

강간죄의 객체에 성전환여성의 인정여부

Die Anerkennungsfrage der Geschlechtsumwandlungsfräulichen im Objekt des Vergewaltigungsdelikts

송승현*
Song, Seung-Hyun

목 차

- I. 머리말
- II. 사람의 성별(性別)결정기준
- III. 성전환자에 대한 강간죄의 객체 성립논의
- IV. 판결내용의 구체적인 검토
- V. 성전환여성에 대한 강간죄의 피의자 처벌문제
- VI. 맺음말

국문초록

시대가 변하면서 생각지도 못했던 사람들이 생겨나고 있다. 이러한 사람들은 여러 유형이 있겠지만, 그 유형 중 하나가 성정체성에 불편감과 부적절함을 느끼는 성정체성장애자가 생겨난 것이다. 이러한 유형의 장애자와 관련해서 문제가 되는 것이 남성에서 여성으로 성전환을 한 경우이다. 성범죄가 계속해서 증가하고 있는 현실에서 성전환여성에 대한 성범죄가 문제가 되고 있다.

종래(개정 전) 형법은 강간죄의 객체를 ‘부녀’라고 규정하고 있다. 즉, 강간은 여성에 대한 남성의 강간행위로 규정되어 있는 것이다. 학계에서는 성전환

논문접수일 : 2013.06.25

심사완료일 : 2013.07.29

게재확정일 : 2013.07.30

* 성균관대학교 법학전문대학원 법학과 학술연구분야 법학박사과정 수료

여성에 대한 강간죄의 객체의 인정여부에 대해 학설의 대립이 있지만, 대법원은 종래의 견해를 바꾸어 강간죄의 객체로 인정하고 있다. 그러나 대법원이 인정근거로 들고 있는 '생물학적 요소와 정신적·사회적 요소'는 면밀히 살펴볼 필요가 있다. 특히 생물학적 요소는 정신적·사회적 요소보다 남녀를 구분하는 명확한 기준이 됨을 간과해서는 안 된다. 그리고 2013.06.19부터 현행 형법이 시행됐으므로 이와 관련해서도 살펴볼 필요가 있다.

주제어 : 강간죄, 강간죄의 객체, 강간죄의 실행행위, 성전환여성, 생물학적 요소, 정신적·사회적 요소

[대상판례] 대법원 2009.09.10, 선고 2009도3580 판결

[공소사실의 요지]

2008. 8. 31. 08:10경 부산 부산진구 부전1동에 있는 피해자(성전환자)의 집으로 잠겨져 있지 않은 화장실 문을 통해서 집안으로 침입하여 방안에 있던 피해자의 가방에서 현금 10만원 상당을 절취하였다. 그리고 부엌으로 가 그곳에 있던 흥기인 식칼(칼날길이 약 16센티미터)을 들고 다시 방안으로 들어가 서랍을 뒤지기 시작했고, 그 와중에 피해자가 깨어나자 체포를 면탈할 목적으로 피해자에게 식칼을 보이면서 "소리 지르지 마라"라고 말하여 피해자를 협박하였다. 이 과정에서 피고인은 피해자의 음부와 항문에 자신의 성기를 삽입하고, 피해자로 하여금 자신의 성기를 빨게 하는 등으로 피해자를 1회 간음하였다.

[대법원 판결요지]

(1) 강간죄의 객체는 부녀로서 여자를 가리키는 것이므로, 강간죄의 성립을 인정하기 위하여는 피해자를 법률상 여자로 인정할 수 있어야 한다. 종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔으나, 근래에 와서는 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합

하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었으므로, 성의 결정에 있어 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다.

(2) 성전환증을 가진 사람의 경우에도 남성 또는 여성 중 어느 한쪽의 성염색체를 보유하고 있고 그 염색체와 일치하는 생식기와 성기가 형성·발달되어 출생하지만, 출생 당시에는 아직 그 사람의 정신적·사회적인 의미에서의 성을 인지할 수 없으므로, 사회통념상 그 출생 당시에는 생물학적인 신체적 성징에 따라 법률적인 성이 평가된다. 그러나 출생 후의 성장에 따라 일관되게 출생 당시의 생물학적인 성에 대한 불일치감 및 위화감·혐오감을 갖고 반대의 성에 귀속감을 느끼면서 반대의 성으로서의 역할을 수행하며 성기를 포함한 신체 외관 역시 반대의 성으로서 형성하기를 강력히 원하여, 정신과적으로 성전환증의 진단을 받고 상당기간 정신과적 치료나 호르몬치료 등을 실시하여도 여전히 위 증세가 치유되지 않고 반대의 성에 대한 정신적·사회적 적응이 이루어짐에 따라, 일반적인 의학적 기준에 의하여 성전환수술을 받고 반대 성으로서의 외부 성기를 비롯한 신체를 갖추고, 나아가 전환된 신체에 따른 성을 가진 사람으로서 만족감을 느끼며 공고한 정체체성의 인식 아래 그 성에 맞춘 의복, 두발 등의 외관을 하고 성관계 등 개인적인 영역 및 직업 등 사회적인 영역에서 모두 전환된 성으로서의 역할을 수행함으로써 주위 사람들로부터도 그 성으로서 인식되고 있으며, 전환된 성을 그 사람의 성이라고 보더라도 다른 사람들과의 신분관계에 중대한 변동을 초래하거나 사회에 부정적인 영향을 주지 아니하여 사회적으로 허용된다고 볼 수 있다면, 이러한 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사람의 성에 대한 평가 기준에 비추어 사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다. 이와 같은 성전환자는 출생시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있다.

(3) 성전환자를 여성으로 인식하여 강간한 사안에서, 피해자가 성장기부터 남성에 대한 불일치감과 여성으로의 성귀속감을 나타냈고, 성전환 수술로 인하여 여성으로서의 신체와 외관을 갖추었으며, 수술 이후 30여 년간 개인적·

사회적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있는 점 등을 고려할 때, 사회 통념상 여성으로 평가되는 성전환자로서 강간죄의 객체인 '부녀'에 해당한다.

(4) 원심은 제1심판결이 인정한 사실관계 및 정황 등을 인용하면서 그에 비추어 보면 특수강도의 점에 대하여 범죄의 증거가 없다고 판단하였는바, 상고 이유는 원심의 적법한 증거취사 및 사실인정을 다투는 것으로서 받아들일 수 없을 뿐만 아니라, 원심에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위반의 위법도 없다.

[원심 판결요지]

원심은 판결문에 '무죄부분'이라는 제목 아래 증거에 의하여 인정되는 사실관계 및 정황을 인정한 다음 그에 대한 판단을 자세히 실시하여 위 특수강도의 점에 대하여 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다고 판단하였는바, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고 거기에 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

[1심 판결요지]

성전환자의 성별에 관한 법리와 위와 같이 확인된 구체적 사실에 근거하여 피해자는 성적 자기결정권을 가진 부녀로서 강간죄의 객체에 해당하는 것으로 본다. 따라서 피고인의 위 범행은 예비적 공소사실의 판단에 나아갈 것 없이 주된 공소사실인 주거침입강간죄에 해당되는 것으로 인정한다.

[참조판례] 대법원 1996.06.11, 선고 96도791 판결

[공소사실의 요지]

피고인들이 공소의 인과 합동하여, 1995. 4. 24. 00 : 30경 서울 용산구 한남동 산 10의 136 하이얏트호텔 부근에서 호객행위를 하던 피해자를 승용차에 납치하여 서울 중구 장충동 2가 산 5에 있는 한국자유총연맹 건물 부근의 골

목길로 끌고 간 후 폭행과 협박을 가하여 피해자의 반항을 억압한 다음 차 안에서 피고인 1, 위 공소외인, 피고인 2 순서로 성기를 위 피해자의 음부에 삽입하여 여성으로 성전환 수술을 받은 위 피해자를 각 강간하고 이로 인하여 위 피해자로 하여금 전치 1주를 요하는 안면부타박상 등을 입혔다.

[대법원 판결요지]

(1) 형법 제297조는 '폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자'라고 하여 객체를 부녀에 한정하고 있고 위 규정에서 부녀라 함은 성년이든 미성년이든, 기혼이든 미혼이든 불문하며 곧 여자를 가리키는 것이다. 무릇 사람에 있어서 남자, 여자라는 성의 분화는 정자와 난자가 수정된 후 태아의 형성 초기에 성염색체의 구성(정상적인 경우 남성은 xy, 여성은 xx)에 의하여 이루어지고, 발생과정이 진행됨에 따라 각 성염색체의 구성에 맞추어 내부생식기인 고환 또는 난소 등의 해당 성선이 형성되고, 이어서 호르몬의 분비와 함께 음경 또는 질, 음순 등의 외부성기가 발달하며, 출생 후에는 타고난 성선과 외부성기 및 교육 등에 의하여 심리적, 정신적인 성이 형성되는 것이다. 그러므로 형법 제297조에서 말하는 부녀, 즉 여자에 해당하는지 여부도 위 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 성선, 외부성기를 비롯한 신체의 외관은 물론이고 심리적, 정신적인 성, 그리고 사회생활에서 수행하는 주관적, 개인적인 성역할(성전환의 경우에는 그 전후를 포함하여) 및 이에 대한 일반인의 평가나 태도 등 모든 요소를 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 결정하여야 한다.

(2) 피해자가 어릴 때부터 정신적으로 여성에의 성귀속감을 느껴 왔고 성전환 수술로 인하여 남성으로서의 내·외부성기의 특징을 더 이상 보이지 않게 되었으며 남성으로서의 성격도 대부분 상실하여 외견상 여성으로서의 체형을 갖추고 성격도 여성화되어 개인적으로 여성으로서의 생활을 영위해 가고 있다 할지라도, 기본적인 요소인 성염색체의 구성이나 본래의 내·외부성기의 구조, 정상적인 남자로서 생활한 기간, 성전환 수술을 한 경위, 시기 및 수술 후에도 여성으로서의 생식능력은 없는 점, 그리고 이에 대한 사회 일반인의 평가와 태도 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 보면 사회통념상 여자로

볼 수는 없다.

[연구]

1. 머리말

성범죄는 세월이 지나도 끊임없이 발생하는 범죄 중의 하나이다. 그동안 성범죄와 전쟁을 선포하다시피 하여 이와 관련된 많은 법률이 제정되었다. 이는 모두 성범죄를 줄여보고자 한 노력들이다. 그러나 이러한 노력에도 불구하고 성범죄는 줄어들 줄을 모르고 있는 실정이다.

사회가 발전하면서 통상적인 성범죄인 여성에 대한 남성의 범죄가 바뀌기도 하고, 동성 간의 성범죄도 생겨나고 있다. 그리고 의학기술의 발달로 남성 또는 여성이 반대 성으로 성전환을 하는 일도 생겨나면서 이들에 대한 성범죄가 문제가 되고 있다. 성전환은 남성에서 여성으로 또는 그 반대로 일어나는데, 성전환남성에 대한 성범죄는 아직 접해보지 않았지만, 성전환여성에 대한 성범죄는 이미 두 판례(1996년도 판례와 2009년도 판례)가 존재하고 있다. 그러나 위의 두 판례는 13년 이라는 긴 시간의 세월이 있어서 인지는 몰라도 서로 다른 판결을 내리고 있다. 남녀의 구분을 어떠한 기준에 의해서 구분해야 할 것인가에 대해 학설상으로는 뚜렷한 대립이 없지만, 성전환여성을 강간죄의 객체로 인정할 수 있는가의 견해대립에 의하면 생물학적 측면과 정신적·사회적 측면의 대립이 존재한다. 이와 관련해서 두 판례는 모두 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 고려하여 종합적으로 판단해야 한다고 하면서도 1996년도 판례는 전자에, 2009년도 판례는 후자에 무게를 두어 판결하였다.

아래에서는 성전환자여성을 강간죄의 객체인 '부녀'로 볼 수 있는지, 그리고 이와 관련해서 남녀를 구분함에 어떠한 요소를 기준으로 하는 것이 타당한지를 살펴보고자 한다.

II. 사람의 성별(性別)결정기준

1. 종래의 입장 : 생물학적 기준에 의한 구분

사람은 태어나면서 어느 하나의 성을 갖고 태어나기 마련이다. 즉, 남성 또는 여성 중 하나의 성을 갖고 태어나는 것이다. 일반적으로 사람은 모체 내에서 정자와 난자가 수정되어 태아가 되면서 남성 또는 여성의 각기 다른 성염색체를 갖고, 각 성염색체의 구성에 맞추어 내부생식기와 외부생식기가 형성·발달하게 된다. 출생 후 성장 과정에서 심리적·정신적인 성이 출생 시 확인될 수 있는 성염색체 및 내부 생식기·외부 성기와 일치하여 남성 또는 여성 중의 하나를 나타내므로, 이 경우 개인의 성염색체를 기준으로 성을 결정하더라도 아무런 문제가 발생하지 않았다.¹⁾ 그리고 실제로도 종래에는 사람의 성을 성염색체와 이에 따른 생식기·성기 등 생물학적인 요소에 따라 결정하여 왔다.²⁾ 이는 사람의 유전자 중에서 성을 구별해주는 46번 염색체를 기준으로 판단한다는 것이다. 종래의 판례도 생물학적인 기준에 의해서 판단하였다.

2. 최근의 입장 : 생물학적 기준+정신적·사회적 기준에 의한 구분

종래에 사람을 구분하는 기준이 생물학적인 요소에 의해서 이루어졌다면 최근에 와서는 생물학적 기준과 정신적·사회적 기준에 의해서 구분하는 방향으로 변화하고 있다. 그러나 최근의 입장은 이 중에서 생물학적 기준보다 정신적·사회적 기준에 더 무게를 두고 있다고 할 수 있다. 즉, 종래에는 사람의 성별을 구별해야 하는 문제가 발생할 경우에 일반적으로 출생시에 신생아의 성기를 기준으로 판단하여 결정된 성이 출생증명서에 기재되고, 그것이 법적절차를 거쳐 변경되기 전까지는 그 사람의 성을 판단하는 결정적인 기준으

1) 박찬걸, "강간피해자로서 '성전환자'의 인정 여부에 관한 검토", 「피해자학회」 제18권 제1호, 한국피해자학회, 2010, 84면.

2) 박찬걸, 위의 논문, 84면.

로 작용하였다.³⁾ 그러나 의학의 발달에 따라 자연적인 성을 포기하고 자신이 원하는 성으로 수술을 통해 전환하는 것이 가능하게 됨으로써 선천적인 성과 후천적인 성 중에서 어느 성을 근거로 그 사람의 성을 판단해야 하는지가 문제가 되었다고 할 수 있다. 이에 최근에는 판례에서도 명시하고 있는 바와 같이 생물학적인 요소뿐 아니라 개인이 스스로 인식하는 남성 또는 여성으로의 귀속감 및 개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면, 즉 정신적·사회적 요소들 역시 사람의 성을 결정하는 요소 중의 하나로 인정받게 되었다. 그러나 ‘고려하다’는 말은 어느 것을 판단함에 있어서 주된 판단기준(A)과 부차적인 판단기준(B)이 존재할 때 A를 기준으로 판단하지만 B도 생각해 본다는 것이다. 따라서 성염색체와 내부생식기 및 외부생식기가 남성이나 정신적·사회적으로 여성으로 보이는 사람을 여성이라고 볼 수 없고, 그 반대인 경우에도 남성이라고 볼 수 없다. 판례와 같이 성염색체와 내부생식기는 남성이나 외부생식기가 여성일 경우 이 사람을 정신적·사회적으로 볼 때 여성임을 인정할 수 있기 때문에 여성이라고 보는 것은 결국 생물학적인 기준보다 정신적·사회적 기준으로 판단한다는 것이다. 즉, 사람의 성별은 단순히 생물학적인 기준에 의해서 결정되는 것이 아니라, 사회를 살아가는 과정에서 정신적·사회적인 기준에 의해서 결정된다는 것이다.

Ⅲ. 성전환자에 대한 강간죄의 객체 성립논의

1. 성전환자의 개념

성전환자라 함은 신체적 성과 정신적 성의 부조화로 성전환수술을 받은 자를 의미한다. 사실상 성전환은 성전환수술을 통해 완성되고, 법적으로 성전환을 인정할 것인가의 여부는 원칙적으로 성전환수술을 받은 자를 대상으로 한

3) 김태명, “성전환을 둘러싼 법적 문제점에 대한 검토”, 「저스티스」 제36권 제1호, 한국법학원, 2003, 20, 30면.

다는 점에서 성전환수술은 법적으로도 매우 중요한 의미를 가지게 된다.⁴⁾

성전환자는 성전환증을 가진 자라고 할 수 있다. 성전환증⁵⁾에 대해 의학계에서는 해부학적 성과 정신적 성이 불일치한 증상을 말하는 것으로서, 사춘기 이후에도 자신의 선천적 성에 대해 지속적으로 불편감과 부적절함을 느끼면서 2년 이상 일차적 및 이차적 성징을 제거하고, 반대성징을 획득하려는 집착에 사로잡혀 있는 성정체성장애의 가장 심한 형태라고 한다.⁶⁾ 즉, 자신이 타고난 생물학적 성에 대해 지속적으로 불편을 느끼고, 자신이 반대되는 성에 속한다고 믿으며, 그 확신에 따라 생각하고 행동하면 성전환증 환자에 해당한다고 한다. 따라서 이들은 성전환수술을 받고 싶어 하고, 법적으로 반대 성별을 갖고 그에 어울리는 이름으로 정정하기를 바란다고 한다.⁷⁾

2. 성전환자의 강간죄의 객체의 인정여부

(1) 학설의 입장

1) 강간죄 성립 긍정설

이 견해는 성전환자도 강간죄의 객체가 될 수 있다는 것이다. 그 근거로는 첫째, 강간죄의 보호법익인 성적 자기결정의 자유에 비추어 성염색체에 의하여 결정되는 발생학적·생물학적 성뿐만 아니라 현실적으로 여성으로서 성생활을 하고 있는 사회적·규범적 성까지 고려하여 부녀 여부를 판단해야 한다는 점,⁸⁾ 둘째, 여성으로 성전환 수술을 하여 여성으로서 현실적으로 사회생활

4) 박찬걸, 앞의 논문, 90면.

5) 미국정신의학회는 성정체성장애의 진단기준으로 1. 강하고 지속적으로 반대성과 동일시할 것, 2. 자신의 성에 대하여 지속적으로 불쾌감 또는 자신의 성 역할에 대해 부적절한 느낌을 가질 것, 3. 신체적 양성상태에 동반되지 않을 것, 4. 임상적으로 심각한 고통이나 사회적·직업적 또는 다른 중요한 기능영역에서 심한 장애를 일으킬 것을 제시하고 있다(미국정신의학회, 「정신장애의 진단 및 통계 편람」[제4판] : DSM-IV, 하나의학사, 1995, 694-695면.).

6) 최병무, “성전환증의 진단 및 치료”, 「신경정신의학」 제32권 제4호, 대한신경정신의학회, 1993, 464면.

7) 정영인·한홍무·최병무·김명정, “성전환증 환자에 대한 임상적 연구”, 「신경정신의학」 제32권 제1호, 대한신경정신의학회, 1993, 115면.

을 영위하고 있는 한 본죄의 객체에 포함시키는 것이 바람직하다는 점,⁹⁾ 셋째, 성전환여성과 타고난 여성 사이를 구별해야 할 합리적 이유가 발견되지 않고, 성전환여성을 강간죄의 객체로 삼는 것은 허용된 확대해석에 해당할지 언정 금지된 유추적용에 해당하지 않는다는 점,¹⁰⁾ 넷째, 불임여성의 존재를 감안하면 임신과 출산능력의 불가능을 판단기준으로 삼기는 곤란하고, 현실적으로 여성으로서 성생활을 하고 있는 사회적·규범적 성까지 고려하여야 한다는 점,¹¹⁾ 다섯째, 현재의 관점에서 볼 때 성전환자에 대한 사회적 통념이 상당히 변화되었다는 점¹²⁾ 등을 근거로 들고 있다. 그리고 남성에서 여성으로 호적변경이 이루어진 후라면 객체가 될 수 있다는 견해도 있다.¹³⁾

2) 강간죄 성립 부정설

이 견해는 성전환자는 강간죄의 객체가 될 수 없다는 것이다. 그 근거로는 첫째, 강간죄의 객체를 여자에 한정된 것은 여자의 육체적·생리적 차이를 고려한 것이라는 점에 비추어 여자도 성전환수술을 했다고 하여도 임신과 출산의 능력이 없는 이상 강간죄의 객체가 될 수 없다는 점,¹⁴⁾ 둘째, 성전환수술에 의하여 여성이 된 자는 강제추행죄의 객체만 될 수 있어 행위자가 강간죄의 불능미수범과 강제추행죄의 고의·기수범의 상상적 경합의 형사책임을 진다는 점¹⁵⁾ 등을 근거로 들고 있다.

8) 진계호·이존걸, 「형법각론」[제6판], 대왕출판사, 2008, 193면.

9) 이형국, 「형법각론」, 법문사, 2007, 214면.

10) 김성천·김형준, 「형법각론」[제2판], 동현출판사, 2006, 230면; 김일수·서보화, 「(새로 쓴) 형법각론」[제7판], 박영사, 2007, 160면; 박상기, 「형법각론」[제7판], 박영사, 2008, 150면; 정성근·박광민, 「형법각론」[제3판], 삼지원, 2008, 170면.

11) 김성돈, 「형법각론」[제2판], 성균관대학교 출판부, 2009, 158면; 정현미, “성전환수술자의 강간죄의 객체 여부”, 「형사판례연구」[6], 형사판례연구회, 박영사, 1999, 179면.

12) 권오걸, 「형법각론」, 형설출판사, 2009, 171면.

13) 배종대, 「형법각론」[제7전정판], 홍문사, 2010, 246면 주)3; 정성근·박광민, 위의 책, 170면.

14) 손동권, 「형법각론」[제2개정판], 율곡출판사, 2006; 임응, 「형법각론」[제3정판], 법문사, 2011, 170면.

15) 임응, 위의 책, 170면.

(2) 검토

강간죄에 있어서 성전환자의 객체의 인정여부에 대해서는 학설의 대립이 있으나 긍정하는 견해가 다수를 이루고 있다.

성전환자를 여성으로 인정하자는 다수의 견해와 판례의 입장은 정신적·사회적·규범적인 측면서 그 사람의 성을 인정해야 한다는 것이다. 즉, 사람은 태어나면서 주체성과 인격성을 갖고 있는 것이므로 출생 당시의 성보다는 자신이 사회를 살아가면서 느끼고 있는, 그리고 주변인식에 의해서 자신의 성이 반대의 성을 갖고 있는 것으로 보여진다면 출생당시와 반대되는 성을 인정하여야 한다는 것이다. 그러나 성전환자를 강간죄의 객체에 해당한다고 해석하는 것은 피고인에게 불리한 해석이라고 생각한다. 물론 피고인이 그러한 행동을 했다는 것은 처벌받아 마땅한 행동이다. 그러나 법은 규범에 맞게 적용되어야 한다. 따라서 법을 적용함에 있어서는 죄형법정주의를 지켜야 하는 것이다.

성전환을 한 자도 하나의 인격을 형성하고 있는 사람으로서 헌법이 규정하고 있듯이 존엄과 가치를 가지고, 행복을 추구할 권리를 가진다고 할 수 있다. 따라서 성전환자의 성적자유도 보호되어야 하는 것은 옳다고 할 수 있다. 그러나 이것이 현행 형법의 해석상으로 가능한 일인지, 제대로 된 입법이 필요한 일인지는 명백히 해야 하고, 후자라면 입법이 이루어지기까지는 현행법상 강간죄로 처벌하지 못하는 것으로 봐야한다.¹⁶⁾ 이와 관련해서 '성전환여성을 강간죄의 객체로 삼는 것은 허용된 확장해석'이라고 보는 것도 문제이다. 강간죄의 '부녀'에 성전환여성도 포함하는 것으로 해석하면 사람의 성이 명확하게 남녀의 성체계로 이루어져 있고, 그것을 전제로 한 형법체계에 반하는 허용될 수 없는 확장해석으로 유추해석이다. 그리고 성전환여성도 강간죄의 객체인 부녀라고 인정하게 되면 남성의 정자와 여성의 난자가 결합하여 생명이 탄생되면서 성이 결정되는 인간의 근원을 무시하거나 중요하게 생각하지 않게 되는 결과가 된다.

또한, '현재 여성으로서 사회생활을 하고 있고, 성생활을 하고 있다'고 해서 그를 여성이라고 보는 것도 무리가 있다. 성전환자에 대한 사회적 통념도 마

16) 류화진, "우리 형법상 성전환자에 대한 강간행위의 형사책임 - 강간죄의 개정 논의와 관련하여-", 『영산법률논집』 제7권 제2호, 영산대학교 법률교육연구원, 2010, 194면.

찬가지인데, 이는 사람에 따른 주관적인 문제라고 생각한다. 다시 말하면, 성 전환여성이 여성으로서의 사회생활을 하고 있는 것은 사회가 한 사람의 인격체로서 여자로서 생활할 수 있도록 해주고 있는 것이지 여자로 인정하고 있다고 단정할 수는 없는 것이다. 그리고 이미 남자에서 여자로 성을 전환한 사람에게 여자로서 -남자로서도- 대하기는 사람정서상 기대하기 어렵다고 본다. 따라서 여성으로서 사회생활과 성생활을 하고 있기 때문에 여성으로 봐야 한다는 것은 성급한 판단이라고 본다. 이는 성전환자를 여성으로 봐야 한다는 근거로 사회적 통념을 들고 있는 경우도 마찬가지이다. 즉, 사람들은 정확히 말하기 힘들 때 '일반적으로 · 평균적으로 · 보통으로'라는 표현을 사용하는데, 이러한 용어는 편파적인 면이 있다고 할 수 있다.¹⁷⁾ 통념이라는 용어도 마찬가지인데, 통념이라는 것을 측정할 수 없을 뿐만 아니라, 성전환여성을 여성으로 볼 수 있다는 사람만큼 여성으로 볼 수 없다는 사람 또한 많기 때문이다.

다음으로 '불임여성의 존재를 감안하여 임신과 출산능력의 불가능을 판단기준으로 삼기는 곤란하다'는 견해도 타당하지 않다고 본다. 불임은 피임을 시행하지 않은 부부가 정상적인 부부관계에도 불구하고 1년 이내에 임신에 도달하지 못한 경우를 말한다.¹⁸⁾ 불임의 원인으로는 ① 남성 요인(male factor), ② 난소 기능 저하(decreased ovarian reserve), ③ 배란 장애(ovulatory disorder), ④ 난관 손상, 결찰(매듭), 또는 난관주위 유착(tubal injury, blockage, or paratubal adhesions), ⑤ 자궁경관 또는 면역학적 요인(cervical and immunologic factors), ⑥ 자궁인자(uterine factors), ⑦ 면역학적 이상(immunologic aberration), 감염(infection), 심한 전신적 질환(serious immunologic illnesses), ⑧ 원인 불명(unexplained, 난관, 난관주위 유착을 동반하지 않는 자궁내막증 포함) 등이 있다.¹⁹⁾ 이로 보면 불임은 사람의 신체내부의 성기관의 문제로 인해서 임신을 하지 못하는 것을 말한다고 할 수 있다. 즉, 여성은 임신을 할 수 있는 능력을 태어나면서부터 신체내부에 갖고

17) 이와 관련해서는 송승현, "체포제도의 문제점과 개선방안", 동국대학교 대학원, 석사학위논문, 2010, 57-59면; 안경환·한인섭, 「배심제와 시민의 사법참여」, 아산재단 연구총서 제186집, 집문당, 2005, 84-91면.

18) 박남철, "남성 불임의 원인과 진단", 「대한의사협회지」 제50권 제5호, 대한의사협회, 2007, 415면.

19) 박남철, 위의 논문, 415-423면; 최영민, "여성 불임의 원인 및 진단", 「대한의사협회지」 제50권 제5호, 대한의사협회, 2007, 400-405면.

있는 것이므로 성전환여성은 그러한 기능을 처음부터 갖고 있지 않다고 할 수 있는 것이다. 따라서 임신과 출산을 할 수 있는데 못하는 것과 그러한 가능성이 전혀 없는 것은 다른 것이므로 성전환자가 여성이나, 남성이나를 판단하는 기준으로 임신과 출산능력의 불가능을 삼는 것은 곤란하다는 견해는 타당하지 않다.

마지막으로 호적변경이 이루어진 후에는 강간죄의 객체가 될 수 있다는 견해도 타당하지 않다.²⁰⁾ 이와 관련해서 판례²¹⁾의 다수의견은 “성전환자의 경우에는 출생 시의 성과 현재 법률적으로 평가되는 성이 달라, 성에 관한 호적의 기재가 현재의 진정한 신분관계를 공시하지 못하게 되므로, 현재 법률적으로 평가되는 성이 호적에 반영되어야 한다”고 하고 있다. 그리고 “현행 호적법에는 출생 시 호적에 기재된 성별란의 기재틀 위와 같이 전환된 성에 따라 수정하기 위한 절차 규정이 따로 마련되어 있지 않다. 그러나 진정한 신분관계가 호적에 기재되어야 한다는 호적의 기본원칙과 아울러 아래에서 보는 여러 사정을 종합하여 보면, 위와 같이 성전환자에 해당함이 명백한 사람에 대하여는 호적정정에 관한 호적법 제120조²²⁾의 절차에 따라 호적의 성별란 기재의 성을 전환된 성에 부합하도록 수정할 수 있도록 허용함이 상당하다”고

20) 가족관계등록법(구 호적법)

제15조 제1항 제1호 : 등록부등의 기록사항에 관하여 발급할 수 있는 증명서의 종류와 그 기록사항은 다음 각 호와 같다. 1. 가족관계증명서 가. 본인의 등록기준지·성명·성별·본·출생연월일 및 주민등록번호

제18조 제1항 : 등록부의 기록이 법률상 무효인 것이거나 그 기록에 착오 또는 누락이 있음을 안 때에는 시·읍·면의 장은 지체 없이 신고인 또는 신고사건의 본인에게 그 사실을 통지하여야 한다. 다만, 그 착오 또는 누락이 시·읍·면의 장의 잘못으로 인한 것인 때에는 그러하지 아니 하다.

제44조 제2항 제1호 : 신고서에는 다음 사항을 기재하여야 한다. 1. 자녀의 성명·본·성별 및 등록기준지

제104조 : 등록부의 기록이 법률상 허가될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 누락이 있다고 인정한 때에는 이해관계인은 사건 본인의 등록기준지를 관할하는 가정법원의 허가를 받아 등록부의 정정을 신청할 수 있다.

제105조 : 신고로 인하여 효력이 발생하는 행위에 관하여 등록부에 기록하였으나 그 행위가 무효임이 명백한 때에는 신고인 또는 신고사건의 본인은 사건 본인의 등록기준지를 관할하는 가정법원의 허가를 받아 등록부의 정정을 신청할 수 있다.

21) 대법원 2006.06.22. 자 2004스42 전원합의체 결정

22) 제120조 : 호적의 기재가 법률상 허용될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 유류가 있다고 인정한 때에는 이해관계인은 그 호적이 있는 지를 관할하는 가정법원의 허가를 얻어 호적의 정정을 신청할 수 있다.

하고 있다. 또한 헌법 제10조·제34조 제1항·제37조 제2항의 규정을 들어 “성전환자도 인간으로서의 존엄과 가치를 향유하며 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리가 있고 이러한 권리들은 질서유지나 공공복리에 반하지 아니하는 한 마땅히 보호받아야 한다”고 하고 있다.

위의 견해와 같이 성전환자가 헌법상 보장된 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 행복을 추구할 권리와 인간다운 생활을 할 권리를 누릴 수 있어야 함은 타당하다. 그러나 가족관계등록법은 ‘등록부의 기록이 법률상 허가될 수 없는 것 또는 그 기재에 착오나 누락이 있는 때’에 등록부의 정정을 신청할 수 있도록 하고 있다. 이 규정상 등록부의 정정은 최초 등록부에 기록당시에 착오나 누락이 있는 경우에 가능한 것으로 봐야한다. 즉, 착오나 등록부의 정정이라는 용어는 지금에서는 과거의 시점이고, 처음 등록할 당시에 착오나 누락이 있으면 정정한다는 것으로 봐야 하는 것이다. 그리고 법률 규정의 해석에 있어서는 법률에 정하여진 문구의 문리적 의미가 해석의 출발점이고, 법문의 가능한 의미를 벗어나 그 의미를 창출하는 것은 유추해석으로서 원칙적으로 허용되지 않는다.²³⁾ 또한, 사람이 출생 신고 당시에 어떠한 성을 가지고 있었는지 여부를 확인하는 호적정정과는 달리, 출생 신고 이후의 사정변경을 이유로 하여 다른 성으로의 실질적 변경을 허용하는 문제는 새로운 신분관계의 창설 내지 변경과 이에 따른 법률관계의 변동은 수반한다.²⁴⁾ 따라서 출생신고 당시에는 성별판단에 있어서 착오가 없었기 때문에 동법상의 정정규정을 소급해서 적용할 수는 없는 것이고, 처음 등록 시에 적법하게 등록했다면 이 법에서 규정하고 있는 정정대상에 해당하지 않는다고 할 수 있다. 그리고 가족관계등록부의 정정과 관련해서 현재는 다수의 견해로 성전환자의 경우도 성별기재 정정이 이루어지게 됐지만, 입법취지로 보면 사후의 성별정정은 허용될 수 없다고 해야 한다. 한 가지 더 판례와 관련해서 말하면, 판례는 성전환자의 성을 평가함에 있어서는 법률적 평가를 해야 한다고 언급하면서 사람의 성은 법률적인 성으로 평가되어야 한다고 언급하고 있다. 그러나 법률적인 성의 의미는 불분명한 것으로 보인다. 판례를 보면 생물학적인 측면으로 “사회

23) 대법원 2006.06.22. 자 2004스42 전원합의체 결정 반대의견

24) 대법원 2006.06.22. 자 2004스42 전원합의체 결정 반대의견

통념상 그 출생 당시에는 생물학적인 신체적 성정에 따라 법률적인 성이 평가될 것이다”라고 언급하고 있고, 정신적·사회적 측면으로도 “사회통념상 신체적으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정될 수 있는 경우가 있다 할 것이며, 이와 같은 성전환자는 출생 시와는 달리 전환된 성이 법률적으로도 그 성전환자의 성이라고 평가받을 수 있을 것이다”라고 언급하고 있다. 그리고 “성전환자의 경우에는 출생 시의 성과 현재 법률적으로 평가되는 성이 달라, 성에 관한 호적의 기재가 현재의 진정한 신분관계를 공시하지 못하게 되므로, 현재 법률적으로 평가되는 성이 호적에 반영되어야 한다”라고 언급하고 있다. 이로 보면 법률적인 성은 정신적·사회적 측면에 중점을 두어 평가되는 성을 말하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 정신적·사회적 요소는 아래에서 언급하고 있는 바와 같이 성을 판단하는 기준으로 타당하다고 할 수 없다.

현재 대법원은 가족관계등록부의 정정으로 인한 성전환자의 강간죄의 객체 성립을 인정한 사안은 없다. 그러나 생물학적인 요소와 정신적·사회적 요소를 근거로 하여 성전환자는 강간죄의 객체에 해당하지 않는다는 종래의 입장에서 최근에는 이러한 입장을 뒤집고 성전환의 강간죄 객체성을 인정하였다.

IV. 판결내용의 구체적인 검토

성전환자의 강간죄 객체의 인정여부와 관련된 판결은 앞서 살펴본 1996년 대법원 판결과 2009년 대법원 판결이 있다. 약 13년이라는 기간을 두고 나온 두 판결은 서로 정반대의 판결을 내리고 있다. 이는 긴 시간만큼 사회가 급변하면서 사람의 의식도 많이 변한 것이라고 본다. 여기서 중요한 점은 2009년의 판결이 전원합의체 판결을 하지 않았다는 점이다. 이하에서는 각각의 사안에서 대법원이 제시하고 있는 성의 구별기준을 검토해 보기로 한다.

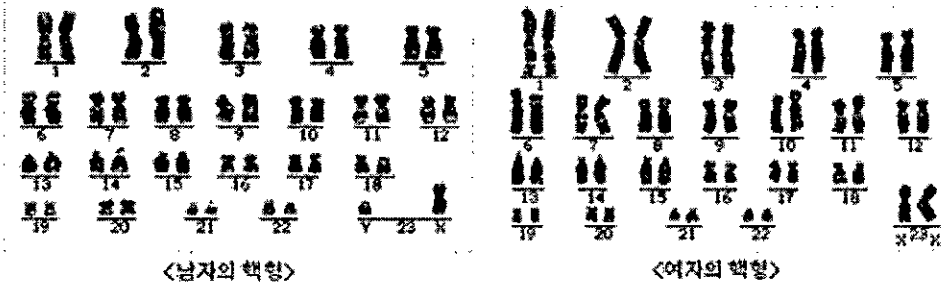
1. 생물학적인 요소

(1) 성염색체

앞의 두 판례의 사안을 보면 피해자는 남성의 성염색체를 갖고 있었다. 즉, 외형상으로는 여성의 모습을 하고 있지만, 체내 염색체는 남성의 것으로 되어 있는 것이다. 그러나 앞의 두 판례를 보면 성염색체는 남성과 여성의 구별기준으로 결정적인 요인은 아닌 것으로 보여 진다. 이유는 2009년 판결을 보면 성의 결정에 있어서 생물학적 요소와 정신적·사회적 요소를 종합적으로 고려하여야 한다고 하면서 판결을 함에 있어서는 후자에 중심을 두었고, 1996년 판결을 봐도 강간죄의 객체로 인정하지는 않았지만, 발생학적인 성인 성염색체의 구성을 기본적인 요소로 하여 종합적으로 고려한 사회통념에 따라 결정하여야 한다고 하는 것을 보면 알 수 있다. 그러나 사람을 남녀로 구분하는 기준에 있어서 성염색체는 가장 먼저 적용되어야 할 중요한 요건이라고 본다.

먼저 염색체는²⁵⁾ 1882년에 발견된 것으로 세포의 핵 속에 있는 DNA와 단백질을 주성분으로 하는 매우 작은 소체이다. 염색체는 대체로 'II'와 같은 모양으로 되어 있는데, 이것은 'I'와 같은 모양의 것이 똑같은 것을 하나 더 만들었기 때문에 이루어진 모양이다. 유전자가 하나의 염색체 위에 몇 개가 있는지는 알 수 없지만, 무수히 많은 것은 확실하다. 따라서 우리 몸의 여러 가지 형질은 모두 이 유전자에 의해서 나타나기 때문에 우리의 모든 형질은 46개의 염색체 위에 존재하게 된다고 말 할 수 있다. 그리고 사람이 46개의 염색체를 갖게 되는 것은 여성과 남성이 만들어내는 난자와 정자로부터 1개의 성염색체를 비롯하여 22종류의 상동염색체를 받기 때문이다. 세포는 그 내부에 여러 염들이 포함된 액체를 갖고 있는데, 일종의 소금물이다. 이 소금물보다 낮은 농도의 소금물에 세포를 넣으면 확산이라는 현상에 의해 세포가 부풀게 되어 염색체들이 분산하게 된다. 이때 각각의 염색체를 하나씩 잘라 염색체의 짝을 짓고 크기순서대로 배열하여 일련번호를 붙인다. 이것이 세포의 염색체 내용을 보여주는 핵형으로서 모든 세포의 내부에는 핵이 존재하게 되는데, 이 안에는 우리 몸을 이루는데 필요한 모든 유전정보가 들어있는 DNA가 존재한다. 그러므로 염색체는 우리 몸에 필요한 모든 유전정보가 담겨있는 창고 같은 것이다.

25) 이 부분은 <http://www.sangdam.kr/encyclopedia/cd/gene/gene10.html> (최종접속일 : 2013. 05.01)에서 인용함.



<출처 : <http://www.sangdam.kr/encyclopedia.html>>

다음으로 각 염색체는²⁶⁾ DNA를 따라 길게 배열된 여러 가지의 유전자를 포함하고 있다. 아래 그림처럼 하나의 상동 염색체에 ABCD의 유전자가 존재하고, 그와 동일한 옆의 상동 염색체에는 같은 위치에 abcd의 유전자가 존재한다. 이러한 염색체에는 유전정보가 담겨 있기 때문에 자손에게 유전 물질을 전달해 태어난 자식이 커가는 성장 과정에서 개인의 눈 색깔, 머리카락 색깔 처럼 한 개인의 형질을 나타낸다. 또, 염색체는 사람 개개인이 다 다르듯이 세대 간에 유전 물질이 다르게 조합될 수 있도록 한다.

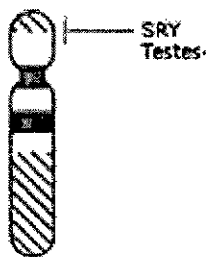


<출처 : <http://personalgenome.kr/>>

마지막으로 인간은 23개의 염색체를 갖고 있는데, 그 중 하나가 성염색체이다. 이 중에서 정자에 의해 운반되는 성염색체는 X또는 Y이고, 남자는 X염색체만을 갖고 있다. 여기서 남성 생식기로의 발달을 유도하는 유전자는 Y염색

26) 이 부분은 <http://personalgenome.kr> (최종접속일 : 2013.05.01)에서 인용함.

체 내에 있는 SRY(sex-determining region of Y)라고 한다.²⁷⁾ 이 유전자는 다른 유전활동을 거의 하지 않는데,²⁸⁾ 태아에게 염색체의 이 부분이 있는지 없는지의 여부에 따라 고환이나 난소가 발달되는 것이다.²⁹⁾ 그러나 어느 학자는 X염색체에서도 역시 여성으로의 발달에 어떤 역할을 하는 성 결정 유전자를 운반한다고 주장하고 있다.³⁰⁾ 즉, 이 유전자는 DSS(dosage-sensitive sex reversal)라고 하는데, 그럼에도 불구하고 남아가 태어나는 이유는 정상적인 XY염색체의 결합에서는 Y염색체의 SRY유전자가 X염색체의 DSS유전자보다 우세하기 때문에 남아가 태어난다는 것이다.³¹⁾ SRY로 성별을 판단하는 것이 효과적인지에 대해서는 논의가 있지만,³²⁾ 중요한 것은 Y염색체에 남성으로 발달에 영향을 미치는 유전자가 들어있다는 것이다.



〈출처 : <http://www.koreahealthlog.com/1039>〉

- 27) 김정옥, “성의 분화와 해석에 관한 연구”, 『사회과학연구』 제7집 제3호, 대구대학교 사회과학연구소, 2000, 353면: <http://www.koreahealthlog.com/1039> (최종접속일 : 2013.05.01)
- 28) Morell, V., Rise and fall of the Y chromosome. Science. 293(김정옥, 위의 논문, 353면 재인용.).
- 29) Vollrath, D. · Foote, S. · Hilton, A. · Brown, L. G. · Beer-Romero, P. · Bogan, J. S. & Page, D. C., The human Y chromosome : A 43-interval map based on naturally occurring deletions. Science. 258(김정옥, 위의 논문, 353면 재인용.).
- 30) Bardoni, B. et al, Dosage-sensitive sex reversal(DSS) gene on the human X chromosome. Nature Genetics. 7(김정옥, 위의 논문, 353면 재인용.).
- 31) 김정옥, 위의 논문, 353면.
- 32) SRY에 대해 미국의 의료단체에서 지속적인 문제제기가 있었는데, 이유는 SRY로 성별을 판단하는 것이 효과적이지 않고 불확실하다는 것이다. 실제로 SRY를 가지고 있더라도 고환에서 생성된 남성호르몬이 우리 몸에 반응을 하지 않는 경우에는 여성의 형태를 가지고 있고, 사회적으로 여성으로 길러지게 된다는 것이다(<http://www.koreahealthlog.com/1039> (최종접속일 : 2013.05.01)).

이와 같이 사람의 성염색체는 남녀를 구분함에 있어 중요한 요인이 되고 있다. 사람이 사회생활을 하면서 변하기도 하지만, 그것은 외적인 것이고, 내적인 것은 태어나면서 갖고 있는 것이므로 변할 수 없는 것이라고 본다.

(2) 내부생식기(성선)

성선이란 생식계의 호르몬선으로 고환과 난소를 말한다. 성선에서 분비되는 호르몬은 일반적으로 동화적(anabolic)인 작용을 하는데, 이것은 이들 호르몬이 신진대사의 합성적인 측면인 동화작용을 촉진한다.³³⁾ 이 중 고환은 앤드로젠(androgens)을 분비하고, 그 중에서 테스타스테론(testosterone)이 가장 중요하다. 테스타스테론은 남자의 2차적 성징과 정자형성의 촉진을 가져오고, 남자 골격계통의 정상적인 성장, 발달 그리고 성숙에 필수적이다.³⁴⁾ 그리고 난소는 두 가지 형태의 호르몬을 분하는데, 에스트로젠과 프로제스테론을 분비한다. 에스트로젠은 여성의 2차적 성징, 월경주기, 난자형성, 배란 그리고 임신 동안에 나타나는 많은 변화와 관련이 되어 있고, 프로제스테론은 월경주기의 황체기, 임신을 위한 자궁의 변화 그리고 젖분비를 위한 유방의 변화와 관련되어 있다.³⁵⁾

이와 같이 성선은 내부생식기로서 사람의 생식기능과 성장과정에 있어서 중요한 역할을 하고 있다. 그리고 남녀의 생식기능의 차이와 분비되는 호르몬의 역할이 다르다는 것을 보여주는 것으로서 남녀는 명확히 구분되는 존재임을 입증하는 것이다.

이에 대해 성전환여성은 남성의 성선을 제거하고 그 자리에 여성의 성선은 아니지만 내부생식기의 구조를 만듦과 동시에 여성호르몬을 맞고 있으므로 여성으로 봐야하지 않느냐는 의문을 제기할 수 있다. 물론 남성의 성선을 제거하였으므로 더 이상 남성호르몬은 나오지 않는다. 그러나 남녀를 구분함에

33) 강희성·김기진·김태운·김형목·장경태·전종귀·조현철, 『운동과 스포츠 생리학』, 대한미디어, 2001, 171면.

34) 강희성·김기진·김태운·김형목·장경태·전종귀·조현철, 위의 책, 171면.

35) 강희성·김기진·김태운·김형목·장경태·전종귀·조현철, 위의 책, 171면.

있어서 성호르몬은 자연적인 성선에 의한 성호르몬을 말하는 것으로 봐야한다. 성전환여성이 인위적으로 여성호르몬을 투약하기 때문에 여성의 모습을 유지는 하지만, 자연적인 여성의 몸에서 나오는 성호르몬과는 다른 것으로 봐야할 것이고, 그 호르몬이 제 기능을 다 하지도 못한다. 그리고 성전환여성은 수술을 통해서 그리고 인위적인 여성호르몬 투약하여 내부적으로 여성호르몬이 순환하고 있을 뿐, 어떠한 여성의 기능을 갖고 있지는 않다. 즉, 여성의 성선 중 극히 일부분만을 그것도 자연적이 아닌 인위적인 작용에 의해서 형식적으로 갖출 뿐 완전한 내부생식기를 갖추고 있지는 않은 것이다. 따라서 성전환여성이 남성의 성선을 제거함으로써 남성의 생식기능을 할 수는 없지만, 그렇다고 여성의 생식기능을 하는 것도 아니므로 여성으로 볼 수는 없다. 그러나 남녀의 성을 결정하는 가장 중요한 구성체인 성염색체는 변하는 것이 아니므로 성전환을 하였다고 해도 여전히 남성의 성염색체를 갖고 있는 이상 남성이라고 할 수 있고, 이렇게 봐야한다. 성전환수술을 통해서 여성의 생식기의 기능 중 하나를 갖추었다고 해도 자연적인 남녀의 신체내부는 다른 것이고, 생식기의 구조 역시 다른 것이다.

(3) 실체적 감별요소(외부생식기)³⁶⁾

정자와 난자가 결합하여 수정 후 8주까지는 태아가 남성인지, 여성인지 외부생식기의 형태상으로는 구별이 되지 않는다.³⁷⁾ 적어도 수정 후 12주가 지나야 남성 또는 여성으로서의 생식기관이 분명해지기 때문이다.³⁸⁾

이렇게 사람은 태어나면서 -일반적으로- 외부생식기에 의해서 남녀로 구분하게 된다. 이때는 외부생식기에 의해서 남녀를 구분해도 문제가 되지 않는다. 문제는 사람이 스스로 사물을 판단하게 되면서 부터이다. 사람은 성장을 하면

36) 실체적 감별요소(외부생식기)는 신체의 외부에서 식별할 수 있는 것이므로 외형적인 요소에 속하는 것 아니냐는 의문을 제기할 수 있다. 그러나 이 역시도 생식기의 하나로서 내부생식기(성선)와 관련해서 일련의 연장선상에 있는 것이라고 할 수 있다. 즉, 외비(外鼻)와 같은 감각·호흡기관이 하는 기능과 같다고 볼 수 있는 것이다.

37) 김정옥, 앞의 논문, 356면.

38) 김정옥, 위의 논문, 355-357면.

서 누구나 옷을 입고 다니기 때문에 외부생식기를 볼 수가 없다. 단지 그 사람의 옷 입는 모습이나 머리스타일 또는 말이나 행동 등에 의해서 남녀를 판단하게 된다. 그 사람이 남성이라고 해도 외형적인 모습이나 행동 등이 여성이라고 믿어지면 사람들은 여성으로 인식하게 되는 것이다. 그러나 외부생식기가 남성이었다면 외형적인 모습이나 행동 등이 여성이었다라도 누구나 남성으로 인식하게 된다. 이는 그 반대인 경우에도 마찬가지 일 것이다.³⁹⁾ 이렇게 외부생식기는 성을 구분함에 있어 시각적으로 사람의 인식능력을 자극하는 효과가 있기 때문에 객관적일 수 있다. 그러나 현재와 같이 의학기술이 발달하면서 성전환수술이 가능한 시기에는 외부생식기로 그 사람의 성을 판단하는 기준으로는 타당하지 않다고 본다. 성전환여성이 현재는 여성의 모습을 하고 있기 때문에 사회가 여자로서 생활할 수 있도록 하고 있고, 어떠한 제재도 가하지 않고 있어 여자로 인정하고 있는 것으로 보여 질 수 있다. 즉, 남녀의 성을 판단함에 있어서 외형적인 요소와 실체적 감별요소가 기준이 되는 것으로 보여 질 수 있다. 그러나 남녀의 성을 명확히 판단함에 있어서, 그리고 여기에 법을 적용함에 있어서는 외형적인 요소와 실체적 감별요소보다 내형적인 요소를 기준으로 판단하여야 한다. 사회가 발달하면서 사람의 외형적인 모습은 인위적으로 바꿀 수 있지만, 내형적인 요소는 타고난 것이기 때문에 인위적으로 바꿀 수 없기 때문이다.

2. 정신적 · 사회적 요소

(1) 성전환 전후의 생활한 기간

39) 일본에서는 플레이보이 사건 이후 1998년에 埼玉 의과대학에서 일본최초로 여성에서 남성으로 성전환수술을 시행하였다. 성전환수술을 받은 사람은 30대 여성인데, 그녀는 약 6년 동안 埼玉 의과대학에서 정신치료와 호르몬치료를 받으면서 남성으로서 생활을 해왔다(澤田省三, 性轉換をぬへる若干の法的問題(上)-埼玉医科大学における性轉換手術の實施を機縁として-, 判例時報 1692호, 32頁 以下(김태명, 앞의 논문, 34면 재인용.)), 또한, 1990년 7월부터 2000년 7월까지 동대병원 성형외과에서 148명이 남성에서 여성으로 그리고 20명이 여성에서 남성으로 성전환수술을 하였다고 밝히고 있다(김석권, "입상을 통해 본 성전환자의 정체성", 「시민과 변호사」 제83호, 서울지방변호사회, 2000, 68-72면.).

앞의 두 판례를 보면, 1996년도 판례의 피해자는 남성으로 생활한 기간이 13년 정도 되는 반면에 여성으로 생활한 기간이 22년에 이르고 있고, 2009년도 판례의 피해자는 남성으로 생활한 기간이 24년 정도 되는 반면에 여성으로 생활한 기간이 35년에 이르고 있다.

판례는 성전환 전후의 기간을 남성과 여성의 구별기준으로 삼고 있는데, 이는 중요한 기준이 될 수 없다고 본다. 앞의 두 판례의 경우 모두 남성으로 생활한 기간보다 여성으로 생활한 기간이 길다고 할 수 있으나 이러한 기간과 성전환자가 여성임을 인정하는 것은 구분해야 한다고 본다. 기간의 길이 여부에 따라 남녀를 구분하는 기준도 없고, 이러한 기준자체도 주관적인 것이므로 여자로서 생활한 기간이 길다고 해서 여자로 인정할 수는 없다.

(2) 성전환 수술을 한 경위와 시기

앞의 두 판례를 보면, 성전환여성은 남성으로 태어나서 반대성에 대한 귀속감으로 인하여 성전환수술을 하였다. 그러나 이러한 사정이 남녀 성의 판단기준으로는 타당하지 못하다. 일반인들은 거의 상상도 할 수 없는 극히 이례적인 수단인 성전환수술이라는 방법을 통하여 반대 성에 속하고자 한 사람은 모두 성전환증 환자로서 상당한 고민과 번뇌를 거칠 것이 당연히 예상되기 때문이다.⁴⁰⁾ 그리고 성전환수술의 시기에 있어서도 이 점은 성전환하기 전의 어느 시점을 말하는 것이다. 즉, 과거의 어느 시점부터 여성으로의 성귀속감을 갖고 있었는지를 판단하려고 하는 것이다. 결과적으로는 여성으로 성전환수술을 하였지만, 성전환수술을 받기 전부터 스스로를 여성으로 생각하면서 살아왔다는 것을 남녀의 판단기준으로 한다는 것은 피해자의 주관적인 판단에 의존하는 것이 된다. 이는 협박죄에서 상대방이 현실적으로 공포심을 갖지 않아 의사결정의 자유가 침해되지 않았을 경우 미수범으로 처벌하는 것⁴¹⁾과 강요

40) 박찬걸, 앞의 논문, 98면.

41) 이와 관련해서 대법원은 협박죄를 위협범으로 파악하여 “협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계, 제3자에 의한 해악을 고지한 경우에는 그에 포함되거나 암시된 제3자와 행위자 사이의 관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적

죄에서 협박을 하였으나 상대방이 현실적으로 공포심을 갖지 않아 미수범으로 처벌하는 것과는 다른 것이다.

(3) 성역할을 수행하는 측면

앞의 두 판례를 보면 성전환이후 1996년도 사안의 경우 피해자는 성관매를 하는 것을 직업으로 살아왔고, 2009년도 사안의 경우에는 10여 년간 남성과 동거와 성생활을 하며 살아왔다. 이와 같은 사정을 보면 여성으로서 성역할을 수행하면서 살아가고 있다고 볼 수도 있다. 그러나 '개인이 남성 또는 여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징 등의 성역할을 수행하는 측면'이라는 것을 명확하게 구분할 수 있는 것인지는 의문이다. 즉, 이는 주관적이면서 불명확한 기준이라고 본다. 먼저 성역할을 수행하는 측면은 개인적인 사생활과 관련되어 있는 것으로써 개인의 성향이므로 제3자가 판단할 문제는 아니라고 생각한다. 그리고 여성으로서 사회적으로 승인된 행동·태도·성격적 특징의 기준은 설정할 수 없는 것이다. 이 사항은 주관적인 것이고, 여성이기 때문에 이렇다 할 사회적으로 승인된 행동·태도·성격이라는 것은 없다고 본다. 주위를 보면 남성이지만 여성적인 행동과 태도 및 성격을 갖고 있는 사람도 있고, 그 반대 경우의 사람도 있다. 이것은 성전환 여부를 떠나서 그 사람의 내면에 있는 모습인 것이고, 그것을 표출함으로써 타인은 그 사람의 성과 다른 성으로 느끼게 되는 것이지 그 사람이 반대 성을 갖고 있는 것은 아니다.⁴²⁾ 그리고 그 밖의 여성으로서의 역할은 가변적인 요소

으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만, 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니며, 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석하여야 한다."고 한다(대판 2007.09.28. 선고 2007도606 전원합의체).

- 42) 이와 같은 견해로는 박찬걸, 앞의 논문, 99면 : "여성으로서 적합하다고 사회적으로 승인된 행동 및 태도 내지 성격적 특징이 무엇을 말하는가는 의문이다. 특히 여성과 남성의 성격적 특징을 정확히 구별할 수 있는지 의문이다. 우리는 주위에서 분명한 남성임에도 불구하고 여성과 같은 성격을 지닌 사람을 자주 접하기도 하며, 그 반대의 경우도 같다. 이와 같이 인간의 성격적 특징은 여(남)성이라고 해서 반드시 여(남)성적 성격만을 가지고 있는 것이 아니다. 사회에서 오래전부터 관행적으로 인식되어 온 남성과 여성 교유의 역할을 전

를 포함하고 있기 때문에 과거에는 남성의 역할이 현재에는 여성의 역할로 인식되는 경우도 상당수 존재한다.⁴³⁾ 따라서 이러한 기준은 남녀의 성을 구분함에 있어서 타당하지 않다.

3. 검토

위에서는 앞의 두 판례의 판결내용을 세부적으로 살펴보았다. 서로 반대되는 판결을 한 앞의 두 판례는 성전환자를 판단함에 있어서는 생물학적인 요소와 정신적·사회적 요소를 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다고 하였다. 그러나 1996년도 판례는 생물학적인 요소를 중시하였고, 2009년도 판례는 정신적·사회적 요소를 중시하였다.

생물학적인 요소[Sex]와 정신적·사회적 요소[Gender]는 다르다고 할 수 있다. 즉, Sex는 남성·여성이라는 해부학적인 성을 말하는 것이고, Gender는 남성다움·여성다움이라는 사람이 성장하면서 가정과 사회에서 길러진 성을 말하는 것이다.⁴⁴⁾ 이렇게 두 요소가 다름에도 불구하고 최근 판례는 종합적으로 판단하여야 한다면서 정신적·사회적 요소에 더 무게를 두어 판단하였다. 물론, 성전환여성이 현재는 여성의 모습을 하고 있기 때문에 정신적·사회적 요소를 고려하여 종합적으로 판단한 것이라고 할 수 있다. 그러나 남녀를 구분함에 있어서는 생물학적인 요소로 판단을 하여야 하므로 성전환을 통하여

재로 하여 개별적인 인간의 행동을 관찰하였을 때 판단하는 다분히 불명확한 설정이기 때문이다.”

43) 박찬걸, 앞의 논문, 99-100면.

44) 세계보건기구[WHO]는 Sex와 Gender에 대해서 다음과 같이 말하고 있다.

“Sometimes it is hard to understand exactly what is meant by the term “gender”, and how it differs from the closely related term “sex”, : “Sex” refers to the biological and physiological characteristics that define men and women. “Gender” refers to the socially constructed roles, behaviours, activities, and attributes that a given society considers appropriate for men and women.”

“To put it another way : “Male” and “female” are sex categories, while “masculine” and “feminine” are gender categories. Aspects of sex will not vary substantially between different human societies, while aspects of gender may vary greatly.”(<http://www.who.int/en/> (최종접속일 : 2013.05.01))

여성의 모습을 하고 있다고 해도 자연적이 여성은 될 수 없는 것이다. 자연적인 여성이 아닌 자에게 종합적인 판단에 의해서 여성으로 인정한 2009년도 판례는 생물학적인 어떤 점을 근거로 판단하였는지 의문이 든다. 옛 속담에도 있듯이 호박에 줄긋는다고 수박이 되는 것은 아니다. 그러므로 위에서도 살펴 보았듯이 남녀를 구분하는 기준으로는 생물학적인 요소에 의하여 판단하는 것이 타당하다고 본다.

V. 성전환여성에 대한 강간죄의 피의자 처벌문제⁴⁵⁾

성전환여성에 대한 행위에 대해 피의자는 크게 강간죄와 강제추행죄를 고려해볼 수 있다. 강간과 강제추행을 그 행위에 있어서 크게 다르다고 할 수 있다. 그리고 앞의 사례와 같이 남성이 여성으로 성전환을 했을 경우 생물학적으로 여성으로 볼 수 있는가와 그 신체구조를 여성으로 볼 수 있는가에 따라 강간과 강제추행으로 구분될 수 있으므로 중요한 문제라고 할 수 있다. 이하에서는 앞서 논의한 성전환여성에 대한 강간죄의 객체의 인정여부에 대한 논거를 바탕으로 피의자에 대한 -강간죄가 성립하는지 강제추행죄가 성립하는지에 대하여- 형사처벌과 관련해서 종래(개정 전) 형법상의 규정과 현행 형법상의 규정을 살펴보고자 한다.⁴⁶⁾

1. 종래(개정 전) 형법상의 강간죄

종래 형법 제297조는 “폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자는 3년 이상의

45) 본 장에서 말하고 있는 ‘강간죄에 해당하지 않는다’는 것은 형법 제297조에서 규정하고 있는 강간죄 즉, 완전한 강간에 해당하지 않는다는 것이다.

46) 현행 ‘강간과 추행의 죄’ 부분은 전면 개정되어 2013.06.19.부로 시행됐다. 본 논문이 발표되는 시기는 개정 형법이 시행된 후 이지만, 개정 형법이 시행된 이후 성전환여성에 대한 판례가 아직 나오지 않은 상황이고, 이에 대한 종래의 판결은 개정 전의 형법상의 규정에 의한 것이므로 성전환여성에 대한 문제는 개정 전의 형법상의 강간과 추행의 죄와 개정 형법상의 강간과 추행의 죄를 비교해서 살펴볼 필요가 있다.

유기징역에 처한다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 1995년 형법개정으로 인하여 ‘정조에 관한 죄’라는 표제로 규정되어 있던 것이 ‘정조’라는 표현은 가부장제 사회가 만들어 낸 것으로 많은 문제점이 있다는 비판으로 ‘강간과 추행의 죄’로 변경한 것이다.⁴⁷⁾ 이러한 개정 후 강간죄의 보호법익을 ‘개인의 성적 자유’ 내지 ‘성적 자기결정권’이라고 보는 데는 통설이다.

성적 자기결정권에 대해서는 성문법에 명확히 규정하고 있지는 않다. 그러나 헌법 제10조 1문에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 이로 보면 행복추구권은 인간의 인격성을 구체화 하는 기본권이다. 즉, 행복을 자주적으로 실현할 권리다.⁴⁸⁾ 행복추구권의 규범영역으로는 일반적 행동자유권을 인정하고 있다.⁴⁹⁾ 일반적 행동자유권은 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론,⁵⁰⁾ 소극적으로 행동을 하지 않을 자유, 즉 부작위의 자유를 그 의의로 한다.⁵¹⁾ 이에 개

47) 류화진, 앞의 논문, 186-187면: 이현정, “강간죄의 구성요건에 관한 비판적 고찰”, 「법학연구」, 제21권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2011, 35-36면.

48) 현재 1997.07.16. 95헌가6 : “행복추구권이란 소극적으로는 고통과 불쾌감이 없는 상태를 추구할 권리, 적극적으로는 만족감을 느끼는 상태를 추구할 수 있는 권리라고 일반적으로 해석되고 있으나, 행복이라는 개념 자체가 역사적 조건이나 때와 장소에 따라 그 개념이 달라질 수 있으며, 행복을 느끼는 정신적 상태는 생활환경이나 생활조건, 인생관, 가치관에 따라 각기 다른 것이므로 일률적으로 정의하기가 어려운 개념일 수밖에 없고, 이와 같이 불확실한 개념을 헌법상의 기본권으로 규정함에 대한 비판적 논의도 없지 아니하며 우리 헌법은 인간의 기본권으로서 인간의 존엄과 가치의 존중, 사생활의 비밀의 자유, 환경권 등 구체적 기본권을 따로 규정해 놓고 있으면서 또 다시 그 개념이나 법적성격, 내용 등에 있어서 불명확한 행복추구권을 규정한 것은 추상적 권리를 중복하여 규정한 것이고 법해석의 혼란만 초래할 우려가 있다는 비난도 나오고 있다. 어쨌든 이 행복추구권의 법적 성격에 관하여 자연권적 권리이고 인간으로서의 존엄과 가치의 존중 규정과 밀접 불가분의 관계가 있고, 헌법에 규정하고 있는 모든 개별적, 구체적 기본권은 물론 그 이외에 헌법에 열거되지 아니하는 모든 자유와 권리까지도 그 내용으로 하는 포괄적 기본권으로 해석되고 있다.”

49) 현재 1993.05.13. 92헌바80 : “당구장 출입자의 자숙이나 시설, 환경의 정화로 당구의 실내 스포츠로서의 이미지 개선은 가능한 것으로 사료되며 당구자체에 청소년이 금기시해야 할 요소가 있는 것으로는 보여 지지 않기 때문에 당구를 통하여 자신의 소질과 취미를 살리고자 하는 소년에 대하여 당구를 금하는 것은 헌법상 보장된 행복추구권의 한 내용인 일반적 행동자유권의 침해가 될 수 있을 것이다.”

50) 현재 1992.04.14. 90헌바23 : “구 국가보안법 제9조 제2항에서 규제대상이 되는 편의제공은 그 문언해석상 그 적용범위가 넓고 불명확하므로 헌법 제10조 소정의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동자유권은 물론, 도움은 말로도 줄 수 있는 것이라면 제21조 소정의 표현의 자유마저 위축시킬 수 있다.”

인의 인격권, 행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되고, 이에 성적 자기결정권이 포함된다.⁵²⁾ 성적 자기결정권은 사생활의 자유와 자기결정권의 중요한 내용을 이루고 있다고 할 수 있다. 성생활은 개인의 사생활영역 중에서 가장 은밀한 사적 생활영역이므로 성적 자기결정권은 성행위를 할 것인가의 여부, 성행위를 하는 경우 상대방은 누구로 할 것인가, 성행위의 방법이나 태양 등은 어떻게 할 것인가 등을 결정할 수 있는 것을 그 내용으로 한다.⁵³⁾ 그러므로 여성에게 성적 수치심을 자극하는 방법으로 신체적·정신적 고통을 가하는 것은 행복추구권의 침해다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾

- 51) 헌재 1991.06.03, 89헌마204 : “일반적 행동자유권에는 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉 부작위의 자유도 포함되는 것으로, 법률행위의 영역에 있어서는 계약을 체결할 것인가의 여부, 체결한다면 어떠한 내용의, 어떠한 상대방과의 관계에서, 어떠한 방식으로 계약을 체결하느냐 하는 것도 당사자 자신이 자기의사로 결정하는 자유뿐만 아니라 원치 않으면 계약을 체결하지 않을 자유 즉 원치 않는 계약의 체결은 법이나 국가에 의하여 강제받지 않을 자유인 이른바 계약자유 의 원칙도, 여기의 일반적 행동자유권으로부터 파생되는 것이라 할 것이다.”
- 52) 헌재 1990.09.10, 89헌마82 : “개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권이 또한 포함되어 있으며 간통죄의 규정이 개인의 성적자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없다. 그러나 개인의 성적자기결정권도 국가적·사회적·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며, 따라서 절대적으로 보장되는 것은 아닐 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항이 명시하고 있듯이 질서유지(사회적 안녕질서), 공공복리(국민공동의 행복과 이익) 등 공동체 목적을 위하여 그 제한이 불가피한 경우에는 성적자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로써 제한할 수 있는 것이다.”
- 53) 박상기, 「형법각론」[제8판], 박영사, 2011, 142면.
- 54) 대결 1988.01.29. 자 86도58 : “헌법 제9조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정하고 있고, 헌법 제11조 제2항은, 모든 국민은 고문을 받지 아니하며 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다고 하여, 특히 형사절차에서의 인권보장 규정도 두고 있는 바, 이러한 헌법 정신에 비추어 볼 때에 원심이 인정하고 있는 동 피의자의 피의사실에서 보는 바와 같이, 경찰관이 그 직무를 행함에 당하여 형사 피의자에 대하여 폭행 및 가혹행위를 하고, 특히 여성으로서의 성적 수치심을 자극하는 방법으로 신체적, 정신적 고통을 가하는 것과 같은 인권침해행위는 용납할 수 없는 범죄행위로서, 원심판시와 같은 정상을 참작한다 할지라도 그 기소를 유예할 만한 사안으로는 도저히 볼 수 없는 것이다.”
- 55) 강간죄와 관련해 보호법익을 ‘성적 자기결정권’ 외에 ‘신체의 부가침성’ 내지 ‘의사결정의 자유’를 부차적 보호법익으로 봐야 한다는 견해가 있다(김성돈, 앞의 책, 154면; 이현정, “성폭력범죄의 양형에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원, 박사학위논문, 2009, 17면). 이 견

종래 형법 제297조 강간죄는 행위의 객체를 '부녀'로 명시하고 있다. 이는 여자를 의미하므로 남자는 본죄의 객체가 될 수 없음을 나타내고 있는 것이고, 해석상으로도 남자를 포함시킬 수 있는 여지도 없다. 그리고 객체가 여자인 이상 미혼·기혼, 성년·미성년을 불문한다.⁵⁶⁾

강간죄의 객체와 관련해서 문제가 되는 것은 앞의 판례에서도 문제가 되었듯이 여성으로의 성전환자를 여성으로 볼 수 있는가이다. 여성으로의 성전환자는 출생 시 남성으로 태어났으나 신체적 성과 정신적 성의 부조화로 반대성으로 전환한 자이다. 이러한 성전환자는 신체적으로는 여성의 성을 갖게 되었으나, 생물학적으로는 남성이라고 할 수 있다. 이는 반대로 여성이 남성으로 성전환을 하여 남성의 성기를 갖고 있다면 남성으로 볼 수 있는가와 같은 문제인데, 이 경우에도 성전환자를 남자라고 할 수 없다. 만약, 성전환자를 강간죄의 객체인 부녀 즉, 여성으로 볼 수 있다면 강간죄의 객체가 되나, 그렇지 않다면 강간죄의 객체가 되지 않는다. 이 경우는 남자가 남자를 성폭행한 것이 되므로⁵⁷⁾ 종래 형법 제297조 규정에 의하면 강제추행죄가 성립할 뿐이라고 할 수 있다. 이는 종래 형법 제297조 규정이 강간죄의 객체를 '부녀'로 한정하고 있고, '유사성교행위'를 명시적으로 규정하고 있지 않기 때문이다.⁵⁸⁾

종래 형법 제297조 강간죄는 실행행위로 '강간'행위를 명시하고 있다. 강간이란 폭행 또는 협박을 수단으로 하여 상대방의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하여 부녀를 간음하는 것을 말한다. 여기서 '간음'이란 남성의 성기를 여성의 성기에 삽입하는 행위만을 의미한다.⁵⁹⁾ 따라서 유사성교행

해는 강간죄는 폭행 또는 협박에 의한 강제적인 성교행위를 의미하므로 '성'과 '폭력'의 결합체라는 것이다. 본 논문에서는 폭행·협박 부분은 논하지 않기로 한다.

- 56) 미성년자 중에서 13세 미만의 여성은 일반법상의 강간죄(제297조)의 객체가 된다고 볼 수 있다. 그러나 일반법의 적용에 앞서 특별법으로 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법' 제7조 제1항과 '아동·청소년의 성보호에 관한 법률' 제7조 제1항이 먼저 적용될 것이다.
- 57) 용어에 있어서 강간이라고는 할 수 없다. 이유는 남자에 대한 남자의 강간은 성립할 수 없기 때문이다. 현행 강간죄의 구성요건이 강간이라고 규정되어 있고, 이는 간음을 의미하는 것인데, 간음은 남자의 성기를 여자의 성기에 삽입하는 것을 말하기 때문이다.
- 58) 종래(개정 전)에는 성인에 대하여는 적용이 없지만, 미성년자와 관련해서는 이미 특별법상 13세 미만의 사람에 대해서는 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법' 제7조 제2항에서, 19세 미만에에게는 '아동·청소년의 성보호에 관한 법률' 제7조 제2항에서 '유사성교행위'를 처벌하는 규정을 두고 있다.

위라고 할 수 있는 구강성교나 항문성교 등 신체(성기는 제외)의 내부에 성기를 넣는 행위와 성기나 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외)의 일부나 도구를 넣는 행위는 강제추행죄의 실행행위에 해당하게 된다.⁶⁰⁾

강간죄의 실행행위와 관련해서 앞의 두 판례를 살펴보면 피해자는 성전환 수술을 하여 여성의 성기를 갖고 있었던 상태이고, 피고인은 그런 여성의 성기에 자신의 성기를 삽입하였다. 여기서 문제는 피해자의 성기를 본래 여성의 성기와 동일시 할 수 있는가이다. 성전환을 통하여 만들어진 여성의 성기는 '성기유사물'이라고 봐야지 고유한 의미의 성기로는 볼 수 없다고 본다. 이유는 앞서 살펴본 바와 같이 여성성기로서의 기능을 할 수 없기 때문이다. 이러한 성기는 여성으로 성전환을 하였기 때문에 여성으로의 모습을 갖추기 위한 하나의 방법에 불과하다고 본다. 이를 반대로 생각해 보면 여성에서 남성으로 성전환을 할 경우 그 남성 성기를 성기라고 할 수 없는 것과 마찬가지이다. 이는 의안·의수·의족 등과 마찬가지로 비록 그것이 일정한 기능을 하고 있더라도 그 자체는 아니고, 단지 당해 기능을 대신하고 있는 대체물에 불과한 것과 같다고 봐야한다.⁶¹⁾ 물론, 성전환을 하였어도 변경된 생식기를 통해서 생리적 현상 중 하나인 소변을 볼 수 있으므로 성기로 봐야 하지 않겠냐는 의문을 제기할 수 있다. 그러나 이는 남성 성기였을 때의 생리적 기능을 여성 성기형태로 변경하면서 그 기능을 계속적으로 유지하는 것에 불과한 것이다. 즉, 이 부분에 있어서는 남성 성기의 생리적 기능과 여성 성기의 생리적 기능에 차이가 없으므로 성별을 구분하는 기준이 될 수 없는 것이다. 따라서 피해자의 성기에 피고인의 성기를 삽입하였다고 하더라도 이를 '간음'이라고 할 수 없다고 본다. 그리고 이와 같은 논거를 바탕으로 대상판례는 사건당시의 -종래(개정 전)의- 형법 제297조의 강간죄 및 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항의 주거침입강간죄를 구성한다고 할 수 없다. 그러나 이러한

59) 김성돈, 앞의 책, 160면; 임웅, 앞의 책, 172면; 정성근·박광민, 앞의 책, 172면.

60) 종래(개정 전) 강간죄의 객체와 관련해서 '부녀'를 '사람'으로 개정해야 한다는 주장과 사람으로 개정할 경우 실행행위와 관련해서도 '유사성교행위'를 포함시켜야 한다는 주장이 있어 왔는데, 이러한 주장은 2013.06.19.일부로 시행된 현행 형법에 반영되어 규정하고 있다.

61) 정준섭, "현행 강간죄 규정에 대한 재검토", 「성균관법학」 제22권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2010, 358면 각)56.

행위가 처벌될 수 없는 행위는 아니다. 단지, 강간죄의 '강간'행위에 해당할 수는 없다는 것이다. 따라서 강간죄의 불능미수 또는 강제추행죄로 처벌해야 한다고 본다.

2. 현행 형법상의 강간죄

현행 형법 제32장 강간과 추행의 죄는 2012.12.18에 개정되어 2013.06.19.에 시행됐다. 현행형법은 제297조 강간죄를 “폭행 또는 협박으로 사람을 강간하는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”라고 개정하였고, 제297조의2 “폭행 또는 협박으로 사람에게 대하여 구강, 항문 등 신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나 성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구를 넣는 행위를 한 사람은 2년 이상의 유기징역에 처한다.”라는 규정을 신설하였다. 여기서 제297조의2는 특별법상 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제6조 제2항(장애인에 대한 규정)과 제7조 제2항(13세 미만의 미성년자에 대한 규정)' 및 '아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 제2항(19세 미만의 자에 대한 규정)'에서 규정하고 있는 것을 일반법에 반영하여 성년에게도 적용하게 된 것이다.

현행형법의 강간죄에 대한 규정에서 눈에 띄는 변화는 그동안 계속된 주장이 실현되어 강간죄의 행위의 객체가 '부녀'에서 '사람'으로 개정된 것과 유사성교행위가 '유사강간'이라는 표제 하에 하나의 조문으로 규정된 것이다. 그러나 개정형법의 강간죄의 규정에 의하면 성전환여성에 대하여 강간죄가 성립한다고 할 수 있는가에 대해서는 의문이다. 이에 개정형법의 강간에 대한 규정을 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 먼저, 제297조 강간죄의 규정을 살펴보면, 객체가 '사람'으로 개정되었다. 이러한 개정으로 인해서 종래 부녀라는 한정된 유형에서 이를 포함하여 남자까지도 강간죄의 객체에 속하게 되었다. 즉, 남자가 여자를 강간하는 경우뿐만 아니라 여자가 남자를 강간하는 경우도 강간죄가 성립하게 되었다.⁶²⁾ 강간죄의 객체가 '부녀'에서 '사람'으로 개정된 이

62) 종래(개정 전) 형법상에서는 여자는 강간죄의 단독주체가 될 수 없고, 남자와 함께 강간죄의 공동정범이 되거나, 책임무능력자를 이용하여 간접정범이 될 수 있었다.

유는 현행 형법이 오늘날 발생하는 성폭력범죄의 현실을 충분히 반영하지 못하고 있기 때문이다. 즉, 발생빈도는 드물 것이지만, 여자가 남자를 강간하는 경우도 발생할 수 있을 것이고, 무엇보다 남성이 여성으로 성전환하였을 경우 최근 변경된 판례에 따라 종래 강제추행죄가 적용될 수밖에 없었던 행위자를 강간죄로 처벌할 수 있게 된 것을 명확히 명문으로 규정하기 위한 것이다. 그러나 실행행위가 '강간'임을 고려한다면 강간죄의 객체가 '사람'이라고 하더라도 동성 간에는 '강간'이라는 것이 성립할 수 없어 강간죄가 성립할 수 없다. 즉, 동성 간의 강간이라고 볼 수 있는 행위 -남자가 남자의 구강과 항문에 성기를 넣는 행위 및 여자가 여자의 구강과 항문에 성기를 제외한 신체의 일부 또는 도구를 넣는 행위- 를 한 경우에는 제297조의2의 '유사강간'이 성립되어 유사강간죄가 적용된다고 할 수 있다. 그리고 성전환여성에 대하여도 앞서 언급한 바와 같이 성전환여성은 여성으로 볼 수 없고, 이러한 이유에서 강간죄의 객체가 '사람'으로 개정되었어도 동성 간에는 '강간'이라는 것이 성립할 수 없으므로 성전환여성에 대한 강간죄는 성립할 수 없다.⁶³⁾

다음으로, 제297조의2 유사강간죄의 규정을 살펴보면, 강간의 행위가 성기에 대한 것뿐만 아니라 구강과 항문에 대한 행위도 포함되었고, 그 행위방법이 성기뿐만 아니라 손가락 등 신체의 일부 또는 도구에 의한 행위로 확대되었다. 개정형법에 유사강간죄의 규정이 명문으로 규정된 이유는 오늘날 성폭력

63) 외국의 규정을 보면, 첫 번째로 미국의 경우는 모범형법전 제213.0조 제1항은 성적교섭, 제2항은 비정상적 성적 교섭을 규정하고 있는데, 전자에는 구강·항문성교를 포함시키고 있고, 후자에는 부부 아닌 자 사이의 성적 교섭 혹은 수간을 포함시키고 있다(model penal code article 213.). 두 번째로 독일은 형법 제177조 제1항에 타인에게 자신 또는 제3자의 성적 행동을 참도록 하거나 또는 자신에게 제3자에 대하여 성적 행동을 하도록 강요한 경우를 규정하고 있다(StGB § 177 (1)). 또한 제179조 제5항에는 행위자가 피해자와 함께 성행위를 하거나 피해자에 대하여 신체 침입과 관련된 유사성행위를 하거나 피해자로 하여금 자신에 대하여 유사성행위를 하게 한 경우를 규정하고 있다(StGB § 179 (5)). 세 번째로 프랑스는 성적침해에 대해 형법 제222-22조 제1항에 폭행, 강제, 협박, 기망에 의해 법해진 모든 성적 가해를 성적침해라고 하면서(Code pénal Article 222-22 ①), 제2항에는 강간과 다른 성적침해도 성립한다고 규정하고 있다(Code pénal Article 222-22 ②). 그리고 이 규정의 세부규정으로 제222-23조 제1항에 폭행, 강제, 협박, 기망에 의하여 사람에게 성적침해를 하는 행위를 강간죄로 규정하고 있다(Code pénal Article 222-23 ①). 네 번째로 일본은 형법 제177조에 폭행 또는 협박으로 13세 이상의 여자와 13세 미만의 여자를 간음한 행위를 강간죄로 규정하고 있다(刑法 第一百七十七條).

범죄의 양상을 보면 항문성교와 구강성교를 내용으로 하는 이른바 강제적 유사성교행위가 빈번하게 이루어지고 있는데, 강제적 유사성교행위는 성적 자기결정권의 침해의 방법이나 정도 면에서 강간행위의 경우에 비해 다를 바 없다는 인식이 점점 확산되고 있기 때문이다.⁶⁴⁾ 즉, 이러한 범죄가 강제추행을 제외한 강간 다음으로 많이 발생하며, 이러한 행위로 인한 피해가 피해자에게는 강간을 당한 것과 같은 고통을 안겨줄 수 있음을 고려하여 유사강간이라는 표제 하에 신설한 것이라 본다. 그리고 성폭력범죄의 보호법익이 성적 자기결정권이고, 성적 자기결정권은 인격권 내지 행복추구권의 내용을 이루는 것이라면, 성기간 결합이 다른 성적 자유의 침해행위에 비해 성적 자기결정권의 침해의 정도가 본질적으로 크다고 말하기가 어렵다는 것도 하나의 이유가 된다.⁶⁵⁾ 또한, 남녀 간의 혹은 남자와 남자간의 강제적인 항문성교나 구강성교의 경우에도 성적 자기결정권의 침해의 정도 면에서 그리고 신체적·정신적 피해 면에서 성기간결합의 경우에 비해 결코 뒤떨어진다고 할 수 없다는 것도 이유이다.⁶⁶⁾ 아마도 마지막의 이유는 여자와 여자간의 강제적인 항문성교나 구강성교의 경우에도 마찬가지일 것이다. 그러나 성전환여성의 성기에 대한 남성의 성기 삽입은 제297조의2 유사강간죄역시 성립할 수 없다고 본다. 이 규정에서의 문제는 제297조의2 전단이 구강, 항문 '등'이라고 규정하면서 신체의 내부에 성기를 넣는 행위로 규정되어 있다는 것이다. 즉, i) 여기서 규정하고 있는 '등'을 어떻게 해석해야 하며, ii) 이때 그 해당신체의 내부는 어디까지를 가리키는지가 분명하지 않다는 것이다. 여기서 '등'은 의존명사로서 "1. 그 밖에도 같은 종류의 것이 더 있음을 나타내는 말. 2. 열거한 대상이 복수임을 나타내거나 그것들을 한정함을 나타내는 말."이라는 의미를 갖고 있다. 즉, '등'은 문장에서 두 가지의 뜻으로 쓰일 수 있는데, 일반적으로는 첫 번째 (1.)의 의미로 쓰이는 경우가 대부분이다. 그러나 제297조의2 전단규정에서는 '등'뒤에 연결되는 유사강간에 대한 규정인 "내부에 성기를 넣거나"라는 문장

64) 김성돈, "성폭력범죄의 행위유형에 대한 비판적 형법도그마틱", 「성균관법학」 제23권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2011, 162면.

65) 김성돈, 위의 논문, 164면.

66) 김성돈, 위의 논문, 164면.

을 고려하면 여기서의 '등'은 두 번째(2.)의 의미라고 봐야할 것이다. 즉, 여기서의 '등'의 의미는 제297조의2 후단이 "성기, 항문에 손가락 등 신체(성기는 제외한다)의 일부 또는 도구"라고 규정하고 있는 것으로 보면 죄형법정주의의 원칙이 지켜져야 하므로 생물학적으로 자연적인 성기와 항문으로 볼 수 있어 동 조의 전단 규정역시 '등'이 의미하는 바는 구강과 항문을 포함하여 생물학적으로 자연적인 것을 의미하는 것이라고 할 수 있다. 다시 말하면, 자연적인 생물학적인 것으로서의 전제하에 전단의 '등'은 성기를 넣을 수 있는 곳으로서의 신체(성기는 제외한다)의 내부를 말하는 것이다.

신설된 제297조의2규정에 의하면 이성 간의 유사강간뿐만 아니라 동성 간의 유사강간행위에 있어서도 강간죄의 강간에 준하는 것으로 인정되어 유사강간죄가 성립할 수 있다. 이 규정이 이러하다면 대상판례의 사안에 있어서 성전환여성성에 대하여 종래(개정 전) 형법에 의하든 현행 형법에 의하든 제297조의 강간죄는 성립할 수 없다고 하였으므로 제297조의2 전단의 유사강간죄는 적용할 수 있지 않겠냐는 의문을 제기할 수 있다. 즉, 본 논문에서 필자는 성전환여성을 여성으로 보지 않고 있으므로 동성 간의 행위를 유사강간으로 명시하고 있는 이 규정에 의하여 유사강간죄가 성립할 수 있지 않겠냐는 것이다. 그러나 첫 번째로, 제297조의2 전단규정이 명문으로 행위의 대상에 있어서 성기를 제외하고 있으나 필자는 '등'을 해석함에 있어서 한정적인 열거로 해석하고 있고, 성전환여성의 성기는 성기유사물로 보고 있는 필자의 입장에서는 제297조의2가 규정하고 있는 구성요건 어디에도 속한다고 볼 수 없어 유사강간죄가 성립한다고 할 수 없다. 그리고 두 번째로, 유사강간규정은 그 내용이 "신체(성기는 제외한다)의 내부에 성기를 넣거나"라고 하고 있어 성기유사물에 성기를 넣는 것도 여기에 속하는 것이라고 주장할 수 있다. 그러나 성기유사물에 성기를 넣는 것도 이 규정에서 말하는 "신체의 내부에 성기를 넣는 행위"라고 한다면 처벌의 범위를 확장하는 것이 되어 사법권의 남용이 될 수 있고, '내부'의 범위가 불명확한 것이므로 이를 한정짓기 위해서도 구강과 항문에 한정하는 것이 타당하다. 만약, "신체의 내부에 성기를 넣는 행위"를 확대 해석하여 성기유사물도 여기에 포함된다고 한다면 -성기가 삽입될 수 있는 귀·코·수술부위와 같이- 신체의 내부와 외부가 통할 수 있도록 되어 있는

곳에 성기를 넣는 행위를 모두 이 규정에 포함되는 것으로 해석할 수 있는 여지를 남기게 된다. 그러나 귀·코·수술부위에 성기를 삽입하는 것은 극히 드물다고 -극단적으로 말하면 일어날 수 없는 일이라고- 할 수 있다. 이에 ‘등’을 해석함에 있어서 이를 확대해석하여 이러한 경우까지 해당되는 것으로 해석하면 또는 해석할 여지를 남기게 되면 극히 드문 경우 -극단적으로 말하면 일어날 수 없는 경우- 까지 예상하여 ‘등’을 해석하는 것이 되므로 죄형법정주의에 반하는 것이 된다. 또한 강간과 추행의 죄는 개인(남녀)의 성적(性的) 자기결정권의 자유를 침해하는 것을 규정하고 있는 것이므로 귀·코·수술부위까지 여기서 말하는 성적(性的)인 것으로 해석할 수는 없으므로 제297조의2의 전단을 한정적인 열거로 봐야하는 또 다른 이유이기도 하다. 마지막 세 번째로 제297조의2의 규정은 불명확하게 표현되어 논란의 여지를 남기고 있어 필자의 견해에 반하여 성기유사물에 성기를 넣는 것도 이 규정에서 말하는 “신체의 내부에 성기를 넣는 행위”라고 한다면 이로 인한 문제점으로 책임주의에 반하는 결과를 가져올 수 있다. 어떤 죄의 성격이나 불법의 정도를 비전형적인 유형을 기준으로 판단하는 태도는 행위자에게 자신이 행한 불법 내용에 대하여 다른 행위자의 불법내용을 행위자의 불법내용과 같은 것으로 처리하는 것과 마찬가지로 다르다. 따라서 제297조의2 유사강간죄의 규정은 명확성의 원칙과 책임주의에도 반하는 것이라고 할 수 있다.⁶⁷⁾

67) 현행 형법규정상 내용에 ‘등’이 있는 조문은 유사강간죄 이외에 제140조(공무상비밀표시무효) 제3항·제141조(공용서류 등의 무효, 공용물의 파괴) 제1항·제227조의2(공전자기록위작·변작)·제228조(공정증서원본 등의 부실기제) 제1항·제229조(위조등 공문서의 행사)·제232조의2(사전자기기록위작·변작)·제234조(위조사문서등의 행사)·제314조(업무방해) 제2항·제316조(비밀침해) 제2항·제323조(권리행사방해)·제347조의2(컴퓨터등 사용사기)·제366조(재물손괴 등) 등이 있다. 이에 유사강간죄 전단에서 ‘등’을 한정적인 것으로 보고 있으므로 다른 조문들의 ‘등’도 이와 같은 용법으로 사용해야 하는가 하는 의문을 제기할 수 있다. 형법규정상 ‘등’이 있는 다른 조문들도 해석상 ‘등’을 그 앞의 내용과 관련해서 보면 한정적으로 해석하고 있으므로 이러한 의문의 대답으로는 유사강간죄 전단의 ‘등’과 같은 용법이라고 할 수 있다. 그러나 제297조의2 후단 ‘등’의 경우는 전단의 ‘등’과는 다르게 ‘등’의 앞·뒤 문언과 관련하여 해석상 성기와 항문에 넣을 수 있는 손가락 외에 신체의 일부 또는 도구를 말하는 것으로 봐야한다. 즉, 앞서 언급한 ‘등’의 해석에 있어서 첫 번째(1.)를 의미한다고 봐야한다. 같은 조문 안에서 전단과 후단의 ‘등’을 해석함에 있어서 다른 기준을 적용하더라도 이것이 죄형법정주의에 어긋나는 것이 아닌 오히려 죄형법정주의를 관철하는 것이다.

결론적으로 대상판례의 사안과 같이 성전환여성의 -대법원은 성기로 보고 있지만- 성기유사물에 대한 남성의 성기삽입행위는 종래(개정 전) 형법에 의하든 현행 형법에 의하든 강간죄 및 유사강간죄가 성립할 수 없고, 강간죄의 불능미수 또는 강제추행죄가 성립한다고 본다.

VI. 맺음말

종래(개정 전) 형법 제297조는 '폭행 또는 협박으로 부녀를 강간한 자'라고 규정하고 있다. 여기서 '부녀'는 '여성'만을 가리키는 것으로서 '남성'은 강간죄의 객체가 될 수 없다. 또한, '강간'이라고 함은 남성의 성기를 여성의 성기에 삽입하는 것을 말하는 것으로서 이러한 행위 이외에는 강간죄의 실행행위가 될 수 없다고 봐야한다. 이와 관련해서 문제가 되는 것은 성전환여성을 강간죄의 객체에 해당한다고 할 수 있는가와 그에 대한 강간행위가 성립할 수 있는가이다. 학설은 성전환여성도 강간죄의 객체가 될 수 있다는 견해가 다수를 이루고 있고, 최근 판례도 강간죄의 객체가 된다는 판결을 함으로서 -전원합의체 판결은 아니지만- 종래의 판결과는 다른 입장을 내비쳤다. 여기서 이와 관련하여 살펴볼 중요한 것이 현행형법상의 강간죄이다. 이유는 강간죄의 행위객체가 '부녀'에서 '사람'으로 개정되었기 때문이다. 그러나 성전환여성을 여성으로 보지 않고, 성전환여성의 성기를 성기유사물로 보는 이상 종래(개정 전) 형법에 의하든 현행 형법에 의하든 강간죄 및 유사강간죄가 성립할 수 없다고 본다.

현재 사람을 남녀로 구분하는 기준으로는 생물학적인 요소와 정신적·사회적 요소를 기준으로 판단한다. 최근 판례가 강간죄의 객체로 인정하는 근거는 이 둘을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다고 하면서 후자에 무게를 두어 판결을 하였다. 그러나 남녀를 판단함에 있어서는 생물학적인 성에 의해서 판단을 하여야 한다. 즉, 사람으로서의 남녀는 Sex에 의해서 결정되어야 하는 것이지 Gender에 의해서 결정되어서는 안 된다. Gender는 사람이 사회를 살아가면서 타인에게 그렇게 보여 지는 것이고, 타인은 그렇게 느끼는 것이기

때문이다. 따라서 어떠한 대상을 A라고 생각하고 있거나 또는 그렇게 느끼고 있다고 해서 그것의 실질이 A라고 할 수는 없다. 사물의 본질을 따질 때는 사람의 주관적인 판단에 의해서 또는 눈에 보이는 그대로에 의해서 판단을 하면 안 될 것이다.

참고문헌

<국내문헌>

- 강희성·김기진·김태운·김형목·장경태·전종귀·조현철, 「운동과 스포츠 생리학」, 대한미디어, 2001.
- 권오걸, 「형법각론」, 형설출판사, 2009.
- 김석권, “임상을 통해 본 성전환자의 정정체성”, 「시민과 변호사」 제83호, 서울지방변호사회, 2000.
- 김성돈, “성폭력범죄의 행위유형에 대한 비판적 형법도그마틱”, 「성균관법학」 제23권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2011.
- _____, 「형법각론」[제2판], 성균관대학교 출판부, 2009.
- 김성천·김형준, 「형법각론」[제2판], 동현출판사, 2006.
- 김일수·서보학, 「새로 쓴 형법각론」[제7판], 박영사, 2007.
- 김정옥, “성의 분화와 해석에 관한 연구”, 「사회과학연구」 제7집 제3호, 대구대학교 사회과학연구소, 2000.
- 김태명, “성전환을 둘러싼 법적 문제점에 대한 검토”, 「저스티스」 제36권 제1호, 한국법학원, 2003.
- 류화진, “우리 형법상 성전환자에 대한 강간행위의 형사책임 - 강간죄의 개정 논의와 관련하여-”, 「영산법률논집」 제7권 제2호, 영산대학교 법률교육연구원, 2010.
- 미국정신의학회, 「정신장애의 진단 및 통계 편람」[제4판] : DSM-IV, 하나의학사, 1995.
- 박남철, “남성 불임의 원인과 진단”, 「대한의사협회지」 제50권 제5호, 대한의

- 사협회, 2007.
- 박상기, 「형법각론」[제7판], 박영사, 2008.
- _____, 「형법각론」[제8판], 박영사, 2011.
- 박찬걸, “강간피해자로서 ‘성전환자’의 인정 여부에 관한 검토”, 「피해자학회」 제18권 제1호, 한국피해자학회, 2010.
- 배종대, 「형법각론」[제7전정판], 홍문사, 2010.
- 손동권, 「형법각론」[제2개정판], 을곡출판사, 2006.
- 송승현, “체포제도의 문제점과 개선방안”, 동국대학교 대학원, 석사학위논문, 2010.
- 안경환·한인섭, 「배심제와 시민의 사법참여」, 아산재단 연구총서 제186집, 집문당, 2005.
- 이현정, “강간죄의 구성요건에 관한 비판적 고찰”, 「법학연구」 제21권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2011.
- _____, “성폭력범죄의 양형에 관한 연구”, 성균관대학교 대학원, 박사학위논문, 2009.
- 이형국, 「형법각론」, 법문사, 2007.
- 임 응, 「형법각론」[제3정판], 법문사, 2011.
- 전용혁·서영석·박선화, 「인체해부학」[개정6판], 청구문화사, 2009.
- 정성근·박광민, 「형법각론」[제3판], 삼지원, 2008.
- 정영인·한홍무·최병무·김명정, “성전환증 환자에 대한 임상적 연구”, 「신경정신의학」 제32권 제1호, 대한신경정신의학회, 1993.
- 정준섭, “현행 강간죄 규정에 대한 재검토”, 「성균관법학」 제22권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2010.
- 정현미, “성전환수술자의 강간죄의 객체 여부”, 「형사판례연구」[6], 형사판례연구회, 박영사, 1999.
- 진계호·이준걸, 「형법각론」[제6판], 대왕출판사, 2008.
- 최병무, “성전환증의 진단 및 치료”, 「신경정신의학」 제32권 제4호, 대한신경정신의학회, 1993.
- 최영민, “여성 불임의 원인 및 진단”, 「대한의사협회지」 제50권 제5호, 대한의

사협회, 2007.

〈외국문헌〉

Bardoni, B. et al, Dossage-sensitive sex reversal(DSS) gene on the human X chromosome. Nature Genetics, 7

Morell, V., Rise and fall of the Y chromosome. Science, 293

Vollrath, D. · Foote, S. · Hilton, A. · Brown, L. G. · Beer-Romero, P. · Bogan, J. S. & Page, D. C., The human Y chromosome : A 43-interval map based on naturally occurring deletions. Science, 258

澤田省三, 性轉換をぬべる若干の法的問題(上)-埼玉医科大学における性轉換手術の實施を機縁として-, 判例時報 1692号.

[Zusammenfassung]

**Die Anerkennungsfrage der Geschlechtsumwandelungsfräulichen
im Objekt des Vergewaltigungsdelikts**

Song, Seung-Hyun

*Das Durchmachen des Doktoranden von der juristischen Fakultät von der
juristischen Fachhochgraduiertenschule der Universität SungKyunKwan*

Indem die Zeit anders, gibt es die Menschen nicht denken aufkommen. Diese die Menschen sind, wengleich die vielen Typen es gibt, eins von vielen Typen, daß der/die Geschlechtsidentitätsbehinderte aufgekommen ist, was der Geschlechtsidentität unbequem und schlecht empfindet. Diese beziehentlich des/der Behinderte den Typen das Problem wird, was der Fall ist, der vom Männlichen zur Fräulichen die Geschlechtsumwandelung tut.

Bei der Wirklichkeiten, die das Sexualverbrechen der Fortsetzung das Zunehmen es gibt, was das Problem wird das Sexualverbrechen über der Geschlechtsumwandelungsfräulichen gewesen.

Das bestehende Strafrecht(vor der Revision) gibt es das Regulieren, was der Frau das Objekt des Vergewaltigungsdelikts. Also ist die Vergewaltigung, daß über der Frau der Vergewaltigungshandlung des Manns reguliert ist. Die Gelehrtenwelt gibt es den Gegensätze, der über der Geschlechtsumwandelungsfräulichen vom der Anerkennungsfrage des Objekts des Vergewaltigungsdelikts, der Gerichtshof gibt es das Anerkennen, was dem Objekt des Vergewaltigungsdelikts die bishere Meinung geändert hat. Aber der Gerichtshof spricht der Anerkennungs begründung, die dem biologischen Bestandteil und der geistige gesellschaftliche Bestandteil ist, was die Bestandteil minuziös anzusehen braucht. Besonders hat nicht übersehen, was biologischer als der geistige gesellschaftliche Bestandteil dem Mann und die Frau der ausdrückliche Standard abteilt gewesen wird. Und da Das bestehende Strafrecht vom 19. Juni 2013 das Inkrafttreten gewesen wurde, was auch beziehentlich des Revisionsstrafrechts anzusehen braucht.

Stichwörter : das Vergewaltigungsdelikt, das Objekt des Vergewaltigungsdelikts, die Ausführungshandlung des Vergewaltigungsdelikts, die Geschlechtsumwandelungsfräuliche, der biologischen Bestandteil, der geistige gesellschaftliche Bestandteil

