

〈논 문〉

유럽, 특히 독일에서 性別의 變更*

Rainer Frank**

金 載 亨 譯***

I. 유럽의 법상황에 관한 개관

1972년 4월 21일 “성별의 확정에 관한 법률”을 의결한 최초의 유럽국가는 스웨덴이었다.¹⁾ 이 법률 제1조는 다음과 같이 규정하고 있다.

“유년기부터 그가 교회명부(Kirchenbuch)에 등록되어 있는 성과는 다른 성에 속한다고 느끼고, 오래 전부터 그에 따라 행동하고, 장애에도 이러한 성역할로 살 것이라고 인정될 수 있는 사람은, 그 사람의 신청에 따라 다른 성에 속한다고 정하게 할 수 있다.”

독일의 性轉換法(Transsexuellengesetz)은 1980년에 제정되었다. 그 사이에 이탈리아(1982),²⁾ 네덜란드(1985),³⁾ 터어키 (1988과 2002),⁴⁾ 핀란드(2002)⁵⁾와 영국

* 이 논문에 대한 번역은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2006학년도 연구 지원비의 보조를 받았음.

** 독일 Freiburg 대학교 법과대학 명예교수, 2005년 서울대 법대 외국인교수(Foreign Visiting Professor).

*** 서울대학교 法科大學 副教授.

1) 1972년 4월 21일 특정 사건에서 성별확정에 관한 법률(Gesetz über die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in bestimmten Fällen v. 21.4.1972) (SFS 1972 Nr. 119); 좀더 상세한 것은 Scherpe, in: *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht*, herausgegeben von J. Basedow/J. Scherpe, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 134, Verlag Mohr Siebeck 2004, S. 61 ff.

2) Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, Legge 14 aprile 1982, n. 164, Gazzetta Ufficiale n. 106, del 19 aprile 1982, p.2879. 법률의 성립사에 대해서는 Salvatore Patti/Michael R. Will, La “Rettificazione d'attribuzione di sesso: Prime considerazioni,”

(2005)⁶⁾이 성전환법을 의결하였다. 이에 반하여 대부분의 유럽 국가는 오늘날까지도 성전환증(Transsexualismus)의 문제를 특별법으로 규율하는 것을 포기하였다. 그러나 오늘날 거의 모든 유럽 국가에서 법관법(Richterrecht)과 행정실무는 性別(Geschlechtszugehörigkeit) 변경을 허용하고 있다. 아일랜드와 포르투갈만이 예외이다. 그렇지만 유럽인권재판소가 2002년 7월 11일 Goodwin v. United Kingdom 판결⁷⁾에서 만장일치로 성별 변경을 인정한 이후, 아일랜드와 포르투갈도 머지않아 판례를 변경할 것이라고 기대되고 있다.

Goodwin 사건에서 유럽인권재판소 판결의 기초가 되는 사실관계는 다음과 같다.

A는 처음에 남자로써 한 여자와 결혼하였다. 혼인 중에 4명의 아이들을 낳았고, 그 후 이혼을 하였다. 약 30세의 나이에 A는 성전환증이라는 진단을 받았고, 치료를 시작했으며, 그 후 여자로 살았다. 5년 후에 수술로 성전환을 하였는데, 그 비용을 영국 국립 건강관리소가 부담하였다. A는 모든 관계에서 법적으로 여자로 취급받는 것, 특히 남자와 혼인해도 된다는 것을 신청하였다.

유럽인권재판소는 그 신청을 허용했고, 다음과 같이 판단하였다.

(1) 국가(여기에서는 영국)가 성전환수술 후에도 성전환자에게 원래의 성별(Geschlechtszugehörigkeit)을 고수하도록 한다면, 국가는 사생활의 존중에 관한 권리(유럽인권협약 제8조)를 침해한다.

Rivista di diritto civile, 1982, II, 729 ff. 참조.

- 3) “Wet houdende nadere regelen ten behoeve van transseksuelen omtrent het wijzigen van de vermelding van de kunne in de akte van geboorte” v. 14.4.1985. 독일어 번역은 Bremhaar, “Das niederländische Transsexuellengesetz,” *StAZ* 2006, 204.
- 4) 터키의 성전환법의 상세한 서술은 Atamer, in: *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht* (주 1), S. 74 ff.
- 5) Gesetz Nr. 563/2002 über die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit transsexueller Personen v. 28.2.2002. 독일어 번역은 Pimenoff/Will, *StAZ* 2003, 90 f.; 법률 성립전의 역사에 대해서는 Pimenoff/Will, “Zum neuen finnischen Transsexuellengesetz,” *StAZ* 2003, 71 ff.
- 6) 2004년의 젠더승인법(Gender Recognition Act 2004), 2005년 4월 4일 시행, <http://www.uk-legislation.hmso.gov.uk>에 게시 - 성립전의 역사에 대하여 상세한 것은 Ellger, in: *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht* (주 1), S. 80 ff.
- 7) European Court of Human Rights, Reports of Judgements and Decisions, 2002 VI, 1 ff. 독일어 번역은 *NJW-RR* 2004, 289 ff. = *FamRZ* 2004, 173 (nur Leitsätze) mit Anmerkung Henrichs.

(2) 나아가 국가가 성전환자에게 성전환수술 후에 다른 성별을 가진 사람과의 혼인허가를 거부한다면, 국가는 혼인의 자유에 대한 권리(유럽인권협약 제12조)를 침해한다.

그 사이에 영국은 유럽인권재판소의 판결에 반응하였고, 2004년 젠더승인법(Gender Recognition Act)에 의하여 유럽인권재판소의 판결내용에 따라 성별 변경을 인정할 수 있도록 하였다. 유럽인권재판소의 판결은 종전의 판례⁸⁾를 변경한 것인데, 이미 1992년 3월 25일의 B. v. France 사건 판결⁹⁾에서 변경이 암시되었던 것이다.

II. 1980년 性轉換法 제정 전까지의 獨逸法의 발전

1980년 성전환법이 제정되기 전까지 독일의 법상황은 오늘날 한국에서와 동일했다. 아무런 법률 규정이 없었다. 이러한 출발상태에서 독일연방대법원이 1971년 9월 21일¹⁰⁾ 다음 사건에 관하여 판단하여야 했다.

A는 남자로서 여자와 결혼하여 11년 동안 지냈다. A가 32세였을 때 이혼을 하였다. 그런데 A는 이혼하기 전부터 여자 이름을 사용했고, 그의 외모를 바꾸었으며 성전환 외과수술을 받았다. A는 출생등록부에 여성으로 등재해달라고 신청하였다.

독일연방대법원은 최종심에서 그 신청을 기각하였고, 신청자의 요청에 관하여 판단하는 것은 입법자의 임무라고 생각하였다. 독일연방대법원은 다음과 같이 표현하고 있다.

“법관이 아니라 입법자만이 가령 다양한 방면의 전문가 청문을 통하여, 기초가 되는 사실문제에 관하여 의학적으로 정확한 인식 상황을 확인하는 데 필요한 포괄적인 정보수단을 갖고 있다. 다른 한편 입법자만이 적절한 규범화

8) Urteil v. 17.10.1986 (Fall Rees), Serie A, Band 106; Urteil v. 27.9.1990 (Fall Cossey), Serie A, Band 184 참조.

9) Urteil v. 25.3.1992, Serie A, Band 232-C.

10) BGHZ 57, 63 = NJW 1972, 330.

(Normierung)를 통하여 성전환자의 성별을 정하는 구분기준 및 판단기준을 결정하고, 법적으로 인정된 성별 변경의 효과를 정할 수 있다. 현재의 법상황에 따르면 그러한 법규정이 없는 상태에서 법관은 아무런 조치를 취할 수 없다.”¹¹⁾

이 판결에 대하여 A는 헌법소원을 제기했고, 연방헌법재판소는 1978년 10월 11일 결정¹²⁾에서 이를 인용했다. 연방헌법재판소는 다음과 같이 판단근거를 제시하였다.

“인간의 존엄(독일 기본법 제1조 제1항)과 인격의 자유로운 발현에 대한 기본권(독일 기본법 제2조 제1항)에 비추어보면, 의학적으로 회복불가능한 성전환증에 해당하고 성에 맞는 수술이 행해진 경우에는 출생부에 성전환자를 남성으로 기재한 것을 변경하여야 한다. 수술이 의학적으로 적합했다면, 그와 같이 정정하였다고 하여 양속규범을 침해하는 것이 아니다. 특별한 법규정이 없다면, 법원은 출생부의 성별기재를 변경할 헌법상 의무가 있다.”

이 판결로 말미암아 입법자가 성전환증의 문제점을 인정하게 되었다. 독일 성전환법 초안의 공식적인 이유에 다음과 같이 기재되어 있다.¹³⁾

“현행법은 지금까지 인간 성별의 불가변성에서 출발하였다. 이러한 평가와 입장의 근거가 된 것은, 성별이 없는 사람도 없고, 양성을 한 몸에 갖고 있는 사람도 없고, 모든 사람은 남성이거나 여성이며, 개인의 성별은 신체적인 성적 징표에 기하여 확정가능하고 변경불가능하다는 견해였다. ... 그렇지만 최근의 의학적 인식에 의하면, 인간의 성별에 대하여 결정적인 것은 출생시의 외부적인 신체적 특성만이 아니다. 성별은 오히려 출생시에는 없거나 그 당시에는 인식할 수 없는 다른 요소에 의하여 결정되거나 이러한 요소도 함께 고려하여 결정된다. ... 성전환자의 경우에 계속적으로 성장하면서 점점 최초의 성에서 벗어나 반대의 성으로 귀속하는 정신적인 상태가 나타난다. 이러한 발달은 당사자의 의사와 무관하고, 그 경향을 뒤집을 수도 없으며, 억누르거나 제거될 수도 없다.”

독일 성전환법은 1980년 9월 10일 의결되었고, 1981년 1월 1일 시행되었다.

11) BGHZ 57, 63 = NJW 1972, 330, 333.

12) BVerfGE 49, 286 = NJW 1979, 595.

13) Bundestagsdrucksache 8/2947 S. 8 und 9.

III. 1980년의 독일 性轉換法(Das Transsexuellengesetz; TSG)

1. 도입

독일 성전환법(Das Transsexuellengesetz)은 대부분의 유럽법질서와는 달리 두 개의 해결방안을 규정하고 있다. 첫 번째 방안은 일반적으로 “小解決方案(kleine Lösung)”이라고 하는데, 단지 성전환자의 이름(Vorname)을 변경하는 것에 불과하다. 왜냐하면 독일에서 통상 이름을 통하여 그 사람의 성별을 인식하기 때문에, 이름을 변경함으로써 성전환자는 이러한 방법으로 사회생활에서 원래의 성별과 다른 성별에 속하는 것으로 보일 수 있게 된다. “소해결방안”은 신청자가 더 이상 생식능력이 없다는 것을 전제로 하지 않는다. 또한 신청자가 외부적인 성적 징표를 변경하는 수술을 받았다는 것을 전제로 하지도 않는다. 그러나 이름 변경은 신청자가 다른 성에 속한다고 느낀다는 것과 “최소한 3년 전부터 그의 想像(Vorstellungen)에 따라서 산다는 압박을 받고 있다”(독일 성전환법 제1조 제1항)는 것을 요건으로 한다. 사안이 이에 해당하는지 여부는 법원이 두 전문가의 감정 의견을 토대로 판단해야 한다(성전환법 제4조 제3항). 이에 반하여 “大解決方案(große Lösung)”은 법적으로 성전환자의 성별을 변경하는 것이다. 당사자는 법원 결정의 기판력에 따라 반대 성별에 속하는 사람으로 간주된다. 소해결방안의 경우와는 달리 법률은 부가적으로 당사자가 더 이상 생식능력이 없고, 나아가 “외부적인 성적 징표를 변경하는 수술을 받아서 다른 성과 명백하게 비슷한 외모를 갖게 되었다”(성전환법 제8조 제1항)는 것을 요구한다. 신청자가 결혼한 경우라면, 새로운 성별에 관한 판결의 기판력에 의하여 혼인이 해소된다(성전환법 제10조 제2항). 성별의 변경 후에 성전환자는 “새로운 성별에 따른 권리와 의무”를 갖는다(성전환법 제10조 제1항). 그에 따라 성전환자는 다른 성별을 가진 파트너와 혼인할 수도 있다.

2. “小解決方案”(이름 변경)

a. 要件

법률은 성전환법 제1조 제1항에서 신청자가 스스로 성전환적 기질에 기하여 더 이상 출생등록에 기재된 성별이 아니라 다른 성별에 속한다고 느낄 것을 요구한다. 입법자는 성전환증의 의학적 정의를 이와 같이 표현하였다. 따라서 신청

자는 의학적 관점에서 성전환자의 범위에 속해 있어야 한다. 이 요건에 속하는지 여부를 확정할 때 법률가는 일반적으로 의학적인 전문지식이 없기 때문에 부담이 따른다. 따라서 그는 적합한 전문감정인의 도움을 받아야 한다. 그리하여 법률은 성전환법 제4조 제3항에서 성의학자 2명의 감정 의견을 받아야 한다고 규정하고 있다.

신청자는 성전환적 기질 이외에 최소한 3년 전부터 그의 상상에 따라서 살고자 하는 압박을 받고 있어야 한다(성전환법 제1조 제1항). 따라서 당사자가 정체체성(Geschlechtsidentität)에 관한 내적인 장애로 인하여 그의 성역할을 외부적으로 변경하려고 노력할 필요가 있다고 생각하여야 한다. 법률에서 이 요건을 채택한 것은, 단지 단기간의 성전환적 현상을 겪는 사람을 배제하기 위한 것이다. 입법자료에 의하면 “의학에서 일반적으로 주장되는 견해에 따라” 이 기간을 3년으로 정했다고 한다.

법률은 이름 변경을 위한 그 밖의 요건으로, 신청자의 다른 성별에 대한 소속감이 더 이상 변경되지 않을 것이라고 인정할 만한 높은 개연성이 있어야 한다고 규정하고 있다(성전환법 제1조 제1항 제2호). 이러한 요건도 복귀를 고려하지 않을 만큼 강한 성전환적 기질을 가진 사람만이 이러한 법률적 수단을 이용하도록 하기 위한 것이다.

성전환법은 원래 최소한 25세는 되어야 한다는 제한(최소연령제한)을 규정하였다(구 성전환법 제1조 제1항 제3호). 그렇지만 독일연방헌법재판소는 1993년 1월 26일 결정¹⁴⁾에서 이 나이제한을 위헌이라고 선언하였다. 입법과정에서 성급한 역할변경으로부터 젊은 사람을 보호하기 위하여 최소연령이 필요하다는 사고가 표명되었는데, 연방헌법재판소의 견해에 따르면 이러한 사고는 의학적으로 근거가 없다는 것이다. 이와 반대로 최소연령을 정함으로써 젊은 사람들을 충분히 보호할 수 없게 될 뿐이라고 한다.

끝으로 성전환자가 이름을 변경하려고 하는 경우에 혼인하고 있지 않을 것을 요구하지는 않는다. 법관의 판결이 이미 존재하는 혼인과 그로부터 발생하는 의무에는 아무런 영향도 미치지 않는다. 법적으로는 계속 남성과 여성 사이의 혼인 관계가 존속한다. 그러나 변경된 이름을 가진 성전환 남편이 외부적으로도 새로운 성역할로 나타나는 경우에, 제3자에 대하여 동성 파트너 사이의 혼인이라는

14) BVerfGE 88, 87 = NJW 1993, 1517.

인상을 줄 수 있다. 이것이 “소해결방안”이 의회에서 반대파에 의하여 거부되었던 이유들 중의 하나였다.¹⁵⁾

b. 效果

“소해결방안”은 성전환자의 이름 변경만을 초래한다. 그의 성별에 아무런 변경이 없다. 그러나 남성에서 여성으로 성전환을 한 사람이 비록 여성 이름을 갖더라도 사회에서 계속 “미스터(Herr)”라고 불리거나 쓰이게 되는 경우에는 이름의 변경은 의미가 없을 것이다. 따라서 연방헌법재판소는 1996년 8월 15일 결정¹⁶⁾에서 성전환자는 이름 변경의 경우에 새로운 역할이해(Rollenverständnis)에 따라 부르고 써달라는 청구권을 갖는다고 명백히 하였다.

“소해결방안”은 실무에서 어려움을 야기하고 있다. 오늘날 旅券法(Passgesetz)이 개정된 후 여권에는 그에 의하여 증명되는 사람의 성별을 반드시 기재하여야 한다. 그러나 성전환자가 여성이름을 갖고 그의 겉모습도 여성과 같으면, 여권에 다른 성별이 써있더라도, 여권소지자는 무엇보다도 외국여행의 경우에 통제, 가령 테러 우려를 이유로 한 통제를 염려해야 한다.¹⁷⁾ 현재의 법상황에 따르더라도 여권에 성별의 기재를 희망하지 않는다고 기재하는 방법은 있다. 그러나 그와 같이 기재할 경우 질문과 불쾌한 일이 야기될 것이 명백하다.

실제에서 그밖의 어려움은 병역의무를 수행하는 경우, 병원에서 여성실 또는 남성실에 입원하는 경우, 목욕탕이나 화장실을 이용하는 경우에 생긴다. 구치소와 형집행에서 성전환자는 이름 변경 후에도 변경되지 않은 성별에 따라 대우받는다.¹⁸⁾ 그러한 경우에는 당사자의 이름이 변경되지 않았던 때에도 문제가 있다. 그러나 법원에 의한 이름 변경이 “대해결방안”의 의미에서의 성별 변경에 의하여 보충되지 않는 경우에는 현재의 문제점들을 해결하는 대신 한층 강화할 수 있다. 성적표, 대학학위증서, 고용증명서와 같은 서류의 경우에, 이름 변경 후 장래에는 새로운 이름이 이용되어야 한다는 것은 자명하다. 과거와 관련하여 서류가 종전의 이름을 정확하게 기재하고 있기 때문에 그 자체로서는 정정을 청구할 수 없다. 그렇지만 판례는 여러 번에 걸쳐 고용주는 구 고용증명서를 새로운 이

15) Das Minderheitsvotum im Bericht des Innenausschusses des Bundestages vom 20.5.1980, Bundestagsdrucksache 8/4120, S. 15 참조.

16) NJW 1997, 1632 = StAZ 1997, 270 mit Anmerkung Geisler.

17) Sieß, *Die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit*, Konstanz 1996, S. 254 f.

18) KG Berlin v. 19.7.2002, NStZ 2003, 50 참조.

름으로 발급할 의무가 있다고 하였다.¹⁹⁾ 그 이유로 사용자의 “계약 이후의 배려 의무”를 들었는데, 이것은 일반적인 “신의성실” 원칙(독일민법 제242조)에서 나온 것이다. 고용증명서에 관한 것은 학력증명서와 대학학위증명서에도 곧바로 적용되어야 할 것이다. 그러나 이에 관해서는 공간된 판례가 없다.

지금으로부터 25년 전의 입법과정에서 이름 변경은, 통상 나중에 행하게 되는 성전환자의 성별 변경에 관한 판결을 위한 전단계로 간주되었다.²⁰⁾ 비록 “소해결 방안”은 독자적인 법원의 절차로서 문제점이 없는 것은 아닐지라도, 통계에 의하면 대략 모든 신청의 절반이 단순한 이름 변경을 위한 것인 반면에, 절반은 성별 변경(“대해결방안”)을 목적으로 하고 있다는 것을 알 수 있다.²¹⁾ 매년 성별이나 이름 변경에 관하여 약 500건의 신청이 독일 법원에 계류되어 있다.²²⁾

3. 大解決方案(性別 變更)

a. 要件

(1) 성별 변경은 법률에서 단순한 이름 변경을 위하여 정하고 있는 모든 요건을 충족한 경우에만 허용된다. 따라서 신청자가 성전환적 특질이 있어야 하고 최소한 3년의 압박상황(Zwangssituation)에 있어야 한다. 나아가 성전환적 소질이 존속할 것이라고 인정할 개연성이 높아야 한다(성전환법 제8조 제1항 제1호).

(2) 단순한 이름 변경의 경우와는 달리, 법률(성전환법 제8조 제1항 제2호)은 성별 변경을 위해서 신청자가 **혼인하지 않은 상태일(nicht verheiratet)** 것을 요구한다. 신청자가 혼인하였으면 성별 변경 전에 이혼을 하여야 한다. 이에 반하여 신청자가 혼인중의 자녀 또는 혼인 외의 자녀를 갖고 있는지 여부는 중요하지 않다. 입법자는 성전환증이 의학적으로 돌이킬 수 없는 상태에서 성전환자가 그의 외모를 다른 성별을 가진 사람의 외모에 맞추고, 수술을 받는 것을 어차피 막을 수 없다는 사고에서 출발하였다. 물론 법률은 성별 변경이 성전환자의 자녀에 대한 법률 관계를 변경하지 않는다는 것을 명시하고 있다(성전환법 제11조).

(3) 나아가 법률은 신청자가 “평생 생식능력이 없을” 것을 요구한다(성전환법 제8조 제1항 제3호). 입법과정에서 남성이 여성으로 성전환한 사람의 예에서, 성

19) LAG Hamm v. 17.12.1998, NJW 1999, 3435 = DB 1999, 1610 참조.

20) Sieß (주 17), S. 114.

21) Bundestagsdrucksache 14/9837 S. 4.

22) Bundestagsdrucksache 14/9837 S. 4.

전환자가 아직 성적으로 남성으로 활동할 수 있는 한 그가 남성과 혼인하는 것을 허용할 수 없을 것이라는 점이 언급되었다.²³⁾ 또한 이와 반대로 여성이 남성으로 성전환한 사람의 경우에 그가 남성으로서의 새로운 역할에서 여전히 아이를 출산할 수 있는 것이 가능해서는 안 될 것이다.

(4) 성별 변경의 가장 중요한 요건은 “**다른 성별의 모습에 명백히 비슷해지도록 외부적인 성별징표를 변경하는 수술**”의 필요성이다(성전환법 제8조 제1항 제4호).

흥미롭게도 성전환법은 언제 외과 수술을 할 수 있는지 라는 문제에 관해서는 아무런 규정이 없다. 이 문제에 관해서는 오로지 담당 의사들이 판단한다. 법률이 수술을 위한 요건을 정하였다고 하더라도 성전환자가 그러한 수술을 외국에서 하는 것을 막을 수는 없었을 것이다. 이는 다시 외과 수술을 시행한 경우에 법률 규정을 위반하였다는 이유만으로 법원의 판단에 따른 성별 변경이 거부될 수 있는지 라는 어려운 문제를 불러일으켰을 것이다. 따라서 성전환법은 외과수술이 사실상 행해졌다는 사실로 만족한다.²⁴⁾

외과 수술이 개별적으로 어떻게 행해져야 하는지에 관하여는 법률이 유보하고 있다. 어떠한 요건 하에서 “다른 성별의 외관과 명백한 유사성”이 달성되는지에 관한 문제는 수행된 의료 수술의 범위와 결과에 달려있다. 여기에서 외과적 수단, 즉 그때그때 의학적으로 - 특히 성형외과의 분야에서 - 만들 수 있는 것을 고려하여야 한다. 법관 설문에 의하면, 남성에서 여성으로 성전환하는 사람의 경우에는 일반적으로 음경절단과 거세, 여성에서 남성으로 성전환하는 사람의 경우에는 자궁과 난소의 제거가 요구된다고 한다.²⁵⁾

(5) 법률상 요건을 충족한 성전환자는 18세로 성년이 됨과 동시에 성별 변경을 신청할 수 있다(성전환법 제8조 제1항 제1호). 성전환법은 원래 25세의 최소 연령을 요구했었다(구 성전환법 제8조 제1항 제1호). 그렇지만 독일 연방헌법재판소는 1982년 3월 16일 결정²⁶⁾으로 이 규정을 위헌이라고 선언하였다. 즉, 아직

23) Begründung des Gesetzesentwurfs durch die Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 8/2947 S. 12; ebenso Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Christina Schenk und der Fraktion der PDS v. 31.7.2002, Bundestagsdrucksache 14/9837 S. 7 unter Nr. 16.

24) Begründung des Gesetzesentwurfs durch die Bundesregierung, Bundestagsdrucksache 8/2947 S. 12.

25) Osburg/Weitze, “Richterumfrage zum Transsexuellengesetz,” *RuP* 1996, 192 참조.

26) *NJW* 1982, 2061.

25세가 되지 않았지만 수술한 성전환자에게 성별 변경을 거부할 근거가 없다고 한다. 인간의 존엄과 인격의 자유로운 전개에 대한 권리는 인간이 스스로 심리적, 신체적 상태에 따라 속한다고 느끼는 성별에 그의 신분을 귀속시킬 것을 요청한다.

b. 效果

당해 성전환자는 법원 결정의 기판력에 따라 반대 성별을 가진 사람으로 간주된다. 그의 권리와 의무는 법원의 판단에 의하여 속하게 된 새로운 성별에 따른다(성전환법 제10조). 특히 당사자는 이제 다른 성별의 파트너와 혼인할 수 있다.

성전환자의 출생부에 성별 변경이 생기는 이른바 欄外記載(Randvermerk)가 등록된다(독일신분법 제30조 제1항). 성전환자는 신청에 의하여 그가 새로운 성별을 가진 자라는 것을 증명하는 출생증명서를 받는다. 출생증명서에는 종전의 성별에 대한 기재가 없다.

제3자에 대하여 이른바 공개금지(Offenbarungsverbot)가 적용된다(성전환법 제10조 제2항, 제5조). 이름 변경(소해결방안)에 관해서도 성별 변경(대해결방안)에 관해서도 제3자에게 알려져서는 안 된다. 공개금지는 특히 절차에 관여한 관청 및 출생부의 관리를 담당하고 있는 신분공무원에 대하여 적용된다. 그밖에 제3자는 출생부를 열람할 권리가 없다. 단지 당사자 자신 및 관공서(공익을 이유로)에 제1차 열람이 허용된다(독일신분법 제61조 제3항).

IV. 結論

1980년의 독일 성전환법이 아직 유지되고 있다. 비록 계속적으로 세부적인 점에 대한 변경이 요청되었지만,²⁷⁾ 아무도 근본적인 성전환법의 개혁을 생각하고 있지는 않다.

독일은 유럽에서 스웨덴에 이어 1980년에 성전환법을 의결한 두 번째 국가였다. 다른 나라에서 온 성전환자가 독일에서 성별 변경을 할 수 있다는 우려에서, 성전환법 제1조 제1항 제1호에서 이 법률이 단지 독일 국적을 가진 사람에게만 적용된다는 규정이 받아들여졌다. 이것은 외국 국적을 가진 사람의 경우에 성별

27) 가령 Bundestagsdrucksache 15/3569 v. 6.7.2004; 15/3401 v. 16.6.2004; 15/854 v. 30.4.2003; 15/854 v. 9.4.2003; 14/9837 v. 31.7.2002 참조.

변경이 가능한지에 관하여 그의 본국법에서 결정한다는 것을 의미한다. 그 사이에 유럽과 미국의 법상황이 변화하였다. 성별 변경은 거의 모든 국가에서 당사자의 국적을 고려하지 않고 가능하다. 따라서 “성전환여행(Transsexuellentourismus)”은 더 이상 우려할 필요가 없다. 독일에서는 조만간 독일 국적을 가진 사람에게만 성전환법을 적용하도록 제한한 점이 독일 기본법과 합치될 수 있는지에 관하여 명백히 할 독일연방헌법재판소의 판결이 예상된다.²⁸⁾ 이미 존재하는 감정의 견²⁹⁾을 보면, 성전환법을 독일 국적을 가진 사람에게 제한한 것이 위헌이라고 선언됨으로써 장래 독일에 사는 외국인이 법원에서 그의 변경된 성별을 인정받을 수 있게 될 것이 기대된다.

한국 대법원이 조만간 판단할 두 사건에 관하여 보면, 유럽인권재판소 및 독일 연방헌법재판소와 거의 모든 유럽국가의 법원이 신청자에게 유리하게 판단할 것이라는 것을 염두에 두어야 한다. 그밖에 미국³⁰⁾과 호주³¹⁾의 법원에서도 마찬가지이다.

결론을 말하고자 한다. 즉 유럽에 대하여 옳은 것, 혹은 더 낫게 말하자면 유럽에 대해서 옳다고 느끼는 것이 또한 다른 문화영역에 대해서도 적용되어야 하는 것은 아니다. 나는 한국에서 오늘날 가족법적인 문제에 관하여 20년 내지 30년 전 독일에서와 유사하게 생각하고 있다는 것을 거듭 확인한다. 나는 이와 관련하여 덴마크가 1989년에 동성간의 혼인을 가능하게 했던 최초의 유럽 국가였다는 것³²⁾을 상기한다. 오늘날 동성간의 결합은 거의 모든 서구유럽 국가에서 인정된다. 이와 비슷하게 80년대에 성전환의 법적 승인에 관하여 격론이 벌어졌다. 나 스스로 많은 가족법적인 문제에서 지난 20년 내지 30년 동안 나의 견해를 변경하여 왔다. 서구세계는 오늘날 주제로 보면 소수자보호 문제에 의하여 지배되고 있다. 많은 사람은 우리 사회와 법질서의 안정성을 위태롭게 하는 것이 바로 소수자라고 생각한다.

성전환증에 관한 한 서구 세계에서 두 개의 중심적인 사고가 발전을 결정했다. 즉, (1) 성전환증은 태생적인 것이고 의학적으로 바꿀 수 없는 것이다. (2) 성전

28) Vorlagebeschluss BayObLG v. 8.12.2003, *BayObLGZ* 2003, 346 = *FamRZ* 2004, 1289.

29) J. Basedow/J. Scherpe (주 1), S. 165 f. 참조.

30) Witt, in: *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht* (주 1), S. 92 ff.

31) Ellger, in: *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht* (주 1), S. 1 ff.

32) 1989년 6월 7일 법률.

환자는 고통을 받는다. 법원이 성별 변경을 인정함으로써 다른 사람에게 손해를 주지 않고 성전환자의 고통을 줄일 수 있다.

[譯者 後記]

이 글은 라이너 프랑크(Rainer Frank) 교수가 2005. 9. 13. 대법원 비교법실무 연구회에서 “유럽, 특히 독일에서 성별의 변경(Die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit in Europa, insbesondere in Deutschland)”이라는 제목으로 발표한 원고를 번역한 것이다. 위 연구회는 대법원에 계류되어 있는 중요한 사건과 관련하여 외국의 판례와 이론을 비교법적 시각에서 검토하는 것을 목적으로 하고 있다. 이번에 처음으로 외국 교수가 발표하였는데, 발표 직후 언론에서 발표내용을 보도하면서 성별변경에 관하여 2006년 상반기에 대법원 판결이 나올 예정이라고 하였다(중앙일보 2005. 9. 20.자 「대법원 ‘성전환 법적 기준’ 고심」).

우리나라 하급심에서는 성전환자의 성별을 정정해달라는 신청에 대하여 기각한 경우도 있고 허가한 경우도 있다. 그러나 성전환자의 성별 변경에 관한 대법원 판례는 없다. 성별 정정을 허가한 결정은 그대로 확정되고, 성별 정정신청이 기각된 경우에는 신청인이 대법원에 재항고를 하지 않았기 때문이다. 따라서 현재 대법원에 계류되어 있는 성별 정정 및 개명 신청사건에서 성전환자의 성별 변경의 허용여부와 그 허용요건에 관한 기준을 제시할 것으로 판단된다.

프랑크 교수는 이 글의 결론 부분에서 한국의 대법원이 성전환에 관한 두 사건에 관하여 판단할 것이라고 하였는데, 譯者가 프랑크 교수에게 미리 위 두 사건의 내용을 포함한 한국의 법 상황을 알려주었고 이 글이 위 두 사건과 관련하여 작성된 것으로 위 두 사건의 내용을 소개하고자 한다.

첫 번째 사건(대법원 2004스42 사건)은 여성에서 남성으로 성전환한 경우에 관한 것이다. 신청인이 1951년생으로 호적에 여성으로 등재되어 있으나, 1992년 여성에서 남성으로 성전환수술을 받았으며, 한 여성과 만나 부부로 살고 있다. 신청인이 여성에서 남성으로 성별을 정정하고 이름을 변경해달라고 신청하였다. 원심법원은 이를 받아들이지 않았는데, 그 이유는 다음과 같다. 사람의 성별은 수정시 성염색체에 의하여 결정되면 그 후 변할 수 없다는 사실이 생물학적으로 명백하고 여성으로 출생한 사람이 성전환수술을 받아 신체외관상 남성으로서의 성장을 구비하는 것처럼 전환되었다고 하여 위 성별이 바뀌는 것은 아니므로 신청인이 남성으로 사회생활을 하여 왔다거나 성전환수술을 받아 여성으로서의 외

형상 특징을 잃게 되었다고 하여 여성으로 호적기재를 정정할 것은 아니다. 그리고 우리의 법체계는 병역법, 민법, 형법 등 여러 법률에서 국민의 성별을 기준으로 하여 그 규율을 달리하고 있으므로 성정환을 허용하는 특별법이 없는 이상 이를 허용할 수 없다.

두 번째 사건(대법원 2004스49, 30 사건)은 남성에서 여성으로 성전환한 사건에 관한 것이다. 신청인은 1974년생으로 호적에 남성으로 등재되어 있으나, 초등학교 1학년 무렵부터 여성적인 면이 나타나기 시작하였고, 2000년 남성에서 여성으로 성전환수술을 받았다. 신청인은 여성으로 성별을 변경하고 이름을 여자 이름으로 바꾸는 것을 허가해달라는 호적정정 및 개명 신청을 하였다. 원심법원은 이를 받아들이지 않았는데, 그 이유는 다음과 같다. 성개념을 이해함에 있어서 염색체와 호르몬 등 신체적 특징과 함께 심리적, 사회적인 성과 그에 따른 성역할 및 이에 대한 일반인의 평가와 태도 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려해야 하고, 성전환자는 우리 사회의 성적 소수자로서 사회적으로 정당한 처우를 받을 권리가 있다고 할 것이므로 성전환수술이 합리적인 기준에 따라 정당하게 시행된 경우에는 법률상의 성별정정 허가의 여지가 있다. 그러나 아직 우리나라에서는 다른 나라에서와 같은 특별법 제정 등의 입법적 조치가 없는 상황을 고려한다면 그 허가는 엄격한 요건하에서 예외적으로 이루어짐이 타당하다. 이 사건에서 신청인이 성전환증을 이유로 정신과 치료를 받았고, 성전환 수술을 하였지만 성염색체의 구성이나 본래의 내·외부 성기의 구조, 남자로서 생활하면서 군복무까지 마쳤던 사실, 성전환수술을 한 경위 및 이에 대한 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소 등을 종합하여 보면 신청인을 사회통념상 여자로 볼 수는 없다.

위 두 사건을 보면 이 글에 소개된 유럽인권재판소나 독일연방대법원과 헌법재판소에서 다루었던 사건들과 매우 유사하다는 것을 알 수 있다. 독일연방헌법재판소가 성전환법이 제정되기 전에 성별 변경을 인정하였고, 그 후의 입법에도 영향을 미쳤다는 점에서 우리에게도 시사하는 바가 매우 크다. 우리나라에는 성별변경을 인정하는 법률이 없으나, 성전환자의 인격권에서 성별 변경을 청구할 권리를 도출할 수 있다. 다만 어떠한 요건에서 성별 변경을 허용할 것인지 문제되는데, 유럽과 독일의 경험은 법해석과 입법에서 좋은 참고가 될 것이라고 생각한다.

주제어: 성전환증, 성별변경, 이름변경, 유럽인권재판소, 인간의 존엄, 인격의 자유로운 전개, 성전환법, 공개금지

<Zusammenfassung>

Die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit In Europa, insbesondere in Deutschland

Rainer Frank*

Ins Koreanische Übertragen von Prof. Jae-Hyung Kim**

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich in der Entscheidung *Goodwin v. United Kingdom* vom 11. 7. 2002 einstimmig für die Anerkennung von Geschlechtsänderungen ausgesprochen. Das bedeutet, dass heute in Europa alle Staaten verpflichtet sind, die Änderung der rechtlichen Geschlechtszugehörigkeit unter bestimmten Voraussetzungen zu ermöglichen.

In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht erstmals im Jahre 1978 die Zulässigkeit der Geschlechtsänderung aus der Menschenwürde(Art. 1 Abs. 2 Grundgesetz) und aus dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit(Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz) abgeleitet. Am 10. 9. 1980 wurde dann das Transsexuellengesetz verabschiedet.

Voraussetzung der Geschlechtsänderung ist in Deutschland, dass der Antragsteller aus medizinischer Sicht zum Kreis der Transsexuellen zu rechnen ist und sich einem die äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat. Der Antragsteller muss außerdem unverheiratet und dauernd fortpflanzungsunfähig sein.

Im Falle einer Geschlechtsänderung gilt das "Offenbarungsverbot." Dritten darf über die Geschlechtsänderung keine Auskunft gegeben werden. Dritte haben auch kein Recht, in Register Einsicht zu nehmen, aus denen sich die Geschlechtsänderung ergibt.

Key Words : Transsexualismus, Geschlechtsänderung, Vornamensänderung,
European Court of Human Rights; Der Europäische Gerichtshof für
Menschenrechte, Menschenwürde, freie Entfaltung der Persönlichkeit,
Das Transsexuellengesetz, Offenbarungsverbot

* em. Professor, Universität Freiburg.

** Professor of Law, Seoul National University.