# 신분관계법상 남녀 이외에 제3의 성(性) 등록거부의 위헌성[1)]

## 1. 사실관계

심판청구인은 여성으로 출생신고를 하였으나, 비전형적인 성염색체로 인하여(이른바 터너증후군), 여성에도 남성에도 속하지 않는다는 지속적인 자각을 하게 되었다. 이에 지금까지 성란(性欄)에 기록되었던 "여"를 삭제하고 "간/다(inter/divers)"[2)] 또는 보충적으로 "다(divers)"로 기록해 달라는 취지의 출생신고 정정신청을 관할 신분관계 사무소(Standesamt)에 하였다. 그러나 신분관계 사무소는 이 신청을 거부하였다. 그 이유로 독일 신분관계법이 출생기록에 아이의 성을 기재하도록 하면서(제21조 제1항 제3호), 남성 또는 여성으로 분류될 수 없는 경우에 출생기록부에 성을 기입하지 않도록(제22조 제3항) 규정하고 있다는 사실을 제시하였다. 이어서 관할 법원에 제기한 정정신청이 기각되었고, 이에 대한 불복 역시 성공하지 못했다. 심판청구인은 헌법소원을 통해 자신의 일반적 인격권이 침해되었으며, 성을 이유로 한 차별을 받았다고 주장하였다.

## 2. 심판대상조항

<u>신분관계법</u>

제21조 출생기록부 등록

(1) 출생기록부의 기재사항은 다음과 같다.

3. 출생자의 성

---

1) 2017년 10월 10일자 사건번호 1 BvR 2019/16

2) 여기서 간/다(間/多)는 자기 자신의 성적 정체성이라는 점에서, 타인에 대한 성적 지향인 동성애 또는 이성애, 양성애와 구분된다.

제22조 기재하지 않는 경우

(3) 출생자가 남성으로도 여성으로도 분류될 수 없는 경우 그에 관한 사항을 기재하지 않고 출생기록부에 등록한다.

## 3. 결정요지

(1) 신분관계법(Personenstandgesetz) 제22조 제3항에 "여" 또는 "남" 외에 제3의 성을 적극적으로 등록할 수 있도록 하지 않고 있는 한, 이 규정은 기본법의 요청에 부합하지 않는다.

(2) 일반적 인격권(기본법 제2조 제1항[3]의 일반적 행동의 자유 및 제1조 제1항[4]의 인간 존엄의 불가침)은 성적 정체성을 보호하며, 지속적으로 남성으로도 여성으로도 분류되지 않는 사람의 성적 정체성 역시 보호한다.

(3) 기본법 제3조 제3항 제1문[5]은 지속적으로 남성으로도 여성으로도 분류되지 않는 사람 역시 성을 사유로 하는 차별로부터 보호한다.

(4) 신분관계법이 성의 등록을 강제하면서도 "여" 또는 "남" 외에 제3의 성의 적극적인 등록을 허용하지 않는다면, 지속적으로 남성으로도 여성으로도 분류되지 않는 사람의 위의 두 가지 기본권이 침해된다.

(5) 법률제정자는 2018년 12월 31일까지 새로운 규정을 제정해야 한다.

## 4. 결정이유

(1) 일반적 인격권은 원칙적으로 각자의 인격을 구성하는 요소인 성적 정

---

3) 독일 기본법 제2조 제1항
"다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 누구든지 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다."

4) 독일 기본법 제1조 제1항
"인간의 존엄은 훼손될 수 없다. 모든 국가권력은 이를 존중하고 보호할 의무를 진다."

5) 독일 기본법 제3조 제3항 제1문
"누구도 성별이나 혈통, 인종, 언어, 고향 및 출신, 신앙, 그리고 종교적 또는 정치적 신념을 이유로 불이익을 받거나 특혜를 받아서는 안 된다."

체성 역시 보호한다. 한 개인이 어떤 성에 속하는가는 그의 정체성에 각별한 의미를 갖는다. 이는 한 사람이 스스로 자기를 어떻게 생각하고 다른 사람이 그를 어떻게 여길지의 출발점이 된다. 여기서, 남성에도 속하지 않고, 여성에도 속하지 않는 사람의 성적 정체성 역시 보호되어야 한다.

1) 실정 신분관계법에 의하면 이 인격권이 침해된다. 신분관계법은 성의 등록을 요구하지만, 지속적으로 남성에도 여성에도 속하지 않는 심판청구인에게는 그의 성정체성에 해당하는 등록을 할 가능성을 주지 않는다. 법률에 따라 공란으로 하는 변수를 선택하더라도, 심판청구인 스스로 무성이 아니고, 남 또는 여와 다른 성을 갖고 있다고 생각한다는 점이 반영되지 않는다.

이를 통해 자기 스스로 결정하여 인격을 발전시키고 유지하는 데에 위협을 받기 마련이다. 신분관계는 사소한 문제가 아니고, 법률적으로 "인격이 법질서 속에서 갖는 위치"인 것이다. 신분관계는 하나의 인격이 갖는 정체성의 법적 핵심을 표현한다. 따라서 성적 정체성에 대한 신분법적 인정을 거부한다면, 이는 그 자체로 자기 결정적 인격발전을 위협한다.

2) 이러한 기본권의 제한은 헌법적으로 정당화되지 못한다. 기본법은 성에 관한 신분관계를 이원적으로만 결정하도록 명하지 않으며, 여성과 남성 외의 또 다른 성적 정체성의 인정을 저지하지 않는다.

실정 신분관계법에 제3의 성을 적극적으로 등록할 수 있는 방법이 없다는 점은 제3자의 이익으로써도 정당화할 수 없다. 또 다른 성의 등록가능성을 열어놓는다 해도, 누구에 대해서도 이러한 또 다른 성에 속하도록 강제하지 않는다. 또 다른 성의 등록을 가능하게 한다면, 남자나 여자라 할 수 없게 성적 발현이 이루어지는 사람에 대해 지금까지 법적으로 인정되어온 방식에 더하여 추가적으로 그들의 선택가능성이 넓어진다. 현재의 규율체계에서 여

성이나 남성으로 등록하거나 성을 기록하지 않고 등록할 가능성은 유지되어야 하는 것이다.

제3의 성을 적극적으로 등록할 수 있도록 함으로써 과도기에 행정적 및 재정적 소모가 있다 하더라도, 고유의 성적 정체성이 법을 통해 무시되는 기본권 침해에 비하면, 이러한 추가적인 소모는 감수되어야 할 것이다. 이에 반해 심판청구인이 신청한 것과 같이 성에 관한 임의적인 정체성 표지를 특정하여 신분관계법상 등록하겠다는 청구권은 일반적 인격권에서 도출되지 않는다.

이와 별도로 신분관계법적 사안에서 성의 등록을 완전히 포기할 것인가에 관해 법률제정자가 구애받을 것은 없다.

성의 등록을 신분관계법적으로 확실하고 명료하게 함으로써 국가가 질서유지의 이익을 갖는다 해도, 이러한 논거를 통해 또 다른 종류의 성을 적극적으로 등록할 가능성을 배제하는 것을 정당화하지 않는다. 신분관계법 외의 법률관계에서 성과 관련을 지워 해당자가 남성이거나 여성임을 요건으로 규정하는 경우에, 제3의 성으로 분류되는 사람은 어떻게 다루어야 할 것인가가 사실상 불분명할 수 있다. 하지만 이러한 난점은 현행 신분관계법에서도 이미 발생할 수 있는데, 법이 허용한대로 성란을 비워둔 경우가 그러하다. 적극적인 제3의 성을 등록하게 되면, 지속적으로 공란으로 비워둠으로써 실수로 기입하지 않았으리라는 착각을 유발하는 경우보다는 오히려 분명하다.

(2) 이에 더하여 신분관계법 제21조 제1항 제3호 및 제22조 제3항은 기본법 제3조 제3항 제1문을 위반한다. 성은 기본적으로 법적 차별의 사유가 되지 말아야 한다. 여기서 기본법 제3조 제3항 제1문은 여성으로도 남성으로도 분류되지 않는 사람 역시 차별로부터 보호한다. 구조적으로 차별에 노출된

집단에 소속된 사람을 불이익으로부터 보호하는 것이 기본법 제3조 제3항 제1문의 목적이기 때문이다. 신분관계법 제21조 제1항 제3호 및 제22조 제3항은 성을 이유로 남자도 여자도 아닌 사람에게 불이익을 주는데, 이들이 남자나 여자와 다르게 자기의 성에 따라 등록될 수 없다는 점에서 그러하다.

(3) 법률제정자가 헌법위반상태를 제거할 여러 방도를 갖고 있다는 점에서 신분관계법 제21조 제1항 제3호 및 제22조 제3항이 기본법에 부합하지 않는다고 확인한다. 위에서 밝힌 바와 같이 법률제정자는 신분관계법상 성의 등록을 일반적으로 폐지할 수 있을 것이다. 그 대신 해당자에게 남성도 아니고 여성도 아닌 또 다른 성을 적극적으로 표시할 가능성을 부여할 수도 있다. 이 경우 법률제정자는 심판청구인이 일반법원의 절차에서 구했던 표시에 구애받지 않는다.