

人格權侵害의 救濟手段에 대한 法制史的 考察*

李 昌 鉉**

목 차

- I. 서 론
- II. 로마법계수시까지의 논의
 - 1. 서설
 - 2. 초기 로마법의 논의
 - 3. 고전기부터 로마법계수시까지의 논의
 - 4. 작센법권에서의 논의
 - 5. 프랑크법권에서의 논의
- III. 로마법의 현대적 관용(Usus modernus)시대에서의 논의
 - 1. 서설
 - 2. 불법행위법의 탈형벌화
 - 3. 아쿠일리우스 소권
 - 4. 비재산적 손해와 인격권의 침해
- IV. 포괄적 대법전에서의 규율
 - 1. 서설
 - 2. 막시밀리안 바바리안 민법전(Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis: CMBC)
 - 3. 프로이센 일반란트법
 - 4. 프랑스 민법
 - 5. 오스트리아 민법
 - 6. 작센 민법
- V. 후기 보통법학 시대의 논의
 - 1. 서설
 - 2. 재산적 손해의 배상
 - 3. 비재산적 손해의 배상
- VI. 결 론

* 이 연구는 서강대학교 교내연구비(과제번호: 201010030.01)의 지원에 의하여 수행된 것임.

** 서강대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사, 변호사.

I. 서 론

인격권의 침해에 대한 사후적 구제수단으로 현행법상 고려되는 것은 손해배상과 원상회복처분이 있다. 전자의 경우에는 재산적 손해의 배상 뿐만 아니라 비재산적 손해의 배상인 위자료도 포함된다. 후자의 경우로는 민법 제764조에 의한 원상회복처분으로 명예훼손에 관한 민·형사판결의 내용을 신문 등에 게재하여 광고하는 방법과 명예훼손적 주장을 취소 또는 정정한다는 내용을 신문 등에 게재하여 광고하는 방법이 있고, 언론중재 및 피해구제에 관한 법률에 따라 정정보도, 반론보도 그리고 추후보도를 청구할 수 있고, 더 나아가 인터넷상의 전자게시판에 의하여 인격권을 침해당한 피해자는 정보통신서비스 제공자에게 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있다. 그렇다면 인격권의 침해에 대한 구제수단은 어떠한 역사적 변천을 거쳐 현재에 이르게 되었는가를 살펴보는 작업은 현재의 관점에서 인격권의 침해에 대한 구제수단의 실제적 운용에 대한 의미있는 시사를 줄 것이다. 특히 최근의 판결례에 의하면 명예훼손으로 인한 위자료의 고액화 경향이 눈에 띄게 두드러지는바, 이러한 고액화 경향은 손해배상의 주된 기능인 전보기능과 합치될 수 있는가라는 의문이 제기된다. 이러한 의문을 정확하게 해결하기 위하여는 인격권이 어떠한 양상을 통하여 역사적으로 전개되어 왔으며, 당시의 사회는 인격권의 침해에 대하여 어떠한 구제수단을 부여하였는가를 면밀하게 추적하는 작업이 요망되는 것이다. 그리하여 본고에서는 인격권의 침해에 대한 구제수단을 법제사적 관점에서 고찰하기로 하되, 그 범위는 로마법에서부터 19세기 후반까지의 논의로 한정하기로 한다. 법제사적 고찰은 로마법 계수시까지의 논의(Ⅱ), 로마법의 현대적 관용시대의 논의(Ⅲ), 포괄적 대법전에서의 규율(Ⅳ), 후기 보통법학 시대의 논의(Ⅴ)로 나누어 진행하기로 한다. 본고에서 인격권이라 함은 협의의 인격권 뿐만 아니라 상해, 자유권의 침해, 성적 자기결정권의 침해를 포함하는 광의의 개념으로 사용하고자 한다.

II. 로마법계수시까지의 논의

1. 서설

로마법계수시까지의 인격권침해에 대한 구제수단을 구체적으로 살펴보기 전에 로마법학의 역사적 전개과정을 간략하게 살펴보는 것이 필요하다.

로마의 법학은 12표법(*lex duodecim tabularum*)의 운용을 중심으로 하여 발전하기 시작하였고, 로마의 평화시기(*pax Romana*, 1-2세기)에 고전기를 맞게 된다.¹⁾ 특히 파울루스와 울피아누스에 의하여 고전법학이 집대성되었다. 초기의 로마법학은 전문실무법학으로서 법의 역사, 철학적 기초 또는 법의 사회학적 규명 등에는 관심을 보이지 아니하였다.²⁾ 로마법은 고전기를 지나 3-4세기를 거치면서 화폐경제의 퇴조, 정치적 사회적 동요 등으로 말미암아 개인주의적·자유주의적 색채를 잃고 법학의 수준이 크게 낮아졌다. 특히 로마법대전(*Corpus iuris civilis*)³⁾의 완성으로 로마법의 발전은 실질적으로 막을 내리게 되었다.⁴⁾

후대의 로마법에 대한 연구는 11-12세기의 주석학과(*Glossatoren*)로 거슬러 올라간다. 이탈리아 중부의 볼로냐를 중심으로 시작된 주석학파는 로마법대전을 학문적으로 연구하였으나, 조문의 해석에 머물렀다는 한계가 있다. 이에 반하여 주해학과(*Konsiliatoren*)는 주석학과와는 달리 원전에 구속되지 아니하고, 개별분야에 대한 심도있는 저작물이 나오기 시작하였다. 특히 이 시기에 법률 문제에 대한 학자의 감정서(*consilium*)가 자주 작성되었다.⁵⁾ 유럽대륙의 경우에 15세기 이후에 본격적으로 로마법의 계수(*Rezeption*)가 진행되어 로마법은 유럽의 보통법(*ius commune*)으로 되었고, 20세기초까지 보충적 현행법의 지위를 누렸다.⁶⁾

1) 최병조, 로마법강의, 1999, 7면.

2) 최병조(진주), 7면.

3) 로마법대전은 법학교과서인 법학제요(*Institutiones*), 고전기 법률가들의 저술을 모아서 편찬한 학설휘찬(*Digesta*), 하드리아누스 황제 이후 칙법을 모은 칙법휘찬(*Codes*)과 나중에 개인이 편찬한 유스티니아누스 황제의 칙법모음인 신칙법(*Novellae*)을 통칭하는 후대의 명칭이다(최병조(주 1), 6면).

4) 최병조(주 1), 11면.

5) Hausmaninger/Selb, *Römisches Privatrecht*, 8. Aufl. 1997, S. 107.

6) 최병조(주 1), 13면.

2. 초기 로마법의 논의

(1) 서설

기원전 450년경 로마에서는 법전제정십인관(decemviri legibus scribundis)에 의한 포괄적인 입법이 존재하였는데, 이는 12개의 표에 의하여 공시되었기 때문에 12표법으로 불리운다.⁷⁾ 12표법은 주로 사법규범을 포함하였고, 거기에는 사적 권리분쟁과 집행에 관한 상세한 규율이 담겨 있었다. 특히 친족법과 상속 법외에도 불법행위(상해, 절도, 재물손괴)와 부동산관계(상린관계법, 경계획정의 소권)가 규율되었다.

(2) 제12표법의 주요내용

고의에 의한 인격권의 침해에 대하여 12표법은 4가지의 유형을 담고 있다.⁸⁾ 첫째, 타인에게 주술을 거는 경우에 사형에 처하였다. 둘째, 사지절단의 경우에는 피해자와 합의가 이루어지지 않으면 동해보복(talio)을 당하였다. 셋째, 골절상을 입은 경우에는 자유인의 경우에는 300 As, 노예의 경우에는 150 As의 속죄금(Buße)가 부과된다. 넷째, 기타 경미한 상해의 경우에는 일률적으로 25 As가 부과되었다.

(3) 법무관에 의한 속죄금결정

속죄금지급의 합의는 피해자의 과도한 배상금요구에 의하여 실질적으로 달성되기 어려웠고, 정액 속죄금은 화폐가치의 하락으로 불충분한 것으로 되자, 법무관은 동해보복을 방지하기 위한 적절한 속죄금을 결정하기에 이르렀다.⁹⁾

7) 崔秉祚, “十二表法(對譯)”, 서울대학교 法學 제32권 1·2호(1991), 157면.

8) Hausmaninger/Selb(주 5), S. 362.

9) Hausmaninger/Selb(주 5), S. 363.

(4) 아쿠일리우스 소권

아쿠일리우스 소권은 기원전 3세기의 아쿠일리우스법에 의하여 인정된 소권으로 재산적 손해의 배상을 그 내용으로 하였다.¹⁰⁾ 동 소권의 적용유형은 다음과 같다. 첫째, 노예나 네발달린 군서동물을 살해한 경우이다. 둘째, 방화나 파괴를 통하여 재산적 법익을 침해한 경우이다. 두 번째 유형에 노예에 부상을 입히거나 다른 가축을 죽이는 경우가 포함된다.

3. 고전기부터 로마법계수시까지의 논의

(1) 서설

고전기 로마법에 의하면 국가에 의한 형벌권의 행사는 특히 중요한 범죄로 한정되고, 기타 범죄에 대한 처벌여부는 피해자와 그 가족에게 유보되었다.¹¹⁾ 피해자와 그 유족의 구제수단은 오로지 형벌적 성격을 지닌 속죄금을 구하는 소(절도소권: *actio furti*), 오로지 전보적 성격을 지닌 물건의 반환청구의 소(*rei vindicatio*) 그리고 형벌적 성격과 전보적 성격을 겸유하는 구제수단으로 나뉜다.¹²⁾ 특히 인격적 법익의 침해에 대한 구제수단으로는 인격침해소권(*actio iniuriarum*)과 아쿠일리우스소권(*actio legis Aquiliae*)이 있다.

(2) 아쿠일리우스 소권

1) 적용범위

아쿠일리우스 소권의 적용범위가 지속적으로 확장되어 고전기에는 거의 모

10) Ebert, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004, S. 35; Kaser, Römisches Privatrecht II, 2. Aufl. 1975, S. 438.

11) Ebert(전주), S. 34; Kaser, Römisches Privatrecht, I, 2. Aufl. 1971, S. 609; Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899, S. 59ff.

12) Ebert(주 10), S. 34-35.

든 형태의 물건, 동물 그리고 비자유인에 대한 침해가 포섭되었다.¹³⁾ 다만 자유인의 신체는 금전으로 환산될 수 없다는 원칙이 적용되어 자유인의 신체침해는 동 소권의 적용범위에 들지 않는다.¹⁴⁾

또한 아쿠일리우스 소권은 과실에 의한 침해의 경우에도 인정된다는 점에서 매우 중요하다.¹⁵⁾ 왜냐하면 인격침해소권은 고의의 경우에만 인정되기 때문이다.

더 나아가 간접적으로 재산적 법익의 침해를 가져오는 경우에도 법무관에 의하여 동 소권의 적용범위가 되었는바, 이는 준 아쿠일리우스 소권(actiones utiles) 또는 사실상의 아쿠일리우스 소권(actiones in factum)으로 불리운다.¹⁶⁾

2) 법적 성격

아쿠일리우스 소권이 주로 손해의 전보를 목적으로 하였으나,¹⁷⁾ 징벌적 요소도 내포하고 있었다.¹⁸⁾ 즉 원고의 청구를 다투는 피고의 주장이 받아들여지지 않은 경우에는 손해배상액이 2배로 가중되는 것(Litiskreszenz)과 특정기간중의 최고시가를 손해배상액으로 삼는 것이 그러하다.¹⁹⁾

(3) 인격침해소권

1) 인격침해소권의 의의

인격침해소권은 재산상 손해가 발생하지 않는 명예훼손과 상해에 대한 구제수단을 부여하고, 제재적 기능을 수행한다는 점에서 커다란 의미를 가진다.²⁰⁾ 다만 인격침해소권은 악의 요건과 중대성 요건을 갖추어야 한다는 점에서 상당

13) Ebert(주 10), S. 35; Kaser(주 11), S. 620.

14) Hausmaninger/Selb(주 5), S. 363.

15) Ebert(주 10), S. 36.

16) Kaser(주 11), S. 621.

17) v. Tuhr, Zur Schätzung des Schadens in der Lex Aquilia, 1892, S. 4; Hausmaninger, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 1976, S. 34.

18) Ebert(주 10), S. 36f.; Hausmaninger(전주), S. 34f.

19) Ebert(주 10), S. 37; Hausmaninger(주 17), S. 35; Kaser(주 11), S. 438.

20) Ebert(주 10), S. 37.

히 제한적인 구제수단이었다.²¹⁾

2) 인격침해소권의 전개

인격침해소권은 초기에 신체에 대한 상해와 가권의 침해(가정평화의 파괴, 노예나 家子에 대한 상해)로 한정되었으나, 고전기에는 말이나 행위에 의하여 타인의 인격을 의도적으로 무시하는 모든 유형을 포함하게 되었다.²²⁾ 특히 자유권을 침해하는 행위도 인격침해에 포함되었다.²³⁾ 다만 후기에는 상해에 대한 형사처벌이 증가함에 따라 인격침해소권의 의미는 상해에 대한 책임추궁에서 명예훼손행위에 대한 책임추궁으로 이전되었다.²⁴⁾ 왜냐하면 피해자에게 가해자에 대한 사적 형벌 또는 공적 형벌에 관한 선택권이 주어졌기 때문이다.

3) 속죄금지급의무

인격침해소권에 의한 속죄금은 상해의 중대성에 따라 다르게 정해진다.²⁵⁾ 즉 사지절단과 같은 중한 상해의 경우에는 피해자가 속죄금을 정하며, 보통상해의 경우에는 속죄금표에 따라 속죄금이 정해지며, 경미한 상해의 경우에는 일률적인 금액이 부과되었다.²⁶⁾

4) 법적 성격

인격침해소권이 형벌적 성격이 강하다는 것은 다음에서 알 수 있다.

첫째, 인격침해소권은 일신전속적 성격과 제재적 요소 때문에 소송계류전에는 피해자의 상속인은 가해자에게 소를 제기할 수 없고, 피해자는 가해자의 상

21) 諸哲雄, “민사법에 의한 인격보호의 역사적 전개: 특히 독일법을 중심으로”, 법학논문집 제24집 제1호(중앙대학교 법학연구소. 2000. 2.), 254면; Hermann, Der Schutz der Persönlichkeit in der Rechtslehre des 16. bis 18. Jahrhunderts, 1968, S. 13.

22) Ebert(주 10), S. 38-39; Kaser(주 11), S. 623f.

23) Walter, Geschichte des Anspruchs auf Schmerzensgeld, 2004, S. 71.

24) Ebert(주 10), S. 39.

25) Ebert(주 10), S. 38.

26) Ebert(주 10), S. 38.

속인에게 소를 제기할 수 없다.²⁷⁾

둘째, 인격침해소권에 기하여 판결을 받은 가해자에게는 모든 공직에의 기회가 박탈되고, 법적 보호의 현저한 제한이 있는 ‘불명예(Infamie)’가 뒤따른다.²⁸⁾

5) 소결

인격침해소권의 형벌적 성격이 후기로 가면서 점차 약화되기는 하였으나, 여전히 형벌적 성격이 유지되었다.²⁹⁾

4. 작센법권에서의 논의

(1) 초기의 구제수단

중세 작센 손해배상법에서는 15세기까지 일률적인 금액의 속죄금이 인정되었다.³⁰⁾ 이는 손해의 전보를 목적으로 하지 않고, 징벌적 요소가 전면으로 대두하였다는 점을 보여준다.³¹⁾ 그러나 실손해가 속죄금의 액수를 훨씬 초과하였기 때문에 속죄금 외에 재산상 손해배상청구의 소도 인정되었다.³²⁾

(2) 후기의 구제수단

인격침해소권에 기한 속죄금을 판사가 자유롭게 결정하게 되자, 실손해를 조사할 필요가 감소되었으며, 속죄금을 구하는 소와 손해배상을 구하는 소가 하나의 소로 통합되었다.³³⁾

27) Ebert(주 10), S. 39; Hausmaninger/Selb(주 5), S. 364; Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, S. 370; Kaser(주 11), S. 625.

28) Ebert(주 10), S. 39; Hermann(주 21), S. 13; Kaser(주 11), S. 274f.

29) Ebert(주 10), S. 41.

30) Ebert(주 10), S. 43.

31) Ebert(주 10), S. 43.

32) Dreßler, Das deutsche Beleidigungsrecht des 16. und 17. Jahrhunderts, 1967, S. 82ff.; Ebert(주 10), S. 45.

33) Ebert(주 10), S. 45.

(3) 명예훼손에 대한 특별 구제수단

로마법상의 인격침해소권에서는 속죄금만이 선고되었으나, 작센법상의 인격침해소권에서는 속죄금 외에 명예훼손에 대한 철회 또는 특정한 의사표시를 구하는 것도 인정되었다.³⁴⁾

5. 프랑크법권에서의 논의

(1) 서설

작센법권과 달리 프랑크법권에서는 로마법상의 인격침해소권이 계수되지 않았다.³⁵⁾ 인겔하이머 법에 따르면 확인의 소를 제외하면 모든 소는 원칙적으로 손해배상으로서 금전의 지급을 내용으로 한다.³⁶⁾ 이에 대한 예외가 명예훼손과 물건의 반환에 대한 소이다. 명예훼손의 주장을 철회하지 않거나 물건을 반환하지 않으면 피고는 일정한 금원을 지급하여야 한다.³⁷⁾ 피고가 명예훼손의 주장을 철회한다고 하더라도 자신의 행위로 인한 형벌적 요소(속죄금배상의무 등)가 면제되는 것은 아니다.³⁸⁾

(2) 속죄금

중세초기의 속죄금제도는 일정한 금액(30 Schilling)으로 고정되어 있었으나, 이는 손해의 전보와 만족을 동시에 추구하는 것이어서 11세기부터 매우 불충분한 것으로 여겨졌다.³⁹⁾ 프랑크법권에서는 13세기부터 로마법이나 작센법과는 달리 속죄금에 대한 판사나 피고의 영향력이 확대되지 않고, 오히려 원고가 자

34) Ebert(주 10), S. 45.

35) Ebert(주 10), S. 46; Fröbel, Schadensersatzrecht in den Urteilen des Ingelheimer und des Neustädter Oberhofes, 1973, S. 114f.

36) Ebert(주 10), S. 46.

37) Ebert(주 10), S. 46.

38) Ebert(주 10), S. 47.

39) Ebert(주 10), S. 47.

유로이 속죄금을 정할 수 있게 되었다.⁴⁰⁾ 특히 명예훼손의 경우에 가해자가 철회하지 않으면 피해자는 대개 고액의 속죄금을 요구하였다.⁴¹⁾ 더 나아가 법원이나 가해자는 원고가 청구한 속죄금액에 영향력을 미칠 수 없었다.⁴²⁾

(3) 소결

프랑크법권에서는 실손해에 형벌적 요소를 가미하여 증액하는 것은 문제되지 않고, 오히려 원고의 과도한 청구금액에 대한 피고의 보호가 문제되었다.

III. 로마법의 현대적 관용(Usus modernus)시대에서의 논의

1. 서설

16세기이후 로마법의 계수로 인하여 민법과 형법의 분리가 원칙적으로 관철되었다.⁴³⁾ 국가권력이 강화됨에 따라 경미한 개인적 법익만을 침해한 경우에도 형벌이 부과되었으며, 형사소송에서 규문주의가 자리잡아 감에 따라 피해자의 영향력이 점차 감소되었다.⁴⁴⁾ 로마법상의 순수한 속죄금소권은 게르만법권에 계수되지 않거나 매우 드물게만 적용되었고, 이는 1532년의 카롤리나 형법전의 계수 및 운용에도 영향을 미쳤다.⁴⁵⁾

2. 불법행위법의 탈형벌화

사법에 대한 학문적 접근이 시도됨에 따라 불법행위법의 통일과 체계화가 가속

40) Ebert(주 10), S. 47.

41) Fröbel(주 35), S. 79f.

42) Ebert(주 10), S. 47; Fröbel(주 35) S. 102ff.

43) Ebert(주 10), S. 50.

44) Ebert(주 10), S. 50.

45) Coing, Europäisches Privatrecht I, 1985, S. 504ff.; Ebert(주 10), S. 50f; Kaufmann, Rezeption und usus modernus der actio legis aquiliae, 1958, S. 105f.; Wieling, Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1970, S. 247f.

되었고, 이에 따라 불법행위법의 주된 기능이 손해의 전보로 파악되어 불법행위법의 탈형벌화가 진행되었다.⁴⁶⁾ 특히 교회법상 원상회복이론(Restitutionslehre)은 불법행위법의 탈형벌화에 지대한 영향을 미쳤는데, 이는 진정한 속죄와 용서는 타인의 물건을 반환하는 것을 통해서만 가능하다는 아우구스티누스의 언명에 기초한 것이다.⁴⁷⁾ 특히 토마스 아퀴나스는 불법으로 박탈된 것의 반환을 속죄의 문제가 아니라 보상적 정의의 문제로 다루었다.⁴⁸⁾ 원상회복이론은 재산상 손해로 한정하여 피해자가 불법행위로 인하여 이익을 얻지 못하도록 하였고, 비재산적 손해의 경우에는 형벌적 요소를 배제하는 것에 영향을 미쳤다.⁴⁹⁾

3. 아쿠일리우스 소권

(1) 주석학과와 주해학과에 의한 영향

주석학과와 주해학과의 작업은 아쿠일리우스 소권의 전보기능에 상당한 영향을 미쳤다.⁵⁰⁾ 첫째, 손해배상액을 산정함에 있어서도 명백하게 전보적 배상과 형벌적 배상이 구분되었다. 둘째, 아쿠일리우스 소권이 가해자의 상속인에 대하여는 인정되지 않았다. 셋째, 자유인에 대한 상해나 살인에 대하여 치료비와 일실수입에 대한 배상이 인정되었다. 넷째, 피해자에게 금전배상 외에 원상회복도 청구할 수 있는 권리가 인정되었다.

(2) 아쿠일리우스 소권의 전개

16세기부터 신체 또는 물건에 대한 직접적인 유형력의 행사라는 요건을 포기하기 시작하였고, 17세기 중반부터 아쿠일리우스 소권은 재산손해에 대한 손해

46) Ebert(주 10), S. 51.

47) Ebert(주 10), S. 52; Wolter, Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB, 1985, S. 22.

48) Ebert(주 10), S. 52.

49) Ebert(주 10), S. 54. 다만 상해로 인한 정신적 고통과 명예훼손에 대하여는 전보될 수 있는 것으로 파악하였다.

50) Ebert(주 10), S. 56; Kaufmann(주 45), S. 21f.; Lange, Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie, 1955, S. 135ff.

배상의 일반조항으로 자리잡기 시작하였다.⁵¹⁾ 특히 이때부터 ‘손해는 배상되어야 한다(damna sunt praestanda)’는 원칙이 관철되었다.⁵²⁾ 아쿠일리우스 소권의 확대는 인격침해소권의 축소로 이어졌다.⁵³⁾

(3) 아쿠일리우스 소권의 탈형법화

법원은 원칙적으로 아쿠일리우스 소권에 의한 손해배상액을 가해당시의 시가로 정했고, 최고가로 소급하는 법리를 채택하지 않았다.⁵⁴⁾ 또한 피고가 자신의 책임을 부인하는 경우에 손해배상액을 2배로 증액하는 법리(Litiskreszenz)가 17세기 중반부터 거의 이용되지 않다가, 18세기에 비로소 판례를 통하여 폐지되었다.⁵⁵⁾ 또한 가해자의 상속인에 대한 아쿠일리우스 소권도 인정되지 않았으나, 신의성실의 원칙을 원용하여 가해자의 사망시까지 소가 제기된 경우와 가해자가 생존중 악의로 소제기를 방해한 경우에는 예외가 허용하였다.⁵⁶⁾

4. 비재산적 손해와 인격권의 침해

(1) 서설

손해배상과 형벌의 구별이 점차 분명하게 되어감에 따라 인격권의 침해에 대하여 어떠한 구제수단이 인정되어야 하느냐의 문제가 보다 진지하게 제기되었다. 로마법에서는 인격권의 침해에 대하여 위자료가 아니라 인격침해소권에 기한 속죄금이 인정되었기 때문이다.⁵⁷⁾ 특히 명예훼손에 대하여는 속죄금 외에 명예훼손에 대한 철회, 사죄를 구할 권리가 인정되었다.⁵⁸⁾

51) Coing(주 45), S. 505ff; Ebert(주 10), S. 57; Walter(주 23), S. 103; Zimmermann, The Law of Obligations, 1996, S. 1020.

52) Ebert(주 10), S. 57; Kaufmann(주 45), S. 125.

53) Walter(주 23), S. 116f.; Zimmermann(주 51), S. 1089.

54) Ebert(주 10), S. 59; Kaufmann(주 45), S. 85.

55) Ebert(주 10), S. 60; Kaufmann(주 45), S. 89.

56) Ebert(주 10), S. 61f.

57) Ebert(주 10), S. 63.

58) Ebert(주 10), S. 63.

(2) 인격침해소권(actio iniuriarum)

1) 서설

로마법에서 계수된 인격침해소권은 명예훼손에 대한 제재로 집중되었고, 이는 16세기부터 18세기의 신분제사회에 의하여 명예감정이 극도로 고양된 것을 반영한 것이다.⁵⁹⁾ 18세기부터 격렬한 비판을 받은 인격침해소권의 형벌적 성격으로 인하여 일부 주에서는 인격침해소권이 폐지되기에 이르렀다.⁶⁰⁾

2) 인격침해소권의 적용범위

로마법상의 인격침해소권은 상해와 명예훼손을 포괄하는 것이었으나, 로마법의 현대적 관용시대의 인격침해소권의 적용범위는 명예훼손으로 한정되었다.⁶¹⁾

3) 법률효과

인격침해소권의 가장 중요한 법률효과는 ‘속죄금(Geldbuße)’인데, 이는 대개 원고가 상당하다고 주장하는 금액에 의하여 정해졌다.⁶²⁾ 속죄금의 액수는 대개 매우 높게 책정되었고, 지나치게 높은 경우에는 판사에 의하여 감정되었다.⁶³⁾ 속죄금이 일률적으로 정해지는 것이 아니라 당해 사건의 제반사정에 비추어 판사의 재량으로 결정된다는 점에서 평가적 인격침해소권(actio iniuriarum aestimatoria)으로 불리운다.⁶⁴⁾ 인격침해소권의 또 다른 불이익인 ‘불명예(Infamie)’으로 공무담임권과 소송수행권, 증인적격이 박탈되었다.⁶⁵⁾

59) Ebert(주 10), S. 64; Zimmermann(주 51), S. 1062ff.

60) Ebert(주 10), S. 65.

61) Ebert(주 10), S. 66; Hermann(주 21), S. 51ff.; Walter(주 23), S. 87.

62) Ebert(주 10), S. 66.

63) Ebert(주 10), S. 67.

64) Hofstetter, Zur Geschichte des Schmerzensgeld, 1961, S. 5; Walter(주 23), S. 72.

65) Coing(주 45), S. 218f.; Ebert(주 10), S. 67.

4) 인격침해소권의 법적 성질

인격침해소권은 로마법상의 사벌소권(Privatstrafenklage)이 계수된 것이어서 그 형벌적 성격은 당연한 것으로 인식되었다.⁶⁶⁾ 다만 일부 학자에 의하여 인격침해소권이 상속되지 않는 점, 명예는 금전으로 산정할 수 없다는 점을 들어 형벌적 성격이 논증되었다.⁶⁷⁾ 속죄금은 피해자에게 지급된다는 점에서 실질적으로 손해배상의 기능도 수행하였다.⁶⁸⁾

5) 전개양상

18세기말경에는 인격침해소권에 대한 거부감이 매우 강화되었다. 특히 명예라고 하는 것이 금전으로 환산될 수 없다는 사고가 로마법상의 인격침해소권의 존속에 큰 걸림돌이 된 것이다.⁶⁹⁾

(3) 사죄 및 철회 청구의 소

1) 서설

명예훼손의 피해자는 속죄금청구 외에 사죄 및 철회청구의 소(actio recantatoria)를 제기할 수 있다.⁷⁰⁾ 구체적으로 철회(palinodia), 사죄(deprecatio) 그리고 명예존중의 의사표시(declaratio honoris)라는 세 가지의 유형이 있었다.⁷¹⁾ 철회는 허위사실에 기한 명예훼손과 같이 중한 경우에 인정되고, 사죄는 사실에 기한 명예훼손이나 모욕과 같이 그리 중하지 않은 경우에 인정되었고, 명예존중의 의사표시는 가해자가 명예훼손의 고의를 부인하면서 자발적으로 하는 것이었다.

66) Ebert(주 10), S. 72; Savigny, Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, 1853, II, S. 329; Wieling(주 45), S. 245.

67) Ebert(주 10), S. 72.

68) Walter(주 23), S. 71.

69) Walter(주 23), S. 102.

70) Ebert(주 10), S. 76.

71) Ebert(주 10), S. 77.

2) 전개양상

인격침해에 대한 구제수단으로 특정한 의사표시를 청구하는 것은 로마법이 아니라 게르만법과 교회법에 연원을 둔 것이다.⁷²⁾ 이는 국민의 법감정에 일치할 뿐만 아니라 자력구제를 막는 수단으로서도 유용하여 로마법의 계수후에도 게르만법권에서는 유지되었다. 16-17세기에 철회(Widerruf), 사죄(Abbitte), 명예존중의 의사표시(Ehrenerkklärung)는 철회로 통합되었다가, 18세기부터 결투에 대한 대안으로 명예훼손의 피해자에게 만족적 구제수단으로 다시 철회, 사죄, 명예존중의 의사표시가 인정되었다.⁷³⁾

3) 법적 성질

17세기에 이미 철회자의 굴욕을 조장하는 부수사정이 도입되어 철회제도가 초기에 보유하였던 배상 성격이 현저히 상실하게 되었다.⁷⁴⁾ 18세기 초반부터 다수설은 철회제도를 점차 손해배상으로 보지 않고 인격침해소권과 같이 제재적 성격을 가진 것으로 평가하였다.⁷⁵⁾

(4) 비재산적 손해의 배상

1) 서설

보통법시대에 아쿠일리우스 소권에 따라 상해로 인한 재산상 손해의 배상이 일반적으로 인정되었으나, 비재산적 손해의 배상에 대하여는 오랫동안 다툼이 있었다.⁷⁶⁾ 로마법대전에 의하면 자유인의 신체는 금전으로 평가할 수 없다는 이유로 상해로 인한 정신적 고통과 절단 및 상처에 대하여 배상이 인정되지 않았으나, 중세 게르만법은 로마법 계수 후기에도 위자료청구권을 인정하였다.⁷⁷⁾

72) Ebert(주 10), S. 77.

73) Ebert(주 10), S. 78f.

74) Ebert(주 10), S. 81.

75) Ebert(주 10), S. 81.

76) Ebert(주 10), S. 82.

비재산적 손해의 배상은 크게 상해로 인한 고통(Schmerzensgeld), 추상으로 인한 고통(Verunstaltungsschädigung), 그리고 근친자의 사망으로 인한 고통(Trostgeld)에 대하여 인정되었다.

2) 인정유형

① 상해로 인한 정신적 고통

초기의 보통법 판례는 모든 유형의 위자료를 명시적으로 거부하는 로마법의 영향으로 인하여 상해로 인한 위자료가 부정되었으나, 16세기말에 이미 위자료가 다시 부활하기 시작하였고, 17세기에는 위자료청구권이 일반적으로 인정되었다.⁷⁸⁾ 이에 반하여 보통법학자들은 유례없이 고집스럽게 로마법의 태도를 고수하였으나, 위자료는 확고한 판례에 의하여 더 이상 그 존재를 부인할 수 없는 정도에 이르렀다.⁷⁹⁾

② 추상으로 인한 정신적 고통

17세기까지 학설과 판례는 일제히 추상에 대한 배상을 거부하였으나, 17세기부터 미혼 여성의 추상에 대한 배상을 인정하는 판결이 늘어났는데, 이는 결혼가능성의 감소로 인하여 결혼시장에서의 경쟁력이 떨어지고, 지참금이 늘어나게 된다는 점을 고려한 것이다.⁸⁰⁾ 이에 대한 학설의 반대는 관철되지 못하였고, 오히려 여성의 추상에 대한 배상이 일반적으로 인정되고, 18세기부터는 현저한 추상을 입은 남성에게도 배상이 인정되었다.⁸¹⁾

③ 근친자의 사망 등으로 인한 정신적 고통

피해자가 사망한 경우에 부모와 자식 그리고 배우자에게 위자료가 인정되었고, 자녀가 중상해를 입은 경우에 부모에게 위자료가 인정되었다.⁸²⁾

77) Ebert(주 10), S. 82.

78) Ebert(주 10), S. 82f.

79) Ebert(주 10), S. 84.

80) Ebert(주 10), S. 85; Kaufmann(주 45), S. 32.

81) Ebert(주 10), S. 85.

82) Ebert(주 10), S. 86.

3) 법적 근거와 법적 성질

학설은 위자료를 아쿠일리우스 소권에서 도출하였고, 그 법적 성질도 손해배상이라고 보았다.⁸³⁾ 가해행위의 중대성과 귀책사유의 정도에 따라 결정되는 인격침해소권에 기한 속죄금과는 달리 위자료는 침해결과의 중대성에 따라 결정된다.⁸⁴⁾ 특히 보통법학에서 손해배상청구권은 가해자의 귀책사유와 결부되지 않았다.⁸⁵⁾

(5) 작센법의 특수성

작센법은 보통법과 달리 작센법서(Sachsenspiegel)⁸⁶⁾에 다양한 제도를 명확하게 규율하고 있다.⁸⁷⁾ 작센법권에서 인정되는 상해나 추상에 대한 위자료는 아쿠일리우스 소권의 연장선상에 있는 것이 아니라 작센법서에 규정된 속죄금에서 도출되는 것이다.⁸⁸⁾ 특히 작센법권의 위자료는 다른 보통법 지역과는 달리 고의에 의한 상해에 한정되었다.⁸⁹⁾ 작센법권에서는 18세기까지 위자료의 형벌적 성격이 유지되었다.⁹⁰⁾

(6) 자연법이론의 영향

18세기와 19세기의 법전편찬시기에 이르러서야 비로소 자연법이 게르만법권의 불법행위법과 손해배상법에 지대한 영향을 미쳤다.⁹¹⁾ 특히 손해배상법상의 일반조항주의(“neminem laede-damnum datum resarci”⁹²⁾)는 재산상 손해와

83) Ebert(주 10), S. 87; Kaufmann(주 45), S. 38ff.; Wächter, Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht, 1874, S. 84ff.

84) Ebert(주 10), S. 88.

85) Ebert(주 10), S. 88f.

86) 작센법권에 통용되는 관습법을 정리한 법서이다.

87) Ebert(주 10), S. 90f.

88) Ebert(주 10), S. 91.

89) Ebert(주 10), S. 92.

90) Ebert(주 10), S. 92.

91) Ebert(주 10), S. 99.

92) ‘neminem laede’는 타인에게 해를 가해서는 안된다는 법원칙이며, ‘damnum datum resarci’는

비재산상 손해를 손해배상의 법적 근거로서 동일하게 취급하게 하였다.⁹³⁾ 또한 자연법이론은 불법행위이전의 상태로 되돌리려는 원상회복주의의 우위를 인정하여 불법행위법의 탈형벌화를 촉진하였다.⁹⁴⁾

IV. 포괄적 대법전에서의 규율

1. 서설

자연법학자들의 노력으로 18세기말부터 포괄적 대법전의 편찬작업이 가속도를 받게 되었다. 특히 인격적 법익의 보호가 제한적이었고 소권법체계에 머물렀던 로마법의 현대적 관용시기와는 달리 자연법시대에는 인격적 법익의 포괄적 보호를 위한 단초가 마련되었다.⁹⁵⁾

2. 막시밀리안 바바리안 민법전

(Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis:CMBC)

(1) 서설

CMBC는 보통법과 현대적 민법의 교차점에 있으며, 이 규정은 로마법의 현대적 관용 후기의 법실무와 상당히 일치한다.⁹⁶⁾ 형법과 민법이 준별되어 가해자에 대한 형사처벌과 민사상의 구제수단이 병존하였고, 합의나 용서 등으로 민사상 청구권이 소멸하더라도 가해자에 대한 형사처벌이 가능하였다.⁹⁷⁾

손해는 배상되어야 한다는 법원칙이다.

93) Ebert(주 10), S. 99f.

94) Ebert(주 10), S. 101; Wolter(주 47), S. 63ff.

95) 諸哲雄(주 21), 263면.

96) Ebert(주 10), S. 103.

97) Ebert(주 10), S. 104.

(2) 손해배상 일반

불법행위로 타인에게 재산상 손해를 가한 자는 손해배상의무를 지는데, 로마 법상의 아쿠일리우스 소권보다 훨씬 광범위한 일반조항의 성격을 띤다.⁹⁸⁾ 즉 대상물이나 가해의 방법, 소권의 구체적 형태를 가리지 않고 일반적인 손해배상소권이 인정되었다. 손해배상청구권은 상해로 인한 치료비, 위자료, 추상에 대한 배상을 포함하여 전보적 성격을 유지하였고 형벌적 요소는 결여되었다.⁹⁹⁾

(3) 인격침해에 대한 구제수단

1) 서설

CMBC상의 인격침해에 대한 규율은 대체로 보통법 판례와 일치하며, 인격침해의 피해자는 금전청구와 함께 철회 등을 청구할 수 있으며, 이는 아쿠일리우스 소권에 영향을 받지 않는다.¹⁰⁰⁾ 다만 인격침해소권의 남용을 방지하기 위하여 경미한 인격침해의 경우에는 판사가 당사자의 의사에 반하여 소송을 종결할 수 있었다.¹⁰¹⁾ 인격침해소권에서는 고의가 핵심적 의미를 가졌고, 명예개념도 매우 넓게 해석되었다.¹⁰²⁾

2) 평가적 인격침해소권(actio iniuriarum aestimatoria)

CMBC상의 인격침해소권은 보통법과 마찬가지로 명백하게 형벌적 성격을 보유하였다.¹⁰³⁾ 특히 인격침해소권에 기하여 부과되는 금전의 산정에 있어서는 가해자의 재산관계가 고려되고, 금전을 변제하지 못하는 경우에는 자유형으로 대체된다.¹⁰⁴⁾

98) Ebert(주 10), S. 105.
 99) Ebert(주 10), S. 106f.
 100) Ebert(주 10), S. 107.
 101) Ebert(주 10), S. 107.
 102) Ebert(주 10), S. 108.
 103) Ebert(주 10), S. 109.

3) 철회, 사죄, 명예존중의 의사표시

철회, 사죄, 명예존중의 의사표시도 보통법의 경우와 대체로 일치한다. 즉 악의에 의한 구두명예훼손의 경우에만 철회가 인정되고, 그 밖의 경우에는 사죄와 명예존중의 의사표시가 인정된다.¹⁰⁵⁾ 명예훼손의 직후에 바로 자발적으로 사과한 경우에는 형사처벌을 받지 않고 종결되고, 특히 중대한 인격침해가 아니면 철회의 판결을 받더라도 Infamie의 불이익은 받지 않는다.¹⁰⁶⁾

3. 프로이센 일반란트법

(1) 서설

불법행위법과 관련하여 최초의 현대적 대법전으로서 프로이센일반란트법은 보통법학의 전통과 단절되었고, 손해배상과 형벌은 명확하게 구별되었다.¹⁰⁷⁾ 무려 138개 조문으로 구성된 불법행위법은 과도한 유형론이라는 평가를 받으며, 이는 프로이센 입법자가 판사에 의한 법의 계속발전에 대한 신뢰가 적다는 것을 보여준다.¹⁰⁸⁾ 결국 명예훼손과 인격권의 침해에 있어서 손해를 입증할 수 없거나 손해액을 정확하게 조사할 수 없는 경우에 속죄금을 통한 해결이 부정되었다.¹⁰⁹⁾

(2) 재산손해에 대한 배상

상당수의 개별규정을 통하여 거의 모든 유형의 가해에 기한 재산적 손해가 배상되었다.¹¹⁰⁾ 다만 프로이센 일반란트법은 가해자의 귀책사유의 정도에 따라

104) Ebert(주 10), S. 109.

105) Ebert(주 10), S. 110.

106) Ebert(주 10), S. 110.

107) Ebert(주 10), S. 111.

108) Ebert(주 10), S. 112.

109) Ebert(주 10), S. 112.

110) Ebert(주 10), S. 112.

책임범위를 달리하였다.¹¹¹⁾ 즉 완전배상은 고의와 중과실의 경우로 한정되고, 경과실의 경우에는 손해배상책임이 상당하게 제한되었다.¹¹²⁾ 또한 고의 또는 중과실로 물건이 손괴된 경우에 손괴시부터 변론종결시 중 물건의 최고가액이 배상되었다.¹¹³⁾

(3) 위자료와 추상에 대한 배상

1) 위자료

프로이센 일반란트법에 의하면 자유의 침해의 경우에 자유의 회복과 재산적 손해의 배상만 가능하지만, 상해의 경우에는 재산적 손해배상 외에 위자료도 배상된다.¹¹⁴⁾ 다만 위자료는 고의 또는 중과실의 경우에만 허용되며, 농민과 보통시민의 근친자에게만 인정되었고, 높은 신분의 사람에게는 인정되지 않았고, 높은 신분의 사람이 입은 고통은 형벌에서 고려될 뿐이었다.¹¹⁵⁾ 보통법의 실무와 일치하게 고통의 정도에 따라 위자료가 산정되었으나, 위자료는 치료비의 절반에서 두배까지 사이에서만 인정되었다.¹¹⁶⁾ 이는 판사의 재량에 대한 프로이센 일반란트법의 불신을 반영한 것이다. 고통의 정도에 따라 위자료를 산정한다는 것은 프로이센법상 위자료가 형사제재가 아니며, 주로 손해의 전보를 목적으로 한다는 것을 보여준다.¹¹⁷⁾

2) 추상에 대한 배상

프로이센 일반란트법은 추상에 대한 배상을 위자료보다 제한적으로 인정하였다.¹¹⁸⁾ 즉 추상으로 인하여 혼인가능성이 침해된 미혼여성의 경우에는 경과

111) Ebert(주 10), S. 113.

112) Ebert(주 10), S. 113.

113) § 85 I 6 ALR.

114) Ebert(주 10), S. 117.

115) Ebert(주 10), S. 117.

116) Ebert(주 10), S. 119.

117) Ebert(주 10), S. 119f.

실이더라도 배상이 인정되었고, 가해자의 귀책사유의 정도는 배상액에 영향을 미칠 뿐이었다.¹¹⁹⁾ 다만 기혼여성이나 남성의 경우에는 고의 또는 중과실의 추상에 한하여 배상이 인정되었다.¹²⁰⁾

(4) 인격침해로 인한 구제수단

1) 서설

프로이센 일반란트법상 인격침해의 요건은 후기 보통법학의 경우와 대체로 일치하며, 인격침해에 대한 구제수단은 재산손해에 대한 배상, 형벌, 사적 만족(Privatgenugtuung)이다.¹²¹⁾

2) 손해배상

평가적 인격침해소권의 폐지로 명예훼손의 피해자에 대한 금전급부는 손해배상으로 한정되었다.¹²²⁾ 명예훼손으로 인하여 직접 발생한 재산상 손해만이 배상되므로, 프로이센 일반란트법상 손해배상은 순수한 전보적인 것이었다.¹²³⁾

3) 사적 만족(Privatgenugtuung)

명예훼손과 관련하여 프로이센 일반란트법은 사적 만족을 형법에서 규율한다.¹²⁴⁾ 사적 만족으로 명예존중의 의사표시와 사죄가 있다. 첫째, 명예훼손의 피해자는 가해자의 고의를 입증하지 않고 가해자에게 명예존중의 의사표시를 요구할 수 있다.¹²⁵⁾ 둘째, 피해자가 가해자의 고의를 입증한 경우에는 판사는

118) Ebert(주 10), S. 120.

119) §§ 124f. I 6 ALR; Ebert(주 10), S. 120.

120) § 128 I 6 ALR; Ebert(주 10), S. 120.

121) Ebert(주 10), S. 121.

122) Ebert(주 10), S. 122.

123) Ebert(주 10), S. 122.

124) Ebert(주 10), S. 122.

가해자에게 엄중한 지시문서를 교부하여야 했고, 명예훼손의 정도와 피해자의 신분에 따라 법원 정문이나 피해자가 지정하는 많은 사람앞에서 지시문서를 무릎을 꿇은 상태에서 받아야 하였다.¹²⁶⁾ 이는 장교와 귀족사이에 횡행하였던 자력구제수단인 결투를 막고자 한 것이었다.¹²⁷⁾ 형벌을 통하여 피해자에게 충분한 만족이 부여된다는 이유로 1811년 제후의 칙령에 의하여 프로이센 일반란트 법상의 사적 만족 규정이 폐지되었으나, 여전히 피해자에게는 판결문을 교부받고, 형벌을 공포할 권리가 인정되었다.¹²⁸⁾

4. 프랑스 민법

(1) 서설

나폴레옹의 집권 이후 19세기까지 프랑스민법의 적용범위가 확대되었으나, 독일의 대부분의 주는 복권과정에서 1814년부터 프랑스민법을 적용하지 않았다.¹²⁹⁾

(2) 19세기의 프랑스의 법상황

매우 단순하고 추상적으로 기술된 프랑스민법상 불법행위규정은 자연법의 영향을 많이 받았다.¹³⁰⁾ 일반조항인 제1382조를 재산상 손해만이 아니라 비재산적 손해의 경우에도 적용하였고, 비재산적 손해의 배상은 형사적 제재가 아니라 민사적 구제수단이며 순수한 손해배상으로 보았다.¹³¹⁾

125) Ebert(주 10), S. 123.

126) Ebert(주 10), S. 123.

127) Ebert(주 10), S. 123. 그러나 사적 만족은 결투를 막거나 인격침해를 막는 데에 기여하지 못하였다.

128) Ebert(주 10), S. 126.

129) Ebert(주 10), S. 126.

130) Ebert(주 10), S. 127.

131) Coing, Europäisches Privatrecht, II, 1989, S. 516; Ebert(주 10), S. 128.

(3) 비재산적 손해의 배상

비재산적 손해배상청구권은 피해자가 사망한 경우에는 그 상속인이 가해자에게 청구할 수 있고, 가해자가 사망한 경우에는 피해자 또는 그 상속인이 가해자의 상속인에게 청구할 수 있었다.¹³²⁾ 19세기의 독일법권과는 달리 프랑스 법에서는 손해배상액의 산정에 있어서의 판사의 재량이 처음부터 인정되었고, 판사는 가해자의 재산상태와 귀책사유의 정도도 고려하였다.¹³³⁾

5. 오스트리아 민법

(1) 서설

1812. 1. 1. 시행된 오스트리아민법상의 손해배상제도는 프로이센 일반란트법과 프랑스민법의 중간형태를 띠고 있다.¹³⁴⁾ 일반조항(제1293조와 제1323조 이하의 규정)과 다수의 개별조항(제1325조 이하의 규정)을 보유하고 있기 때문이다.

(2) 재산적 손해배상

오스트리아민법상 재산적 손해의 배상과 관련하여서는 귀책사유에 따른 배상범위의 차등이 두드러진다. 민법 제1331조에 따라 고의 또는 중과실의 경우에는 적극적 재산적 손해 뿐만 아니라 소극적 재산적 손해도 배상되나, 경과실의 경우에는 적극적 재산적 손해만이 배상된다.

(3) 비재산적 손해배상

제정당시의 오스트리아 민법상 명시적으로 비재산적 손해가 인정되는 경우에는 상해로 인한 위자료(제1325조), 애호이익의 배상(제1331조)이 있다. 추상

132) Ebert(주 10), S. 128.

133) Ebert(주 10), S. 128f.

134) Ebert(주 10), S. 138.

과 관련하여 제1326조는 재산적 손해의 배상을 규정하고 있다. 제1329조는 자유권의 침해에 대하여 자유의 회복과 완전한 만족(volle Genugtuung)을 규정하고 있으나, 완전한 만족의 의미에 관하여 학설과 판례의 다툼이 심하였다.¹³⁵⁾ 명예훼손에 대하여 민법 제1330조는 재산적 손해의 배상과 완전한 만족을 규정하고 있으나, 후자의 의미에 관하여 학설과 판례의 다툼이 심하였다.¹³⁶⁾ 다만 명예훼손과 관련하여서는 철회와 철회판결의 공표가 인정되었다.

6. 작센 민법

(1) 서설

1863. 1. 2. 제정된 작센민법은 역사학과와 판택텐학자에 의하여 로마법에 대한 종합적 고찰의 결과물이며, 여러 가지 측면에서 독일민법전의 모델이 되었다.¹³⁷⁾

(2) 재산상 손해

보통법상의 아쿠일리우스 책임을 대체로 받아들여 작센민법상의 재산상 손해배상책임은 일실 수입과 지출 비용으로 한정되었고(제124조), 귀책사유의 정도에 따른 책임의 차등이나 애호이익의 배상은 인정되지 않았다(제78조, 제1483조).¹³⁸⁾

(3) 비재산적 손해

1) 서설

작센민법상 비재산적 손해는 상해와 자유박탈, 성적 자기결정권의 침해에 한하여 인정되었고, 명예훼손에 대하여는 재산적 손해의 배상만이 인정되었다.¹³⁹⁾

135) Ebert(주 10), S. 157ff. 민법 제정당시의 판례는 부정적 견해를 취하였다.

136) Ebert(주 10), S. 159ff. 민법 제정당시의 판례는 부정적 견해를 취하였다.

137) Ebert(주 10), S. 166f.

138) Ebert(주 10), S. 167.

1712년의 통치령에 의하여 금지된 인격침해소권은 복원되지 않았고, 1838년 작센 형법에 의하여 폐지된 철회, 사죄, 명예존중의 의사표시에 대한 청구권도 마찬가지였다.¹⁴⁰⁾ 1838년 이후 명예훼손의 피해자에게 부여된 만족의 가능성은 형사판결의 사본을 교부받는 것에 한정되었는데, 이는 형법상 정해진 조치여서 작센민법상 명예훼손에 대한 민사상 구제수단으로 보기 어렵다.¹⁴¹⁾

2) 위자료

작센민법에 따라 상해의 피해자는 재산상 손해와 함께 위자료도 배상받았는데, 경과실에 의한 경우에도 위자료가 인정되었다.¹⁴²⁾ 가해자의 귀책사유의 정도는 위자료의 산정에도 영향을 미치지 않았고, 오히려 고통의 정도와 지속성, 피해자의 신분과 재산에 따라 위자료가 산정되었다.¹⁴³⁾

3) 신체의 완전성의 침해에 대한 배상(Schädengeld)

상해로 인하여 신체가 절단되거나 추상을 입은 경우에는 위자료 외에 별도로 배상금이 인정되었으나, 이 청구권은 일신전속적 성질로 인하여 피해자의 사망 전에 소가 계류중이거나 가해자가 승인하지 않으면 피해자의 상속인에게 승계되지 않았다.¹⁴⁴⁾ 이 청구권은 추상으로 인한 재산상 손해가 아니라 신체의 완전성의 침해를 대상으로 삼고 있었으나, 배상금액의 산정에 있어서는 추상으로 인한 혼인가능성의 감소와 같은 사정도 고려된다.¹⁴⁵⁾

4) 자유침해에 대한 속죄금(Sachsenbuße)

작센민법은 자유침해의 경우에 재산상 손해배상 외에 소위 작센속죄금

139) Ebert(주 10), S. 167f.

140) Ebert(주 10), S. 168.

141) Ebert(주 10), S. 168.

142) 작센민법 제1489조.

143) Ebert(주 10), S. 168f.

144) Ebert(주 10), S. 169.

145) Ebert(주 10), S. 170.

(Sachsenbuße)을 인정하였는데, 구금일수에 따라 일정 금액이 곱해졌다.¹⁴⁶⁾ 작센속죄금은 제재적 수단이 아니라 자유박탈의 불쾌감이라는 비재산적 손해에 대한 배상으로 인식되었다.¹⁴⁷⁾

5) 정조상실에 대한 배상(Dotationsanspruch)

작센민법 제1551조에 따라 미혼여성을 간음한 자는 배상의무를 지는데, 이는 일신전속적 성격을 띠어 피해자의 사망전에 소를 제기하거나 가해자가 승인하지 않는 한 피해자의 상속인에게 승계되지 않는다.¹⁴⁸⁾ 배상금의 산정에 있어서는 피해여성의 신분과 가해자의 재산관계가 고려된다.¹⁴⁹⁾

V. 후기 보통법학 시대의 논의

1. 서설

재산적 손해배상에서 제재적 요소는 거부되었고, 제재적 요소를 부활하고자 하는 시도는 관철되지 못했다.¹⁵⁰⁾ 역사학과에 의한 로마법에서의 회귀와 자연법이론에 의한 민법과 형법의 엄격한 준별이 19세기의 인격권침해에 대한 규율에 중요한 영향을 미쳤다.¹⁵¹⁾ 상해로 인한 위자료(Schmerzensgeld)를 제외하면, 재산적 손해가 없는 경우에는 일체의 배상을 부정하는 결과를 초래하였고, 인격침해소권은 그 형벌적 성격으로 인하여 폐지되었다.¹⁵²⁾

146) Ebert(주 10), S. 173.

147) Ebert(주 10), S. 173; Stobbe/Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts, III, 1898, S. 529.

148) Ebert(주 10), S. 174.

149) Ebert(주 10), S. 174.

150) Ebert(주 10), S. 188.

151) Ebert(주 10), S. 188.

152) Ebert(주 10), S. 188.

2. 재산적 손해의 배상

19세기에서도 아쿠일리우스 소권이 재산적 손해배상에 대한 중요한 법적 근거였으나, 동 소권에 의하여 모든 재산상 손해가 폭넓게 배상된 것은 아니었다.¹⁵³⁾ 학계는 대체로 역사학파의 영향으로 아쿠일리우스 소권을 인적 손해와 물적 손해로 한정하고, 로마법상의 손해배상소권에 보다 큰 의미를 부여하기에 이르렀고, 독일민법 제정시까지 로마법상의 法源에 보다 강력하게 구속된 제국 법원도 이에 동조하였다.¹⁵⁴⁾

3. 비재산적 손해의 배상

(1) 위자료

상해로 인한 위자료의 교의학적 근거에 대하여 대체로 아쿠일리우스 소권의 적용범위가 확장되어 위자료가 인정된 것이라고 이해되었으나, 일부 법원은 위자료를 형벌적인 것으로 보아 인격침해소권의 요건과 결부시켰다.¹⁵⁵⁾ 위자료의 액수는 구체적인 사건의 제반사정에 비추어 정해지고, 특히 고통의 정도와 지속성이 중요한 고려요소이다.¹⁵⁶⁾

(2) 인격침해소권

개별 주의 법률에서 달리 규정되지 않는 한 보통법시대에도 인격침해소권은 유지되었고,¹⁵⁷⁾ 이는 철회, 사죄 그리고 명예존중의 의사표시에 대한 청구에도 마찬가지로이다.¹⁵⁸⁾ 그러나 인격침해소권의 적용범위를 확대하려는 시도는 실무상 관철되지 못하였다.¹⁵⁹⁾ 인격침해소권의 형벌적 요소가 의문시되지는 않았다

153) Ebert(주 10), S. 189.

154) Ebert(주 10), S. 189f.

155) Ebert(주 10), S. 195.

156) RGZ 8, 117, 118; Ebert(주 10), S. 196.

157) Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 11. Aufl. 1883, § 339, S. 631.

158) Ebert(주 10), S. 197f.

고 하더라도 19세기를 지나면서 사실상 손해배상적 요소가 강조되었다.¹⁶⁰⁾ 다만 상해와 중대한 명예훼손에 대하여 형벌이 부과되면서 인격권의 보호양상이 민사법에서 형사법으로 옮겨갔다.¹⁶¹⁾

VI. 결 론

인격권의 침해로 인한 주요한 구제수단인 인격침해소권은 상당한 변천을 거쳐 왔다. 고의와 중대성 요건에 의하여 인격보호소권을 통한 인격적 법익의 보호에 상당한 공백이 생기자, 아쿠일리우스 소권의 유추적용에 의하여 그 공백이 일부 보충되기에 이르렀다. 인격보호소권의 법률효과인 속죄금과 불명예는 그 형벌적 성격을 잘 대변하는 것으로 인격보호소권의 적용범위를 확장하는 데에 상당한 걸림돌이 되었다.

더 나아가 재산적 손해만이 손해배상의 대상이 된다는 도그마에 집착하여 비재산적 법익의 침해로 인한 손해배상에 상당한 주저를 느끼게 되었다. 또한 명예를 돈으로 환산할 수 없는 법익으로 본 사회적·문화적 특수성도 인격적 법익의 침해에 대한 금전배상의 발전에 상당한 걸림돌이 되었다.

로마법이래로 인격적 법익의 침해에 대한 구제수단으로서 원상회복수단의 내용과 기능에 대한 고려가 종래의 논의에서 상당히 부족하였다. 특히 역사적으로 철회, 사죄 그리고 명예존중의 의사표시 더 나아가 판결의 공표 등의 원상회복수단이 고려되었다는 점이 종래의 논의에서 전혀 부각되지 않았다. 다만 위와 같은 원상회복수단은 굴욕적 사정과 부가되어 그 제재적 요소가 강조되었다는 점을 알 수 있고, 굴욕적 사정이 부가되지 않는다면 그러한 구제수단은 전보적 기능의 관점에서 이해될 수 있다.

[논문투고일 : 2010. 5. 17, 논문심사일 : 2010. 6. 11, 게재확정일 : 2010. 6. 17]



주제어

인격침해소권, 아쿠일리우스소권, 속죄금, 위자료, 철회

159) Ebert(주 10), S. 198.

160) Ebert(주 10), S. 198.

161) Ebert(주 10), S. 198f.

■ 참고문헌

[국내문헌]

諸哲雄, “민사법에 의한 인격보호의 역사적 전개: 특히 독일법을 중심으로”, 법
학논문집 제24집 제1호(중앙대학교 법학연구소. 2000. 2.).

최병조, 로마법강의, 1999.

崔秉祚, 十二表法(對譯), 서울대학교 法學 제32권 1·2호(1991).

[국외문헌]

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 11. Aufl. 1883.

Coing, Europäisches Privatrecht I, 1985.

, Europäisches Privatrecht II, 1989.

Dreßler, Das deutsche Beleidigungsrecht des 16. und 17. Jahrhunderts, 1967.

Ebert, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, 2004.

Fröbel, Schadensersatzrecht in den Urteilen des Ingelheimer und des
Neustädter Oberhofes, 1973.

Hausmaninger, Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 1976.

Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht, 8. Aufl. 1997.

Hermann, Der Schutz der Persönlichkeit in der Rechtslehre des 16. bis 18.
Jahrhunderts, 1968.

Hofstetter, Zur Geschichte des Schmerzensgeld, 1961.

Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987.

Kaser, Das Römische Privatrecht, 1. Abschnitt, 2. Aufl. 1971.

, Das Römische Privatrecht, 2. Abschnitt, 2. Aufl. 1975.

Kaufmann, Rezeption und usus modernus der actio legis aquiliae, 1958.

Lange, Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie,
1955.

Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899.

Savigny, Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, II,

1853.

Stobbe/Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts, III, 1898.

v. Tuhr, Zur Schätzung des Schadens in der Lex Aquilia, 1892.

Wächter, Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem
heutigen gemeinen Recht, 1874.

Walter, Geschichte des Anspruchs auf Schmerzensgeld, 2004.

Wieling, Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, 1970.

Wolter, Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB, 1985.

Zimmermann, The Law of Obligations, 1996.



Zusammenfassung

Rechtsgeschichtliche Untersuchung über Rechtsfolgen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Chang-Hyun Lee

(Assistant Professor, Sogang University Law School)

Bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts stand Die actio iniuriarum dem Opfer zur Verfügung. es handelt sich um einem Anspruch auf Zahlung eines bestimmten Geldbetrages an das Opfer einer Injurie. Daneben bleiben insbesondere im gemeinen Sachsenrecht bis ins 19. Jahrhundert hinein bei bestimmten Delikten, die sich unmittelbar gegen eine Person richteten, die pönalen Entschädigungspauschalen des älteren deutschen Privatrechts (Wergeld, Sachsenbuße) üblich.

Die actio iniuriarum wurde durch Zwei Tatbestände(Schwerwiegenden Eingriff, Dolus) eingeschränkt. Die aquilische Klage auf diesem Bereich die Nachfolge der actio iniuriarum angetreten und die Lücken des Persönlichkeitsrechtsschutzes geschlossen hat. Die Hauptrechtsfolgen (Geldbuße, Infamie) von actio iniuriarum zeigen pönale Elemente.

Ab dem 17. Jahrhundert stieß die bis dahin in ihrer Existenz unangefochtene pönale Injurienklage zunehmend auf Kritik. Die Geldzahlung des Injurianten an den Verletzten wurde daher in eine Entschädigung für etwaige von diesem erlittene Nichtvermögensschäden umgedeutet.

An die Stelle der Injurienklage traten jedoch durchweg andere Formen der Genugtuung für den Verletzten, insbesondere eindeutig pönale Varianten des Widerrufs und der Abbitte. Daneben nutzen die Kodifikationen des 18./19. Jahrhunderts die Lösung von den Vorgaben der gemeinrechtlichen aquili-

schen Haftung.

Wenn Wir uns die Ergebnisse der geschichtlichen Untersuchung über Rechtsfolgen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen vergegenwärtigen, so ist festzustellen, daß die Strafnatur des actio iniuriarum ist eine Konsequenz der Doktrin von der Nichtersatzbarkeit von Nichtvermögensschäden.

▶ Key words actio iniuriarum, actio legis Aquiliae, Geldbuße, Schmerzensgeld, Widerruf