

위자료 산정의 적정성에 관한 사법정책연구

2013. 2.

서울대학교 산학협력단

연구책임자

이 동 진

교수, 서울대학교 법학전문대학원

frangel2@snu.ac.kr

(02) 880-7574

요약

I. 위자료 인정의 현황과 그 적정성

1. 위자료 인정 현황

○ 하급심 재판실무상 인신손해로 인한 위자료는 법관공동체의 합의에 의하여 마련된 (하향식) 비구속적 '산정(공)식', 즉 상한액 8,000만 원에 McBride 노동능력상실률표에 따른 노동능력상실률과 피해자 측 과실을 60%로 감한 비율을 곱한 값을 총액으로 하여, 이를 이른바 가단(家團)에 적절히 배분하는 방법으로 정하고 있음.

- 다만, 성기능장애, 추상(醜相), 유방절제 등 노동능력상실을 초래하지 아니하거나 극히 적게 초래하나 그 이외의 정신적 손해가 있다고 여겨지는 때에는 국가배상법 시행령 별표의 노동능력상실률로 McBride 노동능력상실률을 대체

- 또한, 일시장해의 경우 위 식에 일시장해기간을 10년으로 나눈 값을 곱하여 위자료 액을 산정함.

○ 하급심 재판실무상 기타 인격권 침해로 인한 위자료의 산정에 관하여는 따로 기준 내지 산정(공)식, 산정표를 두고 있지 않음.

- 다만, 개별 재판례를 계량-통계적으로 분석해보면 명예훼손 및 사생활침해의 경우 1,000만 원을 기준으로, 내용의 침해성이 낮으면 감액하고, 내용이 허위인 경우에는 500만 원 내지 1,000만 원 증액하며, 특히 비방적일 때에는 1,500만 원, 피해자가 유명인인 경우에는 3,000만 원까지 증액하며, 보도매체가 지역신문 등으로 영향력이 낮은 경우에는 500만 원에서 1,500만 원까지 감액하고, 단순한 초상권 및 음성권 침해의 경우 수십만 원에서 500만 원 사이의 위자료를 인정하되, 특히 가해자에게 상업적 내지 이욕동기가 있을 때에는 상당한 정도로 증액하는 경향을 보임.

- 또 성적 자기결정권 침해의 경우에는 강간에 대하여는 3,000만 원 정도를 기준으로 하되, 강간이 반복적인 경우에는 4,000만 원에서 5,000만 원까지 증액되며, 추행의 경우 그 정도에 따라 300만 원 내지 1,000만 원이 기준이 되고, 윤락행위의 강요에 대하여는 2,000만 원 정도의 위자료가, 성희롱에 대하여는 500만 원 정도의 위자료가 인정된 예가 보임.

- 생활이익의 침해에 대하여는 수십만 원에서 300만 원 정도의 위자료가 인정됨.
- 의료사건에서 설명의무 위반에 대하여는 3,000만 원을 기준으로 인신손해에 대한 위자료 산정방식을 적용한 금액이 인정되고 있음.
- 그 이외의 예, 가령 신용침해나 평등의 원칙 위반, 기회상실 등에 대하여는 그때그때 사정에 따라 전혀 다른 금액을 인정함.

○ 이와 같은 산정방식은 전체적으로 - 실제 피해가 복구될 수는 없으나 법익침해의 정도에 따라 차등화, 서열화를 행하고 있다는 점에서 - 유비(喻比)적이기는 하나 일종의 전보기능(填補機能)에 충실한 것으로 평가됨. 제재 및 예방적 요소 등은 실제로는 그다지 고려되고 있지 아니함.

○ 그 이외에 항공기사고로 인한 인신손해와 국가기관에 의한 중대한 인권 침해에 대하여 이례적으로 높은 위자료액이 인정되고 있음. 이들은 각각 그 나름의 이유가 있는 것으로, 일반적인 위자료 산정기준과는 별 관계가 없고, 따라서 논의에서 제외함.

2. 위자료 산정의 적정성

- 위자료의 전체적·수직적 수준은 적정수준보다 상당히 낮은 편으로 추정됨.
 - 극히 이례적인 취급을 받고 있는 항공기사고로 인한 인신손해와 국가기관에 의한 중대한 인권 침해의 예외를 제외하면, 전체 위자료의 수준을 결정하는 것은 결국 사망 및 노동능력 100% 상실의 상해에 대한 위자료액의 상한 8,000만 원임.
 - 위자료는 법이론적으로 결국 법관의 형평감각에 의하여 정해지는바, 위 상한액이 1990년 2,000만 원에서 1996년 4,000만 원, 1999년 5,000만 원, 2007년 6,000만 원, 2008년 8,000만 원으로 급격히 증액되었고, 피해자 과실을 60%로 감하여 고려하는 점 및 특히 위와 같은 급격한 인신손해 위자료액의 증액이 기타 인격권 침해로 인한 위자료액의 전체적인 수준에 거의 영향을 미치지 못하고 있는 점은 현재의 위자료 수준이 법관의 형평감각에 비추어 낮은 수준일 가능성을 시사함.
 - 위자료액, 특히 생명침해로 인한 위자료액은 법 내지 보건경제학상 VSL(Value of Statistical Life) 추정을 통하여 산정할 수 있는바, 기초자료와 추정방법상의 편차를 고려하더라도 그 추산액은 현재 수준보다 1억 원 내지 2억 원 정도 큰 금액을 지시하고 있음.
- 생명침해 이외의 신체상해 및 기타 인격권 침해에 대하여는 사망 위자료 상한 8,000만 원을 기준으로 상대적 침해의 경중에 따라 감경된 위자료액을 인정하고 있음.
 - 전체적인 법익간 서열은 가치평가의 문제이고, 현재의 실무는 그 자체 수궁할 수 있는 범위 안에 있음.

- 인신손해를 노동능력상실률에 연동시키는 방식에는 다소 문제가 있음. 생명침해와 노동능력 100% 상실의 손해가 동일하게 평가되고, 추상(醜相) 등 노동능력상실과 별도의 비재산적 침해를 적절히 평가하는데 어려움을 겪고 있음.

- 또한 사망 위자료가 8,000만 원으로 정액화됨에 따라 피해자의 연령 및 기대연령을 고려하지 못하고, 일시장에 위자료의 적정한 산정에 어려움을 겪고 있음.

- 기타 인격권 침해의 경우는 특별한 문제가 없음. 극히 이례적으로 고액의 위자료가 인정되는 사안유형과 그때그때의 사정에 의존하는 사안유형은 대부분 비재산적 손해 자체를 평가하기보다는 다른 종류의 손해의 배상을 도모하거나 다른 법 정책적 고려를 하고 있기 때문으로 판단됨.

- 다만, 사망 기타 고도 상해에 대한 위자료액과 기타 인격권 침해로 인한 위자료액의 상한 사이의 구간은, 사망 등 인신손해에 대한 위자료가 전체적으로 낮게 책정된 결과 압착(壓着)되어 있을 가능성이 있음. 사망 등 인신손해에 대한 위자료의 상한이 크게 인상되었음에도 기타 인격권 침해로 인한 위자료액에 별 변화가 없다는 점이 이를 보여줌.

II. 비교법적 고찰

○ 비교법적으로도 대부분의 나라에서 순수한 위자료(영미의 가중적 및 특히 징벌적 손해배상을 제외한 비재산적 손해배상)는 전보기능(填補的)에 충실하게 산정되고 있음.

○ 또한, 비교법적으로 우리의 위자료의 전체 수준은 다른 비슷한 경제수준의 나라들에 비하여 어느 정도 낮은 것으로 평가되고, 우리의 인신손해, 특히 고도의 상해에 대한 위자료액과 기타 인격권 침해로 인한 위자료액의 상한 사이의 구간은 다른 나라보다 상당히 좁은 편이고, 그 결과 양자 사이의 균형도 다소 맞지 아니한 측면이 있음.

	사지마비	명예훼손	2009년 GNI 대비 사지마비 위자료 수준	명예훼손 /사지마비(비)
대한민국	8,000만 원	3,000만 원	1 (GNI=19,830)	0.38
독일	8억 원	5,000만 원	4.7 (GNI=42,450)	0.06
오스트리아	3억 원	3,000만 원	1.6 (GNI=46,450)	0.1
스위스	2억2천만 원	2,000만 원	0.8 (GNI=65,430)	0.1
프랑스	3억 원	3,000만 원	1.7 (GNI=42,620)	0.1
이탈리아	15억 원	·	10 (GNI=35,110)	
영국	5억 원	5,000만 원	3 (GNI=41,370)	0.1
미국	70억 원	·	37 (GNI=46,360)	

○ 다른 나라에서는 인신손해로 인한 위자료액을 정함에 있어서 노동능력상실률만을 고려하는 예는 없고, 대체로 피해자의 취미, 성생활, 외모에 주는 영향 및 영구적 상해인 경우 피해자의 연령, 일시적 상해인 경우 치료에 소요되는 기간을 고려하고 있음.

○ 비교법적으로 많은 나라에서 위자료 산정(공)식 내지 산정표를 활용하고 있음.

- 인신손해의 경우 배심재판에 맡겨져 있는 미국을 제외한 대부분의 나라에 위자료 산정표 내지 산정(공)식이 있는데, 오스트리아, 프랑스, 이탈리아는 하급심 법원마다 산정(공)식을 마련하여 활용하고 있고, 영국은 Judicial Board에서 재판례를 분류하고 요약, 정리한 산정지침서를 발간하고 있으며, 또한 영국, 독일, 스위스, 오스트리아에서 민간(보험 관계자, 변호사 등)에서 재판례를 수집하여 사안의 개요와 인정된 위자료액을 열거한 일종의 판례집(내지 Index)을 발간하고 있음.

- 기타 인격권 침해의 경우 이러한 예를 찾아보기 어려움. 독일, 스위스, 오스트리아 등에서 부분적으로 민간(변호사, 법학자 등)에서 재판례를 수집하여 사안의 개요와 인정된 위자료액을 열거한 일종의 판례집(내지 Index)을 볼 수 있으나, 완결성이 떨어짐.

손해종류	정립 주체	상향식		하향식
		개별 재판례 수집	전체 재판례 종합·정리	
인신손해	국가	(B)	영국(Judicial Board), 프랑스, 이탈리아 (→)	오스트리아, 프랑스, 이탈리아 (각급 법원)
	민간	독일, 스위스, 오스트리아, 영국(Kemp & Kemp)	(C)	(A)
기타 인격권 침해	국가	(B)		
	민간	독일(△), 오스트리아(△), 스위스(△)	(C)	(A)

III. 위자료액 산정의 개선방안

○ 인신손해에 대한 위자료의 경우 이미 20년 이상 하향식 산정(공)식을 활용해온 점에 비추어 볼 때 하향식 산정기준을 수정, 보완하는 방법만이 대안으로 고려될 수 있음. 이때에는 다음과 같은 점을 고려할 필요가 있음.

- ① **단위** : ㉞ 가단(家團)을 단위로 위자료 총액을 정하는 형태를 유지할지, 피해자 본인의 위자료와 근친의 위자료를 따로 정할 것인지를 결정하여야 함. 비교법적으로 우리 실무가 매우 이례적이고 이론적 근거도 부족하다는 점을 고려할 필요가 있음. ㉟ 근친자

의 위자료를 따로 정하는 경우 근친관계에 따라 일정한 범위의 위자료기준액을 정하여야 함.

- ② 사망 및 상해 위자료의 수준 : ㉑ 사망 위자료와 고도 상해 위자료의 상한 사이에 차등을 두어야 함. ㉒ 상한선을 상당한 정도(1억 원 내지 1억5천만 원까지는 별 무리 없이 증액할 수 있다고 봄)로 증액하되, 보험실무 등에의 영향을 고려하여 1년 또는 격년 단위로 점진적으로 인상. ㉓ 피해자의 연령을 고려하여 2~3 등급 정도로 차등화. ㉔ 노동 능력상실률을 대체 내지 보완할 보다 합리적인 등급 구분기준 마련. ㉕ 과실상계율을 100% 반영. ㉖ 특히 중한 주관적 고통 기타 사정에 비추어 위자료액을 증·감할 수 있음을 주의적으로 명시. ㉗ 단기간의 상해에 대하여 요양기간을 기준으로 한 별도의 위자료액 산정기준 수립.

- ③ 제정 및 변경 방식 : 원칙적으로 하급심 법관들 내지 법관공동체에 의하여 자율적으로 정립되는 형태를 취하고, 사법 행정적으로는 지원만 하는 것이 바람직함.

○ 기타 인격권 침해에 대한 위자료의 경우 위자료 산정(공)식이나 산정표를 제정하는 것은 무리라고 판단됨. 다만, 관련자들의 정보비용(information cost)을 줄여주기 위하여 법원행정처 또는 법원행정처와 주요 법원 관련 전담재판부의 공동작업으로 주요 사안유형 별로 재판례를 수집, 요약, 정리한 판결집(독일식 위자료산정표)을 발간하는 안을 고려할 수 있음.

<목 차>

제1장 서론

I. 연구의 목적	1
II. 연구의 범위와 구성	2

제2장 위자료 인정의 현황과 그 적정성

I. 현행 위자료 인정 현황	5
1. 위자료의 인정 범위	5
가. 총설	5
나. 개별 유형	9
2. 위자료액의 결정	23
가. 총설	24
나. 개별 유형	31
II. 적정성의 평가	49
1. 절대적 수준: 수직적 적정성	49
가. 법적 접근	49
나. 경제적 접근	52
2. 상대적 경중: 수평적 적정성	57
가. 전보(填補)적 균형	57
나. 기타 고려요소	60

제3장 비교법적 고찰

I. 독일, 오스트리아, 스위스	66
1. 독일	66
가. 비재산적 손해배상이 인정되는 경우	66
나. 위자료 또는 금전보상액의 산정	69
2. 오스트리아	77
가. 위자료가 인정되는 경우	77
나. 위자료의 산정	79
3. 스위스	83
가. 위자료가 인정되는 경우	83
나. 위자료의 산정	85
II. 프랑스, 이탈리아	89
1. 프랑스	89
가. 위자료가 인정되는 경우	89
나. 위자료의 산정	91
2. 이탈리아	97
III. 영국, 미국	101
1. 영국	101
가. 위자료가 인정되는 경우	101
나. 위자료액의 산정	104
2. 미국	109
가. 위자료가 인정되는 경우	109
나. 위자료의 산정	111
IV. 비교법적 관점으로부터의 시사(示唆)	114
1. 수직적 적정성	114
2. 수평적 적정성	115

제4장 위자료액 산정의 개선방안

I. 위자료 항목의 세분화	117
1. 비재산적 손해의 다양성	117
2. 위자료 항목의 세분화	118

II. 위자료액의 산정 방법	120
1. 전보(填補)적 측면에 비추어 본 위자료 산정의 절대적·상대적 적정화	120
가. 절대적 수준	120
나. 상대적 서열화	121
2. 기타 고려요소	124
가. 제재, 징벌 내지 예방적 요소	124
나. 재산손해와 위자료	126
다. 이득박탈(환수): 상업적 성격을 띤 명예훼손·사생활·초상권 등 침해의 경우	127
III. 위자료액 산정기준의 정립	127
1. 위자료액 산정기준의 유형, 기능, 정당성 및 그 한계	127
가. 위자료액 산정기준의 유형과 기능	127
나. 위자료액 산정기준의 정당성과 그 한계	130
2. 위자료액 산정기준 정립의 방향과 그 내용	132
가. 인신손해로 인한 위자료	132
나. 기타 인격권 침해로 인한 위자료	133
부록(각국의 위자료 산정표)	135
주요 참고문헌	155

제1장 서론

I. 연구의 목적

민법 제751조 제1항은 ‘타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다’고 규정하고, 제752조는 ‘생명 침해로 인한 위자료’라는 표제 아래에 ‘타인의 생명을 해한 자는 피해자의 직계존속, 직계비속 및 배우자에 대하여는 재산상의 손해없는 경우에도 손해배상의 책임이 있다’고 규정한다. 국가배상법 제3조 제5항도 국가나 지방자치단체의 직무집행상 고의 또는 과실에 의한 법령위반으로 ‘사망하거나 신체의 해를 입은 피해자의 직계존속·직계비속 및 배우자, 신체의 해나 그 밖의 해를 입은 피해자에게 대통령령으로 정하는 기준 내에서 피해자의 사회적 지위, 과실의 정도, 생계 상태, 손해배상액 등을 고려하여 그 정신적 고통에 대한 위자료를 배상하여야 한다’고 규정하고 있다. 민법 제806조 제2, 3항은 부당한 약혼파기에 관하여 ‘전항의 경우에는 재산상손해외에 정신상 고통에 대하여도 손해배상의 책임이 있’고, ‘정신상 고통에 대한 배상청구권은 양도 또는 승계하지 못’하’나 당사자간에 이미 그 배상에 관한 계약이 성립되거나 소를 제기한 후에는 그러하지 아니하다’고 규정하며, 위 규정은 재판상 이혼에도 준용되고 있다(민법 제843조).

이들 규정을 종합하면 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자에게는 비재산적 손해에 대한 배상책임이, 부당한 약혼파기 또는 재판상 이혼으로 정신상 고통을 가한 경우에 그에 대한 배상책임이 인정됨을 알 수 있다. 이러한 청구권을 민법 제752조의 표제를 따라 흔히 ‘위자료(慰料)’라고 한다.

위자료에 관하여는 그것이 어떤 경우에 인정되는지, 무엇에 대한 배/보상이고 어떤 기능을 하는지, 그 구체적인 수액은 어떻게 산정하는지 등 여러 가지 문제가 있다. 이론적으로는 그 중에서도 위자료가 무엇에 대한 배/보상이고 또 어떤 기능을 하는지가 나머지 문제의 해명에 선결적이라고 생각된다. 그러나 실무상으로는 - 특히 우리와 같이 위자료를 널리 인정하는 경우에는 - 결국 위자료액을 어떻게 산정할 것인가가 가장 중요한 문제로 대두된다.

그런데 재산적 손해에 대한 배상에서도 그러하지만, 실무상 가장 중요한 수액산정은 동시에 이론적으로 가장 적게 연구된 분야이기도 하다. 이 문제는 재산적 손해액의 산정에서보다 위자료액의 산정에서 사정이 훨씬 심각하다. 재산적 손해의 경우 규범적으로는 대법원의 판례가 일정한 지도기능을 발휘하고 있고, 사실적으로는 시장가격이라는 중요한 준거점이 있지만, 위자료의 경우 규범적으로는 산정기준 자체가 제반 사정을 합리적으로 고려하여 형평에 따라 결정하라는 것이어서 상급심의 통제가 거의 이루어지지 아니하고 있고, 사실적으로는 시장에서 거래되는 재화나 용역이 아니어서 가격 등의 지표로 전혀 활용할 수 없기 때문이다.

문제는 위자료가 인정되는 사안유형이 점차 확대되고, 사건수가 많아지며, 그 수액도 커져 전체 손해배상에서 차지하는 비중이 증가하고 있다는 점이다.¹⁾ 이는 위자료 산정의 기준의 불투명성으로 인한 문제를 증폭시키는 결과를 가져온다. 이로 인한 문제는 예컨대 불확실성의 증가로 인한 사고 억지효과의 감소, 보험관리비용의 증가와 같은 것에서부터 법원의 재판 내지 그 공정성, 일관성에 대한 신뢰의 붕괴에 이르기까지 넓고 깊은 영역에 걸쳐있다. 위자료액의 산정이 당해 사건을 담당한 법관의 고유권한이라 하더라도 - 이 점부터가 이미 논란의 소지가 있지만 - 그 고유권한이 어떻게 행사되어야 하는지, 현재의 행사방식은 만족스러운지, 그리고 이를 보다 개선하기 위해서는 어떠한 방향으로 어떠한 정책적 수단을 사용할 수 있는지 검토할 필요가 있는 것이다.

그럼에도 불구하고 종래 위자료 산정에 관하여는 개별적인 사안을 탐구한 몇몇 연구와 실무적 관점에서 - 별다른 근거 없이 - 산정기준을 정립하려고 한 몇몇 시도 정도만을 찾아볼 수 있을 뿐, 깊이 있는 이론적 고찰도, 포괄적인 실증분석도 이루어진 바 없다.

이 연구는 위자료 산정의 적정성에 관하여 사법정책(司法政策)적 시각에서 검토하여 개선의 필요성과 개선방안에 관하여 결론을 도출함으로써 이러한 연구의 공백을 메우는 것을 그 목적으로 한다. 연구결과는 사법의 공정성과 효율성 및 국민의 사법에 대한 신뢰를 제고하고, 궁극적으로는 국민의 권익보호와 경제발전에도 기여하게 된다.

II. 연구의 범위와 구성

위자료 산정의 적정성을 검토하기 위해서는 우선 현행 위자료 인정 현황이 어느 정도 정확하게 보고될 필요가 있다. 그러므로 이 연구는 우리 재판실무상 위자료가 얼마나 인정되고 있는지를 살펴보는 것으로부터 시작한다(제2장 I.).

이는 두 부분을 포함한다. 먼저, 위자료가 어떤 경우에 인정되는지, 무엇에 대한 배상으로 관념되고 있는지를 본다. 위자료액에 직결되는 것이 아님에도 이를 검토하는 까닭은 법원 내지 법관의 위자료에 대한 자기이해가 그 산정기준에 영향을 줄 수밖에 없기 때문

1) H-E. Henke, Die Schmerzensgeldtabelle, S. 18 ff.도 위자료액 산정 문제가 대두되는 배경으로 이와 같은 법사실적 사정을 지적하고 있다.

이다. 이어서 위자료가 인정되는 각 사안유형의 특성과 그때그때의 위자료액을, 재판례를 중심으로 살펴본다. 실무상 위자료액의 산정에 관하여 상당한 정도의 정액화가 이루어진 영역이 있고, 그때그때 법관이 적정한 금액을 정하는 영역이 있는데, 전자의 경우에는 그 산정기준을, 후자의 경우에는 개별 재판례를 분석한 결과를 통하여 위자료의 수준을 보기로 한다. 특히 개별 재판례를 해석학적으로 접근하는 방법으로는 그 산정기준을 파악하기 어려운 경우에는 질-양적 분석을 결합하여 일응의 해석과 그에 대한 통계학적 분석을 통하여 개별 요소의 비중과 산정방식을 추정하고, 그 적합성을 검증하기로 한다. 또 실무상 실제 쓰이지는 아니하고 있으나 제안된 산정기준안이 있는 경우 그 산정기준안이 얼마나 실무와 부합하는지도 보기로 한다.

현재 실무상 위자료의 인정 현황을 정리한 뒤에는 그 적정성에 대한 평가가 뒤따라야 할 것이다(제2장 II.). 이 또한 다시 두 부분으로 나눌 수 있다. 먼저 수직적으로 위자료액의 전체적인 수준이 적정한지 여부를 검토한다. 각국에서의 논의를 살펴보면, 위자료액의 절대적 수준을 정하는 방법에 관하여는 크게 법학적 접근과 경제학적 접근이 있음을 알 수 있다. 이를 소개한 뒤, 그 중 몇 가지를 활용하여 전체적으로 우리 위자료 인정 수준이 적정하다고 볼 수 있는지 검토하기로 한다. 이 단계에서는 원칙적으로 다른 위자료의 기준이 되고 있는 인신손해에 대한 위자료액에 초점을 맞춘다. 다음, 수평적으로 위자료액의 상대적 차별화가 적절하게 이루어지고 있는지를 본다. 인신사고와 관련하여서는 사망 위자료에 노동능력상실률을 곱한 방식의 위자료 산정이 위자료의 배상대상으로 상정된 ‘손해’를 적절히 반영할 수 있는지를 본다. 여타의 법익침해에 관해서는 그 기준이 충분히 일관성이 있는지, 다른 경우에 고려되지 않은 요소가 여기에서 고려되고 있지는 아니한지 살펴본다. 그리하여 현재의 위자료 산정 방식의 문제점을 도출한다.

이어서 주요 외국의 위자료 산정 체계를 소개, 분석하고 이를 평가한다(제3장). 고찰의 대상은 민사책임법의 수준과 세계시장에서의 영향력, 우리 법질서와의 관련성 및 자료입수의 용이성을 고려하여 독일, 오스트리아, 스위스, 프랑스, 영국으로 제한하고, 부수적으로 이탈리아와 미국의 실무례도 간단히 소개하기로 한다. 고려대상은 이들 법질서에서 위자료 배상이 인정되는 경우와 배상항목의 구분, 배상액 산정의 기본원리와 구체적 방법 및 그 수준이다. 그 중에서도 배상액 산정의 구체적 방법 중 하나로 이른바 위자료(산정)표와 위자료액의 전체적 수준에 특히 주목한다. 우리나라의 위자료 산정실무가 적정한지 비교·평가하는 하나의 준거가 될 수 있을 뿐만 아니라, 위자료 산정실무의 개선을 위한 유력한 방법 중 하나인 위자료표 내지 위자료 산정공식이 갖는 장단점을 파악하는 하나의 방법이 될 수 있기 때문이다. 비교적 그 산정기준이 분명한 인신사고는 물론, 그 이외의 경우, 가령 명예훼손, 사생활 침해 및 개인정보결정권 침해 등의 위자료 산정실무도 고려에 넣기로 한다.

끝으로 이상의 논의로부터 위자료 산정실무를 개선하고 그 산정기준을 정립하기 위한 정책제안을 도출한다(제4장). 제 외국이 활용하고 있는 방안(또는 그에 대한 오해), 가령

위자료 항목을 세분화하여야 하는지, 위자료액의 전체적인 수준을 올려야 하는지는 물론, 구체적 위자료 산정기준, 가령 위자료(산정)표나 산정공식을 마련할 필요가 있는지, 이를 마련한다면 규범적 위치는 어떠하고 법 이론적 문제는 또 어떠한지, 가능하고 또 적절한 위자료(산정)표 내지 산정공식의 내용은 대체로 어떠한지도 다루기로 한다. 다만, 정확한 위자료(산정)표 내지 산정공식(안)의 도출은 다양한 전제가 충족 또는 결정되어야 한다는 점에서 어느 정도 이 연구의 범위를 뛰어넘는 점이 있으므로 - 이들 중 상당부분은 정책적 결단을 요하거나 그에 더 잡은 광범위한 조사 등이 이루어져야 하는 사항에 속하는데, 이 연구는 바로 그러한 정책적 결단 내지 조사의 기초를 제공하는데 목적을 두고 있다 -, 후속연구의 대상으로 남겨두기로 한다.

제2장 위자료 인정의 현황과 그 적정성

I. 현행 위자료 인정 현황

1. 위자료의 인정 범위

가. 총설

(1) 먼저, 위자료가 어느 범위에서 인정되는가 하는 점에 관하여 본다.

민법과 국가배상법이 위자료가 인정되는 경우로 들고 있는 것은 다음 세 경우이다.

- 첫째, 타인의 신체, 자유, 명예를 해하거나, 타인과의 약혼을 부당파기하거나 타인과 유책하게 이혼하게 된 경우 (직접)피해자에 대한 위자료(민법 제751조 제1항, 제806조 제2항, 제843조, 국가배상법 제3조 제5항).

- 둘째, 타인의 생명을 해한 경우 피해자의 일정 범위의 근친자에 대한 위자료(민법 제752조, 국가배상법 제3조 제5항).

- 셋째, 기타 정신상 고통을 가한 경우 피해자에 대한 위자료(민법 제751조 제1항).

통설은 민법 제751조를 불법행위책임의 일반조항인 민법 제750조의 해석상 의문이 생기지 않도록, 다시 말하여 제750조의 '손해'에 비재산적 내지 정신적 손해도 포함된다는 점을 분명히 하기 위하여 주의적으로 둔 규정이라고 본다.²⁾ 그리고 민법 제751조와 관련하여서도 일반적으로 타인의 신체, 자유, 명예를 해하는 경우란 '정신상 고통'을 가할 수 있는 전형적인 원인 내지 사유를 예시한 것에 불과하고 이들에 국한되지 아니한다고 해석한다.³⁾ 요컨대 위법행위의 유형제한 없이 위법행위로 정신상 고통이라는 손해를 가하기만 하면 어떤 위법행위이든 곧 정신적 손해의 배상이 인정될 수 있다는 것이다.

이러한 접근은 위자료를 매우 넓게 인정하는 결과를 가져온다. 위자료가 배/보상하는 대상이 '정신상 고통'인지 여부에 관한 논의를 제외하면 - 이 점은 아래 2. 위자료액의

2) 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 348.

3) 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 354.

결정과 관련하여 보기로 한다. - 이는 결국 어떤 방법으로 침해가 이루어졌는지 따지지 아니함을 뜻하고, 그런 만큼 침해된 비재산적 손해의 내용도 따질 수 없게 되기 때문이다.

이를 E. Lorenz의 비재산적 침해손해(immateriellen Verletzungsschaden)/비재산적 침해결과손해(immateriellen Verletzungsfolgeschaden)의 구분으로⁴⁾ 설명하면 다음과 같다.

손해유형 가해대상	재산적 손해	비재산적 손해
재산적 법익	재산적 침해손해	.
	재산적 침해결과손해	비재산적 침해결과손해(A)
비재산적 법익(I) - 열거주의	.	비재산적 전형적 침해손해(B)
	재산적 침해결과손해	비재산적 비전형적 침해결과손해(C)
비재산적 법익(II) - 일반조항주의	.	비재산적 비전형적 침해손해(D)
	재산적 침해결과손해	비재산적 비전형적 침해결과손해(E)

예를 들어 설명한다. 주차되어 있는 타인의 자동차를 과실로 파손함으로써 자동차의 가치를 감소시킨 경우 그 손해는 재산적 침해손해이다. 그 수리비도 이에 포함된다. 이로 인하여 유리한 입찰에 참여할 기회를 잃음으로써 입은 손해는 재산적 침해에 대한 재산적 침해결과손해이다. 자동차 고장을 간과하고 차를 운전하고 나갔다가 교통사고를 내 손해 배상을 해주어야 하는 손해도 이에 포함된다. 차가 고장 나 모처럼 받은 휴가계획을 실행할 수 없게 된 손해는 재산적 침해에 대한 비재산적 침해결과손해에 해당한다. 타인의 부주의한 운전으로 교통사고를 당하여 사지가 마비된 경우 사지마비 자체가 비재산적 침해 손해라면, 이로 인한 고통 내지 장래의 인격실현가능성의 제약 등은 모두 비재산적 침해 결과손해에, 이로 인하여 소요된 치료비 등은 비재산적 침해에 대한 재산적 침해결과손해에 해당한다. 타인의 악의적 비방으로 명예를 훼손당한 경우 명예훼손 자체가 비재산적 침해손해라면 그 방어에 소요된 비용은 비재산적 침해에 대한 재산적 침해결과손해, 그로 인하여 승진 내지 입학기회를 놓치게 되는 등 장래의 인격발현 가능성이 제한되었다면 이는 비재산적 침해결과손해에 해당한다.⁵⁾

비교법적으로는 위 (B)와 (C)만을 배상대상으로 삼는 예도 적지 아니하다. 이는 무엇보다도 비재산적 손해 내지 위자료 배상을 특정 유형의 불법행위에 한하여 인정하는, 즉 구성요건 자체를 제한하는 방법으로 이루어진다. 반면 우리의 통설은 비재산적 손해 내지 위자료의 배상을 인정하는 민법 제751조를 일반조항인 제750조에 연결시키고 제751조의 신체, 자유, 명예를 단순한 예시로 봄으로써 구성요건, 즉 가해대상 측면에서 제한을 모두

4) E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 67 ff.

5) 개별적으로 E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 68 ff.

없앰과 동시에 배상의 대상이 되는 비재산적 손해항목의 제한마저 없앤다. 그 결과 통설은 이념적으로 (A)부터 (E)까지 모든 경우에 대하여 손해배상을 인정하게 된다.

(2) 그런데 이러한 이해가 옳은지는 의문이다. 이처럼 비재산적 손해 내지 위자료의 배상을 전적으로 위법행위와 인과관계, 고의, 과실 등에 연결하고, 이때 손해를 ‘정신적 고통’이라는 사실적 개념으로 이해하는 경우 비재산적 손해 내지 위자료의 배상의 무분별한 확장을 통제할 장소가 마땅치 않아진다. 어떤 행위의 위법성과 책임이 긍정되고, 그로 인하여 (다른 손해와 함께, 또는 다른 손해는 별론) 정신적 고통이 생길 것으로 예상되는 한 책임을 부정할 도리가 없는 것이다. 특히 손해를 정신적 고통이라는 사실적 개념으로 이해하고, 뒤에 보듯 근친자의 위자료 청구권을 널리 인정함에 따라 배상범위 판단에서 규범의 보호목적에 고려하는 것이 어색해졌고,⁶⁾ 그 결과 판례는 손해배상의 범위를 제한하려 할 때에는 통상손해/특별손해나 상당인과관계의 개념범주를 왜곡시키는 방법을 쓸 수밖에 없게 되었다는 점이 문제이다. 아래 두 사안군은 이를 특히 징후적으로 보여주고 있다.

먼저, 통설은 재산적 급부를 목적으로 하는 계약상 채무의 불이행에 관한 한 비재산적 결과손해를 특별한 사정으로 인한 손해(민법 제393조 제2항)로 보아⁷⁾ 원칙적으로 그 배상을 부정한다. 판례도 “건물신축도급계약이나 임대차계약 등에서 수급인이나 임대인의 채무불이행으로 인하여 손해가 발생한 경우, 이로 인하여 상대방이 받은 정신적 고통은 재산적 손해에 대한 배상이 이루어짐으로써 회복된다고 보아야 할 것이”므로, “상대방이 재산적 손해의 배상만으로 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 수급인이 이를 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 위자료를 인정할 수 있다”고 한다.⁸⁾ 판례는 같은 법리를 불법행위책임에도 확장한다. 가령 판례는 부당제소가 공서양속에 반하는 정도에 이르면 위법성을 띠고 불법행위를 구성한다고 하면서도, “부당소송을 당한 상대방이 입게 되는 정신상의 고통은 통상 당해 소송에서 승소하는 것에 의하여 회복되고 승소하여도 회복할 수 없는 정신적 고통은 특별사정으로 인한 손해라고 볼 것이므로, 부당소송으로 인한 위자료청구가 인용되기 위해서는, 승소나 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다고 인정될 만한 특별사정의 존재와 그러한 특별사정에 대한 예견가능성이 전제되어야 한다”고 한다.⁹⁾ 이로써 현실적으로 (A) 영역의 배상은 상당히 제한되게 된다. 뒤에 보겠지만 확실히 판례의 결론에는 수긍할 바가 있다. 그러나 재산적 손해가 회복되면 정신적 고통도 회복되는 것인지, 정신적 고통이 특별사정에 의한 손해에 해당하는지는 의문이다. 부당제소 기타 재산적 가해행위가 피해자에게 주는 정신

6) 이는 다른 한편으로는 뒤에 보듯 근친자의 위자료 청구를 광범위하게 인정하는 민법 제752조의 부수 효과이기도 하다.

7) 주해[IX]-지원림, 제393조, 470.

8) 대판 1993. 11. 9, 93다19115. 또한 대판 1994. 12. 13, 93다59779.

9) 대판 1994. 9. 9, 93다50116 등. 그 이외의 유형에 관하여는 대판 1991. 6. 11, 90다20206; 1991. 12. 10, 91다25628 등 참조. 상세는 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 414 이하도 참조.

적 고통은 재산적 손해의 회복만으로 모두 회복되지 아니하고, 그러한 사정을 가해자도 넉넉히 예견할 수 있었다고 봄이 오히려 상식적이다. 여기에서 통상손해/특별손해 범주는 당초의 의미를 벗어나 오로지 책임제한이라는 결론을 정당화하기 위하여 왜곡되고 있다.

또 다른 예로 부정행위(不眞行爲)로 인한 위자료를 들 수 있다. 판례는 일찍부터 부부 일방이 간통을 한 타방 배우자는 물론, 상간자(相姦者)에 대하여도 위자료의 지급을 구할 수 있다고 보아왔다.¹⁰⁾ 문제는 그 자녀도 위자료의 지급을 구할 수 있는가 하는 점인데, 대판 1998. 4. 10, 96므1434는 부모가 그 자녀에 대하여 애정을 품고 감호교육을 행하는 것은 그 스스로의 의사에 의하여 이루어지는 것이므로 상간자의 행위와 상당인과관계가 없다는 점을 근거로 이를 부정한바 있다. 그러나 간통이 현행법상 위법행위라는 점과 이로 인하여 배우자는 물론 자녀도 정신적 고통을 받으리라는 점 모두 명백한 일이고, 그러한 정신적 고통은 부모 일방과 상간자 사이의 간통 및 그로 인한 가정파탄의 위기 또는 파탄에서 생기는 것으로서, 양자 사이에 상당인과관계를 부정할 근거가 없다. 이러한 사안 유형에서 책임이 제한되어야 한다는 결론이 타당하다 하더라도, 그 근거에는 문제가 있다는 것이다. 이 때문인지 대판 2005. 5. 13, 2004다1899 이후 판례는 자녀의 부모 일방 및 상간자에 대한 위자료 청구를 부정하는 결론은 유지하면서도 ‘상당인과관계가 없다’는 논거는 더는 원용하지 아니하고 있다. 그러나 그렇다고 그에 갈음하는 다른 논거를 제시하고 있는 것은 아니다.¹¹⁾

이러한 문제를 해결하려면, 비재산적 손해 내지 위자료 배상책임의 요건에 관하여도 일정한 규범적 통제가 가능하여야 한다. 비재산적 법익 침해로 인한 그 법익주체에 대한 책임, 즉 위 (B)와 (D)의 경우 현재 상태로도 별 문제는 없다. 침해의 대상이 되는 피해자의 법익, 즉 비재산적 권리-그 대표적인 예가 인격권(人格權)이다-를 구성하는 과정에서 이미 규범적 고려가 개입하기 때문이다. 그러나 비재산적 법익 침해로 인한 그 법익주체의 근친자 등에 대한 책임(부모의 부정행위)과 재산적 법익 침해로 인한 비재산적 불이익에 대한 책임(재산상 급부에 관한 채무불이행 및 재산적 이익에 대한 불법행위)의 경우, 그와 같은 방식으로 적절한 책임제한에 이를 수 없다. 가장 단순하면서도 옳은 방법은 비재산적 손해를 정신적 고통이라는 사실적 이해로부터 해방시켜 규범적으로, 즉 비재산적 법익에 대한 침해로 파악하고, 비재산적 불이익의 귀속에 규범적 요소, 가령 규범의 보호범위를 고려하는 것이다.¹²⁾ 이를 통하여 비재산적 법익에 대한 침해로 인하여 이미 보호하기로 결정된 당해 법익 이외에 별도의 결과손해가 생긴 경우, (C), (E)를 어느 범위까지 배상대상으로 삼을지를 통제할 장소를 확보할 수 있다.¹³⁾

10) 근래의 것으로 대판 2005. 5. 13, 2004다1899 등. 해설: 이민걸, 대법원판례해설 제54호, 328 이하.

11) 이민걸, 대법원판례해설 제54호, 338은 “자녀들에 대한 원만한 가정(혼인관계)의 유지”가 (법적인) 보호이익인지 여부에 책임 인정 여부가 달려있다는 이해를 비치고 있다. 그런데 이는 이미 구성요건에 대하여 일정한 제한을 설정하겠다는 취지에 다를 아니다.

12) 같은 취지: E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 62 ff. 이민걸, 대법원판례해설 제54호, 338도 후자의 사안유형에 관하여 이러한 고려를 행한 예로 볼 수 있다. 그러나 그 구체적인 내용에는 약간의 수정이 필요하다고 생각된다. 이동진, 서울대 법학 제53권 3호, 502.

(3) 그러나 이러한 문제는 어디까지나 위에서 본 예외적인 사안유형에서나 - 징후적으로 - 제기되고 있을 뿐이다. 기본적으로 판례, 학설은 위자료의 요건으로 위법행위 이외에 특별한 제한을 설정하지 아니하고 있고,¹⁴⁾ 그 결과 위자료의 인정범위는 다른 나라보다 대단히 넓은 편이다. 그 중에는 과연 위자료 배상을 인정하는 것이 옳은지, 인정된 것이 고유한 의미의 위자료 배상인지 의심스러운 사안유형도 일부 포함되어 있다.

나. 개별 유형

(1) 인신(人身)손해

(a) 실무상 위자료가 인정되는 사안유형 중 가장 중요한 것은 인신(人身), 즉 생명 또는 신체에 대한 침해로 인한 위자료이다. 이러한 손해를 야기하는 불법행위는 매우 다양하지만, 그 중에서도 교통사고, 산업재해사고(상당한 부분에서 무과실책임이다), 의료과오, 생명 또는 신체에 대한 고의적 가해행위 등이 두드러진다. 이하의 서술은 이들 모두에 대하여 적용된다. 그러나 논의를 주도해온 것은 그 사건수가 가장 많은 교통사고이다. 이때의 위자료 배상은 일찍부터 인정되어왔고, 법리도 - 그 당부를 떠나 - 잘 정립되어 있다.

생명침해에 관한 직접적인 근거규정은 민법 제752조이다. 이 규정은 타인의 생명을 침해한 경우 그 직계존속, 직계비속 및 배우자에게 위자료의 배상을 명하고 있다. 그런데 오늘날의 판례, 통설은 이 규정이 삼중(三重)의 의미에서 예시적이라고 본다. 첫째, 직계존속 등 위 규정이 열거하고 있는 사람이 아니더라도 타인의 생명 침해에 대하여 위자료 배상을 구할 수 있다. 민법 제752조에서 일정 범위의 근친자를 든 것은 정신적 고통 유무에 대한 증명부담을 경감시켜주는 것이라고 한다. 이 점은 민법 제752조가 다른 규정과는 달리 '정신적 고통'을 언급하지 아니하고 있다는 점으로도 뒷받침된다. 그러나 위 규정이 드는 근친자에 속하지 아니한다 하더라도 '정신적 고통이 있음을 증명'하면 위자료의 지급을 구할 수 있다고 한다.¹⁵⁾ 둘째, 위 규정은 사망한 피해자 본인이 가령 법적 순간(瞬間)에 고유의 위자료 청구권을 취득하여 그것이 상속인에게 상속된다는 이른바 상속구성을 막지 아니한다.¹⁶⁾ 그리고 이 뒤의 상속받은 위자료 청구권에는 위자료 청구권의 상속성을 제한적으로 인정하는 민법 제806조 제3항도 적용되지 아니한다고 본다.¹⁷⁾ 그리하여 공동

13) 한편, (B)에서 (D)로의 확장은 역사발전과정의 반영으로, 기본적으로 수긍되어야 하리라고 생각된다.

14) 가령 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 347 이하는 위자료청구권의 (발생)요건을 다루지 아니한 채 바로 개별적으로 인정된 예를 열거한다. 이는 가령 위자료 내지 비재산적 손해배상의 요건을 (1) 불법행위 책임, 위험책임, 계약책임을 불문하고 신체, 건강, 자유 및 성적 자기결정권의 침해(결과)손해가 발생하였거나, (2) 그 이외에 일반적 인격권이 침해되었을 것으로 정리하는 독일의 해석론과 구분된다. Palandt/Grüneberg⁷¹, § 253 Rn. 6 ff.

15) 대판 1963. 10. 31, 62다558 등 다수. 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 351, 제752조, 453 이하. 대표적인 예로 사실혼 배우자(대판 1969. 7. 22, 69다684(그러나 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 351 주 20은 중혼적 사실혼의 경우 위자료를 인정할 수 없다고 한다)), 누나(대판 1967. 9. 5, 67다1307), 시어머니(대판 1967. 12. 18, 67다2047)와 며느리(대판 1978. 1. 17, 77다1942)를 들 수 있다.

16) 대판 1966. 10. 18, 66다1335 등 다수. 주해[XVIII]-이동명, 제752조, 447 이하.

17) 대판 1969. 10. 23, 69다1380: "정신적 상해에 대한 위자료청구권은 피해자가 이것을 파기하거나 면제한 것으로 볼 수 있는 특별한 사정이 없는 한 생전에 망인이 그것을 청구하겠노라는 의사를 표시

상속인인 직계존속, 직계비속 및 배우자에게는 고유의 위자료 청구권과 피상속인으로부터 상속받은 위자료 청구권이 병존하게 된다(세 번째 의미는 아래 신체침해에서 본다).

신체침해에 관한 직접적인 근거규정은 민법 제751조 제1항이다. 이 규정은 신체침해에 대하여 재산상 이외의 손해에 대하여 배상을 구할 수 있도록 규정하고 있다. 신체침해에는 상해, 폭행, 병을 전염시키는 행위, 건강을 해하는 행위가 모두 포함된다.¹⁸⁾ 위자료 청구권자는 자신의 신체가 침해된 피해자 본인이다. 그 이외에 판례는 추상(醜相)¹⁹⁾이나 발기부전 등 성기능장애²⁰⁾에 대하여 국가배상법 [별표 2] 등을 참조하여 노동능력상실을 인정하고 있는데, 이들 법익의 침해가 직접 노동능력에 영향을 준다고 보기 어려운 이상 결국 재산적 손해배상의 형식으로 비재산적 손해를 전보하고 있다고 생각된다. 다만, 이러한 손해는 모두 적절한 치료나 보조장구의 도움을 통하여서도 극복할 수 없는 경우에 한하여 배상의 대상이 된다는 것이 실무의 확고한 태도로써, 이러한 방법으로 대부분 극복될 수 있는 정도의 상해에 대하여는 - 치료비 및 보조장구 사용비용을 제외하면 - 배상이 부정되고 있다.

그 이외에 판례는 민법 제752조를 (세 번째 의미의) 예시규정으로 보아, 생명침해가 아닌 신체침해에서도 근친자에게 고유한 위자료 청구권을 인정하고 있다. 정신적 고통이 있었던 이상, 상해가 사망에 비견할 만한 것이 아니라 하더라도 근친자는 손해배상을 구할 수 있고,²¹⁾ 이에선 동거하는 외조부,²²⁾ 사실혼 배우자²³⁾ 등도 포함된다고 한다. 신체상해를 입은 경우 중 다수에서 피해자 본인과 근친의 위자료 청구권이 병존하게 된다.

한편, 민법 제751조 제2항은 신체 상해 등에 대한 위자료에 관하여 “법원은 전항의 손해배상을 정기금채무로 지급할 것을 명할 수 있고 그 이행을 확보하기 위하여 상당한 담보의 제공을 명할 수 있다”고 규정한다. 우리 민법에서 거의 유일하게 정기금배상을 정하고 있는 규정이 다른 아닌 위자료에 관한 규정인 것이다. 그러나 우리 실무상 위자료의 정기금 배상은 전혀 이루어지고 있지 아니하다. 오히려 재산적 손해에 관하여 위 규정이 유추될 수 있는지가 논의되고 있고, 이는 일반적으로 긍정되고 있다.²⁴⁾

하지 아니하더라도 그 상속인에게 상속되는 것이다.” 이 문제에 관한 일본판례의 발전과정에 관하여는 주해[XVIII]-이동명, 제752조, 448-449.

18) 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 356.

19) 대판 1990. 4. 13, 89다카982; 1991. 5. 10, 91다3918; 1991. 8. 27, 90다9773 등. “성형수술에도 불구하고 외모에 추상이 남은 경우 그 사실만으로 바로 육체적인 활동기능에 장애를 가져오지 않는다고 하여도 추상의 부위 및 정도, 피해자의 성별, 나이 등과 관련하여 추상이 장래 취직, 직종선택, 전직에의 가능성 등에 영향을 미칠 정도로 중대한 경우에는 노동능력상실률이 없다고 할 수 없다.”면서 국가배상법 별표의 비율을 그대로 쓰거나 일부 감액하여 쓰고 있다. 가중되는 경우도 있을 것이다. 남영찬, 실무논단, 53-54. 그러나 성형수술 등으로 극복될 수 있는 이상 노동능력상실은 부정된다. 대판 2011. 11. 13, 2009다105062. 추상이 영향을 미칠 수 있다는 “장래 취직, 직종선택, 전직에의 가능성”이 재산손해라고 할 수 있는지는 의문이다. 적어도 이들은 재산손해배상, 특히 일실회익의 산정에서는 어차피 고려되지 않았던 불확실한 장래의 발전가능성에 관한 사항이 아닌가?

20) 서울고판 2005. 5. 10, 2003나57422: 영구장애인 발기부전은 그 장애가 심리적, 정신적 면은 물론 육체활동 전반에 걸친 욕망과 의지 및 기질에 부정적 영향을 미친다는 점을 이유로 든다.

21) 대판 1967. 6. 27, 66다1592. 일반적으로 주해[XVIII]-이동명, 제752조, 458 이하.

22) 대판 1967. 12. 26, 67다2460.

23) 대판 1969. 7. 22, 69다684.

(b) 이상에서 본 바와 같이 생명 또는 신체가 침해된 경우에는 위자료가 매우 광범위하게 인정되고 있다. 이는 생명, 신체의 침해가 위법하고, 그것이 피해자 본인 및 근친자에게 ‘정신적 고통’을 줄 것이라는 점으로 정당화된다. 그러나 그 결과 도대체 어느 범위까지 위자료 청구권이 인정되는지가 매우 불분명해진다는 문제가 생긴다. 민법 제752조가 직접 피해자가 아닌 제3자에게 위자료 청구권을 인정하고 있는 한, 이는 어느 정도 불가피해 보인다. 그러나 과연 그러한가?

앞서 본 바와 같이 생명이 침해된 경우 그 직계존속, 직계비속 및 배우자의 위자료 청구권은 정신적 고통을 전제하지 아니하거나 적어도 그 증명을 요하지 아니한다. 민법 제752조가 직접 적용되지 아니하여 정신적 고통을 ‘증명’하여야 하는 경우조차도 판례는 단 한건의 예외도 없이 피해자와 원고의 관계를 인정한 후 그러한 경우 원고에게 정신적 고통이 있으리라 함은 사회관념 또는 경험칙상 상례이고 당연하다는 이유만을 들어 이를 인정하고 있다. 정신적 고통을 그 자체 증명하는 일은 없는 셈이다. 나아가 판례, 통설은 현재 정신적 고통을 느낄 수 없는 유아²⁵⁾나 심신상실자라 하더라도 장래 고통을 느낄 수 있을 것으로 합리적으로 기대할 수 있는 경우에는 위자료 청구권이 인정된다고 하고,²⁶⁾ 심지어 부(父)가 상해를 입을 당시 출생하지 아니한 태아의 위자료 청구권조차 인정하고 있다.²⁷⁾ 사자(死者)에게 사망 자체로 인한 위자료를 인정하고 있음은 이미 본 바와 같다. ‘정신적 고통’은 위자료를 인정하고 또 확장하기 위한 논리적인 요청(Postulat)에 그치고, 그것이 실재하거나 증명될 것이 요구되고 있지는 아니한 것이다.

다른 한편, 법익을 직접 침해당하지 아니한 제3의 근친자에게 위자료 청구권을 인정한 민법 제752조는 본래 생명침해의 경우 피해자는 사망이라는 손해가 발생함과 동시에 권리능력을 상실하여 위자료 청구권을 취득하지 못하게 되므로, 그로 인한 공백을 메우기 위하여 일정 범위의 근친자에게 위자료 청구권을 부여하려는 뜻에서 입법된 것이었다.²⁸⁾ 그렇게 이해하지 아니한다면 같은 조 같은 항 안에서 생명침해의 경우 근친자의 위자료만 인정하면서 신체침해에 대하여는 피해자 본인의 위자료도 인정한 국가배상법 제3조 제5항의 조문구조도 도저히 이해될 수 없다. 실제로 이 규정을 이렇게 제한적으로 이해하면 무분별한 책임확장은 생기지 않는다. 생명침해에 한하여 민법 제752조에 의하여 근친에게 직접 위자료 청구권을 인정하고, 그 이외의 경우, 즉 피해자 본인이 위자료 청구권을 직접 취득하는데 법리상 문제가 없을 때에는 당해 법익(생명, 신체)의 귀속주체인 피해자에게만 위자료 청구권을 인정하므로, 법익의 주체가 아닌 사람이 정신적 고통을 느꼈다는 이유만으로 타인에 대한 불법행위에 터잡아 위자료를 청구할 수 없게 된다. 그러한 한 ‘정신적

24) 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 435 이하. 위자료의 경우 회귀적 손해가 발생함을 상정하기 어렵다는 점을 그 근거로 든다.

25) 대판 1971. 3. 9, 70다2992.

26) 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 350.

27) 대판 1993. 4. 27, 93다4663.

28) 위 규정의 모법(母法)에 해당하는 일본민법 제711조에 관한 기초자 梅謙次郎의 설명 참조. 주해[XVIII]-이동명, 제752조, 442-443.

고통' 내지 비재산적 손해의 불법행위예의 귀속에 관하여 규범의 보호목적과 같은 고려를 배울 수 있게 된다. 위자료 배상의 범위를 적절히 통제하기 위해서는 이러한 고려가 필수적이다. 아울러 이 견해가 위자료의 배상 대상을 정신적 고통이라는 사실적 개념이 아닌 비재산적 법익침해라는 규범적 개념으로 파악하는 것보다 더 잘 들어맞는다.

나아가 이처럼 위자료의 배상 대상을 규범적으로 이해할 때 민법 제751조 제2항의 정가금 배상 규정도 더 잘 이해될 수 있다. 통설이 민법 제751조 제2항에도 불구하고 위자료에 대하여 정가금배상을 인정하지 아니하는 것은 위자료를 정신적 고통에 대한 배상으로 관념하는 한 이를 회귀적인 손해라고 보기 어렵기 때문이다. 그러나 이러한 이해를 탈피하여 장래 피해자의 여명에 걸쳐 실현될 그의 인격발현의 제한이 손해라고 보면, 위 규정도 납득이 가는 규정이 된다. 이는 제751조 제2항에 그 고유의 적용영역을 돌려주는 것이기도 하다. 학설상으로는 그와 같은 견해도 제법 유력하다.²⁹⁾

그러나 특히 민법 제752조의 적용에 관한 한 판례가 이러한 입장으로 전환할 것을 기대하기는 어려워 보인다. 무엇보다 판례가 생명침해로 인한 재산 및 비재산적 손해배상에 관하여 - 그 자체 반드시 비합리적이라고 할 수만은 없는³⁰⁾ - 이른바 상속구성(相續構成)을 채택하고 있기 때문이다. 재산적 손해배상청구권에 관하여 상속구성을 취하면서 생명을 침해당한 피해자 본인의 위자료 청구권을 부정하는 것은 모순적이다. 그리하여 이 경우에도 피해자 본인의 위자료를 인정하면, 이번에는 민법 제752조가 독자적인 의미를 잃어버려, 이를 생명침해가 아닌 다른 경우에 유추하지 않을 수 없게 된다. 그리고 피해자 본인이, 따라서 침해법익의 주체가 아님에도 위자료 청구권이 인정되는 이상, 위자료는 비재산적 법익침해에 대한 배상이 아니라 정신적 고통이라는 사실상의 불이익에 대한 배상이고 그 귀속에는 일체의 규범적 고려가 배제된 채 오직 사실적인 인과관계만이 고려돼야 한다고 보지 아니하기가 어렵다. 그리고 이러한 정신적 고통을 회귀적 손해라고 하기는 어려우므로 이에 대하여 정가금배상을 특히 허용한 민법 제751조 제2항은 사문화(死文化)될 수밖에 없는 것이다.

(2) 명예훼손

그 이외에 민법 제751조 제1항에서 명시적으로 든 비재산적 법익 중 중요한 것으로 명예가 있다. 같은 규정은 '자유'도 들고 있으나, 이에 관한 사례는, 국가기관 등에 의한 불법구금-이 경우의 특수한 문제는 아래 II.에서 본다-를 제외하면,³¹⁾ 비교적 적은 반면, 명예훼손은 오래 전부터 문제되어왔을 뿐 아니라, 현재까지도 분쟁의 수와 재판례가 매년 상당한 수준으로 유지되고 있어 실무상 중요한 분쟁유형 중 하나로 자리매김하고 있다. 이러한 이유로 여기에서는 자유침해는 제외하고, 곧바로 명예훼손에 관하여 보기로 한다.

29) 김주수, 채권각론, 759; 박우동, 대한변호사협회지 79년 9월호, 30; 이은영, 채권각론, 761; 정귀호, 민사판례연구[III], 304. 이들 견해에 관하여는 아울러 주해[XVIII]-이동명, 제752조, 442, 450도 참조.

30) 개별적인 논거에 관하여는 주해[XVIII]-이동명, 제752조, 445-446.

31) 대판 1993. 11. 23, 93다35155 등. 이창현, 위자료, 285-287, 295-298의 재판례 소개도 참조. 그 이외에 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 359-361이 드는 '자유' 침해의 예들은 대체로 일본의 것이다.

명예훼손이란 명예주체에 대한 사회적 평가를 저하시키는 일체의 행위를 말한다.³²⁾ 즉, 민법 제751조 제1항에서 말하는 명예는 이른바 외부적 명예에 한한다. 그 구체적인 요건은 광범위하게 형법상 명예훼손죄의 해석론에 의지하고 있다. 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 사실의 적시가 있어야 한다. 공연성(公然性)에 관하여는 논란이 있다.³³⁾

판례는 진실을 적시한 경우에도 명예훼손이 될 수 있다고 봄과 동시에, 형법 제310조에 관한 종래의 해석론을 따라 민사책임에 관하여도 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 것이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 한 명예훼손이 되지 아니한다고 한다. 그리하여 많은 사건에서 ‘상당한 이유’가 있는지 여부가 쟁점이 되고 있다. 특히 언론기관의 경우에는 사실확인을 위하여 어느 정도 주의하여야 하고, 어떤 절차를 밟아야 하는지 여부로 귀착되므로, 명예훼손은 어떤 의미에서는 - 증명책임이 전도(顛倒)된 - 과실책임과 유사한 성격을 갖는다.³⁴⁾

명예훼손이 되는 경우 피해자에게 위자료가 인정됨은 물론이다. 흥미로운 점은 민법 제764조가 이 경우에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 상당한 처분을 명할 수 있다고 규정함으로써 원상회복을 인정하고 있다는 것이다. 과거에는 그 방법으로 사죄광고가 쓰였으나, 헌법재판소³⁵⁾가 민법 제764조의 명예회복에 상당한 처분에 사죄광고가 포함된다고 해석하는 것은 양심의 자유를 침해하여 위헌이라고 함에 따라 지금은 - 가장 중요한 사안유형인 언론기관에 대한 청구의 경우 - 정정보도청구와 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률상의 반론보도, 추후보도청구가 쓰이고 있다. 그 중에서 손해배상청구와 관련하여 가장 중요한, 그리고 가장 강력한 구제수단은 정정보도청구이다. 이미 민법 제764조도 시사하고 있듯 양자는 어느 정도 대체적이어서, 손해배상청구 전에 정정보도가 이루어졌거나 적어도 손해배상과 함께 정정보도를 명하는 경우 남은 「손해」의 범위에 정정보도사실이 고려되어야 함은 물론이다. 그리하여 비교적 드문 일이지는 하나, 신속하게 정정보도가 이루어졌고, 명예훼손의 정도가 크지 아니한 경우에는, 정정보도로 손해가 회복되어 위자료가 부정될 수도 있다.³⁶⁾ 그러나 압도적인 다수의 사건에서는 적시된 사실의 진실성도 허위성도 증명에 실패하여 진위불명이 되고 있고, 그 결과 허위임이 증명되어야 하는 정정보도청구는 기각되곤 한다. 위자료 청구에서는 증명책임이 전도되어 있으므로 구제수단의 중심을 이루는 것은 역시 위자료이다.

법인의 대표자 기타 구성원은 별론, 법인 그 자체가 정신적 고통을 느낄 수 없음은 자명하다. 그럼에도 법인의 대표자에 대하여 그 법인의 직무와 관련하여 사회적 평가를

32) 대판 1997. 10. 28. 96다38032 등.

33) 대판 1964. 9. 22. 64다261은 방론으로 “민법상 명예를 해하였다는 이유로서 하는 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어서의 명예훼손은 형법상 명예훼손죄의 구성요건인 불특정다수인 또는 다수인이 들을 수 있는 상태가 필요하지 아니”하다고 한바 있으나, 사회적 평가가 저해되려면 적어도 피해자 이외의 제3자에게 진술될 필요가 있다는 견해가 유력하다. 한위수, 사법논집 제24집, 413.

34) 그 외 명예훼손에 대한 민사책임의 성립요건 일반에 관하여는 김재형, 언론과 인격권, 279 이하.

35) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정.

36) 서울남부지판 2008. 10. 31. 2008가합2419 참조.

저하시킬 만한 사실을 적시한 경우 법인의 대표자 개인은 물론, 법인에 대하여도 위자료를 지급하여야 한다는 것이 확고한 실무의 태도이다. 판례는 “민법 제751조의 재산이외의 손해는 정신상의 고통만을 의미하는 것은 아니고 그 외의 수리적으로 산정할 수 없으나 사회통념상 금전평가가 가능한 무형의 손해도 포함한다”는 점을 그 근거로 든다.³⁷⁾

한편, 법인의 명예에는 신용(信用)도 포함된다. 특히 영리법인(회사)의 경우 영업상의 신용과 관계된 명예훼손, 즉 신용침해가 종종 일어난다(TV고발프로그램에서 특정 회사의 제품 등의 흠을 보도한 경우). 이때 신용침해로 인한 손해는 그 작용영역이나 법익주체의 목적 등 어느 측면에서 보아도 재산적 손해가 아닌가 생각되기도 하나, 재판실무는 많은 경우 위자료로 이를 해결하고 있다.

그 이외에 직접 자신에 대한 사회적 평가를 저하시키는 사실을 적시당한 피해자 본인 뿐 아니라 그 근친도 위자료 청구를 할 수 있다는 것이 재판실무의 확고한 태도이다.³⁸⁾ 물론 직접 피해자의 명예가 훼손됨으로써 그 가족의 명예도 훼손되는 경우를 생각할 수 없는 것은 아니지만, 실무의 기본적인 입장은 이러한 경우 가족도 경험칙상 ‘정신적 고통’을 느꼈을 것이므로 위자료가 인정된다는 것이다. 생명 및 신체침해에서 근친자의 위자료 청구권을 널리 인정하는 것의 연장선상에 있다.³⁹⁾ 그런 만큼 여기에도 앞서 생명 및 신체 침해에 관하여 본바와 같은 - 귀속근거 등에 관한 - 문제가 제기될 수 있다.

(3) 기타

그 이외에 민법은 약혼 및 재판상 이혼에 대한 위자료를 명문으로 인정하고 있으나 본 연구는 민사책임을 대상으로 하고 있으므로 이에 대한 상세한 고찰은 피하기로 하고, 아래에서는 인신손해와 명예훼손 이외에 재판실무상 위자료가 문제되는 예로서, 명문의 규정 없이 해석상, 즉, 민법 제750조 등에 의하여 불법행위와 위자료가 인정된 경우에 관하여 본다.

(a) 사생활, 초상(肖像)권 및 음성(音聲)권 침해

헌법 제10조, 제17조는 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권과 사생활의 비밀 및 자유를 보호하고 있다. 과거에는 사생활 침해를 이유로 하는 손해배상청구는 찾아보기가 어려웠으나, 오늘날 사생활, 즉 프라이버시는 사법(私法)상 보호되는 비재산적 법익으로 널리 승인받고 있다.

대표적인 사안유형은 사생활 내지 사사(私事)의 무단공개⁴⁰⁾와 사생활에 대한 직접적인 간섭⁴¹⁾이다. 사생활 내지 사사(私事)의 공개는 명예훼손과 달리 반드시 사회적 평가를

37) 대판 1996. 6. 28, 96다12696; 1999. 10. 22, 98다6381.

38) 이는 무혐의처분 또는 무죄판결을 받은 사건의 피의자/피고인 가족이 범죄사건보도를 한 언론기관을 상대로 위자료 지급을 구하는 사안유형에서 흔하다.

39) 이러한 문제는 이른바 사자(死者)의 명예훼손의 법적 구성과 그 구제방법, 가령 위자료 청구도 인정할 것인지 여부로 이어진다.

40) 대판 1998. 9. 4, 96다11327 등. 이 사건에 관하여 상세한 것은, 김재형, 언론과 인격권, 98 이하; 허근영, 대법원판례해설 제31호, 93 이하.

41) 대판 1998. 7. 24, 96다42789 참조(보안사의 민간인 사찰 사건).

저하시킬 만한 내용이 아니어도 위법할 수 있고, 또 진실이어도 위법할 수 있다는 점에 그 특징이 있다.⁴²⁾ 그 대신 사생활에 한하므로, 명예훼손보다 성립범위가 좁아지게 된다. 그러나 사생활이라 하더라도 피해자의 동의를 받은 경우는 물론, 받지 못하였다 하더라도 그것이 공중(公衆)의 정당한 관심사에 해당하는 경우에 대하여는 공개할 수 있다. 개별적으로는 미묘한 형량 문제가 있다.⁴³⁾ 사생활 간섭은 집이나 숙소의 침입, 불법수색, 채혈, 도청 기타 사사(私事)에 관한 일체의 정보수집을 포함한다. 반드시 공개하지 아니하더라도 불법행위가 성립할 수 있으나, 실제로 분쟁의 대상이 된 예는 흔치 않다.

초상권은 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되고 공표되지 아니할 이익에 대한 법적 보장이고,⁴⁴⁾ 음성권은 자신의 목소리에 대한 같은 내용의 권리이다. 이들이 재판실무상 문제된 것은 사생활보다도 더욱 근래의 일이고,⁴⁵⁾ 그 때문인지 최고법원 재판례도 흔하지 아니하다. 흔히 문제되는 사안 유형으로는 유명인 또는 일반인의 사진 또는 음성을 허락 없이 또는 당초 허락받은 범위를 넘어서 방송화면이나 광고에 사용하는 경우를 들 수 있다. 특히 자신의 초상(肖像) 등을 상업적으로 이용하고 있는 유명인의 초상(肖像)을 광고 등에 무단으로 이용한 경우에는 이른바 퍼블리시티권의 문제가 된다. 그 외에 명예훼손적 보도가 있었으나, 명예훼손에 관하여는 위법성이 조각되는 등으로 책임이 부정되는 경우 초상권이나 음성권의 침해만을 인정한 예도 있다. 피해자의 동의가 있었던 경우, 공개된 장소인 경우, 유명인으로 공중(公衆)이 정당한 관심을 가질 만한 경우, 일정한 범죄수사 이외에 내용이 별로 침해적이지 아니하고 언론보도를 위하여 불가결하였던 경우에는 위법성이 조각되어 책임이 인정되지 아니한다.⁴⁶⁾

오늘날 인터넷공간에서 일어난 사생활 등의 침해에 대하여는 침해물의 삭제 등 금지청구가 함께 행해지곤 한다. 그러나 명예훼손에 대하여 정정보도가 종종 손해복구조치가 될 수 있는 것과 달리, 공개되지 아니하는 것 자체가 보호이익인 사생활, 초상, 음성 등의 경우 이미 행해진 손해를 회복할 방법은 없다. 그러므로 이때에는 당연히 위자료 청구가 인정되고, 많은 경우 위자료 청구가 구제의 중심을 차지한다.

가족 등 근친의 위자료 청구도 인정하는 것이 확고한 재판실무이다. 여기에서도 근거는 ‘정신적 고통’이다. 사생활의 경우 가족 공동의 사생활이 침해되어 각자 고유한 의미의 피해자가 되는 경우도 있을 수 있으나, 그렇지 아니한 경우도 적지 않다. 초상권, 성명권 등은 당해 권리주체만이 침해대상 법익을 누린다. 그럼에도 재판실무는 가령 그 부모 등이 자녀의 초상권 침해를 이유로 위자료 청구를 하는 경우 자녀와 함께 부모 고유의 위자

42) 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 393.

43) 김재형, 언론과 인격권, 307 이하.

44) 한위수, 민사재판의 제문제 제8권, 210.

45) 최초의 최고법원 선례는 대판 2006. 10. 13, 2004다16270(초상권)이다. 위 판결에 대하여는 권영준, 민사판례연구[XXXI], 519 이하. 하급심 재판례에 관하여는 김재형, 언론과 인격권, 233; 노만경, 언론중재 2011년 겨울호, 27-29 등.

46) 권영준, 민사판례연구[XXXI], 530 이하; 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 397 이하.

료도 인정하는 경향을 보인다. 이 또한 앞서 인신손해에 관하여 본 민법 제752조의 해석론의 연장선상에 있음은 물론이다.

(b) 개인정보침해

근래에 점차 중요해져가는 비재산적 권리로 개인정보(자기결정)권이 있다. 이는 성명과 주민등록번호는 물론이고, 전화번호, 주소, 이메일주소, 건강상태, 진료정보, 신용정보, 구매성향, 인터넷검색성향, 정치적 신념, 인적 교류의 범위와 내용 등 개개인의 동일성을 식별하고 그 개인의 상태를 기록한 정보 일체에 관하여 그 개인이 갖는 통제, 결정권을 가리킨다. 일반적으로 헌법 제10조, 제17조로부터 도출되나, 다수의 기업에 노출되는 등 더는 사생활이라고 할 수 없는 정보도 보호의 대상이 된다는 점에서 독자적 기본권으로 이해되고 있고, 나아가 주관적 사권(私權)이기도 하다.⁴⁷⁾

가장 전형적인 사안유형은 관리 중인 개인정보의 유출이다. 오늘날 개개인은 - 특히 인터넷공간에서 - 무수한 개인정보를 제공하고 있고, 다수의 회사들이 이를 수집하거나 거래하고 있다. 개인정보의 축적 자체를 피할 길이 거의 없다. 그런데 이와 같은 개인정보가 부실하게 관리되어 예상하지 아니한 곳에 유출되거나 예상하지 아니한 곳에 쓰인다면 개개인의 안온(安穩)은 보장될 수 없다. 개인정보의 유지, 관리에 관한 (부수적) 계약책임은 물론, 직접 계약관계에 있지 아니한 경우에도 불법행위책임을 인정할 필요가 있는 것이다. 다만, 다른 한편 해킹(hacking)으로 이러한 정보가 침해, 유출될 위험 또한 커지고 있고, 개인정보를 수집, 관리하는 기관 및 기업 중 상당수는 이러한 해킹에 합리적인 비용으로 대응할 수 없다는 점을 고려하여, 책임에 적절한 한계를 설정할 필요가 있다. 판례, 학설은 개인정보침해에 대하여 일정한 요건 하에 불법행위책임을 인정함으로써 이와 같은 과제를 수행하고 있고, 이러한 사안유형이 분쟁의 다수를 이루고 있다.⁴⁸⁾ 그 이외에 불법적인 개인정보의 수집도 개인정보(자기결정)권 침해에 해당할 수 있다. 사인(私人)의 수집이 위법한지, 어떤 경우에 그러한지는 아직까지 별로 문제되고 있지 아니하고, 문제가 된 소수의 사건은 대체로 국가기관에 의한 위법한 정보수집이다.⁴⁹⁾

개인정보침해에 대하여도 침해금지청구가 인정될 수 있다. 그러나 이미 침해된 이후 금지청구를 하더라도 손해가 회복되지는 아니한다. 침해금지청구의 실천적 의의는 제한적이다.⁵⁰⁾ 여기에서도 가장 중심적인 구제수단은 위자료이다. 문제는 어떠한 경우에 손해가 인정되는가 하는 점인데, 하급심 재판례 중에는 개인정보가 유출되었으나, 제3자가 이를 열람하지 아니한 사안에서 피해자들의 위자료 청구를 기각한 예,⁵¹⁾ 변호사의 승소율 등에

47) 헌재결 2005. 5. 26, 99헌마513, 2004헌마190. 정상조·권영준, 법조 제630호, 7.

48) 구체적인 하급심 재판례에 관하여는 이창현, 위자료, 318 이하; 정상조·권영준, 법조 제630호, 61 이하 참조.

49) 앞서 본 대판 1998. 7. 24, 96다42789(보안사 민간인 사찰)는 이 범주에 포함시킬 수도 있다.

50) 정상조·권영준, 법조 제630호, 29.

51) 서울중앙지판 2008. 1. 3, 2006가합87762. 당해 사건에서는 개인정보가 열람되지 아니한 피해자들도 개인사진은 열람되었으나, 항소심 법원은 한 화면에 개인증명사진이 50장씩 표시되는 식의 유출로는 정신적 손해를 입었다고 볼 수 없다고 판시하였다. 서울고판 2008. 11. 25, 2008나25888.

관한 서비스제공이 개인정보자기결정권 침해이기는 하나, 정신적 손해가 발생하였다고 할 수는 없다는 이유로 위자료 청구를 기각한 예⁵²⁾ 등이 있다. 개인정보(자기결정)권 침해에 대하여도 단순한 정신적 고통, 가령 불안감으로는 위자료 청구를 할 수 없고, 개인정보권이라는 법익에 대한 현실적 위험 내지 침해가 필요함을 보여주는 재판례이다.⁵³⁾

(c) 자기결정권 침해

자기결정권은 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권의 일부를 이루고, 넓은 의미에서는 민법 제751조의 '자유'에도 해당한다. 그러나 의사결정의 자유를 침해한 경우 원칙적으로는 재산적 손해의 배상만이 추구되고 있고, 그 이외에도 자기결정권 침해를 이유로 위자료를 인정한 예는 흔하지 아니하다.⁵⁴⁾ 다만, 그 자체 핵심인격적 이익에 속하는 성적 자기결정권 침해와 의료사건에서 설명의무 위반에 의한 자기결정권 침해는 두드러지는 유형을 형성하고 있으므로, 이에 관하여 보기로 한다.

성적 자기결정권 침해의 전형적인 예는 강간, 강제추행, 윤락행위의 강요이다.⁵⁵⁾ 이들은 모두 현행법상 형사처벌의 대상으로 되어 있고, 그 근거가 개인의 인격권으로서 성적 자기결정권 침해에 있다는 점에도 별 의문이 없으므로, 불법행위가 성립하는데 이론(異論)의 여지가 없다. 특별히 항변사유가 될 만한 것도 없다.⁵⁶⁾ 나아가 이것이 정신적 고통을 야기하리라는 점에도 의문이 없다. 실제로 하급심 재판례들은 이에 대하여 별 의문 없이 위자료를 인정하고 있다. 나아가 하급심 재판례 중에는 - 반드시 일관된 것은 아니지만 - 가족의 성적 자기결정권 침해에 대하여 근친자들에게 독자적인 위자료 청구권을 부여한 예도 보인다.⁵⁷⁾ 이것이 앞서 본 민법 제752조를 예시규정으로 보는 해석론의 논리적 귀결임은 두말할 필요도 없다.

보다 미묘한 것은 의료사건에서 설명의무 위반으로 인한 자기결정권 침해이다. 일반적으로 의료과오(medical malpractice)로 인하여 신체 손해가 일어나면 일반 인신손해에 대한 배상이 이루어지곤 한다. 여기에 후유장애 등에 대한 위자료가 부가됨은 물론이다. 이는 위 (1)에서 설명한 바와 같다. 그러나 의료사건의 책임근거는 이에 한하지 아니한다. 그 이외에 설명의무 위반도 중요한 책임근거가 되고 있다. 설명의무에는 첫째, 환자에게 진단의 결과와 치료에 관한 정보를 제공할 의무, 둘째, 환자가 특정한 치료를 받을 것인가 여부를 결정함에 있어서 도움을 주기 위한 설명의무, 셋째, 환자가 질병의 치료나 부작용의 예방을 위하여 지키거나 조심하여야 할 내용에 대한 설명의무가 있는데,⁵⁸⁾ 판례는 그 중 첫째와 셋째 위반에 대하여는 별도의 위자료를 인정하지 아니한다. 그 결과 첫째는 별

52) 서울고판 2008. 4. 16, 2007나74937. 구체적인 손해가 증명되어야 한다고 한다.

53) '정신적 손해'를 규범적 관점에서 재규정하려는 시도로, 정상조·권영준, 법조 제630호, 43 이하.

54) 관련 재판례에 개관으로, 이창현, 위자료, 321 이하.

55) 구체적인 재판례는 이창현, 위자료, 299-300 참조.

56) 아마도 배우자 강간의 경우에는 별도로 논의할 여지가 있을지도 모른다. 그러나 아직까지 민사책임을 추구한 예가 보이지 아니한다.

57) 구체적인 재판례의 개관은 정지원, 성폭력으로 인한 위자료 청구의 액수산정기준에 대한 고찰 참조.

58) 이상의 구분은 윤진수, 민법논고 III, 586.

다른 법적 제재가 따르지 아니하는 의무가 된다. 셋째의 경우 그 결과 치료가 실패하거나 부작용이 발생하는 등 별도의 손해가 생겼을 경우 그 손해가 배상의 대상이 된다. 문제는 둘째인데, 판례는 이때 설명의무에 위반하면 위자료의 배상을 인정한다. 그런데 이때 설명의무는 결국 자신의 신체에 대한 자기결정권을 보호하기 위한 것이다. 환자와 의사 사이의 비대칭적 관계를 고려하여 환자가 치료 여부와 그 방법에 관하여 실질적으로 자기결정을 할 수 있도록 의사 측에 필요한 설명을 할 의무, 나아가 환자의 자기결정을 적극 배려할 의무를 인정한 것이다. 그러므로 위 둘째의 설명의무 위반은 환자의 자기결정권 침해로 귀착된다고 할 수 있다.

설명 의무 위반으로 인한 손해배상은 치료로 악결과가 발생하였으나 의료과오는 증명되지 아니한 경우에 주로 문제가 된다.⁵⁹⁾ 판례는 설명의무 위반 내지 승낙취득과정에서의 잘못과 악결과 사이에 인과관계가 인정되는 경우(그러나 그 인정에 매우 소극적이다)에는 악결과 전체에 대하여 손해배상을 청구할 수 있으나, 그렇지 아니한 경우에는 설명의무 위반 자체에 대한 위자료만 구할 수 있다고 한다.⁶⁰⁾ 그러나 이때의 위자료가 선택 기회, 즉 자기결정권 자체에 대한 배상이고, 선택 결과 내지 다른 선택이 가져왔을 다른 기회에 대한 배상(가령 loss of chance)이 아니라고 보아야 하는지는 약간의 검토를 요한다. 이 점은 뒤에 위자료 산정에 관하여 볼 때 다시 한 번 다루기로 한다.⁶¹⁾

나아가 판례는 환자 본인뿐 아니라 ‘정신적 고통을 함께 입었을’ 가족들에게도 위자료를 인정한다.⁶²⁾ 이 또한 민법 제752조에 관한 종래의 해석론의 연장이라고 할 수 있다.

(d) 이른바 성희롱(sexual harassment), 스토킹(stalking), 모욕, 부당제소, 부당해고
미국에서는 이른바 성희롱(sexual harassment) 내지 성적 괴롭힘의 불법성을 그것이 성별에 근거한 비합리적인 차별, 즉 평등의 원칙 위반이라는 점에서 찾는다. 그러나 우리 현실에서 문제되는 성희롱은 대개 단순한 성별에 근거한 차별에 그치지 아니하고 객관적, 절대적인 기준에서 보더라도 인간으로서의 존엄과 가치에 위협이 될 만한 것들이다. 이 점에서 이는 넓은 의미의 ‘괴롭힘’에 해당하고, 인격권 침해로 불법행위가 된다고 할 수 있다.⁶³⁾ 대판 1998. 2. 10, 95다39533(이른바 우조교 사건)은 서울대학교 자연과학대학 MNR 기기 담당 유급조교였던 원고가 근무기간 중 담당교수로부터 계속적으로 여러 가지 형태의 성희롱을 당하였고, 이에 응하지 아니하자 결국 해고당하였음을 이유로 하는 손해배상청구사건에서 상대방의 성적 표현행위로 인하여 인격권을 침해당한 자가 정신적 고통을 입는다는 것은 경험칙상 명백하다는 이유로 책임을 인정하였다. 특히 위 판결은 원심

59) 대판 1998. 3. 27, 97다56761 등.

60) 대판 1994. 4. 15, 93다60953 등.

61) 그러나 아예 악결과가 발생하지 아니한 경우에도 위자료를 인정할 수 있는지는 분명하지 아니하다.

62) 대판 1994. 4. 15, 93다60953 등. 이에 대하여 가족들의 승낙권을 인정하기 어렵다는 점에서 근거가 명확하지 아니하다고 비판하는 것으로, 이창현, 위자료, 330. 올바른 지적이지만, 민법 제752조를 예시규정으로 해석하고, 근친의 위자료 청구권을 널리 인정하는 그의 기본입장과 일관된 것인지에는 의문이 있다.

63) 김재형, 언론과 인격권, 331-337. 이에 대하여 이창현, 위자료, 330은 성희롱도 성적 자기결정권의 침해에 해당한다고 주장하나, 타당하지 아니하다.

이 성희롱을 조건적 성희롱과 환경형 성희롱으로 구분하여 후자의 성립요건을 엄격하게 제한하고, 특히 불법행위에 기한 손해배상을 청구하는 피해자로서는 가해자의 성희롱으로 말미암아 단순한 분노, 슬픔, 울화, 놀람을 초과하는 정신적 고통을 받았다는 점을 주장·입증하여야 한다는 전제 하에 청구를 기각한데 대하여, 이러한 사정은 모두 위자료 산정의 참작사유에 불과하다는 이유로 파기, 환송하였다. 구체적인 정신적 고통이 아니라 인격 침해 그 자체가 배상대상이 되는 것임을 시사하는 예라고 할 수 있다.

그 이외에 스토킹(stalking)과 모욕도 넓은 의미의 ‘괴롭힘’에 해당하고 인격권 침해로 볼 수 있다. 우리 형법은 사실의 적시에 의하지 아니한 모욕도 처벌대상으로 하므로, 모욕이 공론(公論)의 장에서 허용되는 행위에 해당하지 아니함은 분명하고, 따라서 명예훼손이 아니라 하더라도 불법행위책임을 면할 수는 없다. 모욕으로 내적 명예 내지 명예감정, 곧 정신적 고통이 생길 것임도 분명하다. 실제로 판례⁶⁴⁾는 모욕에 대하여도 불법행위책임을 인정하고 있다. 명예훼손과 모욕이 함께 이루어질 수도 있다. 스토킹은 피해자의 의사에 반하여 반복적으로 미행하거나 편지, 전화, 모사전송기, 컴퓨터통신 등을 통하여 말이나 글 또는 사진이나 그림을 전달함으로써 심각한 공포심이나 불안감을 유발하는 행위로서, 이 또한 허용되는 정도를 넘어 위법하게 되면 피해자의 인격권을 침해하고 정신적 고통을 야기하여 불법행위가 성립한다.⁶⁵⁾ 판례는 이러한 모욕이나 스토킹의 경우에도 위자료를 인정하고 있다.

나아가 부당해고와 부당제소도 이러한 ‘괴롭힘’의 유형에 해당한다고 보인다. 그러나 앞서 본 일련의 ‘괴롭힘’이 어떤 이유에서건 그 자체 거의 정당화되기 어려운 것임에 비해 부당해고와 부당제소는 원칙적으로 - 사후에 그 적법, 유효 여부가 재판 등에서 가려지는 것은 별론 - 해고의 의사표시를 할 자유 및 국민의 재판청구권과 관련되어 있어 자유의 영역에 속한다는 점에서 보다 미묘하다. 이 경우 책임이 성립하려면 - 순수재산손해(pure economic loss)에서처럼 - 다소간 악의적인 ‘괴롭힘’이 요구되는데, 이는 두 경우 모두 원칙적으로 타인에게 손해를 가할 ‘자유’가 인정되는 공간에서 예외적으로 허용되지 아니하는 행위와 관계되어 있기 때문이다. 그러므로 이때 위자료 청구의 요건제한은 - 판례가 말하는 것처럼 부당해고나 부당제소 그 자체가 위법함을 전제로, 위자료라는 특별한 손해에까지 책임을 확장하기 위한 요건이라기보다는 - 인격권이라는 독자적인 법익이 해고나 소송절차를 통하여 침해되기 위한 별개의 요건에 관한 것이라고 이해함이 옳다. 즉, 재산적 법익 침해에 대한 (특별손해로서) 비재산적 결과손해가 아니라 재산적 법익침해에 대한 재산적 침해손해(가령 미지급임금, 재산권회복 등)와 병존하는 비재산적 법익침해에 대한 비재산적 침해손해(괴롭힘)의 문제로서, 두 불법행위가 병존하는 이상 각각에 별개의 성립요건이 부과될 수 있다는 것이다.

64) 대판 2009. 4. 9, 2005다65494; 2002. 1. 22, 2000다37524. 또한 이창현, 위자료, 308-309. 명예훼손, 모욕, 사실왜곡의 구별과 불법행위의 요건에 관하여는 대판 2009. 4. 9, 2005다65494(해설: 김시철, 대법원판례해설, 제79호, 214 이하).

65) 대판 1998. 7. 24, 96다42789.

먼저 부당해고를 본다. 판례는 근로관계가 단순한 임금의 획득만을 목적으로 한 것이 아니라 근로자의 인격발현에 중대한 기능 내지 지위를 차지하는 것임을 이유로, 부당해고에 대하여 미지급임금 등의 재산손해 이외에 정신적 고통에 대한 위자료가 인정될 수도 있다고 한다.⁶⁶⁾ 구체적으로 “사용자가 근로자를 징계해고할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나, 해고의 이유로 된 어느 사실이 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고, 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 이를 이유로 징계해고로 나아간 경우에 책임을 인정한다.”⁶⁷⁾ 해고는 본래 근로계약의 일방 해지에 불과하지만 근로관계가 근로자의 인격발현에서 차지하는 압도적인 위치에 비추어 볼 때 그로 인한 정신적 고통은 단순한 계약의 부당파기로 인한 정신적 고통과 달리 자유영역에 맡겨질 수 없고, 부당해고가 인격권 침해의 수단으로, 즉 괴롭히기 위한 수단으로 이루어진 경우에는 위자료를 인정할 수 있다는 것이다.

다음, 부당제소 및 응소를 본다. 판례는 명백히 청구권 내지 응소권이 없음에도 고의나 과실로 제소 또는 응소하여 상대방 또는 제3자의 법익을 침해하는 경우 당해 소송에서 승소하는 것만으로는 정신적 고통이 회복될 수 없는 특별한 사정이 있고 이를 예견할 수 있었다면 위자료도 배상하여야 한다고 한다.⁶⁸⁾ 그럼에도 재판청구권의 보장과의 긴장을 고려하여 위자료 청구가 인정되는 경우를 조심스럽게 제한하고 있다. 이는 결국 소송이라는, 일반인의 입장에서 특히 고통스러운 과정을 통하여 상대방을 괴롭히는 행위에 대한 제재라고 이해된다.

이러한 경우에 ‘정신적 고통’이 있을 것임은 분명하다. 그러나 ‘정신적 고통’이 실제로 증명되어야 하는 것은 아니다. 그리고 누구도 다른 사람으로부터 의도적으로 괴롭힘을 당할 이유는 없고, 그러한 행위 자체가 그 사람의 인격을 존중하는 것이 아님에 비추면, 이때 손해를 반드시 정신적 고통으로 관념하여야 하는 것도 아니다.

(e) 불성실한 진료, 기회의 상실

대판 2006. 9. 28, 2004다61402는 의료진의 업무상 주의의무 위반의 정도가 일반인의 처지에서 보아 수인한도를 넘어서 현저하게 불성실한 진료를 행한 경우 그 주의의무 위반과 악결과 사이에 인과관계가 증명되지 아니하였다 하더라도 “그 자체로서 불법행위를 구성하여 그로 말미암아 환자나 그 가족이 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 배상을 명할 수 있다고 보아야 할 것”이라고 한다. 이 판결은 이후 다수의 하급심 재판례에 원용되고 있다. 이 판결은 1980년대 이후 일본에서 나온 유사한 취지의 다수의 하급심 재판례의 영향을 받은 것으로 보인다.⁶⁹⁾ 그런데 이 판결이 “일반인의 입장에서 수인한도를 넘어

66) 대판 1993. 10. 12, 92다43586 등.

67) 구체적인 판례의 전개에 관하여는, 정진경, 김유성화갑, 237 이하 참조.

68) 대판 1994. 9. 9, 93다50116 등. 상세한 논의는 이창현, 법조 제643호, 259 이하.

69) 김민규, 부산외대 비교법학 제15집, 167 이하; 양창수, 민법연구 제9권, 408 등.

현저하게 불성실한 진료”에 한하여 “그 자체 불법행위”를 이룬다는 말의 의미는 분명하지 아니하다. 의사의 진료가 불성실하여 주의의무를 위반하였다면 그것이 현저하지 아니하다 하더라도 일반인의 입장에서 수인할 수 있을지도 의문이다.⁷⁰⁾ “그 자체 불법행위”를 구성한다는 말이 손해가 필요하지 아니하다는 의미라면 이는 우리 불법행위법의 기본원칙에 어긋난다. 그러한 경우에 한하여 정신적 고통이 발생하리라고 볼 근거도 없다. 치료 중 악결과, 특히 중대한 악결과가 생긴 경우 의료진의 주의의무 위반은 그것이 현저하지 아니 하더라도, 그리고 그것이 악결과와 인과관계가 증명되지 아니하였다 하더라도, 일단 발견 되기만 하면 환자와 그 가족에게 커다란 정신적 고통을 주게 마련이기 때문이다. 이 판결의 법리는 ‘손해’의 관점에서는 정당화할 수 없다. 또한 일반인의 입장에서 현저하게 수인한도를 초과한 경우에 한하여 불법적이라고 평가할 수는 없으므로, 이를 “위법성”의 관점에서 정당화할 수도 없다.

이 판결의 법리를 정당화하려면, 결국 주의의무의 현저한 위반으로 인하여, 그 자체 인과관계가 인정되지는 아니하더라도, 악결과를 초래할 추상적 또는 구체적 가능성 내지 위험이 상당한 정도로 올라간 경우 그로 인한 기회상실(loss of chance)을 배상대상으로 삼았다고 보아야 한다. 일본 최고재판소도 이를 생명유지 이익 내지 그 기회에 대한 침해로 구성하여 비슷한 태도를 취하고 있다. 나아가 하급심 재판례 중에는 구치소 수용자의 수진기회를 침해하거나, 진단과오로 생명연장의 기회를 상실시킨 경우 등에 대하여 바로 그 점을 이유로 위자료를 인정한 것도 있다.⁷¹⁾

또한 판례는 그 이외의 이익기회의 상실에 대하여도 위자료를 인정하고 있다. 대판 2004. 11. 12, 2003다52227은 선거운동의 자유의 한계를 넘는 낙선운동은 공정한 경쟁을 통해 유권자에게 평가받으리라는 후보의 합리적 기대를 침해한 것이라는 이유로 그 위법성을 인정하고, 그로 인하여 후보가 받은 정신적 고통에 대하여 1,000만 원의 위자료를 인정한 바 있고, 대판 2003. 4. 11, 2001다53059는 조형물작가로 선정, 통지한 후 상당한 이유 없이 계약체결을 거절한 것이 계약자유 원칙의 한계를 넘는 위법한 행위라고 하면서, 여러 사정을 참작하여 위자료 3,000만 원을 인정하였으며, 대판 2003. 7. 11, 99다24218; 1997. 5. 28, 97다1822는 각 헌법소원과 민사사건의 상급심 판단을 받을 기회를 상실한데 대하여 위자료를 인정한바 있다. 하급심 재판례 중에는 초동수사 등에 소홀하여 진상을 밝힐 기회를 놓친데 대하여 위자료를 인정한 예도 상당수 보인다.⁷²⁾

그런데 이때의 손해배상은, 기회상실에 대한 배상 일반이 그러하듯, 정신적 고통에 대한 배상이라기보다는, 원칙적으로 Alles-oder-Nichts로 이루어져야 하는 인과관계 판단에 대한 하나의 예외, 즉 일종의 부분책임이다. 그러므로 이때 배상의 대상이 되는 것은 정신적 고통이라기보다는 만일 인과관계가 인정되었다면 손해로 인정받았을 바로 그 이익

70) 양창수, 민법연구 제9권, 408.

71) 구체적인 재판례는 이창현, 위자료, 334-335.

72) 그 이외에 이창현, 위자료, 335 이하 참조.

이다. 여기에는 재산권도 있고(가령 재판을 통하여 소유권을 상실한 경우), 단순한 경제적 이익도 있으며(유리한 계약체결의 기회), 인격적 법익(가령 생명 또는 신체) 기타 비재산적 인 사실상의 가능성(공직선출의 기회)도 있다. 이러한 어떤 이익취득의 기회가 그 기회의 실현으로 얻어지는 이익과 별개의 독자적인 비재산적 이익이라고 할 수는 없을 것이다.⁷³⁾

(f) 생활이익 침해

판례, 통설은 일조방해, 조망이익의 침해, 소음, 진동 등으로 수인한도를 넘는 불편이 생기는 경우 불법행위가 성립한다고 한다. 이로 인하여 부동산의 가치가 하락하면 재산적 손해의 배상이 인정된다. 그러나 판례는 그 이외에 위자료도 인정한다.⁷⁴⁾

먼저 판례는 - 적어도 그 표현상으로는 - 일조방해에서 보호되는 것은 일조「권」이 아니라 기존의 일조이익이라고 한다. 여기에서는 객관적 위법이 문제될지언정 권리침해가 문제되는 것은 아닌 셈이다. 나아가 특히 주거의 경우, 생활방해가 피해자의 생활이익을 침해하여 그에게 정신적 고통을 줄 것임은 분명하다. 그러므로 수인한도를 넘어 위법한 이상 그로 인한 정신적 고통에 대하여 위자료를 인정하는 것은, 객관적 위법성과 사실상의 인과관계, 손해로서 정신적 고통이라는 사실적 개념에 터잡아 위자료 배상을 인정해온 판례의 태도와도 일관되는 것처럼 보인다.

그런데 다른 한편, 대판(전) 2008. 4. 17, 2006다35865⁷⁵⁾의 다수의견은, “일조방해는 단순한 재산권의 침해에 그치는 것이 아니라, 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 개인의 인격권을 침해하는 성격도 지니고 있다”면서, “위법한 일조방해 행위로 인한 피해 부동산의 시세 하락 등 재산상의 손해는 특별한 사정이 없는 한 가해 건물이 완성될 때에 1회적으로 발생한다고 볼 수 있으나, 위법한 일조방해로 인하여 직사광선이 차단되는 등 생활 환경이 악화됨으로써 피해 건물의 거주자가 입게 되는 정신적 손해는 가해 건물이 존속하는 한 날마다 계속적으로 발생하는 것으로 보아야 하므로, 그 위자료청구권의 소멸시효는 가해 건물이 피해 부동산의 일조를 방해하는 상태로 존속하는 한 날마다 개별적으로 진행된다”는 반대의견에 대하여 “건물 등이 준공되거나 외부골조공사가 완료되면 그 건축행위에 따른 일영의 증가는 더는 발생하지 않게 되고 해당 토지의 소유자는 그 시점에 이러한 일조방해 행위로 인하여 현재 또는 장래에 발생 가능한 재산상 손해나 정신적 손해 등을 예견할 수 있다고 할 것이므로, 이러한 손해배상청구권에 관한 민법 제766조 제1항 소정의 소멸시효는 원칙적으로 그때부터 진행한다”고 한바 있다. 결론에 있어서는 다수의견이 타당하다고 생각된다. 문제는 본래 대개의 인격권 침해가 법익주체가 고정되어 있음에 반하여 이때의 인격권 침해는 부동산 소유, 점유와 부착되어 있어 피해주체가 시간에 따라

73) 바로 이 점이 전통적으로 기회상실(loss of chance)을 독자적 손해항목으로 포섭하는데 있어 이론적 난점으로 지적되어온 부분이다. 설명의무 위반에도 불구하고 설명하였을 경우와 같이 치료에 동의하였으리라고 여겨지는 경우 설명의무 위반에 대하여 위자료가 인정되어야 하는가가 문제되는 것도 같은 이유에서이다. 자기결정의 결과가 달라지지 아니한 이상 자기결정권 침해 자체에 대하여 별도의 배상을 인정할 필요가 없기 때문이다. 판례가 추정적 승낙을 인정하고 있음에 비추면 더욱 그러하다.

74) 이창현, 위자료, 339-341.

75) 해설: 김시철, 대법원판례해설 제75호, 217 이하.

분할될 수 있다는 점이다. 다수의견과 같이 하면 아직 침해를 당하지 아니한 장래의 피해 부동산 양수인의 인격권 침해에 대하여까지 건물 준공시를 기준으로, 따라서 아마도 그 당시의 소유자에게 배상할 수 있고, 또 배상하여야 한다. 그럼에도 이것이 부당하지 아니한 까닭은, 이러한 피해가 결국은 부동산 소유권 (또는 그 이용) 침해에 포함되어 있어, 손해배상 후 양수인은 더 낮은 가격에 양수함으로써 재산 및 비재산적 손해를 양도인에게 전가할 수 있기 때문이다.

본래 소유권도 궁극적으로는 인격권의 보장을 위한 것이다. 주거 소유권의 경우 법익 주체의 생활에 직결되어 이러한 성격이 더욱 두드러질 뿐이다. 소유권의 향유를 통하여 누릴 수 있는 인격적 이익은 이미 소유권이라는 재산권의 일부이다. 그 침해에 대한 배상도 소유권 침해로 인한 재산적 손해의 배상으로 종결되는 것이 원칙이다.⁷⁶⁾ 일조방해 등 생활방해로 인한 위자료는 어떠한 경우에 비재산적 법익이 배상되어야 하는가에 관한 불투명한 이해, 말하자면 피해자의 주거생활이 불편해졌는데 어떻게 정신적 고통이 없겠는가 하는 의문에 판례, 통설이 제대로 답하지 못한 결과에 불과하다고 생각된다.

(g) 평등의 원칙 위반

헌법 제11조 제1항은 성별, 종교 또는 사회적 신분에 의한 차별을 금지한다. 국가 등으로부터 비합리적인 차별을 당한 경우 이는 그 피해자에 대한 관계에서 위법하다고 할 수 있다. 사인(私人)으로부터 차별을 당한 경우에는 사적 자치와 평등의 원칙 사이에 긴장이 생기므로, 사법관계를 평등의 원칙으로 재단하는 데는 극히 신중하여야 하나, 관계의 성격에 따라서는 비합리적 차별로 위법성이 인정되는 경우가 있을 수 있다. 대판 2011. 1. 27. 2009다19864⁷⁷⁾도 서울YMCA가 남성 회원에게는 별다른 심사 없이 총회의결권 등을 갖는 총회원 자격을 부여하면서도 여성 회원의 경우에는 지속적인 요구에도 불구하고 원천적으로 총회원 자격심사에서 배제하여 온 것은, 우리 사회의 건전한 상식과 법감정에 비추어 용인될 수 있는 한계를 벗어나 사회질서에 위반되는 것으로서 여성 회원들의 인격적 법익을 침해하여 불법행위를 구성한다면서, 각 피해자에게 1,000만 원씩의 위자료를 인정한 원심판결을 유지한 바 있다. 나아가 하급심 재판례 중에는 가령 장애아동에 대한 여행자보험의 인수거부 등이 장애인복지법 제8조 제1항에 위반한 장애인에 대한 차별로 위법하다는 이유로 위자료를 인정한 예도 몇몇 보인다.⁷⁸⁾ 아울러 이들 재판례는 피해자의 정신적 고통 유무를 따지지는 아니하나, 그 부모의 위자료 청구도 인정하였는데, 이것이 민법 제752조에 관한 종래의 해석론의 연장선상에 있음은 물론이다.

2. 위자료액의 결정

76) 하급심에서는(서울고판 2008나42890) 일조방해에 대하여 재산적 손해의 배상은 인정하면서도 별도의 위자료는 인정하지 아니한 예도 있는데, 이것이 건전한 태도라고 생각된다.

77) 평석: 김태선, 전남대 법학논총 제31집 2호, 569 이하.

78) 구체적인 재판례에 관하여는 이창현, 위자료, 287.

가. 총설

(1) 고려요소와 산정방법: 실체법

(a) 고려요소(I): 전보(填補) 대상이 되는 손해

위자료 산정은 처음부터 불가능한 일을 하여야 하는 모순적 상황에 놓여있다.

민법 제751조 제1항은 ‘기타 정신상 고통’과 ‘재산이외의 손해’를 등치하고 있고, 좀 더 분명하게 제806조 제2항은 ‘재산상손해외에 정신상 고통에 대’한 배상을, 국가배상법 제3조 제5항은 ‘정신적 고통에 대한 위자료’를 인정한다. 그러나 다른 한편 판례는 법인 고유의 위자료를 인정하면서 ‘민법 제751조의 재산이외의 손해는 정신상의 고통만을 의미하는 것은 아니고 그 외의 수리적으로 산정할 수 없으나 사회통념상 금전평가가 가능한 무형의 손해도 포함한다’고 한 바 있고,⁷⁹⁾ 아예 인격권 침해를 위자료의 근거로 든 바도 있다. 결국 판례는 정신적 고통이라는 사실적 불이익 이외에 비재산적 법익침해 자체, 즉, 법적 불이익도 위자료 배상의 대상으로 보고 있는 것이다. 그러나 정신적 고통이든 무형적 손해든 그 정의상(per definitam) ‘수리적으로 산정할 수 없는’ 손해라는 점에는 차이가 없다.⁸⁰⁾ 역사적으로는 일정한 비재산적 법익침해에 대하여 일정한 배상액을 법률로 정한 예가 여럿 있으나, 우리 법은 - 뒤에서 볼 국가배상법을 제외하면 - ‘손해배상’을 명하고 있을 뿐 그 수액에 관하여 별다른 지침을 주지는 아니한다. 결국 비재산적 손해의 평가는 법관의 합리적 재량에 맡겨지게 된다.

그런데 여기에서 불가능하다는 것은 절대적인 금액으로 환산하는 일이고, 비재산적 손해 사이의 상대적 서열화까지 반드시 불가능하다고 할 수는 없다. 다만, 상대적 서열화를 위해서라도 비교의 대상이 되는 비재산적 손해의 내용을 좀 더 엄밀히 규정할 필요가 있다. 이와 관련하여서는 성희롱에 대한 위자료 청구에서 대법원⁸¹⁾이 구체적 정신적 고통을 주장·증명하여야 한다는 원심을 배척하고, 그와 같은 사정은 위자료 산정의 참작사유에 불과하다고 한 것과 개인정보침해사건에서 실제 제3자가 열람하지 아니한 이상 불안감만으로는 손해가 있다고 할 수 없다고 한 하급심 재판례가 참고가 된다. 위 두 재판례는 정신적 고통이 손해의 충분조건도 아니고 필요조건도 아님을 보여준다. 즉, 판례는 정신적 고통을 언급할 때조차도 피해자가 실제 ‘입은’ 정신적 고통이 아니라 피해자가 ‘입었을 만한’ 정신적 고통의 크기를 준거로 삼고 있고, 실제 입은 정신적 고통조차도 그것이 규범적으로 보호의 범위에 포함되지 아니할 때에는 무시한다(자연적-규범적 비재산손해개념). 이처럼 규범적으로 파악된 ‘정신적 고통’은 비재산적 법익, 가령 생명 또는 신체, 인격발현 등의 침해의 정도와 비례할 수밖에 없다. 그렇다면 결국 비재산적 ‘법익’이 침해된 정도가 제1차적인 기준이 된다고 해도 틀린 말은 아닐 것이다. 물론, 이로 인하여 나아가 특별한

79) 대판 1996. 6. 28, 96다12696; 1999. 10. 22, 98다6381.

80) 그러므로 위 판결에서 ‘사회통념상 금전평가가 가능’하다는 설명은 별 의미가 없고, 그 자체 모순적인 서술이다.

81) 대판 1998. 2. 10, 95다39533.

정신적 고통을 겪었음이 증명되었고, 나아가 그것이 규범의 보호범위에 속하는 경우에는 그러한 손해가 고려될 수 있음을 부정하는 것은 아니다.⁸²⁾

재산적 손해배상에서 산정의 기준시기와 기준지가 중요한 쟁점이 되는 것처럼 위자료에 대하여도 산정의 기준시기와 기준지가 문제될 수 있다. 비록 절대적인 금액을 정할 수는 없다 하더라도 경제발전의 정도에 따라 재산적 이익과 비재산적 법익의 상대적 경중과 여러 종류의 비재산적 법익들 사이의 상대적 서열이 달라질 수 있고, 물가 내지 소득수준에 따라 그 금전적 평가액의 상대적 비중이 달라질 수 있어 상대적 다과는 인정되기 때문이다. 기준시기에 관하여 대판 2011. 1. 13, 2009다103950 등은, 국가의 소멸시효 완성 항변이 시효남용으로 허용될 수 없어 불법행위 후 수 십년이 지난 뒤 국가배상을 하게 된 경우에 “불법행위시와 변론종결시 사이에 장기간의 세월이 경과되어 위자료를 산정함에 있어 반드시 참작해야 할 변론종결시의 통화가치 등에 불법행위시와 비교하여 상당한 변동이 생긴 때에도 덮어놓고 불법행위시로부터 지연손해금이 발생한다고 보는 경우에는 현저한 과잉배상의 문제가 제기된다”는 이유로, 이러한 경우 “예외적으로라도 불법행위로 인한 위자료배상채무의 지연손해금은 그 위자료 산정의 기준시인 사실심 변론종결 당일로 부터 발생한다고 보아야”한다고 한다. 이 판결은 문면상 지연손해금의 기준시기를 뒤로 연장할 수 있다는 취지이고, 위자료 산정의 기준시기, 즉 물가수준 내지 통화가치 등의 평가시점에 관하여 특별한 예외를 설정하는 것은 아니므로, 위 판시 중 “위자료를 산정함에 있어 반드시 참작해야 할 변론종결시의 통화가치 등”은 불법행위 일반에 대하여 적용되는 법리라고 할 수 있다. 결국 산정의 기준시기는 사실심 변론종결시, 실체법적으로는 배상시라는 것이다.⁸³⁾ 기준지에 관하여 대판 2001. 10. 26, 99다68829는, 중국 국적의 조선족 남자가 출입국관리사무소장으로부터 강제퇴거명령을 받고 퇴거시까지 군산교도소에서 보호 중 불법구금되었는데 그 사이 사망한 사건에서 국가가 피해자 본인에게 2,000만원, 유족들에게 각 100만원의 위자료를 인정한 원심에 대하여 중국인인 피해자 본국의 경제수준과 본국에서의 소득수준을 참작하지 아니하는 등 논리칙과 경험칙에 위배하여 위자료 액수를 과다하게 산정함으로써 위자료 산정에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 이유로 제기한 상고를 기각하면서 그 이유로, “원심이 이 사건 변론에 나타난 사정 중 하나로서 소외인 및 그 가족들인 원고들의 고국인 중국에서의 소득수준 내지 그 나라의 경제수준을 참작하였다고 보지 못할 바 아니”라는 점을 들었다.⁸⁴⁾ 위자료 산정에 참고가 되는 제반 사정 중 하나로 적절히 기준지를 고려하여야 한다는 취지로 이해된다.

82) 대판 1998. 2. 10, 95다39533. 이에 반대하는 견해로, E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 32 ff. 그러나 내적 삶의 침해 내지 감정손해를 배상의 주된 대상으로 삼는 것이 부당하다는 점을 넘어, 어떠한 경우에도 이는 배상의 대상이 될 수 없다고 보는 것은, 그가 드는 모든 논거를 고려하더라도, 다소 지나치다. E. Lorenz 자신도 이후 이러한 입장을 포기한 것으로 보인다. 우리나라에서 관련된 논의로는 이창현, 위자료, 257-258.

83) 이에 찬성하는 것으로, 신동현, 강원법학 제36권, 216-217.

84) 해설: 남영찬, 대법원판례해설 제38호, 231 이하. 그 이외에 외국인의 인신손해 일반에 관하여는 윤태식, 법조 제564호, 87 이하.

대판 2009. 12. 14, 2007다77149⁸⁵⁾는 피해자가 입은 정신적 고통 이외에 “법원이 불법행위로 인한 위자료를 산정함에 있어서는 피해자의 연령, 직업, 사회적 지위, 재산 및 생활상태”도 고려하여야 한다고 하고, 국가배상법 제3조 제5항도 피해자의 사회적 지위와 생계 상태를 고려하여 위자료를 배상하여야 한다고 하고 있다. 이는 피해자의 주관적·인적 특성에 따라 같은 비재산적 손해라 하더라도 그 가치가 다를 수 있음을 뜻하는 것처럼 읽히기도 한다. 가령 똑같이 관절에 장애가 왔다 하더라도 매우 부유하여 평소 골프, 요트 등 다양한 취미생활을 즐길 수 있었던 사람과 그렇지 못한 사람 사이 중에서는 앞의 사람에게 훨씬 더 많은 위자료가 지급되어야 한다는 것이다.⁸⁶⁾ 그러나 뒤에 보듯이 실제 이와 같은 사정이 고려된 예는 찾아보기가 매우 어렵다.

(b) 고려요소(II): 제재(制裁)의 필요

한편, 대판 2009. 12. 14, 2007다77149는 위자료액 산정에서 가해자의 고의, 과실의 정도, 가해행위의 동기, 원인, 가해자의 재산상태, 사회적 지위, 연령, 사고 후의 가해자의 태도 등 가해자 측 사정도 참작되어야 한다고 한다. 이에 대하여는 가해자의 귀책정도에 따라 감정손해, 즉 정신적 고통의 크기가 커질 수 있으므로 이를 참작하는 것도 전보기능에 부합한다고 설명하는 견해가 있다.⁸⁷⁾ 그러나 가해자의 귀책정도가 정신적 고통과 비례하는 것은 아니고, 결국 문제되는 것이 정신적 고통의 크기라면 바로 정신적 고통의 크기를 따지면 족하지 가해자의 귀책정도를 별도로 고려할 필요는 없으므로, 이러한 설명은 타당하지 아니하다. 가해자의 재산상태도 마찬가지이다. 이는 형법에서 일수(日數)벌금제와 비슷한 발상으로, 금전적 제재가 가해자에게 미치는 영향은 가해자의 재산상태에 따라 달라지므로 그의 재산이 많으면 많을수록 더 많은 위자료를 명해야 한다는 것이다. 이들은 모두 - 피해자의 손해의 크기가 아니라 - 가해자의 불법과 책임의 크기에 지향되어 있다. 가해행위의 동기(動機)도 주관적 불법 및 책임요소에 속한다. 사고 후의 가해자의 태도는 불법 및 책임요소는 아니지만, (특히 특별)예방의 필요성을, 그리하여 결국 제재의 필요성을 감소시킨다. 같은 이유로 범행 후 태도는 형사책임에서도 중요한 양형(量刑)인자가 되고 있다. 결국 가해자 측 요소는 제재기능으로 귀착된다.

문제는 이러한 제재의 필요가 어떤 경우에 어떠한 방법으로 어느 정도로 고려되는지에 있다. 같은 판결의 경우 명시적으로 “항공기 사고의 위자료를 산정함에 있어서는 일반적인 위자료 참작 요소 외에 사고발생에 대한 제재와 예방의 필요 등 항공기 사고의 특수한 사정도 함께 참작해야 한다”고 하여 위자료액의 증액을 명하였고, 대판 2011. 1. 13, 2010다53419 등도 공무원들에 의하여 조직적이고 의도적으로 중대한 인권침해가 자행된 경우에 있어서는 유사한 사건의 재발을 억제·예방할 필요성 등도 그 위자료를 산정함에 있어 중요한 참작사유로 고려되어야 한다고 한바 있다. 다만, 이들 판결이 실제 제재기능

85) 해설: 호제훈, 대법원판례해설 제81호, 255 이하.

86) E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 145 ff.

87) 이창현, 위자료, 362 이하.

을 고려하였다고 할 수 있는지는 검토를 요한다. 또한 뒤에 보는 바와 같이 위 사건에서 제재기능이 고려되었다 하더라도 이는 위 사안유형에 국한되어 있는 것 같다. 국가배상법 제3조 제5항은 피해자 측의 사정은 언급하면서도 가해자 측의 사정은 언급하지 아니한다.

(c) 고려요소(III): 기타

그 이외에 판례상 고려 여부가 문제되는 몇 가지 요소가 있다.

첫째, 복수의 피해자 사이의 손해배상액 사이의 균형을 든 예가 있다. 위 대판 2009. 12. 14. 2007다77149는 항공기 사고에 대한 위자료를 일반 인신손해와 같이 산정하는 것은 타당하지 않다면서 그 이유 중 하나로 “항공기 사고는 사고지역 및 피해자의 국적분포에 있어서 국제성을 띠고 있어 동일 사고로 인한 피해배상에 관하여는 국적을 불문하고 피해자들 사이의 균형이 고려되어야 하는데, 항공기 사고의 위험에 대비한 항공보험 및 재보험 제도는 동일 항공기 사고의 피해자들에 대하여 유사한 피해배상이 이루어질 수 있는 기능을 수행하고 있는 점, 항공기사고의 위험에 대비한 항공보험 및 재보험 제도는 동일 항공기사고의 피해자들에 대하여 유사한 피해배상이 이루어질 수 있는 기능을 수행하고 있는 점”을 들었고, 이 부분이 결정적이었다고 보인다.⁸⁸⁾

둘째, 이른바 위자료의 보완적 기능이 있다. 재산상 손해의 발생이 인정되는데도 증명 곤란 등의 이유로 손해액의 확정지 불능하여 배상을 받을 수 없어 피해회복이 충분히 이루어지지 아니한 경우에 이를 참작하여 위자료액을 증액할 수 있다는 것이다.⁸⁹⁾ 판례도 법원이 불법행위로 인하여 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 액수를 산정함에 있어서는 공평의 관념에 따라 일체의 사정을 참작할 수 있으므로, 원심이 위자료 액수를 산정함에 있어 일반적 참작사유 외에 피해자가 사고로 인한 상해의 후유증으로 입게 된 일일수익금 상당의 재산상 손해에 관한 청구를 포기한 사정을 참작한 조치는 정당하다고 한다.⁹⁰⁾

그러나 이후 대판 2005. 11. 14. 2004다48508 등은 재산상 손해배상에 관하여 손해 발생사실은 인정되지만 그 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 당사자들 사이의 관계, 채무

88) 위 판결이 들고 있는 그 이외의 특수성, 즉 항공기사고는 피해 승객의 과실이 개입될 여지가 거의 없는 점, 항공기사고로 인한 피해결과 및 고통의 정도가 자동차 사고 등 다른 사고보다 중한 점, 항공기사고에 관한 책임의 소재, 범위, 배상액을 둘러싸고 항공운송인 측과 피해자 측의 견해 차이로 최종적인 피해보상에 장기간이 소요되는 경우가 많은 점은 그다지 적절하지 아니할 뿐 아니라 실제로도 별로 중요하게 고려되지 아니하였으리라고 생각된다. 피해자의 과실은 일반 불법행위에서도 고려되는 바이고, 뒤에 보는 바와 같이 피해자의 과실이 거의 또는 전혀 없는 의료과오에서도 인신손해액 산정기준이 그대로 통용되고 있으며, 이 사건에서 원고들이 청구한 것이 망인의 위자료뿐이었다는 점에 비추면 피해보상까지의 협상기간이 고려요소가 될 수 있는지가 의문스러울 뿐 아니라 보상이 오래 걸렸다는 점은 원칙적으로 지연손해금 등으로 고려하면 족하기 때문이다.

89) 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 353-354. 다만, 판례는 적극적 재산손해, 소극적 재산손해, 위자료를 각각 별개의 소송물로 하고 있어, 각각에 대하여 처분권주의가 적용되므로, 청구한 위자료액을 초과하여 인용할 수는 없다. 이는 손해배상청구소송에서 소송물을 1개로 보는 일본과 다른 점인데, 뒤에 보듯 일본에서와 달리 위자료의 보완적 기능이 매우 좁게 인정되거나 거의 부정되게 된 것은 이러한 사정과도 관련이 있다.

90) 대판 1980. 11. 11. 80다1924; 1984. 11. 13. 84다카722. 양창수·권영준, 580은 기회상실(loss of chance)의 손해배상도 이러한 예로 설명한다.

불이행과 그로 인한 재산적 손해가 발생하게 된 경위, 손해의 성격, 손해가 발생한 이후의 제반 정황 등의 관련된 모든 간접사실을 종합하여 손해의 범위인 수액을 판단할 수 있다고 하고 있으므로, 현재 위자료의 보완적 기능이 작용할 수 있는 범위는 제한적이다.⁹¹⁾

(d) 산정방법

법관은 이상과 같은 요소를 어떻게 고려하여 금액으로 환산하는가?

판례⁹²⁾는 불법행위로 입은 정신적 고통에 대한 위자료 액수에 관하여는 사실심 법원이 여러 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있다고 하여, 모든 사정을 종합적으로 고려하여 하나의 적정한 위자료액을 정하면 족하다는 입장이다. 나아가 대판 2009. 12. 14, 2007다77149는 비재산적 손해의 크기를 기초로 가중사유와 감경사유를 순차 고려하는 사고를 취하지 아니하고 피해자 측의 사정과 가해자 측의 사정을 함께 고려하고 있다.⁹³⁾ 그리하여 법원의 판결문도 위자료액의 결정에 관하여는 제반 사정 중 중요하다고 생각하는 것을 특별한 순서의 정함 없이 열거한 후 그와 같은 사정을 모두 고려할 때 “○○○원으로 정함이 상당하다”는 식으로 실시한다.

그 이외에 판례가 위자료 산정의 기준지에 관하여 제반 사정으로 고려하면 족하다고 하는 것이나, 대판 2009. 12. 14, 2007다77149가 ‘피해자의 과실’도 고려되어야 한다고 하면서도, 판례, 통설이 이를 과실상계의 방법이 아닌 산정의 한 요소로 취급하는 것,⁹⁴⁾ 명시적으로 논의하는 판례, 학설은 찾아볼 수 없으나 비재산적 이익이 생겨 손익상계가 문제되는 경우 이를 상계하지 아니하고 위자료액의 산정에서 한꺼번에 고려하는 것 등도 이러한 관점에서 이해할 수 있다. 판례가 비교적 명확한 태도를 취하고 있는 기준시기의 문제조차도 재산적 손해배상에서와 같은 의미가 아니라 단지 법관이 고려할 수 있는 모든 요소를 다 고려할 수 있다는 말의 다른 표현에 불과하다고 해석할 여지가 없지 않다.

이는 판례가 사실적 및 규범적으로 고려할 수 있는 요소를 매우 광범위하게 열어두고 그 중 어떤 것을 고려할지, 어떤 순서로 고려할지, 어느 정도로 비중을 둘지를 모두 담당 법관의 재량에 맡기고 있음을 뜻한다. 위자료액 산정의 기준에 관한 실체법적 기준설정은 이 지점에서 끝난다.

(2) 산정과정과 그 결과의 통제: 절차법

그렇다면 위자료액 산정은 절차적으로는 어떻게, 얼마나 통제되고 있을까?

(a) 소송물, 주장·증명책임 및 판결이유의 기재

먼저, 비재산적 손해라 하더라도 별개의 법익 침해에 대하여는 각각 별개의 위자료가 부여되어야 한다. 대판 2009. 10. 29, 2009다49766은 “채권자가 동일한 채무자에 대하여 수개의 손해배상채권을 가지고 있다고 하더라도 그 손해배상채권들이 발생시기와 발생원인 등을 달리하는 별개의 채권인 이상 이는 별개의 소송물에 해당하고, 이를 소로써 구하

91) 양창수·권영준, 580-581.

92) 대판 1999. 4. 23, 98다41377; 2002. 11. 26, 2002다43165 등.

93) E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 169 ff.

94) 이창현, 위자료, 360.

는 채권자로서는 손해배상채권별로 청구금액을 특정하여야 하며, 법원도 이에 따라 손해배상채권별로 인용금액을 특정하여야” 하므로, 원고가 명예훼손, 초상권 및 음성권 침해를 주장하고, 각각 위자료를 구한 경우 각각에 대하여 인용금액을 특정하여야 한다고 한다.

이에 대하여는 세 개의 법익침해가 독자적인 불법행위를 구성할 수 있는지 의문이고, 서로 밀접한 관련이 있는 하나의 방송보도로 생긴 손해이므로 이를 세분하는 것은 불필요한 번잡을 초래할 수 있다는 비판이 있다.⁹⁵⁾ 그러나 판례가 소송물에 관하여 (구)실체법설에서 있는 이상 사실관계가 공통된다 하더라도 법적 근거를 달리 하면 별개의 소송물이 되고, 구분되는 별개의 법익침해는 단순히 발생한 손해로만 구별되는 것이 아니라 각각 별개의 불법행위 구성요건을 이루므로, 즉 하나의 위법한 방송보도가 초상권 및 음성권 침해와 명예훼손을 야기하는 것이 아니라 초상권 침해, 음성권 침해, 명예훼손 각각에 대하여 방송보도의 특정부분이 위법한지를 별개의 요건에 따라 따져야 하므로, 이러한 판례의 태도는 법리상으로는 일관된 것이다.

아무튼 그 결과 개별 인격권, 가령 생명 내지 신체, 명예, 초상 및 음성, 개인정보, 성적 자기결정권 등에 대하여 각각 위자료액이 산정되고, 그것이 판결문에 표시되게 된다. 이것이 위자료액 산정의 통제에 기여함은 물론이다.

그러나 각각의 비재산적 손해의 존재 및 그 크기 기타 산정에 필요한 요소를 개별적으로 주장·증명할 필요는 없다. 즉, 판례는 근친자 등의 위자료 청구에서 정신적 고통의 존재를 개별·구체적 증명 없이 경험칙 등에 비추어 인정해왔고, 구체적으로 어느 정도의 정신적 고통을 입었는지를 증명할 필요는 없고, 단지 그러한 사정이 위자료의 산정에서 참작될 수 있을 뿐이라고 한다. 그리하여 위자료액 산정에 의미 있는 사실은 간접사실에 불과하여 변론주의가 적용되지 아니하고, 위자료액은 변론에 드러난 제반사정에 비추어 직권으로 정하는 수밖에 없으며, 나아가 판결이유에 산정요소 등을 적시할 필요도 없다는 것이 실무의 태도이다.⁹⁶⁾

이는 판례, 통설의 위자료 이해에 따르는 한 어느 정도 불가피한 일이다.

먼저, 판례, 통설에 따라 당해 사건에서 문제될 만한 제반 사정을 모두 심리하는 것은 민사소송절차에 과중한 부담을 줄 뿐만 아니라, 이익균형도 맞지 아니한다. 범위를 판례, 통설이 중요하게 여기는 사실로 제한하여도 마찬가지이다. 위자료가 문제되는 사건마다 가해자의 귀책정도와 가해자 및 피해자의 재산관계 등을 일일이 주장·증명하게 할 수도 없을 뿐 아니라, 비교적 경미한 비재산적 손해의 배상을 위하여 이와 같이 내밀한 영역을 일일이 조사하게 하는 것 자체가 비례에 어긋나는 또 다른 법익침해가 될 수 있다. 정신적 고통의 경우에도 이러한 내심의 사정을 일일이 감정 등을 통하여 확정하기 어려울 뿐 아니라, 가사 확인이 가능하다 하더라도 비교적 경미한 비재산적 손해의 배상을 위하여 내심의 고통을 진술, 증명하게 하는 것 자체가 비례의 원칙에 반하거나 이에 응하는 것을

95) 이창현, 위자료, 371.

96) 대판 1959. 8. 27, 4292민상29 등. 또한 손해배상재판실무편람, 92.

꺼리는 피해자를 비합리적으로 차별하는 결과를 가져올 수 있다.⁹⁷⁾ 결국 사실 그 자체를 포괄적·전체적으로 확정된 후 그로부터 ‘형평’의 원칙상 도출되는 적절한 금액을 정하는 것은 가능하지 아니하다. 그러나 다른 한편, 판례, 통설은 위자료액을 산정하기 위한 실체적 기준 내지 그 목록을 엄밀하고 한정적으로 규정하지 못하고 있다. 따라서 사전에 어떤 전제사실이 탐구되어야 하는지 정할 수 없다. 결국 법관은 증거조사의 결과와 변론 전체의 취지를 종합하여 도출한 당해 사건의 위자료 산정에 의미 있는 요소에 터잡아 위자료액을 정하여야 하나, 그 전제가 되는 ‘위자료 산정에 의미 있는 요소’의 적절성은 사실의 포괄성·전체성으로부터도, 미리 결정된 규범적 선택으로부터도 보증될 수 없다. 이에 변론주의와 증명책임의 법리를 적용한다면 - 현실과는 동떨어져 있으나 규범적으로 요청되는 (Postulat) - 위자료 산정에 의미 있는 요소의 포괄성·전체성을 더욱 해하게 된다. 여기에 엄밀한 사실인정과 판결이유의 제시를 요구한다면 법관은 자신의 근거 지음이 이념적으로 요청되는 바에 미치지 못하고 있음을 더욱 분명하게 드러낼 수밖에 없게 된다.

물론 법관은 많은 사건에서 당사자로 하여금 사실관계 중 중요하다고 생각하는 부분을 더 밝히도록 하고, 다툼이 있으면 증거자료를 제출하게 하며, 또 위자료 산정의 근거를 판결문에 기재하고 있다. 그러나 전자는 위자료액 산정에서 실제 중요하게 작용하는 요소가 - 판례, 학설이 내거는 바와는 달리 - 매우 제한적이기 때문에 가능한 것이다. 후자의 경우에도 - 형사판결에서 양형이유의 기재가 그러하듯 - 일단 판결이유 기재 스스로 그 기재가 완결적이지 아니함을 의도적으로 드러내고 있고(“... 등 참작”), 더러는 당해 사건에서 별로 중요하지 아니한 요소를 적거나 중요한 요소를 일부러 누락시키기도 하며 대개 사건들 사이의 위자료액의 차이를 설명할 만큼 구체화되어 있지도 아니하다. 판례, 통설은 위자료액 산정이 그 기준을 더 이상 구체화시킬 수 없는 형평의 영역이라고 보고 있고, 실제로도 그 계산은 수학이 아니므로, 이를 말로 다 표현할 수는 없다.⁹⁸⁾ 결국 위자료액의 산정에서는 「사건기록 → 당사자의 주장·증명에 의한 선별 → 판결문상 완결적인 논리 구성 → 결론」의 통상의 민사재판의 논리적 구조가 「사건기록 → (판결문의 암시) → 결론으로서 위자료액」으로 축약된다.

(b) 상소

위자료액의 산정이 어느 정도는 개개의 사건을 담당하는 법관의 재량 내지 형평감각 하에 놓여있고, 그 추론과정이 판결문에 드러나 있지도 아니한 이상, 상소심에 의한 통제도 제한될 수밖에 없다. 실체적으로는 제1심 또는 항소심 법관의 재량(권)의 존중 내지 그 한계가 문제된다. 절차적으로는 원심의 판단과정을 「사건기록 → (판결문의 암시) → 결론

97) E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 51 ff. 주관적 고통은 의학적·심리학적으로 피해자의 보고에 의하여 확인하는 수밖에 없는데, 배상이 문제되는 경우 허위·과장보고가 생기기 때문이다. 실제로 전형적으로 배상 문제가 걸린 외상후 스트레스 장애의 측정과 관련하여 litigation 전과 후의 측정치에 상당한 차이가 있음이 일반적으로 인정되고 있다. Bryan and Harvey, J. Nev. Ment. Dis. 191 (2003).

98) 실체적 기준설정에 실패하는 경우 법관의 형평으로 도피한 또 다른 예로 과실상계를 들 수 있다. 이 동진, 법경제학연구 제9권 1호, 71 이하.

으로서 위자료액」을 통하여 추체험(追體驗)으로 검증하는 수밖에 없다는 점이 문제된다. 어느 쪽이든 통제밀도를 떨어뜨리는데 기여할 수밖에 없다.

실제로 판례는, 불법행위로 인한 위자료의 수액에 관하여는 사실심 법원이 여러 사정을 참작하여 직권에 속하는 재량에 의하여 이를 확정할 수 있으므로, 상고는 그것이 현저히 상당성을 결한 경우에 한하여 허용된다는 입장이다.⁹⁹⁾ 그리하여 위자료액에 대한 상고가 받아들여진 예는 매우 드문 편이다.¹⁰⁰⁾ 하급심 실무는 불이익변경금지에 반하지 아니하는 한 항소심이 증액은 물론, 감액도 할 수 있다는 것이고, 실제로 종종 행해지고 있는데, 우리 민사 항소심이 원칙적으로 속심(續審) 구조를 취하고 있고, 앞서 본 바와 같이 위자료 산정에 관하여 당해 사건 고유의 판단이유를 상세히 실시하지는 아니하므로, 증액 또는 감액을 하는 때에도 그 사유는 잘 드러나지 아니한다. 단정하기는 어려우나 항소심도 제1심과 단순한 의견차이 정도로 증액 또는 감액하는 것 같지는 않고, 현저히 상당성을 결한 경우까지는 아니라 하더라도 금액에 상당한 차이가 있을 때에 한하여 제1심 판결을 취소하는 듯한 인상이 있다.

나. 개별 유형

(1) 인신(人身)손해에 대한 위자료액

(a) 인신(人身)손해에 대한 위자료는 그 요건 측면에서뿐 아니라 위자료액의 측면에서도 다른 비재산적 손해에 대한 위자료의 기준이 되고 있다. 그런데 이 인신(人身)손해에 대한 위자료는 대단히 정형화되어 있다. 이하에서는 사망과 상해를 나누고, 다시 하급심 실무와 국가배상법 시행령의 기준, 보험실무를 나누어 살펴보기로 한다.

먼저, 사망의 경우 하급심실무는 원고들 전체, 즉 이른바 가단(家團)에 대하여 8,000만 원에서 과실비율 상당액을 공제하고, 여타 증감요소를 고려하여 위자료 총액을 정한 뒤, 이를 원고들 각자의 신분관계에 따라 적절히(가령 배우자 : 자녀 : 조부모 : 형제 = 4 : 2 : 1 : 1) 배분하는 것을 원칙으로 한다. 과실비율은 재산적 손해의 산정에서와 같이 고려되지 아니하고 60%로 감하여 고려한다. 위 기준금액을 정한 2008. 5. 26. 서울중앙지방법원 교통·산재 전담 재판장 간담회는 사건 발생 경위, 가해자·피해자의 관계, 피해자의 정신적 고통이 매우 큰 특수한 사정 등을 참작하여 기준금액의 20%에 한하여 증감할 수 있도록 하고 있다.¹⁰¹⁾ 이러한 기준이 그 자체 법적 구속력이 있는 것은 아니나, 실제로는 상당히 일관되게 통용되고 있는 것으로 보인다. 위 산정기준에서 벗어난 사안의 대다수는 위자료액의 단수를 조정하는데 그치고 있다.

99) 대판 2009. 4. 9. 2005다65494 등.

100) 대판 1980. 2. 26. 79다2264는 대학에서 임학을 전공한 원고가 상해로 인하여 그 전공분야에 종사할 수 없게 되고 신장의 한편을 절단하여 생명을 잃을 위험성을 가지게 된 경우에 위자료를 200만 원만 인정한 것은 경험칙에 배제된다고 판시하였고, 위 대판 2009. 12. 14. 2007다77149는 항공기 사고의 특수성을 고려하여 일반 인신손해 산정기준보다 훨씬 높은 금액의 위자료를 정하여야 한다고 한다.

101) 위자료 산정기준 검토를 위한 재판장 간담회 논의결과(2008. 5. 26).

한편, 국가배상법 제3조 제5항은 국가 또는 지방자치단체의 법령에 위반한 직무집행으로 피해자가 사망한 경우 피해자의 직계존속·직계비속 및 배우자에게 “대통령령으로 정하는 기준 내에서 피해자의 사회적 지위, 과실의 정도, 생계 상태, 손해배상액 등을 고려하여 [...] 위자료를 배상하여야 한다”고 규정한다. 그 기준은 아래와 같다.

[별표 4] 사망에 대한 위자료 기준표(개정 2007. 3. 27)

구 분	금 액
가. 피해자 본인	2천만 원
나. 배우자(동거중인 사실혼관계에 있는 자를 포함한다)	피해자 본인의 각 1/2
다. 부모·자녀	피해자 본인의 각 1/4
라. 기타 직계존속 및 직계비속, 형제 자매, 동거중인 시부모·장인·장모	피해자 본인의 각 1/8

(주) : 1. 피해자 본인에 한하여 위 표의 금액에 세대주인 경우에는 50퍼센트를 가산하고, 10세 이하 또는 60세이상인 경우에는 20퍼센트를 감액한다.

2. 위 표의 금액이 적당하지 아니하다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 위자료를 가감할 수 있다.

이 기준에 터잡아 배우자 1인, 부모, 자녀 각 2인인 가단(家團)을 상정하여 위자료의 총액을 셈하면 6,000만 원{= 본인(2,000만 원 × 1.5) + 배우자(2천만 원 × 1/2) + 부모 및 자녀(2천만 원 × 1/4 × 4)}이 된다. 뒤에 보는 바와 같이 2008년 상향조정 전 하급심 실무상 가단(家團)의 위자료 총액과 대체로 일치한다. 그러나 2007년 이후 시행령이 개정되지 아니하여 2008년 이후의 하급심 실무보다는 다소 낮은 수준이다. 판례는 위 기준은 국가배상심의회의 배상금 지급기준을 정함에 있어 하나의 기준을 정한 것에 지나지 아니하고 이로써 배상액의 상한을 제한한 것으로 볼 수는 없다고 한다.¹⁰²⁾

우리나라에서는 자동차보험에서 위자료까지 보상범위에 포함시키고 있다. 교통사고의 다수가 재판외에서 보험사간 청구로 해결되고 있고, 또 교통사고에 관한 소송 중 상당수가 피해를 보상한 보험사의 가해자 또는 가해자의 보험사에 대한 구상청구 사건이므로, 이 기준은 현실적으로 상당한 통용력을 갖고 있다. 2011. 5. 8. 개정 표준약관(금융감독원 홈페이지에서 볼 수 있다)은 사망사고의 위자료에 관하여 다음과 같이 정한다.¹⁰³⁾

IV. 보험금 지급기준

㉔ 대인배상, 무보험자동차에 의한 상해 지급기준

102) 대판 1970. 1. 29, 69다1203; 90. 12. 21, 90다6033, 6040, 6057 등.

103) 산업재해에 대하여는 산업재해보상보험이 있으나, 산업재해보상보험법은 책임보험이나 손해보험이 아니라 사회보험에 속하여 손해의 종류와 손해액에 대응하여 급여액을 구분, 결정하는 것이 아니라, 급여의 종류를 구분하고 각각 독자적인 산정방식을 도입하고 있으므로, 이로부터 위자료에 해당하는 부분을 별도로 추출해낼 수는 없다.

가. 사 망

각 담보별 보험가입금액 한도내에서 다음 금액

항 목	지 급 기 준												
2. 위 자 료	<p>가. 사망자 본인 및 유족의 위자료</p> <p>(1) 사망자 연령이 20세이상 60세미만인 경우 : 45,000,000원</p> <p>(2) 사망자 연령이 20세미만 60세이상인 경우 : 40,000,000원</p> <p>나. 지급기준</p> <p>(1) 청구권자의 범위 : 피해자의 부모, 배우자, 자녀, 형제자매, 시부모, 장인장모</p> <p>(2) 청구권자별 지급기준</p> <p>(단위 : 만원)</p> <table><tr><th>청구권자 신 분</th><th>배우자</th><th>부 모</th><th>자 녀</th><th>형제자매</th><th>시부모. 장인장모</th></tr><tr><td>1인당</td><td>500</td><td>300</td><td>200</td><td>100</td><td>100</td></tr></table> <p>(3) 사망자 본인의 위자료는 위 가.의 위자료 총액에서 위 (2)의 청구권자별 실지급 위자료의 합산액을 차감한 금액으로 하며, 위 가.의 위자료 총액을 초과할 경우에는 실지급 청구권자별로 각각 균등 차감함</p>	청구권자 신 분	배우자	부 모	자 녀	형제자매	시부모. 장인장모	1인당	500	300	200	100	100
청구권자 신 분	배우자	부 모	자 녀	형제자매	시부모. 장인장모								
1인당	500	300	200	100	100								

예를 들어 배우자 500만 원, 부모 2인 각 300만 원, 자녀 2인 각 200만 원의 위자료를 받은 경우 사망자 본인의 위자료는 3,000만 원{= 4,500만 원 - 500만 원 - (300만 원 × 2) - (200만 원 × 2)}이 된다. 어떤 경우에도 가단(家團) 전체의 위자료액은 피해자 본인이 20세 이상 60세 미만인 경우 4,500만 원이다. 하급심 실무나 국가배상법 시행령 보다는 낮은 수준임을 알 수 있다. 과실상계도 하급심 실무와 달리 전액에 대하여 한다.

다음, 상해의 경우, 하급심 법원의 실무는 사망 위자료 8,000만 원에 노동능력상실률을 곱하고, 피해자 과실을 고려한 금액을 기준으로 가단(家團)에 적절히 배분하고 있다. 즉, 가단(家團) 전체에 대하여,

$$\text{위자료 총액} = 8,000\text{만 원} \times \text{노동능력상실률} \times (1 - \text{피해자 측 과실} \times 0.6)^{104)}$$

그러므로 가령 피해자 측 과실이 0%이고, 노동능력상실률이 100%인 경우 위자료는 사망시와 같은 금액이 된다. 사건 발생 경위나 가해자·피해자의 관계, 정신적 고통이 매우 큰 특수한 사정 등을 참작하여 기준금액의 20%에 한하여 증감할 수 있음도 사망의 경우와 같다. 이 기준 또한 법적 구속력이 있는 것은 아니나, 실제로는 상당히 일관되게 통용되고 있는 것으로 보인다. 위 산정기준에서 벗어난 사안의 대다수는 위자료액의 단수를 조정하는데 그치고 있다.

104) 위자료 산정기준 검토를 위한 재판장 간담회 논의결과(2008. 5. 26).

그러므로 하급심 실무상 위자료액에는 노동능력상실률이 결정적이다. 일반적으로는 맥브라이드 노동능력상실률표/장애율표를 사용하고 있으나, 평가방법에 대한 설명이 없어 주관이 개입할 여지가 적지 아니하고, 개별 항목의 노동능력상실률 값 중에는 납득하기 어려운 것들도 포함되어 있으며,¹⁰⁵⁾ 기본적으로 육체노동자,¹⁰⁶⁾ 정형외과적 장애에 너무 치우쳐 있을 뿐 아니라,¹⁰⁷⁾ 너무 낮아¹⁰⁸⁾ 그 개선이 논의되고 있고,¹⁰⁹⁾ 이미 그대로 적용되고 있지는 아니하다.¹¹⁰⁾ 내용이 상당히 방대하므로¹¹¹⁾ 약간의 예만 들어둔다.

좌측완전 반신마비(오른손잡이) : 64% [= 좌측 상지마비 45% + {(100 - 45) × 좌측 하지마비 35 %}]

하반신 완전마비 : 86% [= 양 하지 완전마비 58% + (100 - 58) × 방광기능 전폐 35%(만성 방광염 참조) + (100 - 58 - 14.7) × 직장기능 장애 40%(직장조절장애 참조) + (100 - 58 - 14.7 - 10.52) × 발기불능 10%]

이와 같은 노동능력상실률은 대체로 의료감정을 통하여 정해지고 있다.

한편, 추상(醜相)이나 성기능장애의 경우 늘 직접 노동능력상실을 초래하는 것은 아님에도 판례는 국가배상법 등의 신체장애 등급과 노동능력상실률표를 참작하여 일정 정도의 노동능력상실률을 인정한다. 추상(醜相)의 경우 국가배상법 시행령이 남녀 구별 없이 현저한 추상은 60%, 외모추상은 15% 노동능력상실을 인정하고 있어¹¹²⁾ 이에 따라 15% 정도의 노동능력상실을 인정한 재판예가 다수 있다.¹¹³⁾ 직업에 따라서는 그 이상의 노동능력상실률을 인정할 수도 있다. 성기능장애의 경우 보조장구 등을 이용하더라도 극복할 수 없는 경우에 한하여 10% 정도의 노동능력상실률을 인정한다. 이때의 노동능력상실률은 반드시 의료감정을 통하여 정해지는 것은 아니고, 법관이 그때그때 적절히 평가하여 산정하면 족하다. 노동능력상실률이 낮아, 위자료액도 현저하게 낮아지지만, 그 대신 소득의 감소가 없음에도 소득액의 10%에 해당하는 상당한 재산상 손해액이 증액 배상된다.

105) 가령 과대평가된 장애 등. 의학계에서는 이에 대한 권고안이 계속 발표되고 있다.

106) 기본적으로 처음 만들어진 1930년대의 미국 노무직 근로자를 전제로 직업이 구분되어 있고, 실무 상으로는 육체근로자와 옥외근로자로 구분하는 외에는 거의 구분하지 아니하고 있다.

107) 그리하여 뇌손상, 척수손상, 중추신경계 손상 등 중대한 신경계 장애의 구분이 불충분하다는 점이 지적되고 있다.

108) 현재 쓰이고 있는 것은 1963년의 제6판(이것이 최종판이다)인데, 이로 인하여 그 후의 엄청난 의료 기술의 발전이 제대로 고려되지 못하고 있다.

109) 이미 대법원이 2009년 대한의학회에 이 장애율표의 개선을 위한 용역을 발주하여, 대한의학회의 용역결과가 발표된바 있다.

110) 가령 뇌손상을 수반하지 않는 두개골 골절(fracture without brain injury)의 경우 오늘날 두개골 성형술이 간단하고 안전하게 시행될 수 있게 되었음을 고려하여 과민성 기타 이유로 두개골 성형술이 불가능한 경우에 한하여 적용하고, 두개골 성형술을 실시한 환자에 후유증이 있는 경우 두부손상의 후유증으로 중추 신경계 기질적 질환 항목을 적용한다.

111) 비교적 쉽게 검색할 수 있는 것으로, <http://jedaelaw.com/>

112) 국가유공자예우법 시행령 제14조는 남성과 여성의 추상의 노동능력상실률을 달리 인정하고 있었는데, 국가인권위원회는 2004. 6. 그 개정을 권고한바 있다.

113) 가령 대판 2004. 10. 15. 2003다39927.

그 이외에 한시장해의 경우 10년을 기준으로 {한시장해기간/10 × 노동능력상실률}을 노동능력상실률 대신 대입하거나, 상당한 금액을 그때그때 정하고 있다.

국가배상법 또한 사망의 경우와 마찬가지로 상해의 경우에 대하여도 위자료 기준을 정하고 있는데, 신체장애와 상해를 구분한다. 먼저 신체장애가 생긴 경우를 본다.

[별표 5] <개정 2007. 3. 27>

신체장애에 대한 위자료 기준표

구 분		금 액
가. 피해자 본인	노동력 100퍼센트 상실	2천만원
	그 외	2천만원×노동력 상실률
나. 나. 배우자(동거중인 사실혼관계에 있는 자를 포함한다.), 미혼자의 부모		피해자 본인의 각 1/2
다. 부모·자녀		피해자 본인의 각 1/4
라. 기타 직계존속 및 직계비속, 형제자매, 동거중인 시부모·장인·장모		피해자 본인의 각 1/8

- (주) 1. 피해자 본인에 한하여 위 표의 금액에 세대주인 경우에는 50퍼센트를 가산하고, 10세 이하 또는 60세이상인 경우에는 20퍼센트를 감액한다.
 2. 위 표의 금액이 적당하지 아니하다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에는 위자료를 가감할 수 있고, 위 표에 의한 위자료가 별표 6에 의하여 계산한 위자료보다 적을 경우에는 별표 6에 의한 위자료를 지급 한다.

사망 위자료와 같은 총액 기준에 노동능력상실률을 곱한 것으로, 기본원리는 하급심 법원실무와 같다. 노동능력상실률에 관하여는 국가배상법 시행령에 별도의 규정이 있다.

[별표 2]

신체장애의 등급과 노동력상실률표

등 급	신 체 장 해	노동력상실률(%)
제1급	[전략] 5. 반신불수가 된 자 6. 두 팔을 주관절이상에서 상실한 자 7. 두 팔의 기능이 전폐된 자 8. 두 다리를 슬관절이상에서 상실한 자 9. 두 다리의 기능이 전폐된 자	100
제14급	[중략] 3. 팔의 노출면에 수장대의 추흔이 남은 자 4. 다리의 노출면에 수장대의 추흔이 남은 자 [중략] 9. 국부에 신경증상이 남은 자	5

- (주) [전략]
 6. 각 등급의 신체장애에 해당되지 아니하는 장애는 그 노동력상실률에 따라 당해 등급의 신체장애로 본다.

일부만 발췌한 것이지만, 어떠한 형태로 되어 있는지는 어렵지 않게 확인할 수 있다.
추상이나 성기능장애에 대하여도 신체장애등급과 노동능력상실률을 부여하고, 위자료도 인정한다. 남녀 사이에 차별이 없음은 앞서 본 바와 같다.
그 이외에 신체장애가 없는 상해에 관하여는 별도의 기준을 마련하고 있다.

[별표 6] <개정 2000.12.30>

상해에 대한 위자료 기준표

신체장애가 없는 상해의 경우 타당하다고 인정되는 요양기간에 대하여 1일에 2만원

요양기간에 비례하여 위자료를 인정하고 있는 점이 눈에 띈다. 이러한 기준이 위자료의 상한을 정한 것이 아님은 사망 위자료에서와 같다.

끝으로 2011. 5. 8. 개정 표준약관을 통하여 보험실무에서 적용되는 상해 위자료의 산정기준을 본다. 이 또한 부상과 후유장애로 구분되어 있다.

IV. 보험금 지급기준

㉔ 대인배상, 무보험자동차에 의한 상해 지급기준

나. 부 상

각 담보별 보험가입금액 한도내에서 다음 금액

항 목	지 급 기 준							
2. 위 자 료	가. 청구권자의 범위 : 피해자 본인							
	나. 지급기준 : 책임보험 상해구분에 따라 다음과 같이 급별로 인정함 (단위 : 만원)							
	급별	인정액	급별	인정액	급별	인정액	급별	인정액
	1	200	5	75	9	25	13	15
	2	176	6	50	10	20	14	15
	3	152	7	40	11	20		
	4	128	8	30	12	15		

상해급별의 구분은 자동차손해배상보장법 시행령 [별표1] 상해의 구분과 책임보험금의 한도금액에 의한다.

IV. 보험금 지급기준

㉔ 대인배상, 무보험자동차에 의한 상해 지급기준

다. 후유장애

각 담보별 보험가입금액 한도내에서 다음 금액. 다만 대인배상 I의 경우에는 <표3>에서 정한
장해급별 보험가입금액 한도내에서 다음 금액

항 목	지 급 기 준																		
1. 위 자 료	<p>가. 청구권자의 범위 : 피해자 본인</p> <p>나. 지급기준 : 노동능력상실률에 따라 (1)항 또는 (2)항에 의해 산정한 금액을 피해자 본인에게 지급함</p> <p>(1) 노동능력상실률이 50% 이상인 경우</p> <p>(가) 장해자 연령이 20세이상 60세미만 : 45,000,000원×장해율×70%</p> <p>(나) 장해자 연령이 20세미만 60세이상 : 40,000,000원×장해율×70%</p> <p>(2) 노동능력상실률이 50% 미만인 경우</p> <p style="text-align: right;">(단위 : %, 만원)</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>노동능력상실률</th><th>인정액</th></tr> </thead> <tbody> <tr><td>50미만 ~ 45이상</td><td>400</td></tr> <tr><td>45미만 ~ 35이상</td><td>240</td></tr> <tr><td>35미만 ~ 27이상</td><td>200</td></tr> <tr><td>27미만 ~ 20이상</td><td>160</td></tr> <tr><td>20미만 ~ 14이상</td><td>120</td></tr> <tr><td>14미만 ~ 9이상</td><td>100</td></tr> <tr><td>9미만 ~ 5이상</td><td>80</td></tr> <tr><td>5미만 ~ 0초과</td><td>50</td></tr> </tbody> </table> <p>다. 부상위자료와 후유장해위자료가 중복될 때에는 양자중 많은 금액을 지급함</p>	노동능력상실률	인정액	50미만 ~ 45이상	400	45미만 ~ 35이상	240	35미만 ~ 27이상	200	27미만 ~ 20이상	160	20미만 ~ 14이상	120	14미만 ~ 9이상	100	9미만 ~ 5이상	80	5미만 ~ 0초과	50
노동능력상실률	인정액																		
50미만 ~ 45이상	400																		
45미만 ~ 35이상	240																		
35미만 ~ 27이상	200																		
27미만 ~ 20이상	160																		
20미만 ~ 14이상	120																		
14미만 ~ 9이상	100																		
9미만 ~ 5이상	80																		
5미만 ~ 0초과	50																		

보험회사의 위자료 지급기준 또한 하급심 법원의 실무나 국가배상법상의 기준과 마찬가지로 기본적으로 사망위자료에 노동능력상실률을 곱하는 구조로 되어 있다. 다만, 사망 위자료와 체계적으로 구분하기 위하여 사망 위자료의 70% 금액을 출발점으로 삼고 있고, 피해자 본인의 위자료만을 인정하는데(그러나 이 점이 위자료 총액에 영향을 미치는 것은 아니다), 여기에 사망 위자료의 총액이 하급심 법원의 실무나 국가배상법 시행령상의 기준보다 낮기까지 하여 실제로 인정되는 위자료액은 상당히 낮은 수준이다. 특히 추상이나 성기능장애의 경우 맥브라이드 노동능력상실률표에 없다는 이유로 노동능력상실률을 인정하지 아니하고, 따라서 위자료도 부정하는 경우가 많다고 한다. 또한 보험회사는 피해자측 과실도 법원과 달리 60%로 감하지 아니하고 전부 공제하고 있다. 국가배상법 시행령과 마찬가지로, 후유장해만이 아니라 부상위자료도 인정하는데, 양자를 중첩적으로 인정하는 것은 아니고, 둘 중 금액이 더 큰 것만을 인정한다. 한시장해의 경우 {한시장해기간/잔여가동년수} × 노동능력상실률}을 노동능력상실률로 보아 위자료액을 산정한다.¹¹⁴⁾

114) 손해배상재판실무편람, 131-132.

이와 같은 여러 기준 중 가장 중요한 것은 하급심 법원실무의 위자료 산정기준이다. 이 기준은 재판실무상 교통사고는 물론, 산업재해, 의료과오 등 - 앞서 본 항공기 사고의 경우를 제외한 - 일체의 생명·신체침해, 즉 인신(人身)손해에 대하여 광범위하게 적용되고 있다.

(b) 인신(人身)손해에 대한 위자료 산정기준은 피해자 개개인의 위자료액을 정하는 것이 아니라 가단(家團) 전체의 위자료를 정하는 방법을 취하고 있다. 생명·신체(또는 가족 등과의 교체의 상실)는 모두 극히 개인적인 법익이므로 이러한 실무는 이론적으로 정당화되기 어렵다. 이는 민법 제752조를 예시규정으로 보아 정신적 고통이 예상되는 한 근처자의 위자료를 광범위하게 인정해온 판례, 통설의 문제를 손해액 산정 단계에서라도 줄이기 위한 노력으로 이해되어야 한다. 따라서 실제로 상속받은 위자료 청구권과 고유의 위자료 청구권이 별개의 것이 아니고, 총액만이 의미가 있는 것이다. 대판 2009. 12. 14, 2007다 77149는 원고들이 망인의 위자료 청구권만을 주장하였음에도 판결이유에서 사고조사 및 보상절차가 장기간 소요됨에 따라 느꼈을 고통-이는 상속인 고유의 고통이다-을 위자료액 증액사유 중 하나로 꼽고 있는데, 이를 이러한 의미에서 이해할 수 있다. 가단(家團)을 단위로 위자료 총액을 정하고 이를 가족들에게 적절히 분배하여 개별 위자료액을 정하는 실무는, 비록 최선책은 아닐지라도 현재의 판례, 통설을 전제하는 한 차선책은 된다.

또 하나 흥미로운 점은, 인신(人身)손해에 관한 한 실무상 사실상 노동능력상실률만이 고려되고 있는 것처럼 보인다는 것이다. 가해자의 고의, 과실의 정도, 가해행위의 동기, 원인, 가해자의 재산상태, 사회적 지위, 연령, 사고 후의 가해자의 태도, 피해자의 연령, 직업, 사회적 지위, 재산 및 생활상태 등 위자료 산정에서 중요하다고 판례가 든 사정 대부분은 거의 고려되고 있지 아니하다. 피해자의 실제 정신적 고통도 별로 중요하지 아니한 것처럼 보인다. 하급심 실무는 위 기준이 현저히 상당하지 아니할 때에 한하여 그것도 20% 내외의 증·감액만 하는 것을 원칙으로 하고 있다. 위 대판 2009. 12. 14, 2007다 77149는 제재적 요소를 중요하게 고려한 것처럼 실시하고 있으나, 과실 불법행위이고, 흔하게 반복되는 것도 아니며, 게다가 판결 스스로 언급하고 있듯이 보험, 재보험에 부쳐진 항공기사고에서 제재적 요소가 중요하게 작용하였으리라고 생각되지는 아니한다. 위 판결에서 문제된 것도 결국 같은 사고로 피해를 입은 다른 외국인 피해자들과 배상액의 형평이었을 것이다. 이처럼 인신(人身)손해에 대한 위자료는 고도로 정형화(定型化)되어 있어, 같은 정도의 피해를 입은 피해자들 사이의 형평이 압도적으로 중요하게 고려되고 있다.

[보론(補論): 이혼 위자료의 산정]

법원에서 위자료 산정을 정형화하기 위하여 위자료 산정표(안)을 마련한 예로, 2007년 서울가정법원 이혼 위자료 산정표(안)이 있다. 이혼 위자료는 이론적 기초와 성격에서 일반 불법행위 위자료의 그것과 판이하게 구별되지만,¹¹⁵⁾ 위자료 산정의 정형화 시도의 모습을 보여준다는 의미에서 여기에서 소개해둔다.¹¹⁶⁾

115) 이에 관하여는 이동진, 서울대 법학 제53권 3호, 496 이하 참조.

사건번호							
위자료 산정인자				기준점수		해당점수	
청구인의 나이(세)		30미만		6~8			
		30~39		8~10			
		40~49		9~11			
		50~59		10~12			
		60이상		16~20			
혼인기간(년)		5미만		6~8			
		5~14		8~10			
		15~24		9~11			
		25~29		12~14			
		30~34		13~15			
		35이상		18~20			
자녀 수(명)		0		7~9			
		1		8~10			
		2		10~12			
		3이상		13~15			
이혼원인		6호		6~8			
		1, 6호		11~13			
		2, 6호		8~10			
		3, 6호		8~10			
		1, 2, 6호		14~16			
		2, 3, 6호		9~11			
		그 밖의 경우		6~20			
기타 ¹¹⁷⁾				-10~10			
총점							
총점별 위자료 기준액(만원)							
25이하	26~35	36~45	46~55	56~65	66~70	71~75	76이상
1,000 이하	1~2,000	2~3,000	3~4,000	4~5,000	5~7,000	7~9,000	9~10,000
특별 참작사유							
위자료 산정액		1심				2심	

(2) 명예훼손, 사생활, 초상(肖像)권, 음성(音聲)권 및 개인정보 침해

(a) 인신(人身)손해의 경우 이미 - 보통은 위자료보다 상당히 많은 금액의 - 재산적 손해가 인정되고, 여기에 위자료가 부가되는 반면, 명예훼손 등 인격권 침해의 경우 재산 손해가 없거나, 있다 하더라도 부수적이고 비교적 소액에 그치고 있다는 점에서 위자료 산정의 기준을 정하거나, 정해진 기준을 파악하기 어려운 측면이 있다.

먼저 명예훼손, 사생활 침해, 초상(肖像)권 및 음성(音聲)권 침해를 본다. 가장 포괄적인 분석은 언론중재위원회에서 매년 간행하고 있는 ‘언론관계판결집’(2007년까지) 내지

116) 2007년 서울가정법원 위자료 산정표(안). 그러나 이는 실제 위자료 산정실무와는 매우 동떨어진 것이다.

117) 위자료 청구인의 파탄의 원인에 대한 책임의 존부, 재산상태 등을 예로 들 수 있다.

‘언론관련판결 분석보고서’(2008년 이후)이다. 그러나 이 보고서는 중간값, 평균값, 최고값과 원고 특성, 피고 특성 등에 따른 분석만을 하고 있고, 질적 요소, 가령 내용의 침해성, 피고의 귀책정도 등을 고려하지 아니한다. 그리하여 어떤 요소가 중하게 고려되고 있는지에 관한 분석내용의 당부를 가리기 어렵게 되어있다. 다만, 매년 언론사건 판결 중 약 50% 내외의 전문(全文)이 수록되어 있으므로, 위 자료 자체의 대표성은 부정할 수 없다. 이하에서는 이를 기초로, 비교적 근래의 것인 2007년부터 2011년까지의 언론판결 중에서 위자료 청구를 일부라도 인용한 것에 한정하여 분석하기로 한다. 아래는 위 자료로부터 가단(家團)을 단위로 위자료의 총액을 합산한 값과 위자료액에 영향을 줄 수 있으리라고 여겨지는 제반 요소에 판결문상으로 드러난 사실관계와 판결문 자체의 평가에 기초하여 부여한 지수(指數) 사이의 상관분석과 회귀분석의 결과이다.

상관분석 결과

원고별 위자료 총액	
원고 신용침해 여부	0.496573826
원고 공인 여부	-0.031698682
원고 특정	0.150483433
원고 지명도	0.322475287
배포량(피고 지명도)	0.165234487
내용의 침해성	0.386898692
피해 복구 여부	0.163507339
피고 귀책 정도	0.092072735
피고 처벌 여부	0.019126419
피고 이득 내지 상업성	0.281247528
공익 관련성	0.019532174
판결연도	-0.033236457

회귀분석 결과

요약결과

회귀분석 통계량	회귀분석 통계량
다중 상관계수	0.734794
결정계수	0.539922
조정된 결정계수	0.492561
표준 오차	21464269
관측수	76

	계수(원미만 반올림)	표준 오차	t 통계량	P-값
Y 절편	-37,886,684	10,447,614	-3.62635	0.000551
원고 신용침해 여부	27,866,892	4,893,627	5.694527	2.88E-07
피고이득 내지 상업성	9,807,096	2,754,535	3.560346	0.000681
원고 특정	-1,608,974	3,456,820	-0.46545	0.643097
원고 지명도	10,143,258	3,666,142	2.766739	0.007286
배포량(피고 지명도)	5,901,680	2,616,961	2.255165	0.027346
내용의 침해성	7,709,785	2,507,617	3.074546	0.003034
피해 복구 여부	-2,087,420	4,784,579	-0.43628	0.664015

결과는 다음과 같이 해석될 수 있다. 먼저, 위자료 총액을 증액시키는 요소로는 원고의 (영업상) 신용이 침해되었다는 사정, 원고의 지명도, 내용의 침해성, 피고의 이득 내지 상업성(동기), 배포량(피고의 지명도), 피해 복구 여부, 원고의 특정성을 들 수 있다. 특히 그 중에서도 원고의 (영업상) 신용이 침해되었다는 사정, 원고의 지명도, 내용의 침해성, 피고의 이득 내지 상업성이 명백히 유의미할 정도로 위자료액에 영향을 주고 있다. 반면, 원고가 공인(公人)인지 여부, 피고의 귀책 정도, 피고가 처벌을 받았는지 여부, 당해 사안의 공익 관련성 등은 위자료액에 거의 영향을 주지 못하고 있다.

보다 구체적으로 원고의 지명도(1부터 3까지의 지수를 부여하였다)와 피고이득 내지 상업성(1부터 5까지의 지수를 부여하였다)은 각 지수별 1,000만 원 상당 위자료를, 내용의 침해성(1부터 4까지의 지수를 부여하였다)과 배포량(1부터 3까지의 지수를 부여하였다)은 각 지수별 약 700만 원 내지 800만 원 상당의 위자료를 증액시켰다. 그러나 원고의 신용침해 여부는 위자료액에 상당한 영향을 주고 있음에도 불구하고 신용침해의 정도에 따라 일관되게 위자료액을 증가시키지는 아니하였고, 원고의 특정성의 경우 영향의 정도도 크지 아니할 뿐 아니라, 위자료 증액의 폭도 일관되지 아니하였다. 이 점은 피해 복구 여부도 마찬가지였다. 어느 정도 일관된 크기를 갖는 변수만을 고려하여 일응의 위자료액 산정식을 도출하면 다음과 같다.

명예훼손 등 위자료 총액 = (원고 지명도 지수 + 피고이득 내지 상업성 지수) × 1,000만 원 + (내용의 침해성 지수 + 배포량 지수) × 750만 원 ± 기타 요소 - 3,750만 원

비교적 흔한 분쟁례인 어느 정도 알려진 유명인에 대하여 전국신문이나 전국방송에 보통의 정도로 명예를 훼손하는 보도 등이 행해졌고, 그 진위가 불명인 경우, 원고 지명도 3, 피고이득 내지 상업성 0, 내용의 침해성 2, 배포량 3을 부여하였으므로, 기준이 되는 금액은 3,000만 원이 된다. 별로 알려지지 아니한 일반인에 대하여 같은 방식으로 침해가 이루어진 경우에는 원고 지명도가 1이 되므로, 1,000만 원이다. 그에 대하여 허위보도가

행해진 경우에는 내용의 침해성을 3으로 정하였으므로, 위자료가 1,750만 원, 즉 1,500만 원에서 2,000만 원 사이의 위자료가 인정된다. 한편, 명예훼손적인 성격이 매우 약한, 즉 그 자체 사회적 평가를 침해하는 측면은 거의 없는 초상권이나 음성권 침해의 경우 내용의 침해성을 1로 하였으므로, 위자료액은 250만 원 정도가 된다. 언론사건을 전담한 한 실무가는¹¹⁸⁾ 2011년 “통상 명예훼손 또는 범죄사실 보도의 경우 1,000만 원을 기준으로 하되 허위성이 가미된 경우에는 2,000만 원이 되고¹¹⁹⁾ 다시 정도에 따라 가중 또는 감액이” 되며, “단순한 프라이버시 침해의 경우에도 1,000만 원이 기준이” 되나 “초상권 또는 음성권 침해의 경우 500만 원을 기준으로 하여 가중 또는 감액한다”고 보고한 바 있는데, 위 결과는 이러한 실무가의 보고와 대체로 일치하는 셈이다.

다만, 같은 실무가는 “원고가 공인이나 공적 인물의 경우에는 언론 책임을 인정하는데 엄격한 반면, 손해배상 책임이 인정되는 경우에는 상대적으로 손해배상 액수를 많게 인정하고 있는 것이 실무”라고 하나,¹²⁰⁾ 앞서 본 바와 같이 이러한 결과는 대체로 유명인에 대한 명예훼손 내지 사생활 침해는 더 많은 사람에게 각인되어 더 큰 손해를 입는다는 점과 관계되어 있을 뿐¹²¹⁾ 공인 내지 공적 인물이라는 사정 자체가 위자료를 증액시키는 것 같지는 않다.

결론적으로 명예훼손이나 사생활 침해의 경우 1,000만 원의 위자료를 기본으로 하여, 내용의 침해성이 낮으면 감액하고, 내용이 허위임이 드러나는 경우에는 500만 원 내지 1,000만원 증액하며, 특히 비방적일 때에는 1,500만 원 증액하고, 원고가 유명인인 경우에는 최대 3,000만 원까지 증액하고, 보도매체가 지역신문 등으로 영향력이 낮은 경우에는 500만 원에서 1,500만 원까지 감액하는 방식으로, 단순한 초상권이나 음성권 침해는 수십만 원에서 500만 원 사이의 금액을 기준으로 위자료를 산정하고 있다고 설명할 수 있다. 그 이외에 피고에게 이득동기가 있거나 실제 큰 이득을 얻은 경우와 원고의 영업상 신용이 침해된 경우에는 위자료액이 상당한 정도로 증액되고 있는 셈이다.

한편, 모든 명예훼손 등으로 인한 위자료 청구사건이 법원에서 처리되고 있는 것은 아니다. 그중 일부는 언론중재위원회에서 처리되고 있는데, 또 다른 실무가¹²²⁾가 위자료액의 산정을 위한 채점표(안)을 마련한 적이 있다.

채점표

118) 노만경, 언론중재 2011년 겨울호, 30-31. 그는 당시 서울중앙지방법원 언론전담 재판부 부장판사였다.

119) 통상의 경우 명예훼손 또는 범죄사실의 보도에서는 허위성이 가미되므로 이를 감안하면 위자료의 기준액은 2,000만 원이 될 수 있다.[원주]

120) 노만경, 언론중재 2011년 겨울호, 30-31.

121) 그 이외에 이러한 사람은 대개 내용의 침해성이 높은 경우에 한하여 소를 제기한다는 점을 보낼 수 있다.

122) 이 채점표는 언론중재위원회 서울 제2중재부 중재부장을 맡았던 송영천 부장판사가 만든 것이다. 노만경, 언론중재 2011년 겨울호, 32.

대항목	개별항목	배점
보도(30)	보도의 양	5
	보도의 위치(보도면, 시간대)	5
	보도의 진실성	5
	보도의 경위(당사자 확인 노력)	3
	보도의 공익성	3
	보도의 비방·악의성	3
	보도의 신속성	3
	보도의 사회적 영향	3
	소 계	
피해자측 사정(40)	피해자의 특정성	10
	피해의 종류와 성격	5
	피해의 지속성	3
	피해의 회복곤란성	3
	피해자의 나이(법인의 존속기간)	3
	피해자의 성별(법인의 규모)	3
	피해자의 가족관계(법인의 임직원수)	3
	피해자의 재산(법인의 매출액, 자본)	5
	피해자의 신문(사회적 지위, 지명도)	5
	소 계	
가해자측 사정(30)	언론사의 점유율(구독률)	10
	언론사의 규모와 재산상태	5
	언론사의 보도후 태도	5
	독자(시청자, 접속자)의 구성	10
	소 계	
보도 후 사정(▽50)	보도정정, 반론보도 여부	▽25
	정정보도청구 등과 병행 여부	▽25
총 계		

*** 점당 20만 원, 총 2,000만 원.

위 채점표는 한때 언론중재위원회에서 쓰였던 것으로 보이나, 최근 들어 번거로울 뿐 아니라 과연 합리적인지에도 회의가 들어 그 사용을 재고하고 있다고 한다.¹²³⁾ 위 채점표가 앞서 본 재판실태와 반드시 일치하지 아니할 것임은 배점 항목만 살펴봐도 곧 알 수 있다.

다음, 개인정보 침해를 본다. 이는 다시 두 유형으로 나눌 수 있다. 하나는 국가기관에 의한 개인정보의 불법적 수집이다. 대표적으로 보안사(령부)가 원고들을 비롯한 1,000여명의 개인신상자료를 수집 관리한데 대하여 1인당 200만 원의 위자료를 인정한 대판 1998. 7. 24, 96다42789를 들 수 있다. 다른 한 유형은 (합법적으로 수집한) 개인정보의 유출이다. 하급심 재판례의 다수는 이에 해당한다.¹²⁴⁾

주요 하급심 재판례

123) 노만경, 언론중재 2011년 겨울호, 32.

124) 정상조·권영준, 법조 제630호, 61 이하.

사건연번	1인당 위자료액	내용	귀책사유	유출정도
1	2,000,000	민감정보	고의	중간
2	1,500,000	민감정보	고의	중간
3	100,000	기타정보	과실	낮음
4-(가)	200,000	중요정보	과실	중간
4-(나)	100,000	기타정보	과실	중간
5	300,000	민감정보	과실	높음

유출의 정도는 위자료액 결정에 큰 영향을 미치지 못하고 있고, 개인정보의 내용이 얼마나 침해적인지 여부와 귀책사유, 즉 고의에 의한 위반인지 아니면 과실에 의한 위반인지가 중요하게 고려되고 있음을 알 수 있다. 잠재적 원고의 규모는 일부의 예상¹²⁵⁾과는 다르게 직접 영향을 주고 있다고 보이지 아니한다. 이는 기본적으로 과실에 의한 유출의 경우 1인당 위자료액이 10만 원에서 30만 원으로 매우 낮다는 사정과 관계되어 있다. 이와 달리 고의에 의한 개인정보 유출의 경우 1인당 150만 원 내지 200만 원의 위자료가 인정되었는데, 굳이 고의로 유출할 정도의 정보라면 이미 민감정보에 해당하므로, 고의성 못지않게 정보의 민감성도 고려된 결과라고 생각된다.

(b) 먼저, 명예훼손이나 사생활, 초상권 및 음성권 침해의 경우, 그것이 단순한 간섭이 아닌 한(이에 해당하는 재판례는 - 뒤에 보는 개인정보 침해에 해당하는 경우를 제외하면 - 아직까지 찾아보기 어렵다), 주로 원고의 지명도, 내용의 침해성, 배포량, 원고의 특정성 등이 위자료액에 영향을 주고 있다는 점이 주목된다. 이들은 모두 손해의 크기와 관계된 사정이다. 내용이 침해적이고 피해자가 잘 특정되어 있을수록, 많은 사람에게 배포되고, 원고가 잘 알려진 사람이어서 그것이 널리 각인될수록 사회적 평가의 저하나 ‘숨을 권리’의 침해의 정도가 심해지기 때문이다.¹²⁶⁾ 반면, 원고가 공인인지 여부, 당해 사안이 공익에 관계된 사안인지 여부와 같이 책임 성립요건에 해당하는 사정은, 일단 성립요건을 충족한 이상 위자료액에는 별 영향을 주지 못하고 있다. 그리고 피고의 귀책 정도와 피고가 처벌을 받았는지 여부도 위자료액에 거의 영향을 주지 못하고 있다. 이는 제재적 요소가 원칙적으로 거의 고려되지 아니하고 있음을 가리킨다. 이상과 같은 점에 비추어 보면, 하급심 법원실무는 명예훼손 등에 대하여 주로 전보(填補)적 관점(만)을 고려하여 위자료액을 산정하고 있다고 보아도 크게 틀리지 않는다.

원고의 (영업상) 신용이 침해되었다는 사정은 위자료의 총액을 증가시키는데 큰 영향을 주고 있음에도 그 영향의 크기가 매우 불규칙하였다. 이는 원고가 실제로 입었을 영업상 손실-당연히 사안별로 크게 다르다-을 의식하여 위자료액을 대폭 증가시켰기 때문일 것이다. 그러나 그러한 손해야말로 재산적 손해에 해당하므로, 재산적 손해배상으로 처리

125) 가령 허성욱, 과학기술과 법, 593 이하.

126) 이 점에서 defamation의 경우 추정적 손해(presumed damages)는 증명의 곤란을 구제하기 위한 것일 뿐 실제 손해가 증명될 수 있다는 R.S. Lee, Unwarranted Presumptions, pp. 37 ff.를 이해할 수 있다.

하였어야 할 것이다. 실제로 이러한 손해가 늘 (경제)감정을 통하여 산정될 수 없는 것도 아닐 뿐 아니라, 그러한 산정이 곤란한 경우 법관이 합리적인 재량으로 재산적 손해액을 인정할 길도 이미 열려 있다.

또 하나 흥미로운 점은 피고에게 이득이 있거나 피고의 동기가 상업적(商業的)이었던 경우, 즉 피고가 이욕동기에서 사생활을 보도한 경우에 위자료액이 크게 증액된 것이다. 이는 이러한 보도가 이욕동기로 행해지는 경우 통상의 위자료를 부과하는 것만으로는 이를 반복할 유인을 막을 수 없고 다른 억제책도 없다는 사정과 관계되어 있다.

다음, 개인정보침해의 경우 위자료액 자체는 매우 낮지만, 기본적으로 유출된 정보의 중요성이 위자료액의 다과에 큰 영향을 미치고 있다고 보인다.¹²⁷⁾ 이 또한 전보(填補), 즉 손해의 크기라는 관점에서 이해할 수 있다. 다만, 고의로 유출한 경우에는 위자료가 증액되었는데, 사건수가 적어 확정적인 분석은 어렵지만, 개인정보를 고의로 유출하는 사안의 경우 가해자에게 이욕동기도 있는 것이 보통이라는 점을 고려할 필요가 있을 것이다.

(3) 성적 자기결정권 침해, 성희롱 기타 괴롭힘

(a) 강간, 추행 등 성적 자기결정권 침해를 이유로 위자료에 관하여는 한 실무가¹²⁸⁾가 수집, 정리한 하급심 재판례를 대상으로 분석해보기로 한다.

사건연번	위자료액	범행 정도	범행 회수	형사 책임	대위책임 여부	부수적 피해	관계	미성년 여부	판결 연도
1	50,000,000	3	10	1	0	0	1	0	6
2	5,000,000	1	1	1	0	0	1	0	11
3	3,000,000	2	1	1	0	0	1	0	11
4	30,000,000	2	1	1	0	0	1	1	11
5	40,000,000	3	4	1	0	0	1	1	11
6	10,000,000	2	1	1	0	0	1	0	11
7	30,000,000	3	1	1	0	0	1	0	11
8	30,000,000	2	4	1	0	0	1	1	11
9	5,000,000	1	3	0	0	0	1	0	10
10	7,000,000	2.5	1	1	0	0	0	0	10
11-(가)	50,000,000	3	5	1	0	0	1	0	10
11-(나)	7,000,000	2	3	1	0	0	1	0	10
12	20,000,000	2.5	1	1	0	0	0	3	10
13	7,000,000	2	1	1	0	0	0.5	1	10
14	10,000,000	3	1	1	0	1	1	1	10

상관분석

127) 비슷한 관찰로, 정상조·권영준, 법조 제630호, 61 이하.

128) 정지원, 성폭력으로 인한 위자료 청구의 액수산정기준에 관한 고찰(courtnet 게시자료).

위자료액	
범행정도	0.642988853
범행회수	0.710289802
유죄판결 여부	0.251597314
임신 기타 부수적 피해	-0.169196447
피해자와의 관계	0.237133859
미성년자 여부	0.075868757

전체적으로 1회 강간은 3,000만 원, 4회 이상 강간은 4,000만 원에서 5,000만 원이 기준이 되고, 추행은 그 정도에 따라 300만 원에서 1,000만 원을 기준으로 하고 있다고 해석 또는 재구성될 수 있다. 이처럼 위자료액의 산정에서 중요하게 작용하는 것은 범행의 정도와 회수이다. 이는 모두 전보(填補)적 관점, 즉 손해의 크기와 관련되어 있다.

그 이외에 서울중앙지판 2006. 1. 25, 2004가합90269는 유흥주점의 여자 종업원에게 평소 위협적이고 폭력적인 언행을 일삼아 공포스러운 분위기를 조성하고 윤락행위를 강요한데 대하여 2,000만 원의 위자료를 인정하였다. 강간보다 다소 낮은 수준에서 위자료를 정하였음을 알 수 있다.

(b) 성희롱에 관하여는 리딩케이스인 이른바 우조교 사건이 중요하다. 제1심 법원은 3,000만 원의 위자료를 인정한 바 있으나, 항소심에서 500만 원으로 변경되었고, 위 판결은 이후 그대로 확정되었다.

그 이외에 부당제소에 관하여는 사안의 구체적 내용에 따라 1,000만 원에서 2,000만 원 정도의 위자료가, 위증에 관하여는 300만 원에서 1,000만 원 정도의 위자료가¹²⁹⁾ 인정된 예가 있다. 이들은 통상은 인격권을 침해하지 아니하나, 예외적으로 인격권을 침해하는 특별한 경우에 해당하므로, 사안에 따라 위자료를 그때그때 산정하는 수밖에 없고, 일반적으로 위자료 산정의 기준을 정립하기는 어려워 보인다.

(4) 생활이익의 침해

일조방해 등으로 인한 생활이익 침해에 대하여는 약 20만 원에서 100만 원 상당의 비교적 소액의 위자료가 인정되고 있고, 드물게는 위자료의 보완적 기능을 활용하여 300만 원의 위자료를 인정한 예도 보인다.¹³⁰⁾ 어느 것이든 매우 낮은 금액이 인정되고 있는 셈인데, 이는 앞서 본 바와 같이 이때의 생활이익 침해가 본래는 재산상 손해와 별개로 배상될 성질의 것이 아니라는 점과도 관계되어 있다. 과소배상이 문제되는 것이라면 이를 재산적 손해로 흡수하여 재산적 손해액을 인정하는 과정에서 고려하는 것이 옳다고 생각된다.¹³¹⁾

129) 이광만, 대법원판례해설 제49호, 274 이하.

130) 이동원, 법조 제589호, 237 이하; 同, 사법연수원 2011년도 제41기 테마특강자료집, 208-209.

131) 이동원, 사법연수원 2011년도 제41기 테마특강자료집, 209도 앞으로 일조방해에 대하여 위자료를 원칙적으로 부정하여야 하는 것은 아닌지가 쟁점이 될 것이라고 한다.

(5) 의료사건에서 설명의무 위반 기타 기회의 상실, 평등의 원칙 위반

(a) 의료사건에서 설명의무 위반과 불성실한 진료나, 기타 기회의 상실에 대한 위자료 배상은 모두 전형적인 위자료와는 거리가 있다.

먼저, 의료사건에서 설명의무 위반에 대하여는, 하급심 법원실무상 가단(家團) 전체에 대하여 2,000만 원에서 3,000만 원 상당의 위자료가 인정되고 있다.¹³²⁾ 구체적으로 3,000만 원을 기초금액으로 하여 노동능력상실률과 과실비율을 고려하여 적절히 감액한 금액을 위자료액으로 정한다. 흥미로운 점은 이 경우 의료진의 설명의무 위반에도 불구하고 노동능력상실률이 0%인, 즉 악결과가 발생하지 아니한 경우 위자료가 부정되거나 극히 소액의 위자료만이 인정될 가능성이 있다는 것이다. 만일 여기에서 자기결정권 침해 그 자체가 배상대상이라면 결정 이전의 시점, 즉 사전적(ex ante)으로 보아 자기결정권의 가치를 산정함이 옳고, 나타난 결과를 사후적(ex post)으로 고려하는 것은 옳지 않을 것이다. 위와 같은 위자료 산정기준에는 설명의무 위반이 인과관계 증명의 곤란(특히 판례는 다른 나라와 달리 설명의무 위반과 악결과 사이의 인과관계 증명을 매우 어렵게 하고 있다) 등으로 인한 피해자 구제의 어려움을 우회하기 위한 장치이고, 최종적으로는 기회상실(loss of chance)에 대한 배상이라는 의심과 통한다.

여타의 기회상실의 경우도 마찬가지이다. 하급심 재판례를 보면, 낙선한 공직선거후보자에 대하여는 1,000만 원¹³³⁾ 또는 100만 원을¹³⁴⁾, 조형물작가로 선정된 후 계약체결이 부당하게 거절된 피해자에게는 3,000만 원을,¹³⁵⁾ 형집행정지 등 조치를 취하지 아니하여 가족의 간호 하에 사망할 기회를 잃은데 대하여는 1,100만 원을,¹³⁶⁾ 진단과실로 간암을 조기에 발견하지 못하여 치료기회를 잃은데 대하여는 4,000만 원을,¹³⁷⁾ 상고기간을 도과하여 상고하지 못한데 대하여는 1,500만원¹³⁸⁾ 인정하는 등 그 금액이 구구하다. 이는 개별적으로 잃은 기회(loss)의 크기, 즉 그 기회를 얻었다라면 취하였을 이익의 수준과 그 기회를 얻을 확률을 고려하기 때문이다. 가령 공직선거후보자에 대한 판결은 공직선출의 기회 자체의 가치(이는 규범적으로 평가하는 수밖에 없다) 이외에 각 후보자의 당선가능성과 각 과실이 이에 영향을 미치는 정도를 고려함을, 계약체결 부당거절의 경우 당해 사업을 위하여 책정된 예산의 규모를 고려함을, 치료기회의 상실에 대하여는 조기발견시 치료가능성 등을 고려함을 명시하고 있다. 상고기간을 도과하여 상고하지 못한데 대한 배상의 경우 상고시 파기될 확률이 어느 정도 되는지가 고려요소임이 언급되어 있다. 이와 같은 경우 배상의 대상이 되는 것은 결국 기회(chance)이고, 손해액도 그 기회가 실현되었을 경우의 가치와 실현가능성이 하락한 정도를 고려하여 정해지고 있는 셈이다.

132) 박영호, 의료법학 제10권 2호, 17 이하.

133) 대판 2004. 11. 12, 2003다52227; 서울중앙지판 2008. 12. 17, 2008가합48297.

134) 대구지판 2007. 3. 27, 2006가단159348.

135) 대판 2003. 4. 11, 2001다53059.

136) 서울고판 2001. 10. 11, 2000나57469.

137) 서울지판 2000. 3. 8, 98가합5468.

138) 서울고판 1996. 12. 6, 96나35721.

(b) 평등의 원칙 위반의 경우에는 미묘한 문제가 있다. 어떤 행위가 평등의 원칙에 반하면 사법상으로도 위법하다고 평가될 수 있다. 문제는 평등은 다른 것과 동등 내지 비례 대우를 요구하는 것이므로 그 자체만으로는 가치가 산정되기 어렵다는 점에 있다. 학설 중에는 평등의 원칙 위반에 대하여 결국은 인격권 침해로 귀착된다고 하는 것도 있으나, 당부는 별론 손해(액)에 관하여는 별다른 함의를 갖지 아니한다. 불평등한 대우가 피해자의 인격권을 침해한다고 볼 수는 있지만, 그때에도 그리하여 피해자가 어떻게 대우되어야 하는가 하는 점은 비교대상과의 비교를 통하여 도출될 수밖에 없기 때문이다. 다른 경우와 비교하지 아니하더라도 피해자에게 보장되어야 하는 인격영역이 확정될 수 있다면 바로 그 영역을 보호하는 개별적 인격권 침해를 주장하면 족하고, 평등의 원칙으로 우회할 필요가 없었을 것이다. 평등의 원칙 침해로 인한 손해는 결국 평등한 대우를 하였더라면 얻었을 이익이 확정될 수 있다면 그 이익 상당의 손실(차액설)이, 그렇지 않다면 평등의 원칙 위반을 확인하는 의미의 상징적인 금액이 될 수밖에 없다. 장애인에 대한 차별대우의 경우 하급심 재판례는 100만 원 또는 200만 원 정도의 소액의 위자료만을 인정한 바 있고,¹³⁹⁾ YMCA의 여성회원 차별에 대하여는 1,000만 원의 위자료를 인정한 바 있다.¹⁴⁰⁾ 평등의 원칙 위반 역시 개개의 사안의 특성에 따라, 즉 어떤 이익/불이익과 관련하여 불평등한 대우를 받았는가에 따라 손해액이 달라질 수밖에 없는 것이다.

(6) 기타: 국가불법

그 이외에 위자료가 문제된 재판례 중에는 국가불법, 특히 수사기관의 불법이 문제된 것이 여럿 있다. 불법구금 등에 대하여는 대체로 수백만 원에서 수천만 원 상당의 위자료가 인정되고 있다. 수액과 관련하여서는 불법구금일수가 중요하게 고려되고 있다.¹⁴¹⁾

특히 문제되는 것은 국가기관이 피해자를 고문하는 등 사건을 조작하여 무기징역, 장기간의 복역, 나아가 사형에 처해지게 한 경우 위자료이다. 대판 2011. 1. 13, 2010다 53419 등은 공무원에 의하여 조직적이고 의도적으로 중대한 인권침해가 자행된 경우에는 유사한 사건의 재발을 억제·예방할 필요성 등도 그 위자료를 산정함에 있어 고려되어야 한다면서, 통상의 경우보다 다액의 위자료를 인정할 것을 명하였고, 하급심 법원실무도 이에 따라 특히 다액의 위자료를 인정하고 있다. 가령 서울중앙지판 2006. 11. 3, 2005가합 88966은 무기징역형을 선고받아 장기간 복역하게 된 피해자 본인의 위자료로 7억 원, 처의 위자료로 4억 원, 자녀들에게 각 1억 원의 위자료를 인정한 바 있다.¹⁴²⁾ 그러나 불법행위의 경우 책임원인발생시부터 지체책임도 진다는 법리를 이와 같이 산정된 위자료에 적용한 결과 수십억 원의 위자료가 인정되게 되었다. 이것이 판례가 예외적으로 위자료 산정의 기준시기를 변론종결시로 할 수 있다고 하게 된 배경이다. 현재는 대체로 합계 5~7억 원 상당의 위자료를 인정하는 추세로 보인다.

139) 천안지판 2006. 7. 20, 2005가합5440; 서울중앙지판 2004. 2. 12, 2003가단150990.

140) 대판 2011. 1. 27, 2009다19864.

141) 구체적인 재판례에 관하여는 이창현, 위자료, 296-297.

142) 개관은 신동현, 강원법학 제36권, 216 이하.

II. 적정성의 평가

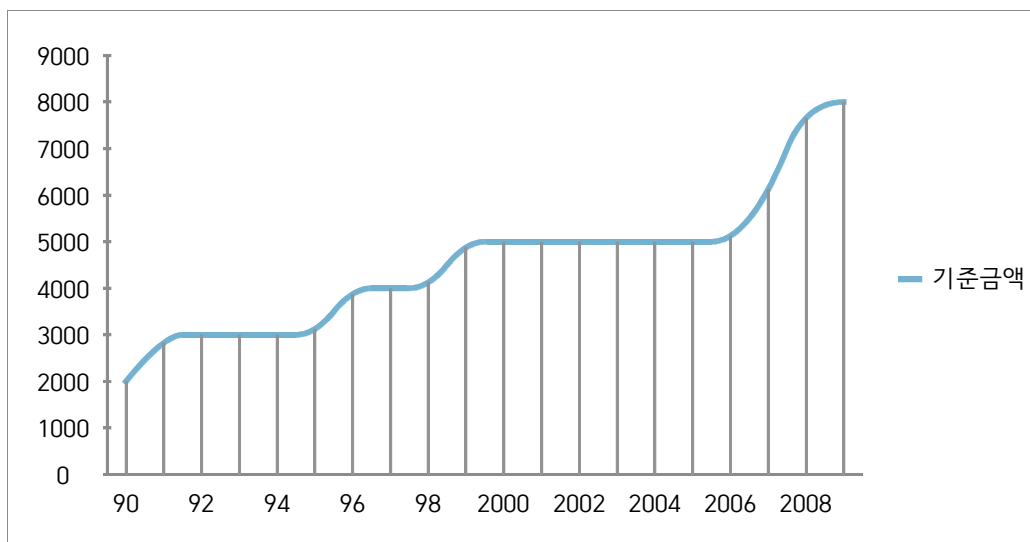
1. 절대적 수준: 수직적 적정성

가. 법적 접근

현행 위자료 산정기준, 특히 그 기초가 되는 사망 내지 노동능력 100% 상실에 대한 위자료 8,000만 원에 대하여는 종래부터 과소하다는 지적이 있어왔다. 위자료액은 - 적어도 이념적으로는 - 사안의 핵심적 요소로부터 법관의 형평감각을 통하여 곧바로 도출되는 데, 8,000만 원이 이 「형평감각」에 맞지 않는다는 것이다. 몇 가지 징후적 현상을 본다.

먼저, 재판실무상 인신손해에 대한 위자료 산정기준이 근래 급격하게 증액되고 있다.

기 간	기준금액
1991년 이전	2,000만 원
1991년 ~ 1996년	3,000만 원
1996년 ~ 1999년	4,000만 원
1999년 ~ 2007년	5,000만 원
2007년 ~ 2008년	6,000만 원
2008년 이후	8,000만 원



마지막 증액이 결정되었던 2008. 5. 26. 서울중앙지방법원 교통·산재 전담 재판장 간담회에서는 ‘현재 위자료 산정기준은 우리 경제규모와 물가수준을 고려하면 과소하여, 증액이 필요하다는 데 공감대’가 형성되었고, 1억 원으로 증액하자는 의견도 있었다고 한다.¹⁴³⁾

더구나 하급심 법원실무는 오래 전부터 과실상계비율을 위자료에 관하여는 60%로 감하여 적용하고 있다. 비재산적 손해배상에 과실상계가 적용되는가, 아니면 단지 참작될 뿐인가에 관하여는 논란이 있다. 그러나 이 논란은 기본적으로 형평에 비추어 곧바로 정당한 위자료를 산정하는 비재산적 손해배상의 영역에서 굳이 과실상계를 구분하여 별개의 절차로 설정하는 것이 어색하고, 이미 당해 사안의 핵심적 요소로부터 전체적·종합적으로 적절한 위자료를 정한다면 여기에 피해자의 과실에 대한 고려가 제외될 수 없으므로 다시 과실상계를 한다면 이중평가가 될 위험이 있다는 점을 고려한 것이다.¹⁴⁴⁾ 현재의 하급심 법원실무는 사안의 핵심적 요소를 전체적·종합적으로 고려하여 바로 적정 위자료를 산정하는 것이 아니라 일정한 산정식을 이용하고 있고, 여기에는 피해자 측 과실비율도 포함되어 있다{8,000만원 × (1- 0.6 × 피해자 측 과실)}. 이러한 실무는 정식으로 과실상계를 하는 것과 다를 바 없다. 그렇다면 여기에 같은 가해행위로 생긴 재산적 손해배상과 다른 과실비율을 적용하는 것은 설득력이 없을 것이다. 과실비율은 손해발생의 확률 내지 손해의 크기에 영향을 미친 정도를 고려하여 정함이 옳은데,¹⁴⁵⁾ 특히 인신손해의 경우 재산적 손해와 비재산적 손해는 생명, 신체의 침해라는 하나의 손해가 - 뒤에 보듯 그 복구가능성 등에 따라 - 나뉜 것에 불과하므로 손해발생의 확률 내지 손해의 크기도 함께 갈 수 밖에 없기 때문이다. 법원실무에서 피해자 측 과실을 60% 감하여 고려하는 것은 현재의 위자료 수준이 낮은 편임을 고려하여 총 금액이 너무 낮아질 위험이 있는 경우 그 효과를 완화하기 위함이라고 여겨진다. 이 또한 현재의 인신손해 위자료액의 상한이 낮다는 법관의 「형평감각」을 드러내고 있는 것이다.

다음, 특히 인신손해가 아닌 여타의 인격권 침해에서 종종 큰 금액의 위자료가 인정된바 있다. 가령 명예훼손을 원인으로 하는 위자료 청구의 경우, 2000년대 이전에 오히려 다액의 위자료가 인용된 예가 종종 보이고,¹⁴⁶⁾ 이른바 우조교 사건에서 제1심 법원은 3,000만 원의 위자료를 인정하기도 하였다. 인신손해의 경우 위자료 이외에 상당한 액수의 재산적 손해배상을 함께 명하므로, 전체 인용금액은 언제나 적지 않은 액수에 이르게 되고, 때문에 - 추상이나 성기능장애와 같이 누구나 그로 인한 고통을 넉넉히 짐작할 수

143) 위자료 산정기준 검토를 위한 재판장 간담회 논의결과(2008. 5. 26).

144) Köndgen, Immaterialschaden, S. 54 ff. 참조.

145) 이동진, 법경제학연구 제9권 1호, 71 이하.

146) 주해[XVIII]-이동명, 제751조, 430 이하. 현재까지 가장 다액의 위자료를 인용한 사건은 김영삼 전 대통령의 차남 김현철에게 한약업사들이 1억 원을 전달하였다는 한겨레신문의 보도에 대한 정정보도 및 4억 원의 위자료(서울서부지판 1996. 1. 26, 94가합5021)이고, 그 이외에 5,000만 원을 초과하는 위자료를 인용한 사건으로는 연애인 윤정희의 동생이 사실은 윤정희의 딸이라는 소문이 있는데, 그 소문에 근거가 있다는 인상을 준 월간지 클라세의 허위기사에 대하여 윤정희와 그 부모에게 위자료 1억 원의 지급을 명한 예(서울지판 1997. 2. 2, 96가합31227), 대선직전인 1997. 8.부터 10.경까지 김대중 후보가 공산주의자 또는 용공인사이고 국민들을 상대로 수없이 거짓말을 해왔다는 취지의 기사를 낸 시사주간지 인사이더월드에 대하여 위자료 1억 2천만 원을 인정한 예(서울지판 1998. 7. 1, 97가합88220), 유명 방송인 백지연에 관하여 PC통신에 게재된 소문을 기사화한 스포츠투데이 기자에 대하여 위자료 1억 원을 인정한 예(서울지판 2000. 2. 2, 99가합64112) 등이 있다. 모두 2000년경 이전의 사건이다.

있으나 위자료 명목의 금액은 너무 적게 인용된 경우를 제외하면 - 위자료액 자체는 다소 적다하더라도 전체 인용액이 법관의 형평 내지 정의감각을 크게 자극하지는 아니할 수도 있다. 그러나 그 이외의 인격권 침해에서는 위자료 이외의 재산적 손해배상이 없으므로 위자료 인용액이 바로 전체 손해배상액이 되어, 위자료액이 과소하다고 여겨지면 곧바로 법관의 형평 내지 정의감각이 발동할 가능성이 있다. 즉, 유명 방송인 백지연의 사생활에 대한 보도의 경우 담당법관은 그 고통에 비추어 수천만 원 정도의 위자료로는 충분하다고 여겨지지 아니하였던 것이고, 장기간에 걸쳐 상급자로부터 성희롱을 당하고 고통스러운 재판과정까지 거쳐야 했던 우조교 사건의 경우 담당법관으로서는 수백만 원의 위자료로는 충분하다고 여겨지지 아니하였던 것이다.

이와 같은 이례적인 위자료 산정례는 오늘날은 거의 찾아볼 수 없게 되었다. 이미 위우조교 사건부터 항소심에서 위자료액이 500만 원으로 감액되었다. 그러나 이는 개별사건 그 자체로부터 도출되는 적절한 위자료의 수액(에 대한 법관의 감각)에 터 잡았다기 보다는 오히려 다른 종류의 위자료 인정례, 특히 인신손해에 대한 위자료 배상기준과의 균형을 고려하였기 때문으로 보인다. 사안이 쌓일수록, 법원내부의 정보화가 진행될수록 유사사건들 사이의 균형 내지 기준의 일관성을 확보하려는 압력이 거세지게 마련이다. 근래 위자료 산정기준이 다소 낮은 수준에서 안정된 것은 이러한 이유로 추측된다.

그럼에도 불구하고 산정기준이 덜 계량화된 명예훼손 등 사건에서 법관의 적정 위자료에 대한 직관이 더 잘 작동할 수밖에 없다. 그런데 흥미롭게도 인신손해로 인한 위자료 산정기준이 2006년부터 2008년까지 급격하게, 가령 60%나 인상되었음에도, 명예훼손 등으로 인한 위자료의 산정기준은 위 기간 이후 현재까지 변동이 없었다[판결연도와의 상관계수 = (-) 0.033236457]. 이는 인신손해에 대한 위자료액이 - 상당한 제약 하에서이지만 - 보다 직관적으로 정해진 명예훼손 사건의 위자료와 비교하더라도 상당히 낮은 수준이었을 뿐만 아니라,¹⁴⁷⁾ 다른 한편으로는 8,000만 원 정도의 위자료 증액으로는 명예훼손 등에 대한 위자료가 - 만일 정당한 수준에 이르기 위하여 증액될 필요가 있다면 - 증액될 수 있을 정도의 여유를 주지 못하였음을 시사한다. 만일 인신손해에 대한 위자료액 8,000만 원이 그러한 수준에 이른 수치였다면 다른 경우의 위자료도 인신손해 위자료와의 균형을 깨뜨리지 아니한 채 증액할 수 있으므로, 인신손해에 대한 위자료의 급격한 증액이 어떤 형태로든 명예훼손 등의 위자료를 증액시키는 결과를 가져왔을 것이기 때문이다. 그리고 이는 역으로 사망 위자료 8,000만 원도 적정 위자료액에는 여전히 미치지 못하는 것일 가능성이 있고, 적어도 적정 위자료액을 초과하는 것은 아님을 시사한다.

법 이론적으로 단 하나의 정확한, 또는 정당한 위자료액이 있는가에 관하여는 논란이 있다.¹⁴⁸⁾ 그러나 형사법에서 양형이론과 마찬가지로, 여기에서도 부당하다고 할 수 없는

147) 그러므로 현재 수준, 즉 8,000만원까지 생명침해에 대한 위자료를 증액하는 것으로는, 2008. 5. 26. 서울중앙지방법원 교통·산재 재판장 간담회에서 예상한 바와 같은 명예훼손 등 여타 사건에 대한 파급력은 미미하거나 아예 존재하지 아니한다고 할 수 있다.

148) E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 169 ff.

일정한 폭(幅)을 상정할 수 있을 뿐, 단 하나의 점(點)을 상정하기는 곤란하고, 이때 폭은 결국 법관의 형평 내지 정의감각에 비추어 과다하거나 과소하지 아니한 범위를 가리킨다고 생각된다. 요컨대 법 이론적으로 정당한 위자료는 법관의 형평감각에 의하여 정해진다. 그런데 인신손해에 대한 위자료는 - 아마도 정형화의 필요 때문에 - 실무상 하급심 법관이 개개의 사안에 응하여 형평감각을 발휘하여 인정해온 것이 아니라 오히려 사망 내지 노동능력 100% 상실에 대한 위자료액을 - 일종의 법관 공동체 내의 합의를 통하여 - 정해놓고 이에 따라 산정해왔다. 그리고 적어도 오늘날의 법관은 그 수준이 형평감각에 반할 정도로 낮다고 느끼고 있다. 이는 특히 그 부담감이 잘 느껴지는 다른 인격권 침해의 경우를 참작하면 더욱 그러하다. 그렇다면 법 이론적으로는 이미 - 법관이 고려하는 평가관점이 무엇이든 - 현재의 위자료의 절대적 수준은 과소하다고 보는 수밖에 없는 것이다.

나. 경제적 접근

(1) 비재산적 손해의 적정수준을 가격지표로 산정할 수 없는 이유는, 비재산적 손해가 금전에 의하여 복구될 수 없다는데 있다. 자동차가 고장 난 뒤에 돈을 받으면 그 돈으로 차를 고치거나 새 차를 삼으로써 다시 고장 나지 않은 자동차가 있었던 때와 같은 상황을 만들어낼 수 있다. 그러므로 차를 고치는데 드는 돈이나 (고장 난 중고차를 팔아 받을 수 있는 돈을 공제한) 새 차를 살 돈을 배상하게 하면 현실적으로 가해행위 전의 상태로 되돌릴 수 있다.¹⁴⁹⁾ 반면 치료 후에도 여전히 후유장애가 남는 경우 돈을 받더라도 그 돈으로 원래의 상태를 복구하지는 못한다.¹⁵⁰⁾ 따라서 복구비용을 통하여 사후적(ex ante)으로 복구비용을 통하여 적정 손해배상액을 산정할 수 없다. 비재산적 손해배상 내지 위자료의 전보(填補)기능(Ausgleichsfunktion)에 대하여 끊임없이 의심이 제기되고 이른바 만족(Genuugungs-) 내지 극복기능(Überwindungsfunktion)이 논의되어온 것은 - 당초에는 위자료에 여전히 사적 제재(Privatstrafe)로서의 성격이 남아 있어서라기보다는 - 오히려 비재산적 손해는 위자료로 복구될 수 없다는 본질적인 고민에 연결되어 있다.¹⁵¹⁾

그러나 근래 경제학은 이러한 비재산적 손해의 가치를 추정하는 몇 가지 방법을 발전시키고 있다. 이하에서는 손해배상법의 맥락에서 이를 도입하여 보기로 한다.

경제학적으로 불법행위법의 기능은 크게 두 가지이다.¹⁵²⁾

첫째, 불법행위법은 사고(accident)를 최적수준으로 예방하도록 적절한 유인을 제공한 다(prevention theory). 사고로 인한 (사회적) 총 비용(TC)에는 사고로 인한 손해(L)와 사고방지를 위하여 지출하는 비용(B)이 있다. 사고가 일정확률(p)로 발생하고, 사고발생확률이 사고방지비용과 일정한 관련을 맺고 있다면, 사고로 인한 (사회적) 총 비용은,

149) 물론, 그 돈을 반드시 수리나 새 차 구입에 써야 하는 것은 아니다. 이러한 '처분자유'는 손해배상법의 기본 원칙 중 하나로 승인되어 있다.

150) 치료 등으로 복구할 수 있는 손해는 복구비용, 즉 재산적 손해만 배상해주면 족하다.

151) 이에 대한 상세한 논의는 E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 93 ff.

152) 여러 문헌을 대신하여, Karapanou and Visscher, RILE Working Paper No. 2009/2, pp. 3 ff.

$$TC(B) = B + p(B) \cdot L$$

이 된다. 예방(내지 억지)이론은 불법행위법이 행위자, 즉 잠재적 가해자로 하여금 $TC(B)$ 가 가장 적은 수준이 되는 B' 수준의 주의를 기울일 유인을 제공하여 최종적으로 $TC(B)$ 를 최소화하는데 기여하고, 또 기여하여야 한다고 한다. 그렇게 하려면 결국 잠재적 가해자가 직면하는 사적 비용(C)이 사회적 총 비용과 일치하여야 하는데,¹⁵³⁾ 어차피 B 는 잠재적인 가해자가 부담하는 비용이므로, $p(B) \cdot L$ 만 추가로 그에게 전가(轉嫁)시키면 된다. 실제로 사고가 발생하였을 경우 손해(L)를 전부 배상시키면 사고가 $p(B)$ 의 확률로 발생하므로 그가 직면하는 비용의 기댓값은 $B + p(B) \cdot L$ 이 된다. 이처럼 불법행위법은 가해자에게 손해를 배상시키는 방법으로 최적주의수준을 유도할 수 있다. 이상이 예방이론의 개요이다.¹⁵⁴⁾

둘째, 불법행위법은 피해자에게 보상을 제공함으로써 사회적 후생을 증진시킨다 (insurance theory). 예방이론은 가해자 측에 책임을 지우는 근거는 제시하지만, 그 돈을 왜 피해자가 받아야 하는지에 대하여는 적절한 답을 제공하지 못한다. 보험이론은 이에 대하여 불법행위법이 누군가의 잠재적 가해 등으로 후생수준이 급격히 떨어진 피해자에게 법률에 의하여 보상을 제공함으로써 사고비용을 사회 전체에 적절히 분산시킨다고 한다. 가해자에게 적절한 유인을 제공하기 위해서라면 형사처벌, 과태료 부과 등으로도 족하다. 그러나 대부분 위험기피적(risk-averse)인 피해자로서는 사회생활상 사고를 당하여 손해(L)를 입을 수 있는데, 그에 대하여 아무런 보상도 받을 수 없다면 사전적(ex ante)으로는 사고확률(p)을 고려한 손해의 기댓값($p \cdot L$)을 초과하는 비용을 지출하고라도 그 손해에 대하여 보상을 가입할 유인이 있게 된다. 반대로 이야기하면 이러한 보험이 제공됨으로써 보험가입자가 얻을 이익(U)은,

$$U \geq p \cdot L^{155)}$$

이 된다. 따라서 이러한 보험을 제공하면 $U - p \cdot L (\geq 0)$ 만큼의 순이익이 생긴다. 그런데 어차피 가해자에게 손해 상당의 제재를 가함으로써 예방을 달성해야 한다면, 이를 피해자에게 주면 위와 같은 보험을 제공하는 결과도 된다. 이상이 보험이론의 개요이다.¹⁵⁶⁾

153) 사회적 비용과 사적 비용의 괴리는 외부성(externality)을 야기하여 비효율적인 결과를 초래한다. 만일 서로 상대방을 아는 소수의 당사자 사이라면 재산권(property right: 법경제학적 맥락의 재산권의 정의로, 법학적인 정의와 다르다)의 경계만 분명하게 설정되어 있다면 당사자 사이의 자발적 협상(Coasean negotiation)을 통하여 최적주의수준의 주의를 유도될 수 있지만, 서로 상대방을 알지 못하고, 따라서 사전교섭의 여지가 없는 불특정 다수인 사이의 사고(accident)에서는 법질서가 외부적으로 이를 부과하지 아니하면 효율성이 달성될 수 없다. 불법행위법의 본령은 바로 이 영역이다.

154) 물론, 개별적으로는 피해자의 과실이 경합하는 경우, 과실책임과 위험책임의 우열, 공동불법행위의 경우, 정보비용(information cost)이 문제되는 경우 등에 대하여 복잡한 논의가 있다. 가령 이동진, 법경제학연구 제9권 1호, 71 이하.

155) 위험기피적의 의미 자체가 그러하다. 반대로 위험선호적일 때에는 $U \leq p \cdot L$, 위험중립적일 때에는 $U = p \cdot L$ 의 관계가 성립한다.

그런데 비재산적 손해, 특히 인신손해의 경우 두 이론의 결과가 반드시 같은지에 관하여 의문이 제기되어왔다. 이는 비재산적 손해의 배상의 필요성과도 관계되어 있다.

먼저, 예방이론의 관점에서는 - 여러 나라에서 그러했던 것처럼 - 비재산적 손해를 아예 배상하지 아니하거나 법률이 개별적으로 정한 경우 등에 한하여 배상하는 경우 과소억제(underdeterrence)가 발생한다. 비재산적 손해는 재산적 손해만큼이나 실재하는 손해(real loss)이다. 이 점은 재산적 손해가 덧붙여지지 아니한 명예훼손 등의 경우를 생각해 보면 곧 알 수 있다. 재산적 손해를 L_p , 비재산적 손해를 L_n 이라고 하면,

$$L = L_p + L_n$$

$$TC(B) = B + p(B) \cdot L = B + p(B) \cdot (L_p + L_n)$$

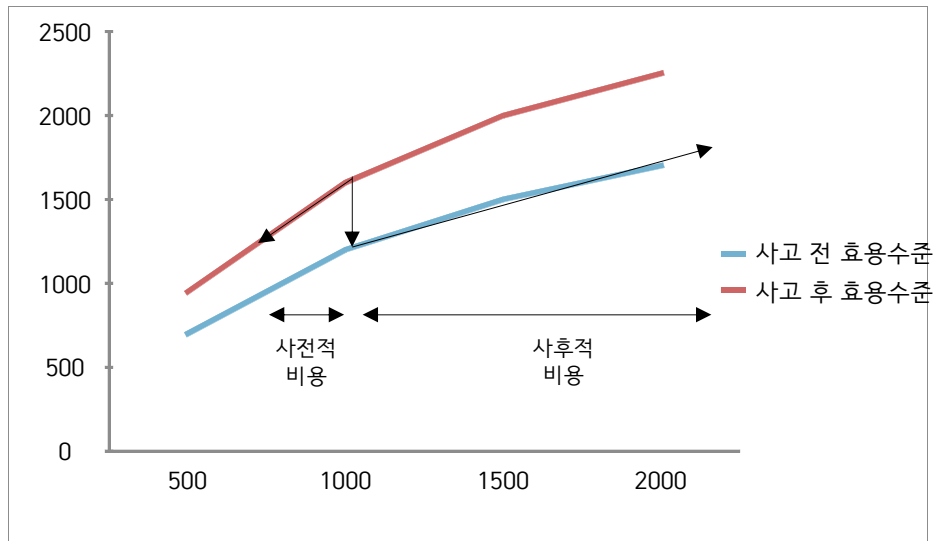
이 된다. 그런데 비재산적 손해를 배상하지 아니한다면,

$$C(B) = B + p(B) \cdot L_p \leq TC(B)$$

가 되고, 잠재적 가해자는 $TC(B)$ 를 최소화하는 주의 B' 보다 낮은 수준의 B 만을 기울이게 되는 것이다.

그러나 다른 한편 보험이론의 관점에서는 비재산적 손해가 금전으로 복구될 수 없고, 특히 인신손해의 경우 오히려 재산적 이익을 누릴 수 있는 능력 자체를 감소시키는 결과를 가져온다는 점이 문제된다. 예를 들어 건강할 때에는 1,000만 원의 돈이 있으면 할 수 있는 일들을 가장 효용수준을 높여주는 일부터 하면 1,200의 효용(= 500 + 400 + 300)을 얻을 수 있었는데, 건강을 잃고 나면 그 대부분을 할 수 없게 되거나 하더라도 그 정도의 효용을 얻을 수 없게 되어 얻는 효용이 400(= 150 + 100 + 50)에 그친다고 하자. 건강할 때 1,000만 원의 이익은 효용 1,200이지만, 건강을 잃은 뒤에 1,000만 원의 이익은 효용 400밖에 안 된다. 결국 건강을 잃으면 화폐의 (주관적) 가치가 떨어지게 된다. 그래프로는 비재산적 손해, 특히 인신손해의 경우 효용곡선 자체가 하향 이동하는 것이다. 화폐가치가 떨어진 뒤에 소비하는 것보다는 떨어지기 전에 소비하는 것이 더 나으므로, 그는 이 돈을 보험가입에 쓰지 않고 현재, 즉 건강할 때 소비하는 쪽을 택할 것이다. 즉, 잠재적 피해자는 이러한 보험을 원하지 않는다. 다른 말로 하면, 이러한 경우 손해배상은 - 그 사회적 비용이 이익보다 큼에 비추어 보면 - 사전에 계약적¹⁵⁶⁾ 또는 사회적으로 합의될 수 없다.

156) 피해자의 손해의 복구, 즉 전보(填補) 자체가 불법행위법의 기능에 포함되어 있지 아니함을 알 수 있다. (법)경제학적 시각에서 손해의 복구 그 자체는 단순한 부(富)의 재분배에 불과하다. 일반적으로 경제학에서는 형평성을 크게 따지지 아니하고, 따라서 그 자체 정당한 분배의 기준을 설정하지 아니하려고 한다. 이러한 시각에서는 손해의 복구 그 자체가 선(善)이라고 할 수 없다. 오히려 부(富)의 재분배는 그 자체 재분배를 위한 비용을 수반하여 바람직하지 아니한 현상으로 간주된다. 결국 경제학적 시각에서 기준이 될 수 있는 것은 개개인의 부(富) 내지 후생수준이 아니라 사회적 총 부(富) 내지 후생수준이다.



그러나 오늘날에는 이러한 주장에 대하여 반론도 적지 아니하다. 실제로 사람들이 이와 같은 비재산적 손해보험에 가입하려고 한다고 볼 만한 증거들이 있다.¹⁵⁷⁾ 인신손해는 별론, 명예훼손 등 다른 종류의 비재산적 손해도 효용곡선 자체를 하향 이동시키지는 반드시 분명하지 아니하다. 아마도 아니리라고 - 즉 복구 가능성과는 관계없이 같은 효용곡선상의 이동에 그치리라고 생각된다. 그렇다면 화폐가치의 변화는 없거나 미미한 수준일 것이다. 또한 일부의 주장과는 달리 불법행위법이 없더라도 다른 제재, 가령 형사제재 등으로 충분히 억제효과를 거둘 수 있다고 볼 만한 근거가 없다. 반드시 비재산적 손해의 정확한 가치를 정하여 배상하여야 하는 것은 아니라 할지라도 비재산적 손해배상은 필요하고 그 가치에 근사하는 배상이 최적 억지에 도움이 된다.

(2) 그럼에도 불구하고 위 논의는 중요한 통찰을 제공한다. 재산적 손해의 경우 금전을 받아 필요한 복구조치를 취하는데 필요한 사후적(ex post) 비용을 찾으려는 시도는 비재산적 손해, 특히 인신손해에 대하여는 적용되기 어렵다. 이러한 경우 흔히 쓰는 방법이 어떤 손해를 기꺼이 감수하려면 얼마 정도의 대가를 받아야 하는가 하는 willingness to pay test이다. 이는 직관적으로도 설득력이 있어 법관도 위자료액을 정할 때에도 의식적으로든 무의식적으로든 사용하곤 하는 접근법이다. 그러나 사고 후 효용곡선 자체가 옮겨져 경제적으로 다른 인격이 된다면, 사후에 willingness to pay를 묻는 것은 사전적으로 제도를 설계하는 데는 도움이 되지 아니한다. 사전적으로 willingness to pay를 물어야 하는 것이다.

특히 사망과 같은 치명적인(fatal) 손해에 대하여 willingness to pay를 묻는 데는 또 다른 문제도 있다. 돈을 받고 지금 당장 확정적으로 사망하겠다는 선택을 할 사람이 별로

157) 미국에서 보험이론이 주로 예정하고 있는 사안유형은 제조물책임과 의료과오인데, 모두 계약관계가 병존하고 있다.

158) Avraham, 100 NW. U. L. Rev. 87 (2006); Karapanou and Visscher, RILE Working Paper No. 2009/2, pp. 5 ff.의 문헌지시 참조.

없을 것이라는 점이다. 그리하여 보건경제학(health economics)에서는 사망확률을 가령 0.5% 감소시키기 위하여 얼마의 돈을 추가 지출할 의사가 있는지를 탐구한다. 가령 어떤 사람이 사망 가능성을 0.5% 감소시키기 위하여 200만 원의 비용을 추가 지출할 의사가 있다면, 그가 삶에 대하여 부여하는 가치는 4억 원(= 200만 원 × 100/0.5)이 된다. 이와 같이 계산된 삶의 가치를 VSL(value of statistical life)이라고 한다. 법 경제학에서 최적 과실수준을 정할 때 쓰는 핸드 공식(Hands' formula), $B = p \cdot L$ 을 역으로 이용하여 $L = B/p$ 로 L 값을 구하였다고 볼 수 있다.¹⁵⁹⁾

실제 이 값을 산정하는 방법으로는 크게 세 가지가 있다. 첫째는 좀 더 위험한 직업과 그렇지 않은 직업 사이의 급여 수준의 차이를 통하여 위험프리미엄을 산정하는 것이고(willingness to pay, wage differentials), 둘째는 위험과 비용을 형량하여 행동을 결정하는 그 이외의 경우를 관찰하는 것이다(behavioral aspects, cost vs. risk). 마지막으로 직접 응답자에게 사망확률을 일정 수준 감소시키기 위하여 얼마의 비용을 추가로 지출할 의사가 있는지를 묻는 방법도 있다(willingness to pay, contingent valuation).¹⁶⁰⁾

각국에서 이에 관한 조사연구가 이루어지고 있다.¹⁶¹⁾ 우리나라의 연구로는 1985년과 1999년의 것이 있는데,¹⁶²⁾ 각각 USD 872,000, 678,000, 세후(稅後)로는 각각 USD 698,000, 542,000로 추정하고 있다. 기준 환율을 비교적 보수적으로 1,100원으로 잡더라도 최소한 6억 원 이상이 된다. 물론 이들 각 연구 자체의 정확성뿐 아니라 일반적으로 이 연구방법 자체가 갖는 여러 문제가 있기는 하나, 국민소득수준에 비하면 - 관련 연구가 훨씬 많이 진척되었고 여러 연구팀에 의하여 여러 연구방법을 통하여 어느 정도 범위 안의 값을 내고 있는 - 여러 선진국에 비하여 터무니없이 낮은 수준이다.¹⁶³⁾ 일반적으로 소득수준과 VSL 사이에 강한 양(+)의 상관관계가 있음이 보고되고 있으므로, 이후 10여년이 지난 지금의 VSL로서 이 수치가 과대평가되었을 가능성은 높지 아니하다.

물론, 이 수치만으로 사망으로 인한 비재산적 손해가 최소한 6억 원 이상이라고 할 수는 없다. 무엇보다도 이 손해에는 재산적 손해와 비재산적 손해가 모두 포함되어 있기 때문이다.¹⁶⁴⁾ 그러나 재판실무상 통계는 없지만, 100% 가해자 과실인 경우 재산적 손해액이 - 소득수준과 기대여명에 따라 달라지기는 하나 - 평균적으로 3억 원에서 4억 원을 초과하기는 어려워 보인다.¹⁶⁵⁾ 도로교통공단이 매년 보험회사 등의 책임 및 종합보험금

159) Bost, Effiziente Verhaltenssteuerung, S. 227 ff.

160) Rafiq et al., EuroJornal of Econ. Fin. and Ad. Sc. 25, 7, 8.

161) 각국의 연구결과를 종합 정리한 것으로 Miller, 34 J. of Trans. Econ. & Pol., 169.

162) Kim, Compensating Wage Differentials for Job Hazards in Korea, Cornell Univ.(1985) 및 Kim and Fishback, 18 J. Risk & Uncertainty, 231(1999).

163) 우리의 VSL 추정치는 일본, 스위스의 1/10에 미치지 못하고, 오스트리아, 캐나다, 덴마크, 프랑스, 스웨덴, 미국 등의 1/5에 미치지 못하며, 심지어는 대만과 비교해도 2/3 수준이다. 위 Miller, 34 J. of Trans. Econ. & Pol., 169, 177.

164) 이 점을 특히 강조하는 것으로 Karapanou and Visscher, RILE Working Paper No. 2009/2, pp. 7 ff. 그리하여 이를 공제하고, 개별 상해의 정도에 따라 차등을 둔 QALY(Quality Adjusted Life Year) 지수를 발전시킬 것을 제안한다.

165) 3세 유아가 100% 가해자 과실로 사망한 경우 재산적 손해액이 3억 원 정도이다. 일용노임의 2배

지출액 등을 이용하여 교통사고의 사회적 비용을 추계한 값도, 2010년의 경우 사망사고의 과실상계 전 사회적 비용은 약 5억2천만 원으로 추산되고 있다.¹⁶⁶⁾ 이 금액은 보험회사 등이 재판상 또는 재판외에서 지급하는 금액(위자료액을 포함한다)에 기초한 것이다.¹⁶⁷⁾ 여기에서 보험 등으로 지급되는 위자료액을 공제하면 기껏해야 4억5천만 원 내외의 금액이 나온다. 어느 쪽이든 현재의 VSL이 6억 원은 넘으리라고 본다면, 적어도 1억 원 내지 2억 원 정도의 사망 위자료는 인정되어야 함을 보여준다. 현재의 8,000만 원은 평균적인 한국인이 자신의 생명 등에 대하여 평가하는 것보다 훨씬 적은 금액일 가능성이 높다.

이와 같은 방법은 그 이외의 인격권 침해에 대하여도 응용할 수 있다. 물론 이때에는 앞서 언급한 바와 같이 피해자의 효용곡선이 그 자체 하향 이동하리라고 단정할 근거는 없다. 따라서 사후적으로 willingness to pay를 묻는다 하여도 반드시 부적절하다고 할 수는 없다. 문제는 사전적 의사이든 사후적 의사이든, 지금까지 이러한 의사를 조사연구한 예가 없다는 점이다. 이는 그 자체 이해할 만한 일이다. 건강침해의 경우 willingness to pay는 교통안전을 위한 규제, 환경규제 및 각종 의료조치와 의료기술의 기준정립 등에 광범위하게 쓰이는 반면,¹⁶⁸⁾ 여타의 인격권 침해는 그 용도가 훨씬 제한적이다(이들은 대개 범죄로 침해된다). 이러한 조사연구의 사회적 수요가 낮다는 것이다. 그러므로 그 이외의 인격권 침해에 대하여는 - 현재로서는 - 생명침해 등에 대한 평가수치를 고려하여 상대적 경중에 따라 적절히 위자료액을 정하는 수밖에 없다.¹⁶⁹⁾

2. 상대적 경중: 수평적 적정성

가. 전보(填補)적 균형

(1) 비재산적 법익과 침해 정도에 따른 상대적 서열화

비재산적 손해 내지 위자료 배상에 관하여 재판실무는 - 뒤에 따로 살펴볼 몇몇 예외를 제외하면 - 압도적으로 전보(填補)적 관점에서 서서 피침해법익의 경중(輕重)과 침해된 정도에 따라 상대적 서열화를 수행해왔다고 여겨진다. 이것이 적절한지 여부를 가리려면, 그 전체적인 모습을 매핑(mapping)하는 것이 가장 효과적인 방법이다. 근친자의 위자료 청구권이 인정되는 경우에는 가단(家團) 전체를 단위로 하고, 피해자측 과실이 없는 경우를 전제하기로 한다.

이상을 번다하더라도, 기대여명이 훨씬 짧은 사고가 많으므로 재산적 손해액의 평균수준은 증가하기 어려우리라고 생각된다.

166) '10 도로교통 사고비용의 추계와 평가, 49.

167) '10 도로교통 사고비용의 추계와 평가, 15에는 영국에서 willingness to pay test로 추산한 pain and suffering의 값이 나와 있는데, 이 값은 사망사고로 인한 비재산적 손해의 총액의 2배에 이른다.

168) Aschenfelder, NBER Working Paper 11916.

169) 같은 취지: Bost, Effiziente Verhaltenssteuerung, S. 246 ff.

비재산적 법익과 침해 정도에 따른 위자료 기준금액

위자료액 (만원)	생명침해	신체·건강침해	성적 자기결정권 침해	기타 인격권 침해
8,000 -	사망	사지마비 등		
6,000 -		하반신마비 등		
5,000 -			강간	(유명인)
4,000 -				명예훼손
3,000 -			윤락행위 강요	(허위)
2,000 -				(일반인)
1,200 -		외모상 추상(醜相)		(진실)
1,000 -			추행	사생활침해
800 -		성기능 장애		
500 -				성희롱 초상·음성권 침해
100 -				생활이익 침해 개인정보 침해

위 매핑(mapping)에 비추어 보면, 비재산적 법익 상호간에는 생명 \geq 신체·건강 (중한 정도) \geq 성적 자기결정권의 중한 정도의 침해 \geq 명예의 특히 중한 정도의 침해 \geq 성적 자기결정권의 경한 정도의 침해 \geq 사생활 침해 기타 인격 표지의 침해 \geq 생활이익 및 개인정보의 침해의 서열이 성립한다.¹⁷⁰⁾ 각 비재산적 법익의 인격의 자유로운 발현과 행복추구에 있어서 중요성과 개별 침해강도에 비추어 보면, 대체로 수긍할 만한 서열화로 보인다.

다만, 위 도면상으로도 선뜻 납득하기 어려운 부분은, 사망과 사지마비의 위자료액이 같다는 점이다. 법익의 균형만을 생각한다면 인격의 완전한 말살을 의미하는 사망과 인격의 존속을 전제하는 사지마비 사이에는 엄연히 차등이 있다. 그럼에도 사망과 사지마비에 같은 금액의 위자료를 부여한 것은 오직 노동능력상실의 정도만을 고려한 결과이다. 앞서 본 바와 같이 보험회사의 실무만 하더라도 사망 위자료는 100% 노동능력을 상실한 경우의 상해 위자료보다 훨씬 고액으로 책정되어 있다.

(2) 특히 생명·신체·건강침해에 있어서 침해강도에 따른 상대적 서열화

이러한 문제는 신체·건강침해의 여러 유형 사이에서도 생긴다.

즉, 성기능장애의 위자료 수준은 사생활 침해보다 못하거나 비슷한 수준인데, 이 또한 선뜻 납득하기 어렵다. 판례는 이를 노동능력상실을 인정하여 재산적 손해배상액을 증액 시킴으로써 어느 정도 보완한다. 기본적으로 신체침해에 대한 위자료액을 노동능력상실과 연동시키기 때문에 생기는 문제이지만, 현실적으로는 어느 정도 해결되었다고 할 수 있다. 그러나 유방(乳房)절제술의 경우는 그러하지 아니하다. 유방은 여성성의 상징 중 하나로 이를 - 가령 의료과오에 의하여 잘못 - 절제하는 경우 상당한 비재산적 손해가 있다고 봄이 상식적이다. 그러나 유방절제로 노동능력이 상실 또는 감소한다고 보기는 어렵다. 위 기준으로는 적절한 위자료액에 이를 수 없는 것이다. 이 이외에도 노동능력상실과 비재산적 손해, 가령 정신 내지 심리적 고통이나 인격의 자유로운 발현의 저해가 늘 같이 가는 것인지는 여러 측면에서 검토가 필요하다.

나아가 신체·건강침해의 정도가 그 기간과 관계없이 노동능력상실의 비율만으로 적절하게 서열화될 수 있는지도 의문이다. 하급심 재판실무는 불법구금과 같은 자유박탈에 대하여는 침해일수를 고려하지만, “육체의 감옥” 상태에 놓이는 신체·건강침해에 대하여는 기간을 고려하지 아니한다. 한시장해에 대하여는 10년을 상한으로 놓고 한시장해기간 중 노동능력상실률을 10년의 기간에 재배분하는 방법으로 위자료를 산정하고 있다. 한시장해가 10년 이상 지속되는 경우는 별로 없고, 10년 정도면 현재의 피해자가 생각할 수 있는 충분한 기간이라는 점에서(그 이후의 기간은 높은 할인율로 인하여 대개 현가계산에서는 상대적으로 덜 중요하게 고려될 뿐이다) 이러한 기준은 그럭저럭 납득할 만하다. 그러나 기대여명이 5년인 사람이 그 기간을 사지마비로 살아야 하는 경우와 기대여명이 50년인

170) 이러한 비재산적 법익 사이의 서열화의 가능성을 언급한 것으로, 이창현, 위자료, 5; E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 82 ff.

사람이 그 기간을 사지마비로 살아야 하는 경우 그 고통이 같다고 할 수는 없다. 정신적 고통이든 인격의 자유로운 발현가능성이든 그 기간과 연결되어 있다. 하급심 법원실무상으로도 어린 나이에 장애를 갖게 된 경우에는 위자료 산정에 다소 참작한 예가 있는데, 이러한 불균형을 고려한 결과일 것이다. 그러나 이는 특히 어린 나이에 한하여 문제되는 것이 아니라 일반적으로 문제된다. 기대여명이 10년인 사람과 40년인 사람 사이에도 - 기대여명이 40년인 사람은 충분히 어린 나이가 아닐 수 있다 - 차별화가 필요할 것이다. 이러한 사고를 밀고 나가면, 사망의 경우에도 최소한 사망 전 기대여명에 따라 비재산적 손해가 달라야 하는 것은 아닌가 생각할 수 있다. VSL을 위자료액 산정에 응용하는 견해도 이를 평균여명으로 나눈 VSLY로 구체적인 위자료를 산정하려 한다.¹⁷¹⁾ 거꾸로 이러한 문제는 사망 위자료를 기대여명 등을 구분하지 아니하고 정액화하였기 때문에 생겼다고 할 수도 있다.

같은 종류의 비재산적 법익 침해 사이에서 침해 강도에 맞지 않게 서열화되어 생기는 문제는 그 이외의 인격권 침해에서는 보이지 아니한다. 이는 생명·신체·건강침해의 경우 위자료 산정기준이 비교적 강력하게 도식화되어 법관의 형평감각이 작동할 여지가 매우 줄어들었고, 그 도식조차도 반드시 적절하다고 할 수 없는 점이 있었던 반면, 그 이외의 경우에는 사망 위자료가 8,000만 원에 그친다는 점을 의식하면서 그때그때 여러 선례와 각자의 형평감각을 동원하여 당해 사안에 맞는 위자료액을 정할 수 있고, 실제로 그러한 방식으로 판단이 이루어졌기 때문이다.

나. 기타 고려요소

(1) 앞서 본 바와 같이 신용침해, 기회상실, 평등의 원칙 위반의 경우에는 위자료액 산정이 다른 방법으로 이루어지고 있다. 즉, 비재산적 법익 간의 상대적 서열화와 침해의 강도가 아니라, 침해된 (재산적) 이익 내지 기회 of 크기, 평등대우시 얻었을 이익의 크기에 연동되어 있다. 이는 그 자체 납득할 만한 기준이지만, 위자료액 산정기준을 논하는 이 연구와는 별 관계가 없다. 이 연구에서 문제되는 것은 그러한 기준이 없는, 그리하여 별 지침 없이 법관에게 맡겨진 비재산적 법익 자체의 평가와 관계된 영역이기 때문이다.

국가기관에 의한 개인정보의 불법수집이나, 평등의 원칙 위반이 인정되지만 평등대우의 내용을 확정할 수 없는 경우에 흔히 100만 원 정도의 위자료가 인정되고 있다. 이 또한 위자료 산정기준과는 별 관계가 없다. 이 경우 100만 원 정도의 금액은 (국가 등의) 「불법을 진지하게 확인할 수 있는 상징적 금액」이라는 점에서 선택된 것으로 보인다. 여기에서 손해배상은 영미법상 명목적(名目的) 손해배상(nominal damages)이나 프랑스의 1프랑의 상징적 배상(franc symbolique)과 같은 기능을 한다. 이러한 경우 위자료가 전혀 인정되지 아니한다면 위법사실 하나만으로는 아무 법률관계, 즉 권리의무관계도 생기지

171) Karapanou and Visscher, RILE Working Paper No. 2009/2. 또는 QALY. 어느 것이든 삶 1년의 가치를 다시 계산한 후 감소된 여명으로 곱하는 방식으로 구체적인 손해를 산정한다.

아니하므로, 확인의 소도 제기할 수 없다. 너무 적은 금액의 위자료만을 인정한다면 판단의 진지성을 보여주지 어렵고, 많은 금액을 인정하면 국가에 지나친 부담이 될 수 있을 뿐 아니라 남소(濫訴)를 유발할 위험도 있다. 100만 원 내외의 금액은 이와 같은 사정에 비추어 선택된 금액으로서, 비재산적 손해의 크기 등과 직접 관계되어 있지 아니하다.

(2) 판례상 사망 위자료 8,000만 원이 넘는 다액의 위자료가 인용된 사건 중 앞서 든 몇몇 예를 제외한 상당수는 예방 내지 제재적 기능 내지 요소를 그 근거로 들고 있다. 그 대표적인 예가 항공기 사고로 인한 인신손해와 국가에 의한 중대한 인권침해이다. 그러나 항공기 사고로 인한 인신손해액이 특히 높은 금액으로 산정된 것은 예방 내지 제재와 별 관계가 없어 보인다. 앞서도 언급한 바와 같이 결국 보험, 재보험으로 충분히 커버(cover)되고 있는 위험임에도 한국에서 소를 제기한 피해자들만 훨씬 낮은 보상을 받게 할 수는 없다는 고려가 작용한 것이다. 그 결과 항공여객운송의 경우 우리나라는 책임제한이 없음에도 책임제한을 둔 다른 나라의 입법례나 와르소 조약의 책임제한조차 무의미한 수준의 위자료만을 인정하게 되었다.¹⁷²⁾ 이러한 실무상의 고민에는 충분히 납득할 만한 부분이 있으나, 이에 대하여 별도의 위자료 산정기준을 논의할 만한 이론적 기초는 찾기 어렵다. 기본적으로는 우리 재판실무상 위자료의 상한을 증액시키면 어느 정도는 자연스럽게 해결될 문제이다.

국가에 의한 중대한 인권침해의 경우에도 유례없이 특히 높은 금액의 위자료가 인정되고 있다. 이 또한 예방 내지 제재가 운위되는 대표적인 유형이다. 그러나 군사·독재정권 하에서 국가가 한 인권침해에 대하여 - 법적으로는 여전히 동일성이 인정되는 - 지금의 「국가」에 막대한 금액의 위자료 지급책임을 부과한다 하여 제재 내지 예방효과가 있을 것이라고 보기는 어렵다. 오히려 과거 국가 권력이 행한 중대한 인권침해에 대하여 이례적으로 큰 금액의 위자료를 정함으로써 - 사건의 수와 특수성 등에 비추어 이러한 위자료가 국가에 재정적으로 부담이 되리라고 볼 수는 없다 - 국가 또는 사법부(司法府)가 그러한 인권침해를 매우 중대하고 심각하게 인식하고 있음을 보여주는 것이 그 주된 기능 내지 동기라고 여겨진다(일종의 승인 내지 평화기능). 이러한 사건의 위자료 산정 또한, 위자료 산정의 일반기준을 정립하는 이 연구의 과제와는 거리가 있다.

(3) 반면, 피고에게 (경제적) 이득이 있거나 피고가 상업적 동기에서, 즉 이욕동기에서 명예훼손 기타 사생활침해를 한 사안의 경우 위자료의 증액은 문제의 성격을 달리한다.

앞서 언급한 사안유형을 제외하면 8,000만 원을 넘는 위자료가 인정된 것은 이러한 사안유형-대표적으로 1억원의 위자료가 인정된 백지연 사생활 보도 사건, 1억5천만 원의 위자료가 인정된 신정아 누드사진 보도 사건-에 한한다. 반드시 8,000만 원을 넘는 위자료가 인정된 경우가 아니라 하더라도 정용진 재혼 사진 보도 등 파파라치의 사생활 보도의 다수에서 이욕동기는 위자료액을 체계적으로 증액시키고 있다. 이에 대하여는 일반적인 해명이 필요하다.

172) 항공여객운송인의 책임제한에 관하여는, 김두환 외, 항공우주법학회지 제10호, 13 이하.

경제적으로는 다음과 같이 말할 수 있다.

명예훼손이 문제되는 대부분의 사건에는 공적 이해관계가 걸려있다. 이 경우 언론의 사적 이익을 넘는 대립하는 (공적) 이익이 있고, 그러한 이익이 피해자 본인의 사적 이익보다 크다 하더라도, 직접 이익을 누리지 아니하는 언론기관이 동의규칙(property rule)에¹⁷³⁾ 의하여 상당한 대가를 주고 보도허가를 받게 하기는 어렵고, 나아가 보상규칙(liability rule)을 적용하는 것도 적절하지 아니하다. 공익은 분산되어 있으므로 이익주체와의 직접 협상도 기대할 수 없다. 공익이 우월한 영역의 정보(뉴스)가 public domain에 속해야 하는 까닭이다.

그런데 이러한 경우인지 여부를 정하는 경계가 반드시 명확하지 아니하므로, 경계를 넘는 경우 무조건 책임을 지우면 언론기관에 상당한 부담이 된다. 이에 엄격책임이 아닌 과실책임을 도입하여야 한다(EU는 이 경우 엄격책임은 유럽인권협약 위반이라고 한다). 명예훼손이 고의범(故意犯)이지만, ‘진실이라고 믿을 만한 상당한 이유’ 판단에서 일종의 과실 유사 개념(예컨대 허위보도인지 여부를 제대로 조사해본 것인지 등)을 도입하여 경계 확정비용이 높은 경우 결과적으로 비효율적인 - 즉 공익에 기여하지 못하는 - 명예훼손적인 보도를 면책시켜주고 있는 것을 이러한 차원에서 이해할 수 있다.¹⁷⁴⁾

그러나 사생활 침해의 경우는 다르다. 다른 사람의 사생활을 아는 것이 일반적으로 큰 이익 내지 공익(公益)이 된다고 할 수는 없다. 사생활 보도의 경우 보도의 이익은 보도한 언론매체가 저널판매량과 광고 등 수입을 증대시켜 얻을 경제적 이익에 거의 대부분 흡수되어 있다. 그러므로 언론매체는 피해자의 동의를 받아 그의 사생활을 보도하는 것이 옳다. 실제로 이미 사생활은 이러한 방법으로 상품화(Kommerzialisierung)되고 있으므로, 언론매체는 자신의 이득을 고려하여 적절한 제안을 함으로써 피해자의 허락 하에 사생활을 보도할 수 있다. 이 과정에서 피해자는 자신의 사생활을 사적인 영역 내에 유지하는데 대하여 자신이 부여하는 주관적 가치를 현시하게 된다. 그러므로 동의를 받지 못한 경우 사생활 보도는 - 다른 이유로 부득이한 것이 아니라면 - 일단 비효율적이라고 봄이 옳다.

사생활 침해도 다른 목적으로 이루어진 보도에 부주의하게 포함된 경우에는 그 법익의 서열에 응하는 위자료를 부과함으로써 그것이 위법함을 확인하면 족하다. 문제는 당해 사생활 보도 자체가 상업적 동기에서 행해진 경우이다. 법 경제학에서는 고의와 과실을 나누어, 과실범은 다른 목적으로 하는 행위의 부수적인 결과로 손해가 생긴 경우, 고의 중 직접고의는 당해 가해행위 자체를 위하여 비용을 지출하여 한 행위로 손해가 생긴 경우, 미필적 고의는 다른 목적으로 하는 행위의 부수적 결과로 손해가 생기는 하였으나 그 주의비용이 사고로 생길 손해의 기댓값과 비교하여 터무니없이 낮은 경우로 구분한다.¹⁷⁵⁾

173) Calabresi/Melamed의 property rule/liability rule/inalienability rule의 구분. 역어는 윤진수, 법경제학연구 제9권 1호를 따랐다.

174) 명예훼손에 대하여 엄격책임을 적용할 것인지, 과실책임을 적용할 것인지에 관하여는 법 경제학적으로 논란이 있다.

175) Bost, Effiziente Verhaltenssteuerung.

이러한 구분에 따르면 상업적, 즉 이욕동기에 의한 사생활 침해는 직접고의에 해당한다. 이러한 직접고의에 의한 불법행위는 - 스스로 비용을 지출하여야 하므로 - 경제적으로는 당해 가해행위로부터 가해자가 손해배상을 초과하는 이득을 직접 얻는 경우에 한하여 행해진다. 이처럼 어떤 불법행위가 가해행위로부터 손해배상액을 초과하는 이익을 얻기 위하여 행해지는 경우 손해배상만으로는 이러한 불법행위를 전혀 억제하지 못한다. 이는 비효율적인 자원이전이 계속 일어난다는 뜻이 된다.

특히 사생활 침해의 경우, 민사책임을 제외한 여타의 제재수단이 거의 없거나 매우 약하다. 예를 들어 파파라치가 신세계 부회장 정용진의 재혼 사진을 보도한다 하여 형사 처벌을 받지 않는 아니하므로, 결국 민사책임이 (잠재적) 가해자가 직면하는 비용의 전부가 된다. 민사책임에서조차 잠재적 가해자가 얻었을 이익보다 적은 수준의 책임을 부과하는 경우 - 이러한 침해행위를 사전에 억제할 방법이 거의 없다는 점을 보태어 보면 - 가해행위를 방치하는 꼴이 된다.¹⁷⁶⁾ 완전한 이득박탈(disgorgement)까지는 아니라 하더라도, 어느 정도 예방효과를 거둘 수 있을 (금전적) 제재가 필요한 까닭이다.

비교법적으로도 이러한 경우 위자료가 이례적으로 증액되는 예를 종종 볼 수 있고, 이는 대부분 위와 같은 논리로 설명된다. 물론, 그 수단이 구체적으로 비재산적 손해배상이어야 하는가에 대하여는 논란의 여지가 없지 아니하다. 피해자 본인이 퍼블리시티권을 누릴 정도여서 이미 스스로의 인격표지를 상업화하고 있는 경우는 별론,¹⁷⁷⁾ 그렇지 아니한 경우 손해배상은 이득박탈에는 적합하지 아니하고 이득박탈을 위해서는 부당이득이나 준사무관리를 검토하여야 한다고 볼 수도 있다. 그러나 인격권에 대하여도 침해부당이득의 요건으로서 할당내용이 존재하는가에 관하여 논란이 있고, 준사무관리의 법리는 우리 법에서 일반적으로 받아들여지고 있지 아니하다. 무엇보다도 당사자와 대리인이 이러한 법리를 원용하지 아니하고 있다. 이를 위자료 산정으로 해결하는 실무의 태도에도 수긍할 만한 측면이 있는 것이다.¹⁷⁸⁾

그러므로 이러한 유형의 위자료 산정은 보다 일반적인 위자료 산정기준과 전혀 별개의 논리에 따라 이루어지고 있는 셈이다. 물론 법 도그마틱적인 대안(代案)을 보다 적극적으로 검토하여 위자료 산정에 본래의 기준을 되돌려주는 것도 가능한 일이라고 생각된다. 그러나 그와 같은 과제는 이 연구의 영역을 벗어난다. 현재와 같이 위자료 청구권으로 이 문제를 해결할 생각이라면, 하급심 재판실무가 피고의 이득 내지 상업성, 이욕동기를 그 산정에 고려하는 것은 그 나름 합리성이 있다고 할 수 있다.

176) 실제로 몇몇 매체는 수년간 파파라치 등을 써서 위와 같은 보도를 해왔다. 이들은 실제로 피해자들에게 위자료를 배상하고 있으나, 보도행태를 바꾸지는 아니하고 있다. 위자료를 배상하더라도 여전히 이익임을, 그리하여 위자료가 충분한 예방 내지 억제효과를 거두지 못하고 있음을 보여준다.

177) 이때에는 지적재산권법에서 종종 쓰이는 3종의 손해배상액 산정방식이 여기에 원용될 여지가 있다.

178) 이에 관한 법 도그마틱적 논의는 우선, Göbel, Geldentschädigung und Schmerzensgeld. 특히 S. 177 ff. 그러나 미국에서도 이러한 권리는 원칙적으로 부당이득반환청구의 기초가 되지 못한다고 한다.

제3장 비교법적 고찰

이미 BC. 451~449년 로마의 12표법에 비재산적 손해에 대한 (사적) 제재가 규정되어 있었다. 제8표는 다음과 같이 정한다.¹⁷⁹⁾

제8표

1.b. 우리의 23표법은 극히 적은 경우만을 극형으로 제재하였음에도 불구하고 다음의 경우에는 역시 극형을 명해야만 한다고 생각하였다. : 어떤 자가 타인에게 치욕이나 오명을 줄 풍자가(諷刺歌)를 부르거나 작사한 경우.

2. 어떤 자가 (타인의) 지체를 불구로 만드는 경우에는 그와 화해하지 않으면 동해보복을 한다.

3. 어떤 자가 손이나 곤봉으로 뼈를 부러뜨린 경우에는 자유인이면 300아스의, 노예이면 150아스의 벌금을 문다.

4. 어떤 자가 타인에게 (기타의) 신체상해를 가한 경우에는 25아스를 벌금으로 한다.

로마법은 당초 일체의 비재산적 법익 침해에 대하여도 민사제재를 인정하였는데, 제8표의 2.에서 보듯 이러한 사적 제재에는 동해보복(同害報復; talio)으로 살해까지 포함되어 있었다. 그러나 이미 제8표의 2.는 “화해”를 우선하여 금전배상의 길을 열었고, 제8표의 3., 4.는 아예 정액의 금전배상으로 분쟁을 해결하였다.

그러나 이후 이러한 규율은 여러 가지 점에서 수정되었다. 원시적인 동해보복이 극복되었고, 화폐가치 폭락으로 벌금액이 조정되어야 했다. 또한 살인죄를 필두로 일정한 범죄에 대하여 공소(公訴)가 인정되었다. 그리하여 법무관은 동해보복과 법정벌금을 폐지하고, 평가적 인격침해소권(actio iniuriarum aestimatoria)을 도입하였다(학설취찬 제47권 2권 10장 제5절 제6항, D.47,10,5,6). 이 소권은 타인의 신체훼손에서 시작하였으나 곧 명예훼손 내지 모욕, 공공물 또는 자기 소유물의 이용을 방해하는 행위, 신용훼손 등으로 확장되었고, Labeo 이후 고시에서 규정되지 아니한 경우에도 널리 이 소권이 부여되었다. 이 소권은 심판인, 중대한 침해의 경우 법무관이 배상액 결정에 재량을 행사할 수 있었는데, 벌금액을 산정할 때에는 피해자의 사회적 지위와 침해사실의 경중 및 그 방법, 장소, 죄질 등을 구체적으로 심리하여 선(善)과 형평에 따라(ex bono et aequo) 적정한 금액을 정하

179) 최병조, 로마법연구(I), 23.

여야 하였고(Gaius 3, 224; D.47,10,17,2), 피해자 관점 외에 사회적 관점도 고려되었다. 그러므로 이 소송은 정의소송(誠意訴訟, actio in bonum et aequum)에 해당하였지만, 본질적으로는 보복관념에 기초를 둔 벌금소권이기도 하였다. 그리하여 벌금에는 만족기능이 있었고 소권은 상속되지 아니하였으며 피해자의 두격(頭格) 상실은 소권을 소멸시키지 아니하나 소권은 사망으로 소멸하였다(가이우스 법학제요 제4권 제112절, Gaius 4,112; 학설취찬 제47권 제10장 제13절 제1항, D.47,10,13 pr.). 이 소권은 또한 불명예소권이기도 하여, 피소자는 파렴치의 제재를 받았다(Gaius 4,182; 유스티니아누스 법학제요 제4권 제16장 제2절, Inst. 4,16,2). 이 소권은 이후 일반화되어 19세기 초까지 쓰였다.¹⁸⁰⁾

그런데 계몽주의 시대에 이르러 상황이 바뀌었다. 봉건영주의 재판권이 확립되면서 벌금 내지 속죄금이 영주에게 귀속되자, 벌금 중 일부를 피해자에게 교부하는 입법 등이 시행되던 중, 특히 자연법사상의 영향 하에 형사책임과 민사책임이 - 단순히 절차상으로만이 아니라 - 이념적으로 엄격하게 구분되기에 이르렀다. 그 결과 봉건영주에게 귀속된 벌금 중 일부를 떼어 피해자에게 교부하는 것이 거부되었다. 사적 제재(Privatstrafe)도 격렬한 논의 끝에 폐지되었다. 그 결과 종래 사적 제재 내지 만족수단으로 이해되었던 actio iniuriarum이 점차 퇴조하고, 그 자리를 일반불법행위소권인 Lex Aquilia 소권이 대체하게 되었다. 이 소권은 재산손해만을 배상대상으로 삼고 있었으므로, 비재산적 손해의 배상은 점차 사라지게 되었다. 여기에 비재산적 손해, 특히 명예를 돈으로 배상받는 것은 그 자체 불명예스러운 일이라는 등의 자연법학자들의 주장이 힘을 보태었다. 아래에서 보는 근대사법전들 중 상당수가 비재산적 손해에 관하여 매우 제한적인 규정만을 두었던 것은 이러한 시대사조의 영향 때문이었다.¹⁸¹⁾

I. 독일, 오스트리아, 스위스

1. 독일

가. 비재산적 손해배상이 인정되는 경우

(1) 민법상 위자료

독일법상 비재산적 손해배상은 위자료(Schmerzensgeld)와 인격권 침해에 대한 금전 보상(Geldentschädigung)으로 나누어 보는 것이 적절하다. 2002년 이른바 채권법 현대화 전 위자료를 명시적으로 규정하고 있었던 대표적인 규정은 다음과 같다.

180) 이창현, 서강법학 제12권 1호, 437 이하; 현승종·조규창, 857 이하; Ady, Immaterieller Einbußen, S. 8 f.

181) 이창현, 서강법학 제12권 1호, 437 이하; Ady, Immaterieller Einbußen, S. 11 ff.

독일민법

제847조[위자료] ① 신체 또는 건강의 침해 및 자유의 침탈의 경우 피해자는 재산손해가 아닌 손해에 대하여도 상당한 보상(billige Entschädigung in Geld)을 청구할 수 있다.

② 부녀에 대하여 윤리에 반하는 중죄 또는 경죄가 행하여진 경우 또는 부녀로 하여금 위계 또는 강박에 의하여 또는 종속관계를 남용하여 혼인 외의 성교를 승낙하게 한 경우에는, 그 부녀도 동일한 청구권을 가진다.¹⁸²⁾

제1300조 ① 평판이 좋은 약혼녀가 약혼자에게 동침을 허락한 경우 제1298조 또는 제1299조의 요건이 갖추어진 때에는 재산손해가 아닌 손해에 대하여도 상당한 보상(billige Entschädigung in Geld)을 청구할 수 있다.

② 이 청구권은 계약으로 승인되거나 소송계속 중이 아닌 한 양도하거나 상속할 수 없다.¹⁸³⁾

제253조[비재산손해] 재산손해가 아닌 손해는 법률로 정하여진 경우에만 금전에 의한 보상을 청구할 수 있다.¹⁸⁴⁾

이미 제253조에서 비재산손해의 배상을 부정하고 있으므로, 제847조, 제1300조 등은 이에 대한 특칙을 이룬다. 구체적으로 위자료가 인정되는 예는 - 부당한 약혼파기를 제외하면 - 신체 또는 건강침해, 자유침탈 및 정조(貞操) 내지 성적 자기결정권뿐이다. 자유의 침탈은 신체적 자유침탈만을 의미하고, 의사결정의 자유 등은 포함되지 아니한다. 단기간의 자유침탈로도 족한지에 관하여는 논란이 있다.¹⁸⁵⁾

먼저, 생명침해가 제외되었다는 점이 눈에 띈다. 이는 생명침해의 경우 피해자 본인이 사망함으로써 손해가 발생하므로 그에게 어떤 청구권이 귀속될 여지가 없다는 점과 관계되어 있다. 실제로 독일민법에서는 생명침해로 인한 손해배상청구권 일반에 대하여 부양구성(扶養構成)을 취하고 있다.

나아가 근친자의 위자료 청구권도 규정되어 있지 아니하다. 입법과정에서는 적어도 생명침해의 경우 근친자에게 위자료를 인정하여야 한다는 주장이 있었으나, 받아들여지지 아니하였다. 이 점은 제844조 제2항이 사망의 경우 부양청구권자에게 사망자가 그의 기대여명 중 부양의무를 부담하였을 한도에서 정기금의 지급으로 손해를 배상하도록 정하면서 위자료에 관하여는 달리 정하지 아니하는 것으로부터도 분명하다. 독일민법상 근친자가 위자료를 받을 수 있는 것은 정신적 충격으로 인하여 구체적인 건강침해가 발생하였거나 이른바 제3자 쇼크손해 등에 해당하는 극히 예외적인 경우에 한한다.

끝으로, 자유 및 정조 정도만이 보호대상으로 언급되고 있을 뿐이고, 특히 명예훼손이 위자료 인정의 근거로 언급되고 있지 아니하다. 입법과정에서 논의된 바에 따르면, 이는

182) 본래 이 규정에도 양도 및 상속가능성을 제한하는 제2문이 있었으나, 이는 2002년 개정 전 이미 삭제되었다.

183) 이 규정은 2002년 채권법 개정이 아닌 1998년 개정에서 대체 없이 삭제되었다.

184) 이 이외에 근로계약상 성차별에 대한 적절한 보상청구권을 정한 독일민법 제611조의a 제2항, 여행계약의 불이행으로 인하여 휴가기간이 무익하게 소모된데 대한 적절한 보상을 정한 독일민법 제651조의f를 들 수 있다.

185) 이른바 Bagatellschäden의 배상가능성의 문제. E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 178 ff.

명예훼손의 경우 원상회복, 가령 당해 보도의 철회 등이 보다 적절하고, 특히 먼저 제정된 독일형법이 명예훼손에 대하여는 별도의 속죄금(독일형법 제188조, 제231조 등)을 정하고 있으며,¹⁸⁶⁾ 뒤에 보듯이 저작인격권 등에 관하여는 별도의 규정이 있으므로, 민법에서 이를 또 다시 규정할 필요가 없을 뿐 아니라, 법관에게 그와 같이 과도한 재량을 부여할 수 없다는 이유에서 의식적으로 배제된 것이었다.¹⁸⁷⁾

(2) 특별법 및 판례상 인격권 침해에 대한 금전보상

(a) 개별적 인격권

민법 이외에 인격권을 규정한 대표적인 법으로는 예술저작권법(KUG), 저작권법(UrG), 연방정보보호법(BDSG)이 있다. 예술저작권법 제22조는 초상권을, 저작권법 제97조 제2항은 저작인격권을, 연방정보보호법 제8조 제2항은 정보인격권을 보호한다. 어느 경우나 그 침해는 중대, 현저, 심각하여야 한다. 이에 해당하면 위자료가 인정된다.¹⁸⁸⁾

(b) 일반적 인격권

그러나 이와 같은 민법 및 특별법상의 보호만으로는 충분하지 아니하다는 사실이 곧 인식되어 점차 판례상 비재산적 손해의 배상이 확대되었다.¹⁸⁹⁾ 먼저, 직접 금전배상을 구한 사건은 아니나, 1954년 이른바 독자의 편지(Leser-Brief) 사건에서¹⁹⁰⁾ 일반적 인격권-이 용어는 특별법상 규정된 개별적 인격권에 대응하는 용어이다-이 승인되었다. 위 판결에서는 변호사가 담당사건과 관련하여 언론사에 정정보도를 요구하였으나, 언론사가 이를 (정정)보도가 아닌 독자의 편지란 투고형식으로 처리한데 대하여 철회청구를 기각한 원심을 파기하였다. 이후 Paul-Dalke 사건에서¹⁹¹⁾ 연방대법원은 유명배우 Paul Dalke가 그의 오토바이에 앉아 있는 사진을 그의 동의 없이 오토바이 광고에 사용(“유명 오토바이 위의 유명인”)한데 대하여 일실 실시로 상당의 배상을 인정하였다. 이 사건의 경우 피해자가 일종의 퍼블리시티권을 누리고 있는 사람이어서 이러한 해결이 가능하였던 반면, 1958년의 남자기수(Herrenreiter) 사건은¹⁹²⁾ 그러하지 아니하였다. 이 사건에서는 남자기수의 사진을 무단으로 정력제 광고에 사용한 것이 문제되었는데, 남자기수가 자신의 사진 등을 상업적으로 이용하고 있지 아니하였으므로, 실시로 상당의 손해배상과 같은 재산적 손해구성이 불가능하였다. 연방대법원은 이를 “정신적 자유권”의 침해라고 보아 민법 제847조를 유추함으로써 위자료를 인정하였다. 이것이 일반적 인격권 침해에 위자료가 인정한 첫 판결이라고 할 수 있다. 그러나 이 판결의 (그 자체 졸렬한) 논증에 대하여는 적지 않은 비판이 제기되었다. 이후 인삼(Ginseng) 사건에서¹⁹³⁾ 연방대법원은 위 논증을 포기하고

186) 이들 규정은 1974년 개정으로 모두 폐지되었다.

187) 최우진, 재판자료 제122집, 385 이하; Ady, Immaterieller Einbußen, S. 9, 15 ff.

188) 이창현, 위자료, 34 이하.

189) 요령 있는 개관으로, Göbel, Geldentschädigung und Schmerzensgeld, S. 17 ff.

190) BGHZ 13, 334.

191) BGHZ 20, 345.

192) BGHZ 26, 349.

193) BGHZ 35, 363. 국제법 및 교회법 교수를 인삼 권위자로 소개하면서 건강식품광고를 한 사건이다.

인격권은 기본법 제1조 및 제2조 제1항에 의하여 보호되는 우월적인 법익이므로 이에 대하여 손해배상이 인정되지 아니한다면 법적 보호의 공백이 생긴다면, “침해의 중대성 또는 귀책사유의 중대성”이 인정되는 경우에 한하여, 이 공백을 메우기 위하여, 금전배상이 인정되어야 한다고 하였다. 연방헌법재판소도 Soraya 사건 판결에서¹⁹⁴⁾ “중대한 인격 침해”에 대하여 금전배상을 인정하는 것은 법관의 법 보충권한의 범위 안에 있다고 하여 이를 승인하였다. 이후 위 연방헌법재판소 결정과 관련하여 일반적 인격권 침해가 “중대”하여야 하는지 아니면 “침해의 중대성 또는 귀책사유의 중대성”이 요구되는지가 다소간 불분명해졌는데, 전체적으로 독일 민사법원은 “침해의 중대성 또는 귀책사유의 중대성”을 고수하고 있다고 평가된다.¹⁹⁵⁾

오늘날 명예훼손, 성적 자기결정권 침해, 집단따돌림(Mobbing), 사생활 침해, 초상 및 음성권 침해, 인격의 자유로운 발현에 대한 권리 침해가 일반적 인격권 침해의 개별 유형으로 승인되어 위자료가 인정되고 있다. 비합리적인 차별, 즉 평등의 원칙 위반은 마지막의 것에 포함된다.¹⁹⁶⁾

(3) 2002년 채권법 개정으로 규정에 약간의 변화가 있었다. 제847조가 삭제되고 그 대신 제253조 제2항에 “신체, 건강, 자유 또는 성적 자기결정의 침해를 이유로 손해배상이 행하여지는 경우에는 재산손해가 아닌 손해에 대하여도 상당한 금전배상을 청구할 수 있다”는 규정이 추가된 것이다. 이 개정으로 종래 불법행위법에 한하여 적용되던 위자료가 계약책임 및 위험책임으로 확장되게 되었고, 여성에 한하여 인정되던 성적 자기결정권 침해가 남성에게도 확장되었다. 그러나 (일반적) 인격권 침해는 - 여러 차례의 입법시도에도 불구하고 - 이 규정에 포함되지 아니한 채 여전히 판례상의 제도로 남아 있다.

전체적으로 근친자의 위자료 청구권과 생명침해의 경우 본인의 위자료 청구권을 제외하면 위자료가 인정되는 경우 내지 전형적인 사안유형에서 우리 법과 큰 차이를 보이지는 아니한다. 다만, 의사의 설명의무 위반의 경우 신체 내지 건강침해의 일종으로 관념되어, 그 결과에 대하여 위자료 배상책임을 지고 있고, 생활방해에 대하여는 원칙적으로 위자료가 인정되지 아니한다. 또한 - 다른 여러 나라와 달리 - 일반적으로 기회상실(Verlust einer Chance)도 배상되지 아니한다.

나. 위자료 또는 금전보상액의 산정

(1) 위자료

(a) 총설

독일의 판례, 학설상 위자료 배상의 대상이 외적 삶의 침해, 즉 비재산적 법익의 침해인지 아니면 내적 삶의 침해, 즉 정신적 고통 등 감정적 손해인지에 관하여 가장 중요한

194) BVerfGE 34, 269.

195) Göbel, Geldentschädigung und Schmerzensgeld, S. 29 ff.

196) MünchKommBGB-Rixecker⁶, Anhand zu § 12, Rn. 73 ff.

것은 연방대법원 대연합부 1955년 7월 6일 판결이다.¹⁹⁷⁾ 이 판결에서 연방대법원은 독일 민법 제847조에 따른 상당한 금전보상액의 산정에 있어서 모든 사정, 예컨대 가해자 또는 피해자의 재산관계, 가해자의 귀책정도도 고려될 수 있음을 분명히 하면서, 위자료는 법적으로 전보(填補) 이외에 만족(Genugtuung)의 이중기능을 한다고 보았다. 나아가 학설상 반대를 물리치고 제1단계로 피침해법익에 대한 전보에 적합한 금액을 정하고, 제2단계로 제반 사정을 고려하여 가중 또는 감경하는 방식은 취할 수 없고, 모든 사정을 고려하여 곧바로 올바른 위자료액을 도출하여야 한다고 하였다. 또한, 전보기능과 만족기능에 할당된 금액을 나누어 실시할 것은 아니고, 이들을 함께 고려하여 하나의 위자료액을 정해야 한다는 입장을 취하고 있고, 손익상계나 과실상계도 이러한 위자료액을 정함에 있어 고려되는 제반 사정의 하나에 불과하다고 한다.¹⁹⁸⁾

위자료 산정의 기준시기에 관하여는 논의되고 있지 아니하나, 지연손해금은 지체에 빠진 때, 가령 소 제기시부터 붙고, 이 부분을 청구하지 아니하는 경우 법원은 이 점에 관하여 시사할 의무가 있다고 해석되고 있다. 장소에 관하여는 우리 판례와 마찬가지로 제반 사정으로 고려하면 족하다는 입장이다.

이른바 신소송물이론 내지 소송법설에 따라 소송물을 판단하므로, 하나의 생활사실로부터 발생한 손해배상청구권은 소송법상 하나로 취급된다. 비재산적 손해의 수액을 정함에 있어서도 하나의 생활사실로부터 나온 전체 비재산적 손해를 종합적으로 평가하여 단 하나의 위자료액만을 결정하고 있고, 재판실무상, 특히 금액과 관련하여 비재산적 손해를 다시 분류하여 별도로 금액을 정하지는 아니한다. 위자료 발생원인에 대하여는 위자료를 청구하는 당사자에게 증명책임이 있으나, 비재산적 손해의 수액에 대하여는 증명할 필요가 없고, 이는 법관이 직권으로 정한다. 여기에는 손해배상액을 재량으로 정할 수 있도록 한 독일민사소송법 제287조 제1항이 적용된다. 다만, 법원은 판결이유에 제반 정상에 대한 평가, 위자료의 이중기능에 대한 고려, 당해 사건에서 중요하게 고려된 요소 등을 실시하여야 한다.¹⁹⁹⁾ 독일민사소송법상 항소심은 제한적 속심으로 되어 있으므로 제1심 법원의 판단에 구속되지 아니하고 새로 사실관계를 확정하여 위자료를 정할 수 있고, 단순히 제1심 법원의 재량행사가 법률에 반하는지 여부로 심사를 제한하여서는 아니 된다.²⁰⁰⁾ 또 제1심 법원과 현저하게 다른 판단을 한 경우에는 그 이유를 실시하여야 한다.²⁰¹⁾ 상고심의 경우 사실심 법원의 판단이 법률위반 또는 현저하게 잘못된 평가에 기초하고 있는지 여부의 심사로 제한되므로, 재량을 남용하지 아니한 이상 파기되지 아니한다. 이들은 모두 독일법상의 위자료 결정이 궁극적으로 법관의 형평판단에 속함을 보여준다.

197) BGHZ (GS) 18, 149.

198) 이창현, 위자료; 최우진, 재판자료 제122집, 388 이하; E. Lorenz, Immaterieller Schaden: Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld 참조.

199) BGH VerR 1976, 967.

200) BGH NJW 2006, 1589.

201) BGH VersR 1988, 943.

끝으로, 재판실무에서는 위자료에 관하여 정기금 배상을 명하거나 일시금과 정기금을 결합하는 형태로 위자료를 명하는 방법이 - 원칙적으로 중대한 침해에 한하여서이지만 - 널리 쓰이고 있다. 피해자 측의 사정, 가령 낭비 위험과 가해자 측의 사정, 가령 불충분한 자력 등에 비추어 정기금이 상당하다고 인정되는 한 정기금 배상 또는 상당한 일시금에 정기금을 덧붙인 형태의 배상을 명하는 것이 실무이고, 판례이다.²⁰²⁾

(b) 개별 유형

독일민법 제847조에 의한 위자료 중 가장 중요한 유형은 - 생명침해가 제외되므로 - 신체 및 건강침해이다. 이 유형의 위자료액 산정에서는 일반적으로는 침해의 강도 내지 정도와 그 기간이 중요하게 고려되고 있다. 기대여명감소가 고려되는지에 관하여는 논란이 있는데, 판례는 이를 부정한다. 문제는, 구체적인 금액을 정하는 일은 어디까지나 개개의 법관의 재량에 맡겨져 있는데, 특히 교통사고에서 비슷한 사안유형이 반복되면서 각 법원이 정하는 위자료액이 구구하고 일관성이 없음이 드러났다는 것이다.²⁰³⁾

최초의 대응은 의학계에서 나왔다.²⁰⁴⁾ 1932년 외과의사 A.W. Fischer는 고통의 정도를 침해의 종류, 그에 따라 달라지는 치료기간과 같은 종류의 침해에서 개별적인 고통의 정도를 고려하여 6 단계로 유형화하였다. 이러한 시도는 그 자체 위자료액을 제안하는 데까지는 이르지 아니하였고, 고통의 정도를 분류하는데 그쳤을 뿐 아니라, 재판실무에는 별 영향을 주지 못하였으나, 공상(公傷)의 보상기준에는 상당한 영향을 주었다.

약 10년 뒤인 1943년 손해배상법 전문가인 Wussow와 Krause도 각기 신체 침해의 유형분류와 그에 상응하는 위자료액을 결합한 위자료표를 제안하였다. 이는 손해보험약관과 군인연금법, 사회보장법 입법에 약간의 영향을 주었다. 오랫동안 위 약관 및 법률들은 위자료를 노동능력상실률(Invaliditätsgrade)에 기초하여 산정하도록 되어 있었거나 적어도 그와 같이 실무가 발전해왔다. 그러나 Wussow 등은 이와 달리 의료감정인에게 100%의 노동능력상실률에 대하여 몇 % 정도의 고통을 초래하였는지 비율적으로 정할 재량권을 부여하여, 그때그때 고통의 정도와 가해의 정도를 종합적으로 고려하여 위자료를 증액 또는 감액할 수 있도록 하였다. 가령 Krause의 안은 대체로 다음과 같은 방식이다.

	고통 단계1	고통 단계2	고통 단계3
정신적 고통 단계1	4,000 RM	6,000 RM	8,000 RM
정신적 고통 단계2	6,000 RM	8,000 RM	10,000 RM
정신적 고통 단계3	8,000 RM	10,000 RM	12,000 RM

특정 유형의 상해의 고통의 단계가 2이고, 당해 피해자가 느끼는 정신적 고통이 2로 감정되었다면 위자료는 8,000 RM가 된다.

202) 상세한 재판례와 논의의 소개는 E. Lorenz, Immaterieller Schaden, S. 186 ff.

203) 구체적인 예는 H.-E. Henke, Schmerzensgeldtabelle, S. 19.

204) 이하의 서술은 H.-E. Henke, Schmerzensgeldtabelle, S. 24 ff.

그러나 오늘날 널리 쓰이는 것은 일종의 판결집인 위자료(산정)표이다. 위자료(산정)표는 1950년 처음 나왔는데, 당초에는 보험회사에서 자동차책임보험 재판외의 분쟁해결에 참고하기 위하여 법원실무의 위자료 산정기준을 정리하려는 의도에서 만들어진 것이었고, 실제로 보험관계 종사원에 의하여 편찬되었다. 이들은 - 그 개정판들의 서문에 따르면 - 필자 자신도 예상하지 못한 정도의 성공을 거두었고, 개정을 거듭하면서 당초의 용도를 넘어 널리 쓰이게 되었다.

전형적인 위자료(산정)표는 그 구성방식에 따라 크게 두 유형으로 구분된다. 하나는 인정된 위자료액의 다과에 따라 소액부터 고액까지 번호를 매긴 후 각각에 대하여 인정된 위자료액, 사안의 개요, 피해자의 특성 및 판결인용을 표시하는 형태이고, 또 하나는 상해의 종류에 따라 항목을 나눈 뒤 각 항목 안에서 인정된 위자료액의 다과에 따라 소액부터 소액까지 위자료액과 사건의 개요, 피해자의 특성 및 판결인용을 적는 형태이다. 전자의 대표적인 예로는 Lieberwirth의 위자료(산정)표(이후 절판)나 Hacks의 위자료(산정)표를 들 수 있고(둘 다 보험회사 내지 보험연맹 측에서 만든 것이다), 후자의 대표적인 예로 Schunack의 위자료(산정)표(이후 절판), Slyzik의 위자료(산정)표 및 Jaeger/Luckey의 위자료(산정)표를 들 수 있다. 그 중에서 지금까지 개정되어 오고 있는 대표적인 위자료(산정)표는 범독일자동차연맹(ADAC)에서 활동한 Hacks가 편찬하고 위 연맹에서 출간한 Hacks/Ring/Bohm과 변호사인 Slyzik이 편찬한 것인데, 이들은 이미 다른 문헌이 비교적 상세하게 소개한 바 있다.²⁰⁵⁾ 여기에서는 대신 전·현직 법관이 편저한 Jaeger/Luckey의 위자료(산정)표를 소개하기로 한다. 다만, 이 위자료(산정)표만 하더라도 E1부터 E2312까지 2,312개의 판결을 소개하고 있는 방대한 자료이므로, 여기에서는 그 시작부분과 중간의 일부만을 발췌한다. 이 책의 경우 제1편(Teil. 1.)에 위자료에 관한 법리를 정리한 부분이 들어 있고 위자료(산정)표는 제2편(443쪽부터 1272쪽까지)에 해당한다. 제2편은 신체상해를 항목별로 구분한 제1절, 특수한 유형의 침해를 다룬 제2절(이 두 절은 이어져 있고, E1부터 E2312까지 판결이 순서대로 정리되어 있다), 의료과오책임에 관한 재판례를 개관한 제3절, 교통사고에 관한 재판례를 개관한 제4절(이 두 절은 일종의 요약책임으로, 각각 제1, 2절의 판결번호(E-Nr.)를 지시하고 있다)로 나뉘어 있다. 제3편은 의학전문용어사전이다. 제2편, 제3편을 쉽게 검색할 수 있는 CD-ROM을 부록으로 제공한다.

Teil 2. Schmerzensgeldtabelle (제2편. 위자료표)

Abschnitt 1: Körperteile von A - Z (제1절. 신체부위 A부터 Z까지)

Arm (Armverletzungen-Armlähmungen-Oberarm-Ellenbogen-Unterarm)

{팔 (팔 손상 - 상지마비 - 어깨부터 팔꿈치까지 - 팔꿈치 - 팔꿈치 이하)}

1. Armverletzungen (팔 손상)

205) 최우진, 재판자료 제122집, 402 이하 참조.

지시: [생략]

OLG Hamburg, Urt. aus dem Jahr 2002-8U 123/01, unveröffentlicht
(함부르크 란트최고법원, 2002년 판결 2002-8U 123/01, 미공간)

E1

300,00€ (Vorstellung: 5.000,00 €) {300.00 유로 (청구: 5,000.00 유로)}

Armtorsion (팔 골절)

Zwei 11 Jahre alte Kinder stritten sich in einem Schwimmbad um eine Wasserpistole. Der Junge verdrehte dem Mädchen den Arm. Für die damit verbundenen Schmerzen wurde ein Schmerzensgeld von 300,00 € als angemessen angesehen. Der von der Klägerin erstrebte Betrag orientiert sich an 6 Jahre nach dem Vorfall bei Klägerin bestehenden Folgeschäden an der Schulter, die jedoch mit dem Schadensereignis nicht in Zusammenhang gebracht werden können. Die Ursächlichkeit kann nicht festgestellt werden. {두 어린이(11세)가 풀장에서 물총 싸움을 했다. 소년은 소녀의 팔을 꼬집었다. 그와 관련된 고통에 대하여 위자료로 30만 유로가 적절하다고 판단되었다. 원고가 구한 금액은 사건 후 6년 뒤에 어깨에 남은 결과손해에 대한 것인데, 가해사건과 관련성이 확인될 수 없다. 인과관계가 인정될 수 없다.}

OLG Saarbrücken, Urt. v. 08.06.2010 - 4U 468/09 - 134, SP 2010, 393 = NJW-RR 2011, 178 (자브뤼켄 고등란트법원 2010. 6. 8. 4U 468/09 - 134 판결)

E2

600,00 € (60만 유로)

Schulter-Arm-Syndrom (어깨-팔-신드롬)

Due 43 Jahre alte Klägerin zog sich bei einem Verkehrsunfall eine HWS-Distorsion und ein Schulter-Arm-Syndrom zu. [이하 생략] (43세의 원고는 교통사고로 목뼈 골절과 어깨-팔-신드롬을 입었다)

LG Bochum, Urt. v. 29.07.2004 - 8 O 186/04, SP 2005, 194
(보훔 란트법원 2004. 7. 29. 8 O 186/04 판결)

E3

10.000,00 € (Vorstellung: 15.000,00 €) {1만 유로 (청구: 1만5천 유로)}

Oberarmkopf-Mehrfragmentfraktur (상박골 분쇄골절)

Der Kläger erlitt Motorradfahrer eine Verkehrsunfall, bei dem er sich eine Oberarmkopf-Mehrfragmentfraktur zuzog, die im Wesentlichen komplikationslos verheilte. [이하 생략] (원고는 오토바이운전자에게 교통사고를 당하여 상박골 분쇄골절을 입었는데, 후유증 없이 치유되었다.)

[중략]

OLG Naumburg, Urt. v. 13.03.2003 - 1 U 34/02, OLGR 2003, 348 (LS)
(나움부르크 고등란트법원 2003. 3. 13. 1 U 34/02 판결)

E1150

26.000,00 € (Vostellung: mindestens 25.000,00 €) {2만6천 유로 (청구: 적어도 2만5천 유로)}

Zungentaubheit-Schädigung des nervus hypoglossus und des nervus lingualis
[하락] (혀의 저림-설하 및 설신경의 손상)²⁰⁶⁾

Abschnitt 2: Besondere Verletzungen (제2절. 특별한 침해)

Amputationen (Arm/Hand/Finger - Oberschenkel - Unterschenkel - Fuß)
{절단 (팔/손/손가락 - 허벅지-종아리-발)}

지시: [생략]

1. Arm/Hand/Finger (팔/손/손가락)

LG Düsseldorf, Urt. v. 17.10.2005 - 3 O 648/03, unveröffentlicht
(뒤셀도르프 란트법원 2005. 10. 17. 3 O 648/03 판결, 미공간)

E1151

65.000,00 € (Vorstellung: 60.000,00 € zzgl. 150,00 € monatliche Rente)
{6만5천 유로 (청구: 일시금 6만 유로 및 정기금 월 150 유로)}

Amputation von zwei Fingern, Großzehe und Mittelfußstrahl (두 손가락, 엄지 발가락 및 발의 마비)
[하락]

신체상해로 인한 위자료액의 전체 수준은 우리의 그것보다 훨씬 높은 편이다. 대표적으로, 2세 여아가 교통사고로 사지마비가 되는데 대하여 위자료 일시금 27만 EUR(약 4억 원), 정기금 월 499 EUR(약 70만 원)가 인정된 예(E1618), 22세 피해자가 음주운전에 의한 교통사고로 사지마비가 되는데 대하여 위자료 일시금 35만 EUR(약 5억2천만 원), 정기금 월 500 EUR(약 70만 원, 일시금으로 환산한 금액 46만8천 EUR, 약 6억7천만 원)가 인정된 예(E1623), 3세 피해자가 교통사고로 고도의 사지마비가 되는데 대하여 위자료 일시금 50만 EUR(약 7억 원), 정기금 월 500 EUR(약 70만 원, 일시금으로 환산한 총액 약 61만4천 EUR = 9억 원)가 인정된 예(E2095) 등이 있다. 이상의 기준은 교통사고와 의료과오를 포함하는 대부분의 신체상해에 적용된다.²⁰⁷⁾

206) 이 항목은 팔의 손상이 아닌 제1편의 마지막 항목이다.

207) 산업재해에 관하여는 우리와 달리 원칙적으로 사회보험으로 해결하고 있고 손해배상이 경합하지 아니하므로 이러한 기준이 직접 적용되지 아니하고 별도의 기준에 의하고 있다.

그러나 이러한 위자료(산정)표로부터 가령 사지마비의 경우 위자료 총액구간이 어느 정도가 되는지를 정리한, 좀 더 간결하고 파악하기 쉬운 위자료산정기준을 도출하는 일은 행해지고 있지 아니하다.²⁰⁸⁾ 이러한 시도에 대한 가장 강력한 반대자는 바로 연방대법원이다. 연방대법원은 - 지금까지도 지도적인 - 1955년 민사대연합부 판결에서²⁰⁹⁾ 다음과 같이 판시한바 있다.: “‘상당한 보상’이라는 표지는 원칙적으로 어떤 재량의 제한도 두지 아니한다. 법률은 법관에게 형평에 따라 결정할 권한을 수권하였으므로, 개별적 평가에 넓은 여지가 주어져 있다. 비재산적 손해의 다양성과 고유성으로 말미암아 표에서 그 금액을 끄집어내 가해자나 피해자의 경제상태 등에 따라 가중 또는 감경할 만한 “그 자체 적정한” 위자료는 존재할 수 없다. 그러한 표의 기준금액은 오히려 법관의 자유로부터 타당한 결정이 도출될 가능성을 좁힐 수 있어 허용될 수 없다. 그러한 자유로운 법관의 결정이 개개의 사안에 가장 잘 지향될 수 있는 것이다.” 특히 - 뒤에 보는 다른 나라와 달리 - 선례와의 비교 내지 균형조차 명하고 있지 아니하다는 점이 주목된다.

신체상해 이외의 위자료액 산정에 관하여는 자유침해와 성적 자기결정권 침해, 설명의무 위반, 집단 괴롭힘 내지 스토킹만을 보기로 한다. 먼저, 자유침해의 경우 여러 가지 사정이 고려되지만 특히 감금기간이 중요하다. 가령 망명신청이 거부되었으나 그 통지를 받지 못한 채 13일간 불법 구금된 사안에서 143 EUR의 위자료가 인정된 예(E1264), 5개월간의 불법구금에 대하여 1,000 EUR(약 150만 원)의 위자료가 인정된 예(E1272), 형사 절차에서 잘못된 감정결과에 근거하여 6개월 구금된데 대하여 15만 EUR(약 2억1천만 원)의 위자료가 인정된 예(E1292), 인신매매와 12년 6개월간의 감금 및 윤락행위 강요 등에 대하여 15만 EUR의 위자료가 인정된 예, 정신병원에 불법구금되어 수년을 보낸데 대하여 25만 EUR의 위자료가 인정된 예(E1294)가 있다. 다음, 성적 자기결정권 침해에 대하여는 양부에 의한 6년간의 성적 학대에 대하여 3만 EUR(약 4천200만 원, E2187)의 위자료가 인정된 예, 잔인한 방법으로 계속적으로 강간을 당한 경우에 대하여 4만 내지 5만 EUR(약 7천만 원)의 위자료가 인정된 예(E2193, 2194)를 볼 수 있다. 의료사건에서 설명의무 위반에 대하여는 원칙적으로 신체상해결과에 따른 위자료액 산정과 같은 기준이 적용되고 있고,²¹⁰⁾ 설명의무 위반 자체에 대하여 위자료를 인정할 것인지는 다투어지고 있다. 그 이외에 직장에서 연령에 따른 차별 등에 1,000 EUR의 위자료가 인정된 예(E1640, 1641),²¹¹⁾ 5년간의 스토킹에 대하여 4,600 EUR의 위자료가 인정된 예도 있다(E1658).

(2) 일반적 인격권 침해에 대한 금전보상

독일법에 관한 한 통상의 위자료와 인격권 침해의 경우를 구별할 필요가 있다. 연방대법원이 민법 제847조의 유추를 포기하고 Soraya 결정 이후 일반적 인격권 침해에 대한

208) 이에 관한 이론적 논의로, H.-E. Henke, Schmerzensgeldtabelle, S. 52 ff.

209) BGHZ 18, 149. 이 판결에 대하여는 H.-E. Henke, Schmerzensgeldtabelle, S. 47 f.

210) 독일판례는 우리와 달리 설명의무 위반과 건강침해 사이의 인과관계를 널리 긍정한다.

211) 다만, 이들 평등의 원칙 위반에 대한 재판례는 모두 연방노동법원(BAG)에서 한 판결이라는 점에 유의할 필요가 있다.

금전보상을 곧바로 헌법에 터잡아 근거지우면서, 민법상 위자료와 구별되는 별도의 용어와 법리가 존재하는지 여부 자체가 문제되게 되었기 때문이다.²¹²⁾

먼저, 일반적 인격권 침해의 가장 대표적인 예인 언론기관에 의한 명예훼손의 경우 과거에는 대략 2,500 DM을 하한선으로 두고, 침해의 정도에 따라 배상액을 증액하였으며 특히 1994년 이전까지 연방대법원이 인정한 위자료의 최고액은 5,000 DM 수준이었다고 알려져 있다. 뒤에서 볼 Caroline von Monaco 공주 사건 이후에도 대개의 사건은 약 5,000 EUR에서 30,000 EUR 사이의 금액(환율을 1,500원으로 하여 환산하면 대략 750만 원에서 4,500만 원)으로 정해지고 있다고 한다.²¹³⁾ 이에 관하여는 인신손해와 같은 정도로 포괄적인 위자료(산정)표는 없고, 언론관계법 전문서적에서 전체적인 흐름을 소개하고 있는 정도이다.²¹⁴⁾ Jaeger/Luckey는 이에 관하여 별도의 항목을 배정하고 있으나, 인격권 침해 전부를 뭉뚱그려 E1697부터 E1721까지 소수의 판결만을 소개하고 있을 뿐이다.

그러나 잘 알려진 일련의 Caroline von Monaco 공주 사건의 경우²¹⁵⁾ 이러한 명예훼손의 일반적 수준은 물론, 나아가 일반적인 인신 내지 성적 자기결정권 침해에 대하여 인정될 수 있는 금액조차 훨씬 뛰어넘는 초고액의 위자료, 즉 각 15만 EUR, 18만 EUR (약 3억5천만 원)가 인정되었다. 앞의 사건에서는 Caroline von Monaco 공주와 그 남편의 동의 없이 이들 사이에 태어난 여아(女兒)의 사진을 매우 집요한 방식으로 게재하면서 이들 사이의 이혼을 암시하는 추측성 기사를 보도하였고, 뒤의 사건에서는 Caroline von Monaco 공주와의 가공의 인터뷰 기사를 게재하거나 남자배우와 함께 있는 파파라치 사진을 가족사진처럼 보도하였다. 이들 판결은 결국 유명인의 특권 내지 유명인에 대한 차별대우가 되는 것 아닌가 하는 논란을 불러일으켰다. 그러나 연방대법원이 이른바 Caroline I 사건에서²¹⁶⁾ 명시적으로 언급한 바와 같이 이러한 고액의 위자료는 유명인의 인격에 대한 차별적 평가에 터 잡고 있다기보다는 위자료가 전보 내지 만족기능 이외에 예방기능(Präventionsfunktion)을 해야 한다는 생각, 즉 다른 제재방법이 없는 상황에서 소액의 위자료만을 인정하는 경우 이들의 사생활 등이 보호가 없는 상태에 놓이게 될 수 있다는 사고에 터 잡고 있다.²¹⁷⁾ 그러나 이로 인하여 일반적 인격권 침해로 인한 보상에는 위자료에는 없는 특수한 산정원칙이 존재하는 것인지, 민법상 위자료에서도 예방기능을 논할 수 있는 것인지 등에 관하여 논란이 제기되고 있다.²¹⁸⁾

212) 가령 Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld도 양자를 엄격하게 구별하여, 일반적 인격권 침해는 거의 논의의 대상에서 제외하고 있다. 일반적으로 독일에서 Schmerzensgeld라고 하면 민법 제847조 등에 의하여 인정되는 위자료만을 가리킨다.

213) 노만경, 언론중재 2011년 겨울호, 13 이하. 특히 14 이하에서는 전형적인 금액순의 위자료표 작성 방식에 따라 독일 하급심 재판례에 대한 간략한 위자료표를 제시하고 있다.

214) 가령 Prinz/Peters, Medienrecht 등.

215) BGH NJW 2005, 215; HansOLG NJW 1996, 2870.

216) BGHZ 128, 1.

217) 이 점이 가장 잘 드러나는 것이 이른바 Caroline III 판결(BGH NJW 96, 985)이다. 이들의 전개에 관하여 상세한 것은 Göbel, Geldentschädigung und Schmerzensgeld, S. 23 f.

218) 전체적으로 Göbel, Geldentschädigung und Schmerzensgeld.

기타 인격권 침해에 관하여는 Jaeger/Luckey에 소개된 몇 개의 재판례를 소개하는 것으로 같음한다. 사우나에서 동의 없이 나체사진을 찍어 광고에 쓴 데 대하여 5,000 EUR의 위자료가 인정된 사례가 있다(E1710). 생식능력을 잃을 수 있는 항암치료 전 정자 보관이 가능함을 설명하지 아니하여 정자 보관 없이 항암치료를 받아 생식능력이 없게 된 피해자에 대하여 7,500 EUR의 위자료가 인정된 사례(E1712), 동의 없이 오럴섹스 장면을 비디오로 찍어 인터넷을 통하여 유포한데 대하여 35,000 EUR의 위자료가 인정된 사례도 보고되고 있다(E1723). 성적 자기결정권 침해에 대하여 인정된 위자료액으로는 10만 DM가 최고액이라고 한다. 반면, 연방대법원은 경찰이 20개월간 비밀도청을 한 것이 위법함을 확인하면서도 손해를 부정하여 청구를 기각한바 있는데(E1697), 국가불법에 대하여도 기본적으로 구체적인 손해의 존재를 요구하는 태도가 드러난 예라고 생각된다.²¹⁹⁾

2. 오스트리아

가. 위자료가 인정되는 경우

오스트리아법상 위자료가 인정되는 경우는 독일법보다도 좁다. 먼저 오스트리아 일반민법의 관련 규정을 들어둔다.

오스트리아 일반민법

[손해배상의 방법]

제1323조. 야기된 손해에 대한 배상급부를 함에 있어서는 모든 것을 그 전 상태로 되돌리거나, 이것이 되지 아니할 때에는 그 산정가치를 보상하여야 한다. 배상이 입은 손해에만 관계되는 경우는 그 손해가 없는 본래의 상태(eigentliche Schadloshaltung)라고, 그것이 일실된 이익 및 야기된 고통의 만족에도 미치는 경우 이는 완전한 만족(volle Genugtuung)라고 한다.

제1324조. 악의적인 의도 또는 현저한 부주의로 야기된 손해의 경우 피해자는 완전한 만족을, 그 외의 경우에는 그 손해가 없는 본래의 상태(eigentliche Schadloshaltung)만을 청구할 수 있다. 법률이 일반적으로 “배상”이라고 하는 경우 어떠한 종류의 배상이 이루어져야 하는지는 이에 따라 판단하여야 한다.

[특히,

1. 신체침해의 경우:]

제1325조. 다른 사람의 신체를 침해한 사람은 피해자의 치료비용을 지불하고, 그에게 일실된, 또 피해자가 소득능력이 없게 되었다면 장래에 얻을 수 있을 소득을 배상하며, 나아가 청구가 있을 때에는 제시된 사정에 적절한 위자료(Schmerzensgeld)를 지급하여야 한다.

제1327조. 신체침해로 사망에 이른 경우 제반 비용뿐 아니라 망인이 법률상 부양의무를 지고 있던 유족에게 그로 인하여 일실된 것도 배상하여야 한다.

219) 이 점에서 앞서 언급한 바와 같이 평등의 원칙 위반에 대하여 위자료를 인정한 BAG의 재판례와는 다소 태도를 달리하는 것처럼 보이기도 한다.

[1a. 성적 자기결정권에 대하여]

제1328조. 다른 사람을 형사처벌의 대상이 되는 행위[중략] 등으로 동침이나 기타 성적 행위에 남용한 사람은 입은 손해, 일실된 이익 및 입은 침해에 대한 적절한 보상(angemessene Entschädigung)을 하여야 한다.

[1b. 사적 영역의 보호에 대한 권리에 대하여]

제1328조a. (1) 위법·유책하게 사람의 사적 영역을 침범하거나 사적 영역의 사정을 개시하거나 유포한 사람은 그로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다. 사적 영역의 현저한 침해, 가령 사람을 공중 앞에서 웃음거리가 되게 할 만한 사정이 유포된 경우에는 배상청구권은 입은 인적 침해(persönliche Beeinträchtigung)에 미친다.

[2. 인적 자유에 대하여:]

제1329조. 폭력이나 사적 감금 또는 고의의 위법한 체포로 다른 사람의 자유를 박탈한 사람은 피해자에게 자유를 복구시켜주고 완전한 만족(volle Genugtuung)을 해주어야 한다. 그가 더는 자유를 복구시켜줄 수 없을 때에는 그는 사망했을 때와 마찬가지로 유족에게 배상하여야 한다.

[3. 명예에 대하여:]

제1330조. (1) 명예훼손에 의하여 현실적인 수치 또는 이득의 상실을 야기당한 경우 배상을 청구할 수 있다.

(2) 다른 사람의 신용, 소득 또는 전도를 위태롭게 할 만하고, 그것이 허위임을 알았거나 알 수 있었던 사실을 유포한 경우에도 같다. 그 철회와 그 사실의 공표도 청구할 수 있다. [이하 생략]

[4. 재산에 대하여.]

제1331조. 재산을 다른 사람의 고의 또는 중대한 부주의로 손상당한 사람은 일실이익은 물론, 형법상 금지된 행위를 통하여 또는 다른 사람의 괴로움으로부터 즐거움을 얻기 위하여 야기된 때에는 특별한 애착의 가치도 배상받을 수 있다.

오스트리아법도²²⁰⁾ 생명침해로 인한 손해배상에 관하여 부양구성(扶養構成)을 취하여 피해자 본인의 위자료를 인정하지 아니하고, 근친자의 위자료도 인정하지 아니한다. 신체 침해의 경우에는 제정 당시부터 위자료가 인정되어왔다. 경미한 침해에 대하여는 위자료를 부정하여야 한다는 주장이 있으나, 현행법상으로는 근거가 없는 것으로 평가되고 있다. 성적 자기결정권 침해 및 중대한 사생활 침해에 대하여도 근래의 개정으로 위자료가 인정되게 되었다. 그 이외에 민법에는 규정이 없으나, 저작권법 제87조 제2항은 초상권 침해에 대하여 위자료를 인정하고 있다. 반면, 명예훼손에 대하여는 - 독일에서와 마찬가지로 형법의 규율대상이라는 이유로 - 위자료를 인정하지 아니하는 태도를 여전히 고수하면서, 미디어법(MedG) 제6조로 미디어에 의한 명예훼손에 대하여 위자료를 인정하는 해결책을 취하고 있다. 개인정보 침해에 대하여는 정보보호법(DSG)상 중대한 침해에 한하여 위자료가 인정되고 있고, 고용관계에서 성차별에 대하여는 동권(同權)법(GIBG) 제2조a이 최소한 363.40 EUR 이상의 위자료의 지급을 구할 수 있도록 하고 있다.²²¹⁾

220) 오스트리아법상 위자료가 인정되는 범위에 관하여는 아울러 이창현, 위자료, 50 이하도 참조.

221) 연방동권법(B-GBG) 제18조에도 같은 취지의 규정이 있다.

그러나 이 이외의 경우에는 원칙적으로 여전히 위자료가 인정되지 아니한다. 예컨대 자유박탈의 경우 과거 판례는 제1329조에서 말하는 “완전한 만족”에 위자료는 포함되지 아니한다고 한 바 있고,²²²⁾ 이후 유럽인권협약 제5조 제5항에 비추어 공권력에 의한 자유박탈에 대하여는 귀책사유 유무를 따지지 아니하고 위자료를 배상하여야 한다고 하면서도, 사인(私人)에 의한 자유박탈에 대하여는 고의의 경우에만 위자료를 인정하고, 경과실은 물론 중과실이 있더라도 위자료를 인정하지 아니하고 있다.²²³⁾ 제1324조는 마치 고의 또는 중과실이 있으면 일반적으로 위자료가 인정된다는 취지처럼 보일 수 있으나, 판례는 이 규정을 앞서 본 위자료를 인정하는 개별 규정이 있는 경우에 한하여 적용된다고 하여, 이 규정을 위자료 인정의 근거규정으로 쓰고 있지는 아니하다. 그나마도 개별적으로 수정되어야 하는 경우가 있다. 가령 신체침해의 경우 경과실로 족하고, 자유박탈의 경우 과실도 요하지 아니하거나(공권력에 의한 경우) 중과실로도 부족한 것이다(사인에 의한 경우). 오스트리아 일반민법 제6조는 일반적 인격권을 인정하지만, 그 침해에 대한 구제방법으로 위자료까지 인정하는 규정은 아니라고 이해되고 있다. 전체적으로 근래의 일련의 개정에도 불구하고 오스트리아 일반민법에서 위자료가 인정되는 범위는 상당히 좁은 편이다.

한편, 제1331조는 재산손해에 대하여도 일정한 경우 특별한 애착의 가치를 배상받을 수 있다고 한다. 그러나 이는 일종의 애호가치(Affektionsinteresse)의 배상을 규정한 것으로, 이러한 손해가 재산적 손해와 비재산적 손해의 경계에 있다 하더라도 - 기본적으로 재산손해의 산정기준에 불과하다.

또한 명예훼손 등에 대하여 위자료를 인정하지 아니하는 결과 법인이 위자료를 받을 수 있는 경우도 매우 제한되어 있다.²²⁴⁾

나. 위자료의 산정

(1) 오스트리아에서도 위자료는 법관의 자유로운 심증에 따라 당해 사안의 모든 사정을 고려하여 산정한다. 일부 청구를 할 수는 있으나, 비재산적 손해 전체에 대하여 하나의 금액이 산정된다는 점에서 손해항목이 나뉘어 있지 아니하다고 할 수 있다.²²⁵⁾

그러나 손해의 존부와 손해액의 산정에 있어서 주관적 요소, 즉 정신적 고통과 객관적 요소, 즉 비재산적 법익 침해가 모두 고려되어야 한다는 점은 철저히 승인되어 있다. 그리하여 의식불명이 된 사람에 대하여도 위자료가 인정되지만,²²⁶⁾ 위자료 금액은 의식이 있는 사람보다 낮게 책정된다.

일반적으로 위자료 산정에 있어서는 침해의 중대성과 그로 인한 고통의 강도와 지속기간을 고려한다. 뒤에 보는 바와 같이 위자료 산정이 상당히 정형화되어 있어, 피해자의

222) OGH JBI 1952, 465.

223) OGH JBI 2001, 660.

224) 이창현, 위자료, 56.

225) Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerznegeld⁹, S. 236 ff.

226) OGH ZVR 1993, 150(판례 변경).

사회적 지위나 연령도 고려되지 아니한다. 그러나 이는 피해자의 연령이 고통감수성에 별 영향을 주지 아니한다는 의미일 뿐이고, 기대여명의 감소는 위자료의 증액 사유가 될 수 있다. 추상(醜相)의 경우 성별에 따라 위자료액에 차이가 생길 수 있다.²²⁷⁾ 직업 및 여가의 상실도 고려요소이다. 반면 가해자의 귀책정도나 경제적 사정은 고려되지 아니한다는 것이 판례와 학설의 대체적인 태도이다(다만, 고의·중과실은 고려된다는 견해도 있다).

최고법원은 위자료 산정은 제반 사정을 고려하여 전체적·포괄적으로 이루어진다는 점을 강조하고 있다. 손익상계는 위자료 산정의 고려요소에 불과할 뿐 별도로 이루어지지 아니한다.²²⁸⁾ 반면 과실상계는 별도로 이루어진다.²²⁹⁾ 산정시기에 관하여는 별다른 논의가 없고, 지연손해금은 - 사고 내지 손해발생시가 아니라 - 청구한 때부터 붙는다.²³⁰⁾ 외국 거주자라는 사정은 고려요소로 참작하면 족한데, 실제 거의 고려되지 아니한다고 한다.²³¹⁾

판례는 피해자가 종생(終生)토록 중대한 고통에 시달리게 될 때나 특히 중대한 침해가 있었고, 고통의 결과를 충분히 예상할 수 없을 때, 사지마비와 같이 매우 오래 지속되고 극히 중대한 신체침해가 있었을 때와 같이 - 독일에 비하여 - 극히 예외적인 사안에 한하여 위자료 일시금에 갈음하거나 그에 덧붙여 위자료 정기금을 명하고 있었고, 학설도 일시금의 원칙을 고수하고 있었다.²³²⁾ 그러나 근래 최고법원은²³³⁾ 위자료 정기금을 보다 넓게 인정하려는 움직임을 보이고 있고, 학설상으로도 이러한 견해가 우세해지고 있다.²³⁴⁾

위자료 산정 문제는 법률문제에 해당하지만, 개별 사건의 사정에 따라 이루어지므로 오스트리아 민사소송법 제502조 제1항의 상고대상이 되지 아니하는 것이 보통이고, 현저한 산정과오가 있거나 종래 인정되어온 금액을 넘은 때에만 상고가 허용된다.²³⁵⁾

(2) 인신손해의 경우 의료감정시 신체침해로 인한 고통의 정도를 감정하여 세 단계로 나누는 것이 보통이다. 하급심 법원 실무상으로는 오래 전부터 이에 대하여 고통의 지속 기간에 1일 위자료 산정기준(Schmerzensgeld-Tagessätze)을 곱한 값을 참조하여 위자료를 산정해왔다. 이 기준에는 아무런 법적 구속력도 없지만,²³⁶⁾ 교통사고와 의료과오 소송은 물론, 교통사고 등에 관한 보험실무에서도 널리 활용되고 있다.²³⁷⁾ 기준은 해마다, 또 관할법원에 따라 다른데, 2012년 각 란트의 기준은 대체로 다음과 같다.

227) OGH 12. 5. 1970, 2Ob 160/70.

228) OGH 7 Of 129/06f. 등.

229) OGH 1. 7. 1954, 2Ob 333/54. Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerznegeld⁹, S. 77.

230) Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerznegeld⁹, S. 297.

231) Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerznegeld⁹, S. 277.

232) OLG Wien mit Urteil 11. 3. 2003, 12R 38/03. Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerznegeld⁹, S. 266 ff.

233) OGH ZVR 2002/95.

234) Karner/Kozioł, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht, S. 132.

235) Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerznegeld⁹, S. 310 ff.

236) OGH ZVR 1981/122; 1989/130 등.

237) Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerznegeld⁹, S. 103 ff.

약간 정도의 고통 ²³⁸⁾	100 EUR/일 (Innsbruck, Klagenfurt, ZRS Wien는 100-200 EUR/일, Linz, Krems, Ried i.L., Steyr는 100-120 EUR/일)
중간 정도의 고통	200 EUR/일 (Klagenfurt, ZRS Wien는 200-220 EUR/일, Linz는 200-240 EUR/일, Steyr는 200-250 EUR/일)
강한 정도의 고통	300 EUR/일 (Klagenfurt, Linz, ZRS Wien는 300-330 EUR/일, Steyr는 300-350 EUR/일)

인신손해에 대하여 인정된 위자료액 중 가장 고액의 것은 대략 20만 EUR 정도(약 3억 원)이다. 중증의 뇌손상, 사지마비 등에서 고액의 위자료가 인정되고 있다.

그 이외의 영역에 대하여는 이와 같은 산정기준식이 존재하지 아니한다. 그러므로 이하에서는 개별 재판례의 대체적인 경향을 소개하는 것으로 갈음하기로 한다.

성적 자기결정권 침해에 대하여는 양부(養父)가 10세부터 14세까지 사이 4년간 성적 학대를 한 사안에서 2만 EUR의 위자료를 인정한 예,²³⁹⁾ 전 남자친구의 강간으로 성기에 일부 상해를 입고 정신적 충격을 받은 어린 여학생에게 8,000 EUR의 위자료를 인정한 예 등이 보고되고 있고,²⁴⁰⁾ 대체로 8만 ATS 내지 25만 ATS의 위자료가 인정되지만 75만 ATS의 위자료가 인정된 예도 있다고 한다.²⁴¹⁾ 자유박탈에 대하여는 7시간의 자유박탈에 대하여 436.04 EUR의 위자료를 인정한 예, 4개월 남짓의 자유박탈에 대하여 5,087.10 EUR의 위자료를 인정한 예 등이 있다.²⁴²⁾ 미디어법상 미디어에 의한 명예훼손에 대한 위자료액의 상한을 14,535 EUR(20만 ATS)로 정하고 있고, 특히 중대한 사안에 한하여 36,337 EUR(50만 ATS)까지 인정한다. 다만 피의사실공표에 대하여는 예외적으로 더 높은 금액의 위자료가 예정되어 있다. 통상적으로 인정되는 위자료액은 2만 ATS부터 10만 ATS 사이이고, 경미한 경우에는 5,000 ATS의 위자료가 인정되기도 한다. 최고액은 원칙적으로 20만 ATS라고 하나, 25만 ATS의 위자료가 명해진 예도 있다. 개인정보 침해로 인한 위자료는 15,353 EUR(20만 ATS)로 제한되어 있고, 보통 15,000 ATS 내지 4만 ATS의 소액의 위자료가 인정되지만, 15만 ATS의 위자료가 인정된 예도 있다. 직장에서의 성차별에 대하여도 5만 ATS 정도의 적은 금액의 위자료가 인정되고 있다. 최소금액은 5,000 ATS, 즉 363.40 EUR이다.²⁴³⁾

그 이외에 Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller는 독일식의 위자료(산정)표, 즉 판례집을 포함하고 있다(이 책에도 CD-ROM이 부록으로 첨부되어 있다). 그 중 제일 앞부분 일부만을 발췌한다.²⁴⁴⁾

238) 이러한 고통의 단계구분은 1975년 빈 대학교수 Wilhem Holczabek이 만든 것이라고 한다.

239) OLG Wien 16 R 119/03t.

240) 구체적인 예는 Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerznegeld⁹, S. 325 ff.

241) Karner/Kozioł, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht, S. 138 f.

242) 구체적인 예는 Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerznegeld⁹, S. 345 ff.

243) Karner/Kozioł, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht, S. 138 ff.

244) 위 책의 375면부터 최고법원과 각급 란트법원별로 위자료금액이 적은 것부터 소개하고 있다.

Entscheidungsstil (재판례편)

I. Übersicht über die Rechtsprechung des OGH (최고법원 판례의 개관)

3.600 €

2060.²⁴⁵⁾ (Nach zwar lege aris, jedoch ohne Aufklärung über einen Operateurwechsel durchgeführter Operation am li Ohr zur Entfernung einer beidseitigen Gehörgangexostose = Gehörgangseinengung) Auftreten kleiner Perforationen des Trommelfells (die mit der fehlenden Haut sofort durch eine eigens dafür entnommene Temporalfascie abgedeckt wurde), weiters Wundheilstörungen, narbige Verwachsungen und eine Rectexostose im Gehörgang (mit Notwendigkeit einer Revisionsoperation nach 3 Monaten); 9 Monate nach Erstoperation neuerlich Operation zur Entfernung einer abemaligen Narbenstange; keine Dauerfolgen. - *Schmerzen*: 4 Tage „starke und mittelstarke“; 10 Tage leichte. - *Spitalsaufenthalt*: keine Feststellungen. - *Verletzer*: Unternehmer. - *Unfall*: 9. 1. 2001. - *Begehren*: € 11.000 (4. 10. 2005, 40b 121/05f). {의료과오는 없으나, 집도의변경에 관하여 설명하지 아니한 채 행해진 외이도협착 제거술 후 고막에 작은 천공이 생기고(즉시 임시피부조작으로 덮음), 외이도 내 흉터 등이 생김(3개월 후 복구술 필요). 최초의 수술 후 9개월 뒤 흉터 제거술을 시행하였고 후유증 없음. 고통: 4일간 “강한 고통 및 중간 정도의 고통”; 10일간 약한 정도 - 입원: 확인되지 아니함 - 피해자: 사업가 - 사고일: 2001. 1. 9. - 청구액: 11,000 EUR (2005. 10. 4. 선고 40b 121/05 판결)}

5.000 €

2061. (Zufolge ärztlicher Fehlbehandlung bzw verspäteter Diagnose nach Ruptur der langen Beugesehne li) dauerhafte Versteifung des li Daumens (mit Verlust der Beugefähigkeit und damit Unmöglichkeit der weiter Ausübung ihrer bisher liebsten Freizeitbeschäftigung, nämlich 5-6 Stunden Häkeln pro Tag, bis ans Lebensende). - *Schmerzen*: keine Feststellungen. - *Spitalsaufenthalt*: keiner (2 Monate ärztliche Nachsorge). - *Verletzer*: Hausfrau, geb. 14. 11. 1935. - *Unfall*: 11. 8. 2000. - *Begehren*: € 5.000 (13. 1. 2004, 50b 242/03d = ZVR 2005/28). {(근육파열 후 의료과오 또는 진단의 지체로 인하여) 왼쪽 엄지손가락이 영구강직됨 (굴절능력을 상실하여 종전에 즐겼던 여가활동, 특히 매일 5, 6시간의 뜨개질을 영원히 할 수 없게 됨) - 고통: 확인되지 아니함 - 입원: 하지 아니함(2개월간 의사의 사후케어) - 피해자: 가정주부, 1935. 11. 14. 생 - 사고일: 2000. 8. 11 - 청구액 5천 EUR}

2062. Posttraumatische Belastungsstörung (mit über 24 Tage dauernder Gesundheitsschädigung) durch geschlechtliche Nötigungen über einen Zeitraum von rund 5

245) 이 책은 흥미롭게도 구판에서 든 재판례는 다시 소개하지 아니하고 그 이후의 재판례, 가령 제9판의 경우 2003년 5월 이후 2007년 7월까지의 재판례만을 소개하고 있으며, 일련번호도 구판의 마지막 번호부터 시작한다. 그러므로 최고법원 재판례는 제8판에서 2059번까지 나와 있었음을 알 수 있다. 또한 이 책은 별도의 재판례 색인을 제공하지 아니한다. 독일과 달리 Schmerzensgeld-Tagessätze가 중요하고, 판결집이 덜 중요함을 보여주는 것일지도 모른다. 다만 CD-ROM은 이전의 재판례도 포함한다.

Jahren durch den Vater des Freundes und späteren Schwiegervater - *Schmerzen*: keine Feststellungen. - *Spitalaufenthalt*: keine Feststellungen. - *Verletzer*: Frau (zu Beginn der Tathandlungen 17 Jahre alt). - *Unfall*: 1997-2002. - *Begehren*: € 5.000 (Teilbetrag als Privatbeteiligtenzuspruch; 8. 6. 2006, 15 Os 26/06 x). {친구의 아버지이자 그 후의 계부에 의한 약 5년간에 걸친 성적 강제에 의한 외상후 스트레스 장애 (24일간 계속된 건강침해 포함). - 입원: 확인되지 않음 - 피해자 - 여성(범행개시 당시 17세) - 사고일: 1997-2002. - 청구액: 5천 EUR (일부 청구)}

[이하 생략]

신체침해뿐 아니라 성적 자기결정권 침해와 같은 위자료에 관한 여러 재판례를 관할 법원과 금액순으로 구분하여, 사안의 개요와 (감정된) 고통의 정도 및 지속일수, 피해자의 거주지, 인적 특성, 가해일, 청구금액, 판결번호를 순서대로 적고 있다.

3. 스위스

가. 위자료가 인정되는 경우

스위스법은 위자료를 매우 광범위하게 인정하고 있다. 먼저 스위스채무법의 관련규정을 들어둔다.

스위스채무법

[V. 특별한 경우]

[1. 사망 및 신체침해]

[a. 사망시 손해배상]

제45조 (1) 사람이 사망한 때에는 발생한 비용, 특히 장례비를 배상하여야 한다.

(2) 즉사하지 아니한 경우에는 특히 시도한 치료의 비용 및 노동능력상실로 인한 불이익에 대하여도 배상하여야 한다.

(3) 다른 사람이 사망으로 그의 부양자를 잃은 경우 이 손해에 대하여도 배상하여야 한다.

[b. 신체침해시 손해배상]

제46조 (1) 신체가 침해된 경우, 경제적 전도의 곤란을 고려하여, 피해자에게 비용 및 노동능력의 전부 또는 일부 손실에 대한 배상청구권이 인정된다.

(2) 판결시에 침해의 결과가 충분히 확실하게 확정되지 아니하는 경우 법관은 판결일로부터 2년까지 그 변경을 유보할 수 있다.

[c. 위자료(Genugtuung) 지급]

제47조. 사람이 사망하거나 신체침해가 있었을 때에는 법관은 특별한 사정을 존중하여 피해자 또는 사망한 사람의 근친자에게 적절한 금액을 위자료로 인정할 수 있다.

[3. 인격권 침해]

제49조 (1) 그 인격이 위법하게 침해된 사람은 침해의 중대성이 이를 정당화하고 이것이 달리 복구되지 아니한 이상 위자료로 금원을 청구할 수 있다.

(2) 이 금원에 갈음하여 또는 이에 함께 법관은 다른 방법의 만족(Genugtuung)을 인정할 수 있다.

생명침해로 인한 손해배상에 관하여는 기본적으로 부양구성(扶養構成)을 취하고 있다. 따라서 피해자 본인에게는 위자료 청구권이 인정되지 아니한다. 대신 간접피해자에 불과한 근친자들에게 위자료 청구권을 인정하고 있다. 연방대법원은 이른바 제3자 쇼크손해가 인정되는 한 근친자가 아니라 하더라도 위자료를 청구할 수 있다고 한다.²⁴⁶⁾ 반면, 신체 침해에 대하여는 피해자 본인에게 위자료 청구권이 인정된다. 그러나 최근 연방대법원은 이 경우에도 인격권 침해로 인한 위자료에 관한 제49조의 적용이 배제되지 아니한다고 함으로써, 결과적으로 신체침해의 경우에도 근친자가 피해자와의 인적 관계의 침해를 이유로 고유한 위자료 청구권을 취득할 수 있다는 입장을 취하였다.²⁴⁷⁾ 다만, 어느 경우나 “특별한 사정을 고려”하여 위자료 청구권을 인정하는데, 스위스채무법 제47조는 제49조의 한 적용례로 이해되므로, “특별한 사정”은 결국 인격침해의 중대성을 뜻한다고 한다.²⁴⁸⁾ 구체적으로는 침해가 현저하여 인적 관계에 곤란이 생길 정도인지를 따져야 한다. 그 이외에 가해자의 귀책정도도 중요하게 고려된다. 가해자의 귀책정도가 경미한 경우 위자료가 인정되지 아니할 수 있다.²⁴⁹⁾ 또한 피해자 과실이 압도적으로 중대한 경우에도 위자료가 인정되지 아니할 수 있으며, 가해자와 피해자의 관계(가족, 친구, 근친, 호의관계 등), 가해행위가 먼 과거의 일인 경우 등도 고려요소에 포함된다.

그 이외에 중대한 인격권 침해가 있을 때에는 위자료가 인정될 수 있다. 인격권 일반은 스위스민법 제27조 이하에서 규정하고 있는데, 구체적으로는 성적 자기결정, 행동자유, 근친 등과의 관계, 성명, 초상, 사생활, 명예 및 근로관계 등에서 인격보호와 경제적 발현의 보호 등이 포함된다.²⁵⁰⁾ 그 이외에 의사결정의 자유도 특히 그 침해가 현저한 때에는 보호된다. 개인정보 침해에 대하여는 연방정보보호법(DSG)에 의하여 위자료가 인정되고 있고, 비합리적인 차별에 대하여는 인격권 침해로 인한 위자료 청구 이외에 추가로 차별금지법 등에 의한 특별법상의 법정손해배상도 인정된다.²⁵¹⁾

그러나 임미시온(Immission)에 대하여는 원칙적으로 재산손해만 배상되고 있고, 물건에 대한 애호이익도 재산손해액의 산정에서만 고려되고 있다. 이러한 경우 위자료가 인정되는 것은 극히 이례적인 사안에 한한다.²⁵²⁾

246) BGE 112 II 121 등.

247) BGE 123 III 210 등.

248) BGE 112 II 223.

249) BGE 104 II 264.

250) BaslerKommZGB²/Meili, Art. 28 N. 16 ff.

251) 이창현, 위자료, 105 이하.

나. 위자료의 산정

(1) 위자료의 산정은 규범적인 성질을 띤다. 따라서 그 허부 및 수액의 결정은 기본적으로 법관의 재량에 속한다. 위자료는 모든 사정을 고려하여 합리적 재량에 따라 하나의 금액으로 산정되고, 손해항목을 더 세분하지는 아니한다. 증명책임은 위자료를 청구하는 당사자가 부담하나, 법관이 합리적 재량으로 위자료액을 정할 수 있으므로 실제로는 증명 부담이 경감되어 있다. 반면 위자료액을 감경하는 사유에 대하여는 가해자가 증명책임을 진다.

위자료 산정에 있어서는 주관적 요소와 객관적 요소를 함께 고려한다. 가령 침해의 정도와 그 지속기간, 고통의 정도, 피해자의 나이, 사회적 지위, 직업 및 여가생활의 침해 등이 고려된다. 추상(醜相)은 여성의 경우가 남성의 경우보다 더 중요하게 고려된다.²⁵³⁾ 기대여명의 감소도 위자료에 영향을 준다. 가해자의 귀책정도도 중요한 고려요소이다.²⁵⁴⁾ 가해자의 재산상태와 불법행위 후 가해자의 태도도 마찬가지이다. 그러나 피해자의 재산 상태는 고려되지 아니한다. 연방대법원은 재산손해에 대하여 전혀 배상을 받지 못한 점이 위자료 증액사유로 고려될 수 있다고 하여²⁵⁵⁾ 이른바 위자료의 보완적 기능을 인정하고 있다. 다만, 근친자로서 위자료를 받는 경우에는 주로 피해자와 얼마나 가까운 관계인지, 즉 촌수(寸數)와 동거여부 등이 고려되고 있다.²⁵⁶⁾ 위자료 산정의 기준시기는 원칙적으로 불법행위, 즉 침해시이다.²⁵⁷⁾ 침해일 이후 지연손해금을 붙이거나 판결시를 기준으로 해야 한다는 논의가 있으나, 연방대법원은 적어도 침해 후 비교적 단시일 내에 위자료를 지급 받는 경우에는 이러한 견해를 따르지 아니하는 것으로 보인다.²⁵⁸⁾

재산손해의 배상(Schadensersatz)과 위자료(Genugtuung)가 규정 및 용어상 엄격히 구분되어 있으므로, 손익상계나 과실상계에 관한 법리가 적용될 여지는 없다. 그러나 이를 위자료액을 산정함에 있어 감경적 요소로 고려하여야 한다.²⁵⁹⁾ 근친자의 위자료액을 산정함에 있어 피해자 본인의 과실이 고려되는지에 관하여는 논란이 있다.

법관이 위자료액을 산정함에 있어서는 다른 재판례에서 인정된 위자료를 고려하여야 한다. 최근 판결이 보다 중요하고, 25년이 지난 판결은 원칙적으로는 선례로서의 가치가 없다.²⁶⁰⁾ 또한 과거의 선례에 대하여는 물가변동 등을 고려하여 상향조정할 필요가 있다. 그러나 선례와 다르다는 이유만으로 재량하자가 인정되는 것은 아니다.²⁶¹⁾

252) 이창현, 위자료, 107; Hütte/Ducksch/Guerrero, Die Genugtuung³, I/123.

253) BGE 81 II 512.

254) BGE 95 II 306 등.

255) BGE 58 II 213.

256) 이상은 이창현, 위자료, 107 이하.

257) BGE 116 II 299.

258) BGE 116 II 299.

259) BaslerKommOR³/K. Schnyder, Art. 47 N. 20 ff.

260) BGE 132 II 117.

261) 이창현, 위자료, 109.

판결이유에는 위자료 산정의 근거를 명시하여야 한다. 법원은 위자료액 산정에 넓은 재량을 가지므로 상고는 현저한 재량일탈이 있을 때에만 받아들여질 수 있다.²⁶²⁾ 그러나 최근 판례는 항소심의 경우 재심사의 대상이 되는 법률문제라는 점을 강조하고 있다.

(2) 정형화되고 구속적인 산정표나 산정공식에 의하여 위자료를 산정할 수 없다는 점은 이미 스위스 판례도 여러 차례 확인한 바이다. Luzern 고등법원은 신체침해에 있어서 위자료 산정을 위하여 이른바 2단계 방식을 고안한 바 있다. 즉, 제1단계로 침해의 정도를 - 산업재해보상보험법(UVG)의 표를 활용하여 노동능력상실률에 따라 - 결정한 다음, 제2단계로 그 이외의 요소를 고려하여 가중·감경하는 것이다. 이러한 방법은 별 문제없이 사망에 대하여도 적용될 수 있다. 대체로 우리의 인신손해 위자료 산정방법과 비슷한 안이다.²⁶³⁾ 연방대법원은 자유박탈에 대한 위자료액 산정에서도 비슷한 접근을 시사한 바 있다.²⁶⁴⁾ 그러나 이러한 산정방식이 정착한 것으로 보이지는 아니하는데, 무엇보다도 - 그때그때 달라져야 할 - 기초금액(Basisbetrag)이 정해져 있지 아니하기 때문이다.

각각 배석판사, 변호사 등인 Hütte/Ducksch/Guerrero는 1999년 이래로 종래의 재판례를 이용하여 그때그때 위 2단계 방식에서 이용할 기초금액을 산정하는 작업을 해오고 있다. 가령 100% 노동능력상실을 전제할 때 2003년~2005년의 재판례를 종합하여 도출된 피해자 본인의 위자료 기초금액은 10만 Fr. 내지 11만 Fr.이다. 이들은 이와 같은 방식으로 정해진 기간마다 위자료가 인정된 유형별로 재판례를 수집하여 0 Fr.(기각)부터 고액의 위자료가 인정된 경우순으로 정리한 다음, 이에 터잡아 산정한 기초금액을 그 모두(冒頭)에 적는 형태의 위자료(산정)표를 마련하고 있다. looselief 형태로 되어 있는 이 책자의 제I편은 이러한 방법론과 위자료 일반에 관한 것이고, II는 배우자를 잃은 경우, III은 자녀를, IV.는 부모를, V.는 자매를, VI.은 기타 근친자를, VII.은 약혼자를 각 잃은 경우, VIII.은 신체침해의 경우 피해자 본인의, IX.은 근친자에게 각 주어지는 위자료표, X은 성범죄에 대한 위자료, XI.은 자유박탈에 대한 위자료, XII.은 인격권 침해에 대한 위자료표로 되어 있다. 이하에서는 그 중 신체상해에 대한 부분을 일부 발췌한다.

Genugtuung bei Körperverletzung (신체침해에서 위자료)	8/05	Zeitraum (기간)
Hütte (KH) /Ducksch (PD) / Guerrero (KG)	VIII / 1	2003 - 2005

Die **Basisgenugtuung** bei voller Invalidität sollte heute bei **Fr. 100 000 bis Fr. 110 000** liegen und zwar sowohl für Ansprüche nach OHG wie auch für solche nach allgemeinem Zivilrecht. (완전한 노동능력상실에서 기초금액은 국가배상책임 및 일반민사법 모두에서 오늘날 10만 내지 11만 스위스 프랑이 되어야 한다.)

262) 이창현, 위자료, 119.

263) Hütte/Ducksch/Guerrero, Die Genugtuung³, I/19-21 (04.96).

264) BGE (17. 10. 1994) 2C.2/1993, 24.

Lfd. Nr.	Genugtuung (위자료 액)	Betroffener Körpertell / Verletzung (관계된 신체부위 내지 침해)	Dauer Behandlung / Heilung / Arbeitsunfähigkeit (AU) / Erwerbsunfähigkeit (EU) / med. theoret. Invalidität (I) (치료기간 / 치료 / 노동능력상실(AU)/ 소득상실 (EU) / 의학적 능력상실 (I))	Tatbestand / Jahr des Schadensereignisses / Haftungsquote / Strafe / Antrag / Bemerkungen (사실관계 / 가해행위의 연도 / 책임인정비율 / 형사처벌/ 청구액 / 주)	Gericht / Fundstelle (선고법원 / 출처)
1	0	Schlag in das Gesicht, Fusstritte, Bewusstlosigkeit (안면부를 때리고 참. 의식없음)		<p>Beinahekollision zwischen einem 23-jährigen Automobilisten und einem Arzt. Es kam zum Streit. Der Autolenker schlug dem Arzt ins Gesicht und verpasste ihm zwei oder drei Fusstritte. Der Arzt blieb bewusstlos liegen und erlitt diverse Verletzungen. (23세의 운전자와 의사 사이에 충돌할 뻔 하여 다투게 되었음. 운전자가 의사의 얼굴을 강타하고 두 세 번 발로 참. 의사는 의식을 잃고 여러 피해를 입음.)</p> <p>Strafe: 6 Monate Gefängnis bedingt auf 3 Jahre wegen grober Verletzung von Verkehrsregeln (warum nicht auch wegen vorsätzlicher Körperverletzung?).²⁶⁵⁾ (형사처벌: 교통규칙의 중대한 위반을 이유로 6개월간 구금(왜 고의의 신체침해로는 하지 아니하였는가))</p> <p>Antrag: Fr. 1 000.²⁶⁶⁾ (청구액: 1,000 스위스 프랑)</p> <p>Bemerkungen zur Genugtuung: Anm. KH: Warum bei einem derartigen Unrechtsgehalt die Genugtuung verweigert wurde, ist der Notiz nicht zu entnehmen, wäre aber interessant. (KH의 주: 그러한 불법내용에서 위자료가 거부된 이유가 흥미롭다.)</p>	BezGer Zürich NZZ vom 11.02.03, S. 42. ²⁶⁷⁾ (취리히 구법원, 2003. 2. 11. 판결) PD

2	0	Kein Dauer-schaden (계속적 손해 없음)	AU: 4 Monate ²⁶⁸⁾ EU / I: 0 % (노동능력상실: 4개월, 소득능력상실 및 무능력 정도: 0 %)	Jahre dauerndes Mobbing einer in Teilzeit angestellten Sozial-arbeiterin durch die Vorgesetzte. Dadurch wurde ärztliche Be-handlung notwendig. Zur Ent-scheidung standen die durch das Mobbing bedingten Körper-verletzungen. (상급자에 의한 파트타임으로 고용된 사회복지사에 대한 수년간의 괴롭힘. 이로 인하여 의사의 치료가 필요해짐. 재판 당시 괴롭힘으로 인한 상해 있었음)	BGer (4.4.03) 2C.2/2000 (연방대법원 2003. 4. 4. 판결) KH
중략					
68	200 000	Tetraplegie sowie schwerste Schädelverletzungen als Folge einer Vergewaltigung (사지마비와 강간의 결과로 인한 극히 심한 두부손상)	I: 100 % EU: 100 % ²⁶⁹⁾ (무능력 및 소득능력 상실: 각 100 %)	Versuchter Mord und brutale Vergewaltigung durch einen knapp 24-jährigen cholerischen Täter, der weil das Opfer ihn sexuell nicht zufrieden stellen konnte, dieses in seiner Wut kräftig ins Gesicht. schlug, um aus ihr ein „Objekt sexueller Befriedigung nach seinen Gnaden“ zu machen, und der in der Folge in blinder Wut den Kopf des Opfers auf den Boden schlug. (약 24세의 성질 급한 범인에 의한 살인미수 및 잔인한 강간. “하느님의 뜻에 따라 그의 성적 만족의 대상으로 된” 피해자가 그를 만족시키지 못했다는 이유로 안면을 강타하고 피해자의 머리를 땅바닥에 내려침.) Strafe: 10 Jahre Zuchthaus (형사처벌: 교도소 10년)	Trib. Crim. de Lausanne nach «Le Temps» vom 1.4. 2003. (로잔느 지방법원, 2003. 4. 1. 판결)

265) 형사처벌.

266) 청구액.

267) 판례번호.

268) 휴업기간.

신체침해가 있었고, 100% 노동능력이 상실된 경우를 기준으로, 피해자에게 인정되는 위자료는 원칙적으로 10만 Fr.(약 1억1천만 원) 내외이다. 중증의 사지마비가 있는 경우 종종 인정되는 20만 Fr.(약 2억2천만 원)이 위자료 최고액으로 보인다. 생명침해의 경우 배우자에게는 4만 내지 5만 Fr.의, 동거 중인 부모의 경우 3만 내지 4만 Fr., 동거하지 아니하는 부모의 경우 2만5천에서 3만5천 Fr.의, 동거 중인 자녀의 경우 2만 내지 3만 Fr., 동거하지 아니하는 자녀의 경우 1만 내지 1만5천 Fr.의 위자료가 각 인정된다. 강간의 경우 1만5천 내지 3만 Fr., 기타 장기간의 성적 학대의 경우 1만 내지 2만 Fr.의 위자료가 인정된 예가 많고, 자유박탈의 경우 수일 내지 1, 2주인 때에는 1일 500 Fr., 수주인 때에는 1일 200 Fr., 수개월인 때에는 1일 100 Fr. 정도의 위자료가 인정되고 있다.

기타 인격권 침해에 대하여는 재판례가 거의 없어 일관된 기준을 찾기 어렵다. 이는 대할 수 있는 위자료액이 너무 적기 때문으로 추측된다고 한다.²⁷⁰⁾ 다액의 배상이 인정된 예로는 5만 Fr.이 인정된 예가 종종 보인다.²⁷¹⁾

II. 프랑스, 이탈리아

1. 프랑스

가. 위자료가 인정되는 경우

프랑스법은 위자료를 매우 광범위하게 인정하고 있다. 먼저, 프랑스민법상 관련규정을 들어둔다.

프랑스민법

제1382조. 타인에게 손해를 야기하는 인간의 모든 행위는 자신의 과책(faute)으로 그 손해가 발생한 자로 하여금 이를 배상하도록 의무를 지운다.

제1383조. 모든 사람은 그의 행위로 인하여 야기된 손해뿐만 아니라 자신의 태만 또는 부주의로 인하여 야기된 손해에 대해서도 책임을 져야 한다.

제9조 (1) 누구든지 각자의 사생활을 존중받을 권리가 있다.

(2) 법관은 사생활의 비밀에 대한 침해를 방지 또는 중지시키기 위하여 손해배상과 별도로 계쟁물임치, 압류 기타 적절한 조치를 명할 수 있다; 이러한 조치는 긴급한 경우에는 긴급심리(référé)에 의하여 명할 수 있다.

269) 노동능력/소득상실율.

270) Sidler, HdbAnwpraxis V. Schaden-Haftung-Versicherung, S. 466 ff. 이 자료는 기본적으로 1999년을 기준으로 한 것이지만, 그 이후 최근까지도 위자료액의 전체적인 수준에는 대차가 없다고 보인다.

271) v. Gerlach, VersR 2002, 917, 922.

제9조의1 (1) 모든 사람은 무죄추정의 존중을 받을 권리가 있다.

(2) 유죄판결이 있기 전에 수사 또는 사법예심의 대상이 된 사실에 관하여 어떤 사람이 공개적으로 유죄로 공표된 경우에, 법관은, 심지어는 긴급심리의 방식으로, 당사자가 입은 손해의 배상과 별도로 무죄추정의 침해를 증시시키기 위하여 정정보도 또는 공보의 발간과 같은 모든 조치를 명할 수 있으며, 이때 그 비용은 무죄추정의 침해에 책임이 있는 자연인 또는 법인의 부담으로 한다.

프랑스민법상 손해배상에 관한 기본규정은 제1382조, 제1383조이고, 제9조 및 제9조의1은 뒤에 추가된 규정이다. 비재산적 손해의 배상 내지 위자료에 관하여 아무런 언급도 없다는 점이 눈에 띈다. 입법 당시에는 비재산적 손해의 배상을 아예 고려조차 하지 아니하여 규정을 두지 아니한 것이라고 한다.²⁷²⁾ 실제로 프랑스에서 비재산적 손해(dommage moral)의 배상이 인정된 것은 1833년 파기원 판례부터이고,²⁷³⁾ 국(참)사원은 1916년까지도 비재산적 손해는 산정될 수 없다는 이유로 - 국가배상책임사건에서 - 그 배상을 거부하고 있었다.²⁷⁴⁾ 그러나 오늘날의 판례, 학설은 일치하여 그 배상을 인정하고 있다.²⁷⁵⁾ 이와 같은 확장은 해석상으로는 프랑스민법 제1382조, 제1383조가 '손해'라고 하고 있을 뿐 재산손해에 한정하고 있지 아니하므로 재산손해와 비재산손해를 구별할 필요가 없다는 점으로 뒷받침되었다.²⁷⁶⁾

신체·건강침해는 프랑스에서도 위자료 배상이 인정되는 가장 중요한 사안유형이다. 반면 생명침해에 대한 손해배상에 관하여 부양구성(扶養構成)을 취하는 결과 피해자 본인의 위자료(pretium mortis) 청구권은 인정하지 아니한다. 그러나 파기원이 애호감의 상실(perte d'affection)에 대하여 널리 위자료를 인정하므로 근친자는 사망은 물론 신체침해의 경우에도²⁷⁷⁾ 위자료를 청구할 수 있다. 당초 파기원은 일정한 친인척관계에 있는 사람에게만 그러한 청구권을 인정하는 경향을 보였으나,²⁷⁸⁾ 그 후 양녀(養女), 약혼녀, 중혼적 사실혼관계의 동거자에 대하여도 정신적 고통이 인정되는 한 위자료 청구권을 인정하기에 이르렀다.²⁷⁹⁾ 판례는 애완동물의 사망으로 인한 애호감 상실에도 위자료를 인정한다.²⁸⁰⁾

272) Mazeaud et Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle⁵, tome 1, pp. 384 ff.

273) Cass. Ch. réun. 15. 6. 1833, S. 1833-1-458.

274) Conseil d'État 24. 5. 1916, D. 1922-3-22.

275) 국(참)사원이 위자료 배상을 인정한 것은 Conseil d'État 24. 11. 1961, D. 1962, jur. 35이다.

276) 물론, 프랑스민법상 비재산적 손해의 배상이 포함되는 것으로 해석되는 개별 규정이 없었던 것은 아니다. 가령 민적증서(民籍證書)의 변조·위조에 대하여 손해배상을 명하는 제52조, 민적관이 혼인에 대한 이의에도 불구하고 혼인식을 거행케 한 경우 벌금 및 손해배상을 명하는 제68조, 혼인에 대한 이의신청으로 혼인을 저지하였으나 그 후 신청이 기각된 경우 - 직계존속 이외의 - 신청인에게 손해배상책임을 지우는 제179조 제1항 등은 당연히 비재산적 손해배상을 포함하는 것으로 해석되어왔다. 그러나 이들 규정도 (재산)손해와 구별되는 별도의 용어를 사용하는 것은 아니다.

277) 신체침해에 대하여 근친자의 위자료를 인정한 것은 비교적 근래의 일이다. Cass. civ. 14. 1. 1998, D. 1998 inf.rap. 52.

278) Cass. req. 2. 2. 1931, S. 1931-1-123.

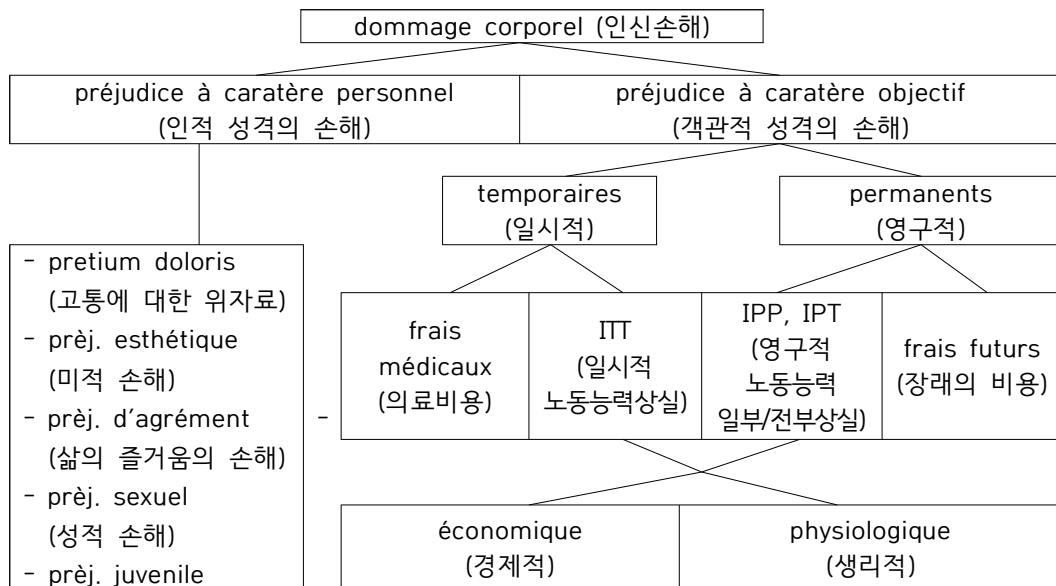
279) 츠바이게르트/콕츠(양창수 역), 비교사법제론, 514 참조. 그러나 이러한 하급심 법원 및 파기원 형사부의 판례와 달리 파기원 민사부는 중혼적 사실혼의 배우자에 대하여는 위자료를 인정하지 아니한다. Cass. civ. 120. 1. 1963, D. 1963 jur. 404. 이창현, 위자료, 130도 참조.

그 이외에 자유박탈이나 성적 자기결정권 침해에 대하여 위자료가 인정됨은 물론이고 명예훼손, 사생활 침해, 성명권 및 초상권 침해 등에 대하여도 일반조항에 터잡아 널리 위자료가 인정되고 있다. 그러나 이 모두가 일반조항으로 보호되어온 결과, 프랑스에서는 일반적 인격권과 같은 관념은 비교적 낮설고, 사생활의 보호와 무죄추정의 원칙(및 그에 따른 피의사실보도의 제한)에 관한 제9조, 제9조의1이 신설된 뒤에도²⁸¹⁾ 명예훼손이 인격권에 포함되는지 논란이 되고 있다. 이들 규정 신설은, 위자료 이외에 금지청구권이 인정됨을 분명히 하고,²⁸²⁾ 사생활 침해 등이 있으면 곧바로 과책(faute)이 인정되게 하는 정도의 의의를 가질 뿐이다.

이처럼 위자료가 널리 인정된 결과 근린폐해(les troubles de voisinage)에 대하여도 위자료가 인정된다.²⁸³⁾ 기회상실(perde d'une chance)은 별도로 배상되고 있다.

나. 위자료의 산정

(1) 프랑스법상 비재산적 손해는 인신손해와 그 이외의 경우를 나누어 보아야 한다. 인신손해의 경우 손해항목이 상세하게 구분되어 있을 뿐 아니라, 각각에 대하여 산정원칙이 정해져있고, 그 밖의 위자료와는 범주 자체가 다른 것으로 취급되고 있다.²⁸⁴⁾



280) Cass. civ. 16. 1. 1962, D. 1962, 199. 이러한 판례가 일종의 위자료의 보완적 기능에 해당하는지는 지적으로는, 정태륜, 판례실무연구 VII, 245 이하; Schernitzky, Immaterieller Schadensersatz in Deutschland, Frankreich und in der Europäischen Union, S. 39.

281) 판례는 그 이전부터 프랑스인권선언이 사생활 등을 보호한다고 보았으나, 기본적 인권의 제3차요 관념이 낮은 프랑스에서 이는 사권(私權)의 근거로 받아들여지지 않는 아니하였다.

282) 그러나 판례가 종래부터 제1382조 등의 해석으로부터 금지청구권을 도출해왔다는 점에 비추면, 이는 그리 과장할 만한 변화는 아니다.

283) CA Chambéry, 23. 2. 1999, Juris-data n° 042397.

284) 형사소송법과 교통사고피해자에 관한 법률("de caractère personnel", "dommages résultant des atteintes à leur personne"이 이러한 재산손해, 인신손해, 비재산손해 3분법의 기초이다.

위 분류 중 인적 성격의 손해 전부와 객관적 성격의 손해 중 생리적 손해가 비재산적 손해에 해당한다. 여기에 해당하는 것만도 고통에 대한 위자료, 미적 손해, 삶의 즐거움의 손해, 성적 손해 및 일시적 또는 영구적 노동능력의 일부 또는 전부상실로 인한 생리적 손해까지 여러 종류의 비재산적 손해항목이 있음을 알 수 있다. 이러한 손해항목은 기본적으로 사회보험법상 재산적 손해는 대위의 대상이 되지만 비재산적 손해는 대위의 대상이 되지 아니하기 때문에 대위의 대상이 되는 손해의 범위를 특정하기 위하여 구분된 것이었다. 가령 *pretium doloris*, *prèj. d'agrément*, *prèj. sexuel*은 1973. 12. 27. 법률 제73-1200호로 각각 독립된 손해항목이 되었고, 그 이외의 손해항목은 이들과 구별하기 위하여 판례상으로 발전되어왔다. 그러나 손해항목의 구별이 점차 복잡하고 혼란스러워져 파기원 제2민사부장인 J.-P. Dintilhac에게 손해항목 분류체계의 재정립이 맡겨졌고, 그 결과 이른바 *Nomenclature Dintilhac*이라는 새로운 분류체계가 도입되어 판례 및 실무상 수용되었다. Dintilhac의 분류체계는 “미적 손해”를 “미적 영구적 손해”로 바꾸고 새로이 “미적 일시적 손해”항목을 추가하고 있다.

나아가 이러한 손해액의 산정에 관하여 본다. 프랑스에서는 항소법원마다 이러한 비재산적 손해액을 산정하는 표(*barème d'indemnisation/référentiel indicatif*) 내지 산식을 정하여 위자료 산정에 참조하는 경우가 많다. 먼저 이를 소개한다.²⁸⁵⁾

(a) 고통{*Souffrances endurées* (SE)}에 대한 위자료

가장 전형적인 위자료로서, 피해자가 느끼는 고통의 강도를 고려하여 결정된다. 이때 고통의 강도는 0부터 7까지로 구분되는데, 의료감정으로 판정한다.

Les référentiels indicatifs d'indemnisation - Barème de référence de la cour d'appel d'Aix-en-Provence (10e ch., 2010) (엑상프로방스 항소법원의 산정표)

Quantum	Appréciation (평가)	Évaluation (위자료액)
0-1	Préjudice très léger (매우 가벼운 손상)	Jusqu'à 1 750 EUR (1,750 유로까지)
1-2	Préjudice léger (가벼운 손상)	De 1 750 EUR à 3 500 EUR (1,750-3,500 유로)
2-3	Préjudice modéré (보통의 손상)	De 3 500 EUR à 5 300 EUR (3,500-5,300 유로)
3-4	Préjudice moyen (중간정도의 손상)	De 5 300 EUR à 10 600 EUR (5,300-10,600 유로)
4-5	Préjudice assez important (상당한 손상)	De 10 600 EUR à 21 300 EUR (10,600-21,300 유로)
5-6	Préjudice important (중대한 손상)	De 21 300 EUR à 35 200 EUR (21,300-35,200 유로)
6-7	Préjudice très important (매우 중대한 손상)	Au-delà de 35 200 EUR (35,200 유로 이상)

285) 모두 Périer, Fasc. 202-1-2, JCl. civ. 및 Périer, Fasc. 202-20, JCl. civ.에서 인용하였다.

(b) 미학적 일시적 손해{Préjudice esthétique temporaire (PET)}에 대한 위자료
별도의 산정식이나 표는 없고, 사안에 따라 수천 내지 수만 Fr.의 위자료가 인정된다.

(c) 영구적 기능장애[Le déficit fonctionnel permanent (aspect non économique de l'IPP), (DFP)}에 대한 위자료

피해자의 연령과 능력상실의 정도(의학감정으로 판정한다)에 따라 정한다. 해당 칸의
지수에 상실율을 곱하여야 함에 유의하여야 한다(가령 20세, 8%이면 $8 \times 1,590$ EUR).

Le référentiel indicatif régional de l'indemnisation du dommage corporel - La grille de valeur du point est précédée des observations suivantes (CA d'Agen, Angers, Bordeaux, Grenoble, Limoges, Nîmes, Orléans, Pau, Poitiers, Toulouse, Versailles, Basse-Terre, 4e éd. nov. 2011). (인신손해의 지역별 산정표 - 아래 수치에 따라 격자점의 값이 도출된다. (아장, 앙제, 보르도, 그르노블, 리모제, 님, 오를레앙, 포, 프와티에, 툴루즈, 베르사이유, 바세-떼르 항소법원, 제 4판, 2011년 11월)

Il est proposé un référentiel d'indemnisation selon le tableau suivant : 2012(다음 표에 따른 보상제안)	0 à 10 ans (0-10 세)	11 à 20 ans (11-20 세)	21 à 30 ans (21-30 세)	31 à 40 ans (31-40 세)	41 à 50 ans (41-50 세)	51 à 60 ans (51-60 세)	61 à 70 ans (61-70 세)	71 à 80 ans (71-80 세)	81 ans et plus (81세 이상)
1 à 5 % (1-5 %)	1 500	1 400	1 300	1 200	1 100	1 000	900	800	700
6 à 10 %	1 700	1 590	1 480	1 370	1 250	1 125	1 000	875	750
11 à 15 %	1 900	1 780	1 660	1 540	1 400	1 250	1 100	950	800
16 à 20 %	2 100	1 970	1 840	1 710	1 550	1 375	1 200	1 025	850
21 à 25 %	2 300	2 160	2 020	1 880	1 700	1 500	1 300	1 100	900
26 à 30 %	2 500	2 350	2 200	2 050	1 850	1 625	1 400	1 175	950
31 à 35 %	2 700	2 540	2 380	2 220	2 000	1 750	1 500	1 250	1 000
36 à 40 %	2 900	2 730	2 560	2 390	2 150	1 875	1 600	1 325	1 050
41 à 45 %	3 100	2 920	2 740	2 560	2 300	2 000	1 700	1 400	1 100
46 à 50 %	3 300	3 110	2 920	2 730	2 450	2 125	1 800	1 475	1 150
51 à 55 %	3 500	3 300	3 100	2 900	2 600	2 250	1 900	1 550	1 200
56 à 60 %	3 700	3 490	3 280	3 070	2 750	2 375	2 000	1 625	1 250
61 à 65 %	3 900	3 680	3 460	3 240	2 900	2 500	2 100	1 700	1 300
66 à 70 %	4 100	3 870	3 640	3 410	3 050	2 625	2 200	1 775	1 350
71 à 75 %	4 300	4 060	3 820	3 580	3 200	2 750	2 300	1 850	1 400
76 à 80 %	4 500	4 250	4 000	3 750	3 350	2 875	2 400	1 925	1 450
81 à 85 %	4 700	4 540	4 180	3 920	3 500	3 000	2 500	2 000	1 500
86 à 90 %	4 900	4 630	4 360	4 090	3 650	3 125	2 600	2 075	1 550
91 à 95 %	5 100	4 820	4 540	4 260	3 800	3 250	2 700	2 150	1 600
96 % et plus (96 % 이상)	5 300	5 010	4 720	4 430	3 950	3 375	2 800	2 225	1 650

(d) 삶의 즐거움의 손해(Préjudice d'agrément)에 대한 위자료

영구적인 기능장애의 정도와 각자의 특수사정을 고려하여 그때그때 정한다. 따라서 이에 대하여 별도의 산정표나 산정식이 마련되어 있는 것은 아니다. 그러나 의학감정은 이 경우에도 자주 활용되고 있다고 한다. 아래는 몇 개의 재판례를 소개한 표이다.

Montpellier, 3e ch. corr., 13 janv. 2010, n° 09/1176 (몽펠리에법원 제3부 2010. 1. 13. 판결)	sexe masc. 14 ans (남성, 14세)	2 % (노동능력 2 % 상실)	4 000 EUR	perte de confiance (자신감 상실) pratique du football en club (축구클럽활동)
Aix-en-Provence, 10e ch., 2 déc. 2009, n° 08/08757 (엑상프로방스법원 제10부, 2009. 12. 2. 판결)	sexe masc. 59 ans, retraité (남성, 59세, 은퇴)	10 % (노동능력 10 % 상실)	2 000 EUR	course à pied et à vélo (달리기와 자전거타기)
Nîmes, 1re ch. b, 24 nov. 2009, n° 09/01899 (남법원 제1부 2009. 11. 23. 판결)	sexe masc. 54 ans, ouvrier (?) {남성, 54세, 육체노동자 (?)}	70 % (노동능력 70 % 상실)	14 000 EUR	marche à pied (걷기)
Besançon, 1re ch. civ., 8 oct. 2009, 08/015411 (브장송법원 제1부 2009. 10. 8. 판결)	sexe fém., 38 ans, femme de ménage (여성, 38세, 가정부)	5 % (노동능력 5 % 상실)	3 000 EUR	plaisirs de la vie (삶의 즐거움)
Aix-en-Provence, 10e ch., 24 juin 2009, n° 07/14298 (엑상프로방스법원 제10부 2009. 6. 24. 판결)	sexe fém., 31 ans, ex-assistante de direction (여성, 31세, 전 부장)	8 % (노동능력 8 % 상실)	10 000 EUR	jogging et tennis (조깅과 테니스)
Lyon, 4e ch., 7 mai 2009, n° 07/07298 (리옹법원 제4부 2009. 5. 7. 판결)	sexe fém., 39 ans, assistante maternelle (여성, 39세, 보육사)	coma de un an puis décès (사망시까지 1년간 뇌사상태)	15 000 EUR	plaisirs de la vie (삶의 즐거움)
Aix-en-Provence, 10e ch., 4 févr. 2009, n° 07/13724 (엑상프로방스법원 제10부, 2009. 2. 4. 판결)	sexe fém., 43 ans, au chômage (여성, 43세, 실업자)	22 % (노동능력 22 % 상실)	6 000 EUR	équitation et danse (승마와 댄스)
Aix-en-Provence, 10e ch., 21 janv. 2009, n° 07/11863 (엑상프로방스법원 제10부, 2009. 1. 21. 판결)	sexe fém., 23 ans, sans profession (여성, 23세, 직업 없음)	90 % (tétraplégie) (노동능력 90 % 상실, 사지마비)	40 000 EUR	qualité de vie (삶의 질)

(e) 미학적 영구적 손해{Préjudice esthétique permanent (PEP)}에 대한 위자료

미학적 영구적 손해도 의료감정에 의하여 등급을 나누어 위자료를 정한다. 다만, 이때 등급판정은 추상적(in abstracto)으로 이루어진다.

Le référentiel d'indemnisation est sensiblement le même que pour les souffrances endurées. Il est modulé en fonction notamment de l'âge, du sexe et de la situation personnelle et de famille de la victime : (배상기준은 지속적 고통에 대한 위자료와 마찬가지로 특히 연령, 성별, 피해자 본인 및 가족이 처한 상황에 따라 조정될 수 있다)

Quantum	Appréciation	Évaluation
0-1	très léger (매우 가벼움)	Jusqu'à 1 500 EUR (1,500 유로까지)
1-2	léger (가벼움)	1 500 EUR à 3 000 EUR (1,500-3,000)
2-3	modéré (보통)	3 000 EUR à 6 000 EUR (3,000-6,000)
3-4	moyen (중간)	6 000 EUR à 10 000 EUR (6,000-1만)
4-5	assez important (상당함)	10 000 EUR à 22 000 EUR (1만-2만2천)
5-6	important (중함)	22 000 EUR à 35 000 EUR (2만2천-3만5천)
6-7	très important (매우 중함)	35 000 EUR et plus (3만5천 유로 이상)

La cour d'appel de Lyon a adopté le même référentiel. La cour d'appel d'Aix-en-Provence (10e ch.) disposait en 2010, d'un barème indicatif légèrement supérieur avec un quantum d'évaluation qui est analogue à celui des "souffrances endurées". (리옹 항소법원도 같은 기준을 채택하였다. 액상프로방스 항소법원은 2010년 지속적 고통의 그것에 비슷한 기준을 갖고 있는 약간 높은 산정기준을 제정하였다.)

(f) 성적 손해{Préjudice sexuel (PS)}에 대한 위자료

성적 손해는 의료감정을 전제로 개별적으로 판정되고 있다. 별도의 산정표가 있는 것은 아니지만, 간단한 산정기준이 있다.

Barème indicatif de cours d'appel : (항소법원의 산정기준)

o Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 10e chambre (2010) - éléments de détermination de l'indemnisation des préjudices corporels et moraux - On lit dans les recommandations au titre du "préjudice sexuel et d'établissement" (액상프로방스 항소법원 제10부(2010) - 신체적 및 정신적 손해액 결정의 요소들 - 성적 손해 항목을 참조할 것을 권함): 8,400 EUR 내지 50,600 EUR

o Cours d'appel d'Agen, Angers, Bordeaux, Grenoble, Limoges, Nîmes, Orléans, Pau, Poitiers, Toulouse, Versailles, Basse-Terre - référentiel indicatif régional de l'indemnisation du dommage corporel (éd. nov. 2011) (아장, 앙제, 보르도, 그르노블, 리모주, 님, 오를레앙, 포, 프와띠에, 툴루즈, 베르사이유, 바스-떼르 항소법원 - 인신손해의 지역별 산정표 (2011년 11월판): 제한적일 때에는 350 EUR에서 500 EUR까지, 완전한 기능상실 등의 경우 5만 EUR까지.

(g) 사망시 간접피해자에 대한 위자료

피해자와의 관계에 따라 대체로 일정한 범위 안의 위자료가 인정되고 있다.

barème indicatif (2007) de la cour d'appel de Lyon {리옹 항소법원의 산정표(2007)}

Conjoint/Concubin (배우자/동거인)		20 000 - 30 000 EUR
Parent (부모)	Enfant mineur, pour la perte de leur père ou mère (미성년의 자녀, 그 부 또는 모 상실)	25 000 - 35 000 EUR
Enfant au foyer (동거하는 자녀)	Parent (부모)	25 000 - 35 000 EUR
Parent (부모)	Enfant majeur (성년의 자녀)	9 000 - 20 000 EUR
Enfant hors foyer (동거하지 아니하는 자녀)	Parent (부모)	12 500 - 20 000 EUR
Grands-parents/Petits-enfants (조부모/손자)		4 000 - 8 000 EUR
Frère/Soeur au foyer (동거하는 형제자매)		6 000 - 12 000 EUR
Frère/Soeur (형제자매)		4 000 - 8 000 EUR

이들 위자료 산정기준을 종합하면 사지마비 등의 경우 약 10만 EUR(3억 원) 정도는 받을 수 있게 된다.

그러나 위 표의 주도 지적하고 있고, 파기원도 종종 분명히 하고 있는 것처럼 이상과 같은 산정기준은 전부배상의 원칙(le principe fondamental de la réparation intégrale du préjudice)을 제한하지 못하고, 참고자료일 뿐 그 자체 어떤 법적 구속력도 없다.

그 이외 가령 명예훼손이나 사생활 침해 등에 대한 위자료 산정기준은 이처럼 정형화 되어 있지 아니하고 - 따라서 산정표도 없다 -, 그때그때 개별적 사정과 선례를 고려하여 판단하고 있다. 하급심 재판실무상 명예훼손에 대하여 40만 Fr.의 위자료가 인정된 예도 있으나,²⁸⁶⁾ 대체로 2만5천 내지 5만 Fr., 많아도 10만 Fr. 정도의 위자료가 인정된다고 한다. 손해가 없는 경우 1 Fr.의 상징적 배상(franc symbolique)을 명하는 예도 있다.

(2) 프랑스의 판례, 통설은 오로지 전보(塡補)적 관점만을 고려하므로, 침해의 중대성 내지 정도, 신체침해의 경우 피해자의 연령, 입원기간 등은 고려되나, 가해자나 피해자의 사회적 지위 내지 경제사정, 가해자의 귀책정도 등은 고려의 대상이 되지 아니한다. 과실 상계는 인정된다.²⁸⁷⁾ 성적 손해의 경우 나이가 많을수록 배상액이 적게 인정되고, 피해자의 성별은 중요하게 고려되지 아니한다. 추상(醜相)에서는 성별도 고려된다. 삶의 즐거움의 상실의 경우 - 위의 재판례 정리에서도 보는 바와 같이 - 피해자가 어떤 취미 등을 영위해왔고, 또 영위할 수 없게 되었는가가 고려된다. 또한 비재산적 손해를 주관적 손해와 객관적 손해로 구분하고 있는 것에서도 알 수 있듯이 피해자가 느끼는 정신적 고통과 객관적인 비재산적 법익 침해의 정도가 모두 고려된다. 특히 정신적 고통이 중요한 역할

286) TGI Paris 5. 7. 1985, Gaz. Pal. 1989-1-418 (Bernard Tapie).

287) 이창현, 위자료, 139 이하.

을 하고, 이것이 의료감정에 의하여 확인된다는 점이 두드러진다. 이러한 접근법을 일반적으로 의학-법학적(medico-legal) 산정이라고 한다. 의식이 없는 사람은 정신적 고통에 대하여는 배상을 청구할 수 없으나, 그 이외의 객관적 비재산적 이익 침해에 대하여는 배상을 받을 수 있다.

위자료액의 산정과 배상방법(가령 정기간 배상)의 결정은 사실심 법관의 전권(專權)에 속한다.²⁸⁸⁾ 파기원은 이에 대하여 심사할 권한이 없다.²⁸⁹⁾ 사실심 법관은 위자료 산정에 근거가 된 요소를 판결문에 명시할 필요도 없다.²⁹⁰⁾ 위자료는 포괄적으로 산정되나, 인신 손해의 경우 법률상 개별 손해항목별로 별도의 금액을 정하여야 한다.

2. 이탈리아

이탈리아민법은 불법행위법 일반에 대하여 프랑스민법을 따라 일반조항주의를 취한 것과 달리 비재산적 손해배상에 관하여는 오히려 독일민법을 따라 매우 제한적으로 배상을 인정하고 있다. 먼저 관련규정을 들어둔다.

이탈리아민법

제2043조(불법행위로 인한 손해배상) 고의 또는 과실행위로 다른 사람에게 위법한 손해를 가한 사람은 그 손해를 배상할 의무를 진다.

제2059조(비재산적 손해) 비재산적 손해는 법률이 정한 경우에 한하여 배상된다.

비재산적 손해의 배상을 명하는 대표적인 법률규정으로는 이탈리아형법 제185조를 들 수 있다. 이 규정은 고의나 중대한 과실에 의한 범죄로 생긴 비재산적 손해에 대하여는 그 배상을 인정한다. 판례는 형법의 원칙에 따라 - 그리고 민사책임의 원칙과는 달리 - 위자료를 청구하는 측이 상대방의 귀책사유, 가령 고의를 증명하여야 한다고 한다. 이로 인하여 특히 명예훼손의 경우 위자료가 인정되는 예가 드물다고 한다. 그 이외에 성명권, 언론기관에 의한 명예훼손(이에 관하여는 1948년 언론법 제13조) 등이 명문으로 위자료를 인정해왔고,²⁹¹⁾ 지금은 개인정보 침해, 비합리적 차별 등에 대하여도 위자료를 인정하는 명문의 규정이 있다.²⁹²⁾

그 결과 생명 및 신체침해에 대하여도 그것이 범죄를 구성하지 아니하는 한 피해자 본인도 위자료를 받을 수 없었다. 이것이 극히 이례적일 뿐 아니라 매우 부당한 것임은 명백하였다. 그리하여 헌법재판소는 - Sconamiglios의 학설의 영향 하에 - 비재산손해를 객관적 비재산손해(danno morale obiettivo)와 주관적 비재산손해(danno morale

288) Cass. civ., 9 4. 2009, Juris-data n° 2009-047914.

289) Périer, Fasc. 202-1-1, JCl. civ., n° 83 et suiv.

290) Cass. civ. 15. 2. 1962, Bull. civ. II, 130.

291) Ady, Immaterieller Einbußen, S. 44.

292) Eccher/Schurr/Christandl, Hdb Itali. ZR, S. 378.

subiettivo)로 나누어, 재산손해/비재산손해와 구별되는 인신손해(danno biologico)라는 제3의 범주를 발전시켰다.²⁹³⁾ 이에 따르면, 행위의 결과 중 직접손해와 간접손해를 구분할 때, 인신손해는 건강을 침해하는 행위의 결과로 직접손해인 반면, 정신적 고통은 추가적인 인과연쇄를 요하는 간접손해, 즉 주관적 비재산손해로, 사안에 따라 있을 수도, 없을 수도 있는바, 이탈리아헌법 제32조 제1항은 일체의 인신손해의 배상을 요구하므로 민법 제2043조의 손해개념도 헌법에 맞게 해석되어야 하므로, 적어도 건강침해에서 직접손해는 배상의 대상이 되어야 한다고 한다. 이렇게 정립된 인신손해(danno biologico)의 범주에는 인신에 관계되는 한 재산적 손해와 비재산적 손해가 모두 포함된다. 그리하여 가령 미적 손해(danno estetico)나 성적 손해(danno alla sfera sessuale)도 포함되어 있다.

그 이외에 이탈리아의 판례, 학설은 사망한 경우 자녀 등 근친자에게 위자료(danno da perdita del rapporto parentale)를 인정해왔다. 문제는 이 법리가 사망이 아닌 상해 기타 신체·건강침해에도 연장될 수 있는가 하는 점인데, 오늘날 주류적 판례는 특히 심한 상해를 입은 경우 이러한 손해의 배상도 인정하고 있다.²⁹⁴⁾

나아가 직접손해(danno evento)의 배상가능성의 법리가 하급심 실무상 명예훼손으로 확장되었고,²⁹⁵⁾ 2003년 파기원과 헌법재판소는 법률에 규정되지 아니한 비재산손해 범주를 창설하는 종래의 접근에서 벗어나 헌법상 보호된 이익의 침해로 생긴 비재산손해 일반이 배상의 대상이 됨을 선언하기에 이르렀다. 그 결과 자유박탈, 집단따돌림, 휴가의 허비 등 오늘날 대부분의 중요한 비재산적 법익침해에 대하여 위자료가 인정되고 있다.²⁹⁶⁾

인신손해(danno biologico) 중에서 비재산적인 부분은 상당히 객관적인 성격을 띤다. 하급심 법원은 이를 산정하는데 쓸 일응의 식을 마련하려는 시도를 하게 되었다. 이러한 시도는 Genua 지방법원과 Pisa 지방법원이 처음 하였다. Genua 지방법원은 사회보험법상 연금액에 연동된 위자료 산정식을 발전시킨 반면, Pisa 지방법원은 노동능력상실률에 따라 선례 분석을 통하여 도출한 일정한 가치(valore punto)를 매겨 양자를 곱한 값에 따라 위자료를 산정하는 방법을 발전시켰다. 이러한 값은 연령, 성별, 직업은 물론 심지어 지역에 따라서도 달리 정해져 있었다. 이러한 기초금액이 도출되면 개별 사안의 특성을 참작하여 증액 또는 감액하는 방법으로 위자료를 산정하였다. 이 두 방법은 모두 파기원에서 정당한 손해액 산정방법으로 인정받았으나, Genua 방법은 개별사안의 특성을 지나치게 무시하는 등의 문제가 있어 곧 폐기되었고, Pisa 방식은 좀 더 단순한 Milano 항소법원 방식으로 발전하였다. 이는 매년 물가 등을 고려하여 피해자의 연령과 노동능력상실률에 연동된 기초금액을 정하고, 이 금액을 개개의 사안의 특성을 고려하여 수정함으로써 위자료액을 산정하게 되어있다.

293) Corte. Cost. 14. 7. 1986, Foro Italiano 1986-I-2053.

294) Ady, Immaterieller Einbußen, S. 46; Eccher/Schurr/Christandl, Hdb Itali. ZR, S. 385.

295) Tribunale Roma 23, 5. 1988, Dir. inf. 1989, 919 등.

296) Eccher/Schurr/Christandl, Hdb Itali. ZR, S. 378, 382.

TRIBUNALE DI MILANO - LIQUIDAZIONE DEL NON PATRIMONIALE - TABELLE 2011

(밀라노 지방법원 - 비재산적 손해배상 - 표 2011)

Danno permanente da lesioni alla integrità psico-fisica: valori medi di liquidazione e percentuali massime di "personalizzazione" (신체적-정신적 완전성에 대한 영구적 손상: 평균 배상액과 "개별화"의 최대값)

		Indennità temporanea assoluta (ITA) da € 91,00 a € 136,00 giornaliere (일시적 절대적 노동능력상실에 대한 보상액 91 내지 136 EUR/일)										
Invalidità (파견) (파견)	Punto danno “non patrimoniale” 2011 (“비재산” 손해지수 2011)	Risarcimento: fasce di età 1-10 (보상: 연령대 1-10)										aumento personali -zzato (개별적 증액한도)
		Fasce di età (연령대)										
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
		Demoltiplicatore (스케일러)										
		1,000	0,995	0,990	0,985	0,980	0,975	0,970	0,965	0,960	0,955	
1	1.374,57	1.375	1.368	1.361	1.354	1.347	1.340	1.333	1.326	1.320	1.313	+max 50%
2	1.460,48	2.921	2.906	2.892	2.877	2.863	2.848	2.833	2.819	2.804	2.790	+max 50%
3	1.546,39	4.639	4.616	4.593	4.570	4.546	4.523	4.500	4.477	4.454	4.430	+max 50%
4	1.632,30	6,529	6.497	6.464	6.431	6.399	6.366	6.333	6.301	6.268	6.235	+max 50%
5	1.718,21	8.591	8.548	8.505	8.462	8.419	8.376	8.333	8.290	8.247	8.204	+max 50%
중략												
95	11.319,58	1.075.360	중략									+max 25%
96	11.324,74	1.087.175										+max 25%
97	11.328,86	1.098.900										+max 25%
98	11.332,99	1.110.633										+max 25%
99	11.336,08	1.112.272										+max 25%
100	11.340,20	1.134.020										+max 25%

노동능력 1%의 영구적 상실의 가치는 1%일 때 1,374.57 EUR를 기준으로 1% 증가할 때마다 85.91 EUR씩 증가한다. 그러나 그 다음, 그 다음 구간으로 갈수록 1%의 노동능력상실의 가치의 증가폭이 줄어 마지막 구간에서는 대체로 4.12 EUR씩 증가한다. 또 피해자 연령이 1세일 때를 기준으로, 1세 증가할 때마다 0.05%씩 이 가치를 감한다(이 규칙은 피해자의 연령이 매우 많을 때에도 변함이 없다). 이와 같이 산정된 금액에 당해 노동능력상실률을 곱한 값이 영구적 인신손해에 대한 위자료의 기초금액이다. 이에 구간에 따라 25% 내지 50%의 범위에서 개별사안의 사정을 참작하여 증액할 수 있다. 가령 노동능력이 100% 상실되면 이 금액이 80만 EUR(12억 원)는 된다. 또한, 위 표에 따르면 일시적 인신손해의 경우 노동능력이 100% 상실될 때 기준으로 91 내지 136 EUR(이는

50% 증액한 최고액이다)/일의 위자료가 인정될 수 있다. 가령 50% 노동능력이 10일간 감소하면 위자료의 기초금액은 455 EUR(= 91 EUR × 10일 × 50%)가 된다.

그 이외에 전통적인 비재산적 손해(danno morale), 즉 정신적 고통에 대한 배상, 즉 주관적 감정손해의 배상액도 재판실무상으로는 위 인신 비재산손해에 연동하여, 가령 그 1/3 또는 일시적 비재산적 인신손해액 전액과 영구적 인신손해액의 1/4 등의 금액으로 산정하는 예가 많다. 비재산적 손해의 산정은 - 인신손해와 관련되는 한 - 상당히 정형화되어 있는 셈이다.

그러나 다른 한편 위 기준금액에 터잡아 개별적으로 위자료액을 증감시킬 수 있고, 실제로 그러한 교정이 자주 일어나고 있다는 점에 주의하여야 한다. 이때에는 피해자의 주관적 고통 이외에 가해자의 귀책정도와 가해자 및 피해자의 재산상황, 추정되는 이익은 물론, 침해가 경미하여 인신손해가 별로 인정되지 아니하였다는 사정도 고려된다.²⁹⁷⁾

이러한 Milano 항소법원의 위자료 산정방식은 일관성 및 예견가능성을 달성하기 위하여 불가피한 것으로 파기원도 그 타당성을 인정하고 있다.

한편, 같은 법원의 사망시 근친자의 위자료에 대한 기준은 다음과 같다.

rivalutato al 2011 (2011년에 재평가)		
Danno non patrimoniale per la morte del congiunto (친족의 사망으로 인한 비재산적 손해)		
	da (부터)	a (까지)
A favore di ciascuno per morte di un figlio (자녀의 사망에 대하여 각자에게)	€ 154.350,00	€ 308.700,00
A favore del figlio per morte di un genitore (부모의 사망에 대하여 그 자녀에게)	€ 154.350,00	€ 308.700,00
A favore del coniuge (non-separato) o del convivente sopravvissuto {(별거 중이지 아니한) 배우자 또는 혼인외 동거인에게}	€ 154.350,00	€ 308.700,00
A favore del fratello per morte di un fratello (형의 사망에 대하여 동생에게)	€ 22.340,00	€ 134.040,00
A favore del nonno per morte di un nipote (조부의 사망에 대하여 손자에게)	€ 22.340,00	€ 134.040,00

그 이외에 Roma 항소법원도 독자적인 위자료 산정방식을 발표하고 있다.

한편, 인격의 전개가능성의 손해(danno esistenziale)도 2003년 판례로 별도의 손해 항목으로 승인되게 되었다. 이는 헌법상 보호되는 권리의 침해에 의하여 야기되는 비재산적 손해 일체를 말하는데, 그 수액은 법관이 형평에 따라 그때그때 산정하는 수밖에 없고, 산정식이 있는 것은 아니다. 다만, 몇몇 법원에서 보도 허락을 받기 위하여 주었어야 했을 돈을 기준으로 삼은 예가 보인다.²⁹⁸⁾

297) Ady, Immaterieller Einbußen, S. 139.

298) Ady, Immaterieller Einbußen, S. 140; Eccher/Schurr/Christandl, Hdb Itali. ZR, S. 381.

기회상실(perdita di chance)의 손해는 위자료가 아닌 별도의 손해항목이다.

이러한 손해항목, 가령 비재산적 손해(danno morale)과 인신손해(danno biologico)에 대하여는 각각 별도의 금액이 구분·산정되어, 판결에 기재된다.

III. 영국, 미국

1. 영국

가. 위자료가 인정되는 경우

(1) 영국 불법행위법은 소권법(訴權法) 체제의 일종인 영장체계(writ system)에 기초하고 있어, 각각의 불법행위 유형별로 구성요건과 법률효과가 개별적으로 정해져 있고, 이에는 배상의 대상이 되는 손해도 포함된다.

생명·신체 및 건강침해부터 본다.²⁹⁹⁾ 먼저, 신체 및 건강침해의 경우에는 널리 위자료가 인정되고 있다. 상해가 있음은 증명하여야 하나, 상해의 정도나 치료기간은 문제되지 아니한다. 피어슨 위원회는 불법행위법체계의 비용을 절감하기 위하여 3개월 이내에 완치되는 상해에 대하여는 위자료를 부정할 것을 제안하였으나, 이러한 제안은 받아들여지지 아니하였다. 의식불명자의 문제에 관하여는 아래 비재산적 손해 내지 위자료의 종류에 관하여 볼 때 다루기로 한다. 다음, 생명침해의 경우 피해자 본인의 위자료는 인정되지 아니한다. 귀족원은 피해자 본인이 충격을 당하는 순간에 무의식이 되었을 것이라는 점을 그 근거로 든바 있다.³⁰⁰⁾ 그 대신 - 독일법과 같이 - 근친자의 위자료가 인정된다. 원래는 보통법상 사람의 사망을 손해로 볼 수 없다는 원칙에 따라 근친자의 위자료 청구도 부정되었으나,³⁰¹⁾ 1846년 Fatal Accidents Act 1846으로 근친자에게 재산손해배상청구권이 인정되었고, 이후 이 법이 1982년 Administration of Justice Act 1982에 의하여 개정되면서 배우자, 배우자가 없으면 부모에게 일정 금액의 유족배상금이 인정되게 되었다.

그 이외에 타인의 신체에 대하여 유형력을 행사한 경우 인정되는 폭행(battery)소권에 터잡아서 위자료를 청구할 수 있다. 성적 자기결정권이 침해된 경우도 위 소권에 의하여 처리되나, 그 위자료액을 산정할 때 성적 자기결정권이 침해되었다는 사정이 참작된다. 비유형적인 방법으로 위협한 경우에는 위협(assault)소권에 터잡아 위자료를 구할 수 있다. 불법체포와 불법구금은 자유박탈(false imprisonment)이라는 독립적인 청구권원의 대상인데, 이때에도 역시 위자료의 배상이 인정된다.

299) 고의의 신체 가해행위의 경우에는 battery 등에, 과실에 터잡은 경우에는 포괄적 과실 불법행위 소권인 negligence 등에, 재산침해의 결과로 발생한 때에는 재산침해소권에 터잡아 청구할 수 있다.

300) Hicks v. Chief Constable of South Yorkshire, [1992] 2 All. ER, 65.

301) Admiralty Commissioners v. S.S. America, [1917] A.C. 38.

명예훼손(defamation)소권은 문서, 영화필름 등 영구적(permanent)인 형태로 명예를 훼손한 경우(libel)와 구두 등 영구적이지 아니한 방법으로 명예를 훼손한 경우(slander)로 구별된다. 양자를 구별하는 실익은 libel만이 형사처벌의 대상이 되고(criminal libel), 그 자체 당연히 손해가 인정되며(general damages, actionable per se), slander의 경우 손해배상청구만 가능할 뿐 아니라 구체적인 손해를 증명하여야 한다는 점에 있다(special damages). 자연인뿐 아니라, 법인 등도 이러한 소권을 가진다. 이때에도 위자료 배상이 인정됨은 물론이다. 그 이외에 관련이 있는 소권으로 악의적 허위사실의 공표(injurious/malicious falsehood)가 있으나, 이 소권은 오직 재산적 이익만을 보호하므로 위자료는 인정되지 아니한다. 일체의 “괴롭힘”에 대하여는 Protection from Harrassment Act 1997이 포괄적인 제재수단을 마련하고 있는데, 이에는 위자료도 포함된다.

한편, 영국법상 전통적으로 타인의 주거 등을 유·무형적으로 침범하여 사생활을 침해하는 경우 불법침입(trespass to land)소권으로 보호되고 있고, 이는 본래 재산적 이익을 보호하는 소권이나 그로 인하여 불편을 초래하거나 기타 침해의 태양이 중대하고 인격적 이익이 침해된 경우 위자료 내지 - 뒤에 볼 - 가중적(aggravated) 손해배상이 인정된다. 근래에는 동산침해(trespass to chattels/goods)소권도 그에 담긴 사생활 보호에 쓰이고 있다. 통신비밀 침해에 대하여는 Interception of Communications Act 1985에서 고의에 의한 통신비밀 침해를 형사처벌의 대상으로 하고, Telecommunications Act 1984와 Data Protection Act 1984/1998이 특히 사생활 보호에 초점을 맞추어 제재수단을 마련하고 있다. 특히 1998년 개정 Data Protection Act는 명문으로 손해배상의 범위에 정신적 고통(mental distress)을 포함시켰다.

그러나 영국법상 프라이버시를 보호하는 별도의 일반적 소권은 존재하지 아니한다. 다만, 영국의 판례는 비밀보호(breach of confidence)을 확장하는 방법으로 그로 인한 공백의 상당부분을 메웠다. 이 소권은 당초 보통법상 비밀보호약정 위반에 대하여 인정된 것이지만, 이후 형평법에 의하여 비밀유지의 이익이 있는 자와 사이에 계약관계가 없는 때에도 널리 비밀유지의무가 인정되게 됨에 따라 크게 확장되었다. 비밀유지의무 위반에 대하여도 위자료 배상이 인정된다.³⁰²⁾ 1998년 인권법(Human Rights Act 1998)이 제정된 이후 이를 통하여 독자적인 프라이버시 소권이 인정될 수 있는가가 문제된 바 있으나, 귀족원은 이를 부정하였다.³⁰³⁾

그 이외에 성별, 인종, 장애 등을 이유로 하는 비합리적인 차별에 대하여는 각각 제정 법상 불법행위가 인정되고 있다.³⁰⁴⁾

그러나 생활방해(private nuisance)의 경우 - 그것이 사생활 보호에 쓰일 수 있음은 별론 - 불편이 있다 하여 곧바로(per se) 위자료가 인정되는 것은 아니다. 또한 과실에

302) Cornelius v. De Taranto, [2001] EMLR 12; Campbell v. MGN Ltd., [2002] EMLR 30.

303) Wainwright v. Home Office, [2004] 2 A.C. 406; Campbell v. Mirror Group Newspapers, Ltd. 뒤의 판결에 관하여는 김수정, 민사법학 제31호, 269. 일반적으로 이창현, 위자료, 167 이하.

304) 이창현, 위자료, 178.

의하여 생긴 단순한 정신적 고통은 그것이 건강침해에 이르는 경우에 한하여 배상의 대상이 된다.³⁰⁵⁾

(2) 영국법상 손해배상은 크게 명목적(norminal), 전보적(compensatory), 가중적(aggravated) 및 징벌적 손해배상(exemplary damages)으로 나뉜다. 명목적 손해배상은 그 자체 소구할 수 있는(actionable per se), 즉 손해의 존재도 요하지 아니하는 일정 유형의 불법행위, 가령 battery, assault, false imprisonment, trespass to land, libel 등에서 인정되는데,³⁰⁶⁾ 손해의 존부와 관계없이 매우 적은 금액(£ 1)의 배상을 명함으로써 불법성을 확인하는 기능을 한다. 그러므로 이는 위자료와는 별 관계가 없다.

비재산적 손해배상의 중심은 역시 전보(填補)적 배상에 있다. 다만, 영국법에서는 그 대상이 되는 비재산적 손해를 그 내용에 따라 다시 몇 가지로 구분(이를 heads of damage라 한다)하고 있다.

먼저, 가장 기본적이고 중요한 것으로 - 주로 인신손해에서 문제되는 - 고통(pain and suffering)이 있다. 본래 pain은 신체침해로 직접 생기는 육체적 고통을, suffering은 그로 인한 정신적 고통을 뜻한다. 이는 고통을 느낄 수 있는 능력을 전제하므로 의식이 없는 사람(가령 식물인간)이나 법인에 대하여는 인정되지 아니한다. 기대여명의 감소(loss of expectation of life)가 이에 포함되는가에 대해서는 논란이 있었는데, 귀족원은 Benham v. Gambling 사건 판결에서³⁰⁷⁾ 객관적인 여명 감소 그 자체가 아니라 그로 인하여 생기는 삶의 즐거움의 상실에 대한 배상으로 구성하여 pain and suffering의 배상을 인정하였다. 이후 Administration of Justice Act 1982는 독자적인 손해항목으로서 기대여명 감소를 폐지하는 대신 이를 고통으로 배상받을 수 있도록 하였다.

다음, - 역시 인신손해에서 주로 문제되는 - 삶의 즐거움의 상실(loss of amenities)이 있다. 이는 당초에는 pain and suffering에 포함되어 배상되었으나, 항소원에서 코마 상태가 된 피해자에게 위자료를 부여하기 위하여 Wise v. Kaye 사건 판결에서³⁰⁸⁾ 처음 독자적 손해항목이 되었다.

그 이외에도 주로 인신손해보다는 인격권 침해에서 문제되는 손해항목들이 몇 가지 더 있다. 가령 신체적 완전성에 대한 직접적 공격으로부터 발생하지 아니한 일체의 신체 침해, 곤란 또는 불편은 육체적 불편(physical inconvenience and discomfort)이라는 별도의 손해항목에 해당한다. 일반 과실불법행위(negligence)로부터 생긴 경우에는 배상의 대상이 되나, 생활방해(private nuisance)로부터 발생한 경우에는 배상의 대상이 되지 아니한다.³⁰⁹⁾ 명예훼손(defamation)에서 배상의 대상이 되는 손해는 주로 명성(social credit)이다. 다만, 뒤에 보는 바와 같이 비재산적 손해는 일반손해(general damage)에

305) 이창현, 위자료, 184-185.

306) 그 이외의 경우 가령 negligence, nuisance, slander 등에서는 인정되지 아니한다.

307) [1941 A.C. 157.

308) [1962] 1 Q.B. 638.

309) Hunter v. Canary Wharf Ltd., [1997] A.C. 677.

해당하는데, slander에서는 특별손해(special damage)만 배상의 대상이 되는 결과, slander에 대하여는 위자료가 인정되지 아니하고(즉, 재산적 손해만 배상의 대상이 된다) libel에 대하여만 명성상의 손해에 대한 배상이 인정된다는 점에 주의할 필요가 있다. 끝으로 순수한 감정손해(mental distress)도 별도의 손해항목이다. 다만, 이는 손해증명을 요하지 아니하는("actionable per se") 고의의 신체침해나 명예훼손(libel) 등에 한하여 배상되고, 생활방해나 과실 불법행위 등 그 이외의 경우에는 배상되지 아니한다.

나아가 가해행위가 악의적이거나 공격적이었던 경우에는 전보적 손해배상에 더하여 가중적 손해배상(aggravated damages)이 인정된다. 중대한 과실이 있더라도 과실인 한 가중적 손해배상은 인정되지는 아니하며, 어디까지나 고의여야 한다.³¹⁰⁾

끝으로 징벌적 손해배상(exemplary damages)이 있다. 이는 원칙적으로 법률이 명시적으로 정한 경우, 이익을 얻을 목적으로 한 경우, 공무원이 한 억압행위로 제한되었으나, 오늘날에는 그러한 제한이 상당부분 완화되고 있다.³¹¹⁾

(3) 영국법에서는 위자료 일시금 지급을 명하는 판결만이 가능하고, 정기금 지급을 명하는 판결은 허용되지 아니한다. 이를 lump-sum 원칙이라고 하는데, 비판이 많다.

나. 위자료액의 산정

(1) 영국의 판례는 재산적 손해의 배상은 물론, 비재산적 손해의 배상, 즉 위자료에 대하여도 전적으로 전보(填補)적 관점이 기준이 되어야 한다고 한다. 그러므로 위자료액은 피해자를 피해가 없었을 때의 상태로 만들 수 있는 금액이 되어야 한다. 주관적 손해인 pain and suffering의 경우 그것을 회복시킬 수 있을 정도의 돈(functional approach)이, 객관적 손해인 그 밖의 경우에는 가치 감소분에 해당하는 돈이 기준이 된다.

나아가 영국의 학설은 가중적 손해배상도 전보기능을 한다고 이해한다. 이는 예견할 수 있는 재산적 손해와 사회생활상 불이익 및 가해자의 행위에 의한 감정의 악화를 포괄하는 것으로, 전보적 성격을 띤다고 본다.³¹²⁾ 반면 징벌적 손해배상의 경우에는 제재적 성격을 갖는다는데 이론(異論)이 없다. 전보와 제재가 구별되어 있는 셈이다.

전보적 손해배상액, 가중적 손해배상액, 징벌적 손해배상액은 각각 별도로 산정되어야 하고, 각각의 수액이 판결문에 별도로 표시된다. 그러나 pain and suffering, loss of amenities, loss of social credit 등 개별 손해항목마다 위자료를 나누어 산정하는 것은 아니다. 이러한 전보적 손해배상 내의 손해항목은 비재산적 손해의 내용과 인정근거 내지 그 범위를 구체화하는 기능을 할 뿐이다.

비재산적 손해는 일반손해(general damages)로서, 개별·구체적 증명 없이 산정된다. 일반손해(general damage)는 증명이 필요 없는 손해, 특별손해(special damage)는 개별

310) Kralj v. McGrath, [1986] 1 All. E.R. 54.

311) 이창현, 위자료, 151-152.

312) 이창현, 위자료, 151.

적으로 증명하여야 하는 손해인데, 계약책임과 달리 불법행위책임에서는 비재산적 손해가 증명이 필요 없는 손해에 해당하므로 일반손해가 된다. 특별손해는 재산손해에 한한다.

비재산적 손해액, 즉 위자료액을 정하는 것은 본래 배심의 권한이었다. 그러나 1966년 Ward v. James 사건 판결에서³¹³⁾ 항소원이 인신손해배상 사건을 포함하여 대부분의 불법행위소송을 단독판사 관할로 변경하여 배심재판에서 제외한 이래, 이는 법관의 일이 되었다. 아직까지도 배심의 평결로 위자료가 정해지는 것은 명예훼손(defamation), 악의적 기소(malicious prosecution), 자유박탈(false imprisonment) 및 사기(fraud)뿐이다.³¹⁴⁾

과거 배심이 위자료액을 정할 때에는 법원은 배심의 권한을 존중하여 위자료액에 대하여 거의 통제하지 아니하였다. 그러나 위자료액 산정 문제의 상당 부분이 단독판사에게 맡겨지게 되면서 판례도 위자료 산정기준을 정립하게 되었다. 가장 중요한 것은 위 Ward v. James 사건 판결인데, 위 판결에서는 위자료액 산정의 기본원칙으로 공정성(fair compensation), 통일성(uniformity), 예측가능성(predictability)이 들어졌다. 공정성은 객관적 측면과 주관적 측면을 모두 고려하여야 함(가령 신체활동을 선호하는 사람에게는 신체장애로 인한 위자료가 많이 인정되어야 하고, 의식이 없는 사람도 객관적 측면에 대한 배상은 인정되어야 한다)을 뜻하고, 통일성 및 예측가능성은 유사한 사건의 재판례를 참고하여 공평하게 산정하여야 함("similar decisions in similar cases")을 뜻한다. 다른 판결과 달리 위자료액에 관한 한 법관도 배심도 선례에 구속되지 아니하나, 적어도 선례와 조화가 추구되어야 한다는 것이다. 그 이외에 Jefford v. Gee 사건 판결은³¹⁵⁾ 전보적 손해배상으로서 위자료는 비재산적 손해가 전보될 수 있는 금액이 배상되어야 한다고 함으로써 오직 전보기능만이 고려됨을 분명히 하였다. 그리하여 가해자나 피해자의 재산 등은 위자료액 산정에 영향을 미치지 아니하게 되었다.

이와 같은 변화는 배심재판이 이루어지는 경우 배심원에 대한 지도(instruction)에도 영향을 주었다. 종전에는 배심원에 대한 지도가 매우 제한적으로만 이루어졌으나, 지금은 전보적 및 징벌적 손해배상액에 대한 기준표(tariff)와 - 뒤에 볼 - 항소심 법원이 위자료액을 변경한 재판례를 배심원에게 제시할 수 있게 되었다. 그러나 비슷한 사건에서 배심이 내린 평결을 참조하는 것은 허용되지 아니한다.

나아가 Courts and Legal Services Act 1990과 Rules of Supreme Court, Order 59는 제1심이 전보적 손해배상액, 가중적 손해배상액 또는 징벌적 손해배상액을 과다하게 산정한 경우 항소법원이 제1심 판결을 파기·환송하지 아니하고 파기·자판하여 위자료액을 변경할 수 있도록 하였다.

한편, 종래 가중적 손해배상에 대하여는 "합리적"이기만 하면 족하다는 것이 판례의 입장이었으나, Elton John 사건에서³¹⁶⁾ 귀족원은 위 규정에 터잡아 인정된 금액이 "명백

313) [1966] 1 Q.B. 273.

314) Supreme Court Act 1981 제69조 제1항, County Courts Act 1984 제66조 제3항.

315) [1970] 2 Q.B. 273.

316) John v. MGN Ltd., [1996] 2 All. E.R. 35

하게 과도”하다는 이유로 이를 취소하고 직접 배상액을 정한 바 있고, 이후 Thompson v. The Commissioner of Police of the Metropolis 사건 판결에서³¹⁷⁾ 가중적 손해배상은 £ 1,000 이상, 전보적 손해배상액의 2배 이하여야 하고, 징벌적 손해배상액은 £ 5,000 이상 £ 50,000 이하여야 하며, 징벌적 손해배상액이 실제 손해의 3배를 초과하는 때에는 매우 높은 것으로 보아야 한다고 선언함으로써 이들을 산정하는 실체적 기준을 정립하기에 이르렀다.

(2) 개별적인 위자료액 산정에 관하여는 전보적 손해배상에 국한하여 보기로 한다.

먼저, 인신손해에 관하여는 피해자가 주관적으로 느끼는 고통과 객관적인 가치감소가 모두 고려되어야 한다. 피해자의 취미나 사회적 지위도 이에 영향을 주므로 고려되어야 하나, 가해자나 피해자의 재산상태 등은 고려의 대상이 아니다. 추상(醜相)의 경우 남성과 여성의 위자료를 달리 보는 것이 실무이나, 비판도 유력하다.

인신손해의 배상이 단독판사에게 맡겨지고, 비슷한 사건에서 인정된 위자료액과 균형이 요구됨에 따라 판결집이 간행되었다. 대표적인 예가 1975년부터 간행된 Kemp/Kemp의 The Quantum of Damages이다. 이 책은 loose-lief 형태로 보충되고 수차 개정되어 현재 제4판이 총 4권의 책으로 간행되어 있는데, 그 핵심은 Quantum Reports라고 되어 있는 신체 부위와 상해의 종류에 따라 항목을 나누어 관련 재판례를 정리한 부분이다. 그 전체적인 구성은 독일의 위자료(산정)표와 대체로 비슷하다. 그러나 오늘날 오히려 중요한 참고자료는 사법조사위원회가 발간한 Guidelines for The Assessment of General Damages in Personal Injury Cases이다. 이 작은(전체 80여면) 책자는 1992년 초판이 간행되었고, 2012년 제11판까지 나왔는데, 판결집이 아니라, 판결례들을 종합하고 매우 높은 영국의 물가인상을 등을 고려하여 현재의 시점에서 적절히 수정하여 상해 부위 별로 기준이 되는 위자료액의 범위와 고려요소를, 금액이 많은 유형부터 정리한 것이다. 같은 자료의 서문에 따르면 당초 예상과는 달리 이 자료는 대단히 성공적이었고, 재판실무에서도 유용하게 쓰이고 있다고 한다. 다만 판례는, 기준액은 위자료액 산정의 출발점에 불과하고 그 후 개별적인 평가가 뒤따라야 함을 강조하고 있다.

1

Injuries Resulting in Death (사망에 이르는 상해)

Fatal accident claim sometimes include an element for pain, suffering and loss of amenity for the period between injury and death. In some circumstances the awards may be high.
[이하 생략] (치명적인 사고로 인한 청구는, 상해와 사망 사이의 기간 동안 신체적·정신적 고통과 삶의 즐거움의 상실을 포함하기도 한다. 경우에 따라서는 배상액이 높을 수도 있다.)

317) [1997] 2 All. E.R. 762.

(A) FULL AWARENESS (완전히 의식이 있었을 때) **£ 15,000 to £ 17,000**

Severe burns and lung damage followed by full awareness for a short period and then fluctuating level of consciousness for between four and five weeks, coupled with intrusive treatment. (중증의 화상과 폐 손상을 입은 후 짧은 시간 완전히 의식이 있는 상태에 있었다가 4, 5주간 의식수준이 호전과 악화를 거듭함.)

(B) FOLLOWED BY UNCONSCIOUSNESS (무의식이 된 경우) **£ 7,500 to £ 10,000**

Severe burns and lung damage causing excruciating pain but followed by unconsciousness after 3 hours and death two weeks later; or very severe chest and extensive orthopaedic injuries from which recovery was being made, but complications supervened. (중증의 화상과 폐 손상으로 극도의 고통이 유발되었으나 3시간 후 의식을 잃었고 2주후 사망하였거나; 매우 중한 흉부 및 광범위한 정형외과적 손상을 입어 그로부터 회복되었으나 예상치 못한 합병증이 생김.)

(C) IMMEDIATE UNCONSCIOUSNESS / DEATH AFTER SIX WEEKS (즉시 무의식이 되고 / 6주 후 사망) **£ 6,000**

Immediate unconsciousness after injury, and death occurring after six weeks. (상해 후 즉시 무의식이 되고 6주 후 사망함.)

(D) IMMEDIATE UNCONSCIOUSNESS / DEATH WITHIN ONE WEEK (즉시 무의식이 되고 / 1주 내 사망) **£ 1,000 to £ 2,000**

Immediate unconsciousness, or unconsciousness following very shortly after injury, and death occurring within a week. (즉시 무의식이 되거나 상해 후 매우 짧은 시간 내에 무의식이 되고 1주 내에 사망함.)

2

Injuries Involving Paralysis (마비를 포함하는 상해)

(a) Tetraplegia (also known as Quadriplegia) (사지마비) **£ 232,000 to £ 288,500**

The typical case of tetraplegia attracting an award in the mid-range of this bracket is appropriate for cases

in which the injured person is not in physical pain, has full awareness of their disability, has an expectation of life of 25 years or more, has retained powers of speech, sight and hearing but needs help with bodily functions. At the top end of the bracket will be cases where physical pain is present or where there is a significant effect on senses or ability to communicate. Such cases often involve significant brain damage where degree of insight is a relevant factor: see 2(A)(a). Lack of awareness/significantly reduced life expectancy will justify a below average award. Other factors which will have a bearing on the award will include age, the extent of any residual movement, the degree of independence (if any) whether through the provision of aids/equipment or otherwise, the presence of respiratory issues and depression. (이 난의 배상액의 중간 값을 인정받을 수 있는 사지마비의 전형적 사례는 피해자가 신체적 고통이 없고, 자신의 장애를 잘 인식하고 있으며 25년 이상의 기대여명이 남아 있고, 언어능력, 시각 및 청각을 유지하고 있으나 신체기능에는 도움이 필요한 경우이다. 이 난의 배상액의 상한액에 해당하는 사례는 신체적 고통이 있거나 감각 또는 의사소통 능력에 심각한 영향이 있었던 경우이다. 그러한 사례는 종종 중대한 뇌손상을 포함하는데, 이때에는 분별력이 결정적인 요소이다: 2(A)(a)를 보라. 의식이 없거나 기대여명이 크게 감소한 때에는 평균 배상액 이하의 배상을 인정할 수 있다. 기타 연령, 잔존 운동능력, (있다면) 보조장구 등을 통하여 확보된 독립성 또는 호흡기 문제와 우울증이 고려된다.)

(b) Paraplegia (마비)

£ 156,750 to £ 203,000

The level of the award within the bracket will be affected by the following considerations: (이 난의 배상액 수준은 다음 고려요소의 영향을 받는다:)

- (i) the presence and extent of pain; (신체적 고통의 존재 및 정도)
- (ii) the degree of independence; (독립성의 정도)
- (iii) depression; (우울증)
- (iv) age and life expectancy. (연령과 기대여명)

The presence of increasing paralysis or the degree of risk that this will occur, for example, from syringomyelia,

might take the case above this bracket, as may the presence of other significant injuries. The former might be the subject of a provisional damages order.
(가령 척수공동증으로, 마비가 심해지거나 그렇게 될 위험이 높은 경우, 기타 중대한 상해가 있는 경우에는 이 난 이상의 배상액이 인정될 수도 있다. 전자는 잠정적 배상명령의 대상이 될 수 있다.)

기준표만 보아도 이것이 - 약간의 가공을 거치기는 하였으나 - 기본적으로 재판례의 정리임이 드러난다. 위 표는 남녀 생식기의 장애와 추상(醜相)도 다루고 있다. 최고액은 중증의 사지마비에 대한 £ 288,500(약 5억 원)이다. 연령은 중요하게 고려되지 아니한다.

과거에는 근친자에게 교제의 상실(loss of consortium)에 대하여 위자료를 인정한 바도 있으나, 오늘날에는 법정의 유족보상금이 인정된다. 그 금액은 당초 £ 7,500이었는데, 2002. 4. 1.부터 £ 10,000, 2008. 1. 1.부터 £ 11,800로 상향조정되었다.

기타 인격권 침해에 대하여는 인신손해에 대하여 인정된 위자료가 참조되어야 한다고 할 뿐 일반적인 위자료(산정)표와 같은 것은 없다. 무엇보다도 이 영역에서는 여전히 배심 재판이 행해지고 있고, 배심재판에서 법관은 배심원에게 손해액 산정에서 고려되어야 할 요소에 관하여 지시할 수는 있어도, 직접 적절한 금액을 지시할 수는 없어, 일관성이 확보되지 아니하고 있기 때문이다. 다만, 인신손해에 대하여 인정된 위자료와 균형을 이루어야 한다는 것이 판례이다.³¹⁸⁾ 특히 1998년 인권법 시행 이래 적어도 명예훼손에 대하여는 제 1심 배심의 결정의 “합리성”에 대하여 항소법원이 심사할 수 있게 되어 점차 일정한 기준이 확립될 것으로 기대되고 있다.³¹⁹⁾ 귀족원은 명예훼손에 대하여 £ 275,000의 위자료를 명한 것이 “비합리적”이라면서 이를 £ 100,000로 감액한 바 있다.³²⁰⁾ 그리하여 현재까지 인정된 명예훼손에 대한 위자료의 최고액은 £ 110,000이다.³²¹⁾

2. 미국

가. 위자료가 인정되는 경우

318) Thomson v. Metropolitan Police Commissinoer [1998] Q.B. 498은 불법구금과 부당제소로 인한 전보적 배상액의 산정에 관하여, John v. MGN Ltd., [1997] Q.B. 586은 명예훼손으로 인한 전보적 배상액의 산정에 관하여, Vento v. Chief Constable of West Yorkshire [2002] EWCA Civ. 1871, [2003] IRLR 102.는 차별대우로 인한 전보적 배상액의 산정에 관하여, Bone v. Seale, [1975] 1 W.L.R. 797은 생활방해로 인한 전보재거 배상액의 산정에 관하여 각각 인신손해의 배상액이 참조되어야 한다고 판시하였다. 이창현, 위자료, 187.

319) Funkel, Schuld der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld, S. 223 ff.

320) Ady, Immaterieller Einbußen, S. 41.

321) Rantzen v. Mirror group Newspaper Ltd. [1993] 4 All. E.R. 975.

미국법은 많은 점에서 영국법과 비슷하므로, 간략하게 다루기로 한다.

먼저, 생명침해의 경우 그 수익자(주로 법정상속인이다)에게 생명침해소권(wrongful death)이 부여된다. 당초에는 부양을 받지 못한 손해와 같은 재산손해만이 배상되었으나, 지금은 여러 주에서 가족 등을 잃은 정신적 고통도 배상이 되고 있다(wrongful death statutes).³²²⁾ 이와 달리 피해자 본인의 위자료(pain and suffering)를 인정하고 그것이 상속되는 것으로 구성하는 주도 있다(survival statutes).³²³⁾ 어느 쪽이든 피해자 본인과 근친자의 위자료 청구권을 병존적으로 인정하는 경우는 찾기 어렵다.

다음, 신체침해의 경우에는 피해자 본인에게 비재산적 침해, 전형적으로 육체적·정신적 고통(pain and suffering)의 배상이 인정되고, 성기능이나 취미를 잃게 된 경우 등에는 삶을 즐길 능력의 상실(loss of enjoyment)도 배상되고 있다. 기대여명(loss of life expectancy)의 경우 논란이 많으나 독자적인 손해항목으로 승인된 것은 아니고, 정신적 고통의 증가라는 관점 하에서 고려될 뿐이다.³²⁴⁾ 특히 중상해에 해당하여 근친자가 교제 기회를 잃게 된 때에는 근친자도 그에 대하여 배상(loss of consortium)을 받을 수 있다. 제3자 쇼크손해에 해당하는 경우 배상의 대상이 될 수 있음은 물론이나, 이는 근친자의 배상청구권과 달리 당해 사고의 위험영역 안에 있어야 한다.³²⁵⁾ 단순한 폭행 및 그 미수(assault & battery)의 경우에도 육체적·정신적 고통에 대한 위자료가 인정된다. 성희롱(sexual harassment)이나 스토킹(stalking)도 이에 포함된다.

나아가 불법구금(false imprisonment & false arrest)에 의한 자유박탈에 대하여도 위자료가 인정되고 있고, 이때에는 구금기간과 구금 당시의 상황 등이 중요하게 고려된다. 명예훼손(defamation)이 있을 때에도 위자료가 인정될 수 있다. 사생활 침해에 대하여는 영국과 달리 독자적인 권리(right to privacy)가 인정되고 있고, 이 소권 안에서 위자료 배상도 인정된다. 이러한 인격적 법익 침해 자체에 대하여는 정신적 고통의 유무와 관계 없이 위자료가 인정되고 있다.

그리고 부당고소 및 부당제소(malicious prosecution, wrongful civil litigation)에 대하여도 특별한 사정이 있을 때에는 손해배상책임이 인정될 수 있는데, 이에는 위자료도 포함되며,³²⁶⁾ - 아직 충분히 확립된 법리라고 할 수는 없으나 - 고의의 “괴롭힘”도 독자적인 소권(intentional infliction of emotional distress)으로 인정되고 있다.³²⁷⁾

재산권 침해에 대하여는 정신적 고통이 배상되지 아니하는 것이 원칙이나, 특히 악의적이거나 반복적인 불법침입(trespass to land)의 경우 위자료의 배상을 받을 수 있고,

322) 이창현, 위자료, 206.

323) 두 구성의 중요한 차이 중 하나는 피해자의 과실을 고려할 것인지 여부이다. Shapo, Principles of Tor Law², pp. 416 ff. 이 문제는 근친자의 위자료를 인정하는 다른 법제에서도 똑같이 제기되고 있는 문제이다.

324) 22 AMJUR 2d. Damages, § 235.

325) Dillon v. Legg, 68 Cal.2d 728.

326) 이창현, 위자료, 215-216.

327) Shapo, Principles of Tor Law², pp. 47 ff.

생활방해(private nuisance)의 경우에도 재산손해와 선택적으로 육체적 불편과 같은 정신적 손해의 배상을 받을 수 있다.³²⁸⁾

끝으로, 이른바 헌법적 불법행위(constitutional tort)가 인정되어, 국가가 불법행위를 한 경우 기본권침해에 대한 배상이 인정된다. 가령 선거권이 침해되거나 평등의 원칙에 반하는 처우를 한 경우가 그러한데, 이때의 손해배상도 대개는 비재산적 성격을 가진다.

나. 위자료의 산정

(1) 미국 불법행위법상 비재산적 손해배상은 전보적 손해배상(compensatory damages)과 징벌적 손해배상(punitive damages)으로 구분된다. 영국법과 달리 가중적 손해배상(aggravated damages)은 없다. 각각의 손해액은 각각 별도로 산정되고, 판결에 명시된다. 그러나 전보적 손해배상 내의 손해항목의 구분은 각각의 비재산적 손해의 규율 관점 내지 요건을 밝혀주는 기능을 할 뿐이고, 이들 손해항목에 대해서까지 각각 별도의 수액이 산정되는 것은 아니다.

비재산적 손해는 일반손해(general damages)이므로 그 존재가 증명된 이상 수액은 증명될 필요가 없고 적절히 산정되면 족하다. 육체적·정신적 고통의 경우 주관적 성격을 가지므로 의식이 없으면 손해 자체가 인정되지 아니한다. 그러나 삶을 즐길 능력의 상실은 객관적 성격을 가지므로 의식이 없더라도 배상이 인정된다.³²⁹⁾ 명예훼손의 경우 사회적 평가의 저하라는 손해를 증명하기가 곤란하므로, 공적 관심사에 관한 것이 아닌 이상, 이른바 추정된 손해(presumed damages)의 법리가 적용되어 위자료액을 자유로이 정할 수 있다. 이 법리는 헌법적 불법행위에 대하여도 확장되고 있는데, 양자의 “추정된 손해” 법리가 같은 것인지에 관하여는 논란이 있다.³³⁰⁾

전보적 손해배상액은 손해의 크기에 따라 산정되어야 한다. 다만, 비재산적인 손해의 경우에도 그 산정은 사실인정 문제로써 배심원의 권한으로 되어 있고, 배심원의 평결에 영향을 미치는 것을 꺼리는 미국법의 특성상 법관이 그 구체적 산정방법에 관하여 지시(instruction)하는 일이 거의 없다는 점에 주의하여야 한다. 법관은 각각의 손해가 어떤 의미를 갖는지에 관하여는 설명할 수 있으나, 그 금액의 산정방법에 관하여는 별로 관여하지 아니하고 있다. 그 결과 다른 나라와 비교해보더라도 터무니없이 높은 수준의 다액의 위자료 또는 뒤에서 볼 징벌적 손해배상액이 인정되는 일이 종종 생긴다. 이러한 일은 변호사비용을 각 당사자가 부담해야 하고(이른바 American rule), 성공보수(contingent fee) 약정이 일반적으로 행해지는 미국 민사소송의 특성과도 맞물려 있다. 여러 연구에서 배심이 피해자가 승소하더라도 자신의 변호사에게 지급하여야 할 성공보수액 등 비용을 고려하여 위자료를 증액시키는 경향이 있음이 증명되어, 오늘날 배심이 정하는 위자료에

328) 이창현, 위자료, 225 이하.

329) 이창현, 위자료, 204-205.

330) R.S. Lee, Unwarranted Presumption 참조.

이와 같은 금액이 포함되어 있다는 점에는 별 의심이 제기되고 있지 아니하다.³³¹⁾ 아울러 법관이 다른 사건에서 내려진 배심원 평결액을 알려주는 것은 허용되지 아니하는데, 그 결과 비슷한 사건들 사이의 위자료액의 편차가 크다고 한다.

그리하여 법원은 배심원에게 육체적·정신적 고통을 시간단위로 계산하는 방법(이른바 per-diem formula)을 허가하기도 하고, 배심원으로 하여금 피해자의 입장에 처한 경우를 상정하여 고통에 대하여 어느 정도의 돈을 청구할 것인가를 일응의 기준으로 제시하기도 한다(golden rule argument). 그러나 이들에 대하여는, 각각 그 자체 근거 없는 자의적인 산정방법일 뿐 아니라 위자료액을 지나치게 증액시키거나 감정에 호소하게 될 위험이 있다는 비판이 제기되고 있고,³³²⁾ 그 때문인지 대개는 “합리적” 산정을 명하는 이외의 지시(instruction)를 하지 아니한다고 한다. 그 이외에도 - 배심재판이라는 특성 탓에 - 미국에서는 주로 어떤 지시(instruction)하면 배심원의 위자료 산정이 더욱 적정해질 수 있는지에 관한 - 주로는 심리학적인 - 연구가 활발히 이루어지고 있으나, 법원은 willingness to pay (ex ante)를 묻는 방법 등 그러한 제안 중 상당수를 거부하고 있다.

배심은 평결할 때 결정한 금액만을 실시하면 되고 그 금액을 산정하는 기초를 밝힐 필요가 없다(general verdict).

법관은 배심의 평결액이 과도한 경우 전보적 손해배상이든 징벌적 손해배상이든 이를 감액할 권한(remittitur)을 갖는다. 너무 낮을 때에는 증액하는 것도 가능하며(additur), 다시 배심을 구성하여 평결할 것을 명할 수도 있다.³³³⁾ 그리하여 New York 주 법원은 1989년 사지마비에 대하여 pain and suffering에 대하여 \$ 15,000,000의 위자료를 인정한 평결을 \$ 6,000,000(약 70억 원)로 감액한 바 있고,³³⁴⁾ 잘 알려진 BMW v. Gore 사건 판결에서³³⁵⁾ 연방대법원은 흠이 있는 차를 악의로 판매한데 대한 징벌적 손해배상액으로 \$ 2,000,000는 가해자의 비난가능성과 피해자가 실제로 입은 불이익(전보적 손해배상액 \$ 4,000)에 비하여 과도하다고 한 바 있다. 이 법리는 명예훼손 등 기타 인격권 침해에 대하여도 적용된다. 오늘날 미국에서도 징벌적 손해배상액은 전보적 손해, 즉 실 손해와 합리적 비율이 유지되어야 한다고 보고 있는 것이다.³³⁶⁾

한편, 일부 주에서는 \$ 250,000 정도(적게는 \$ 100,000에서 많게는 \$ 1,000,000에 이른다고 한다)의 위자료(pain and suffering damages) 상한(ceiling)을 법률로 정하고 있으나, 이러한 접근의 타당성에는 여러 의문이 제기되고 있다.

(2) 미국 불법행위법에 관한 한 위자료액의 일반적인 수준 내지 전체적인 수준을 말하기는 어렵다. 앞서 본 바와 같이 배심재판의 특성상 평결액이 어느 정도 들쭉날쭉할 뿐

331) 이는 물론 올바른 해결방법이 아니다. 비판적인 것으로, Abraham, The Forms and Functions of Tort Law³, pp. 220 ff.

332) 이창현, 위자료, 233.

333) Abraham, The Forms and Functions of Tort Law³, pp. 221.

334) Abreu v. City of New York, 7 NYJVR 20, 1. Ady, Immaterieller Einbußen, S. 44.

335) 116 S.Ct. 1589. 이에 관하여는 이창현, 위자료, 229-230.

336) 그러나 전보적 손해액의 수백배에 이르는 징벌적 손해배상이라 하여 당연히 위헌인 것은 아니다.

아니라(가령 같은 상해라도 교통사고로 인한 경우보다 제조물책임이나 의료과오로 인한 경우에 위자료액이 훨씬 높게 나오고 있고, 징벌적 요소도 개입하는 것으로 보인다), 비용이 매우 많이 드는 미국 불법행위소송의 특성상 압도적 다수의 사건이 판결이 아닌 제소전 또는 소송상 화해로 종결되고 있기 때문이다. 그나마 통계적인 분석이 이루어진 것은 - 과다하고 예측하기 어려운 평결액 때문이라고 주장되는 - 일련의 보험위기(insurance crisis)의 대상인 제조물책임과 의료과오책임 정도이다.³³⁷⁾ 미국법에 관하여 실무상 쓰일 수 있거나 쓰이고 있는 위자료(산정)표를 찾는 것은 가능하지 아니하다.

다만, 인신손해에 관한 한 위자료(산정)표를 마련하자는 제안이 - 학설상 - 행해진 바 있다. 가장 널리 알려진 것은 1989년에 발표된 Bovbjerg, Sloan and Blumstein의 공동연구인데,³³⁸⁾ 이 연구도 배심평결 등을 분석하여 산정표를 마련할 것을 주장하고, 그 구체적인 내용 내지 요소를 제안하고 있을 뿐 직접 산정표를 제시하지는 아니한다. 이들은 현재로서는 곧바로 그들이 제안하는 산정표를 마련하기 어렵다는 전제 하에 배심평결에 위자료 산정의 기초가 되는 사실을 실시하도록 하여(special verdict) 좀 더 많은 자료를 수집하면서, 주 입법으로 이러한 비구속적인 산정표를 배심에게 제시하게 하고, 법관이 배심평결을 증액 또는 감액할 때에도 참조하도록 할 것을 제안한다. 이들이 제시한 방법은 세 가지로 나뉜다. 첫째(Award Matrix)는 상해의 정도와 피해자의 연령에 따라 차등화된 위자료(기준)표를 마련하는 것이다. 곧바로 표를 만들 수도 있고, 위 두 변수에 따라 정해진 점수(point value)를 부여한 후 거기에 기준액을 곱할 수도 있다. 기준액은 이전의 배심평결을 분석하여 구하거나 VSL 값을 활용한다. 상해를 9등급, 연령을 6개 연령대로 구분하면 54개의 위자료(기준)액이 도출될 수 있다. 이 기준에 법적 구속력이 있는 것은 아니다. 둘째(Injury Scenarios)는 입법, 재판례 등을 분석하여 전형적인 상해의 사안 유형을 6개의 연령집단별로 구별하고 각각에 대하여 위자료(기준)액을 정하는 것이다. 이 기준에 법적 구속력이 있는 것은 아니다. 셋째(flexible ranges in lieu of caps for non-economic damages)는 기존의 일부 주법상 예외 없는 상한 규정에 갈음하여 상해의 정도와 피해자의 연령에 따라 세분화된 상한과 하한을 정하는 것이다. 이때에는 이를 강행규정으로 하는 것도 가능하고, 법관이 배심평결금액을 증감할 때 표준(standard)으로 활용할 수도 있다고 한다. 세 번째 방법을 제외하면 대체로 다른 나라에서 사용하고 있는 위자료(산정)표와 비슷한 발상이다.

이후의 연구들도 대체로 위 연구의 틀에서 벗어나지 못하고 있다. 뿐만 아니라 위 - 기념비적인 - 연구 이래로 20년이 지난 지금까지도 위 구상조차 실현되지 못하고 있다.

337) 이들은 모두 계약책임과 불법행위책임이 동일 당사자 내지 곧바로 영향을 미칠 수 있는 일정 범위의 당사자 사이에서 병존하는 경우이다. 따라서 여기에서 고액의 pain and suffering damages나 punitive damages가 명해지는 경우 곧바로 제품 내지 서비스의 가격을 인상시킬 가능성이 높다. 앞에서 본 법 경제학적 설명 중 이른바 insurance theory - 즉 소비자는 이러한 보험을 원하지 않을 것이라는 주장은 주로 이 사안유형을 염두에 두고 전개된 것이다.

338) Bovbjerg et al, 83 NW. U. L. Rev. 908. "Valuing Life and Limb in Tort: Scheduling "Pain and Suffering"이라는 제목으로 실렸다.

단순히 주 입법자들이 이 문제에 관심이 없거나 상한액을 정하는데 만족하고 있어서만이 아니라 기본적인 조사조차 제대로 이루어지지 아니하고 있기 때문이다. 가장 기본이 되는 인신손해조차 이러한 상황이니, 기타 인격권 침해에 대하여 별다른 위자료 산정기준을 볼 수 없음 또한 당연하다.

IV. 비교법적 관점으로부터의 시사(示唆)

1. 수직적 적정성

이제 이상의 고찰을 바탕으로 비교법적 관점에서 우리의 위자료액의 수직적 및 수평적 위치가 어떠한지 보기로 한다. 이미 언급한 바와 같이 사망 위자료를 인정하는 예는 외국에서는 거의 찾아볼 수 없다. 따라서 사망을 기준으로 비교할 수는 없다. 다른 한편, 어느 나라나 상해 내지 고통의 정도는 상대적 경중에 따라 고려하고 있다. 그러므로 전체적인 수준을 비교하는데 가장 적합한 것은 가장 높은 수준의 상해, 가령 중증의 사지마비에 대하여 인정된 위자료이다. 그 이외에 가능하다면 통상적인 수준의 명예훼손을 함께 비교하기로 한다. 대부분의 나라에서는 상해 이외의 위자료도 상해 위자료와 상대적 경중을 따져 비례적으로 산정된다. 그러나 상해 사이의 비교가 어느 정도 양적인 문제인 반면, 상해와 기타 인격권 침해의 비교는 다소간 질적인 측면을 갖는다. 특히 우리나라의 경우 상해 위자료의 수준이 지나치게 낮아 기타 인격권 침해에 대한 위자료 수준이 상대적으로 높은 수준일 가능성이 있다. 명예훼손과의 비교는 이 점을 확인하는데 도움이 된다. 이 이외에 근친자의 위자료가 있으나, 이는 인정하는 나라도 있고 인정하지 아니하는 나라도 있으며, 특히 인정하는 나라도 우리를 제외하면 대체로 근친자의 가족관계 내지 가족과의 교제가능성의 상실에 대하여 독자적인 위자료를 인정하고 있으므로 - 따라서 근친자가 많아지면 총 위자료액이 늘어난다 - 이 부분은 비교대상에서 제외하기로 한다. 즉, 아래의 비교에서 우리나라의 위자료액은 근친자의 위자료를 포함한 가단(家團) 전체의 것인 반면, 다른 나라의 위자료액은 근친자의 위자료를 인정하는 경우에도 이를 제외한 값이다.

또한, 각각의 비교대상이 정확히 같은 사안이라고 하기 어려울 뿐만 아니라, 하나의 사안에 대하여 한 법원이 위자료를 산정하는 경우에도 서로 다른 위자료를 정할 가능성이 있으므로, 이는 지금까지의 조사에 비추어 대체적으로 추측할 수 있는 수준을 어림한 것임에 유의하여야 한다.³³⁹⁾

339) 아래 값은 이탈리아를 제외하면 Ady, Immaterieller Einbußen, S. 75ff.에 소개된 여러 나라의 위자료액과 수치는 다르지만 비율은 비슷하다. 수치가 달라진 것은 Ady의 연구보다 이 연구가 최근의 - 증액된 - 위자료액을 참조하였기 때문이다. 이탈리아의 경우 근래 기준액이 빠르게 증액되었다.

	사지마비	명예훼손	2009년 GNI 대비 사지마비 위자료 수준	명예훼손 /사지마비(비)
대한민국	8,000만 원	3,000만 원	1 (GNI=19,830)	0.38
독일	8억 원	5,000만 원	4.7 (GNI=42,450)	0.06
오스트리아	3억 원	3,000만 원	1.6 (GNI=46,450)	0.1
스위스	2억2천만 원	2,000만 원	0.8 (GNI=65,430)	0.1
프랑스	3억 원	3,000만 원	1.7 (GNI=42,620)	0.1
이탈리아	15억 원	·	10 (GNI=35,110)	
영국	5억 원	5,000만 원	3 (GNI=41,370)	0.1
미국	70억 원	·	37 (GNI=46,360)	

먼저, 나라마다 위자료 수준에 편차가 상당히 크지만³⁴⁰⁾ 우리나라의 위자료 수준은 비교대상 국가 중 어느 나라보다도 절대적으로 가장 낮은 수준일 뿐 아니라, 2009년의 1인당 국내총생산으로 나눈 값과 비교해보더라도 스위스를 제외한 대부분의 나라보다 낮음을 알 수 있다. 이탈리아의 신체침해에 대한 가장 높은 수준의 위자료와 비교하면 1/10 수준, 독일의 1/5 수준, 영국의 1/3 수준, 프랑스나 오스트리아의 약 60% 정도에 그치고 있고, - 세계적으로도 이례적으로 높은 수준인 - 미국의 위자료 인정액과는 아예 비교가 불가능하다.

또 하나 주목되는 점은 통상의 명예훼손에 대하여 인정되는 위자료와 사지마비에 대하여 인정되는 위자료 사이의 비율이다. 대부분의 나라는 10% 정도 선에 그치고 있으나, 우리의 경우 거의 40%에 육박한다. 이는 우리 법이 명예훼손의 중요성을 특히 높게 평가해서라기보다는 오히려 신체침해에 대한 위자료의 상한이 낮게 설정되어 있어 그 이외의, 그보다 서열이 낮은 비재산적 법익 침해유형과 중증의 신체침해 사이의 위자료액 구간이 압착(compress)되어 있기 때문일 것이다.

결국 우리나라의 위자료 산정은 생명 및 신체침해에 대한 위자료 상한액이 낮게 설정되어 그 이외의 유형에 영향을 미치고 있을 가능성이 높다.

2. 수평적 적정성

수평적 적정성과 관련하여서는 비교법적으로 인신손해로 인한 위자료액을 차등화함에 있어서 노동능력상실률만을 고려하는 예가 별로 보이지 아니한다는 점이 주목된다. 대개의 나라에서는 피해자의 취미, 성생활, 외모 등에 주는 영향을 진지하게 고려하고 있고, 영구적 상해인 경우 피해자의 연령이, 일시적 상해인 경우 치료에 소요되는 기간이 상해의 정도와 함께 중요한 변수로 고려되고 있다. 이 점에서도 우리의 인신손해 위자료 산정

340) 이 점은 이 문제를 연구하는 국제적 연구자들이 일치하여 지적하는 부분이다.

방식은 지나치게 단순한 측면이 있다고 여겨진다. 사망 위자료도 인정하는 우리의 경우 이러한 통찰은 기대여명이 서로 다르게 남은 사람들 사이의 사망 위자료의 다과에도 영향을 줄 수 있다.

기타 인격권 침해에 대한 위자료의 경우 어느 나라나 나름의 가치기준에 따라 상대적 서열화를 행하고 있고, 어떤 절대적인 답이 존재하는 것은 아니라고 보인다. 그리고 우리의 위자료 산정기준도 - 앞서 언급한 전체적인 압착을 제외하면 - 합리적인 범위를 별로 벗어나고 있지 아니하다고 여겨진다. 다만, 다른 나라에서는 위자료의 문제로 다루지 아니하거나 위자료 배상이 인정되지 아니하는 경우인데, 우리나라에서는 위자료가 인정되는 예가 제법 있고, 특히 실질적인 손해가 무엇인지, 어느 정도의 가치를 가지는지 산정하기 힘들고 오히려 위법 자체를 확인하는데 주된 기능이 있다고 보이는 사안유형의 경우 독일은 손해배상청구를 아예 기각하고, 프랑스나 영국은 상징적 금액의 배상만을 인정하는데 비하여 우리의 경우 상당한 금액(100만 원 내외 등)을 배상하고 있다는 점이 눈에 띈다.

제4장 위자료액 산정의 개선방안

I. 위자료 항목의 세분화

1. 비재산적 손해의 다양성

민법 제751조, 제806조는 비재산적 손해 일반을 ‘정신상 고통’으로 규정하는 것처럼 읽힐 수 있다. 국가배상법 제3조 제5항은 생명·신체침해로 인한 피해자 본인 내지 근친자의 위자료 청구권을 ‘정신적 고통’으로 규정하고 있다. 판례도 기본적으로 위자료는 정신상 고통에 대한 것이라고 본다. 그러나 다른 한편 대법원 판례나 하급심의 재판례를 살펴보면, ‘정신적 고통’이 있다 하여 늘 위자료가 인정되는 것도 아니고, 반대로 정신상 고통이 없다 하여 늘 비재산적 손해배상이 부정되는 것도 아니다. 정신상 고통이라는 사실적 요소는 비재산적 손해배상의 필요조건도 충분조건도 아니라는 것이다. 비재산적 손해배상 중에는 어떻게 해도 정신상 고통으로 환원하기 어려운 부분도 있고, 단순히 정신상 고통이 있다 하여 늘 위자료를 인정할 수도 없다. 적어도 규범적 제한과 확장이 필요하다.

나아가 비재산적 손해를 일반적으로 정신상 고통으로 규정할 수 있는 경우조차도 그 존부와 정도가 늘 실제로 주장·증명되는 것은 아니다. 판례와 하급심 실무는 일정한 외적 사실관계로부터 내적 고통을 경험칙상 추론하는데 그치고 있다. 이러한 방식으로 인정된 ‘정신상 고통’이라면 사실적 개념이 아닌 규범적 개념, 가령 비재산적 법익의 침해로 대처 하여도 별 문제가 없다.

물론 그렇다고 하여 정신상 고통이 무의미하다고 볼 수는 없다. 특히 정신상 고통이 큰 경우에는 당해 사실관계에서 전형적으로 기대될 수 있는 위자료보다 고액의 위자료가 인정될 가능성이 없지 아니하다. 비교법적으로도 - 학설상으로는 논란이 있지만 - 대체로 이러한 경우 위자료의 증액을 인정한다.

결국 비재산적 손해에는 적어도 주관적·내적 성격을 갖는 정신적 고통과 객관적·외적 성격을 갖는 비재산적 법익 침해의 두 유형이 포함되어 있음을 인정하여야 한다. 비교법적으로 보더라도 독일, 오스트리아, 스위스 등에서는 위 두 유형의 비재산적 손해를 인정

하고 있고(물론, 그 중 주관적·내적 성격을 갖는 정신적 고통에 대하여는 배상의 대상이 되는지 여부부터 그 객관화까지 여러 논의가 이루어지고 있다), 영국, 미국 등에서는 고통 이외에 삶의 영위 가능성의 침해, 성적 손해, 명성의 침해 등 여러 손해항목이 구분되고 있다. 프랑스와 이탈리아는 아예 손해를 재산손해, 비재산손해, 인신손해로 나누고, 인신손해 중에서 주관적 성격을 갖는 고통, 객관적 성격을 갖는 일시적·영구적 능력상실, 추상(醜相) 및 성적 손해 등을 세세하게 구분하고 있다.

2. 위자료 항목의 세분화

그러나 나아가 위자료 항목을 세분하여 수액을 구분 산정할 것인가는 별개의 문제이다.

우리 재판실무는 인신손해에 대하여는 위자료 항목을 세분하지 아니하고 단 하나의 위자료액을 정하고 있고, 기타 인격권 침해의 경우 가령 명예훼손, 사생활 침해, 초상권 및 음성권 침해 등 개별 청구권원에 대하여 각각 별개의 위자료액을 정하고 있다. 실체법상 이들 각각을 별도의 권리로 보고 절차법상 구소송물이론(실체법설)을 취하는 한 이들 각 항목에 대하여 처분권주의와 불이익변경금지의 원칙이 적용되어야 하므로, 각각 별개의 청구 및 인용/기각금액을 특정하고 있는 것이다.

문제는 이처럼 세분하는 것이 반드시 적정한 위자료액 산정을 보장하지 못한다는 점이다. 하나의 사실관계가 명예훼손도 되고 사생활 침해도 되며 초상권 및 음성권 침해도 되는 경우가 있다. 피해자로서는 당연히 주장할 수 있는 모든 관점을 다 주장하려 하게 마련이다. 판례에 따르면 법원은 이들 각각의 청구권원에 대하여 별개의 위자료액을 산정하여야 한다. 그런데 실제로 이들은 하나의 침해이고, 내용상 명예훼손 하나의 관점에서 파악해도 그 평가요소가 충분히 파악될 수 있다. 그리하여 명예훼손에 대하여 4,000만 원의 위자료가 적정하다면, 나머지 사정을 다 고려하더라도 여전히 4,000만 원의 위자료로 충분할 수 있다. 그럼에도 불구하고 명예훼손, 사생활 침해, 초상권 및 음성권 침해에 대하여 각각 별개의 위자료를 산정해야 한다면 이때에는 세 가지 경우가 생기게 된다. 첫째, 명예훼손 4,000만 원, 사생활 침해 1,000만 원, 초상 및 음성권 침해 각 250만 원 합계 5,500만 원의 위자료를 인정하는 방법, 둘째, 명예훼손 4,000만 원, 사생활 침해 1,000만 원, 초상 및 음성권 침해 각 250만 원을 인정하되 당해 사안의 경우 사생활 침해와 초상 및 음성권 침해가 모두 명예훼손에 포함되어 있다고 보아 총 위자료는 4,000만 원만 인정하는 방법, 셋째, 명예훼손 3,000만 원, 사생활 침해 800만 원, 초상 및 음성권 침해 각 100만 원 합계 4,000만 원의 위자료를 인정하는 방법이 그것이다. 첫 번째 방법은 결과적으로 부당하고 부적정한 위자료 산정이 이루어진다는 문제가 있다. 두 번째 방법은 논리적으로 옳을 수 있으나 결국 여러 비재산적 손해항목 사이에 어떤 것과 어떤 것이 어느 범위에서 중첩되는지를 정해야 한다는 문제가 있다. 너무 복잡할 뿐 아니라 가령 위 사안의 경우 논리적으로는 객관적·선택적(또는 부진정 예비적) 병합에 해당하므로 명예훼손을

제외한 나머지 청구는 - 원고는 주장하였으나 - 명예훼손에 터 잡은 청구를 인용하는 한
 아예 판단하지 아니하여야 하는데 이는 비재산적 손해항목 사이의 중첩 여부와 중첩되는
 범위에 관한 판단이 그때그때 보는 관점에 따라 달라질 수 있다는 점에 비추면 자칫 판단
 유탈의 위험이 될 위험을 초래한다. 그리하여 원고가 끝까지 위 세 권리를 모두 주장하는
 경우 법원이 취할 수 있는 가장 합리적인 방법은 세 번째 방법이 된다. 그러나 이때에는
 각각의 손해항목에 대하여 인정된 위자료는 사실은 전체적으로 평가된 금액을 적절하게
 배분한 것에 불과하여 그 자체 어떤 일관성도 찾을 수 없을 것이고, 여전히 이들을 합산
 한 전체 금액만이 비교의 대상이 될 수 있고 어느 정도 일관성을 확보할 수 있을 것이다.
 이 경우 손해항목의 구분은 위자료 산정의 적정성에 기여하기는커녕 오히려 방해가 되고
 왜곡 내지 혼돈을 초래하게 된다. 사정은 인신손해의 경우도 마찬가지이다. 단순히 주관
 적·내적인 정신적 고통과 객관적·외적인 인격발현의 가능성 침해로 구분한다 하더라도,
 고통이 크면 대개 인격발현의 가능성에도 영향을 줄 수밖에 없다는 점에서 양자가 전혀
 무관하지 아니하다는 점이 문제가 된다.

이러한 문제는 다음 두 가지 사정과 관계되어 있다. 첫째, 비재산적 법익들은 본래 「
 인격」이라는 하나의 원(原)권리의 여러 전개양상들에 불과하여 본래 각각이 포착하는 측면
 사이에 중첩이 있을 수 있다. 그런데 이때 재산적 법익과 달리 개개의 이익이 유형물에
 부착되어 구분되어 있지 아니하므로 중첩되는지 여부와 중첩되는 범위의 판정이 어려울
 뿐 아니라, 보는 관점에 따라 서로 다른 결론이 나오는 것이 오히려 당연하여 모두에게
 공통적으로 적용될 만한 경계를 설정할 수 없다. 둘째, 비재산적 법익을 금전적으로 평가
 하는 작업에는 - 적어도 이념적으로는 - '제반 사정'이 종합적으로 고려된다. 그리하여
 손해항목들이 어느 정도 독립적이어서 중첩이 별로 없다 하더라도 한 손해항목을 금전적
 으로 평가하는 과정에서 다른 손해항목에서 평가되어야 할 요소가 '제반 사정'으로 암암리
 에 고려되는 것을 막기 어렵다. 그 결과 중복평가의 문제가 생긴다. 위자료에 관하여 과실
 상계 등을 따로 하지 아니하고 모두 위자료액 산정과정에서 '제반 사정'으로 고려하여야
 한다고 보는 것도 바로 이 점 때문이었다. 하나의 종합적인 판단과정에서 한 두 요소만을
 의식적으로 떼어내어 나중에 별도로 평가하는 것이 잘 이루어지기는 어렵다.

서로 다른 비재산적 손해는 비재산적 손해의 존부와 정도를 평가할 때 어떤 잣대를
 쓸 것인지에 관한 서로 다른 관점을 의미할 뿐이다. 비재산적 손해에 여러 측면이 있다는
 인식 자체는 매우 중요한 것이기는 하나, 이를 위자료 산정의 대상이 되는 항목을 나누는
 데까지 관철하기는 어렵다.³⁴¹⁾ 비교법적으로 보더라도 비재산적 손해를 일원적으로 파악
 하고 그 안에서 다양한 관점을 고려하는 독일, 오스트리아, 스위스는 물론, 손해항목
 (heads of damages) 자체를 세분하고 있는 영국, 미국 등에서도 위자료액은 구분하여

341) 가령 삶의 영위 가능성의 손해(loss of enjoyment of life)는 그에 대하여 별도의 손해액을 정하기
 위하여 발전된 것이 아니라 의식이 없어 고통(pain and suffering)을 느낄 수 없는 사람에 대하여
 위자료를 인정하기 위한 '근거'로서 발전된 개념이다.

산정하지 아니한다. 프랑스와 이탈리아에서 위자료액을 손해항목별로 세세하게 구분하여 산정하고 있기는 하나, 이는 사회보험법상 구상 및 대위의 범위를 한정하거나 비재산손해의 배상을 지나치게 좁게 인정한 법률의 흠을 극복하기 위한 것으로, 위자료 산정의 적정성과 직접 관계가 없었다. 그리고 이처럼 복잡한 체계 안에서 적정한 (총) 위자료를 도출하기 위해서는 - 지나칠 정도로 - 복잡한 위자료 산정체계가 발전되어야 한다. 굳이 이를 따를 이유가 없다.³⁴²⁾ 오히려 기타 인격권 침해에 대하여 침해된 권리, 즉 손해항목별로 별도의 청구액과 인용액을 정하는 것이 - 그 결과에 있어서는 - 불만족스럽다.³⁴³⁾

II. 위자료액의 산정 방법

1. 전보(填補)적 측면에 비추어 본 위자료 산정의 절대적·상대적 적정화

가. 절대적 수준

(1) 우리 재판실무, 특히 하급심 실무는 위자료액을 산정함에 있어 인신손해이든 그 이외의 손해이든 확고하게 전보적 관점, 즉 피해자에게 발생한 비재산적 손해의 크기가 어느 정도인가를 기준으로 삼고 있다고 보인다. 책임성립요건의 충족 여부가 다소간 애매한 사안인지 아니면 명백하게 충족되는 사안인지, 가해자의 귀책정도가 어떠한지, 가해자와 피해자의 재산 기타 경제상황이 어떠한지 등은 거의 고려되지 아니하고 있다. 이러한 태도는 비교법적으로도 상당히 일반적이다. 가해자의 귀책정도를 제외하면 전보(填補)와 무관한 요소는 대부분의 나라에서 중요하게 고려되고 있지 아니한다. 위자료의 핵심 기능은 어디까지나 - 실제 돈으로 손해를 복구할 수 있다는 의미가 아니라 - 손해의 크기에 유비적으로 대응한다는 의미에서 - 전보(填補)에 있다.

이러한 관점에 서는 한 가장 중요한 문제는 위자료의 절대적 수준, 특히 인신손해의 위자료 상한이다. 이것이 다른 경우의 위자료액을 정하는데 일응의 척도로 기능하기 때문이다. 바로 이 점이 우리 위자료 산정실무에서 가장 불만스러운 부분이기도 하다.

법 이론적으로 위자료 산정은 법관의 형평판단, 말하자면 “감(感)”에 맡겨져 있다. 비재산적 손해는 그 자체 재산가치에 의하여 사후에 복구될 수 없으므로 직접 그 금전가치를 산정할 수 없다. 판례·학설은 이러한 불가능한 일을 법관의 “형평감각”에 맡겼다. 그런데 우리의 경우 그 절대적 수준을 정하는 기준이 되는 상해 및 사망 위자료액을 - 개개

342) 프랑스에서도 학설상 이처럼 파열되어 있는 비재산적 손해를 종합하려는 노력이 이루어지고 있다. Tunc, La sécurité routière, n° 49 et suiv.; Viney et Jourdain, Les effets de la responsabilité, n° 145 등.

343) 그러나 이는 무엇보다도 소송물이론의 변화를 통하여 해결되어야 할 문제인데, 소송물이론의 변경은 위자료의 문제를 뛰어넘는 복잡한 문제이므로, 이 연구에서 이 문제에 관하여 별도의 제안을 할 수는 없다.

의 법관이 개별 사안에 응하여 느끼는 바에 따르지 아니하고 - 일종의 법관공동체의 합의에 의하여 8,000만 원으로 정하고 있다. 지난 몇 년간의 이 상한액의 급격한 인상과 기타 인격권 침해에 관하여 간헐적으로 균형이 맞지 않는 높은 금액의 위자료가 인정된 예 및 지난 몇 년간의 상한액의 급격한 인상에도 불구하고 다른 인격권 침해의 위자료액이 동반 상승하지 아니한 점은 법관들은 이 금액이 “공평하고 적정”하기에는 너무 낮다고 느끼고 있고, 그 결과 기타 인격권 침해에 대한 위자료의 상한과 상해 위자료의 상한 사이 구간이 상당히 압착(compress)되어 있을 가능성이 있음을 시사한다. 다른 한편 경제학적으로 사전적 trade-off를 이용하여 역산하는 방법으로 산정된 생명의 평균적/통계적 가치(Value of statistical life)도 - 이 산정결과에 매우 불확실한 점이 많음을 고려하여 보수적으로 잡더라도 - 현재의 위자료 상한액을 최소한 100% 인상한 금액을 시사하고 있다. 비교법적으로 우리의 위자료 수준은 1인당 국내총생산 수준에 비추어도 대체로 다른 나라보다 상당히 낮은 수준이고(이는 아울러 다른 나라에 비하여 인신손해의 경우 비재산손해액/재산손해액의 비율이 매우 낮음을 뜻한다), 상해 위자료의 최고액 대비 통상의 인격권 침해 위자료의 비율도 이례적으로 높은 편으로, 앞서의 추정을 뒷받침한다.

결론적으로 현재 위자료의 상한으로 기능하고 있는 8,000만 원은, 적어도 2013년의 우리 경제·사회현실과 국민이 비재산적 이익에 대하여 부여하는 가치수준에 비하여 지나치게 낮은 수준이라고 보인다. 그 인상이 필요하다. 이를 인상하는 경우 기타 인격권 침해의 위자료 수준도 다소간 동반 상승할 가능성이 있다. 그러나 그 인상폭은 생명·신체의 침해보다 훨씬 낮을 것으로 예상된다. 주로는 압착된 구간이 넓어지는 결과가 될 것이다.

(2) 위자료의 절대적 수준의 인상에 대하여는 제기되는 우려 내지 반론 중 가장 흔한 것은 그것이 보험실무에 미칠 영향이다.

그러나 경제학적으로 위자료액 산정이 들쭉날쭉한 경우에는 보험업의 영위가능성 및 보험가입자의 부보(附保)가능성에 악영향을 미쳐 사회적으로 상당한 비용을 발생시키지만, 위자료 산정기준이 어느 정도 안정되어 있는 경우 그 수준을 상향조정하는 것은 영향이 반드시 크다고 할 수 없다. 미국(및 일부 주장에 따르면 오스트레일리아)의 이른바 보험 위기(insurance crisis)는 앞서도 본 바와 같이 그 금액이 터무니없이 크고 예견하기도 어려운 미국 불법행위소송의 특수한 상황과 관계된 것으로서, 그 이외의 나라에서는 어느 곳이나 존재하지 아니하거나 찻잔 속의 태풍도 되지 못하였다. 위자료액을 현재보다 상당한 정도로 증액시키더라도 지금도 보험사가 부담하고 있는 재산손해액에 비하여 큰 규모 내지 비중을 차지할 정도가 되지는 못한다. 그 정도의 인상으로 경제·사회적으로 효율적인 행위가 억제되거나 냉각되리라고 볼 수는 없다. 더구나 가장 기본이 되는 자동차종합보험의 경우 매년 체결하는 것이 확고한 보험실무이므로, 위자료액의 증가는 약관에 의한 보상범위의 제한 이외에 - 필요한 경우 - 보험료의 인상으로 충분히 대비할 수 있다.

나. 상대적 서열화

(1) 다음으로 상대적 서열화 내지 차등화에 관하여 본다. 여기에서도 개선이 시급한 부분은 인신손해에 대한 위자료이다.

현재의 위자료 산정실무는 모든 사람에 대하여 8,000만 원이라는 기준액을 동일하게 설정하고 여기에 노동능력상실률만을 고려하고 있다. 그러나 이는 최소한 두 가지 점에서 문제이다.

첫째, 주관적인 고통이든 객관적인 인격발현 가능성의 제약이든 적어도 시간적 요소와 관계없이 손해의 크기가 정해질 수는 없다. 우리 실무상으로 이 점이 잘 드러나는 것은 이른바 한시장해의 위자료액 산정방법이다. 일응 10년의 기간을 기준으로 설정한 현재의 실무가 결과적으로 부당한 것은 아니지만, 이로부터 우리의 위자료 산정기준이 시간을 전혀 고려하지 아니하고 있고 그 결과 문제가 생겼음을 간취할 수 있다. 비교법적으로도 거의 대부분의 나라에서 영구적 인신손해로 인한 위자료 산정에 피해자의 연령(바꾸어 말하면 그의 기대여명)을 고려한다. 가장 단순한 위자료산정기준조차도 상해의 정도와 연령을 변수로 삼고 있다. 일시적 인신손해의 경우 우리의 보험실무와 국가배상법 시행령의 기준은 모두 요양기간을 고려하고 있고, 비교법적으로도 이를 고려하는 예가 매우 많다. 위자료 산정에 연령 내지 기간 요소가 반영되어야 한다.

둘째, 노동능력상실률이 비재산적 손해의 정도를 적절하게 반영하고 있는가 하는 점이다. 본래 노동능력상실률은 말 그대로 소득감소, 즉 재산적 손해의 크기를 측정하기 위하여 마련된 수치이고, 그런 만큼 직군(職群)에 따라 상해의 영향이 상이하게 판단되도록 되어 있다. 물론 노동능력이 줄어 소득이 줄게 되면 그 자체 자신의 인격발현 가능성도 직·간접적으로 영향을 받게 되고, 나아가 정신적 고통도 생기게 마련이다. 일반적으로 무능력도와 주관적 고통, 삶의 영위가능성의 감소정도에 상당한 범위에서 동조성(同調性)이 나타나는 것도 사실이다. 이 점에서 노동능력상실률이 비재산적 손해의 크기와 무관하다고 할 수는 없다. 그러나 노동능력상실과 관계되지 아니하지만 중요한 비재산적 손해의 크기도 분명히 있다. 가령 사망과 노동능력 100% 상실의 상해가 같은 정도의 침해라고는 도저히 말할 수 없다. 추상(醜相)은 반드시 노동능력을 상실 또는 감소시키지는 아니하지만 인격에 큰 상처를 준다. 유방절제나 발기부전 기타 임신불능도 마찬가지이다. 본 연구의 대상은 아니지만 이혼도 노동능력상실로는 환원될 수 없는 고통을 준다. 노동능력상실이 직군(職群)에 따라 달라질 수 있다면 삶의 영위가능성 내지 객관적 인격발현가능성의 상실은 취미 내지 여가로 조깅, 등산, 골프, 요트, 사교댄스 등을 즐기던 사람인지 여부에 따라 달라질 수 있다. 이들 중 주관적 고통의 크기에 대하여는 개별적인 의학·심리학적 감정이 가능하다. 그러나 소송과 관계된 상황(litigation-related-situation)인지 여부에 따라 허위·과장보고가 생길 유인이 크고, 이를 적절히 통제하기도 어렵다는 문제가 있다. 반면, 일반적·평균적 수준의 주관적 고통 내지 객관적 인격발현가능성의 상실은 - 현재는 우리나라 국민의 평균적 수준에 관한 연구가 없지만 - 체계적 연구를 통하여 산정기준을 정립하는 것이 가능하다. 이를 반영한 새로운 기준이 필요하다. 최근 유럽연합도 - 직접

위자료 산정기준을 마련한 것은 아니지만 특히 교통사고 등에서 인정되는 위자료의 통일을 기하기 위한 기초 작업 중 하나로 - 상해 정도에 따른 - 노동능력이 아닌 - 일반적 능력감퇴의 정도를 평가한 보고서를 발간한 바 있다.³⁴⁴⁾ 대법원은 수년 전부터 종래의 McBride 노동능력상실률표를 대체할 새로운 노동능력상실률 산정방식을 준비하고 있는 것으로 알려져 있는데, 비재산적 능력에 관하여도 같은 종류의 작업을 할 필요가 있다.

그렇다면 이때 주관적·내적 정신상 고통과 객관적·외적 인격의 발현가능성의 제약 중 무엇이 기준이 되어야 하는가. 판례는 전자를 기초로 삼고 있지만, 실제로 개개인의 고통의 크기를 따지는 것은 아니고, 종종 후자도 고려대상이 될 수 있음을 명언하기도 한다. 비교법적으로 보더라도 판례와 지배적인 학설은 양자 모두를 고려하지만, 개개인이 주관적으로 느끼는 실제 고통보다는 경험직상 객관적으로 예상되는 고통과 객관적인 비재산적 법익침해의 정도를 확고한 기초로 삼고 있다. 주관적 고통은 특히 큰 경우에 한하여 증액요소로 고려될 여지가 있을 뿐이다. 앞서 본 바와 같이 현실적으로 개개인의 주관적 고통의 크기를 일일이 감정하여 평가하기가 곤란하고, 그와 같이 하는 경우 일관성과 사법에 대한 신뢰를 저해할 위험도 있다는 점에서 이러한 실무에는 수긍할 바가 있다. 다른 한편, 이론적으로 둘 중 어느 것이 고려되어야 하는가는, 전적으로 가치결정의 문제이다. 이미 앞서도 시사한 바와 같이 개개의 불법행위의 유형에 따라 그때그때 고려되는 정도와 범위가 달라질 수 있다. 이를 구체화해가는 것은 - 일종의 내적 법형성(Rechtsfortbildung) 내지 법구체화에 해당하고 준입법작용이므로 - 기본적으로 (최고법원) 판례의 과제이다.

나아가 이상과 같은 보완을 전제로 사망 위자료도 재고되어야 한다. 먼저, 연령 내지 시간을 위자료 산정에 고려하는 이상 사망 위자료도 기대여명(life expectancy)에 따라 달리 산정되어야 한다. 또한 주관적 고통을 위자료 산정에 고려할지 여부에 따라 즉사와 즉사가 아닌 경우의 사망 위자료를 달리 정할 여지가 있고, 사망 위자료를 반드시 상해 위자료와 같거나 그보다 높게 산정할 필요도 없게 된다. 비교법적으로도 이러한 태도가 일반적이고, 근친자의 위자료와 비교적 짧은 기간 내에 사망한 피해자 본인의 위자료를 둘 다 행사할 수 있는가(미국) 아니면 하나만 선택적으로 행사할 수 있는가(스위스) 정도의 차이를 보일 뿐이다. 물론 이와 같은 변화는 똑같은 생명인데 가령 나이에 따라 다른 “값”이 매겨진다는 다소 불편한 결과를 초래할 수 있다. 사실 이러한 문제가 생긴 까닭은 우리 판례가 비교법적으로 다소 이례적인 상속구성(相續構成)을 취하고 이를 위자료까지 연장시켰기 때문이다. 사망 위자료 자체를 인정하지 아니한다면 이러한 문제는 발생하지 아니한다.

(2) 기타 인격권 침해에 대한 위자료의 경우 생명·신체침해에 대한 위자료와의 균형 및 여러 침해유형 사이의 상대적 서열화는 어느 정도 그 나라의 문화와 가치에 의존하는

344) Entwurf eines Berichts mit Empfehlungen an die Kommission zu einer europäischen Tabelle zur Bewertung der Beeinträchtigung der physischen und psychischen Integrität (2993/2130(INI)), 27. August 2003.

것이므로 어떤 정답이 있는 문제는 아니다. 그러나 우리 실무의 상대적 서열화는 - 앞서 언급한 통상 기타 인격권 침해에 대하여 인정될 수 있는 위자료액부터 그 이상의 위자료가 인정되는 고도의 상해까지 사이 구간의 압착을 제외하면 - 대체적으로 합의할 수 있는 내용의 것이라고 생각된다.

기타 인격권 침해의 각 유형 내에서 그 침해 정도에 따라 위자료액을 적정하게 차등하려면 어떤 요소를 어떻게 고려하여야 하는가 하는 점은 각각의 침해유형에 응하여 결정하는 수밖에 없다. 이 연구에서는 명예훼손과 성적 자기결정권 침해의 경우 명예훼손의 정도, 성적 자기결정권 침해의 정도를 정하는 요소를 통계적 방법으로 추출하였다. 그러나 이미 이 작업에서 분명해진 것처럼 이러한 요소의 대부분은 고도의 질(質)적 평가를 전제한다. 이를 지수(指數)화한다 하더라도 그 지수 평가의 방법은 결국 개별 사건을 판단하는 법관과 법관 공동체 내에서 비공식적으로 공유되는 수밖에 없다.

2. 기타 고려요소

가. 제재, 징벌 내지 예방적 요소

(1) 전보(填補) 외에 가장 많이 논의된 것은 제재, 징벌 내지 예방적 요소이다.

위자료가 전보(填補)가 아니라 제재에 기여한다거나 적어도 전보와 함께 제재기능을 갖고 있다는 주장에는 거칠게 말하여 두 판본이 있다. 하나는 비재산적 손해의 경우 금전으로 손해를 복구할 수 없으므로 전보를 말할 수 없고 결국 제재를 목적으로 할 수밖에 없다는 것이고, 다른 하나는 보다 적극적으로 제재 내지 징벌적 요소가 고려되어야 한다는 것이다. 우리나라에서 주장된 학설의 다수는 앞의 유형에 속한다.

앞의 유형의 학설은 기본적으로는 논리적으로 위자료는 사적 제재일 수밖에 없다는 뜻이므로, 위자료 산정에 큰 함의를 갖지 아니한다. 그러나 뒤의 유형의 이해에서는 제재 내지 징벌적 요소가 위자료 산정에 어느 정도 함의를 가질 수 있다.

판례는 항공기 사고와 국가에 의한 중대한 인권침해에 대하여 위자료의 제재, 징벌 및 예방적 요소를 인정한 바 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 항공기 사고로 인한 비재산적 손해(특히 인신손해)의 위자료액을 예외적으로 고액으로 한 것은 우리의 인신손해 위자료액의 상한이 지나치게 낮아 이에 따르는 경우 현저히 부당할 정도로 피해자들 사이의 균형이 깨지게 되었기 때문이고, 제재, 징벌 및 예방적 요소와 별 관계가 없다. 국가에 의한 중대한 인권침해의 경우는 매우 특수한 사안유형으로 별도의 고려가 있다고 보이고, 이 또한 어쨌든 제재, 징벌 및 예방과 반드시 관계가 있다고 생각되지는 아니한다. 그 밖의 일반적인 사안유형에서 제재, 징벌 또는 예방적 요소는 별 기능을 하지 못하고 있다. 가해자의 귀책정도와 재산상태가 위자료액에 별 영향을 미치지 아니하고 있는 것도 이와 관련되어 있다.

이러한 태도에 반대할 까닭은 없다고 보인다. 제재, 징벌 및 예방적 요소의 scala와 전보적 요소의 scala는 전혀 별개이고, 체계적인 연관성이 없다. 전보적 요소와 제재적 요소를 동시에 또는 중첩적으로 고려하는 경우 위자료 산정의 일관성을 기하기는 훨씬 더 어려워진다. 민사책임과 형사 및 행정상 책임을 구별하고 있는 오늘날의 법체계에서 제재, 징벌 및 예방적 요소는 원칙적으로 형사 및 행정상 책임으로 추구되어야 하는 것이기도 하다. 가해자와 피해자 개개인의 권리행사에 맡겨져 있는 민사책임이 이를 함께 추구하는 경우 전체 제재의 양은 더더욱 무정부적이 되고 최적 법집행(optimal law enforcement)과 더 멀어질 수도 있다. 현행법은 위자료의 배상을 어디까지나 손해배상으로 규정하고 있고, 민사책임과 형사책임을 엄격하게 구별하는 전제 하에, 바로 그 분리가 완성된 시기의 이념에 따라 제정되었으므로, 법관에게 그와 같은 일까지 위임하였다고 보이지도 아니한다. 민사법이 예외적으로 제재적 요소를 포함할 수 있음은 분명하나, 위자료 일반에 관하여 제재적 요소를 포함시키는 것은 정책적으로도 규범적으로도 정당화되지 아니한다.

(2) 물론 - 일종의 사실진술로서 - 위자료액 산정에 제재, 징벌 내지 예방적 요소가 어느 정도 개입할 수 있음은 부정하기 어렵고, 또 어쩔 수 없는 일이다. 이는 무엇보다도 위자료 산정의 전체적·종합적 판단으로서의 성격에서 비롯된다. 위자료 산정과정은 재산적 손해액의 산정과정과 같이 확고한 요건사실에 규범적 판단원칙을 적용하는 판단과정을 여러 단계 순차로 거쳐 이루어지는 것이 아니라 - 부분적으로 덜 확립되어 있을 수 있는 - 전체적·포괄적인 상(像)을 형평감각(이에 일정한 평가요소가 포함되어 있음은 물론이다)에 비추어 음미하여 한 번에 금액을 산출하는 방식으로 이루어진다. 이러한 종합적 판단과정에서 특히 제재, 징벌 내지 예방적 요소를 아예 배제하는 것은 종종 매우 어렵거나 불가능한 일이고, 가사 그렇지 아니하다 하더라도 개개의 사건의 정의를 추구하는 법관이 언제나 넘고 싶고, 상급심 등에서 잘 통제되지도 아니하여 쉽게 넘을 수 있는 제약이다. 그 앞 단계의 여러 판단이 법 도그마틱적으로, 일반적·추상적 법이념에 따라 이루어지는 과정에서 계속하여 그 개입이 유예되어온 법관의 구체적 형평감각이 이 단계에서 개입할 가능성이 높다. 이 점에서 위자료 산정에는 형사책임에서 양형단계와 유사한 측면이 있다. 전보적 손해배상과 징벌적 손해배상을 엄격하게 구분하는 미국에서도 징벌적 손해배상이 아닌 전보적 손해배상 중 고통에 대한 배상액조차 제재적 요소의 영향을 받는다는 지적이 이루어지는 것은 이러한 사정 때문이다.

그러나 그렇다고 하여 이 제도가 징벌적 손해배상의 기능을 흡수할 수는 없다. 미국이나 영국에서 인정되는 징벌적 손해배상은 그 징벌적 성격을 숨길 수 없을 정도로 상당한 금액에 이른다. 이러한 금액의 위자료를 명하는 것은 이미 위자료의 적정 산정을 넘는 것이고, 앞서도 본 것처럼 현행법상 옳지도 바람직하지도 않다. 법관의 개별·구체적 형평감각은 어디까지나 법률이 정하는 일반·추상적 기준이 정한 선을 중심으로, 그 틀을 크게 벗어나지 아니하는 한도에서 개입할 수 있을 뿐이다. 징벌적 손해배상이 의도하는 바는 이 한도를 크게 벗어나고, 결국 법률상 위자료액 산정에 관하여 법관에게 위임된 한도를

명백히 벗어난다. 법률「해석」으로는 가능하지 아니하다. 판례도 전형적인 징벌적 손해배상에 대하여는 이를 명하는 외국판결의 승인이 우리 법의 공서(公序)에 반한다고 한다.³⁴⁵⁾

결론적으로 위자료액 산정에 - 일종의 불가피한 현실로 - 제재, 징벌, 예방적 측면이 개입할 수 있다 하더라도, 이를 정면에서 승인할 필요는 없고, 더 나아가 위자료가 징벌적 손해배상의 본래의 기능을 떠맡을 수도 없다고 생각된다.

나. 재산손해와 위자료

(1) 제재, 징벌 내지 예방기능만큼 전면적·일반적으로 논의되는 것은 아니지만, 이른바 위자료의 보완적 기능도 위자료액 산정과 관련하여 논의할 가치가 있다. 이는 재산손해의 존재가 매우 강하게 의심되지만 결과적으로 증명되지 아니한 경우 이를 위자료액의 증액 사유로 고려할 수 있는가 하는 문제이다. 판례는 한때 이러한 점을 정면에서 인정한 바 있고, 그 범위가 현저히 줄어든 지금도 하급심 재판실무, 특히 소액사건 등에서는 사실상 증명되지 아니한 재산손해를 위자료 증액사유로 고려하는 예가 없지 아니하다고 보인다.

그러나 이른바 위자료의 보완적 기능은 부정함이 타당하다. 물론, 앞서 본 바와 같이 위자료 산정의 전체적·포괄적 판단으로서의 성격 등으로 인하여 이 영역에서 법관의 구체적 형평감각이 개입하는 것을 막을 수는 없고, 이 감각이 증명도와 증명책임 같은 일반적·형식적 법리를 뛰어넘어 당해 사안의 결과적 정의에 지향하는 한 '증명되지 아니한 재산손해'가 위자료액 산정에서 고려되는 일이 있을 수는 있다. 그러나 재산손해가 고려되는 것을 어쩔 수 없는 일로 받아들이는 것과 이를 정면에서 승인하는 것은 별개의 문제이다. 재산손해와 비재산손해를 별개의 소송물로 다루고 있는 현재의 판례상 이러한 해결책은 임시변통적이고(ad hoc) 부분적인 해결책일 수밖에 없다. 재산손해의 증명이 곤란한 경우 법리상 법관이 상당한 방법으로 손해액을 산정할 길도 이미 열려 있다. 어느 모로 보아도 이 길을 더 발전시키는 것이 옳다. 비교법적으로도 이른바 위자료의 보완적 기능은 주로 일본 등에서나 논의되던 법리로, 타당하다고 할 수 없다. 장기적으로는 폐기하여야 한다.

(2) 나아가 현재 재판실무상 위자료 명목 하에 배상되고 있는 것들 중 일부, 예컨대 신용침해,³⁴⁶⁾ 재산상 이익 기회의 상실(loss of chance) 등도 재산손해로 포섭함이 옳다. 위자료액 산정 방법만 보더라도 이들 분쟁유형에서 위자료 명목으로 배상되고 있는 것은 실제로는 재산손해이다. 이들에 대하여 재산손해 대신 비재산손해를 인정한 것은 이들의

345) 우리 법상 위자료 수준을 별로 넘지 않는 수준의 징벌적 손해배상은 우리 법상 위자료로 포섭될 수 있고, 따라서 이를 명하는 외국판결도 승인될 수 있다. 그러나 이는 우리의 비재산적 손해배상법이 배상범위를 매우 넓게 열어 놓은 결과 다른 나라에서라면 책임성립요건의 불비로 비재산적 손해배상이 이루어지지 아니하여 당해 사안의 사정에 따라 징벌적 손해배상으로 해결하는 수밖에 없는 사안을 우리 법에서 위자료로 포섭할 수 있기 때문이다. 이 경우 다른 나라의 징벌적 손해배상은 그 본래의 기능을 하고 있는 것이 아니라 사실은 비재산적 손해의 전보배상을 하고 있는 셈이다.

346) 재산손해로서 신용침해와 비재산손해로서 법인에 대한 사회적 평가의 저하는 구분하여야 한다. 예를 들어 법인이 제공하는 상품이나 용역에 큰 흠이 있다는 보도로 매출이 떨어지는 것과 법인이 불법 정치자금을 제공하였다는 보도로 도덕적으로 비난을 받는 것은 다른 문제이다.

재산손해로서의 성격(기회상실) 내지 손해액 산정(신용침해)에 관하여 과거 도그마틱 또는 실무상 극복하기 어려운 난점이 있었기 때문이다. 그러나 오늘날 이러한 난점의 대부분은 극복되었다고 보인다. 정면에서 재산손해로 인정하는 것이 바람직하다.

다. 이득박탈(환수): 상업적 성격을 띤 명예훼손·사생활·초상권 등 침해의 경우

상업적 성격을 띤 명예훼손·사생활·초상권 등 침해의 경우 위자료액 산정에 이득액이 고려될 수 있는지, 나아가 위자료가 이득박탈(환수) 기능을 할 수 있는지 여부는 달리 불필요가 있다.

우리나라나 독일 등 여러 나라에서 이러한 사안유형의 위자료 산정은 다소간 이득을 고려하여 이루어지고 있다. 이는 법관의 구체적 형평감각이 여기에서 전보(填補)적 위자료 산정만으로는 법질서 전체에 제재의 힘이 생기고 그에 대응할 필요하가 있다고 느낀 결과이다. 그러므로 결국 문제는 이러한 제재의 힘이 사실상의 것에 불과한지 규범적으로도 실재하는 힘인지에 달려 있는데, 부당이득이나 준사물관리 등 여타 법리의 활용 가능성은 우리는 물론 다른 나라에서도 그다지 분명하지 아니하다. 현 단계의 잠정적 성격을 인정하고, 현재의 실무를 당분간 용인하는 것이 바람직하다고 여겨진다.

III. 위자료액 산정기준의 정립

1. 위자료액 산정기준의 유형, 기능, 정당성 및 그 한계

가. 위자료액 산정기준의 유형과 기능

(1) 우리의 실무는 인신손해, 즉 사망·상해에 대하여는 가단(家團)을 단위로 8,000만원 × 노동능력상실률 × (1 - 0.6 × 피해자 측 과실)에 해당하는 금액을 위자료액의 기준 금액으로 삼고 있다. 기타 인격권 침해의 경우 사망과 가장 중한 정도의 상해에 대하여 인정되는 위자료액이 8,000만원임을 참작하여 - 주로 전보(填補)적 관점에서 - 적절한 위자료를 산정하고 있다. 특히 주요 법원에 전담재판부가 설치되어 있고, 비교적 사건이 많은 (언론기관에 의한) 명예훼손, 사생활·초상권 및 음성권 등 침해의 경우 사전에 설정된 위자료 산정기준이 있는 것은 아니지만 오랫동안 재판례의 축적을 통하여 사안유형별 통상의 위자료 수준 내지 범위가 정립되어왔다고 보인다.

비교법적으로도 규범적으로는 위자료 산정이 배심의 전권(專權)에 속하고, 사실적으로도 그 결과에 일관성이 결여되어 있어 일정한 '기준'을 논할 수 없는 미국의 위자료 산정 실무와 영국의 기타 인격권 침해의 위자료 산정실무를 제외한 대부분의 나라에 어떤 형태로든 위자료 산정기준이 있음을 알 수 있다. 이들을 유형화하면 다음과 같다.

손해종류	정립주체	상향식		하향식
		개별 재판례 수집	전체 재판례 종합·정리	
인신손해	국가	(B)	영국(Judicial Board), 프랑스, 이탈리아 (→)	오스트리아, 프랑스, 이탈리아 (각급 법원)
	민간	독일, 스위스, 오스트리아, 영국(Kemp & Kemp)	(C)	(A)
기타 인격권 침해	국가	(B)		
	민간	독일(△), 오스트리아(△), 스위스(△)	(C)	(A)

위 표는 손해의 종류, 기준의 정립주체, 기준의 정립방식으로 구분한 것이다. 기준의 정립방식은 크게 상향식, 즉 각급 법원이 - 일단 기준과 무관하게 - 내린 재판례로부터 기준을 추출해내는 방식과 하향식, 즉 먼저 일반·추상적으로 기준을 정립하여 각급 법원이 이에 따르는 방식으로 구분되고, 상향식은 다시 개개의 재판례를 - 일정한 항목으로 분류하여 - 열거하는 방식과 재판례를 유형화하여 각 유형별로 전체적인 흐름을 반영한 기준 금액 또는 범위를 정리하는 방식으로 구분되어 있다.

먼저, 인신손해의 경우 독일, 오스트리아, 스위스, 영국에서는 상향식, 즉 개별 재판례를 정리한 형태의 위자료(산정)표가 수시로 발간되고 있다. 이들은 개별 재판례를 금액 또는 항목별(주로는 상해 부위, 스위스의 경우 근친관계의 정도) 금액 순으로 분류하여 각각 사안의 핵심내용, 청구 및 인용된 금액, 판결인용처 등의 핵심 정보를 알려준다. 최근에는 CD-ROM(심지어 App)의 형태로도 출간되고 있다. 이러한 형태의 위자료(산정)표는 예외 없이 민간, 주로는 보험회사나 변호사 등에 의하여 편집, 발간된다. 한편, 근래 영국에서는 국가(Judicial Board) 주도로 재판례를 종합·정리하고 약간의 선별을 거친 뒤 물가변동을 반영하여 전형적 사안유형별(scenario)로 인용된 금액의 범위를 정리한 소책자를 발간하고 있다.

반면 프랑스와 이탈리아에서는 각급 법원이(그러므로 전국적으로 적용되는 통일적인 기준은 아니다) 상해의 정도와 피해자의 연령, 근친자의 위자료의 경우 근친도, 즉 손수를 분류기준으로 삼아 일정한 간격마다 개개의 비재산적 손해항목별 위자료 기준금액의 범위를 설정하여 발표하고, 법관이 이를 참조하여 위자료액을 정하고 있다. 오스트리아도 인신손해의 정도와 기간에 따라 하급심 실무상 일정한 단위액을 설정하고 있다. 이들 기준이 처음 만들어질 때에는 하급심 재판실무에서 인정된 금액을 기초로 하였던 것으로 보인다. 그러나 일단 기준이 마련되어 적용되면서부터 이에서 벗어나는 재판례가 많지 아니하고 대개의 재판례는 다름 아닌 이 기준 적용의 결과에 불과하므로 더는 상향식으로 기준이 수립 또는 변경될 수 없게 되었다. 그리하여 이제는 기준 정립행위 자체가 독자성을 획득하여 하향식으로 정립 내지 변경되고 있다. 기준은 대체로 (고등)법원장의 결재사항인 것으로 보인다.

우리나라에서 인신손해 위자료의 산정방식은 위 두 유형 중 후자에 속한다. 자율적으로 결정되고 있기는 하나, 개별 법관이 개개의 사안에 응하여 개별적으로 도출한 재판 결과를 종합하여 위자료 산정기준을 추출한 것이 아니라, 일반·추상적으로 기준을 정한 뒤 이를 개개의 재판에 활용하고 있기 때문이다.

다음, 기타 인격권 침해의 경우에는 인신손해에서 본 바와 같은 위자료 산정기준을 찾기가 어렵다. 독일, 오스트리아, 스위스 등에서 개별 재판례를 상당히 불완전하게 정리한 것만이 보일 뿐이다. 이들조차도 대체로 인신손해에 대한 위자료(산정)표에 겹가지로 포함되어 있는 수준으로, 전반적인 흐름을 간취하기에는 매우 부족해 보인다.

우리나라도 사정이 다르지 아니하다. 위자료 산정을 위하여 개별 재판례를 수집, 정리한 자료도, 일반적인 위자료 산정기준을 정립한 것도 - 실무상 적용되는 예로는 - 찾을 수 없다. 한 실무가가 2011년 말 독일식 위자료(산정)표의 형태로 재판례를 정리한 자료가 있으나,³⁴⁷⁾ 근래의 재판례가 매우 선택적으로만 반영되어 있어 독일식 위자료(산정)표가 의도하는 정도의 완결적인 정보라고 보기는 어렵다.

기타 인격권 침해의 경우 하향식 기준은 어디에서도 찾아볼 수 없다.

(2) 위자료(산정)표는 어떤 기능을 하는가. 달리 말하여 이러한 위자료(산정)표는 왜 만들어지는가.

독일의 위자료(산정)표는 당초 보험회사에 의하여, 무엇보다도 재판외 분쟁해결 등을 위하여 재판의 결과를 예측할 필요에 부응하기 위하여 마련되었다. 오스트리아와 스위스의 경우 기본적으로는 독일의 위자료(산정)표의 영향 하에 비슷한 자료를 마련한 것으로 보인다. 이보다 더 오랜 역사를 갖고 있는 영국에서 위자료(산정)표도 비슷한 취지로 마련되었다. 다른 한편 미국에서는 배심재판을 분석한 결과 분산(variation)이 너무 커서 예측이 불가능에 가까웠다. 이러한 자료가 마련되지 못한 이유 중 하나일 것이다. 즉, 위자료(산정)표의 첫째 기능은 - 제3자가 - 위자료 산정결과를 예측함으로써 재판외 분쟁해결을 촉진하는데 있다. 이는 특히 재판외 분쟁해결이 바람직하고, 또 전체 사건 중 매우 많은 수가 재판외에서 해결되고 있는 교통사고나 산업재해 등으로 인한 인신손해에서 매우 큰 의미가 있다.

반면, 영국 Judicial Board의 위자료(산정)표나 오스트리아, 프랑스, 이탈리아의 각급 법원의 위자료 산정기준은 위자료 산정실무에 일관성과 통일성을 부여하고, 위자료 산정을 좀 더 쉽게 해주는데 주된 취지가 있다고 보인다. 즉, 위자료(산정)표의 둘째 기능은 - 법관으로 하여금 - 적은 비용 및 시간을 투입하고도 반드시 고려되어야 할 핵심 요소를 적절히 고려하여 위자료를 산정함과 동시에 다른 재판례와 일관성을 유지하도록 돕는데 있다.

끝으로 특히 하향식 위자료(산정)표의 경우 그 자체 위자료 산정의 적정성을 확보하는 과제를 떠맡게 된다. 하향식 위자료(산정)표는 - 당초 의도는 아니었을지 몰라도 - 일단

347) 노만경, 언론중재 2011년 겨울호.

제정되면 지속적인 개정을 통하여 물가변동과 국민소득수준의 향상에 따른 비재산적 가치의 상대적 서열의 변화를 반영하여야 한다. 그 결과 위자료(산정)표의 정립 내지 개정이 이미 법원이 보는 한 사회의 비재산적 가치와 가치 간 서열을 담지하게 된다.

이상과 같은 세 기능은 서로 결합하여 비재산적 손해배상의 사법(司法) 및 사회전체의 효율성과 공정성 및 그 결과로 달성되는 사법에 대한 신뢰에 큰 영향을 미치게 된다. 비재산적 손해배상청구 사건이 많아지고 위자료액의 평균적 수준이 커지면서 여러 나라에서 일종의 위자료(산정)표가 발전하게 된 것은 이러한 사법(司法)적 및 사회적 수요로 인한 것이다.

나. 위자료액 산정기준의 정당성과 그 한계

이러한 위자료액 산정기준에 관하여는 몇 가지 반론이 제기된 바 있다. 독일에서는 수집의 대상이 되는 재판례를 보험회사가 선별하므로 보험회사에게 유리한 재판례만 수록될 위험이 있고,³⁴⁸⁾ 여차피 위자료(산정)표에서 적절한 비교대상 재판례를 찾더라도 개별적인 산정요소를 파악하기 위하여 다시 그 판결문을 찾아보아야 한다는 점에서 그 효용이 크지 아니하다는 비판이 있다.³⁴⁹⁾ 독일 연방대법원이 밝힌 바와 같이 위자료 산정이 개별사안의 모든 사정을 법관의 형평감각에 비추어 음미하여 이루어져야 한다면, 위자료(산정)표는 미묘한 위자료 산정의 고려요소를 지나치게 단순화, 획일화할 위험이 있기 때문이다. 이러한 문제는 오스트리아, 프랑스, 이탈리아의 각급 법원이 활용하는 하향식 위자료 산정표에 대하여도 똑같이 제기될 수 있을 것이다. 그 이외에 위자료 산정표의 정립을 제안한 미국 문헌은 이것이 배심재판을 받을 헌법상 권리를 침해할 위험성을 논하고 있다.³⁵⁰⁾ 끝으로 일단 위자료 산정기준이 정립되면 일정한 경로 의존성(path dependency)이 생겨 시대의 변화에도 불구하고 위자료 산정기준이 계속 자기강화(self-reinforcement) 과정을 거칠 가능성이 있다.³⁵¹⁾ 우리 하급심 실무에서 오랫동안 2,000만 원 내지 3,000만 원 수준의 인신손해 위자료가 별 변동 없이 유지되어왔던 것도 이러한 측면과 관련이 있다.

그러나 이들 비판 중 상당수는 위자료 산정기준 내지 산정표 자체의 정당성을 부정할 만한 근거가 되지 못한다. 먼저, 보험회사 등 민간에서 만들어진 위자료 산정표의 신뢰성에 대한 의문은 국가 주도의 위자료 산정표에 대하여는 적용될 수 없다. 민간에서 만든 위자료 산정표도 정확하지 아니한 경우에는 법관에게 영향을 미칠 수 없고 그 결과 재판 외 이용자에게도 재판결과의 예측력이 떨어져 활용가치가 없어지므로 복수의 위자료 산정표가 발간되어 경쟁하는 과정에서 자연히 보다 정확성이 높은 것이 살아남게 마련이다. 실제로 독일에서도 오늘날에는 편파성에 대한 우려는 진지하게 제기되고 있지 아니하다. 경로 의존성 내지 자기강화 경향에 대하여는 상향식 위자료(산정)표의 경우 비교법적으로

348) Gelhaar, BB 1966, 1317ff.; Teplitzky, NJW 1966, 388ff.

349) Lieberwirth³, S. 170ff.

350) Bovbjerg et al., 83 Nw. U.L. Rev. 908, 969ff.

351) Gelhaar, BB 1966, 1317ff.; Teplitzky, NJW 1966, 388ff.

일정 기간이 지난 과거의 재판례를 위자료 산정의 고려대상에서 제외하거나 적어도 물가변동을 등을 반영하여 수정·수록하여 대응하고 있고, 하향식 위자료(산정)표의 경우 매년 물가변동률과 가치관념의 변화를 고려한 개정을 단행함으로써 대응하고 있다.

남은 문제는 비교적 소수의 요소들에 의지하여 다소간 형식적·획일적으로 구성되어 있는 위자료(산정)표가 “모든 사정을 고려하여 형평에 따라” 이루어져야 하는 위자료 산정의 적정성을 담보할 수 있는가, 그리고 개개의 사안에서 구체적 정의를 실현하는 위자료 산정상 법관(또는 배심)의 과제에 대한 - 헌법상 - 부당한 (사법 행정적) 개입은 아닌가 하는 점이다. 비교법적으로 앞의 문제에 대한 대응은 크게 두 가지이다. 먼저 어느 나라나 위자료(산정)표의 규범적 구속력을 인정하지 아니하고 일종의 가이드라인(guideline) 내지 참고자료로만 운용한다. 아무리 위자료(산정)표가 개개의 재판례의 사정을 충분히 보여줄 수 없는 불충분한 자료라 하더라도, 그러한 자료가 있는 것이 없는 것보다 적정 위자료 산정에 도움이 된다는 점은 의심할 수 없다.³⁵²⁾ 규범적 구속력을 인정하지 아니하는 한 개개의 사건을 판단하는 담당법관이 위 두 문제에 충분히 대응할 수 있다. 그렇게 하는 한 위자료(산정)표는 없는 것보다 있는 것이 낫다. 다음 가급적 하향식 위자료(산정)표보다는 상향식 위자료(산정)표를 활용하고, 하향식 위자료(산정)표를 활용하는 나라의 경우에도 중앙 사법행정기관이 고권적(高權的)으로 수립하기보다는 각급 법원에서, - 적어도 외관상으로는 - 법관 공동체가 자율적으로 제·개정하는 형태를 취한다. 이는 훨씬 논란의 소지가 많은 형사재판에서 양형기준제의 경우에 비추어 보더라도 필수적인 것이라고 할 수는 없지만, 그럼에도 현행법이 예정한 틀을 형식적으로라도 깨뜨리지 아니하는데 기여하고 있다고 보인다.

이로부터 위 유형분류의 공란에 대하여도 몇 가지 시사점을 얻을 수 있다. 먼저, 민간 부문에서 하향식 위자료(산정)표를 수립하는 것에는 - 하나의 제안에 불과할 뿐 - 어떤 의미도 없다(A). 또한 국가가 개별 재판례를 수집, 정리하는 것은 이에 소요되는 비용 등에 비추어 현실적으로 잘 이루어지기 어렵다(B). 민간에서 전체 재판례를 종합, 정리하는 것은, 불가능한 것은 아니나, 개개의 재판례를 열거하는 것에 비하여 높은 신뢰성과 권위를 확보하기 어렵다는 문제가 있다(C). 그리고 기타 인격권 침해의 경우 사안의 수와 그 다양성 및 위자료 산정에 고려되는 요소의 복잡성으로 말미암아, 이러한 표를 마련하는 일이 그 비용에 비하여 실용적이지 아니하고, 민간부문에서 이를 시도할 만한 경제·사회적 수요도 크지 아니하다. 이상과 같은 점에 비추어 보면, 결국 어느 정도 정당성을 확보할 수 있는 위자료(산정)표는 비교법적으로 실제로 존재하는 위자료(산정)표 유형들 중 어느 하나이기 쉽다.

352) 가령 Tepplitzky, MDR 1966, 759는 위자료 산정표를 비판하는 바로 그 맥락에서 실무상 위자료액의 수준을 파악하기 위하여 다시 위자료 산정표를 원용하는 자기모순을 범한다. H.-E. Henke, Die Schmerzensgeldtabelle, S. 49f.

2. 위자료액 산정기준 정립의 방향과 그 내용

가. 인신손해로 인한 위자료

인신손해로 인한 위자료의 산정에 관한 한 우리의 실무의 개선은 하향식 위자료 산정 기준의 정립을 통하여 이루어지는 수밖에 없다. 이미 실무상 인신손해로 인한 위자료의 산정이 적어도 20년 이상 하향식 위자료 산정기준을 적용하는 방법으로 이루어져왔고, 이에 터잡아 재판상 및 (보험을 비롯한) 재판외 실무가 확립된 상황에서, 기존의 부적절한 하향식 기준을 폐기하고 법관의 형평감각 내지 재량에 맡기는 것만으로는 충분하지 아니하다. 사실상의 종래의 실무의 영향이 매우 오래 지속될 가능성이 높다. 그로부터 벗어나는 속도보다도 비재산적 내지 인격적 법익의 상대적 가치서열에 대한 개인적·사회적 평가와 물가 내지 소득수준의 변화속도가 빠를 수 있다. 더 적절한 하향식 기준을 새로 정립하는 것이, 하향식 기준의 여러 단점을 고려하더라도, 더욱 효과적일 뿐 아니라 어느 정도는 불가피하다.

새로운 인신손해 위자료 산정기준은 몇 가지 기본적인 문제를 해결하여야 한다.

먼저, ①-㉔ 가단(家團)을 단위로 위자료 총액을 정할 것인지, 아니면 피해자 본인의 위자료와 근친의 위자료를 따로 정할 것인지를 결정하여야 한다. 비교법적으로는 근친의 위자료를 인정할 것인지 자체가 논란이 적지 아니한 문제이고, 인정하는 소수의 예조차도 우리를 제외하면 후자의 방식, 즉 근친자의 가족관계 내지 가족과의 교제이익 자체에 대한 독자적 위자료를 인정하여, 피해자 본인의 위자료와 별개의 독자적인 금액을 정하는 방식이 일반적이다. 그러나 우리의 확고한 실무는 가단(家團) 단위의 총액을 정하고 이를 적절히 분배하는 방식을 취해왔다. 앞서 언급한 바와 같이 우리의 실무는 사실상 피해자 본인의 위자료만을 산정하고, 이를 실제법상 가단(家團)에 배분함으로써 제752조와 사망 위자료를 인정하는 판례·통설을 조화시키고자 한 것으로, 이해할 만한 부분이 없지 아니하다. 그러나 이론적으로는 문제가 있고, 근친 독자의 가족관계 등 상실에 대한 위자료를 인정함이 보다 명쾌하고 바람직하다. 위자료 산정기준을 마련한다면 이 기회에 재고해볼 만한 부분이다. ①-④ 나아가 이때에는 근친관계에 따라 프랑스, 이탈리아 또는 스위스와 같이 일정한 범위의 위자료기준액을 정하여 두어야 한다. 근친자가 많다면 - 고통을 느낄 사람이 많으므로 - 당연히 위자료 총액이 증가하게 된다.

다음, 사망 및 상해 위자료의 상한선을 정할 필요가 있다. ②-㉔ 이때에는 보험약관 기준처럼 사망 위자료와 상해 위자료의 상한 사이에 차등을 두는 것이 바람직하다. 또한 ②-④ 상한선을 상당한 정도로 증액할 필요가 있다. 다만, 보험실무 등에의 영향을 고려하여 1년 또는 격년 단위로 점진적으로 인상하는 것이 바람직할 것이다. 또 ②-④ 피해자의 연령에 따라 차등을 두는 것이 좋다. 다만, 이탈리아의 위자료 산정표와 같이 연령에

따라 세세한 표를 만드는 것은 바람직하지 아니하다. 엄밀한 근거가 있는 것도 아니면서, 너무 번잡하고 체계적으로 비합리적인 결과를 초래할 위험도 있다. 보험약관기준과 같이 2~3 등급 정도로 나누어 기준금액에 약간의 차등을 두는 정도로도 충분할 것이다. ②-㉔ 등급을 나누는 또 다른 기준은 비재산적 손해의 정도이다. 다양한 정도의 상해에 대하여 기존의 노동능력상실률을 대체할 보다 합리적인 등급 구분기준을 마련하여 적용할 필요가 있다. 그리고 ②-㉔ 이때 과실상계율은 원칙적으로 60%로 감하여 고려할 것은 아니고 100% 고려함이 바람직하다. 그 이외에 ②-㉔ 특히 중한 주관적 고통 기타 사정에 비추어 위자료액을 증·감할 수 있음을 주의적으로라도 명시해두는 것이 좋으리라 생각된다.

아울러 ②-㉔ 단기간의 상해에 대하여는 - 국가배상법이나 보험약관과 같이 - 요양기간을 기준으로 한 별도의 위자료액 산정기준을 수립하여야 한다. 국가배상법이나 보험약관처럼 두 기준 중 다액인 것 하나만을 적용하는 방법과 프랑스, 이탈리아, 오스트리아 등에서와 같이 두 기준에 의한 위자료액을 합산하는 방법이 있는데, 어느 쪽이든 큰 지장은 없으나 후자가 좀 더 합리적이라고 생각된다.

끝으로, ③ 위자료 산정기준의 정립은 원칙적으로 하급심 법관들 내지 법관공동체에 의하여 자율적으로 정립되어야 하고, 사법 행정적인 조력은 조력에 그쳐야 한다. 위자료 산정기준이 어느 정도 일률적인 측면을 가질 수 있고 또 그것이 결과적으로 정당화될 수 있다 하더라도, 그와 같은 결론은 개개의 사안을 직접 접하는 하급심 법관의 구체적 형평 감각으로부터 도출된 것이어야 하기 때문이다. 지금까지 위자료 산정기준을 변경해왔던 간담회 등의 형식을 좀 더 발전시킬 필요가 있다.

나. 기타 인격권 침해로 인한 위자료

반면 기타 인격권 침해로 인한 위자료액에 대하여는 좀 더 조심스러운 태도를 취할 필요가 있다고 생각된다.

이 연구에서 예상한 바와 같이 인신손해로 인한 위자료 수준과 기타 인격권 침해로 인한 위자료 수준 사이에 압착된 구간이 있다면, 전체적인 위자료 수준이 올라간다 하여 기타 인격권 침해로 인한 위자료 수준이 그에 비례하여 올라가리라고 예상할 수는 없다. 실제로 지난 수년간 인신손해 위자료 수준이 급격하게 인상되었음에도 기타 인격권 침해로 인한 위자료 수준은 거의 변하지 않았다. 각기 다른 경제·사회적 배경과 수준을 갖고 있는 다른 나라의 위자료 수준 내지 그 비율을 우리나라에 원용할 근거도 없다. 그러므로 현재로서는 기존의 기타 인격권 침해로 인한 위자료 산정실무를 파악한다 하여 인신손해에 대한 위자료액을 조정하였을 때 이것이 어떻게 변동될 것인지, 사전적으로 예상하기 어렵다. 법 이론적으로 위자료액의 산정이 개별 법관의 형평감각에 맡겨져 있고, 위자료 산정기준이 제정된다 하더라도 그 기능은 법관의 재량행사를 도움으로써 부수적으로 전체 사법질서 내에서 다소간의 정형성 내지 예측가능성을 확보하는 것임에 비추면, 이는 그 자체 정당한 위자료 산정이 곤란함을 뜻한다.

게다가 이 영역의 위자료 산정에는 인신손해의 경우보다 훨씬 복잡하고 미묘한 점이 있다. 사안이 매우 다양하고, 그로 인한 피해의 양상도 매우 다양하며, 비슷비슷하나 서로 구별되는 여러 법익이 중첩적으로 침해되기도 하는 등 복잡성도 훨씬 높다. 인신손해의 경우에도 스포츠, 바이올린 연주 등 특별한 여가활동을 누릴 수 없게 되는 경우 위자료를 증액하여야 하는가와 같은 개별화의 문제가 존재하기는 한다. 그러나 기타 인격권 침해의 경우는 이러한 개별화 이전에 이미 “기타 인격권”이라는 법익이 갖는 양적, 질적 다면성 때문에 그 서열화가 어려워지고, 서열화에 고려되어야 할 요소가 많아진다. 그리하여 - 이 연구에서 시론적(試論的)으로 시도한 명예훼손으로 인한 위자료 산정에 대한 계량분석이 이미 보여준 바와 같이 - 실무를 파악하고 이해하는 것을 넘어 실무를 지도(guide)할 정도의 기준을 세우려면 상당히 복잡한 산정공식 내지 세 개 이상의 다차원을 갖는 표를 만들어야 할 가능성이 높다. 이러한 작업은 아직까지는 초보적인 수준이고,³⁵³⁾ 역시 이 연구의 명예훼손으로 인한 위자료 산정의 계량분석이 보인바와 같이, 질적(質的) 평가를 피할 수 없다. 이러한 산정식 내지 표는 그것이 갖는 정보제공 내지 구속기능에 비하여 지나치게 복잡해질 가능성이 높다. 결국 기타 인격권 침해로 인한 위자료에 대하여 인신손해와 같은 형태의 위자료 산정표를 마련하는 것은 성과를 기대하기 어렵다.

그러나 다른 한편 하급심 법관으로서는 적절한 위자료 산정을 위하여 다른 유사 사건의 재판례를 참조할 필요가 있고, 실제로 법원내부전산망을 통하여 이러한 작업을 하고 있으며, 그 결과 재판례 사이에 상당한 정도의 일관성이 확보되고 있고, 유사사건을 반복적으로 수입, 처리하는 변호사 기타 배상실무종사자도 이러한 경향을 인식하게 된다는 점에 비추어 보면, 독일식 위자료 산정표를 통하여 정보비용(information cost)을 줄여주는 것까지 무의미하다고 할 수는 없다. 가령 서울중앙지방법원 등 몇몇 법원의 전담재판부의 재판례를 중심으로, 주요 기타 인격권 침해 사례에서 사건번호와 인정된 위자료액, 위자료 산정에 고려되었을 가능성이 있는 전형적인 요소를 일정한 방식 내지 순서로 기술하고, 일정한 기준, 가령 인격권 침해의 주요 유형분류와 위자료액의 다과 등에 따라 이를 배열한 표를 마련하고, 매년 또는 격년에 한 번 이를 업데이트(update)하는 방식이다. 여기에 언론중재위원회에서 하는 것과 같은 - 그다지 정확하지 아니한 - 전반적인 경향, 근거 등에 대한 분석이나 논평은 덧붙이지 아니하고, 기본적으로 비교할 만한 사건을 찾아가기 위한 인덱스(index)로서의 기능을 기대하는 것임을 명기하여 둬야 좋을 것이다. 이와 같은 작업이 갖는 낮은 시장성과 재판례에 대한 정보접근비용을 고려할 때 이는 법원행정처 또는 법원행정처와 각급 법원의 관련 전담재판부가 공동으로 함이 적절할 것이다. **[끝]**

353) 불법행위에 관한 한 거의 연구가 없다. 이혼 위자료에 관하여는 비슷한 방식의 최근 연구가 있고 {2013년 2월 경제학공동학술대회(고려대학교) 중 규제학회 오정일·박민수 발표문, 미공간. 필자는 이 발표의 지정토론자로 참여한 바 있다}, 서울가정법원이 2011년 5월 발표한 이혼시 양육비 산정기준도 - 서울가정법원의 발표에 따르면 - 반드시 계량경제학·통계학적 기법은 아니라 하더라도 - 과거의 재판례를 분석하여 도출한 것이라고 하나, 이들은 “기타 인격권 침해”로 인한 위자료 산정보다 훨씬 간단하고 어느 정도 정형화되어 있는 사례들이다.

부 록

(각국의 위자료 산정표)

부록(각국의 위자료 산정표)

1. 독일

Teil 2. Schmerzensgeldtabelle (제2편. 위자료표)

Abschnitt 1: Körperteile von A - Z (제1절. 신체부위 A부터 Z까지)

Arm (Armverletzungen-Armlähmungen-Oberarm-Ellenbogen-Unterarm)

{팔 (팔 손상 - 상지마비 - 어깨부터 팔꿈치까지 - 팔꿈치 - 팔꿈치 이하)}

1. Armverletzungen (팔 손상)

지시: [생략]

OLG Hamburg, Urt. aus dem Jahr 2002-8U 123/01, unveröffentlicht

(함부르크 란트초고법원, 2002년 판결 2002-8U 123/01, 미공간)

E1

300,00€ (Vorstellung: 5.000,00 €) {300.00 유로 (청구: 5,000.00 유로)}

Armtorsion (팔 골절)

Zwei 11 Jahre alte Kinder stritten sich in einem Schwimmbad um eine Wasserpistole. Der Junge verdrehte dem Mädchen den Arm. Für die damit verbundenen Schmerzen wurde ein Schmerzensgeld von 300,00 € als angemessen angesehen. Der von der Klägerin erstrebte Betrag orientiert sich an 6 Jahre nach dem Vorfall bei Klägerin bestehenden Folgeschäden an der Schulter, die jedoch mit dem Schadensereignis nicht in Zusammenhang gebracht werden können. Die Ursächlichkeit kann nicht festgestellt werden. {두 어린이(11세)가 풀장에서 물총 싸움을 했다. 소년은 소녀의 팔을 꼬집었다. 그와 관련된 고통에 대하여 위자료로 30만 유로가 적절하다고 판단되었다. 원고가 구한 금액은 사건 후 6년 뒤에 어깨에 남은 결과손해에 대한 것인데, 가해사건과 관련성이 확인될 수 없다. 인과관계가 인정될 수 없다.}

OLG Saarbrücken, Urt. v. 08.06.2010 - 4U 468/09 - 134, SP 2010, 393 = E2
NJW-RR 2011, 178 (자브뤼켄 고등란트법원 2010. 6. 8. 4U 468/09 - 134 판결)

600,00 € (60만 유로)

Schulter-Arm-Syndrom (어깨-팔-신드롬)

Due 43 Jahre alte Klägerin zog sich bei einem Verkehrsunfall eine HWS-Distorsion und ein Schulter-Arm-Syndrom zu. [이하 생략] (43세의 원고는 교통사고로 목뼈 골절과 어깨-팔-신드롬을 입었다)

LG Bochum, Urt. v. 29.07.2004 - 8 O 186/04, SP 2005, 194 E3
(보훔 란트법원 2004. 7. 29. 8 O 186/04 판결)

10.000,00 € (Vorstellung: 15.000,00 €) {1만 유로 (청구: 1만5천 유로)}

Oberarmkopf-Mehrfragmentfraktur (상박골 분쇄골절)

Der Kläger erlitt Motorradfahrer eine Verkehrsunfall, bei dem er sich eine Oberarmkopf-Mehrfragmentfraktur zuzog, die im Wesentlichen komplikationslos verheilte. [이하 생략] (원고는 오토바이운전자에게 교통사고를 당하여 상박골 분쇄골절을 입었는데, 후유증 없이 치유되었다.)

[중략]

OLG Naumburg, Urt. v. 13.03.2003 - 1 U 34/02, OLGR 2003, 348 (LS) E1150
(나움부르크 고등란트법원 2003. 3. 13. 1 U 34/02 판결)

26.000,00 € (Vostellung: mindestens 25.000,00 €) {2만6천 유로 (청구: 적어도 2만5천 유로)}

Zungentaubheit-Schädigung des nervus hypoglossus und des nervus lingualis
[하략] (혀의 저림-설하 및 설신경의 손상)³⁵⁴⁾

Abschnitt 2: Besondere Verletzungen (제2절. 특별한 침해)

Amputationen (Arm/Hand/Finger - Oberschenkel - Unterschenkel - Fuß)
{절단 (팔/손/손가락 - 허벅지-종아리-발)}

지시: [생략]

1. Arm/Hand/Finger (팔/손/손가락)

354) 이 항목은 팔의 손상이 아닌 제1편의 마지막 항목이다.

LG Düsseldorf, Urt. v. 17.10.2005 - 3 O 648/03, unveröffentlicht

(뒤셀도르프 란트법원 2005. 10. 17. 3 O 648/03 판결, 미공간)

E1151

65.000,00 € (Vorstellung: 60.000,00 € zzgl. 150,00 € monatliche Rente)

{6만5천 유로 (청구: 일시금 6만 유로 및 정기금 월 150 유로)}

Amputation von zwei Fingern, Großzehe und Mittelfußstrahl (두 손가락, 엄지
발가락 및 발의 마비)

[하락]

2. 오스트리아

가. 하급심 실무

약간 정도의 고통	100 EUR/일 (Innsbruck, Klagenfurt, ZRS Wien는 100-200 EUR/일, Linz, Krems, Ried i.I., Steyr는 100-120 EUR/일)
중간 정도의 고통	200 EUR/일 (Klagenfurt, ZRS Wien는 200-220 EUR/일, Linz는 200-240 EUR/일, Steyr는 200-250 EUR/일)
강한 정도의 고통	300 EUR/일 (Klagenfurt, Linz, ZRS Wien는 300-330 EUR/일, Steyr는 300-350 EUR/일)

나. 독일식 위자료 산정표

Entscheidungsteil (재판례편)

I. Übersicht über die Rechtsprechung des OGH (최고법원 판례의 개관)

3.600 €

2060. (Nach zwar lege artis, jedoch ohne Aufklärung über einen Operateurwechsel durchgeführter Operation am li. Ohr zur Entfernung einer beidseitigen Gehörgangexostose = Gehörgangseinengung) Auftreten kleiner Perforationen des Trommelfells (die mit der fehlenden Haut sofort durch eine eigens dafür entnommene Temporalfascie abgedeckt wurde), weiters Wundheilstörungen, narbige Verwachsungen und eine Rectexostose im Gehörgang (mit Notwendigkeit einer Revisionsoperation nach 3 Monaten); 9 Monate nach Erstoperation neuerlich Operation zur Entfernung einer abemaligen Narbenstange; keine Dauerfolgen. - *Schmerzen*: 4 Tage „starke und mittelstarke“; 10 Tage leichte. - *Spitalsaufenthalt*: keine Feststellungen. - *Verletzte*: Unternehmer. - *Unfall*: 9. 1. 2001. - *Begehren*: € 11.000 (4. 10. 2005, 40b 121/05f). {의료과오는 없으나, 집도의변경에 관하여 설명하지 아니한 채 행해진 외이도협착 제거술 후 고막에 작은 천공이 생기고(즉시 임시피부조직으로 덮음), 외이도 내 흉터 등이 생김(3개월 후 복구술 필요). 최초의 수술 후 9개월 뒤 흉터 제거술을 시행하였고 후유증 없음. 고통: 4일간 “강한 고통 및 중간 정도의 고통”; 10일간 약한 정도 - 입원: 확인되지 아니함 - 피해자: 사업가 - 사고일: 2001. 1. 9. - 청구액: 11,000 EUR (2005. 10. 4. 선고 40b 121/05 판결)}

5.000 €

2061. (Zufolge ärztlicher Fehlbehandlung bzw verspäteter Diagnose nach Ruptur der

langen Beugesehne li) dauerhafte Versteifung des li Daumens (mit Verlust der Beugefähigkeit und damit Unmöglichkeit der weiter Ausübung ihrer bisher liebsten Freizeitbeschäftigung, nämlich 5-6 Stunden Häkeln pro Tag, bis ans Lebensende). - *Schmerzen*: keine Feststellungen. - *Spitalsaufenthalt*: keiner (2 Monate ärztliche Nachsorge). - *Verletzer*: Hausfrau, geb. 14. 11. 1935. - *Unfall*: 11. 8. 2000. - *Begehren*: € 5.000 (13. 1. 2004, 50b 242/03d = ZVR 2005/28). {(근육파열 후 의료과오 또는 진단의 지체로 인하여) 왼쪽 엄지손가락이 영구강직됨 (굴절능력을 상실하여 종전에 즐겼던 여가활동, 특히 매일 5, 6시간의 뜨개질을 영원히 할 수 없게 됨) - 고통: 확인되지 아니함 - 입원: 하지 아니함(2개월간 의사의 사후케어) - 피해자: 가정주부, 1935. 11. 14. 생 - 사고일: 2000. 8. 11 - 청구액 5천 EUR}

2062. Posttraumatische Belastungsstörung (mit über 24 Tage dauernder Gesundheitsschädigung) durch geschlechtliche Nötigungen über einen Zeitraum von rund 5 Jahren durch den Vater des Freundes und späteren Schwiegervater - *Schmerzen*: keine Feststellungen. - *Spitalaufenthalt*: keine Feststellungen. - *Verletzer*: Frau (zu Beginn der Tathandlungen 17 Jahre alt). - *Unfall*: 1997-2002. - *Begehren*: € 5.000 (Teilbetrag als Privatbeteiligtenzuspruch; 8. 6. 2006, 15 Os 26/06 x). {친구의 아버지이자 그 후의 계부에 의한 약 5년간에 걸친 성적 강제에 의한 외상후 스트레스 장애 (24일간 계속된 건강침해 포함). - 입원: 확인되지 아니함 - 피해자 - 여성(범행개시 당시 17세) - 사고일: 1997-2002. - 청구액: 5천 EUR (일부 청구)}

[이하 생략]

3. 스위스

Genugtuung bei Körperverletzung (신체침해에서 위자료)

8/05

Zeitraum (기간)

Hütte (KH) /Ducksch (PD) / Guerrero (KG)

VIII / 1

2003 - 2005

Die **Basisgenugtuung** bei voller Invalidität sollte heute bei **Fr. 100 000 bis Fr. 110 000** liegen und zwar sowohl für Ansprüche nach OHG wie auch für solche nach allgemeinem Zivilrecht. (완전한 노동능력상실에서 기초금액은 국가배상책임 및 일반민사법 모두에서 오늘날 10만 내지 11만 스위스 프랑이 되어야 한다.)

Lfd. Nr.	Genugtuung (위자료액)	Betroffener Körpertell / Verletzung (관계된 신체부위 내지 침해)	Dauer Behandlung / Heilung / Arbeitsunfähigkeit (AU) / Erwerbsunfähigkeit (EU) / med. theoret. Invalidität (I) (치료기간 / 치료 / 노동능력상실(AU)/ 소득상실 (EU) / 의학적 능력상실 (I))	Tatbestand / Jahr des Schadensereignisses / Haftungsquote / Strafe / Antrag / Bemerkungen (사실관계 / 가해행위의 연도 / 책임인정비율 / 형사처벌/ 청구액 / 주)	Gericht / Fundstelle (선고법원 / 출처)
1	0	Schlag in das Gesicht, Fusstritte, Bewusstlosigkeit (안면부를 때리고 참. 의식없음)		Beinahekollision zwischen einem 23-jährigen Automobilisten und einem Arzt. Es kam zum Streit. Der Autolenker schlug dem Arzt ins Gesicht und verpasste ihm zwei oder drei Fusstritte. Der Arzt blieb bewusstlos liegen und erlitt diverse Verletzungen. (23세의 운전자와 의사 사이에 충돌할 뻔하여 다투게 되었음. 운전자가 의사의 얼굴을 강타하고 두 세 번 발로 참. 의사는 의식을 잃고 여러 피해를 입음.) Strafe: 6 Monate Gefängnis bedingt auf 3 Jahre wegen grober Verletzung von Verkehrsregeln (warum nicht auch wegen vorsätzlicher Körperverletzung?). ³⁵⁵⁾ (형사처벌: 교통규칙의 중대한 위반을 이유로 6개월간 구금(왜 고의의 신체침해로는 하지 아니하였는가))	BezGer Zürich NZZ vom 11.02.03, S. 42. ³⁵⁷⁾ (취리히 구법원, 2003. 2. 11. 판결) PD

				<p>Antrag: Fr. 1 000.³⁵⁶⁾ (청구액: 1,000 스위스 프랑)</p> <p>Bemerkungen zur Genugtuung: Anm. KH: Warum bei einem derartigen Unrechtsgehalt die Genugtuung verweigert wurde, ist der Notiz nicht zu entnehmen, wäre aber interessant. (KH의 주: 그러한 불법내용에서 위자료가 거부된 이유가 흥미롭다.)</p>	
2	0	Kein Dauer-schaden (계속적 손해 없음)	AU: 4 Monate ³⁵⁸⁾ EU / I: 0 % (노동능력상실: 4개월, 소득능력상실 및 무능력 정도: 0 %)	Jahre dauerndes Mobbing einer in Teilzeit angestellten Sozial-arbeiterin durch die Vorgesetzte. Dadurch wurde ärztliche Be-handlung notwendig. Zur Ent-scheidung standen die durch das Mobbing bedingten Körper-verletzungen. (상급자에 의한 파트타임으로 고용된 사회복지사에 대한 수년간의 괴롭힘. 이로 인하여 의사의 치료가 필요해짐. 재판 당시 괴롭힘으로 인한 상해 있었음)	BGer (4.4.03) 2C.2/2000 (연방대법원 2003. 4. 4. 판결) KH
중략					
68	200 000	Tetraplegie sowie schwerste Schädelverletzu- ngen als Folge einer Vergewaltigung (사지마비와 강간의 결과로 인한 극히 심한 두부손상)	I: 100 % EU: 100 % ³⁵⁹⁾ (무능력 및 소득능력 상실: 각 100 %)	Versuchter Mord und brutale Vergewaltigung durch einen knapp 24-jährigen cholerischen Täter, der weil das Opfer ihn sexuell nicht zufrieden stellen konnte, dieses in seiner Wut kräftig ins Gesicht. schlug, um aus ihr ein „Objekt sexueller Befriedigung nach seinen Gnaden“ zu machen, und der in der Folge in blinder Wut den Kopf des Opfers auf den Boden schlug. (약 24세의 성질 급한 범인에 의한 살인미수 및 잔인한 강간. “하느님의 뜻에 따라 그의 성적 만족의 대상으로 된” 피해자가 그를 만족시키지 못했다는 이유로 안면을 강타하고 피해자의 머리를 땅바닥에 내려침.)	Trib. Crim. de Lausanne nach «Le Temps» vom 1.4. 2003. (로잔느 지방법원, 2003. 4. 1. 판결)

				Strafe: 10 Jahre Zuchthaus (형사처벌: 교도소 10년)	
--	--	--	--	--	--

355) 형사처벌.

356) 청구액.

357) 판례번호.

358) 휴업기간.

359) 노동능력/소득상실율.

4. 프랑스

가. 고통(Souffrances endurées (SE))에 대한 위자료

Les référentiels indicatifs d'indemnisation - Barème de référence de la cour d'appel d'Aix-en-Provence (10e ch., 2010) (엑상프로방스 항소법원의 산정표)

Quantum	Appréciation (평가)	Évaluation (위자료액)
0-1	Préjudice très léger (매우 가벼운 손상)	Jusqu'à 1 750 EUR (1,750 유로까지)
1-2	Préjudice léger (가벼운 손상)	De 1 750 EUR à 3 500 EUR (1,750-3,500 유로)
2-3	Préjudice modéré (보통의 손상)	De 3 500 EUR à 5 300 EUR (3,500-5,300 유로)
3-4	Préjudice moyen (중간정도의 손상)	De 5 300 EUR à 10 600 EUR (5,300-10,600 유로)
4-5	Préjudice assez important (상당한 손상)	De 10 600 EUR à 21 300 EUR (10,600-21,300 유로)
5-6	Préjudice important (중대한 손상)	De 21 300 EUR à 35 200 EUR (21,300-35,200 유로)
6-7	Préjudice très important (매우 중대한 손상)	Au-delà de 35 200 EUR (35,200 유로 이상)

나. 영구적 기능장애(Le déficit fonctionnel permanent (aspect non économique de l'IPP), (DFP))에 대한 위자료

피해자의 연령과 능력상실의 정도(의학감정으로 판정한다)에 따라 정한다. 해당 칸의 지수에 상실율을 곱하여야 함에 유의하여야 한다(가령 20세, 8%이면 $8 \times 1,590$ EUR).

Le référentiel indicatif régional de l'indemnisation du dommage corporel - La grille de valeur du point est précédée des observations suivantes (CA d'Agen, Angers, Bordeaux, Grenoble, Limoges, Nîmes, Orléans, Pau, Poitiers, Toulouse, Versailles, Basse-Terre, 4e éd. nov. 2011). (인신손해의 지역별 산정표 - 아래 수치에 따라 격자점의 값이 도출된다. (아장, 양제, 보르도, 그르노블, 리모제, 님, 오를레앙, 포, 프와티에, 툴루즈, 베르사이유, 바세-떼르 항소법원, 제 4판, 2011년 11월)

Il est proposé un référentiel d'indemnisation selon le tableau suivant : 2012(다음 표에 따른 보상제안)	0 à 10 ans (0-10 세)	11 à 20 ans (11-20 세)	21 à 30 ans (21-30 세)	31 à 40 ans (31-40 세)	41 à 50 ans (41-50 세)	51 à 60 ans (51-60 세)	61 à 70 ans (61-70 세)	71 à 80 ans (71-80 세)	81 ans et plus (81세 이상)
1 à 5 % (1-5 %)	1 500	1 400	1 300	1 200	1 100	1 000	900	800	700
6 à 10 %	1 700	1 590	1 480	1 370	1 250	1 125	1 000	875	750
11 à 15 %	1 900	1 780	1 660	1 540	1 400	1 250	1 100	950	800
16 à 20 %	2 100	1 970	1 840	1 710	1 550	1 375	1 200	1 025	850
21 à 25 %	2 300	2 160	2 020	1 880	1 700	1 500	1 300	1 100	900
26 à 30 %	2 500	2 350	2 200	2 050	1 850	1 625	1 400	1 175	950
31 à 35 %	2 700	2 540	2 380	2 220	2 000	1 750	1 500	1 250	1 000
36 à 40 %	2 900	2 730	2 560	2 390	2 150	1 875	1 600	1 325	1 050
41 à 45 %	3 100	2 920	2 740	2 560	2 300	2 000	1 700	1 400	1 100
46 à 50 %	3 300	3 110	2 920	2 730	2 450	2 125	1 800	1 475	1 150
51 à 55 %	3 500	3 300	3 100	2 900	2 600	2 250	1 900	1 550	1 200
56 à 60 %	3 700	3 490	3 280	3 070	2 750	2 375	2 000	1 625	1 250
61 à 65 %	3 900	3 680	3 460	3 240	2 900	2 500	2 100	1 700	1 300
66 à 70 %	4 100	3 870	3 640	3 410	3 050	2 625	2 200	1 775	1 350
71 à 75 %	4 300	4 060	3 820	3 580	3 200	2 750	2 300	1 850	1 400
76 à 80 %	4 500	4 250	4 000	3 750	3 350	2 875	2 400	1 925	1 450
81 à 85 %	4 700	4 540	4 180	3 920	3 500	3 000	2 500	2 000	1 500
86 à 90 %	4 900	4 630	4 360	4 090	3 650	3 125	2 600	2 075	1 550
91 à 95 %	5 100	4 820	4 540	4 260	3 800	3 250	2 700	2 150	1 600
96 % et plus (96 % 이상)	5 300	5 010	4 720	4 430	3 950	3 375	2 800	2 225	1 650

Nota bene : Le barème indicatif de la cour d'appel de Lyon est calqué sur les mêmes valeurs indicatives du point d'incapacité que le référentiel d'indemnisation régional des cours d'appel de Toulouse, Bordeaux et autres, ce qui dénote, de la part des magistrats un souci d'unification de l'évaluation du DFP.

다. 미학적 영구적 손해(Préjudice esthétique permanent (PEP))에 대한 위자료

Le référentiel d'indemnisation est sensiblement le même que pour les souffrances endurées. Il est modulé en fonction notamment de l'âge, du sexe et de la situation personnelle et de famille de la victime : (배상기준은 지속적 고통에 대한 위자료와 마찬가지로 특히 연령, 성별, 피해자 본인 및 가족이 처한 상황에 따라 조정될 수 있다)

Quantum	Appréciation	Évaluation
0-1	très léger (매우 가벼움)	Jusqu'à 1 500 EUR (1,500 유로까지)
1-2	léger (가벼움)	1 500 EUR à 3 000 EUR (1,500-3,000)
2-3	modéré (보통)	3 000 EUR à 6 000 EUR (3,000-6,000)
3-4	moyen (중간)	6 000 EUR à 10 000 EUR (6,000-1만)
4-5	assez important (상당함)	10 000 EUR à 22 000 EUR (1만-2만2천)
5-6	important (중함)	22 000 EUR à 35 000 EUR (2만2천-3만5천)
6-7	très important (매우 중함)	35 000 EUR et plus (3만5천 유로 이상)

La cour d'appel de Lyon a adopté le même référentiel. La cour d'appel d'Aix-en-Provence (10e ch.) disposait en 2010, d'un barème indicatif légèrement supérieur avec un quantum d'évaluation qui est analogue à celui des "souffrances endurées". (리옹 항소법원도 같은 기준을 채택하였다. 액상프로방스 항소법원은 2010년 지속적 고통의 그것에 비슷한 기준을 갖고 있는 약간 높은 산정기준을 제정하였다.)

라. 성적 손해{Préjudice sexuel (PS)}에 대한 위자료

Barème indicatif de cours d'appel : (항소법원의 산정기준)

o Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 10e chambre (2010) - éléments de détermination de l'indemnisation des préjudices corporels et moraux - On lit dans les recommandations au titre du "préjudice sexuel et d'établissement" (액상프로방스 항소법원 제10부(2010) - 신체적 및 정신적 손해액 결정의 요소들 - 성적 손해 항목을 참조할 것을 권함): 8,400 EUR 내지 50,600 EUR

o Cours d'appel d'Agen, Angers, Bordeaux, Grenoble, Limoges, Nîmes, Orléans, Pau, Poitiers, Toulouse, Versailles, Basse-Terre - référentiel indicatif régional de l'indemnisation du dommage corporel (éd. nov. 2011) (아장, 앙제, 보르도, 그르노블, 리모주, 님, 오를레앙, 포, 프와띠에, 툴루즈, 베르사이유, 바스-떼르 항소법원 - 인신손해의 지역별 산정표 (2011년 11월판): 제한적일 때에는 350 EUR에서 500 EUR까지, 완전한 기능상실 등의 경우 5만 EUR까지.

마. 사망시 간접피해자에 대한 위자료

barème indicatif (2007) de la cour d'appel de Lyon {리옹 항소법원의 산정표(2007)}

Conjoint/Concubin (배우자/동거인)		20 000 - 30 000 EUR
Parent (부모)	Enfant mineur, pour la perte de leur père ou mère (미성년의 자녀, 그 부 또는 모 상실)	25 000 - 35 000 EUR
Enfant au foyer (동거하는 자녀)	Parent (부모)	25 000 - 35 000 EUR
Parent (부모)	Enfant majeur (성년의 자녀)	9 000 - 20 000 EUR
Enfant hors foyer (동거하지 아니하는 자녀)	Parent (부모)	12 500 - 20 000 EUR
Grands-parents/Petits		4 000 - 8 000 EUR

-enfants (조부모/손자)		
Frère/Soeur au foyer (동거하는 형제자매)		6 000 - 12 000 EUR
Frère/Soeur (형제자매)		4 000 - 8 000 EUR

Préjudice moral de l'orphelin de père et mère : la cour de Lyon n'a pas prévu ce cas spécial. On le trouve cependant cité dans d'autres recommandations : ainsi, dans le référentiel indicatif (2008) des cours d'appel de Limoges, Toulouse, Agen et Pau où le préjudice moral de l'enfant mineur est majoré de 40 à 60 % ou dans celui de la cour de Bordeaux (2008) où la majoration s'élève à 50 %.

5. 이탈리아

가. 일시적 및 영구적 신체상해에 대한 위자료(danno biologico)

TRIBUNALE DI MILANO - LIQUIDAZIONE DEL NON PATRIMONIALE - TABELLE 2011

(밀라노 지방법원 - 비재산적 손해배상 - 표 2011)

Danno permanente da lesioni alla integrità psico-fisica: valori medi di liquidazione e percentuali massime di "personalizzazione" (신체적-정신적 완전성에 대한 영구적 손상: 평균 배상액과 "개별화"의 최대값)

		Indennità temporanea assoluta (ITA) da € 91,00 a € 136,00 giornaliere (일시적 절대적 노동능력상실에 대한 보상액 91 내지 136 EUR/일)										
Invalidità (마비·장애 정도)	Punto danno “non patrimoniale” 2011 (“비재산” 손해지수 2011)	Risarcimento: fasce di età 1-10 (보상: 연령대 1-10)										aumento personali-zzato (개별적 증액한도)
		Fasce di età (연령대)										
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	
		Demoltiplicatore (스케일러)										
		1,000	0,995	0,990	0,985	0,980	0,975	0,970	0,965	0,960	0,955	
1	1.374,57	1.375	1.368	1.361	1.354	1.347	1.340	1.333	1.326	1.320	1.313	+max 50%
2	1.460,48	2.921	2.906	2.892	2.877	2.863	2.848	2.833	2.819	2.804	2.790	+max 50%
3	1.546,39	4.639	4.616	4.593	4.570	4.546	4.523	4.500	4.477	4.454	4.430	+max 50%
4	1.632,30	6,529	6.497	6.464	6.431	6.399	6.366	6.333	6.301	6.268	6.235	+max 50%
5	1.718,21	8.591	8.548	8.505	8.462	8.419	8.376	8.333	8.290	8.247	8.204	+max 50%
중략												
95	11.319,58	1.075.360	중략									+max 25%
96	11.324,74	1.087.175										+max 25%
97	11.328,86	1.098.900										+max 25%
98	11.332,99	1.110.633										+max 25%
99	11.336,08	1.112.272										+max 25%
100	11.340,20	1.134.020										+max 25%

나. 근친자에 대한 위자료

rivalutato al 2011 (2011년에 재평가)		
Danno non patrimoniale per la morte del congiunto (친족의 사망으로 인한 비재산적 손해)		
	da (부터)	a (까지)
A favore di ciascuno per morte di un figlio (자녀의 사망에 대하여 각자에게)	€ 154.350,00	€ 308.700,00
A favore del figlio per morte di un genitore (부모의 사망에 대하여 그 자녀에게)	€ 154.350,00	€ 308.700,00
A favore del coniuge (non-separato) o del convivente sopravvissuto {(별거 중이지 아니한) 배우자 또는 혼인외 동거인에게}	€ 154.350,00	€ 308.700,00
A favore del fratello per morte di un fratello (형의 사망에 대하여 동생에게)	€ 22.340,00	€ 134.040,00
A favore del nonno per morte di un nipote (조부의 사망에 대하여 손자에게)	€ 22.340,00	€ 134.040,00

6. 영국

1

Injuries Resulting in Death (사망에 이르는 상해)

Fatal accident claim sometimes include an element for pain, suffering and loss of amenity for the period between injury and death. In some circumstances the awards may be high. [이하 생략] (치명적인 사고로 인한 청구는, 상해와 사망 사이의 기간 동안 신체적·정신적 고통과 삶의 즐거움의 상실을 포함하기도 한다. 경우에 따라서는 배상액이 높을 수도 있다.)

(A) FULL AWARENESS (완전히 의식이 있었을 때)

£ 15,000 to £ 17,000

Severe burns and lung damage followed by full awareness for a short period and then fluctuating level of consciousness for between four and five weeks, coupled with intrusive treatment. (중증의 화상과 폐 손상을 입은 후 짧은 시간 완전히 의식이 있는 상태에 있었다가 4, 5주간 의식수준이 호전과 악화를 거듭함.)

(B) FOLLOWED BY UNCONSCIOUSNESS (무의식이 된 경우)

£ 7,500 to £ 10,000

Severe burns and lung damage causing excruciating pain but followed by unconsciousness after 3 hours and death two weeks later; or very severe chest and extensive orthopaedic injuries from which recovery was being made, but complications supervened. (중증의 화상과 폐 손상으로 극도의 고통이 유발되었으나 3시간 후 의식을 잃었고 2주후 사망하였거나; 매우 중한 흉부 및 광범위한 정형외과적 손상을 입어 그로부터 회복되었으나 예상치 못한 합병증이 생김.)

(C) IMMEDIATE UNCONSCIOUSNESS / DEATH AFTER SIX WEEKS (즉시 무의식이 되고 / 6주 후 사망)

£ 6,000

Immediate unconsciousness after injury, and death occurring after six weeks. (상해 후 즉시 무의식이 되고 6주 후 사망함.)

(D) IMMEDIATE UNCONSCIOUSNESS / DEATH WITHIN ONE WEEK (즉시 무의식이 되고 / 1주 내 사망)

£ 1,000 to £ 2,000

Immediate unconsciousness, or unconsciousness following very shortly after injury, and death occurring within a week. (즉시 무의식이 되거나 상해 후 매우 짧은 시간 내에 무의식이 되고 1주 내에 사망함.)

2

Injuries Involving Paralysis (마비를 포함하는 상해)

(a) Tetraplegia (also known as Quadriplegia) (사지마비)

£ 232,000 to £ 288,500

The typical case of tetraplegia attracting an award in the mid-range of this bracket is appropriate for cases in which the injured person is not in physical pain, has full awareness of their disability, has an expectation of life of 25 years or more, has retained powers of speech, sight and hearing but needs help with bodily functions. At the top end of the bracket will be cases where physical pain is present or where there is a significant effect on senses or ability to communicate. Such cases often involve significant brain damage where degree of insight is a relevant factor: see 2(A)(a). Lack of awareness/significantly reduced life expectancy will justify a below average award. Other factors which will have a bearing on the award will include age, the extent of any residual movement, the degree of independence (if any) whether through the provision of aids/equipment or otherwise, the presence of respiratory issues and depression. (이 난의 배상액의 중간 값을 인정받을 수 있는 사지마비의 전형적 사례는 피해자가 신체적 고통이 없고, 자신의 장애를 잘 인식하고 있으며 25년 이상의 기대여명이 남아 있고, 언어능력, 시각 및 청각을 유지하고 있으나 신체기능에는 도움이 필요한 경우이다. 이 난의 배상액의 상한액에 해당하는 사례는 신체적 고통이 있거나 감각 또는 의사소통 능력에 심각한 영향이 있었던 경우이다. 그러한 사례는 종종 중대한 뇌손상을 포함하는데, 이때에는 분별력이 결정적인 요소이다: 2(A)(a)를 보라. 의식이 없거나 기대여명이 크게 감소한 때에는 평균 배상액 이하의 배상을 인정할 수 있다. 기타 연령, 잔존 운동능력, (있다면) 보조장구 등을 통하여 확보된 독립성 또는 호흡기 문제와 우울증이 고려된다.)

(b) Paraplegia (마비)

£ 156,750 to £ 203,000

The level of the award within the bracket will be affected by the following considerations: (이 난의 배상액 수준은 다음 고려요소의 영향을 받는다:)

(i) the presence and extent of pain; (신체적 고통의 존재 및 정도;)

(ii) the degree of independence; (독립성의 정도)

(iii) depression; (우울증)

(iv) age and life expectancy. (연령과 기대여명)

The presence of increasing paralysis or the degree of risk that this will occur, for example, from syringomyelia, might take the case above this bracket, as may the presence of other significant injuries. The former might be the subject of a provisional damages order. (가령 척수공동증으로, 마비가 심해지거나 그렇게 될 위험이 높은 경우, 기타 중대한 상해가 있는 경우에는 이 난 이상의 배상액이 인정될 수도 있다. 전자는 잠정적 배상명령의 대상이 될 수 있다.)

주요참고문헌

1. 국내문헌

- 권영준, 초상권 및 사생활의 비밀과 자유, 그리고 이익형량을 통한 위법성 판단, 민사판례 연구[XXXI]
- 김두환 외, 항공여객운송인의 손해배상책임과 입법론, 항공우주법학회지 제10호
- 김민규, 설명의무위반과 위자료, 부산외대 비교법학 제15집
- 김수정, 사생활의 자유와 언론의 자유의 형량, 민사법학 제31호
- 김시철, 건물신축으로 인한 일조방해의 법적 성격과 이로 인한 불법행위 손해배상청구권의 소멸시효 기산점, 대법원판례해설 제75호
- 김재형, 언론과 인격권(2012)
- 김주수, 채권각론(1997)
- 김태선, 사적 단체의 차별행위의 위법성, 전남대 법학논총 제31집 2호
- 남영찬, 외국인에 대한 위자료를 산정함에 있어서 그 외국인의 고국에서의 소득수준이나 그 나라의 경제수준을 참작하여야 하는지 여부 및 참작의 정도, 대법원판례해설 제38호
- 노만경, 언론보도관련 판결의 위자료 산정 현황 및 특징, 언론중재 2011년 겨울호
- 박영호, 손해배상액 산정에 관한 최근 10년간 판례의 동향(상), 의료법학 제10권 2호
- 박우동, 인신사고에 의한 손해배상청구권의 상속성, 대한변호사협회지 79년 9월호
- 법원행정처, 손해배상재판실무편람
- 신동현, 불법행위로 인한 위자료배상채무의 지체책임 발생시기, 강원법학 제36권
- 양창수, 2006년도 민사판례 관견, 민법연구 제9권
- 양창수·권영준, 민법[II] 권리의 변동과 구제
- 윤진수, 임신중절이 허용되지 않는 태아의 장애를 발견하지 못한 의사의 손해배상책임, 민법논고[III]
- , 혼인과 이혼의 법경제학, 법경제학연구 제9권 1호.
- 윤태식, 외국인의 인신 손해배상액 산정에 있어서의 과실이익과 위자료, 법조 제564호
- 이광만, 재산권에 관한 민사소송에서의 위증으로 인한 위자료책임의 발생요건, 대법원판례해설 제49호.
- 이동원, 조망권 침해에 관한 판례의 동향, 법조 제589호
- 이동진, 공동불법행위, 구상, 과실상계의 경제적 분석, 법경제학연구 제9권 1호.
- , 혼인관념, 인적 혼인의무 및 그 위반에 대한 제재, 서울대 법학 제53권 3호
- 이민걸, 간통한 부녀 및 상간자가 부녀의 자녀에 대한 관계에서 불법행위 책임을 부담하

는지 여부, 대법원판례해설 제54호

이은영, 채권각론

이창현, 부당제소로 인한 손해배상책임, 법조 제643호

-----, 위자료에 관한 연구: 불법행위를 중심으로

-----, 위자료청구의 소송법적 문제에 관한 소고, 법조 제639호

-----, 인격권침해의 구제수단에 대한 법제사적 고찰, 서강법학 제12권 1호.

-----, 채무불이행으로 인한 위자료에 관한 비교법적 연구. *저스티스* 제123호

정귀호, 생명침해로 인한 손해배상청구에 관하여: 상속구성이론과 부양구성이론, 민사판례 연구[III]

정상조·권영준, 개인정보의 보호와 민사적 구제수단, 법조 제630호

정지원, 성폭력으로 인한 위자료 청구의 액수산정기준에 관한 고찰(courtnet 게시자료)

정진경, 부당해고와 불법행위: 위자료청구를 중심으로, 노동법의 쟁점과 과제(김유성화갑)

정태륜, 이른바 위자료의 보완적 기능과 관련하여 살펴본 프랑스에서의 위자료제도, 판례 실무연구[VIII]

최병조, 로마법연구(I)

최우진, 독일 손해배상소송에서의 비재산적 손해배상액 산정에 관한 사실심 법원 재량과 위자료표(Schmerzensgeldtabelle)의 활용, 재판자료 제122집

츠바이게르트/코츠(양창수 역), 비교사법제도론

한위수, 명예의 훼손과 민사상의 제문제, 사법논집 제24집

-----, 사진의 무단촬영·사용과 민사책임, 민사재판의 제문제 제8권

허근녕, 사생활에 관한 사항의 공개와 그로 인한 손해배상청구, 대법원판례해설 제31호

허성욱, 개인정보유출소송의 현황과 법적 과제, 과학기술과 법

현승종·조규창, 게르만법, 제3판

호제훈, 법원이 항공기사고로 인한 피해에 대한 위자료를 산정함에 있어 참작하여야 할 사정, 대법원판례해설 제81호

2. 국외문헌

ABRAHAM, 1997. *The forms and functions of tort law: an analytical primer on cases and concepts*, foundation Press.

ADY, 2004. *Ersatzansprüche wegen immaterieller Einbußen*, Mohr Siebeck.

ASHENFELTER, 2006. Measuring the Value of a Statistical Life: Problems and Prospects. *The Economic Journal*, 116, C10-C23.

AVRAHAM, 2006. Putting a price on pain-and-suffering damages: A critique of the current approaches and a preliminary proposal for change. *Northwestern University Law Review*, 100, 05-23.

BOST, 2008. *Effiziente Verhaltenssteuerung durch den Ersatz von Nichtvermögensschäden: Eine ökonomische Analyse des Schmerzensgeld-und des Geldentschädigungsrechts anhand des deutschen Haftungsrechts*, Duncker & Humblot.

- BOVBJERG, SLOAN & BLUMSTEIN, 1988. Valuing life and limb in tort: Scheduling pain and suffering. *Nw. UL Rev.*, 83, 908.
- BRYANT & HARVEY, 2003. The influence of litigation on maintenance of posttraumatic stress disorder. *The Journal of nervous and mental disease*, 191
- DANZL/GUTIÉRREZ-LOBOS/MÜLLER, 2003. *Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht*, Manz.
- ECCHER/SCHURR/CHRISTANDL, 2009. *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Linde.
- FUNKEL, 2001. *Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld: eine rechtsvergleichende Untersuchung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Geldersatzes für Nichtvermögensschäden in Deutschland und England*, Beck.
- GELHAAR, Die Bemessung des Schmerzensgeldes: BB 1966, 1317
- GÖBEL, 2004. *Geldentschädigung und Schmerzensgeld*, P. Lang.
- HENKE, H.-E. 1969. *Die Schmerzensgeldtabelle: Ein Beitrag zur Lehre vom Billigkeitsurteil*, Beck.
- HÜTTE/DUCKSCH/GUERRERO, Die Genugtuung 3, I/123. Verlag: Schulthess Verlag, Ort, Datum: Zürich, 2005
- JAEGER/LUCKEY, Schmerzensgeld, Publisher: Zap Vlg. Rechts-U.Anwalt (Nov 2009)
- KARAPANOU, & VISSCHER, 2009. The magnitude of pain and suffering damages from a law and economics and health economics point of view.
- KARAPANOU, & VISSCHER, 2010. Quality Adjusted Life Years as a Way Out of the Impasse between Prevention Theory and Insurance Theory. *Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) Working Paper*.
- KARNER, & KOZIOL, 2003. *Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform: Gutachten*, Manz.
- KIM, S.-W, 1985. Compensating Wage Differentials for Job Hazards in Korea, Cornell Univ.
- KIM, S.-W. & FISHBACK, 1999. The impact of institutional change on compensating wage differentials for accident risk: South Korea, 1984-1990. *Journal of Risk and Uncertainty*, 18, 231-248.
- KÖNDGEN, 1976. *Haftplichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung*, Duncker & Humblot.
- LEE, R. 2012. Unwarranted Presumptions: Common Law, Injury, and Presumed Damages for Constitutional Torts. *Harvard Law School Private Law Fellowship Working Paper*.
- LORENZ, E. 1981. *Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld": Eine Untersuchung auf der Grundlage des Paragraphen 847 BGB*, Duncker & Humblot.
- LUCKEY, 2006. Schmerzensgeld in Deutschland—Tendenzen der Rechtsprechung.

- Arzthaftungsrecht—Rechtspraxis und Perspektiven*, 49–75.
- MAZEUD ET TUNC, 1965. *Traite theorique et pratique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle. 5eme edit. Monchrestien.*
- PÉRIER, 1999. Régime de la réparation, évaluation du préjudice corporel: atteintes à l'intégrité physique. Préjudices à caractère objectif. Collection des jurisclassseurs: jurisclasseur Responsabilité civile et assurances. fascicule 202-1-3. Paris, Editions du jurisclasseur.
- PÉRIER, Régime de la réparation: modalités de la réparation, règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle, évaluation du dommage corporel lors des dommages à la personne en cas de décès. *Collection des jurisclassseurs: jurisclasseur Responsabilité civile et assurances, fascicule*, 202-20. Paris, Editions du jurisclasseur.
- PRINZ/PETERS, 1999. *Medienrecht: die zivilrechtlichen Ansprüche*, CH Beck.
- RAFIQ, SALEEM & RAHMAN, ATTA UR October 2010. On the Value of Statistical Life and Injury: A Review. *European Journal of Economics, Finance & Administrative Sciences*, 7.
- SHAPO, 2003. *Principles of tort law*, West Group.
- TEPLITZKY, 1966. Die unzureichende Schmerzensgeldbemessung. *Ein bedrückendes Problem und seine mutmaßlichen Gründe. Neue jur. Wschr.*, 19, 388–390.
- TUNC, 1966. *La sécurité routière*, Libr. Dalloz.
- VINEY ET JOURDAIN, 2001. *Traité de droit civil: Les effets de la responsabilité: exécution et réparation en nature, dommages et intérêts, aménagements légaux et conventionnels de la responsabilité, assurance de responsabilité*, LGDJ.