

# 性轉換者와 同性愛者의 民法上 地位

李 路 文\*

I. 序 說	4. 日 本
II. 性과 同性愛 · 性轉換	5. 스웨덴
1. 性の 意義	6. 韓 國
2. 性の 二分的 判別基準	IV. 性轉換者의 同性愛者의 民事上 身 分
3. 性轉換과 同性愛	1. 性別과 戶籍訂正
III. 同性愛 · 性轉換에  대한 各國의 態 度	2. 婚姻의 成立과 保護
1. 프랑스	3. 親子關係
2. 獨 逸	V. 結 論
3. 美 國	

## I. 序 說

인간은 태아 당시부터 때부터 여성 또는 남성이라는 兩性 가운데 자연적으로 부여된 하나의 고유한 성을 가지게 되는 것이 일반적이며, 출생함으로써 이에 따른 사회적·법적 지위가 부여된다. 물론 間性(兩性具有·半陰陽)이 없는 것은 아니지만 그러한 경우도 통상은 여성 또는 남성 두 가지 성종의 하나로 분류된다. 이러한 남성 또는 여성이라는 고유한 성의 구별은 선택에 의해서 이루어지는 것이 아니고 천부적으로 부여된 것이기 때문에 인간의 의료기술에 의하여 양성(양성)이 상호 전환된다는 것은 공상소설에서나 상상해볼 수 있는 것이었다. 그리고 이러한 양성(양성)의 구별에 기초한 혼인의 개념으로 인하여 동성간의 사랑이나 혼인은 사회적·법적으로 비난받을 수밖에 없었다. 따라서 성전환자와 동성애자에 대한 법적 지

\* 호원대학교 · 수원과학대 강사

위는 특별히 논의될만한 것이 없었던 것이다. 그러나 오늘날에는 의학기술의 발달로 인하여 자연적으로 부여된 고유한 성을 異性으로 전환할 수 있게 됨에 따라 많은 경우는 아니지만 성전환자의 법적 지위에 대하여 새롭게 논의하지 않으면 안되는 단계에 이르게 되었고, 同性간의 관계에 있어서도 이전에는 사회적·법적으로 용인되지 않았지만 이제는 소수이긴 하지만 그들의 법적 지위를 어느 정도는 인정해야 한다는 논의가 있으며 실질적으로도 그들의 법적 지위를 보호하는 입법이 이루어지게 되었다.<sup>1)</sup>

물론 인간은 태어나면서부터 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며(헌법 제10조), 성별에 의해서 차등을 둘 수는 없다. 그러나 남녀의 생리적 차이에 의한 차별은 예외적으로 허용되는바 민법 또는 기타 법률에 의하여 그 법적 지위는 다르게 평가되어질 수밖에 없기 때문에 성전환자와 동성애자에 대한 법적 지위가 특히 문제될 수 있다. 일반적으로 성전환에 대한 법적 문제는 자연적으로 부여된 성에 대하여 법적 지위를 인정할 것인가 아니면 후천적으로 의료기술에 의하여 전환된 성에 대하여 법적 지위를 인정할 것인가 하는 충돌에서 오는 것이며, 동성애에 관한 문제 또한 많은 경우 성전환으로 인하여 문제되는 경우가 많기 때문에 거의 성전환자 같은 맥락에 있다고 볼 수 있다. 구체적으로 남성이 성전환수술로 여성으로 전환한 경우 또는 그 반대의 경우에 있어서 이를 선천적으로 부여된 성별에 의하여 남성으로 인정할 것인가 아니면 전환된 성별인 여성으로 인정할 것인가 하는 것이다. 그리고 동성애에 있어서는 생리적 의미의 외형적 성별의 구별에 따라서 법적 지위를 부여하는 경우와 비록 이들이 동성이긴 하지만 선천적 또는 후천적인 동성애의 성향에 따라 이들의 법적 지위를 인정할 것인가 하는 문제가 발생한다.

대부분 성전환자·동성애자의 법적 지위는 민법상 가족법에서 특히 그 논의의 실익이 있다고 할 수 있다. 성전환자에게는 어떠한 성을 인정하느

1) 프랑스, 독일, 네덜란드, 스웨덴 등은 동성간의 동거가 계약에 의하여 혼인과 유사한 보호를 받을 수 있도록 법을 제정 또는 개정하였다.

냐에 따라 동성애의 여부가 문제될 수 있으며, 동성애는 다시 혼인을 인정할 수 있는지로 귀결되기 때문이다. 또한 이들간에 친자관계가 형성될 수 있는지의 문제도 고려하지 않을 수 없다. 이하에서는 이러한 문제를 어떻게 해결할 것인가에 대하여 비교법적 검토를 통하여 살펴보고 어떠한 방향으로 논의되고 있으며, 어떻게 해결하는 것이 바람직한지를 살펴보기로 한다.

## II. 性과 同性愛 · 性轉換

### 1. 性の 意義

성(sex or gender)이란 남성과 여성의 생물적 조직을 구별하는 구조와 기능에 대한 특징의 총체<sup>2)</sup>로써 일반적으로 생물학적 요소를 바탕으로 여성 또는 남성으로써의 신분을 표시하는 개념으로 사용된다.<sup>3)</sup> 성이란 개념은 본래 생물학의 반영임이며 동시에 사회적·법적<sup>4)</sup>으로 형성된 개념으로써 개인의 신분증명과 같은 법적 목적을 위하여 존재함에도 불구하고 한 사람의 성을 결정하는 생물학적 측면은 법학적·의학적으로도 해결하지 못한 문제이다. 남성과 여성을 구별하는 실익은 민법을 비롯하여 기타의 특별법에서도 찾아볼 수 있다.

### 2. 性の 二分的 判別基準

#### 가. 二分的 假定(Binary Assumption)의 意義

성별이란 용어는 생물학적으로 남성과 여성만 존재한다는 이분적 기준

2) Black's Law Dictionary, West Group(1990), p1375.

3) Francisco Valdes, Queers, Sissies, and Thomas, Deconstructing the Conflation of "Sex" "Gender" and Sexual Orientation" in Euro-American Law and Society, 83 Cal. L.Rev.1(1995), p20

4) 성별은 개인의 출생증명과 같은 신분증명을 위한 법적 목적을 위하여 정립된 개념이라고 보아야 할 것이다.

에 의한 분류로서<sup>5)</sup> 사회적으로도 두 가지 다른 성(the two disparate sexes)만을 인정하고 있으며<sup>6)</sup> 성에는 여성과 남성이라는 두 분류 외에는 있을 수 없다.<sup>7)</sup> 따라서 이러한 이분적 가정에 의하면 인간은 여성 아니면 남성 어느 한 성에 해당될 수밖에 없다. 이러한 이분적 가정은 그 부정확성에도 불구하고 문화적·종교적·도덕적으로 인정되어 결국은 법에서까지 자리잡게 되었다.<sup>8)</sup> 반면 인류학자들은 이러한 가정에 동의하지 않고 제3의 성(the third sex or/and gender)을 인정한다. 이분적 가정에 대해서는 많은 사회에서 두 가지 이상의 성이 존재했으며<sup>9)</sup> 법은 이분적 가정을 유지함으로써 間性者(intersexual)인 수백만의 사람들이 있는 현실을 반영하지 못한다는 비판이 있다.<sup>10)</sup> 실제로 수백만의 간성자들이 전형적인 남성의 특성을 갖는 동시에 전형적인 여성의 특성을 갖고 있다.<sup>11)</sup>

#### 나. 男女의 判別基準

##### (1) 醫學的 判別基準

성을 구분하는 의학적 기준으로는 염색체의 구성(chromosomal constitution),<sup>12)</sup> 생식소의 구조(gonadal structures),<sup>13)</sup> 외음부의 형태

5) Richard A. Epstein, Gender is for Nouns, 41DePaul L. Rev. 981, 983(1992).

6) In re Anonymous, 314 N.Y.S.2d 668, 669.

7) Anonymous v. Mellon, 398N.Y.S.2d 99, 100(N.Y.Sup. Ct. 1977).

8) Douglas K. Smith, Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law, 56Cornell L. Rev. 963(1971), p973-974. 이 논문에서는 더 나아가 이러한 가정을 포기하는 것은 비실용적이기 때문에 이분적 가정은 지속되어야 한다고 보고 있다.

9) Sue-Ellen Jacobs & Jason Cromwell, Vision and Revision of Reality: Reflections on Sex, Sexuality, Gender, and Gender Variance, 23 J. Homosexuality 43, 62(1992). 이 논문에서는 이중적 가정은 서구사회의 기준에 맞추어진 것으로 성에 대한 원시사회의 시각을 잘못 이해한 것이라고 한다.

10) Anne Fausto-Serling, The five Sexes: Why Male and Female Are Not Enough, Sciences, Mar-Apr(1993), p20~21.

11) Anne Fausto-Serling, id, p21. 간성자(intersexual)는 출생시 남녀 성의 구별이 명확하게 나타나지 않는다. 물론 간성자들 가운데에서도 명확하게 나타나는 경우가 있긴 하지만 성적 모호성은 그 후에 더 심해진다.

12) 성염색체의 구성에 의하여 구분하는 것으로서 XY인 정상인 남성(XXY, XXXY, XYY와 같은 異常도 포함)과 XX인 정상인 여성(XO, XXX, XXXX와 같은 異常도 포함)이 있다.

13) 성을 구별하는 가장 큰 기준으로 정소를 갖는 경우와 난소를 갖는 경우에 의해서 남녀로 구분한다. 일반적으로 현미경적인 검경에 의하여 정소조직 또는 난소조직으로 확인하여 구분한다.

(morphology of external genitalia),<sup>14)</sup> 생식관의 형태(morphology do genital ducts),<sup>15)</sup> 내분비의 상태(hormonal status)<sup>16)</sup> 등을 들고 있다.<sup>17)</sup> 이러한 생물학적인 관별기준 외에 사회심리학적 성(sociopsychological sex)이라 하여 출생후 양육과정에서 이루어지는 성으로서 실질적인 성을 달리하여 양육하는 경우에도 출생 후 2~3년이면 양육된 성으로 행동과 심리적인 면이 굳어버린다.<sup>18)</sup> 즉 성염색체나 외부적 성징이 남성인 경우라도 심리적·정신적으로 여성에 속한다고 느끼는 이상이 있는 경우를 말하는데 이것이 이른바 性轉換症이다.<sup>19)</sup> 이러한 요소 외에 성적 동일성(sex identity)<sup>20)</sup>을 포함시키는 경우도 있다.<sup>21)</sup>

## (2) 法的 判別基準

법률상 남녀의 성을 어떻게 구별할지에 대하여는 정립되어 있지 않은데 의학적·생물학적 요소에 의하여 결정할 수 있다는 견해, 종합적으로 고려하여 사회통념에 의하여 결정되어야 한다는 견해가 있을 수 있다. 대법원은 「부녀, 즉 여자에 해당하는지의 여부는 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 性腺, 外部性器를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 性役割 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 한다」<sup>22)</sup>하여 성별의 판단

14) 신생아의 성 감별방법으로 이용되는 기준인데 외음부의 형태에 의해서 남녀를 구분하는 것으로 생식기의 성(genital sex)이라고 한다.

15) 내부적으로 분화된 기준에 의하여 남녀의 성을 감별하는 방법이다.

16) 골격, 근육, 체모, 피하지방, 음성 등 남녀의 내분비계의 작용에 의해 나타나는 외형적인 성징인 체성의 성(somatic sex)을 이용한 남녀의 구별 방법이다.

17) 金翰華, 前掲書, 266面.

18) 金翰華, 前掲書, 266面.

19) 曹喜大, 男女의 性轉換은 現行法上 許容되는가, 法曹46卷5號, 法曹協會(1997), 166面.

20) 성적 동일성은 다시 성적 동일성에 대한 인식, 사회적 성(gender identity), 성 역할(gender role) 등으로 나누어진다.

21) Julie A. Greenberg, Therapeutic Jurisprudence: Defining Male and Female: Intersexuality and the Collison Between Law and Biology, 41Ariz. L. Rev. 265, p278에서 John Money, Sex Errors of the Body and Related Syndromes: A Guide to Counseling Children, Adolescents, and Their Families를 인용한 것이다.

22) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결. 이 판결은 남자에서 여자로 성전환수술을 받은 자에 대한 강간죄 성립여부가 문제된 사안으로 전환된 성을 부정함으로써 강간죄의 성립을 인정하지 않았다.

에 대하여 종합적 기준을 제시하고 있다.

#### 다. 二分的 性區別의 問題點

이분적 성구별은 남녀 이외의 성은 인정하지 않기 때문에 명확하게 구분하여 그 법적 지위를 확실하게 할 수 있다는 장점이 있는 반면에 그 중간이라고 할 수 있는 간성자를 어떻게 파악할 것인지와 성전환증이 있는 자에게 성전환수술을 인정할 것인가가 문제된다.

##### (1) 間 性

신생아에 있어서는 생식기가 모호하여 성별의 판단이 어렵거나 불가능한 경우가 있는데 극단적으로는 성염색체 조성과 반대의 성을 나타내어 남성발생에 이상을 초래할 수도 있다. 간성(intersex)이란 한 개체에 여성과 남성의 애매한 생식기를 가진 것을 말한다.<sup>23)</sup> 간성자는 다시 眞性半陰陽(true hermaphroditism)이라 하여 정소조직과 난소조직을 모두 갖고 있는 경우와 假性半陰陽(pseudohermaphroditism)이라 하여 어느 하나의 성의 생식소 조직을 가지나 후에 그 반대의 성을 닮아가는 경향이 있는 경우가 있다.<sup>24)</sup> 이와 같이 생물학적으로 실재하는 간성의 경우에 법적으로 어떠한 성을 인정할 것인지와 관련하여 법적으로 아무런 장치도 존재하지 않는다. 법은 이를 결정하기 위하여 위에서 열거한 여러 가지 기준 가운데 어느 하나 또는 수 개를 고려하여야 할 것이다. 간성의 경우에는 어느 성을 갖게 할 것인지를 판단하여야 하는바 성확정수술<sup>25)</sup>이 불가피하

23) 金翰華, 基礎醫學遺傳學, 正文閣, 287面.

24) 金翰華, 前掲書, 287面.

25) 성전환수술과 성확정 수술에 대한 용어상의 문제 : 개인적으로 이러한 두 가지 용어는 법학적으로 구분하여 사용하는 것이 타당하다고 본다. 성전환수술이 좀 더 포괄적인 개념으로 성확정 수술을 포함하는 개념으로 이해할 수 있지만 협의로는 성확정수술을 제외한 성전환수술을 의미한다고 보아야 한다. 성확정수술이란 간성인 경우에 있어 어떠한 성을 확정할 것인지를 정하여 성을 선택하는 수술인 반면에 성전환수술이란 본래적으로 남성과 여성 가운데 어느 한 성을 가지고 생활하면서 성전환증 또는 기타 사유로 인하여 수술을 통하여 성을 전환하는 경우를 지칭한다고 보는 것이 타당하다. 이러한 용어상의 구분은 성전환수술을 인정할 것인지와 관련하여 일반적 성전환수술은 엄격한 요건이 필요하나 성확정수술은 어느 성을 선택할 것인지의 필연적인 문제이기 때문에 두 가지 용어를 구별하여 사용할 실익이 있다고 본다. 또한 성확정수술에 의한 경우에는 성별의 변경에 의한 호적정정을 인정하지만 성전환수술에 있어서는 이를 인정하지 않는다.

게 될 것이다.<sup>26)</sup> 성전환수술의 인정여부에 있어서 문제가 되는 것은 간성자에 대한 성확정수술은 그리 큰 문제가 아니고, 문제가 되는 것은 다음에서 설명하는 성전환증이다.<sup>27)</sup>

## (2) 性轉換症

성전환증이란 자신의 해부학적 성에 대한 불편함이나 부적절감을 가지고 있으면서 자신과 반대되는 성으로 살고 또 반대되는 성으로 인정받고 싶은 욕망, 그리고 자기의 몸을 자신이 선호하는 이성의 몸에 가능한 일치되도록 호르몬치료와 수술을 받고자 하는 증후군으로 성적 동일성 장애의 일종이다(국제질병분류 제10판). 성전환증이라고 하기 위해서는 성별의 판단기준을 고려하여 성별을 판단할 때 모든 판단기준에 합치되어야 한다.<sup>28)</sup> 이는 일반적으로 자신의 성적 혐오감(gender dysphoria) 또는 성적 동일성 장애(gender identity disorder)로 인하여 나타난다. 이러한 이상을 발생시키는 원인에 대하여 어린시절 부모의 태도, 양육방법 그리고 부모와의 부정적 관계에 기인하는 것으로 설명되거나 또는 유전적, 내분비적 혹은 중추신경계의 장애로 설명되고 있으나 정설은 없다고 한다.<sup>29)</sup> 그러나 과학적으로 「성적 행태와 관련된 뇌가 여자보다는 남자가 더 크고, 유전적으로 남성 성전환자의 뇌구조는 남성의 뇌 보다는 여성의 뇌와 더 유사하기 때문이다」라고 하는 보고가 있다.<sup>30)</sup>

## 3. 性轉換과 同性愛

성전환증자들 가운데에는 호르몬치료(hormon treatment)나 성전환수술

26) 간성으로 태어나 남성 또는 여성으로 출생신고가 이루어진 후에 성전환수술을 받고 호적 정정을 신청한 사건에 대해서는 각국의 태도(특히 일본)에서 소개하기로 한다.

27) 曹喜大, 前掲論文, 166面.

28) The American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders(4th ed, 1994), p532~538. 성별판단기준을 충족하지 못하는 경우에는 간성으로 판단되기 때문에 성전환증이라고 할 수는 없기 때문이다.

29) 洪春義, 性轉換과 戶籍訂正, 判例月報 308號(1996, 5), 16面.

30) Jiang-Ning Zhou, A Sex Difference in the Human and its Relation to Transsexuality, 378 Nature 68-70(1995).

(sexual reassignment surgery)을 통하여 반대의 성을 취함으로써 성적 동일성을 회복하려는 자들이 적지 않다. 그러나 반면에는 동성애를 통하여 성적 동일성을 유지하는 사람이 있다. 전자의 경우에는 성전환수술 및 그에 따른 법적 지위 또는 동성혼<sup>31)</sup>의 여부가 문제될 수 있으며, 후자의 경우에는 동성애의 문제가 발생한다. 이처럼 성전환증자에게 성전환을 인정하게 되는 경우 어떠한 성에 대하여 법적 지위를 부여하느냐에 따라 동성애가 문제될 수밖에 없다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 본래의 자연적 성과 전환된 성 가운데 어떠한 성을 법률적 성으로 인정할 것인가가 해결되어야 한다. 우리나라의 경우에는 정확하게 알려져 있지는 않으나 1996년 기준 약 1,000명 정도로 추정된다고 한다.<sup>32)</sup> 또한 지금까지의 학계에서는 동성애가 당사자의 노력이나 치료를 통해 바꿀 수 있는 것이 아니며 오히려 해를 일으킬 수 있다는 것이 정설로 자리를 잡았다고 한다.<sup>33)</sup> 이러한 현실을 감안하고 또한 그들의 심리적·사회적 활동과 함께 가족관계를 고려할 때 성전환자와 동성애의 관계는 쉽게 판단할 일이 아닌 것 같다.

### Ⅲ. 同性愛 · 性轉換에 대한 各國의 態度

#### 1. 프랑스

##### 가. 性轉換

프랑스에서의 성전환은 신분증서(acte de l'etat civil)<sup>34)</sup>와 관련하여 문제

31) 남성이 여성으로 성전환을 하고 남성과 혼인을 하거나 그 반대의 경우가 있을 수 있기 때문이다.

32) 洪春義, 前掲論文, 15面.

33) 한겨레신문, 2001. 5. 11(금요일)자 신문, 10면. 이에 대하여 동성애도 당사자들이 노력하면 이성애로 될 수 있다는 새로운 연구결과도 있다.

34) 프랑스에서 인간의 성별은 민사상 신분의 요소 가운데 하나가 되고 신분증서에 기재된다. 여기서 말하는 민사신분은 가족 또는 사회에 있어서 사람의 상황이고 민사법이에 대하여 효과를 부여하는 것이다. 구체적으로는 성별과 함께 국적, 혼인, 친자관계, 성씨, 주소, 능력 등이 이에 포함된다. 이외에 연령, 직업, 종교 등을 포함하여 생각하는 경우도 있다. 그리고 신분증서에 기재된 사항에 오류가 있는 경우에는 그 정정은 원칙



가 된다. 즉 성전환자에 대하여 민사신분상의(신분증서상의) 性의 변경이 인정되는지의 여부에 관한 문제이다. 1970년 대 이 문제가 하급심에서 문제가 되었을 때 대부분 하급심판례는 일반적으로 신분증서상의 성별을 변경하고 그에 수반하는 성을 변경하는 것은 불가능하지 않다고 하였다. 또한 이 문제에 대하여 학설의 대부분은 성전환에 호의적인 태도를 취하고 있다고 한다.<sup>35)</sup> 破毀院(Cour de Cassation)은 이에 대하여 모호한 태도를 취하다가 1990년 5월 21일 판결에서 「성전환은 그것이 의학적으로 인정되는 것이라 할지라도 진실한 성전환이라고 인정할 수 없다. 성전환자는 당초 성에 수반하는 특징의 일부분을 잃었다 하더라도 반대의 성에 대한 특징을 획득하였다고 할 수는 없다. 게다가 외과수술에도 불구하고 여성(본래의 성)으로서의 신체적 동일성을 가지고 있다는 항소법원의 판단은 정당하다」고 하여 성전환을 이유로 하는 신분증서의 변경을 기각하였다.<sup>36)</sup> 그러나 이러한 원리에 바탕을 둔 판례는 얼마 안되어 1992년 3월 25일 유럽인권재판소판결에 의하여 변경되었다. 동재판소는 「원고는 사생활의 존중과 양립하기 어려운 전체적인 상황 중에 일상적으로 놓여있고, 각국의 재량범위를 고려한다고 하여도 일반이익과 개인이익 사이에 있어서 조정되어야 할 균형의 파괴가 존재하기 때문에 유럽인권조약 제8조<sup>37)</sup>에 위반된다」<sup>38)</sup>고 하여 프랑스법원의 태도의 변경을 촉구하였다.<sup>39)</sup>

적으로 법원의 재판으로 하는 것이 원칙이다(프랑스민법 제99조). 성별오기도 마찬가지이다.

35) 大村 敦志, 性轉換・同性愛と民法(上), *ジリスト* 1080號(1995. 12. 1), 70頁, 有斐閣.

36) *Cass.civ. I r eJ. C. P.* 1990. II, 21588, D. 1991, 169, rapp. Massip, Concl. Flipo.

37) 유럽인권조약의 8조 1항은 프라이버시 조항으로써 「모든 인간은 그 사적·가족적 생활·주거 또는 친서의 존중에 관한 권리를 가진다」라고 규정하고 있다.

38) 판결의 사안은 남성전환의 사례이고 원고 B가 성전환을 한 남성과 결혼하려고 하였지만 프랑스의 행정청은 그 전제가 되는 신분증서의 변경을 인정하지 않았다. 이에 B는 프랑스 국내법원에 구제를 구하였지만 파해원은 1987년 판결로 이를 거부하였기 때문에 인권재판소에 제소가 된 사건이었다.

39) 영국에서도 동일한 사안으로 문제가 된바 있으나 인권조약 8조에 반하지 않는다는 판결이 이미 내려졌다. 그 이유는 첫째, 프랑스에서의 신분증서는 영국에서의 제도와 비교하여 공부·역사적 색채가 희박하다. 둘째, 프랑스에서는 姓의 변경은 영국과 비교하여 곤란하다. 셋째, 프랑스에서는 국립통계경제연구소가 담당하는 ID번호에 기한 공적 서류에 성별기재가 되는 것이 많다는 점에서 성전환자가 처해 있는 상황은 영국과 비교하여 너무 가혹하기 때문이라고 한다.

이 판결을 수용하여 1991년 12월 11일 과회원은 대법정을 열어 2개의 판결에 대하여 판례변경을 하였다. 과회원 대법정은 민법전 제9조, 제57조와 함께 유럽인권조약 제8조를 참고로 하여 「치료목적에 의하여 이루어진 내과적·외과적인 처치의 결과 성전환의 증상을 보이는 자가 본래의 성에 수반하는 특징을 모두 갖지 않고 그 사회적 행동과 일치하는 반대의 성에 근접한 신체적 외관을 가지게 되었을 때에는 사생활의 존중원칙에 의하여 그 자의 민사신분이 이후 그 자가 그 외관을 가지는 성을 지시하는 것은 정당화될 수 있다. 민사신분의 불가처분성원칙(indisponibilit)은 이 변경에 장애가 되지 않는다」<sup>40)</sup>고 판시하였다.

#### 나. 同性愛

프랑스 민법상 동성애자간의 혼인에 대하여 명문의 규정은 없으나 「만 18세 이전의 남자(homme), 만15세 이전의 여자(femme)는 혼인할 수 없다(프랑스 민법 제114조)」는 규정으로 미루어 살펴건데 혼인은 남녀간에 이루어진다는 것을 전제로 하고 있는 것 같기는 하나 동성애자간의 혼인에 대한 명확한 법률규정을 찾아볼 수는 없다. 이는 판례에서도 재확인되고 있는바 破毀院判決은 「혼인이란 일방은 남성, 타방은 여성인 두 사람 사이의 계약이며, 이는 부부 각각에 있어 성별의 식별이 가능하고, 부부의 일방의 성이 타방이 성과 달라야 한다는 이중조건에 달려 있다」<sup>41)</sup>고 하여 혼인의 본질이 남녀와 같이 서로 다른 성에 의한 것임을 명확히 하고 있다. 이후 1989년 판례<sup>42)</sup>에서도 「혼인에 의하여 결합되지 않은 부부로서의 생활한다고 결정한 두 사람의 인간, 한 사람의 남자와 한 사람의 여자간에만 적용된다」<sup>43)</sup>고 판시하고 있으며 이러한 명확한 원칙을 줄곧 유지하고 있기 때문에 성전환으로 인하여 발생할 수 있는 동성애자간의

40) Cass, ass.pl n,11 d cebre 1991, D. 1993, IR, 1, J. C. P. 1993, II, 21991 concl.

41) Cass.civ, 6 avril 1903, S. 1904, 1,273.

42) 피보험자와 부부가 같이 생활하는 경우에 질병·출산보험이 적용된다고 하는 법률에 있어 여기에 동성애자의 공동생활도 포함하는지에 관한 것이 문제된 사건이다.

43) Cass, soc, 11 juillet 1989, D. 1990, 583.

혼인에 대하여는 별 문제가 발생하지 않는다.

이러한 판례가 나온 뒤에도 입법론적으로 내연관계의 이성자간과 마찬가지로 동성애자를 보호하여야 한다는 주장이 제기된바 1990년 동반자 계약(contrat de partenariat civil)이라는 새로운 유형의 계약을 창설하자고 하여 원로원에 상정된 것이 대표적이다. 이러한 논의 끝에 결국에는 1999년 10월 13일에 PACS(pacte civil de solidarite)라 약칭하는 「공동생활약정」<sup>44)</sup>을 제정하였다. 이 법에서의 「공동생활약정은 공동생활을 영위할 목적으로 이성 또는 동성의 성년 자연인 사이에서 체결되는 계약(un contrat)이다(제515조의 1)」라고 하여 동성간의 동거계약을 인정하고 있다. 또한 제515조의 8에서는 「사실혼은 이성 또는 동성의 2인간에 짝을 이루어 생활하는 안정이며 지속적인 공동생활을 내용으로 하는 사실적 결합이다」라고 하여 동성간의 사실혼을 인정하고 있다.<sup>45)</sup> 이 법은 공동생활약정에 대한 요건(제515조의 2~제515조의 3)과 동거자간의 재산상 효과(제515조의 4~제515조의 6), 공동생활의 해소(제515조의 7)에 대하여 규정하고 있다.

## 2. 獨 逸

### 가. 性轉換

독일에서는 10여년에 걸쳐 성전환증자의 이름이나 성별의 확정에 대하여 법원의 판단이 일정하지 않아 신분등록기관에서 그 처리에 어려움을 겪었다. 초기의 판례는 성전환자의 호적정정에 대해서 「인간의 성별은 출생시 외부적, 신체적 형상에 의하여 정하여지는 것으로 정신적 태도는 중요하지 않으며 성전환수술은 재해나 전상 또는 거세에 의한 상실과 동일한 것으로 반대의 성을 만드는 것은 아니다」하여 호적의 정정을 인정하

44) 이 법은 단행법률이 아니라 프랑스 민법전 제12편 「공동생활약정 및 사실혼(Du Pacte civile de solidarite et du concubinage)」에서 편입시킨 것이다.

45) 프랑스 민법전 제12편 제2장에 「사실혼(Du concubinage)」에 관한 단 한 개의 조문을 두고 있다. 이는 1999년 11월 15일에 신설되었다.

지 않았으나 그 후에는 「장차 의학이 발달하여 외관상 변화 외에 더한 변화가 있다는 것을 입증하면 신청이 받아들여질 수 있다」고 함으로써 일정한 경우에는 성전환에 의한 성별의 정정을 인정할 수 있다는 태도로 후퇴하였다. 결국 연방법원은 「성전환수술을 받은 성전환증자가 신분을 정정하는 것은 승인할 만한 필요성이 있으나 이러한 종류의 성전환은 남녀의 택일적 범주에 인간이 일의적이고 불가변적으로 들어가는 원리에 기초하고 있는 법질서에 대하여 넓고 중대한 영향을 미치기 때문에 법관에 의한 법형성에 의할 수 없고 입법자의 결정에 맡겨야 한다」<sup>46)</sup>고 하여 입법정책상의 문제로 보았다.

이러한 논의 끝에 연방헌법재판소 결정에서 「기본법 제2조 1항은 성적 자기결정권을 보장하고 있다」고 하여 성적동일성장애자(성전환증자)의 출생등록부상의 성의 변경을 부인한 연방통상법원의 결정을 기각<sup>47)</sup>한 것이 계기가 되어 1980년 9월 10일 에 「특별한 경우에 있어서 이름의 변경과 성의 확정에 관한 법률」<sup>48)</sup>이 제정되었다. 이 법률은 성전환증법(Transsexuellengesetz - TSG)이라 불린다. 이 법률의 제정으로 성전환의 문제는 어느 정도 해결된 듯 하다. 여기서는 이름과 성별의 변경에 관한 부분에 대하여만 언급하기로 한다. 이 법률은 성적 동일성 장애자의 이름의 변경과 성별의 변경절차를 규정하여 전자는 성전환수술을 받은 것이 아니고 이름만 변경하는 절차이고 후자는 성전환수술 후에 출생등록부상의 성별을 변경하고 아울러 이름을 변경하는 절차이다. 어느 경우나 법원이 당사자의 신청에 기하여 일정한 요건하에 허가하는 것이다. 이 법률에 따라 성이나 이름을 변경하기 위해서는 ① 성전환증적 성격 때문에 출생신고된 성과는 다른 성에 속해 있다고 자각하며 ② 최소한 3년 이상 그 자각과 일치하는 생활을 하는 강한 압박감에 있는 자(제8조)<sup>49)</sup>가 ③ 법원에

46) BGH, NJW 1972, 330, JZ 1972, 281.

47) BVerfG FamRZ 1979, 25.

48) Gesetz über die Änderung der Vornamen und Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonders Fällen. 이 법률은 총 18개 조문으로 구성되어 있는데 성과 이름을 변경하는 요건에 대하여 규정하고 있다.

49) 기본법상 독일인이거나 동법 시행지역 내에 거소를 가지는 무국적자 내지 조국이 없

신청하여야 한다(동법 제2조·제3조). 이러한 신청이 있으면 법원은 ① 신청자가 25세 이상의 자(제1조 1항 1호내지 3호)로서 ② 결혼하지 않고 ③ 수술 후에 계속하여 생식불능이며 ④ 성의 외관상 특징을 변경할 수술을 받고, 그에 따라 다른 성의 표현형과 명확히 유사하다고 인정될 때 성이나 이름의 변경을 확정할 수 있다(동법 제8조)는 요건을 구비하여야 한다. 법원은 본인에 대한 청문과 전문가 2인의 감정을 거쳐 재판한다(동법 제4조).

#### 나. 同性愛

독일에서도 최근에 동성애자의 계속적 관계를 법적으로 보호하려는 「동성의 공동체에 대한 차별을 폐하는 법률(Entwurf eines Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften」,<sup>50)</sup> 이른바 「인생동반자법률(Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG)」를 제정하였다.<sup>51)</sup> 이하에서는 동법의 규정을 중심으로 살펴보기로 한다. 그러나 주의해야 할 것은 동반자관계가 혼인이나 가족과 유사한 취급을 받지만 독일기본법 제6조에 의하여 국가가 특별한 보호를 하고 있는 가족과는 구별된다는 것이다.

동반자관계가 성립되기 위해서는 동성 2인이 인생에 있어 동반자가 되기로 관할관청에서 선언하여야 하는데 선언 전에 동반자간의 재산관계와 姓의 결정에 관한 사항도 포함하여야 한다. 선언을 통하여 동반자로서 등록이 되면 동반자는 첫째, 공동생활상의 의무와 책임을 부담한다(제2조). 이러한 의무를 부담하지 않겠다는 합의는 무효이다. 둘째, 姓에 대해서는 어느 일방의 출생시의 성을 따를 수 있다(제3조). 셋째, 동반자 상호간에

는 외국인 또는 동법 시행지역 내에 주소를 가진 비호권향유자 내지 외국인 도망자가 포함된다(제8조).

50) 「인생동반자 등록법」과 민법전 기타 50여개 이상의 관계법의 개정법으로 구성되어 있다. 본래는 100여개 이상의 관계법의 개정법이 포함되었으나 연방참이원의 동의를 얻지 못한 것은 제외하였다.

51) 이 법은 총 제19조까지로 구성되어 있으며, 2001년 2월 16일 제정되어 2001년 8월 1일부터 시행되었다.

는 부양의무가 발생한다(제5조). 넷째, 자에 대해서 어느 일방이 단독감호권을 가지고 있으면 타방 동반자는 합의에 의하여 그 자의 일상생활에 관한 사항에 대하여 공동결정할 권리를 가진다(제9조). 다섯째, 상속법상으로 유족이 된 동반자는 제1순위 친족과 같이 유족의 1/4, 제2순위 친족 또는 조부모와 같이 1/2의 법정 상속인이 된다(제10조). 마지막으로 동반자는 다른 동반자 가족의 구성원이 된다(제11조). 이외에도 제3절과 제4절에서는 동반자관계에 있어서의 별거와 동반자관계의 해소에 대하여 규정하고 있다. 동반자관계는 일방 또는 쌍방의 신청에 기한 법원의 판결에 의하여 해소된다. 그러나 어느 일방이 생계를 유지할 수 없는 경우에는 타방 동반자에게 부양을 요구할 수 있으며 해소시에 공동의 주거, 설비, 가족재산의 처분에 대하여 합의가 없으면 신청에 기한 가정법원의 결정에 의한다. 이외에도 배우자의 권리를 정한 현행법의 개정<sup>52)</sup>에 의하여 동반자도 유족으로서 주거의 임대계약을 계속할 권리, 증언거부권 등이 인정된다.

### 3. 美 國

#### 가. 性轉換

성전환을 인정할 것인지에 대하여 의사들 사이에서도 의견이 일치되어 있지 않으며 상당히 까다로운 요건을 설정하여 놓고 이를 충족할 경우에만 하여 성전환수술을 인정하고 있다. 환자는 우선 정신과, 생리과, 외과의사들에 의하여 성전환증 환자인지의 여부와 육체적 정신적으로 성전환치료의 대상이 될 수 있는지를 검사받게 된다. 이러한 검사를 통하여 적합한 환자로 평가되었다 하여도 2차 성장을 바꾸기 위한 호르몬치료, 더욱더 구체적인 생리학적 검사가 행해진다.<sup>52)</sup> 그러나 성전환수술을 받기 위

52) David W. Meyers, *The Human Body and the Law* 221(2d ed. 1990)에서는 미국의 경우 실제로 성전환자가 3,000명 내지 6,000명 정도이고, 30,000명 내지 60,000명 정도가 성전환수술을 바라고 있다고 한다. 또한 10,000명 정도의 성전환자가 미국에 거주하고 있다고 한다.

해서는 환자가 21세 이상으로 미혼이어야 하며 대리인이 있어야 한다.<sup>53)</sup> 미국의 경우 15개 주에서 성전환수술을 받은 자에 대하여 출생기록부상의 성의 변경을 허용하고 있는데<sup>54)</sup> 성전환과 관련하여 가장 문제가 되고 있는 것은 성전환이 이루어진 상태에서의 혼인이 유효한지에 관한 것이다.

New Jersey주에서는 「개인의 성을 판단함에 있어서는 여러 가지 기준이 있을 수 있으나 외관적 생식기(external genitalia)가 가장 중요한 결정요소이다」라고 하여 혼인이 유효하다고 하였으며<sup>55)</sup> California주에서도 「여성에서 남성으로 성전환한 자는 남성으로 여성과의 혼인은 유효하다」<sup>56)</sup> 반면 New York주에서는 「수술에 의하여 피고의 성이 전환되었음에도 불구하고 여성의 器官의 제거만으로는 본래의 여성이 바뀌어지는 것은 아니다」<sup>57)</sup>라고 하여 혼인의 무효를 인정하였다.

#### 나. 同性愛

미국에서의 동성애자간의 법학적 문제는 일반적으로 혼인청구권과 관련된 것으로써 혼인신고시에 동성혼인자가 관할관청의 혼인허가장발급(marriage license)<sup>58)</sup>의 거부에 대하여 법원에 이를 청구한 사건들이다. 초기의 대부분 판례들은 「남자와 여자의 결합이라고 할 수 있는 혼인제도는 유일하게 생식과 가족내에서의 자의 양육을 포함하는 것이고, 이 역사

53) Douglas K. Smith, Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law, 56Cornell Law Review 963(1971), p973-974.

54) 曹喜大, 前掲論文, 178면.

55) M.T. v. J.T., 355 A.2d 204(N.J., 1976). 이 사건은 남성에서 여성으로 성을 전환한 자가 남성과 혼인하였는데 후에 남편이 그 혼인은 남성과 여성간에 이루어진 것이 아니라고 하여 혼인무효소송을 제기한 것이다.

56) 1997년 Vecchione v. Vecchione(No 96D003769) 사건으로 Julie A. Greenberg, supra, p302에서 소개하고 있다.

57) Anonymous v. Anonymous, 325 N.Y.S.2d 499 (Sup. Ct, 1971). 남성이 성전환수술에 의하여 남성에서 여성으로 전환한 자와 혼인을 하고 후에 이러한 사실을 알고 혼인의 무효를 주장한 사건이다.

58) 미국에서 혼인이 정식혼으로 인정되기 위해서는 주로부터 혼인허가장을 발급받아야만 한다.

적 제도는 명확히 주장되고 있는 혼인의 현대적 개념과 신청인들이 주장하고 있는 사회적 이익이상으로 깊게 뿌리를 두고 있다」<sup>59)</sup>거나 「혼인은 기본적으로 인류의 번식과 결합된 사회의 가치를 이유로 법적 제도로 보호되는 것으로써 이러한 사실에는 변함이 없다. 또한 주가 동성혼을 거부하는 것은 성에 의한 차별이라기 보다는 오히려 이들의 재생산이 불가능하기 때문이다」<sup>60)</sup>라고 하여 동성혼인자의 혼인허가장의 청구를 거절하였다.

·이상과 같은 두 판례에서 원고가 공통적으로 주장한 것은 첫째, 혼인에 대한 개념정의를 異性으로 제한할 사회적·법적 근거는 존재하지 않는다는 것이다. 둘째, 만약 주의 혼인에 관한 법률에서의 혼인의 개념을 판례와 같이 이성간으로만 제한한다면 헌법상 평등원칙에 위배된다는 것이다. 그러나 법원은 두 가지 주장 모두를 인정하지 않았다.

미국의 Alaska, Arizona, California, Florida, Georgia, Hawaii, Illinois, Michigan, Missouri, Texas, Utah, Virginia 등과 같은 대부분의 주들은 혼인을 남성과 여성의 결합이라고 하여 동성혼을 금하고 있다.<sup>61)</sup>

그러나 바몬트주의 하원은 2000년 3월에 「동성애커플을 이성애의 커플과 차별하지 않는다」는 바몬트주의 대법원의 판결을 기초로 완전한 동등한 권리를 인정하는 법안을 가결했다고 한다.<sup>62)</sup>

#### 4. 日 本

##### 가. 性轉換

일본에서도 프랑스에서와 같이 성전환이 문제된 경우는 남성에서 여성으로 성전환수술을 받은 자가 호적정정을 청구한 가사사건이었다. 이러한 사건은 모두 間性(또는 半陰陽)으로 태어나 양성 가운데 하나로 출생신

59) Baker v. Nelson, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185(1971).

60) Singer v. Hara, 11 Wash. App. 247, 522 P.2d 1187(1974).

61) Julie A. Greenberg, supra, p297.

62) 棚村政行, 結婚の法律學, ゆうひかく選書, 171頁.



고를 하였으나 후에 다른 성으로 전환수술을 받아 호적상 성별의 변경을 청구한 것들이다. 이들 청구에 대하여 법원은「인간의 성별은 성염색체의 여하에 의하여 결정되어야 한다」<sup>63)</sup>고 성전환수술에 의하여 변경된 성에 대하여 호적정정을 인정하지 않은 판결도 없지 않지만 의학상의 성별판정기준에 대하여 상세히 검토하여 性分化의 異常狀態가 있다는 것을 전제로 間性의 존재를 승인하고 「이와 같은 경우에 성염색체의 여하가 오직 절대적 기준이 될 수 없다는 현대의학의 상황을 참작하여 이상의 원인, 內性器·外性器의 상태, 성염색체의 구성 외에 外性器의 외과적 회복의 가능, 장래의 성적 기능의 예측 등을 신중히 고려하고 장래 어느 성별을 선택하는 것이 당해 신생아에 보다 행복한지를 예측하여 성별의 결정을 하여야 한다」<sup>64)</sup> 그러나 「사회통념 내지 국민의 감정에 비추어 용인하기 어려운 상당하지 못한 것이어서는 아니된다」<sup>65)</sup>고 한다.

가장 최근에는 1998년 성동일성 장애(gender identity disorder)로 진단된 여성에 대하여 여성에서 남성으로의 첫 번째 성전환수술이 실시되었으며 그 후에도 몇 회 더 행해진 것으로 알려져 있다.<sup>66)</sup> 일본에서 최근에 있었던 성전환수술은 30대의 여성이 남성으로, 30대의 남성이 여성으로 전환한 경우이다.<sup>67)</sup> 이러한 성동일성장애로 인하여 성전환수술을 받은 경우에도 호적상 성전환을 인정하였다<sup>68)</sup>고 하여 커다란 반향을 일으키고 있다. 이전에는 성의 변경에 대하여 엄격한 태도를 취하고 있어 성전환수술을 한 의사를 유죄로 처단<sup>69)</sup>한 사실도 있지만 지금의 경향은 그렇지 않은

63) 名古屋高決 昭和 54. 11. 8 家裁月報 33卷 9號 61頁.

64) 札幌高決 平成 3. 3. 1 家庭裁判月報 43卷 8號 48頁.

65) 위 각주의 판례.

66) 1998년 10월 埼玉醫科大學에서 행해진 것으로 동 대학병원의 윤리위원회에서 성전환수술을 인정하였다. 이것이 일본에서의 첫 번째 수술례이다. 그 후의 성전환수술도 동대학병원에서 이루어진 것이다.

67) 이전의 성전환수술이 성염색체의 이상에 의한 間性兒에 대한 것과는 비교되는 것으로 性同一性障礙로 인하여 전환수술을 한 경우이다.

68) 澤田省三, 性轉換をめぐる若干の法的課題(上) -埼玉醫科大學における性轉換手術の實施を機縁として-, 判例時報1692號, 日本評論社(1999), 33頁.

69) 東京地判昭和44. 2. 15, 判例時報 551 26頁; 東京高判 昭和 45. 11. 11 高刑集 23卷 4 759頁.

것 같다.

#### 나. 同性愛

일본에서 동성애와 관련하여 공공연하게 문제된 것은 동성애자의 숙박 시설사용신청을 거부한 東京都에 대한 손해배상청구소송에서 원고의 주장을 인용한 판결이었다.<sup>70)</sup> 이 판결은 공적시설을 이용하는데 있어서 동성애자에 대한 불평등한 행정적 취급에 관한 사건으로 아직까지 동성애에 대한 순수한 민사상 판결은 찾아볼 수 없다. 그러나 학계에서는 이에 대한 상당한 관심을 보이고 있다.<sup>71)</sup>

### 5. 스웨덴

스웨덴에서도 「등록된 동반자에 관한 법률」<sup>72)</sup>를 제정하여 친족상속에 관한 법률의 일부를 제외하고는 법률혼의 경우와 동일하게 취급하려는 경향을 보이고 있다. 이하에서는 동법률에서의 동반자관계의 성립요건, 효과 및 해소에 대하여 규정을 중심으로 살펴보기로 한다.

동반자관계는 법원에 동성혼등록을 함으로써 성립하는데 동성혼을 등록하기 위해서는 당사자가 성년에 달한 동성으로 기혼자나 이미 동성혼 등록이 되어 있는 자가 아니어야 한다(제1장 1조~제3조). 또한 등록 당사자의 일방이 스웨덴 국내에 주소를 가지고 스웨덴 국적을 가지고 있어야 한다(제1장 제2조). 요건을 갖추어 동성혼으로써 등록이 되면 법률혼의 경우와 동일하게 법적 효과가 발생하게 된다(제3장 제1조). 그러나 등록된 동성혼이라 하더라도 후견인으로써의 감호권(제3장 제2조 2항)이나 양자를 하는 법률행위 등은 할 수 없다. 이미 유효하게 성립된 동성혼

70) 東京地判 平 6, 3. 30 判時 1509 80頁.

71) 棚村政行·婚姻法改正を考える會, 同性愛者間の婚姻は法的に可能か, 法學セミナー- 476號 (94. 8); 内野正幸, 同性愛をめぐる憲法問題, 法學セミナー- 388號(87. 4) 등이 있다.

72) 1994년 6월 23일에 제정되어 이듬해 1월부터 시행하고 있는 법률로써 동성애자간의 Partnership에 관한 것을 그 내용으로 하고 있다. 독일이나 프랑스에서의 법률도 스웨덴의 동법률을 모델로 하고 있는 듯 하다.

이라도 동성혼 당사자의 사망, 동성혼 당사자의 합의, 또는 일방의 동성혼해소의 소 등에 의하여 동성혼관계는 해소된다.

## 6. 韓 國

### 가. 性轉換

우리나라에서는 성전환의 경우에는 형법상 성전환자에 대하여 강간죄의 주체성을 인정할 것인지에 대한 판례<sup>73)</sup>와 호적정정과 관련된 몇몇 판례<sup>74)</sup>가 있어서 이에 대한 논의<sup>75)</sup>가 다소 이루어지고 있다. 그러나 성전환을 인정할 것인지, 또한 인정한다면 어떠한 요건을 갖추어야 하는지에 대해서는 기준이 그리 명확한 것은 아닌 것 같다.

그러나 성전환수술을 시행하기 위해서는 ① 환자에 대한 담당 정신과 전문의의 심리분석을 바탕으로 성전환자라는 진단이 선행되어야 하고 부모와 영향을 주는 친지 등의 가족들, 종교를 가진 사람이라면 신앙생활을 인도하는 종교인 등의 의견을 고려하여 ② 만 20세 이상의 성인이 ③ 성전환수술을 2년 이상 원해왔으며 ④ 선택한 성으로 1년 이상 생활하며 ⑤ 여성호르몬을 1년 이상 투여받아 왔고 ⑥ 다른 정신과적인 질환이 없어야 한다는 기준이 제시되고 있기는 하다.<sup>76)</sup>

성전환을 인정할 것인지에 대해서는 母子保健法에 의하여하겠지만 모자보건법상의 수술 외에 성전환증자에 대한 성전환수술이 1992년까지 약

73) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결.

74) 서울가정법원 1987. 10. 12. 87호파3275 결정; 광주지법 1995. 10. 5. 선고 95브10 결정.

75) 민사법과 관련된 것으로는 洪春義 「性轉換과 戶籍訂正」, 法律新聞 2492號(96. 4), 法律新聞社(1996), 14面이 있고, 형사법과 관련된 것으로는 「性轉換手術을 받은 者가 強姦罪의 婦女에 해당되는가」, 大法院判例解說 25號, 法院行政處(1996), 618面이 있으며, 헌법과 관련된 것으로는 許營, 「性轉換者(Transsexuelle)의 法的地位」, 公法研究 8輯(80. 7), 韓國公法學會(1980), 97面; 李哲鎬, 「性轉換의 憲法的 檢討」, 亞·太公法研究 3輯(94. 10), 亞細亞·太平洋公法學會(1994), 91面 등이 있다. 이외에도 최정학, 「性轉換의 法的問題」, 民主法學 14號(98), 관악사(1998), 211面 등이 있다.

76) <http://my.netian.com/~eddyyy/transdiagnosis.htm>.

77) 유계준, 「性轉換症(Transsexualism)」, 韓國臨床性學會 심포지움-성전환증, 문제와 대책, 韓國臨床學會(1992), 1面, 洪春義, 前揭論文, 17面.

40건 정도가 있었다고 한다.<sup>77)</sup> 그러나 이러한 성전환자의 호적상 성별의 변경을 인정할 것인지에 대하여는 판례가 양분되어 있다.<sup>78)</sup>

#### 나. 同性愛

동성애에 대해서는 문학적 사회학적 논의를 제외하고는 법학적 논의가 거의 이루어지고 있지 않는 것 같다.<sup>79)</sup>

### IV. 性轉換者의 同性愛者의 民事上 身分

#### 1. 性別과 戶籍訂正

인간은 성별에 따라 각기 다른 사회적 제도와 관습을 형성하여왔기 때문에 자기가 어느 성별에 속하느냐에 따라 사회적 인식과 법적 취급이 달라지며 자신도 자기인식을 달리하게 된다. 사람이 태어나면 먼저 출생 신고를 하게 되는데 호적부상에 남성과 여성으로 구분하여 기재하도록 하고(호적법 제15조4호), 더 나아가 신분을 증명하는 주민등록증, 여권 등 각종 행정문서 등에는 성별을 기재하도록 되어 있으며, 설사 성별을 기재하지 않는다 하더라도 주민등록번호로 인하여 성별은 명확하게 구별되도록 하는 것이 바로 대표적인 예라고 할 수 있다. 민사상 남녀의 구별로 인하여 이해관계가 달라지는 경우는 극히 드물겠지만 형사법<sup>80)</sup>·병역법<sup>81)</sup>·근로기준법<sup>82)</sup>상으로 그 구별의 필요성이 중요하다고 할 수 있다.

78) 형사사건에 관한 대법원 판례가 성전환자의 성별에 대하여 전환되기 전의 성을 인정 하였으나 민사사건에 관한 대법원 판례는 나와 있지 않다.

79) 대한의료법학회에서는 2001년 7월 26일에 「동성애에 대한 법적 고찰과 토론」이 이루어진 바 있다.

80) 형법 제297조의 강간죄에 있어서 부녀에 관한 해석이 문제될 수 있다.

81) 병역법 제3조에서는 남자에게 병역의무를 부과하고 있으나 여자에게는 지원에 의하여 복무할 수 있다고 규정하고 있다.

82) 근로기준법 제62조에서는 여자에 대하여는 도덕상 또는 보건상 유해·위험한 사업에 사용하지 못하도록 하고 있다. 이외에도 제70조, 제71조 등에서는 남녀 구별의 실익이 있다.

성전환자의 경우에는 호적부상 기재된 성별과는 다르기 때문에 성전환에 따른 외형적인 성의 변경을 인정할 것인지가 문제된다. 호적부상에는 자연적인 성별의 구분에 따라 기재되어있기 때문에 성전환수술에 의하여 성전환이 이루어진 경우에는 자연적인 성과 실제 보유하고 있는 성별이 달라지게 되는바 이를 일치시킬 필요가 발생하는 것이다. 즉 성적 동일성의 문제가 생기는 것이다.

먼저 성전환을 원인으로 하는 호적 정정을 부정하는 판례는 「남성이 여성으로 성전환수술로 외형상이나 성격상 여성화되었다 하더라도 인간의 성별은 성염색체의 여하에 의하여 결정되어야 한다」<sup>83)</sup>거나 「성은 출생과 동시에 부여받는 것으로서 인위적으로 변경을 허용해서는 안되며 이러한 견해는 남녀의 구별을 그 변경이 불가능한 성염색체의 성에 따라 구별한다. . . . 성전환수술로 인하여 성의 전환은 이루어질 수 없으며 성전환수술이 완벽하게 시행될 수 있게 되더라도 성의 전환은 인정되지 않는다. 따라서 성전환수술로 외형상 여성이 된 점은 인정할 수 있으나 판례는 물론 현대의학과 생물학에서도 남녀 구분은 성염색체설에 근거하고 있으며 성염색체가 남성이고 난소가 없어 임신이 불가능하기 때문에 여성으로 인정할 수 없다」<sup>84)</sup>는 것을 그 근거로 한다. 반면 호적정정을 허가한 판례는 「정신이나 신체가 완전한 여성인데도 호적에 계속 남성으로 남아 있을 경우 군입대 등 사회생활이나 법적 권리·의무행사에서 불편이 크다는 점을 참작해야 한다」<sup>85)</sup>는 것을 근거로 한다.

호적정정의 인정여부는 혼인관계와 친자관계의 문제를 해결하기 위하여 먼저 해결되지 않으면 안되는 문제이다. 만일 호적부상의 성의 변경을 인정하게 되면 성전환자는 자연적인 성과는 다른 전환된 성에 대하여 완전한 법적인 성을 취득하게 되는 것이다. 그렇지 않은 경우에는 실질적·

83) 서울가정법원 1987. 10. 12. 선고 87호파3275 결정.

84) 수원지법 여주지원 1990. 6. 7. 선고 90호파98 결정. 이와 같은 취지의 판결로는 수원지법 1990. 8. 21. 선고 90브10 결정; 광주지법 1995. 10. 5. 선고 95브10 결정 등이 있다.

85) 대전지법 천안지원 1990. 4. 19. 선고 90호파71 결정. 이외에도 서울지법 의정부지원 1995. 2. 18. 선고 94호파1057 결정; 춘천지법 원주지원 1996. 7. 25. 선고 96호파107 결정 등이 있으나 이 판례는 성염색체에 이상이 있는 경우에 관한 것이다.

외형적인 성과 법적인 성의 불일치가 발생하게 된다. 이러한 문제를 해결하기 위해서 자기결정권과 행복추구권 등을 근거로 변경에 따른 피해가 크지 않다면 호적부상 성별의 변경을 인정할 필요성이 있을 수 있다는 견해도 있다.<sup>86)</sup>

## 2. 婚姻의 成立과 保護

### 가. 序

전통적인 의미의 가정이란 남녀가 혼인하여 아이를 갖는다는 것이었다. 그러나 이제는 동서양을 막론하고 결혼의 기피, 이혼의 급증, 동성애의 확산으로 가정과 혼인에 대해서 재규정하지 않으면 안되는 상황이 되었는데<sup>87)</sup> 이 가운데 동성애의 문제는 혼인에 대한 새로운 개념 정립의 필요성까지 야기하였다. 이와 더불어 일반적이지는 않지만 사회구성원의 인식변화와 의료기술의 발전에 따라 가족법상의 변화도 불가피하게 되었다.<sup>88)</sup>

일반적으로 혼인이란 '남녀'가 부부가 되는 일<sup>89)</sup>로서 혼인하려는 당사자간의 의사합치와 일정한 방식에 의한 신고로써 성립하는 요식행위라고 정의한다. 이와같이 혼인의 개념을 '남녀'의 법적인 결합행위로 파악한다면 성전환자와 동성애자의 혼인은 사회적·도덕적으로는 물론 자연법상

86) 大村 敦志, 性轉換・同性愛と民法(下), ジリスト 1081號(1995. 12. 15), 62頁, 有斐閣. 성전환자에 대한 성별의 변경에 피해가 많다면 행정문서에 있어서 성별기재의 생략, 이름의 변경 정도의 조치를 취하는 것도 고려할 수 있다고 한다. 그러나 이는 문제해결에 별 도움이 되지 못하며, 실질적으로도 효용성이 없을 것이다.

87) 미국의 경우 남녀 또는 동성의 미혼자가 급증함에 따라 기업과 정부는 동거 파트너에 따른 각종 보호조치를 마련하라는 압력을 받고 있다고 한다(조선일보, 2001. 5. 17(목요일), 9面).

88) 실제로 대리모에게 인공수정시술을 통한 가족관계의 변화의 예고는 이미 오래된 일이며, 생명복제가 가능케 됨에 따라 가족법상의 새로운 문제가 대두되고 있다. 대리모 또는 생명복제의 경우 모두 선량한 풍속이나 기타 사회질서 위반(제103조)에 해당되어 무효이긴 하지만 어느 경우나 가족법상의 대원칙들을 수정하지 않으면 안될 가능성을 내포하고 있다.

89) 金疇洙, 親族・相續法, 法文社(1992), 89面에서는 혼인은 직접으로는 인간의 종족보존의 본능에 기초한 「남녀의 결합관계」라고 한다.

또는 실정법상으로 용인될 수 없는 행위라고 밖에 할 수 없다. 그러나 「혼인이란 성적 외관, 성적 역할 또는 현실적으로 가지고 있는 생식기에 상관없이 두 사람간의 관계로 보아야 한다」고 함으로써 성전환자뿐만 아니라 동성애자에게 있어서도 혼인의 자유가 있다고 주장하는 견해도 있다.<sup>90)</sup>

사실상 사회적 비난에도 불구하고 동성애자가 부부와 같이 동거생활을 하는 것은 그리 적지 않다. 이러한 동거동성애자에게 두 사람의 관계는 생식을 제외하고는 일반 이성부부와 다를 것이 없다. 즉 부부간에 민법상 권리와 의무를 이행하고 있다는 것이다. 이러한 동성애 커플에게 가장 큰 관심사는 무엇보다도 정식혼을 하여 법적 지위를 인정받기 위한 것이다.

성전환자에게 있어서는 혼인전과 혼인후의 경우를 나누어 생각해 보아야 한다. 혼인전의 경우에는 자연적인 성별과 성전환수술에 의하여 인위적으로 전환된 성별 가운데 어떠한 성별을 기준으로 혼인의 성립여부를 판단할 것인가 하는 것이며 기혼자가 성전환수술에 의하여 성별이 변경된 경우에는 배우자와 관련하여 여러 가지 문제가 파생된다. 혼인전과 혼인후 어떠한 경우든 어떠한 성별을 기준으로 판단하느냐에 따라 同性婚의 문제가 발생할 수 있다.

#### 나. 婚姻의 成立과 性轉換

혼인이 성립한 후 배우자 일방의 성전환수술로 성이 전환이 된 경우에 배우자와 관련하여 여러 가지 문제가 발생한다. 첫째, 배우자 일방이 타방 배우자의 동의없이 성전환을 한 경우에 있어서 이혼의 문제가 발생하며, 둘째, 배우자의 동의를 얻은 경우에 호적을 정정하여 동성간의 혼인으로 인정할 것인지 아니면 호적의 정정을 부정하여 법적으로 유효한 혼인관계로 인정하여 줄 것인가가 문제된다.

첫 번째의 문제에서와 같이 타방 배우자의 동의를 얻지 않고 성별을 변경한 경우에는 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유(제840조 6

90) Marry Coombs, *Queer Matters: Emerging Issues in Sexual Orientation Law: Sexual Disorientation: Transgendered People and Sam-Sex Marriage*, 8 UCLA Women's LJ, 219, p219.

호)에 해당된다고 보아 이혼의 원인이 되는 것임에는 별 문제가 없을 것 같다. 타방 배우자의 입장에서 보면 결국은 同性과 혼인을 계속하게 되는 바 사회적·법적으로 同性婚이 인정되지 않는 우리나라의 상황에서는 원만한 부부생활로 되돌아가기 어려운 상태가 있다고 보아야 하며, 귀책사유는 성전환자에게 있다고 보아야 하기 때문이다.

두 번째의 문제에서와 같이 타방 배우자의 동의를 얻어 성전환을 한 경우에는 그 해결책으로써 호적상 성별의 변경을 인정하지 않는 것이다.<sup>91)</sup> 물론 성전환수술을 인정할 것인지의 여부와 관련하여 배우자가 있는 기혼자에게는 성전환수술을 인정하지 않는 방법이 있다.<sup>92)</sup>

#### 다. 婚姻으로써의 保護

##### (1) 婚姻保護의 實定法的 根據

미국, 프랑스, 독일, 일본, 우리나라 등과 같이 대부분의 국가에서는 혼인에 대하여 남성과 여성이어야 한다는 명문의 법규정을 두고 있지는 않는다. 다만 법해석을 통하여 이성의 혼인만 인정된다고 할 뿐이다. 우리 헌법은 「혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다(제36조 제1항)」고 하여 비록 혼인이 사적인 영역이라 하더라도 그 사회공동체에서 전통적으로 확립된 관행으로서 인간생활의 기본적인 틀을 제시해 주는 것으로 이를 보호하고 있다.<sup>93)</sup> 이러한 규정이 혼인의 성립과 그로 인하여 성립된 가족생활을 보호함에는 의심의 여지가 없지만 동성간의 혼인까지 인정하는 규정이라고 보아야 할지는 의문이다. 법문상 「양성(the both sexes)」이라는 표현을 사용함으로써 혼인은 성립은 양성, 즉 이성간에 이루어져야 한다고 보아야 하기 때문이다. 반면 「양성」이 반드시 「이성(the two different sexes)」을 의미하는지도 의문이 있을 수는 있다. 후자로 본다면 동성혼이 반드시 금지된다는 법적 근거가 명확한 것은 아니다.

91) 大村 敦志, 前掲論文, 62頁.

92) 독일에서는 1980년 성전환에 관한 특별법을 제정하여 배우자와 혼인계속 중인 자에게는 성별의 변경을 인정하지 않고 있다(제9조).

93) 許營, 韓國憲法論, 博英社(1993), 168면.



헌법상 근거 외에도 민법상 혼인에 동성혼이 포함되는지와 관련하여 해석론으로는 반드시 불가능하지는 않다고 본다. 우리 민법은 단지 「남자 만 18세, 여자 만 16세에 달한 때에는 혼인할 수 있다(제807조)」고 규정하고 있으며, 또한 「당사자간에 혼인의 합의가 없는 때(제815조 1호)」를 무효사유로 규정하고 있다. 우리나라에서는 제807조에 대한 해석의 문제는 논의되고 있지 않으나 이 규정이 혼인에 대하여 반드시 「이성간」으로 한정해 놓은 것이라고 해석해야 할지는 의문이다. 그러나 제815조 1호의 혼인의 합의에 대하여 혼인의사란 그 사회의 통념에 따라서 혼인으로 보아지는 생활공동체를 창설하고자 하는 의사이기 때문에 동성혼 따위를 위한 의사는 혼인의사가 아니라고 한다.<sup>94)</sup> 일본의 경우에도 혼인할 의사(제742조)란 사회통념상 혼인이라고 인정될 수 있는 관계를 형성할 의사를 말하는 것으로 동성애자간에 혼인유사의 생활을 할 의사를 의미하는 것은 아니라고 해석하는 것이 지배적인 견해이다.<sup>95)</sup> 그러나 이 규정에 대하여 동성혼을 인정하는데 아무런 장애도 되지 않고 오히려 법적 보호를 의미한다는 견해도 있다.<sup>96)</sup>

## (2) 婚姻保護의 思想的 根據

동서고금을 막론하고 사회적으로 제도화된 혼인에 대한 일반적 인식은 이성간의 결합이었으며, 그러한 결합으로 인한 혼인공동체가 법제도의 주요한 보호대상이 되어왔다. 비록 혼인은 남녀간의 사적인 계약이긴 하지만 더 나아가 사회가 존립하고 발전하기 위해서는 성질서의 유지와 확립을 필요로 하게 되고<sup>97)</sup> 혼인으로 인하여 새로운 법률관계가 형성되어 사회공동체에 미치는 영향을 고려하면 혼인의 보호는 필수적이라고 밖에 볼 수 없다. 인류는 종족보존의 본능에 기초하여 남녀의 성적 결합을 통하여 종족을 보존할 수 있는바 이를 영속적으로 유지하기 위해서는 혼인

94) 金疇洙, 前掲書, 110面; 金疇洙, 註釋 親族法(1), 韓國司法行政學會(1998), 290面; 金容漢, 親族相續法, 博英社(1988), 155面; 梁壽山, 親族相續法, 日新社(1996), 183面.

95) 木通口陽一, 近代にこだわる-“人權”という考え方をめぐって-, 法學セミナ489, (1995), 17頁.

96) 角田由紀子, 性の法律學, 有斐閣(1991), 210~212頁.

97) 梁壽山, 前掲書, 159~160面.

제도가 필요하고 이를 법규범에 의하여 보호하는 것이 바람직하기 때문이다.

남녀간의 혼인은 자녀를 낳음으로 가족을 구성하게 되고 이들을 양육함으로써 사회적 공동생활이 계속적으로 유지하게 되는데 과연 오늘날과 같이 모자 또는 부자로만 구성되는 가족 또는 자녀를 갖지 않는 부부가 증가하는 상황에서 혼인은 곧 종의 재생산이라는 도식이 성립할지는 의문이다. 이와 같은 도식이 성립한다면 혼인 자체의 기초가 자연적·정서적이라고 보는 것<sup>98)</sup>과는 달리 자연적 기초는 약해지고 반면에 정서적 결합이라는 측면이 강하게 나타나게 된다. 이러한 경향에 의한다면 반드시 이성의 결합이 아닌 동성의 결합이라도 정서적 측면의 애정이 있다면 공동생활로써 보호할만한 가치가 있는 것은 아닐까라는 문제가 제기될 수 있다. 즉 이성간 서로 혼인제도를 이용하여 반드시 생식을 수반하는 것이 아닌 애정의 충족을 얻으려고 한다면 동성간의 공동생활도 보호할만한 가치는 있다는 것이다. 물론 이러한 논거가 직접 동성혼을 인정하기 위한 것이라고 볼 수는 없고 단지 이미 형성되어 있는 동성간의 공동생활을 보호하기 위한 논거는 될 수 있다고 보는 것이다. 그리고 혼인을 생식으로 인한 종족번식의 측면으로 이해한다면 이 또한 동성혼을 부정할만한 결정적인 근거는 되지 못한다. 왜냐하면 이성혼인 경우라 할지라도 생식 불능의 상태는 얼마든지 있을 수 있으며 출산불능이 이혼사유가 되는 것도 아니기 때문이다.

#### 라. 事實婚으로써의 保護

동성애자가 동거함으로써 실질상 혼인과 다름없는 공동생활을 하고 있는 경우에는 이성간에 사실상 혼인생활을 하면서 법률상의 방식, 즉 혼인 신고를 하지 않았기 때문에 법률상 혼인으로 인정되지 않는 부부관계와 다를 바가 없다. 따라서 사실상 동거하고 있는 동성애자에 대하여는 사실혼으로써 보호할 수는 없는지를 고려해볼 수 있을 것이다. 사실혼이 본래

98) 金疇洙, 前掲書, 89面.

현실로 자생하여 버린 결합관계를 어떻게 처리·구제하느냐를 내용으로 하는 것<sup>99)</sup>이기 때문이다. 사실혼은 자의 적출성 부여와 상속권을 제외하면 거의 혼인에 준하는 보호가 주어지기 때문에 동성애자간의 동거생활에 이를 적용한다면 이들의 계속적 공동생활을 보호할 수도 있을 것이다. 사실혼관계에 일정한 법적 보호가 주어지는 것은 그것이 혼인과 유사한 것으로 이성간의 공동생활관계에 대한 일정한 보호를 함으로써 혼인의 예약단계로 파악<sup>100)</sup>한다면 사실혼으로써의 보호가 가능하지만 동성간에도 동일하게 적용한다는 것을 불가능할 것이다. 사실혼이 성립되기 위해서는 혼인의사가 있어야 하는데 동성간의 혼인의사는 여기서의 의사라고 할 수 없기 때문이다.

스웨덴에서는 동성혼 등록이 된 경우와 그렇지 않은 경우를 구별하여 동성혼 등록이 된 경우에는 법률혼의 경우와 마찬가지로 법적 효과가 주어지지만(제3장 1조) 등록되지 않은 동성혼은 사실상 동성혼이라 하여 등록된 동성혼과는 달리 그 효과가 제한적이다. 그러나 등록된 동성혼 또는 사실상 동성혼이라 할지라도 인공수정법, 체외수정법 및 혼인, 양자, 후견에 관하여는 적용되지 않기(제3장 2조 2항·4조) 때문에 실질적으로 동성애자가 자녀를 갖는 경우란 생각할 수 없다. 즉 이 법의 취지는 이미 성립된 동성애자의 공동생활을 보호하기 위해서이지 일반적 의미에서의 혼인을 인정하는 법률이라고 할 수는 없는 것이다. 그러나 이미 형성된 동성애관계를 법적으로 일정한 보호를 설정한 것은 의의가 있다고 할 수 있다.

### 3. 親子關係

동성혼 관계에 있는 부부가 인공수정과 같은 방법에 의하여 자를 가지게 된다든지 동성애자가 양자를 통하여 친자관계를 형성하는 경우에 그

99) 金疇洙, 前掲書, 230面.

100) 대법원 1960. 8. 18. 선고 4292 민상 995 판결; 대법원 1963. 11. 7. 선고 63다587 판결; 대법원 1965. 5. 31. 선고 65 무 14 판결.

자는 부친만 돌이거나 모친만 돌인 경우가 발생하는데 이러한 경우에는 기존의 친자관계가 붕괴될 수밖에 없을 것이다. 동성애의 경우에는 동성 혼을 금지하기 때문에 이러한 문제가 발생하지 않는다고 볼 수 있겠으나 성전환의 경우에는 문제가 다르다. 자를 가지고 있는 부 내지 모 어느 일방이 성전환수술을 통하여 다른 일방의 성으로 전환하였다면 이러한 경우에도 그 자는 부친만이 돌이거나 모친만이 돌인 경우가 얼마든지 발생할 수 있는바 이러한 경우에도 기존의 부자관계 내지 모자관계에 변화를 가져올 수밖에 없다. 혼인관계에서 혼인이란 개념이 남과 여의 결합인지에 대한 문제처럼 친자관계에 있어서도 부는 당연히 남성이어야 하고, 모는 당연히 여성이어야 하는지에 대한 문제가 동일하게 발생할 수 있다.

#### 가. 性轉換과 親子關係

성전환자의 친자관계는 혼인관계를 계속중인 부부 가운데 일방이 성전환수술을 통하여 다른 성으로 성을 전환한 경우 그 부부간에 태어난 자와의 관계와 이러한 부부가 양자를 돌이는 경우를 나누어서 생각해볼 필요가 있다.

1) 성전환으로 인하여 모가 부로 변하든, 부가 모로 변하는 상황이 발생함으로써 자에게 있어서 가족이란 개념은 기존의 가족의 개념과는 달리 혼란스러워 할 것은 매우 당연한 일이다. 이처럼 성전환수술에 의하여 외형상 성이 변경되었다고 하여 과연 모친이 부친으로, 부친이 모친으로 바뀌었다고 할 수 있는지는 의문이다. 만일 외형상 성의 변화에 따라 법률상 개념인 부친 또는 모친의 개념조차 바뀐다면 그 사이에서 태어난 자에게는 사회적·윤리적·법적 평가를 떠나서 그 자에게는 결코 바람직하지 않은 결과가 발생할 것이기 때문이다. 물론 이와 같은 혼란을 피하기 위하여 자가 있는 부부에게는 성별의 변경을 인정하지 않는 방법도 있다고 하는 견해도 있다.<sup>101)</sup> 물론 이러한 견해에 따른다고 하여도 변경시에

101) 大村 敦志, 前掲論文, 63頁. 이 논문에서는 「성별의 변경」을 인정하지 않는 방법도 있을 수 있다고 하고 있으나 호적상 성별의 변경을 의미하는 것인지 성전환수술자체를 인정하지 않는다는 의미인지는 확실하지 않다. 그러나 호적상 성별의 변경을 인정하지

인지하지 않았던 자를 후에 인지하는 경우에는 여전히 문제가 된다.<sup>102)</sup> 성을 변경한 후에 인지 자체를 부정할 수는 없기 때문이다. 그러나 자가 있는 경우에 성전환을 인정하지 않는다고 하면 결국 혼인외의 자를 출산한 후 성전환을 하여 후에 인지하는 방법을 편법으로 이용하는 결과가 발생할 것이다. 이러한 경우 독일에서는 「성별의 변경에 의하여 기존의 친자관계는 영향을 받지 않는다(제2조)」고 하여 혼인 후 성전환에 의하여 외형상 성이 전환된 경우에도 전환되기 전의 성을 인정함으로써 비록 외형상 부모의 성이 동일하다고 하여도 부친과 모친이 존재한다는 것이다.

2) 다음으로 양자를 들이는 경우를 생각해볼 필요가 있다. 일반적으로 양자를 들이는 경우에 있어서는 동성애자가 양자를 들이는 경우와 같이 보는 견해<sup>103)</sup>가 있으나 다음과 같은 이유에서 양자에 있어 동성애의 경우와 성전환의 경우를 나누어 살펴보는 것이 타당하다고 생각한다. 첫째, 자연적인 성으로 볼 때 성전환자는 동성애자와는 달리 본래 별개의 성을 가지고 있었다는 것이다. 성전환자는 외형상 전환된 성을 가지고 있을 뿐 유전적으로는 그 이전의 성을 중심으로 그 성별을 판단해야 하기 때문이다. 둘째, 동성애자와는 달리 성전환자는 본래 적법한 혼인으로 성립되었다는 것을 고려하여야 한다. 동성혼의 경우에는 혼인의 성립요건 자체가 흠결된 반면에 성전환자의 경우에는 혼인이 유효하게 성립한 후에 비로소 성전환이 이루어졌기 때문에 부부 일방의 동의가 없었던 경우를 제외하고는 실질적으로 이 혼인을 해소할 방법이 없다는 것이다. 그럼에도 불구하고 동성혼과 동일하게 양자의 가능성 여부를 판단하는 것은 옳지 않다. 따라서 성전환자의 경우에는 동성애자의 양자와는 다른 기준에서 제한적으로 이를 고려함이 타당하다고 본다. 그러한 기준으로서는 첫째, 성

말자는 의미라면 자에 대한 부정적 효과라든지 가족법상 양친에 대한 혼란을 방지할 수는 없다고 본다. 개인적으로는 자가 있는 부부에게는 성전환수술을 자체를 인정하지 말아야 한다고 해석하는 것이 옳다고 본다.

102) 大村 敦志, 前掲論文, 63頁.

103) 大村 敦志, 前掲論文, 61頁以下.

전환수술의 타당성과 합리성 여부를 판단하여 부득이한 경우에 한하여 인정하고, 둘째, 양자를 한 후 양자의 의사를 충분히 고려하여 정신적 충격이 없는 범위에서 이를 인정하여야 할 것이다. 이외의 성전환자의 양자에 관한 문제는 이하에서 기술하는 동성애자와 양자의 법리에 따라 해결하면 되리라 생각한다.

#### 나. 同性愛와 親子關係

동성애자의 가장 큰 관심사 가운데 하나는 그들의 동성혼이 법적 혼인으로 인정받아 다른 법률혼과 같이 동일한 법적 효과를 인정받는 것이라는 사실은 앞서도 지적하였다. 여기서의 법적 효과란 동성애자간의 재산관계도 포함되겠지만 이러한 재산적 관계는 계약에 의하여 해결할 수 있기 때문에 그리 커다란 문제는 아니라고 본다. 오히려 동성애자간의 가장 큰 관심사이기도 하고 동시에 사회적·법적으로 크게 문제가 되는 것은 동성애자에게도 친자관계가 있을 수 있는지 하는 것이다.

물론 동성애자 사이에는 생식능력이 없기 때문에 친자관계가 형성되지 않는 것은 당연하다고 생각할지도 모르나 제외수정·대리모 또는 양자를 고려한다면 동성애자에게도 얼마든지 자가 있을 수는 있다. 동성애자들이 동성혼의 합리적 근거로 드는 가장 큰 이유 가운데 하나가 바로 그것이다. 이러한 주장이 비합리적이지만은 않은 것은 혼인을 이성간의 결합에 근거를 두고 동성간에는 생식능력이 없기 때문에 이들의 혼인을 인정할 수 없다는 동성애반대론자들의 주장이 있을 수 있기 때문이다. 만일 생식능력을 근거로 동성혼과 그들의 친자관계를 인정하지 않으려고 한다면 이성간에 있어서 생식능력이 없는 자에게는 혼인을 인정할 수 없으며 또한 친자관계도 있을 수 없다. 이하에서는 제외수정이나 대리모 또는 양자제도를 통하여 동성애자간에도 친자관계가 형성될 수 있는지를 중심으로 살펴보기로 한다.

1) 양자에 있어서도 먼저 동성애자가 동성애자간의 공동생활을 위하여 양자제도를 이용하는 경우와 친자관계를 형성하기 위하여 양자를 하는 두 가지 경우가 있다. 전자의 경우는 사실상 동성간의 동거생활을 위하여

양자제도를 이용하는 것으로 양자제도의 남용내지 탈법행위라고 밖에 볼 수 없는 경우이다. 미국과 프랑스에서는 이에 대하여 재판상 문제가 된바 있다. 미국의 뉴욕주 Supreme Court에서는 32세의 남성이 그 상대인 43세의 남성을 양자로 하는 것을 청구한 사건에서 「양자제도는 여러 가지 목적을 달성하기 위한 하나의 법적 수단으로써 이용하기 위하여 만든 제도으로써 성년양자는 그 목적이 불성실하거나 사기에 의한 경우는 예외로 하더라도 그렇지 않은 한 인정되며, 뉴욕주에서는 동성애의 행위가 범죄로 되지 않기 때문에<sup>105)</sup> 그러한 동성애 관계에 있는 자가 양자로 되어도 공서양속에 반하지 않는다<sup>106)</sup>」고 하여 양자의 신청을 인용하였다. 이에 대하여 57세의 남성이 동성애 관계에 있는 50세의 남성과의 양자관계를 신청한 사건에서 뉴욕주 Court of Appeals는 「양자법은 친자관계를 창설한다는 사회의 기본개념을 실현하는 것이어서 양자는 자연에 따르는 원칙에 따라 발전하여 왔다. 따라서 양자는 성인관계를 법률상 관계로 인정하여 혼인유사의 수단이 되어서는 안된다. 성적관계의 존재는 이성간이든 동성간이든 친자관계와 완전히 모순된다<sup>106)</sup>」고 하여 성적관계를 수반하는 양자는 허용되지 않는다고 하였다.

프랑스에서도 위와 같은 유형의 양자에 대한 하급심의 판례가 존재한다고 하며 학설상으로도 양자제도는 혼인의 대용품이 아니라고 하여 이를 부정하고 있다고 한다.<sup>107)</sup>

이러한 유형에 대하여 우리나라에서는 거의 논의가 되고 있지 않으나 1990년 개정시에 사후양자·유언양자·서양자제도를 폐지함으로써 어버이와 자를 위한 양자제도로 전환한 것을 고려하면 동성애자간의 동거생활을 위한 양자는 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 물론 양자제도의 성격을 논하기 이전에 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 할 것은 의문의 여지가 없을 것이다.

104) People v. Onofre, 434 N.Y.S. 2d 947, 415 N.E. 2d 936(1980)에서는 Privacy권의 침해를 이유로 Sodomy Act를 위헌으로 판시하였다.

105) In re Adoption of Adult Anonymous II, 452 N.Y.S. 2d 198(1982).

106) In re Adoption of Robert Paul P., 481 N.Y.S. 2d 652(1984).

107) 大村 敦志, 前掲論文, 66頁.

2) 다음은 동거생활을 하고 있는 동성애자가 자를 위하여 양자를 할 수 있는지에 관한 문제이다. 프랑스와 일본에서는 단순양자(일본법상 보통양자)와 완전양자(일본법상 특별양자)로 나누어 그 요건을 달리하고 있다. 프랑스의 경우에는 혼인이 성립한 후 5년이 경과하여야 양자를 할 수 있으며(프랑스 민법 제343조·제361조) 단독으로 양친이 될 수도 있다(프랑스 민법 제343-1조·제361조). 다만 이 경우에는 양친이 되려고 하는 자에게 배우자가 있으면 배우자의 동의를 얻어야 한다. 이러한 규정들로 볼 때 독신자도 양자를 할 수 있다. 그러나 독신이 양자를 하는 경우에는 양자가 성장하는데 있어서 합당한 조건이 있는지를 심사하여야 하기 때문에 상대적으로 그 요건이 엄격하게 적용될 수밖에 없어서 兩親이 있는 경우가 훨씬 유리하게 될 것이다. 일본의 경우에 완전양자를 하기 위해서는 배우자가 공동으로하여야 한다(일본민법 제817조의 3). 그러나 보통양자의 경우에는 배우자가 있으면 그 배우자의 동의가 필요하고, 독신자가 養親이 될 수도 있다. 다만 양자가 미성년자인 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다(일본민법 제798조). 이러한 규정 때문에 실질적으로 독신자가 양친이 되는 것이 부정될 수 있다. 결과적으로 독신자가 양친이 되기 위해서는 특별양자는 불가능하지만 보통양자는 가능할 것이다. 다만 미성년자를 양자로 하기 위해서는 가정법원의 허가가 필요하다. 그러나 우리나라 민법상으로는 프랑스와 일본에서와 같은 양자의 분류는 존재하지 않는다. 다만 우리 민법도 양친은 성년자이어야 하되 배우자가 있는 경우에는 부부공동으로 하여야 하고, 독신자도 양자를 할 수 있다.

이와 같은 양자제도를 살펴볼 때 양친이 독신자이며 동성애자라면 양자자격을 심사함에 있어 부정적 요인으로 작용할 것은 당연하리라 본다. 그러나 부정적 요인으로 작용할 뿐이지 독신자라거나 동성애자라는 사실 외에 양자를 하는데 아무런 장애사유가 없는 경우에 조차 과연 인정하지 않을 것인지는 단언할 수 없는 것 같다. 특히 독신자에게 조차 양자를 인정한다고 보면 차라리 동성애자에게도 일정한 제한<sup>108)</sup> 아래 인정하는 것

108) 입양의사는 성질상 조건부 또는 기한부이어서는 안 된다. 그러나 여기서의 제한이란 조건부라는 것은 아니고 자의 이익을 보호하기 위한 수단에 불과한 것이다.



을 고려해볼 수도 있을 것이라고 본다. 그러나 이러한 모든 것은 「자의 이익」과 「사회적 이익」을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 성년인 자에게 있어서는 스스로 자기의 이익을 판단할 수 있는 분별력이 있기 때문에 객관적 시각에서 평가하는 경우에 사회적 이익에 중심을 두어 판단하는 것이 타당하다고 보며 그렇지 않은 의사능력이나 행위능력이 없는 자에게는 자의이익과 사회적 이익 양자 모두를 고려하여 판단하여야 할 것이다.

양자를 하는데 있어서 제한이 있다면 마지막으로 인공수정에 의한 방법으로 자를 갖는 방법을 고려해 볼 수 있을 것이다. 그러나 동성애자에게 양자를 인정할 것인지의 여부와 인공생식에 의한 자를 인정할 것인지는 사실상 별개의 문제가 아니라 동일선상에 있는 문제라고 보아야 할 것이다. 어느 경우에도 「자의 이익」과 「사회적 이익」이 그 평가 기준이 되는 것에는 차이가 없으며 어느 하나를 인정하고 어느 하나를 부정한다면 법 논리적으로 타당하지 않기 때문이다. 물론 인공수정의 경우에는 동성애부부 가운데 일방이 난자 또는 정자를 제공하는 경우가 있기 때문에 법적으로 인공수정이 인정된다면 양자와는 다른 법리에 의한 해결이 필요할 수는 있다. 그러나 이러한 문제는 먼저 인공수정 단계에서 해결하는 것이 바람직하다고 본다. 이에 대해서 프랑스법은 인공생식은 자의 이익을 고려하여 내연의 이성부부에게 인정되고 있는 것으로 독신자나 동성애자에게는 인정되지 않고 있다고 한다.<sup>109)</sup>

#### 다. 同性愛 · 性轉換親權者와 子女

우리 민법은 「친권자는 자를 보호하고 양육할 권리와 의무가 있다(제913조)」고 규정함으로써 친권자로 하여금 자를 정신적·육체적으로 건전하게 육성하도록 하고 있는 동시에 「부 또는 모가 친권을 남용하거나 현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유가 있는 때에는 . . . 그 친권의 상실을 선고할 수 있다(제924조)」고 함으로써 일정한 경우에는 친권상실을 선고할 수 있도록 하고 있다. 이러한 규정은 동성혼

109) 大村敦志, 前掲論文(下), 66頁.

으로 인한 경우를 상정한 것이 아니고 당연히 이성혼을 전제로 한 것이기 때문에 과연 동성애자가 친권자가 된 경우에 있어서도 이러한 규정을 적용할 수 있는지가 문제된다. 즉 부모의 친권자 일방 또는 쌍방이 성환자 또는 동성애자인 경우가 「현저한 비행 기타 친권을 행사시킬 수 없는 중대한 사유」에 해당되는지의 여부에 관한 것이다.

친권자 일방 또는 쌍방이 동성애자 또는 성전환자라는 것이 자를 보호하고 양육하는데 있어서 부적합하고, 자녀의 복리와 대치되는 것이라면 친권을 행사하는데 있어서 장애가 될 수 있는바 먼저 사회적, 정신·심리적 차원에서 이를 분석한 후 결정하여야 할 문제라고 본다. 심리적 측면에서 동성애가 자의 복리에 적합한지에 관하여 「가정에서의 부모의 성적 편애(preference)<sup>110)</sup>는 자에게 어떠한 중요한 영향을 미친다고 볼만한 증거가 없다. 자녀가 성장 하는데는 여러 가지 요소가 필요하지만 성적 편애는 그러한 요소가 아니다. 또한 동성애관계가 자녀를 동성애자로 성장시키는 것도 아니며 그러한 영향을 미치지도 않는다. 오히려 동성애 환경에서 성장한 대부분의 자녀들은 성인이 되어서 이성애자가 된다. 동성애 환경에서의 자녀는 이성애 환경에서의 자녀와 비교할 때 더 이상 혼동스럽거나 불건전하거나 또는 불안정하지 않다. 부모의 성적 본능(orientation)은 자녀의 정신건강과는 관련이 없기 때문이다」<sup>111)</sup> 이러한 심리적 분석에도 불구하고 「모의 동성애와 친권의 적합성 사이의 상호관계가 분명치 않다」고 하여 모의 양육권을 부정하였다.<sup>112)</sup> 성전환자와 관련하여서는 「자녀들이 이전 모의 성전환 사실을 이해하고 또한 그러한 사실을 인정하고 있는바 사회적 도덕률과 관습에도 불구하고 자녀의 복리가 최우선적으로 고려되어야 한다」고 하여 남성으로 성전환한 모(남성으로 성전환)의 보호(custody)를 인정하였다.<sup>113)</sup>

110) 부모의 Preference(편애)라고 하지만 이 사건에서는 모의 동성애(gay)가 문제된 것이기 때문에 동성애라고 보아야 한다.

111) Bezio v. Patenaude, 381 Mass. 563, 410 N.E.2d 1207, 1215-16 사건에서 Massachusetts 대학의 의료심리학 교수인 Alexandra Kaplan의 증언내용이다.

112) Bezio v. Patenaude, 381 Mass. 563, 410 N.E.2d 1207, 1215-16.

113) Randall v. Christian, District Court, 1st Dist., Carson City, Nevada, Nov. 14, 1973. 이 사건은 이혼한 모가 후에 남성으로 성전환을 하고 이혼 전 자녀에 대한 후견권을 청구한 것이

## V. 結 論

인간의 성은 여성 아니면 남성이라는 이분법에 의한 구별과 이러한 성별은 자연적·절대적 기준에 의하여 정해진다는 사고로 인하여 사회의 기본적 제도가 형성되어 왔으며 인간은 스스로 만든 제도에 구속될 수밖에 없는 상황에서 발생한 문제가 바로 동성애자와 성전환자에 대한 법적 지위의 문제로써 이러한 문제를 해결하기 위하여 인간의 성을 어떠한 기준에 의하여 판별하여야 하는지에 대하여 살펴보았다. 물론 이러한 과제가 해결된다 하여도 위에서 언급한 법적 지위의 문제가 명쾌하게 해결되는 것은 아니다. 그러나 성의 판별에 대한 문제는 법적 지위를 논하기 이전에 먼저 해결하지 않으면 안되는 문제이다. 이러한 측면에서 볼 때 대법원에서 「남녀의 구별은 의학적·생물학적인 기준이 아니라 사회통념상 기준에 의한 것」이라고 판시한 것은 문제가 없지 않으나 일응 타당성 있다고 보여진다. 왜냐하면 인간의 성별을 구분하는 것은 자연적·의학적 판단을 위해서가 아니라 사회적·제도적 궤도 내에서 그 역할을 구분하는 과정에서 형성되어 온 것이며, 인간의 신체구조는 의학적·생물학적 기준에 의하여 분석되어질 수 있지만 성별에 따른 사회적 역할까지도 그러한 기준에 의해서 판단되어져서는 안되기 때문이다. 물론 이러한 판별 기준을 통하여 성별을 구별한다고 하여도 성전환자에 대하여 어떠한 성을 확정하여 법적 지위를 인정할 것인지는 결코 쉬운 문제가 아니다. 동성애에 관한 문제는 더더욱 그렇다.

그러나 성전환자에 대하여는 동성애와는 다른 측면에서 고려할 필요가 있다. 비록 생물학적·의학적 견지에서 생식능력이 없다고 하더라도 심리적·사회적 측면을 고려하여 성전환자의 성별을 판단하여 전환 후의 성을 인정함으로써 성적 동일성을 회복시켜 줄 필요성이 있다고 본다. 이러한 성적 동일성을 회복시켜 준다고 하여 모든 법적 지위를 절대적으로 인정하는 것은 아니다. 혼인과 같은 문제에 있어서는 그 제한이 어느 정

다. 다시 이 사건은 후에 *Christian v. Randall*, 33 Colo. App. 129, 516 P.2d 132 (1973)에서 확정되었다.

도는 필요하다고 본다. 물론 이러한 문제를 해결하기 위해서는 성전환수술의 인정여부와 그에 따른 성의 확정문제 및 법률상 지위에 대한 제한을 입법하는 것이 타당하다고 본다. 현재의 법 해석만으로도 이를 제한하지 못할 것은 아니지만 반대로 현재의 법해석만으로는 이들의 자기결정권을 부정해야 할 근거로도 충분하지 않기 때문이다.

동성애에 있어서 가족법상의 문제를 논함에 있어서도 마찬가지이다. 프랑스와 스웨덴의 입법례와 같이 제한된 범위 내이긴 하지만 동성애자의 법적 지위를 인정하는 경향은 결코 부인할 수는 없는 것이다. 영미와 유럽과 달리 우리나라에서는 시기상조이기는 하나 동성혼인자의 법적 지위에 대하여 일반적 혼인과 같이 동일하게 인정하지는 않을지라도 혼인과 친자의 문제를 제외하고는 그들의 현실을 감안하여 일정한 지위를 인정함으로써 그들의 사회적·법적 안정성을 보장해줄 가능성과 필요성이 대두하리라고 본다. 성전환이나 동성애의 문제의 제기조차 금기시되던 시대에서 이제는 법적 지위의 문제를 논하고 이후에는 어떠한 방향으로 발전될지는 예측할 수가 없기 때문이다. 법은 어떠한 사회적 문제가 보호할 만큼 성숙하게 되면 그러한 경향을 간과할 수는 없을 것이다.

## ■ 지정토론문 — 全 賢 姬\*

사회적으로 동성애가 논란거리가 되고 있는 지금 현 시점에서 이제는 다수의 사회구성원이 그 존재를 승인하든 혹은 거부하든, 현실에 엄연히 존재하고 있는 동성애자의 인권에 대하여 논의할 때가 되었다는 생각이 든다. 사회구성원의 인권이 (단지 소수자라는 이유만으로) 사회의 편견과 냉대 속에 보호받지 못하고 있음에도 국가가 이를 함구하고 있는 것은 헌법에 국민의 인권보호를 명시하고 있는 현대국가의 임무를 방기하는 것에 다름없기 때문이다.

먼저 동성애에 대한 외국의 논의를 살펴보면, 현재 서구에서 진행되고 있는 동성애 운동은 크게 세 가지 흐름이 있다. 첫 번째가 동성애 자체를 비범죄화시키는 것, 두 번째가 게이와 레즈비언에 대한 차별을 금지시키는 것, 세 번째가 법률로서 레즈비언과 게이의 관계를 인정하는 것이다. 이 세 가지 경우 모두 동성애자들에 대한 고용연금, 의료보험, 주택임대, 이민의 권리를 승인한다는 점에서 우리 나라의 경우와는 다르게 빠르게 발전하고 있다고 볼 수 있다.

성전환 수술 후에 호적의 정정을 요구하거나 강간죄 등이 문제될 경우에 우리나라의 판례는 성전환 수술을 마친 경우에도 성전환 자를 '성자아 또는 성별동일성의 인식의 장애'라는 일종의 정신 장애인으로 취급하여 변환된 성을 인정하지 않고 성의 구분자체도 염색체의 변화 여부에 그 기준을 두고 있는 것으로 파악되고 있었으나 최근에 이러한 태도에 변화를 보이고 있다. 이러한 대법원 판례의 변화는 기존의 판례에서 본 바와 같은 염색체의 여하라는 획일적인 기준이 아닌 사회통념을 기준으로 하여 성의 구분을 하였다는 데에 그 진보적인 면이 있다고 평가된다.

이러한 판례의 변화와 더불어 동성애자들에 대한 실질적인 차별금지의 방안으로 가장 먼저 이루어져야 할 것은, '성적지향' 혹은 '성정체성'에 의한

---

\* 변호사

차별을 금지하는 것을 법에 명문화하는 일이다. 특히 교육과 근로부문에서 차별금지의 명문화는 그 의의가 크다. 동성애가 에이즈의 주범이라든지, 이상성욕의 일종이라든지 하는 일반의 고정관념은 교육을 통하여 생성되며 동성애자들은 그런 교육과정을 거치며 자신이 비정상이라고 생각하고 자학하게 되는 것이다. 근로부문에서도 동성애자라는 이유로 차별받지 않을 권리의 명문화는 중요하다. 한국의 노동운동은 많은 부분에서 근로여건을 개선시켜 왔지만, 아직 성적지향 혹은 성정체성에 의한 불이익에 대처하는 것을 그 활동의 내용으로 포괄하고 있지는 않다. 구체적 방도로서는 개별적인 교육관계법이나 노동관계법에 성적지향으로 인한 불이익을 금하는 규정을 둘 수 있을 것이고, 보다 근본적으로는, 제정을 위해 논의가 진행되고 있는 인권법(또는 인권위원회법)상 성적지향이나 성정체성으로 인한 차별을 금할 것을 포괄적으로 규정하고 이로써 성적소수자 보호의 문제를 인권의 개념에 포함시켜 인권위원회의 활동내용에 포함시키는 방법이 있을 수 있을 것이다.

다음으로 군복무 문제에 있어서 군은 입영 신검 때 동성애자를 '색출'하기 위해 인성검사(KMPI)를 통해 여성적 성향의 정도와 '성적 도착증'의 정도를 파악한다. 군이 이렇게 동성애자의 입영을 차단하려는 이유는 국방부령 493 제11조 '질병, 심신장애의 정도 및 평가 기준'에서 동성애를 성적 선호 장애(동성애자)와 성 주체성 장애(성전환자)라고 해서 일종의 정신적 장애로 보고 있기 때문이다. 그러나 현실적으로 우리나라의 경우 동성애자들은 대부분 군대에 가고 있다. 왜냐하면 징병제인 우리나라에서는 동성애자라는 이유로 군복무를 면제받으려고 하는 것을 막는데 더 주력하기 때문이다. 성전환자인 경우도 군복무를 면제받기 위해서는 성전환자임을 증명하는 수술진단서를 제출하여야 하고 수술진단서가 없는 경우 보증인 3명이 인감 증명을 첨부해 성전환자임을 증명해 주어야 한다. 또한 자신이 정신적 장애자라는 사실을 인정해야 면제를 받을 수 있다. 이 경우 나중에 취업은 물론 재산 소유까지 제한받게 된다. 이의 해결을 위하여는, 여성으로서 사회화되어 있는 성전환자에게는 (여성과 마찬가지로)군대의 면제를 보장하고 또한 그로 인하여 사회에서 불이익을 당하지 않도록 성전환자를 정신장애로 규정하고 있는 국방부령을 개정할 필요성이 있다. 그리고 동성애자에 대

하여는 동성애를 범죄화하고 있는 규정을 없애거나 동성애자의 군복무를 면제할 것이 필요하다. 동성애를 범죄시하면서 동성애자에게 군복무를 강요하는 것은 모순이기 때문이다.

다음으로 동성애자 부부의 합법화 문제에 대해서 유럽연합(EU) 의회는 동성애 부부에도 이성간의 부부에게 부여하는 것과 똑같은 권리를 부여하도록 15개 회원국에 촉구하는 결의안을 채택했다. 이 결의안은 EU 회원국이 결혼 가정이나 미혼 부부, 동성애 부부에게 세제와 금전상의 권리, 사회적 권리 등에서 전통적인 부부나 가정이 누리는 것과 똑같은 권리를 보장해야 한다고 말했다. 동성애를 ‘단지 다수와 다른 성적취향을 가진 사람들’로 본다면 동성애자들이 함께 살며 가정을 꾸리고 싶어하는 것에 대해 국가가 그 권리를 부인하는 것은 바람직하지 않을 것이다.

법은 약자, 소수자를 보호할 의무가 있다. 그러므로 인권사각지대에 놓여 있는 동성애자들의 인권을 보장하기 위해 그러한 법의 보호 범위에 이제 새로운 차별의 범주로 등장하고 있는 동성애자에 대한 보호를 포함하여야 할 것이다.