성년자에게만 성별 변경을 신청할 수 있도록 한 조항의 위헌성[1)]

1. 사건개요

스페인 대법원 민사제1부는 '사람의 성별에 관한 표시 변경의 등록을 규정하는 법'[2)](이하 성별표시변경법) 제1조 제1항이 인간의 존엄성 및 인격의 자유로운 발현(헌법 제10조 제1항[3)])과 관련하여 신체적・정신적 완전성의 권리(헌법 제15조[4)]), 개인과 가족의 사생활권(헌법 제18조 제1항[5)]), 건강보호의 권리(헌법 제43조 제1항[6)])에 위반될 소지가 있어 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

당시 대법원 민사제1부에는 관련 사건이 계류 중이었는데, 미성년자의 부모는 법정대리인으로서 자녀의 성별 표시 변경을 등록소에, 그 다음 우에스카(Huesca) 1심법원에, 이후 우에스카 고등법원에 연달아 제기하였지만 미성년자의 주장이 받아들여지지 않고 모두 기각되어 상고심을 신청하였던 것이다.

헌법재판소에 청구된 이 사건은, 성별표시변경법 제1조에 의해 '성년자'(mayor de edad)만 호적부상 성별 표시 변경을 신청할 권리를 가지고 즉시 개명을 신청할 수 있는 것이, 헌법에서 보장하는 미성년자의 법적 지위에 대한 비례성을 상실하는 제한에 해당되는지 여부가 쟁점이 되었다.

심판대상조문은 다음과 같다.

---

1) STC 99/2019, de 18 de julio de 2019.(2019. 7. 18. 결정)
2) Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
3) 헌법 제10조 ① 인간의 존엄, 인간의 고유한 불가침의 권리, 인격의 자유로운 발현, 법의 존중 및 타인의 권리 존중은 정치질서와 사회평화의 기본이다.
4) 헌법 제15조 모든 사람은 생명권, 신체와 정신에 대한 완전성의 권리를 가진다. 고문, 비인도적 혹은 굴욕적 형벌 또는 대우는 어떠한 경우에도 허용되지 아니한다. 사형은 폐지한다. 다만, 전시에 군형법에서 규정하는 경우 제외된다.
5) 헌법 제18조 ① 명예권, 개인과 가족의 사생활권, 초상권은 보장된다.
6) 헌법 제43조 ① 건강보호의 권리는 인정된다.

제1조 ① 스페인 국적의 성년이고, 이를 위한 충분한 자격을 가진 모든 이는 성별 표시 등록의 변경을 신청할 수 있다.

성별 변경은 자신의 성별 등록과 불일치되지 않도록 해당 개인의 이름 변경을 수반한다.

2. 결정요지

(1) 어떠한 법적 수단에 관한 비례성을 심사하기에 앞서, 이 수단의 채택으로 제한되는 헌법적 권리 또는 헌법원칙이 무엇인지 살펴봐야 할 것이다. 만약 이 수단의 채택으로 헌법적 권리 또는 헌법원칙의 제한이 발생하지 않는다면, 해당 법적 수단이 비례적일 것을 요청하는 게 의미가 없기 때문이다.[7)]

a) 우선, 심판대상조문으로 영향을 받는 헌법상의 이익은, 법원의 판결에서도 언급되고 있듯이, 헌법원칙으로 보장되는 인격의 자유로운 발현(헌법 제10조 제1항)이다. 심판대상조문에 의해 성전환자인 성년자는 성별 등록을 변경할 수 있고 그에 따라 이름을 변경할 수 있고, 이 새로운 조건에 내재되어 있는 모든 권리를 행사할 수 있다. 이를 통해 해당 개인은 자신의 정체성에 관해 법적 효력이 있는 결정을 내릴 수 있다. 이름과 성별과 같은 측면을 담고 있는 고유의 정체성은 인간의 주요 특성에 해당한다. 고유의 정체성을 확립하는(establecer la propia identidad) 것은, 주체로 하여금 자신의 인격을 발현시킬 수 있게 한다는 점에서, 개인의 또 다른 행위가 아닌 필수불가결한 결정(decisión vital)이다. 누구든지 자신의 고유한 것이 아닌 다른 정체성을 가지고 법에 따라 살도록 강제된다면, 자신의 인격을 형성할 수 있는 능력과 다른 사람과의 관계를 확립할 수 있는 실현가능성에 비추어, 개인을 상당히 제약하는 것으로써 개인이 그러한 걸림돌을 인내하는 것이다.

성별표시변경법 제정이유에도 언급되어 있듯이, 성별표시변경법을 통해 성

7) STC 60/2010, de 7 de octubre de 2010.

별 등록을 변경할 수 있는 권리를 가지는 것은 인격의 자유로운 발현의 실현을 목표로 한다. 그러나 심판대상조문과 같이 대상을 성년자로만 한정하고 연령을 충족하지 못한 자들을 이 권리의 보호대상 밖에 둔다면, 자신의 정체성을 결정하는 것에 관해 이들에게는 인격의 자유로운 발현의 헌법원칙을 보장하지 않는 것이다. 심판대상조문에서 연령을 충족하지 못한 자들이 자신의 정체성의 본질에 대해 자율적으로 정하는 것을 허용하지 않는 한, 헌법 제10조 제1항의 인격의 자유로운 발현의 효과를 제한한다고 볼 수 있다.

b) 또한, 심판대상조문이 성전환자인 미성년자의 사생활권(헌법 제18조 제1항)에 영향을 미치는데, 법원의 판결에서도 확인되었듯이 미성년자가 학교, 공공행정과 관련해서 자신을 식별할 때마다 성전환 상태를 공개적으로 노출시켜야 한다. 실제로 성전환자인 미성년자에 대해 성별 등록 변경과 더불어 개명 신청을 할 수 있는 선택으로부터 배제시키는 것은, 공식문서에 나타나 있는 성별 및 이름과 대비될 뿐만 아니라 개인을 식별해야 하는 각각의 모든 행위에 조건을 붙이는 것이다.

헌법재판소의 선례에 따르면, 헌법 제18조의 개인의 사생활권은 최소한의 인간다운 삶의 질을 유지하기 위해 필요하고, 다른 사람들의 인식과 행위로부터 유보된 자신의 고유한 영역이 존재하는 것(la existencia de un ámbito propio)을 의미한다.[8] 또한, 헌법 제18조에서 보장하는 것은 비밀유지의 권리(derecho al secreto), 알려지지 않을 권리(derecho a ser desconocido), 타인이 우리가 누구인지 또는 무엇을 하는지 모르게 할 권리(derecho a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos)이고, 개개인이 타인의 호기심으로부터 보호될 수 있는 공간을 확보하여, 제3자가 사인이든 공권력에 해당하든 개인의 사생활의 한계를 결정하는 것을 막는 데 있다.[9]

헌법재판소는 출생시 등록된 성별과 개인이 자신의 성으로 인식하는 성별이 동일하지 않다는 점은 타인의 인식으로부터 보호할 필요가 있는 특히 중

8) STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988.
9) SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7, y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5.

요한 상황 중의 하나라고 고려한다. 상기와 같은 이유로 심판대상조문이 사람의 가장 내밀한 부분과 관련한 기본권에 대한 심각한 간섭(profunda intromisión)에 해당되는 것이어서 헌법 제18조 제1항의 개인의 사생활에 영향을 미친다.

c) 한편, 헌법재판소는 심판대상조문이 대법원의 위헌법률심판제청에서 문제삼은 다른 두 가지의 헌법상의 이익에 영향을 미친다고 보지 않는다. 성별 변경 신청이 반드시 성전환 수술(스페인 규정상 성별 변경을 위해 이 수술이 전제되지 않음) 또는 신체에 관련된 기타 치료를 받을 것을 요구하지 않으므로 헌법 제15조와 제43조 위반 주장은 관련이 없다.

(2) 헌법재판소의 확립된 입장에 따르면 미성년자도 기본권의 주체이다. 예를 들어, 헌법재판소는 헌법 제24조 제1항의 효과적인 사법보호를 받을 권리의 본질적 내용에는 충분히 성숙하고 능력을 가진(con capacidad y madurez suficiente) 미성년자가 자신에게 영향을 미치는 이익을 방어하기 위해 어떤 관할권에서든 법원에 소 제기할 수 있는 가능성을 포함한다고 보았다.[10]

또한 자유권에 관해서, 헌법재판소는 미성년자가 헌법 제16조의 종교의 자유, 신념의 자유의 주체가 되고, 이것의 행사와 처분권이 친권자 또는 양육권자에 의해 전적으로 포기될 수 없으며, 미성년자가 기본권을 행사할 수 있는 범위는 아동의 성숙도 및 법에서 행위능력을 여러 단계로 규정하는 것에 따라 조정된다고 판시하였다.[11]

나아가 생명유지의 자기결정과 관련된 다른 결정에서 헌법재판소는 생명의 위험에도 불구하고 수혈을 거부하는 것이 성년자뿐만 아니라 미성년자에게도 영향을 미친다고 확인하면서, 종교적 이유로 수혈에 동의 또는 거부하는 생명유지의 결정은 매우 개인적인 선택에 해당하고 그리고 미성년자가 충분히 성숙한 경우, 미성년자가 종교의 자유의 주체가 되는 것과 별개로 미성년

10) STC 183/2008, de 22 de diciembre de 2008.
11) STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000.

자에게 이 기본권의 행사능력을 인정해줘야 한다고 판시하였다.[12)]

(3) 심판대상조문이 개인의 사생활권과 인격의 자유로운 발현에 영향을 미친다고(afecte) 하더라도 이것이 반드시 헌법에 위배되는 것은 아니다. 기본권 또는 헌법원칙에 미치는 영향이 비례성을 상실한 경우에만 헌법에 위배된다. 합헌성의 전제로서 입법 수단의 비례성에 대한 판단을 두 단계로 나누어 볼 수 있는데, ⅰ) 첫 번째 단계는 심판대상조문이 헌법상 정당한 목적을 추구하는지 심사한다. ⅱ) 두 번째 단계는 그러한 수단이 비례적인 방식으로 헌법적 목적에 부합하는지 검토한다. 한편, 두 번째 단계에서는 수단의 적합성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 판단이 차례로 이루어져야 한다.

(4) a) 대법원은 심판대상조문의 법적 수단을 정당화할 수 있는 두 가지 - 각각 매우 다른 결과가 발생되는 - 가능한 목표를 설명하였다. 첫 번째 목표는 민사법적 지위의 안정(estabilidad)과 행위무능력(indisponibilidad)과 관련된 공공질서에 관한 내용을 담고 있다. 두 번째 목표는 헌법에서 인정하는 미성년자의 보호 필요성(헌법 제39조[13)] 제3항, 제4항)이다.

첫 번째 목표의 경우, 대법원에서 제시했던 이유와 마찬가지로, 고려에서 제외되어야(descartar) 할 것이다. 1978년 (현행) 헌법은 시민의 기본권과 자유에 대한 인정 및 보호가 공공질서의 주요 핵심 역할을 한다고 명시하고 있다. 민사법적 지위의 안정과 행위무능력 또는 법적 안정성의 측면은 전통적으로 공공질서에 포함되어 왔고, 법적 및 사회적 관계에 기여하며 실체를 유지하고 있지만, 오늘날 기본권 행사와 관련하여 2차적으로 중요한 의미를 지닌다.

반대로, 두 번째 목표와 관련하여, 헌법재판소는 헌법 제39조에서 미성년자

12) STC 154/2002, de 18 de julio de 2002.

13) 헌법 제39조 ① 공권력은 가족의 사회적, 경제적 및 법률적 보호를 보장한다.
② 공권력은 아동의 완전한 보호를 보장하고 부자관계와 관계없이 이들이 법 앞에서 평등하다는 것을 보장하며, 그리고 호적 상태를 불문하고 모친의 완전한 보호를 보장한다. 법률은 친부확인검사를 가능하게 한다.
③ 부모는 혼인 중 또는 혼인 외 자식에 대하여, 미성년으로 있는 기간과 기타 법적 절차에 따른 경우 모든 원조를 제공하여야 한다.
④ 아동은 아동의 권리 향유를 목적으로 하는 국제조약에 따른 보호를 받는다.

의 상황을 우선적으로 고려하도록 공권력에 대한 명령을 포함하고 있으며, 입법자가 광범위한 재량 내에서 필요하다고 고려하는 특별 보호를 확립한다고 판시하였다. 예컨대, 헌법재판소는 미성년자에 관한 규정이 의심할 여지 없이 공공질서의 규범이고, 모든 공권력이 준수해야 하고, 부모를 포함한 제3자에 대한 신념 표현의 자유의 합법적인 제한을 구성한다고 설시하면서, (부모 또는 자녀의) 자유와 권리가 항상 미성년자의 최선의 이익(interés superior)을 염두에 두고 고려되어야 한다고 판단하였다.[14)]

상기와 같이, 헌법 제39조 내의 몇몇 조항에 내재되어 있는 미성년자의 최선의 이익은 기본권과 헌법원칙을 제한하는 법적 수단을 도입하기 위한 헌법적으로 중요한 이익에 해당한다.

b) 대법원은 심판대상조문이 미성년자의 특별한 보호를 위해 타당하지 않다거나 또는 미성년자에게 무관한 결과가 발생한다는 것과 관련하여 어떤 주장을 제시하지 않았다.

사실, 심판대상조문의 적용범위를 미성년자에게 확대시키는 것은, 적어도 그의 사생활 보호와 자신에 관한 자유로운 의사결정을 인정한다는 측면에서, 미성년자의 중요한 이익에 해당한다. 한편 성전환의 상태가 확정되지 않은 경우들을 고려할 때, 심판대상조문의 일반적 제한의 방식이 미성년자의 이익에 긍정적인 기여를 하는 것을 부인할 수 없다. 이러한 구체적인 상황에 비추어 미성년자의 선택권을 배제하는 것이, 그에게는 기본권과 헌법원칙에 대한 제한이 될 수 있지만, 미성년자의 이익을 최대한 보호하기 위한 것으로써 성급한 결정을 통해 뒤따르게 되는 부정적인 결과를 피하도록 한다. 이에 따라, 심판대상조문의 법적 수단이 모든 경우에 있어 미성년자의 특별한 보호를 위해 타당하지 않거나 그에게 무관한 결과가 발생하는 것은 아니다.

c) 대법원은 심판대상조문이 사생활권과 인격의 자유로운 발현에 대해 불

14) STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000.

필요한 제한(restricción innecesaria)이라고 판단하였고, 충분히 성숙하고(con suficiente madurez) 안정적인 성전환 상태에 있는(una situación estable de transexualidad) 미성년자가 진지하게 신청하였음에도 성별 등록 변경이 성년자에게만 가능하도록 하고 있어 침해의 최소성을 충족하지 못한다고 주장하였다. 그리하여 대법원은 덜 침해적인 다른 대안 수단으로 충분히 성숙하고 안정적인 성전환 상태에 있는 미성년자에 대해서 성년자의 요건을 적용하지 않는 방법을 제시하였다.

살피건대, 심판대상조문은 매우 중요한 의미를 가지는 헌법상의 이익 즉, 사생활권과 인격의 자유로운 발현에 대한 제한을 담고 있다. 이러한 제한은 인간의 존엄성과 밀접한 관계가 있는 특히 개인의 정체성(la identidad personal)에 대해 가해지고 있고, 또한 어떤 대상 집단을 완전히 제외하고 있어서 제한의 방식이 상당히 강하다고(radicalmente intensa) 하겠다. 이에 따라, 헌법재판소는 심판대상조문의 비례성을 판단하는데 있어 면밀히 검토하여, 심판대상조문의 적용으로 얻게 되는 이익이 제한을 받는 기본권에 대해 부과되는 희생의 심각함을 보상하는(que compensen la gravedad de los sacrificios) 것인지 확인해야 한다.

d) 대법원은 (침해의 최소성 판단에 이어) 논리적으로 법익의 균형성도 충족하지 못한다고 설명하면서, 미성년자에게 성별 등록 변경을 못하도록 하는 것이 발생되는 가중한 결과로 인하여 미성년자의 기본권에 대한 비례성을 상실한 제한에 해당된다고 판단하였다.

심판대상조문에 따른 법적 제한은 특정 기본권과 헌법상의 원칙에 난점이 될 뿐만 아니라, 다른 한편으로 헌법적으로 다른 이익에 대한 중요한 보호를 수반하는데 이는 헌법 제39조에서 도출되는 미성년자를 특별히 보호하여야 할 이익이다. 헌법재판소가 존중하여야 하는 이러한 이익은 두 가지 이유로 성년으로 향해 점차적으로 상대화되어 나타난다. 우선, 미성년자는 나이를 먹으면서 보다 높은 이해력을 가지게 되므로 미성년자의 후견 해제에 관한

민법 규정(민법 제314조[15] 이하)에서 볼 수 있듯이 특별한 보호의 필요성이 감소된다. 또한, 법원의 판결에서도 언급되고 있듯이, 성년이 될수록 성전환을 표명하려는 주장의 위험 부담이 줄어든다.

결과적으로, 헌법재판소는 충분히 성숙하고 안정적인 성전환 상태에 있는 미성년자에게 심판대상조문에 따른 법적 제한을 적용하는 것이, 입법자가 추구하는 미성년자의 최선의 이익에 있어서 가장 낮은 만족도(un grado de satisfacción más reducido)가 된다고 판단한다. 오히려 이러한 경우 미성년자의 사생활권과 자신의 정체성을 형성할 수 있는 인격의 자유로운 발현에 있어 피해가 크게 증대된다. 특히, 심판대상조문이 곧바로 적용되는 규범이고, 성전환 상태에 관한 어떤 중간단계(régimen intermedio) - 예컨대, 성별등록 변경 없이 이름만 변경하는 경우 - 를 포함하고 있지 않아서 피해가 더 가중된다.

따라서 심판대상조문은 충분히 성숙하고 안정적인 성전환 상태에 있는 미성년자에 대한 세부적인 보완 조치를 제공하고 있지 않아 미성년자의 기본권과 헌법원칙을 과도하게 제한하는 법적 수단이 된다. 이로 인해 발생하는 피해는 미성년자에 대한 특별한 보호의 필요 정도를 명백히 넘는 것이어서, 심판대상조문을 위헌으로 선고하는 것이 타당하다.

3. 주문

이 사건 심판대상조문에 관한 위헌심판 제청을 인용하되, 금지대상자에 “충분히 성숙”하고 “안정적인 성전환 상태”에 있는 미성년자를 포함시키는 수단에 한해서 위헌으로 선고한다.

4. 반대의견

15) 민법 제314조 다음의 경우 후견 해제가 발생한다.
① 성년이 되는 경우
② 친권을 행사하는 자가 양도하는 경우
③ 사법적 양도의 경우

Encarnación Roca Trias, Alfredo Montoya Melgar 재판관 - 합헌의견

법정의견에서 합헌성 판단이 비례원칙의 적용을 통해 이루어지고 있으나, 침해된 기본권의 내용에 대한 구체적인 분석이 없으며, 논거들이 심판대상조문을 최대한 활용(optimización)하는 데 있는 것으로 보인다. 이는 심판대상조문의 위헌성과 아무런 관계가 없는 것이고, 법치국가 하에서 헌법재판소가 수행해야 하는 역할과 거리가 있다. 다시 말해, 성별 등록 변경의 권한이 미성년자의 성숙도에 따라 조정될 수 있는지, 특정 기본권 행사를 위해 보다 유리한 규범이 무엇인지 제시하는 것은 헌법재판소의 임무가 아니다(입법자의 배타적인 업무에 속한다).

나아가 주문은 심판대상조문을 위헌으로 선고하면서 무효로 하지 않아서(no la nulidad del precepto cuestionado), 복잡하고 불명확한 결정을 초래한다고 생각한다. 그래서 이 결정이 부진정입법부작위 문제를 해결하기 위한 부가적인(aditiva) 결정[16]인지, 또는 일부위헌(inconstitucionalidad parcial) 결정인지, 또는 입법자가 보다 유리한 선택을 하도록 하는 권고적인(monitoria) 결정에 해당하는지, 또는 충분히 성숙한 미성년자와 안정적인 성전환 상태의 정도를 누가, 어떻게 정할 것인지 보류한 단순히 해석적인(interpretativa) 결정인지 의문이 남게 된다.

16) 우리의 헌법불합치결정으로 설명될 수 있음