

성별전환의 법담론 비판*

한 상 희**

목 차

- | | |
|-------------------|-------------------------|
| I. 서론 — 「몸의 정치」 | 1. 대법원의 성별정정 허가 결정 및 기준 |
| II. 법규율의 대상으로서의 몸 | 2. 지침의 문제점과 그 비판 |
| III. 성별변경의 정치학 | IV. 결 론 |

I. 서론 — 「몸의 정치」

인간의 존재양식은 근대 계몽주의의 관점에서 말하듯이 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.¹⁾ 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.

* 이 글은 한상희·이경, “법과 일상생활의 문화비평적 재구성: 몸 담론분석을 통한 생활정치의 복원”, 『법과사회』, 제21권, 2001에 게재된 글의 연장에서 성전환자들이 처해 있는 인권상태 및 법상태를 분석하기 위하여 쓰여진 것이다. 따라서 분석틀의 일부는 그에서 전래된 것이다. 자세한 설명은 그 글을 참조하기 바란다.

** 건국대학교 법과대학 교수

1) 태혜숙, 『탈식민주의 페미니즘』, 여이연, 2001, 140면.

푸코(M. Foucault)가 비판하는 담론권력이 그 훈육의 대상을 정신이 아닌 몸에 집중하고 있음도 바로 이 때문이다. 그의 『감시와 처벌』²⁾은 신체에 가해지는 고통이 형벌의 효율성과 의도적으로 대응되면서 권력이 작용하는 지점 — 권력의 작용점 — 이 바로 신체였음을 강조한다. 신체에 대한 고통의 양을 통제하면서 신체와 고통, 그리고 그것을 연계지을 수 있는 힘으로서의 권력, 나아가 이러한 연계성을 뒷받침하는 지식을 중심으로 푸코는 사회적 훈육이 이루어지는 과정을 분석하였던 것이다.

푸코에 있어서의 몸은 엄밀히 보자면 물질적 실체로서의 몸이라기 힘들다. 그의 몸은 담론적으로 구성되는 일종의 사회적 구성물일 따름이다. 즉, 사회 내에 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.³⁾ 실제 그가 생각하는 주체는 근대적 의미의, 자율적으로 사고하는 주체가 아니다. 그것은 오히려 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(sexualité)이다. 몸으로부터 연유하는 쾌락이나 성욕, 성적 지향, 욕망 등을 이런저런 방법으로 배제하고 통제함으로써 권력은 인간으로 하여금 특정한 방식으로 사고하고 복종하는 주체를 만들고자 한다.

2) M. Foucault/박홍규 역, 『감시와 처벌』, 강원대학교출판부, 1989.

3) M. Sarup/임현규 편역, 『테리다와 푸코, 그리고 포스트모더니즘』, 인간사랑, 1991, 78-79면.

근대사회에 있어 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 일련의 개입 및 ‘조절적 통제’의 전제”로서의 인구의 생체, 즉 정치학(bio-politique)이다.⁴⁾

이 점에서 신체는 근대의 계몽이 그려내듯 주체의 이성 혹은 자율적 의지의 종속물로 규정되지 않는다. 오히려 그것은 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. 한마디로 감옥에서의 훈육과 감시는 “단순한 자유의 박탈”을 넘어 “산업사회의 일반적 기준에 따라 기능화된 개인을 생산”하며, 그래서 근대화된 주체를 이루어내는 것이다.⁵⁾

이와 같은 생체권력(bio-pouvoir)⁶⁾은 우리 사회의 도처에서 발견된다.

4) M. Foucault/이규현 역, 『성의 역사 I: 얇은 의지』, 나남, 1990, 109면.

5) M. Foucault/박홍규 역(1989), 앞의 책, 349-351면. 병원이나 군대 역시 건강의 생산, 파괴력의 생산이라는 점에서 마찬가지이다(320면 참조). 오생근, <『성의 역사』와 성, 권력, 주체>, 오생근·윤혜준 공편, 『성(性)과 사회』, 나남출판, 1998, 103면은 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, 즉 자유의 박탈로서 이루어지며 이 점에서 “제도가 폭력적인 또는 유형적인 형벌에 호소하지 않는 경우에도, 또는 유예나 교정을 행하는 ‘온건한’ 수단을 사용하는 경우에도 문제가 되는 것은 언제나 신체이다.”라는 명제가 가능한 것이다[M. Foucault/박홍규 역(1989), 앞의 책, 48면].

6) 자세한 것은 이진경, “푸코의 미시정치학에서 저항과 적대의 문제: 계급투쟁의 생체정치학을 위하여”, 이구표·이진경 외, 『프랑스 철학과 우리-포스트모던시대의

최근 대법원의 판결과 그에 이은 대법원의 지침을 통해 새삼스러운 사회문제로 대두되고 있는 성전환자의 성별변경의 문제는 특히 그 대표격이 된다. 대체로 성전환이나 그 법적 포섭형태로서의 성별변경 혹은 정정의 문제는 크게 두 개의 관점에서 인식된다. 그 첫째는 성전환자의 자기정체성 특히 자기운명결정권과 그의 성적 취향(sexual orientation)이라는 인권적 요청이며, 그 둘째는 이 성전환자에 대한 사회적 수용의 문제이다. 그리고 후자는 다시 전자와 연계되면서 성전환자의 욕망을 사회적으로 수용하는 포섭의 관점에서 바라볼 수 있는 한편, 경우에 따라서는 사회가 일정한 기준을 형성하고 이를 성전환자에게 부과하면서 그를 제어하는 규율과 규제의 관점에서 바라볼 수도 있다. 그리고 우리 대법원은 일관하여 이런 규율의 관점에 서서 성전환자의 욕망을 억압하는 권력성을 보이고 있다.

요컨대, 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 재생산하고 있다. 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 일방적으로 규율되는 가장 고차원의 권력관계가 형성되는 것이다. 이 글은 무엇보다도 성별변경과 관련한

사회역사철학」, 당대, 1997, 101-102면 참조. 바로 이 때문에 푸코의 철학은 지식과 권력, 신체가 근대 훈육적 사회에서 상호 밀접한 연관을 가지는 세 향이 된다. 이정우, 「미셀 푸코에 있어 신체와 권력」, 『문화과학』 제4호, 1993. 가을, 100면 참조.

작금의 대법원의 태도를 비판적으로 천착해 봄으로써 이러한 생체권력의 구체적인 작동양상을 드러내 보고자 한다.

II. 법규율의 대상으로서의 몸

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 분석해 보면 이렇게 이원적인 인식체계는 중국에는 하나의 규율, 즉 신체에 대한 사회적 규정성으로 귀결한다.

성전환에 대한 인식은 그 대표적인 예가 된다. 우선 법원은 남/녀의 성별 판단기준을 일차적으로는 성염색체의 여하에 둔다.

1996년 대법원⁷⁾이 남성으로부터 여성으로 성전환수술을 한 사람을 성폭행한 피고인들에 대하여 강간죄의 성립을 부인하였던 사건을 보자. 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.⁸⁾ 그래서 피해자는 주로 외성기를 중심으로 생물학적 성에 부합하는 시술을 하는 경우인 좁은 의미의 성전환(transsexual)이 아니라 스스로의 생물학적 성에 대비되는 성으로 신체적 외관을 변경한 경우로서 그러한 시술은 피해자의 신체에 대한 법적 판단에 어떠한 영향을 미치지 않는 것으로 판시하고 있다. 오히려 이렇게 신체적 조건은

7) 1996. 6. 11 선고 대판 96도791.

8) 1995. 10. 11 선고 서울지법 판결 95고합516.

남성임에도 불구하고 그 취향이나 성적 정체성이 여성을 지향하고 있는 자가 외성기 등을 여성의 것으로 변환함으로써 외형적인 성을 바꾸는 경우는 일종의 젠더변환에 해당하는 것으로 성적정체성 왜곡에 해당하는 ‘성전환증’이라는 일종의 정신병리학의 측면에서 다루고 있다.⁹⁾ 그리고 우리 법원은 이러한 논의에 바탕을 두고 위의 사건에 대하여 피해자는 여자가 아니기 때문에 강간죄의 대상이 될 수 없고 따라서 이 사건에서 강간죄를 적용한 것은 법리의 오류가 있다고 본 것이다.

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,¹⁰⁾ 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 측면이기도 한데, 겉으로는 성염색체가 남/녀의 판단에 있어 가장 객관적이고 명확한 기준으로 설정되는 것으로 이야기하면서도 그 내면에서는 “사회생활에서 수행하는 주관적·개인적인 성역할 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도”라는 보충적 척도를 적용함으로써 남자/여자의 성역할의 분화를

9) 물론 양자는 보기 나름으로는 같은 결과를 야기하기도 한다. 예컨대, 남자의 외관을 가지고 태어난 여자 염색체 소유자의 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.

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

전제로 하는 전통적인 가치체계가 여전히 타당함을 드러내고 있다. 즉, 남/녀의 구분이 그 자체 하나의 가치중립적 구획이며 따라서 이를 위해 성염색체라는 판별기준을 동원하는 것이 아니라, 인간에게는 각각 그에 특유한 사회적인 성역할이 존재하며 이를 분배하는 기준으로 남/녀의 구획이 필요하게 됨을 선언하고 있는 것이다. 성염색체라는 것은 이 점에서 남/녀 구획의 결정적 기준이 되기보다는 오히려 보조적 기준으로 전략하고 만다. 보다 중요한 것은 성역할의 분할이라는 사회적·제도적 기준인 것이다.

이에 법원은 제2단계의 전략으로 이동한다. 호적정정과 관련하여 수원지법 여주지원이 판시한 성구분의 법리¹¹⁾는 이를 잘 드러낸다. 여주지원은 남·녀를 “염색체성, 성선성, 표현형성, 정신적성의 4가지 기준”에 의하는 의학적 판단기준을 중심으로 하고, “성전환증의 경우에는 (……) 어느 특정 기준에만 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 받아들이지 않는다. 여주지원은, 성전환수술을 한 경우 “그 인위적 상태대로의 성을 인정할 것인가는 의학의 전결사항이 아니며 사회적·법적 평가의 문제라고 보아야 할 것”이라고 단언한다.¹²⁾

이러한 법원의 입장은 신체를 그 자체로서 파악하지 않고 정신의 부속물로 보고자 하는 근대의 논리를 그대로 답습한다. 그 신체, 즉 몸이 담고 있는 현재적 상황과 관계들을 바라보기보다는 그것을 관념적으로 범주화하고 이 범주 속에 개개의 몸들을 대입하는 이성중심적

11) 1990. 8. 21 선고 수원지법여주지원 결정 90브10; 같은 취지의 판결로서는, 1992.

11. 20 선고 서울가정법원(항고) 결정 92브80 (원심: 1992. 8. 18 선고 92호파1372); 1995. 10. 5 선고 광주지법 결정 95브10 등 참조.

12) 이 판결에 대한 평석은, 조희대, “성전환수술을 받은 자가 강간죄의 부녀에 해당하는가,” 『대법원판례해설집』, 제25호, 1996. 6 참조.

도구론이 이 판결의 중심을 구축하고 있다. 그리고 이 관념에 사회적·제도적 성분할이 침투하고 있음은 두 말할 나위도 없다.

섹슈얼리티는 자연에 “본질적인(inherent)” 에로티시즘 또는 표현의 범주에 의하여 조직되는 것이 아니라, 관습적 혹은 문화적으로 결정되는 규범들이 대다수의 인간들 속에서, 교회나 법, 국가 등의 강력한 제도들 속에서, 혹은 더 노골적으로는 점점 더 영향력이 강화되고 있는 사회과학이나 자연과학 속에서 조직되고 있다.¹³⁾

성적 지향이라는 것은 자연상태에서 발견되는 어떠한 선형적·본질적인 상태로 이해되지 않으며 오히려 정상/일탈의 구분에 의하여 사회적으로 혹은 문화적인 평가의 대상으로 조직되는 것일 따름이다. 그리고 바로 이 인용에서 위의 판결이 가지는 담론정치의 양상이 드러난다. 위의 판례는 마치 과학, 즉 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, 즉 일탈이 명명되는 것이다.¹⁴⁾ 즉, 성별의 ‘구분’이 마치 자연과학적 필연 내지는 본질에 해당하는 것처럼 규정함은 그 자체 하나의 명령에 해당한다: 모든 인간은 남자이거나

13) E. Heinze, *Sexual Orientation: A Human Right*, Martinus Nijhoff Pub., 1995, 56-57면.

14) E. Heinze(1995), 앞의 책, 57면. 이러한 과학의 담론을 통하여, 사회문화적 가치가 몸의 구성에까지 영향을 미치게 된다. 신체 페미니스트인 E. Grotz(*Volatile Bodies: Toward a Corporeal Feminism*, Routledge, 1994)는 성의 차이는 혼육의 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.

혹은 여자이어야 한다!

그리고 이 과정에서 신체·몸은 대상으로 전락하고 만다. 그것은 어떠한 상황 속에서 ‘존재’하든지 간에 언제나 하나의 단위로서 인식되어야 하며, 그 몸으로부터 이끌어지는 맥락적 인식이나 욕구는 정신의 관리대상으로 규정됨에 그친다. 사회적 관계 속에서 몸이 차지하는 의미와 역할에 대한 숙고보다는 객관적이고 가치중립적인 그리고 경험 이전의 차원에서 규정되는 신체개념 — 남자/여자, 이성애/동성애, 정상/일탈(정신병증) 등 — 에 의하여 “자연스러운” 존재로 관리되어야 한다는 것이다.¹⁵⁾

결국 이 판결은 과학주의적 환원주의에 빠지는 듯한 외형을 가지지만 실질에 있어서는 성분화를 향한 사회적·제도적 가치판단을 확대재생산하고 있다. 과학의 이름을 빌려, 현상을 범주화하고 이 범주의 틀을 따라 모든 것을 구획하고 통제하는 일련의 지배전략이 밑바닥을 이루고 있는 것이다.¹⁶⁾ 인간은 남자/여자의 이분법적 구획에 의하여 분리되어야

15) 이 점은 과거 인종이나 피부색 등에 의한 차별이 이루어질 때에도 그 정당화의 근거로 이용되었다. E. Heinze(1995), 앞의 책, 50-51면 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 베이커(Barker) 대법관은 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

16) 이에 대하여 상업항공사의 조종사로 근무하다가 성전환수술을 받고 난 이후에 해고되었던 Karen Ulane의 성차별주장에 대한 소송[Ulane v. Eastern Airlines, 581 F. Supp.821(N.D. Ill. 1983)]에서 전문가 참고인이었던 R. Green의 진술은 의미 있다. 그는 Ulane의 성별을 말해 달라는 항공사측 변호인의 질문에 대하여 “그것은 어떤

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 이 때문이다. 그것은 과학적 발견에 대한 일탈이기 때문에 무가치한 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 사회 내에서의 성역할의 차이가 있으며, 이 차이는 상이한 ‘법적’ 대우를 정당화하며, 혹은 이러한 차이를 위반하는 것은 일탈행위로써 사회윤리 혹은 법질서의 이름으로 교정되어야 한다는 일련의 지배담론이 구축되는 것이다.

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 대체호르몬 요법에 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 범위 내에서는 그녀는 법적으로 여성이며, 더불어 심리적으로도 여성이다.”라고 단언하고 있다. R. Green, *Sexual Science and the Law*, Harvard University Press, 1992, 106면. 참고로 이 사건에서는 Ulane이 승소하였으나 이후 항소심에서는 패소하였다[742 F.2d 1081(1984)].

“강간죄가 강제추행죄에 비하여 엄하게 처벌되는 입법취지의 근거에는 모성보호, 즉 추상적이거나 수태의 가능성이 있는 부녀를 더 보호하고자 하는 취지가 포함되어 있”다고 하는 서울지방법원의 항소심 판결¹⁷⁾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.

이러한 사실은 호적정정의 요청을 거부한 우리 법원의 태도와 성명정정을 허용하는 미국 법원의 태도의 차이에서 잘 드러난다. 1998년 미국 펜실바니아주 대법원은 여성으로의 성전환수술을 받기 위하여 ‘실제생활검사(real-life test)’¹⁸⁾ 과정에 있던 Robert Henry McIntyre라는 남자가 취업상의 편의를 위하여 이름을 Katherine Marie McIntyre로 바꾸어 줄 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.¹⁹⁾

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

17) 1995. 10. 11. 선고 서울지법 95고합516.

18) 성전환수술을 받기 전에 시술대상자가 전환된 성으로 현실적인 생활을 영위할 수 있는가의 여부를 판정하기 위하여 수술 이전 1년 동안 복장 전환, 호르몬 투입, 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(1992), 앞의 책, 104면.

19) 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>.

결정하는 호적상의 성을 ‘여’라 할 수는 없다.”²⁰⁾고 선언한다. 한마디로 양자는 개인적 생활관계에 대한 국가 개입의 의미에 관한 이해의 차이에 서 연유한다. 전자 — 펜실바니아 주 — 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.²¹⁾

III. 성별변경의 정치학

1. 대법원의 성별정정 허가 결정 및 기준

이상의 분석이 몸 자체가 가지는 물리적 특성에 기인한 지배담론을 겨냥한 것이라고 한다면 이런 분석결과는 여전히 대법원의 성별정정 허가결정²²⁾에도 타당하게 적용될 수 있다. 인간의 몸을 그 자체로 바라보거나 혹은 그 몸을 중심으로 형성되는 현실적인 생활과정을 주목하기보다는 이성과 보편·객관성을 형식요소로 하는 지배담론의 층위에서 재단하고 규율하는 억압의 메커니즘이 이 결정에서 재확인되고 있는 것이다.

20) 1995. 10. 5 선고 광주지법 95브10.

21) 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 형성해 냄으로써 “생명기술과학적 행위를 정당화하는 개념적 도구”를 창출하고 있는 것이다.

22) 대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정.

지난 6월 22일 대법원 전원합의부는 이례적으로 변론까지 거치면서 성전환자에 대한 호적정정 허가 결정을 하였다.

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.

한마디로 앞서 언급한 1996년의 판결과 마찬가지로 “성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다.”는 점을 재확인하고 있는 것이다. 이어 이 결정은 Transsexualism을 “성전환증”으로 번역하면서 그것을 “성정체성(성적 동일성) 장애(Gender Identity Disorder)의 하나”로 분류한다. 즉, 국제보건기구(WHO)는 제10차 국제질환분류(ICD-10, 1994년)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

㉠ 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 맞춘 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 있”다고 한다.

그런데 여기서 대법원의 성전환 요건은 앞서 제시한 국제보건기구의 그것과는 다른 양상을 보인다. 즉, 국제보건기구의 경우 “전환된 성으로서의 정체성이 최소한 2년 이상 지속되어야 할 것” — ‘실제생활검사(real-life test)’를 요구하고 있는 반면 대법원은 이를 성기변형의 결과 혹은 성기변형된 신체에 대한 사회적 승인을 확보한다는 의미로서 이해한다. 전자의 경우에는 성전환을 성전환 희망자의 사적(personal) 생활이라는 관점에서 보고 있는 반면, 후자의 경우에는 성전환을 타인에 의한 승인 특히 사회적 인정이라는 객관적 지표로 환원하고자 한다는 점에서 큰 차이가 있는 것이다. 그리고 바로 이 점으로 인하여 위의 ㊤과 ㊩이라는 지표가 가능하게 된다.

요컨대, 우리 대법원의 경우 성전환에 이은 성별전환 — 환언하자면

법적으로 성전환을 승인하는 것 — 은 신체의 전환(㉔~㉕)과 이에 대한 사회적 승인(㉖~㉗)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 요건들 중에서 당사자의 주관적 생활욕구라는 점은 오직 ㉔에서 “반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로서의 역할을 수행하며”라는 항목 한 부분에서만 올바르게 규정되어 있을 뿐이며(㉔은 ㉔의 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 파악하기보다는 신체와 그에 대한 사회적 인식을 중심으로 하는 객관적 성규정의 문제로 전환하고자 하는 것이다. 이 점은 특히 ㉖ “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 그에 따라 살아갈 것을 요구하고 있는 것이다. 그래서 대법원 결정은 당사자가 무엇이 되기를 원하는가를 질문하기보다는 그 당사자가 사회적으로 어떠한 인식과 평가를 받고 있는지를 먼저 살펴보는 전도된 모습을 보이고 있다.

그리고 이런 대법원의 입장은 2006년 9월 6일 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
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, 자격 있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환 수술을 받아 외부성기를 포함한 신체의 관이 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 것

2. 「지침」의 문제점과 그 비판

실제 이러한 지침은 앞서 결정문에서 드러난 성별변경의 요건보다는 상당히 완화되고 또 순치된 형태를 취한다. 하지만, 그럼에도 불구하고 성전환에 대한 잘못된 편견이 여전히 재생산되고 있을 뿐 아니라 새로이 추가되는 요건들로 인해 성전환자들에 보다 소극적 효과를 야기할 가능

성을 높이고 있기조차 한다.

대체로 성전환자에 대한 성별변경의 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 성별변경의 문제는 그 본질에 있어 신분공시제도의 한 축을 구성하고 있는 만큼 대법원의 입장에서는 후자 — 거래질서의 안정 — 의 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.

가. 주관적 요건 — 성정체성

「지침」은 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 성별변경의 주관적 요건을 규정하고 있다. 하지만, 이 부분은 두 가지 점에서 문제가 있다.

먼저, 「지침」은 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),²³⁾ 병리적 현상 — 치료와 치유에 의하여 언젠가는 교정되어야 할 대상으로 자리매김하고 있는 것이다.

실제 성별변경이라는 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 인식행위를 그 요건으로 하는 것 자체는 별 논란거리가 되지 않을 것이다. 문제는 그러한 인식행위의 수준을 넘어서 성전환 자체를 하나의 ‘성전환증’이라는 병리현상으로 규정(그리고 요건규정의 서술방식상 이조차도 군더더기에 지나지 않는 다)함으로써 성전환에 이은 성별변경이 언제나 예외적인 것 혹은 소극적인 것 또는 경우에 따라서는 일탈적인 것이라는 인상을 부여하고 있는 점이다.²⁴⁾

물론 여기서 성전환증(GID)이라는 의학적 병리현상이라는 개념 자체를 부인하는 것은 아니다. 문제는 성전환자에 대하여 성별변경을 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 현재 상태를 결여 내지는 부족의 상태로 규정하려는 의지가 내포되어 있다. 그러다 보니 ‘다른 성’으로 자신의 성정체성

23) 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”, 성전환자 성별변경 등에 관한 특별법(안) 공청회, 2006. 8. 21, 54-55면.

24) 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.

을 갈구하는 당사자의 욕망과 의지는 언제나 본래의 성적체성을 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 느껴 온 사정”보다는 과거 이런 귀속감을 극복하려는 노력의 여하, 혹은 그로 인한 고통의 존재 여부가 법판단에 있어 보다 중요한 요건으로 등장하게 되는 것이다. 그리고 우리 대법원이 성전환자의 성별변경의 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 성적체성에 대한 욕망과 의지를 중심으로 판단한다면 결론은 달라진다. 즉, 그것은 유럽인권재판소의 판결처럼 문자 그대로 인권과 헌법상의 기본권 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」 제21 조상의 표현의 자유 — 사회적 의사소통의 자유 — 와 집회·결사의 자유 — 사회적 교류의 자유 — 로까지 확장될 수 있는 여지를 가지게 된다. 뿐만 아니라 성별변경의 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, 「지침」이 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 각급 법원에 ‘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.²⁵⁾ 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 성별 변경에서 가장 중요한 요건으로 인정되고 있는 것 중의 하나가 ‘실제생활 검사(real-life test)’²⁶⁾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 평가하는 절차이다.

그런데 우리 대법원의 경우에는 정반대로 성전환(희망)자의 생활적응 가능성에 대하여는 무관심한 반면, 그 사람이 성전환자로서 사회적으로 수용(또는 인식)되고 있는지를 먼저 판단하고자 한다. 이 점은 제4호

25) 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.

26) 복장 전환, 호르몬 투입, 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(1992), 앞의 책, 104면.

“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.

나. 신분상의 요건 — 미혼의 무자녀 성년자일 것

『지침』에 대한 많은 비판이 가해지고 있는 요건이 바로 이 신분상의 요건이다.

첫째, 성년자요건을 둔 것은 한 사람의 생활과정에 있어 성전환 및 이로 인한 성별변경이 가지는 의미가 적지 않다는 점을 고려하여 나름의 판단능력을 고려한 것이라 보이며 이는 입법자(여기서는 대법원)의 입법 재량의 문제로 치환하여도 크게 문제가 없을 듯하다. 다만, 이런 요건을 설정하면서도 미성년자에 대한 예외규정을 두지 않은 것은 상당한 무리를 야기할 수 있다. 대체로 성정체성의 문제는 제2차성징이 나타나는 시기부터 시작된다고 알려져 있다.²⁷⁾ 그렇다면 성년에 달하기 이전에 이미 생물학적 성과는 다른 성으로 생활하면서 그러한 삶의 과정에 완전히 포섭되어 있는 자의 경우에는 예외적으로 성별변경을 허용함으로써 그에 관련한 법상태, 즉 신분상태를 조기에 명확히 확정짓는 것이 기본권 보장의 요청뿐 아니라 법적 안정성의 요청에도 부합하는 것이 될 것이다.²⁸⁾

둘째, 혼인관계의 문제는 일단 동성 간의 혼인이 인정되지 않는 현행 법제상 당연히 고려되어야 할 사항이기도 하다. 하지만, 성별변경의

27) 윤현식, “성전환자 성별변경 등에 관한 특별법(안) 해설”, 성전환자 성별변경 등에 관한 특별법(안) 공청회, 2006. 8. 21, 16면.

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

허가요건으로서 “혼인한 사실이 없을 것”을 요구하는 것은 지나치게 과중한 부담을 지우는 것이 된다.²⁹⁾ 그것은 혼인한 경력이라는 과거의 사실만으로 절대적인 금지사유를 설정하는 것이 되며 따라서 일종의 사회적 신분을 형성하는 셈이 되어 버리고 이 점에서 그 자체 「헌법」 제11조 제1항을 정면으로 위반하고 있다 할 것이기 때문이다.³⁰⁾

이에 오히려 혼인문제를 이렇게 사전적 요건으로 책정하기보다는 성별변경의 효과로서 혼인이 해소됨을 규정하는 것이 보다 타당한 기준이 될 것이다. 문제는 이렇게 하기 위해서는 우리 민법상의 혼인사유 — 귀책주의 — 의 개정이 필요하다는 점이다. 즉, 현행 법제상으로는 성전환을 한 배우자는 이혼을 청구하기가 어렵다. 혼인해소의 사유가 본인에게 있는 만큼 이혼소송을 제기할 수가 없게 되는 것이다. 따라서 이런 부분에 대하여는 나름의 법개정 작업이 수반되어야 한다. 다만, 미봉의 방책으로는 성별변경이 된 이후에는 현행 법제가 인정하지 아니하는 동성 간의 혼인이 되므로 이를 이혼의 사유(「민법」 제840조 제6호 “기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사정이 있는 때”)로 보고 성별변경의 경우 법원의 허가에 의한 합법적 사정에 해당되는 만큼 그 유책성을 객관화하여 성별을 변경한 배우자도 이혼을 청구할 수 있도록 하는

29) 실제 필자는 이 “혼인한 사실이 없을 것”이라는 문언을 “현재의 혼인상태 여하와 무관하게 일단 한 번이라도 혼인한 사실이 있으면 성별변경을 허가할 수 없다는 취지로 이해할 필요는 없을 것이다.”라는 해석론을 제시한 바도 있으나, 대법원의 관계자는 그런 해석은 잘못되었으며, 현재의 상태는 어떠한 일단 한 번이라도 혼인한 사실이 있으면 성별변경은 할 수 없다는 문언 그대로의 취지로 「지침」이 만들어졌다고 한다.

30) 이에 대하여 한 번이라도 혼인한 경우에는 지금 현재 혼인이 해소된 경우라 하더라도 이혼취소 등의 사유에 의하여 다시 혼인관계로 복귀하는 경우가 있을 수 있는 등 성별변경을 인정할 수 없는 사유가 있다는 것이 그 근거로 제시되기도 한다. 하지만, 설령 그렇다 하더라도 혼인해소의 사유가 오로지 이혼만 있는 것이 아니라 배우자의 사망이라든가 혼인의 취소 등과 같은 다양한 것들이 있다는 점에서 이는 과잉침해에 해당하며, 또 성별변경 이후에 이혼의 취소사유가 나타나는 경우에도 이 성별변경 그 자체가 혼인의 해소사유로 제시될 수 있도록 하는 대안도 고려해 볼 수 있기도 하다.

것도 생각할 수 있을 것이다.³¹⁾

셋째, 무자녀요건은 대법원의 보수성을 넘어 그 무책임성을 단적으로 보여주는 예라 할 것이다. 이는 일본의 경우와 같이 ‘자의 복지’ 혹은 ‘친자관계 등의 혼란’을 이유로 하는 것이겠지만, 그렇다고 해서 자녀가 있는 자에 대한 성별변경 자체를 부정하는 것은 과잉금지의 원칙에 반하는 것이 된다. 실제 이 경우는 ‘자의 복지’ 혹은 ‘친자관계 등’에 대한 대법원 나름의 별도의 기준을 확립하고 성별변경의 허가결정을 하는 과정에서 법원이 이러한 자녀들의 문제들을 처리하는 것을 조건으로 혹은 그러한 처리방안을 부가하여 명하는 방식으로 처리해야 하는 것이다.³²⁾ 즉, 부와 모를 구분하고 있는 현재의 제도상 성별변경자는 그 성별변경에도 불구하고 여전히 ‘부’ 혹은 ‘모’로 신분등록부에 기재되어야 할 것인지, 아니면 달리 변경되어야 하는 것인지, 변경 여부를 결정함에 있어 자녀의 의사나 복지는 어떻게 고려되어야 하는 것인지 등(더불어 자녀가 성년자인지 미성년자인지도 중요한 고려대상이 되어야 한다)에 대한 나름의 판단 및 결정의 기준들을 마련해 두어야 하는 것이다. 하지만, 대법원의 『지침』은 이러한 기준을 마련하지 않은 채 무작정 성별변경금지라는 절대적 금지규정만을 마련하고 있을 뿐이다.

다. 신체적 요건 — 시술요건

『지침』이 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.

여기서 성전환 시술요건 및 반대성기 구비요건은 지나치게 과다한

31) 하지만 보다 근본적인 대책은 동성 간의 혼인도 인정하는 제도를 고려하는 것이라 할 수 있다.

32) 물론 더 나아가서는 이 자체가 특별법에서 규정되어야 할 사항이기도 하다.

부담을 부과하는 것으로 헌법상의 과잉금지의 원칙에 위반되는 것이라 할 것이다.³³⁾ 실제 성전환의 경우 성정체성에 대한 자각과 그 동일성 확보를 위한 의지의 발현 → 정신·심리적, 사회적 상담, 지원요청(소위 정신적 서포트의 단계) → 실제생활검사(적응)의 단계(여기서는 의복, 미시적 신체변화, 호르몬요법 등이 이루어진다) → 외성기 등 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 성별변경의 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.³⁴⁾ 더구나 「지침」

33) 김명인(가명), “성기성형 수술 관련 FiM 성전환자의 이야기”, 국가인권위원회, 성전환자 성별변경에 관한 성전환자 증언 및 전문가 토론회, 2007. 2. 21, 3-7면의 증언을 감안한다면 이러한 과잉성은 단지 「헌법」 제37조 제2항 상의 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 고문 금지 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”, 성전환자 성별변경 등에 관한 특별법(안) 공청회, 2006. 8. 21, 64면 각주 3 참조.

34) 실제 이 부분과 관련하여서는 외성기 수술은 그 불가역성 등의 요인을 고려할 때 성별변경의 요건이 되기보다는 오히려 성별변경의 효과 내지는 효력발생요건 정도로 인정할 필요도 있다. 즉, 외성기 수술을 하기 전에 성별변경의 허가가 이루어지고 이 허가에 따라 외성기 수술을 할 수 있게 하거나 아니면 성별변경의 허가결정이

은 이렇게 본래의 성의 성징을 제거하는 수준에서 더 나아가 반대되는 성의 외성기를 확보할 것을 요구함으로써 더욱 심각한 결과를 야기한다. 흔히 지적되듯 남자의 외성기를 확보하는 수술은 거의 불가능하거나 혹은 엄청난 고비용의 것이라는 인식을 고려한다면 FTM의 성별변경에 대하여는 아주 강력한 장벽을 쌓아두는 셈이 되어 버린다.

둘째, 생식능력의 영구적 상실이라는 요건은 앞서의 대법원 결정에서는 나타나지 않았던 요건으로 새로 추가된 것이다. 이는 민주노동당의 「성전환자 성별변경 등에 관한 특별법(안)」에서도 성별변경의 요건으로 규정된 것이기도 하다(제3조 제1항 제2호). 외성기 수술이라는 요건에 같음하여 성전환의 판단시점을 생식능력의 상실에 두고자 한 것이다.³⁵⁾ 이렇게 성의 문제를 외성기의 문제로 치환하는 것도 문제적이기는 하지만, 동시에 그것을 생식의 문제로 환원하는 것도 적지 않은 문제를 야기하는 것으로 보인다. 즉, ‘남성=정자, 여성=난자와 포태, 출산’으로 이어지는 도식을 그대로 반복하면서 FTM에 의한 포태·출산이나, MTF의 정자에 의한 생식을 법적으로 거부하고자 하는 것에 대한 입법론적 근거의 제시가 별도로 있어야 할 것으로 보인다.

라. 사회적 요건

지침은 성별변경의 소극적 요건으로 불법적 의도나 사회질서 요청을

먼저 내려지고 난 뒤, 외성기 수술을 하면 그 허가결정의 효력이 발생하게 하는 방식이 바람직한 것이다.

- 35) 실제 이 부분과 관련하여 양현아 역시 앞의 공청회의 토론에서 “법률은 어떤 ‘시점’을 끊어서 특정 트랜스 젠더가 생물학적으로도 상대 성별이 ‘되었다’는 것을 인정할 필요가 있다.”고 한다. 그러나 과연 변경의 판단기준이 이렇게 생물학적 변화 내지는 의학적 판단에만 고착되어야 할 필요는 어디에 있는가에 대한 설명은 없다. 오히려 그 사람의 생활관계가 이미 변경되어 더 이상 이전의 성이라는 정체성을 언급할 필요가 없게 된 상태 혹은 그러한 성정체성의 의지가 이미 외부적으로 드러나고 사회적으로 확정될 수 있는 상태가 그러한 기준이 되는 것이 더 바람직할 것이다.

들고 있다. 하지만, 그 중 병역의무의 이행/면제의 요건(제5호)은 성전환이라는 개인적(personal) 문제를 국가자원 동원의 수준에서 처리하고자 한다는 점에서 부당결부와 과잉침해의 두 오류를 범한 셈이 되어 그 자체 위헌, 위법의 비난을 면하기 어렵다. 그리고 병역의 회피를 위해 성별변경의 방법을 취하고자 하는 경우는 제6호의 불법목적의 성별변경 사유에서 처리할 수 있으므로 특별히 이런 규정을 둘 이유는 없다.³⁶⁾

문제는 제7호의 존재이다. 제7호는 “기타 신청인의 성별정정이 신청인의 신분관계에 중대한 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정될 것”이라고 하여 성별변경으로 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.

「지침」이 성별변경을 위한 것이 아니라 성별변경의 제한을 위한 것이라는 ‘오해(?)’는 여기서 가능하게 된다. 즉, 「지침」은 처음부터 성전환을 하나의 병리현상으로 의료처치의 대상이며, 하나의 일탈로서 법적 안정에 대한 도전으로 규정하는 태도를 버리지 않는다. 그리고 이러한 소극적·부정적 시각은 성별변경 자체가 배우자나 자녀의 권리·이익에

36) 대법원은 이와 관련하여 MIF의 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 MIF를 잠재적인 병역거부의사자로 취급하고자 하는 지침의 태도이며 바로 여기서 성전환자를 사회적 일탈자로 전제하는 일종의 담론권력이 형성되고 있다는 점에서 발생한다.

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 “신분 관계에 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.

마. 민주노동당의 특례법안

그래서 이 지점에서는 차라리 민주노동당의 「성별변경특례법(안)」에서 제시하고 있는 요건이 타당해 보인다. 이 법안 제3조 제1항에서는 성전환자에 대하여 ① 의사 2인 이상의 인정이 있을 것, ② 생식능력이 없을 것, ③ 혼인관계에 있지 않을 것, ④ 미성년자의 경우 법정대리인의 동의가 있을 것이라는 네 가지의 요건에 의하여 성별변경을 인정하고 있다.

여기서 ①호의 경우 ‘인정’이라는 요건을 설정함으로써 의사의 진단을 예정하고 있는 듯하다는 점에서 약간의 문제가 야기될 수 있으나, 법적 안정성을 확보한다는 점에서 의사의 ‘소견’보다 강화된 형태의 ‘진단’을 요구하는 것도 일단은 감내할 만하다. 단지, 정신과의를사를 포함한 의사의 인정을 강조하고 있는 것은 성전환의 문제가 지나치게 의학적 측면으로 치우치게 한다는 느낌을 주어 자연스럽지 못하다. 오히려 이 부분에서는 정신과적인 진단뿐 아니라 심리학적 분석도 유의미하다는 점을 감안한다면 일정한 감정절차를 두어 성별변경허가 재판과정에서 심리학적 분석결과도 정신과적 진단에 갈음하여 활용할 수 있도록 하는 것이 바람직해 보인다.

제2호의 생식능력 요건은 그것을 성전환의 지표로 삼을 것인가에

관한 것으로, 그 자체 입법자의 입법재량의 문제로 파악할 수는 있다. 다만 제1호의 요건에 대한 검증이 엄격히 이루어진다면 오히려 이런 생식능력의 요건보다는 실제생활의 요건 즉 반대되는 성으로 일정기간 이상 생활해 왔으며 그러한 성으로서의 생활관계에 잘 포섭되어 있다는 판단 — ‘실제생활검사(real-life test)’ — 이 더 성전환자의 보호에 부합하는 것으로 보인다.

제3호의 혼인관계에 관한 규정은 전술한 바와 같이 혼인관계의 해소에 관한 특례조항으로 변경하는 것이 타당해 보인다. 즉, 성별변경의 허가결정이 내리지는 단계에서 당사자 혹은 그 배우자 등의 신청이나 혹은 법관의 직권에 의하여 혼인해소의 판단을 할 수 있도록 제도를 만들어 둘 필요가 있다

또한 제4호에서 미성년자에 대하여는 법정대리인의 동의를 요구하고 있으나, 경우에 따라서는 법정대리인의 동의를 받지 못하거나 그것이 현저하게 곤란한 상황이 발생할 수도 있다. 이를 대비하여 일종의 우회로(by-pass)를 만들어 둘 필요가 있다. 즉, 친권자인 부모가 성별변경을 반대하는 등의 경우에는 법원이나 검사가 관여하거나 혹은 지역사회와의 관여로써 그 동의를 대체하게 하는 등 동의요건이 장애요건으로 전이되지 않도록 하는 조치가 필요하다는 것이다.

IV. 결 론

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 수준에서 관리하고 통제하게 되고 이 과정에서 사적 영역은 공적 권력에 의하여 식민화되

어 버리고 마는 것이다.

이 지점에서 길리건(C. Gilligan)이 “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 개인의 생활관계가 형성해 나가는 제반의 물질적 조건들과 이에 대한 몸의 욕구를 중심으로 파악하여야 한다는 것이다. 이렇게 파악할 때, 우리 헌법에서의 인간은, 그 생활공간을 중심으로 하나의 의미 있는 체계, 즉 문화를 구성하고 그에 따라 자신의 생활을 영위하는 존재로서의 의미를 확보할 수 있게 된다. 나아가 이러한 의미망 속에서 인간이 타자들과 형성하는 그때그때의 관계들에 부합하는 법과 정치, 혹은 여타의 물질적 조건들이 평가되고 또 규정되어야 하는 것이다.

그래서 여기서 중요한 점은 정형화된 — 보다 정확한 표현으로는 제도화된 — 몸상태에 고착된 인식과 평가가 아니라 생활의지의 구현과 정에서 언제나 유동적으로 변화하는 몸의 관계양상에 주목하여야 한다는 것이다. 그리고 바로 이런 식의 몸담론이 법제도 속으로 포섭될 수

있을 때 헌법에서 말하는 시민권 — 보다 동태적으로 일정한 생활관계를 이루고 있는 개개인들이 자신이 속한 생활공동체에서 유의미한 구성원으로서의 지위(standing in the community)³⁷⁾의 문제가 올바르게 실현될 수 있게 된다.

(투고일 2007년 7월 29일, 심사일 2007년 8월 3일, 게재확정일 2007년 8월 6일)

주제어 : 성별전환, 생체권력, 인권, 행복추구권, 시민권, 공민권

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

[Abstract]

Lost in Transsexualism: A Critical Study on the Supreme Court's Attempt to Legalize the Transsexualism

Sang-Hie Han*

A Transsexual is a marginal-‘human’ standing across the boundary line that divides sexes: Male v. Female. Though he/she used to be labeled as a kind of violator of dominant norms, and be excluded from any meaningful relationships for making somewhat normal social life, such marginality may constitute meaningful tools with which we can disintegrate and reconstitute overall social system. Some attacks made to him/her can reveal a present situation how much human rights are guaranteed in this society.

This paper deals with a Supreme Court's decision which held some cases of transsexualism be protected by law and permitted, in that case, the transsexuals to change of sex in family register. But the requisites for such change are so much rigorous that most transsexuals can hardly make themselves legally authorised sexes in their family registers. The most severe one is that any applicant should take plastic operation of genital organ, and he/she should have same appearance of genitals of the opposite sex he/she wants to be. It is well known that such requisite is too severe, expensive and painful for any applicant, esp. F-M transsexual to satisfy. The other one is that of admission of the society that he/she belongs. The Supreme Court requires

* Professor, College of Law, Konkuk University

that transsexuals shall be recognized as the opposite sex that he/she wants to be in order to be registers as that sex.

Such a decision shows negative attitude of the Supreme Court against transsexualism. The Supreme Court had less understanding on desires of the transsexuals than the needs of social order, which means the Court may regard transsexualism as a kind of socially deviant behavior rather than one of human rights. The Court did not emphasize the right to decide one's own sexual life. It only stressed importance of 'Rechtssicherheit'.

This paper criticise that decision which was derived from some prejudice against transsexualism. From that decision, one of the most prevailing bio-pouvoir, in M. Foucault's meaning, can be found out. A kind of bio-politique is operating not only in that legal struggle for transsexualism. It expands its battle line against all person in our society. It tries to force tacitly all of us to take social norms which has been imposed by the dominating powers, from which even one's body can not be free. It declares that no one and no body be free from bio-pouvoir. After all, most transsexuals' desires and human rights are lost in the transsexualism of the Supreme Court.

Key Words : transsexualism, bio-pouvoir, human rights, right to pursuit of happiness, citizenship