

혼인중인 성전환자 성별정정과 혼인관계 종료에 대한 검토

박종미*

목차

-
- | | |
|-------------------------|-------------------|
| I. 들어가며 | III. 혼인중인 자의 성별정정 |
| II. 성전환자 성별정정에 대한 판례 경과 | IV. 결론 |
-

I 국문초록

우리나라에서 성전환자에 대한 기본권으로서 성별정정이 인정되고 성별정정이 인정되는 범위가 확장되면서 성전환자의 기본권으로서 성정체성이 보편적으로 인정되기까지 대법원의 역할은 매우 컸다. 명문의 규정이 없어도 등록부에 기재된 성별을 정정 사항에 포함시켜 성별정정이 가능하도록 해석했고, 미성년 자녀가 있는 성전환자라도 성전환자의 기본권보호요청, 미성년 자녀의 실질적 복리를 근거로 성별정정을 허가하였다.

그렇지만 아직 해결되지 못한 부분이 혼인중인 성전환자의 성별정정이다. 대법원이 혼인중인 성전환자의 성별정정을 부정하는 이유는 성별정정을 허가하는 경우 동성혼의 외관이 현출되기 때문이다.

그렇다면 성전환자가 성별정정을 하더라도 동성혼의 외관이 현출되지 않도록 현행법 내에서 이혼이나 혼인의 취소, 무효가 가능한지 검토할 필요가 있다. 혼인 당시부터 성정체성을 인식하고 혼인하였으나 실질적 부부생활의

* 전남대학교 법학전문대학원 교수

논문접수일 : 2023. 2. 7., 심사개시일 : 2023. 2. 14., 게재확정일 : 2023. 2. 21.

실체가 없는 경우 혼인의 합의가 없는 것으로 혼인 무효를 주장할 수 있을 것이나 이런 경우는 매우 제한적이다. 혼인의 취소는 취소사유와 취소권자, 행사기간 등의 제한으로 성전환자가 주장하기 어렵다. 이혼의 경우 상대방이 협의이혼에 동의하지 않는 경우 유책주의에 의할 때 이혼소송도 제기하기 어렵다. 그래도 혼인 중이라는 사실만으로 성전환자의 성별정정을 부정하는 것은 성전환자의 기본권에 큰 침해이므로 영국의 사례를 차용하여 혼인의 해소를 조건으로 성별정정을 허가 하거나 성별정정절차를 진행하는 경우 상대방에게 유책사유가 없다 하더라도 성전환자에게 성별정정을 위한 재판상 이혼을 허용하는 입법을 제안한다.

주제어 : 성전환자, 성별정정, 성정체성, 혼인 무효, 재판상 이혼

I. 들어가며

관심 갖고 생각해 본 사람이라면 너무나 기본적인 개념이지만 주의 깊게 살펴보지 않은 사람들은 성소수자, 성적지향, 성정체성의 의미를 혼용하여 사용한다. 성소수자는 성적지향, 성정체성 등의 문제를 모두 포함하는 집단 개념이고 성소수자의 범주에 포함되는 성정체성은 성별구분을 전제로 생래적, 일반적으로 판단되는 한쪽 성적외향을 갖고 출생한 사람이 반대되는 성별로 인식하고 행동하는 자에게 성별정정을 통해 개인의 인식에 근거한 성별로 살아가는 것을 사회적으로 인정하여 성전환과 성별정정을 허용하는 제도의 문제이고 성적지향은 생래적인 성별 또는 인식하는 성별과 무관하게 호감과 애정을 느끼는 성별이 이성인지 동성인지로 구분되는 분류의 문제이다.¹⁾ 용어 및 개념의 문제는 성전환자, 동성애 등이 사회

1) 성소수자, 성적지향, 성정체성의 개념 및 이해는 ‘트랜스젠더를 위한 정보·인권

에서 언급되고 논의되기 시작되던 2000년대 초반의 경우에는 자세하고 친절하게 설명할 필요가 있었지만 현재에 이르러 개념의 혼용은 거의 없다고 생각한다. 이 글에서 다루는 성전환자의 성별정정의 문제는 성정체성의 문제일 뿐 성적지향에 따른 동성애 및 동성혼 인정 여부와는 별개의 문제이다. 물론 성전환자가 동성애의 성적지향을 갖고 있는 경우도 있지만 그것은 성전환자가 아닌 자의 그것과 달리 취급할 필요가 없으므로 혼용하여 판단하면 안 된다.

우리 법원은 성전환자의 성별정정을 성별의 정체성 문제로 정확히 인식하고 있으며 최근 선고한 대법원 2022. 11. 24.자 2020스616 전원합의체 결정 이전에도 두 차례 전원합의체 결정²⁾으로 성전환자의 성별정정에 대한 결정을 내린바 있고 각급 법원들을 포함한다면 여러 차례의 성별정정에 대한 결정을 내린바 있다. 우리 대법원은 성전환자의 성별정정에 대하여 여러 가지 많은 의견을 제시하였지만 입법을 통한 해결이 필요하다는 점에 있어서는 이견이 없다. 다만, 성전환자의 성별정정이 현행 법규상 인정될 수 있는 것인지, 성전환자가 혼인중인 경우와 미성년 자녀가 있는 경우에 성별정정을 인정할 것인지에 대하여는 매 결정마다 치열한 의견대립이 있었고 그 결정의 횟수를 거듭하면서 인간의 존엄과 가치를 실질적으로 보장하기 위한 고심이 깊어진 것으로 보인다.

따라서 이 글에서는 먼저 성전환자의 성별정정에 대하여 대법원의 3차례 전원합의체결정을 통해 변경된 내용을 먼저 정리하고 각 대법원 판례를 통해 언급되었던 사안 중에 추가 논의가 필요한 쟁

길잡이 트랜스로드맵'의 웹페이지 <<http://transroadmap.net>>을 참고하였고, 집단, 제도, 분류에 대한 개념 정의는 필자의 개인적 견해이다.

2) 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정, 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정.

점에 대해서 하나씩 검토해 보고자 한다. 다음으로 3차례에 걸친 대법원의 결정을 통해서 발전하였지만 아직도 허용되지 않는 혼인중인 성전환자의 성별정정의 문제에 대하여 살펴본다. 혼인중인 성전환자의 성별정정을 허용하지 않는 주된 이유는 이를 허가하는 경우 동성혼의 문제가 발생한 다는 것인데 현행법의 범위 내에서 합목적적 해석을 통해 인정할 만한 여지는 없는지 살펴보기 위해 영국의 규정을 소개하고 이에 대한 대책을 제안해 보고자 한다.

Ⅱ. 성전환자 성별정정에 대한 판례 경과

1. 대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 전원합의체 결정

가. 결정의 요지 및 쟁점

성전환자의 성별정정에 대한 최초의 대법원 결정이라고 할 수 있는 이 결정에서는 대법원이 성(性)과 성전환자에 대하여 정의를 내리고 성(性)의 결정기준에 사회적, 법률적 의미를 부여하였다는 점에 의미가 있다.

이 결정에서 남성 또는 여성으로서의 성별은 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여 결정되어야 한다고 선언하였다.^{3), 4)}

3) 이 점에서 대법원은 성정체성으로서 성별은 ‘남성’과 ‘여성’ 두 종류만 인정하고, 성전환자에게 남성에서 여성으로 혹은 여성에서 남성으로 성별을 정정하는 것을 허용하는 것일 뿐 제3의 성별을 인정하는 것이 아니었음을 확인할 수 있다.

4) 2019년을 기준으로 방글라데시는 ‘Other’, 네팔은 ‘O’, 캐나다의 상당 주, 미국의 일부 주, 파키스탄, 호주 및 뉴질랜드는 ‘X’로 제3의 성별 표시를 허용하고 있다고 한다. Zhan Chiam 외 4인, *Trans Legal Mapping Report 2019: Recognition before*

이 결정에서 제시한 성별정정이 허용되는 성전환자의 기준은 ① 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 상당기간 치료를 실시하여도 위 증세가 호전되지 않는 상태이면서(개인적 기준⁵⁾) ② 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용될 것(사회적 기준⁶⁾)을 제시하였고 이후 ①번 개인적 기준에 대한 표현은 조금씩 변경되지만 ②번 사회적 기준은 동일한 유형의 사건에서 계속적으로 성별정정 허용기준⁷⁾으로 사용되었다.

이 결정은 대법원의 성전환자의 성별정정에 대한 첫 번째 결정인 만큼 성전환자의 성별정정의 권리는 헌법상 기본권인 인간으로서의 존엄과 가치, 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리로서 질서유지나 공공복리에 반하지 않는 한 마땅히 보호되어야 한다고 선언하기도 했다.

이 결정에서는 성전환자에게 성별정정의 기회가 주어져야 한다는 점과 성전환자의 성별정정절차에 관한 입법이 필요하다는 점에서는

the law, ILGA World, 2020, 71면, 94면, 96면, 226면, 227면, 233면, 238면 참조.

- 5) 이해의 편의를 위해 필자가 명명한 것이다. 이 판결 이후 제정된 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」 제6조제2호 및 제3호에 규정된 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기 의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴 왔는지 여부, 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였는지 여부 등을 의미하며 이 글에서 ‘개인적 기준’이란 함은 대법원 결정과 지침을 통해 확인된 인식의 기간, 치료 기간 등을 말한다.
- 6) 역시 이해의 편의를 위해 필자가 명명한 것으로 이후로 이 글에서 사회적 기준이라 함은 가족 및 다른 사람들과의 관계, 사회적 영향 등을 의미한다.
- 7) 여기에서 허용기준이라는 표현은 2011년 개정 전 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」 제6조의 허가기준과는 다른 의미로서 성별정정을 위해 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 만한 경우를 나누는 기준으로 사용된다. 참고로 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」 제6조의 제목은 2011년에 [허가기준]에서 [조사사항]으로 개정되었다.

대법원이 일치된 의견을 보였으나 성전환자에 대한 성별정정이 당시 적용되던 호적법에 의해 허용되는지에 대하여 당시의 호적법 제 120조에 의해 성별정정이 가능하다는 다수의견과 호적법상 호적제도 본래의 목적과 기능을 신분관계를 공시하는 것으로 한정하면서 호적정정의 개념에 성의 변경을 포함하는 것은 유추해석의 한계를 벗어난 것으로 호적법의 절차를 통해 성의 변경을 허용할 수 없다는 소수의견의 첨예한 대립이 있었다.

소수의견은 당시 호적법이 정정을 허용하는 성별정정은 간성⁸⁾의 경우에 허용되는 것으로⁹⁾ 호적에 최초 기재 당시부터 진실에 부합하지 아니한 경우를 전제로 하여 이를 시정하는 것이지 성별정정이 허용되는 성전환자인지 아닌지를 판단하는 복잡하고 정교한 판단절차를 필요로 하는 경우는 호적법 제120조가 예정한 정정이 아니라고 주장했다.

소수의견은 또한 성전환자의 성별정정의 경우 발생할 개인적, 사회적, 국가적 영향이 고려되고 성전환자의 가족, 친족 등 이해관계인의 절차참가와 불복절차까지 포함된 완전한 입법이 이루어지지 않는 상태에서 성별정정을 쉬이 허용하는 것은 오히려 성별정정을 원하는 성전환자에게 예측가능성을 주지 못해 법적지위의 불안을 겪게 된다고 주장했는데 이는 입법적 절차에 의하지 않는 성전환자의 성별정정이 개인, 사회, 국가의 법적안정성을 해하게 될 것이라는 취지였고 이에 대하여 보충의견은 완전한 입법적 공백에 따른 위험적인 상황이 계속되는 것보다는 현행법 체계에서 헌법합치적 법률해석을 통해 성전환자의 성별정정을 허용하는 것이 최선의 선택

8) 남성과 여성의 구별이 모호한 성기를 가지고 태어나 전형적인 남성에도 여성에도 속하지 아니하는 성별을 의미한다.

9) 서울남부지방법원 2007. 7. 3.자 2006호파4578 결정.

이라고 설명했다.

나. 결정에 대한 평가

이 결정이 있었던 2006년의 성정체성에 대한 사회적 인식을 기초로 하였을 때 입법불비라는 현실에서서 입법을 통한 완전한 권리의 보장을 주장하는 소수의견을 이해 못할 바는 아니나 다수의견을 통한 신청인의 권리구제가 이루어지지 않았다면 상당시간동안 어떤 방식으로든 성전환자의 성별정정 신청사건에 대한 적극적 행정은 불가능했을 것이고 이후로 발전된 결정들도 없었을 것이다. 이 결정 이후 대법원은 ‘성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침’을 마련하여 소수의견이 걱정했던 절차의 혼란과 법적 지위 불안을 어느 정도 해소하는 적극적 행동을 취했고 이후에 소개하는 결정에서는 최소한 성별정정신청이 허용된다는 전제하에 논의가 발전하게 되었다는 점에서 큰 의미가 있다.

2. 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정

가. 결정의 요지 및 쟁점

두 번째 대법원 결정은 혼인 중에 있거나 미성년자녀가 있는 경우에도 성전환자의 성별정정을 허용할 것인가가 문제된 사안에 관한 것이었고, 미성년자녀가 있는 경우라도 허용될 수 있다는 소수의견과 미성년자녀가 있고 혼인 중이라도 허용될 수 있다는 소수의견이 있었으나 다수의견은 혼인 중인 배우자나 미성년자녀가 있는 경우 그들의 법적지위와 사회적 인식에 곤란을 초래한다는 이유로 성별정정을 불허하였다.

다수의견의 논거는 첫 번째 결정에서 언급했던 성별정정 허용의

사회적 기준을 제시하며 혼인중인 경우 그 배우자에게 법이 허용하지 않는 동성혼의 외관을 현출하게 되므로 배우자의 신분관계에 중대한 영향을 미치게 되고, 미성년 자녀가 있는 경우 친권자로서 자의 복리를 우선하여야 하는 기본적인 책무가 있음에도 동성혼의 외관이 현출된 가족관계증명서 자체로 자녀에게 정신적 혼란과 충격을 줄 수밖에 없고 그 증명서가 사회의 요구에 따라 제출될 때 미성년자는 현실적으로 엄연히 존재하는 차별과 편견에 무방비하게 노출되어 자녀의 복리에 중대한 영향을 미친다는 것이다.

이에 대하여 혼인 중인 배우자도 성별정정을 허용할 수 있다는 소수의견의 논거는 첫 번째 결정에서 제시한 사회적 기준이 소극적 요건이 아님에도 다수의견은 사회적 기준을 소극적 요건으로 설정했다고 비판하며 법률상 혼인중이라 하더라도 사실상 별거중이거나 이혼 소송 중에 있는 등 성별정정이 허용되더라도 실질적 신분관계의 변동을 초래하지 않는 경우도 있을 수 있으므로 혼인 중인 경우 여러 가지 제반 사정을 종합적으로 고려하여 성별정정 여부를 결정하면 충분할 뿐 혼인중인 사실을 소극적 요건으로 볼 필요는 없다고 밝혔다.

미성년의 자녀가 있는 경우에도 성별정정이 허용될 수 있다는 소수의견의 논거는 세 번째 대법원 결정의 논거와 상당부분 중복되므로 세 번째 사건에서 계속 살펴본다.

나. 결정에 대한 평가

이 결정에서는 첫 번째 결정에서 불분명하거나 문제되었던 몇 가지 사안에 대하여 명료하게 판단하였는데 첫 번째는 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제104조(구 호적법 제120조의 내용과 대부분 동일함)에 의한 성별정정이 허용됨을 전제로 성별정정이 기존의 신

분관계 및 권리의무에 영향을 미치지 않는다고 다시 한 번 판단하였다.¹⁰⁾ 두 번째는 현행법 체계에서 성의 결정기준에 관하여 별도의 기준은 없으나 모든 사람은 남성과 여성 중의 하나에 속하는 것을 전제로 한다고 판단하였다. 구체적 사건에 대한 결정과 더불어 법률적으로 의미 있는 개념과 법률 해석을 명확히 밝혀 준 부분은 국민에게 법적안정성을 부여했다는 점에서 의미 있다.

3. 대법원 2022. 11. 24.자 2020스616 전원합의체 결정

가. 결정의 요지 및 쟁점

최근 선고된 세 번째 대법원 결정은 두 번째 결정의 쟁점 중 미성년자녀가 있는 성전환자의 성별정정이 허용되는지에 대하여 깊이 있는 고찰을 통한 전원합의체 결정이다.

다수의견은 두 번째 대법원 결정을 통해 ‘혼인 중’이라는 요건과 ‘미성년자녀존재’라는 사실이 소극적 요건¹¹⁾으로 결정되었지만 특히 이 사건에서처럼 혼인 중에 있지 아니한 성전환자에게 미성년 자녀가 있는 경우를 소극적 요건으로 볼 것인지 여부는 미성년 자녀가 있는 성전환자의 성별정정을 통한 기본권 보호와 성전환자의 미성

10) 성별정정의 소급효와 장래효에 대하여 이미 첫 번째 판결(대법원 2006. 6. 22.자 2004스42 결정)에서 장래에 대하여만 효력이 미친다는 다수의견이 있었으나 소수의견에서는 이에 대하여 통상적인 호적정정이 소급효를 갖고 있으므로 장래효를 인정한다 하여도 호적법상으로는 장래효입을 확인할 방법이 없고 장래효를 인정 하더라도 매번 호적등본을 제시해야하는 불편이 있다고 주장하며 입법에 의한 성별정정을 주장한 바 있다.

11) 위 두 가지 중 특히 혼인 중에 대하여 소극적 요건으로 보는 것 자체가 첫 번째 대법원 결정에 대한 오히려 취지의 소수의견은 앞의 2. 가.에서 소개하였다. 이 점에 대하여 이번 결정에서도 성전환자에게 미성년 자녀가 있는 경우는 첫 번째 결정에서 말한 사회적 기준에 해당되지 않는다는 점을 명확히 한 것일 뿐 소극적 요건이라는 새로운 요건을 설정한 것이 아니라는 소수의견이 있다.

년 자녀에 대한 보호 및 복리라는 두 개의 법익 균형을 위해 여러 가지 사정을 종합적으로 살펴보아야 한다고 하면서 ①성전환자의 기본권과 관련하여서는 성전환자의 성별정정여부를 판단할 때 성전환자의 기본권이 최대한 보장 되어야 한다는 점, 개인의 확인된 성정체성에 따른 성별정정은 사회 전체의 질서유지나 공공복리에도 부합하는 일이고 성전환자에게 미성년 자녀가 있다는 이유로 성정체성과 공시된 성의 불일치로 인한 부조리한 삶을 자녀가 성년에 이를 때까지 강요하는 것은 인간의 존엄과 가치의 존중 및 성정체성을 이유로 차별받지 않을 권리의 보장이라는 헌법적 요구의 본질적 침해라는 사실, 성전환자도 가족구성원으로서 권리 의무를 부여 받는데 성전환자의 성별정정이 있더라도 그가 이루는 가족의 구성원으로서의 권리행사 및 의무 수행에 영향을 미치지 않는다는 점을 고려해야 하고 ②미성년자녀의 복리에 관하여서는 성전환자의 성별정정이 미성년자녀에게 정신적 혼란과 충격, 사회적 편견과 차별에 무방비로 노출될 것이라고 단정할 수 없다는 점, 성전환자의 성별정정이 성전환자와 미성년 자녀 사이에 형성된 부모와 자녀로서의 지위, 역할 권리의 핵심적인 내용을 훼손하지 않는다는 사실, 성년이 된 자녀와 달리 미성년의 자녀가 혼란과 충격을 더 받을 것이라는 전제는 유연한 사고를 가진 미성년 자녀가 성전환자라는 부모 존재를 더 자연스럽게 받아들일 수 있다는 점을 간과한 것이고 가족관계등록부를 통해 부모의 성전환 사실이 노출될 경우 미성년자에게 발생할 사실상의 차별들은 가족관계등록부 관련 제도의 내용과 절차를 보완하여 해결할 수 있다고 판단하였다. 그와 더불어 성전환자의 성별정정에 관한 국제규범의 현황과 세계적 경향에 비추어도 미성년의 자녀가 있는 성전환자의 성별정정은 허용되어야 한다고 판단했다. 이에 대하여 여러 가지 이유를 근거로 미성년자녀가 있는 경우는 성별

정정이 허용되지 않는다는 소수의견과 이에 대한 반박보충의견들이 있었다.¹²⁾

나. 결정에 대한 평가

대법원 전원합의체 결정이 거듭될수록 모든 인간의 기본적인 권리에 대한 실질적 보장이 대법원 결정을 통해 실현되고 있음을 부인할 수 없다. 첫 번째 결정으로부터 16년이 경과하면서 성전환자가 느끼는 인식과 공시의 괴리로 인한 실질적 불합리를 행정적, 공적인 측면에서 제거하고 기본권 실현이 가능하도록 했고 미성년 자녀가 있는 경우까지 그 가능성을 더욱 넓혀 주었다. 첫 번째 대법원 결정에서부터 언급된 입법을 통한 근본적인 권리보호라는 문제는 16년 동안 해결되지 않았지만 대법원의 사무처리지침을 근거로 구체적 사건을 통한 권리보호는 여러 가지 측면에서 확장되었다고 본다.¹³⁾ 다만, 이 결정의 대상사건에서는 신청인이 이혼을 한 상태여서 혼인 중에 성별정정이 가능한지에 대하여는 따로 언급하지 않았고 미성년 자녀가 혹여 겪게 될 수도 있는 사실상의 차별은 제도와 절차개선으로 해결해야 한다는 숙제가 여전히 남겨졌다. 성전환자 자녀인 미성년자에 대한 사실상 차별을 방지하기 위한 가족관계등록부의 제도개선 문제도 시급하고 충분한 논의가 필요하지만 다음 기회로

12) 소수의견과 반박보충의견의 깊이 있는 논의는 이 글에서 다루고자 하는 쟁점으로 전환하는데 사족이 될 듯하여 이 글에서 소개는 생략한다.

13) 실제로 대법원 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」은 여러 차례 개정되면서 인권침해 요소가 있는 단어를 삭제하거나 신청 첨부서류를 조정하는 등 지속적으로 인권친화적규정으로 개정되고 있고 각급법원에서 진행된 구체적 사건에서 살펴보면 첫 번째 대법원 결정에서 개인적 요건중의 하나로 언급되던 ‘반대 성으로서의 외부성기를 비롯한 신체를 갖출 것’에 대한 요건은 기본권 보장이라는 헌법의 정신에 합치되지 않는다는 이유로 외부성기를 갖추지 않아도 성별정정이 허가하는 경우도 있었다.(서울서부지방법원 2013호파1406, 청구지방법원 영동지원 2015호기302)

남기고이 후로는 혼인증인 성전환자에 대한 성별정정허가가 현행법상 허용될 수 있는지 문제에 대하여 살펴본다.

Ⅲ. 혼인증인 자의 성별정정

1. 동성혼과 성별정정

가. 성별정정과 비혼

앞서 언급한 바와 같이¹⁴⁾ 혼인 중인 자에게 성별정정이 허용될 수 있는가의 문제는 성별정정으로 동성혼(同性婚)의 외관이 현출되므로 동성혼을 인정할 수 없다는 대법원 결정의 논지에서 시작된다 고 할 수 있다.

그러나 동성혼의 문제는 앞서 언급하였듯이 성적지향의 문제로 성정체성과 관련된 성전환자의 성별정정의 문제와는 별개의 문제이다. 그럼에도 불구하고 동성혼을 인정하지 않는 한 혼인증인 성전환자의 경우 성별정정을 할 수 없는 것일까?¹⁵⁾

현재 동성혼에 대한 허용여부는 정책적인 문제로 평가된다.¹⁶⁾ 실제로 동성혼을 인정하고 있는 국가¹⁷⁾의 존재와 숫자가 2001년 이후

14) II. 2. 두 번째 대법원 전원합의체 결정의 쟁점 참고

15) 유럽인권재판소나 독일헌법재판소에서 성별변경을 위해 이혼을 요구하는 것은 기본권 침해라는 판례가 존재하지만 당위의 측면보다는 유효한 국내법의 범위 내에서만 논의를 진행한다.

16) 한편 미국의 사례를 예로 들며 입법부가 다하지 못하는 정책적 결단을 헌법적 가치를 일깨워서 사법부가 선도하여 이끌어 낼 수도 있다는 입장으로, 김선화, “동성혼의 법제화에 관한 고찰”, 이화젠더법학 제7권 제3호, 2015, 55면.

17) 현재 법적으로 동성혼을 인정하는 국가는 2001년 네덜란드를 시작으로 약 30여 개국에 이른다. Lucas Ramón Mendos 외 5인 “STATE-SPONSORED HOMOPHOBIA-

점차적으로 증가하고 있다는 사실이 이 문제가 정책적인 결정에 따른 문제임을 단적으로 보여 준다고 할 수 있다.

동성혼금지와 성별정정이 연결된 것처럼 보이는 사례도 있다. 성별정정을 허용하고 있지만 동성혼을 인정하지 않는 많은 국가¹⁸⁾ 중 몇 나라는 사전에 동성혼의 외관 현출을 차단하기 위해 성별정정을 위해서는 미혼(unmarried)¹⁹⁾일 것을 명시적으로 요구하는 나라가 있다.²⁰⁾

우리나라의 경우 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리 지침이 제정되던 2006년에는 “혼인한 사실이 없을 것”이 인정될 것을 전제로 허가 할 수 있었기에 미혼은 요구하였지만 국가인권위원회 권고²¹⁾에 따라 2011년 개정되면서 “현재 혼인 중인지”는 사건 심리를 위한 조사사항으로 변경되어 형식적, 절차적으로 미혼을 전제로 하고 있지는 않다.²²⁾

GLOBAL LEGISLATION OVERVIEW UPDATE” Updated Edition 2020, ilga.org 및 [ilga.org/maps-sexual-orientation-law\(2020.12.\)](http://ilga.org/maps-sexual-orientation-law(2020.12.))와 Pew Research Center 홈페이지에 게시된 Same-Sex Marriage Around the World(2019.10.)을 참조했다.

- 18) 우리나라를 포함하여 이란, 네팔, 인도, 파키스탄 등 성별정정을 인정하는 많은 국가에서 아직 동성혼을 허용하지 않는다.
- 19) 국가인권위원회는 06진차525·06진차673병합 사건에 대한 결정에서 ‘미혼’은 과거에 결혼한 적이 없는 자를 의미하는 것이 아니라 신청 당시 결혼한 상태가 아님을 의미하는 것임을 다시 확인하였다.
- 20) 2019년을 기준으로 일본, 중국, 우리나라, 그리스, 헝가리, 리투아니아, 터키(튀르키예)만 비혼(unmarried)일 것을 요구한다고 한다. Zhan Chiam 외 4인, 앞의 책, 80면, 98면, 100면, 136면, 137면, 144면, 169면 참조.
- 21) 국가인권위원회 결정 06진차525 06진차673병합 성전환자 성별 변경시 인권침해 사건
- 22) Zhan Chiam 외 4인, 앞의 책, 100면은 우리나라도 미혼일 것을 요구하는 국가로 기술하고 있다.

나. 영국

영국은 성별정정이 인정되지만 동성혼이 부정되는 나라였다가 동성혼을 인정하게 되었기 때문에 혼인증인자의 성별정정의 허용 여부 및 동성혼 인정여부와 관련하여 영국의 경우를 살펴볼 필요가 있다. 영국의 경우 2005년 4월 4일부터 ‘2004년 성별인정법’(Gender Recognition Act 2004)이 시행되었고, 동성혼은 ‘2013년 혼인(동성부부)법’(Marriage (Same Sex Couples) Act 2013)의 시행에 따라 2014년 3월 29일부터 허용되었다. 개정된 혼인법 및 성별인정법에 따를 때 혼인증인 당사자는 배우자가 성별정정 후에도 혼인을 계속할 의사로 ‘동의’가 있는 경우에는 혼인을 계속한 상태로 자체적으로 완전한 성별정정이 허용되고 배우자의 동의가 없는 경우에는 임시증명서를 발부 받는 방법을 통해 혼인 중에도 성별정정 절차를 진행할 수 있다.²³⁾ 다만, 임시증명서가 발급 된 후 6개월 내에 혼인의 해소 절차가 완료되어야 하고 그 때 완전한 성별정정이 이루어진다.²⁴⁾ 그

23) [https://www.legislation.gov.uk/Marriage\(Same Sex Couple\)Act 2013 SCHEDULE 5, PART 1, Section 4](https://www.legislation.gov.uk/Marriage(Same%20Sex%20Couple)Act%202013/SCHEDULE%205/PART%201/Section%204) (successful applications) 및 Gender Recognition Act 2004,(version 2021.11.30.) Applications for gender recognition certificate 참고

24) <https://www.gov.uk/apply-gender-recognition-certificate>의 OVERVIEW 참고(현행법 정책)

If you're currently married or in a civil partnership

When you apply for a certificate, if you want to stay married or in a civil partnership then your partner will need to sign a document to agree to that.

You can still apply even if your partner refuses to sign the document or you want to end your marriage or civil partnership. If your application is successful you'll get an 'interim certificate'.

You can only use your interim certificate to end your marriage or civil partnership. You'll have 6 months to apply for an annulment, divorce or dissolution from when you get your interim certificate.

You can get a full certificate once you're no longer married or in a civil partnership.

You can also get a divorce or end your civil partnership before you apply.

런데 영국의 경우 동성혼을 인정하기 전에도 혼인중인 성별정정 신청자에게 임시증명서가 발급되고 임시증명서가 완전해 지기 위해서는 혼인의 해소절차가 완료되어야 한다는 조항은 똑같이 존재했었다.^{25), 26)}

영국의 사례에서 본다면 혼인중인 자의 성별정정절차 진행은 동성혼 인정 여부와는 무관하게 진행 할 수 있었고 다만, 성별정정 절차가 완료되어 효력을 갖기 위해서는 혼인의 해소절차가 필요했던 것이다.

영국의 절차를 해석상 결과적으로 혼인이 해소된 경우에만 성별정정이 허용된다고 볼 수도 있지만²⁷⁾ 절차상 혼인중인 경우 성별정

25) 이해의 편의를 위해 법조문이 아닌 영국법령홈페이지에서 제공하는 2004년 법령 주석문은 소개한다.

Gender Recognition Act 2004,(AS ENACTED)

Successful applications

(1) If a Gender Recognition Panel grants an application under section 1(1) it must issue a gender recognition certificate to the applicant.

(2) Unless the applicant is married, the certificate is to be a full gender recognition certificate.

(3) If the applicant is married, the certificate is to be an interim gender recognition certificate.

(4) Schedule 2 (annulment or dissolution of marriage after issue of interim gender recognition certificate) has effect.

(5) The Secretary of State may, after consulting the Scottish Ministers and the Department of Finance and Personnel in Northern Ireland, specify the content and form of gender recognition certificates.

26) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/notes>에서 확인되는 2004년에 작성된 EXPLANATORY NOTE TABLE OF CONTENTS, SECTION 4, 5에도 혼인 중인 자의 신청과 임시증명서, 6개월의 해소기간을 확인 할 수 있다.

27) 성전환자 인권실태조사 기획단, “성전환자 인권실태조사”, 2006, 38면을 시작으로 많은 자료들은 영국을 미혼을 요건으로 하는 나라로 소개하고 있고 이후 많은 자료에서는 영국에서 2013년 전 성별정정 신청은 미혼을 전제로 한다고 소개하고 있다. 국가인권위원회 결정 06진차525 06진차673병합 성전환자 성별 변경 시 인권침해 사건 10면에서도 같은 자료를 이용하고 있다.

정이 아예 인정되지 않는 것과 혼인중이라도 성별정정 절차를 진행하고 혼인의 해소를 효력조건으로 하는 것은 다르다.

다. 소결

영국의 사례와 동성혼 인정여부를 정책적인 문제로 평가한다는 전제하에 동성혼을 부정하는 경우 논리 필연적으로 혼인중인 자의 성별정정을 부정할 필요는 없다. 동성혼을 부정하는 현행법상 성별정정의 결과로 인한 동성혼 상태를 인정할 수 없다면 성별정정과 혼인 해소 또는 종료 절차가 동시에 또는 효력발생조건으로 진행된다면 혼인중인 성전환자의 성별정정을 인정할 수 있을 것이다.²⁸⁾ 성전환자에게 이혼을 강제하는 것이 또 다른 인권침해라는 견해도 있으나²⁹⁾ 이는 동성혼이 인정되지 않는다는 사실에서 기인하는 인권침해의 문제일 뿐 성전환자의 성별정정 절차에서 기인하는 것은 아니다.

따라서 현재 혼인해소 또는 혼인관계 소멸³⁰⁾의 방법으로 인정되는 혼인의 무효, 취소, 이혼 중에 어떤 절차를 통한 혼인 관계 종료

28) 같은 견해로 최성경, “성전환자의 성별정정 허가기준과 그 입법적 제한 -대상 결정: 대법원 2011.9.2.자 2009스117 전원합의체결정-”, 「가족법연구」 제27권 1호, 2013, 400면에서 이혼 또는 이혼소송을 제기하는 방법을 제안하고 있다.

29) 박한희, “트랜스젠더의 법적 성별정정제도에 대한 입법적 제안”, 인권과 정의 통권 498호, 대한변호사협회, 2021, 54면.

30) 혼인상태에서 비혼인 상태로 변경되는 점에서 함께 다루고자 하여 해소, 또는 소멸이라고 언급하였으나 혼인의 무효, 취소, 이혼은 근본적으로 다른 개념으로 김주수·김상용, 「주석민법 친족(1)」(제4판), 한국사법행정학회, 2010, 246면에는 혼인의 해소는 유효하게 성립한 혼인이 이혼에 의해 해소되는 것만을 말하고 처음부터 혼인의 성립요건이 미비한 상태에서 혼인신고가 수리되어 혼인관계를 종료시키는 혼인의 무효, 취소와는 다르다고 하여 무효, 취소, 이혼을 구분하고 있고 한봉희 “혼인의 무효와 취소-비교법적인 고찰-”, 논문집 제6집, 전북대학교, 1964, 123면에서는 혼인의 소멸 수단으로 사망, 실종선고, 이혼, 무효, 취소를 포괄하면서 이혼은 유효한 혼인을 전제로 제정법에서 기원한 것이고 무효, 취소는 교회법에서 기원한 것으로 기독교의 혼인비해소주의에서 생겨난 것으로 무효, 취소는 ‘혼인의 해소’와 구분하여 설명하고 있다.

가 가장 적합할 것인지 살펴볼 필요가 있다.

2. 성전환자의 성별정정과 혼인관계 종료

가. 혼인관계 종료로서 무효, 취소, 이혼

혼인의 성립을 전제로³¹⁾ 혼인관계를 종료시키는 무효와 취소, 이혼은 제도의 기원과 행사사유, 행사방법과 효과 측면에서 모두 차이가 있다.

제도의 발생연혁과 기원에 관한 부분은 현재 법률상 세 가지 제도가 모두 시행되고 있다는 점에서 이 글에서 살펴보고자 하는 취지와 직접적 관련성이 미미하다고 판단되어 따로 언급하지 않는다.

세 가지 제도 모두 각각 선행 연구가 셀 수 없을 만큼 많아서 깊이 있게 제도를 살펴보기에는 한계가 있고 이 글에서는 성전환자가 성별정정을 신청할 때 혼인관계 종료방법으로서 의미 있는 범위에서 필요한 정도만 살펴본다.

(1) 혼인의 무효

(가) 무효 사유 : 혼인의 합의가 없는 때

민법상 혼인 무효 사유는 혼인의 합의가 없거나 근친혼 금지규정을 위반한 경우, 당사자 사이에 일정한 친·인척 관계가 있거나 있었던 경우로 한정하고 있다.(민법 제815조)

성별정정 결과의 효력으로 문제를 접근하는 경우 성별정정의 장

31) 윤진수 대표편집, 주해친족법 제1권, 박영사, 2015, 143면에는 혼인의 불성립, 비혼인의 상태와 비교하며 혼인의 무효, 취소는 성립을 전제로 한다고 본다. 반면, 김주수·김상용, 앞의 책, 246면은 혼인의 무효와 취소는 성립요건이 미비한 상태에서 혼인관계를 종료시키는 방법이라고 한다.

래효라는 문제와 혼인당시부터 무효사유가 존재해야하는 혼인 무효는 접점을 찾기 어려워 보인다. 그러나 혼인 당사자 중 일방이 혼인당시부터 표기된 성별과 인식하는 성별이 달라 성정체성 문제가 있었던 경우 양 당사자의 혼인은 양 당사자 사이에 존재해야 할 혼인 의사의 합의를 인정될 수 있을까? 혼인 의사의 합의에 대하여 본질을 어떻게 파악할 것인지에 대하여 다양한 학설의 대립³²⁾이 있으나 다수설과 대법원 판례는 실질적 의사설을 취하고 있고 대법원은 혼인의 실질적 의사란 당사자간에 사회관념상 부부라고 인정되는 정신적, 육체적 결합을 생기게 할 의사를 가리킨다고 해석하며 양 당사자가 다른 목적을 달성하기 위한 방편(국적취득)으로 혼인한 경우³³⁾, 일방 당사자가 금원을 편취하기 위한 기망의 수단으로 피해자와 혼인신고를 하였으나 부부로서 실제관계가 없었던 경우³⁴⁾에는 혼인의 합의가 없는 때에 해당하여 무효라고 판시하고 있다.

이러한 기준에 성전환자의 경우를 비추어 본다면 위 II. 1. 첫 번째 대법원 결정 및 이후 제정된 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침에서 제시한 성별정정이 허용되는 성전환자의 ‘개인적 기준’에 해당되기 위해서는 상당한 시간을 요건으로 한다는 점에서 혼인 당시에도 생물학적 성과 자기인식의 불일치로 인해 정신적 치료를 받고 있는 등 개인적 기준의 시간을 거치고 있는 경우이고 혼인 후 이러한 사정으로 인해 실제적 혼인생활이 없었던 경우(실체적 혼인생활이 없었으므로 이 혼인관계로 출생한 자녀도 없을 것이다.)라면 혼인 무효 사유인 혼인의 합의가 없는 때에 해당한다

32) 윤진수 대표편집, 앞의 책, 148-150면에는 혼인 의사에 대하여 실질적의사설, 형식적의사설, 법적의사설 등을 소개하고 있다.

33) 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도2049 판결

34) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2014도11533 판결

고 볼 수도 있지 않을까? 혹여 해당된다면 어떤 방법으로 혼인의 무효를 주장할 수 있는지 본다.

(나) 행사방법

혼인의 무효사유가 존재하는 경우 당사자 및 제3자는 혼인이 무효라는 것을 어떻게 주장해야 하는지와 관련해서 민법에 따로 주장·행사방법을 규정하고 있지 않기 때문에 소송과 무관하게 당연무효라는 견해³⁵⁾와 무효확인소송을 통해 무효를 확인 받아야 한다는 견해³⁶⁾가 나뉘어져 있다. 무효 확인판결이 필요하다는 견해에 따르면 성전환자는 성별정정 사건과 동시에 혹은 순차적으로 혼인 무효의 소송을 별도로 제기하여야 한다. 당연무효를 주장하는 견해에서는 당연무효이기 때문에 무효 판결이 없다 하더라도 다른 소송절차에서도 혼인 무효를 주장할 수 있다고 하므로 성별정정 절차에서 혼인 무효를 주장할 수 있을지 문제된다.

그런데 성전환자의 성별정정사건은 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제104조에 의해 가사비송사건으로 처리되고 혼인의 무효확인소송은 가사소송법 제2조제1항제1호 가류 가사소송사건으로 처리된다. 비송사건은 법원의 관할에 속하는 민사사건 중 소송절차로 처리

35) 김주수·김상용, 앞의 책, 254-255면은 의견대립을 간단히 소개한 후 원칙적 당연 무효이고 이에 대하여 혼인무효 확인의 청구를 할 수도 있다고 한다. 윤진수 대표 편집, 앞의 책, 146-147면은 당연무효를 전제로 무효 주장방법에 대해 규정하지 않는 민법의 취지는 판결에 의해 무효가 되는 것이 아니라고 설명하고 있다.

36) 김성숙, “혼인의 무효, 취소규정의 정비를 위한 검토”, 가족법연구 제18권 제2호, 한국가족법학회, 2004, 24-26면은 의견대립을 소개한 후 신분관계의 안정이라는 가족법의 기본원칙을 유지하기 위해서는 혼인무효는 판결에 의하여 비로서 무효의 효력이 인정되어야 한다고 주장하고, 조은희, “혼인무효·취소에 대한 검토와 독일 민법이 주는 시사점”, 국제법무 제9집 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2017, 263-265면은 독일의 경우를 소개하며 신분관계에 중대한 영향을 미치는 혼인무효는 확정판결을 받도록 하는 것이 바람직하다고 한다.

하지 않는 사건으로서 필요적 변론에 의한 대립당사자구조를 갖는 소송사건과 비교했을 때 법원이 후견적으로 개입하여 합목적적 재량에 의해 탄력적으로 처리될 수 있고 직권주의적 색채와 행정적 성격이 강하여 민사행정이라고 보는 견해도 있기에³⁷⁾ 비송절차에서 소송대상 쟁점을 확인한다는 문제가 제기될 수 있다. 게다가 대법원은 위 II.1.결정을 포함하여 여러 차례 친족법상 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항에 대하여는 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제107조(판결에 의한 등록부 정정)의 확정판결에 의하여만 등록부 정정의 신청을 할 수 있고³⁸⁾ 친족법상 중대한 영향을 미칠 수 있는 사항인지 여부는, 정정하려고 하는 등록부 기재사항과 관련된 신분관계의 존부에 관하여 직접적인 쟁송방법이 가사소송법 제2조에 규정되어 있는지의 여부를 기준으로 하여 결정되며, 위 법조에서 가사소송사건으로 판결을 받게 되어 있는 사항은 친족법상 중대한 영향을 미치는 것으로 보아 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제107조에 따라 확정판결에 의하여서만 등록부 정정의 신청을 할 수 있다³⁹⁾고 기준을 제시한 바 있다.

하지만 대법원은 위 기준을 조금 더 유연하게 혼인 당연무효의 법리를 최대한 반영하여 형사소송에서 혼인무효사실이 명백하게 밝혀진 경우 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제105조(무효인 행위의 가족관계등록기록의 정정)의 법리에 따라 혼인무효판결을 받지 않더라도 등록부를 정정할 수 있다고 결정⁴⁰⁾한 사실이 있다.⁴¹⁾

37) 홍기문, 민사소송법 개정제6판, 대명출판사, 2015. 23-25면.

38) 대법원 1981. 10. 10.자 81스15 전원합의체 결정, 대법원 1998. 2. 7.자 96마623 결정 등

39) 대법원 1993. 5. 22.자 93스14, 15, 16 전원합의체 결정

40) 대법원 2009. 10. 8.자 2009스64 결정

41) 현소혜, “혼인의 무효와 가족관계등록부의 정정”, 사법 통권 14호, 사법발전재단,

대법원은 위 결정에서 무효임이 명백한 때를 ‘그 행위가 확정된 형사판결(약식명령 포함)에 의하여 무효임이 명백하게 밝혀진 때’라고 명시하기는 하였지만 성전환자가 성별정정 절차에서 ‘개인적 요건’에 대한 사실관계를 확인하는 과정에서 혼인중인 배우자를 통해 실제적 혼인생활이 있었는지에 대하여 법원은 확인할 수 있고 이렇게 확인된 혼인 무효사실은 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제105조(무효인 행위의 가족관계등록기록의 정정)에 의해 법원의 허가를 구하는 병합사건으로 처리 된다면 성전환자로서는 신속하고 탄력적인 사건 처리가 가능해질 것이다.

(2) 혼인의 취소

(가) 취소사유, 행사방법

혼인 취소와 관련하여 민법은 취소사유와 행사방법, 행사기간, 취소의 효력에 대하여 혼인 무효의 경우보다 더 자세하게 규정하고 있는데 이는 혼인의 취소가 혼인이 유효하게 성립된 것을 전제로 무효에 이르지 않는지만 혼인성립 당시에 성립요건에 하자가 있는 경우 유효한 혼인을 계속 유지할 것인지를 결정하는 절차로서 신분관계에 중대한 영향을 미치는 행위에 대한 신중하고 명확하게 행사를 위해라고 본다.

민법에서 정한 취소사유로서 성전환자의 성별정정과 관련하여 의

2010, 105-106면은 당연무효는 가족관계등록부에 기재되어 있음에도 불구하고 정정하지 않은 채 기재에 반하는 사실을 주장할 수 있다는 것일 뿐, 어떠한 방법에 의해 정정할 수 있는지 여부와 그것이 당연히 무효인지 여부는 차원을 달리하는 문제로서, 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제107조로 정정할 사안에 대하여 제 105조로 정정하게 된다면 각 조문의 경계가 불투명해지고 혼인무효제도가 재판상 이혼(유책주의)의 탈법수단으로 전락할 위험이 있다고 주장하며 제105조에 따라 법원의 허가만으로 가족관계등록부를 정정할 수 있는 경우는 그것이 무효임이 가족관계등록부상 이미 명백한 경우에 한한다고 보아야 한다고 비판한다.

미 있는 취소사유는 민법 제816조제2호‘혼인당시 당사자 일방에 부부생활을 계속할 수 없는 악질 기타 중대 사유 있음을 알지 못한 때’라고 할 수 있다. 이때 취소권을 행사할 수 있는 자는 혼인 성립당시 중대 사유를 알지 못했던 상대방이고 그 상대방은 사유가 있었음을 안 날로부터 6개월 내에 혼인취소의 소송을 제기하면 된다.⁴²⁾ 이렇게 혼인 취소소송이 제기되어 혼인 취소가 확정되면 혼인 취소의 효력은 소급하지 않고 장래에 향하여 효력을 잃는다.

(나) 성정체성 문제와 취소사유

성전환자의 성정체성에 대한 문제가 혼인의 취소사유에 해당될 수 있는지 살펴보면 혼인의 상대방 측면에서 혼인취소 사유에 해당한다고 충분히 주장할 만하지만 통상 취소권 행사 기간이 도과하여 행사하지 못하는 경우가 많을 것이고 성전환자 측면에서는 혼인 당시 알고 있던 문제이므로 이를 혼인 취소 사유로 주장할 수 없다.

성전환자의 성별정정의 효과가 장래에 대하여 효력이 있다는 대법원 결정에 비추어 볼 때 성별정정 이전에는 유효했던 혼인이 성별정정으로 중대한 사유가 발생한 것으로 볼 수도 있겠으나 이는 혼인 당시의 사유가 아니므로 이에 해당하지 않는다.

혼인취소 사유는 민법의 자세한 규정에 의해 성전환자가 성별정정을 통해 동성혼의 외관, 또는 부부생활을 지속할 수 없는 중대 사유가 있음에도 불구하고 취소권을 행사하거나 취소를 주장하기는 어려울 것으로 사료된다.

(3) 이혼

혼인의 해소 방법으로 다소 자유롭게 인정되는 절차가 이혼 이라

42) 민법 제822조

고 할 수 있다. 그러나 협의이혼의 경우는 자유롭다 하더라도 재판상 이혼의 경우 이혼사유를 제한하고 있고 유책주의를 채택하고 있는 현재 대법원 견해에 따를 때 성전환자가 상대방에게 재판상 이혼을 요구할 수 있는지의 문제는 혼인의 취소권자와 동일한 문제가 발생한다.

나. 소결

성전환자 성별정정을 신청할 당시 아직 혼인이 해소되지 않은 혼인상태인 경우 이를 소극적 요건으로 볼 것인지, II.2.의 두 번째 대법원 결정 소수의견처럼 혼인중이라 하더라도 실질적 신분관계에 변동을 초래하지 않는 경우에 해당할 수 있으므로 일률적으로 판단할 것이 아니라 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 것인지, 영국의 경우처럼 성별정정의 절차는 진행하되 6개월 내에 혼인해소를 효력요건으로 할 것인지는 정책결정의 문제임을 먼저 밝힌다.

현행 대법원 결정의 다수견해를 유지하는 경우 성전환자는 우리 민법의 규정상 먼저 혼인이 해소 되어야 하는데 위에서 검토한 바와 같이 협의 이혼이 아닌 한 혼인의 취소나 재판상 이혼은 규정상 성전환자가 주장하기 어렵다. 결국 성전환자는 상대방 배우자의 협력을 구하게 될 수밖에 없고 협의 이혼의 과정에서 상대적 약자가 될 가능성이 농후하다.

혼인의 무효는 성별정정 사건을 통해 실질적 혼인의사의 없음을 사실상 주장, 입증한다는 전제 하에서 혼인 무효를 주장해 볼 수 있음을 살펴보았지만 혼인 무효가 될 수 있는 전제인 ‘혼인 당시부터 성정체성이 문제가 있었고 실제적 부부생활을 하지 않은 성전환자’라는 제한적인 경우에만 적용될 수 있음을 부인할 수 없다.

대법의 소수견해에 따라 구체적 사건에서 실질적 신분관계 등을

종합적으로 판단할 수도 있을 것이나 이러한 경우 성별정정을 희망하는 성전환자로서는 법적 안정성을 기대하기 어렵다.

결국 혼인 상태인 성전환자에게 성별정정이 허용되기 위해서 적극적 입법을 통해 성전환의 성별정정으로 인해 법이 인정하지 않는 동성혼의 외관을 스스로 해소할 수 있는 기회를 부여해야 하고 그 방법으로 동성혼 자체를 법이 인정하지 않고 있으므로 성전환자의 상황에 따라 혼인의 무효 또는 취소를 확인 받을 수 있거나⁴³⁾ 재판상 청구를 허용할 수 있도록 제도가 마련되어야 할 것이다.

IV. 결 론

현재 우리나라의 사무처리지침과 대법원의 견해에 따를 때 혼인 중인 성전환자가 성별정정을 하기 위해서는 먼저 이혼을 해야 한다. 다른 특별한 사정이 없는 한 성전환자 입장에서 상대방 배우자에게 이혼소송을 제기할 수는 없고 협의 이혼을 진행해야 하는데 성전환자가 아닌 부부들 중에도 실질적으로 부부관계가 파탄에 이르렀지만 이혼을 거부하는 경우가 종종 있다. 성전환자의 배우자의 경우 이를 악용하면 부러 이혼을 거부하여 성전환자의 성별정정을 방해할 수도 있다. 성전환자의 성별정정의 기본적 권리를 보호하기 위해서 혼인 중인 경우라도 성별정정이 허용되는 것이 바람직하다. 혼인 중 성별정정으로 동성혼의 외관이 만들어 지는 것을 방지하고자 한다면 영국의 사례를 차용하여 임시 또는 잠정적 성별정정 허가 결정

43) 혼인의 무효는 소급효로 혼인 중의 출생자가 혼인외의 출생자가 되는 문제 등이 있고 혼인의 취소는 취소소송의 문제가 있으므로 상황에 따라 성전환자에게 선택권을 부여하는 것도 한 방법이다.

을 먼저 내려주고 이 결정에 혼인 해소 조건을 붙여 결정을 할 수 있도록 사무처리지침을 개정하는 것도 방법이다. 임시 또는 잠정적 성별정정 허가 결정이 먼저 이뤄지면 이혼에 반대하던 배우자도 법이 허용하지 않는 동성혼의 상태가 되므로 협의 이혼에 더 협조하게 될 수도 있다. 가장 적절한 방법은 입법을 통해 합리적인 해결책을 찾는 것일 텐데 혼인중인 성전환자가 성별정정절차를 진행하는 경우 혼인 상대방에게 유책사유가 없다하더라도 성별정정을 위한 재판상 이혼을 청구할 수 있도록 허용하는 방법도 제안해 볼 수 있다. 모두에게 납득이 가능한 제도가 하루속히 입법적으로 마련되길 기대해 본다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 김주수·김상용, 주석민법 친족(1)(제4판), 한국사법행정학회, 2010.
- 윤진수 대표편집, 주해친족법 제1권, 박영사, 2015.
- 홍기문, 민사소송법 개정제6판, 대명출판사, 2015.
- 성전환자 인권실태조사 기획단, “성전환자 인권실태조사”, 2006.
- 김성숙, “혼인의 무효, 취소규정의 정비를 위한 검토”, 「가족법연구」 18권 2호, 한국가족법학회, 2004.
- 김선화, “동성혼의 법제화에 관한 고찰”, 「이화젠더법학」 제7권 제3호, 2015.
- 박한희, “트랜스젠더의 법적 성별정정제도에 대한 입법적 제안”, 「인권과 정의」 통권498호, 대한변호사협회, 2021.
- 조은희, “혼인무효·취소에 대한 검토와 독일민법이 주는 시사점”, 「국제법 무」 제9집 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2017.
- 최성경, “성전환자의 성별정정 허가기준과 그 입법적 제안 -대상결정: 대법원 2011.9.2.자 2009스117 전원합의체결정-”, 「가족법연구」 제27권 1호, 2013.
- 한봉희, “혼인의 무효와 취소-비교법적인 고찰-”, 「논문집」 제6집, 전북대학교, 1964.
- 현소혜, “혼인의 무효와 가족관계등록부의 정정”, 「사법」 통권 14호, 사법발전재단, 2010.

2. 외국문헌

- Zhan Chiam 외 4인, *Trans Legal Mapping Report 2019: Recognition before the law*, ILGA World, 2020.
- Lucas Ramón Mendos 외 5인 “STATE-SPONSORED HOMOPHOBIA-GLOBAL LEGISLATION OVERVIEW UPDATE”, Updated Edition 2020.

3. 참고 홈페이지

<https://www.gov.uk/>

<https://www.legislation.gov.uk>

<https://www.ilga.org>

<https://www.Pewresearch.org>

<Abstract>

Review on Gender Correction of Married Transgender People and Termination of Marriage

Park Jongmi*

The Supreme Court greatly contributed to the recognition of the basic rights of transsexual patients and the universal recognition of sexual identity. Although there were no regulations, it was interpreted that gender correction was included in the corrections in the family relations register, enabling gender correction of transgender people. For the protection of the basic rights of transgender people and the practical welfare of minors, gender correction of transgender people with underage children was permitted.

However, gender correction of married transgender people is still not allowed. This is because the gender correction of married transgender people creates the appearance of same-sex marriage. If so, it is necessary to review whether divorce or marriage can be canceled or invalidated within the current law so that the appearance of same-sex marriage does not appear even if a transgender people have corrected their genders.

If you have recognized your sexual identity since the time of marriage, but you have married, but there is no actual substance of married life, you can claim invalidity of the marriage because there is no agreement on marriage, but this case is very limited.

Cancellation of marriage is difficult for transgender people to claim due to restrictions on reasons for cancellation, right to cancel, and exercise period.

If the other party does not agree to a negotiated divorce, it is difficult

* Professor/Lawyer, Law School of Chonnam National University

to file a divorce suit. Because that the spouse at fault is not entitled to apply for judicial divorce. This position has been maintained by the Supreme Court.

However, denying the gender correction of transgender people just by the fact that they are married is a great violation of the basic rights of transgender people.

Therefore, gender correction is allowed on the condition of dissolving the marriage by borrowing the United Kingdom case.

Alternatively, in the case of gender correction procedures, a bill is proposed to allow transgender people to engage in judicial divorce regardless of their responsibilities for marriage life.

Key Words : Transgender people, Gender correction, Gender Identity, Nullity of Marriage, Judicial Divorce

