



사회적 약자의 인권에 관한 대법원 판결과 사회 변화*

: 양심적 병역거부자와 성전환자의 인권을 중심으로

하 민 경**

국문초록

이 논문은 새로운 현상으로서의 사회적 약자로 그 인권 문제가 대두된 양심적 병역거부자와 성전환자의 문제를, 이를 다룬 대표적인 대법원 판결과 각 판결을 전후로 한 사회 변화의 측면에서 살펴본 글이다. ‘사회적 약자’는 이미 그 용어에서 사회의 모든 구성원들이 공동체 의식을 가지고 이들을 대해야 한다는 의미를 내포하고 있다. 그러나 현실에서 사회적 약자는 소수자이기에 차별을 받게 되고, 합리적 근거가 없는 차별적 대우로 인해 기본적 인권을 보장받지 못하는 경우가 생기게 된다.

양심적 병역거부자의 경우 그들의 양심 및 종교의 자유를 누릴 권리는 헌법상 기본권이지만 국방의 의무를 다하는 것 역시 헌법상 의무이므로 어느 쪽을 강조하는지에 따라 양심적 병역거부의 찬반 입장이 팽팽히 맞서왔다. 대법원은 양심적 병역거부에 대해 병역법 위반으로 유죄판결을 선고하였고 헌법재판소는 이 규정을 합헌으로 결정하였으나, 양심 및 종교에 따라 병역거부를 하는 자들에게 징역형을 부과하는 것은 합리적 차별방법이 아니라는 데에 시민들의 공감대가 형성되면서 현재는 양심의 자유와 국방의 의무가 공존할 수 있는 방안으로 대체복무제의 도입이 검토되

* 이 글은 필자가 사법정책연구원에서 연구책임자로 수행한 연구보고서 「대법원 판결과 사회 변화」의 일부를 수정 및 보완하여 작성한 것임을 밝힌다.

** 河旻徑: 대법원 사법정책연구원 연구위원 (법학박사, 미국 뉴욕주 변호사).

고 있는 상황이다.

한편 성소수자의 다양한 문제 중 성전환자의 성별정정문제는 성소수자의 인권 문제 중 가장 먼저 사회적 이슈가 되었다고 볼 수 있다. 이미 성전환수술을 받은 이들을 호적상 성별변경을 인정하는 대법원 판결을 기점으로 현재는 성전환자로 인정하는 데 반드시 성전환 수술을 요하지 않는 등 성전환자의 헌법상 기본권을 존중하는 방향으로 발전해 왔다. 그러나 성소수자의 문제는 다각도로 번지면서 동성혼의 헌법상 인정을 요구하는 등 이성혼간 결혼의 신성성을 믿는 다수의 이성혼 찬성자들의 기본권이 침해되는 것 아니냐는 논의로까지 확대되어왔다.

사회적 약자의 인권을 돌보아야 한다는 것은 절대적 평등을 요구하는 것이 아니라 합리적 근거가 없는 차별적 대우가 이루어져서는 안 된다는 상대적 평등에의 요청이다. 대법원 판결을 둘러싼 사회 변화는 완성된 것이 아니며 여전히 현재 진행형임을 생각해 보면 사회적 약자의 인권에 관한 문제의식은 모든 시민들이 꾸준히 공유해야 하는 문제라 할 것이다. 이와 함께 사회적 약자의 인권은 그 유형에 따른 지원범위와 방법이 정밀하게 모색되어야 한다.

□색인어: 사회적 약자, 대법원 판결, 양심적 병역거부자, 성소수자, 사회 변화

I. 들어가며

사회적 약자란 ‘역사적으로 부당한 대우를 받아왔거나 현재 사회에서 불이익을 받는¹⁾ 공동체 구성원이어서 사회적 연대성의 관점에서 보호가 필요한 사람²⁾’이라고 정의할 수 있다. 인권은 모든 인간이 누구나 향유할 수 있는 보편적 권리임에도, 사회적 약자는 소수자이기에 차별을 받게 되고, 합리적 근거가 없는 차별적 대우로 인해 기본적 인권을 보장받지 못하는 경우가 생기게 된다.

전통적으로 사회적 약자의 논의는 주로 여성, 아동, 장애인 등을 중심으로 이루어져 왔다. 하지만 최근에는 그 논의가 확장되어 양심적 병역거부자, 성소수자, 비정규직 근로자, 외국인 근로자 등 새로운 범주의 인권 문제가 논의의 중심에

1) 사회적 약자를 특징짓는 속성으로 ‘부당한 대우의 역사 또는 현재의 사회적 불이익(History of mistreatment or current social disadvantage, HSD)’으로 부르는 데버러 헬먼(김대근 역), 『차별이란 무엇인가』, 서해문집, 2016, 47면 참조.

2) 차진아, “사회적 약자의 인권에 관한 연구”, 『공법학연구』 제13권 제2호, 2012, 194면.

있다. 그 중에서도 양심적 병역거부자와 성소수자는 혐오표현³⁾의 대상이 될 만큼 그들의 권리 보장 주장에 반대하는 집단 역시 확실히 존재하는 사회적 약자라는 특징을 지닌다. 그렇기 때문에 문제된 영역에서 찬반 논의가 어떻게 충돌해 왔고 해결되어 왔는지를 살펴보는 작업은 중요하다.

대법원의 판결은 구체적 사건에서 대립되는 가치들의 분쟁을 일단락시키는 최종의 사법판단으로서 우리 공동체가 나아가야 할 사회정책적 방향을 제시하고 사회적 합의를 이끌어가는 역할을 한다. 이 글에서는 양심적 병역거부자와 성전환자의 인권 문제에 관하여 대법원의 판결을 전후로 우리 사회에 어떤 변화가 있었는지를 살펴보고자 한다. 이와 같은 작업은 이들의 구체적인 인권 보장 방안을 강구하기에 앞서 선행되어야 할 필수적인 작업으로 생각되기 때문이다.

II. 양심적 병역거부자의 인권에 관한 대법원 판결과 사회 변화

1. 양심적 병역거부자의 인권 문제

(1) 양심적 병역거부의 개념 및 현황

자유권 중에서도 양심의 자유와 종교의 자유는 정신적 자유권의 핵심적인 기본권으로 분류된다. 이와 관련하여 우리나라에서 많은 논의가 있고 국제사회의 이목을 끌고 있는 문제 중 하나가 양심·종교의 자유를 이유로 한 병역거부자에 대한 처우일 것이다. 양심적 병역거부는 징병제 또는 국민 개병제를 시행하여 일반적인 병역의무가 인정되는 국가에서 종교적·철학적·정치적 이유 등에 근거한 자신의 양심상 판단에 따라 병역 또는 집총을 거부하는 행위라고 정의내릴 수 있다.

현재 우리나라에서 정당한 사유 없이 병역 의무인 징집을 거부하는 경우에는 병역법 제88조 제1항에 의하여 3년 이하의 징역에 처해진다(제88조 제1항). 양심과

3) 어떤 개인이나 집단에 대해 그들이 소수자로서의 속성을 가졌다는 이유로 멸시, 모욕, 위협하거나 그들에 대한 편견이나 차별을 조장, 선동, 확산하는 표현을 말한다[홍성수, 『말이 칼이 될 때』, 예크로스, 2018, 41면].

종교의 자유 등을 이유로 병역거부를 하여 병역법에 의한 실형을 선고받은 사람들은 최근 5년간 연 평균 약 339명에 이른다.⁴⁾ 이는 과거에 비해 많이 줄어든 수치이지만 여전히 상당한 수의 사람들이 형사처벌을 받고 있는 것이다. 이와 같은 특징은 분단상황에서 비롯되는 특수한 안보현실과 징병제에서 비롯되는 군복무에 대한 민감한 감정 등에서 비롯된 부분이 크다.

(2) 양심적 병역거부에 대한 찬반논의의 전개

헌법 제19조에 따라 모든 국민은 양심의 자유를 갖는다. 한편 헌법 제39조 제1항에 따라 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다. 헌법상 기본권을 근거로 양심에 따른 병역거부를 하는 자는 헌법상 의무인 국방의 의무를 다하지 않는 것이 된다. 이에 어느 쪽을 강조하느냐에 따라 양심적 병역거부 운동에 대한 찬반 입장이 팽팽히 맞서왔다.

우리나라에서 처음 양심적 병역거부자가 등장한 것은 1949. 8. 6. 징집제도를 법제화한 병역법⁵⁾이 제정 및 시행된 이후 한국전쟁의 발발을 전후하여 제7일 안식일 예수재림교회(Seventh-day Adventists Church, SDA) 및 여호와의 증인(Jehovah's Witnesses, JW) 신도들의 집총거부로 확인되고 있다.⁶⁾ 1970년대 말에는 불교 승려로는 처음으로 집총거부를 한 이가 등장하여⁷⁾ 종교의 특정 교파를 떠난 문제로 인식되기도 하였으나 당시에는 사회적 이슈로 크게 부각되지는 않았다.

그러다 2000. 11. 타이완이 양심에 따른 병역거부를 인정하고 대체복무제를 도입하면서 우리나라에서도 양심에 따른 병역거부의 문제가 언론의 관심을 받게 되고, 시민단체와 학계의 논의를 시작으로 공론화된다. 2002년에는 전쟁반대와 평화 실현을 주장하면서 군 입대를 거부하는 비종교인이 등장하였고,⁸⁾ 대학생과

4) 박범계 국회의원, “[박범계_국감] 헌법재판소, 양심적 병역거부 사실상 손 놓고 방치” (2017. 10. 17.), http://www.bkfire.co.kr/bbs/bbs/board.php?bo_table=bbs2_5&wr_id=199 (2018. 2. 8. 확인).

5) 구 병역법 제1조 대한민국국민된 남자는 본법의 정하는 바에 의하여 병역에 복무하는 의무를 진다.

6) 남한 최초의 양심적 병역거부자는 1952. 4. 해병대에 입대하였다가 집총 거부를 하여 심한 구타를 당하여 6개월 간 병원에 입원한 것으로 알려져 있다[강인철, “한국사회와 양심적 병역거부: 역사와 특성”, 『종교문화연구』 제7호, 2005, 111면].

7) 강인철, 위의 글, 131면.

8) 조선일보, “충드는 것만은 정말 싫습니다 입대대신 봉사하면 안될까요?” (2003. 1. 27.), A6.

대학원생 등이 양심적 병역거부의 공개선언을 하고 병역거부 서명운동을 하였으며, 서울대 공익인권법센터 등에서 양심적 병역거부를 지지하기도 하였다.⁹⁾ 또한 민주사회를 위한 변호사모임과 참여연대 등 29개 단체로 구성된 양심에 따른 병역거부권 실현과 대체복무 개선을 위한 연대회의(이하 ‘연대회의’)가 2002. 2. 4. 발족하여 대체복무제의 도입을 주장하며 입법청원을 위한 시민들의 서명을 받는 등의 활동을 하기 시작하였다. 한편 반대 입장인 민주참여네띠즌연대·자유시민연대와 한국노총 산하 공공서비스 연맹 등 5개 단체 회원 20여명은 연대회의 발족식 당일 참여연대 앞에서 양심적 병역거부 운동을 규탄하는 시위를 벌이는 등 시민단체들의 찬·반 의견이 대립하고 있었다.¹⁰⁾

이러한 시민단체들의 입장과 별개로 양심의 자유 등을 이유로 병역거부를 하는 것에 대한 국민의 인식도 다양하고 통일되어 있지는 않았다. 이를 찬성하는 입장은 개인의 인권 보장의 틀에서 논의해야 하는 문제임을 지적하고 징역이 아닌 다른 대안을 찾아야 한다고 주장한 반면, 반대하는 입장은 군사적 대치상태에 있는 우리의 특수한 분단상황을 고려하여 병역의무에 차등을 두어서는 안 된다고 주장하였다.¹¹⁾ 특히 국방부는 2001. 10. ‘병역거부자 대체복무에 대한 국방부 입장’을 발표하여 우리나라의 특수한 안보환경과 병역의무의 형평성 문제 때문에 허용할 수 없다는 점을 분명히 하였다.¹²⁾

2. 법원의 판결

(1) 2004년 대법원 판결 선고 이전 판례의 전개

법원의 판결도 2000년대를 전후하여 차이를 보인다. 1953년 한국전쟁 종전 직전 징집대상이 된 여호와의 증인 신도가 병역거부 선언을 한 후 군사법정에서 3년의 징역형을 선고받은 것이 우리나라에서 양심적 병역거부자가 최초로 법원의 판결을 받은 사례로 알려져 있다.¹³⁾ 이와 같이 중한 형을 선고하던 법원이 2000년대

9) 조선일보, “서울대 법대교수 일부 “양심적 병역거부지지”” (2002. 5. 25.), 29.

10) 조선일보, ““양심적 병역거부 허용’ 문제 놓고 시민단체들 찬·반 격돌” (2002. 2. 5.), 29.

11) 병무청관계자의 입장에 대해서는 조선일보, ““양심적 병역거부’ 다규 국가인권위서 제작비 지원” (2003. 6. 3.), A2.

12) 병역거부 아카이브, “2001년 국방부 / 병역거부자 대체복무에 대한 국방부 입장” (2001. 10. 23.), http://peacearchive.net/xe/index.php?mid=g_2&page=1&document_srl=659 (2017. 10. 20. 확인).

에 들어서면서 병역법 시행령상 피고인이 병역을 면제받을 수 있는 형량 중 최소형량인 징역 1년 6개월의 형을 선고하기 시작한다. 이는 군사재판 시절 획일적인 3년형의 선고와 확연한 차이를 보여주는 것이었다. 또한 양심적 병역거부자가 병역을 면제받을 수 있도록 항소심에서 1심의 형량을 조절해주기도 하였다. 예를 들어 2002. 10. 30. 서울지방법원은 종교 교리에 따른 양심상의 결정으로 군복무를 거부하고 있는 점과 1년 6개월 이상의 징역 또는 금고 이상의 실형을 선고받아야 병역이 면제되는 점 등을 감안하여 1심 형량인 징역 1년은 가벼워서 부당하다며 형량을 높여 선고하였다.¹⁴⁾

2002. 1. 29. 서울남부지방법원은 병역의 의무와 자유민주적 기본질서의 핵심적 기본권인 양심의 자유를 조화, 병존시킬 필요가 있어 헌법적으로 검토해 보아야 할 단계라고 하여 병역법 제88조의 위헌여부를 심판하여 줄 것을 헌법재판소에 제청하였고,¹⁵⁾ 2004. 5. 21.에는 양심에 따른 병역거부자들에 대한 법원 최초의 무죄판결이 선고하였다.¹⁶⁾ 2004. 5. 22. 서울남부지방법원의 무죄판결 선고에 대한 공감 여부를 전국 성인 1227명을 대상으로 실시한 전화조사 결과, 75.3%가 반대, 12.9%가 찬성, 기타(모름 또는 무응답) 11.8%로 반대의견이 매우 높은 것으로 나타났다.¹⁷⁾ 이와 같이 법원의 판결에 대한 시민적 공감대는 아직 형성되지 않은 것으로 나타났지만 양심에 따른 병역거부자의 입장에서는 환영할만한 획기적인 판결이었다.

양심적 병역거부자에 대하여 대법원으로서 처음으로 유죄를 선고한 1969년 판결¹⁸⁾ 및 입대 후 집총 및 군사교육을 거부한 여호와의 증인 신도에 대하여 항명죄의 유죄를 선고한 대법원의 1992년 판결¹⁹⁾이 있음에도 하급심의 유·무죄 판결들이 계속 엇갈리면서 이로 인하여 시민들의 혼란을 초래한다는 이유로 대법원이 나서서 이를 명확히 하는 판결을 선고할 필요가 있다는 지적이 있게 된다.²⁰⁾

13) 강인철, 앞의 글, 112면.

14) 서울지방법원 2001. 10. 30. 선고 2001노7422 판결.

15) 서울남부지방법원 2002. 1. 29. 선고 2002초기54 결정.

16) 서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2002고단3940 판결.

17) 조선일보, “‘양심적 병역거부 무죄’ 반대 75% · 찬성 13%” (2004. 5. 24.), 1.

18) 대법원 1969. 7. 22. 선고 69도934 판결.

19) 대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1534 판결.

20) 예를 들어 동아일보, “[사설] 병역거부 판결 혼선 빨리 정리돼야” (2004. 5. 31.), A2.

(2) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결

2001. 11. 15. 여호와의 증인 신도는 다음날까지 훈련소에 입영하라는 서울지방 병무청장 명의의 현역입영통지서를 받고도 종교적 신념을 이유로 입영을 거부하였다. 이에 대하여 대법원은 입영기피에 대한 처벌조항은 국가안보의 인적 기초인 병력구성을 강제하기 위하여 입법된 법률조항이고 병역법위반죄의 구성요건해당성을 배제하기 위한 '정당한 사유'라 함은 추상적 병역의무 자체를 이행할 의사가 가지고 있었으나 병무청장 등의 결정으로 구체화된 병역의무를 귀책사유 없이 불이행할 수밖에 없었던 사유, 예컨대 질병 등 병역의무 불이행자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유의 발생으로 예정된 기일에 입영할 수 없었던 사유에 한한다고 판단하면서 유죄를 인정한 하급심의 판단을 유지하였다.

헌법 제19조에서 보장하고 있는 양심의 자유는 양심 형성의 자유와 양심상 결정의 자유를 포함하는 내심적 자유 외에도 소극적 부작위에 의한 양심 실현의 자유를 포함한다. 여호와의 증인 신자인 피고인이 자신이 믿는 종교적 교리를 좇아 형성된 인격적 정체성을 지키기 위해 양심의 명령에 따라 현역병 입영을 거부하는 것은 소극적 부작위에 의한 양심의 표명행위에 해당하고, 동시에 양심상 결정의 동기가 그가 믿는 종교에 기초하였으므로 헌법 제20조 제1항의 종교의 자유도 제한된다. 그러나 양심실현의 자유는 양심의 실현과정에서 다른 법익과 충돌할 때에는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 판시하였다. 따라서 남북이 분단되어 군사적 대치상황에 놓여있는 우리의 특수한 상황을 고려할 때 헌법 제39조 제1항이 규정한 국방의 의무가 제대로 이행되지 않아 국가의 안전보장이 이루어지지 않는다면 헌법 제10조가 명시하고 있는 인간으로서의 존엄과 가치도 보장될 수 없으므로 피고인의 양심의 가치가 우월한 헌법적 가치를 가진다고 볼 수 없고 헌법 제37조 제2항에 따른 제한은 허용된다 할 것이다. 또한 피고인에게 양심상의 결정에 반한 행위를 기대할 가능성이 있는지를 판단할 때 피고인의 행위 당시 구체적 상황 하에 행위자 대신 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 기대가능성 유무를 판단하여야 할 것이기 때문에 피고인의 양심상 결정이 압박할 것으로 보이는 하지만 적법행위로 나아가는 것이 실제로 전혀 불가능하다고 할 수 없다고 보았다.

이 판결은 양심에 따른 병역거부자에 대한 최초의 대법원 전원합의체 판결이었

는데, 하급심 법원의 판결이 엇갈려 시민들의 혼란이 초래된다는 지적을 정리한 것이기도 했다. 대법관 12인 중 11인이 유죄 의견, 1인이 무죄 의견이었고, 6인의 대법관이 대체복무제 도입의 필요성을 인정하였다.

(3) 헌법재판소의 결정

2004년 판결이 있는 직후 헌법재판소는 2004. 8. 26. 서울남부지방법원의 위헌법률심판 제청 사건에서 병역법 제88조 제1항 제1호를 합헌이라고 결정하였다.²¹⁾ 2인의 반대의견은 대안의 마련이 필요하고 가능성에도 불구하고 일률적으로 입영을 강제하고 형사처벌을 하는 범위에서는 위헌이라는 의견을 개진하였으나, 법정의견은 대체복무제를 도입하지 않고 있는 병역법 규정은 국가안보 및 병역의무의 형평성이라는 중대한 공익을 실현하고자 하는 것으로 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다고 하여 대법원의 입장과 맥을 같이 하였다. 이후 헌법재판소는 2011. 8. 30. 양심에 따른 병역거부자 처벌에 대하여 다시 합헌으로 결정하였다.²²⁾

현재는 법원의 위헌법률심판 제청 6건을 포함하여 총 30여건의 양심에 따른 병역거부 관련 사건이 2015. 7. 9. 공개변론을 통해 양측의 주장과 근거를 들은 이후 심리가 마무리된 상태로 세 번째 결정이 예정되어 있다.²³⁾

3. 대체복무제의 도입 검토

(1) UN 인권위원회에 개인통보 제기 및 대체복무제 도입 권고

2004년 판결에서 1년 6개월의 실형을 선고받은 피고인은, 대체복무제의 마련 없이 일률적으로 병역의무를 부과하고 이를 거부하는 자를 처벌하는 병역법은 우리나라가 가입한 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR)’²⁴⁾ 제18조 제1항²⁵⁾이 보장하고 있는 사상,

21) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정.

22) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 등 결정.

23) 중앙일보, “소수자 보호 소홀 국가 잘못” vs “병역거부 허용 북 돕는 꼴” (2017. 5. 7.), <http://news.joins.com/article/21547429> (2017. 9. 25. 확인).

24) 자유권규약, B규약 등으로도 불린다.

25) 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는

양심 및 종교의 자유를 침해한다고 직접 UN 인권위원회(Human Rights Committee)²⁶⁾에 개인통보(individual communication)를 제기하여 구제를 요청하였다. 개인통보 제도는 개인 등이 국제인권기준 또는 인권조약에 의하여 인정된 권리와 기본적인 자유가 국가에 의해 침해되었다는 취지를 국제적 기관에 통보하고 그 검토를 통하여 인권침해에 관한 권리구제를 도모하는 제도이다.²⁷⁾

이에 대하여 UN 인권이사회는 2005. 1. 국가별 정례 인권상황 검토(Universal Periodic Review, UPR)를 통하여 양심적 병역거부자를 형사처벌하지 않도록 촉구하면서,²⁸⁾ 2004년 판결의 피고인이 개인통보한 사건에 대하여 양심에 따른 병역거부자에게 형사처벌의 불이익을 주는 것은 규약 제18조 제1항 위반이라는 결정을 하였고,²⁹⁾ 이후 양심에 따른 병역거부권의 인정과 대체복무제도의 도입을 우리나라에 권고하고 있다.³⁰⁾

대법원은 2007년의 자유권규약과 양심적 병역거부의 관계만을 집중 쟁점으로 한 판결³¹⁾에서 대체복무제도의 도입 여부는 입법자에게 광범위한 재량이 부여되어 있는 것이라고 판시하였다. 즉 자유권규약상 양심 표명의 자유의 일환으로 양심적 병역거부를 인정한다 하더라도 첫째, 대체복무제도를 두지 않은 것 그 자체가 규약 위반은 아니고, 둘째, 가입국의 역사와 안보환경, 사회적 계층 구조, 정치적, 문화적, 종교적, 철학적 가치 등은 국가별로 상이하므로 양심적 병역거부자들에게 병역의무의 면제를 부여할 것인지 또는 순수한 민간 성격의 대체복무제도를 도입할 것인지에 관하여는 가입국의 입법자에게 광범위한 재량이 부여되어야 한다고 보았다. 이어 “장차 여건의 변화로 말미암아 양심의 자유 침해 정도와 형벌 사이의 비례관계를 인정할 수 없음이 명백한 경우에 조약 합치적 해석 혹은 양심우호적 법적용을 통하여 병역법 제88조 제1항 소정의 ‘정당한 사유’에

종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와, 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다.

26) 유엔인권이사회(UN Human Rights Council)의 전신인 유엔인권위원회(UN Commission on Human Rights)와의 구분을 위해, 자유권의 내용을 다루는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 실행을 위해 역할을 수행하므로 ‘자유권규약위원회’로 번역하기도 한다.

27) 정치학대사전편찬위원회, 21세기 정치학대사전, <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=726088&cid=42140&categoryId=42140> (2017. 10. 18. 확인).

28) 박찬운, “양심적 병역거부: 국제인권법적 현황과 한국의 선택”, 「저스티스」 제141호, 2014, 7면.

29) Yeo-Bum Yoon and Myung-Jin Choi v. Republic of Korea Human Rights Committee, Communication Nos. 1321/2004, 1322/2004 (CCPR/C/88/D1321-1322/2004), 23 Jan. 2007.

30) 박찬운, 앞의 글, 7면.

31) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결.

해당한다고 보아 적용을 배제할 여지가 전혀 없다고는 단정할 수 없겠으나, 현재로서는 대체복무제도를 두지 아니하였다 하여 규약 위반으로 평가할 수 없다.”고 보았다.

(2) 국가기관의 대체복무제의 도입 시도

2004년 판결 이후 국가인권위원회는 2005. 12. 양심에 따른 병역 거부권이 국제규약상 양심의 자유와 자유의 보호범위 안에 있다며 국회의장과 국방부장관에게 대체복무제 도입을 권고했다. 이에 대해 국방부는 2007. 9. 대체복무제 도입을 추진하겠다고 발표했지만 이듬해 실시된 여론조사를 근거로 국민적 합의가 부족해 대체복무가 시기상조이므로 수용이 불가능하다고 밝혔다.³²⁾

대체복무제 관련 법안도 2004. 9. 당시 열린우리당 임종인 의원 등이 양심에 따른 병역거부자에 대해 육군 현역병 복무기간의 1.5배인 36개월 동안 사회복지요원으로 근무하게 하고 이를 병자해 병역을 기피하는 경우 1년 이상의 징역에 처하는 병역법 개정안을 발의한 것을 비롯하여 제17~19대 국회에서 발의되었다.³³⁾ 점차 병역의무 이행자들이 납득할 수 있도록 병역거부 사유의 명확성, 대체복무의 부담이 병역의무 이행보다 가볍지 않을 것, 전쟁 등 특수상황에서는 어떻게 할 것인지 등에 대한 합의가 이루어진 합리적인 대체복무제가 필요하다는 의견이 등장하는 등 논의가 구체화되고 있다.

(3) 시민들의 인식과 과제

병역 의무는 국가 공동체 유지를 위한 공적 의무 중 하나이고, 공동체 유지는

³²⁾ 국제앰네스티, “[보도자료] 양심적 병역거부자 대체복무 허용 찬성 의견 70%로 나타나” (2016. 5. 10.), <https://amnesty.or.kr/12873/> (2017. 9. 18. 확인).

³³⁾ 대체복무제도를 도입하여 양심적 병역거부를 인정하는 것을 골자로 하는 병역법 개정안이 발의된 것으로는, 17대 국회에서 2004. 9. 22. 임종인 의원 등 22인의 발의안(의안번호: 170521), 2004. 11. 19. 노회찬 의원 등 10인의 발의안(의안번호: 170932), 18대 국회에서 2011. 7. 1. 김부겸 의원 등 11인의 발의안(의안번호: 1812534), 2011. 9. 14. 이정희 의원 등 10인의 발의안(의안번호: 1813210), 19대 국회에서 2013. 7. 18. 전해철 의원 등 12인의 발의안(의안번호: 1906042) 등이 있으나 본회의에는 상정되지 않았다. 현재 20대 국회에서는 2016. 11. 15. 전해철 의원 등 11인의 발의안(의안번호: 2003582), 2017. 5. 31. 이철희 의원 등 12인의 발의안(의안번호: 2007106), 2017. 5. 31. 박주민 의원 등 21인의 발의안(의안번호: 2007107) 등이 있다. 출처는 정부입법지원센터, “국회/정부 입법현황”, http://www.lawmaking.go.kr/lmSts/nsmLmSts/out?scBINmSct=%EB%B3%91%EC%97%AD%EB%B2%95&scBINm=scBINm_bINm&sgtCls=900202&sugCd=20&pageIndex=2 (2017. 10. 30. 확인).

개인의 안전을 위한 전제 조건이기도 하므로 이와 같이 공동체 유지를 위한 병역의 강제는 분단국가의 현실에서 더욱 중요하게 된다. 국가인권위원회의 2016년 국민인권의식조사에 따르면 양심에 따른 병역거부에 대한 허용을 찬성하는 답변이 46.1%, 허용되면 안 된다는 의견이 52.1%였다.³⁴⁾ 이는 양심에 따른 병역거부에 대한 찬성의견인 2005년의 10.2%, 2011년 33.3%와 비교하여 볼 때 매우 증가한 수치이지만³⁵⁾ 여전히 허용하지 말자는 의견이 더 많은 것으로 나타난 것은 국민들이 우리의 남북 대치상황의 현실에서 병역의무 이행의 중요성을 인식하고 있는 것이라고 볼 수 있다.

그러나 양심의 자유 등을 이유로 한 병역거부와 달리 대체복무제를 허용할 것인가와 관련하여, 서울지방변호사회가 2016. 6. 17. ~ 2016. 7. 2. 실시한 설문조사에서 변호사 1297명 중 80.5%인 1044명이 대체복무제를 법률로 도입해야 한다고 답하였다.³⁶⁾ 국제앰네스티 한국지부가 2016. 5. 15. 세계병역거부자의 날을 앞두고 여론조사 전문기관 한국갤럽에 의뢰해 2016. 4. 19. ~ 2016. 4. 21. 까지 3일간 전국의 만 19세 이상 성인남녀 1,004명을 대상으로 실시한 양심에 따른 병역거부 관련 조사에서는, 응답자들의 72%가 양심에 따른 병역거부를 ‘이해할 수 없는 일’로 보면서도, 대체복무제 도입에는 70%가 찬성하는 입장을 표했다. 그 이유로는 ‘감옥보다는 낫다’는 것이 26%의 비율로 가장 높았고, 그 다음으로 ‘국민의무를 다해야 한다’(16%), ‘다른 기회를 부여해야 한다’(14%), ‘개인의 선택이나 인권문제이다’(12%), ‘감옥은 가혹하다’(8%) 의 순서로 나타났다.³⁷⁾

이와 같은 통계에 비추어 볼 때 양심의 자유와 국방의 의무가 공존할 수 있는 방안으로 대체복무제의 도입이 논의되고 있는 것으로 해석할 수 있다. 시민의 윤리적 자율성을 보호하는 것은 국가의 의무³⁸⁾라는 점에 비추어 볼 때 고유한 양심에 따라 병역을 거부하는 자를 처벌해서는 안 될 것이다. 그러나 양심의 자유라는 인권은 모든 시민들의 주권행사를 통해 교정되므로 국민의무의 평등한 부담을 위해 병역의무에 상응하는 부담을 짊어지게 할 필요는 있다.³⁹⁾ 병역거부

34) 국가인권위원회, 2016년 국민인권의식조사 (2016), 97.

35) 국가인권위원회, 2016년 국민인권의식조사 (2016), 97.

36) 서울지방변호사회 공식블로그, http://blog.naver.com/seoul_bar/220754177989 (2017. 6. 12. 확인)

37) 국제앰네스티, “[보도자료] 양심적 병역거부자 대체복무 허용 찬성 의견 70%로 나타나” (2016. 5. 10.), <https://amnesty.or.kr/12873/> (2017. 9. 18. 확인).

38) 손동권, “사상범에 대한 현행법규의 검토”, 『비교형사법연구』 제15권 제1호, 2003, 29면.

39) 대체복무제도를 인권과 주권의 변증태로 바라보는 이상돈, 『기초법학(제2판)』, 법문사, 2010, 29.

사유의 명확성, 대체복무의 부담이 병역의무 이행보다 가볍지 않을 것, 전쟁 등 특수상황에서는 어떻게 할 것인지 등 합리적인 대체복무제가 모색되어야 할 것이다.

Ⅲ. 성전환자의 인권에 관한 대법원 판결과 사회 변화

1. 성전환자의 인권 문제

(1) 성전환증과 성전환자의 개념

성전환증(transsexualism)은 1930년 세계 최초로 성전환 수술에 성공한 독일인 의사 Magnus Hirschfeld에 의해 1923년부터 사용된 용어로서 육체적 성(sex)과 정신적인 성(gender)이 일치하지 않는 성정체성 장애를 일컬으며, 성전환자란 스스로 느끼는 사회적 성(gender)에 따라 자신의 생물학적 성(sex)을 바꾼 사람을 말한다.⁴⁰⁾ 이는 1953. 12. 미국의 정신치료학회의 학술대회에서 언급되면서 비로소 의학계의 학문적 관심을 받게 된다.⁴¹⁾ 1994년 세계보건기구(World Health Organization, WHO)는 제10차 국제질환분류(The International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD) F.64에서 성전환증을 성정체성 장애(gender identity disorder) 중 하나로 분류하고 “자신과 반대되는 성의 일원으로 살고 인정받고 싶은 욕망이, 대개 수술과 호르몬 치료를 통해 자신의 신체를 선호하는 성의 신체에 가능한 일치되도록 하고 싶어하는 욕구와 동반되는 질병”이라고 정의하면서, 성전환증으로 진단되려면 “전환된 성으로서의 정체성이 최소한 2년 이상 지속되어야 하고, 조현병이나 성염색체이상증후군 관련 질병 등의 다른 정신장애증상이 존재하지 않아야 한다.”라고 명시하였다.⁴²⁾ 성전환증의 원인에 대해서는 성호르몬 분비의 불일치에 기인한다는 생물학적

40) Lin Fraser & Gail A. Knudson, “Gender Dysphoria and Transgender Helath”, ABC of Sexual Health(3rd ed.), 2015, p. 108.

41) 이무상, “성전환증에 관한 의학적 개관”, 『판례실무연구』(VIII), 박영사, 2006, 537면.

42) World Health Organization, “The ICD-10 Classification of Mental and Behavioural Disorders: Diagnostic criteria for research” (1993), <http://www.who.int/classifications/icd/en/GRNBOOK.pdf> (2017. 11. 23. 확인).

견해, 가정을 비롯한 환경 등으로 성장 과정에서 여성과 남성의 개념에 혼란이 와서 나타나는 것이라는 사회심리학적 견해 등 의견이 분분하지만 뚜렷하게 입증된 것은 없다.⁴³⁾

우리나라 최초의 성전환 수술은 1955. 8. 실시된 것으로 신문보도를 통해 알려졌다.⁴⁴⁾ 1990년대 들어서면서 성전환자들이 법원에 성별정정허가신청을 내면서부터 이들의 인권 문제가 사회적 이슈로 부각되기 시작하였고, 2001년 성전환자 연예인 하리수가 활발히 활동하기 시작하면서 성전환자의 존재가 사회적 이슈로 가시화된다.⁴⁵⁾ 성전환자의 성별정정과 관련한 최초의 규정은 1993. 1. 12. 제정·시행된 ‘성전환자의 성별정정방법 및 호적기재의 추정력’을 규정하고 있는 호적선례 제3-621호라고 볼 수 있다. 해당 규정은 “호적상 성별란에 남자로 기재되어 있는 자가 성전환증환자로서 수술을 받은 경우에는 사건본인을 포함한 이해관계인이 호적이 있는 지를 관할하는 법원에 관계 소명자료를 첨부하여 호적정정허가를 신청하여 그 허가를 받게 되면 그 허가서에 따른 호적정정신청을 함으로써 호적상 성별란에 ‘남자’로 기재되어 있는 것을 ‘여자’로 정정할 수 있을 것이나, 호적정정허가신청서에 첨부된 서면이 성별을 정정함에 족한 서면인지 여부에 대하여는 당해 재판절차에서 판단할 사항이며, 그러한 절차가 이루어지기 전에는 일단 호적상 기재되어 있는 대로 그러한 사람은 ‘남자’로 추정할 수밖에 없을 것이다.”라고 정하고 있었다.

(2) 성전환자의 성별 정정 허용에 대한 찬반입장의 대립

성전환자의 성별 정정을 허용할 것인지에 대하여 찬반 입장이 팽팽히 대립하고 있었다.

먼저 찬성하는 입장에서는 헌법상 인간존엄성과 행복추구권을 위해 성전환자들에게 호적정정을 허용할 필요가 있다고 주장하였다. 세계보건기구에 의해 질병으로 분류되는 성전환증은 사회심리학적 상담과 교육으로는 쉽게 치료가 되지

43) 성전환증의 원인에 대한 정리는 이무상, 앞의 글, 544-547면 참조.

44) 동아일보, “단상단하” (1955. 9. 3.), 1. 이호림 외, “한국 트랜스젠더 의료접근성에 대한 시론”, 「보건사회연구」 제35권 제4호, 2015, 67면. 월간조선, “[화제주적] 세계 최초 성전환 수술 300건 달성한 김석권 동아대 의과대 교수” (2012. 5.), http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2012/04/2/2012042200202.html?Dep0=twitter&d=2012042200202 (2017. 11. 28. 확인).

45) 인천지방법원 2002. 12. 12. 선고 2002호파2288 결정에서 하리수의 성별정정신청을 받아들였다.

않기 때문에 위험한 성전환수술을 적극적으로 고려하게 되는 점과,⁴⁶⁾ 성전환 희망자들의 자살률이 일반 평균인들의 1,000배 정도에 달할 만큼 높다는 점을 지적하였다.⁴⁷⁾ 또한 염색체 검사로 성별을 판정하는 것이 부정확하다는 사례가 점점 늘고 있으므로 성전환증에 대한 정확한 가이드라인이 만들어져야 불법적인 수술에 따른 피해를 막을 수 있다고 주장하기도 하였다.⁴⁸⁾

반면 반대하는 입장은 성은 창조자의 권한이기 때문에 성전환을 하고자 하는 사람에게는 수술이 아니라 치료가 필요하다고 주장하였다. 현대 의학기술로 외형만 바꾼다고 해서 성염색체가 바뀌는 것이 아니고, 수술로 진정한 자아를 찾았다고 볼 수도 없으며, 사회학적 성에 관한 문제는 사회환경과 정신심리학적으로 치료하는 노력이 필요하다고 인위적 성전환의 무의미성을 지적하였다.⁴⁹⁾ 특히 청소년들이 성을 사회적 선택사항으로 인식할 경우 큰 혼란이 올 수도 있다는 점을 우려하였다.⁵⁰⁾

이러한 찬반의 입장이 대립하고 있는 상태에서, 2001년 성전환에 대해 한국갤럽이 전국 성인남녀 1,520명을 대상으로 실시한 여론조사 결과에서 ‘성전환자가 전환한 성으로 호적 변경을 원한다면 변경해줘야 하는가’란 질문에 찬성이 58.6%, 변경해줘서는 안 된다는 입장이 30.5%로 찬성 의견이 더 높았고,⁵¹⁾ 2002. 7. 12. 여론조사 전문기관 엠비존이 1,116명을 대상으로 실시한 여론조사 결과에서는 찬성과 반대가 각각 73%, 22%로 찬성 여론이 더욱 높다고 나타났다.⁵²⁾

2. 법원의 판결

46) 동아일보, “성전환 국내서도 문제화” (1992. 11. 26.), 11.

47) CBS 뉴스레이다 5부, “대담: 연세대 의대 이무상 교수” (2006. 6. 23.) <http://m.nocutnews.co.kr/news/164117> (2017. 11. 28. 확인).

48) 동아일보, “‘성전환자 호적 성별 변경 어찌나’ 대법 첫 심리” (2006. 5. 19.), <http://news.donga.com/View?gid=8308770&date=20060519> (2017. 11. 27. 확인).

49) 김대원, “성전환 호적 허용, 사법사상 최대 오판”, 크리스천투데이 (2006. 6. 27.), <http://www.christiantoday.co.kr/articles/175979/20060627/%EC%84%B1%EC%A0%84%ED%99%98-%ED%98%B8%EC%A0%81-%ED%97%88%EC%9A%A9-%EC%82%AC%EB%B2%95%EC%82%AC%EC%83%81-%EC%B5%9C%EB%8C%80-%EC%98%A4%ED%8C%90.htm> (2017. 10. 23. 확인).

50) 동아일보, “대법, 성전환자 호적정정 허용 ... 소수자의 성선택 권리 인정” (2006. 6. 23.), <http://news.donga.com/View?gid=8321710&date=20060623> (2017. 11. 27. 확인).

51) 조선일보, “[여론조사] 성만족도” (2001. 8. 6.), 7.

52) 조선일보, “[여론조사] 성전환 호적변경” (2002. 7. 15.), 6.

(1) 하급심 법원의 입장

성전환자의 성별정정방법 및 호적기재의 추정력에서도 알 수 있듯이 결국 호적정정을 위해서는 법원의 허가가 가장 중요하고 필수적인 부분임을 알 수 있다. 그러나 성전환에 따른 호적정정과 관련한 신청에 대해서 하급심 법원은 일관되지 않은 경향을 나타냈다.

성별 정정을 불허한 하급심 결정은 주로 성염색체를 기준으로 성별 정정을 불허하였다. 서울가정법원⁵³⁾은 1987. 10. 12. 세포유전자분석결과와 보고서의 기재에 의하면 염색체의 명칭이 여성인 사실을 알 수 있다고 하여 신청을 기각하였고, 수원지방법원⁵⁴⁾은 1990. 8. 21. 성전환 수술 이후 호적정정을 신청한 자에 대해서 신청을 허용하지 않으면서, 호적법 제120조가 규정하는 호적정정의 대상에 해당하지 않으며, 성전환증은 일종의 정신질환으로서 각종의 치료방법에 의하여서도 치유가 불가능하다고 판시했다. 또한 1995. 10. 5. 광주지방법원⁵⁵⁾에서도 성전환 수술을 받아 호적상의 성별과 신체외형상의 성별이 다르지만 성염색체 구성이 아무런 이상이 없는 정상적인 남성의 성염색체 구성을 가지고 있으므로 정신의학적으로 성적 동일성 이상인 변성증(성전환증)이라는 증후군의 증상을 보이는 데 불과해, 그와 같은 사유만을 가지고 곧바로 법적인 성을 결정하는 호적상의 성을 여성이라 할 수는 없다고 보아 성전환자에 대한 호적정정을 허용하지 않았다.

우리나라 법원에서 성전환자의 성별정정 신청이 최초로 받아들여진 것은 1990년이다. 대전지방법원 천안지원은 1990. 4. 19.⁵⁶⁾ 외부성기의 구조 및 정신의학적으로 볼 때 사회적·법률적으로 여성으로서 생활하는데 불편이 없도록 하여야 하며, 유전학적 성염색체에 의한 성의 구분을 중시하는 견해도 존재하지만, 정신이나 신체가 완전한 여성인데도 호적에 계속 남성으로 남아 있을 경우 군 입대 등 사회생활이나 법적 권리의무 행사에서 불편이 크다는 점을 참작할 때 남자에서 여자로 성별정정을 허가함이 타당하다고 하였다.⁵⁷⁾ 이후 서울지방법원 의정부지원 역시 1995. 2. 18. 성전환증으로 진단받아 병역의무가 면제되고 10년 이상 여성호르몬을 투여하여 체형이 여성화된 40세 남자가 성전환수술에 성공한 뒤

53) 서울가정법원 1987. 10. 12. 자 87호파3275 결정.

54) 수원지방법원 1990. 8. 21.자 90브10 결정.

55) 광주지방법원 1995. 10. 5.자 95브10 결정.

56) 대전지방법원 천안지원 1990. 4. 19. 선고 90호파71 결정.

57) 서울지방법원 의정부지원 1995. 2. 18.자 94호파1057 결정.

법원에 성전환 및 성명정정 신청을 한 사안에서 담당판사는 결정을 하기까지 4개월간의 고민 끝에⁵⁸⁾ 정정을 허가하였다.

하지만 이후에도 성전환자들의 성별정정신청은 재판부에 따라 기각되기도 하고 인용되기도 하여, 성전환자에 대한 호적 정정의 결과가 법원과 판사에 따라 달라진다는 비판에 직면하였다. 성전환자의 입장에서 성별 정정 가능성에 대한 예측가능성이 떨어지는 상황에서 대법원이 해당 문제에 대한 최종적인 기준을 제공할 필요가 있다는 인식이 형성되었다.

(2) 대법원 2006. 6. 22. 자 2004스42 전원합의체 결정

신청인은 호적상 여성으로 등재되어 있으나 성장기부터 여성에 대한 불일치감과 남성으로의 귀속감을 나타내면서 스스로 실제 생활을 남성과 같이 하였으나 공적으로는 여성으로 취급받는 것에 정신적 고통이 있어 42세에 이르러 성전환수술을 받아 남성의 외부 성기와 신체 외관을 갖추게 되었고 결혼하고 싶은 여성도 만나게 되었다. 이에 신청인은 호적상 성별을 여성에서 남성으로, 호주와의 관계도 누이가 아닌 형으로 정정허가를 구하면서 남성적인 이름으로 개명신청을 하였다.

1심법원⁵⁹⁾과 항소심법원⁶⁰⁾에서는 이 사건의 호적정정 및 개명 신청을 허용하지 않았다. 생물학적 성별은 성염색체에 의하여 결정되는 것이 명백하고 성전환수술은 인위적인 방법으로 남성으로의 성징을 구비하는 것처럼 보이도록 전환한 것일 뿐이라는 점을 강조하였고, 우리 법체계도 이와 같은 국민의 성별을 기준으로 규율을 달리 하고 있으므로 성전환을 허용하는 특별법이 아직 존재하지 않는 이상 이를 허용할 수 없다고 보았다. 그러나 대법원은 공개변론을 열고 전문가들의 의견을 들은 후 성전환자의 성별을 정정하는 것을 허용하는 결정을 내린다.⁶¹⁾

⁵⁸⁾ 담당판사는 “남성을 여성으로 결정하는 일이 선택이 거의 없고 설사 과거에 비슷한 신청이 있었더라도 프라이버시 문제 때문에 판결을 기록으로 남기지 않아 이번 결정을 내리는 데 장고(長考)를 거듭했다. ... 하늘이 정해놓은 성을 인간인 법관이 바꾼다는 것이 온당치 않은데다 판결도 찾을 수 없어 결정을 내리기까지 번민을 거듭했다.”라고 하였다[동아일보, “성전환40대 “여성 인정” 첫 판결” (1995. 3. 18.), 31].

⁵⁹⁾ 청주지방법원 2003. 5. 13. 자 2003호파516, 517 결정.

⁶⁰⁾ 청주지방법원 2004. 7. 8. 자 2003라57 결정.

⁶¹⁾ 대법원은 성전환자에게 호적의 성별 변경을 허용해야 하는지에 대해 처음으로 의학과와 종교계 전문가를 불러 공개변론을 갖고 견해를 들었다. 공개변론에서 전문의 참고인으로 진술했던 이무상 교수의 의견이 대상판결에 큰 영향을 미쳤다고 분석하기도 한다[권석천, 『대법원, 이의 있습니다』, 창비, 2017, 125면].

먼저, 과거에는 사람의 성을 결정하는 근거를 생물학적인 요소에 국한했으나 근래에 와서는 생물학적 요소뿐만 아니라 행동·태도·성격적 특징 등의 성 역할을 수행하는 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하게 되었다고 보았다. 일반적으로 성전환증을 가진 사람의 경우에는 남성 또는 여성 중 어느 한쪽의 성염색체를 보유하고 해당 염색체와 일치하는 생식기와 성기가 형성·발달되어 출생하지만, 성장함에 따라 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로의 역할을 수행하며 성기를 포함한 신체 외관 역시 반대의 성으로 형성하기를 원하게 된다. 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 상당기간 정신과적 치료나 호르몬 치료 등을 실시하여도 여전히 위 증세가 치유되지 않아, 성전환 수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추고, 사회적인 영역에서도 전환된 성 역할을 수행함으로써 주위 사람들로부터도 그 성으로서 인식되고 있고 전환된 성을 그 사람의 성별로 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 않는다면 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있다고 하였다.

성전환자도 인간으로서의 존엄과 가치를 향유하며 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리가 있으며, 이러한 권리들은 질서유지나 공공복리에 반하지 않는 한 마땅히 보호받아야 할 가치가 있으므로 헌법원칙에 따라 사회통념상 바뀐 성을 가진 것으로 인정된 사람의 호적 성별을 바꿀 수 있다. 성전환자가 명백한데도 호적의 성별이나 이에 따라 받게 되는 주민등록번호가 여전하다면 사회적으로 비정상적인 사람으로 취급되고 취업이 제한되어 행복추구권 등 헌법상 기본권이 침해될 우려가 있다. 또한 호적법이 성전환자의 호적상 성별란 기재를 수정하는 절차규정을 두지 않은 이유는 입법자가 이를 허용하지 않기 때문이 아니라 입법 당시에는 그 가능성과 필요성을 상정하지 못하였기 때문으로 파악된다. 호적에는 진정한 신분 관계가 기재되어야 한다는 것이 기본원칙이고 모든 사정을 종합하여 보면 신청인은 사회통념상 남성으로 평가될 수 있는 성전환자에 해당하는 것이 명백하므로 원심이 성전환자에 대한 호적정정을 허용할 근거가 없다는 등의 이유로 이 사건 신청을 배척한 결정에는 위법이 있다.

대법원 결정 당시의 호적법에는 출생 시 호적에 기재된 성별란의 기재를 전환된

성에 따라 수정하기 위한 절차 규정이 존재하지 않았기 때문에 호적정정과 관련 규정에 관한 해석 문제가 발생할 수 있었다. 그러나 대법원은 진정한 신분관계가 호적에 기재되어야 한다는 호적의 기본원칙에 비추어 성전환자 문제를 최초로 정면으로 다룬 결정을 내렸다는 점에서 의미가 컸다.

(3) 성전환자에 대한 강간죄의 인정

1996년 구 형법 제297조가 “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자”로 규정되어 있을 당시⁶²⁾ 대법원은 성전환수술을 받은 자가 강간죄의 객체가 된 사안에서, 기본적인 요소인 성염색체의 구성이나 본래 성기의 구조, 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환 수술을 한 경위, 시기 및 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점, 이에 대한 사회 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 볼 때 여자로 볼 수 없다는 이유로 강간죄의 적용을 부정하였다.⁶³⁾

그러나 2006년 성전환자의 호적 정정을 인정한 대상 결정 이후인 2009. 9. 10. 대법원은 남성에서 여성으로 성전환한 자를 성폭행한 자에 대하여, “피해자는 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로의 귀속감을 나타내었고, 성인이 된 후 의사의 진단 아래 성전환수술을 받아 여성의 외부 성기와 신체 외관을 갖추었으며, 수술 이후 30여 년간 여성으로 살아오면서 현재도 여성으로서의 성정체성이 확고하여 남성으로 재전환할 가능성이 현저히 낮고, 개인생활이나 사회생활에서도 여성으로 인식되어, 결국 사회통념상 여성으로 평가되는 성전환자에 해당한다고 봄이 상당하고, 이 사건 피고인도 피해자를 여성으로 인식하여 강간범행을 저질렀다.”라는 이유를 들어 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 위반의 주거침입강간죄를 인정하기에 이른다.⁶⁴⁾

3. 대법원예규의 제정

(1) 성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침의 제정

호적정정에 관한 유일한 규정이었던 호적법 제120조⁶⁵⁾에 대해서는 성전환에

62) 2012. 12. 18. 형법 제297조는 “폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자”로 개정되었다.

63) 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결.

64) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결.

다른 호적상의 성별정정에 대한 어떠한 기준이나 요건에 관한 내용이 없다는 비판이 제기되었고, 이에 따라 ‘성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침’이 대법원의 호적예규 제716호로 2006. 9. 6. 제정 및 시행되었다.

동 예규 제1조에서는 “이 지침은 2006. 6. 22. 대법원 2004스42 전원합의체결정에 의하여 성전환자에 대한 성별정정이 허용됨에 따라, 성전환자가 호적의 성별란에 기재된 출생당시의 성을 전환된 성으로 변경하기 위하여 호적법 제120조의 규정에 의한 호적정정허가신청을 하는 경우에 필요한 사항과 재판절차 그리고 성별정정허가결정을 받은 성전환자의 호적기재와 관련된 사항을 정함을 목적으로 한다.”라고 명시해 해당 지침이 대상 결정의 결과물이라는 점을 분명히 하고 있다. 또한 성별정정허가를 판단하기 위하여 제6조의 ‘성별정정의 허가기준’에서 “법원은 심리결과 신청인에게 다음 각호의 사유가 있음을 인정한 경우에는 성별정정을 허가할 수 있다. 1. 신청인이 대한민국 국적자로서 만 20세 이상의 행위능력자이고 혼인한 사실이 없으며, 신청인에게 자녀가 없음이 인정될 것 2. 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자기의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴온 사정이 인정될 것 3. 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였으나 신청인이 여전히 수술적 처치를 희망하여, 자격있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체외관이 반대의 성으로 바뀌었음이 인정될 것 4. 성전환수술의 결과 신청인이 현재 반대의 성으로서의 삶을 성공적으로 영위하고 있으며, 생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재전환할 개연성이 없거나 극히 희박하다고 인정될 것 5. 남자에서 여자로의 성전환(MTF)인 경우에는 신청인이 병역법 제3조에 의한 병역의무를 이행하였거나 면제받았을 것 6. 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 없다고 인정될 것 7. 기타, 신청인의 성별정정이 신청인의 신분관계에 중대한 영향을 미치거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 인정될 것”이라고 7가지 기준을 마련하였다.⁶⁵⁾

⁶⁵⁾ 대상 결정 이후 호적법이 폐지되고 가족관계의 등록 등에 관한 법률이 제정되어, 호적법 제120조의 내용이 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제104조(위법한 가족관계 등록기록의 정정)를 통해 편입되었다.

⁶⁶⁾ 가족관계등록예규 제435호로 2015. 2. 1. 개정 및 시행된 현행 지침의 관련 내용은 다음과 같다. 제6조(조사사항)

법원은 성별정정허가신청사건의 심리를 위하여 신청인에 대한 다음 각 호의 사유를 조사한다.

2009. 1. 20. 대법원은 동 지침을 개정하여 4호의 ‘현재 반대의 성으로서의 삶을 성공적으로 영위하고 있을 것’이란 부분을 삭제하고, 5호 및 7호를 폐지하였다. 또한 과거에는 가족관계등록부에 ‘성별을 정정(전환)’으로 표기하던 것을 ‘성별을 정정’이라고만 표기하기로 하였다. 이후 2011. 12. 5. 개정을 통하여 제6조의 제목을 ‘조사사항’으로 변경하여 엄격한 요건으로 제한하지 않고 개별적 사례에서의 구체적 타당성을 심사하도록 하였다.

대법원이 제정한 예규는 국회로부터 위임을 그 어떤 위임을 받지 않고 제정된 것이기 때문에 단순히 내부적 지침으로서의 효력만 가질 뿐 대외적으로는 국민을 구속할 수 없는 것이 원칙이다. 성별 정정이 어떤 요건 하에 가능한지는 국민의 권리와 의무에 직접적인 영향을 미치는 사안이므로 이를 규정한 법령이 구속력을 갖기 위해서는 국회에서 제정된 법률 또는 그 법률로부터 적법한 위임을 받은 행정입법의 형식을 갖추어야 하지만, 현재 관련 법령이 존재하지 않는 상황에서 동 예규는 법관의 1차적 판단기준으로 자리잡고 실질적인 강제력을 가진 기준으로 활용되고 있다.⁶⁷⁾

(2) 성전환 수술의 필요성 논의

1) 입법적 노력

대상결정과 사무처리지침은 성소수자 단체의 환영과 비판을 동시에 받았는데, 그 이유는 대법원이 호적 정정 근거 중 하나로 “성전환 수술을 받아 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추고”라고 명시했기 때문이었다. 이에 따라 이후의 하급심 법원에서 성별 정정을 신청한 성전환자에 대해 탈의한 상태의 전신 사진이

1. 신청인이 대한민국 국적자로서 19세 이상의 행위능력자인지, 현재 혼인중인지, 신청인에게 미성년인 자녀가 있는지 여부
2. 신청인이 성전환증으로 인하여 성장기부터 지속적으로 선천적인 생물학적 성과 자의의식의 불일치로 인하여 고통을 받고 오히려 반대의 성에 대하여 귀속감을 느껴왔는지 여부
3. 신청인에게 상당기간 정신과적 치료나 호르몬요법에 의한 치료 등을 실시하였으나 신청인이 여전히 수술적 처치를 희망하여, 자격있는 의사의 판단과 책임 아래 성전환수술을 받아 외부성기를 포함한 신체의관이 반대의 성으로 바뀌었는지 여부
4. 성전환수술의 결과 신청인이 생식능력을 상실하였고, 향후 종전의 성으로 재 전환할 개연성이 없거나 극히 희박한지 여부
5. 신청인에게 범죄 또는 탈법행위에 이용할 의도나 목적으로 성별정정허가신청을 하였다는 등의 특별한 사정이 있는지 여부

67) 하정훈, “법원의 성전환자 성별정정 결정례의 변화와 동향”, 제5회 SOGI폴로키움 “성전환자 성별정정 10년-의미와 과제” (2016. 11. 19.), 6-7면.

나 성기 사진을 요구한 사건들이 기사로 보도되어⁶⁸⁾ 신청인들이 인격적 모멸감을 호소하였고 성전환자 인권단체들의 비판을 받기도 하였다.⁶⁹⁾

민주노동당 성소수자위원회 등으로 구성된 ‘성전환자 성별 변경 관련 법 제정을 위한 공동연대’는 외부 성기의 성형까지 요구하는 것은 그 수술에 드는 막대한 비용 부담과 수술의 위험성 등을 고려할 때 성전환자에 대한 배려가 부족한 판단이라고 아쉬움을 표했다.⁷⁰⁾ 이에 대해서 대상결정 3개월 후인 2006. 9. 정기국회에서 노회찬 의원에 의해 ‘성전환자의 성별 변경 및 개명에 관한 특별법’이 발의되었다. 법률안 제2조에서는 성전환자를 “공부상의 성이 자신의 진정한 성이 아니라고 확신하면서, 상대 성징을 얻기 위해 의학적 조치를 받고 있거나 받은 사람”이라고 규정하고 이어서 제3조에서는 성별 정정을 할 자격 요건으로 “1.정신과 의사 1인을 포함한 의사 2인 이상이 성전환자임을 인정할 것 2.생식능력이 없을 것 3.혼인관계에 있지 않을 것 4.미성년자의 경우에 법정대리인의 서면에 의한 동의가 있을 것”이라고 규정해 성전환 수술을 받지 않아도 등록부에서의 성별을 정정할 수 있도록 했다.⁷¹⁾ 그러나 해당 특별법은 회기만료로 제정이 무산되었고 예규의 문구도 현재 그대로 남아있다.

2) 판례의 변화

하지만 서울서부지방법원은 2013. 3. 15. 외부성기 형성수술을 받지 않은 성전환 남성(여성에서 남성으로의 성전환자)에 대하여 최초로 성별정정을 인정하는 결정을 함으로써 성전환자를 더 보호하는 방향으로 나아간다.⁷²⁾ 당시에 첫 결정을 할 때는 따로 결정 이유를 밝히지 않았지만, 이 후 법원은 명확한 결정이유와 내용을 담고자 ‘성소수자 인권법 연구회’를 열어 정기적인 토론과 해외 사례 연구를 진행하고, 그 해 11월 “관용은 나에게 편안한 사람들과 편안한 삶의 방식을 공유하는 공간을 내어주는 것이 아니라 나에게 불편한 사람들과 불편한 삶의

68) 예를 들어 국제신문, “[국감 파입] 법원이 성전환자에 성기사진 내라” (2013. 10. 14.), <http://www.kookje.co.kr/news2011/asp/newsbody.asp?code=0100&key=20131015.22004213749> (2017. 11. 22. 확인).

69) 이와 관련된 자세한 내용은 한가람, “성전환자 성별정정 절차에서의 실무상 문제”, 제5회 SOGI를 로키움 “성전환자 성별정정 10년-의미와 과제” (2016. 11. 19.), 50-51면 참조.

70) 한겨레21, “수술 없이도 호적 정정 가능” (2006. 9. 6.), <http://legacy.www.hani.co.kr/section-021003000/2006/09/021003000200609060626028.html> (2017. 9. 18. 확인).

71) 자료집, “성전환자 성별변경 등에 관한 특별법(안) 공청회” (2006. 8. 21.), 11-13면.

72) 서울서부지방법원 2013. 3. 15.자 2012호파4225 결정.

방식을 함께할 공간을 내어주는 것으로서 차이를 뛰어넘는 동등과 배려와 존중을 의미한다.”라는 내용이 포함된 결정 이유를 제시하였다.⁷³⁾ 이후 남성성기 형성수술을 받지 않은 자에 대하여 법원의 성별정정 허가결정이 이어지게 된다.

그러나 상대적으로 시술이 덜 어렵다고 알려져 있는 여성성기 형성수술을 받지 않은 성전환자의 성별 정정 신청에 대해서는 받아들여지기까지 조금 더 시간이 걸리게 된다. 청주지방법원 영동지원은 2017. 2. 16. 고환만 제거한 채 여성성기 형성수술을 받지 않은 성전환 여성(남성에서 여성으로의 성전환자)에 대해서 성별 정정을 허가하는 결정을 내린다.⁷⁴⁾ 여성성이 강하며 외부성기수술을 마치지 않았어도 여성의 신체를 갖추었다고 평가할 수 있는 경우로서 여성으로서의 성별 정체성을 확인하는 데 있어 외부 성기 형성수술은 필수적이지 않다고 판시하였다. 오히려 외부성기 형성 수술이 의료기술상의 한계와 후유증의 위험이 크고 외부성기 수술을 하지 않고 살아가는 성전환자들이 많이 있다는 것을 언급하면서 여성으로서의 자기 정체성과 사회적 관계와 달리 가족관계등록부에 남성으로 등재돼 있음으로 인해 발생하는 사회적·경제적·인격적 고통을 반영할 필요가 있다고 본 것이다. 이와 같은 결정이 2006년의 대법원의 결정과 모순되는 것은 아닌지에 대해서도 “성전환자 성별정정을 허가한 대법원 전원합의체의 결정은 외부성기 수술을 마치지 않으면 성별정정 허가를 명시적으로 불허하는 취지는 아니라고 해석된다. 이와 같이 해석하지 않는다면 오히려 헌법상 기본권인 행복추구권, 자기결정권과 충돌하게 될 우려도 있다.”라고 판시하여 이와 같은 해석이 대상결정에 반하지 않는다는 점도 강조하였다.

(3) 기타 논의

대법원 예규 제3조 제1항 제6호에 따르면 성전환자 성별정정의 신청인은 비송사건절차법 제9조 제1항의 신청서에 ‘부모의 동의서’ 등의 서면을 첨부하여야 한다고 규정하고 있는데, 현실적으로 성전환자들은 가족과의 관계가 단절되거나 부모의 동의를 얻기 어려운 사정이 처한 경우가 많아 문제가 제기된다. 신청인이 성별정정을 신청하면서 부모 중 일방의 동의서만 제출하거나 동의서를 제출하지 못하는 사정을 소명하는 사유서를 제출할 때 부모동의서에 관한 보정권고를 내림으로써

73) 서울서부지방법원 2013. 11. 19.자 2013호파1406 결정.

74) 청주지방법원 영동지원 2017. 2. 16. 자 2015호기302 결정.

보정서의 형태로 다시 동의서 미제출 사유서를 재제출하도록 하는 것은 절차를 지연시키고 신청인에게 심적 고통만 재차 가할 뿐이라는 주장이 있다.⁷⁵⁾

또한 ‘혼인’여부나 ‘미성년 자녀’의 존재가 가족관계등록부의 성별정정에 작용하게 된다는 문제가 있다. 대법원은 2011. 9. 2. 성전환자가 혼인 중에 있거나 미성년자인 자녀가 있는 경우에는 성별정정신청을 허용하지 않는다고 판시하였다.⁷⁶⁾ 우리 헌법이 보장하는 혼인은 이성간의 혼인만을 허용하고 있으므로, 현재 혼인 중에 있는 성전환자에 대하여 성별정정을 허용할 경우 법이 허용하지 않는 동성혼의 외관을 현출시켜 결과적으로 동성혼을 인정하는 셈이 되기 때문에 불허하였고, 성전환자에게 미성년자인 자녀가 있는 경우에는 그 자녀가 겪을 수 있는 정신적 혼란과 충격에의 노출을 고려하여 자녀의 복리를 우선적으로 고려해야 한다는 점에서 불허한 것이었다. 따라서 성전환자가 이미 수술을 받아 신체외형상으로 이미 다른 성별임에도 혼인했거나 미성년 자녀가 있는 경우에는 등록부상으로는 이를 정정할 수 없게 된다.

성전환자의 문제는 성별정정의 허용 가부 문제 외에도, 가족관계와 관련한 혼인·출산·입양의 문제, 노동현장에서의 진입·차단·해고·차별의 문제, 교육현장에서의 배제, 병역문제 등의 영역⁷⁷⁾에서도 합리적 근거 없는 차별을 견어낼 문제가 남아있다. 또한 국민의 기본권과 관련된 중요 사항은 반드시 법률의 형식으로 규율되어야 한다는 헌법상 법률유보원칙이 성별변경에도 요구되는 만큼 대법원의 예규로 규율될 것이 아니라 성별변경에 관한 법률의 제정이 요구된다 할 것이다.⁷⁸⁾

IV. 나가며

‘사회적 약자’는 이미 그 용어에서 사회의 모든 구성원들이 공동체의식을 가지고

75) 한가람, “성전환자 성별정정 절차에서의 실무상 문제”, 제5회 SOGI폴로키움 “성전환자 성별정정 10년-의미와 과제” (2016. 11. 19.) 발제문, 55-56면.

76) 대법원 2011. 9. 2. 자 2009스117 전원합의체 결정.

77) 이승현, “성전환자 성별정정 요건의 국내외 현황 및 문제점”, 제5회 SOGI폴로키움 “성전환자 성별정정 10년-의미와 과제” (2016. 11. 19.), 47면.

78) 이준일, 인권법(제7판), 홍문사, 2017, 783면.

이들을 대해야 한다는 의미를 내포하고 있다. 그러나 현실에서 소수자인 사회적 약자들은 다수의 집단이 따르는 가치 속에서 합리적 근거가 없는 차별을 받아 기본적인 인권을 보장받지 못하는 경우들이 종종 발생한다.

양심적 병역거부자의 경우 그들의 양심 및 종교의 자유를 누릴 권리는 헌법상 기본권이지만 국방의 의무를 다하는 것 역시 헌법상 의무이므로 어느 쪽을 강조하는지에 따라 양심적 병역거부에 대한 찬반 입장이 팽팽히 맞서왔다. 대법원은 양심적 병역거부자에 대해 병역법 위반으로 유죄판결을 선고하였고 헌법재판소는 이 규정을 합헌으로 결정하였다. 그러나 양심 및 종교에 따라 병역거부를 하는 자들에게 징역형을 부과하는 것은 합리적 차별방법이 아니라는 데에 공감대가 형성되면서 현재는 양심의 자유와 국방의 의무가 공존할 수 있는 방안으로 대체복무제의 도입이 검토되고 있는 상황이다.

한편 성소수자의 다양한 문제 중 성전환자의 성별정정문제는 성소수자의 인권 문제 중 가장 먼저 사회적 이슈가 되었다고 할 수 있다. 이미 성전환수술을 받은 이들을 호적상 성별변경을 인정하는 대법원 판결을 기점으로 현재는 성전환자로 인정하는 데 반드시 성전환 수술을 요하지 않는 등 성전환자의 헌법상 기본권을 존중하는 방향으로 발전해 왔다. 그러나 성소수자의 문제는 다각도로 번지면서 동성혼의 헌법상 인정을 요구하여 이성혼간 결혼의 신성성을 믿는 다수의 이성혼 찬성자들의 기본권이 침해되는 것 아니냐는 논의로까지 확대되어왔다.

사회적 약자의 인권을 돌보아야 한다는 것은 절대적 평등을 요구하는 것이 아니라, 합리적 근거가 없는 차별적 처우가 행해져서는 안 된다는 상대적 평등에의 요청이다. 대법원 판결을 둘러싼 사회 변화는 완성된 것이 아니며 여전히 현재 진행형임을 생각해보면, 사회적 약자의 인권에 관한 문제의식은 모든 시민들이 꾸준히 공유해야 하는 문제이다. 사회적 약자의 유형에 따라 지원범위와 방법을 정밀하게 모색해야 할 것이며, 양심적 병역거부자와 성전환자 이외의 다른 유형의 사회적 약자의 경우에도 판결과 사회적 변화를 살펴보는 작업이 진행되어야 할 것이다.

참고문헌

- 강인철, “한국사회와 양심적 병역거부: 역사와 특성”, 『종교문화연구』 제7호, 2005.
- 국가인권위원회, 『2016년 국민인권의식조사』, 2016.
- 권석천, 『대법원 이의 있습니다』, 창비, 2017.
- 박찬운, “양심적 병역거부: 국제인권법적 현황과 한국의 선택”, 『저스티스』 제141호, 2014.
- 이무상, “성전환증에 관한 의학적 개관”, 『판례실무연구』(VIII), 박영사, 2006.
- 이상돈, 『기초법학』(제2판), 법문사, 2010.
- 이승현, “성전환자 성별정정 요건의 국내외 현황 및 문제점”, 제5회 SOGI콜로키움 “성전환자 성별정정 10년-의미와 과제” (2016. 11. 19.)
- 이준일, 『인권법』(제7판), 홍문사, 2017.
- 이호림 외, “한국 트랜스젠더 의료접근성에 대한 시론”, 『보건사회연구』 제35권 제4호, 2015.
- 차진아, “사회적 약자의 인권에 관한 연구”, 『공법학연구』 제13권 제2호, 2012.
- 하정훈, “법원의 성전환자 성별정정 결정례의 변화와 동향”, 제5회 SOGI콜로키움 “성전환자 성별정정 10년-의미와 과제” (2016. 11. 19.)
- 한가람, “성전환자 성별정정 절차에서의 실무상 문제”, 제5회 SOGI콜로키움 “성전환자 성별정정 10년-의미와 과제” (2016. 11. 19.)
- 홍성수, 『말이 칼이 될 때』, 에크로스, 2018.
- 데버러 헬먼(김대근 역), 『차별이란 무엇인가』, 서해문집, 2016.
- Lin Fraser & Gail A. Knudson, “Gender Dysphoria and Transgender Health”, ABC of Sexual Health(3rd ed.), 2015.
- 논문접수일: 2018년 3월 16일 심사일: 2018년 4월 17일
 게재확정일: 2018년 4월 26일

 Abstract

Supreme Court Decisions and Societal Change on Issues of Socially Vulnerable Groups

Ha, Minkyung*

The article examines socially vulnerable groups such as conscientious objectors to military service and sexual minority by examining essential Supreme Court decisions that changed our society. The term ‘Socially vulnerable groups’ itself already implies the need that all members of the society should take care to treat them with social solidarity. However, in reality, socially marginalized people can be discriminated without a reasonable basis due to being an underrepresented minority, and find their basic human rights is violated.

The Supreme Court decisions and the legal and societal change, as mentioned in the article, suggest thought processes that will lead to the right direction of solving social discrimination. Discussions on conscientious objection to military service are now heading toward the introduction of a reasonable system of alternative services and surgery is no longer needed for individuals to be recognized as transsexuals to respect their fundamental rights.

In an era of increasing social diversity, the human rights of socially vulnerable groups should be dealt by individual and we should consider the scope and methods to support human rights. As the changes sparked by the Supreme Court decisions are still ongoing, all the members of society should consider the issues of socially vulnerable groups as their own. Only then will the problems that these marginalized groups face be reasonably resolved.

□ **Key words:** socially vulnerable groups, Supreme Court decisions, conscientious objection to military service, sexual minority, societal change

* Researcher at Judicial Policy Research Institute (Ph. D. in law, Attorney at law, NY)