

성전환자(MTF형)의 강간죄 객체성 해당여부*

- 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도3580 판결 -

조 현 욱**

목 차

I. 들어가는 말	1. 성전환자의 성별정정에 관한 입법례
II. 강간죄의 객체에 관한 논의	2. 강간죄 규정에 관한 입법례
1. 성별결정기준과 성별기재 변경에 관한 학설과 판례의 태도	3. 입법론적 제언
2. 성전환자에 대한 강간죄 객체성 인정 여부	4. 대상판례의 의의와 평석
III. 대상판례에 대한 고찰	5. 대상판례에의 적용
	IV. 나오는 말

(대상판례)¹⁾

대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도3580 판결 [특수강도(인정된 죄명 : 절도)·성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률위반(주거침입 강간 등)]공2009하, 1701]

【판시사항】

- [1] 강간죄의 객체인 부녀로 인정하기 위한 법률적 성의 결정 기준
- [2] 성전환자가 출생시와 달리 전환된 성을 법률적 성으로 평가받을

* 이 논문은 제120회 영남형사판례연구회(2011. 3. 21.)에서 발표한 내용을 수정·보완한 것임.

** 건국대학교 법학연구소 학술연구교수/책임연구원, 법학박사.

1) 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도3580 판결[공2009하,1701].

수 있는 경우

[3] 성전환자가 강간죄의 객체인 ‘부녀’에 해당한다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 강간죄의 객체는 부녀로서 여자를 가리키는 것이므로, 강간죄의 성립을 인정하기 위하여는 피해자를 법률상 여자로 인정할 수 있어야 한다. 종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나, 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 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다.
- [2] 성전환증을 가진 사람의 경우에도 남성 또는 여성 중 어느 한쪽의 성염색체를 보유하고 있고 그 염색체와 일치하는 생식기와 성기가 형성·발달되어 출생하지만, 출생 당시에는 아직 그 사람의 정신적·사회적인 의미에서의 성을 인지할 수 없으므로, 사회통념상 그 출생 당시에는 생물학적인 신체적 성징에 따라 법률적인 성이 평가된다. 그러나 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 호르몬치료 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 느끼며 공고한 성정체성의 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 사정을 종합적으로 고려하여 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다. 이와 같은 성전환자는 출생시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있다.

- [3] 성전환자를 여성으로 인식하여 강간한 사안에서, 피해자가 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로의 성취속감을 나타냈고, 성전환 수술로 인하여 여성으로서의 신체와 외관을 갖추었으며, 수술 이후 30여 년간 개인적·사회적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있는 점 등을 고려할 때, 사회통념상 여성으로 평가되는 성전환자로서 강간죄의 객체인 ‘부녀’에 해당한다고 한 사례.

제1심: 부산지방법원 2009. 2. 18. 선고, 2008고합669 판결 【특수강도(인정된 죄명: 절도)·성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률위반(주거침입강간 등)】

【성전환자(transsexual)를 강간죄의 객체인 부녀로 인정한 이유】

1. 피고인은 주거에 침입하여 남성에서 여성으로 성전환수술을 받은 후 30년 이상을 여성으로 살아온 피해자의 외부성기인 질에 자신의

성기를 삽입하는 등의 성적 침해행위를 하였다. 검사는 당초 피고인의 위 범행을 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률’(이하 ‘성폭법’이라고 한다) 제5조 제1항에 정한 주거침입강제추행죄로 기소하였다.

2. 그러나 이 점에 관한 법적 평가와 법률적용에 의문이 있어 공소사실과 기본적으로 동일범위 내에 있으면서 잠재적 심판대상에 해당하는 주거침입강간 사실을 현재화하여 피해자를 증인으로 법정에 소환한 다음, 성전환수술과 그 전후의 사정을 비롯한 피해자의 진정한 성정체성에 대한 조사를 한 바 있고, 이후 피해자는 전문의가 작성한 성전환수술 확인서를 당원에 제출하였다.
3. 검사는 위와 같은 사실조사를 근거로, 2009. 2. 11. 당원에 주거침입강간죄를 주된 공소사실로, 주거침입강제추행죄를 예비적 공소사실로 하는 공소장 변경허가신청을 하고, 당원이 이를 허가함으로써 그 심판범위가 확장되었다.
4. 당원은 성전환자의 성별에 관한 법리와 위와 같이 확인된 구체적 사실에 근거하여 별지 기재와 같이 피해자는 성적 자기결정권을 가진 부녀로서 강간죄의 객체에 해당하는 것으로 본다. 따라서 피고인의 위 범행은 예비적 공소사실의 판단에 나아갈 것 없이 주된 공소사실인 주거침입강간죄에 해당되는 것으로 인정한다.

제2심: 부산고등법원 2009. 4. 22. 선고, 2009노204 판결 【특수강도(인정된 죄명: 절도)·성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률위반(주거침입강간 등)】

I. 들어가는 말

강간죄(형법 제297조)의 보호법익에 대해서는 개인의 성적 자기결정권의 보호로 보는 점에 학설과 판례는 대체로 의견의 일치를 보이고 있으나, 법률상 처나 성전환자의 강간죄 객체성 인정여부에 대해서는 부녀의 개념과 관련하여 논란이 되어 왔다.²⁾

지금까지 성전환자의 강간죄 객체성 여부에 대해 대상판례의 판단을 수긍하는 듯한 논문들이 대부분이고,³⁾ 성전환자의 강간죄 객체성을 인정할 수 있는 법적 근거를 제시하거나, 비판한 논문은 거의 찾아볼 수 없다.⁴⁾

성별정정에 관한 명확한 근거법률이 없는 상태에서 성전환자에 대한 판결이 형성될 수밖에 없는 대법원의 사정을 충분히 이해할 수 있다. 그러나 주민등록부상 성별이 남자에서 여자로 정정되지 않은 경우까지 포섭하여 대상판례가 이를 강간죄로 의율 하는 것은 문제가 있다고 보여진다.

성별 정정의 허용요건을 충족하는 경우에 이를 제한적으로 인정하는 것도 역시 문제점을 노출하고 있으나, 이런 경우는 그나마 대법원예규에 규정된 판단기준에 의해 인정한 경우이므로 어느 정도 수긍할 여지가 있다.

2) 부산지방법원 2009. 1. 16. 선고, 2008고합808 판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고, 2008도8601 판결.

3) 김방호, “강간죄 객체에 대한 새로운 시각”, 법률신문 제3780호(법률신문사, 2009); 박혜진, “법여성주의에서 바라본 성에 대한 법인식의 문제—강간죄의 객체를 중심으로—”, 형사정책 제22권 제1호(한국형사정책학회, 2010), 233-258쪽(특히 250-251쪽); 정준섭, 현행 강간죄 규정에 대한 재검토, 성균관법학 제22권 제3호(성균관대학교 법학연구소, 2010), 347-374쪽(특히 357쪽).

4) 문제점을 제기한 글로는 홍완식, 3판 사회적 쟁점과 법적 접근(건국대학교 출판부, 2011), 66쪽 이하 참조; 그리고 대상판례의 개선방향을 제시한 논문으로는 이주형, “성전환자의 강간죄 객체성립 여부”, 형사판례연구[18](박영사, 2010), 84-110쪽.

성전환자는 출생시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 사람의 성이라고 평가받을 수 있을 것인바, 이처럼 성전환자에 해당함이 명백한 사람에 대하여는 성별란 기재를 전환된 성에 부합하도록 수정할 수 있다고 보는 대법원 전원합의체 결정(대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42)도 단지 성전환자에 대해 성별정정을 할 수 있다는 취지이므로, 성별정정을 통해 남성에서 여성으로 성별정정을 이루어진 후에야 현행 형법상의 강간죄 객체성을 인정할 수 있을 것이다.

그 동안 대법원이 성전환자에 대한 성별정정과 관련하여, 외면상으로는 성염색체설과 사회적·심리적 요소를 동시에 고려하는 종합고려설의 입장을 취하면서도 실질적으로는 성염색체설에 근거한 판결을 하여 왔다고 할 수 있다. 따라서 그 동안 성전환자들이 피해자가 된 경우에 강간죄로는 처벌하지 못하고, 강제추행죄로 처벌할 수밖에 없었다. 그러던 중 2006년 성별정정과 관련한 대법원 전원합의체 결정을 통해 일정한 요건을 갖춘 경우에 한하여 성전환자의 성별을 정정해 주는 결정이 이루어졌다. 그 후 성전환자에 대한 강간죄의 객체성을 부정하던 기존의 대법원판결과 달리, 성전환자를 강간죄의 객체로 인정하는 판결이 선고되었다. 대상판례는 성전환자가 성별정정을 하지 않은 상태에서 강간죄의 객체로 인정한 사례로, 기존의 대법원판례보다 훨씬 진일보한 판결이라고 볼 수는 있다.

본 논문에서는 강간죄의 행위객체가 부녀로 제한되어 있는 현행 규정 하에서 성전환자(남성에서 여성으로 전환한 형태인 Male to Female Type으로, 이하 이를 MTF형이라 칭한다)를 법률상 부녀로 인정할 수 있는지 여부와 인정할 수 있다면 어떠한 법률적 근거를 적용하여 판단하는 것이 타당한가를 학설과 판례 그리고 관련법규를 통해 검토하고(II), 대상판례에 대한 고찰을 통해 외국의 다양한 입법례를 살펴봄과 동시에 이를 해결하기 위한 입법론을 제시하고(III), 성전환자의 성별정정 및 강간죄 객체성 인정여부에 대한 견해(IV)를 제시해 보고자 한다.

Ⅱ. 강간죄의 객체에 관한 논의

형법 제297조의 강간죄는 폭행 또는 협박으로 부녀(婦女)를 강간함으로써 성적 자기결정의 자유를 침해하는 범죄이다. 본죄의 보호법익은 성적 자기결정권이며, 보호정도는 침해범으로서의 보호이다.⁵⁾

본죄의 행위객체는 부녀로 한정되나, 성년·미성년 그리고 기혼·미혼을 불문한다. 따라서 음행의 상습이 있는 여자 및 매춘부도 포함된다.

강간죄의 객체여부와 관련하여 문제가 될 수 있는 경우는 다음과 같이 나눌 수 있다. 첫 번째로는 성전환자로서 남성에서 여성으로 성을 전환한 경우(MTF형)와 여성에서 남성으로 성을 전환한 경우(FTM형)이다. 전자는 강간죄의 객체로 인정할 수 있는지 여부가 문제되며, 후자는 강간죄의 주체로 등장할 수 있는지가 문제된다. 두 번째로는 이중의 성 존재자로서 남성인지 여성인지를 확실하게 구분할 수 없는 간성(間性, intersex)의 경우이다. 마지막으로 현행 법률아래 남성도 행위객체에 포함하여 함께 보호할 수 있는가 하는 문제이다.

강간죄의 행위객체와 관련하여 가장 많은 문제가 되는 경우로는 남성에서 여성으로 성전환수술을 받아 여성으로서의 외관을 갖고 있음에도 불구하고 남성의 성염색체를 갖고 있다는 이유로 부녀의 범위에서 제외되는 경우이다.

5) 권오걸, 형법각론(형설출판사, 2009), 168쪽; 이정원, 형법각론(인터넷 공개 제1판, 2008), 199쪽; 조현욱, 형법각론강의(I)(진원사, 2008), 155-156쪽.

1. 성별결정기준과 성별기재 변경에 관한 학설과 판례의 태도

1.1 성염색체 결정설⁶⁾

사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하는 견해로 종전의 대법원판례의 태도이다.

1.2 사회적·심리적 결정설⁷⁾

사람의 성을 사회적·심리적 역할을 기준으로 파악해야 한다는 견해이다. 생물학적으로 결정되는 성은 전혀 그 고려대상이 되지 않고, 사람의 성은 오로지 사회적·심리적인 인식에 근거하여 결정되어야 한다는 것이다. 따라서 성전환수술여부에 관계없이 개인 자신이 반대의 성에 속한다고 느끼며 반대의 성에 귀속하여 산다고 하면, 형법은 이 사회적·심리적 성에 따라 판단해야 한다는 것이다.

1.3 종합고려설⁸⁾

사람의 성을 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 파악하는 견해로 변경된 대법원판례의 태도이다.

6) 대법원 2006. 6. 11. 선고, 96도791 판결.

7) 홍춘의, 성전환자의 성별결정에 대한 접근방식, 성적 소수자의 인권(사람생각, 2002), 94쪽.

8) 대법원 2006. 6. 22. 자, 2004스42 전원합의체결정.

1.4 성전환자에 대한 성별기재의 변경에 관한 판례의 태도

1.4.1 성전환자에 대한 성별기재의 변경을 불허한 판례

대법원이 성별정정을 불허한 이유는 크게 두 가지였는데 하나는 ‘성전환자가 성전환수술 등의 인위적 방법을 통해 반대 성의 외관을 갖추었다고 하더라도 성을 결정하는 성염색체가 변하지 않기 때문에 성별 변경을 허용할 수 없다’는 것이었다. 다른 하나는 ‘성전환자의 성별 변경에 관한 법·제도가 마련되어 있지 않은 상황에서 성별 변경을 인정할 근거가 없으며, 성별 변경에 관한 명확한 근거 없이 변경할 경우 법적 안정성을 해칠 우려가 있다’는 것이었다.

대법원은 ‘원래 남성이던 항고인은 1990년 모 대학병원에서 성전환수술을 받은 후 현재는 무용수로 근무하는 등 여성으로서의 사회생활을 하고 있음에도 호적상으로 여전히 남성으로 기재되어 있어 사회생활을 함에 막대한 지장이 있어 호적정정을 신청한 사인’에서, “성염색체나 외부성기 등 육체적 성별에는 아무런 이상이 없는 남성이 본인 스스로 여성이라고 믿고 여성처럼 생활하는 ‘성전환증’을 일종의 정신질환으로 판단”하였다. 즉 외과적인 수술로써 그 신체에 여성이 가지는 일부 해부학적인 성기의 외관을 갖추어 놓았다면, 이는 여성으로서의 주요한 내부성기를 지니지 못한 채 여성과 일치하는 해부학적 구조가 인위적으로 만들어져 있음에 불과하여 그를 완전한 여성으로 볼 수 없으므로 성별에 관한 그의 호적기재를 정정할 수 없다고 판시하였다.⁹⁾

1.4.2 성전환자에 대한 성별기재의 변경을 허용한 판례

대법원이 성전환자의 성별 변경을 허용한 경우는, 변경된 신체적 조건이 성별 변경의 기준이 될 수 있고 성전환자도 국가의 보호가 필요하다는 이유를 들고 있다. 즉, 호적 기재는 신청인의 사회적 신분을 결정하

9) 수원지법 1990. 8. 21. 자, 90브10 제1민사부결정(호적정정 기각결정에 대한 항고사건).

기 때문에 신체적 조건을 갖춘 이상 일상생활에서 불편함을 덜어줄 필요가 있으므로 호적정정을 허가해야 한다거나, 정신이나 신체가 완전한 여성인데도 호적에 계속 남성으로 남았을 경우 군 입대 등 사회생활이나 법적 권리와 의무 행사에 불편이 크므로 이를 참작하여 결정하여야 한다는 것이었다.

대법원이 종래에는 사람의 성을 결정함에 있어, 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔다. 그러나 최근에는 사람의 성을 결정함에 있어 종래의 생물학적인 요소뿐 아니라 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 이들 양자의 요소를 종합적으로 고려하여야 한다고 판시하였다.

대법원은 ‘호적상 여성으로 등재되어 있으나 성장기부터 여성에 대한 불일치감과 남성으로의 귀속감을 나타내면서 성인이 된 후에는 오랜 기간 동안 남성으로서 살다가 성전환수술을 받아 남성의 외부 성기와 신체 외관을 갖춘 사람이 호적정정 및 개명 신청을 한 사안’에서, “사회 통념상 남성으로 평가될 수 있는 성전환자에 해당함이 명백하다”고 판단하여 성전환자의 성별기재의 변경을 허용하였다.¹⁰⁾

대법원은 ‘신청인은 남자의 외부성기를 가지고 태어나 호적상 성별이 남자로 기재되어 있으나, 의사로부터 선천성 성전환증이라는 진단을 받은 후 남자에서 여자로의 성전환수술을 받았다. 그 후 호적에 기재된 성별과 이름을 개정해 달라는 취지의 허가를 구한 사안’에 대해서 “법률 조항의 흠결을 들어 신청인의 주장을 배척하는 것은 성전환증 환자가 인간으로서의 존엄과 가치를 향유하며, 행복을 추구할 권리를 가진 존재로서(헌법 제10조), 인간다운 생활을 할 권리가 있고(헌법 제34조 제1항), 질서유지나 공공복리에 반하지 아니하는 한 프라이버시에 관한 자기결정권을 가진 성적 소수자로서 마땅히 보호를 받아야 한다(헌법 제37조)

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

는 헌법이념에 반하는 것”이라고 판시하였다.¹¹⁾

1.4.3 소결

생각해보면 이종의 성 존재자와 같이 성염색체만으로는 성의 구별이 사실상 불분명한 경우도 있으므로 단순히 성염색체만을 근거로 남성 또는 여성이 아니라고 하는 것은 타당하지 않다. 따라서 생물학적 요소 뿐만 아니라 사회적·심리적 요소까지 고려하여 판단하는 종합고려설의 입장이 타당하다.

현행 강간죄의 법률상의 객체가 부녀로 제한되어 있더라도, 성전환자의 경우 사회적·심리적 성을 인정한다면 별다른 문제가 발생하지 않을 것이며 이종의 성 존재자문제도 같이 해결될 수 있을 것이다. 다만, 그 성별을 정정하는 법률상 근거와 관련하여서는 문제가 여전히 존재한다.

2. 성전환자에 대한 강간죄 객체성 인정여부

2.1 성전환자 및 성전환수술의 의미

“성전환자”란 출생시 확인된 신체의 성이 자신의 진정한 성이 아니라고 확신하면서, 적어도 2년 이상 다른 성의 역할을 수행함과 아울러 외부성기로 표현된 신체의 성을 혐오하여 이를 제거하거나 변형하는 등의 방법으로 상대 성징을 얻으려는 강한 심리적 상태에 놓여있는 자¹²⁾ 내지 호적상 기재된 성별이 자신의 진정한 성별이 아니라는 확신하에, 상대 성징을 얻기 위하여 필요한 호르몬 투여 등의 의료조치를 받고 있거나 받은 사람을 말한다.¹³⁾

11) 부산지법 가정지원 2002. 7. 3. 자, 2001호파 997, 998결(호적정정 및 개명).

12) 김홍신 의원 대표발의, 의안번호 1394, 2002.11.4 발의, 성전환자의 성별변경에 관한 특례법 제2조 참조.

“성전환수술”이라 함은 성전환자가 지닌 고통의 경감을 위하여 의료법 제2조에 정한 의사가 성전환자의 외부 성기 등을 제거·변형하여 반대되는 성으로 전환할 의도로 외과적 침습을 가하는 의학상의 조치를 말한다.¹⁴⁾

2.2 성전환자의 강간죄 객체성 인정여부에 대한 학설의 태도

2.2.1 정설

성전환수술에 의하여 여성이 된 자의 강간죄 객체성을 긍정하는 견해이다.¹⁵⁾ 즉 여성으로서 성취속감을 가지고 있으며, 나아가 성전환수술을 통하여 사회일반인도 여성으로 평가하고 있는 자에 대해서는 성별정정전이라도 이를 인정하자는 입장이다.

2.2.2 부정설

성전환자는 강간죄의 객체가 될 수 없으며, 단지 강제추행죄의 객체가 될 뿐이라고 보아 이를 부정하는 견해이다.¹⁶⁾ 따라서 행위자가 성전환자를 여자라고 생각하고 강간한 경우에는 강간죄의 불능미수범이 된다.

13) 노회찬 의원 대표발의, 의안번호 5155, 2006.10.12 발의, 성전환자의 성별변경 등에 관한 특별법안 제2조 참조.

14) 김홍신 의원 대표발의, 의안번호 1394, 2002.11.4 발의, 성전환자의 성별변경에 관한 특별법 제2조 참조;

15) 권오걸, 앞의 책, 171쪽; 김성돈, 형법각론 제2판(성균관대학교 출판부, 2009), 158쪽; 박상기, 제6판 형법각론(박영사, 2005), 149-150쪽.

16) 이재상, 제5판(보정신판) 형법각론(박영사, 2007), 158쪽; 임웅, 형법각론(개정판보정)(법문사, 2005), 163쪽.

2.3 성전환자의 강간죄 객체성 인정여부에 대한 판례의 태도

2.3.1 성전환자의 강간죄 객체성을 부정한 판례

2.3.1.1 대법원 1996.6.11. 선고, 96도791 판결

대법원은 성전환자에 대해, “어릴 때부터 정신적으로 여성에의 성취 속감을 느껴 왔고 성전환 수술로 인하여 남성으로서의 내·외부성기의 특징을 더 이상 보이지 않게 되었으며 남성으로서의 성격도 대부분 상실하여 외견상 여성으로서의 체형을 갖추고 성격도 여성화되어 개인적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있다 할지라도, 기본적인 요소인 성염색체의 구성이나 본래의 내·외부성기의 구조, 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환 수술을 한 경위, 시기 및 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점 그리고 이에 대한 사회 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 보면 사회통념상 여자로 볼 수는 없다”고 판시하였다.

2.3.1.2 대법원 1967.2.28. 선고, 67도1 판결

대법원은 “구 헌법(72.12.27. 개정) 제9조의 규정은 모든 국민은 인간으로서의 존엄성과 인격적 가치에 있어서 평등하고 성별 종교 또는 사회적 신분 등의 차이로 인하여 특권을 가지거나 불이익한 대우를 받아서는 안된다는 대원칙을 표시한 것이라고 할 것이고 구체적 인간으로서의 개개의 국민은 경제적 사회적 기타 여러가지 조건에 따른 차이가 있으므로 그 구체적인 차이로 인한 일반사회관념상 합리적인 근거 있는 차등처지를 금하는 것은 아니라고 할 것이다. 그리고 형법 제297조 강간죄에 있어서 그 객체를 부녀로 한 것은 남녀의 생리적, 육체적 차이에 의하여 강간이 남성에 의하여 감행됨을 보통으로 하는 실정에 비추어 사회적,

도덕적 견지에서 피고자인 부녀를 보호하려는 것이고 이로 인하여 일반 사회관념상 합리적인 근거 없는 특권을 부녀에게만 부여하고 남성에게 불이익을 주었다고는 할 수 없다 할 것이고 이는 병역법에서 남자에게만 병역의 의무를 인정하고 여자에게는 인정하지 아니함이 헌법에 위반된다고 할 수 없음과 같다”고 판시하였다.

2.3.1.3 대법원 1996.6.11. 선고, 96도791 판결

대법원은 “형법 제297조는 ‘폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자’라고 하여 객체를 부녀에 한정하고 있고 위 규정에서 부녀라 함은 성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하며 곧 여자를 가리키는 것이다. 무릇 사람에 있어서 남자, 여자라는 성의 분화는 정자와 난자가 수정된 후 태아의 형성 초기에 성염색체의 구성(정상적인 경우 남성은 XY, 여성은 XX)에 의하여 이루어지고, 발생과정이 진행됨에 따라 각 성염색체의 구성에 맞추어 내부생식기인 고환 또는 난소 등의 해당 성선이 형성되고, 이어서 호르몬의 분비와 함께 음경 또는 질, 음순 등의 외부성기가 발달하며, 출생 후에는 타고난 성선과 외부성기 및 교육 등에 의하여 심리적, 정신적인 성이 형성되는 것이다. 그러므로 형법 제297조에서 말하는 부녀, 즉 여자에 해당하는지 여부도 위 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할(성전환의 경우에는 그 전후를 포함하여) 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 한다.

피고인이 어릴 때부터 정신적으로 여성에의 성귀속감을 느껴 왔고 성전환 수술로 인하여 남성으로서의 내·외부성기의 특징을 더 이상 보이지 않게 되었으며 남성으로서의 성격도 대부분 상실하여 외견상

여성으로서의 체형을 갖추고 성격도 여성화되어 개인적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있다 할지라도, 기본적인 요소인 성염색체의 구성이나 본래의 내·외부성기의 구조, 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환 수술을 한 경위, 시기 및 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점, 그리고 이에 대한 사회 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 보면 사회통념상 여자로 볼 수는 없다“고 판시하였다.

2.3.2 성전환자의 강간죄 객체성을 긍정한 판례

최근 들어 대법원은 성전환자도 강간죄의 객체가 된다고 판시하여, 성전환자에 대한 강간죄의 성립을 긍정하였다.

대법원은 “강간죄의 객체는 부녀로서 여자를 가리키는 것이므로, 강간죄의 성립을 인정하기 위하여는 피해자를 법률상 여자로 인정할 수 있어야 한다. 종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나 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 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소를 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다¹⁷⁾”고 판시하여 이를 긍정하고 있다.¹⁸⁾

2.3.3 가족관계등록부상 정정이 된 경우

우리 사회에 성전환이 성적 특이 기호 내지 성향이라는 인식을 넘어

17) 이와 같이 성을 결정하는 요소로 정신적·사회적 요소를 제시하고 있는 판례로는 대법원 2006. 6. 22. 자, 2004스42 전원합의체결정.

18) 대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도3580 판결.

성귀속에 관한 성정체성장애라는 질병으로 받아들여진 것도 최근의 움직임이었고, 이 과정에서 성전환자에 대한 개명 및 성별정정허가에 관한 상반된 하급심 판결에 대하여 대법원은 전원합의체결정을 통하여 사람의 성은 결정함에 있어 생물학적 성(sex)뿐만 아니라 정신적·사회적 성(gender)도 함께 고려하여 판단해야 한다고 하면서 결국 성전환자의 호적정정을 허가하는 것으로 입장을 정리한 바 있다.¹⁹⁾ 이에 따라 성별정정이 이루어진 성전환자에 대해서는 현행 형법상 강간죄의 객체성을 인정할 여지가 있다.

2.3.4 가족관계등록부상 정정이 되지 않은 경우

문제는 성정체성장애자가 일정한 요건을 거쳐 성전환수술을 하고 사회적으로 전환된 성역할을 수행하고 있으나 공부상의 정정이 이루어지지 않고 있는 상태를 형법상 부녀인 ‘여자’로 포섭할 수 있는지 여부에 대하여 견해가 대립하고 있다.

2.3.4.1 부정설

‘법을 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다(nullum crimen, nulla poena sine lege)’라는 형법의 대원칙인 ‘죄형법정주의’ 원칙에 비추어 성전환자를 법률상 여자인 부녀로 포섭할 수 없다는 견해이다.²⁰⁾

2.3.4.2 정설

법학은 단순한 생물학이 아니라 사회규범에 대한 학문이기 때문에 법학에서 성은 단순히 염색체 구성에 따라 기계적으로 판단되어서는

19) 대법원 2006. 6.22. 자, 2004스42전원합의체결정.

20) 이에 대한 적절한 지적으로는 유진승, “형법상 ‘부녀’의 의미 및 강간죄 성립범위에 대한 재검토-대법원 2009.9.10. 선고, 2009도3580 판결을 중심으로-”, 형사법의 신동향 통권 제25호(검찰청, 2010), 293-294쪽.

아니되고, 사회적·규범적 평가에 따라야 하므로 성전환자의 경우도 형법상 강간죄의 객체인 부녀에 포섭할 수 있다는 견해이다. 성전환자를 강간죄의 객체로 포섭하지 않게 되면 결국 강제추행죄로 의율할 수밖에 없다. 그러나 성전환자를 간음한 것을 강제로 가슴을 만지거나, 엉덩이를 만지는 것으로 평가하여 형벌권을 발동한다는 것은 우리의 법감정과 부합하지 않고 나아가 남녀 성을 판단함에 있어 생물학적 요소뿐만 아니라 정신적·사회적 요소도 함께 고려해야 한다고 볼 때, 비록 가족관계등록부상 정정이 되어 있지 않더라도 넉넉히 성전환자를 형법상 부녀로 포섭할 수 있다고 보는 것이다. 또한 가족관계등록부상 성별을 정정하는 것은 남녀 양성체로 편성된 사회에서 하나의 확정된 성을 사후적으로 확인하는 조치에 불과할 뿐 가족관계등록부상 정정됨으로써 비로소 여성으로 변경되는 것이 아님을 그 근거로 제시한다.²¹⁾

Ⅲ. 대상판례에 대한 고찰

1. 성전환자의 성별정정에 관한 입법례

대부분의 서구에서 입법의 유무에 불구하고 성전환자의 성별 변경을 허용하는 것이 최근의 경향이다. 일부 국가에서는 동성 간의 결혼까지 허용하기 시작하였다.

2000년 3월 15일 유럽연합의회는, 회원국들에게 동성부부에게도 이성부부와 같은 권리를 부여하도록 권고하는 결의안을 채택하였다.

21) 김방호, 앞의 논문, 법률신문 제3780호; 성별정정과 관계없이 강간죄는 모든 여성 개인의 인간다운 존엄성과 행복을 추구할 권리를 보호하기 위함이므로 성전환자의 경우도 강간죄의 객체가 된다는 견해로는 박혜진, 앞의 논문, 249쪽.

1.1 스웨덴

스웨덴에서는 ‘특정한 경우에 있어서 성의 확인에 관한 1972년 4월 21일의 법률’을 제정하여 시행하고 있다. 이 법률은 법적 성별 확인을 요구할 수 있는 경우를 크게 두 가지로 나누었는데, 성전환자와 간성의 경우이다. 우선 제1조는 성전환자에 관한 규정으로 공공의 등록부에 등록되어 있는 성과는 다른 성에 속한다고 느끼고, 생각하고, 행동하고, 장래에도 다른 성으로 살 것이라고 인정되는 경우에 생식선의 적출 또는 기타 이유에 의하여 생식이 불가능할 것을 규정하고 있다. 제2조는 간성에 관한 규정으로서 성기의 이상 등에 해당하는 경우를 규정하고 있다. 성별변경요건으로 나이는 18세 이상이어야 하고, 미혼이어야 한다.²²⁾ 제1조에서 규정하고 있는 바와 같이 불임수술 등으로 생식능력이 없을 정도의 의학적 조치를 요구하고 있으며, 선택가 후 수술을 통해 성선적출이 가능하다. 외관근사수술은 23세 이상 가능하며, 사회청의 허가가 필요하다. 스웨덴의 입법은 이후 독일 등 유럽국가와 유럽인권재판소의 판결에도 영향을 미친 것으로 평가되고 있다.²³⁾

1.2 독일

성별정정과 이름변경을 개별적인 법원의 결정을 통하여 하지 않고, 1980년의 ‘이름의 변경과 특별한 경우에 있어 성귀속의 확정’에 관한 법률(Gesetz ueber die Aenderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehoerigkeit in besonderen Faellen)²⁴⁾을 통하여 입법적으로

22) 여기서 미혼은 현재 혼인하지 않은 상태를 말한다.

23) 국가인권위원회, 성전환자 성별 변경시 인권침해사건(진차525·06진차673병합)에 관한 결정문(국가인권위원회, 2008. 8. 25.), 6쪽.

24) 동법은 1980. 9. 10. 제정·공포되었으며(BGBl. I S. 1654), 2009. 7. 17.에 제1조가 최종적으로 개정되어 현재에 이르고 있다(2011. 6. 27. 검색: <http://www.gesetze->

해결하였다.

1971년 이전의 판례는 성별 변경에 대해 부정적인 입장을 취하였으나 1978년 10월 11일 연방헌법재판소의 성별 변경에 대한 합헌결정이 난 후 ‘특정한 경우에 있어서의 이름의 변경 및 성귀속의 확정’에 관한 1980년 9월 10일의 법률²⁵⁾을 제정하여 1981년 1월 1일부터 시행하고 있다. 이 법률은 유럽의 다른 국가들과 달리 크게 이름의 변경과 특별한 경우에 있어 성귀속의 확정으로 구분하여 규정하고 있다. 제1조 제1항은 성전환자의 이름 변경에 관한 요건으로 출생등록부에 기재된 성과는 다른 성에 속하면서 출생시의 성과 다르게 인식하고 3년 이상 그 외관에 대응한 생활을 해오고 있을 것을 규정하고 있다. 제8조 제1항은 제1조 제3항(이름 변경의 요건)을 충족하면서, 생식이 불가능하며, 성의 외관을 변경하는 외과적 수술을 받아 다른 성의 외관에 명백하게 가까울 정도에 이를 것을 성별 변경의 요건으로 규정하고 있다.²⁶⁾

요약하면 성별 정정에 대한 연령의 제한은 없으며,²⁶⁾ 생식불가능 및 수술을 통해 근사한 외관²⁷⁾을 갖추고 있어야 하며, 3년간 원하는 성으로 살려함²⁸⁾을 요한다.²⁹⁾

im-internet.de/tsg/index.html).

25) 제8조 제1항 제2호에 규정되어 있었던 ‘미혼’의 요건은 삭제되었다.

26) 나이(25세 이상)조항은 위헌판결을 받은 후 삭제되었다.

27) 여성에서 남성으로의 성전환자의 경우 외과적 수술로 인하여 다른 성의 외관에 어느 정도 근사하여야 하는가에 대해서는 판례를 통해 1. 가슴적출, 자궁/난소적출을 끝냈어야 하며 2. 질 폐쇄, 페니스/고환형성술까지는 요구하지 않는다고 밝혔다. 남성에서 여성으로의 성전환자의 경우는 가슴성형, 페니스/고환 적출, 질 형성을 요구하고 있다.

28) 이는 3년 이상 변경하고자 하는 성으로서 산 것을 의미하는 것이 아니라, 변경하고자 하는 성으로 살고자 하는 강한 욕구를 가지고 산 기간을 의미한다.

29) 국가인권위원회 결정문, 6-7쪽.

1.3 이탈리아

성별 정정에 대한 연령의 제한은 없으며, 성별정정판결로 혼인이 해소되도록 규정하고 있다. 성의 특징에 관해 생긴 변경에 해당하는 정도의 의학적 조치를 요한다.³⁰⁾ 의학적, 외과적 치료를 위한 선허가를 획득한 후 수술이 가능하며, 이미 치료받은 자는 법시행일 1년 내에 정정신청을 할 것을 요한다.³¹⁾

1.4 네덜란드

1985년에 성전환을 법제화하였다. 나이가 법적 요건에 부합하는 성전환수술의 경우에는 공적 의료보험의 혜택을 받도록 하였다. 성별 정정에 대한 연령의 제한은 없으나, 미혼일 것을 요한다. 또한 생식불가능(아이를 낳을 수 없는 상태)임을 요한다. 1998년에는 ‘동반자 등록법’(National Registered Partnership)을 제정하여 동성애자커플도 일정한 법적 지위를 받을 수 있도록 제도화하였다.

2000년에는 의회가 동성결혼을 인정하는 ‘혼인제도 개방법’(Act Opening the Institute of Marriage)을 제정하였는데, 이 법은 동성결혼을 이성결혼과 동등하게 인정하는 것으로서 동성부부의 결혼과 이혼 그리고 입양에 관한 규정을 두고 있다.³²⁾

1.5 프랑스

프랑스는 성전환자에 대한 출생증서 상의 성별 변경을 1976년 1월

30) 판례는 해부학적 특징 변경요구로 이를 파악한다.

31) 국가인권위원회 결정문, 9쪽.

32) 국가인권위원회 결정문, 9쪽.

29일 툴루즈 지방법원의 판결을 시작으로 허가하기 시작하였으나, 대법원은 여전히 기존의 불허 입장을 유지해왔다. 그러나 유럽인권재판소가 1992년 3월 25일 결정에서 성전환자에 대한 성별변경의 불허는 ‘유럽인권조약’ 제8조 프라이버시 규정에 위반된다는 견해를 표명하자, 프랑스 대법원은 1992년 12월 11일 결정을 통해 종래의 견해를 변경하였다. 즉, 성전환자이면서 치료 목적으로 내과적·외과적 의료처치의 결과 처음의 성에 수반되는 특징을 가지지 않고 사회적 행동과 일치하는 반대의 성에 근접하는 신체적 외관을 가지는 경우에 성별 변경을 허용한 것이 그것이다. 이후 프랑스는 법률로 제정하지는 않았지만 위 판례를 따르고 있다.

프랑스에서는 성전환자에 대한 차별금지 조항을 마련하고 있고, 성전환을 하는 데 드는 의료비용도 사회보장제도에서 1979년부터 부담하고 있다.

2000년 10월 동성부부도 이성 부부와 동등한 권리를 인정하기로 한 ‘연대시민계약법’(PACS)이 통과되었다. 이에 대하여 보수주의자들이 헌법소원을 냈지만 최고법원은 동 법률에 위헌적인 요소가 없다는 이유로 이를 기각하였다.³³⁾

1.6 캐나다

캐나다의 총10개주 중 8개주를 확인한 결과 성별 정정에 대한 연령의 제한은 없으며, 3개주는 미혼일 것을 요하고 있으나 나머지 주는 이에 대한 규정이 없다. 7개주에서 성별정정을 위한 수술을 요건으로 하고 있으며, 1개주는 외과적 조치 정도에 해당하는 의학적 조치를 요구하고 있다. 대법원은 배우자 개념에 ‘동성 배우자’도 포함시켜야 한다는 온타리오(Ontario)주 법원의 제1심과 제2심 판결을 확인한 바 있으며, 온타리오 주와 함께 브리티시 컬럼비아주도 동성부부의 결혼을 허용하였다.³⁴⁾

33) 국가인권위원회 결정문, 7쪽.

1.7 미국

1961년 일리노이 주에서 성전환자에 대하여 출생증명서의 변경 또는 새로운 출생증명서의 발급을 허가하는 입법을 최초로 제정한 이래, 2006년 현재 28개 주와 워싱턴 DC에서 입법이나 행정절차로 성전환자의 성별 변경을 인정하고 있다. 20개 주에서는 외과적 수술을 요구하고, 2개 주에서는 외과적 치료만을 요구하며, 6개 주는 외과적 수술을 요구하지 않고 있다.

2004년 8월 11일 캘리포니아 주 대법원은 4000여 쌍의 동성애자 사이의 결혼에 대하여 무효라고 판결하였다. 동성애자의 결혼문제는 연방헌법이나 법률에서 규정을 두고 있지 않기 때문에, 주별로 그 허용여부가 다르다. 버몬트 주는 처음으로 2000년 7월부터 동성 부부에게 주에서 인정하는 권리를 부여하고 있으나, 동성 부부는 사회보장 혜택 등 연방법상의 혜택은 받을 수 없다.³⁵⁾

1.8 일본

일본은 성전환자의 성별 변경에 관하여 비교적 엄격한 입장을 취하여 간성의 경우 외과적 수술로 한 쪽의 성을 갖게 되면 성별 변경을 허용하는 경우가 있으나 그 외의 경우는 인정하지 않는 것이 주된 판례의 입장이었다가, 2003년 7월 16일 ‘성 동일성 장애자의 성별 취급의 특례에 관한 법률’을 제정하여 시행하고 있다. 이 법률에서는 성별 정정 기준으로 20세 이상일 것, 미혼(혼인상태가 아닐 것)일 것, 현재 자녀가 없을 것,³⁶⁾ 생식기능이 영속적으로 결여된 상태일 것과 근사한 외관을 갖추

34) 국가인권위원회 결정문, 9쪽.

35) 국가인권위원회 결정문, 7쪽 및 9쪽.

36) 이는 인지한 자녀가 있는 성전환자의 성별 변경을 원천적으로 금하고 있어 일본

고 있을 것 등을 규정하고 있다.³⁷⁾

이는 현행 우리 대법원 가족관계등록예규 제293호(성전환자의 성별
정정허가신청사건 등 사무처리지침)와 거의 유사하다.

1.9 중국

중국은 특별법으로 제정되어 있지 않고 행정권한으로 성별 변경을 인정하고 있다. 다시 말해, 관례적으로 호적관리 권한이 있는 공안국에 의해 성별 변경이 이루어지는데 정신과 진단서·자기의사를 밝히는 서면·부모 동의서면·부모와 본인의 수술신청서를 공안국에 제출하여 호적변경허가서를 받은 이후 성적합수술(Sex Reassignment Surgery)을 행할 수 있으며, 수술 후에 호적이 변경되고 있다.³⁸⁾

1.10 기타 국가

영국은 성별 정정이 가능한 연령은 18세 이상이며, 미혼일 것을 요하고 있다. 의학적 조치는 요하지 않으나, 2년 이상 바뀌고자 하는 성으로 살았을 것을 요건으로 하고 있다.³⁹⁾

뉴질랜드는 성별 정정이 가능한 연령은 18세 이상이며, 미혼일 것을 요하고 있다. 미성년자에 대해서는 별도의 규정을 두고 있다. 또한 생식 불가능(아이를 낳을 수 없는 상태)일 것을 요한다.⁴⁰⁾

터키는 성별 정정에 대한 연령의 제한은 없으며, 성별정정판결로 혼

국내 당사자 NGO들의 격렬한 비난을 받고 있으며 이 요건을 없애기 위한 운동이 진행 중이다.

37) 국가인권위원회 결정문, 7-9쪽.

38) 국가인권위원회 결정문, 8쪽.

39) 국가인권위원회 결정문, 9쪽.

40) 국가인권위원회 결정문, 9쪽.

인이 해소되도록 규정하고 있다. 출생 후 성전환이 발생한 경우에 의학 적 조치를 취한다.⁴¹⁾

오스트리아는 성별 정정에 대한 연령의 제한은 없으나, 미혼일 것을 요하고 있다. 또한 근사한 외관을 갖추고 있을 것 등을 요건으로 하고 있다.⁴²⁾

2. 강간죄 규정에 관한 입법례

2.1 독일의 강간죄 규정

강제적 성교행위를 처벌하는 독일형법 제177조(성적 강요(Sexuelle Noetigung); 강간 (Vergewaltigung)는 “① 타인에게 자신 또는 제3자의 성적 행동을 참도록 하거나 또는 자신이나 제3자에 대하여 성적 행동을 하도록 다음 각호의 1과 같이 강요한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다. 1. 폭행과 함께, 2. 신체 또는 생명에 대한 현재의 위험에 대한 협박을 통해 3. 피해자가 무방비상태로 행위자의 영향에 방치되어 있는 상황을 악용하여 ② 특히 중한 경우에는 2년 이상의 자유형에 처한다. 특별한 사정이 없는 한 다음 각호의 1에 해당하면 특히 중한 경우로 본다. 1. 행위자가 피해자와 함께 성교하거나 또는 피해자에 대하여 상당히 수치스러운, 특히 신체침입과 관련된 유사 성행위를 하거나 또는 피해자로 하여금 자기에 대하여 유사 성행위를 하게 한 경우(강간) 2. 다수에 의해 범죄가 공동으로 범해지는 경우 ③ 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이상의 자유형에 처한다. 1. 무기 또는 다른 위험한 물건을 지닌 자 2. 폭행 또는 폭력을 고지한 협박을 통해 다른 사람의 반항을 폭력으로 저해하거나 또는 극복하기 위하여 그 밖의 물건 또는 도구를 지닌 자

41) 국가인권위원회 결정문, 9쪽.

42) 국가인권위원회 결정문, 9쪽.

3. 행위 통해 피해자를 중한 건강상 훼손의 위험에 빠뜨린 자 ④ 다음 각호의 1에 해당하는 자는 5년 이상의 자유형에 처한다. 1. 행위 중에 무기 또는 다른 위험한 물건을 사용한 자 2. 피해자를

a) 행위 중에 신체적으로 중하게 남용한 자 b) 행위를 통해 사망의 위험에 빠뜨린 자 ⑤ 제1항의 중하지 아니한 경우에 대해서는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처하고, 제3항과 제4항의 중하지 아니한 경우에 대해서는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다”고 규정하고 있다.

위 조문을 살펴보면 유사성교를 포함한 성적 강요를 강간죄의 행위유형으로 규정하고 있기 때문에, 현행 우리나라 형법으로 의율할 수 없는 행위라도 그것이 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정권을 침해하는 행위가 되는 경우에는 처벌할 수 있도록 규정되어 있음을 알 수 있다.⁴³⁾

2.2 일본의 강간죄 규정

일본형법 제177조(강간)는 “폭행 또는 협박으로 13세 이상의 여자를 간음한 자는 강간의 죄로서 3년 이상의 유기징역에 처한다. 13세 미만의 여자를 간음한 자도 같다”고 규정하고 있다. 이는 우리 현행 형법과 거의 유사한 규정이라고 할 수 있다.

3. 입법론적 제안

독일의 경우처럼 성별정정에 대한 특별법의 제정과 형법상 강간죄의 객체 및 간음행위의 태양 그리고 폭행·협박의 정도에 대한 보다 심층적인 논의가 앞으로 진행되어야 할 것이다.

43) 김혜정, “시대의 변화에 따른 강간죄의 객체 및 행위태양에 관한 재구성”, 비교형사법연구 제9권 제1호(한국비교형사법학회, 2007), 201-203쪽; 정준섭, 앞의 논문, 365-366쪽.

3.1 성별정정에 관한 법률의 제정 필요성

성전환자가 원래 자기가 원래 지니고 있던 성과 새로이 느끼거나 지니게 된 성에 상응하도록 성별을 정정하고 개명신청을 청구하는 경우에, 국가가 어떠한 법률상 근거에서 이를 허용할지의 문제가 제기된다.

3.1.1 관련법률의 현황

호적법이 폐지되고 만들어진 ‘가족관계의 등록 등에 관한 법률’(이하 가족관계등록법이라 칭한다)을 포함한 현행 법체계는 모든 사람을 남성 또는 여성 중의 하나에 포함되는 것을 전제로 하면서도, 남성과 여성은 무엇을 기준으로 구분되는지에 관한 규정은 두고 있지 않다. 즉, 현행법상 성이 무엇인가를 정의하거나 구분하는 기준 등을 규정하고 있는 법률 규정은 없다는 것이다.⁴⁴⁾

가족관계등록법 제44조는 출생신고의 기재사항의 하나로 자녀의 성명·본·성별·주민등록번호 및 등록기준지를 적도록 하고 있다. 따라서 출생신고를 통하여 가족관계등록부에 성명과 성별 등 이를 인식할 수 있는 사항이 기재되면, 동 법률 제99조 내지 제100조에서의 개명신고에 해당하는 경우가 아니면 이름(姓)이나 본(本) 등을 바꿀 수 없다. 이처럼 우리나라는 실정법적으로 성전환을 인정하지 않으며, 성전환자들의 성별 정정을 허용하는 직접적인 규정은 없다.

병역법과 민법·형법 등 여러 법률이 국민의 성별을 기준으로 하여 여러 규정을 두고 있지만, 성별 정정에 대해서는 어떠한 규정도 없는 것이다.

기존 법률의 해석을 통하여 성전환자가 성별정정을 위한 소송에서 승소한다 하더라도, 특별법 등을 통해 성전환에 대한 구체적 규정이 마련되지 않는 한 이는 단순히 개별적인 사안과 관련하여 가족관계등록

44) 홍완식, 앞의 책, 66쪽.

부를 정정하는 것일 뿐, 법률을 통하여 성별의 변경을 일반화하는 것을 의미하지는 않는다.

3.1.2 성별정정에 관한 특별법의 제정

우리나라의 경우 1992년에 호적법 중 개정법률안과 지난 2002년과 2006년에 의원입법으로 ‘성전환자 성별 변경에 관한 특례법’이 발의됐으나 회기 만료로 폐기된 뒤 논의가 중단된 상태다. 따라서 기존의 특례법을 바탕으로 조속히 성별정정에 관한 법률이 제정되어야 할 것이다. 이는 현행 형법상 성전환자의 강간죄 객체성에 대한 올바른 판단을 위해서 뿐만 아니라, 소수자의 인권보호라는 헌법정신을 구현하기 위해서도 필요하다고 본다.

3.2 형법 개정방향

전통적 강간형태인 남성의 여성에 대한 강간, 여성에 의한 강간, 부부 사이의 강간, 양성자 또는 동성자간의 강간 그리고 성전환자에 대한 강간행위가 모두 가능하기 때문에 강간죄의 범죄구성요건에서 ‘부녀’를 삭제하는 방안이 논의되어야 할 것이다.⁴⁵⁾

강간죄의 보호법익을 성적자기결정권으로 새기면 강간죄의 행위객체를 ‘사람’으로 변경하는 것이 입법론적으로 가능하다고 보고, 객체를 ‘부녀’로 한정함으로 인해서 논의되고 있는 많은 부분들이 해결될 수 있다고 본다. 행위객체가 부녀로 한정되어 있는 현재의 조문상의 해석으로는 불가능하지만 남성에게도 성적자기결정권이 분명히 존재한다. 따라서 남성이 강간죄의 객체에서 제외되어야 할 특별한 이유가 없다고

45) 1992년 법무부 형법개정안은 “폭행 또는 협박으로 **여자**를 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다”로, 한국형사법학회는 “폭행 또는 협박으로 **사람**을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다”는 개정의견을 제시하였다.

생각한다.

강간죄의 보호법익을 성적자기결정권으로 새길 때 남성의 남성에 대한 강간행위, 여성의 남성에 대한 강간행위 등 행위유형(단순한 성기의 삽입이나 결합이 아닌 다른 유형, 즉 항문성교나 구강성교 등의 유사성교행위)을 어떻게 간음의 개념에 포섭시킬지도 문제가 된다.

행위객체를 변경하게 되면 현행 형법상 강간죄의 행위태양인 간음의 의미를 남성과 여성간의 성기 결합이라고 해석해온 간음의 의미를, ‘신체의 일부나 도구를 신체의 내부에 삽입하는 성적행위’로 그 개념을 확대시켜야 하는지의 문제도 논의되어야 할 것이다.

이에 더하여 현행 강간죄의 수단인 폭행·협박의 개념도 재정립되어야 한다.

폭행·협박을 최협의로 파악하는 현재의 통설과 판례의 태도는 성적자기결정권이라는 보호법익과 상호모순되므로 폭행·협박의 정도를 상대방의 거부의를 억압하거나 거부 의사에 반하는 정도로 완화해야 한다.⁴⁶⁾ 따라서 이에 대한 연구도 병행되어야 할 것으로 판단된다.

이렇게 함으로써 또 다른 논란거리를 제공하고 있는 법률상 처에 대한 강간죄 성립문제도 보다 분명하게 해결될 것이다.⁴⁷⁾

현행 형법상 부녀로만 한정하고 있는 강간죄의 객체를 남성과 성전환자(사람)까지 확대하고 나아가 간음의 양태를 “신체의 일부나 도구를 신체의 내부에 삽입하는 성적 행위”로 정의하면서, 성적 행위를 강제로 목격하도록 하여 목격자에게 정신적 피해를 가하는 범죄를 ‘성강요죄’로 규정하고, 강간죄의 구성요건인 폭행·협박을 단순 폭행·협박과 저항을 현저히 곤란하게 하는 정도의 폭행·협박으로 구분하고 각각

46) 윤영철, “형법의 법익론 관점에서 본 부부강간의 문제”, 형사정책연구 제18권 제1호 (한국형사정책연구원, 2007), 32-33쪽.

47) 권오걸, “강간죄의 객체에 대한 해석론과 형법정책론-법률상의 처를 중심으로-”, 법학논고 제32집(경북대학교 법학연구원, 2010), 176쪽.

2년 이상과 3년 이상의 유기징역을 내릴 수 있도록 해 형량의 차이를 두는 형법일부개정법률안이 국회에 발의되어 있는 상태이다.⁴⁸⁾

4. 대상판례의 의의와 평석

4.1 성전환자 판단기준을 제시한 대법원판례의 의의

대법원이 최초로 성전환자의 성별 변경을 허용하는 전원합의체결정을 통하여 성전환자에 대하여 가족관계등록부상 성별 기재를 정정할 수 있다는 기본 원칙을 천명하면서, 성전환자의 법률적 의미와 요건에 관한 기준을 제시한 것은 성전환자의 인권보장 측면에서 바람직하다. 대법원의 전원합의체결정 이후 성전환자의 성별 변경 신청이나 허가의 수가 2배 이상 늘어난 사실을 보더라도 그 효과가 긍정적이라고 평가된다. 나아가 대법원 전원합의체결정 이후 대법원이 감독 권한과 규칙 제정권을 근거로 성전환자의 성별 변경에 관한 내부지침을 제정하여 성전환자의 성별 변경 요건 및 절차와 관련된 사항을 정함으로써 각급 법원과 성전환자 당사자에게 성별 변경의 요건을 알리고 사무처리에 통일성을 기하고자 한 것은 그간 각급 법원이 성전환자의 성별 변경에 대하여 상반된 결정을 하여 혼란이 있는 현실을 고려하였을 때 이 역시 긍정적으로 평가된다.

다만, 대법원에서 성전환자를 강간죄의 객체로 인정할 수 있는 요건으로 제시한 사항들이 모두 충족된 경우에만 강간죄의 객체로 볼 수 있을 것인가 하는 문제에 대해서는 추가적인 논의가 필요하다고 생각된다.

48) 광정숙의원 대표발의, 형법 일부개정법률안, 발의연월일: 2009.7.8. 의안번호 5413; 최영희의원 대표발의, 형법 일부개정법률안, 발의연월일: 2008.8.26. 의안번호 738; 박선영의원 대표발의, 형법 일부개정법률안, 발의연월일: 2008.11.14. 의안번호 2051.

4.2 성전환자에 대한 강간죄 성립을 인정한 대법원판례의 의의

종래 대법원은 ‘부녀’의 판단기준으로 발생학적 요소·심리적 요소·사회적 요소 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정해야 한다는 점을 밝히면서도, 성전환자의 경우 발생학적 요소에 무게를 두어 강간죄의 부녀에 해당하지 않는 것으로 판단하였다. 이후 대법원 전원합의체결정에 의하여 성전환자의 성별정정이 허용된 이래 강간죄의 부녀에 관한 해석에 있어서도 변화를 가져왔다. “성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려해야 한다”는 대법원의 판단기준은 일련의 판례에서 일관되게 적용되고 있지만, 성전환자를 강간죄의 객체인 부녀로 인정했다는 결론의 점에서 대상판례는 사실상 종전 판례의 변경을 의미하는 것이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾

형사법적으로 성전환자에 대하여 강간죄의 객체를 인정함으로써 성전환자에 대한 민·형사법적 지위를 분명하게 자리매김해 줌으로써 법·제도적으로 보호받지 못하고 우리 사회에서 그늘지게 살아 왔던 성적 소수자인 성전환자에 대하여 법·제도적 보호망 안에 들어오게 하는 계기가 되었고, 이번 대법원판결을 계기로 형법 개정안의 움직임이 활발하게 논의되고 있는 점도 긍정적이다.⁵⁰⁾

대상판례에 대한 대법원의 현실적인 고민은 짐작할 수 있다. 그러나 사안에 따라 어느 경우엔 피고인에게 유리하고 어느 경우엔 불리하게 판단하는 것이 형사판결에서는 허용되어서는 안 될 것이다. 유리한 경우는 허용가능하나, 불리하게 적용되는 경우는 죄형법정주의에 위반할 여지가 크기 때문이다.

대법원이 위법수집배제법칙에 대해 2007년 개정 형사소송법규정의

49) 신동은, 법률신문, 2010.4.15 [2009년 분야별 중요판례분석] (7)형법각칙(법률신문사, 2010).

50) 김방호, 앞의 논문, 법률신문 제3780호.

입법취지에 부합하도록 종전판례를 변경한 경우도 있고,⁵¹⁾ 복사문서의 문서성을 인정한 전원합의체판결⁵²⁾과 같이 해당규정의 조문 신설에 앞서 대법원이 이를 우선적으로 판단함으로써, 이러한 판례의 태도가 입법으로 이어진 경우도 있다. 따라서 대법원의 대상판결에 대한 입장은 현재의 법령 및 예규에 기초하여 판단할 수밖에 없다는 현실적 어려움을 토로함과 동시에, 대상판례의 문제점을 해결하기 위해서는 앞으로 명확한 법령정비가 이루어질 것을 기대한 판단인 듯하다.

4.3 대법원 사무처리지침에 의한 성별정정허가의 한계

대법원은 관련 법률의 개정 또는 제정 때까지 성전환자 사건을 처리하는 통일된 규범을 마련하기 위해 사무처리지침을 만들었다고 한다. 따라서 대법원의 예규는 성별정정기준을 명확히 하고 관련 판결의 일관성을 기대할 수 있다는 관점에서는 긍정적으로 평가할 수 있다. 그러나 국회에서 제정한 법률이 아닌 대법원예규를 통하여 이러한 성별정정의 기준을 제시하는 것은 바람직하지 못하다.

대법원 사무처리지침의 성격은 예규이며 사법부내에서 통용된다는 의미에서 행정규칙의 성격을 가지며, 사법부 내부지침이고, 통상 재판규범성을 가지지 않는다.

성별정정허가요건에 관한 대법원의 사무처리지침은 성전환자에 대한 호적상 성별기재의 정정을 허용한 대법원 전원합의체결정에 따른 것이나, 이것은 근본적으로 위임의 범위를 벗어난 것으로, 법원에 성별허가권한을 부여할 수 없다. 즉, 대법원은 헌법 제108조 규정에 따라 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차나 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있지만,⁵³⁾ 이것이 사법부에

51) 대법원 2007.11.15. 선고, 2007도3061 전원합의체판결.

52) 대법원 1989.9.12. 선고, 87도506 전원합의체판결.

입법권을 부여한 것은 아니다. 따라서 설사 내부규칙의 형식일지언정 법원이 상위법령의 수권 없이 법률사항을 규율한다는 것은, 그 자체가 입법작용에 해당하여 권력분립원리와 법치국가원리는 물론 사법의 본질에도 반한다. 위 지침은 그 형식에도 불구하고 그 내용상 법적 성격은 법규명령에 해당하고, 수권규정이 없는 한 새로운 입법사항을 정하였다는 점에서 당해 지침은 위법 또는 무효임을 면하기 어렵다. 따라서 비록 법률이 제정되기까지 사법부에서 내부기준인 위 지침에 따라 성별정정 허가결정을 한다고 하더라도 가족관계등록부의 정정에 준하는 정도로 최소한의 범위에서 운영되어야 할 것이다.

대법원 사무처리지침은 형식적인 면에서 본다면 대법원예규의 형식이 아니라, 개인의 권리와 의무에 관한 사항 특히 사회적 논란이 많은 사안은 국민의 대표기관인 국회가 만든 법률로 제정하는 것이 바람직하다.

대법원 가족관계등록예규 제293호(성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침)의 제2조(적용범위)⁵⁴⁾와 제6조(성별정정의 허가기준)⁵⁵⁾ 등과 같이 성전환자의 권리·의무와 밀접히 연관된, 본질적으로

53) 헌법 제108조(대법원은 법률에서 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다).

54) 제2조(적용범위) ① 이 지침은 신청인 겸 사건본인(이하 “신청인”이라 한다)이 성전환증에 의하여 성전환수술을 받았음(이하 “성전환증”이라 한다)을 이유로 성별정정 허가신청을 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.

55) 제6조(성별정정의 허가기준) 법원은 심리결과 신청인에게 다음 각 호의 사유가 있음을 인정한 경우에는 성별정정을 허가할 수 있다.

1. 신청인이 대한민국 국적자로서 만 20세 이상의 행위능력자이고 혼인한 사실이

는 국회의 입법으로 규율해야 할 사항들을 규정하고 있다. 이는 기본권의 법률유보원칙을 규정한 헌법 제37조 제2항 및 권력분립 원리 그리고 법관이 헌법과 법률에 의하여 심판을 하도록 규정한 헌법 제103조에 위반될 소지가 있다. 또한 이로 인해 성전환자의 행복추구권, 자기결정권, 프라이버시권, 평등권 등을 결과적으로 침해할 우려가 있는 것이다.

절차면에서 본다면 인우보증서(대법원예규 제3조 제1항 제5호) 등 지나친 첨부서류를 요구한다는 점이 지적될 수 있고, 내용면에서 본다면 ‘범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정’(동예규 제6조 제5호) 등 지극히 주관적이고 불명확한 개념을 사용하고 있다는 점이 지적될 수 있다. 그러므로 성전환자의 기본권을 보장하기 위해서는 국회에서 관련 특별법을 조속히 제정할 필요가 있다. 다만, 대법원 지침 제정 이전에도 나타났듯이 법의 공백으로 인한 기본권 침해가 심각히 우려되는 바, 특별법이 제정되기 전까지는 대법원예규 중 논란이 되고 있는 조항을 개정하여 그대로 유지하도록 하고 이후 특별법이 제정되면 폐지하여야 할 것이다.

없으며, 신청인에게 자녀가 없음이 인정되어야 한다.

2. 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴 온 사정이 인정되어야 한다.

3. 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였으나 신청인이 여전히 수술적 처치를 희망하여, 자격 있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었음이 인정되어야 한다.

4. 성전환수술의 결과 신청인이 생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재전환할 개연성이 없거나 극히 희박하다고 인정되어야 한다.

5. 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 없다고 인정되어야 한다.

5. 대상판례에의 적용

대법원은 가족관계등록부에 남성으로 기재되어 있음에도 불구하고, 종합고려설의 입장에서 성전환자를 법률상 부녀로 인정하였다.

성별 정정을 거쳐 가족관계등록부에 여성으로 기재된 경우에는 법률상 규정이 없음에도 불구하고 새로운 법률이 만들어질 때까지 적용되는 한시적 지침으로서의 성격을 인정한다면 법률상 부녀로 인정할 여지가 있다. 그러나 강간죄의 객체로서의 피해자의 범위를 정함에 있어 성별정정이 가능할 정도의 요건을 충족할 것을 요구하는 경우에 피해자의 법적 지위는 매우 유동적이고 불안하다고 할 수밖에 없다. 또한 이와 같은 요건을 충족한 경우에도 어느 시점에서 부녀로서의 지위를 획득하였는지도 문제가 될 수 있다.⁵⁶⁾

위와 같이 가족관계등록부에 남성으로 기재된 경우에 이를 인정할 경우에는 더 더욱 여러 가지 문제가 발생할 것으로 판단된다. 예컨대 성전환자(MTF형)를 강간죄의 객체인 부녀에 해당한다고 본다면, 성전환자에 대한 간음행위가 과연 진정한 남녀 간의 성기결합에 해당하는지가 문제될 수 있다. 즉, 성전환자의 성기는 성기의 대체물 내지 유사물에 지나지 않기 때문에 이를 통상적인 강간에서의 간음행위로 의율할 수 있는지가 문제되는 것이다.⁵⁷⁾ 이는 유사성행위 등의 행위태양을 현행 강간죄에서는 규정하고 있지 않기 때문에 또 다른 논란을 불러올 수 있는 것이다. 결국 성전환자(MTF형)가 강간죄의 객체인 부녀에 해당한다고 하더라도, 실제 간음행위에 해당하는지의 여부가 문제됨으로써 대상판례가 인정한 성전환자의 강간죄 객체성도 형해화될 수 있다.

만약 대법원예규에 의해 성별정정을 거치지도 않은 성전환자를 강간죄의 객체인 ‘부녀’로 인정하게 되면, 이는 죄형법정주의원칙에서 금지

56) 이주형, 앞의 논문, 102쪽.

57) 정준섭, 앞의 논문, 357-358쪽.

하고 있는 유추해석(문언의 가능한 의미를 넘어서 법흠결시의 법형성)에 해당한다.⁵⁸⁾ 관련 법규정도 없고, 더욱이 대법원예규에 따라 사후에 정신적·사회학적 요소를 고려하여 남성과 여성을 판단하는 것은 죄형법정주의에 위배될 수밖에 없는 것이다. 나아가 강제추행죄를 규정하고 있는 현행 형법의 체계와도 부합하지 않게 된다.

IV. 나오는 말

부녀의 개념을 대법원예규에 따른 판단기준에 따라 대법원의 결정으로 부녀로서의 여성성 허용여부를 결정하고, 이에 따라 형벌의 적용여부가 결정되는 것은 문제가 많다. 원칙적으로 성별을 확정하는 근거법률에 의하지 않고 성별정정이 허용되어서도 아니되며, 판례가 이를 전면적으로 확정지을 수도 없다고 판단된다. 따라서 성별정정에 관한 특별법이 우선적으로 마련되어야 할 것이다.

강간죄의 주체와 객체를 남자와 여자의 구별 없이 사람으로 규정하는 것이 타당한가의 문제에 대해 의문을 제시하는 견해⁵⁹⁾도 있다. 그러나 강간죄의 보호법익을 성적 자기결정권으로 파악한다는 점에 학설과 판례가 그 견해를 같이하고 있다면, 적어도 독일형법에서 규정하고 있는 정도로의 강간죄 조문개정이 필요하다고 본다. 왜냐하면 현행형법상 강간죄의 객체를 ‘부녀’로 명문화하고 있기 때문에, 법원도 사법권을 행사함에 있어 죄형법정주의원칙에 따라 소극적인 입장일 수밖에 없기 때문이다.

형법 개정시에는 특히 유사성교행위 등을 규율하고 있는 성폭력특별

58) 김영환, 제2판 법철학의 근본문제(홍문사, 2008), 266-267쪽; 유진승, 앞의 논문, 289-292쪽.

59) 김성돈, 앞의 책, 156쪽.

법을 비롯한 성범죄관련 특별법의 형법전으로의 편입방안도 적극 고려해야 할 것이다. 또한 강간죄를 비롯한 성범죄를 단계별로 체계화하는 문제 등이 앞으로도 계속하여 심도 있게 그 연구와 논의가 진행되어야 할 것이다.

(투고일 2011년 6월 30일, 심사일 2011년 8월 4일, 게재확정일 2011년 8월 23일)

주제어 : 성전환자(MTF형), 강간죄의 객체, 성전환자의 성별변경에 관한 법적 근거, 성전환자의 성별변경에 관한 특별법, 성염색체

참고문헌

1. 단행본

- 권오걸, 형법각론, 형설출판사, 2009.
- 김성돈, 형법각론 제2판, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 김영환, 제2판 법철학의 근본문제, 홍문사, 2008.
- 박상기, 제6판 형법각론, 박영사, 2005.
- 이재상, 제5판(보정신판) 형법각론, 박영사, 2007.
- 이정원, 형법각론, 공개 제1판, 2008.
- 임 응, 형법각론(개정판보정), 법문사, 2005.
- 조현욱, 형법각론강의(I), 진원사, 2008.
- 홍완식, 사회적 쟁점과 법적 접근(3판), 건국대학교 출판부, 2011.

2. 논문

- 국가인권위원회, 성전환자 성별 변경시 인권침해사건(진차525·06진차673병합)에 관한 결정문, 2008. 8. 25.
- 권오걸, 강간죄의 객체에 대한 해석론과 형법정책론-법률상의 처를 중심으로-, 법학논고 제32집, 경북대학교 법학연구원, 2010.
- 김방호, 강간죄 객체에 대한 새로운 시각, 법률신문 제3780호, 법률신문사, 2009.
- 김혜정, 시대의 변화에 따른 강간죄의 객체 및 행위태양에 곤한 재구성, 비교형사법연구 제9권 제1호, 2007.
- 박혜진, 법여성주의에서 바라본 성에 대한 법인식의 문제-강간죄의 객체를 중심으로-, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010.

- 신동운, 법률신문, 2010. 4. 15 [2009년 분야별 중요판례분석] (7)형법 각칙, 법률신문사, 2010.
- 유진승, 형법상 ‘부녀’의 의미 및 강간죄 성립범위에 대한 재검토－대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도3580 판결을 중심으로－, 형사법의 신동향 통권 제25호, 검찰청, 2010.
- 윤영철, 형법의 법익론 관점에서 본 부부강간의 문제, 형사정책연구 제18권 제1호, 한국형사정책연구원, 2007.
- 이주형, 성전환자의 강간죄 객체성립 여부, 형사판례연구[18], 박영사, 2010.
- 정준섭, 현행 강간죄 규정에 대한 재검토, 성균관법학 제22권 제3호, 2010.
- 홍준의, 성전환자의 성별결정에 대한 접근방식, 성적 소수자의 인권, 사람생각, 2002.
- <http://www.gesetze-im-internet.de/tsg/index.html>, 2011. 6. 27.

[Abstract]

Eine Studie ueber Transsexuellende(MTF-Model) als Tatobjekt bei Vergewaltigung
–Koreanisches Oberstgericht vom 10. Sep. 2009,
2009do3580 Urteil–

Hyun-Wook Cho*

Die Rechtsprechung vom 10. Sep. 2009, 2009do3580 geht hier um Transsexuellende(MTF-Model) als Tatobjekt bei Vergewaltigung.

Im gegenwaertigen koreanischen Strafgesetzbuch §297 wird als ein Verbrecher gegen sexuelle Vergewaltigung bestraft, wer mit einer Frau durch Gewalt oder Drohung den Beischlaf vollzieht. Unter diesem §297 ist es streitig geraten, ob socher Taeter bestraft werden koennen, wer eine Transsexuellende(MTF-Model) vergewaltigt, dadurch die sexuelle Selbstbestimmung eindeutig verletzt wird.

Sofern ist es auch zweifelhaft, was die gesetzliche Grundlage ist, solche Sexualumwandelnde(MTF-Model) als Frau anzuerkennen.

Die obengenannte Rechtsprechung bejaht Transsexuellende(MTF-Model) als Tatobjekt bei Vergewaltigung. Naemlich das Koreanische Oberstgericht anzuerkennen, dasss Transsexuellende(MTF-Model) unter Beruecksichtigung nicht nur Geschlechtschromosom, sondern auch soziales und psychologisches Geschlecht eine frau ist.

Aber leider momentan gibt es irgendkeine gesetzliche Grundlage dafuer.

* Academic Professor and Senior Researcher, Law Institute of Konkuk University.

Um dieses Problem zu loeschen, schlage ich vor. Tatobjekt bei Vergewaltigung ist nur bloss “jemand” geaendert werden zu muessen. Dadurch manche Probleme geloeschet werden zu koennen. Und sogar ist es auch benoetigt, das Sondergesetz ueber die Aenderung der Vornamen und die Geschlechtszugehoerigkeit in besonderen Faellen(sog. Transsexuellensondergesetz).

Key Words : Sexualumwandelnde(MTF-Model),

Tatobjekt bei Vergewaltigung, gesetzliche Grundlage ueber Geschlechtsveraenderung von Sexualumwandelnden, Sondergesetz ueber Geschlechtsveraenderung von Sexualumwandelnden, Geschlechtschromosom