

〈논문〉

성전환자의 인권 보호에 있어서 법원의 역할 - 한국과 독일·영국의 비교 -

尹眞秀*

金脩仁譯**

<원전: Jinsu Yune, “The Role of the Courts in the Protection of Transsexuals’ Human Rights: A Comparison of Korea with Germany and the U. K.” in: Tobias Helms und Jens Martin Zeppernick (hrsg.), *Lebendiges Familienrecht*, Festschrift für Rainer Frank zum 70. Geburtstag am 14. Juli 2008, Verlag für Standesamtswesen, Frankfurt am Main · Berlin, 2008, S. 409 - 422.>

I. 서론

한국 대법원의 2006. 6. 22. 자 전원합의체 결정¹⁾의 다수의견은, 성전환 수술을 받은 사람은 호적법에서 정하는 정정의 방법²⁾에 의하여 호적의 성별란에 기재된 성을 수정할 수 있다고 판시하였다. 대법원의 이와 같은 획기적인 결정은 한국에서 커다란 사회적 논란을 불러 일으켰다.

2002년 7월의 *Goodwin v. United Kingdom* 및 *I. v. United Kingdom* 사건에 대한

* 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수.

본 논문의 영문본 작성에 도움을 준 법무법인 태평양의 외국법자문사 David W. MacArthur 변호사에게 감사의 뜻을 전한다.

** 서울대학교 법학대학원 3학년.

1) 대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정(공 2006하, 1341). 본 결정의 영문 번역은 http://library.scourt.go.kr/jsp/html/decision/2_67.2004seu42.htm(last visit: October 17, 2007)에서 찾아볼 수 있다.

2) 호적법 제120조: 호적의 기재가 법률상 허용될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 오류가 있다고 인정할 때에는 이해관계인은 그 호적이 있는 지(地)를 관할하는 가정법원의 허가를 얻어 호적의 정정을 신청할 수 있다.

유럽인권재판소(European Court of Human Rights)의 판결³⁾이래, 국제적 차원에서 성전환자가 법률적으로 전환된 성에 속하는 것으로 인정되어야 한다는 점에 대한 일반적 합의가 이루어졌다고 볼 수 있다.⁴⁾ 한국 대법원의 위 결정에서도, 다수의견과 반대의견은 모두 성전환자의 인권이 보호될 필요가 있다는 점은 인정하고 있다. 그러나 성전환자의 인권 보호를 위해 어떤 방법이 적합한지에 대해서는 양의견이 견해를 달리 하고 있다. 다수의견은 성전환자의 성별 변경의 문제에 대하여 성문법이 침묵하고 있다 하더라도 법원은 성전환자의 호적상 성별 정정을 허가할 수 있다고 한 반면, 반대의견은 성전환자의 성별 정정은 입법자인 국회의 결단으로 해결되어야 할 문제라고 하였다.

본 논문에서는 성문법상의 규정이 없는 상황에서, 성전환자의 인권 보호를 위해 법원이 어떤 역할을 해야 하는지에 대해 살펴볼 것이다. 이를 위해서는 한국의 판례를 독일⁵⁾ 및 영국⁶⁾의 판례 법리와 비교해 보는 것이 의미가 있을 것이다.

II. 이하에서는 한국 대법원의 위 결정에 대해 좀 더 구체적으로 소개하고, III. 이하에서는 독일 및 영국 판례에 대해 살펴봄, IV. 이하에서는 이들 판례를 비교 분석해 보고자 한다.

참고로 기억해 둘 것은, 이번 기념논문집을 헌정 받는 Rainer Frank 교수가 서울대학교 방문교수로 한국에 머물 당시 한국의 위 대법원 결정에 상당한 기여를 했다는 점이다. 위 사건이 대법원에 계속 중이었던 2005년 9월 당시 Frank 교수는 대법원이 지원하는 연구 모임에서 독일과 유럽에서의 성전환자의 법적 지위에 대해 발표했는데,⁷⁾ 이 발표는 대법원이 위와 같은 결정을 내리는 데 일조하였다.

3) 뒤의 III. 2. a) 참조. 유럽인권재판소의 판례(decisions and judgments)는 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en.dptj>에서 찾아볼 수 있다.

4) Basedow and Scherpe (ed.), *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und Internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004 참조.

5) 독일연방헌법재판소 1978. 9. 11. 결정(BVerfGE 49, 286).

6) *Bellinger v. Bellinger* [2003] 2 W.L.R. 117(영국 귀족원 2003. 4. 10.).

7) 본 발표문은 국내에서 출간되었다. R. Frank, “Die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit in Europa, insbesondere in Deutschland” (국문 번역: 김재형, “유럽, 특히 독일에서의 성별의 변경”), *판례실무연구 VIII*, 박영사, 서울, 2006, 569면 이하.

II. 한국 대법원의 결정

1. 대법원 결정 이전의 상황

한국 법원에는 1990년대 초반부터 성전환자의 법적 지위가 문제된 사건이 제기되어 왔는데, 이 중 대부분이 호적상의 성별란에 기재된 성의 정정을 구하는 사건이었다. 이에 대한 하급심의 결정은 갈라져 있어서, 어떤 결정에서는 성별 정정을 허가한 반면 이를 불허한 결정도 있었다.

한국 대법원은 성전환자의 법적 지위에 대하여 1996년에 의견을 밝히게 되었다. 이 형사사건⁸⁾에서는 성전환 수술에 의해 여성의 외관을 갖추게 된 남성이 강간죄의 객체가 될 수 있는지가 문제가 되었다. 한국 형법에 의하면 부녀만이 강간죄의 객체가 될 수 있다.

대법원은 위 판결에서 성별을 결정하는데 있어 참작되어야 할 다양한 요소들을 열거했는데, 여기에는 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하는 태생적 성, 신체의 외관, 심리적·정신적인 성, 사회생활에서 수행하는 주관적·개인적인 성역할 및 이에 대한 일반인의 태도 등이 포함된다. 그러나 대법원은 결론적으로는 당해 사건에서 성전환자를 강간죄의 객체인 부녀로 인정하지 않았다. 앞에서 열거한 다양한 요소들, 즉 성염색체의 구성이나 본래의 성기의 구조, 피해자가 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환 수술을 한 경위와 시기 및 사회 일반인의 태도 등을 종합적으로 고려해 봤을 때 당해 사건에서의 성전환자는 사회통념상 여자로 볼 수는 없다고 판단한 것이다.

대법원의 이와 같은 입장은 성전환자의 성별을 판별함에 있어 성염색체의 구조와 같은 생물학적 요소의 중요성을 강조하는 것으로 평가되어 왔으나, 그럼에도 성전환자의 법적 지위에 관한 논란은 계속되었다.

2002년에는 인천지방법원이 성전환 수술에 의해 여성이 된 한 유명 트랜스젠더 가수에 대해 호적상의 성별 정정 허가 결정을 내렸다. 언론에 의해 널리 보도된 이 결정으로 인해 많은 한국인들이 성전환자에 대한 인식을 바꾼 것으로 보인다.

2002년 11월에는 성전환자의 성별 변경을 허가하는 내용의 법안이 한국 국회에 제출되었으나, 본 법안은 2004년 국회 회기 만료로 폐기되었다.

⁸⁾ 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결(공 1996하, 2264).

2. 다수의견

대법관 8인의 다수의견의 요지는 다음과 같다. 성전환자도 대한민국 헌법 제10조⁹⁾에 의해 보장된 인간으로서의 존엄과 가치를 향유하며 행복을 추구할 권리를 가진다. 자신의 생물학적 성과는 다른 성에 대한 지속적인 귀속감을 느끼고, 의학적 수술을 통해 성기나 외관의 측면에서 생물학적 성에서 반대의 성으로의 전환이 이루어졌으며 전환된 성에 부합하는 활동을 하고 있음에도 법적으로는 여전히 종전의 성에 따른 취급을 받고 있다면, 이러한 성전환자는 결국 사회적으로 비정상적인 사람으로 취급되고 취업에 있어서도 많은 제한과 편견에 부딪치게 될 것이다. 그런데도 법령상 명문의 절차가 미비함을 이유로 이들의 호적상 성별 변경을 불허하는 것은 헌법 정신에 반하는 것이다. 호적법에 성전환자의 호적상 성별란 기재 변경에 대한 명문의 규정이 없는 것은 입법자가 이를 허용하지 아니할 의도였기 때문이 아니고, 단지 입법 당시 이러한 절차의 가능성이나 필요성을 상정하지 못했기 때문이다.

호적법 제120조의 정정은 일반적으로 호적 기재 당시부터 존재한 착오나 유루에 대한 수정으로 해석되고 있다. 그러나 호적 기재 후의 법령의 변경 등 사정 변경에 의해 수정하는 경우를 반드시 제120조에서 말하는 “법률상 허용될 수 없는 경우”에서 배제해야 할 필요는 없다. 오히려 호적법 제120조의 근본취지가 부적법하거나 진실에 반하는 호적상 기재를 법원의 판결에 의하지 아니한 간이한 절차에 의해 수정하고자 하는 데 있다는 점을 감안한다면, 동 규정에서 정하는 절차에 의하여 성전환자의 호적상 성별을 변경할 수 있도록 함으로써 호적상 기재가 현재의 진정한 신분관계에 합치하도록 하는 것이 호적법 제120조의 입법 취지에 부합하는 합리적인 해석이다.

3. 반대의견

반면, 대법관 2인의 반대의견은 “착오”와 “정정”의 사전적 의미를 강조하였다. 반대의견에 의하면, 호적법 제120조에 규정된 착오와 정정은 그 의미가 명확하며, 동 규정의 입법취지 역시 호적 기재 당시에 존재했던 착오나 유루를 정정하고자 하는 데 있다.

9) 대한민국 헌법 제10조: 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

반대의견은 다수의견의 견해를 호적법 제120조에 대한 해석이 아니라 유추로 이해하며, 이는 입법자에 의해 허용된 유추해석의 한계를 벗어난 것이라고 하였다.

한편, 반대의견은 나아가, 성전환자에 관한 문제는 법원에서 결정할 것이 아니라 입법적 차원에서 해결해야 한다고 주장하였다. 반대의견에 의하면, 의학과 생물학의 발전으로 인해 발생하는 이와 같은 새로운 문제에 대해서는 입법절차를 통한 민주적인 방식으로 대처해야 한다. 즉 남녀 간 성의 결정은 공동생활의 핵심적 요소이고 윤리적·철학적·종교적 의미를 가지는 것이므로, 성별의 변경을 허용하는 기준은 반대의 성으로서 활동한 기간, 성의 재전환 가능성 여부, 정신과 의사의 진단, 가족의 의사 등에 대한 검토를 거쳐 국민의 대의기관인 입법부에 의해 정해져야 하며, 위와 같은 고려 사항들은 모두 입법 과정에서 상세히 규정되어야 한다는 것이다. 반면 법원은 성전환자의 진정한 의사나 신청인의 최소 연령 등에 대한 요건을 충분하고 명확하게 정하는 기준을 마련할 수 있는 위치에 있지 아니하다는 것이 반대의견의 견해였다.

이에 의하면 법원으로서서는 명확하고 합당한 기준에 근거하여 성별을 변경할 수 있는 법적·제도적 방안이 있어야 하고, 입법부는 여론을 수렴하여 새로운 법을 만들어야 한다는 점을 지적하는 정도 밖에는 할 수 없다는 것이다. 이러한 방법을 따를 경우 당해 사건의 신청인과 같은 성전환자에게 즉각적인 구제를 주지 못한다는 점은 반대의견도 인정하였다. 그러나 성전환자의 성별 변경과 같은 중요한 문제는 다소 시간이 걸리더라도 한국의 헌정질서에 부합하는 방식에 따라 포괄적으로 해결하는 것이 바람직하다는 것이 반대의견의 결론이다.

4. 다수의견에 대한 보충의견

다수의견을 낸 대법관 중 한 명인 김지형 대법관은 다수의견을 보충하는 별도의 의견을 밝혔다. 그 핵심은 다음과 같다.

첫째, 법원에 의한 법규의 해석 및 적용은 헌법합치적인 방향으로 이루어져야 한다. 합헌적 헌법해석¹⁰⁾은 당해 법률규정의 문언이 갖는 일반적인 의미를 넘어서거나 입법목적에 어긋나서는 안 되며, 입법형성권을 침해하는 정도에 이르러서는 아니 된다는 점에서 한계를 가지지만, 이러한 한계를 벗어나지 않는 이상 합헌적 헌법해석은 입법자의 권한을 최대한 존중하며 국민주권의 원리에도 부합하는 해석

10) 이는 독일의 “verfassungskonforme Auslegung”에 상응하는 개념이다.

방식이다. 만약 합헌적 헌법해석이 가능함에도 불구하고 법원이 이에 부합하는 해석을 하지 않았다면 그것은 당해 법규의 위헌적 법률공백 상태를 방치함과 동시에 법원에게 주어진 권한과 의무를 위반하는 것이 된다.

호적법 제120조상의 “정정”의 의미는 반대의견에서 주장하는 바와 같이 해석될 여지도 있다. 그러나 합헌적 법률해석에 따른다면 정정의 정의에는 성전환자의 호적상 기재 성별 변경도 포함된다고 할 것이며, 입법자가 이러한 해석을 금지했다고 보기는 어렵다. 이와 같은 성별 변경이 정정의 의미에서 제외된다고 한다면, 헌법에 의해 보장된 성전환자의 기본권이 침해될 소지가 있다.

물론 가장 이상적인 방법은 입법에 의해 성별 변경의 요건 및 효과를 구체적으로 정함으로써 이와 같은 문제를 해결하는 것이다. 개별 사건에서의 법원의 결정에 의존한 해결 방식은 성전환자 보호의 측면에서 충분치 못할 수도 있다. 그러나 그렇다고 해서 새로운 입법이 행해질 때까지 법원은 기다릴 수밖에 없다는 반대의견의 주장은 받아들여질 수 없다. 이와 같은 입법이 가까운 장래에 이루어지기를 기대하기는 어렵다는 점을 감안한다면, 법원은 합헌적인 법규해석을 통해 사법부 차원의 구제책을 제공해야 한다.

보충의견은 또한 본 문제에 대한 독일을 비롯한 유럽국가 및 미국 등 다른 나라 법원의 접근법을 참고하고 있는데, 특히 독일연방헌법재판소의 결정¹¹⁾과 2002년 내려진 유럽인권재판소의 일련의 판결들¹²⁾이 성전환자의 성별 변경을 허용했다는 점을 강조하였다.

III. 독일 및 영국의 판례법리

1. 독일 판례

a) 베를린 고등법원 및 독일 연방대법원의 결정

독일에서는 1978년 남성에서 여성으로의 성전환수술을 받은 성전환자의 헌법소원¹³⁾에 대한 연방헌법재판소의 결정¹⁴⁾이 내려진바 있다.

11) 註 5.

12) 註 4의 본문 내용.

13) 독일어로는 “Verfassungsbeschwerde.”

14) 註 5.

이 사안에서 청구인은 출생부에 기재된 자신의 성별을 남성에서 여성으로 바꾸고자 신청을 제기하였고, 베를린 고등법원(Kammergericht)은 이 신청을 허가하였다. 고등법원은 우선, 출생부의 기재사항은 법원의 명령에 의해 정정(berichtigt)될 수 있다고 규정한 독일 신분등록법(Personenstandsgesetz) 제47조는 기재 당시 존재했던 오류에만 적용되는 것이므로 본 사안에 있어서 이 규정의 직접적인 적용은 불가하다고 보았다. 따라서 이는 입법상 공백이 있는 경우에 해당하므로, 이러한 공백은 신분등록법 제47조의 유추에 의해 보충되어야 함을 밝힌 후, 독일 기본법(Grundgesetz) 제1조와 제2조 제1항¹⁵⁾을 유추의 근거로 들었다.

그러나 독일 연방대법원(Bundesgerichtshof)은 고등법원의 결정과는 다른 태도를 보였다.¹⁶⁾ 성전환자가 전환 후의 성으로 취급되어야 할 법적 필요성이 인정된다 하더라도 이러한 성별 변경의 허가는 명문의 법규정이 없는 이상 불가하다는 것이다.

연방대법원은 성전환자의 성별 변경은 단순히 신분 등록의 문제에 그치는 것이 아니라 다른 영역에도 상당한 영향을 주는 것이므로 다양한 법적 영역에서의 포괄적 조정이 필요하다고 보았다. 연방대법원의 견해에 의하면, 혼인 생활과 같이 특정 성에 귀속되는 것이 요건인 영역에 있어서는 성전환자의 성별 변경 허가가 많은 문제를 초래할 것인데, 이러한 문제의 해결에 대해 법은 아무런 규율도 하고 있지 않으며, 이에 의해 야기되는 법적 불확실성은 법원에 의한 법 창설(judicial lawmaking) 만으로는 극복될 수 없다는 것이다. 대법원은 특히 성별 변경의 구체적 시점을 확정하는 것이 필요하다고 하였다.

b) 독일 연방헌법재판소의 결정

위 연방대법원의 결정에 대하여 당사자인 성전환자는 독일 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기했고, 연방헌법재판소는 연방대법원의 결정이 독일 기본법 제1조

15) 독일 기본법

제1조 (인간 존엄의 보호): (1) 인간의 존엄성은 침해될 수 없다. 인간의 존엄성을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다. (2) 독일국민은 불가침·불가양도의 인권을 세계의 모든 공동체, 평화 및 정의의 기초로서 인정한다. (3) 이하의 기본권은 직접 효력을 갖는 권리로서 입법·행정권 및 사법을 구속한다.

제2조 (자유권): (1) 누구든지 타인의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한 자신의 인격을 자유로이 발현할 권리를 갖는다. (2) 누구든지 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 가진다. 인간의 자유는 침해될 수 없다. 이들 권리는 법률에 의해서만 제한될 수 있다.

16) 1971. 9. 21. 결정 (BGHZ 57, 63).

제1항과 관련된 제2조 제1항에 근거한 인권을 침해했다는 이유로 이를 파기하고 연방대법원으로 환송하였다. 연방헌법재판소 결정의 요지는 아래와 같다.

독일 기본법 제1조 제1항과 관련된 동법 제2조 제1항은 인간의 능력과 힘을 자유로이 발현할 권리를 가짐을 보장하고 있다. 자신의 정신적·신체적 구조에 의거한 성별에 부합하도록 개인의 신분을 기재하는 것은, 이러한 인간 존엄성과 자유로운 인격 발현에 관한 기본권 실현을 위한 필수적 요소이다. 성전환자에 대하여 출생부에 기재된 성별 정정을 불허하는 것이 이와 같이 기본법 제1조 제1항과 관련된 동법 제2조 제1항을 위반하는 것이라면, 이러한 헌법적 요구에 의한 법원의 의무는 명문 규정이 없음을 이유로 부인될 수는 없다. 정정의 요건에 대한 법률 규정이 없다면 법원은 기본법 제1조 제1항 및 제2조 제1항에서 직접 도출되는 의무에 의해 합헌적 해석을 해야 한다.

따라서 신분등록법 제47조는 이미 완료된 출생부상 성별 기재를 정정할 수 있는 권한을 법원에 부여한 것으로 해석될 수 있으며, 이러한 해석은 법규의 문언이나 입법자의 의도에 반하는 것이 아니다. 기존의 판례와 학설은 출생부 기재사항의 정정 시 그 기준 시점은 (잘못된 사항의) 기재 당시가 되어야 한다고 보아왔고, 통설 역시 성전환자의 경우에는 신분법 제47조의 직접적 적용이 불가하다는 입장이었다는 것은 사실이다. 그러나 정정(Berichtigung)이라는 개념은 처음부터 오류가 있을 것을 전제하는 것은 아니며, 잘못된 기재 사항의 사후적 수정도 이에 포함될 수 있다고 할 것이다.

신분법 제47조는 이미 완료된 기재 사항에 대한 정정 권한을 법관에게 부여하고 있고, 따라서 본 조항은 성전환자의 출생부 기재 성별 변경에 있어서 장애로 작용하는 것이 아니라 오히려 이러한 정정의 절차적 방법을 제시하고 있다고 볼 수 있다.

명문의 규정 없이 법원에 의한 법 창설만으로는 성별 변경의 문제를 해결할 수 없다고 한 연방대법원 결정의 견해는, 현존하는 법규정에 입법상 공백이 있더라도 전술한 헌법상의 요청에 의해 합헌적 해석이 가능한 경우에는 법적 규율이 존재하지 않는다고 말할 수는 없다는 점을 간과하고 있다. 물론 법적 확실성 확보의 측면에서는 입법에 의해 성별 변경의 문제가 규율되는 것이 바람직할 것이다. 그러나 현재의 상황이 그렇지 아니한 이상 그것은 이제 법원의 과제가 되며, 법원은 헌법과 기본권 보호의 요청에 직접 구속되기 때문에, 위 과제의 수행을 위해서는 성전환자의 성별 변경을 무조건 불허해서는 안 될 것이다.

더군다나 청구인의 경우에는 연방대법원에서 말하는 바와 같이 명문의 규정에

의해 해결하지 않을 경우 초래될 수 있는 법적 문제들을 낳지 않는다. 청구인은 이혼한 상태이고 자녀도 없으며 1964년 이미 성전환수술을 받아 현재 46세이기 때문이다. 또한 헌법적 시각에서 본다면 신분법에 의한 등록 사항은 확인적·선언적 효과 밖에 가지지 않는다는 원칙은 별 문제가 되지 않는다. 성별 기재 정정의 효과가 장래를 향해서만 발생하는지의 쟁점은 헌법 차원에서 해결할 문제는 아닌 것이다.

2. *Bellinger v. Bellinger* 사건에 대한 영국 귀족원 판결

a) *Bellinger* 판결 이전의 상황

성전환자의 법적 지위에 대한 영국의 대표적인 판례는 *Corbett v. Corbett otherwise Ashley* 사건에 대해 1970. 2. 2. 선고된 영국 고등법원(High Court)의 판결이었다.¹⁷⁾ 이 사건에서는 신청인(남편)과 피신청인(부인) 간의 혼인이 무효인지 여부가 재판상 문제되었는데, 피신청인은 남성에서 여성으로 성을 전환한 자였다. Ormrod 판사는 피신청인이 여성이 아니므로 위 혼인은 처음부터 무효라고 하면서, 성의 결정은 염색체, 생식선 및 생식기 등이 일치하는 한 그것이 기준이 되어야 하고, 외과적 수술과 같은 요인이 고려되어서는 안 된다고 판시하였다. 성을 결정함에 있어 이와 같이 생물학적 기준을 적용하는 방식은 항소법원(Court of Appeal)의 *R. v. Tan* 판결에서도 승인되었다.¹⁸⁾

Corbett 판결 이후인 1971년의 혼인무효법(Nullity of Marriage Act 1971)에는 1조 c항이 신설되었고 이 조항은 이후 1973년의 혼인사건법(Matrimonial Causes Act 1973) 11조 c항으로 편입되었는데, 여기서는 혼인 당사자가 “각각 남성 및 여성이 아니면” 그 혼인은 무효라고 규정하고 있다.

성전환자의 법적 지위에 대한 위와 같은 영국 법원의 입장은 1998년까지 유럽인권재판소의 여러 판결에서 유지되었다.¹⁹⁾ 유럽인권재판소는 사후적 수술로 인해 성을 전환한 자의 성별 변경에 있어서, *Corbett* 판결에 나타나는 성별 결정 기준을 적용함으로써 결국 성별 변경을 인정하지 않는 결과를 낳더라도, 이는 사생활 존중에 관한 유럽인권협약 제8조 및 혼인의 자유에 관한 동 협약 제12조를 위반하는

¹⁷⁾ [1970] 2 WLR 1306.

¹⁸⁾ [1983] QB 1053.

¹⁹⁾ *Rees v. United Kingdom* (1986) 9 EHRR 56, *Cossey v. United Kingdom* (1990) 13 EHRR 622, *Sheffield and Horsham v. United Kingdom* (1998) 27 EHRR 163.

것이 아니라고 판시하였다.²⁰⁾

그러나 2002년 7월 유럽인권재판소는 *Goodwin v. United Kingdom*²¹⁾ 및 *I. v. United Kingdom*²²⁾ 사건에서 만장일치로 종래의 판례를 변경하여, 영국에서 성전환자의 지위를 법적으로 인정하지 않은 것은 유럽인권협약 제8조 및 제12조를 위반한 것이라고 결정하였다.

한편 영국에서는 1998년 유럽인권협약을 국내법으로 수용하여 인권법(Human Rights Act 1998: 이하 “HRA”라 함)을 제정하였다. HRA는 2000. 10. 2.부터 효력을 발생하게 되었고, 이에 의해 유럽인권협약 제8조 및 제12조에 의해 부여된 권리를 포함하여 동 협약 상 보장된 권리는 영국에서도 보호받을 수 있게 되었다. HRA 제3조는 법원으로 하여금 “가능한 한” 유럽인권협약상의 권리와 합치되는 방식으로 법을 해석하고 효력을 부여하도록 하고 있다. 나아가 HRA 제4조는, 국내의 특정 규정이 유럽인권협약상의 권리와 합치하지 아니한다고 판단될 경우에는 법원이 그 규정에 대해 불합치선언을 할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 불합치선언은 당해 법규의 효력이나 계속 적용 및 집행에는 영향을 미치지 않으며, 불합치선언이 이루어진 당해 소송의 당사자에 대해 구속력이 있는 것도 아니다. 그러나 HRA 제10조에 의하면, 불합치선언이 있는 경우 장관은 명령으로써 불합치 상태를 제거하기 위해 필요한 방식으로 대상 법규를 수정할 수 있다.

b) *Bellinger v. Bellinger* 판결

Bellinger 사건에서 신청인 Bellinger 부인은 남성으로 태어났으나 성전환 수술²³⁾을 받은 후 1981년 Bellinger씨와 혼인하였다. 신청인은 본 사건에서 위 혼인이 유효하다는 확인을 구하였는데, 1심에서 Johnson 판사는 신청인의 청구를 기각하였다.²⁴⁾ 이에 대한 항소법원(Court of Appeal)의 판결은 유럽인권재판소의 *Goodwin v. United Kingdom* 및 *I. v. United Kingdom* 결정이 있기 전인 2001. 7. 17. 선고되

20) 유럽인권협약

제8조 제1항: 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.

제12조: 혼인적령의 남녀는 본 권리의 행사에 관한 국내법에 따라 혼인을 하고 가정을 구성할 권리를 가진다.

21) (2002) 35 EHRR 18.

22) (2002) 36 EHRR 53.

23) 외부성기전환수술(sex reassignment surgery)이라고도 함.

24) [2001] 1 FLR 389.

었는데, 여기서도 법관 2인의 다수의견에 의해(반대의견 1인) 청구는 역시 기각되었다.²⁵⁾

귀족원에서 신청인은 1973년의 혼인사건법 제11조 c항이 유럽인권협약 제8조 및 제12조에 합치되지 않는다는 불합치선언을 구하였다.

귀족원은 전원 일치 의견으로 혼인사건법 제11조 c항에서 규정하는 “여성”에 성전환으로 인해 여성이 된 자는 포함된다고 볼 수는 없다고 하면서도, 위 조항은 유럽인권협약상 사생활의 존중에 관한 제8조와 혼인의 자유에 관한 제12조와 합치하지 않는다는 불합치선언을 하였다.

이 판결의 주된 의견을 집필한 Lord Nicholls는 성전환자들의 처지에 공감하면서도, 법적으로 신청인을 혼인사유법 제11조 c항에서의 “여성”으로 보게 된다면 이는 “남성”과 “여성”의 관념 자체를 새로이 넓게 정의하는 것이라고 판시하였다. 나아가 그는 성전환의 인정 여부와 관련하여 객관적이고 공적으로 입수할 수 있는 기준이 마련되어야 한다고 보았다. 혼인의 목적을 위해 성전환을 인정하는 것은 보다 큰 사회적 문제의 일부이므로 전체적으로 고려되어야 할 것이고 개개 사안별로 다른 문제는 아니라고 하였다. 즉 성전환자의 성별 변경 인정과 관련된 법적 변화는 입법에 의하여 토론되고 결정되어야 할 문제라는 것이다. 그러면서도 그는 혼인과 관련하여 성전환을 인정하지 않는 것은 유럽인권재판소가 2002년 *Goodwin* 결정에서 실시한 유럽인권협약 제8조 및 제12조의 취지에 부합하지 않으므로, 이에 대해서는 불합치선언을 하여야 한다는 결론을 내렸다.

Bellinger 판결에서 문제된 혼인사건법 제11조 c항에 대하여 유럽인권협약에 합치하는 방향으로 해석하는 것²⁶⁾을 거부하는 이유로 제시한 것이 앞서 살펴본 한국 대법원 판결의 반대의견 및 독일 연방대법원의 판시 내용과 거의 동일하다는 점은 흥미롭다.

25) [2001] Fam 150.

26) 영국의 경우에는 “합헌적 해석”이라는 표현보다는 “협약 합치적 해석(the convention-compatible interpretation)”이라는 표현이 더 적합할 것이다. Aileen Kavanagh, “The Elusive Divide Between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2004, 265면 등; Alison L. Young, “Ghaidan v Godin-Mendoza: Avoiding the Deference Trap”, *Public Law* 2005, 31면 이하; R (on the application of Hurst) v. Commissioner of Police of the Metropolis [2007] UKHL 13, 제 14문단(Lord Rodger of Earlsferry) 등 참조. Ghaidan v Godin-Mendoza 판결([2004] 2 AC 557) 제32문단에서 Lord Nicholls는 “협약에 부합하는 해석(convention-compliant interpretation)”이라는 표현을 사용했다.

IV. 검 토

1. 합헌적 해석인가 또는 유추를 통한 법적 공백의 보충인가?

한국 대법원 결정의 다수의견과 독일 연방헌법재판소 결정은 호적(출생부)상 성별란에 기재된 성을 정정의 방법으로 변경할 수 있다고 하는 결정을 정당화하는 근거로 합헌적 해석을 들고 있다. 그러나 독일 베를린 고등법원에서는 그 근거를 허용 가능한 범위 내의 유추라고 한 반면, 한국 대법원의 반대의견과 독일 연방대법원 결정에서는 이를 허용될 수 없는 유추로 보았다.

합헌적 해석의 방법은 다른 법역(法域)에서도 법규 해석의 원칙으로 인정되고 있으며,²⁷⁾ HRA 제3조에서도 명시적으로 이를 채택하였다. 그러나 합헌적 해석에도 고유한 한계가 있다. 첫째, 법원은 법 문언의 일반적 의미를 넘어서는 해석을 해서는 아니 된다. 둘째, 합헌적 해석의 결과가 입법자의 의도 내지 입법 목적에 반하는 것이어서는 아니 된다.²⁸⁾

이에 의하면, 한국 대법원 결정과 독일 연방헌법재판소 결정에서의 합헌적 해석이 정당한 것인지는 매우 의심스럽다. 이들 결정에서 나타나는, 한국 호적법 제120조 및 독일 신분법 제47조상의 “정정”이라는 개념에 대한 해석은, 당해 개념에 대해 일반적으로 받아들여지고 있던 의미, 즉 “기재 당시에 존재하는 착오 및 유루에 대한 수정”에 정면으로 배치되기 때문이다. 이들 법원이 이러한 문제를 간과한 것

27) 예를 들어 미국에서는 이것을 헌법적 회피 또는 회피 원칙(constitutional avoidance or avoidance canon)이라고 부른다. *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 341, 348 (1936) (Brandeis 대법관의 보충의견); William N. Eskridge, Jr, Philip P. Frickey, Elizabeth Garrett, *Legislation And Statutory Interpretation*, 2nd ed., 2006, 360면 이하 등 참조.

28) 2006. 6. 22. 자 한국 대법원 결정에서 김지형 대법관의 보충의견(위의 II. 4. 이하) 및 독일 연방헌법재판소 결정(위의 III. 1. b. 이하) 참조. 다만 영국의 Ghaidan v Godin-Mendoza 판결(註 26)에서 귀족원의 Lord Nicholls는, HRA 제3조에 의하면 법원은 유럽인권협약에 합치하는 해석을 위해, 입법의 본질적 취지에 반하지 아니하는 이상 법규 문언의 의미를 변경하여 해석을 할 수도 있다고 판시하였다(제29문단 이하). 이어서 Regina (Wilkinson) v. Inland Revenue Commissioners 판결([2005] UKHL 30; [2005] 1 WLR 1718)에서도 Lord Hoffman은, HRA 제3조는 법원으로 하여금 당해 법규의 문언을 사용함으로써 입법부가 의도하였으리라고 합리적으로 이해되는 것을 확정할 것을 요구하고 있다고 하였다(제17문단). Lord Hoffman은 Ghaidan 판결을, 법규정은 입법자가 사용하고 있는 표현에서 명시되지 않는다고 함축된 일반적인 관념에 의존하거나 그에 의하여 제한되도록 해석하는 것으로 이해하고 있다(제18문단). Jan van Zyl Smit, “The New Purposive Interpretation of Statutes: HRA Section 3 after Ghaidan v Godin-Mendoza”, *Modern Law Review*, 2007, 294면 이하 참조.

은 아니다. 그러나 독일 연방헌법재판소는 신분등록법 제47조를, 단지 이미 기재가 완료된 부분에 대한 정정을 허용할 권한을 법원에 주는 것으로 해석함으로써 이 문제를 회피하려 하였다. 그러나 기재 당시 존재한 오류가 아니었다면 그것은 변경의 대상일 뿐이지 정정의 대상은 아니다.

따라서 한국과 독일 법원은 해석이 아니라 유추를 행했다고 하는 것이 보다 솔직한 설명일 것이다. 애초에 입법자는 성전환의 문제가 제기될 것을 전혀 예상치 못했으므로 이에 대한 법적 규율을 하지 않았고, 따라서 결과적으로 공백이 생겨나게 되었다. 한국 대법원과 독일 연방헌법재판소는 이러한 공백을 메우기 위해 합헌적 해석이라는 이름 아래 실질적으로는 유추를 한 것이다. 해석과 유추의 중요한 차이점의 하나는 유추의 경우에는 본래의 의미의 해석과는 달리 더 큰 정당화가 필요하다는 것인데, 유추는 어떤 의미에서는 법원에 의한 법 창설에 해당하기 때문이다. 따라서 본 사안에서의 유추가 과연 정당화될 수 있는지에 대해 살펴보아야 할 것이다.

2. 사법자제 또는 사법적극주의

반면 *Bellinger* 판결에서의 쟁점은 유럽인권협약에 합치되는 방향의 법해석이 이루어질 수 있는지 여부였다. 귀족원은 혼인사건법 제11조 c항에서 말하는 “남성”과 “여성”은 그 의미가 모호한 경우에 해당하지 않는다고 했지만,²⁹⁾ 성전환에 대한 사회적·의학적 접근법의 변화에 비추어 봤을 때 “여성”이라는 개념의 일상적 의미가 명시적 또는 함의에 의하여 사후적 성전환자를 반드시 제외한다고 할 수는 없을 것이다.³⁰⁾ 그러므로 신청인이 주장하는 해석이 혼인사건법 제11조 c항의 문언의 일반적 의미를 넘어선다고 단정하는 것은 그리 설득력이 없다. 오히려 귀족원에서 위와 같은 판시를 한 것은 이 문제는 법원보다는 의회에서 해결하는 편이 나을 것이라고 판단했기 때문일 것이다. 이것은 사법자제 또는 사법적 존중의 표현이라고도 볼 수 있는데,³¹⁾ 이와 관련하여 법규의 문언이 합헌적 해석을 배제하고

²⁹⁾ *Bellinger* 판결 (註 6), 제65문단 (Lord Hope of Craighead).

³⁰⁾ Ulele Burnham, “*Bellinger v Bellinger* (or Transsexual Marriage): When Compliance in Incompatible”, *European Human Rights Law Review*, 2003, 152 면 이하. Aileen Kavanagh, “Statutory Interpretation and Human Rights after Anderson: A More Contextual Approach”, *Public Law*, 2004, 541면; Tom R. Hickman, “Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and The Human Rights Act 1998”, *Public Law*, 2005, 330면 등 참조.

³¹⁾ *K. v. Health Division, Dept. of Human Resources*, 560 P.2d 1070, 1072면 (오레곤주 대

있지 아니함에도 불구하고 법원이 사법 자제를 근거로 그 법규에 대하여 합헌적 해석을 하지 않을 수 있는지가 문제된다. 이는 상당히 의심스럽고 적어도 논쟁의 여지가 있는 문제인데, 일단 사법 자제 자체가 항상 논란이 많은 개념이다. 또한 사법자제를 이유로 합헌적 해석을 회피하는 것은, 법원이 인권 보호를 위한 헌법적 의무를 이행하지 못한다는 위험도 내포하고 있다.³²⁾

Bellinger 판결에 대한 보다 현실적인 설명은, 판결 당시 이미 의회에서는 새로이 취득한 성을 등록하는 완전히 새로운 방안에 대해 규정한 젠더승인법안 처리가 논의되고 있었다³³⁾는 점이 될 것이다. 이것이 귀족원이 위 사건에서 유럽인권협약에 합치하는 해석을 하지 않기로 한 실제 이유일 수 있다.³⁴⁾

한국 대법원과 독일 연방헌법재판소에서의 해석이 실질적으로는 유추라는 전제 하에서 생각해 보았을 때, 한국과 독일의 경우에도 사법자제의 논거가 타당하게 적용될 수 있는지 문제된다. 여기에 사법자제가 적용될 수 있다고 할 경우 그 장점도 분명히 있다. 입법상의 공백을 보충함에 있어서 해석의 방법에 의할 경우보다 유추에 의할 경우 법원이 보다 신중해야 한다는 점은 분명 수긍이 간다. 유추에 의해 입법상의 공백을 메우는 것은 애초에 입법부에 귀속되는 권한을 법원이 행사하는 것이 될 수 있기 때문이다. 또한 *Bellinger* 판결에서 귀족원이 밝혔듯이 성별 변경 신청 중 허용되는 것과 허용되지 않는 것을 구분하는 것 역시 매우 까다로운 정책적 고려를 필요로 한다. 즉, 사법자제에 의할 경우에는 사법적극주의를 따르는 것보다 권력분립의 원칙이 엄격하게 준수되는 것이다.

그러나 성전환자의 성별 변경 문제에 있어서 유추의 방법을 지지하는 사법적극주의의 입장도 전혀 설득력이 없는 것은 아니다. 첫째, 한국과 독일 외에 다른 법역의 법원에서도 명문의 규정이 없음에도 불구하고 성전환자 성별 변경의 합법성

법원 전원합의체, 1977); Detlev Witt, "Vereinigten Staaten von America," in: Basedow and Scherpe(ed.) (註 4), 112면 참조. *Bellinger* 판결에서 귀족원은 유럽인권협약에 합치하는 해석을 하지 않고 대신 불합치선언을 하였다. 그러나 불합치선언 자체는 의회를 구속하지 않는다.

32) Young (註 26), 28면 참조. 같은 맥락에서, 유럽인권재판소의 *Cossey v. United Kingdom* 판결(註 19)에 나타난 Martens 판사의 반대의견(제3.6.3문단) 참조.

33) 이 법안은 2004년 젠더승인법(Gender Recognition Act 2004)으로 제정되었다.

34) Brice Dickson, "Safe in their hands? Britain's Law Lords and human rights," *Legal Studies*, Vol.26, 338면 (2006); Kavanagh (註 30), 541면. Hickman에 의하면, 만약 당시 의회에서 젠더승인법안을 고려하지 아니하고 기존법을 고수하기로 하였다면 귀족원에서 이 문제를 법원보다는 의회에서 해결하는 것이 나올 것이라는 판단을 하지는 않았을 것이다. Hickman (註 30), 332면.

을 인정한 사례가 다수 있다. 예를 들어 프랑스의 파기원(Cour de cassation)은 1992. 12. 11. 두 번의 전원합의체 판결³⁵⁾에서, 성전환자의 경우 그 민사상 신분을 외관상 드러나는 성으로 인정하는 것은 사생활 존중의 원칙에 의해 정당화된다고 하였다.³⁶⁾ 또 호주 법원도 여성에서 남성으로 성을 전환한 사람과 여성 사이의 혼인이 유효하다고 판시한바 있으며³⁷⁾ 미국에서도 다수의 주 법원은 명문의 규정 없이도 성전환자의 성별 변경을 인정하였다.³⁸⁾

둘째, 많은 사안에서 성전환자의 성별 변경을 인정할지 결정하는 문제는 사법자 제론자들이 주장하는 것처럼 그리 까다로운 것이 아니다. 물론 그 결정이 매우 어려운 경우도 있다. 예를 들어 성전환 수술을 거치지 않은 성전환자의 성별 변경을 허용할지 여부는 정책적으로 결정될 문제이지 명문 규정에 의한 근거 없이 법원에 의해 결정될 사안이 아니다.³⁹⁾ 혼인하여 자녀가 있는 성전환자의 성별 변경을 허용할 경우에도 역시 많은 문제가 야기될 수 있다. 그러나 한편, 성별 변경이 허용되어야 함이 명백한 경우, 예컨대 오랜 기간 성적 혼란을 겪은 후 다시 예전 성으로의 전환이 불가능한 성전환 수술을 거쳤으며, 미혼이고 자녀도 없으나 전환 후 성으로의 귀속을 인정받지 못함으로 인해 고통 받고 있는 경우도 많다.⁴⁰⁾ 더군다나 사법적극주의에 의한 경우에는 입법에 의한 해결을 기다릴 필요 없이 즉각적인 구제책을 제공할 수 있다는 장점이 있다.

사법적극주의와 사법자제 중 어떤 것을 따를지를 결정하는 것이 쉬운 일은 아니다. 이는 곧 권력분립의 원칙과 인권 침해에 대한 실효성 있는 구제책 제공에 대한 필요성이 충돌하는 것이기도 하다. 그러나 개인적인 의견으로는 성별 변경을 허용하도록 하는 유추에 의한 해결책을 지지하고 싶다. 보통의 사안에서라면 이와 같이

³⁵⁾ Bulletin 1992 A. P. no. 13, 7; Semaine juridique, 1993-02-03, no. 5, 41, conclusions et note M. Jéol et G. Memeteau.

³⁶⁾ 이 판결은 프랑스 대법원의 기존 판례(예를 들어 cour de cassation, civile 1, 1990-05-21, Bulletin 1990, I, no. 117, 83)의 입장을 변경하는 것이었다. 이러한 판례 변경은 유럽 인권재판소의 *B. v. France* 사건에 대한 판결(Application no. 13343/87)의 영향에 의한 것으로, 여기서 유럽인권재판소는 프랑스에서 성전환자에 대한 성별정정을 불허하는 것은 유럽인권협약 제8조(사생활의 존중)에 대한 위반이라고 선언하였다.

³⁷⁾ *Re Kevin*, [2001] FamCA 1074; *Attorney-General (Cth) v. Kevin*, [2003] FamCA 94.

³⁸⁾ 예컨대, *M.T. v. J.T.*, 355 A.2d 204 (App. Div. 1976) (뉴저지주 고등법원 항소부). 미국법에 대한 더 자세한 사항은 Detlev Witt(註 31), 92면 이하 참조.

³⁹⁾ 영국의 젠더승인법은 젠더 승인 신청인이 반드시 성전환 수술을 거쳤을 것을 요구하지 않는다.

⁴⁰⁾ 독일 연방헌법재판소 결정(註 5) 참조.

법에 중대한 변화를 초래할 수 있는 유추는 입법부의 몫으로 남겨두어야 할 것이다. 그러나 현 상황에서 권력분립의 원칙을 준수하기 위하여 법원이 성전환자의 성별 변경을 허가하지 못한다고 한다면, 이는 인권 침해에 대한 구제를 거부하는 셈이 된다. 특히 한국의 대법원은 이와 같은 인권 보호를 위하여 새로운 입법을 할 것을 국회에 요구할 권한이 없기 때문에 더욱 그러하다.⁴¹⁾ 따라서 이런 예외적인 상황에서는 권력분립의 원칙이 한 발 물러서고, 인권 침해에 대한 효과적인 구제책 제공이 우선해야 할 것이다. 즉 이런 경우에는 성적 혼란으로 인해 극심한 고통을 겪은 성전환자에 대한 연민이 다른 고려 사항보다 우선시되어야 할 것이다.⁴²⁾

V. 결 론

이 문제에 대해 정답(right answer)이 있는지는 잘 모르겠다. 이 문제에 대한 각 개인의 입장은, 순수한 법논리가 아니라 본인의 세계관(*Weltanschauung*)에 달려 있다. 또한 각 국가의 상황 역시 고려되어야 할 것이다. 한국의 경우에는 대법원 결정의 다수의견이, 비록 그 이유는 다소 만족스럽지 못하지만 결론에 있어서는 정당하다고 판단된다. 한편, 한국, 독일, 영국의 판례는 같은 문제에 대하여 각각 다른 접근

41) 엄밀히 말해서, 한국에서는 개인의 인권 보호를 위해 필요한 입법이 없는 경우에는 헌법재판소가 이러한 입법부작위에 대해 헌법불합치 선언을 할 수 있다. 그러나 이러한 불합치 선언의 효과는 분명하지 않다. 나아가 한국 대법원에는 이러한 불합치 선언의 권한조차 없다.

42) *Cossey v. United Kingdom* 판결(註 19)에서 Martens 판사의 반대의견(제2.7문단)은 이러한 연민을 매우 열정적으로 드러내고 있다. “인간의 권리의 근간이 되고 협약에 명시되어 있는 다양한 구체적 권리의 기초가 되는 원칙은 인간의 존엄성과 자유에 대한 존중이다. 인간의 존엄성과 자유는, 개인은 자신의 인격에 가장 적합하다고 판단되는 방향으로 그 자아와 운명을 형성할 수 있어야 한다는 것을 내포한다. 성전환자 역시 이러한 매우 근본적인 권리를 행사하여 자신의 자아와 운명을 개척한 것이다. 그 과정에서 그는 자신이 귀속된다고 믿는 성에 부합하는 생식 기관을 갖추기 위하여 인간적으로 가능한 한계 내에서 길고 위험하며 고통스러운 의학적 시술을 거쳤다. 이러한 시련 후에 성전환자는 비로소, 그가 만든 기성 사실(*fait accompli*)을 인정해 줄 것을 법에 호소하는 것이다. 이는 자신을 그가 획득한 성의 일원으로서 법적으로 인정하고 취급해 달라는 요청이며, 아무런 차별 없이 다른 여성 또는 남성과 동등하게 대우해 달라는 요청이다. 법은 진정으로 강력한 이유가 있는 경우가 아니면 이러한 요청을 거부할 수 없다. 위의 제2.2문단과 2.4문단에서 밝힌 바와 같이 이를 거부하는 것은 잔인한 일이기 때문이다. 그러나 이와 같은 강력한 이유를 찾아볼 수 없다.”

방법을 보여 주었으며, 같은 국가 내에서도 각 법원에 따라 의견이 갈리는 모습이 나타났다. 이는 비교법학과 법해석방법론의 측면에서도 매우 흥미로운 현상이라고 생각된다.