⁾ 이러한 점에 비추어 보면 위와 같은 유엔인권최고대표부의 지적이 우리나라의 실정과 크게 다르다고 할 수 있을지는 의문이다. 따라서 이러한 의료 수준 현실이나 의료 지침의 부재로 인한 수술의 잠재적 위험성은 더욱 크다고 할 것이다.

4) 성별정정의 요건으로서의 외부성기 수술에 관한 의학계의 부정적 입장

위와 같이 전환된 성에 부합하는 외부성기를 갖추는 수술은 의료적 관점에서 일률적으로 필요하지도 않고 그 위험성도 크다는 이유 등으로 의학계에서는 법적 성별의 정정에 있어서 외부성기 수술을 요구해서는 안 된다고 하고 있다.

위 <세계성전환자보건전문가협회의 의료적 필요성 등에 관한 설명>에서는 전환된 성에 부합하는 생식기의 형성은 사회적 성별 인식에 반드시 필요한 과정이 아니고, 개인이 신분증과 다른 중요 기록에 성별을 정정하는 데에 있어 전제 조건이어서는 안 된다고 명시하고 있다. 나아가 위 협회는 신분증과 기타 중요 기록에 성별을 정정하는 것이 새로운 정체성으로 사회적 기능을 하는 데에 중요한 도움을 주는 것으로서 외과수술이 행해지기 전에 필수적으로 있어야 하는 요소라고 하면서, 오히려 법적 성별의 정정이 성전환과 관련한 외과수술보다 먼저 있어야 한다고 강조하고 있다.²⁹⁾

위 세계성전환자보건전문가협회 이사회는 2010. 6. 16.에도 “어떤 사람도 자신의 성별 정체성을 확인받기 위하여 외과적 수술 또는 불임수술을 강요받아서서는 안 된다”라는 성명을 발표한 바 있다. 위 성명에서는 신분 증명을 위한 서류의 성별 표시는 그 사람이 살아온 성별(lived gender)로 표시되어야 한다면서 각국 정부와 당국에 대해 성전환자와 관련하여 성별정정을 위해서 요구하는 외과적 조치 요건을 삭제하도록 강력하게 촉구하고 있다.³⁰⁾

위 세계성전환자보건전문가협회는 위 서부지방법원 사건들과 관련하여 법원에 제출한 의견서에서도 “성전환과 관련한 수술은 어떤 사람에게는 의료적으로 필요하지만, 모든 성전환자들에게 필요한 것은 아니”라고 하면서, “그 누구도 성별정체성을 인정받고 신분증을 정정하기 위해 수술을 강요받아서서는 안 된다”고 강조하고 있다.³¹⁾

28) 남인순 의원실 자료 참조

29) WPATH(2008) 참조

30) WPATH, *Identity Recognition Statement*, June 16, 2010

31) 세계성전환자보건전문가협회(WPATH)에서 서울서부지방법원에 제출한 의견서(2012. 12. 28.) 참조

위와 같이 성전환에 대해 진료하고 시술하는 의료 전문가들 역시 외부성기 수술의 법적 강제에 대해 반대하고 오히려 성전환자를 위해서는 성별정정이 먼저 이루어져야 한다고 하면서, 외부성기 수술을 성별정정의 요건으로 삼는 데 대하여 부정적인 입장을 표명하고 있다.

5) 소결

이처럼 성전환자에 대한 의료적 조치에 있어서 전환된 성에 부합하는 외부성기 형성은 의료적으로 모든 성전환자에게 필요한 것이 아니고, 다른 의료적 조치로도 전환된 성에 부합하는 성적 특징들을 갖추고 자신의 성별 정체성에 따라 사회적인 생활을 해 나갈 수 있으며, 오히려 외부성기 수술은 성전환자 개인의 건강에 치명적인 위험이 될 수 있고, 성전환자를 진료하고 치료하는 전문가 집단 역시 성별정정의 요건으로 외부성기 수술을 요구하는 것에 대해서 반대하고 있는바, 성별정정에 있어 외부성기를 요구하는 것은 의학적으로도 그 필요성을 인정하기는 어렵다.

5. 헌법상 기본권 침해

1) 신체를 훼손당하지 않을 권리 침해

헌법재판소는 “헌법 제12조 제1항 전문에서 ‘모든 국민은 신체의 자유를 가진다.’라고 규정하여 신체의 자유를 보장하고 있는 것은, 신체의 안전성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적으로 자율적으로 할 수 있는 자유를 말하는 것”이라고 하여 신체를 훼손당하지 아니할 권리가 제12조의 신체의 자유에 포함된다고 해석하고 있다.³²⁾

이러한 신체를 훼손당하지 않을 권리는 위 헌법재판소 결정에서 실시된 바와 같이 가) 신체의 완전성을 유지할 권리와 나) 정신의 온전성을 유지할 권리를 그 내용으로 한다고 할 수 있다. 이렇게 본다면 신체에 대한 강제적 수술을 요구하거나 정신적 고통을 가하는 것은 신체를 훼손당하지 않을 권리를 침해하는 것이다.

그런데 성전환자 성별정정에 있어 전환된 성에 부합하는 ‘외부성기’의 요구는 그 법적

32) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정 참조

필요성이나 의료적 필요성이 반드시 요구되지 않음에도, 자신의 진정한 성별을 법적으로 내지 공적으로 확인을 받고자 하는 성전환자에게 전환된 성에 부합하는 외부성기를 형성하기 위한 수술을 강제하도록 함으로써 과도한 경제적, 신체적, 정신적 부담을 부과하여 신체적 건강이나 정신적 건강상에 중대한 문제를 일으키는바, 이는 성별을 정정하고자 하는 성전환자의 신체를 훼손당하지 않을 권리를 침해하고 있다.

독일 연방헌법재판소 역시 시민지위법에서 정하는 공공기록에 등록된 성별을 변경하기 위하여 성전환자법(Transsexuellengesetz; TSG) 제8조 제1항 제3호와 제4호가 개인의 생식능력이 영구적으로 제거되고(제3호), 외부적 성징을 변형하는 수술을 받아 다른 성별의 외양과 상당히 근접한 상태가 되었음(제4호)을 요구하는 것에 관하여 성전환자가 청구한 헌법소원 사건에서 위 법률 제8조 제3호와 제4호는 독일 제2조 제2항의 신체의 완전성(physical integrity)에 대한 권리를 침해하는 것이라고 판단한 바 있다.³³⁾

독일 연방헌법재판소는 위 결정에서 “성전환 수술은 기본법 제2조 제2항에서 보호하는 신체적 완전성에 심각한 손상을 끼치는 것으로, 해당되는 개인의 건강에 중대한 위협과 부작용을 초래한다. 그러나 현재의 과학적 지식수준에 따르면, 성전환증으로 상당 수준 확실하게 진단을 받은 경우조차 이것이 항상 바람직한 것은 아니다. 성전환자가 인지하는 성별의 영구적인 성질과 불가역성은, 외부성기의 외과적 적용의 수준으로 측정가능한 것이 아니라, 오히려 자신이 인지한 성별로 살아온 일관성으로 측정가능하다. 성전환자법 제8조 제1항 제4호에 따라 무조건적으로 성전환수술을 전제조건으로 요구하는 것은, 결국 해당 사건에서 수술이 바람직하지 않고 성전환증의 영구적 성질을 확인하기 위해 필요하지 않은 경우조차 성전환자에게 수술을 받도록 하고 건강상의 문제를 감수하도록 요구하는 것으로서 과도한 요구에 해당한다”라고 판시하고 있다.

이와 같이 성전환자의 성별정정에 있어 전환된 성에 부합하는 외부성기를 요구하는 것은 성별을 정정하고자 하는 성전환자의 신체를 훼손당하지 않을 권리를 침해하는 것으로서 기본권 침해의 소지가 크다.

2) 자기결정권 침해

헌법 제10조 제1문 후단은 모든 국민은 행복을 추구할 권리를 가진다고 하고 있고 이로부터 개인의 중요한 사적 사안에 관하여 국가로부터 간섭을 받음이 없이 스스로 결정할 수 있는 권리로서 자기결정권 내지 자기운명결정권이 도출된다.³⁴⁾ 이러한 자기결정권

33) BVerfGE 2011. 1. 11. 1 BvR 3295/07

34) 헌법재판소 1990. 9. 10. 89헌마82 결정 등 참조

으로서 성별 정체성에 대한 자기결정권 역시 인정된다 할 것이고, 이러한 성별 정체성에 대한 자기결정권은 자신의 성별을 자유롭게 인지하고 유지하며, 자신의 진정한 성별을 표현하고 그 진정한 성별로서 살아가는 데 있어 스스로 결정할 수 있는 권리라 할 것이다.

그런데 성전환자 성별정정에 있어 전환된 성에 부합하는 ‘외부성기’를 요구하는 것은 성별을 정정하고자 하는 성전환자 개인에게 기대되는 것에 비추어 불합리한 증거를 지나치게 요구하는 것으로서, 실질적으로 성별정정에 있어 큰 장벽으로 작용하여 스스로의 성별에 관한 정체성에 부합하도록 법적 성별을 변경하는 데 대하여 과도한 문제를 감수하도록 요구하고 있는바, 이는 성별 정체성에 대한 자기결정권 역시 침해한다 할 것이다.

독일 연방헌법재판소 역시 위 결정에서, 법적 관점에서 스스로 인지하는 성별과 다른 성별 역할을 부여하는 것은 개인의 성별정체성을 인정해야 한다는 헌법적 명령을 침해하는 것으로서, 성별인식의 객관적 징표를 마련할 필요성이 인정되고 그러한 징표를 설정하는 것 자체가 위헌인 것은 아니나, 외부생식기의 형성정도에 따라 법적으로 성별을 달리 취급할 것은 아니라고 하면서 전환된 성에 부합하는 외부성기 성형 수술을 요구하는 것이 성전환자의 성적 자기결정권을 침해한다고 판단한 바 있다.

뿐만 아니라 자기결정권은 신체의 처분에 관한 자기결정권 역시 그 내용으로 한다. 이에 따라 개인은 자신의 신체에 가해지는 의료적 조치의 수준을 스스로 결정할 수 있고 이는 헌법에 의해 보호되는 권리라 할 것이다. 그런데 성별 정정에 있어 전환된 성에 부합하는 외부성기를 요구하는 것은 결국 그러한 외부성기를 형성하기 위한 의료적 조치를 일률적으로 강제하는 것으로서, 개인의 신체에 대한 자기결정권 역시 침해한다고 할 것이다.

3) 소결

위와 같이 성전환자의 성별정정에 있어 전환된 성에 부합하는 ‘외부성기’를 요구하는 것은 성전환자의 신체를 훼손당하지 않을 권리 및 인간으로서의 존엄과 행복추구권으로부터 도출되는 자기결정권을 침해하는 것으로서, 이는 위헌적 소지가 크다고 할 것이다.

6. 국제인권기준 및 외국 요건에 비추어 과도함

1) 성별정체성과 성별 인정에 관한 국제인권규범 및 기준

가) 국제인권규약

차별금지와 평등은 세계인권선언³⁵⁾을 비롯하여 <시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약>³⁶⁾과 <경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약(이하 사회권규약)>³⁷⁾ 등 국제인권조약에서 인정하는 인권보장에 대한 기본원칙이자 개인의 권리이며 국가의 의무이다. 성별정체성³⁸⁾은 대체로 인권조약에 차별금지사유로서 명문으로 언급되어 있지는 않지만, 예시적·개방적인 차별금지사유의 특성상, 위 조약들은 모든 이에게 적용된다. 경제적·사회적·문화적 권리 위원회는 일반논평 20호를 통해 “성별정체성도 차별금지사유의 하나로 인정된다. 예를 들어, 트랜스젠더, 트랜스섹슈얼, 인터섹스는 학교나 직장에서 괴롭힘을 당하는 등 심각한 인권 침해에 자주 직면한다”라고 하여 성별정체성이 사회권규약상 보호되는 차별금지사유임을 분명히 밝힌 바 있다.

지난 2011. 6. 17. 제17차 유엔인권이사회는 성적지향과 성별정체성을 이유로 한 인권침해에 초점을 둔 최초의 결의안³⁹⁾을 채택하였다. 이 결의안은 유엔총회에서 선출된 인권이사회 소속국가들이 대표성을 띠고 투표를 행사하여 채택된 문서이며 한국도 인권이사회 이사국으로서 이 결의안에 찬성하였다. 결의안은 “세계 곳곳에서 성적 지향과 성별정체성을 이유로 개인에게 가해지고 있는 폭력적이고 차별적인 행위들에 대해 심각한 우려 grave concern)를 표명”하며 전 세계의 차별적인 법과 관행 및 폭력행위를 기록하고, 이를 근절하기 위한 국제인권법 활용에 관한 조사연구를 실시하고 위 주제에 대하여

35) 제1조 모든 인간은 태어날 때부터 자유로우며 그 존엄과 권리에 있어 동등하다

제2조 모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분과 같은 어떠한 종류의 차별 없이, 이 선언에 규정된 모든 권리와 자유를 향유할 자격이 있다.

36) 제26조 모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적, 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.

37) 제2조 2. 이 규약의 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다.

제3조 이 규약의 당사국은 이 규약에 규정된 모든 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 향유함에 있어서 남녀에게 동등한 권리를 확보할 것을 약속한다.

38) 성별정체성은 각 개인이 깊이 느끼고 있는 내적이고 개인적인 젠더(gender)의 경험으로, 이 경험은 태어나면서부터 결정된 성과 일치할 수도 그렇지 않을 수도 있으며, 신체에 대한 개인적인 의식(내과적, 외과적 혹은 기타의 방법으로 신체의 외형이나 기능을 변형하는 것도, 자유로이 선택된 것이라면 포함할 수 있다)이나, 의상, 말투, 버릇 등 기타의 젠더 표현을 포함한다 (Yogyakarta Principles(2006), Preamble.)

39) UN Human Rights Council, Human rights, sexual orientation and gender identity, U.N. Doc. A/HRC/RES/17/19, (2011. 7. 14.).

패널 토론을 개최하여 정보에 입각한 대화의 장을 마련하도록 하였다.

위 결의안에 따라 유엔인권최고대표가 조사연구를 수행하여 유엔인권이사회에 제출한 보고서⁴⁰⁾에 따르면, 성적지향과 성별정체성을 이유로 하여 발생하는 각 국가의 차별적 관행들 중에서 성별정정 절차에 대해 아래와 같이 밝히며, 생식능력제거 수술을 받을 것을 요하는 규정이 차별적이므로 문제시된다고 하고 있다.

<성적지향과 성별정체성을 이유로 한 차별적 법과 관행 및 개인에 대한 폭력적 행위 (Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity)>

유엔인권최고대표 보고서

(Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights)

V. 차별적 관행들

G. 성별정정과 그 관련 쟁점들

71. 많은 국가에서 트랜스젠더는 국가가 발생한 신분증에 등록된 성별과 이름을 바꾸는 것을 포함하여, 그들이 인지하는 성별로의 법적 인정을 얻는 것이 불가능하다. 그 결과 그들은 일자리, 주거, 은행 신용 혹은 정부 혜택을 얻거나, 해외여행을 할 때 등의 상황에서, 실제적인 어려움을 겪는다.

72. 성별변경을 인정하는 국가의 규정에서는 종종 암시적으로 또는 명시적으로 인정의 요건으로 생식능력제거 수술을 받을 것을 요한다. 일부 국가에서는 성별변경의 법적 인정을 얻고자 하는 이에게 결혼 상태가 아닐 것을 요구하는데, 이는 그 사람이 이미 결혼한 상태인 경우에는 강제적인 이혼을 의미하는 것이다.

73. 유엔 자유권규약위원회는 트랜스젠더의 신분증명에 대한 법적 인정절차가 존재하지 않는 것에 대해 우려를 표명해왔다. 위원회는 국가가 트랜스젠더에게 새로운 출생증명서의 발급을 허용함으로써 성별을 변경할 수 있는 그들의 권리를 인정하도록 촉구했으며, 성별변경의 법적인정을 가능하게 하는 입법을 환영하였다.

VII. 결론과 권고

40) UN Human Rights Council, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, U.N. Doc. , A/HRC/19/41, (2011. 11. 17.).

84. 인권최고대표는 회원국가들에게 다음과 같이 권고한다.

(h) 트랜스젠더에게 자신이 인지하는 성별로의 법적 인정을 용이하게 하고, 다른 인권을 침해하지 않으면서, 인지하는 성별과 이름을 반영하여 관련 신분증명서를 재발급할 수 있는 절차를 마련하라.

나) 요그야카르타 원칙

성적지향과 성별정체성과 관련한 공신력 있는 또 하나의 국제인권기준으로 요그야카르타 원칙(Yogyakarta Principles)⁴¹⁾을 들 수 있다. 위 원칙은 국제법으로서의 지위나 효력은 없으나 국제인권단체와 국제인권법 전문가들이 성적지향과 성별정체성과 관련하여 현존하는 국제인권법에서 도출한 29가지 원칙으로서, 전 유엔인권최고대표, 현직 유엔 특별보고관 등의 승인을 받았으며, 전술한 유엔인권최고대표의 보고서에 인용되는 등 국제인권규약에 대한 해석기준으로 그 권위를 인정받고 있다. 요그야카르타 원칙은 법 앞에서 인정받을 권리를 설명하며, 특히 법적으로 성별정체성을 인정받기 위한 요건으로 의료적 시술이 강제되어서는 안 된다고 밝히고 있다.

제3원칙. 법 앞에서 인정받을 권리

모든 사람은 어디에서나 법 앞에서 인간으로 인정받을 권리를 가진다. 다양한 성적 지향과 성별정체성을 가진 사람들이 삶의 모든 측면에서 법적 권한을 향유할 수 있어야 한다. 개인이 스스로 규정한 성적지향과 성별정체성은 인격의 일부이며, 자기결정, 존엄성, 자유의 가장 기본적인 측면 가운데 하나이다. 법적으로 성별정체성을 인정받기 위한 요건으로서 의료적 시술, 예컨대 성전환 수술이나, 불임, 호르몬 치료 등이 강제되어서는 안 된다. 결혼이나 자녀여부와 같은 상태를 성별정체성에 대한 법적 인정을 막기 위한 근거로 사용해서는 안된다. 어느 누구도 자신의 성적지향이나 성별정체성을 숨기거나, 억제하거나, 부인하도록 압력을 받아서는 안된다.

국가는:

A. 모든 사람들이 민사상의 문제에 있어서 성적지향이나 성별정체성을 이유로 한 차별 없이 합당한 법적권한을 갖고 그러한 권한을 행사할 기회를 갖도록 보장하여야 한다. 여기에는 계약을 체결하거나 자산을 처리, 소유, 획득(유산상속 포함), 관리, 향유, 처분할 때 동등한 권리를 갖는 것이 포함된다.

B. 개인이 스스로 규정한 성별정체성이 충분히 존중되고 법적으로 인정되도록 필

41) http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf

국문번역본 출처 : 국제인권센터 '통' <http://www.tongcenter.org/nondiscrim/sogi/yogyakarta>

요한 모든 법적, 행정적 및 기타의 조치를 취해야 한다.

C. 출생증명서, 여권, 선거인 명부, 기타 서류 등 개인의 젠더/성별이 표기된 국가 발행의 모든 신분서류에 개인이 스스로 내면적으로 규정한 성별정체성이 반영되게 하는 절차가 마련되도록, 필요한 모든 법적, 행정적 및 기타의 조치를 취해야 한다.

D. 이러한 절차들은 효율적이고, 공정하며, 차별이 없어야 하고, 당사자의 존엄과 사생활을 존중하는 방식으로 마련되도록 해야 한다.

E. 신분서류 상의 변경사실이 법이나 정책에서 성별로 신원을 증명하고 사람들을 구분하도록 하는 모든 상황에서 인정되도록 보장하여야 한다.

F. 성별전환이나 성별재지정을 경험한 모든 사람들을 위해 사회적 지원을 제공하도록, 표적화된 프로그램을 책임지고 실시하여야 한다.

다) 지역인권규약 및 기준

유럽인권협약은 성별 정체성에 대하여 명시하고 있지는 않지만, 유럽인권재판소는 최근 2010. P.V. v. Spain 판결⁴²⁾을 포함한 판례들에서 트랜스섹슈얼리티(transsexuality)가 위 협약 제14조의 차별금지사유에 포함된다는 해석을 하고 있다. 평등과 관련한 유럽연합 지침들 또한 성적정체성을 특별히 차별금지사유로 명시하지는 않았으나 유럽사법재판소는 1996. P vs S and Cornwall County Council 판결⁴³⁾에서 성전환자의 고용에서의 차별이 성별(sex)에 기반한 차별에 해당한다고 하였고 이러한 해석이 이어져왔다.⁴⁴⁾

성전환자의 성별변경에 관하여 유럽인권재판소는 1992. B. V. France 이래, Goodwin and I. v. UK(2002), van Kuck v. Germany(2003), Grant v. United Kingdom(2006), 그리고 최근 L. v. Lithuania(2007)에 이르기까지 지속적으로 성전환자에 대하여 자신의 성별 정체성에 부합하는 법적 성별을 승인하고 있다.⁴⁵⁾

유럽평의회(Council of Europe)는 1989. 트랜스섹슈얼의 인권 상황에 대한 권고 1117호(Recommendation 1117)⁴⁶⁾를 통하여 각 회원국이 이름과 성별을 변경하는 절차

42) P.V. v. Spain (ECtHR, Application no. 35159/09)

43) ECJ, Case C-13/94, P. v. S. and Cornwall City Council judgment of 30 April 1996

44) ECJ, Case C-117/01, K.B. v. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health, judgment of 7 January 2004, ECJ, Case C-423/04, Sarah Margaret Richards v Secretary of State for Work and Pensions, judgment of 27.4.2006.

45) ECtHR, B. v. France judgment of 25 March 1992 (Series A no. 232-C) (distinguishing the Rees and Cossey judgments); Sheffield and Horsham v. the United Kingdom judgment of 30 July 1998; Christine Goodwin v. the United Kingdom, Appl. no. 28957/95, judgment of 11 July 2002; Grant v. the United Kingdom, Appl. no. 32570/03, judgment of 23 May 2006.

를 만들 것을 권고하였고, 유럽평의회 인권최고대표는 2009. 제출한 이슈 페이지 “인권과 성별정체성”⁴⁷⁾에서 특히 다음과 같은 발표와 권고를 하였다. 이에 따르면, 성별변경절차의 요건에 대해서 유럽에서 가장 흔하게 보이는 입법례는 정신과적 진단, 호르몬적 조치를 포함한 의료적 조치, 그리고 생식능력제거 수술의 세 가지를 요구하는 것인데, 어떤 성전환자에게는 필요하지도 않은 외과적인 수술을 일률적으로 요구하는 규정은 인권을 침해한다고 지적하고 있다. 한편, 아래와 같이 유럽에서는 종전 성별을 표상하는 생식능력을 제거하는 수술의 위헌성·인권침해가 현재의 쟁점이며, 전환된 성별에 부합하는 성기 성형을 예정하는 ‘외부성기 요구’ 같은 요건은 이미 지나가거나 논외인 대상이라고 할 수 있다.

○ 인지하는 성별로의 법적 인정

<중략> 대부분의 성별 정정 절차에서 흔한 특성은 성가시고, 게다가 그 해석의 경계도 불분명한 법률적 의료적 요건의 결합이다.

<중략> 정신심리학자의 성기 검사 같은 절차는 개인의 신체적 존엄성에 대한 침해를 낳고 있다. 때로 성전환자들은 이러한 차별적인 의료적 절차나 부적절한 치료 방법을, 때로는 한 가지의 치료만이 가능하다는 사실 때문에 이러한 공식적 절차에 들어가는 것을 아예 거부한다. 그리하여 결국 성전환자는 그들의 소망과 건강상 요청에 맞는 성별 정정 절차나 치료 절차를 거부당하는 것이다.

○ 성별과 이름을 바꾸기 위한 요건들

<중략> 유럽의 성별절차는 크게 세 가지 카테고리로 나눌 수 있다. 첫 번째 카테고리는 아예 공식적인 절차가 존재하지 않는 경우인데 이것은 유럽인권협약의 확립된 해석의 확실한 위반이다. 두 번째 그리고 적은 수의 카테고리는 어떠한 호르몬 조치나 수술도 요구하지 않는다. 의사가 증명하는 젠더위화감의 증거를 가지고 오는 것으로 충분하다. 세 번째 카테고리는, 대부분의 유럽평의회 국가들이 그러한데, 신청자는 다음을 제시하여야 한다 :

1. 성별 변경에 대한 의학적으로 통제된 절차를 밟았을 것
2. 외과적으로 비가역적인 생식능력제거수술을 받았고, 혹은 받았거나
3. 호르몬 조치를 포함한 다른 의료적 조치를 받았을 것.

<중략> 이런 종류(생식능력제거)의 수술이 어떤 성전환자에게 바람직하기는 하나, 언제나 그런 것은 아니다. 게다가 이런 종류의 수술은 언제나 의학적으로 가능하거나, 쉽게 찾을 수 있는 것도 아니며, 보험이 적용되지 않는다면 지불 가능할 만한 비용수준인 것도 아니다. 그 조치가 환자의 소망이나 욕구에 부합하는 것도 아니고, 의학 전

46) <http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/adoptedtext/ta89/erec1117.htm>

47) <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365>

문기들에 의해서 항상 처방되는 것도 아니다. 하지만 위 성별변경 절차들은 이런 조치 없이 사실상 변경이 불가능하게 만들어지고 있는데, 이는 성전환자를 빠져나갈 수 없는 미궁에 몰아넣고 있다. 성전환자는, 유럽에서 법적으로 국가가 강제하는 불임수술을 받아야 하는 유일한 인적 집단이다.

○ 유럽평의회 회원국에 대한 권고

유럽평의회 회원국은:

<중략>

3. 성전환자에게 출생증명서, 신분증, 여권, 교육증명서 등의 서류에 있는 이름과 성별을 바꿀 수 있도록 하는 신속하고 투명한 절차를 만들어야 하고,

4. 이름과 성별 정정 절차에 관한 법에서 개인의 성별정체성을 인정하는 법적 요건으로 생식능력 제거 및 다른 강제적인 의료적 조치를 모두 철폐하여야 하고,

<중략>

2) 국가별 현황

가) 독일

전술한 바와 같이 독일 연방헌법재판소는 2011. 1. 11. 성전환 수술은 독일 기본법 제2조 제1항과 제1조 제1항에서 보장하는 성적 자기결정권에 대한 권리와 제2조 제2항에서 보호하는 신체적 완전성에 대한 권리를 침해한다고 하여 성전환자법(Transsexuellengesetz; TSG) 제8조 제1항 제3호와 제4호의 요건⁴⁸⁾에 대하여 헌법불합치 결정을 내린 바 있다.

독일 연방헌법재판소 2011년 1월 11일 선고, 1 BvR 3295/07

(영문요약 번역본)

48) 결정 당시 성전환자법(Transsexuellengesetz; TSG)

제8조 성별변경의 요건

성전환자적 증세로 인하여 출생기록부에 기재된 성별이 아니라 반대의 성별에 대한 귀속감을 느끼고, 3년 이상 자신의 생각에 따라 살아야 한다는 강박관념을 가지고 살아온 자는 다음과 같은 요건을 모두 충족한 경우에 법원에 신청하여 반대의 성별에 소속된 것으로 간주되어야 한다는 사실을 확인받을 수 있다.

1. 제1조 제1항의 제1호 내지 제3호를 모두 충족한 경우
2. ('혼인상태에 있지 않을 것'요건은 2008. 5. 27. 독일 연방헌법재판소 1 BvL 10/05 헌법 불합치 결정으로 인하여 적용 중지하였고 추후 폐지됨)
3. 계속적으로 생식능력이 없는 경우
4. 외부적 성징을 변경하는 수술을 받아 반대의 성별이 가지는 외관에 상당히 근접해 있는 경우

성전환자 법적인정의 전제로 성전환자법 제8조 제1항 제3호와 제4호에서 정한 요건은 위헌이다.

<중략> 성전환자법 제8조 제1항 제3호와 제4호에서는 이들에게 성기를 변형하고 생식무능력을 초래하는 수술을 하도록 무조건적으로 예외 없이 요구함으로써, 입법자는 해당되는 개인들의 기대에 비추어 불합리한 증거를 과도하게 요구하는 것이다.

성전환수술은 기본법 제2조 제2항에서 보호하는 신체적 완전성에 심각한 손상을 끼치는 것으로, 해당되는 개인의 건강에 중대한 위협과 부작용을 초래한다. 그러나 현재의 과학적 지식수준에 따르면, 성전환증으로 상당 수준 확실하게 진단을 받은 경우조차도 이것이 항상 바람직한 것은 아니다. 성전환자가 인지하는 성별의 영구적인 성질과 불가역성은, 외부 성기의 외과적 적응의 수준으로 측정가능한 것이 아니라, 오히려 자신이 인지한 성별로서 살아온 일관성으로 측정가능하다. 성전환자법 제8조 제1항의 제4호에 따라 무조건적으로 성전환수술을 전제조건으로 요구하는 것은, 결국 해당 사건에서 수술이 바람직하지 않고 트랜스섹슈얼리티의 영구적 성질을 확인하기 위해 필요하지 않은 경우에조차 성전환자에게 수술을 받도록 하고 건강상의 문제를 감수하도록 요구하는 것으로서, 따라서 과도한 요구에 해당한다.

한편, 독일 하급심에서도 위 결정들 이전에도 위 성전환자법 제8조 제1항 제4호로 인하여 성기성형 수술이 요구되는 것은 아니라고 판시한 바가 있다. 하급심 법원들은 이미 1990년대부터 제4호의 ‘외부적 성징(Geschlechtsmerkmale; Gender Characteristics)을 변경하는 수술을 받아 반대의 성별이 가지는 외관에 상당히 근접해 있는 경우’에 대하여 이 조항이 성별변경을 위해 성전환자에게 인공적인 성기의 성형을 요구하는 것은 아니라고 해석하였다.⁴⁹⁾

나) 영국

영국은 성별인정절차를 마련하지 않는 것이 유럽인권협약 제8조, 제12조 위반이라는 유럽인권재판소의 2002. Christine Goodwin v The United Kingdom⁵⁰⁾ 결정에 따라 2004. 성별인정법(Gender Recognition Act 2004)를 입법하였다. 위 법에 따라 성전환자는 자신이 인식하는 성정체성과 인식하는 성별로 인정받기 위해서는 ①18세 이상 ②출생 당시 성별과 반대의 성별로 살고 있고 ③성별 위화감(gender dysphoria)을 가지고 있으

49) 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 등.

50) Christine Goodwin v The United Kingdom, Case No 28957/1995 (또는 Christine Goodwin and I v United Kingdom [2002] 2 FCR 577)

며 ④성별인정을 신청할 시점까지 2년 이상 계속해서 반대의 성별로 살아왔고 ⑤죽을 때까지 반대의 성별로 살겠다는 의사가 있어야 하며, ⑥성별 위화감을 전문으로 하는 의사 또는 심리학자의 감정서가 필요하다. 따라서 영국 동법은 외과적·의료적 조치를 전혀 요구하지 않고 의사 또는 심리학자의 진단만을 요구하고 있다.

다) 미국

미국에서 성전환자가 법적 성별을 변경하는 요건들은 각 주마다 차이가 있다. 앨라배마, 애리조나 등 17개 주와 워싱턴컬럼비아 특별구(D.C.)는 외과적 절차(surgical procedure) 등으로 수술적 조치를 요구하고⁵¹⁾, 아이오와, 유타 등 6개주는 수술을 요구하지 않거나 또는 다른 요법으로 입증가능한데⁵²⁾, 특히 캘리포니아 주는 2011. 기존 수술 요건을 ‘의료적으로 적합한 조치(clinically appropriate treatment)’ 로 개정하였다. 한편, 수술적 조치를 요구하는 경우에도 그 완료의 판단은 철저히 수술을 증명하는 진단서를 작성하는 의사에게 달려있으므로 일률적으로 특정한 수술적 조치를 모두에게 요구하는 방식으로 운영되지는 않고 있다.

51) 앨라배마 Ala.Code, § 22-9A-19 (2002) (surgical procedure); 애리조나 Ariz.Rev.Stat. § 36-326 (2001) (sex change operation or chromosomal); 아칸소 Ark.Code Ann. § 20-18-307 (2002) (surgical procedure); 콜로라도 Col.Rev.Stat. Ann. § 25-2-115 (2002) (surgical procedure); 조지아 Ga.Code Ann. § 31-10-23 (2002) (surgical procedure); 하와이 Haw.Rev.Stat. § 338-17.7 (2002) (sex change operation); 일리노이 410 Ill. Comp. Stat.. 535/17 (2002) (operation that changes sex designation); 루이지애나 La.Rev.Stat. Ann. § 40:62 (2002) (sex reassignment or corrective surgery); 메릴랜드 MD Code, Health - General, § 4-214 (surgical procedure); 메사추세츠 Mass. Ann. Laws ch. 46, § 13 (2002) (sex reassignment surgery); 미시간 Mich. Comp. Laws § 333.2831 (2002) (sex reassignment surgery); 미주리 Mo. Rev. Stat § 193.215 (2001) (surgical procedure); 네브라스카 Neb.Rev.Stat. § 71-604.01 (2002) (sex reassignment surgery); 뉴저지 N.J. Stat. Ann. 26:8-40.12 (2002) (surgical procedure); 뉴멕시코 N.M. Stat. Ann. § 24-14-25 (2002) (surgical procedure); 노스캐롤라이나 N.C. Gen.Stat. 130A-118 (2001) (affidavit of physician attesting to sex reassignment surgery); 오리곤 Or.Rev.Stat. § 432.235 (2001) (surgical procedure); 워싱턴컬럼비아특별구 D.C. Code Ann. § 7-217 (2002) (surgical procedure required);

52) 캘리포니아 Cal. Health & Safety Code. § 103425, 103430 (2011) ("clinically appropriate treatment" for the purpose of gender transition); 아이오와 Iowa Code § 144.23 (2002) (by reason of surgery "or other treatment" by the licensee, the sex designation of the person has been changed); 유타 Utah Code Ann. § 26-2-11 (2002) (no specific requirement of surgery); 미시시피 Miss.Code Ann. § 41-57-21 (2001) (affidavit of two persons having personal knowledge of facts); 버지니아 Va.Code Ann. § 32.1-269 (2002) ("medical procedure"); 위스콘신 Wis. Stat. § 69.15 (2001) (order of court or administrative order).

주 차원을 넘어 연방정부 차원에서 여권 혹은 이민관련 서류의 경우, 각 2011., 2012. 새로운 정책의 채택을 통해, 성전환자의 성별정정을 위하여 '성별전환을 위한 적절한 임상적 치료(appropriate clinical treatment for gender transition)'를 받았음을 자격증을 소지한 외과의사 1인의 진단서(medical certification; 의학적 증명)로 입증하도록 하고 '성전환수술의 입증이 요구되지 않(Sexual reassignment surgery is not a prerequisite for passport issuance.)'으며 '의학적 증명으로 충분'하다고 성전환수술 요건을 삭제하여⁵³⁾⁵⁴⁾ 성전환자에 대한 현재의 의학적 합의를 반영하는 경향을 보이고 있다.

라) 기타 입법례

스페인(2007. 입법)⁵⁵⁾, 포르투갈, 아르헨티나(2012. 입법)⁵⁶⁾, 브라질, 우루과이(2009. 입법)⁵⁷⁾은 외과적 수술 및 의료적 조치를 요구하지 않을 뿐만 아니라 법문언상으로 해당 조치가 필요하지 않음을 적극적으로 명시하고 있다. 벨기에, 오스트리아, 스웨덴, 핀란드⁵⁸⁾ 등의 국가는 성전환 수술을 요구하지 않으며 다만 벨기에는 치료 등을 통하여 외관의 근사 요건을 충족할 것을 요구한다.⁵⁹⁾ 스웨덴의 생식능력제거 요건의 존재는 불임수

53) 7 FAM 1300 Appendix M Gender Change
<http://www.state.gov/documents/organization/143160.pdf>

54) Adjudication of Immigration Benefits for Transgender Individuals, PM-602-0061,
http://www.uscis.gov/USCIS/Outreach/Feedback%20Opportunities/Interim%20Guidance%20for%20Comment/Transgender_FINAL.pdf

55) 스페인 reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas(사인의 성별 표시의 정확한 등록을 규제하는 법률)
 제4조 제1항 1호 (국가 공인 자격증이 있거나 스페인에서 인정하는 자격증을 갖춘) 의사, 임상 심리학자의 젠더 위화감 진단 2호; 위 증세로 2년 이상 의료적 조치를 받았어야 함.
 제2항 성전환 수술을 포함한 의료적 조치를 받은 것을 요하지 않는다.

56) 아르헨티나 Ley de Identidad de Genero(성별정체성 법)
 제4조 어떠한 경우에도 전부 혹은 일부의 성기 변경, 호르몬 요법 혹은 다른 정신적 혹은 의료적인 조치가 취해졌다는 것을 증명할 필요가 없다.

57) Ley Nº 18.620 DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO Y AL CAMBIO DE NOMBRE Y SEXO EN DOCUMENTOS IDENTIFICATORIOS

58) 핀란드 Laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta
 28.6.2002/563(성전환자의 성별확인에 관한 법률)
 1조

1) 반대의 성별에 대한 귀속감을 영원히 가지고, 그러한 성별로 살고 있으며, 불임수술을 하였거나 어떤 이유에서 불임이라는 사실에 대한 의학적 확인서를 제시할 것,
 2) 법적으로 성인일 것,
 3) 혼인 또는 등록된 동반자관계에 있지 않을 것
 4) 핀란드국민이거나 영주권일 것이 요구된다.

59) 벨기에 10 MAI 2007. - Loi relative a la transsexualite.(트랜스섹슈얼리티법 2007년 5월 10일)

술을 개인에게 강제하는 것으로 오랫동안 국제인권사회의 논쟁의 대상이 되어 왔는데, 2012. 12. 19. 스웨덴 스톡홀름 행정항소법원은 (성별정정을 하려는 사람들은 불임 수술을 거쳐야 한다고 1972.부터 명시해 온) 스웨덴의 법적 성별인정법이 스웨덴 헌법(정부편 제2장 제6절)과 유럽인권협약 제8조, 제14조에 위배된다고 판단했다.

마) 중요 판례

최근의 각국 법원은 성별변경에 대한 기존 법률, 법원의 허가, 행정관청의 결정에 대해 인권 침해의 소지가 있다는 지적과 성전환증 전문가들의 의학적 임상적 합의를 받아들여 이를 판례에 반영하고 있다.

호주 최고 법원은 2011. 서호주의 성전환법(Gender Reassignment Act)에서 요구하는 ‘전환하고자 하는 성의 성적 특징(gender characteristics)을 갖추’의 의미에 관하여, “입법자의 취지는 신청인이 사회적으로 인식되는 외부적 신체적 특징을 갖추고 있는지를 묻는 것인데, 한 사람의 성별의 사회적 인식은 그 사람의 남아있는 생식기에 대한 지식을 요구하지 않는다”고 실시하면서, 호르몬 조치와 가슴제거 수술을 한 신청인들은 (생식기에 대한 외과적 수술 없이도) 그러한 성적 특징을 갖추고 있다고 하여 남성으로의 성별 변경을 승인하였다. 또한 동법에 따르면 ‘성기와 다른 성별 특징을 변환하는(alter the genitals and other gender characteristics)’ 의료적 외과적 조치가 있었어야 하는데, 호르몬 치료로 인하여 이미 성기는 변환되었다고 보았다.⁶⁰⁾

제2조 제2항(성별 변경)

신청인은 그들을 처치한 정신과의사와 외과의사가 다음의 내용을 증명함을 작성한 의료진 단서를 법무부장관에게 제출하여야 한다.

1. 신청인이 지속적이고 비가역적으로 자신이 출생 시 신고된 성의 반대 성이라는 내적 확신이 있고
2. 의학적으로 가능하고 정당화되는 수준으로, 해당 성에 가까워지는 성별 정정 치료를 받았고,
3. 종전의 성으로서 아이를 가지는 것이 더 이상 불가능하다는 점

60) 호주 최고 법원 AB v Western Australia, AH v Western Australia [2011] HCA 42
6 October 2011 P15/2011 & P16/2011

<중략>

15번째 문단

(원고들은 호르몬 치료와 가슴제거수술을 하였고 더 이상의 수술 조치를 하지 않았다). 그 이유는 높은 위험률과 낮은 성공률로 인하여 호주에서 페니스 성형을 잘 시행하지 않기 때문이다.

17번째 문단

(동의하는 하급심 판결을 인용하면서) “신청인은 피상적인 수단으로서 외양만 바꾼 것이 아니다. 그들이 취한 의료적 외과적 조치는 그들의 성기와 다른 성별 특징을 엄청나게 바꾸었다. 그들에게

뉴질랜드 오클랜드 가정법원은 2008. “Michael” vs Registrar-general of births, deaths and marriage 결정⁶¹⁾에서, 호르몬 치료와 가슴제거수술을 한 신청인에게 남성으로의 성별 변경을 인정하였다. 법원은 이유에서 성전환증의 대한 현재적인 의학적 합의를 인용하며 신청인에게 성기성형수술을 요구하는 것이 과도한 요구임을 밝혔다.⁶²⁾

브라질 리우 데 자네이루 법원은 2010. 호르몬 조치와 가슴제거수술, 난소자궁적출수술을 한 신청인에게 성기의 성형수술 없이 남성으로의 성별 변경을 인정하였다.⁶³⁾ 성기

는 클리토리스의 팽창, 목소리, 체형, 근육계, 체모 분포, 일반적 외양, 남성으로 인지되는 태도의 변화 등 변화가 있었다. 그들은 남성으로 일관되고 여성으로는 불일치하는 특징을 획득하였는데, 오직 내부적인 의학 검사로만이 그들의 여성 성별 특징의 잔재를 노출할 수 정도가 되었다. 그들의 여성 성별 특징의 잔재들은 더 이상 작동하기 않아서 더 이상 여성의 성별 특징이라고 볼 수 어려울 정도가 되었다.

34번째 문단

<중략> 해당 조항의 충족은 무슨 목적으로여야 하는가? 해당 성별로의 사회적 인지를 위해서이다.
<중략> 다른 사회의 구성원들이 그를 해당 성별로 인식할 수 있는 수준이면 되는 것이다.

35번째 문단

<중략> 그러한(성별에 대한) 인지는 어떠한 사람의 남아 있는 생식기관에 대한 지식을 필요로 하는 것은 아니다.

61) "Michael" v Registrar-General Births, Deaths and Marriages FC FAM-2006-004-02325
9 June 2008

62) 뉴질랜드 오클랜드 가정법원 “Michael” vs Registrar-general of births, deaths and marriage
29번째 문단

성별 위화감에 대한 치료는 개인의 정도와 상황에 따라 다르다. 궁극적으로 의학이 할 수 있는 일은 그 증상을 완화시키는 것이다. <중략> 이것은 호르몬 같은 조치나 수술을 통해서 가능하다. 최근 이러한 외과적 기술은 많이 발전하였다. 호르몬 조치는 사람의 2차 성징을 바꿀 수 있다. 비가역적 외과수술은 성기를 조정하거나 제거할 수 있다. 이 수단으로 한 사람의 신체를 다른 성의 신체의 외관에 가까워지도록 변환하는 것이다. 그러나 이런 조치에도 분명 한계가 있다. 성기는 만들어질 수 없다. 모형 성기의 생성은 특히 FtM 성전환 수술에서는 매우 힘들다. 염색체 패턴은 여전히 같다. 신체의 변환이라는 것은 절대 완전할 수는 없는 것이다.

33번째 문단

<중략> 사람들이 자신의 성별 변화를 획득하였다고 느끼는 지점은 매우 다를 수 있다. <중략> 법원은 어떠한 종류의 외과적 개입이 성공적으로 완료되는 것이 성별변경의 인정에 필수적인 전제 조건이라고 보는 것은 의심스럽다고 본다. 만약 그렇게 봐야하면, 자신이 다른 경우라면 하지도 않았을 대형 외과 수술을 (법률에 의하여) 강제적으로 행하여야만 하는 상황이 발생한다. 외과 수술의 목적은 성전환자를 그들의 몸에 편안함을 느끼도록 해야 하는 것이지, ‘남성을 여성으로 변환시킨다’던가 혹은 반대여야만 하는 것은 아니다.

63) In re Gesa Case No. 0162607, Tribunal of Justice of Rio de Janeiro, Brazil. (4 August 2010)

성형수술은 위험성이 높고 또 신청인은 이미 가슴이 없고 수염과 깊은 목소리 같은 남성 성별 특징을 갖추고 있는데도 성별 변경을 인정하지 않는 것은 신청인을 매일 일상에서의 차별에 노출시키는 것이라고 하였다. 또, 오스트리아는 행정절차를 통하여 성별변경을 인정하는 국가인데, 2009. 2. 27. 오스트리아 행정최고법원은 성별변경을 위한 의무적인 성전환수술 요건에 대해 위법하다고 판결한 바 있다.

3) 소결

이상과 같이 외국 입법례의 경우, 성별변경의 결정요건으로서 강제적 외과적 조치, 그 중에서도 특히 성기성형을 요구하는 예는 쉽게 찾아볼 수 없다. 설사 ‘성별 외관’ 같은 형태의 요건이 존재한다 하여도 외부성기(external genitalia)가 성별을 결정하는 요소가 아니고 그 사람이 사회적으로 어떻게 인지되고 있는지가 요건의 해석 방향이라는 것이 관례법으로 확립되어 있다. 이러한 점에 비추어 보면, 성전환자가 성별을 변경하기 위하여 외부성기 성형수술을 요구하는 것은 과도한 요구라고 할 것이다.

또한 ‘외부성기’에 대한 필수적 요구는 성별정정 요건에 관한 외국의 입법례와 판례에 비추어 그 일반 원리와 경향을 반영하지 못하고 있다. 모든 성전환자가 의료적·외과적 조치를 필요로 하는 것은 아니며 성전환 수술을 필요로 한다 해도 그 정도는 개인마다 다를 수 있다는, 의미 있는 수준으로 축적된 세계적인 의료적 임상적 경험과 성전환자 의료 전문가들의 합의는 성전환자의 성별정정을 허가함에 있어 반영될 필요가 있다.

7. 결론

따라서 성별정정허가에 있어 전환된 성에 부합하는 ‘외부성기’를 요구하는 것은 법적·의료적 필요성을 인정하기 어렵고, 오히려 과도한 부담 내지는 신체침해를 요구하는 것으로서 성전환자의 기본권을 침해하며, 국제인권기준 및 다른 비교법적 관점에서 비추어보더라도 이는 과도한 것으로서 부당하다고 할 것이다.

이러한 외부성기 요구로 인해서 상당수 성전환자가 성별정정을 하고 있지 못하는 현실을 고려한다면, 이를 요구하지 않는 내용의 국회의 입법이나 대법원 판례의 변경까지 기다리도록 하는 것은 가혹하다. 현재 성전환자 성별변경에 관한 특별법이 없고, 실질적으로 대법원 예규에 따라 법원의 판단에 의해 성별정정이 이루어지고 있는 이상, 성전환자 성별정정에 관한 대법원 예규에서라도 이러한 내용을 삭제하도록 시급히 개정할 필요가 크다.

성전환자 성별변경에 관한 법률이 없는 상황에서 대법원이 소수자 인권의 보장 차원에서 성전환자 성별정정을 허가한 것은 매우 획기적인 결정이었다고 할 수 있다. 그러나 대법원이 정한 성별정정의 요건이 지금과 같이 엄격하다면 실질적으로 상당수의 성전환자에게 성별정정은 불가능한 것에 가까운 것이 되거나 커다란 위험을 감수하며 도전해야 하는 일이 될 수밖에 없다. 그러나 앞으로 성전환자 성별정정의 요건은 인권 보장의 측면과 해외의 흐름에 비추어 완화될 수밖에 없는 흐름에 놓여 있다. 이미 국제적으로 합의되고 있는 성별변경의 요건을 반영하여야만, 성전환자의 성별정정을 허가한 대법원의 결정의 취지가 더욱 잘 반영되고 그 의미가 더욱 클 것이다.

위 서울서부지방법원의 최근 결정은 성별정정에 어려움을 겪어 온 성전환자에게 ‘혁명과도 같은 소식’이었다. 법원이 이러한 성전환자들의 목소리에 귀를 기울이면서, 서울서부지방법원의 결정을 전국적 차원에서 반영할 수 있도록 조만간 중요한 변화를 이끌 것을 기대한다.

성전환자 성별정정의 요건에 관한 검토⁶⁴⁾

한현희(청주지방법원 판사)

1. 대상결정의 요지 및 들어가며

서울서부지방법원은 2013. 3. 15. 남성의 외관과 확고한 정체성을 가지고 남성으로 사회생활을 하고 있으나 남성성기성형수술을 받지 못한 A씨 등 FTM(Female-to-Male) 성전환자 5명에 대해 가족관계등록부 성별란의 ‘여’를 ‘남’으로 정정할 것을 허가하는 가족관계등록부 정정 허가결정(이하 ‘대상결정’이라고 한다)을 하였다. 위 A씨는 어머니를 모시고 아내와 함께 약 23년간 사실혼관계를 지속하여 왔으나, 2로 시작되는 주민등록번호 때문에 직장을 구하지 못하였고, 아내와 혼인신고를 하지 못하였다. A씨는 남성호르몬 요법과 유방, 자궁절제수술을 통해 남성으로 살아가고 있었으나, 성기성형수술은 의료적 위험성이 높고 감당하기 어려운 비용이 들기 때문에(약 3천만 원 소요) 하지 못하였다.

아래에서는 성전환자에 대한 성별정정을 허용한 종래 대법원 결정, 특히 2006. 6. 22. 자 2004스42 및 2009스117 대법원 결정을 통하여 확립되어 온 성전환자 성별정정 요건 및 대법원 예규를 소개하고, 대상 결정의 의의를 제시하고자 한다.

2. 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정을 통해 본 성전환자에 대한 호적상 성별기재 정정의 요건

가. 사실관계

1) 신청인은 어려서부터 자신의 성이 여성이 아니라 남성이라는 성주체성이 형성되면서, 남성처럼 행동하고 주변의 여러 사람들에게 남성으로서 인정을 받을 때 행복감을 느꼈는데, 이와 같이 실제생활은 남성과 같이 하면서 호적 등 공적인 면에서는 여성으로서 취급받게 되어 정신적 고통이 극심하여 1992.경에는 성전환수술을 마쳐 정신적으로나 육체적으로 남성으로 거듭 태어나게 되었고 그 후 신청인을 정신적으로 이해하는 여성을 만나 결혼까지 생각하게 되었다.

64) 본 발표문은 발표자의 개인적인 견해에 입각하여 작성된 것일 뿐 소속기관의 공식적인 견해 및 해당 재판부의 견해와는 무관함을 밝힙니다.

2) 이에 신청인은 가정이나 사회에서 완전한 남성으로 인정받고 살아갈 수 있도록 성별란의 “여”를 “남”으로, 호주와의 관계란 “누이”를 “형”으로 각 정정함의 허가를 구하고, 더불어 이름도 여성적인 이름에서 남성적인 이름으로 개명함의 허가를 구하였다.

나. 원심 및 항고심 결정의 요지

이에 관하여 원심 및 항고심⁶⁵⁾은 다음과 같은 이유로 신청인의 호적정정 신청, 개명 신청 및 그 항고를 기각하였다.

1) 호적정정은 호적의 기재가 법률상 허용될 수 없는 것 또는 그 기재당시에 착오가 있다고 인정되는 경우 이를 허가할 수 있는 것인바, 신청인의 주장대로 하더라도 신청인은 여성으로 태어났기 때문에 신청인 부친의 출생신고에 따라 호적등본상 성별란의 기재를 ‘여’로 기재한 것이고, 이에 따라 호주와의 관계란에도 ‘누이’로 기재되어 있는 것이다.

2) 사람의 성별이 수정시 성염색체에 의하여 결정이 되면, 그 후 변경될 수 없다는 사실은 생물학적으로 명백하고, 이러한 이치는 여성으로 출생한 사람의 신체외관이 이른바 성전환수술이란 인위적인 방법으로 남성으로의 성징을 구비하는 것처럼 보이도록 전환되었다고 하여 달리 볼 수 없는 것이라고 할 것인데, 그렇다면 신청인이 현재까지 남성으로서 사회생활을 하여 왔고, 성전환수술을 받은 후 여성으로서의 외형적 특징을 잃게 되었다고 하더라도, 이러한 사정만으로 신청인에 대한 호적등본의 각 기재가 법률상 허용될 수 없는 것이라거나, 그 기재당시의 착오로 인한 것이라고는 볼 수 없다.

3) 또한 우리의 법체계는 병역법, 민법, 형법 등 여러 법률에서 국민의 성별을 기준으로 하여 그 규율을 달리 하고 있으므로, 성전환을 허용하는 특별법이 아직 없는 이상 신청인이 일상의 사회생활에서뿐만 아니라 국가에 대한 관계에서도 남성임을 공인받고 싶다고 하여 이를 허용할 수도 없다.

즉, 원심 및 항고심은 사람의 성별은 성전환수술로서 전환될 수 있는 것이 아니며, 일단 성염색체에 의하여 결정이 되면, 그 후 변경될 수 없다는 점을 이유로 성전환자의 성별정정신청을 기각하였다.

65) 청주지방법원 2003. 5. 13.자 2003호파516, 517 결정, 청주지방법원 2004. 7. 8.자 2003라 57 결정. 항목 및 굵은 글씨는 발제자가 임의로 편집한 것임

다. 대법원 결정의 요지

1) 종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성 역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다.

2) 성전환증을 가진 사람의 경우에도, 남성 또는 여성 중 어느 한쪽의 성염색체를 보유하고 있고 그 염색체와 일치하는 생식기와 성기가 형성·발달되어 출생하지만 출생 당시에는 아직 그 사람의 정신적·사회적인 의미에서의 성을 인지할 수 없으므로, 사회통념상 그 출생 당시에는 생물학적인 신체적 성장에 따라 법률적인 성이 평가될 것이다. 그러나 출생 후의 성장에 따라 일관되게 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로서의 역할을 수행하며 성기를 포함한 신체 외관 역시 반대의 성으로서 형성하기를 강력히 원하여, 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 상당기간 정신과적 치료나 호르몬 치료 등을 실시하여도 여전히 위 증세가 치유되지 않고 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추고, 나아가 전환된 신체에 따른 성을 가진 사람으로서 만족감을 느끼고 공교한 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 사람들로부터도 그 성으로서 인식되고 있으며, 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 볼 수 있다면, 이러한 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다 할 것이며, 이와 같은 성전환자는 출생시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있을 것이다.

3) 다수의견 : 성전환자에 해당함이 명백한 사람에 대하여는 호적정정에 관한 호적법 제120조의 절차에 따라 호적의 성별란 기재의 성을 전환된 성에 부합하도록 수정할 수

있도록 허용함이 상당하다. 위 호적정정 허가는 성전환에 따라 법률적으로 새로이 평가받게 된 현재의 진정한 성별을 확인하는 취지의 결정이므로, 호적정정허가 결정이나 이에 기초한 호적상 성별란 정정의 효과는 기존의 신분관계 및 권리의무에 영향을 미치지 않는다고 해석함이 상당하다.

라. 검토

위 대법원 결정은 최초로 성전환자의 성별정정을 허용하는 결정을 내렸다는 점에서 사회적으로 큰 주목을 받았다. 그러나 위 대법원 결정은 그 요건으로서, ① 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추고, ② 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 주위 사람들로부터도 그 성으로서 인식되고 있으며, ③ 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 볼 수 있다면, 이러한 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다 할 것이며, 이와 같은 성전환자는 출생시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있을 것이라고 판시하여, 성전환 수술을 통해 외부 성기를 비롯한 신체를 갖출 것(일명 생물학적 요건)을 요구하였다.

3. 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정을 통해 본 성전환자에 대한 호적상 성별기재 정정의 요건

가. 사실관계

신청인은 가족관계증명서에 1973년에 출생한 ‘남’으로 기재되어 있고 결정일 당시 만 16세인 아들을 두고 있었다. 신청인은 학창시절부터 여성복을 즐겨 입고, 여성을 동성처럼 여기는 등 심한 성 정체성 장애를 겪어 왔고, 부모의 권유로 여성을 만나 19세에 결혼한 후 2년 만에 아들을 출산하였지만 4년 남짓 결혼생활을 하다가 이혼을 하였다. 신청인은 성 정체성 장애로 수차례 정신과 치료를 받아오다가 32세가 되자 태국에서 음경과 고환을 제거하고 질을 만들어 넣는 성전환 수술과 함께 유방 성형수술을 받았고, 결정일 현

제까지 계속하여 여성호르몬제를 투약하여 왔다.

나. 제1심 및 항고심 결정의 요지

제1심은 신청인이 혼인한 적이 있고 미성년자인 아들을 둔 사정을 들어, 신청인의 가족관계등록부상 성별을 남성에서 여성으로 정정하는 것은 신분관계에 중대한 변동을 초래하는 것으로서 적정하지 아니하다는 이유로 신청인의 신청을 기각하였고, 항고심은 제1심을 유지하였다.

다. 대법원 결정의 요지

1) 다수의견

가) 성별정정으로 배우자나 자녀와의 신분관계에 중대한 변경을 초래하거나 사회에 미치는 부정적 영향이 현저한 경우 등 특별한 사정이 있다면, 성별정정을 허용하여서는 아니 된다.

나) 우리 민법은 이성 간의 혼인만을 허용하고 동성 간의 혼인은 허용하지 않고 있다. 그런데 만약 현재 혼인 중에 있는 성전환자에 대하여 성별정정을 허용할 경우 법이 허용하지 않는 동성혼의 외관을 현출시켜 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈이 되고, 이는 상대방 배우자의 신분관계 등 법적·사회적 지위에 중대한 영향을 미치게 된다. 따라서 현행 민법 규정과 오늘날의 사회통념상 현재 혼인 중에 있는 성전환자는 전환된 성을 법률적으로 그 사람의 성이라고 평가할 수 없고, 그 결과 가족관계등록부의 성별정정도 허용되지 아니한다고 할 것이다. 다만 현재 혼인 중이 아니라면 과거 혼인한 사실이 있다고 하더라도 위와 같은 혼란을 야기하거나 사회에 부정적인 영향을 미칠 우려가 크지 않으므로 성별정정을 불허할 사유가 되지 아니한다.

다) 미성년자인 자녀가 있는 경우에는 친권자의 성을 법률적으로 평가함에 있어서도 미성년자인 자녀의 복리를 우선적으로 고려하지 않으면 안 된다. 그런데 성전환자에게 미성년자인 자녀가 있음에도 성별정정을 허용한다면 미성년자인 자녀의 입장에서는 법률적인 평가라는 이유로 부가 남성에서 여성으로, 또는 모가 여성에서 남성으로 뒤바뀌는 상황을 일반적으로 감내해야 하므로, 이로 인한 정신적 혼란과 충격에 노출될 수 있음을 쉽게 짐작할 수 있다. 또한 미성년자인 자녀는 취학 등을 위해 가족관계증명서가 요구될 때

마다 동성혼의 외관이 현출된 가족관계증명서를 제출할 수밖에 없다. 따라서 성전환자에게 미성년자인 자녀가 있는 경우에는 성별정정이 허용되지 않는다고 할 것이다.

2) 반대의견(대법관 양창수, 이인복)

성전환은 법원이 가족관계등록부상의 성별란 정정을 허용할 것인지 여부에 대한 재판을 통하여 공적으로 확인된다. ‘성’의 결정은 단순한 사실의 확인이 아니라, ‘성’이라는 법개념의 내용 및 판단 기준에 비추어 어떠한 사람의 성이 어디에 속하는가를 정하는 법적 판단이다. 성전환자의 미성년자녀가 부 또는 모의 성전환으로 가혹한 사회적 차별과 편견을 받게 되는 상황이 우려되는 경우에는, 법원이 성별정정 허가 여부를 재판하면서 이러한 사정을 하나의 중요한 요소로 고려하면 충분하고, 미성년자인 자녀가 있다는 사정을 당연히 성별정정을 허용하지 않는 절대적인 소극적 요건으로 설정할 것은 아니다.

3) 반대의견(박시환, 김지형, 전수안)

다수의견의 위와 같은 견해는, 미성년자인 자녀가 있는 성전환자의 경우 그 성별정정을 허용할 것인지 여부는 입법정책의 문제에 속하는 것이며, 나이가 이미 부모의 전환된 성에 따라 자연스러운 가족관계가 형성된 경우 등에서는 그 성별정정을 허용하지 않는 것이 오히려 미성년자의 복리에 장애가 될 수 있다는 점에서 동의하기 어렵다. 또한 혼인 중에 있다고 하더라도 사실상 별거를 하고 있거나 이혼 소송 중에 있는 등 성별정정을 허용하더라도 배우자와의 신분관계에 실질적인 변동을 초래할 우려가 크지 않은 경우도 있을 터인데, 성별정정을 필요로 하는 다른 사정은 고려하지 않은 채 혼인 중에 있다는 사정만을 내세워 성별정정을 불가능하게 하는 것은 합리적인 접근방식이라고 볼 수 없다. 또한 혼인 중에 있다고 하더라도, 성별정정신청 당시 그 혼인관계의 실질적 해소 여부와 그 사유, 혼인관계의 실질적 해소로부터 경과한 기간, 실질적으로 해소된 혼인관계의 부활가능성 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 가족관계등록부상의 성별란 정정이 신분관계에 혼란을 줄 염려가 있는지를 가리고 그에 따라 성별정정 여부를 결정하면 충분하다.

라. 검토

위 결정은 성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우 성별정정을 허가할 수 없다는 점을 명시하였다. 이 사안은 가족관계등록부상 남성으로 등재되어 있었고 이전 부인과 사이에 태어난 미성년인 아들이 있는 신청인이 성전환수술에 의하여 다른 반대의 성전환이 이루어진 상황에서 가족관계등록부의 정정을 요구한 사안이었다. 대법원

은 위 결정에서, ‘혼인한 사실이 없어야 함’ 요건에 관하여는 만일 현재 혼인 중에 있는 성전환자에 대한 성별정정을 허용할 경우 법이 허용하지 않는 동성혼의 외관을 현출시켜 결과적으로 동성혼을 인정하게 된다는 이유로 현행 민법상 허용되지 아니한다고 하였다(다만 과거에 혼인한 사실이 있다는 점은 사회에 부정적인 영향을 미칠 우려가 크지 않으므로 성별정정을 불허할 사유는 되지 아니한다고 하였다). 한편 미성년자인 자녀가 있는 경우 자녀가 법률적인 평가라는 이유로 부가 남성에서 여성으로, 모가 여성에서 남성으로 뒤바뀌는 상황을 감내해야 하므로 사회적 차별과 편견에 노출될 가능성이 있고, 따라서 이는 미성년자의 복리를 위해 허용되지 아니한다고 하였다. 그런데 그러나 반대의견은 미성년자인 자녀의 불이익 및 혼인 여부는 절대적인 소극요건이 아닌 구체적 형량문제라는 취지로 다수의견을 반대하였다.

한편 위 결정의 신청인은 FTM으로서 음경과 고환을 제거하고 질을 만들어 넣는 성전환 수술과 함께 유방 성형수술을 받았고, 결정일 현재까지 계속하여 여성호르몬제를 투약하여 옴으로써 성전환수술을 받은 사람으로써, 대상결정과 같이 성전환수술이 완전히 이루어지지 않은 FTM의 경우에도 성별 정정이 가능한지 여부는 위 결정으로서 밝혀지지 아니하였다.

4. 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침 가족관계등록예규

가. 대법원은 성전환자가 가족관계등록부의 성별란에 성별을 변경하기 위하여 등록부 정정허가신청을 하는 경우에 필요한 사항, 법원이 그 심리를 위하여 조사할 사항, 성별정정허가결정을 받은 성전환자의 가족관계등록부 기록과 관련된 사항을 예규로 규정하여 놓고 있다. 위 예규는 법원 내에서의 통일적 사무처리를 피하기 위한 준칙일 뿐이라는 점에서 법관의 정정허가신청에 대한 결정에 있어 그 자체로 법 또는 판례에 의하여 규정된 요건만큼의 구속력을 가졌다고 볼 수는 없을 것이나, 아직 성별정정의 요건이 법으로 구체화되지 않은 상태에서 성별정정허가신청의 전제조건을 구체화하고 있다는 점에서 숙고해볼 여지가 있다고 할 것이다.

나. 호적법이 폐지되고 가족관계의 등록 등에 관한 법률이 시행됨에 따라 제정된 가족관계등록예규 제256호의 제6조는 다음과 같이 성별정정의 조건을 제시하였다.

1. 신청인이 대한민국 국적자로서 만 20세 이상의 행위능력자이고 혼인한 사실이 없

으며, 신청인에게 자녀가 없음이 인정되어야 한다.(2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정에 의하여 제시된 요건)

2. 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느낀 사정이 인정되어야 한다.

3. 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였으나 신청인이 여전히 수술적 처치를 희망하여, 자격 있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었음이 인정되어야 한다.(대상 결정과 배치되는 조건)

4. 성전환수술의 결과 신청인이 현재 반대의 성으로서의 삶을 성공적으로 영위하고 있으며, 생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재전환할 개연성이 없거나 극히 희박하다고 인정되어야 한다.

5. 남자에서 여자로의 성전환(MTF)인 경우에는 신청인이 병역법 제3조에 의한 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.

다. 국가인권위원회는 2008. 11. 5. 피진정인을 대법원장으로 하여 위 사무처리지침을 개정할 것을 권고하는 결정⁶⁶⁾을 하였는데, 그 내용은 위 지침상의 성별정정 허가요건 중 “성기수술”, “만 20세 이상일 것”, “혼인한 사실이 없을 것”, “반대 성으로서의 삶을 성공적으로 영위할 것”, “병역의무를 이행하였거나 면제 받았을 것”⁶⁷⁾, “범죄 또는 탈법행위의 의도나 목적이 없을 것”, “신분관계에 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정될 것”, “부모의 동의서를 제출할 것” 등의 요건은 인권침해 요소가 상당하므로 개정할 것을 권고하고, 이를 시정하여 특별법을 제정해주시기를 바란다는 내용이었다.

이에 관하여 피진정인은 ‘최종적인 외과수술(성기수술)’을 요하는 부분에 관하여, 남·

66) 국가인권위원회 2006진차525·05진차673병합 성전환자 성별 변경 시 인권침해 결정

67) 개정 전의 가족관계등록예규 제256호는 성별정정의 허가요건으로서 남자에서 여자로의 성전환인 경우 신청인이 병역법 제3조에 따른 병역의무를 이행하였거나 면제받았을 것도 요구하였다.

여러는 성은 개인의 성 귀속감과 개인이 수행하는 성 역할이라는 정신적·사회적 요소와 염색체 및 이에 따른 생식기 및 외부 성기 등 생물학적인 요소를 종합적으로 구분되어야 한다는 점에서 외부성기를 성형하는 성전환수술을 요구하는 것은 불가피하고, 성전환수술을 거치지 아니한 사람에 대한 성별 변경을 허가할 것인지에 대한 일반의 승인이 확립되었다고 볼 수 없기 때문에 성전환자의 성별변경에 관한 요건과 절차 및 효과에 대하여는 궁극적으로 국회에서 국민적 합의를 거쳐 법률의 형식으로 규율하는 것이 바람직하다고 답변하였다. 또한 특별법 제정의 필요성에 관하여는 성전환수술을 거치지 아니한 사람이나 미성년자 또는 자녀가 있는 사람 등의 성별 변경을 허가할 것인지에 대한 일반의 승인이 확립되었다고 볼 수 없는 현재 시점에서 성별 변경 요건과 절차 및 효과에 대해서 궁극적으로 국회에서 국민적 합의를 거쳐 법률의 형식으로 규율하는 것이 바람직하다고 답변하였다.

라. 위 국가인권회의 권고결정 이후, 예규 제293호로 위 허가 기준 중 ‘성전환수술의 결과 신청인이 현재 반대의 성으로서의 삶을 성공적으로 영위하고 있을 것’, ‘남자에서 여자로의 성전환인 경우 신청인이 병역법 제3조에 의한 병역의무를 이행하였거나 면제받았어야 할 것’, ‘그 밖의 신청인의 성별정정이 신청인의 신분관계에 중대한 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정될 것’이라는 부분이 삭제되었다. 그러나 성별정정허가신청의 전제조건으로 성전환수술을 받을 것이라는 규정은 여전히 잔존하였다.

위 지침은 그 적용범위에서, 신청인이 성전환증에 의하여 성전환수술을 받았음을 이유로 성별정정허가신청을 하는 경우에 적용된다고 하여 성별정정허가신청의 전제조건으로 성전환수술을 받을 것을 규정하고 있다(제2조).

마. 즉, 신청에 있어 그 첨부서류로, 신청인이 성전환수술을 받아 현재 생물학적인 성과 반대되는 성에 관한 신체의 성기와 흡사한 외관을 구비하고 있음을 확인하는 성전환수술 의사의 소견서가 필요하고, 신청인에게 현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서가 필요하다(제3조 제1항). 또한 법원의 조사사항으로, 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였으나 신청인이 여전히 수술적 처치를 희망하여, 자격 있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었는지 여부를 심리하도록 되어 있다.

5. 대상결정의 의의 및 나가며

앞서 본 바와 같이, 성전환자의 성별 정정 요건은 법률이 아닌 대법원 결정 및 예규를 통해 구체화되어 왔다고 할 것이다. 한편 대상 결정은 여성->남성 성전환자의 경우 대법원 결정과 예규를 통해 공히 제시되어 온 '성전환수술을 받을 것'이라는 요건이 완벽히 충족되지 않았음에도 성별정정을 허용한 중요한 결정으로 보이나, 대상 결정이 과연 일반론적으로 성전환수술을 받지 않더라도 등록부정정이 가능하다는 것인지, 아니면 신청인들 모두가 여성->남성(FTM) 성별전환자인 이 사건에 한정하여 인정한다는 것인지 여부에 관하여는 명확하지 않다.

국가인권위원회는 예규의 개정뿐만 아니라 '특별법을 제정할 것' 또한 권고한 바 있고, 2002. 11. 4. 김홍신 전 국회의원과 2006. 10. 12. 노회찬 전 국회의원이 성별 변경에 관한 특별법안을 국회에서 대표발의 하였으나 두 법안 모두 국회 회기만료로 폐기된 바 있다. 현재 대법원 예규는 성전환자의 권리·의무와 밀접히 연관된, 본질적으로는 국회의 입법으로 규율해야 할 사항들을 규정하고 있는바, 성전환자의 성별 정정을 통일적으로 규율하기 위해서는 국회에서 관련 특별법을 조속히 제정할 필요가 있다. 다만 특별법 제정 이전에는 위 예규 조항 자체에 대한 법원 내·외부의 논의 또한 필요하다고 보인다.

특히 대상 결정의 쟁점이 된 성전환자의 성별 정정 요건 중 생물학적 요건 부분에 있어, 호르몬 치료, 성선제거 등 성전환을 위한 의료조치를 받아 생식 능력이 없는 경우에도 이를 허용할 것인지, 외부 성기 등을 제거·변형하여 성적 외관이 반대의 성으로 명백히 변경되었을 것까지 요구하여야 할 것인지에 관한 논의가 필요하고, 위 요건이 MTF(Male to Female) 및 FTM(Female to male)에 따라 차등 적용되어야 하는지 여부도 쟁점이 될 것이다.

성전환자 성별변경 제도에 관한 비교법적 고찰

이준일(고려대학교 법학전문대학원 교수)

I. 들어가는 말

태어날 때 사람의 성별은 신체적 성별(생식기)에 따라 결정된다. 그리고 대부분의 사람은 이러한 신체적 성별과 동일한 정신적 성별을 가지고 살아간다. 따라서 태어날 때 부여받은 신체적 성별과 반대의 성별을 자신의 정신적 성별로 인식하는 성전환자의 경우에 심각한 정신적 갈등을 일으키게 된다. 이처럼 신체적 성별과 정신적 성별이 불일치하는 성전환자에게 국가가 신체적 성별에 따라 결정된 성별을 강요하는 것은 폭력이다. 태어날 때 부여받은 신체적 성별로 자신의 정체성이 규정될 수 있다는 것은 잘못된 고정관념일 수 있기 때문이다. 또한 신체적 성별에 따른 성별의 결정은 신체적 성별과 정신적 성별이 일치하는 다수(majority)의 기준을 신체적 성별과 정신적 성별이 불일치하는 소수(minority)에게 강제한다는 점에서 차별이기도 하다. 따라서 국가는 신체적 성별과 정신적 성별이 불일치하는 성전환자를 고려한 대안을 제시해야 한다. 그것은 결국 정신적 성별을 고려한 성별의 결정이다. 문제는 신체적 성별과 달리 정신적 성별은 인간의 내면에 존재하기 때문에 확인이 어렵다는 점이다. 이에 따라 정신적 성별을 확인할 수 있는 객관적인 기준을 요구하게 된다. 정신의학 전문의의 감정이라든지 정신적 성별에 따른 생활의 영유 또는 생식기능의 제거나 성기의 변형이 그것이다. 이하에서는 신체적 성별과 정신적 성별이 불일치하는 성전환자를 위하여 세계 각국이 제시하고 있는 성별변경의 기준을 살펴보고, 성별변경에 관한 법적 쟁점에 대해서 논의하기로 한다.

II. 독일에서 성별변경

1. 성전환자법

독일의 성전환자법(Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen: Transsexuellengesetz - 이하

‘TSG’로 약칭)⁶⁸⁾에 따르면 이름의 변경과 성별의 변경은 구분된다. 우선 이름의 변경을 위해서는 출생시의 성별과 반대되는 성별로 자신을 인식하는 성전환증으로 3년 이상의 생활을 영위하여 왔고, 이러한 성별인식이 다시는 변경될 개연성이 거의 없을 것이 요구된다(TSG 제1조 제1항 제1호 및 제2호). 그리고 성별의 변경을 위해서는 이러한 요건에 다 영원히 생식능력을 제거하고 성기를 변형하는 성전환수술을 받아야 할 것이 추가적으로 요구되었다(TSG 제8조 제1항 제3호 및 제4호). 하지만 2011년에 독일 연방헌법재판소는 생식능력제거와 성기변형수술에 관한 요건에 대해서 헌법에 불합치한다고 결정하였다.⁶⁹⁾ 연방헌법재판소에 따르면 성별정체성과 성적 지향에 관한 권리는 인간존엄과 결부된 인격의 자유로운 발현권에서 도출되는데 성별정체성을 인정받기 위하여 생식능력의 제거와 성전환수술을 요구하는 것은 신체의 불훼손에 관한 권리(신체의 완전성을 훼손당하지 않을 권리)를 침해하게 된다고 한다. 그럼에도 불구하고 성별변경을 위하여 이러한 생식능력제거와 성전환수술을 강제하는 것은 기대가능성이 없다고 한다. 성별정체성에 관한 권리와 신체의 불훼손에 관한 권리 중 하나를 선택하라고 강제할 수 없기 때문이다.

그렇지만 생식능력제거와 성전환수술을 요구하지 않은 경우에 친자관계의 확인에서 발생할 수 있는 문제점도 있다. 우선 여성에서 남성으로 성전환한 사람(FTM)의 경우에 대부분 이성애자이기 때문에 출산가능성이 극히 드물게만 발생하지만 동성애자라면 여전히 출산가능성은 남아 있다. 한편 남성에서 여성으로 성전환한 사람(MTF)의 경우에도 동성애자라면 출산가능성이 존재하지만 적어도 호르몬치료는 받고 있기 때문에 출산가능성은 높다고 볼 수 없어도 완전히 배제할 수는 없다. 이처럼 생식능력제거와 성전환수술의 요건이 요구되지 않는 경우에 발생할 수 있는 문제점에 대해서 성전환자법은 부모의 성별변경이 부모와 자녀의 관계에 영향을 미치지 않도록 규정하고 있기 때문에 이를 유추하여 적용함으로써 해결을 모색하고 있다.⁷⁰⁾ 성전환자법에 따르면 성별변경 이전에 출생한 자녀의 경우를 예정하여 친자관계에 영향을 주지 않도록 규정하고 있지만 성별변경이 인정된 후에 자녀를 출산하더라도 이 규정을 유추해서 적용하면 부모의 성별변경과 상관 없이 부모와 자녀의 관계는 그대로 유지된다고 볼 수 있는 것이다.

68) 독일의 성전환자법은 1980년 9월 10일에 제정되어 1981년 1월 1일부터 시행되고 있다.

69) BVerfG, 1 BvR 3295/07 vom 11. 1. 2011.

70) 성전환자법에 따르면 성별변경에 관한 법원의 결정으로 성별이 변경된 사람과 그 부모 또는 그 자녀와의 관계에 아무런 영향을 발생하지 않는다(TSG 제11조). 또한 이름이 변경된 사람이 출산한 자녀의 출생신고를 할 때는 변경되기 전의 이름을 사용하도록 하고 있다(TSG 제5조 제3항). 이를 종합해보면 성별이 변경된 사람이 성별변경 후에 출산한 경우에도 변경되기 전의 성별을 출산한 자녀와의 관계에서 법적으로 사용하면 문제가 없게 된다.

2. 평가

독일 성전환자법의 성별변경요건은 종래에 상당히 엄격하였으나 연방헌법재판소의 결정에 따라 완화되고 있는 추세다. 우선 독일 국민으로 한정되어 인정되던 성별변경이 무국적자, 난민, 외국인 등으로 확대되었다. 또한 25세 이상으로 연령을 제한하던 규정도 삭제되었고, 혼인관계에 있는 사람에게 인정되지 않던 성별변경이 인정되었으며, 앞서 언급한 것처럼 생식능력제거와 성전환수술에 관한 요건도 헌법불합치결정으로 적용이 중지되었다. 따라서 3년 이상 성전환전증을 가지고 살아 왔고, 그러한 성별인식이 다시는 변경되지 않을 고도의 개연성만 증명되면 성별변경이 가능하게 되었다. 문제는 성별변경의 인정에서 생식능력제거나 성전환수술이 요구되지 않는 경우에 발생할 수 있는 친자관계의 불명확성인데 성별변경이 친자관계에 영향을 미치지 않도록 하는 규정을 통해서 해결하는 독일의 입법례는 참조할 만하다고 보인다. 개인적 차원에서의 성별과 친자관계에서의 성별을 구분하려는 입법적 유연성이 성별변경의 요건을 완화할 수 있는 전제임을 보여주는 입법례라고 볼 수 있다.

한편 독일에서 성별변경에 관한 결정은 전적으로 법원의 관할에 속한다. 물론 성별변경에서 요구되는 요건을 고려할 때 성별변경에 관한 결정에서 법원은 성전환증에 관한 전문의사의 감정을 받을 수밖에 없다. 성별변경은 법적 판단이지만 의학적 판단의 개입이 필수적인 이유가 여기에 있다. 이처럼 성별변경을 법원의 권한으로 하더라도 법원의 의지에 따라 전문의사의 도움을 받을 수 있겠지만 성별변경에 관한 법원의 결정에서 전문의사의 감정을 필수적 절차로 명문화할 필요도 있다.

III. 영국에서 성별변경

1. 성별인정법

영국에서는 성별변경에 관하여 성별인정법(Gender Recognition Act, 2004: 이하 'GRA'로 약칭)이 규율한다. 18세 이상으로 반대의 성별로 생활하고 있는 사람에게 성별의 변경이 인정된다(GRA 제1조 제1항). 변경된 성별을 “후천적 성별(acquired gender)”

로 지칭하면서 이러한 후천적 성별을 인정받기 위해서는 성별혼란증(gender dysphoria)을 갖고 있거나 가졌어야 하고, 2년 동안 중단없이 후천적 성별로 살아왔어야 하며, 죽을 때까지 계속해서 후천적 성별로 살겠다고 의욕해야 한다(GRA 제2조 제1항). 이러한 사실을 증명하기 위해서 성전환증 분야에서 활동하는 의사의 감정서와 다른 의사(반드시 성전환증 분야에서 활동할 필요는 없음)의 감정서 또는 성전환증 분야에서 활동하는 심리상담가의 감정서와 의사(반드시 성전환증 분야에서 활동할 필요는 없음)의 감정서가 요구된다(GRA 제3조 제1항). 하지만 성전환증 분야에서 활동하는 의사 또는 심리상담가의 감정서에 성별혼란증에 관한 세부사항이 기재된 경우에는 다른 의사의 추가적인 감정서는 필요가 없다(동조 제2항). 또한 요구되는 2개의 감정서 가운데 1개 이상의 보고서에 세부사항이 기재되어 있지 않더라도 성징의 변형을 목적으로 하는 치료를 받았거나 받고 있는 경우 또는 그러한 목적의 치료가 처방되었거나 계획된 경우에도 1개의 감정서만으로 충분하다(동조 제3항).

성별변경의 요건을 충족하면 성별인정서(gender recognition certificate)를 발급하는데 혼인상태 또는 동반자관계(civil partnership)⁷¹⁾에 있지 않은 사람에게는 정식성별인정서(full gender recognition certificate)가, 혼인상태 또는 동반자관계에 있는 사람에게는 임시성별인정서(interim gender recognition certificate)가 발급된다(GRA 제4조 제1항, 제2항 및 제3항). 혼인상태 또는 동반자관계에 있는 사람이 임시성별인정서를 발급받았다는 이유로 혼인 또는 동반자관계의 무효를 결정하면 법원은 동시에 정식성별인정서를 발급해야 한다(GRA 제5조 제1항 및 제5A조 제1항). 한편 혼인상태 또는 동반자관계에 있어 임시성별인정서를 발급받은 사람은 혼인 또는 동반자관계의 해소나 무효 또는 배우자의 사망이 있는 경우에 발급을 신청할 수 있다(GRA 제5조 제2항 및 제5A조 제2항).

2. 평가

영국의 성별인정법에 따른 성별변경은 생식능력제거나 성전환수술이 반드시 요구되지 않는다는 점이 특징이다. 18세 이상의 성인으로 한정되어 있기는 하지만 2년 이상 성별혼란증을 가지고 반대의 성별로 살아왔고, 앞으로도 영원히 그렇게 살겠다는 의욕이 있다

71) 영국의 동반자관계법(Civil Partnership Act, 2004)에 따르면 동성(same sex)인 두 사람은 동반자관계를 형성할 수 있다. 이성인 두 사람은 동반자관계를 형성할 수 없다.

는 사실만 증명하면 성별변경이 인정된다. 외국법에 따라 인정받은 성별변경도 인정되고, 혼인상태 또는 동반자관계에 있는 사람에게도 성별변경이 인정된다는 점이 특징이다. 성별변경을 인정하는 권한이 독립된 기관인 성별인정위원회(Gender Recognition Panel)⁷²⁾에 부여되어 있다는 점도 특징이다. 성별인정위원회는 법률전문위원(legal member)과 의료전문위원(medical member)으로 구성됨으로써 법적 판단과 의학적 판단이 종합적으로 이루어지게 된다.⁷³⁾ 이처럼 성별변경이 법원이 아닌 독립된 기관에서 이루어진다는 점, 법적 판단과 의학적 판단이 종합적으로 이루어진다는 점은 앞으로 성별변경에 관한 입법을 할 때 좋은 참조가 될 수 있을 것으로 판단된다. 다만 성별변경이 가능한 사람을 18세 이상의 성인으로 제한하고 있는 부분은 논란이 될 수 있을 것으로 보인다. 성별정체성은 이미 미성년일 때부터 발현됨에도 불구하고 성별변경이 가능한 시기를 성인이 되는 시점까지 미루게 되면 기다려야 하는 당사자에게는 감당하기 어려운 고통이 될 수 있기 때문이다. 성별인정위원회의 결정에 대해서는 법원에 이의제기(appeal)가 가능하다.

IV. 미국에서 성별변경

1. 주법에 의한 성별변경의 규율

미국에서 성별변경에 관한 연방법은 존재하지 않고, 각 주의 법률에서 성별변경에 관하여 규율한다. 아이다호, 오하이오, 테네시처럼 성별변경 자체를 인정하지 않는 주도 있지만⁷⁴⁾ 대체로 법원의 결정으로 성별변경을 인정하고 있다. 애리조나(Arizona)주처럼 법원의 결정 없이 성전환수술을 받았다는 의사의 확인서만으로 성별변경을 허용하는 경우도 있다.⁷⁵⁾ 법원의 결정에 의한 성별변경이 인정되는 경우에 성별변경의 요건으로는 대

72) 성별인정위원회의 위원은 고정되어 있지 않고, 위원명단(list)에 있는 위원들 가운데 사건마다 해당 사건에 대하여 판단하는 위원이 결정된다.

73) 성별인정위원회는 1명 이상의 법률전문위원 및 1명 이상의 의학전문위원으로 구성된다.

74) 예를 들어 테네시주의 경우에는 명시적으로 성전환수술로 인한 성별변경을 금지하고 있기 때문에(Tennessee Code Annotated, Section 68-3-203) 성전환수술을 받아도 성별변경이 인정되지 않는다. 한편 아이다호의 경우에는 명시적으로 성별변경을 금지하고 있지는 않으나 성별변경을 담당하는 행정청에서 성전환수술로 인한 성별변경을 인정하지 않는 것이 관행이 되고 있고, 오하이오주의 경우에도 성별변경을 금지하는 명시적인 규정은 없으나 단순한 정정 외에 출생증명서의 내용을 변경하지 못하도록 하는 법원의 판결에 따라 성별변경이 인정되고 있지 않다.

75) Arizona Revised Statutes 36-337 A. 3. For a person who has undergone a sex change operation or has a chromosomal count that establishes the sex of the person as different than in the registered birth certificate, both of the following: (a) A written

체로 성전환수술과 이름변경을 요구하고 있다. 예를 들어 오리건(Oregon)주의 경우에는 성전환수술과 법원의 결정으로 성별변경이 허용된다.⁷⁶⁾ 그리고 앨라배마(Alabama)주의 경우에는 성전환수술과 이름변경 및 법원의 결정으로 성별변경이 허용된다.⁷⁷⁾

2. 평가

미국의 경우에 성별변경을 위하여 공통적으로 요구되는 요건은 성전환수술이다. 법원의 결정이나 이름변경이 동시에 요구되는지에 따라 차이가 있기는 하지만 성전환수술을 성별변경의 필수적 요건으로 요구하고 있는 것이다. 성전환수술을 받는 것으로 충분하기 때문에 생식능력의 제거는 필수적으로 요구되지 않는 것으로 보인다. 그밖에 연령이나 국적의 제한, 혼인 여부에 따른 제한에 대해서도 명시적인 규정은 없다. 성전환수술이 정신적 성별을 확인하여 성별변경을 허가해주는 유일한 방법이 아니라는 점에서 성전환수술을 성별변경의 필수적이면서 유일한 요건으로 요구하고 있는 미국의 입법례는 성전환자에게 가혹하다고 볼 수 있다. 앞서 독일 연방헌법재판소의 판례에서 검토했듯이 일정 기간 성전환증을 가지고 신체적 성별과 반대의 성별로 생활하여 왔고, 앞으로도 계속 그렇게 생활할 것이라는 의욕이 전문의사에 의해 확인될 수만 있다면 충분한 것이지 굳이 성전환수술까지 요구하게 되면 성별정체성에 관한 권리와 신체의 불훼손에 관리 가운데 하나를 선택하도록 강요받는 것이기 때문이다.

V. 성별변경의 법적 쟁점

request for an amended birth certificate from the person or, if the person is a child, from the child's parent or legal guardian. (b) A written statement by a physician that verifies the sex change operation or chromosomal count.

76) Oregon Revised Statutes 432.235 (4) Upon receipt of a certified copy of an order of a court of competent jurisdiction indicating that the sex of an individual born in this state has been changed by surgical procedure and whether such individual's name has been changed, the certificate of birth of such individual shall be amended as prescribed by rule of the state registrar.

77) Code of Alabama 22-9A-19 (d) Upon receipt of a certified copy of an order of a court of competent jurisdiction indicating that the sex of an individual born in this state has been changed by surgical procedure and that the name of the individual has been changed, the certificate of birth of the individual shall be amended as prescribed by rules to reflect the changes.

1. 성전환수술과 생식능력제거

영국처럼 성전환수술이나 생식능력제거가 성별변경의 필수적 요건이 아닌 입법례도 있지만 2011년 연방헌법재판소의 헌법불합치결정이 나올 때까지의 독일처럼 성전환수술이나 생식능력제거를 성별변경의 필수적 요건으로 요구하는 입법례도 있다. 또한 미국의 경우에는 대부분의 주에서 성별변경의 필수적 요건으로 성전환수술을 요구하고 있다. 이처럼 성전환수술이나 생식능력제거를 법으로 강제하는 것은 독일 연방헌법재판소가 실시한 바와 같이 ‘신체를 훼손당하지 않을 권리’를 침해할 수 있기 때문에 신중한 접근이 필요하다. 물론 법이 직접적으로 성전환수술이나 생식능력제거를 강제하지는 않더라도 성별변경의 필수적 요건으로 성전환수술이나 생식능력제거를 요구하게 되면 성별변경을 원하는 성전환자는 성전환수술이나 생식능력제거를 간접적으로 강요당할 수밖에 없다. 성별변경을 원하더라도 성전환수술이나 생식능력제거를 하지 않으면 성별변경이 법적으로 불가능하여 결과적으로 성전환수술이나 생식능력제거를 선택할 수밖에 없기 때문이다. 이처럼 간접적인 법적 강제이기는 하지만 성전환수술이나 생식능력제거의 강제는 성별정체성을 인정받기 위하여 신체의 불훼손권을 희생시키도록 강요하는 것이어서 성전환자에게 기대하기 어려운 요구라고 볼 수 있다.

성전환수술이나 생식능력제거를 성별변경의 필수적 요건으로 요구하지 않는 경우에 발생할 수 있는 문제는 친자관계의 확인이 복잡해진다는 점이다. 예를 들어 FTM이 (동성애자이어서 신체적 성별이 남성인 상대방의 아이를 임신하여) 출산한 경우에는 2명의 친부가 존재하는 상황이 발생하고, MTF가 (동성애자이어서 신체적 성별이 여성인 상대방이 아이를 임신하게 하여) 출산한 경우에는 2명의 친모가 존재하는 상황이 발생할 수 있다. 이 경우에 2명의 친부 가운데 한 사람을 친모로, 2명의 친모 가운데 한 사람을 친부로 확인해줄 필요가 있다. 이 문제는 독일의 입법례처럼 부모의 성별변경으로 부모와 자녀의 관계가 영향을 받지 않는다는 규정을 둬으로써 해결이 가능하다. 부모의 성별변경으로 부모와 자녀의 관계가 영향을 받지 않는 경우를 성별변경 이전의 출산으로 한정할 필요는 없고, 성별변경 이후의 출산에도 확대하는 것이 타당하다고 보인다. 개인의 성별과 친자관계에서의 성별을 반드시 일치시킬 필요는 없으므로 성전환자가 성별변경 이전뿐만 아니라 이후에도 출산을 했다면 FTM의 경우에 당사자의 법적 성별은 남성이지만 자녀와의 관계에서는 여전히 법적인 여성으로서 친모가 될 수 있도록, MTF의 경우에 당사자의 법적 성별은 여성이지만 자녀와의 관계에서는 여전히 법적인 남성으로서 친부가 될 수 있

도록 인정해주는 것이 합리적이기 때문이다.

2. 성년자로 제한

성별변경의 요건으로 영국은 18세 이상인 성년으로 제한하고 있다. 성별변경의 전제가 되는 성별정체성이 가변적인 것이라면 미성년자의 성별변경을 제한할 필요가 있다. 미성년자의 미성숙한 성별인식으로 인하여 성년이 된 후에 성별정체성이 다시 변경될 수도 있기 때문이다. 하지만 성별정체성도 선천적인 것으로 불가변적인 것이라면 성별변경은 가능하면 신속하게 인정하는 것이 바람직하다. 오히려 미성년자일 때부터 자신의 성별정체성에 일치하는 삶의 방식을 체득하게 해야 자신의 존엄성을 실현하는 삶을 살 수 있기 때문이다.⁷⁸⁾ 미성년자에게 성별변경을 인정하는 경우에 혹시나 있을 수 있는 잘못된 판단을 예방하기 위해서는 성전환증에 관한 전문의사의 감정이 중요하기 때문에 상당 기간의 상담절차를 필수적인 요건으로 규정할 필요가 있다. 만약 미성년자인 성전환자의 요청에 따라 전문의사와의 충분한 상담을 거쳐 성전환증이 확인되었다면 그것을 존중해야 하고, 이 경우에 추가적으로 부모(또는 법정대리인)의 동의를 요구하는 것은 성전환자의 결정을 배제하는 것으로서 타당하지 않다고 보인다. 따라서 성별변경에서 연령제한을 두지 않되, 성전환증에 관한 전문의사의 감정을 필수적으로 요구하면서 부모의 동의는 원칙적으로 요구하지 않지만 미성년자의 경우에는 부모의 정신적 충격을 고려하여 부모와의 협의는 거치도록 하는 것이 바람직하다고 보인다.

3. 국민으로 제한

성별변경의 대상을 굳이 국민으로 한정할 필요도 없다. 무국적자나 난민의 경우에는 성별변경이 인정되어야 할 것이고, 외국인의 경우에도 적어도 영주의 자격이나 합법적인 체류자격이 있는 사람에게에는 본국에 성별변경을 받을 수 있는 법과 절차가 마련되어 있지 않다면 성별변경을 허용해도 문제가 없다고 보인다. 국민에게 인정되는 자격이 외국인

78) 이름변경과 성별변경이 분리되어 있는 독일의 경우에 독일 연방헌법재판소는 우선 성별변경에서 요구되는 연령제한은 성전환수술에서 연령제한을 하지 않으면서 성별변경에서 연령제한을 함으로써 평등원칙에 위반된다는 취지로(BVerfG, 1BvR 938/81 vom 16. 3. 1982), 한편 이름변경에서 요구되는 연령제한은 합리적인 이유가 없다는 취지로 위헌결정을 하였다(BVerfG, 1BvL 38, 40, 43/92 vom 26. 1. 1993). 후자의 결정에서 연방헌법재판소는 성전환자에게 연령제한이 없어야 하는 이유를 같은 취지로 실시하고 있다.

에게 인정되지 않게 하는 목적은 외국인의 경우에 본국법에 따라 규율을 받도록 함으로써 그 외국인이 속한 국가의 법질서를 존중하고, 본국법에 따라 규율되는 내용과 체류국가의 법질서에 따라 규율되는 내용이 불일치함으로써 발생할 수 있는 법적 불안정성을 제거하려는 데 있다.⁷⁹⁾ 따라서 독일의 입법례처럼 외국인의 경우에도 성별변경에 관한 법과 절차가 해당 외국인의 국적국가에 존재하지 않는 경우에 한하여 제한적으로 인정하는 입법방향이 타당하다고 보인다. 특히 합리적인 이유가 없는 차별대우를 금지하는 평등의 관점에서 영주의 자격이 있거나 합법적인 체류자격이 있는 외국인에게 해당 외국인의 본국법에 따라 성별변경을 할 수 없는 경우에조차 성별변경을 허용하지 않으면 합리적인 이유가 없는 차별대우가 될 수 있다는 점도 고려되어야 한다.

4. 혼인하지 않은 자로 제한

혼인한 상태에 있는 사람에게 성별변경을 허용하면 외관상 동성혼의 형태를 보이게 된다. 남편이 성별변경을 하면(MTF의 경우) 두 명의 처가 존재하게 되고, 처가 성별변경을 하면(FTM의 경우) 두 명의 남편이 존재하게 되기 때문이다. 하지만 혼인한 상태에 있는 사람에게 성별변경을 허용하는 것과 동성혼을 인정하는 것은 별개의 문제다. 만약 혼인한 상태에 있는 사람에게 성별변경을 허용하지 않으면 성별변경을 위하여 이혼을 선택하도록 강제하게 된다. 이것은 혼인에 관한 자기결정권과 기존의 혼인상태에 대한 신뢰를 침해하는 것으로서 성전환자에게 성별변경과 혼인상태 가운데 하나를 선택하도록 강제하는 것이어서 기대가 불가능한 일로 판단된다.⁸⁰⁾ 물론 혼인한 상태에 있는 사람에게 성별변경을 허용하게 되면 법적으로 동성혼을 금지하는 경우에 금지된 동성혼이 예외적으로 허용됨으로써 법적 혼란을 초래할 수도 있다. 하지만 혼인한 상태에 있는 사람에게 성별변경을 허용함으로써 동성혼의 결과가 초래된다고 하더라도 이것은 예외적인 상황에 지나지 않고 동성혼 자체를 허용하는 것도 아니다. 더욱이 혼인한 상태에 있는 사람에게 성별변경을 허용함으로써 초래되는 예외적인 법적 혼란의 해악보다는 혼인한 상태에 있는 사람에게 성별변경을 허용하지 않음으로써 초래되는 권리침해의 해악이 훨씬 크다고 볼 수 있다. 따라서 혼인상태에 있는 사람에게 성별변경을 허용함으로써 초래되는 법적 혼란을 피할 수는 없지만 혼인상태에 있는 성전환자의 혼인에 관한 자기결정권과 이미 형성

79) 독일 연방헌법재판소도 같은 취지로 실시하고 있다. BVerfG, 1BvL 1, 12/04 vom 18. 6. 2006.

80) 독일 연방헌법재판소의 취지도 동일하다. BVerfG, 1BvL 10/05 vom 27. 5. 2008.

된 혼인관계의 존속에 관한 신뢰를 고려하여 성별변경이 허용되어야 한다.

5. 이름변경과 성별변경의 분리

독일의 입법은 성전환자의 이름변경과 성별변경을 분리하고 있다. 그러면서 이름변경보다 성별변경의 경우에 요건을 엄격하게 요구한다. 성별변경의 경우에 혼인한 상태에 있지 않을 것이라든지 생식능력을 제거하고 성전환수술을 받을 것이라는 요건이 추가적으로 요구되는 것이다. 이처럼 이름변경과 성별변경을 구분한 것은 우선 이름을 변경하여 변경된 성별로 살아보도록 함으로써 성별까지 변경된 후의 삶을 준비하게 하고, 생식능력 제거와 성전환수술이 요구되는 성별변경에 관한 결정을 신중하게 하도록 배려하려는 목적이 있는 것으로 보인다. 하지만 독일의 경우에도 성별변경의 요건으로 혼인상태에 있지 않을 것이나 생식능력제거와 성전환수술을 요구하는 것이 헌법에 합치하지 않는 결정이 내려짐으로써 이름변경과 성별변경의 구분은 사실상 무의미하게 되었다. 그렇다면 성별변경에 관한 입법을 하는 경우에 굳이 이름변경과 성별변경을 구분하여 그 요건을 달리할 필요는 없어 보인다. 다만 이름변경과 성별변경이 가지는 법적 효과가 다르다는 점에서 양자를 구분하여 성전환자에게 선택하게 하는 것도 성전환자의 결정권을 존중하는 것이므로 고려할 여지가 있다고 본다.

VI. 나가는 말

사람의 성별이 신체적 성별에 따라 결정된다면 모든 사람은 남성이 아니면 여성에 속한다. 따라서 남녀의 이분법적 구분은 신체적 성별에 따른 인간의 구분일 뿐이다. 하지만 사람의 성별이 정신적 성별에 따라 결정된다면 인간은 남녀의 이분법적 구분에 따라 분류되지 않는다. 정신적으로 내면화된 남성성과 여성성의 비율에 따라 다양한 집단이 존재할 수 있을 뿐이다. 따라서 인간을 정신적 성별에 따라 분류하면서도 여전히 남녀의 이분법적 구분을 유지하는 것은 넌센스다. 같은 맥락에서 정신적 성별의 다양성에도 불구하고 여전히 신체적 성별의 이분법적 구분에 따라 정신적 성별을 이분화하여 생식기능의 제거나 성기의 변형을 요구하는 것은 타당하지 않다. 남녀의 이분법적 구분은 오로지 신체적 성별에 따라 인간의 성별을 결정할 때 적용될 수 있으므로 정신적 성별에 따른 성별의 결정에서는 남녀의 이분법적 구분을 적용할 필요가 없다. 그리고 생식기능의 제거나 성기

의 변형과 같은 요구도 남녀의 이분법적 구분에 기초하고 있으므로 정신적 성별에 따른 성별의 결정에서 적용될 필요가 없다고 보인다. 중요한 것은 성별변경에 관한 입법이 이루어져야 한다는 점이다. 성별변경에 관한 규율을 대법원의 예규로 하고 있는 현재의 불합리성은 신속하게 제거될 필요가 있다.

참고자료

1. 한겨레신문, 2013.03.16

[단독] 법원, 성전환자 성기수술 안해도 성별 전환 첫 허가

법원 결정에 성소수자들 “혁명”

성전환자가 성기 성형수술을 받지 않았더라도 기존 성을 제거하는 수술을 했다면 법적으로 성별을 바꿀 수 있다는 법원 결정이 처음으로 나왔다.

서울서부지법은 15일 여성에서 남성으로 성전환을 하고 유방과 자궁을 절제하는 등 기존 성 제거 수술은 했으나 성기 성형수술을 받지 못한 ㄱ(49)씨 등 성전환자 5명이 ‘법적인 성별을 남성으로 바꿔달라’며 낸 가족관계등록부 정정 신청을 받아들였다. ㄱ씨 등은 지난해 12월 “전환된 성에 부합하는 성기 성형을 요구하는 것은 성전환자의 성별 정정 허가에 있어서 가장 큰 장벽으로 작용하고, 성전환자의 헌법상 기본권을 보장한다는 성별 정정 제도의 취지에 반한다”며 성별 정정을 신청했다.

ㄱ씨는 여성의 몸으로 태어났지만 10대 때부터 남성 정체성을 당연시해왔다. 1990년부터 유방과 자궁을 절제하는 수술을 잇따라 받고 남성호르몬 요법도 받고 있는 ㄱ씨는 덩수룩한 수염과 굵은 목소리, 다부진 체격을 가졌다. 20여년을 함께 산 아내도 있다. 하지만 성전환 수술의 마지막 단계인 성기 성형수술은 받지 못했다. 수술이 위험하고 재수술 가능성이 높을 뿐 아니라 비용도 수천만원에 이르는 까닭이다.

겉으로 보기에는 남성이지만 그의 주민등록번호는 ‘2’로 시작된다. 주민등록번호를 포함한 이력서를 요구하는 회사에는 취직할 수 없어 배달일 등 임시직을 전전했다. 병원이나 관공서에서는 신분증을 보여줄 때마다 ‘본인의 것이 맞냐’고 캐물었다. 투표장 가는 것은 꿈도 꾸지 못했다. 아내와 혼인신고도 하지 못했다.

하지만 대법원이 2006년 성전환자의 성별 정정을 허용할 수 있도록 결정한 뒤에도 ㄱ씨와 같은 이들은 그 대상에서 제외돼왔다. 대법원이 이듬해 마련한 ‘성전환자의 성별 정정 허가 신청사건 등 사무처리지침’에서 허가 요건으로 ‘(생물학적 성별과) 반대성으로서의 외부성기’를 갖추도록 했기 때문이다.

성소수자들의 인권 상황을 개선하려는 변호사·활동가들의 모임인 ‘성적지향·성별정체성법정책연구회’의 설명을 종합하면, 성전환자 성별 정정의 전제조건으로 성기 성형수술을 요구하는 나라는 일본을 제외하곤 알려진 바가 없다.

성별 정정 신청 수용 소식을 들은 그는 “우리 같은 성소수자들에게는 혁명에 가까운 소식”이라며 “가족관계등록부의 성별을 바꾸고 나면 가장 먼저 아내와 혼인신고를 할 것”이라고 들뜬 목소리로 말했다. 그는 등을 대리한 공익인권변호사모임 ‘희망을 만드는 법’의 한가람 변호사는 “이번 결정의 취지를 반영한 대법원 판례나 법률이 없어 관련법 제정을 요구하는 목소리가 더욱 커질 것으로 보인다”고 말했다.

엄지원 박현정 기자 umkija@hani.co.kr

2. 관련기사 목록

성전환자 성기 성형수술 안해도 성별전환 첫 허가, 연합뉴스 2013.03.16

성전환자 성기 성형수술 안해도 성별전환 첫 허가, SBS

“성별변경은 성기의 문제 아닌 생존의 문제”, 한겨레 2013.03.24

성기 성형 없이도 성별정정 이끌어 낸 로스쿨 1기 한가람 변호사, 법률신문 2013.04.08

누가 성별을 판단하는가: 서부지법의 남성 성기성형 없는 성전환남성의 성별인정의 의미와 과제, 인권오름 2013.04.10

남성 성기가 있어야만 남성이 될 수 있다, 프레시안 2013.04.12

서울서부지법에 물려든 성전환자들, 왜?, 매일경제 2013.05.12

