



## 성전환자의 법적 쟁점

### Legal Issues concerning Transgender People

이준일<sup>1)</sup> 고려대학교 법학전문대학원

Zoon Il Yi Law School, Korea University

**초록:** 근래 성전환의 개념이 바뀌면서 신체적인 성별과 정신적인 성별이 불일치하는 사람을 포괄적으로 성전환자라고 한다. 우리나라도 성전환 수술을 한 자에 대한 성별의 변경을 1990년대부터 법적으로 허용하기 시작했는데, 초기에는 성염색체를 기준으로 성별의 정정 여부를 결정하였지만, 2006년부터 신체적인 성별뿐만 아니라 정신적인 성별도 성별을 결정하는 기준으로 인정하고 있다. 보다 더 최근에는 신체적인 성별이 불완전하더라도 정신적인 성별을 토대로 한 기준이 법적인 성별 결정에서 더 중요시되고 있다. 성별을 결정하는 법적인 기준이 빠르게 바뀌고 있음에도 불구하고 성전환과 관련된 여러 가지 의문사항들이 제기되고 있는데, 그들의 대부분은 증오범죄를 비롯하여 성전환자의 인권 침해에 대한 것들이다. 본고는 성전환의 성별 변경에 관한 법적 관점을 소개함과 동시에 성전환자의 인권보호를 위한 법률의 필요성 등을 논하였다.

**주요어:** 성전환, 성별변경, 성정체성, 증오범죄

**Abstract:** While a concept of transgender has recently been expanding, transgender people are known as the persons whose state of gender identity or gender expression is not matching their assigned sex. The petition in changing their legal identification such as recorded sex on birth certificate has been granted after medical treatment since the 1990s in Korea. The basis of granting their legal petition was initially on their sex chromosomes configuration, but both physical and psychological states have been considered when permitting the petition since 2006. In spite of the rapidly developing legal system related to sexual orientation, a number of legal issues for transgender people are still controversial. Most of the issues are related to protect their basic rights, and thus the author placed the emphasis on the necessity of protecting their humans rights in this article.

**Key Words:** hate crime, human rights, sexual orientation, transgender people

1) 교신: 136-701 서울특별시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학전문대학원 이준일 (profyi@korea.ac.kr). 본고는 2014년 10월 11일 개최된 대한성학회 추계학술대회에서 발표한 원고를 수정·보완한 것임.

## 개념

성전환자(transgender)란 신체적인 성별(sex)과 정신적인 성별(gender)이 불일치하는 사람을 의미한다. 최근에는 이와 반대되는 개념으로 일상적인 대화에서 신체적인 성별과 정신적인 성별이 일치하는 사람을 ‘시스젠더(cisgender)’로 칭하기도 한다(Green, 2010; Schilt & Westbrook, 2009). 사람의 신체적인 성별은 성염색체와 생식기, 성징에 의하여 구분되는 성별로서 생물학적 성별 혹은 유전학적 성별로 지칭하기도 한다. 그 반면에 사람의 정신적 성별은 본인이 인식하는 성별 혹은 특정한 성별에 소속되어 있다는 느끼는 귀속감을 기준으로 결정된 성별을 의미한다.

사람에 따라서는 성염색체의 비정상적인 결합(예, XXY염색체를 지닌 Klinefelter 증후군)에 의하여 또는 태아기 초기의 성선 분화과정에서의 이상에 의하여 신체적인 성별이 남성과 여성으로 명확하게 구분되지 않는 상태(간성, intersex, hermaphrodite)를 지닐 수도 있다(Dreger, 1998). 역시 정신적인 성별에서 남성이나 여성의 어느 한쪽 성으로 결정하지 못한 사람도 존재하는데, 이런 사람을 ‘젠더 퀴어(gender queer)’로 부르기도 한다(Winter, 2010). 양성을 가지고 태어난 경우 출생과 동시에 결정된 성별(대부분 남성)과 반대된 성별로 자신을 인식하는 사람도 성전환자에 포함시킬 수 있다(이준일, 2008).

우리나라 대법원은 2006년 사람의 성별이 신체적인 성별에 따라 결정되는 것만이 아니라 정신적인 성별도 성별을 판단하는 기준으로 인정하였다. 즉 “종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성 역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요

소를 종합적으로 고려하여야 한다.”고 명시했다(대법원 2006. 6. 22. 2004스42 전원합의체 결정).

## 성별의 변경

성전환자와 관련하여 가장 중요한 법적 쟁점은 ‘성별의 변경’이다. 사람은 출생 즉시 출생신고가 이루어지는데, 모든 사람은 출생 당시의 신체적 외관에 따라 성별이 결정되며 또 그 성별이 가족관계등록부에 등록이 되면서 법적인 성별이 된다. 성전환자의 경우에는 이러한 법적 성별과 자신이 인식하는 정신적 성별이 불일치하므로 정신적 성별에 맞게 법적 성별을 변경하기를 원하게 된다.

이에 대법원에서는 사람의 성별을 판단하는 기준으로 정신적 성별을 포함시켰으며, 또 성별의 변경을 위한 필요 요건으로 다음과 같은 사항을 제시하였다(이준일, 2009). 즉 “성전환증을 가진 사람의 경우에도, 남성 또는 여성 중 어느 한쪽의 성염색체를 보유하고 있고 그 염색체와 일치하는 생식기와 성기가 형성·발달되어 출생하지만 출생 당시에는 아직 그 사람의 정신적·사회적인 의미에서의 성을 인지할 수 없으므로, 사회통념상 그 출생 당시에는 생물학적인 신체적 성징에 따라 법률적인 성이 평가될 것이다. 그러나 출생 후의 성장에 따라 일관되게 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로서의 역할을 수행하며 성기를 포함한 신체 외관 역시 반대의 성으로서 형성하기를 강력히 원하여, 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 상당기간 정신과적 치료나 호르몬 치료 등을 실시하여도 여전히 위 증세가 치유되지 않고 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추고, 나아가 전환된 신체에 따른 성을 가진 사람으로서 만족감을 느끼고 공고한 성정체성의 인식 아래 그 성에 맞춘 의복, 두발 등의 외관을 하고 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함

으로써 주위 사람으로부터도 그 성으로서 인식되고 있으며, 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 볼 수 있다면, 이러한 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다 할 것이며, 이와 같은 성전환자는 출생시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있을 것이다.”고 명시했다(대법원 2006. 6. 22. 2004스42 전원합의체 결정).

이와 동시에 대법원은 대법원예규로서 ‘성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침(가족관계등록예규 제385호)’을 만들어 법적 성별을 변경할 때 고려해야 하는 요건을 제시하였다. 그 내용은 “① 신청인이 대한민국 국적자로서 19세 이상의 행위능력자인지, 현재 혼인중인지, 신청인에게 미성년인 자녀가 있는지 여부, ② 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴왔는지 여부, ③ 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였으나 신청인이 여전히 수술적 처치를 희망하여, 자격 있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었는지 여부, ④ 성전환수술의 결과 신청인이 생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재 전환할 개연성이 없거나 극히 희박한지 여부, ⑤ 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 있는지 여부.”이다.

그러나 상기와 같은 요건들이 제시되었음도 불구하고 몇 가지 의문점이 제기된다. 우선 성별변경이 반드시 성년자(성인)에게만 국한되어야 하는지에 관한 것이다(이준일, 2008, 2009). 다시 말하면, 미성년자에게는 성별변경이 허용될 수 없는 이유가 무엇인지에 대한 논란이다. 아마도 미성년자에게 선불리 성별변경을 허용했다가 이후에 후

회할 수도 있다는 점을 우려한 것으로 보인다. 그렇지만 반대로 미성년자라고 하더라도 자신이 인식하는 성별이 영원히 불변하는 성별이라면 조금이라도 더 이른 시기에 성별변경을 허용하는 것이 바람직하다는 점에서 본다면, 정신적인 성별에 대한 전문의사의 객관적 확인을 전제로 미성년자의 성별도 변경해줄 수 있다고 보인다.

다음으로 성별변경이 현재 결혼하지 않은 상태에 있는 사람에게만 허용되어야 하는지에 관한 논란이다. 결혼한 상태에 있는 사람에게 성별변경을 허용했을 때 문제가 되는 것은 ‘동성혼’의 외관을 현출시킨다는 점이다. 남성이 부인이 되거나 여성이 남편이 되면, 두 명의 부인 혹은 남편이 존재함으로써 동성혼이 인정되는 결과를 초래할 수 있다(이준일, 2012). 그렇지만 혼인한 상태에 있는 사람의 성별변경을 허용하지 않으면 성별변경을 위하여 이혼을 하거나 혼인상태를 유지하기 위하여 성정체성을 포기해야 하는 궁지에 빠뜨리는 것이기 때문에 이것은 일반적인 사람에게 기대할 수 없는 요구라는 점에서 혼인한 상태에 있는 사람에게도 성별변경을 허용하는 것이 바람직하다.

또한 성별변경이 미성년 자녀가 없는 사람에게만 허용되어야 하는지에 관한 논란이다. 미성년인 자녀가 있는 사람에게도 성별변경을 허용하면 아버지가 돌이 되거나 어머니가 돌이 되는 상황이 발생하는데, 이것은 해당 ‘아동의 복리’를 침해할 수 있기 때문이다(이준일, 2008, 2009). 그렇지만 이 경우에도 성별변경을 하려면 자신의 자녀를 입양시키거나 계속해서 친자관계를 유지하려면 성별변경을 포기해야 되는데, 이것도 일반적인 사람에게는 요구할 수 없는 선택이기 때문에 미성년인 자녀가 있는 사람에게도 성별변경 허용이 바람직할 것으로 보인다.

역시 성별변경의 필수적 요건으로 성전환수술이 요구되어야 하는지에 관한 논란도 제기될 수 있다. 최근의 연구결과에 따르면, 모든 성전환자가 성전환수술을 원하는 것은 아니기 때문에 성전환수술을 원하지 않는 사람에게에는 성별변경의 요건으로 성전환수술을 요구할 수 없다고 보인다(이준일, 2008, 2009). 마지막으로 성별변경을 위

해서는 반드시 생식기능까지 제거시켜야 하는지에 관한 논란이다. 자궁이나 난소, 고환 등 생식기관이 존재하여 생식능력이 있는 사람의 경우에는 성별을 변경한 후에도 원래의 성별로서 가지는 생식기능을 수행할 수 있기 때문이다. 여성만이 임신과 출산을 할 수 있다는 고정관념을 제거하면 굳이 원래의 생식기능을 제거해야만 성별변경을 허용할 수 있다는 요구도 필수적인 것만은 아니다.

### 인권 침해

성전환자와 관련해서 문제가 제기될 수 있는 또 다른 쟁점은 인권침해이다(이준일, 2008). 그 중에서도 성전환자에 대한 차별이 가장 큰 문제가 될 수 있다. 성전환자에 대한 차별은 성정체성(sexual identity), 즉 자신의 성별을 무엇으로 인식하는지에 따라 차별하는 것으로서 성적 지향(sexual orientation)을 이유로 한 동성애자나 이성애자에 대한 차별과 구별될 필요가 있다. 물론 성전환자이면서 동성애자나 이성애자인 사람에 대한 이중적 차별에도 주목할 필요가 있다. 현행 국가인권위원회법에서는 차별금지사유로 “성적 지향”만을 언급하여 동성애자나 양성애자에 대한 차별에 대하여 법적으로 대처하고 있으나, “성정체성”에 대해서는 언급하지 않고 있다. 즉 성전환자에 대한 차별에 대하여 효과적으로 대처하고 있지 못한 것이 현실이다. 차별금지사유로서 성정체성을 추가하여 성전환자에 대한 차별에 대해서도 법적 보호가 필요하다고 보인다.

서구에서는 성전환자나 동성애자를 대상으로 하는 차별이나 학대, 강도, 강간은 물론 살인까지 이어지는 증오범죄(hate crime)가 매년 증가하고 있다(Clements-Nolle, Marx, & Katz, 2006; Marzullo & Libman, 2009; NCAVP, 2000). 특히 우리 문화권에서는 그 중 남성에서 여성으로 성별을 변경한 성전환자에 대한 성폭력이 법적 보호를 제대로 받지 못하고 있는 대표적인 인권침해의 문제가 될 수 있다. 성전환수술을 하고 법적 성별을 변경한 성전환자의 경우에는 강간죄의 대상이 될 수 있다. 그렇지만 성전환수술을 받았으

나 아직 법적 성별이 변경되지 않는 성전환자의 경우에 강간죄의 대상이 될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 대법원은 2009년 법적 성별을 변경하지 않은 성전환자의 경우에도 강간죄의 대상이 될 수 있다고 판시하였다. “강간죄의 객체는 부녀로서 여자를 가리키는 것이므로, 강간죄의 성립을 인정하기 위하여 피해자를 법률상 여자로 인정할 수 있어야 한다. 종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나, 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다. … 피해자는 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로의 귀속감을 나타내었고, 성인이 된 후 의사의 진단 아래 성전환수술을 받아 여성의 외부 성기와 신체 외관을 갖추었고, 수술 이후 30여 년간 여성으로 살아오면서 현재도 여성으로서의 성정체성이 확고하여 남성으로 재전환할 가능성이 현저히 낮고, 개인생활이나 사회생활에서도 여성으로 인식되어, 결국 사회통념상 여성으로 평가되는 성전환자에 해당한다고 봄이 상당하고, 이 사건 피고인도 피해자를 여성으로 인식하여 강간범행을 저질렀다.”(대법원 2009. 9. 10. 2009도3580 판결).

성전환자에게도 보장된 사생활의 비밀에 대한 침해도 문제가 될 수 있다. 성별을 변경하기 전까지 원래의 성별로 살아오면서 기록된 성별이 성별을 변경한 후에 공개됨으로써 본인의 의사와 상관없이 성전환자라는 사실이 공개될 수 있기 때문이다(Boyd, 2007). 특히 성별변경 이전의 학교기록, 금융기관이나 건강보험기관에 남아 있는 기록, 의료기관이 보관하는 진료사실(치료나 수술 등)이 본인의 의사에 반하여 공개되는 것은 문제가 될 수 있다. 또한 성전환수술을 원하는 성전환자가 부담해야 하는 수술비용을 건강보험급여에

포함시킬 수 있는지도 논란의 대상이 된다(Ben-Asher, 2006). 그리고 아직 법적 성별을 변경하지 않은 성전환자가 범죄를 저질러 교정시설에 수용되는 경우에 수용장소를 결정할 때 어떠한 성별을 기준으로 수용시설에 배치할지도 문제다(Edney, 2004). 그밖에도 남성만이 병역의무를 부담하는 현실에서 여성에서 남성으로 성별을 변경한 성전환자의 경우에도 병역의무를 부과할 수 있는지도 문제가 될 수 있다. 성전환자가 혼인을 원하는 경우에 법적 성별을 변경하지 않아 동성혼의 외관을 보이면 이러한 혼인을 법적으로 인정할 수 있는지도 논란이 될 수 있다. 동성혼이 인정되지 않는 현행법 상 법적 성별을 변경하지 않는 한 법적 혼인은 불가능하고, 사실혼관계를 유지하고 있을 때 이것을 어떻게 법적으로 보호할 것인지도 문제가 되기 때문이다. 마지막으로 성전환자에 대한 혐오나 반감을 표현하는 혐오발언(hate speech)도 문제가 될 수 있다. 성전환자에 대한 혐오발언은 그 사람 개인의 인격이나 명예에 대한 손상일 수도 있지만 성전환자 집단에 대한 차별적 표현일 수도 있기 때문에 적절한 법적 대응이 요구된다(이준일, 2014).

## 결론

성전환자의 성별 변경에 대한 법적 인정은 오로지 성염색체에 의해서만 이루어진다는 가설을 더 이상 받아들이기가 힘들어지고 있는 상황이다. 성별은 성염색체뿐만 아니라 성별에 대한 정체성이나 귀속감에 따라서도 결정될 수 있다는 것이 최근의 보편적 인식이다. 이에 따라 세계 각국은 성전환자의 성별변경과 인권보호를 위한 입법을 서두르고 있다(이준일, 2009). 인권의 보호와 향상을 국가의 최고목표로 삼고 있는 대한민국도 성전환자가 부딪히고 있는 가혹한 현실을 고려하여 성별변경과 인권보호에 관한 입법을 서둘러 마련해야 한다.

## 참고문헌

이준일 (2008). 트랜스젠더(transgender)의 헌법적

문제. *고려법학*, 50, 39-75.

이준일 (2009). *섹슈얼리티와 법*. 서울: 세창출판사.

이준일 (2012). 성소수자 정책의 국제적 동향과 국내적 의미. In *Global Legal Issues 2012[1]* (pp. 171-186). 서울: 한국법제연구원.

이준일 (2014). 혐오표현과 차별적 표현에 대한 법적 규제의 필요성과 방식. *고려법학*, 72, 65-90.

Ben-Asher, N. (2006). The necessity of sex change: A struggle for intersex and transsex liberties. *Harvard Journal of Law & Gender*, 29, 51-98.

Boyd, H. (2007). *She's not the man I married: My life with a transgender husband*. Emeryville, California: Seal Press.

Clements-Nolle, K., Marx, R., & Katz, M. (2006). Attempted suicide among transgender persons: The influence of gender-based discrimination and victimization. *Journal of Homosexuality*, 51 (3), 53-69.

Dreger, A. (1998). *Hermaphrodites and the medical invention of sex*. Cambridge: Harvard University Press.

Edney, R. (2004). To keep me from harm? Transgender prisoners and the experience of imprisonment. *Deakin Law Review*, 9 (2), 327-338.

Green, E. (2010). Shifting paradigms: Moving beyond "Trans 101" in sexuality education. *American Journal of Sexuality Education*, 5, 1-16.

Marzullo, M., & Libman, A. (2009). *Hate crimes and violence against lesbian, gay, bisexual and transgender people*. Washington, DC: Human Rights Campaign Foundation.

NCAVP: National Coalition of Anti-Violence Programs (2000). *Anti-lesbian, gay, transgender and bisexual violence in 1999: A report of the NCAVP* (2000 Preliminary

- Edition). New York: New York City Gay and Lesbian Anti-Violence Project.
- Schilt, K., & Westbrook, L. (2009). Doing gender, doing heteronormativity: 'Gender normals,' transgender people, and the social maintenance of heterosexuality. *Gender & Society, 23* (4), 440-464.
- Winter, C. (2010). *Understanding transgender diversity: A sensible explanation of sexual and gender identities*. Seattle, Washington: CreateSpace (Amazon.com, Inc.).