

특별기획논문

트랜스젠더 강제전역처분의 위법성
— 심신장애 전역처분에 대한 법리를 중심으로 —*

박보람**

목차

- I. 들어가며
- II. 군복무 관계의 종료와 심신장애 전역에 대한 법리
- 원(願)에 의하지 않은 군복무 관계의 종료
 - 현역복무에 부적합한 심신장애의 의미와 그 기준
- III. 이 사건 판결과 그 분석
- 판결의 주요 요지
 - 이 사건 판결에 대한 분석
- IV. 나가며

원고투고일: 2023년 1월 9일, 심사완료일: 2023년 1월 16일, 게재확정일: 2023년 1월 20일.

* 본고는 필자가 2022. 9. 2. 군사망사고진상규명위원회와 한국젠더법학회가 공동주최한 <군과 젠더 질서 변화를 위한 과제들>에서 발표한 초고를 수정·보완한 것입니다. 이 자리에 함께하여 발표에 유익한 의견을 주신 박한희 변호사, 김보라미 변호사께 감사드립니다.

** 법률사무소 비움 변호사, e-mail: bo-ram@mail.com

국문 초록

2020년 1월 트랜스젠더 직업군인에 대한 강제전역조치의 근거는 심신장애 현역부적합 전역제도였다. 본고는 심신장애 현역부적합 전역제도 법리를 상세히 검토하여 이 제도가 우리 군인사 행정에서 가지는 의미와 함께 군인으로서의 적합성을 젠더 관점에서 어떻게 구축해 왔는지 살핀다. 「군인사법」 제37조는 강제전역의 사유로 심신장애 현역부적합을 들고 있으나 심신장애의 의미와 이를 판단하는 기준은 규정하고 있지 않고, 하위규정에 위임하고 있지도 않다. 우리 법에서 장애는 불변하는 것이 아니라, 일정한 활동이나 기능에 제약이 있거나 직무를 수행·복무하는 데 제약이 있는 상태로 이해되어야 한다. 그러나 군인사법 시행규칙은 군사 임무의 수행과 관련 없는 질병 또는 장애를 망라하여 규정하면서 성별 또는 성별정체성에 따라 차별적 효과를 발생시키고 있다.

더 나아가 우리 군인사 법제는 징병 행정상으로는 트랜스젠더 국민이 존재함을 인정하면서도 트랜지션 정도에 따라 4급 또는 5급에 처하여 현역병으로 복무할 수 없게 하거나, 각 군 규정 중 신체검사를 통하여 장교·부사관으로 임관될 수 없게 하여 군인으로서의 복무를 제한한다. 이처럼 군인사 행정은 제도적으로 군에서 트랜스젠더를 배제하며, 복무 중을 규율하는 규정에서는 트랜스젠더 관련 내용이 전무함으로 인하여 군에서 이념적으로 트랜스젠더를 배제하는바, 본고는 위 심신장애 부적합 규정을 트랜스젠더의 트랜지션에 적용하는 것은 부당함을 논증한다.

전역처분 취소판결인 대전지방법원 2020구합104810 판결은 트랜스젠더에 관하여 공백이 크고 불균형한 상태의 입법과 이를 보충하여 전횡하는 군인사 행정 및 관행을 저지하는 데 일정 부분 기여하였다. 처분의 상대방인 원고뿐만 아니라 성정체성의 혼란 또는 성별불일치의 인식으로 성전환수술을 하는 사람들이 존재한다는 사실을 언급하고, 심신장애 판단에 있어 트랜스젠더의 성별에 관하여 적극적으로 심리하여 당연히 여성을 기준으로 판단하여야 한다고 하였으며, 보론으로 성소수자의 기본적 인권을 언급하기도 하였다. 그러나 시행규칙의 법적 효력 여부, 시행규칙이 음경 상실·고환 결손을 심신장애 사유로 정한 것 자체의 정당성도 판단하지 않았으며, 트랜스젠더에 대하여 심신상실 현역복무 부적합 규정을 적용하는 것이 타당한지 여부와 이 사건 처분이 트랜스젠더에 대한 차별인지에 대한 논점이 상실되었다.

해외에서는 단지 트랜스젠더 군인의 복무를 허하는 것을 넘어, 차별을 금지하고, 상담이나 의료, 트랜지션 과정을 지원하는 방향으로 나아가고 있다. 트랜스젠

더의 고유한 경험과 문제를 반영한 구체적이고 명확하며 세심한 기준이 마련되어야 할 것으로 생각된다.

색인어

심신장애 현역부적합, 트랜스젠더, 강제전역, 성별불일치

1. 들어가며

네덜란드가 1974년 처음으로 공식적으로 트랜스젠더의 군 복무를 허가한 이래, 2021년 현재 전 세계 24개국에서 트랜스젠더가 공식적으로 군 복무를 하고 있거나 군 복무를 금지 받지 않고 있다. 우리 사회에서는 2020년 1월, 육군 부사관으로 현역 복무 중이던 하사가 휴가 중 ‘성확정 수술’¹⁾을 마치고 귀대한 후 심신장애를 이유로 전역 심사 대상이 되어 있다는 사실로서, 트랜스젠더 직업군인의 존재가 처음으로 가시화되었다. 하사는 군 복무를 지속하기를 희망하였고, 법원에 성별 정정을 신청한 상태였으나 ‘성확정 수술’을 받은 지 약 55일 만에 전역 조치되었다.²⁾ 2월 10일 청주지방법원의 성별 정정허가, 2월~6월까지 이루어진 인사소청과 그 기각, 8월의 행정소송 제기까지, 일련의 보도가 이어졌다.

- 1) 트랜스젠더에 관한 논의에서 사회적으로 흔히 ‘성전환수술’로 일컬어지는 의료적 트랜지션에 관하여는 어떠한 용어로 지칭하는 것이 나은지에 관한 논의가 지속되고 있으며, 대안적으로 ‘성별 재지정 수술(sex reassignment surgery)’, ‘성확정 수술(또는 성별 적합수술, gender affirming surgery)’ 등의 용어가 사용되고 있다. 본 논문에서는 성전환이라는 용어가 트랜스젠더의 정체체성을 지정성별로 환원한다는 비판을 고려하여 대안으로 제시되는 용어 중 하나인 ‘성확정 수술’을 사용하되, 용어에 관하여는 여전히 사회적으로 논의가 진행 중이라는 것을 표현하기 위하여 따옴표를 병기한다.
- 2) 전역처분이 있는 2020. 1. 23. 군인사법 시행규칙이 개정되어 제53조 제4항이 신설되면서, 심신장애인 중 의무복무기간을 마치지 못한 사람의 경우 심신장애 치유 가능성, 병과 특성에 따른 복무 가능성 등을 고려하여 각 군 전역심사위원회에서 심의를 거쳐 현역으로 계속 복무하게 할 수 있게 되었다.

2021년 10월, 1심의 전역처분 취소판결이 있고 육군의 항소 포기³⁾에 따라 판결이 확정되었다. 이에 따라 전역처분 자체에 대한 ‘법적 분쟁’은 일단락되었으되, 이 판결이 이후 유사하게 발생할 수 있는 많은 사례에서 위 판결이 트랜스젠더 군인에 관한 군인사 행정에서 어느 정도로 지침의 역할을 하거나 변화의 기점으로 작용할 것인지 예상하는 것은 쉽지 않다.

전역처분 취소판결인 대전지방법원 2020구합104810 판결(이하 ‘이 사건 판결’이라 함)³⁾은 공백이 크고 불균형한 상태의 입법과 이를 보충하여 진행하는 군인사 행정 및 관행을 법적으로 저지하는 데 일정 부분 기여하였다고 할 수 있다. 처분의 상대방인 원고뿐만 아니라 성정체성의 혼란 또는 성별불일치의 인식으로 성전환수술⁴⁾을 하는 사람들이 존재한다는 사실을 언급하고, 심신장애 판단에 있어 트랜스젠더의 성별에 관하여 적극적으로 심리하여 당연히 여성을 기준으로 판단하여야 한다고 하였으며, 보론으로 성소수자의 기본적 인권을 언급하기도 하였다. 그러나 처분취소소송 그 자체가 가질 수밖에 없는 한계를 고려하더라도, 법원은 여러 쟁점에서 이 사건 취소소송의 사실관계에 한정되는 법리나 판단만을 전개함으로써 아쉬움을 남기고 있다.

이러한 문제의식에 따라 본고는 군인사 제도에서 이 사건 처분의 근거가 된 심신장애 현역복무 부적합제도에 관하여 그 각 규정의 정의, 기준, 판례 등을 살펴 ‘심신장애’와 그로 인한 ‘현역부적합’의 규범적 의미를 검토하고, 이에 비추어 이 사건 전역처분과 판결, 더 나아가 우리 군인사 행정에서 트랜스젠더 군인의 지위에 관하여 다루고자 한다.

II. 군복무 관계의 종료와 심신장애 전역에 대한 법리

1. 원에 의하지 않은 군복무 관계의 종료

3) 대전지방법원 2021. 10. 7. 선고 2020구합104810 판결.

4) 본고는 ‘성확정 수술’이라는 용어를 택하였으나, 판결에 관하여 기술할 때는 판결의 문구를 살려 ‘성전환수술’로 기재하였다.

군복무 관계의 종료는 일반적으로 전역에 의하여 이루어진다. 전역의 본래 의미는 역종, 즉 병역의 종류(복무형태, 양상)가 변경되는 것을 의미하나, 「군인사법」에서는 주로 현역 복무자가 예비역으로 편입되는 등으로 군인의 신분을 상실하는 것을 의미한다.⁵⁾ 의무복무 장병과 달리 자원에 의하여 군복무관계가 성립된 경우에는 원(願)에 의하여 전역이 이루어지는 경우와, 원(願)에 의하지 않더라도 일정한 사유에 의하여 강제로 전역되는 이른바 ‘강제전역’의 경우로 나누어진다. 이 중 후자에 관하여 「군인사법」 제37조가 규정하고 있다.

제37조 제1항 제1호 및 제4호에서 정하는 현역복무 부적합자에 대한 전역 제도는 능력의 부족으로 당해 계급에 해당하는 직무를 수행할 수 없는 사람과 같이 대통령령으로 정하는 현역복무에 적합하지 아니한 자를 전역심사위원회의 심의를 거쳐 현역에서 전역시키는 제도를 말한다. 심신장애로 인한 현역복무 부적합 전역에서 그 기준, 심사방법, 전역 절차 등에 관하여는 군인사법 시행규칙 제7장에서, 그 밖의 현역복무 부적합자에 대한 전역의 기준, 심사방법, 절차 등에 관하여는 시행규칙 제8장에서 정하는 바에 따른다. 제37조 제1항 제4호는 그 밖에 현역 복무에 적합하지 아니한 경우로 위임에 따라 시행령 제49조 제1항에서 그 사유를 구체적으로 정하고 있는데, 직무수행 능력의 부족, 성격상의 결함, 직무수행의 성의가 없거나 직무수행을 포기한 경우, 그 밖에 군발전에 방해되는 능력 및 도덕적 결함이 있는 경우이다.⁶⁾ 시행규칙 제69조는 현역 복무 부적합 사유가 심신장애로 인한 것일 때에는 제7장 심신장애인 전역에 관한 규정을 우선적으로 적용하도록 규정하고 있는바, 제7장은 제8장 일반 현역복무 부적합자에 관한 규정의 특별규정이라고 할 수 있다.

「군인사법」 제37조 제1항은 법률이 직접 전역을 하도록 명하는 것이 아니라 전역심사위원회로 하여금 현역복무 부적합자 전역에 관하여 심의의결을 할 수 있도록 하는 근거 규정이다. 이에 우리 헌법재판소는 이 법률조항이 심의의결이라는 구체적인 행정처분을 기다리지 않고 직접 청구인의 기본권을 침해하고

5) 임천영(2012), 『군인사법』, 법률문화원, 582-583쪽.

6) 2016. 2. 4. 국방부령 제881호로 일부 개정되기 전의 것. 개정 이후에는 1급부터 9급을 말한다.

있다고 볼 수 없어, 이 조항에는 기본권 침해의 직접성이 없다고 판단한 바 있다.⁷⁾ 의무복무장병이 의무복무기간을 만료한 경우의 전역과 달리, 원(願)에 의하지 않은 전역처분은 전역심사위원회의 의결을 거쳐 일어나는 재량행위이다. 법원은 현역 복무 부적합 여부를 판정함에 있어서는 군의 특수성에 비추어 명백한 법규위반이 없는 이상 군 당국의 판단을 존중하여야 한다고 하면서, 넓은 재량을 인정하고 있다.⁸⁾

2. 현역복무에 부적합한 심신장애의 의미와 그 기준

(1) 심신장애 현역부적합 전역 등에 관한 법령

심신장애 현역부적합 전역 제도는 국가 안전보장과 국토방위, 전쟁의 억지 등을 임무로 하는 군인의 직무 내용상의 특수성을 감안하여 직업군인으로 임용된 사람이 갖추어야 할 일정한 신체적·정신적 기준이 있다는 취지를 반영한 것이다. 심신장애 현역부적합은 심신장애의 발생 사실로 인하여 그 자체만으로 원(願)에 의하지 않은 전역 심사 대상이 된다는 면에서 다른 전역 사유와 구별되는 특징이 있다. 「군인사법」 제37조 제1항 제1호는 심신장애로 인한 현역복무 부적합자를 현역에서 전역시킬 수 있다고 규정하고 있으면서도 심신장애의 의미와 현역복무에 부적합한 심신장애를 판단하는 기준에 관하여 아무것도 명시적으로 규정하고 있지 않고, 이를 하위규정에 위임하고 있지도 않다.

그럼에도 불구하고 같은 법 시행령 제48조는 「군인사법」의 구체적인 위임 없이 심신장애인의 전역에 관하여 정하고 이를 국방부령으로 정하도록 위임하고 있다. 시행령의 위임에 따라 시행규칙은 제7장 제46조부터 제53조의4에서 심신장애로 인한 현역복무 부적합자 전역에 관하여 정하고 있다. 시행규칙 제7장에 의하면, 심신장애인이 발생한 경우, 의무조사위원회가 심신장애의 정도를 조사하고 같은 법 시행규칙 제53조에서 정하는 전역 등의 기준, [별표 1] 및

7) 헌법재판소 2002. 2. 1.자 2005헌마575 결정.

8) 대법원 2004. 4. 27. 선고 2004두107 판결

[별표 2]에서 정하는 심신장애 등급표 등에 따라 판정하여 각 군 전역심사위원회의 전역심의 대상이 된다. 「군인사법」 시행규칙 [별표 1] 신체장애 등급표는 심신장애의 등급을 1급~11급으로 나누어 정하고 있으며, [별표 2] 심신장애종합평가등급표에 따라 [별표 1]에 근거하여 산정된 등급을 종합하여 급수를 판정하도록 되어 있다.

법 제37조 제1항은 심신장애에 현역부적합자를 전역심사에 회부할 수 있도록 재량사항으로 규정한 데 비해 시행규칙 제53조는 별표에서 정하는 심신장애등급만을 가지고 전역·제적시킬 수 있는 것처럼 규정하고 있어 상위법과 하위규정 내용이 상당한 차이를 보인다는 점을 알 수 있다.

〈표 1〉 심신장애 현역복무 부적합 전역 법령

구분	본문
군인사법	제37조(본인의 의사에 따르지 아니한 전역 및 제적) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 각군 전역심사위원회의 심의를 거쳐 현역에서 전역시킬 수 있다. 1. 심신장애로 인하여 현역으로 복무하는 것이 적합하지 아니한 사람
군인사법 시행령	제48조(심신장애인의 전역 등) 법 제37조제1항제1호에 따른 현역 복무에 적합하지 아니한 심신장애 및 같은 조 제3항에 따른 계속 복무할 수 있는 신체장애의 기준, 심사 방법, 전역 절차 등 필요한 사항은 국방부령으로 정한다.
군인사법 시행규칙	제53조(전역 등의 기준) ① 장교·준사관 및 부사관의 심신장애로 인한 전역·퇴역 또는 제적의 기준은 다음 각 호의 구분에 따른다. <개정 2016. 2. 4.> 1. 심신장애의 정도가 별표 1 및 별표 2에 따른 1급부터 9급까지에 해당되고, 그 심신장애가 전상 또는 공상으로 인하여 생겼을 때: 퇴역 2. 심신장애의 정도가 별표 1 및 별표 2에 따른 1급부터 9급까지에 해당되고, 그 심신장애가 비전공상으로 인하여 생겼을 때: 전역심사위원회의 심사를 거쳐 퇴역 또는 제적 ② <생략> ③ 제1항 각 호에도 불구하고 같은 항 제1호 또는 제2호에 해당하는 사람이 현역 복무를 원하는 경우에는 각군 전역심사위원회는 의무조사위원회의 전문적 소견을 참고하여 해당자의 군에서의 활용성과 필요성 등에 관한 심의를 거쳐 현역으로 복무하게 할 수 있다. 다만, 심신장애인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 현역으로 복무하게 할 수 없다. <개정 2016.2.4.>

구분	본문
군인사법 시행규칙	1. 위법행위나 고의로 심신장애를 초래한 경우 2. 해당 병과와 계급에서 요구되는 근무·훈련·작전 등 임무를 수행하기 곤란하거나 임무수행에 다른 사람의 도움이 필요한 경우 3. 전염성 질환 등으로 다른 사람의 건강에 중대한 해를 끼칠 염려가 있는 경우 4. 전역심사 후에도 같은 심신장애로 계속 입원치료가 필요하거나 의료기관에서 완치되기 곤란한 경우 ④ 제1항에도 불구하고 각군 전역심사위원회는 법 제7조제1항제2호 및 같은 조 제2항부터 제5항까지에 따른 의무복무기간을 마치지 못한 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 의무조사위원회의 전문적 소견을 참고하여 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람의 심신장애 치유 가능성, 병과 특성에 따른 복무 가능성, 군에서의 활용성과 필요성 등에 관한 심의를 거쳐 남은 의무복무기간 동안 현역으로 복무하게 할 수 있다. <신설 2020.1.23>⁹⁾ 1. 심신장애의 정도가 별표 1 또는 별표 2에 따른 8급 또는 9급에 해당되는 경우 2. 심신장애의 사유가 되는 질환 또는 장애가 해당 병과에서의 직무수행에 직접적인 제약을 주지 않는 경우

(2) 전역 심의 대상인 ‘심신장애’의 규범적 의미

앞에서 봤듯이, 「군인사법」 제37조 제1항 제1호는 심신장애의 의미에 관하여 규정하고 있지 않고, 이를 하위규정에 위임하고 있지도 않다. 하위규정인 시행령 및 시행규칙에서도 심신장애 전역 기준과 등급에 관하여 정하고 있을 뿐 심신장애의 의미 자체를 명시하고 있지는 않다. 뒤에서 살펴보겠지만 법률상의 위임규정에 근거하지 않은 시행규칙 제53조 제1항은 법규적 효력이 인정된다고 볼 수 없으며, 이에 따라서 상위법인 「군인사법」 제37조 제1항 제1호의 심신장애의 의미가 규정되는 것이라고 볼 수도 없다. 그러므로 시행규칙 제53조 제1항 제1·2호, 별표 1 등과 별개로 법률인 「군인사법」 제37조 제1항 제1호에서 정하는 심신장애의 의미를 규명해야 할 필요가 있다.

‘심신장애’에 대한 해석은 그 문언적 의미에 반하지 않는다면 법령의 연혁,

9) 제4항은 변희수 하사에 대한 처분이 있는 날 개정으로 도입됨.

전체 법체계와의 조화, 다른 법률과의 체계적 관련성을 함께 고려하는 것이 타당하다.

1980년대 초 일반적인 장애인복지법제가 마련되기 이전, 초기의 장애 관련 규정은 주로 군경 희생자(상이군경 등)와 관련하여 규정되기 시작하였다. 우리 법령상 ‘심신장애(心身障礙)’가 처음으로 명시된 것은 1959. 12. 22. 대통령령 제1547호로 제정된 「장기복무 심신장애군인에 대한 전역특별급여금규정」이다. 이후 심신장애는 1962년 군인사법의 제정, 병역법의 개정으로 병무행정의 기본적인 법률에 명시되기 시작하였다. 1980년대 이래 ‘심신장애’라는 용어는 일반적인 장애인복지정책 추진을 위한 장애인복지법제에도 도입된다. 1981. 6. 5. 장애인복지에 관한 최초의 기본법으로 「심신장애자복지법」이 제정·시행되었는데, 제2조에서 심신장애를 명시하여 “‘심신장애자’라 함은 지체부자유, 시각장애, 청각장애, 음성·언어기능장애 또는 정신박약등 정신적 결함(이하 ‘심신장애’라 한다)으로 인하여 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받는 자로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자”라고 정의하였다.

「심신장애자복지법」이 1989년 「장애인복지법」으로 전면 개정되면서 ‘심신장애자’, ‘심신장애’라는 표현은 사회적 편견이나 낙인을 고려하여 ‘장애인’, ‘장애’로 대체되었으며, 그밖에 장애인 복지와 관련한 다른 법률도 차차 ‘심신장애’라는 용어에서 ‘장애’라는 용어로 개정되었다. 그러나 여전히 많은 법령에서 ‘심신장애’, ‘심신의 장애’, ‘심신장애인’ 등의 표현을 사용하고 있다. 특히 병무행정과 관련한 법령인 「군인사법」, 「병역법」, 「민방위기본법」, 「군인 재해보상법」 등은 여전히 심신장애라는 표현을 사용하고 있는 대표적인 법령들이다. 그 밖에도 다수의 법령에서 심신장애로 직무수행이 불가능한 경우로 인한 위원의 해촉 등을 규정하고 있다.

이처럼 우리 법제에서 ‘심신장애’ 또는 ‘장애’라는 용어의 연원을 살펴보면, ‘심신장애’와 ‘장애’는 법적으로 구별되는 개념이라고 볼 수는 없으며, ‘심신장애’라는 용어 역시 ‘장애’에 비추어 해석되어야 한다는 것을 시사한다. 2007년 4월 10일 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법’)」이 제정되었으므로, 기본적인 장애인 인권보장규범으로서의 「장애인차별금지법」의 장애에 관한 정의조항은 주요하게 고려되어야 한다. 「장애인차별

금지법」 제2조 제1항에서 정하는 금지하는 차별행위의 사유로서 장애는 ‘신체적·정신적 손상 또는 기능 상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태’를 의미한다. 전체적으로, ‘심신장애’(또는 일정한 경우 ‘장애’)는 법에서 목적으로 하는 일정한 생활이나 기능의 수행과 필연적인 관련성을 지니는 방식으로 규정되어 있다. 우리 전체 법체계에서 심신장애 또는 장애는 그 자체를 불변하는 의학적 소견이 아니라 일정한 활동이나 기능에 제약이 있는 상태, 또는 직무를 수행하거나 복무하는 데 제약이 있는 상태로 이해되어야 한다는 것을 의미한다.

군 인사행정상의 심신장애 역시 심신장애로 병역을 감당할 수 없거나¹⁰⁾ 심신장애로 현역복무에 부적합하여야 한다¹¹⁾는 형태로 그 법의 행정목적과 직접인과성을 가지는 규정형식을 띠고 있다. 이 사건 판결인 대전지방법원 2020구합104810 판결 역시 「장애인차별금지법」 제2조 제1항의 장애 정의 규정을 참조하여, 군인사법 제37조 제1항 제1호의 ‘심신장애’에 관한 의미를 처음으로 규명하며 다음과 같이 판시하였다.

군인사법 제37조 제1항 제1호의 ‘심신장애’의 의미에 관하여 군인사법이나 시행령 등에서 이에 대한 정의규정을 두고 있지는 아니하나, 수범자 및 입법목적의 차이를 염두에 두고 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 제2조가 정하고 있는 ‘장애란 신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태’라는 정의규정을 참고해 볼 수 있다. 군인사법 제37조 제1항 제1호의 ‘심신장애’란 ‘군인으로서의 임무수행에 상당한 제약을 초래하는 신체적·정신적 손상 또는 기능상실’로 볼 수 있다.

이는 시행규칙 제53조 제1항이나 제3항의 신설 여부와 무관하게 법 제37조 제1항 제1호 ‘심신장애’의 의미를 군인으로서의 임무수행과의 필수적인 인과성 하에 제시하였다는 점에서 의미가 있다.

한편, 종래 군인연금법이나 군인 재해보상법상의 장애보상금 지급 대상이

10) 병역법 제12조 제1항.

11) 군인사법 제37조 제1호.

되는 신체장애 등에 관한 규정은 이 입법의 목적과 취지가 다를 수밖에 없으므로, 군인으로서의 임무 수행과 무관하게 장애보상의 대상이 되는 일정한 손상이나 장애에 해당할 수 있다고 이해하여야 할 것이다.

(3) 심신장애로 인한 현역부적합 전역에 관한 기준

1) 시행규칙 제53조 제1항의 법적 성격

「군인사법」 제37조 제1항은 제1호에 해당하는 자에 대하여 전역심사위원회의 심의를 거치도록 명확히 규정하고 있다. 구 시행규칙 제53조 제1항 제1호와 [별표 1], [별표 2]의 적용과 관련하여 이미 2003년, 서울행정법원은 다음과 같이 판시하며 등급이 1호에 정하는 심신장애 등급에 해당하는 경우 전역심사위원회의 심사 없이 당연히 퇴역한다는 취지의 규정은 아니라고 보았다.¹²⁾

시행규칙 제53조 제1항 제1호가 “심신장애인의 정도가 [별표 1] 및 [별표 2]에 의한 1급 내지 7급에 해당되고, 그 심신장애가 전상 또는 공상으로 인하여 생긴 때에 퇴역”이라고 규정하고 있으나, 이는 시행규칙 [별표 1] 심신장애등급표 및 [별표 2] 심신장애중합평가등급표에 의한 심신장애 등급이 1급 내지 7급에 해당하는 경우에 전역심사위원회의 심의 없이 당연히 퇴역한다는 취지의 규정은 아니며, 피고는 시행규칙 [별표 1] 심신장애등급표 1급 내지 7급에 해당하는 경우에도 전원 전역심사위원회에 회부하여 해당자 본인에게 소명의 기회를 부여하고, ... 의무조사위원회의 전문 소견과 현역에서의 활용가능성 등 여러 사정을 참작하여 전역 여부를 판단하여 왔으며, 이 사건 퇴역처분의 경우에도 마찬가지로 절차가 진행되었던 사실

그러나 현행과 같이 2007년 시행규칙 제53조 제3항이 신설되기 전에는 실무상의 편의상 심신장애 정도가 시행규칙 [별표 1] 및 [별표 2]가 제53조 제1항 각호에서 정한 신체등급에 해당하는지 여부를 확인하고 그에 해당하면 다른 사

12) 서울행정법원 2003. 8. 20. 선고 2003구합9275 판결.

항에 대한 고려 없이 퇴역하는 것으로 처리하여 왔던 것으로 보인다.¹³⁾

「군인사법」 제37조 제1항 제1호는 심신장애로 인한 현역복무 부적합자가 전역시킬 수 있는 대상이라고 규정하면서도 심신장애의 의미나 판단기준에 관하여 이를 하위법령에 구체적으로 위임하고 있지는 않다. 이와 달리, 그 밖의 현역복무 부적합자에 관하여 정하는 제37조 제1항 제4호는 현역복무 부적합 사유를 대통령령에 위임하고 있다. 이에 관하여 서울행정법원은 “군인사법 제37조 제1항에서 심신장애로 인하여 현역 복무에 부적합한 자의 경우 현역에서 전역시킬 수 있다고 하여 심신장애 전역은 행정청의 재량행위임을 분명히 하고 있으나 그 기준에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않고, 위 시행규칙은 법률의 구체적 위임 없이 시행령의 위임에 따라 마련된 것이다. 따라서 시행규칙에서 정하고 있는 기준은 법률의 구체적 위임 없이 시행령에 근거하고 있는 것으로서 행정기관 내부의 사무처리준칙에 불과하고 대외적인 효력을 인정할 수 없으며, 법률에 정하고 있는 심신장애로 인하여 현역복무에 부적합한 경우를 해석함에 있어 위 시행규칙에서도 심신장애의 여러 가지 유형을 나열한 후 일정한 등급에 해당할 경우 전역의 기준이 됨을 정하고 있을 뿐 전역의 기준이 되는 심신장애등급에 해당하면 그것만으로 당연히 그 심신장애로 인하여 법과 시행령에서 요구하고 있는 현역복무에 부적합한 자에 해당하는지 여부에 관하여는 명시적으로 정하고 있지 않다. 따라서 시행규칙에 의한 심신장애등급 1급 내지 7급 판정을 받았다 하더라도¹⁴⁾ 그 정도가 종합적 전투수행을 포괄하는 관점에서 현역으로 복무하는 데 장애사유가 되지 않는 경우에는 심신장애를 이유로 전역처분을 할 수 없다”고 판시한 바 있다.¹⁵⁾ 즉 현역 복무에 적합하지 아니한 심신장애에 관한 시행규칙 제53조는 법률의 구체적 위임 없이 규정되어 있으므로 법규적 효력을 인정할 수 없으며, 시행규칙 [별표 1] 심신장애 등급에 해당

13) 민병후(2014), “군복무관계에 관한 공법적 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 147-148쪽.

14) 구 군인사법 시행규칙 제53조는 심신장애 정도가 [별표 1] 및 [별표 2]에 따른 1급에서 7급 판정을 받은 경우에는 전상 또는 공상의 경우에는 퇴역을, 비전공상으로 인한 경우에는 전역심사위원회의 심사를 거친 후에 퇴역 또는 제적하도록 규정하고 있었다.(2016. 2. 4. 국방부령 제881호로 일부 개정되기 전의 형태)

15) 서울행정법원 2007. 5. 4. 선고 2006구합38373 판결.

한다 하더라도 이를 이유로 바로 현역복무에 부적합하다고 판단하여 전역처분을 할 수는 없다는 것이다.

위 판결이 있는 후 2007. 8. 9. 시행규칙 제53조 제3항으로 “제1항 각 호에도 불구하고 같은 항 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 사람이 현역 복무를 원하는 경우에는 각 군 전역심사위원회는 의무조사위원회의 전문적 소견을 참고하여 해당자의 군에서의 활용성과 필요성 등에 관한 심의를 거쳐 현역으로 복무하게 할 수 있다”는 규정이 신설되었다. 이는 종래 규정이 현역복무가 가능한 건강상태인지 여부에 관계 없이 당연히 전역 또는 퇴역하도록 되어 있어 군인의 사기를 저하시키고 군인의 심신장애의 조기 발견을 저해하고 있으므로, 위 등급을 판정받은 군인도 전역심사위원회의 심의를 거쳐 다시 현역으로 복무할 수 있는 기회를 부여하도록 하는 취지로 개정된 것이다.

결론적으로, 법률상의 위임규정에 근거하지 않고 시행령상의 위임규정에 근거하였을 뿐인 시행규칙 제53조 제1항은 법규적 효력이 인정된다고 볼 수 없으며, 이에 따라서 상위법인 군인사법 제37조 제1항 제1호의 심신장애의 의미가 규정되는 것이라고 볼 수도 없다. 그러므로 시행규칙 [별표 1], [별표 2]에서 정하는 심신장애 등급을 그대로 적용한 전역처분은 그 적법성이 인정되기 어렵다.

법 제37조 제1항은 재량으로 규정되어 있는바, 실무상으로도 시행규칙 [별표 1], [별표 2]에서 정하는 심신장애에 해당한다고 하여 이를 그대로 전역처분의 기준으로 적용하지는 않고 있다. 2017. 1. 1.~2019. 12. 31. 3년간 심신장애 3급 이상으로 판정된 사례는 총 194건이나 이 중 전역심사에서 전역으로 결정된 건수는 30건(15.5%)이고, 모두 본인의 희망 하에 전역한 사례라는 점은 이를 방증한다.¹⁶⁾

2) 시행규칙상 심신장애 기준의 위헌·위법성

① 시행규칙상 심신장애 판단기준에 대한 사법심사의 어려움

시행규칙상의 심신장애 기준이 법률유보원칙에 반하여 법규성이 없으며,

16) 국가인권위원회, 2020. 12. 14.자 20진정0056500 결정 참조.

내부적인 사무처리준칙에 불과하다는 논증은 실제 전역 심사에서 시행규칙을 일률적으로 적용하는 것이 아니라 법률에 근거하여 재량 판단을 하도록 하고 사법적으로도 이에 근거하지 않고 재량 하자를 판단함으로써 실제 사건에서 구체적인 타당성을 기하기 위한 것이다. 그런데 이러한 논증은 역으로 행정입법에 대한 사법통제의 종래의 난점에 더하여, 시행규칙상 심신장애 기준 자체의 위헌·위법성에 대한 사법심사를 어렵게 하는 데 일조하기도 한다.

입법·사법·행정의 모든 공권력은 「헌법재판소법」 제68조 제1항에 의하여 헌법소원의 대상이 되나, 법령에 대한 헌법소원은 “별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때”에만 헌법소원의 대상이 될 수 있으므로 시행규칙상 심신장애 기준은 그 대상이 되지 않는다. 행정소송의 대상이 되는 처분은 구체적 사실에 대한 구체적 사실에 관한 법집행이므로 역시 행정소송의 대상이 되기 어렵다. 구체적인 처분에 대한 행정소송이 제기된다 하더라도 전역처분에 대한 여러 판결례와 같이 시행규칙의 법규성을 부정하는 한 시행규칙의 내용 자체에 대한 사법심사가 어려우므로 이에 대한 법원의 개입은 제한적일 수밖에 없는 상태이다.

② 시행규칙상 심신장애 기준 자체에 대한 심사 필요성

그런데 시행규칙상의 심신장애 기준에 대외적 효력은 없다 하더라도 시행규칙상 심신장애에 해당하는 사람은 일정한 내부적 구속력에 의하여 영향을 받게 된다. 시행규칙에 따라 의무조사위원회는 군병원장의 지시에 따라 심신장애 정도를 조사하여야 할 의무가 있으며(시행규칙 제50조), 의무조사위원회는 조사를 마친 후 [별표 1] 및 [별표 2]의 기준에 따라서 심신장애인의 장애 정도를 판정하여야 하고(시행규칙 제51조), 군병원장은 이 결과를 지체 없이 참모총장 등에게 보고하거나 통보하여야 한다(시행규칙 제52조제1항). 이때 심신장애인의 인적사항, 진단 질병명, 병력, 현재 증세, 병리시험 및 엑스선 소견과 예측(豫後) 판정 내용 등을 구체적으로 밝혀야 한다(시행규칙 제52조제2항). 군병원장이나 의무조사위원회 등이 시행규칙에 반할 수는 없으므로, 전역 심사 이전에도 시행규칙 기준으로 정한 심신장애에 해당하는 사람은 규정된 조사나 판

정, 병력이나 증세 등 정보에 대한 보고·통보에 노출될 수밖에 없다.

각 군 건강관리규정 중 신체검사 부분은 시행규칙상 심신장애 기준을 본떠 만들어져 있으므로, 시행규칙상 기준은 이를 경유하여 간접적으로 군인으로서의 권리·의무에 영향을 미치기도 한다.

이 사건 처분에서도 실제로 시행규칙 별표에서 정하는 심신장애 사유가 존재하지 않았다면, 전역심사위원회에 회부되지 않았을 것이다. 이 사건 판결에서도 처분의 위법성의 근거, 즉 처분의 적법 여부를 판단하는 데 있어 실질적인 판단의 근거규정으로 사용되기도 하였다.

③ 시행규칙상 심신장애 기준의 문제점

군인사법 시행규칙 [별표 1]에서 심신장애의 정도를 평가하는 데 사용되는 질환 또는 장애의 종류는 352종에 이르는바, 지나치게 광범위하고 군사임무의 수행과 관련 없는 질병 또는 장애를 망라적으로 규정하고 있다. 다음은 시행규칙 [별표 1]에서 정한 심신장애 사유로 현역복무라는 임무수행과 무관해 보이면서, 성별에 따라 차별적 효과를 발생시킬 수 있는 항목들이다.

첫째, 탈모증이나 ‘추한 형태’와 같이 기능의 수행과 무관해 보이는 외모 또는 외관과 관련한 심신장애 사유이다. 탈모증을 명시하여 범발성 탈모증은 7급, 탈모 범위가 50% 이상으로 최근 1년 이내 6개월 이상의 치료에도 불구하고 치료에 반응이 없거나 악화된 경우에는 9급을 부여하고 전역 대상으로 정하였다. ‘탈모 또는 추한 형태’는 그 위치나 면적에 따라 최고 3급의 급수를 부여 받는다.

둘째, 성기 또는 성기능 및 생식기능과 관련한 장애가 다수 규정되어 있다. [별표 1]에는 이 사건 심신장애 처분의 원인이 된 음경의 상실, 고환의 상실 외에도 음경발기력을 완전히 상실한 경우, 음경 강직 또는 페이로니씨병으로 성기능 장애가 있는 경우, 양측 고환 위축, 불임증 등이 규정되어 있다. 이들은 10급에 해당하여 각 항목만으로는 전역 심사 대상이 아니나, 9급 이상의 다른 신체장애가 동반하는 경우에는 신체장애의 급수에 영향을 미친다. 일측의 고환 결손은 10급이나 양측의 고환 결손은 무려 5급에 해당한다.

셋째, 유사한 질환이 명시적으로 여성과 남성에 따라 달리 적용되도록 규정되어 있기도 하다. 유방 전절제술은 8급의 급수에 해당하나, (남성이) 여성형 유방을 전절제하는 것은 심신장애가 아니다. 탈모증은 7급에서 9급의 심신장애이나, 남성형 탈모증은 제외된다.

이처럼 시행규칙상 심신장애 등급은 직무와 무관한 질환을 다수 규정하고 있을 뿐만 아니라, 남성기 등 성별에 특유한 질환이나 장애를 규정하거나, 일견 성별중립적이기도 하고 의학적인 관점에서 객관적 상태를 기준으로 하는 것 같으면서도, 성별에 따라서 심신장애로 보거나 보지 않는 등 그 자체로 성별에 따라 차별적 효과를 발생시키는 심신장애 사유를 규정하고 있다.

개인의 성별, 성적정체성 등에 따른 차이를 고려하지 않고 마련된 획일적인 기준으로, 트랜스젠더를 배제한다는 점도 문제적이다. 군인사법 시행규칙상 심신장애 기준에서 트랜스젠더 직업군인의 존재는 삭제되어 있다. 그러나 병무행정에서 트랜스젠더의 존재가 인지조차 되지 않고 있는 것은 아니다. 의무병역에 관한 「병역법」, 같은 법 시행령에 따라 제정된 「병역판정 신체검사 등 검사규칙」¹⁷⁾에는 적어도 트랜스젠더의 존재가 가시화되어 있다. 위 규칙 [별표 3] 〈질병·심신장애의 정도 및 평가기준〉 제102호의3에서 ‘성별불일치(gender incongruence)’ 상태를 확인하여 군복무 적응가능성을 판단하도록 한다. 이는 세계보건기구(World Health Organization, WHO)가 2019년 5월 『국제 질병 및 건강 문제 분류(International Classification of Diseases and Related Health Problems)』 제11차 개정안을 새롭게 채택하면서 트랜스젠더의 상태를 종래의 정신 행동 장애 하의 ‘성 주체성 장애(gender identity disorder)’에서 성적 건강과 관련한 상태하의 ‘성별불일치(gender incongruence)’로 변경한 것을 반영하여 2021. 2. 1. 국방부령 제1043호에 의하여 별표 3을 개정한 데 따른 것이다.¹⁸⁾ 제394항 음경절단 항목에는 ‘성전환자’를 명시적으로 삽입하여, 성전환자를 음경의 1/2 이상을 상실한 경우에 준하여 판단하도록 하고 있다.

17) 2021. 7. 29. 최종 개정된 것.

18) ICD-11, <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>

〈표 2〉 비교: 「병역판정 신체검사 등 검사규칙」 [별표 3] 질병·심신장애의 정도 및 평가기준

질병·심신장애의 정도	평가기준(단위: 급)		
	병역	전역	전시
102의3. 성별불일치(gender incongruence) 주: 생활기록부, 정밀심리검사결과 등의 자료와 정신건강의학과적 평가 등으로 성별불일치 상태가 확인된 사람 가운데 사회적 변화나 신체적 변화로 인한 군 복무의 적응 가능성을 판단한다.			
가. 향후 일정기간 관찰이 필요한 경우	7	7	7
나. 고도(6개월 이상의 치료에도 불구하고 여러 가지 증상이 있거나 몇 가지의 심각한 증상이 있어 군 복무에 지장이 초래된다고 판단되는 경우)	5	5	5
384. 고환결손 또는 위축 주: 고환이 정상용적의 1/2 이하로 감소한 것을 위축으로 본다.			
가. 한쪽	4	4	3
나. 양쪽	5	5	4
394. 음경절단			
가. 부분 귀부 상실	4	4	4
나. 완전 귀부 상실(음경의 1/2 미만을 상실한 경우 및 다목에 해당하지 않는 경우)	5	5	4
다. 음경의 1/2 이상을 상실한 경우 주: 성교가 불가능한 사람 및 성전환자(성기부위에 인공 구조물을 시술한 자를 포함한다)의 경우에도 다목과 같이 판단한다.	5	5	4

위 〈표 2〉와 같이, 병역판정검사에서 성별불일치 상태가 확인된 사람은 군 복무 적응가능성을 판단하여 재검 대상이 되거나 전시근로역으로 편입된다.¹⁹⁾ 음경이나 고환의 결손 등도 상실 범위에 따라 4~5등급을 부여받음으로

19) 2021. 2. 1. 개정되기 전에는 '경도(6개월 이상의 정신건강의학과 치료경력이 있거나 1개월 이상의 정신건강의학과 입원력이 확인된 사람 가운데 사회적·직업적 기능장애가 존재하는 경우)'의 성주체성장애 및 성선호장애를 4급에 처하도록 하고 있었으나 개정으로 삭제되었다.

써 2022년 현재 신체등급에 따른 병역처분기준에 따라 보충역 또는 전시근로역에 편입된다.²⁰⁾ 「병역법」상 병역판정 신체검사에 적용되는 심신장애 등의 평가기준은 ‘성 주체성 장애’를 ‘성별불일치’라는 용어로 대체하였으면서도 여전히 이를 질병·심신장애의 척도로 보아 병리화하고 있다는 면에서 모순이 있으며, 성전환자를 음경이라는 외부성기 성형을 기준으로만 판단한다는 문제점이 있다.

군인사법과 병역법에 마련된 심신장애 평가기준을 종합하면, 군은 징병 행정상 트랜스젠더 국민이 존재함을 인정하고 있으면서도 트랜지션 정도에 따라 4급 또는 5급에 처하여 현역병으로 복무할 수 없게 하거나, 각 군 규정 중 신체검사를 통하여 장교·부사관으로 임관될 수 없게 하면서 복무를 제한하는 방식으로 제도적으로 군에서 트랜스젠더를 배제하며, 복무 중을 규율하는 규정에서는 트랜스젠더 관련 내용이 전무함으로 인하여 군에서 이념적으로 트랜스젠더를 배제하고 있다.

(4) 현역복무 부적합에 대한 판단

법 제37조 제1항 제1호는 심신장애 전역 조건으로 심신장애일 것뿐만 아니라, 현역으로 복무하는 것이 적합하지 않을 것을 규정하고 있다. 이는 심신장애와 별개로 현역복무 부적합성을 판단해야 한다는 것을 의미한다.

심신장애 현역복무 부적합 전역 심의에 있어 심신장애에 대한 판단이 한 축이라면, 다른 한 중요한 축이 바로 현역복무 적합성이다. 일찍이 2007년 서울행정법원은 유방 절제술을 받은 피우진 중령이 심신장애 2급에 해당함을 이유로 한 퇴역처분에 관한 취소 사건에서 현역복무 부적합성을 판단할 때 다음과 같은 점을 고려해야 한다고 판시하였다.²¹⁾

- ① 오늘날 전쟁의 양상은 단순히 육체적 능력을 바탕으로 한 개별 작전의 수행

20) 2021. 2. 1. 개정에 따라 한쪽 고환의 상실은 5급에서 4급으로 변경되었다.

21) 서울행정법원 2007. 10. 5. 선고 2007구합3398 판결.

에서 벗어나 기술전, 정보전, 과학전으로 진화되고 있으므로 현역복무의 의미를 단순히 육체적 직접적 전투수행에 한정하여 볼 것이 아니라 군 조직관리나 행정업무 등을 포괄하는 종합적 전투수행으로 확대하여 보아야 하는 점, ② 시행규칙상의 심신장애등급의 분류는 의학수준의 발전에 따른 치유가능성 등을 종합적으로 고려하지 않고 악성 종양의 경우 초기의 암을 제외한 나머지 모두를 진행성 암으로 분류하여 심신장애등급 2급에 해당하도록 하는 등 심신장애등급이 과도하게 높게 책정되어 있는 점, ③ 심신장애의 원인, 군 구성원 개인간의 상대적인 차이 등에 따른 임무수행의 가능성의 차이 등을 고려하지 않은 채 획일적으로 그 기준을 정한 점 등에 이 사건 변론 과정에 나타난 제반 사정을 종합해 보면, 구 시행규칙 [별표 1]에 의한 심신장애등급이 1 내지 7급에 해당한다는 판정을 받았다 하더라도 그 정도가 위에서 든 여러 가지 사정을 종합한 관점에서 현역으로 복무하는 데 장애사유가 되지 않는 경우에는 심신장애를 이유로 전역처분을 할 수 없다고 봄이 상당하다

법률의 직접 위임은 없으나 위 소송 진행 중 도입된 시행규칙 제53조 제3항, 2020년 신설된 제4항에 군에서의 활용성과 필요성 등에 관한 심의를 거쳐 복무하게 할 수 있다는 규정이 마련된 것은 법률상의 현역 복무 적합성을 구체적으로 규정하고자 하는 취지이다. 제3항은 군에서의 활용성과 필요성 등만을 규정하였지만, 의무복무기간을 마치지 못한 사람에 대한 제4항은 군에서의 활용성과 필요성 외에도 심신장애 치유 가능성, 병과 특성에 따른 복무 가능성 등을 함께 심의토록 규정하였다.

현역복무 부적합 전역처분은 침익적 처분이고, 본인의 귀책과 무관하게 전역 사유가 발생한다. 뿐만 아니라 심의 대상이 되는 사람은 이미 군에서의 임무수행능력과 적합성을 인정받아 복무 중인 사람이라는 점을 고려할 때, 심신장애 전역에 있어서의 현역복무 적합성은 보다 엄격하게 판단되어야 한다. 그러므로 시행규칙에서 어떻게 규정하고 있느냐와 무관하게 해당 군인의 치유 및 관리 가능성, 병과의 특성과 내용, 직책과 임무, 전문성 등을 함께 고려하여야 할 필요가 있다.

참고로 트랜스젠더의 현역복무 적합 여부는 이미 트랜스젠더의 군 복무를 공식적으로 허용하고 있는 국가들에서 찾을 수 있다. 18개국에 대한 경험적 연

구에 따르면, 트랜스젠더의 공식적인 군 복무가 작전의 효과성, 작전의 준비성, 군의 단결력에 영향을 미쳤다는 증거는 발견되지 않았다.²²⁾

Ⅲ. 이 사건 판결과 그 분석

1. 판결의 주요 요지

(1) 소송수계의 적법 여부 - 적법

망인은 2020. 8. 11. 소를 제기한 후 소송계속중이던 2021. 2. 27. 사망하였고,²³⁾ 부사관 의무복무기간은 2021. 2. 28. 만료하였는바, 망인의 상속인들이 2021. 4. 5. 소송수계를 신청하였다.

이 사건 판결은 ‘소송계속 중 해당 행정처분이 기간의 경과 등으로 그 효과가 소멸한 때에 처분이 취소되어도 원상회복이 불가능하다고 보이는 경우라도, 무효확인 또는 취소로써 회복할 수 있는 다른 권리나 이익이 남아 있거나, 또는 그 행정처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있어 행정처분의 위법성 확인 내지 불분명한 법률문제에 대한 해명이 필요한 경우에는 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제 확대 등의 측면에서 예외적으로 그 처분의 취소를 구할 소의 이익을 인정할 수 있다’는 소의 이익에 관한 판례²⁴⁾를 인용하면서, 이를 원고적격과 관련하여 소송수계가 문제되는 경우에도 적용하는 것이 타당하다고 보았다.

22) A. G. Schaefer et al.(2016) “Assessing the Implications of Allowing Transgender Personnel to Serve Openly”, <https://www.rand.org/news/press/2016/06/30.html>

23) 판결은 망인의 사망일을 2021. 3. 3.로 적시하였으나, 사망일은 2021. 2. 27.로 추정된다. 김보라미(2022), “트랜스젠더 군인에 대한 전역처분 취소소송의 쟁점과 그 의미”, 한국젠더법학회 2021년 동계세미나, 『“젠더판례백선” 출간기념, 젠더판례 토크아보기』 자료집(2022.2.26.) 참조.

24) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2020두30450 판결.

① 이 사건 처분의 취소와 이에 따른 지위의 회복으로써 의무복무기간 만료일까지의 급여청구권의 권리 또는 법률상 이익이 있다. ② 또한 성정체성의 혼란 또는 성별불일치의 인식으로 성전환수술을 하는 사람들이 존재하므로, 이 사건 처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성도 배제하기 어려우므로 이 사건 처분의 위법성 확인은 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법통제, 국민의 권리구제 확대 등의 측면에서 필요하다고 보았다.

(2) 이 사건 전역처분의 적법 여부 - 부적법

1) 군인사법상 ‘심신장애’의 의미와 그 판단기준

재판부는 군인사법 제37조 제1항 제1호의 ‘심신장애’의 의미는 ‘군인으로서의 임무수행에 상당한 제약을 초래하는 신체적·정신적 손상 또는 기능상실’이나, 시행규칙 등을 의학적인 관점에서 주관적인 목적이나 사정을 고려하지 않고 객관적 상태만을 기준으로 판단해야 한다고 보았다.

2) 성전환수술을 통해 성별을 전환한 경우 전환 후의 성별을 기준으로 해야 함

재판부는 혼인 중 또는 미성년 자녀를 둔 트랜스젠더의 성별정정허가에 관한 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정을 인용하여, 출생 후 성장과정에서 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 성으로 형성된 사람들에게 대해서는 일정한 경우 법률적인 성의 평가도 달라질 수 있다는 법리를 반복하면서, 성별의 정정에 있어 판례가 제시한 고려사항을 제시하였다.²⁵⁾

이에 비추어, 재판부는 아래의 구체적인 사정을 고려할 때 망인의 성별이 ‘여성’이라고 평가함이 타당하다고 보았다.

25) 2009스117 결정의 다수의견은 혼인중에 있거나 미성년 자녀가 있는 경우 성별정정을 허가할 수 없다는 조건을 더하였으나, 이 사건에서 해당 부분은 인용되지 않았다.

① 소외 1은 성정체성 장애 또는 성전환증을 상당 기간 겪어오다가 성전환수술에 이르르게 된 점, ② 소외 1에 대한 성전환수술은 의학적으로 검증된 방법으로 고환, 음경을 절제하고, 질, 음핵, 음순의 성형을 동시에 시행하는 방법으로 이루어졌는데, 2019. 11. 29. 성전환수술 후 이 사건 처분 직후까지 별다른 후유증 없이 회복된 것으로 보이는 점, ③ 소외 1은 성전환수술 후 수술로 인하여 신체적 기능에 특별한 기능장애가 초래되지는 않은 것으로 보이고, 여성으로서 만족감을 느끼고 성정체성을 인식하고 있었던 점, ④ 사회통념상으로 볼 때 소외 1을 여성으로 보는 것이 사회규범적으로도 허용될 수 있는 정도라고 보이고, 청주지방법원도 2020. 2. 10. 소외 1의 성별을 남성에서 여성으로 정정하는 등록부정정(성별정정)을 허가한 점, ⑤ 소외 1은 성전환수술 직후 청주지방법원에 등록부정정(성별정정) 신청을 하고 피고에게 이를 보고한 상태였기 때문에 이 사건 처분 당시 피고로서도 위와 같은 사정을 잘 알고 있었던 점 등을 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 처분 당시 소외 1의 성별은 여성으로 평가함이 타당하다.

3) 성전환수술 후의 상태가 군인사법상 '심신장애'에 해당하는지 여부

재판부는 이 사건 처분 당시 망인의 성별을 여성으로 보는 이상, 여성 기준으로 군인사법상 심신장애에 해당하는지 여부를 판단하여야 하는바, 남성 성정 기준으로 한 음경상실, 고환결손은 군인사법상 심신장애에 해당한다고 볼 수 없다. 따라서 망인의 성전환 수술 후 음경수술, 고환결손 상태를 군인사법상 심신장애 사유에 해당함을 전제로 한 이 사건 처분 자체가 위법하다고 판단하였다.

2. 이 사건 판결에 대한 분석

(1) 트랜스젠더에 대한 적극적 호명

이 사건 판결은 사전 쟁점인 소송수계의 적법성과 본안판단인 처분의 적법성 쟁점, 부연한 입법적, 정책적 문제에서 모두 트랜스젠더를 포함하여 성소수자의 기본권을 적극적으로 호명하고 주요한 논증으로 사용하고 있다는 무엇보다 큰 의미가 있다.

소송수계의 이익이 있는지 쟁점에서, 행정의 적법성 확보와 그에 대한 사법 통제, 국민의 권리구제 확대 등의 측면에서 성별불일치의 인식으로 성전환수술을 하는 사람들이 존재하므로, 이 사건 처분과 동일한 사유로 위법한 처분이 반복될 위험성이 있음이 주요한 논거로 제시되었다. 본안에서는 이 사건 처분 당시의 망인의 성별이 무엇인지를 여러 가지 사정을 들어 적극적으로 해석하고 있다. 이 사건 처분 당시에는 법원의 성별정정이 아직 이루어지지 않은 상태였으나, 판결은 ① 성전환수술에 이르게 된 경위, ② 의학적으로 검증된 방법으로 성전환수술이 이루어지고 수술 후 회복된 사정, ③ 성전환수술 후 수술로 인하여 신체적 기능에 특별한 기능장애가 초래되지 않은 것으로 보이고 여성으로서 만족감을 느끼고 성정체성을 인식하고 있었던 점, ④ 망인을 사회통념상으로 여성으로 보는 것이 사회규범적으로 허용되는 정도라고 보이고 이후 성별정정이 이루어진 점, ⑤ 법원에 성별정정신청을 하고 피고도 이를 알고 있었던 사정 등을 들어 망인이 이 사건 처분 당시에도 여성이었음을 밝혔다. 이는 사전절차인 군인사소청심사위원회가 망인의 성정체성에 대한 판단을 회피한 것과 명백히 진보한 태도이다. 트랜스젠더들에게 법적 성별의 인정이 매우 중요한 부분임을 고려할 때, 판결의 이러한 논증은 그 자체로 의미가 있다.

법적 성별 인정에 있어 수술 등 의료적 조치를 요구하는 것은 트랜스젠더의 자기결정권과 신체의 온전성을 침해할 수 있고, 이러한 관점에서 의료적 조치를 요구하지 않는 국가도 점차 증가하고 있다. 그런 면에서 처분 당시 망인이 여성이라는 판단에 있어 성확정 수술과 관련한 사정이 다수 제시된 데에는 아쉬움이 있으나, 망인이 이미 성확정 수술을 마치고 회복되었고, 전환된 성으로서의 역할을 수행하여 주위 사람들로부터도 그 성으로 인식되는 정도에 이르러 사회통념상으로 전환된 성을 갖추고 있다고 인정되는 주요한 사정들로서 적시된 것으로 해석할 수 있다.

(2) 심신장애 현역복무 부적합에 대한 법리

이 사건 판결이 이정표로까지 지칭되는 만큼, 판결의 법리 전개와 판단에는 다소 아쉬움이 남는다.

첫째, 심신장애에 관한 법리 전개이다. 앞서 살펴봤듯이 이 사건 판결은 「군인사법」상 심신장애의 의미를 임무수행과의 관련성 하에 새롭게 정의하였다. 우리 법체계에서 ‘장애’는 일반적으로 법에서 목적으로 하는 일정한 생활이나 기능의 수행과 필연적인 관련성을 지니는 방식으로 규정되어 있으며, 특히 이 사건에 적용되는 「군인사법」 제37조 제1항 제1호는 심신장애로 현역복무에 부적합하여야 한다는 형태로 직접 인과성을 가지는 형태로 규정되어 있다. 이러한 관점에서 ‘심신장애’를 군 임무수행과의 관련성 하에서 정의하고자 한 판결의 입장은 타당하다.

그런데 법원은 위와 같이 심신장애를 정의하면서도, 시행규칙 제53조 제1항이 법규적 효력을 가지는지는 판단하지 않으면서, 오히려 “[별표 1]의 규정 내용 등을 볼 때 심신장애의 해당 여부는 의학적인 관점에서 주관적인 목적이거나 사정을 고려하지 않고 객관적 상태만을 기준으로 판단한다고 봄이 타당하다”고 실시하고 있다. 그러나 시행규칙 [별표 1]에서 정하는 심신장애 사유가 임무의 수행과 무관하게 성별 특정한 항목, 성별에 따라서 심신장애로 보거나 보지 않는 항목도 여럿 존재하며, 개인 간의 차이를 고려하지 않고 획일적으로 정한 것은 오히려 당해 시행규칙 [별표 1]에서 정하는 심신장애 사유가 부당하다는 근거가 되어야 한다. 법원이 심신장애 해당 여부를 현역복무 적합성 판단과 구별하여 판단하고자 한 것인지, 이를 객관적 상태만을 기준으로 판단한다는 것이 어떠한 의미인지는 좀 더 규명이 필요하다. 그러나 적어도 위 시행규칙 제53조 제1항 관련 [별표 1]의 규정 내용을 들어 이를 곧바로 법원이 판단한 사실관계(망인이 처분 당시 여성이라는 것)에 적용할 규정으로 삼은 것은 아쉬운 부분이다.

둘째, 군인사법 시행규칙 자체의 당부에 대한 판단이다. 먼저 군인사법 시행규칙 제53조 제1항의 법규로서 대외적 효력을 가지는지에 관하여 이 사건 판결은 시행규칙상 제53조 제1항에서 정한 기준은 이 사건 처분의 적법 여부를 판단하는데 영향을 주지 않는다면, 시행규칙의 법규성 여부에 대한 판단을 회피하였다.²⁶⁾ 법원은 이 사건 처분에 적용된 시행규칙 [별표 1]에서 심신장애로

26) 이 사건 판결문 각주 5 참조.

음경 상실/고환 결손을 심신장애 사유로 정한 것 자체가 정당한지 여부에 대한 판단도 전개하지 않았다.²⁷⁾ 피우진 중령에 대한 2007구합3398이 시행규칙 제 53조 제1항의 대외적인 효력을 인정하지 않으면서도 처분의 위법성을 판단하는 데 있어서는 시행규칙 [별표 1]상의 심신장애 사유와 그 기준이 부당하였음을 논증한 것과 대비된다. 앞서 본 서울행정법원 2003구합9275 판례는 군 전역심사위원회가 의무조사위원회의 전문소견과 현역에서의 활용가능성 등 여러 사정을 참작하여 전역의 정당성 여부를 판단하고 있으므로 시행규칙 [별표 1]이 법 제37조를 실질적으로 제한하는 결과를 가져오지 않는다고 판단한 바 있다. 그러나 서울행정법원 2007구합3398과 이 사건 판결을 비교해 보면, 군인 사법 시행규칙 [별표 1]의 심신장애 등급표는 법 제37조 제1항의 해석·적용을 하위법령에 의하여 실질적으로 제한하는 결과를 가져오게 된다. 그렇다면 전제된 사안의 사실적·법률적 관계를 심리하면서 방론으로라도 해당 규정의 위법 부당성을 판단했어야 하지 않을까 한다.

마지막으로, 망인을 ‘여성’으로 판단함으로써 망인에게 행해진 처분의 적법성 판단을 간명히 했으나, 트랜스젠더에 대하여 현행하는 심신상실 현역복무 부적합 규정을 적용하는 것이 타당한지 여부와 이 사건 처분이 트랜스젠더에 대한 차별인지에 대한 논점이 상실되었다.

군 인사제도상 트랜스젠더는 부재하는 것이었다. 심신장애 사유로서 음경 상실/고환결손 자체의 당부를 차치하고라도, 트랜지션 과정에서 신체적 특징을 성별정체성에 부합하도록 하는 성확정 수술 등에 심신장애로 의율하는 것은 적절하지 않다. ‘성확정 수술’을 시행규칙 제53조 제3항 단서 제1호의 ‘고의로 심신장애를 초래한 경우’로 판단하는 것도 마찬가지로 부당하다. 이 사건 처분은 트랜스여성의 ‘성확정 수술’에 동반될 수밖에 없는 외형의 변화에 대하여, 트랜지션 과정에 그 적용을 예정하고 있다고 볼 수 없는 시행규칙 [별표 1]에서 정하는 음경상실/고환결손을 적용하였다. 시행규칙상 [별표 1]의 음경상실과 고환결손은 각각 별개의 심신장애사유로 규정되어 있으며 중첩하여 과도하게 높

27) 법원은 각주 5)에서 시행령에 둔 위임규정을 상위 법률에 둘 필요가 있다고 부연하였으나, 법률에 위임규정을 마련하는 것 자체로 [별표 1]에서 정한 심신장애 사유가 적법성을 획득하는 것은 아니다.

은 심신장애 등급을 부여받게 된다는 점까지 고려하면, ‘성확정 수술’에 대하여 심신장애 규정을 적용하는 것은 부당하다.

그럼에도 불구하고 이 사건 처분 과정에 있어 ‘성확정 수술’의 결과를 시행 규칙 [별표 1], [별표 2] 기준의 심신장애라고 판단하고 시행규칙에 기속되다시피 전역결정한 것은 트랜스젠더에 대한 물이해를 넘어 명백히 차별적 조치로 이루어진 것으로 이해된다. 이 사건 처분 이전 3년간(2017. 1. 1.~2019. 12. 31.) 심신장애 3급 이상으로 판정된 총 194건 중 전역으로 결정된 30건 중 당사자가 희망하지 않은 전역은 한 건도 없었다는 사실은 이를 뒷받침한다.

Ⅳ. 나가며

지난 20년간 성적 지향이나 성별정체성에 관한 사회적 인식은 역동적으로 확장되어 왔다. 등록부상 성별정정에 있어 법원은 그 변화를 급격히 추동하고 한계 지으며 트랜스젠더의 삶에서 주요한 행위자로 기능하였다. 2006년 6월 22일 성별정정허가에 관한 대법원 결정은 직후인 2006. 9. 6. 호적예규 제 716호 「성전환자의 성별정정허가신청사건 등 사무처리지침」을 탄생시켰고, 이는 현재까지 성별불일치에 따른 성별을 법적으로 인정하는 데 있어 일정한 재판 지침이 되었다.

한편 사회의 변화와 동떨어져, 군은 성소수자에 대하여 - 트랜스젠더를 - 배제하거나 - 동성애자를 - 색출·처벌하는 방식으로 대응해 왔다. 그러나 2016년 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」의 제정은 군조직이라는 특수성이 기본권의 보장과 평등하고 차별받지 않을 권리로부터 자유로울 수 없다는 것을 천명하였다.

이 사건 판결이 있기까지 일련의 일들은 군이 트랜스젠더가 부재하는 성별 이분법적 공간으로 전제했던 이념형에 균열을 내는 사건이었다. 법원은 이 사건 판결로써 트랜스젠더에 관한 부당한 군인사행정에 대하여 행정의 적법성 확보와 사법통제, 권리구제 확대라는 관점에서 법적 한계를 설정하였다는 의미가 있다. 법무부는 항소포기 지휘를 하면서도 이 사건 판결이 성전환자의 군복무

를 인정해야 한다는 취지가 아니라는 입장을 밝혔다. 이 사건 처분이 트랜스젠더 군인에 대한 차별임을 명확히 하지 않은 법원의 판단이 아쉬운 지점이다.

이와 달리, 해외는 단지 트랜스젠더 군인의 복무를 허하는 것뿐만 아니라, 차별을 금지하고, 상담이나 의료, 트랜지션 과정을 지원하는 방향으로 나아가고 있다. 법원의 판결 이후, 군에서 트랜스젠더 정책이 어느 형태로든 변화할 것임은 분명하다. 트랜스젠더의 고유한 경험과 문제를 반영한 구체적이고 명확하며 세심한 기준이 마련되어야 할 것으로 보인다.

참고문헌

김보라미(2022), “트랜스젠더 군인에 대한 전역처분 취소소송의 쟁점과 그 의미”, 한국젠더법학회 2021년 동계세미나, 『“젠더판례백선” 출간기념, 젠더판례 훑아보기』 자료집(2022.2.26).

민병후(2014), “군복무관계에 관한 공법적 연구”, 고려대학교 박사학위논문.

임천영(2012), 『군인사법』, 법률문화원.

A. G. Schaefer et al.(2016), “Assessing the Implications of Allowing Transgender Personnel to Serve Openly”, <https://www.rand.org/news/press/2016/06/30.html>
ICD-11, <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>

국가인권위원회 2020. 12. 14. 20진정0056500 결정.
서울행정법원 2003. 8 20. 선고 2003구합9275 판결.
서울행정법원 2007. 5. 4. 선고 2006구합38373 판결.
서울행정법원 2007. 10. 5. 선고 2007구합3398 판결.
대전지방법원 2021. 10. 7. 선고 2020구합104810 판결.
대법원 2004. 4. 27. 선고 2004두107 판결.
대법원 2020. 12. 24. 선고 2020두30450 판결.
대법원 2011. 9. 2. 선고 2009스117 전원합의체 결정.
헌법재판소 2002. 2. 1. 선고 2005헌마575 결정.

The Illegality of Military Discharge of Transsexual - on the disability disqualification for military service

Boram BAK*

Abstract

In January 2020, the existence of transgender professional soldiers became visible for the first time in Korea when a sergeant after Sex Reassignment Surgery while on leave. She was being screened for Disability disqualification for military service. The sergeant hoped to continue her military service and had applied to the court for gender recognition, but after 55 days of SRS, the Army discharged her. In October 2021 the court revoked the dismissal and the Army gave up its appeal, so the ruling became final.

Article 37 of the Military Personnel Management Act stipulates compulsory discharge based on mental and physical disabilities, but does not stipulate the meaning of the disabilities and criteria for determining disabilities inappropriate for active service. Moreover, the Article does not delegate them to sub-regulation. Disability should be understood as a state that there are restrictions on certain activities or functions, such as performing military service, rather than fixed medical meaning. However, Table 1 of the Enforcement Rule of the Act, covering diseases or obstacles that are not related to the performance of military duties, is discriminatory based on gender.

Although the military administration recognizes the existence of transgender people in conscription administration, it restricts their service by discharging them from serving as soldiers or being appointed as officers or lieutenants

* Lawyer of Law Office BWOM. bo-ram@mail.com

through physical examinations. As such, it not only systematically excludes transgender people but ideologically excludes them because there is no content related to transgender people in the regulations.

The Daejeon District Court's ruling, which revoked the discharge, contributed in part by deterring the arbitrary military administration due to an ambiguous and unbalanced legal system. It referred, besides the plaintiff, to the fact that there are people who undergo SRS due to gender identity disorder or gender incongruence. It also showed it is necessary to examine the gender of a transgender person in determining disabilities. It also mentioned the basic human rights of LGBTQ people. However, it did not review whether Article 53(1) of the Rule has legal effect, nor did the justification of the penile/testicular loss as a reason for disability. The issue of whether it is appropriate to apply the provision to transgender people and whether the discharge constitutes discrimination against transgender has been lost.

Foreign countries move far beyond simply allowing transgender to serve in ways that prohibit discrimination and support counseling, medical care, and transition processes. There should be specific, clear, and meticulous standards that reflect the unique experiences and problems of transgender people.

Keywords

disqualifying medical conditions for military, transgender, disability discharge, gender incongruence

