대법원의 「성전환자의 성별정정 허가신청 사건 등 사무처리지침」 개정의 문제점과 폐해

대법원의 「성전환자의 성별정정 허가신청 사건 등 사무처리지침」 개정을 강력히 반대합니다.

2020. 3. 5.

동성애동성혼반대국민연합 외 102개 단체

◈ 의견서 작성에 동참한 단체들

목 차

1. 들어가며 : 성별로서 남자와 여자

2. 대법원 전원합의체 결정 및 「성전환자의 성별정정허가 신청사건 등 사무처리지침」제정
   가. 1990년대 법원의 결정례
   나. 2000년대 법원의 결정례
   다. 2010년대 법원의 결정례
   라. 소결론

3. 대법원 전원합의체 결정에 반하는 하급심의 결정례
   가. 대법원 결정에 반하는 FTM 사건에서 하급심의 결정례
   나. 대법원 결정에 반하는 MTF 사건에서 하급심의 결정례

4. 2020년 대법원의 가족관계등록예규 변경 및 문제점
   가 2020년 대법원의 가족관계등록 예규 변경의 내용
   나. 개정에 대한 반론

5. 성전환수술 없는 성별정정에 의해 예상되는 폐해
   가. 여성 화장실, 탈의실에서의 성범죄 증가
   나. 여성 스포츠 경기에 생물학적 남성이 참여
   다. 성전환자의 군복무
   라. 호칭의 혼란
   마. 경제 영역
   바. 병역법 등 남녀 '성별' 구분의 혼란
   사. 동성결혼을 사실상 허용함
   아. '제3의성' 인정 논란

6. 결론

1. 들어가며 : 성별로서 남자와 여자

사람은 남자와 여자로 태어난다. 「헌법」은 이를 '성별' 또는 '양성'이라고 규정하고 있다(제11조, 제36조 제1항). 남녀 성별은 태어나면서 식별되고, 기준은 외부의 성기로 확인 가능한 것이다. 헌법재판소는 "성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징"이라고 판시하고 있다.[1] 그런데, 출생 시에 정해진 '성별'을 '성전환 수술'을 통해 성별을 변경하고자 하는 시도가 법원에서 쟁점이 되고 있다. 성전환은 오늘날 한국 사회에서 중요한 법적 쟁점의 하나이다.

성전환과 관련한 직접적인 법적 문제는 이름의 변경과 법적 성(legal sex)의 변경이다. 이 중 특히 논란이 되는 것은 후자인바, 이는 현행 법체계의 실무상 가족관계등록부를 비롯한 공부(公簿)의 「성별정정」 문제로 제기된다. 일찍이 대법원은 1993.1.13. 호적선례(제3-621호)를 제정하였다.

현재 성전환수술에 따른 성별변경을 규율하는 법률은 없다. 단지 2006년 9월 6일 대법원규칙으로 제정된 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」 (가족관계등록예규 제256호, 이하 "사무처리지침")이 있을 따름이다. 사무처리지침 제정의 근거가 된 2006년 대법원 전원합의체 결정[2](이하, "대

---

1) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328 : 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징으로서 개인의 인간으로서의 존엄과 가치에 영향을 미치는 요소는 아니다. 그럼에도 불구하고 역사적으로 매우 오랜 기간 동안 대표적인 차별가능사유로서 정당화되어 왔기 때문에, 불합리한 차별을 극복해야 할 절실한 필요에 의하여 우리 헌법이 이를 차별금지의 사유로 예시하기에 이른 것이다. 그러나 이와 같은 헌법규정이 남성과 여성의 차이, 예컨대 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한 차별취급까지 금지하는 것은 아니다.

2) 대법 2006.6.20. 2004스42 전원합의체 결정. 사회통념상 남성으로 평가될 수 있는 성전환자에 해당함이 명백하므로 호적정정 및 개명을 허가할 여지가 충분히 있다고 본 최초의 대법원 결정이다. 이에 관한 평석으로

법원 2006년 결정") 이래, 성전환수술에 따른 성별변경을 허용하는 결정들이 다수 축적되기에 이르렀다.

이러한 대법원의 결정은 '성전환 수술'을 전제로 한 것인데, 여기서 '성전환 수술'이란 '외부 성기의 형성'을 위한 수술로 이해되었다. 2006년 대법원 전원합의체 결정을 근거로 제정된 사무처리지침이 2020년 2월 21일에 개정되어 외부성기 수술이 없이 성별정정을 허용하는 판결이 가능하도록 하였다. 이 개정은 2006년 대법원 전원합의체의 결정을 무력화시킨다. 예규는 하급심이 따르도록 하기 위한 가이드라인이었는데, 하급심에서 마음대로 결정하도록 방임하는 것이다. 신중하게 결정된 대법원 판례를 스스로 부정하는 것이다.

2. 대법원 전원합의체 결정 및「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」제정

가. 1990년대 법원의 결정례

1) 대법원이 1993.1.12. 제정한 호적선례(제3-621호)

대법원이 1993. 1. 12. 제정한 호적선례(제3-621호) '성전환자의 성별정정방법 및 호적기재의 추정력'은 다음과 같이 '성전환증 환자로서 수술을 받은 경우, 성별정정 허가신청을 할 수 있다'는 것을 정하고 있었다.

는 김민규, "성전환(증)자에 대한 법학과 의학의 가교", 법과 사회, 31호, 2006, 307-344면; 민유숙, "성전환자에 대한 호적정정의 가부", 대법원판례해설 60호, 대법원도서관, 2006.12, 559-618면; 민유숙, "성전환자에 대한 호적정정", 헌법판례해설(Ⅰ), 사법발전재단, 2010, 131-137면; 한지영, "우리나라 '성별' 정정기준에 대한 비판적 검토: 대법원 2006.6.22. 2004스42 전원합의체 결정", 이화젠더법학, 제1권 제2호, 2010, 139-166면 등.

"호적상 성별(성별)란에 남자로 기재되어 있는 자(者)가 성전환증(性轉換症)환자로서 수술을 받은 경우에는 사건본인을 포함한 이해관계인이 호적이 있는 지(地)를 관할하는 가정법원(지방법원 또는 지원 포함)에 관계 소명자료를 첨부하여 호적정정허가를 신청하여 그 허가를 받게 되면 그 허가서에 따른 호적정정신청을 함으로써 호적상 성별란에 "남자"로 기재되어 있는 것을 "여자"로 정정할 수 있을 것이나, 호적정정허가신청서에 첨부된 서면이 성별을 정정함에 족한 서면인지 여부에 대하여는 당해 재판절차에서 판단할 사항이며, 그러한 절차가 이루어지기 전에는 일단 호적상 기재되어 있는 대로 그러한 사람은 "남자"로 추정할 수밖에 없을 것이다."

2) 하급심에서 성전환자의 성별정정을 다룬 예

(1) 성별정정을 인정한 결정례

하급심에서 최초로 성별정정이 허용된 결정은 1989년에 있었다고 한다.[3] 청주지방법원 1989.7.5.자 89호파299결정, 대전지방법원 천안지원 1990.4.19.자 90호파71결정, 서울지방법원 의정부지원 1995.2.18.자 94호파1057결정 등에서 성별정정을 이유로 호적정정을 허가했다.[4]

---

3) 청주지방법원 1989. 7. 5.자 89호파299 결정 ; 오미영, "성전환자의 성별정정 허가에 관한 고찰-각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로", 「미국헌법연구」제24권 제3호, 2013.12., 171쪽, 각주57)에서 재인용

4) 성전환자 성별변경 관련 법 제정을 위한 공동연대, 민주노동당 노회찬의원실(2006), 성전환자 성별변경 등에 관한 특별법(안) 공청회(2006.8.21.), 24쪽 ; 오미영, "성전환자의 성별정정 허가에 관한 고찰-각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로", 「미국헌법연구」제24권 제3호, 2013.12., 171쪽, 각주 58)에서 재인용

(2) 성별정정을 불허한 결정례

수원지방법원 여주지원 1990.6.7.자 90호파98결정, 수원지방법원 1990.8.21.자 90브10결정, 서울지방법원 북부지원 1990.6.29.자 90호파451결정정, 광주지방법원 1995.10.5.자 95브10 등 사례에서는 성전환자의 성별정정을 이유로 한 호적정정을 불허[5]하였다.

① 수원지방법원 1990. 8. 21.자 90브10 결정[6]

「호적법」제120조에서 규정한 호적정정은 처음부터 진정한 신분관계에 부합하지 아니하는 호적의 기재를 진정한 신분관계와 일치하도록 하기 위한 것이어서 당초 올바른 호적의 기재가 이루어진 다음 후발적으로 신분관계가 변경된 경우에는 그 변경된 신분관계의 내용을 새로이 추가하여 기재하여야 할 뿐 종전의 올바른 호적기재를 정정할 수는 없다는 것이다.

---

5) 오미영, "성전환자의 성별정정 허가에 관한 고찰-각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로", 「미국헌법연구」제24권 제3호, 2013.12., 171쪽, 각주58)에서 재인용

6) 수원지방법원여주지원 90호파98 결정 : 항고인의 고환 및 음경을 절제하고 질성형술을 시행하는 성전환수술을 받게 되었는바 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, (중략) 남성과 여성의 구별은 염색체성, 성선성, 표현형성, 정신적성의 4가지 기준에 의하며 정상적인 사람의 경우는 위 4가지가 일치하여 그에 따른 성역할(gender role)을 하게 되나 염색체성이나 표현형성에 이상이 있거나(중성 또는 간성으로 불리워지는 성분화(성분화)이상질환의 경우등), 정신적성에 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 의존하지 않고 환자의 성자아(sex identity), 성역할(gender role)이 무엇이냐에 따라 성을 결정하여 주고 그 결정된 성에 맞도록 수술 및 성호르몬 투약 등으로 인한 내분비학적 치료를 하고 있는 것이 오늘날 의학계의 일반적 실정인 사실을 알 수 있다.

② 광주지방법원 1995. 10. 5 선고 95브10 판결[7)]

항고인은 출생 당시 신체외형상 남녀의 구별이 불분명한 채로 출생하였으나 그 후 여성으로서의 성적(性的) 특징을 보여 성전환(性轉換)의 외과적 수술까지 받고, '남'에서 '여'로 정정하여 줄 것을 구한 사례이다. 이에 대해 법원은 '성염색체의 구성과 다른 성을 인정할 수 없다'는 이유로 성별정정을 불허한 것이다. 소위 '성염색체설'의 입장이다.[8)9)]

나. 2000년대 법원의 결정례

1) MTF(Male to Female, 남성에서 여성으로)의 사례[10)]

2000년대에 이르러서는 하급심에서 성전환자의 성별정정 허가(인용)율이 이전에 비해 현저히 높아지고 있는 것으로 보

---

7) 광주지법 순천지원 1995. 4. 8.자 95호파453 결정

8) 반면, 모든 요소를 통합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정해야 한다는 입장을 '사회통념설'이라고 한다.

9) 성을 결정함에 있어서는 발생학적 성(性)인 성염색체의 구성이 가장 중요한 기준이 되어 특단의 사정이 없는 한 성염색체의 구성에 따라 결정되는 성과 다른 성을 인정할 수는 없다 할 것인바, 비록 항고인이 출생 당시 확인된 성인 남성으로서의 외형적 특징을 더 이상 보이지 않게 되었으며 남성으로서의 성격도 상실하여 외견상 여성으로서의 체형을 갖추고 성격도 여성화되어 여성으로서의 사회생활을 영위해 나가고 있을지라도, 항고인의 성염색체 구성이 아무런 이상이 없는 정상적인 남성의 성염색체 구성을 가지고 있는 이상, 위와 같은 증상이나 사유는 정신의학적으로 성적동일성(性的同一性)의 이상(異狀)인 변성증(성전환증)이란 증후군의 증상을 보이는 데 불과할 뿐, 그와 같은 사유만을 가지고 곧바로 법적인 성을 결정하는 호적상의성을 '여'라 할 수는 없다.

10) 2000년 1월1일부터 2003년 8월31일까지 가정법원 및 지방법원별로 성전환자의 성별정정을 신청한 건수는 총 61건이고, 이 중에서 성별정정을 허가한 건수는 총 30건이다. 성전환자 성별변경 관련 법 제정을 위한 공동연대, 민주노동당 노회찬의원실(2006), 성전환자 성별변경 등에 관한 특별법(안) 공청회(2006.8.21.), 24쪽 ; 오미영, "성전환자의 성별정정 허가에 관한 고찰-각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로", 「미국헌법연구」제24권 제3호, 2013.12., 171쪽, 각주 58)에서 재인용

인다.[11] 정정을 허가(인용)한 이유들은 다음과 같다.

(1) 부산지방법원 2002. 7. 3 선고 2001호파997 결정

사람은 생물학적 존재임과 동시에 사회적·정신적 존재이고, 따라서 성개념에 관하여도 동물과 같은 자웅개념으로만 논할 것이 아니라 이와 함께 정신적·사회적 성별개념을 이해하고 이에 따라 새로운 방식으로 사람의 성별을 구분할 수 있어야 한다는 것이다.[12] 소위 사회통념설을 따른 것이다.[13]

---

11) 2000년대 호적정정을 허가한 결정례는 부산지방법원 가정지원 2002.7.3.자 2001호파997, 998결정, 광주지방법원 2004.12.15.자 2003브20결정, 대구지방법원 2005.2.17.자 2004브3결정, 청주지방법원 2006.9.6.자 2006브13결정 등이고, 호적정정을 허가하지 않은 결정례는 대구지방법원 가정지원 2001.4.24.자 2001호파653경정 등이다. 오미영, "성전환자의 성별정정 허가에 관한 고찰-각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로", 「미국헌법연구」제24권 제3호, 2013.12., 171쪽, 각주58)에서 재인용

12) 부산지방법원 2002. 7. 3 선고 2001호파997 결정 : 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, 크게로는 생물학적 성(sex)과 정신적·사회적 성(gender)의 둘로 나누는 것이 보통이다. 사람은 생물학적 존재임과 동시에 사회적·정신적 존재이다. 따라서 성개념에 관하여도 동물과 같은 자웅개념으로만 논할 것이 아니라 이와 함께 정신적·사회적 성별개념을 이해하고 이에 따라 새로운 방식으로 사람의 성별을 구분할 수 있어야 한다(대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결 참조).

13) 이 결정에서는 다음과 같이 성별정정의 합리적 기준에 해당하는 요건을 제시하였다. 즉 "법률상 성별정정의 합리적 기준에 해당하는 요건으로 들 수 있는 것은 의학상 요건과 법률상 지위에 관한 요건이 있다. 전자(의학상 요건)의 것으로는 ① 2인 이상의 정신과 의사가 인정하는 진성의 성전환증 환자이어야 하고, ② 2년 이상 심각한 성정체성 장애의 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 성인식의 재전환 가능

(2) **인천지방법원 2006. 4. 26 자 2006브11 결정**

성전환수술로 인한 성별정정은 호적법 제정 당시 예상하지 못한 특수한 경우로서 입법의 미비에 해당하는 것으로 보아야 하므로,「호적법」제120조의 확대해석에 의한 성별정정을 허용하는 것이 모든 국민에게 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권이 있음을 천명하고 국가에게 모든 국민의 기본적 인권을 보장할 의무를 부여한 헌법정신에 합치된다고 결정했다.

2) 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정

(1) FTM(Female to Male, 여성에서 남성으로)의 사례

2006년 대법원은 전원합의체 결정(대법원 2006. 6. 20.자 2004스42)을 통해, 원심[14]에서 성별정정을 불허한 사건에 대해, 원심결정을 파기하고, 성별정정을 허가하면서, 설시한 성별변경의 요건은 다음과 같다.

i) 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감과 반대의 성에 대한 귀속감을 느끼고, 일상생활에서 반대의 성을 가진 사람으로 행동하고, 자신의 신체(성기 포함) 역시 반대의 성으로 만들고자 원할 것

ii) 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 정신과적 치료나 호르몬 치료 등을 실시하여도 위 증세가 호전되지 않을 것

iii) 의학적 기준에 맞추어 전환수술을 받아 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖출 것

iv) 자신을 바뀐 성을 가진 사람으로 인식하고 외관과 성관계,

성이 현저하게 낮아야 한다는 것 등을 들 수 있다. 후자(법률상 지위에 관한 요건)의 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.

14) 항고심(청주지방법원 2003. 5. 13 자 2003호파516 결정)

직업 등도 그 바뀐 성에 따라 활동하여 주위사람들도 바뀐 성으로 인식하고 있을 것

v) 전환된 성을 그 사람의 성으로 보더라도 다른 사람과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 않을 것

(2) 대법원 예규 : 가족관계등록예규

대법원 2006 결정에 따라 2006년 9월 6일 대법원 호적예규로서 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(제정 2006. 9. 6. 호적예규 제716호)이 제정되었다. 사무처리지침은 성별정정 허가의 절차와 기준의 근거가 되었다.

① 성전환자 사무처리 지침의 목적

"2006. 6. 22.자 대법원 2004스42 전원합의체결정에 의하여 성전환자(성전환자)에 대한 성별정정이 허용됨에 따라, 성전환자가 호적의 성별란에 기재된 출생당시의 성(성)을 전환된 성(성)으로 변경하기 위하여 「호적법」제120조[15]의 규정에 의한 호적정정허가신청을 하는 경우에 필요한 사항과 재판절차 그리고 성별정정허가결정을 받은 성전환자의 호적기재와 관련된 사항을 정함을 목적으로 한다"고 명시하고 있었다(제1조).

② 성별정정의 허가기준

몇 차례의 개정을 거친 2020년 2월 전의 사무처리지침에서 요구하는 성별변경의 기준(요건)은 다음과 같다(제6조).

i) 대한민국 국적자로서 19세 이상의 행위능력자일 것

ii) 현재 혼인중이지 않을 것

iii) 미성년인 자녀가 없을 것

15) 현행 「가족관계의 등록등에 관한 법률」 제104조

iv) 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 반대의 성에 귀속감을 느껴왔을 것

v) 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였을 것

vi) 자격있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었을 것

vii) 성전환수술의 결과 생식능력을 상실하였고 향후 종전의 성으로 재전환할 개연성이 없거나 극히 희박할 것,

viii) 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적이 없을 것

사무처리지침은 위 요건 사실을 담보할 수 있는 첨부서류로 성전환증 환자임을 진단한 2명 이상의 정신과 전문의의 진단서나 감정서, 성전환시술 의사의 소견서, 생식능력의 불가역적인 상실을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서, 성장환경 등을 포함한 2명 이상의 보증서 등을 요구하고 있다.

다. 2010년대 법원의 결정례

1) 대법원(2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정

성별정정으로 배우자나 자녀와의 신분관계에 중대한 변경을 초래하거나 사회에 미치는 부정적인 영향이 현저한 경우 등 특별한 사정이 있다면, 성별정정을 허용하여서는 아니 된다는 것이다.

특히, ① 성전환자가 혼인 중에 있거나, ② 성전환자에게 미성년자인 자녀가 있는 경우, 성별정정을 허용하게 되면, 동성혼의 외관이 현출될 수밖에 없으므로, 동성혼에 대한 찬반양론을 떠나, 현재의 우리 사회가 스스로의 선택에 의하여 이

성과 혼인하고 자녀를 출생시켜 가족을 이룬 사람에게 요구할 수 있는 최소한의 배려요청이라는 것이다

라. 소결론

대법원 전원합의체 결정에서 성별정정을 허가하기 위해서는 '성전환자의 외부성기의 형성'을 요건으로 하였으며, 이 대법원 결정에 근거하여 대법원예규[사무처리지침]도 '성전환자의 외부성기의 형성'을 허가 요건으로 하였다.

3. 대법원 전원합의체 결정에 반하는 하급심의 결정례 - 성전환수술 없이 성별정정 허용하는 하급심 결정례

대법원예규[사무처리지침]이 제정된 이후 2013년까지 외부성기를 반대의 성으로 형성하지 않은 성전환자에 대한 성별정정을 허용하는 결정은 없었다.[16)]

가. 대법원 결정에 반하는 FTM(Female to Male)사건에서 하급심의 결정례

남성으로의 성전환자로 하여금 성별정정을 허가받기 위하여 외부성기 형성수술을 필수적으로 거치도록 하는 것은, 신체완전성에 대한 손상 및 생명의 위험과 과도한 경제적비용을 강요하는 것으로서, 여성에서 남성으로의 성별정정 허가를 위하여 외부성기형성을 요구하는 것은 과도한 제한이라는 것이다.[17)]

---

16) 하정훈, '법원의 성전화자 성별정정 결정례의 변화와 동향', SOGI법정책연구회, 제5회 SOGI콜로키움, "성전환자 성별정정 10년-의미와 과제"(2016.11.19.), 14쪽

17) 인천가정법원 2019.4.15.자 2018호기 20034결정의 이유 중 설시내용

1) 서울서부지방법원 2013. 3. 15.자 2012호파4225 결정

서울서부지방법원은 성전환자 5명에서 '여'를 '남'으로 정정할 것을 허가하였다. 이들은 외부성기수술을 하지 않은 FTM 성전환자들이다.[18] 이 결정을 시작으로 다른 법원에서도 외부성기에 대한 외과적 수술을 시행하지 않은 성전환자에 대한 성별정정을 허가하기 시작하였다.[19]

2) 서울서부지방법원 2013. 11. 19.자 2013호파1406 결정

서울서부지방법원 결정은 외부성기수술을 하지 않은 성전환자(FTM)들 30명이 성별란을 '여'에서 '남'으로 바꿔 달라"며 낸 가족관계등록부 정정신청을 받아들였다.[20]

나. 대법원 결정에 반하는 MTF(Male to Female)사건에서 하급심의 결정례

1) 청주지방법원 영동지원 2017. 2. 14.자 2015호기302 결정

(1) 신청인의 지위

가족관계등록부에 남성으로 등재되어 있으나, 여성호르몬 요법을 받고, 양측 고환 절제수술과 유방확장기 삽입술을 받

18) 오미영, "성전환자의 성별정정 허가에 관 한 고찰 - 각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로", 「미국헌법연구」제24권 제3호, 2013. 12. 171쪽

19) 이를 시작으로 서울서부지방법원 외에도 인천지방법원 부천지원, 수원지방법원 평택지원에서 외부성기에 대한 외과적 수술을 시행하지 않은 성전환자에 대한 성별 정정을 허가하였다; 하정훈, '법원의 성전화자 성별정정결정례의 변화와 동향', SOGI법정책연구회, 제5회 SOGI콜로키움, "성전환자 성별정정 10년-의미와 과제"(2016.11.19.).

20) 오미영, "성전환자의 성별정정 허가에 관한 고찰 - 각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로", 「미국헌법연구」제24권 제3호, 2013. 12. 171쪽

았는데, 여성으로서의 외부성기 형성 수술은 받지 않았다.

(2) 결정의 요지

> ○ 대법원 2006.6.22.자 2004스42 결정은 성별정정의 요건을 판시하면서 '성전환수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추고'라는 기재를 포함했다. 하지만 최초로 구 호적법상 성별정정을 허용한 이 사건 대법원 결정은 이미 외부성기 수술까지 마친 성전환자에 대한 성별정정을 불허한 원심을 파기하면서 일반적인 성별정정의 기준을 제시한 것이었고, 따라서 외부성기 수술 여부가 쟁점은 아니었다.(중략)
> ○ 즉, '성전환수술로 반대 성으로의 신체를 갖추면' 될 뿐, 성기의 어느 부분까지 형성되어야 한다든가, 또는 반대 성과 완전히 동일한 성기를 형성하여야 한다든가 하는 구체적인 기준까지 제시하고자 함은 아니었다고 보인다.
> ○ 결국 이 사건 대법원 결정은 위 문구에도 불구하고 외부성기의 형성을 '반대 성으로의 신체를 갖춤'의 하나의 내용 또는 중요한 하나의 내용으로 보았을 뿐 이와 달리 외부성기 수술을 성별정정의 절대적인 요건으로 제시하면서 다른 모든 요건이 갖추어졌음에도 외부성기 수술을 마치지 않으면 성별정정 허가를 명시적으로 불허하는 취지는 아니라고 해석된다.

2) 성전환 수술에 관한 하급심의 판단

하급심 법원의 판단은 '성전환 수술로 반대 성으로의 신체를 갖춤'에 관한 판단 기준은 기존 성으로의 불가역성과 반대성이 대표적 표징 형성을 본질로 하고 있다고 보아야 하고, 외부성기 수술을 마치지 않았다 하더라도 본질적인 의미에서는 반대 성으로서의 신체를 갖추었다고 평가할 수 있다는 것

이다. 위 결정은 대법원 2006년 결정을 의도적으로 왜곡(歪曲)하였다. 대법원 2006년 결정은 성별정정을 위한 지표 내지 기준으로서 성전환수술로 "반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추"는 것을 제시하였는데, 위 결정은 성전환수술로 "반대 성으로의 신체를 갖추"면 되는 것으로 이를 대체하였다. 즉 대법원 2006년 결정의 "외부 성기를 비롯한"을 의도적으로 배제한 채 나름대로의 해석론을 전개한 것이다. 그래서 '성전환수술로 반대 성으로의 신체를 갖춤'에 대한 판단 기준은 '기존 성으로의 불가역성'과 '반대 성의 대표적 표징 형성'을 본질로 한다고 주장하며, 외부성기 수술을 마치지 않았다 하더라도 본질적인 의미에서는 반대 성으로서의 신체를 갖추었다고 평가하였다.

하급심은 대법원의 결정례를 존중하는 것이 일반적이다. 그럼에도 불구하고 성별정정과 관련하여 대법원의 판단을 거부하는 하급심의 해석론은 기존 대법원 결정에 대한 반기(反旗)라고 할 것이다.

4. 2020년 대법원의 가족관계등록 예규 변경 및 문제점

가 2020년 대법원의 가족관계등록 예규 변경의 내용

2020년 2월 21일에 대법원은 '성전환자의 성별정정허가신청 사건 등 사무처리지침'을 개정하였다. 개정이유는 법원이 재판으로 결정할 사항에 관하여 일정한 판단기준을 제공하는 것으로 오인할 우려가 있는 조항을 수정하거나 삭제하고, 사무처리에 필요한 절차적 사항만을 정하도록 하기 위함이라고 한다.

1) 개정안의 내용

제3조의 제목 “(첨부서류)”를 “(참고서면)”으로 하고, 같은 조 제1항 각 호 외의 부분을 다음과 같이 한다. 법원은 심리를 위하여 필요한 경우에는 신청인에게 다음 각 호의 서면을 제출하게 할 수 있다. 제3조제1항제2호 중 “2명 이상의 정신과”를 “정신과”로 하고, 같은 항 제3호 중 “소견서[성전환시술 의사 명의의 소견서를 첨부할 수 없는 경우에는 그 소견서를 첨부할 수 없는 이유를 소명하고 다른 전문의사 명의의 신체감정서를 제출할 수 있고, 신청인이 외국에서 성전환수술을 받은 경우에는 그 수술결과 신청인이 생물학적인 성과 반대의 성으로 외부성기 등을 갖추게 되었음을 확인한 국내의 성형외과 또는 산부인과 전문의의 진단서(신체감정서, 소견서)를 제출하여야 한다]”를 “소견서”로 하며, 같은 항 제5호를 다음과 같이 하고, 같은 조 제2항을 삭제한다. 5. 신청인의 성장환경진술서 및 인우인의 보증서 제6조의 제목 “(조사사항)”을 “(참고사항)”으로 하고, 같은 조 각 호 외의 부분 중 “조사한다”를 “조사할 수 있다”로 한다. 제7조의 제목 “(성별정정의 허가와 그 효력)”을 “(주문례)”로 하고, 같은 조 제2항을 삭제한다.

2) 개정안의 의미

2020년 2월 22일자 중앙일보에 개정안의 의미를 잘 요약해

놓았다.[21] 인용하면, “지금까지 성전환자가 성별을 바꾸기 위해서는 가족관계증명서, ‘2명 이상’의 정신과 전문의 진단서나 감정서, 성전환 시술 의사의 소견서, ‘앞으로 생식능력이 없다’는 전문의 감정서, ‘2명 이상’의 성장환경진술서 및 인우보증서 등 5가지의 서류를 필수로 제출해야 했다. 새로운 예규는 ‘2명 이상’이라는 구절을 삭제했다. 전문의 감정서나 성장환경진술서 등은 1명으로 충분하다고 본 것이다. 또 서류들은 ‘필수 제출’이 아닌 참고용으로 ‘제출 가능’으로 변경됐다. 구체적 지침도 없어질 것으로 보인다. 성전환 시술 의사 명의의 소견서를 첨부할 수 없는 경우에 이유를 소명해야 한다거나 성장환경진술서에 신청인의 성장 시기별 이성 관계를 포함한 대인관계에 대한 구체적인 진술이 포함돼야 한다는 세부내용도 삭제된다.”

구분	현행	개정
제출 서류	필수 첨부 서류 5가지	대폭 완화된 참고 서면
구체적 지침	구체적 지침 기술	구체적 지침 삭제
소급	소급 불가	소급 가능

각 법원 판사들이 따라야 할 예규의 개정을 통해 성별 정정 요건을 대폭 완화함으로써, 이제는 성전환 수술이 없이도 성별 정정을 허용하는 판결을 부담 없이 하도록 길을 열었다.

21) 백희연, 중앙일보 2020년 2월 22일자, “[단독]성전환자 성별정정 쉬워진다…필수 서류는 ‘참고용’으로”, https://news.joins.com/article/23712687

나. 개정에 대한 반론

1) 법원이 재판으로 결정할 사항에 관하여 판단기준을 제하는 것으로 오인하기에 개정한다?

하급심에서 재판할 때에는 특별한 사유가 없는 한 대법원 전원합의체의 결정을 따라야 한다. 왜냐하면 대법원 전원합의체는 대법관들이 오랜 경험과 지식을 근거로 신중하게 결정하였기 때문이다. 그런데 이번 예규 개정은 대법원 전원합의체의 결정을 무력화시키는 것이다. 예규 자체가 대법원의 결정을 충실하게 따르도록 하기 위하여 만들어졌다. 그런데 예규가 판단기준을 제공하는 것으로 오인하기 때문에 개정한다면, 대법원 전원합의체의 결정은 하급심이 따라야 하는 내용이 아닌 것으로 간주한다. 원래부터 예규는 하급심이 따르도록 하기 위한 가이드라인이었는데, 처음 취지를 완전히 무시하고 하급심에서 마음대로 결정하도록 방임하는 것이다. 이것은 신중하게 결정된 대법원 판례를 스스로 부정하는 것이다.

2) 성별 정정이란 중요한 사항을 각 법원에서 스스로 결정하도록 하는 것은, 통일된 결정이 나오지 않게 만든다.

성별 정정이 대수롭지 않는 것이라면 각 법원이 각자 알아서 하도록 방임할 수도 있다. 그렇지만, 국민의 실제 삶에 깊은 영향을 미치는 성별 정정에 대한 결정을 각 법원이 알아서 결정하도록 하는 것은, 대법원이 취해서는 안 되는 무책임한 태도이다. 판결이 객관적 원칙에 근거하지 않고 법관 개인의 소견에 따라 하도록 하면, 법원 자체의 권위를 무너뜨린다.

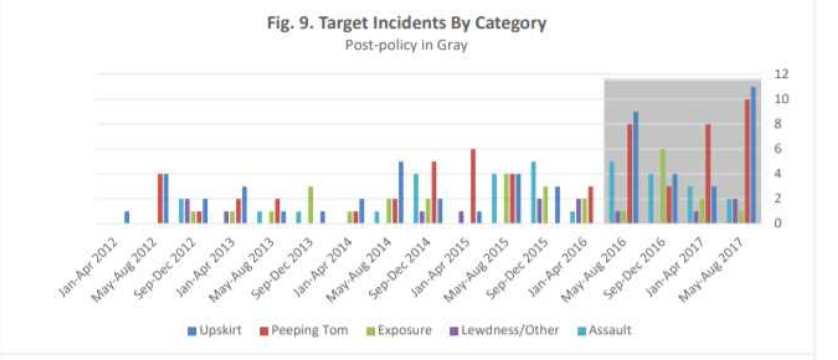
5. 성전환수술 없는 성별정정에 의해 예상되는 폐해

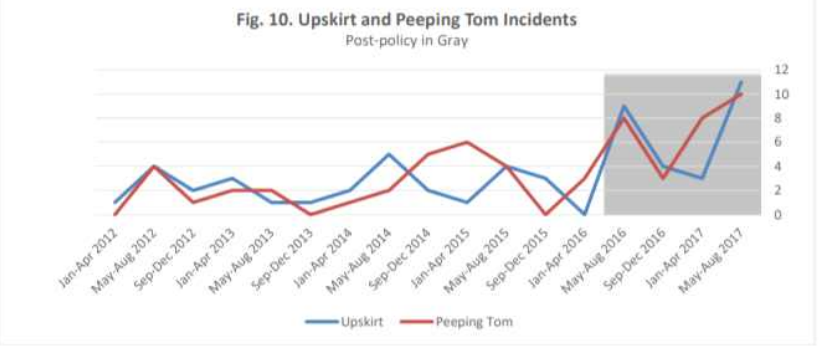
아래에서 성전환 수술 없는 성별정정을 법적으로 수용함으로 인해 서구에서 발생되는 폐해들을 살펴보고자 한다.

가. 여성 화장실, 탈의실에서의 성범죄 증가

성전환수술 하지 않은 트랜스젠더들이 화장실, 탈의실 등을 사용하도록 허용한 이후 여성의 사생활이 침해되고 여성과 여아들이 잠재적 성범죄에 노출되고 있다. 이 결과는 2016년 4월 미국 대형마트인 Target이 개인이 선택한 젠더에 따라 화장실, 탈의실을 사용하도록 하는 젠더포용정책이 실시 전후 발생된 성범죄 통계를 분석하면 쉽게 확인할 수 있다[22].

아래 도표는 Target이 젠더 포용 정책을 실시한 전후 성범죄 발생 변화를 보여주고 있다.





22) Gender-Inclusion Policies and Sexual Violence: A Longitudinal Analysis of Media Reports at Target Stores (Paul Dirks, January 29, 2018)

2003년부터 2017년 8월까지의 성범죄 사건을 분석하면, 2016년 젠더 포용 정책이 실시된 이후 성범죄 사건 수는 확연히 증가하였다. 여성 치마 속을 촬영(upskirt)하거나 탈의 엿보는(peeping Tom) 관음증 사건과 남성이 신체의 일부를 여성에게 노출하는 사건(exposure)이 대표적이었는데, 여성과 아동이 피해자의 99.1%였고, 그중 34% 피해자가 아동이었다.

Target에서 발생한 성범죄의 형태는 다음과 같다.

- West Knoxville의 Target에서 여성의 탈의를 훔쳐보던 남성이 체포됨 (2017년 3월 28일)[23]
- Target 여성 화장실에서 한 남성이 카메라를 설치하여 촬영하다 기소됨 (2017년 1월 17일)[24]

Target 외 다른 사업장에서도 유사한 사건들이 발생하였다.

- 매사추세츠 주의 화장실에서 남성이 성기를 노출한 채 변기를 이용하는 것을 여성이 목격 (2016년 2월)[25]
- 워싱턴 시애틀의 지역 수영장 여성 탈의실에서 남성이 탈의 (2016년 2월 17일)[26]

남성이 여성 탈의실에 들어와 탈의하려고 하자 여성들이 그를 내쫓으려 했으나 여성 탈의실에 있을 권리가 있다고 답함. 그 남성은 그날 늦게 소녀들이 탈의할 때 다시 탈의실에 들어옴.

---

23) https://www.wbir.com/article/mobile/news/crime/peeping-tom-caught-in-the-act-at-west-knoxville-target/426956736

24) https://www.wpri.com/news/man-charged-with-putting-camera-in-target-bathroom/

25) https://www.massresistance.org/docs/gen3/16a/bills-in-MA-legislature/tpc/transgender-bill/attleboro-restroom.html

26) https://mynorthwest.com/188993/man-caught-undressing-in-front-of-girls-at-green-lake-locker-room/

- 조지아 주의 월마트에서 51세 남성이 여자 어린이 앞에서 노출한 채 여성 화장실 이용. 경찰이 도착했을 때 혐의자는 여성 복장이었음 (2010년 3월 24일)[27]
- 트랜스젠더 주장 영국 성범죄자가 여성 교도소에 이송돼 여성 수감자들을 성폭행[28]

여성과 아동을 상대로 오랜 기간 성범죄를 저질러왔던 영국의 남성 성범죄자가 트랜스젠더라 주장하며 여성 교도소로 옮겨간 뒤 수감자들을 대상으로 성폭력을 저지름.

- 텍사스 주 로스 백화점에서 여성 탈의실을 이용하던 여성이 탈의실 내에서 남성 목소리를 들음. 그 여성의 신고를 받은 백화점 매니저는 남성으로부터 오늘은 여성이라는 답변을 받음. 그 매니저는 신고한 여성에게 그 남성이 신경이 쓰이면 그가 마칠 때까지 기다릴 수밖에 없다고 알려줌 (2016년 5월 17일).[29]
- 워싱턴 D.C.의 슈퍼마켓에 근무하던 여성 보안요원이 여성 복장을 한 남성이 여자 화장실을 들어가려는 것을 저지하다가 그 여성 보안요원이 오히려 체포됨. 보안요원은 남성에게 여자 화장실에서 나가줄 것을 요청했으나 그는 여성이라 주장하며 거절하다 여자 화장실에서 쫓겨났고, 이후 경찰에 여성 보안요원을 신고해서 체포당하게 하였음 (2016년 5월 19일).[30]

---

27) https://www.wsbtv.com/news/police-man-undresses-in-front-of-children-in-walma/241705565/

28) https://www.theguardian.com/uk-news/2018/oct/11/transgender-prisoner-who-sexually-assaulted-inmates-jailed-for-life

29) https://dfw.cbslocal.com/2016/05/17/shopper-upset-man-allowed-to-use-womens-dressing-room-in-ross/

■ 2012년 1월, 워싱턴 주의 에버그린 스테이트 칼리지에 고등학교와 대학교가 함께 쓰는 수영장과 사우나가 있었다. 사우나에 들어가던 여대생들이 그 안에 있는 사람을 보고 괴성을 질렀다. 자기를 여자라고 하는 남자가 나체로 앉아 있었던 것이다. 경찰은 '그녀'에 대한 수사 조서에서 "그녀가 자신의 '남성 성기'를 노출시키고 있었다"라고 기록했다.[31]

특히, 청소년이나 어린이가 위협받고 있다.

■ 2016년 오바마 정부에서 공립학교에서 트랜스젠더 학생들은 그들의 젠더 정체성에 따라 화장실을 사용할 수 있으며 만약 트랜스젠더 학생들이 젠더 정체성에 따라 화장실을 사용하지 못하는 차별이 발생할 경우 학교는 연방보조금 지원을 제한할 수 있다고 함. 학생들이 자신의 젠더 정체성을 증명하기 위해 의학적 진단서 등을 제출할 의무는 없으며 학보에 통보하기만 하면 된다고 함.[32] 이 조치는 2017년 2월 트럼프 행정부에 의해 폐기되었음.[33]

---

30) https://dailycaller.com/2016/05/19/security-guard-arrested-for-removing-man-from-womens-bathroom/

31) 마이클브라운지음, 자유와인권연구소 옮김, 성공할수 없는 동성애 혁명, 쿰란출판사(2017), 275쪽 : 여학생들은 큰 충격에 빠졌고, 학부모들은 격분했지만, 정작 대학 당국은 아무런 조치를 취할 수 없다고 했다. 왜? 학교 당국은 주법을 따라야만 했을 뿐이라고 했다. '학교 당국은 성정체성을 이유로 학생들을 차별할 수 없다. 성정체성은 워싱턴 주의 차별금지법으로 보호된다는 것이다.

32) https://www.pbs.org/newshour/nation/obama-administration-to-decree-transgender-access-for-public-school-bathrooms

33) http://www.adflegal.org/detailspages/press-release-details/trump-takes-important-first-step-to-protect-privacy-and-dignity-of-students-across-america

나. 여성 스포츠 경기에 생물학적 남성이 참여

생물학적 남성이 여성 스포츠 경기에 출전하여 상위 성적으로 수상하여 여성의 기회를 박탈하는 사례들이 발생하고 있다.[34]

■ 미국 코네티컷주 여자 청소년 육상경기에서 생물학적 남자 학생이 우승 (2019년)[35]

코네티컷 주에서 남학생도 여학생이라 밝히면 여학생 경기에 출전하는 정책을 실시한 후, 주에서 개최한 시합에서 두 명의 남학생 선수가 15개 종목에서 석권함. 이로 인해 여학생들은 상급 시합에서 경쟁할 기회와 수상의 명예, 원하는 대학에 입학할 수 있는 기회와 장학금 기회까지 박탈당하고 있음.

2015년 11월 국제올림픽위원회는 성전환수술을 한 선수만이 출전이 가능하던 규칙을 바꾸어, 여성이 남성으로 변경된 경우는 제한없이 남성 경기에 출전가능하며, 남성이 여성으로 변경된 경우는 남성 호르몬 수치가 허용범위 안에 있을 경우 출전할 수 있도록 개정하였다.[36]

미국역도연맹은 남성은 태생적으로 여성보다 큰 골격, 높은 골밀도, 강한 결합조직과 높은 근육밀도를 가지고 있으므로 테스토스테론 수치가 낮아진 것만으로 이런 남성적 특징이 사라지지 않는다며 국제올림픽위원회 기준을 따르지 않고 있다.

---

34) https://www.adflegal.org/detailspages/blog-details/allianceedge/2020/01/27/the-long-and-growing-list-of-women-s-sports-where-men-are-competing-and-winning

35) https://www.wsj.com/articles/a-connecticut-girl-challenges-male-domination-of-female-sports-11562885421, https://www.adflegal.org/selina-soule-track-athlete-story

36) IOC Consensus Meeting on Sex Reassignment and Hyperandrogenism November 2015

다. 성전환자의 군복무

2016년 미국 오바마 행정부는 성전환자의 군 입대를 허용하고 성전환수술이 없더라도 남성에서 여성으로 변경하면 여성 병영, 화장실, 샤워장을 사용하도록 하였다.[37] 군사훈련지침에는 병영, 화장실, 샤워장에서 반대 성별의 신체적 특징을 가진 자를 마주칠 수 있음을 이해할 것과, 트랜스젠더 군인의 행위를 수정하거나 조정할 것을 요구받거나 기대 받아서는 안 된다고 정하고 있었다.

이 정책은 국가안전보장을 최우선으로 하는 군대가 사회적 실험의 대상이 되었음과 성전환 군인들의 호르몬 치료 비용 등을 국방비로 지원하는 점[38] 등의 비판을 받아왔다.[39]

2018년 미국 국방부는 성전환자 복무규정을 수정하여 성전환자를 포함한 모든 군인은 생물학적 성을 기준으로 한 요건을 만족해야 한다고 바꾸었다. 또한 2018년부터 군대 지원자 중 젠더 불쾌증 치료를 받았거나 성전환 치료를 받은 적이 있는 자는 부적격으로 추정되도록 변경하였다. 미국의 트랜스젠더 복무 문제는 2019년 1월 26일에 미국 연방대법원에서 최종적으로 '트랜스젠더는 복무할 수 없다'고 판결했다.

---

37) https://www.defense.gov/Explore/News/Article/Article/1783822/5-things-to-know-about-dods-new-policy-on-military-service-by-transgender-perso/

38) https://www.nytimes.com/2017/07/26/us/politics/trump-transgender-military.html

39) https://www.lifesitenews.com/news/army-prepares-women-to-shower-with-men-as-part-of-transgender-training

라. 호칭의 혼란

전통적으로 사용되던 엄마, 아빠의 호칭과 여성/남성 인칭대명사 등 언어들 또한 성전환수술 없는 성별정정에 따라 사회적 혼란을 야기하고 있다.

- 자녀를 출산 후 어머니 대신 아버지로 출생증명서에 표기하기를 원한 트랜스젠더[40]

영국의 생물학적 여성인 맥코넬은 유방 제거수술은 받았으나 자궁절제술은 받지 않은 채 남성호르몬을 복용하다 출산 계획을 세운 후 남성호르몬 복용을 중단하고 정자를 기증받아 체외수정법을 통해 임신에 성공함. 출산 후 맥코넬은 아이의 출생증명서에 본인을 어머니 대신 아버지로 표기하고자 하였으나 거부됨.

- 뉴욕에서는 인칭대명사 사용이 적절하지 않은 경우 벌금형 가능[41]

뉴욕의 사업자는 2016년 개정된 뉴욕시 인권법에 따라 성전환자의 바뀐 성에 따라 인칭대명사를 사용하여 불러야 하며, 의도적으로 모욕감을 주기 위해 잘못 호칭할 경우 최대 25만 달러 벌금이 부과됨. 여성이나 남성 인칭대명사 대신 중성 인칭대명사(ze/hir 등)를 사용하여 여성과 남성만으로 정체성이 선택되도록 제한되어서는 안 된다고 함.

---

40) https://m.news.naver.com/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=104&oid=277&aid=0004542962

41) https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2016/05/17/you-can-be-fined-for-not-calling-people-ze-or-hir-if-thats-the-pronoun-they-demand-that-you-use/

마. 경제 영역

성전환 수술 없는 성별정정은 경제 영역에서도 영향을 미침

■ 더 저렴한 자동차 보험료율을 적용 받기 위해 법적 성별을 전환한 남성[42)]

캐나다 남성이 25세 미만 남성에게 부과되는 자동차 보험료가 여성보다 높은 것을 알고 정신적으로 여성임을 증명하는 진단서를 의사로부터 발급받아 정부에 제출한 뒤 법적 성별을 바꾸어 여성에게 적용되는 보험료를 적용 받음.

바. 병역법 등 남녀 '성별' 구분의 혼란

1) 성별 구분의 필요성

누구나 태어나면서 갖게 되는 생래적 특징으로서 남녀 성별의 구분이 개인이나 사회에 미치는 영향이 적다고 한다면, 굳이 성별을 정정할 필요가 없는 것이다. 사회 공동체에 미치는 영향이나 법률을 적용함에 있어 성별에 따른 차이가 크다면, 성별의 구분은 명확해야 하고, 성별정정의 요건은 엄격하게 적용되어야 할 것이다. 현재 국내에 적용되는 「주민등록법」, 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 뿐 만 아니라 국제적으로 통용되는 「여권법」에서도 '성별'을 필수적 기재사항으로 규정하고 있다. '성별'은 '혼인'과 재산상속, 부양 등을 결정짓는 국가운영의 중요한 기초 중의 하나이다.[43)]

2) 헌법과 법률에서 '성별'의 구별의무

대한민국 헌법 제32조에 '여자'의 근로와 여자의 복지와 권

---

42) http://nownews.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20180731601013#csidxb166685d44b58e49bf94803f92c4c3a

43) 청주지방법원 영동지원 2017.2.14.자 2015호기302 결정

익 향상을 위하여 노력할 국가의 의무를 규정하고 있다. 그러므로 국가는 헌법상 보호의무를 다하기 위해서, 남자와 여자에 대한 구분을 명확히 해야 한다. 이에 따라, 국회는「여성폭력방지법」,「여성농업인육성법」,「여성기업지원에 관한 법률」,「여성과학기술인 육성 및 지원에 관한 법률」,「경력단절여성등의 경제활동 촉진법」,「모자보건법」등을 두고 있다.

이렇듯,「헌법」,「민법」,「형법」 등 기본법에서 뿐만 아니라, 여러 법률에서 국민의 성별을 기준으로 하여 그 규율을 달리 하고 있다. 그 외 '여자대학(女子大學)'이 존재하고 있고, 공공시설로서,「공중화장실 등에 관한 법률」, 목욕탕 등「공중위생관리업법」에서 남자와 여자를 준별하고 있다.

성별의 구별기준이 명확하지 않은 경우, 성별의 구분을 전제로 한 법률 적용에서 혼란을 가져오게 될 것은 자명하다.

3) 병역제도의 혼란

한국의「병역법」은 '남성'에게만 병역의무를 부과하고 있기에, 성전환수술을 하지 않더라도 성별정정을 허용할 때에, 병역을 기피할 목적으로 성별정정을 신청할 가능성이 매우 높다.

사. 동성결혼을 사실상 허용함

헌법과「민법」은 동성(同性) 간의 혼인은 허용하지 않고 있다.[44] 그런데, '반대 성으로의 외부성기를 형성하지 않은 자'는 개인적 영역에서의 '성관계'는 동성혼의 외관이 현출될 수 밖에 없다. 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈이 되고, 이는

44) 대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117 전원합의체 결정

상대방 배우자의 신분관계 등 법적·사회적 지위에 중대한 영향을 미치게 된다.[45] 즉, 성별정정의 요건을 완화하면 헌법이 금하는 동성결혼을 사실상 허용하는 폐단이 생기는 것이다.

아. '제3의성' 인정 논란

1) 성별 변경과 기본권

헌법재판소는 '성별'은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징으로서, '개인의 인간으로서의 존엄과 가치에 영향을 미치는 요소'는 아니라고 전제하고 있다.[46] 또한, 성별을 변경하는 것이 인권의 속성으로서 '보편성'이 있다고 보기도 어렵다. 그리고 인간다운생활을 할 권리는 '사회권'으로서 아직까지 헌법학에서는 이를 프로그램적 권리로서 소구(訴求)를 할 수 있는 권리는 아니라고 한다.[47] 또한, 성별을 민주주의 국가에서 '다수결'로 정할 수도 없는 것이며, 더욱이 법원은 이를 성별을 '확인'할 있을 뿐, 성별을 '결정'할 수는 없는 것이다. 그러므로 법원이 성별을 '확인'하기 위하여, 현재의 우리 사회가 스스로의 선택에 의하여 성전환수술을 하고자 하는 사람에게 성별의 정정을 허가함에 있어 '외부성기의 형성'이라는 신체적 성징을 갖출 것을 요구하는 것은 최소한의 배려요청이라고 볼 수 있는 것이다.

2) 성전환은 성전환증자의 자유에 속하지 않음

성전환을 원하는 자는 의학적으로는 병리적 성향(증상)을 나타내는 자이며, 현상적으로는 일반에 대한 예외에 해당하며, 사회적으로는 다수에 대한 소수에 속한다. 성전환은 인류의

45) 대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117 전원합의체 결정
46) 헌법재판소 2010. 11. 25 자 2006헌마328 결정, 병역법 제3조 제1항 등 위헌확인
47) 정주백, 「평등정명론」, 초판(충남대학교출판문화원, 2019), 6쪽

발전이라는 거대한 목표에 비추어볼 때 이른바 칸트의 일반적 법(universal law)으로 나아갈 것을 기대할 수 없는 행위라고 볼 수밖에 없다. 따라서 이러한 성전환을 자유나 권리로 인정할 수는 없다고 본다.

그럼에도 성전환을 허용하려면, 이는 성전환이 '당위'이어서가 아니라 부득이하게 '필요'하기 때문이라고 보지 않을 수 없다. 즉 성전환을 원하는 자들이 소수로서 보호의 대상이 되어야 한다면, 그것은 이들이 다수의 다른 이들과 달리 선천적 성에 대한 정체성을 확립하지 못하고 그에 따른 성역할에 적응하지 못하기 때문이다. 여기서 성전환이 보충적으로 허용되는 최후의 수단임을 알 수 있다. 따라서 법적 성의 변경을 의미하는 성별정정의 허용 요건은 엄격하지 않을 수 없다.

6. 결론

헌법, 민법, 형법 등 기본법에서 뿐 아니라, 병역법 등 여러 법률에서 '성별'을 기준으로 그 규율을 달리하고 있다. 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적 특징으로서, 누구나 태어나면서 신체의 외관 즉, 외부의 성기에 의해서 식별된다. 그럼에도, 성전환수술에 의하여 반대의 성으로 외부 성기를 치환하고, 전환된 성으로 개인적 행동과 사회적 활동을 하는 것 자체를 법으로 막는 것은 바람직하지 않다고 판단된다.

대법원은 2006년과 2011년 전원합의체 결정을 통해서, 그리고 성전환자의 성별정정의 사무처리의 통일성을 위하여 대법원예규를 제정하여 시행하면서, 성별정정을 위해서는 "성전환증으로 인한 성전환 수술을 받아 '외부성기'를 포함한 신체외관"이 반대의 성으로 바뀌었을 것을 조사사항으로 규정했

다.

그런데, 2006년 대법원 전원합의체 결정을 근거로 제정된 사무처리지침이 2020년 2월 21일에 개정되어 외부성기 수술이 없이도 성별정정을 허용하는 판결이 가능하도록 하였다. 이번의 대법원의 가족관계등록 예규 개정은 2006년 대법원 전원합의체의 결정을 무력화하는 것이다. 하급심에서 재판할 때에는 특별한 사유가 없는 한 대법원 전원합의체의 결정을 따라야 한다. 왜냐하면 대법원 전원합의체는 여러 대법관들이 오랜 경험과 지식을 근거로 민감한 주제에 대하여 신중하게 결정하였기 때문이다.

원래 예규는 대법원의 결정을 충실하게 따르도록 하기 위하여 만들어졌다. 그런데 예규가 판단기준을 제공하는 것으로 오인하기 때문에 개정한다면, 대법원 전원합의체의 결정은 특별히 하급심이 따라야 하는 내용이 아닌 것으로 간주하는 것이다. 예규를 만든 처음 취지를 완전히 무시하고 하급심에서 마음대로 결정하도록 방임하는 것이다. 신중하게 결정된 대법원 판례를 스스로 부정하는 것이다.

성별 정정이란 중요한 사항을 각 법원에서 스스로 결정하도록 하는 것은, 통일된 결정이 나오지 않게 만든다. 성별 정정이 대수롭지 않는 것이라면 각 법원이 각자 알아서 하도록 방임할 수도 있다. 그렇지만, 일반 국민들의 실제 생활에 깊은 영향을 미치기에 아주 민감하게 받아들이는 성별 정정에 대한 결정을 각 법원이 알아서 결정하도록 하는 것은, 대법원이 취해서는 안 되는 아주 무책임한 태도이다. 그러므로 대법원의 이번 지침 개정은 잘못된 것이다.

성전환수술 요건 없는 성별정정은 여러 문제를 발생시킨다. 남녀의 생물학적 구분을 와해시켜 여성과 아동의 안전과 권리가 침해되는 일들이 발생하며, 사회를 구성하는 남녀의 부모와 자녀로 이루어지는 전통적인 가정의 형태를 흔들어 해체시킨다. 남녀의 차이로 말미암아, 여성들에게 생기는 본성적인 반응(수치심, 위협감 등)까지도 잘못된 것으로 간주하도록 강요하고 있다. 더 나아가, 남녀 성별이분법에 대한 문제제기와 제3의성을 용인하거나 젠더이데올로기의 확산을 부추길 우려가 있다.

이번 지침 개정은 남자 성기를 단 여자, 여자 성기를 단 남자들을 법적으로 허용하는 판결이 쏟아지게 만들 수 있는데, 대다수 한국 국민들은 이것을 도저히 받아들일 수 없다. 대법원에서 왜 한국의 고유한 미풍양속을 해치는 결정을 하려고 하는지 도저히 이해할 수 없다. 대법원이 서구에서 이루어지는 성별정정을 본받으려는 것으로 추론되는데, 서구 사회는 이러한 성별정정으로 인하여 수많은 부작용과 폐해를 겪고 있다.

성전환수술이 없는 성별 정정을 허용하고 있는 서구에서는 한국 국민들이 받아들일 수 없는 일들이 벌어지고 있다. 또한 한국 병역법은 남성에게만 병역 의무를 부과하기에, 병역 기피 목적으로 성별 정정할 가능성도 높다. 성전환수술이 없는 성별 정정은 헌법과 민법이 허용하지 않는 동성혼을 사실상 허용하고, 부모와 자녀로 이루어진 일부일처제 가정을 붕괴시키는 결과를 낳는다. 대법원은 국민들의 정서를 제대로 파악하고, 한국 국민들이 도저히 받아들일 수 없는 사무처리지침의 개정을 철회하기를 강력히 촉구한다.