

〈논문〉

## 법적 추론에 대한 비판적 분석으로서의 인지적 분석: 성전환자의 공부상 성별 정정 사건을 중심으로\*

姜 允 京\*\*

### 요 약

본고는 법적 추론에 대한 윈터(Steven L. Winter)의 인지적 분석방법이 무엇인지 살펴보고, 인지적 분석방법을 우리 법원의 법적 추론에 적용해 보고자 하는 목적을 가지고 있다. 첫째, 법적 추론에 대한 인지적 분석방법이 무엇인지 알기 위해서 그 분석의 토대가 되는 개념도구들인 개념적 은유(conceptual metaphor), 이상적 인지 모형(idealized cognitive model), 방사형 범주(radial category)에 관하여 알아본다. 이를 통해서 인지적 분석이 비판적 분석의 특성을 가짐을 알 수 있다. 둘째, 인지적 분석방법에 대한 구체적인 이해를 바탕으로, 성전환자의 공부상 성별 정정 사건과 관련된 일련의 결정들을 인지적 관점에서 깊이 있게 분석·검토한다. 이러한 분석과 검토를 통해서 사고의 배경이 되는 인지적 기제들이 법적 쟁점(즉, 성전환자인 신청인의 법적 성별을 그들이 원하는 성별과 일치하도록 정정하는 것이 허용되어야 하는지 여부)에 대한 이해에 의미심장한 영향을 미친다는 점을 알 수 있다. 인지적 기제들의 틀 안에서 법적 추론을 재평가하는 작업은 우리로 하여금 그러한 기제들이 법적 추론에서 담당하는 이중적 역할, 즉 법적 쟁점들에 대한 새롭고도 다양한 이해를 가능하게 하며 동시에 그러한 가능성에 일정한 제약을 가하는 역할에 주목하게 만든다. 다시 말해, 인지적 분석은 법적 사태들과 개념들에 대한 새로운 의미 형성의 가능성을 제공한다.

주제어: 법적 추론, 인지적 분석, 개념적 은유, 이상적 인지모형, 윈터(S. L. Winter), 성전환자, 법적 성별 정정

\* 본고는 필자의 박사학위논문[“법적 추론에 대한 인지적 분석방법 - 윈터(Steven L. Winter)를 중심으로 -”(박사학위논문, 서울대학교, 2014. 8)] 제1장, 제4장, 제6장의 일부를 발췌·수정한 것이다. 본고 제3장의 내용은 제9회 동아시아법철학대회(2014. 8. 21. 한국외국어대학교 주최) 특별 워크숍 “체험주의와 법”에서 발표하였다. 아울러 이상적 인지모형에 관해 설명한 본고 ‘제II장 2절’의 내용(필자의 박사학위논문 ‘제4장 제2절’에 해당)은 줄고, “인지적 범주화 과정으로서의 법적 추론”, **이화여자대학교 法學論集**, 제19권 제2호(2014. 12)(게재예정)의 ‘제IV장’에서도 활용되었음을 밝혀 둔다. 그리고 본고에 대한 심사위원들의 유익한 논평에 깊이 감사한다.

\*\* 서울대학교 법학연구소 공익인권법센터 연구원.

## I. 서 론

법학 연구에 있어서 새로운 방법론의 도입은 법의 특정한 측면에 대한 인식관심으로부터 시작되고, 그 특정한 측면을 부각시키는 설명이나 평가를 목표로 한다. 예를 들어, 확고한 법학방법론으로 자리 잡은 법경제학은 법제도를 시장에서의 거래와 자원배분에 영향을 미치는 중요한 규칙으로 상정한다. 이와 달리, 해석학적 법학은 법을 해석의 대상이 되는 텍스트로, 법인식은 해석을 통한 법적 의미의 이해로 상정한다. 이처럼 법의 서로 다른 국면들은 서로 다른 연구 방법론들을 요구한다.

급속히 발전하고 있는 인지과학에 힘입어 법적 추론의 인지적 측면에 대한 인식관심이 나날이 커지고 있다. 마음의 본성에 관한 학제적 탐구를 목표로 하는 인지과학은 1970년대에 들어 인간의 사고방식이 법칙적이기보다는 역동적인 과정이라는 사실에 주목함으로써 이른바 제2세대 인지과학의 단계로 접어들게 되었다. 행동주의자들이 무시하였던 ‘인지과정’에 대한 본격적인 탐구는 사회과학자들에게 새로운 길을 열어주었다. 정치학, 경제학, 사회학, 인류학 같은 사회과학분과들과 인지과학의 공통점은 정신적 요소들(예: 권력, 효용, 계층, 경쟁 등)을 주요한 연구 주제로 삼고 있다는 점이다.<sup>1)</sup> 사회과학자들은 정신적 요소들을 바탕으로 자신들이 탐구할 질문들을 구성하고, 설문이나 실험과 같이 인지적 과정을 추적할 수 있는 방법을 선택하고 활용한다. 이러한 흐름은 법학에서도 예외일 수 없다. 물론 다른 분야들과 비교하면 법의 영역으로 인지과학적 통찰이 침투하는 데에는 꽤 오랜 시간이 필요했다. 특히 법적 추론과 관련된 인지적 과정에 관한 실증적인 연구들은 1990년대에 이르러서야 본격적으로 시작되었다.

그러나 법적 추론의 인지적 측면에 관한 관심이 전적으로 새로운 것만은 아니다. 이미 20세기 초 미국의 법현실주의자들은 법적 추론이 가지는 인지적 측면에 관심을 가지고 있었다.<sup>2)</sup> 법현실주의자들은 20세기 초 미국에서 법에 관한 사회적·

1) Mark Turner, *Cognitive Dimensions of Social Science* (Oxford: Oxford Univ. Press, 2001), p. 152.

2) 1990년대부터 자연화된 법리학(naturalized jurisprudence)을 주창해 온 라이터(B. Leiter)는 미국의 법현실주의가 자연주의적 법학의 맹아라고 평가한다. 다만 미국 법현실주의자들은 법실무에 대한 관심은 컸지만 철학적 심세함이 부족한 탓에 판결에 관해 과격한 주장들을 과감하게 펼침으로써 정교한 법이론을 구축하는 데에는 실패하였다 [Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism*

경험적 이해를 강조하기 시작하였고, 재판에 관한 범형식주의적 관념(즉 범규범에 법적 사태를 포섭시킴으로써 판결이 도출된다는 생각)은 허상에 불과하다고 맹렬히 비판하였다. 그들에 따르면, 법이란 불변적인 원칙들의 집합들로 이루어진다고 보다는 역사적, 사회적, 문화적, 정치적, 경제적, 심리적 요인들이 반영되어 있고, 개별적인 법적 의사결정자들의 행동은 이러한 요인들의 산물이다. 그러나 당시 심리학 등 행동과학의 미성숙으로 말미암아 판결에 이르는 인지적 과정에 대한 충분한 설명을 제시할 수 있는 이론이나 방법론이 미비하였던 것으로 보인다.

20세기 초와 비교할 때, 현재 심리학을 비롯한 행동과학의 방법론은 눈부시게 발전하였고 인지과정을 섬세하게 추적할 수 있을 만큼 세련되어졌다. 이에 법적 추론의 인지적 측면에 대한 경험적 연구에도 전통적인 설문지 조사방법뿐만 아니라 보다 세련된 연구방법들이 활용되고 있다. 예를 들어, 피고인이 사형 구형을 받은 경우 변호인의 암묵적인 인종주의적 태도가 변호인과 피고인의 관계에 어떤 영향을 미치는지를 알아보기 위해 암묵적 태도를 측정하는 방법이 활용되기도 한다.<sup>3)</sup> 이처럼 행동과학의 성숙은 법현실주의적 통찰을 실증적으로 검증해볼 수 있는 토대를 마련해주었다.

이러한 흐름 속에서 미국의 법학자 윈터(S. L. Winter)는 1980년대 말부터 제2세대 인지과학에 기초한 인지이론을 차용하여 법적 추론의 인지적 측면을 탐구하기 시작하였다.<sup>4)</sup> 여기서 말하는 인지이론이란, 언어학자 레이코프(G. Lakoff)와 철학자 존슨(M. Johnson)이 제2세대 인지과학의 발견들을 토대로 구축한 인지미론(cognitive semantics)과 체험주의적 관점(experientialist view), 즉 ‘신체화된 인지(embodied cognition)’ 이론을 의미한다. 윈터는 이러한 인지이론의 틀을 활용하여 법적 추론을 분석함으로써 법적 추론이 개념적 은유(conceptual metaphor), 이미지 도식(image schema), 이상적 인지모형(idealized cognitive model), 방사형 범주(radial

---

*in Legal Philosophy* (Oxford: Oxford Univ. Press, 2007), pp. 1, 33]. 참고로, 미국의 법현실주의와 자주 비교되는 스칸디나비아의 법현실주의는 1940년대 스웨덴, 덴마크, 노르웨이의 철학자들과 법학자들에 의해 형성된 법사상적 흐름이다. 이 진영에 속하는 학자들은 존재/당위 이원론을 거부하고, 법을 사실로 상정한다. 이들은 법인식을 사회적 사실에 관한 경험적 지식으로 환원하고자 하였다.

3) Theodore Eisenberg and Sheri Lynn Johnson, "Implicit Racial Attitudes of Death Penalty Lawyers", *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 353 (2004), <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/353> (2014. 10. 1. 방문).

4) Steven L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind* (Chicago: Univ. of Chicago Press, 2001).

category), 유추(analogy) 등의 다양한 인지적 기제를 통해서 이루어진다고 주장하였다.<sup>5)</sup> 그리고 그는 이러한 설명을 바탕으로 법적 추론이 근원적으로 문화적·사회적 맥락에 민감하며, 동시에 상당히 예측 가능한 방식으로 진행된다고 보았다.

본 논문에서는 윈터가 시도하였던 법적 추론에 대한 인지적 분석방법을 활용하여 성전환자의 공부상 성별 정정 사건에 관한 일련의 결정들을 분석해봄으로써 그 결정들을 이끌어낸 법적 추론의 인지적 측면을 추적하고자 한다. 이를 위해서 우선 인지적 분석방법에 쓰이는 주요한 개념도구들인 개념적 은유와 이상적 인지모형이 무엇인지를 살펴본다. 그리고 이 개념도구들을 활용하여 성전환자의 공부상 성별 정정에 관한 주요 판례들을 인지적 관점에서 분석하고 비교할 것이다.

## II. 개념적 은유, 이상적 인지모형 그리고 인지적 분석

### 1. 개념적 은유

#### 가. 개념적 은유란 무엇인가?

은유는 흔히 파생적인 표현 방식이거나 비본질적인 비유법으로 여겨진다. 그러나 레이코프와 존슨은 은유의 본질이 단순히 언어적인 표현의 문제가 아니라 어떤 개념 영역을 다른 개념 영역의 관점에서 이해하는 인지작용에 있다고 본다. 인지적 관점에서 은유는 단순히 문자적 표현이라기보다는 개념적 연상의 패턴, 즉 개념적 은유(conceptual metaphor)이며,<sup>6)</sup> “은유의 본질은 한 종류의 사물을 다른 종류의 사물의 관점에서(in terms of) 이해하고 경험하는 것이다.”<sup>7)</sup> 개념적 은유에서 가장 기본적인 개념은 사상(寫像, mapping)이다.<sup>8)</sup> 이때 사상이란 “관련된 개념들 간

5) 이와 같은 인지적 기제들이 법실무를 설명하는 데 있어서 어떤 함의를 가지는지에 관해서는 朴恩正, “법관과 법철학”, 『서울대학교 法學』 제53권 제1호(2012), 299면 이하 참고.

6) Joseph E. Grady, “Metaphor”, in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics* (Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007), p. 188.

7) 조지 레이코프, 마크 존슨, 노양진·나익주 역, 『**삶으로서의 은유**』, 수정판(서울: 박이정, 2006), 24면.

8) 사상은 “서로 다른 집합의 구성원들 간의 대응 어떤 집합의 임의의 구성원이 다른 집합의 하나의 구성원에 대응할 때, 그 두 집합 간의 대응 관계”를 의미한다[국립국

의 체계적인 은유적 대응”을 가리킨다.<sup>9)</sup>

개념적 은유에는 일차적 은유와 복합적 은유가 존재한다. 일차적 은유는 기본적인 지각적 개념을 단순하지만 지각적이지는 않은 개념으로 사상하는 간단한 개념적 은유이다.<sup>10)</sup> 예컨대, ‘애정은 따뜻함’, ‘친밀함은 가까움’, ‘범주는 그릇’ 등이 일차적 은유이다. 복합적 은유는 일차적 은유들이 결합한 형태의 은유이다. 많은 복합적 은유들은 오랜 기간 동안 관습화되고, 고착화되고, 고정되어 있다. 레이코프와 존슨은 관습화된 복합적 은유가 개념체계의 매우 큰 부분을 형성하며, 우리의 사고방식에 영향을 미친다고 본다.<sup>11)</sup>

국가(또는 정치조직)를 배로 개념화는 전형적인 예를 생각해 보자. 이 경우에 우리는 배와 국가만을 서로 대응시키는 것이 아니라, 배의 항로와 국가의 역사적 진행, 배가 항해하는 바다와 국가가 직면하는 정치적 상황 등을 서로 대응시키게 된다. 국가를 배로 개념화하는 경우 두 영역 간의 대표적인 대응 관계는 다음 표와 같다.<sup>12)</sup> 아래 표에서도 알 수 있듯이 원천영역에 속한 대상의 특성뿐만 아니라 그 영역에서의 특징적인 관계, 사건, 시나리오도 목표영역으로 투사되고, 이러한 개념적 은유를 통해서 원천영역에 관한 추론이 목표영역으로 사상될 수 있다.<sup>13)</sup>

[표 1] ‘국가와 정치 – 배와 항해’의 개념적 사상 관계

원천영역	목표영역
배와 항해	→ 국가와 정치
항로	→ 국가정책
조정	→ 국가정책의 결정
순항	→ 국가의 성공·발전
침수 등 재난	→ 국가의 문제·위기
풍랑 등 바다의 상황	→ 국가의 정치·경제적 상황

어연구원 편, **표준국어대사전**(서울: 두산동아, 1999) 참조.

9) Grady, 전계논문(주 6), p. 190.  
 10) 이하 설명은, Grady, 전계논문(주 6), pp. 192-93을 따름.  
 11) 레이코프 등, 전계서(주 7), 105면.  
 12) [표 1]은 Grady, 전계논문(주 6), p. 190의 내용을 정리한 것임.  
 13) Grady, 전계논문(주 6), p. 191.

개념적 은유는 사유를 이끄는 도구로 사용된다. 앞서 살펴본 ‘국가 운영은 항해’나 관습적으로 자주 쓰이는 ‘목적이 있는 삶은 여행’ 은유는 원천영역과 목표영역 간의 사상을 통해서 항해나 여행에 관한 관념을 국가 운영이나 삶에 관한 추론에 적용할 수 있게 해준다. 예컨대, 항해에서 맞닥뜨릴 수 있는 풍랑에 관해서 우리는 다음과 같은 생각을 쉽게 떠올릴 수 있다. 풍랑은 배의 순항을 방해하는 상황이다. 풍랑이 심해질수록 배는 균형을 잡기 어렵게 되고 항로를 유지할 수 없게 된다. 가장 심각한 경우에 배는 풍랑 때문에 침몰할 수도 있다. 이런 상황에서 선장은 배를 조정함으로써 배와 탑승자들의 안전을 지키고자 한다. 이러한 생각들을 ‘국가 운영’에 적용시켜 보면 다음과 같은 추론이 가능하다. 풍랑은 국가의 정책 수행과 성공이라는 목표 추구를 어렵게 만든다. 풍랑 때문에 국가는 정책의 목표 성취를 위해 계속 노력할 수 없게 된다. 풍랑 때문에 목표 추구를 위한 현재 항로를 유지할 수 없다. 풍랑으로 인해 배가 침몰하지 않기 위해서 국가는 정책을 상황에 맞게 수정해야 한다. 그렇지 않은 경우 국가와 국민들에게 큰 해가 발생할 수 있다. 이처럼 ‘국가 운영은 항해’ 은유는 항해의 추론 구조를 정책을 수행하는 국가 운영 과정에 전이시킨다. 그리고 항해의 관점에서 국가 운영에 대해 사유할 때, 사람들은 항해의 용어로 국가 운영에 관해 이야기한다.

#### 나. 법에서의 개념적 은유

앞서 살펴본 것처럼 레이코프와 존슨은 인간의 추상적 사고과정의 많은 부분들이 개념적 은유에 기초한다고 본다. 그러나 법에서 사용되는 은유적 사고에 대해서는 부정적인 평가가 일반적이다.<sup>14)</sup> 법현실주의자들은 은유를 법형식주의가 만들어낸 공허한 관념론적 수단에 불과하다고 비판하였다.<sup>15)</sup> 일찍이 호펠드(W. N. Hohfeld)는 “법적 관계들에 대해 [본래 물리적 사물에만 적용 가능한] 단어들을 사용하는 것은, 엄격하게 말해, 상징적이거나 허구적이다.”라고 지적하였다.<sup>16)</sup> 코헨(F. Cohen)도 은유에 대해서 부정적인 입장을 취했다. 그는 언어적 표현양식으로서의 은유가 법적 추론을 방해하는 일종의 ‘초월적 무의미(transcendental nonsense)’라고 부르면서, “전통적인 법리학이 사용하는 생생한 허구들과 은유들이 정치적인

14) 체험주의 관점에서 은유란 인지적 기체이지만 법학자들의 비판은 ‘은유적 수사’에 초점이 맞춰진 것이다.

15) Winter, 전제서(주 5), p. 286.

16) Wesley N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale L. J.* 23 (1913), p. 24.

것이거나 기억을 돕는 수단이라기보다는 결정의 이유가 될 때, ... 법을 형성시키는 사회적 힘을 망각하기 쉽다.”라고 비판하였다.<sup>17)</sup> 카르도조(B. N. Cardozo)도 법에서 은유가 야기하는 왜곡에 대해 경고하였다. 그는 “법에서 은유는 사고를 자유롭게 하는 도구로 시작하지만 종종 사고를 은유의 노예로 만들기 때문에 꼼꼼하게 검토되어야 한다.”라고 지적하였다.<sup>18)</sup>

그러나 윈터는 법과 같이 고도로 추상화된 개념체계의 대부분이 개념적 은유를 통해 이해될 수 있다고 본다. ‘법의 경계’, ‘법의 적용범위’, ‘법의 힘’, ‘법 피라미드’, ‘헌정질서 파괴’, ‘연성헌법·경성헌법’ 등과 같은 표현들은 법과 관련된 매우 흔한 은유들이다. 이러한 은유들은 우리가 법이라는 고도로 추상적인 대상에 형태를 띠거나 활동을 하는 구체적인 사물의 관점을 사상하고 있음을 보여준다. 윈터는 은유적으로 법을 사물로 취급하지 않고서는 법에 대해 생각할 수 없다고 강하게 주장한다. 그는 ‘법을 깨는 것(즉, 법을 위반하는 것)’과 ‘법을 다 베어 버려 큰 길을 내는 것’이라는 관용적인 표현을 예로 들어 법과 관련된 개념적 은유를 설명한다.<sup>19)</sup> 그의 설명은 다음과 같다.<sup>20)</sup> ‘법을 깨는 것’은 법을 파괴·제거한다는 의미가 아니라, 법적 제약을 파기·위반한다는 의미로 헌법침해와 같이 매우 예외적인 상황이 아니고서는 법과 질서의 회복이 가능한 상태를 전제한다. 반면에 ‘법을 다 베어 버려 큰 길을 내는 것’이라는 표현은 법의 파괴를 함축한다. 이 은유에서 ‘숲의 제약’은 ‘법의 제한’에 대응되고, ‘나무들을 베어 버리는 행위’는 그러한 ‘제한에 대한 대규모의 제거’에 대응된다. 이 표현은 법적 제한들에 대한 단순한 위반보다 더 심각한 사태를 드러낸다.

## 2. 이상적 인지모형

### 가. 범주 구조로서의 이상적 인지모형

법적 추론은 범주화의 측면을 가지고 있다. 윈터는 범주화에 대한 이해가 인지

17) Felix Cohen, “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, *CowM. L. Rev.* 35 (1935), p. 812.

18) *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.*, 244 N.Y. 84, 94, 155 N.E.2d 58, 61 (1930)[Winter, 전게서(주 5), p. 286에서 재인용].

19) Winter, 전게서(주 5), p. 14. 원문 표현은 각각 “to break the law”와 “to cut a great road through the law”이다.

20) 이하 설명은 Winter, 전게서(주 5), p. 14를 따름.

적 과정으로서의 법적 추론에 대한 이해에 기여할 것이라고 생각한다. 그러나 범주에 관한 고전적 이론은 확장성과 역동성을 가지는 법적 추론을 설명하는 데 부족함이 있다. 범주에 관한 고전적 이론에 따르면, 범주는 특정한 필요충분조건적인 공통적 속성을 가진 구성원(member)들의 집합으로 정의된다.<sup>21)</sup> 고전적 범주의 구성원들은 홀수/짝수처럼 정의적(定義的)인 공통성을 가지고 있기 때문에 범주의 경계는 명확하다고 여겨진다. 그러나 이러한 고전적 범주론은 다음과 같은 세 가지 문제점을 안고 있다. 첫째, 많은 경우 일상적인 개념 범주들은 조금씩 서로 닮고 서로 연관성을 가지는, 즉 ‘가족유사성(family resemblance)’이 있는 구성원들로 구성되기 때문에 필요충분조건적 집합을 찾아내는 것은 매우 어렵다.<sup>22)</sup> 둘째, 고전적 범주론은 수많은 범주들의 경계가 실제로 왜 불분명하고 가변적으로 보이는지에 대해서 설명할 수 없다.<sup>23)</sup> 셋째, 고전적 범주론은 동일한 범주에 속하는 구성원 간 전형성의 차이를 설명하지 못한다. 예를 들어, 참새나 제비는 ‘새’ 범주의 전형적인 예지만 타조나 펭귄은 그렇지 못하다.

원터는 범주화라는 프리즘을 통해서 법적 추론을 새롭게 이해하기 위해서 레이코프의 인지미론을 이론적 기초로 삼는다. 레이코프는 생성문법 이론을 창안한 촘스키(N. Chomsky)의 제자였지만 스승의 언어이론을 거부하고 제2세대 인지과학적 발견들, 특히 1980년대까지 축적되었던 범주화에 관한 심리학적 연구들과 의미에 관한 언어학적 연구들을 통합하여 인지미론이라는 새로운 형태의 의미론을 구축하였다. 인지미론은 의미를 인간과 분리된 객관적인 진리세계의 산물이 아니라 인간의 감각·지각·인지 작용이 총체적으로 만들어낸 것으로 보는 언어관이다. 인지미론에 따르면, 의미는 객관적으로 존재하는 것이 아니라 의미부여에 의해 생기고, 의미부여 과정에서 문화적·사회적인 광범위한 백과사전적 배경지식이 중요한 역할을 하고, 의미의 토대가 되는 개념은 범주화를 통해서 이루어진다.<sup>24)</sup>

레이코프는 범주화에 있어서 원형(prototype)의 역할에 주의를 기울였다. 원형이란 어느 한 범주의 구성원 중 대표적인 예를 의미한다. 예를 들어, ‘가구’라는 범주를 생각할 때 우리는 의자, 책상, 침대, 장롱 등과 같은 대표적인 예들을 떠올린다.

21) Cass R. Sunstein, “On Analogical Reasoning in Law”, *Harv. L. Rev.* 106 (1993), pp. 755-57.

22) 루트비히 비트겐슈타인, 이영철 역, **철학적 탐구**(서울: 책사랑, 2006), 59-61면.

23) 알란 크루즈, 윌리엄 크로프트, 김두식·나익주 역, **인지언어학**(서울: 박이정, 2005), 139면.

24) 츠지 유키오 편, 임지룡 역, **인지언어학 키워드 사전**(서울: 한국문화사, 2004), 184면.



그러한 예들이 바로 가구 범주의 원형에 해당한다. 이러한 원형은 다음과 같은 특징들을 드러낸다. 원형은 ① 쉽게 떠올릴 수 있고, ② 장기적이고 안정적으로 기억되고, ③ 많은 사람들에 의해 범주의 좋은 보기로 인정될 수 있고, ④ 우리 가까이에 있기에 그것과 빈번하게 상호작용할 수 있는 대상이다.<sup>25)</sup>

원형과 비원형은 범주 귀속에 있어서 차등적인 지위를 가지며, 우리의 인지와 관련하여 원형효과(prototype effect)를 야기한다. 예를 들어, ‘새’ 범주의 구성원을 판정하는 실험에서 원형적 사례일수록 범주 판단에 걸리는 반응시간이 짧아진다.<sup>26)</sup> 필요충분조건을 전제로 하는 고전적 범주론은 이러한 원형효과를 설명할 수 없다.<sup>27)</sup> 또한 우리가 어느 범주의 원형적인 사례를 그 범주에 관한 일반화의 근거로 삼는 것도 원형효과라고 할 수 있다.<sup>28)</sup> 원형은 범주에 관한 대표성이 크기 때문에 다양한 인지적 기능에 체계적인 영향을 미친다. 특히 원형은 인지적 참조점으로 작용함으로써 인지적 경제성을 높인다.<sup>29)</sup> 원형에 대한 진위 판단과 추론이 비원형에 대한 진위 판단과 추론보다 더 수월하다.<sup>30)</sup> 그리고 범주에 대한 학습도 원형을 예로 활용할 경우가 비원형을 통한 학습보다 더 효과적이다.<sup>31)</sup> 또한 사람들은 새로운 대상이나 현상을 원형으로 대표되는 기존 범주의 관점에서 해석하는 경향이 있는데, 이때 원형은 기본층위 범주에 속하기 때문에 원형과의 비교는 그 새로운 대상이나 현상이 해당 범주에 속하는지 여부를 잘 예측하게 해 준다.<sup>32)</sup>

레이코프는 이러한 원형효과를 타당하게 설명하기 위해 범주 구조에 관한 이론,

25) 츠지(주 24), 146면.

26) 츠지(주 24), 149면.

27) Eleanor H. Rosch and Carolyn B. Mervis, “Family resemblances: Studies in the internal structure of categories”, *Cognitive Psychology* 7, No. 4 (1975), pp. 573-74는 “대부분의 사상적 전통은 범주 구성원자격을 디지털 방식의 흑백 현상으로 다루었다. ... [이 전통에 따르면] 기본 속성을 소유하는 모든 실체는 완전하고 동일한 정도의 구성원 자격을 갖는다. 이와 대조적으로, 최근의 주장에 따르면, 자연 범주는 아날로그 방식이며, 논리상 아날로그 구조를 반영하는 방식으로 표상되어야 한다.”라고 한다.

28) 츠지(주 24), 149면.

29) Dirk Geeraerts, *Diachronic Prototype Semantics: A Contribution to Historical Lexicology* (Oxford: Clarendon Press, 1997 [Barbara Lewandowska-Tomaszczyk, “Polysemy, Prototypes, and Radial Categories”, in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics* (Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007), p. 149에서 재인용].

30) Winter, 전제서(주 5), p. 77.

31) Winter, 전제서(주 5), pp. 77, 144.

32) Lewandowska-Tomaszczyk(주 29), p. 150.

즉 이상적 인지모형을 제시한다. 이상적 인지모형은 우리가 우리를 둘러싼 세계를 이해하는 데 사용되는 비교적 안정적인 정신 표상이다.<sup>33)</sup> 이 모형은 범주화에 관한 다양한 연구 결과들, 특히 로쉬 등의 연구로 밝혀졌던 원형효과와 관련된 경험적 증거들을 타당하게 설명하기 위해 고안되었다.<sup>34)</sup> 이상적 인지모형은 완전히 새로운 것이라기보다는 개념의 이해에 관해 제시되었던 다양한 모형들을 통합한 결과이다. 이상적 인지모형이 제안되기 전에도 이미 언어와 세계에 대한 이해과정 모형으로서 프레임(frame),<sup>35)</sup> 스크립트(script)<sup>36)</sup> 등과 같은 개념들이 제시된 바 있다. 이상적 인지모형은 이러한 개념들보다 더 다양한 범주적·개념적 구조들을 포괄할 수 있다. 프레임과 스크립트는 이상적 인지모형의 한 유형으로 이해될 수 있다. 또한 이상적 인지모형은 인간의 신체적 경험, 인간의 행동과 목표, 인간의 사회적 상호작용에 두루 적용되기 때문에 정보처리 수단으로 작동한다.<sup>37)</sup> 그리고 레이코프는 추상화된 맥락들로 이루어진 이상적 인지모형은 실제 사태에 일대일로 대응되는 것이 아니라 그 사태가 이상적 인지모형 안에서 인지적 구조화 원리에 따라 조직화 된다고 주장한다.<sup>38)</sup>

33) 조지 레이코프, 이기우 역, **인지의미론: 언어에서 본 인간의 마음**(서울: 한국문화사, 1994), 163면; 비비안 에반스, 멜라니 그린, 임지룡·김동환 역, **인지언어학 기초**(서울: 한국문화사, 2008), 286면.

34) Alan Cienki, “Frames, Idealized Cognitive Models, and Domains”, in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics* (Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007), p. 170.

35) Charles Fillmore, “Frame Semantics”, in Linguistic Society of Korea (ed.), *Linguistics in the Morning Calm: selected papers from SICOL-1981* (Seoul, Korea: Hanshin Pub. 1982), pp. 111-137. 인지언어학에서 프레임은 어떤 개념을 이해하기 위해 전제되는 지식구조를 뜻한다. 상거래와 관련된 동사인 ‘사다’와 ‘팔다’의 의미는 ‘매도인’, ‘매수인’, ‘상품’, ‘돈’ 등의 요소로 구성된 상거래의 장면을 배경으로 해야 비로소 이해된다. 이처럼 언어가 환기시키고 그 언어를 이해하는 데 필요한 지식체계가 ‘프레임’이다.

36) Roger C. Schank and Robert P. Abelson, *Scripts, Plans, Goals, and Understanding: An Inquiry Into Human Knowledge Structures* (New York: Wiley, 1977). 스크립트란 추론이나 해석의 토대가 되는 집약적인 지식을 의미한다. 스크립트는 경험으로부터 추출된다. 발화의 의미나 그 내용의 인과관계를 효과적으로 이해하기 위해서는 그와 관련된 상황을 떠올리기 마련이다. 예를 들어, 레스토랑과 관련된 스크립트에는 입장, 주문, 식사, 퇴장이라는 네 가지 장면으로 구성된다. 레스토랑에서 손님과 직원 사이에 상당히 관행적으로 오가는 대화의 내용은 이러한 레스토랑 스크립트를 환기시킴으로써 쉽게 이해될 수 있다. 언어 이해에 있어서 스크립트가 중요한 이유는 스크립트를 통해서 명시적이지 않은 정보들을 보충할 수 있기 때문이다.

37) Cienki(주 34), pp. 176-77.

38) Cienki(주 34), p. 177.

레이코프는 원형효과가 특정 개념을 이해하는 데 배경이 되는 이상적 인지모형들 사이의 불일치로 발생할 수 있다고 설명한다.<sup>39)</sup> “교황은 총각인가?”라는 질문을 생각해 보자.<sup>40)</sup> 총각은 결혼하지 않은 성인 남자라는 사전적 정의에 따르면 교황은 총각이 된다. 그러나 실제로 우리들은 이 질문에 쉽게 “그렇다.”라고 대답하지 못한다. 또한 파트너를 두고 장기간 미혼인 채로 있는 남성은 총각이라고 불리지 않을 것이다. 총각 범주를 이해하기 위해서는 (전형적으로 일부일처제의) 결혼제도, 결혼 적령기를 암묵적으로 전제해야 한다.<sup>41)</sup> 결국 이러한 요소들이 총각에 관한 이상적 인지모형을 구성한다. 교황은 총각 범주의 좋은 예가 되지 못한다. 왜냐하면 교황은 결혼의 이상적 인지모형보다는 성직자가 결혼을 할 수 없는 가톨릭 교회의 이상적 인지모형과 관련되어 이해되기 때문이다. 결혼의 이상적 인지모형과 가톨릭교회의 이상적 인지모형이 불일치하기 때문에 교황은 총각 범주에서 비원형적으로 인식된다.

레이코프는 ‘어머니’ 범주를 예로 들어 ‘다발(cluster) 모형’에 의한 더 복합적인 효과를 설명한다.<sup>42)</sup> 다발 모형이란 여러 개의 이상적 인지모형이 한데 묶여 이루어진 인지모형이다.<sup>43)</sup> 그는 ‘어머니’의 이상적 인지모형은 다음과 같은 개별적인 모형들의 다발이라고 설명한다.

- 출산 모형: 어머니는 아이를 낳은 사람이다.
- 유전 모형: 어머니는 아이에게 유전 물질을 제공한 사람이다.
- 양육 모형: 어머니는 아이를 기르고 돌보는 사람이다.
- 결혼 모형: 어머니는 아이의 아버지와 결혼한 사람이다.
- 가계 모형: 어머니는 가장 가까운 여성 조상이다.

이러한 모형들의 다발로 구성된 ‘어머니’ 범주의 이상적 인지모형 속에서는 아이에 대한 양육자로서 아이의 아버지와 결혼하여 그 아이를 낳은 여인이 원형적인 어머니로 인식된다. 이러한 원형효과는 다발 모형 중에서 출산 모형이 일차적인

39) 레이코프(주 33), 81-83면.

40) Fillmore(주 35), pp. 111-37. 참고로, 로날드 드위킨, 장영민 역, **법의 제국**(서울: 아카넷, 2004), 115면도 ‘해석상 참인 모범례’와 ‘정의적으로 타당한 개념’의 차이를 설명하면서 ‘총각’을 예로 들고 있다.

41) 레이코프(주 33), 81면.

42) 이하 어머니 범주에 관한 설명은, 레이코프(주 33), 87-90면을 따름.

43) 레이코프(주 33), 87면.

것으로 간주되기 때문에 발생한다. 사전적 정의들도 출산 모형을 기준으로 삼는다.<sup>44)</sup>

다발 모형으로 ‘어머니’ 범주의 인지모형을 상정하면 하위범주에 속하는 매우 다양한 어머니 유형들이 파생된 이유를 이해할 수 있다. 하위범주에 속하는 어머니 유형으로는 ‘직장에 다니는 어머니(working mothers)’, ‘미혼모(unwed mothers)’ 등이 있다. 고정관념적인 가정으로부터 양모, 편모와 같은 하위범주들이 파생된다. 직장에 다니는 어머니는 오로지 양육이 쟁점이 될 때 사용되는 범주이다. 그러나 아이의 양육에 책임이 없는 생물학적 어머니는 직업을 가지고 있더라도 ‘직장에 다니는 어머니’라고 불리지 않는다. 미혼모는 출산 모형을 전제로 하기 때문에 양모는 결혼 여부와 상관없이 미혼모라고 불리지 않는다. 이처럼 다발 모형은 범주에 대한 단순한 개념화보다 범주의 실제적인 사용 패턴을 더 잘 설명해준다.

#### 나. 방사형 범주 구조

레이코프는 ‘어머니’ 범주에 대한 분석을 바탕으로 이 범주가 방사형 구조를 가진다고 설명한다. 방사형 구조란, 중심 사례와 그 중심 사례로부터 확장되어 나온 관습화된 변형 사례들로 이루어진 구조이다.<sup>45)</sup> 레이코프에 따르면, 방사형 범주의 중심(원형)은 예측할 수 있지만, 주변의 구성원은 중심 구성원으로부터 예측할 수 없다.<sup>46)</sup> 다만 주변의 구성원들은 중심의 구성원과 가족유사성을 가지고, 중심의 구성원에 의해 동기화되어 있다.<sup>47)</sup> 인지적인 관점에서 ‘동기화’란, “언어에 대한 여러 현상의 배후에 인지적인 작용이 존재하며 우리는 그러한 인지적인 작용 아래서 언어를 구조화하여 운용하고 있음”을 뜻한다.<sup>48)</sup> 주변의 구성원이 중심의 구성원에 의해 동기화되었다는 의미는 중심적인 구성원으로부터 비중심적인 구성원으로의 확장이 법칙적으로 예측되거나 생성될 수도 없고, 그렇다고 자의적인 것도 아니라는 것이다. 이러한 확장은 이상적 인지모형을 통해서 이루어진다. 예컨대 ‘성전환 한 남성’이나 ‘교정시력’과 같이 하위범주로의 확장은 원형으로부터 법칙적으로 생성된 것이라기보다는 문화적인 경험의 결과로 볼 수 있다.

‘어머니’ 범주의 예를 통해, 방사형 범주로부터도 원형효과가 어떻게 발생할 수

44) 국어사전에서도 어머니를 “자기를 낳아 준 여자를 이르거나 부르는 말”이라고 정의한다(국립국어원, **표준어국어대사전**).

45) 레이코프(주 33), 101면.

46) 레이코프(주 33), 76면.

47) 레이코프(주 33), 76면; Lewandowska-Tomaszczyk(주 29), p. 155.

48) 츠지(주 25), 50면.

있는지를 생각해 보자. 어머니에 대한 다발 모형과 ‘전업주부 어머니’라는 고정관념적 예는 어머니에 대한 복합적 원형을 형성하는 데 기여한다. 복합적 원형은 여러 모형으로부터 도출되는 원형으로서 범주에 구조를 부여한다. 복합적 원형으로서의 어머니는 출산 모형, 유전 모형, 양육 모형, 결혼 모형, 가계 모형 그리고 고정관념적인 전업주부 모형에서 얻은 정보들로 구성된다. 생모, 대리모, 양모, 수양모처럼 다양한 모형들이 복합적 원형으로부터 파생될 수 있다. 생모는 출산과 유전자 제공하지만 양육을 하지 않고, 대리모는 출산만 할 뿐이고, 양모는 양육의무를 진 법적 보호자이고, 수양모는 양육을 위탁받았지만 법적 보호자는 아니다. 이러한 하위범주들이 복합적 원형으로부터 일탈한 것처럼 보일 때 원형성이 낮게 인식된다. 또한 어떤 특정한 하위범주가 다른 하위범주보다 더 관습화되었을 때 방사형 범주 내에서 그 하위범주는 높은 원형성을 가진 것으로 인식될 수 있다.

### 3. 비판적 텍스트 분석으로서의 인지적 분석

지금까지 살펴본 바에 따르면, 개념적 은유는 추상적 사고를 일정한 방향으로 이끌어 가는 기능을 수행한다. 개념적 은유는 목표영역을 원천영역의 관점에서 제시하는 것이기 때문에 목표영역의 특정한 측면을 부각시키거나 은폐시키는 기능을 한다. 개념적 은유의 부각과 은폐 기능은 단순히 수사적 효과에 그치는 것이 아니라 실제로 목표영역에 대한 사람들의 사고에 영향을 미친다. 예를 들어, ‘범죄는 바이러스’ 또는 ‘범죄는 맹수’라는 단순한 은유는 범죄율을 감소시키기 위한 (가상의) 정책 결정에 영향을 미친다.<sup>49)</sup> ‘범죄는 바이러스’ 은유에 노출된 사람들은 범죄 예방을 위한 정책적 결정을 더 많이 하였고, ‘범죄는 맹수’ 은유에 노출된 사람들은 범죄에 대한 처벌을 강화하는 정책적 결정을 더 많이 하였다. 그렇다면 어떤 주장의 이면에 있는 개념적 은유를 파악함으로써 그 주장이 어떠한 프레임을 전제로 이루어졌는지를 설명할 수 있고, 그러한 주장이 어떤 식으로 발전할 수 있는지를 예측할 수도 있을 것이다.

법적 추론에 대한 인지적 분석은 법적 추론을 이끄는 개념적 은유나 이상적 인지모형을 추적함으로써 법적 추론의 심층적인 프레임을 드러내는 작업이다. 이러한 인지적 분석은 담화분석(discourse analysis)의 특징을 가진다. 담화분석이란, “담화라고 일컬어지는 언어 활용 단위들의 구조, 유형, 의미, 특성, 소통과정 등에 대

49) Paul H. Thibodeau and Lera Boroditsky, “Metaphors We Think with: The Role of Metaphor in Reasoning”, *PLoS One* 6, No. 2. (2011), e16782.

한 체계적인 연구를 말한다. 일반적으로 담화는 담론, 언술, 혹은 언설이라고도 하는데, 언어학에서 문장 이상의 언어단위를 가리킨다. 따라서 [쓰이거나] 말해진 것이라면 어떤 것이든 담화분석의 대상이 될 수 있다.”<sup>50)</sup> 푸코(M. Foucault)의 관점에서는, 담화란 에이즈에 관한 담론처럼 사회적 실천을 구성하는 사회적 상호작용의 장에서 장기간에 걸쳐 형성된 담론적 실천(discursive practice)도 포함하는 넓은 개념이기도 하다.<sup>51)</sup> 인지의미론을 포함한 인지언어학은 담화분석, 즉 담화의 이데올로기 분석에 종종 활용된다. 인지언어학의 탄생을 이끈 레이코프는 특정한 정치적 이데올로기에 따라 나타나는 어의(語義)의 차이를 인지적으로 분석해봄으로써 정치적 담론에 사용되는 어휘들의 이면에 깔려 있는 무의식적인 프레임과 은유(그리고 다른 개념적 단위)가 정치적 이데올로기에 따라 다르다는 사실을 밝혀냈다.<sup>52)</sup> 레이코프가 수행한, 미국의 진보진영과 보수진영의 정치담론에 대한 은유 분석이 그 대표적인 예라고 할 수 있다.<sup>53)</sup> 혐의든 광의든 간에 범규범과 관례도 일종의 담화이기 때문에, 담화분석의 관점에서 본다면 윈터는 인지언어학적인 방법론을 통해서 법 텍스트를 분석한 것이다.

텍스트 분석방법으로서의 인지적 분석방법은 법적 추론에 대한 비판적 기능을 수행할 수 있다고 본다. 특정한 법적 결정에 대한 인지적 분석방법을 통해서 우리는 그 법적 결정의 기저에 있는 인지과정의 역할을 알 수 있다. 이 인지과정은 레이코프와 존슨이 말하는 복합적이고 암묵적인 구조인 개념체계들에 따라 자동적으

50) 한국교육평가학회 편, **교육평가용어사전**(이상길 저술 부분)(서울: 학지사, 2004) 참조.

51) Renée Dirven, Frank Polzenhagen, and Hans-Georg Wolf, “Cognitive Linguistics, Ideology, and Critical Discourse Analysis”, in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics* (Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007), p. 1223. 푸코의 ‘담론’ 개념을 그의 저서별로 구분하여 정리·비교한 국내 문헌으로는 허경, “미셸 푸코의 “담론” 개념 - “에피스테메”와 “진리놀이”의 사이 -”, **개념과 소통**, 제9권(2012), 5면 이하.

52) Roberta Pires de Oliveira, “Language and Ideology: An Interview with George Lakoff”, in Renée Dirven, Bruce Hawkins, and Esra Sandikcioglu (eds.), *Language and Ideology*, Vol. 1, *Theoretical Cognitive Approaches* (Amsterdam: John Benjamins, 2001), pp. 23-48.

53) 미국의 정치담론의 은유 분석에 관한 대표적인 저서로는, George Lakoff, *Moral Politics: What Conservatives Know that Liberals Don't* (Chicago: The University of Chicago Press, 1996); George Lakoff, *Don't Think of an Elephant!: Know Your Values and Frame the Debate* (White River Junction, Vt.: Chelsea Green Pub. Co., 2004); George Lakoff and the Rockridge Institute, *Thinking Points: Communicating Our American Values and Vision: A Progressive's Handbook* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2006).

로 작동한다.<sup>54)</sup> 바로 이 암묵성과 자동성 - 레이코프와 존슨이 말하는 인지적 무의식 - 으로 말미암아 우리의 인지과정은 비성찰적 특성을 가진다. 그리고 우리의 개념과 이해의 많은 부분은 이러한 비성찰적 인지과정을 통해서 이루어지기 때문에 개념과 이해의 내용 자체도 상당부분 비성찰적이라 할 수 있다. 이러한 관점에서 개념과 이해의 기저에 있는 암묵적이고 자동적인 인지과정에 대한 분석은 개념과 이해의 비성찰적 측면에 관한 성찰의 기회를 줄 수 있다. 다시 말해, 법적 추론에 대해 인지적 분석을 통해 우리의 관행적 사고가 무엇인지 추적해볼 수 있다.

### III. 성전환자의 성별에 대한 법적 판단 기준의 변화

#### 1. 성과 성별

성(性; ‘sex’ 또는 ‘gender’)이란 일반적으로 생물학적 요소를 바탕으로 여성 또는 남성으로서의 신분을 표시하는 개념으로 사용된다.<sup>55)</sup> 성이란 개념은 본래 생물학적인 개념이기도 하고 동시에 사회적·법적으로 형성된 개념이기도 하다. 우리 말로는 젠더와 섹스 모두 ‘성’이라고 번역되지만 원어 상의 뉘앙스에는 미묘한 차이가 있다. 대체로 젠더는 사회적인 의미의 성이고, 섹스는 생물학적인 의미의 성을 뜻한다.<sup>56)</sup> 섹스라는 용어를 사용하는 경우에는 흔히 남녀를 생물학적인 차이로 구분함으로써 남녀를 차별성을 부각시키려는 의도가 강하고, 젠더라는 용어를 사용하는 경우에는 성의 사회적 의미를 부각시킴으로써 남녀의 대등하고 평등한 관계를 추구하려는 의도가 강하다.

우리는 일반적으로 인간의 성을 남성과 여성으로 이분한다. 사람의 성은, ① 염색체에 의한 성, ② 성선(性腺)의 성, ③ 내성기의 형태에 의한 성, ④ 외성기의 형태에 의한 성, ⑤ 호르몬작용에 의한 성, ⑥ 양육(養育)된 성, ⑦ 심리학적인 성과

54) 조지 레이코프, 마크 존슨, 임지룡·윤희수·노양진·나익주 역, **몸의 철학: 신체화된 마음의 서구 사상에 대한 도전**(서울: 박이정, 2002), 40면.

55) Francisco Valdes, “Queers, Sissies, and Thomas, Deconstructing the Conflation of “Sex” “Gender” and “Sexual Orientation”, in *Euro-American Law and Society*”, 83 *Cal. L. Rev.* (1995), p. 20[이로문, “性轉換과 性轉換者の 民法的 考察”, **법학논총**, 제24권 제4호 (2007), 264면에서 재인용].

56) 생물학, 인류학, 심리학, 역사학 등에서는 꾸준히 섹스와 젠더의 구분에 관하여 다양한 의구심이 제기되어 왔다. 이러한 견해들과 최근 이론동향에 대해서는, 메리 E. 위스너-헹크스, 노영순 역, **젠더의 역사**(서울: 역사비평사, 2006), 15-27면 참조.

같이 적어도 7개의 항목에 의하여 결정된다.<sup>57)</sup> 이와 같은 성별의 이분법은 사람들을 남성과 여성 중 하나의 범주에 귀속시킨다는 점에서 성 범주를 명확하게 한다는 장점이 있다. 그러나 이러한 이분법은, 소수이지만 발생학적으로 존재할 수 있는 간성자(間性者)의 성이나 생물학적 성과 심리적·정신적 성이 불일치하는 성전환증자의 성을 포섭할 수 없다는 한계가 있다.<sup>58)</sup>

## 2. ‘생물학적 모형’으로서의 성별과 성의 판별에 관한 사회통념설

성에는 남성과 여성뿐만 아니라 소수이기는 하지만 다양한 형태의 성이 존재한다는 것이 발생학에서의 정설이라고 한다.<sup>59)</sup> 그러나 한국의 법률체계는 아직 남성과 여성이라는 이분법적 범주를 전제로 하기 때문에 다양한 형태의 성을 개별적으로 범주화하고 있지 않다. 따라서 우리 법률체계가 성에 대한 이분법적 관념을 포기하지 않는 이상 한 개인을 남성 또는 여성으로 구분 짓는 데 일정한 기준을 마련할 필요가 있다.

앞서 살펴본 것처럼 성별을 결정하는 데에는 여러 가지 요소들을 고려하여야 한다는 것이 일반적인 통설이지만, 우리 법원은 1990년대 중반 이후에서 이러한 입장을 받아들였다. 1990년대 중반까지만 해도 우리 법원은 성별을 생물학적 기준에 의해서만 판단할 수 있다고 보았다. 당시 한 지방법원은 성전환자의 성별에 대해 “성전환증은 일종의 정신질환으로서 각종의 치료방법에 의하여서도 치유가 불가능하여 부득이 외과적인 수술로써 그 신체에 여성이 가지는 일부 해부학적인 성기의 외관을 갖추어 놓았다면 이는 여성으로서의 주요한 내부성기를 지니지 못한 채 여성과 일치하는 일부의 해부학적 구조가 인위적으로 만들어져 있음에 불과하여 그를 완전한 여성으로 볼 수 없다.”라고 함으로써 성전환수술을 받은 신청인의 공

57) 대한간호학회 편, **간호학대사전**(서울: 한국사전연구사, 1996) 참조.

58) 간성(間性, intersex) 또는 반음양(半陰陽)이란, “생식선의 발육이상에 의해 1개체가 양성(陽性)의 생식선을 가지거나 생식선과 일치하지 않은 외음부나 2차적 성징을” 보이는 경우를 말한다. 1개체 내에 난소와 정소를 별개로 가진 경우를 진성반음양(眞性半陰陽, true hermaphroditism)이라 하고, 외음부가 개체의 생식선에 일치하지 않으며 혼동되기 쉬운 형을 하고 있는 경우를 위반음양(僞半陰陽) 또는 가성반음양(假性半陰陽, pseudohermaphroditism)이라 한다[대한간호학회 편, 전제서(주 57) 참조]. 간성의 경우에는 어느 성을 갖게 할 것인지를 판단하기 위하여 성확정수술이 실시하는 것이 통상적이다. 성전환에 관하여는 후술하기로 한다.

59) 閔裕淑, “성전환자에 대한 호적정정의 가부(可否)”, **대법원판례해설**, 제60호(법원도서관, 2006년 상반기), 574면.



부상 성별 정정을 불허하였다.<sup>60)</sup> 법원의 이러한 결정은 생물학적 모형으로서의 성별 개념에 따른 귀결이라고 할 수 있다.

그러던 중 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결로 성별에 대한 법원의 입장에 변화가 생긴다. 여성으로 성전환수술을 받은 피해자가 강간을 당하였던 이 사건에서 대법원은 “형법 제297조에서 말하는 부녀, 즉 여자에 해당하는지 여부도 위 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할(성전환의 경우에는 그 전후를 포함하여) 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 한다.”라고 함으로써 성별 판단의 기준으로 사회적·심리적 성을 도입한 것 같은 판시를 하였다.<sup>61)</sup> 이 사건에서 대법원은 성의 판별에 관하여 사회통념설을 취하는 것으로 평가된다.<sup>62)</sup>

그럼에도 불구하고 대법원은 위 사건에서 피해자가 “기본적인 요소인 성염색체의 구성이나 본래의 내·외부성기의 구조, 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환 수술을 한 경위, 시기 및 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점, 그리고 이에 대한 사회 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 보면” 피해자를 사회통념상 여자로 볼 수는 없으므로 피해자는 형법 제297조가 규정하는 강간죄의 객체로서의 ‘부녀’가 아니기에 주위적 공소사실은 무죄로, 그리고 예비적 공소사실인 합동강제추행치상을 유죄로 인정하였다. 이 점에서 대법원이 사회통념설의 일반적인 설시와는 달리 여전히 생물학적 모형으로서의 성별 개념을 취했던 것은 아닌지 의문이 생긴다.<sup>63)</sup> 대법원의 이 판결은 학계 및 실무계의 거센 비판을 불러 일으켰다.<sup>64)</sup> 이 판결을 계기로 성전환자의 성별에 관한 법적 논쟁이 활발해졌다.

60) 수원지법 1990. 8. 21.자 90브10 제1민사부결정.

61) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결.

62) 閔裕淑, 전제논문(주 59), 574면.

63) 참고로 퍼트남(H. Putnam)의 내재적 실재론을 차용하여 법문의 가능한 의미의 경계를 파악하고자 시도하였던 안성조, “‘법문의 가능한 의미’의 실재론적 의미”, **법철학연구**, 제12권 제2호(2009), 79면 이하는 ‘부녀’라는 단어를 의미가 고정적인 자연종 명사로 보고, 이 사건에서 대법원이 부녀라는 자연종 명사의 의미의 객관성을 보존하기 위해 실재론적 해석을 시도한 것이라고 긍정적으로 평가하였다.

64) 예를 들어, 문유석, “성전환수술을 받은 자의 성별 - 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도 791 판결 -”, **인권과 정의**, 통권 제311호(2002), 92면은 “... 결국 사회통념에 따라 성별이 결정된다는 것은 성의 가변성을 인정함을 전제로 한 것이라는 점에 비추어 볼 때, 위 판결이 제시하고 있는 성의 구별에 대한 일반론과 이를 실제 사안에 적용한

### 3. 성전환자의 성별에 관한 판례의 동향 및 입법적 노력

1990년대부터 2000년대 초까지 성전환자의 공부상 성별 정정에 관한 판례 동향은 다음과 같다. 1990년대 들어 간성(間性)이 아닌 성정체성 장애를 겪어 성전환수술을 받은 성전환자가 법원에 호적성별 정정을 신청하는 사례들이 나타나기 시작하여 사회적 이목을 집중시켰다. 대전지방법원 천안지원에서 1990년 남자에서 여자로 성별 정정을 허가하기도 했지만,<sup>65)</sup> 법원에 따라 결과가 달랐다.<sup>66)</sup> 2002년 7월부터 2003년 8월 사이 21건의 성전환자 호적정정이 허가되었고(간성 제외), 2004년에는 허가 10건, 불허가 10건이었으며, 2005년에는 허가 17건, 불허가 6건이었다. 이처럼 법원은 성전환자가 호적상의 성별 또는 성명의 변경을 신청한 사례에서 호적정정을 불허하기도 하고 허가하기도 하는 등 혼란스러운 입장을 보여왔다.<sup>67)68)</sup>

이와 같은 상황 속에서 부산지방법원 가정지원 2002. 7. 3.자 2001호파997, 998 결정은 성전환자의 법적 지위에 관한 새로운 시각을 제공함으로써 정의실현의 방향으로 법의 의미를 부여하였다고 평가 받았다.<sup>69)</sup> 이 결정에서 법원은, “성전환수술이 합리적인 기준에 따라 정당하게 시행된 경우에는 법률상의 성별 정정도 특별한 사정이 없는 한 이에 따라야 한다. 명문의 규정이 없다는 이유로 국가기관은 그들에 대한 협력을 거부할 수 없다. 왜냐하면, 성개념은 본래 법률상 고유개념이 아니라, 성 의학 및 생물학으로부터의 차용개념으로서 자연과학에서 엄밀하게 확인된 성은 법률에서 이를 받아들여야 하고, 성전환증 환자는 인간으로서의 존엄과 가치를 향유하며, 행복을 추구할 권리를 가진 존재이므로, 사회질서이나 공공복리

---

결론은 다소 자기모순적인 것이 아닌가 하는 의구심이 든다.”라고 비판하였고, 정현미, “강간죄의 객체 - 성전환수술자의 강간죄의 객체 -”, **고시계**, 통권 제490호(1997년 12월호), 66면도 “본 대법원 판례는 ... 종합적으로 고려하여 성전환자의 성을 판단해야 한다고 하면서 정작 자신은 성염색체의 구성에 집착하여 그 밖의 다른 기준을 판단척도로 삼는 데 소홀히 하였다.”고 비판하였다.

65) 대전지법 천안지원 1990. 4. 19.자 90호파71 결정.

66) 사법발전재단 편, **역사 속의 사법부**(사법발전재단, 2009), 465면 참조.

67) 성전환자의 성별 정정을 불허한 사례로는, 서울가정법원 1987. 10. 12.자 87호파3275 결정; 서울지방법원 북부지원 1990. 6. 29.자 90호파451 결정; 광주지방법원 1995. 10. 5.자 95브10 결정; 대구지방법원 가정지원 2001. 4. 24.자 2001호파653 결정 등.

68) 성전환자의 성별 정정을 허가한 사례로는, 청주지방법원 1989. 7. 5.자 89호파299 결정; 대전지방법원 천안지원 1990. 4. 19.자 90호파71 결정; 서울지방법원 의정부지원 1995. 2. 18.자 94호파1057 결정 등.

69) “성전환자 호적상 성별 정정 허가”, **법률신문**, 제3089호(2002. 7. 8), 2면.

에 반하지 않는 한 자기결정권(프라이버시 존중의 권리)을 지닌 소수자로서, 헌법 이념에 따라 마땅히 보호를 받아야 하기 때문이다. ... 법률상 성별 정정을 위하여는 호적법의 개정이나 위와 같은 특별법의 제정이 이상적이나 현행법령의 헌법합치적 해석과 수술의 정당성여부를 검증할 합리적 기준이 마련된다면, 별도의 입법 조치가 없어도 성별 정정의 허가는 가능하다.”라는 입장을 취하였다. 또한 위 결정에서는 “성전환수술로 인한 성별 정정을 예상하지 못한 상태에서 제정한 위 [호적법] 조항을 법의 흠결이라고 본다면, 이의 보완[방법]으로 이상적인 것은 특별법을 제정하거나 호적법의 개정을 통하여 관련조항을 신설하는 것이 바람직한 것이다. 그러나 그와 같은 관련 법률이나 호적법상 명시적인 조항이 없다는 이유를 들어 성전환수술로 성별 정정의 요건을 갖춘 성전환자들의 신청을 배척하고, 그들로 하여금 입법조치가 될 때까지 기다리라고 할 수는 없을 것이다.”라고 실시하였다는 점에서 그 바탕에 ‘법해석을 통한 법창조기능’, 즉 사법적극주의가 깔려 있다는 평가를 받는다.<sup>70)</sup> 이처럼 성전환자의 헌법적 기본권과 헌법합치적 해석을 동원하여 성전환자의 성별 정정을 허가하는 법리가 그 후 법원의 입장으로 널리 받아들여지게 된 듯하였다.<sup>71)</sup>

2000년대를 전후하여 성전환자의 성별 정정을 인정하는 결정들이 다소 증가하면서 2002. 11. 4.에는 김홍신 의원 대표발의로 이른바 ‘성전환자의 호적변경에 관한 특례법안(의안번호 제1934호)’이 제출되기도 하였다. 당시 이 법안에 대한 찬반 양론이 첨예하게 대립하였지만 결국 16대 국회의 회기만료로 위 법안은 자동 폐기되고 말았다.<sup>72)</sup> 이후 2006. 4. 12.에 발족한 ‘성전환자 성별변경관련법 제정을 위한 공동연대’는 ‘성전환자의 성별변경 및 개명에 관한 특례법(안)’의 초안을 마련하였다. 같은 해 8. 21. 이 공동연대는 민주노동당 노회찬의원실과 공동으로 ‘성전환자

70) 김민규, “2006년 대법원 결정을 계기로 본 성전환(증)자에 대한 법학과 의학의 협력 메커니즘”, **동아법학**, 제39호(2007), 212면.

71) 김민규, 전제논문(주 70), 213면 주18은, **법률신문**, 제3459호 2006. 5. 18.자 기사를 참조하여, “부산지방법원가정지원 2002. 7. 3.자 2001호파997, 998 결정이 내려진 후, 우리나라에서는 인천지방법원 2002년 12월 13일자 결정, 전주지방법원정읍지원 2003. 2. 27.자 결정, 수원지방법원부천지원 2003. 6. 18.자 결정(間性), 광주지방법원가정지원 2003. 8. 4.자 결정(3인), 부산지방법원가정지원 2003. 8. 19.자 결정 등에서 성별변경을 허가하였다. 그러나 그와 같은 경향도 혼란을 거듭하여 대법원 자료에 의하면, 2004년에는 전국법원에 22건이 접수되어 10건이, 그리고 2005년에는 26건이 접수되어 15건이 허가되었다고 한다.”고 하였다.

72) 인터넷 법률신문 2006. 6. 24.자 기사, <http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?kind=&serial=20859> 참조(2014. 10. 1. 방문).

성별변경 등에 관한 특별법(안) 공청회'를 개최하였고, 같은 해 9. 4.에는 우리나라에서 최초로 '성전환자 인권실태조사' 보고서를 발간하였다. 그러나 아직도 해당 특별법은 그 입법이 무산되고 지금은 논의조차 맥이 끊어진 상태이다. 이처럼 성전환자의 성별 정정을 점진적으로 인정해오던 사법부와는 달리 입법부에서는 성전환자의 성별 정정을 위한 법률을 제정하는 데 상당한 갈등과 난항이 있었다.

#### 4. 성전환자의 공부상 성별 정정에 관한 대법원의 판단기준 마련

앞서 살펴본 것처럼 성전환자의 공부상 성별 정정은 1990년대부터 법적인 쟁점으로 등장하였다. 그러나 대법원은 2006년에 이르러서야 성전환자의 전환된 성을 법적으로 인정하게 되었다. 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정(이하, '2004스42 결정')<sup>73)</sup>에서, 생물학적으로 여성으로 출생하였으나 남성으로 성전환수술을 받고 남성으로서 오랜 기간 생활하여 온 신청인에게 호적상 성별 기재의 정정을 허가하였다. 그리고 이 결정을 통해서 대법원은 성전환자의 성별 판단의 기준을 명시적으로 마련하였다. 이 결정은 성전환자의 기본권을 크게 신장시킨 전향적인 결정으로 평가받는다. 그러나 성전환자로 하여금 외과수술을 통해 전환하려는 성으로서의 외관을 갖추도록 하는 기준 등은 국가인권위원회로부터 인권침해의 소지가 있다는 지적과 개선을 위한 권고를 받았다.

그 후 대법원은 가족관계등록부상 성별 정정을 하지 않은 성전환자가 강간을 당한 사건에서 피해자를 전환된 성, 즉 여성으로 인정하여 강간죄의 성립을 인정하였다.<sup>74)</sup> 대법원이 이 판결에서 판시한 성별 판단의 기준은 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결과 다르지 않았으나 실질적인 결론에 있어서는 성전환자의 전환된 성을 인정하였다.

대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정(이하, '2009스117 결정')에서는 성전환자인 신청인이 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀를 둔 경우 그녀)에 대한

73) 이 판결에 관한 대표적인 법철학적 논의로는, 김도균, “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 - 법의 통일성(Law's Integrity)을 향하여 -”, **법철학연구**, 제13권 제1호(2010), 95-138면이 있다. 이 글에서 김도균은 이 판결이 과거 결정과의 일관성을 유지하면서 동시에 헌법정신을 온전히 구현하기 위하여 부당결과회피의 원리에 따른 것으로 평가한다. 그리고 그는 보충의견이 제시한 ‘헌법합치적 법률해석’은 종래의 헌법학에서 말하는 법해석론과 유사하지만 “그 발상에는 ‘법질서의 통일성’이라는 법원리를 구현하려는 방법론상의 목적이 놓여 있다.”라고 분석한다.

74) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결.

성별 정정을 허가할 것인지 여부가 다투어졌다. 이 사건에서 신청인은 이전에 혼인을 하여 미성년자인 자녀를 두고 있었는데 성전환수술을 받고 법원에 가족관계등록부상의 성별란 정정을 신청하였다. 그러나 대법원 다수의견은 “성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우에는, 가족관계등록부에 기재된 성별을 정정하여, 배우자나 미성년자인 자녀의 법적 지위와 그에 대한 사회적 인식에 곤란을 초래하는 것까지 허용할 수는 없으므로, 현재 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별 정정은 허용되지 않는다.”라고 결정하였다.

위와 같은 다수의견에 대하여 대법관 양창수와 대법관 이인복은 “미성년자인 자녀가 있다는 사정은 이와 더불어 … 제반사정과 함께 그 성전환자가 사회통념상 전환된 성을 가진 자로서 인식될 수 있는지 여부를 결정하는 여러 가지 요소들의 일부로 포섭하여 법원이 구체적 사안에 따라 성별 정정의 허가 여부를 결정하면 충분하고, 미성년자인 자녀가 있다는 사정을 성별 정정의 독자적인 소극적 요건으로 설정할 것이 아니다.”라는 반대의견을 냈다. 이 반대의견은 더 나아가 다수의견에 대하여 “윤리적 또는 종교적 신념 등에 기반한 사회적 통념 또는 인식을 앞세워서는 성전환자의 성별 정정이 가지는 법적 의미는 현저히 퇴색할 수밖에 없는 것이다. … [미성년자인 자녀가 있다는 사정과 같은] 소극적 요건을 절대적 기준으로 설정함으로써 경우에 따라 성전환자의 인간으로서의 존엄성이나 행복추구권의 본질적 부분이 침해되는 결과에 이를 수 있음에도 이를 감수하면서까지 법적 안정성을 추구하는 것이 정당하다고 말할 수 없다.”라는 날선 비판을 가하였다.

또한 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 전수안은 “다수의견이 과거의 혼인 사실을 이유로 성별 정정이 제한되는 것은 아니라고 본 점에 대하여는 견해를 같이 하나, 현재 혼인 중에 있다는 사정을 성별 정정의 독자적인 소극적 요건으로 보는 데에는 찬성할 수 없다.”라고 하면서 “혼인 중에 있다고 하더라도, 성별 정정 신청 당시 그 혼인관계의 실질적 해소 여부와 그 사유, 혼인관계의 실질적 해소로부터 경과한 기간, 실질적으로 해소된 혼인관계의 부활가능성 등 제반사정을 종합적으로 고려하여 가족관계등록부상의 성별란 정정이 신분관계에 혼란을 줄 염려가 있는지를 가리고 그에 따라 성별 정정 여부를 결정하면 충분하다.”라는 또 다른 반대의견을 냈다.

## 5. 성전환자의 공부상 성별 정정에 관한 명시적인 규정이 없는 상황에서 성별 정정을 허용할지 여부

학계나 실무에서 대체로 성전환자의 공부상 성별 정정을 허용해야 한다는 것이 기본적인 통설로 자리 잡고 있다.<sup>75)76)</sup> 물론 구체적으로 성별 정정의 절차에 관해서는 공부상 성별 정정에 관한 명시적인 규정이 없더라도 성별 정정을 허용해야 한다는 입장과 입법적으로 해결되어야 한다는 입장이 갈린다.

성전환자의 공부상 성별 정정을 허용해야 한다고 보는 근거들은 다음과 같다. 우선 행복추구권의 보호라는 측면에서 성적 다수자들과 성전환수술을 받아 전환된 성으로 생활하고 있는 당사자 간에는 차별이 없어야 하기 때문에 성별 정정을 인정해야 한다.<sup>77)</sup> 다음으로 헌법이 요구하는 소수자 보호의 원칙과 인도주의의 관점에서 성전환자의 성별 정정이 허용되어야 한다.<sup>78)</sup> 또한 성전환자의 공부상 성별

75) 金台明, “性轉換을 둘러싼 法的 問題點에 대한 檢討”, **저스티스**, 통권 제71호(2003), 26면 이하; 高宗柱, “性轉換手術로 인한 戶籍公簿上 性別의 訂正: 性轉換者(transsexual)의 性正體性障礙 克服을 위한 處遇”, **판례연구**, 제14집(부산판례연구회, 2003), 783면 이하; 최정학, “성전환의 법적 문제”, **민주법학**, 제14권(1988), 211면 이하; 문유석, 전계논문(주 64), 92면 이하; 閔裕淑, 전계논문(주 59), 574면 이하. 참고로 閔裕淑, 전계논문(주 59)은 성전환수술 자체를 반대하는 견해로 추종숙, “人格權과 民刑事上의 課題: 落胎, 落胎, 性轉換手術을 中心으로”, **순천향법학논집**(1995)를 들고 있지만 해당 논문을 구할 수 없었다.

76) 당시 학계와 실무의 입장과 마찬가지로 일반 대중들도 유사한 태도를 취하고 있었다. 2004스42 결정이 있기 전인 2001년 한국갤럽이 만 20세 이상의 성인 남녀 1,520명을 대상으로 실시한 여론조사에 따르면 “남자가 여자로 성전환수술을 받았다면 이 사람을 남자로 봐야 합니까? 아니면 여자로 봐야 합니까?”라는 물음에 2명 중 1명(즉, 응답자의 53.0%)은 여자로 성전환수술을 받은 사람을 여자로 봐야 한다고 응답하였다. 이러한 경향은 저연령·고학력자일수록 두드러졌다. 한편 “남자로 봐야한다.”고 응답한 사람들은 응답자 28.7%였고, “무어라 말할 수 없다.”고 판단을 유보한 응답자도 18.3%에 달했다. 그리고 당시 성전환자의 공부상 성별 정정이 법으로 허용되고 있지 않는 상황에서 “성전환자가 주민등록변경을 원한다면 변경해 주어야 한다고 생각하십니까? 변경해 주어서는 안 된다고 생각하십니까?”라는 물음에는, 5명 중 3명(즉, 응답자의 58.6%)이 “변경해 주어야 한다.”라고 응답하였다. 이러한 조사결과에 대해 해당 여론조사기관은 “임의적인 성전환으로 올 수 있는 사회적인 불이익으로부터 법의 보호를 받는 것은 당연하다는 여론”으로 풀이하였다. 이러한 견해도 역시 저연령·고학력층일수록 더욱 짙게 나타났다. 한국갤럽의 조사내용에 관한 자세한 내용은, <http://www.gallup.co.kr/gallupdb/reportContent.asp?seqNo=123&pagepos=9&search=&searchKeyword=&selectYear=> 참조(2014. 10. 1. 방문).

77) 홍춘의, “性轉換과 戶籍訂正”, **판례월보**, 제308호(1996. 5).

78) 문유석, 전계논문(주 64), 95면 이하.

정정을 허용하는 것은 성전환자가 온전한 사회구성원으로서 적응하도록 돕는 데 필요한 법적 조치이다.<sup>79)</sup> 이처럼 성전환자의 성별 정정을 인정하는 명시적인 규정이 없다는 이유만으로 성전환자의 성별 정정을 인정하지 않는 것은 성적 소수자에 대한 인권보호의 차원에서 정당화되기 어렵다.<sup>80)</sup>

성전환자의 공부상 성별 정정을 인정하는 견해는 대체로 그 절차에 있어서 (구)호적법 제120조(현행 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제104조)의 입법 취지에 비추어 위 규정을 (유추)적용하여 호적정정을 허가할 수 있다고 본다. 2004스42 결정의 다수의견과 소수의견 모두가 인정하고 있듯이 성전환자의 호적정정은 (구)호적법 제정 당시에 입법자들로서는 예상할 수 없었던 문제이므로 위 규정은 법률의 흠결을 가지는 것으로 보인다. 그렇다고 해서 법률의 흠결만을 이유로 신청인의 주장을 배척하는 것은 헌법정신에 위배된다. 따라서 (구)호적법 제120조의 정정의 대상에 성전환자의 성별이 포함되는 것으로 해석하여 그 법률의 흠결을 보충하고, 그 보충을 통해서 성전환자의 성별을 전환된 성으로 정정해야 한다고 볼 수 있다.

성전환자의 성별을 정정의 대상으로 보는 주류적 입장과는 다소 궤를 달리하는 주장으로는 성전환자의 성별은 정정의 대상이 아니라 (구)호적법 제23조의 경정의 대상이라고 보아 성별기재를 변경해주어야 한다는 논리를 들 수 있다.<sup>81)</sup> 이 견해에 따르면, (구)호적법 시행규칙 제79조 제3항이 법령의 변경 기타의 사유로 본적 이외의 호적기재를 경정하는 경우를 규정하고 있기 때문에 (구)호적법 제23조 및 위 시행규칙 규정을 성별의 변경을 포함한 호적기재의 경정의 포괄적 근거규정이 될 수 있다. 그 절차에 관해서 이 견해는, 호적정정절차를 유추적용하되 신분관계에 중대한 영향을 미치는 사항이므로 대법원판례에 따라 판결에 의한 호적정정절차((구)호적법 제123조)에 의한다고 해석한다.

기본적으로 성전환자의 성별 정정의 필요성은 인정하지만 그 절차는 입법적으로 해결되어야 한다는 견해도 있다.<sup>82)</sup> 이 견해는, 성의 변경은 당사자를 둘러싼 법률관계에 엄청난 변화를 가져오기 때문에 이에 대한 깊이 있는 고려 없이 법원의 결정으로 성의 변경만을 허용하는 것은 타당하지 않다고 본다. 궁극적으로 독일과 같이 입법을 통해 성전환자의 성별 정정 문제를 해결해야 한다고 본다.

79) 高宗柱, 전계논문(주 75), 824면 이하.

80) 金台明, 전계논문(주 75), 40면 이하.

81) 문유석, 전계논문(주 64), 95면 이하.

82) 曹喜大, “男女의 性轉換은 現行法上 許容되는가”, 法曹, 제46권 제5호(1997), 161면 이하.

(구)호적법이 성전환이나 성의 변경에 관한 절차규정을 두지 않은 이유는 이를 허용하지 않기 때문이 아니라 규정의 제정 당시 입법자들이 미처 이러한 문제를 상정하지 못하였기 때문이다. 바로 이 점에서 절차적 규정의 미비만을 이유로 성전환자의 성별 정정을 허용할 수 없다는 주장은 크게 설득력 있어 보이지 않는다. 도리어 성전환자에 대한 구제의 필요성에 비추어 성별 정정의 길을 모색하는 것이 타당하다고 본다. 성전환자의 성별 정정에 관하여 실체적 권리규정의 흠결이라기 보다는 절차규정의 미비로 이해한다면 성전환자의 호적상 성별 정정에 관한 명시적인 규정이 없더라도 이를 허용하는 것이 더욱 정당해 보인다.<sup>83)</sup>

#### IV. 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정에 대한 인지적 분석

##### 1. 2004스42 결정의 결과적 타당성

2004스42 결정에 대한 인지적 분석에 앞서 우선 2004스42 결정의 결과적 타당성을 알아보자.

법리적 평가와는 별개로 2004스42 결정은 그 결과에 있어서 타당하다는 것이 일 반적인 견해이다.<sup>84)</sup> 대법원은 2004스42 결정을 위해 2006년 6월 18일에 대법정에서 이용훈 대법원장과 대법관 전원이 참여한 가운데 의사, 목사 등의 전문가를 초청해 사법사상 처음으로 성전환자의 성별 정정 비공개심리를 열었다. 대법원은 2년이라는 긴 숙고의 기간을 거쳐 우리의 법문화를 한 걸음 더 성숙시키는 결정을 내렸다. 2004스42 결정은 다음과 같은 이유에서 결과적으로 타당하다.

우선 2004스42 결정은 소외와 차별을 받아 온 소수자인 성전환자를 우리 사회의 한 구성원으로 인정하고 그들의 헌법적 권리를 보장해야 함을 천명하였다. 대법원

<sup>83)</sup> 閔裕淑, 전제논문(주 59), 592면.

<sup>84)</sup> 법리적 관점에서 이 결정은 법률의 해석 한계를 벗어난 것으로 평가될 수 있다. 그러나 대법원 다수의견은 입법의 불비로 발생하는 성전환자의 인권침해 상황을 조속히 종결시키고 성전환자의 기본권을 보장하기 위해 사법적극주의적 입장에서 일종의 법형성을 하였던 것으로 보인다. 이러한 설명에 대해 해석과 법형성의 한계가 명확한 것이 아니고 해석을 통한 법형성이 가능하다는 법철학적 반론이 가능하다. 다만 성전환자의 공부상 성별 정정 사건에 대한 인지적 분석에 초점을 두고 있는 본 논문에서는 해석과 법형성의 관계에 관한 분석 및 비판은 논의의 범위를 벗어난다.



은 성전환자의 호적상 성별 정정을 허용하면서 “질서유지와 공공복리에 반하지 않는 한 인간으로서 존엄과 가치를 누릴 권리와 행복추구권을 보호해야 한다.”라고 밝혔다. 이는 타인에게 해가 되지 않는 한 개인의 행복은 최대한 보장되어야 한다는 원칙을 선언한 것이다. 대법원은 특히 소수자에 대한 배려를 강조했다. 재판부는 2004스42 결정이 “소수자에 대한 이해와 관용이 싹트는 계기로 기능할 것으로 기대한다.”고 하면서 결정의 배경을 설명했다. 성전환자는 그 동안 의학적인 치료를 받거나 성전환수술을 거쳤음에도 호적에는 종전의 성으로 남아 있어 비정상적인 사람으로 취급 받거나 취업을 제한 받기도 했다. 이처럼 소외된 소수자의 헌법적 권리를 찾아준 2004스42 결정은, 드워킨(R. M. Dworkin)이 말하는 통합성(integrity)으로서의 법을 향해 전진하기 위해 법원리를 바탕으로 최상의 결정을 하려고 노력해야 하는 법관의 역할을 잘 보여주는 좋은 예라 할 수 있겠다.<sup>85)</sup>

다음으로 2004스42 결정은 여론조사에서도 나타나는 성에 대한 사회의 인식 변화를 받아들인 전향적인 결정이라고 할 수 있다. 우리 국민의 절반 이상이 성전환을 인정하고 공부상 성별 정정에 관한 법률이 없는 상황이라도 성전환자의 공부상 성별 정정을 인정해야 한다고 생각하였다.<sup>86)</sup> 이처럼 당시 대중들 사이에서는 어느 정도 성전환에 대한 인식의 전환이 일어나고 있었던 것으로 보인다. 이러한 분위기는 사법부 내에서도 예외는 아니었던 것 같다. 이미 2004스42 결정 이전인 2002년 즈음부터 2004스42 결정과 유사한 견지에서 성전환자의 성별 정정을 인정한 하급법원들의 결정들이 점진적으로 증가하고 있었다. 즉 사법부 역시 성별의 구분에 관하여 생물학적 요소에 집착하던 낡은 태도를 버리고 신청인의 심리·사회적 성을 인정하고자 종합적인 판별기준을 법적으로 수용하려는 움직임을 보였다.<sup>87)</sup> 2004스42 결정에서 “근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 … 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로”라는 부분을 통해 대법원이 사법부 안팎에서 일고 있는 인식 변화를 분명히 고려하였음을 알 수 있다. 또한 2004스42 결정으로 인하여 성소수자의 기본권 문제에 관한 우리의 법문화가 세계적인 법 발전 추세와 보조를 같이 할 수 있게 되었다.<sup>88)</sup>

85) 이에 대한 자세한 내용은 김도균, 전계논문(주 73) 참조.

86) 한국갤럽의 여론조사 결과(주 76) 참조.

87) 사법부의 인식전환에 관한 대표적인 예로는 高宗柱, 전계논문(주 75), 423면 이하를 들 수 있다. 참고로, 후에 고종주 판사는 부산지방법원 2009. 2. 18. 선고 2008고합669 판결(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결 사건의 제1심)의 재판장으로서, 성전환자를 강간죄의 피해자로 인정하기에 이른다.

마지막으로 2004스42 결정은 성별변경에 관한 법제적 뒷받침이 없는 실정에서 성별변경의 기준을 나름 마련하여 이후 예상되는 관련 입법의 가이드라인을 제공하고 있다. 2004스42 결정의 재판부는 성별변경을 무조건적으로 허용한 것이 아니라 국제보건기구(WHO) 등의 질환분류 자료를 근거로 ‘성전환증’을 “생물학적 성에 대해 불편함을 느끼면서 반대 성으로 살고 인정받으려고 하는 욕망, 반대 성의 신체에 일치하도록 호르몬 치료와 수술을 받고자 하는 욕구”라고 엄격하게 정의했다. 성전환증으로 진단 받으려면 바뀐 성으로서 정체성이 최소한 2년 이상 지속돼야 하고 다른 정신장애증상 등이 존재해선 안 된다고 규정하기도 했다. 한편 2004스42 결정의 반대의견은 관련법률 제정을 촉구하였다.

## 2. 다발 모형으로서의 성별에 관한 이상적 인지모형

대법원은 2004스42 결정에서 성을 결정하는 데에는 생물학적 요소뿐만 아니라 정신적·사회적 요소까지 고려될 수 있다고 밝힌다. 이는 1996년 이래로 우리 법원이 취하는 사회통념설적인 입장이기도 하다.<sup>89)</sup> 대법원은 우선 “호적법을 포함하여 현행법체계는 모든 사람이 남성 또는 여성 중의 하나에 포함되는 것을 전제로 하면서도 남성과 여성의 구분, 즉 성의 결정 기준에 관하여 별도의 규정을 두지 않고 있다.”라고 함으로써 법적 성별이 이분법적 범주임을 명시적으로 밝힌다. 이어 대법원은 통상적으로 개인의 성이 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정되어도 아무런 문제가 발생하지 않는다고 말한다. 이러한 입장의 근거는 다음과 같은 생물학적인 성의 발달과정이다. “모체에서 난자와 정자가 수정되어 태어는 남성과 여성별로 각기 다른 성염색체를 갖고, 각 성염색체의 구성에 맞추어 내부 생식기와 이어서 외부 성기가 형성·발달하여 출생 후 성장 과정에서 심리적·정신적인 성이 출생시 확인될 수 있는 성염색체 및 내부 생식기·외부 성기와 일치하여 남성 또는 여성 중의 하나를 나타[낸다.]”는 것이다. 그리고 대법원은 성을 결정하는 생물학적 요소에 덧붙여 정신적·사회적 요소가 있음을 밝힌다. “근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하

88) 유럽에서는 스웨덴이 지난 1972년 최초로 ‘성별의 확정에 관한 법률’을 제정한 데 이어 독일과 이탈리아, 네덜란드, 영국 등이 각각 성전환법을 제정해 성전환자의 성별 정정을 제도적으로 허용하고 있다. 미국은 각 주별로 다른 입법과 판결이 존재하고 있으며, 일본은 2004년 호적정정을 허용하지 않던 종래의 입장을 변경, 특례법을 만들어 시행하고 있다.

89) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결 참조.

는 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 되었다.”는 것이다.

위와 같은 대법원의 판시내용을 인지의미론적 관점에서 해석한다면, 성 개념의 이상적 인지모형은 서로 다른 인지모형들이 결합된 다발 모형으로 이해될 수 있다. 우리는 앞서 다발 모형의 대표적인 예로 ‘어머니’ 개념을 살펴보았다. 판시 내용에 드러난 성 개념의 이상적 인지모형은 염색체 모형, 생식기 모형, 성정체감 모형, 성역할 모형 등의 다발로 구성된다. 여기에서 염색체 모형과 생식기 모형은 생물학적 모형으로, 성정체감 모형과 성역할 모형은 사회심리적 모형으로 묶을 수 있을 것이다. 이 모형의 원형은 생물학적 성과 사회심리적 성이 일치하는 경우이다.

원형적인 성의 모습은 현실적으로 존재하는 성의 다양한 모습들을 그대로 반영한 실재론적인 것은 아니다. 드물기는 하지만 생물학적으로는 간성이 있고, 사회심리적 성의 기준이 되는 성역할은 사회의 변화에 따라 엄청난 변화를 겪고 있고, 성정체감 역시 개인에 따라서 그 강도가 매우 다양하다. 예를 들어, 동성애자 남성은 생물학적으로나 성정체감의 측면에서는 분명 남성으로 평가되지만 성적 지향에 있어서는 전형적인 남성과는 매우 다르다. 또한 ‘여장부(女丈夫)’라는 단어를 생각해 보자. ‘다 자란 씩씩한 남자’라는 뜻의 장부(丈夫)라는 말 앞에 여(女) 자를 덧붙여 ‘남자처럼 굳세게 기개 있는 여자’를 뜻하는 여장부라는 단어가 형성된다. 이 모순형용의 단어는 여성에 대한 사회적 선입견에 일치하지 않는 여성의 존재를 방증한다. 이렇듯 남성 또는 여성이라는 개념을 구성하는 모형들이 반드시 일치하는 것은 아니다. 그럼에도 불구하고 대법원뿐만 아니라 통상적으로 우리는 (비교적 구분이 명확한) 생물학적 성과 (매우 다양한 변이가 존재하는) 사회심리적 성이 일치하는 이상적 인지모형을 가지고 있다. 그리고 이러한 이상적 인지모형을 구성하는 각각의 하부 모형들도 역시 이상화되어 있다.

대법원이 생물학적 요소를 성 결정의 기준으로 삼는 것은 범주화의 인지적 기제 중 환유(換喩) 모형에 따른 것으로 볼 수 있다. 성 발달의 이상적 인지모형의 원형적 사례들에서 생물학적 성은 성 개념의 인지모형을 대표하는 환유적 요소가 된다. 왜냐하면 성별은 사람을 분류하는 기능을 가진 매우 기본적인 범주이기 때문에 생물학적 성과 같이 명확한 구분 기준이 필요할 뿐만 아니라 생물학적 성은 심리사회적 성을 개연적으로 예측할 수 있는 기준이 될 수 있기 때문이다. 물론 이러한 환유적 모형은 모든 구체적인 사례들에 들어맞는 절대적 인과성을 담보하지

는 않지만, 이상화된 사건의 진행에서는 매우 높은 적합성을 가지고 있다.

### 3. 성전환증 진단기준 및 성전환에 관한 인지모형

앞서 살펴본 것처럼 2004스42 결정은 성별의 이상적 인지모형을 다발 모형에 기초하여 구축하였다. 성별과 같이 매우 기본적인 개념에 관해서는 일반인들도 상당히 구체적인 경험들을 가지고 있기 때문에 대법원은 소위 사회통념에 따라 성별의 개념을 명시적으로 실시하는 데 큰 어려움이 없었던 것으로 보인다. 그러나 2004스42 결정에서의 핵심 문제는 ‘성전환자의 성별’이었다. 최근 들어 성소수자들에 대한 차별을 종식시켜야 한다는 사회적 분위기가 형성되고 있고, 매스컴을 통해서 성소수자들이 대중 앞에 선 지도 10여 년이 흘렀다. 그러나 아직은 본인이 성전환자이거나 성전환자를 가족이나 친지로 둔 경우가 아니고서는 일반 대중이 성전환자와 직접적인 상호작용을 한다는 것은 매우 예외적이라고 할 수 있다. 또한 성에 관한 전문가가 아닌 이상 성전환이 어떤 것인지 제대로 이해하기가 어렵다. 따라서 일반 대중은 물론이고 법원도 역시 통상적인 성별의 개념과 달리 성전환자의 성별에 대한 개념을 구축하는 데에는 상당한 노력이 필요하다.

2004스42 결정에서 대법원은 이러한 낯설음을 방증하듯 성전환자의 성별 개념에 관해서 이해하기 위해 성전환증(transsexualism)에 관한 정신의학적·심리학적 설명을 참조한다. 2004스42 결정에서는 국제보건기구(WHO)의 제10차 국제질환분류(ICD-10, 1994년)에 따른 성정체성(성적 동일성) 장애(gender identity disorder)의 임상적 진단기준과 미국 정신과 학회의 정신장애의 진단 및 통계 편람 제3판(DSM-III, 1980년) 및 제4판(DSM-IV, 1994년)에 따른 성전환증의 정의가 성전환증에 대한 판단기준으로 수용되었다. 대법원은 이 진단기준들을 참조하여 공부상 성별 정정 신청자가 성전환을 하게 되는 과정을 다음과 같이 실시하였다. ① 남성 또는 여성 중 어느 한쪽의 성염색체를 보유하고 있고 그 염색체와 일치하는 생식기와 성기가 형성·발달되어 출생한다. ② 출생 후의 성장에 따라 일관되게 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로서의 역할을 수행한다. ③ 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 않는다. ④ 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성

기를 비롯한 신체를 갖춘다. ⑤ 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 수행한다. ⑥ 주위 사람들로로부터도 그 성으로서 인식된다.

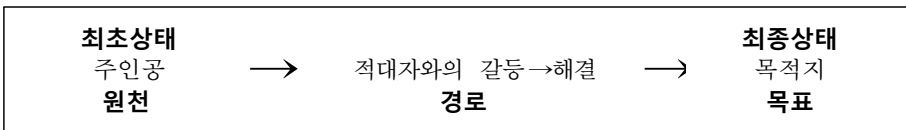
인지적 관점에서 보면, 대법원의 위와 같은 설시는 성전환에 관한 이상적 인지 모형에 대한 기술이라고 할 수 있다. ① 내지 ③은 성전환증의 진단기준과 일치하는 기술적인 설명이지만, ④ 내지 ⑥은 성별 정정 신청자를 성전환자로 인정할 것 인지 여부에 대한 추가적인 판단기준으로 보인다. 인지적 관점에서 ④ 내지 ⑥이 성전환자인지 여부에 대한 법적 판단기준에 포함된 것은 이른바 ‘원형으로의 축소 현상’ 때문이라고 할 수 있다. 이미 살펴본 것처럼 원형효과는 범주화와 의미에 내재적인 맥락과 목적에 대한 암묵적 지식에 의해 생성되는 심리적 현상이다. 그런데 원형적 사례의 현저성 때문에 종종 그 사례 자체가 필요충분조건을 드러내는 것으로 인식되면서 그 이면에 있는 배경적 지식들이 은폐되기도 한다. 바로 이러한 현상을 ‘원형으로의 축소’라고 부른다. 상당한 신체적 침습을 수반할 수밖에 없는 성전환수술은 생명에 큰 위험을 초래할 수 있기 때문에 성전환증을 가지고 있는 모든 사람들이 성전환수술을 받는 것은 아니다. 또한 경제적으로 취약한 성전환증자들은 비용 때문에 성전환수술을 받지 못하는 경우도 많다. 그리고 성전환수술은 방식과 변형의 정도에서 다양한 차이가 있다. 여성에서 남성으로의 성전환수술이 남성에서 여성으로의 수술보다 어렵고 위험하다. 그러나 ④ 항목은 이러한 다양하고 복잡한 현실을 무시하고 있다. 또한 ⑤ 항목은 전환된 성에 전형적인 외관을 갖추고 전형적인 성적·직업적 역할을 수행하도록 규정한다. 이 항목도 외관과 성역할의 다양성을 무시한 것이다. ⑥ 항목은 성전환자가 아닌 사람들에게는 요구되지 않는 요소인 객관적 인식을 성전환자에게만 요구하고 있다.

4. ‘성전환은 여행’이라는 개념적 은유에 기초한, 성전환의 이상적 인지모형  
대법원이 실시한 성전환의 여섯 단계는 성전환에 관한 일종의 내러티브(narrative)이다.<sup>90)</sup> 우선 ‘여행’ 은유, ‘원천-경로-목표’ 도식 그리고 내러티브의 관계를

<sup>90)</sup> 이위크(P. Ewick)와 시블리(S. Sibley)의 정의에 따르면, 내러티브는 화자가 선택한 과거 사건들과 인물들을 ‘시작-중간-끝’을 이루는 방식으로 일시적으로 정리하여 제시하는 의사소통 방식이다[Patricia Ewick and Susan Silbey, “Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative”, *Law and Society Review*, 29 (1995), pp. 197-226].

알아보자.

사건들과 인물들이 단순히 시간 순서에 따라 나열된다고 해서 우리는 그런 것을 하나의 일관된 내러티브로 인식하지 않는다. 일관된 내러티브에는 일정한 배열(configuration)의 구조가 있어야 한다.<sup>92)</sup> 이때 내러티브의 내적 구조에는 ‘원천-경로-목표’ 도식이 사상될 수 있다.<sup>93)</sup> 윈터는 내러티브와 관련해서 ‘원천-경로-목표’ 도식이 다음과 같은 세 가지 함의가 있다고 말한다.<sup>94)</sup> 첫째, 목표로 향하는 통로를 따라 움직인다는 개념은 움직이는 실체인 인물을 수반한다. 목표를 향해 길을 떠나는 이 인물(여행자)이 내러티브의 주인공(protagonist)이 된다. 결국 그 내러티브는 그 주인공에 관한 이야기가 된다. 둘째, 내러티브를 이해하려는 우리는 ‘목적이 있는 삶은 여행’이라는 개념적 은유에 따라 주인공이 극복해야 할 어떤 난관에 봉착하게 되리라는 기대를 가진다. 그 난관이 내러티브의 초점인 갈등(agon; 예: 투쟁, 경쟁, 적대자와의 극적인 충돌 등)을 제공한다. 셋째, 내러티브의 구조에는 시간 개념이 수반된다. 이때 시간은 실제 세계의 시간과 일치하지 않고, ‘원천-경로-목표’ 도식에서 시간이 주인공을 향해 오거나 주인공이 시간을 향해 나아가게 된다. 원천영역을 여행으로 하는 내러티브의 은유적 구조는 [그림 1]과 같이 도식화할 수 있다.<sup>95)</sup>



[그림 1] 기본적인 여행 내러티브 구조

91) 내러티브의 인지적 기능을 연구하였던 대표적인 학자로는 인지심리학자 브루너(J. Bruner)를 들 수 있다. 그는 *Actual Minds, Possible Worlds* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1986)와 *The Culture of Education* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1996) 등의 대표작을 통해서 인간의 인지는 과학적이고 논리적인 사고방식과 내러티브적인 사고방식에 의해 관장된다고 주장하였다. 또한 *Making Stories: Law, Literature, Life* (New York: Farrar, Straus, and Giroux, 2002)와 법학자 앰스터담(A. G. Amsterdam)과의 공저 *Minding the Law* (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 2000)에서는 법적 사고가 내러티브적 측면을 가진다는 주장을 펼쳤다.

92) Paul Ricoeur, Kathleen McLaughlin and David Pellauer (trans.), *Time and Narrative* (Chicago: University of Chicago Press, 1984), p. 65.

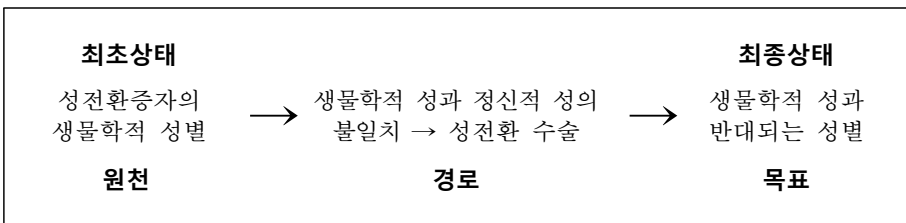
93) Winter, 전계서(주 5), p. 108.

94) 다음 세 가지 함의에 관한 설명은 Winter, 전계서(주 5), pp. 108-109를 따름.

95) [그림 1]은 Winter, 전계서(주 5), p. 109에서 따옴.

이처럼 인지적 관점에서 내러티브의 내적 구조에는 ‘여행’이라는 원천영역이 사상되어 있고, 그 원천영역의 기저에는 ‘원천-경로-목표’ 도식이 사상되어 있다고 볼 수 있다. ‘여행’이라는 원천영역은 여행자, 목적지, 여행의 일정 등의 요소들로 구성된다. ‘여행’ 은유의 기저에는 ‘원천-경로-목표’ 도식이 있다. ‘여행’ 은유에서 중간 단계의 목표는 중간 단계의 목적지이며, 최종 목표는 최종 목적지이고, 목표를 성취하기 위한 행위는 경로를 따른 이동이며, 목표 성취에서의 진전은 목적지를 향한 이동이며, 시작 상태는 출발 위치이며, 최종적으로 목표를 성취하는 것은 최종 목적지에 도달하는 것이다.<sup>96)</sup>

내러티브에 대한 인지적 설명을 받아들인다면, 대법원이 여섯 단계의 과정으로 제시한 성전환의 이상적 인지모형은 ‘성전환은 여행’이라는 개념적 은유에 기반을 둔 내러티브로 이해할 수 있다. 대법원이 판시한 내용을 바탕으로 한 성전환도 이 기본적인 여행 내러티브 구조를 통해서 다음과 같이 이해될 수 있다. 성전환증자가 타고난 생물학적 성은 최초상태인 원천 즉 출발지이고, 성전환증자가 되고자 하는 반대의 성은 목표 즉 최종 목적지이다. 그리고 생물학적 성과 정신적 성의 불일치는 갈등이며, 이 갈등의 해결은 성전환수술이 된다. 다시 말해, 성전환수술을 통해 반대의 성으로의 외관을 갖추는 것이 목적지로 향하는 진진이 된다. 이처럼 ‘원천-경로-목표’ 도식의 투사를 통해 성전환을 이해할 수 있다. 이러한 이해의 내용은 [그림 2]와 같이 표현할 수 있다.



[그림 2] 성전환에 관한 기본적인 여행 내러티브 구조

그리고 ‘성전환은 여행’이라는 개념적 은유의 기초가 되는 ‘원천-경로-목표’ 도식을 성전환의 과정에 투사할 수 있는 데에는 ‘그릇’ 도식의 역할이 크다고 할 수 있다. 이 ‘그릇’ 도식은 흔히 범주 개념에 사상된다. 출발지와 목적지가 남성 또

<sup>96)</sup> 레이코프 등, 전계서(주 54), 287면.

는 여성으로 사상될 수 있는 기반은 대표적인 일차적 은유 중 하나인 ‘범주는 그릇’ 은유이다. ‘범주는 그릇’ 은유는 “팽귤은 조류에 속한다.”라는 예로 잘 나타난다. ‘범주는 그릇’ 은유를 통해 공간 안의 경계 지어진 영역이 범주에 사상된다.<sup>97)</sup> 대법원도 사람은 남성 또는 여성 어느 한 쪽에 ‘포함’된다고 말하였고, 성전환증은 생물학적 성과는 반대의 성에 ‘귀속감’을 느끼는 것이라고 말하였다. 이러한 표현들의 이면에는 ‘범주는 그릇’ 은유가 자리하고 있다. 이러한 개념적 은유를 바탕으로 생물학적 성과 전환하고자 하는 성이 공간적으로 구분되는 여행의 출발지와 목적지로 이해될 수 있는 것이다.

성전환에 대한 은유적 이해에서 우리가 주목할 두 요소는, 성전환자가 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 갖는다는 것과 그 성전환자의 법적 성별을 전환된 성으로 인정하는 법원의 성별 정정 허가이다.

우선 성전환자가 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 갖는다는 것으로부터 불일치감 및 위화감·혐오감이 성전환이라는 은유적 여행을 감행하게 만드는 동기라는 점을 알 수 있다. ‘여행’이라는 개념적 은유를 바탕으로 구조화된 성전환의 이상적 인지모형에서는 이 동기가 의학적 치료로 억제되지 않을 정도로 강력한 정도에 이르렀을 때 성전환이라는 여행은 본격적으로 시작된다(③ 항목 참조). 성전환을 하려는 사람은 이러한 강력한 동기를 가지고 성전환수술이라는 중간 목적지에 도달하게 된다. 성전환자에게 생물학적 성에 의해 정해진 신체의 외관은 최종 목적지까지 가는 데 있어서 일종의 걸림돌이 된다. 이 장애물을 제거하기 위해서 성전환수술이 이루어진다.

그리고 성전환의 은유적인 이상적 인지모형에서 법원의 성별 정정 허가는 성전환자가 전환된 성으로 인정받는 것, 즉 최종 목적지에 도달하게 만들어 주는 중요한 요소가 된다. 이는 반대의 성이라는 새로운 영토로 넘어온 여행객에 대한 입국 심사와 다름이 없다. 주변사람들로부터 전환된 성으로 인식될 뿐만 아니라 이에 대한 법적인 승인을 받아야 성전환자는 비로소 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행할 수 있는 상태가 된다. 따라서 이러한 ‘성전환은 여행’ 은유로 생성되는 정신공간에서 법원의 역할은 성전환이라는 여행의 마지막 단계에서 필요한 심사로 이해될 수 있다.

지금까지 살펴본 성전환의 이상적 인지모형은 대법원이 제정한 성전환자의 성별

97) 레이코프 등, 전계서(주 54), 287면.



정정허가신청사건 등 사무처리지침(가족관계등록예규 제293호, 이하 ‘성별 정정지침’)에도 그대로 반영되었다. 성별 정정신청 시 필요한 서류들을 정하고 있는 성별 정정지침 제3조는 이러한 인지모형을 간접적으로 잘 보여준다. 제3조 제5호는 성별 정정신청인에게 ‘신청인의 성장환경진술서 및 2명 이상 인우인의 보증서’를 요구하면서 성장환경진술서 및 인우보증서에 관해, “(i) 신청인의 유아기, 소년기, 청년기, 성년기 등 각 시기별로 이성관계를 포함한 대인관계와 사회생활에 대한 구체적인 진술과 (ii) 신청인이 성전환수술을 받기 전부터 일정기간 이상 지속적으로 생물학적인 성과는 반대되는 성적 주체성과 자아를 가지고 생활하였으며, 그러한 성적 주체성 내지는 자아의 발로로 성전환수술을 받았고, 신청인이 성전환수술을 받은 이후부터 현재까지 확립된 성적 주체성과 자아에 지극히 만족하면서 사회생활을 하고 있다는 취지의 진술이 기재되어야 한다.”라고 정한다. 또한 “신청인에게 현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서”를 요구하는 성별 정정지침 제6조 제4호는 출발지로 다시는 돌아갈 수 없는 여행을 성전환에 사상하고 있는 것으로 이해할 수 있다.

## V. 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정에 대한 인지적 분석

2004스42 결정 이후 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정(이하, ‘2009스117 결정’)에서는 성전환자인 신청인이 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀를 둔 경우 그에 대한 성별 정정을 허가할 것인지 여부가 다투어졌다. 이 사건에서 신청인은 이전에 혼인을 하여 미성년자인 자녀를 두고 있었는데 성전환수술 등을 받고 법원에 가족관계등록부상의 성별란 정정을 신청하였다. 그러나 대법원 다수의견은 “성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우에는, 가족관계등록부에 기재된 성별을 정정하여, 배우자나 미성년자인 자녀의 법적 지위와 그에 대한 사회적 인식에 곤란을 초래하는 것까지 허용할 수는 없으므로, 현재 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별 정정은 허용되지 않는다.”라고 결정하였다. 아래에서는 다수의견이 암묵적으로 전제하는 ‘여행으로서의 성전환’ 모형과 반대의견의 대안을 인지적 관점에서 분석한다.

### 1. ‘여행으로서의 성전환’ 모형과 ‘부모-미성년 자녀’ 모형의 충돌

2009스117 결정에서는 성전환을 한 신청인에게 미성년자인 자녀가 있다는 사실이 핵심적인 쟁점이 되었다. ‘부모-미성년 자녀’ 관계에서, 부모는 미성년자인 자녀에 대한 일련의 책임들을 가지며, 미성년자인 자녀는 신체적으로나 정신적으로나 아직은 미숙하기 때문에 부모 없이는 매우 취약한 존재이다. 이러한 책임에는 양육하기, 보살피기, 달래기, 위로하기, 보호하기, 교육시키기, 단련시키기, 보상하기, 별주기 등이 포함된다.<sup>98)</sup> 이는 일종의 명제적인 이상적 인지모형이다. 명제적인 이상적 인지모형이란, 어떤 실체와 그 실체의 특성 간의 관계나 실체들 간의 관계에 대한 명제적 지식으로 이루어진 모형이다.<sup>99)</sup> ‘부모-미성년 자녀’ 관계에 관한 이상화된 이해는 다음과 같이 우리 민법에 반영되어 있다. 민법에 따르면, 부모는 미성년자인 자의 친권자가 되고(제909조 제1항), 친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있으며(제913조), 친권을 행사함에 있어서는 자의 복리를 우선적으로 고려하여야 한다(제912조).

‘부모-미성년 자녀’ 관계의 이상적 인지모형이 ‘성전환은 여행’이라는 개념적 은유에 기초한 이상적 인지모형과 충돌하면서 복잡한 문제가 발생한다. 이 두 인지모형의 충돌은 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우 성별 정정을 허가할 것인지 여부가 다투어졌던 2009스117 결정에서 드러난다. 대법원 다수의견은 위 민법 규정들을 근거로 “미성년자인 자녀가 있는 경우에는 친권자의 성을 법률적으로 평가함에 있어서도 미성년자인 자녀의 복리를 우선적으로 고려하지 않으면 안 된다.”라고 하였다. 그리고 다수의견은 부 또는 모의 성별이 바뀌는 상황은 미성년자인 자녀에게 정신적 혼란과 충격을 줄 수 있고, 동성혼의 외관이 현출된 가족관계증명서는 미성년자인 자녀를 동성혼에 대한 사회적 차별과 편견에 무방비하게 노출되도록 방치하는 것이기에 친권자로서 또는 사회구성원으로서의 기본적인 책무를 도외시하는 것이라고 설시하였다. 더욱이 다수의견은 미성년자인 자녀의 복리를 위하여 친권자의 성별 정정을 허용하지 않는 것은, 현재의 우리 사회가 스스로의 선택에 의하여 이성과 혼인하고 자녀를 낳고 가족을 이룬 사람에게 요구할 수 있는 최소한의 배려요청이라고 하였다. 그 결과 미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별 정정은 허용되지 않는다는 것이 다수의견이다. 그런데 성별 정정지침 제6조 제1호는 ‘현재 혼인중인지, 신청인에게 미성년인 자녀가 있는지 여부’를 성

<sup>98)</sup> 레이코프 등, 전게서(주 54), 409면.

<sup>99)</sup> 레이코프, 전게서(주 33), 284-87면.

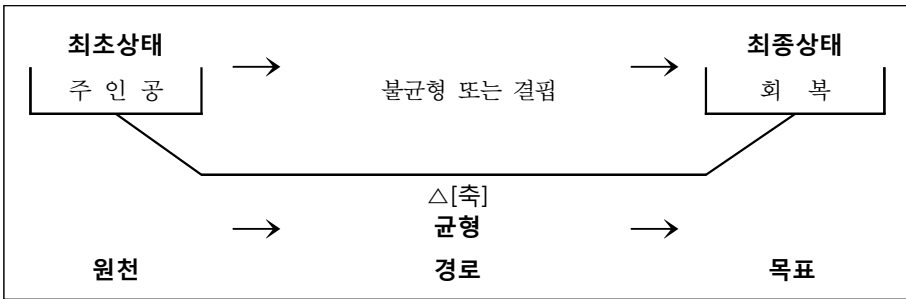
별 정정허가신청사건의 심리를 위하여 조사할 사유로 정하고 있을 뿐 그 여부만으로 성별 정정 허가를 결정할 수 있는지 여부에 대해서는 말하고 있지 않다. 그러나 다수의견은 성별 정정지침 제6조 제1호를 성별 정정 허가의 소극적 요건으로 설정하였다. 결론적으로 다수의견에 따르면, 미성년자인 자녀를 둔 부 또는 모가 성전환증을 이유로 성별 정정을 허가받는 것은 자신에게 주어진 책임을 가볍게 여기고 자신만의 만족감을 위해 여행을 떠나는 혹은 도망치는, 미성년자인 자녀에 대한 최소한의 배려조차 없는 몰지각한 행동이라는 것이다. 따라서 이러한 몰지각한 부모로서의 성전환자는 자녀가 성인이 될 때, 즉 친권자로서의 책임이 끝날 때까지 성별 정정을 받을 수 없게 된다.

다수의견을 이상적 인지모형의 틀 안에서 재구성해 보자. 미성년자인 자녀가 성인이 될 때까지 그 부모인 성전환자의 성별 정정을 허가하지 않은 것은 성전환이라는 여행의 일시 중단이다. 미성년자인 자녀라는 장애물은 신청인 스스로 노력한다고 해서 극복될 수 있는 것이 아니라 일정한 시간이 지나야 비로소 해소될 수 있는 것이다. 이러한 목적달성 지연은 ‘성전환은 여행’이라는 이상적 인지모형이 만들어낸 정신공간에서는 수용 가능한 것으로 보인다. 왜냐하면 여행이라는 것은 장기간 동안 넓은 지역을 가로지르는 이동이기 때문에 잠시 여행을 중단한다고 해서 여행 자체가 중도에 종료되는, 즉 목적 달성이 아예 좌절되는 것이 아니기 때문이다. 다시 말해, 출발지에서 어느 정도 진전이 있었고 그 이동이 일시적으로 중단된다고 하더라도 그것이 막다른 진로로의 진입 때문이 아닌 이상 신청인의 노력이 수포로 돌아가는 것은 아니다.

그렇다면 왜 미성년자인 자녀는 여행에서의 장애물이 된 것인가? 이는 미성년자에 대한 원형효과 때문인 것으로 보인다. 다수의견은 신청인이 부모 또는 사회구성원으로서의 의무를 도외시하였다는 점을 강조하고 있다. 바꿔 말하면, 다수의견은 자신의 의무를 다하지 않는 신청인의 개인적 목표 달성에 조력하지 않겠다는 것이다. 그런데 여기에는 미성년자인 자녀의 존재를 곧바로 부모 또는 사회구성원으로서의 의무의 방기로 연결하는 논리적 비약이 있다. 이러한 비약에는 미성년자인 자녀가 성전환을 한 부모를 이해하지 못하고 정신적 혼란과 충격을 받을 것이라는 판단이 전제되어 있다. 이러한 판단은 미성년자란 정신적으로 미숙하고 취약하며 부모에 대한 이해나 동의를 기대할 수 없는 열등한 존재라는 모종의 원형효과이다. 그러나 대법관 양창수와 대법관 이인복이 반대의견에서도 밝혔듯이, 부모의 성별 정정에 대한 자녀의 이해나 동의 여부와 자녀에 대한 보호·교양·부양의

모습과 정도는 구체적으로 판단되어야 하는 문제이다.

위와 같은 원형효과에 따르면, 미성년자인 자녀를 둔 성전환자가 공부상 성별 정정을 하려는 것은 미성년자인 자녀에 대한 부모로서의 의무를 방기하는 것이라는 등식이 성립한다. 여행 내러티브의 틀 안에서 이 등식은 신청자 자신의 자유와 부모로서의 의무 간의 불균형으로 이해될 수 있다. 앞서 살펴본 기본적인 여행 내러티브는 ‘균형’ 도식을 통해서 보다 더 정교화될 수 있다. 내러티브에서 ‘균형’ 도식이 개념적으로 사상되는 부분은 주인공의 최초상태와 최종상태이다. 이러한 유형의 내러티브에서 주인공은 어떤 불균형이나 결핍을 야기하는 사건을 겪게 되고, 이러한 불균형이나 결핍을 해소하여 균형을 되찾는 목표를 향해 나간다.<sup>100)</sup> 이 구조는 아래와 같이 도식화할 수 있다.<sup>101)</sup>

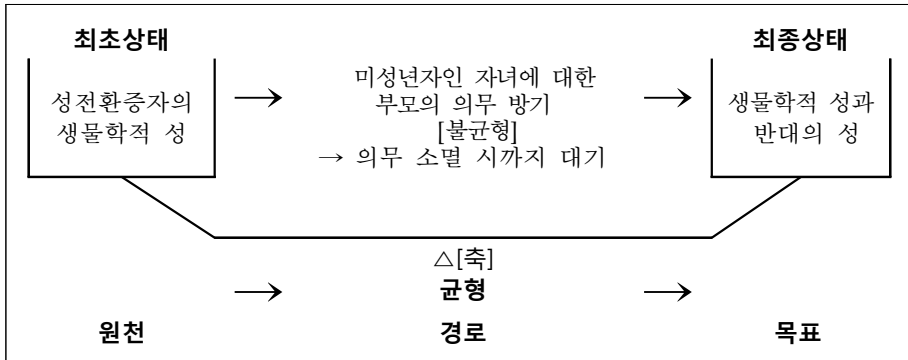


[그림 3] 변형된 여행 내러티브 구조

이러한 내러티브의 구조 안에서 성전환자인 신청인이 취할 수 있는 회복이란 부모로서의 의무를 다하는 것이다. 그리고 다수의견은 그 의무 이행의 방법으로 미성년자인 자녀가 성년이 될 때, 즉 의무가 소멸할 때까지 공부상 생물학적 성으로 기재되어 있기를 명령한 것이다. 이는 다음과 같이 도식화할 수 있다.

<sup>100)</sup> Winter, 전게서(주 5), p. 109.

<sup>101)</sup> [그림 3]은 Winter, 전게서(주 5), p. 110에서 따옴.



[그림 4] 미성년자인 자녀를 둔 성전환자에 관한 여행 내러티브 구조

## 2. 대안적 모형: ‘선택으로서의 성전환’ 모형

지금까지 살펴본 바에 따르면, 2004스42 결정과 2009스117 결정의 다수의견이 암묵적으로 전제하고 있는 성전환의 이상적 인지모형이 ‘성전환은 여행’ 은유를 바탕으로 구조화되어 있음을 알 수 있다. 그리고 이러한 인지모형을 배경으로 삼을 경우 법원은 성전환자의 전환된 성에 대한 최종적인 심사자로서의 역할을 수행하게 된다. 그러나 성전환에 대한 이러한 이상적 인지모형은 성전환자들의 실제 삶을 제대로 반영하고 있지 못하다. 물론 이상적 인지모형은 추상화되어 있다는 점에서 현실을 그대로 묘사하는 모형은 아니다. 그렇다고 하더라도 어떤 대상에 대한 이상적 인지모형과 그 대상의 실제적인 모습 간의 괴리가 심각하다면 그 이상적 인지모형은 그 대상에 대한 이해의 틀로서 기능할 수 없을 것이다. 아래에서 살펴볼 것처럼 성전환자들이 실제로 살아가는 삶은 성전환이라는 목표를 향해 점진적으로 단계적으로 나아가 최종적으로는 법적으로도 전환된 성을 인정받게 되는 그런 모습이 아니다.

2004스42 결정이 나오기 전 성전환자 인권실태조사 기획단은 2006년 생물학적 여성이 남성으로 성전환 한 성전환자(Female-to-Male; 이하, FTM) 38명과 생물학적 남성이 여성으로 성전환 한 성전환자(Male-to-Female; 이하, MTF) 40명을 대상으로 설문지조사와 심층면담을 실시하여 2006년 당시 우리 사회에서 성전환자로 살아간다는 것의 실제적인 모습을 추적하였다.<sup>102)</sup> 물론 표본을 많이 구할 수

<sup>102)</sup> 성전환자 인권실태조사 기획단, **성전환자 인권실태조사**(2006)는, 2006년 발족한 “성전환자 성별변경관련법 제정을 위한 공동연대”가 민주노동당 노회찬 의원실의 후원으

없는 특수성 탓에 표본의 대표성은 온전히 담보할 수 없었지만 국내에서 처음으로 성전환자의 삶 전반에 관한 깊이 있는 조사는 점에서 그 의의가 크다고 하겠다. 심층면담 결과, 성전환자들 중 상당수가 성장기부터 내적으로는 성정체감의 혼란 때문에 주관적 불편감에 시달려 왔고, 외적으로는 동료집단으로부터 따돌림과 차별을 당함으로써 고통을 겪어 왔다는 사실이 밝혀졌다. 특히 청소년기 학교나 청년기 군대 내에서 성적 괴롭힘을 당했다고 보고한 성전환자들이 많았다. 그들이 겪고 있는 심리적·사회적 고통이 상당함에도 불구하고 이러한 고통을 치유하거나 그들에게 실질적인 도움을 줄 수 있는 제도나 사회적 분위기는 미흡하였다.

이 조사에 따르면 성전환자들 중 상당수가 경제적으로 낮은 계층에 속하였고, 구직·취업 등에서 상당한 제약을 받고 있는 것으로 나타났다.<sup>103)</sup> 응답자의 32.7%가 가구재산이 300만원 미만으로 조사되어 조사에 응한 성전환자들 중 많은 수가 경제적으로 넉넉하지 못한 것으로 나타났다. 조사에 응한 성전환자들 중 28.9%는 성전환수술비용을 부담이 가장 큰 재정지출 항목으로 답하였다. 그리고 응답자의 54.1%가 가족, 친지, 친구 등 주변의 개인적인 인맥을 통한 소개로 취업한 것으로 나타나 성전환자의 취업이 일반인에 비해 상당히 어려운 것으로 보였다. 직업선택에 있어서는 FTM 성전환자와 MTF 성전환자 집단의 차이가 있었다. FTM 성전환자들은 공장노동자, 사무직, 운전 등 다양한 직종에 고루 종사하는 것으로 나타났지만, MTF 성전환자들의 경우 40명 중 25명(65%)이 유흥업이나 공연예술에 종사하는 것으로 나타났다. 이는 FTM 성전환자들에 대한 사회적 편견보다 MTF 성전환자들에 대한 사회적 편견이 더욱 심한 것으로 분석된다. 또한 그리고 공부상 성별 정정과 관련하여 조사대상 78명 중 64명(85.3%)이 성별 정정을 하지 않은 상태였다. 이들 중 2명은 법원에 성별 정정을 신청하였으나 기각된 경우였고, 3명은 법원에 성별 정정을 신청하고 결정을 기다리는 중이었다. 성별 정정을 하지 않은 나머지 59명은 성별 정정신청을 계획하고 있었지만, 2004스42 결정이 있기 전에는 성별 정정에 관한 규정이 없었고 법원의 결정마저도 일관성이 없어 공부상 성별 정정 신청을 주저하고 있었던 상황이었다. 그들이 성별 정정을 신청하고자 하는데 있어서 전환된 후의 성으로 완전히 받아들여지고 싶은 심정도 중요한 이유였지

---

로 성전환자 인권실태조사 기획단을 구성하여 국내에서는 처음으로 실시된 성전환자의 삶에 대한 보고이다.

103) 이하 내용은 성전환자 인권실태조사 기획단, 전게서(주 102), 20-150면을 발췌·요약한 것임.

만, 사회·경제적 활동에서 불편함을 없애고자 하는 것도 성별 정정 신청의 주된 목적이었다.

이와 같이 성전환자는 성별 정정을 하기 전에는 전환된 성별을 가진 사람으로서 사회생활이나 경제생활에서 큰 제약을 받고 있다. 이러한 제약은 단순히 직업 선택의 어려움 정도가 아니라 성전환자로서 선택할 수 있는 직업 자체를 극도로 제한하는 결과를 낳는다. 다시 말해, 공부상 성별 정정을 하기 전에는 역설적으로 외양을 전환된 성별에 어울리게 가꾸면 가꿀수록 통상적인 경제활동은 더욱 제한되게 된다. 그러나 대법원은 성전환자가 전환된 성을 법적으로 인정받기 위해서 사회적·직업적 측면에서 전환된 성으로 받아들여질 것을 요구한다.

‘성전환은 여행’ 은유에 대한 대안을 대법관 양창수와 대법관 이인복의 반대의견에서 찾을 수 있다. 다수의견은 성전환을 생물학적 성에서 전환된 성으로의 점진적인 변화 과정으로 보는 반면에, 이 반대의견은 성전환을 개인적 영역에 속하는 자신의 존재양식 또는 삶의 기본양상에 관한 결단으로 본다. 다시 말해, 반대의견은 ‘성전환은 선택’이라는 새로운 개념적 은유의 틀 안에서 논의를 전개한다고 볼 수 있다. 반대의견은 “성전환자들에게도 새로운 성에 대한 법적 보호가 필요하고, 각자가 자신이 원하는 성을 법적으로 인정받고 이를 기본으로 하여 삶을 영위하는 것은 자신의 행복 추구에 있어서 본질적인 의미를 가지는 것”이고, “어느 한 사람의 성적 정체성은 근본적으로 개인적 영역에 속하는 자신의 존재양식 또는 삶의 기본양상에 관한 결단으로서의 성격을 지니므로 이는 법적으로도 그에 상응한 존중을 받아야 하는 것이다. ... 성적 정체성에 관한 태도 결정이나 성적 지향은 개인의 존재 그 자체를 구성하는 것으로서 이를 법적으로 인정받지 못하는 것은 인간의 존엄을 유지하고 스스로 선택한 가치관에 따라 행복을 추구한다는 가장 기본적인 권리를 부정당하는 것이나 다름없다.”라고 말한다. 요컨대 반대의견은 법은 이러한 선택을 존중하고 그 선택에 따른 삶의 영위를 보장하기 위해서 전환된 성을 법적으로 인정해야 한다고 본다. 다수의견이 전환된 성에 대한 법적 인정을 성전환이라는 점진적 과정(즉, 은유적 여행) 끝에 달성되는 최종적 목표로 상정한 반면에, 반대의견은 그 법적 인정이 성전환자의 존엄한 삶의 시작점이라고 보고 있다는 것이다.

‘성전환은 선택’ 은유의 기저에는 ‘천칭’ 도식이 자리 잡고 있다. 선택은 선택지들 간의 비교·평가를 전제로 한다. 이는 ‘선택하는 것은 무게를 재는 것’이라는 신체화된 은유와 관련되어 있다. ‘무게를 재는 것’은 ‘천칭’ 도식의 한 예라고 할

수 있다. ‘천칭’ 도식은 천칭의 양 접시에 힘이 작용하는 영상도식으로 ‘균형’ 도식의 한 예이다. 존슨에 따르면, 법적·도덕적 추론에서의 주요한 과제인 증거의 경중 판단이나 이익형량은 인지적으로 균형 도식에 의존한다.<sup>104)</sup> 일반적인 사람들은 자신의 성정체성에 대해 큰 고민을 하지 않는다. 그러나 성전환증을 가진 사람들은 생물학적 성에 심각한 불편감을 느끼고 반대의 성에 귀속감을 느끼기 때문에 성정체성에 대한 극심한 혼란을 겪는다. 성전환은 이러한 극심한 혼란 끝에 내려지는 결단이라는 특징이 있다. 다수의견의 모형에서도 ‘균형’ 도식이 도입되지만 여행이라는 맥락 안에서 이해된다는 점에서 반대의견의 그것과는 구별된다. 반대의견은 성전환이 가지는 이러한 결단으로서의 측면을 강조한다. 이때 성전환증을 가진 사람은 자신이 생물학적 성으로 살아갈 때 겪게 되는 혼란과 성전환을 했을 때 증진될 수 있는 행복의 경중을 따짐으로써 선택을 하게 될 것이다.

이 대안적 이상적 인지모형의 관점에서 선택의 방향을 바꾸기 위해서는 천칭의 어느 한쪽 접시에 힘을 가하듯 선택지들의 경중을 변화시켜야 한다. 이를 성전환의 문제 적용해 보면, 선택을 통해 전환된 성을 법적으로 인정하지 않기 위해서는 그 선택을 압도할 수 있는 무게의 이유가 있어야 한다는 것이다. 반대의견도 마찬가지로 미성년자인 자녀가 있는 경우 성별 정정을 허용할지 여부는 “성전환에 대한 법적 승인으로 인한 성전환자의 이익과 그 미성년자인 자녀의 불이익 사이의 구체적 형량문제”라고 판단하였다. 그리고 이러한 구체적 형량을 위해서 반대의견은, 미성년자에 대한 원형효과에 사로잡히지 않고, “성전환자의 미성년자인 자녀가 성전환자를 성전환 전과 마찬가지로 자신의 어버이로 여기는 경우”와 같은 가능성을 고려해야 한다고 하였다. 그러한 경우에는 성전환에 대한 법적 승인으로 인한 성전환자의 이익이 미성년자인 자녀의 불이익보다 현저히 크다고 할 수 있다.

## VI. 결 론

지금까지 성전환자의 공부상 성별 정정허가와 관련된 주요 판례들을 인지적인 관점에서 분석해 보았다. 우선 성별 정정에 대한 판례의 변화 추이에서 1990년대 중반까지는 법의 영역에서 성별이라는 범주가 생물학적 모형에 고착되었음을 알

<sup>104)</sup> 마크 존슨, 노양진 역, **마음 속의 몸: 의미, 상상력, 이성의 신체적 근거**(서울: 철학과 현실사, 2000), 201면.



수 있다. 그러다가 종래의 성별 개념으로는 해결하기 힘든, 성전환자의 성별 판단이라는 법적인 문제가 불거지기 시작했다. 이런 상황에서 대법원은 성별에 ‘그릇’ 도식을 투사하는 범주 개념을 고수한 채 성을 결정하는 요소에 사회심리적 요소를 추가함으로써 범주의 확장을 피했다.

이 분석을 통해서, 성별 정정을 허가하였던 2004스42 결정과 그 후속 조치로 만들어진 성별 정정지침의 이면에는 ‘여행’이라는 원천영역으로부터의 개념적 은유가 있고 그 개념적 은유의 기저에는 ‘원천-경로-목표’ 도식이 있음을 알 수 있었다. 그리고 여기에 성전환자에 대한 원형으로의 축소 현상이 반영되어 있음도 알 수 있었다. 대법원의 입장은 원형적인 남자에 가장 근접한 성전환 남자 또는 원형적인 여자에 가장 근접한 성전환 여자만을 법적으로 전환된 성으로 평가하겠다는 것이다. 다시 말해, 성이라는 범주가 성염색체만 다른 경우까지만 확장된 것이다. 이러한 원형으로의 축소 현상은 국가인권위원회의 지적대로 인권침해의 위험성으로 결과한다. 기본적으로 원형은 범주화의 참조점으로 작용하고 인지적 경제성을 돕는 긍정적인 역할을 한다. 하지만 이 분석에서도 알 수 있듯이 원형은 그 현저성 때문에 사고의 폭을 좁히는 부작용을 야기할 수도 있다.

미성년자인 자녀가 있는 성전환자의 성별 정정이 문제되었던 2009스117 결정에 대한 인지적 분석은 다수의견과 (대법관 양창수와 대법관 이인복의) 반대의견의 논증의 차이점을 더욱 선명하게 보여주었다. ‘여행으로서의 성전환’과 ‘선택으로서의 성전환’이라는 대조적인 성격규정은 쟁점에 대한 판단의 틀로 작용하였다. 그 결과 다수의견과 반대의견은 서로 다른 방향의 법적 추론을 전개하였다. 이때 다수의견은 다시금 원형으로의 축소 현상을 보여주었다. 이번에는 미성년자인 자녀에 대한 원형적 가정이 그것이었다.

여기서 주의할 점은 인지적 분석이 최선의 판결이 무엇인가를 알려주지는 못한다는 사실이다. 미켈먼(F. Michelman)은 법적 추론에 대한 인지적 분석이 법적 추론에 부과되는 ‘규범적 제약’을 제대로 포착하지 못한다고 비판했다.<sup>105)</sup> 미켈먼은 법적 판단 및 의사결정에는 ‘예측적(인과적) 제약’, ‘규범적 제약’, ‘동기적 제약’이 요청된다고 본다. 예측적 제약이란, 판결이 일정한 범위 내에서 예측 가능해야 한다는 요구이다. 규범적 제약이란, 최선의 판결 혹은 그에 준하는 판결이 존재하고 또 존재해야만 한다는 요구이다. 그리고 동기적 제약이란, 판사들이 최선의 판결

105) Frank I. Michelman, “Relative Constraint and Public Reason: What is the Work We Expect of Law”, *Brook. L. Rev.* 67 (2001), p. 963.

혹은 그에 준하는 판결이 있으리라고 믿어야 한다는 요구이다. 인지적 관점에서, 법적 추론은 완전히 확정적이지는 않지만 어느 정도 범위 내에서 예측될 수 있고, 사회적 가치가 안정적인 영역에서는 법적 추론은 확정적인 것으로 경험될 수 있기 때문에 예측적 제약과 동기적 제약을 충족시킨다고 할 수 있다. 그러나 성전환자의 공부상 성별 정정 사건의 분석에서도 알 수 있듯이 인지적 분석은 다수의견과 반대의견이 왜 같았는지에 대한 설명을 제공할 뿐이다. 어느 의견이 최선이었는지 여부는 인지적 분석만으로는 알 수 없는 노릇이다. 윈터는 법이 사회적 가치와 그 결과로 나타나는 정치와 다르지 않다는 주장을 함으로써 규범적 제약, 즉 정당화의 문제를 우회한다.<sup>106)</sup>

앞에서 살펴보았던 2009스117 결정에 대한 인지적 분석만으로는 다수의견과 반대의견 중에 어느 것이 더 최선의 의견인지는 판단하기 어렵다. 그러나 인지적 분석이 정당화와 아무런 상관이 없다고는 할 수 없다. 우리는 2009스117 결정에서 미성년자인 자녀의 존재를 성전환자가 부모로서의 의무를 방기하는 것으로 직결시키는 다수의견은 미성년자에 대한 원형효과에 사로잡혀 있는 것이라고 분석하였다. 여기서 만약 최선의 판결 또는 그에 준하는 판결이 갖추어야 할 덕목들 중 하나가 숙고(deliberation)라 한다면 원형효과에 오도되어 다양한 가능성을 간과한 다수의견은 비판받아 마땅하다. 이때 인지적 분석은 효과적인 비판의 도구로 활용될 수 있다. 그리고 반대의견이 다수의견에 대해 가한 비판도 인지적 분석과 다르지 않다는 점도 인지적 분석이 평가의 근거로 활용될 수 있음을 방증한다.

인지적 분석은 아직까지 법학적 조명을 받지 못했던, 법적 추론의 기저에 있는 인지과정의 역할에 대해 주목하도록 만든다. 물론 위의 비판처럼 인지적 분석이 어떤 법적 판단의 정당화에 적절한 근거를 제공할 수는 있지만 직접적인 정당화 수단으로 사용되기는 어렵다. 그러나 법적 추론에 대한 인지적 설명, 즉 인지적 분석은 법적 추론의 인지과정의 기저에 깔려 있는 문화적·사회적 역동성을 추적할 수 있는 새로운 가능성을 보여줄 수 있다.

필자는 인지적 분석방법이 다음과 같은 의의를 가진다고 생각한다.

첫째, 법적 추론에 대해 인지적 분석을 통해 우리의 관행적 사고가 어떤 것인지 명료화할 수 있다. 앞서 살펴본 성전환자의 성별 정정 사건들에서 다수의견은 성전환자의 성정체성의 문제를 관행적인 ‘여행’ 은유의 틀에서 이해함으로써 위험한 외과적 수술을 성별 정정허가의 필수적인 요건으로 간주하게 되었고, 미성년자에

<sup>106)</sup> Winter, 전게서(주 5), p. 329.

대한 원형을 바탕으로 사고를 전개함으로써 ‘부모-미성년 자녀’ 관계의 다양한 국면을 간과하였다. 이처럼 인지적 분석을 통해서 우리의 직관이 개념적 은유 체계와 원형을 통한 사고에 의존한다는 것을 알 수 있다. 이러한 인지적 사실을 간과한 채 법적 추론을 진행하는 경우 종종 현실의 문제를 왜곡하게 된다. 이 지점에서 법적 추론에 대한 인지적 분석은 인지과정에서 생길 수 있는 왜곡의 원인을 진단해 주는 유용한 도구가 될 수 있다.

둘째, 인지적 분석은 비성찰적인 관행적 사고의 전제를 알려줌으로써 대안적인 사고의 틀을 형성할 수 있는 가능성을 제시해 준다. 인지적 분석은 법적 추론 과정에서 개념적 은유, 이상적 인지모형, 원형, 범주화, 유추 등이 강력한 역할을 수행한다는 사실을 보여주었다. 이러한 사실은 역으로 개념적 은유, 이상적 인지모형, 원형, 범주화, 유추의 상상적 변형을 통해서 우리의 관념을 바꿀 수 있다는 점을 시사한다. 물론 고착화된 개념적 은유나 이상적 인지모형 등이 쉽게 새로운 것들로 대체되는 것은 아니다. 그러나 현실의 문제를 왜곡시키지 않는 인지적 틀이 점진적으로 설득력을 획득할 수 있는 가능성은 언제나 열려 있다. 2009스117 결정의 반대의견은 성전환의 여러 측면 중에서 성전환이 한 개인의 결단이라는 측면을 부각시킴으로써 성전환자의 공부상 성별 정정 여부를 결정하는 데 있어서 법원의 역할에 대한 새로운 이해를 추구하였다.

이 대안적인 모형의 장점은 성별 정정의 허가 기준에 대한 재고 가능성을 열어 준다는 것이다. ‘성전환은 여행’ 모형에서 성기 수술은 반드시 거쳐야 하는 중간 목적지임에 반해서, ‘성전환은 선택’ 모형에서는 이러한 수술이 성정체성 결단에 반드시 선행되어야 하는 것은 아니다. 대개의 경우 성정체성 결단이 성기 수술에 앞서기 일쑤다. 국가인권위원회는 외과적 수술과 사적 삶에 대한 증언 등을 요구하는 성별 정정지침이 인권침해 요소가 있으므로 그 개선을 권고하였다. 이러한 권고를 수용하기에 더 적합한 이상적 인지모형은 ‘성전환은 선택’ 모형이라고 여겨진다. 2013. 3. 15.에 서울서부지방법원은 남성의 외관과 확고한 정체성을 가지고 남성으로 사회생활을 하고 있으나 남성성기성형수술을 받지 못한 FTM 성전환자 5명에 대해 가족관계등록부 성별란의 ‘여’를 ‘남’으로 정정할 것을 허가했다.<sup>107)</sup>

107) 성적지향·성별정체성 법정책임연구회는 이 판결들에 대하여 “대법원 관례와 예규가 반대의 성에 부합하는 외부성기 요건을 정하고 있다 하더라도, 의료적 위험성이 높고 감당하기 어려운 비용이 드는 성기성형수술을 성별 정정 허가에 있어 반드시 요구하도록 하는 것은 지나치게 가혹하다고 법원이 판단한 것으로 풀이된다.”라고 논평하였다[성적지향·성별정체성 법정책임연구회 보도자료, <http://lgbtsurvey.kr/7> (2014. 7.

또한 서울서부지방법원 2013. 11. 19.자 2013호파1406 결정은 성별정정의 요건으로 외부성기 성형수술을 강제하는 것은 성전환자에게 건강상 위험과 과도한 비용을 감수하도록 하는 것과 다름없으므로 인간으로서의 존엄성과 인간다운 생활을 할 권리 및 행복추구권을 침해하는 것이라고 결정이유를 상세히 밝혔다. 이러한 추이로 미루어 보건대, ‘선택’ 모형에 따른 구체적 형량을 주장한 반대의견이 점점 더 설득력을 얻어가고 있는 것으로 보인다.

다만 위와 같은 의의와는 별개로, 본 연구는 2004스42 결정과 2009스117 결정을 대상으로 인지적 분석을 시도하였기 때문에 다음과 같은 약점도 존재한다.<sup>108)</sup> “이 결정들이 인지적 분석의 유용성을 보여주는 데 적절한 예들인가?”라는 의문이 생길 수 있다. 그리고 이러한 의문의 이면에는 만약 인지적 분석이 기존의 논의들과 동일한 결론을 도출한다면 인지적 분석은 잉여적인 접근법은 아닐까라는 우려가 자리한다. 물론 본 연구는 해당 결정에 관한 기존의 논의들과 전혀 다른 새로운 결론에 도달하지는 못했다. 또한 필자도 이 분석 대상이 인지적 분석만의 날카로움을 돋보이게 하는 최선의 예라고도 장담하지 못한다. 다만 본 연구에서 보이자 했던 인지적 분석의 유용성은 비성찰적인 관행적 사고와 그에 대한 대안적 사고의 인지적 구조를 밝히는 데 있다. 이러한 의미의 유용성에서는 해당 결정이 어느 정도는 적절하리라 본다. 그러나 여기에서 멈추기보다는 향후 연구를 통해 전통적인 법학적 논의의 틀로는 제대로 설명되거나 정당화되지 않는 사안을 선정하여 더욱 참신한 분석을 시도할 필요가 있겠다.

투고일 2014. 11. 2	심사완료일 2014. 11. 24	게재확정일 2014. 11. 28
-----------------	--------------------	--------------------

---

1. 방문].

108) 이 제한점에 대한 익명의 심사위원의 논평에 깊이 감사한다.

## 참고문헌

- 高宗柱, “性轉換手術로 인한 戶籍公簿上 性別의 訂正: 性轉換者(transsexual)의 性正體性障礙 克服을 위한 處遇”, **판례연구**, 제14집(부산판례연구회, 2003).
- 김도균, “우리 대법원 법해석론의 전환: 로널드 드워킨의 눈으로 읽기 - 법의 통일성(Law's Integrity)을 향하여 -”, **법철학연구**, 제13권 제1호(2010).
- 김민규, “2006년 대법원 결정을 계기로 본 성전환(증)자에 대한 법학과 의학의 협력 메커니즘”, **동아법학**, 제39호(2007).
- 金台明, “性轉換을 둘러싼 法的 問題點에 대한 檢討”, **저스티스**, 통권 제71호(2003).
- 문유석, “성전환수술을 받은 자의 성별 - 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결 -”, **인권과 정의**, 통권 제311호(2002).
- 閔裕淑, “성전환자에 대한 호적정정의 가부(可否)”, **대법원판례해설**, 제60호(법원도서관, 2006년 상반기).
- 朴恩正, “법관과 법철학”, **서울대학교 法學**, 제53권 제1호(2012).
- 사법발전재단 편, **역사 속의 사법부**, 사법발전재단, 2009.
- 성전환자 인권실태조사 기획단, **성전환자 인권실태조사**, 2006.
- 안성조, “법문의 가능한 의미”의 실재론적 의미”, **법철학연구**, 제12권 제2호(2009).
- 이로문, “性轉換과 性轉換者의 民法的 考察”, **법학논총**, 제24권 제4호(2007).
- 정현미, “강간죄의 객체 - 성전환수술자의 강간죄의 객체 -”, 통권 제490호(1997년 12월호).
- 曹喜大, “男女의 性轉換은 現行法上 許容되는가”, **法曹**, 제46권 제5호(1997).
- 최정학, “성전환의 법적 문제”, **민주법학**, 제14권(1988).
- 허 경, “미셸 푸코의 “담론” 개념 - “에피스테메”와 “진리놀이”의 사이 -”, **개념과 소통**, 제9권(2012).
- 홍춘의, “性轉換과 戶籍訂正”, **판례월보**, 제308호(1996. 5).
- 루드비히 비트겐슈타인, 이영철 역, **철학적 탐구**, 서울: 책사랑, 2006.
- 메리 E. 위스너-헹크스, 노영순 역, **젠더의 역사**, 서울: 역사비평사, 2006.
- 비비안 에반스, 멜라니 그린, 임지룡·김동환 역, **인지언어학 기초**, 서울: 한국문화사, 2008.
- 알란 크루즈, 윌리엄 크로프트, 김두식·나익주 역, **인지언어학**, 서울: 박이정, 2005.
- 츠지 유키오 편, 임지룡 역, **인지언어학 키워드 사전**, 서울: 한국문화사, 2004.

- Amsterdam, Anthony G. and Jerome S. Bruner, *Minding the Law*, Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 2000.
- Cienki, Alan, “Frames, idealized cognitive models, and Domains”, in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics*, Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007.
- Cohen, Felix, “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, *CowM. L. Rev.* 35 (1935).
- Dirven, Renée, Frank Polzenhagen and Hans-Georg Wolf, “Cognitive Linguistics, Ideology, and Critical Discourse Analysis”, in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics*, Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007.
- Dworkin, Ronald M., *Law’s Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1986.  
[역서] 장영민 역, **법의 제국**, 서울: 아카넷, 2004.
- Eisenberg, Theodore and Sheri Lynn Johnson, “Implicit Racial Attitudes of Death Penalty Lawyers”, *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 353, 2004.  
(<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/353>)
- Ewick, Patricia, and Susan Silbey, “Subversive Stories and Hegemonic Tales: Toward a Sociology of Narrative”, *Law and Society Review* 29 (1995).
- Fillmore, Charles, “Frame Semantics”, in Linguistic Society of Korea (ed.), *Linguistics in The Morning Calm: Selected Papers from SICOL-1981*, Seoul, Korea: Hanshin Pub., 1982.
- Grady, Joseph E., “Metaphor”, in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics*, Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007.
- Hohfeld, Wesley N., “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale L. J.* 23 (1913).
- Johnson, Mark, *The Body in the Mind: The Bodily Basis of Meaning, Imagination, and Reason*, Chicago: Univ. of Chicago Press, 1987. [역서] 노양진 역, **마음 속의 몸: 의미, 상상력, 이성의 신체적 근거**, 서울: 철학과 현실사, 2000.
- Lakoff, George, *Women, Fire, and Dangerous Things: What Categories Reveal about the Mind*, Chicago: Univ. of Chicago Press, 1987. [역서] 이기우 역, **인지의 미론: 언어에서 본 인간의 마음**, 서울: 한국문화사, 1994.

- Lakoff, George, *Moral Politics: What Conservatives Know that Liberals Don't*, Chicago: The University of Chicago Press, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Don't Think of an Elephant!: Know Your Values and Frame the Debate*, White River Junction, Vt.: Chelsea Green Pub. Co., 2004.
- Lakoff, George and Mark Johnson, *Metaphors We Live by*, Chicago: Univ. of Chicago Press, 1980. [역서] 노양진·나익주 역, *삶으로서의 은유*, 수정판. 서울: 박이정, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Philosophy in the Flesh: The Embodied Mind and Its Challenge to Western Thought*, New York: Basic Books, 1999. [역서] 임지룡·윤희수·노양진·나익주 역, *몸의 철학: 신체화된 마음의 서구 사상에 대한 도전*, 서울: 박이정, 2002.
- Leiter, Brian, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007.
- \_\_\_\_\_, "Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?", *Legal Theory* 16 (2010).
- Lewandowska-Tomaszczyk, Barbara, "Polysemy, Prototypes, and Radial Categories", in Dirk Geeraerts and Hubert Cuyckens (eds.), *The Oxford Handbook of Cognitive Linguistics*, Oxford; New York: Oxford Univ. Press, 2007.
- Michelman, Frank I., "Relative Constraint and Public Reason: What is the Work We Expect of Law", *Brook. L. Rev.* 67 (2001).
- de Oliveira, Roberta P., "Language and Ideology: An Interview with George Lakoff", in Renée Dirven, Bruce Hawkins and Esra Sandikcioglu (eds.), *Language and Ideology*, Vol. 1, Theoretical Cognitive Approaches, Amsterdam: John Benjamins, 2001.
- Ricoeur, Paul, translated by Kathleen McLaughlin and David Pellae, *Time and Narrative*, Chicago: Univ. of Chicago Press, 1988.
- Rosch, Eleanor H. and Carolyn B. Mervis, "Family resemblances: Studies in the internal structure of categories", *Cognitive Psychology* 7, No. 4 (1975).
- Sunstein, Cass R., "On Analogical Reasoning in Law", *Harv. L. Rev.* 106 (1993).
- Turner, Mark, *Cognitive Dimensions of Social Science*, Oxford: Oxford Univ. Press, 2001.
- Winter, Steven L., *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago: Univ. of Chicago Press, 2001.

<Abstract>

## Critical Cognitive Analysis of Legal Reasoning: With a Focus on a Series of Judicial Decisions on the Correction of Transsexual People's Legal Sexes

Gahng, Taegyung\*

My study aims to introduce Winter's cognitive analysis method of legal reasoning, and to apply it to the reviewing of Korean courts' judicial decisions. To understand the cognitive analysis method, one needs to understand the necessary conceptual tools such as conceptual metaphors, idealized cognitive models, radial categories used in cognitively analyzing legal reasoning. Cognitive analysis can be considered as a kind of critical analysis. Having established better understandings of the cognitive analysis method, I analyze and examine in-depth a series of judicial decisions on the correction of transsexual people's legal sexes. This review demonstrates that cognitive background mechanisms have a significant impact on thinking about legal issues (i.e. deciding whether transsexual plaintiffs are permitted to change their legal sexes in accordance with their desired ones). Reappraising legal reasoning within the framework of cognitive mechanisms lets us pay attention to their conflicting roles in legal reasoning; cognitive mechanisms not only make it possible to understand legal issues in new and different ways, but also impose certain constraints on the possibility of understandings. Namely, it can provide new possibilities for making new meaning of legal issues and concepts.

Keywords: legal reasoning, cognitive analysis, conceptual metaphor, idealized cognitive model, Steven L. Winter, transsexual people, correction of legal sexes

---

\* Researcher at the Center for Public Interest and Human Rights in SNU Law Research Institute.