제3의 성(性)을 신분기록에 적절히 표시할 권리[1)]

1. 사실관계

간성(zwischengeschlechtliche Person)임을 공개하고 생활하는 심판청구인은 신분관계 관할행정청(이하 행정청)에, 지금까지 남성으로 되어 있는 성의 등록을 '신분관계법' 제42조 제1항 및 3항[2)]에 근거하여 "간(inter)"이나 경우에 따라 "불확정" 또는 "X"와 같은 개념으로 표시되도록 해달라는 신분기록부상의 등록사항에 대한 정정신청을 하였다.[3)] 이 신청에 대한 결정에 성과가 없자 심판청구인이 지방행정법원에 항고소송을 제기하였으나, 남성도 여성도 아닌 성으로 등록할 권리를 인정할 수 없다 하여 청구가 기각되었다.

헌법재판소는 이 판결에 대한 헌법소원을 심리하는 중에 '신분관계법' 제2조 제2항 제3호의 합헌성에 대한 의문을 갖게 되어 2018년 3월 14일 직권으로 이 법률규정의 합헌성을 심사하기로 결정하였다. 헌법재판소는, 개별국가의 법규정이 개인의 성적 정체성을 보장하는 유럽인권협약(EMRK) 제8조 제1항[4)]에 합치하려면, 남성이나 여성과 다른 성적 발현을 보이는 사람에 대해 그 정체성에 맞는 성적 분류만을 해야 한다는 전제에서 출발하여, 심사대상인 법률규정의 규율내용이 유럽인권협약 제8조에 합치하는지에 의문을 갖는 것이다.

2. 심판대상조항 및 관련조항

---

1) 2018년 6월 15일자 사건번호 G 77/2018-9

2) 신분관계법 관련조항은 일괄하여 항을 바꾸어 소개함.

3) 여기서 간(間)이나 불확정은 자기 자신의 성적 정체성이라는 점에서, 타인에 대한 성적 지향인 동성애 또는 이성애, 양성애와 구분된다.

4) 유럽인권협약 제8조
(1) 모든 사람은 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
(2) 이 권리의 행사에 대한 행정청의 침해는 법률에 근거가 있고, 민주사회에서 국가안보, 공공의 안전, 국가의 경제적 복리, 질서유지를 위해서, 그리고 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 조치인 경우에 한 해 허용된다.

'신분관계법'

제2조 신분관계사항

(1) 신분관계사항은 다음과 같다

1. 일반적 신분사항

2. 개별적 신분사항 및

3. 기타 신분사항

(2) 일반적 신분관계사항은 다음과 같다.

1. 성명

2. 출생일 및 출생지

3. 성(性)

(이하 생략)

제9조 출생신고

(3) 신고에는 제11조의 등록에 필요한 모든 신상명세를 포함해야 한다.

제11조 출생등록의 내용

(1) 일반적 신분사항과 개별적 신분사항 외에 다음과 같이 등록되어야 한다.

(이하 생략)

제42조 정정

(1) 등록시점에 부정확한 사항은 정정할 수 있다.

(3) 신청으로 또는 직권으로 정정할 수 있다. 직권 정정 시에는 법적 청문을 보장하여야 한다.

3. 결정주문 및 취지

오스트리아 헌법재판소는 "'신분관계법' 제2조 제2항 제3호는 위헌이 아니어서 폐지되지 않는다"고 하여 '신분관계법'의 관계규정을 폐지할 것이 아니라 합헌적 해석이 필요하다고 본다.

4. 결정이유

(1) 남성이나 여성과 다른 성적 발현을 보이는 사람에 대해 그의 성적 정체성에 맞지 않는 성으로 표시할 법률상의 의무를 부여한다면, 이는 국가에 의한 타율적인 성의 분류이자 유럽인권협약 제8조 제1항에서 보호하는 성적 정체성의 권리에 대한 침해이다. 입법자는 유럽인권협약 제8조 제2항의 요건을 충족해야 그러한 의무를 규정할 수 있다.

심사대상인 '신분관계법' 제2조 제2항 제3호는, 남성이나 여성과 다른 성적 발현을 보이는 사람이 성적 정체성에 관한 권리를 자기 결정으로 행사하도록 하는, 유럽인권협약에서 도출되는 입법자의 보호의무를 '신분관계법'이 충분히 고려하는가에 대한 평가의 기준점이다.

(2) 유럽인권협약 제8조 제2항에 따라 사생활과 가족생활을 존중받을 권리에 대한 침해는 그에 대한 법률의 근거가 있을 뿐만 아니라, 정당한 목적 달성에 적합하고 비례적인 조치인 경우에 한해 허용된다. 하지만 양성 중에 택일하도록 엄격히 제한하여 등록할 의무를 부여하는 방식은 유럽인권협약 제8조 제2항의 비례성 요청에 부합하지 않는다.

그런데 '신분관계법' 제2조 제2항 제3호는 남성이나 여성과 다른 성적 발현을 보이는 사람에 대해 '신분관계법'상 성의 확정시 그의 성적 정체성 표시를 배척하지 않는다. 이 규정으로써 제3의 성적 정체성을 가진 사람에 대해 일반적 신분관계사항에서 표시하는 성을 남성과 여성으로 제한하는 것으

로 이해할 수 없다.

'신분관계법' 제2조 제2항 제3호에서 사용한 성(性)이라는 개념은 일반적이어서, 제3의 성적 정체성 역시 포함한다고 해석하는 데에 어려움이 없다. 유럽인권협약 제8조의 요청을 고려하여 '신분관계법' 제2조 제2항 제3호를 해석한다면, 이 규정에서 남성이나 여성과 다른 성의 표시를 도출할 수 없다고는 하지 못한다.

(3) 충분히 구체적이고도 구분 가능한 개념이 무엇인가는 언어의 용례에 바탕을 두고 정해진다. 생명윤리위원회(Bioethikkommission)는 심판청구인과 같은 경우 "다(多 divers)", "간(間 inter)", "개방적(offen)"이라는 표현을 제시하고 있다. 이러한 표현은 의도하는 바를 충분히 분명하게 언어로써 나타낸다.

남성이나 여성과 다른 성적 발현을 보이는 사람에 대한 일반적 신분관계사항인 성의 표시를 법률 내지 명령제정자가 확정한다고 해도 유럽인권협약 제8조의 규정에 저촉되지는 않는다. 그러한 사람이 표시하도록 신청한 바가 적절한지에 대해 행정청이 심사하는 데에도 장애는 없다. 유럽인권협약 제8조가 자신의 성에 대한 표시를 임의로 선택할 수 있도록 요구하는 것은 아니기 때문이다.

(4) 헌법재판소는, 남성이나 여성과 다른 성적 발현을 보이는 사람의 성적 정체성과 관련하여 '신분관계법' 제2조 제2항 제3호에서 일반적 신분관계사항인 성에 대해 유럽인권협약 제8조가 법률제정자에게 요청하는 바에 바탕을 두고 심사하였으며, 그 요청이 무엇인지 확인하였다. 법률심사절차에서 드러난 바와 같이 이러한 요청은 심사대상인 규정 및 '신분관계법'상의 절차규정의 헌법합치적 해석으로 극복할 수 있다. 유럽인권협약 제8조를 통해 헌법적으로 보장되는, 남성이나 여성과 다른 성적 발현을 보이는 사람의 권리는, 헌법적 요청을 고려하여 '신분관계법' 제2조 제2항 제3호 및 '신분관계법'

상의 절차규정을 해석함으로써 보장되며, 이 해석에 행정청 역시 구속된다. 신분관계법' 제2조 제2항 제3호의 규정에 대한 심사에서 대두된 의문은 그 법률심사절차에서 해소되었다.