

# 민법 제751조 제1항의 정합적 해석과 적용을 위한 기초법학적 법제연구의 제언



양선숙  
경북대학교 법학전문대학원 교수  
ysunsuk@knu.ac.kr

1. 우리 민법 제751조 제1항(이하 “규정”)은 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상의 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.”라고 하여 불법행위로 인한 비재산적 손해에 대한 손해배상을 규정하고 있다. 이 규정은 몇 가지 점에서 다음과 같은 해석과 적용상의 어려움이 발견된다.

(1) “기타 정신상의 고통”에서 “기타”의 구문론적 의미에 관한 것으로, 신체를 해하거나 자유를 해하는 것 등을 “정신상의 고통”의 열거적 예시라고 봐야 할 것인지, 아니면 “정신상 고통”으로 포섭되지 않는 개별적인 손해의 양상들을 의미하는 것으로 봐야 할 것인지의 문제이다.

(2) 규정이 예정하고 있는 손해 “배상”의 성격을 어떻게 볼 것인가? 이다. 재산적 손해에 대한 금전적 배상은 전형적인 민사법적 정의의 의의, 즉 손해를 보전하여(compensate) 원상태로의 회복을 꾀한다는 것에 부합하지만, 비재산적 손해를 입은 피해자에게 금전을 제공한다고 하여 그 자체로 손해를 입기 전 원상태로의 회복이 발생하는 것은 아니다.



(3) 위의 (1)과 연관되는 것으로, 신체를 해하거나 자유를 해하는 것 등을 “정신상의 고통”의 예시라고 본다면, 신체와 자유, 명예에 대한 침해는 어떤 식으로든 “정신상의 고통”과 치환되거나 연결되어야 한다. 예컨대, 신체를 대상으로 하는 불법행위로 인해 신체가 침해되었고 이 침해 상태 자체가 의식적으로 지각되는 고통의 상태라는 것 등이다. 하지만 그렇다면 의식적으로 지각되는 고통이지 않는 신체상 침해 상태는 규정의 적용 대상이 아니게 된다. 예컨대, 수술이 잘못되어 코마 상태에 빠진 환자의 경우이다.

(4) 정신상 “고통”의 의미이다. 일시적으로 심기가 불편하다거나 기분이 처진다는 것을 뜻하지 않을 것임은 분명하지만, “고통”이라는 주관적 심적 상태가 어떻게 법적 고려의 대상이 되는지, 금전 평가가 가능한지가 질문될 수 있다. 주관적이지만 비상대적인(non-relative) 고통으로 해석할 것인가?(주관적 고통의 객관화), 아니면 주체마다 특수한 고통 상태로 이해할 것인가?

2. 법령상의 모호함이 발견되는 다른 많은 경우에서처럼, 대법원은 위와 같은 난점들에 대해 이론적 개념분석이 아닌 실천적 지혜를 발휘하는 방식으로 응대한다. 대법원 판례는 비재산적 손해배상에 재산적 손해배상을 보완하는 측면과 함께 제재적 성격이 있으며, 규정은 정신적 고통만이 아니라 금전적 평가가 가능한 무형의 손해를 포괄하며, 손해배상액 산정에 있어 사실심 법원은 제반 사정을 종합적으로 고려하여 직권적 재량에 의해 확정할 수 있다고 하여 엄격한 증거주의가 적용되지 않음을 밝히고 있고, 고려될 요소로는 피해자의 고통의 정도, 가해자의 고의 과실의 정도, 불법행위 후 가해자의 태도 등을 들고 있다.<sup>1)</sup>

1) 대법원 2020.12.24.선고, 2017다51603판결; 대법원 2016.5.12.선고 2015다254293, 2015다254309(병합)판결; 대법원 2011다108057판결.



이에 반해 연구자들이 제안하는 해결책은 주로 비교법적 고찰을 통한 것으로, 외국의 입법예와 학설상 개념들로 규정을 이해하려는 것이다. 비재산적 손해의 기본 성격을 “인격권” 침해로 이해하려는 것이나 “감정손해”와 “영위가능성의 침해”로 구분하여 이해하려는 시도가 그러하다.<sup>2)</sup>

필자는 개별 사안에 규정을 적용하여 결론을 구한다는 측면에서 봤을 때 법원의 실용적 접근법이나 연구자들의 비교법적 검토는 상호 수렴가능하며, 중국적으로는 규정의 본래 취지와도 부합하리라고 본다. 다만, 규정에 이질적 항목들을 외삽하여 결론을 얻어내려고 하는 것보다는 규정에 대한 정밀한 개념분석과 적절한 매개념의 탐색을 통해 정합적 해석을 확보하는 것이 우선되어야 한다는 생각이다. 필자는 규정의 정합적 해석 및 적용을 위한 다음과 같은 기초법학적 법제연구 과제를 제안한다.

(1) “신체”와 “자유,” 그리고 “명예”라는 세 가지 범주의 독자적 의미 및 상호 관계가 검토되어야 한다. 이 검토에는 부가적인 법사상사적, 헌법학적, 형사법적 고찰이 필요할 것이다.

(2) “기타 정신상의 고통”과 위의 세 가지 범주의 관계가 규명되어야 한다.

(3) “고통”의 의미가 명확하게 규정되어야 하며, 주관적 고통의 교환적 화폐가치로의 전환에 필요한 구체적 지표가 제시되어야 한다.

(4) 신체적 손상과 자유의 침해, 정신상 고통이 인격권 침해나 감정손해, 영위가능성의 침해 등과 어떤 개념적 포섭관계 내지 연결점이 있는지가 고찰되어야 한다.

(5) 이상의 작업을 통해 규정의 명확한 의미가 확보되면, 규정의 적용에 필요한 실무상 지침이 작성되어야 한다.

3. 필자는 위에서 “헌법학적 고찰”의 필요성을 언급했다. 이 말의 뜻을 설명하는 것으로 제언을 마치고자 한다.

일찍이 우리에게 자유주의적 아이러니스트가 되기를 권했던 리처드 로티(Richard Roty)는 조지 오웰의 디스토피아

2) 권태상, “인격권 침해로 인한 비재산적 손해의 배상 - 언론 보도에 의한 인격권 침해를 중심으로 -”, 한국법학원, 저스티스 통권 제178호, 2020, 182쪽-211쪽; 이창현, “慰藉料의 現實化 方案”, 한국법학원, 저스티스 통권 제158-1호, 2017, 59쪽-89쪽.



적 소설 <1984년>에서 폭력과 잔인함이 개인의 자아를 어떻게 파괴할 수 있는지를 읽어내었다. 소설의 후반부에서 내부당원 오브라이언은 빅 브라더의 통치에 불만을 가진 주인공 윈스턴을 고문한다. 윈스턴을 최종적으로 굴복시킨 것은 직접적인 폭력의 실행이 아니라 폭력에의 공포였다. 오브라이언은 윈스턴과 그의 애인 줄리아를 한 방에 가둔 채 윈스턴이 끄적해 하는 쥐를 가져온다. 공포의 대상 앞에서 윈스턴은 쥐가 자신 대신 줄리아를 물어뜯기를 바랐다. 그는 오브라이언에게 자신은 오브라이언이 줄리아에게 무슨 짓을 하든 신경 안 쓰겠노라고 절규한다.<sup>3)</sup>

우리가 타인에게 할 수 있는 가장 나쁜 일은 고통으로 비명을 지르게 하는 것이 아니라 고통이 사라진 후 자기 자신을 견딜 수 없도록 만드는 것이다.<sup>4)</sup> 오브라이언의 작전은 성공했다. 윈스턴은 줄리아가 고통 받기를 바랐던 자신을 받아들일 수 없었다. 줄리아를 사랑했던 윈스턴과 줄리아를 배신한 윈스턴은 하나의 자아로 통합될 수 없었고, 그의 자아는 조각조각 찢겨진 후 재조합 되었다.<sup>5)</sup> 그는 줄리아가 아닌 빅 브라더를 사랑하게 되었다.

관할권의 문제는 차치하고, 이제 우리가 윈스턴을 대리하여 우리 민법 제751조 제1항에 근거하여 빅 브라더를 상대로 손해배상소송을 제기한다고 하자. 배신의 순간이 있기 전에 있었던 신체적 고문의 후유증이 남아 있다면 이는 당연히 손해배상청구권이 성립할 것이다. 정신적 고통만을 따진다면 재조합된 윈스턴은 이전의 윈스턴보다 고통이 덜하다. 그는 스스로 자기 자신과의 투쟁에서 승리를 거뒀다고 생각한다. 우리가 물을 것은 윈스턴의 재조합된 자아의 가치이다. 이 자아는 과연 윈스턴에게 좋은 것인가? 그는 중요한 무엇인가를 상실한 것이 아닌가? 이 상실의 가치는 무엇을 기준 삼아 측량될 것인가? 필자는 이 물음들에 대한 답이야말로 민법 제751조 제1항을 정합적으로 해석하는 열쇠라고 본다.

3) George Orwell, 1984, Orwell1984preywo, ark:/13960/t7vm5vw0k.p.362.

4) 리처드 로티, 우연성 아이러니 연대성, 민음사, 1996, 323쪽.

5) 리처드 로티, 322쪽-326쪽.