

트랜스젠더 성별정정 기준에 관한 청문회

- 대법원 예규의 성전환수술 요건을 중심으로 -

일시 2022년 10월 20일(목) 14:00~17:00

장소 국가인권위원회 14층 전원위원회실





트랜스젠더 성별정정 기준에 관한 청문회

- 대법원 예규의 성전환수술 요건을 중심으로 -

일시 2022년 10월 20일(목) 14:00~17:00

장소 국가인권위원회 14층 전원위원회실

트랜스젠더 성별정정 기준에 관한 청문회 진행 순서

- 위원장 : 남규선 국가인권위원회 상임위원
- 위 원 : 이준일, 김수정 위원(이상 국가인권위원회 위원)
- 진 행 : 염형국 차별시정국장

	내용	진행자 및 발표자
14:00~14:10	<ul style="list-style-type: none"> ● 참석자 소개 및 취지 설명 	염형국 국가인권위원회 차별시정국장
	<ul style="list-style-type: none"> ● 국가인권위원회 위원장 인사말 	서면 대체
14:10~14:40	[진술①] '성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침'의 제·개정 경과 및 의미	최신영(법원행정처 가족관계등록과장)
14:40~15:10	[진술②] 성별정정허가신청사건 재판의 경험	류세아(트랜스해방전선 부대표)
15:10~15:20	<ul style="list-style-type: none"> ● 유엔(UN) 성소수자 특별보고관 인터뷰 상영(12분) 	빅토르 마드리갈-보를로스
15:20~15:30	<ul style="list-style-type: none"> ● 휴식 	
15:30~16:00	[진술③] 헌법과 국제인권기준에서 본 성별정정 기준과 트랜스젠더의 인권	한상희(건국대학교 법학전문대학원 교수)
16:00~16:30	[진술④] 의료관점에서 본 트랜스젠더의 '성전환 수술'	이은실(순천향대학교 서울병원 산부인과 교수)
16:30~	<ul style="list-style-type: none"> ● 폐회 및 정리 	

인사말

안녕하십니까?

국가인권위원회 위원장 송두환입니다.

오늘 청문회 자리에 참석해주신 많은 전문가들과 당사자분들께 진심으로 감사의 말씀을 전합니다. 특히 대법원에서 어렵게 이 자리에 참석해주신 것에 거듭 감사의 인사를 드립니다.

모든 사람이 차별과 장애 없이 자신의 권리를 보호받고 누릴 수 있어야 한다는 것은 세계인권선언 이래로 우리가 추구해온 중요한 가치입니다.

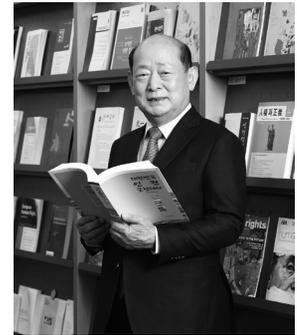
그러나 2020년 위원회가 실시했던 한 조사에 의하면 트랜스젠더의 경우 우리 사회에서 제대로 인정받지 못하거나 때로 존재를 부정당하기도 하는 등 누구나 누려야 할 인권을 충분히 향유하고 있지 못한 것으로 파악되었습니다. 우리나라에 트랜스젠더가 얼마나 존재하는지조차 제대로 파악되지 않았고, 이들을 위한 정책도 찾아보기 어려웠습니다.

오늘 우리가 다룰 주제는 다소 생소한 문제일 수도 있습니다. 그러나 국제사회에서는 이미 오래전부터 중요한 인권 의제로 다루어져 왔던 사안이기도 합니다. 그간 우리나라의 트랜스젠더 성별정정 기준이나 요건이 국제기준에 비해 지나치게 가혹하여, 당사자들이 어쩔 수 없이 외과적 수술을 하게 됨으로써 신체의 완전성에 관련한 자기 결정권을 침해받고 있다는 비판이 제기되기도 하였으나, 이를 개선하기 위한 노력은 부족하였습니다.

인권위는 이제 트랜스젠더 성별정정과 관련한 인권친화적이고 합리적인 기준이 무엇인지에 대해 본격적으로 고민해야 할 시간이라고 생각하며, 이해관계자와 전문가 여러분들로부터 소중한 의견을 듣고 새기고자 합니다.

바쁘신 가운데 이 자리에 참석해주신 분들에게 다시 한 번 깊이 감사드립니다. 오늘 이 자리를 통해 트랜스젠더가 처한 인권상황에 대해 깊이 이해하고 그에 대하여 우리가 어떤 노력을 해야 하는지 진지하게 논의하는 자리가 되었으면 합니다.

감사합니다.



2022년 10월 20일

국가인권위원회 위원장 송두환

차례

- ◆ ‘성전환자의 성별정정신청사건 등 사무처리지침’의 제·개정 경과 및 의미 11
최신영(법원행정처 가족관계등록과장)
- ◆ 대법원 예규의 수술요건 및 이에 따른 문제 23
 - 성별정정 수술요건에 관한 트랜스젠더 당사자의 경험 26
 - 단체 의견서 36
 류세아(트랜스해방전선 부대표)
- ◆ 유엔(UN) 성소수자 특별보고관 영상 인터뷰 45
빅토르 마드리갈-보를로스
- ◆ 트랜스젠더의 성별정정 기준의 법정치학 51
한상희(건국대학교 법학전문대학원 교수)
- ◆ 트랜스젠더의 외과 수술에 대한 의학적 관점 91
이은실(순천향대학교 서울병원 산부인과교수)
- ◆ <참고자료>
 - 유엔 성소수자 특별보고관 2021년 보고서(번역본)
 - 1. law of inclusion(포용의 법칙) 101
 - 2. practice of exclusion(배제의 관행) 133

‘성전환자의 성별정정신청사건 등 사무처리지침’의 제·개정 경과 및 의미

최신영 (법원행정처 가족관계등록과장)



「성전환자의 성별정정허가 신청사건 등 사무처리지침」 제·개정 경과 및 의미

최신영(법원행정처 가족관계등록과장)

1. 성전환자에 대한 가족관계등록부(구 호적)상 성별 기록(기재) 정정

성전환자에 대한 가족관계등록부(구 호적)상 성별 기록(기재)은 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정에 의하여 성전환자에 해당함이 명백한 사람에 대하여는 가족관계 등록기록의 정정(호적기재의 정정)에 관한 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제104조(구 호적법 제120조)의 절차에 따라 전환된 성(性)에 부합하도록 수정할 수 있도록 허용되었습니다.

성전환자의 성별정정과 관련하여 2002. 11. 4. 김홍신 전 국회의원, 2006. 10. 12. 노회찬 전 국회의원이 각각 성별 변경에 관한 특별법¹⁾을 국회에서 대표발의 하였으나 두 법안 모두 국회 회기만료로 폐기되었습니다. 2008. 8. 25. 국가인권위원회는 06진차525·06진차673병합 성전환자 성별 변경 시 인권침해 사건에서 국회의장에게 성전환자의 성별변경에 대한 요건 및 절차를 규정한 특별법을 제정할 것을 권고하였으나, 별도의 입법 없이 현재에 이르고 있습니다.

「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(가족관계등록예규 제550호, 2020. 3. 16. 시행) 일부 개정 당시 국민신문고 등을 통하여 2,000건이 넘는 반대의견이 제출되었고, 당시 청와대 국민청원이 진행되어 약 22만 명 이상이 동의를 하는 등 성전환자의 성별정정에 관하여는 모든 국민의 기본적 보장을 고려한 국민적 합의가 필요한 상황입니다.

1) 국회에서 김홍신 전 국회의원이 대표 발의한 특별법안은 외부 성기 등을 제거·변형하여 성적 외관이 반대의 성으로 명백히 변경되었을 것을 요구하는 반면, 노회찬 전 의원 안의 경우는 성전환수술에 대하여 명시하지 않고 호르몬 투여 등 의료조치를 받거나 받은 사람으로 생식 능력이 없을 것을 요구함

2. 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」 제·개정 경과

「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(호적예규 제716호)은 2006. 9. 6. 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정의 취지에 따라 성전환자에 대한 성별정정허가절차의 예측가능성을 확보하고, 성전환자의 호적정정허가신청사건과 호적기재에 관한 일선기관의 업무처리의 통일을 기하고자 제정되었습니다.

대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정 사건에서 인정된 사실을 보다 구체적으로 살펴보면, 신청인은 호적상 여성으로 등재되어 있었으나 성장기부터 일상생활에서 여성에 대한 불일치감과 남성으로의 귀속감으로 혼란을 겪어 오다가 병원의 성전환증의 진단 하에 성전환수술을 받아 남성의 신체와 외관을 갖추게 되었고, 정신과적 검사 결과 남성으로서의 성적 정체감이 확고하였으며, 법률상 혼인한 경력이 없고 범죄 또는 탈법행위를 할 개연성 또한 엿보이지 않았습니다.

이에 따라 2006. 9. 6. 제정된 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(호적예규 제716호) 제2조에서는 이 지침의 적용범위를 신청인 겸 사건본인이 성전환증에 의하여 성전환수술을 받았음을 이유로 성별정정허가신청을 하는 경우로 하고 있으며, 이는 현재도 동일합니다.

2009. 1. 20.에는 국가인권위원회 권고결정(06진차525·06진차673병합 성전환자 성별 변경 시 인권침해 사건) 취지에 따라 성전환수술의 결과 신청인이 현재 반대의 성으로서의 삶을 성공적으로 영위하고 있을 것을 요구하는 조항, 병역의무를 이행하였거나 면제받았을 것을 요구하는 조항, 신분관계에 중대한 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정될 것을 요구하는 조항 등 일부 조항을 수정 및 삭제하였습니다.

또한 2011. 12. 5.에는 제6조의 제목인 “(성별정정의 허가기준)”을 “(조사사항)”으로 변경하고, 이에 맞추어 동 조의 문구를 수정하였으며, 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정의 취지를 반영하여 신청인이 혼인중인지, 신청인에게 미성년인 자녀가 있는지 여부에 대한 사항을 추가하였습니다.

2019. 8. 19.에는 성전환자가 성별정정신청을 하는 경우 신청서에 첨부하여야 하는 서류 중 부모의 동의서를 제외하여 부모의 동의 여부는 개별 사건을 담당하고 있는 법원의 심리 절차에서 고려하도록 하였습니다.

2020. 3. 16.부터는 법원이 재판으로 결정할 사항에 관하여 일정한 판단기준을 제공하는 것으로 오인할 우려가 있는 일부 조항을 수정하거나 삭제하고 사무 처리에 필요한 절차적 사항만을 정하도록 일부 개정된 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(가족관계등록예규 제550호)이 시행되었습니다. 개정된 예규의 주요내용을 살펴보면, 제3조의 제목 “(첨부서류)”를 “(참고서면)”으로, “첨부하여야 한다”를 “제출하게 할 수 있다”로 변경하였고, 제6조의 제목 “(조사사항)”을 “(참고사항)”으로, 같은 조 각 호의

사유를 “조사한다”에서 “조사할 수 있다”로 변경한 것입니다. 또한 허가결정의 효력에 관한 규정(제7조 제2항)을 삭제하였습니다.

이와 같이 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」은 2006. 9. 6. 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정의 취지에 따라 관련 절차 등을 규율하기 위하여 제정되었고, 성전환자의 성별변경에 관한 입법이 미비한 현재의 상황, 성별정정에 관한 시대적·사회적 변화, 대법원 판례의 변경, 국가인권위원회의 권고 등을 고려하여 여러 차례 개정되어 현재에 이르고 있습니다.

3. 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」의 의미

국가인권위원회 권고결정(06진차525·06진차673병합 성전환자 성별 변경 시 인권침해 사건) 이유에서 판단된 바와 같이 성전환자의 성별정정은 국민의 권리·의무와 밀접하게 연관되어 있다는 점에서 성별정정에 대한 예측 가능성과 법적 안전성 확보를 위해 성별정정에 관한 요건과 절차를 규정한 특별법을 제정할 필요성이 있습니다.

그러나, 아직 성별정정기준에 관한 입법이 없는 현 상황에서 성별정정허가여부에 대한 판단은 재판사항이므로 구체적인 사건을 담당하는 법관이 대법원 결정 취지에 따라 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소들을 종합적으로 고려하여 결정하고 있습니다.

가족관계등록예규는 등록사무처리절차 등에 관하여 가족관계의 등록 등에 관한 규칙에서 정하지 않은 필요사항을 규정할 수 있을 뿐 국민의 권리·의무와 밀접하게 연관되거나 국민의 기본권을 제한하는 사항을 법률의 위임 없이 규정할 수 없고 법원이 재판으로 결정할 사항에 관하여 그 판단기준을 제공할 수 없다는 점에서 일정한 한계가 있습니다.

다만, 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」은 성전환자의 성별정정허가신청사건과 관련한 등록사무처리에 있어 필요한 절차적인 사항을 규정하는 본래의 역할과 함께 현재 성전환자의 성별변경의 요건, 절차, 효과 등이 명시된 법률이 미비한 상황에서 신청인에게 신청에 필요한 서류 등에 관한 예측가능성을 부여하고, 법원에서 심리할 사항에 대한 예시를 제시하여 현재의 상황에서 국민의 기본권 침해를 최소화하기 위한 역할을 수행함에 그 의미가 있다고 할 것입니다. (끝)

<참고자료>

성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침

개정 2020.02.21 가족관계등록예규 제550호

제1조 (목적)

이 지침은 성전환자가 가족관계등록부의 성별란에 기록된 출생당시의 성(성)을 전환된 성(성)으로 변경하기 위하여 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제104조 에 따라 등록부정정허가신청을 하는 경우에 필요한 사항과 법원이 그 심리를 위하여 조사할 사항 그리고 성별정정허가결정을 받은 성전환자의 가족관계등록부 기록과 관련된 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (적용범위)

- ① 이 지침은 신청인 겸 사건본인(이하 “신청인”이라 한다)이 성전환증에 의하여 성전환수술을 받았음(이하 “성전환증”이라 한다)을 이유로 성별정정허가신청을 하는 경우에 적용한다.
- ② 이 지침은 성염색체, 성선(성선), 외부성기 등 3가지 요소 중 어느 하나에 불일치가 존재하여 성보완 수술 또는 성적합 수술을 받은 사람이 성별정정허가신청을 하는 경우에는 적용하지 아니한다. 다만, 성보완 수술 또는 성적합 수술에 의하여 생물학적 성과 가족관계등록부에 기록된 성을 일치시키거나 성보완 수술 또는 성적합 수술을 받고 가족관계등록부의 성별을 정정한 사람이 성전환증을 이유로 성별정정허가신청을 하는 경우에는 이 지침에 의하여 처리할 수 있다.

제3조 (참고서면)

- ① 법원은 심리를 위하여 필요한 경우에는 신청인에게 다음 각 호의 서면을 제출하게 할 수 있다.
 1. 가족관계등록부의 기본증명서, 가족관계증명서 및 주민등록표등(초)본
 2. 신청인이 성전환증 환자임을 진단한 정신과 전문의사의 진단서나 감정서
 3. 신청인이 성전환수술을 받아 현재 생물학적인 성과 반대되는 성에 관한 신체의 성기와 흡사한 외관을 구비하고 있음을 확인하는 성전환시술 의사의 소견서
 4. 신청인에게 현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서
 5. 신청인의 성장환경진술서 및 인우인의 보증서
 6. 삭제(2019.08.19 제537호)
- ② 삭제(2020.02.21 제550호)

제4조 (사실조회)

성별정정허가신청사건을 처리하는 법원은 필요한 경우 사실조회를 실시할 수 있다.

제5조 (법원의 심리)

- ① 법원은 신청인을 심문하여야 한다.
- ② 법원은 신청서와 이에 첨부한 의사의 진단서나 소견서 등 서면의 신빙성에 대하여 합리적인 의심이 있다고 판단되는 경우, 공신력 있는 의료기관에 신청인에 대한 감정을 촉탁할 수 있으며, 인우보증의 진실성을 확보하기 위하여 필요한 경우에는 인우인에 대한 참고인심문을 실시할 수 있다.
- ③ 심문은 공개하지 아니한다. 그러나 법원은 상당하다고 인정하는 자에게 방청을 허가할 수 있다.

제6조 (참고사항)

법원은 성별정정허가신청사건의 심리를 위하여 신청인에 대한 다음 각 호의 사유를 조사할 수 있다.

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. 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 있는지 여부

제7조 (주문례)

- ① 법원이 성별정정허가결정을 하는 때에 참고할 주문례는 아래와 같다.

[주문기재례]

등록기준지 서울특별시 영등포구 여의대로 3(도로명주소가 없는 경우 지번방식의 주소로 기재함) 사건본인 김을순(금을순)의 가족관계등록부 성별란에 “여”로 기록된 것을 “남”으로, 정정하는 것을 허가한다.

- ② 삭제(2020.02.21 제550호)

제8조 (개명허가신청)

신청인이 성별정정허가신청과 함께 개명허가신청을 하거나 성별정정허가신청사건의 심리중에 개명허가신청을 한 경우, 개명허가신청사건의 심리와 사무처리에 관해서는 원칙적으로 「대법원 가족관계등록예규」 제211호에 따르되, 같은 예규 제3조제1항의 사실조회는 실시하지 아니할 수 있으며, 성별정정을 허가한 경우에는 개명도 허가할 수 있다.

제9조 (가족관계등록부 기록)

성전환증을 이유로 성별정정허가결정을 받은 신청인의 등록부정정신청을 접수한 시(구)·읍·면의 장은 신청인의 성별란을 정정하고, 일반등록사항란에 정정사유를 기록한다.

등록사항별증명서 기재례는 가족관계등록실무자료집(기재편) 참조

부 칙

이 예규는 2008년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙(2011.11.10 제339호)

이 예규는 2011년 11월 11일부터 시행한다.

부 칙(2011.12.05 제346호)

이 예규는 즉시 시행한다.

부 칙(2012.06.07 제385호)

이 예규는 2013년 7월 1일부터 시행한다.

부 칙(2015.01.08 제435호)

이 예규는 2015년 2월 1일부터 시행한다.

부 칙(2019.08.19 제537호)

이 예규는 즉시 시행한다.

부 칙(2020.02.21 제550호)

이 예규는 2020년 3월 16일부터 시행한다.

<참고자료> 대법원 예규 ‘성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침’ 제6조의 개정 연혁

2006년 제정	2011. 12. 5.개정	2020. 2. 21.개정
<p>제3조 (첨부서류)</p> <p>① 신청인은 「비송사건절차법」 제9조제1항의 신청서에 다음 각 호의 서면을 첨부하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 가족관계등록부의 기본증명서, 가족관계증명서 및 주민등록표등(초)본 신청인이 성전환증 환자임을 진단한 2명 이상의 정신과 전문의사의 진단서나 감정서 신청인이 성전환수술을 받아 현재 생물학적인 성과 반대되는 성에 관한 신체의 성기와 흡사한 외관을 구비하고 있음을 확인하는 성전환수술 의사의 소견서[성전환수술 의사 명의의 소견서를 첨부할 수 없는 경우에는 그 소견서를 첨부할 수 없는 이유를 소명하고 다른 전문의사 명의의 신체감정서를 제출할 수 있고, 신청인이 외국에서 성전환수술을 받은 경우에는 그 수술결과 신청인이 생물학적인 성과 반대의 성으로 외부성기 등을 갖추게 되었음을 확인한 국내의 성형외과 또는 산부인과 전문의의 진단서(신체감정서, 소견서)를 제출하여야 한다] 신청인에게 현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서 	<p>제3조 (첨부서류)</p> <p>① 신청인은 「비송사건절차법」 제9조제1항의 신청서에 다음 각 호의 서면을 첨부하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 가족관계등록부의 기본증명서, 가족관계증명서 및 주민등록표등(초)본 신청인이 성전환증 환자임을 진단한 2명 이상의 정신과 전문의사의 진단서나 감정서 신청인이 성전환수술을 받아 현재 생물학적인 성과 반대되는 성에 관한 신체의 성기와 흡사한 외관을 구비하고 있음을 확인하는 성전환수술 의사의 소견서[성전환수술 의사 명의의 소견서를 첨부할 수 없는 경우에는 그 소견서를 첨부할 수 없는 이유를 소명하고 다른 전문의사 명의의 신체감정서를 제출할 수 있고, 신청인이 외국에서 성전환수술을 받은 경우에는 그 수술결과 신청인이 생물학적인 성과 반대의 성으로 외부성기 등을 갖추게 되었음을 확인한 국내의 성형외과 또는 산부인과 전문의의 진단서(신체감정서, 소견서)를 제출하여야 한다] 신청인에게 현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서 	<p>제3조 (참고서면)</p> <p>① 법원은 심리를 위하여 필요한 경우에는 신청인에게 다음 각 호의 서면을 제출하게 할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 가족관계등록부의 기본증명서, 가족관계증명서 및 주민등록표등(초)본 신청인이 성전환증 환자임을 진단한 정신과 전문의사의 진단서나 감정서 신청인이 성전환수술을 받아 현재 생물학적인 성과 반대되는 성에 관한 신체의 성기와 흡사한 외관을 구비하고 있음을 확인하는 성전환수술 의사의 소견서 신청인에게 현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서 신청인의 성장환경진술서 및 인우인의 보증서 삭제(2019.08.19 제537호) <p>② 삭제(2020.02.21 제550호)</p>

2006년 제정	2011. 12. 5.개정	2020. 2. 21.개정
<p>5. 신청인의 성장환경진술서 및 2인 이상 인우인의 보증서(성장환경진술서 및 인우보증서에는 (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 정체성과 자아를 가지고 생활하였으며, 그러한 성적 정체성 내지는 자아의 발로로 성전환수술을 받았고, 신청인이 성전환수술을 받은 이후부터 현재까지 확립된 성적 정체성과 자아에 지극히 만족하면서 사회생활을 하고 있다는 취지의 진술이 기재되어야 함)</p> <p>6. 부모의 동의서(다만, 부모가 없는 경우에는 생계를 같이 하는 직계존속 중 최근친의 동의서를 제출하되, 생계를 같이 하는 직계존속이 없는 경우에는 동의서를 제출할 필요가 없음)</p> <p>② 생략</p>	<p>5. 신청인의 성장환경진술서 및 2명 이상 인우인의 보증서(성장환경진술서 및 인우보증서에는 (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 정체성과 자아를 가지고 생활하였으며, 그러한 성적 정체성 내지는 자아의 발로로 성전환수술을 받았고, 신청인이 성전환수술을 받은 이후부터 현재까지 확립된 성적 정체성과 자아에 지극히 만족하면서 사회생활을 하고 있다는 취지의 진술이 기재되어야 한다)</p> <p>6. 부모의 동의서</p> <p>② 생략</p>	

2006년 제정	2011. 12. 5.개정	2020. 2. 21.개정
<p>제6조 성별정정의 허가기준</p> <p>법원은 심리결과 신청인에게 다음 각호의 사유가 있음을 인정할 경우에는 성별정정을 허가할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 신청인이 대한민국 국적자로서 만 20세 이상의 행위능력자이고 혼인한 사실이 없으며, 신청인에게 자녀가 없음이 인정될 것 2. 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 신천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴온 사정이 인정될 것 3. 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬 요법에 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, 행위능력을 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 	<p>제6조 조사사항</p> <p>법원은 성별정정허가신청사건의 심리를 위하여 신청인에 대한 다음 각 호의 사유를 조사한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 신청인이 대한민국 국적자로서 만 20세 이상의 행위능력자인지, 현재 혼인중인지, 신청인에게 미성년인 자녀가 있는지 여부 2. 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 신천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴왔는지 여부 3. 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬 요법에 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 행위능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재전환할 개연성이 없거나 극히 희박한지 여부 5. 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용될 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 있는지 여부 	<p>제6조 참고사항</p> <p>법원은 성별정정허가신청사건의 심리를 위하여 신청인에 대한 다음 각 호의 사유를 조사할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 신청인이 대한민국 국적자로서 19세 이상의 행위능력자인지, 현재 혼인중인지, 신청인에게 미성년인 자녀가 있는지 여부 2. 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 신천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴왔는지 여부 3. 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬 요법에 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 행위능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재전환할 개연성이 없거나 극히 희박한지 여부 5. 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용될 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 있는지 여부

2006년 제정	<p>6. 신장인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 없다고 인정될 것</p> <p>7. 기타, 신장인의 성별정정이 신장인의 신분관계에 중대한 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정될 것</p>	2011. 12. 5.개정		2020. 2. 21.개정
----------	--	----------------	--	----------------

대법원 예규의 수술요건 및 이에 따른 문제

- 성별정정 수술요건에 관한
트랜스젠더 당사자의 경험
- 단체 의견서

류세아 (트랜스해방전선 부대표)



대법원 예규의 수술요건 및 이에 따른 문제



류세아(트랜스해방전선 부대표)

현재 국내에서 트랜스젠더의 성별정정을 위해서는 명확한 법안 등이 존재하지 않으며, 단지 대법원예규(성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침)를 참고하여 각급 법원의 판단에 의해서 진행되고 있다. 이는, 명확한 법적 근거 및 기준이 되지 않음과 동시에, 법령이 아니기 때문에 각급 판사 및 법원 행정처에 의해 요구되는 기준이 서로 상이하다. 이 때문에 현장에서 성별변경을 원하는 당사자들은 법원을 이리저리 옮겨다니거나, 소위 ‘판결이 잘 나오는’ 법원을 찾아 등록기준지를 옮기는 등의 행위를 하여야 함이 현실이며, 특히 수술요건에 대해서도 각 법원 별, 판사별로 매우 상이한 기준을 둬에 따라 성별변경을 원하는 당사자 및 관련 단체의 혼란이 가중되는 상황이다.

2020년 2월 21 개정된 대법원예규 ‘성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침’에 따르면, 제3조 참고서면의 1항에서 그 수술요건을 정하고 있다. 그 요건은 다음과 같다.

제3조 (참고서면)

① 법원은 심리를 위하여 필요한 경우에는 신청인에게 다음 각 호의 서면을 제출하게 할 수 있다.

(중략)

3. 신청인이 성전환수술을 받아 현재 생물학적인 성과 반대되는 성에 관한 신체의 성기와 흡사한 외관을 구비하고 있음을 확인하는 성전환수술 의사의 소견서
4. 신청인에게 현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서

(후략)

본 요건에 따르면, 성별변경을 하기 위해서는 ‘생식능력의 제거’가 필수적이며, 성별적합수술 중 성기재건수술이 필수적임을 알 수 있다. 그러나, 현실적으로, 각급 법원에서 판단하는 기준은 매우 상이하다. FTM(Female to Male) 트랜스젠더의 경우 생식능력의 제거만으로도 변경이 허가되는 경우가 있거나, 최근 판례 중에는 생식능력의 제거 없이도 성별변경이 가능한 경우가 극소수나마 존재하고 있다. 그러나, MTF(Male to Female) 트랜스젠더의 경우, 생식능력의 제거가 확정적으로 요구되며, 이는 대법원예규 이전에 질병검사 등으로 인한 사유가 크다. 또한, 성기재건 수술 또한 확정적으로 요구되는 실정이다. 이에 따라, 많은 성별변경 신청자 및 그 희망자들이 ‘법원에서 인정하는 수술 기준’을 맞추기 위하여 판결의 동향 및 각 법원마다의 성향을 파악하며 신청에 대한 준비를 하는 것이 현실이다.

그러나 위와 같은 판결이 보편적인 것 또한 아니다. 2020년 대법원 예규 개정 전에는 상술한 바와 같이 FTM 트랜스젠더의 경우 생식능력의 제거만으로도 성별변경 허가를 하는 경우가 상당수 존재하였으나, 대법원 예규 개정 이후로는 허가 건수가 유의미하게 줄어든 결과를 보였다. 수술에 대한 요건은 바뀌지 않았고, 허가기준이 참고사항으로 바뀌었음에도 불구하고, 예규가 개정되었다는 사실 하나만으로도 판결에 영향을 미친 것이다. 이는 역설적으로 대법원예규 자체의 모순점을 드러내고 있다. 예규는 법령이 아닌 단지 규칙일 뿐이므로, 이를 해석하는 것 또한 자의적일 수밖에 없고, 이는 실제 생존의 문제와 직결되는 당사자로서는 예상할 수 없는 상황이자 불확실성을 높이는 이유로 존재하게 된다.

특히, 국내에서 의료보험 적용이 되지 않으며 이로 인해 시술하는 병원조차 극소수인 상황에서, 수술을 강제함으로써 생기는 문제에 대해서도 법원은 무시하고 있다. 신체에 대한 자기결정권을 침해하여 수술을 강제하는 것 자체도 문제이나, 국내 여건상 수술을 진행하기 어려움에도 불구하고, 수술을 강제하여 당사자들은 제한된 정보 내에서 타국에서 수술을 받고 돌아오는 경우가 대다수이다. 또한, 의료보험 적용이 되지 않으므로 국내 혹은 국외에서 수술을 받기 위해서는 거액의 수술비가 요구된다. 최소 2,000만원에서 많게는 5,000만원까지의 수술비를 지출하는 것으로 알려져 있으며, 이를 마련하기 위하여 많은 트랜스젠더 당사자들이 불법적인 일에 노출되어 있다. 하술할 주민등록제도와 더불어 성별변경이 되지 않으므로 인해 트랜스젠더 당사자는 안전하지 않은 노동 환경에 노출되게 되며, 이를 방관하고 있는 것이 한국의 현실이다.

실질적으로 성별변경이 되지 않은 트랜스젠더가 할 수 있는 일은 매우 한정되어 있고, 그 중 대다수가 불법적인 노동환경이거나, 존재 자체가 불법인 노동이다. 트랜스젠더 당사자는 성별변경을 하기 위한 수술비를 마련하기 위해 안전하지 않은 노동 환경에 노출되며, 저임금으로 인해 수술을 진행하지 못한 당사자는 성별변경이 되지 않음으로 인해 다시 안전하지 않은 노동환경에 노출되어야 하는 악순환이 반복되고 있다. 수술을 강제하는 것은 이와 같은 악순환을 국가와 법원이 나서서 조장하고 있는 셈이다.

상술한 수술요건의 모호함과 더불어, 생식능력에 대한 요건을 명시한 것 또한 큰 문제점을 내포하고 있다. 성별변경을 원하는 트랜스젠더 당사자의 재생산권을 박탈하는 것이다. 성별변경과 생식능력의 박탈이

동일시 될 수 없음에도 불구하고, 법원은 이를 동일시하고 있는 상황이다. 재생산권은 기본권의 측면에서 보장되어야 하는 것이나, 법원이 직접 나서서 헌법에 보장된 권리를 박탈하고 있는 것이다.

특히, 신체적인 특질이나 수술 후 후유증, 희귀난치병 등의 문제로 인해 성기재건수술을 시행하지 못하거나 원치 않는 경우에는 성별변경 자체를 할 수 없게 하는 문제 또한 존재한다. 재생산권과 더불어 건강권 및 자기결정권 또한 보장하지 못하는 것이 현재 대법원예규인 것이다.

또한, 제6조 참고사항의 항목 또한 많은 혼란을 가져오고 있다. 제6조 참고사항 3에서, ‘외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었는지’에 대한 사유를 조사할 수 있다고 명시하고 있으며, 이는 판사의 재량에 따라 신체외관을 판단하게 하는 사유가 되며, 이로 인해 많은 인격침해가 발생하고 있다. 신체외관의 경우 매우 주관적인 판단사항이며, 이를 객관적으로 정량화 할 방안도 없으나 이에 대한 요건을 명시하는 것은 비윤리적 행위이다. 특히, 전문가의 의견서가 존재함에도 불구하고 이를 자의적으로 판단하는 것 자체가 문제일 뿐 아니라, 외부성기 사진을 요구하거나, 심지어 직접 확인을 요구하는 것 자체는 명백한 인권침해이다.

지난 2021년 발표된 트랜스젠더 혐오차별 실태조사에 따르면, 성별정정을 완료한 트랜스젠더는 전체 트랜스젠더의 5% 남짓이라고 한다. 이는 수술요건의 존재와 더불어, 상술한 자의적인 판결 또한 원인을 미치고 있다. 현재 한국에서는 주민등록제도를 시행하고 있으며, 주민등록번호에 의해 성별정보 및 출신지역 등 많은 개인정보가 공공연하게 노출되고 있다. 특히, 성별정정을 하지 않은/못한 트랜스젠더의 경우 신분증명 과정에서 성별정보가 노출됨으로 인해 아웃팅 및 혐오발언 등에 상시 노출되어 있으며, 트랜스젠더라는 사실만으로 각종 사회생활에서 피해를 받고 있다. 이와 같은 상황은 극단적으로 높은 자살시도율과 우울증 진단율로 나타난다. 이러한 상황 속에서 예규가 엄격한 잣대만을 내세워 성별변경을 어렵게 한다면, 이는 시민으로써 가질 수 있는 기본권을 국가와 법원이 직접 나서 침해하고 있는 것이다.

현재와 같은 수술요건이 존재하는 이상, 대다수의 트랜스젠더 당사자들은 법적 성별과 실제 성별이 불일치한 채로 살아가야 한다. 이에 따라 직업선택의 자유 및 건강권 등의 기본권이 제한된 채로 살아갈 수밖에 없으며, 이는 상술한 바와 같이 높은 자살시도율 등으로 나타나고 있다. 국가가 직접 보장해야 하는 헌법상의 기본권을 침해하는 현재 상황은 분명히 문제적이며, 수술요건 및 여타 조건의 완화 등을 통하여 트랜스젠더의 기본권을 보장할 수 있도록 하여야 한다.

성별정정 수술요건에 관한 트랜스젠더 당사자의 경험



□ 개요

- 성소수자차별반대 무지개행동은 2021. 11. 16. 제기한 ‘성별정정 요건과 절차에 대한 국가인권위원회 진정’에 대한 후속조치로, 성별정정 과정에 있어 수술요건과 관련되어 겪은 어려움에 대한 설문을 진행함
- 그 결과 60명의 트랜스젠더 당사자가 관련한 경험을 나누어 주었고, 그 중 주요한 내용 일부를 청문회 자료집에 첨부함

□ 세부 내용

외국에서 살다 와서 이렇게 수술 요구하는 것 자체가 제 인권을 침해하는 행동이라고 생각하고 있습니다. 특히나 정부 지원도 없이 수술을 진행해야 하는 상황인데 학생 신분으로 부담도 커서 힘들어 하고 있습니다. 제가 지금 알바하면서 번 돈이 다 탕으로 갈 생각을 하니 타 학생들에 비해 많이 뒤처지게 된다는 생각도 듭니다. 이것 때문에 오는 디스포리아도 장난 아니고요. 정정 신청이 난해한 면도 있어서 끝내는 한국인으로서의 신분도 포기해야 한다는 생각도 자주 들기는 합니다. 전체적으로 이런 무리한 요구 사항은 사회적 약자인 저같은 트랜스 젠더 사람들에게 횡포를 부리는 것 이라고 생각합니다. 감사합니다 (eddy, 20대)

성별정정을 하려면 3000만원이 넘어가는 수술을 받기 위해선 취업을 해야 하는데, 취업을 하려면 외관과 표시된 성별이 일치해야 하고, 의 악순환입니다. 트랜스남성의 성별정정은 건강상의 이유로 수술없이 정정이 가능했다는 이야기가 종종 들려오고 있으나, 트랜스여성에게는 아직 거리가 먼 이야기입니다. 수술에서의 사망률은 다르더라도, 똑같이 죽을 수 있는 수술을 받으러 가는 것입니다. 성별정정에서의 수술요건 완전폐지를 원합니다! (santinel, 20대)

개명은 최근에 신청했으나 가정형편이 안되고 아직 모인 돈이 부족해 트랜지션 수술비용들을 모으는데 있어 많이 불편합니다. 수술 후에 일어날 건강상태 등에 대한 걱정도 듭니다 (オト, 20대)

건강이나 커리어적 이유(목소리를 사용해야 하는 직업인데 호르몬으로 목소리가 바뀌는 것을 원하지 않음) 등 다양한 이유로 의료적 조치를 선택하지 못하는 상황에 대한 고려가 부족하며 보험 처리도 미흡하고 의료적 트랜지션 자체가 신체적으로 큰 부담을 주는 행위인데 이를 성별정정을 위해 강요하는 등 당사자들의 다양한 성별 정체성과 신체 형태에 대한 긍정이 아닌 증명을 위해 리스크를 가져야 한다는 강박을 갖게 하는 것이 문제라고 생각합니다. 예시로 FTM 호르몬 치료의 경우 다낭성 난소 증후군이나 당뇨 등의 병력이 있으면 진행이 힘든데 이에 대한 고려가 이루어지지 않습니다 (ㄱ르ㄴ, 20대)

성별정정을 위해 생식기를 적출해야하는게 너무 부담스럽고 몸에 무리가 많이 갑니다 (김의찬, 20대)

지나치게 많은 서류의 요구, 수술 없이 성별정정 진행이 불가능하여 수천만원의 빚을 내어 수술을 진행함, 실령 수천만원의 돈을 모아서 수술한다 해도 수술조건이 매우 까다롭고 어려움 (나루, 20대)

평생 안고 가야할 부작용을 감수하여 내가 되야 한다는 점, 보험이나 기존에 가입되어있던 혜택을 포기하고 가야 하는 것들이 문제인거 같아요 (더지Do, 20대)

현재 HRT 진행 중에 있고 조만간 탐 수술을 받고자 합니다. 탐 수술만을 위한 비용을 모으는 데에도 많은 시간과 노력이 들었고 돈을 모아서 수술에 써야 하니 제 또래의 시스템더들에 비해서 제 미래를 위한 돈을 모아 두기도 힘듭니다. 저는 탐 수술까지만 받은 이후에 법적 성별정정 신청을 하고 싶으나 지금까지의 판례상 법적 성별정정을 위해서는 자궁적출까지 해야 할 것 같고, 더 많은 돈과 시간을 들여야 한다는 생각에 막막합니다. 경제적으로도, 제 커리어에도 손해를 감수하면서 법적으로 인정받기 위해 수술을 해야 한다는 걸 이해하기 어렵고, 그 이유가 생식 능력을 제거하여 불가역적인 상태임을 확인 받기 위해서라면 더더욱 납득하기 어렵습니다 (류, 20대)

건강사유로 수술이 불가능하다는 상급 종합병원 의사 소견서를 첨부하여 법원에 제출 하였으나, 무조건 수술받고 오라는 답변을 들었습니다. 어쩔 수 없이 위험을 감수하고 수술을 받다가 정말 죽을 뻔 했고 겨우겨우 정정서류를 넣은 상황입니다 (배서연, 20대)

호르몬 치료는 물론이며 수술요건에 절대적으로 필요한 SRS 수술 자체가 비보험이고, 가정 내에 정체성을 받아들이는 사람이 있다하더라도 초고가의 수술을 시켜줄 수 있는 상황까지는 허락되지 않습니다. 빠르게 완료해야 인간적인 삶을 시작할 수 있는 성별정정은 수 천 만원을 개인이 마련하기 위해 늦어지거나 빚더미에 앉을 수밖에 없습니다 (새벽, 20대)

호르몬 치료를 시작하자 취직이 어려워지고 수술비 마련을 할 수가 없어 성별정정을 할 수 없고 그

때문에 취업이 더욱 어려워졌습니다. 수년째 제자리걸음을 하는 중입니다 (세현, 20대)

수술 때문에 성별정정을 못하고 있음 (신재윤, 20대)

건강이 좋지 않음에도 정정을 하려면 죽을 위험을 감수하고 수술 해야하는 것이 무섭고 힘듭니다 (심재희, 20대)

현재 트랜지션 준비 중인 트랜스남성입니다. 해외 뉴스에서 ‘임신한 아빠’와 같은 제목으로 생식 기관을 제거하지 않은 트랜스남성이 임신, 출산한 사례를 읽은 적 있습니다. 현재 우리나라에서 트랜스남성이 법적으로 성별을 정정하기 위한 수술 요건 중 생식 능력의 제거가 포함된 것으로 알고 있는데, 이는 트랜스젠더의 재생산권을 침해할 뿐 아니라 경제적 사정, 건강 문제의 이유로 수술을 받지 못하거나 본인의 선택에 따라 수술을 원하지 않는 트랜스젠더를 배제하는 규정이라고 생각합니다 (아드리안, 20대)

자궁적출 또는 성기재건까지 요하는 대한민국의 대법원의 관례에 성별정정당사자의 의견은 묵살하고 행해지는 게 부당하다 생각합니다 (에이치, 20대)

외부성기제거수술과 질재건수술을 합치면 3000만원이 넘는 비용이 들며, 질재건수술의 경우 수술이 잘못되어 내부에서 터져 신체에 해로운 영향을 줄 수 있다는 설명을 들었습니다. 비용만으로도 감당하기 어려운데 부작용까지 생각해야하는 상황입니다. 성별정정을 위해선 특정 수술을 요구하는데, 이 수술까지의 과정도 길뿐더러, 수술비용 자체도 굉장히 비쌉니다. 따라서 정정 후 일상생활과 사회로 재진입까지의 기간이 몹시 길어질 수밖에 없습니다. 더군다나 개인 상황에 따라 수술이 불가능한 경우도 있고, 수술을 원치 않는 경우도 있음에도 성별정정을 위해선 필수적으로 수술을 요구함으로써 정정을 하지 못한 채 살아가는 경우도 드물지 않습니다. 이러한 어려움과 불합리함을 개선하기 위해서라도 성별정정 조건을 완화해야 합니다 (연, 20대)

트랜스남성의 성기재건 수술은 어렵고 위험하며 수술비용도 매우 비싼데도 만족도가 높은 편이 아니기 때문에 성기재건하지 않는 트랜스남성들이 꽤 있는데, 성별정정 시에 성기재건 유무를 꼬투리 잡고 성희롱성 발언까지 하며 성별정정을 기각하는 사례가 많다. 호르몬 치료를 계속하면 생식 기능을 잃어 자궁이 활동하지 않을 수 있는데 생식 기능이 없다는 것을 증명하기 위해 자궁 적출을 필수적으로 요하는 것이 불쾌하다. 국민의 행복 추구권을 침해한다고 본다. 호르몬 치료로 월경이 중단되는 것만으로도 디스포리아가 해소되는 트랜스남성이 있는데도 (유, 20대)

수술비용이 너무 비쌌 (윤택, 20대)

수술만 아니었다면 지금 즈음 저는 법적으로 어엿한 여성으로서 살았을 겁니다. 정말 너무 힘들어요. 수술비가 매우 비싸기 때문에 그런 것도 많고, 만약 국내에서 수술이 보험이 된다면 이 문제는 진작 사그라들었겠죠 (이선화, 20대)

성별정정을 하고 싶는데 논바이너리라 남성, 여성 둘 중 하나만을 선택해야 합니다... 그래서 논바이너리로

정정을 하고 싶어도 못해요. 그리고 수술을 해야 하는데 비용이 만만치 않습니다... 그걸 온전히 다 감당해야 해서 지금까지 미뤄졌습니다 (제이스, 20대)

먼저 길을 걸어간 동지들의 후일담을 들으며 반포기 상태로 조건 완화가 되길 기다리고 있습니다. 막대한 비용이 드는 위험한 수술이 필수적으로 선행되어야 함과 동시에 주변인의 동조를 받아야 하는 인우보증 등이 제약으로 다가옵니다 (지운, 20대)

저는 수술을 할 마음도 없고 성기 디스포리아도 없는데 정정을 위해선 수술을 해야 하니깐 강제적이다란 생각이 들어요 (최지은, 20대)

꼭 수술을 해야만이 성별정정이 된다는 거 자체가 차별이라고 생각한다 (태피, 20대)

저는 나중에라도 건강상 문제 등으로 인해 HRT를 진행할 수 없는 경우 난소를 남겨둬으로써 HRT를 중단해도 호르몬 불균형이 오지 않도록 하고 싶지만 자궁만 제거하고 난소를 제거하지 않는다면 성별 정정에 어려움을 겪는다는 것을 알고 있습니다. 이는 명백한 트랜스젠더들의 몸에 대한 권리와 자유를 침해하는 것이며 성별정정에 대한 요건은 더 완화되어야 합니다 (한봄, 20대)

남성호르몬 비용도 건강에 최대한 부담을 덜 주는 방식을 선택할수록 가격이 너무 비싸고, 기본적으로 비보험처리가 되어 호르몬치료 비용만도 한 달에 최소 10만 원 이상이 들고 부담스러운데, FTM 정정에 필수요건이나 마찬가지로 유방제거수술은 보험처리가 안 되는데다 유방 사이즈가 B컵 이상만 되어도 수술비가 천 만 원에 달하기도 하고 너무 비싸고 돈을 모으기가 힘들다. 성별 불일치감으로 인한 우울증이 너무 심해 구직하기가 힘들 정도인데 수술비 문제까지 더해져 사회생활이 몇 년씩이나 늦춰지고 아직도 제대로 된 직업 활동을 못하고 있다 (J, 30대)

병원마다 차이가 많은 수술비/ 저는 정정 때(FTM) 아래 수술에 대한 이야기만 10분 한 것 같네요 (ONE, 30대)

저는 성기재건술을 준비하고 있는 30대 트랜스여성입니다. 일단 중형차 한대 값 이상이 나오는 성기재건술 수술 비용에 대한 내용은 워낙 유명하니 자세히 이야기하지 않고 넘어가더라도, 성기재건술 또한 전신마취를 하고 진행되는 수술이며, 다른 조직을 떼어 붙이고 신경을 이어서 하고 회복시키는 등 몸에 부담을 상당히 주고, 회복력을 요하는 수술입니다. 그리고 저는 BMI값이 꽤 높은 비만 환자에, 2형 당뇨병을 앓고 있기도 합니다. 성기재건술을 준비하고 있던 중에, 현재의 비만도와 당뇨병 때문에 성기재건술을 받아도 예후가 너무 좋지 않을 것이라며 의사 선생님께 우선 비만과 당뇨를 해결하고 가자는 이야기를 들었고, 성기재건술은 보류하고 다이어트 중인 상태입니다. 다이어트 방법으로 약물치료를 우선 시도하고 있으며, 경우에 따라서는 비만대사수술(위소매절제술)을 시도하자는 이야기도 들었는데, 물론 비만도 심각한 질병이 맞고 해결해야 하는 질병이지만, 다르게 생각하면 성별 정정을 하기 위해서 수술요건을 채워야 함 -> 비만과 당뇨를 해결해야 함 -> 비만과 당뇨 치료를 위한 다른 약물 및 수술적

치료를 강제받고 있는 상황이라고 볼 수도 있는 것이죠. 법적 성별 정정이 불가능한 상황 하에서 억지로 지정 성별 패싱 상황으로 회사를 다니고 있었다가 건강 회복 문제로 쉬고 있는데, 하루빨리 이런 불합리한 요건이 개선되어 성별 불일치감을 해소한 채로 취업을 할 수 있었으면 좋겠습니다 (Ren A, 30대)

궁적 수술의 경우 단순한 수술도 아니고 개인의 건강권과 재생산권을 침해하는 것으로 개개인의 선택에 맡기는 것이 옳다고 생각합니다 (고무양말, 30대)

거의 최근 6년간 일상적 사회적 관계에서 부모님을 포함한 거의 모두와 여성으로서 인간관계를 맺고 있어요. 하지만 법적으로 성별이 남성으로 등록되어 있어 공적인 자리에서 본인이 맞는지에 대한 확인을 과하게 요구받을 때마다 피로하고 자괴감이 들어요.

법적 성별 절차를 밟지 못하고 있는 이유가 성기 수술을 아직 못 받아서예요. 저로서도 받고 싶지만 비용이 보통 3천만원 정도이고 이는 보통 대출자 초봉이에요. 열심히 일해도 생활비 때문에 모으기 쉽지 않는데, 구직과정에서도 차별에 대한 불안감 혹은 차별 자체 때문에 힘들어요.

게다가 재활기간도 많이 필요한 수술이어서, 자리를 잡기 전에 하기도 힘들고 그나마 자리를 잡은 이후에야 해볼 수 있을 것 같아서 더 힘들어요. 부모님께서 대학에서도 고생했는데 구직하면서 대학 나온 걸 살릴 수 있을지 걱정하시고 괴로워하세요.

추가적으로, 일상적으로도 본인 확인이 필요할 때마다도 어려움을 겪어요. 주민등록증에 사진이 있으니 금방 해결되긴 하지만, 관공서, 은행, 통신사, 심지어 등기를 받을 때까지 일상에서 사소한 피로가 너무 누적되 심해요. 가끔은 다른 일행을 제하고 저한테만 주민등록번호를 외우는지 확인하는 경우가 많아 너무 지칩니다.

어차피 성기 수술을 안 한 상태로는, 법적 성별이 바뀌어도 여성 샤워실/목욕탕 등은 쓸 마음이 저를 비롯해 대부분이 없는 것으로 알고 있습니다. 같은 여자인데 부담스러워할 마음을 어찌 모를까요. 공용목욕탕을 꼭 가야하거나, 운동을 헬스장에서만 해야 하는 상황은 아니니깐요. 다만 일상생활이나 구직과정에서의 고통은 줄었으면 합니다. 그래야 사회의 일꾼이 되고, 저도 수술비를 벌 수 있을테니깐요. 이를 양해해주셨으면 합니다 (나무, 30대)

어떤 몸을 가지고 있어도 원하는 성별을 선택할 수 있어야 한다고 생각합니다. 국가가 정해진 성별에 할당된 몸을 규정하는 것은 정당하지 못합니다 (다다, 30대)

수술 요건으로 인해 성별정정 신청에 소요되는 사회경제적 비용이 적지 않아, 수술 요건은 성별정정 신청에서 제외해야 한다고 생각합니다 (다이, 30대)

비수술 비정정으로 직장생활중입니다. 사회생활 내내 원하는 성별로 생활하고 있으며 패싱되고 있으나

신분증명이 어렵습니다. 수술을 위한 금액을 모으는 일이 쉽지 않으며 금액을 모은다 해도 경력단절을 감수해야 합니다. 장기간 호르몬 치료로 인해 생식기능은 무의미하며, 이러한 상황에서도 수술을 요구하는 정정절차가 무슨 의미인지 모르겠습니다 (송아, 30대)

수술자체가 돈이 많이 드는데 트랜스젠더의 특성상 취업을 및 봉급조건이 열악할 수 밖에 없기에 악순환이 계속됩니다 (이지은, 30대)

다 필요 없고 과도한 수술 비용, 트랜지션 비용때문에 정정하는데 어려움이 있어서 이걸 비수술 트랜스젠더보고 정정하지 말라는 것인가 싶기도 합니다.

차라리 정정하는데 호르몬 여부부터 수술 여부까지 아예 없애면 좋겠으나 최소한 타협하여 호르몬 여부만으로 정정 가능했으면 바랍니다 (정 세실리아, 30대)

아직까지 수술비 전액 의료보험 비보험이라는 것. 경제적으로 여유가 있지 않으면 수술을 생각하는 게 어렵다 (정현, 30대)

수술 자체가 큰 수술이라 몸의 부담과 비용이 많이 듭니다. 수술 이루어도 평생 동안 다이레이션 등의 관리를 해주어야 하며 부작용 또한 많으나 한국에선 아직 수술과 관리까지 잘 해주는 병원 또한 많지 않습니다.

수술 이후 정정을 할 때에도 이미 성인인데도 불필요하게 부모의 동의를 얻어야 하는데 트랜스젠더 중에는 가족과 마찰이 있는 사람들이 많아 동의를 얻기 어렵습니다. 그 외에도 제출하고 증빙해야 하는 서류가 많은데 그렇게 하여도 판사의 재량에 따라 정정의 허가 또는 불허가가 이루어집니다. 그러나 판사 대다수 트랜스젠더의 이러한 실태에 대해 전혀 모르는 경우가 많으며 아무런 이유도 알려주지 않은 채 불허 판결을 내리는 경우도 적지 않습니다.

트랜스젠더 또한 엄연히 대한민국에서 거주하고 있는 국민입니다. 제대로 된 조례의 제정과 시정을 원합니다 (최윤슬, 30대)

수술을 하기까지의 절차가 지나치게 번거로우며(진단서 두 장 요구 등), 수술을 하는 병원 자체가 비수도권에는 없다는피함 (클로이, 30대)

세계 인권위에서도 인권침해라고 명시한 내용을 한국에선 버젓이 시행하고 있습니다. 트랜스맨은 성기재건을 안했다고 비웃음당하고 가슴수술을 안했다고 여자라고 합니다. 그 와중에 남자의 여유증은 보험혜택을 받고 여자의 가슴축소 미용이라 비보험이죠. 그렇다면 트랜스여성은 어떤가요. 성기 수술을 안했다고 아무리 목소리와 외향을 여성스럽다고 해도 남성이라고 하죠. 그놈의 고추가 뭐라고? 그러면서 온갖 프레임에 맞추지 않았다고 해서 좀 더 여성스럽지 않다고 성형수술을 하게 된다더군요. 그렇게 사회적 잣대에

맞춰진 여성스러운 외향과 목소리를 갖췄어도 성기재건을 안했다고 정정이 안 되면 구직의 어려움 때문에 결국 업소에 다니던가 커밍아웃을 하게 되죠... 국민을 위한 법이 결국엔 다수를 위한 법인거죠 (호, 30대)

경제적 부담과 건강상의 어려움 (김경진, 50대)

자칫 후유증으로 평생 고생할 수도 있는 수술을 자녀에게 감행시킬수 없다. 혼인신고도 할 수 없는 불편한 현실 고쳐달라 (김은주, 50대)

성확정 수술의 범위와 방식 등은 트랜스젠더 본인의 신체에 대한 불편과 자존감에 근거하여 선택될 문제입니다. 외부성기의 형태나 생식능력의 상실여부가 성별정정의 필요조건이 되는 것은 명백한 인권침해라고 생각합니다 (전원, 50대)

취소한의 수술로 정정해 주시면 감사하겠습니다 (메리, 60대 이상)

저는 트랜스남성이고, 현재 남성으로 사회생활을 하고 있으며 성별정정 서류 제출을 하고 결과를 기다리는 중입니다.

저는 자궁적출술과 성기재건수술을 원치 않았지만 먹고 살기 위해선 취업을 해야하고 그러려면 성별정정을 해야해서 현재 자궁적출술까지 받은 상태입니다.

수술 자체는 무사히 마쳤지만 적출 후부터는 호르몬 투여를 중단 시 갱년기 증상이 나타나며 몸에 기력이 없는 등 일상생활에 어려움이 있어 만약 호르몬 투여를 할 수 없는 비상상황이 생기면 어쩌나 걱정을 달고 살게 되었어요.

수술 후 부작용으로 수술 전에는 없었던 염증, 질염이 수술 후에 갑작스럽게 몇 번 생기기도 했어서 건강면에서도 부담이 있었습니다.

또 수술을 받기 위한 비용도 크다보니 재정적인 부담도 컸고, 수술을 받는 기간 동안 경력이 단절되는 어려움도 있었습니다. 재생산권 박탈의 문제점도 있어 성별정정에 필수가 아니었다면 받지 않았을 것 입니다.

성기재건수술의 경우 트랜스남성은 완전 필수가 아니라서 사유서로 대신해 제출 했지만 이것 때문에 정정 승인이 나지 않는다면 어쩌하나 하는 걱정도 있고요. 트랜스남성의 성기재건수술은 막대한 비용과 비교해 예후와 의료기술이 아직까지 좋지 못한데 강제 되어선 안 된다 생각합니다. 장기간에 걸쳐 받는 수술이니 수술비 뿐만 아니라 수술을 받는 기간 동안의 생활비와 병원비, 경력단절의 리스크도 더 크고요.

수술에 따라 팔이나 허벅지 조직으로 성기 재건을 할 경우 해당 부위에 큰 흉터가 남게 되고, 크기는 음경으로 보이지만 모양은 다른 게 보이는데다 수술을 받은 분들의 경험담으로 성감이 거의 없어졌다는

부작용도 자주 보고되고 있으며, 음핵을 사용한 수술은 성감이 줄어드는 부작용은 거의 없으나 재건한 음경의 크기가 작아서 페니스로 보이기 어려운 측면이 있어 트랜스남성의 성기재건 수술은 비용은 가장 많이 드는 수술인데 단점이 너무 많아 아직 의료적인 한계가 많습니다. 이런 면에서도 필수로 하기엔 문제점이 많습니다.

선천적인 지병 등을 이유로 수술을 받을 수 없는 분들에겐 수술이 필수면 정정은 시도조차 못 하는 일이라는 점에서도 수술은 선택이여야 하지 정정 때문에 강제되어선 안 된다 생각합니다 (현성, 20대)

제 개인적 삶의 이야기를 우선 적어봅니다.

디스포리아로 인해 대학 신입생 때 정신건강에 한계가 왔었습니다. 그래서 평생 못할 것 같았던 성별 정정에 대해 알아보게 되었는데, 정말 큰 벽을 느꼈습니다.

아웃팅 방지를 위해 정정 이후에는 커리어를 포기하게 되므로, 신입으로서 그동안의 공백을 설명하려 거짓을 지어거나 혹은 업계에서 아예 떠나 다른 일을 알아봐야 하는 거구나. 라고 파악했기 때문입니다. 내가 겁쟁이라 너무 복잡하게 생각하나 싶기도 했지만.. 그 당시 강의 시간에 예시라며 가끔씩 튀어나오는 교수님들의 트랜스포비아 발언을 들으면 며칠 내내 여파가 가시지 않곤 했습니다.

그래서 공부할 때 공허한 마음이 많이 들었습니다. 언제든 사라질 모래탑인데, 하고요. 성적이 좋게 나와도 칭찬을 받아도 금방 슬퍼지곤 했습니다.

학교 그만두고 아르바이트로 수술비 벌여 정정까지 마친 뒤, 정정된 성별로 다른 학교에 입학 할까 하는 생각도 했지만, 평생 만져본 적도 없는 비싼 수술비를 몇 년 동안 마련한 뒤 보장도 되지 않은 입학을 기대한다니.. 덜컥 실행할 수 없는 일임이 당연했고, 빛 이야기가 끊긴지 몇 년 안 되었던 때의 부모님께 감히 설명조차 못 드릴 것이라는 결론에 이르렀습니다.

졸업 학년까지 시간은 흘렀고, 커리어 리셋은 어쨌든 뒤에 생길 사건이므로 그만 생각하려 애썼습니다. 일단 먹고살기 위해서, 그리고 수술비 마련을 위해 전공을 살려보려고 마음을 먹었습니다.

그런데 졸업 즈음에 조언을 들으니, 업계 특성상 신입은 민폐가 되지 않으려면 기본 몇 년 이상 을 일해야 했습니다. ‘몇 년 동안은 신입에게 투자하는 기간이다’, ‘얼마 안가서 그만두는 신입들 때문에 업계인들로부터 학교 평판이 안좋아진 적이 있었다.’는 식의 말을 정말 많이 들었습니다. 그래서 면접 때마다 죄책감에 시달렸습니다. 당연히 면접 때 도 비슷한 이야기를 들었고, 현실이라는 걸 알게 되니 저를 만나려 시간내준 분들께 정말 미안한 마음만 들었습니다. 결국 전공을 포기했습니다.

제가 겁쟁이에 한심한 사람이라 이런 결과가 나왔다고 생각합니다. 그러나 만약 대입을 준비하는, 혹은 재학 중인 학생들이 보다 덜 어렵게 본인의 정체성으로 대학 입학할 수 있게 된다면, 분명 사회의 한

일원으로서 멋지게 활약하고 지낼 수 있지 않을까 싶어서 제 이야기를 작성했습니다.

아래는 수술에 관련된 이야기입니다.

현재 수술비는 어느정도 벌어놓았고, 버는 중입니다. 그마저도 부모님이 가족관계증명서 같은 것들 때문에 정정 사실을 우연히 알게될까 봐서, 곧 서른임에도 정정으로 향하는 시간은 점점 늦춰지고 있습니다. 그래서 가까운 사람과 관련됐거나, 안정적이고 오래 갈만한 곳 중에서는 정보를 많이 요구하는 직장이 많아서 항상 조심하고 기피하고 있습니다.

저는 난소와 자궁 제거 수술을 한 상태입니다. 이 수술의 경우 회복 중 다칠 위험이 있어 반드시 보호자가 필요했습니다. 저를 지지해주는 가족 1명 때문에 가능했지만, 어려운 분들은 큰 마음 먹고 수술 예약을 잡으려 왔다가 집으로 돌아갈 수도 있겠다 싶었습니다. 급여를 받고 간병인 역할을 해주시는 분들은 그 당시 다인실에서만 일하셨기 때문에, 정체성이 병실의 모두에게 알려지게 되므로 개인적인 도움을 청할 수가 없는 상황이었습니다. 호적 성별이 침대에 적혀 있는 것은 물론이고 어떤 수술을 했는지 대답하는 경우가 꽤 있어서 숨길 수 있는 상황이 아니었습니다. 수술은 잘 마쳤으나, 집에 돌아간 뒤 밤 12시 넘어서 갑자기 난생 처음 겪어보는, 통증에 가까운 심한 오한 증상을 겪기도 했습니다.

줄곧 원했던 가슴 제거 수술은 갑작스레 어려운 상황이 되었습니다. 수년이 지난 뒤임에도 갑작스런 통증을 계속 겪거나, 고름이 나온다는 분들이 계셨기 때문입니다. 어느 병원에 가야할지 모르겠습니다. 많은 분들이 찾은 병원들에서 나타난 부작용이라 ‘거기에 가야지’라고 오래 전부터 마음을 먹은 상태였거든요. 그래서 뒤늦게 터진 부작용 이야기들을 보고 많은 충격을 받았습니다. 가장 난이도 쉬울 거라 생각했던 수술이 이정도인지라, 성기재건은 더욱 더 걱정스럽습니다. 가슴 제거 수술은 정말 가장 정보가 만연해서 정말 쉽게 본 경향이 있었는데, 이런 일들이 생길 줄은 정말 상상도 못 했습니다.

성기 재건의 경우 대수술이고 단계가 있어 중간에 몇 차례 쉬어줘야 하기 때문에 일단 생계적으로 어떤 시기에 가능할지 엄두가 안 납니다. 해외에서 수술 받고 귀국 후 의료사고가 생기면 대응이 무척 어렵습니다. 만약 응급 상황으로 목숨이 위협해진다면, 응급실에서 하나하나 설명하므로 매우 큰 부담이 따릅니다. 국내에 성기재건이 가능한 병원이 있긴 하지만, 극소수에 정보가 매우 협소합니다. 대개 비공개에 가까운 성향이라서, 무슨 사건이 생긴다면 정말 알기 어렵습니다. 결국 부작용 등에 대해 대응이 어려운 것은 마찬가지로 부담스러워서, 저 개인적으로는 국내보다 해외 수술을 좀 더 엄두에 들 정도입니다.

눈에 띄지 않고, 튀지 않고 사는 것, 그게 저의 안전이자 1순위입니다. 그래서 재건수술을 정말 원해왔지만, 그럼에도 갈수록 어려움이 드러나서 엄두가 안 날 정도입니다.

성기 재건 수술에 문제가 생겨 존엄사를 하신 분의 이야기를 담은 벨기에의 다큐멘터리 정보를 읽어본

적이 있습니다. 그때는 아무것도 모르던 때라 ‘하필’ 저런 일이 생긴 줄 알고, 슬프고 안타까운 마음이 많이 들었습니다. 그러나 이제는 그것이 제 미래일 수도 있겠다는 생각이 듭니다. 성기재건 수술을 하게 된다면, 저는 존엄사 비용으로 알려진 금액까지 마련해놓은 상황이 되어야 진행할 생각입니다. (도, 20대)

성별정정과정에 수술이 필요하기 때문에 수술할 돈을 모아야 합니다. 그 과정에서 법정성별로 사회생활을 해야 하는데 신분증과 외모의 불일치로 근로근속이 쉽지 않습니다. 또한 성별정정 이후에는 그동안 일했던 시간들의 경력을 증명할 수 없어 과거의 경력이 공백이 되는 경우가 많이 발생합니다. 이러한 연유로 사회로의 재편입이 늦어지게 되어 더 많은 인생의 공백이 생기게 되고, 정체화한 성별로의 공백이 더욱 길어지게 되는 것이 현실입니다.

그 공백을 최소한으로 줄이기 위해 많은 트랜스젠더들이 심력을 소모하고 있는 실정입니다. 수술없이도 호르몬요법등의 방법으로 정정이 가능하다면 사회적성별과 외모의 일치로 사회생활 등 여러 방면에서의 편리를 꾀할 수 있으며 여러 방면에서 더 나은 삶이 가능합니다.

또한 FTM의 경우 모든 생식기관을 적출하기 때문에 혹여 건강상의 이유로 불가피하게 호르몬을 일시적으로 중단하게 된다면 몸에 성호르몬의 부재로 갱년기 증상을 겪게 되는 등 문제가 발생합니다.

성별정정은 정신적 성별과 사회적 신분을 일치시킴으로써 사회의 구성원으로 떳떳하게 살기 위한 필수불가피한 과정입니다. 개인의 행복을 추구하고자 하는 기본적인 권리의 표명입니다. 그러한 과정에서 너무 잔인하게도 많은 부분을 강요받고 있는 현실이 많이 서글프기도 합니다. 물론 많은 분들의 노고로 사회가 점차 나아가고 있다는 것을 잘 알고 있습니다. 부디 사회가 계속 바른 방향으로 나아가길 간절히 소망합니다 (박공, 30대)

단체 의견서



1. 트랜스해방전선

2017년 12월 창립한 트랜스해방전선은 트랜스젠더퀴어 인권 증진을 위한 다양한 활동을 하는 단체입니다. 2018년도부터 이태원에서 트랜스젠더 추모의 날 집회 및 행진을 이어왔으며, 트랜스젠더 가시화의 날에는 해외 트랜스젠더 국회의원 등을 초청한 국제 컨퍼런스를 주최하기도 했습니다. 지난해엔 <랜스야 생일 축하해>라는 대중 캠페인을 벌이는 한편, 서로에게 위로와 안부를 묻는 <트랜스젠더 잘 살고 있나요>라는 집회를 진행하기도 했습니다.

특히 트랜스해방전선은 지난 2019년, 성별정정특별법 제정을 위한 서명전을 진행한 바 있으며 당시 4,113분의 시민들이 성별정정특별법 제정에 동의하고 서명해주신 바 있습니다. 하지만 2022년 현재 성별정정특별법은 제정되지 않았고, 여전히 대법원예규 <성전환자의 성별정정 허가신청사건 등 사무처리 지침>에 의거하여 이루어지고 있습니다.

그러나 대법원예규는 성별정정 요건으로 엄격한 잣대를 들이밀고 있으며, 법률의 부재로 인해 판사의 개별적인 판단에 의거하여 이루어지고 있는 점 역시 인권의 사각지대를 생성하고 있는 원인입니다. 특히 생식능력 제거 및 외부성기 수술 요건 강요로 인해 수술을 원치 않는 트랜스젠더도 수술을 강요 받고있는 것이 현실입니다.

실제 성별정정 과정에서 외부성기 수술 여부를 확인하기 위해 2군데 이상의 의사진단서를 제출했음에도 사진 제출을 요구하거나, 일어나서 돌아보라고 요구하거나, 심지어는 화장실에서 확인을 해보는 건 어떨냐는 식의 인권침해가 일어나도 당사자들은 성별정정을 위해 법원에 어떤 항의도 할 수 없는 사례들이 발생한 바 있습니다.

주민등록번호에 성별을 표기하고 있는 한국 사회에서, 최대 수천만원에 이르는 수술비를 모으기 위해서는 안전하지 못한 노동 환경에 노출될 가능성이 높아집니다. 또 돈을 모으지 못해 수술을 받지 못한 트랜스젠더 당사자는 법적 성별 표기 때문에 또 다시 취직을 못하는 악순환이 반복되고 있습니다.

또한, 트랜스젠더 의료 기술 및 접근권이 용이하지 않은 한국 특성 상 외국에 나가 수술을 하는 경우도 빈번하며, 의료보험의 혜택 역시 전혀 받지 못하고 있지 않은 현실에서 돌이키기 어려운 외부 성기 수술을 강요하는 것은 신체 훼손을 강요하는 고문이라고 할 수 있습니다.

이에 트랜스해방전선은 성별정정특별법 제정과 주민등록번호 완전난수화 이전에 바로 폐지할 수 있는 대법원예규 상 수술요건 폐지를 요구합니다. 그리고 국가인권위원회에서 수술요건 폐지를 대법원에 권고할 것을 요청합니다.

2022. 09. 23.

트랜스해방전선

2. 성소수자부모모임

법원은 인권침해적이고 국제기준에 전혀 부합하지 않는 트랜스젠더 성별정정 현행 요건 및 절차를 조속히 개선해야 합니다.

트랜스젠더 부모모임(이하 ‘트임’)은 트랜스젠더 자식을 둔 부모이자 법적 성별정정 절차를 함께 하고 있는 주체로서, 인권침해적이고 국제기준에 전혀 부합하지 않는 트랜스젠더 성별정정 현행 요건 및 절차를 조속히 개선할 것을 촉구합니다.

2020년 국가인권위원회의 연구용역으로 이루어진 ‘트랜스젠더 혐오차별 실태조사’에 따르면, 법적 성별과 성별정체성의 불일치로 인해 공공서비스 이용, 의료기관 방문 등 일상적 용무뿐만 아니라 취업, 직장 등 생계과 직결된 일들에 대해서도 당사자들 중 상당수가 차별과 혐오를 마주한 적이 있다고 응답했습니다. 가족관계등록부와 주민등록번호를 통해 성별을 1 또는 2, 3 또는 4로 엄격히 구분하는 탓에, 법적 성별과 달리 여겨지는 외모나 표현 등을 하는 트랜스젠더는 공공서비스, 교육, 고용 등 여러 영역에서 불편과 어려움을 겪는 것입니다.

그러나 법원에 성별정정 허가신청을 내어도 법원에서 “의학적 기준에 따라 성전환 수술을 받고 반대 성으로의 외부성기를 포함한 신체를 갖출 것”을 요구하는 등 과도하고 엄격한 조건들을 만족해야 한다고 명시하고 있기 때문에, 수술할 의사가 없거나 경제조건이나 건강 등 여러 이유로 당장 수술이 불가능 당사자들은 법적 성별이 바뀌지 않은 채로 살아야 합니다. 이 때문에 자신의 건강권과 생존권을 사수하기 위해 본인이 원치 않음에도 결국 성확정 수술을 받는 경우도 발생하고 있습니다.

물론 트랜스젠더가 신체에 겪는 위화감 때문에 이로 인한 고통이 큰 경우, 수술은 필수적이거나, 모든 트랜스젠더가 그런 것은 아닙니다. 개개인에 따라 겪는 위화감과 필요성의 정도가 다르기 때문입니다. 트랜스젠더에게 필요한 의료적 조치에 있어 무엇보다 가장 중요한 것은 본인의 의사입니다. 본인의 몸은 본인이 선택할 수 있어야 합니다. 생식능력의 비가역적 제거 요구가 부당하다는 것도 같은 맥락입니다. 트랜스젠더라 하더라도 아이가 갖고 싶다면 충분히 가질 수 있어야 합니다. 트랜스젠더에게 성확정 수술을 비롯한 의료적 조치란 무조건 본인의 성별위화감과 필요에 따라 스스로가 결정해야 하는 사안입니다.

한편, 생식능력 제거 수술과 외부성기 재건 수술을 엄격하게 요구하면서도 현재 한국에는 트랜스젠더 의료에 관한 공적 정보나 시스템이 전무하며, 국민건강보험이 적용되지 않고 비급여로 취급되고 있습니다. 우리 아이들이 게다가 수술에는 큰 위험과 비용 그리고 시간이 뒤따르지만, 국가와 의료기관으로부터 그 어떠한 안내와 조치도 받을 수 없습니다. 이러한 상황에서 법적 성별정정을 위해 성확정 수술을 필수로 요구하는 것은 오히려 개인의 자기결정권, 의료접근권과 건강권, 재생산권, 재산권에 대한 과도한 침해입니다. 정신건강의학과 전문의로부터 ‘성전환증(F64.0)’ 진단을 받았다면 법원에서는 이를 주요한

요건으로써 인정하고 성별정정 허가 결정을 내려야 합니다.

또한 현행 절차는 정정하고자 하는 성별에 걸맞는 생애 서사와 역할을 해왔는지를 당사자와 그 가족에게 세세하고 일관되게 증명하도록 진술을 요구합니다. 이는 개별 판사들의 젠더감수성과 가치관 등이 반영되므로, 매우 주관적인 판단으로 이어질 수밖에 없습니다.

법원의 판단은 외부 성기나 개인의 가치관이 아니라 헌법을 근거로 누구나 온전한 삶을 살고 존엄을 지킬 수 있도록 기능해야 합니다. 그러나 그동안 많은 트랜스젠더들은 헌법상 보장된 권리를 법적 성별정정 절차에서 늘 침해받아야 했습니다. 법원은 더는 이런 일이 없도록 트랜스젠더 친화적 성별정정 요건 완화를 통해 그 책임을 다하여야 합니다.

유엔자유권위원회, 유엔여성차별철폐위원회를 비롯한 유엔 조약기구는 한국에 성별정정에 대한 수술 등 가혹한 요건들을 없애라고 권고하고 있습니다. 또한 유럽과 미국 등 주요 국제사회에서는 수술 없이 법적 성별정정이 가능합니다. 한국사회에서도 성기수술 없이 성별정정을 허가하는 판례들이 나오고 있는 만큼, 인권친화적이고 국제흐름에 부합하는 성별정정 요건 및 절차가 새로이 마련되기를 바랍니다.

2022. 09. 23.

성소수자부모모임

3. 성별이분법에 저항하는 사람들의 모임 여행자

성별이분법에 저항하는 사람들의 모임 여행자(이하 ‘여행자’라 합니다.)는 국내 논바이너리 트랜스젠더 및 트랜스젠더퀴어 당사자들로 구성된 단체로서, 법원의 성별정정절차에서의 수술요건 및 이분법적인 성별 지정에 대해 아래와 같이 의견을 제출합니다.

- 아 래 -

1. 여행자는 논바이너리 트랜스젠더 당사자들로 구성된 단체입니다.

논바이너리(Non-binary)란, 성별을 ‘여성’과 ‘남성’ 두 가지만으로 나누는 것을 전제로 하는 성별이분법적 인식에서 벗어나 성별(gender)을 스펙트럼으로 인식하는 것을 기초로 하는 성별입니다. 따라서 논바이너리 트랜스젠더는 단일한 성별 정체성이 아니며, ‘여행자’에는 성별이분법에 속하지 않는 다양한 성별 정체성들을 가진 사람들이 소속되어 있습니다.

논바이너리 트랜스젠더 당사자들은 자신의 법적 성별과 일치하지 않는 성별정체성, 외모 및 생활양식 등으로 인해 다양한 사회영역에서 불편을 겪고 있으며, 이로 인해 성별정정을 필요로 하는 사람들이 있습니다.

2. 성별정정 절차에서의 수술요건은 폐지되어야 합니다.

성별정정 절차에서 요구되는 수술요건은 논바이너리 트랜스젠더에게도 원치 않는 수술을 강요하고 있습니다. ‘여행자’가 2022년 8월 논바이너리 트랜스젠더 195명을 대상으로 실시한 설문 조사에 따르면, 조사참여자 중 법적 성별정정을 이미 받았거나 허가를 신청하여 결과를 기다리고 있는 사람 중 100%가 성별정정 허가 요건을 갖추기 위해 원치 않는 성기성형수술 또는 내부생식기적출수술 등을 받았다고 응답했으며, 그로 인해 일상생활이 불편했거나 건강이 악화되었고, 수술비용을 위해 금융기관에서 대출을 받거나 원치 않는 노동에 종사해야 했다고 응답했습니다.

또한 조사참여자 중 43.1%가 성별정정을 하고 싶지만 할 여건이 되지 않다고 응답했고, 그 이유로는 생식능력제거수술을 받는 것을 원치 않거나 비용, 건강 등의 문제로 받을 수 없기 때 문이라는 응답이 42.9%, 외부성기수술(적출수술)을 받는 것을 원치 않거나 비용, 건강 등의 문제 로 받을 수 없기 때문이라는 응답이 58.3%를 차지했습니다. 한편, 성별정정 절차 중 법원에서 겪을 수 있는 인권침해가 걱정되어서라는 응답은 28.6%로 기록되었습니다.

그 외에 법원이 ‘현재 생식능력이 없고, 향후에도 생식능력이 발생하거나 회복될 가능성이 없음’을 확인하는 전문의사 명의의 진단서나 감정서를 참고서면으로서 제출하도록 하는 것에 대한 의견을 묻는

항목에 전체 조사참여자 중 92.3%가 ‘법원의 제출요구는 부당하며, 삭제되어야 한다’고 응답했고, 법원이 ‘성전환수술을 받아 현재 생물학적인 성과 반대되는 성에 관한 신체의 성기와 흡사한 외관을 구비하고 있음을 확인하는 성전환수술 의사의 소견서’를 참고서면으로서 제출하도록 하는 것에 대한 의견을 묻는 항목에는 94.9%가 ‘법원의 제출요구는 부당하며, 삭제되어야 한다’고 응답했습니다.

논바이너리를 포함한 많은 트랜스젠더들은 법적 성별정정을 위해 원치 않는 수술을 강요당하고 있으며, 이로 인해 건강이 악화되거나 경제적 문제를 겪고 있습니다.

3. 논바이너리 트랜스젠더에게 비이분법적인 성별정정 권리가 인정되어야 합니다.

성별은 다양한 요소들을 아우르는 일종의 스펙트럼이며, 이는 ‘여’ 또는 ‘남’만으로 단순히 구분 될 수 있는 성질의 것이 아닙니다. 많은 당사자들이 그 이분법적 기준에 부합하지 않는 신체, 외모 또는 생활양식을 가지고 있으며, 자신의 정체성에 맞는 성별로 법적 성별을 정정하기를 원합니다.

앞선 조사에서, 법적 성별정정을 이미 거쳤다고 응답한 사람 중 25%가 자신의 논바이너리 정체성과 일치하지 않는 이분법적 성별정정을 해서 불편하거나 찝찝하다고 응답했고, 80%가 향후 비이분법적인 성별(논바이너리)로 성별정정이 가능해진다면 다시 성별정정을 하고 싶다고 응답 했습니다.

또한 자신이 논바이너리 트랜스젠더이지만 아직은 성별정정을 원하지 않는다고 응답한 118명 의 응답자들 중 84.7%가 아직 성별정정을 원하지 않는 이유에 대해서 ‘여자에서 남자로 또는 남자에서 여자로 성별정정하는 것은 논바이너리 트랜스젠더인 자신에게 무의미하기 때문’이라고 응답했으며, 전체 응답자 중 96.9%가 이분법적인 현행 성별정정 제도에 대해 ‘여’ 또는 ‘남’이 아닌 제3의 성별로도 성별정정이 가능해야 한다고 응답했습니다.

그 외에 향후 주민번호 체계가 난수화되어 주민번호에 성별이 드러나지 않고 이로 인해 신분 증명서 성별표기가 사실상 삭제되었다고 전제한 물음에 대해 31.7%의 응답자가 그럼에도 불구하고 비이분법적 성별(논바이너리)의 법적 인정을 위하여 비이분법적인 성별정정 절차가 필요하다 응답했고, 62.4%의 응답자는 주민번호와 신분증 외의 다른 공문서 이분법적인 성별 표기가 될 수 있으므로 비이분법적인 성별정정 절차가 여전히 필요하다고 응답했습니다.

이와 같은 조사결과에 따르면, 비이분법적인 성별정정 절차가 논바이너리 트랜스젠더 당사자들에게 매우 중요한 것이며, 신분증을 포함한 각종 공문서상 나타난 이분법적 성별표기로 인해 많은 당사자들이 불편을 겪고 있는 것을 알 수 있습니다.

4. 세계 각국에서는 논바이너리 당사자의 권리를 인정하고 있습니다.

현재 국제적인 추세에 따르면 논바이너리 등 비이분법적인 성별의 법적 인정이나 그러한 성별표기 등을 허용하는 사례들이 늘고 있습니다. 대표적으로 독일연방헌법재판소는 2017년 10월 10일 유럽 최초로 '남'이나 '여'가 아닌 제3의 성별 등록을 허용한 바 있으며, 벨기에 헌법재판소는 2019년 6월 이분법적인 성별만을 인정하는 트랜스젠더 법률이 논바이너리 트랜스젠더를 차별한다는 취지로 위헌 판결을 하였고, 미국 오리건 주에서는 2016년 6월 여성(female)에서 논바이너리(non-binary)로 법적 성별을 정정하는 것이 미국 최초로 받아들여진 바 있습니다. 그 밖에 호주, 덴마크, 뉴질랜드, 파키스탄, 인도, 아일랜드 등의 국가에서 신분증에 비이분법적인 성 별 표기를 허용했고, 최근 2022년 4월 11일 부터는 미연방 여권에서 모든 시민이 M(남)또는 F(여)가 아닌 'X'성별 표기를 사용할 수 있게 되었습니다.

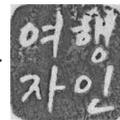
5. 현행 성별정정 요건은 반드시 개선되어야 합니다.

현행 성별정정 절차는 많은 (논바이너리)트랜스젠더 당사자들의 신체를 침해하고 건강을 위협하고 있으며, 개인의 성별정체성과 일치하지 않는 법적 성별을 변경하기 어렵게 하여 사회 참여 의 기회를 차단하고 있습니다

(논바이너리) 트랜스젠더는 안전하고 존엄한 삶을 원하며, 어떠한 수술도 강요받지 않고 자신들이 원하는 법적 성별을 가지길 원합니다. 모두의 권리 보장을 위한 성별정정 요건의 개선이 반드시 이루어지기를 바랍니다.

2022. 9. 19.

성별이분법에 저항하는 사람들의 모임 여행자



유엔(UN) 성소수자 특별보고관 영상 인터뷰

빅토르 마드리갈-보를로스



유엔(UN) 성소수자 독립전문가 영상 인터뷰

빅토르 마드리갈-보를로스(성적 지향과 성 정체성에 관한 독립전문가)

2018년 유엔 인권이사회에 제출된 독립전문가 보고서의 권고사항에는 법적 성별 정정과 관련해 많은 중요한 사항들이 담겨 있습니다. 이를 보다 자세히 설명해 주시겠습니까?

성별 정체성의 법적 인정은 가장 기본적인 우리의 행복 추구 능력에 속하는 문제입니다. 제가 2018년 보고서에서 말했듯 그것은 우리 자신의 존재 범위를 정하는 능력과 관련됩니다. 성별 정체성과 관련해 진행한 법적 연구를 통해 저는 확신을 갖게 되었습니다.

우리가 성이라 알고 있는 것을 구성하는 여러 사회적 구성물과 관련해 한 개인의 결정능력을 제한할 타당한 근거는 어디에도 없습니다. 따라서 성별 정체성의 법적 인정이 과거 판사나 의사의 수중에서 실행된 방식, 또는 성기 절제를 비롯해 개인의 끔찍한 희생을 요구해 온 관행은 인권의 관점에서 매우 엄밀하게 폭로되어야 하고 또 분명 그렇게 진행되어 왔습니다.

또한 독립전문가 권한을 부여받은 저를 비롯해 UN 인권최고대표, 미주인권재판소 등의 기관들은 성별 정체성 인정 절차가 일련의 기준을 준수해야 함을 만장일치로 확인한 바 있습니다. 예컨대, 여기에는 해당 절차가 자기 결정에 기초해야 한다는 점이 포함됩니다. 우리의 성별 정체성이 무엇인지 말해 줄 제3자나 외부 기관은 존재하지 않습니다. 또한 이러한 절차는 간소하고 접근가능해야 합니다. 그것은 사법적 결정에 맡길 수 없습니다. 이상적으로 그것은 간단한 행정 절차여야 합니다. 여기에는 성별 정체성 요구를 병리화하는 요소가 없어야 하며 원치 않는 성기 절제나 성전환 수술 등을 요구해서도 분명 안 됩니다.

마지막으로 이러한 절차는 아동 권리 보호의 범위 내에서 시행되어야 하지만 동시에 아동도 이 절차를 이용할 수 있어야 합니다. 이러한 사항들이 성별 정체성의 법적 인정을 모범적으로 실천하기 위한 지도 원칙이 될 것입니다.

한국 대법원은 법적 성별을 위해 몇 가지 조건을 검토합니다. 여기에는 성전환 수술 여부, 정신과 진단, 혼인 여부, 미성년 자녀 유무, 신청인의 법적 연령 등이 포함 됩니다. 국제인권규범의 측면에서 이러한 요건들을 어떻게 생각하십니까?

이와 관련해 저에게 할당된 사건은 없었지만 해당 문제는 특정 통보절차의 관점에서 실질 심사를 실시할 필요가 있습니다. 한 가지 말씀드릴 수 있는 건 이러한 심사의 기준이 성별 정체성의 법적 인정을 다룬 제 보고서에 명시되어 있다는 점입니다. 한 국가에서 작동하는 절차가 국제인권법의 요건을 준수하는지 여부를 심사할 때 저는 보고서에 명시된 기준을 제도가 실제로 적용되거나 설계되는 방식과 비교합니다. 다시 한번 말씀드리지만 하나의 입장을 내기 위해서는 제가 해당 사건을 담당하고 있어야 합니다.

하지만 성별 정체성의 법적 인정 관련 제도의 심사에 대해 제가 적용하는 방법론이 이와 같다는 점은 말씀드릴 수 있습니다.

성전환 수술을 하지 않은 트랜스젠더들에게 법적 성별 변경이 허용될 경우 시스젠더 여성들의 권리가 침해될 수 있다고 주장하는 사람들이 있습니다. 이러한 견해를 어떻게 보십니까?

그 질문은 아주 간단하게 답할 수 있습니다. 누군가가 더 많은 권리를 갖는다는 것이 다른 누군가는 더 적은 권리를 갖게 된다는 의미는 아니기 때문입니다.

인권은 제로섬 게임이 아닙니다.

저는 실제로 트랜스젠더에게 완전한 권리를 부여하는 것이 여성들에게 실질적인 위협이거나 위협이 될 수 있다는 주장에 대해 매우 광범위한 조사를 진행한 바 있습니다. 저에게 접수된 이러한 혐의들은 통상 트랜스젠더가 안전한 여성전용 공간에서 위협이 된다거나 여성들의 스포츠 참여 또는 여성들에게 할당된 정치 의석 참여에 위협이 된다는 식의 주장에 근거하고 있습니다. 인권기반 접근법에 따라 이러한 주장들과 가용한 증거들을 조사한 후에 저는 강력한 근거에 입각해 트랜스젠더의 인권을 인정하는 것이 여성 권리에 위협이 된다는 주장에는 일말의 근거도 없다는 결론을 내렸습니다.

여성전용 공간을 예로 들어보죠.

여성전용 공간과 관련된 우려는 트랜스젠더 여성이 본성상 약탈적이라는 사회적 낙인과 편견에 기대고 있는 것처럼 보입니다. 이러한 견해를 뒷받침할 증거는 어디에도 없습니다. 그것은 사실상 편협한 믿음을 반영할 뿐입니다. 또다른 경우는 트랜스젠더 여성의 스포츠 참여와 관련됩니다. 트랜스젠더 여성이 법적으로 여성이라는 점에서 이들의 스포츠 참여는 그들을 어떻게 포용할 것인가에 관한 문제가 아닙니다. 문제는 차별금지 원칙의 적용에서 그들을 배제하는 것이 정당한지 여부입니다. 조사를 진행한 뒤에도 저는 여성 인구 전체가 체계적으로 스포츠를 중단하거나 스포츠에서 배제될 수 있다는 주장이 성립할 근거는

거의 발견하지 못했습니다. 제가 보기에 이러한 주장은 모두 가부장적 권력 구조를 뒷받침하는 것처럼 보입니다. 그 근거를 들여다보면 이들 주장은 차례차례 무너져 내립니다.

법적 성별정정을 위한 성전환 수술 요구는 많은 비판을 받고 있습니다. 법적 성별정정의 요건으로 의학적 수술을 의무화하는 것에는 어떠한 문제점이 있습니까?

제 생각에 문제는 한 개인에게 신체를 절제하거나 그들의 생식능력을 제거하도록 요구함으로써 얻을 수 있는 사회적 이익이 아무 것도 없다는 것입니다. 또 많은 경우 성적 쾌락에 대해서도 마찬가지입니다. 소위 성전환 수술을 해야 한다는 생각은 사회가 모종의 안정감을 끌어낼 수 있다는 사실에서 비롯되는 것 같습니다.

다시 말해, 트랜스젠더는 이러한 수술을 통해 남녀로 이루어진 익숙한 이분법적인 틀에 딱 들어맞게 된다는 것이죠. 하지만 그토록 몸을 해치고 고통스러우며 되돌릴 수도 없는 절차를 요구할 수 있는 근거가 있는지 살펴보면 이를 정당화할 근거는 전혀 찾을 수 없습니다.

한국 트랜스젠더들의 인권 개선과 보호를 위한 조치와 관련해 한국 정부와 대법원에 조언할 것이 있다면 한 말씀 부탁드립니다.

첫걸음은 언제나 법적 인정입니다.

앞서 말씀드린 것처럼 법적 인정이 성별 정체성 요구를 병리화하지 않고 간소한 행정 절차를 통해 이뤄짐으로써 당사자는 한 사회 속에서 살아가면서 제공되는 모든 일련의 서비스와 기회에 접근할 수 있는 열쇠를 갖게 될 것입니다. 법적 인정이 핵심입니다. 그것은 사람들이 국가와의 연결고리 또는 관계를 수립하기 위한 근본적인 중심축입니다. 성별 정체성의 법적 인정은 시민권의 인정에 필수적인 것입니다. 국적의 측면에서가 아니라 개인이 사회집단 내에서 인정받고 가치있게 여겨진다는 의미에서 말이죠.

우리의 경험에 따르면 법적 인정이 하나의 현실이 될 때 트랜스젠더가 역사적으로 배제되어 온 여러 분야들이 드러날 것입니다. 이러한 상황은 균형을 맞추기 위한 모종의 조치들을 요구합니다. 예컨대, 아르헨티나는 공공기관에 트랜스젠더 할당제를 도입했습니다. 이 제도는 매우 성공적으로 시행되고 있습니다. 그리고 트랜스젠더가 사회에 가져다준 여러 이로움 속에서 사회통합 의식이 생겨나고 있습니다. 이를 비롯한 많은 사례들이 창의적으로 트랜스젠더의 권리를 증진하기 위해 시도해 볼 수 있는 조치라고 생각합니다.

UN 인권최고대표사무소

트랜스젠더의 성별정정 기준의 법정치학

한상희 (건국대학교 법학전문대학원 교수)



트랜스젠더의 성별정정 기준의 법정치학¹⁾

- 대법원 예규의 성전환수술 요건을 중심으로 -

한상희(건국대학교 법학전문대학원 교수)

1. 서론

1) 「몸의 정치」 - 두 개의 지점들

▷ 지점 하나

“국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고” - 헌법 제10조의 한 부분이다. 여기서 “개인”이란 누구이며 어떻게 인식되는가? 그 존재와 가치의 면에서 “국가와 사회 등 집단보다 우선이라 생각”되며 모든 것의 중심에 자리하면서 다른 모든 것을 규정하고 판단하는²⁾ 주체로서의 개인은 과연 어떠한 존재인가? Jehring가(家)의 루돌프가 아니라, ‘윤 초시 닥의 손녀딸’이 아니라 스스로 독립하여 존재하는 권리·의무의 주체로서의 개인은 어떤 방식으로 존재하게 되는가?

근대의 계몽주의는 “개인”이라는 존재를 발명해 내었다. 이성적으로 사고하고 합리적으로 행동하며 스스로 자신의 사고와 행동을 정당화하는 존재-즉 cogito-로서의 개인은 그때까지 그를 규정해 왔던 가족, 공동체, 지역 혹은 토지나 신분과 같은 외부적인 것들로부터 온전히 자유롭고 또 독립하였다. 분명 두 가문의 교차점에서 목숨을 버려야 했던 로미오와 줄리엣은 친족법의 틀에서 벗어나지 못하였던 안티고네보다는 훨씬 더 개인적이었다. 그래서 역사학자는 집단적 의미에서만 그 존재를 인정받았던 중세의 인간에 비하여 근대의 인간은 “이제 주체성을 갖는 개인이 되면서, 자신을 바로 그런 존재로 인식했다.”³⁾

1) 이 글은 한상희, “성별전환의 법담론 비판,” 일감법학 제12권, 2007, 43-75면의 내용을 바탕으로 이 토론회의 취지에 맞게 재구성한 것임.

2) 네이버 지식백과, “개인주의,” <https://terms.naver.com/entry.naver?docId=1057925&cid=40942&categoryId=31500>

3) 발렌틴 그뢰브너, 김희상 역, 너는 누구냐, 청년사, 2005, 28면에서 재인용

하지만 여기서 중대한 사회규범적 요청이 나오게 된다. 그 주체로서의 개인을 다른 사람들은 어떻게 인식하고 또 구별/변별할 수 있게 되는가? 나의 정체성은 나의 이성적 사고로 구성될 수 있지만, 나 아닌 타인의 아이덴티티는 무엇을 기준으로 어떻게 판별하여야 하는가? 토지를 떠난 인간, 가문을 벗어난 인간, 혹은 신분의 상징 하나 없이 별거벗은 인간을 하나의 주체로서 혹은 법적 인격으로 인정하기 위하여 우리는 무엇을 인식하여야 했는가?

▷ 지점 들

인간의 존재양식은 근대 계몽주의의 관점에서 말하는 듯이 스스로 독립되고 자율적인 정신의 형태로만 이루어져 있는 것은 아니다. 오히려 그것은 개별적인 몸의 형태를 취하면서 구체적인 시공간에 놓여져 있다. 그 몸의 체험을 통한 지각, 생각, 행동이 바로 인간의 존재와 삶을 형성하는 것이다.⁴⁾ 환언하자면, 인간의 몸은 정신의 수단으로서 혹은 정신의 대상으로 그의 수동적인 발현태로서가 아니라 언제나 인간의 의식과 사고를 촉발하고 그 내용을 부여하는 능동적이고 생산적인 주체로서 존재한다. 그리고 이러한 몸의 의식을 통하여 인간은 다른 사람의 몸과 만날 수 있으며, 그 속에서 사회적 생활관계를 형성할 수 있게 된다.

M. Foucault가 비판하는 담론권력이 그 훈육의 대상을 정신이 아닌 몸에 집중하고 있음도 바로 이 때문이다. 그의 「감시와 처벌」⁵⁾은 신체에 가해지는 고통이 형벌의 효율성과 의도적으로 대응되면서 권력이 작용하는 지점-권력의 작용점-이 바로 신체였음을 강조한다. 그가 말하는 몸은 담론적으로 구성되는 일종의 사회적 구성물일 따름이다. 즉, 사회내에 존재하는 다양한 권력현상들이 집약되는 기제로서의 몸개념-정확히는 몸담론-이 그의 논의의 핵심을 이룰 뿐, 살아서 움직이는 생체로서의 몸은 주변적으로 취급된다. 「감시와 처벌」이 중점을 두는 것은 바로 이 지점이다. 그는 공장이나 감옥, 학교 등의 제도화된 영역을 중심으로 유용하고, 순종적이고, 생산적이며, 그리고 복종하는 신체를 서술하면서 권력의 작용태를 설명한다.⁶⁾ 실제 그의 주체는 지식이나 담론에 의하여 특정하게 사고하는 주체로 만들어진 것에 지나지 않는다. 그리고 주체의 행동 또한 자신의 것이라기보다는 어떠한 권력-생체권력(bio-pouvoir) 혹은 규율권력-에 의하여 만들어지는 것이다.

여기서 권력이 주체의 반복적인 실천의 양상을 생산하는 장 즉, 장치는 바로 신체와 성(sexualite)이다. 몸으로부터 연유하는 쾌락이나 성욕, 성적 지향, 욕망 등을 이런 저런 방법으로 배제하고 통제함으로써 권력은 인간으로 하여금 특정한 방식으로 사고하고 복종하는 주체를 만들고자 한다. 근대사회에 있어

4) 태혜숙, 탈식민주의 페미니즘, 여이연, 2001, 140면.

5) M. Foucault, 감시와 처벌, 강원대학교출판부, 1989.

6) M. Sarup, 임현규 편역, 데리다와 푸코, 그리고 포스트모더니즘, 인간사랑, 1991, 78-9면.

생(vie)을 통제하려는 권력은 두 가지의 극을 가진다. 첫째가 “신체의 조련, 신체적 적성의 최대한 활용, 체력의 착취, 신체의 유용성과 순응성의 병행 증대, 효과적이고 경제적인 통제체제로의 신체의 통합, 이 모든 것이 ‘규율’을 특징짓는 권력의 절차”로서의 신체의 해부정치학(anatomo-politique)이다. 둘째는 “증식, 출생률과 사망률, 건강의 수준, 수명, 장수, 그리고 이것들을 변화시킬 수 있는 조건들을 문제로 하는 일련이 개입 및 ‘조절적 통제’의 전제”로서의 인구의 생체-정치학(bio-politique)이다.⁷⁾

한마디로 감옥에서의 훈육과 감시는 “단순한 자유의 박탈”을 넘어 “산업사회의 일반적 기준에 따라 기능화된 개인을 생산”하며, 그래서 근대화된 주체를 이루어내는 것이다.⁸⁾

2) 성별전환의 정치학

이와 같은 생체권력(bio-pouvoir)⁹⁾은 우리 사회의 도처에서 발견된다. 무엇보다 트랜스젠더들의 성별정정 청구에 대한 대법원의 판결과 그에 이은 대법원의 지침들은 그 대표격이 된다. 성별은 근대 이후 국가신원증명체제에서 빠질 수 없는 요소가 되어 왔다. 하지만 거기에 내포되어 있던 성별이분법의 체제는 개인의 자기정체성을 확인하여 이를 법의 영역으로 포섭하는 수준을 넘어선다. 그것은 신분확인 내지는 신원증명이라는 가장 기술적인 수준을 넘어서서 성별정체성이라는 개인적인 문제를 정상/비정상으로 구획하는 하나의 권력으로 작동한다. 신원증명의 수단 그 자체가 법적 인격과 법적 비인격을 나누는, 사회적 훈육의 장치로 이용되는 것이다.

7) M. Foucault, 이규현 역, *성의 역사 I: 앎의 의지*, 나남, 1990. 109면; 이에 관한 설명은 이진경, *전계논문*, 114-5면 참조.

8) 이 점에서 신체는 권력이 주체의 의지를 관철하고 통제하는 통로로서의 의미를 지닌다. 제도 내에 존재하는 각종의 규칙과 강제가 행사되는 대상이자, 동시에 주체의 사고를 지배하는 지식과 능력이 부과되는 장으로서의 의미를 갖는다. 감시와 처벌, 349-51면. 오생근(“<<성의 역사>>와 성, 권력, 주제,” 오생근·윤혜준 공역, *성(性)과 사회*, 나남출판, 1998, 103면)은 이러한 점을 착안해, 「감시와 처벌」은 “현대에 올수록 권력은 억압과 폭력의 외형적인 모습을 감추고 국가적 차원을 넘어서 개인에게 규율과 통제의 내면화된 양상으로 전환된 흐름을 보여 왔다”는 점을 잘 지적하고 있다고 본다. 하지만 그럼에도 불구하고 신체는 여전히 정신을 조작하는 권력의 작용점으로서 존재한다. 즉, 권력이 정신에 가하는 힘은 주로 감금-자유 박탈로서 이루어지며 이 점에서 “제도가 폭력적인 또는 유희적인 형벌에 호소하지 않는 경우에도, 또는 유펀나 교정을 행하는 ‘온건한’ 수단을 사용하는 경우에도 문제가 되는 것은 언제나 신체이다”라는 명제가 가능한 것이다. 감시와 처벌, 48면.

9) 자세한 것은 이진경, “푸코의 미시정치학에서 저항과 적대의 문제: 계급투쟁의 생체정치학을 위하여,” 이규표·이진경 외, *프랑스 철학과 우리-포스트모던시대의 사회역사철학*, 당대, 1997, 101-2면 참조. 바로 이 때문에 Foucault의 철학은 지식과 권력, 신체가 근대 훈육적 사회에서 상호 밀접한 연관을 가지는 세 항이 된다. 이정우, *전계논문*, 100면 참조.

대체로 성전환이나 그 법적 포섭형태로서의 성별정정의 문제는 크게 두 개의 관점에서 인식된다. 첫째는 성전환자의 자기정체성 특히 자기운명결정권과 그의 성적 취향(sexual orientation)이라는 인권 혹은 기본권적 요청이며, 그 둘째는 이 성전환자에 대한 사회적 혹은 국가적 수용의 문제이다. 물론 헌법적 차원에서만 보자면 전자의 문제에 대한 국가의 관심은 그리 타당하지 않다. 성별정체성의 문제는 성적 자기결정권 혹은 그것의 외부적 실현이라는 점에서 일반적 행동자유권의 영역으로 포섭되고 이는 철저하게 개인적이거나 친교성(intimacy)에 관한 것인만큼 국가의 규율범위 바깥에 자리한다.¹⁰⁾

그러나 현실은 이런 규범성을 벗어난다. 국가는 사회적 수용성이라는 법외적 개념을 동원하면서 개인의 문제를 공적 규율의 대상으로 포획한다. 사회통념을 이유로 사적 친밀성의 영역을 사회화하고 그로부터 구성되는 기준을 성전환자에게 일방·획일적으로 부과한다. 그리고 그 강제와 훈육의 과정은 철저하게 신체-몸-을 관통한다. 개인의 몸에 대한 지배권을 해체함으로써 근대에 들어오면서 어렵사리 쟁취한 “개인”이라는 법주체를 굳이 가족이나 사회의 필요성에 복속시키고 이 과정을 통해 국가권력의 편재성을 과시하는 것이다. 요컨대, 우리 법제-특히 대법원-는 일관하여 이런 규율의 관점에 서서 성전환자의 욕망을 억압하는 권력성을 보이고 있다.

우리 대법원의 입장은 신체의 일정한 상태를 중심으로 성별이라는 구획을 이루어내고 그것을 다시 하나의 권력대상으로 개념화한다. 그리고 이런 일련의 과정을 통해 대법원은 성과 신체에 관한 고정된 사회적 담론들을 재생산한다. 몸이 거처하는 현실세계를 법적 구획의 대상으로 전락시키고 그것을 통해 현실적인 생활과정에서 형성되는 다양하고도 다층적인 삶의 양상들을 일의적이고 획일적인 법률관계로 재구성하면서 개개의 몸이 담고 있는 맥락과 상황을 임의적으로 분절시켜 버린다. 그리고 이 법작용의 과정에서 대표되지 못한 몸의 욕구, 혹은 그 실현의 과정으로서의 일상생활은 자신의 정당한 몫을 확보하지 못하게 된다. 생활세계에서 나타나는 생활욕구가 이런 식으로 형성되는 법담론을 통해 일의적으로 규정되고 일반적으로 규율되는 가장 고차원의 권력관계가 형성되는 것이다. 이 글은 무엇보다도 성별정정과 관련한 작금의 대법원의 태도를 비판적으로 천착해 봄으로써 이러한 생체권력의 구체적인 작동양상을 드러내 보고자 한다.

10) 예컨대, 대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결 [추행] 참조. 이 판결은 미군정기 이래 군형법에 자리하였던 sodomy법의 적용을 배제한 것으로, “사적 공간에서 자발적 의사 합치에 따라 이루어지는” 행위를 처벌하여서는 아니됨을 선언하였다. 실정법(군형법)의 규정에도 불구하고 친교성의 문제에 대한 국가권력의 한계를 인정한 판단이다.

2. 법규율의 대상으로서의 몸: 성전환자 “강간” 사건

우리 법원이 인간의 신체를 바라보는 눈은 일견하여 이원적이다. 즉, 신체의 생물학적 측면과 동시에 그에 부과되는 사회적·제도적 측면을 엄격하게 구분한 다음 이 양자의 관계를 상호의존적인 것으로 규정한다. 하지만, 엄밀히 분석해보면 이렇게 이원적인 인식체계는 중국에는 하나의 규율-신체에 대한 사회적 규정성으로 귀결한다.

성전환에 대한 인식은 그 대표적인 예가 된다. 인간종(種)을 남자와 여자라는 두 개의 유형으로 구분하고 모든 사람을 이 범주로만 분류한다. 애초부터 무리한 성별이분법을 강제한 것이다. 그러다보니 그 분류의 기준에 대한 심각한 혼란을 자초하게 된다. 처음에는 염색체라는 생물학적 정보-성염색체-에서 찾는 듯한 외관을 보인다.¹¹⁾ 하지만 이 성별 자체에 대한 사회적 인식이라는 또 다른 판단의 기준은 언제나 유효하게 제시된다. 필요할 때는 성염색체에 의존하였다고 경우에 따라서는 사회통념이라는 가치론이 그 변별의 기준이 되는 것이다. 애당초 과학적 지식으로 처리되어서는 아니되는 것을 무리하게 법규율의 근거로 끌어들이으로써 사실관계가 그대로 당위규범으로 변형이 되고 이 과정에서 개인의 인권에 대한 심각한 침해상황을 야기하게 되었던 것이다.

1996년 대법원¹²⁾이 남성으로부터 여성으로 성전환수술을 한 사람을 성폭행한 피고인들에 대하여 강간죄의 성립을 부인하였던 사건은 그 대표적인 사례이다. 이 판결은 피해자가 “성염색체나 외부성기 등 육체적인 성별에는 이상이 없는데도 성자아(性自我)나 성별동일성의 인식에 장애가 있어 본인 스스로 반대의 성에 속한다고 믿고 그 성으로서 생활을 하는 이른바 ‘성전환증’이라는 정신질환으로 인하여 외과적인 수술을 통해 자기가 바라는 여성으로서의 일부 해부학적 성기의 외관을 갖추어 놓은 경우”에 해당한다고 선언하였다.¹³⁾ 그래서 피해자는 주로 외성기를 중심으로 생물학적 성에 부합하는 시술을 하는 경우인 매우 협소한 의미의 성전환자(transsexual)가 아니라, 스스로의 생물학적 성에 대비되는 성으로 신체적 외관을 변경한 경우에 해당하는 사람으로 규정된다. 그리고 그러한 시술은 피해자의 신체에 대한 법적 판단에 어떠한 영향을 미치지 않는 것으로 판시하고 있다. 오히려 이렇게 신체적 조건은 남성임에도 불구하고 그 취향이나 성적 정체성이 여성을 지향하고 있는 자가 외성기 등을 여성의 것으로 변환함으로써 외형적인 성을 바꾸는 경우는 일종의

11) 이 성염색체설은 초기 성별정정사건들에서 흔히 채용되었던 논거였다. 예컨대, 영국의 Corbett v. Corbett, [1971] P. 83, [1970] 2 All E.R. 33사건은 성의 결정은 성염색체, 생식선, 성기와 같은 생물학적 요소로 결정된다고 하면서 성별정정을 거부하였다. 미국의 경우에도 Anonymous v. Weiner, 50 Misc. 2d 380 (N.Y. Misc. 1966)에서 마찬가지로의 판단을 하였다가 1977년의 Richards v. U.S. Tennis Assn., 93 Misc.2d 713, 400 N.Y.S.2d 267에서 심리학적, 사회적 요소들을 고려하기 시작하였다.

12) 1996.6.11 선고 대판 96도791

13) 1995.10.11 선고 서울지법판결 95고합516

젠더변환에 해당하는 것으로 성정체성외곽에 해당하는 ‘성전환증’이라는 일종의 정신병리학의 측면에서 다루고 있는 것이다.¹⁴⁾ 그리고 우리 법원은 이러한 논의에 바탕을 두고 위의 사건에 대하여 피해자는 여자가 아니기 때문에 강간죄의 대상이 될 수 없고 따라서 이 사건에서 “부녀”¹⁵⁾에 대해서만 적용되는 강간죄를 적용한 것은 법리의 오류가 있다고 보았다.

하지만, 이 결정은 인간의 인식에 있어 신체-몸이 가지는 의미를 두 가지의 측면-성(sex)과 성차(gender)-에서 편향화하고 있다. 이 판결은 첫째, “여자에 해당하는지 여부도 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소”로 할 것을 요구함으로써,¹⁶⁾ 남녀의 성구분에 대한, 가장 조악한 본질주의에 입각하여 몸의 문제를 단순한 물리적·자연과학적 판단에 환원하고 있으며, 이 과정에서 사회·문화적 가치의 반영으로서의 법의 본질적 의미를 도외시하고 있는 결과를 야기한다. 둘째, 하지만 그럼에도 남/녀를 구획하는 기준이 왜 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여야 하는 것인지에 대한 명확한 근거를 제시하지 못한다. 실제 이 부분이 이 판결이 가지는 이데올로기적 측면이다.¹⁷⁾

이 판결은 겉으로는 성염색체가 남/녀의 판단에 있어 가장 객관적이고 명확한 기준으로 설정되어야 한다고 판시하면서도, 보충적으로 “사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도”라는 사회통념설의 입장을 채용함으로써 남자/여자의 성역할의 분화를 전제로 하는 전통적인 가치체계가 여전히 타당함을 드러내고 있다. 즉, 남/녀의 구분이 그 자체 과학적 사실 내지는 물리적 존재양태로 인하여 절대적으로 구분되는 가치외적 구획- 혹은 최소한 일종의 가치중립적 구획-이며, 따라서 이를 위해 성염색체라는 판별기준에 절대적으로 의존하여야 한다는 판단은 배제하고 있다. 오히려 이 판결의 중심에는, 인간에게는 각각 그에 특유한 사회적 성역할이 존재하며 이를 분배하는 기준으로 남/녀의 구획이 필요하게 된다는 취지가 자리한다. 남/녀의 구획은 사실에 입각한 인식의 문제가 아니라 규범에 의하여 규정되는 판단과 평가의 문제임을 드러내고 있는 것이다. 그러다보니 성염색체라는 것은 이 점에서

14) 물론 양자는 보기 나름으로는 같은 결과를 야기하기도 한다. 예컨대, 남자의 외관을 가지고 태어난 여자염색체소유자의 경우 일생을 남자로서의 정체성을 가지고 생활하는 것이 일반적이다. 이 경우 그의 성을 어떻게 결정할 것인가 하는 점은 협의의 성전환의 경우와 크게 다를 바 없게 된다.

15) 당시 형법(법률 제4040호, 1988. 12. 31. 시행) 제297조는 “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자”라고 규정하였다.

16) 물론 이 판결들에서 피해자는 성전환을 이유로 한 호적정정의 절차를 거치지 않았고 따라서 법률상 남성으로 되어 있다는 방론을 제기하기도 하나, 이 호적정정의 여부는 형사법적 판단과는 별개의 법영역에 속한다는 사실에 감안할 때 별 의미가 없다고 하여야 할 것이다.

17) 최근 페미니즘 중에는 생물학적 성(sex)과 사회적 성별(gender)을 구별하던 종래의 입장을 해체하는 이론까지 제기되어 있음은 참조할 필요가 있다. J. 버틀러와 같은 이는 섹스 즉 생물학적 성이라 불리는 것도 자연 그 자체를 기술하는 것이 아니라, 문화적 코드를 통해서만 이해할 수 있는 사회적 구성물에 불과하다면서 생물학적 성이라는 개념 자체가 생체권력의 한 부분임을 주장하기도 한다. J. 버틀러, 조현준 역, 젠더 트러블: 페미니즘과 정체성의 전복, 문학동네, 2008, 제1부 참조.

남/녀 구획의 결정적 기준이 되기보다는 오히려 보조적 기준으로 전락하고 만다. 보다 중요한 것은 성역할의 분할이라는 사회적·제도적 기준인 것이다.

이에 법원은 제2단계의 전락으로 이동한다. 호적정정과 관련하여 수원지법 여주지원이 판시한 성구분의 법리¹⁸⁾는 이를 잘 드러낸다. 여주지원은 남·녀를 “염색체성, 성선성, 표현형성, 정신적성의 4가지 기준”에 의하는 의학적 판단기준을 중심으로 하고, “성전환증의 경우에는 (……) 어느 특정기준에만 의존하지 않고 환자의 성자아(sex identity), 성역할(gender role)이 무엇이나에 따라” 성을 결정하고 수술 또는 내분비학적 치료를 하는 것이 오늘날 의학계의 일반적 실정임을 인정한다. 하지만, 이러한 의학적 방식 그 자체는 받아들여지지 않는다. 여주지원은, 성전환수술을 한 경우 “그 인위적 상태대로의 성을 인정할 것인가는 의학의 전결사항이 아니며 사회적, 법적평가의 문제라고 보아야 할 것”이라고 단언한다.¹⁹⁾

이러한 법원의 입장은 신체를 그 자체로서 파악하지 않고 정신의 부속물로 보고자 하는 근대의 논리를 그대로 답습한다. 그 신체-몸이 담고 있는 현재적 상황과 관계들을 바라보기 보다는 그것을 관념적으로 범주화하고 이 범주속에 개개의 몸들을 대입하는 이성중심적 도구론이 이 판결의 중심을 구축하고 있다. 그리고 이 관념에는 그 몸이 담고 있는 정신의 주체인 성전환자의 의사나 의지는 전혀 들어가 있지 않다. 문제는 이 지점에서 나온다. 몸의 존재를 특정하고 그것의 법적 의미를 인식하는 전 과정이 몸의 주인이 가지는 “성자아(sex identity), 성역할(gender role)”이 아니라 사회적 인식 내지는 법권력의 성분할 담론이 침투하고 있는 것이다.

섹슈얼리티는 자연에 “본질적인(inherent)” 에로티시즘 또는 표현의 범주에 의하여 조직되는 것이 아니라, 관습적 혹은 문화적으로 결정되는 규범들이 대다수의 인간들속에서, 교회나 법, 국가 등의 강력한 제도들 속에서, 혹은 더 노골적으로는 점점더 영향력이 강화되고 있는 사회과학이나 자연과학속에서 조직되고 있다.²⁰⁾

여기서는 성적 지향 혹은 성정체성이라는 것은 자연상태에서 발견되는 어떠한 선형적·본질적인 상태이거나 혹은 그 주체의 의지의 수준에서 이해되지 않으며, 오히려 정상/일탈의 구분에 의하여 사회적으로 혹은 문화적인 평가의 대상으로 조직되는 것일 따름이라는 것이다. 그리고 바로 이 인용에서 위의 판결이

18) 1990.8.21 선고 수원지법여주지원 결정 90브10; 같은 취지의 판결로서는, 1992.11.20 선고 서울가정법원(hang고) 결정 92브 80 (원심: 1992.08.18 선고 92호파1372); 1995.10.5 선고 광주지법 결정 95브10 등 참조.

19) 이 판결에 대한 평석은, 조희대, “성전환수술을 받은 자가 강간죄의 부녀에 해당하는가,” 대법원판례해설집, 제25호, 1996.6 참조.

20) E. Heinze, Sexual Orientation: A Human Right(Dordrecht: Martinus Nijhoff Pub., 1995), pp.56-7.

가지는 담론정치의 양상이 드러난다. 위의 판례는 마치 과학·의학과 사회적·법적 평가가 상호 분리되고 독립적으로 작용하는 것처럼 말하면서, 실질적으로 양자는 언제나 병행하거나 혹은 상호침투적으로 작용하고 있음을 은폐하고자 한다. 즉, ‘과학’이 신체를 대상으로 일정한 관찰과 분석의 과정을 통해 나름의 ‘객관적’인 차이를 도출하고 그 차이에 일종의 존재론적 의미를 부여함으로써 비로소 구분되는 것이며, 여기에 사회적, 법적 평가가 투여되면서 정상적인 것과 비정상적인 것-일탈이 명명되는 것이다.²¹⁾ 즉, 성별의 ‘구분’이 마치 자연과학적 필연 내지는 본질에 해당하는 것처럼 규정함은 그 자체 하나의 명령에 해당한다: 모든 인간은 남자이거나 혹은 여자이어야 한다!

이 과정에서 신체-몸과 그 주체로서의 몸주는 대상으로 전락하고 만다. 그것은 어떠한 상황속에서 ‘존재’하든지간에 언제나 하나의 단위로서 인식되어야 하며, 그 몸으로부터 이끌어지는 맥락적 인식이나 욕구는 정신-이성이라는 이름으로 관념화되는 총체적 규율-의 관리대상으로 규정됨에 그친다. 사회적 관계속에서 몸이 차지하는 의미와 역할에 대한 몸주의 숙고보다는 객관적이고 가치중립적인 그리고 경험이전의 차원에서 규정되는 신체개념-남자/여자, 이성애/동성애, 정상/일탈(정신병증) 등-에 의하여 “자연스러운” 존재로 관리되어야 한다는 것이다.²²⁾

결국 이 판결은 과학주의적 환원주의에 빠지는 듯한 외형을 가지지만 실질에 있어서는 성분활을 향한 사회적·제도적 가치판단을 확대재생산하고 있다. 과학의 이름을 빌려, 현상을 범주화하고 이 범주의 틀을

21) *ibid.*, p.57. 이러한 과학의 담론을 통하여, 사회문화적 가치가 몸의 구성에까지 영향을 미치게 된다. 신체페미니스트인 E. Grotz(*Volatile Bodies: Toward a Corporeal Feminism*(London: Routledge, 1994))는 성의 차이는 훈육의 결과로서 야기되는 것으로, 특히 그 문화적 각인이 정신영역에서만 이루어지는 것이 아니라, 물질적인 몸-신체 그 자체에 대하여도 이루어짐을 강조한다. 이에 관한 간단한 소개로서는, 임인숙, “엘리자베스 그로츠의 육체 페미니즘,” *여/성이론*, 제4호, 2001 참조.

22) 이 점은 과거 인종이나 피부색 등에 의한 차별이 이루어질 때에도 그 정당화의 근거로 이용되었다. *ibid.*, pp.50ff 참조. 특히 성별에 의한 차별은 가장 두드러진 양상을 보인다. 예컨대, 일리노이주에서 법원에 변호사면허를 신청한 한 여성에 대하여 거부결정을 한 일리노이주대법원의 판단에 대하여 그것은 주의 고유권한으로 연방헌법의 차원에서 판단할 것은 아니라고 인용한 *Bradwell v. Illinois*(83 U.S. 130(1873))사건에서 별도의견을 제시한 Barker대법관은 남녀의 자연적 차이가 남녀의 사회적 차이를 야기하고 따라서 이러한 공적 직업에는 여자가 취업할 수 없다고 하면서 다음과 같이 판시하고 있다. 자연 그 자체와 마찬가지로 민사법은 항상 남자와 여자가 차지하는 영역이나 운명에 있어 광범위한 차이를 인정하고 있다. 남자는 여자의 보호자이자 수호자이며 또 그러하여야 한다. 여성의 성에 귀속되는 자연적이고 적절한 소심함이나 섬세함은 명백히 여성들이 공민적 생활상의 많은 직업에 어울리지 않는다. 가족을 구성하는 구조는 사물의 본성뿐 아니라 성령에 바탕을 두는 것으로 가사의 영역이 여성들의 영역이자 기능에 속하는 것임을 적절하게 보여주고 있다. *id.*, 130, 141

따라 모든 것을 구획하고 통제하는 일련의 지배전략이 밑바닥을 이루고 있는 것이다.²³⁾ 인간은 남자/여자의 이분법적 구획에 의하여 분리되어야 한다는 사회적 가치판단을 먼저 내린 후 이를 바탕으로 인간의 염색체 배열을 다시 분류한다. XX염색체는 여자이며 XY염색체는 남자라는 규범적 단정이 과학의 영역에서 이루어지는 것이다. 한마디로 과학의 영역에서 내리는 남/녀의 염색체 구분은 사회 내에 이미 존재하고 있는 이분법적 성별구분의 규범을 인식론적으로 증명하는 수준에 한정되어 있을 따름이다.

남/녀의 이분법적 구획이라는 과학적 경계선을 넘어서는 행위 - 남자→여자, 혹은 여자→남자의 전환 혹은 동성애, 양성애 등 - 가 일탈적 행위로 규정되는 것은 바로 이런 대상화에서 출발한다. 그것은 과학적 발견에 대한 일탈이기 때문에 무가치한 것으로 되는 듯한 외관을 가지지만 실질적으로는 과학적 발견을 저변하고 있던 사회적 가치규범을 일탈한 것이기 때문에 무가치한 것으로 판단되는 것이다. 그리고 이러한 일탈은 법에 의하여 치유되어야 하는 것 혹은 그러한 일탈은 사회상규나 도덕감정에 위반되는 것이라는 사고가 그 사회적 정당성을 획득할 수 있게 된다. 이러한 논리과정을 통하여 개인의 사적 생활의 영역에 국가가 ‘법’의 이름으로 깊숙이 침투할 수 있는 여지를 마련하게 되는 것이다. 남자와 여자는 ‘자연적’ 차이가 존재하며, 이 차이로부터 사회내에서의 성역할의 차이가 있으며, 이 차이는 상이한 ‘법적’ 대우를 정당화하며, 혹은 이러한 차이를 위반하는 것은 일탈행위로서 사회윤리 혹은 법질서의 이름으로 교정되어야 한다는 일련의 지배담론이 구축되는 것이다.

“강간죄가 강제추행죄에 비하여 엄하게 처벌되는 입법취지의 근거에는 모성보호, 즉 추상적이거나 수태의 가능성이 있는 부녀를 더 보호하고자 하는 취지가 포함되어 있”다고 하는 서울지방법원의 항소심판결²⁴⁾은 이 점을 적나라하게 드러낸다. 「수태의 가능성=자연적 성차→모성보호의 요청→법의 차별적 대우」라는 도식이 「여성=자궁=출산→성역할의 차이→사회적 차별=윤리적 요청→법의 특별한 대우」라는 지배담론을 감추고 있는 것이다.

23) 이에 대하여 상업항공사의 조종사로 근무하다가 성전환수술을 받고 난 이후에 해고되었던 Karen Ulane의 성차별주장에 대한 소송에(Ulane v. Eastern Airlines, 581 F. Supp.821(N.D. Ill. 1983))서 전문가참고인이었던 R. Green의 진술은 의미있다. 그는 Ulane의 성별을 말해 달라는 항공사측 변호인의 질문에 대하여 “그것은 어떤 기준을 적용하는가에 따라 다르다. 만일 염색체를 기준으로 한다면 그는 여전히 남성일 수 있다. 외성기를 바라본다면 그는 여성일 것이다. 심리적인 성별로 따진다면 그는 여성일 것이다. 호르몬적 성별을 본다면 그는 대체호르몬요법에 있는 경우 그는 여성일 것이다.”라고 하면서, “Karen Ulane은 심리학적으로는 여성으로서의 정체성을 가지고 있고, 사회적으로 여성으로서 행동하고 있고 또 심리적으로도 여성이라고 느낀다. 내가 알고 있는 범위내에서는 그녀는 법적으로 여성이며, 더불어 심리적으로도 여성이다.”라고 단언하고 있다. R. Green, *Sexual Science and the Law*(Cambridge: Harvard University Press, 1992), p.106. 참고로 이 사건에서는 Ulane이 승소하였으나 이후 항소심에서는 패소하였다.(742 F.2d 1081(1984))

24) 1995. 10. 11. 선고 서울지법 95고합516

이러한 사실은 호적정정의 요청을 거부한 우리 법원의 태도와 성명정정을 허용하는 미국 법원의 태도의 차이에서 잘 드러난다. 1998년 미국 펜실바니아주 대법원은 여성으로의 성전환수술을 받기 위하여 “실생활검사(real-life test)”²⁵⁾과정에 있던 Robert Henry McIntyre라는 남자가 취업상의 편의를 위하여 이름을 Katherine Marie McIntyre로 바꾸어줄 것을 법원에 신청하였다가 지방법원에서 패소하여 상고한 사건에서 이 사건의 경우 사기나 어떠한 범죄를 위하여 개명하고자 하는 의도는 없다고 하면서 “청구인의 개명신청을 거부함으로써 보호되어야 할 공공의 이익은 존재하지 않는다. 성전환의 수술을 요구하는 청구인의 요청과 관련한 제반의 상황은 정부가 관여할 사항은 전혀 아니다.”라는 이유로 원심을 파기하고 개명을 허가하는 결정을 하였다.²⁶⁾

반면, 우리 법원은 여성의 몸과 여성으로서의 사회생활을 영위하고 있음에도 불구하고 “성염색체 구성이 아무런 이상이 없는 정상적인 남성의 성염색체 구성을 가지고 있는 이상, (……) 곧바로 법적인 성을 결정하는 호적상의 성을 '여'라 할 수는 없다.”²⁷⁾고 선언한다. 한마디로 양자는 개인적 생활관계에 대한 국가개입의 의미에 관한 이해의 차이에서 연유한다. 전자-펜실바니아주-의 판단에서는 성전환으로 인한 생활의 변화는 개인의 문제로서 국가적 개입의 근거가 존재하지 않는다고 보는 반면, 후자의 광주지법의 판단은 성별의 문제는 바로 국가-법의 규율대상으로 파악하는 것이다. 그리고 바로 이러한 국가의 후견적 판단을 통하여 신체는 정신의 관리와 더불어 국가적 관리의 대상이 되는 것이다.²⁸⁾

노예가 된 아프리카인종들은 [인간]에 포함되지 않는다는 사실은 너무 명백해서 더 이상 다룰 필요가 없다… 이 불행한 흑인인종들은 지울 수 없는 표지를 가지기 때문에 그리고 오래 전에 제정된 법에 의하여, 백인들과 분리된다. 그들은 재산이라는 사실 외에는 생각된 적도, 언급된 적도 없다… 노예에 대한 재산권은 헌법에 의하여 분명하게 그리고 명백히 인정되어 왔다… 이는 너무도 쉬운 말로 적혀 있으며, 너무 쉽기 때문에 오해될 여지도 없다. - DRED SCOTT V. SANDFORD (1857)

25) 성전환수술을 받기 전에 시술대상자가 전환된 성으로 현실적인 생활을 영위할 수 있는가의 여부를 판정하기 위하여 수술 이전 1년 동안 복장전환, 호르몬투입, 코나 가슴 등 생식기 외의 신체부분에 대한 수술 등의 시험을 하는 단계로서 가장 중요한 것이 전환된 성으로 직장생활을 잘 수행하는가, 그리고 이를 통하여 현실세계에 어떻게 적응할 수 있는가를 검사하는 단계이다. R. Green, op. cit., p.104

26) In the Matter of: Robert Henry McIntyre, 715 A.2d 400(1998.7.21) in: <http://www.dpg-law.com/opinions/pa-suprm/1998-07/0569-mcintyre.html>

27) 1995.10.5 선고 광주지법 95브10

28) 이 논의는 사람(persona, person, Person)/인간(hamana, human, Mensch)을 구분하는 담론들 속에서도 발견된다. 강희원, “사람, 인간 그리고 재산으로서의 인체?-인체 상품화의 철학적·윤리적 문제,” 법철학연구, 제3권 제1호, 2000 참조. 즉, 인간에 대비되는 존재로서의 사람이라는 관념을 형성해냄으로써 “생명기술과학적 행위를 정당화하는 개념적 도구”를 창출하고 있는 것이다.

과학적 발견을 빌어 사회적 혹은 제도적 편견을 정당화하는 사례는 무수하다. 위의 인용은 아프리카계 사람들을 “인간”이 아니라고 판단하면서 그 논거를 피부색이라는 무엇보다 분명한 사실관계에서 이끌어낸다. 마치 16세기 스페인의 바야돌리드지역에서 아메리카의 선주민들이 인간인지의 여부에 대한 신학논쟁을 벌여졌던 그 폭력이 이 판결에서 반복되었던 것이다. 하지만, 이런 식으로 너무도 명확해서 더 이상의 논증이나 증명이 필요하지 않는다고 하는 ‘주지의 사실’조차도 오류나 편견 혹은 고정관념에 입각한 또 다른 폭력일 수 있음도 이 판결 이후의 역사가 증명한 바 있다.

3. 성별정정의 정치학

3.1. 대법원의 성별정정허가 결정 및 기준

이상의 분석이 몸 자체가 가지는 물리적 특성에 기인한 지배담론을 겨냥한 것이라고 한다면 이런 분석결과는 여전히 대법원의 성별정정허가 결정들에서도 타당하게 적용될 수 있다. 인간의 몸을 그 자체로 바라보거나 혹은 그 몸을 중심으로 몸주가 형성하는 현실적인 생활과정을 주목하기 보다는 이성과 보편·객관성을 형식요소로 하는 지배담론의 층위에서 재단하고 규율하는 억압의 메카니즘이 이 결정에서 재확인되고 있는 것이다.

1) 제1차 결정²⁹⁾

지난 2006. 6. 22. 대법원 전원합의부는 이례적으로 변론까지 거치면서 성전환자에 대한 호적정정허가결정을 하였다.³⁰⁾ 대법원은 “호적법을 포함하여 현행법체계는 모든 사람이 남성 또는 여성 중의 하나에 포함되는 것을 전제로 하”는 것이라고 선언하면서 그 성의 결정기준에 관하여 다음과 같이 말한다.

종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔다. 그러나 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성 역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었다.

29) 대법원 2006. 6. 22. 선고 2004스42 전원합의체 결정

30) 대법원이 성별정정의 결정을 하게 되는 가장 큰 이유는 입법의 부재이다. 외국의 경우에는 스웨덴이 1972년의 법률로써 처음 성별정정을 인정하였다고 하며, 프랑스나 스페인의 경우에는 우리처럼 법원의 결정으로 인정한다고 한다. 박민제, “성주체성장애자의 성전환수술에 의한 법적 성별정정 가능 여부,” 법학연구, 제22권 제2호, 2014, 83면 이하. 우리나라 법원에서 성별정정을 불허한 최초의 결정은 서울가정법원 1987. 10.12.자 97호파3275 결정이고, 성전환자의 성별 정정을 허용한 최초의 결정은 대전지법 천안지원 1990.4.19.자 90호파기결정이라 한다. 노다솔, 노다은, “성별정정 판례를 통해 본 사회 질서의 변화방향,” 미래의료인문사회과학 제4권 제1호, 2021. 35면.

한마디로 앞서 언급한 1996년의 판결과 마찬가지로 “성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다”는 사회통념설을 재확인하고 있다. 아울러 성전환자-몸주-의 의지나 생활관계들은 이 성별결정에서 오롯이 소외되어 있음도 재확인한다.

이 결정은 Transsexualism을 “성전환증”으로 번역하면서 그것을 “성정체성(성적 동일성) 장애(Gender Identity Disorder)의 하나”로 분류한다. 즉, 세계보건기구(WHO)는 제10차 국제질환분류(ICD-10, 1994년)³¹⁾에서 제시한 다음과 같은 특징들을 성전환증의 인식지표로 인용한다.

- ① 자신의 해부학적 성에 대한 불편함이나 부적절감을 가지고 있으면서,
- ② 자신과 반대되는 성으로 살고 인정받고 싶은 욕망,
- ③ 자신의 신체를 선호하는 성의 신체에 가능한 일치되도록 호르몬 치료와 수술을 받고자 하는 욕구
- ④ 성전환증으로 진단되려면 전환된 성으로서의 정체성이 최소한 2년 이상 지속되어야 하고,
- ⑤ 다른 정신장애증상 또는 성염색체 이상이 존재하지 아니하여야 한다.

여기서, 대법원은 일관하여 Transsexualism을 병리적인 것으로 이해하고자 한다.

의학계에서는 대체로 성전환증의 진단을 받고 치료를 계속하여도 위 증세가 치유되지 않는 사람은 궁극적으로 성전환 수술로서 자신이 귀속되고자 원하는 성에 일치하는 외부 성기와 외관을 형성시켜 줄 수밖에 없되, 성기 수술은 복원이 불가능하므로 정신과 진단 및 호르몬 치료를 받고 반대의 성으로 정신적·사회적 적응이 이루어진 사람에 한하여 엄격한 진단 아래 최후의 방법으로 시술하여야 한다는 연구·임상결과가 집적되어 있다.

한마디로 Transsexualism은 하나의 병리학적 현상으로 지속적인 치료와 치유의 대상으로 설정되어 있는 것이다. 따라서 이러한 일탈적 성격의 “성전환증”에 대하여는 법적인 승인을 할 이유가 없게 된다. 다만, 아주 예외적인 경우 즉, 자신의 생물학적 성과는 다른 반대의 성으로 신체를 전환하였을 뿐 아니라 본래의 생물학적 성으로 회귀하는 것이 육체적·정신적으로 불가능하며 그것이 이미 기성의 사실(fait accompli)로 고착되어 사회적 승인이 귀속된 연후에만 아주 드물게 그것을 허용하는 방식을 취한다. 그래서

31) 물론 이 질병분류코드는 그 이후 수차 개정되어 2019년부터 현재 ICD-11로 바뀌었다. 여기서는 질병성을 예정하는 “성정체성 장애”라는 용어를 버리고 “성건강 관련 상태(Conditions related to sexual health)”라는 중립적인 용어를 사용한다. 성전환의 경우는 그 하위 분류인 “HA60 성별불일치(Gender incongruence)”로 분별되고, 2022년판에서는 개인이 경험하는 젠더와 지정된 성별(the assigned sex) 사이에 현저하고 지속적인 불일치가 존재하는 것이 특징”이라고 정의된다. 아울러 여기서는 젠더변이행동 및 취향(Gender variant behaviour and preferences alone)만으로는 여기에 분류된 증상으로 진단을 내릴 수 없음을 밝히고 있다. <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentity%2f411470068> (2022. 10. 8. 열람)

- ㉠ 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 정체성의 인식 아래 그 성에 맞는 의복, 두발 등의 외관을 하고 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함으로써
- ㉧ 주위 사람들로부터도 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 요건들을 종합적으로 고려한 연후에 그 사람의 성에 대한 법적 평가를 새로이 할 수 있을 것이라고 한다. 즉, 이런 경우에 한하여 “사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있다”고 한다.

그런데, 여기서 대법원의 성전환의 요건은 앞서 제시한 세계보건기구(WHO)의 그것과는 다른 양상을 보인다. 즉, 국제보건기구의 경우 “전환된 성으로서의 정체성이 최소한 2년 이상 지속되어야 할 것”- “실생활검사(real-life test)”를 요구하고 있는 반면, 대법원은 이를 성기변형의 결과 혹은 성기변형된 신체에 대한 사회적 승인을 확보한다는 의미로서 이해한다. 전자의 경우에는 성전환을 성전환희망자의 사적(personal) 생활이라는 관점에서 보고 있는 반면,³²⁾ 후자의 경우에는 성전환을 타인에 의한 승인

32) 이 점은 미국의 정신의학회(APA)의 정신장애 진단 및 통계편람(Diagnostic and Statistical Manual for Mental Disorders: DSM)에서 말하는 성별위화감(Gender Dysphoria)의 정의에서도 분명하게 드러난다. DSM-V(2003)에서는 자신이 경험한 성역할과 성징과의 현저한 불일치, 이로 인한 성징 제거 욕망, 다른 성별의 성징에 대한 강한 열망, 다른 성별이 되고 싶은 강한 열망, 다른 성으로 대우받고 싶어 하는 강한 열망, 지정된 성과는 다른 성에서 전형적으로 나타나는 감정과 반응행태를 가지고 있다는 강한 확신 등의 개인적, 주관적 요소들로 이를 정의하고 있는 것이다. 소은영, 성별정체성과 성별정정에 관한 헌법적 연구, 헌법재판연구원, 2022. 16-7면에서 인용.

특히 사회적 인정이라는 객관적 지표로 환원하고 그 대항점에 성별정체성에 대한 욕망이나 의지를 배치하고 있다는 점에서 큰 차이가 있는 것이다. 그리고 바로 이 점으로 인하여 위의 ㉠과 ㉡이라는 지표를 통해 후자를 강제하는 법담론을 구성할 수 있게 된다.

요컨대, 우리 대법원의 경우 성전환에 이은 성별전환-환언하자면 법적으로 성전환을 승인하는 것은 신체의 전환(㉢ - ㉣)과 이에 대한 사회적 승인(㉤-㉥)이라는 두 가지의 요건이 충족될 때에만 가능하다는 것이다. 이 점은 1996년의 판결이 나올 때부터 일관되게 대법원이 우리의 신체를 규정하는 방식이기도 하다.

문제는 이러한 요건의 규정에서 정작 중요하게 다루어져야 할 것인 당사자의 의지-성정체성-라는 항목은 오히려 소홀해지고 있다는 점이다. 즉 대법원의 위와 같은 요건들중에서 당사자의 주관적 생활욕구라는 점은 오직 ㉢에서 “반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로서의 역할을 수행하며”라는 항목 한 부분에서만 올바르게 규정되어 있을 뿐이며(㉦은 ㉢의 전제이거나 혹은 그에 포섭되는 요건에 불과하다), 나머지 주관적 요소는 거의 대부분 신체 외관의 전환욕구, 혹은 그렇게 전환된 신체에 대한 만족 등 신체와 직접 관련을 가지는 부분에 집중되어 있다. 환언하자면 성전환의 문제를 개인의 주관적 성정체성의 문제로 파악하기 보다는 신체와 그에 대한 사회적 인식을 중심으로 하는 객관적 성규정의 문제로 전환하고자 하는 것이다. 이 점은 특히 ㉧“그 성에 맞춘 의복, 두발 등의 외관을 하고 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함으로써”라는 서술에서 보다 두드러진다. 성전환의 문제를 사회적으로 규정되는 젠더의 관점에서 규정하고 성전환자로 하여금 사회적 성차 혹은 젠더에 그대로 복종할 것을 강요하고 있는 셈이다. 즉, 성전환을 법적으로 승인받기 위해서는 사회적으로 규정되는 “남성다움” 혹은 “여성다움”의 명령에 철저히 복종하고 그 복종의 결과에 대하여 사회적 인정 내지는 승인이 수반될 것을 요구하고 있는 것이다. 그래서 대법원결정은 당사자가 무엇이 되기를 원하는가를 질문하기 보다는 그 당사자가 사회적으로 어떠한 인식과 평가를 받고 있는지를 먼저 살펴보는 전도된 모습을 보이고 있다.

2) 제2차 결정

2011. 9. 2. 대법원의 결정³³⁾은 성별정정에 관한 또 다른 리딩 케이스로 거론된다. 이 결정은 위의 결정의 취지를 그대로 유지하면서 혼인 중의 사람 특히 미성년의 자녀가 있는 사람이 성별정정을 신청한 경우의 판단기준을 제시하였다. 여기서 대법원은 위의 ㉡을 반복하며 “성별정정으로 배우자나 자녀와의 신분관계에 중대한 변경을 초래하거나 사회에 미치는 부정적 영향이 현저한 경우 등”을 특별한 사정으로 규정하면서 성별정정이 거부되어야 하는 사유로 보았다.

33) 대법원 2011. 9. 2. 선고 2009스117 전원합의체 결정

배우자와의 신분관계에 관하여 대법원은 “우리 민법은 이성(異性)간의 혼인만을 허용하고 동성(同性)간의 혼인은 허용하지 않고 있다.”고 하면서 혼인 중의 자에 대해 성별정정을 허용하는 경우 “동성혼의 외관을 현출시켜 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈이 되고, 이는 상대방 배우자의 신분관계 등 법적·사회적 지위에 중대한 영향을 미치게 된다”고 판시하였다. 다만, 과거 혼인한 사실만으로는 “위와 같은 혼란을 야기하거나 사회에 부정적인 영향을 미칠 우려가 크지 않”다고 하였다.

미성년의 자녀와의 관계에 대해서도 대법원의 부정적 입장은 계속된다. “친권자의 성(性)을 법률적으로 평가함에 있어서도 미성년자의 자녀의 복리를 우선적으로 고려하지 않으면 안 된다.”는 아동권리에 관한 일반원칙을 제시하면서, 부·모의 성별정정으로 인한 “정신적 혼란과 충격에 노출될 수 있음을 쉽게 짐작할 수 있다.”고 보았다. 또 취학 등을 위한 가족관계증명서의 부·모란에 동성혼의 외관이 현출됨으로써 “사회적 차별과 편견은 엄연한 현실”에서 “이러한 현실에 대한 적응능력이 성숙되지 아니하고 감수성이 예민한 미성년자인 자녀를 이러한 사회적 차별과 편견에 무방비하게 노출되도록 방치하는 것은 친권자로서 또는 사회구성원으로서의 기본적인 책무를 도외시하는 것”이라고 단정한다. 그리고 이런 이유로 성별정정을 허가하지 아니하는 것은 “가족 간의 유대와 배려를 특별히 중요하게 생각하는 우리 사회의 가족관”에 부합하는 것이며 “현재의 우리 사회가 스스로의 선택에 의하여 이성과 혼인하고 자녀를 출생시켜 가족을 이룬 사람에게 요구할 수 있는 최소한의 배려요청”이라 결론짓는다.

이러한 대법원의 결정은 철저하게 이성 부부간의 사랑과 혈연자녀에 대한 보살핌이라는 19세기식의 가정담론의 틀 속에서 구성된다. 생물학적인 자녀와 성별분업에 기초한 사회제도로서의 가족³⁴⁾만이 대법원의 관심대상인 것이다. 오늘에 이르기까지 가족개념이나 가족유형들이 수없이 확장되고 확대되어 온 경로나 현실은 전혀 고려하지 않는다. 한부모가족이나 조손가족, 복합가족(step family), 확대가족 등의 모습은 이 대법원의 결정에는 고려되지 않는다.³⁵⁾

무엇보다 이 대법원 결정의 문제는 이런 최협의의 가족관념을 넘어 그것을 규정하는 제도를 가족관계의 모든 것으로 간주하면서 이 제도의 안정적 보장이 성별정정으로 초래될지도 모르는 사회적 위협의 전부인양 판단한다는 점이다. 혼인 중의 자의 성별정정으로 인한 배우자의 신분상의

34) 이런 “정상가족” 담론은 군주와 아버지의 권력을 중심으로 구성된다 이숙인, “우리 안의 가족, 그 담론의 현주소,” 여/성이론, 제13호, 2005, 43면. 실제 이런 가족은 전 가족의 1/3 수준에도 못 미친다고 한다. 미셸 바렛, 메리 메킨토시, 김혜경 역, 가족은 반 사회적인가, 여성사 1994, 18면

35) 실제 건강가족기본법에서는 가족을 “혼인·혈연·입양으로 이루어진 사회의 기본단위”로 규정하고(제3조 제1호), 가정은 “가족구성원이 생계 또는 주거를 함께 하는 생활공동체로서 구성원의 일상적인 부양·양육·보호·교육 등이 이루어지는 생활단위”로 정의한다.(같은 조 제2호) 대법원의 이 결정은 이런 협애한 가족개념에도 가닿지 못하고 있는 것이다.

변동이라든가, 혹은 동성혼의 외관이나 가족관계증명서 상의 부·모 표기로 인한 혼란 등 대법원이 문제 삼고 있는 위험은 하나같이 혼인제도 혹은 신분증명제도의 틀 속에서만 제기된다. 배우자 또는 미성년자녀가 그 성전환의 과정에서 지속·반복적으로 경험하고 공유하며 조정·합의해 왔던 수많은 정서나 감정, 숙려들은 대법원의 이 결정에서는 전혀 고려되고 있지 않다. 혹은 반대의견에서 말하듯 별거 등 이미 혼인관계의 외관이 사실상 사라져 버린 경우도 성찰되지 않았다.³⁶⁾

실제 법률적 성은 생활관계 속에서 형성되는 실제적 성을 기반으로 그 사람의 법률적 정체성을 공시한 것이다. 그래서 비록 법적 안정성의 이념에 기여하기 위하여 법률적 성과 실제적 성 사이에 일시적인 간극이 존재할 수는 있다. 하지만 근본적으로는 양자는 일치하도록 하는 것이 원칙이며, 가능한 수준에서 법률적 성이 실제적 성을 반영하도록 하는 것이 규범적으로 타당하다. 문제는 이 실제적 성의 판단기준이다. 대법원은 생물학적 성과 더불어 “개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로서의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성 역할을 수행하는 측면”과 같은 정신적·사회적요소도 고려한다고 단언한 바 있다. 하지만, 2006년은 물론, 2011년의 결정에서도 막상 대법원이 고려하는 것은 이런 주관적·정신적 요소가 아니라 그에 대한 소극적 요소로서의 사회적 평가 혹은 혼인이나 신분증명을 위한 법률적 제도에 의한 통제장치뿐이다. 법질서의 안정을 위하여 성전환자의 자기정체성 주장을 통제하고 있는 것이다.

하지만, 이런 판단을 하기 위해서는 반드시 필요한 논증이 있어야 한다는 점은 대법원의 결정에서 전혀 거론되지 않는다. 기본적으로 개인의 주관적 권리의 주장을 어떠한 국가목적 혹은 사회목적을 위하여 제한하거나 억지하려면 그 조치가 헌법 제37조제2항에서 말하는 과잉금지의 원칙 혹은 국제인권법의 영역에서 언급되는 필요성과 비례성의 원칙에 부합함을 증명하여야 한다. ‘미혼의, 미성년자녀가 없는 성인’이라는 성별정정의 요건으로써 달성하고자 하는 공익목적이 무엇인지, 이러한 수단과 그 목적의 달성에 어떠한 관련이 있는지 등의 법정정책적 고려는 물론, 그러한 조치가 필요최소한의 것으로 면밀하게 재단(narrowly tailored)된 것인지 나아가 그것으로 인해 침탈되는 성전환자의 자기정체성이 그를 통해 달성되는 공익보다 현저히 적은 것인지 대법원은 나름의 설명을 하였어야 했다.(구체적인 내용은 다음 항에서 설명한다) 그럼에도 이 부분을 누락시킨 채 미성년자녀를 둔 성전환자의 성별정정을 거부한 대법원의 조치는 전혀 법리적이지 않게 된다. 오히려 그것은 사법관의 책무를 넘어 편협한 입법자의 역할을 대행하고 나선 것이 되어 버린다.

36) 아울러 동성혼의 외관을 현출시켜 이성혼에 기반한 우리 혼인체계 자체에 위험을 야기한다는 판단은 또 다른 분석이 필요하겠지만, 그 점을 받아들여더라도 이성혼 체제가 혼인 중의 자에 대한 성별정정을 거부하는 이유는 되기 힘들다. 오히려 우리 가족법체계가 이성혼의 혼인관계만 인정하고 또 다른 가족관계의 가능성(예컨대, patnership)을 인정하지 않고 있는 것은 위헌적인 입법부작위에 해당한다고 보아야 할 것이다. 이 점은 양심적 병역거부와 관련하여 대체복무를 마련하지 아니한 입법부작위의 병역법 조항을 위헌이라 본 헌법재판소의 결정(헌법재판소 2018. 6. 28 선고 2011헌바379)을 참조할 필요가 있다.

3.2. 지침의 문제점

그리고 이런 대법원의 입장은 2007. 9. 6. 대법원이 마련한 '성전환자의 성별정정 허가신청 사건 등 사무처리 지침(이하 「지침」) 제6조에서 그대로 재생산된다. 이 지침은 성별정정의 허가기준으로 다음과 같은 7개 항의 요건을 규정하고 있다.

1. 신청인이 대한민국 국적자로서 만 20세 이상의 행위능력자이고 혼인한 사실이 없으며, 신청인에게 자녀가 없음이 인정될 것(현행지침은 밑줄 친 부분을 “만 19세 이상의 행위능력자인지, 현재 혼인중인지, 신청인에게 미성년인 자녀가 있는지 여부”로 개정함)
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 성전환 수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었음이 인정될 것
4. 성전환 수술의 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 성별정정 허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 없다고 인정될 것
7. 기타 신청인의 성별정정이 신청인의 신분관계에 중대한 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정될 것³⁷⁾

37) 인용 중 밑줄 친 부분은 현행지침에는 존재하지 않는다. 이 규정은 원래에는 “성별정정의 허가기준”이었다가 “참고사항”으로 변경되어 그 구속력을 대폭 완화하였다. 이에 조문 내용도 “~고 인정될 것”은 “~한지 여부”로 바뀌었다. 다만 이렇게 변경된 지침은 일본의 “성동일성장해자의 성별의 취급 특례에 관한 법률” 제3조를 그대로 차용한 것이라는 점에서 상당한 아쉬움이 남는다. 동 조항은 18세 이상일 것, 현재 혼인중이 아닐 것, 미성년의 자가 없을 것, 생식선이 없거나 생식선의 기능이 영구적으로 결여된 상태에 있을 것, 그 신체에 대한 다른 성별의 신체부분과 유사한 외관을 갖출 것 등을 요구하고 있는데, 2007년 자녀 요건을 최고재판소가 합헌이라 판단한 이후 사회적 비판을 받게 되자 2008년 미성년자 자녀로 바꾸었다. 김선일, “미성년자인 자녀를 둔 성전환자의 성별정정신청을 허용할 것인지 여부,” 사법 제19호, 2012. 우리 대법원이 2011년 결정에서 이 지침상의 자녀요건을 미성년자녀로 바꾼 배경이 여기에 있는 듯 하다.

2020. 2. 21.까지 총 7회에 걸쳐 개정된 이 지침은 앞서 결정문에서 드러난 성별정정의 요건보다는 상당히 완화되고 또 순치된 형태를 취한다. 하지만, 그럼에도 불구하고 성전환에 대한 잘 못된 편견이 여전히 재생산되고 있을 뿐 아니라 새로이 추가되는 요건들로 인해 성전환자들에 보다 소극적 효과를 야기할 가능성을 높이고 있기조차 한다.

대체로 성전환자에 대한 성별정정의 문제는 두 가지의 법익이 충돌할 우려를 안고 있다. 즉, 당사자의 성정체성을 중심으로 한 행복추구권의 문제와 그 당사자를 중심으로 그동안 형성되어 온 사회적 법질서의 문제가 경우에 따라 충돌할 수도 있는 것이다. 그리고 성별정정의 문제는 그 본질에 있어 신분공시제도의 한 축을 구성하고 있는 만큼 대법원의 입장에서는 후자-거래질서의 안정의 법익을 중시하지 않을 수 없는 것도 사실이다. 하지만, 그럼에도 불구하고 대법원의 이 지침은 거래의 안정이라는 요청의 수준을 지나치게 상회한다는 점에서, 특히 그러한 과중한 부담으로 인하여 성전환자의 기본권 자체에 대한 침해가 발생할 우려가 적지 않다는 점에서 문제를 안고 있다. 이하에서는 항목별로 세분하여 이러한 문제점을 검토하고 그 결과를 바탕으로 총체적 비판을 하고자 한다.

① 주관적 요건 - 성정체성

지침은 제2호에서 “신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴온 사정이 인정될 것”이라고 하여 성별정정의 주관적 요건을 규정하고 있다. 하지만, 이 부분은 두 가지 점에서 문제가 있다.

먼저, 지침은 성전환을 계속하여 “성전환증”으로 규정, 성정체성 장애라고 하는 의학적 병리현상으로 구성하는 종래의 입장을 버리지 못한다. 문제는 이렇게 병리현상으로 규정하는 과정에서 성전환에 대한 암묵적인 소극적 태도를 털어버리지 못한다는 데에 있다. 즉, 대법원의 이러한 태도는 성전환을 당사자의 성정체성 결정 혹은 성정체성의 선택이라는 자기운명결정 내지는 행복추구의 관점에서 바라보는 것이 아니라(그래서 헌법 제10조에 따라 국가는 이를 “최대한 보호할 의무”를 지게 되는 것으로 바라보는 것이 아니라),³⁸⁾ 병리적 현상 - 치료와 치유에 의하여 언젠가는 교정되어야 할 대상으로 자리매김하고 있는 것이다.

실제 성별정정이라는 것이 사회적·제도적 수준에서 이루어지는 것이며 따라서 그 판단에 있어서는 어느 정도의 “객관적” 지표가 필요하다고 한다면 “반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴온 사정이 인정될 것”이라는 요건이라든가 혹은 어떠한 심리적·정신적 또는 신체적 상태에 대한 전문가(특히 의료전문가인 의사)의

38) 유럽인권재판소는 Goodwin v. U. K.(2002), I v. U.K(2002) 등의 사건에서 성전환의 문제는 사생활의 존중에 관한 권리 즉 프라이버시권의 문제라고 한다. 이승현, 토론문, 전계 공청회 자료집, 54-55면.

인식행위를 그 요건으로 하는 것 자체는 별 논란거리가 되지 않을 것이다.³⁹⁾ 문제는 그러한 인식행위의 수준을 넘어서 성전환 자체를 하나의 “성전환증”이라는 병리현상으로 규정(그리고 요건규정의 서술방식상 이조차도 군더더기에 지나지 않는다)함으로써 성전환에 이은 성별정정이 언제나 예외적인 것 혹은 소극적인 것 또는 경우에 따라서는 일탈적인 것이라는 인상을 부여하고 있는 점이다.⁴⁰⁾

물론 여기서 성전환증(GID)이라는 의학적 병리현상이라는 개념 자체를 부인하는 것은 아니다. 문제는 성전환자에 대하여 성별정정을 허용하는 과정에서 이 의학적 병리현상을 필수조건으로 규정하고 있는 대법원의 태도이다. 성정체성 장애라는 GID의 개념 속에는 본래의 신체 및 염색체에 부합하는 성정체성이 있음을 전제로 하고 이러한 본래의 성정체성을 실현하지 못하는 현재상태를 겪어 내지는 부족한 상태로 규정하려는 의지가 내포되어 있다. 그러다 보니 “다른 성”으로 자신의 성정체성을 갈구하는 당사자의 욕망과 의지는 언제나 본래의 성정체성의 찾아야 한다는 의학적 당위-엄밀히 보자면 사회적 당위가 전제되어 있는 의학적 당위-의 수준에서 평가되는 양상이 벌어지게 된다.

이러한 과정에서 “성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받”아 왔어야 한다는 요건이 정당화된다. 즉, “반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴온 사정”보다는 과거 이런 귀속감을 극복하려는 노력의 여하, 혹은 그로 인한 고통의 존재여부가 법판단에 있어 보다 중요한 요건으로 등장하게 되는 것이다. 그리고 우리 대법원이 성전환자의 성별정정의 문제를 인권의 차원에서 이해하지 못하는 주요한 원인도 바로 여기에 있다. ‘의학적으로 치유되지 못한 현재의 상태를 법적으로 승인하는 것’이라는 수준에서 인식하고 있는 상황에서 성전환자의 인권문제가 거론될 이유는 없는 것이다.

하지만, GID를 하나의 고려사항 혹은 필요조건 정도로 이해하면서 당사자의 성정체성에 대한 욕망과 의지를 중심으로 판단한다면 결론은 달라진다. 즉, 그것은 유럽인권재판소의 판결처럼 문자 그대로 인권과 헌법상의 기본권의 문제로 전이된다. 예컨대, 자신의 자기운명결정권 및 성적 정체성에 대한 결정권의 수준에서 바라본다면 그것은 행복추구권의 발현태가 될 것이며, 사적 생활에 대한 자유로운 의사지배라는 수준에서는 사생활의 비밀과 자유라는 기본권이 도출된다. 더 나아가 스스로 결정한 성적 정체성에 따라 사회적 생활관계를 형성한다면 헌법 제21조상의 표현의 자유·사회적 의사소통의 자유와 집회·결사의 자유

39) 관련하여 유럽인권재판소는 태국에서 성전환수술(외성기 형성 포함)을 받고 성별정정 신청하면서 시술의사의 소견서를 첨부하였으나 그 내용이 부실하다는 이유로 프랑스 법원이 별도의 의료검진을 받을 것을 명령한 것은 단순히 민사소송법상의 증거수집에 관한 것인 만큼 유럽인권규약 제8조의 위반이 아니라고 판시하였다. EuHRC, A.P., Garçon and Nicot v. France, application Nos. 79885/12, 52471/13 and 52596/13, 6 April 2017

40) 이 점에서 일본이 “성동일성장애”라는 개념으로 이 문제를 접근하는 것은 우리 대법원의 소극적, 부정적 태도와 차이가 있다. 일본의 경우 장애라는 말을 사용하고 있으나 그것은 객관적 인식의 지표를 유도하기 위한 개념적 필요에 의거한 것으로 보인다.

사회적 교류의 자유-로까지 확장될 수 있는 여지를 가지게 된다. 뿐만 아니라 성별정정의 허용은 이러한 성전환자의 인권을 법적으로 승인하고 수용하는 행위로서 의미를 가지면서 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제16조에서 말하는 “모든 사람은 어디에서나 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리”의 실현이 된다.

둘째, 지침이 제시하고 있는 객관적 인식요소 즉, “반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴온 사정이 인정될 것”이라는 규정이 명확성이라는 점에서 구체화되지 못함으로써 법관의 재량이 인정될 여지가 지나치게 넓게 책정되어 있다. 물론 법원의 독립이라는 점에서 대법원이 이렇게 일의적인 「지침」을 정하고 그것을 각급법원에 ‘시달’하는 것 자체가 반법치적이지만, 그렇다 하더라도 이렇게 “법률관계의 안정”을 위하여 전국적으로 통일적인 판단기준들을 마련하고 이를 바탕으로 객관적인 신분공시제도를 구축하고자 한다면 “귀속감을 느껴온 사정”을 “인정”하기 위한 나름의 기준이나 절차는 보다 명확히 특정되어 있어야 할 필요가 있다.⁴¹⁾ 그리고 그러할 때에 성전환자 혹은 성전환을 의도하고 있는 자는 보다 안정적으로 자신의 운명을 설계하고 실천할 수 있게 될 것이다.

하지만 더 큰 문제는 이에 대한 대법원의 인식이다. 미국의 경우 성별정정에서 중요한 요건으로 인정되고 있는 것 중의 하나가 “실생활검사(real-life test)”⁴²⁾이다. 이는 성전환을 하고자 하는 자가 외과적 수술을 받기 위한 요건으로 전환된 성으로 현실적인 생활을 영위할 수 있는가의 여부를 판정하기 위하여 수술 이전 일정한 기간(보통 1년) 동안 전환된 성에 일치하는 외관과 생활상태를 영위하게 하고 그 결과를 평가하도록 하는 것을 의미한다. 한마디로 성전환 이후의 생활적응가능성을 사전에 측정하고 평가합하는 절차이다.

하지만 우리 대법원의 경우에는 정반대로 성전환(희망)자의 생활적응가능성에 대하여는 무관심한 반면, 그 사람이 성전환자로서 사회적으로 수용(또는 인식)되고 있는지를 먼저 판단하고자 한다. 이 점은 제4호 “신청인이 현재 반대의 성으로서의 삶을 성공적으로 영위하고 있으며”라는 규정부분에서 재확인되고 있는 것이기도 하거니와, 당사자의 생활상의 의지 내지는 성정체성의 결정·선택이라는 주관적 요소 자체에 대한 판단보다는 오히려 그러한 행위에 대한 사회적 인식의 여하를 우선적으로 판단하고 있는 것이다.

② 신분상의 요건 - 미성년자녀가 없는, 미혼의 성인자일 것

지침에 대한 많은 비판이 가해지고 있는 요건이 바로 이 신분상의 요건-일본의 법제를 맹목적으로 차용한 듯한 인상을 주는-이다. 이 요건은 위의 제2차 결정에서 그 취지와 목적, 그리고 구체적인 내용이 나름으로 제시되어 있다. 따라서 이 결정을 중심으로 세부적인 문제점을 나누어서 살펴본다.

41) 대법원이 지침에서 이 점에 관한 구체적 기준을 제시하지 않은 것은 제3호에서 말하는 외성기의 시술요건 때문인 것으로 보이기도 한다. 즉, 외성기 수술까지 할 정도이면 제2호의 요건판단은 그리 결정적이지 않을 수 있을 것이기 때문이다.

42) 복장전환, 호르몬투입, 코나 가슴 등 생식기 외의 신체부분에 대한 수술 등의 시험을 하는 단계로서 가장 중요한 것이 전환된 성으로 직장생활을 잘 수행하는가, 그리고 이를 통하여 현실세계에 어떻게 적응할 수 있는가를 검사하는 단계이다. R. Green, op. cit, p.104

우선 그 보호하고자 하는 공적 목적은 가능한 한 구체적이어야 한다. 그럼에도 대법원의 결정들이나 이 지침에서조차 배우자나 자녀와의 “신분관계에 중대한 변경을 초래”하거나 “사회에 미치는 부정적 영향이 현저한 경우”라는 보호의 필요성이 있는 “특별한 사정”의 의미가 명시되어 있지 않다. 배우자와의 관계의 경우 보호하고자 하는 것이 배우자와의 생활공동체가 해소되지 않도록 하는 것인지, 아니면 양성의 결합체계가 무너지는 것을 걱정하는 것인지, 혹은 이성혼에 기반한 우리 가족제도 자체의 유지를 목표로 하는 것인지(실제 대법원은 이 부분을 보호대상으로 삼고 있다) 분명히 할 필요가 있다. 또 자녀와의 신분관계에 관하여는 성별정정으로 친자관계가 해소될 것을 우려하는 것인지 아니면 부/자관계 혹은 모/자관계의 해소를 우려하는 것인지도 명확히 정리되어야 할 것이다.⁴³⁾

둘째, 성별정정의 적격에 대하여 19세 이상의 성년자요건을 둔 것은 한 사람의 생활과정에 있어 성전환 및 이로 인한 성별정정이 가지는 의미가 적지 않다는 점을 고려하여 나름의 판단능력을 고려한 것이라 보여지며 이는 입법자(여기서는 대법원)의 입법재량의 문제로 치환하여도 크게 문제가 없을 듯 하다. 다만, 이런 요건을 설정하면서도 미성년자에 대한 예외규정을 두지 않은 것은 과잉금지의 원칙에 위반될 가능성을 안고 있다. 대체로 성정체성의 문제는 제2차성징이 나타나는 시기부터 시작된다고 알려져 있다.⁴⁴⁾ 그렇다면 성년에 달하기 이전에 이미 생물학적 성과는 다른 성으로 생활하면서 그러한 삶의 과정에 완전히 포섭되어 있는 자의 경우에는 예외적으로 성별정정을 허용함으로써 그에 관련한 법상태-신분상태를 조기에 명확히 확정짓는 것이 기본권보장의 요청뿐 아니라 법적 안정성의 요청에도 부합하는 것이 될 것이다.⁴⁵⁾

셋째, 혼인관계의 문제나 미성년자녀의 존재 여부는 우리의 혼인 및 가족관계에 대한 사회적 관행을 바라볼 때 고려할 만한 사항인 것은 분명하다. 하지만, 성별정정의 허가요건으로 이러한 요건의 충족을 요구하는 것은 지나치게 과중한 부담을 지우는 것이 되어,⁴⁶⁾ 필요성과 비례성의 원칙을 위반한, 인권침해적인 조치라 하지 않을 수 없다.

43) 이 경우 가족생활에서의 “양성의 평등”을 명령하는 헌법 제36조 제1항에 의할 경우 분명 보호되어야 하는 것인 부·모/자녀의 관계가 아니라 친·자관계가 보호대상이 되어야 한다.

44) 윤현식, “성전환자 성별정정등에 관한 특별법(안) 해설,” 성전환자 성별정정 등에 관한 특별법(안) 공청회, 2006.8.21, 16면.

45) 법적인 성별정정에 대한 소극적 사유가 법적 안정성에 대한 고려라고 한다면, 성전환의 의지 혹은 상태가 이미 확정된 미성년자에 대하여는 더욱더 조속히 그의 법적 상태를 명확히 하는 것이 법적 안정성을 도모하는 방법이 될 것이다.

46) 실제 필자는 이 지침이 제정된 즈음에 이 “혼인한 사실이 없을 것”이라는 문언을 “현재의 혼인상태 여하와 무관하게 일단 한 번이라도 혼인한 사실이 있으면 성별정정을 허가할 수 없다는 취지로 이해할 필요는 없을 것이다”라는 해석론을 제시한 바도 있으나, 대법원의 관계자는 그런 해석은 잘 못 되었으며, 현재의 상태는 어떠한 일단 한 번이라도 혼인한 사실이 있으면 성별정정은 할 수 없다는 문언 그대로의 취지로 지침이 만들어졌다고 한다.

먼저 필요성의 요건(우리 헌법상으로는 침해최소성의 요건)부터 살펴보자. 공적 목적을 달성할 수 있는 보다 덜 침해적인 수단이 있다면 그를 우선 선택하여야 한다는 요건 자체가 이 지침에서는 아예 고려조차 되어 있지 않다. 배우자와의 혼인관계가 변동됨으로써 발생하는 위험을 예방하기 위해서는 성별정정을 허가하지 않는 방법이 아니라 동반자관계를 인정하거나(이 점에서 입법부작위가 있음은 이미 지적하였다), 또는 그 배우자의 의사에 따라 대안적인 생활공동체-이혼⁴⁷⁾이나 별거 등을 구성할 수 있도록 하는 방법도 먼저 고려되었어야 한다. 미성년의 자녀 역시 마찬가지다. 취학을 위하여 필요한 정보는 학생의 부/모가 아니라 학생의 보호자이다. 취학서류에 가족관계증명서를 요구하며 그걸 기반으로 학적부 등에 부/모를 구분하여 기재하고 또 그에 따라 학생지도를 하는 것은 그 자체 다양한 유형의 가족공동체에 대한 차별이다. 따라서 학적서류를 이유로 성별정정을 거부할 것이 아니라, 혈연가족과 그 성별에 따른 구분을 행하는 학교 업무방식을 개선하는 것이 우선 사항이다.

비례성의 원칙도 마찬가지다. 성전환자가 성별정정을 신청할 때에는 미래의 자신의 성을 미리 예정하여 확정해 달라는 것이 아니라 이미 자신의 성정체성뿐 아니라 신체적 외관과 생활상의 성역할 등이 법률적 성과 달라져 있음을 법적으로 확인하고 그에 상응하는 법적 지위를 부여해 달라는 것을 주장한다. 그렇다면 배우자든 미성년의 자녀든 이미 그러한 변화된 성정체성에 적응할 수 있는 충분한 시간적 여유가 있었고 그에 상응하는 생활방식이나 태도의 변화도 형성될 수 있다. 즉, 성별정정이라는 미시적이고 형식적인 사건으로 인하여 배우자나 미성년자녀가 겪어야 하는 “충격”은 이미 희석되어 있는 상황이다. 반면 성전환자가 자신의 성별정체성에 부합하는 법적 인격을 승인받고 공시되는 것에 대하여 가지는 권리와 이익은 그의 일생을 걸 만큼 중대하다. 반대의견처럼 그것은 “개인의 존재 그 자체를 구성하는 것”이기 때문이다.

또 “동성혼의 외관이 현출”됨으로써 야기되는 이성혼제도의 혼란 가능성 역시 마찬가지다. 동성혼의 외관이 존재한다고 해서 이성혼제도가 바뀌거나 그에 대한 일반인의 인식 자체가 변경되지는 않는다. 이성혼과 동성혼은 어느 하나가 있으면 다른 것이 침해되거나 사라져야 하는 것이 아니라 양자는 순수하게 병립가능하며 공존가능한 것이기 때문이다.⁴⁸⁾ 그래서 혼인 중의 자에 대한 성별정정으로 야기되는 “동성혼의 외관이 현출”되는 현상은 입법자로 하여금 동성혼제도를 입법할 것인지를 고민하게 하는 입법형성의 문제에

47) 이와 관련하여서는 이혼사유로서의 귀책주의는 심각하게 제고되어야 한다. 혼인 중의 자가 성별정정을 하였을 때 그가 이 사실을 이유로 혼인을 해소할 방법이 없어지기 때문이다. 따라서 이런 부분에 대하여는 나름의 법개정작업이 수반되어야 한다. 다만, 미봉의 방책으로는 성별정정이 된 연후에는 현행 법제가 인정하지 아니하는 동성간의 혼인이 되므로 이를 이혼의 사유(민법 제840조 제6호 “기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사정이 있는 때”)로 보고 성별정정의 경우 법원의 허가에 의한 합법적 사정에 해당되는 만큼 그 유책성을 객관화하여 성별을 변경한 배우자도 이혼을 청구할 수 있도록 하는 것도 생각할 수 있을 것이다. 하지만 무엇보다 중요한 것은 가족으로서의 생활공동체를 계속 유지할 수 있도록 판트너십제도의 도입 등 법제정비에 나서는 것이다.

48) 스페인이나 미국 등에서 동성혼제도를 인정한다고 해서 헌법(스페인 헌법은 혼인을 남녀간의 결합으로 규정한다)이 정하는 이성혼제도를 위반한 것은 아니라고 판단한 것은 이 때문이다.

관한 것이지 그로 인하여 이성혼제도의 변화가능성이 열리는 것은 결코 아니다. 단언하건데, 우리 헌법이나 법체계는 이성혼제도를 보장하는 것이지 오로지 이성혼만의 혼인제도를 보장하는 것은 결코 아니다.

실제 우리 헌법은 혼인과 가족제도에 관하여 “양성”의 평등만을 중심가치로 삼고 있는 것은 아니다. 헌법 제36조제1항의 서술순서를 보면 “양성의 평등”에 앞서 “개인의 존엄”을 제1차적 가치로 규정하고 있다. 그리고 이 개인의 존엄의 근간에는 개인이 자신에 대하여 부여하는 자기존재의미와 인격적 가치가 자리한다. 개인의 의지와 지향이 곧 혼인과 가족제도의 중심을 이루고 있음을 확인하고 있는 것이다. 더불어 “양성의 평등” 또한 혼인과 가족제도가 남/녀의 두 성으로 구성될 것을 요구하는 것이 아니라(현실적으로도 이런 법명령은 존재할 수가 없다), 그 속에서의 남/녀의 차별 특히 여성의 평등을 보장하여야 한다는 헌법명령을 표현한 것에 지나지 않는다.

③ 신체적 요건(시술요건) - 이 점은 항을 바꾸어 서술한다.

④ 사회적 요건

지침은 성별정정의 소극적 요건으로 불법적 의도나 사회질서요청을 들고 있다. 하지만, 그 중 병역의무의 이행/면제의 요건(제5호)는 성전환이라는 개인적(personal) 문제를 국가자원동원의 수준에서 처리하고자 한다는 점에서 부당결부와 과잉침해의 두 오류를 범한 셈이 되어 그 자체 위헌, 위법의 비난을 면하기 어렵다. 그리고 병역의 회피를 위해 성별정정의 방법을 취하고자 하는 경우는 제6호의 불법목적의 성별정정사유에서 처리할 수 있으므로 특별히 이런 규정을 둘 이유는 없다.⁴⁹⁾

문제는 제7호의 존재이다. 제7호는 “기타 신청인의 성별정정이 신청인의 신분관계에 중대한 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정될 것”이라고 하여 성별정정으로 인한 사회질서의 혼란 혹은 법적 안정성의 침해를 예방하고자 한다. 여기서 성별정정의 이익과 신청인의 신분관계의 혼란 사이에는 나름으로 명확한 법익형량의 가능성이 존재한다. 하지만, 성별정정과 “사회에 부정적인 영향”의 법익형량에 대하여는 명확한 기준이 설정되지 못함으로써 법관의 지나친 재량사항으로 열려 있다. 더 나아가 “사회적으로 허용된다고 인정”되어야 한다는 요건은 더욱 심각한 불명확규정으로 전체 지침의 존재필요성조차도 위태롭게 할 정도에 이른다.

49) 대법원은 이와 관련하여 MtF의 경우 대부분 병역을 이행하였거나 혹은 면제 또는 의가사전역 등으로 처리되고 있는 만큼 현실적인 문제는 없을 것이라고 주장한다. (“성전환자의 성별 변경 및 개명허가에 대한 대법원의 입장,” 국가인권위원회 토론회 자료집 별도 배부자료, 2면 참조) 하지만, 문제는 이런 현실적인 것이 아니라 MtF를 잠재적인 병역거부의사자로 취급하고자 하는 지침의 태도이며 바로 여기서 성전환자를 사회적 일탈자로 전제하는 일종의 담론권력이 형성되고 있다는 점에서 발생한다.

지침이 성별정정을 위한 것이 아니라 성별정정의 제한을 위한 것이라는 ‘오해(?)’는 여기서 가능하게 된다. 즉, 지침은 처음부터 성전환을 하나의 병리현상으로 의료처치의 대상이며, 하나의 일탈로서 법적 안정에 대한 도전으로 규정하는 태도를 버리지 않는다. 그리고 이러한 소극적·부정적 시각은 성별정정 자체가 배우자나 자녀의 권리·이익에 대한 침해로 예정되거나 “범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적”이 예상되기도 하는 인식의 한계를 야기하게 된다 그리고 바로 이 때문에 성별전환은 당사자의 성정체성에 대한 의지와 결정·선택보다는 “신분관계에 중대한 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향”을 주지 않음을 사회로부터 승인받아야만 하는 것으로 규정하게 되고, 이 과정에서 ‘다른 성’으로 살아왔던 과거보다는 현재의 신체가 어떻게 변화되었는가, 혹은 생식능력이 어떻게 처치되었는가의 인식이 더 중요한 고려요소로 작동하게 된다.⁵⁰⁾

3.3. 신체의 영구적 변화: 수술요건

1) 규율목적과 관련되는 인권(기본권)

지침이 말하는 신체적 요건은 제3호의 “성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었음이 인정될 것”과 제4호의 “생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재전환할 개연성이 없거나 극히 희박하다고 인정될 것”으로 구성된다. 수술을 통해 자신이 동일시하는 성에 대한 일반적 인식에 부합하는 신체적 외관을 갖추어야 할 뿐 아니라, 어떠한 (의료적) 처치를 통하여 생식능력이 불가역적으로 소멸되어 있을 것을 성별정정의 요건으로 삼고 있는 것이다.

사실 이 두 요건은 서로 밀접한 관련을 가지는 것이나, 실질에 있어서는 전혀 다른 규율목적에 봉사한다. 수술·외관요건은 성전환에 대한 사회적 승인과 관련되어 있는 것인 반면, 생식능력상실요건은 성별정정 이후 아이를 출산하게 된다면 그 아이의 부 또는 모의 지정에 혼란을 야기할 우려가 주된 이유로 보인다.

하지만 이러한 요건들은 개인의 자유와 권리를 심각하게 제한한다. 우선 수술요건은 신체에 대한 물리적 변화를 강제한다는 점에서 신체의 온전성에 대한 권리(헌법 제12조)와 자신의 삶을 스스로 결정할 수 있는 자기운명결정권(헌법 제10조), 나아가 자신의 원하는 신체로 친교관계를 형성하고 영위할 수 있는 성적 자기결정권(헌법 제10조)⁵¹⁾ 등을 침해한다. 뿐만 아니라 자신이 생각하는 자신의

50) 이 요건들은 2009년 지침개정으로 삭제되었다. 그럼에도 굳이 언급한 이유는 바로 대법원의 성전환자에 대한 소극적 인식이 가장 잘 드러나 있기 때문이다.

51) 이 점에 대하여 유럽인권재판소나 외국의 법제에서는 사생활의 자유-미국연방대법원의 경우에는 제1차수정헌법상의 결사의 자유와 제9차수정헌법의 열거되지 아니한 권리의 결합-를 언급한다. 하지만, 우리 헌법재판소는 행복추구권을 별도로 정하고 있는 우리 헌법의 특수성에 기반하여 이 privacy권을 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 기본권으로 처리하고 있다. 물론 이런 근거규범의 차이에도 불구하고 그 내용이나 본질요소에는 큰 차이 없다고 보아야 한다.

모습과 다른 모습의 존재를 강제함으로써 성전환자의 자기정체성 자체를 침탈함으로써 그의 인격권⁵²⁾에 중대한 제한을 야기한다. 또, 호르몬요법과 수술이라는 외과적 조치로 인한 건강권의 침해 우려도 고려할 필요가 있다.

국제인권법, 특히 유럽인권규약의 경우 제8조 사생활의 자유에서 그 보호의 권익을 추구한다. 개인의 사적 자율성과 존엄성의 근원을 여기서 모색하기 때문이다. 특히 개인의 사적 자율성의 내용을 “이름이나 건강, 섹슈얼리티, 인종적 특성, 자신에 대한 이미지 등 자신의 정체성에 관한 모든 사실들, 그리고 자신과 다른 사람들간의 상호작용의 영역들에 대한 모든 사실들에 대한 주인이 자신임을 확인하는 것이며 또 그렇게 확인하여야 함을 의미”⁵³⁾한다고 보는 입장은 성전환자에 대한 수술요건을 강제하는 우리 체제에서 의미심장하게 받아 들일 필요가 있다.

우리 헌법재판소의 경우에도 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 위헌여부를 다루는 사건⁵⁴⁾에서 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 내용을 “사회공동체의 일반적인 생활규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리”로 규정하고 있는 만큼 성전환자에 대한 수술요건 또한 이 기본권의 범주에서 다를 수 있다.

생식능력의 영구적 상실 요건 또한 이와 큰 차이 없다. 다만 헌법 제36조제1항에서 보장하는 혼인과 가족생활의 권리 특히 가족생활에 대한 권리는 보다 중요하게 고려되어야 할 기본권이라 할 수 있다. 자신의 결정과 의지에 따라 자녀를 출산하고 또 그와 더불어 생활을 영위해 나갈 수 있는 권리로서의 가족생활에 대한 권리는 무엇보다 중요한 인권의 항목이나, 성별정정을 위해서는 어쩔 수 없이 이를 포기하여야 하는 것이다.

이런 기본권은 일신에 전속될 뿐 아니라, 수술 또는 생식능력의 “영구적” 상실로 인하여 영구적인 효과를 가지게 된다. 해당 기본권의 본질적 요소라 보는 것은 보다 면밀한 검토가 필요하겠지만, 그렇지 않다 하더라도 기본권의 제한정도가 지나치게 과도하여 그 제한요건들이 비례성이나 필요성의 원칙에 따라 그만큼 면밀하고 엄격하게 구성되어야 할 필요가 있음은 두말할 나위도 없다.

52) 예컨대, 대법원은 이름-자기정체성의 한 요소-에 대한 권리를 인격권의 한 부분으로 파악한다. 대법원 2005. 11. 16. 선고 2005스26 결정

53) 이 판결은 영국법원이 MtF인 수형자가 실생활검사를 위하여 여성교도소로 이감되어야 한다는 결정을 한 사건이다. AB, R v. Secretary of State for Justice & Anor [2009] EWHC 2220(Admin)

54) 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2013헌가9 결정

2) 관련 입법례 등

(1) 요그야카르타 원칙

이 요건들과 관련하여 가장 주목할 만한 것은 요그야카르타 원칙⁵⁵⁾이다. 비록 국제법적 구속력은 갖추지 않았으나, 성소수자들의 권리와 이에 대한 국가의 의무를 선언한 가장 권위 있는 문서 중의 하나로 수용되고 있는 만큼 그 규범적 의미는 적지 않다. 이 원칙 중 제3원칙은 법 앞에 인정받을 권리(The Right to Recognition before the Law)을 규정한다.

이에 의하면 모든 사람은 법 앞에서 인격으로 인정받을 권리를 가진다는 자유권규약 제16조의 규정을 재확인한다. 이어 “다양한 성적 지향과 성 정체성을 가진 사람들이 삶의 모든 측면에서 법적 능력을 향유하여야” 하며, “개인이 스스로 규정한 성적 지향과 성적 지향과 성별 정체성은 인격의 핵심적인 부분을 이루며 자기 결정, 존엄성 및 자유의 가장 기본적인 측면 중 하나”임을 선언한다. 무엇보다 이 원칙 3은 “성별정체성을 법적으로 인정받기 위한 요건으로 성전환 수술, 불임수술, 호르몬 치료 등의 의료 절차를 강요받아서 아니”됨을 명기하고 있다.⁵⁶⁾ 또 이러한 권리의 실현을 위하여 국가는 “각 각 개인이 스스로 규정한 성별정체성을 온전히 존중하고 법적으로 인정하기 위하여 필요한 모든 입법, 행정 및 기타 조치를 취하여야” 하며(b항), “그러한 절차가 효율적이고 공정하며 비차별적일 것을 보장하고 관련자의 존엄성과 사생활을 존중”(d항)할 의무를 진다.

(2) 국제인권법

국제인권법 영역의 경우 성적 지향이나 성별정체성 등에 대한 언급은 2000년대에 와서야 본격화되었다. 그 이전까지는 세계인권선언이나 자유권규약상의 권리들이 인권의 보편성이라는 원칙에 따라 이 문제에까지도 확장된다는 매우 피상적인 수준에서만 거론되었을 뿐이었다. 성적 지향의 문제가 최초로 국제인권법상의 문제로 제기되었던 사건은 1992년의 *Toonen v. Australia*⁵⁷⁾이었으며, 성별정체성 또한 2000년대 중반에 와서야 구체적으로 거론된다.⁵⁸⁾ 그 중에서 가장 특기할 만한 것은 UN인권이사회가 2011.

55) The Yogyakarta Principles plus 10 (YP+10), Additional Principles and State Obligations on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation, Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics to Complement the Yogyakarta Principles. 2017. 11. 10.

56) 아울러 혼인여부나 자녀 여부와 같은 상태를 법률적 성의 인정 요건으로 삼아서는 아니된다는 점도 같이 언급되고 있다.

57) Human Rights Committee, *Toonen v. Australia*, 4 April 1994, CCPR/C/50/D/488/1992

58) 이에 대한 개관은 김지혜, “성적지향과 성별정체성에 관한 국제인권법 동향과 그 국내적 적용,” 법조 통권 674호, 2012. 192-193면; 오미영, “성전환자의 성별정정허가에 관한 고찰 - 각국의 입법례 및 판례의 분석을 중심으로-,” 미국헌법연구 제24권 제3호, 2013, 143-177면 참조.

7. 14. 의결한 “인권, 성적 지향과 성별정체성”이라는 결의안 및 이에 기반하여 UN인권고등판무관(High Commissioner)이 2011. 11. 17 보고한 “성적 지향과 성별정체성에 의거한 차별적 법률과 실무 및 개인에 대한 폭력행위”이다.⁵⁹⁾ 전자에서는 성적 지향과 성별정체성을 이유로 폭력적이고 차별적인 행위들이 자행되고 있음에 심각한 우려를 표명하였다. 이를 바탕으로 작성, 보고된 후자에서는 국가의 의무를 ①성적 지향과 성별정체성에 관계 없이 생명과 자유와 안전에 대한 권리를 보장할 것, ②성적 지향과 성별정체성에 기반한 고문, 기타 잔혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 대우를 하지 않을 것, ③성적 지향과 성별정체성에 기반한 구금에 저항하고 사생활을 보호받을 권리를 보장할 것, ④성적 지향과 성별정체성에 기반한 차별로부터 개인을 보호할 것, ⑤비차별적인 방법으로 표현, 결사, 집회의 자유를 보장할 것 등의 의무를 부과하였다. 이 중에서 두 번째의 국가의무와 관련하여 이 보고서는 성별정정을 인정하는 국가들이 명시적으로든 묵시적으로든 그 성별정정의 조건으로 불임수술((sterilization surgery)을 요구하는 경우가 있음을 지적하였다.⁶⁰⁾ 불임수술을 고문 혹은 잔혹하고 비인도적인 대우의 하나로 보고 있는 것이다.

유럽인권규약의 경우에는 더욱 구체적으로 나아간다. 2009. 10. 유럽인권이사회 판무관은 “인권과 성별정체성”이라는 이슈 페이퍼를 작성하여 회람하였다. 여기서 그는 유럽에는 성별정정과 관련하여 인정하지 않는 경우(이는 유럽인권규약 위반임), 전문가나 권한있는 기관의 인증서를 제시하도록 하는 경우, 그리고 보다 엄격한 기준을 제시한 경우 등 세 가지 유형의 법제가 있음을 지적하고, 마지막의 경우에는 ①의학적으로 감독되는 성전환절차를 이행하였음, ②외과적으로 비가역적 불임상태에 들어갔음, 그리고 ③호르몬 치료와 같은 의료절차를 거쳤음 등의 요건을 의무화한다고 보고하였다. 그리고 이 세 번째의 경우는 개인의 신체적 온전성에 대한 침해임을 분명히 선언하였다. 모든 트랜스젠더가 그러한 시술이나 수술을 원하는 것도 아니며, 누구에게나 그러한 시술/수술이 가능한 것도 아니며 경우에 따라서는 경제적 한계가 작용하기 때문이라는 것이다. 그리고 트랜스젠더에게 이런 침해적인 신체적 절차를 부과하는 것은 가족을 구성할 권리를 유효하게 침해한다고 결론지었다.⁶¹⁾

유럽평의회 의 장관위원회(Committee of Ministers)도 2010. 3. 30. “성적 지향이나 성 정체성을 이유로 한 차별 퇴치를 위한 조치에 관한 권고”를 채택하여, “법률적 성의 정정을 신체적 특성의 변화를

59) 각각 Human Rights Council, “Human rights, sexual orientation and gender identity,” UN Doc., A/HRC/RES/17/19, 14 July 2011; Human Rights Council, “Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity,” Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN Doc., A/HRC/19/41, 17 Nov. 2011.

60) *ibid.*, para. 72. 여기서는 비혼을 요구하여 사실상 이혼할 것을 강제하고 있음도 지적하고 있다.

61) Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, HUMAN RIGHTS AND GENDER IDENTITY, CommDH/IssuePaper(2009)2, pp. 7-8

요구하는 등의 확대성 요건들은 정기적으로 검토되어야“ 함을 선언하였다.⁶²⁾ 또한 유럽평의회 의회도 수 차례 걸쳐 트랜스젠더의 권리로서 “불임수술 또는 성전환 수술 및 호르몬 요법 등의 의료처치를 받아야 한다는 사전의 의무 없이 개인이 선호하는 성별정체성을 공식문서에 반영시킬 권리“를 제시하였다.⁶³⁾ 또 2013. 6. 26. ”강제 불임 및 거세의 종식“이라는 결의를 발표하여 “강제적이든 강제적이든 불임수술이나 거세는 21세기에 어떤 식으로든 합법화될 수 없으며 중단해야”(4항) 함을 강조하였다.⁶⁴⁾ 이어 2015. 4. 22.에도 “유럽에서 트랜스젠더에 대한 차별에 관한 결의안”⁶⁵⁾을 채택하여 회원국이 이름 변경 절차를 규제하는 법률에서 개인의 성 정체성을 인정하기 위한 필수 법적 요건으로서 불임 치료 및 기타 의무적 치료와 정신 건강 진단을 요구하는 조항을 폐지할 것을 요구하였다.

(3) 스웨덴 등

외국의 법제는 다양한 모습으로 나타난다. 가장 일찍 성별정정을 인정하고 있는 스웨덴의 경우에는 행정법원이 불임수술요건을 위헌(스웨덴 헌법 정부편 제2장 제6절) 및 유럽인권협약 제8조, 제14조 위반이라 판단함으로써 2013년부터 삭제하였다고 한다.⁶⁶⁾

영국의 경우에도 성별정정을 허락하라는 유럽인권재판소의 결정⁶⁷⁾에 따라 2004년 성별인정법(Gender Recognitions Act)를 제정하여 시행하고 있으나 수술요건에 관한 규정은 두지

62) Committee of Ministers of the Council of Europe adopted Recommendation CM/Rec(2010)5 on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, appendix, points 20, 21

63) Resolution 1728 (2010), 2010. 4. 29.

64) the Parliamentary Assembly, “Putting an end to coerced sterilisations and castrations,” Resolution 1945 (2013),

65) Parliamentary Assembly, Resolution 2048 (2015) on discrimination against transgender people in Europe. 이상 유럽관련 자료는 EuHRC, CASE OF A.P., GARCON AND NICOT v. FRANCE (Applications nos. 79885/12, 52471/13 and 52596/13)에서 정리한 것임

66) 오미영, 전계논문, 1563면.

67) Goodwin v. U.K. app. No. 28957/95 (2002. 7. 11) 참조. 스웨덴은 일반적으로 인정되던 강제거세제도(1972-2013)를 폐지하였고 그에 대한 국가배상을 실시하였다. 아울러 2018년 3월 24. 정부는 임시조치법을 제정하여 성별정정을 위한 성전환수술 의무화조치로 인하여 강제 성전환수술을 하게 된 트랜스젠더에게 26,400유로를 배상하기로 결정하였다. <https://tgeu.org/sweden-announces-to-pay-compensation-to-trans-people/> 참조.

않고 있다. 미국도 연방정부(여권⁶⁸)이나 사회보장카드 등에서 성별을 특정하거나 변경할 때 별다른 제한요건을 마련하지 않고 있다. 주의 경우에도 텍사스, 아이오와, 조지아, 테네시, 켄터키, 사우스 캐롤라이나, 오클라호마, 루이지애나 주 등⁶⁹)을 제외하고는 수술요건을 신분증(운전면허증) 상의 성별정정 요건으로 규정하고 있는 경우는 없다.⁷⁰

(4) 아르헨티나

2015년 세계보건기구로부터 트랜스젠더의 권리를 가장 잘 보장하고 있는 국가라는 평을 받은 아르헨티나는 성전환수술이나 호르몬요법시술을 국가의 경비로 처리한다. 2012. 11. 제정된 성별정체성법은 수술이나 다른 의료적 조치가 없이, 아울러 의사의 진단서나 법원의 허가결정 없이 성별을 정정할 수 있도록 하였다. 이 법 제4조는 그 절차를 정하고 있는 것으로 원칙적으로 18세 이상일 것, 인구통계청 지역사무소에 이 법의 적용대상이며 출생증명서의 정정과 전 신분증번호를 유지한 새로운 국가신분증카드를 발급받기 원한다는 점을 서술한 신청서를 제출하는 것으로 법률적 성의 변경절차가 완료되는 것으로 하였다. 미성년자의 경우 그 명시적 동의 하에 보호자가 이 절차를 밟도록 하였으며(제5조) 인구통계청 지역사무소는 별다른 증빙을 요구하지 않고 그대로 신분정정절차를 처리하도록 하였다.(제6조) 여기서 제4조는 별도의 문장을 추가하여 외과적 처치나 호르몬요법 또는 기타의 심리적, 의학적 조치에 대한 증명은 필요하지 않다고 명기하고 있음을 주목할 필요가 있다. 법적 성별의 정정에 이런 조치나 처치는 무의미함을 선언하고 있는 것이다.⁷¹⁾

68) 여권신청서 양식을 작성할 때 그 선택된 성별이 반드시 출생신고서나 이전의 여권 또는 주정부가 발행한 신분 증명서 등에 기재된 성별과 일치할 필요는 없다고 한다. 또한 성별표시를 변경할 때에도 별다른 의학적 증빙을 요하지 아니한다. U.S. Department of State, Bureau of Consular Affairs, “Selecting your Gender Marker,” in: <http://travel.state.go/content/travel/en/passperts/nee-passport/selecting-your-gender-marker.html>

69) 이들 주정부가 운전면허증 상의 성별표시를 정정하기 위하여 수술요건을 두었다 하더라도 우리의 경우보다는 그 인권침해의 정도는 적다. 그곳에서는 일상생활의 과정에서 신분을 확인하기 위한 증명서는 운전면허증만에 한정되지 않기 때문이다. 즉, 자신의 성별-혹은 그 정정사실-을 밝히지 않더라도 얼마든지 일상생활이 가능하다. 반면 우리의 경우에는 성별이 표기되어 있는 주민등록번호를 기반으로 단일한 신분증명체계-주민등록증 또는 여권-가 구성되는 만큼 성별의 여하는 항시적으로 노출되게끔 되어 있다.

70) http://lgbtmap.org/equality-maps/identity_document_laws

71) 이 법의 영문번역본은 <http://tgeu.org/argentina-gender-identity-law>

(5) 호주

호주의 경우에는 주 정부를 중심으로 성별정정을 인정해 왔으나, 수술요건의 경로는 약간의 굴곡이 있었다. 웨스트 오스틀랜드 주는 2000년 성별재지정법(Gender Reassignment Act)를 제정 시행하였다. 이 법은 먼저 성별재지정위원회(Gender Reassignment Board)를 설치하여 성별정정의 신청서 접수 및 결정의 업무를 담당하게 하였고(제2부), ①자신의 진정한 성별이 재지정되는 성별이라고 믿으며, ②재지정되는 성별의 사람들이 영위하는 라이프스타일과 그 성적 특징(gender characteristics)을 선택하여 이행하고 있으며(has adopted), ③자신의 성별정체성과 관련하여 적절한 상담을 받은 경우 성별정정을 할 수 있도록 하였다.(제15조)

여기서 문제는 이 성적 특징이라는 법문의 의미였다. 두 FtM인 사람이 성별재지정위원회에 성별재지정을 신청하였다가 유보처분을 받은 사건은 이 문제에 관한 것이었다. 이들은 유방절제술과 호르몬 처치 등을 비롯하여 다른 요건은 다 충족하였지만, 여성의 생식기관을 제거하지 않은 것이 문제로 되었다.⁷²⁾ 이에 호주최고법원은 이 성적 특징은 “어떠한 사람이 남자 혹은 여자로 인식될 수 있는 신체적 특성(physical characteristics)을 의미한다”고 하면서, 그것은 크게 사회적 인식의 하나일 따름이라고 보았다. 즉, 신체적 특징은 그 신체가 남성적인가 여성적인가를 따지는 것이 아니라, 사회구성원들이 일상생활과정에서 그를 어떻게 인지하는가에 달린 것이며, “현재 가지고 있는 성적 특징과 생활양식과 관련하여 그들이 다른 사회구성원에게 보여지는 성별이 무엇인가를 문제삼아야 한다”고 보았다. 문제가 되는 것은 그 사람의 외부적인 모습(external physical characteristics)과 행동일 따름이며, 한 사람의 성별에 관한 사회적 인식은 그 사람에 남아 있는 생식기관(sexual organs)에 관한 정보를 요구하는 것은 아니라고 보았던 것이다.⁷³⁾

(6) 독일

우리 법제의 법리 의존도가 상당한 독일의 경우도 사법적 판단에 의하여 수술요건의 폐지가 이루어졌다. 1971년까지 성별정정에 부정적이었던 독일의 사법체계는 1978년 연방헌법재판소의 성별정정에 대한 합헌결정 이후 법률을 제정하여 1981년부터 시행하게 되었다. 이 연방헌법재판소의 결정은 외성기수술을 전제로 그 수술이 적합하였다고 한다면 이에 기반한 성별정정은 선풍양속에

72) 1, 2심의 결정내용에 관한 소개는 홍성필, 이승현, “성전환자의 법적 성별 변경 허용시 의료조치 강제에 대한 국제법적 평가 - 서울서부지방법원 2013. 3. 15. 2012호파4225등 결정을 계기로-,” 국제법학회논총, 제58권 제2호, 2013, 147-148면 참조.

73) AB v. Western Australia, AH v. Western Australia, (2011) HCA 42 6 Oct. 2011 P15/2011 & P16/2011

어긋나지 않는다는 취지의 판단을 하였다.⁷⁴⁾ 하지만 이 결정에 의거하여 제정된 “특정한 경우에 이름의 변경 및 성별의 확인에 관한 법률”(1980. 9. 10. TSG)이 생식능력이 없을 것을 조건으로 성별정정을 하게끔 한 점에 대하여 연방헌법재판소는 2011년 다시금 위헌취지의 헌법불합치결정(및 입법촉구결정)을 함으로써 급진적 변화를 겪게 되었다.

이 법률은 2 단계의 정정절차를 규정하여 이름 변경을 중심으로 간이한 요건만 요구하는 소해결방식(kleine Losung)에 대하여 성별 자체의 정정을 대상으로 하는 대해결방식(große Losung)로 영구적으로 생식이 불가능할 것과, 외적인 성적특성(ihre äußeren Geschlechtsmerkmale)을 바꾸는 수술을 받아 다른 성의 외모에 상당한 근사치를 획득할 것을 요구한다. 이에 위 사건 MtF인 청구인은 소해결방식에 의하여 이름만 변경하여 살다가 다른 여성과 동반자관계로 등록하고자 하였는데, 당시 독일의 생활동반자법은 동성인 사람들만 동반자관계로 등록할 수 있도록 하는 바람에 그 등록신청이 거부되었다. 이에 청구인은 그 여성과 동반자관계에 들어서기 위해서는 자신의 성별정체성을 포기하고 남성인 지위에서 혼인을 함으로써 자신이 성전환자임을 드러내거나 혹은 건강상의 위협을 무릅쓰고 성전환수술을 받아 성별정정을 한 다음 동반자관계의 신청을 하거나 둘 중의 하나만 선택할 것이 강요당한다는 이유로 헌법소원을 제기하였다.

이에 대하여 독일연방헌법재판소는 몇 가지 주목할 만한 판단을 하였다. 먼저 성전환수술은 성전환의 계기가 아니라 성전환 욕망이 안정적으로 드러난 결과로 이루어진다는 점을 정리하면서(para. 36) 모든 성전환자에게 수술이 필요한 것은 아니며 개인별 특성을 감안하여 처방되어야 할 것을 지적하였다. 또한 성전환수술의 위험성과 그 이후에도 평생 호르몬치료를 받아야 한다는 점, MtF의 경우 성전환수술 후 40%가 추가고정수술을 받아야 한다는 점, FtM의 경우에는 자궁과 난소의 제거는 극소수만 원하며 음경보형물의 시술에 대한 욕구 또한 그다지 뚜렷하지 않다는 점도 지적하였다.(para. 36-40)

아울러 이미 여성형의 이름을 가진 청구인에게 혼인을 강요하는 것은 “동성혼의 외관을 현출”하는 것으로 동성 파트너도 결혼할 수 있다는 인상을 주게 되며, 모든 제3자에게 두 여성 중 한 명은 트랜스젠더라는 점을 드러냄으로써 차별 없는 삶을 불가능하게 만들 것이라고 그 위험성을 강조한다.(para. 45-46) 아울러 “그녀와 그녀의 파트너가 상호 안전과 보살핌에 대한 필요성을 가지고 있음”은 더 이상 무시되어서는 아니된다고 판시하였다.

연방헌법재판소는 “기본법 제1조 제1항은 인간의 은밀한 성적 영역과 함께 보다 좁은 개인적 삶의 영역을 보호하고 있으며 이 영역은 성적 자기결정권을 촉진하며 그 결과 자기 자신에 대한 성별 정체성을 발견하고 인식하며, 이 성별정체성은 성적 지향을 포함한다”고 하여 이 사안에서 문제되는 기본권을 특정하였다. 그리고

74) BVerfGE 49, 286(1978)

기본법 제2조 제2항에 의해 보호되는 인격의 자유로운 발현권에는 “모든 인간이 자신이 선택한 사람과 장기적인 파트너십을 형성하고 이를 법적으로 확보할 수 있는 권리”도 포함된다고 보았다.(para. 56-57)

그럼에도 독일의 법제는 이성 커플에게는 혼인만, 그리고 동성커플에는 동반자관계만 허용하는 바람에 청구인은 어쩔 수 없이 이러한 권리를 포기하지 않을 수 없게 하였다고 판단하였다. 또는 청구인으로서의 위험한 성전환수술을 받아야 하게 만드는데, 이 또한 “기본법 제2조 제2항에 의하여 보호되는 신체의 온전성에 대한 막대한 침해”를 구성하며⁷⁵⁾ “트랜스섹슈얼의 진지성과 지속성을 입증하기 위한 수단”으로 이렇게 의학적으로 처방되지도 않는, 영구적인 건강 손상을 초래할 “고위험의 수술”을 강제하는 것은 비합리적이라고 하였다.(para. 69-70)

성전환자가 인식한 성별의 지속성과 불가역성은 외과적인 개입이라는 수단에 의하여 그 성별로 채택된 외부적인 성적 특징들의 정도에 의하여 측정될 수는 없다. 그것은 성전환자가 자신이 원하는 성별로 얼마나 지속적으로 살아가며 그에서 얼마나 편안함을 느끼는가에 의하여 결정될 수 있을 뿐이다.(para. 71)

아울러 생식능력의 문제 또한 FtM의 경우 대체로 이성애지향적이며, 반대로 MtF의 경우에는 동성애 지향적이기 때문에 자녀를 낳을 가능성은 매우 적으며, 성전환자가 성전환 이전에 냉동해둔 정자나 난자로 인공수정의 방법에 의하여 출산을 할 수도 있음을 감안할 필요가 있다고 하였다.(para.76. 그 이후의 판시내용은 자녀에 대한 부와 모의 지정에 관한 판단이나 이는 우리와 다른 법제에 기반하는 것이기에 생략함)

결국 독일에서의 성전환수술요건은 위헌으로 판정되고 입법자에게는 그에 상응하는 입법개선의무가 부과되었다.

3) 지침상 수술요건의 경우

이상의 논의는 대법원의 위 지침에서 규정하고 있는 수술요건에도 그대로 적용될 수 있다. 즉, 성전환수술 및 반대성기구비요건과 영구적인 생식기능 상실요건은 지나치게 과도한 부담을 부과하는 것으로 헌법상의 과잉금지의 원칙 내지는 필요성(최소침해성)과 비례성의 원칙에 위반되는 것이라 할 것이다.⁷⁶⁾ 이를 항을 나누어가며 살펴보자.

75) 이 신체의 온전성에 대한 권리에는 인간의 생식능력에 대한 권리도 포함된다. para. 74

76) 김명인(가명), “성기성형 수술 관련 FtM 성전환자의 이야기,” 국가인권위원회, 성전환자 성별 변경에 관한 성전환자 증언 및 전문가 토론회, 2007.2.21, 3-7면의 증언을 감안한다면 이러한 과잉성은 단지 헌법 제37조 제2항상의 과잉금지의 원칙의 위반이라는 의미를 넘어 성전환자에게 과중한 고통과 비용을 요구한다는 점에서 오히려 인간의 존엄과 가치에 대한 침해에까지 이르는, 일종의 가혹행위로서의 성격도 가지게 된다. 실제 유럽인권재판소에서는 성전환의 문제가 고문금지 내지는 가혹행위(비인도적인 또는 굴욕적인 취급)금지를 정한 유럽인권협약 제3조의 위반이라는 주장도 제기되었음은 바로 이 때문이기도 하다. 윤현식, “성전환자 성별 변경 관련 입법화의 현단계 및 문제점,” 전계 토론회 자료집, 64면 각주 3 참조.

(1) 목적 및 수단의 부적합성

지침상의 수술요건의 경우 그 입법목적이 무엇인지 전혀 알려져 있지 않다. 오로지 “어떠한 신분관계가 호적에 기재되어 있다고 하더라도, 그 기재 사항이 진실에 부합하지 않는다고 인정할 만한 명백한 증거가 있는 경우에는, 그 기재 사항을 진정한 신분관계에 맞추어 수정함으로써, 호적이 진정한 신분관계를 공시하도록 하여야 한다.”라는 대법원의 판단⁷⁷⁾만이 그 목적을 추정하게 한다. 즉, 호적 혹은 가족관계등록부를 통해 공시되는 신분관계의 진정성 및 이에 대한 사회의 법적 안정성을 도모하고자 하는 것이 주된 목적일 것이다. 이런 목적은 근대국가의 법체제에서 거의 상소(常素)에 가까운 만큼 굳이 검토할 필요는 없다. 다만 여기서 말하는 “진정한” 신분관계란 과연 무엇을 말하는지는 면밀히 검토할 필요가 있다.

성전환자에 대하여 법률적 성의 정정을 허용하는 것은 주지하듯 법적 안정성의 요청에 나름의 균열을 야기한다. 한 사람의 신분관계는 성명이나 연령 또는 주소 등과 함께 그 사람의 성별에 의하여 특정되는 것이 일반적이라면(더구나 우리 법제는 주민등록번호라는 영구적 불변 신원코드에 성별코드를 삽입한다), 그 법률적 성이 생애의 중간에 바뀌게 되는 것은 그 사람을 중심으로 형성되었던 사회적 관계의 상당부분에서 혼란이 야기될 수도 있다. 따라서 성별정정은 나름의 신중을 기할 필요가 있다.

하지만 이런 법적 안정성-법률적 성에 대한 다른 사람의 신뢰-의 요청이 수술요건의 정당성을 의미하지 않는다. 우선 수술요건 혹은 생식능력제거 요건과 신분관계의 진정성이 어떤 관계에 있는지도 분명하지 않다. 신분관계-여기서는 성별-의 진정성이 입법목적이라 할 때 그 “진정성”이라는 것은 객관적 사실의 인식여하에 관한 문제가 아니라, 성별을 어떤 기준으로 판단할 것인가에 대한 입법자의 결단에 의하여 규정되는 것이다. 생물학적 기준 또는 외성기를 중심으로 하는 신체적 외관, 혹은 생식능력의 여하, 나아가 대법원의 판단처럼 사회적 인식의 여하 등이 바로 이 기준에 해당한다. 그리고 그 기준 중의 하나가 수술요건 혹은 생식능력 제거라는 요건이다. 이렇게 본다면 지침이라는 법규범을 입법하게 된 입법목적이 그것을 달성하기 위한 수단과 혼재되어 있는 셈이다.

그래서 신분관계의 “진정성”은 입법목적의 차원이 아니라 그 목적 달성을 위한 수단의 수준에서 바라보아야 한다. 어떠한 기준에 의하여 “결정”되는 성별을 제대로 공시하는 것이 입법목적이며, 그 기준은 신분관계의 하나인 성별을 판정하고 결정하는 수단일 따름인 것이다. 하지만, 그 기준 중의 하나로 규정된 수술요건 혹은 생식능력제거 요건은 바로 이 성별이라는 신분관계를 특정함에 아무런 합리적 인과가 구성되지 않는다.

실제 신분제도는 지금 목전에 있는 사람이 신분증이라는 공적 문서상의 그 사람과 일치하는지의

77) 대법원 2006. 6. 22. 선고 2004스42 전원합의체 결정

여부를 판단함에 있어 일종의 거래비용(transaction cost)을 덜기 위하여 마련된 제도다.⁷⁸⁾ 그렇다면 신분제도에서 무엇보다 중요한 것은 어떠한 사람이 현출하는 사회적 외관-그의 외형적 모습이나 생활방식, 행태적 특성 등-에 대한 다른 사람들-이들이 거래주체이다-의 인식이다. 독일헌법재판소나 호주의 최고법원이 성별정정요건 중의 하나인 “신체적 특성”을 해석하면서 신체상의 물리적 특성이 아니라 외관을 중심으로 포섭하고 있음은 바로 이 때문이다. 환언하자면 외성기의 변경이나 생식기능의 제거 등의 신체물리적인 요건은 신분제도의 기능성에 별다른 영향을 미치지 아니한다.

혹은, 수술을 통하여 성별정정이 더 이상 불가역적인 것으로 하게 만들고자 하는 목적도 읽을 수 있다. 하지만, 성전환과정에서 육체적 변화-외형적 변화-와 생활방식의 변화는 하루아침에 이루어지는 것이 아님을 기억할 필요가 있다. 오랜 노력과 처치, 그에 상응하는 적응의 훈련등을 거쳐서야 비로소 다른 성의 사람으로서의 사회적 외관과 신뢰를 구축할 수 있게 된다. 그리고 그러한 과정이 있어야 주위의 사람들도 그 성전환자의 어떠한 성에 대한 안정적인 인식을 하게 된다. 환언하자면 굳이 외과적 처치를 통하여 외성기를 달리 하지 않더라도 성전환자가 다시 원래의 성으로 되돌아가거나 하는 일은 거의 일어나기 어렵다. 아울러 그러한 일이 있다 하더라도 지금과 같이 성별정정의 과정 자체가 법원의 심판절차에 매달리게 되어 있는 만큼 그 과정에서 사회적 혼란을 최소화할 수 있는 방안을 찾아낼 수 있다.

아울러 아래에서 보듯 수술요건이나 생식능력제거요건 자체가 위헌적 수단이다. 즉 수단으로서의 적격성이 없다.⁷⁹⁾

78) 물론 여기에 법제에 따라서는 부와 모를 엄격히 구분하면서 그 혈연적 신분관계를 특정하기 위한 수단으로 운용되기도 한다. 하지만 우리의 경우에는 이런 기능은 크게 작용하지 않는다.

79) 헌법재판소는 “어떤 입법목적을 달성하기 위한 수단이 헌법이념과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계와 저촉된다면 적정한 정책수단이라 평가하기 어려울 것이다”라고 하면서 수단의 합헌성 여부를 수단 적합성의 원칙에 포함시킨다. 제대군인에게 공무원시험에 가산점을 부여하는 제도는 “여성과 장애인 등의 사회진출 기회를 박탈하는 것이므로 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실한 것”이라고 보았다. 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 결정.

(2) 과도한 부담⁸⁰⁾

수술요건은 그 자체 성전환자의 신체에 과도한 손상을 야기하게끔 한다. 성전환수술은 생식기관 및 생식전의 제거에서부터 외성기(경우에 따라서는 유방이나 목젓도 포함)의 제거, 그리고 전환되는 성에 해당하는 외성기(경우에 따라서는 유방이나 목젓도 포함)의 구성, 그리고 그 수술의 결과를 고정시키기 위한 사후적인 처치 등 신체 전반에 걸쳐 위험한 시술이 이루어져야 한다. 아울러 때로 2차 수술도 필요한 경우도 있다고 한다. 뿐만 아니라 상당수는 수술후 평생에 걸쳐 호르몬 요법을 실시하게 된다. 요컨대 수술의 전과정이 생명이나 건강에 매우 위험할한 것일 뿐 아니라 신체의 온전성에 대한 본질적인 침해를 야기하게 된다.⁸¹⁾ 온전성의 대상으로서의 신체는 생식능력을 포함하며 유방이나 목젓, 외성기같은 것은 그 신체의 존재양태를 결정하는 중요한 요소이기도 하다. 바로 이렇게 심각한 수술과정으로 인하여 성전환자가 정체성을 부여하는 성별을 법률상의 성으로 인정하는 공법상의 처분을 위하여 이렇게 과도한 침해가 필요한 이유가 어디에 있는지 알 수 없는 상태가 되어 버린다.⁸²⁾

아울러 그것은 경제적으로도 과도한 침해를 야기한다. 이러한 외과적 의료처치를 위해서는 적지 않은 경비가 소요되며 그 입원에서부터 퇴원 및 완전회복에 이르기까지 상당한 시일동안 요양을 하여야 함으로써 그로 인한 소득상실의 비용까지 지출하여야 한다.⁸³⁾ 유럽의 국가들에서 성전환수술을 의료보험의 형태로 사회화하고 있는 점은 이 점에서 우리 법제의 흠결사항으로 지적되어야 할

80) 유럽인권재판소도 성전환자의 성별정정에 관하여 “민감한 도덕문제나 윤리문제와 관련된 사안의 경우 그 권리의 보호정도에 대해서는 국가의 폭넓은 입법재량(margin of appreciation)이 인정”되며, “서로 충돌하는 사적인 이익들, 혹은 공적 이익과 유럽인권규약상의 권리 사이의 균형을 확보하는 경우에는 그 재량은 더욱 더 넓어진다”고 하면서도, 성별정정과 같이 한 개인의 존재 또는 그 정체성과 같은 중대한 영역에 대해서는 국가에 허여된 입법재량은 제한될 수밖에 없다”고 하는 종래의 선례를 그대로 유지하였다. *EuHRC, A.P., Garçon and Nicot v. France, op. cit., para. 121.*

81) 생식능력의 영구적 상실이라는 요건은 앞서의 2004년 대법원 결정에서는 나타나지 않았던 요건으로 새로 추가된 것이다. 외성기수술이라는 요건에 같음하여 성전환의 판단시점을 생식능력의 상실에 두고자 한 것이다. 이렇게 성의 문제를 외성기의 문제로 치환하는 것도 문제적이지는 않지만, 동시에 그것을 생식의 문제로 환원하는 것도 적지 않은 문제를 야기하는 것으로 보인다.

82) 이 점과 관련하여 위 유럽인권재판소의 지적처럼 우리나라의 법체계에서 인위적인 신체적 변화-제거수술 및 형성수술-를 어떠한 법률적 조치의 요건으로 “강제”하는 경우는 이 경우를 제외하고는 달리 존재하지 않는다. 성전환수술요건은 유일하고도 가장 예외적인 조치에 해당한다는 것이다.

83) 더구나 지침은 이렇게 본래의 성의 성징을 제거하는 수준에서 더 나아가 반대되는 성의 외성기를 확보할 것을 요구함으로써 더욱 심각한 결과를 야기한다. 외성기를 확보하는 수술은 신체에 적지 않은 건강상의 부담을 발생시키거나 혹은 엄청난 고비용의 것이라는 인식을 고려한다면 그 요건은 성별정정에 대하여 아주 강력한 장벽을 쌓아두는 셈이 되어 버린다.

것이다.⁸⁴⁾

(3) 최소침해 원칙의 위반

이 수술요건은 달리 우회적인 방법을 허용하지 아니한다. 오로지 수술이 완료되어야만 성별정정의 가능성이 열리게 된다.⁸⁵⁾ 이 제도의 목적으로 거론될 수 있는 법률적 성별 및 이에 기반하여 특정되는 신분에 대한 사회적 신뢰의 확보라든가, 불가역성의 확보를 통한 신분체계의 안정적 관리 등의 목적을 달성하기 위한 수단은 수술이라는 방법 외에도 혹은 수술보다 덜 침해적인 방법은 적지 않다. 이 과정에서 중요한 것은 그 신체가 가지는 외관이며 그 외관에 대한 사회적 인식이다. 즉, 신체 그 자체의 변화를 중심으로 법적 안정성을 확보하는 것보다는 신체의 외관 또는 그에 대한 사회적 인식으로부터 법적 안정성을 확보하도록 노력하는 것이 더욱 확신하며 또 보다 덜 침해적인 방식이 된다. 실제 다른 법제에서 실생활 검증의 절차를 거치는 것은 이런 연유에서이기도 하다. 성전환자가 현재 가지고 있는 외견상의 성적 특징과 생활양식, 행태유형, 생활상의 인간관계들 등을 더불어 고려하여 그가 스스로 원하는 성별에 부과된 사회적 인식을 감당할 수 있는 상태인지를 판단하는 방법도 고려할 수 있다는 것이다. 그리고 이렇게 하는 것이 그를 생명과 건강상의 위험에 빠뜨리는 수술의 방식이 아니라 그의 일상생활을 가로막고 있는 커다란 장애를 제거하는 인권친화적 조치가 될 것이다.

84) 이 부분의 서술은 미국 연방대법원이 채택하고 있는 과도한 부담의 법리(doctrine of undue burden)에 해당 하기도 한다. Morgan v. Virginia, 328 U.S. 373 (1946)에서 최초로 제기되었던 이 법리는 City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 US 416 (1983)에서의 Sandra Day O'Connor 대법관의 반대의견 이후 미국연방대법원의 선례를 구성하게 되었다. 엄격심사(strict scrutiny)와 합리성심사(rationality test)의 중간 지점에 자리하는 이 원칙은 어떤 입법목적 달성을 위하여 선택된 수단이 너무 가혹하거나(severe) 그 근거의 정당성과 합리성(legitimate, rational justification)이 결여되어 있다면 과도한 부담으로 위헌이라고 본다. 수술 요건이나 생식능력 제거 요건은 전형적인 과도한 부담에 해당할 것이다.

85) 현행 지침은 성전환수술이나 생식능력제거를 참조사항으로 하여 법관의 재량적 판단의 대상으로 하고 있다.(지침 제6조) 하지만, 그럼에도 불구하고 이 조항의 강제성은 불식되지 않는다. 우선 지침 제2조는 “성전환증에 의하여 성전환수술을 받았음을 이유로 성별정정허가신청을 하는 경우에 적용한다”고 하여 성전환수술을 받지 않은 사람에 대한 판단지침은 아예 마련하지도 않고 있다. 환언하자면 성전환수술을 받지 않은 사람은 자신이 성별 정정 신청을 할 수 있는지, 한다면 어떤 기준에 의하여 심판되는지, 그리고 그 결과는 어떻게 예측되는지를 전혀 알 수 없다. 문제는 여기에 그치지 않는다. 법관의 재량에 맡긴다고 하지만, 이 지침의 존재로 인하여 법관은 성별 정정신청자에게 수술여부 혹은 생식능력제거 여부에 대하여 질문하지 않을 수 없고, 신청인은 그에 대하여 답변 하고 경우에 따라 자신이 왜 수술을 하지 않았거나 하지 않을 것인지를 설명하여야 할 절차상의 부담을 지게 된다. 현행 지침을 아무리 느슨하게 적용한다 하더라도 이런 부담을 지우는 것 자체가 헌법 내지는 인권법적 해명이 필요한 부분이다.

아울러 성전환자에 따라서는 체질이나 기저질환, 혹은 그 외의 이유로 수술 자체가 불가능한 경우도 적지 않다고 한다. 이 경우에 수술요건을 강화하게 되면 이 성전환자는 도저히 자신이 원하는 법률적 성을 인정받지 못하게 될 가능성도 있다. 이런 경우에 대한 보완적 조치 역시 긴급히 마련될 필요가 있다.

(4) 비례성의 원칙

실제 성전환의 경우 성정체성에 대한 자각과 그 동일성확보를 위한 의지의 발현 → 정신·심리적, 사회적 상담, 지원요청(소위 정신적 서포트의 단계) → 실생활검사(적응)의 단계(여기서는 의복, 미시적 신체변화, 호르몬요법 등이 이루어진다) → 외성기등 수술단계 등 여러 과정을 통해 이루어진다. 그리고 이 과정에서 외성기의 수술은 성전환의 시작이 아니라 오히려 성전환의 완성단계 내지는 종결단계에서 이루어지게 된다. 환언하자면 외성기의 수술이 이루어지는 순간은 거의 대부분의 경우 이미 그 당사자가 자신의 생활관계를 생물학적 성과는 다른 형태로 구성해 둔 상태가 되어 있다. 그리고 이러한 생활관계를 최종적으로 완성하는 것이 바로 외성기의 수술단계일 것이다.

사정이 그렇다면 외성기의 수술 자체를 성별정정의 결정적인 요건으로 규정하는 것 자체가 그동안 당사자들이 구축해 온 생활관계(즉, 생물학적 성과는 반대되는 성으로서의 생활관계)의 의미를 인정하지 않거나 혹은 지나치게 과소평가함을 결과하게 된다. 즉, 외성기 수술이라는 일정한 행위 내지는 사건만으로 그동안 누적되어 온 생활관계에 대한 평가를 대신하고자 하는 왜곡이 발생하게 되는 것이다.⁸⁶⁾

이에 반하여 외성기의 수술을 통해 얻을 수 있는 사회적 편익은 거의 없거나 미미한 것이 된다. 거듭 말하거니와 신분의 확인은 외성기의 여하가 아니라 그의 신체적 외관과 생활방식에 의하여 인식된다. 대부분의 경우 신분확인을 위하여 공신력있는 신분증을 요구하지 신체 그 자체를 확인하려 들지는 않는다. 특히 그가 “여성”인지 “남성”인지의 확인은 더욱 그러하다. 즉, 수술을 통해 신분확인 가능성 높이거나 신분확인 오류를 축소할 가능성은 거의 없거나 매우 적게 된다. 신분의 불가역성 요청 역시 마찬가지다. 신분이 가역적으로 되는 것을 막기 위한 장치-즉 신분이 공신력을 확보하는 장치-가 곧 현재 시행되고 있는 성별정정허가제도이다. 수술요건이 없어진다고 해서 이 제도가 급격히 수정되거나 그 제도의 운영비용이 급격히 증가하지는 않는다. 혹은 그러한 제도의 장벽을 뚫고 신분변동이 잦아진다 하더라도 주민등록제도나 지문날인제도 등과 같이 다른 나라에서는 유례를

86) 실제 이 부분과 관련하여서는 외성기수술은 그 불가역성 등의 요인을 고려할 때 성별정정의 요건이 되기보다는 오히려 성별정정의 효과로서 수술비용의 공적 부담 체계로 나아가는 경로에 자리하도록 하는 것이 어떨까 한다. 현재 건강보험상 성형수술의 하나로 간주되어 의료보험금의 지급대상이 되지 못하고 있는 상황을 감안할 때, 성전환자는 신청으로 법적 성별의 정정이 이루어지게 하고 이렇게 법적 성별정정된 것을 이유로 성전환수술을 건강보험의 급여대상으로 하는 것을 경과조치로 강구할 수 있을 것이다. 물론 장기적으로는 성별정정과 무관하게 성전환수술 또한 급여대상으로 하여야 한다.

찾아볼 수 없는 보조적 신분확인체제가 완비되어 있는 우리의 상황에서는 그로 인한 사회적 비용이 그리 커질 수는 없게 된다. 요컨대, 수술요건은 그것이 성전환자의 권리와 신체에 부과하는 위험, 성전환을 위한 일련의 노력 등에 비하여 그로부터 획득하게 되는 사회적 이익이나 공익의 실현은 너무도 적기 때문에 비례성 자체를 상실하고 있다.

(5) 정리

수술을 하지 않은 성전환자에게 성별정정을 허가한 서울서부지방법원의 결정⁸⁷⁾은 수술요건의 인권침해적 성격을 한마디로 정리한다.

성별 정정의 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 않은 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(헌법제10조 제1항, 제34조 제1항)을 침해하는 것이고, 그 달성하고자 하는 목적보다 과도하게 에프티엠(FTM)에게 정신적 신체적 침해를 가하는 것으로서 헌법상의 목적 달성을 위한 수단의 적합성이나 침해의 최소성의 원칙에도 위반된다.

물론 이 결정에는 비례성 원칙의 위반부분에 대한 판단은 들어가 있지 않지만, 그 또한 저 결정이유에서 얼마든지 읽어낼 수 있다. 사실 “성별 정정의 무분별한 허가로 야기될 수 있는 사회적 혼란”은 여전히 검증되지 아니한 명제이다. 성별 정정 제도 자체가 법원의 허가결정을 중심으로 구성되어 신분공시의 안정성, 신뢰성은 상당한 수준에서 정착되어 있고, 외성기는 성별 확인이나 성별 인식에 있어 아주 미미한 부분에 불과하다는 점을 감안한다면 그 목적 자체도 제대로 구성되지

87) 서울서부지방법원, 2013. 11. 19 선고 2013호파1406 결정

못하였다고 하지 않을 수 없다.⁸⁸⁾ 하지만 그 무엇보다 중요한 점은 앞서 언급한 대법원이 두 결정에 비해 이 서울서부지방법원의 결정에는 성전환자 자신이 주어로 삽입되어 있다는 점이다. 그의 삶, 그의 희망, 그의 의지가 법문의 형식으로 주체화되어 있다. 성전환자를 비롯한 모든 사회적 소수자들에게 이 사회와 법이 해야 할 최소한의 당위를 담고 있는 것이다.

4. 결론

이 지점에서 80년전 미국연방대법원의 판결 하나를 되살려볼 필요가 있다.

거세할 수 있는 권력이 일단 행사된다면 그것은 미세한 수준에서까지 광범위하며 파괴적인 영향을 미칠 수 있게 된다. 사악하거나 무모한 자의 손아귀에 그것이 장악된다면 지배 집단에 적대적인 인종이나 집단유형들이 쇠퇴하거나 사라지게끔 할 수 있게 된다. 법의 적용대상이 되는 개인에 대한 자비는 없을 것이다. 국가가 수행하는 모든 실험은 회복할 수 없는 피해를 야기하게 됩니다. [거세되는 자]는 기본적인 자유를 영원히 박탈당한다. (...) 우리는 공정하고 평등한 헌법적 보장을 위반하여 개인의 집단이나 유형에 대하여 무의식적으로 또는 다른 방식으로 노골적인 차별이 이루어지지 않도록, 국가가 불임법에서 정한 분류에 대한 엄격한 심사(strict scrutiny)가 필수적이라는 우리의 견해를 강조하고자 한다.⁸⁹⁾

위의 인용은 상습사기꾼에게 불임시술을 강제하는 오클라호마 주의 법률을 위헌이라 판단하면서 Douglas 대법관이 서술한 법정외견 부분이다. 실제 성전환의 문제는 근대법체계의 기본틀을 이루고 있는 공/사의 구획이 얼마나 자의적이고 편의적으로 이루어지고 있는지를 잘 보여준다. 성정체성이라는 가장 개인적인(personal) 영역에 대하여 국가가 신분등록제도의 명분으로 개입하면서 그의 신체를 국가적

88) 이 점을 개명(改名)에 대한 대법원 결정과 비교해 보면 이 수술요건의 반인권성이 너무도 분명하게 드러난다.

개명으로 인하여 사회적 폐단이나 부작용이 발생할 수 있다는 점을 지나치게 강조하여 개명을 엄격하게 제한할 경우 헌법상의 개인의 인격권과 행복추구권을 침해하는 결과를 초래할 우려가 있는 점 등을 종합하여 보면, 개명을 허가할 만한 상당한 이유가 있다고 인정되고, 범죄를 기도 또는 은폐하거나 법령에 따른 각종 제한을 회피하려는 불순한 의도나 목적이 개입되어 있는 등 개명신청권의 남용으로 볼 수 있는 경우가 아니라면, 원칙적으로 개명을 허가함이 상당하다고 할 것이다.(대법원 2005. 11. 16. 선고 2005스26 결정)

신분확인고 관련된 우리 사회의 관행에 미루어볼 때 이름의 변경은 성별정정만큼이나 사회적 신뢰에 혼란을 야기하는 것이라 할 수 있다. 그럼에도 대법원은 이름의 변경을 당사자의 인격권과 행복추구권으로 규정하면서 특별히 범죄의 의사가 없는 한 원칙적으로 개명을 허가하는 것이 타당하다고 선언한다. 하지만 성별정정의 경우에는 여전히 원칙적으로 허용되지 아니하는 것, 혹은 수술과 같이 불가역적인 조치가 있을 때에만 인정되는 것으로 협소한 해석으로 일관한다.

89) Skinner v. State of Oklahoma, ex rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942)

수준에서 관리하고 통제하게 되고 이 과정에서 사적 영역은 공적 권력에 의하여 식민화되어 버리고 마는 것이다.

실제 성전환자의 법률적 성별 정정과정에서 수술요건을 삽입하는 것은 단지 성전환자만의 인권문제에 한정되지 않는다. 그것은 인간의 신체에 대한 국가권력의 우위를 선언하는 것이며, 국민의 자유와 권리를 국가목적 속에서 언제든지 관리 가능한 것으로 설정해 두겠다는 권력의지를 드러낸 것이다.

여기서 C. Gilligan이 “도덕의 문제는 권리다툼에서 나오는 것이 아니라 고뇌하는 책임감으로부터 발생한다”고 단언하는 것은 의미를 가진다. 성전환의 문제를 단순히 개인의 신체에 대한 국가권력의 작동방식이라는 관점에서 바라보고 그에 따라 국가신분등록제도-법적 안정성의 확보라는 틀을 구축하는 수준을 넘어서서, 성적 자기결정권이라는 기본권 내지는 인권이라는 관점에서 재구성하면서 그에 상응하는 신체와 생활관계를 구현할 수 있도록 국가 혹은 사회가 어떻게 배려할 수 있는가라는 문제의식을 중심으로 접근할 필요가 있다는 것이다.

그리고 이러한 몸의 정치라는 관점에 입각한다면, 우리는 존엄과 가치의 주체로서의 인간(헌법 제10조)의 의미를 새로이 구성할 수 있게 된다. 그것은 다른 모든 사람들이나 상황과의 유기적이고 연속적인 관계 속에서 자신의 동일성을 추구하는 인간으로서의 의미로 나타난다. 인간을 표준화되고 정형화된 기준-이성, 자유의지, 기성(既成)의 존재 혹은 권리-에 따라 객관적이고 중립적인 나아가 구체적인 생활환경과의 유기적인 관계망으로부터 독립된 그 어떤 존재가 아니라, 바로 그 개개인의 생활관계가 형성해 나가는 제반의 물질적 조건들과 이에 대한 몸의 욕구를 중심으로 파악하여야 한다는 것이다. 이렇게 파악할 때, 우리 헌법에서의 인간은, 그 생활공간을 중심으로 하나의 의미있는 체계, 즉 문화를 구성하고 그에 따라 자신의 생활을 영위하는 존재로서의 의미를 확보할 수 있게 된다. 나아가 이러한 의미망 속에서 인간이 타자들과 형성하는 그때 그때의 관계들에 부합하는 법과 정치, 혹은 여타의 물질적 조건들이 평가되고 또 규정되어야 하는 것이다.

그리고 이 점과 관련하여 다시금 강조할 것은 정치의 복원이다. 실제 정치의 사법화라는 담론이 상식처럼 되어 버린 작금의 현실에서 다양한 사회부분들의 이해와 의견과 주장들을 경합적으로 국가의사로 통합시키는 정치의 기능을 되살리는 것은 무엇보다 중요한 시대과제일 것이다. 성별정정의 기준 역시 마찬가지다. 그것을 극소수의 사법관료들의 손에 맡겨 너무도 다양한 삶의 모습들을 하나의 규정으로 차폐해 버리는 현실을 깨뜨려 버려야 한다. 성전환자들이 이 지침 앞에서 어떠한 실망과 좌절을 느끼게 되는지 그들의 인권과 삶의 문제는 우리 법제에서 어떠한 의미로 수용되어야 하는지, 그리고 이들의 문제와 사회 일반의 통념은 또 어떻게 조정되어야 하는지가 제대로 논의될 수 있는 공간은 법정이나 법원행정처의 좁은 사무실이 아니라 정치의 장이어야 하는 것이다. 심지어 이 부분은 성별정제성을 기반으로 하는 인격권, 자기운명결정권, 성적 자기결정권, 가족과 혼인의 권리, 건강권 등 매우 중차대한 기본권이 관련되어 있는 제도의 문제이며

따라서 명실상부하게 그것은 의회유보의 대상이 되어야 한다. 대법원의 규칙이라는 법규명령도 아닌, 단순한 행정규칙에 불과한 지침-예규-만으로 성별정정의 문제를 처리하기에는 성전환자들의 삶의 무게가 너무도 무겁다는 말이다. 그리고 이러한 때에 비로소 성전환자뿐 아니라 그와 더불어 살아가는 우리 모두가 대한민국이라는 국가공동체 내지는 그 생활공동체에서 유의미한 구성원으로서의 지위(standing in the community)⁹⁰⁾를 제대로 확보할 수 있게 될 것이다.

90) 이는 학교에서 기도시간을 설치한 것은 위헌이라고 판단한 *Wallace v. Jaffree*, 105 U.S. 2479(1985)에서 O'Connor대법관의 다수의견으로 제시되었다.

트랜스젠더의 외과 수술에 대한 의학적 관점

이은실 (순천향대학교 서울병원 산부인과교수)



트랜스젠더의 외과 수술에 대한 의학적 관점

이은실(순천향대학교 서울병원 산부인과교수)

I. 전환치료의 역사와 인식

진료실에서 성별불쾌감을 호소하는 자녀를 데리고 온 부모로부터 가장 많이 듣는 질문 중 하나가 신체가 아닌 정신을 바꿔야 하지 않느냐는 질문이다. 이러한 질문은 얼마전에 성소수자에 관심이 많은 법조인으로부터도 동일하게 받은 바 있다. 과거로부터 동성애 및 트랜스젠더의 성적지향, 성별정체성을 정신질환으로 인식하고 이를 치료하고자 하는 시도들, 즉 우리가 정상이라고 간주하는 이성애자 혹은 시스젠더로 바꾸고자 하는 여러가지 시도들이 있어왔고, 지금도 시행되고 있다. 이러한 다양한 시도들을 전환치료라고 하며, 전 세계적으로 아직 전환치료가 여러가지 방식으로 시도되고 있다. 필자가 진료실에 호르몬치료를 위해 방문한 당사자로부터 들었던 전환치료경험은 ‘무당굿’이 가장 처음이었고, 이후 언론에서 종교시설에서 이루어진 전환치료에 관한 소식을 접한 바 있다. 이에 아직도 많은 사람들이 트랜스젠더의 성별정체성이 치료받고 바뀌어야 하는 정신질환이라는 인식이 어떻게 의학적으로 바뀌어 왔는지 먼저 살펴보고자 한다.

트랜스젠더 및 동성애자를 대상으로 이들의 동성애적 감정 혹은 자신의 생물학적인 성과 일치하지 않는 성별정체성을 감소시키거나 멈추게 하고자 하는 전환치료 (Conversion therapy or SOGEICE : Sexual Orientation and Gender Identity and Expression Change Effort)가 시행되어 왔었다. 1973년에 미국정신의학회에서 동성애(homosexuality)가 정신과적 질환이 아니라고 선언하기 전까지 많은 의학회와 정신과학회에서 동성애를 치료해야 할 질환으로 인식해왔다. 동성애는 역사적으로 인정되어지기도, 무시당하기도, 범죄화되기도 했으며, 의학적으로는 1880년대 후반부터 이를 치료하기 위한 의학적 개입이 조명되었다. 독일의 의사인 Baron Albert von Schrenck-Notzing가 최면술을 통해서 동성애자를 이성애자로 전환시켰다고 선언한 이후 많은 의학 전문가들이 그의 방식을 따라 뇌절제술, 거세, 호르몬치료 등을 이용하여 동성애자들을 치료하고자 시도하였으나 성공을 거두지 못했다. 이후 정신분석을 포함한 정신과적 치료의 증가와 동성애에 관한 이해가 증가됨에 따라 행동치료 및 인지치료 등이 등장하였고, 이러한 방법은 최근에도 이용되고 있다. 정신과학의 아버지라 불리는 프로이드는 동성애를 성적인 미성숙으로 간주하고 이들의 교정치료가 필요하다고 주장한 바 있다. 이러한 개입들은 성공적이지 못했으며, 여러가지 객관적인

자료분석을 통해 1980년 미국정신의학회에서 DSM(미국정신의학회에서 정신질환의 기준으로 사용하는 서적) Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder) 3 개정판에서 동성애를 질환분류에서 삭제하기로 하였다. 이후 의학적으로는 동성애를 치료(cure)해야 한다는 개념이 점차 사라지고 있었지만 종교집단에서는 동성애가 죄라는 인식하에, 기도(prayer), 퇴마(exorcism), 집단치료(group therapy) 등과 같은 영혼의 개입이 더 활성화되기도 하였다.

개인의 성적지향 및 성별정체성, 성별표현을 바꾸고자 이루어졌던 전환치료법들은 많은 보고에서 효과가 없었던 해로운 결과를 초래한다고 밝혀졌다. 1994년 Haldeman, 2012년 Hancock, 2002년 Shidlo, 2014년 Flentje 등은 전환치료의 이득과 실에 관해 관찰한 결과 교정을 위한 치료법들은 효과가 없으며 오히려 게이정체성을 더 굳건히 하기도 한다고 하였다. 전환치료는 여러가지 방식으로 다양하게 이루어졌지만 공통적인 결과는 성적 지향 자체는 변하지 않는다는 것이 입증되었다. 효과가 없을 뿐 아니라 여러가지 전환치료들은 전환치료를 받은 당사자들로 하여금 부끄러움, 죄의식, 스스로에 대한 증오 및 자살시도를 유발하기도 하였다 (Flentje 등 2014). 뿐만 아니라 대상자들로 하여금 외로움, 마약 사용 증가, 자살 충동, 자살 기도를 증가시켰으며, 2020년 salway 등의 보고에 따르면 전환치료를 받았던 사람들의 약 1/3이 자살을 시도하였다고 하였다. 오랜 기간동안 시행되어 온 전환치료는 결론적으로 불안, 우울, 낮은 자존감, 자신의 성별정체성 혹은 성적지향을 받아들이는 것을 지연시키고, 약물남용 증가, 자살 충동 및 자살시도 등의 부정적인 결과를 초래하는 것으로 밝혀졌다.

오랜 기간동안 정신과 및 심리학 분야에서 성별정체성에 대한 의문은 병적인 현상으로 인식되어져 왔다. 정신과의사 및 심리학자들 사이에서 동성애를 질환으로 인식하는 분류는 사라졌지만 성별불쾌감은 트랜스젠더인들의 아픔(illness)라고 인식됨에 따라 여전히 의학 및 정신과적 분야에서 트랜스젠더를 대상으로 한 전환치료가 시행되기도 한다. 트랜스젠더를 대상으로 한 트랜스교정치료로 과거에는 행동치료가 이용되었으나, 최근에는 성별정체성에 관한 원인을 찾고, 트랜지션을 미루거나 방해하는 정신치료와 더불어 자연적인 개입(예> 부모가 자녀의 젠더불일치 행동(의복 착용 등)을 제한하는 방식) 등이 이용되고 있다. 전환치료는 다양한 요건속에서 이루어져왔으며 종교지도자 및 종교인, 전문 상담사 및 심리학자 등에 의해서도 이루어져왔다. 2020년 Salway 등의 보고에 의하면 다양한 방식의 전환치료가 주로 종교시설(67%)에서 이루어졌고, 약 20%는 보건전문가에 의해서도 이루어졌다고 하였다.

성별정체성 전환치료가 이루어진 근간은 1) 성별은 남성 여성 두개로 구분되며 신체특징과 일치한다. 2) 남성성은 역사적으로 남성, 소년을 의미하고 여성성(역사적으로 여성, 소녀)보다 우월하다. 3) 시스젠더가 우월하고 시스젠더가 정상적인 표현이라는 시스템을 구축한다. 4) 트랜스젠더 및 논바이너리 개개인을 차별한다는 미국을 비롯한 서양사회의 의학적 모델로부터 기원하였다. 성별정체성 전환치료는 정신보건전문가 및 비전문가들에 의해 다양한 범주로 시도되었고, 성별정체성, 성별표현 등을 바꾸고자 하였다. 더불어 성별정체성 전환치료는 성적지향도 바꾸고자 하는 시도들도 같이 겸해지기도 하였다.

성별정체성 전환치료는 당사자들로 하여금 안티 트랜스젠더 및 안티 논바이너리 낙인과 차별을 강요하고, 당사자들에게 자신의 성별정체성과 일치하지 않는 정체성 및 표현을 따르도록 압박하였다. 그러나 이러한 방법들 역시 경험적으로 효과가 입증되지 못했고, 오히려 정신과적, 사회적으로 해로운 효과를 유발하였다.

2020년 한국에서 이루어진 트랜스젠더 전환치료 연구에 따르면 연구 참여자의 약 1.5%가 성별정체성 전환치료를 받은 바 있으며 전환치료를 받지 않은 트랜스젠더에 비해 우울증, 공황장애 자살시도의 위험이 유의하게 증가했음을 보여주었다.

미국정신의학회(AMA)는 2013년 트랜스젠더 및 논바이너리 정체성은 정신질환이 아니라고 발표하였고 성별정체성은 소녀, 여자, 여성; 소년, 남자, 남성; 남성과 여성의 혼합; 혹은 다른 성별에 관한 개인적인, 타고난 느낌이며 정신의학자들은 성별정체성이 이분법적으로 나누어지는 것이 아니며, 성별정체성의 범위는 다양하고, 개인의 성별정체성은 지정성별과 일치하지 않을 수 있음을 허용해야 한다고 하였다. 지정성별(생물학적 성에 따라 지정된 성별)이 개인의 성별정체성과 일치하는 사람은 “시스젠더”라고 부르며, 트랜스젠더는 자신의 성별정체성/성역할이 지정성별의 전형적인 특징에 부합되지 않는 사람들을 포괄하여 트랜스젠더로 정의하였다.

2015년에 이들이 만족스런 삶을 영위하고 건강한 관계를 맺을 수 있도록 해야 한다고 발표하였다. 2018년 세계보건기구(WHO)는 생물학적인 성과 성별정체성의 불일치감은 정신질환이 아니라고 공표하였고, 따라서 성별정체성을 바꾸고자 시행되는 여러가지 전환치료들은 더 이상 인정되지 않으며 부적절한 것으로 인정된다.

II. 트랜스젠더의 의학적 접근

트랜스젠더의 만족스런 삶과 건강한 관계 유지를 위한 의료인들의 역할은 시스젠더에 제공되는 의료서비스와 차별화되지 않은 육체, 정신, 성적인 건강 정보를 주는 것이며 더불어 트랜지션에 필요한 고유의 서비스를 제공하는 것이다. 대표적으로 1) 성확정호르몬치료 (gender affirming hormone therapy) 제공, 2) 당사자들의 정신건강을 평가하고 정신건강을 위한 서비스를 지원하고, 이들의 특수한 필요성(예, 성확정수술 등)에 따라 전문가에 의뢰하는 정신의학적 역할, 3) 암이나 심혈관질환과 같은 만성질환 예방을 위한 서비스 제공이라 하겠다.

트랜스젠더의 호르몬치료의 필요성에 관하여 세계의 많은 의학단체 (세계트랜스젠더 건강보건의료인학회, World Professional Association of Transgender Health ; 미국내분비학회 Endocrine society; 유럽성의학회, European Society for Sexual Medicine)에서 트랜스젠더 성인 및 청소년을 위한 호르몬치료에 대한 지침을

제공하고 있으며, 공통적으로 성확정호르몬 치료를 시작하기 전에 의료인들은 이들의 가임력보존에 대한 정보를 주도록 권고하고 있다. 트랜스젠더의 성확정호르몬치료는 이들의 심리적 고통과 우울/불안, 적대감 및 신체화장애, 공포성 불안과 같은 부정적인 반응을 감소시키는 반면 성별불쾌감을 해소하고 더불어 정신건강 및 성기능이 향상되며 전반적인 삶의 질을 향상시키는 것으로 밝혀졌다.

성확정수술(gender affirming surgery)은 반드시 숙고하여 진행되어야 한다. 일부 트랜스젠더에서 성확정수술은 자아감을 되찾아줄 수 있는 자연스러운 과정이지만, 수술을 선택하지 않고, 호르몬치료만으로도 체형, 피부 및 목소리 변화를 어느 정도 얻을 수 있기 때문이다. 성확정수술은 호르몬요법으로는 불가능한 신체적 변화를 얻기 위해 시행되며 한번 시행되면 되돌아킬 수 없는 비가역적인 치료법이다. 어떠한 경우에서든 의료인은 트랜스젠더 개개인의 요구에 따라 최선의 선택을 해야 한다.

의료인이 트랜스젠더의 수술 치료를 고려할 때 기존의 해부학적 신체 구조를 변경하는데 거부감을 느끼지 않는 것이 중요하다. 수술이 성별불쾌감으로 인한 심리적 불편과 고통을 어떻게 완화시키는지 충분히 논의해야 한다.

트랜스여성(transwomen, MtF)을 위한 성확정수술에는 유방확대수술, 바텀수술(생식기수술), 갑상선골축소술, 음성수술, 안면여성화수술, 지방흡입/지방이식, 둔부확대성형술, 두발재건술 및 기타 다양한 시술이 포함된다. 트랜스남성(transmen, FtM)을 위한 성확정수술에는 탐수술(가슴절제술) 및 바텀수술(내부생식기절제술 및 외부성기재건술)이 포함된다.

앞서 강조하였듯이 수술 치료의 목적은 개개인의 요구에 따라 이들의 성별불쾌감으로 인한 심리적 불편과 고통을 완화시키기 위함이다.

III. 트랜스젠더의 성별정정을 위한 생식기수술 필요조건에 관한 의견

스웨덴은 성별정정의 조건을 국가 차원에서 처음 명시한 국가로서 1972년 성별정정의 조건으로 18세이상의 미혼, 스웨덴 국민, 불임상태(sterility)의 조건을 갖출 것을 지정하였다. 이로 인해 불임수술은 트랜스젠더 당사자가 수술을 원하고 있는지 여부와 관계없이 정상적인 치료과정의 일부로 인식되었다. 이러한 결정은 트랜스젠더는 정신질환이므로 아이를 돌보기에 적합하지 않고, 트랜스섹슈얼 당사자가 아이를 가질 경우 혈연관계의 혼란을 초래할 위험이 있다고 생각하고 위험을 전적으로 없애기 위하여 불임수술이 필요하다는 인식에서 비롯되었다.

부모 중 한 명이 트랜지션을 하여 트랜스젠더가 된 가정의 아이들을 관찰한 연구결과가 많지는 않지만 부모의 트랜스섹슈얼리즘이 자녀의 정신적인 성발달이나 성별정체성의 발달에 부정적인 영향을 주지 않는다고 알려졌으며 오히려 부모가 성별문제에 의해 별거나 이혼을 하는 경우 이로 인해 자녀들이

고통을 받는다고 알려졌다. 이러한 고통은 다른 이유로 부모가 별거나 이혼을 하는 가정의 자녀가 느끼는 고통과 다르지 않다. 트랜스섹슈얼 부모와 부모-자녀관계를 지속적으로 유지하는 34명의 자녀들을 관찰한 연구에서도 이 자녀들에서 반대성행동이 증가하지 않았고 어린 자녀일수록 부모의 성별 transition에 더 빨리 적응하는 것으로 밝혀졌다.

2013년 이후 스웨덴에서 불임수술은 더 이상 성확정치료(gender affirmative therapy)의 강제적인 요소가 아니며 대신, 이들은 성확정치료의 일부로서 가임력보존 방법을 논의하도록 안내받는다. 이것은 결혼과 가족에 대한 개념이 확대되고 의학적으로 시험관아기 등의 보조생식기술과 가임력보존 방법 등이 발달함에 따라 트랜스젠더 당사자들이 유전적인 부모가 될 수 있도록 법안이 변화된 것이다. 트랜스젠더에서 태어나 자녀에 트랜스섹슈얼리즘이 내려지는지에 관한 과학적인 근거는 없으며, 향후 그러한 유전적인 특징이 발견된다 하더라도, 트랜스젠더가 자녀를 가질 것인지에 관한 결정은 다른 내과적 질환 혹은 유전성질환을 가진 부모의 경우와 마찬가지로 그들이 결정해야 할 문제이다.

트랜스젠더를 포함한 모든 인간은 자신의 아이를 가질 것인지 말 것인지를 스스로 결정할 권리를 가진다. 성확정호르몬치료 및 수술치료는 생식기 구조 및 기능을 변경하여 생식(재생산) 선택사항을 다양한 정도로 제한하므로 이러한 치료를 시작하기 전에 불임의 위험 및 가임력보존에 관하여 트랜스젠더 개개인과 그들의 가족과 논의해야 한다. 배아, 난자, 정자 냉동보관은 사춘기이후 트랜스젠더에서 유용한 방법이며 난소 및 고환 조직의 냉도보관 방법 역시 개발 중에 있다.

일부 보고에서는 트랜스젠더 및 gender diverse 당사자들은 시스젠더에 비해 유전적으로 연관된 자녀를 가지고자 하는 열망이 덜하다고 보고하기도 했지만 다른 보고에서는 많은 트랜스젠더 및 gender diverse 당사자들이 유전적인 자녀를 원하고, 가임력보존을 시행하지 않았던 것을 후회하기도 하며, 가임력보존을 위해 기꺼이 호르몬치료를 미루거나 중지하기를 원한다고 발표하였다.

World Professional Association of Transgender Health는 트랜스젠더 및 gender diverse 당사자를 진료하고 호르몬치료 혹은 성확정수술을 시행하거나 이러한 목적으로 트랜스젠더를 의뢰하는 의료인 혹은 보건전문인은 호르몬치료 및 수술이 향후 가임력에 미치는 영향을 알고 환자들에게 이에 대하여 설명하고 가임력보존법에 대한 정보를 제공할 것을 권하고 있다.

가임력보존을 시행하는데 있어 높은 비용(비급여), 호르몬치료를 빨리 받기 원하는 조급함, 미래의 일을 미리 결정하는데 따르는 어려움, 의료인에 의한 정보전달 부족 등이 가임력보존의 장애로 작용한다.

의학적으로 자궁절제술을 포함한 생식기절제술은 성별불쾌감으로 인해 트랜지션을 추구하는 트랜스젠더를 위한 성확정치료 중 일부로 인정될 뿐이다. 즉 지속적으로 유지된 성별불쾌감, 충분한 정보에 근거하여 의사결정을 내리고 치료에 동의할 능력을 갖춘 당사자에 대하여 6개월 이상 호르몬치료를 받아 바뀐 성별의 신체경험을 하고 나서도 당사자가 절제술을 원하는 경우에만 시행하도록 하고 있다.

즉 트랜스젠더 및 gender diverse 당사자들이 성별불쾌감을 해소하기 위해 생식기절제를 원하는 경우에 성별불쾌감의 해소를 위해, 자신의 성별정체성과 부합되는 신체로 바꾸기 위해 시행되는 성확정치료의 하나이며, 법으로 국가가 강제할 만한 의학적인 근거는 없다.

트랜스남성에서 요구되는 자궁절제술 및 난소절제술은 전신마취 하에 2시간 전후로 이루어지며, 자궁절제술 시행에 따른 마취합병증, 수술 중 합병증(출혈로 인한 수혈의 위험, 요관 및 방광 손상, 대장손상), 복강 내 혈종, 절개부위의 감염, 질봉합부위 벌어짐 등)의 위험을 감수해야 하고, 수술 후 회복까지 약 6주 정도 소요되어 사회적 활동의 제한을 받게 된다. 의학적인 치료의 필요성은 그 위험보다 치료로 인한 장점이 더 많을 경우에 시행되어야 하는 것이다. 트랜스젠더 당사자가 자궁 및 난소의 존재로 인해 불쾌감이 악화되는 경우 이를 제거하는 것이 의학적 적응증이라 할 수 있지만 당사자가 자궁 및 난소의 절제를 원하지 않은 채 트랜지션을 원하지만, 법적 성별정정 목적으로 시행해야 한다면 이는 의학적인 목적에 부합하는 치료행위로 볼 수는 없다.

트랜스남성의 외부성기재건술의 목적은 서서 소변을 보는 것과 삽입성관계를 가능하게 하는 목적이 있다. 서서 소변을 보기 위해서는 요도를 재건해야 하며 피부나 점막을 튜브 형태로 말아 재건한다. 수술 직후 몇 달간은 소변 줄기 방향 이상, 여서 줄기로 나오는 현상, 소변을 보고 나서도 방울로 떨어지는 요점적 등이 있을 수 있다. 요도를 재건하는 경우 요로 합병증이 가장 흔히 발생한다. 요도-피부 누공으로 소변이 새는 경우 또는 요도 내부가 좁아져서 협착이 발생하여 소변이 잘 나오지 않는 경우가 흔하다. 전자는 시간이 경과하면서 자연히 호전되거나 비교적 간단한 수술로 교정이 가능한 반면, 후자는 요도재건을 위한 추가적인 수술을 하거나, 기존 요도로 다시 소변을 보도록 하는 요로전환술이 필요하다. 특히 요도 협착은 소변 줄기가 약해지거나 소변을 다 볼 수 없는 등의 증상으로 시작하여, 점진적으로 방광이나 신장에 이상을 초래할 수 있다.

음경재건술은 하복부, 사타구니, 허벅지 외측 등에서 혈관을 유지한 채 조직을 옮기는 유경피판술과, 등, 팔, 종아리 등에서 혈관과 신경이 붙어 있는 조직을 채취하여 회음부의 혈관 및 신경에 미세접합하는 유리피판술을 통해 이루어진다. 가장 큰 합병증은 음경을 만들기 위해 옮겨온 조직이 괴사하는 것이다. 이외에 절개 부위 감염 및 상처회복 지연, 성기의 위치 이상, 외형적 불만족, 음낭/음경 보형물과 관련된 합병증이 있다.

음낭은 양측 대음순 조직을 이용하여 음낭 보형물이 들어갈 주머니를 만들고 이후 단계에서 음낭 보형물을 삽입하는 방법으로 재건한다. 성기보형물에는 다양한 종류가 있으나 현재까지 이러한 것들은 모두 시스젠더 남성의 발기부전을 치료하기 위해 개발된 것으로, 연조직만으로 구성된 트랜스젠더 남성 성기에 삽입하는 경우 장기적으로는 피부 얇아짐, 돌출, 감염, 제거의 가능성이 높다. 트랜스남성의 외부성기재건술은 비급여 의료에 해당되며 수천만원에 이른다.

트랜스여성에서 요구되는 질성형술(질재건술)의 기법으로는 음경피부를 이용한 질재건술, 대장 혹은 소장 을 이용한 질재건술, 복막을 이용한 질재건술이 있다. 음경피부를 이용한 음경 피부 반전 질재건술은 음경 피부 및 음낭 피부 일부를 사용하여 회음부 근육을 박리하여 새롭게 형성된 질의 벽을 만들어주는 수술이다. 질의 깊이를 연장하기 위하여 다른 부위의 피부이식술이 필요한 경우도 있다. 대장 (결장)을 이용한 질성형술은 결장의 일부를 이용하여 질을 만들어주는 방법이다. 이 수술은 일반외과와의 협진을 통해 시행되는데, 결장의 절제 및 재배치를 위해 복강내로 접근이 필요하고, 수술 후 과도한 점액분비 및 새롭게 형성된 장에 자극 및 출혈이 있을 수 있으며, 수술 후 장 기능이 회복되기 전까지 금식 및 식이 제한이 필요하다. 또한 변비 및 장운동에 변화가 일어날 수 있다.

복막을 이용한 질재건술은 결장을 이용한 질성형술에 비해 대장의 절제 및 문합과 같은 과정이 필요하지 않지만 이식된 복막의 크기가 제한적이므로 질 전체의 벽을 이루기가 쉽지 않다.

소장을 이용한 질재건술은 통상 두 번에 나누어 수술을 시행한다. 1차 수술에서 고환 및 음경절제, 외음부 신형술 및 질 재건술을 시행하고, 3-4일 후 소장을 절제하여 새로 형성된 질에 이식한다.

질재건술의 방법과 상관없이 새로 만든 질의 깊이를 유지하고 질이 좁아지는 것을 예방하기 위해 환자는 신생질을 주기적으로 넓히는 확장행위를 시행해야 한다. 수술 2-3주 후부터 약 6개월 동안 하루에 2-4회 확장기를 통해 확장시켜야 한다. 파트너와 음경-질 삽입성교를 주기적으로 하더라도, 꾸준히 주 1-2회 질을 확장하도록 한다. 어떠한 방법으로 질재건수술을 받더라도 수술비용은 비급여의료비로 수천만원에 이른다.

앞서 기술했듯이, 트랜스여성에서 요구되는 음경 및 고환절제술, 질성형술의 경우 트랜스남성에서 거의 필수적으로 요구되고 있는 자궁 및 난소절제술에 비해 훨씬 더 복잡하고 수술시간이 길며(6시간 이상), 합병증의 빈도가 높고, 고가의 수술이다. 특히 수술 후 요도협착 (1.1-11%), 질협착 (1.2-12%), 요도질누공(0.8-3.9%), 직장질누공(0.5-2.0%), 신생질탈출(0.3-3.0%), 과다출혈로 인한 수혈(3.0%), 요로감염(4-7%), 배뇨기능저하(9-13%), 수술상처합병증 (25%) 등 다양한 합병증을 동반할 수 있으며 수술 후 질 협착을 위해 6개월 이상, 거의 평생 질확장을 시행해야 하여 직장생활이나 사회생활에 매우 제약이 따른다. 앞서 열거한 합병증이 발생하는 경우 개인의 삶의 질이 현저히 나빠지게 되어 이로 인해 우울감 등의 정신적인 문제가 더 악화되기도 한다.

성별정정을 위해 불임수술(고환 및 난소 절제술)을 받은 트랜스젠더가 의학적인 다른 이유로 인해 성확정호르몬을 40세 이전에 중지하게 되는 경우 성호르몬의 공급이 조기에 중단되어 심혈관질환, 골다공증 및 골절, 알츠하이머병, 인지기능장애, 성기능장애 등의 위험이 증가하게 되고 이는 개인의 신체적, 정신적 그리고 사회적 경제적 비용증가를 초래하게 된다.

한편, 성별정정의 목적으로 법원에서 요구하는 수술을 자신이 원치 않더라도 받게 되더라도 그 행위 자체가

치료목적이 아니라 성형목적으로 인정되어 의료보험 급여 범주에 들지 않음에 따라 매우 고가의 비용을 부담해야 한다.

트랜스젠더는 성별정체성과 성별표현이 지정 성별과 일치하지 않는다는 이유로 취업 시 많은 제한을 받게 되어 경제적 어려움을 겪는 경우가 많다. 시스젠더와 차별없이 경제적 활동을 하기 위해서는 법적인 성별정정이 이루어져야 하는데 법적인 성별정정에서 생식기절제를 포함한 수술을 강제하다 보니 수술을 받을 비용을 마련해야 하지만, 취업 제한으로 비용 마련이 현실적으로 어렵고, 수술비용도 보험급여가 인정되지 않아 훨씬 고가의 수술료를 부담해야 하는 이유로 성별정정이 미루어지고 이는 다시 취업제한으로 연결되어 악순환이 되풀이되는 현실이다.

2020년 국가인권위원회에서 실시한 트랜스젠더 혐오차별 실태조사에서 성전환 관련 외과 수술을 받지 않은 466명은 수술을 받지 않은 이유로 비용부담 (71%), 마음의 준비가 되지 않음(37.8%), 수술 과정이 너무 위험하다고 생각됨 (30.7%), 수술이 필요하지 않다고 생각됨(26.8%) 등의 이유가 있었다.

결론적으로 성확정수술은 의학적으로 트랜스젠더 당사자가 자신의 성별정체성과 부합되는 신체구조로 변경을 함으로써 성별불쾌감을 해소하고 자아감을 찾도록 돕는 과정이므로, 당사자가 원치 않는다면 이를 강제할 만한 의학적 근거는 없다. 의학적인 성확정치료란 개인의 성별불쾌감을 해소하기 위한 목적으로 개개인마다 요구하는 치료의 범주는 매우 다양하다. 많은 트랜스젠더가 법적인 요건을 떠나 성별불쾌감을 해소할 목적으로 수술을 원하는 경우도 있지만 일부는 신체적, 사회적, 경제적 부담을 지면서까지 외과 수술을 원치 않는 경우도 있다.

따라서 트랜스젠더 및 gender diverse 개개인들의 다양한 요구가 무엇보다도 존중되어야 하며, 이들을 대상으로 한 치료행위에 대한 의료보험급여제도 및 더 나아가 이들의 가임력보존에 대한 논의가 활발히 이루어져야 할 것으로 생각된다.

이에 대한 논의를 위해 우선 트랜스젠더는 왜 불임이어야 하는가? 트랜스젠더가 자녀를 갖는 것은 어떠한 이유로 허용되지 않고 그 근거는 무엇인가?에 관한 논의, 이를 뒷받침하는 과학적인 근거가 있는가?에 대한 의문을 가져야 할 것이며 현실적으로 세계적인 동향은 어떠한지 주시해야 할 것으로 생각된다. 끝으로 생식기절제 및 외부성기재건술

을 성별정정의 기준에서 제외한다면 향후 어떠한 기준으로 성별정정을 허용할 것인가에 관하여는 더 많은 논의가 있어야 할 것으로 생각된다.

참고문헌

1. Standard of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People, Version 8.
2. Dallas K, et al. Complication after gender affirming vaginoplasty in a large population-based cohort. *The journal of urology* 2021;206:e541-542.
3. Stowell JT, et al. Gender-affirming surgical techniques, complications, and imaging considerations for the abdominal radiologist. *Abdominal Radiology* 2020;45:2036-2048.
4. Ravitsky V, et al. Overcoming conversion therapy : a qualitative investigation of experiences of survivors. <http://hdl.handle.net/1866/26217>
5. Rivera, DP et al. Gender identity change efforts : a summary. <https://doi.org/10.1037/0000266-003>
6. Lee H et al. Gender identity change efforts are associated with depression, panic disorder, and suicide attempts in South Korean Transgender Adults. *Transgender Health* Published Online:1 Mar 2022 <https://doi.org/10.1089/trgh.2021.0171>
7. Jughto JMW et al. A systemic review of the effects of hormone therapy on psychological functioning and quality of life in transgender individuals. *Transgender health* 2016;1:21-31 <https://doi.org/10.1089/trgh.2015.0008>
8. Murad MH et al. Hormonal therapy and sex reassignment: a systematic review and meta-analysis of quality of life and psychosocial outcomes. *Clin Endocrinol* 2010;72:214-231.
9. Compulsory sterilization in Sweden. https://en.wikipedia.org/wiki/Compulsory_sterilisation_in_Sweden
10. 한국성소수자의료연구회. 차별없는 병원, 연남책방. 2022.
11. 국가인권위원회. 트랜스젠더 혐오차별 실태조사. 2022

<참고자료>

유엔 성소수자 특별보고관 2021년 보고서(번역본)

1. law of inclusion(포용의 법칙)
2. practice of exclusion(배제의 관행)



law of inclusion (포용의 법칙)

제 47차 인권위원회

2021년 6월 21일-7월 9일

안건 항목 3

발전권을 포함한 모든 인권, 시민권, 정치, 경제, 사회, 문화적 권리의 촉진과 보호

포용의 법칙

성적 지향 및 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가 보고서, 빅터 마드리갈 보를로스 Victor Madrigal-Borloz*, **

개요

본 보고서는 이사회 결의안 32/3와 41/18에 따라 인권이사회에 제출된다. 성적 지향 및 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별로부터의 보호에 관해 조사하는 독립전문가 빅터 마드리갈 보를로스는 젠더, 젠더 정체성 및 표현의 인정과 관련된 국제 인권법의 현황과 다양한 형태로 발생하는 폭력 및 차별에 대한 반대 투쟁을 연결하여 분석한다. 본 보고서와 제76차 총회 보고서는 서로를 보완한다. 부록 1에는 2020년 5월 이후 활동에 대해 설명이, 부록 2에는 총회 보고서의 개요가 제시되어 있다.

* 본 보고서는 다수의 제출물을 모두 고려하기 위해 마감 이후 제작되었다.

** 본 보고서의 부록은 수신 즉시 제출된 언어로만 유효하다.

1. 본 보고서의 부록 1에는 2020년 5월 1일부터 2021년 4월까지 이루어진 수십 건의 상담과 수백 건의 원격 행사, 그리고 국가, 시민 사회 단체, 글로벌 조직, 지역 단체, 실제 경험자들과의 상호 작용 등 독립전문가의 다양한 활동 내용이 담겨있다.
2. 기술된 모든 활동과 본 주제 보고서의 작성은 당시 3백만 명 이상의 목숨을 앗아가고 인류에 거대한 영향을 미친 코로나 감염병(코로나19)이 만연한 가운데 진행되었다. 더 나은 재건(build back better)을 추진하면서 팬데믹을 통한 교훈을 얻으려면 우리는 무엇 하나도 평소와 같이 할 수 없었다. 모든 이해관계자들로부터 제공된 보기 드문 깊이 지원은 이 임무에서 다루는 문제들이 매우 중대하다는 것과 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별을 해결하기 위한 회원국과 시민사회의 헌신을 대변하는 것임을 독립전문가는 기록으로 남기고자 한다. 모든 회의, 대화, 제출물을 준비하는 과정의 이면에는 인권의 옹호와 증진이라는 이미 과중한 임무에 더하여 무엇보다도 고용 및 재정적 불확실성, 건강상의 문제, 사랑하는 사람의 상실로 인한 피로와 고통을 겪고 있는 관계자들이 있을 것이라는 이해가 고려되었다. 유엔인권고등판무관 사무소(OHCHR)의 임무 수행자 지원 팀, 하버드 로스쿨 인권 프로그램의 독립전문가 지원 팀, OHCHR, UN 행정직원, 에디터, 번역가, 전문가 및 관리자도 예외가 아니다. 이 작업을 계속 할 수 있었던 것은 이들의 결의 덕분이다. 독립전문가는 가장 어려운 시기에 위대한 공헌을 아끼지 않은 모든 분에게 감사를 드린다.

I. 서론

3. 정해진 젠더 규범이 존재하기 때문에 어떤 젠더 정체성과 표현은 규범과 다르거나 규범에서 벗어난다는 생각은 모든 인류가 인권을 향유하기 위해 반드시 문제 삼아야 할 일련의 선입견에 기초한다. 개인이 출생 시 부여된 성에 따른 자격 혹은 의무로 간주되는 역할, 표현 방식, 행동을 선택하는 것이 바람직한 사회적 목표라는 생각은 이러한 잘못된 선입견 중 하나이다. 국가는 경직된 시스템의 토대를 이루는 고정관념, 권력 비대칭, 불평등, 근원적인 폭력을 인지함으로써 전 세계의 레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성을 포함한 여성과 여아, 그리고 게이, 양성애자, 트랜스인, 그 외 기타 젠더 다양성을 지닌 사람들, 인터섹스인들에게 끔찍한 영향을 미치며 이들에 대한 괴롭힘을 부추기는 폭력과 차별에 대처해야 하는 국가적 의무를 이행할 수 있다.
4. 따라서 임무 아래 수행된 젠더 이론에 대한 주제별 연구는 인권이사회 결의안 32/2와 41/18에 따른 독립전문가 연구 의제 중 필수적인 부분이다. 이 연구에는 문헌 검토와 공모가 포함되었으며, 공모 결과로 전 지역의 국가 기관이 보낸 42건의 제출물과 비 국가 조직, 혹은 개인이 보낸 제출물 각각

202건, 282건, 총 484건을 포함하여 529건의 제출물이 접수되었다.¹⁾ 열띤 참여가 이루어지는 모습에 독립전문가는 겸허함을 느꼈다. 결과적으로 독립전문가는 모든 지리구(地理區)와 상당한 비율의 세계 인구, 문화적, 법적 전통 및 종교를 망라하는 88개 UN 회원국에 관한 구체적인 정보를 수집했다. 배포가 가능하거나 기밀이 아닌 모든 제출물은 권한에 따라 웹페이지에 게시된다.²⁾

5. 일부 제출물에 혐오나 혐오를 뜻하는 내용은 임의로 삭제되었다. 이 내용은 임무 수행자가 제공한 발행물에 포함되지 않는다.
6. 풍부한 응답과 주제의 중요성을 고려하여 젠더, 젠더 정체성, 표현에 대한 주제별 연구 결과는 임무 수행자가 2021년에 발행하는 두 개의 보고서에 반영된다. “포용의 법칙”이라는 제목의 본 보고서는 젠더, 젠더 정체성, 표현과 관련된 국제법의 현재 상황, 그리고 다양한 형태의 폭력과 차별에 저항하는 투쟁과 국제법 간의 관련성을 분석한다. “배제의 관행”이라는 제목의 제76차 총회 보고서에서 독립전문가는 젠더 이론의 사용에 대한 저항과 배제의 관행으로 인해 여성(레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성 포함)의 인권 수호에, 그리고 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 모든 형태의 폭력과 차별의 근절에 발생할 수 있는 위험을 분석한다. “배제의 관행” 보고서의 개요가 부록 2에 제시되어 있다.
7. 젠더 이론, 젠더 기반 접근, 상호교차성이 여성에 대한 차별과 폭력 조장 등 (사회 안에서 성이 구성되고 작용하는 방식에서 비롯되는) 권력의 다중 비대칭을 해결하기 위한 뼈대를 제공할 것임이 연구과정 전반에 걸쳐 명확해졌다. 또한 성적 지향, 젠더 정체성, 표현에 기반한 폭력과 차별의 근본 원인을 분석하는 정교한 렌즈가 되기도 한다.
8. 본 보고서는 자신의 젠더 정체성 그리고/또는 표현이 특정 시대와 특정 맥락에서 젠더 규범이라고 강제되는 모습과 일치하지 않는 대상을 지칭하기 위해 젠더 다양성이라는 용어를 사용한다. 출생 시 부여된 성별과 자신의 성 정체성이 일치하지 않는 사람들을 트랜스(trans)라는 용어로 식별한다. 학술 문헌과 분석, 데이터 수집과 분석에서 사용되는 시스(cis)라는 용어는 자신의 젠더 경험이 출생 시 지정된 성별과 일치하거나 일치하는 것으로 인식되는 사람들을 지칭한다.
9. 널리 사용되는 약자인 LGBT(레즈비언, 게이, 양성애자, 트랜스젠더)와 젠더 다양성, 퀴어, 퀘스처너리, 무성애자라는 용어는 정치적, 법적 정체성을 반영하며, 성적 지향이나 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별을 당하는 개인은 스스로와 일치하지 않는 방식으로 자신을 의식하게 될지도 모른다. 영혼이 두

1) Statistical information is available at www.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/ReportGenderTheory.aspx.

2) Submissions to the Independent Expert will be available at www.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/ReportGenderTheory.aspx.

개인 사람(two-spirit persons, 북아메리카), 믉스(muxes, 멕시코), 히즈라(hijra, 인도), 카토이(kathoey, 태국), 마클라(bakla, 필리핀), 트라베스티스(travesties, 아르헨티나, 브라질), 파파피니(fa'afafine 사모아 섬), 레이티(leiiti, 통가) 등의 사례가 그러하다. 이러한 정체성은 때로 젠더 정체성이나 성적 지향 중 하나에 포함되지만, 어떤 하나와 명확하게 또는 필연적으로 일치하는 것은 아닌 젠더 이해의 틀 안에서 작동한다.

10. 어떤 사람들은 명확하게 자신이 어떤 범주 안에 속한다고 생각할 수도, 그렇지 않을 수도 있지만(예를 들어, 이성을 좋아하는 일부 트랜스 여성은 여성성에 대한 고정관념을 수용할 수 있고 일부 시스레즈비언 여성은 고정관념을 수용하지 않을 수 있다) 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별을 받은 사람들의 공통된 특징은 이러한 범주를 만들어낸 지배적인 이데올로기에 저항한다는 점이다. 젠더 고정관념에 대한 저항은 다양한 형태의 비 순응 여성들의 주도로 이루어졌다. 젠더 비 순응은 젠더 표현에서뿐 아니라 성행위를 규율하는 규범에도 적용된다는 점을 기억해야 한다.
11. 이분법적 젠더 구성의 무게감과 이로 인한 젠더 기대치는 종종 성적 특징을 바탕으로 사람들을 끌어들이며, 인터섹스인들은 자신의 실제 경험과 맞지 않은 성 범주를 억지로 주입시키려는 시도나 행동에 의해 피해를 입는다. 이러한 침해 행위에는 괴롭힘과 학대가 수반된다. 성과 젠더 분류 시스템 내에서 인터섹스인을 인식하려는 시도는 거듭 실패하여 이들의 지위를 적절하게 인식하기 위해 필요한 법적, 사회적 체제를 알맞게 수립하지 못했다.³⁾

II. 국제 및 지역 인권법, 법적 연구, 국제적 절차에서의 젠더

12. 젠더 개념이 언급되기 시작한 것은 1993년 비엔나 선언과 행동 프로그램, 그리고 이후 열린 국제인구 개발회의의 행동 프로그램, 인구나 개발에 관한 카이로 선언, 그리고 1995년 베이징에서 열린 제4차 세계여성대회 행동강령으로 거슬러 올라간다. 젠더 개념을 다룬 모든 과정 속에서 선입견, 고정관념, 기대가 여성을 향한 폭력과 차별에 미치는 영향에 대한 인식, 그리고 젠더 평등이 무엇보다도 중요한 글로벌 목표라는 강한 인식이 있었다. 마찬가지로 최근 가장 핵심이 되는 국제인권규범인 장애인권리협약, 강제실종중단을 위한 협약에도 젠더에 대한 언급이 있다.
13. 국제 인권법의 출처를 분석해 보면, 젠더란 생물학적 성 특성에 주어진 의미에 따라 역할, 행동, 표현 방식, 활동, 속성을 부여하는 사회문화적 구조를 설명하는 데 사용되는 용어라는 강력한 법적 근거가 나타난다. 이 정의에 따르면, 젠더와 성은 서로를 대체할 수 있는 개념이 아니며 반 차별 분석에서 우려를 자아냈던 젠더 정체성과 젠더 표현은 국제 인권법의 정의에서 서로 떼어놓을 수 없는 관계이다.

3) See www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/BackgroundNoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf.

14. 이 체계에서 젠더를 여성으로 제한하는 요소는 없다. 젠더 개념은 1970년대 당시 생물학적 결정론에 대항하기 위해 페미니스트 관련 저서에 처음 등장했지만 그 용어가 지칭하는 대상은 여성성과 남성성이 지닌 의미의 관계적 측면이었다.⁴⁾ 따라서 젠더는 국제 인권법에서 젠더화된 사회에 사는 사람을 지칭하는 데 사용된다. 젠더화된 사회는 이곳에 사는 사람들의 정체성과 사회적 상호작용이 전개되는 방향을 결정하는 선입견과 권력위계에 둘러싸여있다. 이같이, 젠더 이론은 또한 폭력적인 남성적 체계를 해체하고 분석하고 변화시키는 도구로써 의미가 있다.
15. 마찬가지로 국제법의 그 어떤 부분도 오직 트랜스인 혹은 젠더 다양성을 지닌 사람만이 젠더 정체성을 갖는다고 말하지 않는다. 이러한 사실은 모든 인간은 권력 위계와 선입견을 가로지르는 젠더화된 사회에 살고 있다는 결론으로 이어진다. 특히, 여성과 여아의 차별에 관한 실무그룹⁵⁾, 유럽인권법원, 미주인권재판소는 개인 정체성의 통합 과정을 설명했으며, 젠더 정체성의 깊고 내밀한 본질⁶⁾과 그 본질이 젠더 표현을 통해 어떻게 외부로 드러나는지 확인했다.
16. 젠더 정체성 및 표현과 관련된 인간의 경험은 복잡하고 풍부하다. 젠더 정체성의 개념은 전 세계적으로 매우 다양하며, 앞서 언급한 바와 같이 특정 장소와 시대에서 규범으로 간주될 수 있는 특정 젠더 개념을 초월하여 오랜 시간 축적된 문화와 전통의 결과로써 매우 다양한 젠더 정체성과 표현이 지역 곳곳에 존재한다. 본 보고서 작성일 현재 기준으로 아르헨티나, 호주, 방글라데시, 캐나다, 피지, 인도, 인도네시아, 멕시코, 네팔, 뉴질랜드, 파키스탄, 필리핀, 사모아, 태국, 통가, 미국의 인구는 전 세계 인구의 약 3분의 1을 차지하는데, 이 국가들은 문화적 전통 안에서, 그리고 때로는 법체계에서도 남성/여성이라는 이분법과 젠더는 서로 일치하지 않는다고 인식한다. 제출물 중 일부는 이분법의 우위와 젠더 다양성에 대한 탄압을 식민주의 및 억압의 역사와 연결했으며, 식민화 이전 문화 중 일부는 식민 시기 및 그 이후의 공식적인 법체계보다 젠더 다원적 개념에 더 개방적이었다고 언급했다.⁷⁾

4) See www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WG/Gender-equality-and-gender-backlash.pdf.

5) Ibid.

6) European Court of Human Rights, *Van Kuck v. Germany* (application No. 35968/97); and Inter- American Court of Human Rights, advisory opinion OC-24/17.

7) Submission by the Centre for Human Rights, University of Pretoria et al.

17. 유엔인권고등판무관과 다수 유엔인권기관들⁸⁾은 사례 분석과 학문적 원리 탐구 등 내부적 연구를 통해 젠더, 젠더 정체성, 젠더 표현에 기반한 차별을 다루었다.
18. 지역인권기구도 마찬가지이다. 유럽인권재판소는 1992년 이후 사생활 및 가족생활과 관련하여⁹⁾, 그리고 2003년에는 젠더 정체성을 개인 사생활 중 가장 사적인 측면이라고 인정하며¹⁰⁾ 법적 연구 시 젠더 정체성을 통합했다. 수신된 일부 제출물에서는 “성(sex)”은 트랜스인을 포함하지 않는다고 주장하지만 인권 및 기본적 자유 보호협약(유럽인권협약) 제14조와 관련하여 유럽인권재판소는 성적 지향과 젠더 정체성을 근거로 개인에 대한 보호를 확대하는 광범위한 개념을 채택했고 제14조의 성차별 테스트에 따라 법원은 젠더 이론에 대해 상당히 광범위한 이해를 구축했다.¹¹⁾ 여성에 대한 폭력 및 가정폭력 의 예방과 퇴치를 위한 유럽평의회 협약(이스탄불 협약)은 젠더 이론을 철저히 통합하고¹²⁾, 성, 젠더, 젠더 정체성, 젠더 표현, 성적 지향이 포함된 진보적이고 명확한 체계를 구성한다¹³⁾. 독립전문가는 여러 국가를 방문하면서 유럽평의회협약이 공공정책에 긍정적으로 작용했음을 목격했다.¹⁴⁾ 유럽평의회는 젠더 정체성 인정을 포함한 일련의 권고를 제시했다. 이 중 특히 주목할 것은 성적 지향과 젠더 정체성으로 인한 차별 철폐 조치에 대한 회원국 장관 위원회의 권고 CM/Rec(2010)5 이다.¹⁵⁾

8) See, for example, Human Rights Council resolutions 17/19 and 27/32; A/HRC/29/23, paras. 21, 78 and 79; A/HRC/29/33/Add.1, paras. 86, 88 and 111 (q); General Assembly resolution 69/182; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, general comment No. 20 (2009), para. 27; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, general comment No. 22 (2016), paras. 23 and 40; Committee on the Rights of the Child, general comment No. 15 (2013), para. 8; Committee on the Rights of the Child, general comment No. 20 (2016), paras. 33 and 34; Committee against Torture, general comment No. 2 (2007), para. 21; CCPR/C/KWT/CO/3, paras. 12 and 13; and CCPR/C/RUS/CO/7, para. 10.

9) B. v. France (application No. 13343/87).

10) Van Kuck v. Germany (application No. 35968/97).

11) Napotnik v. Romania (application No. 33139/13). See also Khamtokhu and Aksenchik v. Russia (applications Nos. 60367/08 and 961/11); Markin v. Russia (application No. 30078/06); Enache v. Romania (application No. 16986/12); and Petrovic v. Austria (156/1996/775/976).

12) See <https://rm.coe.int/16805938a2>.

13) Istanbul Convention, art. 4 (3).

14) See A/HRC/41/45/Add.1.

15) See www.coe.int/en/web/sogj/rec-2010-5.

19. 유럽사법재판소는 유럽연합의 반 차별 체계 덕분에 고용, 고용관련접근, 사회적 혜택(유족보험), 연금 등의 영역에서 젠더의 법적 인정을 추구하거나 계획중인 사람들이 보호받고 있음을 거듭 주장했다.¹⁶⁾ 그리고 유럽연합의 많은 문서들이 젠더 정체성과 관련되어 있는데, 그 중 지침 2006/54/EC는 “남녀평등대우원칙이 적용되는 범위는 한 사람이 하나의 성별 또는 다른 성별이라는 사실에 기반한 차별을 금지하는 것에만 국한되지 않는다”라며 “한 개인의 젠더 전환(sic)에서 비롯된 차별에도 적용된다”라고 명시했다.¹⁷⁾ 참고로 유럽연합의 LGBTIQ 평등 전략 2020-2025는 젠더 정체성과 표현을 차별과 정치적 행동의 근거로 인식한다.¹⁸⁾
20. 미주 국가들은 1994년 미주기구(OAS)가 여성에 대한 폭력의 예방 및 근절에 관한 미주 협약(벨렘 도 파라 협약Convention of Belem do Para)을 채택하면서 젠더 기반 폭력을 다루기 시작했다.¹⁹⁾ 이 협약은 여성에 대한 폭력을 해결하기 위해 맺은 광범위한 지역적 약속이다. 미주 지역 인권 조약 중 가장 넓은 범위에서 비준된 벨렘 도 파라 협약은 해당지역 전반에서 국가적 차원의 법률, 정책, 관행 상 발전을 이끌었다.²⁰⁾ 미주인권재판소의 권고 의견 OC-24/17에서 미주인권재판소는 자기 식별에 근거하여 트랜스 여성에게 벨렘 도 파라 협약이 적용된다고 인정했으며,²¹⁾ 아탈라 리포(칠레)에서는 미국 인권 협약 제 1조 1항에 명시된 차별 금지에 관한 국가의 핵심 의무가 젠더 정체성에도 적용되었다고 인정했다.²²⁾

16) Submission by Transgender Europe.

17) See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0054>. The Independent Expert does not concur with the use of the term “gender reassignment” and acknowledges “legal recognition of gender identity”.

18) See https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/lgbtiq_strategy_2020-2025_en.pdf.

19) Thirty-two States are party to the Convention.

20) See www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/legalstandards.pdf. In addition, the Inter-American Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance addresses discrimination based on reasons of sex, sexual orientation, and gender identity and expression (art. 1.1).

21) See para. 78.

22) Atala Riffo and Daughters v. Chile.

21. 2011년 미주인권위원회는 “젠더 정체성 문제와 관련하여 지속적이고 충분한 관심을 기울이기 위해” LGBTI 권리에 관한 부서를 조직했다.²³⁾ 이는 OAS 총회에서 내린 결정으로, 2008년부터 젠더 정체성과 표현에 기반한 폭력과 차별을 인정하기 시작한 연례 결의안 중 하나였다. 미주인권위원회는 LGBTI 개인의 권리에 관한 첫 번째 주제 보고서에서 젠더와 섹슈얼리티, 성적 지향 그리고/또는 젠더 정체성의 상호교차성을 연구했으며 “젠더 정체성과 표현에 기반한 폭력 행위는 구조적이고 역사적인 성차별, 그리고 규범과 다른 성적 지향과 젠더 정체성을 향한 선입견이 결합하여 나타난 결과”임을 밝혀냈다.²⁴⁾ 위원회는 T.B.. S.H. 와 헨리, 에드워드(자마이카) 사건에서 젠더, 폭력, 차별의 관계를 상세히 연구했다. 이 사건들을 통해 미주위원회는 성적 지향, 정체성, 젠더 표현을 기반으로 레즈비언과 트랜스 여성을 범죄와 하는 데 소도미 법(sodomy law)이 미치는 영향을 분석했다.²⁵⁾
22. 아프리카인권헌장의 각 조항은 젠더 정체성에 관계없이 모든 이는 헌장에 제시된 권리를 향유한다는 주장을 뒷받침한다. 아프리카인권위원회 결의안 275호²⁶⁾는 젠더 정체성은 보호의 근거가 된다는 전제를 기반으로 한다. 아프리카 인권재판소는 2020년 12월 4일자 권고의견에서 방랑법(vagrancy laws)은 “젠더 비 순응자를 포함한 가난하고 소외된 사람들을 처벌”하기 때문에 차별에 해당한다고 말했다.”²⁷⁾

상호교차성

23. 인권이사회 결의안 32/2와 41/18는 독립전문가가 상호교차적 관점에서 조사할 것을 요구한다. 상호교차적 관점에 따르면 실질적이고 뚜렷한 개인의 삶의 경험을 만들어내는 모든 상황을 인식하여 차별을 이해해야 하고,²⁸⁾ 역사적으로 차별 받은 인구, 공동체, 개인에 대해서는 동시 다발적인 억압 구조의 복잡한 시스템을 구축해 온 환경을 고려하여 차별에 대한 이해가 이루어져야 한다.²⁹⁾

23) See www.oas.org/en/iachr/lgtbi/docs/2009,%20OAS%20GA%20RES.%202504%20Human%20Rights,%20Sexual%20Orientation,%20Gender%20Identity.doc.

24) OAS/Ser.L/V/II.rev.1, Doc. 36, para. 270.

25) See www.oas.org/en/iachr/decisions/2020/JM_13.095_EN.PDF.

26) See www.achpr.org/sessions/resolutions?id=322.

27) Advisory opinion 001/2018.

28) A/HRC/38/43, paras. 23-24.

29) Submission by Australia. See also https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/stflr43&div=52&g_sent=1&casa_token=NmMiruknM8cAAAAA:ldk9iAOSpn0p3ybV3NkLQTEbampO9bfskyvnMQLGSYfcU9BdEqHMT0Q4d_gSKCLKJ3DA7jNqhnBY&collection=journals.

24. 경제적, 사회적, 문화적 권리위원회는 장애인은 성의 구분 없이 인식되는 경향을 관찰하였고³⁰⁾ 장애인권리위원회는 장애를 가진 여성은 젠더와 장애에 기반한 다중적이고 상호교차적인 형태의 차별을 받을 수 있음을 관찰했다.³¹⁾ 이는 젠더 정체성을 포함하여 각 개인이 한 몸 안에 품는 여러 정체성의 교차점에서 발생하는 특권과 차별을 분석하는 진입점으로써 정체성을 어떻게 설명할 수 있을지에 관한 주목할만한 예이다.
25. 상호교차적인 관점에서 작성된 것으로 보이는 한 제출물에서는 “사람들이 차별을 겪게 하는 모든 근거는 서로를 더 강하게 하고, 또 더 악화시키는 것으로 보인다…인종과 젠더는 어느 하나가 따로 존재하지 않을 정도로 흑인 여성의 발전을 동시에 억제한다.³²⁾ 실제로 차별을 상호교차적으로 이해하면 섹슈얼리티, 인종, 젠더 영역에서 다양한 문제를 연결할 수 있다.”³³⁾고 언급했다. 젠더, 젠더 정체성, 성적 지향, 인종의 상호 교차점에는 침탐이 있는데, 일부는 이 침탐의 사회통합지표 성과의 꼭대기에 위치하고 일부는 지표 성과 아래쪽에 위치한다. 통계 데이터가 존재하는 제한된 범위에 한해 수면 위로 드러난 상황은 매우 우려스럽다. 2019 년 보고서에서 윌리엄 협회는 미국의 LGBT 중 22%가 빈곤한 반면, 백인 시스 게이 남성은 8.1%, 흑인 시스 레즈비언 여성은 31.3%, 흑인 성 전환자는 38.5%, 라틴계 성 전환자는 48.4%가 빈곤하다는 조사를 발표했다.³⁴⁾ 브라질 트랜스젠더와 여장 남성 전국연합(ANTRA)의 2018년 보고서는 브라질에서 살해당한 트랜스인 중 82%가 아프리카계인것으로 확인되었다.³⁵⁾

30) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, general comment No. 5 (1994), para. 19.

31) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, general comment No. 1 (2014), para. 35, and general comment No. 6 (2018), para. 19.

32) Submission by the Association for Women’s Rights in Development (AWID) et al.

33) Ibid.

34) See <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/publications/lgbt-poverty-us/>.

35) See <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2019/11/murders-and-violence-against-travestis-and-trans-people-in-brazil-2018.pdf>.

26. 상호교차적 분석이 레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성을 포함한 여성에 대한 폭력 및 차별을 다루는데 근간이 된다는 생각이 공공정책을 통해 전파되었으며 많은 국가에서 온 제출물들이 그 중요성을 인정했다. 한 예로, 2019년에 뉴질랜드 장관은 다음과 같이 말했다. “여성이 파트너로부터 학대를 받을 가능성이 남성보다 두 배가량 높다. 마오리 여성, 퀴어 여성, 트랜스 여성, 장애 여성, 젊은 여성은 더 많은 폭력을 경험하고 현 시스템 안에서 또다시 희생될 가능성이 높다.”³⁶⁾ 2018년 우루과이에서 제정된 여성에 대한 젠더 기반 폭력에 관한 법률 No. 19.580 호는 모든 연령의 여성, 트랜스 여성, 다양한 성적 지향, 사회경제적 지위, 지역, 종교, 문화적, 민족적, 인종적 뿌리, 장애 관련 소속감에 기반한 여성을 구별과 차별 없이 인식한다고 재확인했다.³⁷⁾
27. 독립전문가는 상호교차적 분석 시 개인의 경험은 고정된 것이 아니라는 사실을 반드시 고려해야 한다고 말한다. 공간에 따라 달라질 수 있으며(시골에서 도시로 이동하면서, 국경을 건너가면서, 심지어 도시 간의 이동 시) 특히 아동의 경우 시간이라는 개념에 따라 변화를 겪는다. 아동권리위원회는 제3차 논평 이후 “젠더”라는 개념을 인정했으며,³⁸⁾ 젠더 정체성과 새롭게 형성된 자율성³⁹⁾에 대한 아동과 청소년의 권리를 인정하고 제3의 성을 가진 성인에 대한 강제 수술이나 치료를 비판하며 이러한 사회적 구조를 젠더 정체성에 근거한 아동 및 청소년의 소외 현상과 명확히 연결시켰다.⁴⁰⁾
28. 이러한 상황에서, 성적 지향과 젠더 정체성을 부정한다면 인권을 보호할 수 없다.⁴¹⁾ 자료 수집과 분석에 관한 2018년 보고서에서 독립전문가가 지적했듯이, 자료가 부족한 상황에서는 성적 지향과 젠더 정체성과 관련된 공동체를 제대로 바라볼 수 없고 비 합리적인 국가 정책이 만들어지는 주요 원인이 된다.⁴²⁾

36) Submission by the Human Rights Commission of New Zealand.

37) Submission by Uruguay.

38) Committee on the Rights of the Child, general comment No. 20 (2016), para. 34.

39) Ibid.

40) Ibid.

41) See, for example, the submission by Togo.

42) A/HRC/41/45.

젠더 기반 폭력과 차별

29. 한 제출물에서 언급한 바와 같이 “젠더는 한편으로는 사회적, 경제적, 정치적 포용과 참여를 결정하는 요소로, 다른 한편으로는 사회적, 경제적, 정치적 배제와 소외를 결정하는 요소로 우리 사회에 깊숙이 들어와 있는 사회적 구성”이다.⁴³⁾ 극 소수의 사람들은 자신의 젠더 정체성으로 인해 특권을 경험한다. 반대로 대다수의 사람들에게 젠더 정체성은 차별과 폭력의 원인이 된다. 이러한 차별과 폭력은 대부분 여성, 그리고 젠더 정체성 그리고/혹은 표현이 출생 시 부여된 성별에 따른 선입견과 일치하지 않는 사람들이 겪는다. 따라서 젠더 기반 분석은 폭력 및 차별 관련 정책의 수립에 없어서는 안 될 도구였다.⁴⁴⁾
30. 더 나아가 젠더를 폭넓게 이해함으로써 실제적인 또는 인지되는 성적 지향, 젠더 정체성 그리고/또는 그 표현으로 인해 개인이 받는 차별에 대한 체계적인 평가가 가능하다.⁴⁵⁾ 젠더 기반 분석의 결과로 유엔인권조약기구가 내 놓은 해석 역시 같은 의견을 제시한다. 여성차별철폐위원회는 “성 그리고/또는 젠더에 기반하여 여성을 차별하는 현상은 레즈비언, 양성애자, 트랜스젠더의 존재 등 여성에게 영향을 미치는 다른 요소들과 불가분의 관계에 있고 복합적”이라고 말한다.⁴⁶⁾ 경제적, 사회적, 문화적 권리 위원회는 “금지된 영역이었던 ‘성’이라는 개념은 이제 상당 부분 발전을 거쳐 생리적 특성 뿐 아니라 젠더 고정관념의 사회적 구조를 포함한다”라고 밝혔다.⁴⁷⁾ 국가가 공식 문서에서 성의 변경을 허용하지 않음을 분석한 후, 인권 위원회는 “정부가 문서 작성자, 그리고 이와 비슷한 조건을 가진 다른 개인들에게 법에 따른 평등한 보호를 제공하지 않기 때문에” 성의 변경을 허용하지 않는 것은 차별의 한 형태라고 판단했다.⁴⁸⁾ 그리고 장애인권리위원회는 젠더는 이분법적 개념이 아니라는 그들의 견해를

43) See the joint submission by the Association for Women’s Rights in Development (AWID) and the Sexual Rights Initiative (SRI).

44) See, for example, CCPR/C/119/D/2425/2014, para. 7.12; CEDAW/C/75/D/138/2018; CEDAW/C/73/D/99/2016; Committee on the Rights of Persons with Disabilities, general comment No. 3 (2016), para. 8; E/C.12/65/D/22/2017, para. 8.2; and E/C.12/63/D/10/2015, para. 19.5.

45) Submission by CREA et al.

46) Committee on the Elimination of Discrimination against Women, general recommendation No. 32 (2014), para. 6.

47) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, general comment No. 20 (2009), para. 20. In the same comment, the Committee observed that both “sexual orientation” and “gender identity” were prohibited grounds of discrimination under the Covenant (para. 32).

48) CCPR/C/119/D/2172/2012, para. 7.14.

밝히며 “모든 젠더”⁴⁹⁾라는 용어를 사용한다. 고문방지위원회는 국가는 “젠더, 성적 지향, 트랜스젠더 정체성 등에 관계 없이 모든 사람에게 법이 실제적으로 적용”되도록 해야 한다고 인지한다.⁵⁰⁾

31. 최근의 미주 판례법은 젠더 기반 분석이 트랜스 여성에 대한 폭력을 분석하는 데 어떠한 방식으로 적용되고 이러한 분석에 얼마나 적합한지 보여주는 좋은 예시를 보여준다. 현재 미주인권재판소에서 판결이 계류 중인 에르나스 대 온두라스 사건과 관련하여 미주인권위원회가 법원에 제출한 본안 보고서에 미주인권위원회는 피해자의 죽음은 경찰이 LGBT, 특히 경찰이 트랜스 여성 성 노동자에게 가하는 폭력 등 선입견에 기반한 차별의 맥락에서 발생했음을 알게 되었다.⁵¹⁾ 사건과 사건 관련된 전체 맥락을 살펴보는 과정에서 미주인권위원회는 트랜스 여성의 젠더 정체성과 젠더 표현을 바라보는 선입견에 기반한 폭력에 특히 주목했고 비키 에르난데스 및 기타 트랜스 여성들은 사회적 배제로 인해 필연적으로 차별과 범죄로 이어지는 폭력의 굴레에 들어가게 된다는 사실을 고려했다.⁵²⁾ 미주인권위원회는 이 사건을 통해 국가 부문의 조사 능력이 부재하다는 것 만이 아니라, 트랜스 여성들의 상황을 고려하여, 그리고 국가의 인권 의무를 충족하기 위해 교정과 변화가 필요한 더 큰 흐름과 관행의 측면에서 이들에게 가해지는 치명적인 폭력을 조사하려는 시도에 대한 저항이 존재함을 밝혀냈다.⁵³⁾
32. 여성 및 여아를 대상으로 한 차별을 다루는 실무 단체도 마찬가지로 자신을 레즈비언이나 양성애자, 트랜스 여성이라고 인지하는 사람들을 포함하여 젠더 고정관념에 순응하지 않는 여성들은 차별, 폭력, 범죄화에 특히 취약함을 관찰했다.⁵⁴⁾ 비슷한 맥락에서 인터섹스인 사람들은 그들의 신체가 성별과 젠더 규범에 맞지 않는다는 이유로 낙인과 차별을 받으며, 인터섹스 영아, 유아, 성인은 여성과 남성의 신체에 대한 사회적 기대에 맞게 외모나 신체 발달을 수정하기 위해 의학적으로 불필요한 강제 수술, 호르몬 치료와 기타 시술 등을 받는다.⁵⁵⁾

49) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, general comment No. 5 (2017), para. 23.

50) Committee against Torture, general comment No. 2 (2007), para. 21.

51) See www.oas.org/en/iachr/decisions/court/2019/13051FondoEn.pdf.

52) Ibid., see para. 57.

53) Submission by Elizabeth Abi-Mershed.

54) A/HRC/29/40, para. 21.

55) See www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/BackgroundNoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf.

33. 비슷한 맥락에서, 미주인권재판소가 판결한 로하스 마린과 페루(Rojas Marin v. Peru) 사건⁵⁶⁾은 젠더 정체성의 유동적 성질을 사법적으로 인정한 주목할 만한 사례이다. 2008년 주요 사실관계 조사 당시, 피해자는 자신을 동성애 남성으로 인지했지만, 2020년 법원 판결에서는 스스로를 여성으로 식별했다. 2008년 법원은 항문 강간이 피해자에 대한 폭력적 감정과 차별을 드러내기 위한 목적적인 성격이 있다고 판단하고 “아즐 로하스 마린의 권리를 침해했을 뿐 아니라 LGBTI 공동체 전체에 메시지를 전달한 것이기에 이 사회적 집단 전체의 자유와 존엄에 위협이 되었다”라고 판결하며 해당 사건을 혐오 범죄로 규정했다.⁵⁷⁾
34. 이전 임무 수행자는 폭력 근절이 최우선 목표인 지속가능한개발목표 16에는 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력을 반드시 고려되어야 한다는 점을 지적하면서 지속가능한개발 2030 의제와 성적 지향 및 젠더 정체성을 기반으로 한 폭력과 차별 간의 관련성을 언급했다.⁵⁸⁾ 마찬가지로 안전보장이사회 결의안 1325(2000년)이 규정한 젠더 기반 접근법은 오랜 시간 여성에 대한 일반적인 참고 자료로 인식되어왔고, 인권옹호자들은 무력 충돌 시 레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성, 젠더 다양성을 지닌 사람들이 특정 영향을 받게 됨을 알리는 캠페인을 벌였다. 이 캠페인은 종종 범죄화, 차별, 소외가 반복되는 양식을 다소 개괄적으로 반영했던 과거의 정책들을 변화시키기 위한 중요한 과제였다.⁵⁹⁾
35. 국제 인권법에서 젠더와 젠더 정체성, 젠더 표현을 수용하는 과정은 욱야카르타 원칙에 설명되어 있다⁶⁰⁾. 개정판을 통해 욱야카르타 원칙 플러스10으로도 알려진 이 원칙은 본 보고서 작성일 기준으로 보편적 정례 인권 검토, 유엔인권고등판무관 보고서, 특별 절차 및 조약기구 보고서, 유럽인권재판소 판결, 미주인권재판소 판결 및 권고 의견, 미주인권위원회 사례 및 주제보고서를 비롯하여 보츠와나⁶¹⁾,

56) See www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf.

57) Ibid., see para. 165.

58) A/HRC/35/36, para. 66 (e).

59) Submission by the Centre for Gender in Politics at Queen’s University Belfast.

60) See <https://yogyakartaprinciples.org/principles-en/>.

61) See <https://africanlii.org/sites/default/files/legabibo.pdf>.

인도⁶², 네팔⁶³ 대법원 등 많은 국가에서 진행된 수많은 판결에서, 그리고 아르헨티나⁶⁴와 벨기에⁶⁵ 등에서 국내법으로, 콜롬비아⁶⁶와 스웨덴⁶⁷ 등의 국가에서 공공정책에 참조되었다. 젠더, 젠더 정체성, 젠더 표현이 적극적으로 받아들여진 배경은 옥야카르타 원칙과 그 개정판을 이끌어낸 과정이 학제간 표준 식별 방법론을 따르고, 조약법, 국제 관습, 국가적 관행, 사법 판결 및 교리에 초점을 맞추었다는 사실과 관련이 있다. 본 보고서에도 이 같은 이론과 자료들이 많이 참조였고 국제사법재판소 제38조 제1항에 따라 모두 국제법의 출처에 포함된다.

법적 인정

36. 2018년 트랜스인과 젠더 다양성을 지닌 사람들의 인권을 지켜야 하는 국가의 의무를 연구했을 때, 임무 수행자는 자신의 젠더를 스스로 결정할 권리는 근본적인 개인의 자유이며 정체성의 초석이라고 결론지었다. 차별받지 않을 권리, 법의 동등한 보호를 받을 권리, 그리고 사생활, 정체성, 표현의 자유에 관한 권리와 동일한 방식으로 젠더를 인정하기 위한 접근을 제공하는 것은 국가의 의무이다.⁶⁸ 이러한 의무에는 젠더의 법적 인정을 방해하거나 불가능하게 만드는 정책을 채택하지 않는 것, 그리고 아래와 같은 법적 조치를 취하는 것이 포함된다.

- (a) 자기 결정에 기초
- (b) 단순한 행정 절차
- (c) 진단서, 수술, 치료, 불임, 이혼 등 학대적 요구를 하지 않음
- (d) 다양성과 특수성을 완전히 받아들여 비 이원적 정체성을 인식 및 인정
- (e) 미성년자들이 그들의 젠더 정체성에 대한 인식을 가질 수 있도록 보장

62) See Navtej Singh Johar v. Union of India.

63) See Sunil Babu Pant et al. v. Nepal Government et al. (2007), writ No. 917.

64) Submission by the University of Buenos Aires.

65) Submission by Belgium.

66) Submission by Corporacion Femm.

67) See https://publikationer.sida.se/contentassets/b7c778a855dc4e92a5a9da1bebc48b0a/action-plan-for-sidas-work-against-gender-based-violence-2008-2010_680.pdf.

68) A/73/152, paras. 75-81.

37. 이 같은 기준에 따라 젠더 정체성의 법적 인정에 상당한 진전이 있었음에도 불구하고 독립전문가는 전 세계 곳곳의 젠더 관련 각종 절차에는 여전히 병리학의 깊은 잔재가 남아있다는 증거를 발견한다. 한 제출물에 따르면 유럽과 중앙아시아의 10개 국가에서는 여전히 법적 인정의 조건으로 불임수술을 요구하고, 중부 유럽과 동 유럽, 중앙아시아의 모든 국가에서는 정신병 진단서를 요구한다.⁶⁹⁾ 또 다른 제출물은 2017년 말레이시아 보건부가 트랜스인들과 그들의 정체성을 병으로 취급하는 지침을 내렸고 “젠더 관련 문제”가 있는 십대들에게 성기 등의 신체검사를 받도록 했음을 알렸다.⁷⁰⁾
38. 임무수행자는 시스 여성의 우려가 묵인되고 여성을 보호하는 안전한 공간이 침해당할 수 있다는 위험, 그리고 스포츠 분야와 관련된 여자 아동의 발전에 위협이 될 수 있음을 주장하며 트랜스 인들과 젠더 다양성을 지닌 사람들의 법적 인정을 반대하는 제출물을 발견하기도 한다. 주장의 내용은 다양하지만, 이들의 궁극적인 생각은 자기 결정에 기초한 젠더 정체성을 법적으로 인정하는 것은 비 트랜스 여성의 인권 증진에 위협이 된다는 것이다.
39. 전 세계 여성에게 매일 가해지는 억압, 폭력, 차별의 근절은 인권 수호를 위해 꼭 필요하다. 이 과정에는 폭력과 차별의 증거를 수집하고 상호교차적 관점에서 문제를 분석하며, 이러한 증거 기반 접근을 통해 정책을 결정하고 법을 개정하여 얻게 될 효과를 평가하는 활동이 수반된다. 이스탄불 협약처럼 지역을 기반으로 추진되는 접근에는 레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성을 포함한 모든 여성들의 개인적 경험에 대해 상호교차적인 이해가 필요하다.
40. 반대로, 젠더 정체성의 법적 인정이 평등을 위한 투쟁, 여성의 권리, 시스 여성의 권리와 충돌하는 것처럼 보일 수 있다는 목소리를 뒷받침할 증거는 없다. 독립전문가는 이러한 주장이 인권을 바탕으로 한다는 의견을 받아들일 수 없다. 이러한 주장의 근거는 지나치게 일화적 증거에 치우쳐 있으며, 일부는 학대 혐의와 관련이 있지만 대부분은 트랜스인, 젠더 다양성을 지닌 사람들, 그리고 압도적으로 트랜스 여성에 대한 매우 차별적인 고정관념을 기반으로 한다. 예를 들어 트랜스 여성을 법적으로 인정한다는 것 자체가 다른 여성들의 안전한 공간을 위협한다는 주장이 그런 경우이며, 이는 약탈적 결정론에서 비롯한 낙인에 의존하는 것으로 보인다. 통계적 증거와 이에 대한 분석은 트랜스 여아들을 법적으로 인정하는 것이 스포츠를 통한 발전에 전면적인 위협이 된다는 주장을 뒷받침하지 않는다. 이러한 주장은 트랜스 여아는 여아가 아니라는 유해하고 공격적인 목소리에 의존하고 이를 정당화하기 위해 순환적으로 추구하는 개념이다. 트랜스 여성 존재의 법적 인정이 시스 여성의 우려를 무시한 위협이 된다는 생각은 정책을 수립 시 젠더 정체성을 포함한 상호교차적인 분석을 진행하고 관련된 모든 시각을 고려해야 하는 국가의 의무를 경시한다.

69) Submission by GATE.

70) Submission by the Asia Pacific Transgender Network et al.

41. 증거에서 알 수 있듯, 법적 인정을 반대하는 일련의 주장들은 트랜스인과 젠더 다양성을 지닌 사람들이 겪는 차별과 폭력에 대한 책임이 국가(의무 이행자)에서 권리를 완전히 박탈당한 공동체와 개인(즉, 트랜스인, 젠더 다양성을 지닌 사람들로 구성된 권리 보유자)으로 이동하였음을 시사한다는 점에서 주목할 만하다. 독립전문가는 자기 결정을 법적으로 인정하는 것이 트랜스 인과 젠더 다양성을 지닌 사람들을 비 사법적인 처형, 강제 실종, 고문, 학대, 구타, 가혹행위 등 용납할 수 없는 상황, 그리고 고용, 교육, 주택, 의료 및 기타 모든 사회분야에서 제도적으로 배제되는 현상으로부터 보호하기 위한 핵심 수단이라는 충분한 증거를 제시했다. 따라서 이들에 대한 법적 인정은 선택사항이 아니라 인권을 위한 필수 사항이다.
42. 임무 수행자는 젠더의 법적 인정을 반대하는 입장 중 일부는 (상호교차적 분석에 의해 설득력 있게 반박되긴 했으나) 비 트랜스 여성은 인종, 연령, 국적, 사회경제적, 이주 상황, 그리고 기타 지위에 크게 좌우되지 않는 단일 이익 집단이라는 생각에 기반한다는 점, 그리고 트랜스 남성 및 기타 젠더 다양성을 지닌 사람들의 실제적인 현실, 이들의 건강, 고용, 주거, 교육 결정 요인, 스포츠나 문화 등을 통한 통합은 간과한다는 점을 주목한다.
43. 독립전문가는 또한 법적 인정을 반대하는 일부 주장은 젠더 다양성을 외면하는 선입견 그리고/또는 식민적 편견을 전 세계적으로 재 생산할 수 있다는 점을 우려한다. 또 다른 걱정은 남성/여성 이분법을 통해 성별이 엄격하게 정의된다는 퇴행적 자세를 추구함으로써 법적 인정을 반대하는 사람들이 본 보고서가 설명한 국제법 형성 과정을 거부하고 생물학적 결정론을 지지하는 것으로 보인다는 점이다. 임무 수행자는 이러한 상황이 레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성을 포함한 모든 여성의 권리에 중대한 위협이 될 수 있음을 인지한다.
44. 공공정책에 포함된 이같은 서사로 인한 영향은 이미 전 세계 트랜스 공동체에 부담으로 작용하고 있으며, 트랜스 여성과 남성, 트랜스 여아와 남아, 젠더 다양성을 지닌 사람들의 사회 통합을 위한 접근을 제한하고 배제하는 특이하고 부당하며 자의적인 수많은 법적 조치들이 세계 곳곳에서 채택되었거나 논의 중이라는 사실에 독립전문가는 큰 우려를 느낀다. 이러한 조치들은 젠더 정체성의 법적 인정을 반대하는 서사와 직접적으로 관련이 있다.
45. 인권을 남용할 수 있다는 우려는 권리에 대한 접근을 제한하는 정당한 이유가 될 수 없다. 임무 수행자는 모든 여성을 위한 안전한 공간이 중요하다는 의견을 깊이 존중한다. 객관적으로 확인된 위협으로부터 여성이 언제나 온전할 수 있는 상태가 지켜져야 한다. 이러한 위협을 관리하는 조치가 효율적이고 효과적이어야 한다는 사실은 그 조치가 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별의 핵심인 낙인 혹은 고정관념을 축진, 재 생산, 묵인해서는 안 된다는 사실만큼이나 분명하다. 그리고 이러한 조치들이 권리 소유자가 권리를 향유하는 데 장애물로 작용해서도 안 될 것이다. 이러한 의무를 이행하는 방법의 핵심은 선입견과 낙인이 배제된 증거 기반 접근이다.

46. 마찬가지로 모든 여성의 우려는 데이터 수집과 분석에 반영되어야 하며 스포츠 영역과 기타 사회적 삶을 통한 포용이 레즈비언, 양성애자, 트랜스 여아들을 포함한 모든 여아들의 발전을 증진하는 목표 충족을 보장하는 증거 기반 접근과 공공 정책 등의 결과로 이어져야 한다.
47. 본질적으로 위에 기술한 내용은 개인, 공동체, 시민 권리의 부정을 위한 것이 아닌 위험을 식별, 회피, 완화, 관리하기 위해 증거 기반 접근을 필요로 하는 예방 작업이다. 위험을 예방하는 것은 국가의 의무이다. 특히 젠더의 법적 인정에 대한 이러한 부정이 낙인과 선입견에 근거하여 임무 수행자가 많은 증거를 통해 드러냈던 폭력과 차별을 부채질할 때 더욱 그러하다.

신체적 자율성

48. 신체적 자율성과 신체적, 정신적 완전성을 존중받을 권리 간의 관계, 그리고 이에 대한 법적 개념과의 불가분의 관계는 모든 인권을 향유하기 위한 기본이라고 유엔인구기금(UNFPA)에 의해 문서화되었다.⁷¹⁾ 이 권리에는 경제적, 사회적, 문화적 권리 위원회가 설명하듯 건강에 대한 권리가 포함된다. 건강에 대한 권리란, “성, 출산의 자유를 포함하여 자신의 건강과 신체를 통제할 권리, 그리고 고문, 동의 없는 치료, 실험으로부터 자유로울 권리 등 간섭 받지 않을 권리”를 의미한다. 이 개념적 구조는 “교정 공간”이라고 하는 극악한 공간을 통해 고문 당하는 레즈비언 여성들에게, 강압적인 항문 검사를 당하는 게이 남성들에게, “전환 치료”의 대상이 되는 모든 사람들에게, “표준화”라는 수술의 대상이 되는 모든 인터섹스 영아와 소아에게 긴급한 관련이 있다.⁷²⁾ 이 같은 모든 형태의 폭력에 의해, 그리고 본 임무를 위한 작업 중 문서화된 기타 많은 요인에 의해 신체적 완전성 혹은 동의하지 않은 신체적 행위로부터의 자유가 직접적으로 침해당하고 있으며, 이러한 침해는 성 혹은 젠더, 그리고 이와 관련된 고정관념에 모든 이를 억지로 끼워 맞추려는 시도와도 직접 관련이 있다.
49. 전 세계적으로 인터섹스 영아, 유아, 성인은 이들의 외모와 신체 발달을 여성과 남성의 신체에 관한 사회적 기대와 일치하도록 바꾸기 위해 의학적으로 불필요한 수술, 호르몬 치료, 기타 수술을 받는다.⁷³⁾ 인터섹스인들에게 가하는 이러한 침해의 바탕에는 유해한 고정관념, 낙인, 금기, 병리 주의가 자리 잡고 있다. 인터섹스 아동을 대상으로 한 조기 수술은 노골적이고 잔인한 이분법적 젠더 규범의 결과이며 유엔 및 지역인권기관은 각국에 신체적 완전성과 자율성, 인터섹스 아동의 자기 결정권에 대한 권리를 보호할 것을 촉구했다.⁷⁴⁾

71) Committee on Economic, Social and Cultural Rights, general comment No. 14 (2000), para. 8.

72) See www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/BackgroundNoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf.

73) Ibid.

74) Ibid.

50. 잔인하고 비 인간적이며 인간의 품위를 손상하는, 그리고 의료적 진단, 수술, 치료, 불임, 이혼과 같은 젠더 인식을 요구하는 형태의 고문을 받는 트랜스 인들에게 신체적 자율성에 관한 정의는 매우 중요하다. 2018년 조지아 방문 시, 독립전문가는 그가 인터뷰했던 트랜스 남성 대부분이 중지가 없음을 알게 되었고, 이후 “진짜” 트랜스인인지 인증할 권한이 있는 의료 당국이 법적 인정 요건의 하나로 중지를 절단하여 인공 음경을 만들라고 요구했다는 것을 알고 충격을 금치 못했다.⁷⁵⁾ 성 전환 관련 의료행위를 이용할 수 있도록 하는 것은 트랜스 인들의 신체적 자율성을 보장하기 위한 조치이며 독립전문가는 이러한 의료행위의 접근을 범죄화하고 억제하려는 움직임을 우려한다.
51. 신체적 자율성과 완전성은 레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성에게 영향을 미치는 젠더 기반 폭력 및 차별로부터의 자유와 관련이 있다. UNFPA가 언급한 바와 같이, “젠더 차별적인 사회 규범이 내재된 곳에서 여성과 여아의 신체는 스스로가 아닌 친밀한 관계에서부터 입법부까지 타인이 내리는 선택의 대상이 될 수 있다. 통제권이 타인에게 있을 때, 자율성은 영원히 도달할 수 없는 곳에 놓인다.”⁷⁶⁾
52. 자유와 평등을 보장하기 위해서는 이같이 신체적 자율성이 침해 받고 있는 상황과 기타 다른 상황들이 모두 고려되어야 한다. LGBT와 인터섹스인들의 안전은 신체적 완전성에 대한 부당한 간섭에서의 자유 등 이들의 신체적, 정신적 완전성을 존중받을 권리와 관련이 있다.⁷⁷⁾ 이는 임신, 성, 출산과 관련된 건강의 결정을 포함하여 성적 권리와 출산의 권리가 인정되고 보호받아야 할 트랜스 남성 등의 트랜스인들과 젠더 다양성을 지닌 사람들에게 근본적으로 중요한 원칙이다.

젠더 및 섹슈얼리티에 관한 포괄적 교육

53. 2019년 우크라이나 방문 시, 독립전문가는 초등과 중등 교육에서 LGBT 학생들의 니즈와 복지에 관한 지식이 국가 내에 완전히 부재하고 LGBT 학생들이 겪는 학대와 어려움, 이로 인한 학업적 영향을 관찰했다. 이러한 상황으로 인해 작년 한 해 동안 49%의 학생들이 그들의 성적 취향과 젠더 정체성 때문에 학교에서 불안을 느꼈고, LGBT와 젠더 다양성을 지닌 학생의 88.5%가 교내에서 폭언에 시달렸으며 53.5%가 신체적 학대를 당했다.⁷⁸⁾

75) See A/HRC/41/45/Add.1.

76) United Nations Population Fund, My Body Is My Own: Claiming the Right to Autonomy and Self- Determination, p. 8, available at www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/SoWP2021_Report_-_EN_web.3.21_0.pdf.

77) Human Rights Committee, general comment No. 35 (2014), para. 3.

78) A/HRC/44/53/Add.1, para. 72.

54. 젠더와 섹슈얼리티에 관한 포괄적인 교육을 제공하고 이들을 수용하는 것은 세계인권선언 19조에 의해, 그리고 시민적 권리 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조에 의해 법적으로 보호되는 원칙이다. 독립전문가는 폭력과 차별의 강력한 근본 원인인 낙인을 없애기 위해, 경제적, 문화적, 사회적 권리에 관한 국제 규약 제13조에 의거한 인간의 인격과 존엄성의 완전한 발전을 촉진하기 위해⁷⁹⁾, 성, 섹슈얼리티, 쾌락에 대한 고정관념을 해체하기 위해, 그리고 젠더에 기반한 폭력을 예방하기 위해 젠더와 섹슈얼리티에 관한 포괄적인 교육이 중요함을 강조한다.⁷⁹ 여성차별철폐위원회가 지적한 바와 같이, “학교는 종종 학교 운영 기관의 허술한 정책 시행과 교사, 교장, 기타 학교 당국의 일관적이지 않은 반 차별 정책을 시행한 결과 사회적 고정관념을 영속화하고 강화한다. 제한된 교육과 문화적 금기는 레즈비언, 양성애자, 트랜스젠더, 인터섹스 학생들의 사회적 이동을 막는 요인이 되고 폭력에 대한 취약성을 높인다.”⁸⁰⁾

III. 효과적인 국가 조치

55. 국제 인권법에 따라 예방, 책임, 배상은 국가 의무의 영역이다. 앞서 설명했듯 독립전문가는 젠더에 기반하고 상호교차적인 분석을 채택하는 것은 이러한 국가의 의무를 성실하게 이행하기 위한 기본 요소라는 사실에 동의한다.

지식, 데이터 수집과 분석

56. 각국은 젠더 정체성과 표현으로 인한 차별과 폭력에 관계된 데이터를 수집해야 할 의무를 점점 더 강하게 인지하고 실제로 이행하고 있으며, 이러한 의무와 젠더 주류화의 관계를 인정하고 있다. 대다수 국가들은 데이터 수집을 위한 일부 시스템을 갖추고 있다고 보고했으며, 이 시스템은 사법 관련 기관에서, 또는 설문 조사를 통해 수집한 데이터를 이용하기도 한다. 예를 들어 스페인 내무부는 성적 지향과 젠더 정체성에 기반하여 발생하는 혐오 범죄 데이터를 수집하고 분석했다.⁸¹⁾ 2017년, 영국은 국내 LGBT를 대상으로 보건, 교육, 형사사법제도 등 삶의 전반과 관련된 조사를 실시하여 108,000건의 응답을 얻었다.⁸²⁾ 한 제출물은 “젠더에 기반한 폭력에 맞서고 이를 근절하기 위한 전략의

79) See also Committee on the Rights of the Child, general comment No. 20 (2016), para. 60.

80) Committee on the Elimination of Discrimination against Women, general recommendation No. 36 (2017), para. 45.

81) Submission by Spain.

82) Submission by Stonewall.

일환으로 콜롬비아 정부와 유엔 성 평등 및 여성권한강화 단체(UN-Women)는 젠더 폭력 통합 정보 시스템을 만들어 여성에게 가해지는 폭력에 대한 서로 다른 주체의 정보를 통합하고 성적 지향과 젠더 정체성을 별도의 범주로 다루기 위한 방법을 모색 중이다.”고 말했다.

57. 젠더 기반 공공 운영은 특히 야심차고 의미 있는 사업이다. 스웨덴에서는 젠더를 위한 예산이 편성되며 정부는 입법 과정, 거버넌스, 국제적 업무에 젠더 주류화를 시행하기로 결정했다.⁸³⁾

입법

58. 일부 국가에서는 젠더 인지적 관점이 헌법 차원에서 존중되어 왔다고 보고했다.⁸⁴⁾ 또 다른 국가에서는 젠더, 젠더 정체성, 표현으로 인한 차별을 금지하는 법안⁸⁵⁾, 그리고/ 또는 혐오 범죄를 해결하기 위한 법안⁸⁶⁾을 채택했다고 보고했다. 이에 더해, 젠더 기반 폭력을 방지하고 근절하기 위해 전 세계적으로 채택된 수많은 법률이 추가되어야 한다. 2018년의 독립전문가 조사에 따르면 젠더 기반 폭력에 관련된 법률은 오늘날 가장 발전되고 풍부한 젠더 법률 영역이며, 젠더 정체성의 법적 인정을 위해 제정된 법률이다.

59. 또 다른 일부 국가의 입법적 노력은 특정 영역에 집중되어 있다. 필리핀의 경우 2018년의 안전한 공간 법안(the Safe Spaces Act)은 젠더, 젠더 정체성 그리고/또는 표현의 정의를 제공하고 공공장소에서 젠더에 기반한 성희롱(트랜스젠더 혐오 발언 포함)을 처벌한다.⁸⁷⁾ 멕시코시티의 차별 방지 및

83) Submission by Sweden.

84) See, for example, the submissions by Argentina, Bolivia (Plurinational State of), Honduras, Mexico and Nepal, and by the Defensoria del Pueblo (Peru).

85) See the submissions by Andorra, Australia, Croatia, Cyprus, Germany, Honduras, Israel, Italy, Malta, Mauritius, Mexico, Norway, Spain (Catalonia), Sweden, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and Uruguay, and by the Procuraduria para la Defensa de los Derechos Humanos (Nicaragua) and the Commission on Human Rights (Philippines). Non-State submissions included mentions of Afghanistan (in the submission by All Survivors Project), Colombia (in the submission by Colombia Diversa), Montenegro (in the submission by Asocijacija Spektra et al.), Slovenia (see <http://pisrs.si/Pisweb/pregledPredpisa?id=ZAKO7273>) and the United Kingdom (in the submission by Stonewall).

86) See the submissions by Croatia, Cyprus, Israel, Malta, Norway, Spain and the United Kingdom, and by the Danish Institute for Human Rights, the Ombudsman of Argentina, and the Human Rights Commission (New Zealand). A non-State submission included mention of Colombia (in the submission by Colombia Diversa).

87) Submission by the Commission on Human Rights (Philippines).

근절법은 젠더, 젠더 정체성, 표현은 차별로부터 보호되는 범주라는 인식을 높인다.⁸⁸⁾ 네덜란드의 교육문화과학부는 LGBT에 대한 잘못된 믿음과 고정관념을 없애기 위해 다년간의 프로그램과 협력에 투자한다. 그 중 한 가지 예는 액트포리स्पек트(Act4respect)인데, 이는 젠더 기반 폭력의 근간인 젠더 고정관념을 타파하고 이에 기반한 폭력을 근절하기 위해 시행된다.⁸⁹⁾ 아르헨티나의 미카엘라 법이라고 알려진 법률 No. 27.499은 공공서비스, 또는 행정부, 법원 관계 공무원들이 젠더 및 젠더 기반 폭력에 대한 교육을 의무적으로 이수하도록 한다.⁹⁰⁾ 몰타에서는 인터섹스 영아와 직접 관련하여 “미성년자 본인의 동의 없이 특정 사회적 요소에 의한 의료적 개입” 행위가 법으로 금지되어 있다.⁹¹⁾

공공정책

60. 각종 국가 및 비 국가 기관은 젠더 개념의 체계, 젠더 분석, 젠더 주류화가 공공정책을 통한 사회 정의 실현에 중요 도구임을 한 목소리로 강조했다. 독립전문가는 전 세계 모든 지역에서 젠더 평등을 위한 국가 계획이 존재하고 이것이 실행되고 있다는, 그리고 이러한 국가 계획의 많은 부분에 젠더 정체성이 바람직하게 수립되어 있다는 풍부한 증거를 수집했다. 예를 들어 앙골라의 젠더 평등과 형평을 위한 국가 정책에는 젠더 분석, 젠더 고정관념, 젠더 정체성에 관한 정의가 포함되어 있고, 2020년 국가인권전략에는 젠더에 관한 포괄적인 접근방식과 여성 및 LGBT의 인권 증진 및 보호를 위한 구체적인 조치들이 포함되어 있다.⁹²⁾ 2021년 1월 20일, 미국의 차기 행정부는 젠더 정체성 혹은 성적 지향에 의한 차별 방지와 첼페라는 제목의 행정 명령을 발행했다.⁹³⁾ 이 행정 명령은 2020년 미국 대법원이 보스톡 대 클레이튼 카운티(Bostock v. Clayton County) 사건과 관련하여 판결한 내용에 따라 LGBTQ 보호를 위한 기존의 성차별 금지법을 광범위하게 적용한다.⁹⁴⁾ 네팔에서는

88) Submission by the Human Rights Commission of Mexico City.

89) Submission by the Netherlands.

90) Submission by Argentina.

91) See www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/BackgroundNoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf.

92) Submission by Angola.

93) See www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/01/20/executive-order-preventing-and-combating-discrimination-on-basis-of-gender-identity-or-sexual-orientation.

94) Submission by Human Rights Campaign.

국가인권이행계획이 트랜스인을 보호하기 위한 규정을 마련하고 있다.⁹⁵⁾ 네덜란드에서는 2018-2021년 젠더 및 LGBTI 평등 정책 계획을 통해 평등한 대우, 평등한 기회, 안전한 삶에 대한 LGBTI의 권리를 증진하겠다는 정부 의지를 보여주고 있다.⁹⁶⁾

61. 노르웨이 정부가 추진 중인 “안전, 다양성, 개방성” 실행 계획은 포괄적이고 상호교차적인 젠더 분석에 기초하고 있다. 이 실행 계획에 따라 공공 부문은 성적 지향, 젠더 정체성, 표현, 기타 차별 근거(예: 민족, 장애 유무, 연령 등) 간의 접점을 책임 있게 다루어야 한다.⁹⁷⁾ 보스니아와 헤르체고비나는 3년 연속 젠더 행동계획을 채택했고, LGBTI인들을 행동계획의 교차 영역 중 하나로 본다.⁹⁸⁾
62. 우루과이⁹⁹⁾ 등 일부 국가는 극단적인 젠더 기반 폭력 문제에 대응하기 위해 전국 협의회를 조직했고, 효과적인 업무를 위해 필요한 인력과 예산이 할당된 젠더 특별 조직을 갖추고 있다고 보고했다.¹⁰⁰⁾ 스웨덴에서는 2018년 1월 1일에 설립되어 젠더 평등 정책이 효과적으로 이행될 수 있도록 후속 조치, 분석, 조정, 지원을 담당하는 양성평등청이 LGBTI인들의 인권 사안을 다루고 있다.¹⁰¹⁾ 키프로스에서는 교육체육문화부가 각종 부서 및 서비스의 대표들로 이루어진 부서간 위원회를 구성하여 젠더 평등 사안을 감독하고 조율한다. 이 위원회의 업무는 교육 시스템 및 교사 재직 훈련과 관련된 사안에 양성평등이 포함되도록 지원하는 것을 목표로 한 실행 계획(2018-2020)을 기반으로 한다.¹⁰²⁾
63. 아르헨티나에서는 스포츠 계 폭력 방지와 젠더 평등 촉진을 위한 부처 간 프로그램이 수립되었다.¹⁰³⁾ 이 프로그램의 주요 목표는 모든 영역과 수준의 공동체 및 스포츠 분야에서 젠더 관점과 다양성을 주류화하고 스포츠에서 LGBTI+ 여성과 개인을 더욱 포용하는 것이다. 또한 이 분야에 속한 LGBTI+여성의 삶에 영향을 미치는 구조적 젠더 고정관념의 인식을 높이고 스포츠에서 젠더에 기반한 폭력을 예방하고 해결하고자 한다.

95) Submission by Nepal.

96) Submission by the Netherlands.

97) Submission by Norway.

98) Submission by Bosnia and Herzegovina.

99) Submission by Uruguay.

100) Ibid.

101) Submission by Sweden.

102) Submission by Cyprus.

103) Submission by Argentina.

64. 그럼에도 불구하고 공공정책의 일부로 채택된 조치들은 정치적 변동성에 취약한 것으로 보인다. 독립전문가가 특히 우려하는 것은 이러한 문제가 정치적 변화에 민감하여 당파적인 경향이 매우 강하게 보인다는 점이다.

법적 연구

65. 아르헨티나 대법원¹⁰⁴, 칠레 대법원¹⁰⁵, 코스타리카 대법원¹⁰⁶의 여러 판례에서 젠더 정체성인 인정되었다. 특히 콜롬비아 헌법재판소는 젠더 정체성과 성적 지향은 개인에게 내재된 측면이며, 이는 그들의 내면적 자아의 일부지만 완전히 외부로 표출될 수 있기에 인정되고 존중되어야 함을 확고히 했다.¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾

66. 2020년, 보스톡 대 클레이튼 카운티 사건에 대한 미국 대법원의 획기적인 판결은 젠더 정체성에 근거한 차별이 성차별 금지의 한 형태이며 제7조(민권법 1964년)를 위반한 것임을 재확인했다.¹⁰⁹⁾

67. 벨기에 플라망 지역에서는 젠더 기반 폭력의 범위에서 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력을 해결하기 위한 정책적 조치가 취해지고 있으며, 이러한 정책적 조치에는 개인의 젠더, 젠더 정체성, 젠더 표현과 관련된 폭력이 포함된다. 이러한 폭력에는 성폭력(강간, 폭행, 성적 협박), 파트너 폭력, 인신매매, 노예, 강제 결혼, 성기 절단, 트랜스젠더 혐오 폭력 등이 포함된다.¹¹⁰⁾

배상

68. 예방과 보상은 깊은 관련이 있으며 인권 침해에 대한 국가의 책임을 결정하는 데서 비롯되는 핵심적인 요소이다. 이와 관련하여 이전 임무 수행자들은 성적 지향과 젠더 정체성의 비 범죄화와 자기 식별에 기반한 젠더 정체성의 법적 인정은 국제 인권법에 따라 국가 책임 영역임을 반복하여 확인했다.

104) See <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=6115732&cache=1518739300001>.

105) Supreme Court of Chile, judgment of the Third Chamber, of 5 November 2019, No. 21.393-2019.

106) See <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-985766>.

107) See judgments T-062 of 2011 and T-363 of 2016.

108) Constitutional Court of Colombia, judgment T-099 of 2015.

109) Submission by Human Rights Campaign.

110) Submission by Belgium.

69. 특정 침해가 반복되지 않도록 보장하기 위해서는 위반사항이 재발하지 않을 것이라고 약속하는 조치가 필요하다. 그 중 가장 의미 있는 조치는 교육, 의료 및 고용 분야, 정치참여분야, 가족 구성 및 이민 서비스 분야 등 사회 전체의 발전에 영향을 미칠 수 있는 영역에 대한 조치일 것이다. 사법부의 명령 아래 반복을 예방하는 형태로 전략적 대책이 구성될 수 있을 것이다. 콜롬비아에서는 LGBTI 부문에 대한 포괄적인 국가 공공정책을 요구한 헌법재판소의 판결에 따르기 위해 LGBTI인들의 권리에 관한 공공정책이 내무부에 의해 발표했다.¹¹¹⁾
70. 배상은 손해를 해결하며 복구, 보상, 변상 등의 방법을 사용할 수 있다. 복구에는 다양한 형태가 있다. 행정적 조치가 될 수 있고 피해자가 권리 침해로 고통을 받은 후 자신의 신체적, 정신적 측면의 법적 완전성을 재건하기 위해 요구하는 치료나 전문가의 도움을 통한 조치가 될 수도 있다. 재활을 위한 조치에는 법적, 직업적, 의료적 영역의 조치와 피해자의 존엄성과 명성을 회복하는 데 도움이 되는 조치 등이 있다. 복구는 위반사항을 부분적으로 수정할 수 있는 것이며 보상은 대체 수단으로 여겨진다.
71. 변상 조치의 형태와 성격은 정해져 있는 것이 아니고, 각각의 경우에 따라 다르지만 사회적, 공동체적, 가족적, 개인적 구조를 회복하는 경향이 있다. 사실, 변상의 다양한 조치들은 미래에 유사한 행동을 반복하지 않겠다는 국가의 의지를 강화하는 중요한 계기가 되기도 한다. 변상은 다음 중 하나 혹은 다음을 조합한 조치가 포함될 수 있다.
- (a) 사실관계 확인 및 진실의 완전한 공개
 - (b) 피해자의 존엄성, 명예, 권리를 회복하는 공식 선언 또는 판결
 - (c) 공개 사과
 - (d) 피해자들에 대한 기억과 추모
 - (e) 발생한 위반사항을 훈련 및 교육 자료에 정확히 설명
72. 젠더 정체성과 관련된 침해로 배상이 이루어진 예는 여전히 부족하다. 2018년, 스웨덴 의회는 1972년에서 2013년 사이에 강제 불임 수술을 받은 트랜스 인물에게 보상금을 지급하기로 결정했다. 아르헨티나의 산타페 주 정부는 주법 13298을 통해 역사적인 배상 프로그램을 마련했다. 이 프로그램에 따라 성적 지향 혹은 젠더 정체성을 이유로 특정 기간에 수감된 사람들에게 금전적 보상이 제공된다. 젠더 정체성에 관한 우루과이 법에는 독재정권 아래서 트랜스인들이 당한 학대, 투옥 및 고문에 대한 보상이 포함되어 있다.

111) Submission by Colombia Diversa.

시민사회조직체

73. 독립전문가가 수신한 대부분의 제출물은 데이터 수집 및 분석 시스템을 운영하고 공동행동을 조직하며 코로나19 극복을 위한 지원과 연대가 일어난 시민사회조직체의 중요성을 강조했다. 지방, 국가, 지역, 글로벌 수준에서 활동하는 조직에 의해 운영되는 인권 보호와 증진을 위한 매우 정교한 시스템이 존재하며, 이 시스템은 탄력성, 지략, 전문성이라는 몇 가지 독특한 특성을 발전시켰다. 성적 지향 및 젠더 정체성에 기반한 폭력 및 차별과 관련하여 전 세계에서 수집되는 대부분의 데이터가 비정부 출처에서 나온다는 사실은 이들이 구축한 시스템의 효율성을 입증한다.
74. 시대와 반발이 가져온 하나의 도전에 직면했지만 시민사회조직체 운동의 강점은 공동의 목표를 식별하는 능력인 것 같다. 한 제출물은 “거듭 도전받는 여성의 여러 권리를 포함하여 과거에 무시되었던 트랜스인, 비 이원적 정체성을 갖거나 젠더 다양성을 지닌 사람들, 인터섹스인들이 내는 목소리와 경험에 대한 관심과 보호가 필요함을 인식하며 모든 사람들이 평등하게 권리를 향유할 수 있도록 보장하기 위해 연대하는 것이 이 운동의 원형이라고 설명했다. 페미니스트 단체, 여성의 권리와 인권, LGBTI의 권리를 위한 단체 전반의 목표를 달성하기 위해 ... 젠더에 대한 관심, 보호, 연대의 포용적인 접근을 채택하고 지지하는 것이 중요하다.”¹¹²⁾
75. 그러나 시민사회조직체는 점점 축소 중인 상황이다. 정확히 말하자면 급격하게 축소되고 있다. 이러한 조직체를 온전히 보존하기 위해서는 국가와 비 국가 행동가들의 강화된 노력이 필요하다. 글로벌 박애 프로젝트에 따르면 여러 국가의 정부와 다국적 기부자들이 보내는 레즈비언, 양성애자, 퀴어 여성, 트랜스인, 인터섹스인들을 위한 기금은 제한된 액수에 그친다고 한다. 인권 옹호자들의 상황을 조사하는 특별조사관과 독립전문가는 LGBT와 인터섹스인들이 주도하고 이들을 위해 봉사하는 시민사회를 옹호하고 보호하기 위한 운동에 실질적으로 영향을 미치는 법적, 물질적 요소 및 위험 요소를 광범위하게 문서화했다.¹¹³⁾

모니터링과 평가

76. 대부분의 경우 전반적인 프로그램을 평가하려는 노력은 시민사회에 의해서만 이루어졌다.¹¹⁴⁾ 독립전문가는 대부분의 국가에서 진행된 검토 프로세스와 관련하여 이러한 경향이 있음을 발견했다. 젠더 기반 체계의 효율과 효과를 측정하기 위한 모니터링 및 평가 방법이 부재하다는 것이 깊이 우려되는 부분이며 국가적 조치를 통해 가장 긴급히 관심을 가져야 할 영역 중 하나이다.

112) Submission by CREA et al.

113) Ibid.

114) Submission by Colombia Diversa.

IV. 결론

77. 독립전문가는 본 보고서에서 설명한 내용과 관련하여 국가에는 두 가지 기본 의무가 있다고 생각한다.
- (a) 성적 지향, 젠더 정체성, 젠더 표현에 기반한 폭력과 차별을 예방, 기소, 처벌하고 관련이 있는 경우 피해자에게 배상을 제공
 - (b) 젠더 정체성과 표현을 포함하여 자신 존재 영역을 결정 할 인간의 자유를 인정
78. 젠더 기반 접근법, 그리고 젠더 정체성과 표현에 대한 법적 인정을 통해 이 같은 국가적 기본 의무를 달성하는 인권 기반 체계가 만들어지며, 이러한 접근이 적용된 국제 인권법은 젠더를 인정하고 젠더 정체성과 표현을 차별 분석에서 우려되는 관행으로 특별하게 분류함으로써 LGBT인들의 인권 보호에 큰 역할을 했다.
79. 젠더란 생물학적 성 특성에 부여된 의미에 따라 적절하다고 판단된 특정 역할, 행동, 표현 형태, 활동, 속성을 부여하는 사회문화적 구성을 설명한다. 이 설명에 따르면 젠더와 성은 서로를 대체하지 않으며 젠더 정체성과 젠더 표현은 차별 반대 분석에서 우려되는 관행으로써 떼려야 뗄 수 없는 관계에 있다.
80. 국제 인권법에서 젠더, 젠더 정체성 및 표현이라는 용어의 사용은 모든 사람들, 공동체, 인구에 적용된다. 특정 젠더로 스스로 정의하든, 젠더가 유동적이든, 젠더는 이분법을 초월하여 대상을 남성성과 여성성으로 명명하는 작업을 통해 작동한다. 젠더, 성, 젠더 정체성과 표현이라는 개념은 서로 관련을 맺고 있지만 보호 근거로서 독립적으로 적용될 수 있다.
81. 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별을 해결하고 궁극적으로 이를 근절하는 작업은 상호 교차적 분석을 채택할 것을 요구하며, 여기에는 젠더 중립적이거나 젠더에 특화된(그리고 시스젠더 이성애자와 레즈비언 여성을, 그리고 트랜스 여성, 트랜스 남성과 기타 생물학적 성에 불응하는 여성과 남성을 차별하기도 하는) 법과 정책을 포함한다.
82. 젠더 정체성에 대한 법적 인정, 그리고 젠더 정체성으로 인한 폭력과 차별로부터의 보호는 신체적 자율성과 불가분의 관계에 있다. LGBT와 인터섹스인의 안전은 신체적 완전성에 대한 부당한 간섭으로부터의 자유 등 이들의 신체적, 정신적 완전성을 존중받을 권리와 관련이 있다.
83. 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별로부터 보호하려는 노력은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약(제19조), 그리고 경제적, 사회적, 문화적 권리 국제 규약(제13조)에 따라 표현의 자유와 인간 인격의 완전한 발달 및 존엄성의 증진에 매우 부합하는 젠더와 섹슈얼리티에 관한 포괄적인 교육을 실질적으로 이행하는 데 달려있다.

84. 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별을 해결하고 궁극적으로 이를 근절하려는 노력은 여성의 인권 보호와 반대되는 행위가 아니다. 반대로 이와 관련하여 우려가 제기되는 사항들은 대체로 이 두 영역이 중첩되는 내용이며 개념적으로, 사회경제적으로, 정치적으로, 법적으로 서로를 강화한다.
85. 임무를 수행하면서 독립전문가는 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별에 대항하기 위한 투쟁에서 벌어지는 인간과 사회적 운동의 동태를 관찰할 수 있는 유리한 위치에 놓인다. 억압하는 측이 저야 할 책임을 억압받는 사람, 공동체, 인구에게 전가하는 듯한 서사는 임무 수행자가 깊이 우려하는 부분이다.
86. 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별에 맞서 싸우는 사람들은 서로를 보고, 서로를 경청하고, 친절과 연민으로 행동하는 것의 중요성을 생각하게 되는 생생하고 공통된 경험을 공유한다. 세계인권선언의 포용적인 언어는 존엄과 권리를 갖고 자유롭고 동등하게 태어난 모든 인간에게 포용적으로 행동하도록 우리를 설득할 뿐 아니라¹¹⁵⁾ 우리 선조들이 이룬 공동의 유산과 많은 것을 성취해 왔지만 현재 위협에 처한 운동의 비상한 힘을 보존하고 보호하기 위한 핵심인 듯하다.

V. 권고

87. 독립전문가는 국가가 젠더 기반 접근법의 가치를 인정하고, 젠더와 섹슈얼리티에 관련된 권리를 보편적이고 양도와 분할할 수 없으며 상호 의존적이며 다른 모든 권리와 상호 관련이 있는 권리로서 지지해 줄 것을 권고한다. 이러한 맥락에서, 독립전문가는 국가가 신체적이고 정신적인 완전성, 자율성, 자기 결정권에 대한 권리를 인정하고, 사회경제적 포용, 주거, 고용, 교육, 특히 젠더와 섹슈얼리티에 관한 포괄적인 교육 등 이러한 권리를 위해 수반되는 요건들을 인식할 것을 권고한다.
88. 독립전문가는 또한 본 보고서에서 확인한 국제 인권법의 법적 근거와 일관된 젠더, 젠더 정체성, 표현을 이해하여 국가가 정의에 근접하기 위한 공공 정책과 시스템을 채택하고 이러한 목적에 부합하는 관련 지역 협약을 비준할 것을 권고한다.
89. 독립전문가는 또한 국가가 폭력과 차별에 대한 상호교차적 분석을 위한 데이터 수집 및 분석 시스템을 구현할 것을 권고한다. 본 임무와 관련하여 전달한 조언에 따라 조치를 마련한다면, 성적 지향과 젠더 정체성에 근거한 폭력과 차별을 해결하기 위한 조치가 내포되어 있고 주요 의사결정과정에서 공동체, 시민, 사람들을 포함하며 시스템의 설계에서 모니터링 및 평가에 이르는 모든 단계에서 이들에게 의미 있는 참여를 허용하는 젠더 주류화 접근 방식을 채택할 것을 독립전문가는 권고한다.

115) Universal Declaration of Human Rights, art. 1.

90. 독립전문가는 성적 지향과 젠더 정체성에 기반하여 발생한 인권 침해를 식별하기 위한 조치를 마련하고 사실 조사와 함께 적절한 경우 문제의 시정에 도움이 되도록 책임소재 파악 및 적용 가능한 배상 조치를 취할 것을 권고한다.
91. 독립전문가는 국가가 차별로부터의 자유, 법의 동등한 보호, 사생활, 정체성, 표현의 자유와 일관된 방식으로 젠더 정체성의 법적 인정을 위한 접근을 제공하고 그 과정이 다음과 같도록 필요한 조치를 취해야 한다고 다시 한번 권고한다.
- (a) 신청자의 자기 결정에 근거
 - (b) 복잡하지 않은 행정절차
 - (c) 의료적 진단, 수술, 치료, 불임, 이혼 등의 학대적 요구를 하지 않음
 - (d) 비 이원적 정체성의 다양성과 특수성을 완전히 인지하고 인정
 - (e) 미성년자가 자신의 성 정체성을 인정받을 수 있도록 보장
92. 독립전문가는 국가가 성적 지향 그리고/또는 젠더 정체성과 관련된 병리학의 잔재를 해체하기 위한 노력을 배가할 것을 권고한다.
93. 독립전문가는 국가가 공공정책과 법을 마련하고 정의를 추구하는 과정에서 젠더 기반 접근이 이루어지는지 모니터링 및 평가하기 위한 노력을 배가하고, 젠더 기반 폭력과 차별의 근절을 위해 국가가 들인 노력의 효율과 효과를 확인할 것을 권고한다. 예방과 보상을 위한 요소를 상세히 이해할 수 있도록 시스젠더, 트랜스인, 젠더 다양성을 지닌 사람들, 이성애자 혹은 동성애자 등 다양한 상황에 놓인 사람들이 젠더 차별을 경험하는 방식에 주의를 기울여야 한다.
94. 독립전문가는 국가가 트랜스인, 비 이원적이거나 생물학적 성에 불응하는 사람들의 권리를 위해 조직된 시민사회조직체가 활동할 수 있는 환경을 조성하고 유지하며, 집회와 결사의 자유에 대한 권리를 존중하고 보호할 것을 권고한다. 국가는 자금 조달의 기회와 역량 강화 훈련을 통해 LGBT와 인터섹스인들이 주도하고 활동하는 시민사회조직을 지원해야 한다.

부록 I

2020-2021년 활동

1. 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별은 결코 정당화될 수 없고 예방, 기소, 처벌되어야 하며, 가능한 경우 배상 조치의 기본이 되어야 한다.
2. 독립전문가는 2020년 인권이사회에 마지막으로 보고한 이후 원격 접촉을 늘리고 코로나19 유행과 관련 대응 및 복구 조치로 이동이 불가능한 사람들, 공동체 및 시민들과 연락을 취하기 위해 모든 노력을 기울였다. 팬데믹 발생 후 독립전문가는 4월 30일과 5월 1일에 걸쳐 LGBT인들의 코로나 영향에 관해 세 차례의 회의를 조직했다. 9월 29일과 30일, 본 임무에 관한 활동의 모니터링과 평가를 위해 전문가들을 모아 원격 회의를 조직했고, 11월 20일에는 2021년-2023년 임무 조사 계획 초안을 위한 정보를 수집하는 원격 회의를 진행했다.
3. 독립전문가는 LGBT에 대한 코로나19의 영향, “전환 치료”, 우크라이나 LGBT인들의 상황에 대한 그의 연구를 알리기 위해 영어와 스페인어로 진행되고 프랑스어, 포르투갈어 통역을 제공한 7개의 원격 행사를 준비했다. 전 세계 수 천 명의 사람들이 이 행사에 참여했다. 2020년 6월의 “전환 치료” 실태에 관한 보고서 발표 행사에는 약 430명이 참여했고 소셜미디어에서는 26,000회 가량의 조회 수를 기록했다.
4. 2020년 6월과 10월, 독립전문가는 인권이사회와 총회의 원격 쌍방향 대화에 참여했다. 또한 2020년 내내 UN 기관의 대표, CSO, 기업인들과 원격 접촉을 이어나갔다. 지역 차원에서는 OAS 와 OAS의 LGBTI 코어 그룹, IACHR, 유럽 평의회, 유럽협회와 함께 각종 활동을 수행했다. 회원국 대표들과 수십여 차례 양자간 의견 교환도 이루어졌다.
5. 국내 수준에서 “전환 치료” 실태 조사는 본 임무가 각국의 지속적인 노력에 가치를 더하길 바라는 방식의 본보기를 제공한다. 유엔과 각국 파트너들의 지원으로 멕시코, 인도네시아, 말레이시아, 페루에 각 보고서가 전달되었다. 이 사안에 대한 임무 보고서가 발행된 후, 독일과 멕시코에서 법안이 채택되었고, 캐나다, 프랑스, 네덜란드의 관련 의회 위원회에서도 이 임무가 논의되었다. 2020년 10월, LGBTI 권리에 관한 유럽의회인터그룹은 세계적 금지 사항에 대해 임무에 담긴 권고사항을 입법 또는 공공정책을 통해 이행해 줄 것을 유럽 위원회에 요청했다. 의회와의 작업도 수행되었다. 콜롬비아에서는 국가인권행동계획의 이행과 LGBTI 관련 요소에 초점을 맞춘 의회 공청회 중 임무와 관련된 의견이 제시되었고, 페루에서는 이러한 악랄한 관행을 조사한 내용을 다룬 의회 위원회와의 대화가 진행되었다.

6. 2020년 5월부터 독립전문가는 코로나19의 영향에 관한 의회 공청회(콜롬비아 공화국 의회), 점점 증가하는 LGBTI인들에 대한 유럽 내 혐오 반대 활동(유럽 평의회회의의 평등과 차별 반대 위원회), 유럽 위원회의 LGBTIQ 평등 전략 2020-2025(유럽경제사회위원회)에 참여했다.
7. 유엔 지도부, 유엔인권고등판무관, 국제이주기구(IOM), 유엔 에이즈합동계획(UNAIDS), 유엔개발계획(UNDP), 세계은행, 기타다자개발은행, 영연방 사무국(중중 정부, 의회, 학계, 시민사회 파트너들과의 파트너십을 통해)의 초대로, 독립전문가는 13차례에 걸쳐 회의 및 관련 행사에 참여했다. 이곳에서 LGBTI인들의 인권 향상을 위한 유엔 시스템 전반에 걸친 조치의 중요성, LGBTI인들의 코로나19 영향, 인권, 에이즈, 평등 관련 데이터, 인권 경영, 포용적 사회 건설을 위한 국회의원들의 역할, 혐오 발언, 배상, 그리고 파괴, 충돌, 폭력이 자행되는 국가에서의 성적 지향과 젠더 정체성, 라틴아메리카, 중남미 지역, 프랑스권 서아프리카 LGBTI인들의 상황 등의 주요 사안에 대해 논의했다.
8. 2020년 5월 1일부터 2021년 4월 30일까지 회원국, 정부 대표, 학계, CSO의 초청으로 독립전문가는 다섯 번의 기조연설을 하고 55개의 패널과 발표에 참여했다. 이 기간 동안 전 세계 수백 명의 이해관계자들과 교류했다. 이 중 LGBTI인들에 대한 코로나 19의 영향에 관해 13건, “전환 치료” 행태에 관해 6건, LGBTI인의 범죄화에 관해 2건, 중남미 LGBTI인들에 대한 혐오 범죄에 관해 3건, 신앙에 관해 3건, LGBTI인과 개발 의제에 관해 2건의 논의가 이루어졌다. LGBTI인과 개발 의제에 관한 행사에는 고위급 정치 포럼의 기본 틀에서 LGBTI 이해관계자 그룹(LGBTI Stakeholder Group)이 조직한 최초의 부대행사가 포함되었다.
9. 보고 기간 동안 독립전문가는 TV, 라디오, 인쇄 매체를 통해 임무에 관한 심층 인터뷰를 진행하고 에세이, 영상 메시지, 논평 등을 작성했으며 소셜 미디어로 활발하게 소통했다. 유효한 데이터에 따르면 이 임무의 수행으로 전 세계 여러 지역에 관심층이 형성된 것을 알 수 있었다. 독립전문가는 또한 19차례에 걸쳐 개인 혹은 합동 공식 보도자료와 언론 성명을 발표했는데, 2020 세계성소수자혐오반대의 날에 발표한 LGBTI인들의 코로나 영향 관련 주제별 성명도 여기에 포함된다. 이 주제별 성명에는 96명의 UN 전문가 및 지역 독립전문가가 함께했다.
10. 독립전문가는 성적 지향과 젠더 정체성에 관한 인권침해 의혹이 일어났다는 25개의 통신 자료를 기타 특별 절차와 함께 발송했고 입법 및 정책에 관한 자문을 제공하고자 했다.

부록 II

젠더 이론에 관한 연구

1. 본 보고서와 제 76차 총회 보고서는 상호 보완적이다.
2. 독립전문가는 본 보고서를 통해 젠더, 젠더 정체성, 표현과 관련된 국제 인권법의 현황을 알리고 다양한 형태의 폭력과 차별에 반대하는 투쟁을 연결하여 분석한다. 이 분석 결과는 독립전문가가 제76회 총회 보고서에서 적용할 젠더 이론에 반대하는 저항적 서사를 검토하는 기초를 제공할 것이다.
3. 제76차 총회 보고서에서 독립전문가는 어떻게 반 젠더 서사와 이를 뒷받침하는 선입견, 오명, 편견이 레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성을 보호하고 이들에 대한 폭력과 차별을 근절하는 데 장애물로 작용하는지 강조할 것이다. 독립전문가는 또한 젠더 정체성과 표현 등 젠더 이론 및 이와 관련된 젠더 기반 접근을 거부하고 공격하는 것이 얼마나 큰 피해를 줄 수 있는지 강조할 것이다.
4. 총회 보고서의 첫 번째 부분은 특히 젠더 평등과 섹슈얼리티에 관하여 인권 체계와 인권 기준의 진보적인 해석에 가해지는 반 젠더 서사의 영향을 분석할 것이다. 독립전문가는 또한 반 젠더 서사가 성적 지향, 젠더 정체성, 표현에 기반한 폭력과 차별에 맞서는 노력에 어떠한 영향을 미치는지도 검토할 예정이다.
5. 보다 구체적으로, 독립전문가는 비 인간화 과정에 대해, 그리고 성적 지향에 관한 인권 기반 접근을 젠더 정체성에 관한 접근과 분리하려는 서사의 등장에 대해 연구하려고 한다. 이러한 서사는 젠더 이론의 실행으로 세울 수 있는 보호의 울타리에서 트랜스인과 젠더 다양성을 지닌 사람들을 배제시키려고 한다.
6. 독립전문가는 또한 임무 수행 과정에서 확인된 낙인과 차별의 영속화를 위한 세 가지 제도적 동인, 즉, 범죄화, 병리화, 악마화가 어떻게 젠더 이데올로기 서사와 상호작용하는지, 배제적 서사가 어떻게 국가 행동의 전반에 스며들어 퇴행적인 법과 제한적인 정책을 채택하게 하는지 알아볼 것이다.
7. 이렇게 함으로써 독립전문가는 평등, 자유, 신체적 자율성, 신체적 완전성의 원칙으로 여성과 남성의 생식능력만을 바탕으로 운명을 미리 결정했던 생물학적 결정론에 기반한 “자연적” 질서 서사에 대항할 것이다. 더 나아가 독립전문가는 문화 및 종교적 규범과 관련하여 인권 기반 접근과 대치되는 서사를 살펴볼 것이다. 독립전문가는 “타자화” 기제와 전통적 가치의 서사가 젠더 정체성과 표현, 성적 지향을 기반으로 한 차별과 폭력을 정당화하는 데 어떤 방식으로 사용되는지 밝혀 보려고 한다.

8. 총회 보고서의 두 번째 부분에서 독립전문가는 국제 인권법의 젠더 이론과 젠더 정체성 및 표현 이론 간의 관련성에 이의를 제기하는 주장을 분석할 것이다. 또한 트랜스인들의 권리 보호로 인해 발생할 수 있는 특히 다음과 같은 추측성 또는 잠재적 피해의 주장에 기반한 서사를 검토할 것이다.
- (a) 아동의 젠더 정체성에 관한 법적 인정은 이들의 안녕을 위협한다.
 - (b) 자기 결정에 기초한 트랜스 여성에 대한 젠더 정체성의 법적 인정은 자신을 트랜스라고 인식하지 않는 여성과 여아의 권리를 위협한다.
 - (c) 트랜스 여성은 여성을 폭력과 차별로부터 보호하기 위해 설계된 공간을 위협한다.
 - (d) 트랜스 여성의 존재는 시스 여성의 생명, 때로는 이들의 안전에 대한 인식을 위협한다.
 - (e) 트랜스 여성의 존재는 여성 스포츠에 위협이 된다.
9. 보고서 전반에 걸쳐 독립전문가는 오해와 낙인을 부추기는데 사용되는 트랜스인들에 대한 추측, 가정, 유해하고 부정적인 고정관념에 기반한 반 젠더 서사와 의혹을 해체하고 반대하기 위해 본 보고서에 제시된 국제 인권법의 근간을 다시 한번 되새길 것이다.

practice of exclusion (배제의 관행)

76차

임시안건 항목 75 (b)*

인권 증진과 보호: 인권과 기본적 자유권의 실질적인 향유를 위한 대안적 접근 등의 인권 문제

성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별로부터의 보호

사무총장 메시지

인권이사회 결의안 41/18에 따라 제출된 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별에 대한 독립전문가 보고서를 총회에 송부하게 되어 영광을 표합니다.

성적 지향 및 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가 보고서, 빅터 마드리갈 보를로스

배제의 관행

개요

성적 지향 및 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별로부터의 보호에 관한 독립전문가 빅터 마드리갈 보를로스는 본 보고서를 통해 국제 인권법 내 젠더 관련 체계 포함에 대한 저항을 분석한다. 본 보고서는 47차 인권이사회에 제출되었던 “포용의 법칙” 보고서를 보완한다.

* A//76/150.

II. 서론

1. 본 보고서는 작성 당시 400만 명 이상의 목숨을 앗아간 코로나 감염병(코로나19)이 만연한 가운데 작성되었다. 더 나은 재건(build back better)을 추구함에 따라, 본 보고서의 어떠한 내용도 “통상적으로” 작성되지 않았음을 기억해야 한다. 회의, 대화, 제출물의 준비과정 이면에는 인권의 옹호와 증진이라는 이미 과중한 업무에 더해 무엇보다도 고용 및 재정적 불확실성, 건강 문제, 사랑하는 사람의 상실로 인한 피로와 고통에 직면했을 수 있는 사람들이 있다는 이해가 고려되었다. 유엔인권고등판무관 사무소(OHCHR)와 하버드 로스쿨의 인권 프로그램 임무 수행자 지원 팀, UN 행정직원, 에디터, 번역가, 전문가 및 관리자도 예외가 아니다. 이 일을 계속할 수 있었던 것은 이들의 결의 덕분이다. 임무 수행자는 가장 어려운 시기에 위대한 공헌을 해 준 이 모든 분들께 감사 드린다.
2. 본 보고서는 젠더 이론에 관한 두 번째 보고서이다. “배제의 관행”이라는 제목의 이 보고서는 제47차 인권위원회에 제출된 “포용의 법칙”¹⁾이라는 독립전문가 보고서를 보완한다. 포용의 법칙 보고서에 기술된 방법론 및 연구 과정은 시스젠더, 레즈비언, 게이, 양성애, 트랜스인, 젠더 다양성을 지닌 사람들(LGBT)이라는 용어와 더불어 본 보고서에서도 적용되었다.²⁾ 독립전문가는 수신된 공모 내용 중 다음을 강조하고자 한다.
 - (a) 비 국가 행동가들의 제출물이 젠더에 접근하는 방식은 일반적으로 두 가지 방식으로 나뉜다. 일부는 자기 인식에 근거한 젠더 정체성을 법적으로 인정하는 포용적 접근을 지지했고 일부는 트랜스인과 젠더 다양성을 지닌 사람들의 젠더 정체성의 법적 인정을 거부하는 배제적 접근을 제시했다. “포용의 법칙”에서 독립전문가는 국제 인권법이 포용적 접근을 지지한다고 판단했다.
 - (b) 배제적 접근을 지지하는 비 국가 제출물 중 297개 제출물이 유형을 되풀이했고 보고서에서는 유형 A(238개), 유형 B(32개), 유형 C(27개)로 인용되었다.
 - (c) 국가 제출물 42개 중 거의 전체(41개) 제출물이 포용적 접근을 지지했다.
3. 젠더 체계는 전형적인 페미니스트 구성이기 때문에 보고서 작성을 위해 사용된 제출물에 시스 여성과 트랜스 여성, 이성애 여성과 레즈비언, 양성애 여성, 스트레이트 여성과 퀴어 여성, 백인 여성과 유색인종 여성, 지구 남반구와 지구 북반구의 여성, 국가 및 기업의 지위를 나타내는 여성, 가난한 여성들과 투표권을 상실한 여성 등 여성들의 목소리가 지배적이었던 것은 당연하다. 트랜스 남성, 젠더 다양성을 지닌 사람들, 인터섹스인들을 포함하여 젠더 관련 사안에 크게 영향을 받는 이들의 목소리도 들을 수 있었다.

1) A/HRC/47/27.

2) Ibid.

4. 이러한 목소리들은 임무 수행자의 도움으로 공개 문서 저장소에 게시되었지만,³⁾ 독립전문가는 이번 연구 덕분에 얻게 된 특별한 배움의 기회에 상당한 두려움도 함께 했음을 고백한다. 우리는 모두 상황을 지켜보기 좋은 위치에서 말하고, 독립전문가는 자신의 한계를 인지한다. 그럼에도 불구하고 역사적인 현재의 순간이 임무 수행자의 작업을 필요로 함을 확신하고, 개인의 생각, 지식, 실질적인 경험을 독립전문가에게 위임해 준 모든 사람들에게 감사할 것이다.
5. “포용의 법칙”의 중심 내용은 젠더는 국제 인권법에 명시된 개념이라는 것, 따라서 젠더 정체성과 젠더 표현은 보호된다는 것, 젠더 체계, 젠더 기반 접근법, 상호교차성은 성적 지향, 젠더 정체성, 젠더 표현에 기반한 폭력과 차별의 근본 원인을 분석할 수 있는 강력한 수단을 제공한다는 것이다. 이러한 수단을 통해 여성에게 가해지는 다양한 형태의 폭력과 차별을 더욱 부채질하는 요인 등 사회가 성을 이해하는 방식으로 인해 파생되는 힘의 다중 비 대칭성을 분석할 수 있다.
6. 본 보고서에서 독립전문가는 국제 인권법 내 젠더 체계 포함에 대한 저항, 이러한 반발이 여성(레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성 포함)의 권리에, 그리고 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별에 맞서려는 노력에 가하는 위협, 그리고 다자주의를 약화시키려는 움직임과 이러한 저항 간의 연관성을 분석한다. 임무 수행자는 젠더 및 젠더 정체성과 관련된 배제적 서사와 행동은 선입견, 낙인, 편견을 악용하여 폭력과 차별을 영속할 가능성을 높인다고 판단한다. 또한 국제법이 젠더를 인정함으로써 발생하는 반발은 증거에 기반하여 접근하는 결단력 있는 국가 행동과 행정적 조치 혹은 기타 조치가 취해지지 않는 한 상당한 피해를 초래할 수 있기에 신중하게 다루어야 할 도전이라고 판단한다. 이러한 반발에 대응하지 못하면 국제 인권법에 따른 국가적 의무를 위반하는 결과를 가져올 수 있다.

III. 배제의 관행

1. 독립전문가는 “극단적으로 보수적인 정치 지도자들과 종교단체들이 자신들의 기반을 이용해 편협성에 불을 붙이고, 성적 지향, 젠더 정체성, 젠더 표현에 기반한 사람들을 비 인간화하며 공동체 안에서 낙인과 무관용을 조장한다”⁴⁾고 지적했다. 여성과 여아의 차별에 관한 실무그룹에 의해서도 관찰되는 이러한 추세는 젠더 평등 및 섹슈얼리티와 관련된 진보적인 인권 기준에 대한 인식이 뿌리내리는 것을 방해하기 위한 조직적이고 강력한 자원이 뒷받침된 전략을 통해 형성된다.⁵⁾

3) www.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/ReportGenderTheory.aspx.

4) A/HRC/38/43, para. 38, and A/74/181, para. 34.

5) www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WG/Gender-equality-and-gender-backlash.pdf.

2. 독립전문가는 또한 궁극적으로 트랜스인과 젠더 다양성을 지닌 사람들을 국제인권규범의 보호 범위에서 제외하고 자기인식을 바탕으로 한 젠더 정체성의 법적 인정에 이의를 제기하며 성적 지향에 관한 인권 기반 접근과 젠더 정체성에 관한 인권 기반 접근을 따로 분리하려는 요구가 발생하고 있음을 지적했다.
3. 국제인권규범에 따라 젠더, 젠더 정체성, 젠더 표현의 보호를 인정하는 흐름에 대한 저항은 소위 “젠더 이데올로기” 실행에 대해 저항하는 방식으로 표현된다.⁶⁾ 젠더 이데올로기는 인권에 대한 진보적인 해석을 다소 비난조로 언급하기 위해, 그리고 동성 결혼 반대, 젠더 정체성 인정 반대, 젠더와 섹슈얼리티에 관한 포괄적인 교육 반대, 자발적 임신 중단 반대 같은 일련의 불만을 나타내기 위해 상징적으로 사용되는 언어 방식이다. 단 하나의 “젠더 이데올로기” 서사는 존재하지 않으며 이 개념에 대한 부정적인 꼬리표는 포용적인 인권의 방향과 완전히 배치된다. 이러한 부정적 꼬리표는 젠더 평등의 주류화를 둘러싼 적대적 메시지를 대중화하기 위해 여러 문화적, 사회적 단체들이 채택한 서사에도 나타난다. “젠더 이데올로기” 서사는 정치적 사회적 질서를 파괴하기 위한 세계적 음모와 조작된 전략을 생산하며,⁷⁾ 이 개념의 가변적 성격으로 인해 젠더 이데올로기 서사를 사용한 제한적인 아이디어와 정책이 추진된다.⁸⁾
4. “젠더 이데올로기”라는 개념은 1994년 카이로에서 열린 국제인구개발회의와 1995년 베이징에서 열린 제4차 세계여성대회와 관련하여 보수적 종교 지도자들의 여성 권한 강화에 반대했던 움직임에 기원을 둔다. 이 두 회의에서 제안한 내용이 전통적 가족 모델에 대한 위협으로 여겨졌기 때문이다.⁹⁾ 1994년에는 “젠더 의제(gender agenda)”라는 개념도 등장했다. 이 계통의 모든 언어는 여성의 성과 출산의 권리를 경멸적으로 지칭하며,¹⁰⁾ 섹슈얼리티 및 젠더의 권리, 젠더와 섹슈얼리티에 관한 포괄적인 교육, 그리고 LGBT인들의 권리를 반대하려는 시도에서 젠더 의제가 사용된다. 예를 들어 파라과이에서는 젠더 중립적 언어를 장려하는 프로그램을 폐지하기 위한 캠페인이 벌어졌고¹¹⁾ 호주의 뉴사우스웨일즈에서는 젠더 교육을 공격했다.¹²⁾ 멕시코에서는 학교가 학생들에게 섹슈얼리티와 젠더에 관한 학습 자료를 배포하기 전

6) Ibid.

7) A/HRC/40/60, para. 31, A/73/152, para. 27, A/HRC/43/48, paras. 34-40 and <https://www.hrw.org/news/2018/12/10/breaking-buzzword-fighting-gender-ideology-myth#>.

8) Submission by OutRight.

9) <https://gin-ssogie.org/family-and-traditional-values-regional-joint-declarations/san-leopoldo-declaration/>.

10) Submission by GIN-SSOGIE.

11) Submission by CREA and others.

12) www.starobserver.com.au/news/national-news/new-south-wales-news/public-schools-gender-theory/155482.

부모들의 허락이 필요하도록 하는 정책을 채택하려는 캠페인이 있었다. 한 제출물은 성과 출산의 권리를 보장하는 기존의 법과 정책을 뒤집기 위한 “자연 질서 회복: 유럽 의제”라는 성과 출산의 권리를 위한 유럽의회포럼의 전략을 예로 제시했다.¹³⁾

5. “젠더 이데올로기” 서사는 국제법에 따른 젠더 인정에 반대하기 위해(반 젠더/젠더 회의적/젠더 비판적), 국가와 “외교 영역 행위자에 의해, 종교적 행위자에 의해, 그리고 인쇄 매체와 소셜미디어를 통해, 보수적 세속 단체들의 각종 행사와 거리 시위”¹⁴⁾에서, 혹은 트랜스 인들과 젠더 다양성을 지닌 사람들의 보호에 이의를 제기하는 사람들(반 트랜스)에 의해 사용된다. 이러한 모든 반대 행위는 활발한 소셜미디어 메시지, 눈과 귀를 사로잡는 단순한 슬로건, 사회적 권리에 반대하는 캠페인을 이용하여 추종자로부터 자원을 활용하는 능력, 지역 상황에 대한 유연성 및 적응력 등의 공통적인 특성을 갖는 것으로 보인다.¹⁵⁾ 반 트랜스 서사는 보수 플랫폼을 가득 채우고 정치적 기반을 다지기 위해 전략적으로 점점 더 많이 사용된다. 한 제출물에서 지적하듯, “일원적인 종교 문화적 정체성에 대한 잘못된 생각을 일반화하고, 공공 담론 안에서 자꾸 공포 분위기를 조성함으로써 자주(自主)와 관련된 수사학, 문화와 종교에 대한 가부장적이고 절대주의적인 해석이 강해지고 이러한 경직된 관점이 정치적, 사회적, 경제적 권력을 획득한다.”¹⁶⁾ 이에 따라 반 젠더와 반 트랜스 서사, 그리고 행위의 경계가 점점 모호해지고 있다.
6. “젠더 이데올로기” 서사는 넓은 그물을 던진다. 이 서사는 2016년 콜롬비아 분쟁을 종식하고 안정적이고 지속적인 평화 구축을 위한 최종 합의에 반대하는 캠페인을 위해 쓰인 전략 중 중요한 부분이었고¹⁷⁾, 헝가리 의회는 최근 여성 및 가정폭력의 예방 및 퇴치에 관한 유럽평의회협약(이스탄불 협약)이 젠더를 사회적 구성으로 정의한다¹⁸⁾는 이유로 이 협약을 거부하는 정치적 선언을 채택했으며 트랜스젠더 및 인터섹스를 법적으로 인정하기 위한 접근을 거부하고¹⁹⁾ 아동 및 성교육에 제공되는 정보를 제한하는

13) www.epfweb.org/node/175.

14) Submission by AWID and SRI.

15) <https://rowman.com/ISBN/9781786600004/Anti-Gender-Campaigns-in-Europe-Mobilizing-against-Equality>.

16) Submission by AWID and SRI.

17) See, for example, submission by Corporacion Femm.

18) https://index.hu/english/2020/05/05/istanbul_convention_rejected_parliament_hungary_fidesz_kdnp/?clid=IwAR3XJAcmUNaw7cfMniUrg.

19) www.amnesty.org/en/latest/news/2020/05/hungary/. See also communication No. OL HUN 1/2020.

법안을 통과시켰다고²⁰⁾ 여러 제출물에서 언급되었다. 2021년 1월, 독립전문가를 포함한 유엔 특별 절차는 폴란드의 여러 자치 주와 시에서 소위 “LGBT 이데올로기”로부터 자유를 선언한 결의안이 통과되었다는 결정에 대한 깊은 우려를 나타냈다. 이 결의안에 따른 공공정책은 LGBT의 인권은 국제법 및 국내법에 따라 보호되는 것이 아니라는 시각을 조장하는 것으로 보인다. 종교 및 정치적 지도자들이 LGBT인들을 지칭할 때 동물성애자, 소아성애자, 전염병, 해충 등 이들을 완전히 비 인간화 하는 언어를 사용하면서 이러한 시각을 형성했다.²¹⁾

7. 반 젠더 서사는 보편적 인권의 향유를 위해서는 반드시 해체되어야 할 절대적인 세계를 옹호한다. 절대적 세계를 떠받치는 질서의 근간에는 인간의 본성은 출생 시 할당된 성을 기반으로 남성/여성 이분법적 체계로 분류되어야 하고, 사람들은 같은 기준으로 예외 없이 그 체계에 속하며, 따라서 결과적으로 사람들이 본질적으로 “남성적, 여성적”이라고 간주되는 역할, 감정, 표현의 형식을 채택하는 것은 정당한 사회적 목표라는 선입견이 자리한다.
8. 남성/여성 이분법적 체계에 도전하는 것은 어려운 시도이다. 이분법적 체계는 국가 안에서, 그리고 지역적이고 세계적인 수준에서 사회 경제, 문화, 시민, 정치의 뼈대를 이룬 질서 원칙이며 여성에 대한 차별과 폭력 등의 불의가 시작된 가부장제 및 이성애 중심 사고의 주춧돌이다. 그러나 이는 또한 국제인권법의 발전을 가져온 틀의 일부이기도 하며 지난 60년 동안 평등한 세상을 만들기 위한 세계적인 노력에서도 언급되었다. 종종 젠더 평등은 사회적, 정치적으로 남성과 여성 간 평등과 서로 호환이 가능한 것으로 이해된다. 따라서 성은 반드시 차별 분석의 시작점이어야 하고, 예방, 책임, 보상에 대한 인권 관련 임무의 중심이기도 하다. 데이터 수집 시스템의 설계부터 젠더에 기반한 폭력의 분석, 공공 정책 평가, 재발을 막기 위한 조치의 설계, 그리고 글로벌 개발 의제 설계까지 성은 인권을 위한 모든 국제적 노력에 촘촘히 엮어 들어가 있다.
9. 이렇게 성에 관한 지배적인 현실을 인정한다고 해서, 그리고 세계 인구 절반의 인권을 더욱 보호할 수 있는 이분법적 체계의 잠재력에 대한 마땅한 평가가 있다고 해서 절대적이고 경직된 이분법으로 인해 발생하는 한계를 밝히는 작업을 소홀히 해서는 안 된다. 유엔인권고등판무관(OHCHR)은 인터섹스인들의 신체를 기존의 이분법 중 하나에 억지로 포함시킴으로써 이분법적 성을 유지하기 위해 이들에게 자행되는 끔찍한 폭력을 문서화했다.²²⁾ 출생 시 사회가 자신의 생식기에 대해 가지고

20) Communication No. OL HUN 3/2020.

21) Communication No. AL POL 1/2020.

22) www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/BackgroundNoteHumanRights_Violations_againstIntersexPeople.pdf.

있는 인식에 따라 성이 지정되기 때문에 성을 할당하는 행위는 사회적 선입견에 의해 오염되어 있으며 절대적인 생물학적 사실과 거리가 멀다는 사실을 이들의 아픔과 고통을 통해 알 수 있다.

10. 성 특성과 관련된 생물학적 현실은 젠더의 사회적 구성과 연결되어서는 안 된다. 인간은 성적인 특징을 가지고 있는데, 이는 성기, 기타 성적 해부학, 생식 해부학, 염색체, 호르몬, 그리고 사춘기부터 나타나는 이차적인 특징들을 포함한 생물학적 특징들이며 실제로 발현되는 물리적인 사실이다. 생물학적 현실이 강력한 것은 맞지만, 사회적 영향력을 지배하여 이 생물학적 현실에 부여한 역할, 행동, 표현 형식, 활동, 속성은 구성요소일 뿐이다. 따라서 개인은 자유의 행사로써 이러한 것들을 무시하고 부수고, 전복시킬 수 있어야 한다. 이것은 생물학적 결정론에 의한 여성의 자유(그리고 따라서 이들의 신체적 자율성, 성적 권리, 출산 권리의 존중)와 자신에 대한 젠더 정체성과 젠더 표현을 고민하는 트랜스인과 젠더 다양성을 지닌 사람들의 자유(그리고 따라서 법적으로 인정받을 권리의 존중)가 만나는 교차점이다.
11. 권리 측면에서 보면, 개인을 희생시키면서 억압 체계를 옹호하는 것은 정당하지 않다. 도리어 폭력과 차별로부터 개인의 자유는 반드시 지켜져야만 한다. 따라서 폭력과 차별로부터 여성을 보호하기 위해 마련된 개념적, 법적, 정치적 시스템은 트랜스 여성을 포함한 모든 여성에게도 유효하게 적용되어야 한다. 남성으로서의 정체성을 지닌 트랜스 남성을 위한 보호도 필요하다. 그리고 젠더 다양성을 지닌 사람들이 동등하게 인정받을 수 있도록 특수성을 다룰 수 있는 시스템이 마련되어야 한다.
12. 따라서 임무 수행자는 각국이 공공정책, 입법, 및 사법적 접근을 통해 차별과 폭력으로부터 보호하기 위한 조치를 취하듯, 성, 젠더, 젠더 정체성, 젠더 표현을 인정하기 위한 조치를 취할 것을 권고한다. 젠더는 성에 대한 사회적 이해에 부여된 역할, 행동, 표현 방식, 동작, 속성에 의해 나누어진 경계를 들여다보고 설명하기 위한 방법론적 렌즈이며 국제 인권법은 젠더를 인정한다는 강력한 법적 근거가 존재함이 이미 관찰되었다.²³⁾

A. 부정

13. 임무 수행자는 세계의 특정 국가 또는 지역에서 LGBT가 “당연히” 존재하지 않는다는 부정에 해당하는 특정 인식 구조를 분석한 바 있다. 부정은 또한 LGBT의 삶은 “자연적인” 질서에 반대된다는 표현이 포함되어 있으며 많은 반 젠더 서사가 이러한 생각을 동일하게 수용한다.
14. 전 세계적으로 여성은 차별과 폭력의 대상이며 여성의 성과 출산의 권리를 인정하는 것, 즉 여성이 자신의 신체 및 섹슈얼리티와 관련된 결정을 스스로 내리는 능력을 인정하는 것은 여성의 완전한 권리 향유를 위한 전제조건이다. “젠더 이데올로기” 서사는 생물학이 남성과 여성의 운명을 어떻게 해서든

23) A/HRC/47/27.

미리 결정한다는 생각을 기반으로 한다. 생물학적 결정론은 과거에는 여성의 출산 능력과 관련되었고, 여성의 몸은 집단의 재산 혹은 사회 및 공동체, 혹은 가족의 재산이라고 간주된 결과였다. 이러한 사이버 생물학적 주장은 여성의 권리에 의문을 제기하면서 신체의 자율성과 신체의 완전성에 대한 원칙을 공격한다. 이러한 공격은 LGBT인들에게도 영향을 미친다. 출산 능력과 여성의 신체를 집단적 재산으로 정의함으로써, 무엇이 공동선인지에 따라 여성의 신체는 스스로 통제할 수 있는 통제권을 잃고 국가, 공동체, 가족의 관리 아래 놓인다. 임무 수행자는 이러한 개념적 구성과 “교정”이라고 잔인하게 묘사되는 강간에 의해 고통받는 레즈비언, 강압적인 항문 검사를 받는 게이 남성, “전환 치료”의 대상이 되는 모든 사람, 불필요한 시술로 인해 고통받는 인터섹스 유아가 긴급한 관련성을 갖는다고 과거에 언급한 바 있다. 또한 신체의 자율성과 완전성의 원칙을 존중하지 않는 환경에서는 생물학적 선입견을 무시하는 것으로 비추어지는 트랜스 인들과 젠더 다양성을 지닌 사람들이 있는 그대로의 모습으로 인정받을 수 없다.

15. 자연질서의 개념을 인간과 사회 존재를 위한 중요 원칙으로서 바라보는 관점은 보수주의적 교리에도 존재한다. 예를 들어 교황청의 상호 보완성 교리는 여성과 남성은 평등한 것이 아니라 상호 보완적인 각자의 사회적 역할이 있다고 주장한다. 여성과 남성이 존재하는 것은 각자가 부름받은 소명에 따라 하나님의 계획에 철저히 응답하기 위한 것이다.²⁴⁾ 이들은 개인의 특성은 출생 시 부여된 성에 따른 의미와 직접 관련이 있다고 본다. 여성은 현실을 그들만의 고유한 방식으로 이해한다. 이들에게는 역경을 견디고 “극한 상황에서도 삶을 유지” 하며 “끝까지 미래를” 기다리는 능력이 있다. 이것은 왜 “여성들은 교육이 필요한 곳이면 언제 어디서든 나설 수 있고 기꺼이 타인을 위해, 특히 가장 약하고 힘없는 사람들을 위해 관대하고 기꺼이 봉사하는지에 대한 설명에 도움을 준다. 이러한 활동에서 여성들은 개인의 발전과 사회의 미래를 위해 측정이 불가능한 가치를 지닌 일종의 정서적, 문화적, 영적 모성애를 보인다...”.

16. 부정은 LGBT인들(또는 기타 사람들)이 가족적 삶을 누릴 수 있는 능력과 관련된 신체적 자율성을 훼손한다. 교황청은 본받을 만한 제도적 가족의 모습을 언급하며 “배우자의 주관적인 선호와 관계없이 구조와 최종성이 존재하는 곳”이라고 설명했다. 그리고 성적인 차이와 출산 행위를 고려하지 않는, 단순히 계약적이고 임의적인 가족적 관점과 대조했다. 인권에 기반한 접근은 이러한 개념에 직접적으로 이의를 제기한다. 유럽인권재판소²⁵⁾와 미주인권재판소는²⁶⁾ 동성 커플은 가족생활을 누릴 수 없으며 가족은 서로 다른 젠더 정체성과 성적 지향을 가진 사람들로 구성되어야 한다는 기준을

24) www.educatio.va/content/dam/cec/Documenti/19_0997_INGLESE.pdf (emphasis added).

25) European Court of Human Rights, application Nos. 29381/09 and 32684/09.

26) Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-24 of 24 November 2017, para. 192.

고수하는 것은 인권 규범과 인권 기준을 위반하는 것이라고 판단했다. 따라서 두 재판소는 “역사적으로 억압과 차별을 받은 소수의 일부인 두 사람이 형성한 부부가 지닌 정서적 유대의 존엄을 인정하고, 종교 또는 기타 제도적 동인이라는 이름으로 설정된 최종성과 분리한다. 법원은 결혼제도에 접근할 권리를 거부하려는 목적으로 제기되는, 일반적으로 결혼의 목적은 출산이고 동성 간의 결합은 이러한 목적을 달성할 수 없다는 목소리에 주목한다. 법원은 이러한 주장이 사회적 현실로서 가족을 보호하기 위한 협약 제 17조의 의도와 양립할 수 없다는 점을 발견했다.²⁷⁾ 또한 법원은 출산이 부부 관계를 정의하는 특성이 아니라고 생각한다. 출산이 부부관계의 특징이라면, 이는 결혼 여부에 관계없이, 그리고 어떤 이유로든 출산할 수 없거나 출산을 원하지 않는 부부를 포괄하는 결과가 되기 때문이다.²⁸⁾

17. 많은 제출물에는 일부 신앙 집단이 종교라는 이름으로 낙인과 증오를 부채질하는 서사를 전파하며 격렬한 반대를 주도한다는 내용이 언급되어 있었다.²⁹⁾ 이러한 서사는 존엄하고 존중을 받을 자격이 있는 인간으로서의 LGBT의 지위를 부정한다. 필리핀 국가인권기구는 일부 신앙 집단이 LGBTQ+공동체는 시제 애호증과 소아 성애를 지향한다는 잘못된 서사를 퍼뜨린 바 있다고 보고했다.³⁰⁾
18. 이와는 대조적으로, 많은 전통적, 종교적 관행은 부정적 서사를 거부하고 포용적인 환경을 조성했다. 남아프리카의 기독교 협의회 펠로십이 한 예이다. 이 들은 다양한 성적 지향을 보호하고 교회 내, 나아가 더 넓은 사회에서 가해지는 폭력과 차별로부터 LGBT인들을 보호하는 일에 중점을 둔다.³¹⁾ 미주 체제 내에서, 신앙 단체 및 종교 대표들이 맺은 평화를 위한 종교 협약은 성적 다양성이 아닌 지속가능한 개발, 환경 정의, 젠더 폭력에 관한 의제와 연결되어 있다.³²⁾ 한편 세계적 수준에서, 시민사회와 대화하는 종교, 믿음, 영성 연합은 25개 이상의 시민 단체, 종교 간 대화체, 신앙 조직, 기타 운동으로 구성되어 있으며, 이들의 목표는 인권 의제, 특히 LGBTIQ와 관련된 사안, 성과 출산의 권리, 페미니스트 의제를 추진하는

27) Supreme Court of Justice of Mexico, First Chamber, 19 June 2015, 1a./J.43/2015.

28) Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-24, para. 221.

29) Submissions by Ireland and Hong Kong Equal Opportunities Commission. Some of the authorities mentioned as having led or supported anti-gender campaigns represented the following faith-based groups: Catholic (submissions by Bolivia (Plurinational State of), Croatia, Honduras, Malta, Human Rights Ombudsman of Guatemala, Cavaria and CIPAC), Christian Orthodox (submissions by Cyprus, Malta, Association Spektra), Evangelical (submission by Plurinational State of Bolivia), Pentecostal (submission by CHOICE), Islamic (submissions by Bosnia and Herzegovina, CHOICE) and Jewish (submission by Human Rights Ombudsman of Guatemala).

30) Submission by the Commission on Human Rights of the Philippines.

31) Submission by GIN-SSOGIE.

32) Ibid.

연합체들을 지원하는 것이다.³³⁾ 2020년 12월, 열 개 종교, 350명 이상의 지도자가 개인의 성적 지향과 젠더 정체성에 관계없이 모든 사람의 생명은 존엄하고 위엄을 지닌다는 선언에 서명했다.³⁴⁾

19. 트랜스인과 젠더 다양성을 지닌 사람들을 인정하고 이들의 인권을 지지해야 하는 국가의 의무를 검토하며 임무 수행자와 많은 유엔 및 종교 인권 기구들은 스스로 젠더를 결정할 권리는 개인 자유의 근본적인 부분이며 정체성의 초석이라는 결론을 내렸다. 따라서 차별에서 자유로울 권리, 법의 보호를 받을 권리, 사생활, 정체성, 표현의 자유에 관한 권리와 일관된 방식으로 젠더의 법적 인정을 위한 접근을 제공하는 것은 국가가 수행해야 할 의무이다.³⁵⁾

B. 국가 수호

20. 권리에 대한 퇴행적인 해석을 주장하는 사람들은 국가와 가정을 완벽한 병렬 구조로 나열한다. 이 구조 안에서 가부장적이고 이성애적인 가족은 한 나라의 국가적 유산에 가치를 더할 수 있는 유일한 가족 형태로 묘사된다. 이와 반대로 “젠더 이데올로기”는 국가 정체성과 전통에 대한 공격으로 비추어진다. 한 제출물에서 언급했듯이, “국가가 혈연의 단일한 동질적 사회적 단위, 즉 가족이라고 생각한다면 국가와 가족은 상호 교환이 가능해진다. 특히 공통의 기원과 우월성을 지닌 인종적 이데올로기를 바탕으로 둘 때 그렇다.³⁶⁾ 가족에 대한 이러한 정의는 대부분의 경우 가족의 모습은 다양하고, 또 어떤 경우에 있어서는 매우 다양하다는 사실을 고려하지 않는다.³⁷⁾ 2,800만 이상의 가구에서 여성이 가장의 역할을 맡는 브라질의 많은 전문가 단체가 단일 가부장적 가족 모델, 이성애 중심의 가족 모델의 축진을 비난한다.³⁸⁾ 2020년 12월 15일, 독립전문가는 “어머니는 여자이고 아버지는 남자”라는 결혼에 기초한 가족관계를 제한적으로만 해석하는 법안 T/13647을 발표한 헝가리에 대해 우려를 표명했다.³⁹⁾

33) Ibid.

34) See <https://globalinterfaith.lgbt>.

35) A/73/152, para. 21.

36) www.pagina12.com.ar/167101-el-macho-asustado.

37) See, for example, CCPR/C/78/D/941/2000, CCPR/C/89/D/1361/2005 and CCPR/C/119/D/2216/2012.

38) See https://sxpolitics.org/wp-content/uploads/2016/03/Protection_of_the_family_OCHR.pdf.

39) Communication No. OL HUN 3/2020.

21. 가부장적이고 이성애 중심의 세계관에 반대하는 사람들은 “반 국가적,” “반 애국적,” “배신자”라는 누명을 쓴다. 어떤 경우 민족의 생존을 위협한다고 비난받는 레즈비언을 겨냥한 듯한 외국인 혐오 메시지가 민족주의적 담론과 얽혀 있다. 예를 들어, 독립전문가가 우크라이나를 방문하는 동안 레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성은 출산과 모성에 대한 사회적 기대를 무시했기 때문에 극우 단체들에 의해 나라를 망하게 하는 집단으로 묘사된다는 이야기를 듣기도 했다.⁴⁰⁾ 민족주의적 담론은 종종 국내 문제에 침투하는 서사를 동반한다.⁴¹⁾ 한 제출물에서 언급한 바와 같이, “반 젠더 활동을 비판하면 민주적, 세속적, 보편적 인권을 내세워 국가 주권을 비판하는 행위로 분류되며, 젠더 자체는 유엔 및 서구 국제기구의 신 식민주의 프로젝트의 부활로 간주된다.”⁴²⁾
22. 또한 국가적 특수 상황에 따른 예외와 인도주의적 무장 충돌 상황 안에서 만연하는 배제적 서사 때문에 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별이 발생한다는 강력한 증거가 있다. 콩고, 콜롬비아, 이라크, 시리아와 관련된 정보에 따르면 무장단체는 사회적 통제 혹은 “도덕적 정화”의 형태로 성폭력을 사용한다.⁴³⁾ 한 제출물은 다음과 같이 말한다. 가부장적 권력 구조에 뿌리를 둔 불평등, 법적 보호의 부재, 일반적인 성별 규범을 따르지 않거나 규범에 부합하지 않는 것으로 인식되는 개인에 대해 깊이 내재된 편견 및 기타 요인들로 인한 기존의 취약성은 무력 충돌로 인해 상황이 더 악화된다. 성적 다양성 및 젠더 다양성을 용인하지 않는 극단적인 종교 이데올로기를 추구하는 무장 폭도의 출현 등 새로운 위협이 발생할 수 있다. 따라서 분쟁관련성폭력[CRSV, conflict-related sexual violence]은 평화 시에도 존재하지만 무력 충돌이 발생하는 중에는 더욱 심해지며, 무력 충돌 중 새로운 형태를 취하는 이성애 중심의 가부장제 체계, 규범, 가치를 확장하고 증폭시킨다.⁴⁴⁾

40) A/HRC/44/53/Add.1, para. 26.

41) For examples, see www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/rights-at-risk-ours-2017.pdf.

42) Submission by CHOICE.

43) www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/caracterizacion_situacionallgbti.pdf. See also S/2020/487 and S/2016/361.

44) Submission by All Survivors Project.

23. 예를 들어, 유엔 조사관들은 시리아에서 성적 지향 때문에 남성들이 국가보안군에 의해 구타, 고문, 강간 혹은 강간 위협을 받았다는 사건을 보고했다.⁴⁵⁾ 미얀마 UN 조사관은 미얀마 로힝야족의 트랜스젠더가 이들의 젠더와 성적 지향 때문에 성폭력 관계당국에 의해 표적이 되었다고 전하며 트랜스젠더에 대한 성폭력은 로힝야족 민간인에 대한 광범위하고 조직적인 공격의 일환으로, 고문, 강간, 기타 비인간적 행위 및 박해에 해당하는 반인도적 범죄에 해당한다고 판단했다.⁴⁶⁾
24. 성적 지향과 젠더 정체성의 다양성은 사회에 해가 되며, LGBT는 무질서하거나 반 사회적이라는 인식을 강요하는 억압적인 시스템 때문에 이러한 폭력이 발생한다. 결국 LGBT는 “타인,” “다른 사람” 이 되거나 국가의 통합, 문화, 전통에 위협으로 다가온다. 이러한 억압적 시스템을 해체하고 LGBT의 사회적 포용을 촉진하며 한 국가의 사회 구조에서 LGBT인들 역시 중요한 기여를 하고 있음을 강조하기 위해 국가는 반드시 긴급한 조치를 취해야 한다.

C. 전통 가치

31. “전통적 가치” 서사⁴⁷⁾ 는 여성과 LGBT 옹호자들을 공격하기 위해 사용된다. 인권 옹호자 특별조사관에 따르면, “특히 여성의 권리, 젠더 문제, LGBT 권리를 위해 활동하는 사람들이 공통적으로 듣는 비난은 이들이 국가적, 지역적 가치와 충돌하는 “외국의” 혹은 “서구의” 가치를 어떻게든 옹호하고 이를 도입하려 한다는 것이다. 국가 기관 혹은 기관의 대표들이 이들에게 이러한 낙인을 찍었다고 이야기된다.”⁴⁸⁾
1. 전통적인 가치를 지켜낸다는 생각은 이에 도전하는 집단을 “타자화”할 수 있다. 예를 들어, 2018년 아프리카연합 집행위원회는 아프리카인권위원회에 아프리카의 근본적인 가치, 정체성, 바람직한 전통을 고려하기 위해 아프리카 레즈비언 연합에 주어진 옵서버 지위를 박탈할 것을 요청했다. 또한 아프리카의 가치에 반하는 가치를 들여올 수 있는 비정부 기구의 옵서버 지위도 철회해야 함을 요구했고⁴⁹⁾ 아프리카 인권위원회는 이 요청을 수락했다.⁵⁰⁾

45) A/HRC/25/65.

46) A/HRC/42/CRP.4, paras. 180 and 188.

47) See, for example, submission by Angola.

48) A/HRC/16/44 and A/HRC/16/44/Corr.1.

49) African Commission on Human and Peoples’ Rights, decision on the thirty -eighth activity report of the African Commission on Human and Peoples’ Rights (Doc.EX.CL/921 (XXVII)).

50) African Commission on Human and Peoples’ Rights, 45th activity report of the African Commission on Human and Peoples Rights, 2018.

2. 이러한 서사는 대부분 자신과 가족, 자녀의 미래에 대한 걱정에 호소하기 때문에 대부분 성공적인 결과를 낳았다. 한 제출물은 다음과 같이 말한다, ‘공포 정책’이 기본 바탕인 반 젠더 담론의 핵심에 아동의 순수함에 대한 위협이 있다. 젠더와 관련된 도덕적 공황상태에서 과거가 최고의 미래라는 주장이 제시된다. 전통적인 젠더 역할이 여성을 열등한 상황에 놓이게 하는 사회로 돌아가자는 것이다. 이러한 제안은 전통적인 가족, 국가, 종교 가치에 집중하는 ‘안전한’ 대안에 바탕을 둔다. 보수단체는 국가와 종교적 가치는 젠더 정책을 대변하는 개인주의와 반대된다고 설파한다. 이 전략은 국제적으로, 지역적으로 확장되었고, 여러 국가의 연설, 행동, 미학에서 유사점이 발견된다.⁵¹⁾
3. 전통적 가치를 옹호하는 서사는 많은 경우 범죄 의도와 반 사회적 행동이라는 비난을 동반한다. 소아성애와 미성년자에게 미치는 부정적 영향은 가장 자주 사용되는 두 가지 서사이다. 잘 알려진 예 중 하나는 2016년 6월 러시아 연방법으로써 전통적인 가족의 가치를 부정하는 행동에 대한 정보로부터 아동을 보호하는 것이 목적이다. 이 법은 “동성애 선전법⁵²⁾”이라고도 하며 “미성년자에게 전통적이지 않은 성적 관계를 알리는 행위”를 금지했다. 국제적인 반발에도 불구하고 러시아 외 많은 국가에서 이와 비슷한 법안을 채택했거나 채택하려고 하는 움직임에 독립전문가는 유감을 표시한다. 2014년 6월, 키르기스스탄 의회 인권위원회는 “전통적이지 않은 성관계에 대한 긍정적인 시각의 형성하려고 하는” 정보를 유포하는 행위를 범죄화하는 법안을 승인했으며⁵³⁾ 2021년 6월, 헝가리는 학교 내 성교육 콘텐츠 배포를 금지하는 법안을 통과시켰다.⁵⁴⁾
4. 동성 행위를 범죄로 보는 68개 국가의 경우, 국가가 조장하는 차별은 법적 조치가 이유라고 비판할 수 있겠지만, 폭력적이고 차별적인 행위는 전 세계 어디든 여전히 현실로 남아있다. 예를 들어, 말레이시아에서는 성적 지향과 젠더 정체성을 범죄화하기 때문에, 말레이시아 내의 이슬람 트랜스젠더는 수많은 샤리아 규정에 따라 체포, 벌금 및 사법적 처벌을 받을 수 있다. 이들은 무사하카(여성 간의 성관계) 혐의로 기소될 수 있으며, 최대 3년의 실형과 벌금형을 받거나 지팡이로 6대까지 맞을 수 있고, 이 세 가지를 조합한 처벌을 받기도 한다.⁵⁵⁾ 인도네시아에서 트랜스젠더 여성은 부도덕한 목적으로 여성의

51) Submission by Coalicion LGBTTTI y de trabajadoras sexuales con trabajo en la Organizacion de los Estados Americanos.

52) Communications Nos. AL RUS 8/2012; UA RUS 12/2011.

53) A/69/335, para. 53.

54) <https://kafkadesk.org/2019/05/19/hungarian-parliament-speakers-homophobic-comments-spark-outrage/>.

55) Communication No. OL MYS 5/2018. See also www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen/State_Enact_Ori.nsf/100ae747c72508e748256faa00188094/089a6047d6694e25482570dd000ce51d?OpenDocument (in Malay).

옷을 입거나 여성의 자세를 취하는 남성을 범죄화하는 샤리아 법에 따라 체포되거나 벌금형을 받는다.⁵⁶⁾

5. 임무 수행자는 국제 인권법에 따라 젠더 정체성 혹은 젠더 표현이라고 정의할 수 있는 개념 안에서 이루어지는 인간의 경험은 전 세계적으로 매우 다양하다는 풍부한 증거를 수집했다. 이러한 경험은 시간과 공간을 초월해 언제나 존재해 왔으며 이는 남성/여성의 이분법을 주요 사회질서의 원칙이라고 경직되게 이해하는 것은 식민주의의 결과임을 시사한다.⁵⁷⁾

D. 반 젠더 서사를 위한 자금 조달

6. 최근의 한 보고서에 따르면⁵⁸⁾ 소위 글로벌 “반 젠더”운동의 배후의 자금원은 부유한 개인, 비영리 단체, 종교 기관인 것으로 나타났다. 자금 조달은 개인 기부, 비영리 자선재단을 통한 기부, 프로젝트를 위한 재정적 후원을 통해 이루어지며 성적 지향과 젠더 정체성 보호 등 반 차별 정책을 공격하기 위한 법적인 전략 마련 등 “자연적” 질서 수호를 중심으로 단결하는 계기로도 자금이 모아진다.
7. 2008년부터 2017년까지 미국에 기반한 반 젠더 운동 관련 조직의 총 수입은 62억 달러에 달했고⁵⁹⁾ 이중 최소 10억 달러가 전 세계로 흘러 들어갔다. 보고서는 세계적으로 반 젠더 운동을 위한 자금이 LGBT 인권을 증진하는 프로젝트 및 행사를 위한 자금의 최소 3배 이상 많다고 판단했다.⁶⁰⁾ 여러 제출물에서 이러한 흐름을 증명할 수 있었다. 예를 들어, 중남미 지역에서 진행된 최근 조사에서 응답자의 72%가 지난 2년 간 자국의 반 젠더 운동이 매우 활발했을 뿐 아니라 가시성도 높아졌다고 말했다.⁶¹⁾
8. “포용의 법칙”에서 임무 수행자는 인권 보호와 촉진을 위한 정교한 시스템에 대해 설명했다. 이 시스템은 LGBT의 인권 증진을 위해 지방, 국가, 지역, 글로벌 수준에서 활동하는 조직들로 이루어져 있으며, 탄력성, 지략, 전문성이라는 뚜렷한 특징을 키워왔다. 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별에 관해 전 세계에서 수집된 데이터는 대부분 비 정부 출처에서 제공된다는 것, 그리고 지구상 모든 LGBT의 일상에서 폭력과 차별이 나타나는 방식을 목격할 수 있도록 이들이 제공한 가시성은 이러한 공동체와 인구에 대해 성취한 주요 업적 덕분이라는 것을 항상 기억해야 한다.

56) See for instance communication No. UA IDN 1/2018.

57) A/HRC/47/27, para. 16.

58) <https://globalphilanthropyproject.org/meet-the-moment/>.

59) Ibid.

60) Ibid.

61) Submission by OutRight.

9. 인권 옹호자의 상황과 관련하여 독립전문가와 특별 조사관은 LGBT와 인터섹스 인들이 주도하고 이들을 위해 활동하는 시민사회단체를 옹호하고 보호하려는 노력에 실질적으로 영향을 미치는 법적, 물질적 요소 및 위협 요소를 광범위하게 문서화했고,⁶²⁾ 임무 수행자는 시민사회조직체가 그들의 활동을 온전하게 수행할 수 있도록 국가 및 비 국가 행동가의 강화된 노력이 필요함을 확신한다.

E. 반 젠더 서사의 영향

10. 반 젠더 서사는 여성의 권리 증진에 중대한 위협을 초래하고 성적 지향과 젠더 다양성에 기반한 폭력과 차별을 조장할 수 있다. 임무 수행자가 주목한 반 젠더 서사의 예는 다음과 같다.

- (a) 브라질, 칠레, 콜롬비아, 에콰도르, 파라과이에서 출산 및 성 건강 교육 프로그램 축소⁶³⁾
- (b) 루마니아 등의 경우, 교육 기관에서 젠더 이론 혹은 관련 의견에 대한 토론의 전면 금지를 선언한 법률을 채택⁶⁴⁾
- (c) 러시아 연방⁶⁵⁾, 헝가리⁶⁶⁾, 카자흐스탄⁶⁷⁾ 등에서 LGBT에 관한 정보를 아동에게 배포하는 것을 금지하는 법안 및 정책의 채택
- (d) 미국⁶⁸⁾ 등에서 트랜스 여성 및 여아의 스포츠 참여를 금지하는 주법 채택

62) Ibid.

63) A/HRC/43/48, paras. 34-40.

64) Communication No. OL ROU 3/2020.

65) Communication Nos. AL RUS 8/2012; UA RUS 12/2011.

66) Communication No. OL HUN 3/2020.

67) Communication No. OL KAZ 5/2018.

68) www.hrc.org/press-releases/breaking-first-anti-trans-bill-of-2021-signed-into-law-by-mississippi-governor-tate-reeves. See also submission by Human Rights Campaign.

(e) 젠더 체계를 이스탄불 협약에 진보적으로 포함하여 발생한 반발의 강도. 협약을 꺼리거나 탈퇴하는 국가가 비판하는 내용은 협약 내 “젠더”라는 용어의 사용에 집중되어 있다. 국가들은 이 용어의 사용은 동성 결혼과 “젠더 이데올로기”를 지지하는 것으로 간주한다. 우크라이나를 방문하는 동안 독립전문가는 모든 우크라이나 교회 협의회 및 종교 단체가 협약에 “젠더,” “성적 지향”이라는 단어가 포함되면 기독교와 우크라이나의 “정체성”에 위협이 된다고 주장하며 협약의 비준을 막기 위해 성공적으로 로비활동을 펼쳤다는 것에 주목했다.⁶⁹⁾ 최근 헝가리 의회는 협약이 젠더를 사회적 구성으로 정의한다는 이유로 협약의 비준을 거부했다.⁷⁰⁾ 2021년 3월, 튀르키예는 협약에서 탈퇴했다. 폴란드의 보수 야당은 이 협약이 낙태와 기타 자유주의 법을 지지하는 “좌파 이데올로기” 세계로 건너가는 다리라고 주장했다.⁷¹⁾ 불가리아에서는 불가리아 헌법 재판소가 해당 협약이 불가리아 헌법에 위배된다고 발표했다.⁷²⁾

11. 임무 수행자는 이러한 서사 및 관행에 의해 묵인되거나 최악의 경우 의도적으로 조장되는 LGBT에 대한 폭력의 수준에 특히 우려를 드러낸다. 본 보고서를 준비하는 동안, 극우 시위대가 트빌리시 프라이드의 본부를 습격하고 기자들을 공격하여 20명의 부상자를 낸 사건이 발생했다. 경찰이 현장에서 출동했지만 특별한 개입은 없던 것으로 알려졌다. 사건에 대한 관계당국의 언급이 있긴 했지만 피해 측을 지지하는 발언도 없었다. 조지아 총리는 “공공장소에서 시위를 벌이는 것은 바람직하지 않은 계획”이라고도 말했다. 6월 5일에 예정되어 있던 프라이드 행진은 취소되었다. 안타깝게도 이 사건은 LGBT가 일상생활에서 받는 억압의 한 예일 뿐이며, 살인, 고문, 납치, 구타, 괴롭힘, 위협을 당하기도 한다. 그리고 임무 수행자가 문서화한 바와 같이 과도한 수준으로 사회에서 배제된다.
12. 국제적 약속을 존중하는 국가라면 차별적 폭력, 혐오 범죄, 그리고 이를 선동하는 행위⁷³⁾를 근절하는

69) See A/HRC/44/53/Add.1, para. 11.

70) <https://kafkadesk.org/2020/05/07/hungary-rejects-istanbul-convention-on-gender-equality-and-womens-rights/>.

71) www.euractiv.com/section/non-discrimination/news/polish-official-istanbul-convention-could-impose-leftist-ideology/.

72) <https://balkaninsight.com/2018/07/27/bulgaria-s-constitutional-court-says-istanbul-convention-not-in-line-with-basic-law-07-27-2018/>.

73) International Covenant on Civil and Political Rights, art. 20 (2); International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, art. 4 (a).

것은 국가가 마땅히 이행해야 할 기본적인 의무로 인식할 것이다.⁷⁴⁾ 이를 위해서는 적절한 법적 틀을 마련하고⁷⁵⁾ (당연히 동성 간 합의된 행위에 대한 범죄화 폐지 포함), 관련 공공정책을 수립하며 효과적이고 효율적인 사법적 접근을 가능하게 하는 등 국가의 모든 역량을 끌어모아야 한다.

13. 마찬가지로, 국가는 혐오 표현 방지를 위한 방법을 구상해야 한다. 소셜 미디어 및 기타 디지털 공간 속 표현의 자유와 혐오 표현의 구분을 돕는 임계 테스트 및 권고가 포함된 라바트행동계획⁷⁶⁾ (Rabat Plan of Action), 혐오 표현에 관한 UN 전략 및 행동계획⁷⁷⁾, 그리고 이를 구현하기 위한 자세한 지침⁷⁸⁾ 등 여러 유엔 간행물을 참고하여 혐오 선동 행위에 대처하는 정책적 틀을 구축할 수 있다. 혐오 표현에 관한 UN 전략에 따르면, 혐오 표현은 종종 편협과 증오에 뿌리를 두고 이러한 감정을 더욱 증폭시키며 특정 상황에서는 대상을 비하하거나 분열을 일으킬 수 있다.⁷⁹⁾

V. 젠더 정체성의 법적 인정 반대

14. 젠더 정체성에 적용할 수 있는 인권 기준이 발전하고 식별되면서, 그리고 결과적으로 각 회원국들은 이와 관련된 조치를 취할 의무가 있기 때문에 일련의 반대 주장이 국제 및 국내 무대에서 제기되고 있다.
15. 이러한 반대 주장을 더 깊이 이해하기 위해 독립전문가는 접수된 제출물, 특히 젠더 정체성의 법적 인정 및 트랜스인, 젠더 다양성을 지닌 사람들의 인권 보호에 관련된 국제인권규범 및 기준에 반대하고 이에 대해 비판적이거나 회의적인 제출물을 철저히 검토했다. 검토 과정에서 다양한 논지와 주장이 다시 눈에 띄었으며, 독립전문가는 297개의 제출물은 전형적인 세 가지 형태의 주장에 따른 공동 행동의 결과임을 관찰했다.

74) International Covenant on Civil and Political Rights, art. 9 (1). See also Human Rights Committee, general comment No. 35 (2014) on liberty and security of person, para. 9.

75) Human Rights Committee, general comment No. 35 (2014), para. 9.

76) A/HRC/22/17/Add.4, annex, appendix.

77) www.un.org/en/genocideprevention/hate-speech-strategy.html.

78) United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presences (United Nations publication, 2020).

79) www.un.org/en/genocideprevention/hate-speech-strategy.shtml.

16. 이러한 제출물에서 가장 일반적으로 인용되는 주장은 다음과 같다:

- (a) 폭력과 차별에 관한 법적 분석에서 성, 성적 지향, 젠더 정체성은 별도로 분류하여 다르게 취급해야 한다. 일련의 반대 목소리 중 첫 번째 의견은 성의 범주를 젠더로 대체하려는 시도는 여성을 혐오하려는 의도가 있다고 주장한다. 이러한 주장은 젠더 이론과 과학 및 생물학적 성은 서로 모순된다는 주장과 밀접한 관련이 있으며 일부는 게이 남성뿐 아니라 레즈비언과 양성애 여성의 정치적, 법적 요구에 해를 끼칠 위험이 있다고 주장한다.
- (b) 젠더 정체성을 법적으로 인정하는 것은 아동의 안녕을 위협하는 행위이다. 이와 관련된 제출물은 아동이 젠더 정체성을 인식하거나 심지어 젠더 정체성에 관해 학습할 가능성으로도 아동들에게 신체적, 감정적 피해를 유발할 수 있다고 주장한다.
- (c) 젠더 및 섹슈얼리티에 관한 포괄적인 교육은 역효과를 낳고 아동에게 해가 되며 부모의 권리를 침해할 수 있다.
- (d) 탈의실, 화장실, 쉼터, 구급시설 등 분리된 여성용 공간을 트랜스여성과 함께 사용하는 것은 위험하다.
- (e) 트랜스여성은 여자 스포츠에 우려와 혼란을 낳는다.

A. 성적 지향과 젠더 정체성 접근

17. 성과 젠더는 독립적인 개념이다. 마찬가지로 성적 지향, 젠더 정체성 및 젠더 표현은 모든 인간의 실제적인 경험이다.⁸⁰⁾ 젠더 정체성으로 인해 성적 지향이 결정되지 않으며, 그 반대도 마찬가지이다. 그리고 광범위한 인간의 다양성이 특징 별로 나누어 놓은 범주화를 거부한다는 사실로 인해 기대나 규칙에 순응하지 않는 개인은 폭력과 차별의 대상이 된다. 따라서 성과 젠더는 폭력과 차별에 관한 분석을 시작할 수 있는 명확하고 유일한 진입점이다. 최근 임무 수행자가 이야기했듯이, “젠더와 성은 서로를 대체하는 것이 아니며, 젠더 정체성과 젠더 표현은 반 차별 분석에서 우려되는 관행으로써 서로 떼어 낼 수 없는 관계이다.”⁸¹⁾
18. 독립전문가는 개념이 명확하게 정립되지 않으면 이러한 개념들 간에 역효과를 불러일으킬 수 있음을 관찰했으며, 국제 인권법 상 성과 젠더의 구분이 명확해졌다고 판단한 “포용의 법칙”에서 발견한

80) United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation .

81) A/HRC/47/27, para. 13.

사실들을 반복하여 언급했다.⁸²⁾ 임무 수행자는 현재의 국제 인권법에 따르면 성과 젠더는 독립된 개념이라는 사실이 가져온 효과를 증명하는 상당한 정보를 수집했다. 성과 젠더에 관한 이러한 개념의 도입이 성에 따라 여성을 생물학적 재 생산 기능 안에 한정시켜서는 안 되는 인류의 진정한 다양성을 반영하는지 확인하기 위해 이 같은 개념은 자율적이고 지속적인 검열을 계속한다. 한 제출물에서 언급한 바와 같이, 반 젠더 접근은 “부여받은 성에 관한, 그리고 생물학적 현실에서 남성/여성의 이분법보다 더 복잡하고 다양한 성에 관한 페미니스트 학문을 무시한다. 또한 많은 토착 문화와 식민지 이전 사회에서 발견되는 다양한 젠더 및 성적 정체성의 흔적을 없애고 남성성/여성성 자체가 식민적 구성물이라는 사실을 흐릿하게 한다.”⁸³⁾

19. 독립전문가는 더 나아가 LGBT인들이 성적 욕망을 경험하고 그에 따라 행동하는 방식과 젠더 구성은 LGBT인들이 경험하는 차별과 폭력 중요한 결정요인이라는 것, 그리고 서로가 깊이 연관되어 있다는 점을 관찰했다. 다시 말해, 젠더 정체성과 젠더 표현은 종종 낙인과 폭력의 근원인 성적 지향에 대한 실제 혹은 인지 상의 연결점을 제공한다. 많은 유엔 및 지역인권기구도 같은 결론에 도달했다. 임무 수행자는 임무 시작 이후 낙인과 차별을 조장하는 기제가 역사적으로 동일하지는 않더라도 유사한 모습을 보여왔고 앞으로도 계속 유사할 것이라는 취지의 풍부한 증거를 수집했다. 낙인과 차별을 조장하는 기제는 범죄화, 병리화, 악마화를 통한 부정이다. 이러한 부정의 프로세스가 가동되면, 성, 성적 지향, 젠더, 젠더 정체성을 기반으로 한 낙인과 차별을 경험하는지에 관계 없이 개인이 맞게되는 결과는 동일하다. 또한 상호 교차적 접근은 개인이 다양한 스펙트럼에 걸쳐 여러 정체성을 가질 수 있음을 인정하지만 이러한 정체성에 대한 개인의 경험이 서로 연결되어 있다는 것도 인정한다. 다시 말해, 개인의 성적 지향은 젠더 정체성에 관한 개인의 경험과 관련이 있다. 임무 시작의 기원에 대한 접근방식은 이러한 근본 원인 분석을 강화한다.

B. 아동의 권리에 관해 제기된 영향

20. 젠더 기반 접근에 의문을 제기하는 일부 이해 관계자는 트랜스, 혹은 비 이원적 젠더 아동 및 청소년에 대한 주장에 초점을 맞춘다. 이들의 젠더 정체성을 법적으로 인정하면 의료적 젠더 확정 치료를 강요당하며 트랜스 청소년은 소위 “트랜스 젠더 답게” 행동하도록 압력을 가하는 소셜 미디어나 친구들에 의한 외부 세뇌 행위의 희생양이 된다고 주장한다.⁸⁴⁾

82) A/HRC/47/27.

83) Submission by AWID and SRI.

84) For example, see submission by Jane Dobson and others.

21. 여러 제출물에서 일부 아동이 “젠더 불쾌감”을 경험하지만 이러한 기분은 성인이 되기 전에 스스로 “해결” 되며, 따라서 아동의 비 시스젠더 정체성을 수용하는 것은 “젠더 이데올로기”를 지지하는 것이라는 주장이 있었다.⁸⁵⁾ 하지만 제출물에 인용된 많은 증거가 이 주장을 뒷받침하지 않는다는 점을 유의해야 한다.⁸⁶⁾
22. 일부 제출물은 젠더 확정 치료가 아동과 청소년의 정신건강에 부정적인 결과를 가져올 수 있다고 주장했다.⁸⁷⁾ 이를 위해 제시된 증거는 과학계에서 다시 반박되었으며, “젠더 정체성은 엄격한 이분법적인 현상이 아니라는 것을 데이터가 뒷받침했다.”⁸⁸⁾ 보다 근본적으로, 젠더 다양성을 정신적 장애 형태로 말하는 것은 젠더 다양성을 병리화하는 것이며, 이는 포용에 관한 국제인권법에 따른 국가의 인권 의무⁸⁹⁾ 및 세계보건기구(WHO)가 2019년에 발표한 국제질병분류법에 어긋난다.⁹⁰⁾ 독립전문가는 젠더 확정치료에 대한 부정적인 주장은 “사춘기 억제 치료를 받은 사람들은 억제 치료를 원했으나 받지 않은 사람들에 비해 평생 자살 충동이 낮았다.”라는 가장 최근의 의학적 증거와 대치된다는 사실에 주목한다.⁹¹⁾

85) Template A.

86) The evidence presented in template A submissions appears to lead to conclusions different from those suggested therein. A detailed analysis of the sources leads to the conclusion that gender dysphoria in adolescence is persistent and medical interventions may be appropriate. In other cases, the limitations of the studies are significant, such as that in which it is declared that the percentage of gender dysphoria found to be persistent “is probably an underestimation of the true numbers, because the clinicians involved usually had lost contact with their patients over the years, the questions involved are sensitive, and in some studies there was reliance on mothers’ reports only” (see www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0890856709603865?via%3Dihub) or that which reveals the impact of losing contact with patients over the years (thus the claim that only 21 out of 77 study participants were in the “persistent” group is misleading when only 54 study participants agreed to the follow-up portion of the study) (see www.researchgate.net/publication/23449293_Psychosexual_Outcome_of_Gender-Dysphoric_Children). Two other sources, including the American Psychiatric Association’s DSM-5, claim that rates of gender dysphoria persistence from childhood into adolescence or adulthood vary, ranging from 2.2 to 30 per cent in “natal males” and from 12 to 50 per cent in “natal females” (see www.appi.org/Diagnostic_and_Statistical_Manual_of_Mental_Disorders_DSM-5_Fifth_Edition).

87) Template A.

88) www.baltimoresun.com/opinion/op-ed/bs-ed-lgbtq-hopkins-20160928-story.html.

89) A/73/152, paras. 19-24.

90) <https://icd.who.int/en>.

91) www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7073269/.

23. 트랜스 아동과 젠더 다양성을 지닌 아동은 젠더 정체성에 기반한 차별로부터 보호를 받는다. 국가가 아동의 젠더 인식 절차를 거부하는 경우, 국가는 이러한 아동을 거부하는 것이며, 이들은 법적, 사실적으로 인정하지 받지 못하기 때문에 박해, 학대, 폭력, 차별을 받게 될 가능성이 커진다. 아동권리위원회 일반 논평 20호에서 위원회는 “표현의 자유에 관한 모든 청소년의 권리와 이들의 신체적, 심리적 완전성, 자율성을 존중할 것”을 강조했고 “국가는 대중의 인식을 높이고 보호와 지원 조치를 시행하여 …트랜스젠더… 청소년을 모든 형태의 폭력, 차별 따돌림으로부터 보호해야 한다”라고 판단했다.⁹²⁾
24. 독립전문가는 한 예로 아동의 젠더 정체성을 출생 시 지정된 성별로 제한하는 법안을 채택한 헝가리에 우려를 표했다.⁹³⁾ 이 법안은 “서구 세계에 퍼진 새로운 현대 이데올로기적 과정”은 보호와 돌봄에 대한 아동의 헌법적 권리를 위태롭게 한다고 설명한다. 따라서 입법자는 아동의 존엄성을 보호하기 위한 방법의 일환으로 “출생 시 부여되는 변치 않는 아동의 정체성을 보호하기 위한” 행동을 취해야 한다. 또한 트랜스인과 젠더 다양성을 지닌 사람들의 정체성을 불법화하는 정부의 방향과 일치하는 듯한 어조로 “출생 시의 성은 변경할 수 없는 속성을 지닌다. 누구든 남자 혹은 여자로 태어난다” 라고 명시한다.
25. 임무 수행자는 청소년과 아동의 젠더 정체성을 거부하는 이같은, 또는 기타 조치들이 청소년들의 발달에 미칠 영향을 우려하고 있다. 예를 들어, 2021년 4월 6일, 미국 아칸소 주 입법부는 주지사가 거부권을 행사하고 전국 주요 의료단체들이 강하게 반발했음에도 이를 무시하며 트랜스젠더 아동에 대한 젠더 확정 치료를 금지하는 법안을 채택했다.⁹⁴⁾
26. 국가는 아동권리협약, 그 중 특히 제19조에 의해 제정된 안전보호장치에 따라 아동의 이익을 최우선적으로 고려하고 아동의 연령과 성숙한 정도에 따라 자신의 의견을 표현할 수 있는 아동의 권리를 존중해야 한다. 아동의 이러한 권리를 존중할 때에는 다른 영역에서 특정 연령의 아동의 자율성과 결정권을 인정하는 안전보호장치에 비해 그 정도가 과도하거나 차별적이어서는 안 된다. 국가는 또한 아동의 생존과 발달을 최대한 보장하고⁹⁵⁾ 인간의 존엄성을 존중하는 환경을 조성할 의무를 다 해야 한다.⁹⁶⁾

92) Committee on the Rights of the Child, general comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, paras. 33 and 34.

93) Communication No. OL HUN 3/2020.

94) www.aacap.org/AACAP/Latest_News/AACAP_Statement_Responding_to_Efforts-to_ban_Evidence-Based_Care_for_Transgender_and_Gender_Diverse.aspx.

95) Convention on the Rights of the Child, art. 6. See also Committee on the Rights of the Child, general comment No. 5 (2003) on general measures of implementation of the Convention.

96) Communication No. AL IRL 1/2015.

27. 일부 제출자들은 젠더와 섹슈얼리티에 관한 포괄적인 교육이 아동의 권리를 침해한다고 주장했다.⁹⁷⁾ 특히, 많은 제출자들은 아동을 성적 대상화 하고 성적 쾌락과 비 출산 행위를 “정상화” 하거나 “부추기며” 부모로서의 권리를 침해하는 등 젠더 및 섹슈얼리티에 관한 포괄적인 교육의 “폐해”라고 추정하는 14가지 사항을 반복하여 언급했다.⁹⁸⁾ 한 제출물에서는 젠더 및 섹슈얼리티에 관한 포괄적인 교육이 “음란물”의 한 형태라고 주장했다.⁹⁹⁾ 그러나 독립전문가는 이러한 주장을 뒷받침하는 신뢰할 수 있는 증거는 제출되지 않은 반면 포괄적인 젠더 및 섹슈얼리티에 관한 교육으로 얻을 수 있는 건강상 이점은 설득력 있게 문서화되어 있다는 점을 주목했다.¹⁰⁰⁾ 독립전문가는 학교는 포용적 환경을 조성하기 위한 중요한 장소이고, 국가는 국제인권표준에 따라 학교가 이러한 의무를 준수하도록 보장해야 한다는 조약 기구의 연구 결과를 다시 한번 생각해 본다.¹⁰¹⁾

C. 여성의 권리에 관해 제기된 영향

28. 임무 수행자는 자신이 결정한 젠더를 인정하게 되면 성의 범주 안에서 받을 수 있는 보호가 무너지고 시스 여성이 겪는 어려움, 차별, 폭력이 정책과 관행에서 더 이상 눈에 보이지 않는 환경¹⁰²⁾을 조성함으로써 여성혐오¹⁰³⁾가 만연하게 되는 결과가 될 것이라고 주장하는 여러 제출물을 받았다. 평등을 위한 투쟁은 국제 인권법과 지속가능한개발목표의 필수 요소이다. 하지만 독립전문가는 자기 결정 젠더를 인정하는 제도적 틀에서 여성과 여아의 보호와 트랜스인을 포함한 LGBT 개인의 권리가 서로 상충한다고 생각하지 않는다.

97) Template C. See also submissions by Family Watch International, LGB Alliance Deutschland, Object Now, Women’s Human Rights Campaign, Voorzij, Allan Darwin, Florence Humbert, Jane Dobson and others, Kenin R. Stuurman, Outi Maki and Stuart Barnes.

98) Template C.

99) Submission by the Project for Human Development.

100) See, for example, Committee on the Rights of the Child, general comment No. 20 (2016), para. 58.

101) See, for example, Committee on the Elimination of Discrimination against Women general recommendation No. 36 (2017) on the right of girls and women to education, para. 45, and Committee on the Rights of the Child, general comment No. 20 (2016), para. 59.

102) See, for example, submissions by HazteOir.org, Women’s Human Rights Campaign, Women’s Liberation Front, Victoria Feuerstein.

103) Template B.

29. 여러 제출물에서 반복된 한 가지 공통된 주장은 법적 범주에서 성을 제외하면 여성이 받는 구조적 불평등 근절을 위한 정책이 무의미해진다는 것이다.¹⁰⁴⁾ 독립전문가는 성과 젠더는 국제 인권법에 따라 보호되는 범주이며 그가 발견한 사항들 중 그 어느 것도 성과 젠더 둘 중 하나가 명시적으로 또는 묵시적으로 제거되어야 함을 시사하지 않는다고 분명히 밝혔다.
30. 또한 데이터 수집에 대한 주장은 젠더 정체성과 출생 시 부여된 생물학적 성이 일치하지 않는 개인에 대한 권리를 훼손하고 이러한 존재를 부정하는 데 사용되어서는 안 된다. “포용의 법칙”에서 임무 수행자는 “법적 인정을 반대하는 입장 중 일부는 상호 교차적 분석에 의해 설득력 있게 반박되긴 했으나, 비 트랜스 여성은 인종, 연령, 국적, 사회경제적, 이주 상황 및 기타 지위에 의해 크게 좌우되지 않는 단일 이익 집단이라는 생각에 기반한다. 이들은 트랜스 남성 및 기타 젠더 다양성을 지닌 사람들의 실제적인 현실과 이들의 건강, 고용, 주거, 교육 결정 요인을 간과한다”¹⁰⁵⁾고 말했다.
31. 또 다른 주장은 “젠더 이데올로기” 때문에 레즈비언 여성은 트랜스 여성과 관계를 맺어야 한다고 느끼고, 그렇지 않으면 “트랜스 혐오”라는 꼬리표가 따라온다는 것이다.¹⁰⁶⁾ 성관계 및 성폭력 관련 분야에서, 임무 수행자는 국제인권법에서¹⁰⁷⁾ 충분한 탐구를 거친 동의 개념의 중요성을 인지하며, 이에 따라 주변 상황의 맥락 안에서 판단된 개인의 자유 의지의 결과로 자발적 동의가 이루어져야 한다. 임무 수행자는 이러한 체계가 레즈비언 및 트랜스 여성에 관계된 사례에 왜 적용되지 않는지 그 이유를 알지 못한다.
32. 일부 제출물에서는 성별이 분리된 공간, 특히 감옥, 탈의실, 화장실 등에 트랜스 여성의 출입을 허용한다면 이러한 공간이 위협해질 수 있다는 주장을 제기했다. 독립전문가는 제출물이 안전한 공간에서 시스젠더 여성들이 트랜스여성(혹은 트랜스 여성이라고 주장하는 사람)에 대해 위협을 느꼈던 일곱 건의 동일한 사건을 반복하여(중중 글자 그대로) 언급한다는 것을 주목했다.¹⁰⁸⁾ 인용된

104) Template C.

105) A/HRC/47/27, para. 42.

106) Template B. See also submissions by Fair Play for Women, LGB Alliance Deutschland, LGB Alliance India, LGB Alliance Teymio, LGB Alliance UK, Partners for Ethical Care, Jane Dobson and others, Kana Kudo and others, Lisa Jordan, Outi Maki, Sheila Jeffreys.

107) See, for example, A/HRC/47/26, paras. 27-53.

108) Template C.

사건들 중 경미한 사례에서도 사실 여부에 관한 논쟁이 있다.¹⁰⁹⁾

33. 이러한 증거적 결점에도 불구하고, 임무 수행자는 “트랜스 여성의 법적 인정은 안전한 공간을 위협하게 한다는 주장은…약탈적 결정론에 대한 낙인을 찍는 것으로 보인다”¹¹⁰⁾ 라고 반대 주장에 대한 견해를 표명했다. 그리고 모든 여성(레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성을 포함)을 위한 안전한 공간에 대해 모든 객관적으로 확인된 위협을 고려하고, 낙인이나 고정관념을 조장, 복제, 또는 묵인하지 않는 위협관리 접근법을 제안했다.¹¹¹⁾

D. 여성과 여아의 스포츠 경기에 관해 제기된 영향

34. 사회적, 경제적, 문화적 포용과 관련된 보고서에서 임무 수행자는 트랜스 학생과 젠더 비 순응 학생은 성별로 구분된 교복으로 인해 수치심을 느낄 수 있고 성별로 구분된 화장실과 탈의실에 접근하고 스포츠 활동의 참여와 관련하여 괴롭힘을 당할 수 있다고 판단하며¹¹²⁾, 스포츠 경기에 이들을 포용하는 것을 목표로 하는 프로그램은 상당히 긍정적인 효과를 낳는다는 것을 증명하는 풍부한 증거를 언급했다.¹¹³⁾ 최근 미국에서 실시된 한 설문조사에 따르면 트랜스 젠더 청소년이 운동경기에 참가할 수 있도록 허용하는 정책은 심각한 수준의 자살 충동 등 이들이 겪는 매우 심각한 피해를 완화할 수 있었다. 트랜스젠더 청소년을 포용함으로써 자살 위험 감소, 안정감 상승, 괴롭힘에 대한 노출 및 우울감 감소 등의 긍정적인 효과를 얻을 수 있다.¹¹⁴⁾

109) See, for example, an account of a trans woman at Evergreen State College in the United States. While submissions alleged that the woman had assaulted others in a locker room, reports suggest that the woman simply used the locker room in an ordinary fashion, but other users complained (www.transadvocate.com/colleen-francis-and-the-infamous-evergreen-state-college-incident_n_10765.htm; <https://abc7.com/archive/8870832/>). Another frequently cited example - a case from a school in Decatur, United States - was ultimately found to be unsubstantiated on further investigation, although investigators did criticize the school for failing to conduct its own thorough investigation (<https://decaturish.com/2020/06/department-of-education-cant-substantiate-assault-in-oakhurst-bathroom-finds-title-ix-violations/>).

110) A/HRC/47/27, para. 40.

111) Ibid., para. 45.

112) A/74/181, para. 7.

113) A/74/181, para. 89.

114) www.americanprogress.org/issues/lgbtq-rights/reports/2021/02/08/495502/fair-play/.

35. 국제올림픽위원회는 “트랜스젠더 선수들이 스포츠 경기 참여 기회에서 가능한 배제되지 않도록 보장할 필요가 있으며”, 스포츠의 목표는 무엇보다도 공정한 경기를 보장하는 것은 맞지만, “공정한 경쟁을 위해 외과적, 해부학적 변화를 참가의 전제조건으로 하는 것이 꼭 필요한 것은 아니며 이는 발전하는 법률 및 인권의 개념에 어긋날 수 있다”라고 인정했다.¹¹⁵⁾ 정체성에 대한 자기 인식을 기준으로 정하여 트랜스 남성은 제한 없이 경쟁할 수 있도록 하고 트랜스 여성은 혈청 내 테스토스테론 농도 검사를 통해 경쟁할 수 있도록 하는 공감대가 형성된 상태이다.¹¹⁶⁾ 세계 육상은 2019년 테스토스테론 테스트에 관한 합의에 도달했다.¹¹⁷⁾
36. 스포츠계는 트랜스인의 인권에 대한 공격이 거세진 또 다른 영역이며 세계권 대회에서 트랜스젠더 선수의 참여가 뜨거운 논쟁 거리가 되었다. 한 제출물에서 언급한 바와 같이, “호르몬 측정과 신체 구조를 고려하면 트랜스 선수가 경쟁에 유리하다는 이론은 스포츠 대회에서 보다 포괄적인 정책을 수립하려는 윤리 위원회의 결정을 방해하기 위해 보수 정치 집단이 광범위하고 체계적으로 사용하는 도구이다.”
37. 이러한 이론이 불러일으킨 영향은 명확하고 신속했다. 법안의 발기인들은 자신의 주 또는 지역에서 트랜스 여성의 스포츠 참여로 문제가 발생했다는 단 하나의 사례도 제시할 수 없었음에도 불구하고 2021년 4월 초까지 미국의 20개 주에서 여성 스포츠에 트랜스 여성의 참여를 금지하는 법안을 통과시켰거나 통화하는 것을 고려하고 있음이 보고되었다.¹¹⁸⁾
38. 포용적 정책이 여성과 여아들의 스포츠 참여를 방해한다는 주장을 뒷받침할 증거는 없다. 미국의 최근 설문조사에 따르면 포용적 정책을 시행하는 주에서 2011년부터 2019년까지 여자 고등학생 선수의 참여는 증가했거나 변동이 없는 것으로 나타났다. 반대로, 배제적 정책을 시행하는 주에서 여아들의 스포츠 참여는 감소했다.¹¹⁹⁾

115) www.nytimes.com/2016/01/26/sports/olympics/transgender-athletes-olympics-ioc.html.

116) https://stillmed.olympic.org/Documents/Commissions_PDFfiles/Medical_commission/2015-11_ioc_consensus_meeting_on_sex_reassignment_and_hyperandrogenism-en.pdf.

117) www.worldathletics.org/news/press-release/international-federations-rules-transgender-a.

118) <https://apnews.com/article/lawmakers-unable-to-cite-local-trans-girls-sports-914a982545e943ecc1e265e8c41042e7>.

119) www.americanprogress.org/issues/lgbtq-rights/reports/2021/02/08/495502/fair-play/.

39. 독립전문가는 여성과 여아의 스포츠와 관련된 사례가 트랜스인들의 권리를 보호하면 발생할지도 모른다는 추측성 사시 혹은 잠재적 피해에 기반한 주장을 서사를 이용하는 대표적인 예라고 밝혔다. 이러한 주장은 종종 트랜스 여성에 관한 유해하고 부정적인 고정관념에 근거한다. 2016년 리우올림픽에 트랜스인들이 출전한 현황은 여전히 통합이 우리가 풀어야 할 과제로 남아있음을 보여준다. 경기에 참여한 11,238명 중 트랜스인은 0명이었다. 2021년 도쿄 올림픽은 최초로 196명의 역도 선수 중 1명 (그리고 98명의 여성 중 1명)¹²⁰⁾의 트랜스 선수가 경기에 참여하게 될 것으로 보인다.¹²¹⁾ 경기에 출전할 것으로 예상되는 11,091 명의 선수 중 0.009%에 해당한다.¹²²⁾

E. 최종 의견

40. 독립전문가는 경력 전반에 걸쳐 고문에 관한 주장을 자주 분석했다. 이와 관련된 사례에서, 피해자는 어느 날 밤 아무 이유 없이 체포되어 경찰서로 끌려가 얼굴과 배를 맞았다. 경찰봉으로 강간을 당했으며 결국 알몸으로 시멘트 바닥에 던져져 밤을 지새웠다. 수년간 정의는 거부되었으며 어떤 면에서는 아직도 그렇다. 이것은 경찰의 자의적 체포 당시에는 게이 남성이었고 현재는 자신을 여성으로 밝힌 아즐 마틴의 이야기이다. 이러한 사실에 관한 생각과 신체적 공포를 묘사할 때, 독립전문가는 종종 비나 다스 박사의 관찰을 떠올린다. 우리는 인식과 인정의 요구로써 고통을 생각하기 시작했다. 다른 사람의 고통을 부정하는 것은 지성이 부족해서가 아니라 정신이 부족하기 때문이다. 상상을 보태어 말하자면, 타인의 고통은 언어가 정착할 곳을 요구할 뿐 아니라 신체가 정착할 곳을 찾는다.¹²³⁾

41. 본 보고서의 서두에서, 독립전문가는 관점의 한계를 스스로 인정했다. 하지만 그의 관점의 장점은 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별에 맞선 투쟁에서 인간과 사회적 변동의 동학을 관찰할 수 있는 곳에 임무 수행자를 위치시킨다는 것이다. 독립전문가는 젠더 정체성과 젠더 표현의 법적 인정을 반대하는 주체 중 일부는 기존에 인권 기반 접근법에 충성을 선언하고 인권 옹호의 이력을 내세운 단체나 개인이었다는 사실을 우려의 목소리로 언급했다. 독립전문가는 임무 수행자가 수집한 풍부한 증거가 증명하듯이, 이들이 조장하고 있는 서사가 억압자가 감당해야 할 책임을 억압받는 개인, 공동체, 인구로 전가하는 정도에 대해 깊이 생각해 보도록 권하기를 원한다.

120) www.iwf.net/wp-content/uploads/downloads/2018/04/FINAL-2018-03-29-Tokyo-2020- Qualification-System-Weightlifting.pdf?fbclid=IwAR21O1BGSpactyxR-LuFOW53-ATOybaZQikGN1cWDrQHJVJWrzR4z M2exYg4.

121) www.espn.com/olympics/story/_/id/31399857/nzl-weightlifter-set-become-first-transgender-olympic-athlete.

122) <https://olympics.com/tokyo-2020/en/news/tokyo-2020-next-year-s-games-in-numbers>.

123) www.jstor.org/stable/20027354.

42. 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별에 맞서 싸우는 모든 사람들은 서로를 바라보고 경청하며 존중, 친절, 연민의 태도로 서로를 대하는 것이 얼마나 중요한지 생각하게 되는 실제적인 경험을 공통적으로 갖고 있다. 세계인권선언의 포용적 언어는¹²⁴⁾ 자유롭고 동등한 존엄과 권리를 가지고 태어난 모든 인간에 대해 우리 모두가 인권선언의 언어처럼 포용적으로 행동할 것을 설화하며, 우리 선조들이 쌓은 공동의 유산을 보존하고 지키는 핵심에 자리하고 있다.

VI. 결론 및 권고

A. 결론

43. 인권은 분리할 수 없고 상호 의존적이며 서로 연결되어 있다. 그리고 인권은 폭력과 차별로부터의 자유 등 자유와 평등의 이상을 실현한다. 젠더는 생물학적 성 특성에 부여된 의미에 따라 역할, 행동, 표현 형식, 활동 및 속성을 정하는 사회문화적 구조를 설명하기 위해 사용되는 용어로, 국제 인권에서도 정식으로 언급된다. 따라서 젠더와 성은 서로를 대체할 수 있는 개념이 아니며 젠더 정체성과 젠더 표현은 불가분의 관계에 있고 국제 인권법에 의해 보호받는다.

44. LGBT인들과 마찬가지로 젠더 다양성을 지닌 사람들, 인터섹스 인들은 어느 시대, 어느 장소나 존재했으며 질서 원칙(일부에게만 이익을 주는)이라는 명목으로 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 차별과 폭력이 모든 곳에서 자행되었다. 국제 사회가 현재의 끔찍한 고통을 인지하고 이에 관한 체계적인 데이터를 보유하고 있음은 매우 놀라운 성과이다.

45. “포용의 법칙”과 “배제의 관행”은 지금 이 시점에서 국제사회 앞에 놓인 두 가지 길을 제시하려는 의도에서 비롯되었다. 포용의 법칙은 국제 인권법의 가장 바람직한 특징에서 기인한 포용적 접근은 이전 세대에서는 잘 보이지 않았거나 의도적으로 보지 않았던 불의와 불평등을 바로잡기 위해 국제 인권법의 역량을 지속적으로 최적화하기 위한 도구라고 설명한다. 국제 인권법은 인권 조약은 살아 움직이는 수단이라는 약속을 기반으로 하기에 조약에 대한 해석은 시대와 조건과 함께 진화해야 한다.¹²⁵⁾ 이러한 진화적인 해석은 조약법에 관한 비엔나 협약에 명시된 일반적인 해석 규칙을 따른 것이며 페미니즘의 놀라운 성과에 의한 결과이다. 국제 인권법에 젠더를 통합한 과정이 페미니스트적 성과라는 것에서 알 수 있듯, 반 차별 분석과 국제 인권법이 젠더 정체성과 표현을 포용적으로 인정한 것은 법, 공공 정책, 정의 구현에 항상 영향을 미쳐야 한다는 페미니스트적 사고의 결과이다.

124) Universal Declaration of Human Rights, art. 1.

125) Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-24, para. 58.

46. 반대로, “배제의 관행”이 제시하는 길은 법에 대한 정적인 해석에 의존하고 이에 따라 태양 아래 새로운 것은 없다는 신념에서 파생된 절대적 진리, 즉 의심할 여지 없는 이원적인 이분법, 불변의 진리인 가부장제, 도전받지 않는 이상적 체제인 이성애 규범을 철저히 방어할 것을 요구한다. 다시 말해, 여성 혹은 LGBT인들이 겪는 불평등같이 오늘날 세계에 존재하는 부당함 대부분의 바탕에 있는 바로 그 질서를 방어하는 것으로 보인다. 독립전문가는 배제적 서사가 선입견, 낙인, 편견을 이용하여 공포와 도덕적 우려를 자극하는 분위기를 조성하고 폭력과 차별을 영속할 가능성을 높인다고 생각한다. 특히, 트랜스인 혹은 젠더 다양성을 지닌 사람들의 존재 자체로 공동체와 인구에 위협이 된다는 주장을 임무 수행자가 분석해 본 결과, 이는 신뢰할 만한 증거가 아닌 혐오 발언에 해당하는 방식의 선입견과 낙인을 기반으로 한다는 결론으로 이어졌다. 외국인 혐오, 여성 혐오 또는 인종 차별적 발언을 포함한 다른 형태의 증오심 표현과 마찬가지로 이러한 근거 없는 주장은 대중의 상상력을 지배하려 했다. 이는 소위 “문화 전쟁”의 주요 특징으로 볼 수 있다.
47. 임무 수행자는 자신의 존재 영역을 결정할 모든 인간의 자유를 존중하고 보호하는 것이 국가의 의무임을 확신한다. 젠더 정체성과 젠더 표현은 자신의 존재 영역을 결정하기 위한 필수적인 부분이며, 국제법이 젠더를 인정함으로써 발생하는 저항은 분명한 국가적 조치가 없다면 상당한 피해를 초래할 수 있는 중대하고도 지속적인 도전이다.
48. 전 세계의 국가들, 그리고 유엔 기구를 포함한 기타 이해관계자들은 이러한 위협의 심각성을 인지해야 하고 수십 년 동안 페미니스트 운동이 구축한 국제적, 지역적, 국가적 인권 및 젠더 체계를 훼손할 수 있는 배제적 관행에 대응하기 위해 단호하고 일관된 조치를 취해야 한다. 임무 수행자는 젠더와 섹슈얼리티에 관한 권리, 젠더와 섹슈얼리티에 관한 포괄적인 교육, 신체적 자율성, 성적 권리와 출산의 권리, 그리고 젠더 정체성의 법적 인정과 관련된 권리를 방해하는 요인들을 특히 우려한다. 배제의 관행은 국제 인권법에 부합하지 않으며 혐오 표현 및 혐오 범죄를 법적인 틀 안에 두어 필요하고 해당되는 경우 적절하게 처리되어야 한다.

B. 권고

49. “포용의 법칙”과 “배제의 법칙” 보고서의 보완적인 성격을 감안하여 독립전문가는 포용의 법칙에 기반한 권고사항을 다시 언급하고자 한다. 특히 젠더 기반 접근법의 가치를 인정하는 중요성, 보편적이고 양도할 수 없으며 분할할 수 없고 상호 의존적이며 다른 모든 권리와 관련되어 있는 젠더 및 섹슈얼리티와 관련된 권리 옹호의 중요성, 그리고 국제 인권법의 법적 근거에 부합하는 젠더 및 젠더 정체성과 표현에 관한 이해를 바탕으로 사법에 접근할 수 있는 공공정책 및 시스템을 법적으로 채택해야 할 필요성을 다시 한번 상기하길 바란다.

50. 독립전문가는 각국이 폭력과 차별, 특히 성적 지향과 젠더 정체성에 기반한 폭력과 차별로부터 여러 다양성을 지닌 여성을 보호할 수 있는 보편적이고 지역적인 관련 협약을 비준할 것을 권고한다. 또한 레즈비언, 양성애자, 트랜스 여성, LGBT인들을 포함한 여성들을 폭력과 차별로부터 보호할 법적 근거를 지속적으로 개발할 것을 권고한다.
51. 본 보고서에서 분석한 배제의 관행과 관련하여, 독립전문가는 각국에 다음을 권고한다.
- (a) 법, 공공정책, 사법적 접근과 관련된 모든 조치를 이용하여 성적 지향, 젠더 정체성에 기반한 차별적 폭력과 범죄, 이들에 대한 선동 행위를 해결한다. 이 과정에 혐오 행위로 고통받는 공동체, 시민, 개인을 모두 참여시킨다.
 - (b) 라바트 행동계획, 혐오 표현에 관한 유엔 전략 및 행동 계획, 그리고 이를 실행하기 위한 상세 지침에 따른 표준 및 모범 사례를 고려하여 혐오 표현을 관리하기 위한 제도적 틀을 채택한다.
 - (c) 국가는 주의를 기울여 배제적 언어 표현과 관행을 분석하고 증거에 기반한 정보를 사용하여 이러한 행위에 이익을 제기하며 여러 다양성을 지닌 여성을 폭력과 차별로부터 보호하기 위해 인식 제고 등 모든 필요한 조치를 취한다.
52. 마지막으로 독립전문가는 국가가 젠더 체계, 젠더 기반 접근, 상호교차성을 성적 지향, 젠더 정체성, 젠더 표현에 기반한 폭력과 차별의 근본 원인을 분석하기 위한 강력한 도구로 사용할 수 있다는 명확한 이해를 바탕으로 젠더 개념을 세계 협약 및 지역적 조약의 내용에서, 그리고 기타 국제적 조치에서 제거하려는 시도를 저지하겠다는 국가적 결심을 배가할 것을 권고한다.

트랜스젠더 성별정정 기준에 관한 청문회

발행일 2022년 10월
발행처 국가인권위원회
주소 04551 서울시 중구 삼일대로 340(저동1가) 나라키움 저동빌딩
전화 (02)2125-9942 FAX (02)2125-0926
인쇄처 디자인모장
전화 (02)2278-1990 FAX (02)2278-1992
ISBN 978-89-6114-903-7 93330

이 저작물은 국가인권위원회가 저작권을 전부 소유하지 아니한 저작물이므로 자유롭게 이용(무단 변경, 복제·배포, 상업적인 용도 사용 등)하기 위해서는 반드시 해당 저작권자의 허락을 받으셔야 합니다.



04551 서울시 중구 삼일대로 340(저동1가) 나라키움 저동빌딩 성차별시정과
Tel : (02)2125-9942, Fax : (02)2125-0926 <http://www.humanrights.go.kr>

ISBN 978-89-6114-903-7 93330