creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

法學碩士學位論文

中國에서 人格權의 侵害에 대한 損害賠償

2015年 2月

서울大學校 法學大學院

法 學 科

金 玉

中國에서 人格權의 侵害에 대한 損害賠償

지도교수 金 載 亨

이 논문을 법학석사학위논문으로 제출함

2014년 10월

서울대학교 대학원

법학과 민법전공

金 玉

김옥의 석사학위논문을 인준함

2015년 1월

위 원 장 _____(인)

부 위 원 장 _____(인)

위 원 _____(인)

국문초록

中國에서 人格權의 侵害에 대한 損害賠償

인격권은 19세기말에서야 새로운 유형의 민사권리로서 형성되고 발전하였지만 오랜 개념이 아님에도 불구하고 각국 입법과 사법 등에서 주목을 받고 있다. 특히 중국은 인민의 물질적 생활수준이 제고됨에 따라 정신문명에 관한 관심과 요구도 더 강력해 졌으며, 인격권의 보호가 중요한 문제가 되었다.

현재 중국은 인격권법에 대하여 독립적인 편으로 구성하자는 의견이 많다. 인격권의 침해로 인한 구제수단 중 손해배상은 비교적 실질적으로 피해자에게 구제효과를 줄 수 있기 때문에 인격권 침해로 인한 피해자가 금전적 보상을 받음으로써 그 인격적 존엄과 인격적 가치가 보장되고 위로가 될 수 있다.

현재 중국은 민법전 제정과정에 있는데, 인격권제도를 완선(完善)하는 것은 중국의 민법 입법에 매우 중요하다. 이러한 맥락에서 본 논문에서는 중국법상에서 논의되고 있는 인격권의 이론 연구와 그 문제점을 살펴보면서 현재 중국법상 인격권에 대하여 알아보고자 하였다. 인격권의 개념, 성질, 특징, 주체, 충돌과 인격권 청구권의 의의에 관하여 논의하였다. 또한 인격권 침해에 의한 손해배상을 중심으로 검토하였는데 특히 정신적 손해배상에 관하여 대하여 집중적으로 연구하였다.

인격권 침해에 의한 손해배상에 관하여 주로 물질적 손해배상과 정신적 손해배상으로 구분하여 다루었다. 물질적 손해배상액을 결정할 때 주로 이익평형의 원칙을 채택하고 피해자의 손해뿐만 아니라 침해자의 이익도 함께 고려하며 또

개별 사건에서 배상금액이 과도한 것을 방지하기 위하여 침해자가 수인할 수 있는 액수로 정하는 것이 집행에도 용의하고 피해자의 심신을 위로할 수 있다.

정신적 손해배상에 관해서는 정신적 손해배상의 주체에 관하여 위에서 서술한 것처럼 주체를 고통을 느낄 수 있는 사람에만 한정하지 말고 특수 사건에 관해서는 사회의 일반관념에 의하여 정신적 손해배상의 주체를 인정하여야 한다. 또한 정신적 손해배상액에 관하여 중국은 각 지방마다 경제발전이 확연히 다른 특수성을 고려하여 현지 실정에 맞게 배상액을 책정하며 인민법원에서 심판하는 법관들이 일정한 의식수준을 갖추고 인민이 부여한 재판권을 행사하여야 한다.

주요어 : 인격권, 인격권 침해, 물질적 손해배상, 정신적 손해배상, 이익평형의 원칙, 인격권의 주체

학 번 : 2010-22864

목 차

제1장 들어가며 ····· 1

제2장 중국법상 인격권 ····· 3

제1절 인격권법 이론연구의 발전 상황 ····· 3

제2절 인격권 이론연구의 발전 중 존재하는 문제점 ····· 4

제3절 중국 인격권 개관 ····· 5

제4절 인격권에 관한 헌법과 민법 및 사법해석 등 ····· 7

1. 중국의 경우 ····· 7

2. 민법 중 인격권에 관한 규정 ····· 7

3. 사법해석 중 인격권에 관한 규정 ····· 8

4. 중국이 가입한 국제공약 중 인격권에 관한 규정 ····· 9

5. 한국의 경우 ····· 9

(1) 헌법의 규정 ····· 9

(2) 민법의 불법행위 규정 ····· 10

(3) 형법, 저작권법 등 다른 법률의 규정 ····· 10

제3장 인격권의 일반론 ····· 12

제1절 인격권의 개념 ····· 12

1. 중국의 경우 ····· 12

2. 한국의 경우 ····· 13

제2절 인격권의 성질 ····· 14
제3절 인격권의 특징 ····· 16
제4절 인격권의 주체 ····· 17
제5절 인격권의 충돌 ····· 18
1. 권리의 우위 ····· 19
2. 이익의 평형 ····· 20
3. 매개사건에 대한 개별형량원칙 ····· 21
4. 인격권과 기타 권리의 충돌 ····· 22
제6절 인격권청구권 ····· 23
1. 인격권청구권의 기본개념 ····· 23
2. 인격권과 기타 상관권리의 관계 ····· 25

제4장 인격권침해에 의한 손해배상 ····· 26
제1절 손해배상의 의의 ····· 26
1. 손해배상책임의 원칙 ····· 27
2. 불법행위 손해배상의 기능 ····· 28
제2절 재산적 손해배상 ····· 29
1. 재산적 손해배상의 의의 ····· 29
2. 재산적 손해배상액의 확정 ····· 30
제3절 정신적 손해배상 (위자료) ····· 32
1. 학설의 태도 ····· 32
(1) 광의설 ····· 32
(2) 협의설 ····· 32
2. 정신적 손해와 비재산적 손해의 관계 ····· 35
3. 정신적 손해배상의 개념 ····· 37
4. 정신적 손해배상 적용의 조건 ····· 38
제4절 정신적 손해배상청구권 ····· 40
1. 정신적 손해배상청구권과 재산적 손해배상청구권의 비교 ····· 42
2. 정신적 손해배상청구권의 주체 ····· 42
(1) 법인의 경우 ····· 43

(2) 정신질환환자와 식물인간의 경우 ····· 44
3. 정신적 손해배상청구권의 양도와 계승 문제 ····· 44
(1) 중국의 경우 ····· 45
(2) 한국의 경우 ····· 46
제5절 중국의 정신적 손해배상 제도의 발전 ····· 47
1. 중국의 경우 ····· 47
2. 한국의 경우 ····· 49
제6절 정신적 손해배상의 적용범위 ····· 50
제7절 정신적 손해배상금액의 제한과 계산 ····· 51

제5장 결론 ····· 54
參考文獻 ····· 55
Abstract ····· 57

제1장 들어가며

민법에서 인격권은 제일 기본적인 민사권리이다. 인격권은 자연인, 법인 및 그 밖의 조직 등 민사주체가 인격독립과 인격존엄을 수호하는 중요한 조건일 뿐만 아니라, 재산권 등 그 밖의 민사권리를 향유하고 실현하는 전제이기도 하다. 그리하여 인격권은 19세기말에서야 새로운 유형의 민사권리로서 형성되고 발전하였지만, 오랜 개념이 아님에도 불구하고 각국입법과 사법 등 이론계의 주목을 받고 있다.[1] 특히 중국은 인민의 물질생활수평이 제고됨으로써 물질생활수준이 향상됨으로 인하여 정신문명건설에 대한 요구도 더 강력해졌으며, 인격권의 보호를 강조하고 있다.

중국은 1986년에 반포한 "민법통칙(民法通則)"[2]에서 인격권의 보호를 매우 중시하였다.[3] 여기서 인격권에 관하여 독립적인 한 개의 절을 두어 공민과 법인의 성명권, 명칭권, 명예권, 초상권 등 각종 인격권을 명확하게 규정하였다. "민법통칙"이 반포된 이래, 대량의 인격권 침해 사건이 법원의 재판을 통하여 해결되었고 이는 인격권의 보호가 점점 더 중시되고 있는 상황을 반영한다. 하지만 중국의 역사적인 배경 하에서 제정된 "민법통칙"은 인격권제도 관련 부분에 부족한 점이 많다.

현재 중국은 민법전 제정과정에 있는데, 인격권제도를 완선(完善)하는 것은 중국의 민법입법에 매우 중요하다. 그러므로 본 논문에서는 중국에서 현재 논의되고 있는 인격권의 개념, 성질, 특징, 주체와 더불어 인격권 침해의 구제수단 중 하나인 정신적 손해배상에 대해 논의해보고자 한다. 중국의 법률은 정신적 손해

---

[1] 김재형, 언론과 인격권, 박영사, 2012, 3면.
[2] 1986년에 제정한 "민법통칙"은 제5장 민사권리 중 제4절에서 인신권(人身權)에 대해 규정하고 있는데, 이는 98조부터 105조까지이다.
[3] 엄격하게 표현하면 이는 인격권보다는 인신권(人身權)을 규정한 것이다.

배상을 인정하고 있으나 그 손해배상액의 산정이 제한성을 띠고 있을 뿐만 아니라, 또한 재산적 손해배상을 계산함에 있어서 증거를 제출하기 어려운 점 등 문제점을 갖고 있다. 본 논문에서 이러한 손해배상에 대하여 집중적으로 탐구할 것이며 그 해결책을 제시할 것이다.

제2장 중국법상 인격권

제1절 인격권법 이론연구의 발전 상황

1986년에 처음 민법통칙을 반포한 후, 20여년의 노력을 거쳐 특히 민법전초안을 작성하는 과정에서 중국인격권이론연구는 중대한 발전을 가져왔다.

그 표현들로는 다음과 같은 것이 있다.

인격권의 전체적인 체계에 대한 완전한 인식이 형성되었다. 비록 개별적인 인격권의 인식에는 좀 다른 의견이 있지만, 기본체계와 주요한 권리를 놓고 볼 때 학자들의 의견은 기본적으로 일치하다. <민법통칙> 이 규정한 성명권, 명칭권, 초상권, 명예권과 영예권외에도, 인신자유권, 프라이버시권 그리고 제일 중요한 일반인격권에 대하여 학자들의 의견은 일치한다. 근래 목소리권, 영상권, 상품화권(퍼블리시티권), 그 외에도 귀속권, 평안 취업권, 휴식권, 순정권 등 연구를 통하여 사법의 영역 중에서 이러한 인격권의 인식은 정신적 손해배상에 대한 사법해석이 나옴에 따라 통일되었다.

매개 인격권에 대한 구체적 연구도 부단히 심화되고 있다. 20세기 80년대 , 인격권은 주로 사회적으로 많이 토론하는 문제(신문과 같은 언론에서 보도되는 사건들) 의 사건에 중점을 두었다. 즉 명예권과 프라이버시권 등 주요한 인격권에 대해서만 집중적으로 연구하였다. 90년대에 인격권의 연구는 보편적인 범위에서 이루어졌고, 각종 인격권에 대하여 비교적 깊게 연구하기 시작했다. 예를 들면 인신자유권, 프라이버시권, 인격권, 성(性)자주권 등에 대하여 심층적인 연구가 있었다. 특히 일반인격권의 연구와 실천은 일반인격권의 광범위한 내용과 거대한 기능을 보여주면서 인격권보호의 思路와 범위를 확장시켜 주었다. 현재 인격권 연구는 부단히 심층적인 연구를 하고 있는데, 학자들은 추상적인 인격권의

개념을 제기하면서 추상적인 인격권과 구체적 인격권의 개념을 다시 구상하고, 그러함으로써 새로운 방향과 창의적인 생각이 나타났다.

인격권법이론 연구의 성과는 입법과 사법의 발전으로 이어진다. 예를 들면, 인격권보호의 연구 중에서 이미 제기한 문제인 사자(死者)와 태아의 인격이익에 관한 것이 그것이다. 학자들이 이론상에서 심층적 연구를 하여 민사주체가 소멸한 후 연속되는 인격이익과 태아의 전기 인격이익법률은 어떤 형식으로 연속보호를 받을 수 있는가에 대한 학설도 제기 되면서, 학자의 관심을 받고 이를 인격권법 연구의 과제로 받아들이고 그 연구는 부단히 심화되고 있다. 최고인민법원은 이론적인 연구 성과를 받아들이고, 실생활에서 벌어지는 사건에 대해 끊임없는 탐색을 거쳐 풍부한 사법경험을 종합하여, 전문적으로 정신적 손해배상에 대한 사법해석을 제정하였다. 이는 학자들의 학설 견해를 채택하고 사자(死者)의 성명, 초상, 명예와 사생활 및 사자의 유체, 유골침해 등 신체이익의 보호규칙을 확정하여 인격권과 인격이익이 더 현실적이고 광범위한 보호를 받게 되었음을 설명한다.

제2절 인격권 이론연구의 발전 중 존재하는 문제점

20여 년 동안 중국은 인격권법이론연구에 있어 두 갈래로 방향이 잡혀 있다.

첫째, 불법행위 연구를 통하여 인격권을 연구하는 것이다. 집권을 연구하면, 필연적으로 집권 행위의 개체 즉 불법 침해한 객체를 통하여 인격권과 재산권문제를 연구하는 것이다. <민법통칙>이 반포되고 실시된 후, 이러한 연구는 정신적 손해배상의 문제에 집중 되어 있다. 학자는 정신적 손해배상을 연구함에 있어, 성명권, 명칭권, 초상권과 영예권 및 법률이 미처 규정하지 못한 프라이버시권과 인신자유권, 신용권, 성(性)자주권, 영상권, 목소리권 등과 생명권, 건강권 및 신체권에 대하여 새로운 탐색을 하여 연구영역이 점점 확대되고, 연구정도가 심화

되었다. 정신적 손해배상책임의 체계 구축과정에서 인격권의 보호를 강화하였다. 최고인민법원이 반포한 <민사적 불법행위의 정신적 손해배상책임에 관한 문제의 해석>은 이러한 연구 경로를 통하여 발전한 것이다.

둘째, 인격권에 대하여 전문적으로 연구하였다. 이런 연구는 앞에서 살펴본 연구경로와는 다르며, 전문적으로 인격권 및 그 법률문제를 연구한 것이고, 인격권 보호문제를 연구하는 기초 상에서 인격권의 불법행위책임의 보호에도 그 중점을 두고 있다. 인격권과 불법행위책임법 사이에는 아주 밀접한 관계가 있다. 양자는 상호 촉진하고, 공통 발전한다.

제3절 중국인격권 이론배경

중화인민공화국이 건국된 후 정치적인 문제를 고려하여 중화민국 시기의 민법이론을 계승하지 않고 구소련의 민법이론을 전면 계승하였다. 구소련의 민법이론 중 민법의 적용대상은 재산관계에만 한하고 재산관계와 관련된 인신과 비 재산관계는 민법의 적용대상에서 제외 되었다. 또한 정치운동의 영향으로 아주 긴 시간동안 인격권의 연구는 홀대를 받았다.

개혁 개방 이후 민법연구는 전통적 인민법정신과 이념으로 돌아왔다. 초기의 인격권이론은 일정한 정도에서 구소련이론의 영향을 받아 인격권제도와 재산권제도의 관계를 통하여 인격권제도를 민법의 적용범위에 들어가게 할 것을 시도하였다. 이 중 대표적인 학자인 佟柔교수는 인신관계를 “재산내용이 없고 인신속성이 있는 사회관계”라고 정의하고 그 법률상의 표현은 생명, 건강, 성명, 명예 등 권리라고 했다. 저작권, 발견권, 발명권 등은 모두 인간의 성명, 명예 등과 직접적인 관계가 있고 양도가 제한되는 성질이 있으므로 인신권이라고 보고 있다. 이외에 이 시기의 인격권 이론의 또 하나의 특징은 인격관계를 인신관계의 내용으로 보고 있으며 신분관계와 같은 위치에 놓고 있다. 즉 인격권제도는 이

시기에 아직 독립성을 회복하지 못했다. 이 이론은 1986년에 반포한 <민법통칙>에도 중대한 결함을 남겼는데, 바로 민법의 적용대상을 재산관계와 인신관계로 규정하여, 인신관계 부분에서 인격권과 신분권을 함께 규정한 것이다. 이런 입법체계는 비록 역사적인 교훈과 시대의 흐름을 반영하였다고는 하지만 이후의 인격권이론의 발전에 큰 왜곡을 가져왔다.

<민법통칙>이 반포된 이후 인격권을 민법체계 중에서 어떤 지위로 규정할지 하는 문제에 대해 학계는 두 가지 상반되는 관점을 보이고 있다. 魏振英 등의 학자들을 대표로 하는 관점은 <민법통칙>의 규정에 근거하여 인격관계를 인신관계의 한 부분으로 보아 인신권의 개념에 인격권을 포함시키고, 인격권제도를 독립적으로 건립하는 것을 반대했다. 하지만 이러한 관점을 주장하는 학자들은 인신권에 관한 토론을 할 때 자기도 모르게 신분권을 생략하고 인격권에 대해서만 토론한다. 杨立新교수는 인신권은 "권리주체인 인신이 불가분리하고 특정한 정신이익을 내용으로 하는 민사권리", "그 함의는 일종의 정신이익 혹은 정신상의 이익이고 그 외연은 이러한 정신이익은 권리주체의 인신과 불가분리 한다."고 규정하고 있다. 이러한 정의는 문의 상에서 이미 신분권을 인신권의 범주에서 배제하였으며 신분권은 인격권의 함의만을 규정하고 있다고 볼 수 있다. 또한 魏震 등 교수는 인신권을 침해하는 행위의 구체적 표현은 생명건강권, 성명권, 초상권, 명예권 등이라고 규정하였으며 이는 모두 인격권을 열거하였고 신분권에 대하여 언급하지 않았다.

또 다른 관점은 양혜승, 신정무, 왕려명 등 학자들을 대표로 하는 것으로, 민법체계 중에 상대적으로 독립적인 인격권제도를 건립할 것을 주장하고 있다. 하지만 위의 3명의 학자가 인격권을 실현할 것을 구상한 경로는 완전히 다르다. 양혜승 교수는 <민법통칙>을 통하여 인신권제도 중에서 지적재산권, 가족관계 중에서 신분권을 인신권제도 중에서 내재하여 인신제도와 인격권을 완전히 동등하게 하여 인격권제도의 독립을 실현할 것을 주장하고 있다. 신정무 교수는 불

법행위법의 각도에서 인격이익의 정의를 권리주체가 인신과 정신적 측면에서의 자유와 완전성, 인신이익, 재산이익과 함께 분석하며 서방의 현대 불법행위법을 참조하여 인격권을 재산권, 인신권과 같이 병렬할 것을 주장하고 있다. 왕려명교수는 인격권은 재산권향유의 전제로서 인격권을 재산권과 같이 병렬하는 일종의 권리로 보고 <민법통칙> 중 이미 규정한 몇 개의 구체적 인격권의 기초에 일반 인격권제도를 건립하여 이후 인격권제도의 독립과 완성을 기대하고 있다.

위에서 살펴 본 바와 같이 인격권제도를 독립적으로 구성하자는 관점이 학계의 주류를 이루고 있다.

제4절 인격권에 관한 헌법과 민법 및 사법해석 등 법 규정

1. 중국의 경우

중국 <헌법>은 "공민의 인격존엄은 침범을 받지 않는다. 어떤 방식으로든지 공민에 대한 모욕, 비방, 모함을 금지한다. 공민의 인신자유는 침범을 받지 않는다. 공민의 신체를 불법 수색하는 것을 금지한다. 공민의 주택은 침범을 받지 않고 불법으로 타인의 주택을 수사하거나 타인의 주택을 침입하는 것을 금지한다. 공민은 통신의 자유와 통신비밀의 보호를 받는다." 등의 규정을 두고 있다.

중국민법의 인격권에 관한 확인과 보호의 규정은 위의 헌법규정의 구체화이다. 그러므로 인격권과 헌법의 규정은 불가분적인 전체이다. 헌법은 공민의 인신자유와 인격존엄을 보호하고 있는데 이는 민법의 인격권제도입법의 기초이다.

2. 민법 중 인격권에 관한 규정

중국민법은 <민법통칙>에서 전통적인 대륙법계 입법체계와 달리 "민사권리"

를 하나의 장으로 독립하여 두고, 이 장에서 “인신권”이라는 절을 단독으로 두고 있다. “민사책임”의 장에서는 인신권의 보호에 관한 조문을 넣었다. <민법통칙>은 상당한 길이와 조항으로 인신권에 대하여 체계적이고도 집중적으로 규정하였다. 이는 인신권을 재산소유권과 기타 재산권, 채권, 지적재산권과 같이 민사주체의 기본 민사권리로 보고 있는 것이다. <민법통칙>은 구체적으로 열거하는 방식으로 주체가 향유하는 각종의 구체적 인격권을 규정하였고, 이 인격권은 아래와 같은 권리들을 포함한다. 즉 생명건강권, 명예권, 초상권, 성명권, 명칭권, 혼인자주권 등이다. <민법통칙>은 위의 규정뿐만 아니라 민사적 책임 중에서 불법행위에 대하여 반드시 책임을 져야 한다고 규정하고 있다. 이는 권리주체가 당연히 향유하는 권리를 확정하였을 뿐만 아니라, 마땅히 져야 하는 의무도 명확히 하고 있다. 이러한 규정은 인격권이 소극적인 방어성 내용뿐만이 아니라, 적극적인 내용도 포함하고 있다는 것을 보여 준다. 예를 들면 <민법통칙> 제98조는 생명건강권에 대하여 규정하고 있는데 이는 공민이 법에 의하여 자신의 생명건강을 향유할 인격이익을 가진다는 것을 표명하고, 제119조에서는 공민의 생명건강을 침해하였을 때의 민사책임에 대해 규정하고 있다. 이외에도 <민법통칙>은 인격존엄, 인신자유와 부녀, 노인, 아동, 장애인의 인격이익에 관한 보호문제를 규정하고 있다. <민법통칙>은 정신적 손해배상에 대하여 직접적으로 규정을 하고 있지 않지만 실무계와 이론계는 모두 손해배상은 정신적 손해배상도 포함하는 것으로 보고 있다. 사실상, 법원의 심판 중에서도 정신적 손해의 배상방법을 다수 활용하고 있다.

3. 사법해석 중 인격권에 관한 규정

사법해석의 방식으로 규정한 규범은 주로 최고인민법원이 인격권에 관한 안건을 심리할 때 법률을 어떻게 적용할 것인가에 대하여 구체적 해석을 한 것이다.

이런 해석은 중국의 인격권법에 관한 내용을 풍부히 하고 있다. 예를 들면 최고인민법원의 <<중화인민공화국민법통칙>을 실시할 경우에 관한 몇 가지 의견> 중 6개의 조항은 직접적으로 <민법통칙>의 인격권규정에 대하여 해석하였다. 이런 해석은 법률의 구체적 내용을 정확하게 설명하였을 뿐만 아니라, 법률규칙을 창제하여 입법의 부족한 점을 채워주고 있다. 2003년 12월 4일에 반포한 <인신 손해배상 사건에 대한 법률적용의 몇 가지 해석>(이하 <인신손해 배상 사법해석>이라고 함)은 체계적으로 사법의 실천 중에서 정신적 손해배상책임을 인정하고 인신 손해배상 책임에 관한 경험과 중국인격권법률제도에 대하여 보충하고 완전하게 하였다.

4. 중국이 가입한 국제공약 중 인격권에 관한 규정

인격권은 국제화의 추세를 보여주고 있다. 현재 중국은 인권에 관한 국제공약에 가입 중이다. 예를 들면 중국은 1988년에 <공민의 권리와 정치 권리의 국제공약>에 가입하였는데 이 조약 중 공민인격권에 관한 규정은 중국 인격권법제도의 법원이 되었다.[4]

5. 한국의 경우

(1) 헌법의 규정

한국헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다."고 규정하고 있고, 헌법 제17조는 "모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다."고 규정하고 있다. 한국의 경우 헌법규정

[4] 王利明《人格权法研究》中国人民大学出版社 2005年版， 103页

은 언론자유와 사인의 인격권보호를 모두 규정하고 있어서 두 기본권의 충돌을 가져오는 문제점이 발생하고 있다.

(2) 민법의 불법행위 규정

한국 민법 제750조는 "고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다." 라고 규정함으로서, 불법행위에 관하여 포괄적인 규정을 두고 있다. 한국민법은 소유권 등 절대권이 침해된 경우 이외에도 위법성이 있으면 불법행위를 인정한다. 위법성의 판단은 피침해 이익의 종류와 침해행위의 태양의 상관관계에 의하여 결정되는데 인격권은 위 규정에서 보호받아야 할 이익에 속하므로 인격권이 절대권에 해당하는지 여부와 상관없이 인격권 또는 인격적 이익의 침해를 위 규정에 쉽게 포섭 할 수 있다.[5]

민법 제751조 제1항은 "타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다." 고 규정하고 있다. 이는 정신상 고통을 가한 경우에도 민법 제750조의 불법행위가 될 수 있다고 규정한 것으로서 이는 비재산적 손해에 대한 배상책임을 인정한 것이다.[6]

민법 제764조는 "타인의 명예를 훼손한 자에 대하여 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예훼손에 적당한 처분을 명할 수 있다." 고 규정하고 있다. 이는 명예훼손에 대하여 원상회복을 인정한 것이다.[7]

(3) 형법, 저작권법 등 다른 법률의 규정

---

[5] 김재형, 언론과 인격권, 박영사, 2012, 8~9면.
[6] 김재형, 위의 책, 189면.
[7] 김재형, 위의 책, 199면.

형법 제307조 내지 제312조에서는 명예훼손죄와 모욕죄에 관하여 상세하게 규정하고 있다. 형법의 상세한 규정은 인격권의 사법상의 분쟁을 해결하는데 참고할 수 있다. 저작권법은 저작인격권에 관하여 상세하게 규정하고 있다. 저작권법 제123조는 저작인격권을 침해한 경우에 침해 등의 정지나 예방 등을 청구할 수 있다는 규정을 두고 있고, 저작권법 제128조는 사망 후의 저작인격권도 보호하고 있다. 형법과 마찬가지로 저작인격권은 인격권과 구별되지만 위의 규정은 인격권에 기한 금지청구, 사자의 인격보호 등에도 유추 적용될 수 있다.[8]

[8] 김재형, 위의 책, 13면.

제3장 인격권의 일반론

제1절 인격권의 개념

1. 중국의 경우

중국의 전통적 어경(語境)에는 현대법학의 意義상의 인격이란 개념이 없다. 인격은 personality의 의역으로서 중국은 근대법학자가 대륙법학이론을 선양(宣揚)하는 과정에서 일본문헌을 통해 들여왔다.

인격권은 주체가 법에 따라 고유의 인격이익을 개체로, 인격평등, 인격존엄, 인신자유 등을 실현하는 권리이다. 이 개념을 분석해보면 아래와 같다.

첫째로 인격권은 민사주체가 법에 따라 향유하는 권리이다. 인격이익은 주체의 고유한 것이지만 인격권은 하나의 권리로서 법률을 통하여 확인을 받는 것이지 하늘이 주는 것이 아니고 또한 자연적으로 생기는 것도 아니다. 인격권은 중요한 판례가 쌓여서 최종적으로 법률을 통하여 확인된 권리이다. 인격권은 민사권리로서 자연인과 법인 모두 향유할 수 있다, (현재 중국인격권을 제정함에 있어서 두 가지 模式을 취하고 있는데, 하나는 자연인만이 인격권을 가진다는 형식이고 또 다른 하나는 법인 및 기타조직도 인격권을 가진다는 형식이다. 본 논문에서는 이에 대해서 아래에 언급할 것이다.) 다만 물질적 인격권은 자연인만이 향유할 수 있다.

둘째로 인격권은 주체의 고유의 권리이다. 소위 말하는 固有 인격권은 전속권으로서 이는 개인의 인격과 분리할 수 없다.[9] 이 권리는 양도할 수 없고 포기 혹은 승계할 수도 없다.

---

[9] 陈民《论人格权》载台湾《法律评论》, 第28卷 第8期 , 第9期

셋째로 인격권은 주체가 인격이익을 향유하는 것을 객체로 한다. 인격이익은 일반인격이익과 개별인격이익으로 나눌 수 있는데 전자는 공민의 인신자유와 인격존엄을 가리키고, 후자는 생명, 건강, 성명, 명예, 프라이버시, 초상 등 개별인격이익을 포함한다. 인격이익은 인간의 인체의 이익이 아니고, 인간의 인신과 행위의 자유, 안전 및 정신적 자유 등 이익이다. 또한 어떤 학자들은 생명과 인체의 이익을 안전의 이익, 활동의 자유라고도 한다.[10] 또 다른 학자들은 인격권의 客體는 인격이지 인격이익이 아니라고 주장한다.[11] 하지만 필자는 이런 관점은 맞지 않다고 생각한다. 인격이익은 대다수가 정신이익으로 실현되는데, 특히 명예, 초상, 프라이버시, 성자주(性自主), 자유 등 이익은 모두 행위와 정신활동의 자유의 이익이다. 이는 인간의 정신활동을 핵심으로 구성되었다. 이런 인격이익의 침해는 필연적으로 그 주체에게 정신상의 고통을 주는 것으로, 침해하는 것은 그 주체의 정신이익이다.[12] 생명안전과 신체건강 이 두 가지 인격요소를 침해하는 것은 민사주체의 정신이익을 최대로 침해하는 것이다. 개인의 신체, 생명 등을 침해하는 것은 필연적으로 권리주체가 타인과 맺은 사회관계를 파괴하고 권리주체에게 일정한 정신적 손해를 준다. 그러므로 법률상 위에서 서술한 두 가지 이익을 보호하는 방법은 동일해야 한다. 즉 신체, 생명, 건강 등 이익을 인격 이익에서 분리해 낼 필요가 없다.

넷째로, 인격권은 신체의 完整, 인격적 존엄과 인신자유를 수호하고 실현하는 것을 목표로 한다.

2. 한국의 경우

한국의 학설[13]은 대체로 인격권이라는 개념을 긍정하고 있다. 1980년에 대법원

---

10 위의 논문 陈民《论人格权》
11 张俊浩《民法学原理》P134 北京 中国政法大学出版社，1997
12 杨立新《人身权法轮》P89
13 곽윤직·김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013, 65면; 김재형, 언론과 인격권, 11

판결에서 처음으로 인격권이라는 용어를 사용하였고, 그 후 1996년에 대법원은 인격권에 기한 금지청구권을 인정하였다.[14] 사람은 생명, 자유, 신체, 건강, 명예, 사생활, 초상, 성명, 음성, 대화 등에 관하여 권리를 갖는데 이와 같은 권리를 포괄하기 위하여 인격권이라는 용어를 사용하고 있다. 인격권에 관한 입법제안서에서는 인격권의 주요대상을 예시하는 방안을 인격권의 개념으로 들고 있다.[15]

제2절 인격권의 성질

인격권의 성질은 인격권이 일종의 민사권리로서 구비하여야 할 속성을 가리킨다. 아래에서 3가지 방면으로 인격권의 속성을 설명하겠다.

첫째, 인격권은 일종의 법정권리이다. 인격권은 일정한 자연성을 가지고 있지만 만약 법률의 확인과 보호가 없다면 인격이익은 주체가 실제로 향유할 수 있는 민사권리로 될 수 없다. 중국에서는 "문화대혁명" 기간에 極左사상의 영향을 받아 인권과 인격을 무시하고, 인신을 摧残하고 인간의 존엄을 짓밟는 등 야만적인 행위를 전국에서 실행하였는데, 이때는 인격의 존중에 대하여 논할 수도 없었다. 그 원인은 바로 자연적으로 성립한 인격권이 법률의 확인과 보호를 받지 못하였기 때문이다.

둘째, 인격권은 일종의 민사권리이다. 기본 인권으로서의 인격권은 민법이 규정할 뿐만 아니라 헌법의 보장도 받는다. 중국은 〈헌법〉 제37조에서 "중화인민공화국공민의 인신자유는 침범을 받지 않는다." 라고 규정하고 있다. 제38조에서는 "중화인민공화국공민의 인격존엄은 침범을 받지 않는다. 모든 형식의 공민에 대한 모욕, 비방과 모함을 금지한다." 고 규정하고 있다. 그러므로 헌법은 인격권의 최고법률법원(法源)이다. 이러한 의미에서 인격권은 일종의 헌법권리이다.

면

[14] 김재형, "인격권에 관한 입법제안", 민사법학 제57호(2011.12), 46면

[15] 위 논문, 53면

하지만 이것은 인격권이 민사권리로서 존재함을 배제하는 것을 의미하지는 않는다.

중국 최고 인민법원은 다른 사람의 이름으로 학교를 간 사건인 1999년 "헌법의 사법화 제1사건"에서 헌법의 교육권에 관한 규정을 인용하였다. 하지만 헌법학계에서는 헌법이 사법화로 갈수 있는가의 문제가 아직도 논쟁거리로 남아있다. 어떤 학자들은 헌법은 공법과 사법의 공동기초에서 출발하여 헌법의 사법화를 부정하고[16], 또 다른 학자들은 헌법은 어느 정도에서 이미 사법의 성질을 구비하고 있으므로 사법영역의 효력문제에 대하여 다시 고려할 필요가 있다고 한다.[17] 하지만 헌법이 이미 인권의 원칙과 인신자유의 보호를 존중하고 보장한다고 하지만 이로 인하여 인격권이 민사권리라는 것을 부정할 수는 없다. 그 주요한 원인은, 중국은 헌법 제67조에서 헌법을 해석하는 권리는 전국 인민대표상무위원회의에 속한다고 하였는데 이는 보통법원은 헌법을 해석하고 적용할 수 있는 권리가 없다는 것을 의미한다. 그러므로 중국의 헌법규정은 민사소송 중에서 직접 적용할 수 없다. 즉 인격권을 헌법권리로 본다 할지라도 중국 법원은 헌법을 직접 적용할 수 있는 권한이 없기 때문에 민법을 통화여 민사권리로 전환하여야만 민사적인 구제를 받을 수 있다. 헌법규범은 재판규범을 구성할 수 없으므로 조문은 원칙성 규범에 그치고 이를 직접 심판활동에 적용할 수 없다. 또한 헌법은 중국에서 기본권리만 규정하므로 인격권의 모든 내용을 포함하지는 않는다. 현대사회는 부단히 발전하는데 이는 다양하고 복잡하여 각종 구체적인 인격권과 그 복잡한 내용은 헌법에서 규정할 수 없다.

셋째, 인격권은 비재산적 권리이다. 인격권은 원칙적으로 재산권이 아니다. 인격권은 주요하게 인간의 정신과 도덕의 이익을 실현한다. 이를 표현하면 다음과 같다. 인격관계는 재산을 객체로 하는 것이 아니고, 또한 재산을 내용으로 하지

---

16 童之伟《宪法司法适用研究中的几个问题》载《法学》2001 (11)

17 王磊 《宪法实施的新探索----齐玉苓案的几个宪法问题》 载 《中国社会科学》2003 (2)

도 않는다. 인신관계는 본질상 금전으로 평가하고 측정할 수 없다. 인신관계가 침해를 받았을 때 등가보상의 방식을 채용할 수 없다. 그러므로 주요하게 사용하는 방법은 정신상의 위안과 가해자에 대한 처벌, 그리고 가해행위에 대한 통제 등이 있다.[18]

위에서 서술한 바와 같이 인격권은 3가지의 성질을 갖고 있다. 그 중 비재산성을 갖는다는 것은 정신이익을 그 내용으로 한다는 것을 표현하고, 민사권리와 법정권리는 전속성을 의미하며 이 권리는 양도하거나 승계할 수 없다고 볼 수 있다. 현재 성명, 초상 등 인격특징이 강제적으로 상업화에 이용되는 현실 하에서, 인격권보호를 강화해야하는 필요성이 있다. 예를 들면, 인격권의 재산적 성질이라든가, 인격권의 교역가능성, 死者의 인격이익과 재산이익의 보호 등에 관한 연구가 필요하다.

제3절 인격권의 특징

첫째는 고유성이다. 인격권의 고유성이란 인격권이 주체로서의 고유의 권리임을 가리킨다. 고유성의 구체적 표현은 자동으로 생성된다는 것이다. 즉 주체가 존재하기만 하면 많은 인격권을 자동으로 얻게 되는데 이는 어떤 행위를 해야 하거나 혹은 기타 사실과 행위를 조건으로 하지 않는다. 인격권의 발생은 자동취득이 원칙이다. 어떤 사람이든지 태어나면 무조건적으로 인격권을 향유한다. 법인의 인격권은 일단 법인이 법인이라는 주체를 확인받으면 자동으로 형성되며 다른 특별한 절차를 수행할 필요가 없다.[19]

둘째는 전속성이다. 전속성은 인격권은 특정한 권리주체만이 향유할 수 있다는 것을 가리킨다. 인격권은 전속성을 가짐으로서 권리주체와 분리되지 않는다. 인격권의 전속성은 재산권과의 중요한 구별 지표이다. 재산권은 권리주체와 분

---

18 杨立新《人身权法论》P63

19 屈茂辉等《论人格权法的基本原则》载《云南大学学报（法律版）》2003 (2)

리할 수 있는데 인격권은 주체와 분리할 수 없다. 분리할 수 없다는 것은 권리주체 본인만이 인격권을 향유할 수 있고 그것을 타인에게 양도하거나 타인이 승계할 수 없다는 것을 의미한다. 하지만 인격권이 침해당한 후 그것이 손해배상의 금전채권으로 전환된 경우 배상액이 이미 확정되면 채권의 형식으로 양도할 수 있다.

셋째는 대세성(對世性)이다. 인격권은 일종의 대세권으로서 의무자에 대하여 일정한 행위를 할 필요가 없이 즉시 실현가능하며 불특정인에 대항할 수 있다. 법률을 위반하지 않고 제3자의 권리를 침해하지 않는 한도 내에서 권리주체는 자신이 향유하는 인격권을 누구에게나 주장할 수 있다. 즉 인격권이 침해를 받은 경우, 권리주체는 가해자에게 침해의 정지, 방해의 배제, 명예회복 등 민사책임을 청구할 수 있다.

넷째는 지배성이다. 인격권의 권리주체는 직접 인격이익을 지배하고 법에 따라 보유하고 권리를 행사하며 타인의 협조 없이 자신의 의지만으로도 권리행사를 할 수 있다. 만약 지배성을 주체가 객체에 대하여 자유롭게 처분하는 권리라고 해석하면 인격권을 지배권이라고 볼 수 없다. 그 이유는 인격권의 대부분은 처분할 수 없기 때문이다. 예를 들면 생명은 포기할 수 없으며 자유는 양도할 수 없다. 하지만 지배성이 반영하는 것은 권리주체와 권리객체의 관계이다. 즉 절대권인 이상 권리주체는 권리범위 내에서 자신의 의지대로 법에 따라 권리객체를 관리하고 처분할 수 있다.[20]

제4절 인격권의 주체

인격권의 주체는 인격권의 법률관계에서 권리, 의무를 부담하는 주체를 가리킨다. 인격권 권리인은 권리주체 즉 그 의무인은 권리인 이외의 일체 불특정인

---

[20] 王利明主编《人身损害赔偿疑难问题》P4 北京 中国社会科学出版社 2004

이고 권리인은 인격권을 근거로 하여 일체 불특정인에 대하여 대응할 권리를 가진다. 권리의 각도에서 보면, 인격권의 주체는 권리주체를 가리킨다.[21]

전통적인 민법에서 인격권의 주체는 통상 자연인이지만 사회의 발전과 더불어 법인의 인격권도 나타났는데 그 예를 들면 법인의 명칭권, 명예권 등이다.

법인의 인격권에 관해서는 역사적으로 두 가지의 대립되는 관점이 있다.

부정설은, 인격권은 하나의 역사적인 개념인데, 이는 자연인격의 윤리적 요소를 보호하는 것이 이었기에, 단체적 인격에 동등한 함의로 쓰일 수 없다고 한다. 법인의 명칭권, 명예권 등 권리는 정신이익이 없고 실질상 이는 일종의 재산권이며 이 또한 전속성이 없다.[22] 대륙의 일부 학자는 법인은 인격권이 없는데 그 원인은 법인의 인격권은 정신이익이 없고 그 실질은 재산권인데 법인의 명칭, 명예, 신용, 상업비밀을 침해하면 침해받는 것은 상법상의 이익뿐이기 때문이라고 주장한다. 즉 법인의 인격권보호의 실질은 법인의 재산이익을 보호하는 것이다.[23]

중국은 "법인실재설"이 통설로 되어 있고, 법인은 이미 독립적인 주체로 존재하고 있다. 중국현행 입법(立法)과 사법실천은 이미 법인이 인격권을 향유할 수 있다는 것을 승인하고 있다. 중국의 입법(立法)으로부터 볼 때 "민법통칙"은 법인의 명칭권, 명예권, 영예권을 향유하고 있다고 규정하고 있다. 현실 생활에서 법인은 신용권(信用權) 등 기타 인격권도 향유하고 있다. 중국의 최고인민법원이 반포한 "민사적 불법행위에 관한 정신손해책임의 확정에 관한 문제의 해석(关于确定民事侵权精神赔偿责任若干问题的解释)"(간략하여 "정신적 손해배상사법해석"이라 부른다) 제5조는 "법인 혹은 기타 조직이 인격권침해를 이유로 인민법원에 정신적 손해배상을 청구할 때 인민법원은 수리(受理)하지 않는다."라

---

21 王利明《人格权法研究》 중국인민대학출판사 2005

22 尹田《论法人人格权》载《法学研究》2004 (2)

23 《私权的勃兴-----北京大学民法学术研讨会综述》, 载 《人民法院报》 2004-06-16

고 규정하고 있는데 이 조항은 법인의 정신적 손해배상청구권을 부정하였지만 적어도 법인이 인격권을 향유하고 있다는 것을 승인하였다.

제5절 인격권의 충돌

인격권의 충돌은 민사주체의 의식이 부단히 제고됨과 동시에 인격권에 대한 법률이 엄밀해지면서 피할 수 없는 문제로 나타났다. 인격권의 충돌은 민사주체의 인격권 및 그 보호의 기초이론 문제일 뿐만 아니라, 민사주체가 점점 더 중시되고 사법기관이 현실에서 해결해야 할 문제로 떠오르고 있다. 이에 대하여 학자들은 법리학과 사회학의 관점에서 주로 논술했다. 그러므로 사법영역에서의 인격권을 어떻게 민법의 관점에서 연구하는가하는 것은 아주 가치 있는 일이다. 현대사회는 인간과 인간이 상호 의존하는 사회인데 대중매체와 인터넷 등 각종 과학기술의 발전에 따라 더욱 인간과 인간의 밀접한 관계를 가져왔다. 이런 고도의 밀집성은 개인 간의 자유에 서로 영향을 줄 뿐만 아니라 사회와 개인의 관계에도 서로의 권리를 행사함에 있어서 충돌과 모순을 초래한다. 학자[24]들은 인간의 각종 수요와 이익을 분류한 후 이익의 중첩과 충돌에 관심을 두었다. 그리하여 법률을 제정함에 있어서 해석과 적용 중에 근본성 문제가 발생하였는데, 이는 이런 이익은 어떻게 해석해야 하고 평가하여야 하는가? 어떤 원칙으로 이들의 상호관계를 계산해야 하는가? 몇 가지 이익이 발생했을 경우에 어느 이익을 우위에 놓아야 하는가? 등이다. 인격권의 충돌은 사실상 이익실현의 우위를 해결해야 하고 혹은 이익충돌이 발생하였을 경우에 어느 이익을 우선시하여야 하는 문제가 발생한다.

1. 권리의 우위

---

24 庞德：《法理学》，第3卷，327~328页，沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社，295页

권리의 우위는 권리보호의 선후 순서를 가리키는데 만약 권리우위가 법률 중에서 확정되어서 유효하게 집행할 수만 있다면 입법은 확정성과 예측가능성을 함유할 수 있지만 이런 권리의 우위가 결정된다면 각종의 권리들은 "평등" 하게 보호될 수 없고 법관은 충분한 이유가 없는 상황에서 법에서 정한 권리의 우위를 변경할 수 없기에 권리 충돌을 해결하기 어려울 것이다.

이런 권리우위가 존재하는가에 대하여 학자들은 몇 가지 관점을 갖고 있다. 하나는 이런 우위가 존재한다고 보는 것인데, 예를 들면 여론감독과 프라이버시권의 충돌과 같은 경우에 언론 자유를 더 치중하여 보호하는 것이다.[25] 중국은 보통 집단의 이익을 중시하고 개인의 이익을 경시하는 경향이 있다. 이는 사회가 개인권리에 대하여 등한시하는 결과를 초래하였는데, 더욱이 개인의 사생활에 관한 보호는 아주 미약하다고 볼 수 있다.[26] 또 다른 관점은 권리우위를 확정하는 자체가 보통 복잡한 가치판단이므로 권리의 체계 내부에서 각종권리의 충돌은 평등하기에 포괄적으로 어느 권리가 우위에 있다고 말할 수 없다고 한다.[27] 예를 들면 프라이버시권과 개인존엄은 불가분한 관계이고 언론자유도 현대 민주사회의 기본조건이고 또한 개인의 존엄을 보호하는 것도 현대문명사회의 기본요구이므로 이 두 가지 권리가 충돌하였을 때 어느 이익을 보호하고 어느 이익을 포기하는 것은 일반적 원칙으로 실현하기 어렵다.[28]

중국의 현행입법에서 이런 권리우위를 찾아보기는 힘들지만 이런 권리우위가 존재하긴 한다. 예를 들면 재산권과 인격권이 충돌하였을 때 중국의 현대 민법은 인격권을 보호하는 것을 우선으로 하고 있다. 학자들은 이런 현상이 권리우위에 관한 발전 추세를 보여주는 것이라고 한다.[29]

---

25 苏力：《"秋菊打官司"的官司，邱氏鼠药案和言论自由》， 载《法学研究》， 1995（5）

26 叶红耘：《新闻自由权侵犯隐私权的法理评析》， 载《法学》， 2004 （3）

27 刘作祥：《权利冲突的几个理论问题》，载《法学》， 2002年 （2）

28 薛小建：《言论自由与名誉权，公正审判权之冲突》， 载《政治与法律》2004（2）

2. 이익의 평형

위에서 본 권리우위는 추상적이고 또한 입법은 다른 시기에 다른 이익에 치중하여 제정되어 있으므로 권리우위는 더 불확정성을 갖고 있다. 그 외에도 법률이 권리우위에 관하여 규정할 때 사회경제생활의 변화 때문에 일정한 정체성을 띠고 있다. 이런 경우에는 법관에게 일정한 자유 재량권을 주어 구체적 사건의 권리충돌을 해결하게 해야 한다. 만일 권리우위가 권리충돌을 해결하기 어렵고 일정한 가치에 대한 공식이 없는 상황 하에서는 권리우위로써 문제를 고려할 수 없고 이익의 평형으로만 문제를 해결해야 한다. 하지만 이익평형은 법관의 자유 재량권에 의거하기에 법관의 개인의 인식에 따라 변할 수도 있고 법률제정 당시 입법정책과 현재사회의 수요도 고려해야 하는 법관에게 난제를 안겨주는 불확정성을 갖고 있다.

3. 매개사건에 대한 개별형량원칙

인격권의 충돌의 유형은 매우 복잡하고 상황도 다르므로 법률상 변함없는 가치우위를 결정하는 것은 어렵다. 그러므로 법관이 각 사건에 근거하여 각종 이익평형을 추구하는 원칙으로 권리충돌 분쟁을 해결함으로써 민사 분쟁을 해결하고, 사회질서를 수호하기 위한 타당성 여부를 목적으로 하는 판결방법이다. 예를 들면 인격권과 언론자유가 충돌되었을 경우에 어떤 학자들은 언론자유와 사생활의 충돌의 경우 사실과 평론을 구분하여 평가하여야 한다고 보고 있다. 즉 사실을 적시한 것이 아니라면 책임을 져야 하고 이 경우에는 언론자유에 대하여 특별한 보호를 하지 않는다. 하지만 사실을 적시하고 평론이 부당한 경우에는 인

29 梁慧星：《民商法论丛》第8卷，150页

격권의 보호에 조금 제약을 두는 방식으로 언론 자유를 보호하는 것이다.[30] 이는 현재 미국연방대법원이 언론자유 소송 안건을 처리할 때 발생한 "ad hoc balancing test" 원칙과 비슷하다. 즉 구체적 안건 중에서 언론자유와 기타이익을 비교함으로써 결론을 도출하는 원칙이다. 이런 개별 안건에 대한 형량의 원칙은 중국도 참고할 만한 원칙인 것 같다.

4. 인격권과 기타 권리의 충돌

인격권의 권리 충돌은 인격권 내부의 충돌뿐만 아니라 기타 권리와의 충돌에서도 나타난다. 인격권은 재산권, 저작권, 언론자유권 등과 충돌이 나타나는데 본 논문에서는 언론자유와의 충돌에 대해서만 논의하겠다.

공공기관의 권리, 보통 정치권리, 헌법권리라고도 하는데 이는 공민이 권리주체로서 국가는 의무주체로서의 권리이다. 신문보도는 이런 공공권리에 속한다. 한쪽은 인격권을 행사하고 다른 한쪽은 공공 권리를 행사할 때 인격권과 공공권리의 충돌이 발생한다. 이중 공공 권리는 보편적으로 국가이익, 사회이익, 공공이익을 대표하는데 이 충돌 중에서 공공 권리는 보편적으로 민사주의 권리의 우위에 있는 경우가 많다. 이는 인격권충돌의 전형적인 한 가지 종류이다.

중국의 경우 언론자유와 인격권의 관계는 많은 모순들이 발생한다. 중국은 대중들이 대중매체를 통하여 소식을 접하고 평론을 통하여 각종 상황을 알게 되는데 이는 대중이 民意를 형성하고 정부의 행위를 감독하는 주요한 경로이다. 법률의 가치는 다원화 성격을 갖고 있는데 사회적 공공이익과 개인의 인격권 사이에 이익 충돌이 일어난 경우에는 법률의 저울은 공공의 이익 쪽으로 기울어진다.[31] 이런 관점을 갖고 있는 학자들은 중국이 "국제 비방법"에서 신문보도의 특허권 규정을 참고하여 매체의 정당한 보도 권리를 갖출 수 있다고 보고 있다.

---

30 黄茂荣：《一般人格权及其保护》，载台湾《植根杂志》，第14卷 第10期。
31 曹三明：《新闻纠纷的法律纠纷》，载《新闻记者》， 1991 （1）

즉 두 가지 이익이 충돌하였을 때 반드시 자유로운 표현을 우선 고려하는 것이다. 개인의 명예권의 보호가 헌법이 부여한 新聞자유권과 충돌할 경우에는 일정한 한도 안에서 신문자유권이 면책 받을 수 있다고 본다.[32] 또 어떤 학자들은 두 가지 권리의 이익이 충돌할 경우에 어느 하나가 우위에 있는가를 판단하는 것이 아니라 두 가지 권리 이익 중에서 합리한 평형을 찾는 것이 중요하다고 보고 있다. 즉 두 가지 권리 혹은 자유가 충돌하였을 경우에 그 권리의 기초를 살펴보고 그 권리와 자유의 최대 정면 效益을 발휘하는 것을 우리가 추구하여야 할 목표 중 하나로 보아야 한다고 보고 있다.[33] 그 밖에 많은 학자들은 "권익의 균형"을 권리 충돌을 해결하는 주요한 방식이라고 본다.

제6절 인격권청구권

1. 인격권청구권의 기본개념

권리보호의 청구권 체계 중에서 물권적 청구권은 <독일민법전> 중에서 처음으로 확인을 받았다. 제985조와 제1004조는 반환청구권, 방해배제청구권과 침해정지청구권을 규정하고 있다. 오랜 시간동안, 물권적 청구권의 개념은 사법이념의 승인을 받았고 큰 영향을 끼쳤다. 중국 <물권법> 제3장 제34조부터 제37조는 물권적 청구권에 대해 명확하게 규정하고 있다. 여기에서 주의할 만한 것은 성질이 동일한 절대권인 인격권도 물권과 마찬가지로 청구권을 가질 수 없는가 하는 것이다. 이러한 관점은 袁雪石박사와 杨立新교수의 논문들에서 자주 볼 수 있다. 물권은 물권적 청구권과 침해청구권의 두 가지 보호수단을 가지고 있다. 물권적

---

32 申应东： 《新闻自由与名誉侵权抗辩》， 14页， 北京， 中国人民大学2004年硕士学位论文。

33 张新宝、康长庆：《<民法通则>实施以来人民法院审理侵害名誉权案件的情况、问题和若干对策》， 载《民商法论丛》， 第8卷， 518页。

청구권의 생성 기초는 물권의 절대성, 배타성과 직접지배성인데 인격권과 물권은 권리속성상에서 비교 가능한 속성을 갖고 있다. 왜냐하면 인격권도 절대권, 전속 권 및 직접 지배성을 갖고 있기 때문이다. 그러므로 이러한 추리에 의하면 인격권도 자체의 절대성, 전속성 및 직접지배성에 의하여 인격권청구권을 갖고 있다고 볼 수 있다. 즉 인격권이 침해당하였을 때 인격청구권과 침해청구권 이 두 가지 서로 다른 보호방법체계로써 보호함이 마땅하다.[34]

인격권청구권은 민사주체가 다른 주체로부터 침해, 방해 혹은 방해를 초래하기 전 상황일 경우에 가해자 혹은 인민법원에 대해 가해금지청구, 방해배제청구, 인격권 회복 등 청구를 할 수 있는 권리를 가리킨다. 인격권청구권은 아래의 몇 가지 특징이 있다.

첫째, 인격권청구권은 인격권을 기초로 하여 생성되는 권리이다. 하지만 이는 인격권 자체가 아닌, 인격권이 침해를 당한 후에 취할 수 있는 하나의 구제 방법이다. 민법상에서는 인사 권리의 보호는 통상 절대권에 의해 생성된 청구권 및 불법행위책임을 통하여 구제된다.

둘째, 인격권청구권의 기능은 두 가지 방면으로 나뉜다. 하나는 침해제지 및 침해예방이고 다른 하나는 보상이다. 전자는 소극적이고 피동적인 구제방식이다. 적용의 목적은 인격권이 원만하게 회복되는 상태로 돌아오길 기대하는 것이다. 하지만 인격권은 재산권과 달리 물리적 속성이 없으므로 원만한 회복상태를 기대하기는 어렵다. 후자는 적극적인 권리인의 구제방식이다. 전자의 구제조치가 완벽하게 적용될 수 없는 경우에 피해자의 손실을 보상한다. 하지만 엄격하게 말해 손해배상은 피해자의 손해를 완벽하게 배상할 수 없다. 이것은 재산권과 인격권의 근본적인 차이이다. “인격이익은 事後에 구제하기 힘들다. 재산이익의 침해와 달리 인격이익은 일단 침해를 받으면 사실상 금전으로 그 손해를 배상하기 힘들다. 생명, 신체, 명예, 사생활침해 등 인격이익은 침해 후에 다시 치유 되

---

34 杨立新《人身权法论》法律出版社2011年10出版

는 것은 아주 어려운 일이다. 그렇기 때문에 집중적으로 개연성이 큰 침해에 대하여 침해예방조치를 취하는 것은 아주 중요한 일이다.”[35] 인격권제도의 발전을 놓고 보면 현대 민법은 근대 민법과 달리 보상 기능을 더 중요시하고 있다.[36]

2. 인격권과 기타 상관권리의 관계

인격권청구권의 행사는 성실신용원칙과 공평원칙을 준수해야 하며 권리인은 자신의 권리를 남용하여 다른 사람에게 해를 끼치면 안 된다. 타인이 끼친 경미한 손해는 인격권청구권을 적용하지 말아야 한다. 왜냐하면 인간은 사회관계의 구성원으로서 특정한 공동체와 사회에서 생활하고 있기 때문에 서로간의 불가피한 각종 손해와 방해를 주기 마련이기 때문이다. 즉 개인의 행위자유도 사회이익과 타인의 이익 간에 각종 마찰이 발생할 수 있다. 각국 법률은 인격권이 적당한 타인의 경미한 침해를 감수하며 사회질서와 화합을 요구하고 있다.

---

35 姚辉：《民法上的“停止侵害请求权”-从两个日本判列看人格权保护》， 载《检察日报》， 2002-06-25

36 参见 陈民《论人格权（续）》， 载台湾《法律评论》， 第28卷第9期。

제4장 인격권침해에 의한 손해배상

제1절 손해배상의 의의

인격권보호는 헌법과 기타 법률의 공통적인 임무이다. 헌법의 인격존엄성 존중과 인권보장의 기본규정에 따라 공민의 인격존엄과 인신자유 등 인격권보호를 위하여 기본적인 가치목적과 기준을 마련해주었다. 예를 들면 형법은 살인죄, 상해죄 등 공민의 인신권리를 침해하는 범죄행위에 대하여 규정하고 있고 이는 인격권보호 문제와도 관계된다. 하지만 민법의 인격권보호는 사실상 민사적 책임에 대하여 규정함으로써 인격권을 전면적으로 보호할 수 있다. 대다수 상황에서 인격권침해는 일종의 민사적 불법행위로 표현된다. 그러므로 인격권의 구제수단에서 주로 민사구제의 방법을 취하는 것이 비교적 충분한 인격권보호와 권리의 확립에 도움을 줄 수 있다고 볼 수 있다. 인격권침해에 대한 구제방식으로는 금전적 구제방식인 손해배상과 비금전적 손해배상인 침해정지, 원상회복(명예회복) 등 방식이 있다. 본 논문은 주로 인격권침해의 구제방식인 손해배상에 관하여 논의할 것인데, 그 중 재산적 손해배상과 비재산적 손해배상 두 가지로 나누어서 살펴볼 것이다.

손해배상에 관하여 각국은 조금 다른 제도를 두고 있다. 독일 같은 경우에는 금전적인 손해배상을 인정하고는 있지만 주된 구제방식으로 보는 것이 아니라 일종의 보충적인 수단으로 보고 있다. 중국의 대만도 이러한 독일의 영향을 받았다. 일본 같은 경우는 민법전 제709조에서 “고의 혹은 과실로 타인의 권리를 침해한 자는 이로 인해 생성된 손해에 대하여 배상 책임을 져야 한다.” 라고 규정하고 있는데, 이 규정은 비재산적 손해배상의 상황과 손해배상의 상황에서 모두 청구권이 성립된다는 것을 보여준다. 일본 민법 제710조에서는 “타인의 신체,

자유 명예 혹은 재산권 등을 침해한 자와 앞에서 서술한 (침해행위요건)규정에 근거하여 손해배상책임을 져야 하는 책임자는 재산외의 손해에 대하여도 배상을 져야 한다.” 라고 규정하고 있는데, 이는 인격권의 손해배상 범위에 대하여 비교적 광범위하게 규정하고 있다는 것을 보여준다.

이 두 나라 방식은 각기 장점이 있는데 제일 좋은 방법은 두 방식을 결합시켜서 공동으로 인격권침해의 민사적 책임 중에 적용하는 것이 좋을 것 같다. 중국의 경우에는 <민법통칙> 제120조에서 “공민의 성명권, 초상권, 명예권, 영예권이 침해를 받았을 때 침해금지, 명예회복, 영향취소를 요구할 권리가 있고 손실배상을 요구할 권리가 있다.” 라고 규정하고 있다. 이 조문에서 보다시피 중국은 명예회복과 손실배상을 명예권 침해의 두 가지 기본책임 방식으로 보고 있다. 사법 실무 중에 피해자는 명예회복을 청구할 수도 있고, 손해배상을 청구할 수도 있다. 특히 이 두 가지 구제방식을 함께 사용할 수도 있다.

1. 손해배상책임의 원칙

각국의 불법행위법은 손해배상 제도 중에서 완전보상원칙을 대부분 취하고 있다. 피해자가 손실을 입은 기초에서 가중 혹은 가감배상의 방법을 취하는 것은 완전보상원칙의 예외이다. 이런 예외를 승인하는 것은 완전보상원칙을 승인하는데 아무런 제약이 없다.

완전보상원칙은 불법행위에 대한 손해배상에 관하여 사법의 실천 중에서 일정한 인도 작용을 한다. 다수의 상황에서 손해배상금액을 확정할 때 피해자의 손해를 그 근거로 보고 있다. 만약 이런 원칙을 근거로 두지 않으면 법원의 배상금확정을 위한 기준이 상실될 것이다.

중국은 <불법행위책임법> 제20조에서 “타인의 인신권익에 재산적 손해를 입혔을 때 피침권자는 그 손실에 따라 배상을 받는다.” 라고 규정하고 있다. 이 규정

은 완전보상원칙을 구현하고 있다. 또한 동법 제19조는 “타인의 재산을 침해 하였을 때 재산적 손해는 손실 발생 시의 시장가격 혹은 기타 방식으로 계산한다.” 라고 규정하고 있다. 이 원리에서 이 조문도 완전보상원칙을 취한 것이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 시장경제조건 하에서 재산의 가치는 통상적으로 그 시장의 가치를 통하여 구현되기 때문이다.

2. 불법행위 손해배상의 기능

불법행위 손해배상의 주요한 기능은 보상기능이다. 하지만 이는 유일한 기능이 아니다. 손해배상이 이득반환기능이 있는가 하는 것에 대하여 많은 중국학자들은 긍정적인 반응을 보인다. 중국 <불법행위책임법> 제15조 제4항은 불법행위의 책임방식에서 “재산반환”을 그 일종으로 들고 있다. 그러므로 배상금을 계산할 때 침해자의 재산 감소 상황뿐만 아니라 가해자가 불법행위를 통하여 취득한 부당이익도 고려해야 한다.

불법행위 손해배상의 예방기능에 관해서 원래 인정하지 않았던 대륙법계국가들은 현재 예방기능에 대하여 보조적 기능이라고 인정하고 있는 추세다.[37] 중국은 불법행위법 제1조에 “예방”을 불법행위의 입법목적중 하나라고 규정하고 있다.[38] 그러므로 중국은 손해배상의 불법행위에 대한 예방기능을 보상기능의 보조기능으로 확인하고 있다고 볼 수 있다. 법원은 사건 성질과 침해정도에 근거하여 배상금을 산정할 때 일정하게 가중배상을 함으로써 같은 종류의 불법행위가 미래에 발생하는 것을 예방할 수 있다.

불법행위에 관한 손해배상의 처벌기능에 관하여 위에서 살펴본 바와 같이 <불

---

37 王军《侵权损害赔偿制度比较研究》法律出版社 2011年， 28页

38 이 조항의 원문은 "민사주체의 합법적인 권익을 보호하기 위하여 불법행위의 책임을 명확히 하고 불법행위의 예방 및 제재와 사회의 안정을 촉진시키기 위하여 이법을 제정한다.”이다.

법행위책임법> 제1조에서 “불법행위의 제재”를 이 법률 목적 중 하나로 규정하고 있다. 여기서 “제재”와 처벌은 맥락상에서 비슷하다고 볼 수 있다. 그러므로 불법행위의 손해배상 중에서 처벌기능을 완전히 부정할 수 없고, 비재산적 권익이 침해 받은 사건에서 배상금액을 산정할 때 가해자의 고의정도와 성질을 고려할 수 있다고 본다.

불법행위의 손해배상은 제일 주요한 심리 위안기능이 있다. 이는 각 나라가 모두 인정하는 것이다. 중국은 법원에 피해자의 심리위안을 목적으로 적당한 가중배상의 재량권을 줄 필요가 있다. 대륙법계 나라들은 총체적으로 징벌성배상금제도를 인정하지 않는데, 대륙법계 성원인 중국도 전체적으로 볼 때 이런 제도를 채택하지 않았다.

제2절 재산적 손해배상

1. 재산적 손해배상의 의의

인격권침해, 특히 생명, 신체, 건강 등 물질적 인격권이 침해받았다면 피해자의 정신적 고통뿐만 아니라 재산상 손해를 직접적으로 초래할 수 있다. 재산적 손해는 이론상에서는 손해와 이익손실 두 가지 부분으로 볼 수 있다. 그 중 재산적 손해는 주요하게 의료비 등을 가리키고 이익손실은 인신이 상해를 입어서 치료기간에 노동을 할 수 없어서 손실된 부분을 가리킨다. 이런 재산상의 손해는, 상응하는 인과관계가 있다면 배상을 받을 수 있다. 전통적인 인격권침해의 재산적 손해배상 이외, 공공인물들에게 주로 발생하는 프라이버시권, 초상권, 성명권 등 침해로 인하여 인격주체의 경제적가치가 감소하므로 그 감소한 부분의 재산에 대하여 배상하는 경우도 있다.

재산적 손해배상은 인격권침해에 행위에 대한 한 가지 구제수단인데, 통상적

으로 인격권침해로 인한 피해자의 재산적 손해를 가리킨다. 예를 들면 건강권침해로 인한 의료비의 지급, 노동을 못하여 수입이 줄어든 손해, 초상권 침해로 인한 재산적 이익의 손실 등이다. 재산적 손해배상은 불법행위 책임법의 일반규칙을 활용할 수도 있고, 불법행위의 손해배상을 채권으로 보고 채권의 일반규칙을 활용할 수도 있다.

여기서 주의할 것은 재산적 손해배상은 무형적인 이익에 대한 손해배상이 아니라 유형적인 재산이익에 대한 손해배상임을 강조하고 싶다. 즉 인격이익이 무형의 이익이라고 하지만 재산손해배상은 인격이익의 구제를 위한 것이 아니라 인격이익이 침해받았을 때 발생한 재산손해의 구제를 가리킨다. 그러므로 사망배상금 같은 경우 생명가치의 본래에 대한 배상이 아니라 생명이 침해 받은 후 발생한 각종 권리에 대한 손해배상이다.

현재 재산적 손해배상은 점점 더 중요한 위치를 차지한다. 인격권의 상품화가 나타남에 따라 재산적 손해배상의 방법 또한 중요한 문제로 부상하였기 때문이다. 중국 민법은 예전에는 재산적 손해와 정신적 손해를 혼동하여 함께 사용한 경우가 많았다. 특히 초상권 등 상품화된 인격권을 침해하였을 때 재산적 손해와 정신적 손해 이 두 가지 손해를 구별하기 어려웠다. 이는 정신적 손해배상액의 고액화를 초래함으로써 정신적 손해배상의 합리성에 의혹을 품게 하였고 또한 재산적 손실을 정확하게 계산할 수 없게 하였다. 예를 들면 초상권이 침해받았을 경우에 불법행위자의 불법행위로 인하여 취득한 이익을 손해액으로 계산한다면 이럴 경우에 정신적 손해배상과 재산적 손해배상 두 가지 개념을 구분하여 정확하게 손해배상액을 계산할 필요성이 있다.

2. 재산적 손해배상액의 확정

재산적 손해배상은 주요하게 두 가지 경우가 있다. 하나는 물질성 인격권 침

해로 인하여 사망하거나 상해 받았을 경우에 행위인이 지불하여야할 사망배상금과 장애배상금이다. 다른 하나는 정신성 인격권을 침해하였을 경우에 상품화된 인격권이 일정한 재산적 손해를 입었을 경우이다. 예를 들면, 피해자의 초상이 타인에 의해 이용당했을 경우에 피해자가 일정한 재산적 손해를 받았다고 보는 것이다.

중국의 경우, 재산적 손해배상의 손해를 계산할 때 아래의 몇 가지 요건을 중요하게 본다.

첫째, 피해자의 실제적 재산 손해 정도이다. 피해자가 행위인의 불법행위로 인해 실제 입은 입원비, 교통비 등등의 실제 손해는 재산손해배상의 중요한 근거로 된다.

둘째, 행위인이 취득한 이익이다. 피해자는 인격권침해를 받은 후 자신의 실질적 경제적 손실이 어느 정도인지 증명하는 데 어려움이 있는데, 이때 가해자의 사실이득을 증명하기는 조금 더 편하다. 이 경우 가해자의 이익을 피해자의 재산손해의 표준으로 볼 수 있다. 예를 들면 실제 사법의 사례 중에서 모 회사가 피해자 본인의 동의를 받지 않고 유명한 연예인의 초상을 자사 상품의 홍보에 활용한 사건이 있었다. 이때 침해자의 이익을 고려하지 않고 간단히 피해자에게 일정한 경제적 배상만 해준다면 이는 침해자가 배상 후에도 이익을 볼 수 있을 것을 의미한다. 독일의 경우 연방최고법원은 불법적으로 타인의 초상을 공개한 사건에서 피해자는 독일 민법전 제812조의 부당이익제도에 근거하여 보상을 받을 수 있다고 하고 있다. 이 배상금액을 계산하기 위하여 법원은 초상권의 권리주체와 불법적으로 초상권을 이용한 행위인 사이에 초상 허가 계약이 있다고 가정하고, 여기서 각종 요소 예를 들면 위 광고가 유통되는 범위와, 광고방식, 대중과의 관계 등을 고려하여 배상금액이 권리주체가 수인할 수 있는 액수여야 배상금이 합리적이라고 본다.[39]

---

[39] 王利明 ,《人格权法研究》692页 각주 1의 내용

제3절 정신적 손해배상 (위자료)

1. 학설의 태도

정신적 손해는 자연인이 외부의 타격을 받은 후 발생하는 불량한 정서를 가리키는 것으로서 이는 심리학, 병리학과 의학의 연구대상이다. 법률상에서 정신손해는 자연인의 인격권이 침해를 받은 후의 일종의 손해결과로 보고 있다. 정신적 손해배상의 개념에 관하여 이론상으로는 광의의 개념과 협의의 개념이라는 두 개의 학설이 있다.

(1) 광의설

광의설은 정신적 손해는 정신적 고통과 정신적 이익의 손실 이 두 가지를 포함한다. 정신적 이익은 공민과 법인의 인신이익(인격이익과 신분이익을 포함한다.)의 침해, 예를 들면 명예훼손, 초상권 침해 등이다 . 학자들은 이런 손해를 "일반적 정신손해"라고 칭하고 있다.[40] 또 어떤 학자들은 "정신적 이익의 상실 혹은 감소는 자연인, 법인이 그 인격이익, 신분이익과 기타 재산이익의 활동이 파괴를 받아서 그 인격이익, 신분이익과 재신이익이 침해를 받은 것을 말한다."[41]고 한다. 정신적 고통은 주로 공민이 인격권의 침해로 인하여 생리와 심리상의 고통으로 공민의 정신활동이 장애가 생기고, 사람이 분노, 절망, 공포, 초조함, 불안 등 불량한 정서가 생기는 것을 가리킨다.

---

40 沈晓明 《完善我国现行精神损害赔偿制度的若干构思》, 载 《法律适用》, 2004 (5)

41 周利明《论法人的精神顺还赔偿》, 载《政法论坛》, 2002 (3)

(2) 협의설

협의설은 정신적 손해는 공민이 인격권의 침해로 인하여 생긴 생리상, 심리상의 고통과 그 불량정서를 가리킨다고 보고 있다. 다시 말하여, 공민인격권이 침해받은 후 생성되는 분노, 절망, 공포, 초조함, 불안 등 불량정서를 가리킨다. 이러한 불량정서를 학술상에서 정신고통이라고 칭하고 있다.[42]

이 두 가지 학설의 주요한 구별점은 아래와 같다.

첫째 정신적 손해는 정신이익 혹은 "인신이익" 이라 말하는 손실도 포함하여야 하는가. 둘째 법인은 정신손해가 존재하는가. 협의의 학설에 의하면 법인은 정신적 고통은 없다. 그러므로 정신적 손해라는 문제도 발생하지 않는다. 광의의 학설에서 보면 법인은 정신적 고통은 없지만, 정신적 손해는 존재한다고 보고 있다. 이 두 학설 모두 타당성이 없는 건 아니지만 비교하여 볼 때 저자는 협의의 학설을 더 찬성한다.

정신적 손해는 피해자가 인격권 혹은 기타 권리를 침해 당 한 후, 느끼는 생리적 고통, 정신적 고통 및 그 불량한 정서이다. 그 주요한 근거는 다음과 같다. 첫째, 정신적 손해는 하나의 특정한 개념인데, 이는 정신적 손해배상과 밀접한 관련이 있다. 정신적 손해배상은 인격권 침해에 대한 일종의 구제방식으로서 그것은 피해자가 인격권을 침해당한 후의 정신고통에 대한 보상이기 때문이다. 인격권이 침해당한 후 정신적 고통과 재산적 침해가 생기는데, 정신적 손해배상은 그 정신고통의 부분만을 보상해줌으로써 피해자를 위안하고 보상해주는 것이다. 이런 원인 때문에 정신적 손해는 피해자가 인격권 혹은 다른 권리가 침해당한 후 생리적 고통과 정신적 고통 및 그에 따른 불량한 정서를 받게 되는데 이것은 인격권이 침해된 사실 즉 "정신적 이익" 의 상실은 포함하지 않는다. 영미법계

---

42 张用江《也谈精神损害赔偿的范围》, 载《法学研究》, 1989 (3)

에서는 정신적 고통은 두 개의 단어로 즉 “pain” 과 “suffering” 으로 구성되는데, 어떤 학자들은 이 두 단어를 서로 다르게 취급한다. “pain” 은 인간의 물리적인 신체가 손해 혹은 상해를 받았을 때 피해자는 즉각 신경상과 지력상의 영향을 받는 반면에 “suffering” 은 물리적인 신체에 즉각적인 상처를 주는 것과 달리 정신적 고통을 주는 것을 가리킨다고 보고 있다.[43] 이러한 견해는 비교적 정확하게 정신적 손해의 개념에 대해 규정한 것으로 보인다.

여기에서 “정신적 이익” 의 손해문제에 대하여 논의할 필요가 있다. 인격권의 객체는 일종의 인격이익인데 이는 인격권의 보호 자체가 이미 정신적 이익의 보호도 포함하는 것으로 볼 수 있기 때문에 인격권침해를 단독적인 정신이익침해로서 정신손해배상을 받을 필요는 없다. 그런 경우 피해자는 정신이익손해와 정신고통손해 두 가지 배상을 받기 때문이다. 이는 침해자의 배상책임을 가중할 수 있고 또한 “정신적 이익” 은 확정된 개념도 아니고 일부 학자들이 제기한 정신적 이익의 손실 혹은 감소는 공민, 법인이 자신의 인격이익, 신분이익의 활동이 피해를 봄으로써 그 인격이익 신분이익이 손해를 받은 것이다.[44] 정신적 이익의 손해는 사실상 각종 인격권의 침해, 신분권의 침해의 결과라고 볼 수 있다. 이러한 개념은 매우 넓다. 어떤 인격권의 침해가 일종의 법률상의 표상이고 그 침해가 손해배상의 결과를 초래할 수 있는 것은 그 침해가 실질적인 일정한 재산적 침해와 정신손해 결과를 가져왔기 때문이다. 만약 이런 실질적인 손해가 발생하지 않고 권리의 침해만 받았다면 손해배상책임은 발생하지 않을 것이다. 권리 자체는 무형성과 추상적인 특징이 있고 이는 잠재적인 가치를 가질 뿐이기에 법률의 보호를 받는 이익으로서 손해결과가 발생하지 않았다면 정신적 손해배상구제를 받을 결과가 발생하지 않기에 정신이익과 정신고통 이 두 가지를 따로 배상할 필요가 없다.

광의의 학설은 인신이익의 손실을 정신적 손해로 보고 배상해야 한다고 본

---

43 周利明：《论法人的精神损害赔偿》， 载《政法论坛》， 2002 (3)
44 杨立新：《人身权法论》， 270页

다.[45] 이러한 학설은 두 가지 결과를 초래하는데, 첫 번째는 인격권의 상품화현상을 초래하는 것이다. 즉 정신이익의 손실이 반드시 배상받아야 마땅하다면 정신적 이익도 일반상품과 마찬가지로 화폐로서 그 가치를 매겨야 하는데 이는 인간가치와 인간존엄에 대한 경시이다. 왜냐하면 인격이익은 재산내용을 포함하지 않고 있기에 화폐로 그 가치를 매길 수 없기 때문이다. 과거에 많은 학자들은 인격상품화를 이유로 정신적 손해배상개념을 반대했는데 이는 정신고통과 정신이익의 개념을 혼동한 것으로 보인다. 만일 정신이익의 손실과 정신고통을 모두 배상한다면 이것은 인격상품화의 결과를 초래할 수 있고 이는 중국학자 대다수가 반대하는 결과이다. 두 번째는 만약 정신적 이익을 배상할 수 있는 손실로 규정한다면 법관은 인격이익의 가치를 매길 수 없으므로 사법상 혼란을 초래할 수 있다는 것이다. 만약 계산이 가능하다면 이는 피해자로 하여금 과분한 배상을 받을 수 있는 문제를 초래한다.

2. 정신적 손해와 비재산적 손해의 관계

비재산적 손해는 재산적 손해에 상응하는 개념이다. 1969년 유럽의회의 한 보고에서 “비재산적 손해”라는 단어를 사용하였다. 엄격하게 말하면 이것은 금전으로 환산할 수 있는 손해가 아니다. 각 나라 법률을 살펴보면 이 단어의 정확한 의미와 범위는 조금씩 다르다. 재산적 손해라 함은 권리주체의 재산적 손해외의 손해를 가리킨다.[46] 중국의 학자들은 비재산적 손해를 주로 정신손해라고 본다. 공민의 성명권, 초상권, 명예권, 영예권 등을 침해하여 피해자로 하여금 공포, 상심, 분노, 절망, 모욕 등 고통을 느끼게 하는 것으로 본다. 정신적 손해는 무형성을 띠고 있다는 점과 금전으로 환산할 수 없다는 점이 특징이다. 중국민법의 학계에서는 비재산적 손해를 정신적 손해로 보고 있다. 그리고 어떤 학자

45 沈晓明：《完善我国现行精神损害赔偿制度的若干构想》，载《法律适用》，2004(5)
46 曾隆兴：《现代损害赔偿法论》72页

들은 “정신적 손해” 라고 부르는 것보다 “비재산적 손해” 라고 부르는 것이 더 합리적이라고 보고 있다.

비재산적 손해라는 명칭이 국제적으로 광범위하게 불리고 있는 개념이라는 것은 수긍하지만 “비재산적 손해” 와 “정신적 손해” 는 엄격하게 말해서 서로 다른 개념이다. 그 구별점은 아래와 같은 몇 가지로 찾아 볼 수 있다. 첫 번째로 비재산적 손해의 개념은 내용상 더 광범위하다. 비재산적 손해는 피해자의 정신적 고통뿐만 아니라 인격적 이익의 상실로 인한 손해 자체와 일부 무형재산의 손해도 포함한다. 그러므로 비재산적 손해의 개념은 정신적 손해의 개념보다 넓다.

영국의 경우, 비재산적 손해를 3가지 측면으로 구분하고 있는데 첫째는 신체손해, 둘째는 신체침해로 인한 피해자의 생리적 질병, 셋째는 피해자의 정신적 손해이다. 그 중 정신적 고통은 비재산적 손해의 일종일 뿐이다. 대륙법계 국가들은 비재산적 손해의 개념을 비교적 넓게 잡고 있다. 대만지역 학자들은 비재산적 손해배상과 위자료를 구분하여 비재산적 손해배상의 범위가 위자료의 범위보다 더 넓다고 보고 있다. 예를 들면 상해 시 입원치료비용과 나아가서 시간의 낭비도 모두 비재산적 손해로 보고 그 배상을 청구할 수 있다고 본다.[47]

두 번째 구별점은 그 구제방식이 다르다는 것이다. “비재산적 손해” 는 반드시 원상회복을 먼저 해야 한다. 즉 피해자가 먼저 “비재산적 손해” 에 대해서 일정한 기간 내에 원상회복을 신청한 다음 가해자가 원상회복을 하지 않았을 경우에 금전청구를 할 수 있다. 통설은 만약 “비재산적 손해” 를 원상회복할 수 없고 혹은 원상회복하려면 아주 어려운 경우에 피해자는 금전적 피해 보상을 청구할 수 있다고 한다.[48] 하지만 정신적 손해의 구제방식은 주로 정신적 손해배상이다.

---

47 王泽鉴：《时间浪费与非财产上损害之金钱赔偿》 载《民法学说与判列研究》， 第7册，144页

48 王冠：《两岸名誉权制度之研究》，103页 台湾大学法律研究所

세 번째 구별되는 점은 비재산적 손해는 재산적 손해배상 외의 각 유형의 손해배상도 포함한다는 것이다. 예를 들면 인신이익의 침해에 대한 배상, 지적재산권의 침해에 대한 비재산적 손해배상 등이다. 여기서 보다시피 비재산적 손해의 범위는 아주 광범위하다. 하지만 여기서 우리가 말하는 정신적 손해배상은 인격권침해의 구제방식으로 적용된다. 그러므로 비재산적 손해배상은 정신적 손해배상을 포함하지만 정신적 손해배상이 바로 비재산적 손해배상이라고 말할 수 없다. 예를 들면 법인은 비재산적 손해를 주장할 수 있지만 정신적 손해배상을 주장할 수 없는 것이다.

비재산적 손해배상의 개념이 비록 합리성은 있지만 그렇다고 하더라도 정신적 손해배상 개념을 쓰는 것이 더 적합하다고 생각된다. 비재산적 손해 개념의 범위가 넓다는 이유도 있지만 비재산적 손해의 개념은 확정적이지 않아 인격권을 침해한 법률사실 자체도 비재산적 손해로 볼 수도 있어 법 적용이 혼란스러워지기 때문이다. 또한 비재산적 손해는 정신적 손해의 특수성을 강조하지 못하여 직접적인 정신적 이익의 구제라는 느낌이 적게 든다. 또한 중국입법과 사법실무는 모두 정신적 손해라는 개념을 받아들이고 있다.

3. 정신적 손해배상의 개념

정신적 손해배상은 공민의 인격권 및 기타권리가 불법 침해를 받아 공민이 정신상의 고통을 호소할 때 피해자가 이를 기초로 금전상의 배상을 요구하며 이로써 불법행위자가 피해자를 위안하는 제재이다.[49] 공민의 인격권이 침해 받은 후 생기는 정신적 손해는 원상복구 등의 구제방식으로는 원 상태의 정신 상태로 회복되는 것은 불가능하다. 그러므로 법률은 금전배상의 방식으로 이런 정신적 손해에 대하여 위안하는 방식으로 간접적으로 피해자의 손해를 전보해주는 것이

---

[49] 王利明：《人格权法研究》, 700页

다. 정신적 손해는 불법행위법 중 하나의 책임방식으로서 주로 인격권 구제방식으로 표현된다.

정신적 손해배상은 공민이 정신고통을 받았을 때 구제받을 수 있는 방식이다. 정신적 고통은 인격권이 침해받은 후에 산생하는 결과이다. 공민이 인격권을 침해받은 후에 분노, 공포, 초조, 절망 등 불량정서가 형성될 수 있다. 그러므로 여기서 정신적 고통은 공민이 권리를 침해 받은 후에 생긴 각종 불량정서의 개괄이라고 볼 수 있다. 여기서 우리는 정신적 고통의 배상과 정신적 이익의 상실의 배상을 구별할 필요성이 있다. 어떤 학자들은 정신적 손해배상이란 민사주체가 인신권리의 불법적인 침해를 받았을 때 권리자의 인격이익과 신분이익이 손해 혹은 정신적 고통을 받아서 불법행위자가 금전적 배상의 방법을 통하여 권리자가 구제받을 수 있는 민사적 법률제도라고 보고 있다.[50]

인격이익이 침해를 받는다고 해서 필연적으로 정신고통이 생긴다고 볼 수 없다. 그러므로 정신적 손해배상과 정신적 이익상실의 배상을 혼동하면 안 된다. 왜냐하면 인격이익의 손해는 객체에 관한 것이고 정신적 고통은 결과에 관한 것이기 때문이다. 즉 인격이익의 손해는 필연적으로 정신적 고통을 발생시킨다고 볼 수 없다. 정신적인 고통이 있다고 하더라도 피해자가 주장하지 않거나 그 고통이 미약한 경우에 법원은 인정하지 않는다. 인격이익의 침해는 많은 책임 방식을 발생시킬 수 있고 정신적 손해배상은 그 중 하나의 책임 방식이다. 그러므로 다른 책임 방식과 비교할 때 정신적 손해배상은 특유의 구성요건이 있다.

그럼 아래에 정신적 손해배상의 적용요건에 대하여 알아보자.

4. 정신적 손해배상 적용의 요건

중국의 경우에 정신적 손해배상의 적용요건은 3가지가 있다.

---

50 杨立新：《人格权法轮》第267页

첫째, 반드시 정신적 손해의 결과가 있어야 된다.

재산적 손해배상이 재산손해가 있어야 함이 전제되는 것과 같이, 정신적 손해배상도 반드시 정신손해의 결과가 발생하는 것을 전제로 한다. 정신손해의 결과는 경미한 손해결과가 아니라, 반드시 비교적 엄중한 침해의 결과가 있어야 한다. “정신적 손해배상 사법해석” 제8조의 규정에 따르면 “불법행위로 인한 정신적 손해가 엄중한 후과(後果)를 초래하지 않았을 경우에, 피해자가 정신적 손해배상을 청구하였을 때, 일반적으로 지지하지 않는다. 인민법원은 상황에 근거하여 불법행위자가 침해금지, 명예회복, 영향제거, 사과 등 조치를 취하게 판결해야 한다. 엄중한 후과를 초래하였을 경우에는, 인민법원은 불법행위자에게 침해금지, 명예회복, 영향제거, 사과 등의 조치를 취하도록 민사책임을 지게 하는 외에 피해자의 일방의 청구에 따라 상응한 정신손해위자료를 배상할 것을 판결할 수 있다.” 이는 실질상 정신적 손해배상에 대한 제한이다. 위의 규정처럼 중대한 결과는 주로 피해자의 피해정도와 피해자의 침해행위를 받은 후에 생활에서 보이는 심리와 심리상의 반응 등 정상적인 생활과 공작 및 정상적인 교제 등 문제도 고려하여야 한다.

이 중 피해자는 반드시 아래와 같은 몇 가지 증명을 해야 정신적 손해배상의 결과를 인정받을 수 있다. 인격권 혹은 신분권이 침해받았음을 증명하여야 한다. 원칙적으로 재산침해는 재산적 손해배상을 주장할 수밖에 없다. 인격권 침해로 인해 정신손해를 초래하였음을 증명해야 한다. 일반적으로 이러한 손해는 중대해야 하며 경미한 손해는 구제를 받을 수 없다. 가장 중요한 것은 정신적 손해가 법률상에서 구제받을 수 있는 손해여야 한다. 예를 들면 사자(死者)에게는 정신적인 고통문제가 존재하지 않으므로 사자의 정신적 손해배상도 존재하지 않는다. 이 경우 사자의 근친가족이 정신적 손해배상을 받을 수 있다. 또한 건강권이 침해받은 경우에 장애가 온 상황에서 중국 <인신손해배상사법해석>은 가해자가 장애배상금을 지불하여야 한다고 규정하고 있고 피해자의 정신적 손해배상 청구

를 불허하고 있다.

둘째, 가해자에게 주관적 과실이 있어야 한다.

정신적 손해배상은 반드시 과실 책임원칙을 적용한다. 이 원칙은 가해자의 과실이 책임의 성립과 책임의 범위에 상당한 영향을 준다는 것을 의미한다. 우선, 책임이 성립될 때, 만약 피해자가 중대한 과실이 있고, 가해자에게는 아주 작은 과실만 있을 때 이 과실 책임원칙으로부터 정신적 손해배상책임이 발생하지 않는다. 다음, 정신적 손해배상범위를 산정할 때, 책임을 상쇄하는 원칙을 적용할 수 있다. 즉 만약 피해자가 손해의 발생에 일정한 책임이 있는 경우, 행위자의 정신적 손해배상책임을 감소하거나 면책할 수 있다. 독일은 정신적 손해배상액의 확정에 있어서 행위인의 과실 정도를 고려하고 있다. 영국의 경우, 공동과실은 정신적 손해배상에 영향을 준다.

중국은 사법해석에서 이런 관점을 채택하였는데, 최고인민법원이 반포한 "정신적 손해배상 사법해석" 제11조는 "피해자가 손해사실과 손해의 후과의 발생에 과실이 있는 경우에, 그 정도에 근거하여 불법행위자의 정신적 손해배상책임을 감소하거나 면책한다." 고 규정하고 있다. 이에 따르면 과실상쇄 개념을 정신적 손해배상에도 적용할 수 있다.

셋째, 因果 관계가 있어야 한다.

인과관계라 함은 사회의 일반인의 합리적인 판단에 근거하여, 행위자가 저지른 불법행위와 피해자가 받은 손해결과 사이에 일정한 관계가 있는 경우, 혹은 피해자가 받은 손해가 행위자가 예견할 수 있었던 것이면, 행위자는 반드시 정신적 손해배상책임을 져야 한다.

제4절 정신적 손해배상청구권

정신적 손해배상청구는 피해자가 인격권 혹은 그 기타 권리를 침해받은 후에

그것에 대하여 정신적 손해배상을 청구하는 권리를 가리킨다.[51] 정신적 손해배상 청구권은 성질상에서 일종의 채권이다. 왜냐하면 정신적 손해배상은 비록 정신적 이익을 그 보호대상으로 하지만 최종적으로는 금전급부의 방식으로 전환하기에 성질상 일종의 채권이다. 하지만 이 청구권은 성질상 일반 채권과는 다르다. 정신적 손해배상청구권은 일종의 채권관계일 뿐 아니라 동시에 일종의 책임으로 표현된다. 즉 피해자가 손해를 받은 후에 가해자는 그에 상응한 책임을 져야 한다는 것이다.

중국의 경우 <정신적 손해배상 사법해석> 제1조에 따르면 "자연인은 아래의 인격권이 불법침해를 받으면 인민법원에 정신적 손해배상청구를 구할 수 있다……. 사회공공 이익과 사회공덕을 위반하고 타인의 사생활 혹은 기타 인격이익을 침해 하였을 때 피해자는 불법 행위를 이유로 인민법원에 정신적 손해배상을 청구할 수 있으며, 인민법원은 법에 근거하여 이런 소를 수리해야 한다." 라고 규정하고 있다. 이러한 규정에서 볼 때 정신적 손해청구권은 사실상 불법행위를 기초로 하고 있기 때문에 불법행위의 손해배상의 범주에 속한다. 원칙상, 위법행위는 이러한 정신적 손해배상을 구성하지 못한다.

어떤 학자는 정신적 손해배상청구권은 불법행위의 손해배상 청구권의 범주에 속하기 때문에 불법행위법에 포함하는 것이 타당하다고 본다.[52] 이러한 관점은 나름 일리가 있다. 정신적 손해배상은 주로 인격권의 손해에 대한 특유의 배상방법이다. 비록 정신적 손해배상은 광의의 손해배상 범위에 속하지만 이것은 일반적 손해배상과는 다르다. 일반적 손해배상은 양도가 가능하지만 정신적 손해배상의 목적은 재산적 손해를 배상하는 것이 아니라 정신적 손해를 배상하고 피해자의 정신적 고통에 대하여 위안하고 가해자를 제재하는 데 있기 때문에 정신적 손해배상청구권은 일반적으로 양도하지 못한다. 이런 이유 때문에 정신적 손해배상청구권은 일반적인 채권적 청구권과 다르므로, 정신적 손해배상청구권을

---

51 王利明：《人格权法研究》, 714页

52 参见崔建远：《债法总则与中国民法典的制定》, 载《清华大学学报》, 2003 (4)

인격권 특유의 청구권으로 볼 수 있다.

아래에서 정신적 손해배상청구권과 재산적 손해배상청구권을 비교하여 보자.

1. 정신적 손해배상청구권과 재산적 손해배상청구권의 비교

정신적 손해배상청구권은 전속성이 있다. 정신적 손해배상은 인격권이 침해를 받았을 때의 일종의 구제방식인데 인격권은 전속성을 갖고 있다. 그러므로 전속성을 가진 인격권의 침해로 생긴 정신적 손해배상청구권도 그 행사에 있어서 전속성을 가지는 것으로 볼 수 있다. 다른 한 방면으로 피해자의 주관적 인식이 정신적 손해의 정도에 영향을 주기에 정신적 고통은 주관성에 의해 정신적 손해배상청구권도 전속성이 있다고 볼 수 있다. 정신적 손해배상의 주요한 기능은 불량정서의 극복과 위로 등인데 이런 작용도 피해자가 금전보상에 대한 중시 정도에 따라 다르다고 볼 수 있다.[53] 그러므로 정신적 손해배상액이 확정되기 전에 정신적 손해배상청구권은 양도 할 수 없다.

2. 정신적 손해배상청구권의 주체

정신적 손해배상청구권의 주체는 주로 인격권의 침해로 인한 정신적 손해를 받은 자연인이라는 데는 이의가 없다. 하지만 각국 입법례를 살펴보면 피해자 본인만이 청구권을 행사할 수 있는 주체라는 주장과 예외적인 상황에서 피해자 이외의 간접 피해자도 이 청구권을 주장할 수도 있다는 주장이 있다.

중국의 <인신 손해배상에 관한 사법해석> 제18조에서는 “피해자 혹은 사자의 근친속이 정신손해를 입었을 경우에 배상권리인은 인민법원에 정신손해위자료(<정신손해배상의 사법해석>을 통하여 확정할 수 있다)를 청구할 수 있다.” 고

53 王利明主编：《人身损害赔偿疑难问题》, 650页

규정하고 있다. 여기서 “근친자”에 관하여 <민법통칙의 의견> 제12조에서는 “근친자”는 배우자, 부모, 자녀, 형제자매, 조부모, 외조부모, 손자녀, 외손자녀라고 규정하고 있다. 중국은 주체에 관하여 광의의 근친자 표준을 들고 있다.

각국의 입법례를 살펴보면 근친자에 관하여 협의의 표준을 들고 있는 나라들로는 영국, 미국 등이 있다. 협의의 근친자는 배우자, 부모, 자녀 등 가장 가까운 관계를 들고 있다

중국과 같이 광의의 근친자표준을 들고 있는 나라는 이탈리아, 스페인, 포르투갈 등의 나라가 있다.

(1) 법인의 경우

정신적 손해배상청구권의 주체에 관하여 법인도 포함하는가에 대하여 찬반양론이 있다. 찬성설은 법인도 정신손해가 존재하기에 법인이 인격권을 향유한다면 정신이익도 갖고 있기에 그 인격이익이 침해받았다면 그로 인한 정신적 손해배상도 응당 지지해야 한다고 보고 있고 만약 법인의 정신적 손해배상청구권을 부정한다면 그것은 법인의 인격권을 부정하는 것과 같으므로 법인의 무형의 이익이 보호를 받을 수 없다고 보고 있다.[54] 법인의 정신적 손해배상청구권을 반대하는 설은 “법인은 정신손해가 존재하지 않는다. 왜냐하면 법인은 일종의 사회의 조직이고 법률이 제정한 조직체이기에 심리 혹은 생리상의 불량한 상태를 가져올 수 없으므로 정신적 손해가 존재하지 않는다. 법인의 인격권의 침해는 재산적 손해를 초래할 뿐이다. 즉 법인인격권침해는 일종의 무형의 재산권을 가리킨다.”라고 보고 있다.[55]

저자는 정신적 손해배상은 자연인의 인신과 연관된 것이라고 보고 있기에 법

54 杨立新等：《精神损害赔偿》，20页

55 唐德华主编：《最高人民法院<关于确定民事精神损害赔偿责任若干问题的解释>的理解与适用》，13页

인은 정신적 손해청구권의 주체가 될 수 없다고 본다.

중국 <정신적 손해배상에 관한 사법해석>제1조는 "사회공공이익과 사회공덕을 위반하여 타인의 프라이버시권 혹은 인격이익을 침해하였다면 피해자는 불법행위를 이유로 인민법원에 정신손해배상을 청구할 수 있으며 인민법원은 반드시 사건을 수리해야 한다." 라고 규정하고 있다. 이 조항의 규정을 놓고 보더라도 청구권의 주체는 자연인이지 법인은 포함되지 않는다.

(2) 정신질환환자와 식물인간의 경우

만약 정신적 손해를 정신고통에만 제한한다면 식물인간과 정신 질환 환자의 경우에는 정신적손해배상청구권을 가지는가 하는 것이 문제된다. 정상적인 사람이 인격권침해로 인하여 정신질환을 가진 환자로 변했거나 혹은 식물인간이 되었을 경우에 그 본인은 이미 거대한 정신적 고통을 받았다는 것을 표시하고 이런 정신상의 고통은 반드시 법률상의 구제를 받아야 한다. 이들은 정상적인 방식으로 표현을 못할 뿐이지 이러한 고통은 분명히 존재한다. 법률은 정상적으로 표현할 수 없다는 것만으로 이런 민사주체의 권리구제 기회를 박탈하면 안 된다.[56] 다른 한 편으로 정신적 손해배상의 목적은 다중적인데 이는 피해자의 구제뿐만 아니라 가해자에 대한 제재와 징벌 등 목적도 있다. 그러므로 피해자가 고통을 느낄 수 있는가를 전제로 두지 말아야 한다. 법률이 일부분 감지능력을 상실한 피해자에 대하여서는 정신적 손해배상을 인정하면서도 완전히 의식을 상실한 피해자에 대하여 정신적 손해배상을 인정하지 않는 것은 불합리하다.[57] 그러므로 이런 정황에서는 사회의 일반관념에 의하여 정신적 손해를 인정하고 응당 배상해야 한다.

---

56 黄松有《精神损害赔偿与人格权益的司法保护》, 2001

57 张民安《因侵犯他人人身完整权而承担侵权责任》, 载《中外法学》, 2002 (6)

3. 정신적 손해배상청구권의 양도와 승계 문제

정신적 손해배상청구권은 양도 혹은 승계할 수 있는가 하는 문제에 대하여 두 가지 견해가 있다. 하나는 정신적 손해배상은 재산적 손해배상과 같이 금전배상을 원칙으로 함으로 모두 금전채권이다. 그러므로 자연적으로 양도성을 가진다. 양자는 책임구성요건에서 별다른 점이 없고 피해자의 주장이 필요하지 않으며 일단 침해가 발생하고 책임구성요건에 부합되면 청구권은 바로 성립된다. 그러므로 피해자가 권리를 포기하지 않는 이상 정신적 손해배상청구권의 양도와 계승을 허락해야 한다.[58] 다른 하나의 관점은 정신적 손해배상청구권은 양도 혹은 승계할 수 없다고 한다. 그 이유는 정신적 손해배상은 일정한 징벌성과 보상성을 갖고 있기에 이는 재산적 손해배상과는 다르다. 정신적 손해배상의 행사는 전속성을 갖고 있기 때문에 이는 양도 혹은 계승할 수 없다. 왜냐하면 정신적 손해배상은 피해자의 인신과 일치되어 존재하고 정신적 손해배상제도의 주요 기능은 극복, 위로 등인데, 이러한 기능을 발휘하려면 피해자가 금전에 관한 태도에 다를 수 있다. 즉 피해자의 금전에 대한 태도가 어떤가에 따라 금전을 통하여 위로 혹은 정신고통의 극복을 가져 왔는가 하는 것 등이 의문이다. 이러한 문제는 본인만이 알 수 있다.[59]

(1) 중국의 경우

중국 <인신손해배상사법해석> 제18조 규정에 의하면 “정신적 손해위로금의 청구권은 양도 혹은 계승할 수 없다. 하지만 배상의무인이 서면방식으로 금전배상을 승낙하거나 배상권리인이 인민법원에 기소한 것은 제외한다.” 이 조항의 규정을 보면 중국의 사법해석은 두 번째 관점을 취한 것 같다. 여기에서는 두 가

58 王利明主编：《人身损害赔偿疑难问题》, 650页
59 曾世雄：《损害赔偿原理》, 315页

지 예외 사례를 들었는데, 하나는 배상인이 서면방식으로 승낙하면 양도 혹은 계승할 수 있다고 했다. 정신적 손해배상은 비록 양도할 수 없지만 그 자체가 일종의 채권관계이기 때문에 "사적자치원칙"을 일정한 한도 내에서 적용할 수 있다. 서면상의 승낙은 사실상 의무인이 배상에 동의한 것이다. 이러한 배상은 원래의 피해자에 대한 배상일 수도 있고 양수인에 대한 배상일 수도 있다. 두 번째는 기소이다. 본 규정은 기소 후에 정신적 손해배상청구권을 양도하는 것에 대하여 비교적 관대하게 해석하고 있다. 예를 들면 사건을 수리한 법원은 관할권을 필요로 하지 않고 소송의 성질이 민사소송이든지 형사 부대 민사소송이든지 막론한다.[60] 정신적 손해배상청구권이 기소 후에 양도 혹은 승계할 수 있는 제일 중요한 원인은 첫째, 당사자가 기소하는 것은 손해배상청구권을 행사하는 것이며 이는 일종의 재산성질의 권리에 속하는데 재산권은 일반적으로 양도 혹은 계승할 수 있다. 그러므로 정신적 손해배상청구권은 기소 후에 양도 혹은 계승이 가능하다. 다른 하나는 기소 후에 배상액이 확정되지 않으면 법원이 재판을 통해서 확정해 주기 때문에 기소 후에 양도하거나 계승하여도 분쟁이 일어나지 않는다.

(2) 한국의 경우

한국은 인격권침해의 경우에 불법행위에 기한 손해배상청구권을 인정한다.

민법 제750조는 "고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다."라고 정함으로써, 불법행위에 관하여 포괄적인 일반조항을 두고 있다. 나아가 민법 제751조 제1항은 "타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상의 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다."라고 규정하고 있다. 이것은 명예를 침해하거나 정신

60 郭卫华《中国精神损害赔偿制度研究》, 武汉大学出版社, 2003, 187页

상의 고통을 가한 경우에도 민법 제750조의 불법행위가 될 수 있다는 것을 명확히 한 것이다. 불법행위는 원래 소유권 등 절대권을 보호하기 위해서 발생되고 발전된 것이지만, 절대권이 아니더라도 위 규정에 의하여 보호받아야 할 이익이 침해된 경우에는 위법성이 있는 한 불법행위에 기한 손해배상청구권이 발생할 수 있다.[61] 이로써 한국은 인격권의 침해에 대하여 손해배상청구권을 인정하고 있다고 볼 수 있다.

제5절 중국의 정신적 손해배상 제도의 발전

1. 중국의 경우

중국은 정신적 손해배상에 관한 규정은 최초로 "대청 민율 초안" 에서 제기되었다. 이 초안 총칙 중 제18조는 "인격권이 상해를 받은 자는 상해 제거의 청구권을 가진다. 법률의 특별한 규정에 한하여 손해배상 혹은 위자료청구권을 갖는다." 라고 규정하고 있다. 이 초안은 위자료라는 개념을 언급했다. 중국의 국민당 민법전 총칙 제18조도 위자료를 규정하고 있다. 또한 제195조는 "타인의 신체, 건강, 명예 혹은 자유를 불법적으로 침해한자는, 피해자가 비재산적인 손해를 입었다고 하여도 그에 상응하는 금전을 배상청구할 수 있다. 이런 청구권은 양도하거나 계승하지 못한다. 하지만 이런 금전배상의 청구권이 이미 계약의 형식으로 승낙한 경우와 그 기소 자는 그 범위에 속하지 않는다.

중화인민공화국이 성립된 후(1949년), 민사입법은 구소련 민법의 영향을 받아, 손해배상은 재산적 손해배상만 포함하고 정신적 손해배상은 포함하지 않고 있었다. 민법학계도 정신적 손해배상은 인격권을 상품처럼 보기 때문에 이는 사회주의 법률의 기본원칙에 부합되지 않는다고 보고 있었다. 그 당시의 권위 있는 교

---

61 김재형, 언론과 인격권, 박영사, 238-239면

과서는 “오직 자산계급만이 감정상의 고통을 금전으로 치료한다고 보며, 상품처럼 금전으로 대체할 수 있다. 사회주의국가에서는 사람이 사회에서 제일 귀중한 재부라고 보고 있으며 인간의 생명, 건강은 돈으로 평가할 수 없다. 그러므로 인신 상해를 받았을 경우에 오직 재산상의 손실이 있을 경우에만 행위자는 배상책임을 지고, 만약 인신 상해에 재산상의 손실이 없으면 법률의 제재를 받고 민사책임을 지지 않는다.”[62] <민법통칙>이 반포되기 전에 사법계통에서도 대부분 정신적 손해배상책임이라는 개념을 받아들이지 않았다.

1986년의 “민법통칙”은 처음으로 인신권에 대하여 규정하였으며, 인신 권에 대하여 특수한 보호를 규정하였다. “민법통칙” 제120조는 “공민의 성명권, 초상권, 명예권, 영예권은 침해를 받았을 경우에, 침해 저지를 요구할 청구권, 명예회복, 영향의 제거 사과 및 손해배상을 요구할 수 있다. 법인의 명칭권, 명예권, 영예권이 침해를 받았을 경우에, 앞의 조항을 적용할 수 있다.”고 규정하고 있다. 여기에서 제기한 손해배상을 어떻게 이해하겠는가에 관해 중국 학계에서는 논쟁이 있었다.[63] 하지만 통설은 정신적 손해배상을 포함한다고 인정하고 있다. 그러므로 이 조항이 규정한 내용은 정신적 손해배상에 법률적 근거를 제공하고 있다. 하지만 “민법통칙”은 정신적 손해배상에 관하여 상세한 규정을 두고 있지 않고, 물질성 인격권을 침해하였을 경우에 정신적 손해배상에 관하여도 규정하고 있지 않다. 이것은 “민법통칙”이 정신적 손해배상의 규정에서 아직도 많은 부분 개선이 필요하다는 것을 의미한다.[64]

“민법통칙”이 반포된 후, 중국의 사법 실무는 인격권의 침해에 관하여 정신적 손해배상을 인정하기 시작했다. 최고인민법원이 “민법통칙실시의견”을 반포하였는데, 이 사법해석 제150조는 “공민의 성명권, 초상권, 명예권, 영예권과

---

62 中央政法管理干部学院民法教研室编著：《中华人民共和国民法基本问题》，339页，北京，法律出版社，1958. 转引自于敏：《我国现行法规定与精神损害赔偿》，梁慧星主编：《民商法论丛》第9卷，232页

63 余延满《我国民法通则并未规定精神损害赔偿制度》， 载《法学评论》1994 (4)

64 杨立新《社会经济发展与人身权民法保护》

법인의 명칭권, 명예권, 영예권이 침해를 받았을 경우에, 공민 혹은 법인은 손해배상을 청구하면, 인민법원은 그 침해인의 과실정도, 침해행위의 구체사항, 후과와 영향에 근거하여 손해배상을 확인할 수 있다”고 규정하고 있다. 이것은 실제상 정신적 손해배상원칙을 확인한 것이다. 또한 “도로 교통사고 처리방법” 중, 피해자가 사망한 경우에, 사망보상비라는 구제가 있다. “민법통칙”이 생명건강권의 구제수단에 정신손해배상규정을 두지 않은 것으로 보아, 위의 “도로 교통사고 처리방법” 은 실질상 인신 상해에 정신적 손해배상구제 방법을 열어준 선례라고 볼 수 있다. “소비자권익보호법” 제41조의 규정에 따르면 “경영자가 제공한 상품 혹은 서비스로 하여 소비자 혹은 기타 피해자가 상해를 입었을 때, 경영자는 의료비용, 치료기간의 호리비용, 일을 못한 수입의 감소 비용, 불가가 된 경우에는 장애인 생활보조구비용, 생활보조비, 장애배상금 및 그 부양인이 생활하는데 필요한 비용을 지불하여야 하며, 범죄가 구성 되었을 경우에는 법에 따라 형사책임도 진다.” 이 조문은 장애배상금이 일부 법원판결에서 인신 상해의 경우에 정신적 손해배상의 근거로 된다. 2001년 최고인민법원이 반포한 “정신적 손해배상에 관한 사법해석”이 중국의 인격권 법제건설의 중요한 기념비적 역할을 한다. 이 사법해석은 정신손해배상의 범위, 표준, 정신적 손해배상이 인격권의 침해에 적용할 뿐만 아니라, 일반적 인격이익, 신분권, 인격 상징 의의를 가지는 특정기념품의 침해 등에도 적용됨으로써, 정신적 손해배상의 범위를 확대하였다. 정신적 손해배상이 인격권의 보호와 연관되고, 인격권은 또한 공민의 기본 권리이기 때문에 정신적 손해배상과 관련된 규정은 반드시 중국미래의 민법전 중에서도 확정하고 완선하여야 한다.

2. 한국의 경우

대한민국은 불법행위에 관하여 피해자에게 손해배상청구권을 인정하면서(민법

제750조) 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다(민법 제751조 제1항). 나아가 불법행위로 인한 직접적 피해자가 아닌 일정한 친족에게도 위자료 청구권이 인정되는 것으로 규정하고 있다(민법 제752조). 민법 제750조에 규정된 불법행위로 인한 손해에는 재산적 손해 외에 정신적 손해가 당연히 포함되며, 민법 제750조는 이를 주의적으로 규정한 것이라고 보는 것이 통상의 견해이다.[65]

제6절 정신적 손해배상의 적용범위

정신적 손해배상은 주로 인격권침해 사건에 적용된다.

각국은 정신적 손해배상적용 범위에서 입법에서 3가지의 방식을 취하고 있다. 첫 번째는 개괄주의이다. 이러한 방식은 법률상에서 정신적 손해배상의 구체적 범위를 열거하지 않고 법률상에서 개괄적, 추상적인 규정을 두는 것이다. 예를 들면 <프랑스민법전> 제1382조는 손해에 재산적 손해와 정신적 손해를 포함하고 있다고 하고 있다. 그러므로 법관은 직접 이 조항을 인용하여 정신적 손해배상을 판결할 수 있다. 두 번째는 열거주의이다. 이러한 방식은 구체적인 정신적 손해배상의 적용범위를 법률상에서 명확하게 규정하고 있다. 예를 들면 <독일민법전> 제253조는 이런 입법 방식을 취하고 있다. 세 번째는 절충주의이다. 이는 추상적인 개괄과 구체적인 열거 두 가지 방식을 취하고 있는데 스위스민법이 이런 방식을 취하고 있다.[66] 위에서 설명한 세 가지 방식 모두 다 각각의 특징이 있지만 개괄주의는 너무 원칙적이고 추상적이어서 법관이 과도한 자유 재량권을 행사할 수 있다는 단점이 있고 열거주의 방식은 인격이익의 보호범위를 제한하는 단점이 있어 새로운 인격이익이 침해 받은 후에 피해자가 구제받기 어려움이 발

---

65 곽윤직, 채권각론, 제6판, 박영사, 2003, 452면
66 曾世雄：《损害赔偿法原理》, 325~326页

생할 수 있다. 이러한 이유 때문에 독일법원은 판례 중에서 일반적 인격권이라는 개념을 도출하여 정신적 손해배상의 적용범위를 넓혔다.[67]

중국은 <민법통칙>을 반포한 후 중국의 인격권법 중에 정신적 손해배상제도를 확립하였다. 최근 20년 이래 불법행위 사건이 계속 증가됨에 따라 정신적 손해배상의 적용범위도 계속 확대되고 있다. 비록 <정신적 손해배상 사법해석>은 정신적 손해배상의 범위를 확장하는 추세를 보이지만 이는 일정한 제한이 필요하다. 그 이유는 정신적 손해배상 자체가 일정 정도의 불확정성을 가지고 있는데 과도한 보호범위의 확장은 법관의 자유 재량권을 과도하게 확장할 수 있을 뿐만 아니라 피해자가 고액의 정신적 손해배상을 목적으로 소송을 남용할 수 있으므로 이는 사법자원을 낭비할 수도 있기 때문이다. 이에 대비해 중국 학계에서는 정신적 손해배상의 적용에 대하여 엄격한 제한을 두어야 한다는 목소리가 높다.

제7절 정신적 손해배상금액의 제한과 계산

정신적 손해배상액은 일정한 제한을 받아야 한다. 정신적 손해배상액의 제한에 관하여 이론상에서는 다른 관점이 있다. 하지만 주요한 국가의 입법과 학설에 따르면 대다수의 학자들은 정신적 손해배상액의 적당한 제한을 주장한다. 그 주요한 이유는 법관의 재량권 제한을 통한 법률의 확정성과 온정성에 있다. 정신적 손해는 재산적 손해와 달리 명확한 시장가격의 표준이 없다. 그러므로 자체가 불확정성을 갖고 있으며 완전한 객관화를 이룰 수 없다. 특히 정신적 손해는 일정한 주관성을 띄고 있기에 당사자의 주관적 감정에 관한 증명책임은 매우 어렵다. 그러므로 曾世雄교수는 정신적 손해배상은 주관화가 너무 뚜렷하여 불확정성과 객관적 표준이 없음이 특징이라고 한다.[68] 이러한 특징이 정신적 손해배상액의 확정 중에서 법관의 자유 재량권의 공간이 확대된다. 그러므로 정신적

---

67 曾世雄：《损害赔偿法原理》, 325~326页
68 曾世雄：《损害赔偿原理》, 409~410页

손해배상액에 대한 제한은 사실상 법관의 자유 재량권에 대한 제한이다.

정신적 손해배상액 제한과 계산에 관하여 각국판례와 학설은 몇 가지 다른 방식을 취하고 있다.

하나는 배상금액 제한이다. 이 관점은 정신적 손해배상액에 관하여 최고액과 최저액을 설정할 필요성이 있다고 보고 있다. 예를 들면 <멕시코민법전> 제2116조의 규정은 "만약 불법행위자가 고의로 피해자의 감정을 침해할 목적으로 타인에 대한 재산적 침해를 하였으면 그 재산소유권자의 감정상의 가치손실을 배상해야 하며, 이는 시장가치의 3분의1까지 배상하는 것이 가능하다." 라고 규정하고 있다. 또한 <에티오피아민법전>규정에 의하면 "무형손해의 금전배상은 1000원(450불)을 초과하면 아니 된다." 라고 한다. 콜롬비아는 2000피소를 초과하면 아니 된다고 규정하고 있다.[69]

다른 하나는 법관의 재량권에 따라 각개 사건을 상황에 따라 판결하는 방식이다. 예를 들면 <스위스민법전>제47조의 규정에 의하면 "상해 혹은 사망한 사건에 대하여 법원은 현실상황을 고려하여 피해자와 피해자가족에게 상당한 액수의 배상을 명할 것을" 규정하고 있다. 이는 대다수 나라가 사용하는 방법이다.

나머지 하나는 정액배상설이다. 이 관점은 정신적 손해배상을 유형화하여 다른 정신적 손해에 대하여 다른 배상금액을 확정하는 것이다. 예를 들면 어떤 학자들은 정신적 손해가 발생하였을 때 표격식의 개관적인 계산방법을 채용할 수 있다고 본다. 예를 들면 신체부위, 엄중정도, 피해자가 상해받기 전의 사회적 지위, 생활방식 등을 배상금액계산의 표준으로 삼는 것이다.[70] 예를 들면, 어떤 학자들은 피해자가 정신적 손해를 입었을 경우에 표격화의 형식으로 객관적으로 정신적 손해배상액을 산정할 수 있다고 한다. 즉 신체의 상해부위, 엄중정도, 피해자의 상해전의 사회적 지위, 생활방식 등을 배상금액의 산정 표준으로 하여 정신적 손해배상의 임의성을 방지한다고 보는 견해가 있다. 이런 이론의 실제

---

69 <에티오피아민법전> 제2116조 제3항 ; 1936년<콜롬비아 형법전> 제95조

70 陈忠五：《法国侵权责任法上损害之概念》，载 台湾《法律评论》，第34卷 第4期。

중국의 판결에서 일정한 영향을 주고 있다.

위의 몇 가지 이론은 일정한 합리성을 갖고 있긴 하지만 또한 결함도 존재한다. 위에서 서술한 정액배상설의 경우에는 정신적 손해배상 자체가 매우 강한 주관적 판단과 개인의 차이성에 따라 피해자가 정신적 고통에 대한 감수의 정도가 상이하기 때문이다. 그러므로 이런 정액배상설의 경우에는 개인의 차이를 고려하지 못할 수 있다. 특히 정신적 손해배상은 매우 강한 조절 기능을 갖고 있기에 이는 가해자의 배상능력 등 요소를 고려하여 배상금액을 조절함으로써 보다 공평하고 정의롭게 판결할 수 있어야 한다. 배상금액의 제한설은 중국의 몇 개 지방의 경우에 지방규제로 정하고 정신적 손해배상액을 규정하고 있다. 중국의 중경시(重庆市) 는 "공민의 성명권, 초상권, 명예권, 영예권이 불법행위의 침해를 받은 경우에는 정신적 손해배상의 금액이 1000위안을 초과하면 아니 된다. 침해의 정도가 심하고, 후과가 엄중할 경우에는 1000위안에서 5000위안의 배상금을 받을 수 있다." 라고 규정하고 있다. 하지만 이런 규정의 경우에는 그 합리성에 대한 의심은 존재한다.

중국의 최고 인민법원의 <정신적 손해배상에 관한 사법해석>에서는 사실상 정신적 손해배상액에 대하여 제한적인 규정을 하지 않았다. 제한을 규정하지 않은 이유는 아래의 몇 가지가 있다. 첫째, 중국의 각 지역의 경제 발전은 매우 불균형 하고 각 지방의 수익의 차이 정도는 아주 심하기에 통일적인 표준을 취하기는 매우 어렵다. 또한 중국은 각 지방마다 문화차이가 크고 정신적 손해배상의 유형은 매우 다른 양상을 보여 준다. 예를 들면 경제가 발달한 지방일 경우에는 유명인의 초상권을 이용한 침해사건이 많고 경제발전이 더딘 지방인 경우에는 이런 사건이 상대적으로 적다. 그러므로 통일적인 표준을 규정 하는 것은 매우 어려운 일이다. 둘째는, 제한적인 배상액을 채택할 경우에는 하나의 금액적인 표준이 있어야 하는데 앞에서 말하였다시피 경제의 발전 차이 때문에 통일할 수가 없다. 또한 중국의 경우에는 각 지역의 발전 속도도 매우 빨라서 수시로 금액을

수정해야 하는 상황이 벌어질 것이고 이는 법률의 안정성과 예측가능성을 파괴한다.

제5장 결론

앞서 인격권의 일반론을 살펴봄으로써 현재 중국의 민법전 제정과정에서 인격권법을 독립적인 편으로 구성함에 있어서 인격권 이론 기초를 튼튼히 해야 한다. 현재 중국의 경제와 과학기술의 발전은 앞으로 중국인민의 정신문명의 의식제고로 이어지며 이로 인해 인민은 앞으로 더 많은 인격권의 내용을 바랄 것이므로 인격권법을 제정할 때 다른 나라의 입법례도 많이 참조하고 또한 중국의 실정에 맞는 인격권법 내용을 제정해야 한다.

본 논문에서는 인격권 침해에 의한 손해배상에 대하여 주로 연구하였다. 손해배상을 주로 물질적 손해배상과 정신적 손해배상으로 구분하여서 논의 하였다. 물질적 손해배상액을 결정함에 있어서 주로 이익평형의 원칙을 채택하고 피해자의 손해뿐만이 아니라 침해자의 이익도 함께 고려하며 또 개별 사건에서 배상금액이 과도한 것을 방지하기 위하여 침해자가 수인할 수 있는 액수로 정하는 것이 집행에도 용이하고 피해자의 심신을 위로 할 수 있다.

정신적 손해배상에 관하여는 정신적 손해배상의 주체에 관하여 위에서 서술한 것처럼 주체를 고통을 느낄 수 있는 사람에만 한정하지 말고 특수 사건에 관해서는 사회의 일반관념에 의하여 정신적 손해배상의 주체를 인정하여야 한다. 또한 정신적 손해배상액에 관하여 중국은 각 지방마다 경제발전이 확연히 다른 특수성을 고려하여 현지 실정에 맞게 배상액을 책정하며 인민법원에서 심판하는 법관들이 일정한 공식을 갖추고 인민이 부여한 재판권을 행사하여야 한다.

중국은 현재 법률에 대한 완선화(完善化) 과정에 있으므로 앞으로 많은 실무중에서 보다 완벽한 법률이론을 제정하고 각국의 우수한 법률이론을 받아 들여 중국이 진정한 법치국가로 거듭하길 바라는 바이다.

[参考文獻]

1. 중국문헌

王利明著, 《人格权法研究》,中国人民大学出版社 ,2005

陈民, 《论人格权》 载台湾 《法律评论》, 第28卷 第8期, 第9期

童之伟, 《宪法司法适用研究中的几个问题》 载 《法学》, (2001.11)

王磊 ,《宪法实施的新探索-----齐玉苓案的几个宪法问题》 载 《中国社会科学》 2003 (2)

张俊浩 ,《民法学原理》, 中国政法大学出版社, 1997

杨立新, 《人身权法论》法律出版社 2011年10出版

屈茂辉等,《论人格权法的基本原则》 载 《云南大学学报(法律版)》,(2003 .2)

王利明主编,《人身损害赔偿疑难问题》北京, 中国社会科学出版社 ,2004

沈晓明,《完善我国现行精神损害赔偿制度的若干构思》, 载《法律适用》, (2004 .5)

周利明, 《论法人的精神损害赔偿》, 载《政法论坛》,(2002 .3)

张用江 ,《也谈精神损害赔偿的范围》, 载 《法学研究》, (1989 .3)

中央政法管理干部学院民法教研室编著, 《中华人民共和国民法基本问题》 , 北京, 法律出版社,1958. 转引自于敏 :《我国现行法规定与精神损害赔偿》

梁慧星主编, 《民商法论丛》第9卷,

余延满,《我国民法通则并未规定精神损害赔偿制度》, 载《法学评论》(1994 .4)

杨立新,《社会经济发展与人身权民法保护》

曾世雄,《损害赔偿原理》, 中国政法大学出版社, 2010.10

童之伟,《宪法司法适用研究中的几个问题》 载 《法学》 (2001.11)

屈茂辉等,《论人格权法的基本原则》,载 《云南大学学报(法律版)》2003 (2)

尹田,《论法人人格权》, 载 《法学研究》 2004

庞德, 《法理学》, 第3卷,

沈宗灵,《现代西方法理学》, 北京大学出版社,

苏力,《“秋菊打官司”的官司，邱氏鼠药案和言论自由》，载《法学研究》,(1995.5）
叶红耘,《新闻自由权侵犯隐私权的法理评析》，载《法学》，(2004 .3）
刘作祥,《权利冲突的几个理论问题》，载《法学》，(2002.2）
薛小建,《言论自由与名誉权，公正审判权之冲突》，载《政治与法律》(2004.2）
梁慧星,《民商法论丛》 第8卷
黄茂荣,《一般人格权及其保护》，载台湾 《植根杂志》，第14卷 第10期 °
姚辉,《民法上的“停止侵害请求权”-从两个日本判列看人格权保护》，载《检察日报》，2002-06-25
陈民,《论人格权（续）》，载台湾《法律评论》，第28卷 第9期 °
王军,《侵权损害赔偿制度比较研究》 法律出版社 2011年
张用江,《也谈精神损害赔偿的范围》，载 《法学研究》，(1989.3）
于敏,《我国现行法规定与精神损害赔偿》 ，
梁慧星主编, 《民商法论丛》第9卷，
陈忠五,《法国侵权责任法上损害之概念》，载 台湾《法律评论》，第34卷 第4期
沈晓明：《完善我国现行精神损害赔偿制度的若干构想》，载《法律适用》 ，2004

2. 한국문헌

곽윤직・김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013
곽윤직, 채권각론, 제6판, 박영사, 2003
김재형, 언론과 인격권, 박영사, 2012
김재형, “인격권에 관한 입법제안”, 민사법학 제57호(2011. 12)

Abstract

Compensation for Infringement of Personal Rights in China

JIN, YU
The Law Department
The Graduate School
Seoul National University

Personal rights were created and developed as a new type of civil rights at the end of the nineteenth century. Even though these rights are a relatively new concept, they are at the center of attention of legislature and judiciary in many countries. Especially in China, attention to and demand for cognitive civilization are gaining momentum as the standard of living continues to improve, and, therefore, protection of personal rights has become an important issue.

Many in China assert that law on personal rights should be constructed as a sui generis category. Since award of damages, among other remedies for infringement of personal rights, can be a relatively effective remedy for victims in the civil law regime, the moral dignity and value of a victim whose personal rights have been infringed can be safeguarded and comforted by means of monetary damages.

China is legislating a civil code at present and setting up a complete personal rights system is critical for such legislative endeavors. In this context, this study aims to probe personal rights under current Chinese law. In so doing, the concept, nature, traits of personal rights under the existing Chinese law will also be discussed. Furthermore, this study will

probe the mechanism of compensation for infringement of personal rights with a specific focus on non-economic compensation.

Damages for infringement of personal rights is mainly divided into economic compensation and non-economic compensation such as pain and suffering. When deciding the quantum of economic compensation in a given case, the principle of balancing interests should be kept in mind, and not only damages to the victim but benefits to the perpetrator should be considered at the same time. Further, with a view to preventing excessive compensation in individual cases, the amount of compensation should be set at a reasonable level so as to facilitate the administration of justice and to comfort the victim.

When it comes to non-economic compensation, the subject of such compensation should not be limited to those who have actually suffered pain and loss, but, at least in special cases, be extended in accordance with the general norms of society. Furthermore, it would be imperative to decide realistic levels of non-economic compensation for each jurisdiction in China by considering differing progress of economic progress therein, so that judges at the People's Court can be cognizant of such scheme and exercise thereby appropriate judicial authority.

Key words: Personal rights, infringement of personal rights, economic compensation, non-economic compensation, principle of balancing interests, subject of personal rights.

Student Number : 2010-22864