

# 서울서부지방법원

## 결 정

사 건 2013호파1406 등록부정정(성별정정)

신청인겸사건본인 A

소송대리인 변호사 한가람, 류민희, 장서연, 조혜인

## 주 문

등록기준지 \*\* \*\*\* \*\* 사건본인 A의 가족관계등록부 중 성별란의 "여"를 "남"으로 정정함을 허가한다.

## 신 청 취 지

주문과 같다.

## 이 유

### 1. 기초사실

이 사건 기록과 심문 전체의 취지를 종합하면 다음과 같은 사실이 소명된다.

가. 신청인은 \*\*\*\*. \*\*. \*\*. 출생하여 가족관계등록부에 여성으로 등재되어 있다.

나. 신청인은 초등학교에 입학하기 전부터 남성적 기질과 외관을 뚜렷이 보이고 주로 남자아이들과 어울려 지냈으며, 중·고등학교에 다닐 때에도 치마 교복 대신 운동복을 주로 입었다. 신청인은 고등학교 재학 중 \*\*\*\* 선수로 활동하면서 국가대표 상비

군 훈련에 참석하고 대학교에서 스카우트 제의를 받는 등 재능을 보였으나, 여자선수로서 운동하기를 원하지 아니하여 운동을 그만두고 대학 진학을 포기하였다. 이후 신청인은 주로 음식 배달, 일용노동 등의 일을 하였고, 스포츠 마사지 트레이너 자격을 취득하기도 하였으나 현재는 안정적인 직장이 없는 상태이다.

다. 신청인은 2007. 7. 26. 서울 \*\*구에 있는 김\*\* 정신과의원에서 성주체성장애 진단을 받고, 2007. 8. 2.부터 지속적으로 남성호르몬 주입 치료를 받아 왔다. 신청인은 2008. 1. 22. 서울 \*\*구에 있는 \*\*\*비뇨기과에서 여성의 유방형태를 제거하는 양측 유선조직 절제수술을 받고, 2012. 10. 19. \*\*시에 있는 \*\*\*\*의원에서 전자궁절제술, 양측 난소·난관 절제술을 받았다. 현재 신청인은 여성으로서의 생식 기능을 영구적으로 상실하였고, 폐경상태이며, 정상 남성호르몬 수치를 보이고 있다. 또한 신청인은 정신과 검사 결과 남성으로서의 성정체성을 확고히 갖고 있다.

라. 신청인은 남성호르몬 주입 치료 이후 거대음핵증으로 남성 외부성기와 유사한 형태의 외부성기를 지니고 있으나, 음경, 음낭, 고환 등 남성으로서의 외부성기를 형성하는 수술은 받지 않은 상태이다.

마. 신청인의 부모와 신청인의 유일한 자매인 손위 여자자매는 신청인을 남성으로 받아들이고 신청인의 가족관계등록부 성별란 기재 정정에 동의하고 있다. 신청인은 성 전환 사실을 이해하는 여성을 만나 결혼을 전제로 교제 중이고, 전과와 신용불량전력이 없다.

## 2. 신청인의 주장 및 이 사건의 핵심 판단사항

### 가. 신청인의 주장

신청인은 가족관계등록부에 성별(性別)이 "여"로 기재되어 있으나 남성으로서의

성정체성을 가지고 이를 기반으로 한 사회관계를 맺으며 살고 있고, 남성으로의 신체 변화를 위한 일련의 의학적 조치 가운데 최종 단계에 해당하는 외부성기의 형성을 제외하고는 생식능력의 제거를 위한 외과수술까지 마친 상태이므로 가족관계등록부에 기재된 성별을 "남"으로 변경하여 줄 것을 신청한다.

#### 나. 이 사건의 핵심 판단사항

(1) 생물학적으로 여성 또는 남성으로 태어났으나 그 반대의 성에 대한 귀속감을 가지고 반대의 성으로서의 사회적 역할을 하며 살아가기를 원하는 성전환증은 의학적으로 성정체성 장애에 속하는 질환으로 분류된다. 국제보건기구(WHO)의 제10차 국제질환분류(ICD-10, 1994)에서는 성전환증을 자신의 해부학적 성에 대한 불편함이나 부적절감을 가지고 있으면서 자신과 반대되는 성으로 살고 인정받고 싶은 욕망, 그리고 선호하는 성의 신체에 자신의 신체가 가능한 일치되도록 호르몬 치료와 수술을 받고자 하는 욕구라고 정의하면서, 성전환증으로 진단되려면 전환된 성으로서의 정체성이 최소한 2년 이상 지속되어야 하고, 다른 정신장애증상 또는 성염색체 이상이 존재하지 아니하여야 한다고 규정한다.

이와 같은 성전환증을 가진 성전환자에 대한 가족관계등록부의 성별정정 신청에 관하여 대법원은 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정(이하 '2006년 결정'이라 한다)에서 성별정정의 요건과 절차 등에 관한 명시적인 법률의 규정이 없음에도 당시 시행중이던 호적법 중 호적의 기재가 법률상 허용될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 유류가 있을 때 법원의 허가에 의한 호적의 정정을 규정한 제120조(2013. 7. 30. 법률 제11950호로 일부 개정된 현행 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제104조와 동일한 조항임)에 의거하여 성별정정이 가능함을 천명하였고, 그 이후의 2011. 9. 2.자 2009스

117 전원합의체 결정(이하 '2011년 결정'이라 한다)에서도 성전환자에 대한 성별정정이 가능하다는 원칙을 재차 밝힌 바가 있다.

따라서 남성에서 여성으로의 성전환자(Male to Female, 이하 '엠티에프(MTF)'라 약칭한다} 또는 여성에서 남성으로의 성전환자(Female to Male, 이하 '에프티엠(FTM)'이라 약칭한다)를 불문하고 현행 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제104조에 의해 성전환자에 대한 성별정정이 가능함은 대법원의 결정에 의하여 명백하다.

(2) 다만, 성전환자에 대한 성별정정 허가의 요건으로서 위 2006년 결정은 성전환증을 가진 사람이 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 정체체성의 인식 아래 그 성에 맞춘 의복, 두발 등의 외관을 하고 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함으로써 주위 사람들도부터도 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 앞서 본 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있

다 할 것이며, 이와 같은 성전환자는 출생 시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있을 것이라고 하여 성전환자에 대한 가족관계등록부 중 성별기재 정정을 허가할 수 있는 요건을 제시하였고, 그 이후의 2011년 결정에서도 성전환자가 현재 미혼으로서 미성년의 자녀가 없을 것을 요건으로 본 이외에는 위 2006년 결정과 같은 요건을 재차 확인한 바 있다.

(3) 위 2006년의 결정에 따라 통일적인 성별정정 허가사무의 처리를 위하여 제정된 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침(2006. 9. 6. 제정 호적예규 제 716호)은 성별정정의 허가기준을 제시하였고(별지 1 기재와 같다), 그 이후 4차례의 제정이나 중간 개정(2007. 12. 10. 제정 가족관계등록예규 제256호, 2009. 1. 20. 개정 가족관계등록예규 제293호, 2011. 11. 10. 개정 가족관계등록예규 제339호, 2011. 12. 5. 개정 가족관계등록예규 제346호)을 거쳐 현재 시행되고 있는 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침(2013. 6. 7. 개정 가족관계등록예규 제385호, 이하 '현행 사무처리지침'이라고 간략히 칭한다) 제6조는 성별정정허가신청 사건의 심리를 위하여 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, 자격있는 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 신

청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 있는지 여부를 조사사항으로 규정하고 있다.

(4) 이 사건의 신청인은 성장기부터 여성에 대한 불일치감과 남성으로의 귀속감을 나타내면서 성인이 된 후에는 사회적으로 남성으로서의 삶을 살다가 의사의 진단 아래 호르몬 치료, 가슴제거 수술, 자궁과 난소난관 절제술 등 성전환을 위한 의료적 조치 중 외부성기 형성만을 제외한 나머지 조치를 마쳐 남성의 신체 외관을 갖추었고, 현재 남성으로서의 성정체성이 확고할 뿐만 아니라, 개인생활이나 사회생활에서도 남성으로 역할을 수행하고 주위에서도 그렇게 인식되고 있으며 신청인의 가족들 또한 신청인의 성별정정에 찬성하고 있고, 달리 신청인의 성별정정으로 인하여 신분관계에 중대한 영향을 받게 될 사람 또한 찾아보기 어려우며, 위 각 대법원 결정을 바탕으로 성별정정 업무처리의 통일적인 기준을 제시하고 있는 현행 사무처리지침에서 규정한 법원의 조사사항 중 미혼으로 자녀가 없고, 여성으로서의 생식기능의 소멸 등의 사유로 여성으로 재전환할 가능성이 현저히 낮으며, 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정 허가신청을 하였다는 사정을 찾아 볼 수 없으므로, 남성으로서의 외부성기가 형성되어 있지 않은 점을 제외하고는 위 각 대법원 결정 및 현행 사무처리지침에서 정한 성별정정의 요건을 충족하고 있다고 판단된다.

(5) 다만 외부성기의 형성은 신체구조 특성상 남성의 외부성기를 갖추는 것이 여성의 외부성기를 갖추는 것보다 의학적으로 더 어렵고 경제적으로 비용도 많이 든다는 점 때문에 엠티에프(MTF) 보다는 이 사건의 신청인과 같이 에프티엠(FTM)의 경우에 더 큰 문제로 대두되고 있고, 성전환자의 성별정정 허가에 있어서 변환된 성으로의 외부성기를 갖추는 것이 필요한 것인가에 관하여는 국내뿐만 아니라 외국에서도 오랜 기

간 논의의 대상이 되어 왔다.

이하에서는 가족관계등록 등에 관한 법률 제104조에 의하여 성전환자의 성별정정을 허가함에 있어서 에프티엠(FTM)의 경우에 외부성기의 형성이 필수적인지에 관하여 판단하기로 한다.

### **3. 에프티엠(FTM)에 대한 성별정정의 허가요건으로서 외부성기 형성 요부에 관한 판단**

#### 가. 기초 사실의 정리

위와 같은 판단을 위하여 필요한 범위 내에서 외부성기 형성 수술을 포함한 에프티엠(FTM)에 대한 전반적인 의료적 조치와 효과 및 이와 관련된 경제적, 사회적 상황 등을 정리하면 다음과 같다.

(1) 세계성전환자보건전문가협회에서 발간하는 트랜스섹슈얼, 트랜스젠더, 성별 비순응자의 건강에 대한 표준의료기준은 성전환과 관련한 의료적 조치를 제시하고 있다. 의료적 조치는 성전환증을 가진 사람이 자신의 생물학적인 성에 대하여 가지는 성별 위화감을 해소하기 위한 목적으로 행해지며, 크게 성역할과 성별표현의 변화, 호르몬요법, 외과적 수술로 나누어지는데, 성전환증을 가진 사람이 성별 위화감을 해소하거나 완화하기 위해 행하는 의료적 조치의 정도는 사람마다 다르다. 의료적 조치의 내용과 각 단계의 결과를 에프티엠(FTM)의 경우에 한정하여 살펴보면 다음과 같다.

(가) 에프티엠(FTM)이 남성호르몬을 투여하는 호르몬요법을 행할 경우 목소리가 굵어지고, 얼굴과 신체에 수염 등 체모가 발달한다. 또한 근육량에 비해 체지방률이 감소하고, 피부에 유분이 증가하며, 근육량이 증가하고 근력이 강해진다. 나아가 생리가 중지되고, 유방 조직이 퇴화하며, 음핵이 커지고 질이 위축된다.

(나) 외과적 수술에서는 보통 가슴이 외관상 성징으로서 가장 쉽게 눈에 띄므

로 가슴 수술을 먼저 받게 되는데, 에프티엠(FTM)의 경우 유방절제 및 유두축소 수술을 받게 된다. 나아가 호르몬요법으로 변화되지 않는 남성의 특징을 얻기 위해 둔부 등의 지방흡입수술을 받는 경우가 있다. 이 단계의 수술이 완료되면 적어도 외관상으로는 남성으로 인식된다.

(다) 외부성기수술은 보통 성전환수술의 가장 마지막 단계로 이루어지는데, 에프티엠(FTM)은 보통 1차적으로 자궁적출과 난소절제수술을 하게 된다. 그 후 일정 기간이 지나 질 제거수술과 남성으로서의 외부성기 형성수술을 하게 된다.

(라) 에프티엠(FTM)의 외부성기 형성수술은 크게 두 가지 방식으로 이루어진다. 첫 번째는 남성호르몬 주사로 비대해진 음핵에 다시 남성호르몬을 집중적으로 주입하여 크기를 크게 하고, 요도를 연장하여 만들고, 비대해진 음핵을 조금 더 빼내어 당겨 남성의 음경 형태를 만드는 외과수술로, 남성성기지향술이라고 한다. 이렇게 만든 외부성기는 성감이 있고 발기가 된다는 장점이 있다.

그러나 위 성기는 일반적인 남성의 외부성기와 모양이 다르고 크기도 작기 때문에, 외부성기 형성수술을 원하는 에프티엠(FTM)이 많이 행하는 것은 유리피판술이라고 하는 두 번째 방식이다. 이 방식은 주로 한쪽 팔에 있는 두 개의 뼈 중 한 개와 주변의 근육을 함께 잘라내고 팔에서 떼어낸 피부 조직을 말아 음경을 만든 다음 몸에 부착하고, 그 사이에 성형한 요도를 삽입하는 방법으로 이루어진다. 위 수술 후 상처가 아물면 피부를 이용하여 음낭 성형수술을 하고 고환 보형물을 삽입하게 된다. 질 제거, 요도성형, 음낭성형, 고환보형물 삽입술, 음경성형 및 추가적으로 시술되기도 하는 귀두성형, 음경보형물 삽입술 등 모든 단계의 수술을 마치기 위해서는 적어도 2, 3년의 시간이 걸린다. 이 방식의 수술은 혈관이 제대로 이어지지 않으면 피부가 괴사하게 되



어 실패할 가능성이 높다(단적인 예로, 최근에 벨기에에서 40대의 여성이 남성으로 성 전환 수술을 받은 후 인공적으로 만든 성기가 조직거부 반응을 일으켜 자신은 괴물이 되었다며 심한 우울증을 겪은 후 안락사로 삶을 마감한 사례가 있다. 조선닷컴 2013. 10. 4.자 보도). 요도가 새거나 협착이 되는 경우도 자주 발생한다. 설령 수술이 성공한다고 하더라도 형성된 외부성기에는 음경해면체가 없기 때문에 발기가 안 되고, 신경이 거의 재생되지 않으며, 신경이 재생된다고 하더라도 팔에서 떼어낸 부위와 성기의 신경 집속도의 차이로 뜨거운 것이나 압박 정도의 감각을 느낄 수 있을 뿐 성기로서의 감각을 기대하기는 어렵다.

(2) 수술비용에 관하여 보면, 현재 외부성기 형성수술을 비롯한 성전환수술은 성형수술로 분류되어 국민건강보험법상의 요양급여대상이 아니다. 2006년 성전환자 78명 {그 중 에프티엠(FTM)은 38명}을 대상으로 시행된 성전환자 인권실태조사 결과에 따르면, 정소, 난소 제거수술에 지출한 비용은 평균 약 333만 원, 성기성형수술에 지출한 비용은 평균 약 1,390만 원이다(이는 에프티엠(FTM)과 엠티에프(MTF)가 모두 응답한 결과이고, 일반적으로 전자의 성전환수술에 드는 비용이 후자의 성전환수술에 드는 비용보다 많은 것으로 보인다).

(3) 외부성기 형성수술은 위와 같이 많은 비용이 들고 긴 시간에 걸쳐 이루어지는 고난도의 수술임에도, 현재 국내에는 외부성기 형성수술을 비롯한 성전환수술과 관련된 통일적인 의료지침이 존재하지 아니한다. 그리하여 상당수의 성전환자는 태국 등 해외에서 성전환수술을 받는다.

(4) 위 성전환자 인권실태조사 결과에 따르면, 엠티에프(MTF)의 경우 조사대상자의 65%가 성산업에 종사하고 있었고, 직업을 가진 에프티엠(FTM)의 경우 조사대상자

의 대부분이 공장 노동, 서빙과 배달, 운전, 과외 등 안정적이지 못한 직업에 종사하고 있었으며, 전체 조사대상 중 70%가 월 평균 200만 원 이하의 수입으로 생활하고 있었고, 이 가운데 절반 정도에 해당하는 사람들은 평균 70만 원 이하의 수입으로 생활하고 있다. 이는 성전환자들이 학교에 적응하지 못하여 학업에 집중할 수 없거나 학업을 포기할 수밖에 없는 상황에 처한 경우가 많고, 취업과정에서 서류상의 성별과 외관상 인식되는 성별이 달라 직·간접적으로 고용에서 제외되는 경우가 많으며, 스스로 이러한 차별을 의식하여 신분증 제시가 필요하지 않은 비정규직에 종사하는 경우가 많기 때문인 것으로 추정된다.

#### 나. 외부성기 형성 요구의 위헌성

위 소명사실 및 현재까지의 성전환증에 관한 의학적 연구결과 등을 종합하여 볼 때 법원이 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제104조에 의거하여 에프티엠(FTM)의 성별정정을 허가함에 있어서 남성으로서의 외부성기 형성까지 요구하는 것은 다음과 같은 이유로 개인의 기본권 보장을 근본이념으로 하는 헌법의 정신에 합치된다고 볼 수 없다.

(1) 성전환자가 생물학적 성과 반대되는 성정체성을 가지고 있는지 여부의 판단이나 성전환자의 성별정정에 따른 신분관계의 안정을 위하여 외부성기 형성수술이 반드시 필요한 것으로 볼 수 없다.

앞서 본 바와 같이 성전환증은 그 자체가 의학적으로 정신적 장애에 해당하는 질환으로 분류되어 있고, 이를 정신적 장애에 해당하는 질환이 아니라고 하더라도 성전환증을 가진 자의 성별정체성은 일시적인 취향이나 선택에 의한 것으로 보이지 아니한다. 성전환증으로 진단받기 위한 국제기준 중 하나는 '전환된 성으로서의 정체성이

최소한 2년 이상 지속되어야 하고, 다른 정신장애증상이 존재하지 아니할 것'이므로, 정신과적으로 성전환증 진단을 받은 에프티엠(FTM)이 가지는 남성으로서의 성별정체성이 공고하다는 점은 그 진단 단계에서 이미 확인된다고 할 수 있다. 즉 외부성기 형성수술을 요구하는 것이 에프티엠(FTM)의 성전환의사가 진정함을 확인할 수 있는 유일한 방법은 아니다.

나아가 에프티엠(FTM)으로서 호르몬 요법, 외과적 수술의 각 단계를 거치는 동안 그는 여성으로서의 외관, 목소리, 생식능력 등의 특성을 불가역적으로 상실한다. 그러한 사람이 뜻을 바꾸어 여성으로 살기를 원하게 되리라고는 쉽게 상상할 수 없고, 설령 그러한 경우가 발생한다고 하더라도, 그것이 그 사람이 외부성기 형성수술을 받지 않았기 때문이라고 볼 근거도 없다. 결국 성별정정의 허가에 있어서 성전환자의 성정체성에 대한 확인 및 신분관계의 안정이라는 목적은 법원이 재판 과정에서 신청인의 성별정체성 형성 과정과 확고함의 정도를 심리, 판단함으로써 충분히 달성될 수 있다.

따라서 에프티엠(FTM)이 외부성기 형성수술을 받았다는 사실이 남성으로서의 성별정체성이 확고하여 다시 이전의 성으로 전환할 개연성이 희박하다는 하나의 징표가 될 수 있을지는 몰라도 성정체성의 확인이나 신분관계의 안정이라는 목적을 달성하기 위하여 외부성기의 형성을 필수적으로 요구할 필요성은 없다.

(2) 다음으로 성전환으로 인하여 발생 가능한 신분관계의 중대한 변동, 사회에 대한 부정적인 영향 등을 막기 위하여 에프티엠(FTM)의 외부성기 형성수술이 반드시 필요하다고 볼 수도 없다.

신분관계의 중대한 변동 여부에 관하여 보건대, 성별정정의 허가로 인한 신분관계의 중대한 변동이란 성전환자와 일정한 신분관계를 맺고 있는 사람이 성별정정이 허

가됨으로 인하여 받게 될 법적 지위와 사회적 인식에 대한 중대한 변동을 의미하는 것으로서, 이러한 변동이 있는지 여부는 성전환자와 이해관계인 사이의 신분관계의 성격 자체에서 결정되는 것이지 외부성기가 갖추어진 상태에서 에프티엠(FTM)에 대한 성별정정이 허가되었는지 또는 외부성기가 없는 상태에서 에프티엠(FTM)에 대한 성별정정이 허가되었는지와는 무관한 것이다.

사회에 대한 부정적인 영향에 관하여 보건대, 사회관계에서 사람들은 어떤 사람을 남성이라고 판단함에 있어 그 사람이 남성으로서의 외부성기를 가졌는지 여부가 아니라 남성의 외관과 목소리, 행동거지 등을 기준으로 삼는 것이 보편적이기 때문에 남성의 외관과 목소리, 행동거지 등을 가진 에프티엠(FTM)은 외부성기를 형성하지 아니하였더라도 일반적인 타인과의 관계에서 남성으로 취급하는 것이 자연스러운 것이고, 오히려 그러한 사람을 공부상 여성으로 취급하는 것이 사회에 혼란과 부정적인 결과를 가져올 수도 있다.

다만 이성관계, 혼인관계에서는 에프티엠(FTM)이 남성의 외부성기를 가지고 있는지 여부가 중요할 수 있으나, 이는 어떤 에프티엠(FTM) 개인과 그러한 내밀한 관계를 형성할지 여부를 결정하게 될 소수의 사람들의 문제이고, 그 문제를 당면한 사람들이 애정과 신뢰 등에 기반하여 선택할 사적인 영역에 해당하는 것이어서, 국가가 간섭할 대상으로는 보이지 아니한다. 외부성기의 형성 없이 성별정정 허가를 받은 에프티엠(FTM)이 이러한 사실을 숨기고 이성관계나 혼인관계를 맺음으로써 그와 관계를 맺은 상대방에게 정신적, 신분적 피해를 입히는 경우를 상정하여 볼 수는 있을 것이나, 현재 추정되는 에프티엠(FTM)의 숫자(국외 및 국내 통계에 의하면 FTM은 100,000명당 1명 꼴로 추산되고 있는데, 이를 토대로 보면 우리나라의 FTM은 전국적으로

400~500명 정도로 추정된다) 등에 비추어 볼 때 그 발생빈도는 극히 미미할 것으로 예상되고, 이러한 경우에 피해자에게 구제책을 강구하여 주는 것으로 족할 뿐, 이러한 특수한 경우를 상정하여 일방적으로 성별정정을 불허하여야 한다고 결론을 내리는 것은 지나친 것이다.

(3) 결과적으로 성별정정의 무분별한 허가로 야기될 수 있는 사회적 혼란을 막기 위하여 꼭 필요한 수단이 아닌데도 에프티엠(FTM)으로 하여금 법률상 남성으로 인정받기 위하여 외부성기 형성수술을 필수적으로 거치도록 하는 것은, 외부성기 형성수술을 받지 않는 에프티엠(FTM)에게 성별정체성에 따른 삶을 형성하지 못하고 공부상 여성으로서의 삶을 살도록 강제하는 것이며, 외부성기 형성수술을 선택하는 에프티엠(FTM)에게 건강에 대한 위험과 과도한 경제적 비용을 감내하도록 하는 것이어서, 에프티엠(FTM)의 인간으로서의 존엄성과 인간다운 생활을 할 권리 및 행복추구권(헌법 제10조 제1항, 제34조 제1항)을 침해하는 것이고, 그 달성하고자 하는 목적보다 과도하게 에프티엠(FTM)에게 정신적·신체적 침해를 가하는 것으로서 헌법상의 목적달성을 위한 수단의 적합성이나 침해의 최소성의 원칙에도 위반된다.

#### 다. 각 대법원 결정 및 현행 사무처리지침의 해석론

성전환자에 대한 성별정정 허가요건의 해석에 대한 기준이 되고 있는 2006년 결정은 남성으로서의 외부성기까지 갖춘 에프티엠(FTM)에 대한 판단 사례이고, 2011년 결정은 엠티에프(MTF)에 대한 판단 사례로서, 이 사건과 같이 남성으로서의 외부성기 형성을 제외한 나머지 요건을 모두 갖춘 에프티엠(FTM)에 관하여 정면으로 다룬 사례가 아니다.

또한 위 각 결정에서 생물학적 성과 반대되는 성으로서의 외부성기를 포함한 신체

를 갖출 것을 언급하기는 하였으나, 위 각 결정의 주된 취지는 출생 시의 생물학적인 성 이외에도 성장과정에서 확인되는 정신적·사회적 의미에서의 성까지 종합하여 법률적 의미의 성을 결정함에 있어서 반대 성으로의 신체외관의 변화 또한 종합적으로 고려할 요소의 하나라는 것으로서 외부성기를 형성하지 아니한 에프티엠(FTM)에 대한 성별정정 허가를 명시적으로 불허하는 것은 아니라고 판단된다. 성별정정 허가의 요건과 절차 등에 관한 명시적인 입법이 없는 상황에서 대법원의 결정은 법률해석으로써 성별정정을 허용함으로써 성소수자인 성전환자들에 대한 기본권 보호의 길을 열어 놓은 데 의의가 있는 것이므로, 위 각 대법원의 결정이 외부성기를 형성하지 아니한 에프티엠(FTM)에 대한 성별정정 허가에 관하여 명시적으로 부정적인 판단을 하지 아니하였고, 위에서 본 바와 같이 이를 요구하는 것이 기본권 침해라고 보이는데도, 이를 성별정정 허가에 있어서 절대적인 요건으로 해석함으로써 위 대법원 결정의 의미를 반감할 필요는 없다고 보인다.

2006년 결정 및 2011년 결정에 따라 제정 및 개정된 성전환자의 성별정정허가 신청사건 등 사무처리지침은 위 각 대법원 결정의 취지를 구체화하는 의미의 내부적인 사무처리 지침으로써 위 각 대법원 결정을 위와 같이 해석하는 한 외부성기를 형성하지 못한 에프티엠(FTM)에 대한 성별정정 허가에 장애가 되지 아니하며, 실제로 2006년 결정에 따라 최초로 제정된 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침은 외부성기를 갖출 것을 성별정정의 허가기준의 하나로 규정하고 있었으나, 2011. 12. 5. 개정된 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침 이후부터 현행 사무처리지침에 이르기까지 이를 조사사항으로 변경하였으므로, 현행 사무처리지침에 따르더라도 외부성기를 형성하지 못한 에프티엠(FTM)에 대한 성별정정 허가가 불가능하다고 보이

지도 아니한다.

#### 라. 비교법적 검토

또한 비교법적으로 보더라도 유럽의 경우 초기에는 성전환자의 성별정정을 인정하지 않다가 그 후 거의 모든 국가에서 입법이나 판례를 통하여 이를 허용한 이후 그 인정 요건도 완화하고 있는 추세이다. 특히 독일의 경우 연방헌법재판소가 2011년 성전환자법에 규정된 성별변경의 요건으로서 성기를 변형하는 성전환수술을 받을 것을 요구하는 것이 헌법에 합치되지 않는다는 결정을 내렸고(독일 하급심 법원들은 위 헌법 불합치 결정 이전에도 엠티에프(MTF)의 경우에는 가슴성형, 음경·고환 적출, 질 성형술을 하여야만 남성에서 여성으로의 성전환을 인정하였으나, 에프티엠(FTM)의 경우에는 가슴절제, 자궁·난소 적출을 끝냈다면, 질폐쇄, 음경·고환 성형술을 하지 아니하였다 하더라도 여성에서 남성으로의 성전환을 인정하여야 한다고 판단하였다), 영국의 경우에는 2004년 성별변경에 관한 성별인정법을 제정하여 성별변경의 요건으로 성전환수술을 요구하지 않고 있으며, 스페인, 스웨덴, 핀란드 등의 다수 국가도 입법으로 성전환 수술을 요구하지 않고 있고, 또한 미국의 일부 주에서도 성별정정을 위하여 성전환수술을 요구하지 않고 있는 등 외부성기 형성 요건을 요구하지 아니하는 것이 최근 외국의 대체적인 입법 및 판례의 경향이고 법리적으로도 설득력을 얻고 있음을 알 수 있다.

#### 마. 소결

(1) 우리 헌법은 제1조에서 우리나라가 민주국가임을 천명하고 있다. 민주사회는 국민 개개인이 인간의 존엄성을 유지하면서 평등하게 자신이 지니고 있는 기본 특성을 인정받을 때 유지된다. 이러한 민주사회의 특징은 우리 사회의 기본질서를 해하지 아

니하는 한 다양성을 존중하고, 차별이 없는 존경과 배려로 서로를 관용할 때 이루어지는 것이다. 그리고 관용은 나에게 편안한 사람들과 편안한 삶의 방식을 공유하는 공간을 내어 주는 것이 아니라 나에게 불편한 사람들과 불편한 삶의 방식을 함께 할 공간을 내어 주는 것으로서 차이를 뛰어 넘는 동등과 배려와 존중을 의미한다.

(2) 이러한 관점에서 볼 때, 먼저 신청인은 성장기부터 여성에 대한 불일치감과 남성으로의 귀속감을 나타내면서 성인이 된 후에는 사회적으로 남성으로서의 삶을 살다가 의사의 진단 아래 호르몬 치료, 가슴제거 수술, 자궁과 난소·난관 절제술 등 성전환을 위한 의료적 조치를 마쳐 남성의 신체 외관을 갖추었고, 현재 남성으로서의 정체성이 확고할 뿐만 아니라, 개인생활이나 사회생활에서도 남성으로 역할을 수행하고 주위에서도 그렇게 인식되고 있으며 신청인의 가족들 또한 신청인의 성별정정에 찬성하고 있고, 달리 신청인의 성별정정으로 인하여 신분관계에 중대한 영향을 받게 될 사람 또한 찾아보기 어려우며, 여성으로서의 생식기능의 소멸 등의 사유로 여성으로 재전환할 가능성이 현저히 낮으며, 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정 허가신청을 하였다는 사정도 찾아 볼 수 없다.

(3) 반면 현재 신청인의 삶은 정신적으로 남성으로서의 성주체성이 확고하고, 신체적 외관도 남성으로 되었음에도 가족관계등록부 상 여성으로 되어 있어 사회적 편견과 차별 속에서 자신의 삶을 제대로 영위하지 못하고 있다. 신분이 밝혀질 것이 두려워 원하는 직장에 취직하지 못한 채 일용직 등을 전전하고 있을 뿐만 아니라 아파도 병원에 가는 것이 두렵고, 선거에도 참여하지 못하는 등 이 사회 속에서 여성도 아니고 남성도 아닌 매우 불안한 삶을 유지하고 있다.

(4) 한편 남성의 외부성기를 갖추기 위하여는 그 수술 자체가 어렵고 신체를 많



이 훼손하여 생명의 위험을 감수하여야 하며 그 후유증 또한 만만하지 아니하고, 고혈압이나 당뇨병 등 질병이 있는 경우 수술을 할 수도 없을 뿐 아니라 수술비용이 고가여서 이 비용을 마련하는 것도 쉬운 일이 아니다. 그리고 만들어진 외부성기에는 음경해면체가 없기 때문에 발기가 안 되고, 신경이 거의 재생되지 않아 본래 성기로서의 기능을 하는 것도 아니다.

(5) 이와 같은 여러 사정 등을 종합하여 볼 때, 신청인이 남성으로서의 성정체성이 확고하고, 수술 등을 통하여 신체 외관상으로도 남성으로 보이고, 그 생활 역시 남성으로 활동하고 있으며, 다시 여성으로 재전환할 가능성이 거의 없음에도 단지 외부성기를 구비하지 아니하였다는 이유 하나로 그를 가족관계등록부 상 여성으로 묶어 두는 것은 신청인의 인간으로서의 존엄성과 인간다운 생활을 할 권리 및 행복추구권을 침해하는 것이다.

그리고 외부성기의 요건에 의하여 달성하고자 하는 목적은 신체의 외부를 법적으로 변경하고자 하는 성별에 보다 일치시키려는 것인데, 앞서 본 사회적 인식(주위 사람들이 모두 신청인을 남성으로 인식하고 있다), 수술의 위험성, 신체의 훼손 정도, 그 수술 기간과 비용 등을 종합하여 볼 때 신청인에게 외부성기를 요구하는 것은 그 달성하고자 하는 목적보다 그로 인해 신청인에게 발생하는 정신적·신체적 침해가 심대하여 헌법상 목적을 달성하고자 하는 수단의 적합성이나 침해의 최소성의 원칙에도 위반된다.

(6) 그렇다면, 신청인과 같이 여성에서 남성으로의 성별정정의 허가에 있어서 외부성기의 형성을 요구하는 것은 앞서 본 바와 같이 위헌성이 있고, 위 각 대법원 결정 및 현행 사무처리지침을 해석함에 있어서도 여성에서 남성으로의 성별정정을 허가함에

있어서는 외부성기의 형성을 그 요건으로 보고 있지 않다고 해석할 여지도 충분하므로, 신청인의 이 사건 신청이 외부성기 형성을 제외한 위 각 대법원 결정 및 현행 사무처리지침에서 정한 성별정정 허가의 요건을 충족한 이상 신청인의 가족관계등록부 중 성별란의 기재를 "여"에서 "남"으로 정정하는 것을 허가함이 타당하다.

#### **4. 결론**

따라서 신청인의 이 사건 신청은 이유 있으므로, 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

2013. 11. 19.

판사      강    영    호

## 별지 1(성별정정 허가기준)

제6조(성별정정의 허가기준)는 ① 신청인이 대한민국 국적자로서 만 20세 이상의 행위능력자이고 혼인한 사실이 없으며, 신청인에게 자녀가 없음이 인정될 것, ② 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴온 사정이 인정될 것, ③ 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였으나 신청인이 여전히 수술적 처치를 희망하여, 자격있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었음이 인정될 것, ④ 성전환수술의 결과 신청인이 현재 반대의 성으로서의 삶을 성공적으로 영위하고 있으며, 생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재전환할 개연성이 없거나 극히 희박하다고 인정될 것, ⑤ 남자에서 여자로의 성전환(MTF)인 경우에는 신청인이 병역법 제3조에 의한 병역의무를 이행하였거나 면제받았을 것, ⑥ 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 없다고 인정될 것, ⑦ 기타, 신청인의 성별정정이 신청인의 신분관계에 중대한 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정될 것이라는 요건을 규정하였다.