

우리나라 性主體性障礙者에 대한 法的 視角의 變化

김민규*

I. 問題의 提起	한 法的 視角
II. 醫學的·社會學的 接近	2. 事例分析과 評價
1. 醫學的 接近	IV. 戶籍訂正許可與否에 대한 法院의 決定傾向
2. 社會學的 接近	1. 許可 또는 不許可에 대한 決定根據
3. 性轉換 및 性轉換症의 概念	2. 性轉換者에 대한 法的 視角의 變化
4. 性轉換者와 性轉換症者	V. 結 論
III. 우리나라 性轉換者 및 性轉換症者에 대한 法的 視角	
1. 事例에 나타난 性轉換症者에 대	

I. 問題의 提起

미국 노스캐롤라이나州的 한 대학에서는, 대학졸업 후 수년이 지나 20대 후반의 나이로 대학원에 진학하여 여학생 기숙사에 장기근무가 보장된 조교(resident assistant)로 취업하였으나, 취업 후 1년여 지난 1995년 그녀가 남자일지 모른다는 소문이 나돌아 학교측에서는 진상조사에 나섰다. 조사결과, 그 여조교는 대학시절에는 남자로 대학에 입학·수학하였으나 대학원에 진학할 때에는 여자로 진학하였음이 확인되었다. 따라서 대학당국은 그 여조교가 성전환수술을 받고 완전한 여자로 변신하였는지를 확인하기 위하여 증명을 요구하였으나, 본인은 아무에게도 자신의 성별을 증명하여 주어야 할 의무가 없다는 이유로 확인을 거부하였다. 그 이유는

* 부산외국어대학교 법학부 교수, 법학박사.

그녀가 대학졸업 후 7년 동안 여성이 되기 위하여 상담과 호르몬치료를 받고 있는 중이었고, 아직 성전환수술은 받지 아니한 상태였기 때문이다.¹⁾ 우리나라의 경우에도, 최근 한 보도에 의하면, '벤처기업가 K씨는 주말이면 무작정 기차에 올라, 낯선 지방에 내려 여관부터 정하고 여자 옷으로 갈아입고, 화장을 마치고 거리를 활보하다 서울로 돌아와 남자로 복귀한다'고 한다.²⁾ 이와 같은 현상은 우리나라의 경우에도性に 관한 社會的 混亂이 야기되고 있음을 말해 주는 한 가지의 사례라고 할 수 있다. 또한 현재 TV에서 당당하게 활약하고 있는 H텔렌트가 법원에 성별정정과 함께 개명을 신청하였고,³⁾ 곧이어 법원은 2002년 12월 13일 법원으로 부터 (성별)호적정정과 개명을 허가한다는 결정을 받아 "이제는 완전한 여성이다"라고 보도된 바 있다.⁴⁾ 이와 같은 현상은 자신의 선천적인 성별에 대하여 정신적으로 장애를 겪고 있는 이른바 性主體性障礙(gender identity disorder : GID) 또는 性正體性障礙(sex identity disorder : SID)⁵⁾ 현상이 사회적으로 지극히 희소한 사례에 불과한 것이 아닐 뿐만 아니라 이에 대한 법적 대책이 시급함을 말하여 주는 좋은 예라 할 것이다.

위와 같은 현상이 社會의 普遍的인 現象이 아닌 例外的·小數的인 現象이고, 그렇기 때문에 그들에게 인간으로서의 육체적·정신적 고통이나 사회의 기존규범으로 인한 법률생활상의 고통에 대하여 법적 구제를 외면하여도 좋다고 단언할 수는 없다. 우리 헌법에서는 제10조에서 「모든

1) 윤가현, 문화속의 성(학민사, 2001), 273쪽.

2) 한겨레신문, 2002. 5. 10일자, 15면.

3) 동아일보 2002. 12. 5일자 A31면.

4) 동아일보 2002. 12. 14일자 A31면.

5) 일반적으로 性轉換者 또는 性轉換症者라고 부르고 있는 用語에 대하여 정의할 필요가 있다. 本文에서 이미 언급한 바와 같이, 미국에서는 'gender identity disorder' 또는 'sex identity disorder'라고 표현하고 있고, 독일에서는 'transsexuellen Prägung' (性轉換的 特性 또는 變性症的 特性)이라는 표현을 사용하고 있다. 이에 비하여, 일본에서는 '性同一性 障礙'라는 표현을 사용하는 경향이 거의 정착된 것으로 보인다. 우리나라에서는 아직 用語에 대한 통일적 경향은 보이지 않지만, 종래 일반적으로 '性正體性障礙'라는 용어를 즐겨 사용하여 온 듯 하다. 그러나 최근 醫學界에서는 이른바 GID현상은 당사자들이 겪고 있는 정신질환의 일종이라는 점과 性轉換症者 자신들의 의견을 존중한다는 입장에서 '性主體性障礙'라는 용어가 적합하다는 의견이 제시되고 있다. 따라서 이 논문에서는 '性主體性障礙'라는 용어를 사용하기로 한다.

國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 幸福을 追求할 權利를 가진다. 國家는 개인이 가지는 不可侵의 基本的 人權을 확인하고 이를 保障할 義務를 진다」고 규정하여, 이른바 『人間의 尊嚴性과 基本人權保障』에 관한 國民의 權利와 義務는 모든 國民에게 保障하고 있고, 이를 保障하여야 할 義務를 國家에게 부여하고 있기 때문이다(이하, 밑줄은 필자가 임의로 붙인 것임).

먼저 우리나라의 실태를 간단히 살펴보면 다음과 같다. 대한의사협회의 자료에 따르면 우리나라에서도 1980년대 말을 전후하여 성전환수술이 도입된 이래 300 내지 400명 정도의 性轉換症者가 수술을 받았고, 현재도 4,500여명의 성전환증자가 존재하는 것으로 보고되고 있다고 한다.⁶⁾ 이와 같은 실태만으로도 대단히 충격적인 현상이라 아니할 수 없다.

사람은 신체를 가지고 있다는 점에서 “生物學的 存在”임과 동시에 思考하는 能力과 自由意志를 享有하고 있다는 점에서 “精神的·心理的 存在”이기도 하다. 또한 사고능력을 발휘하여 공동체생활을 영위하면서 계속적으로 문화적 가치를 창조한다는 점에서는 “精神的·文化的 存在”이기도 하다. “生物學的 存在”로서의 사람의 性은 일단 男·女로 구분하고, (일방적 극단으로 분류하는) 男子와 (타방적 극단으로 분류하는) 女子를 인정할 뿐 그 中間的 또는 一方偏向的인 性別을 인정하지 않음으로써 이른바 『男·女 兩性體制』로 편성하여 性的 秩序를 유지하고 있다. 따라서, “生物學的 性”과 “精神的·社會的 性”이 일치하는 대부분의 사람들은 태어나면서부터 자연스럽게 사회의 일원으로서 자신에게 부여된 性役割을 수행하면서 삶을 영위하게 되지만,⁷⁾ 이른바 性主體性障礙者들의 경우는

6) 法律新聞, 「性轉換과 戶籍訂正」제3063호(2002. 4. 1), 5면 ; 高宗柱, 「性轉換手術로 인한 戶籍公簿上 性別의 訂正 - 性轉換者(transsexual)의 性正體性障礙 克服을 위한 處遇 -」, 2002년 부산판례연구회 발표자료(이하, 「性轉換手術로 인한 戶籍公簿上 性別의 訂正」이라 한다), 18쪽(주 41) 참조. 미국 정신과협회의 보고에 의하면, 性轉換症의 有病率이 대략 남자 3만명당 1명, 여자 10만명당 1명 정도라고 한다 - 崔병무, 「성전환증의 진단과 치료」, 신경정신의학, 제32권 제4호(1993. 7)(이하, 「성전환증의 진단과 치료」라 부른다), 465쪽. 일본의 경우에도 性主體性障礙者數가 전국적으로 수 천명에 이를 것으로 추정하고 지금까지 약 300명 정도가 전문의로부터 정규적으로 진찰을 받고 있는 것으로 추측하고 있다는 보도가 있다(毎日新聞, 1999年 6月 6日字).

7) 高宗柱, 「性轉換手術로 인한 戶籍公簿上 性別의 訂正」, 1쪽.

“生物學的 性”과 “精神的·社會的 性”의 불일치로 인하여 어느 일방의性に 완전히 귀속하지 못하여 사회생활에 혼란과 고통을 겪으면서 살아가는 것이 현실적 실정이다.

그런데, 사람의 性別을 “生物學的 性”에 기초하여 구별한다 하더라도, 우리가 지금까지 일반적으로 생각하여 온 것처럼 그렇게 단순하지만은 않다는 점에 문제가 있다. 사람의 性은 男·女로만 구별할 수 없을 만큼 신비롭고도 복잡한 『性스펙트럼』을 이루고 있다고 한다. 즉 男·女라는 성적 연속선상의 양극단에 위치하는 순수한 男性 그리고 순수한 女性은 실제로 존재하기 어렵고, 그 중간 어디쯤에 자리잡고 있는 이른바 間性(hermaphrodites)으로 존재하는 경우가 있는가 하면, 생물학적으로는 한쪽 극단에 가깝지만 심리학적으로는 다른 쪽 극단으로 지향하는 이른바 性轉換症(變性症)의 경우도 있다.⁸⁾ 그 중에는 性染色體 異常이나 性組織의 異常을 수반하는 “生物學的 間性”에 해당하는 경우도 있고, “精神的·心理的 間性”에 해당하는 것으로 볼 수 있는 性轉換症이 존재하기도 한다.⁹⁾ 특히 性轉換症이라는 것은 性別에 관한 自己認識과 身體가 불일치하는 경우를 가리키는 증상을 말한다.¹⁰⁾ 만일 그 증상이 眞性에 해당하는 경우에는 他性에로의 전환욕구가 매우 심각하고 절실하여 그에 대하여 적절하고 타당한 사회적·법적 대책을 강구할 필요가 있다. 그 이유는 우리 사회체제 및 법체제가 男·女 兩性體制로만 구별하고 있기 때문에 性的小數者에 해당하는 이른바 性主體性障礙者에게도 삶을 행복하게 살아갈 수 있도록 배려할 필요가 있기 때문이다.

따라서, 현행 법체제하에서는 性的小數者인 그들이 자리잡을 수 있는 性的 位相이 마련되어 있지 않기 때문에, 부득이 어느 한 性에 편입되어 살아 갈 수밖에 없고, 그와 같은 性轉換症者들은 자신들이 겪는 性主體性障礙 또는 性正體性障礙를 극복하기 위하여 身體의 性을 포기하고 精神

8) Douglas K. Smith, “Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law”, 56 Cornell Law Rev. 963(1971)(hereinafter, “Transsexualism”), p. 964 note 9.

9) 大島俊之, 「性轉換と法—戶籍訂正問題を中心として—」, 判例タイムズ第484號(1983. 2. 20)(이하, 「性轉換と法」이라 한다), 78面 以下.

10) Sadrina P. Ramet, Gender Reversal & Gender Culture(Routledge, 1996) : 노취영숙 역, 여자 남자 그리고 제3의 성(당대출판사, 2001), 7쪽.

的·心理的 性을 선택하는 모험을 강행하는 경우가 많다. 이와 같이 적극적인 방법으로 性主體性障礙를 극복하려는 경향이 있는가 하면, 社會的·法的 障壁 때문에 부득이 性主體性障礙를 감내하고 살아가는 경향도 없지 않다. 위에서 인용한 보도자료에서는 남성으로 태어났지만 스스로 여성이라고 생각하는 K씨는 '성적 정체성을 드러내는(커밍아웃, comingout) 순간, 부모와 인연을 끊어야 하고 직장에서도 쫓겨나는 상황이 예상돼 스스로 속이면서 살아가기로 했다'고 한다.¹¹⁾ 이와 같은 상황은 사회 보편적인 현상이라고 말할 수는 없지만, 이른바 性的 小數者에 대한 사회적 보호가 시급함을 대변해 준다 할 것이다. 따라서 이들을 보호하기 위해서는 性主體性障礙, 性轉換症(者), 性轉換(者)라 함은 무엇을 의미하는가, 더욱이 근본적으로는 性(gender)이라 함은 무엇을 의하는가, 또한 당사자들이 요구하는 戶籍訂正(性別訂正, 改名 등)을 허가하였을 때 법률적으로는 어떠한 문제가 발생하는가 그리고 법적으로는 어떠한 후속조치가 필요한가, 더 나아가 외국의 경우에는 어떠한 방법으로 이 문제에 접근하고 또한 대응하고 있는가, 궁극적으로는 우리나라의 경우 어떠한 방법으로 이 문제에 대응할 것인가 등에 대하여 심도있게 검토하여야 할 것이다.

그러나, 이와 같은 문제는 그 연구범위가 대단히 방대하기 때문에, 이 연구에서는 性轉換者 또는 性轉換症者들이 가장 갈망하고 있는 법적 조치 즉 戶籍上의 性別訂正과 改名에 대하여 우리나라에서는 어떻게 법적 대응책을 강구하여 왔는가에 대하여 그 범위를 한정하여 고찰하고자 한다.

II. 醫學的·社會學的 接近

1. 醫學的 接近

우리나라의 한 사례¹²⁾에서 당해 법원은 대한의학협회에 대한 사실조회

11) 한겨레신문, 2002. 5. 10, 15면.

12) 수원지법 1990. 8. 21. 90브10 결정(이하, III, 1, 2), (2), ② 사례 참조).

를 의뢰하여 회보된 결과를 요약한 바에 의하면, 다음과 같이 정리하고 있다. 즉 「남성과 여성의 결정은 난자와 정자가 수정후 발생초기에서 성염색체의 구성에 의하여 이루어지고, 발생과정이 진행되어 해당 성선이 형성되며, 이에 따라 내외성기가 형성되고 출생 후에는 성선과 내외성기 및 교육에 의하여 정신적인 성이 형성되는데, 남성과 여성의 구별은 염색체성, 성선성, 표현형성, 정신적 성의 4가지 기준에 의하여 정상적인 사람의 경우는 위 4가지가 일치하여 그에 따른 성역할(gender role)을 하게 되나 염색체성이나 표현형성에 이상이 있거나(중성 또는 간성으로 불리워지는 성분화 이상질환의 경우 등), 정신적 성에 이상이 있어 성별동일성의 인식에 장애가 있거나 본인 스스로 반대의 성에 속한다고 믿고 그 성으로서의 행동과 생활을 하는 성전환증의 경우에는 위 염색체성, 성선성 등을 조사하여 참고로 하지만 어느 특정기준에만 의존하지는 않고 환자의 성 자아(sex identity), 성 역할이 무엇이나에 따라 성을 결정하여 주고 그 결정된 성에 맞도록 수술 및 성호르몬 투약 등으로 인한 내분비학적 치료를 하고 있는 것이 오늘날 의학계의 일반적 실정」이라는 것이다. 이와 같은 대한의학협회의 회신에 의하면, 性은 ①염색체성, ②성선성, ③표현성(성선과 내외성기), ④정신적 성이라는 네 단계의 과정을 거쳐 발달한다는 점과, 성을 결정하는 기준은 이와 같은 발달단계 중의 어느 하나에 의존하지 않고 종합적으로 판단한다는 점을 설명하여 주고 있다는 점에 주목할 가치가 있다. 따라서 이와 같은 회신에 의할 경우 性轉換症이라 함은 ①(염색체성), ②(성선성), ③(표현성)과 ④(정신적 성)가 부분적으로 불일치하는 증상을 말하고,¹³⁾ 이를 치료하기 위하여 의학계에서는 외과적 처치(수술)나 내분비학적 처치(성호르몬의 투여)등의 시술을 행하고 있다는 것이다.

13) 이와 같은 설명에 의할 경우, 性正位手術을 종료한 者의 경우는 ①②의 性と ③④의 性이 불일치하는 경우일 것이고, 性正位手術을 종료하지 아니한 者의 경우는 ①②③의 性と ④의 性이 불일치하는 경우에 해당할 것이다.

2. 社會學的 接近

性轉換症者들의 실체를 이해하고 그들의 육체적·정신적·사회적 고통을 파악하기 위해서는 위와 같은 ①(염색체성), ②(성선성), ③(표현성), ④(정신적 성)의 상호관계를 파악할 필요가 있다. 위의 대한의학협회의 회신에 의하면, 性轉換症者의 경우는 ①염색체성과 ②성선성을 조사하여 참고하지만, 성 자아나 성 역할에 따라 성을 결정하여 준다고 한다. 여기에서 염색체 또는 성선 및 내외성기를 기준으로 성을 결정하는 것이 『생물학적 성』의 결정방법이라고 한다면, 성 자아나 성 역할에 따라 성을 결정한다는 것은 이른바 『정신적·사회적 성』의 결정방법을 의미한다.

따라서, 이른바 『생물학적 성』(sex)¹⁴⁾과 『정신적·사회적 성』(gender)을 구분한다면, 그 의미를 명확히 할 필요가 있다.¹⁵⁾ 일반적으로 섹스(sex)라는 성구별 개념이 생물학적 성을 가리킨다면, 이에 비하여 젠더(gender)라 함은 정신적 성을 가리킴과 동시에 사회적 성을 의미하는 것으로 이해하고 있다. 이와 같이 이해할 경우 性轉換症은 섹스와 젠더가 불일치하고 그 중 특히 젠더개념을 섹스개념보다 중시하여 자기의 육체상의 성별을 섹스상의 性別에서 젠더상의 性別로 전환하려는 증후군이라고 말할 수 있을 것이다. 이와 같이 생물학적 성과 구분되는 성개념인 젠더는 사람의 性主體性 또는 性正體性이라는 관점에서는 “사회적 성”을 의미하는 것이다.

따라서 젠더라는 개념에는 자기인식의 성을 의미하는 측면과 사회내에서의 성 역할을 의미하는 측면이 병존한다고 할 수 있다. 이러한 성인식과 성역할이라는 양 측면을 동시에 지니고 있는 젠더개념과 섹스개념이 불일치하는 경우에는 性主體性障礙의 일종인 性轉換症이라는 질환으로 판단하게 되고, 위와 같은 질환으로 인하여性に 관한 심각한 社會的 適應障礙가 발생하게 된다. 이와 같이 性概念을 의미하는 섹스와 젠더라는

14) 生物學的 性的 요소로는 대체로 性染色體, 生殖腺, 호르몬(內分泌係), 內部性器의 形態, 外部性器의 形態, 二次性徵 등을 들고 있다(大島俊之, 「性轉換と法」, 78面 參照).

15) 高宗柱, 「性轉換手術로 인한 戶籍公簿上 性別의 訂正」, 2쪽 참조.

두 가지의 개념은 性轉換症者가 처한 육체적·정신적·사회적 갈등현상을 설명하는데 유용한 용어라 할 수 있다.

3. 性轉換 및 性轉換症의 概念

“性轉換”이라는 용어는 의학상 또는 법학상 엄밀히 정의된 용어는 아니다. 그러나 일반적으로는 출생시에 확인된 性と 다른 性에 속하는 사람으로 전환하는(또는 자연히 전환되는) 것을 의미하는 용어로 사용되고 있다. 이와 같은 의미에서 “性轉換”이 문제되는 경우로서는 의학적으로 『間性』(intersex)의 경우와 『變性症』(transsexualism)의 경우가 있다. 넓은 의미에서 “性轉換”이라 하면 위의 兩者를 포함하는 개념이고, 좁은 의미에서는 『變性症』을 의미한다.¹⁶⁾

이에 비하여, 性轉換症(transsexualism)이란 자신의 해부학적 性에 대한 불편함이나 부적절감을 가지고 있으면서 자신의 반대되는 性으로 살고 또 반대되는 性으로 인정받고 싶은 욕망, 그리고 자기의 몸을 자신이 선호하는 異性의 몸에 가능한 한 일치되도록 호르몬치료와 수술을 받고자 하는 症候群으로 性的 主體性的 障礙의 일종을 말한다.¹⁷⁾

1) 間 性

間性이라 함은, 생물학적 차원(또는 육체적 차원)에서의 性分化의 異常을 말한다. 間性的의 대표적인 예로서 性分化의 異常形態인 半陰陽 또는 間性(intersexuality)의 경우를 들 수 있다.¹⁸⁾ 즉 사람의 성은 성염색체, 성선

16) 大島俊之, 「性轉換과 法」, 78面 參照.

17) 李符永 譯, ICD-10 精神障礙 및 行動(1994, 一潮閣), 264쪽 ; 洪春義, 「性轉換과 戶籍訂正」, 判例 月報第308號(1996, 5)(이하, 「性轉換과 戶籍訂正」이라 한다), 16쪽.

18) 大島俊之, 「性轉換과 法」, 78面. 半陰陽이라 함은, 性을 결정하는 요소들간의 불일치로 인하여 성분화의 이상을 초래함으로써 한쪽 性이나 양쪽 性的의 性腺을 가지면서 성기관의 기형적 분화를 나타내는 것을 말한다. 이와 같이 性腺의 분화와 성숙과정에서 이상이 발생하여 자신의 解剖學的性에 대한 불편함과 부적절함을 느끼고 性的 轉換을 원하는 性轉換과는 구별된다. 半陰陽의 종류로는 소인증·성적 미발달이 특징인 여성에 있어서 女性染色體異常(XO형이 많음)인 Turner증후군, 고환의 발육부전, 여성화 유방을 특징으로 하는 男性染色體異常(XXY)인 Klinefelter증후군, 조직학적으로 보아 性腺이 精巢와 卵巢를 함께 가지고 있는 眞性半陰陽(염색체의 구성은 XX가 많지만 XY 또는 혼

의 성, 내분비학적 성, 표현의 성과 성적 역할 등에 의하여 결정되고, 대부분의 사람들은 이러한 기준들이 모두 한쪽의 성으로 일치하지만, 어떤 이유로 인하여 성선의 분화와 성숙과정에서 이상이 발생함으로써 한쪽 성이나 양쪽 성의 성선을 함께 가지면서 성기관의 기형적 분화를 나타내는 半陰陽¹⁹⁾이 있을 수 있다. 그리고 이와 같은 半陰陽의 경우에는 형태적 또는 기능적으로 어느 한 쪽의 性(통상은 염색체의 성)에 보다 가깝게 하기 위하여 치료가 이루어진다. 치료방법으로는 내분비적 요법, 성기의 성형수술, 性腺의 적시수술 등이 있다. 半陰陽의 치료시 출생시에 확인된 性과 다른 性이 선택되는 경우에는 性의 전환이 문제될 수 있겠지만, 통상은 性染色體와 성기 등을 종합적으로 고려하여 수술이 이루어지기 때문에 性轉換의 문제가 발생할 여지는 크지 않다. 半陰陽의 경우에는 性의 轉換에 의한 호적정정이 문제되는 것이 아니라 性의 確認에 의한 戶籍訂正이 문제될 뿐이다.²⁰⁾²¹⁾

2) 變性症

變性症이라 함은, 육체상의 性分化에는 異常이 없고 본인도 자기의 육체의 性에 대하여 지각하고 있음에도 불구하고 인격적으로는 의식적이건 무의식적이건 자기는 육체의 性과는 다른 性에 속한다고 확신하고 있는 증후군을 말한다.²²⁾

그러므로 法的 側面에서 강구되어야 할 性轉換症은 『變性症』에 해당하는 증후군을 말하고, 性轉換이라 함은 『變性症』 증후군을 가진 자가 강한

합형도 있고, 외부성기의 형태는 남성과 여성의 중간형태가 많다), 性染色體와 精巢·卵巢는 정상이지만 표현의 性이 반대로 나타나는 男性假性半陰陽과 女性假性半陰陽이 있다(洪春義, 「性轉換과 戶籍訂正」, 18쪽).

19) 半陰陽에는 眞性半陰陽과 假性半陰陽이 있고, 假性半陰陽에는 女性假性半陰陽과 男性假性半陰陽이 있는 것으로 분류하고 있다. 女性假性半陰陽이라 함은 성호르몬분비의 이상으로 인하여 性腺은 난소이면서 외부성기는 남성화로 보이는 경우를 말하고, 男性假性半陰陽이라 함은 性腺은 고환이면서 외부성기가 애매하거나 불완전한 남성화 또는 완전한 여성화를 보이는 현상을 말한다(洪春義, 「性轉換과 戶籍訂正」, 18쪽 이하).

20) 洪春義, 「性轉換과 戶籍訂正」, 18~19쪽.

21) 최정학, 「성전환의 법적 문제점」, 민주법학 제14호(관악사, 1998)(이하, 「성전환의 법적 문제점」이라 부른다), 218쪽.

22) 大島俊之, 「性轉換과 法」, 81면.

위화감이나 불쾌감을 느끼고 肉體的 性과 精神的 性を 일치시키기 위하여 性轉換手術을 강력히 희망하는 증후군을 의미한다. 이미 日本의 精神神經學會에서는 「『性同一性障礙』로서의 『性轉換症』이라 함은, 생물학적으로는 완전히 정상이고 자신의 육체가 어느 性에 소속하고 있는가에 대하여 확실히 인지하고 있으면서, 한편으로는 인격적으로 자신이 다른 性에 소속하고 있다고 확신하고 있는 상태」라고 정의한 바 있다.²³⁾ 이에 비하여 부산지방법원 가정지원에서 대한의사협회에 보낸 의견조회에 따른 회신(2001. 12. 31)에서는 「성전환증이란 해부학적인 성과 정신적 성에서 성적 주체성의 불일치를 주 증상으로 하는 성정체성장애를 말하며, 그 장애의 가장 심한 형태로는 자신의 선천적인 해부학적 성에 대하여 지속적으로 불편감과 부적절감을 느끼며, 최소한 2년 이상 반대되는 성의 일원으로 살아가고자 하며, 1차 및 2차적 성징을 제거하고 상대 성징을 얻으려는 집착에 사로잡혀 있는 상태를 말한다」라고 포괄적으로 정의한다.²⁴⁾ 이와 같이 대한의사협회의 정의 방식에 따라 性轉換症 概念을 종합하면, 다음과 같다.²⁵⁾ 첫째, 생물학적으로는 아무런 이상이 없는 자기 신체의 성을 거부한다. 둘째, 심리적, 정신의학적으로 자기가 다른 성에 속한다고 확신한다. 셋째, 그 확신에 따라 생각하고, 행동한다.

따라서, 男·女의 구별없이 자기의 性과 다른 性에 대한 복장, 장신구 또는 화장품 등에 특별한 흥미를 보이거나 자신이 다른 性으로 變裝하였을 때의 모습을 상상하는 異性裝症(transvestism), 비교적 성장기 초기부터

23) 日本精神神經學會性同一性障礙に關する特別委員會, 「性同一性障礙に關する答申と提言」, 精神神經學雜誌, 第99卷第7號, 534面. 또한 1998년과 1999년 두 차례에 걸쳐 공식적인 성전환 수술을 실시한 바 있는 일본의 埼玉醫科大學의 의료윤리위원회도 “日本精神神經學會性同一性障礙に關する特別委員會”의 答申에 따라 性轉換手術을 승인하였다 - 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」, 判例時報第1692號(2000), 33面.

24) 高宗柱, 「性轉換手術로 인한 戶籍公簿上 性別의 訂正」, 8쪽 참조 : 이에 비하여, 의학적으로 성전환증(transsexualism)은 성적 주체성 장애의 가장 심한 형태로서 사춘기 이후에도 자신의 선천적 성에 대해 지속적으로 불편감과 부적절감을 느끼며 2년 이상 일차 및 이차적 성징을 제거하고 반대성징을 획득하려는 집착에 사로잡혀 있는 상태를 말한다는 정의도 있다 - 최병무, 「성전환증의 진단과 치료」, 465쪽 참조.

25) 高宗柱, 「性轉換手術로 인한 戶籍公簿上 性別의 訂正」, 8쪽.

자신의 육체적 性과는 다른 性的 行爲양태로 편향하여 다른 性에 대한 흥미와 관심을 나타내면서도 다른 性에로의 전환을 적극적으로 희망하지 않는 이른바 同性愛(homosexuality), 同性 또는 異性을 구별하지 않고 性 交渉行爲를 자행하면서도 他性에로의 전환을 희망하지 않는 兩性愛(bisexuality), 變性을 원하거나 망상에 사로잡힌 精神病症 등과 『變性症』은 구별하여야 한다.²⁶⁾ 위와 같은 개념정의에 따르면, 性轉換症(transsexualism)은, 異性裝症(transvestism), 同性愛(homosexuality)와 兩性愛(bisexuality) 그리고 間性(intersexuality) 등의 개념과는 구별하여야 한다. 즉 性轉換症이 性的 歸屬感에 대한 문제라면, 同性愛와 兩性愛는 性的 趣向의 문제라 할 것이고, 間性은 性的 確認 및 確定에 관한 문제라 할 수 있다.²⁷⁾ 또한 異性裝症(transvestism)은 단순한 자기의 外形的 性表現에 관한 趣向이라 할 수 있고, 變性을 원하거나 망상에 사로잡힌 精神病症은 정신질환의 일종이라 할 것이므로 정신과적 치료의 대상이 될 뿐이라 할 것이다.

4. 性轉換者와 性轉換症者

위와 같이 이해할 경우, 결국 性轉換症에 관한 문제는 性的 趣向의 문제인 同性愛와 兩性愛, 異性裝症 등의 개념과는 구별하여 논의하여야 할 것이고, 아울러 性轉換者의 개념과 性轉換症者의 개념 또한 일단 구별하여 논의하여야 할 것이다. 왜냐하면, '性轉換者'라 함은 의학적 치료방법-정신과적 치료, 행동치료, 호르몬치료, 외과적 수술(sex reassignment surgery-SRS : 性正位手術)²⁸⁾-에 관한 일정한 치료과정 및 기준에 따라 성 전환수술을 받았는가 아니면 일정한 의학상의 치료과정과는 무관하게 자

26) 大島俊之, 「性轉換と法」, 82面.

27) 문유석, 「性轉換手術을 받은 者의 性別-대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결」, 인권과 정의, 제311호(2002. 7.)(이하, 「性轉換手術을 받은 者의 性別」이라 한다), 88쪽 이하 참조.

28) 이른바 'sex reassignment surgery'에 대하여 "性適合手術"이라 부르기도 하지만, 최근 의학계에서는 "性正位手術"이라 부르는 것이 바람직하다는 견해가 제기되고 있다.

의적으로 외과적 치료를 행하였느냐를 굳이 묻지 않고, 육체적·외형적으로는 他性으로 전환을 감행한 자를 일컫는 용어라면, ‘性轉換症者’라 함은 일정한 의학적 치료과정을 거치지 않고 反對性에의 귀속감을 강하게 지니고 있는 의학적 치료의 대상인 性的 主體性 障礙症狀을 지니고 있는 자를 의미하는 것으로 이해하는 것이 타당할 것이다.

그러나, 하나의 사회현상으로 나타난 ‘性轉換症’이 『일종의 정신질환』이라 한다면, 이에 대한 치료과정 및 치료기준에 대하여도 醫學的 適合性 및 醫學的 適應性에 대하여도 검토하지 않으면 안될 것이다. 그럼에도 불구하고, 일반적으로 性主體性障礙者에 관한 法的 處遇에 대하여는 의함에 있어서 그 대상을 ‘性轉換者’에 국한하여 논의하는 경향이 농후하다. 즉 ‘性轉換者’의 戶籍訂正과 관련하여 性轉換手術을 거친 자에 대하여 戶籍訂正을 인정할 것인가 아닌가에 대하여 논의하고 있을 뿐, ‘性轉換症者’에 대하여 어떠한 치료방법과 기준에 따라 치료과정을 거쳐 그리고 어떠한 법적 판단기준에 따라 호적상의 성별정정을 허가할 것인가, 그와 병행하여 또는 그와 별개로 改名을 허가할 것인가에 대한 의학적·사회적·법적 매카니즘에 대해서는 거의 논의하지 않고 있다. 결국, 의학적 치료과정에 대해서는 의학계의 판단 및 시술결과를 신뢰한 채 호적정정 허가여부에 관한 법적 판단에 전적으로 사로잡힌 논의에 거치고 있다 할 것이다. 따라서 性正位手術을 희망하지 아니하는 性主體性障礙者가 戶籍訂正을 희망할 경우 그에 대한 법적 處遇를 어떻게 할 것인가에 대하여도 논의할 필요가 있다.

이와 같은 문제의식을 포함하여, 우리나라에서는 性主體性障礙者에 대하여 어떠한 法的 對應策을 강구하여 왔는지, 이하에서 살펴보기로 한다.

Ⅲ. 우리나라 性轉換者 및 性轉換症者에 대한 法的 視角

1. 事例에 나타난 性轉換症者에 대한 法的 視角

1) 刑法—強姦罪의 客體性

【대법원 1996 . 6 . 11. 선고, 96도791 판결】

(1) 사실관계

피고인들이 공소외 Y와 합동하여, H호텔 부근에서 호객행위를 하던 피해자 K(36세)를 승용차에 납치하여 H건물 부근의 골목길로 끌고 간 후 폭행과 협박을 가하여 피해자의 반항을 억압한 다음 차안에서 여성으로 성전환 수술을 받은 피해자를 운간하고 이로 인하여 피해자로 하여금 전치 1주를 요하는 안면부타박상 등을 입게 하였다.

이에 검사는 주위적으로 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제9조 제1항, 제6조 제1항, 형법 제297조 위반죄로, 예비적으로 동법 제9조 제1항, 제6조 제2항, 형법 제298조 위반죄로 공소를 제기하였고, 제1, 2심 모두 피해자는 형법 제297조 강간죄의 객체가 되는 “부녀”가 아니라는 이유로 주위적 공소사실은 무죄, 예비적 공소사실인 합동강제추행치상을 유죄로 각 인정하였다. 이에 검사는 무죄부분에 대하여 상고하였다.

(2) 판결요지

형법 제297조는 ‘폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자’라 하여 객체를 부녀에 한정하고 있다. 위 규정에서 부녀라 함은 성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하며 곧 여자를 가리키는 것이라 할 것이다.

무릇 사람에 있어서 남자, 여자라는 성(性)의 분화는 정자와 난자가 수정된 후 태아의 형성 초기에 성염색체의 구성(정상적인 경우 남성은 XY, 여성은 XX)에 의하여 이루어지고, 발생과정이 진행됨에 따라 각 성염색체의 구성에 맞추어 내부생식기인 고환 또는 난소 등의 해당 성선(性腺)이 형성되고, 이어서 호르몬의 분비와 함께 음경 또는 질, 음순 등의 외부성기가 발달하며, 출생 후에는 타고난 성선과 외부성기 및 교육 등에 의하여 심리적, 정신적인 성이 형성되는 것이다.

그러므로 형법 제297조에서 말하는 부녀, 즉 여자에 해당하는지의 여부도 위 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할(성전환의 경우에는 그 전후를 포함하여) 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를

종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 할 것이다.

그런데, 원심판결 이유와 기록에 의하면, 위 K는 1958. 8. 3.생이고 남성으로서의 성기구조를 갖춘 남자로 태어나 남자 중학교까지 졸업하였으나 어릴 때부터 여자 옷을 즐겨 입거나 고무줄 놀이와 같이 여자가 주로 하는 놀이를 즐겨하는 등 여성으로서의 생활을 동경하고 여성으로서의 성에 귀속감을 느낀 나머지 1989년경부터 수년간 여장남자로서의 행세를 하여 오다가 1991년과 1992년 일본에 있는 병원에서 자신의 음경과 고환을 제거하고 그 곳에 질(腔)을 만들어 넣는 방법으로 여성으로의 성전환 수술을 받음으로써 여성으로서의 질 구조를 갖추고 있고 유방이 발달하는 등 외관상으로는 여성적인 신체구조를 갖추게 되어 보통의 여자와 같이 남자와 성생활을 할 수 있으며 성적 쾌감까지 느끼고 있으나 여성의 내부성기인 난소와 자궁이 없기 때문에 임신 및 출산은 불가능한 상태라는 것이다. 그리고 위 K는 본래 남성으로서, 달리 여성의 성염색체 구조를 갖추고 있다거나, 성염색체는 남자이면서 생식선의 분화가 비정상적으로 되어 고환과 난소를 겸비한 진성반음양, 또는 고환이나 난소의 발육이 불완전한 가성반음양이라고는 인정되지 아니한다.

그렇다면 위 K가 비록 어릴 때부터 정신적으로 여성에의 성귀속감을 느껴 왔고 위의 성전환 수술로 인하여 남성으로서의 내·외부성기의 특징을 더 이상 보이지 않게 되었으며 남성으로서의 성격도 대부분 상실하여 외견상 여성으로서의 체형을 갖추고 성격도 여성화되어 개인적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있다 할지라도, 기본적인 요소인 성염색체의 구성이나 본래의 내·외부성기의 구조, 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환 수술을 한 경위, 시기 및 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점, 그리고 이에 대한 사회 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 보면 위 K를 사회통념상 여자로 볼 수는 없다 할 것이다.

(3) 對象判決에 대한 評價

위 대법원 판결에서, 성의 구별은 「...발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이

고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할(성전환의 경우에는 그 전후를 포함하여) 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 할 것」이라 하여, 합리적인 성별판단기준을 제시하고 있다. 이와 같은 성별판단기준에 대해서는 일반적으로 타당한 것으로 받아들이고 있는 듯하다.²⁹⁾

그러나 위 사건 대법원 형사판결에 대하여, 「본 대법원 판례는 발생학적 성인 성염색체의 구성을 기본요소로 하여 신체외관, 정신적·심리적 성, 사회생활에서 수행하는 성역할을 종합적으로 고려하여 성전환자의 성을 판단해야 한다고 하면서 정작 자신(위 판결에서의 대법원을 의미하는 것으로 사료됨-필자 주)은 성염색체의 구성에 집착하여 그 밖의 다른 기준을 판단척도로 삼는데 소홀히 하였다」라고 비판³⁰⁾하는가 하면, 「위 판결 스스로가 법률상 성별은 사회통념에 따라 결정된다고 규정하고 있는 바, 사회통념이란 불변의 개념이 아니라 국가, 사회, 시대에 따라 다를 수 있고, 같은 사회에서도 얼마든지 변화하여 가는 개념이므로, 결국 사회통념에 따라 성별이 결정된다는 것은 性的 可變性을 인정함을 전제로 한 것이라는 점에 비추어 볼 때, 위 판결이 제시하고 있는 성의 구별에 대한 일반론과 이를 실제 사안에 적용한 결론은 다소 자기모순적인 것이 아닌 가 하는 의구심이 든다」라고 의문³¹⁾을 제기하고 있다. 더욱이, 위의 대법원 형사판결에서 법률상 성별은 『사회통념』에 따라 결정하여야 한다는 판시부분에 대하여, 「불확정 개념인 사회통념의 내용이 이와 같은 사안에

29) 鄭賢美, 「強姦罪의 客體 - 性轉換手術者의 強姦罪의 客體 與否-」, 考試界 제42권 제12호(통권 제490호)(이하, 「強姦罪의 客體」라 부른다), 65쪽(우선 이러한 판단기준은 합리적이라고 할 수 있다) ; 문유석, 「性轉換手術을 받은 者의 性別」, 人權과 正義 제311호(2002. 7)(이하, 「性轉換手術을 받은 者의 性別」이라 부른다), 91쪽(…고전적인 성염색체 단일기준을 탈피한 진보적이고 종합적인 기준을 제시한 것이라고 볼 수 있다). 최근 성전환자의 성별과 이름의 정정을 허가한 【부산지방법원 가정지원 2002. 7. 3. 2001호과 997, 998결정】 사건 결정에서도, 「성개념에 관하여도 동물과 같은 자용개념으로만 논할 것이 아니라 이와 함께 정신적·사회적 성별개념을 이해하고 이에 따라 새로운 방식으로 사람의 성별을 구분할 수 있어야 한다」라고 논하면서, 그 근거로서 위 대법원 형사판결을 인용하고 있다.

30) 鄭賢美, 「強姦罪의 客體」, 66쪽.

31) 문유석, 「性轉換手術을 받은 者의 性別」, 92쪽.

서 무엇을 의미하는지도 잘 알 수가 없다」는 지적도 있다.³²⁾

결국, 위의 대법원 형사판결은 성별판단기준에 대해서는 훌륭한 기준을 제시하였으나, 당해 사안판단에서는 결국 고전적인 성염색체에 의한 성별 결정론으로 회귀함으로써, 전제와 판단에 논리적 모순이 존재함을 부인하기 어려운 것이다.

2) 民法 - 戶籍訂正과 改名³³⁾

(1) 戶籍訂正을 許可하지 아니한 事例

① 【서울가정법원 1987. 10. 12. 87호파3275 결정】(I)

남성이 여성으로 성전환수술로 외형상이나 성격상 여성화되었다고 하더라도 인간의 성별은 성염색체의 여하에 의하여 결정되어야 하므로 성염색체의 변화가 없는 이상 성별정정은 인정되지 않는다.

② 【수원지방법원 1990. 8. 21. 90브10 결정】³⁴⁾(II)

항고인은 1959. 7. 2. 소외 망 父 X와 소외 망 母 Y와의 사이에서 차남으로 태어나 유년시절부터 여자 옷을 입고 화장을 하며 여자「애」들과 어울려 노는 등 여자「애」처럼 유년시절을 보내고 남자친구들과 제대로 어울리지 못하여 점차 내성적인 성격이 되는 등 소년시절을 제대로 적응하지 못하자 상경하여 음식점이나 주점의 웨이터 등으로 종사하다가 16세가 될 무렵부터 서울의 이태원에 있는 술집 등에서 술손님에게 술을 따라주거나 무대에 나와 춤을 추는 등 여장남자(일명 게이보이)의 행세를 하여 오다가 22세때 군에 입대하여 방위병으로 1년간의 병역의무를 마친 사실, 항고인은 제대후에도 계속하여 여자로서의 생활을 동경할 뿐 아니라 그에 만족을 느끼고 더 나아가 앞으로 계속 여자로 지내고 싶다는 열망을 갖게 되어 의사의 진찰을 받은 결과 성염색체상으로는 남성으로

32) 高宗柱, 「性轉換手術로 인한 戶籍公簿上 性別의 訂正」, 33쪽.

33) 이하 戶籍訂正 決定事例에 대해서는 상당부분 高宗柱, 「性轉換手術로 인한 戶籍公簿上 性別訂正」, 5쪽 이하의 자료를 참조하였다. 아래에서는 戶籍訂正을 허가하지 아니한 사건 5건과 허가한 사건 4건을 소개한다. 그 외에도 다수의 결정사례가 있을 것으로 예상되나, 이 논문에서는 총 9건의 사례를 중심으로 고찰하기로 한다.

34) 이 결정은 【수원지방법원 여주지원 1990. 6. 7. 90호파98 결정】사건에 대한 항고심 결정이다.

서 아무런 이상이 없으나 항고인의 위와 같은 심리 및 행동이 성전환증이라는 정신적 질환에 기인한 것이라는 진단을 받고 그 이후 신체의 골격 및 근육질을 여성화하고 유방의 형성을 어느 정도 촉진하는 등 호르몬치료를 받아오던 중 1990. 2. 7. ○○대학교병원에서 항고인의 고환 및 음경을 절제하고 질성형술을 시행하는 성전환수술을 받게 되었는데 위 수술에 의하여 보통여자와 같이 남자와 성생활을 할 수는 있으나 남성의 내부성기인 전립선과 정낭은 체내에 남아 있고 또한 여성의 내부성기인 난소와 자궁이 없기 때문에 임신과 출산은 불가능한 상태에 있는 사실, 현재 항고인은 남자에인을 사귀면서 술집의 무용수로 종사하고 있는 사실 등을 인정할 수 있다. (중략)

원래 남성이던 항고인은 이 사건 신청을 하기 몇 개월 전부터 몸이 이상하여 1990. 2. 7. ○○대학병원에서 성전환수술을 받은 이후 음성이나 외모 등 신체구조가 여자로 되어 신청「인」의 성명미상의 남자와 동거생활을 한 적도 있고 현재는 무용수로 근무하는 등 여성으로서의 사회생활을 하고 있음에도 불구하고 호적상으로는 여전히 남자로 기재되어 있기 때문에 사회생활을 함에 막대한 지장이 있으므로 현재의 성에 부합되도록 하기 위하여 이 사건 호적정정을 신청하였으나 원심법원이 기각결정하여³⁵⁾ 이에 불복·항고하였다.

항고심법원은 다음과 같이 결정하였다. 즉 호적법 제120조에 의하면 호적의 기재가 법률상 허용될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 유류가 있다고 인정되는 때에 이해관계인이 그 호적이 있는 지를 관할하는 가정법원의 허가를 얻어 호적의 정정을 신청할 수 있다고 정하고 있는 바, 성

35) 원심법원에서는 다음과 같이 결정하였다(수원지법 여주지원 1990. 6. 7. 90호파98 결정). 성은 출생과 동시에 부여받은 것으로서 인위적으로 변경을 허용해서는 아니되며, 이러한 견해는 남녀의 구별을 그 변경이 불가능한 성염색체상의 성에 따라 구별하여야 함에 연유하는 것이다. 현재 의학상 시술되고 있는 성전환 수술은 완전한 성의 전환수술이 아니라 본래의 성의 일부를 제거하고 반대 성의 일부 기능을 갖게 하는 정도의 수술에 불과하기 때문에 그 수술로 인하여 성의 전환은 이루어 질 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 남녀구분은 성 염색체설에 근거하고 있으며, 성염색체가 남성이고, 난소가 없어 임신이 불가능하기 때문에 여성으로 인정할 수 없다.

별의 정정은 신분관계에 중대한 영향을 미치는 사항이지만 이는 본래 순수한 사실관계로서 명백한 사항이고 성별을 확정하는 판결절차도 없으므로 원칙적으로 위 법조에 의하여 진실과 달리 기재된 호적상의 성별을 정정할 수는 있다 할 것이다.

그러나 호적정정은 처음부터 진정한 신분관계에 부합하지 않는 경우에 호적의 기재를 진정한 신분관계에 일치시키기 위한 것이기 때문에 올바른 호적기재가 이루어진 후 후발적으로 신분관계가 변경된 경우에는 그 변경된 신분관계의 내용을 새로 추가하여 기재하여야 할 뿐, 종전의 올바른 호적기재를 정정할 수는 없다 할 것이다.

그러므로 성염색체의 이상이 생기거나 성호르몬분비의 이상으로 인하여 성별의 분화가 비정상적으로 된 경우 예를 들면 진성반음양(성염색체는 정상이나 생식선의 분화가 비정상적으로 되어 고환과 난소를 겸비하고 외성기도 남자의 성기인지 여자의 성기인지 구분하기 어려운 경우를 말한다) 또는 가성반음양(호르몬분비의 이상으로 인하여 남성에게 여성의 성징이 나타나거나 그 반대의 현상이 일어나는 경우를 말한다.) 등의 경우에는 호르몬요법이나 성전환수술에 의하여 진정한 성으로 회복시켜 주거나 완성시켜주므로 치료 및 수술후의 성과 호적상의 성이 일치하지 않는 경우가 생기면 출생 후 신고한 성의 기재를 치료후의 진정한 성과 일치시키기 위하여 호적정정의 방법에 의하여 성별을 정정할 수 있다 할 것이나, 성염색체나 외부성기 등 육체적인 성별에는 이상이 없는데도 성자아나 성별동일성의 인식에 장애가 있어 본인 스스로 반대의 성에 속한다고 믿고 그 성으로서 생활을 하는 성전환증의 경우 이는 일종의 정신질환으로서 그에 대응하여 심리학적, 정신의학적인 치료나 호르몬요법에 의하여 치료를 하고 이에 의하더라도 치유가 불가능하여 환자가 일상생활을 하는데 정신적 고통을 받아 부득이 외과적인 수술로서 환자가 바라는 반대의 성이 지니는 일부 해부학적인 성기의 외관을 갖추어 놓은 경우 그 인위적 상태대로의 성을 인정할 것인가는 의학의 전결사항이 아니며 사회적, 법적 평가의 문제라고 보아야 할 것이다.

나아가 살피건대, 우선 현재의 의학수준에 의한다 하더라도 수술 후 육

체적으로 반대의 성이 갖는 해부학적인 성의 구조를 완벽하게 재현할 수는 없는 실정이고, 위에서 본 호적정정의 제도의 취지에 비추어 볼 때 출생 당시 육체적 구조에 부합하는 올바른 성별의 기제가 있는 이상 그 후 성전환증으로 말미암은 환자의 정신적 증세의 치료를 목적으로 하는 외과적인 수술에 의하여 반대의 성에 가까운 새로운 해부학적인 일부성기의 성형을 이루었다 하더라도 이와 같이 인위적인 성의 변경이 시도된 경우에 본래의 성별에 관한 호적기재에 착오가 있다거나 유류가 있다고는 보기 어렵다 하겠다」라고 판시하면서, 다음과 같은 결론을 도출하였다.

즉 「원래 성염색체상은 물론 육체적으로 완전한 남성으로서의 신체적 구조와 내외부성기를 갖추고 있던 이 사건 항고인이 사춘기를 거치면서 여성이 되고 싶어하고 여성의 복장을 입는 등 정신의학상 성전환증 환자가 되어 이를 치료하기 위하여 호르몬을 투여하는 등 내분비적인 치료를 받고 군복무를 마친 후 30세때에 자신의 음경과 고환을 절제하고 인공적으로 질을 성형하는 내용의 성전환수술을 받고 무용수로 종사하면서 현재에도 자신과 반대되는 여성으로 지내고 싶어 그렇게 생각하고 행동하고 있는 상태에 놓여진 사실을 알 수 있으나 항고인은 위와 같은 내용의 외과적 수술을 통하더라도 반대의 성인 여성으로서의 주요한 내부성기를 지니지 못한 채 여성에 일치하는 일부의 해부학적 구조가 인위적으로 만들어져 있음에 불과하다 할 것인즉 성별구별에 관한 앞서 본 의학상의 견해를 고려한다 하더라도 현재 우리사회의 상식이나 사회적 가치관에 비추어 항고인을 완전한 여성이라고 볼 수는 없다 할 것」이라고 판시하여, 원심판단을 지지하면서 항고를 기각하였다.

③ 【서울지방법원 북부지원 1990. 6. 29. 90호파451 결정】(Ⅲ)

우리나라 헌법에는 국가가 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 혼인과 가족생활을 보호하도록 되어 있으나 여기서 양성이란 성염색체로 구분된 남성과 여성을 의미함으로써 성전환 수술을 한 사람을 국가가 보호해 줄 필요가 없으며 남녀의 성은 천부적으로 타고난 것으로 이를 성전환 수술 등의 인위적 방법을 통해 변경한 것은 인정할 수 없고, 비록 다른 법원의 결정을 통하여 성별을 정정하였다 하더라도 개명허가 신청을

받아들일 경우 이를 추인하는 의미가 있어 개명허가 신청을 기각한다.

④ 【광주지방법원 1995. 10. 5. 95브10 결정】(IV)

인간의 성을 결정하는 기준으로는 여러 가지의 요인이 고려될 수 있으나 인간의 사회생활을 규율하기 위한 호적제도하에 있어서의 성을 결정함에 있어서는 발생학적 성인 성염색체의 구성이 가장 중요한 기준이 되어 특단의 사정이 없는 한 성염색체의 구성에 따라 결정되는 성과 다른 성을 인정할 수 없다 할 것인 바, 비록 항고인이 출생 당시 확인된 성인 남성으로서의 외형적 특징을 더 이상 보이지 않게 되었으며 남성으로서의 성격도 상실하여 외견상 여성으로서의 사회생활을 영위해 가고 있을지라도 항고인이 성염색체의 구성에 있어 정상적인 남성의 성염색체 구성을 갖추고 있는 이상 항고인의 위와 같은 증상이나 사유는 정신의학적으로 성적 동일화의 이상인 변성증이란 증후군의 증상을 보이는데 불과하고 위와 같은 증상이나 사유만 가지고 바로 법적인 성을 결정하는 호적상의 성을 「여」라 할 수는 없다.³⁶⁾

⑤ 【대구지방법원 가정지원 2001. 4. 24. 2001호파653 결정】(V)

사람의 성별이 수정시 성염색체에 의하여 결정되면 그 후 변경될 수 없다는 사실은 생물학적으로 명백하고, 이러한 이치는 여성으로 출생한 사람의 신체외관이 이른바 성전환 수술이란 인위적인 방법으로 남성으로의 성징을 구비하는 것처럼 보이도록 전환되었다고 하여 달리 볼 수 없으며, 나아가 이 사건의 경우 가사 신청인의 염색체가 출생시부터 정상적인 여성으로서의 그것과는 달랐다고 하더라도 신청인이 비정상적인 여성임에 그치는 것이 아니라 처음부터 남성이었다고 볼 아무런 증거도 없다. 또한 우리의 법체계는 병역법, 민법, 형법 등 여러 법률에서 국민의 성별을 기준으로 하여 그 규율을 달리하고 있으므로, 성전환을 허용하는 특별법이 아직 없는 이상 신청인이 일상의 사회생활에서 뿐만 아니라 국가에 대한 관계에서도 남성임을 공인 받고 싶다고 하여 이를 허용할 수는 없

36) 원심법원의 결정도 같은 입장을 취하고 있다(광주지방법원 순천지원 1995. 4. 8. 95파 453 결정). 이 항고심결정에 대한 평석으로서는 洪春義, 「性轉換과 戶籍訂正」, 14쪽 이하 참조.

다 할 것이다.³⁷⁾

(2) 戶籍訂正을 許可한 事例

① 【청주지방법원 1989. 7. 5. 89호파299 결정】(VI)

“성염색체 이상증”의 진단서가 첨부돼 남성으로서의 염색구조에 이상이 있을 뿐 아니라 호적판결은 신청인의 사회적 신분을 결정하는 것이기 때문에 신체적 조건을 갖춘 이상 일상생활에서의 불편함을 덜어줄 필요가 있다.³⁸⁾

② 【대전지방법원 천안지원 1990. 4. 19. 90호파71 결정】(VII)

외부성기의 구조 및 정신의학적 상태로 볼 때 사회적, 법률적으로 여성으로서 생활하는데 불편이 없도록 하여야 하며, 유전학[적]상의 염색체에 의한 성 구분을 중시하는 견해도 있으나 정신이나 신체가 완전한 여성인데도 호적으로 계속 남성으로 남았을 경우 군 입대 등 사회생활이나 법적 권리의무 행사에서의 불편이 크다는 점을 참작하여야 한다.

③ 【서울지방법원 의정부지원 1995. 2. 18. 94호파1057 결정】(VIII)

신청인은 1955년생. 성염색체는 46XY, 성전환증으로 [진단]받아 10년 이상 여성호르몬을 투여한 결과 고환, 전립선, 정낭은 심한 위축상태에 있고 유방, 체형, 피부는 여성화되어 있었음. 가수로 10여년간 종사하면서 술집을 경영하였음. 성전환증으로 진단받아 병역의무는 면제·조치받음. 1993년 신촌 세브란스 병원에서 진성의 성전환증이라는 진단에 따라 외과적 수술을 받음. 남자에서 여자로 호적상의 성별정정과 함께 개명을 허가함. 허가당시 연령 40세.

(이유에 대해서는 기재 없음)

④ 【부산지방법원 가정지원 2002. 7. 3. 2001호파997, 998 결정】(IX)

37) 어느 지역 예비군 중대장으로부터 소속예비군 중 性轉換手術을 받은 한사람의 성별을 묻는 질의를 받은 대법원은 1993. 1. 12. 법정국장 명의로 性轉換症의 경우에는 본래의 성과는 다른 성징을 갖는 것으로 호적상의 性別訂正은 不可하다는 취지의 회신을 한 사례가 있다고 한다(高宗柱, 「性轉換手術로 인한 戶籍公簿上의 性別의 訂正」, 6쪽 주 11) 참조).

38) 이 결정은 남자에서 여자로 성별정정을 허가한 사례로서, 間性에 대한 性別을 확인한 경우에 해당하는 것으로 보인다(同旨 : 高宗柱, 「性轉換手術로 인한 戶籍公簿上의 性別의 訂正」, 7쪽 주 12) 참조).

신청인은 남자의 외부성기를 가지고 태어나 호적상 성별이 남자로 기재되어 있으나 어릴 때부터 남자로서의 의식과 행동은 전혀 없었고, 오히려 자신을 여자로 생각하고 여자 옷을 입는 등 신체의 성과는 다른 성으로서의 역할을 하면서 우울하고 힘든 삶을 살아왔다. 그러던 중 정신과 의사로부터 선천성 성전환증이라는 진단을 받은 후 정신요법 등의 치료를 거쳐, 1999. 6. 국내의 한 병원에서 남자에서 여자로 성전환수술을 받았다. 이에 따라 신청인은 호적에 기재된 성별의 정정과 아울러 남자임을 전제로 지은 이름을 여자 이름으로 바꾸어 달라는 취지의 허가를 구하였다.

이에 대하여 법원은, 성전환수술과 이로 인한 성별정정에 관한 국내외 문헌의 내용을 참고하여, 다음과 같이 결정하였다.

(1) 사람의 성은 남녀로 양분되고, 이에 따라 우리 사회는 남녀 양성체제로 구성·운동되어 왔다. 사람이 출생하면, 호적관서에 출생 연월일, 성명과 함께 성별을 신고하여야 하고, 호적에 기재된 성별은 대체로 그 사람의 불가변의 법률상 성별로서 이에 따라 가족과 사회 내에서 일정한 지위와 성적 역할이 부여된다.

(2) 사람의 성을 구분하는 요소로는 우선 생물학적 요소로 성염색체, 성호르몬, 생식선(내부성기), 외부성기를 들 수 있고, 정신의학적·심리적 요소로는 2차 성징, 양육 또는 교육으로 인한 성, 성 역할 등을 들 수 있으나, 크게[로]는 생물학적 성(sex)과 정신적·사회적 성(gender)의 둘로 나누는 것이 보통이다.

(3) 사람은 생물학적 존재임과 동시에 사회적·정신적 존재이다. 따라서 성개념에 관하여도 동물과 같은 자동개념으로만 논할 것이 아니라 이와 함께 정신적·사회적 성별개념을 이해하고 이에 따라 새로운 방식으로 사람의 성별을 구분할 수 있어야 한다(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도 791 판결 참조). {(4)중략}

(5) 성전환증(transsexualism)은 외부성기로 표현된 자기 신체의 성과 자신이 인식하는 성이 일치하지 아니하는 성정체성장애의 일종으로서, 자신의 신체적 성을 극도로 혐오하여 이를 제거하거나 변형하여 상대 성징을 얻으려는 집착에 사로잡혀 있는 상태를 말한다. 이는 동성애나 이성복장

증 등과 같은 성적 취향이나 기호의 문제가 아니며, 보통의 정신병과도 다른 것으로서 극단적인 경우에는 자살이나 성기절단을 시도하게 되는 대단히 심각하고도 절실한 고통을 가진 특이한 병적 현상이다. 사회는 이들에 대하여 의학상, 법률상, 사회생활상의 신중하고도 적절한 처우를 하여야 한다. {(6)중략}

(7) 성전환수술이 합리적인 기준에 따라 정당하게 시행된 경우에는 법률상의 성별정정도 특별한 사정이 없는 한 이에 따라야 한다. 명문의 규정이 없다는 이유로 국가기관은 그들에 대한 협력을 거부할 수 없다. 왜냐하면, 성개념은 본래 법률상 고유개념이 아니라, 성 의학 및 생물학으로부터의 차용개념으로서 자연과학에서 엄밀하게 확인된 성은 법률에서 이를 받아들여야 하고, 성전환증 환자는 인간으로서의 존엄과 가치를 향유하며, 행복을 추구할 권리를 가진 존재이므로, 사회질서나 공공복리에 반하지 않는 한 자기결정권(프라이버시 존중의 권리)을 지닌 소수자로서, 헌법이념에 따라 마땅히 보호를 받아야 하기 때문이다. {(8)중략}

(9) 법률상 성별정정을 위하여는 호적법의 개정이나 위와 같은 특별법의 제정이 이상적이나 현행법령의 헌법합치적 해석과 수술의 정당성여부를 검증할 합리적 기준이 마련된다면, 별도의 입법조치가 없어도 성별정정의 허가는 가능하다.

(10) 법률상 성별정정의 합리적 기준에 해당하는 요건으로 들 수 있는 것은 의학상 요건과 법률상 지위에 관한 요건이 있다. 전자의 것으로는 ① 2인 이상의 정신과 의사가 인정하는 진성의 성전환증 환자이어야 하고, ② 2년 이상 심각한 성정체성장애의 증세를 보이는 상태에서, 6개월 이상 적어도 1인의 정신과의사가 환자의 상태를 지속적으로 관찰하면서 정신요법, 호르몬요법을 실시하였으나 고통이 경감되지 아니하였어야 하며, ③ 공인된 병원에서 시술한 외과적 수술을 통하여 성적 외관이 반대의 성으로 변경되었어야 하며, ④ 상당한 기간 동안, 반대의 성에 상응하는 사회적 역할 또는 행동이 있어야 하고, ⑤ 생식능력을 상실하였어야 하며, ⑥ 장래 성 인식의 재전환 가능성이 현저하게 낮아야 한다는 것 등을 들 수 있다. 후자의 것으로는 ① 원칙적으로 내국인이어야 하고, ②

만 23세에 이르러야 하며, ③ 의사능력 및 행위능력이 있어야 하고, ④ 미혼이거나 현재 혼인관계에 있지 않아야 한다는 것 등이다.

(11) 수술 전의 성에 적합한 종전의 이름이 성전환자의 성정체성의 유지 또는 확보나 성공적인 사회적응에 장애가 된다면, 본인의 희망에 따른 개명을 허가하여야 한다.

(12) 요컨대, 성전환자는 우리 시대의 대표적인 성적 소수자로서, 정당한 의학상·법률상 처우를 받아야 한다. 그뿐만 아니라 사회구성원 또한 그들의 정상적인 사회 내 적응을 적극적으로 지원하여야 한다.

(「인정사실」에 대해서는 중략)

이러 당해 법원은 사실관계에 기초하여 다음과 같이 판단하였다.

(1) ① 신청인은 서로 관련 없이 의료계에 종사하고 있는 3인의 면허 있는 정신과 의사로부터 일정기간의 검사와 관찰을 거쳐 진성의 성전환증 환자라는 진단을 받은 바 있고, ② 2년이 훨씬 넘는 오랜 기간, 심각한 성정체성장애에 시달려 온 신청인의 증상을 진단한 의료인들은 상당기간에 걸쳐 신청인이 지닌 위 증상을 관찰하면서 이로 인한 고통 경감을 위하여 정신요법과 호르몬 요법을 꾸준히 시행하였으나 특별한 효과를 기하지 못하였으며, ③ 결국 성적 외관을 반대의 성으로 변경하는 외과적 수술을 통하여 외부성기와 외모 및 체형이 여성으로 인식됨에 충분한 정도에 이르렀음은 물론, ④ 위 수술을 통하여 생식능력을 상실하였을 뿐만 아니라 ⑤ 같은 수술을 전후하여 적어도 3년 이상 여성으로서 유흥업소의 종업원으로 종사함으로써 그 성에 상응하는 사회적 역할 또는 행동이 있는 것으로 인정되고, ⑥ 장래 신청인이 지닌 성 인식의 재전환 가능성이 있다는 점에 관한 아무런 자료가 없으므로, 신청인에 대한 위와 같은 진단과 성전환수술을 전후하여 관련 의료기관이 행한 일련의 의학상 처우는 정당하고 합리적인 것으로 판단된다. 따라서 신청인에 대한 위와 같은 사정은 성별정정의 의학상 요건을 충족한다.

(2) 신청인은 ① 현재 30세의 내국인으로서, ② 의사능력과 행위능력을 구비하고 있고, ③ 성전환증의 확진 전인 1991. 9. 19. 신체등위 5급으로 제2국민역 판정을 받은 바 있으나 위와 같이 성전환증의 확진과 이로 인

한 성전환수술로 위 처분은 취소 대상이거나 실효된 것으로 판단되고, ④ 혼인도 아니하였으므로 신청인에 대한 위와 같은 사정은 성별정정의 법률상 지위에 관한 요건 또한 충족한다.

(3) 우리나라 호적법 제15조 제4호는 호적에 기재할 사항으로 성명 및 본과 함께 성별을 규정하고 있고, 같은 법 제49조는 출생신고서에는 자의 성명과 본 및 성별을 기재하여야 한다고 하며, 같은 법 제120조는 호적의 기재가 법률상 허용될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 유루(遺漏)가 있다고 인정하는 때에는 이해관계인은 그 호적이 있는 곳을 관할하는 가정법원의 허가를 얻어 호적의 정정을 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 사람의 성별이 호적정정의 대상이 되는 것은 의문의 여지가 없다. 다만, 여기서 문제가 되는 것은 성별의 단순 기재 착오가 아니라 성전환 증 환자가 출생당시 확인·신고된 자신의 성을 외과적 수술을 통하여 반대 성으로 전환한 경우에 이를 법률이 용인할 것인가 하는 점이다. 이는 법률이 당초 예정하고 있지 아니한 경우에 해당하는 특수한 사안이기 때문에 그렇다. 성전환수술로 인한 성별정정을 예상하지 못한 상태에서 제정한 위 조항을 법의 흠결이라고 본다면, 이의 보완「방법」으로 이상적인 것은 특별법을 제정하거나 호적법의 개정을 통하여 관련조항을 신설하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 그와 같은 관련 법률이나 호적법상 명시적인 조항이 없다는 이유를 들어 성전환수술로 성별정정의 요건을 갖춘 성전환자들의 신청을 배척하고, 그들로 하여금 입법조치가 될 때까지 기다리라고 할 수는 없을 것이다.

(4) 인간의 문화적 산물인 법령은 언어를 통하여 그 의미 내용이 지시된다. 그런데 본래 인간의 언어는 다의적인 데다가 시대에 따라 변하기도 하는 것이므로, 이를 해석하는 자는 여러 가지 의미 가운데 가장 적절한 의미를 선택하여야 하고, 때로는 입법자가 미처 예상하지 못한 새로운 의미를 부여할 필요도 생겨날 때도 있다고 보아야 한다. 이와 같이 법관은 법을 해석·적용함에 있어서 형식적이고, 개념적인 자구해석에 얽매이지 아니하고, 그 법이 담보하는 정의가 무엇인가를 헤아려서 정의실현의 방향으로 법의 의미를 부여하여야 하며, 정의실현을 위하여 필요한 한도 내

에서 성문규정의 의미를 확대 해석하거나 축소·제한 해석을 함으로써 실질적인 법 창조적인 기능을 발휘하여야 한다. 입법자 또한 시간적 제약 내에 있는 존재이므로 성전환자의 존재를 전혀 예상하지 못한 상태에서 호적정정에 관한 규정을 제정하였다면, 우리는 변화된 새로운 시대상황하에서 입법자의 의사를 유추하여야 하고, 호적정정의 의미에 관하여도 전통적인 해석을 넘어 전혀 새로운 방식의 해석을 통하여 현실과 유리되지 아니한 진정한 정의를 구현할 필요가 있을 것이다.

(5) 법률조항의 흠결을 들어 신청인의 주장을 배척하는 것은 성전환증 환자가 인간으로서의 존엄과 가치를 향유하며, 행복을 추구할 권리를 가진 존재로서(헌법 제10조), 인간다운 생활을 할 권리가 있고(헌법 제34조 제1항), 질서유지나 공공복리에 반하지 아니하는 한 프라이버시에 관한 자기결정권을 가진 성적 소수자로서 마땅히 보호를 받아야 한다(헌법 제37조)는 헌법이념에 반하는 것으로서 우선 이 점에서 용인되지 아니한다고 할 것이다.

(6) 나아가 위 법조 소정의 착오라는 것의 원래의 뜻을 호적의 기재가 당초부터 사실에 반하는 것을 의미하는 것으로만 보아야 한다면, 출생신고시 외부성기의 형태에 따라 신고된 내용에 좇아 기재된 성별을 착오에 의한 것으로 단정하기는 어려울 것이다. 그러나 성전환증의 발생원인이 전적으로 후천적인 사정에 기인하는 것이 아니라 성의 분화 과정에서 발생한 성호르몬 분비 이상 등 선천적인 사정과의 복합적인 것으로 본다면, 당초의 성별신고는 향후 성 의식이 확립되어 그 사람의 궁극적인 성으로 확정될 성을 고려하지 아니한 생물학적 성의 징표에 의존하여 외부성기만을 보고 한 잘못된 것이라고 아니할 수 없을 것이다.

(7) 가령, 위와 같은 성전환으로 당초의 성별신고가 사후적으로 착오에 해당하게 되었다고 보더라도 최종적으로 성이 확정된 시점에서 본다면 호적부상의 성별기재는 잘못된 기재임이 명백하고, 그럼에도 이를 그대로 유지하는 것은 호적정정 제도의 취지에도 반하는 것이다. 이 때 착오가 당초의 것이냐, 사후에 확인된 것이냐 하는, 착오의 발견시기를 기준으로 한 구분에 특별한 의미를 부여할 것은 아니다. 위 법조의 취지에 비추어

성전환수술로 인하여 최종적으로 밝혀진 성별이 호적부의 기재와 일치하지 아니하는 이상 호적법 제120조에 정한 정정의 대상이 된다고 보아야 할 것이다. {(8)(9)중략}

(10) (전략) 종전의 이름을 그대로 사용하는 것은 신청인의 정정된 성인 여성으로서의 정체성을 유지, 확보함에 장애가 되고, 그 이름으로는 사회 적응에 지장이 있을 것으로 여겨진다.

(중략)

그렇다면 적법한 성전환수술로 인한 호적상 성별의 정정과 개명의 허가를 구하는 신청인의 이 사건 신청은 이유 있어 이를 인용한다.

2. 事例分析과 評價

1) 事例分析

위에서 性轉換症者에 대한 우리나라의 性別에 관한 戶籍訂正事例 9건을 개관하였다. 우리나라의 實務界에서 취하여 온 경향을 파악하기 위하여 전체 9건을 비교하면 아래의 표와 같다.

<표> 우리나라의 戶籍訂正決定事例에 관한 比較分析

連番	性別	性轉換手術 終了與否	間性 또는 變性症	申請內容	許可與否	根 據	기 타
I	男→女	○	變性症	性別訂正	不許可	性染色體 변화없음	
II	男→女	○	變性症	性別訂正	不許可	內部性器 없음	
III	不明	○	變性症	(性別訂正終了) 改名	不許可	性は 천부적인 것	
IV	男→女	×	變性症	性別訂正	不許可	性は 性染色體에 의하여 決定	
V	女→男	○	變性症	性別訂正	不許可	特別法이 없음	
VI	男→女	·	間 性	性別訂正	許 可	日常生活의 不便	
VII	男→女	○	變性症	性別訂正	許 可	日常生活 및 法的 權 利義務의 行使에 不便	
VIII	男→女	○	變性症	性別訂正 改名	許 可	理由記載 없음	
IX	男→女	○	變性症	性別訂正 改名	許 可	憲法上的의 幸福追 求權	

2) 事例를 바탕으로 한 實態分析

위의 9건의 사례를 분석하여 그 경향을 살펴보면, 다음과 같다.

① 9건 중 성별을 기준으로 살펴보면, 不明인 1건을 제외하면, 8건 중 7건은 남자에서 여자로 성별정정을 구한 사례이고(male to female : MTF), 1건은 여자에서 남자로 성별정정을 구한 것(female to male : FTM)으로 나타났다.

② 戶籍訂正 許可申請時에 이미 性轉換手術을 받았는가 아닌가 여부에 대해서는, 총 9건 중 7건이 성전환수술을 받은 것으로 나타났고, 그 중 戶籍訂正 不許可 5건 중 4건이 그리고 許可 4건 중 3건이 이미 性轉換手術을 경료한 후 戶籍訂正許可를 申請한 것으로 나타났다.

③ 戶籍訂正을 구한 사례 9건 중 8건이 變性症에 해당하는 症狀이었고, 1건이 間性에 해당하는 症狀이었다.

④ 戶籍訂正 許可申請 內容으로서는 性別訂正을 구한 사례가 8건이었고, 그 중 2건은 性別訂正과 함께 改名을 구한 것으로 나타났다. 그리고 이미 性別訂正 許可決定을 받은 者가 改名許可를 신청한 사례가 1건 존재하지만, 허가받지 못하였다.

⑤ 性別訂正 許可申請이건 改名 許可申請이건 묻지 않고, 총 9건 중 허가받지 못한 사례가 5건 그리고 허가받은 사건이 4건으로 나타났다.

IV. 戶籍訂正許可與否에 대한 法院의 決定傾向

1. 許可 또는 不許可에 대한 決定根據

먼저, 戶籍訂正을 허가하지 아니한 사례에서는 일반적으로 “性轉換手術을 받았다 하더라도 性染色體의 변화를 초래한 것은 아니”라는, 이른바 生物學的 性別基準을 性別判定의 근거로 제시하여, 性은 인위적으로 변경할 수 없다는 입장을 취하고 있다. 사례 I 과 사례 IV 그리고 사례 V의 경우가 생물학적 성별기준의 입장을 명백히 취하고 있다. 대표적으로 사례 V의 경우를 보면, 「사람의 성별이 수정시 성염색체에 의하여 결정되면

그 후 변경될 수 없다는 사실은 생물학적으로 명백하고, 이러한 이치는 여성으로 출생한 사람의 신체외관이 이른바 성전환 수술이란 인위적인 방법으로 남성으로의 성징을 구비하는 것처럼 보이도록 전환되었다고 하여 달리 볼 수 없」다고 판단하였다. 이와 같은 입장은 의학계에서 제시하는 성별판정의 기준으로서 ①염색체성, ②성선성, ③표현성(성선과 내외성기), ④정신적 성 중 ①의 염색체성만을 중시한 나머지 ③표현성(성선과 내외성기)과 ④정신적 성에 대해서는 성별판정에 전혀 고려하지 아니한 입장임을 알 수 있다.

또한, 戶籍訂正을 許可하지 아니한 사례 중에서도 비교적 상세한 근거를 제시하고 있는 사례Ⅱ의 경우 「...성별의 정정은 신분관계에 중대한 영향을 미치는 사항이지만 이는 본래 '순수한 사실관계'로서 명백한 사항이고 성별을 확정하는 판결절차도 없으므로 원칙적으로 위 법조[호적법 제120조]에 의하여 진실과 달리 기재된 호적상의 성별을 정정할 수는 있다」고 전제하면서도, 「...성전환증의 경우 이는 일종의 정신질환으로서 그에 대응하여 심리학적, 정신의학적인 치료나 호르몬요법에 의하여 치료를 하고 이에 의하더라도 치유가 불가능하여 환자가 일상생활을 하는데 정신적 고통을 받아 부득이 외과적인 수술로서 환자가 바라는 반대의 성이 지니는 일부 해부학적인 성기의 외관을 갖추어 놓은 경우 그 인위적 상태대로의 성을 인정할 것인가는 의학의 전결사항이 아니며 사회적, 법적 평가의 문제라고 보아야 할 것」이라고 설시하고 있다. 그렇다면, 여기에서 말하는 '순수한 사실관계'와 '사회적, 법적 평가의 문제'에 대한 관계를 분명히 하여야 할 것이다. 이 결정에서는 「...항고인은 ...외과적 수술을 통하더라도 반대의 성인 여성으로서의 주요한 내부성기를 지니지 못한 채 여성에 일치하는 일부의 해부학적 구조가 인위적으로 만들어져 있음에 불과하다 할 것인즉 성별구별에 관한 앞서 본 의학상의 견해를 고려한다 하더라도 현재 우리사회의 상식이나 사회적 가치관에 비추어 항고인을 완전한 여성이라고 볼 수는 없다」할 것이라고 판단하였다. 그렇다면 이 결정에서는 「...외과적 수술을 통하더라도 반대의 성인 여성으로서의 주요한 내부성기를 지니지 못한 채 여성에 일치하는 일부의 해부학적

구조가 인위적으로 만들어져 있음에 불과하다」라는 근거를 들어, '사회적, 법적 평가' 측면에서도 여성으로 인정할 수 없다는 논리를 전개하고 있다. 이 점에 대해서는 현대적 법사고의 측면에서도 비판받지 않을 수 없는 여지를 남기고 있다. 즉 내부성기 즉 난소와 자궁이 없다는 이유로 여성으로 볼 수 없다는 논리는 여성의 사회적, 법적 가치를 출산기능에 두고 있다³⁹⁾는 논리귀결이라 할 수밖에 없는 바, "내부성기가 없다"는 근거는 '순수한 사실관계'에 대한 판단은 될 수 있다 하더라도 '사회적, 법적 평가의 문제'에 대한 판단의 근거는 될 수 없다. 결국 전제와 판단의 논리 모순에 대한 비판을 면하기 어려울 것이다.

이에 비하여, 戶籍訂正을 許可한 사례에서는 일반적으로 日常生活 또는 法的 權利義務行使의 不便(사례Ⅵ 및 사례Ⅶ)을 그 이유로 들고 있다. 그러나 性轉換者의 戶籍訂正에 대단히 적극적인 자세를 보인 사례Ⅸ의 경우는, 다음과 같은 근거를 제시하고 있다. 즉 「성전환증(transsexualism)은 외부성기로 표현된 자기 신체의 성과 자신이 인식하는 성이 일치하지 아니하는 성정체성장애의 일종으로서, 자신의 신체적 성을 극도로 혐오하여 이를 제거하거나 변형하여 상대 성징을 얻으려는 집착에 사로잡혀 있는 상태를 말한다」고 전제하고, 「이는 동성애나 이성복장증 등과 같은 성적 취향이나 기호의 문제가 아니며, 보통의 정신병과도 다른 것으로서 극단적인 경우에는 자살이나 성기절단을 시도하게 되는 대단히 심각하고도 절실한 고통을 가진 특이한 병적 현상이다. 사회는 이들에 대하여 의학상, 법률상, 사회생활상의 신중하고도 적절한 처우를 하여야 한다」라고 대원칙을 설정하였다. 이어, 당해 법원은 「성전환수술이 합리적인 기준에 따라 정당하게 시행된 경우에는 법률상의 성별정정도 특별한 사정이 없는 한 이에 따라야 한다. 명문의 규정이 없다는 이유로 국가기관은 그들에 대한 협력을 거부할 수 없다. 왜냐하면, 성개념은 본래 법률상 고유개념이 아니라, 성 의학 및 생물학으로부터의 차용개념으로서 자연과학에서 엄밀하게 확인된 성은 법률에서 이를 받아들여야 하고, 성전환증 환자는

39) 이 점을 戶籍訂正不許可의 하나의 명시적 근거로 제시한 결정이 사례Ⅱ의 원심법원결정이다. 앞의 주 35) 참조.

인간으로서의 존엄과 가치를 향유하며, 행복을 추구할 권리를 가진 존재이므로, 사회질서나 공공복리에 반하지 않는 한 자기결정권(프라이버시 존중의 권리)을 지닌 소수자로서, 헌법이념에 따라 마땅히 보호를 받아야 하기 때문이다」라고 하여 성전환자에 대한 보호원칙을 제시함과 동시에, 「법률상 성별정정을 위하여는 호적법의 개정이나 위와 같은 특별법의 제정이 이상적이나 현행법령의 헌법합치적 해석과 수술의 정당성여부를 검증할 합리적 기준이 마련된다면, 별도의 입법조치가 없어도 성별정정의 허가는 가능하다」라고 판단한 후, 그 요건을 제시하였다.⁴⁰⁾ 이 결정사례에서 주목하여야 할 점은, 性轉換症에 대하여 분명히 정의하고 있다는 점, 성적 소수자는 보호받아야 한다는 원칙을 명백히 제시한 점, 그리고 호적법을 개정하거나 특별법이 제정되지 아니한 상태에서도 합리적인 기준이 마련된다면, 별도의 입법조치가 없어도 성별정정을 허가하는 것은 가능하다고 판단한 점 그리고 그 합리적인 기준으로서 의학상의 요건과 법률상 지위에 관한 요건을 제시하고, 신청인은 제시한 요건을 충족하고 있다고 결론을 내린 점 등이다.

결국, 사례Ⅸ에서는 「성전환을 허용하는 특별법이 아직 없」으므로 성별정정을 허가할 수 없다는 不許可의 論理를 배척하였다는 점에 주목할 필요가 있고, 더 나아가 「...현행법령의 헌법합치적 해석과 수술의 정당성여부를 검증할 합리적 기준이 마련된다면, 별도의 입법조치가 없어도 성별정정의 허가는 가능하다」고 판단함으로써 성별판정에 있어서 사례Ⅱ에서 제시하였던 이른바 ‘사회적, 법적 평가의 문제’에 대한 적극적인 판단기준을 제시하였다는 점에서 주목할 가치가 있다.

2. 性轉換者에 대한 法的 視角의 變化

최근 「성전환자의 호적정정」에 대한 찬반 지면토론에서, 「성전환을 인정하면 사회윤리도덕에 혼란과 해악을 초래한다는 우려가 있을 수 있다」

40) 법률상 성별정정의 합리적 기준으로서 의학상의 요건과 법률상의 지위에 관한 요건에 대해서는 본문 사례Ⅸ의 (10) 참조.

고 전제하고, 이에 대하여 「성전환 문제는 성전환증이라는 특수한 소수의 정신적 질환에 대한 치료의 문제일 뿐, 성문란이나 성도덕과는 무관한 문제이고, 성의 변경가능성은 생물학·의학의 영역에서 먼저 인정된 문제로, 사회가 새로운 지식에 기반하여 새롭게 인식해 나갈 문제일 뿐, 지켜야 할 보편 타당한 사회윤리도덕의 영역에 속하는 문제인지 의문」이라고 항변한 견해⁴¹⁾가 있다. 性主體性障礙者에 대한 올바른 法的 視角을 제시하였다고 평가하여야 할 것이다.

Ⅲ에서 살펴본 바와 같이, 우리나라에서도 성전환자를 둘러싼 대법원형사판결과 당사자들의 호적정정 허가신청 사건에서 性主體性障礙者에 대한 법적 견해를 밝힌 법원의 결정사례가 이미 수건 내려진 바 있다. 여기에서 주목할 점은, 최근 부산지방법원 가정지원의 결정(사례Ⅸ)이 나오기까지 일련의 법리적 발전과정이 있었다는 점이다. 즉, 먼저 (결과적으로 호적정정을 허가하지 아니하였지만) 【수원지법 1990. 8. 21. 90브10결정】사건(사례Ⅱ)에서 법원은 「호적법 제120조에 의하면 호적의 기재가 법률상 허용될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 유류가 있다고 인정되는 때에 이해관계인이 그 호적이 있는 지를 관할하는 가정법원의 허가를 얻어 호적의 정정을 신청할 수 있다고 정하고 있는 바, 성별의 정정은 신분관계에 중대한 영향을 미치는 사항이지만 이는 본래 '순수한 사실관계'로서 명백한 사항이고 성별을 확정하는 판결절차도 없으므로 원칙적으로 위 법조에 의하여 진실과 달리 기재된 호적상의 성별을 정정할 수는 있다 할 것」이라고 전제하고, 「성염색체나 외부성기 등 육체적인 성별에는 이상이 없는데도 성자아나 성별동일성의 인식에 장애가 있어 본인 스스로 반대의 성에 속한다고 믿고 그 성으로서 생활을 하는 성전환증의 경우는 일종의 정신질환으로서 그에 대응하여 심리학적, 정신의학적인 치료나 호르몬요법에 의하여 치료를 하고 이에 의하더라도 치유가 불가능하여 환자가 일상생활을 하는데 정신적 고통을 받아 부득이 외과적인 수술로서 환자가 바라는 반대의 성이 지니는 일부 해부학적인 성기의 외관을 갖추어 놓은 경우 그 인위적 상태대로의 성을 인정할 것인가는 의학의

41) 대한변협신문, 2002. 4. 22, 5면(문유석 판사의 찬성의견).

전결사항이 아니며 '사회적, 법적 평가의 문제'라고 보아야 할 것'이라고 실시하여, 性別判定이 단순한 의학적·사실적 문제만은 아니라는 점을 분명히 하였다. 이어 (결론적으로 성전환자에 대한 강간죄의 객체성은 부인하였지만) 【대법원 1996. 6. 11. 선고, 96도791 판결】사건에서는 「형법 제 297조에서 말하는 부녀, 즉 여자에 해당하는지의 여부도 위 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할(성전환의 경우에는 그 전후를 포함하여) 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 할 것」이라 하여, 성염색체의 구성에 따라서만 성별을 판정할 것이 아니고, 신체의 외관 및 심리적, 정신적인 성, 성역할 및 일반인의 평가나 태도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 기준을 제시하였다. 이와 같은 성별판정에 대한 기준법리의 발전 과정을 거쳐 【부산지방법원 가정지원 2002. 7. 3. 2001호파997, 998 결정】사건(사례Ⅸ)에서는 「사람은 생물학적 존재임과 동시에 사회적·정신적 존재이다. 따라서 성개념에 관하여도 동물과 같은 자용개념으로만 논할 것이 아니라 이와 함께 정신적·사회적 성별개념을 이해하고 이에 따라 새로운 방식으로 사람의 성별을 구분할 수 있어야 한다」라고 전제하고, 성별은 생물학적 성뿐만 아니라 정신적·사회적 성을 고려하여 새로운 방식으로 판정하여야 한다는 기준을 제시하였다. 따라서 우리나라의 경우도, 위와 같은 일련의 성별판정에 관한 기준을 볼 때, 위의 부산지방법원 가정지원 결정사건에 와서 갑자기 호적정정을 인정하는 돌연적인 판단이 내려지게 된 것은 아니라는 점에 주목할 필요가 있다.

따라서 우리나라의 性轉換者에 대한 法的 視角은 【수원지법 1990. 8. 21. 90브10결정】사건(사례Ⅱ)에 이어 【대법원 1996. 6. 11. 선고, 96도791 판결】사건에서 性別判定에 관한 基準이 제시되었고, 급기야 이와 같은 기준에 따라 최근 【부산지방법원 가정지원 2002. 7. 3. 2001호파997, 998결정】사건(사례Ⅸ)에서 괄목할 만한 성과를 거두게 되었다고 이해하여야 할 것이다. 이와 같은 경향은 최근 인천지방법 결정에서도 재확인되었다.

즉 「남성에서 여성으로 성전환수술을 한 뒤 실제 여성으로 살고 있는 H씨의 인간적 존엄성과 가치, 행복추구권 등을 고려하여 (성별정정 및 개명)신청을 받아들이는 것이 타당하다.⁴²⁾

V. 結 論

일반적으로 命名하고 있는 性轉換症(transsexualism)이라 함은 외부성기로 표현된 자기 신체의 성과 자신이 인식하는 성이 일치하지 아니하는 性主體性障礙(또는 性正體性障礙)의 일종으로서, 자신의 신체적 성을 극도로 혐오하여 이를 제거하거나 변형하여 상대 성징을 얻으려는 집착에 사로잡혀 있는 상태를 말하고, 이는 동성애나 이성복장증 등과 같은 성적 취향이나 기호의 문제와 다르고 보통의 정신병과도 달리 극단적인 경우에는 자살이나 성기절단을 시도하게 되는 대단히 심각하고도 절실한 고통을 가진 특이한 병적 현상을 말한다. 이와 같은 현상이 우리나라의 경우에도 적지 않다는 점에 대해서는 이미 서두에서 언급한 바와 같다. 그러나 이와 같은 병적 현상을 지닌 자들이 상대적으로 소수에 불과하다고 하여 당사자들의 사회생활 및 법률생활상의 불편을 도외시할 수는 없다는 것은 더 이상 말할 필요도 없다. 사람은 누구나 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가지기 때문이다.

그럼에도 불구하고, 현행 사회제도 및 법체계에서는 性別을 男(male) 또는 女(female)라는 兩性體制로만 구별하고 있기 때문에, 性轉換(症)者를 포함한 이른바 性主體性障礙者들이 性別에서 戶籍表記上의 성과 자기의 性認識 사이에서 발생하는 갈등을 해소하여 줄 것을 호소하여 왔다. 따라서 당사자들은 戶籍上의 性別訂正과 改名許可를 법원에 요구하여 왔으나, 법원에서도 이에 대한 訂正許可의 法理的 根據를 찾지 못하여 고민을 거듭하여 왔다. 그럼에도 불구하고, 법원에서도 이들의 고충을 이해하지 못한 것은 아니지만, 종래 성염색체만을 기준으로 性別을 구별하여 온

42) 동아일보 2002. 12. 14일자. A31면 참조.

방법(이른바 생물학상의 성 : sex)에서 탈피하기 어려웠다. 그러나 판례상에서는 “생물학적 성관정법을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 성별을 결정하여야 한다”는 기준을 제시하여 왔다(이른바 사회적 성 : gender). 이와 같은 종합적 성별판정 방법을 충분히 고려하여 호적정정(성별정정과 개명)을 허가한 사례가 바로 2002년 7월 3일의 부산지방법원 가정지원 결정사건(사례Ⅸ)이라 할 수 있다.

따라서 위에서 살펴본 바와 같이 우리나라의 경우 성전환자에 대하여 호적정정을 허가하기에 이른 배경에는 1990년대 이후 대법원의 형사판결 및 하급법원의 결정례가 축적되어 왔다는 점에 주목할 필요가 있다. 더욱이 이와 같은 발전과정은, 프랑스의 경우 1992년 유럽人權裁判所의 판결에 따라 破毀院의 판결을 변경하게 된 과정이나 독일의 경우 1978년 聯邦憲法裁判所의 결정에 의하여 연방보통재판소의 결정이 파기된 과정과 비교하여 볼 때,⁴³⁾ 법원내의 자율적인 결정논리의 개발에 힘입은 결과라는 점에서 높이 평가하여야 할 것이다. 또한 2002년의 부산지방법원 가정지원 결정(사례Ⅸ)에서는 “성전환자의 호적정정에 관한 문제는 입법 당시에 예상하지 못한 문제”라고 판단하여 法律欠缺로 보고, “현행법령의 헌법합치적 해석과 수술의 정당성여부를 검증할 합리적 기준이 마련된다면 별도의 입법조치가 없어도 성별정정의 허가는 가능하다”고 실시하여 이른바 條理에 근거한 호적정정을 허가하였다는 점에서 司法府의 積極性을 엿볼 수 있다.

그러나 性別에 관한 戶籍記載事項은 개인이 개별적으로 향유하는 私的 法益으로서의 特性도 지니고 있지만 社會的 性別秩序의 유지라는 社會法益的 特性도 함께 지니고 있으므로, 兩 側面에 대한 保護法益의 均衡도 고려하여야 할 것이다. 또한 性別訂正의 문제는 개인의 생활영역에서만

43) 프랑스와 독일 및 일본 등의 性轉換者에 대한 法的 對應傾向에 대해서는 別稿를 예정하고 있음.

그 법적 문제가 발생하는 것이 아니라 특히 부부관계(혼인관계)와 친자관계 등에 관한 가족관계와 관련된 법률문제가 폭넓게 발생할 수 있다. 따라서 이와 같은 문제는 앞으로 검토·연구되어야 할 법적 과제라 할 것이다.