성동일성장애자의 성별변경요건 중 생식능력상실요건의 위헌성[1)]

1. 사건개요

(1) 사건경위

항고인은 생물학적인 성별은 여성이지만 심리적으로는 남성에 속한다고 인지하는 성동일성장애(Gender Identity Disorder)라는 진단을 받았다. 이후 호르몬치료 등으로 체형, 외성기의 외관, 목소리 등이 남성화되었고, 2014년 10월에는 이름도 성명변경허가심판을 청구함으로써 남성 이름으로 변경되었다. 그러나 항고인은 생식선(生殖腺)[2)] 제거수술이 신체에 대한 현저한 침해를 동반하는 것이고, 불가역적인 것이라는 사실에 대한 두려움, 수술한다고 해서 신체적으로 남성이 되는 것도 아니라는 점, 신체적 특징을 기준으로 성별을 판단하는 사고방식은 납득할 수 없다는 점 등을 이유로 생식선 제거수술을 받지 않았다.

'성동일성장애자의 성별취급특례에 관한 법률'[3)](이하, '특례법'이라 한다)은 성동일성장애자 중 일정 요건을 만족시킨 자에 대해 가정재판소의 심판에 따라, 법령상의 성별취급과 호적상의 성별기재를 변경할 수 있도록 규정하고 있다. 항고인은 파트너인 여성과 혼인하기 위하여 자신의 성별을 여성에서 남성으로 그 취급을 변경해 달라는 심판을 청구하였다. 그러나 성별취급변경의 요건 중에는 '생식선이 없을 것, 또는 생식선의 기능을 영구적으로 결여하는 상태일 것'(제3조 제1항 제4호)이 포함되어 있었기 때문에, 가정재판소로부터 각하결정을 받았다. 항고인은 이에 대하여 즉시항고하였으나 기각결정을 받았고,[4)] 해당 조문이 헌법 제13조[5)]와 제14조 제1항[6)]에 위반한다고 주

1) 2019년 1월 23일 일본 최고재판소 제2소법정 결정. (平成31年1月23日 最高裁判所 第二小法廷 決定 平成30年(ク)第269号)
2) 수컷의 정소, 암컷의 난소를 말하는데, 척추동물이 성호르몬을 분비하는 곳이다.
3) **성동일성장애자의 성별취급특례에 관한 법률**(性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律, 平成15(2003)年 法律 第111号)은 2003년 7월 10일에 성립하여 2004년 7월 16일부터 시행된 것으로, 법은 4개 조문과 부칙으로 이루어져 있다.
4) 広島高等裁判所 岡山支部 平成30年2月9日 平成29年(ラ)第17号.
5) **헌법**(日本国憲法, 1946年 11月 3日 公布) **제13조** 모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리는 공공복지에 반하지 않는 한 입법과 그 밖의 국정에서 최대한 존중된다.

장하여, 최고재판소로 특별항고한 것이 본 사안이다.

(2) 성동일성장애자의 성별취급특례에 관한 법률

제1조 [취지] 이 법률은 성동일성장애자에 관한 법령상 성별 취급의 특례에 대해서 규정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 [정의] 이 법률에 있어서 '성동일성장애자'란, 생물학적으로는 성별이 분명함에도 불구하고, 심리적으로는 그것과는 다른 성별(이하, '다른 성별'이라고 한다.)이라는데 지속적인 확신을 가지고, 또 자기를 신체적 및 사회적으로 다른 성별에 적합하게 하고자 하는 의사를 가지는 자로, 그것에 대해 그 진단을 정확하게 행하기 위해 필요한 지식 및 경험이 있는 2인 이상의 의사가 일반적으로 인정되고 있는 의학적 식견에 근거하여 행하는 진단이 일치하는 자를 말한다.

제3조 [성별취급 변경심판] ① 가정재판소는 성동일성장애자로 다음의 각호 모두에 해당하는 자에 대해, 그자의 청구에 따라 성별취급 변경심판을 할 수 있다.

1. 20세 이상일 것.
2. 실제로 혼인을 하고 있지 않을 것.
3. 실제로 미성년인 자식이 없을 것.
4. 생식선이 없을 것, 또는 생식선의 기능을 영구적으로 결여하는 상태에 있을 것.
5. 그 신체에 대해 다른 성별의 성기에 관한 부분에 근사하는 외관을 갖추고 있을 것.

② 전항의 청구를 하는데 있어서는, 동항의 성동일성장애자에 관한 전조(前條)의 진단 결과와 치료 경과 및 결과, 그 밖에 후생노동성령으로 정하는 사항이 기재된 의사의 진단서를 제출하지 않으면 아니 된다.

제4조 [성별취급 변경심판을 받은 자에 관한 법령상의 취급] ① 성별취급 변경심판을 받은 자는 민법(1896년 법률 제89호)그 밖의 법령의 규정의 적용에 대해서는, 법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고, 변경한 다른 성별로 바꾼 자로 간주한다.

② 전항의 규정은 법률에 특단의 규정이 있는 경우를 제외하고, 성별취급 변경심판 전에 생긴 신분관계 및 권리의무에 영향을 미치는 것은 아니다.

2. 본 판결

6) **헌법 제14조** ① 모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신조(信條), 성별, 사회적 신분 또는 가문을 이유로 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 아니한다.

(1) **재판결과:** 항고기각(전원일치), 보충의견 있음.

[주문]

본건 항고를 기각한다.

항고비용은 항고인의 부담으로 한다.

(2) **판결이유**

1) 성동일성장애자에 대해 성별취급 변경심판을 인정하기 위한 요건으로 '생식선이 없을 것 또는 생식선의 기능을 영구적으로 결여하는 상태에 있을 것'을 요구하는 '특례법' 제3조 제1항 제4호의 규정(이하, '본건 규정'이라 한다)하에서는, 성동일성장애자가 해당 심판을 받고자 하는 경우에는 일반적으로 생식선 제거수술을 받지 않으면 안되게 되어 있다. 본건 규정은 성동일성장애자 일반에 대하여 상기 수술 자체를 강제하는 것은 아니지만, 경우에 따라서는 수술까지 원하지는 않음에도 해당 심판을 받기 위하여 어쩔 수 없이 상기 수술을 받는 일도 있을 수 있으므로, 그 의사에 반하여 신체의 자유를 제약하는 면도 있음은 부정할 수 없다. 하지만, 본건 규정은 해당 심판을 받은 자에 대하여, 변경 전 성별의 생식기능에 따라 자녀가 태어나게 될 경우 친자관계 등에 관한 문제가 발생하여 사회에 혼란을 일으킬 수 있고, 오랫동안 생물학적인 성별에 근거하여 남녀구별이 이루어져 왔다는 점에서 급격한 변화는 피한다는 배려에 의한 것으로 해석된다. 이러한 배려의 필요성, 방법의 상당성 등은 본인의 성정체성에 따른 성별취급과 가족제도의 이해에 관한 사회적 상황의 변화 등에 따라 변할 수 있는 것이다. 이러한 규정의 헌법적합성에 대해서는 부단한 검토를 요한다고 할 수 있는데, 본건 규정의 목적, 상기 제약의 태양, 현재의 사회적 상황 등을 종합적으로 형량하면, <u>본건 규정은 현시점에서는 헌법 제13조, 제14조 제1항에 위반하는 것이라고는 할 수 없다.</u>(원문 하선)

이렇게 해석하여야 함은 본 재판소의 판례(最高裁昭和28年(オ)第389号同30年7月20日大法廷判決 · 民集9巻9号1122頁, 昭和37年(オ)第1472号同39年5月27日大法廷判決·民集18巻4号676頁, 高裁昭和40年(あ)第1187号同44年12月24日大法廷判決·刑集23巻12号1625頁)의 취지에 비추어 분명하다고 할 수 있다. 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

따라서 재판관 전원일치의 의견으로 주문대로 결정한다. 또한, 재판관 鬼丸かおる, 동 三浦守의 보충의견이 있다.

2) 재판관 鬼丸かおる, 동 三浦守의 보충의견

① '특례법'은 성동일성장애자를 생물학적으로는 성별이 분명함에도 불구하고, 심리적으로는 그것과는 다른 성별이라는 지속적인 확신을 가지고, 자기를 신체적 및 사회적으로 다른 성별에 적합하게 하고자 하는 의사를 가지는 자로 규정하고, 이에 대해 2명 이상의 의사의 진단이 일치하는 경우 성별취급에 특례를 규정한 것이다. 이것은 성동일성장애자가 성별에 대한 위화감으로 고통을 느끼고, 사회생활상 다양한 문제를 안고 있는 상황에 있다는 점에서, 그 치료의 효과를 높이고 사회적인 불이익을 해소시키기 위하여 제정된 것으로 해석된다. 그리고 특례법에 의해 성별취급 변경심판을 받은 자는 변경 후의 성별로 혼인할 수 있고, 호적상으로도 필요한 변경 등이 이루어지며, 법령에 근거하는 행정문서에서의 성별기재 역시 변경 후의 성별로 기재되는 등, 사회생활상의 불이익을 해소할 수 있게 된다.

또한, 성별은 사회생활이나 인간관계에서의 개인의 속성 중 하나로 취급되고 있으므로 개인의 인격적 존재와 밀접불가분의 것이라고 할 수 있고, 성동일성장애자에 있어서 특례법에 따라 성별취급 변경심판을 받는다는 것은 절실하다고도 할 수 있는 중요한 법적 이익이다.

본건 규정은 본인의 청구에 따라 성별취급 변경심판이 인정되기 위한 요건 중 하나를 정한 것이므로, 자신의 의사와 상관없이 성별적합수술로 생식선 제거를 강제당하는 것은 아니지만, 본건 규정에 따르면 해당 수술을 받지 않으면 일반적으로 상기와 같은 중요한 법적 이익을 받을 수 없고, 사회적인

불이익 해소도 도모할 수 없게 된다.

나아가, 성별적합수술에 대해서는 특례법 제정 당시에는 원칙적으로 제1단계(정신과영역 치료) 및 제2단계(호르몬요법 등)의 치료를 거쳐도 여전히 그 신체적 성별에 있어서 강한 고통 등이 지속되는 자에 대하여, 최종단계의 치료로서 이루어지고 있었다. 하지만 그 후 임상경험을 바탕으로 한 전문적인 검토를 거치면서, 일본정신신경학회의 가이드라인에 따르면 현재는 성동일성장애자가 나타내는 증상의 다양성을 전제로 하여 이 수술도 치료의 최종단계가 아니라, 기본적으로 본인 의사에 맡겨지는 치료 선택지 중 하나로 여겨지고 있다.

따라서 생식선을 제거하는 성별적합수술을 받지 않은 성동일성장애자로서는 해당 수술을 원하지 않는 경우라도, 성별취급변경을 희망하여 본건 규정의 심판을 받기 위해서는 해당 수술을 받는 외에는 선택의 여지가 없게 된다.

② 성별적합수술에 의한 난소 또는 정소의 적출은 그 자체 신체에 대한 강한 정도의 침해이다. 게다가, 외과수술 일반에 공통하는 것으로서 생명 내지 신체에 대한 위험을 동반할 뿐만 아니라, 생식기능의 상실이라는 중대하고 불가역적인 결과를 초래한다. 이러한 수술을 받을지의 여부는 본래, 그자의 자유로운 의사에 맡겨지는 것이고, 이 자유는 그 의사에 반하여 신체에 대한 침해를 받지 않을 자유로서 헌법 제13조에 의해 보장되는 것으로 해석된다. 상기 ①에 비춰보면, 본건 규정은 이 자유를 제약하는 면이 있다고 할 수 있다.

그래서 이러한 자유의 제약이 본건 규정의 목적, 해당 자유의 내용·성질, 그 제약의 태양·정도 등을 종합적으로 형량하여, 필요하고 합리적인 것으로서 시인되는지에 대하여 검토한다.

본건 규정의 목적에 대해서는, 법정의견이 서술한 것처럼 성별취급 변경심판을 받은 자에 대하여, 변경 전 성별의 생식기능에 따라 자녀가 태어나게 될 경우, 친자관계 등에 관한 문제가 발생하여 사회에 혼란을 일으킬 수 있

고, 오랫동안 생물학적인 성별에 근거하여 남녀구별이 이루어져 온 가운데 급격하게 변화하는 것은 피한다는 배려에 의한 것이라고 해석된다.

그러나 성동일성장애자는 앞에서 본 것처럼, 생물학적으로는 성별이 분명함에도 불구하고, 심리적으로는 그것과 다른 성별이라는 것에 대한 지속적인 확신을 가지고, 자신을 신체적 및 사회적으로 다른 성별에 적합하게 하려고 하는 의사를 가지는 자이다. 따라서 성별취급이 변경된 후에 변경 전 성별의 생식기능으로 임신·출산이라는 사태가 발생하는 것은 그 자체 매우 드문 일이라고 생각되며, 그로 인해 생기는 혼란이라고 해도 상당정도 한정된 것이라고 할 수 있다.

또, 상기와 같은 배려의 필요성 등은 사회적 상황의 변화 등에 따라 변할 수 있는 것이고, 특례법도 2003년 제정 당시의 부칙 제2항에서 “성별취급 변경심판을 청구할 수 있는 성동일성장애자의 변화 등을 감안하여 검토가 가해져야 하고, 필요하다고 인정될 때는 그 결과에 근거하여 필요한 조치가 강구되어야 한다.”라고 규정하고 있다. 이를 바탕으로 2008년 특례법 제3조 제1항 제3호의 ‘실제로 자녀가 없을 것’이라는 요건에 관하여, 이것을 완화하여 성인 자녀에 대해서는 모친인 남성, 부친인 여성의 존재를 인정할 수 있음이 법적으로 긍정되었다. 그리고 그 개정법 부칙 제3항에서도 “성동일성장애자 성별취급 변경심판제도에 대해서는 이 법률에 의한 개정 후의 특례법 시행 상황을 바탕으로, 성동일성장애자 및 그 관계자의 상황과 기타 사정을 감안하여 필요에 따라 검토가 가해지는 것으로 한다.”라고 규정되었고, 그 후 이미 10년을 경과하고 있다.

특례법 시행에서 14년여를 경과하여, 지금까지 7000명이 넘는 자가 성별취급변경을 인정받았고, 나아가 최근에는 학교와 기업을 비롯하여 사회의 다양한 분야에서 성동일성장애자가 그 성정체성에 따른 취급을 받을 수 있도록 그 대응이 이루어지고 있어, 국민의식과 사회가 받아들이는 방식에도 상응의 변화가 생기고 있는 것으로 추측된다.

이상의 사회적 상황 등을 바탕으로, 전기와 같은 본건 규정의 목적, 해당

자유의 내용·성질, 그 제약의 태양·정도 등의 제반 사정을 종합적으로 형량하면, 본건 규정은 현시점에서는 헌법 제13조에 위반한다고까지는 할 수 없지만, 그 의심이 드는 것은 부정할 수 없다.

③ 세계적으로 보아도, 성동일성장애자의 법적인 성별취급변경에 대해서는 특례법 제정 당시에는, 이른바 생식능력상실을 요건으로 하는 국가를 다수 볼 수 있었지만, 2014년 세계보건기구 등이 이를 요건으로 하는 것에 반대하는 취지의 성명을 내었고, 2017년 유럽인권재판소가 이것을 요건으로 하는 것이 유럽인권조약에 위반된다는 취지의 판결을 하는 등, 현재는 그 요건을 두고 있지 않는 나라도 증가하고 있다.

성동일성장애자의 성별에 있어서의 고통은 성정체성의 다양성을 포용하여야 하는 사회 측의 문제이기도 하다. 그 의미에서 본건 규정에 관한 문제를 포함하여, 성동일성장애자를 둘러싼 다양한 문제에 대하여, 더 널리 이해가 깊어지고, 한 사람 한 사람의 인격과 개성의 존중이라는 관점에서, 적절한 대응이 도처에서 이루어질 것을 바라는 바이다.

(재판장재판관 三浦守 재판관 鬼丸かおる 재판관 山本庸幸 재판관 菅野博之)