

# 韓国における性転換と性差基準の法的模索

—性的マイノリティでの人権保障の一局面—

岡 克 彦

## Abstract

This paper explores “tremors in the legal realm” regarding gender differences between men and women in South Korea as expressed through problems with sexual reassignment in that country. One thread of precedents in South Korea’s family system suggests that gender order in the country has changed substantially in recent times, and that the legal status of women is improving. Awareness of the pace of reforms to Korean family law has also grown as a result. However, running counter to that movement, conservative members of the South Korean National Assembly, along with conservative special interest groups with Confucian roots (i.e. *Yulim* Groups) hoping to preserve the head-of-household system, have argued for the establishment of a “Religious Law” aiming to protect the interests and rights of family groups, called *Jongjung*. Those stakeholders hope that such a law would reinvigorate the “Head of Household System” and force a restructuring of families based on Confucian concepts. The Confucian perspective of the family as a unit based in blood relations is also still strongly rooted in broader society, as well.

In South Korean society, such mutually contradictory current conditions and the ideal form and future direction of the family system present issues within the differences in gender standards between men and women that we must reassess. What is the legal distinction between men and women in contemporary South Korean society? In what ways is that distinction changing? Today, transgender issues are emerging as a potential clue toward the illumination of these points. Some incidents, in which the boundaries separating genders for legal purposes have been crossed with respect to transgender issues, have become topics of conversation. As a first step, this paper uses such transgender issues to focus on tremors in the legal realm related to the gender gap between men and women while attempting to look for clues illuminating changes in the gender gap.

## 目 次

- |                          |                           |
|--------------------------|---------------------------|
| はじめに                     | 3. 性転換による法的な性別変更の可能性      |
| I. 韓国での「性転換」と性別変更の現況     | IV. 性差の法的基準               |
| II. 韓国社会における「男」と「女」の区別   | 1. 性別記載事項の訂正手続と男女の性差      |
| 1. 家族および社会におけるジェンダー秩序の一端 | 2. 80年代から90年代の判例の流れ       |
| 2. ジェンダーコードと韓国社会         | 3. 強姦罪の客体たる「婦女」の概念        |
| III. 法的な「性別」と性転換         | 4. 2000年以降、判例に示された性差基準の推移 |
| 1. 国民登録上の性別              | 5. 2006年の大法院決定            |
| 2. 間性の事例から見た「性転換」の法的問題   | おわりに — 主に性別変更後の兵役義務をめぐって  |

## はじめに

本稿は、韓国での性転換の問題を通して、この国における男女の性差に対する「法的境界の揺らぎ」を探るものである。最近、韓国社会は、92年に金泳三政権の発足と共に、軍事政権から文民政権へと政治の民主化を実現し、かつ、「世界化」(グローバリゼーション)の推進により、大きく変動し続けている。家族制度をはじめとしたジェンダー法秩序だけを捉えても、韓国の社会的変化を容易に目の当たりにすることができる。その典型的な出来事が、1997年に儒教的な血族集団の象徴であった「同姓同本禁婚制」(民法第809条)たる族内婚禁止の法理が憲法裁判所で事実上の違憲決定が下されたことである<sup>1</sup>。これは、単に韓国のフェミニストたちの運動の成果だけで論じられるものではない。その背景には、高度の経済発展と共に、社会の産業化と都市化が少なくとも制度のみならず、家族形態そのものを変容させた現実(核家族化、離婚率の増加、少子高齢化など)が存在していたのである。

たとえば、父系血統集団である宗中(宗族)制度は、植民地時代に日本帝国から持ち込まれた「戸主制」と共に法的に接合されることで、現代に渡って維持されてきたものである。韓国の家族法(民法)も伝統の名の下に儒教的な痕跡を残している<sup>2</sup>。ところが、2008年について「戸主制」が廃止されたのである。これと共に、戸主を中心とした家制度を規定してきた戸籍制度も撤廃された。新しく個人別に国民登録をする「家族関係登録簿」制度が設けられた。その原因のひとつに両制度に対して憲法裁判所で違憲決定が下されたことが挙げられる<sup>3</sup>。また、男系血統だけで組織された宗族集団(宗中)は、従来、その構成メンバー(宗員)を同族の男性に限らせていた。ところが、同じ2005年に一般法院の最上級審である大法院でその資格を男子にのみ限定させることは、憲法で規定する両性の平等原則に反するとして、その娘たちに宗員の資格が認められた<sup>4</sup>。「娘たちの反乱」だといわれた事件である。今、韓国社会は、家族における男性優位あるいは男性中心の伝統が急速に色褪せ始めている。

\* 本研究は、2013年度・文部科学省科学研究費基盤研究C(新規)(研究代表：岡克彦、課題番号：25380136)による研究成果の一部である。

- 1 헌법재판소 1997년 7월 16일 결정 (95헌가6 내지 13, 민법 제809조 제1항 위헌제청사건) 헌법재판소판례집 9권 2집 (1998) 1면.
- 2 岡克彦「韓国における儒教的家族制度の現代的変容——『戸主制』の存廃をめぐる法文化」角田猛之=石田慎一郎編著『グローバル世界の法文化——法学・人類学からのアプローチ』(福村出版, 2009年) 273頁。
- 3 헌법재판소 2005년 2월 3일 결정 (2001헌가9 내지 15, 민법 제781조 제1항 본문 후단부분 위헌제청 등 사건) 헌법재판소판례집 17권 1집 (2005) 1면.
- 4 韓国の一般法院の判例は、以下のように分類して引用する。① 대법원「전자우편 등을 통한 판결문 제공에 관한 예규」제4조 제1항의 판결문 제공신청にもとづいて入手した判決文および決定文の副本による場合は、法院名、事件番号などを記した後に括弧書で(副本)と表記する。② 判例集の場合は、判例集名、巻数および号数などを表記する。③ 大法院で開設しているサイトの「대법원 종합법률정보」で入手した判決文および決定文の場合 (<http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbson.do>) は、文末の括弧書で(web)と明記する。本件は、대법원 2005년 7월 21일 판결, (2002다1178, 중회회원확인 사건) 大法院判例集 53권 1집(법원도서관, 2006) 87면による。

このように、家族制度をめぐる一連の判例をみると、ジェンダー秩序そのものが大きく変化し、女性の法的地位が向上しつつあることを読み取ることができる。これに伴って、近年、家族法の改正速度も目を見張るものがある（2005年改正、2007年改正、2009年改正、2011年および2012年改正など）。日本社会では、リベラルデモクラシーを標榜した民主党政権の下でも、長く検討されてきた選択的夫婦別姓の制度は成立までに至らなかったのとは対照的である。しかし、その一方で、戸主制の存続を願う儒教の保守勢力（儒林団体）および保守系の国会議員は、「戸主制」の復活と儒教的な家族を再編させるために、宗中という宗族団体の権利利益の保護を目的とする「宗事法」の制定を唱えている。社会一般でも、従来の儒教的な血縁家族を基にした家族観念は、いまだに根強く残っている。

韓国社会において、こうした相矛盾する家族制度のあり方や今後のゆくえを捉えようとする、改めて男女の法的性差を根本的に問い直さざるを得ない課題に直面する。すなわち、そもそも現代の韓国社会にとって男と女の法的区別とは何であり、その区別がどのように変容しようとしているのか、という問題である。この論点を解明する手がかりとして、最近、注目されているのがトランスジェンダーの問題である。韓国でも男性から女性へ、あるいは女性から男性へと性別の法的垣根を越境する事件が話題となっている。本稿では、その最初の作業として、こうしたトランスジェンダーの問題を通して、男女の性差に対する法的境界の揺らぎに着目しつつ、先ほどの論点を解明する端緒を探ろうと試みるものである。

具体的には、まず性転換者の実態と彼（女）らを取り巻く社会環境を論じるなかでその法的な問題性を明らかにする。次に、国民登録の性別記載の訂正などをめぐる法院の判例を分析して、男女の法的な性差基準を解明しながら、性別に対する法的境界の揺らぎを浮彫にするものである。

## I. 韓国での「性転換」と性別変更の現況

韓国では、性同一性障害（Gender Identity Disorder, 現地では「性正体性障碍」という。）の用語があまり使われない。むしろ、トランスジェンダー（transgender）およびトランスセクシャル（transsexual）を含めて捉えられた「性転換」という概念がよく使われる。というのは、当事者や人権団体では、本人たちは精神的な障害者でなく、健常者であって、「性同一性障害」の用語に含まれたマイナスの要素を避けるために、後者の用語を使用する傾向があるからである<sup>5</sup>。しかし、韓国の医学や法学でいう「性転換（症）」とは、日本の性同一性障害とほぼ同様に理解されており、世界保健機関（WHO, ICD-10）と米国精神医学会（DMS-IV）で示された国際標準の診断基準に依拠して捉えられた精神疾患の名称であると説明される<sup>6</sup>。すなわち、成長期の頃から引き続いて先天的かつ生物学的な性別に対する不一致感を認識することで精神的な苦痛を

5 김일란 외 『성전환자 인권실태조사』 (성전환자 인권실태조사 기획단, 2006) 8-9면, 이상윤 「성전환자의 권리와 정체성을 통한 ‘나’ 됨을 위한 연구」 인권법평론 6호 (전남대학교, 2010) 309면.

6 金台明 「性轉換을 둘러싼 法的 問題點에 대한 檢討」 저스티스 71호 (韓國法學院, 2003) 33면.

受けており、むしろ反対の性への帰属感を感じている状態をいう<sup>7</sup>。本稿では、主に研究対象国の用法にしたがって「性転換」という用語を使うことにする。

「性転換」が韓国で問題になり始めたのは、1980年代後半ごろに性転換手術の方法が韓国の医学界に導入されてからだといわれている<sup>8</sup>。大韓医師協会（日本の「日本医師会」に相当）では、2002年当時、性転換症の患者がおおよそ4500名ほどいると推定した<sup>9</sup>。また、性的マイノリティの人権団体は、2006年現在、その数が1万名程度、存在すると伝えている<sup>10</sup>。実際に性転換手術を受けた人は、80年代後半から2002年までに約300名から400名だとされる<sup>11</sup>。同手術で有名な東亜大学医科大学形成外科では、90年7月から2006年7月まで230件の性転換手術が行われたとの報告がある<sup>12</sup>。しかし、その他の医療機関で受診している人々の数や同手術の件数は明確でない。また、タイなどの国外で同手術を受けた韓国人の数も相当数になるとの報道もある。このように、韓国における性転換者の正確な数値は必ずしも明らかではない。韓国政府も、統計などでその実態を把握していないようである。

最近、性転換者に対する韓国社会の認識は変化しつつある。各新聞社が伝えた報道によると、性転換による国民登録上の性別記載の変更について、2001年5月に1万2,419名を対象に世論調査をしたところ、66.7%の回答者が「変更に同意する」と答え、33.3%の人が「それに同意しない」と回答した<sup>13</sup>。また、同年6月に7万5759人を対象に性転換者への好感度について調査した結果、69%の回答者が「遅い時期であっても自ら自身を取り戻したことを支持する」と答えた。13%の回答者は「性転換者は嫌いではないが、人々の関心を引き付けようとするところに拒否感を感じる」と答えた。その他、10%の人が「生まれたとおりに生きるべきだ。嫌いだ」と回答した<sup>14</sup>。回答者の半数以上が、彼（女）らに対して好意的に捉えているだけでなく、転換した性を本人の性別と認めようとしているようだ。

こうした動向を反映するように、近年、性転換者のうち、法的にも国民登録上——2008年以前は「戸籍」、同制度の廃止以降は、「家族関係登録簿」が新設された<sup>15</sup>。——に記載された性別事項の変更を法院に申請した件数も顕著になり始めている（以下では、事案が扱われた時期により「戸籍」と「家族関係登録簿」の用語を使い分ける）。2000年1月から2003年8月までの性別変更による申請件数は、全国で61件であった。そのうち、性別の変更が法院で許可された件

7 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(가족관계등록예규 제385호, 2013년 6월 7일) 제6조 제2항에 의함.

8 金台明・앞의 글 (주 6) 33면.

9 高宗柱「性轉換手術로 인한 戶籍公簿上 性別의 訂正」判例研究 14輯(釜山判例研究會, 2003) 42, 807면.

10 「주간사회동향 (6.20. ~6.26.)」 97호 (빈부격차차별시정위원회, 2006) 23면.

11 金台明・앞의 글 (주 6) 33면.

12 김일란 외・앞의 글 (주 5) 36면.

13 동아일보 2001년 5월 25일자 A 6면.

14 한겨레신문 2001년 6월 26일자 9면.

15 家族關係登録簿制度が、08年1月1日に施行されたことに伴い、戸籍制度が同日付で廃止された(同法第1条本文、第2条本文)。「가족관계의 등록 등에 관한 법률」(법률 제8435호) 관보 16507호(행정안전부, 2007년 5월 17일자) 27면.

数が30件である<sup>16</sup>。その後、2004年は、申請件数が22件であり、許可件数が10件である。05年には、申請件数が26件であり、許可件数が15件であった<sup>17</sup>。法院の許可を受けて、実際に国民登録上の性別記載を変更した件数は、全国で06年に8件、07年に15件そして08年は12件であった<sup>18</sup>。それ以降の動向については、法院側の正式な統計数値が発表されていないこともあり、明らかでない。

本論で法院の判例を詳細に分析するが、2001年から05年ごろまで法院の態度は、性転換による性別変更の申請に対して、それを許可する判例と不許可とした判例とに二分していた。各法院の決定理由も一様でない。国民登録上の性別記載訂正の手続には、「家庭法院の許可」を要件としているものの、その許可基準については何も定められていない(家族関係登録法第104条)。その判断は各法院の裁量に委ねられていた。当時、司法府内部でも性転換による性別の変更について一貫した判例基準が確立していなかった。その原因は、民法や家族関係登録法などの現行法に性転換による性別変更に関する明文の規定が存在しなかったところにある。

こうした法的混乱を收拾するために、韓国では今までふたつの方向から解決の試みがなされた。ひとつは、立法府たる国会に二度にわたって「性転換者の性別変更に関する特例法案」などが議員立法という形式で提出され、その立法的な解決を図ろうとしたことである<sup>19</sup>。しかし、いずれの法案も多くの議員からの賛同が得られず、会期満了により廃案となり成立には至らなかった。今も成立の目処は立っていない。法的な空白状態はいまだに続いたままである。もうひとつは、後で検討するように、2006年6月に大法院の決定で司法における具体的な判例基準が示されたことである<sup>20</sup>。この決定を受けて、司法府ではその内部規則である「性転換者の性別訂正許可申請事件等の事務処理指針」が制定された(大法院例規)<sup>21</sup>。現在、性転換による性別の変更は、同例規にもとづいて国民登録たる家族関係登録簿上の性別記載事項に関する訂正手続で処理されている。日本では、2003年7月に特例法の制定により、性同一性障害による性別の変更を立法で解決した(立法的解決)<sup>22</sup>。これに対して、韓国では、同訂正手続を通した法院の判例で性別変更の法的基準を定立し、立法ではなく、法院の内部規則で許可基準を定めて性転換の問題を司法的に解決する方式を採っている(司法的解決)。性転換の性別変更をめぐる日韓の解決方式の違いについては、別稿で論じる予定である。

16 김일란 외· 앞의 글 (주 5) 24면.

17 「성전환자 사법사상 첫 성별정정 심리」 인터넷 법률신문 2006년 5월 17일자 (<http://www.lawtimes.co.kr> 2010년 10월 13일 확인).

18 2009년 9월에 실시한 관계者への聞き取り調査時の情報による。

19 김홍신의원 대표발의「성전환자의성별변경등에관한특별법안」(의안번호:1934, 2002년 11월 4일), 노희찬의원 대표발의「성전환자의 성별변경 등에 관한 특별법안」(의안번호:5155, 2006년10월 12일).

20 대법원 2006년 6월 22일 결정, (2004스 42, 개명 및 호적정정 사건) 大法院判例集 54권 1집 (법원도서관, 2006) 290면.

21 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(호적예규 제716호, 2006년 9월 6일).

22 谷口功一「『性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律』の立法過程に関する一考察」法哲学年報2003(日本法哲学会, 2004年) 212頁以下では、日本の立法的解決の方式について、その制定過程および問題点を検討している。



## II. 韓国社会における「男」と「女」の区別

### 1. 家族および社会におけるジェンダー秩序の一端

韓国の法体系は、他国の立法例のほとんどがそうであるように、人間の性別を男性と女性という二分法にもとづいて区分している<sup>23</sup>。人間は、男か女のうち、いずれかひとつの性に決定される。一旦、法的に決められた性については、一生、不変なものとして捉えられてきた（性不変の原則）。そして、家族法（民法）をはじめとした多くの法分野において男女の性別にしたがって、その法的な取り扱いに大きな差を設けている。韓国の法制における男女の性差についてはすでに別稿で論じている<sup>24</sup>。

男女のこうした性差は、単に法秩序だけではない。韓国社会の全般に渡って、男女の性別にもとづいてその役割や処遇を事細かに区分している。そのために、トランスジェンダーの人々が、直面する社会的なバリアは無数にある。学校制度（現在、中・高等学校の一部は、男女別学制を採用しているところがある。男女共学制を採っている学校でも、クラスの編成で男女別に区分しているケースがある。）、公衆浴場、公衆トイレ、更衣室および脱衣室など、男女に厳格に二分された生活空間に自らの行き場所がないことがよく指摘される<sup>25</sup>。特に、韓国で避けて通れない論点が、儒教的な家族秩序とジェンダーの問題である。

韓国では、「男女有別」の徳目に象徴されるように、歴史的に家族秩序内で両性が厳然と区分されていると共に、その役割も性別で分けられてきた。その典型例が「呼称」という制度である。この特徴は、同じ世代で、かつ、同じ序列でもその呼び名が男女で明確に区分されていることである。日本でも通常、祖父母、父母、伯父・伯母、叔父・叔母の程度は使われる。ところが、韓国はこれに止まらない。家族はもちろんのこと、8親等以上にもおよぶ親族構成員間の呼称が実に事細かく区分されている。さらに、同じ「兄と姉」でも、弟が使う兄や姉への呼び名と、妹が使う兄と姉への呼び名が異なっている。目上に対する呼称も、同性の場合と異性の場合とで違っている<sup>26</sup>。韓国の血族や親族間の呼称体系は、男女で厳しい性差がある。その目的は、血族や親族間で各世代ごとにお互いの呼び名を定め、族内における構成員間の序列をつけて家族や親族全体の秩序を保持しようとするところにある<sup>27</sup>。こうした呼称体系が円滑に機能するためには、人が生まれながらにして、男女のいずれかひとつの性に必然的に決定され、一生、その性が変わらないことを前提としている。というのは、人の性は、人智を超えた自然の摂理にもとづいて予め定められるものと永く観念されてきたからである。のみならず、男女

23 金台明・앞의 글 (주 6) 29면.

24 岡克彦「韓国における性同一性障害と性別変更の法的可能性」マイノリティ研究 6号（関西大学マイノリティ研究センター、2012年）6頁。

25 韓国社会で性的マイノリティが直面する生活実態の現況の一端は、以下の調査で明らかにしている。조여울 외 『국가인권정책기본계획 수립을 위한 성적소수자 인권 기초현황조사』 (국가인권위원회, 2005).

26 조광훈 「대법원의 성(性) 전환자의 성별 전환허가에 따른 민·형사법적 문제점에 관한 연구」 司法行政 47권 9호 (韓國司法行政學會, 2006) 주 4, 32면.

27 조광훈·앞의 글 (주 26) 32면 참조.

の固定的で、かつ、不動な性別にもとづいて儒教的な家族秩序が形成されてきた。いわゆる、性不変の原則の上にその秩序が成り立っている。

それゆえ、保守的な立場からは、性転換で男子および女子が、別の性に変更した場合、血族や親族の間での呼称だけでなく、血族の秩序そのものに大きな混乱をもたらすことが憂慮された<sup>28</sup>。韓国儒教の総本山である成均館側でも「父母から生まれて、授かった性別を個人の意思で変えるのは、自然法則に背くものである」との見解を示した<sup>29</sup>。現代に至って医学技術が発達したとはいえ、人の性別を変更することができるという事実は、伝統的な家族秩序を守ってきた人々にとってどれほどの衝撃的な事件であったのかを物語るものである。

また、韓国の宗教界でも、性転換による性別の変更にも強く反対する宗教がある。それはキリスト教である。最新の政府の統計によると、2003年現在、この国の宗教人口のうち、カトリックとプロテスタントの信者を合わせると、50.5%もの人がキリスト教を信じている<sup>30</sup>。この宗教が韓国社会に与える影響はとりわけ大きいといわれている。大統領や国会議員選挙などでは、この宗教が巨大な集票組織へと変貌するほどである。今回の問題に対してキリスト教側は、「神の創造摂理に反する重大な事柄であり、神の定めた性別を人間が人為的に変えることができるという考え方こそが危険な発想だ」と非難する<sup>31</sup>。この問題を契機に「性のアイデンティティに対する神学的、倫理的な価値の評価を急がなければならない」と強調した<sup>32</sup>。性転換の問題は、既存の男女二分法的な秩序観のあり方を宗教界に改めて問いかけたのである。このように伝統的な家族秩序や宗教的な価値観に目を向けると、韓国社会がいかに厳格な性別の二元体制によって形づくられ、貫徹されているのかがよく認識される。

## 2. ジェンダーコードと韓国社会

最近、性転換者の社会的なバリアのうち、よく指摘される制度が住民登録制度のジェンダーコードである。これは、トランスジェンダーの人たちを最も苦しめるもののひとつだといわれている。ある当事者の証言にそれが端的に示されている。「僕（女→男・FTM -筆者）なりに家族と社会と共に生きていこうと努力しました。けれども、いつも限界にぶつかるのです。外見を通して男と受け入れてくれますが、わたしの住民登録番号がわかるようになれば、拒否されるのです」<sup>33</sup>。以下では、この制度の概要とジェンダーコードが韓国社会でいかなる機能を営んでいるのかを明らかにする。

出生によって、ある個人が家族関係登録簿に登録されれば、直ちに住民登録法（法律第11,690号、2013年3月23日改正）にもとづいて住民登録票が編製される（同法第14条第2項）<sup>34</sup>。同時

28 조광훈·앞의 글 (주 26) 32면.

29 성균관의 견해「성전환자 호적변경 종교계 반발」(국민일보 2006년 2월 23일자 2면).

30 『2003년 사회통계조사결과』(통계청, 2004) 13면.

31 국민일보 2006년 6월 24일자 21면.

32 한겨레신문 2006년 6월 23일자 10면.

33 김영태 (가명) FTM 의 증언『성전환자가 대법원장에게』(성전환자 성별변경 관련 법제정을 위한 공동연대, 2006) 3면.

に、住民登録官署は、出生した者に国民の ID コードである住民登録番号を付与する（同法第 7 条第 3 項）。この番号の体系は、本人の生年月日を表す 6 桁の数字と性別および地域などを表す 7 桁の数字が合わさった 13 桁で構成されている（同登録法施行規則第 2 条）。特に、性別は、後者の頭番号に以下のような区分で表記される。1900 年代に生まれた者は、男が「1」で、女が「2」と表示され、2000 年代に生まれた者は、男が「3」で、女が「4」と表示される<sup>35</sup>。これらの数字が、いわゆる「ジェンダーコード」である。したがって、個人の住民登録番号を見れば、容易に本人の法律上の——つまり、国民登録上の——性別を識別することができるようになっている。この番号を基礎として、17 歳になれば、指紋を含めた個人の人的事項および本人の顔写真が掲載された住民登録証が当局から発給される（同法第 24 条第 1 項）。本人は、常にこれを携行することが義務づけられている。警察などの公的機関から同登録証の提示を求められた場合、それに応じる必要がある。また、国民健康保険への加入あるいは選挙権の行使については、本人確認のために、住民登録証の提示によって国民の ID たる住民登録番号の確認を必要としている<sup>36</sup>。また、官公庁でそのほかの行政サービス（民願）を受ける場合、のみならず、不動産登記あるいは私人間の取引行為などの法律行為は、相手方から同じく住民登録証の提示が求められ、同登録番号で本人確認が日常的に行われている<sup>37</sup>。韓国では、このように社会生活上の各種の法律行為や事実行為が住民登録および個人別の同登録番号で運営管理される社会システムになっている。

さらに、現代社会における情報のデジタル化は、住民登録番号による本人確認の容易さも手伝って、今日、その確認の頻度を増大させている。これは同時に、性転換者の人々にとって最も知られたくない国民登録上の性別情報がネットで流布する危険性が飛躍的に高まっていることを示唆する。韓国は、IT 先進国としていち早く情報のデジタル化に取り組んだ。電子政府の立ち上げも積極的であった。今や国民一人一人の管理の多くもデジタル情報（国民登録・住民登録の電子化など）で行われ、その情報で彼（女）らを把握している。その中心的な ID コードが住民登録番号である<sup>38</sup>。政府への各種申請など、公共サービス（民願）のリクエストは、必ずこの番号の入力を要求する。また、各公共機関相互が当事者確認や認証を行う場合も、この ID コードが利用される。韓国国民の性別は、このように住民登録番号という形式でコード化されて、政府や公共機関で管理されるのである<sup>39</sup>。

34 『주민등록사무편람』(행정안전부, 2009) 49면.

35 행정안전부·와의 글 (주 34) 29면.

36 정영화「주민등록번호의 헌법문제」민주사회를 위한 변론 39호 (민주사회를 위한 변호사모임, 2001) 19면 참조.

37 韓国社会での住民登録番号の利用実態は、以下の文献で明らかにされている。한상희 외『주민등록번호 사용현황 실태조사』(국가인권위원회, 2005) 30면 이하. 同文献では、この番号の利用が個人のプライバシー権に著しい侵害をもたらしている実態を指摘する。

38 윤현식「個人情報 國家登錄制度와 프라이버시권과의 關係에 관한 研究」(建國大學校大學院 碩士學位論文, 2002) 130면.

39 윤현식「주민등록번호의 남용과 사용용도 제한」민주사회를 위한 변론 39호 (민주사회를 위한 변호사모임, 2001) 24면.



コード化された性別の識別機能は、公共部門だけに止まらない。民間部門でも広く利用されている。デジタル利用の入口からすでに国民の ID コードが要求される。ネット利用のプロバイダー契約や携帯電話の加入には、登録事項として住民登録番号の入力が必須となっている。それ以降、ネット上で利用されるホームページや電子取引などにおいて本人の認証や未成年でないことを証明する度にその番号の入力が求められる<sup>40</sup>。もちろん、最近、韓国でも個人情報の保護が強調される。本人以外の者に個人情報が洩れないように努める義務を各公共機関や民間の取引主体に課している（「個人情報保護法」〈法律第11,690号、2013年3月23日改正〉）。ところが、個人情報の保護という理由から本人確認が常に求められることから、性転換者の人々にとって最も知られたいくない同登録番号上の性別情報を相手に開示しなければならない場面が逆に増えている。個人情報保護のアイロニーである。

記号化された性別は、一生、本人に付きまとい、社会生活をする上ではそこから逃れることができない。彼（女）らは、外観上の性とジェンダーコードの不一致が白日の下に社会に晒される環境に置かれている。あるインタビューの事例は、そのことを物語っている。就職時の面接で面接官から「住民登録番号を少し見てみなさい。どうなっていますか。……なぜ、そのような姿で出入りをするのですか」と嫌がらせを受けたのである<sup>41</sup>。それゆえ、彼（女）は、兄弟姉妹や友達などの名前や ID コードを使って就職することが報告されている<sup>42</sup>。国民登録上の性、いわゆる法的な性別にもとづいて社会で生活することを強いられている。だからこそ、彼（女）は、切実に国民登録上の性別——法的な性別——の変更を法院に求めるのである。

性転換の問題が世に問われるまでは、性別の変更が法的に可能であると観念されることはほとんどなかった。もちろん、男性でもなく女性でもない「間性」(intersex) が法的に問題になる余地のあることは、後述するとおりである。しかし、現在の韓国法制では、今のところその中間的な性に特別な法的地位を認める動きはない。というのは、間性の場合でも、男性と女性というふたつの性のなかからひとつの性へと最終的に収斂させていく法的な仕組みになっているからである<sup>43</sup>。本稿の主題である性転換者に対する法的な取扱いも基本的には同じ方式を採用している。以下で検討するように、性転換による性別の変更が認められるにしても、性転換者のために中間的な性に対応した法的地位が認められるのではない。端的に「男性」または「女性」になることだけである。問題の本質は、すでに見たように法律による二分法的な取扱いの「厳格さ」が様々な場面で性的マイノリティティに対する個人の尊厳と価値を著しく侵害している、ということである。韓国の法制でも、いわゆる「性別二元制」を堅持している<sup>44</sup>。この国で性

40 윤현식· 앞의 글 (주 39) 26면.

41 김일란 외· 앞의 글 (주 5) 사례 13, 85면.

42 김일란 외· 앞의 글 (주 5) 사례 6, 88면.

43 정현미 「性轉換手術者の 強姦罪의 客體 與否」 刑事判例研究 6號 (韓國刑事政策研究院, 1998) 169면 참조.

44 「性別二元制」とは、社会に多様な性が存在するにもかかわらず、男と女のふたつの性のいずれかだけに振り分けられるシステムである。かつ、社会にとって「性別」が必要以上に重要視されたり、強調される仕組みになっている。佐倉智美 「トランスジェンダーからみた性別二元制」 橋本秀雄ほか編著 『性を再考する——性の多様性概論』 (青弓社、2003年) 所収 188-189頁。

転換の問題が生じた意義は、法制の根幹である「男」と「女」という二者択一的な性別の仕組みを省察し、男女の法的な性差に対する基準を見直す契機になったことである。具体的には、以下で取り上げる一連の法院の判例にこうした問題点がよく自覚されている。

### Ⅲ. 法的な「性別」と性転換

#### 1. 国民登録上の性別

韓国では、そもそも人が生まれてどのような手続で男女の性別が法的に区分されていくのであろうか。大韓民国の国民であれば、誰であれ出生後、1ヵ月以内に家族関係登録官署に出生の届出をすることになっている(家族関係登録法第44条第1項)。通常、人の出生時に外観で確認することができる本人の外性器の形態から男子か、あるいは女子かの性別を判断する。いわゆる、身体的な性(SEX)にもとづいて男女が区別される<sup>45</sup>。具体的には、届出義務者である父または母が、出生届の必要的記載事項のひとつである性別を記載し、かつ、分娩に立ち会った医師や助産師などが作成した出生証明書(新生児の性別記載欄へ性別を記入)を添付して、登録基準地<sup>46</sup>、住所地あるいは出生地に所在する家族関係登録官署に出生の届出を行う(同登録法第20条第1項、第44条第4項本文、第46条第1項)。当局者は、届出書類の記載にもとづいて形式的に家族関係登録簿(電子媒体)の本人の性別記載事項に該当する性を電子入力する<sup>47</sup>。多くの場合、本人の性別は、こうして出生時に決まり、一生涯、変更されることはない。

同登録簿は、複雑で多様な生活領域を構成する現代社会で国民を認証するために、性別を含めた人々の人的事項を公証する。特に、性別記載事項は、名前や生年月日の事項を含め、国民が社会生活を営むに当って、その個人を特定し、その同一性を識別するところにその目的がある<sup>48</sup>。そのほかにも個人の性別事項を認証する公的な媒体としては、すでに見た住民登録番号をはじめ、健康保険証、旅券、運転免許証および選挙人名簿などがある。性別を含めた本人の人的事項は、家族関係登録簿の記載事項に依拠してこれらの公的な証書が作成される(同登録法第14条第1項など)<sup>49</sup>。

韓国では、以上のように性別による法律関係の取扱の差異は、同登録簿上の性別にもとづいて実施する仕組みになっている。したがって、性転換によって法的な性別の変更が認められるか否かは、結局、いかにして国民登録上の性別を変えることができるのかという問題に帰着するのである<sup>50</sup>。

国民登録たる家族関係登録簿は、前述したように国家が国民の身分事項を正確に記録し、か

45 서울남부지방법원 2007년 7월 3일 결정 (2006호파4578, 호적정정 사건) (副本).

46 これは、家族関係登録簿についての登録管理や管轄法院を決定する基準地をいう。日本の「本籍地」に類似した概念である。법원행정처 『가족관계의 등록 등에 관한 법률 해설』 (2007) 9면.

47 이로문 『性轉換과 性轉換者の 民法的 考察』 法學論叢 24집 4호 (漢陽大學校 法學研究所, 2007) 276면 참조.

48 이로문·앞의 글 (주 47) 275면.

49 이로문·앞의 글 (주 47) 270면.

50 金台明·앞의 글 (주 6) 36면 참조.

つ、その事実を公証するところに主たる目的がある<sup>51</sup>。同登録簿は、この目的を遂行するために「家族関係の登録等に関する法律」（法律第11,950号、2013年7月30日一部改正、以下「登録法」という。）という厳格な手続法にもとづいて作成・管理される。この登録簿に記載すべき事項はこの法律に詳細に定められている<sup>52</sup>。その上、一旦、記載された事項は、登録された本人の申立てさえも容易にその変更を認めていない。ただし、誤って記載されたり、遺漏があるなど、事実と符合しない記載がある場合を含め、いくつかの事項に限って、その訂正を認めているに過ぎない（登録法第104条ないし第107条）。

## 2. 間性の事例から見た「性転換」の法的問題

性転換に類似した問題に「間性」の事例がある。これは、人が生まれた時から性染色体の構成、外部性器および内部性器などに異常があり、男性と女性の二つの性徴を同時に兼ね備えている半陰陽といわれる症状である。内外の性器そのものからは、男性か女性かを区別することが困難なケースである。この間性の場合、家族関係登録簿の性別記載事項は、出生時に確認された性で同登録簿に記載されるか、あるいは両性の外観を呈する場合でも、一旦、父母がいずれかの性別に決定して、選択した性を記載する。その後、本人の成長に伴い、国民登録上の性に対する違和感や不具合を感じ、別の性に変更しなければならない必要があるときは、家庭法院に同登録簿の記載事項の訂正を申請し、その許可を得て性別の記載を変更することができる（登録法第104条）<sup>53</sup>。今までの判例で、こうした事例について性別記載の訂正を許可したものがあ。同条は、「登録簿の記録に法律上、許可されていない事項、またはその記載に錯誤や遺漏があったと認められたときは、利害関係人は事件本人の登録基準地を管轄する家庭法院の許可を受けて、登録簿の訂正を申請することができる」と定める。判例では、間性の場合、この規定にもとづいて身体的な性（SEX）そのものに異常があり、出生時に記載された性と後で確認された性とに不一致があることから、国民登録上の性別記載に「錯誤」があるとして性別の訂正を認めたのである<sup>54</sup>。

性転換による性別の変更も、間性と同様な法律構成で国民登録上の性別の訂正が可能かどうか問題となる。90年代ごろの判例は、これを否定した。性転換者は、出生の時から内外の性器に男女の区別が明確であり、かつ、性染色体に異常があるわけでない。間性とは異なり、身体的な性はまったく正常だからである。医学的にも、両者は別の疾患として区別している。間

51 대법원 2006년 6월 22일자 결정, (2004스42, 개명 및 호적정정 사건)·앞의 글 (주 20) 290면.

52 「가족관계의 등록 등에 관한 법률 일부개정법률」(법률 제 11950호) 관보 18069호 (행정안전부, 2013년 7월 30일자) 9면.

53 김일란 외·앞의 글 (주 5) 23면.

54 間性による性別記載の訂正を許可した主な判例は、次の通りである。서울가정법원 1992년 11월 20일 결정 (92브80, 호적정정기각결정에 대한 항고사건), 창원지방법원 통영지원 2003년 7월 7일 결정 (2003호파261, 호적정정 사건), 서울남부지방법원 2007년 7월 3일 결정 (2006호파 4578, 호적정정 사건), 서울가정법원 2007년 7월 12일 결정 (2006브137, 호적정정 사건) 등. 閔裕淑「성전환자에 대한 호적정정의 가부(可否)」대법원 판례해설 60호 (법원도서관, 2006) 570면 이하 참조.

性は、身体的な性に異常があるのに対して、性転換は、身体的な性と心理的・精神的な性との不一致により、性的なアイデンティティに著しい混乱をもたらすところにその本質がある。しかも、今まで生来的に与えられた肉体的な性については、一生涯に渡って不変であると倫理的にも道徳的にも根強い観念が社会にあった。それゆえに、現代の医学技術が発達したことにより、反対の性の体を獲得することで本人の性別そのものを人為的に変更する可能性については、社会的および法的に拒否感があったことは否めない。韓国でも、以下で検討するように国民登録上の性別記載の訂正を間性と同じように扱われるには、司法部および立法院において相当なる紆余曲折を経てようやくして今日、認められるようになったのである。その動きは、主に一般法院での判例の変遷に表れている。以下では、性転換による性別変更の法的基準を模索した同法院の判例を分析することにする。

### 3. 性転換による法的な性別変更の可能性

まず検討しなければならない先決問題は、そもそも医学で行われる性転換手術が刑法をはじめとした法律上、許される行為であるのか、という点である。韓国では、日本のブルーボーイ事件のように、医師による同手術行為に対して刑事責任が争点となった事例はない<sup>55</sup>。一般的には、医師による性転換手術の行為が刑法における傷害罪などの違法性を阻却する「正当な業務」(刑法第20条)となるためには、医師の医療行為の手段と方法などが現代医学の水準に適合し、かつ、刑事上の適法性が認められなければならないとされる<sup>56</sup>。90年に韓国泌尿器学会では、性転換手術で求められる基準を示している。また、延世大学校医科大学附属セー・フランス病院の性転換症クリニックでも同手術に関するガイドラインを定めている<sup>57</sup>。医学界で通用している基準は、直ちに法的な効力を有するものではない。ただし、性転換手術の適法性を認めるためには、これらの基準をクリアーしていることがひとつの目安になりうるといわれている<sup>58</sup>。

次に問題となるのは、上記の性転換手術で性を転換した場合を含め、本人が従前の性を変えて、別の性を自らの性別にしたいと希望したとき、変化した性に対して法的にどのように評価すべきなのか、ということである。つまり、転換した性を法的な性別として新たに認定することができるのか否かである。この問題を考察する前提としては、男女の性差について次のような本質的な論点を問わざるを得ない。すなわち、韓国の法制においてそもそも「男」と「女」は、いかなる法的基準で区別されているのか、ということである。というのは、この基準が明確に

55 ブルーボーイ事件については、東京地裁昭和44年2月15日判決、判例タイムズ231号(昭和44年)231頁を参照した。

56 李在祥『刑法 第5版』(博英社, 2005) 281면 참조.

57 1990年8月8日に大韓泌尿器学会では、性転換症に対する性転換手術の許可基準として「性転換症の医学的治療の適応基準」で、①精神科医師の正確な診断がなければならないなど、12項目の基準を示している。延世大学校医科大学でも同じような指針を設け、①2年以上、性転換症に該当する生活様相を示していることなど、5項目の基準を定めている。金敏圭「2006년 대법원 결정을 계기로 본 성전환(중)자에 대한 법학과 의학의 협력 메커니즘」東亞法學 39호(동아대학교 법학연구소, 2007) 232-233면.

58 金台明・앞의 글(주6) 35면.



定められてはじめて、性転換による性別変更の可否を判断することが可能になるからである。

こうした問題点を比較法的に見ると、各国において性転換による性別変更の可否、その要件や立法形式は多様である。欧米諸国を中心に性の転換に関する法律が制定され、法的に国民登録上の性別記載の変更を認める国家が増えている<sup>59</sup>。日本でも近年「性同一性障害の性別の取扱いの特例に関する法律」（法律第111号、2003年7月16日）が制定され、一定の要件の下でその変更を認めている<sup>60</sup>。韓国でも、すでに述べたように国会で2度にわたり性転換に関する特例法の制定が試みられたが、いずれも成立するまでには至らなかった。いまだに法的な空白状態が続いている。韓国では、以下で見られるように司法過程を通してその空白を埋めていこうとする動きがある。具体的には、一般法院の判例形成のなかで男女の性差基準および性別変更の法的な可能性を模索していくのである。

#### IV. 性差の法的基準

##### 1. 性別記載事項の訂正手続と男女の性差

韓国の法制でも、すでに述べたように「男」と「女」というふたつの性でもって法律関係を区分する法システムを採っている。法的な地位としては、男性でもなく、女性でもない中間の性を認めていない。法体制としては、男女という二分法で各法分野ごとにそれぞれ異なった処遇を受けるように規律している。それゆえに、性別の変更は、家族法で規定される家族関係のみならず、そのほかの法領域でその法的な地位に大きな変動をもたらすなど、法律の実体関係に大きな影響を与える。したがって、本来ならば、性別に関連する身分事項は、家族関係登録法といった手続法ではなく、民法などの実体法で定めなければならないはずである。ところが、問題は、両者を区別すべき性の決定基準について民法などの実体法に明確な規定を欠いていることである。というのは、今まで韓国では、男女の性別変更の可能性についてそれほど意識されることがなかったからである。性転換をめぐる法的問題が持ち上がることによって、はじめて男女の性差に関する法的基準が裁判上で争点になり始めたのである。

具体的には、前述の間性のように家族関係登録簿（旧戸籍）上の性別記載の訂正手続にもとづいて、当事者の申請により法院がその訂正を許可するか否かを審判するのである。ところが、法文上は単に「法院の許可を受けて、登録簿の訂正を申請することができる」とのみ定めているに過ぎない（登録法第104条）。その許可について明確な基準を規定しておらず、その判断は全面的に各法院の裁量に委ねられていた。したがって、男女の性差基準は、法院の裁量のなかで形成されていったのである。

59 大島俊之『性同一性障害と法』（日本評論社、2002年）103頁以下では、各国の立法状況を示している。

60 南野知恵子監修『解説・性同一性障害者性別取扱い特例法』（日本加除出版、2004年）72頁以下、針間克己ほか『性同一性障害と戸籍・増補改訂版』（緑風出版、2013年）35頁（野宮亜紀・執筆部分）、二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か（2）——特例法を読む」戸籍時報559号（日本加除出版、2003年）2-3頁参照。

以下で分析するように、韓国の判例はこの基準について大きな変遷を見せる。80年代から90年代前半まで下級法院では、そのほとんどが性染色体の形態による生物学的な性（SEX）にもとづいて男女の性別を区別していた（性染色体説、生物学的決定論）。96年の刑事事件に対する大法院判決では、生物学的な性に加えて新たに心理的、精神的な性および社会での性的役割など、ジェンダー的要素をも考慮に入れ、社会通念にもとづいて男女を区別する基準を示した（社会通念説）。それ以降、下級審では、前者に依拠する判例と後者にもとづく判例とに大きく二分した。司法院の立場としては、性転換による性別変更について一貫した判例基準の定立が望まれていた。そのリーディングケースが2006年の大法院決定であった。ここでは、社会通念説にもとづいて性別変更を可能にさせる具体的な判例基準が明らかにされた。その後、国民登録たる家族関係登録実務では、この決定に依拠して「性転換者の性別訂正許可申請事件等の事務処理指針」（大法院例規）を制定した。具体的には、同登録簿上の性別記載訂正手続（登録法第104条）による家事訴訟の非訟事件として家庭法院で性別の変更を許可する否かを審判する手続を定めている。と共に、同大法院の判例基準を基本として、その許可基準が明文化された。2006年の大法院決定が、このように性転換による性別変更の法的基準を確立する直接の契機となったのである。

## 2. 80年代から90年代の判例の流れ

初期に性転換による性別記載事項の訂正が法院で問題となったのは、80年代後半ごろからである<sup>61</sup>。注目すべきことは、90年代にその訂正を許可した判例がすでに4件も存在していることである<sup>62</sup>。その一例が90年4月の大田地方法院天安支院の決定である。「遺伝学上の性染色体による性区分を重視する見解もあるが、精神や身体が女性であるにもかかわらず、戸籍で引き続いて男性のままであった場合、軍隊への入隊などの社会生活や法的権利・義務の行使に当って不便がとても大きい点を参酌しなければならない」として、性別記載の訂正を認めた<sup>63</sup>。しかし、当時、こうした判例の流れは主流となることができなかった。

それ以外の大部分の判例は、性差の基準について性染色体説に依拠するものであった。その代表例が90年の水原地方法院の決定である。原告人Xは、男から女に性転換手術を行った者で、戸籍上ははまだ「男」と記載されたままである。Xの染色体はXY型の男性であり、同手術をしたとはいえ女子としての生殖機能はない。Xは、法院に戸籍上の性別記載訂正を申請したが棄却され、これを不服として同法院に抗告したのが本事件である。これに対して、同法院は、

61 서울가정법원 1987년 10월 12일자 결정 (87호과3275, 호적정정 사건) (副本)。

62 대전지방법원 천안지원 1990년 4월 19일 결정 (90호과71, 호적정정 사건), 서울지방법원 의정부지원 1995년 2월 18일 결정 (94호과1057, 호적정정 사건), 춘천지방법원 원주지원 1996년 7월 25일 결정 (96호과107, 호적정정 사건), 서울지방법원 의정부지원 1996년 10월 17일 결정 (96호과488, 호적정정 사건), 송영길「성전환자의 인권과 호적 정정」(국정감사 정책자료집 -1, 2001년 9월) 26면。

63 대전지방법원 천안지원 1990년 4월 19일 결정 (90호과71, 호적정정 사건), 송영길·와의 글 (주 62) 26-27면 재인용。

次の理由でその抗告を棄却した。

本決定の特徴は、医学的な見地からの性差基準と法学的なそれとが異なり、前者の基準を参照しながらも、法学の立場から独自に性別を判断したところにある。参考人意見として大韓医師協会側は、生物学的な性（SEX）に加えて、出生後、人の教育など、成長により精神的な性によって男女が区別されると述べ、とりわけ、性転換症の場合、本人の性自認と性役割に依拠して性が決定されるとの見解を示した。ところが、同法院は、「性転換のような人為的な状態の性を認めるか否かは、医学の決定事項でなく、社会的および法的評価の問題である」として次のように判示した。Xは本来、性染色体や肉体として完全な男性の内外性器を備えていた。医学的な手術により、単に女性の一部を解剖学的につくられたに過ぎない。「現在、韓国社会の常識や社会価値観に照らし合わせると、Xは完全な女性とみることができない」と結論づけた<sup>64</sup>。

この法院は、医療技術として性の転換が可能であるという事実と転換した性を社会や法が許容することができるのかという法的評価を明確に区別しようとした。この時期、医学技術によって「人為的」に人の性を変えることに対しては、まだ社会や法において容認することができないことを「韓国社会の常識や社会価値観」の概念でほめかしたのである。

性別の基準についてさらに踏み込んだのは、95年の光州地方法院の決定である。「人間の社会生活を規律するための戸籍制度の下において性を決定するのは、発生学的な性である性染色体の構成が最も重要な基準となる。特段の事情がない限り、性染色体の構成にもとづいて決定される性以外に異なる性を認めることはできない」<sup>65</sup>。この決定は、国民登録上の性－いわゆる、法的な性－が性染色体の構成で決定されることを明確にした判例である。これ以降、性染色体説に依拠して性の不変性を強調する立場は、判例上でひとつの流れを形成する。2001年の大邱地方法院家庭支院の決定は、次のように判示する。「人の性別が受精時の性染色体にもとづいて決定されれば、その後、これを変更することができない事実は、生物学的に明白である」<sup>66</sup>。2004年の清州地方法院の決定なども同様の法理を展開する<sup>67</sup>。

### 3. 強姦罪の客体たる「婦女」の概念

その後、従来の流れを大きく変える判例が表れた。1996年の大法院判決で性転換による性の変更可能性を法的に基礎づけた判例である。本件は、男から女に性転換した者（MTF）が強姦された事件で、被害者が強姦罪の保護客体である「婦女」に該当するのかが主な争点となった（刑法第297条 ただし、2012年の刑法改正により、2014年現在、同罪の構成要件は「婦女」から「人」に変更されている）。

同法院は次のように判示した。「刑法第297条で定める『婦女』、すなわち女子に該当するの

64 수원지방법원 1990년 8월 21일 결정 (90브10, 호적정정기간 결정에 대한 항고사건) 하급심판결집 1990, 2권 (법원행정처, 1990) 683면.

65 광주지방법원 1995년 10월 5일 결정 (95브10, 호적정정기간 결정에 대한 항고사건) (web).

66 대구지방법원 가정지원 2001년 4월 24일 결정 (2001호과653, 호적정정 사건) (副本).

67 청주지방법원 2004년 7월 8일 결정 (2003라57, 개명 및 호적정정 사건) (副本) 등.

否かも、発生学的な性である性染色体の構成を基本要素とし、性腺、外部性器をはじめとした身体の外観はもちろんのこと、心理的、精神的な性、そして社会生活を遂行する主観的、個人的な性の役割およびこれに対する一般人の評価や態度など、あらゆる要素を総合的に考慮して、社会通念にもとづいて決定すべきものである」<sup>68</sup>。大法院は、一般論で性別を決定するに当って、単に遺伝学で規定される生物学上の性にのみ依拠すべきではなく、心理的、精神のおよび社会的な性役割であるジェンダーの観点をも考慮して総合的に判断すべきことを明らかにした。いわゆる、社会通念説である。これは、体の性と心の性と不一致で悩む性転換者に性別の変更を法的に認める理論的な契機を与えることになる。

ただし、実際の事実認定では、生物学的な性に重きを置いて判断し、被害者を女性と認めなかった。「Yは、本来、男性であって、女性の性染色体の構造を有したり、生殖腺の分化などの……異常が認められなかった。確かにYは、外観上、女性としての体形を備え、性格も女性化し、個人的に女性としての生活を営んでいる。仮にそうだったとしても、基本的な要素たる性染色体の構成や本来の内外部の性器の構造、正常に男性として生活した期間、性転換手術をした経緯と時期、および術後にも女性としての生殖能力が欠如している点、そしてこれに対する社会一般人の評価と態度などの諸要素を総合的に考慮すれば、Yは社会通念上、女子として見ることはできない」<sup>69</sup>。

こうした判例の事実認定に対して、学説はほぼジェンダー的な要素を考慮していないことを批判する。韓国の刑法体系上において強姦罪は、強制わいせつ罪（同法第298条・原文「強制醜行罪」）に比べて、保護客体を女子に限定し、かつ、強姦行為が一般の強制わいせつ行為よりも被害者の性的な自己決定権の侵害程度や行為の違法性が著しいことから量刑を加重処罰している<sup>70</sup>。本罪の保護法益は、女性の性的自己決定に対する消極的な自由を保護するところにある<sup>71</sup>。それゆえ、ある学説は、性転換した女性も現実の性生活において自ら願わない相手からの性交渉に応じたくない性的な自己決定権を等しく有していると指摘する<sup>72</sup>。問題は、大法院が一般論でジェンダーの要素からも「婦女」の概念を捉えたと判示しておきながら、どうして事実認定で遺伝学による生物学的な性に重きを置いて判断したのか、という点である。

それは、被告人に不利益を与える類推解釈を法院が行うことで罪刑法定主義に反する可能性である。被害者Yは、国民登録たる戸籍の性別記載が「男」であり、その記載が変更されていないことから、性転換手術により女性の体を獲得したとしても、法的にはいまだに従前の性別が維持される<sup>73</sup>。したがって、ある学説は、強姦罪でいう「婦女」の概念が女性に限定されて

68 대법원 1996년 6월 11일 판결 (96도791, 강간치상죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반 사건) 大法院判例集 44권 1집 (1997) 1049면.

69 대법원 1996년 6월 11일 판결·앞의 글 (주 68) 1049면.

70 문유석「性轉換手術者을 받은 者의 性別 — 대법원 1996. 6. 11. 선고 96도791 판결 —」人權과正義 311호 (大韓弁護士協會, 2002) 93면.

71 정현미「性轉換手術者의 強姦罪의 客體 與否」·앞의 글 (주 43) 180면.

72 金日秀「合同強姦致傷罪의 不能未遂 — 大法1996. 6. 11, 96도791 —」判例研究 8輯 (高麗大學校 法學研究所, 1996) 102면.



いることから、女性の体に性転換した男性をこれに含めることは、罪刑法定主義で禁止する類推解釈の危険性があり、大法院の判断はこれを回避するためであったと指摘する<sup>74</sup>。この立場からすると、MTFの人たちは国民登録上の性別が「女」と変更されて、はじめて本罪の保護客体の対象となりうるのである<sup>75</sup>。

また、Yが同罪で保護されなかった理由のなかに女性としての生殖能力の欠如がある。本罪の保護法益に母性の保護も含まれているからである<sup>76</sup>。ところが、学説は、社会にはその機能に障害のある女性もいるが、この女性も本罪で保護されなくなるのだろうかと批判する<sup>77</sup>。それゆえ、本条の「婦女」とは女性一般を指すものであり、特に生殖能力のある女性を要件としていないと論じる<sup>78</sup>。だからこそ、韓国のフェミニストたちは、女性の生殖性を過度に強調する強姦罪の存在そのものを批判の対象とする。

今回の大法院判決は、判例理論と事実認定とが論理的に対応していないところがあったことは否めないであろう。ただし、性別を決定するに当って、心理的、精神的な性および社会的な性役割などの要素を考慮し、「社会通念」に依拠して判断すべきことを明らかにしたことは、法理論上、重要な意義を有する。それは、単に刑事上の問題だけに止まらない。その意義は、法律一般に対しても、精神的かつ社会的な性差たるジェンダーの観点から男女の性別を捉える論理的な可能性が開かれたことである。つまり、性別の判断を社会通念にもとづかせることで、性別の変更を可能にさせる「性の可変性」を導き出した。一般的に社会的事象の多くは、社会、時代および人々の意識によって変化していくものである。人間の性も、こうした条件に規定されるとすれば、社会の変遷にしたがって性に対する観念も当然に変わっていくことになるからである<sup>79</sup>。この判決は、韓国社会で根強く支配してきた性の不変性の観念を相対化させる法理論的な契機となった。実際、これ以降、性転換による性別の変更を争う事件で同判例理論がよ

73 判事など、実務家の論文には、93年の大法院の内部文書に依拠して、当時、大法院の立場が性転換による戸籍上の性別記載の訂正に消極的であったことを示している。대법원 법원행정처 법정국장「지역예비군 중대장 질의」(1993년 1월 12일자) 회신 で性転換症の場合、本来の性とは異なる性徴を有するからといって、戸籍上の性別訂正を認めることはできない旨を明らかにしている。高宗柱・앞의 글 (주 9) 주 12, 793면.

74 閔裕淑「성전환자에 대한 호적정정의 가부(可否)」·앞의 글 (주 54) 594면.

75 ただし、最近、2009年の大法院判決では、国民登録が男であっても、性転換により社会通念上、女性と認められる者を同罪の「婦女」と認定した事例が表れた。대법원 2009년 9월 10일 판결 (2009도3580, 특수강도 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률위반 사건) 판례공보 332호 (법원도서관, 2009) 1701면. 詳しくは別稿で論じる予定である。また、2012年12月18日法律第11,574号の刑法改正で強姦罪(297条)の文言が「婦女」から「人」に変更された。性転換の問題について一応の立法的解決が図られた。「형법 일부개정법률」(법률 제11574호) 관보 17912호 (행정안전부, 2012년 12월 18일) 122면.

76 서울지방법원 1995년 10월 11일 판결 (95고합 516, 강간치상죄 및 폭력행위 등 처벌에 관한 법률위반 사건)(web). 本事件の第一審である同法院では、強姦罪の処罰根拠に母性の保護を挙げている。これは、生殖能力のある婦女子を同罪で保護しようとする趣旨である。

77 박찬걸「강간피해자로서 ‘성전환자’의 인정 여부에 관한 검토」被害者學研究 18권 1호 (韓國被害者學會, 2010) 95-96면.

78 문유석·앞의 글 (주 70) 93면.

79 문유석·앞의 글 (주 70) 92면.

く援用されるのである。

#### 4. 2000年以降、判例に示された性差基準の推移

一連の判例を分析して明らかになったことは、「男」と「女」という性差の法的基準が明確になるにつれて、むしろその境界が揺らぎ始めていることである。96年大法院の判決以降、性転換による性別の変更をめぐる下級法院では、立法府たる国会で制定される法律の存在を前提として、その変更を容認する可能性のあることを示唆する判例が現れ始めた。それが2000年のソウル家庭法院の決定である。「戸籍に記載すべき性別は、別途の法規定が設けられていない限り、出生当時の身体条件にしたがって男性あるいは女性に区別して記載すべきものである。出生当時の身体条件が男性である場合に精神的な障害があって、出生以後に身体を外観上、女性の体に見えるように人為的に変換させ、社会的に女性として生活をしていても、戸籍にその性別を女性と記載することはできない」(下線部筆者)<sup>80</sup>。同決定は、一方で、性の決定が従来通り、出生時の身体的条件(生物学的な性)に依拠することを改めて確認した。けれども、他方で国民の代表機関である国会での議論や立法を通して、新たな性別の基準を設定したり、性別を変更させる可能性のあることをほのめかしている。言い換えれば、性転換による性別の法的評価および処遇は、国民の十分な議論で合意形成をして、関連法規の改正や新たな法律の制定など、国会の立法を通して決定すべきものである<sup>81</sup>。現地点では、そうした法的根拠がない以上、法院の立場としては、既存の基準にもとづくほかにない。前述の2001年大邱地方法院家庭支院の決定でも「性転換を許容する特別法がいまだに存在しないことから、申請人が日常の社会生活だけでなく、国家に対する関係でも男性であることの公認を受けたいとの要望を受け入れることはできない」と判示した(下線部筆者)<sup>82</sup>。

これに対して、具体的な法律がなくても、法院が独自の判断で性別の変更を許可することができることを示した判例が表れた。2002年の釜山地方法院の決定である。日本でもこの決定が紹介された<sup>83</sup>。この決定は、まず96年大法院判決に依拠してジェンダー的な要素からも人の性別を区別することを述べつつ、憲法で定める基本権保障の観点から性転換による性別の変更を位置づける。「性転換症の患者も、人間としての尊厳と価値を享有し、幸福を追求すべき権利を有する存在である」。性転換手術が正当な基準で行われた場合、明文の規定がないとの理由で今の状態を放置すべきではない。もちろん、民法の改正や特例法の制定が理想ではある。けれども、現行法令を憲法に符合するように解釈し、同手術の正当性を検証しうる合理的な基準が設けられれば、「別途の立法措置がなくても、法院で性別訂正の許可は可能である」<sup>84</sup>。同決定は、

80 서울가정법원 2000년 12월 15일 결정 (2000브44, 호적정정 사건) (副本).

81 부산지방법원 2007년 4월 17일 결정 (2006브6, 호적정정기간 결정에 대한 항고사건) (副本) 참조.

82 대구지방법원 가정지원 2001년 4월 24일 결정 (2001호과653, 호적정정 사건) (副本).

83 戸籍時報編集部「性転換者の戸籍訂正に対する下級審決定例(大韓民国釜山地方法院家庭支院2002年7月3日決定)」戸籍時報555号(日本加除出版社、2003年)16頁、二宮周平「戸籍の性別記載の訂正は可能か(1)——特例法を読む」戸籍時報555号(日本加除出版、2003年)7頁、金敏圭「韓国における性主体性障害者に対する法的処遇策の動向(上・下)」戸籍時報563号、564号(2003年)15頁、19頁など。

まず法律の不存在を理由として出生時の性別が強要されることによる性的マイノリティの人権侵害の事態を重視する。その救済方法として司法府が現行法令に積極的な憲法適合解釈を施すことにより、性転換による性別の変更基準を導き出すやり方と採ったのである。

具体的には、戸籍法第120条の「錯誤」による戸籍記載事項の訂正規定（現登録法第104条）を憲法に符合するように拡張解釈して、性別記載の変更を認めたのである。性転換者は、戸籍の出生届時に本人の成長過程で最終的に確定される性をまったく考慮されておらず、ただ生物学的な性に依拠して、外部性器の外観だけで性別を判断した「錯誤」があると認定した。今日、性転換によって法的な性別を変更する必要性が高まっているにもかかわらず、いまだに法律が制定されないのは立法の不備である。こうした法の欠缺を理由にその変更を認めないことよりは、同法第120条の拡大解釈で性別の訂正を容認する方が本人の基本権を保障しようとする憲法の趣旨に合致するのである<sup>85</sup>。

これ以降、02年釜山地方法院の決定にもとづいて、同様に戸籍の性別記載の訂正を認める下級法院の決定がいくつか下された<sup>86</sup>。しかし他方で、いまだに性染色体説に依拠して、性の不変性を堅持しようとする下級法院の決定もある。その一例が2004年の清州地方法院の決定である。「人の性別は、受精時の性染色体にもとづいて決定される。それは、その後、変更することができない事実は、生物学上、明白である」<sup>87</sup>。

## 5. 2006年の大法院決定

性転換による性別記載の訂正をめぐる下級法院の決定は、以上の分析からも見られるように両極に二分している。その原因は、すでに述べたように家族関係登録簿（旧戸籍）記載の訂正手続で単に当事者が「家庭法院の許可を受けて、登録簿の訂正を申請することができる」ことのみを規定し、法院の許可基準を法律で具体的に示さなかったところにある（登録法第140条）。その許可の判断は全面的に法院の裁量に委ねられていたのである。それゆえに、この基準について司法府として一貫した判例基準を定立する必要性が高まっていた。以下で取り上げる2006年6月の大法院決定は、こうした問題のリーディングケースとなった。

事件の概要は、次のとおりである。再抗告人 X は、戸籍上、女性と記載された FTM で、成長期に男性への性的帰属感を感じ、20歳代ごろから肉体労働に従事するなど、男性としての生活をした。41歳に性転換手術を行い、男性の内外性器を備えるようになった。原審で X による戸籍の性別記載訂正および改名の申請に対する抗告を棄却されたことに伴い、再抗告を大法院

84 부산지방법원 가정지원 2002년 7월 3일 결정 (2001호과997, 998, 호적정정 및 개명 사건) 하급심판결집 2002년 2집 (법원도서관, 2003) 359면.

85 인천지방법원 2006년 4월 26일 결정 (2006브11, 호적정정 사건) (web) 참조.

86 대구지방법원 2004년 1월 16일 결정 (2003브17, 호적정정 사건) (副本), 광주지방법원 2004년 12월 15일 결정 (2003브 20, 호적정정 사건) (副本) 등.

87 청주지방법원 2004년 7월 8일 결정 (2003라57, 개명 및 호적정정 사건) (web). 그 이외도 대전지방법원 2004년 12월 4일 결정 (2004브32, 호적정정 및 개명 사건) (副本) 등이 있다.

に求めたのが本事件である<sup>88</sup>。

### 【決定要旨】

人の性は、生物学的な要素だけでなく、個人自ら認識する男性または女性への帰属感（精神的要素）、男性または女性として社会に適合し、社会から承認された行動、態度および性格的な特徴などの性の役割を遂行する側面（社会的要素）に依拠して定められる。こうした精神的・社会的要素で性の決定を判断するならば、後天的にも肉体的な性を変更することが可能である。その根拠としては次のことを挙げることができる。

イ. まず、世界保健機関（WHO）での国際疾患分類で性同一性障害および性転換症が疾患として認定されていることである。また、韓国の医学界や社会でも、同疾患に対して精神科治療および外科的治療を通して体の性とは異なった精神的な性への転換を行い、転換した性を社会的な性別へと認知していこうとする動きがある。本決定は、こうした医学の成果および社会的な動きを受け入れて、従来の性染色体にのみ依拠した性の二分法と性の不変性を一定の基準で修正したのである。

ロ. 性転換による国民登録上の性別記載の訂正要件は、以下のとおりである。① 出生後の成長にしたがい、一貫して出生当時の生物学的な性に対する不一致感、違和感および嫌悪感を持ち、反対の性に対して帰属感を感知しつつ、反対の性としての役割を遂行していること、② 性器を含めた身体的な外観もやはり反対の性に形成することを強く希望していること、③ 精神科で性転換症として診断され、相当期間、精神科の治療やホルモン治療などを行ってもいまだに上記の症状が治癒しないこと、④ 一般的な医学基準にもとづき性転換手術を受けることで外部性器をはじめとした身体が反対の性へとその外観を備え、転換した身体にもとづいた性への満足感を感じていること、⑤ 強い性的アイデンティティの認識の下で転換した性に相応しい衣服、頭髪などの外観を装い、性関係および職業など、個人的な領域や社会的な領域でその性としての役割を遂行していること、⑥ 周囲の人々からも転換した性で本人を認識していること、⑦ 新しい性を認めることによって、ほかの人々との身分関係に重大な変動をもたらしたり、または社会に否定的な影響を及ぼさないことである。

ハ. ただし、戸籍上の性別記載訂正の効果は、既存の身分関係および権利義務関係に影響を及ぼさないように、将来にわたって効力を有するものと解釈すべきである<sup>89</sup>。

今回の大法院決定は、今までの下級法院の対立を反映するように11名の大法官のうち、性別の訂正を認める9名の多数意見（そのうち、1名の補足意見あり）とその訂正を容認しない2名の反対意見に分かれた。この相違は、性転換による性別記載の訂正に関する明文の規定や法的基準が存在しないなど、法的な空白状態のなかで、司法府は国会の立法権にどの程度まで関

88 岡克彦・前掲注(24)13頁。

89 대법원 2006년 6월 22일 결정, (2004스42, 개명 및 호적정정 사건)·앞의 글(주20)290면。



与することが可能なのでそれぞれの立場が異なったことによる。多数意見は、一定期間を経ても、この問題に対する関連法令を設けようとしめないなど、立法不作為が立法府にあれば、司法府は立法権にある程度、介入してでも、既存の法令を積極的に憲法適合解釈（拡張解釈または類推解釈）を施してマイノリティの人権を救済しようとする。一方、反対意見は、性転換による性別の変更といった社会で鋭く対立する問題は、司法府の判断に馴染まず、一般国民の議論と総意を通して立法府で解決すべきであり、法令のない状況で司法府が独自に法的基準を設けることは立法権の侵害であると批判する。詳しくはほかの論稿で扱っている<sup>90</sup>。

今回の決定は、男女の性別が生物学的な性のみならず、ジェンダー的な要素も加味して決定されると判示することで、出生後、後天的に性別の変更を可能にしたことは重要な意義を有する。とりわけ、国民登録上の性別記載事項を性転換によって訂正する場合の具体的な要件を示したことは注目される。以下では、性転換による性別変更の可能性に関する韓国の学説から、同決定を位置づけてみたい。この問題について学説は、次のように対立している。

① 人の性別は、生来的に男性と女性に二分される（性別二元論）。生物学的な性（SEX）が本来の性であって、人の意思で変更することができないとの立場である（性不変の原則）。いわゆる、性染色体説である。② 性別の二分法はまず前提とする。性別は、生来的なもので、人々の意思で選択できるものではない。ただし、性別は、出生時に決まるものではなく、人の成長過程で精神的・社会的に自らの性を自覚していくものである。精神的・社会的な性を自ら認識してはじめて人の性別が決まっていく。③ 本人の自覚だけでなく、自覚した性を社会や法が認知していることなど、諸々の要素を総合的に考慮し、社会通念にもとづいて性が決定される（社会通念説）。④ 人の性別は生来的に男女に二分しない。性別も人々の生き方や価値観の問題として捉え、本人の意思で自由に性別の選択を認めて性の多様性を尊重しようとする立場である（自己決定権説）<sup>91</sup>。

06年大法院の決定は、96年大法院判例の社会通念説を踏襲して、性別変更の具体的な基準を示した。その意義は、まず90年代に下級法院で大勢を占めていた性染色体説に依拠して性別の変更を認めなかった立場を退けたことである。いわゆる「性の不変性」という法的な障壁を取り払った。学説も、今まで国民登録上の性別訂正をめぐる、認定または不認定という法院の立場が揺れ動いていたが、今回の決定で司法府側の対立に一応の決着がついたと評している<sup>92</sup>。韓国社会でも肯定的な評価を受けている。全国紙の新聞では「今回、大法院が司法史上はじめて性転換者の戸籍上の性別変更を認めたことは、性的マイノリティの人権保護に歴史的であり、画期的な決定だと評しうる」と伝えた<sup>93</sup>。人権保護団体も、「今まで外観と戸籍上の性別の不一致で就職など、正常な生活が難しかった性転換者の暮らしも、今回の決定はその改善に役立つだろう」とコメントしている<sup>94</sup>。

90 岡克彦・前掲注（24）14頁。

91 閔裕淑・앞의 글（주 54）573-574면, 金台明・앞의 글（주 6）32면で整理された学説状況を参照した。

92 金敏圭・앞의 글（주 57）253면.

93 경향신문 2006년 6월 23일자「사실: 성전환자 호적정정 결정을 환영한다」27면.

しかし他方で、②や④の立場からの強い批判がある。司法府側は、すでに何度か見たように、この大法院の決定にもとづき性転換による性別の変更について、同年9月6日に家族関係登録簿（旧戸籍）の記載事項を訂正する手続（登録法第104条、旧戸籍法第120条）にしたがって処理することを大法院例規（事務処理指針）で定めた。全10カ条からなる例規である。批判のポイントは、上記の決定理由のうち、⑦の「新しい性を認めることにより、ほかの人々との身分関係に重大な変動をもたらす」ことの要件が同例規においてより限定的な基準となることで、性転換者のうち、性別の変更を実際に認めうる者が極めて限られてしまうことである<sup>95</sup>。具体的には、現に婚姻している者のみならず、婚姻の履歴のある者、子どものある者および未成年者は、その対象から除外される。さらに、性転換手術により別の性への身体改造を義務化しているのである（指針第6条）<sup>96</sup>。2006年の大法院決定で「性の不変性」という大きな法的な障害は、一先ずは取り除かれたといえよう。しかし、それは同時に大法院例規の制定で性転換者には法的な足かせが新たに課された結果となった。これらの諸論点は、同例規の成立以降、性転換をめぐる法的問題として新たな展開を見せるのである。

## おわりに — 主に性別変更後の兵役義務をめぐって

最後に、性転換による性別変更後の法律関係について論じることで本稿を締めくくることにする。2006年大法院の決定で明らかのように、性転換による家族関係登録簿上の性別訂正の法的効果は、既存の身分関係および権利義務関係に影響を及ぼさないように、将来に向かって効力を有するに過ぎない（将来効・指針第7条第2項）。具体的には、決定の告知たる法院での決定言渡し時に本人の性別が反対の性になることになる。生まれた時に遡って別の性別に変わるわけではない。同決定にもとづいて、本人の申請で同登録簿の性別記載欄が「男→女」または「女→男」に訂正される（指針第9条）<sup>97</sup>。

まず、改名手続にしたがって家族関係登録簿上の名前を新しい性別にふさわしいものに変えることができる（登録法第99条、指針第8条）。また、ジェンダーコードを含んだ住民登録番号は、変更した性別に該当する数字に変えられる。MTFの人は男性と婚姻し、FTMの人は女性と婚姻することが可能になる。法的にも異性婚となるので、同性婚とはならない。夫婦や親子など、家族関係を含めた既存の身分関係では、論理的には変更前の性別として取り扱われるはずである。ところが、2013年現在、改正された事務処理指針によると、以前の指針よりも多少緩和されたとはいえ、いまだに日本と同じく婚姻中であつたり、または未成年の子がいる場合、法的な性別を変更することができない（指針第6条第1号）<sup>98</sup>。成年の子がいる場合、性別の変更

94 한겨레신문 2006년 6월 23일자 10면.

95 정정훈 「대법원 지침에 없는 것」 성전환자 성별변경 관련 법제정을 위한 공동연대 편 『성전환자가 대법원장에 게』 (2006) 36면, 송진희 「성전환자 인권에 대한 고찰」 인권법평론 3호 (전남대학교, 2008) 149-150면.

96 정정훈 · 앞의 글 (주 95) 39-40면.

97 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」 (가족관계등록예규 제385호, 2013년 6월 7일 개정).

は可能であるが、子どもとの関係では従前の性別にもとづいて本人との親子関係が維持される。

そのほかにも、本人の性別が法的に変更されるに伴って、性別にかかわる社会生活に様々な影響をもたらす。とりわけ、徴兵制を採っている韓国では、性別の変更は直ちに兵役義務の有無に関わってくる。韓国の憲法では、男女を問わず国民すべてが国防の義務を負っている（国民皆兵の原則、同法第39条第1項）。ところが、兵役法（法律第11,894号、2013年6月4日改正）では、徴兵に伴って兵役義務が課されるのは、男子のみで女子は除かれている（同法第3条第1項）。女子は、志願により軍隊に服務することができる。最近、同法律で兵役の対象者を男子に限定することの法的な合理性が問われ始めている。というのは、この制限は、憲法で定める国民皆兵の原則や性差別の原則に反するとの主張が出てきたからである。いわゆる、「ジェンダーと徴兵制」の問題である。性転換による同義務の有無は、まさに兵役をめぐる性差に直結する論点である。実務上、性別による兵役義務の有無は、まず住民登録簿に記載された性別事項で判断される。この登録で判明しない場合は、家族関係登録簿の性別事項にもとづいて判断する（同法第9条第1項、第2項）。問題は、性転換により国民登録上の性別記載が訂正された場合、兵役義務はどのように取り扱われるのか、という点である。

ケースとしては、男性から女性に訂正された場合と逆に女性から男性に訂正される場合の二種類がある。前者の場合（MTF）は、すでに示した「事務処理指針」によると、予め男性としての兵役義務を果たすか、またはそれが免除されない限り、法的に女性になることができない建前になっている（同指針第6条第5号）<sup>99</sup>。ただし、徴兵検査時に精神科の検査もあり、性転換症であるとの診断を受けた場合、兵役に服する能力を欠いているとして軍隊への入営を免除される可能性がある（検査規則第8条第2項第6号）<sup>100</sup>。そして、性転換による性別記載の訂正を法院に申請し、上記の兵役基準をクリアして法院の決定で「女性」と判断された場合、本人は兵籍から除籍され、それ以降の兵役義務は課されない<sup>101</sup>。その後、予備役や主に有事の際に後方で支援する業務を行う第二国民役などに服務する必要がなくなる。

女性から男性に転換した場合（FTM）は、どうなるのであろうか。法的には、法院で「男」と認定され、国民登録上の性別訂正を許可する決定が言渡されたときから、本人に兵役義務が生じることになる（指針第7条第2項、兵役法第3条）。具体的には、家族関係登録簿の性別欄に「女」から「男」に訂正されるに伴って、兵役管理のために当局で本人の兵籍がつくられる。そして、兵役の適正を判断するために、兵役対象者である本人に対して身体などの徴兵検査が実施される。ただし、最近では、同検査や軍隊への入営に伴って、性転換者たる本人に対する人権侵害の危険性を考慮して、法院の性別訂正に関する決定文、性転換の事実を示した医師の

98 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(가족관계등록예규 제385호)・앞의 글 (주 97).

99 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」(가족관계등록예규 제256호, 2007년 12월 10일) 제 6조 제 5호 참조.

100 「정병 신체검사 등 검사규칙」(국방부령 제757호, 2012년 2월 8일) 관보 제17695호 (행정안정부, 2012년 2월 8일자) 5면.

101 「성전환 호적 정정관련, 병무청 입장」(보도자료, 2006)에 의함.

診断書の提出をもって徴兵検査に代え、現役の軍務ではなく、第二国民役などに本人を編入させることができるようにした<sup>102</sup>。

その背景には、2006年10月ごろ法院で性別の訂正が許可されたFTMの者に過度な徴兵検査が実施された事件の存在がある。検査当日、本人は法院の決定文の謄本と医師の診断書を当局に提出したが、書類審査だけでなく担当医師による下半身の視診が行われた。本人は、この事実がプライバシーの侵害に当たるとして、国家人権委員会に陳情し、かつ、国を相手に損害賠償請求で法院に訴えた。同人権委員会は、書類審査で本人の身体状態を判断することが可能であり、下半身の視診まで求めたことは憲法で保障する人格権の侵害に当たると判示した<sup>103</sup>。一方、民事裁判では、担当医の視診は法令にもとづいた適正なもので、違法性がないとして原告の請求を棄却した<sup>104</sup>。この事件を契機に、国防部兵務庁では上記のとおり徴兵検査を緩和する関連規則の改正を行ったのである<sup>105</sup>。性転換による性別の変更に伴う兵役義務の取扱については、一応の決着を見る。この問題が徴兵制のあり方にまで影響を与えたのである。

---

102 「병역관계 법령 개정안 입법예고」(병무청, 2009년 9월 17일자), 「성전환 호적 정정관련, 병무청 입장」· 앞의 글 (주 101).

103 국가인권위원회 2007년 7월 20일 결정 (07진인 533, 인격권 침해사건) (副本)에 의함.

104 서울중앙지방법원 2009년 1월 15일 판결 (2008가단105575, 손해배상사건) (副本).

105 「정병 신체검사 등 검사규칙」(국방부령 제670호, 2009년 1월 28일 개정) 제8조 제2항 제10호, 「병역관계 법령 개정안 입법예고」· 앞의 글 (주 102) 참조.